الموسوعة

الفقهية المقارنة

التجريد

للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري
(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج
أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد
أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

موسوعة

القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري

(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج

أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد

أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

المجلد الأول

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

مَوْسُوعَةُ

القواعد الفقهية المقارنة

المُسَمَّاة

التجريد

الطبعة الأولى

١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عمر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

القاهرة - جمهورية مصر العربية

الإدارة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر

هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)

بريديًا : ص.ب ١٦١ الغورية الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم أما بعد :

١ - فإن كتاب التجريد للقدوري (ت ٤٢٨ هـ) يعتبر موسوعة فقهية كبرى في علم الخلاف بين الأحناف والشافعية ، اجتهد صاحبها في بيان مذهب كل منهما في أهم ما جرى فيه الاختلاف بينهما في الفروع الفقهية ، مع استقصاء أدلتهما ، وردود كل منهما على أدلة الآخر . وقد اعتمد القدوري منهجًا معينًا هو منهج « الجدل » الذي يكشف عن شيوع نوع من الحرية العلمية في هذا العصر ، والذي يتسم بعدد من السمات التي سنكشف عنها في هذه المقدمة .

٢ - ويكفي الآن الالتفات إلى أن أهم ما يتميز به كتاب التجريد هو التعبير بلغته ومنهجه عن أسلوب الكتابة الفقهية في هذا العصر الذي أثر في أساليب الكتابة الفقهية في العصور التالية حتى العصر الحديث . والفرق كبير للغاية بين أسلوب التأليف الفقهي في بداياته الأولى ، كما في « الأصل » للشيباني ، وبين الأسلوب الذي اعتمده القدوري ، في ضبط الترتيب ، وتحديد المصطلحات وتعقد البحث عن الأدلة وتنوعها وفق خُطَّة منطقية أكثر إحكامًا وقد تبوأ القدوري المكانة التي تبوأها في تاريخ التفكير الفقهي بفضل إسهامه في تطوير لغة التناول الفقهي على النحو الذي يكشف عنه أسلوبه في « التجريد » عند مقارنته بأسلوب محمد بن الحسن الشيباني في « الأصل » الذي يبدو شديد الإيجاز في عرض المسائل ، وأحكامها دون احتفاء بأدلة هذه الأحكام .

٣ - ويلزم في هذه المقدمة التعريف بمكانة القدوري في تاريخ المذهب الحنفي ، والفقه الإسلامي ، ودوره الذي اضطلع به في تطوير الكتابة الفقهية ، كما يلزم التعريف بمنهجه الذي سار عليه في التجريد ، وهو الأمر الذي يقتضي النظر في أمرين : أولهما : علم الخلاف ، والآخر : علم الجدل . ولذا تشتمل هذه المقدمة على الجوانب التالية :

- التعريف بالقدوري .
- التعريف بالكتاب .
- علم الخلاف وتاريخه .
- منهج الجدل .
- منهج التحقيق .

٤ - التعريف بالقدوري (١)

هو : أبو الحسين (٢) أحمد بن محمد (٣) بن أحمد بن جعفر بن حَمْدان القُدُوري (٤) البغدادي صاحب المختصر المعروف بالكتاب والذي اعتمد أساسًا لاختبار المتقدمين لشغل

(١) انظر لترجمته : تاريخ بغداد (٣٧٧/٤) ، والأنساب للسمعاني (٧٦/١٠) ، والمنتظم لابن الجوزي (٢٥٧/١٥) ، وفيات الأعيان لابن خلكان (٧٨/١ ، ٧٩) ، والكامل لعز الدين بن الأثير (٤٥٦/٩) ، واللباب في تهذيب الأنساب له أيضًا (٢٠/٣ ، ١٩) ، والمختصر في أخبار البشر للملك المؤيد أبي الفداء (١٦١/٢) ، وتتمة المختصر لابن الوردي (٥١٩/٢) ، وتاريخ الإسلام للذهبي (٢١٢/٢٩ ، ٢١١) ، وسير أعلام النبلاء له (٥٧٥/١٧ ، ٥٧٤) ، وتذكرة الحفاظ له (١٠٨٦/٣) ، والعبر له أيضًا (١٦٧/٧ ، ١٦٦) ، والوافي بالوفيات للصفدي (٣٢١/٧ ، ٣٢٠) ، ومرآة الجنان لليافعي (٤٧/٣) ، والبداية والنهاية لابن كثير (٤٠/١٢ ، ٢٤) ، والجواهر المضية لابن أبي الوفاء القرشي (٢٤٧/١ - ٢٥٠) ، والنجوم الزاهرة لابن تغري بردي (٢٥/٥ ، ٢٤) ، وتاج التراجم لابن قطلوبغا ص١٧ ، ومفتاح السعادة لطاشكبري زاده (١٤٢/٢ ، ١٤١) ، وشذرات الذهب لابن العماد (٢٣٣/٣) ، وديوان الإسلام (٢٨/٤ ، ٢٧) ، والطبقات السنية لتقي الدين التميمي (١٩/٢ - ٣١) ، وتاريخ الخميس للديار بكري (٣٥٧/٢) ، وروضات الجنات للخوانساري (٢٤١/١ ، ٢٤٠) ، والفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوي ص٣١ ، ٣٠ ، ومعجم المطبوعات العربية ليوسف إليان سركيس (١٤٩٨/٢ ، ١٤٩٧) ، وهدية العارفين لإسماعيل باشا البغدادي (٧٤/١) ، والفكر السامي للحجوي الفاسي ١٧٩/٢ ، وتاريخ الأدب العربي لكارل بروكلمان (٢٦٩/٣ - ٢٧٣) ، ومعجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٦٧/٢ ، ٦٦) ، والأعلام للزركلي (٢١٢/١) ، وتاريخ التراث العربي لفؤاد سزكين المجلد الأول (١١٥/٣ - ١٢٤) . وانظر : كشف الظنون (٤٦/١ ، ٣٤٦ ، ٣٩٨ ، ٤٢٧ ، ٤٦٦ ، ٤٧١ ، ٥٧٤ ، ٦١١ ، ٦٢١ ، ٧١٨ ، ٩٨٥/٢ ، ١٥٩٩ ، ١٦٠٠ ، ١٦٣١ - ١٦٣٥) .

(٢) تصحفت إلى : [أبي الحسن] في كل من : الأنساب ، والمنتظم .

(٣) والد القدوري هو : محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو بكر القدوري . حكى عن أبي بكر الشبلي ، فقد روى عنه القاضي أبو تمام علي بن محمد بن الحسن الواسطي قال القدوري : رأيتُ الشبلي فى جامع المدينة وقد كَثُر الناس عليه في الرواق الواسطاني ، وهو يقول : رحم اللّٰه عبدًا ورحم والديه دعا لرجل كانت له بضاعة وقد فقدها وهو يسأل اللّٰه أن يردها عليه . والناس صُمُوت ، فخرق الحلقة غلام حَدَث وقال له : من هو صاحب البضاعة ، قال : أنا . قال : فأيش كانت بضاعتك ، قال : الصبر ، وقد فقدته . فبكى الناس بكاءً عظيمًا . انظر : الجواهر المضية (٢٩/٣ ، ٣٠) . وللقدوري ابن هو : محمد بن أحمد بن محمد أبو بكر بن أبي الحسين القدوري . سمع الحديث من : أبي علي الحسن بن أحمد بن شاذن ، والقاضي أبي القاسم التنوخي ، وغيرهما . ومات شابًا قبل أوان الرواية سنة ٤٤٠هـ . انظر : الجواهر المضية (٦٤/٣) .

(٤) اختلف العلماء حول ما ترجع إليه هذه النسبة ، وذلك على ثلاثة آراء ، هي :

١ - « القدوري » نسبة إلى « القُدُور » - جمع : قِدْر - صنعها أو بيعها . وعلى هذا الرأي أكثر من ترجمه ، ولعله هو الراجح .

=

وظائف القضاء بالحلول محل كتاب الجامع الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني في ذلك. وقد أجمعت كافة المصادر المترجِمة له أن مولده كان سنة ٣٦٢هـ/٩٧٣م. كما اجتمعت المصادر أيضًا على أنه توفي يوم الأحد الخامس من رجب [1] سنة ٤٢٨هـ [2]، ٢٤ من أبريل سنة ١٠٣٧م [3]، وله ست وستون سنة [4]. ودفن من يومه في داره بدرب أبي خَلَف، ثم نقل إلى تربة في شارع المنصور ودفن هناك بجانب أبي بكر الخوارزمي الفقيه الحنفي.

قال ابن الوردي: « وما أحسن قول بعض المتأخرين في مليح طباخ:

رب طباخ مليح ... أهيف القد غرير
مالكي أصبح لكن ... شغلوه بالقدور

والقدوري نسبة إلى « قدور » وقد اختلف في المعنى الذي ترجع إليه هذه الكلمة، فقيل بأن « قدور » قرية قريبة من بغداد. ورجح السيوطي والسمعاني رجوعه إلى بيع القدور وصنعها [5] بما يدل على اشتغاله أو اشتغال أحد آبائه بهذه المهنة. ومهما يكن

= ٢ - « القدوري » نسبة إلى بلدة « قُدُورة » في بغداد. وقد بحثنا عن بلدة قدورة هذه فلم نعثر على أية معلومات عنها. وقد قال الرهاوي الحنفي عن هذا الرأي - كما ذكر طاشكبرى زاده - في « شرح درر البحار »: فيه نظر.

٣ - لا أصل لهذه النسبة. وإلى هذا ذهب كل من: الخطيب البغدادي، وابن الجوزي، وابن خلكان، وابن الوردي، والذهبي، وابن قطلوبغا، وطاشكبرى زاده.

وممن عرف بهذه النسبة: أبو جعفر محمد بن أحمد الرملي القدوري (سير أعلام النبلاء ٣٦٣/١٢)، والهيثم ابن خلف القدوري (الجواهر المضية ١١٣/١)، والصلاح الطرابلسي القدوري (التحفة اللطيفة في تاريخ المدينة الشريفة ٤٣٨/١).

(١) في النجوم الزاهرة: [في منتصف رجب]، وفي مفتاح السعادة، والفوائد البهية نقلاً عن كتاب « مدينة العلوم »: [منتصف رجب أو خامس رجب]، وكلاهما غير دقيق.

(٢) ذكره ابن كثير مرة في وفيات سنة ٤١٨، ومرة في وفيات سنة ٤٢٨، والأول خطأ قطعًا.

(٣) ومن وفيات تلك السنة أيضًا: أحمد بن علي بن محمد بن إبراهيم بن مَنْجَوَيْه الحافظ أبو بكر الأصبهاني اليزدي، وأحمد بن محمد بن عيسى أبو بكر البلوي القرطبي المعروف بابن الميراثي، وجعفر بن محمد بن الحسين أبو محمد الأبهري ثم الهمذاني الزاهد، وأبو علي الحسن بن شهاب بن الحسن بن علي العُكْبَري الحنبلي، والشيخ الرئيس أبو علي الحسين بن عبد الله بن الحسن بن سينا صاحب الفلسفة والتصانيف، والحافظ أبو الحسن علي بن محمد بن إبراهيم بن الحسين الحِنَّائي الدمشقي الزاهد المقرئ، وأبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبيد الله بن باكُوَيْه الشيرازي أحد مشايخ الصوفية الكبار، والشاعر المشهور أبو الحسن مِهْيار بن مَرْزُوَيْه الدَّيلمي الكاتب.

(٤) في العبر: [ستون]، وفي البداية والنهاية: [ست وخمسين]، وكلاهما خطأ.

(٥) السيوطي: لب الألباب في تحرير الأنساب ص١٠٤ مكتبة المثنى ببغداد.

من أمر ، فإنه قد تميز بهذه النسبة عن غيره .

أما النسبة الأخرى . وهي البغدادي أو الحنفي في ، فتتضح دلالتهما في انتسابه إلى « بغداد » موطنًا لإقامته ، وللمذهب الحنفي ، فقد كان أحد أئمة هذا المذهب الذين انتصروا له ودافعوا عنه ، وأسهم في ذلك بنصيب كبير حتى آلت إليه رئاسة هذا المذهب في زمانه .

وقد ولد الإمام القدوري في بيت علم ، فقد كان أبوه عالمًا ومحدثًا ، وكانت بغداد تموج آنذاك بحركة علمية نشطة ، تمثلت مظاهرها في انتشار المدارس والمكتبات [1] الحافلة ، وانعقاد الحلقات العلمية والمناظرات وكثرة الأعلام وأئمة الفكر ، ومشاهير العلماء والفقهاء من مثل : أبي عبد اللَّه الحاكم النيسابوري ، وإمام الحرمين الجويني ، والماوردي ، وابن الصباغ ، وأبو زيد الدبوسي ، والخطيب البغدادي ، وأبو إسحاق الأسفراييني وغيرهم .

٥ – ولا شك أن القدوري تأثر بهذه البيئة العلمية التي نبغ فيها هؤلاء الأعلام ، فحفظ القرآن الكريم ، وكان مُديمًا لتلاوته ، وتعلم العلوم الشرعية المختلفة من تفسير ، وحديث ، وكلام ، وفقه ، وأصول فقه ، وغيرها ، حتى بلغ أشده واستوى توقُّدَ ذهنٍ ونُضْجًا ، ومن ثمَّ بدأ يعلو نجمه ويذيع صيته حتى انتهت إليه رئاسة المذهب الحنفي ببغداد ، العاصمة العلمية والثقافية للدولة العباسية آنذاك ، وأقر له بذلك علماء زمانه وفضلاء عصره .

٦ – وقد أخذ العلم عن عدد من الشيوخ من بينهم :

أ – أبو الحسين عبيد اللَّه بن محمد بن أحمد بن محمد بن أحوى بن العوام بن حوشب الشيباني المعروف بالحوشبي [2] (٢٩٤ – ٣٧٥هـ) .

وسمع من : عبد اللَّه بن إسحاق المدائني ، وإسحاق بن الخليل الجلاب ، والحسين بن محمد بن عفير ، وأحمد بن عبد اللَّه بن سابور الدقاق ، وأبي بكر عبد اللَّه بن أبي داود السجستاني حدث عنه : البرقاني ، وأبو الحسن محمد بن عبد الواحد بن محمد بن جعفر ، والقاضيان أبو العلاء الواسطي ، وأبو القاسم التنوخي . وكان ثقة ، قال محمد بن أبي الفوارس : كان الحوشبي ثبتًا مستورًا . وسئل البرقاني عن الحوشبي ، فقال : ثقة [3] .

---

(١) د . أحمد شلبي : تاريخ التربية الإسلامية ص ٣٥٨ النهضة المصرية .

(٢) تصحفت إلى : [الجوشبي] في : المنتظم .

(٣) انظر لترجمته : تاريخ بغداد (٣٦٢/١٠) ، (٣٦١) ، والأنساب (٢٧٠/٤) .

ب – أبو بكر محمد بن علي بن الحسن بن إبراهيم بن سويد بن مالك بن معاوية بن الحشماش العنبري المكتب (ت ۳۸۱ هـ) .

حدث عن : محمد بن محمد الباغندي ، وأحمد بن سهل الأشناني ، وأبي القاسم البغوي ، وعبد اللَّه بن أبي داود ، وأبي عروبة الحراني ، وأبي جابر زيد بن عبد العزيز الموصلي ، وأحمد بن يعقوب بن سراج النصيبي ، ومحمد بن حصن الألوسي ، ومحمد ابن أحمد الرسعني ، وعبد اللَّه بن أبي سفيان الموصلي ، وغيرهم . وكان قد سافر كثيرًا وكتب عن الغرباء . حدث عنه : أبو بكر البرقاني ، ومحمد بن علي بن مخلد ، والقاضي أبو القاسم التنوخي ، وأبو القاسم الأزهري . سئل أبو بكر البرقاني عنه فقال : ثقة . وسئل عنه الأزهري فقال : صدوق . وقد تكلموا فيه بسبب روايته عن الأشناني . وكان مستأصلاً في الحديث [١] .

ج – ركن الإسلام أبو عبد اللَّه محمد بن يحيى بن مهدي الجرجاني [٢] (ت۳۹۸هـ) .

أحد الأعلام ، تفقه على : أبي بكر الرازي . وتفقه عليه : أبو الحسين القدوري ، وأحمد بن محمد الناطفي ، وكان يدرس بالمسجد الذي بقطيعة الربيع ، وحصل له مرض الفالج في آخر عمره . مات سنة (۳۹۸هـ) في يوم الأربعاء لعشر بقين من رجب ، ودفن إلى جانب قبر أبي حنيفة . روى عنه : أبو سعد إسماعيل بن علي السمان الرازي في معجم شيوخه ، وأبو نصر الشيرازي في فوائده . من كتبه : ترجيح مذهب أبي حنيفة [٣] .

۷ – وقد تتلمذ على يد القدوري عدد كبير من العلماء من بينهم :

أ – أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت البغدادي المعروف بالخطيب (۳۹۲ – ٤٦٣هـ) .

أحد الحفاظ المؤرخين المقدمين . منشأه ووفاته ببغداد . رحل إلى العديد من البلدان . كان حافظًا ناقدًا محدث وقته ، صاحب تصانيف [٤] .

---

(١) انظر لترجمته : تاريخ بغداد (۸۹/۳ ، ۸۸) .

(٢) يقول اللكنوي عن القدوري : « أخذ الفقه عن أبي عبد اللَّه الفقيه محمد بن يحيى الجرجاني ، عن أحمد الجصاص ، عن عبيد اللَّه أبي الحسن الكرخي ، عن أبي سعيد البردعي ، عن موسى الرازي ، عن محمد – يعني : ابن الحسن » .

(٣) انظر : كشف الظنون (۳۹۸/۱) . وانظر لترجمته : تاريخ بغداد (٤٣٣/٣) ، والوافي بالوفيات (۲۰۸/٥) ، والجواهر المضية (۳۹۸/۳ ، ۳۹۷) ، والفوائد البهية ص۲۰۲ ، وإيضاح المكنون (۲٥٥/۲) ، وهدية العارفين (٥٧/٢) .

(٤) انظر لترجمته : الأنساب (١٥١/٥) ، تبيين كذب المفتري ۲٦۸ – ۲۷۰ ، وسير أعلام النبلاء (۲۷۰/۱۸ – ۲۹۷) ، وطبقات الشافعية الكبرى (۲۹/٤ – ۳۹) ، والأعلام (۱۷۲/۱) .

ب - قاضي القضاة أبو عبد اللّٰه محمد بن علي بن محمد بن الحسين بن عبد الملك بن عبد الوهاب الدامغاني الكبير (٣٩٨ - ٤٧٨هـ) . الإمام العلامة . تفقه على : القدوري ، والصيمري ببغداد . وسمع من : أبي عبد اللّٰه محمد بن علي الصوري . روى عنه : عبد الوهاب الأنماطي ، وغيره . وأصحابه كثير لا يحصون . ومات في بغداد سنة (٤٧٨هـ) . قال ابن عقيل الحنبلي : ومن مشايخي : الطود الشامخ والجبل الراسخ قاضي القضاة أبو عبد اللّٰه الدامغاني ، حضرتُ مجالس درسه للزيادات والخلاف ومجالس النظر أيام سنة خمسين إلى أن توفي . وكان القاضي أبو الطيب طاهر ابن عبد اللّٰه الطبري الشافعي يقول : أبو عبد اللّٰه الدامغاني أعرف بمذهب الشافعية من كثير من أصحابنا . قال الخطيب : ولي القضاء بعد موت ابن ماكولا ، وذلك في سنة (٤٤٧هـ) ، وكان نزيهًا عفيفًا ، انتهت إليه الرئاسة في مذهب العراقيين ، وكان وافر العقل كامل الفضل سديد الرأي وجرت أموره في حكمه على السداد . وقال غيره : كان مثل القاضي أبي يوسف حشمةً وجاهًا وسؤددًا وعقلاً . وبقي في القضاء مدة ثلاثين سنة . وإمامان لم يتفق لهما الحج : أبو إسحاق الشيرازي الشافعي ، وأبو عبد اللّٰه الدامغاني الحنفي [١] .

ج - أبو نصر أحمد بن محمد بن محمد المعروف بالأقطع (ت٤٧٤ هـ) .

سكن بغداد بدرب أبي زيد بنهر الدجاج . درس الفقه على مذهب أبي حنيفة علي : أبي الحسين القدوري حتى برع فيه ، وقرأ الحساب حتى أتقنه ، وخرج من بغداد سنة (٤٣٠هـ) إلى الأهواز وأقام بها برَامَهُرْمُز ، وكان يُدَرِّس هناك إلى أن توفي سنة (٤٧٤هـ) [٢] .

د - عبد الرحمن بن محمد السرخسي (ت٤٣٩هـ) .

من طبقة قاضي القضاة أبي عبد اللّٰه الدامغاني . تفقه بأبي الحسين القدوري . وقصد بلاد خوزستان ، فاستنابه أبو الحسين عبد الوهاب بن منصور بن المشتري قاضي ممالك الملك أبي كاليجار بن بويه على قضاء البصرة . وكان يداوم الصوم ، وعُرِف بالزهد

---

(١) انظر لترجمته : تاريخ بغداد (١٠٩/٣) ، والأنساب (٢٩٠/٥) ، والمنتظم (٢٢/٩ - ٢٤) ، ومعجم البلدان (٥٣٩/٢) ، واللباب (٤٠٦/١) ، والعبر (٢٩٢/٣) ، والوافي بالوفيات (١٣٩/٤) ، والجواهر المضية (٢٦٩/٣ - ٢٧١) ، والنجوم الزاهرة (١٢١/٥) ، وشذرات الذهب (٣٦٢/٣) ، والفوائد البهية ص١٨٢ ، وهدية العارفين (٧٤/٢) .

(٢) انظر لترجمته : الوافي بالوفيات (١١٨/٨) ، والجواهر المضية (٣١٢/١ ، ٣١١) ، وتاج التراجم ص١٠ ، ٩ ، ومفتاح السعادة (٢٨١/٢) ، والفوائد البهية ص٤٠ .

وكَسْر النفس . وتوفى في ثالث عشر من رمضان سنة (٤٣٩هـ) من تصانيفه : تكملة التجريد ، وكتاب مختصر المختصر في مجلد [١] .

هـ - أبو الحارث محمد بن أبي الفضل محمد السرخسي .

تفقه ببغداد بأبي الحسين القدوري . من طبقة الدامغاني . وذُكِر عن القدوري أنه قال : ما جاء من خراسان وعين النهر أفقه منه . وكان أبو سعد المتولي من الشافعية يثني عليه كثيرًا . ولحقه المَالِيخُولْيَا [٢] من كثرة إعادته ، فأشار أهل الطب أن يُحمل إلى الشطوط ويُوقف على حَلَق المشعوذين والمُحْدَثين ويخالط أرباب الهزل ، فقال : إن أردتموني أعود إلى الصحة ، فاتركوني وإعادة الدروس . فتركوه فأعاد الفقه ، فعاودته الصحة ، وأقام ببغداد اثنتي عشرة سنة [٣] .

و - المفضل بن مسعود بن محمد بن يحيى بن أبي الفرج التوخي الفقيه النحوي القاضي (ت٤٤٢ هـ) . مولده بعد السبعين وثلاثمائة .

تفقه على : القدوري ، والصيمري . وقرأ الأدب على : علي بن عيسى بن الفرج الرَّبَعي ، وغيره . وسمع ببغداد وبدمشق وغيرهما . له من المصنفات : كتاب أخبار النحويين ، وكتاب التنبيه رد فيه على الشافعي ، ذكر فيه ما خالف النصوص من القرآن والحديث ، وله رسالة في وجوب غسل الرجلين ، وله البيان عن الفصل في الأشربة بين الحلال والحرام . مات سنة اثنتين أو ثلاث وأربعين وأربعمائة .

٨ - وقد عاصر القدوري عدد من العلماء البارزين في المذهب الحنفي ، من بينهم : أبو زيد الدبوسي [٤] صاحب « تأسيس النظر » الذي توفى ببخاري عام (٤٣٦ هـ) على الصحيح ، وكان أحد القضاة المشهورين ، ومنهم كذلك شمس الأئمة الحلواني [٥] البخاري (ت ٤٤٨ هـ) ، وأبو جعفر النسفي [٦] صاحب التعليقة في الخلاف (ت ٤١٤ هـ) ومنهم أيضا : نصر بن محمد بن إبراهيم أبو الليث السمرقندي صاحب الفتاوى وتنبيه الغافلين (ت ٣٧٥ هـ) .

---

(١) انظر لترجمته : الجواهر المضية (٣٩٧/٢ - ٤٠٠) ، وتاج التراجم ص٣٣ ، وكشف الظنون (٤٧١/١ ، ٣٤٦) ، وهدية العارفين (٥١٦/١) .

(٢) الماليخوليا : مرض يدل على تشوش الفكر وسوء الخلق وفساد الظنون وكثرة التخيلات . انظر : تذكرة أولي الألباب (١٤٩/٣) .

(٣) انظر لترجمته : الجواهر المضية (٣٠٤/٣ - ٣٠٧) .

(٤) الأنساب (٤٥٤/٢) ، وسير أعلام النبلاء (٥٢١/١٧) .

(٥) الفوائد البهية ص٩٥ - ٩٦ .

(٦) تاريخ بغداد (٩٧/١٤) .

٩ - **أما علماء المذهب الشافعي الذين عاصرهم القُدُوري فكثيرون ، من بينهم** : أبو حامد الأسفراييني [١] شيخ الشافعية ببغداد (ت ٤٠٦ هـ) ، وأبو الطيب الطبري [٢] الذي عاش فيما بين (٣٤٨هـ - ٤٥٠هـ) . وأبو إسحاق الشيرازي [٣] الذي عاش بين (٣٩٣هـ - ٤٧٦هـ) صاحب المهذب والنكت وغيرهما . ومنهم : القاضي الماوردي [٤] صاحب الأحكام السلطانية والحاوي الكبير . وعبد العزيز بن عبد اللّٰه بن محمد بن عبد العزيز أبو القاسم الداركي الفقيه الشافعي (ت ٣٧٥ هـ) . وأحمد بن علي بن أحمد الهمذاني الفقيه الشافعي المعروف بابن لال (ت ٣٩٨ هـ) . ومحمد بن الطيب القاضي أبو بكر الباقلاني الفقيه الشافعي المتكلم (ت ٤٠٣ هـ) . ويوسف بن أحمد بن كج الفقيه الشافعي (ت ٤٠٥ هـ) . ومحمد بن الحسن بن فُورك أبو بكر الأصبهاني الفقيه الشافعي المتكلم (ت ٤٠٦) . وأبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي الشافعي (ت ٤٥٨ هـ) .

١٠ - **وقد عاصره كذلك من علماء المذهب المالكي** : أبو الوليد الباجي الأندلسي (ت ٤٧٤ هـ) ، وعبد اللّٰه بن أبي زيد القيرواني الفقيه المالكي صاحب الرسالة (ت ٣٨٩ هـ) . ومحمد بن أحمد بن عبد اللّٰه أبو بكر بن خُوَيْز مَنْدَاد الفقيه المالكي (ت ٣٩٠ هـ) . وعبد الوهاب بن علي بن نصر أبو محمد البغدادي الفقيه المالكي (ت ٤٢٢ هـ) .

١١ - **ومن الحنابلة** : أبو يعلي الفراء (ت ٤٥٨ هـ) ، وعبيد اللّٰه بن محمد بن حمدان أبو عبد اللّٰه بن بُطَّة العكبري الفقيه الحنبلي (ت ٣٨٧ هـ) .

١٢ - **ومن الظاهرية** : ابن حزم (ت ٤٥٦ هـ) .

١٣ - **وهناك مجموعة من العلماء الذين عاصروا الإمام القدوري ، منهم** :

إسحاق بن إبراهيم الفارابي العلامة اللغوي صاحب ديوان الأدب (ت ٣٧٠ هـ) . وأحمد بن إبراهيم بن إسماعيل بن العباس الإمام أبو بكر الإسماعيلي صاحب المستخرج (ت ٣٧١ هـ) . وعبد الرحيم بن محمد بن إسماعيل بن نُباتة الخطيب المشهور صاحب ديوان الخطب (ت ٣٧٤ هـ) . وعلي بن عمر بن أحمد أبو الحسن الدارقطني

---

(١) السابق (٣٦٨/٤) وما بعدها وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٢٣ وما بعدها .

(٢) تاريخ بغداد (٣٥٨/٩) وما بعدها ، والأنساب (٤٧/٤) .

(٣) البداية والنهاية (١٢٤/١٢) ، والكامل لابن الأثير (١٠٢/١٠) .

(٤) طبقات الشافعية (١٧/٥) ، وتاريخ بغداد (١٠١/٣) .

صاحب السنن (ت ٣٨٥ هـ) . والحسن بن إبراهيم المعروف بـ : ابن زُولاق المؤرخ المصري (ت ٣٨٧ هـ) . وحَمْد بن محمد بن إبراهيم بن خَطَّاب أبو سليمان الخَطَّابي الإمام الفقيه صاحب معالم السنن (ت ٣٨٨ هـ) . ومحمد بن مكي أبو الهيثم الكشمهيني راوي صحيح البخاري عن الفربري (ت ٣٨٩ هـ) . وأحمد بن فارس بن زكريا المالكي اللغوي صاحب المجمل ومقاييس اللغة (ت ٣٩٥ هـ) . وأحمد بن الحسين بن يحيى أبو الفضل الهمذاني الأديب الملقب ببديع الزمان صاحب المقامات (ت ٣٩٨ هـ) . وأحمد بن محمد بن الحسين أبو نصر الكلاباذي الحافظ (ت ٣٩٨ هـ) . وعلي بن محمد بن العباس أبو حيان التوحيدي (ت ٤٠٠ هـ) . والحسن بن عبد اللَّه ابن سهل أبو هلال العسكري الأديب اللغوي (ت ٤٢٠ هـ) . والحسين بن عبد اللَّه ابن الحسن بن سينا الفيلسوف (ت ٤٢٨ هـ) . ومحمد بن الحسن بن الهيثم أبو علي الفيلسوف (ت ٤٣٠ هـ) . ومحمد بن أحمد أبو الريحان البِيرُوني (ت ٤٣٠ هـ) . ومحمد بن علي بن الطيب أبو الحسين المعتزلي صاحب المعتمد (ت ٤٣٦ هـ) .

ويلاحظ أنه كانت هناك مناظرات عديدة بين الإمام أبي الحسين القدوري الحنفي والإمامين أبي الطيب الطبري وأبي حامد الإسفراييني . وقد كان لأبي حامد مكانة كبيرة عند القدوري لدرجة أنه كان يفضله على الشافعي ، يقول أبو إسحاق الشيرازي : « قال [القدوري] : الشيخ أبو حامد عندي أفقه وأنظر من الشافعي رضي اللَّه تعالى عنهما » (١) .

١٤ - مصنفاته

صنف القدوري عددًا من المؤلفات الفقهية التي اكتسب بها مكانًا عاليًا بين علماء المذهب الحنفي ، أهمها : المختصر المعروف بالكتاب وكذلك كتابه التجريد . وسنخص كلًّا منهما بكلمة توضح أهميته في تاريخ التأليف الفقهي .

أما « المختصر » : فهو كتاب معروف مطبوع ومتداول ، تُرجمت بعض فصوله إلى اللغة

---

(١) وقد رد أبو إسحاق الشيرازي على القدوري قائلاً : « هذا القول من أبي الحسين حمله عليه اعتقاده في الشيخ أبي حامد وتعصبه للحنفية على الشافعي رحمه اللَّه تعالى ، ولا يلتفت إليه ؛ فإن أبا حامد ومن هو أقدم منه وأعلم ، على بُعْدٍ من تلك الطبقة ، وما مَثَل الشافعي ومَثَل مَنْ بعده إلا كما قال الشاعر :

نزلوا بمكة في قبائل نوفلٍ ... ونزلتُ بالبيداء أبعد منزلِ

انظر : طبقات الفقهاء ص١٣٢ . وقد ذكر الإمام تاج الدين السبكي في طبقاته في ترجمة الشيخ أبي الطيب الطبري طرفًا من هذه المناظرات . انظر : طبقات الشافعية الكبرى (٥/٣٦ - ٤٦) .

الألمانية والفرنسية في بدايات القرن التاسع عشر ، وهو المشهور عند الأحناف باسم « الكتاب » كـ « كتاب » سيبويه عند النحاة . يقول ابن خلكان : « وصنف في مذهبه المختصر المشهور وغيره » ويقول عنه طاشْكُبْرِي زاده : « واعلم أن هذا المختصر مما تبرك به العلماء ، حتى جربوا قراءته أوقات الشدائد وأيام الطاعون » . ويقول عنه حاجي خليفة : « وهو متن متين معتبر ، متداول بين الأئمة الأعيان ، وشهرته تغني عن البيان » [1] . ويقول كارل بروكلمان : « وله المختصر المشهور الذي لا يزال يدرس إلى الآن عند الحنفية » .

وقد طبع منه عدة أبواب مستقلةً عن الكتاب ، كالنكاح والجهاد والسير .

وممن شرحه :

- إسماعيل بن الحسين البيهقي (ت ٤٠٢ هـ) في « الكفاية » .
- أبو نصر أحمد بن محمد بن محمد الأقطع تلميذ القدوري (ت ٤٧٤ هـ) .

وقد قام الإمام القاسم بن عبد الله بن قُطْلُوبُغا (ت ٨٧٩ هـ) بشرح غريب أحاديث هذا الشرح في « غريب الأحاديث المذكورة في شرح مختصر القدوري للأقطع » .

- علي بن محمد البزدوي (ت ٤٨٢هـ) .
- جواهر زاده محمد بن الحسين أبو بكر البخاري (ت٤٨٢هـ) في « شرح مشكلات القدوري » .
- عبد الرب بن منصور الغزنوي (ت ٥٠٠ هـ) في « ملتمس الإخوان » .
- جمال الدين أبي سعيد المطهر بن الحسن بن سعيد بن علي بن بندار اليزدي (ت ٥٩١ هـ) في « اللباب » .
- علي بن أحمد بن مكي الرازي (ت ٥٩٨ هـ) في « خلاصة الدلائل في تنقيح المسائل » ، وعلى هذا الشرح ثلاث تعاليق لابن صبيح أحمد بن عثمان التركماني (ت ٧٤٤ هـ) ، الأولى : في حل مشكلاته ، والثانية : فيما أهمله من المسائل ، والثالثة : في أحاديثه والكلام عليها .
- محمد بن إبراهيم الرازي النوري (ت ٦١٥ هـ) .
- أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الكريم الموصلي (ت ٦٢٨ هـ) ، ولم يتمه .
- محمد بن رسول الموقاني (ت ٦٤٤ هـ) في « البيان » .

---

(١) انظر : كشف الظنون (١٦٣١/٢) .

● ونجم الدين مختار بن محمود الزاهدي (ت ٦٥٨ هـ) في « المجتبى » .

● وحميد الدين علي بن محمد بن علي الضرير الراشي البخاري (ت ٦٦٧هـ) في « الفوائد البدرية » .

● إبراهيم بن عبد الرزاق بن خلف الرسعني المعروف بابن المحدث (ت ٦٩٥ هـ) ، ولم يتمه .

● أبو بكر بن علي الحداد العبادي (ت ٨٨٠ هـ) في « السراج الوهاج الموضوع لكل طالب ومحتاج » ، واخْتَصَر هذا الشرح في « الجوهرة النيرة » وهو مطبوع ، وجرد « السراج الوهاج » الشيخ أحمد بن محمد بن إقبال وسماه « البحر الزاخر » .

● يوسف بن عمر بن يوسف الصوفي الكادوزي (ت حدود ٨٠٠ هـ) في « جامع المضمرات والمشكلات » .

● رشيد الدين أبو عبد الله محمد بن رمضان الرومي الشبلي (ت حدود ٧٢٣ هـ) في « الينابيع في معرفة الأصول والتفاريع » .

● محمد شاه بن محمد المعروف بابن الحاج حسن (ت ٩٣٩ هـ) .

● يوسف بن محمد الزاغواني (ت حدود ١١٤٤ هـ) في « المتن » .

● عبد الغني الميداني (صنفه ١٢٦٨ هـ) .

● المولى محمد شاه ابن المولى محمد ابن الحاج حسن من علماء الدولة العثمانية .

● القاسم بن عبد الله بن قُطْلُوبُغا (ت ٨٧٩ هـ) في « الترجيح والتصحيح » .

وممن نظمه :

● أبو المظفر محمد بن أسعد المعروف بابن الحكيم (ت ٥٦٧ هـ) .

● أبو بكر بن على سراج الدين العاملي (ت ٧٦٩ هـ) .

● حافظ الدين محمد بن محمد الكردري المعروف بابن الرازى (ت ٨٢٧ هـ) .

وقد قام أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني (ت٥٩٣هـ) بالجمع بين الجامع الصغير لمحمد بن الحسن ومختصر القدوري في مختصره المشهور : « بداية المبتدي في الفروع » .

وقد قام الإمام مظفر الدين أحمد بن علي بن ثعلب المعروف بابن الساعاتي البغدادي (ت ٦٩٤ هـ) بجمع مسائل القدوري مع غيرها في مختصر بديع هو « مجمع البحرين وملتقى النهرين » ، وقد شُرح هذا المختصر بشروح كثيرة .

- شرح مختصر الكرخي . في عدة مجلدات [١] .

- التقريب (الأول) . في خلاف أبي حنيفة وأصحابه مجردًا عن الأدلة ، في مجلد .

- التقريب (الثاني) . في خلاف أبي حنيفة وأصحابه مع ذكر أدلة كل فريق ، في عدة مجلدات .

- مسائل الخلاف بين الحنفيين . ذكره ابن أبي الوفاء القرشي والخوانساري ، ولعله هو السابق .

- جزء في الحديث .

- أدب القاضي على مذهب أبي حنيفة .

- مختصر جمعه لابنه . ذكره ابن أبي الوفاء القرشي والخوانساري .

١٥ - أقوال العلماء فيه : أجمع كل من ترجموه على أنه كان فقيهًا ماهرًا ذكيًا ، له اشتغال بالحديث ، وصارت إلية رئاسة الأحناف في بغداد ، وأنه كان سنيًّا صالحاً .

يقول عنه الخطيب البغدادي تلميذه - وعنه نقل كل من ترجموه - : « كتبتُ عنه وكان صدوقًا ، وكان ممن أنجب في الفقه لذكائه ، وانتهت إليه بالعراق رئاسة أصحاب أبي حنيفة ، وعَظُم عندهم قَدْره ، وارتفع جاهه » [٢] .

١٦ - مكانته بين فقهاء المذهب : قسم ابن كمال باشا (ت٩٤٠هـ) فقهاء الأحناف إلى ست طبقات ، هي :

- طبقة المجتهدين في الشرع : كالأئمة الأربعة .

- طبقة المجتهدين في المذهب : كأبي يوسف ، ومحمد .

- طبقة المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب : كالخصاف ، وأبي جعفر الطحاوي ، وأبي الحسن الكرخي ، وشمس الأئمة الحلواني ، وشمس الأئمة السرخسي ، وفخر الإسلام البزدوي ، وفخر الإسلام قاضيخان .

---

(١) وقد شرح هذا المختصر أيضًا الإمام أبو بكر أحمد بن علي المعروف بالجصاص (ت٣٧٠هـ) . انظر : كشف الظنون (١٦٣٥/٢) .

(٢) وقال ابن تغري بردي الحنفي بعد أن أورد ثناء الخطيب هذا على القدوري الحنفي : « قلت : والفضل ما شهدت به الأعداء ، ولولا أن شأن هذا الرجل كان قد تجاوز الحد في العلم والزهد ما سلم من لسان الخطيب ، بل مدحه مع عظم تعصبه على السادة الحنفية وغيرهم ، فإن عادته ثَلْم أعراض العلماء والزهاد بالأقوال الواهية والروايات المنقطعة ، حتى أشحن تاريخه من هذه القبائح » .

– طبقة أصحاب التخريج من المقلدين : كالرازي .

– طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين : كأبي الحسين القدوري ، وصاحب العناية . وشأنهم تفضيل بعض الروايات على بعضٍ آخر بقولهم : هذا أدنى ، وهذا أصح روايةً ، وهذا أوضح ، وهذا أوفق للقياس ، وهذا أرفق للناس .

– طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين القولين : الأقوى والقوي والضعيف ، وظاهر الرواية وظاهر المذهب .

– طبقة المقلدين الذين لا يفرقون بين الغث والسمين ولا يميزون الشمال عن اليمين [١] .

فالقدوري عند الأحناف في الطبقة الخامسة من فقهاء المذهب أصحاب الترجيح من المقلدين .

١٧ – أوضاع عصره السياسية والاجتماعية والعلمية : عاش الإمام القدوري في النصف الثاني من القرن الرابع الهجري والنصف الأول من القرن الخامس . وفي تلك الفترة كانت الخلافة العباسية هي القائمة ، وعاصمتها مدينة بغداد . ويقسم كثير من المؤرخين فترة حكم الخلافة العباسية إلى عصرين متباينين :

أ – العصر العباسي الأول (١٣٢هـ – ٢٣٢هـ) : وتميز هذا العصر بقوة الخلفاء وسيطرتهم على مقاليد الحكم وجميع شئون الدولة ، فظلت الدولة الإسلامية – كسابق عهدها – محكومة بالقوة المركزية المتمثلة في شخص « الخليفة » . ويبدأ هذا العصر بالخليفة السفاح أبي العباس عبد اللّٰه بن محمد ، وتنتهي بالخليفة الواثق أبي جعفر هارون ابن المعتصم .

ب – العصر العباسي الثاني (٢٣٢ – ٦٥٦هـ) : وتميز هذا العصر بالضعف ، وتَدَخُّل أفراد بيت الخليفة في شئون الحكم خاصة الأمهات والزوجات ، واتصف معظم خلفاء هذا العصر بعدم القدرة على السيطرة على مقاليد الأمور ، أضف إلى ذلك سيطرة الجنود الأقوياء على الخلافة وشئون الدولة بداية من البويهيين انتهاء بالسلاجقة . كل ذلك أدّى إلى ضعف سلطة الخليفة في بغداد في أغلب الأحيان ، بل وصل الأمر إلى عزله عن الحكم أو سمل عينيه أو قتله . ويبدأ هذا العصر بالخليفة المتوكل أبي الفضل جعفر بن المعتصم ، وينتهي بمقتل الخليفة المستعصم أبي أحمد عبد اللّٰه بن المستنصر باللّٰه على يد التتار .

---

(١) انظر : رسالته : طبقات المجتهدين .

وبناءً على ما سبق فقد وُجِدت ظاهرتان خطيرتان لم يكن يعرفهما العالم الإسلامي من قبل :

الأولى : نشوء دويلات صغيرة مستقلة عن الخلافة المركزية في بغِداد وإن كانت تابعة لها اسمًا ، مثل : الدولة الطولونية (٢٥٤ - ٢٩٢هـ) والدولة الإخشيدية (٣٢٣ - ٣٥٨هـ) والدولة الفاطمية (٣٢٢ - ٥٦٧هـ) والدولة الأيوبية (٥٦٧ - ٦٤٨هـ) في مصر ، والدولة الحمدانية (٣١٧ - ٣٩٤هـ) في الموصل وحلب ، والدولة الأموية (١٣٨ - ٤٢٢هـ) في الأندلس ، والدولة الرستمية (١٦٢ - ٢٩٧هـ) والدولة الأغلبية (١٩٦ - ٢٩٦هـ) في تونس ، والدولة الإدريسية (١٧٢ - ٣١٢هـ) والدولة المُرَابطية (٤٤٨ - ٥٤١هـ) والدولة الموحدية (٥٢٤ - ٦٦٧هـ) في المغرب ، والدولة الصفارية (٢٥٤ - ٢٩٨هـ) في خراسان ، والدولة السامانية (٢٠٤ - ٣٩٥هـ) في إيران ، والدولة الغزنوية (٣٥١ - ٥٨٢هـ) في أفغانستان وما وراء النهر .

والظاهرة الثانية : تَلَقُّب بعض حكام هذه الدول بلقب « الخليفة » كما فعل الأمويون في الأندلس ؛ لأنهم كانوا يرون أنفسهم أحق بالخلافة من بني العباس الذين اغتصبوا منهم الخلافة . وكما فعل الفاطميون في مصر ، لأنهم كانوا يرون أن البيت العلوي أحق بالخلافة من البيتين العباسي والأموي ، لذلك كانوا ينسبون كذبًا أنفسهم إلى البيت العلوي والسيدة فاطمة الزهراء بنت رسول اللَّه ﷺ فصار في العالم الإسلامي في بعض الفترات ثلاثة خلفاء لا واحد .

فإذا جئنا إلى القدوري ؛ فسنجد أنه عاش في العصر العباسي الثاني ، حيث ضعف الخليفة عن السيطرة على الحكم ، وسيطرة البويهيين الشيعة على مقاليد الأمور بصفتهم في منصب « أمير الأمراء » .

وقد ولد القدوري أيام الخليفة المطيع للَّه أبي القاسم الفضل بن المقتدر (حكمه ٣٣٤ - ٣٦٣هـ) . وعاصر القدوري ثلاثة خلفاء هم : الطائع للَّه أبي الفضل عبد الكريم بن المطيع (حكمه ٣٦٣ - ٣٨١هـ) ، ثم القادر باللَّه أبي العباس أحمد بن إسحاق بن المقتدر (حكمه ٣٨١ - ٤٢٢هـ) ، ثم القائم بأمر اللَّه أبي جعفر عبد اللَّه بن القادر (حكمه ٤٢٢ - ٤٦٧هـ) .

وعاصر أيضًا سبعة من أمراء البويهيين هم : عضد الدولة فَنَّاخسرو بن الحسن بن بُوَيْه (حكمه ٣٣٨ - ٣٧٢هـ) ، ثم شرف الدولة أبو الفوارس بن فناخسرو (حكمه ٣٧٢ - ٣٧٩هـ) ، ثم صمصام الدولة أبو كاليجار المرزبان بن فناخسرو (حكمه ٣٧٩ - ٣٨٨هـ) ، ثم بهاء الدولة أبو نصر فيروز بن فناخسرو (حكمه ٣٨٨ - ٤٠٣هـ) ، ثم

سلطان الدولة أبو شجاع بن فيروز (حكمه ٤٠٣ - ٤١٢هـ) ، ثم مُشَرِّف الدولة أبو علي ابن فيروز (حكمه ٤١٢ - ٤١٦هـ) ، ثم جلال الدولة (حكمه ٤١٦ - ٤٣٥هـ) .

وبالنسبة للخلفاء ، فقد كان الطائع : كريمًا ذا هيبة ، لكنه عاش طوال خلافته معتقلاً فقيرًا ذليلاً بسبب البويهيين إلى أن توفي سنة (٣٩٣هـ) . وأما القادر : فقد كان زاهدًا عابدًا ولا يدخر شيئًا ، يصحب العلماء مكرمًا للحديث وأهله ، ملأ الدنيا بالعدل والأمان . وأما القائم : فقد كان آمرًا بالمعروف ناهيًا عن المنكر ، أحسن إلى الرعية وجلس للناس بنفسه ، وجعل العلماء يرفعون إليه قصص الناس .

وبالنسبة للبويهيين : فقد كان عضد الدولة محبًا للعلم مقربًا لأهله ، فشجع العلم والأدب ، وكان حسن السياسة ، إلا أنه كان سَفَّاكًا للدماء معروفًا بالغدر . وأما صمصام الدولة ، فلم يدم طويلاً ؛ لأن أخاه شرف الدولة قام عليه وعزله . وبعد شرف الدولة تولى أخوه بهاء الدولة ، الذي قام بخلع الخليفة الطائع وتولية القادر ، وقد كان بهاء الدولة ظالـمًا غشومًا سفاكًا للدماء ، مع جمعه للمال بما لم يجمعه أحد سواه من البويهيين ، ولم يكن من البويهيين أقبح سيرة منه . أما سلطان الدولة فلم يدم طويلاً أيضًا ؛ لأن أخاه مشرف الدولة نازعه وأخرجه من بغداد بعد حروب دامية ومصالحات . وجاء بعد مشرف الدولة أخوه جلال الدولة الذي عرف بسوء التدبير والضعف ، ومنذ عهده صار منصب أمير الأمراء منصبًا تشريفيًا ، وبدأ نفوذ البويهيين في الزوال ، إلى أن قضى عليهم السلاجقة الأتراك السنيون ، وذلك عندما دخل طُغْرُل بِك السلجوقي مدينة بغداد .

وكانت العلاقة بين الخلفاء العباسيين والبويهيين علاقة العداء ، لكون الأولين سنةً والآخرين شيعةً زيدية معتزلة . وقد عمل البويهيون على زيادة النفوذ الشيعي في بلاد الإسلام ، وساندوا معتقداتهم ، فلعنوا الخلفاء الراشدين على المنابر ، وأقاموا المآتم في عاشوراء . وقد أدى ذلك إلى كثير من المصادمات الدامية بين السنة والشيعة .

ولكن كل ذلك لم يؤثر على الحالة العلمية في البلاد ، بسبب تشجيع الخلفاء والأمراء ووجهاء المجتمع الأدباء والعلماء في كافة العلوم الإسلامية (شرعية وغير شرعية) .

وبالنسبة لحالة الفقه في هذه الحقبة التاريخية : فقد وصل الفقه - كما يقول محمد ابن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي - إلى طور الشيخوخة ، وتفشت ظاهرة التقليد بين الفقهاء ، بل أصبح التقليد هو القاعدة ، وصار الاجتهاد نادرة من نوادر الدهر [1] .

---

(١) قسم الحجوي تاريخ الفقه الإسلامي إلى أربعة أطوار ، وهي : =

وذلك أن الفقه وصل إلى منتهى قوته في القرون الأربعة السابقة ، ثُمَّ نضجه حتى احترق وذهبت عينه ، ولم يبق منه إلا مَرَقه في القرن الخامس وما بعده ، إلى أن صار أثرًا بعد عين ، وذلك لقصور الهمم عن الاجتهاد إلى الاقتصار على الترجيح في الأقوال المذهبية والاختيار منها . يقول الفقيه المالكي سعيد بن الحداد (ت٣٣٠) - عائبًا على أهل عصره - : « إن الذي أدخل كثيرًا من الناس في التقليد نقص العقول ودناءة الهمم » . وفي هذه الفترة وما بعدها اقتصر الفقهاء على النقل عمن تقدمهم ، وانصرفت همتهم إلى شرح كتب المتقدمين وتفهمها ثم اختصارها ثم شرح هذه المختصرات والتحشية على هذه الشروح والتقرير عليها (١) .

ومن أهم الحوادث التاريخية التي عاصرها القدوري ما يلي :

* تأسيس الدولة الزيرية (بني زيري) مكان الفاطمية في المغرب الأوسط (تونس) سنة (٣٦٢هـ) .

* الحرب بين الفاطميين والقرامطة سنة (٣٦٣هـ) .

* البويهيون يعزلون الخليفة العباسي المطيع للَّه سنة (٣٦٣هـ) .

* البيزنطيون يزحفون على العراق وفلسطين سنة (٣٦٤هـ) .

* حكم الطائع للَّه سنة (٣٦٤هـ) .

* دخول أهالي النوبة شمال السودان الإسلامَ سنة (٣٦٥هـ) .

* طرد المسلمين من سويسرا وجبال الألب وفرنسا وساحل بروفانس سنة (٣٦٥هـ) .

* العزيز باللَّه يتولى الخلافة الفاطمية سنة (٣٦٥هـ) .

* سبكتكين أبو منصور الغزنوي مؤسس دولة الغزنويين يوالي انتصاراته في الهند سنة (٣٦٦هـ) .

* شرق إفريقيا (الحبشة وأريتريا) يفتحها المسلمون ، ويدخل أهلها في الدين الحنيف

= ١ - طور الطفولة أو طور النشأة : ويبدأ من بعثة النبي ﷺ ، وينتهي بوفاته ﷺ .

٢ - طور الشباب أو طور الاجتهاد : ويبدأ من بداية عصر الخلفاء الراشدين ، وينتهي بنهاية القرن الثاني الهجري .

٣ - طور الكهولة : ويبدأ من بداية القرن الثالث ، وينتهي بنهاية القرن الرابع .

٤ - طور الشيخوخة : ويبدأ من بداية القرن الخامس ، حتى وقتنا الحاضر .

انظر : الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي .

(١) انظر : الفكر السامي (١٦٢/٢) .

سنة (٣٧٠هـ) .

* المنصور ينتصر على الإسبان في موقعة سيمانكس سنة (٣٧١هـ) .

* وفاة عضد الدولة وكتم وفاته سنة (٣٧٢هـ) .

* ظهور رسائل إخوان الصفا سنة (٣٧٣هـ) .

* عقد اتفاق للتصالح بين الفاطميين والبيزنطيين سنة (٣٧٧هـ) .

* تجديد البيعة بين الطائع وشرف الدولة سنة (٣٧٧هـ) .

* شرف الدولة البويهي يبني في دار السلطنة ببغداد مرصدًا لرصد الكواكب السبعة سنة (٣٧٨هـ) .

* نشوب فتنة أثارها أبو الحسن بن المعلم رئيس الشيعة ببغداد سنة (٣٧٩هـ) .

* تفاقم خطر العيَّارين في بغداد ، وقيام فتنة بينهم وبين أهلها سنة (٣٨٠هـ) .

* وفاة جوهر الصقلي سنة (٣٨١هـ) .

* خلع الخليفة العباسي الطائع للَّه واستخلاف القادر باللَّه سنة (٣٨١هـ) .

* أبو نصر سابور بن أردشير يبني في بغداد دارًا للعلم سنة (٣٨٣هـ) .

* الأسطول الفاطمي يغزو السواحل البيزنطية سنة (٣٨٦هـ) .

* الحاكم بأمر اللَّه يتولى الخلافة الفاطمية سنة (٣٨٦هـ) .

* الشيعة في بغداد يحتفلون بيوم الغدير وحصول فتنة مع أهل السنة سنة (٣٨٩هـ) .

* قيام الدولة الغزنوية وزوال السامانية سنة (٣٨٩هـ) .

* ظهور عالم البصريات الحسن بن الهيثم سنة (٣٩١هـ) .

* فتنة بين الأتراك ومعهم أهل السنة وبين أهل الكرخ الشيعة سنة (٣٩١هـ) .

* البنجاب بالهند يفتحها محمود الغزنوي ويضمها إلى ملكه بعد سبعة عشر هجومًا سنة (٣٩١هـ) .

* مبايعة القادر باللَّه لولده بالعهد سنة (٣٩١هـ) .

* غزو المسلمين بيرة ثم سايرنو في إيطاليا ، وتمكن النصارى بعد ذلك من فك الحصار سنة (٣٩٢هـ) .

* وفاة الطائع للَّه سنة (٣٩٣هـ) .

* نهاية الدولة الصفارية سنة (٣٩٣هـ) .

* نهاية الدولة الحمدانية في الموصل وحلب سنة (٣٩٣هـ) .

* الفاطميون ينشئون دار الحكمة بمصر سنة (٣٩٥هـ) .

* تأسيس دولة بني حماد بالمغرب الأوسط سنة (٣٩٥هـ) .

* ظهور مذهب الدروز نسبة إلى محمد بن إسماعيل الدرزي وانتشاره في الشام ولبنان سنة (٣٩٦هـ) .

* غلاء ومجاعة في العراق وشغب بين الجند وفتن سنة (٣٩٧هـ) .

* فتنة في بغداد بين السنة والشيعة سنة (٣٩٨هـ) .

* غلاء ووباء في مصر بسبب انخفاض ماء النيل ثلاث سنوات سنة (٣٩٨هـ) .

* محمود بن سبكتكين يقضي على الدولة الإسماعيلية سنة (٣٩٨هـ) .

* الحاكم بأمر اللَّه يهدم الكنائس والبِيَع ، ثم يعود فيسمح ببنائها مرة أخرى سنة (٣٩٨هـ) .

* الفاطميون يستولون على حلب ، ويُنْهُون حكم الدولة الحمدانية سنة (٣٩٩هـ) .

* سقوط الدولة العامرية بالأندلس سنة (٣٩٩هـ) .

* الخليفة العباسي القادر باللَّه يطعن في نسب العبيديين الفاطميين سنة (٤٠٢هـ) .

* وفاة بهاء الدولة بن بويه وقيام ولده سلطان الدولة بعده سنة (٤٠٣هـ) .

* وفاة أبي القاسم الزهراوي الطبيب العربي سنة (٤٠٣هـ) .

* قيام دول الطوائف بالأندلس وتقسيم بلاد الأندلس إلى إقطاعيات سنة (٤٠٤هـ) .

* فتح كشمير ودخول الإسلام إليها سنة (٤٠٧هـ) .

* فتح محمود بن سبكتكين خوارزم سنة (٤٠٧هـ) .

* قيام فتنة بين السنة والشيعة سنة (٤٠٧هـ) .

* الخليفة القادر باللَّه يصدر منشورًا يعلن فيه تكفير من قال : إن القرآن مخلوق ، ويستتيب فقهاء المعتزلة ، فيظهرون الرجوع عن مذهبهم سنة (٤٠٩هـ) .

* غلاء مفرط في العراق حتى أكل الناس الكلاب والحمير سنة (٤١١هـ) .

* اغتيال الخليفة الفاطمي الحاكم بأمر اللَّه ، واختفاء جثته سنة (٤١١هـ) .

* باطني يطعن الحجر الأسود برمح ثلاث ضربات سنة (٤١٣هـ) .
* وفاة ابن النعمان شيخ الرافضة سنة (٤١٣هـ) .
* وفاة شرف الدولة بن بويه ونهب بغداد سنة (٤١٦هـ) .
* كسر صنم الهند الأعظم (سومنات) على يد ابن سبكتكين سنة (٤١٨هـ) .
* زلزال شديد في دمشق سنة (٤٢٠هـ) .
* وفاة المجاهد الكبير محمود بن سبكتكين ، وعهد الأمر بعده إلى ولده مسعود سنة (٤٢١هـ) .
* فتح رودس على يد الفاطميين سنة (٤٢٢هـ) .
* وفاة الخليفة العباسي القادر باللّه سنة (٤٢٢هـ) .
* طاعون جارف امتد من الهند إلى بلاد العجم والعراق سنة (٤٢٣هـ) .
* زلزال في مصر والشام سنة (٤٢٥هـ) .
* السلاجقة يعلنون ولاءهم للخليفة العباسي سنة (٤٢٦هـ) .
* وفاة الخليفة الفاطمي الظاهر لدين اللّه سنة (٤٢٧هـ) [١] .

التعريف بكتاب التجريد وتوثيق نسبة الكتاب إلى المؤلف

١٨ - كل من ترجم للقدوري ذكر التجريد ضمن كتبه ، مما يقطع بصحة نسبة الكتاب إلى القدوري .

يقول ابن تغري بردي : « وأملى التجريد في الخلافيات ، أملاه في سنة ٤٠٥هـ ، وأبان فيه عن حفظه لما عند الدارقطني من أحاديث الأحكام وعللها » .

ويقول طاشْكُبْرِي زاده : « وصنف التجريد في سبعة أسفار ، يشتمل على الخلاف بين الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه ، شرع في إملائه سنة ٤٠٥هـ » .

ويقول اللكنوي : « وكتاب التجريد مشتمل على الخلاف بين أبي حنيفة والشافعي مجردًا عن الدلائل » [٢] .

---

(١) انظر : الإشارة لمغلطاي ، ومعجم الأنساب والأسرات الحاكمة للمستشرق النمساوي زامباور ، وغيرها من المصادر التاريخية التي تناولت هذه الحقبة .

(٢) قوله : « مجردًا عن الدلائل » . غير دقيق ، فكل من طالع كتاب التجريد يجد القدوري يورد أدلة الأحناف ، ثم أدلة الشافعية ، ثم يناصر أدلة الأحناف ويرد على أدلة الشافعية .

ويقول حاجي خليفة : « أفرد فيه ما خالف فيه الشافعي من المسائل بإيجاز الألفاظ ، وأورده بالترجيح ليشترك المبتدئ والمتوسط في فهمه » [١] .

ويقول سركيس عن التجريد : « يدافع فيه عن وجهة نظر أبي حنيفة في الفقه ، ويرد على الشافعي » .

منهج المؤلف في عرض المادة العلمية للكتاب

١٩ - كان للقدوري منهج محدد واضح المعالم سار عليه طوال الكتاب لعرض مادته العلمية ، ولم يَحِدْ عن هذا المنهج في الكثير الأغلب من مسائل الكتاب . **ويمكن إجمال ملامح هذا المنهج في النقاط التالية** :

أ - البدء بذكر رأي الأحناف في المسألة ، إما من خلال قول الإمام أبي حنيفة صاحب المذهب بقوله : « قال أبو حنيفة ... » . وإما من خلال عرض قول الصاحبين أبي يوسف ومحمد بن الحسن بقوله : « قال أبو يوسف ومحمد ... » . وإما من خلال عرض رأي المذهب دون عزوٍ لأحد بقوله : « قال أصحابنا ... » .

ب - ثم يُتْبِع ذلك بذكر رأي الشافعية في المسألة ، إما من خلال قول الإمام الشافعي صاحب المذهب بقوله : « وقال الشافعي ... » . وإما من خلال أقوال المزني والمروزي والإصطخري ... الخ . وإما من خلال عرض رأي المذهب دون عزوٍ لأحد بقوله : « وقال أصحاب الشافعي ... » .

ج - بعد ذلك يبدأ بعرض أدلة الأحناف في المسألة بقوله : « لنا » .

د - ثم يعرض أدلة الشافعية دليلاً دليلاً ويرد عليها ، فيقوم بعرض كل دليل على حدة بقوله : « قالوا » ، أو : « احتجوا بـ » . ويرد على هذا الدليل وحده بقوله : « قلنا » . ويسترسل في إيراد مناقشات الشافعية عليه ودفاعهم عن دليلهم بقوله : « فإن قالوا » . ويعرض ردهم على اعتراضه على دليلهم ، ثم يرد على هذا الرد بقوله : « قلنا » . فإذا انتهى من القضاء المبرم على هذا الدليل ، انتقل إلى دليل آخر للشافعية وفعل نفس الفعل .

هـ - وهو في أثناء عرضه أدلة الشافعية يعرض أيضًا أدلة أخرى للأحناف بقوله : « قلنا » . ثم يعرض اعتراضات الشافعية على دليل الأحناف كلَّ اعتراض على حدة بقوله : « قالوا » ، أو : « فإن قيل » ، أو : « فإن قالوا » . ثم يقوم بالرد على هذه

---

(١) انظر : كشف الظنون (٣٤٦/١) .

الاعتراضات اعتراضًا اعتراضًا .

أسلوب الكتاب

يلاحظ على أسلوب القدوري ملاحظتان تسترعيان الانتباه ، وهما :

أ - سهولة وبساطة أسلوب الكتاب . فلم يعمد القدوري إلى الألفاظ الصعبة والتراكيب المعقدة .

ب - استخدام الجدال والمحاورة في عرض المادة العلمية للكتاب . فأنت راءٍ القدوريَّ في كتابه يناقش الشافعية ويتكلم معهم ويتكلمون معه ويعترض كل منهم على الآخر ، ولم يعرض الكتاب في صور مادة مقررة بقوله : « قال الأحناف ، وقال الشافعية ، وأدلة الأحناف هي ، وأدلة الشافعية هي ، وردود الأحناف على الشافعية كذا ، وردود الشافعية كذا . . . إلخ » . ولكنه استخدم أسلوب الجدال والمحاورة ، مما جعلنا نُحِسُّ بمتعة عقلية أثناء قراءة الكتاب ، ونحس بأننا جالسون أمام فريقين من العلماء : فريق من الأحناف ، وفريق من الشافعية ، يناظر كل منهم الآخر .

الجهود العلمية التي بذلت حول التجريد

٢١ - تكملة التجريد : لأبي بكر عبد الرحمن بن محمد السرخسي تلميذ القدوري (ت٤٣٦هـ) . يقول حاجي خليفة : « ثم كتب أبو بكر عبد الرحمن بن محمد السرخسي المتوفى سنة ٤٣٦ تكلمة التجريد » [١] .

التفريد . لجمال الدين محمود بن أحمد القُونَوِي (ت٧٧٠هـ) . وهو مختصر للتجريد ، يقول حاجي خليفة : « ولجمال الدين محمود بن أحمد القُونَوِي الحنفي المتوفى سنة ٧٧٠ مختصره المسمى بـ : التفريد » [٢] .

أهمية الكتاب

٢٢ - بعد عملنا في تحقيق الكتاب استطعنا أن نضع أيدينا على عدة نقاط مهمة تُبْرِز لنا أهمية الكتاب ، وهذه النقاط هي :

أ - يعد كتاب التجريد أكبر موسوعة إسلامية في الفقه المقارن بين مذهبين عامة ، وبين الأحناف الشافعية خاصة .

---

(١) انظر : كشف الظنون (٣٤٦/١) .

(٢) انظر : كشف الظنون (٤٢٧/٣٤٦/١) .

ب - يعد التجريد أول كتاب فقهي يعطينا صورة حقيقية متكاملة عن علم الفقه المقارن (علم الخلاف/الخلافيات) لدى المسلمين في هذه الفترة المبكرة من تاريخهم .

ج - يعتبر كتاب التجريد موسوعة فقهية جمعت أدلة الأحناف ونافحت عنها أيما منافحة . وإن شئتَ أن تقول : إنه موسوعة فقهية جمعت أدلة الشافعية أيضًا ، فَقُلْ .

د - اشتمل التجريد على نصوص فقهية للأحناف والشافعية غير موجودة الآن فيما بين أيدينا من كتب للمذهبين على الرغم من كثرتها (١) .

هـ - يعبر التجريد بصورة صادقة عن روح التسامح والنقاش العلمي الهادئ بين جميع المذاهب الفقهية التي تميز بها فقهاء المسلمين ، وذلك مما تراه في ترحُّم القدوري على الشافعي وأصحابه ، وعدم استخدام ألفاظ عنيفة في الرد عليهم ، وعدم استخدام لغة التهكم أثناء عرض أدلتهم .

و - يَرُدُّ كتاب التجريد على ادعاءات المعترضين على مذهب الأحناف بأنه مذهب يعتمد على الرأي أكثر من اعتماده على النصوص الشرعية بل يرد السنة بالرأي . فأنت إذا اطلعت على التجريد ونظرت في أدلة الأحناف واعتراضاتهم على أدلة الشافعية ، وجدتها أدلة في منتهى القوة وتحار في الرد عليها ، مما يثبت لنا أن الأحناف مثلهم مثل كل فقهاء الأمة يعظِّمون القرآن والسنة ويعتبرونهما المصدر الأساسي في الشريعة الإسلامية .

ز - يعبر التجريد بشكل واضح عن الصورة النهائية التي وصل إليها الفكر الفقهي للإمام القدوري ؛ لأنه ألفه - كما قلنا - سنة (٤٠٥هـ) وكان عمره إذ ذاك (٤٢ سنة) . وهذا يفسر لنا السر في الهدوء والرصانة التي امتاز بها أسلوب القدوري في التجريد .

مقارنة بين التجريد وغيره

٢٣ - كان لا بد لنا من المقارنة بين كتاب التجريد وغيره من الكتب التي تناولت نفس الموضوع (الخلاف بين الأحناف والشافعية) ، وذلك لتظهر لنا أهمية كتاب التجريد وما تميز به عن سواه . **وقد اخترنا كتابين لذلك وهما :**

الخلافيات ، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي الشافعي (٣٨٤ - ٤٥٨هـ) (٢) .

رءوس المسائل ، لأبي القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري المعتزلي الحنفي

---

(١) انظر على سبيل المثال مسألة : العلة في تحريم الخمر .

(٢) طبع بتحقيق : مشهور بن حسن آل سلمان . دار الصيميعي . الطبعة الأولى . ١٤١٤هـ/١٩٩٤م .

(٤٦٧ - ٥٣٨ هـ) [1] .

واختيارنا لهذين الكتابين لسببين ، الأول : قرب الفترة التاريخية لعصر المؤلفين من القدوري ، فالأول كان معاصرًا له ، والثاني كان بعد عصره بقليل .

والسبب الثاني : أن أحدهما حنفي مثل القدوري ، والآخر شافعي .

بين التجريد والخلافيات : منهج البيهقي في عرض المسألة ؛ كان يبدأ بذكر رأي الشافعي ، ثم يذكر رأي الأحناف بقوله : « وربما استدلوا » ، أو : « وربما يستدلون » ، أو : « وربما استدل أصحابهم » . ثم يذكر أدلة الأحناف دليلاً دليلاً ومعظمها - إن لم تكن كلها - كان من الأحاديث . ثم يقوم بالرد عليها ، مع تتبع الطرق والرواة .

والحقيقة أنك إذا اطلعت على التجريد والخلافيات تجد أن بينهما بونًا شاسعًا ، **ونُجمل أوجه الخلاف بينهما فيما يلي** :

أ - غالب مناقشات وردود البيهقي على الأحناف منصبة على الأحاديث وأسانيدها وطرقها ورواتها ، دون العناية بطرق الجدال الأخرى .

ب - البيهقي أكثر تمكنًا من القدوري في المناقشة الحديثية وتتبع طرق الحديث ورواته والكلام على كلٍّ .

ج - لغة البيهقي حادة وبها بعض العنف ، عكس القدوري الهادئ جدًّا في مناقشته . فأنت واجدٌ البيهقيَّ يعلق على رأي الأحناف قائلاً : « كما زعموا » . ولا تجد هذا أبدًا عند القدوري .

بين التجريد ورءوس المسائل : منهج الزمخشري في عرض المسألة : يذكر أولًا رأي الأحناف ، ثم يذكر رأي الشافعية ، ثم يحرر محل النزاع في المسألة بقوله : « بيانه » ، ثم يذكر دليلاً واحدًا للأحناف بقوله : « لنا » ، أو : « دليلنا » . ثم يذكر أيضًا دليلاً واحدًا للشافعية بقوله : « احتج الشافعي بـ » . دون ذكر أي ترجيح بين الفريقين .

والذي يميز بين التجريد ورءوس المسائل ما يلي :

أ - تحس من الزمخشري أنه يريد ذكر المسائل المختلف فيها بين الأحناف والشافعية مع تحرير محل النزاع في هذه المسائل فقط ، دون ترجيح .

ب - اهتمام الزمخشري بتحرير محل النزاع في المسألة ، وهو ما لا تجده عند

---

(١) طبع بتحقيق : عبد الله نذير أحمد . دار البشائر الإسلامية . الطبعة الأولى . ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م .

القدوري .

ج – عدم الاستيعاب لأدلة الفريقين عند الزمخشري ، عكس القدوري الذي لا يدع دليلاً إلا وأورده .

وإليك مسألة من كتاب « رءوس المسائل » توضح ما قلنا . يقول الزمخشري :

مسألة (١) إزالة النجاسات بالمائعات يجوز عندنا .

وعند الشافعي لا يجوز . مثل : الخل ، وماء الورد ، والدِّبْس ، وغيره ؛ تجوز إزالة النجاسة بهذه الأشياء ، وإن كان لا يجوز به التوضُّؤ .

لنا في ذلك : وهو أن المقصود من إزالة النجاسة الطهارة ، وهذا المعنى يحصل بالمائعات كما يحصل بالماء . بخلاف الوضوء ؛ لأن الوضوء إنما شُرِع لرفع الحدث حكمًا ، فإنه يرفع بالماء المطلق .

احتج الشافعي : بقول اللّه تعالى : ﴿ وَيُنَزِّلُ عَلَيْكُم مِّنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً لِّيُطَهِّرَكُم بِهِۦ ﴾ (١) . فإن اللّه تعالى مَنَّ علينا بإنزال الماء الطاهر ، فلو قلنا : إن غير الماء يقوم مقام الماء ، لبطل معنى الامتنان » .

تاريخ تصنيف الكتاب

٢٤ – ابتدأ الإمام القدوري في إملاء كتاب التجريد سنة (٤٠٥هـ) يوم الأحد ٢٣ من ذي القعدة سنة خمس وأربعمائة هجرية (٢) .

محتويات الكتاب

٢٥ – يقع كتاب التجريد في مجلد ضخم يبدأ بالطهارة وينتهي بأدب القاضي ، وقد جعله بعض المتأخرين في أربعة مجلدات حسب النسخة (١٧١٧) **وهو على النحو التالي :**

المجلد الأول وفيه :

كتب : الطهارة ، الصلاة ، الزكاة ، الصيام ، الاعتكاف (٣) .

---

(١) سورة الأنفال : الآية ١١ .

(٢) التجريد للقدوري ، مخطوط بدار الكتب ١٧١٧ ، ميكروفيلم ٤٢١٥٩ .

(٣) التجريد ١٧١٧ ميكروفيلم ٤٢١٥٩ .

والمجلد الثاني وفيه :

كتب : الحج ، البيوع ، السلم ، مسائل الصرف ، الرهن ، التفليس ، الحجر ، الصلح ، الحوالة ، الضمان ، الشركة ، الوكالة (١) .

المجلد الثالث وفيه :

كتب : الإقرار ، العارية ، الغصب ، الشفعة ، المضاربة ، العبد المأذون في التجارة ، المساقاة ، الإجارة ، إحياء الموات ، الوقف ، الهبة ، اللقطة واللقيط ، الفرائض ، الوصايا ، الوديعة ، قسمة الغنائم ، قسم الصدقات ، النكاح ، الصداق ، مسائل القسم ، الخلع ، الطلاق (٢) .

المجلد الرابع وفيه :

كتب : الرجعة ، الإيلاء ، الظهار ، اللعان ، العدة ، مسائل الرضاع ، النفقات ، الجنايات ، قتال أهل البغي ، مسائل العقيقة ، الأطعمة ، السبق والرمي ، الأيمان ، النذور ، أدب القاضي (٣) .

علم الخلاف

٢٦ - إذا نظرنا إلى الاختلاف من جهة الفطرة ؛ فنجد أن الاختلاف بين الناس في الآراء ووجهات النظر أمر جِبِلِّي ، وذلك لاختلاف المدارك والعقول ، ولاختلاف البيئات والثقافات ، قال تعالى : ﴿ وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ ٱلنَّاسَ أُمَّةً وَٰحِدَةً ۖ وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ ۝١١٨ إِلَّا مَن رَّحِمَ رَبُّكَ ۚ وَلِذَٰلِكَ خَلَقَهُمْ ۗ وَتَمَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ لَأَمْلَأَنَّ جَهَنَّمَ مِنَ ٱلْجِنَّةِ وَٱلنَّاسِ أَجْمَعِينَ ﴾ (٤) .

وأما من جهة الشريعة : فالاختلاف على ضربين : ضرب منهي عنه لا يجوز ، وهو الاختلاف في كتاب الله ، لقوله تعالى : ﴿ وَإِنَّ ٱلَّذِينَ ٱخْتَلَفُوا۟ فِى ٱلْكِتَٰبِ لَفِى شِقَاقٍۭ بَعِيدٍ ﴾ (٥) . ونوع جائز وهو الاختلاف الذي وقع بين المسلمين في الفروع ، وهي الأمور الاجتهادية التي لا نص فيها بصريح الكتاب والسنة المتواترة .

---

(١) التجريد ١٧١٧ ميكروفيلم ٤٢٠٧٦ .
(٢) التجريد ١٧١٧ ميكروفيلم ٤٥١٢٧ .
(٣) التجريد ١٧١٧ ميكروفيلم ٤٢١٩٩ .
(٤) سورة هود : الآية (١١٨) ومن الآية (١١٩) .
(٥) سورة البقرة : من الآية (١٧٦) .

فعلم الخلاف في اللغة : هو من المخالفة ، تقول : خالفت فلانًا وأخالفه مخالفة ، وتخالف القوم واختلفوا إذا ذهب كل واحد منهم إلى غير ما ذهب إليه الآخر (١) .

وفي الاصطلاح : هو علم باحث عن وجوه الاستنباطات المختلفة من الأدلة الإجمالية أو التفصيلية الذاهب إلى كل منها طائفة من العلماء ثم البحث عنها بحسب الإبرام أو النقض لأي وضع أريد من تلك الوجوه (٢) .

نشأة علم الخلاف :

٢٧ - حيث لم يحتج المسلمون في حياة الرسول ﷺ إلى تدوين الفقه والأحكام الشرعية كما هو معروف الآن ، فكانوا حول الرسول ﷺ مجتمعين يأخذون أمور دينهم ودنياهم مشافهة ، أو مشاهدة من الرسول ﷺ مباشرة .

فلم يحتاجوا إلى اجتهاد أو قياس ، وهم على تلك الحال حتى وافته المنية . فبعد رحيله ﷺ وقع الاختلاف بين الصحابة ، ثم تفرقت الصحابة على إثر الفتوحات الإسلامية في شتى بلاد الدنيا ؛ فكثرت الوقائع وتنوعت المسائل ، ولم تكن السنة مدونة ، فعند ذلك توسع الاختلاف بينهم ، ولأن الصحابة لم تكن على درجة واحدة في الصحبة وفي التلقي ، فمن الصحابة من سمع بعض الأحكام ولم يسمعها البعض الآخر ، ومنهم من حضر بعض القضايا ولم يحضرها البعض الآخر ، ومنهم من رأى بعض أفعاله ولم يراه البعض الآخر وهكذا .

أسباب اختلاف العلماء :

٢٨ - ذكر ابن حزم : أن سبب الاختلاف بين العلماء يرجع إلى عشرة وجوه :

- ألا يبلغ العلم بالخبر ، فيفتي بنص آخر بلغه ، كما قال عمر في خبر الاستئذان : حتى على هذا من رسول الله ﷺ إلا في الصفق بالأسواق .

- أن يقع في نفسه أن راوي الخبر لم يحفظ وأنه وهم . كفعل عمر في خبر فاطمة بنت قيس ، وكفعل عائشة في خبر الميت يعذب ببكاء أهله .

- أن يقع في نفسه أنه منسوخ ، كما ظن ابن عمر في آية نكاح الكتابيات .

- أن يُغَلِّب نصًا على نص بأنه أحوط .

---

(١) القاموس المحيط .

(٢) أبجد العلوم (٢٧٨/٢) ، ط منشورات وزارة الثقافة والإرشاد ، دمشق .

- أن يُغَلِّب نصًّا على نص لكثرة العاملين به أو لجلالتهم .
- أن يُغَلِّب نصا لم يصح على نص صحيح ، وهو لا يعلم بفساد الذي غَلَّب .
- أن يخصص عمومًا يظنه .
- أن يأخذ لعموم لم يجب الأخذ به ، ويترك ما يثبت تخصيصه .
- أن يتأول في الخبر غير ظاهره .
- أن يترك نصًّا صحيحًا لقول صاحب بلغه ، فيظن أنه لم يترك ذلك النص إلا لعلم كان عنده [1] .

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية : إن جميع الأعذار في اختلاف العلماء تعود إلى ثلاثة أصناف :

- عدم اعتقاده أن النبي ﷺ قاله .
- عدم اعتقاده إرادة تلك المسألة بذلك القول .
- اعتقاده أن ذلك الحكم منسوخ .

أول من صنف في علم الخلاف :

٢٩ - أول من صنف في علم الخلاف وأرسى قواعده هو عبيد اللَّه بن عمر بن عيسى أبو زيد الدبوسي [2] . حيث ألف كتابه المسمى بتأسيس النظر في اختلاف الأئمة ، وقيل : إن أول من صنف في هذا العلم هو أبو علي حسن بن القاسم الصيري وكتابه يسمى المحرر من النظر ، أو المجرد من النظر [3] .

٣٠ - اشتهر العصر الذي فيه الإمام القدوري (القرن الرابع الهجري) بانتشار التعصب فيه للمذاهب المختلفة سواء بين مذاهب أهل السنة أنفسهم أو بينها وبين المذاهب الأخرى ، ففي مذاهب أهل السنة ترى البعض يفتي بحرمة الانتقال إلى مذهب آخر حتى كان يرى البعض أن في الانتقال من مذهب إلى مذهب انتقال من دين إلى دين ، وبين أهل السنة والشيعة ، نرى الشيعة الذين ظهر مذهبهم واشتد في المغرب ومصر والشام يحاربون مذاهب أهل السنة ويعملون على نشر المذهب الشيعي بالقوة ، وقد وصل بهم

(١) الأحكام في أصول الأحكام (٢٤٨/٢ ، ٢٤٩) .
(٢) أبجد العلوم (٢٧٨/٢) .
(٣) تهذيب الأسماء واللغات ، النووي (٢٦٢/٢) : ط دار الكتب العلمية ، بيروت .

التعصب لمذهبهم إلى معاقبة رجل وجد عنده موطأ الإمام مالك بالقتل [١] .

ويعد كتاب التجريد خير دليل على روح الاختلاف التي كانت شائعة في ذلك العصر ، حيث يقف الإمام القدوري مناظرا بارعًا يدافع عن مذهبه بحجة دافعة وبرهان لا يتطرق إليه الشك ، يقف وراءها روح علمية ثابتة ، تنشد الحق وتبعد عن التعصب الأعمى .

٣١ - وأما التجريد فهو كتاب في إفراد الفروع الفقهية المختلف فيها بين الأحناف والشافعية . ويعني التجريد في الاستعمال اللغوي العام الإفراد والعزل . فمعنى حديث ابن مسعود : « جردوا القرآن » أي أفردوه ، ولا تُقرِنوا به شيئًا من الأحاديث ، حتى لا تختلط به . ويعني تجريد القدوري بهذا عزل المسائل المختلف فيها بين الأحناف والشافعية وإفرادها في كتاب ، للنظر في أدلتها وردها على الشافعية .

٣٢ - ويستوقف النظر تركيز القدوري على الخلاف بين الأحناف والشافعية وحدهم دون تطرق إلى غيرهم من أهل المذاهب الأخرى كالمالكية والحنابلة ، أو الشيعة والظاهرية . ويمكن فهم سبب مداومة فقهاء الأحناف الرد على الشافعية دون غيرهم على أساس أن المذهب الشافعي هو الذي تمت صياغة نظريته الأصولية الدقيقة الإحكام قبل أن يبدأ تطوره في الفروع ، وذلك بالتناقض مع عدد من الأصول التي بنى عليها الأحناف فقههم ، كما هو الحال في قاعدة الاستحسان وإجماع أهل الكوفة وسنتهم . ولعل تجاور أتباع المذهبين في بيئة جغرافية واحدة مما أضاف إلى حدة المنافسة وكثرة المؤلفات التي دَبَّجتها أقلام الأحناف في الدفاع عن مذهبهم ، ورد وجهة خصومهم . ويلزم القول بأن المالكية والحنابلة والظاهرية وغيرهم لم يكونوا بعيدين عن هذه المنافسة ؛ إذ تزخر المكتبة الفقهية في المذاهب المختلفة بالمؤلفات في الخلاف بين المذاهب ، رغبة في التعرف على الآراء المتباينة والإفادة منها بالتخيير أو التلفيق الذي كرهه بعضهم وعده من قبيل اتباع الأهواء والرغبات ، وإن رآه بعض آخر غير ذلك . ومن أوسع كتب الاختلاف التي بقيت لنا من مبسوطاته : بداية المجتهد لابن رشد المالكي ، والمحلي لابن حزم ، والمغني لابن قدامة .

٣٣ - ولا تتبع كتب الاختلاف في الفروع الفقهية منهجًا واحدًا ، بل تتنوع مناهجها ، فابن قدامة يرصد في « المغني » الآراء التي أخذت بها المذاهب الفقهية

---

(١) معرفة علم الخلاف الفقهي فنظرة إلى تحقيق الوفاق الإسلامي ، د/ ذكريا عبد الرازق المصري ، ص٥٨ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .

الأربعة ، مع بسط أدلتها ، دون قصد واضح إلى الترجيح بين هذه الأدلة . ويقترب ابن رشد من هذا المنهج ، إذ تراه يذكر ما أخذ به الأحناف والمالكية والشافعية ، مع رد الاختلاف بينهم إلى أسبابها التي قد يتضح منها ما يسوغ هذا الاختلاف ويجعله مقبولًا . أما في التجريد فيختلف المنهج حيث يعمد القدوري إلى استقصاء أدلة الفريقين : الأحناف والشافعية وردودهما ، واعتراضاتهما ، حتى يستنفد شُبَه الخصوم وردودهما وكل ما يمكن أن يوجهوه إلى الرأي المعتمد في المذهب الحنفي .

٣٤ - وقد اتبع بعض المؤلفين في الاختلاف منهجًا آخر مبنيًّا على التركيز على مرد الاختلاف من قواعد وأصول ، مع ضبط هذه القواعد والاستشهاد عليها بحشد بعض الفروع التي جاء الاختلاف فيها أثرًا للخلاف في هذه القواعد والأصول .

ومن ذلك كتاب الزنجاني الشافعي (ت ٦٥٦ هـ) الموسوم بـ : « بتخريج الفروع على الأصول » ، وهو كتاب نفيس حققه الدكتور محمد أديب صالح ، ويجرى منهجه على ذكر القاعدة الأصولية المختلف فيها بين الأحناف والشافعية التي ترد إليها الفروع الناشئة منها ، مع ذكر الحجج الأصولية المؤيدة لهذه القاعدة . ويشبهه كتاب « التمهيد في تخريج الفروع على الأصول » للإسنوي الشافعي (ت ٧٧٢هـ) والذي حققه الدكتور محمد حسن هيتو . والمنهج المتبع في هذا الكتاب هو الاهتمام بالخلاف في المسائل الأصولية وربطها بما يتفرع عنها من فروع فقهية .

٣٥ - ويجدر الالتفات إلى منهج أحد معاصري القدوري من الأحناف ، وهو أبو زيد الدبوسي (ت ٤٣٠هـ) في كتابه : « تأسيس النظر » . وقد وضع هذا الكتاب صاحبه لبيان الأصول المختلف فيها بين الأحناف والشافعية ، دونما تطرق لبيان أثر الأصول المختلف فيها في الفروع الفقهية . وقد طبع هذا الكتاب . وهناك ثلاث مخطوطات سار فيها أصحابها على منهج الإسنوي في العناية بالخلاف في المسائل الأصولية مع ربطها بما يتفرع عنها من فروع فقهية ، وهي : « كشف الفوائد من تمهيد القواعد » لمؤلِّف شيعي غير معروف عاش في القرن العاشر الهجري ، حيث ذكر أنه فرغ من تأليف كتابه هذا عام ٩٦٨ هـ . وتوجد منه نسخة خطية بدار الكتب المصرية ، أصول الشيعة . أما المخطوطة الأخرى (مكتبة الأزهر - أصول) فهي بعنوان : « تخريج الفروع على الأصول » ، وهي لمؤلف شافعي غير معروف . والمخطوطة الأخيرة (دار الكتب المصرية) فهي لمحمد بن عبد الله التُمُرْتاشي الحنفي (ت ١٠٠٤هـ) ، وعنوانها « الوصول إلى قواعد الأصول » . ومن الواجب الالتفات إلى أهمية هذه الكتب وتحقيقها .

٣٦ - ولعله قد اتضح من هذا كله تميز منهج التجريد واختلاف مقصود صاحبه منه عن غيره من هذه المؤلفات المذكورة . حيث إنه لا يكتفي ببيان أوجه الخلاف ، وردها إلى أسبابها المسوغة لها بمنهج محايد إلى حد كبير ، كما فعل ابن رشد في بداية المجتهد ، كما أنه لا يستطرد إلى التعرض للاتفاقات والتعريفات والشروط والأركان ، مما هو أليق بالمؤلفات التعليمية في الفقه ، كما فعل هو نفسه في مختصره ، وإنما نراه يتجه في كل باب إلى تحديد المسائل المختلف فيها ، وتجريدها عما هو محل اتفاق ، مع ذكر أدلة الأحناف والشافعية ، وأوجه الاعتراضات التي يوردها كل فريق على أدلة الآخر ، قصدًا إلى الانتصار لأدلة أصحابه الأحناف . وهو بهذا يركز على الخلاف في الفروع الفقهية ، مما لا نراه في هذه المؤلفات السابقة الذكر .

٣٧ - وعلى الرغم من وضوح قصد القدوري الانتصار لمذهبه ، فإنه يستخدم لغة رصينة لا عنف فيها ولا شدة ، وهو بهذا أقرب إلى الاتجاه الذي أخذ يتبلور في الفلسفة الفقهية بخصوص النظر إلى الخلاف الفقهي ، وهو الاتجاه الذي يقبل هذا الخلاف ويعذر أصحابه فيه ويسوغه ، ولا يعتبره ضلالاً وزيفًا أو شذوذًا وغرابة على النحو الذي يعبر عنه ابن حزم في « المحلى » . ويجب النظر إلى شدة ابن حزم وعنف لغته في هذا الإطار العام الذي كان ينظر إلى الاختلاف الفقهي بعين الريبة والشك والرفض ، وليس الأمر في التحليل التاريخي أمر مزاج شخصي ، أو علة نفسية ، أو مرض جسمي (الربو كما قيل) يحلو للبعض اعتباره سببًا لهذه الشدة وهذا العنف . والمعتقد من لغة القدوري أنه كان ينظر للاختلاف الفقهي باعتباره رحمة ونعمة .

وهذا الاتجاه هو الذي عبر عنه الشعراني بوضوح بالغ في كتابه : « الميزان الكبرى » . وهو يقدم ميزانه هذه بقوله : « فهذه ميزان نفيسة عالية المقدار ، حاولت فيها ما بنحوه يمكن الجمع بين الأدلة المتغايرة في الظاهر ، وبين أقوال جميع المجتهدين ومقلديهم من الأولين والآخرين إلى يوم القيامة . ليطابقوا في تقليدهم بين قولهم باللسان أن سائر أئمة المسلمين على هدى من ربهم ، وبين اعتقادهم ذلك بالجنان ، ليقوموا بواجب حقوق أئمتهم في الأدب معهم ، ويحوزوا الثواب المترتب على ذلك في الدار الآخرة ، ويخرج من قال ذلك منهم بلسانه أن سائر أئمة المسلمين على هدى من ربهم ولم يعتقد ذلك بقلبه عما هو متلبس به من صفة النفاق الأصغر الذي ذمه رسول الله ﷺ »[1]

---

(١) الميزان الكبرى للشعراني (١/٧) طبعة دار الكتب العلمية .

أما التعصب المذهبي ، فلم ينحصر في دائرة العوام من أتباع المذاهب الفقهية ، وإنما نرى أثره عند إمام الحرمين الجويني (ت ٤٧٨هـ) الذي عبر عن إحساس عظيم بالزهو والتعصب لمذهبه الشافعي ، وعن شعوره بتماسك البناء الأصولي لهذا المذهب في مقابل ضعف نظيره عند الإمامين : مالك وأبي حنيفة . وقد استخدم إمام الحرمين في نقده أصول مالك لغة قريبة من لغة الشافعي التي تميزت بالحسم والصدق والهدوء . أما لغته في نقد أبي حنيفة فقد اتسمت بالعنف وعدم التقدير . يقول إمام الحرمين : « أما أبو حنيفة فلا ننكر اتقاد فطنته وجودة قريحته في درك عرف المعاملات ومراتب الحكومات ، فهو في هذا الفن واستمكانه من وضع المسائل على النهاية ، ولكنه غير خبير بأصول الشريعة ، وهي في حقه منقسمة إلى أصلٍ جَهَلَهُ ، أو أغفله وذهل عنه ، وإلى آخر تمسك به ، وما رعاه ، وما عقله ، وانتهض لتبويب الأبواب انتهاض من لم يستمد من القواعد . ومن عجيب أمره أنه لم يعتن بجمع الأخبار ، والآثار ليبني عليها مسائله ، ولكنه يؤصل الفروع بناء على ما يراه ، ثم يستأنس بما يبلغه وفاقًا [(١)] » .

٣٨ – ويبدو من نص الجويني المتوفى بعد القدوري بقريب من أربعين سنة النظرة السائدة لدى كثير من الشافعية عن فقه المذهب الحنفي ، وهي نظرة تنكر على هذا المذهب إحكامه لأصول الشريعة ، فبعض هذه الأصول مجهولة في هذا المذهب أو مذهول عنها فضلًا عن عدم عناية مؤسس المذهب بالسنة والآثار ، فجاء بناء المذهب بذلك على غير قواعد . ويُدلُّ الشافعية في هذا النقد بما لمذهبهم من مزية تأسيسه على قواعد أصولية أحكمها إمام المذهب قبل توليد فروعه واستخراجها ، فجاءت هذه الفروع واضحة المستند والدليل على خلاف المذهبين الحنفي والمالكي اللذين أقاما بناءهما المذهبي في الفروع قبل أن يقيما بناءهما الأصولي ، وقبل أن يقدما قواعدهما المنهجية . وهذه الحقيقة التاريخية هي ما عبر عنها الجويني بلغة تنطوي على قدر من التعالي والثقة بالنفس والاندفاع في الهجوم . ويجب ألا نحمل كلام الجويني على محمل التعبير عن وجهة نظر خاصة مسكونة بالتعصب المذهبي على النحو الذي فهمه الشيخ محمد زاهد الكوثري رحمه اللّٰه تعالى ، وذلك حتى لا تضيع منا الدلالات التاريخية لهذه الاعترافات . لقد عبر الغزالي في « المنخول » عن موقف مماثل بلغة أكثر تعبيرًا عن زهو الشافعية ببناء فروعهم على قواعد أصولية سابقة الإحكام والتشييد ، مما لم يتيسر لغيرهم

(١) البرهان في أصول الفقه (١١٥٢/٢) فقرة ١١٨٠ .

من الأحناف والمالكية .

٣٩ - ويجب أن نضع هذه الظروف التاريخية في الذهن عند التفكير في دوافع القدوري لبذل هذا المجهود الضخم الذي بذله في الدفاع عن المذهب الحنفي فيما اختلف فيه مع المذهب الشافعي ، وسنراه يدافع عن الرأي المرجوح في المذهب الحنفي بهمة لا تعرف الكلال إذا كان هذا الرأي المرجوح هو رأي إمام المذهب أبي حنيفة . وفي اعتقادنا فإن هذا الجهد الذي بذله القدوري ومَنْ على شاكلته من علماء المذهب الحنفي إنما كان للدفاع عن هذا المذهب ، في وجه التحدي الذي جسده البناء الأصولي المتماسك للمذهب الشافعي .

٤٠ - وقد اختار القدوري أسلحته في هذا الدفاع بالإفادة من منهج علم الجدل ، فيما يبدو من تعقبه أدلة الخصوم والرد عليها . وقد عكف أبو الحسن علي بن محمد البزدوي الحنفي (ت ٤٨٢هـ - ١٠٨٩م) معاصر القدوري على قواعد هذا العلم ، فضبطها ليستفيد بها المتناظرون وليراعوها في حجاجهم واستدلالاتهم . ويعرف ابن خلدون هذا العلم بأنه « معرفة القواعد في الاستدلال التي يُتَوَصَّل بها إلى حفظ رأي وهدمه ، كان ذلك الرأي من الفقه أو غيره . وطريقة البزدوي خاصة بالأدلة الشرعية من النص والإجماع والاستدلال »[1] .

٤١ - ويلفت النظر استخدامه لعدد من الأدلة المنطقية في تأييده مذهبه ورده أدلة الخصم ، من بينها استخدامه أسلوب « الإلزام » الذي يقوم على كشف التعارض في آراء الخصم ، ومنها النقض والتقابل والعكس ، والتقسيم والدور والقياس وغير ذلك من الأساليب المنطقية المتخذة مادتها من الأدلة الشرعية المألوفة في الاستدلال الفقهي . ويشيع لديه استخدام إطار (قالوا - قلنا) أو : (فإن قالوا - قلنا) لاستقصاء أدلة الخصوم التي وجهوها بالفعل أو التي قد يحتمل أن يوجهوها ، مما أدى إلى التطويل في التناظر والجدال وكثرة الصفحات المفردة لمسألة واحدة .

٤٢ - ويظهر من ذلك تسليم القدوري بالأدوات المنطقية اللازمة لمواجهة الخصوم ، بما يمكنه من دحض آرائهم والانتصار لمذهبه وفق خطة منطقية استفاد فيها بما تحقق من تحديد لمداخل علم الجدل . ولعل هذه الخطة المنطقية التي وثق بها القدوري في الانتصار لمذهبه ورد آراء خصومه هو ما أكسب لغته هذا الهدوء وتلك الرصانة والدقة في تقدير

---

(١) مقدمة ابن خلدون : ٣٨٣ ، المطبعة الأزهرية ١٣٤٨هـ - ١٩٣٠م .

آراء الخصوم ومواجهة الحجة بالحجة والدليل بالدليل دون أن تند عنه عبارة طائشة تسيء للخصوم أو تثير الحنق والسخط . ولقد استفاد المذهب الحنفي من هذه الخطة المنطقية ، وتلك اللغة الهادئة ، حيث بدت فروعه أكثر تناسقًا وترابطًا ، وظهرت العلل ، والمعاني المستنبطة التي بنيت عليها الأحكام في المذهب الحنفي أكثر اطرادًا وعمومًا في الفروع المشتركة ، مما يؤكد منهجية التفكير الفقهي في هذا المذهب عند مقارنته بغيره .

٤٣ - لقد حقق القدوري في التجريد نجاحًا كبيرًا في الدفاع عن مذهبه الحنفي ، حتى بدأ هذا المذهب في صياغته الباكرة التي تمت بفضل جهود مؤسسيه متسقة مع الأصول الشرعية ومستندة إلى عدد كبير من الأحاديث والآثار بما يدفع عن هذا المذهب ما ردده الجويني وغيره من قلة البضاعة في الحديث أو عدم العناية . وتبلغ جملة الأحاديث التي استدل بها الأحناف في المسائل التي خالفوا فيها الشافعية ، طبقا لما جاء في التجريد عددًا كبيرًا من الأحاديث ، وأيضاً جاء عدد كبير من الآثار الواردة عن الصحابة والتابعين ، وهو ما ينفي تهمة عدم العناية بالحديث عن رؤساء المذهب الحنفي ، ومؤسسيه الأول . وبهذا فإن مادة الجدل والتناظر التي انطلق منها القدوري في حجاجه هي مادة الأدلة الفقهية المعترف بها في المذهب الشافعي ذاته . ولا تجد إشارة إلى الاستحسان أو المصالح أو الأعراف التي كان لها أثر كبير في بناء فروع المذهب الحنفي .

٤٤ - ويتفق تجاهل القدوري هذه الأدلة التي اعتمد عليها الأحناف في فترة النشأة الأولى مع ما يوجبه منهج الجدل من التقيد في مجادلة الخصم بما يسلم به من أدلة ، حتى تستطيع أن تلزمه الحجة وأن تقطع عليه اعتراضه وأن ترد عليه استدلاله . وهكذا فإن ما استدل عليه رؤساء المذهب بالاستحسان والعرف والمصلحة أمكن للقدوري أن يقيمه على أساس من النصوص والأصول الشرعية العامة التي يسلم بها الشافعية ، ويمثل التجريد بهذا نقلة واضحة في صياغة المذهب الحنفي أدلته على أحكام الفروع التي كان انتهى إليها رؤساء المذهب بطريقتهم الخاصة . ولا يعني هذا أن الأحناف استثقلوا الاستحسان أو كرهوا الأعراف والمصالح في استنباط أحكام الفروع الفقهية ، وإنما يعني أن القدوري تقيد بمنهج الجدل المحدد سلفًا في الانتصار لقواعد المذهب الحنفي ورد هذا الهجوم الشرس الذي وجهه الشافعية إلى أصول المذهب الحنفي . إنه يتقيد بمنهج الجدل في الالتزام بالرجوع إلى الأدلة التي يعترف بها الطرف الآخر في مؤلفه هذا ، وهو « التجريد » ، لكنه سوف يتحرر من هذه القيود عندما يبدأ في مؤلف فقهي آخر يدون فيه آراء علماء المذهب وأدلتهم .

نسخ المخطوطة

٤٥ - تيسر لنا العثور على أربع نسخ من مخطوطات كتاب التجريد ، وبيانها فيما يلي :

النسخة الأولى : وهي مخطوطة موجودة في قسم الفاتح مكتبة السليمانية بإسطنبول تحت رقم (٢٠٤٠ فقه) وهي نسخة بخط الناسخ محمد بن أحمد بن حسن بن إسماعيل المعروف بالأماطى الحنفي ، وهى نسخة كاملة في مجلد واحد كبير ، وقد جعلناها أصلًا ورمزنا لها بالحرف (ص) لأنها أقدم النسخ الثلاثة تاريخًا ، فقد نسخت سنة (٨٤٢هـ) ، كما أنها أصح النسخ الثلاثة والسقط فيها نادر جدًّا . كتبت بخط أسود دقيق جدًّا ، وكتبت بعض كلماتها بخط أحمر تمييزًا مثل كلمات : قلنا ، وقالوا ، واحتجوا ، فإن قيل ونحوها . وفى كل صفحة من صفحاتها (٣٧ سطرًا) ، وعدد أوراقه (٣٧٢ ورقة) .

النسخة الثانية : وهي مخطوطة موجودة بدار الكتب المصرية تحت رقم (١٩٤٢ فقه) حنفي ميكروفيلم (٤١٨٠٩) وعدد أوراقها (٣٩١) وفي كل صفحة (٣١ سطرًا) وتقع في جزأين وكتبت بخط حسن ورمزنا لها بالرمز (م) .

النسخة الثالثة : وهي مخطوطة موجودة بدار الكتب المصرية تحت رقم (١٧١٧ فقه) حنفي ورقم الميكروفيلم (٤٢١٩٩) بخط محمد لبيب الناسخ بدار الكتب المصرية ، وهي تقع في أربعة أجزاء ، وهى من القطع المتوسطة وكتبت بخط حسن وفى الصفحة (٢٥ سطرًا) ، وقد انتهى من نسخها في يوم السبت (٢٤ من ذي القعدة سنة ١٣٤٤هـ) . وسنرمز لها بالرمز (ع) ويلاحظ فيها كثرة السقطات والأخطاء .

النسخة الرابعة : وهي مخطوطة موجودة بدار الكتب المصرية تحت رقم (٨٠٣ فقه) فقه حنفي ميكروفيلم (٤٠٧٧٨) وهي غير مرقمة ، ولم يذكر بها اسم الناسخ ، وقد انتهى من نسخها سنة (١٨٨٢م) . وسنرمز لها بالرمز (ن) .

وقد اتخذنا النسخة الأولى أصلاً لعملنا في التحقيق نظرًا لاكتمالها ووضوحها ودقتها الشديدة رغم الصعوبة التي عاينّاها في قراءتها في بداية الأمر .

وسنثبت صورة من كل ورقة من هذه النسخ الخطية عقب الفراغ من هذه المقدمة .

منهجنا في التحقيق

٤٦ - لعله قد اتضح مما سبق أن تجريد القدوري يمثل بلغته ومنهجه أسلوبًا في الصياغة الفقهية ، يقوم على تحديد مظان الخلاف وتتبع الأدلة التي تستند إليها الآراء

المتخالفة في المذهبين الحنفي والشافعي ، قصدًا إلى تأييد أدلة المذهب الحنفي ورد الهجوم عليه من قبل معاصريه من علماء المذهب الشافعي ومتابعيهم من العوام . وقد احتل التجريد وصاحبه مكانة مرموقة بين علماء المذهب الحنفي وفي تاريخ التشريع الإسلامي بوجه العموم ، ولهذا اتجه فريق العمل إلى بذل الكثير من طاقتهم لتحقيق هذا الكتاب تحقيقًا علميًا استفدنا فيه بالأبحاث الجامعية التي تقدم بها أصحابها لنيل درجات الماجستير والدكتوراه من جامعتي القاهرة والأزهر في أجزاء متفرقة من التجريد ، وأضفنا إلى هذا كله ما استطعنا أن نضيفه ، واستبعدنا كل ما رأيناه مثقلًا للنص ويعطل الإفادة ، وفق خطة خاصة عكف هذا الفريق على تنفيذها خلال ستة أعوام طويلة بدأت منتصف عام (١٩٩٦م) ، ولم نفرغ منها إلا في أوائل عام (٢٠٠٣م) ، وتتألف الخطة التي التزم بها هذا الفريق من الجوانب التالية :

- نسخ المخطوطات المذكورة والمقابلة بينها واعتماد النص الأقرب للصواب منها .
- توثيق النص بالرجوع إلى المؤلفات الفقهية المعتمدة في المذهبين الحنفي والشافعي .
- عزو الآيات القرآنية وتخريج الأحاديث .
- التعريف بالأعلام الواردة في متن الكتاب .
- التعريف بمعاني الكلمات الغريبة والمصطلحات الفقهية التي لمسنا حاجة القارئ إلى التعريف بها .
- استخراج القواعد الفقهية .

٤٦ - ولا يسعنا إلا أن نشكر مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر والترجمة وكل العاملين في قسم المراجعة ونخص بالذكر :

الأستاذ : عبد القادر محمود البكار صاحب المؤسسة .

الأستاذ : أحمد عبد الرازق البكري رئيس قسم المراجعة والتحقيق بالدار .

والأستاذ : محمد عادل محمد قسم المراجعة والتحقيق بالدار .

والأستاذ : محمد عبد اللطيف خلف قسم المراجعة والتحقيق بالقسم .

والأستاذ : محمود مرسي سالم قسم المراجعة والتحقيق بالقسم .

ولا يسعنا إلا أن نتوجه بالشكر كذلك إلى هؤلاء الباحثين الذين بذلوا جهدًا كبيرًا في المراجعة والطباعة والنسخ والتحقيق طوال هذه الفترة والتي زادت على ست سنوات

ونخص بالذكر :

فضيلة الشيخ : عبد الرازق ناصر .

الشيخ : عماد عفت .

الأستاذ الدكتور : أبو اليزيد أبو اليزيد محمد .

الدكتور : أسعد عبد الغني الكفراوي .

الدكتور : معوض محمد الخولي .

الدكتور : أحمد شوقي عبد المهيمن .

الدكتور : أحمد جابر بدران .

الدكتور : عبد الرحمن عزيز سمرة .

الدكتور : عبد العزيز رحمة اللّٰه محمد علي .

الأستاذ : محمود السيد محمود عويس .

الأستاذ : محمد علي سلامة .

الأستاذ : خليفة محمود خليفة .

الأستاذ : عبد الستار عبد الحليم .

الأستاذ : أحمد قرني سليم .

بجانب مجموعة كبيرة من الباحثين والمراجعين وقد أشرف على هذا العمل الموسوعي الكبير :

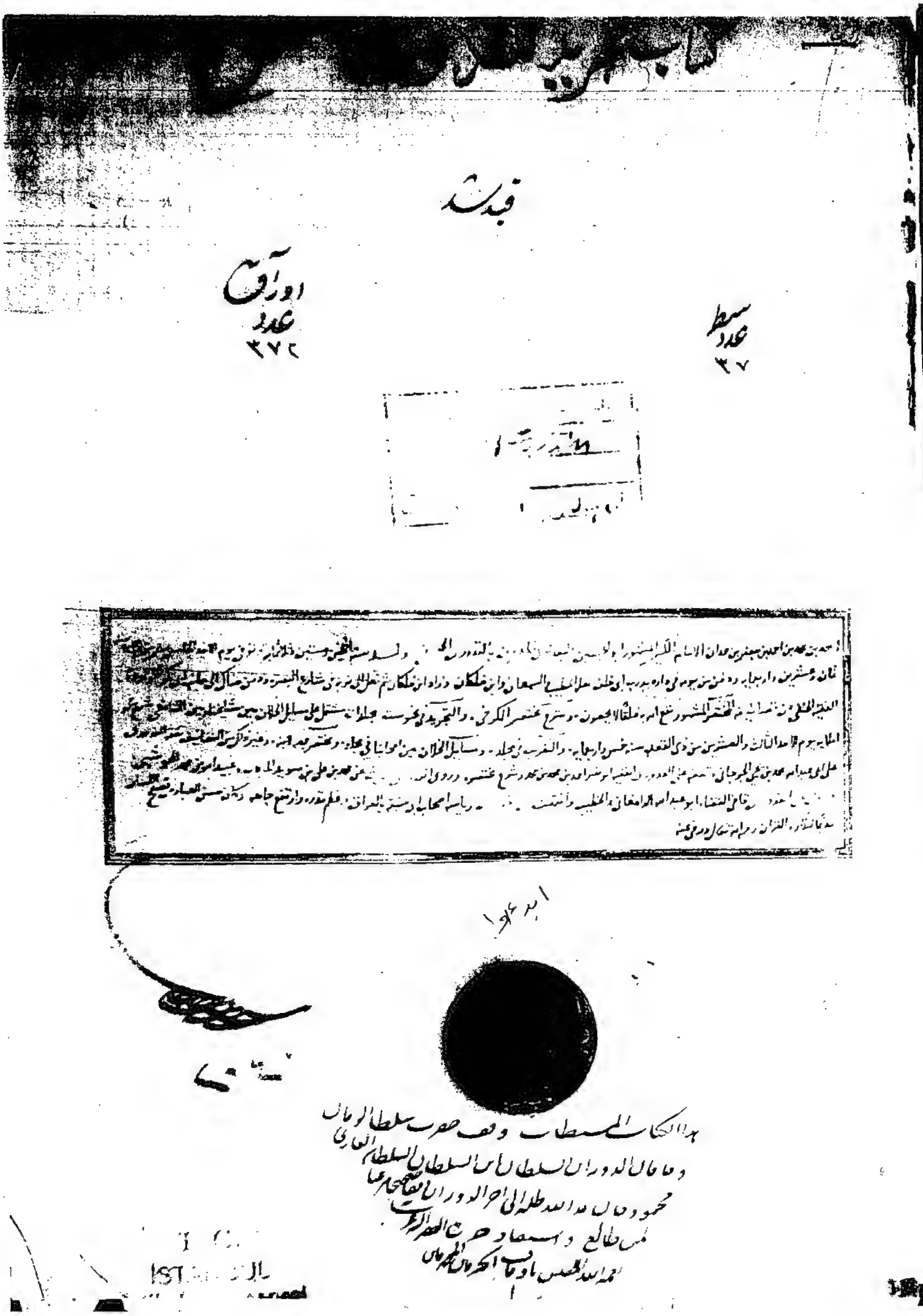
فضيلة الأستاذ الدكتور : محمد أحمد سراج ، وفضيلة الأستاذ الدكتور : علي جمعة محمد .

واللّٰه نسأل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم .

وآخر دعوانا أن الحمد للّٰه رب العالمين

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

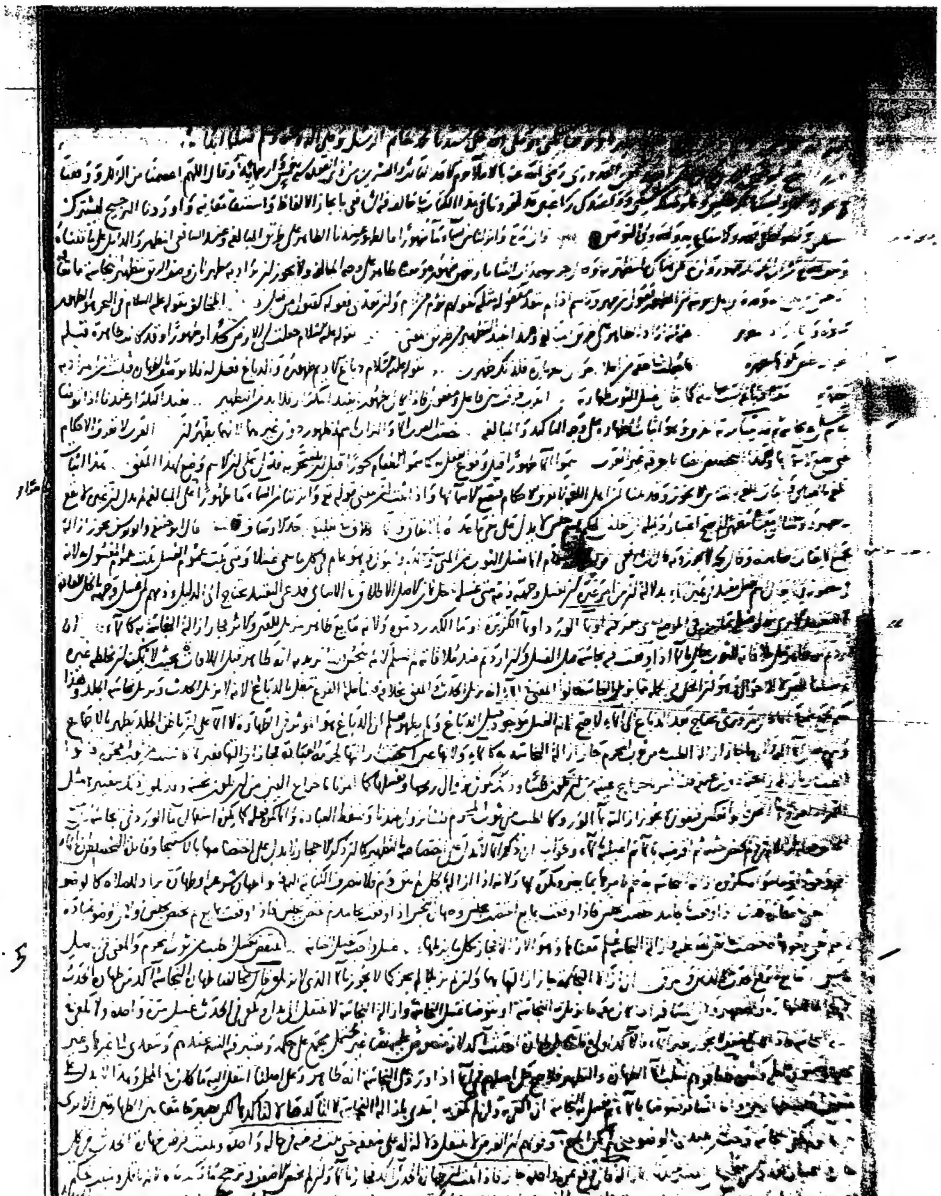
* * *


قيد شد

عدد أوراق ٢٧٢

عدد سطر ٢٧

ورقة العنوان من النسخة (ص)



الورقة الأولى (أ) من النسخة (ص)

الورقة الأخيرة (ب) من النسخة (ص)

الورقة الأولى (أ) من الجزء الأول من النسخة (م)

هذا آخر ما أملاه الشيخ الإمام أبو الحسين أحمد بن محمد البغدادي
رحمه الله من كتاب الخلاف والحمد لله رب العالمين

الورقة الأخيرة (ب) من الجزء الثاني من النسخة (م)

الجزء الاول
من كتاب التجريد
للامام القدوري
رحمه تعالى
امين

ورقة عنوان الجزء الأول من النسخة (ع)

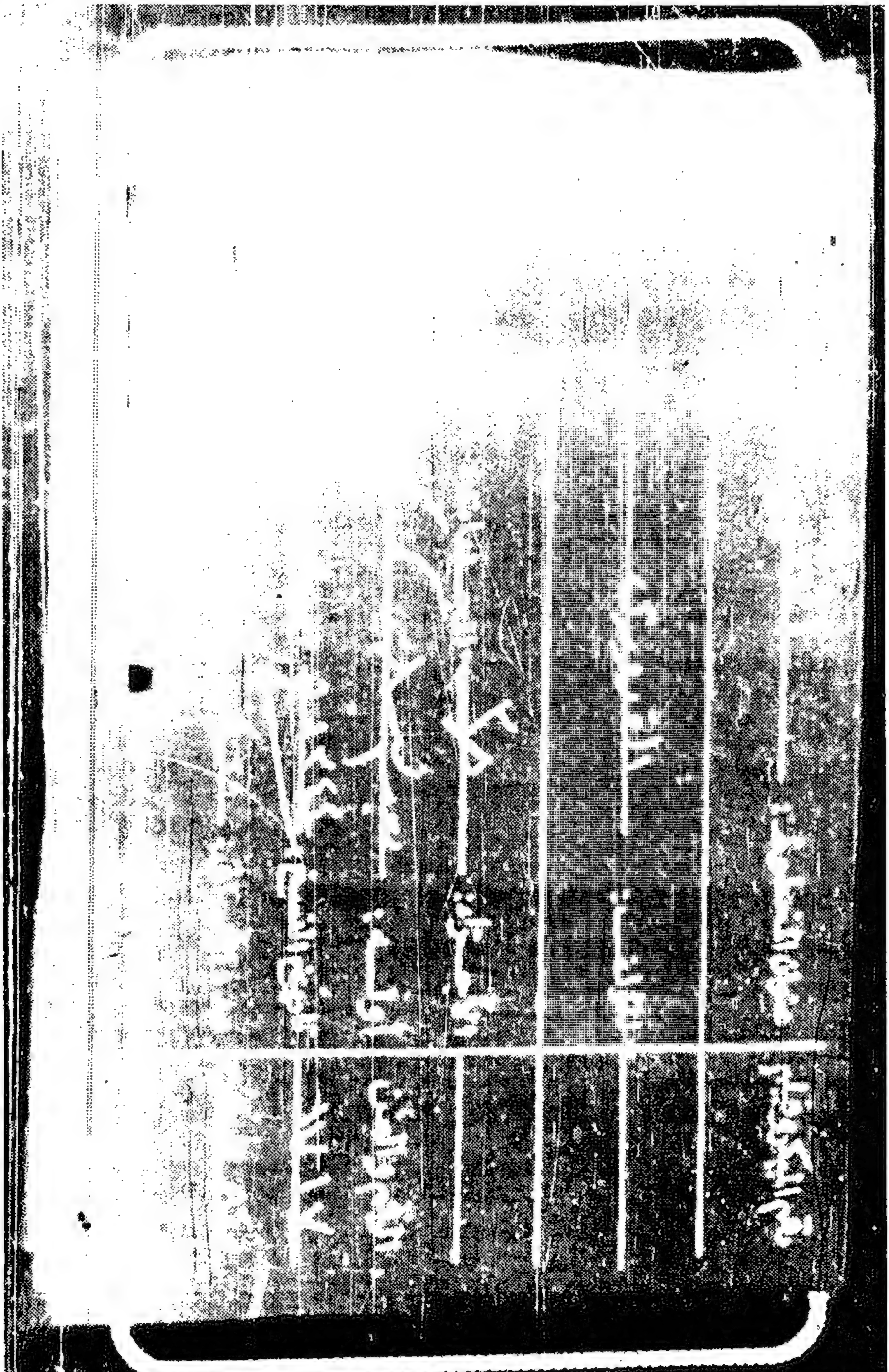
بسم الله الرحمن الرحيم

ابتدأ الشيخ أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي رضي الله عنه
بالإملاء يوم الأحد الثالث والعشرين من ذي القعدة سنه خمس
وأربعماية وقال اللهم اعصمنا من الزلل ووفقنا في القول والعمل
واجعلنا لك طائعين وبما يرضيك متمسكين وفيما عندك راغبين
قد أفردنا في هذا الكتاب ما خالف الشافعي فيه بإيجاز الألفاظ واستيفاء
معانيه وأوردنا الترجيح ليشترك المبتدي والمتوسط في فهمه والانتفاع
به والله ولي التوفيق مسألة قال الله تعالى وأنزلنا من السماء ماء
طهورا فالطهور عندنا الطاهر على طريق المبالغة وعند الشافعي المطهر
والدليل على ما قلناه وصف الله تعالى لشراب الجنة بأنه طهور وإن
لم يكن هناك ما يتطهر به وقال جرير (عذاب الثنايا ريقهن طهور)
ومعناه طاهر على وجه المبالغة ولا يجوز أن نريد به مطهر لأنه
وصف الريق بتطهير نجاسة ممانعا في الأنفس ولا يمدح به وقد
قال أهل العربية أن الطهور فعول من طهر والاسم إذا لم يتعد مفعوله
فعوله مثله كقولهم نئوم من نام وإن تعدى الاسم تعدى
كقتول من قتل واحتج المخالف بقوله عليه السلام في البحر هو
الطهور ماؤه وإنما أراد المطهر على طريق المبالغة وهذا يفيد
التطهير من طريق المعنى احتجوا بقوله عليه السلام قد جعلت لي
الأرض مسجدا وطهورا وقد كانت طاهرة قبله فعلم أنه أختص بكونها
مطهرة

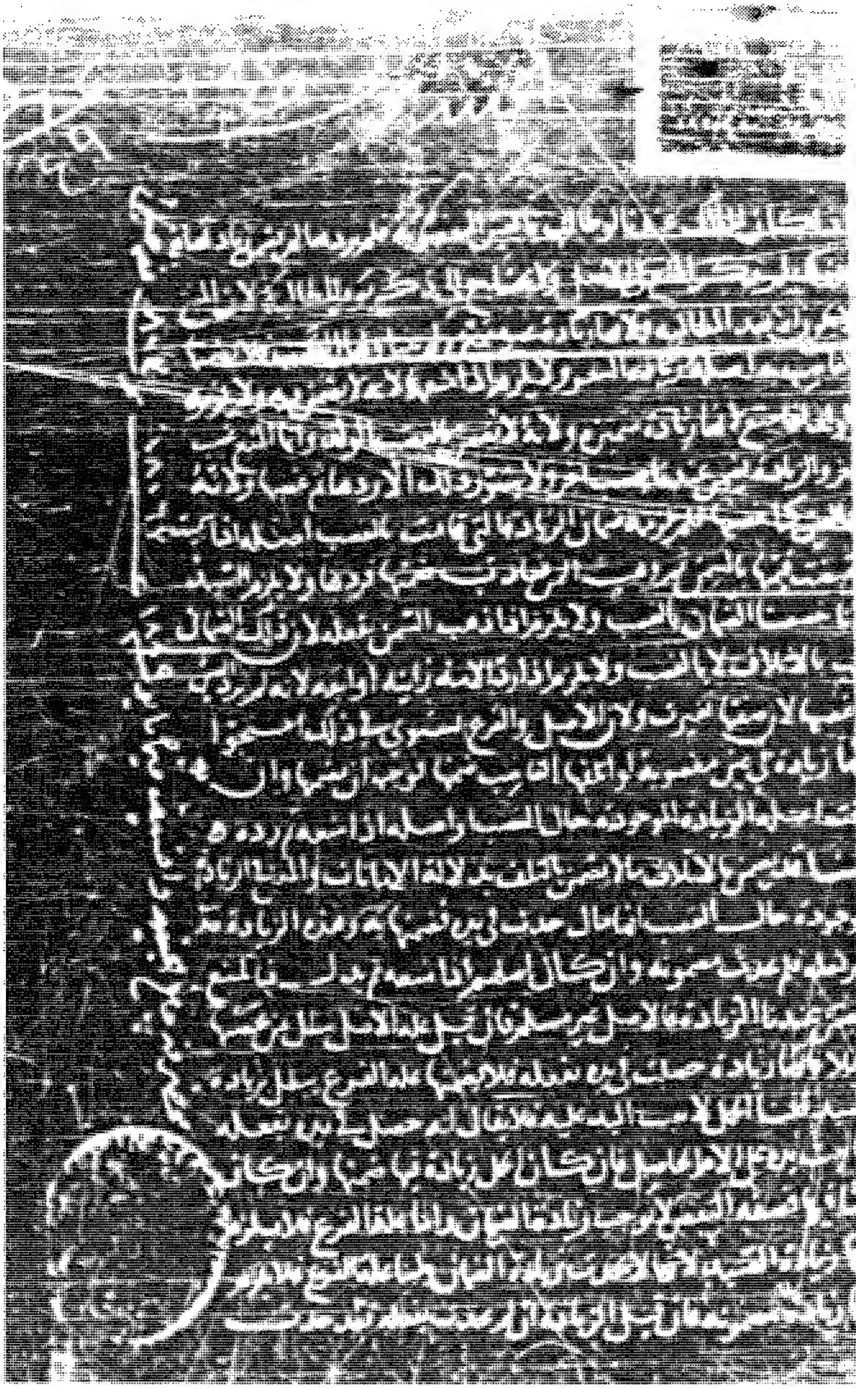
الورقة الأولى (أ) من الجزء الأول من النسخة (ع)

البغدادي رحمه الله من كتاب الخلاف والحمد لله رب العالمين
تم الجزء الرابع من كتابه التجريد بعون الله الملك
القادر على يد ناسخه محمد لبيب المفتقر إلى ربه المجيب
في يوم الثلاثاء سادس شهر شعبان سنة ١٣٤٥ الف
وثلاثمائة خمسة واربعين هجريه الموافق ثمانية شهر فبراير
سنة ١٩٢٧ ميلادية وذلك على نفقة دار الكتب الملكية
في عهد مديرها المفضال سعادة اسعد براده بك لا
زال محفوظا وبعنايته تعالى ملحوظا امين امين امين

الورقة الأخيرة (ب) من الجزء الرابع من النسخة (ع) .



ورقة العنوان من النسخة (ن)



الورقة الأولى (أ) من نسخة (ن)

الورقة الأخيرة (ب) من نسخة (ن)

مقدمة المصنف

بسم الله الرحمن الرحيم

ربنا أفرغ علينا صبرًا وتوفنا مسلمين ، وصلى الله على سيدنا محمد خاتم الرسل ، وعلى آله ، وصحبه ، وسلم تسليمًا أبدًا [١] .

ابتدأ الشيخ أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي ، [القدوري] [٢] ﷺ بالإملاء يوم الأحد الثالث والعشرين من ذي القعدة سنة خمس وأربعمائة .

وقال : اللَّهم اعصمنا من الزلل ، ووفقنا في القول والعمل ، واجعلنا لك طائعين ، وبما يرضيك متمسكين ، وفيما عندك راغبين ، قد أفردنا [٣] في هذا الكتاب ما خالف فيه الشافعي [٤] ، بإيجاز الألفاظ ، واستيفاء معانيه ، وأوردنا الترجيح ، ليشترك المبتدئ والمتوسط في فهمه والانتفاع به ، والله ولي التوفيق .

* * *

---

(١) الدعاء ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، أثبتناه من (ص) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) : [فردنا] وهو خطأ ؛ لأن [فرد] معناه : انفرد ، و توحد بالأمر والرأي . وأما [أفرد] فمعناه : جعله فردًا ، أي نحاه ، وعزله . راجع المصباح المنير مادة (فرد) (٤٤١/٢ ، ٤٤٢) ، المعجم الوسيط (٦٨٦/٢) .

(٤) في(م) ، (ع) [ما خالف الشافعي فيه] هو الإمام محمد بن إدريس بن العباس بن شافع القرشي المطلبي ، الشافعي ، الحجازي المكي ، أبو عبد الله ، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة وإليه تنتسب الشافعية ، ولد بغزة بفلسطين سنة ١٥٠ هـ ، وحمل إلى مكة وهو ابن سنتين فنشأ بها وبمدينة الرسول ﷺ ، وتعلم القرآن على سفيان بن عيينة ، ثم خرج إلى المدينة ، فقرأ على مالك بن أنس الموطأ وحفظه ، ثم دخل بغداد وأقام بها سنتين وصنف بها كتبه القديمة ، ثم عاد إلى مكة سنة ١٩٩ ، ثم عاد إلى بغداد فأقام بها شهرًا ثم خرج إلى مصر وصنف كتبه الجديدة ، وأقام بها إلى أن مات ، ودفن هناك ، وكان موته ليلة الجمعة آخر ليلة من رجب . ومن تصانيفه : المسند في الحديث ، أحكام القرآن ، الرسالة ، وغيرها ، توفي سنة ٢٠٤ هـ . انظر : معجم المؤلفين (١١٦/٣) ، الجرح والتعديل (٢٠١/٧ - ٢٠٤) ، سير أعلام النبلاء (٥/١٠ - ٩٩) ، تقريب التهذيب (١٤٣/٢) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الطهارة

مسألة ١

تعريف الطهور

١ - قال اللَّه تعالى : ﴿ وَأَنزَلْنَا مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً طَهُورًا ﴾ [(١)] ، فالطهور عندنا : الطاهر على طريق المبالغة [(٢)] .

٢ - وعند الشافعي : المطَهِّر [(٣)] .

٣ - والدليل على ما قلناه : وصف اللَّه تعالى لشراب الجنة بأنه طهور ، وإن لم يكن هناك ما يتطهر به .

٤ - وقال جرير [(٤)] :

* عِذاب الثَّنايا رِيقُهنّ طَهُورُ [(٥)] *

٥ - ومعناه : طاهر على وجه المبالغة ، ولا يجوز أن يراد به مُطَهِّر [(٦)] ؛ لأن وصف الرِّيق بتطهير النجاسة مما تعافه [(٧)] الأنفس ولا يمدح به ، وقد قال أهل العربية : « إن الطهور فَعول من طَهُر » ، والاسم إذا لم يتعد فَعوله [(٨)] مثله ، كقولهم : نؤوم من نام ،

---

(١) سورة الفرقان : الآية ٤٨ .

(٢) بدائع الصنائع (٨٣/١) ، البناية (٢٩٥/١ ، ٢٩٦) .

(٣) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج : قال اللَّه تعالى ﴿ وَأَنزَلْنَا مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً طَهُورًا ﴾ أي مطهرًا ، ويعبر عنه بالمطلق . (انظر : مغني المحتاج ١٧/١ ، المجموع شرح المهذب ١٠٢/١) . وانظر : المنتقى (١/ ٥٥) ، الكافي لابن عبد البر (١٥٧/١) ، أحكام القرآن لابن العربي (١٤١٦/٣ ، ١٤١٨) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣٩/١٣ - ٤١) ، المغني (٦/١ ، ٧) .

(٤) جرير بن عطية بن الخطفي ، أبو حرزة التميمي البصري الشاعر المشهور ، مدح يزيد بن معاوية ، وخلفاء بني أمية ، وشعره مدون ، توفي سنة عشر ومائة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٤٧٥/٥ ، وفيات الأعيان ٣٢١/١ - ٣٢٧ ، كشف الظنون ٧٨٢/١) .

(٥) من الطويل ، وهو في

خَليلَيَّ هَلِ في نَظرةٍ بعد تَوبةٍ ... أُداوِي بها قَلبِي عَليّ فُجُورُ

إلى رُجّح الأَكفال هِيفٍ خُصُورُها ... عِذاب ....

(٦) في (م) : [يريد به مطهرًا] ، وفي (ع) : [نريد به مطهرًا] .

(٧) في (م) : « يعافه » .

(٨) في (ص) ، (ع) : [مفعوله] والمثبت من (م) .

وإن تعدى الاسم تعدى فَعوله [(١)] ، كقتول من قتل .

٦ - واحتج المخالف بقوله عليه الصلاة والسلام في البحر : « هو الطهور ماؤه » [(٢)] ، وإنـما أراد المُطهِّر .

٧ - [والجواب عنه : أنه أراد الطاهر] [(٣)] على طريق المبالغة ، وهذا يفيد التطهير من طريق المعنى .

٨ - احتجوا بقوله عليه الصلاة السلام : « جُعِلَ لي الأرض مسجدًا وطهورًا » [(٤)] وقد كانت طاهرة قبله ، فعلم أنه اختُص اختصها بكونها مطهرة .

٩ - والجواب : أنـها جعلت في حقه من أعلى أحوال الطهارة ، فلذلك طَهّرت .

١٠ - واحتجوا بقوله عليه الصلاة والسلام : « دباغ الأديم طهوره » [(٥)] والدباغ فعيل له ، فلا يوصف بالطهارة ، فثبت أن المراد به : تطهيره [(٦)] .

١١ - قلنا : معناه : دباغه سبب طهارته ، كما يقال : غسل الثوب طهارته .

١٢ - قالوا : العرب فرقت بين فاعل ومفعول ، فإذا كان الطهور لا يفيد التكرار فلا بد من التطهير .

١٣ - قلنا : يفيد التكرار عندنا إذا توضأ به ثم غسل به النجاسة . ثم قد بينا مزية

---

(١) في (ص) : [وإن تعدى فعوله] وفي(ع) : [وإن تعدى الاسم تعدى مفعوله] ، والمثبت من (م) .

(٢) في (م) : « واحتج المخالف بقوله عليه السلام « دباغ الأديم طهوره » ، هو الدباغ في البحر هو الطهور مائه » مكان المثبت ، وهو تصحيف . والحديث رواه مالك في الموطأ عن أبي هريرة في كتاب الطهارة « باب الطهور للوضوء » (٢٢/١) ، والشافعي في الأم من طريق مالك في أول الطهارة (٣/١) وفي المسند في كتاب الطهارة آخر الباب الأول في المياه (٢٣/١) وأحمد في المسند (٣٦١/٢) وأبو داود من طريق مالك في كتاب الطهارة باب الوضوء بماء البحر (٢٨/١) والترمذي في باب ما جاء في ماء البحر أنه طهور (١٠٠/١ ، ١٠١) الحديث (٦٩) ، والنسائي في باب ماء البحر (٥٠/١) ، وابن ماجه باب الوضوء بماء البحر (١٣٦/١) ، الحديث (٣٨٦) والدارمي باب الوضوء من ماء البحر (١٨٦/١) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قد جعلت ..] ، رواه البخاري في كتاب التيمم من حديث جابر (٧٠/١) ومسلم من حديث جابر عن أبي هريرة في كتاب المساجد (٢١٢/١) .

(٥) أخرجه الدارقطني من حديث عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ بلفظ : « دباغها طهوره » كتاب الطهارة باب الدباغ (١٥٧/١) والبيهقي في الكبرى « كتاب الطهارة » باب طهارة جلدة الميتة بالدباغ (١٧/١) .

(٦) في (ن) : « تطهره » .

الفرق ، وهو إثبات الطهارة على وجه التأكيد والمبالغة .

١٤ - قالوا : خصت العرب الماء والتراب باسم الطهور دون غيرهما لأنهما يطهران .

١٥ - قلنا : العرب لا تعرف الأحكام حتى تضع الأسماء لها ، وهذا التخصيص أيضًا لا يعرفه (١) غير العرب .

١٦ - قالوا : سموا الماء طَهورًا قبل وقوع الفعل به ، كما سموا الطعام سَحورًا قبل أن يتسحر به ، فدل على أن الاسم وضع لهذا المعنى .

١٧ - قلنا : هذا إثبات اللغة بالقياس ، وإثبات اللغة بالقياس لا يجوز . وقد بينا أن أهل اللغة لا تعرف الأحكام فتضع الأسماء لها ، وإذا ثبت أن معنى قوله تعالى : ﴿ وَأَنزَلْنَا مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً طَهُورًا ﴾ (٢) طاهرًا (٣) على المبالغة ، لم يدل أن غيره لا يقع به التطهير . ولو سلمنا أن معناه : مطهرًا (٤) ، لم يصح اعتبار دليله ؛ لأن تعليق الحكم باسم جنس لا يدل على نفي ما عداه بالاتفاق (٥) ، وإنما الخلاف في تعليقه بأحد الأوصاف .

* * *

---

(١) في (م) : « لا تعرفه » .
(٢) سورة الفرقان : الآية ٤٨ .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) ، وثابت في هامش (ص) .
(٤) في (م) ، (ع) : مطهر .
(٥) في (م) ، (ع) : [باتفاق] .

مسألة ٢

إزالة النجاسة بجميع المائعات الطاهرة

١٨ - قال أبو حنيفة (١) وأبو يوسف (٢) : يجوز إزالة النجاسة بجميع المائعات الطاهرة .

١٩ - وقال محمد (٣) : لا يجوز (٤) . وبه قال الشافعي (٥) .

٢٠ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « إنما يغسل الثوب من المني والدم والبول » (٦) ، وهو عام في كل ما سمي غسلًا ، ومتى ثبت عموم الغسل ثبت عموم

(١) هو النعمان بن ثابت الكوفي ، التميمي بالولاء ، أبو حنيفة ، الفقيه المجتهد ، مؤسس المذهب الحنفي ، وكان من أصل أفغاني من أبناء فارس ، وولد سنة ٨٠ هـ ، نقل إلى الكوفة ونشأ بها ، وتفقه على حماد بن سليمان ، ومن آثاره : الفقه الأكبر في الكلام ، والمتعلم في العقائد ، والرد على القدرية ، وغيرها ، وتوفي ببغداد سنة ١٥٠هـ ، ودفن بمقابر الحيزران . (انظر : الجواهر المضية في طبقات الحنفية ٤٩/١ ، معجم المؤلفين ٣٢/٤) .

(٢) هو : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي ، أبو يوسف ، فقيه ، أصولي ، مجتهد ، محدث ، حافظ ، عالم بالتفسير والمغازي وأيام العرب ، ولد سنة ١١٣ هـ بالكوفة ، وتفقه على أبي حنيفة ، وسمع من عطاء بن السائب وطبقته ، وروى عنه : محمد بن الحسن الشيباني ، وأحمد بن حنبل ، ويحيى بن معين ، وولي القضاء ببغداد لثلاثة من الخلفاء العباسيين ، ودعي بقاضي القضاة ، من آثاره : كتاب الخراج ، المبسوط في فروع الفقه الحنفي ، كتاب أدب القاضي على مذهب أبي حنيفة وغيره ، توفي سنة ١٨٢ هـ ، ببغداد ودفن في مقابر قريش . (انظر : الجواهر المضية ٦١١/٣ - ٦١٣ ، معجم المؤلفين ١٢٢/٤) .

(٣) هو : أبو عبد اللَّه محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني بالولاء الحنفي ، فقيه مجتهد محدث ، أصله من حرستا بغوطة دمشق ، وولد سنة ١٣٥ هـ ، وفي رواية ١٣٢ هـ ، بواسط ، ونشأ بالكوفة فطلب الحديث وجالس أبا حنيفة سنين ، تفقه على أبي يوسف وقدم بغداد ونزلها ، وسُمع منه الحديث ، وأخذ عنه الرواية فولاه الرشيد القضاء بها ثم عزله ، من تصانيفه : الجامع الكبير والصغير ، وكلاهما في فروع الفقه الحنفي ، وكتاب الحجة على أهل المدينة ، وكتاب الآثار ، توفي سنة ١٨٩ هـ . (انظر : الجواهر المضية ١٢٢/٣ ، معجم المؤلفين ٢٢٩/٣) .

(٤) قال الكاساني : زوال النجاسة الحقيقية عن الثوب والبدن اختلف فيه ، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف : تحصل ، وقال محمد وزفر : لا تحصل . بدائع الصنائع (٨٣/١) ، البناية (٧٠٩/١) ، (١٣/١ ، ١٤) البناية مع الهداية وتطيرها (٧٠٩/١ - ٧١٤) .

(٥) قال الخطيب الشربيني : فالمتغير بمستغنى عنه كالزعفران تغيرًا يمنع إطلاق اسم الماء ، غير طهور . (مغني المحتاج ١٨/١ ، انظر : المجموع ٩٢/١) .

(٦) في (ن) ، (ع) : « المدة » مكان : « الدم » . والحديث أخرجه الدارقطني من طريق ثابت بن حماد ، عن علي بن زيد ، عن سعيد بن المسيب ، عن عمار بن ياسر في السنن كتاب الطهارة باب نجاسة البول والأمر =

المغسول [به] (١) لأنه في مضمونه . ولا يقال : اسم الغسل مقيد في غير الماء ، بدلالة أن [من أمر غيره أن يغسل] (٢) وجهه ذمه متى غسله بالخل ؛ لأن الأصل الإطلاق في الأسامي ، فمدعي التقييد يحتاج إلى الدليل (٣) ، وذمهم لمن غسل وجهه بالخل للعادة ، لا للتقييد ، ألا ترى أنه لو غسله بماء زمزم في الموضع الذي يعز فيه ، أو بماء الورد ، أو بماء الكزبرة (٤) ، أو ماء الكدر ، ذموه ؟ . ولأنه مائع طاهر مزيل للعين والأثر ، فجاز إزالة النجاسة به ، كالماء .

٢١ – قالوا : إن أردتم أنه طاهر قبل ملاقاته للثوب ، بطل بالماء إذا وقعت فيه نجاسة قبل الغسل ، وإن أردتم عند ملاقاته لم (٥) نسلم ، لأنه نجس (٦) .

٢٢ – قلنا : نريد به (٧) أنه طاهر قبل الملاقاة ، بحيث لا يمكن أن يخلطه غيره . ثم تعليلنا للعين لا للأحوال (٨) ، وهو أن الخل في الجملة مما يزيل النجاسة .

٢٣ – قالوا : المعنى في الماء أنه يزيل الحدث ، والمعنى بخلافه .

٢٤ – قلنا : علة الفرع (٩) تبطل بالدباغ ؛ لأنه لا يزيل الحدث ، ويزيل نجاسة الجلد ، وهذا حكم مجمع عليه ، وإن ما قال المروزي (١٠) يحتاج بعد الدباغ إلى الماء لا يصح ؛ لأن الغسل موجود قبل الدباغ ولم يطهر ، فعلم أن الدباغ هو المؤثر في الطهارة ، لا الماء . على أن باطن الجلد يطهر بالإجماع وإن لم يصل الماء إليه ، ولأن ما جاز إزالة

= بالتنزه والحكم في بول ما يؤكل لحمه (١٢٧/١) وابن عدي في الكامل (٩٨/٢) والبيهقي تعليقًا في الكبرى باب إزالة النجاسة (١٤/١) .

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) .

(٢) في (ع) : [غلامه بغسل] .

(٣) في (م) : « إلى أن الدلال » ، و في (ن) و (ع) : « إلى الدلال » .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) وهامش (ص) : « الكرمة » ، المثبت من صلب (ص) وهو الصواب . الكزبرة : بضم الباء وفتحها ، نبات معروف ، انظر في مختار الصحاح مادة : (كزبرة) ص ٥٦٩ ، المصباح المنير (٥٠٦/٢) المعجم الوسيط (٧٩٢/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا] .

(٦) في (ع) : « تنجس » .

(٧) في (م) : « يريد به » ، وفي (ن) : « يزيل به » .

(٨) في (م) ، (ع) : « للأحوال » بحذف : « لا » وهو خطأ .

(٩) في (م) : « علته المفرع » ، وفي (ن) ، (ع) : « علة المفرع » .

(١٠) هو : إبراهيم بن أحمد بن إسحاق المروزي الشافعي ، أبو إسحاق ، فقيه من أصحاب المزني ، من تصانيفه : الشروط والوثائق ، والوصايا وحساب الدور ، وكتاب الخصوم العموم ، وغيرها ، توفي سنة ٣٤٠هـ . (انظر : معجم المؤلفين ٩/١ ، سير أعلام النبلاء ٩٠/١٢) .

الطيب به من ثوب المحرم جاز إزالة النجاسة به كالماء ، ولأنـها عين استحقت إزالتها لحرمة العبادة ، فجاز إزالتها بغير الماء ، كالطيب من ثوب المحرم .

٢٥ - قالوا : الطيب [١] أُمر بإزالة رائحته دون عينه .

٢٦ - قلنا : أمر بإخراج عينه من أن تكون [٢] طيبًا ، وذلك يكون بزوال ريحها وبغسلها ، كما أمرنا بإخراج العين من أن تكون [٣] نجسة وقد يكون ذلك بتغييرها [٤] مثل الخمر إذا طرح عليها الخل .

٢٧ - قالوا : نعكس [٥] فنقول : لا [٦] يجوز إزالته بماء الورد ، كالطيب من ثوب المحرم .

٢٨ - قلنا : يزول عندنا وتسقط العبادة ، وإنـما يكره فعله كما يكره استعمال ماء الورد في النجاسة .

٢٩ - واحتج المخالف بقوله عليه والسلام في دم الحيض : « حُتِّيه ثم اقرضيه [٧] [بالماء] [٨] ثم اغسليه بالماء » [٩] .

٣٠ - والجواب : أن ذكر الماء لا يدل على اختصاصه بالتطهير ، كما أن ذكر الأحجار لا يدل [١٠] على اختصاصها بالاستنجاء .

وفائدة التخصيص : [أن] [١١] الماء أعم وجودًا ، وما سواه مكروه إزالة النجاسة به ، فلم يأمرها بما يضر ويكره لها ، ولأنه إذا أزاله بالخل لم يبق دم فلا تنصرف [١٢] الكناية إليه .

---

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يكون] .

(٣) في (م) : « يكون » .

(٤) في (م) : « بتغير » وفي (ع) : « بتغيير ما » .

(٥) في (ن) : « يعكس » ، و(ع) [انعكس] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلا] .

(٧) وجاء نحوه بلفظ (اقرصيه) انظر المعجم المفهرس لألفاظ الحديث ص ٣٦٢ مادة (قرض) . طبعة ليدن .

(٨) ما بين القوسين غير موجودفي (م) ، (ع) .

(٩) أخرجه البخاري في كتاب الحيض باب غسل دم المحيض (٦٥/١) ، ومسلم في كتاب الحيض باب نجاسة الدم وكيفية غسله (١٣٦/١) ، وأبو داود في السنن في كتاب الطهارة باب المرأة تغسل ثوبها الذي تلبسه في حيضها (١٠٠/١) ، والترمذي في السنن في أبواب الطهارة باب ما جاء في غسل دم الحيض من الثوب (٢٥٥/١) .

(١٠) في (م) : « لا تدل » .

(١١) ما بين القوسين ساقط من (م) .

(١٢) في (م) : « فلا ينصرف » .

٣١ - قالوا : طهارة شرعية ، أو طهارة تراد للصلاة ، كالوضوء .

٣٢ - قلنا : المعنى في طهارة الحدث إذا وقعت بالجامد اختصت بجنس ، فإذا [(١)] وقعت بمائع اختصت بجنس [(٢)] ، وطهارة النجس إذا وقعت بجامد لم تختص [(٣)] بجنس ، فإذا [(٤)] وقعت بمائع لم تختص بجنس ؛ ولأن الوضوء عبادة [(٥)] لا نعلم [(٦)] معنى وجوبها ، فاختصت بما نص اللّه [(٧)] عليه [(٨)] وإزالة النجاسة علم معناها ، وهو الإزالة ، فجاز بكل ما يزيلها .

٣٣ - قالوا : غسل واجب ، كغسل [(٩)] الجنابة .

٣٤ - قلنا : ينتقض [(١٠)] بغسل الطيب من ثوب المحرم . والمعنى في الأصل ما سبق .

٣٥ - قالوا : مائع لا يرفع الحدث ، كالدهن والمرق .

٣٦ - قلنا : إن أزالا النجاسة جاز إزالتها بهما ، وإن لم يزيلا لم يجز ، كما لا يجوز بالماء الذي لا يزيل .

٣٧ - قال مخالفنا : طهارة النجاسة آكد من طهارة الحدث لأن الماء [(١١)] للطهارة والتطهير ، ولأن المسافر إذا كان معه ما يزيل به النجاسة أو يتوضأ غسل النجاسة ، وإزالة النجاسة لا تنتقل [(١٢)] إلى بدل ، ويكفي في الحدث غسل مرة واحدة ولا يكفي في إزالة النجاسة ، فإذا كان الأضعف لا يجوز بغير الماء فالآكد أولى .

٣٨ - قلنا : بل طهارة الحدث آكد ؛ لأنه منصوص عليه نصًّا غير محتمل ، مجمع على حكمه ، ويعتبر فيه النية عندهم ، ويتعدى إلى غيرها وغير محلها ، ويستوي قليله وكثيره .

فأما قولهم : تسلب الماء [(١٣)] الطهارة والتطهير فلا يصح على أصلهم في الماء إذا ورد على النجاسة أنه طاهر ، وعلى أصلنا : انتقل إليه ما كان في المحل ، وهذا لا

---

(١) في (م) : « بنجس » ، وفي (ع) : « وإذا » ، مكان : « فإذا » .

(٢) في (م) : « بنجنس » .

(٣) في (م) ، (ع) : [يختص] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وإذ ا] .

(٥) في (ن) : « عادة » .

(٦) في (ن) ، (ع) : « لا يعلم » .

(٧) في (ع) : [اللّه تعالى] .

(٨) وهو قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغۡسِلُواْ وُجُوهَكُمۡ ﴾ سورة المائدة : الآية ٥ .

(٩) في (م) : « بغسل » .

(١٠) في (ع) : [ينقض] .

(١١) في (ص) ، (ن) « لأنهما الماء » وفي (م) : « لأنهما الماء » ، وفي هامش (ص) تغلب ، والإثبات من (ع) هو الصواب .

(١٢) في (م) : « لا ينتقل » .

(١٣) في (م) ، (ع) ، وهامش (ص) : « كسلب الماء » .

يدل على ضعف أحد الطهارتين ، وأما المسافر فيتوضأ بالماء ثم يغسل به النجاسة إن اكتفى به [١] ، وإن لم يكتف به [٢] ابتدأ بإزالة النجاسة ، لا لتأكدها [٣] ، لكن يصير جامعًا بين الطهارتين ، ألا ترى أن الماء لو لم يكف للنجاسة [٤] وجب أن يُبْتَدَأ بالوضوء حتى لم يمكن الجمع ، وقولهم : إن الفرض لا ينتقل دلالة [له] [٥] على ضعفه حتى ثبت فرضه في حالة واحدة ، وتثبت [٦] فرض طهارة الحدث في كل حال ، واعتبار العدد ليس بصحيح ؛ لأن المعتبر عندنا الإزالة ، فإن وقع بمرة [٧] واحدة جاز ، فإذا ثبت أن طهارة الحدث آكد فجاز بالماء . وإن لم نخص [٨] الأضعف ، وترجح ما ذكرناه ؛ لأنه ناقل ومُثبت لحكم متجدد ، وهو الطهارة ، ومزيل للحكم بزوال العلة الموجبة ، ومُلحِق لطهارة النجاسة بجنسها من الدباغ والاستنجاء . وعللُنا مستنبَطة من أصل أجمع [٩] على ثبوت الحكم فيه ، وعللهم منتزعة من طهارة الحدث ، وقد اختلف في اختصاصها بالماء .

* * *

---

(١) في (م) « كفى بهما » .
(٢) في (م) : [يكف] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لتأكيد] وفي (ص) : عبارة [لا لتأكدها] مكررة مرتين .
(٤) في (ص) : « لم يكفي » وفي (ن) : « النجاسة » مكان المثبت .
(٥) ساقط من (ع) .
(٦) في (ن) : « وثبتت » .
(٧) في (ن) ، (ع) : « مرة » .
(٨) في (م) : « يختص » .
(٩) في (م) ، (ع) : [الجمع] .

مسألة ٣

الوضوء بالمتغير بمخالطة طاهر

٣٩ – قال أصحابنا : إذا خالط [1] الماءَ طاهر فغيّره ولم يغلب على أوصافه ، جاز الوضوء [2] به .

٤٠ – خلافًا للشافعي [3] .

٤١ – لقوله ﷺ : « التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء » [4] ، وهذا ماء مطلق ؛ بدلالة أن مياه العرب أكثرها متغيرة ، فلا يمنع من إطلاق اسم الماء فيها ، ولا يعرف الفرق بين التغير [5] بالنُّورة و [6] الجِصّ أو الزعفران .

٤٢ – وقولهم : إنه سمي ماء الزعفران ، غلط ؛ لأن هذا يقال في الحقيقة لماء [7] اعتُصر من الزعفران .

٤٣ – وقولهم : لو حلف لا يشرب ماء فشربه لم يحنث ، ولو استعمله المحرم لزمته الفدية . ولو وكل وكيلًا بأن يشتري له ماء فاشترى هذا الماء لا يجوز – لا نسلم ، ولأن

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [غير] مكان [خالط] .

(٢) قال الموصلي : ويجوز بماء خالطه شيء طاهر تغير أوصافه كالزعفران . انظر : الاختيار لت على ل المختار (١/١٣) ، البناية (١/٣٠٤) ، مختصر الطحاوي ص١٦ ، متن القدوري ص٣ ، تحفة الفقهاء (١/٦٧) ، الهداية مع فتح القدير (١/٧١ ، ٧٢) حاشية ابن عابدين (١/١٣١) .

(٣) إذا اختلط بالماء شيء طاهر ولم يتغير به لقلته لم يمنع الطهارة ؛ لأن الماء باق على إطلاقه . وإن لم يتغير به لموافقته الماء في الطعم واللون والرائحة ، كماء ورد انقطعت رائحته ففيه وجهان ، وإن تغير أحد أوصافه نظرنا فإن كان مما يمكن حفظ الماء منه كالطحلب جاز الوضوء به ، وإن كان مما لا يمكن حفظ الماء منه نظرنا : فإن كان ملحًا انعقد من الماء لم يمنع الطهارة به ، وإن كان شيئًا سوى ذلك كالزعفران والتمر لم يجز الوضوء به . انظر : المهذب (١/٤) ، الأم (١/٣) ، مختصر المزني (١/٦٦) ، المجموع مع المهذب (١/١٠١ ، ١٠٢) ، كفاية الأخيار (١/١٠) .

(٤) ولفظه : أن رسول الله ﷺ صلى بأصحابه في سفر وعندما انتهى من صلاته وجد رجلا معتزلًا فقال له : « ما منعك ألا تصلي مع أصحابك ؟ » . قال : أصابتني جنابة يا رسول الله ، قال له : « التراب ... » . (انظر نصب الراية ١/١٤٨ – ١٥٠) .

(٥) في (ع) : [المتغيرة] ، وفي (ن) : (المتغير) .

(٦) في (م) ، (ع) ، (ن) : [أو] .

(٧) في (ع) : [لما] .

١/أ كل ما لو خالط الماء لم يمنع استعماله جاز استعمال / الماء مع تغيير [(١)] لونه ، كالجص والطين ، أو فجاز استعماله مع تغيير طعمه [(٢)] ، كالملح ، ومع تغيير لونه ، كالكبريت .

٤٤ - قالوا : المعنى في الطين أنه جاء للتطهير [(٣)] .

٤٥ - قلنا : أصل علتنا [(٤)] الجص وورق الشجر ، ويبطل ما قالوه بغلبة التراب على الماء .

٤٦ - قالوا : المعنى فيه [(٥)] أنه لا ينفك الماء عنه غالبًا ، وينفك من [(٦)] الزعفران .

٤٧ - قلنا : أما الآبار تنفك [(٧)] من ورق الشجر ولا يفسده . والماء لا ينفك من الورق والذباب ، وينجسه عندهم ، ولأن [(٨)] كل مخالطة لو حصلت بالطين لم يمنع جواز الوضوء إذا حصلت بالزعفران جاز الوضوء به [(٩)] ، كما [لو] [(١٠)] لم يتغير .

٤٨ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « خُلق الماء طهورًا لا ينجسه إلا ما غير لونه أو ريحه » [(١١)] .

٤٩ - والجواب : أن ظاهر هذا الخبر يفيد نجاسته بالتغيير [(١٢)] ، وهذا لا يكون إلا بمخالطة النجاسة ، والخلاف في مخالطة ما لا ينجسه ، ولأن نجاسة الماء لا تَقف عندهم [(١٣)] على التغيير ؛ لأنا نقول في البحر والماء الجاري إذا وقعت فيه نجاسة جاز استعماله ما لم يتغير ، ولا يجوز استعمال ما تغير [(١٤)] .

٥٠ - قالوا : خالطه [ما] [(١٥)] غير أحد أوصافه [و] [(١٦)] ما يستغني عنه غالبًا ،

---

(١) في (م) ، (ن) : [مع تغير] .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لونه] .

(٣) في (ن) : [أنه خالطه مطهر] .

(٤) في (م) : [علينا] .

(٥) في (م) : [في الطين] .

(٦) في (ع) : [عن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ينفك] .

(٨) في (م) : [ولا] .

(٩) في (ع) جاز به الوضوء ولفظ : [الوضوء] ساقط من (ن) .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من (ع) .

(١١) أخرجه ابن ماجه في السنن في كتاب الطهارة آخر باب الحياض (١٧٤/١) الحديث (٥٢١) والبيهقي في كتاب الطهارة باب نجاسة الماء الكثير إذا غيرته النجاسة (٢٦٠/١) ، والطحاوي في المعاني في كتاب الطهارة (١٦/١) .

(١٢) في (ن) ، (ع) : [بالتغير] .

(١٣) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [لا تقف عندكم] .

(١٤) في (م) : [ما يتغير] وفي (ع) : [ماء تغير] .

(١٥) ساقطة من (م) .

(١٦) زيادة اقتضاها السياق .

فمنع [١] جواز الوضوء به كماء الباقلاء [٢] .

٥١ - قلنا : اعتبار ما لا يستغنى عنه لا معنى له ؛ لأن الماء يستغنى [عن التراب] [٣] إذا طرح وإن لم يمنع عندهم ، وكذلك ورق الشجر [٤] ، فأما ماء الباقلاء ، فما [٥] لم يطبخ فإنه يجوز الوضوء به وإن تغير . وأما إذا طبخ فالمعنى فيه أنه استحال بالطبخ عن صفة الماء [٦] ، [فلم يرفع الحدث] [٧] وليس كذلك ما تغير [٨] من غير طبخ ؛ لأنه لم يخرج عن صفة المياه ، فجاز أن يرفع الحدث ، أو نقول : المعنى فيه أن هذا التغيير لو حصل بالطُّحلُب [٩] منع [١٠] جواز الوضوء ، [فكذلك بالزعفران [١١] ، وهذا التغيير لو حصل بالطحلب لم يمنع] [١٢] ، فكذلك [١٣] بالزعفران .

٥٢ - قالوا : المخالطة للماء على ثلاثة أضرب : موافق له في الطهارة والتطهير ، كالتراب فلا يسلبه إحدى الصفتين . ومخالف له في الطهارة والتطهير فيسلبه الصفتين ، ومخالف في الطهارة وموافق في التطهير فيسلبه التطهير [١٤] .

٥٣ - قلنا : [١٥] القسم الأول : لا يصح ، لأنكم سويتم بين التراب والجص والورق

---

(١) في (ع) : [فمع] .

(٢) الباقلاء : الحب المعروف بالفول . نبات عشبي سنوي زراعي من فصيلة القطانيات الفراشية . انظر : لسان العرب (بقل) (٣٢٩/١) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الأشجار] .

(٥) في (ع) : [فماء] .

(٦) في (م) ، (ع) : [المياه] .

(٧) في (ص) : [فجاز أن يرفع الحدث] ، والمثبت من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) : [ما لم يغير] .

(٩) الطحلب : خضرة لزجة تنبت في الماء المزمن وتعلو . وفي لسان العرب : الطحلب : خضرة تعلو الماء المزمن ، وهو ليس له جذور حقيقية ، ينبت في المناقع والأرض الرطبة وعلى الشجر ، والصخور أحيانًا ، والجمع الطحالبة . انظر : لسان العرب (طحلب) (٢٦٤٥/٤) .

(١٠) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [مع] .

(١١) في (ع) : [الزعفران] .

(١٢) ما بين القوسين ساقط من (م) .

(١٣) في (م) : [فذلك] .

(١٤) في (ن) ، (ع) : [موافق له في الطهارة والتطهير فيسلبه الصفتين ومخالف وموافق في التطهير فيسلبه التطهير] وفي (ص) : [موافق له في الطهارة والتطهير كالتراب فلا يسلبه إحدى الصفتين ، ومخالف له في الطهارة فيسلبه الصفتين ، ومخالف وموافق في التطهير فيسلبه التطهير] ، والمثبت من (م) ، وهو أقرب إلى الصواب .

(١٥) في (ن) ، (ع) : [قلت] .

الشجر ، وإن خالفت الماء في التطهير [١] ، ثم يبطل [٢] بغلبة التراب على الماء [٣] .

٥٤ - والقسم الثاني : يبطل بوقوع [٤] النجاسة في القلتين .

٥٥ - والقسم الثالث : يبطل بالزعفران إذا لم يغيره .

والتقسيم الصحيح أن يقال : الزعفران والتراب يستوي [٥] تأثيرهما [٦] في الماء إذا لم يغيراه ، ولا يمنعان الوضوء ، ويستويان إذا غلبا [٧] على الماء في منعهما للوضوء ، فإذا ظهر لونهما ولم يغلبا وجب أن يستوي حكمهما كما يستوي في الطرفين . و [قولهم] [٨] : لا فرق بين تغيير الماء بالباقلاء [٩] قبل الطبخ وبعده ، يبطل [١٠] على أصلهم [١١] بتغيير الماء بالجص إذا جرى عليه ، وبتغيره [١٢] إذا طرح فيه .

٥٦ - فإن قالوا : يمكن حفظه من أحدهما دون الآخر ، بطل بالطين ؛ لأنهم سووا بين تغيير الماء بالطين إذا جرى عليه أو طرح فيه .

* * *

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) في (ع) : [تبطل] .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لوقوع] .

(٥) في (م) : [فيستوي] .

(٦) في (ص) : [تأثيرها] .

(٧) في (ص) : [إذا غلب] ، وفي (م) : [إن غلب] .

(٨) ساقطة من (ن) .

(٩) في (م) ، (ع) : [الباقلاء] .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [مبطل] .

(١١) في (م) : [أصولهم] .

(١٢) في (م) : [وتغيره] .

مسألة ٤

وضوء المسافر بنبيذ التمر

٥٧ – قال أبو حنيفة : إذا لم يجد المسافر الماء توضأ بنبيذ التمر ، ولم يتيمم .

٥٨ – وروى نوح المروزي [١] [عنه] [٢] : أنه يتيمم ولا يتوضأ [به] ، وهو قول أبي يوسف والشافعي .

٥٩ – وقال محمد : يجمع بينه وبين التراب [٣] .

---

(١) نوح بن أبي مريم يزيد بن عبد اللَّه عصمة القرشي المروزي مولاهم ، الشهير بالجامع ، قيل : لقب بالجامع لأنه أول من جمع فقه أبي حنيفة . كان له أربعة مجالس : مجلس للأثر ، ومجلس لأقاويل أبي حنيفة ، ومجلس للنحو ، ومجلس للشعر . أخذ الفقه عن أبي حنيفة وابن أبي ليلى ، والحديث عن الحجاج ابن أرطاة ، والتفسير عن الكلبي ومقاتل ، والمغازي عن ابن إسحق . روى عن الزهري ومقاتل ابن حبان ، وروى عنه نعيم ابن حماد شيخ البخاري . توفي رحمه الله سنة ثلاث وسبعين ومائة . انظر : الجرح والتعديل (٤٨٤/٨) ، ميزان الاعتدال (٢٧٥/٤ ، ٢٧٦ ، ٢٧٩ ، ٢٨٠) ، مفتاح السعادة (٢٦٠/٢) ، الفوائد البهية ص٢٢١ .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ع) .

(٣) قال محمد بن الحسن في الأصل : قال أبو حنيفة : يتوضأ بالنبيذ . وروى نوح الجامع عنه أنه رجع عن هذا وقال : يتيمم ولا يتوضأ به ؛ لأن النبي ﷺ توضأ به بمكة ونزلت آية التيمم بالمدينة . وقال متأخرو الحنفية : إذا كان نبيذ التمر حلوًا رقيقًا قارصا يتوضأ به ولا يتيمم عن أبي حنيفة عملا بالنص دون القياس ، وقال أبو يوسف : يتيمم ولا يتوضأ به عملا بالقياس ، وقال محمد بن الحسن : يجمع بين الوضوء به والتيمم احتياطا . وبعد النظر يرجع إلى رواية محمد ، عملا بآية التيمم ، وحديث ابن مسعود رضي الله عنه في ليلة الجن ، والدليل على ذلك : لا يجوز عند الحنفية التوضؤ بما سوى نبيذ التمر من الأنبذة ، كنبيذ الزبيب والتين وما أشبه ذلك ؛ لأن نبيذ التمر خصب الأثر على خلاف القياس ، فيبقى الباقي على موجب القياس . انظر : الأصل (٧٥/١ ، ٧٦) ، الجامع الصغير ص(٧٤ ، ٧٥) ، مختصر الطحاوي ص(١٥) والهداية (١٣/١) ، فتح القدير (١١٨/١، ١٢٠) ، بدائع الصنائع (١١٥/١) . قال النووي رحمه الله : أما النبيذ فلا يجوز الطهارة به عندنا على أي صفة كان ، من عسل أو تمر أو زبيب أو غيره ، مطبوخًا كان أو غيره ، فإن نشى أو سكر فهو نجس يحرم شربه وعلى شاربه الحد ، وإن لم ينش فطاهر لا يحرم شربه ولكن لا تجوز الطهارة به ، هذا تفصيل مذهبنا . اهـ . انظر : المجموع (٩٣/١) ، حلية العلماء (٦٠/١ –٦٣) ، المدونة الكبرى (٤/١) ، الكافي لابن عبد البر (١٥٥/١ ، ١٥٦) ، بداية المجتهد (٢٧/١ ، ٢٨) ، الإفصاح (٥٨/١ ، ٥٩) ، المغني (١٠/١) ، الكافي لابن قدامة (٦/١) .

٦٠ - وجه الرواية الأولى : ما رواه حنش [1] الصنعاني عن ابن عباس ﷺ [2] ، وأبو رافع [3] مولى ابن عمر [4] ، وأبو زيد [5] مولى عمرو بن حريث عن ابن مسعود [6] عن النبي ﷺ [أنه قال] في ليلة الجن : أمعك ماء ، قال : لا ، معي إداوة فيها نبيذ التمر ، فأخذه النبي ﷺ فتوضأ به [وصلى الصبح] [7] وقال : تمرة [8] طيبة وماء طهور [9] .

ولا يجوز أن يقال : إن هذا الخبر رواه أبو فزارة السادر [10] عن أبي زيد ، وهو مجهول ؛ لأنا نقلنا الخبر من [11] غير هذا الطريق ، ولو لم ينقل إلا منه كان طريقًا

---

(١) في (ع) : [حسن] هو : حنش بن عبد الله بن عمرو الصنعاني ، روى عن فضالة بن عبيد الله وأبي هريرة وابن عباس وغيرهم ، وروى عنه ابن الحارث وقيس بن الحجاج وربيعة بن سليم وغيرهم ، نزل إفريقية مرابطًا ، وتوفي سنة ١٠٠هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٠٦/٥) ، الجرح والتعديل (٢٩١/٣) ، الطبقات لابن سعد (٣٩١/٥) ، تقريب التهذيب (٢٠٥/١) ، البداية والنهاية (١٨٧/٩) ، شذرات الذهب (١١٩/١) .

(٢) هو : عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي ، عالم فقيه ، صحابي ولد بمكة سنة ٣ هـ ، ونشأ بها ، ولازم رسول الله ﷺ وروى عنه الأحاديث ، وسكن الطائف ، ونسب إليه تفسير القرآن ، ومسند من الحديث ، وفتاوى جمعها أبو بكر محمد بن أمير المؤمنين المأمون في عشرين مجلدًا ، توفي بالطائف سنة ٦٠ هـ . انظر : معجم المؤلفين (٤٩٦/٤) ، الاستيعاب في هامش الإصابة (٦٩/٤) .

(٣) في (م) : [وأبي رافع] هو : أبو رافع المدني نزيل البصرة ، قال ابن عبد البر : لا أعرف لمن ولاه ولا أقف على نسبه . من كبار التابعين ، مشهور بكنيته ، ثقة ثبت روى عن أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعبد الله ابن مسعود ، روى عنه : الحسن البصري وقتادة وعلي بن زيد وغيرهم . انظر : الجرح والتعديل (٣٧٣/٩) والطبقات الكبرى (٨٨/٧ ، ٨٩) ، الاستيعاب على هامش الإصابة (٦٩/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [آل عمر] .

(٥) هو زيد المخزومي مولى عمرو بن حريث وقيل : أبو زائد ، مجهول ، روى عن عبد الله بن مسعود ، وروى عنه أبو فزارة . انظر : الجرح والتعديل (٣٧٣/٩) ، تقريب التهذيب (٥٤٢/٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [ﷺ] هو : عبد الله بن مسعود بن غافل ، الإمام الحبر ، فقيه الأمة ، أبو عبد الرحمن الهذلي المكي ، كان من السابقين الأولين ، ومن النجباء العالمين . شهد بدرًا ، وهاجر الهجرتين ، وكان يوم اليرموك على النفل ، ومناقبه غزيرة ، روى علمًا كثيرًا ، توفي سنة ٣٢ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٩٠/٣) .

(٧) ما بين القوسين ساقط من (ع) . (٨) في (ع) : [ثمرة] .

(٩) أخرجه أحمد (٣٩٨/١) وابن ماجه في السنن كتاب الطهارة ، وسننها باب الوضوء بالنبيذ (١٣٥/١ ، ١٣٦) والدارقطني في كتاب الطهارة باب الوضوء بالنبيذ (٧٦/١) والطحاوي في كتاب الطهارة باب الرجل لا يجد إلا نبيذ التمر هل يتوضأ به أو يتيمم (٩٤/١ ، ٩٥) .

(١٠) هو : راشد بن كيسان العبسي ، أبو فزارة الكوفي ، روى عن أنس بن مالك ، وسعيد بن جبير ، وعبد الرحمن بن أبي ليلى وغيرهم ، روى عنه إسرائيل بن يونس ، والراح بن مليح الرواس ، وجرير بن حازم ، وسفيان الثوري وغيرهم ، ولم نعثر على تاريخ وفاته . (انظر : تهذيب الكمال ١٣/٩) (١٨٢٨) .

(١١) في (ع) : [عن] .

صحيحًا ؛ لأن أبا فزارة ذكره مسلم في الصحيح ، وهو راشد بن كيسان العبسي الزاهد . وروى أبو حنيفة والثوري [١] وإسرائيل بن يونس [٢] ، والجراح أبو وكيع [٣] وشريك [٤] وأبو زيد مولى عمرو بن حريث المخزومي ، قال ابن المديني [٥] : وروى أبو فزارة عن أبي زيد قال : سمعت عبد الله بن مسعود .

٦١ - ولا يقال : إن ابن مسعود لم يكن مع النبي ﷺ في هذه الليلة ، وقد سئل علقمة [٦]

---

(١) هو : سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري ، أبو عبد الله الكوفي ، ثقة حافظ ، فقيه عابد ، إمام حجة ، من رءوس الطبقة السادسة . توفي رحمه الله بالبصرة في شعبان ، سنة إحدى وستين في خلافة المهدي وله أربع وستون سنة . انظر : تاريخ الثقات ص(١٩٠- ١٩٣) ، علل الحديث ومعرفة الرجال ص٣٢ ، تقدمة الجرح والتعديل ، طبقات ابن سعد (٢٥٧/٦-٢٦٠) ، شذرات الذهب (٢٥٠/١ ، ٢٥١ ، ٣١١/١) .

(٢) هو : إسرائيل بن يونس الحافظ ، الإمام ، الحجة أبو يوسف الهمداني السبيعي ، أكثر عن جده وروى أيضًا عن زياد عن علاقة ، وآدم بن سليمان ، وغيرهم ، وحدث عنه أخوه ، وحجاج الأعور ، وأحمد بن خالد وغيرهم ، وكان من أوعية الحديث ، ومن مشايخ الإسلام كأبيه ، وجده ، وأخيه عيسى ، وتوفي سنة ١٦٠هـ ، أو سنة ١٦١ ، أو ١٦٢ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٧٠/٧) ، الجرح والتعديل (٣٣٠/٢ ، ٣٣١) ، الطبقات الكبرى لابن سعد (٢٦٠/٦) ، تقريب التهذيب (٦٤/١) .

(٣) في (ص) : [والجراح وأبو وكيع] ، وهو خطأ . هو : الجراح بن مليح بن عدي بن فرس ، أبو وكيع الكوفي ، من رجال التهذيب ، قال ابن سعد : روى الجراح بن مليح بيت المال ، بمدينة السلام ، وكان ضعيفًا في الحديث ، عسرًا في الحديث ، ممتنعًا به ، حدث عن زياد بن علاقة وأبي إسحاق وسماك بن حرب وغيرهم ، روى عنه والده وعبد الرحمن بن مهدي وقبيصة وغيرهم ، توفي سنة (١٧٥ ، ١٧٦ هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (١٠٥/٨) ، طبقات ابن سعد (٣٥٦/٦) ، تهذيب الكمال (٣٤٠/٣) رقم (٨٩٣) .

(٤) هو : شريك بن عبد الله النخعي القاضي ، أبو عبد الله الكوفي ، ثقة . قال أبو حاتم : شريك صدوق ، وقال أبو زرعة : كان كثير الحديث ، صاحب وهم ، يغلط أحيانا . توفي رحمه الله بالكوفة سنة سبع أو ثمان وسبعين ومائة ، عن نيف وثمانين سنة . انظر : تاريخ الثقات ص(٢٠٢ - ٢١٧) ، الجرح والتعديل (٣٦٥/٤ -٣٦٧) ، البداية والنهاية (١٧١/١٠) ، تقريب التهذيب (٣٥١/١) ، شذرات الذهب (٢٨٨/١) .

(٥) هو : علي بن عبد الله بن جعفر ، أبو الحسن بن المديني البصري ، ثقة ثبت ، كان إمام عصره في معرفة الرجال ، وعلل الحديث ، روى عنه البخاري ، وأبو داود ، والترمذي ، والنسائي ، وابن ماجه ، وأحمد ، وخلق سواهم . توفي رحمه الله سنة أربع وثلاثين ومائتين . انظر : مقدمة كتاب الجرح والتعديل للرازي (٣١٩/١) ، الطبقات الكبرى (٥٨/٧) ، النجوم الزاهرة (٢٧٦/٢ ، ٢٧٧) ، تقريب التهذيب (٣٩/٢ ، ٤٠) ، البداية والنهاية (٣١٢/١٠) ، شذرات الذهب (٨١/٢) .

(٦) هو : علقمة بن قيس بن عبد الله بن مالك ، فقيه الكوفة وعالمها ومقرئها ، الإمام الحافظ المجود ، المجتهد الكبير ، أبو شبل ، ولد في أيام الرسالة المحمدية ، وعد من المخضرمين ، هاجر في طلب العلم والجهاد ، ونزل الكوفة ، ولازم ابن مسعود حتى رأس في العلم والعمل ، وتفقه به العلماء ، حدث عن : عمر وعثمان وعلي =

عن ذلك ، فقال : وددت أن يكون [١] معه . وروي عن ابن مسعود أنه قال : « ما كان معه منا أحد » [٢] ؛ وذلك لأن ابن المديني قد طرق كون عبد الله بن مسعود مع النبي ﷺ في ليلة الجن من اثني عشر طريقًا . وذكر يعقوب بن أبي شيبة [٣] حديث أبي [٤] عثمان البكالي [٥] عن ابن مسعود أنه كان مع النبي ﷺ [في ليلة الجن] [٦] ، وأبو عثمان البكالي صحابي [٧] ، فقال ابن أبي شيبة [٨] : هذا حديث بصري [٩] . ولأن الأخبار لو تعارضت كان المثبت أولى ، كيف والجمع ممكن ؛ لأن علقمة نفى كونه مع النبي ﷺ عند خطاب الجن ، وهذا لا ينفي خروجه معه .

٦٢ - قالوا : النبي ﷺ توضأ به في الحضر ، وهذا مجمع على تركه .

٦٣ - قلنا : توضأ به بعد ما خرج من مكة وَبَعُدَ منها ، وعندنا نجوز [١٠] التوضؤ [١١]

= وغيرهم ، حدث عنه : أبو وائل ، والشعبي ، وإبراهيم النخعي ، ومحمد بن سيرين ، وغيرهم ، توفي سنة (٦١ ، أو ٦٢ ، أو ٧٢ هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٥/٩٤ ، ٩٥) .

(١) في (م) « أكون » ، و في (ع) : « كون » . هذا الحديث أخرجه مسلم في كتاب تفسير القرآن باب الجهر بالقراءة في الصبح والقراءة على الجن (١/١٩٠) ، والطحاوي في كتاب الطهارة باب الرجل لا يجد إلا نبيذ التمر هل يتوضأ به أو يتيمم (١/٩٥) .

(٢) أخرجه مسلم بهذا الإسناد مطولا في كتاب تفسير القرآن باب الجهر بالقراءة في الصبح والقراءة على الجن (١/١٩٠) ، أبو داود (١/٢٨ ، ٢٩) والترمذي في « كتاب تفسير القرآن » ، « باب ومن سورة الأحقاف » (٥/٣٨٢ ، ٣٨٣) .

(٣) هو : يعقوب بن أبي شيبة بن الصلت السدوسي ، مولاهم البصري البغدادي ، أبو يوسف محدث حافظ فقيه ، ولد في حدود سنة ١٨٠هـ ، وسكن بغداد وحدث بها ، وتوفي سنة ٢٦٢هـ في ربيع الأول . من آثاره : المسند الكبير في الحديث . (انظر : معجم المؤلفين ٤/١٢٩) .

(٤) في (م) : [ابن] وفي (ع) : [بن] .

(٥) في (ص) ، (ن) : [البكالي صحابي] بزيادة : [صحابي] . وهو : عمرو بن البكالي بكسرة الموحدة ، وتخفيف الكاف ، اختلف في اسم أبيه ، فقيل سفيان ، وقيل : سيف ، وقيل : عبد الله البكالي . له صحبه ، وقال أبو سعد الأشج : حدثنا حفصبن غياث عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن عمرو البكالي ، وكان من أصحاب رسول الله ﷺ ، وكان ذا فقه . لم أعثر على تاريخ وفاته . (انظر : الإصابة ٥/٢٤) .

(٦) ساقطة من (ع) .

(٧) في (م) : [صابي] .

(٨) في (ن) : [ابن شيبة] هو : صاحب المصنف .

(٩) الحديث أخرجه بلفظ آخر الإمام أحمد في المسند (١/٣٩٩) .

(١٠) في (ع) : [يجوز] .

(١١) في غير (ص) : [الوضوء] .

بالنبيذ والتيمم لمن بعد من المصر [1] ، وإن لم يسافر .

٦٤ - قالوا : الذي كان في الإداوة تمر وماء لم يختلط ، ولهذا قال [النبي ﷺ] [2] : « تمرة [3] طيبة ، وماء طهور » .

٦٥ - قلنا : هذا لا يسمى عندنا على الإطلاق نبيذًا ، وقد سماه ابن مسعود نبيذًا ، ولم يذكر النبي ﷺ علته ، والغالب أن التمر إذا طرح في الماء وبقي ليلة [أنه] [4] لا يبقى [5] على حاله .

٦٦ - ولا يقال : اعتبار حقيقة قول النبي ﷺ وحمل قول ابن مسعود على المجاز أولى من حمل قوله على الحقيقة وحمل قول النبي ﷺ على المجاز .

٦٧ - قلنا : ترك النبي ﷺ الإنكار تقرير له على قوله ، فصار كأن القولين صدرا من النبي ﷺ ، فيجوز حمل الأول على الحقيقة والثاني على المجاز .

٦٨ - ولا يقال : إنه لم يكن شديدًا [6] ؛ لأن من أصحابنا من قال : الخلاف في النبيذ الحلو ، فعلى هذا يسقط سؤالهم ، ويسقط ما يقولون : إنه لم يكن مطبوخًا ؛ لأن الحلو لا يعتبر فيه الطبخ .

٦٩ - قالوا : ليلة الجن كانت بمكة ، وآية التيمم نزلت بالمدينة فنسختها .

٧٠ - قلنا : النسخ يكون بين المتنافيين [7] ، ولا تنافي بين الآية والخبر ، وسنبين ذلك .

٧١ - قالوا : هذا الخبر يخالف الأصول ، فلا يقبل على أصلكم ، كخبر القرعة .

٧٢ - قلنا : المخالف للأصول أن يرد [8] الخبر بما وجد في الأصل خلافه بعينه ، أو كان معناه مجمعًا [9] علي خلافه ، كخبر القرعة ؛ لأنه تضمن نقل الجزية [10] من شخص إلى شخص ، وهذا معنى أجمعوا على خلافه . وخبرنا لم يوجد ما ورد به في الأصول بخلافه ، ومعناه : عليه أوصاف الطاهر على [11] الماء ، وهذا المعنى لم يجمعوا

---

(١) في (ع) : [عن المصر] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عليه السلام] .
(٣) في (ع) : [ثمرة] .
(٤) ساقطة من (ع) .
(٥) في (ن) : [لا يبقا] وفي (ع) : [لم يبق] .
(٦) في (ن) : [شديد] وفي (ع) : [سديدا] .
(٧) في (ع) : [متنافيين] .
(٨) في (م) : [أن ترد] .
(٩) في (ن) : [مجمع] .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [الحرية] .
(١١) في (ع) : [من] .

على امتناع الوضوء به ؛ لأن ابن جرير [١] يجوز الوضوء بالخل ونبيذ [٢] الزبيب .

٧٣ - ولا يقال : إن البلوى تعم ، ولا تثبت [٣] بخبر الواحد ؛ لأن وجود النبيذ في السفر مع عدم الماء أمر نادر ، فكيف يدعى عمومه .

٧٤ - ويدل عليه : ما روى الأوزاعي [٤] عن يحيى بن كثير [٥] ، عن عكرمة [٦] ، عن ابن عباس ، أن النبي ﷺ قال : « الوضوء بنبيذ التمر وضوء من لا يجد الماء » [٧] . ولا يمكن تأويل هذا الخبر إلا بإسقاط ما شرطه . وقد روى جواز الوضوء به : علي ، وابن مسعود ، وابن عباس [٨] ﷺ وقال أبو العالية [٩] : « ركبت مع أصحاب رسول الله

---

(١) في (م) : [ابن حرز] . وهو : غزوان بن جرير الضبي ، والد فضيل بن غزوان ، وجد محمد بن فضيل ابن غزوان ، روى عن أبيه ، وروى عنه الأخضر بن عجلان ، أبو طالوت عبد السلام بن أبي حازم ، وذكره ابن حبان في كتاب الثقات ، ولم أقف على تاريخ وفاته . انظر : تهذيب الكمال (٩٩/٢٣ ، ١٠٠) ، رقم (٤٦٨٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وبنبيذ] .

(٣) في (ع) : [ولا يثبت] .

(٤) هو : عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي ، الدمشقي ، أبو عمرو ، من قبيلة الأوزاع ، إمام الديار الشامية في الفقه ، والزهد ، وأحد الكتاب المترسلين ، ولد ببعلبك سنة ٨٨ هـ ، ونشأ في البقاع وتحول إلى بيروت فسكنها مرابطًا إلى أن مات بها ، ومن آثاره : كتاب السنن في الفقه ، والمسائل في الفقه . توفي سنة ١٥٧ هـ . انظر : معجم المؤلفين (١٠٥/٢) .

(٥) هو : يحيى بن كثير بن أبي بكر الطائي ، مولاهم ، أبو نصر اليماني ، روى عن إبراهيم بن عبد الله بن قارظ ، وأنس بن مالك ، والأوزاعي ، وغيرهم ، وروى عنه : إبان بن بشير المعلم ، وإبان بن يزيد ، وعكرمة ابن عمار اليماني ، وغيرهم ، قال عمرو بن علي وغيره : مات سنة تسع وعشرين مائة ، أو سنة اثنتين وثلاثين ومائة . انظر : تهذيب الكمال (٥١٠/٣١) .

(٦) هو : عكرمة بن عمار البصري ، الحافظ الإمام ، أبو عمار العجلي ، من حملة الحجة وأوعية الصدق ، حدث عن : عطاء بن أبي رباح ، وطاووس بن كيسان ، ويحيى بن كثير ، حدث عنه : شعبة ، والثوري ، وروح بن عبادة وغيرهم ، مات سنة ١٥٩ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٠٥/٧) .

(٧) أخرجه الدارقطني في كتاب الطهارة في أول باب الوضوء بالنبيذ (٧٥/١) ، والبيهقي باب إزالة النجاسة (١٢/١) .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه « في الوضوء بالنبيذ » (٣٩/١) ، والدارقطني في آخر كتاب الطهارة في أول باب الوضوء بالنبيذ (٧٨/١ ، ٧٩) .

(٩) هو : رفيع بن مهران ، الإمام المقرئ الحافظ المفسر ، أبو العالية الرياحي ، البصري ، أحد الأعلام ، أدرك زمان النبي ﷺ وهو شاب ، وأسلم في خلافة أبي بكر الصديق ، ودخل عليه ، وسمع من عمر ، وعلي ، وأبي ذر ، وغيرهم ، وحدث عنه : قتادة وثابت ومحمد بن واسع ، وغيرهم ، وتوفي سنة ٩٠ هـ ، أو سنة ٩٣ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٠٧/٤) .

ﷺ البحر ففني ماؤهم ، فتوضئوا بنبيذ التمر ، وكرهوا ماء البحر » (١) ، والصحابي إذا قال ما لم يعلم بالقياس [حمل على التوقيف] (٢) ، أو [نقول] (٣) : إنه لا مخالف لهم فصار إجماعًا .

٧٥ - ولا يقال : قد روي عن ابن عمر (٤) أنه قال بنجاسة النبيذ ؛ لأن هذا في الشديد ، ومتى حمل الخلاف على الحلو سقط الخبر ، على أنه قد روي عن ابن عمر جواز شربه . فيتعارض [ذلك عنه] (٥) ، فبقي قول بقية الصحابة (٦) ، ولأن الرأس من أعضاء (٧) الطهارة ؛ فجاز أن يثبت له بدل عن الغسل ، كالوجه واليدين ، ولأن الطهارة تارة تعم البدن ، وتارة تختص ببعضه ، فإذا جاز أن يثبت النقل (٨) في بعضه جاز أن يثبت في جميعه . ولأنه تطهير ينتقل إلى بدل فجاز أن ينتهي إلى بدلين كالكفارة . هذه (٩) الأقيسة لسنا نثبت (١٠) بها بدلًا ، بل لترجيح الأخبار ، [ولأن كل فرض جاز انتقاله بالنبيذ] (١١) ، كغسل الطيب من ثوب المحرم .

٧٦ - واحتج المخالف بقوله تعالى : ﴿ فَٱغْسِلُوا۟ وُجُوهَكُمْ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا۟ (١٢)

---

(١) الحديث أخرجه الدارقطني من طريق مروان بن معاوية ، عن أبي خلدة ، بلفظ : قلت لأبي العالية : رجل ليس عنده ماء ، وعنده نبيذ ، أيغتسل به في جنابة ، قال : لا ، فذكر له ليلة الجن ، فقال : أنبذكم هذه الخبيثة ، إنما كان ذلك زبيبًا وماء . في كتاب الطهارة في أول باب الوضوء بالنبيذ (٧٨/١) ، والبيهقي بلفظ : ترى نبيذكم هذه الخبيث إنما كان ماء يلقى فيه تمرات فيصير حلوًا زبيبا ، السنن الكبرى في آخر باب إزالة النجاسة (١٣/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [حصل على التوفيق] .

(٣) في (ع) [نقول نقول] .

(٤) عبد الله بن عمر بن الخطاب الإمام القدوة شيخ الإسلام ، أبو عبد الرحمن القرشي ، العدوي ، المكي ، ثم البغدادي ، أسلم وهو صغير ، ثم هاجر مع أبيه ولم يحتلم ، واستصغره النبي ﷺ يوم أحد ، وأول غزواته الخندق ، وهو ممن بايع تحت الشجرة ، وأمه ، وأم المؤمنين حفصة أمهما زينب بنت مظعون الجمحي .
روى علمًا نافعًا عن النبي ﷺ ، وعن أبيه وأبي بكر وعمر وعثمان وغيرهم ، وروى عنه : آدم بن علي ، وأسلم مولى أبيه ، وإسماعيل بن عبد الرحمن ، وعائشة وغيرهم ، توفي سنة ٧٣هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٤٦/٤) ، الإصابة (٣٤٧/٢) .

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن في كتاب الأشربة وغيرها باب ما يحرم من النبيذ (٢٦٢/٤) ، والطحاوي في المعاني في كتاب الأشربة باب ما يحرم من النبيذ (٢١٩/٤) .

(٦) في (ن) : [فنفى قوله بقية الصحابة] .

(٧) في (ع) : من [بقية] أعضاء .

(٨) في (ع) : [النفل] .

(٩) في (ع) : [وهذه] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ليسا يثبت] .

(١١) وردت هذه العبارة في سائر النسخ هكذا .

(١٢) في (ص) : [فإن لم تجدوا] .

مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ ولم يجعل بينهما واسطة .

٧٧ - قلنا : إن قوله ﴿ فَٱغْسِلُوا۟ وُجُوهَكُمْ ﴾ [١] عام في كل غسل بالماء وغيره ، فيفيد [٢] ذلك النبيذ . ولا يقال : إن هذا حمل اللفظ على الحقيقة والمجاز ؛ لأنا لم نثبت مخصوص المغسول به لفظًا ، وإنما أثبتنا عموم الغسل ، وذلك حقيقة في الأمرين ، ولأن اللَّه تعالى خص جواز التيمم بحال عدم الماء ، والنبيذ قد أجراه [٣] النبي ﷺ مجرى الماء في الوضوء ، فإذا بين اللَّه حكم الماء كان النبيذ في حكمه ؛ فلا يجوز [٤] التيمم مع وجوده ، والحكم تارة يثبت بالصريح ، وتارة بالتنبيه [٥] .

ولأن قوله تعالى : ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟ ﴾ [٦] المراد : ماء شرعًا ، والنبيذ ماء في الشرع ؛ بدلالة ما قدمناه [٧] في الخبر .

٧٨ - احتجوا بقوله عليه السلام : « التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء » [٨] ، وهذا / لا دلالة فيه ؛ لأن النبيذ ماء في الشرع ، فيدخل في عموم الخبر . ١/ب

٧٩ - ولا يقال : إنه حمل على الحقيقة والمجاز ؛ لأنا اعتبرنا الماء في الشرع دون اللغة ؛ لأن الاسم حقيقة في الشرع فيهما ، ولأن اللفظ الواحد في النفي يحمل عليهما وإن لم يحمل في الإثبات ، ولأن هذا خبر الواحد فيجمع بينه وبين خبر النبيذ ، فيصير تقديره : التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء أو النبيذ .

٨٠ - قالوا : ما [٩] لا يجوز الوضوء به حضرًا لا يجوز الوضوء به سفرًا ، كالخل . وهذا الوصف غير مسلم ؛ لأن الوضوء بالنبيذ والتيمم يجوز للمقيم إذا بعُد عن المصر ، ذكره الطحاوي ، وإن [١٠] سلمنا لم يصح ؛ لأنه يجوز في السفر ما لا يجوز في الحضر ، كالتيمم ، والقصر ، والإفطار . ثم المعنى في الخل أنه لم يسم طهورًا في الشرع ، والنبيذ بخلافه .

---

(١) سورة المائدة : الآية ٦ .
(٢) في (ن) ، (ع) : [فيقبل] .
(٣) في (ن) : [أجراه] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ولا يجوز] .
(٥) في (م) : [بالنية] .
(٦) في سائر النسخ : [فإن لم تجدوا ...] .
(٧) في (م) ، (ع) : [ما قدمنا] .
(٨) أخرجه مسلم في كتاب المساجد (٣٧١/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الطهارات في الرجل يجنب وليس يقدر على الماء (١٨٣/١) والبيهقي في الكبرى في كتاب الطهارة باب الدليل على أن الصعيد الطيب هو التراب (٢١٣/١) .
(٩) في (ع) : [ماء] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [فإن] .

٨١ - قالوا : شراب مسكر ، كنبيذ الزبيب .

٨٢ - قلنا : الخلاف على قول كثير من أصحابنا في الحلو دون المسكر ؛ فصار ما ذكروه مسلمًا ، والمعنى في نبيذ الزبيب ما قدمناه .

٨٣ - قالوا : من حكم البدل أن يكون أعم وجودًا من المبدل ، كالتراب .

٨٤ - قلنا : لا يمتنع أن يكون البدل أضيق وجودًا ، ألا ترى أن اللَّه تعالى جعل الإطعام بدلًا عن [١] الصوم في كفارة الظهار ، وجعل الصوم بدلًا عنه في كفارة اليمين؟ فلا يدل على وضع قولهم أن يكون أحدهما أضيق ، وجعل تارة بدلًا ، وتارة مبدلًا [٢] .

٨٥ - قالوا : مائع لا يرفع الحدث ، كنبيذ الزبيب . وهذا لا يصح ؛ لأن وضوء المستحاضة يقع بمائع [٣] ولا يرفع حدثها ، ويجوز بالتراب ، والتراب لا يرفع الحدث وإن جاز إسقاط الفرض به .

* * *

(١) في (ع) : [من] .
(٢) في (ع) : [مبدل] .
(٣) في (م) : [بماء] ، والمائع : الذائب ، ومائع جمعها موائع وماع السمن يميع ، أي ذاب ، راجع لسان العرب مادة (ميع) (٤٣٠٩/٦) .

مسألة ٥

طهور جلد الكلب

٨٦ - قال أصحابنا : يطهر جلد الكلب بالدباغ (١) .

٨٧ - خلافًا للشافعي (٢) .

٨٨ - لنا : قوله عليه السلام : « أيما إهاب دبغ (٣) فقد طهر » .

ولأنه بهيمة يجوز الانتفاع به من غير ضرورة ، فجاز أن يطهر جلدها بالدباغ ، كالشاة .

ولا يقال : إنه لا ينتفع بالكلب إلا لضرورة الصيد والحفظ ؛ لأن الإنسان لا يضطر إلى الاصطياد في غالب أحواله ، ولا يضطر إلى حفظ الماشية بالكلب ؛ لقيام الآدمي مقامه .

---

(١) في (ع) : [بلا دباغ] ، قال الكاساني : والدباغ تطهير للجلود كلها ، إلا جلد الإنسان والخنزير ، كذا ذكر الكرخي . انظر : بدائع الصنائع (٨٥/١) ، فتح القدير (٩٢/١) ، مختصر الطحاوي ص (١٧) أحكام القرآن للجصاص سورة البقرة (١١٥/١ - ١١٧) ، تحفة الفقهاء (٧١/١) ، رد المحتار على الدر المختار (١٤٣/١) .

(٢) قال الشافعي في الأم : فيتوضأ في جلود الميتة كلها إذا دبغت : وجلود ما لا يؤكل لحمه من السباع قياسًا عليها ، إلا جلد الكلب والخنزير ؛ فإنه لا يطهر بالدباغ ؛ لأن النجاسة فيهما وهما حيان قائمة ، وإنما يطهر بالدباغ ما لم يكن نجسًا حيًا . انظر : الأم : « الطهارة » (٩/١) ، والمهذب مع المجموع (٢١٤/١ - ٢١٧) ، حلية العلماء (١٩٣ ، ١٩٤) ، منهج الطلاب (٢٠/١) ، كفاية الأخيار (١٣/١) ، وقال مالك في رواية : يطهر ، وفي رواية أخرى : لا يطهر . انظر : تفصيل المسألة في المنتقى (١٣٤/٣ ، ١٣٥) ، الرسالة ص (١٨٦) ، الكافي لابن عبد البر (١٦٣/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص(٣٦) ، وعن أحمد روايتان كروايتي مالك . انظر الإفصاح (٦٠/١ ، ٦١) ، الكافي لابن قدامة (١٩/١ ، ٢٠) ، المغني (٦٧/١ ، ٦٨) ، العدة مع العمدة ص (٢٨ ، ٢٩) .

(٣) هذا الحديث أخرجه مسلم : الصحيح كتاب الحيض باب طهارة جلود الميتة بالدباغ (١٥٧/١) الشافعي في الأم في الطهارة باب الآنية التي يتوضأ فيها ولا يتوضأ (٩/١) ، وفي المسند في كتاب الطهارة الباب الثالث في الآنية والدباغة (٢٦/١) ، وأحمد في المسند (٢١٩/١) ، والترمذي في السنن في كتاب اللباس باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت (٢٢١/٤) ، والنسائي في السنن كتاب الفرع والعتيرة جلود الميتة (١٧٣/٧) ، وابن ماجه في السنن في كتاب اللباس باب لبس جلود الميتة إذا دبغت (١١٩٣/٢) ، والدارمي في السنن كتاب الأضاحي باب الاستمتاع بجلود الميتة (٨٥/٢) ، والدارقطني في السنن في كتاب الطهارة باب الدباغ (٤٨/١) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الطهارة باب طهارة جلد الميتة بالدباغ (١٦/١) .

ولا نريد [١] بالضرورة ما يخاف منها على نفسه وماله . ولأنها بهيمة يجوز الاصطياد بها ، كالفهد .

٨٩ - ولا يقال : إن ما لا يصاد [٢] به عندكم يطهر جلده بالدباغ ؛ لأنا لم نعتبر وقوع الاصطياد ، وإنما اعتبرنا إباحته ، وهذا موجود في الجنس .

٩٠ - قالوا : المعنى في الأصل أنه مختلف في طهارة سؤره .

٩١ - قلنا : وكذلك الكلب ، ويبطل علة [٣] الأصل بسؤر المشرك .

٩٢ - قالوا : الفهد يقتنى [٤] على الإطلاق ، بخلاف الكلب .

٩٣ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن الكلب يجوز اقتناؤه إلا للتلهي ، وكذلك الفهد .

٩٤ - ولا يقال : الفهد مختلف في غسل الإناء من ولوغه ، والكلب متفق على وجوب [٥] غسله ، لأن علة [٦] الأصل [٧] تبطل بسؤر المشرك ، وعلية [٨] الفرع تدل [٩] على [١٠] النجاسة ، وهذا لا يمنع وقوع الدباغ ، كالميتة . ولأنه [١١] حيوان مختلف في أكل لحمه ، كالضبع .

٩٥ - ولا يقال : إن هذه علة متأخرة عن الحكم ؛ لأن علل الشريعة يجوز أن تتأخر [١٢] ، فثبت الحكم في زمن النبي ﷺ لمعنى ، وبعده بذلك وبغيره [١٣] ، كمسائل الإجماع . ولا يقال : إن الضبع مأكول ؛ لأنا نخالفهم في هذه العلة .

٩٦ - قالوا : هذه الأوصاف لم تدل على طهارة الكلب في حياته مع وجودها ، كذلك بعد الدباغ .

٩٧ - قلنا : يجوز أن تكون [١٤] هذه العلة غير موجبة للتطهير بنفسها ، فتوجب

(١) في (م) : [ولا يريد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [يصطاد] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : « عليه » .
(٤) في (م) : [يقينا] .
(٥) لفظ : « وجوب » ساقط من (م) . انظر حكم الأسار في تحفة الفقهاء (٥٣/١ ، ٥٤) ، بدائع الصنائع (٢٢٢/١ - ٢٢٤) ، الهداية مع فتح القدير (١١٠/١) ، والأم في « الماء الراكد » (٦/١) ، المغنى (٤٦/١ - ٤٩) .
(٦) في (م) : [علية] .
(٧) في (م) ، (ع) : [الغسل] .
(٨) في (م) ، (ع) : [وعليه] .
(٩) في (م) ، (ع) : [بدل] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [عن] .
(١١) في (م) : [ولا] .
(١٢) في (م) : [يتأخر] .
(١٣) في (ن) : [ولغيره] .
(١٤) في (م) : [يكون] .

الطهارة عند وجود سبب التطهير ، وهو الدباغ ، ألا ترى : أن جلد الميتة يطهر بالدباغ بعلة موجودة [قبله] [١] ولم توجب تلك [٢] العلة طهارة الجلد قبل وجود سبب [٣] التطهير ؟ .

٩٨ - واحتجوا : بنهيه عليه الصلاة والسلام عن افتراش السباع [٤] .

٩٩ - قالوا : وهذا أخص من خبركم [٥] .

١٠٠ - والجواب : أن إطلاق السبع لا يتناول الكلب ، ولأن النهي لِما كانت الأعاجم تفعله [٦] من الافتراش للتفاخر ، لا للنجاسة ، ولهذا المعنى خصه بالافتراش الذي يعتادونه ، ولو أراد به النجاسة لخصه بالصلاة ، وأما خصوصه فلا يصح [٧] إذا لم يتناول موضع الخلاف ، فلو تناوله لكان خاصًّا في السبع ، عامًّا فيما قبل الدباغ وبعده ، وخبرنا عام في الأُهُب ، عام [فيما بعد الدباغ] [٨] والخصوص موجود في كل واحد من الخبرين من وجه ، والعموم من وجه .

١٠١ - قالوا : حيوان نجس حال حياته ، ويغسل الإناء من ولوغه ، كالخنزير ، وهذا يبطل على أصلنا بالبيع . ولأن النجاسة لا تمنع [٩] من التطهير بالدباغ ، كنجاسة الميتة ، والمعنى في [١٠] الخنزير أنه لا يقسم [١١] قسمة المواريث ولا يخلى [بينه وبين الموصى له] [١٢]

---

(١) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) في (م) : [ولم يوجب ذلك] ، وفي (ن) ، (ع) : [ذلك] .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) أخرجه الترمذي بلفظ : نهى عن جلود السباع أن تفترش . في السنن كتاب اللباس باب ما جاء في النهي عن جلود السباع (٢٤١/٤) ، والدارمي في السنن في كتاب الأضاحي باب النهي عن لبس جلود السباع (٨٥/٢) ، وابن الجارود في المنتقى باب ما جاء في الأطعمة (ص ٢٢١) . وأخرجه أبو داود بهذا الإسناد في السنن « كتاب اللباس » باب جلود النمور والسباع (٤٢٣/٢) ، والنسائي في السنن في كتاب الفرع والعتيرة النهي عن الانتفاع بجلود السباع (١٧٦/٧) ، والبيهقي في كتاب الطهارة باب اشتراط الدباغ في طهارة جلد ما لا يؤكل لحمه وإن ذكي (٢١/١) .

(٥) وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « أيما إهاب دبغ فقد طهر » تقدم تخريجه من قبل .

(٦) في (م) ، (ن) : [يفعله] .

(٧) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) في (م) : [فيما بعده والدباغ] .

(٩) في (م) : [يمنع] .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [من] .

(١١) في (م) : [ينقسم] .

(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بين الموصى له و بينه] بالتقديم والتأخير .

ولا [١] يجوز الاصطياد [به] [٢] ، والكلب بخلافه .

١٠٢ - قالوا : الدباغ يرد الجلد إلى طهارة الحياة ويرفع نجاسة الموت [٣] ، والكلب في [حال] [٤] حياته نجس فيرده الدباغ إلى ذلك . وهذا لا يصح ؛ لأنه تجدد طهارة في الجلد ، فلا يرد ما تقدم ؛ لأن علة [ذلك طهارة] [٥] الحياة ، وهي لا تعود [٦] ، ولا [٧] يعود حكمها .

١٠٣ - قالوا : الدباغ يمنع من التلاشي [٨] في الجلد والفساد ، كما يمنع الحياة [٩] ، وهذا معنى قولنا : إنه يرده إلى تلك الحال .

١٠٤ - قلنا : هذا المعنى لا مدخل له في الطهارة ؛ لأنه موجود في الخنزير والكلب حال حياتهما ، وهما نجسان ، وفي الشعر بعد الموت ، وهو نجس عندهم .

١٠٥ - قالوا : الحياة أقوى المطهرات ؛ لتأثيرها في اللحم والجلد ، والدباغ أضعف ؛ لتأثيره في الجلد خاصة ، فإذا لم يطهر الكلب بالحياة فبالدباغ أولى .

١٠٦ - الجواب : أن الدباغ أقوى المطهرات ؛ لأنه يؤثر في نجاسة الموت الثابتة بالقطع [١٠] والمتفق عليها ، ونجاسة الكلب مختلف فيها وثابتة بخبر واحد ، فما جاز أن يعمل في أقوى النجاستين ففي أضعفها أولى . وأما تأثير الحياة في اللحم والجلد فليس لقوة تطهيرها [١١] ، لكن [١٢] لوجودها [١٣] فيهما ، والدباغ لا يوجد إلا في الجلد ، فإذا لم يطهر لم يوجد فيه ما يدل على ضعفه .

١٠٧ - قالوا : الكلب نجس العين ، كالخنزير .

١٠٨ - قلنا : لا نسلم هذا الوصف ؛ لأن نجاسة الكلب مخففة ، في حكم نجاسة المجاورة ؛ فلذلك يجوز الانتفاع به من وجه دون وجه ، كالثوب النجس . ولو كان

---

(١) في (ع) : [أو لا] .
(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٣) في (ع) : [الكلب] .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) وفي (م) : [ذلك الطهارة] . وفي (ع) : [تلك الطهارة] .
(٦) في (م) : [لا يعود] .
(٧) في (م) : [فلا] .
(٨) لشا : إذا خَسّ بعد رفعة ، ولاشاه اللّٰه : أفناه ، كأنه جعله كلا شيء . راجع في لسان العرب (لشا) (٤٠٣١/٥) ، المعجم الوسيط (٨٣١/٢) .
(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : زيادة [من] .
(١٠) في (ن) : [والثانية والقطع] .
(١١) في (م) : [يطهرها] . وفي (ع) : [تطهرهما] .
(١٢) ساقطة من (ع) .
(١٣) في (م) ، (ع) : [لوجودهما] .

كأعيان النجاسات لم يجز الانتفاع به بحال ، كالدم والخمر .

١٠٩ - قالوا : معنى قولنا : نجس العين ، أنه لم يخلق إلا نجسًا ، وأن نجاسته ليست [١] بطارئة . وهذا لا يصح ؛ لأن نجاسة الكلب حكم مثبت بالشرع ، لا نعلم [٢] ثبوته قبله ، فيجوز أن يكون هذا الحكم طارئًا ، وقد كان طاهرًا قبله .

١١٠ - وجملة الأمر : أن الشيء لا يوصف بالنجاسة لعينه ، وإنما هذه أحكام ، فمعنى قولنا : نجاسة عين ، تغليظ نجاسة [٣] . ومعنى قولنا : نجاسة [٤] مجاورة ، أي تخفيف نجاسة . والكلب مخفف النجاسة من وجه ما بينا ، فترجح [٥] ما ذكرناه [٦] أنه قابل للحكم ومجدد [٧] بحكم الطهارة ، وهو حكم شرعي ، ويلحق الكلب بنظائره من السباع ، وموجب تخفيف حكمه بعد الموت كما كان في حال الحياة .

* * *

(١) ساقطة من (م) .
(٢) في (ع) : [لا يعلم] .
(٣) في (ع) : [نجاسته] .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) في (م) ، (ع) : [فيرجّح] .
(٦) في (م) : [ما ذكرنا] .
(٧) في (ع) : [ويجدد] .

مسألة ٦

حكم طهارة ما يؤكل وما لا يؤكل

١١١ - قال أصحابنا : ما لا يؤكل لحمه يطهر بالذكاة إلا الخنزير والآدمي [١] .

١١٢ - وقال الشافعي : لا يطهر إلا ما يؤكل لحمه [٢] .

١١٣ - لنا : قوله ﷺ : « الذكاة في الحلق واللبة » ، وهو عام . ولأنه حيوان لا يقطع بتحريمه ، فوجب أن تؤثر [٣] فيه [٤] الذكاة ، كالضبع . ولأنه بهيمة يجوز الانتفاع به حال حياته من غير ضرورة ، كالشاة .

١١٤ - ولا يقال : إن الشاة طاهر [٥] في حال الحياة فلا يطهر بالذكاة ؛ لأنا قلنا [٦] : فوجب أن تؤثر [٧] فيه ، وهي تؤثر [٨] في منع النجاسة .

١١٥ - ولا يقال : إن المعنى في الشاة أنها مأكولة ؛ لأن الذكاة لو لم تؤثر إلا في المأكول لما أثر في الأشياء السبعة التي نهي عن أكلها من الشاة ، وفي الشاة المسمومة التي لا يجوز أكلها ، ولأنه سبب للتطهير ، فلا يختص بما يؤكل لحمه ، كالدباغ ،

---

(١) قال الكاساني : الحيوان إن كان مأكول اللحم فذبح طهر بجميع أجزائه ، إلا الدم المسفوح ، وإن لم يكن مأكول اللحم فما هو طاهر من الميتة من الأجزاء التي لا دم فيها - كالشعر وأمثاله - يطهر منه بالذكاة عندنا ، وأما الأجزاء التي فيها الدم كاللحم والشحم والجلد فهل تطهر بالذكاة ؟ اتفق أصحابنا على أن جلده يطهر بالذكاة وقال الشافعي لا يطهر . انظر : بدائع الصنائع (٨٦/١) ، رد المحتار على الدر المختار (١٤٣/١) ، تحفة الفقهاء (٧٢/١) ، الهداية مع فتح القدير (٩٥/١ ، ٩٦ ، ٥٠٢/٩) .

(٢) قال الشيرازي : وإن ذبح حيوان لا يؤكل ، نجس بذبحه كما ينجس بموته ، لأنه ذبح لا يبيح أكل اللحم النجس به كما ينجس بالموت ، كذبح المجوس . انظر : الأم (٩/١) ، والمهذب مع المجموع (٢٤٥/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٣٥ . وقال أحمد مثل قول الشافعي : لا يطهر . انظر : الإفصاح (٦١/١) ، الكافي لابن قدامة (٢١/١) ، المغنى (٧١/١) .

(٣) في (ن) : [يوجب] ، وفي (م) : [يؤثر] .

(٤) في (ص) : [في] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [طاهرة] .

(٦) في (ع) : [لأن قولنا] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يؤثر] .

(٨) في (م) : [يؤثر] . انظر : حاشية ابن عابدين (٢٠٤/٥) .

ولأن (١) جلود السباع تطهر بالدباغ ، فأثرت الذكاة فيها ، كالشاة .

١١٦ - واحتج المخالف : بقوله عليه والسلام : « أيما إهاب دبغ فقد طهر » (٢) ، دليله : أنه لا تطهير بغير الدباغ .

١١٧ - الجواب : أن تقديره : أيما إهاب نجس دبغ فقد طهر ، لاستحالة أن يقال : الطاهر إذا دبغ [طهر] (٣) .

١١٨ - قالوا : ذبح لا يبيح أكل اللحم ، فلا يؤثر في الطهارة ، كذبح المجوسي (٤) .

١١٩ - والجواب : أنا لا نسلم أن ذبحه لا يعمل في إباحة أكلها ؛ لأن المضطر إليها لا يأكلها إلا بعد الذبح ؛ فيعمل الذبح في إباحتها ، ثم قد بينا افتراق حكم الأكل والطهارة ، بدلالة الشاة وحال حياتها والسباع عندهم ، فالدال على الصيد إذا ذبح حرم عليه ، وهو طاهر . ولأن الأكل لا ينفرد عن الطهارة ، فكأنهم قالوا : لـمّا لم يؤثر الذبح في الأكل والطهارة يجب ألا يؤثر في الطهارة ، ويجوز أن يؤثر في أحد الأمرين ولا يؤثر فيهما . ولأن المجوسي أجمعوا أن ذبحه لا يؤثر لمعنى فيه ، لا لصفات المذبوح ، ولهذا / ٢/أ استوى ما يؤكل وما لا يؤكل ، فلم يجز التعليل لأمر يخالف الإجماع . ولأن (٥) المعنى في المجوسي أنه ليس من أهل الذكاة ، والمسلم من أهل الذكاة ، ذبح ما لا يقطع بتحريمه .

١٢٠ - قالوا : حيوان نجس ، كالخنزير .

١٢١ - قلنا : التطهير إنما يحتاج إليه في النجاسات ، فلم يصح هذا الوصف . ولأن الخنزير عكس علتنا ؛ لأنه مقطوع بتحريمه ، والكلب بخلافه .

١٢٢ - قالوا : جزء من حيوان لا يؤكل لحمه ، فلم تبحه الذبح (٦) ، كلحمه .

---

(١) في (م) : [ولا] .

(٢) تقدم تخريجه في المسألة (٥) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) يشترط في الذبح لحل الذبيحة : إما أن يكون مسلما ، أو كتابيا . ولا يحل ذكاة مجوسي ، ولا وثني ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في شأن المجوس : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير آكلي ذبائحهم ولا ناكحي نسائهم » قال الزيلعي : أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما . راجع في نصب الراية « كتاب الذبائح » (١٨١/٢) ، وابن سعد في الطبقات الكبرى « القسم الثاني » (١٩/١) ، وانظر آراء العلماء في حكم ذبيحة المجوسي والوثني والمرتد وأمثالهم في تحفة الفقهاء (٧١/٣) ، الهداية مع فتح القدير (٤٨٨/٩) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الذبائح » (١٩٥/٥) ، حلية العلماء (٣٦٦/٣) ، كفاية الأخيار (٢٢٧/٢) ، فتح الوهاب (١٨٥/٢) .

(٥) في (م) : [ولا] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يبحه الذبح] الذكاة : الذبح . أو النحر . وذكاة الحيوان : ذبحه ، وفي الحديث : =

١٢٣ - قلنا : إن أردتم إباحة الأكل فالجلد واللحم سواء في تحريمه ، وإن أردتم إباحة الانتفاع ، فهما سواء في الجواز .

١٢٤ - قالوا : فوات روح حيوان لا يؤكل لحمه ، فلا [١] يبيح شيئًا منه ، كما لو مات حتف أنفه .

١٢٥ - قلنا : المعنى فيه أنه لم يوجد سبب من أسباب التطهير ، والحيوان [٢] مما له دم نجس ، وفي مسألتنا : وجد سبب من أسباب التطهير .

١٢٦ - قالوا : الذكاة تبقي [٣] طهارة الحياة ، وتمنع [٤] نجاسة الموت ، والكلب نجس في حال حياته ، فيبقى [على ما كان عليه] [٥] .

١٢٧ - قلنا : الذكاة تحدث [٦] طهارة على طهارة الحياة ؛ لأن تلك الطهارة قد زالت عنها ، يبين [٧] ذلك أن طهارة الحياة لا تؤثر [٨] في الأكل ، فطهارة الذكاة تؤثر [٩] في ذلك ، فدل على اختلافهما . ولو صح ما قالوه لزمهم إذا ذكيت السباع ، فشرائط الذكاة أن تبقى [١٠] على طهارة الحياة عندهم ، فأما أن يَحدُث بالذبح نجاسة فلا .

* * *

= « ذكاة الجنين ذكاة أمه » أي إذا ذبحت الأم فلا يحتاج إلى ذبح الجنين . راجع لسان العرب (٣/١٥١٠) ، المغرب ص١٧٥ ، المصباح المنير (١/١٩٧ ، ١٩٨) .

(١) في (ع) : [قد] .

(٢) في (م) ، (ع) : [فما] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ينفي] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يمنع] .

(٥) في (م) : [على كان عليه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يحدث] .

(٧) في (م) : [تبين] .

(٨ ، ٩) في (م) : [يؤثر] .

(١٠) في (م) : [يبقى] .

مسألة ٧

يصح الدباغ بالشمس والتراب

١٢٨ - قال أصحابنا : يصح الدباغ بالشمس والتراب إذا وقع الدباغ به [١] .

١٢٩ - خلافًا للشافعي [٢] .

١٣٠ - لقوله [٣] عليه السلام : « أيما إهاب دبغ فقد طهر » [٤] ، واسم الدباغ يتناول ما وقع بالشمس ، ولأنه يحيل الجلد ويمنع من ورود الفساد عليه ، فأشبه الشب .

١٣١ - احتجوا بقوله عليه السلام : « في الشب والقرظ [٥] ما يطهر » [٦] ، وهذا يقتضي الاختصاص .

---

(١) قال المرغيناني : ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وإن كان تشميسًا أو تتريبًا ؛ لأن المقصود يحصل به . انظر تفصيل المسألة في : الهداية مع شرح فتح القدير (٩٥/١) ، بدائع الصنائع (٨٦/١) ، حاشية ابن عابدين (١٤٢/١) .

(٢) قال الشافعي : والدباغ بكل ما دبغت به العرب ، من قرظ وشب ، وما عمل عمله مما يمكث فيه الإهاب حتى ينشف فضوله ويطيبه ، ويمنعه الفساد إذا أصابه الماء ، ولا يطهر إهاب الميتة من الدباغ إلا بما وصفت . قال النووي : نص الشافعي على أن الدباغ لا يحصل بالتشميس ولا بالتتريب . انظر : الأم (٩/١) ، المجموع مع المهذب (٢٢٢/١ - ٢٢٤) ، الوسيط (٣٥٠/١ ، ٣٥١) ، حلية العلماء (٩٤/١) ، كفاية الأخيار « كتاب الطهارة » (١٣/١) ، مغنى المحتاج (٨٢/١ ، ٧٠/١) ، الكافي لابن قدامة « باب الآنية » (٢٠/١) .

(٣) في (م) : [كقوله] .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٥) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [القرض] . اختلف أهل اللغة في معنى القرظ ، قال ابن منظور ، والمطرزي ، والرازي ، وابن الأثير : ورق السلم ، شجر عظام ، لها شوك غلاظ ، كشجر الجوز ، ورقه أصغر من ورق التفاح. راجع لسان العرب (قرظ) (٣٥٩٣/٥) ، المُغرب (ص٣٨٧) ، النهاية (٤٣/٤) . والشب : بالشين المثلثة حجر معروف يُشبه الزواج يدبغ به الجلود ، وقيل : شجر مثل التفاح الصغار يدبغ بورقه . وقيل : ملح متبلر ، اسمه الكيماوي : كبريتات الألمنيوم . راجع : لسان العرب (شب) (٢١٨٣/٣) .

(٦) أخرجه أبو داود في السنن في كتاب اللباس في آخر باب أهب الميتة (٤٢١/٢) ، والنسائي في السنن في كتاب الفرع والعتيرة ما يدبغ به جلود الميتة (١٧٤/٧ ، ١٧٥) ، والدارقطني في السنن في كتاب الطهارة باب الدباغ (٤٥/١) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الطهارة باب وقوع الدباغ بالقرظ وما يقوم مقامه (١٩/١) .

١٣٢ - قلنا : المراد به : الشب وما في معناه بإجماع [١] .

١٣٣ - قالوا : الشمس لا تحيل الجلد ، بل تجففه [٢] ، فإذا وقع في الماء عاد إلى فساده . وهذا غلط ؛ لأنه متى كان بهذه الصفة لم يطهر عندنا ، وإنما يطهر إذا أثر فيه الشب [٣] والقرظ [٤] ، وغيرهما .

* * *

(١) لقوله عليه الصلاة السلام : « استمتعوا بجلود الميتة إذا هي دبغت ، ترابًا كان أو رمادًا أو ملحًا ، أو ما كان ، بعد أن تريد صلاحه » أخرجه الدارقطني في السنن في كتاب الطهارة باب الدباغ (١/٤٩) .

(٢) في (م) : [يجففه] .

(٣) في (م) : [السبب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [والقرض] .

مسألة ٨

جواز بيع الجلد المدبوغ

١٣٤ - قال أصحابنا : يجوز بيع الجلد المدبوغ (١) .

١٣٥ - خلافًا للشافعي في القديم (٢) .

١٣٦ - لقوله ﷺ : « هلا أخذتم جلدها فدبغتموه وانتفعتم به » (٣) ، والبيع من وجوه الانتفاع ، ولأنه جلد يجوز الانتفاع به فجاز بيعه ، كالمذكاة .

١٣٧ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ ﴾ (٤) .

١٣٨ - والجواب : أن اسم الميتة لا يتناول اسم المدبوغ . ولأن خبر الدباغ قد مضى على الآية ، فكأنه قال : إلا ما دبغ من جلودها .

١٣٩ - قالوا : جواز الانتفاع لا يدل على البيع ، كأم الولد .

١٤٠ - قلنا : جواز الانتفاع يدل على البيع إلا أن يمنع مانع ، وهناك حرمته (٥) منعت البيع بعد جوازه .

---

(١) قال الكاساني : ولا بأس ببيعها بعد الدباغ ؛ لأنها قد طهرت بالدباغ . انظر : بدائع الصنائع (١٤٢/٥) ، والهداية مع شرح فتح القدير (٤٢٧/٦) ، ومختصر الطحاوي ص ١٧ .

(٢) قال الشيرازي في المهذب : فيه قولان : قال في القديم : لا يجوز ؛ لأنه حَرُم التصرف فيه بالموت ، ثم رخص في الانتفاع به ، فبقي ما سوى الانتفاع على التحريم . وقال في الجديد : يجوز ؛ لأنه منع من بيعه لنجاسته ، وقد زالت النجاسة ، فوجب أن يجوز البيع ، كالخمر إذا تخللت . انظر : المهذب (٩/١) الوسيط (٣٥٢/١) ، حلية العلماء (٩٥/١) ، (٢٢٨/١ ، ٢٢٩) ، مغني المحتاج (٨٢/١) . وانظر : الرسالة الفقهية ص١٨٦ ، المنتقى (١٣٤/٣ ، ١٣٥) ، الكافي (١٦٣/١) ، المغني (٧٠/١) .

(٣) أخرجه : البخاري في وجوب الزكاة باب الصدقة على موالي أزواج النبي ﷺ ، وفي كتاب الذبائح والصيد والتسمية على الصيد باب جلود الميتة (٢٦٠/١ ، ٣١٤/٣) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الحيض باب طهارة جلود الميتة بالدباغ (١٥٦/١) ، وأبو داود في السنن في كتاب اللباس باب في أهب الميتة (٤٢٠/٢) ، والترمذي في السنن في كتاب اللباس باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت (٢٢٠/٤ ، ٢٢١) ، والنسائي في السنن في كتاب الفرع والعتيرة جلود الميتة (١٧١/٧-١٧٣) ، وابن ماجه في السنن في كتاب اللباس باب لبس جلود الميتة إذا دبغت (١١٩٣/٢) ، والدارقطني في السنن في كتاب الطهارة باب الدباغ (٤١/١ ، ٤٢ ، ٤٤) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٣ .

(٥) في (م) ، (ع) : [حرمة] .

مسألة ٩

صوف الميتة وشعرها وعظمها طاهر

١٤١ - قال أصحابنا : صوف الميتة وشعرها وعظمها وقرنها طاهر [(١)] .

١٤٢ - وقال الشافعي : نجس [(٢)] .

١٤٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَآ أَثَٰثًا وَمَتَٰعًا إِلَىٰ حِينٍ ﴾ [(٣)] وهذا امتنان عام ، وذلك لا يكون بالنجس .

١٤٤ - قالوا : قوله ﴿ إِلَىٰ حِينٍ ﴾ يقتضي جواز الانتفاع إلى غاية مجملة [(٤)] ، فيحتمل أن يكون الموت ، [يقال : حان حِينه] [(٥)] .

١٤٥ - قلنا : الموت هو الحَين بفتح الحاء لا بكسرها . ثم الغاية دخلت على ما هو أثاث ومتاع ، وذلك لا يؤثر فيه الموت ، فينبغي أن يكون إلى حين هلاكها .

ويدل عليه : حديث أم سلمة رضي الله عنها ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا بأس بمَسك الميتة إذا دبغ ، وصوفها وقرنها إذا غسل بالماء » [(٦)] .

---

(١) قال المرغيناني : وشعر الميتة وعظمها طاهر . انظر : الهداية مع فتح القدير (٩٦/١) ، بدائع الصنائع (٨٦/١) ، مختصر الطحاوي ص١٧ ، أحكام القرآن للجصاص (١٢١/١ ، ١٢٢) ، تحفة الفقهاء (٧٢/١) .

(٢) قال الشيرازي : كل حيوان نجس بالموت نجس شعره وصوفه على المنصوص، روي عن الشافعي رحمه الله أنه رجع عن تنجيس شعر الآدمي ، واختلف أصحابنا في ذلك على ثلاث طرق . . . انظر : المهذب (١٠/١) ، المجموع (٢٣٠/٢) ، الأم (٩/١) ، الوسيط (٣٥٤/١ ، ٣٥٥) ، حلية العلماء (٩٦/١-٩٨) ، مغني المحتاج (٨٢/١) . واختلف المالكية في عظمها ، قال بعضهم : إنه نجس . انظر : المنتقى (١٣٦/٣ ، ١٣٧) ، والرسالة الفقهية ص١٨٦ ، الكافي لابن قدامة باب الآنية (٢٠/١) ، المغني باب الآنية (٧٤/١ ، ٧٩ ، ٨٠) .

(٣) سورة النحل : الآية ٨٠ .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [محمله] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بعلل خارجية] ، وفي (ن) : [يقلل خارجيته] . قال ابن العربي : واختلف فيه (أي في قوله تعالى : ﴿ إِلَىٰ حِينٍ ﴾ فقيل : إلى أن يفنى كل واحد منها بالاستعمال . وقيل : إلى حين الموت . واختلف الفقهاء بحسب اختلاف التأويل . انظر : أحكام القرآن لابن العربي (١١٦٨/٣) .

(٦) أخرجه الدارقطني في كتاب الطهارة باب الدباغ (٤٧/١) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الطهارة باب المنع من الانتفاع بشعر الميتة (٢٤/١) ، وعزاه الهيثمي في مجمع الزوائد في كتاب الطهارة باب التوضؤ من جلود الميتة والانتفاع بها إذا دبغت (٢١٨/١) إلى الطبراني في الكبير .

١٤٦ - قالوا : رواه يوسف بن السفر [١] كاتب الأوزاعي ، وهو ضعيف .

١٤٧ - قلنا : الضعف [٢] لا يؤثر إلا بعد بيان جهته .

١٤٨ - قالوا : لا بأس بقيد الانتفاع دون الطهارة ؛ كقوله عليه الصلاة والسلام : « ما أكل لحمه [٣] فلا بأس ببوله » [٤] .

١٤٩ - قلنا : إطلاق اللفظ يقتضي نفي الحرج في إيقاع الفعل منه ، كالوجه .

١٥٠ - قالوا : شرط فيه الغسل ، وأنتم لا تعتبرونه [٥] .

١٥١ - قلنا : جواز الانتفاع به قد يقف على الغسل عندنا إذا كان عليه نجاسة ، لا لموته [٦] . والثاني : من عادة الشاة أن تبول وتروث ، فينبغي أن يغسل الصوف . ومن استعمل حرف الشرط في حال أولى ممن أسقطها ، ولأن [٧] قيام الدلالة على إسقاط الشرط لا تنفي [٨] التعليق بالخبر ، ولأنـها عين لو انفصلت حال حياة الحيوان كانت طاهرة ، فإذا انفصلت بعد الموت حكم بطهارتـها ، كالبيض والولد . ولا يلزم الريق ؛ لأنه طاهر عندنا بعد الموت ، كاللبن ، وإنـما تجاوره [٩] النجاسة .

١٥٢ - ولا يقال : إن البيض ينجس بالموت ؛ لأن الشافعي نص على خلافه ، فلا يقال : المعنى فيه أنه ليس بمتصل وإنما هو مودع [١٠] في الأصل ؛ لأن هذا يبطل باللبن على أصلهم ، ولأن ما لا تقف [١١] استباحته على الذكاة لا ينجس بالموت ،

---

(١) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [يوسف بن الصقر] ، وفي (م) : [أبو يوسف بن الصفر] ، والصواب ما أثبتناه . وهو يوسف بن السفر ، أبو الفيض-كاتب الأوزاعي- روى عن الأوزاعي ومالك ، وروى عنه بَقّية ابن الوليد وغيره . قال البخاري وأبو حاتم : منكر الحديث . وقال البستي : كان ممن يروي عن الأوزاعي ما ليس من أحاديثه ، لا يحل الاحتجاج به بحال . انظر : الجرح والتعديل (٢٢٣/٩) ، الضعفاء الصغير ص١٢٢ ، المجروحين المحدثين والضعفاء والمتروكين (١٣٣/٣) ، ميزان الاعتدال (٤٤٦/٤) .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الضعيف] .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن كتاب الطهارة باب نجاسة البول والأمر بالتنزه منه والحكم في بول ما لا يؤكل لحمه (١٢٨/١) .

(٥) في (م) : [يعتبرونه] .

(٦) في (ن) : [عليه بلة المزنه] ، وفي (م) ، (ع) : [عليه المونة] .

(٧) في (م) : [ولا] .

(٨) في (م) : [لا نفي] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يجاوزه] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [تورع] .

(١١) في (م) : [يقف] .

كالسمك ؛ وعكسه سائر الأعضاء .

۱٥۳ - ولا يقال : إنما لا تقف [(١)] استباحته على الذكاة ، لأنه لا يألم الحيوان بأخذه ، والأعضاء يألم [(٢)] بأخذها ، فوقف أخذها [(٣)] على الذكاة .

١٥٤ - قلنا : علية الأصل تبطل [(٤)] بالحافر والظفر وشعر ما لا يؤكل لحمه واليد الشلاء [(٥)] ، وعلية الفرع تبطل [(٦)] بالشعر إذا نتف ، والولد إذا شقت خاصرتها [وأخرج] [(٧)] .

١٥٥ - قالوا : الشَّعر أُبيح أخذه حال الحياة ، كما أبيح ذكاته ، والأعضاء حُظر أخذها [(٨)] ، فكأنه نجسه [(٩)] كما حظر ذكاته .

١٥٦ - قلنا : علية الأصل تبطل [(١٠)] بالختان وما يقطع للداء [(١١)] . وعلية الفرع تبطل [(١٢)] بنتف الشعر وإخراج الولد بالشق . ولأنه شعر نابت على محل يجوز الانتفاع به بحال ، فلا يكون نجسًا بالموت ، كشعر المذكاة وشعر السباع . ولأن الموت سبب [(١٣)] لانقطاع النماء ، كالجز .

١٥٧ - قالوا : المعنى في الجزِّ أنه انفصل عن عين طاهرة ، وهاهنا انفصل [(١٤)] عن عين نجسة .

١٥٨ - قلنا : علة الأصل تبطل بجزِّ شعر السباع عندهم أن العين طاهرة ، وإذا قطع شعرها نجس . وعلة الفرع لا تصح [(١٥)] ؛ لأنه لو جزه بعد ما دبغ الجلد كان نجسًا وإن انفصل من عين طاهرة .

١٥٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ ﴾ وهذا يقتضي تحريم الجملة .

١٦٠ - قلنا : الاسم حقيقة فيما حلَّه الموت ، كما أن المسود [(١٦)] عبارة عما

---

(١) في (م) : [يقف] .
(٢) في (ع) : [تألم] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أحدهما] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يبطل] .
(٥) اليد الشلاء : اليد المصابة بالآفة . انظر : لسان العرب (شلل) (٢٣١٦/٤ ، ٢٣١٨) .
(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يبطل] .
(٧) ساقطة من (ع) .
(٨) في (م) ، (ن) : [أخذهما] .
(٩) في (ع) : [نجسة] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يبطل] .
(١١) في (م) ، (ع) : [الداء] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [يبطل] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [سبيل] .
(١٤) في (ع) : [الفصل] .
(١٥) في (م) ، (ع) : [لا يجوز] ، وفي (ن) : [لا يصح] .
(١٦) في (م) : [السود] وفي (ع) : [السواد] .

حله السواد ، والشعر [لا] [(١)] يحله الموت عندنا .

١٦١ - وقولهم : إن الميتة اسم [له] [(٢)] ، يقال : هذه ميتة ، وهذا من الميت ، ليس بصحيح ؛ لأن [هذه] [(٣)] الإشارة لا تبطل الحقيقة التي قدمناها ؛ لأنها إضافة مجاز ، كما يقال : سوداء وإن كان سنها [(٤)] أبيض ، وقولهم : شعر الميتة وعظمها ، لا يوجب أن يكون منها ، كما يقال : سرج الدابة .

وروي عن عمر ﷺ [(٥)] أنه نهي عن لبس فراء الميتة [(٦)] ، وعن علي ﷺ أنه نهي عن لبس [(٧)] فراء الثعالب [(٨)] . وقيل لعائشة ﷺ [(٩)] : ألا نتَّخِذ لك فروا تتقي [(١٠)] به من البرد ؟ قالت : إن كان ذكيًّا فنعم ، وإن كان ميتًا فلا .

١٦٢ - قلنا : روي عن ابن عباس ﷺ أنه قال في السن والعظم والصوف مثل قولنا [(١١)] .

١٦٣ - قال النخعي : كان ابن مسعود يقول : ذكاة الصوف غسله . وقد انتفعت الصحابة بالصوف التي وجدوها في بلاد المجوس ، وادعى أصحابنا الإجماع بهذا ، وما رووه يحتمل أن يكون فيما لم يدبغ .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) ما بين القوسين ساقط من (ع) .
(٤) في (ع) : [مسنها] .
(٥) هو : عمر بن الخطاب أمير المؤمنين وخليفة خليفة رسول الله ﷺ وفاروق الأمة ، روى عن النبي ﷺ . وروى عنه : علي ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وأبو هريرة ، وعدة من الصحابة . ومناقبه ﷺ كثيرة شهيرة ، قتل شهيدًا سنة ٢٣ هـ ﷺ وأرضاه . انظر : الإصابة رقم (٣٠٣٤) ، سير أعلام النبلاء (٥٠٩/٢) .
(٦) لا يوجد أثر لعمر ﷺ بهذا اللفظ بعد ، وقد أخرجه عبد الرزاق ، بلفظ : أنه نهى أن يفترش جلود السباع أو تلبس . في المصنف (٧٠/١ ، ٧١) .
(٧) زيادة : من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٨) لا يوجد أثر لعلي ﷺ بهذا اللفظ بعينه ، وقد أخرجه ابن أبي شيبة : أنه كره الصلاة في جلود الثعالب . في المصنف (٤١٧/٨) .
(٩) هي : عائشة أم المؤمنين بنت الصديق الأكبر خليفة رسول الله ﷺ أبي بكر ، القرشية التميمية المكية ، أم المؤمنين ، زوجة النبي ﷺ ، أفقه نساء الأمة على الإطلاق ، روت عنه علمًا كثيرًا طيبًا مباركًا ، وعن أبيها ، وعن عمر ، وفاطمة ، وغيرهم ، وحدث عنها : إبراهيم بن يزيد النخعي مرسلًا ، وإبراهيم بن فريد التميمي ، وإسحاق ابن طلحة ، وغيرهم ، توفيت سنة ٢٧هـ . انظر : الإصابة (١٣٩/٨) ، سير أعلام النبلاء (٤٣٤/٣) .
(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [تنفس] . رواه عبد الرزاق بلفظ : أن محمد بن الأشعث كلّم عائشة في أن يتخذ لها لحافًا من الفراء ، فقالت : إنه ميتة ، ولست بلابسة شيئًا من الميتة ، قال : فنحن نضع لك لحافًا ندبغ ، وكرهت أن تلبس من الميتة في المصنف في كتاب الطهارة باب جلود الميتة إذا دبغت (٦٥/١) .
(١١) أخرجه الدارقطني في كتاب الطهارة باب الدباغ (٤٧/١ ، ٤٨) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الطهارة باب المنع من الانتفاع بشعر الميتة (٢٣/١) .

١٦٤ - قالوا : متصل بذي روح ينمو بنمائه [1] ، فوجب أن ينجس بنجاسة الموت قياسًا على اللحم .

١٦٥ - قلنا : لا نسلم أنه ينمو بنمائه ؛ لأنه ينمو مع عدم نماء الأصل ، فلا نسلم إن قالوا : ينجس بموت الأصل ؛ لأن اللحم ينجس بحلول الموت فيه ، وإن قالوا : بالموت ؛ ينتقض بأجزاء السمك . وإن قالوا : بنجاسة الأصل ، لم يصح على أصولهم ؛ لأنه ينجس بحلول الموت فيه . ثم المعنى في الأصل أنه لو انفصل في حال [2] الحياة حكم بنجاسته ، فكذلك بعد الموت ، والشعر لو انفصل حال [3] الحياة [حكم بطهارته ، فإذا انفصل بعد الموت جاز أن يحكم بطهارته .

١٦٦ - وإن قالوا : نجعل الأصل ما لا يؤكل لحمه ، فلا تسلم [4] المعارضة .

١٦٧ - قلنا [5] : المعنى فيه : أنه لو انفصل حال الحياة من المأكول لم يحكم بطهارته ، وكذلك إذا انفصل بعد الموت . والشعر لو انفصل حال الحياة] [6] من المأكول - حكم بطهارته [7] ، فجاز إذا انفصل بعد الموت مما لا يؤكل لحمه أن يحكم بطهارته .

١٦٨ - قالوا : شعر نابت على محل نجس ، فأشبه شعر الخنزير .

١٦٩ - قلنا : هو طاهر في إحدى الروايتين . ثم المعنى في الأصل أن محله لا يجوز الانتفاع به بحال ، ومحل الشعر في مسألتنا يجوز الانتفاع به بحال .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [قلنا نقول] .
(٢) في (م) : [حالة] .
(٣) في (م) : [حالة] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا نسلم] .
(٥) في (م) ، (ع) : [قلنا نقول] .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .
(٧) في (م) ، (ع) : [لم يحكم بطهارته] .

مسألة ١٠

ليس في الشعر والعظم حياة

١٧٠ - قال أصحابنا : ليس في الشعر والعظم حياة [١] .

١٧١ - خلافا للشافعي [٢] .

١٧٢ - لأن الحياة [٣] لا تكون إلا في بُنْيَة مخصوصة من اللحم والرطوبة وغير ذلك ، وذلك غير موجود في الشعر ، ولأنه لو كان فيه حياة لأحس بنزعه من المحسوسات وأدرك نوعًا من المدركات ، كالأحياء [٤] ، ولأنه لو كان فيه حياة لأَلِمَ بقطعه إذا لم يكن فيه آفة [٥] ، كسائر الأعضاء . ولا يَلْزَم ما حس [٦] من العقب ؛ لأنه لا حياة فيه ، ولا يلزم اليد الشلاء ؛ لأن فيها آفة تمنع [٧] من إدراكه للألم [٨] ، كالسكر المانع من الإحساس بالألم [٩] .

١٧٣ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ قَالَ مَن يُحْيِ ٱلْعِظَٰمَ وَهِىَ رَمِيمٌ ﴾ [١٠] والمراد به : من يحيي أصحاب العظام وهي رميم ، أو من يجعل العظام منتفعًا بها . لقوله ﷺ :

---

(١) قال الكمال بن الهمام : كل ما لا تحله الحياة من أجزاء البهيمة محكوم بطهارته بعد موت ما هي جزؤه ، كالشعر والريش والمنقار . انظر : شرح فتح القدير (٥٦/١) ، حاشية ابن عابدين (١٤٤/١) ، أحكام القرآن للجصاص (١٢١/١ ، ١٢٢) .

(٢) قال سيف الدين الشاشي : فأما الشعر والصوف والوبر : فيحل بالحياة ، وينجس بالموت على المنصوص للشافعي رحمه الله في عامة كتبه ، و به قال مالك وأحمد ، واختاره المزني . والثاني : أن حكمه حكم الشعر . انظر : المسألة في حلية العلماء (٩٦/١ - ٩٨) ، مختصر المزني ص ١ ، المجموع (٢٣٦/١) ، كفاية الأخيار (١٤/١) ، مغني المحتاج (٨١/١) . قال مالك و أحمد في الشعر مثل الحنفية : لا حياة في الشعر ، وفي العظم مثل الشافعية ، فيه حياة ينجس بالموت ، وعن المالكية رواية أخرى مثل الحنفية : لا حياة فيه ، حكمه حكم الشعر . انظر : أحكام القرآن لابن العربي سورة النحل (١١٦٩/٣ ، ١١٧٠) ، بداية المجتهد (٨٠/١) ، والمغني لابن قدامة (٧٢/١ ، ٧٣ ، ٧٩ - ٨١) .

(٣) في (م) : [الخلاف] .

(٤) في (ن) : [كالإحراق] .

(٥) في (م) ، (ع) : [أنه] .

(٦) في سائر النسخ : [ما حسا] .

(٧) في (م) : [انه يمنع] .

(٨) في (م) ، (ن) : [لألم] ، وفي (ع) : [من إدراك الألم] .

(٩) في (م) : [كالألم] .

(١٠) سورة يس : الآية ٧٨ .

« من أحيا أرضًا ميتة فهي له » (١) .

١٧٤ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « ما بان من الحي (٢) فهو ميت » (٣) ، وهذا يَدُل على أن الشعر إذا جُزَّ مات . وهذا غلط ؛ لأنه لو كان ميتًا كان محرمًا ، لأنه (٤) عليه الصلاة والسلام حرم الميتة وليسا منه مبينين (٥) ، وفي اتفاقنا على طهارة الشعر المأخوذ من الحي دلالة علي أنه لم يَمُتْ .

١٧٥ - قالوا : الشعر يَضْمَنُهُ المحرم بالجز ، أو يجب بقطعه الأرش ، وله مدخل في الطهارتين ، فصار كالأعضاء . وهذا ليس بصحيح ؛ لأن هذه الأقيسة شرعية / ، مقتضاها الظن ، فلا يجوز أن يُسْتَدَل بها على وجود الذات ولا نفيها ، وإنما يستدل بها على الأحكام ، ونحن لم نذكر أقيسة شرعية ، وإنما ذكرنا طرقًا عقلية .

٢/ب

١٧٦ - قالوا : الشعر روح (٦) متصل بذى (٧) روح ينمو بنمائه ، فصار كسائر أجزائه .

١٧٧ - قلنا : النماء لا يُسْتَدَل به على الحياة ؛ لأنه يوجد في غير الحيوانات من الشجر والنبات (٨) .

---

(١) أخرجه الترمذي في السنن في « كتاب الأحكام » ، « باب ما ذكر في إحياء أرض الموات » (٦٥٣/٣) ، الحديث (١٣٧ ، ١٣٧٩) ، وأبو داود في السنن ، في « كتاب الخراج » ، « باب في إحياء الموات » (١٧٤/٢) ، والبيهقي في الكبرى في « كتاب إحياء الموات » ، « باب من أحيا ميتة ليست لأحد ، ولا في حق أحد فهي له » (١٤٢/٦) وأخرجه مالك في الموطأ ، في « كتاب الأقضية » « القضاء في عمارة الموات » (١٢١/٢) ، وأخرجه الدارقطني في السنن ، في « كتاب الأقضية والأحكام » ، في « المرأة تقتل إذا ارتدت » (٢١٧/٤) ، الحديث (٥٠) .

(٢) في (م) : [من الحي] .

(٣) لم نعثر على هذا الحديث في كتب السنن بهذا اللفظ بعد ، وقد ذكره الجصاص في أحكام القرءان بلفظ : « ما بان من البهيمة وهي حية فهو ميت » في باب « منفحة الميتة ولبنها » (١٢٢/١) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك ، بلفظ : « ما قطع من حي فهو ميت » في « كتاب الذبائح » ، في « ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميت » (٢٣٩/٤) .

(٤) في (ص) : [ولأنه] .

(٥) في (ص) ، (م) : [ولسنا منه مبينين] وفي (ع) [ولسنا مبينين] .

(٦) ساقط من (ن) .

(٧) في (ص) ، (ن) : [بهين] بدون نقط ، وفي (م) ، (ع) : [بهن] .

(٨) قال الجصاص : وجود النماء فيها - يعني في الشعر والصوف والعظم ، وما أشبه ذلك - لا يوجب لها حياة ؛ لأن الشجر والنبات ينموان ، ولا حياة فيهما ، ولا يلحقهما حكم الموت ، فكذلك الشعر والصوف . أحكام القرآن (١٢٢/١) .

١٧٨ - فإن قالوا : اعتبرنا نموه بنمو الحيوان [١] ، لم نُسلِّم ؛ لأن الشعر ينمو لمعنى [٢] في نفسه ، نما الحيوان أو لم ينم .

١٧٩ - ولا يقال : [إن] [٣] العظم يألَمُ بالكِسر ، فدل على أن [٤] فيه حياة ؛ لأن الألم يكون مما يجاوره من اللحم والعصب والعروق ، ألا ترى : أن السن لو قطع بمبرد لا يألم لعدم الاتصال ؟

١٨٠ - ولا يقال : إن السن يوجد فيه ويضرس [٥] ، وهو نوع من الألم ، فيزول بما يُعَالَج به ؛ وذلك لأن [٦] السن فيه خلل أفصل منه ما يضرس به إلى اللحم والعصب المتصل به فيخدر ، فيحسب [٧] الإنسان أن ذلك بالسن ، وهو مما يتصل به ، فإذا [٨] عولج السن ، وهو القطع من ذلك الخلل إلى اللحم [٩] ، وأزال الخدر ، فإما أن يألم بنفس القطع [وإلا فلا] [١٠] ؛ ألا ترى : أنه يستحيل [أن يألم بشيء] [١١] ، ولا يألم بالقطع ؟

* * *

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فنمو الحيوان] .

(٢) في (ن) : [بمعنى] .

(٣) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ن) : [انه] .

(٥) في سائر النسخ : [يوجد فيه ويضرس] . الضرس : بالكسر والسكون ، وبالفتح والسكون : العض الشديد ، وبالتحريك خَوَرٌ وكلالٌ يصيب الضرس أو السن عند أكل الشيء الحامض . انظر : لسان العرب (ضرس) (٢٥٧٧/٤) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [أن] .

(٧) في (ن) : [فيحس] .

(٨) في (ن) : [وإذا] .

(٩) قوله : [إلى اللحم] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (ص) : [فلا] .

(١١) في (ص) : [إن لم يألم بشيء] .

مسألة ١١

استعمال الأواني المثمنة من غير الأثمان

١٨١ - قال أصحابنا : لا يُكْرَه استعمال الأواني المثمنة من [(١)] غير الأثمان [(٢)] .

١٨٢ - وقال الشافعي : يُكْرَه وإن كان جنسها ثمينًا [(٣)] كالعقيق ، والبلور [(٤)] .

١٨٣ - لنا : أن النبي ﷺ خصّ الذهب والفضة بالنهي ، مع علمه بأن غيرهما مستعمل ويتفاخر به ، فلو تساويا في التحريم لم يختص النهي ، ولأنه من غير جنس الأثمان ، كالزجاج [(٥)] .

١٨٤ - احتجوا بأن النبي ﷺ نهى عن الذهب والفضة للتفاخر ، وهذا موجود في غيره [(٦)] . وهذا ليس بصحيح ؛ لأنه يجوز [أن يكون] [(٧)] عُرِف من عادة الملوك [(٨)]

---

(١) حرف : [من] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) الأواني المثمنة : هي الأواني المصنوعة من الرصاص ، والزجاج ، والبلور ، والعقيق ، والياقوت ، والصفر ، وما أشبه ذلك ، وغير المثمنة : كالخشب ، والخزف ، والجلود ، فلا بأس باستعمال هذه الأشياء عند عامة أهل العلم . وأما الأثمان : فهما النقدان : الذهب والفضة ، فاستعمالهما بطريق التحلي مباح للنساء ، وحرام على الرجال ، وأما استعمالهما بصورة الأواني في الأكل والشرب ونحو ذلك ، فحرام على الرجال والنساء جميعًا ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ، ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة ، ولا تأكلوا في صحافها ، فإنها لهم في الدنيا ولنا في الآخرة » . رواه البخاري في الصحيح في « كتاب الأطعمة » « باب الأكل في إناء مفضض » ، وفي « كتاب الأشربة » « باب آنية الفضة » (٢٩٨/٣ ، ٣٢٧) ومسلم في الصحيح في « كتاب اللباس والزينة » « باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة على الرجال والنساء » (٢٢٩/٢) .

(٣) في (م) : [ثمنا] .

(٤) قال الشيرازي في المهذب : وأما الأواني : البلور والفيروزج وما أشبههما من الأجناس المثمنة ففيه قولان : روى حرملة أنه لا يجوز ؛ لأنه أعظم في السرف من الذهب والفضة ، فهو بالتحريم أولى ، وروى المزني : أنه يجوز ، وهو الأصح ؛ لأن السرف فيه غير ظاهر ؛ لأنه لا يعرفه إلا الخواص من الناس ، وقال النووي : أصحهما باتفاق الأصحاب : الجواز . انظر المسألة في مختصر المزني « باب الآنية » ص١ ، المهذب « باب الآنية » (١٢/١) .

(٥) قوله : [كالزجاج] ساقط من (ع) .

(٦) قوله : [وهذا موجود في غيره] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) استدركه المصنف في الهامش .

(٧) ساقط من (ع) .

(٨) في (ن) : [القوم] وكذلك في هامش (ص) .

[أنهم] [١] لا يتفاخرون إلا بالذهب والفضة ، ويجوز أن يكون إنما منع منهما لأن عامة الناس يعرفون قيمتهما [٢] فيقع التفاخر بهما ، وما سواهما يعرف قيمتها [٣] الخواص فلا يقع التفاخر به .

* * *

(١) زيادة اقتضاها السياق .
(٢) في (م) ، (ع) : [قيمتها] .
(٣) في (ص) ، (ن) : [قيمتهما] .

مسألة ١٢

استعمال الأواني المفضضة

١٨٥ - قال أبو حنيفة : لا يُكْرَه استعمال الأواني المفضضة (١) .

١٨٦ - خلافًا للشافعي (٢) .

١٨٧ - لنا : أن الذهب تابع للإناء ؛ بدلالة دخوله في البيع على طريق التبع وإن لم يُسَمَّ ، فصار كالقليل إذا عمل في الإناء لحاجة .

١٨٨ - قالوا : الذهب في سقف الدار يدخل في بيعها ، ويُكْرَه .

١٨٩ - قلنا : لا نُسَلِّم هذا ، ولأن ما نهي عنه للتفاخر يجوز إذا كان (٣) تابعًا لغيره ، كالإبْرَيْسَم (٤) .

١٩٠ - قالوا : الإبريسم أخف حكمًا ؛ بدلالة أن النساء لا يُمنعن من لُبسه .

١٩١ - قلنا : ولا يمنعن من التحلي بالذهب والفضة .

١٩٢ - احتجوا بأنه منع للتفاخر (٥) ، وهذا موجود في المفضض .

١٩٣ - قلنا : إنما منع لتفاخر الملوك به ، وهم لا يتفاخرون بالمموه وإنما يتفاخرون بما كان فضة وذهبًا .

١٩٤ - قالوا : استعمل موضع الفضة (٦) ، فصار كإناء فضة .

١٩٥ - قلنا : استعمال موضع الفضة (٧) فيه روايتان ، ولأن المستعمل متى كان من غير الفضة فأصاب الفم الفضة - غير معتبر ، كمن يشرب بيده وفي إصبعه خاتم . ولا

---

(١) الأواني المفضضة : هي المطلية والمزينة بالفضة ، فضض الشيء : أي حلاه بالفضة أو طلاه بها . وفي لسان العرب : شيء مفضض : مموه بالفضة أو مرصع بالفضة . انظر : لسان العرب (فضض) ، (٣٤٢٨/٥) ، مختار الصحاح ص (٢٧٩ ، ٥٠٦) ، المعجم الوسيط (٤٠٩/١ ، ٦٩٩/٢ ، ٧٠٠) .

(٢) قال الشافعي في مختصر المزني : وأكره ما ضبب بالفضة ؛ لئلا يكون شاربًا على فضة . انظر : المسألة في مختصر المزني ص١ ، المهذب مع المجموع (٢٥٨/١ - ٢٦١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [صار] مكان : [كان] .

(٤) قال ابن منظور : الإبريسم معرب ، وفيه ثلاث لغات ، والعرب تخلط فيما ليس من كلامها . انظر : لسان العرب (برسم) (٢٥٧/١) ، والمعجم الوسيط (٤٩/١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [التفاخر] . (٦ ، ٧) في (م) ، (ع) : [الذهب] .

يقال : ما مُنع من استعماله مفردًا منع إذا كان مع غيره كالذهب ؛ لأنه [1] لا فرق بين الذهب والفضة عندنا .

* * *

(١) في (ع) : [لأن] .

مسألة ١٣

الطهارة والنية

١٩٦ - قال (١) أصحابنا : الطهارة بالماء لا تَفْتَقِر إلى نية (٢) .

١٩٧ - خلافًا للشافعي (٣) .

١٩٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ ﴾ (٤) وإيجاب النية زيادة ، وذلك لا يجوز بخبر الواحد والقياس . ولا يقال : إن إيجاب النية يخصص لأن الغسل على ضربين ، فإذا جَوَّزْنا أحدهما فقد (٥) خصصنا عمومها ؛ وذلك لأن في الآية الغاسلين ، وليس فيها غسل ، والمخصوص يتبع اللفظ دون المعنى ، ولا يجوز الغُسْل الجائز عندهم - كغسل الجنابة عندهم - لا يجوز كونه غُسْلًا ، وإنما يجوز بالنية ، وهذا معنى الزيادة .

١٩٩ - ولا يقال : إن قوله : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ ﴾ معناه : لها ، كما يقال : إذا دخلت على الأمير فالبس ، وهذا معنى النية ، وذلك لأن المراد بالآية حصول الغسل الذي يَصْلح (٦) للقاء السلطان وإن لم يقع له ، ولأن الغسل للصلاة التي يقوم إليها لا يعتبره (٧) أحد ، فلم يجز (٨) حَمْلُه عليه .

٢٠٠ - ولا يقال : إن الغسل لا يمكن حال القيام إليها ، فكأنه قال : إن أردتم القيام

---

(١) في (م) : [لا يفتقر] . (٢) في (ط) : [لا يفتقر] .

(٣) أجمع الحنفية على أن الطهارة بالماء تصح بدون النية ، وتصح الصلاة بغسل الأعضاء الثلاث ومسح الرأس ، لقوله تعالى : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ وَٱمْسَحُواْ بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى ٱلْكَعْبَيْنِ ﴾ وإنما تسن النية في الوضوء والغسل من الجنابة ليكونا عبادة ؛ لأن الوضوء والغسل لا يقعان عبادة إلا بالنية . واتفق الأئمة الثلاثة : الشافعي ، ومالك ، وأحمد ، على أن النية في الوضوء والطهارة فرض ، ولا تصح الطهارة من الأحداث كلها إلا بالنية ؛ لأنها عبادة ، وكل ما هو عبادة لا يصح إلا بالنية . وصورة المسألة : إذا توضأ المحدث ، أو اغتسل الجنب فنويا التبرد أو التنظف ، أو لم ينويا شيئًا لم يصح الوضوء والغسل عند الأئمة الثلاثة ، ويصح عند الحنفية في كلتا الحالتين ؛ لما سبق . لمزيد من التفصيل راجع الأصل (٥٢/١ ، ٥٣) ، ومختصر المزني ص ٢ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٦ . (٥) في (م) ، (ع) : [وقد] .

(٦) في (م) : [مصلح] . (٧) في (م) ، (ع) : [لا يعتبر] .

(٨) في (م) : [فلم يحرج] .

إلى الصلاة [فاغسلوا ، ومن توضأ وهو يُريد القيام إلى الصلاة] [(١)] فقد نواها ؛ لأنه يُريد القيام فيردد [(٢)] باستعمال الماء .

ويدل عليه قوله عليه السلام : « لا يقبل اللَّه صلاة امرئ حتى يضع الطهور [(٣)] مواضعه » [(٤)] ولم يَذْكُر النية ، مع جهل الأعرابي بالحكم وحاجته إلى البيان .

٢٠١ - ولأنه [(٥)] ذِكْر تختص [(٦)] الطهارة به ، والنية شرط في كل عبادة ، ولأن الأعرابي كان غير عالم لهذا [(٧)] المعنى ؛ ألا ترى . أنه خفي على أكثر الفقهاء ؟ فهو أولى ، ولأنه إزالة معنى لا يجوز الصلاة مع وجوده فلا يقف مع النية ، كغسل [(٨)] النجاسة ، ولا يلزم التيمم ؛ لأنه ليس [(٩)] بإزالة معنى ، ولا الإيمان ؛ لأنه إزالة كفر ، واعتقاد إيمان ، فلو لم يعتقد [(١٠)] لم تجز [(١١)] الصلاة بترك الكفر .

ولا يقال : إن إزالة النجاسة إذا وقع بجامد لم يفتقر إلى النية ، فكذلك المائع ، والوضوء بخلافه ، لأن إزالة النجاسة ، والوضوء ، كل واحد منهما لا يصح بالجامد ، لا سيما على أصل المخالف ، ولأن هذا أخذ [(١٢)] حكم الأصل من بدله ، فلا يصح ، ولأنه سبب من أسباب الصلاة لا يصح إلا به مع القدرة ، فصار كستر العورة .

٢٠٢ - قالوا : المعنى في ستر العورة أنه مُسْتَصْحَب في حال الصلاة ، [فنية الصلاة] [(١٣)] تشتمل [(١٤)] عليه .

٢٠٣ - قلنا : فالبقاء على الطهارة شرط في الصلاة ، فنية الصلاة تشتمل [(١٥)] عليه أيضًا .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ومن صلب (ص) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فيرددها] .

(٣) في (ع) : [الطهر] .

(٤) لم نعثر على هذا الحديث في كتب السنة بهذا اللفظ ، وأخرجه أبو داود ، بلفظ : فقال النبي ﷺ : « إنه لا تتم صلاة لأحد من الناس حتى يتوضأ فيضع الوضوء » يعني مواضعه « ثم يكبر ويحمد الله ﷻ ويثني عليه » إلى أن قال : « لا تتم صلاة أحدكم حتى يفعل ذلك » انظر سنن « أبي داود » في « باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود » (٢١٨/١ ، ٢١٩) .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولا يقال إنه]

(٦) في (م) : [يختص] .

(٧) في (ع) : [بهذا] .

(٨) في (ن) : [لغسل] .

(٩) في (ص) : [لا ليس] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يعقد] .

(١١) في (م) : [لم يجز] .

(١٢) في (ن) : [أحد] .

(١٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(١٤) في (م) ، (ع) : [يشتمل] .

(١٥) في (م) ، (ع) : [يشتمل] .

٢٠٤ – قالوا : فستر العورة لا يختص بالصلاة ، فكان (١) أضعف من الطهارة .

٢٠٥ – قلنا : فالطهارة لا تختص (٢) بالصلاة ؛ لأنها تقع (٣) لدخول المسجد ، ومس المصحف ، وقراءة القرءان ، ولأن كل ما يَصِح من الصبي قبل البلوغ على وجه يسقط به الفرض بعده لم يقف على النية ، كغسل الجنابة .

٢٠٦ – ولا يقال : إن إزالة النجاسة طريقها التروك (٤) ، والوضوء فعل ، والأفعال يعتبر فيها النية دون الترك ؛ وذلك لأن الصوم في ترك الأكل والشرب والجماع ، فقد اعتبرت النية فيه ، ولأن الوضوء ترك الحدث وإيجاد (٥) الطهارة .

٢٠٧ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعۡبُدُواْ ٱللَّهَ مُخۡلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ ﴾ (٦) .

٢٠٨ – والجواب : أن المراد بالعبادة : الإيمان ؛ لأن الإخلاص ضد الشرك ، وذلك يختص بالإيمان ، ثم قال : ﴿ حُنَفَآءَ ﴾ (٧) ، وهذا عبارة عن الدين . ثم رَتَّبَ عليه فعل العبادات ، وقال (٨) : ﴿ وَيُقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَيُؤۡتُواْ ٱلزَّكَوٰةَۚ ﴾ (٩) ، فصارت علية العبادات من (١٠) الإخلاص هو الإيمان ، ولا ما يُجوز الوضوء وإن وقع على وجه العبادات ، فاحتاجوا أن يدلوا ألا (١١) يكون إلا عبادة ، حتى يمكن التعليق بالعبادة (١٢) .

٢٠٩ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ مَن كَانَ يُرِيدُ حَرۡثَ ٱلۡأٓخِرَةِ نَزِدۡ لَهُۥ فِي حَرۡثِهِۦۖ وَمَن كَانَ يُرِيدُ حَرۡثَ ٱلدُّنۡيَا نُؤۡتِهِۦ مِنۡهَا وَمَا لَهُۥ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ مِن نَّصِيبٍ ﴾ (١٣) .

٢١٠ – والجواب : أن الآية تنفي الثواب فيما فعل للدنيا ، والخلاف في أن [من] (١٤) لا ثواب فيه هل يُسقط الفرض أم لا ؟ فلم يكن في (١٥) الآية دلالة على موضع الخلاف : إذا لم يمتنع سقوط الفرض بما لا ثواب (١٦) فيه ، كغسل النجاسة .

---

(١) في (م) : [وكان] وفي (ع) : [وكأنه] .
(٢) في (م) : [لا يختص] .
(٣) في (م) : [يقع] ، وفي (ع) : [تبع] .
(٤) في (م) : [النزول] .
(٥) في (م) : [واتخاذ] .
(٦ ، ٧) سورة البينة : الآية ٥ .
(٨) في (ن) ، (ع) : [فقال] .
(٩) نفس الآية السابقة .
(١٠) حرف : [من] مكررة في (ن) .
(١١) في (م) ، (ع) : [لا] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [بالآية] .
(١٣) سورة الشورى : الآية ٢٠ .
(١٤) هكذا في جميع النسخ ، والظاهر أنها : [ما] كما يدل عليه ما بعدها بسطرين : [بما لا ثواب فيه] .
(١٥) حرف : [في] ساقطة من (م) ، (ع) .
(١٦) في (م) : [بما لا ثوابها] .

٢١١ - احتجوا : بقوله ﷺ [١] : « إنما الأعمال [٢] بالنيات ، ولكل امرئ ما نوى » [٣] .

٢١٢ - والجواب : أن هذا متروك بالإجماع ؛ لأن العمل يكون بغير [٤] نية . ثبت [أن] [٥] المراد به غير الظاهر [٦] ، ويحتمل : فضيلة العمل بالنية ، وليس أحدهما أولى [٧] من الآخر ، ولا يجوز إضمارهما [٨] ؛ لأن اللفظ [إذا] [٩] استقل بإضمار واحد لم يحتج [١٠] إلى غيره ، ولأن العموم في المضمرات لا يُعْتَبر ، ولأن الفضيلة والجواز يتنافيان [١١] ، ألا ترى أن عدم الفضيلة يقتضي وجود الجواز ، وإضمار الجواز ينفي الأمرين ؟ ولا يقال : إنا نضمر [١٢] : حُكْم العمل ؛ وذلك لأن هذا مُجْمَع على تركه [١٣] ، ألا ترى أن الأعمال قد ثبت حكمها من غير نية ، وكان إضمار ما لم يتفق على تركه أَوْلى ؟ ولأن الخبر خرج على سبب ، وهو أن رجلًا هاجر خلف امرأته ، فقال عليه السلام : « إنما الأعمال [١٤] بالنيات ، فمن كانت هجرته إلى اللّٰه ورسوله فهجرته إلى اللّٰه ورسوله ، ومن كانت هجرته إلى امرأة يتزوجها أو دنيا يصيبها [١٥] فهجرته إلى ما هاجر إليه » [١٦] فأسقط الثواب في الهجرة لعدم النية ، وإن وقعت موقع الواجب .

---

(١) في (ص) : [عليه السلام] .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ن) : [الأعمال] بدون : [إنما] ، المثبت من (ع) ، كلاهما ثابت .

(٣) روي هذا الحديث بلفظ : « إنما الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى » ابن ماجه في « كتاب الزهد » ، « باب النية » (١٤١٣/٢) ، رقم الحديث (٤٢٢٧) ، والبخاري بلفظ « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » ، بزيادة : [إنما] في « كتاب كيف كان بدء الوحي » (٥/١ ، ٦) ، وأبو داود بلفظ : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لامرئ ما نوى » في « كتاب الطلاق » ، « باب فيما عني به الطلاق والنيات » (٥٥٣/١) ، ومثله البيهقي في الكبرى في « كتاب الطهارة » ، « باب النية في الطهارة الحكمية » (٤١/١) ، وفي « باب الاغتسال للجنابة والجمعة إذا نواهما معا » (٢٩٨/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [من غير] .

(٥) في (م) ، (ع) : [أن] ساقطة .

(٦) في (ن) : [الطاهر] ، بالطاء المهملة .

(٧) كلمة : [أولى] ساقطة من (م) .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [إضمارها] .

(٩) لفظ [إذا] ساقط من (ص) ، (م) ، (ع) ، وموجود في هامش (ص) .

(١٠) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يحتاج] .

(١١) في (ن) ، (ع) : [لا يتنافيان] .

(١٢) في (ص) ، (م) : [نضم] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [على تركه أولى] بزيادة [أولى] .

(١٤) في (ص) ، (م) ، (ن) : [الأعمال] بدون [إنما] .

(١٥) في (م) : [نصيبها] .

(١٦) سبق تخريجه .

ألا ترى [أنه لم] [١] يأمره بالعود [٢] إلى دار الحرب وتجديد الهجرَة إلى دار الإسلام ؟ وإن كان المراد بالخبر الفضيلة / فيما قصد به كان هو المراد فيما لم يقصَد به . ٣/أ

٢١٣ – قالوا : سُئِلَ عليه الصلاة والسلام عن مَن اغتسل ولم ينو ، فقال : [٣] « يعيد » [٤] .

٢١٤ – قلنا : هذا ليس بإجماع ؛ لأنا لا نعلم انتشاره [٥] ، ولا يجوز التقليد مع مخالفته لظاهر القرءان عندنا ، على أن الخبر لا يُعْرَف .

٢١٥ – قالوا : طهارة مِنْ حدث ، أو طهارة شرعية حكمية ، أو محلها غير محل موجبها ، كالتيمم .

٢١٦ – قلنا : تخصيص الطهارة بالحدث يدل على ضعفها عندكم ؛ لأن الإزالة أقوى ، فلا يُسْتَدَل بذلك على تأكيدها ، وقولهم : محلها غير محل موجبها لا نُسلمه ؛ لأن محلها قد يكون محل موجبها عندنا إذا خرج الدم من مواضع الوضوء ، ثم المعنى في التيمم أنه بدل لحق اللّٰه تعالى ، والأبدال تفتقر [٦] إلى النية ، والوضوء طهارة ليست ببدل ، كغسل النجاسة ، ولأن التيمم يقع على وجه [٧] واحد عن واجبين مختلفين : الغسل والوضوء ، فاحتاج إلى نية التمييز ، والوضوء يقع على وجه واحد فلم يحتج إلى نية [٨] ، ولا يَلْزَم على هذا الغسل الذي يقع عن الحيض والجنابة ؛ لأن الموجِب واحد ، وهو الغُسْل ، وإنما يختلف الموجِب ، ونحن اعتبرنا اختلاف [٩] الواجب .

ولا يقال : لو تيمم للوضوء جاز وإن كان جنبًا ؛ لأنا لا نميز هنا إذا اعتبرنا نية التيمم [١٠] .

٢١٧ – قالوا : عبادة [١١] مضمنة ببدل يحتاج إلى نية ، فمبدله كذلك ، كالكفارات .

٢١٨ – قلنا : يبطل بالمزدلفة ؛ أنه لا يفتقر إلى نية ، ولو تركه افتقر الدم الذي هو بدله [١٢] إلى النية [١٣] ، وقولهم : إن نية [١٤] الحج في نية الفرض ، ولا يُؤَثِر ، لأنـها لم

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن من لم] .

(٢) في (ع) : [يأمر بالعودة] .

(٣) في (ص) ، (م) : [قال] .

(٤) في (ن) ، (ع) : [يعد] .

(٥) في (ع) : [إسناده] .

(٦) في (م) : [يفتقر] .

(٧) في (ع) : [واجه] .

(٨) في (م) : [نيته] .

(٩) في (م) ، (ع) : [باختلاف] .

(١٠) في (ن) ، وهامش (ص) [التمييز] .

(١١) في (م) ، (ع) : [عبارة] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [ببدله] .

(١٣) في (ع) : [نية] .

(١٤) في (م) : [نيته] .

تعتبر [١] في الأصل نية منفردة ، واعتبر في المبدل ، يبطل بإرسال الصيد : لا يفتقر إلى نية [٢] ، ولو مات في يده افتقر البدل إلى النية .

٢١٩ - وقولهم : الجزاء بدل عن المقتول لا عن الإرسال ، ليس بصحيح ؛ لأنه عوض عن المقتول وبدل عن الإرسال .

ألا ترى أنه يجب عند العجز عنه لحقه ، ولأن البدل في الكفارات ساوت مبدلاتها في أنها عبادة مقصودة ، فساوت في النية ، وفي مسألتنا البدل والمبدل ليسا بمقصودين ، فلم يفتقر إلى نية القربة ، وافتقر المبدل إلى نية البدل ، أو نية التمييز عن قول بعض [٣] أصحابنا .

٢٢٠ - قالوا : البدل يساوي المبدل ، أو ينقص عنه ، ولا يزيد عليه ، فإذا شرطت النية في البدل دل على اعتبارها في الأصل .

٢٢١ - قلنا : البدل قد يزيد في الشرائط على مبدله ، ألا ترى أن شرائط الصوم أكثر من شرائط العتق ، والظهر بدل عن الجمعة ، فهي أكثر شروطًا ؟ .

٢٢٢ - قالوا : ما اعتبر في حال العجز أخف مما اعتبر في حال الرفاهية ؛ بدلالة صلاة السفر عندهم تفتقر [٤] إلى نية الفرض والقصر ، ونية [٥] التيمم تحتاج إلى تعيين الفرض ، ولا [٦] ذلك عندهم في الوضوء .

٢٢٣ - قالوا : عبادة ترد إلى شرطها ، كالصلاة .

٢٢٤ - قلنا : الأصل غير [٧] مُسَلَّم في الأصل والفرع ؛ لأن فرض السفر عندنا غير فرض الحضر فلم يكن شطره [٨] كالفجر والظهر ، والتيمم جنس غير الوضوء ، وشطر [٩] الشيء ما كان من جنسه ، ثم المعنى في الصلاة أن نية التعيين [١٠] معتبرة في جنسها ، فلذلك افتقرت إلى النية ، ولما [١١] كان جنس الوضوء لا يعتبر فيه نية التعيين [١٢] لم يعتبر فيه النية ، وبعكسه التيمم على قول من اعتبر فيه التمييز من أصحابنا .

---

(١) في (م) : [فلا يؤثر لأنها لم يعتبر] .
(٢) في (م) : [نيته] .
(٣) لفظ [بعض] ساقط من (م) .
(٤) في (م) : [يفتقر] .
(٥) في (ن) : [ومنه] .
(٦) في (م) ، (ن) : [ولأن] .
(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عن] .
(٨) في (م) ، (ع) : [شرطه] .
(٩) في (م) : [وشرط] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [التغيير] .
(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وبما] .
(١٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [التغيير] ، والمثبت من (ن) .

٢٢٥ – قالوا : نفل الوضوء لا يصح إلا بالنية ، وكل عبادة شرعتْ نفلًا وفرضًا إذا احتاج نفلها إلى نية احتاج فرضها إلى نية . وهذا ليس بصحيح ؛ لأن ما يزاد على مرة في الغسل نفل ، ولا يحتاج إلى النية . وأما الطهارة المبتدأة [١] لمن كان على وضوء فيها النفل ، إلا أن يكون للقربة فلذلك افتقرت إلى النية ، والفرض يوجد [٢] فيه معنى غير القربة ، وهو الإزالة ، فلذلك لم يفتقر إلى النية .

* * *

---

(١) في (ص) : [المبتدأ] .

(٢) في (ن) ، (ع) : [يؤخذ] .

مسألة ١٤

المضمضة والاستنشاق واجبتان في الجنابة

٢٢٦ - قال أصحابنا : المضمضة والاستنشاق واجبتان [١] في الجنابة [٢] .

٢٢٧ - خلافًا للشافعي [٣] .

٢٢٨ - والدليل عليه قوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا ﴾ [٤] والبدن مراد بالاتفاق ، فكأنه قال : طهروا أبدانكم ، فيفيد كل ما أمكن غسله من البدن . لا يقال : إن الأمر بإيقاع الفعل يقتضي [٥] ما يتناوله الاسم ، كما قال : صوموا ، صلوا ، والغسل من غير مضمضة يتناوله اسم التطهير ؛ وذلك لأن هذا يقتضي [٦] جواز غَسْل بعض البدن ؛ لأن الاسم يتناوله ، ولم يقل أحد إن الآية تناولت بعض البدن ، ولو ثبت هذا كان دليلنا ؛ لأنه يقتضي [٧] أن ينوي [٨] فعل ما يسمى [٩] طهرًا من المضمضة والاستنشاق ، فقد فعل ما وجب بالآية ، وهذا خلاف قولهم .

٢٢٩ - ويدل [عليه قوله] [١٠] ﷺ [١١] : « تحت كل شعرة جنابة ، ألا فبلوا الشعر ، وأنقوا البشرة » [١٢] .

٢٣٠ - وقولهم : إن البشرة : الجلد [الظاهر [١٣] ، والباطن يسمى : أدمة ، ليس بصحيح ؛

---

(١) في (ع) : [واجبان] .

(٢) قال القدوري : وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل سائر البدن . انظر : متن القدوري ص (٢) ، بدائع الصنائع (٥١/١) ، كشف الأسرار (٢٣٠٣/٢) ، أصول السرخسي (١١١/١) ، التعريفات للجرجاني ص (١٦٥) ، تيسير التحرير (١٣٥/١) ، شرح مختصر المنار ص (٣١١) ، حاشية ابن عابدين (٦٦/١) .

(٣) قال المزني : وإن ترك للجنابة والمضمضة والاستنشاق فقد أساء ، ويجزيه ، ويستأنف المضمضة والاستنشاق . انظر : مختصر المزني مطبوع على الأم للشافعي (٢٣/١) ، روضة الطالبين (٨٨/١) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٦ .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ن) : [يقتض] .

(٦) في (ص) ، (م) : [يقتض] .

(٧) في (ص) ، (م) : [يقتض] .

(٨) في (م) ، (ن) : [ينو] .

(٩) في (ن) : [سمي] .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من (م) .

(١١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [عليه السلام] ، المثبت من (ن) .

(١٢) أخرجه الترمذي ، في « باب ما جاء إن تحت كل شعرة جنابة » (١٧٨/١) ، الحديث (١٠٦) .

(١٣) في (ص) : [الطاهر] .

لأن المبرد حكى عن ثعلب أن البشرة الجلدة (١)] (٢) التي تقي اللحم من الأذى (٣) .

٢٣١ - ويدل عليه ما روي عن علي عليه السلام (٤) : عن (٥) النبي ﷺ قال : « من ترك شعرة من الجنابة لم يُصِبْهَا الماء ؛ فعل به كذا من النار » (٦) ، وفي داخل الأنف شعر ، وروت عائشة رضي الله عنها (٧) : أن النبي ﷺ جعل المضمضة والاستنشاق واجبتان (٨) فريضتان في الجنابة (٩) .

٢٣٢ - قلنا (١٠) : وقولهم : إنه يرويه بركة الحلبي (١١) وهو ضعيف ، ليس بصحيح ؛ لأن ابن معين (١٢) أثنى عليه في كتبه الأخيرة وقد روي الخبر من غير طريقه مرسلًا (١٣) ، ولا يقال إن المراد بالفرض التقدير ، يقال فرض الحاكم النفقة بمعنى (١٤)

---

(١) في (ع) : [الجلد] . (٢) ما بين القوسين ساقط من (م) .

(٣) قال ابن منظور : البشرة : أعلى جلدة الرأس والوجه والجسد من الإنسان ، وهي التي عليها الشعر ، وقيل : هي التي تلي اللحم ، والبشر جمع بشرة وهو ظاهر الجلد . انظر : لسان العرب : (١) (٢٨٦/١ ، ٢٨٧) .

(٤) في (م) ، (ع) ، (ن) : [رضي الله عنه] . (٥) في (م) ، (ع) : [أن] .

(٦) أخرجه أبو داود في السنن « باب الغسل من الجنابة » (٦٨/١) ، وأحمد في المسند (٩٤/١ ، ١٠١ ، ١٣٣) ، والطيالسي في مسنده ص (٢٥) ، الحديث (١٧٥) .

(٧) هي عائشة بنت عجرد ، من التابعيات ، روت عن ابن عباس (رضي الله عنه) ، وروى عنها أبو حنيفة . انظر : ترجمتها في أسد الغابة ٥٠٥/٥ ، تعجيل المنفعة « باب النساء » ص (٣٦٦) .

(٨) في (ع) : [واجبان] .

(٩) قد أخرجه الدارقطني عن أبي هريرة مرفوعا بلفظ : « جعل المضمضة والاستنشاق للجنب ثلاثا فريضة » في السنن « باب ما روي في المضمضة والاستنشاق في غسل الجنابة » (١١٥/١ ، ١١٦) .

(١٠) لفظ : [قلنا] ساقط من (ن) .

(١١) هو : أبو سعيد ، بركة بن محمد الأنصاري الحلبي . قال البستي : كان يسرق الحديث ، وربما قلبه ، وإذا أدخل عليه حديث حدث به ، لا يجوز الاحتجاج به إذا انفرد . انظر : الجرح والتعديل (٤٣٣/٢) ، ميزان الاعتدال (٣٠٣/١) ، المغنى في الضعفاء (١٠٢/١) ترجمة (٨٦٥) .

(١٢) هو : يحيى بن معين الإمام الحافظ الجهبذ ، شيخ المحدثين أبو زكريا ، أحد الأعلام ، ولد سنة (١٥٨) ، ثمان وخمسين ومائة ، سمع من : ابن المبارك ، وهشام ، وإسماعيل بن عياش ، وغيرهم ، وروى عنه : أحمد ابن حنبل ، ومحمد بن سعد ، وأبو خيثمة وغيرهم ، توفي سنة (٢٣٣ هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٥٩/٩) ، شذرات الذهب (٧٩/٢) .

(١٣) أخرجه الدارقطني في السنن « باب ما روي في المضمضة والاستنشاق في غسل الجنابة » (١١٥/١) والبيهقي في « باب تأكيد المضمضة والاستنشاق » (٥٢/١) .

(١٤) لفظ : [بمعنى] ساقط من (ن) ، (ع) .

قدرها ؛ وذلك لأن إطلاق الفرض يقتضي الوجوب ، لاسيما وقد قرنه بالإيجاب .

فلو كان المراد به التقدير لم يكن لتخصيصه بالجنابة معنى ، ولأن ما أمكن غَسْلُهُ من البدن من غير مشقة يجب في الجنابة ، كالمغابن [١] ، ولأنه عضو سُنَّ إيصال الماء إليه في الوضوء ؛ فكان [٢] واجبًا في الجنابة ، كالأذنين ، ولا يلزم التكرَار ؛ لأن غَسْل العضو قد وجب ، والتكرار صفة ، والتعليل لم يقع لصفة ، ولا يلزم المبالغة في الاستنشاق ؛ لأن ما أمكن فيه من غير مشقة فهو واجب ، وقولهم : إنه [٣] يناقض بمنع الصائم منه ليس بصحيح ؛ لأن الصائم يمنع من المبالغة في الوضوء لأنه ليس بواجب ، ولا يفعله إذا لم يأمن الإفطار ، ولا يُمْنَع منه في الجنابة ؛ لأنه واجب ، فلا يُتْرَك احتياطًا لواجب آخر .

ومن أصحابنا من قال : إن المبالغة تجب [٤] في غير الصوم ، وتسقط في الصوم للعذر ، وعلتنا تقتضي إيجاب ما كان مسنونًا في الوضوء ، ولا تقتضي أحوال الوجوب .

٢٣٣ – وقولهم : قد يُسَنُّ في الوضوء ما لا يجب في الجنابة عندكم ، كالنية والترتيب والتكرار غير صحيح ؛ لأنا جعلنا سُنة الاتصال دلالة على الوجوب في الجنابة ؛ لأنه مما سُنَّ [٥] غسله ، ولا مشقة فيه ، والتكرار ، والنية ، والترتيب [٦] صفات [في الغُسْل] [٧] ، فلا مدخل لها في الإمكان والتعذر .

٢٣٤ – قالوا : المعنى في الأذن أنه ظاهر [٨] في أصل الخلقة ، والفم عضو باطن ، كالعين .

٢٣٥ – قلنا : علة الأصل تبطل [٩] بالعين ؛ لأن ظهورهما [١٠] أعم من ظهور الأذن ، ولا يجب غسلهما ، وعلة الفرع تبطل [١١] بمغابن [١٢] البدن ، ولأنه عضو يلحقه حكم التطهير من النجاسة ، فوجب غَسْلَه في الجنابة ، كسائر الأعضاء ، ولا يلزم

---

(١) في (م) : [كالمعاين] ، (ن) : [كالمغائن] ، وفي (ع) : [كالمعين] .
(٢) في (ع) : [فكأنه] .
(٣) في (م) [إلى] ، وفي (ن) : [أنثى] ، وفي (ع) : [أي] .
(٤) في (م) : [يجب] ، [يسقط] ، [يقتضي] [ولا يقتضي] بالياء .
(٥) في (م) ، (ع) : [يسن] .
(٦) في (م) ، (ع) : [فالترتيب] .
(٧) زيادة : من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٨) في (م) : [طاهر] .
(٩) في (م) : [يبطل] .
(١٠) في (ع) : [ظهورها] .
(١١) في (م) : [يبطل] .
(١٢) في (م) : [بمعاين] .

داخل العينين ؛ لأنه (١) لا يجب غسلهما من النجاسة .

٢٣٦ – وقولهم : إنه لا يجب عندكم لأنه أقل من قدر الدرهم ، ليس بصحيح ؛ لأنه لا يُكَمَّل بنجاسة أخرى من البدن ، وإن زاد على قدر الدرهم ؛ ولأنه عضو يتعلق به فرض فعل في الصلاة ، كاليدين والرجلين .

٢٣٧ – احتجوا بحديث أم سلمة رضي الله عنها (٢) أنها قالت للنبي ﷺ : إني امرأة أشد ضفر (٣) رأسي ، فما أصنع في الجنابة ؟ فقال رسول الله ﷺ (٤) : « أما أنا فأحثو على رأسي [وسائر بدني] (٥) ثلاث حثيات من ماء » (٦) ولم يَذْكُر المضمضة والاستنشاق .

٢٣٨ – والجواب : أنَّ السؤال وقع عن صفات الغسل ومسنونه ، ولهذا بيَّن عليه السلام أدنى المسنون ، فإذا كان البيان للصفات والمسنون لم يلزمه بيان الأصل ، ولا يقال : إنه قال : « إذا (٧) فعلت ذلك فقد طهرت (٨) » ؛ لأنه يحتمل الطهر المسنون ، ولا يقال : كيف يسأل عن الصفات والسنة دون الفرض ؛ لأن علمها بالفرض [قد سبق] (٩) ، ألا ترى أنها لا يظن بها أنها لم تَعرِف الغُسْل من الجنابة عند وجوبها مع

(١) في (م) : [لأنهما] .

(٢) هي : أم المؤمنين أم سلمة هند بنت أبي أمية حذيفة ، ويقال : سهيل بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشية ، تزوجها رسول الله ﷺ بعد وفاة زوجها أبي سلمة عبد الله بن عبد الأسد بن هلال مرجعه من بدر ، وولي عقدها عمر بن الخطاب وقيل ابنها سلمة ، وقيل : تزوجها بغير ولي ، قال الواقدي ، توفيت سنة تسع وخمسين ، وقال غيره : في خلافة يزيد بن معاوية سنة اثنتين وستين .

(٣) في سائر النسخ : [ظفر] بالظاء المعجمة ، وهو خطأ ؛ لأن [الظفر] بضم الظاء والفاء والراء ، أو بضم الظاء وسكون الفاء ، ظفر الإصبع ، جمعه أظفار وأظافير . و الظفر بالفتح : الفوز بالمطلوب . أما الضفر بالضاد المعجمة : فتل الشعر ، وإدخال بعضه في بعض معرضا . يقال للذؤابة : ضفيرة ، وجمعها : ضفائر ، وأرادت أم سلمة بقولها : « إني امرأة أشد ضفر رأسي : أى تعمل شعرها ضفائر ، وهي الذوائب المضفورة . انظر : لسان العرب ، (ضفر ، وظفر) (٢٥٩٤/٤ ، ٢٧٤٩) ، المُغرب « باب الضاد مع الفاء » ص (٢٨٤) ، النهاية « باب الضاد مع الفاء » (٩٢/٣) .

(٤) قوله : [رسول الله] ساقط من (ن) . (٥) قوله : [وسائر بدني] ساقط من (ع) .

(٦) أخرجه مسلم في الصحيح في « كتاب الحيض » ، « باب حكم ضفائر المغتسلة » (١٤٦/١) ، وأبو داود في السنن ، في « كتاب الطهارة » ، « باب في المرأة هل تنقض شعرها عند الغسل » (٦٨/١ ، ٦٩) .

(٧) في (م) ، (ع) : [فإذا] .

(٨) انظر هذا اللفظ في حديث أم سلمة في المراجع السابقة .

(٩) في (م) ، (ع) : [فيسبق] ، وفي (ن) : [فيشق] .

قربها [1] من رسول الله ﷺ / ، ولأن الخبر قد يُضَمَّن المضمضة ، ولأن الفم من جملة الجسد ، وقد قال : أما أنا فأحثو على رأسي وسائر جسدي » . وقولهم [2] : إن الجسد [3] اسم لما ظهر [4] ؛ غلط ؛ لأن الفم يقال : إنه من الجسد . ٣/ب

٢٣٩ – وقولهم : إنه لا يقال : حثا على فمه ، بل يقال [5] : في فمه ، غلط ؛ لأنه يصح [6] إذا ضم إلى الجملة شيئا أن مما [7] يعبر عنها به ، كما يقال : متقلدا [8] سيفًا ورمحًا [9] ، وإن كان الرمح لا يقلد .

٢٤٠ – وقولهم : يَعْني في الخبر – أنه قال : « أما أنا فأفيض الماء على رأسي وسائر جسدي » .

٢٤١ – فالجواب عنه : كالجواب عن الأول – وإن كان غير معروف – ألا ترى أنه لم يقل : أفاض على فمه ، فيجوز أن يدخل مع الجملة في اللفظ .

٢٤٢ – قالوا : طهارة من حدث ، كالوضوء .

٢٤٣ – قلنا [10] : الوضوء سقط منه [11] أكثر ظواهر البدن ، فسقوط الباطن أولى ، والجنابة تعلقت بالظاهر والباطن الذي لا مشقة في غسله ، فجاز أن يتعلق بهذا الباطن ، ولا يَلْزَم على علة الفرع غُسْل الميت ؛ لأنا [12] عللنا بجواز تعلق الغَسْل بالفم ، فلا يَلْزَم الأحوال .

٢٤٤ – قالوا : ما شرع غسله في الطهارتين استوى فيهما ، كالوجه .

---

(١) في (م) : [مع قرنها] بالنون ، وهو تصحيف .
(٢) في سائر النسخ : [وقولهما] . (٣) في (م) : [إن الجسدي] .
(٤) في (م) : [طهر] .
(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولا يقال] ، وفي (ص) : [أو يقال] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لا يصح] .
(٧) في (ن) ، (ع) : [يتبعها هما] .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [متقلد] .
(٩) هذا من قول الشاعر عبد الله بن الزبعرى ، والبيت بتمامه :

ورأيت زوجك في الوغى ... متقلدًا سيفًا ورمحًا

راجعه في معجم شواهد العربية (٨١/١) ، وفي حلية الفقهاء « باب القول في مسح الرأس وغسل الرجلين » ص (٤٥) .
(١٠) في (ن) : [قلت] .
(١١) في (م) ، (ع) : [فسقط فيه] .
(١٢) في سائر النسخ : [لأن] .

٢٤٥ - قلنا : اعتبار إحدى الطهارتين بالأخرى مع اختلافهما [١] في الوجوب ضد الأصول ، ولأن قولهم : استوى حكمهما [٢] : يُراد به في الفرع خلاف ما يُراد به في الأصل ، فصار الحكم مجهولا ، ولأن الوجه لا يجب غسله ؛ لوجوبه في الوضوء ، والدليل عليه : سائر الأبدان ، ثم يعكس ، فيقول : فكان [٣] واجبًا في الجنابة ، كالوجه .

٢٤٦ - قالوا : كل غسل لا يجب في غسل الميت لا يجب في غسل الحي ، كداخل العينين .

٢٤٧ - قلنا : سقوط الفرض في غُسْل الميت لا يدل على سقوطه في غسل الحي ، لأن الميت لا [خطاب عليه ، والحي يخاطب ، ولأن الميت لا] [٤] يمكن فيه المضمضة ، فسقطت لتعذرها ، ووجبت في غَسْل الحي لإمكانها .

٢٤٨ - وقولهم : لو سقط للعذر [٥] لوجب غَسْل ما يمكن منها ليس بصحيح ؛ لأن موضع الفرض إذا تعذر جاز أن يسقط الوجوب فيه إن أمكن فعل بعضه ، كمن وجد بعض الماء على أصولنا ، ومن قدر على بعض العتق في الكفارة ، وفي المحدور [٦] لا يلزمه غَسْل ما بين الحدرتين [٧] ، ثم المعنى في العين أنه يلحق المشقة بإيصال الماء إليها [٨] ، والفم لا يلحق بإيصال الماء إليه مشقة ، فوجب في الجنابة ، ثم المعنى في العين أنها في محل الوضوء لم يُسَن إيصال الماء إليها ، فلم يجب في الجنابة ، والفم بخلافه .

٢٤٩ - قالوا : غسل واجب ، كغسل الميت .

٢٥٠ - قلنا : ينتقض [٩] بغسل النجاسة ، والمعنى في غَسْل الميت ما قدمناه .

ولأن في صب الماء في فمه وأنفه مثلة [١٠] ، وذلك بالخرقة مسح وليس بغسل ، ففرض غسله لا يثبت فيه المسح . ثم المعنى في غسل الميت أنه لا يوجب بها صلاة ، وإنما يجب علينا ، فلم تتعلق [١١] بالباطن ، كطهارة المكان ، وفي مسألتنا [١٢] : طهارة

---

(١) في (م) : [اخلافهما] .
(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [حكمها] .
(٣) في (ع) : [وكأنه] .
(٤) ما بين القوسين ساقط من (م ، ع) .
(٥) في (ع) : [العذر] .
(٦) في (ص) : [المحذور] ، وفي (ن ، ع) : [المجدور] .
(٧) في (ص) : [ما بين الحدريتين] ، وفي (م) ، (ع) : [بين الجدرتين] ، وفي (ن) : [بين الحدرتين] .
(٨) في (م) : [إليهما] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ينقض] .
(١٠) في (ص) ، (م) : [مثله] .
(١١) في (م) : [يتعلق] .
(١٢) في (م) : [صلنا] ، وفي (ع) ، (ن) : [أصلنا] .

تؤدى [١] بها الصلاة ، فجاز أن يتعلق [٢] بالباطن الذي لا مشقة في غسله ، ولا يلزم الوضوء ؛ لأن التعليل لجملة الأحداث .

٢٥١ - قالوا : عضو باطن في الوجه ، كالعين .

٢٥٢ - قلنا : الفم وإن كان [٣] باطنًا خلقة [٤] فهو في [٥] حكم الظاهر [٦] من البشرة إذا انتقل إلى ما سترها ، يَعْنِي [٧] : فيما لاقى المفروض ، كمسح الخف .

٢٥٣ - وقولهم : إن مسح الخف بدل ، فاختص بمحل الأصل ، واللحية ليست ببدل ، لا يصح ؛ لأن كل واحد منهما قائم [٨] مقام الأصل على وجه البدل عندنا [٩] ، ولأن محل [١٠] البدل يجوز أن يخالف محل الأصل ، ألا ترى أن الهَدْي [١١] عندهم في المتعة مختص بالحرم [١٢] ، وصوم السبعة [١٣] بدل عنه ولا يختص بالحرم [١٤] ؟ وتَبْطُل علة الفرع بمسح الرأس ؛ فإن [١٥] الشعر ليس ببدل ، ويختص المسح بمحل الفرض .

٢٥٤ - احتجوا : بأنه شعر ظاهر [١٦] نابت على بشرة الوجه ، فوجب [١٧] إفاضة الماء عليه مع الوجه ، قياسًا على ما لاقى [١٨] البشرة ، وشعر الحاجب .

٢٥٥ - قلنا : الأصل غير مُسَلَّم ؛ لأن الرواية اختلفت فيه ، فروي أن غَسْله غير واجب ، وروي أنه يجوز فيه الربع ، ثم المعنى في الأصل وفي شعر الحاجب أنه يُلاَقِي [١٩] ما لو ظهر وجب غَسْله ، وهذا يُلاَقِي ما لو ظهر لم يجب غسله .

٢٥٦ - قالوا : كل شَعْر لو [٢٠] لم يُزَل عن محله وجب إيصال الماء إليه

---

(١) في (م) : [يؤدي] .
(٢) في (م) : [يتعلق] .
(٣) في (م) : [كنا] .
(٤) في كل النسخ : [خلقه] .
(٥) حرف : [في] ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٦) في (ص) : [الطاهر] .
(٧) في (ص) : [لفف] بدون نقط ، لفظ : [يعني] ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [قام] .
(٩) في (ن) : [عندنا له] ، بزيادة : [له] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ولا محل] .
(١١) في (ع) : [البدل] .
(١٢) في (ن) ، (ع) : [يختص] ، وفي (م) ، (ن) ، (ع) : [الحرم] بحذف : [الباء] .
(١٣) في (ن) : [التسعة] .
(١٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الحرم] .
(١٥) في (ن) ، (ع) : [لأن] .
(١٦) في (ن) : [يوجب] .
(١٧) (م) ، (ع) : [طاهر] .
(١٨) في (ع) : [أن] .
(١٩) في (م) : [أنه تلاقي] ، وفي (ن) : [إن يلاقي] .
(٢٠) [لو] ساقطة من (ع) .

[وجب] [١] وإن ترك [٢] ، قياسًا على شَعْر الرأس في الجنابة .

٢٥٧ - قلنا : الوصف غير مُسَلَّم على ما بيَّنا ، ثم المعنى في الجنابة أن الغُسْل يجب في جميع البدن ، والوضوء يختص بمكان دون مكان ، فاعتبر ما لاقى المكان الذي تعلق به الحدث ، ولم يعتبر في الجنابة أوصاف الشعر ؛ لأن الغسل يتعلق بكل حال .

٢٥٨ - قالوا : شعر اللحية قد صار أصلًا في طهارة [٣] ؛ بدلالة أنها إذا حلقت بعد الوضوء ، لم يُعَد الوضوء ، فصارت [٤] كالوجه ، فوجب غسل ما خرجت منه .

٢٥٩ - قلنا : لا نُسَلِّم ما ذكرتموه ؛ لأنه إذا أفاض الماء على ما يلاقي البشرة ثم حلقه ، وجب عليه غسل ما تحته ؛ لأن فرض اللحية عندنا المسح ، فإذا ظهرت [٥] البشرة وجب الغسل ، كنزع الخف ، ولو سلمنا أنه أصل لم يصح ما قالوه ؛ لأن الشعر ما قام مقام الأصل من الوجه [٦] والأعضاء ؛ بدلالة أن ما يصل إليه لا يُفْطِر الصائم ، فوجب غسله من غير مشقة ، والمعتبر ما هو ظاهر [٧] حكمًا لا خلقة ، ألا ترى أن العين ظاهرة في الخلقة وهي في حكم الباطن ؛ للمشقة التي تلحق [٨] فيها ، ولا يَلْزَم الجراحة التي لا تنفذ [٩] ؛ لأن غسلها يسقط بالمشقة وإن لم يشق ، ولا يَلْزَم المناسبة ؛ لأن ما يصل إليها يُفْطِر في إحدى الروايتين .

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (ن) : [وأن يزل] ، وفي (ع) : [و انه ترك] .

(٣) في بقية النسخ [الطهارة] .

(٤) لفظ : [فصارت] ساقط من (ع) .

(٥) في (م) : [طهرت] .

(٦) في (ن) : [من وجه] .

(٧) في (م) : [طاهر] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ملحق] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لا ينفذ] .

مسألة ١٥

حكم إيصال الماء إلى ما استرسل من اللحية

٢٦٠ - قال أصحابنا : لا يجب إيصال الماء إلى ما استرسل من اللحية [١] .

٢٦١ - خلاف أحد قولي [٢] الشافعي [٣] .

٢٦٢ - لقوله تعالى : ﴿ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ ﴾ [٤] ، والوجه عنده غير البشرة ؛ ألا ترى أنه مأخوذ من المواجهة في الغالب ، والمواجهة في غالب الناس تقع [٥] من غير لحيته ؟ [٦] ولأن اسم الوجه ينتفي [٧] [عن] [٨] اللحية ؛ يقال : رأيت وجه فلان دون لحيته ، وطالت لحيته ولا يقال : طال وجهه ؛ فدل على أن الاسم لا يتناولها حقيقة .

٢٦٣ - وقولهم نقل [٩] ؛ لأن معناه : أن الوجه يُصَف [١٠] باللحية لا أنها منه [١١] ، وما رووه أن النبي ﷺ [قال] [١٢] : « لا تغطوا [١٣] اللحية فإنها من الوجه » [١٤] لا يجوز [أن يكون] [١٥] بيان الاسم ؛ لأنه لا يُعَلِّم الأسامي . فاحْتَمَل أن يكون مَنَعَ من تغطيتها [١٦] حال الإحرام ، وقولهم : إن الوجه [مأخوذ من المواجهة ، والإنسان يواجه بلحيته [١٧] ليس بصحيح ؛ لأن الاسم قد يُشْتَق [١٨] من شيء ويختص ببعض الأحوال ، كاسم الجنين اشتق] [١٩] من الاستتار [٢٠] ، واختص ببعض ما يستتر [٢١] ، ولأن الآية

---

(١) قال الكاساني : ولا يجب غسل ما استرسل من اللحية عندنا . انظر : بدائع الصنائع (٤/١) ، تحفة الفقهاء (٩/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [قول] .

(٣) قال الشيرازي : فإن استرسلت اللحية عن حد الوجه ففيها قولان : أحدهما : لا تجب إفاضة الماء عليها ، والثاني : يجب . (انظر : المهذب ١٥/١ ، وروضة الطالبين ٥٢/١) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٦ .

(٥) في (م) ، (ع) : [يقع] .

(٦) في (ن) ، (ع) : [لحية] .

(٧) في (ع) : [ينفي] .

(٨) لفظ [عن] ساقط من (ع) ، وهو في (م) : [غير] .

(٩) في (م) ، (ع) : [نفل] .

(١٠) هكذا في جميع الفسخ .

(١١) في (م) ، (ع) : [لأنها منه] .

(١٢) ساقط من (ع) .

(١٣) في (م) ، (ع) : [تعطوا] .

(١٤) لم أعثر على هذا الحديث .

(١٥) في (ن) : [لا تكون] .

(١٦) في (م) : [يعطيها] ، وفي (ع) : [تغطيها] .

(١٧) في (ص) : [لا يواجه بلحيته] .

(١٨) في (م) : [اشتق] ، وفي (ن) : [سبق] .

(١٩) ما بين القوسين ساقط من (ع) .

(٢٠) في (م) ، (ن) : [من الاستبان] ، وهو خطأ .

(٢١) في (م) ، (ع) : [ما لا يستبين] ، وفي (ص) : [ما لا يستتر] .

تضمنت وجوب غسل الوجه ، ولا خلاف أن غسل المسترسل من اللحية لا يجب ؛ فدل أن الآية لا تتضمنه (١) .

٢٦٤ – وقولهم : إن الغسل يتضمن إصابة الماء (٢) وزيادة ، أنه مضمون الغسل ، وإن كان فيه إمساس الماء ، ولأنه شعر يُلاقي ما يجب غسله لو ظهر ؛ فلم يجب إيصال الماء إليه ، كالذؤابة (٣) .

٢٦٥ – وقولهم : إن الرأس ما ترأس ، وهذا لا يوجد في الذؤابة ، والوجه ما واجه به ، وهذا موجود في اللحية ، غلط ؛ لأن الفرق ما عاد إلى المعنى دون الاسم ، ولأن طرف الذؤابة قد صار في حُكم الرأس في باب التقصير ، مع وجود الفرق الذي ذكروه ؛ لأن الفرض المتعلق يقوم مقامه بكل حال ، ولأنه إذا قام الأصل اعتبر ما قابل الأصل دون غيره .

* * *

(١) في (م) : [لا يتضمنه] .
(٢) في (م) ، (ن) : [للماء] .
(٣) الذؤابة : بالضم ، الضفيرة من الشعر إذا كانت مرسلة ، فإن كانت ملوية : فهي عقيصة ، انظر في لسان العرب (ذوب) (١٥٢٥/٣) ، وفي المصباح المنير باب الذال مع الواو وما يثلثهما (١٩٩/١) .

مسألة ١٦

مقدار الواجب في مسح الرأس

٢٦٦ – قال أصحابنا : الواجب في مسح الرأس مقدار الناصية ، وفي رواية [(١)] أخرى : ثلاثة أصابع ، وروي : الربع [(٢)] .

٢٦٧ – وقال الشافعي : ما يُسمى مسحًا [(٣)] .

٢٦٨ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱمۡسَحُواْ [(٤)] بِرُءُوسِكُمۡ ﴾ [(٥)]والباء للإلصاق عند أهل اللغة ، وذلك يُفِيد الأكثر أو المقصود من الشيء ، كقولهم : كُتِبَ الكتاب بالقلم ، ولا يَلْزَم قولهم : أخذت بزمام الناقة ؛ لأن ذلك يَتَناول [(٦)] اليسير ؛ لأن المقصود يحصل به .

٢٦٩ – ولا يقال : إن الفعل إذا تعدى بحرف الباء وبغيرها فدخولها لفائدة ، وهي التبعيض ؛ لأن ابن كيسان سُئِل عن ذلك فقال : الإلصاق في معنى الكلام ، فإذا دخلت الباء فهي لصريح اللفظ ، وإذا كان لدخولها فائدة لم يلزم ما قالوا .

٢٧٠ – ولأن اللّٰه تعالى أفرد المسح بالذكر وإن كان ما يتناوله الاسم يدخل في غَسْل الوجه تبعًا ، فلو كان هو الواجب بطلت فائدة الإفراد .

٢٧١ – ولا يقال : إنه أفرده للترتيب ؛ لأن عليًا [(٧)] وابن مسعود لم يعتقدا [(٨)] الترتيب ، وكان يجب أن يسألا [(٩)] النبي ﷺ عن فائدة الآية ، فلما لم تنقل [(١٠)]

---

(١) في (ن) : [في رواية] بدون العطف .

(٢) اختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار المفروض في مسح الرأس في الوضوء : في ظاهر الرواية : مقدار ثلاثة أصابع اليد ، وفي رواية الحسن بن زياد : مقدار ربع الرأس ، وهو اختيار زفر وأكثر المتأخرين من الحنفية ، وفي رواية الطحاوي والكرخي : مقدار الناصية . انظر تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي باب السواك وسنة الوضوء ص ١٨ .

(٣) في (ص) ، (م) : [ماسحا] . قال الشافعي : إذا مسح الرجل بأي رأسه شاء إن كان لا شعر عليه ، وبأي شعر رأسه شاء بإصبع واحدة أو بعض إصبع أو بطن كفه أو أمر من يمسح به أجزأه ذلك ؛ فكذلك إن مسح نزعتيه أو إحداهما أو بعضهما أجزأه ؛ لأنه من رأسه . انظر المسألة في : الأم (٢٢/١) . (وانظر : المحلى بالآثار ٢٩٧/١ – ٣٠٠ ، مسألة ١٩٨) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فامسحوا] ، وهو خطأ .

(٥) سورة المائدة : الآية ٦ .

(٦) في (م) ، (ع) : [يناول] .

(٧) في (م) : [علي] .

(٨) في (م) : [يعتقد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يسئل] .

(١٠) في (م) : [لم ينقل] .

المسألة بطل ما قالوا .

٢٧٢ – ولأنه مسح ، فلا يتقدر بأدنى ما يتناوله الاسم ، كمسح الجبائر .

٢٧٣ – ولا يقال : فلا يُقَدَّر بالربع ؛ لأنا كذلك نقول في الجبائر ، ولأنا إذا نظرنا [١] مقدار الناصية لم [٢] يصح هذا العكس ، وإن سلمنا فَعِلَّة الفرع لا تصح [٣] ، لأنه ليس إذا لم يجب الاستيعاب يُقَدَّر [٤] بالأقل ، فصار [ذلك دعوى] [٥] بغير دلالة [٦] .

٢٧٤ – ولأن ما يتناوله الاسم يدخل في غسل عضو يليه [٧] على طريق التبع ، فلم يكن فرضًا بنفسه في عضو آخر ، كما يدخل من العضد [٨] في غسل / المرفق . ٤/أ

٢٧٥ – ولأنه حُكْم يختص بالرأس ، ألا ترى أنها تكون في الوجه ؟

٢٧٦ – احتجوا : بما روى المغيرة [٩] : أن النبي ﷺ مسح بناصيته [١٠] ، والباء للتبعيض .

٢٧٧ – والجواب : أنا بينا أنها للإلصاق ، وقد روي في هذا الخبر أنه مسح على ناصيته ، وهذا يفيد الأكثر ، ولو ثبت أنه مسح بعضها جاز أن يكون قدر ثلاثة أصابع [١١] ، وحكاية الفعل إذا احتملت سقطت .

٢٧٨ – قالوا : مسح من رأسه ما يقع عليه اسم المسح ، فصار كما لو مسح مقدار ثلاثة أصابع [١٢] .

---

(١) في غير (ع) : [نصرنا] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فلم يصح] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لا يصح] .
(٤) في (ن) : [قدر] .
(٥) في (م) ، (ع) : [دعوى ذلك] .
(٦) في (ن) : [بغير بينة دلالة] .
(٧) في (م) ، (ع) : [ثلاثة] .
(٨) في (م) ، (ع) : [العضو] .
(٩) هو : المغيرة بن شعبة بن أبي عامر ، الأمير ، أبو عيسى ، ويقال : أبو عبد الله ، وقيل : أبو محمد ، من كبار الصحابة ، وأولي الشجاعة ، أسلم قبل عمرة الحديبية وشهدها ، وشهد بيعة الرضوان ، قال ابن سعد : كان داهية ، ويقال : له مغيرة الرأي ، حدث عنه : بنوه : عروة وحمزة وعقار ، والمسور بن مخرمة ، وغيرهم ، وله في الصحيحين اثنا عشر حديثًا ، وانفرد له البخاري بحديث ومسلم بحديثين ، وقال الجماعة إن أمير الكوفة المغيرة بن شعبة مات في سنة خمسين في شعبان ، وله سبعون سنة . انظر : سير أعلام النبلاء (٢١٧/٤) ، طبقات ابن سعد (٢٠/٦) ، الإصابة رقم (٨١٧٩) .
(١٠) رواه مسلم في باب المسح على الناصية والعمامة (١٣٠/١) ، وأبو داود ، والنسائي ، والدارقطني ، والبيهقي وغيرهم .
(١١ ، ١٢) في (ع) : [إصبع] .

٢٧٩ - قلنا : اعتبار ما يتناوله الاسم يخالف موضوع الطهارة ؛ لأن ذلك غير مُعْتَبر في شيء من الطهارات ، فلم يجز تعليق الحكم عليه ، ولأنه إذا مسح بثلاثة أصابع فقد مسح بالأكثر من الأصابع ، وهذا فعل مقصود ، وما دونها مسح بالأقل ، فلم يكن مقصودًا .

٢٨٠ - ولأنا إذا قلنا بالربع لم يصح هذا الأصل . فإن قاسوا على الربع ، قلنا : المعنى فيه : أنه يتعلق بحلقه الدم ، فجاز فيه (١) المسح ، وليس كذلك أدنى ما يتناوله الاسم ؛ لأنه لا يعتبر وجوب الدم بالحلق .

٢٨١ - قالوا : حكم يتعلق بالرأس فيتعلق (٢) بأدنى ما يتناوله الاسم ، كالموضحة .

٢٨٢ - قلنا : لا نُسَلِّم في الأصل ؛ لأن الموضحة ما أوضحت العظم وبقي أثرها ، ومتى أوضح (٣) ما يتناوله الاسم لم يبق أثر في الغالب ، وينعكس (٤) ما قالوه (٥) بوجوب الدم في الحلق .

٢٨٣ - قالوا : التقدير عندكم لا يَثْبُت (٦) إلا بالتوقيف (٧) ، وقدرتم في مسألتنا مع عدمه !

٢٨٤ - قلنا : التقدير عندنا المبتدأ يثبت (٨) بالتوقيف ، والتقدير بالفصل (٩) بين الكثير والقليل يثبت (١٠) بالاستدلال . وفي مسألتنا (١١) دل الدليل على أن الجميع ليس بواجب ، والأذنين لا يجزئ فالتقدير الفصل (١٢) بينهما ثبت بالقياس ، وما ذكرناه أولى ؛ لأنه (١٣) تقدير الفرض (١٤) بالعضو ، وهذا معتبر في الطهارات (١٥) ، فهو أولى مما (١٦) لم يُعْتَبَر . ولأنا رددنا مسح الرأس إلى مسح الجبيرة والتيمم ، ورد الشيء إلى جنسه أولى .

---

(١) في غير (ص) : [في] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فتعلق] .
(٣) في (ع) : [ما أوضح] .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وينكسر] .
(٥) في (ع) : [ما قالوا] .
(٦) في (م) : [تثبت] .
(٧) في (م) ، (ع) : [بالتوفيق] .
(٨) في (م) : [تثبت] وفي (ع) : [ثبت] .
(٩) في (م) ، (ع) : [الفضل] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [تثبت] .
(١١) في (ع) : [في مسألتنا] ، بدون العطف .
(١٢) في (م) ، (ع) : [الفضل] .
(١٣) في (ع) : [لأن] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [الفضل] .
(١٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [في الطاهرات] .
(١٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بما] .

مسألة ١٧

السنة مسح الرأس مرة واحدة

٢٨٥ - قال أصحابنا : السنة في مسح الرأس مرة واحدة بماء واحد ، [وروي يجزيه مسحه ثلاث مرات بماء واحد] (١) .

٢٨٦ - وقال الشافعي : بثلاث مياه (٢) .

٢٨٧ - لنا : ما روى عطاء (٣) عن حمران (٤) عن عثمان ﷺ (٥) أنه توضأ بالمقاعد ، فغسل وجهه ثلاثًا ، ويديه ثلاثًا ، ومسح برأسه مرة واحدة ، وغسل رجليه ثلاثًا ،

(١) في سائر النسخ : [وروي يجزيه بماء واحد] ، الصواب ما أثبتناه ، أو بزيادة : [التثليث] ، أي : وروي : يجزيه التثليث بماء واحد ؛ لأن المعنى لا يستقيم بدون هذه الزيادة ، أو بزيادة ما أثبتناه .
قال السرخسي في المبسوط : والمسنون في المسح : مرة واحدة بماء واحد عندنا ، وفي المجرد عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ : ثلاث مرات بماء واحد (٧/١) .
(٢) قال الشافعي في الأم : ويمسح برأسه ثلاثًا ، فإن اقتصر في الرأس على مسحة واحدة بما شاء من يديه أجزأه ، وذلك أقل ما يلزمه . انظر : الأم باب مسح الرأس (٢٦/١) . (وانظر : المسائل الفقهية ٧٣/١ ، ٧٤ ، مسألة ١١ ، الكافي لابن قدامة ٣٠/١) .
(٣) هو : عطاء بن يزيد الليثي ثم الجندعي ، أبو محمد ، وقيل : أبو زيد المدني ، يقال : الشامي أيضًا ؛ لأنه سكن الشام ، وروى عن : تميم الداري ، وحمران بن أبان مولى عثمان بن عفان ، وعبيد الله بن عدي بن الخيار ، وروى عنه : إسماعيل بن أبي المهاجر ، وجميل بن أبي ميمونة ، وذكوان أبو صالح السمان ، وغيرهم ، قال محمد بن سعد : توفي سنة (١٠٧ هـ) وهو ابن اثنين وثمانين سنة ، وقيل غير ذلك . انظر : تهذيب الكمال (١٢٣/٢٠ ، ١٢٤) .
(٤) في (م) ، (ع) : [عمران] ، وهو تصحيف . وهو : حمران بن أبان بن خالد بن عمرو بن عقيل ، مولى عثمان بن عفان ، أدرك أبا بكر الصديق وعمر بن الخطاب ، وروى عن : عثمان بن عفان ، ومعاوية بن أبي سفيان ، وروى عنه : بكير بن عبد الله الأشج ، وعطاء بن يزيد وغيرهما ، مات بعد سنة خمس وسبعين . انظر : تهذيب الكمال (٣٠١/٧) .
(٥) هو : عثمان بن عفان بن أبي العاص ، أمير المؤمنين أبو عمرو وأبو عبد الله ، القرشي الأموي ، أحد السابقين الأولين ، وذو النورين ، وصاحب الهجرتين ، وزوج الابنتين ، قدم الجابية مع عمر ، وتزوج رقية بنت رسول الله ﷺ ، قبل المبعث ، وروى عن النبي ﷺ ، وعن الشيخين ، وروى عنه بنوه : أبان ، وسعيد وعمر ، ومولاه حمران ، وأنس وغيرهم ، توفي سنة (٣٥ هـ) . (انظر : أسد الغابة ٥٨٤/٣ - ٥٩٧ ، رقم ٣٥٨٣ ، الإصابة ٢٢٣/٤ رقم ٥٤٤٠ ، سير أعلام النبلاء ٥٦٦/٢) .

وقال : هكذا [١] توضأ رسول الله ﷺ [٢] ، ومعلوم أن البيان [٣] يقع بالكامل ، فلو كانت السنة تكرار المسح لبينه .

٢٨٨ – ولا معنى لقولهم : وقد روي أنه مسح ثلاثًا ؛ لأن أبا داود قال : الصحيح في الرواية من روى مرة واحدة ، وهي أثبت طرقًا [٤] من الثلاث . وروي أن عليًا عليه السلام توضأ برحبة الكوفة بعد ما صلى ، فغسل وجهه ثلاثًا ، [ويديه ثلاثًا ، ومسح برأسه مرة ، وغسل رجليه ثلاثًا] [٥] وقال : هذا وضوء رسول الله ﷺ [٦] .

٢٨٩ – وقولهم : روى [عبد خير] [٧] أنه مسح ثلاثًا [٨] لا يصح ؛ لأنه يعارض [٩] الرواية عنه ، ولم يتعارض عن غيره ، ولأنه يحتمل أن يكون ثلاثًا بماء واحد [١٠] .

٢٩٠ – وعن أبي محمد الحماني [١١] قال : أتيت أنس بن مالك ، فسألته عن وضوء

---

(١) في (ع) : [قال بذا] بدون العطف ، وفي (م) : [وقال : هذا] .

(٢) أخرجه البخاري بألفاظ أخرى في الصحيح في كتاب الوضوء ، باب الوضوء ثلاثًا ثلاثًا (٤٢/١) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الطهارة ، باب صفة الوضوء (١١٤/١ ، ١١٥) ، وأبو داود في السنن في باب صفة وضوء النبي ﷺ (٣٣/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الكمال] .

(٤) في سائر النسخ : [طرق] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) رواه أصحاب السنن من طرق بمعناه ، بألفاظ متقاربة ، أخرجه أبو داود في السنن في باب صفة وضوء النبي ﷺ (٣٤/١ ، ٣٥) ، والترمذي في السنن في باب ما جاء في الوضوء ثلاثًا ، وفي باب ما جاء في وضوء النبي ﷺ كيف كان (٦٣/١ ، ٦٧ ، ٦٨) .

(٧) في (م) ، (ع) ، (ن) : [عنه خبر] .

(٨) رواه حماد في مسند أبي حنيفة ، كتاب الطهارات ص (٨) ، الحديث (٧ ، ٨) ، وأخرجه الدارقطني في السنن ، في باب صفة وضوء رسول الله ﷺ (٨٩/١) .

(٩) في (ص) ، (م) : [تعارض] .

(١٠) قال عبد الله بن محمد عن يعقوب : من روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه في هذا الحديث عن خالد : أن النبي ﷺ مسح رأسه ثلاثا أنه وضع يده على نافوخه ، ثم مد يده إلى مؤخر رأسه ثم إلى مقدم رأسه ، فجعل ذلك ثلاث مرات ، و إنما ذلك إلا مرة واحدة ، لأنه لم تباين يده ولا أخذ الماء ثلاث مرات ، فهو كمن جعل الماء في كفه ثم مد إلى كوعه . في مسند أبي حنيفة ، كتاب الطهارات ص (٨ ، ٩) .

(١١) في سائر النسخ : الحمار ، وهو تصحيف . وهو : راشد بن نجيح الحماني ، أبو محمد البصري ، روى عن أنس بن مالك ، والحسن البصري ، وزيد بن هلال ، وحماد بن زيد وغيرهم ، وروى عنه : بكار بن سفير ، والحسن بن حبيب ، وحماد بن زيد ، وغيرهم ، قال أبو حاتم : صالح الحديث . (انظر : تهذيب الكمال ١٦/٩ ، التقريب ٢٤٠/١) .

رسول الله ﷺ ، وقلت : بلغني أنك كنت توضيه ، قال : نعم . فدعا بطهور فتوضأ ثلاثًا [ثلاثًا] (١) ، ومسح برأسه مرة [واحدة] (٢) ، وقال : هكذا وضوء رسول الله ﷺ (٣) ، وعن (٤) معاذ (٥) قال : رأيت رسول الله ﷺ توضأ مرة مرة ، ومرتين مرتين، وثلاثًا ثلاثًا ، وما رأيته مسح إلا مرة (٦) .

٢٩١ - وروى عمرو بن شعيب (٧) عن أبيه عن جده قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ ، فسأله عن الوضوء ، فتوضأ ثلاثًا ثلاثًا ، ومسح رأسه مرة ، وقال : « هذا الوضوء، فمن زاد فقد ظلم وأساء » (٨) ، واتفاق الروايات تدل على أن الأفضل (٩) مرة . ألا ترى أن النبي ﷺ يفعل الأفضل في عموم أحواله ؟

٢٩٢ - ولا يقال : مسح مرة بمعنى أنه أخذ الماء مرة ومسح ثلاثًا بثلاث مواضع من

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) . (٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) قال الزيلعي بعد أن ذكره بنحو لفظ المصنف : غريب من حديث أنس ، ثم قال : وعزا شيخنا علاء الدين مقلدا لغيره إلى كتاب الإمام للشيخ تقي الدين ابن دقيق العيد أنه قال : رواه الطبراني في معجمه الأوسط من حديث أنس برواية راشد أبي محمد الحماني ، قال : رأيت أنس بن مالك بالزاوية ، فقلت : أخبرني عن وضوء رسول الله ﷺ كيف كان ، فإنه بلغني أنك كنت توضئه . وساق الحديث إلى أن قال : ثم مسح برأسه مرة واحدة ، غير أنه أمرهما على أذنيه فمسح عليهما . نصب الراية كتاب الطهارة (٣٠/١) .

(٤) في (م) : [عند] .

(٥) هو : معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس ، السيد الإمام أبو عبد الرحمن الأنصاري ، الخزرجي المدني ، البدري ، شهد العقبة شابًا أمرد وله عدة أحاديث ، روى عنه : ابن عمر ، وابن عباس ، وجابر ، وأنس ، وغيرهم ، قال يزيد بن عبيدة : توفي معاذ بن جبل رضي الله عنه سنة (١٧ هـ) ، وقال المدائني وجماعة : سنة (١٧) ، أو (١٨ هـ) ، وقال أبو عمر الضرير : وهو ابن ثمان وثلاثين سنة . (انظر : الإصابة ٤٢٦/٣ ، أسد الغابة ١٩٤/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢٧٨/٣) .

(٦) أخرجه الترمذي من وجه آخر ، في باب ما جاء في الوضوء مرة ومرتين وثلاثة (٦٥/١) وابن ماجه في باب ما جاء في الوضوء (٨٠/١) ، فإنهم ذكروا عدد الوضوء ، ولم يذكروا فيه المسح .

(٧) هو : عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص صاحب رسول الله ﷺ ، الإمام المحدث ، أبو إبراهيم ، وأبو عبد الله القرشي السهمي ، الحجازي ، فقيه أهل الطائف ، ومحدثهم ، حدث عن أبيه فأكثر ، وعن سعيد بن المسيب ، وطاووس وغيرهم ، حدث عنه : الزهري ، وقتادة ، وعطاء بن رباح ، وغيرهم . (انظر : سير أعلام النبلاء ١٣/٦ ، تهذيب الكمال ٢٤٤/١٤) .

(٨) في (م) : [واسى] . حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أخرجه أبو داود في السنن ، في باب الوضوء ثلاثا ثلاثًا (٣٩/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب كراهية الزيادة على الثلاث (٧٩/١) .

(٩) في (م) ، (ع) : [تدل على الأفضل] بحذف : [أن] .

يده ؛ لأن الراوي ذكر المسح دون الأخذ ، ولأن التكرار لو سُنَّ لم يجز بأخذ [(١)] دفعة واحدة ، كالغسل .

٢٩٣ - ولا يقال : إن خبرنا زائد ؛ لأن هذا يقال عند الراوي ، وقد بينا اشتهار [(٢)] خبرنا وكثرة الرواة [(٣)] ، ولأنا لا نُسلِّم أن خبرهم يقتضي تكرار أخذ الماء ، وإنما يقتضي [(٤)] العدد ، وهذا ليس بخلاف ، ولا مسح واجب ، كمسح الخف والتيمم .

٢٩٤ - ولا يقال : التيمم رخصة وهذا ليس رخصة ؛ لأن علة الأصل تبطل بطهارة الاستحاضة ، وهي رخصة وتتكرر [(٥)] ، ومسح الجبائر على أصلهم ، ولأنه عضو فرضت فيه الطهارة فلا يُسَنّ فيه الاستيعاب والتكرار ، كسائر الأعضاء ، ولا يَلْزَم المضمضة ؛ لأنها لم تُفرض .

٢٩٥ - قالوا : نعكس فنقول [(٦)] : فيسن [(٧)] فيه التكرار .

٢٩٦ - قلنا : لا يؤثر التقييد [(٨)] ؛ لقولكم : فرض فيه الطهارة .

٢٩٧ - احتجوا : بحديث أُبيٍّ [(٩)] أن النبي ﷺ [توضأ] [(١٠)] مرة مرة ، ومرتين مرتين ، وثلاثًا ثلاثًا [(١١)] .

قالوا : وهذا يقتضي تكرار ما فعله ابتداء ، وهو المسح وأخذ الماء .

---

(١) في (م) : [بأحد] .
(٢) في (ص) : [إشهار] ، وفي (م) : [شهار] .
(٣) في (م) ، (ع) : [الرواية] .
(٤) في (ع) : [يقضي] .
(٥) في (ن) : ويتكرر ، وفي (م) ، (ع) : [وتكرر] .
(٦) في (ع) : [فيقول] .
(٧) في (ن) : [يسن] .
(٨) في (ص) : [القيد] .
(٩) هو : أُبيّ بن كعب بن قيس ، سيد القراء ، أبو منذر الأنصاري ، البدري ، ويكنى أبا الطفيل ، شهد العقبة وبدرًا ، جمع القرآن في حياة النبي ﷺ ، وعرضه على النبي ﷺ ، وحفظ عنه علمًا مباركًا ، وكان رأسًا في العلم والعمل ، ﷺ ، حدث عنه بنوه : محمد ، والطفيل ، وعبد اللّه ، وأنس بن مالك ، وابن عباس ، وغيرهم ، وقال الواقدي : تدل أحاديث على وفاة أبي بن كعب في خلافة عمر بن الخطاب ، ورأيت أهله وغيرهم يقول : في سنة اثنتين وعشرين بالمدينة ، وأن عمر قال : اليوم مات سيد المسلمين ، وقال : سمعنا من يقول : في خلافة عثمان سنة ثلاثين ، وقال : وهو أثبت عندنا ، وذلك أن عثمان أمره أن يجمع القرآن . (انظر : الإصابة ١٩/١ ، سير أعلام النبلاء ٢٤٣/٣) .
(١٠) ساقط من (ع) .
(١١) في (ص) : [ومرتين ومرتين] أخرجه ابن ماجه في السنن ، في باب ما جاء في الوضوء مرة ، ومرتين ، وثلاثا (١٤٥/١ ، ١٤٦) ، الحديث (٤٢٠) ، والدارقطني في السنن ، في باب وضوء رسول اللّه ﷺ (٨١/١) ، الحديث (٦) .

٢٩٨ - والجواب : أن [١] مسح مرتين لا يقتضي ماء [٢] ؛ لأن المسح لا يفتقر إلى الممسوح [٣] به ، وإنما أثبتنا الماء في الابتداء بدليل ، لا باللفظ ، فلا يثبت [٤] في الثاني إلا بدليل .

٢٩٩ - ولا يقال : إن تكرار الماء قد فُهِم في المغسولات ؛ لأن الغسل يقتضي مغسولا به [٥] ، والمسح بخلافه .

٣٠٠ - ولا يقال : إذا ثبت أن المسح في الأولى بأخذ الماء [٦] فالتكرار مثلها ؛ لأن التكرار يفيد [٧] إيقاع الفعل دون صفاته ، كقولك : ضربته مرة ومرتين ، وإن اختلفت [٨] صفات الضرب .

٣٠١ - ولا يقال : تكرار المسح بماء واحد عبث ؛ لأنه لا يقع موقع السنة بماء مستعمل ؛ لأن الماء لا يصير مستعملاً مع قيامه في العضو ، وكيف يكون عبثًا وقد روي مُفَسَّرًا : أنه مسح برأسه بماء واحد أقبل [٩] بهما ثم أدبر [١٠] ، ولو ثبت أخذ ماء في كل مسحة جاز أن يكون مسح به مكانًا منفردًا ، وهذا لا يُمنع منه إذا [١١] أراد الاستيعاب ونشف [١٢] الماء من يده .

٣٠٢ - قالوا : لأنه أصل في أفعال الطهارة ، فكان التكرار مسنونًا فيه ، كالذراعين ، وهذا ينتقض بالنية .

٣٠٣ - وقولهم : ليس بأصل في الأفعال غلط ؛ لأنها من أفعال القلب ، والمعنى في المغسولات أن التكرار لما سُنَّ [١٣] فيها لم يضم إلى موضع الفرض غيره في الغسل الواحد ، والمسح بخلافه ، فصار كمسح الخفين .

٣٠٤ - قالوا : أحد نوعي [١٤] الطهارة ، كالمغسولات .

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ن) : [أنه] . (٢) في (ن) : [ما ذكر] مكان : [ماء] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ممسوح] بدون ألف ولام .

(٤) في (م) : [فلا تثبت] . (٥) في (م) ، (ع) : [مغسولاته] .

(٦) في (ن) : [يأخذ ماء] ، وفي (ع) : [بأخذ ماء] .

(٧) في (ع) : [مفيد] . (٨) في (م) ، (ع) : [اختلف] .

(٩) في (م) ، (ع) : [قبل] .

(١٠) راجع حديث عبد الله بن زيد الذي تقدم تخريجه .

(١١) في (ع) : [إن] . (١٢) في (ع) : [وكشف] .

(١٣) في (ن) : [يسن] . (١٤) في (م) ، (ع) : [نوع] .

٣٠٥ - قلنا : المسح أضعف من الغسل ، والتسوية بين ما ضعف وقوي في الطهارة لا يصح ، ولأن المغسولات سُنَّ تكرارها لتيقن [(١)] الاستيعاب الواجب فيها ، ولما لم يجب الاستيعاب في المسح لم يكن لتكراره معنى .

٣٠٦ - ولا يقال : من اغتمس في الماء سُنَّ له التكرار وإن [(٢)] تيقن الاستيعاب ؛ لأنا لا نُسَلِّم ذلك ، وما ذكرناه أولى ؛ لأن الأخذ بإفراد المسح أكثر رواية ، ولا احتمال فيها ، وخبر التكرار يَحْتَمِل ، ولأن النبي ﷺ لا يترك المسنونات مع القدرة ، فلما [(٣)] نقل من الطرق التي بيَّناها اقتصاره على مرة دل على أنها سنة ، ولأنا رددنا مسحا إلى مسح ، وما ضعف حكمه إلى نظيره ، فكان أولى من رده إلى المغسول .

٣٠٧ - وقولهم : رد الأصل إلى الأصل أولى من رده إلى البدل ليس بصحيح ؛ لأنه لا يَمْتَنِع أن يتساوى الأصل والبدل ، كالاستيعاب في التيمم والوضوء ، والتكرار في مسح الجبيرة والغسل عندهم .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [كتيقن] . (٢) في (ع) : [ولو] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلا] مكان : [فلما] .

مسألة ١٨

السنة مسح الأذن بالماء الممسوح به الرأس

٣٠٨ - قال أصحابنا [١] : السنة مسح الأذن بالماء الذي مسحَ به الرأس [٢] .

٣٠٩ - وقال الشافعي : يفرد [٣] بالماء [٤] .

٣١٠ - لنا : ما روت [٥] الرُّبَيِّع بنت مُعَوِّذ بن عَفراء ﷺ [٦] أن النبي ﷺ مسح مقدم رأسه ومؤخره ، ثم أجرى يديه على صدغيه ، ثم مسح باطن أذنيه وظاهرهما [٧] بالمسحة الواحدة التي مسح بها رأسه [٨] .

٣١١ - وروى واصل بن السائب الرقاشي [٩] عن أبي سودة بن أخي أبي أيوب

---

(١) في (م) : [أصحاب] .

(٢) قال الكاساني : ومن سنن الوضوء : أن يمسح الأذنين ظاهرهما ، وباطنهما بماء الرأس . (انظر : بدائع الصنائع ٢٣/١ ، والبناية ١٨٩/١ ، الأصل ٤٤/١) . (٣) في (ن) : [تفرد] .

(٤) قال الشيرازي : يمسح أذنيه ظاهرهما وباطنهما ، ويكون ذلك بماء غير الماء الذي مسح به الرأس . (انظر: المهذب ١٧/١) .

وقال المالكية : هما من الرأس ، ويستحب أن يأخذ لهما ماءً جديدًا ، إلا أن السنة أن يمسحهما به مرة واحدة. وقال الحنابلة : هما من الرأس يسن مسحهما مع الرأس بمائه ، مرة واحدة ، وفي رواية أخرى عن أحمد : يستحب أن يأخذ لهما ماءً جديدًا فيمسحان به ثلاثًا . (انظر الكافي ١٧٠/١ ، المحلى بالآثار مسألة ١٩٩ ، ٣٠٠/١) .

(٥) في (م) : [ما وردت] .

(٦) هي : الربيع بنت معوذ بن عفراء الأنصارية ، من بني النجار ، لها صحبة ورواية ، وقد زارها النبي ﷺ في يوم عرسها ، صلة لرحمها ، عَمِّرتْ دهرًا وروت أحاديث ، حدث عنها : أبو سلمة بن عبد الرحمن ، وسليمان بن يسار ، وعبادة بن الوليد ، وآخرون ، وأبوها من كبار البدريين - قاتل أبي جهل - وتوفيت في خلافة عبد الملك سنة بضع وسبعين ﵂ . (انظر : أسد الغابة ٤٥١/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٤٢/٤) .

(٧) في (ص) : [وظاهرها] .

(٨) وقد أخرجه أبو داود بمعناه بألفاظ أخرى ، في السنن ، في باب صفة وضوء النبي ﷺ (٣٨/١) ، والترمذي في السنن ، في باب ما جاء أن مسح الرأس مرة (٤٩/١) ، الحديث (٣٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [واصل بن الساب الرتاسي] ، وهو تصحيف ، الصواب ما أثبتناه .

واصل بن السائب الرقاشي ، أبو يحيى البصري ، روى عن عطاء بن أبي رباح ، وأبي سورة ابن أخي أبي أيوب الأنصاري ، روى عنه : جابر بن نوح الحماني ، ورباح بن عمرو القيسي ، وسعيد بن مسلمة الأموي وآخرون . (انظر : تهذيب الكمال ٤٠١/٣٠ ، تقريب التهذيب ٣٢٨/٢) .

الأنصاري [١] عن عمر قال : كان رسول الله ﷺ إذا توضأ استنشق بالماء وتمضمض ، وإذا مسح رأسه مسح بإصبع واحدة ما أدبر [٢] من أذنه مع رأسه [٣] .

٣١٢ - قالوا : يَحْتَمِل أن يكون أجس [٤] الأذن بعض أصابعه .

٣١٣ - قلنا : الراوي أخبر أنه مسح مسحة واحدة ، ومتى أفرد الإصبع كانت مسحتين ، وروى أنس وابن عباس وأسامة [٥] وأبو أمامة وأبو هريرة [٦] وابن عمر [٧] : أن النبي ﷺ قال : « الأذنان من الرأس » [٨] ، وهو لا يُعْلِمُنَا المشاهدة [٩] ، فلم يبق إلا بيان الحكم ، ولا يجوز أن يكون ذلك الحكم بيان الموضحة وحكم الإحرام ؛ لأن ابن

---

(١) هو : أبو سورة أخي أبو أيوب الأنصاري ، روى عن عدي بن حاتم الطائي ، وعمه ، وأبي أيوب الأنصاري ، وروي عنه : سعيد بن سنان ، وواصل بن السائب ، ويحيى بن جابر الطائي ، قال البخاري : منكر الحديث ، وقال الترمذي : يضعف في الحديث . (انظر : تهذيب الكمال ٣٩٤/٣٣) .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وما أدبر] بالعطف .

(٣) رواه الطبراني في الكبير ، في مجمع الزوائد ، في باب ما جاء في الوضوء (٢٣٣/١) .

(٤) في (ص) : [حبس] .

(٥) هو : أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل ، حِبُّ رسول الله ﷺ ومولاه ، وابن مولاه ، أبو زيد ، ويقال : أبو محمد ، ويقال : أبو حارثة ، وقيل : أبو يزيد ، استعمله رسول الله ﷺ على جيش فيه عمر وكبار الصحابة ، فلم يَسِرْ حتى توفي رسول الله ﷺ ، فبادر أبو بكر الصديق ببعثهم ، فأغاروا على أُبنى من ناحية البلقان ، وقيل : إنه شهد يوم مؤتة مع والده . وقد سكن المزة مدة ، وهي من ضواحي مدنية دمشق ، ثم رجع إلى المدينة فمات بها . حدث عنه : أبو هريرة ، وابن عباس ، وآخرون ، قال ابن سعد : مات في آخر خلافة معاوية وقيل : مات بوادي القرى . (انظر : الإصابة ٣١/١ ، تهذيب التهذيب ١٨٣/١ ، سير أعلام النبلاء ١١٩/٤) .

(٦) هو : أبو هريرة الإمام الفقيه المجتهد الحافظ : صاحب رسول الله ﷺ ، اختلف في اسمه على أقوال جمة ، أرجحها عبد الرحمن بن صخر ، وقيل : كان اسمه عبد شمس ، وعبد الله ، ويقال : كان في الجاهلية اسمه عبد شمس ، وأبو الأسود ، فسماه رسول الله ﷺ عبد الله وكناه أبا هريرة ، والمشهور عنه أنه كني بأولاد هِرَّة برية . حدث عنه خلق كثير من الصحبة والتابعين ، فقيل : بلغ عدد أصحابه ثمان مائة ، فاقتصر صاحب التهذيب فذكر من له رواية عنه في كتب الأئمة الستة ، وهم : إبراهيم بن إسماعيل ، وإبراهيم بن عبد الله بن حنين ، وإبراهيم بن عبد الله ، وآخرون ، توفي سنة (٥٧ هـ) . (انظر : الإصابة ١٩٩/٧ ، سير أعلام النبلاء ٤/ ١٧٥، تهذيب الكمال ٣٦٦/٣٤) .

(٧) (م) ، [وبن عمر] في (ع) : [وبن عمران] .

(٨) أخرجه أبو داود في السنن في آخر باب صفة وضوء النبي ﷺ (٣٩/١) ، والترمذي في السنن باب ما جاء في الأذنين من الرأس (٥٣/١) ، والدارقطني في السنن (٩٧/١ - ١٠٠) .

(٩) في (م) : [الشاهدة] .

عباس روى أن النبي ﷺ توضأ ومسح أذنيه ، وقال : الأذنان من الرأس [١] ، فدل أنه أراد حكم الطهارة ، فلم يبق إلا أن يكون المراد بها [٢] : يمسحان مع الرأس ، أو : يمسحان [٣] كالرأس ، وتساويهما [٤] في المسح لا يوجب كون أحدهما من الآخر ، كما لا يقال : اليد من الوجه ، فلم يبق إلا ما ذكرناه .

٣١٤ - ولا يقال : إضمارنا أولى ؛ لأنا بَيَّنَّا أنه لا يصح أن يراد / ، فلا معنى للترجيح ، ولأنا أضمرنا : مع الرأس ، أو بماء الرأس ، وهذا مثل إضمارهم . ٤/ب

٣١٥ - ولا يقال : راوي هذا الخبر شهر بن حوشب [٥] ، وقد سرق خريطة من بيت المال ، فقال فيه الشاعر :

لقد باع شَهرٌ دِينَه بخريطةٍ فمَن يأمنُ القُرَّاءُ [٦] بعدك يا شهرُ [٧]

وذلك لأنا بينا كثرة طرق الخبر ، ولأن [٨] شهر بن حوشب أحد الزهاد ، وَلِيَ بيت المال بجرجان [٩] ، فأخذ خريطة وضع فيها مفاتيح بيت المال ، فمدحه هذا الشاعر ، فلم يجزه ؛ فهجاه وكذب عليه ، وهذا لا يَقْدَح في الرواية .

---

(١) لم نعثر على حديث ابن عباس بهذا لفظ في رواية واحدة. الجزء الأول : قوله : إن النبي ﷺ توضأ ومسح أذنيه ، أخرجه أبو داود في السنن في آخر باب صفة وضوء النبي ﷺ (٣٨/١ ، ٣٩) .

(٢) في (ن) : [بهما] .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ويمسحان] .

(٤) في (م) : [ويساويهما] .

(٥) شهر بن حوشب الأشعري الشامي ، مولى أسماء بنت يزيد ، تابعي جليل ، صدوق ثقة ، مات سنة اثنتي عشرة ومائة ، وروى عنه جماعة من التابعين. لكن تكلم فيه جماعة بسبب أخذه خريطة من بيت المال بغير إذن ولي الأمر ، فعابوه ، وتركوا حديثه ، وانشدوا فيه الشعر . (انظر الجرح والتعديل ٣٨٢/٤ ، ٣٨٣ ، الترجمة ١٦٦٨ ، سير أعلام النبلاء ٣٢٣/٥ ، المغني ٣٠١/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الفراء] .

(٧) أخرجه البيهقي من طريق محمود بن غيلان عن شبابة (٦٦/١) .

(٨) في (م) : [ولا] .

(٩) في (م) : [بخرجان] ، وفي (ع) : [بحرجان] جرجان : هي بالضم وآخره نون ، قال صاحب الزيج : طول جرجان ثمانون درجة ونصف وربع ، وعرضها ثمان وثلاثون درجة وخمس عشرة دقيقة ، في الإقليم الخامس ، وروى بعضهم أنها في الإقليم الرابع ، وهي مدينة مشهورة عظيمة بين طبرستان وخراسان ، فبعض يعدها من هذه وبعض يعدها من هذه ، وقيل : إن أول من أحدث بناءها يزيد بن المهلب بن أبي صفرة ، وقد خرج منها خلق من الأدباء والفقهاء والمحدثين ، ولها تاريخ أَلَّفه حمزة بن يزيد السهمي ، قال الإصطخري : جرجان أكبر مدينة بنواحيها ، وهي أقل ندى ومطرًا من طبرستان ، وأهلها أحسن وقارًا وأكثر مروءة ويسارًا من كبرائهم . (انظر : معجم البلدان ١٣٨/٢) .

٣١٦ - قالوا : الأذن بين ممسوح ومغسول ، فأشكل أمرها ، فقال ﷺ : الأذنان من الرأس ؛ لئلا يظن أنها تغسل [١] كالوجه .

٣١٧ - قلنا : لو كان كذلك لوجب أن يبين حكمها بلفظ صريح ، فأما أن يضيفها [٢] إلى عضو آخر فهذا لا يدل على التساوي في الطهارة ، ولو كان كما قالوا لواجب أن يبين حكم البياض الذي مع العذار [٣] ؛ لأنه بين [٤] مغسول وممسوح ، وطهارته واجبة ، فهو أحوج إلى البيان من المسنون [٥] ؛ ولأنه أصل في مسنون المسح ، فلم يكن من سننه إفراد الماء ، كما لو زاد على قدر الفرض ، ولأن المسنون على ضربين : أحدهما : يتميز عن الوضوء ، والآخر : لا يتميز عنه . فإذا كان أحدهما لا يفرد بالماء كذلك الآخر ، ولأنه مَسْح زيد على مفروضه على وجه السنة ، كمسح الخف .

٣١٨ - قالوا : المعنى في مسح الرأس والخف : أن جميعه يجزئ عن الفرض ، فصار في حكم الشيء الواحد ، والأذن لما خالفت الرأس في حكم الإجزاء صارا [٦] كالعضوين .

٣١٩ - قلنا : تَساوي [٧] الرأس في المسح في الجواز عن الفرض يدل على تَأَكُّدِه ، فإذا لم يُفْرَد مع التأكيد ، فالأضعف أولى ، ولأن باطن الخف لا يُفْرَد بالماء عندهم ، وإن كان يخالف ظاهره في الأداء [٨] عن الفرض .

٣٢٠ - احتجوا : بحديث المقدام [٩] : أن النبي ﷺ توضأ فغسل وجهه ، ثم يديه ، ثم مسح رأسه ، ثم أذنيه [١٠] . و (ثم) للمهلة .

---

(١) في (م) : [يغسل] .

(٢) في (ص) : [يضفها] ، وفي (م) : [يضيعها] ، وفي (ع) : [يضعها] .

(٣) عذارا الرجل : جانبا اللحية عنده . راجعه في لسان العرب (عذر) (٢٨٥٧/٤) ، المصباح المنير (٣٧٦/٢) .

(٤) لفظ : [بين] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [والمسنون] .

(٦) في (ص) ، (م) : [صار] .

(٧) في (م) : [يساوي] .

(٨) في (م) : [الأد] .

(٩) في سائر النسخ : [المقداد] وهو خطأ .

وهو : المقدام بن معد يكرب بن عمرو الكندي ، أبو كريمة ، وقيل : أبو يحيى ، كذا نسبه أبو عمر ، وهو أحد الوفد الذين وفدوا على رسول الله ﷺ من كندة ، ويعد من أهل الشام ، مات سنة ستة وثمانين وهو ابن إحدى وتسعين سنة ، روى عنه سليم بن عامر الخبائري وخالد بن معدان والشعبي ، وآخرون . (انظر : أسد الغابة ٢٥٤/٥ ، سير أعلام النبلاء ٥٠٥/٤) .

(١٠) أخرجه أبو داود في السنن (٣٧/١) ، والطحاوي ص (٣٢/١) ، وابن ماجه في باب ما جاء في مسح الأذنين (١٥١/١) ، والبيهقي في الكبرى ، باب إدخال الإصبعين في صماخي الأذنين (٦٥/١) .

٣٢١ - والجواب : أنه يجوز أن يتراخى مسح الأذنين [١] عن مسح الرأس والماء واحد ، ولا دليل في التراخي على تجديد الماء .

٣٢٢ - قالوا : روى عبد اللّٰه بن زيد [٢] : أن النبي ﷺ مسح أذنيه بغير الماء الذي مسح به رأسه [٣] .

وروي أنه أخذ لهما [٤] ماءً جديدًا [٥] .

٣٢٣ - والجواب [٦] : أن تجديد الماء لا يدل على أن [٧] الماء الواحد لا يجزئ ، والاقتصار على ماء واحد يدل على أنه لا يُسَنُّ الإفراد ، ألا ترى أن من غسل وجهه بماء بعد ماء لم يخرجه من حكم العضو الواحد وإن جاز بمرة واحدة ، ولأن هذا حكاية فعل ، فيجوز أن يكون نشف الماء في يده فجدد أخذ الماء كما يجدد لأبعاض [٨] رأسه ثم نشف [٩] الماء ، وإن جاز بماء واحد .

٣٢٤ - قالوا : كل ما لا يجزئ مسحه عن مسح الرأس لا يُمْسَح مع الرأس ، كالجبهة .

٣٢٥ - قلنا : كونه لا يجزئ عن الفرض لا يمنع كونه تبعًا ، كالأنف مع الجبهة عندهم ، وأسفل الخف في المسح ، ولأن الجبهة ليست من سنن المسح فلم تتبع [١٠] الرأس ، والأذن أصل من مسنون المسح .

٣٢٦ - قالوا : كل ما لا يجزئ تقصيره في الحج لم يكن من الرأس ، كالقفا .

٣٢٧ - قلنا : ليس بين المسح والحلق تجانس [١١] ، فلا معنى لاعتبار أحدهما

---

(١) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [الأذن] .

(٢) هو : عبد اللّٰه بن زيد بن عاصم الأنصاري ، الخزرجي المازني ، يعرف بابن أم عمارة ، يكنى : أبا محمد ، شهد أُحدًا وغيرها ، ولم يشهد بدرًا ، قال ابن منده : روى عن عبد اللّٰه عن النبي ﷺ أحاديث ، وروى عنه : أخوه عباد بن تميم ، ويحيى بن عمارة ، وواسع بن حبان ، وغيرهم. وقتل عبد اللّٰه بن زيد يوم الحرة ، سنة ثلاث وستين ، أيام يزيد بن معاوية . انظر : أسد الغابة (٣/٢٥٠) .

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك في باب المسح على الخفين (١/١٥١) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب مسح الأذنين بماء جديد (١/٦٥) .

(٤) في (م) : [لها] .

(٥) ذكر الزيلعي حديث عمران بن جارية عن أبيه عن النبي ﷺ بلفظ : خذوا للرأس ماء جديدا . راجع نصب الراية ، حديث تجديد الماء للأذنين ٢٢/١ ، وفي تلخيص الحبير ، باب سنن الوضوء (١/٩٠) ، الحديث (٩٥) .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فالجواب] .

(٧) لفظ : [أن] ساقط من (م) .

(٨) في (م) : [الأبعاض] .

(٩) في (م) : [يشف] .

(١٠) في (م) : [فلم يتبع] .

(١١) في (م) : [يجانس] .

بالآخر ، ثم إنَّ التقصير لا يتعلق بالأذن فرضًا ولا سنة ، فلا معنى لذكر صفاته ، ولمَّا تعلق بها المسح [(١)] جاز اعتبار صفاتها .

٣٢٨ - قالوا : أحد نوعي فعل الطهارة ، فوجب أن يكون سنته [(٢)] سنة مفردة بالماء ، كالغسل .

٣٢٩ - قلنا : الغسل آكد والمسح أضعف ، فجاز أن تتأكد [(٣)] سنن الغسل بالإفراد ، وتصف المسح إلى المسح [(٤)] ، وقد ذكر ابن شجاع [(٥)] عن أصحابنا فيمن اغترف غرفة فغسل منها وجهه وتمضمض ، جاز ، وكان حسنًا ، فلم نُسَلِّم الأصل .

٣٣٠ - قالوا : الرأس تتعلق به [(٦)] أحكام المسح ، والحلق ، والتقدير في الموضحة ، والأذن تنفرد [(٧)] في هذه الأحكام .

٣٣١ - قلنا : أما الحلق فلا يتعلق بها ، فلا معنى لذكر انفرادها ، وأما الموضحة فلا تتصور [(٨)] في الأذن ؛ لأنه لا عظم فيها ، فإن أوضح العظم من موضع الأذن تعذرت الموضحة .

٣٣٢ - قالوا : البياض الذي بين الأذن والرأس أقرب إليه ، وهو ينفرد عنه .

٣٣٣ - قلنا : لا نسلم ؛ لأن ذلك من الرأس ، ويجزئ [(٩)] مسحه عن الفرض .

* * *

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ن) : [ولما تعلق المسح بها] ، بتقديم : [بها] .

(٢) في (م) ، (ن) : من سنته بزيادة [من] ، وفي (ع) : [سننه] .

(٣) في (م) : [يتأكد] .

(٤) قوله : [إلى المسح] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، (و) من صلب (ص) .

(٥) هو أبو عبد الله ، محمد بن شجاع الثلجي ، كان مقدمًا في الفقه والحديث في وقته في العراق وكان صاحب تعبد وتهجد وتلاوة ، ومن أصحاب الحسن بن زياد ، صاحب أبي حنيفة ، توفي رحمه الله ساجدًا في صلاة العصر ، سنة ست وستين ومائتين ، وقيل : سبع وستين ، من مؤلفاته : تصحيح الآثار ، وكتاب النوادر ، وكتاب الرد على المشبهة ، وكتاب المضاربة ، وكتاب المناسك . (انظر : الجواهر المضية ١٧٣/٣ ، ١٧٥) .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ن) : [يتعلق بها] .

(٧) في (م) : [ينفرد] .

(٨) في (م) : [فلا يتصور] .

(٩) في (ع) : [ويجوز] .

مسألة ١٩

حكم الموالاة في الوضوء

٣٣٤ - قال أصحابنا : الموالاة [١] في الوضوء غير واجبة [٢] .

٣٣٥ - خلافا لأحد قولي الشافعي [٣] .

٣٣٦ - لقوله تعالى : ﴿ فَٱغْسِلُوا۟ وُجُوهَكُمْ ﴾ [٤] والواو لا توجب الموالاة ؛ تقول : رأيت زيدًا وعمرًا ، وإن تراخت رؤية أحدهما .

٣٣٧ - قالوا : جزاء الشرط من حكمه أن يتعقبه ، والغسل في الآية جواب الشرط .

٣٣٨ - قلنا : هذا يقال في الشرط والجزاء ، والعبادات المتعلقة بالشروط ليست جزاء عنها ، ولأنها تقتضي [٥] أن يجب غسل الوجه عقيب القيام ، وأحد لا يقول ذلك .

٣٣٩ - قالوا : الأمر عندكم على الفور .

٣٤٠ - قلنا : فعلى هذا يجب أن تسقط الموالاة قبل دخول الوقت ؛ لأنه لم يؤمر بالوضوء .

٣٤١ - ويدل عليه : قوله ﷺ : « لا يقبل اللّه صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ، فيغسل وجهه ، ثم يديه » [٦] ، و (ثم) للتراخي ، ولأنه تفريق للطهارة ،

---

(١) والموالاة : المتابعة ، أي فعل الشيء متابعة ، يقال : توالت الأخبار إذا تتابعت ، وفي الوضوء : قال الكاساني : هي أن لا يشتغل المتوضئ بين أفعال الوضوء بعمل ليس منه ؛ لأن النبي ﷺ هكذا كان يفعل ، وقيل في تفسير الموالاة أن لا يمكث في أثناء الوضوء مقدار ما يجف فيه العضو المغسول ، فإن مكث تنقطع الموالاة ، وعند مالك هي فرض ، وقيل : إنه أحد قولي الشافعي . اهـ بتصرف من بدائع الصنائع (٢٢/١) . انظر: لسان العرب (ولي) (٤٩٢٤/٦) ، مختار الصحاح ص (٧٣٦) .

(٢) قال الكاساني : منها - أي من سنن الوضوء - الموالاة . انظر : بدائع الصنائع (٢٢/١) ، الأصل : (٣٠/١ ، ٣١) ، مختصر الطحاوي ص (١٨) .

(٣) قال الشيرازي : ويوالي بين أعضائه ؛ فإن فرق تفريقًا يسيرًا لا يضر ؛ لأنه لا يمكن الاحتراز منه ، وإن فرق تفريقا كثيرًا ولو بقدر ما يجف الماء على العضو في زمان معتدل ؛ ففيه قولان : القديم : لا يجزئه ، والجديد : يجزئه . (انظر : المهذب ١٨/١ ، الأم ٣٠/١ ، مختصر المزني ص ٣) .

راجع المسالة في المدونة (١٥/١) ، وقال أحمد وأصحابه في المشهور : إنها واجبة ، وفي رواية أخرى : هي سنة . (انظر الإفصاح ٧/١ ، الكافي لابن قدامة ٣٢/١) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٦ .

(٥) في (م) : [يقتضي] .

(٦) تقدم تخريجه في مسألة (١٣) .

كاليسير .

٣٤٢ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ توضأ ، وقال : « هذا وضوء [١] لا يقبل الله الصلاة إلا به » [٢] ، ولا يجوز أن يكون فرق ؛ لأن الوضوء مقبول مع ترك التفريق بالاتفاق ، فثبت أنه والى .

٣٤٣ - والجواب : أن قوله : « هذا وضوء » إشارة إلى الوضاءة ، وهذا يفيد الغسل دون صفاته التي لا تسمى وضوءًا [٣] .

٣٤٤ - قالوا : روي أن رجلا صلى وعلى رجله لمعة لم يصبها الماء ، فقال النبي ﷺ : « أعد الوضوء والصلاة » [٤] .

٣٤٥ - قلنا : أَمَرَهُ بإعادة الوضوء ؛ ليقع على الوجه المسنون .

٣٤٦ - قالوا : عبادة يبطلها الحدث ، فكانت الموالاة فيها شرطًا [٥] ، كالصلاة .

٣٤٧ - قلنا : لا نُسلِّم أن الموالاة شرط في الصلاة ؛ لأنه لو سبقه الحدث ، أو نام [٦] خلف الإمام بنى مع تَرْك الموالاة ، ولأن الصلاة لا ينفرد بعضها عن بعض ، [فجاز اعتبار الموالاة فيها ، وأعضاء الطهارة تنفرد بعضها عن بعض] [٧] ، فصار كالعبادات .

٣٤٨ - قالوا : عبادة على البدن ، لها بدل من غير جنسها ، وجبت عن معنى [٨] سابق ، فكان من شرطها الموالاة ، كصوم الظهار .

٣٤٩ - قلنا : يبطل بقضاء رمضان ؛ لأن له بدلًا [٩] من غير جنسه ، وهو الفدية ، ووجب عن معنى سابق ، وهو الفطر ، والمعنى في صوم الظهار أن بعضه لا ينفرد عن بعض ، وهذا بخلافه .

٣٥٠ - قالوا : عبادة لها أركان مختلفة تُراد للصلاة [١٠] ، فكانت الموالاة من

---

(١) في (م) : [وضوءا] .

(٢) هذا جزء من حديث ابن عمر ، عن النبي ﷺ ، أخرجه البيهقي في الكبرى ، باب فضل التكرار في الوضوء (٨٠/١) .

(٣) في (م) : [لا يسمى وضوء] .

(٤) أخرجه أبو داود في السنن باب تفريق الوضوء (٤٩/١) ، والبيهقي في الكبرى ، باب تفريق الوضوء ٨٣/١ .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [شرطًا فيها] ، بتقديم : [شرطًا] .

(٦) في (م) ، (ع) ، (ن) : [قام] مكان : [نام] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (ع) : [مغير] مكان : [معنى] .

(٩) في (م) ، (ع) : [بدل] .

(١٠) في (م) : [الضلاة] .

شرطها ، كالأذان .

٣٥١ - قلنا : روي عن [1] أبي حنيفة - فيمن أَذَّن بالفارسية - جاز إن وقع الإعلام ، فعلى هذا يجوز ترك الموالاة وإن وقع الإعلام [2] ، ثم المعنى في الأذان : المقصود منه الإعلام ، وذلك لا يقع مع التفريق .

* * *

(١) حرف : [عن] ساقط من (م) .

(٢) قال أبو الليث : ولو أن رجلًا أذن بالفارسية وهو يحسن العربية ، أو خطب ، أو تشهد ، أجزأه في قول أبي حنيفة ، ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد . عيون المسائل ، باب الصلاة (٢٦/١) .

مسألة ٢٠

الواو للجمع والاشتراك

٣٥٢ – قال أصحابنا : الواو للجمع والاشتراك [١] .

٣٥٣ – وقال الشافعي : للترتيب [٢] .

٣٥٤ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱدْخُلُوا۟ ٱلْبَابَ سُجَّدًا وَقُولُوا۟ حِطَّةٌ ﴾ [٣] ، وقال في موضع آخر : ﴿ وَقُولُوا۟ حِطَّةٌ وَٱدْخُلُوا۟ ٱلْبَابَ سُجَّدًا ﴾ [٤] ؛ ولو كانت الواو للترتيب [٥] لم يصح تأخير ما قدمه .

٣٥٥ – وروي عن النبي ﷺ : « لا تقولوا [٦] ما شاء اللّٰه وشئت ، ولكن قولوا : ما شاء اللّٰه [٧] ثم شئت [٨] » ، ولو كانت الواو للترتيب لكانت في معنى (ثم) ، فلم يكن للتفريق معنى .

٣٥٦ – قالوا : إنما ذكر (ثم) للمهلة التي فيها .

٣٥٧ – قلنا : الواو عندكم ترتب ، وفيها احتمال المهلة أيضًا ، ويدل عليه ما قاله سيبويه [٩] في كتابه : إن الواو لا توجب تقديم مقدم ولا تأخير مؤخر ، وإنما هي

---

(١) قال البابري : والواو لمطلق الجمع بإجماع أهل الفقه انظر : شرح العناية مطبوع على فتح القدير (٣٥/١) ، مختصر الطحاوي ص (١٨) ، أحكام القرآن للجصاص (٣٦٠/٢ ، ٣٦٤) .

(٢) في (م) : [الترتيب] قال الشافعي وأصحابه : إنها للترتيب ، ومن ثم فالترتيب في الوضوء عندهم واجب . انظر : المسألة في الأم في باب تقديم الوضوء ومتابعته (٣٠/١) ، مختصر المزني باب سنة الوضوء ص (٣) ، مغني المحتاج باب الوضوء (٥٤/١) .

انظر : المسألة في المدونة ، في ما جاء في تنكيس الوضوء (١٤/١) ، المنتقى (٧٦/١) ، الكافي لابن عبد البر ، باب الوضوء على كماله (١٦٧/١) ، الشرح الكبير باب فرض الوضوء وصفته ص (٢٢) .

(٣) في (ص) ، (م) : [ادخلوا] بدون الواو سورة البقرة : الآية ٥٨ .

(٤) سورة الأعراف : الآية ١٦١ .

(٥) في (م) : [وللترتيب] بزيادة [و] ولا معنى لها .

(٦) في (ص) : [تقول] .

(٧) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) أخرجه ابن ماجه في السنن ، في كتاب الكفارات ، باب النهي أن يقال : ما شاء اللّٰه وشئت (٦٨٤/١) ، الحديث (٢١١٧) ، و أخرجه الدارمي في السنن ، في كتاب الاستئذان ، باب في النهي عن أن يقول ما شاء اللّٰه وشاء فلان (٢٩٥/٢) .

(٩) هو : عمر بن عثمان بن قنبر سيبويه أبو بشر ، أديب نحوي ، أخذ النحو والأدب عن الخليل بن أحمد وأبي الخطاب ، وعيسى بن عمر ، ورد بغداد وناظر بها الكاساني ، وتغصبوا عليه وجعلوا للعرب جعلًا حتى =

للاشتراك ، وقال السيرافي [١] في شرحه : أجمع نحاة البصرة [٢] والكوفة [٣] أن الواو لا ترتب شيئًا على شيء ، والمرجع في هذا إلى نقلهم .

٣٥٨ - ولا يقال : حكي عن الفراء [٤] وثعلب [٥] أنهما قالا : الواو إذا دخلت بين الشيئين المختلفين رتبت .

٣٥٩ - قلنا : حكاية أبي سعيد [٦] يكذب هذا .

= وافقوه على خلافه ، من آثاره كتاب سيبويه في النحو ، توفي سنة (١٨٠ هـ) . (انظر : سير أعلام النبلاء ٥٨٣/٧ ، معجم المؤلفين ٥٨٤/٢ ، شذرات الذهب ٢٥٢/١ - ٢٥٥) .

(١) هو : العلامة الحسن بن عبد الله بن المرزبان ، أبو سعيد السيرافي النحوي . قال الذهبي : وكان أبو سعيد صاحب فنون ، من أعيان الحنفية ، رأسًا في نحو البصريين ، تصدر لإقراء القراءات واللغة والفقه والفرائض والعربية والعروض ثم قال : وقد جَوَّد شرح كتاب سيبويه ، وله : « ألفات القطع والوصل » وكتاب الإقناع في النحو الذي كَمله ولده يوسف . توفي رَحِمَهُ اللَّهُ في رجب سنة ثمان وستين وثلاثمائة ببغداد ، عن أربع وثمانين سنة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٢٤٧/١٦ - ٢٤٩ ، الأنساب ٣٥٧/٣ ، الجواهر المضيئة ٦٦/٢ ، ٦٧) .

(٢) وهي : اسم لمدينتين عظيمتين : إحداهما بالمغرب والأخرى بالعراق ، وهي المدينة العربية الإسلامية المشهورة ، بنيت ومُصرتْ في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، سنة أربع عشرة للهجرة ، تقع عند ملتقى دجلة والفرات ، ويعرف ملتقاها بشط العرب ، وقد كانت في الأعصر القديمة من أشهر المدن وأكثرها علمًا وأدبًا ، وأعظمها تجارة ، وأجلها شأنًا لا سيما في أيام العباسيين الذين أكثروا بنيانها وشيدوا قصورها ومساجدها ، وكانت مركزًا للتجارة بين أوربا والعراق والعجم والهند . (انظر : معجم العمران ١٣٣/٢ - ١٣٥ ، معجم البلدان ٥١٠/١ - ٥٢٢) .

(٣) هي : بالضم المصر المشهور بأرض بابل من سواد العراق ، قال أبو بكر بن القاسم : سميت الكوفة لاستدارتها ، أخذًا من قول العرب : رأيت كوفًا بضم الكاف وفتحها ، للرميلة المستديرة ، وقيل : سميت الكوفة كوفة لاجتماع الناس بها ، من قولهم : قد تكوف الرمل ، وأول ما مصرت الكوفة في أيام عمر بن الخطاب رضي الله عنه . (انظر معجم البلدان ٥٥٧/٤ - ٥٦١) .

(٤) الفراء : هو العلامة يحيى بن زياد بن عبد الله ، أبو زكريا الأسدي ، مولاهم الكوفي النحوي صاحب الكسائي . قال ابن الأنباري : لو لم يكن لأهل بغداد والكوفة من النحاة إلا الكسائي والفراء لكفى ، مات رَحِمَهُ اللَّهُ سنة سبع ومائتين ، وله ثلاث وستون سنة . (انظر : سير أعلام النبلاء ١١٨/١٠ - ١٢١ ، البداية والنهاية ٢٦١/١٠) .

(٥) هو : العلامة أحمد بن يحيى بن يزيد ، أبو العباس الشيباني ، مولاهم البغدادي النحوي ، صاحب الفصيح والتصانيف ، مات رَحِمَهُ اللَّهُ في جمادى الأولى سنة إحدى وتسعين ومائتين . (انظر : سير أعلام النبلاء ٥/١٤ - ٧ ، تهذيب الأسماء واللغات ٢٧٥/٢ ، البداية والنهاية ٩٨/١١) .

(٦) في (ن) : [أن سعيد] ، وفي (ع) : [أن سعيدًا] ، وفي (م) ، [ابن سعيد] ، وما في (ص) هو الصواب - إن شاء الله - ، وهو السيرافي السابق ذكره .

٣٦٠ - قال المراعي : قرأت جميع كتب الفراء فلم أجد هذه الحكاية فيها ، ولأن الواو دخلت بين الاسمين المختلفين بدلًا من حرف التثنية [١] ، فإذا كانت للتثنية [٢] لا تدل [٣] على التقديم كذلك الواو ، ولأن هذه الحروف موضوعة لإفادة المعاني ، فالفاء للتعقيب ، و (ثم) للتراخي ، فلو كانت الواو للترتيب لم يبق ما يفيد الجمع ، وهذا خلاف موضوع اللغة .

٣٦١ - قال السيرافي : الواو لا تصلح أن تكون [٤] جواب الشرط ، فلو رتبت صلحت أن تكون [٥] جوابًا ، كالفاء ، ولا يلزم (ثم) أنها تُرَتِّب ولا تكون [٦] جوابًا ؛ لأنها تقتضي [٧] التراخي ، وجواب الشرط يتعقب ، ولأن لفظ المقارنة يدخل مع الواو ، تقول : رأيت زيدًا وعمرًا معًا .

٣٦٢ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ سمع رجلًا يقول : من يطع اللّٰه ورسوله فقد رشد ، ومن يعصهما فقد غوى ، فقال [٨] « بئس الخطيب أنت ، قل : من يعص اللّٰه ورسوله » [٩] ، فدل أن الواو ليست للاشتراك .

٣٦٣ - قلنا : لم يمنعه [١٠] من اللفظ الأول للجمع ، وإنما منعه للجمع في كناية واحدة ، وهذا يقتضي التساوي ، فلا يصح أن يسوى بين اللّٰه وبين غيره [١١] ، ولهذا قال تعالى : ﴿ وَٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَحَقُّ أَن يُرۡضُوهُ ﴾ [١٢] ولم يقل : يرضوهما [١٣] .

٣٦٤ - قالوا : روي عن عمر أنه قال عن قول الشاعر :

كفى الشيب والإسلام للمرء ناهيًا

لو قَدَّمْتَ الإسلام لأجزتك .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بالتثنية] .
(٢) في (م) ، (ع) : [التثنية] .
(٣) في (م) : [لا يدل] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا يصلح أن يكون] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يكون] بالياء .
(٦) في (م) ، (ع) : [يكون] بالياء .
(٧) في (م) : [يقتضي] .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وقال] .
(٩) أخرجه ابن أبي شيبة من طريق تميم بن طرفة الطائي ، عن عدي بن حاتم في المصنف ، في كتاب الدعاء ، في باب ما نهي عنه أن يدعو به الرجل أو يقوله (٩٣/٧) ، ومسلم من طريق نحوه في الصحيح كتاب الجمعة ، باب تخفيف الصلاة والخطبة (٥٩٤/٢) ، وفي كتاب النكاح ما يكره من الخطبة (٩٠/٦) .
(١٠) في (ن) : [لم تمنعه] .
(١١) في (م) ، (ع) : [أن يسوي بينه وبين غيره] ، وفي (ن) : [أن يسوي تعالى وبين غيره] .
(١٢) سورة التوبة : الآية ٦٢ .
(١٣) في (م) : [ترضوهما] .

٣٦٥ - قلنا : هذا ليس للترتيب ، ولكن الإنسان يُقَدِّم في اللفظ [١] ما هو الأهم عنده ، أن يكون اهتمامه بالإسلام / أولًا أقوى . ٥/أ

٣٦٦ - قالوا : روي أن قومًا قالوا لابن عباس : كيف تأمرنا بالعمرة قبل الحج والله تعالى يقول : ﴿ وَأَتِمُّوا ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ [٢] فقال : كيف تقرأون ﴿ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يوصى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾ [٣] .

٣٦٧ - قلنا : هذا لا دلالة فيه ؛ لأن ابن عباس رد قولهم ، وَبَيَّن أن التقديم في اللفظ لا يُرَتِّب [٤] الفعل ، واستشهد [٥] بالآية الأخرى ، وقوله حجة ، ولا نُسلِّم أن القوم من أهل اللغة حتى يحتج بقولهم .

٣٦٨ - قالوا : لو قال لامرأته قبل الدخول : أنت [٦] طالق وطالق ، بانت بواحدة ، فلو كانت الواو للجمع وقعا معًا .

٣٦٩ - قلنا : الطلاق إذا تلفظ به إنما يقع على ما بعده ، [وإذ كان له ما بين فيه] [٧] الشرط [٨] والاستثناء ، وبعض التطليقات لا تؤثر [٩] في بعض ، فلم تقف [١٠] الأولى على التلفظ بالثانية ، فسبقت بالوقوع ، فلما تلفظ بالثانية وهي أجنبية فقد جمعها مع الأولى بعد البينونة ، فلا يقع ، ولأنا لا نقول [١١] الواو للمقاربة [١٢] ، وإنما يجمع الثاني في حكم الأول ، والطلاق يقع في زمان ، وزمان الأولى غير زمان الثانية ، [فتحصل الثانية] [١٣] مع البينونة [١٤] فلا يقع ، والأمر بغسل الأعضاء لا يحتاج إلى زمان مرتب ، فاجتمع بعضه مع بعض في الحكم .

* * *

(١) قوله : [في اللفظ] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .
(٣) سورة النساء : الآية ١١ ، راجع أحكام القرآن للجصاص (٣٦٣/٢) .
(٤) في (ن) : [لا ترتب] .
(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [واستشهدوا] .
(٦) في (م) ، (ع) : [إنها] .
(٧) في (ص) ، (ن) : [وإذا كان له تأثير في] .
(٨) في (م) ، (ع) : [وإذا كان له ما بين فيه الشرط] ، وفي (ن) : [فيه الشرط] مكان : [في الشرط] .
(٩) في (م) ، (ع) : [لا يؤثر] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [فلم يقف] .
(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولانا نقول] .
(١٢) في (ص) : [للمقارنة] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [فيحصل] مع سقوط لفظ [الثانية] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [فيحصل مع البينونة] بحذف : [الثانية] .

مسألة ٢١

حكم الترتيب في الوضوء

٣٧٠ - قال أصحابنا : الترتيب في الوضوء ليس بواجب [١] .

٣٧١ - خلافا للشافعي [٢] .

٣٧٢ - لقوله تعالى : ﴿ [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا] [٣] إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ ﴾ [٤] ، وقد بيّنّا أن الواو للجمع ، فكأنه قال : فاغسلوا هذه الأعضاء ؛ [فلا يفيد [٥] الترتيب .

٣٧٣ - قالوا : الفاء للتعقيب إذا دخلت مدخل المجازاة ، فوجب الابتداء بالوجه ، وهذا ضد قولكم .

٣٧٤ - قلنا : الآية ليس فيها مجازاة ، وإنما هو أمر يتعلق بشرط ، ولو ثبت ما قالوا لم يدل ؛ لأن الواو جَمَعَت الأعضاء ، فكأنه قال : فاغسلوا هذه الأعضاء] [٦] ، وهذا حكم الشرط والجزاء مثل : إن خِطْتَ هذا فلك درهم ودينار ، وإن [٧] دخلت السوق فاشتر خبزًا ولحمًا ، فلا يفيد ذلك التقديم .

٣٧٥ - قالوا : [العرب تُخْبِر عن جنس ثم تنتقل] [٨] إلى غيره . تقول [٩] : ضربت زيدًا وعمرًا ، وأعطيت بكرًا ، ولا تقول [١٠] : ضربت زيدًا ، وأعطيت وضربت بكرًا ، فلما أدخل اللّٰه تعالى المسح بين الغسلين دل على الترتيب .

---

(١) قال السمرقندي في تحفة الفقهاء : وأما سنن الوضوء فأحد وعشرون ... والسابع : الترتيب في الوضوء وقال الشافعي إنه فرض . (تحفة الفقهاء ١ : ١٣) .

(٢) راجع المسألة في الأم في باب تقديم الوضوء ومتابعته (٣٠/١) ، مختصر المزني باب سنة الوضوء ص ٣ ، مغني المحتاج باب الوضوء (٥٤/١) . (انظر : المسألة في المدونة ، في ما جاء في تنكيس الوضوء ١٤/١ ، المنتقى ٧٦/١ ، الكافي لابن عبد البر باب الوضوء على كماله ١٦٧/١ ، الشرح الكبير باب فرض الوضوء وصفته ص ٢٢ .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٦ .

(٥) في (ن) : [فلا تفيد] .

(٦) من قوله : [فلا يفيد] إلى قوله : [فاغسلوا هذه الأعضاء] ساقط من (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [وإذا] .

(٨) في (م) : [العرب يخبر عن جنس ثم ينتقل] ، وفي (ن) : [العرف] مكان : [العرب] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يقول] .

(١٠) في (ن) : [بكرًا له] بزيادة : [له] ، وفي (م) : [ولا يقول] .

٣٧٦ - قلنا : الطهارة جنس واحد ، وإن اختلفت [1] صفاتها ، فهو كالعطاء المختلف الصفات ، فيجوز أن يُخْبَر ببعضه عقيب بعض ، ولأن الفائدة في دخول المسح بين الغسلين استحباب الترتيب ، أو ليعطف [2] الرِجْل على الرأس لفظًا [3] ، وعلى الوجه حكمًا .

٣٧٧ - ولا يقال : إذا ثبت أن دخولها للترتيب ثبت وجوبه ؛ لأن الأمر على الوجوب .

٣٧٨ - قلنا : لم يَثْبُت أنه قال : الترتيب بالأمر ، وإنما بيَّنَّاه لطلبًا فائدة الكلام [4] ، والفائدة لا تَخْتَص [5] بالوجوب [6] .

٣٧٩ - قالوا : العرب تخبر [7] عن الأقرب فالأقرب ، فلما ذكر اللّٰه تعالى اليدين عقيب الوجه ، وأَخّر الرأس مع قُربه ؛ دل [8] على الترتيب .

٣٨٠ - قلنا : يحتمل أن يكون أَخَّره لفضيلة الترتيب على ما قدمناه ، ويَدُل عليه حديث الرُّبَيِّع : أن النبي ﷺ توضأ وضوءه للصلاة فغسل يديه ثلاثًا ، وتمضمض ثلاثًا ، واستنشق ثلاثًا ، وغسل وجهه ثلاثًا ، ويديه إلى المرفقين ثلاثًا ، [وغسل رجليه ثلاثًا] [9] ، ثم مسح برأسه [10] ، وروى عمرو بن [11] شعيب عن أبيه عن جده : أن النبي ﷺ دعا بماء في إناء ، فغسل كفيه ثلاثًا ، ثم غسل وجهه ثلاثًا ، ثم غسل ذراعيه ثلاثًا ، ثم مسح برأسه [12] ، وهذا [13] يفيد تقديم الكفين على الوجه ، وذكر أبو داود حديث [14] عمّار في التيمم ، وأن [15] النبي ﷺ قال : « إنما يكفيك أن تصنع [16] هكذا » فضرب [17] بيده على الأرض فنفضها ، ثم ضرب شماله على يمينه ، ويمينه

---

(١) في (م) ، (ع) : [اختلف] . (٢) في (ص) ، (ن) : [لتعطف] .

(٣) كلمة : [لفظا] ساقطة من (ع) .

(٤) في (م) : [لطلب الفائدة الكلام] ، وفي (ن) ، (ع) : [طلبا لفائدة الكلام] .

(٥) في (م) : [لا يختص] . (٦) في (م) ، (ع) : [الوجوب] ،

(٧) في (م) : [يخبر] . (٨) في (م) ، (ع) : [دلت] .

(٩) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) حديث الربيع بنت معوذ تقدم تخريجه في مسألة (١٨) .وأخرج البخاري ومسلم من طريق حمران مولى عثمان البخاري في باب الوضوء ثلاثا ثلاثًا (٤٢/١) ، ومسلم في باب صفة الوضوء وكماله (١١٤/١ ، ١١٥) . (١١) في (م) : [ابن] .

(١٢) حديث عمرو بن شعيب تقدم تخريجه في مسألة (١٧) .

(١٣) في (م) ، (ع) : [وهكذا] . (١٤) في (م) ، (ع) : [حدثنا] .

(١٥) في (م) ، (ع) : [أن] بدون العطف . (١٦) في (م) ، (ع) : [أن تضرب] .

(١٧) في (ص) : [وضرب] .

على شماله على الكفين ، ومسح وجهه [(١)] ، ولأنها طهارة ، كغسل النجاسة [(٢)] والجنابة .

٣٨١ – قالوا : الجنابة فرض واحد ، بدلالة جواز نقل الماء من عضو إلى عضو ، فصارت كالعضو الواحد ؛ فلا يُعْتَبَر فيه الترتيب .

٣٨٢ – قلنا : هذا لم يمنع من استحباب الترتيب ، ألا ترى أن الأفضل الابتداء بمواضع الوضوء ، فكان لا يمنع [(٣)] من وجوبه أيضًا ، وعلية [(٤)] الفرع تَبْطُل بغسل اليدين إن نقل الماء من إحداهما [(٥)] إلى الأخرى ، ولا يجب الترتيب .

٣٨٣ – قالوا : إزالة النجاسة طريقها التروك [(٦)] فلا [(٧)] ترتب ، والوضوء طريقه الأفعال فَتَرتَّب [(٨)] .

٣٨٤ – قلنا : كل واحد منهما إيجاد [(٩)] فعل وترك المعنى المانع [(١٠)] ، فلا فرق بينهما ، ولأن أعضاء الطهارة يصح إيقاعها دفعة إذا أمر جماعة فغسلوا أعضاءه معًا ؛ وما صح وقوعه [(١١)] دفعة لم يترتب ، كغسل الجنابة ، ولأن كل عضو منها يصح أن ينفرد عن الآخر في الوجوب ، كالعبادات ، ولا يَلْزَم جواز انْفِرَاد الطواف عن السعي ؛ لأن كل واحد منهما [(١٢)] لا يَنْفَرِد عن الآخر .

٣٨٥ – قالوا : العبادات لا يفْسد بعضها بفساد بعض ، والوضوء يفسد بعضه بفساد بعض .

٣٨٦ – قلنا : قد لا يفْسد بعضه بفساد بعض ، ألا ترى أن نزع الخف يُبْطِل طهارة الرِجْل ، ولا تبطل [(١٣)] طهارة باقي [(١٤)] الأعضاء ؟ ولأنهما عضوان من أعضاء الوضوء فجاز ترك الترتيب فيهما ، كاليدين .

---

(١) أخرجه البخاري كتاب التيمم باب المتيمم هل ينفخ فيهما (٧٠/١ ، ٧١) ، ومسلم في كتاب التيمم باب التيمم (١٥٨/١ ، ١٥٩) ، وأبو داود في السنن في باب التيمم (٨٩/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الجنابة] .

(٣) في (ع) : [لم يمنع] .

(٤) في (م) ، (ع) ، (ن) : [وعلة] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [أحدهما] .

(٦) في (م) : [الترول] .

(٧) لفظ : [فلا] ساقط من (م) .

(٨) في (م) : [فيرتب] .

(٩) في (م) ، (ع) : [اتخاذ] .

(١٠) لفظ : [المانع] ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) في (م) : [وفرعه] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [منهم] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [يبطل] .

(١٤) في (م) : [بقية] .

٣٨٧ - قالوا : المعنى في اليدين والرجلين أنهما في حكم العضو ، بدلالة [بطلان] (١) المسح في أحدهما بنزع الخف [عن] (٢) الآخر .

٣٨٨ - قلنا : أصلنا اليدين ، وهذا المعنى لا يوجد فيها ولا سيما لو كانا كالعضو جاز نقل الماء من إحداهما إلى الأخرى ، ولا يجوز أن يقال : إنه لا يجوز النقل لأنه لا ينفصل عن العضو ؛ لأنهما لو كانا كالعضو جاز النقل مع الانفصال كما يجوز غسل الجنابة في الرِّجْل بالماء الذي وقع على الرأس وإن لم يصب باقي البدن ، ولأنه لو جمع بين يديه لم يجز نقل الماء من إحداهما إلى الأخرى (٣) وإن لم ينفصل ، فأما بطلان المسح في أحد الرجلين فليس لما قالوا ، لكن لأن الجمع بين الغسل والمسح لا يجوز فيهما ، ولأن من شرط بقاء (٤) المسح تغطيتهما ، كما أن من شرط الابتداء تغطيتهما .

٣٨٩ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ سئل عن (٥) البداءة بالصفا والمروة ، فقال : « ابدأوا بما بدأ اللَّه تعالى به » (٦) ، وهذا عام .

٣٩٠ - قلنا : سؤالهم يدل على بُطْلان قولكم في الترتيب ؛ لأنهم فهموا الآية ، فلو اقتضت الترتيب لم يسألوا .

٣٩١ - وقد روى الشافعي هذا الخبر فذكر فيه : « نبدأ بما بدأ اللَّه به » (٧) ، فإن كان هذا أصل الخبر فلا دلالة فيه ؛ لأنه إخبار عن فعله ، وفعله لا يدل على الوجوب . وإن كان أصل الخبر « ابدأوا » صح تعلقهم به ، فوجب التوقيف (٨) ، ولا يجوز إثباتهما والقصة واحدة ؛ لأنه إثبات خبر بالتجويز ، ولأن قوله : « ابدأوا بما بدأ اللَّه به » لا يمكن حمله على ظاهره من وجوب البداءة بالفعل بما بدئ به في التلاوة ؛ ألا ترى أن اللَّه تعالى قد بدأ بما يجب تأخيره في قوله ﴿ وَٱسۡجُدِي وَٱرۡكَعِي ﴾ (٩) فيحتمل (١٠) أن يكون

(١) الزيادة من (م) ، (ع) ، وكتب في (م) تحت كلمة [بطلان] بخط مختلف [أي عدم جوازه] .
(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ن) : [الآخر] .
(٤) لفظ : [بقاء] ساقط من (ن) .
(٥) في (م) : [من] .
(٦) أخرجه مسلم كتاب الحج باب حجة النبي ﷺ (٥١٠/١ - ٥١٣) ، وأبو داود في كتاب المناسك باب صفة حجة النبي ﷺ (٤٧٨/١ - ٤٨٢) . والبيهقي مختصرا في الكبرى ، في باب الخروج إلى الصفا والمروة ، والسعي بينهما والذكر بينهما (٩٣/٥) .
(٧) الترمذي كتاب الحج باب ما جاء أنه يبدأ بالصفا قبل المروة (٢٠٧/٣) ، والنسائي في كتاب مناسك الحج باب ذكر الصفا والمروة (٢٣٩/٥) ، والشافعي في الأم باب تقديم الوضوء ومتابعته (٣٠/١) .
(٨) في (ن) : [التوقف] .
(٩) سورة آل عمران : الآية ٤٣ .
(١٠) في (م) : [فيحمل] .

المراد به : ابدأوا فعلا بما بدأ اللّٰه به حكما ، وهذا موضع الخلاف ، على أنا إذا قلنا : الواو للجمع ، لم نُسَلِّم البداءة في الآية بشيء من الأعضاء .

٣٩٢ - قالوا : روى خلاد بن السائب (١) عن أبيه أن النبي ﷺ قال : « لا يقبل اللّٰه صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ، فيغسل وجهه ، ثم يغسل يديه (٢) [ثم يمسح برأسه ، ثم يغسل رجليه] (٣) » (٤) و (ثم) للترتيب .

٣٩٣ - والجواب : أن (ثم) تقتضي (٥) وجوب التراخي مع الترتيب ، وذلك غير مُرَاد ، فعلم (٦) أن حقيقتها متروكة ، فصارت بمعنى الواو ، كقوله : ﴿ وَلَقَدْ خَلَقْنَٰكُمْ ثُمَّ صَوَّرْنَٰكُمْ ﴾ (٧) .

٣٩٤ - ولا يقال : إنها تقتضي (٨) الترتيب والتراخي ، فإذا سقط أحدهما بدلالة بقي الآخر ، كلفظ (٩) العموم إذا خص ؛ لأن العرب لم تستعمل (١٠) (ثم) في أحد الأمرين دون الآخر ، فلم يجز إثبات ما لا يعرفونه ، وقد استعملوا لفظ العموم في الخصوص ، فلذلك حُمِلَ عليه بدليل .

٣٩٥ - قالوا : قد أفاد الخبر المهلة ، وهو غسل ما بين العضوين .

٣٩٦ - قلنا : لو وجب الفور بالخبر لم يتصور الغسل إلا على هذا (١١) الوجه ، ولابد من مقارنة (١٢) الفور للمهلة .

٣٩٧ - قالوا : توضأ النبي ﷺ وقال : « هذا وضوء لا يقبل اللّٰه الصلاة إلا به » (١٣) ، ولا يجوز أن يكون ترك الترتيب ؛ لأن ذلك غير منقول (١٤) ، فعلم أنه رَتَّبَ .

---

(١) هو خلاد بن السائب الأنصاري الخزرجي المدني ، روى عن زيد بن خالد الجهني ، وأبيه السائب بن خلاد ، روى عنه : حَبان بن واسع بن حبان ، وابنه خلاد بن السائب ، وعبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن ، وآخرون ، وروى له الأربعة . (انظر : تهذيب الكمال ٣٥٣/٨ ، تاريخ الإسلام ٣٦٤/٣) .

(٢) في (ن) : [ويديه] وفي (ص) : [ثم يديه] .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (١٣) .

(٥) في (م) : [يقتضي] .

(٦) في (م) : [فعل] .

(٧) سورة الأعراف : الآية ١١ .

(٨) في (م) : [يقتضي] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بلفظ] .

(١٠) في (م) : [لم يستعمل] .

(١١) لفظ [هذا] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [مفارقة] .

(١٣) تقدم تخريجه في مسألة : [الموالاة] . وأخرجه ابن ماجه (١٤٥/١) ، الحديث (٤١٩) ، والبيهقي .

(١٤) في (م) ، (ن) ، (ع) وهامش (ص) : [مقبول] .

٣٩٨ – قلنا : قوله (هذا) إشارة إلى ما يتناوله اسم الوضوء ، والترتيب لا يُسَمَّى وضوءًا ، فلم يقع الإشارة إليه وإن اتفق مع الوضوء ككونه في مكان مخصوص ، كالصلاة .

٣٩٩ – قلنا : لا نسلم أن الحدث يبطل الصلاة على الإطلاق ؛ لأنها تصح مع الحدث إذا كان بغير فعله ، ثم المعنى في الصلاة أن كل ركن [1] منها لا يصح أن ينفرد عن الآخر ، ولما جاز أن ينفرد كل عضو عن الآخر لم يعْتَبَر الموالاة فيه والترتيب [2] ، ولأن الصلاة لما اعتبر فيها الموالاة جاز اعتبار الترتيب ، ولما لم تعتبر [3] الموالاة في الوضوء لم يُعْتَبَر الترتيب .

٤٠٠ – قالوا : عبادة تُرَد إلى شرطها ، كالصلاة .

٤٠١ – قلنا : لا نُسَلِّم وجوب الترتيب في الصلاة ؛ لأن المدرك لو بدأ بقضاء الفائت [4] جاز وإن ترك الترتيب ، ثم المعنى في الصلاة أنه لما لم يجز جمع مسنوناتها بعد الفراغ من فرائضها جاز أن تترتب [5] فرائضها ، ولما جاز جمع مسنونات الوضوء [6] بعد الفراغ من فرائضه لم تترتب [7] فرائضه .

٤٠٢ – قالوا : عبادة ذات أركان تتقدم [8] الصلاة ، كالأذان .

٤٠٣ – قلنا : الوضوء ليس بذي أركان ، وإنما هو فعل واحد تختلف [9] صفاته ، وكذلك للأذان [10] أذكار مجتمعة ، فلا يقال إنها أركان ، ولأن [11] من ترك الترتيب في الأذان جاز إن وقع الإعلام ، وإن لم يقع فلأن / المقصود من الأذان لم يحصل ، والمقصود بالوضوء يحصل مع عدم الترتيب . ٥/ب

٤٠٤ – قالوا : عبادة تجمع أفعالًا نفلًا وفرضًا [12] ، كالحج .

٤٠٥ – قلنا : لا نُسَلِّم وجوب الترتيب في الحج ، وإنما لا يوجد وقت الركن إلا بعد تقدم ما قبله ، ولهذا لو وقف بعرفة لم يجز أن يطوف في بقية الليل ؛ لعدم الوقت ، ثم المعنى في الحج أن الترتيب يقع في سننه ، فجاز في فرائضه [13] ، ولما لم يقع الترتيب في

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ذكر] .
(٢) في (ن) : [فيه الترتيب] بدون العطف .
(٣) في (م) : [يعتبر] .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [القلب] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يرتب] .
(٦) في (م) ، (ع) : [مسنوناتها بالوضوء] .
(٧) في (م) : [لم يترتب] .
(٨) في (م) : [متقدم] .
(٩) في (م) : [يختلف] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [الأذان] .
(١١) في (م) : [ولأنها] .
(١٢) في (ع) : [فرضًا ونفلًا] بالتقديم .
(١٣) في (م) ، (ع) : [فريضه] .

سنن الوضوء لم يقع في فرائضه ، ولأن الترتيب في الحج يتصور في الطواف والسعي ، والمعنى فيه أن السعي لا ينفرد عن الطواف فترتب [1] عليه ، وبعض الأعضاء ينفرد عن بعض ؛ فلم يَتَرَتَّب .

٤٠٦ - قالوا : مسح بالماء ، فكان من شرطه [2] تَقَدُّم الغسل ، كمسح الخفين .

٤٠٧ - قلنا : يَبْطُل [3] بالجبيرة على الوجه ، وبمقطوع [4] اليدين من فوق المرافق ، إذا كان بوجهه عذر أنه يبتدئ بمسح الرأس ، ثم يعكس فنقول [5] : فجاز أن يقع به الفراغ [6] من الوضوء مع سلامة الأعضاء ، كالمسح على الخف .

* * *

(١) في (ن) : [فيرتب] .
(٢) في (م) ، (ع) : [شرائطه] .
(٣) في (ص) ، (ن) : [تبطل] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ومقطوع] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فيقول] .
(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الفرع] .

مسألة ٢٢

حمل الجنب للمصحف

٤٠٨ - قال أصحابنا : يجوز للجنب حمل المصحف بغلافه [(١)] .

٤٠٩ - خلافًا للشافعي [(٢)] .

٤١٠ - لنا : أن الغلاف ليس من المصحف [(٣)] ؛ بدلالة أنه لا يدخل في بيعه إلا بتسميته ، فصار [(٤)] كالجِوالق [(٥)] إذا كان فيه مصحف ، ولأنه يحول بينه [(٦)] وبين ما ليس منه ، فصار كالدراهم [(٧)] التي عليها القرءان في صرة ، ولا يقال : إن حامل المتاع والصرة لَا يَقْصِدُ حمل المصحف ، وذلك لأنه إذا عَلِمَ فقد قصد حمله وحمل غيره ، فهو كما لو قصده في نفسه .

٤١١ - قالوا : إنه قاصد لحمل القرءان مع الجنابة ؛ فصار كأخذه بالدفتين .

٤١٢ - قلنا [(٨)] : وهذا ليس بصحيح ، لأن الدفة من المصحف ، ولهذا تدخل [(٩)] في بيعه من غير تسميته [(١٠)] ، فصار [(١١)] كأوراقه ، ولأن [(١٢)] القصد إلى حمله [(١٣)] لا يكون بأكثر من تقليبه بقضيب ، فإذا جاز أحدهما بالحائل المنفصل جاز الآخر .

* * *

(١) قال المرغناني : وليس لهم - الجنب والحائض والنفساء - مس المصحف إلا بغلافه . (انظر : البناية ٦٤٥/١ ، تحفة الفقهاء ٣٢/١ ، بدائع الصنائع ٣٣/١ ، ٣٧ ، الهداية ١٩/١) .

(٢) قال الخطيب الشربيني في شرحه على المنهاج : ويحرم بالحدث ... وحمل المصحف ومسُّ ورقه ، وكذا جلده المتصل به يحرم مسه ... على الصحيح ؛ لأنه كالجزء منه ، ولهذا يتبعه في البيع . (مغني المحتاج ٣٦/١ - ٣٧) . انظر : حلية العلماء (٩٩/١) الوسيط (٤١٩/١) . (وانظر : الموطأ ١٥٧/١ ، ١٥٨ ، المنتقى ٣٤٣/١ ، وقال أحمد مثل قول الحنفية إنه يجوز بحائل . انظر : المغني ١٤٧/١ ، ١٤٨) .

(٣) في (م) ، (ع) : [من المصحف خلافا للشافعي] .

(٤) لفظ : [فصار] ساقط من (ع) .

(٥) الجوالق - بكسر الجيم - : الوعاء ، والجمع : جوالق ، بفتحها ، وجواليق وجوالقات .

(٦) في (ع) : [ما بينه] .

(٧) في (ص) : [كالدارهم] .

(٨) في (م) ، (ع) : [وهذا] .

(٩) في (ن) : [تدخل] .

(١٠) في (ن) : [تسمية] .

(١١) في (م) ، (ع) : [فصارت] .

(١٢) في (ع) : [لأن] بدون العطف .

(١٣) قوله : [إلى حمله] ساقط من (ع) .

مسألة ٢٣

حكم استقبال القبلة واستدبارها في البيوت عند قضاء الحاجة

٤١٣ - قال أصحابنا : لا يجوز استقبال القبلة عند الحاجة في البيوت والصحارى ، وفي استدبارها روايتان [١] .

٤١٤ - وقال الشافعي : يجوز في الأبنية [٢] .

٤١٥ - لنا : ما رواه الزهري [٣] عن عطاء بن يزيد [٤] عن أبي أيوب [٥] أن النبي ﷺ قال : « إذا أتيتم الغائط فعظموا قِبْلة اللّه ، فلا تستقبلوها ، ولا تستدبروها ، ولكن

---

(١) قال المرغناني : ويكره استقبال القبلة في الخلاء بالفرج ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك ، وإنما قيد بالخلاء وإن كان في الصحراء كذلك ، وفي الاستدبار عن أبي حنيفة روايتان ، في رواية : يكره ، كالاستقبال ، وفي رواية أخرى : لا يكره . انظر : شرح العناية على الهداية مع فتح القدير (٤١٩/١) .

(٢) قال الشيرازي : ولا يستقبل القبلة ولا يستدبرها ، ويجوز ذلك في البنيان . (انظر : المهذب ٢٥/١ ، الوسيط ٢٩٥/١ ، حلية العلماء ١٥٩/١ ، ١٦٠ . وانظر : المدونة ٧/١ ، المسائل الفقهية ٨٠/١ ، المحلى بالآثار ١٨٩/١ - ١٩٣) .

(٣) هو : محمد بن مسلم بن عبيد اللّه بن شهاب الزهري ، أبو بكر المدني ، سكن الشام ، وقال خليفة بن خياط : ولد سنة إحدى وخمسين ، وقيل : غير ذلك. ذكره محمد بن سعد في الطبقة الرابعة من أهل المدينة ، وقال البخاري عن علي بن المديني : له نحو ألفي حديث. وقال أبو مسعود الرازي : ليس فيهم أجود مسندًا من الزهري ، عنده ألف حديث . وقال محمد بن سعد أيضًا : قالوا : وكان الزهري ثقة ، كثير الحديث والعلم والرواية ، فقيهًا جامعًا ، وقال إبراهيم بن سعد وغيره : مات سنة أربع وعشرين ومائة ، روى عن : أبان بن عثمان ابن عفان ، وخارجة بن زيد بن ثابت ، والربيع بن سبرة بن معبد ، وآخرين ، روى عنه : بكر بن سوادة ، وأيوب السجستاني ، وحفص بن غيلان وآخرون . (انظر : تهذيب الكمال ٤١٩/٢٦ ، طبقات ابن سعد ١٦٥/٩ ، ١٧٢ ، خليفة بن خياط في تاريخه ص ٢١٨) .

(٤) في سائر النسخ : [زيد] .

(٥) هو : أبو أيوب الأنصاري الخزرجي النجاري البدري السيد الكبير الذي خصه النبي ﷺ بالنزول عليه في بني النجار إلى أن بنيت له حجرة أم المؤمنين سودة ، وبنى المسجد الشريف . حدث عنه : جابر بن سمرة ، والبراء بن عازب ، والمقداد بن معد يكرب ، وآخرون ، وله عدة أحاديث ، وذكر خليفة أن عليًا كرم اللّه وجهه استعمل أبا أيوب على المدينة . وعن الأصمعي عن أبيه أن أبا أيوب قبر مع سور القسطنطينية وبني عليه ، فلما أصبحوا قالت الروم : يا معشر العرب ، قد كان لكم الليلة شأن ، قالوا : مات رجل من أكابر أصحاب نبينا ، واللّه لئن نبش لا ضرب بناقوس في بلاد العرب ، فكانوا إذا قُحطوا كشفوا عن قبره فأمطروا .
قال الواقدي : مات أبو أيوب سنة اثنتين وخمسين ، وصلى عليه يزيد ودفن بأصل حصن القسطنطينية .
(انظر : سير أعلام النبلاء للذهبي ٥٨/٤ : ٦٥) .

شرِّقوا ، أو غرِّبوا » ، قال أبو أيوب : فلما قدمنا الشام وجدنا مراحيضهم قد بُنِيَت نحو الكعبة [١] ، فنحن ننحرف عنها ، ونستغفر [٢] الله ﷻ [٣] ، فالخبر عام ، وقد فهم الراوي منه البنيان [٤] وغيره .

٤١٦ - وروى سلمان [٥] أن النبي ﷺ نهى أن نستقبل [٦] القبلة بغائط أو بول [٧] ، وذكر أبو داود [٨] حديث معقل بن أبي معقل الأسدي [٩] قال : نهى رسول الله ﷺ أن يستقبلوا القبلة ببول أو غائط [١٠] .

٤١٧ - قالوا : هذه الأخبار ذكر فيها الغائط ، وهو الموضع المطمئن من الأرض [١١] ، وذلك لا يكون في الصحارى .

٤١٨ - قلنا : الغائط قد صار في العرف اسما للحاجة .

---

(١) في (ن) : [القبلة] . (٢) في (م) : [ونستغفروا] .

(٣) قوله : [ﷻ] ساقط من (ن) ، حديث الزهري رواه الجماعة ، بألفاظ متقاربة ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في باب لا تستقبل القبلة بغائط أو بول (٤٠/١) ، ومسلم في الصحيح ، في باب الاستطابة (١٢٦/١) ، وأبو داود ، في باب كراهية استقبال القبلة عند قضاء الحاجة (١١/١) ، والشافعي في المسند ، في الباب الرابع في آداب الخلاء (٢٨/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [البيان] .

(٥) هو : سلمان الفارسي ، قال الحافظ أبو القاسم : هو سلمان ابن الإسلام ، أبو عبد الله الفارسي سابق الفرس إلى الإسلام ، صحب النبي ﷺ وخدمه وحدث عنه ، وروى عن ابن عباس ، وأنس بن مالك ، وأبي الطفيل ، وآخرين ، وتوفي ﷺ سنة (٣٦ هـ) . (انظر : سير أعلام النبلاء ٣١٧/٣ ، أسد الغابة ٣١/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [أن يستقبلوا] .

(٧) أخرجه أبو داود (١١/١) ، وابن ماجه في السنن (١١٦/١) ، والبيهقي في الكبرى (٩١/١ ، ٩٢) .

(٨) هو : سليمان بن داود بن الجارود ، الطيالسي ، الحافظ الكبير ، صاحب المسند ، أبو داود الفارسي . قال الفلاس : ما رأيت أحدًا أحفظ من أبي داود. وقال عبد الرحمن بن مهدي : أبو داود هو أصدق الناس . روى عن : سفيان الثوري ، وطلحة بن عمرو ، وهشام بن أبي عبد الله وآخرين ، روى عنه : جرير بن عبد الحميد ، وأحمد بن حنبل ، وعمرو بن علي الفلاس . وقال خليفة : مات في ربيع الأول سنة (٢٠٤ هـ) ، وقيل غير ذلك . (سير أعلام النبلاء ٢٤٢/٨ ، تاريخ خليفة ص ٤٧٢) .

(٩) هو : معقل بن أبي معقل ، وهو ابن الهيثم حليف بني أسد ، له صحبة ، عدّوه من أهل المدنية ، قال ابن سعد : صحب النبي ﷺ وروى عنه ، روى عنه : الوليد أبو زيد مولى بني ثعلبة ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ابن عوف ، ويقال : إنه مات في زمان معاوية . (انظر تهذيب الكمال ٢٧٨/٢٨ ، أسد الغابة ٢٣٢/٥) .

(١٠) أخرجه أبو داود في باب كراهية استقبال القبلة عند قضاء الحاجة (١٠/١) .

(١١) قوله : [من الأرض] مكرر في (م) .

٤١٩ - قالوا : الأخبار خرجت على [1] المعتاد ، [ولم يكن بُني بالمدينة أخلية] [2] .

٤٢٠ - قلنا : هذا تخصيص للعموم بالسبب ، والمعتبر عموم اللفظ دون خصوص السبب ، ولأنه حكم يتعلق بالقبلة ، فلا يختلف بالصحارى والبيوت ، كالاستقبال في الصلاة ، ولأنه تعظيم لحق اللّٰه تعالى فلا يختلف بالبنيان وغيره ، كتعظيم المساجد ، ولأن حكما مُنع المصلي من استعماله في الشرع أبيح مع الحائل بالبعد ، كالحائل ، أصله : الصلاة إلى القبر ، فلما لم يجز الاستقبال مع البعد ؛ كذلك الحائل ، ولأن كل محل نزه عن الخلاء إذا كان غير مبني نزه مع البناء ، كالمسجد . ولا يقال : إن الأبنية تحول بين الإنسان وبين المصلى [3] ، والفضاء ليس فيه حائل فيستقبل المصلي عورته ؛ وذلك لأن البناء والبعد في المنع سواء ، فلو منع الحائل منع البعد . ولا يقال الأبنية تَضِيقُ [4] فيشق اعتبار الانحراف فيها والصحارى لا تَضِيقُ [5] ؛ لأن صحون [6] الدور وسطوحها لا تُضِيق [7] عن الانحراف وإن جُوِّز [8] الاستقبال ، ولأن عادة الناس في سائر بلادهم أن يحرفوا البناء ، ولو شَقَّ لم يتكلفوه ، ولأن الضِّيق إنما يؤثر في البناء ، ويجوز أن يبنى نحو القبلة وينحرف الجالس عليه .

٤٢١ - احتجوا بما رواه خالد بن أبي الصلت [9] عن عراك [10] عن عائشة رضي الله عنها [11] قالت : ذكر لرسول اللّٰه ﷺ أن قومًا يكرهون استقبال القبلة بوجوههم

---

(١) في (م) ، (ع) : [عن] .

(٢) في (ن) : [ولم يكن شيء بالمدينة أخلته] .

(٣) في (م) ، (ع) : [المصلين] .

(٤) في (م) : [يضيق] .

(٥) في (م) : [لا يضيق] .

(٦) في (م) ، (ع) : [صحور] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا يضيق] .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [جوزوا] .

(٩) هو : خالد بن أبي الصلت البصري ، عامل عمر بن عبد العزيز ، مدني الأصل ، روى عن ربعي بن خراش ، وسماك بن حرب ، وعراك بن مالك وغيرهم ، روى عنه : خالد الحذاء ، وسفيان بن حسين ، وأبو عوانة . (انظر : تهذيب الكمال ٩٢/٨ ، ثقات ابن حبان ص ١١) .

(١٠) هو : عراك بن مالك الغفاري المدني أحد العلماء العاملين ، وثَّقه أبو حاتم وغيره ، قال أحمد : لم يَسْمع من عائشة ، وإنما هو عراك عن عروة عنها ، روى عن : أبي هريرة وعبد اللّٰه بن عمر وعائشة ، وغيرهم ، حدث عنه : يزيد بن أبي حبيب وبكير بن الأشج ويحيى بن سعيد ، وغيرهم . توفي سنة (١٠٤ هـ) ، أو قبلها . (انظر : سير أعلام النبلاء ٤٢/٤ ، ميزان الاعتدال ٦٣/٣) .

(١١) سقطت الترضية من (ص) ، والحديث رواه ابن ماجه في السنن ، باب الرخصة في ذلك في الكنيف وإباحته دون الصحارى (١١٧/١) الحديث (٣٢٤) ، والدارقطني من وجه في السنن باب استقبال القبلة في الخلاء (٥٩/١ ، ٦٠) .

فقال : « أو قد فعلوها ، استقبلوا [١] بمقعدتي القبلة » [٢] .

٤٢٢ – والجواب : أن البخاري [٣] ذكر في تاريخه أن هذا الخبر مرسل ، وأن الثقات أوقفوه [٤] على عائشة .

٤٢٣ – وقولهم : إن عراك سمع ممن هو [٥] في طبقة عائشة لا يمنع إرساله ؛ لأن البخاري لم يذكر [جهة الإرسال] [٦] ؛ فيجوز أن يكون خالد [٧] لم يسمع من عراك ، ويجوز أن يكون عراك سمع من [٨] في طبقة عائشة [٩] دونها ؛ ولأن الخبر لا دلالة فيه ؛ [لأنها لم تقل] [١٠] في ماذا تكلموا ، فيجوز أن يكونوا [١١] اعتقدوا تحريم البناء نحو القبلة فأنكر النبي ﷺ ذلك ؛ لأن التحريم في الجلوس ، [ولهذا] [١٢] أمر بتحويل مقعدته ولم يتحول بنفسه .

٤٢٤ – احتجوا : بما روى عن ابن عمر أنه قال : لقد رقيت على سطح مرة ، فرأيت النبي [١٣] ﷺ جالسًا على لبنتين مستقبل الكعبة [١٤] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [استقبلوها] .

(٢) قال الزيلعي : قال في الإمام : قال الأثرم : قال أحمد بن حنبل : أحسن ما في الرخصة حديث عائشة وإن كان مرسلًا ، فإن مخرجه حسن . في نصب الراية (١٠٦/٢) ، في ذيل نصب الراية (١٠٦/٢ – ١٠٧) .

(٣) هو محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري الجعفي (أبو عبد الله) محدث ، حافظ ، فقيه ، مؤرخ ، مشارك في علوم ، ولد لثلاث عشرة ليلة خلت من شوال سنة (١٩٤ هـ) ، ورحل في طلب العلم إلى سائر محدثي الأمصار ، سمع عن مولاه عبد الله بن محمد الجعفي ومحمد بن سلام وعلي بن الحسن ، وغيرهم ، روى عنه خلق كثير منهم : أبو عيسى الترمذي وأبو حاتم وأبو بكر بن أبي الدنيا وغيرهم ، توفي ليلة عيد الفطر سنة (٢٥٩ هـ) ، من تصانيفه : الجامع الصحيح ، التاريخ الكبير ، الأدب المفرد وغيرهما .

(٤) في (م) : [واقفوه] .

(٥) لفظ : [هو] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) في (م) : [جهة الإرسال جهة] .

(٧) في (ن) ، (ع) : [أن خالدًا] ، وفي (م) : [أن يكون خالدًا] .

(٨) في (ع) : [ممن] .

(٩) تكرر في (م) ، (ع) : بعد قوله : [من في طبقة عائشة] ، قوله : [لا يمنع إرساله ، إلى قوله : جهة الإرسال] ، وهو سهو.

(١٠) في (م) : [لأنها لم يقل] ، وفي (ع) : [لأنها لم نقل] .

(١١) في (ع) : [أن يكون] .

(١٢) ما بين القوسين ساقط من (ص) .

(١٣) في (ن) : [فرأيت رسول الله] .

(١٤) في (ص) : [مستقبلة الكعبة] . حديث ابن عمر أخرجه ابن ماجه بلفظ : رأيت رسول الله ﷺ في كنيفه مستقبل القبلة ، سنن ابن ماجه باب الرخصة في ذلك في الكنيف وإباحته دون الصحاري (١١٧/١) ، والدارقطني في السنن باب استقبال القبلة في الخلاء (٦٠/١) .

٤٢٥ – وفي بعض الأخبار : مستقبل بيت المقدس [(١)] . وروى جابر [(٢)] قال : نهى رسول اللَّه ﷺ عن استقبال القبلة للبول ، ثم رأيته قبل أن يقبض بعام يستقبل [(٣)] .

٤٢٦ – والجواب : أن خبر ابن عمر روي في الاستدبار [(٤)] ، وهو جائز في إحدى الروايتين ، ولأنه حكاية فعل فيحتمل أن يكون لعذر ، فلا يمكن [(٥)] التعلق بعمومه ، ثم

---

(١) بيت المقدس هو : المكان المعروف ، أولى القبلتين ومسرى رسول اللَّه ﷺ ، وسمي بيت المقدس أي المطهر الذي يتطهر به من الذنوب ، وفضائل بيت المقدس كثيرة ، لا تعد ولا تحصى ، منها : أنه المكان الذي عرج منه النبي ﷺ إلى السماء السابعة ، ومنها ما ورد في الخبر : « من صلى في بيت المقدس فكأنما صلى في السماء » ، ورفع اللَّه عيسى ابن مريم إلى السماء من بيت المقدس ، وفيها مهبطه ، وما ورد أيضًا عن النبي ﷺ : أن الصلاة في بيت المقدس خير من ألف صلاة في غيره ، وهو ثاني بيت وضع في الأرض بعد المسجد الحرام بأربعين عاما ، أساسه من عمل داود ﷺ ، وهو طويل عريض وطوله أكثر من عرضه ، وهو على غاية الحسن والإحكام ، مبني على الأعمدة الرخام الملونة ، والفسيفساء التي ليس في الدنيا أحسن منها ، وفي وسط هذا الرخام قبة ، وهي قبة الصخرة التي تزار ، وعلى طرفها أثر قدم النبي ﷺ .
فتحت في أول الإسلام في عهد عمر بن الخطاب ﷺ وصارت إسلامية من هذا اليوم ، ثم بعد ذلك قصدها الصليبيون واحتلوها إلى أن جاء صلاح الدين فحررها . (انظر : معجم البلدان ١٩٣/٥ وما بعدها . والحديث أخرجه البخاري في الصحيح في باب من تبرز على لبنتين وفي باب التبرز في البيوت ٤٠/١ ، ٤١ ، ومسلم في الصحيح باب الاستطابة ١٢٦/١ ، وأبو داود في السنن باب الرخصة في ذلك ١١/١ ، والنسائي في السنن في الرخصة في ذلك في البيوت ٢٣/١ ، ٢٤ ، والدارمي في السنن باب الرخصة في استقبال القبلة ١٧١/١ ، ابن حبان في صحيحه ٤٩٨/٢ ، الحديث ١٤٠٨ ، والدارقطني في السنن ٦١/١ ، والبيهقي في الكبرى ٩٢/١) .

(٢) في (م) : [جابرًا] . وهو : جابر بن عبد اللَّه بن عمرو ، صاحب رسول اللَّه ﷺ ، أبو عبد اللَّه وأبو عبد الرحمن ، الأنصاري ، الخزرجي السلمي المدني ، الفقيه ، من أهل بيعة الرضوان ، وكان آخر من شهد ليلة العقبة الثانية موتًا ، روى علمًا كثيرًا عن النبي ﷺ ، وعن عمر ، وعلي وطائفة ، حدث عنه : ابن المسيب ، وعطاء بن أبي رباح ، وسالم مولى أبي الجعد ، والحسن ، وآخرون ، وقال الواقدي ويحيى بن كثير وطائفة : مات سنة ثمان وسبعين . (انظر : سير أعلام النبلاء ٣٣٦/٤ ، أسد الغابة ٣٠٦/١) .

(٣) أخرجه أبو داود في السنن في باب كراهية استقبال القبلة عند قضاء الحاجة (١١/١ ، ١٢) ، والترمذي في السنن باب ما جاء في الرخصة في ذلك (١٥/١) ، الحديث (٩) ، وابن ماجه في السنن في باب الرخصة في ذلك في الكنيف وإباحته دون الصحاري (١١٧/١) ، الحديث (٣٢٥) ، وابن خزيمة (٤٣ ، ٣٤/١) ، والبيهقي في الكبرى (٢٣/١) .

(٤) أخرجه البخاري في الصحيح في باب التبرز في البيوت (٤١/١) ، ومسلم في الصحيح باب الاستطابة (١٢٦/١) ، والترمذي باب ما جاء في الرخصة في ذلك (١٦/١) ، والبيهقي في الكبرى باب النهي عن استقبال القلبة واستدبارها لغائط أو بول (٩٢/١) .

(٥) في (ع) : [فلا يمكنه] .

النهي عن استقبال القبلة استفاض في الصحابة ، وهذه الأخبار إما أن تُنسَخ [١] وإما أن تخصص [٢] ، فكان يجب أن يبينها ﷺ بيانًا ظاهرًا ، فأما أن يقع البيان بفعله في حال لا يجوز الاطلاع عليه فلا ، ولو ثبت جواز الاستقبال بهذه الأخبار لثبت بكل حال ، ألا ترى أنه ﷺ إذا فعل فعلًا لم يختص جوابه [٣] بالبقعة التي فعله فيها ، ولا معنى لقولهم كيف يظن بالنبي [٤] ﷺ أن يفعل باطنًا ما لا يجوز ؛ لأنا لا نظن ذلك ، وإنما حملنا فعله على حالة العذر ، ومَنَعْنا تَبَيُّنَ الشرع في حالة لا يجوز أن يشاهد عليها .

٤٢٧ – وقولهم : إن الصحابة رجعوا إلى عائشة في التقاء الختانين بقولها : فعلته أنا ورسول الله ﷺ فاغتسلنا ، لا يصح ؛ لأنهم رجّعوا أن روايتها أن النبي ﷺ قال : « إذا التقى الختانان [٥] وجب الغسل » [٦] ثم ذكرت [٧] الفعل بعد ذلك ، ولأنهم رجعوا إليها في هذا الفعل الذي يجوز لها أن تطّلع عليه ، ولأن الأخبار لما تعارضت كانت أخبارنا أشهر ، وأكثر رواة ، وأصح طرقًا [٨] ، وتوجب [٩] الحِظر ، وهو قول متقدم على الفعل .

٤٢٨ – ومن أصحابنا من حمل رواية استقبال القبلة على [١٠] استقبال بيت المقدس ، وقد روي عن النبي ﷺ [١١] : أنه نهى [عن] [١٢] استقبال القبلتين [١٣] ، فلما نسخت القبلة الأولى جاز استقبالها .

٤٢٩ – قالوا : الصحراء لا تخلو [١٤] من مصلى [١٥] أو ملك ، فيستقبله بفرجه ،

---

(١) في (م) : [أن ينسخ] .
(٢) في (ن) : [أو تخصص] .
(٣) في (م) ، (ع) : [حوليه] .
(٤) في (م) ، (ع) : [النبي] .
(٥) في (م) : [الختانين] .
(٦) حديث عائشة ﵂ أخرجه ابن ماجه بلفظ : إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل ، فعلته أنا ورسول الله ﷺ . في السنن باب ما جاء في وجوب الغسل إذا التقى الختانان (١٩٩/١) ، الحديث (٦٠٨) ، والشافعي الباب السابع في أحكام الغسل (٣٨/١) ، والترمذي في السنن باب ما جاء إذا التقى الختانان وجب الغسل (١٨٠/١ ، ١٨١) الحديث (١٠٨) ، والدارقطني في السنن باب ما جاء في وجوب الغسل إذا التقى الختانان وإن لم ينزل (١١١/١) .
(٧) في (م) ، (ع) : [ذكر] .
(٨) في (م) ، (ع) : [طرق] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ويوجب] .
(١٠) في (م) : [عن] .
(١١) في (ص) : [﵇] .
(١٢) ساقطة من (ص) .
(١٣) في (ص) : [القبلة] ، وقوله : [أنه نهى استقبال القبلتين] ، ساقط من (م) ، (ع) .
(١٤) في (م) ، (ع) : [يخلو] .
(١٥) هكذا في كل النسخ : [مصلي] ، وهي جائزة .

والبنيان يحول [١] بين الجالس وبين المصلى .

٤٣٠ – وهذا ليس بصحيح ؛ لأنه يقتضي أن يكون المنع لعين حرمة القبلة ، وقد فهم المسلمون من التحريم أنه تَكْرِمَةُ القبلة [٢] دون المصلين ، ولأن [٣] الحائل لو أزال المعنى الذي ذكروه زال بالبعد ، كما قلنا في الصلاة إلى القبر .

٤٣١ – قالوا : الأبنية تضيق [٤] والفضاء يتسع ، ففرق بينهما للمشقة ، كما فرق بين الصلاة على الراحلة في الحضر والسفر .

٤٣٢ – قلنا : لو كان هذا يشق لم يتفق فعل الناس على احتمال المشقة ، ولأن الصلاة لا تختلف [٥] بالبنيان والفضاء ، وإنما تختلف [٦] بالمصر وخارج المصر ، وعلى أن الصلاة عكس مسألتنا ، ألا ترى أنها حُظرت [٧] في المصر وأبيحت خارج المصر ؟ فلم يجز أن يُعْتَبَرَ بها مع المخالفة .

* * *

---

(١) في (م) : [تحول] .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يلزمه القبلة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولو أن] .

(٤) في (م) : [يضيق] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يختلف] .

(٦) في (م) : [يختلف] .

(٧) في (م) : [حظرت] .

مسألة ٢٤

حكم الاستنجاء

٤٣٣ – قال أصحابنا : الاستنجاء [١] ليس بواجب [٢] .

٤٣٤ – خلافًا للشافعي [٣] .

٤٣٥ – لقوله تعالى : ﴿ أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ ﴾ [٤] ولم يذكر الاستجمار ، ولو كان واجبًا لذكره ، ولا يقال : القصد [٥] من الآية بيان طهارة الحدث ؛ لأن المقصد منها ما يستبيح به فعل الصلاة .

٤٣٦ – ويدل عليه حديث أبي هريرة [رضي الله عنه] [٦] أن النبي ﷺ قال : « من استجمر فليوتر ، من فعل فقد أحسن ، ومن لا فلا حرج » [٧] وأدنى الوتر واحدة ، وقد أزال الحرج [٨] في تركها ؛ [فدل] [٩] على أنها لا تجب [١٠] .

٤٣٧ – قالوا : قوله « من استجمر فليوتر » أمر متعلق بشرط ، وقوله : « ومن [لا] [١١] فلا حرج » استثناء ، فرجع إلى الأمر دون الشرط كقولهم [١٢] : من أكل فعليه الجزاء إلا [١٣] الناسي .

---

(١) الاستنجاء من النجو : والنجو ما يخرج من البطن من ريح وغائط ، طلب طهارة القبل والدبر من النجو . (انظر : لسان العرب (نجا) ٤٣٦٠/٦ ، وفي مقاييس اللغة ٣٩٧/٥ ، ٣٩٨) .

(٢) قال الكاساني : فالاستجمار مسنون من كل جنس يخرج من السبيلين له عين مرئية ، كالغائط ، والبول ، والمني ، والودي ، والمذي ، والدم . بدائع الصنائع (١٩/١) ، فتح القدير (٢١٢/١) .

(٣) قال الشيرازي : والاستنجاء واجب من البول والغائط . (انظر : المهذب ٢٦/١ ، الأم ٢٢/١ ، الوسيط ٣٩٦/١ . وانظر : الإفصاح ٦٦/١ ، ٧٧ ، الكافي لابن قدامة باب آداب التخلي ٥١/١ ، ٥٢) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٦ .

(٥) في (ن) : [المقصد] .

(٦) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) هذا جزء من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، أخرجه أحمد بطوله في المسند (٣٧١/٢) ، وأبو داود في السنن باب الاستتار في الخلاء (١٧/١) ، وابن ماجه في السنن باب الارتياد للغائط والبول (١٢١/١) ، والطحاوي في المعاني باب الاستجمار .

(٨) في (ع) : [الخرج] .

(٩) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) في (م) : [لا يجب] .

(١١) ساقط من (ع) .

(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لقولهم] .

(١٣) في (م) : [لا] .

٤٣٨ – قلنا : ليس في الخبر استثناء ، وإنما هو خبر آخر ، الظاهر رجوعه إلى ما تقدم ، ألا ترى أن قوله : « من فعل فقد أحسن » لا يرجع إلى الإيتار [(١)] ؛ وإنما يرجع إلى الاستجمار ؛ لأن الأمر بالوتر قد أفاد الحسن ؟ فالظاهر أنه يكون ما أفاده بالأول ، وإذا انصرف الحسن إلى الاستجمار رجع النفي إليه .

٤٣٩ – ولا يقال : إن الاستجمار فعل ، والإيتار [(٢)] صفة فيه ، والفاعل الاستجمار إنما يؤمر بالصفة بعد وقوع الفعل ، فكأنه قال : من استجمر شفعًا فليجعلها وترًا .

٤٤٠ – قلنا : تقدير الخبر كأنه قال : من أراد الاستجمار فليوتر ، وهذا لا يقتضي تقدم الفعل ، ألا ترى أن الأمر بالوتر لا يختص بمن فعل الشفع بل هو عام ؟ فالظاهر تعلق الأمر بالجميع .

٤٤١ – قالوا : جعل الوتر أفضل من الشفع ، وأقل ذلك الوتر بالثلاث ، وإلا فالواحدة لا تكون [(٣)] أفضل من الثنتين .

٤٤٢ – قلنا : بل إذن إيقاعهن / أفضل مما زاد عليها شفعًا ، ولأنها نجاسة على البدن لا تجب [(٤)] إزالتها بالمائع مع القدرة ، فلا يجب تخفيفها [(٥)] كما يبقى بعد الحجر والقدر اليسير مع الدم . ٦/أ

٤٤٣ – وقولهم : إزالته واجب ، وله أن يسقط الوجوب بالحجر ليس بصحيح ؛ لأنا نريد بقولنا : لا يجب ، بمعنى : لا يتعين الوجوب ، ولا يلزم المني ؛ لأنه إذا كان على البدن لا يجزي [(٦)] فيه إلا الغسل ، ولا يقال : اعتبار الأثر بالأصل لا يصح ، كأثر المني بعد الفرك ، وذلك أن من أصحابنا من قال : إن فرك المني من الثوب ومسح الخف يطهرهما ، كالغسل ، فعلى هذا ليس هناك أثر نجس عفي عنه .

٤٤٤ – ومنهم من قال : إن النجاسة بقي منها أجزاء يسيرة لو جمعت كانت قدر الدرهم ، فلذلك اقتصر على المسح ، ولو تصور أن [(٧)] ما يبقي بعد الفرك لو جمع زاد على مقدار الدرهم لم يجز الاقتصار عليه .

٤٤٥ – وقولهم : المعنى في قليل [(٨)] الدم وأثر الاستنجاء أن يشق [(٩)] إزالته وموضع

---

(١) في (م) ، (ع) : [الإتيان] .
(٢) في (م) ، (ع) : [والإتيان] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لا يكون] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .
(٥) في (ن) : [تحقيقها] .
(٦) في (م) : [لا يجري] .
(٧) في (ع) : [أنه] .
(٨) في (ع) : [من قليل] .
(٩) في (ع) : [شق] .

الاستنجاء لا يشق استعمال الحجر فيه ليس بصحيح ؛ لأن الغالب في الناس اختيار [١] إزالة الأثر بالماء ، وإزالة قليل النجاسة لو شق لم يتفق عليه الأكثر ، ولأن موضع الاستنجاء إذا شق إزالة أثره وجب أن يؤثر في إسقاط فرضه ، وإن لم يشق كمشقة السفر المبيحة للفطر ، أن الفطر يباح مع عدمها لأجل السفر ، ولأن الاستجمار ليس بطهارة [٢] نجاسة ولا حدث ، فكان مسنونًا [في النذر] [٣] ، كغسل الجمعة .

٤٤٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلرُّجْزَ فَٱهْجُرْ ﴾ [٤] يعنى : النجاسة .

٤٤٧ - والجواب : أنه قد قيل : إن معناه الأوثان ، ولو سلم ما قالوه لم يصح التعلق بالآية في الاستجمار ؛ لأنه ليس بهجر للنجاسة ، وإنما هي باقية بحالها .

٤٤٨ - احتجوا : بحديث أبي أيوب أن النبي ﷺ قال : « وليستنج بثلاثة أحجار » [٥] .

٤٤٩ - والجواب : أن هذا خبر واحد ، فلا [٦] [يُثبت ما تعم به البلوى] [٧] على أصولنا ، ولأنه يقتضي تعيين الأحجار [بالوجوب] [٨] إذا نابت [٩] فيه الحروف ، لأن ذلك ينقص الصلاة عندنا دون الوضوء ، ولا يجوز حمل أخبارنا [١٠] على الاستحباب ؛ لأن ذلك ليس بقول لأحد ، وإذا سقط ظاهره لم يتعلق به إلا فيما تقدم عليه الدلالة .

٤٥٠ - قالوا : نجاسة لا تلحق [١١] المشقة في [١٢] إزالتها غالبًا ، فأشبه ما زاد على قدر الدرهم .

---

(١) في (م) ، (ع) : [اختار] .

(٢) في (ص) ، (ن) : [بطاهرة] ، وفي هامش (ن) : [لعله بطهارة] .

(٣) في (ع) : [كالنذر] .

(٤) سورة المدثر : الآية ٥ .

(٥) ذكره الهيثمي بلفظ : « إذا تغوط أحدكم فليمسح بثلاثة أحجار » مجمع الزوائد باب الاستجمار بالحجر (٢١١/١) ، ابن أبي شيبة في المصنف باب الاستنجاء (٢٢/١) ، والبيهقي في الكبرى باب النهي عن استقبال القبلة واستدبارها لغائط أو بول (٩١/١) ، والدارقطني في السنن باب الاستنجاء (٥٤/١ ، ٥٧) ، الحديث (٤ ، ١٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولا] .

(٧) وفي (م) : [ولا تثبت به ما يعم البلوى] وكذلك في (ع) إلا أن فيها : [يثبت] .

(٨) ساقطة من (ع) .

(٩) في (م) : [ناتت] .

(١٠) في (ع) : [أخبار] .

(١١) في (م) ، (ع) : [لا يلحق] .

(١٢) في (ع) : [من] .

٤٥١ - قلنا : لا يخلو إما أن يقولوا : نوجب [١] إزالتها ، فلا يصح في الفرع ، أو يقولوا : نوجب [٢] تخفيفها ، فلا يوجد في الأصل ، ولأن ما زاد على قدر الدرهم من النجاسة لما وجب إزالته من البدن وجب بالمائع مع القدرة ، فلما لم يجب في مسألتنا [٣] سقط وجوبه .

٤٥٢ - قالوا : كل ما منع الصلاة إذا كان أكثر من قدر الدرهم ، فإنه يمنع وإن كان أقل [٤] ، أصله : ما يبقى في أعضاء [٥] الطهارة .

٤٥٣ - قلنا : موضع الاستنجاء يعفى [٦] عنه عندنا وإن زاد على قدر الدرهم ؛ [لأن التقدير] [٧] عندنا إنما هو بموضع الاستنجاء ، فلم نسلم الوصف .

٤٥٤ - وإن قالوا : كل ما منع الصلاة إذا كان في غير موضع الاستنجاء منع فيه ، بطل [٨] بالأثر .

* * *

(١ ، ٢) في (م) ، (ع) : [موجب] .
(٣) في (ن) : [مثالنا] .
(٤) في (ن) : [أقل زاد] .
(٥) في (ن) : بياض [هنا] .
(٦) في (ن) : [للاستنجاء يعبر] ، وفي (م) ، (ع) : [الاستنجاء يعتبر] .
(٧) ساقطة من (ع) .
(٨) في (ن) : [فيبطل] .

مسألة ٢٥

المعتبر في الاستنجاء الإنقاء دون العدد

٤٥٥ – قال أصحابنا : المعتبر في الاستنجاء الإنقاء دون العدد [(١)] .

٤٥٦ – وقال الشافعي [رَحِمَهُ اللَّهُ] [(٢)] : المعتبر [(٣)] الأقصى من الإنقاء والثلاث [(٤)] .

٤٥٧ – لنا : قوله عليه السلام : « من استجمر فليوتر » [(٥)] وأدنى ما يسمى وترا واحد ، فجاز الاقتصار عليه ، ولأن ما لا يُحتاج إليه في الإنقاء لا يثبت [(٦)] في الاستنجاء ، كالرابعة ، ولا يقال : إنه يجوز أن يثبت المسح للإنقاء ولغيره ، كما تثبت العدة للاستبراء ولغيره ؛ لأن العدة تثبت ابتداء للاستبراء ؛ فجاز أن يثبت بعضها كذلك ، والاستجمار لا يثبت ابتداء لغير الإنقاء ، وكذلك لا يثبت [(٧)] بعضه ، ولأن ما يقع به الاستنجاء لا يعتبر فيه العدد ، كالماء ، ولا يقال إن الماء يزيل النجاسة [(٨)] ، فلا يعتبر [(٩)] عدده ، والحجر لا يزيلها ، فجاز اعتبار عدده ؛ لأن علة الأصل تبطل بالوقوف على أصلهم [(١٠)] ، وعلة الفرع لا تصح ؛ لأن الخلاف فيما يقع به تخفيف لا [(١١)] إزالة ، وهذا لا فائدة فيه ، وإن كانت النجاسة لم تزل .

٤٥٨ – احتجوا : بحديث أبي أيوب أن النبي ﷺ قال : « وليستنج بثلاثة أحجار » [(١٢)]

---

(١) قال المرغيناني : ويجوز في الحجر ما قام مقامه بمسحه حتى ينقيه وليس فيه عدد مسنون . (انظر : الهداية مع فتح القدير ١/٢١٣ ، بدائع الصنائع ١/١٩ ، مختصر الطحاوي صـ١٨ ، مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر ١/٦٥) .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) لفظ [المعتبر] ساقط من (ع) .

(٤) قال الشافعي في الأم : وإذا استنجى رجل بشيء غير الماء لم يجزه أقل من ثلاث أحجار وإن أنقى . (انظر : الأم ١/٢٢ ، مختصر المزني صـ٣ ، ١/٤٠١ ، حلية العلماء ١/١٦٣ ، المهذب مع المجموع ٢/١٠٢ – ١٠٥) . (وانظر : الكافي لابن عبد البر ١/١٥٩ ، الكافي لابن قدامة ١/٥٢ ، ٥٣ ، المغني ١/١٥٢ ، ١٥٣) .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح باب الاستجمار وترًا (١/٤٢) ، ومسلم في الصحيح باب الإيتار في الاستنثار والاستجمار (١/١١٩) ، الطحاوي في المعاني (١/١٢٠) .

(٦) في (م) : [لا تثبت] .

(٧) في (م) : [لا تثبت] .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الحجارة] .

(٩) في (ن) : [فلا يغير] .

(١٠) في (ص) : [بالولوع] وفي (ع) : [بالوقوع على أصولهم] ، وفي (م) : [بالوقوع على أصلهم] .

(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولا] .

(١٢) تقدم تخريج هذا الحديث من وجوه أخرى في المسألة (٢٤) ، راجع حديث أبي أيوب الأنصاري في =

وحديث سلمان : نهانا رسول الله ﷺ أن نجتزئ [١] بأقل من ثلاثة أحجار [٢] .

٤٥٩ - والجواب : أن الاستنجاء عبارة عما أزال النجو ، وهذا لا يوجد فيما لا يقع به الإنقاء ، فلم نسلم تناول [٣] الاسم له ، ووجب حمل الخبر على من لم ينقه ما دون الثلاث ، ولأنه ﷺ اقتصر للموضعين على ثلاث ، وهذا يدل على خلاف قولهم .

٤٦٠ - ولا يقال : إذا ثبت اعتبار الثلاث ثبت اعتبارها لكل سبيل ؛ لأنا نقول : إذا ثبت بالخبر جواز الاقتصار على ثلاث للموضعين ؛ ثبت أن العدد لا يعتبر .

٤٦١ - فإن قيل : ما معنى نهيه ﷺ عن الاقتصار على ما دون الثلاث .

٤٦٢ - قلنا : لأن ما دونها إذا وقع للسبيلين لم ينق [٤] في الغالب ، فكان استعماله عبثًا [٥] ، ولأن الخبر متروك [٦] الظاهر بالاتفاق ؛ لأن العدد عندهم لا يجب في الحجر ، وإنما يجب في المسحات [٧] ، وإذا ترك الظاهر لم يصح التعلق به .

٤٦٣ - قالوا : طهارة ورد الشرع فيها بعدد من جنس فوجب أن يكون العدد فيه شرطًا ، كالولوغ .

٤٦٤ - قلنا : لا نسلم في الأصل أن الشرع ورد بعدد من جنس ، بل من جنسين : التراب والماء ، وإذا سقط هذا الوصف انتقضت العلة بغسل دم الحيض ؛ لأن الشرع ورد فيه بالحَتّ ، والقَرص [٨] والغسل ليس [٩] بواجب ، ثم [١٠] لا نسلم وجوب العدد في الولوغ [١١] ، ولا معنى لاعتبار الاستنجاء برمي الجمار ؛ لأن العدد لما اعتبر هناك لم يجز بحجر واحد ، ولما جاز في مسألتنا بحجر ذى جوانب دل على أن العدد ليس معتبرا [١٢] .

* * *

= المعجم الكبير للطبراني (١٧٤/٤) ، الحديث (٤٠٥٥) .

(١) في (ن) : [يجتزئ] ، وفي (م) : [يستنجي] ، وفي (ع) : [نستنجي] .

(٢) تقدم تخريج حديث سلمان الفارسي في مسألة (٢٣) ، وأخرجه الترمذي في السنن باب الاستنجاء بالحجارة (٢٤/١) ، الحديث (١٦) ، والدارقطني في السنن باب الاستنجاء (٥٤/١) ، وابن حزم في المحلى بالآثار (١٠٩/١) .

(٣) في (ع) : [بتاول] .

(٤) في (ع) : [لم يتق] .

(٥) في (ن) : [غنيا] .

(٦) في (ن) : [منزول] .

(٧) في (م) ، (ع) : [المستحبات] .

(٨) في (م) ، (ع) : [بالجب والفرض] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وليس] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لأنا] .

(١١) في (م) : [الولوع] .

(١٢) في (ص) ، (م) : [ليس معتبر] ، وفي (ن) : [غير معتبر] .

مسألة ٢٦

يكره الاستنجاء بالعظم والروث ويقع بهما الإنقاء

٤٦٥ - قال أصحابنا : يكره الاستنجاء بالعظم والروث ، ويقع بهما الإنقاء[(١)] .

٤٦٦ - وقال الشافعي : عليه أن يعيد[(٢)] .

٤٦٧ - لنا : قوله ﷺ : « من استجمر فليوتر »[(٣)] وهذا عام في الحجر النجس والطاهر ؛ ولأن الإنقاء يقع بالعظم[(٤)] ؛ فصار كالحجر ، ولأن النهي عنه يلحق العبث فصار كالماء المغصوب .

٤٦٨ - احتجوا : بما روي [عن][(٥)] النبي ﷺ أنه نهى عن الاستنجاء بالعظم والروث[(٦)] [وروي][(٧)] أنه قال : « من استنجى بالعظم والروث فقد برئ من محمد »[(٨)] .

---

(١) قال الكاساني : ويكره بالروث وغيره من الأنجاس ، ويكره بالعظم ، فإن فعل ذلك يعتد به عندنا فيكون مقيمًا سنة ومرتكبا كراهة . (انظر : المسألة في بدائع الصنائع ١٨/١ ، الهداية مع فتح القدير في فصل الاستنجاء ٢٢٦/١ ، الاختيار لتعليل المختار باب الأنجاس وتطهيرها ٣٦/١ ، ٣٧ ، مجمع الأنهر فصل في الاستنجاء ٦٦/١ ، حاشية ابن عابدين في فصل الاستنجاء ٢٣٧/١) .

(٢) قال الشيرازي : وما ليس طاهر كالروث والحجر النجس ؛ لا يجوز الاستنجاء به ، فإن استنجى بذلك لزمه بعد ذلك أن يستنجي بالماء . (انظر : المهذب ٢٧/١ ، الأم باب في الاستنجاء ٢٢/١ ، مختصر المزني باب الاستطابة ص ٣ ، الوسيط الفصل الثالث فيما يستنجى به ٣٩٩/١ ، حلية العلماء باب الاستطابة ١٦٤/١ ، ١٦٥ . وانظر : الكافي لابن عبد البر باب الاستنجاء بالأحجار ١٦٠/١ ، بداية المجتهد الباب الرابع في الشيء الذي تزال به ٨٥/١ ، وفي الكافي لابن قدامة باب آداب التخلي ٥٣/١ ، المغني باب الاستطابة والحدث ١٥٧/١) .

(٣) تقدم تخريج هذا الحديث في المسألة (٢٤) ، وفي مسألة (٢٥) ، كما أخرجه ابن حبان في صحيحه في ذكر العلة التي من أجلها أمر بهذا الأمر (٥٠٧/٢) الحديث (١٤٢٥) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بالعلم] . (٥) ساقطة من (م) .

(٦) أخرجه مسلم في الصحيح باب الجهر بالقراءة في الصبح والقراءة على الجن (١٩٠/١) ، والترمذي في باب ما جاء في كراهية ما يستنجى به (٢٩/١) ، رقم الحديث (١٨) ، والنسائي في النهي عن الاستطابة بالعظم (٣٧/١ ، ٣٨) ، والدارقطني في باب الاستنجاء (٥٥/١ ، ٥٦) .

(٧) ساقطة من (ع) .

(٨) أخرجه أبو داود بنحوه ، باب ما ينهى عنه أن يستنجى به (١٧/١) .

٤٦٩ - والجواب : أن هذا يقتضي النهي ، وكذلك نقول ، فأما الإنقاء فلا يمتنع حصوله مع النهي ، كالماء المغصوب ، ولأنه بيّن أن النهي لحقّ الجن ، فلا يكون أعظم من النهي لحق الإنس [١] .

٤٧٠ - قالوا : إزالة نجاسة ، فلا يجوز [٢] بالنجاسة ، كالغسل بالماء النجس .

٤٧١ - قلنا : الغسل بالماء النجس يزيل النجاسة ويخلفها غيرها ، وفي مسألتنا : تخفيف النجاسة والعين يابسة ، فلا يخلفها غيرها .

٤٧٢ - قالوا : العظم صقيل [٣] وعليه دسومة في الغالب ؛ فلا ينقي النجاسة .

٤٧٣ - قلنا : الخلاف في العظم الذي ينقي [٤] ، فأما ما لا يحصل ذلك به فهو كالحجر الذي لا ينقي .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [الجن] .
(٢) في (ن) : [فلا تزول] .
(٣) شيء صقيل : أملس مصمت لا يخلل الماء أجزاءه ، كالحديد والنحاس . انظر لسان العرب (صقل) (٢٤٧٣/٤ ، ٢٤٧٤) ، والمصباح المنير (٣٢٥/١) .
(٤) في (ن) : [تبقي] .

مسألة ٢٧

حكم طهارة من نام في الصلاة

٤٧٤ - قال أصحابنا : إذا نام راكعًا أو ساجدًا أو قائمًا فلا وضوء عليه (١) .

٤٧٥ - وقال الشافعي : عليه الوضوء (٢) .

٤٧٦ - لنا : ما رواه أبو بكر بن أبي شيبة عن عبد السلام بن حرب (٣) ، عن يزيد بن أبي خالد الدالاني (٤) عن قتادة (٥) عن أبي العالية ، عن ابن عباس

(١) قال المرغناني : لا وضوء على من نام قائمًا أو قاعدًا أو راكبًا أو ساجدًا ، إنما الوضوء على من نام مضطجعًا . (انظر : الهداية مع فتح القدير ٤٩/١ ، بدائع الصنائع ٣٠/١ ، المبسوط ٧٨/١ ، حاشية ابن عابدين ٤٧/١) .

(٢) قال الشيرازي : أما النوم فينظر فيه : فإن وُجد وهو مضطجع أو مكب أو متكئ ؛ انتقض وضوءه ، وإن وجد وهو قاعد ومحل الحدث متمكن من الأرض ؛ فإن في البويطي ينتقض وضوءه . وهو اختيار المزني ، والمنصوص عليه في الكتب أن لا ينتقض وضوءه . (انظر : المهذب ٢٢/١ ، الأم ١٢/١ ، مختصر المزني ص ٤) . (وانظر : المدونة : الوضوء من النوم ٩/١ ، ١٠ ، بداية المجتهد ٣٦/١ ، ٣٧ ، الكافي لابن عبد البر ١٤٦/١ ، ١٤٧ ، الإفصاح ٧٨/١ ، المغني ١٣٤/١ ، ١٧٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [حارث] . وهو : عبد السلام بن حرب الملائي البصري الكوفي ، كان صاحب حديث وحفظ وعَمَّر دهرًا ، وقال عنه يعقوب بن أبي شيبة : ثقة ، في حديثه لين ، وكان عسرًا في الحديث ، ولد في حياة أنس بن مالك سنة إحدى وتسعين ، حدث عن : أيوب السختياني ، وعطاء بن السائب ، وإسحاق بن عبد الله ، وجماعة ، وحدث عنه : أبو بكر بن أبي شيبة ، وهناد بن السري ، والحسن بن عرفة ، وآخرون ، مات سنة سبع وثمانين ومائة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٥٧١/٧ ، تهذيب الكمال ٤٥٦/١١ ، رقم ٤٠٠٠) .

(٤) هو : أبو خالد الدالاني الأسدي الكوفي ، يقال : اسمه يزيد بن عبد الرحمن بن أبي سلامة ، وقيل له الدالاني لأنه كان ينزل على بني دالان ولم يكن منهم ، قال عثمان الدارمي عن يحيى بن معين : ليس به بأس ، وقال فيه أبو حاتم : صدوق ثقة ، وقال الحاكم : لا يتابع في بعض حديثه ، وقال ابن عدي : له أحاديث صالحة ، وفي حديثه لين إلا أنه مع لينه يكتب حديثه ، روى عن : إبراهيم بن عبد الرحمن السكسكي ، وقتادة ابن دعامة ، وأبي هند صاحب نافع ، وآخرين ، روى عنه : حفص بن غياث ، وزهير بن معاوية ، وعبد السلام ابن حرب ، وآخرون . (انظر : تهذيب الكمال ٢٧٣/٣٣ ، الجرح والتعديل ١١٦٧/٩ ، الكامل ٢٧٣٢/٧) .

(٥) هو : قتادة بن دعامة بن قتادة ، حافظ العصر ، قدوة المفسرين والمحدثين أبو الخطاب السدوسي ، وكان من أوعية العلم ، وممن يضرب به المثل في قوة الحفظ ، وقال يحيى بن معين : ولد قتادة سنة ستين ، وقال الإمام أحمد : مولد قتادة والأعمش واحد ، روى عن : عمران بن حصين ، وأبي هريرة ، مرسلًا ، وأبي حسان الأعرج ، وآخرين ، وروى عنه : أيوب السختياني ، وشعبة بن الحجاج ، ويزيد بن أبي إبراهيم ، وآخرون ، وتوفي قتادة سنة (١١٧ ، أو ١١٨ هـ) عن ست وخمسين سنة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٩٠/٦ ، ميزان الاعتدال ٣٨٥/٣ ، والجرح والتعديل ١٣٣/٤ ، ١٣٥ ، التاريخ الصغير ١٣٨/١) .

[عنهما] (١) قال : نام رسول الله ﷺ في صلاته حتى غط ، ثم مضى فيها ، ثم قال : « إذا نام الرجل راكعًا أو ساجدًا فلا وضوء عليه حتى يضطجع ، فإنه إذا اضطجع استرخت مفاصله » (٢) . واللفظ لأبي عروبة : الحسين بن محمد بن مودود .

٤٧٧ - قالوا : أبو العالية ضعيف (٣) ، لأن ابن سيرين (٤) قال : حدث عمن شئت (٥) إلا عن الحسن (٦) وأبي العالية (٧) ، فإنهما كانا (٨) لا يباليان عمن أخذا .

٤٧٨ - قلنا : [قال] (٩) الدارقطني : أجمع (١٠) أصحاب الحديث أن أبا العالية ثقة ، وكونه لا يبالي عمن أخذ ، يؤثر في مراسيله ، فأما إذا روى عن ابن عباس ، فقد زال الإبهام (١١) .

---

(١) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) أخرجه الترمذي بلفظ : نام وهو ساجد حتى غط أو نفخ ثم قام يصلي . السنن باب ما جاء في الوضوء من النوم (١١١/١) ، الحديث (٧٧) ، وأبو داود في السنن باب الوضوء من النوم (٥٦/١) ، والدارقطني أول باب ما روي فيمن نام قاعدًا وقائمًا ومضطجعًا ، وما يلزم من الطهارة في ذلك (١٥٩/١ ، ١٦٠) ، وأحمد (٢٥٦/١) ، رقم (٢٣١٥) ، والبيهقي في كتاب الطهارة باب ما ورد في نوم الساجد (١٢١/١) ، والطبراني في الكبير (١٢١/١٢ ، ١٢٢) الحديث (١٢٧٤٨) وابن أبي شيبة في باب من قال ليس على من نام ساجدًا أو قاعدًا وضوء (٢٢/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ضعف] .

(٤) ابن سيرين هو : محمد بن سيرين الأنصاري البصري ، ثقة ثبت ، كان كثير العلم ، كبير القدر وإمام وقته ، وسمع : ابن الزبير وعلقمة والربيع بن خُثَيْم ، وزيد بن ثابت ، مات في تاسع من شوال سنة عشرون ومائة . (انظر : الجرح والتعديل ٢٨٠/٧ ، التاريخ الصغير ٢٩٦/١ ، البداية والنهاية ٢٦٧/٩) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [حديث عمر سبب] .

(٦) الحسن هو : الحسن بن يسار البصري تابعي ثقة صاحب سنة ، وفقيه فاضل مشهور . روى عن أنس بن مالك وابن عمر وأبي برزة ، وروى عنه الشعبي ويونس بن عبيد الله وشعبة ، وكان يرسل كثيرًا ويدلس ، مات رحمه الله في رجب سنة عشر ومائة قبل ابن سيرين بمائة يوم . (انظر : الجرح والتعديل ٤٠/٣ - ٢٤ ، تاريخ الثقات ص ١١٣ ، التاريخ الصغير ٢٨٠/١ ، ٣٠٦ البداية والنهاية ٢٦٦/٩) .

(٧) أبو العالية هو : زياد بن فيروز البراء البصري ، تابعي ثقة ، وفي اسمه أقوال ، قيل اسمه : كلثوم ، وقيل : أدينة ، وقيل : ابن أدينة ، سئل أبو زرعة عن أبي العالية البراء فقال : اسمه زياد بن فيروز . بصري ثقة ، روى عن : ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وعبد الله بن الصامت ، وروى عنه الأحول وغيره . مات في شوال سنة تسعين . (انظر : الجرح والتعديل ٥٤١/٣ ، تاريخ الثقات صـ٥٠٣ ، مشاهير علماء الأمصار ص١٥٣) .

(٨) في (ص) : [كان] .

(٩) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أجمع أن] .

(١١) في (ن) : [الإبهام] .

٤٧٩ - قالوا : قتادة مدلس .

٤٨٠ - قلنا : التدليس لا يقدح في الرواية ؛ لأنه إرسال ، وذلك لا يمنع من الخبر ، وقد ذكره [١] سفيان بن عيينة [٢] ، والثوري [٣] وكبار [٤] أصحاب الحديث .

٤٨١ - قالوا : قال شعبة [٥] : لم يسمع قتادة من أبي العالية إلا ثلاثة أحاديث ليس هذا منها [٦] .

٤٨٢ - قلنا : قد ذكر علي بن المديني أنه لم يسمع إلا أربعة [٧] ، فإذا خفي على شعبة ما عرفه ابن المديني ، جاز أن [٨] يخفى عليهما الخامس ، ألا ترى [٩] : أنهما لم يرويا العدد عن قتادة ، وإنما أخبرا بذلك عن سماعهما ، ويجوز أن يسمع غيرهما ما لم يسمعاه .

---

(١) في (م) ، (ع) ، (ن) : [ذكر] .
(٢) هو : أبو محمد سفيان بن عيينة بن أبي عمران ميمون الهلالي ، الكوفي المكي ، تابعي ثقة ، حافظ ، فقيه ، إمام حجة ، ثبت في الحديث ، روى عن الزهري ، وعمرو بن دينار . روى عنه ابن المبارك وأبو معاوية الضرير وأبو نعيم . مات رَحِمَهُ الله يوم السبت آخر يوم من جمادى الآخرة سنة ثماني وتسعين ومائة عن إحدى وتسعين سنة . (انظر : علل الحديث ومعرفة الرجال ص ٢٧ ، ٢٨ ، الجرح والتعديل ٢٢٥/٤ - ٢٢٧) .
(٣) هو أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق بن ربيع الثوري الكوفي ، أمير المؤمنين في الحديث . تابع تابعي ثقة حافظ ، إمام حجة ، قال العجلي : وكان ثقة ثبتًا في الحديث ، زاهدًا فقيهًا صاحب سنة واتباع ، روى عن عمرو بن مرة ، وسلمة بن كهيل ، وأبي صخرة ، وروى عنه ابن جريج وشعبة وابن عيينة وغيرهم ، مات رَحِمَهُ الله بالبصرة في شعبان سنة إحدى وستين ومائة ، عن أربع وستين سنة ، ودفن بالبصرة في مقبرة بني كليب . (انظر : الجرح والتعديل ٢٢٢/٤ - ٢٢٥ ، تاريخ الثقات ص ١٩٠ ، ١٩٣) .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وكتاب] .
(٥) هو : شعبة بن الحجاج بن الورد أبو بسطام العتكي مولاهم الواسطي ، تابع تابعي ، ثقة حافظ ، متقن . في التقريب : كان سفيان الثوري يقول : كان شعبة أمير المؤمنين في الحديث ، وهو أول من فتش بالعراق عن الرجال وذب عن السنة ، قال ابن سعد : كان ثقه مأمونا ثابتًا صاحب حديث حجة ، وكان شعبة أكبر من الثوري بعشرين سنة ، روى عن الحسن البصري وسعيد المقبري وعاصم بن عمرو وغيرهم ، روى عنه الثوري ومحمد بن إسحاق وإبراهيم بن سعد ، مات - رَحِمَهُ الله - بالبصرة في أول سنة ستين ومائة عن خمس وسبعين سنة. (انظر : الجرح والتعديل ٣٦٩/٤ ، ٣٧٠ ، التاريخ الصغير ١٢٥/٢) .
(٦) قال الزيلعي : ذكر أبو داود أن قتادة لم يسمع هذا الحديث من أبي العالية مع أنه قال في كتاب السنة في حديث : « لا ينبغي لعبد أن يقول أنا خير من يونس بن متى » : إن قتادة لم يسمع من أبي العالية إلا ثلاثة أحاديث ، وقال في كتاب الطهارة باب في الوضوء من النوم (٥٦/١) ، قال شعبة : إنما سمع من أبي العالية أربعة أحاديث .
(٧) في (ص) ، (م) ، (ن) : [أربع] . (٨) في (ع) : [أنه] .
(٩) في (ص) : [ألا يرى] .

٤٨٣ - قالوا : طعن أبو داود على هذا الحديث .

٤٨٤ - قلنا : ذكره ابن أبي شيبة وابن شجاع [(١)] ولم يطعنا عليه ، وذكره أحمد [(٢)] ولم يطعن عليه أكثر من حرف [واحد] [(٣)] ، وقالوا : إنه غير محفوظ ، فأما أبو داود فلم يعترض [(٤)] على الراوي ، وإنما قال : قوله : « فإنه إذا اضطجع استرخت مفاصله » زاده هناد [(٥)] وعثمان بن أبي شيبة [(٦)] ، ولم يقله يحيى بن معين ، قال : وقوله : « الوضوء [على من نام] [(٧)] مضطجعًا » منكر لم يروه إلا يزيد الدالاني ، وروى أوله جماعة [(٨)] . فجعل انفراد الواحد به [من بين] [(٩)] مشاهير أصحاب قتادة طعنًا ، وهذا لا يقدح في الخبر عند الفقهاء ؛ لجواز أن [ينفرد الواحد بما لم يسمعه غيره .

٤٨٥ - قالوا : التعليل يناقض الخبر] [(١٠)] ؛ لأنه قال : « لا وضوء على من نام قائمًا » ، ثم قال / : « فإنه إذا اضطجع استرخت مفاصله » ، والاسترخاء موجود في ٦/ب

---

(١) في (م) : [شجاع] ، هو : الحسن بن شجاع ابن رجاء الحافظ الناقد الإمام المحقق أبو علي البلخي ، أحد الأعلام ، له معرفة واسعة ورحلة شاسعة . لقي مكي بن إبراهيم وطبقته ببلخ ، ولحق عبيد الله بن موسى ، وأبا نعيم ، وأبا مسهر الغساني ، وابن أبي مريم ، ويحيى بن يحيى ، وعلي بن المديني ، وابن راهوية وطبقتهم ، روى عنه البخاري في الترمذي ، وأبو زرعة الرازي ، وأحمد بن علي الأبار وآخرون . مات رحمه الله وله تسع وأربعون سنة في حوالي سنة أربعين ومائتين . (انظر : سير أعلام النبلاء ١٢/١٩٠ ، ومعجم البلدان ١/٤٨٠) .

(٢) هو : الإمام أحمد بن حنبل بن هلال أبو عبد الله الشيباني المروزي البغدادي ، صاحب المذهب . فقيه حافظ ، حجة ثقة ، قال العجلي : ثبت في الحديث ، نزه النفس ، فقيه في الحديث ، متبع يتبع الآثار ، صاحب سنة خير . توفي أبو عبد الله يوم الجمعة في الثاني عشر من ربيع الأول سنة إحدى وأربعين ومائتين وله من العمر سبع وسبعون سنة . (انظر : تاريخ الثقات ص ٤٩ ، الجرح والتعديل ٢/٦٨ - ٧٠) .

(٣) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) في (ص) : [يتعرض] ، وفي (م) ، [يعرض] .

(٥) في (م) : [هاد] وفي (ع) : [هو] .

(٦) هو : عثمان بن محمد بن إبراهيم العبسي الكوفي ، المعروف بابن أبي شيبة ، أبو الحسن . محدث حافظ فقيه مفسر ، ولد سنة ١٥٠ هـ ، رحل إلى مكة والري ثم نزل بغداد ، حدث عن : جرير بن عبد الحميد وسفيان بن عيينة ، وعبد الله بن المبارك . وحدث عنه : البخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه ، توفي في سنة ٢٣٩هـ ، ببغداد ، من تصانيفه : المسند في الحديث ، والسنن في الفقه ، وتفسير القرآن ، وكتاب العين . (انظر : معجم المؤلفين ٢/٣٨٦ ، سير أعلام النبلاء ٩/٤١٦) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) ذكر المصنف نص أبو داود مختصرًا وبالتقديم والتأخير . راجعه في سننه .

(٩) في (م) ، (ع) : [مرتين] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

القائم ، فاقتضت العلة إيجاب الوضوء عليه .

٤٨٦ - قلنا : لا يجوز حمل كلامه عليه الصلاة والسلام على المناقضة مع إمكان حمله على الصحة ، فكأنه قال : إذا اضطجع استرخت [١] مفاصله غاية الاسترخاء ، والقائم - وإن استرخت مفاصله - لم تبلغ [٢] الغاية ؛ لأنه لو بلغها سقط ، ولأنه نام في حال من أحوال الصلاة من غير عذر ، كالقاعد ، ويريد بالقاعد المتورك حتى يسلموه [٣] ، وهذه حالة مسنونة عندنا في المرأة إذا قعدت ، والمتنفل .

٤٨٧ - قالوا : المعنى في الأصل أنه متمكن [٤] من الأرض ؛ فلا يخرج منه الحدث ، والقائم بخلافه .

٤٨٨ - قلنا : علة الأصل [تبطل بمن اضطجع] [٥] على السبيل [٦] ما يمنع خروج الخارج ، إن الوضوء واجب مع عدم الإمكان ، وعلة الفرع لا تصح [٧] ؛ لأنه وإن كان غير متمكن من الأرض فهو غير متناهي الغفلة ؛ ولهذا يتماسك قائمًا ، فلو كان منه شيء لأحس به [٨] .

٤٨٩ - قالوا : المعنى في القاعد أنه ينتظر الصلاة ، فإذا طال انتظاره لم يحترز [٩] من النوم غالبًا ، فخفف عنه الوضوء ، وهذا لا يوجد في غيره .

٤٩٠ - قلنا : والغالب فيمن يكثر الصلاة ليلًا أن النوم يغلب عليه فيها ، فيجب [١٠] أن يخفف عنه الوضوء ، كما خفف عن المنتظر ، ولأن كل ما لا يكون حدثًا في حق رسول الله ﷺ لا يكون حدثًا في حق [١١] غيره ، كالنعاس والكلام ، فإن سلموا الوصف ، وإلا دللنا عليه بحديث ابن عباس [رضي الله عنهما] [١٢] : أن النبي ﷺ نام في سجوده [١٣] حتى غط ونفخ ، ثم قام فصلى [١٤] .

٤٩١ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ ﴾ [١٥] قال

---

(١) في (م) ، (ع) : [واسترخت] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لم يبلغ] .
(٣) في (ع) : [يلمده] .
(٤) في (ن) ، (ع) : [يتمكن] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يبطل اضطجع] .
(٦) في (ع) : [السيل] .
(٧) في (م) ، (ع) : [لا يصح] .
(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٩) في (م) ، (ع) : [لم يختر] .
(١٠) في (م) : [فيحب] .
(١١) ساقطة من (م) ، (ع) .
(١٢) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(١٣) في (م) ، (ع) : [سجود] .
(١٤) في (ص) : [فصل] .
(١٥) سورة المائدة : الآية ٦ .

المفسرون : إذا قمتم من النوم .

٤٩٢ - والجواب : أنه قيل في التفسير : إذا قمتم مُحْدِثِينَ [١] ، فتعارضا ، ولو ثبت ما قالوه كان إطلاق القيام من النوم يقتضي نوم المضطجع [٢] ، ألا ترى أنه لا يقال لمن نام قائما : [هذا قام] [٣] من نومه ؟

٤٩٣ - و [٤] احتجوا : بحديث صفوان ﷺ [٥] قال : أمرنا رسول الله ﷺ أن لا ننزع [٦] خفافنا ثلاثة أيام ، إلا [٧] من جنابة ، لكن من غائط أو بول أو نوم [٨] .

٤٩٤ - والجواب : أن إطلاق النوم لا يتناول ما اختلفنا فيه ، ومن حكم اللفظ أن [٩] يحمل على إطلاقه .

٤٩٥ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « العينان وكاء السه [١٠] ، فمن نام فليتوضأ » [١١] .

٤٩٦ - والجواب : أن النبي ﷺ بين [أن المعنى الموجب للوضوء] [١٢] ما لا

---

(١) قال السدي وزيد بن أسلم : معنى الآية : إذا قمتم إلى الصلاة من النوم ، وفي ذلك نزلت الآية ، وقال القرطبي : والقصد بهذا التأويل أن يعم الأحداث بالذكر ، ولا سيما النوم الذي هو مختلف فيه : هل حدث من نفسه أم لا . راجع أحكام القرآن للجصاص باب الطهارة (٣٣١/٢ ، ٣٥٨) ، وفي أحكام القرآن لابن العربي سورة المائدة الآية السادسة ، المسألة الخامسة (٥٥٩/٢) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٨٢/٦) .

(٢) في (ع) : [المضجع] .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) هو : صفوان بن عسال ، من بني الربض بن زهر بن عامر ، سكن الكوفة ، غزا مع النبي ﷺ ثنتي عشرة غزوة ، وروى عنه : عبد الله بن مسعود ، وزيد بن حبيش ، وغيرهما . انظر : أسد الغابة (٢٧/٣) .

(٦) في (م) : [ينزع] .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لا] .

(٨) أخرجه الترمذي في السنن في باب المسح على الخفين للمسافر والمقيم (٤٥٩/١) الحديث (٩٦) ، والنسائي في السنن باب المسح على الخفين للمسافر (٨٣/١ ، ٨٤) ، وابن ماجه في السنن باب الوجوب من النوم (١٦١/١) ، الشافعي في الأم باب وقت المسح على الخفين (٣٤/١ ، ٣٥) ، في جماع أبواب المسح على الخفين باب (١٤٧ ، ٩٧/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب التوقيت في المسح على الخفين (٢٧٦/١) .

(٩) في (ع) : [أنه] .

(١٠) في (م) : [السنة] .

(١١) أخرجه أبو داود في آخر باب الوضوء من النوم (٥٧/١) ، وابن ماجه باب الوضوء من النوم ، الحديث (٤٧٧) والدارقطني في آخر باب ما روي فيمن نام قاعدًا أو قائمًا أو مضطجعًا وما يلزم من الطهارة في ذلك (١٦١/١) ، والبيهقي في الكبرى باب الوضوء من النوم (١١٨/١) .

(١٢) في (م) : [الموجب المعنى للوضوء] ، وفي (ع) : [المعنى الموجب للوضوء] بدون [أن] .

يخلو [١] منه النائم ، فوجب اعتبار الحالة التي يغلب فيها هذا المعنى ، وقوله : « فمن نام فليتوضأ » يقتضي ما يطلق اسم النوم عليه .

٤٩٧ - قالوا [٢] : نام زائلًا [غير مستو جلوسه] [٣] ، كالمضطجع .

٤٩٨ - قلنا : النبي ﷺ [علل للمضطجع] [٤] بعلة ، وهي استرخاء المفاصل ، وهو أعلم بأوصاف الأصل ؛ فلم يجب تعليله بغير علته ، لا سيما إذا خالفها [٥] .

٤٩٩ - قالوا : فَعِلَّتنا [٦] توافق تعليله ، لأن زواله عن مستوى جلوسه يكون مع الاسترخاء ، وتمكنه يكون [٧] مع عدمه .

٥٠٠ - قلنا : النبي ﷺ جعل العلة الاسترخاء ، فمن اعتبر زواله عن مستوى جلوسه فقد جعل الاسترخاء سببا ، ومن جعل علته سببًا للحكم فقد خالفها ، ولأن المعنى في المضطجع أنه يوجد منه غاية الاسترخاء ، وهذا المعنى لا يوجد في القائم .

٥٠١ - قالوا : النوم ليس بحدث ، وإنما الحدث ما لا يخلو [٨] منه النائم ، ومعلوم أن تماسك المضطجع أشد من تماسك الراكع ؛ لاجتماع موضع الحدث في حال الاضطجاع ، وانفراجه في حال الركوع .

٥٠٢ - قلنا : لم يسقط الوضوء لعذر خروج [٩] الحدث في الركوع ، وإنما أسقطناه لبقية التماسك والإحساس ، ألا ترى أن التماسك لو زال لسقط ؟ وهذا لا تعلق له بإمكان [١٠] خروج الحدث .

٥٠٣ - قالوا : نقض الوضوء عند الاضطجاع نقضه عند القيام ، كسائر الأحداث .

٥٠٤ - قلنا : نقابله بمثله ، فنقول : ما لم ينقض الوضوء في حال القعود لم ينقضه في حال القيام ، كالنعاس ، ثم إنا نقول بموجب علتهم ؛ لأن ما أوجب الوضوء حال الاضطجاع ليس هو النوم ، وإنما هو خروج خارج منه ، وهذا إذا وجد حال القيام

---

(١) في (ص) : [نخ] .
(٢) في (ن) ، (م) ، (ع) : [قلنا قالوا] .
(٣) في (ص) ، (ن) : [غير مستوى جلوسه] .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [على المضطجع] .
(٥) في (ص) ، (ن) : [خالفتها] .
(٦) في (م) ، (ع) : [فعلينا] .
(٧) في (م) : [ويمكنه يكون] ، وفي (ع) : [وتمكنه بكونه] ، وفي (ص) سقطت [يكون] .
(٨) في (ص) : [نخ] .
(٩) في (ع) : [خرج] .
(١٠) في (ع) : [بإمكانه] .

يقتضي الوضوء ، وترجح ما ذكرناه بأن خبرنا [١] نص في موضع الخلاف وتفصيل [٢] الأحوال الموجبة للوضوء والمسقطة [٣] ، وخبرهم عموم اتفق على تخصيصه في القاعد [٤] وغيره ، ولأن [٥] في خبرنا الحكم والتعليل ، وفي خبرهم الحكم بمجرده ، ولأن خبرنا قضاء على عموم خبرهم في القعود ، فيقضي عليه [٦] في بقية الأحوال ، وما ذكرناه [٧] من القياس يشهد له العلة المنصوصة عليها ، فهو أولى من العلة المستخرجة .

* * *

(١) في (ع) : [بأنه خبر] . (٢) في (ن) : [وتفصل] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [والسقطة] . (٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [القاعدة] .
(٥) في (ع) : [ولأنه] .
(٦) في (ص) : [علته] ، وفي (ع) : [عليهم] ، وما أثبتناه من (م) ، (ن) .
(٧) في (م) ، (ع) : [وما ذكرنا] .

مسألة ٢٨

لمس الرجل للمرأة

٥٠٥ – قال أصحابنا : لمس الرجل للمرأة لا يجب فيه الوضوء [١] .

٥٠٦ – خلافًا للشافعي [٢] .

٥٠٧ – لما رواه الثوري عن أبي روق [٣] عن إبراهيم التيمي [٤] عن عائشة رضي الله عنها : أن النبي ﷺ قبلها ولم يتوضأ [٥] .

٥٠٨ – وقولهم : إبراهيم التيمي لم يلق عائشة – لا يؤثر ؛ لأن المرسل [٦] والمتصل [٧]

---

(١) قال الكاساني : ولو لمس امرأته بشهوة أو بغير شهوة ، فرجها أو سائر أعضائها ، من غير حائل ولم ينشر لها ، لا ينتقض وضوءه . (انظر : بدائع الصنائع ٣٠/١ ، أحكام القرآن للجصاص ٣٦٩/٢ ، ٣٧٠ ، مجمع الأنهر ٢١/١) .

(٢) قال الشيرازي : والأحداث التي تنقض الوضوء خمسة : الخارج من السبيلين ، والنوم ، والغفلة على العقل بغير نوم ، ولمس النساء ، ومس الفرج . (انظر : المهذب ٢١/١ ، مغني المحتاج ٣٤/١ الأم ١٥/١ ، ١٦ ، فتح العزيز ذيل المجموع ٢٩/٢ – ٣٥) . (وانظر : الرسالة الفقهية ص ٨٤ ، الكافي لابن عبد البر ١٤٨/١ ، ١٤٩ ، الكافي لابن قدامة ٤٦/١ ، المغني ١٩٢/١ ، ١٩٣) .

(٣) في (ن) : [رزين] . وأبو روق هو : عطية بن الحارث ، الهمداني الكوفي ، قال عبد الله بن أحمد بن حنبل عن أبيه : ليس به بأس ، وقال أبو حاتم : صدوق ، روى عن : إبراهيم التيمي ، وأنس بن مالك ، وعكرمة مولى ابن عباس ، وآخرين ، روى عنه : سفيان الثوري ، ونوح بن دراج ، وشريك النخعي ، وآخرون . (انظر : تهذيب الكمال ١٤٣/٢٠ ، طبقات ابن سعد ٣٦٩/٦) .

(٤) هو : إبراهيم بن يزيد بن شريك التيمي ، من تيم الرباب ، أبو أسماء الكوفي ، كان من العباد ، قال إسحاق بن منصور عن يحيى بن معين : ثقة ، وقال أبو زرعة : ثقة مرجئ قتله الحجاج بن يوسف ، روى عن : أنس بن مالك ، وعمرو بن ميمون الأودي ، وعائشة –أم المؤمنين– مرسلًا ، روى عنه : أبو بشر بيان بن بشر الأحمس ، وسفيان الثوري وآخرون ، قال أبو داود : مات ولم يبلغ أربعين سنة ، وقال غيره : مات سنة اثنتين وتسعين . (انظر : تهذيب الكمال ٣٢٣/٢ ، الطبقات ٢٨٥/٦) .

(٥) أخرجه أبو داود من هذا الطريق بهذا اللفظ في السنن في باب الوضوء من القبلة (٥٠/١) ، والترمذي في السنن باب ما جاء في ترك الوضوء من القبلة (١٣٨/١) ، النسائي في السنن في ترك الوضوء من القبلة (١٠٤/١) ، وأحمد في المسند (٢١٠/٢) .

(٦) المرسل هو : ما رواه التابعي عن النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير ، وهو ما سقط منه الصحابي ، واحتج به أبو حنيفة ومالك وأحمد في المشهور ، والشافعي بشروط . راجع مقدمة ابن الصلاح في صلب التقييد والإيضاح ص ٧٠ – ٧٥ .

(٧) المتصل : ما اتصل سنده مرفوعًا كان أو موقوفًا . قال ابن الصلاح : ومطلقه يقع على المرفوع والموقوف ، =

عندنا سواء ، وقد روي في بعض الأخبار : إبراهيم التيمي عن أبيه عن عائشة [١] . وهذا الخبر رواه يحيى بن سعيد القطان [٢] ، ومراسيله أصح من مسانيد غيره ؛ لتشدده [٣] في الرواية . وقد طرق هذا الخبر من وجوه كثيرة [٤] ، وإنما تقدم [٥] الطعن في خبر روي من طريق واحد ، وروى عبد الملك بن محمد [٦] عن هشام بن عروة [٧] عن أبيه عن عائشة : أن النبي ﷺ قبل وهو صائم ، وقال : « إن القبلة لا تنقض الوضوء ولا تفطر [٨] الصائم ، يا حميراء إن في ديننا لسعة » [٩] .

٥٠٩ - ولا يقال إنه قبلها من وراء حائل ؛ لأن إطلاق القبلة يقتضي ما وقع من غير حائل ، ولأن الخبر الثاني عام فيعتبر عمومه ، ولأنه مس لو حصل بين الرجلين لم يوجب الوضوء ، فكذلك [١٠] بين الرجل والمرأة ، كمس الشعر والمس من وراء الحائل ،

= وهو الذي اتصل إسناده ، فكأن كل واحد من رواته قد سمعه ممن فوقه حتى ينتهي إلى منتهاه . راجع مقدمة ابن الصلاح في صلب التقييد والإيضاح ص (٦٥) .

(١) أخرجه الدارقطني (١٤١/١ ، ١٤٢) ، الحديث (٢٤) . قال الزيلعي بعد أن ذكر كلام الدارقطني : معاوية هذا أخرج له مسلم في صحيحه . وأخرج له الحاكم في المستدرك وقال أحمد : ليس به بأس .

(٢) هو : يحيى بن سعيد بن فروخ القطان ، أبو سعيد الأحول التميمي البصري ، حافظ ثقة ، روى عن : شعبة وسليمان التيمي وهشام بن عروة وعطاء بن السائب والأعمش وآخرين ، روى عنه الوليد ومسدد وأحمد بن حنبل وغيرهم ، قال البستي : كان من سادات أهل البصرة وقرائهم ، ممن مهد لأهل الحديث طرق الأخبار ، وحثهم على تتبع العلل والآثار ، مات رحمه الله بالبصرة في صفر سنة ثمان وتسعين ومائة ، عن ثمان وسبعين سنة . (انظر : تاريخ الثقات ص ٤٧٢ ، التاريخ الصغير ٢٥٨/٢ ، الجرح والتعديل ١٥٠/٩ ، ١٥١) .

(٣) في (م) : [ليشدده] .

(٤) قال الزيلعي : حديث عائشة اختلفت طرقه اختلافًا كثيرًا ، وأما ألفاظه فإنها وإن اختلفت فإنها ترجع إلى معنى واحد . راجع نصب الراية أحاديث مس المرأة (٧١/١ - ٧٥) ، والهداية في تخريج أحاديث بداية المجتهد (٣٥٣/١ - ٣٥٩) ، الحديث (٥٧) .

(٥) في (ن) : [يقدم] .

(٦) قال في اللسان (٦٨/٤) : وعنه : بقية ، قال الدارقطني : عبد الملك بن محمد ضعيف .

(٧) هو : هشام بن عروة بن الزبير بن العوام ، الإمام الثقة شيخ الإسلام ، أبو المنذر القرشي ، كان مولده في سنة ٦١ هـ ، وقال ابن سعد : كان ثقة ثبتًا كثير الحديث ، حجة ، روى عن : عروة بن الزبير ، وعمرو بن شعيب ، ومحمد بن المنكدر ، وآخرين ، روى عنه : الحارث بن عمران ، وعبد الملك بن جريج ، ومحمد بن عجلان ، وآخرون ، توفي ببغداد سنة ١٤٦ هـ ، وقيل غير ذلك . (انظر : سير أعلام النبلاء ٢٧٧/٦ ، طبقات ابن سعد ٢٣٣/٧ ، تهذيب الكمال ٢٣٢/٣٠) .

(٨) في (م) ، (ع) : [لا ينقض الوضوء ولا يفطر] .

(٩) الحديث أخرجه إسحاق بن راهوية في مسنده عن بقية عن عبد الملك بن محمد ، به . وقال بعده : أخشى أن يكون غلط (١٧٢/٢) .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وكذلك] .

وعكسه الوطء ، ولأنه لمس لو وقع مع الحائل لم يوجب الوضوء ، فكذلك [١] مع عدمه ، كمس الرجل للرجل .

٥١٠ - ولا يقال : إن المباشرة الفاحشة توجب الوضوء من الرجل والمرأة ولا توجب بين الرجلين ؛ لأنا لا نعرف الرواية في هذا ، فيجوز أن يسوى بينهما .

٥١١ - ولا يقال : الرجل [ليس] [٢] بمحل للشهوة ، والمرأة تشتهى ؛ لأن الشهوة غير معتبرة عند مخالفنا في إيجاب الوضوء ، فلا معنى للفرق بها ، ولأن كل لمس لا يوجب الغسل لا يوجب الوضوء ، كلمس المرأة المرأة ، ولا يلزم المباشرة الفاحشة ؛ لأن الوضوء لا يجب بالمس [٣] ، وإنما يجب بخروج البلة الغالبة [٤] ، ولأن كل مس لا ينقض طهارة الملموس لا ينقض طهارة اللامس ، كالمس [٥] من وراء الثوب ؛ فإن سلموا الوصف ، وإلا دللنا عليه بما روي عن عائشة [رضي الله عنها] [٦] أنها قالت : فقدت رسول الله ﷺ ذات ليلة ، فطلبته في البيت ، فوقعت يدي على أَخْمَصِ [٧] قدمه وهو ساجد يقول : « أعوذ برضاك من سخطك » ومضى على صلاته [٨] .

٥١٢ - احتجوا [٩] بقوله تعالى : ﴿ أَوْ لَمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ ﴾ [١٠] ، قال : وحقيقة اللمس ما وقع باليد ، ولهذا نهى النبي ﷺ عن بيع الملامسة [١١] قال [١٢]

---

(١) في (ن) : [وكذلك] .
(٢) مكرر في (م) .
(٣) في (م) ، (ع) : [باللمس] .
(٤) في (ع) : [البلية العالية] .
(٥) في (ع) : [كاللامس] .
(٦) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٧) في (ن) ، (ع) : [أخمصة] .
الأخمص : هو ما دخل من باطن القدم فلم يلمس الأرض . لسان العرب (خمص) (١٢٦٧/٣) ، مختار الصحاح (خمص) ص (١٩٠) .
(٨) مسلم كتاب الصلاة باب ما يقال في الركوع والسجود (٢٠٢/١) ، والنسائي كتاب الطهارة باب ترك الوضوء من مس امرأته من غير شهوة (١٠٢/١) ، والبيهقي في باب ما جاء في الملموس (١٢٧/١) ، الترمذي كتاب الدعوات (٧٦ ، ٥٢٤/٥) ، الحديث (٣٤٩٣) ، والطبراني في المعجم الصغير ص (١٧١) .
(٩) في (ع) : [واحتجوا] ، [آل بدون ألف صغيرة لمستم] .
(١٠) سورة النساء : الآية ٤٣ ، سورة المائدة : الآية ٦ في النسخ كلها [لامستم] بالألف والصواب المحتج به بهذا المذهب قراءة [لمستم] بغير ألف ، وهو الظاهر من السياق بعد ، حيث قال : وحقيقية اللمس .
(١١) البخاري كتاب البيوع باب بيع الملامسة وباب بيع المنابذة (١٧/٢) ، ومسلم في أول كتاب البيوع باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة (٦٥٧/١ ، ٦٥٨) .
(١٢) في (م) : [وقال] .

الشاعر :

وألَمَسْتُ كَفِّي كَفَّه [١] أَطْلُبُ [٢] الغِنَى ولَم أدرِ أَنَّ الجُودَ مِنْ كَفه يَعدِي [٣]

٥١٣ - والجواب : أن الآية قرئت بقراءتين : ﴿ أَوْ لَـٰمَسْتُمُ ﴾ ، وهذه [٤] حقيقة في الجماع ؛ لأنه مفاعلة ، والجماع هو [٥] الذي يختص بفعل الاثنين ، والقراءة الأخرى [تحتمل اللمس باليد ، وتحتمل] [٦] اللمس بالجماع [٧] .

٥١٤ - قال ابن عباس : إن اللّه تعالى كنى باللمس [٨] عن الجماع ، والقراءتان [٩] ليستا كالآيتين ؛ فوجب حمل ما يحتمل منهما على ما لا يحتمل [١٠] ، ولأنه لا يجوز حمل الآية عليهما [١١] ؛ لأنه خلاف الإجماع . ألا ترى : أن عليا ، وابن عباس ﷺ حملاهما [١٢] على الجماع ، وعمر وعمار [١٣] حملاهما [١٤] على المس باليد خلاف إجماعهم .

٥١٥ - ولا يقال : إن عمر حملها عليهما ، وقال : قَبّل الرجل امرأته ومسها بيده من الملامسة ؛ لأن (مِنْ) قد تكون [١٥] للتبيين ، وقد ثبت أنها [١٦] للتبعيض ، كان

---

(١) في (م) : [كفة] . (٢) في (ن) : [طلب] .

(٣) قال النووي : وأنشد الشافعي وأصحابه وأهل اللغة في هذا قول الشاعر ... المجموع في فرع مذاهب العلماء في اللمس (٣١/١) ، الأم (١٦/١) . (٤) في (ع) : [فهذه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وهو] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يحتمل اللمس عن الجماع باليد ويحتمل] .

(٧) قال القرطبي في أحكام القرآن في الحلف : فدل على أن قوله تعالى : ﴿ أَوْ لَـٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ بمعنى أو جامعتم النساء ، فيكون حقيقة الجماع إذا صح ذلك ، وكانت قراءة من قرأ ﴿ أَوْ لَـٰمَسْتُمُ ﴾ يحتمل اللمس باليد ويحتمل الجماع وجب أن يكون ذلك محمولًا على ما لا يحتمل إلا معنى واحد ؛ لأن ما لا يحتمل إلا معنى واحدًا في المحكم ، وما يحتمل معنيين فهو المتشابه. انظر . أحكام القرآن (٣٧٢/٢) .

(٨) في (ن) : [بالمس] . (٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [والقراءتين] .

(١٠) راجع أحكام القرآن لابن العربي (٤٤٤/١) .

(١١) في (م) ، (ع) : [عليها] . (١٢) في (ع) : [حملاها] .

(١٣) هو : عمار بن ياسر بن عامر المذحجي العنسي ، أبو اليقظان ، وهو من السابقين الأولين إلى الإسلام ، وهو حليف بني مخزوم ، وكان إسلام عمار بعد بضعة وثلاثين ، وكان ممن عذب في سبيل اللّه ، في المسند له اثنان وستون حديثًا ، منها في الصحيحين خمسة . قال أبو عاصم : عاش عمار ثلاثًا وتسعين سنة ، وكان لا يركب على سرج ، وهو يركب راحلته ، روى عنه : علي ، وابن عباس ، وأبو موسى الأشعري ، وآخرون ، توفي ﷺ سنة ٣٧هـ. انظر : أسد الغابة ١٢٩/٤ ، سير أعلام النبلاء ٢٥٣/٣ .

(١٤) في (ع) : [حملاها] . (١٥) في (م) ، (ع) : [يكون] .

(١٦) في (ع) : [قلت إنها] .

هاهنا مس غير [1] النوعين ، وهو المعانقة ، والمس سائر البدن [2] ، ولأن الآية صريحة [3] في المس باليد كناية عن الجماع ، واللفظ الواحد عندنا ما لا يحتمل الصريح والكناية ، فلم يبق إلا حملها على أحدهما ، فكان حملها على الجماع أولى ؛ موافقة للقراءة الأخرى ، ولأن ابن عباس قال : إن اللّٰه تعالى يكني بالحسن عن القبيح ، وإنه كنى بالمس عن الجماع ، والإخبار عما أراد اللّٰه تعالى لا يعلم إلا بالتوقيف [4] ، فكأنه رواية عن النبي ﷺ ، ولأن من قال من الصحابة : إن الجنب يتيمم ، حمل الآية على الجماع ، ومن قال : لا يجوز التيمم ، حمل الآية على المس باليد ، فمن حمل الآية عليهما ؛ فقد خالف إجماعهم ، ولأن اللّٰه تعالى بين عند وجود الماء الطهارة الصغرى والكبرى ، ولم يفصل بيان أنواع الحدث ، والظاهر أنه لما بين عند عدم الماء حكم الطهارة ، [وأنه بين الطهارتين] [5] ولم يفصل الأحداث ، وفي جملة [6] ما يقوله مخالفنا ، يدل بيان الجنابة [عند عدم الماء] [7] وتفصيل [8] الأحداث / التي لم تقصد [9] بالآية ، ولا يقال : لو كان المقصود ما ذكرتم لفصل الجنابة من الحدث في التيمم كما فصل بينهما في الابتداء ، فلما جمع الجميع عند عدم الماء بلفظ واحد ؛ علم أنه ما يوجب الوضوء خاصة ؛ وذلك لأنه فصل بينهما عند وجود الماء لاختلاف الواجب في الغسل ، وجمع بينهما عند عدمه لاتفاق الواجب في التيمم [10] .

٧/أ

٥١٦ – قالوا : روى الشافعي عن زيد بن أسلم [11] ترتيب الآية .

قالوا : تقديرها إذا قمتم إلى الصلاة من النوم ، أو جاء أحد منكم من الغائط ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [عين] .
(٢) في بقية النسخ : [والمس وسائر البدن] .
(٣) في كل النخس : [صريح] .
(٤) في (م) : [بالتوفيق] .
(٥) ساقطة من (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [حمله] .
(٧) ساقطة من (ع) .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ويفصل] .
(٩) في (م) : [يقصد] .
(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لاتفاق واجب التيمم] .
(١١) هو : زيد بن أسلم الإمام الحجة القدوة ، أبو عبد اللّٰه العدوي ، العمري ، المدني ، الفقيه ، كان له حلقة للعلم في مسجد رسول اللّٰه ﷺ . قال أبو حازم الأعرج : لقد رأيتنا في مجلس زيد بن أسلم أربعين فقيهًا ، أدنى خصلة فينا التواسي بما في أيدينا ، وما رأيت في مجلسه متماريين ولا متنازعين في حديث لا ينفعنا . حدث عن : والده –أسلم مولى عمر– وعبد اللّٰه بن عمر وجابر بن عبد اللّٰه ، وآخرين . وحدث عنه : مالك بن أنس ، وسفيان الثوري ، والأوزاعي ، وآخرون . مات رحمه الله في سنة ١٣٦هـ . (انظر : سير أعلام النبلاء ١٢٤/٦ ، تذكرة الحفاظ ١٣٢/١) .

فاغسلوا وجوهكم ، أو كنتم جنبًا فاطهروا ، وإن كنتم مرضى ، أو على سفر ولم [١] تجدوا ماء فتيمموا ، فيكون هذا عطفًا على الجنب والمحدث [٢] .

قالوا : وحمل الآية على [هذا] [٣] التقدير أولى ، فظاهر [٤] الآية يدل على [أن] [٥] السفر والمرض حدث .

٥١٧ - قلنا : التقديم والتأخير عدول عن الظاهر ، وترتيب اللّٰه أولى من ترتيب غيره ، وما ذكروه من المرض والسفر يضمر [٦] فيه الحدث [٧] بالإجماع ، أو يكون معناه : وإن كنتم مرضى [٨] أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط ، وقد [٩] يكون بمعنى الكاف ، كقوله تعالى ﴿ أَوْ يَزِيدُونَ ﴾ ، فيتساوى في ترك الظاهر ؛ إلا أنا نبقي ترتيب الآية وهم يغيرونها [١٠] .

٥١٨ - قالوا : حمل الآية على ما نقوله [١١] يؤدي إلى إثبات [١٢] فائدة ، وهو وجوب الوضوء من المس .

٥١٩ - قلنا : قد بينا أن الآية ليست موضوعة على بيان الأنواع ، [ثم] [١٣] ما نقول به [١٤] يستفاد [١٥] به فائدة أخرى ، وهو جواز التيمم للجنب ، فأما قولهم اللمس حقيقة فيما كان باليد ؛ فإن المس حقيقة عند الإطلاق هذا ، فأما إذا أضيف إلى النساء صار بالعرف عبارة عن الجماع ، كالوطء ، إنه عبارة عند الإطلاق [١٦] عما وقع بالرجل ، [فإذا] [١٧] أضيف إلى النساء ؛ لم يعقل منه إلا الجماع [١٨] .

---

(١) في (ن) : [فلم] .
(٢) راجعه في أحكام القرآن للجصاص في مطلب اختلاف الفقهاء في فرضية الاستنجاء ، وفي باب التيمم (٣٥٨/٢ ، ٣٧٠ - ٣٧٢) ، وفي أحكام القرآن لابن العربي سورة المائدة الآية (٦) المسألة الثانية والخمسون (٥٨٤/٢) .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) .
(٤) في (ص) : [وظاهر] .
(٥) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) .
(٦) في (م) : [يضم] .
(٧) في (ن) : [الخلاف] .
(٨) ساقطة من (ص) .
(٩) في (ع) : [أو قد] .
(١٠) في (ن) : [يعبرونها] .
(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ما يقولونه] .
(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [في إثبات] .
(١٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(١٤) في (م) ، (ن) : [ما يقولونه] ، وفي (ع) : [ما يقولون] .
(١٥) في (م) ، (ع) : [فيستفاد] .
(١٦) في (م) ، (ع) : [إنه عند الإطلاق عبارة] .
(١٧) ساقطة من (م) ، (ع) .
(١٨) في (م) : [إلا الجماع] .

٥٢٠ – احتجوا : بما روى عبد الرحمن بن أبي ليلى [١] عن معاذ ، أن رجلا سأل النبي ﷺ عمن ينال [٢] من امرأة [٣] لا تحل [٤] له – ما ينال [٥] من امرأته – إلا الجماع – فقال : « يتوضأ وضوءًا حسنًا » [٦] .

٥٢١ – والجواب : أن هذا يحتمل المباشرة الفاحشة ، وهو الظاهر ؛ لأن القبلة لا تختص [٧] بامرأته ، ولأنه يحتمل الاستحباب ؛ ألا ترى أنه قال : « وصل [٨] ركعتين » ، وليس ذلك على طريق الوجوب .

٥٢٢ – قالوا : النبي ﷺ أوجب الوضوء من نيله [٩] منها ، وعندكم يجب بخروج البَلَّة .

٥٢٣ – قلنا : روى الحسن [١٠] عن أبي حنيفة : أن المباشرة الفاحشة تنقض [١١] الوضوء وإن لم يخرج منه شيء [١٢] ؛ فعلى هذا يوجب بالنيل [١٣] منها تحرم الربيبة ،

---

(١) هو : عبد الرحمن بن أبي ليلى الإمام الحافظ أبو عيسى الأنصاري الكوفي ، ويقال : أبو محمد . من أبناء الأنصار ، وهو من أئمة التابعين وثقاتهم ، ولد في خلافة الصديق أو قبل ذلك ، قال محمد بن سيرين : جلست إلى عبد الرحمن بن أبي ليلى وأصحابه يعظمونه كأنه أمير ، وحدث عن عمر ، وعلي ، وأبي ذر ، وجماعة ، وحدث عنه : عمرو بن مرة ، والحكم بن عتيبة ، والأعمش ، وطائفة ، وقال أبو نعيم : قتل ابن أبي ليلى بوقعة الجماجم ، يعني سنة اثنين وثمانين ، وقيل ، ثلاث وثمانين . (انظر : سير أعلام النبلاء ٢٤٥/٥ ، تذكرة الحفاظ ٥٨/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [سأل] .

(٣) في (م) ، (ع) : [امرأته] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يحل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ما سأل] .

(٦) أخرجه الدارقطني بلفظ آخر في السنن ، في باب صفة ما ينقض الوضوء (١٣٤/١) والبيهقي في الكبرى في باب الوضوء من الملامسة (١٢٥/١) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الطهارة (١٣٥/١) ، والترمذي بألفاظ أخرى في السنن في كتاب تفسير القرآن (٢٩١/٥) رقم (٣١١٣) .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا يختص] .

(٨) في (ن) : [وصلى] .

(٩) في (م) ، (ع) : [من مبله] .

(١٠) هو : الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي ، صاحب أبي حنيفة ، ضعفه أبو حاتم وغيره ، توفي رحمه الله سنة أربع ومائتين – في السنة التي توفي فيها الإمام الشافعي – من تصانيفه : كتاب المجرد والأمالي في الفقه . (انظر : الجواهر المضية ٥٦/٢ الترجمة ٤٤٨ ، الفوائد البهية ص٦٠ ، ٦١) .

(١١) في (م) : [ينقض] .

(١٢) قال محمد بن الحسن : لا نرى في القبلة وضوءًا على حال ، إلا أن يمذي فيجب عليه للمذي الوضوء ، وهو قول أبي حنيفة ﷺ . انظر : كتاب الآثار باب ما ينقض الوضوء من القبلة والعكس ص ٥ .

(١٣) في (م) ، (ع) : [بالليل] .

فوجب أن ينقض الطهارة ، كالتقاء الختانين .

٥٢٤ - والجواب : أن اعتبار التحريم لا معنى له ؛ لأنه يختص بما وقع للشهوة ، ثم المعنى في الأصل : أنه استجلب [١] المني بغاية [٢] ما يستجلب به [واللامس لم يستجلب المني بلمسه بغاية ما يستجلب به] [٣] .

٥٢٥ - قالوا : كل ما ينقض الطهارة الكبرى كان من جنسه ما ينقض الصغرى ، قياسًا على الخارج من السبيلين .

٥٢٦ - قلنا : نقول بموجبها في التقاء الختانين .

٥٢٧ - قالوا : عندكم اللمس لا يوجب حتى يكون معه انتشار [٤] .

٥٢٨ - قلنا : نعتبر [٥] مسًّا نصفه [٦] ، كما تعتبرون [٧] مسًّا تصفونه [٨] ، وهو الحائل .

٥٢٩ - قالوا : المعنى يفضي إلى نقض الطهارة غالبًا ؛ فجاز أن يتعلق نقض الطهارة بعينه ، كالنوم .

٥٣٠ - قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأن الغالب أن اللامس ينقض [٩] طهارته ، ثم المعنى في النوم أن الوضوء لما تعلق به من غير تعبير بالحدث ، تعلق بعامة [١٠] ما يستجلب به .

٥٣١ - قالوا : المس يوجب [١١] الفدية على المحرم ، كالمباشرة الفاحشة .

٥٣٢ - قلنا : اعتبار أحدهما بالآخر [١٢] لا يصح ؛ لما قلنا : إن أحدهما وجد فيه غاية ما يستجلب به ، والحدث الآخر بخلافه ، ولأن مخالفنا ما عَلَّلَهُ على اللمس للشهوة ، وهذا المعنى عنده غير مؤثر ، وإنما يتعلق [١٣] الحكم بمجرد اللمس ، ولا

---

(١) في (م) ، (ع) : [ليستجلب] .
(٢) في (ن) : [لغاية] .
(٣) في (ن) : [منه] ، وما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) ، (ع) : [انتشاره] .
(٥) في (ع) : [يعتبر] .
(٦) في (م) ، (ع) : [بصفة] .
(٧) في (م) : [كما يعتبرون] ، وفي (ع) : [كما يعتبرونه] .
(٨) في (ن) ، (ع) : [يصفونه] .
(٩) في (ن) : [تنقض] .
(١٠) في (ن) : [بغاية] .
(١١) في (م) : [موجب] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [بالأخرى] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [يتعلق به] .

خلاف أن اللمس المجرد لا يقع به حكم في الشرع ، لا من كفارة ، ولا تحريم [١] ، ولا يؤثر في الصوم ، [فكذلك لا يؤثر في الوضوء] [٢] ، ويرجح ما ذكرناه بموافقة [٣] الأخبار ، وبالتسوية بين الرجل والمرأة ؛ لأن اللمس بغير [٤] شهوة لا يتعلق به حكم في الأصول .

* * *

---

(١) في (ع) : [تجريح] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بموافقته] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لغير] .

مسألة ٢٩

الوضوء من مس الذكر

٥٣٣ - قال أصحابنا : لا وضوء في مس الذكر [١] .

٥٣٤ - خلافًا للشافعي [٢] .

٥٣٥ - لحديث قيس بن طلق بن علي [٣] عن أبيه - طلق بن علي - [٤] قال : خرجنا وقد قدمنا على رسول اللَّه ﷺ فبايعناه وصلينا معه ، فجاء رجل وقال : يا رسول اللَّه ، ما ترى في مس الذكر في الصلاة ، فقال : « لا وضوء فيه ، وإنما هو بضعة [٥] منك » [٦] وهذا بين [في] [٧] الوضوء ، وتعليل مردود إلى سائر الأعضاء .

---

(١) قال الكاساني : ولو مس ذكره بباطن كفه من غير حائل لا ينتقض وضوؤه عندنا . (انظر : بدائع الصنائع ٣٠/١ ، تحفة الفقهاء ٢٢/٢ ، مجمع الأنهر ٢١/١) .

(٢) قال الشيرازي : وأما مس الفرج : فإنه إن كان بباطن الكف نقض الوضوء ، وإن مس بما بين الأصابع ففيه وجهان : والمذهب أن لا ينقض ، والثاني : ينقضه . (انظر المهذب ٢٢/١ ، حلية العلماء ١٨٩/١ ، الأم ١٩/١ ، المجموع ٣٤/٢-٤٣ ، نهاية المحتاج ١١٨/١ ، ١١٩ . وانظر : المدونة ٨/١ ، ٩ ، المقدمات الممهدات ١٠٠/١-١٠٢ ، الرسالة الفقهية ص ٨٤ ، المنتقى ٨٩/١ - ٩٠ ، شرح الزرقاني ٨٩/١ ، المسائل الفقهية ٨٤/١ ، ٨٥ ، الكافي لابن قدامة ٤٤/١ ، ٤٥ ، المغني ١٧٨/١ ، المحلى بالآثار ٢٢٠/١ - ٢٢٥ المسألة ١٦٣) .

(٣) هو : قيس بن طلق بن علي الحنفي اليمامي ، تابعي ثقة من الثالثة ، روى عن أبيه ، وروى عنه عبد اللَّه بن بدر ، وأيوب بن عتبة ، ومحمد بن جابر ، وعبد اللَّه بن النعمان السحيمي . (انظر : تاريخ الثقات ص ٣٩٣ ، الجرح والتعديل ١٠٠/٧ ، تقريب التهذيب ١٣٩/٢) .

(٤) هو : طلق بن علي بن المنذر ، أبو علي اليمامي ، أحد الوفد الذين قدموا على رسول اللَّه ﷺ ، وعمل معه في بناء المسجد ، روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه عبد اللَّه بن بدر وابنه قيس بن طلق بن علي وابنته خلدة بنت طلق بن علي ، الحنفيون . (انظر : تهذيب الكمال ٤٥٥/١٣ ، طبقات ابن سعد ٥٥٢/٥) .

(٥) في (م) : [بصفة] .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الطهارة باب من كان لا يرى فيه وضوء (١٩١/١) وأخرجه أبو داود باب الرخصة في ذلك (٥١/١) ، والترمذي في باب ما جاء في ترك الوضوء من مس الذكر (١٣١/١) ، والنسائي في كتاب الطهارة باب ترك الوضوء من مس الذكر (١٠١/١) ، والدارقطني في باب ما روي في لمس القبل والدبر والذكر والحكم في ذلك ، والبيهقي في الكبرى في باب ترك الوضوء من مس الفرج بظهر الكف (١٣٤/١) ، ابن ماجه في باب الرخصة في ذلك ، أي في مس الذكر (١٦٣/١) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

٥٣٦ – قالوا : رواه محمد بن جابر [١] عن قيس ، وهو ضعيف .

٥٣٧ – قلنا : رواه عبد الرحمن بن مهدي [٢] عن محمد بن جابر .

وقد قال حماد [٣] : ما روى عبد الرحمن عن شيخ إلا وهو حجة .

٥٣٨ – وذكر أبو داود قال : رواه هشام بن حسان [٤] والثوري وشعبة وسفيان بن عيينة وجرير [٥] الرازي ومسدد [٦] بن مسرهد [٧] ، كلهم عن محمد بن جابر [٨] ، ورواية الأئمة تعديل .

---

(١) محمد بن جابر بن سيار بن طلق الحنفي اليمامي ، أصله من الكوفة ، وكنيته أبو عبد الله السحيمي ، هو صدوق ، روى عن أبي إسحاق الهمداني ، وحماد بن أبي سليمان ، وقيس بن طلق ، وغيرهم ، روى عنه : هشام بن حسان وسفيان الثوري ، وشعبة ، وغيرهم ، قال ابن حجر : مات بعد السبعين والمائة . (انظر : تاريخ الثقات ص ٤٠١ ، كتاب العلل ومعرفة الرجال ١٣٦/٢ – ٤٩٨ ، ميزان الاعتدال ٤٩٦/٣ – ٤٩٨) .

(٢) في (ع) : [مسهر] هو : عبد الرحمن بن مهدي بن العنبري البصري ، أحد الجهابذة الثقات ، عارف بالرجال والحديث ، روى عن سفيان وشعبة وأنس بن مالك وغيرهم ، مات سنة ثمان وتسعين ومائة وله ثلاث وسبعين سنة ، قال أبو حاتم : عبد الرحمن بن مهدي أثبت أصحاب حماد بن زيد ، وهو إمام ثقة . (انظر : التاريخ الصغير ٢٥٨/٢ ، ٢٥٩ ، تقريب التهذيب ٤٤٩/١ الترجمة ١١٢٦) .

(٣) هو : حماد بن زيد بن درهم ، أبو إسماعيل البصري ، من العلماء الجهابذة النقاد بالبصرة ، إمام ثقة ثبت في الحديث ، مات يوم الجمعة في شهر رمضان سنة تسع وتسعين ومائة وله إحدى وثمانون سنة . (انظر : الجرح والتعديل ١٧٦/١–١٨٣ ، تقريب التهذيب ١٩٧/١ الترجمة ٥٤١) .

(٤) هو : هشام بن حسان الإمام العالم الحافظ ، مُحدث البصرة ، أبو عبد الله الأزدي القردوسي ، نزل في القراديس ، وقيل : من مواليهم ، حدث عن : الحسن وابن سيرين وأيوب بن موسى القرشي وخلق كثير ، حدث عنه : ابن جريج ، وابن أبي عروبة ، وشعبة وآخرون ، قال أبو نعيم وغيره ، : مات سنة ستة وأربعين ومائة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٥٠٦/٦ ، ميزان الاعتدال ٢٩٥/٤ ، تهذيب الكمال ١٨١/٣٠) .

(٥) في (م) ، (ع) : [ومسهد] .

(٦) هو : جرير بن عبد الحميد بن قُرْط الضَّبِّيُّ أبو عبد الله الرازي ، ولد بأَبَّة قرية من قرى أصبهان ، قال الذهبي : قال أحمد بن حنبل : لم يكن بالذكي في الحديث ، واختلط عليه حديث أشعث وعاصم الأحول ، حتى قدم عليه بهز فعرفه ، وقال أبو حاتم : صدوق ، تغير قبل موته وحجبه أولاده ، روى عن : سفيان الثوري ، وعاصم بن سليمان الأحول ، وطلق بن معاوية ، وآخرين ، وروى عنه : أبو بكر بن أبي شيبة ، ومحمد بن قدامة ، وعبد الله بن المبارك ، وآخرون ، توفي سنة ١٨٨ هـ . (انظر : سير أعلام النبلاء ٧١٥/٧ ، ميزان الاعتدال ٣٩٤/١ ، تهذيب الكمال ٥٤٠/٤) .

(٧) في (ع) : [مسهد] هو : مسدد بن مسرهد بن مسربل بن مستورد الأسدي أبو الحسن البصري ، حافظ ثقة ، يقال : إنه أول من صنف المسند بالبصرة ، مات سنة ثماني وعشرين ومائة . (انظر : تاريخ الثقات صـ٤٢٥ ، تقريب التهذيب ٢٤٢/٢ الترجمة ١٠٥٢) .

(٨) انظر : سنن أبو داود في باب الرخصة في ذلك (٥١/١) .

وقد رواه عن قيس عبد الله بن بكر السحيمي [١] وأيوب [٢] .

٥٣٩ - قالوا : قال عبد الرحمن بن أبي حاتم : سألت [٣] أبي ، وأبا زرعة عن حديث محمد [بن جابر] [٤] ، فقالا : عن [٥] قيس بن طلق [لا تقوم به حجة] [٦] .

٥٤٠ - قلنا : روى ابن شجاع [٧] والطحاوي [٨] عن علي بن المديني قال : حديث عبد الله بن بدر عن قيس بن طلق أحب إلي في الإسناد من أحاديث بسرة [٩] .

٥٤١ - وقال أبو هية [١٠] : الخبر [١١] في أحاديث رواها [١٢] الثقات .

---

(١) في سائر النسخ : [عبد الله بن بكر السحيمي] ، وفي (ع) : [السجهي] . والصواب هو : عبد الله ابن بدر بن عمير بن الحارث بن سمر السحيمي الحنفي جد ملازم بن عمرو ، كان أحد الأشراف ، ثقة من الرابعة ، وثقه أبو زرعة ، وابن معين ، والعجلي وغيرهم ، وروى عن ابن عمر ، وقيس بن طلق ، وأبي كثير السحيمي وغيرهم ، وروى عنه : ملازم بن عمر ، ومحمد بن جابر ، وجهضم بن عبد الله . (انظر : الجرح والتعديل ١١/٥ ، ١٢ ، تقريب التهذيب ٤٠٣/١) .

(٢) هو : أيوب بن عتبة اليمامي - أبو يحيى - قاضي اليمامة ، من السادسة ، مات سنة ستين ومائة ، ضعيف ، ضعفه أبو زرعة وابن معين وغيرهما ، قال العجلي : يكتب حديثه ، وليس بالقوي ، وقال أبو حاتم : لين . وقال النسائي : مضطرب الحديث ، روى عن قيس بن طلق ، وأبي كثير السحيمي ، ويحيى بن أبي كثير ، وروى عنه : أبو نعيم ، وأبو الوليد ، وخلف بن الوليد . (انظر : الجرح والتعديل ٢٥٣/٢ ، تقريب التهذيب ٩٠/١) .

(٣) في سائر النسخ : [قال سألت] .

(٤) ساقطة من (ع) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (ن) : [لا يقوم به حجة] . قال الدارقطني : قال ابن أبي حاتم : سألت أبي وأبا زرعة عن حديث محمد ابن جابر هذا ، فقالا : قيس بن طلق ليس ممن يقوم به حجة . ووهناه ، ولم يثبتاه ، وتابعه البيهقي (١٣٥/١) .

(٧) في (م) : [سجاع] .

(٨) هو : الإمام العلامة الحافظ الكبير ، محدث الديار المصرية ، وفقيهها ، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الحجري ، المصري الطحاوي ، الحنفي ، صاحب التصانيف ، من أهل قرية طحا ، من أعمال مصر ، كان مولده سنة تسع وثلاثين ومائتين ، وسمع من : عبد الغني بن رفاعة ، وهارون بن سعيد الأيلي ، ويونس بن عبد الأعلى ، وآخرين ، حدث عنه : يوسف بن قاسم الميبانجي ، وأبو القاسم الطبراني ، ومحمد بن المظفر ، وآخرون . صنف : اختلاف العلماء ، والشروط ، وأحكام القرآن ، ومعاني الآثار ، مات سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٥٠٥/١١ ، تذكرة الحفاظ ٨٠٨/٣) .

(٩) هي : بسرة بنت صفوان بن نوفل ، القرشية الأسدية ، وأمها سالمة بنت أمية السلمية ، وهي ابنة أخي ورقة ابن نوفل ، روت عنها : أم كلثوم بنت عقبة ، وروى عنها : مروان بن الحكم ، وسعيد بن المسيب ، وغيرهم . (انظر : طبقات ابن سعد ١٧٨/٨ ، أسد الغابة ٤٠/٧ . والحديث أخرجه الطحاوي في المعاني ٧٦/١) .

(١٠) ولم نقف على ترجمة بهذا الاسم .

(١١) في (ن) : [الخير] .

(١٢) في (ص) ، (م) ، (ن) : [رواهما] ، والمثبت من (ع) .

٥٤٢ - وذكر أبو داود الخبر ولم يطعن عليه ، ولا [(١)] نلتفت إلى قول أبي حاتم مع هؤلاء الأئمة [(٢)] .

٥٤٣ - وذكر ابن شجاع في سننه [(٣)] حديث حكيم بن سليط عن رجل من بني حنيفة أنه قال للنبي ﷺ : يا رسول الله ، ربما وقعت يدي على ذكري وأنا في الصلاة ، قال : « وأنا ربما كان ذلك مني » ولم يأمره بإعادة الوضوء .

٥٤٤ - وذكر الدارقطني حديث الصلت بن دينار [(٤)] عن أبي عثمان النهدي [(٥)] عن عمر بن الخطاب عن عبيد الله [(٦)] بن موهب عن عصمة بن مالك الخطمي - وكان من أصحاب النبي [(٧)] ﷺ - : أن رجلا قال : يا رسول الله ، إني احتككت يدي في الصلاة فأصابت يدي فرجي [(٨)] ، فقال عليه الصلاة والسلام : « وأنا أفعل ذلك » [(٩)] ، ولم يأمره بالوضوء . وروى أبو أمامة ﷺ أن النبي ﷺ سئل عن مس الذكر فقال : « هو جزء منك » [(١٠)] .

٥٤٥ - ولا يحمل على المس من وراء الحائل ؛ لأنه ليس بقضية في عين [(١١)] ، وإنما

---

(١) في (ع) : [ولم] .

(٢) في (ن) : [الآية] .

(٣) في (ن) ، (ع) : [مسه] .

(٤) في سائر النسخ التي اعتمدنا عليها : [يسار] ، وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه ، وهو : صلت بن دينار البصري ، المعروف بأبي شعيب المجنون الأزدي ، قال أبو زرعة : بصري لين ، وقال أبو حاتم : مضطرب الحديث يكتب حديثه ، قال أحمد بن حنبل : ترك الناس حديثه ولم يرو عنه يحيى بن سعيد شيئًا ، وروى عنه الثوري ووكيع بن الجراح ومعتمر بن سليمان وغيرهم . (انظر : الجرح والتعديل ٤٣٧/٤ ، ٤٣٨) .

(٥) هو : عبد الرحمن بن مل ، أبو عثمان النهدي الإمام الحجة ، شيخ الوقت ، مخضرم معمر ، أدرك الجاهلية والإسلام ، وغزا في خلافة عمر وبعدها غزوات ، وشهد وقعة اليرموك ، وقيل : كوفي الأصل ، وكان من سادة العلماء العاملين . قال الحافظ أبو نصر الكلاباذي : أسلم أبو عثمان النهدي على عهد النبي ﷺ ولم يره ، لكنه أدى إلى عماله الزكاة . وروي عن : عمر وعلي وابن مسعود وآخرين ، روى عنه : قتادة ، وعاصم الأحول ، وحميد الطويل ، وآخرون ، قال المدائني وخليفة بن خياط وابن معين : مات سنة مائة ، وقيل غير ذلك . (انظر : سير أعلام النبلاء ١٨٥/٥ ، تذكرة الحفاظ ٦٥/١) .

(٦) في سائر النسخ : [عن عبد الله] ، وما أثبتناه من سنن الدارقطني .

(٧) في (م) ، (ع) : [رسول الله] .

(٨) في (م) ، (ع) : [في فرجي] .

(٩) أخرجه الدارقطني (١٤٩/١) ، وفي مجمع الزوائد باب فيمن مس فرجه (٢٤٤/١) .

(١٠) أخرجه ابن أبي شيبة (١٩٢/١) ، وابن ماجه بلفظ : « إنما هو حذية منك » باب الرخصة في ذلك ، أي في مس الذكر (١٦٣/١) .

(١١) في (م) : [نقضيه في غير] ، وفي (ع) : [نقضه في غير] ، وفي (ن) : [بقصبه في عين] .

هو سؤال عن حكم الحادثة في الشرع ، فيعتبر عموم اللفظ . ولأنه جزء من بدنه فلم يجب بمسه الوضوء كسائر الأجزاء . ولأن كل عضو لو مس الذكر بظاهره لم ينقض الوضوء فباطنه مثله ، كالفخذ [١] . ولأن المس بالفرج يؤثر في الطهارة ما لا يؤثر في اليد ، ألا ترى أن الإيلاج يوجب الغسل ، وإيلاج الإصبع لا يوجبه ؟ فإذا كان مس الذكر ، فالذكر لا يوجب الوضوء باليد أولى .

٥٤٦ - ولا يقال : إن الذكر اختص بأحكام لا توجد [٢] في غيره ، كالحد والتحليل والمهر ؛ لأن هذه الأحكام لا تتعلق [٣] بالذكر ، وإنما تتعلق [٤] بالجماع [٥] ، وقد يتعلق الحد بالعزل ، والمهر بالخلوة والموت ، فلم يختص الذكر . ثم عند مخالفنا مس ذكر الصبي والميت وحلقة الدبر توجب [٦] الوضوء ، وإن لم يختص بشيء من هذه الأحكام .

٥٤٧ - احتجوا : بحديث مروان [٧] عن بسرة بنت صفوان أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ » [٨] .

٥٤٨ - والجواب : أن مروان ذكر هذا الحديث لعروة [٩] فلم يرفع به رأسًا ، فأرسل

---

(١) قال الطحاوي : (٧٦/١) ، وقد رأيناه لو مسه بفخذه لم يجب عليه بذلك وضوء ، والفخذ عورة ، فإن كانت مماسته إياه بالعورة لا توجب عليه وضوءًا فمماسته إياه بغير العورة أحرى أن لا توجب عليه وضوءًا .

(٢) في (ع) : [لا يوجد] .
(٣) في (م) : [لا يتعلق] .
(٤) في (م) : [يتعلق] .
(٥) في (ص) : [بالإجماع] .
(٦) في (ن) : [يوجب] .

(٧) هو : مروان بن عبد الحكم بن أبي العاص القرشي الأموي ، قيل : يكنى أبا القاسم ، وأبا الحكم ، مولده بمكة ، وهو أصغر من ابن الزبير بأربعة أشهر ، له رؤية ، قال البخاري : لم ير النبي ﷺ اهـ ، روى عن بسرة ، وعثمان ، وعمر ، وآخرين ، وروى عنه : سهل بن سعد ، ومجاهد بن جبر ، وابنه عبد الملك . استولى على الشام ومصر تسعة أشهر ، ومات خنقًا في أول رمضان سنة خمس وستين . (انظر : سير أعلام النبلاء ٣/٥ ، ميزان الاعتدال ٨٩/٤) .

(٨) أخرجه مالك في الموطأ باب الوضوء من مس الفرج (٤٦/١ ، ٤٧) ، والشافعي في الأم في باب الوضوء من مس الذكر (١٩/١) ، والنسائي في كتاب الطهارة باب الوضوء من مس الذكر (١٠٠/١) ، وابن ماجه في باب الوضوء من مس الذكر (١٦١/١) ، والدارقطني (١٤٧/١) ، وابن حِبَّان في صحيحه (٣١٥/١ ، ٣١٦) ، والحاكم في المستدرك (١٣٧/١) . قال الحاكم بعد أن أخرجه : وقد روينا هذا الحديث عن جماعة من الصحابة والتابعين .

(٩) هو : عروة بن الزبير بن العوام ، الإمام عالم المدينة ، أبو عبد الله القرشي ، المدني ، الفقيه ، أحد الفقهاء السبعة ، قال خليفة : ولد عروة سنة ثلاث وعشرين . وهذا قول قوي ، وقيل : مولده بعد ذلك ، قال أحمد ابن عبد الله العجلي : عروة تابعي ثقة ، ورجل صالح لم يدخل في شيء من الفتن . حدث عن : أبيه ، وعائشة ، =

مروان إليها شرطيًا ورجع فأخبرهم أنها قالت : سمعت رسول الله [ﷺ] [١] يأمر بالوضوء من مس الفرج [٢] ، فإذا كان عروة لم يرفع به رأسًا لأنه لم يقبل [٣] خبرها ، فهو حجة في الرد ، وإن [كان] [٤] لرواية مروان ، فشرطيُّهُ [٥] دونه .

٥٤٩ - وقد ذكر الطحاوي عن ربيعة [٦] أنه قال : لو وضعت يدي في دم أو حيضة ما نقض [٧] وضوئي ، فمس الذكر أيسر أم الدم ، ويحكم [٨] مثل هذا يأخذ به أحد ويعمل بحديث بسرة ؟! والله لو أن بسرة شهدت على باقة بَقْلٍ [٩] لما أجزت [١٠] شهادتها ، إنما قوام الدين الصلاة ، وقوام الصلاة الطهور ، ولم يكن في صحابة رسول الله ﷺ من يقيم هذا الدين إلا بسرة ؟! [١١]

٥٥٠ - وقال يحيى بن معين في تاريخه : لا يصح في الوضوء من مس الذكر شيء .

= وسعيد بن زيد ، وآخرين ، حدث عنه : سليمان بن يسار ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وصفوان بن سليم ، وآخرون ، قال ابن الهيثم .مات سنة مائة ، وقيل غير ذلك . (انظر سير أعلام النبلاء ٣٥٧/٥ ، تذكرة الحفاظ ٦٢/١) .

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) راجعه في معاني الآثار (٧١/١) .

(٣) في (ص) ، (م) : [لم نقبل] .

(٤) ساقطة من (ن) .

(٥) في (م) : [لشرطيه] .

(٦) هو : ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ ، الإمام مفتي المدينة وعالم الوقت ، أبو عثمان ، مولاهم ، المشهور بربيعة الرأي ، كان من أوعية العلم ، وثقه أحمد بن حنبل وأبو حاتم وجماعة ، روى عن : أنس بن مالك ، والسائب بن يزيد ، والحارث بن بلال وآخرين ، وروى عنه : يحيى بن سعيد الأنصاري ، وسليمان التيمي ، وعطاء بن يسار ، وآخرون ، قال أبو بكر الخطيب : كان ربيعة فقيهًا وعالمًا ، حافظًا للحديث ، قدم على السفاح الأنبار ، وكان أقدمه ليوليه القضاء ، فيقال : إنه توفي بالأنبار ، ويقال : بل توفي بالمدينة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٣١٩/٦ ، طبقات ابن سعد ٤١٧/٥) .

(٧) في (م) ، (ن) : [ما ينقض] .

(٨) في (ن) : [وبحلم] ، وفي بقية النسخ : [ويحكم] والصواب ما أثبتناه من شرح المعاني .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [على نابه بقل] .

(١٠) في (م) : [لما اخترت] .

(١١) هكذا رواه الطحاوي في شرح المعاني عن يونس بن وهب ، عن زيد عن ربيعة (٧١/١) ، قال الطحاوي بعد أن رواه : قال ابن زيد : على هذا أدركنا مشايخنا ، ما منهم واحد يرى من مس الذكر وضوءًا ، وإن كان إنما ترك أن يرفع بذلك رأسًا لأن مروان عنده ليس في حال من يجب القبول عن مثله ، فإن خبر شرطي مروان عن بسرة دون خبره هو عنها ، فإن كان مروان خبره في نفسه عند عروة غير مقبول ، فخبر شرطيه إياه عنها كذلك أحرى أن لا يكون مقبولًا .

٥٥١ - وقال أحمد : ليس فيه إلا حديث مكحول [(١)] عن عنبسة [(٢)] عن أم حبيبة [(٣)] .

٥٥٢ - فقال يحيى : مكحول لم يلق عنبسة .

٥٥٣ - وقال الحربي [(٤)] : خبر بسرة رواه شرطي عن شرطي ، وعن مسلم بن الحجاج قال : لا يصح في الوضوء من مس الذكر حديث عن النبي ﷺ ، وأشار بيده مضطربة ، وعن أبي أحمد محمد بن عبد الوهاب الفراء [(٥)] أنه قال لمسلم : لم يصح

---

(١) هو : مكحول الشامي ، أبو عبد الله ويقال : أبو أيوب ، ويقال : أبو مسلم ، والمحفوظ : أبو عبد الله الدمشقي ، الفقيه ، وكانت داره بدمشق عند طرف سوق الأحد ، واختلف في ولائه ؛ فقيل : إنه مولى امرأة من هذيل ، وقيل : مولى امرأة من آل سعد ، وقيل غير ذلك ، ذكره محمد بن سعد في الطبقة الثالثة من تابعي أهل الشام ، وقال النسائي : لم يسمع من عنبسة بن أبي سفيان ، وقال أبو حاتم : ما أعلم بالشام أفقه من مكحول ، روى عن النبي ﷺ مرسلًا ، وعن عروة بن الزبير ، وعنبسة بن أبي سفيان ، وآخرين ، روى عنه ربيعة ابن عبد الرحمن ، وحميد الطويل ، والأوزاعي وآخرون ، توفي سنة ١١٨ هـ ، وقيل غير ذلك . (انظر : سير أعلام النبلاء ٥/٦ ، تهذيب الكمال ٤٦٤/٢٨ ، طبقات ابن سعد ٤٥٣/٧ ، الجرح والتعديل ٨/ الترجمة ١٨٦٧) .

(٢) هو : عنبسة بن أبي سفيان بن صخر بن حرب ، أبو الوليد ، ويقال : أبو عثمان ، وهو أخو يزيد بن أبي سفيان ، ذكره أبو زرعة الدمشقي في الطبقة الأولى من التابعين ، قال الحافظ أبو نعيم : أدرك النبي ﷺ ، ولا تصح له صحبه ولا رؤية ، روى عن : شداد بن أوس ، وأخته أم حبيبة ، روى عنه : حسان بن عطية ، ومكحول الشامي ، وشهر بن حوشب ، وآخرون . (انظر : تهذيب الكمال ٤١٤/٢٢ ، خليفة بن خياط ص ٢٠٥) .

(٣) هي أم المؤمنين أم حبيبة رملة بنت أبي سفيان بن حرب بن أمية رضي الله عنها ، بنت عم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، أقرب أزواجه إليه نسبا ، وأكثرهن صداقًا ، عقد عليها بالحبشة ، وأصدقها عنه صاحب الحبشة أربعمائة دينار ، حدث عنها أخواها معاوية وعنبسة ، وعروة بن الزبير وآخرون . ماتت رضي الله عنها بالمدينة سنة أربع وأربعين (سير أعلام النبلاء ٢٠١/٢) .

(٤) في (ع) : [الحرتي] . وهو : إبراهيم بن إسحاق بن إبراهيم بن بشير الحربي ، أبو إسحاق ، الإمام الحافظ العلامة ، شيخ الإسلام ، كان مولده في سنة ثماني وتسعين ومائة ، قال أبو بكر الخطيب : كان إمامًا في العلم ، رأسًا في الزهد ، عارفًا بالفقه ، بصيرًا بالأحكام ، حافظًا للحديث ، مميزًا لعلله ، قيما بالأدب ، جمّاعة لغة . روى عن هوذة بن خليفة ، وأبي الوليد الطيالسي ، وسليمان بن حرب ، وخلق كثير ، وروى عنه : أبو محمد بن صاعد ، ومحمد بن جعفر الأنباري ، وأبو بكر الشافعي ، وخلق كثير . صنف كتبًا كثيرة منها : غريب الحديث ، الأدب ، التيمم ، المغازي ، مناسك الحج ، ومات ببغداد سنة ٢٨٥ هـ لتسع ليال بقين من ذي الحجة . (انظر : معجم المؤلفين ١٣/١ ، سير أعلام النبلاء ٦٦٦/١٠) .

(٥) هو : أبو أحمد الفراء ، محمد بن عبد الوهاب بن حبيب ، الإمام العلامة الحافظ الأديب ، كان وجه مشايخ نيسابور ، عقلًا وعلمًا وجلالًا وحشمة ، ولد بعد الثمانين ومائة ، قال الحاكم : كان يفتي في الفقه والحديث والعربية ، روى عن : جعفر بن عون ، وحفص بن عبد الرحمن ، والواقدي ، وخلق كثير ، روى عنه : =

حديث قيس بن طلق ؟ فقال : ليس يرويه إلا سهل بن عمار [١] ، فقال عمر : حدثنا حسين [٢] بن الوليد القرشي [٣] عن عكرمة عن عمار عن قيس بن طلق . فقال مسلم : الآن قد صح الحديث [٤] .

٥٥٤ - وعن سعيد بن منصور [٥] قال : حديث بسرة لا يساوي [٦] بعرة .فهذا طعن الأئمة عليه ، وخبر الواحد لو سلم من الطعن لم يقبل عندنا فيما تعم [٧] به البلوى ، فمع الطعن أولى .

٥٥٥ - ثم راوي هذا الحديث [عن عروة : روى] [٨] الطحاوي عن الشافعي عن

= أبو النصر شيخه ، وبشر بن الحكم ، والذهلي ، وآخرون . مات عن نيف وتسعين سنة في أواخر سنة اثنتين وسبعين ومائتين . وقيل : عاش خمسا وتسعين سنة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٤٠٨/١٠ ، الكاشف ٦٤/٣) .

(١) هو : سهل بن عمار القاضي ، العلامة أبو يحيى العتكي ، النيسابوري ، الحنفي ، شيخ أهل الرأي بخراسان ، وقاضي هراة ، ارتحل في الحديث ، وسمع يزيد بن هارون ، وشبابة بن سوار ، وآخرين ، حدث عنه : العباس بن حمزة ، وأبو يحيى البزار . وإبراهيم بن محمد الفقيه ، وآخرون ، قال الذهبي : متهم ، كذبه الحاكم في تاريخه ، مختلف في عدالته ، توفي سنة سبع وستين ومائتين . (انظر : ميزان الاعتدال ٢٤٠/٢ ، سير أعلام النبلاء ٤٤٦/١٠) .

(٢) في سائر النسخ : [حسن] ، وما أثبتناه من صحيح ابن حبان .

(٣) هو : الحسين بن الوليد القرشي ، مولاهم أبو علي ، ويقال : أبو عبد الله الفقيه ، النيسابوري ، ولقبه كميل ، قال خليفة بن خياط ، هو من الطبقة الخامسة ، ومن أهل خراسان ، وثقه وأثنى عليه خيرًا عبد الله بن أحمد بن حنبل ، قال الخطيب : قدم بغداد وحدث بها ، كان ثقة فقيهًا قارئًا للقرآن ، روى عن قيس بن الربيع ، ومالك بن أنس ومحمد بن راشد ، وعكرمة بن عمار ، وآخرين ، روى عنه : إبراهيم بن منصور أبو الأزهر وأحمد بن نصر ، وعدة ، قال الحاكم : مات في وطنه بنيسابور ، سنة اثنتين ومائتين ، ودفن في مقبرة الحسين بن معاذ . (انظر : تهذيب الكمال ٤٩٥/٦ ، تاريخ بغداد ١٤٤/٨) .

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه في ذكر الخبر المدحض (٣٢٠/٢) ، الحديث (١١٠٧) .

(٥) هو : سعيد بن منصور بن شعبة الحافظ ، الإمام ، شيخ الحرم ، أبو عثمان الخراساني ، المروزي ، يقال : الطالقاني ثم البلخي ثم المكي ، وهو من أبناء الثمانين أو أزيد ، وقال حرب الكرماني : أملى علينا سعيد بن منصور نحوًا من عشرة آلاف حديث من حفظه ، سمع من مالك بن أنس ، والليث بن سعد ، وغيرهما ، روى عنه : أحمد بن حنبل ، وأبو ثور الكلبي ، وأبو أحمد الدارمي ، وغيرهم ، توفي بمكة في شهر رمضان سنة ٢٢٧ ، وهو صاحب كتاب السنن . (انظر : سير أعلام النبلاء ٢٤٣/٩ ، ميزان الاعتدال ١٥٩/٢) .

(٦) في (ن) : [لا تساوي] . (٧) في (ع) : [يعم] .

(٨) ما بين القوسين ساقط من (ع) ، ولفظ [روى] ساقط من (م) . وهو : عبد الله بن أبي بكر بن محمد؛ لأن الطحاوي أخرجه من طريق عبد الله بن أبي بكر عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم في المعاني (٧٢/١) .

ابن عيينة قال : كنا إذا رأينا الرجل يكتب الحديث [عن جماعة] [١] منهم عبد الله / ٧/ب بن أبي بكر ، سخرنا منه ؛ لأنهم لم يكونوا يعرفون الحديث [٢] .

٥٥٦ - وقد روي هذا الحديث عن الزهري [٣] عن عروة ؛ فقد دلس به ، وبينهما [رجل] [٤] ، وهو عبد الله بن أبي بكر [٥] .

٥٥٧ - فإن قالوا : رواه هشام بن عروة عن أبيه .

٥٥٨ - قلنا : دلس به ، والصحيح : ما رواه هشام عن عبد الله بن أبي بكر عن عروة [٦] .

٥٥٩ - قالوا : فقد روى أبو إسحاق عن محمد بن مسلم عن عروة بن الزبير عن زيد بن خالد قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من مس فرجه فليتوضأ » [٧] .

٥٦٠ - قلنا : هذا الخبر مما غلط فيه عبد الأعلى بالبصرة .

٥٦١ - وقال [٨] علي بن المديني : ما حدَّث إلا حديثين :

٥٦٢ - أحدهما : قال الطحاوي : سؤال مروان عروة عن مس الذكر [كان] [٩]

---

(١) في المعاني : [عند واحد من نفر سماهم] . (٢) راجعه في معاني الآثار (٧٢/١) .

(٣) هو : محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب الإمام العلم ، حافظ زمانه ، أبو بكر القرشي الزهري ، مولده فيما قاله دحيم سنة خمسين ، وفيما قاله غيره سنة إحدى وخمسين ، وقيل غير ذلك . من أهل المدينة ونزل الشام واستقر بها ، روى عن : ابن عمر وجابر بن عبد الله وسهل بن سعد وأنس بن مالك ، وآخرين ، روى عنه : عطاء بن رباح ، وابن أبي ذئب وفليح بن سليمان ، قال علي بن المديني : له نحو من ألفي حديث ، توفي سنة ١٢٤ في آخر حد الحجاز وأول حد فلسطين ، له تصانيف في مغازي الرسول ﷺ ، وتنزيل القرآن . (انظر : سير أعلام النبلاء ١٣٣/٦ ، معجم المؤلفين ٧١٥/٣) .

(٤) ساقطة من (ع) .

(٥) قال الطحاوي : وهذا الحديث أيضًا لم يسمعه الزهري من عروة ؛ إنما دلس به ، وقال أيضًا بعد أن أخرج حديث عروة من طريق عبد الله بن أبي بكر : فصار هذا الأثر إنما هو عن الزهري عن عبد الله بن أبي بكر عن عروة ، فقد حط بذلك درجة ؛ لأن عبد الله بن أبي بكر ليس حديثه عن عروة كحديث الزهري عن عروة ، ولا عبد الله بن أبي بكر عندهم في حديثه بالمتقن . معاني الآثار (٧٢/١) .

(٦) قال الطحاوي : فإن قالوا : فقد روى هذا الحديث أيضًا هشام بن عروة عن أبيه ، وهشام ليس ممن تكلم في روايته بشيء ؟ قيل لهم : إن هشام بن عروة أيضًا لم يسمع هذا من أبيه وإنما أخذه من أبي بكر فدلس به عن أبيه . (انظر : الطحاوي في المعاني ٧٢/١ ، ٧٣) .

(٧) أخرجه الطحاوي في المعاني (٧٣/١) . (٨) في (ع) : [قال] .

(٩) ساقط من (ع) ، (م) .

بعد موت زيد بن خالد ، وقال عروة : لا وضوء فيه .فكيف يذكر رواية بسرة وقد سمعه من غيرها [١] .

٥٦٣ – فإن قالوا : رواه عمر [٢] بن شريح ، عن ابن شهاب ، عن عروة عن عائشة ، عن النبي ﷺ [٣] .

٥٦٤ – قلنا : عمر بن شريح ضعيف :

٥٦٥ – قال البستي [٤] : وهو وضَّاع الحديث .

٥٦٦ – فإن قالوا : رواه ابن عمر ، عن النبي ﷺ [٥] .

٥٦٧ – قلنا : يرويه صدقة بن عبد اللّٰه ، عن هشام بن زيد ، وصدقة ضعيف ، وهشام بن زيد ليس من أهل العلم بالرواية ، ويرويه أيضًا العلاء بن سليمان ، وهو شيخ من أهل الكوفة ، ضعيف ، ويرويه حفص بن عمر الصنعاني ، عن مالك عن نافع ، وحفص ضعيف . والثقات من أصحاب مالك كلهم أوقفوه على ابن عمر [٦] .

٥٦٨ – فإن قالوا : رواه أبو أيوب عن النبي ﷺ [٧] .

٥٦٩ – قلنا : رواه إسحاق بن أبي عبد اللّٰه بن أبي فروة عن الزهري ، وهو لا يشك في ضعفه [٨] .

---

(١) الطحاوي في معاني الآثار (٧٣/١ ، ٧٤) .

(٢) في سائر النسخ : [عمر] ، وفي نصب الراية والدراية : [عمرو] وهو : عمر بن سعيد بن سريج عن الزهري ، قال في الميزان : ابن سريج بسين مهملة لا بشين معجمة ، فنسب إلى الجد ، ويقال له : ابن سرحة ، تكلم فيه ابن حبان وابن عدي ، فقال ابن عدي : أحاديثه عن الزهري ليست مستقيمة . (راجع تهذيب الكمال ٦٢/٥ ، ٦٣ ، ميزان الاعتدال ٢٠٠/٣ ، ٢٠١) .

(٣) أخرجه الطحاوي في المعاني (٧٤/١) ، وأخرجه الدارقطني (١٤٧/١ ، ١٤٨) . الحديث (٩) .

(٤) هو : علي بن محمد البستي ، العلامة ، شاعر زمانه ، أبو الفتح ، قال الحاكم بعد أن روى عنه : هو واحد عصره ، حدثنا أنه سمع الكثير من أبي حاتم بن حبان اهـ . روى عنه الحسين بن علي البردعي ، وشيخ الإسلام أبو عثمان الصابوني ، وآخرون ، توفي سنة إحدى وأربعمائة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٨٥/١٣) .

(٥) أخرجه الدارقطني (١٤٧/١) رقم (٥) ، وأخرجه الطحاوي (٧٤/١) .

(٦) أخرجه مالك في الموطأ باب في الوضوء من مس الفرج (٥٠/١) ، والبيهقي في الكبرى باب الوضوء من مس الذكر (١٣١/١) .

(٧) أخرجه ابن ماجه في السنن باب الوضوء من مس الذكر (١٦٢/١) ، الحديث (٤٨٢) ، وراجعه في مصباح الزجاج في زوائد ابن ماجه (١٩١/١) ، الحديث (١٩٨) ، ونصب الراية (٥٧/١) .

(٨) قال عنه النسائي : متروك الحديث ، وقال ابن معين : لا شيء ، كذاب ، وقال أحمد : لا تحل له الرواية =

٥٧٠ - فإن [١] قالوا : روته أم حبيبة [٢] .

٥٧١ - قلنا : رواه مكحول عن عنبسة [٣] ، وقد قال يحيى بن معين وأبو مسهر [٤] : لم يسمع مكحول من عنبسة شيئًا [٥] .

٥٧٢ - فإن قالوا : رواه أبو هريرة [ﷺ] [٦] .

٥٧٣ - قلنا : يرويه موسى [٧] الخياط عن سعيد المقبري [٨] ، وموسى مجهول [٩] . وإذا ثبت اضطراب هذه الأحاديث وضعفها ؛ لم يجز قبولها ، [مع أنها] [١٠] لو صحت ؛ لم يجز قبولها على أصولنا فيما تعم به البلوى ، ألا ترى أن الحاجة إلى معرفة ذلك كالحاجة إلى معرفة الوضوء من البول ؟ فلو كان ذلك ثابتا لبينه النبي ﷺ بيانا عامًّا ، ولم يخف على عبد اللّٰه بن مسعود وعلي وحذيفة وعمار وعمران بن حصين

= عندي ، راجع ترجمة الضعفاء والمتروكين ص ٥٤ ، الجرح والتعديل (٢/٢٢٧ ، ٢٢٨) ، تقريب التهذيب (١/٥٩) .

(١) ساقطة من (م) .

(٢) أخرجه ابن ماجه مرفوعًا في السنن (١/١٦٢) ، الحديث (٤٨١) ، والطحاوي (١/٧٥)، والبيهقي في الكبرى (١/١٣٠) .

(٣) في (م) ، (ع) : [عن نفسه] .

(٤) هو : عبد الأعلى بن مسهر الإمام شيخ الشام ، أبو مسهر الدمشقي ، كان مولده سنة أربعين ومائة ، روى عن مالك بن أنس وإسماعيل بن عياش وابن عيينة . وروي عنه : مروان بن محمد الطاطري ، ويحيى بن معين ، وأبو حاتم الرازي ، وآخرون ، توفي سنة ٢١٨هـ . (انظر: سير أعلام النبلاء ٦/١٦) .

(٥) قال الترمذي : وقال أبو زرعة : حديث أم حبيبة في هذا الباب صحيح ، وهو حديث العلاء بن الحارث عن مكحول عن عنبسة عن أبي سفيان عن أم حبيبة ، وقال محمد : لم يسمع مكحول من عنبسة بن أبي سفيان . في السنن في آخر باب الوضوء من مس الذكر (١/١٣٠) ، وقال الطحاوي بعد أن أخرجه : هذا حديث منقطع أيضًا ؛ لأن مكحول لم يسمع من عنبسة بن أبي سفيان شيئًا ، راجع نصب الراية (١/٥٦ ، ٥٧) ، الدراية (١/٣٨) .

(٦) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) . أخرجه الدارقطني من طريق أخرى عن أبي هريرة بلفظ : «إذا أفضى أحدكم بيده إلى فرجه حتى لا يكون بينه وبينه حجاب ولا ستر ؛ فليتوضأ وضوءه للصلاة» (١/١٤٧) ، والطحاوي بألفاظ أخرى (١/٧٤) ، والبيهقي (١/١٣٠ ، ١٣١) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك (١/١٣٨) .

(٧) في سائر النسخ : [أبو موسى] ، ولعله : [موسى] .

(٨) قال الطحاوي : وإن احتجوا في ذلك أيضًا (يعنى حديث أبي هريرة من طريق يزيد) قيل لهم : هذا عندكم منكر الحديث لا يستوي حديثه شيئًا فكيف تحتجون به (١/٧٧) ، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٢/٣١٩) .

(٩) في (م) ، (ع) : [المقري] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [مع ما أنها] .

وابن عباس [رضوان اللّٰه عليهم] [١] . ولم يرو [٢] وجوب الوضوء فيه عن أحد من الصحابة إلا وقد روي عنه خلافه [٣] .

٥٧٤ – فإن قالوا : قد خفي على ابن مسعود التطبيق ، وعلى أبي بكر ميراث الجدة ، وعلى علي ادخار لحم الأضاحي .

٥٧٥ – قلنا : لا ننكر [٤] أن يخفى على الواحد ما تعم [به] [٥] البلوى ، وإنما ننكر [٦] أن يخفى على الجماعة .

٥٧٦ – ولو ثبت الخبر كان محمولًا [٧] على غسل اليد ؛ وذلك لأنهم كانوا يستجمرون [٨] فيعرقون ، فإذا مسه أصابت اليدَ النجاسةُ ، فأمر بغسل اليد .

٥٧٧ – ألا ترى أنه روي في خبر هشام عن عروة : « من مس ذكره أو لمسه فليتوضأ » [٩] ، ولا يمكن حمل الأثنيين [١٠] على الغسل ، ويجوز أن يسمى غسل اليد وضوءا ، كما روي عن عمر أنه قال : من مس إبطه فليتوضأ [١١] .

٥٧٨ – وقال عليه السلام : « الوضوء مما مست النار » [١٢] يعني غسل اليد ، وكان غسل اليد يسمى وضوءًا على عهد رسول اللّٰه ﷺ [١٣] .

٥٧٩ – فإن قيل : في خبر ابن عمر : « فليتوضأ وضوءه للصلاة » .

٥٨٠ – قلنا : هذه الزيادة لا تعرف [١٤] ، ولو ثبت ، فغسل اليد إذا سمي وضوءًا فهو للصلاة [١٥] .

---

(١) زيادة من (ن) ، (ع) .
(٢) في (ع) : [ولم يرد] .
(٣) راجع هذه الآثار ومعانيها والتعليق عليها في شرح معاني الآثار (٧٧/١ – ٧٩) .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا ينكر] .
(٥) ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [ينكر] .
(٧) في (م) : [مجهولًا] .
(٨) في (م) : [يستحرون] ، وفي (ع) : [ينحرونه] .
(٩) أخرجه الدارقطني (١٤٨/١) ، الحديث (١٠) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى في باب في مس الأنثيين (١٣٨/١) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [مس الأنثيين] .
(١١) أخرجه الدارقطني في باب ما روي في مس الإبط (١٥١/١) ، الحديث (٣) .
(١٢) أخرجه الترمذي في السنن باب ما جاء في الوضوء مما غيرت النار (١١٤/١) الحديث (٧٩) .
(١٣) الدليل على ذلك : حديث عبيد اللّٰه بن عكراش عن أبيه عكراش بن ذؤيب ، أخرجه الترمذي مطولًا في السنن في كتاب الأطعمة باب ما جاء في التسمية في الطعام (٢٨٣/٤) ، الحديث (١٨٤٨) .
(١٤) في (م) : [لا يعرف] .
(١٥) ومن أوجب الوضوء من مس الفرج ؛ فهم يثبتون هذه الزيادة ويستدلون بقوله ﷺ : « من مس فرجه =

٥٨١ – قالوا : خبرنا متأخر ؛ لأن طلق وَفَدَ والنبي ﷺ يبني [في] [١] المسجد ، وخبرنا رواه أبو هريرة ، وهو متأخر الإسلام [٢] .

٥٨٢ – قلنا : قد بني المسجد مرتين ؛ فيجوز أن يكون وفد في الثانية [٣] ، ورواية أبي [٤] هريرة [لا تدل] [٥] على تأخر روايته ؛ لأنه قد روى خبر ذي اليدين وقد قيل : قبل [٦] أن يسلم .

٥٨٣ – وقال عبادة [٧] : ما كل ما نحدثكم به سمعناه من رسول الله ﷺ [٨] ، ولكن حدث بعضنا بعضًا فقلنا : قال النبي ﷺ [٩] .

٥٨٤ – قالوا : خبرنا ناقل ومثبت وفيه الاحتياط .

٥٨٥ – قلنا : خبرنا معلل ، فثبوت الحكم بالعلة نقل [١٠] عما كان عليه في العقل ، ويفيد جواز القياس ، ومتفق على استعمال بعضه ، وهو اللمس بظاهر الكف ، ومختلف في باقية . ولأن سؤال قيس عن مس الذكر يدل على أنه جرى منه أمر فيجوز أن يستدل

= فليعد الوضوء » أخرجه ابن حبان في صحيحه ، وقال ابن حبان : لو كان منه غسل اليدين كما قال بعض الناس ؛ لما قال ﷺ : « فليعد الوضوء » إذ الإعادة لا تكون إلا للوضوء ؛ الذي هو للصلاة .

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) قال ابن حبان بعد أن أخرج حديث طلق بن علي الذي ذكرناه : خبر منسوخ ؛ لأن طلق بن علي كان قدومه على النبي ﷺ أول سنة من سني الهجرة ؛ حيث كان المسلمون يبنون مسجد رسول الله ﷺ ، وقد روى أبو هريرة إيجاب الوضوء من مس الذكر على حسب ما ذكرناه قبل ، وأبو هريرة أسلم سنة سبعة من الهجرة ؛ فدل ذلك على أن خبر أبي هريرة كان بعد خبر طلق بن علي بسبع سنين في صحيحه (٢/٣٢٠ ، ٣٢١) الحديث (١١٠٨) .

(٣) لقد أثبت صاحب بغية الألمعي في تخريج الزيلعي أن بناء المسجد وقع مرتين ، وقدم على ذلك شواهد كافية مع الإشارة إلى كل مصدر من مصادرها في ذيل نصب الراية (١/٦٦ ، ٦٧) .

(٤) في (ن) : [أبو] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يدل] .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) : [عبارة] .

(٨) زيادة من (م) ، (ع) .

(٩) لم نعثر على خبر عبادة ، وله شاهد عن أبي إسحاق عن البراء بن عازب قال : ما كل الحديث سمعناه من رسول الله ﷺ ؛ كان يحدثنا وكنا منشغلين في رعاية الإبل ، وعن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « تسمعون ويسمع منكم ، ويسمع من الذين يسمعون منكم » أخرجهما الحاكم في المستدرك (١/٩٥٤) وقال : صحيح على شرط الشيخين وليس به علة ولم يخرجاه .

(١٠) في (م) ، (ع) : [مقل] .

من هذا الوجه على تأخر خبرنا .

٥٨٦ – قالوا : كل ما أوجب الطهارة الكبرى فمن جنسه ما يوجب الصغرى ، كالخارج من السبيل .

٥٨٧ – قلنا : يبطل بالنوم والجنون ، ثم نقول بموجبه في مس الفرج بالفرج .

٥٨٨ – قالوا : المني يوجب الغسل ، وما يجلبه [1] يوجب [2] الغسل ، والمذي يوجب الوضوء ، [فما جلبه يوجب الوضوء] [3] .

٥٨٩ – قلنا : المني لما أوجب الغسل أوجب غاية ما يجلب ، فكذلك في المذي يجب أن يوجب الوضوء غاية ما يجلب المذي ، وهو التقاء الفرجين .

* * *

---

(١) في (ن) : [يحبكه] .
(٢) وفي (م) ، (ع) : [موجب] .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

مسألة ٣٠

نقض الطهارة بخروج النجاسة من البدن إلى موضع يلحقه التطهير

٥٩٠ – قال أصحابنا : إذا خرجت النجاسة من البدن إلى موضع يلحقه حكم التطهير نقضت [١] الطهارة [٢] .

٥٩١ – خلافًا للشافعي [٣] .

٥٩٢ – لما روي [٤] أن النبي ﷺ قال لفاطمة [٥] : « إنما ذلك دم عرق وليست بالحيضة ، فتوضئي [٦] لكل صلاة » [٧] . فجعل العلة في وجوب الوضوء من الدم كونه دم العرق ، وهذا عام لسائر الدماء .

٥٩٣ – قالوا : هذا تعليل [٨] لنفي كونه حيضًا ؛ لأنه أشكل عليها بالحيض .

٥٩٤ – قلنا : يجوز أن يكون التعليل للأمرين ، ولا يجوز أن يكون لكونه استحاضة

---

(١) في (م) : [نقضته الطهارة] ، وفي (ع) : [نقصه للطهارة] .

(٢) قال الكاساني : إذا ظهر شيء من البول والغائط على رأس المخرج ؛ انتقضت الطهارة . (انظر : بدائع الصنائع ٢٥/١ ، الهداية مع فتح القدير ٣٨/١ ، مختصر الطحاوي ص ١٨ ، المبسوط ٧٦/١ ، حاشية ابن عابدين ٩٤/١ ، ٩٥) .

(٣) قال الشافعي : لا وضوء في قيء ولا رعاف ولا حجامة ، ولا شيء خرج من الجسد من غير الفروج الثلاثة : القبل والدبر والذكر . (انظر : الأم ١٤/١ ، مختصر المزني ص ٣ ، ٤ ، الوسيط ٤٠٥/١) . (وانظر : المدونة في القرحة تسيل ١٩/١ ، ٢٠ ، الاستذكار ١٩٨/١/١ – ٢٠٠ ، ٢١٨ ، ٢١٩ ، الكافي لابن عبد البر ١٥١/١ ، بداية المجتهد ٣٥/١ ، ٣٦ ، الإفصاح ٧٩/١ ، الكافي لابن قدامة ٤٢/١ ، المسائل الفقهية ٨٦/١ ، المغني ١٨٤/١ ، ١٨٧) .

(٤) في (م) ، (ع) : [بما روي] .

(٥) فاطمة بنت أبي حبيش بن المطلب بن أسد بن عبد العزى بن قصي القرشية . تزوجها عبد الله بن جحش فولدت له محمدًا . روت عنها عائشة حديث الاستحاضة . انظر (الإصابة ١٦١/٨ – الاستيعاب ٢١٨/٧) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فتوضأ] .

(٧) أخرجه البخاري في الصحيح باب الاستحاضة ، وفي باب غسل الدم (٥٣ ، ٦٥ ، ٦٧) ، ومسلم في الصحيح باب المستحاضة وغسلها وصلاتها (١٤٨/١) ، ومالك في الموطأ كتاب ما جاء في المستحاضة باب وقت الصلاة (٦١/١) ، والترمذي في السنن باب ما جاء في المستحاضة (٢١٧/١ ، ٢١٨) ، الحديث (١٢٥) ، والنسائي في المجتبى باب الفرق بين دم الحيض والاستحاضة (١٢٣/١ ، ١٢٤) ، وابن ماجه في السنن (٢٠٤/١) .

(٨) في (ن) : [دليل] .

خاصة ؛ لأنها سألته عن الحكم المسئول عنه .

٥٩٥ – قالوا : التعليل وقع على الدم الخارج من السبيل .

٥٩٦ – قلنا : السبيل ما جرى له [ذكر في العلة] (١) ، وإنما هو صفة الأصل المعلل ، فلا يضم إلى العلة ، كما لا يضم إلى علة الربا (٢) كون المعلول بُرًّا .

٥٩٧ – ويدل عليه : ما روى (٣) زاذان عن سلمان ، قال : رآني رسول الله ﷺ وقد سال من أنفي دم ، فقال : « أحدث بك وضوءًا » (٤) .

٥٩٨ – قالوا : رواه أبو خالد الواسطي (٥) ، وهو عمرو القرشي . قال أحمد ويحيى : أبو خالد كذاب (٦) .

٥٩٩ – قلنا : أكثر ما قال الدارقطني : إنه متروك الحديث . وإنما طعنوا لأنه صاحب زيد بن علي عليه السلام (٧) ، وهذا ليس بطعن .

٦٠٠ – ويدل عليه : ما رواه ابن طاووس عن أبيه عن ابن عباس قال : كان رسول

---

(١) ساقطة من (ن) . (٢) في (ن) : [الريا] .

(٣) في (ن) : [ما رواه] .

(٤) وهذا الحديث أخرجه الدارقطني في السنن باب الوضوء من الخارج من البدن كالرعاف والقيء والحجامة ونحوه (١٥٦/١) ، الحديث (٢٣) ، والطبراني في الكبير (٢٣٩/٦) ، الحديث (٦٠٩٩) ، وراجع أيضًا نصب الراية (٤١/١) . (٥) في (م) ، (ع) : [الواسطي] .

(٦) قال الدارقطني بعد أن رواه من طريق آخر : عمرو القرشي هذا هو عمرو بن خالد أبو خالد الواسطي متروك الحديث ، وقال أحمد بن حنبل ويحيى بن معين : أبو خالد الواسطي كذاب . (انظر : كتاب العلل ومعرفة الرجال ٧٨/٢ ، ١١١ ، ١٧٢ ، الجرح والتعديل ٢٣٠/٦ ، كتاب المجروحين ٧٦/٢ ، ميزان الاعتدال ٢٥٧/٣ ، ٢٥٨ ، تقريب التهذيب ٦٩/٢) .

وقال ابن حبان في حق يزيد بن عبد الرحمن : كان كثير الخطأ فاحش الوهم ، يخالف الثقات في الروايات ؛ حتى إذا سمعها المبتدئ في هذه الصناعة علم أنها معلولة أو مقلوبة ، ولا يجوز الاحتجاج به إذا وافق الثقات ، فكيف إذا انفرد عنهم بالمعضلات ؟ . (انظر : كتاب المجروحين ٣/ ١٠٥ ، الجرح والتعديل ٢٧٧/٩ ، ميزان الاعتدال ٤٣٢/٤ ، رقم ٩٧٢٣) .

(٧) هو : زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب ﷺ ، وهو الذي ينسب إليه الزيدية ، وكان ذا علم وجلالة وصلاح ، روى عن أبيه زين العابدين وأخيه الباقر وآخرين ، وروى عنه ابن أخيه جعفر بن محمد وشعبة وفضيل بن مرزوق ، وتوفي سنة ١٢٠ هـ ، وقيل غير ذلك . (انظر : تقريب التهذيب ٢٧٦/١ ، رقم ١٩٩ ، سير أعلام النبلاء ١٨١/٦) .

اللَّه ﷺ إذا رعف في الصلاة توضأ وبنى [١] .

٦٠١ - وروى ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال : « من قاء أو رعف في صلاته ؛ فلينصرف وليتوضأ ، وليبن على ما مضى من صلاته ؛ ما لم يتكلم أو يحدث » [٢] .

٦٠٢ - وروى عمر بن عبد العزيز [٣] ، عن عثمان الداعي [٤] عن النبي ﷺ أنه قال : « الوضوء من كل دم سائل » [٥] .

٦٠٣ - قالوا : رواه يزيد بن خالد [٦] ، عن يزيد بن محمد ، وهما مجهولان ، وعمر بن عبد العزيز لم يسمع من عثمان .

٦٠٤ - قلنا : جهالة الراوي لا تقدح [٧] في روايته ؛ لأن المعتبر إسلامه مع العدالة [٨] ، وإرسال الخبر لا يؤثر فيه عندنا .

---

(١) أخرجه الدارقطني من طريق عمر بن رياح بهذا الإسناد (١٥٦/١ ، ١٥٧) ، وقال الدارقطني بعد أن أخرجه : عمر بن رياح متروك .

(٢) أخرجه الدارقطني (١٥٣/١ - ١٥٥) ، وابن ماجه في السنن باب ما جاء في البناء على الصلاة (٣٨٥/١ ، ٣٨٦) ، الحديث (١٢٢١) ، والبيهقي في الكبرى باب ترك الوضوء من خروج الدم من غير مخرج الحدث (١٤٢/١) . قال الدارقطني بعد أن صححه : عن ابن جريج مرسلًا . وأما حديث ابن جريج عن أبي مليكة عن عائشة الذي يرويه إسماعيل بن عياش فليس بشيء . راجع ترجمة إسماعيل بن عياش في المغني (٨٥/١) ، الترجمة (٦٩٧) ، تقريب التهذيب (٧٣/١) ، الترجمة (٥٤١) .

(٣) هو : عمر بن عبد العزيز بن مروان ، الإمام الحافظ المجتهد الزاهد العابد السيد ، أمير المؤمنين حقًّا ، أبو حفص القرشي الأموي ، ثم المصري ، الخليفة الزاهد الراشد ، أشج بني أمية ، حدث عن : عبد اللَّه بن جعفر ابن أبي طالب ، والسائب بن يزيد ، وسهل بن يزيد وآخرين ، حدث عنه : أبو سلمة أحد شيوخه ، وأبو بكر ابن حزم ، ورجاء بن حيوة ، وآخرون ، روى خليفة بن خياط أنه مات يوم الجمعة لخمس بقين من رجب سنة إحدى ومائة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٥٧٦/٥ ، طبقات ابن سعد ٣٢٠/٥) .

(٤) في سائر النسخ : [عن عثمان الداعي] ولعل الصواب ما جاء في سنن الدارقطني : [تميم الداري] . وهو : تميم بن أوس بن خارجة الداري ، صحابي مشهور . (انظر : أسد الغابة ٢٥١/١ ، تقريب التهذيب ١١٣/١) .

(٥) أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ (١٥٧/١) .

(٦) يزيد بن خالد الحمداني أبو خالد الرملي ، الزاهد ، ذكره ابن حبان في كتاب الثقات ، مات سنة اثنتين وثلاثين ومائتين ، وقيل غير ذلك . (انظر : تهذيب الكمال ١١٥/٣٢) .

(٧) في (ع) : [لا يقدح] .

(٨) في (ن) ، (ع) ، وهامش (ص) : [في العدالة] .

٦٠٥ - وروى أبو هريرة [رضي الله عنه] (١) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء حتى يكون دمًا سائلا » (٢) . ولأنها نجاسة خارجة من البدن ؛ فكان لنوعها تأثير في إيجاب الوضوء ، كالخارج من السبيل .

ولأن الطهارة على ضربين : طهارة إزالة ، وطهارة حدث ، فإذا جاز أن تتعلق (٣) إحدى الطهارتين بالخارج (٤) من غير السبيل فالآخر مثله .

ولأن الحكم يتعلق بالخارج دون المسلك ، بدلالة اختلاف الحكم باختلاف صفة الخارج مع اتفاق المسلك . ولأن أحد نوعي الطهارة يعتبر فيه الخارج دون المسلك ، فكذلك النوع الآخر .

٦٠٦ - ولا يقال : إن الريح والدود والحصى ينقض الوضوء من السبيل ولا ينقض من غيره ، واختلف الحكم باختلاف المسلك ؛ وذلك لأن الحكم يختلف بالخارج أيضًا ، ألا ترى أن نجاسة ما خرج من السبيل أغلظ فتعلق بقليلها الوضوء ، ولم يتعلق بقليل غيرها ؟ وإذا ثبت اعتبار الخارج النجس ، وهو موجود من غير السبيل ؛ فنُقِضَ (٥) الوضوء .

٦٠٧ - احتجوا : بحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا وضوء إلا من صوت أو ريح » (٦) .

٦٠٨ - والجواب : أنه لا يمكن اعتبار عمومه ؛ لعلمنا أن نواقض الوضوء كثيرة بالاتفاق ، وإذا لم يمكن اعتبار عمومه قصر على سببه ، وهو ما روي أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الشاك فقال ذلك ، فكأنه قال : لا وضوء عند الشك إلا من صوت أو ريح .

---

(١) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) أخرجه الدارقطني (١٥٧/١) ، الحديث (٢٨ ، ٢٩) ، وضعفه الدارقطني من قبل الرواة . راجع نصب الراية (٤٤/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالأخرى] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) [فنقض] ، وما أثبتناه من (ن) .

(٦) أخرجه أحمد في المسند (٤٧١/٢) ، والترمذي في السنن باب لا وضوء إلا من حدث (١٧٢/١) الحديث (٥١٥) ، والبيهقي في الكبرى باب الوضوء من الريح يخرج من أحد السبيلين (١١٧/١) ، وأخرجه مسلم في الصحيح - باب الدليل على من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك (١٥٦/١) ، وأبو داود في السنن - باب إذا شك في الحدث (٤٩/١ ، ٥٠) ، وأخرجه البخاري في الصحيح كتاب الوضوء (٣٨/١) .

٦٠٩ - قالوا : روى حميد عن أنس ﷺ قال : احتجم رسول الله ﷺ فصلى ولم يتوضأ ، ولم يزد على غسل محاجمه [١] .

٦١٠ - قلنا : رواه صالح بن مقاتل [٢] ، وهو مجهول ، وحميد الطويل مدلس [٣] ، ولم يروه عن حميد من الأثبات أحد ، وإنما رواه أبو أيوب القرشي . ولأن أكثر ما فيه أنه لم يشاهده يتوضأ فيجوز أن يكون توضأ بغير حضرته .

٦١١ - احتجوا : بحديث ثوبان [٤] أنه قال للنبي ﷺ : أفريضة الوضوء من القيء؟ فقال : « لو كان فريضة لوجدته في القرآن » [٥] .

٦١٢ - قلنا : قال الدارقطني : لم يروه / عن الأوزاعي غير عبيدة بن السكن ، وهو منكر الحديث . ولأن النبي ﷺ نفى كونه فرضًا ، وكذلك نقول ؛ [٦] لأنه ليس بفرض عندنا ، وإنما هو واجب . ٨/أ

والفرض ما ثبت بنص القرآن وبدلائل مقطوع بها [٧] ، ألا ترى أن النبي ﷺ لم يقصد إسقاط وجوب ما ليس في القرآن ، فثبت أنه أراد ما ذكرناه .

٦١٣ - قالوا : خارج من غير مخرج الحدث [٨] ، كالدود .

٦١٤ - قلنا : اعتبار المخرج لا معنى له ؛ لما ذكرناه ، ولأن الدود لا ينقض الطهارة بنفسه ، وإنما ينقض النجاسةُ المقارنة له ، وما كان من السبيل فنجاسته أغلظ ، فلم يتعلق بقليله وإن تعلق بكثيره ، ولخفة النجاسة تأثير بالاتفاق [٩] ، كبول ما يؤكل لحمه وبول

---

(١) أخرجه الدارقطني (١/١٥١ ، ١٥٢) الحديث (٢) ، والبيهقي في الكبرى باب ترك الوضوء من خروج الدم من غير مخرج الحدث (١/١٤١) .

(٢) في سائر النسخ : [مقاتل بن صالح] والصواب ما أثبتناه بالتقديم والتأخير من سنن الدارقطني والبيهقي . راجع ترجمته في المغني في الضعفاء (١/٣٠٥) الترجمة (٢٨٤٣) .

(٣) هو : حميد بن أبي حميد الطويل البصري ، ثقة مدلس ، وقال أبو حاتم : ثقة لا بأس به ، وعابه زائدة لدخوله في شيء من أمر الأمراء . (انظر : الجرح والتعديل ٣/٢١٩ ، الترجمة ٩٦١ ، المغني في الضعفاء ١/١٩٦ ، تقريب التهذيب ١/٢٠٢) .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ن) : [أبان] ، وفي (ع) : [أبانة] ، ولعل الصواب ما أثبتناه من سنن الدارقطني ، ونصب الراية .

(٥) هذا جزء من حديث ثوبان أخرجه الدارقطني (١/١٥٩) ، الحديث (٤١) ، قال الدارقطني بعد أن أخرجه : لم يروه عن الأوزاعي غير عتبة بن السكن ، وهو منكر الحديث .

(٦) في (م) ، (ع) : [يقول] .

(٧) في (م) : [مقطوع ، مقطوع بها] .

(٨) في (م) ، (ع) : [الحديث] .

(٩) في (م) ، (ع) : [تأثير الاتفاق] .

ما لا يؤكل لحمه ، ونجاسة البول والدم عندهم .

٦١٥ - قالوا : كل ما لم ينقض قليله الوضوء لم ينتقض كثيره ، كالبلغم .

٦١٦ - قلنا : القليل قد يسقط (١) حكمه لقلته وإن لم يسقط حكم الأكثر ، كما عفي عن إزالة قليل الدم وإن لم يعف عن كثيره .

٦١٧ - ولأن المعنى في البلغم أنه لا تتعلق به إحدى الطهارتين فلم تتعلق به الأخرى . ولما تعلق بالخارج [من] (٢) إحدى (٣) السبيلين (٤) أحد (٥) الطهارتين جاز أن تتعلق (٦) به الأخرى .

٦١٨ - قالوا : طهارة ينقضها الخارج من مخرج الحدث فلم ينقضها الخارج من غيره ، كالغسل .

٦١٩ - قلنا : يبطل بطهارة النجاسة . ثم الأصل غير مسلم ؛ لأن المني لو خرج إلى قصبة الذكر على وجه الدفق والشهوة ثم انفصل من جراحة في الذكر ، تعلق به الغسل عندنا ، ويترجح [ما ذكرناه] (٧) بأنه ناقل ومثبت لحكم شرعي ومسوّى لطهارة الحدث والإزالة .

* * *

(١) في (ن) : [سقط] .
(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٣) هكذا في جميع النسخ ، ولعلها : [أحد] .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [السبيل] .
(٥) هكذا في جميع النسخ ، ولعلها : [إحدى] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .
(٧) ساقطة من (ع) .

مسألة ٣١

نقض الوضوء بالقهقهة في الصلاة

٦٢٠ - قال أصحابنا : القهقهة في الصلاة تنقض [١] الوضوء [٢] .

٦٢١ - خلافًا للشافعي [٣] .

٦٢٢ - لنا : ما رواه أبو حنيفة عن منصور بن زاذان [٤] عن الحسن عن معبد الجهني [٥] : أن النبي ﷺ كان يصلي وأصحابه خلفه ، فجاء أعرابي فتردى في زبية [٦] ،

(١) في (م) ، (ع) : [ينقض] .
(٢) قال في المبسوط : إن كان الضحك دون القهقهة مضى على صلاته ، وإن كان قهقهة ، استقبل الوضوء والصلاة ناسيًا كان أو متعمدًا . (انظر : الهداية ٥٢/١ ، مجمع الأنهر ٢٠/١ ، المبسوط ٧٧/١ ، فتاوى قاضي خان في هامش الهداية ٣٨/١ ، بدائع الصنائع ٣٣/١ ، حاشية ابن عابدين ١٠٢/١ ، ١٠٣) .
(٣) قال النووي : وكذلك لا ينتقض الطهر بقهقهة المصلي . (انظر : المجموع شرح المهذب ٦٠/٢ ، مختصر المزني ص ٤ ، الكافي لابن عبد البر باب ما يوجب الغسل ١٥١/١ ، بداية المجتهد الباب الرابع في نواقض الوضوء ٤١/١ ، المغني باب ما ينقض الطهارة ١٧٧/١ ، ١٨٨ ، المحلى بالآثار ٢٤٣/١ ، ٢٤٤) .
(٤) في (ص) : [زادان] وفي (م) ، (ع) : [زاد] ، والصواب ما أثبتناه ، هو : منصور بن زاذان ، الإمام الرباني ، شيخ واسط علمًا وعملًا ، أبو المغيرة الثقفي ، مولاهم الواسطي . ولد في حياة ابن عمر ، قال ابن سعد : كان ثقة ، حجة ، سريع القراءة يريد أن يسترسل ، وكان يختم القرآن في الضحى ، وكان يختم القرآن في اليوم مرتين ، ويصلي الليل كله ، روى عن أنس بن مالك ، وأبي العالية ، والحسن ، وابن سيرين ، وآخرين ، وروى عنه : شعبة وجرير بن حازم وأبو عوانة وآخرون ، قال يزيد بن هارون : توفي سنة إحدى وثلاثين ومائة ، وقيل غير ذلك . (انظر : سير أعلام النبلاء ٢٢٤/٦ ، طبقات ابن سعد ٢٢٦/٧) .
(٥) هو : معبد بن خالد الجهني ، اختلفت آراء الناس في تحديد معبد الجهني الذي روى هذا الحديث : هل هو معبد الجهني الصحابي ، أو معبد الجهني التابعي ، فعند الدارقطني والبيهقي أنه معبد بن خالد الجهني التابعي ، وهو ثقة صدوق في الحديث ، رمي بالقدر ، وقال ابن عبد البر في الاستيعاب : معبد بن خالد الجهني يكنى أبا روعة ، وذكره الواقدي في الصحابة ، وقال الواقدي : أسلم معبد بن خالد قديمًا ، وهو أحد الأربعة الذين حملوا ألوية جهينة يوم الفتح ، ومات سنة اثنتين وسبعين وهو ابن بضع وثمانين سنة ، وكان يلزم البادية . وقال ابن أبي حاتم : هو غير معين بن خالد الذي عندهم أول من تكلم بالقدر بالبصرة . (انظر : الاستيعاب في أسماء الأصحاب في هامش الإصابة ٤٥٧/٣ ، ٤٥٨ ، أسد الغابة ٣٩٠/٤ الإصابة في تمييز الصحابة ٤٣٩/٣ رقم ٨٠٩٢) .
(٦) في (م) ، (ع) : [في دينه] . والزبية بضم الزاي وسكون الباء وفتح الياء : حفرة في موضع عال يصاد بها الذئب أو الأسد ونحوه ، والجمع زبى . (مختار الصحاح (زبي) ٢٦٨ ، المصباح المنير ٢٣٦/١) .

فضحك [بعضهم] [١] حتى قهقه ، فأمر النبي ﷺ من ضحك منهم فليعد الوضوء والصلاة [٢] .

وروى سلام بن مطيع [٣] عن النبي ﷺ القصة [٤] .

ورواها الحسن وإبراهيم وأبو العالية عن النبي ﷺ . وروى عمرو [٥] بن عبيد [٦] عن الحسن عن عمران بن حصين ، قال : قال رسول الله ﷺ : « من ضحك في الصلاة فليعد الوضوء والصلاة » [٧] .

٦٢٣ - وقولهم : رواه عمر [٨] بن قيس مسندا عن عمرو ، وهو متروك [٩] .

٦٢٤ - قلنا [١٠] : هذا فقيه مكة ومفتيها ، مثل مالك بالمدينة . وروى عنه [١١] شعبة ، وإنما طُعن عليه لكثرة المزح . ورواه الحسن عن أبي هريرة عن

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن باب أحاديث القهقهة في الصلاة وعللها (١٦٧/١) .

(٣) في (م) : [فسألت ابن مطيع] ، وفي سائر النسخ : [وروى سلام بن مطيع] ، ولعل الصواب كما جاء في سنن الدارقطني : [وروى عن سلام بن أبي مطيع] .

وهو : سلام بن أبي مطيع الإمام الثقة القدوة ، أبو سعد الخزاعي مولاهم البصري ، قال أحمد بن حنبل : ثقة صاحب سنة ، وقال أبو حاتم : صالح الحديث ، روى عن قتادة ، وشعيب بن الحبحاب وأيوب وآخرين ، روى عنه : ابن المبارك ، وابن مهدي ، وسعيد بن عامر ، وآخرون ، قال محمد بن محبوب : مات وهو مقبل من مكة سنة أربع وستين ومائة ، وقيل غير ذلك . (انظر : سير أعلام النبلاء ٣٢٤/٧) .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن باب أحاديث القهقهة في الصلاة وعللها (١٦٢/١) .

(٥) في سائر النسخ : [عمر] ، ولعل الصواب ما أثبتناه من سنن الدارقطني .

(٦) هو : عمرو بن عبيد الزاهد العابد القدري ، كبير المعتزلة أبو عثمان البصري ، قال النسائي : ليس بثقة ، وقال حفص بن غياث : ما لقيت أزهد منه ، وانتحل ما انتحل ، روى عن : أبي العالية ، وأبي قلابة ، والحسن البصري ، وروى عنه : الحمادان ، وعبد الوارث ، وابن عيينة ، وآخرون ، وقال الخطيب : مات بطريق مكة سنة ثلاث وأربعين ومائة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٣٣٠/٦) .

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن باب أحاديث القهقهة في الصلاة وعللها (١٥٦/١) ، الحديث (١٢) .

(٨) في جميع النسخ : [عمرو] ، والصواب ما أثبتناه من الدارقطني في سننه (١٦٥/١) ، حديث (١٢) ،

(٩) عمر بن قيس المكي أخو حميد بن قيس المكي ، ولي قضاء مكة ، ضعيف ، ضعفه يحيى بن معين . وقال أبو حاتم : ضعيف ، متروك الحديث . (انظر : الجرح والتعديل ١٢٩/٦ ، ١٣٠ ، ميزان الاعتدال ٢١٨/٣ ، ٢١٩ ، تقريب التهذيب ٦٢/٢ الترجمة ٤٩٨) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [قلنا رواه عمرو بن قيس] .

(١١) في (ع) : [عن] .

النبي ﷺ [(١)] .

٦٢٥ - قالوا : رواه عبد العزيز بن الحصين [(٢)] ، عن عبد الكريم بن أمية [(٣)] ، وعبد العزيز ضعيف ، وابن أمية متروك .

٦٢٦ - قلنا : قولهم : (ضعيف) لا يحتج به حتى يبينوا جهة الضعف . وأبو أمية روى عنه أبو حنيفة حديث الشفعة ، وروى عنه مالك في الموطأ .

وروى الحسن بن دينار عن الحسن عن أبي المليح عن [(٤)] أسامة ، عن النبي ﷺ القصة [(٥)] .

٦٢٧ - وقولهم : الحسن بن دينار ضعيف ليس بصحيح ؛ لأن أبا يوسف روى عنه . وقد روى هذا الخبر الحسن بن عمارة ، عن خالد الحذاء [(٦)] ، عن أبي المليح عن أبيه .

٦٢٨ - ولأن هذه قصة مشهورة رواها الحسن وأبو العالية وابن سيرين من أهل البصرة وأفتوا بها . وروى إبراهيم في علماء الكوفة وأفتوا بها ، والزهري في علماء الحجاز وأفتى بها [(٧)] ، والأوزاعي في علماء الشام وأفتى بها . ومثل هذا لا يطعن عليه بضعف الرجل بالإرسال .

٦٢٩ - وقد قال ابن سيرين : كنا نؤمر [(٨)] ونحن صبيان في الكُتَّاب أن نعيد [(٩)]

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن باب أحاديث القهقهة في الصلاة وعللها (١٦٤/١) ، الحديث (١١) .

(٢) عبد العزيز بن الحصين التركماني : خراساني ، ضعيف الحديث ، ضعفه يحيى بن معين ، وقال أبو زرعة : لا يكتب حديثه . (انظر : الجرح والتعديل ١٣٨٠/٥ ، الترجمة ١٧٧٧) .

(٣) وعبد الكريم بن أبي المخارق أبو أمية المعلم البصري ، نزيل مكة ، له في البخاري ، قال يحيى بن معين وأبو حاتم : هو ضعيف الحديث . قال الدارقطني في آخر الحديث (١٠) ص ١٦٤ : وعبد الكريم متروك الحديث ، والراوي له عنه : عبد العزيز بن الحصين ، وهو ضعيف أيضًا . (انظر : الجرح والتعديل ٥٩/٦ ، الترجمة ٣١١ ، تقريب التهذيب ٥١٦/١ الترجمة ١٢٨٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [بن] .

(٥) أخرجه الدارقطني باب أحاديث القهقهة في الصلاة وعللها (١٦١/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [خالد بن الخلد] .

(٧) قال الدارقطني بعد أن أخرج هذا الحديث من طريق الزهري عن الحسن بأسانيد مختلفة : فلو كان ما رواه الزهري عن الحسن عن النبي ﷺ صحيحًا عن الزهري ؛ لما أفتى بخلافه وضده . انظر : سنن الدارقطني باب أحاديث القهقهة في الصلاة وعللها (١٦٦/١ ، ١٦٧) ، رقم (١٦ - ٢١) .

(٨) في (م) : [نوم] . (٩) في (م) : [أن يعيد] .

الوضوء ، وإنما كان يأمرهم في ذلك الوقت الصحابة . ولأنها [1] عبادة يبطلها الحدث ؛ فجاز أن يبطلها القهقهة ، كالصلاة . ولأن ما يظهر من بدن بني آدم يؤثر في حكم الصلاة قسمين [2] : أحدهما : يوصف [3] ، والآخر : لا يستحق هذه الصفة .

فإذا جاز أن ينقض الطهارة ما هو من النجس [4] ، كذلك الآخر . ولأنه مخرج يتعلق به الإفطار فجاز أن يتعلق بالخارج منه نقض الوضوء ، كالسبيلين .

٦٣٠ - احتجوا بما رواه جابر : أن النبي ﷺ قال : « الضحك ينقض الصلاة ولا ينقض الوضوء » [5] .

٦٣١ - والجواب : أن الدارقطني قال : إن المنذر بن عمار روى هذا الحديث [عن أبي شيبة ، الإسناد] [6] بعينه ، قال : قال رسول الله ﷺ : « الكلام ينقض الصلاة ولا ينقض الوضوء » [7] .

٦٣٢ - ولأن أبا شيبة إبراهيم بن عثمان قاضي واسط كذاب [8] .

٦٣٣ - وقد [9] طرق الدارقطني هذا الحديث عن جابر ، قال : والصحيح أنه من قوله [10] .

٦٣٤ - وقد روى الأعمش عن سعيد عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « من

---

(١) في (ع) : [لأنها] .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) هكذا : [قسمين] ، وفي (ن) : [فتميز] ، ولعلها : [قسمان] .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بوصف] .

(٤) في (ص) : [مما هو من حبير النجس] ، وفي (ن) : [مما هو من النجس] .

(٥) أخرجه الدارقطني (١٧٣/١) الحديث (٥٨) .

(٦) في (ص) : [عن ابن أبي شيبة الإسناد] ، وفي (ن) : [عن أبي الإسناد] ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) أخرجه الدارقطني باب أحاديث القهقهة في الصلاة وعللها (١٧٣/١) ، الحديث (٥٨) .

(٨) في جميع النسخ : [أبا شيبة بن إبراهيم] والصواب ما أثبتناه ، إبراهيم بن عثمان بن عبد الله أبو شيبة العبسي الكوفي ، قاضي واسط ، مشهور بكنيته ، يروى عن زوج أمه الحكم بن عتيبة وغيره ، وعنه كاتبه يزيد ابن هارون ، متروك الحديث ، قال أحمد : أبو شيبة جد بني أبي شيبة منكر الحديث ، وقال أبو حاتم : ضعيف الحديث ، سكتوا عنه وتركوا حديثه . (انظر : الجرح والتعديل ١١٥/٢ ، الترجمة ٣٤٧ ، المغني في الضعفاء ٢٠/١ الترجمة ١٢٥ ، تقريب التهذيب ٣٩/١ الترجمة ٢٤١) .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فقد] .

(١٠) أخرجه الدارقطني في السنن باب أحاديث القهقهة في الصلاة وعللها (١٧٢/١ ، ١٧٣) ، رقم (٤٨ - ٥٧) ، والبيهقي (١٤٤/١) .

ضحك في الصلاة فليعد الوضوء والصلاة » وذكر أبو يوسف عن ابن أبي ليلى عن أبي الزبير [١] ، عن جابر أنه قال : لا وضوء فيه ، وإنما كان ذلك خاصا بمن [٢] ضحك خلف النبي ﷺ [٣] .

٦٣٥ – وهذا يعارض خبر جابر ، فيسقط ، وخبرنا روي من غير تعارض . وإن ثبت حملناه على الضحك الذي دون القهقهة إذا بانت فيه الحروف ؛ لأن ذلك ينقض الصلاة عندنا [٤] دون الوضوء .

٦٣٦ – ولا يجوز حمل أخبارنا على الاستحباب ؛ لأن ذلك ليس بقول لأحد . ولأنه أثبت به الوجوب في إعادة الصلاة [٥] ، فكذلك في إعادة الوضوء . ويجوز أن يحمل خبرهم على القهقهة في صلاة الجنازة .

٦٣٧ – قالوا : روى سهل بن معاذ [٦] عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال : « الضاحك ، والمتلفت ، والمفرقع أصابعه ؛ سواء » [٧] .

٦٣٨ – قلنا : رواه ابن لهيعة [٨] ، وهو لا يعتمد على روايته عن زبان [٩] بن فائد ، وهو ضعيف جدًّا ، ذكره الساجي في الضعفاء .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [عن الزبير] .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لمن] .

(٣) أخرجه الدارقطني بلفظ : ليس على من ضحك في الصلاة إعادة وضوء ؛ إنما كان ذلك لهم حين ضحكوا خلف رسول الله ﷺ ، في السنن باب أحاديث القهقهة في الصلاة وعللها (١٧٥/١) .

(٤) في (م) : [عند] .

(٥) في (م) ، (ن) : [في إبعاد الصلاة] .

(٦) هو : سهل بن معاذ بن أنس الجهني ، شامي نزل مصر ، وقال أبو بكر بن أبي خيثمة عن يحيى بن معين : ضعيف . وذكره ابن حبان في كتاب الثقات ، روى عن أبيه ، وله صحبة . وروى عنه : إسماعيل بن يحيى ، وثور بن يزيد ، وزبان بن قائد ، وآخرون . (انظر : تهذيب الكمال ٢٠٨/١٢) .

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن باب أحاديث القهقهة في الصلاة وعللها (١٧٥/١) ، الحديث (٦٧) ، وابن حبان في ترجمة سهل بن معاذ بن أنس (٣٤٣/١) .

(٨) هو : عبد الله بن لهيعة القاضي ، الإمام العلامة محدث الديار المصرية مع الليث بن سعد ، ولد سنة خمس أو ست وتسعين ، وطلب العلم في صباه ، ولقي الكبار بمصر والحرمين ، قال روح بن صلاح : لقي ابن لهيعة اثنين وسبعين تابعيا روى عن عبد الرحيم بن هرمز ، وعطاء بن رباح وغيرهما ، روى عنه : حفيده أحمد بن عيسى ، والليث بن سعد ، وأشهب وغيرهم ، مات رَحِمَهُ اللَّهُ سنة ١٧٤ هـ . (انظر : سير أعلام النبلاء ٣٥٨/٧) .

(٩) في (ص) : [ريان] ، وفي (ع) : [زيان] .

٦٣٩ - قال البستي : هذا خبر رواه زبان بن فائد [١] عن سهل بن معاذ [٢] وقال : سهل منكر الحديث ، ولست [٣] أدري أوقع الغلط منه أو من زبان بن فائد ، على [٤] أن رواية زبان [٥] عن رشدين بن سعد [٦] وزبان ليس بشيء [٧] ولأن المساوي الالتفات [٨] ، هو ما دون القهقهة ؛ وذلك لا ينقض الوضوء عندنا .

٦٤٠ - قالوا : ما لا يكون حدثًا خارج الصلاة فلا يكون حدثًا فيها ، كالكلام .

٦٤١ - قلنا : يجوز أن يختلف حال العبادة وما قبلها [٩] في حال المحظورات ، فيغلظ [١٠] ما صادف العبادة ، ويخف ما لم يصادفها ، كالوطء [١١] في الإحرام والصوم .

٦٤٢ - قالوا : حال الصلاة أحفظ للصلاة مما قبلها ، بدلالة رؤية سؤر الحمار

---

(١) في (ص) : [ريان بن فائد] ، هو : زبان بن فائد المصري ، أبو جوين الحمراوي ، قال أبو حاتم : صالح ، روى له البخاري في كتاب الأدب ، وأبو داود والترمذي ، وابن ماجه ، روى عن سعيد وأنس وسهل بن معاذ ، وروى عنه : رشدين بن سعد ، وسعيد بن أبي أيوب ، وغيرهما ، مات سنة خمس وخمسين ومائة . (انظر : تهذيب الكمال ٢٨١/٩) .

(٢) سهل بن معاذ بن أنس الجهني نزيل مصر ، ضعيف ، وفي التقريب : لا بأس به إلا في روايات زبان عنه . (راجع ترجمته : في الجرح والتعديل ٢٠٣/٤ ، ٢٠٤ ، الترجمة ٨٧٩ ، المغني في الضعفاء ٢٨٨/١ ، الترجمة ٢٦٨٢ ، تقريب التهذيب ٣٣٧/١ الترجمة ٥٦٨) .

(٣) في (م) : [وليست] .

(٤) في (ن) : [عن على] ، ولفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدرك في الهامش .

(٥) في (ص) : [ريان] .

(٦) في سائر النسخ : [رشد بن سعيد] ، ولعل الصواب ما أثبتناه من كتاب ابن حبان المجروحين وكتب التراجم . رشدين بن سعد المهري من أهل مصر كنيته أبو الحجاج ، قال يحيى بن معين : ليس بشيء ، وقال النسائي : متروك الحديث ، قال ابن حبان : كان ابن لهيعة ورشدين بن سعد لا يباليان ما دفع إليهما فيقرآنه ، وقال ابن عدي : وهو مع ضعفه يكتب حديثه . انظر : الكامل ١٤٩/٣ - ١٥٧ ، الترجمة ٦٦٩/١٩ ، المجروحين ٢٩٩/١ ، ٣٠٠ ، المغني في الضعفاء ٢٣٢/١ ، الترجمة ٢١٢٣ ، تقريب التهذيب ٢٥١/١) .

(٧) في سائر النسخ : [وهو زبان الساسي] وما أثبتناه من كتاب المجروحين . قال البستي : سهل بن معاذ بن أنس يروي عن أبيه ، وروى عنه زبان بن فائد ، منكر الحديث جدًّا فلست أدري أوقع التخليط في حديثه منه أو من زبان بن فائد . في ترجمته : منكر الحديث جدًّا . (انظر : الجرح والتعديل ٦١٦/٣ ، المجروحين ٣٠٩/١ ، ٣١٠ ، المغني في الضعفاء ٢٣٦/١ ، تقريب التهذيب ٢٥٧/١) .

(٨) في (م) : [الالتفاوت] ، (ن) : [إلا التفاوت] .

(٩) في (م) ، (ع) : [وما فيها] .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [المحصورات] ، وفي (ن) : [فتغلظ] .

(١١) في (م) ، (ع) : [كالوطن] .

عندكم ، ورؤية الماء عندنا .

٦٤٣ - قلنا : أما رؤية الماء ؛ فلا يختلف عندنا في التيمم ، وأما سؤر الحمار ؛ فلا يختلف أيضًا ؛ لأن من رأى سؤر الحمار من غير الصلاة فصلى بالتيمم ثم صلى به جاز ، وفي الصلاة إذا أداها بالتيمم [1] ثم استعمله وصلى جاز فلم يختلف عندنا ، ثم المعنى في الكلام أن جنسه يوجد في الصلاة غير مفسد لها ، وجنس القهقهة لا يوجد إلا مفسدًا ، وهو ما يوجد باختياره وغير اختياره ، فجاز أن ينقض الوضوء .

٦٤٤ - قالوا : ما لم يكن حدثًا في صلاة الجنازة [2] والعيدين لم يكن حدثًا في غيرها .

٦٤٥ - قلنا : أما في العيدين فهو حدث ، وأما الجنازة فقد خف حكمها في الطهارة ؛ فجاز أن يخف ما يؤثر فيها .

٦٤٦ - قالوا : كل ما لم يكن قليله حدثًا لم يكن كثيره حدثًا ، كالمشي .

٦٤٧ - قلنا : يمتنع أن يختلف قليل القهقهة وكثيرها في الوضوء كما اختلف في الصلاة ، وتبطل بالخارج من غير السبيلين عندنا .

* * *

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بالنسي] . (٢) في (ع) : [في الصلاة الجنازة] .

مسألة ٣٢

حكم المني إذا كان بلا دفق أو شهوة

٦٤٨ - قال أصحابنا : إذا خرج المني على غير وجه الدفق والشهوة ، لم يجب الغسل (١) .

٦٤٩ - خلافًا للشافعي (٢) .

٦٥٠ - لأنه خارج على غير وجه الدفق والشهوة ، فلم يتعلق بخروجه جنابة ، كالمذي .

٦٥١ - وقولهم : إن قولكم جنابة احترازكم عن الحيض ، وإلا فالغسل من الجنابة والحيض سواء ، غير صحيح ؛ لأن قولنا : جنابة عبارة عن حدث لا يمنع وجوب الصلاة ويؤثر في المنع من الوطء ، ولأن خروج المني على وجه الدفق والشهوة أعلى أحواله ، وهو المعتاد ، وخروجه على غير وجه الدفق أدنى أحواله ، وهو النادر ، فلم يتعلق بالأدنى منه ما يتعلق بالأعلى ، كدم الحيض والاستحاضة ، ولأنه خارج لا يجب به المضمضة فلم يجب به الغسل ، كاليدين (٣) .

٦٥٢ - احتجوا : بقوله عليه السلام : « الماء من الماء » (٤) .

٦٥٣ - الجواب : أن هذا الخبر لم يثبت عن النبي (٥) ﷺ ، وإنما هو من قول

---

(١) قال الكاساني : ومنها - أي ما يوجب الغسل - أن ينفصل المني لا عن شهوة ويخرج لا عن شهوة بأن ضرب على ظهره ضربًا قويا أو حمل حملًا ثقيلًا ، فلا غسل فيه عندنا . (بدائع الصنائع ٣٧/١ ، تحفة الفقهاء ٢٦/١ ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية ٦٠/١ - ٦٣) .

(٢) قال الشافعي : فمن رأى الماء الدافق متلذذًا أو غير متلذذ فعليه الغسل . (انظر : الأم ٣٦/١ حلية العلماء باب ما يوجب الحدث ١٧٠/١ ، الوسيط الباب الرابع في الغسل ٤٢٣/١ ، المجموع باب ما يوجب الغسل ١٣٨/٢ ، ١٣٩ ، المحلى بالآثار في الأشياء الموجبة غسل الجسد كله ٢٥٢/١ ، ٢٥٣ ، مسألة ١٧٣) . (وانظر : الكافي باب ما يوجب الغسل ١٥١/١ ، ١٥٢ ، بداية المجتهد الباب الثاني في معرفة نواقض هذه الطهارة ٨٤/١ ، الكافي لابن قدامة باب ما يوجب الغسل ٥٥/١ ، المغني باب ما يوجب الغسل ١٩٩/١) .

(٣) في (ن) : [كابدن] .

(٤) أخرجه أبو داود في آخر باب الاغتسال ٦٠/١ ، وأخرجه مسلم من هذا الوجه بزيادة : « إنما الماء من الماء » (١٥٣/١) ، والنسائي في باب الذي يحتلم ولا يرى الماء (١١٥/١) ، وابن ماجه في السنن باب الماء من الماء (١٩٩/١) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عن رسول الله] .

الأنصار [١] ، فلو ثبت كان معناه : الاغتسال من الإنزال [٢] .

٦٥٤ - ولا يقال إنزال إلا فيما استحدثه الإنسان ، وذلك لا يوجد فيما اختلفنا [٣] فيه .

٦٥٥ - قالوا : إنزال يوجب أن يتعلق به الاغتسال ، كما لو كان للشهوة [٤] .

٦٥٦ - قلنا : لا نسلم أنه إنزال ، ولأن المعنى فيما كان لشهوة أنه خرج على أعلى أحواله ، فتعلق به أعلى الطهارة ، كدم الحيض ، وهذا خرج على أدنى الأحوال ، فلم يتعلق به أعلى الطهارة ، كدم الاستحاضة .

٦٥٧ - قالوا : ما أوجب الاغتسال إذا كان للشهوة فإنه يوجبه إذا كان لغير الشهوة ، كالتقاء الختانين / .

٨/ب

٦٥٨ - قلنا : الموجب له الإنزال للشهوة ، وذلك لا يتصور لما كان لغير الشهوة ؛ لأن ما يخرج من غير سبب منه لا يقال له إنزال ، فلا يصح ما قالوه ، ولأن التقاء الختانين لا يكون إلا مع الانتشار ، وما [٥] حصل من غير انتشار ؛ فلا يعرف وجوب الغسل منه .

٦٥٩ - قالوا : المني إذا خرج من النائم أوجب الغسل وإن لم يعلم خروجه على وجه الشهوة .

٦٦٠ - قلنا : القياس أن لا يوجب الغسل بهذا [٦] ، وإنما استحسنوا لأن الظاهر خروج المني بالاحتلام ، وخروجه من غير احتلام ليس [٧] بظاهر ، فحمل على الأغلب احتياطًا .

---

(١) لعل المصنف أسند هذا القول إلى ما رواه مسلم من حديث أبي موسى الأشعري أنه قال : اختلف في ذلك رهط من المهاجرين والأنصار ، فقال الأنصاريون : لا يجب الغسل إلا من الدافق أو من الماء ، وقال المهاجرون : بل إن خالط فقد وجب الغسل . وساق الحديث إلى آخره في الصحيح باب نسخ الماء من الماء (١/١٥٣ ، ١٥٤) .

(٢) حديث « الماء من الماء » صحيح ، رواه الجماعة عن ابن شهاب عن أبي سلمة عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ ، وأما قول المصنف : معناه الاغتسال من الإنزال ، فلا خلاف بين المسلمين في وجوب الغسل من الإنزال ، وإنما اختلافهم في ذلك هو شيئان أحدهما : هل اسم الجنب ينطلق على الذي أجنب على الجهة الغير المعتادة ، أم ليس ينطلق عليه ، فمن رأى أنه إنما ينطلق على الذي أجنب على طريق العادة لم يوجب الطهر من خروجه من غير لذة ، ومن رأى أنه ينطلق على خروج المني كيفما خرج أوجب منه الطهر وإن لم يخرج مع لذة . والسبب الثاني : تشبيه خروجه بغير لذة بدم الاستحاضة . (في بداية المجتهد ، ١/٤٨ ، ٤٩) .

(٣) في (م) ، (ع) : [اختلفا] .

(٤) في (م) ؛ (ن) ، (ع) : [للسهو] .

(٥) في (ع) : [ومن] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لهذا] .

(٧) في (م) ، (ع) : [أيسر] .

مسائل التّيمم [٣٣ - ٦٠]

مسألة ٣٣

ما يكون به التيمم

٦٦١ - قال أبو حنيفة ومحمد : يجوز التيمم بكل ما كان من جنس الأرض (١) .

٦٦٢ - وقال أبو يوسف والشافعي : لا يجوز إلا بالتراب (٢) .

٦٦٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ (٣) .

٦٦٤ - قال الخليل (٤) : الصعيد : وجه الأرض .

٦٦٥ - وقال ثعلب (٥) عن ابن الأعرابي : إن الصعيد وجه الأرض (٦) .

---

(١) قال الإمام السرخسي : وكل شيء من الأرض يجوز التيمم به من تراب أو جص أو نورة أو زرنيخ ، فهو جائز في قول أبي حنيفة ومحمد ، وكان أبو يوسف يقول أولًا : لا يجوز التيمم إلا بالتراب والرمل ، ثم رجع فقال : إلا بالتراب الخالص . (انظر : المبسوط ١٠٨/١ ، فتح القدير مع الهداية ١٢٧/١ ، مختصر الطحاوي ص٢٠ ، أحكام القرآن للجصاص باب ما يتيمم به ٣٨٩/٢ تحفة الفقهاء باب التيمم ٤٤/١ ، بدائع الصنائع فصل في بيان ما يتيمم به ٥٣/١ ، مجمع الأنهر باب التيمم ٣٨/١) .

(٢) قال الشافعي : يتيمم بكل ما وقع عليه اسم صعيد ، ولا يقع اسم صعيد إلا على تراب ذي غبار . (انظر : الأم ٥٠/١ ، حلية العلماء ١٨٣/١ ، الوسيط ٤٤٣/١ ، المجموع مع المهذب ٢١٢/٢ - ٢٢٠ ، نهاية المحتاج ٢٨٩/١ . وانظر : المسألة في المدونة ما جاء في التيمم ٤٧/١ ، الرسالة الفقهية باب فيمن لم يجد الماء وصفة التيمم ص ١٠٢ ، ١٠٣ ، الاستذكار باب التيمم ٩/٢ ، المنتقى تيمم الجنب ١١٦/١ ، بداية المجتهد الباب الخامس فيما تصنع به هذه الطهارة ٧٢/١ ، ٧٣ ، المسائل الفقهية باب التيمم ٨٩/١ ، ٩٠ ، الكافي لابن قدامة باب التيمم ٧٠/١ ، المغني ٢٤٧/١ ، ٢٥١ ، المحلى بالآثار كتاب التيمم ٣٧٧/١ - ٣٧٩ ، مسألة ٢٥٢) .

(٣) سورة النساء : الآية ٤٣ ، سورة المائدة : الآية ٦ .

(٤) هو : الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم أبو عبد الرحمن الفراهيدي البصري ، أحد الأعلام في لسان العرب ، آخذ عن سيبويه وآخرين من أئمة اللغة . مات رحمه الله سنة بضع وستين ومائة ، وقيل : بقي إلى سنة سبعين ومائة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٤٢٩/٧ - ٤٣١ ، البداية والنهاية ١٦١/١٠ ، ١٦٢) .
قال الخليل : والصعيد وجه الأرض قل أو كثر . تقول : عليك بالصعيد أي اجلس على الأرض ، وتيمم الصعيد ، أي خذ من غباره بكفيك للصلاة ، في كتاب العين مادة (صعد) (٢٩٠/١) .

(٥) هو : أحمد بن يحيى بن زيد بن سيار أبو العباس الشيباني ، الملقب بثعلب ، إمام الكوفيين في النحو واللغة ، أخذ عن ابن الأعرابي وغيره . وتوفي رحمه الله ببغداد سنة إحدى وتسعين ومائتين . (انظر : البداية والنهاية ٩٨/١١ ، تهذيب الأسماء واللغات ٢٧٥/٢) .

(٦) قال الفيومي : الصعيد : وجه الأرض ترابًا كان أو غيره ، قال ابن فارس : فأما الصعيد فقال قوم : =

٦٦٦ - وذكر [1] أبو بكر الرازي [رَحِمَهُ اللَّهُ] [2] عن غلام [3] ثعلب ، عن ثعلب ، عن ابن الأعرابي ، أن الصعيد اسم الأرض ، والقبر [4] ، والطريق [5] .

٦٦٧ - ولأن العرب تقول [6] : عقبة صعود [7] .

٦٦٨ - وقال اللَّه تعالى : ﴿ صَعِيدًا زَلَقًا ﴾ [8] . ولا يقال : تراب زلق .

٦٦٩ - قالوا : قال [9] ابن عباس [رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا] [10] :

الصعيد : التراب [11] .

٦٧٠ - قلنا : الظاهر أنهم لا يُعَلمون اللغة ، وإنما يعلمون الأحكام ؛ فكأنه قال : الصعيد المراد بالآية عندي [12] : التراب ، فلا يلزمنا اعتقاده .

= وجه الأرض ، وكان أبو إسحاق الزجاج يقول : هو وجه الأرض ، والمكان ، عليه تراب أو لم يكن . قال الزجاج : لا يختلف أهل اللغة أن الصعيد ليس بالتراب ، هذا مذهب يذهب إليه أصحاب مالك ، أبا عبيد حكى عن الأصمعي : أن الصعيد التراب ، وفي الكتاب المعروف بالخليل قولهم : تيمم بالصعيد ؛ أي أخذ عن غباره ، فهذا خلاف ما قاله الزجاج . (انظر : معجم مقاييس اللغة مادة (صعد) ٣/ ٢٨٧، لسان العرب (صعد) ٤/٢٤٤٦ ، ٢٤٤٧ ، أحكام القرآن لابن العربي ١/٤٤٨ ، مختار الصحاح صـ٣٦٣ ، المصباح المنير ١/٣٢٠) .

(١) في (ص) : [ذكره] .

(٢) زيادة من (م) ، (ن) . هو : الفقيه أحمد بن علي أبو بكر الرازي ، الملقب بالجصاص صاحب أحكام القرآن . كان أحد أئمة الحنفية في وقته . تفقه على أبي الحسن الكرخي ، وبه انتفع وعليه تخرج . توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة سبع وثلاثمائة عن خمس وستين سنة . (انظر : الجواهر المضية ١/٢٢٠ - ٢٢٤ ، البداية والنهاية ١١/٢٩٧) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عن علامة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [والعسر] ، وفي (ص) ، (ن) : [والعنبر] ، والصواب ما أثبتناه من أحكام القرآن .

(٥) قال أبو بكر : أخبرنا أبو عمر - غلام ثعلب - عنه عن ابن الأعرابي قال : الصعيد : الأرض ، والصعيد : التراب ، والصعيد : القبر ، والصعيد : الطريق ، فكل ما كان من الأرض فهو صعيد ، فيجوز التيمم به بظاهر الآية . أحكام القرآن باب ما يتيمم به (٢/٣٨٩) .

(٦) في (ن) : [يقول] .

(٧) انظر : لسان العرب مادة (صعد) (٤/٢٤٤٥) .

(٨) سورة الكهف : الآية ٤٠ .

(٩) ساقطة من (م) .

(١٠) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١١) قال ابن عباس في تفسير قوله تعالى : ﴿ فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ فتعمدوا إلى تراب نظيف .انظر : تنوير المقباس في تفسير ابن عباس سورة النساء : الآية ٤٣ ، سورة المائدة : الآية ٦ .

(١٢) في (م) : [عند] .

٦٧١ - قالوا : الاسم مشترك [١] ، لا يصح الاستدلال به .

٦٧٢ - قلنا : الاسم المشترك إذا جمع المسميات بمعنى واحد جاز حينئذ [٢] الاستدلال به ؛ كالأخ الذي يتناول الإخوة المختلفين لاجتماعهم في معنى واحد ، وهو الانتساب إلى أحد الأبوين [٣] ، كذلك الصعيد فيما تصاعد .

٦٧٣ - قالوا : قال اللَّه تعالى : ﴿ صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ ، والطيب : ما أنبت .

٦٧٤ - قلنا : الطيب : الطاهر .

٦٧٥ - ولو ثبت ما قالوه كان دليلًا عليهم ؛ لأن الرمل والحجر ينبت [٤] ، والسبخة [٥] لا تنبت [٦] ويتيمم به عندهم .

٦٧٦ - ويدل عليه : حديث أبي ذر [٧] ، أن النبي ﷺ قال : « جعلت لي الأرض مسجدًا وطهورًا » [٨] .

٦٧٧ - قالوا : اسم الأرض لا يتناول الجبل ، [يقال] [٩] : نزلنا من الجبل إلى الأرض .

٦٧٨ - قلنا : حد السهل ، ألا ترى أنهم يقولون : سرنا على أرض الجبل ، وقد قال اللَّه تعالى : ﴿ فَسَلَكَهُۥ يَنَٰبِيعَ فِى ٱلْأَرْضِ ﴾ [١٠] ، وإن كان في الرمال والجبال ؛ فدل

---

(١) الاشتراك اللفظي : هو أن يكون اللفظ واحدًا والمعنى متعددًا ، وذلك مثل كلمة (قرء) تطلق على الطهر والحيض .راجع في ذلك : التعريفات للجرجاني . (٢) زيادة من (ن) .

(٣) في (م) ، (ع) : [وهو الانتساب الواحد ألا يؤثر] .

(٤) في (م) ، (ن) [تنبت] .

(٥) السبخة : الأرض المالحة ، والتي تعلوها الملوحة ولاتكاد تنبت إلا بعض الشجر ، وجمعها سباخ . لسان العرب (سبخ) ، (١٩١٨/٣) . (٦) في (م) ، (ع) : [تنبت] مكان [لا تنبت] .

(٧) هو : أبو ذر الغفاري ، اختلف في اسمه اختلافًا كثيرًا فقيل : جندب بن جنادة ، وقيل : برير بن عبد اللَّه ، وقيل غير ذلك ، والمشهور : جندب بن جنادة بن قيس بن عمرو بن غفار ، وأمه رملة بنت الوقيعة من بني غفار ، أيضًا ، وكان أبو ذر من كبار الصحابة وفضلائهم ، قديم الإسلام ، يقال : أسلم بعد أربعة وكان خامسًا ثم انصرف إلى بلاده وأقام بها ، حتى قدم على رسول اللَّه ﷺ بالمدينة ، وقال النبي ﷺ : أبو ذر في أمتي على زهد ابن مريم . روى عنه : حذيفة بن أسيد ، وابن عباس ، وابن عمر ، وخلق كثير ، مات سنة ٣٢ هـ ، ويقال : في ذي الحجة . (انظر : أسد الغابة ٩٩/٦ ، سير أعلام النبلاء ١٠٤/٣) .

(٨) قد تقدم تخريجه في مسألة (١) ، وأخرجه الطبراني في الكبير (٣١٥/١٢) الحديث (١٣٥٢٢) .

(٩) ساقطة من (ن) ، وفي (م) ، (ع) : [كذا] .

(١٠) سورة الزمر : الآية ٢١ .

على أن الجميع يسمى أرضًا .

٦٧٩ – قالوا : روى أبو حذيفة [(١)] أن النبي ﷺ قال : « وترابها طهور » [(٢)] .

٦٨٠ – قلنا : إن كان خبرًا واحدًا والأعم أصل الخبر ، وإن كان خبرين استعملناهما جميعًا .

٦٨١ – ولا يقال : إن خبرنا مقيد فيقضي [(٣)] على المطلق ؛ لأنا لا نقول بذلك ، بل نستعمله [(٤)] المقيد على تقييده ، والمطلق على إطلاقه .

٦٨٢ – ويدل عليه : ما رواه سعيد بن المسيب ، عن أبي هريرة : أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله ، إني أكون بأرض رملة ، فيعني : أنا نكون بالرمل فتصيبنا [(٥)] الجنابة والحيض والنفاس ، ولا نجد الماء أربعة أشهر ، أو خمسة أشهر فقال : « عليكم بالأرض » [(٦)] .

٦٨٣ – ولأنه جزء من أجزاء الأرض طاهر كالتراب . ولأن كل بقعة من الأرض جازت [(٧)] الصلاة [عليها] [(٨)] جاز التيمم منها ، كبقعة التراب .

٦٨٤ – ولا يلزم مكان النجاسة إذا ذهب أثرها ؛ لأنه روي عن أبي حنيفة جواز التيمم منه ، ولأن علتنا البقعة دون الأحوال ، وتلك البقعة يجوز التيمم منها إذا طهرت ، وبهذا يجاب عن النجاسة إذا كانت في موضع السجود . ولأنها تقع [(٩)] بالجامد عند تعذر أصلها فلم تختص [(١٠)] بالتراب ، كالدباغ والاستجمار .

---

(١) هو : عتبة بن ربيعة القرشي ، السيد الكبير الشهيد أبو حذيفة ، ابن شيخ الجاهلية ، أحد السابقين ، أسلم قبل دخولهم دار الأرقم وهاجر إلى الحبشة مرتين ، استشهد ﷺ يوم اليمامة سنة اثنتي عشرة هجريًا . (انظر : أسد الغابة ٧٠/٦ ، سير أعلام النبلاء ١٠٤/٣) .

(٢) أخرجه مسلم بلفظ : « تربتها » في الصحيح كتاب المساجد (٢١٢/١) ، والدارقطني في السنن باب التيمم (١٧٥/١ ، ١٧٦) ، والبيهقي في الكبرى باب الدليل على أن الصعيد الطيب هو التراب (٢١٣/١) .

(٣) في (ع) : [فيقتضي] .

(٤) في (ع) : [يستعمل] .

(٥) في (ع) : [فيصيبنا] .

(٦) أخرجه عبد الرزاق في المصنف في باب الرجل يعزب عن الماء (٢٣٦/١) ، رقم (٩١١) ، وأحمد في المسند (٢٧٨/٢) ، والبيهقي في الكبرى باب ما روي في الحائض والنفساء أيكفيها التيمم عند انقطاع الدم إذا عدمت الماء (٢١٦/١ ، ٢١٧) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [جاز] .

(٨) ساقطة من (ن) .

(٩) في (م) : [يقع] .

(١٠) في (م) : [يختص] .

٦٨٥ - [احتجوا بقوله ﷺ : « التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء » [(١)] .

٦٨٦ - والجواب : أن هذا يدل على وقوع التطهير بالتراب ، وكذلك نقول ، فأما أنه لا يقع بغيره ، يقف على دلالة] [(٢)] .

٦٨٧ - احتجوا بحديث عمار ، أن النبي ﷺ قال : « إنما يكفيك أن تضرب [(٣)] بكفيك ضربتين في التراب » [(٤)] .

٦٨٨ - والجواب : أن المشهور : « إنما كان يكفيك أن تضرب بيديك [(٥)] على التراب » . وهذا أعم ؛ فكان أولى . ولو ثبت ما قالوه ، دل على وقوع الكفاية بالتراب ، ولم يثبت غيره .

٦٨٩ - قالوا : الطهارة تقع [(٦)] بمائع وجامد [(٧)] ، فإذا اختصت بأعم المائعات وجودًا اختصت بأعم الجامدات وجودًا .

٦٩٠ - قلنا : الطهارة بالمائع تعلقت بجنس يجوز منه ما يعم وجوده وما لا يعم وجوده [(٨)] ، كماء الشجر ، وماء زمزم ، وكذلك بالجامد ، فتعلق بما يعم وبما لا يعم [(٩)] .

٦٩١ - ولأنا [(١٠)] علقنا التيمم بما يعم وجوده وزدنا عليه غيره ، فجعلناه أوسع من الأصل الذي يتعلق بنوع واحد . والآية تثبت عند الضرورة ؛ فيجوز أن يتسع لأجل الضرورة .

٦٩٢ - قالوا : عين مودعة في الأرض للمنافع ؛ فلا يجوز التيمم بها ، كالذهب والحديد [(١١)] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه باب الجنب يتيمم (٩٢/١ ، ٩٣) ، والترمذي في باب ما جاء في التيمم للجنب إذا لم يجد ماء (٢١٢/١) ، الحديث (١٢٤) ، والنسائي في المجتبى في كتاب الطهارة (١٨٦/١ ، ١٨٧) ، وأحمد في المسند (١٤٦/٥ ، ١٤٧ ، ١٥٥) ، وابن أبي شيبة كتاب الطهارات (١٨٢/١) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الطهارة (١٦٧/١ ، ١٧٧) ، وقال عنه : إنه حديث صحيح .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٣) في (م) : [أن يضرب] .

(٤) أخرجه الجماعة في باب التيمم (١٥٩/١) ، والدارقطني في السنن باب التيمم (١٨٠/١) الحديث (١٥) .

(٥) في (ن) : [كفيك] .

(٦) في (م) : [يقع] .

(٧) في (ع) : [وبجامد] .

(٨) في (م) ، (ع) : [وجود] .

(٩) في (ص) ، (ن) : [وما لا يعم] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ولا] .

(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [والحرير] .

٦٩٣ - قلنا : لا نسلم أن الجص مودع في الأرض ، وإنما هو منها ، وصفته صفتها [١] ، وله غبار ؛ ويتفتت [٢] ، وليس إذا خالفها في الصفة ما يدل على أنه [٣] يكون من غيرها ، كالطين الأحمر وما يجرى مجراه من التراب المتغير [٤] .

٦٩٤ - فأما الذهب والحديد [٥] : فهما على صفة الأرض ، ولا يوجد فيهما التفتت والغبار ، فدل على أنهما من غير جنسه .

* * *

(١) في (ن) : [وصفتها] .

(٢) في (ع) : [ويتغيب] .

(٣) في (ع) : [أن] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [المتعين] .

(٥) في (ع) : [والحرير] .

مسألة ٣٤

التيمم بما كان من جنس الأرض

٦٩٥ - قال أبو حنيفة : يجوز التيمم إذا وضع يده على صخرة لا تراب عليها [١] .

٦٩٦ - خلافًا للشافعي [٢] .

٦٩٧ - لقوله تعالى : ﴿ فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ [٣] ، وقد دللنا على أن الصعيد : وجه الأرض ، فاقتضى جواز التيمم به .

٦٩٨ - ولا يقال : إن اللّه تعالى قال : ﴿ فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ [٤] وَأَيْدِيكُم مِّنْهُ ﴾ [٥] وهذا يقتضي التبعيض [٦] ؛ وذلك لأن ظاهر (من) الابتداء [٧] ، فأما التبعيض فليس بظاهر ، ومن حكم اللفظ أن يحمل على ظاهره ، وتكون [٨] فائدة الآية : أن النية يجب أن يبتدأ بها عند وضع يده على الصعيد ، ولأنها بقعة من الأرض فجاز التيمم منها ، كالتراب .

٦٩٩ - ولأنه مسح أقيم مقام غسل ، فلا يكون من شرطه استعمال ما يتطهر به في العضو ، كالمسح على الخفين . ولا يعكس فيقال : فوجب اعتبار الممسوح به ؛ لأنهم لا يحتاجون إلى قولهم : أقيم مقام غسل ، ولأنها عبادة تختص [٩] بما هو من جنس الأرض ، فجاز إسقاطها بالحجر ، كرمي الجمار .

٧٠٠ - احتجوا بالآية ، وهي دلالة لنا ، وبالأخبار التي [١٠] قدمناها .

٧٠١ - قالوا : مسح في الطهارة ، فافتقر إلى ممسوح به غير اليد ، كالخف .

---

(١) قال أبو حنيفة : يجوز التيمم بكل ما هو من جنس الأرض التزق : بيده شيء أو لا ، وقال محمد : لا يجوز إلا إذا التزق بيده شيء من أجزائه . (انظر : بدائع الصنائع ٥٣/١ ، فتح القدير ١٢٩/١ ، المبسوط ١/ ١٠٩ ، تحفة الفقهاء ٤١/١ ، الهداية ١٤/١) .

(٢) قال الإمام الشيرازي : ولا يجوز إلا بالتراب . (انظر : المهذب ٣١/١ ، ٢٨٩) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٦ .

(٤) في (م) ، (ع) : [برؤوسكم] وهو خطأ .

(٥) سورة المائدة : الآية ٦ .

(٦) هكذا في الفسخ ، ولعلى الصواب : [وهذا لا يقتضي التبعيض] ، كما يظهر مما بعد .

(٧) في (ع) : [للابتداء] .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ويكون] .

(٩) في (م) : [يختص] .

(١٠) في (م) : [الذي] .

٧٠٢ - قلنا : قد بينا أن مسح الخف دلالة لنا ؛ لأن استعمال الممسوح به في العضو غير معتبر ، ولأن ما يقع به التطهير إنما يستعمل في العضو لرفع الحدث به ، فمتى كان جنس الفعل لا يرفع الحدث لم يعتبر استعمال ما يتطهر به في العضو ، ولا يلزم وضوء المستحاضة ؛ لأن جنسه يرفع الحدث ، فلذلك [1] اعتبر استعمال ما يتطهر به .

* * *

(١) في (ع) : [فكذلك] .

مسألة ٣٥

صلاة الفرض بتيمم النافلة

٧٠٣ - قال أصحابنا : إذا تيمم للنافلة جاز [1] أن يصلي به الفرض [2] .

٧٠٤ - خلافًا للشافعي [3] .

٧٠٥ - لأنها طهارة وقعت للنفل فجاز أن تؤدى [4] بها الفريضة ، كالوضوء .

ولأنه مسح أقيم مقام غسل ، كمسح الخف . ولأن كل طهارة وقعت للفرض جاز أن يؤدى بها النفل ، فإذا [5] وقعت للنفل جاز أن يؤدى بها الفرض ، كالوضوء .

٧٠٦ - وقولهم : إن الوضوء يرفع [6] الحدث ، فلهذا المعنى لم يعتبر جهاته ، والتيمم لا يرفع الحدث ، وإنما يُسْتباح [7] به [8] الصلاة ، فاعتبر فيه ما يستبيحه ، وهو مانع له ، لا يصح ؛ لأن هذا يبطل بمسح الخف : لا يرفع الحدث ، فلا يعتبر جهاته .

٧٠٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ ﴾ إلى قوله :

---

(١) في (ن) : [جاز له] .

(٢) قال في البحر الرائق : فلو تيمم لصلاة النفل لا يجوز أن يؤدي الفرض به عنده ، وعلى عكسه يجوز (١٦٥/١) . (انظر : بدائع الصنائع ٥٥/١ ، فتح القدير ١٣٧/١ ، تحفة الفقهاء ٤٦/١ ، الهداية مع فتح القدير والعناية ١٣٧/١) .

(٣) قال الشافعي : وإن نوى التيمم ليتطهر لصلاة مكتوبة صلى بعدها النوافل ، وقرأ في المصحف ، وصلى على الجنائز ، وسجد سجود القرآن ، وسجود الشكر ، فإذا حضرت مكتوبة غيرها ولم يحدث ؛ لم يكن له أن يصليها ، إلا بأن يطلب الماء بعد الوقت ، فإن لم يجد استأنف نيته ، ويجوز له التيمم لها . وذكر الشيرازي : أنه لو نوى نفلًا من الصلوات ولم يتعرض للفرض ، أو نوى الصلاة وأطلق تنفل ، فله فعل النفل المنوي وغيره لا الفرض على لمذهب . (انظر : الأم ٤٠/١ ، المهذب ٩٨/١ الوسيط ٤٤٧/١ ، حلية العلماء ١٨٥/١ ، فتح العزيز ٢١٩/٢ ، المنهاج مع نهاية المحتاج ٢٩٩/١ . وانظر : المدونة في التيمم على اللبد في الثلج والطين الخضخاض ٥٢/١ ، المنتقى باب في التيمم ١١١/١ ، الكافي لابن عبد البر باب التيمم ١٨٣/١ ، المقدمات فصل في القول في التيمم ١١٩/١ ، بداية المجتهد الباب السابع ٧٥/١ ، الكافي لابن قدامة باب التيمم ٦٤/١ ، المغني ٢٥٢/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يؤدى] .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [إذا] .

(٦) في (ص) : [ترفع] .

(٧) في (ن) : [استباح] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

﴿ فَتَيَمَّمُواْ ﴾ [١] وهذا يقتضي التيمم لكل صلاة .

٧٠٨ – والجواب : أن (إذا) لا تفيد [٢] التكرار ، فاقتضت الآية التيمم لجنس الصلاة ، إلا ما قام عليه الدليل [٣] .

٧٠٩ – قالوا : روي عن ابن عباس [رضي الله عنهما] [٤] أنه قال : من السنة أن لا يصلى بالتيمم إلا صلاة واحدة [٥] .

٧١٠ – قلنا : قول الصحابي : السنة كذا ، لا يقتضي سنة رسول الله ﷺ ؛ لاحتمال أن تكون [٦] سنة الأئمة ، ولا تحتمل [٧] الاستحباب . ولأنه حجة عليهم ، و[٨] لأنه يقتضي إذا تيمم للنافلة ولم يصلها أن يصلي الفرض به .

٧١١ – قالوا : تيمم [لم] [٩] ينو به استباحة فرض ؛ فأشبه إذا تيمم مع وجود الماء .

٧١٢ – قلنا : لا تأثير للوصف في الأصل ، ثم المعنى فيه : أنه لا يجوز أن يؤدى به نافلة ؛ فلم يجز أن يؤدى به فرض .

ولما [١٠] جاز في مسألتنا أن يؤدى به النفل ؛ جاز أن يؤدى به الفرض .

٧١٣ – قالوا : النفل تبع للفرض ؛ فلم يجز أن يكون الفرض تبعًا لها في الطهارة .

٧١٤ – قلنا : هذا يبطل بالوضوء ؛ لأنا نجعل الفرض تبعًا للنفل ، وإنما يجوز لأنه فعل ما يستباح به الصلاة ، [كما يبيح الخف للنفل] [١١] إذا أدى الفرض به .

* * *

---

(١) سورة المائدة : الآية ٦ .

(٢) في (م) : [لا يفيد] .

(٣) ساقطة من (ع) .

(٤) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) رواه عبد الرزاق في المصنف باب كم يصلى بتيمم واحد (٢١٤/١ ، ٢١٥) ، الحديث (٨٣٠) ، والدارقطني في السنن باب التيمم وأنه يفعل لكل صلاة (١٨٥/١) ، والبيهقي في الكبرى في آخر باب التيمم لكل فريضة (٢٢١/١ ، ٢٢٢) .

(٦) في (م) : [أن يكون] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ولا يحتمل] ، وفي (ع) : [ولا] مكرر .

(٨) الواو ثابتة في النسخ . ولعلها زائدة .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [وأما] .

(١١) في سائر النسخ : [كما يبيح الخف للنفل] ، ولعل الصواب : [كما يبيح المسح على الخف النفل] .

مسألة ٣٦

حكم رؤية المتيمم للماء وهو في الصلاة

٧١٥ - قال أصحابنا : إذا رأى المتيمم الماء في صلاته [(١)] بطلت صلاته وتيممه [(٢)] .

٧١٦ - وقال الشافعي : لا تبطل [(٣)] . والكلام في هذه المسألة في ثلاث [(٤)] فصول ، أولها : بطلان تيممه .

٧١٧ - والدليل عليه : قوله ﷺ : « التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء » [(٥)] . ولأن كل معنى أبطل التيمم خارج الصلاة أبطله فيها ، كالحدث . ولا يلزم رؤية سؤر الحمار ؛ [لأنا لا] [(٦)] نعلم أنه يبطل التيمم في الحالين .

٧١٨ - قالوا : المعنى في الحدث أنه لو وجد في صلاة العيدين والجنازة أبطل التيمم ، والماء بخلافه .

٧١٩ - قلنا : علية الأصل لا تصح [(٧)] ؛ لأن أصل علتنا الحدث في جميع الصلوات ، والجنازة والعيدين [(٨)] داخلة في جملة الأصل ، فكأنهم / قالوا : المعنى في ٩/أ

---

(١) في (ع) : [في الصلاة] .

(٢) قال الكاساني : وإن وجد الماء في الصلاة ، فإن وجده قبل أن يقعد قدر التشهد الأخير ؛ انتقض تيممه ، وتوضأ واستقبل الصلاة عندنا ، وإذا وجده بعد ما قعد قدر التشهد الأخير أو بعد ما سلم وعليه سجدتا السهو وعاد إلى السجود فسدت صلاته عند أبي حنيفة ، ويلزمه الاستقبال ، وعند أبي يوسف ومحمد يبطل تيممه وصلاته نافلة . (انظر : بدائع الصنائع ٧٥/١ ، المبسوط ١١٠/١ مختصر الطحاوي ٤٤/١ ، أحكام القرآن للجصاص ٣٨٤/٢) .

(٣) قال الإمام النووي : وإذا تيمم لعدم الماء ثم رأى في أثناء صلاته ماء يلزم استعماله نظر : فإن كان ممن يلزمه الإعادة بطل تيممه وصلاته على المذهب الصحيح ، وفيه وجه ضعيف عند الخراسانيين ؛ أنها لا تبطل ، بل يتمها محافظة على حرمتها ، ثم يعيدها ، والمشهور الأول . (انظر : المجموع شرح المهذب ٣١٠/٢ ، الأم ٤٨/١ ، الوسيط ٤٥٠/١ ، حلية العلماء ٢١٠/١ ، فتح العزيز في ذيل المجموع ٣٣٦/١ ، ٣٣٧ . وانظر : المدونة ٥٠/١ ، المنتقى ١١١/١ ، الاستذكار باب التيمم ١٥/٢ ، ١٦ ، الكافي لابن عبد البر ١٨٤/١ ، بداية المجتهد ٧٥/١ ، المسائل الفقهية ٦٩/١ ، المغني ٢٦٨/١ ، ٢٦٩ ، المحلى بالآثار ٣٥٣/١ ، ٣٥٤) .

(٤) هكذا في النسخ . ولعل الصواب : [ثلاثة] . (٥) تقدم تخريجه في المسألة ٣٣ .

(٦) ساقطة من (ن) . (٧) في (م) ، (ع) : [لا يصح] .

(٨) هكذا في النسخ .

الحدث في صلاة الجنازة أنه لو وجد فيها أفسدها .

٧٢٠ – وعلة [(١)] الفرع لا تصح إلا به ؛ لأنه قد يفسد الصلاة بما لا يفسد [به] [(٢)] صلاة الجنازة ، وهو ترك الركوع والسجود .

٧٢١ – ثم صلاة الجنازة تخالف [(٣)] الفرض في الطهارة بإجماع عندنا في جواز هذا التيمم ، وعندهم : من تيمم لفرض جاز أن يصلي به على الجنازة ، ولم يجز أن يصلي به فرضا آخر .

٧٢٢ – ولأنه سبب لبطلان طهارة أقيمت مقام غيرها ، فاستوى فيه حال الصلاة [وقبلها] [(٤)] ، كنزع الخف . ولا يلزم القهقهة ؛ لأنها لا تبطل الطهارة على الإطلاق ، ولا يختص بما قام مقام الغير .

٧٢٣ – قالوا : المصلي لا يجوز له افتتاح الصلاة مع نزع الخف ، ويجوز مع وجود الماء بحال [(٥)] إذا خاف العطش .

٧٢٤ – قلنا : الذي يجوز معه الابتداء يجوز معه البقاء أيضًا ، والمؤثر حال البقاء يؤثر حال الابتداء .

٧٢٥ – قالوا : نزع الخف ينسب [إلى التفريط] [(٦)] وهذا [لا] [(٧)] يوجد في رؤية الماء .

٧٢٦ – قلنا : تبطل بالمستحاضة ينقطع [(٨)] دمها ، والعريان يجد [(٩)] ثوبًا ، لا ينسبان إلى التفريط ، ولا يلزمهم حكم الأصل ، فإن سلموا بطلان التيمم ؛

٧٢٧ – وقالوا : مع ذلك : يمضي على صلاته ؛

٧٢٨ – قلنا : كل معنى أبطل التيمم منع المضي على الصلاة ، [كالحدث] [(١٠)] .

٧٢٩ – والفصل الثاني يدل على وجوب الوضوء ؛ لقوله ﷺ : « فإذا وجدت الماء

---

(١) في (ن) : [وعلية] .
(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [يخالف] .
(٤) ساقطة من (ع) .
(٥) في (ن) ، (ع) : [لحال] .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش
(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [بقطع] .
(٩) في (م) ، (ع) : [لا يجد] .
(١٠) ساقطة من (ع) .

فأمسه جلدك » [١] . ولأن القدرة على الأصل قبل إسقاط الفرض بالبدل يوجب الانتقال إلى الأصل ، أصله : المكفر إذا قدر على الرقبة قبل الصوم ، والمعتدة بالأشهر إذا رأت الدم .

٧٣٠ - قالوا : المعتدة لا تستأنف عند بعض أصحابنا .

٧٣١ - قلنا : هذا يخالف [٢] الإجماع . على أنا عللنا للزوم الانتقال ، وهذا لا خلاف فيه .

٧٣٢ - قالوا : العدة قد يقع فيها ما لا يعتد به ، وهو الطهر في حال الحيض عندكم .

٧٣٣ - قلنا : وقد يقع في حال [٣] الصلاة ما لا يعتد به ، وهو السجود الذي [٤] يدرك الإمام فيه ، والصلاة التي يؤديها بسؤر الحمار عندنا ، ومن لا يجد ماء ولا ترابًا عندكم .

٧٣٤ - قالوا : المعتبر في العِدد الأشهر ، إلا [٥] أنها تعتد ابتداء بالحيض ، ويكون عدتها وضع الحمل .

٧٣٥ - قلنا : والصلاة كذلك ؛ لأنها تؤدى ابتداء بالتيمم ، وفي معلوم اللّٰه سبحانه أنه يرى الماء ، ويكون فرضه بعد ما مس ذكره ، لزمه استعماله وإن لم يمس ذكره ، أصله : الدخول .

٧٣٦ - الفصل الثالث [٦] : يدل على أنه لا يمضي في صلاة مع القدرة على الماء الذي يؤديها به ، فأشبه الابتداء . وإن أدى [٧] ركنًا منها بالتيمم مع وجود الماء لا يجزيه [٨] ، كالافتتاح .

٧٣٧ - ولأن عدم الماء شرط في جواز افتتاح الصلاة بالتيمم ، فكان شرطًا في البناء

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلمسه جلدك] . هذا جزء من حديث أبي ذر ﷺ الذي تقدم تخريجه في المسألة (٣٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [بخلاف] .

(٣) في (ص) ، (ن) : [في خلال] .

(٤) في (ع) : [والذي] .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (م) ، (ن) : [والفصل الرابع] ، وفي (ع) : [والفصل الثالث] .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولأنها يؤدي] بدلًا من [وإن أدى] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلا يجزيه] .

عليها [١] ، دليله : عدم الحدث .

٧٣٨ - احتجوا : بقوله ﷺ : « فلا ينصرفن أحدكم حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا » [٢] .

٧٣٩ - والجواب : أن اللفظ لا يمكن حمله على عمومه بالإجماع ، فلم يبق إلا أن يُقصَر على سببه ، وهو حال الشك [٣] .

٧٤٠ - وقوله ﷺ : « لا يقطع الصلاة شيء » [٤] .

٧٤١ - والجواب عنه مثل الأول ، لما لم يعتبر عمومه على سببه في الماء .

٧٤٢ - قالوا : صلاة جاز له استدامتها مع عدم الماء ، جاز له استدامتها مع وجوده ، كصلاة [٥] الجنازة والعيدين .

٧٤٣ - قلنا : لا نسلم الأصل ؛ لأنه قد لا يجوز استدامة العيدين والجنازة مع الماء إذا قدر على الوضوء والإدراك ، وفي الموضع الذي لا يجوز الاستدامة إنما جاز إذا لم يقدر أن يؤديها به .

٧٤٤ - وهذا المعنى لا يمنع استدامة سائر الصلوات ؛ بدلالة الماء الذي يجده المريض ومن يخاف العطش .

٧٤٥ - قالوا : كل ما [٦] وجد في صلاة الجنازة والعيدين لم يمنع استدامتها فكذلك إذا وجد في غيرها ، كسؤر الحمار .

٧٤٦ - قلنا : إطلاق الوصف غير مسلم على ما قدمنا ، وكذلك [٧] لا نسلم

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عليهما] .

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الوضوء باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن (٣٨/١) ، ومسلم في كتاب الحيض (١٥٦/١) ، وأبو داود في السنن باب إذا شك في الحدث (٤٩/١ ، ٥٠) ، والترمذي في السنن باب ما جاء في الوضوء من الريح (١٠٩/١) ، وابن ماجه في السنن باب لا وضوء إلا من حدث (١٧١/١) ، وأحمد في المسند (٤٢٦/٣) ، والنسائي في المجتبى (٩٨/١/٩٩) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [السد] .

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى باب رؤية الماء خلال صلاة افتتحها بالتيمم (٢٢٠/١) ، وأخرجه ابن عدي في الكامل في ترجمة يحيى بن المتوكل الباهلي (٢٠٨/٧) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لصلاة] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كل ما] .

(٧) في (م) ، (ع) : [كذلك] .

الوصف في الأصل ؛ لأن سؤر الحمار يمنع الاستدامة عندنا .

٧٤٧ - ألا ترى أنه كان يصلي بما يسقط ، فإذا رآه استدام ما لا يسقط [١] الفرض به ؟

٧٤٨ - ثم المعنى فيه : أنه سؤر حيوان [٢] محرم الأكل منه يستطاع الامتناع ، فوجوده لا يمنع استدامة الصلاة ، كسؤر الكلب ، وفي وجدنا ماء طاهر بيقين يقدر على أداء صلاته به .

٧٤٩ - قالوا : صلاة صحت تحريمته بها ، فوجود ما يتطهر لا يمنع من استدامتها ، أصله : المتوضئ إذا وجد الماء . .

٧٥٠ - قلنا : لو وجد الماء قبل الشروع [فيها لم يلزمه استعماله ، والمتيمم لو وجد قبل الشروع] [٣] لزمه استعماله ، كذلك إذا وجد فيها .

٧٥١ - قالوا : إدامة الصلاة ليس من شرطها عدم الماء ، كصلاة الجنازة .

٧٥٢ - قلنا : يبطل [٤] بالمحبوس في المصر إذا دخل في الصلاة بالتيمم ثم وجد الماء .

٧٥٣ - ثم المعنى في الأصل أنها ناقصة الأركان ، فلم يكن عدم الماء شرطًا في استدامتها ، وسائر الصلوات [٥] فروض لم تنقص [٦] أركانها ، فكان عدم الماء شرطا في استدامتها .

٧٥٤ - قالوا : وجود ثمن الماء كوجود عين الماء في ملكه ، بدلالة ما قبل الإفتتاح . ثم كان وجود الثمن في الصلاة لا يؤثر فيها ، كذلك [٧] وجود الماء .

٧٥٥ - قلنا : وجود ثمن الماء يبطل [٨] صلاته ؛ إذا كان الماء يبتاع [٩] غالبًا [١٠] .

٧٥٦ - ولو قلنا : إن صلاته صحيحة ، فالفرق بينهما أن الثمن ليس هو المبدل [١١] ، فلا يلزمه الوضوء بوجوده . وإنما يلزمه إذا سأل عن البيع فبذل [١٢] له ، وهو لا

---

(١) في (م) ، (ع) : [ما يسقط] .
(٢) في (م) ، (ع) : [الحيوان] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .
(٤) في غير (ص) : [تبطل] .
(٥) في (م) ، (ع) : [قالوا وسائر الصلوات] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لم ينقص] .
(٧) في (ن) : [قلنا كذلك] .
(٨) في (م) ، (ع) : [تبطل] .
(٩) في (م) ، (ع) : [يباع] .
(١٠) في (ن) : [غاليا] .
(١١) في (ع) : [البدل] .
(١٢) في (ص) ، (م) : [فبدل] ، (ع) : [فيدل] .

يمكنه (١) المسألة في الصلاة ، فلم يكن واجبًا .

٧٥٧ – ويرجح ما ذكرناه : أن أحكام الضرورة ترتفع (٢) بزوال الضرورة ، والأبدال يسقط حكمها بالقدرة على مبدلاتها قبل إسقاط الفرض ، ولأن الطهارة تراد للصلاة ، فهي أخص (٣) بها ، فما (٤) يبطلها في غير الصلاة أولى أن يبطلها فيها .

* * *

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وهو يمكنه] .

(٢) في (م) : [يرتفع] .

(٣) في (م) ، (ع) : [في أحصر] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فيها] .

مسألة ٣٧

أداء فرضين بتيمم واحد

٧٥٨ - قال أصحابنا : يجوز أداء فرضين [١] بتيمم واحد [٢] .

٧٥٩ - خلافًا للشافعي [٣] .

٧٦٠ - لقوله ﷺ : « التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء » . وقوله عليه الصلاة والسلام : « [التراب] [٤] كافيك ولو إلى عشر حجج » [٥] .

وهذا مبالغة في بقاء حكم الأوقات ، ولأنها طهارة تستباح بها الصلاة فجاز أن يؤدي بها فرضين ، كالوضوء .

٧٦١ - ولأنه مسح أقيم مقام غسل فلا يختص بفرض واحد ، كمسح الخف .

٧٦٢ - ولأن طهارة الحدث تقع [٦] بالجامد والمائع ، كطهارة النجس .

٧٦٣ - وإذا كان طهارة النجس يستوي مائعها وجامدها في الوقت ، كذلك طهارة الحدث .

٧٦٤ - ولأن كل طهارة جاز أن يؤدى بها [فرض ونفل ، جاز أن يؤدي بها] [٧] فرضين ، كالوضوء ، أو نقول : كل طهارة جاز أن يؤدى بها فرض وسجدة التلاوة .

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الفرضين] .

(٢) قال الكاساني : وإذا تيمم في الوقت يجوز له أن يؤدي ما شاء من الفرائض والنوافل ما لم يجد الماء ، أو يحدث عندنا . (انظر : بدائع الصنائع ١/٥٥ ، فتح القدير ١/١٣٧ ، أحكام القرآن للجصاص ٢/٣٨٢ ، تحفة الفقهاء ١/٤٦ ، الهداية ١/١٥ ، الاختيار ١/٢١ ، مجمع الأنهر ١/٤٠ ، ٤١) .

(٣) قال الإمام الشيرازي : ولا يصلي مكتوبتين بتيمم واحد . (انظر : المهذب ١/٣٦ ، الأم ١/٤٧ ، مختصر المزني ص ٧ ، اختلاف العلماء باب في التيمم صـ٣١ ، الوسيط ١/٤٥٢ ، حلية العلماء ١/٢٠٥ ، المنهاج مع نهاية المحتاج ١/٣١٠ ، ٣١١) . (وانظر : المدونة ١/٥٢ ، الرسالة الفقهية صـ١٠٢ ، المقدمات ١/١١٨ ، ١١٩ ، المنتقى ١/١١٠ ، بداية المجتهد ١/٧٥ ، الكافي لابن قدامة ١/٦٧ ، المغني ١/٢٦٣ ، ٢٦٤ ، المحلى بالآثار ١/٣٥٥ ، ٣٥٦ ، مسألة ٢٣٦) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٣٣) ، كما أخرجه الحاكم في المستدرك كتاب الطهارة (١/١٧٦ ، ١٧٧) .

(٦) في (م) ، (ع) : [يقع] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

٧٦٥ – قالوا : لا يمتنع أن تكون [١] الطهارة للفرض ولا للنفل ، كالتيمم عندكم مع وجود الماء للجنازة .

٧٦٦ – قلنا : يجوز أن يكون طهارة للطهر إذا ساوت [٢] الجنازة في أنه لا يمكنه أداؤها بالوضوء .

٧٦٧ – قالوا : النوافل لا تنحصر [٣] ، فلو كلفنا إعادة التيمم [٤] بطل فعلها .

٧٦٨ – قلنا : لا يجوز أداؤها بعد الحدث ، وإن كانت غير منحصرة ، وكذلك المسح على الخفين بعد المدة لا يؤدى بها نافلة وإن كانت غير منحصرة .

٧٦٩ – قالوا : النفل أخف حكمًا من الفرض .

٧٧٠ – قلنا : قد تساويا في الطهارة ، وإن اختلفا في غيرها .

٧٧١ – قالوا : النافلة تبع للفرض .

٧٧٢ – قلنا : صلاة الجنازة وسجدة التلاوة [ليسا] [٥] بتبع [٦] للفرض ، ويجوز عندكم .

٧٧٣ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَتَيَمَّمُواْ ﴾ [٧] ، فظاهر الآية يقتضي إيجاب وضوء واحد وتيمم واحد [٨] ، إلا ما دل عليه الدليل ، قالوا : التكرار مراد بالإجماع .

٧٧٤ – قلنا : ليس بظاهر الآية ، لكن بدلالة أخرى .

٧٧٥ – قالوا : النبي ﷺ صلى يوم الفتح بوضوء واحد وقال : « فعلتَ ما لم تكن تفعله [٩] ، فدل على أنه فهم التكرار .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن يكون] . (٢) في (م) ، (ع) : [إذا سارت] .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لا ينحصر] . (٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [إعادة التيمم به] .

(٥) [ليس] ساقطة من غير (ص) . (٦) في غير (ص) : [يتبع] .

(٧) سورة المائدة : الآية ٦ .

(٨) في (ن) ، (ع) : [يقتضي وضوءا واحدا وتيمما واحدًا] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وقد فعلت ما لم يكن بفعله] . وفي (ص) : [وقال : فعلت ما لم نكن نفعله] ، والصواب ما أثبتناه ؛ بدلالة أصل الرواية ، وبدلالة السياق الذي بعده ، والله أعلم والقائل هو عمر : راوي الحديث . أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الطهارة ، باب جواز الصلوات كلها بوضوء واحد (٢٣٢/١) ، الحديث (٨٦ – ٢٧٧) ، وأحمد في المسند (٣٥٠/٥) ، وأبو داود في السنن « باب إذا شك في الحدث » (٤٩/١) ، والترمذي في السنن « باب ما جاء في الوضوء من الريح » (٨٩/١) .

٧٧٦ - قلنا : لم يقل [١] : فعلتَ خلاف الآية ، فلا يمتنع [٢] أن يكون عرف ذلك بدلالة أخرى : إما تكرار فعله أو بغيره .

٧٧٧ - قالوا : روي عن ابن عباس وابن عمر مثل قولنا [٣] .

٧٧٨ - قلنا : قال ابن عباس : من السنة أن لا يصلي بالتيمم إلا صلاة واحدة [٤] ، وهذا يفيد السنة دون الوجوب .

٧٧٩ - وروى ابن عمر [٥] : كان يتيمم لكل صلاة . وفعله ﷺ لا يدل على الوجوب ؛ لجواز أن يكون أراد به الاستحباب .

٧٨٠ - قالوا : صلاتا فرض فلا يجمع بينهما بطهارة ، كصلاتي المستحاضة في وقتين .

٧٨١ - قلنا : لا نسلم الأصل ؛ لأنها تصلي [٦] قبل الزوال وبعده بطهارة واحدة .

٧٨٢ - فإن قالوا : فلا يؤدي بها فرضين في وقتيهما المضروبة ، [كالظهر] [٧] والعصر .

٧٨٣ - قلنا : لا فائدة لتخصيص الظهر والعصر ، وهي مساوية لغيرهما في الطهارة ، ولأن طهارة المستحاضة ضعفت لتعقب الحدث ، والتيمم لم يتعقبه الحدث .

٧٨٤ - قالوا : التيمم قد قارنه الحدث .

٧٨٥ - قلنا : فطهارة المستحاضة كذلك ، وبتجدد الحدث ، ثم طهارة المستحاضة ما لم يعقبها الحدث جاز إيجاب الطهارة في الوقت الثاني للحدث الطارئ بعد الوضوء .

٧٨٦ - وفي مسألتنا : لم يطرأ [٨] حدث بعد التيمم ، فلو أوجبه لكان إيجاب طهارتين من جنس واحد عن حدث واحد ، وهذا لا يصح ، وليس كذلك إذا رأى الماء

---

(١) في (ص) : [لم نقل] . (٢) في (ن) : [ولا يمتنع] .

(٣) أخرج حديث ابن عباس عبد الرزاق في المصنف باب كم يصلي بتيمم واحد (٢١٥/١) ، الحديث (٨٣١) ، والدارقطني في السنن في آخر باب التيمم وأنه يفعل لكل صلاة (١٨٥/١) ، والبيهقي في الكبرى في آخر باب التيمم لكل فريضة (٢٢٢/١) . وحديث ابن عمر أخرجه الدارقطني والبيهقي في نفس الباب .

(٤) تقدم تخريجه في المسألة (٣٥) .

(٥) في غير (ص) : [أن عمر] . (٦) في (ن) : [تصل] .

(٧) ساقطة من : (ع) . (٨) في (ع) : [ما لم يطرأ] .

وانقضى وقت المسح ؛ لأنه إيجاب طهارة من جنس آخر غير الحدث الأول .

٧٨٧ - قالوا : الوضوء والتيمم طهارتان ، إحداهما أنقص فعلا ، فوجب أن يكون أقصر وقتا ، كالوضوء والمسح على الخفين .

٧٨٨ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن التيمم يبطل برؤية الماء ، فنقص بذلك وقته عن الوضوء / . ثم طهارة المسح لم يقصر وقتها ، وإنما جازت للحاجة ، فزالت بزوالها . والتيمم جاز لعدم الماء ، فيبطل بوجوده . ولأن المسح على الخف أنقص فعلا من طهارة المستحاضة ، وهي أقصر وقتًا منه .

٩/ب

٧٨٩ - قالوا : تيمم وهو مستغنًى [1] عنه ، كما لو تيمم مع وجود الماء .

٧٩٠ - قلنا : لا نسلم ؛ لأنه غير مستغنًى [2] عنه في الجملة ، ويبطل ما قالوه بالتيمم للنافلة والتيمم في أول الوقت .

٧٩١ - قالوا : المسح أبيح [3] للضرورة ، فلم يجز [4] فيما لا ضرورة فيه .

٧٩٢ - قلنا : الضرورة عدم الماء ، وقد حصل .

٧٩٣ - قالوا : طهارة على ثلاثة أضرب : ما يرفع [5] الحدث عن جميع الأعضاء لم تتوقت [6] ، وما يرفع [7] عن بعضه كان أقصر وقتا عما [8] [لا يرفع الحدث لا عن جميع الأعضاء : موقت ، أصلا [9] ، يجب أن يكون أقصر مما يرفع الحدث .

٧٩٤ - قلنا : طهارة المسح لا يقصر وقتها ، وإنما تقدرت [10] بالحاجة ، فكذلك التيمم ينعدم [11] بعدم الماء . ثم هذه الطهارات [12] مع اختلافها لا يجوز إيجاب طهارتين من جنس واحد بحدث واحد مع بقاء الطهر الأول [13] .

* * *

---

(١) في (ع) : [مستغنًى] .

(٢) في (ع) : [مستغنًى] .

(٣) في (ص) : [افسح] .

(٤) في (ن) : [فلم تجز] .

(٥) في (م) : [ما ترفع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لم يتوقت] .

(٧) في (ن) : [ما ترفع] .

(٨) في (ن) : [فمما] .

(٩) في (ن) : [لا يرفع الحدث عن جميع الأعضاء لم يتوقف] ، وفي هامش (ص) : [لا يرفع الحدث لا عن جميع الأعضاء موقت] .

(١٠) في (ن) : [تعددت] .

(١١) في (م) ، (ن) : [يتقدم] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [الطهارة] .

(١٣) انظر : أحكام القرآن للجصاص في باب وجوب التيمم عند عدم الماء (٤/١٠) وما بعدها .

مسألة ٣٨

التيمم للصلاة قبل وقتها

٧٩٥ - قال أصحابنا : يجوز التيمم للصلاة [١] قبل وقتها [٢] .

٧٩٦ - خلافًا للشافعي [٣] .

٧٩٧ - لقوله تعالى : ﴿ أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمْسِ ﴾ [٤] ، وهذا يقتضي جواز فعلها عقيب الزوال ، وذلك لا يمكن إلا بتقديم التيمم على الوقت .

٧٩٨ - وقوله عليه السلام : « التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء » [٥] .

٧٩٩ - ولأنه مسح [٦] أقيم مقام غسل ؛ فجاز تقديمه على الوقت ، كمسح الخف ، ولأنها طهارة لاستباحة الصلاة ، كالوضوء . ولأن كل وقت جاز فيه الوضوء للفرض جاز التيمم [٧] له ، أصله : بعد دخول الوقت . ولا يلزم طهارة المستحاضة ؛ لأنا عللنا للوضوء ولم نعلل لتغير الأشخاص . ولأن [٨] طهارتها يجوز تقديمها على وقت الزوال .

٨٠٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَتَيَمَّمُواْ ﴾ [٩] ، والقيام إلى الصلاة لا يكون قبل وقتها ، فاقتضت المنع من الوضوء والتيمم قبل الوقت .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [لصلاة] .

(٢) قال الكاساني : يجوز التيمم بعد دخول وقت الصلاة وقبل دخوله وهذا عند أصحابنا . (انظر : بدائع الصنائع ٥٤/١ ، أحكام القرآن للجصاص ٣٨١/٢ ، ٣٨٢ ، والمبسوط للسرخسي ١٠٩/١ ، ٥٤/١ ، ١١٠ ، مجمع الأنهر ٤٠/١) ، وقال ابن حزم مثل قول الحنفية : التيمم جائز قبل الوقت ، وفي الوقت إذا أراد أن يصلي به نافلة أو فرضًا كالوضوء ، ولا فرق . (انظر : المحلى بالآثار ٣٥٩/١ ، مسألة ٢٣٧) .

(٣) قال الإمام الشافعي : أمرنا بالقيام إليها - يعني الصلاة - إذا دخل وقتها ، وكذلك أمره بالتيمم عند القيام إليها والإعواز من الماء ، فمن تيمم لصلاة قبل دخول وقتها وطلب الماء لم يكن له أن يصليها بذلك التيمم . (انظر : الأم ٣٩/١ ، المهذب مع المجموع ٢٣٩/٢ ، ٢٤٠ ، الوسيط ٣٥٩/١ ، مسألة ٢٣٧ ، حلية العلماء ١٨٩/٢، المنهاج مع نهاية المحتاج ١٨٩/١ . وانظر : المنتقى للباجي ١١١/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٨٣/١ ، المقدمات ١٢٠/١ ، بداية المجتهد ٦٩/١ ، والكافي لابن قدامة ٦٦/١ ، المغني ٢٣٧/١) .

(٤) سورة الإسراء : الآية ٧٨ .

(٥) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٣٣) .

(٦) في (ن) : [مبيح] .

(٧) في (ص) : [للتيمم] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولا] .

(٩) سورة المائدة : الآية ٦ .

٨٠١ - والجواب : أن المراد بالآية : إذا أردتم القيام إليها ، وقد يريد القيام في أول الوقت ، فلا يمكن إلا بتقديم الطهارة على الوقت (١) .

٨٠٢ - ولأن الآية تضمنت الطهارتين ، وقد أفادت تقديم الطهارة على الوقت بالإجماع ، وكان ذلك هو المراد بالتيمم .

٨٠٣ - قالوا : تيمم للفرض في وقت يستغني عنه ، فأشبه إذا تيمم بعد الوقت مع الوجود للماء .

٨٠٤ - قلنا : يبطل لو (٢) تيمم في أول الوقت ، ولو (٣) تيمم للنافلة .

٨٠٥ - ولا يقال : إنه ليس بمستغنًى عنه لأنه يسقط الفرض عن ذمته ؛ لأن في أول الوقت يستغنى عن إسقاط الفرض إلى آخره عن إسقاط فرض الطهارة.

٨٠٦ - ولأن التيمم مع وجود الماء حصل مع القدرة على الأصل فلم يجز البدل ، وقبل الوقت لم يقدر على الأصل فجاز البدل ، كما لو كان في الوقت .

٨٠٧ - قالوا : طهارة ضرورة ، فلا يجوز تقديمها على الوقت ، كطهارة المستحاضة قبل الفجر .

٨٠٨ - قلنا : حكم الضرورة والرخصة قد تساويا في العادات ، ألا ترى أن (٤) في رمضان يباح للضرورة عند المرض كما تباح (٥) الرخصة في السفر ؟ وكذلك يجب أن تتساوى (٦) طهارة الضرورة والرخصة ، على أن طهارة المستحاضة تصح (٧) قبل الوقت ، وتبطل (٨) بخروجه ، وخروج الوقت يؤثر في طهارة الرخصة ، كمسح الخف . وأما التيمم فلا يؤثر فيه خروج الوقت بالإجماع ، ودخول الوقت لا تأثير له في إبطال الرخص .

٨٠٩ - قالوا : الطهارة على ضربين : طهارة رفاهية ، وطهارة ضرورة ، كما أن الطعام على ضربين : طعام رفاهية ، وطعام ضرورة . فإذا لم يستبح (٩) طعام الضرورة إلا

---

(١) في (ن) : [على الوقت بالإجماع] . (٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عن] .
(٣) في (م) ، (ن) : [وعن] ، وفي (ع) : [وعنه] .
(٤) في (ع) : [أنه] . (٥) في (م) ، (ع) : [يباح] .
(٦) في (م) : [يتساوى] ، وفي (ع) : [يتساو] .
(٧) في (م) ، (ع) : [يصح] . (٨) في (م) ، (ع) : [يبطل] .
(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يسبح] .

عند الضرورة ، فطهارة الضرورة مثله .

٨١٠ - قلنا : الضرورة في التيمم عدم الماء ، وهذا موجود قبل الوقت ، فأما وجوب الفرض فليس بضرورة إلا أن يتضيق [١] ذلك ، ولا يغيره أحد .

٨١١ - ولأن التيمم بدل معلق به حكم بالإجماع [٢] في صلاة النافلة ، فطعام الضرورة لا يجوز تناوله [٣] في غيرها بحال .

٨١٢ - قالوا : بدل عن أصل [٤] ، فوجب أن لا يجوز إلا بعد وجوب الأصل ، كالصوم في الكفارة .

٨١٣ - قلنا : يبطل بمسح [٥] الخف والجبيرة .

* * *

---

(١) في (ع) : [يضيق] .

(٢) في (ص) ، (ن) : [بالجماع] ، وفي (ع) : [باجماع] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بنافلة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يدل على أصل] ، وفي (ن) : [بدل على أصل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [كمسح] .

مسألة ٣٩

حكم طلب الماء للمتيمم

٨١٤ - قال أصحابنا : طلب الماء ليس بشرط في جواز التيمم [١] .

٨١٥ - وقال الشافعي : هو شرط [٢] .

٨١٦ - لنا : قوله تعالى ﴿ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ ﴾ ويقال : لم يجد ، وإن [٣] لم يطلب .

٨١٧ - قال [الله] [٤] سبحانه : ﴿ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِيٓ أَنفُسِهِمۡ حَرَجٗا مِّمَّا قَضَيۡتَ ﴾ [٥] .

٨١٨ - ويقال [٦] : فلان لا يجد في نفسه مرضًا .

٨١٩ - وقال تعالى : ﴿ وَمَا وَجَدۡنَا لِأَكۡثَرِهِم مِّنۡ عَهۡدٖ ﴾ [٧] ، ولأن الوجود لا يقتضي الطلب : يقال : فلان وجد ضالته ، وإن لم يطلبها .

٨٢٠ - وقال النبي ﷺ : « من وجد لقطة فليعرفها » [٨] .

وكذلك [٩] (لم يجد) لا يفيد الطلب ؛ لأن الإثبات والنفي لا يفترقان إلا من حيث النفي .

٨٢١ - قالوا : أمرَ الله تعالى بالتيمم عند عدم الماء ، وهو لا يعلم بعدمه حتى يطلب

---

(١) قال الإمام القدوري : وليس على المتيمم إذا لم يغلب على ظنه أن بقربه ماء أن يطلب ، فإن غلب على ظنه أن هناك ماء ؛ لم يجز له أن يتيمم حتى يطلبه . (انظر : متن القدوري ص ٥ ، أحكام القرآن للجصاص ٣٧٤/٢ ، المبسوط ١٠٨/١ ، تحفة الفقهاء ٣٧/١ ، ٣٨ ، بدائع الصنائع ٤٧/١ ، مجمع الأنهر ٤٤/١) .

(٢) قال الإمام الشافعي : ولا يجزي التيمم إلا بعد الطلب ، وإن تيمم قبل أن يطلب الماء لم يجزه التيمم وكان عليه أن يعود للتيمم بعد طلبه الماء وإعوازه . (انظر : انظر : الأم ٤٠/١ ، المهذب مع المجموع ٢٤٨/٢ - ٢٥٢ ، حلية العلماء ١٩٠/١ ، الوسيط ٣٤٢/١) . (وانظر : المنتقى ١١٠/١ ، ١١١ ، الكافي لابن عبد البر ١٨٣/١ ، المقدمات ١١٨/١ ، ١١٩ ، بداية المجتهد ٦٨/١ ، ٦٩ ، المسائل الفقهية ٩١/١ ، الكافي ٦٦/١ ، المغني ٢٣٦ ، ٢٣٧) .

(٣) في (ع) : [وإنه] .

(٤) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) سورة النساء : الآية ٦٥ .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وقال] .

(٧) سورة الأعراف : الآية ١٠٢ .

(٨) أخرجه ابن ماجه بلفظ : « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل - أو ذوي عدل ، ثم لا يغيره ولا يكتمه ، فإن جاء ربها فهو أحق بها ، وإلا فهو مال الله يؤتيه من يشاء » في السنن في كتاب اللقطة (٨٣٧/٢) ، الحديث (٢٥٠٥) ، والبيهقي في الكبرى كتاب اللقطة (١٩٣/٦) ، وأخرجه أحمد بألفاظ أخرى في المسند (١٦٢/٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولذلك] .

الماء [١] ، كمن قال لغلامه : اشترلي خبزًا فإن لم تجد فلحمًا ؛ لم يجز [٢] له شراء اللحم إلا بعد طلب الخبز .

٨٢٢ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن المكان إذا كان الغالب فيه عدم الخبز فغلب على ظنه أنه لا يجده بالطلب ؛ جاز له شراء اللحم ، وإن غلب على ظنه وجوده لم يجز له ، كالماء ، ولو غلب على ظنه وجوده لزمه طلبه ، فإن لم يغلب لم يلزمه [طلبه] [٣] ؛ لأن الطلب مبالغة في التوصل إلى الماء ، فلا يلزمه ، كالشراء بأكثر من ثمنه .

٨٢٣ - ولأنه لا يعلم وجود الماء بحضرته ، فلم يلزمه طلبه ، أصله : إذا عدمه بعد الطلب .

٨٢٤ - ولأنه [٤] غير عالم بمكان الماء ، فلا يغلب على ظنه ، فصار كمن طلب .

٨٢٥ - ولا يقال : حكم الطلب يخالف غيره في جواز الانتقال ، كمن طلب الحادثة في الكتاب فانتقل إلى القياس عند عدمها ؛ وذلك لأن الحادثة ليس الغالب عدمها في الكتاب ؛ فصار كالموضع الذي لا يغلب عدم الماء فلزمه طلبه .

٨٢٦ - والماء قد يغلب عدمه [في] [٥] مواضع ، فيصير الطلب وعدمه سواء .

٨٢٧ - ومثاله الحادثة التي لا يوجد مثلها في النص غالبًا ، فلا يلزمه طلبها ، ولأنه لو شاهد الماء مع رفيقه وغلب على ظنه أنه لا يعطيه لا يلزمه طلبه ، وهو موجود بيقين ، فلأن لا يلزمه في الموضع الذي لا يتيقن أولى ، ولأنه أصل غير موجود في [ملكه] [٦] ، وما لا يتوصل به غالبا إليه ، فلا يلزمه طلبه ، كالمكفر إذا لزمه كفارة فصام .

٨٢٨ - احتجوا بما روي عن النبي ﷺ : أنه بعث عليًا عليه السلام في طلب الماء [٧] .

---

(١) في (ع) : [حتى يطلبه] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فلم يجز] .
(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٤) في (ع) : [ولا منه] .
(٥) ساقطة من (ع) .
(٦) ساقطة من (ع) .
(٧) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب التيمم باب الصعيد الطيب وضوء المسلم يكفيه من الماء (٧١/١) ، وابن خزيمة في صحيحه في باب ذكر الدليل على أن الجنب يجزيه التيمم عند الإعواز من الماء في السفر (١٣٦/١ ، ١٣٧) ، الحديث (٢٧١) ، وابن حبان في صحيحه في ذكر البيان بأن التيمم بالكحل والزرنيخ وما أشبههما دون الصعيد الذي هو التراب وحده غير جائز (٤٢٤/٢ - ٤٢٩) ، الحديث (١٢٩١) ، والبيهقي في الكبرى باب غسل الجنب ووضوء المحدث إذا وجد الماء بعد التيمم (٢١٨/١ ، ٢١٩) .

٨٢٩ - والجواب : أن فعله ﷺ لا يدل على الوجوب ، وكذلك أمره [١] بالطلب له .

٨٣٠ - قالوا : شرط من شرائط الصلاة يختص بها ؛ فوجب عليه طلبه عند الاشتباه ، كجهة القبلة .

٨٣١ - قلنا : القبلة موجودة [٢] لا محالة ، وإنما يشك [٣] في تعيينها ، فوزانه من مسألتنا أنه يتيقن [٤] وجود الماء ، ولا يعلم في [٥] أي جهة هو ، فيلزمه طلبه .

٨٣٢ - قالوا : بدل [٦] عن مبدل مرتب ، فلا يجوز الانتقال في العادة ، أصله : الرقبة في الكفارة .

٨٣٣ - قلنا : هذا النوع من الطلب يجب عندنا في الماء إذا كان معه وهو يخاف [٧] العطش ينظر [٨] هل يفضل عن [٩] : كفايته ، وإذا كان يباع ينظر [١٠] : هل يقدر على ثمنه ، والطلب [١١] في السوق إنما يلزم لأنه يوجد غالبًا ، وهذا لازم عندنا في الماء إذا غلب وجوده .

٨٣٤ - قالوا : أصل جعل له بدل عند العجز عنه ، فإذا لم يكن في ملكه لزمه طلبه ، كالرقبة .

٨٣٥ - قلنا : إذا كان الثمن موجودًا فالأصل موجود في الغالب ، ووزان [١٢] مسألتنا : أن لا يكون له ثمن ، فيجوز له الصوم ، وإن لم يطلب القرض [١٣] والابتياع بثمن مؤجل والهبة .

٨٣٦ - قالوا : لو علم بوجود الماء لزمه طلبه ، وإذا شك لزمه ، كالحادث [١٤] الشرعي .

٨٣٧ - قلنا : إنما يلزم حكم الحادثة لأنه يعلم [١٥] أن الحادثة لا تخلو [١٦] الأصول من دلالة عليها ، ووزانه [١٧] الموضع الذي لا يخلو عن [١٨] الماء فيلزمه [١٩] الطلب .

---

(١) في (ع) : [أمر] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [موجود] .
(٣) في (م) ، (ع) : [شك] .
(٤) في (م) : [ينتفي] ، وفي (ع) : [ينفي] .
(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [من] .
(٦) في (ن) : [يدل] .
(٧) في (م) : [يخالف] .
(٨) في (ن) : [تنظر] .
(٩) في (ن) : [من] .
(١٠) في (ن) : [تنظر] .
(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فالطلب] . (١٢) في (ع) : [دوران] .
(١٣) في (ن) : [الفرض] .
(١٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كالحادثة] .
(١٥) في (م) ، (ع) : [لا يعلم] .
(١٦) في (م) ، (ع) : [لا يخلو] .
(١٧) في (م) : [دورانه] ، وفي (ع) : [دوران] .
(١٨) في (م) ، (ع) : [من] .
(١٩) في (م) ن (ع) : [فيلزمه منه] .

مسألة ٤٠

تيمم المحبوس في المصر

٨٣٨ - قال أبو حنيفة : المحبوس في المصر لا يتيمم ولا يصلي [١] .

٨٣٩ - وقال الشافعي : يصلي بالتيمم ويعيد [٢] .

٨٤٠ - لنا : قوله ﷺ : « لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ؛ فيغسل وجهه ويديه » [٣] ولم يفصِّل .

٨٤١ - ولأن فعل الآدمي بمجرده لا يكون عذرًا [٤] في [٥] الانفصال من الأصل إلى البدل ، [أصله] [٦] : إذا أكرهه حتى صلى قاعدًا [٧] .

٨٤٢ - ولأنه مقيم لا يخاف الضرر باستعمال الماء ، فصار كغير المحبوس ، ولأن المفعول ليس بصلاة ، بدلالة وجوب الإعادة عليه ، وما ليس بصلاة لا يلزمه أن [٨] يقيمه مقام الصلاة .

٨٤٣ - ولا يقال : وجوب الإعادة لا ينفي الفعل ، كالإمساك في رمضان ، والسجدتين والتكبير يدرك الإمام فيها ، والمصلي بسؤر الحمار من غير تيمم ؛ وذلك لأنا

---

(١) قال الكاساني : وأما المحبوس في مكان نجس ولم يجد ماء ولا ترابًا نظيفًا فإنه لا يصلي عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف : يصلي بالإيماء ثم يعيد إذا خرج ، وقول محمد مضطرب ، وذكر في عامة الروايات مع أبي حنيفة . وفي نوادر أبي سليمان مع أبي يوسف . (انظر : بدائع الصنائع ٥٠/١ ، المبسوط ١٢٣/١ ، ودر المختار في حاشية ابن عابدين ١٧٦/١) .

(٢) قال الإمام الشافعي : وإن كان الرجل محبوسًا في المصر فيه الحش أو في موضع نجس التراب ولا يجد ماءً أو يجده ولا يجد موضعًا طاهرًا يصلي عليه ولا شيئًا طاهرًا يفرشه يصلي عليه يصلي يومئ إيماء . (انظر : الأم ٤٣/١ ، مختصر المزني ص ٧ ، المهذب ٣٥/١ ، حلية العلماء ٢٠٨/١ ، ٢٠٩ ، المجموع ٣٣٤/٢ ، ٣٣٥ ، نهاية المحتاج ٣١٧/١ ، ٣١٨) . (وانظر : المدونة ٤٧/١ ، ٤٨ ، الاستذكار ٤/٢-٦ ، بداية المجتهد ٦٧/١ ، ٦٨٧ ، المسائل الفقهية ٩١/١ ، ٩٢ ، الكافي لابن قدامة ٦٩/١ ، المغني ٢٣٤/١ - ٢٣٥ ، وراجع رأي الظاهرية في المحلى بالآثار ٣٤٧/١ ، ٣٤٨) .

(٣) سبق تخريجه في في مسألة (١٣) .

(٤) في (ع) ، (ن) ، (م) : [عددًا] .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [من] .

(٦) ساقطة من (ع) .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : بياض مكان : [صلى] ، وفي (م) : [فاعرا] مكان [قاعدا] ، وفي (ع) : [ناعرا] ، والمثبت من (ن) .

(٨) في (ع) : [أنه] .

لم نجعل وجوب الإعادة في مواضع الإلزام دليل [١] على أن الإمساك ليس بصوم ، لكن غير الصوم قد يقوم مقام الصوم .

٨٤٤ - وأما سؤر الحمار : فلسنا نقول أنه ليس بصلاة / [٢] ؛ لجواز أن يكون هو الفرض . ١٠/

٨٤٥ - ومخالفنا يقطع أن المفعول ليس بفرضه [٣] ؛ فلا يُجَوز إقامته مقامه .

٨٤٦ - احتجوا : بحديث أبي ذر : أنه أتوا [٤] المدينة ، فخرج بأهله إلى الربذة [٥] ، فكان لا يجد الماء الخمس والست ، فسأل النبي ﷺ فقال : « التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء » [٦] .

٨٤٧ - الجواب : أن الربذة يعدم فيها الماء [٧] غالبًا ، فهي كالمفاوز [٨] ؛ ألا ترى أن البلاد لا يعدم فيها الماء هذه المدة ؟ يبين [٩] ذلك أنه ﷺ لم يلزمه الإعادة ؛ فدل على أن ما فعله فرضه .

٨٤٨ - قالوا : روي أن النبي ﷺ لما أنفذ [١٠] رجلين في طلب عُقد عائشة ، حضرتهما الصلاة ولم يكن معهما ماء ، فصلى أحدهما بغير طهارة وذكر ذلك لرسول الله ﷺ فنزلت [١١] آية التيمم ، ولم ينكر عليه فعله [١٢] .

---

(١) هكذا في النسخ كلها . والصواب : [دليلًا] . (٢) في (ن) : [صلاة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بفريضة] . (٤) في (ع) : [أتي] .

(٥) قال ابن الأثير : والزبدة بالتحريك : قرية قرب المدينة بها قبر أبي ذر الغفاري . النهاية باب الراء مع الباء (١٨٣/١) .

(٦) أخرجه أبو داود من هذا الوجه بلفظ : أجمعت غنيمة عند رسول الله ﷺ فقال يا أبا ذر أبد فيها ، فبدوت إلى الربذة ، فكانت تصيبني الجنابة فأمكث الخمس والست . وساق الحديث إلى أن قال : « الصعيد الطيب وضوء المسلم ولو إلى عشر سنين ، فإذا وجدت الماء فأمسه جلدك ؛ فإن ذلك خير » في السنن باب الجنب يتيمم (٩٢/١ ، ٩٣) ، والبيهقي في الكبرى في آخر باب غسل الجنب ووضوء المحدث إذا وجد الماء بعد التيمم (٢١٧/١ - ٢٢٠) ، وابن حبان في صحيحه في ذكر البيان بأن واجد الماء إذا كان جنبًا بعد تيممه عليه إمساس الماء بشرته حينئذ (٤٣٥/٢ ، ٤٣٦) ، الحديث (١٣٠١ ، ١٣٠٢) .

(٧) في (ص) : [يعدم الماء فيها] .

(٨) مفاوز جمع مفازة أي الصحراء المهلكة . المعجم الوسيط (فاز) (٧١٢/٢) .

(٩) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [أبعذ] ، وأنفذ بمعنى أرسل .

(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فنزل] .

(١٢) أخرجه البخاري بلفظ أنها استعارت من أسماء قلادة فهلكت ، فبعث رسول الله ﷺ رجلا فوجدها ، =

٨٤٩ - والجواب : أنه روي أن أحدهما لم يصل ولم ينكر عليه [(١)] ، فتعارضا .

٨٥٠ - قالوا : المريض يجوز له التيمم مع وجود الماء ، فمن لا يجدْ أولى .

٨٥١ - قلنا : المرض علة من جهة اللّٰه تعالى [(٢)] ، فيسقط الفرض ، والصحيح عذره من جهة الآدمي ، وذلك لا يسقط الفرض .

٨٥٢ - قالوا : من لزمه فرض الصلاة في حال عدم الماء لزمه التيمم ، كالمسافر .

٨٥٣ - قلنا : لا نسلم أن فرض الصلاة يلزمه في هذه الحالة ، وإنما يلزمه عند القدرة [(٣)] على الماء .

٨٥٤ - ولأن المسافر لما لزمه التيمم كان إذا صلى لم يلزمه الإعادة ، ولما كان في مسألتنا : إذا [(٤)] تيمم وصلى لزمه الإعادة عند القدرة على الماء ، دل على أن التيمم لم يلزمه .

* * *

= فأدركتهم الصلاة وليس معهم ماء ، فشكوا ذلك إلى رسول اللّٰه ﷺ فأنزل اللّٰه آية التيمم .في الصحيح كتاب التيمم باب إذا لم يجد ماء ولا تراب (٧٠/١) ، ومسلم في الصحيح باب التيمم (١٥٨/١) ، وأبو داود في السنن باب التيمم (٧٨/١ ، ٨٨) ، والنسائي في المجتبى في باب فيمن لم يجد الماء ولا الصعيد (١٧٢/١) ، وابن ماجه في السنن في أبواب التيمم باب ما جاء في السبب (١٨٨/١) ، الحديث (٥٦٨) ، وابن خزيمة في صحيحه باب ذكر ما كان من إباحة الصلاة بلا تيمم عند عدم الماء قبل نزول آية التيمم (١٣١/١) ، الحديث (٢٦١) ، والدارمي في السنن باب التيمم مرة (٩٠/١ ، ٩١) .

(١) لعل المصنف يعني حديث عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري الذي أخرجه أبو داود بلفظ : خرج رجلان في سفر ، فحضرت الصلاة وليس معهما ماء ، فتيمما صعيدًا طيبًا ، فصليا ، ثم وجدا الماء في الوقت ، فأعاد أحدهما الصلاة والوضوء ولم يعد الآخر ، وساق الحديث إلى آخره في السنن باب في المتيمم يجد الماء بعد ما يصلي في الوقت (٩٥/١) ، والدارمي في السنن باب التيمم (١٩٠/١) ، والنسائي في المجتبى باب التيمم لمن لم يجد الماء بعد الصلاة (٢١٣/١) .

(٢) في (ن) : [سبحانه] .

(٣) في (ص) : [الندرة] .

(٤) مكرر في (ع) .

مسألة ٤١

الحكم عند فقد الماء والتراب

٨٥٥ - قال أبو حنيفة : إذا لم يجد الماء (١) ولا التراب لم يصل (٢) .

٨٥٦ - وقال الشافعي : يصلي ويعيد (٣) .

٨٥٧ - لنا : قوله ﷺ : « لا صلاة إلا بطهور » (٤) .

٨٥٨ - ولا يقال : إطلاق الصلاة يتناول المجزية ، وخلافنا فيما لا يجزى ؛ لأن النفي يتناول المطلق وغيره ، ولأن معنى الخبر : لا حكم للصلاة إلا بطهور ، ولأن المفعول ليس بصلاة ، بدلالة : وجوب الإعادة ، وما ليس بصلاة لا يلزمه أن يقيمه مقامها كسائر الأفعال .

٨٥٩ - ولا يقال : عدم الجواز لا يمنع الفعل ، كالإمساك في الصوم والمضي على الحجة الفاسدة ؛ لأنا لم نجعل عدم الإجزاء دلالة على ترك الفعل ، وإنما جعلناه دلالة

---

(١) في (ن) ، (م) ، (ع) : [ماء] .

(٢) في (م) : [لم يصلي] . قال ابن عابدين في شرح تنوير الأبصار : المحصور فاقد الماء والتراب الطهورين بأن حبس في مكان نجس ، ولا يمكنه إخراج تراب مطهر ، وكذلك العاجز عنهما لمرض ، يؤخرها عنده ، وقالا يتشبه بالمصلين وجوبًا ، فيركع ويسجد إن وجد مكانا يابسًا ، وإلا يومئ قائمًا ثم يعيد كالصوم . به يفتى وإليه صح رجوعه ، أي الإمام كما في الفيض ، في الدر المختار شرح تنوير الأبصار في هامش رد المحتار مطلب فاقد الطهورين (١٧٦/١) . راجع المسألة في المبسوط (١٢٣/١) ، بدائع الصنائع (٥١/١) .

(٣) قال الخطيب الشربيني : على فاقد الطهورين - وهما الماء والتراب - كمحبوس ليس فيه واحد منهما أن يصلي الفرض لحرمة الوقت ويعيد إذا وجد أحدهما ، وإنما يعيد بالتيمم في محل يسقط به العرض ؛ إذ لا فائدة في الإعادة في محل لا يسقط به الفرض ، وخرج بالفرض النفل ، فلا يفعل ... ، (انظر : نهاية المحتاج ٣١٧/١ ، ٣١٨ ، المجموع شرح المهذب ٢٧٨/٢ ، الأم ٥١/١ ، مختصر المزني ص ٧، حلية العلماء ٢٠٠/١ ، ٢٠١ . انظر : في المنتقى فصل من لم يجد ماء ولا ترابًا ١١٦/١ ، الكافي لابن قدامة ٧١/١ ، المغني باب التيمم ٢٥٠/١ ، ٢٥١) .

(٤) أخرجه مسلم بلفظ « لا تقبل الصلاة بغير طهور » في الصحيح كتاب الطهارة باب وجوب الطهارة للصلاة (٢٠٤/١) ، الحديث (٢٢٤) ، وأحمد في المسند (٥٧/٢ ، ٧٣) ، والترمذي بلفظ مسلم في السنن أبواب الطهارة باب ما جاء لا تقبل صلاة بغير طهور (٥/١ ، ٦) ، الحديث (١) ، والنسائي في المجتبى كتاب الطهارة باب فرض الوضوء (٨٧/١ ، ٨٨) ، الدرامي في السنن كتاب الصلاة باب لا تقبل الصلاة بغير طهور (١٧٥/١) .

على أنه ليس بصلاة .

٨٦٠ - ثم منعنا أن يقوم مقام الصلاة .

٨٦١ - ولا يلزم مَنْ صلى بالتيمم بعد الطهارة (١) ناسيًا ؛ لأنه لا يلزمه أن يقيمه مقام الصلاة ، وإنما يفعله على أنه نفس الفرض .

٨٦٢ - ولا يلزم من صلى بالتيمم مع وجود سؤر الحمار ؛ لأنه مأمور بالجمع عندنا بينهما ، فإن [صلى] (٢) بأحدهما جوزنا أن يكون فعل ما أمر به ، فأما أن يلزمه أن يصلي بأحدهما ثم يعيد فلا .

٨٦٣ - ولأن عدم طهارة (٣) الماء وما أقيم مقامها تمنع (٤) فعل الصلاة ، كالحيض .

٨٦٤ - ولا يقال : إن الحائض لم تجب عليها الصلاة ، فلم يلزمها الفعل ، بدلالة : أنها لو اغتسلت لم تجز (٥) صلاتها ؛ وذلك لأن الصلاة لم تجب (٦) ؛ لتعذر الطهارة من طريق الحكم . وإذا جاز أن يكون تعذر الطهارة حكمًا يمنع الوجوب جاز أن يكون تعذرها من طريق المشاهدة يمنع الفعل .

٨٦٥ - ألا ترى : أن (٧) تعذر إيمان المجنون من طريق الحكم [يمنع وجوب الصلاة] (٨) وعدمه مشاهدة في الكافر يمنع (٩) الفعل .

٨٦٦ - ولأن الحائض لا تقضي (١٠) الفائتة وإن كانت واجبة ؛ لعدم الطهارة ، فكذلك صلاة الوقت .

٨٦٧ - احتج المخالف بقوله تعالى : ﴿ أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ ﴾ (١١) .

٨٦٨ - والجواب : أن الأمر يقتضي (١٢) ما يسقط الفرض باتفاق ، ولأن المفعول ليس هو في مسألتنا ما يناوله إلا بدلالة (١٣) أنه لا يسقط الفرض . ولأن الصلاة اسم

---

(١) في (م) ، (ع) : [طهارة] .
(٢) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [الطهارة] .
(٤) في (ن) : [يتبع] .
(٥) في (م) : [لم يجز] .
(٦) في (م) : [لم يجب] .
(٧) في (ع) : [أنه] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يوجب بمنع وجوب الصلاة] .
(٩) في (ع) : [بمنع] .
(١٠) في (ن) : [لا يقضي] .
(١١) سورة الإسراء : الآية ٧٨ .
(١٢) في (م) ، (ع) : [يقضي] ، وساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .
(١٣) في (ن) : [بدلالة له] .

شرعي فلا تتناول [١] ما يقع بغير الطهارة .

٨٦٩ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » [٢] .

٨٧٠ - قلنا : هذا يقتضي فعل بعض المأمور به ، وما وقع بغير [٣] طهارة فليس ببعض الصلاة .

٨٧١ - قالوا : روي أنه ﷺ أنفذ [٤] رجلين في طلب عقد عائشة ، فصليا الفجر بغير طهارة ولم ينكر عليهما [٥] .

٨٧٢ - قلنا : نزول آية التيمم في شأنهما إنكار [٦] لفعلهما بغير طهارة .

٨٧٣ - قالوا : شرط من شرائط الصلاة ، فالعجز عنه يبيح ترك ما لزمه من الصلاة ، كستر العورة .

٨٧٤ - أو يقولون [٧] : إن الصلاة تتضمن شرائط [٨] وأركانًا ، ثم كان العجز عن أركانها لا يمنع الفعل ، كذلك شرائطها .

٨٧٥ - قلنا : تعذرُ [٩] الستر والأركان ليس له مدخل في الوجوب ، فلم يمنع الفعل ، وتعذر [١٠] الطهارة لنوعه مدخل في منع الوجوب في الحائض ، فجاز أن يمنع الفعل .

٨٧٦ - قالوا : إحدى الطهارتين ، فالعجز [١١] عنه لا يبيح ترك ما لزمه من

---

(١) في (م) ، (ع) : [بتناول] .

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة في آخر باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ (٢٥٦/٤) ، ومسلم كتاب الحج باب فرض الحج مرة في العمر (٥٦٢/١) ، والنسائي في المجتبى في كتاب مناسك الحج باب وجوب الحج (١١٠/٥ ، ١١١) ، وابن ماجه في المقدمة في باب اتباع سنة رسول الله ﷺ (٣/١) ، والبيهقي في الكبرى باب من لم يجد ماء ولا ترابًا (٢١٥/١) .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ببعض] .

(٤) في (ص) ، (ع) : [أبعد] .

(٥) تقدم تخريجه بألفاظ أخرى في مسألة (٤٠) ، وقد أخرجه النسائي في المجتبى باب التيمم في السفر (١٦٧/١) .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [إنكارًا] .

(٧) في (ص) : [يقول] .

(٨) في (م) : [يتضمن] ، وفي (ص) ، (م) ، (ع) : [شرائطًا] .

(٩) في (م) : [بعذر] .

(١٠) في (م) : [بعذر] .

(١١) في (ن) : [كالعجز] .

الصلاة [١] ، كالطهارة من النجاسة .

٨٧٧ - قلنا : المعنى في النجاسة ما قدمنا [٢] .

٨٧٨ - ولأن العجز عن الطهارة لم يبح [٣] ترك الصلاة ، وإنما أباح العجز عنها وعن بدلها ، وهو لا يوجد في النجاسة ، فلا يمكن القياس عليه .

٨٧٩ - ولأن النجاسة تجوز [٤] الصلاة مع يسيرها من غير أن يقيم مقام طهارتها غيرها ، فجاز منع جميعه عند العذر ، والحدث : لا تجوز [٥] الصلاة مع يسيره من غير فعل يقوم مقامه ، فلم تجز مع كثيره .

٨٨٠ - قالوا : كل ما [لو] [٦] وجد لزمه أن يتطهر به ، فعدمه لا يبيح ترك الصلاة ، كما لو [٧] .

٨٨١ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن عدم التيمم لا يمنع ، وكذلك عدم الماء ، وإنما المانع عدم الطهارتين .

٨٨٢ - قالوا : الصلاة والطهارة عبادتان تنفرد إحداهما [٨] عن الأخرى ؛ بدلالة الطهارة لقراءة القرءان . [والمحدث يبقى في الصلاة مع الحدث] [٩] ، فتعذر إحدى العبادتين لا يمنع فعل الأخرى .

٨٨٣ - قلنا : الطهارة لا تنفرد [١٠] عما جعلت شرطًا فيه : إما الصلاة أو غيرها . وفعل الصلاة لا ينفرد عن الطهارة ؛ إذا كانت شرطا باتفاق ، وموضع الشرط أن يكون عدمها ، فمتى فعل ما هي شرط فيه ، وإلا خرجت عن أن تكون [١١] شرطًا .

٨٨٤ - قالوا : إذا وجبت الصلاة عليه لم يمنع أن يشغل الوقت بفعل غير مُجْزِئ ، كالإمساك في الصوم ، وكإجراء [١٢] الموسى بدلًا من الحلق .

---

(١) في (ص) : [في الصلاة] .
(٢) في (م) ، (ن) : [ما قدمناه] .
(٣) في (ن) : [لم يبيح] .
(٤) في (ن) : [ويجوز] .
(٥) في (ن) : [لا يجوز] .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) الظاهر وجود سقط هنا بعد كلمة [لو] ، فهناك بياض بنسخة (ص) .
(٨) في كل النسخ : [ينفرد أحدهما] ولعل الصواب ما أثبتناه .
(٩) في (م) ، (ع) : [والمحدث في الصلاة بقي مع الحدث] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لا ينفرد] .
(١١) في (م) ، (ع) : [أن يكون] .
(١٢) في (ع) : [وكأجر] .

٨٨٥ - قلنا : الإمساك من غير صوم قد شرع في غير الصوم ، وهو تأخر الأكل في الأضحى إلى وقت الأضحية ، فجاز أن يشرع في الصوم ، والصلاة بغير طهارة لم يشرع في غير موضع الخلاف ، فلم (١) يجز إثباتها (٢) فيه .

٨٨٦ - ولأن الصوم والنسك [يقوم مقامهما ما ليس من جنسيهما ، وهي] (٣) الفدية . والصلاة لا يقوم مقامها ما ليس من جنسها .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .
(٢) في (م) ، (ع) : [إتيانها] .
(٣) في (ن) ، (ع) : [يقوم مقامها ما ليس من جنسها] .

مسألة ٤٢

التيمم إذا خشي فوات ناقصات الأركان

٨٨٧ - قال أصحابنا : إذا خشي فوات صلاة الجنازة والعيدين يتيمم [١] لهما في المصر [٢] .

٨٨٨ - خلافًا للشافعي [٣] .

٨٨٩ - لقوله ﷺ : « جعلت لي الأرض مسجدا [٤] وطهورًا » [٥] .

٨٩٠ - ولأنها ناقصة الأركان ، فجاز أن يتيمم لها مع وجود الماء الموسع ، كصلاة المريض .

٨٩١ - ولأن كل صلاة لو رأى الماء فيها وهو متيمم مضى عليها جاز أن يتيمم لها ابتداء مع وجود الماء ، كمن يخاف العطش والمرض .

٨٩٢ - وهذه المسألة فرع على أنها إذا فاتت لا تقضى [٦] ، والكلام في هذا الفصل يأتي .

٨٩٣ - فإذا ثبت هذا قلنا : لا يتوصل بالوضوء إلى فعل الصلاة وما يقوم مقامها ولا

---

(١) في (م) ، (ع) : [تيمم] .

(٢) قال الكاساني : لو حضرته الجنازة وخاف فوت الصلاة لو اشتغل بالوضوء تيمم وصلى ، وهذا عند أصحابنا . (انظر : بدائع الصنائع ٥١/١ ، فتح القدير ١٣٨/١ ، تحفة الفقهاء في التيمم ٣٨/١ ، ٣٩ ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية ١٣٨/١ ، مجمع الأنهر ٤١/١) .

(٣) قال الإمام النووي : لا يجوز التيمم مع وجود ماء يقدر على استعماله ولا يحتاج إليه لعطش ونحوه ، سواء خاف الخروج لو توضأ أم لا ، وسواء صلاة العيد أو الجنازة أو غيرهما ، وحكى البغدادي وجها أنه إذا كان معه ماء وخاف فوات وقت الصلاة لو اشتغل بالوضوء ؛ صلى بالتيمم لحرمة الوقت ، ثم يتوضأ ويعيد الصلاة ، وهذا وجه شاذ ، ليس بشيء . (انظر : المجموع ٢٤٤/١ ، مختصر المزني ص ٧ ، حلية العلماء ١٩٠/١) . (وانظر : الكافي لابن عبد البر ١٨٠/١ ، شرح الزرقاني ١١٤/١ ، ١١٥ ، المسائل الفقهية ٩٤/١ ، الإفصاح ٩١/١ ، الكافي لابن قدامة ٦٦/١ ، المغني ١٦٧/١) .

(٤) في (ع) : [مسجد] .

(٥) هذا الحديث متفق عليه أخرجه البخاري في الصحيح كتاب التيمم (٧٠/١) ، ومسلم في الصحيح كتاب المساجد (٢١٢/١) ، والبيهقي في الكبرى باب التيمم (٢١٢/١ ، ٢٢٢) .

(٦) في (م) : [لا يقضى] .

إلى ما يسقط فرضها ، فلم يؤمر [١] بفعل الطهارة ، كالحائض .

٨٩٤ - ولأنه إذا لم يتوصل بالطهارة إلى فعل الصلاة لم يلزمه فعلها [٢] ، ومع سقوط وجوب الوضوء عنه مع بقاء فرض الصلاة جاز له التيمم ، كالمريض .

٨٩٥ - وقد روى ابن عمر : أن النبي ﷺ تيمم بالمدينة لرد السلام [٣] ، وكان المعنى فيه : أنه يخاف فوته .

٨٩٦ - ولا معنى لقولهم : إن ذاك استحباب ؛ لأنه قال : « ما منعني من رد السلام إلا أني لم أكن على طهر » .

٨٩٧ - وهذا يفيد الوجوب ؛ فيجوز أن يكون مخصوصًا بهذا الحكم .

٨٩٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُوا۟ وُجُوهَكُمْ ﴾ [٤] ، وهذا يقتضي وجوب الوضوء على كل قائم إلى الصلاة .

٨٩٩ - والجواب : أن إطلاق الصلاة يقتضي المعهود ، وذلك لا يتناول صلاة الجنازة ، ولأنه أمر بالوضوء للصلاة ، فيما لا يذكر أداؤها [٥] به لا يتناوله للظاهر .

٩٠٠ - قالوا [٦] : قال الله تعالى [٧] : ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟ ﴾ [٨] ، وهذا يدل أنه لا يجوز التيمم مع وجوده .

٩٠١ - قلنا : المراد بالوجود : القدرة على استعماله لأداء الصلاة من غير مشقة ، وهذا لا يوجد إذا خاف فوتها ، فيصير غير واجد حكمًا ، كمن يخاف العطش .

٩٠٢ - قالوا : كل من لم يجز له أن يصلي غير صلاة الجنازة [٩] والعيدين ؛ لم يجز له أن يصلي صلاة الجنازة والعيدين ، كمن لم يتيمم .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فاتم يومن] .

(٢) في (ص) : [لم يلزمها فعلها] وفي (م) ، (ع) : [لم يلزمه فعلمنا] .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الصلاة] . وهذا الحديث أخرجه أبو داود بلفظ : « مر رجل على رسول الله ﷺ في سكة من السكك وقد خرج من غائط أو بول فسلم عليه ، فلم يرد عليه ، حتى إذا كان الرجل يتوارى في السكة فضرب بيده على الحائط ومسح بهما وجهه ، ثم ضرب ضربة أخرى فمسح ذراعيه ، ثم رد على الرجل السلام وقال : إنه لا يمنعني أن أرد عليك السلام إلا أني لم أكن على طهر » . في السنن باب التيمم في الحضر (١/٩١ ، ٩٢) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٦ .

(٥) في (ع) : [أدائها] .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [الله تعالى قال] .

(٨) سورة المائدة : الآية ٦ .

(٩) في (م) : [عن صلاة الجنازة] ، وفي (ع) : [عن صلاة عن صلاة الجنازة] .

٩٠٣ - قلنا : التعليل لا يقع للشخص ؛ لأن كل شخص يجوز أن يصلي غير صلاة العيد والجنازة بالتيمم ، وإنما يقع التعليل لشخص بصفة ، وعندنا كل من كانت حاله في غير هاتين الصلاتين كحاله فيها ؛ جاز أن يتيمم لها .

٩٠٤ - ألا ترى أنا نجوز هذه الصلاة لأن الوضوء لا يتوصل به إليها فتعذر فعله حكمًا ؟ وبمثله إذا تعذر على المريض كل ما جاز إن صلى بالتيمم ، ولأن المعنى في الأصل : أن الصلاة بغير طهارة لم تجعل [١] قربة في الشرع ، والصلاة بإحدى الطهارتين جعلت قربة ؛ فجاز [٢] فعل الصلاة بها عند تعذر فعلها بالأخرى .

٩٠٥ - قالوا : لأنه واجد للماء غير خائف من استعماله التلفَ ، فلم يجز له التيمم ، كمن لم يخف [٣] الفوت .

٩٠٦ - قلنا : من لا يخاف الفوت لا يستفيد بها فائدة ، ومن خاف الفوت استفاد بها معنى ، يعتبر أحدهما بالآخر .

٩٠٧ - وقد قال الشافعي فيمن لم يخف الفوت : وجب عليه الطلب ، فإذا خاف فوت الصلاة صلى ولم / يطلب . ١٠/ب

٩٠٨ - قالوا : كل صلاة لم يجز أن يتيمم لها [من] [٤] لم يخف فوتها - لم يجز وإن خاف فوتها ، كالجمعة .

٩٠٩ - قلنا : الجمعة لما كانت فرضًا كملت مهمات الأركان جاز أن يكمل في باب الطهارة ، ولما ضعفت صلاة الجنازة في أركانها جاز أن تنقص في [٥] طهارتها .

٩١٠ - قالوا : لو خاف فوات الوقت ؛ لم يجز أن يصلي مع النجاسة وبغير طهارة ، فكذلك بالتيمم .

٩١١ - قلنا : جوازها مع النجاسة إذا خشي فواتها لا يعرف الرواية فيه ، ويجوز أن يلتزم ، فأما فعلها بغير طهارة فلم يجعل [٦] قربة في الشرع ، وفعلها بإحدى الطهارتين قد جعل قربة في الأصول ، فجاز أن يجعل عند وجوب الفوات .

---

(١) في (م) ، (ن) : [لم يجعل] . (٢) في (ع) : [لجاز] .
(٣) في سائر النسخ : [لم يجد] ، والصواب ما استدركه المصنف في هامش (ص) .
(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) : [ينقص] ، وحرف [في] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (ع) : [تجعل] .

مسألة ٤٣

الحكم عند وجود ماء لا يكفي في الوضوء

٩١٢ - قال أصحابنا : إذا وجد من الماء ما لا يكفيه للوضوء ، يتيمم ولم يستعمله [١] .

٩١٣ - وقال الشافعي : يجمع بينهما [٢] .

٩١٤ - لنا : أنه غير قادر على الماء الذي يتوصل به [٣] إلى أداء فرضه [٤] يقينًا ، فأشبه من وجد اليسير من ماء الزعفران ، ومن كان بينه وبين الماء سَبُع [٥] . ولا يلزمه [٦] من وجد سؤر الحمار ؛ لأنه يجوز أن يكون فرضه ، فلم يتيقن [عدم] [٧] ما يؤدي به الفرض .

٩١٥ - ولأنه أحد نوعي [٨] الطهارة ؛ فلم يجب عليه بعضه مع بقاء فرض باقيه ، كالتيمم .

٩١٦ - ولأنه لزمه البدل ؛ فوجب أن يسقط عند الخطاب بالأصل ، كمن يخاف العطش ، وكالمكفر بالصوم .

٩١٧ - ولا يلزم من وجد سؤر الحمار ؛ [لأنه] [٩] ليس بأصل ؛ لجواز أن يكون نجسًا .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٤٦/١) ، فتح القدير (١٣٤/١ ، ١٣٥) .
(٢) قال الإمام النووي : وإذا وجد المحدث حدثًا أصغر أو أكبر بعض ما يكفيه من الماء الطاهر ففي وجوب استعماله قولان : واتفق الأصحاب على أن الأصح وجوب استعماله . (انظر المجموع ٢٦٨/٢ ، حلية العلماء ٢٥٢/١ ، الأم ٤٩/١ ، ٥٠ ، مختصر المزني ص ٧ ، الوسيط ٤٣٥/١ ، ٤٣٦) . (وانظر : المنتقى ١١٠/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٨١/١ ، المسائل الفقهية ٩٣/١ ، الكافي لابن قدامة ٦٨/١، المغني ٢٣٧/١ ، ٢٣٨٧) . (انظر : رأي الظاهرية في المحلى بالآثار كتاب التيمم ٣٦١/١ ، ٣٦٢) .
(٣) في (م) ، (ع) : [إليه] .
(٤) في (ع) : [فريضة] .
(٥) السبع : يقع على ما له ناب من السباع ويعدو على الناس والدواب فيفترسها مثل : الأسد والذئب والنمر والفهد وما أشبهها . (انظر : لسان العرب (سبع) ١٩٢٥/٣) .
(٦) هكذا في النسخ ، ولعلها : [يلزم] .
(٧) ساقطة من (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [نوع] .
(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

٩١٨ - ولأنه عجز عن بعض الأصل ، فسقط بقيته في الاعتداد به مع البدل في عبادة واحدة ، أصله : إذا عجز عن بعض الرقبة في الكفارة (١) .

٩١٩ - ولا يلزم إذا غسل بعض الأعضاء ثم انصب الماء ، ومن اعتدت بحيضة ثم ارتفع حيضها ؛ لأن ما تقدم يسقط عندنا ويصير مؤديًا للفرض بالتيمم خاصة ، والعدة : إن بلغت المرأة ، ولا بأس بالشهود خاصة ، ولا بأس إذا شهد عنده شاهد أصل وشاهد فرع ؛ لأن العبادة وإن كانت ما يلزم الشاهد ، فكل واحد من الشاهدين يلزمه عبادة منفردة ، فلا يوصف بالعجز عن بعض الأصل ، وإن أرادوا العجز في خبر المدعي فإقامة الشهادة ليس بواجب عليه حتى يقال إنه عبادة .

٩٢٠ - وإن أرادوا بالعبادة ما يلزم الحاكم ؛ فهي عبادة يلزم أداؤها بفرضين كل واحد منهما أصل . فإذا عدم أحدهما صار كمن عجز عن الستر (٢) وقدر على الوضوء.

٩٢١ - ولأن شهود الفرع ليسوا ببدل ؛ لأن شهادتهم تقبل (٣) عندنا وإن قدر أن يقيم الشهادة على الأصل بغير الذين أشهدهم على شهادتهم .

٩٢٢ - قالوا : لا نسلم أن التيمم بدل عما عليه ، وإنما هو بدل عن بقية الأعضاء ، فلم يعتد في البدل مع أصله عبادة واحدة .

٩٢٣ - قلنا : لو غسل الوجه واليدين بالماء لزمه التيمم فيهما ، وهذا جمع بين البدل والمبدل [منه] (٤) في محل واحد ، على أنا منعنا الاعتداد ببعض الأصل مع البدل ، وهذا يقتضي البدل عن جميع الأصل وعن بعضه .

٩٢٤ - قالوا : يبطل ما قلتموه بمن وجد من الطعام المباح ما يمسك رمقه يأكله ثم يأكل الميتة .

٩٢٥ - قلنا : أكل الطعام ليس بعبادة حتى يقال لها بدل ، ثم قد يسقط الاعتداد بالطعام المباح عندنا ؛ لأنه لو ابتدأ بأكل جزء من الميتة ثم أكل المباح جاز ، ولو اعتد به لم يجزه (٥) تقديم الميتة عليه .

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [والكفارة] .
(٢) في (م) ، (ع) : [عن السير] . (٣) في (م) : [يقبل] .
(٤) زيادة من (ع) .
(٥) في (ص) ، (ع) ، (م) : [لم يجزيه] ، والصواب ما أثبتناه .

٩٢٦ - قالوا : ليس في عتق بعض الرقبة فائدة ، وفي غسل بعض الأعضاء فائدة ؛ لجواز أن (١) يجد ما يكمل به الوضوء لصلاة أخرى .

٩٢٧ - قلنا : عتق بعض الرقبة إذا كان المعتق موسرًا فيه فائدة ؛ لجواز أن يقدر على شراء بقيتها (٢) عندكم ، ففيه فائدة على الأصلين ، وهو التصرف بالعين .

٩٢٨ - فأما استعمال الماء فلا فائدة فيه لهذه العبادة عندنا .

٩٢٩ - والعبادة الثانية : لا تعتبر (٣) أحكامها في هذه ، ولأن عندهم المستحاضة إذا وجدت ما يكفي بعض أعضائها لزمها استعماله وإن كانت لا تنتفع (٤) به في الصلاة الثانية [عندهم] (٥) .

٩٣٠ - قالوا : التيمم يقع لجملة ولبعضها ، ألا ترى أنه يقع عن (٦) جميع البدن في الجنابة وعن بعضه في الوضوء ؛ فجاز أن يقع عن جملة الوضوء وبعضه ، والصوم لا يقع بدلًا عن بعض العتق .

٩٣١ - قلنا : التيمم لا يقع عن جملة وبعضها في عبادة واحدة ، وإنما يقع عن عبادتين :

٩٣٢ - إحداهما (٧) : في الصورة بعض الأخرى ، فلم يقع عن الجملة وعن بعضها في عبادة واحدة ، وهذا كالصوم في الكفارة ، أن ثلاثة أيام تكون (٨) بدلًا عن إطعام عشرة مساكين في كفارة اليمين ، وعن بعض هذه الجملة في كفارة الأداء ، ولم يجز أن تكون (٩) بدلًا عن بعض الإطعام في كفارة اليمين .

٩٣٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ ﴾ وهذا أمر بغسل الأعضاء وكل واحد منها ، كمن قال : إن دخلت السوق فاشتر لي عبدًا وفرسًا ، جاز شراء أحدهما [مع عدم] (١٠) الآخر .

٩٣٤ - والجواب : أن الآية دلالة لنا ؛ لأن تقديرها إذا أردتم القيام إلى الصلاة ، فجعل غسل الأعضاء شرطًا في الدخول والتيمم ، فلا يجوز ببعضه ، كمن قال :

---

(١) في (ع) : [أنه] .
(٢) في (ع) : [عينها] .
(٣) في (م) : [لا يعتبر] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا ينتفع] .
(٥) ساقطة من (ع) .
(٦) في (ع) : [على] .
(٧) في النسخ : [أحدهما] ولعل الصواب ما أثبتناه .
(٨ ، ٩) في (م) ، (ع) : [يكون] .
(١٠) في (ع) : [دون] .

إن [١] أردت دخول الدار فأعتق أربع رقاب أو تصدق بعشرة .

٩٣٥ - فأما الذي قالوه فأمر [٢] بأشياء لم يجعل شرطًا في غيرها ، فلا تعلق لأحدهما بالآخر .

٩٣٦ - قالوا : قال اللّه تعالى : ﴿ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ ﴾ وهذا يفيد ماء منكرًا ؛ فيدخل فيه اليسير والكثير .

٩٣٧ - قلنا : قوله تعالى : ﴿ فَاغْسِلُواْ ﴾ يقتضي مغسولًا به [٣] ، فلما قال : ﴿ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً ﴾ وذلك لا يصح الابتداء [به] [٤] ؛ صار كأنه قال : فإن لم تجدوا ماء تغسلون به [٥] الأعضاء .

٩٣٨ - قالوا : لو كان المراد به ما تقدم من الماء ، عرفه بالألف واللام .

٩٣٩ - قلنا : الماء في مضمون الغسل ليس بملفوظ [به] [٦] ، فلم يصح تعريف ما لم يتقدم له لفظ ، ولم يجز الكناية عما لم يذكره في الابتداء .

٩٤٠ - قالوا : الطهارة شرط من شرائط الصلاة ، فإذا قدر على بعضه [٧] وعجز عن بعضه [٨] لزمه ما يقدر عليه ، كستر العورة .

٩٤١ - قلنا : لا نسلم الأصل ؛ لأنه لو قدر على يسير الستر الذي لا يعتد به لم يلزمه .

٩٤٢ - ثم المعنى في ستر بعض العورة أنه يستبيح به الصلاة ؛ فلزمه فعله ، واستعمال بعض الماء مع بقاء الفرض في الباقي لا يستبيح به الصلاة .

٩٤٣ - وفي مسألتنا : الماء لم يستبح به ، فلم يلزمه [٩] استعماله .

٩٤٤ - ولا يلزم سؤر الحمار ؛ لأنه يستبيح به عندنا ؛ ألا ترى أنه لو صلى به ثم

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [إذا] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فهو أمر] .
(٣) في (م) ، (ع) : [مغسولاته] . (٤) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فلم تجدوا ماء] ، وفي (م) ، (ع) : [يغتسلون به] .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [عن بعضه] .
(٨) وقوله [وعجز عن بعضه] ساقطة من (ع) .
(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [إنما لم يستبيح به لم يلزمه] .

تيمم وصلى جاز ، ولأن [١] اعتبار القدرة على بعض الأصل بالقدرة على جميعه ، بدلالة الكفارات .

٩٤٥ - قالوا : تعذرُ [غَسْل] [٢] بعض الأعضاء لا يكون سببًا في سقوط فرض ما يقدر على غسله منها ، كمن قطع بعض أعضائه [٣] .

٩٤٦ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن السقوط عندنا ليس ما ذكروه ، وإنما هو الجمع بين البدل والمبدل ، ثم المقطوع بعض أعضائه ما يلزمه جمع فرضه [٤] ؛ فصار كالأعضاء الأربعة في مسألتنا .

٩٤٧ - قالوا : كل جملة جاز أن ينوب التيمم عن جميعها جاز أن ينوب عن بعضها ، كالجنابة .

٩٤٨ - قلنا : نقول بموجبه فيمن قطع بعض أعضائه ثم غسل الجنابة ، يجوز [٥] أن يختص الحدث ببعضه ؛ فجاز أن ينوب التيمم عنه .

٩٤٩ - ولما لم يجز أن ينوب الحدث عن بعض أعضاء الوضوء لم يجز أن ينوب عنها ، وما ذكرناه أشبه بالأصول ؛ لأن المبدلات لا تثبت [٦] مع أبدالها ، أو لأن الماء الطاهر متى لزم التيمم معه سقط حكمه ؛ لأن ما يقوله يؤدي إلى إيجاب طهارتين في عضو واحد بسبب واحد ، وهذا لا يصح .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولا] .
(٢) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) في (ع) : [الأعضاء] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ثم المقطوع بعض أعضائه فرضه] .
(٥) في (م) ، (ع) ، (ن) : [يصح] .
(٦) في (م) : [لا يثبت] .

مسألة ٤٤

إذا نسي الماء في رَحله فتيمم للصلاة سقط فرضه

٩٥٠ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ، سقط فرضه [١] .

٩٥١ - وقال أبو يوسف والشافعي : يتوضأ ويعيد [٢] .

٩٥٢ - لنا : أن لزوم فرض الوضوء [٣] يتعلق بالقدرة على استعمال الماء ، ولا يعتبر فيه الملك ، بدلالة من بُذل له الماء وجب عليه استعماله وإن لم يملكه ، ومن يخاف [٤] العطش سقط عنه الفرض وإن كان مالكًا للماء ، والناسي غير متمكن من استعماله فلم يلزمه فرضه .

٩٥٣ - ولا يلزم المكفر إذا نسي الرقبة في ملكه فصام ؛ لأن أبا الحسن روى عن أبي حنيفة جواز الصوم ، ولأن وجوب العتق يتعلق بالملك لا بالقدرة ؛ بدلالة أن من بُذل له عبد لم يلزمه قبوله للعتق ؛ لأنه ليس بمالك ، والنسيان لا يزيل الملك ، ولأنه غير عالم بمكان الماء ، فإذا أبيح له التيمم سقط فرضه ، أصله : كان بقربه [٥] بئر لا يعلم بها ولا علامة عليها .

٩٥٤ - قالوا : إذا لم يعلم بها في الأصل وليس عليها أمارة لم ينسب إلى التفريط وما في رحلة هو [٦] مفرط في نسيانه [٧] .

---

(١) قال القدوري : والمسافر إذا نسي الماء في رحله فتيمم وصلى وذكر الماء في الوقت لم يعد صلاته عند أبي حنيفة ، ومحمد ، وقال أبو يوسف يعيدها . (انظر : متن القدوري ص ٥ ، فتح القدير ١/١٤٠ ، المبسوط ١/١٢١ ، ١٢٢ ، بدائع الصنائع ١/٤٩ ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية ١/١٤٠ ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ١/٤٣ ، رد المحتار ١/١٧٤) .

(٢) قال الشافعي : فإن تيمم وصلى ثم علم أنه كان في رحله ماء أعاد الصلاة . (انظر : الأم ١/٤٠ ، المجموع شرح المهذب ٢/٢٤٦ ، مختصر المزني ص ٨ ، حلية العلماء ١/١٩٥ ، نهاية المحتاج ١/١٧٥) . (وانظر : المدونة ١/٥٠ ، شرح الزرقاني ١/١٢٥ ، المسائل الفقهية ١/٩١ ، الكافي لابن قدامة ١/٦٧ ، المغني ١/٢٤٢ ، المحلى بالآثار ١/٣٥٠ ، ٣٥١) .

(٣) في النسخ كلها : [الفرض الوضوء] .

(٤) في (م) ، (ع) : [خاف] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [بقرية] .

(٦) في (ن) : [فهو] .

(٧) في (ن) : [نشأته] .

٩٥٥ - قلنا : الطلب عندنا ليس بواجب ، والتفريط إنما يكون في ترك [(١)] ما وجب عليه ، ولأن النسيان سبب يحول بينه وبين استعمال الماء ، كمنع الغير وعدم الآلة التي يستقى [(٢)] بها ، فإذا جاز سقوط فرضه بالتيمم في أحد الموضعين ، كذلك الآخر .

٩٥٦ - قالوا : الممنوع من جهة الغير يسقط فرضه ، والثاني : [ممنوع] [(٣)] من جهة نفسه فلم يسقط فرضه ، كمن نسي الركوع والسجود .

٩٥٧ - قلنا : الناسي ممنوع من جهة اللّٰه سبحانه ، فهو كالمريض الممنوع من جهته .

٩٥٨ - ولأن النسيان لا يسقط الوضوء بنفسه ويسقط بانضمام السفر إليه . فالمواضع [(٤)] التي / ألزموها لم يوجد فيها إلا مجرد النسيان . ١١/أ

٩٥٩ - احتجوا : بقوله سبحانه : ﴿ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ ﴾ .

٩٦٠ - والجواب : أن الوجود المراد بالآية هو القدرة على الاستعمال من غير مشقة ، وهذا لا يوجد فيما نسيه .ولا يوصف بأنه واجد له وإن كان موجودا ، كما أنه ليس بواجد لماء البئر إذا عدم الرشاء [(٥)] ، أو حال بينه وبينها [(٦)] سبع ، وإن كان الماء موجودًا فيها .

٩٦١ - قالوا : العرب تقول [(٧)] إن الناسي واجد .

٩٦٢ - قلنا : لا نسلم هذا ، ألا ترى أنه يتصور منه الطلب ويستحيل أن يطلب ما هو واجد له .

٩٦٣ - ولا يقال : إن الوجود ضده العدم ؛ لأن الوجود إذا كان المراد به حصول العين فضده العدم ، وإذا كان المراد به التمكن فضده العجز . وقد بينا أن المراد بالآية : التمكن من الماء ، لا وجوده مشاهدة .

٩٦٤ - قالوا : الطهارة بالماء شرط من شرائط الصلاة ، فلم يسقط فرضه بالنسيان ، كما لو نسي القيام فصلى قاعدًا ، أو نسي الستر .

٩٦٥ - قلنا : نقول بموجب العلة ؛ لأن الفرض لا يسقط بالنسيان ، وإنما حفظ به وبالسفر ، ولأن ترك الكلام شرط من شرائط الصلاة ، وقد سقط عندهم بالنسيان .

---

(١) في (م) ، (ن) : [ترى] .
(٢) في (م) ، (ن) : [يستغنى] .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٤) في (ن) : [بالمواضع] .
(٥) الرشاء : حبل الدلاء والجمع : أرشية . المغرب (الرشاء) ص ١٨٩ ، المصباح المنير (رشا) (٢١٥/١) .
(٦) في (ع) : [بينها وبينه] .
(٧) في (م) : [يقول] .

٩٦٦ - فأما من نسي الستر ، فمن أصحابنا من قال : جازت صلاته ، فأما من نسي القيام [فصلى قاعدا فلا يتصور مع كمال العقل أن ينسى القدرة على القيام فيصلي قاعدًا ، ولأن من نسي القيام] (١) والستر فقد ترك فرضا لم ينتقل (٢) إلى بدل . ووزانه (٣) من مسألتنا أن ينسى الطهارة أولًا فيصلي بغير طهارة .

٩٦٧ - ولا يقال : إن القعود بدل عن القيام ؛ لأنه فرضه ، والجزء من الشيء ليس ببدل عنه .

٩٦٨ - قالوا : أمر متعلق بالطهارة فلم يسقط فرضه بالنسيان ، كما لو كان على ثوبه نجاسة فنسيها .

٩٦٩ - قلنا : الفرض هناك لم ينتقل إلى بدله ، وفي مسألتنا : انتقل إلى بدل ، وقد يؤثر الشيء في نقل الفرض إلى بدل ولا يؤثر في إسقاط الفرض ، كالمرض والسفر المبيحين (٤) للتيمم وإن لم يسقطا فرض الطهارة .

٩٧٠ - قالوا : الطهارة عبادة مأمور بها فلم يسقط فرضها بالنسيان ، كالصلاة .

٩٧١ - قلنا : لا نسلم في الأصل ؛ لأن فرض الصلاة يسقط بالنسيان ، وإنما يلزمه عند الذكر عبادة مبتدأة ، وإيجاب العبادة المبتدأة يقف على الدلالة ، ولأن من نسي الصلاة فلم تقم (٥) غيرها مقامها ، فصار كمن نسي الوضوء والتيمم معًا .

٩٧٢ - قالوا : نسيان ما يتم به الطهارة لا يوجب سقوط فرضه ، كمن نسى غسل بعض الأعضاء .

٩٧٣ - قلنا : ترك بعض الأعضاء لا تؤثر (٦) فيه الأعذار مع بقاء فرضه ، ألا ترى أن المرض والسفر لا يؤثران في ذلك ، وانتقال الفرض من الوضوء إلى التيمم تؤثر فيه الأعذار : المرض والسفر ؛ فجاز [أن] (٧) يؤثر فيه النسيان .

٩٧٤ - وجملة ما ذكروه من العلل قد بينا أنا نقول بموجبها ، وأن النسيان بمجرده لا يؤثر ، وإنما يؤثر مع انضمام معنى آخر إليه .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) في (م) : [فلم ينتقل] .
(٣) في (ن) : [دورانه] ، وفي (ع) : [دورانه] .
(٤) في (م) ، (ع) : [المبيحة] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ويقم] .
(٦) في (م) ، (ن) : [لا يؤثر] .
(٧) ساقطة من (ع) .

٩٧٥ - ولأن الفرض عندنا يسقط [١] في كل هذه المواضع ، والقضاء فرض ثان [٢] ، فيجب بقيام الدلالة ويسقط عند عدمها .

٩٧٦ - ولأن جميع ما يذكر فيه ترك الفرض أصلًا ، وفي مسألتنا انتقل من فرض إلى فرض ، فاعتبار [٣] أحدهما بالآخر لا يصح .

* * *

(١) في (ع) : [يسقط عندنا] .

(٢) في (ن) : [بأن] .

(٣) في (م) ، (ن) : [فالاعتبار] .

مسألة ٤٥

إذا خاف المريض زيادة المرض باستعمال الماء تيمم

٩٧٧ - قال أصحابنا : إذا خاف المريض زيادة المرض باستعمال الماء ، تيمم [١] .

٩٧٨ - وقال الشافعي : لا يتيمم إلا إذا خاف التلف [٢] .

٩٧٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ ﴾ [٣] ، ولم يفصل . ولا يجوز أن يقال : إنه ذكر المريض الذي لا يجد الماء ؛ لأن عدم الماء عاد إلى السفر خاصة .

ألا ترى أنه لو عاد إلى المرض لبطل ذكره وتعلق الحكم بعدم الماء ؟ ولأن كل عبادة إذا جاز تركها إذا خاف التلف جاز تركها إذا خاف زيادة المرض ، كالقيام في الصلاة وصوم رمضان .

٩٨٠ - ولا يقال : إن الضرر في الصوم ينفرد زواله بالفطر ، ولا يتيقن زواله بترك [٤] الوضوء ؛ وإنما يظن ذلك ؛ لأنه لا فرق بين الأمرين .

٩٨١ - ألا ترى أن الضرر قد يظهر في الموضعين فيعلم زواله بالترك ، ويخفى فيهما فيظن ذلك . ولأنه مسح أقيم مقام الغسل ؛ فلم يعتبر فيه خشية التلف ، كالمسح على الخفين. ولأن من لا يجد الماء إلا [٥] بزيادة على قيمته يجوز له التيمم حتى لا يضر بماله ، فلأن يسقط إذا أضر ببدنه أولى .

٩٨٢ - ولا يقال : إن ضرر المال آكد من ضرر البدن ؛ لأن المكفر إذا وجد الرقبة

---

(١) في (م) ، (ن) : [يتيمم] . قال القدوري : من كان يجد الماء إلا أنه مريض فخاف إن استعمل الماء أن يشتد مرضه ، أو خاف الجنب - إن اغتسل بالماء - أن يقتله البرد ، أو يمرضه ؛ فإنه يتيمم بالصعيد . انظر : متن القدوري (ص٤) ، تحفة الفقهاء (٣٨/١) ، بدائع الصنائع (٤٨/١) ، الهداية مع فتح القدير (١٢٣/١ ، ١٢٤) ، الاختيار لتعليل المختار (٢٠/١) ، مجمع الأنهر (٣٨/١ ، ١٦٣) .

(٢) قال الإمام النووي : ومن الأسباب مرض يخاف من استعماله - أي الماء - علة منفعة عضو ، كعمى أو صمم أو خرس . (انظر : نهاية المحتاج ٢٨٠/١ ، شرح المهذب ٢٨٢/٢ ، مختصر المزني ص٧ ، الوسيط ٤٤٠/١ ، ٢٠١/١ ، ٢٠٢ ، المهذب مع المجموع ٢٨٢/٢ ، ٢٨٥ ، ٢٨٦ ، ٢٨٠/١) . (وانظر : المنتقى ١١٠/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٨١/١ ، المقدمات والممهدات ١١٨/١ ، شرح الزرقاني ١١٥/١ ، المسائل الفقهية ٩٢/١ ، الكافي لابن قدامة ٦٥/١ ، المغني ٢٥٨/١) .

(٣) سورة النساء : الآية ١٤٣ .

(٤) في (م) ، (ن) : ترك .

(٥) حرف [إلا] ساقط من (م) ، (ع) .

بأكثر من ثمنها لم يلزمه الشراء ، وإن كان يلحقه المشقة في الصوم [(١)] لم يجز تركه وإن كان في ذلك ضرر بالبدن .

٩٨٣ – ولأن المريض يسقط عنه الصوم في الكفارة إذا خاف الضرر ، فأما الصحيح الذي يشق عليه الصوم فذلك [(٢)] ليس بضرر ، وإنما هو نادر [(٣)] فلا يعتد به ، كما لا يعتد بالمشقة في سائر العبادات .

٩٨٤ – احتجوا بحديث أبي ذر أن النبي ﷺ قال : « الصعيد وَضوء المسلم ما لم يجد الماء ولو إلى عشر حجج » .

٩٨٥ – والجواب : أن الوجود في الشرع هو القدرة على الاستعمال من غير مشقة ، وهو غير موجود في المريض .

٩٨٦ – قالوا : واجد الماء لا يخاف من استعماله التلف ، كالمحموم .

٩٨٧ – قلنا : المحموم إن استضر بالماء فهو مسألة الخلاف ، وإن لم يستضر [(٤)] فهو كالصحيح ، فلا معنى للقياس عليه .

٩٨٨ – قالوا : التيمم يستباح بالسفر والمرض [(٥)] ، ثم كان المسافر لا يجوز له التيمم مع وجود الماء إلا أن يخشى التلف من العطش كذلك المريض .

٩٨٩ – قلنا : لا نسلم هذا [(٦)] ، بل نقول : إنه مثل مسألتنا ، إذا خاف الضرر جاز له التيمم .

٩٩٠ – قالوا : ما جاز عند الضرورة اعتبر به خشية التلف ، كأكل الميتة .

٩٩١ – قلنا : يجوز للمضطر أكل الميتة وإن لم يخش التلف إذا خاف على عضو من أعضائه ، ولأن الميتة محرمة في الأصل فغلظ حكمها ؛ فجاز أن تقف استباحتها [(٧)] على خشية التلف .

واستعمال التراب غير محظور ، فلا يقف على خشية التلف .

* * *

---

(١) في (م) ، (ن) : [في صوم] ، وفي (ع) : [من صوم] .

(٢) في (ن) : [بذلك] .

(٣) في (م) ، (ع) : [من نادر] .

(٤) لفظ : [فهو] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) في سائر النسخ : [يستباح به السفر والمرض] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) لفظ : [هذا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [يقف] .

مسألة ٤٦

إذا خاف التلف من البرد تيمم وصلى ولم يجب عليه الإعادة

٩٩٢ – قال أصحابنا : إذا خاف التلف من البرد تيمم وصلى ، ولم تجب عليه (١) الإعادة (٢) .

٩٩٣ – وقال الشافعي : إن كان في المصر أعاد ، وإن كان في السفر : ففيه قولان (٣) .

٩٩٤ – أما الكلام في السفر : فلما روي [أن] (٤) عمرو بن العاصي (٥) كان أمير (٦) النبي ﷺ فتيمم وصلى بهم لخوف (٧) ، فلما قدموا على رسول الله ﷺ قالوا : يا رسول الله ، صلى بنا وهو جنب ، فقال رسول الله ﷺ : « ما حملك على هذا ؟ » قال : سمعت الله يقول : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ ﴾ ، فضحك [النبي] (٨) ﷺ (٩) .

---

(١) في (م) ، (ن) : [يجب] .

(٢) يجوز التيمم عند الحنفية بالاتفاق إذا كان الجنب الخائف من الهلاك خارج المصر ، وإذا كان في المصر يجوز على قول أبي حنيفة ، ولا يجوز على قول أبي يوسف ومحمد .
وحكى العيني عن قاضي خان : الجنب الصحيح في المصر إذا خاف الهلاك من الاغتسال جاز له التيمم في قولهم جميعًا ، وإلى هذا ذهب المصنف ، فلذلك لم يذكر الخلاف في المسألة. قال الموصلي : ويستوي فيه المصر وخارجه ، وقالا : لا يجوز التيمم في المصر ؛ لأن الغالب قدرته على الماء المسخن. قلنا : لا نسلم ذلك في حق الغريب الفقير ، على أن الكلام عند عدم القدرة ، فيكون عاجزًا ، فيتيمم بالنص . (انظر : متن القدوري ص ٤، المبسوط ١٢٢/١ ، تحفة الفقهاء ٣٨/١ ، بدائع الصنائع ٤٨/١ ، الاختيار ٢٠/١ ، مجمع الأنهر ٤٤/١) .

(٣) قال الإمام النووي : وإن تيمم لشدة البرد ثم زال البرد ؛ فإن كان في الحضر ؛ لزمه الإعادة ، وإن كان في السفر ؛ ففيه قولان : أحدهما : لا تجب الإعادة ، والثاني : تجب الإعادة . (انظر : المجموع شرح المهذب ٣٢١/٢ ، حلية العلماء ٢١١/١) . (وانظر : المنتقى ١١٠/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٨١/١ ، المسائل الفقهية ٩١/١ ، الكافي لابن قدامة ٦٥/١ ، ٦٦ ، المغني ٢٦١/١ ، ٢٦٢) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [العاص] .

(٦) في (ع) : [أمره] .

(٧) في (ع) : [لخوف برد] .

(٨) ساقطة من (ن) .

(٩) أخرجه البخارى مختصرًا في الصحيح كتاب التيمم باب إذا خاف الجنب على نفسه المرض أو الموت وإذا خاف العطش تيمم (٧٢/١) ، وأحمد في المسند (٢٠٣/٤) ، وأبو داود في السنن باب إذا خاف الجنب =

٩٩٥ - فلو كانت الإعادة واجبة لأمره [(١)] بها .

٩٩٦ - ولا يقال : قوله : « لم صليت بهم وأنت جنب » تنبيه على الإعادة ، ولأن الجنب لا تجوز [(٢)] صلاته ؛ وذلك لأن المتيمم إذا تيمم لا يرفع الحدث ، فتسميته جنبًا لا ينبى [(٣)] على القضاء .

٩٩٧ - وأما في المصر ؛ فلأنه يخاف التلف باستعمال الماء ، فإذا صلى بالتيمم لم يلزمه الإعادة ، كالمريض . ولأن من جوز له الصلاة بالتيمم مع وجود الماء لم تجب عليه الإعادة ، كالمريض .

٩٩٨ - احتجوا : بقوله ﷺ : « لا يقبل [(٤)] اللَّه صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه » [(٥)] .

٩٩٩ - والجواب : أن المراد به حال القدرة باتفاق ، فصار ذلك كالمذكور [(٦)] .

١٠٠٠ - قالوا : البرد علة نادرة [(٧)] لا يتصل [(٨)] فلم يسقط الفرض به ، كمن حبس في مكان فصلى قاعدًا .

١٠٠١ - قلنا : العذر النادر يسقط به الفرض ، كغيره .

١٠٠٢ - ألا ترى أن من حال بينه وبين الماء سبع فتيمم جاز وإن كان عذرًا نادرًا ؟ .

ولا يقال : إن الخوف معتاد والسبع مرفوع الخوف ؛ لأن الضرر معتاد ، والبرد من جنس الضرر .

١٠٠٣ - وقد قالوا عندنا فيمن صلى [(٩)] عريانًا : إنه لا يلزمه الإعادة ، وإن كان عدم الثوب عذرًا نادرًا ينقطع .

* * *

= تيمم (٩٣/١ ، ٩٤) ، والدارقطني في السنن باب التيمم (١٧٨/١ ، ١٧٩) .

(١) في (ع) : [لأمر] .
(٢) في (م) ، (ن) : [لا يجوز] .
(٣) في (ن) : [لا يتبنى] .
(٤) في (م) : [لا تقبل] .
(٥) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٣) .
(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كالمذكورة] .
(٧) في (ن) : [عليه نادر] .
(٨) في (م) ، (ع) : [لا يبطل] .
(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فيمن صلى عندنا] بالتقديم والتأخير .

مسألة ٤٧

إذا كان بأكثر بدنه جراح تيمم

١٠٠٤ – قال أصحابنا : إذا كان بأكثر بدنه جراح تيمم [١] ولم يغسل [٢] الأول [٣] .

١٠٠٥ – وقال الشافعي : يغسل ما قدر عليه ، ويتيمم [٤] .

١٠٠٦ – لنا : قوله تعالى : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ ﴾ فأمر بالصلاة بأحد أمرين ، فمن جمع بينهما فقد خالف الظاهر ، ولأن العذر موجود بعامة بدنه ، فصار كالمجدور [٥] ، ولا يصح الممانعة [٦] في هذا الأصل ؛ لأن المشقة [٧] التي تلحق بغسل القرحة [٨] . فإذا أسقط [٩] ذلك المعنى الغسل كذلك هذا.ولأنه مأمور بالتيمم مع العلم بالماء الطاهر فلم يجب عليه استعماله ، كالمجدور [١٠] ، وكمن خاف العطش ، والمريض . ولأنه يصير جامعا بين البدل والمبدل

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يتيمم] . (٢) في (م) ، (ع) : [ولو بغسل] .

(٣) جاء في الدر المختار : يتيمم لو كان أكثره – أي أكثر أعضاء الوضوء عددًا في الغسل مساحة – مجروحًا أو به جدري ؛ اعتبارً للأكثر ، وبعكسه يغسل الصحيح ويمسح الجريح ، وكذا إن استويا وغسل الصحيح من أعضاء الوضوء ، ولا رواية في الغسل ومسح الباقي منها ، وهو الأصح ؛ لأنه أحوط . (انظر : الدر المختار على شرح تنوير الأبصار ٢٥٧/١ ، مختصر الطحاوي ص ٢٠ ، المبسوط ١٢٢/١ ، مجمع الأنهر ٤٤/١ ، ١٤٢/١ ، فتح القدير ١٤٢/١) .

(٤) هكذا ذكره الشافعي في الأم وفى مختصر المزني . وقال النووي : هذا هو الصحيح الذى نص عليه الشافعي ، وقاله جمهور أصحابنا المتقدمين ، وقال أبو إسحاق المروزي ، وعلي بن أبي هريرة ، والقاضي أبو حامد المروروذي : فيه قولان ... أحدهما : يجب غسل الصحيح والتيمم ، والثاني : يكفيه التيمم ، والمذهب الأول . (انظر : الأم ٤٩/١ ، مختصر المزني ص ٧ ، حلية العلماء ٢٠٢/١ ، ٢٠٣ ، المجموع مع المهذب ٢٨٧/٢ ، ٢٨٨ . (وانظر : المدونة ٤٨/١ ، ٤٩ ، الكافي لابن عبد البر ١٨١/١ ، المجموع ٢٩٣/٢ ، المسائل الفقهية ٩٣/١ ، ٩٠/١ ، الكافي لابن قدامة ٦٨/١ ، المغني ٢٥٧/١ – ٢٥٩) .

(٥) في (م) : [كالمحدود] ، وفي (ن) ، (ع) : [كالمحذور] . قال المطرزي : المجدور : والمجدر ذو الجدري . والجدري بضم الجيم وفتح الدال وبفتحهما لغتان : قروح في البدن تَنَفَّطُ عن الجلد ممتلئة ماء وتقيح . راجع في لسان العرب (جدر) (٥٦٥/١) ، المغرب ص ٧٧ ، المصباح المنير (٩٠/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [المانعة] . (٧) في (م) ، (ع) : [الشفعة] .

(٨) في (ع) : [الفرضة] . (٩) في (م) ، (ع) : [سقط] .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كالمحذور] .

في حكم عبادة واحدة ، فصار كالمكفر ، وقد قدمنا كلامهم على هذه العلة .

١٠٠٧ - احتجوا : بما روي عن جابر قال : كنا في سرية ، فأصاب رجلًا منا حجر فشج رأسه ، فاحتلم ، فقال : هل تجدون لي رخصة في التيمم ؟ قالوا : لا ، فاغتسل ، فمات ، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال : « قتلوه ، قتلهم اللّه ، ألا سألوا إذ [١] لم يعرفوا ، إنما شفاء [٢] العي السؤال » [٣] .

١٠٠٨ - والجواب : أن هذا الخبر لم يروه عن عطاء عن جابر غير [٤] الزبير بن بكار ، وليس بالقوي ، وخالفه الأوزاعي ورواه عن عطاء عن ابن عباس ، واختلفت [٥] الرواية عن الأوزاعي : فروي عنه عن عطاء ، وقيل عنه : بلغني عن عطاء ، فأرسل الأوزاعي خبره عن عطاء . قال الدارقطني : وهو الصواب ، يعني الإرسال . وقال ابن أبي حاتم : سألت أبي وأبا زرعة ، فقالا : رواه ابن أبي العشرين عن الأوزاعي عن إسماعيل بن [أبي] [٦] صالح عن عطاء عن ابن عباس ، وأرسل الحديث [٧] ، وقد روي في القصة بعينها عن عطاء / أنه قال : بلغني أن رسول اللّه ﷺ سئل عن ذلك بعده فقال : « لو غسل جسده وترك رأسه حيث أصابت الجراح أجزأه » [٨] . وقد طرق الدارقطني خبر عطاء من طرق كثيرة [٩] ، ولم يرو خبر جابر إلا من طريق واحد ، فكان الرجوع إلى الخبر الذي كثرت طرقه [١٠] أولى ؛ لأن الخبر فيه الجمع بين التيمم والمسح على الجبيرة والغسل ، ولم يقل بهذا أحد [١١] .

١١/ب

---

(١) في (م) ، (ع) : [إذا] . (٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وإنما شفاء] .

(٣) أخرجه أبو داود بلفظ : خرجنا في سفر فأصاب رجلا منا حجر فشجه في رأسه ، ثم احتلم . وساق الحديث باختلاف يسير ، في السنن باب المجروح يتيمم (١/٩٤) ، والدارقطني في السنن باب جواز التيمم لصاحب الجراح مع استعمال الماء وتعصيب الجرح (١/١٨٩ ، ١٩٠) ، والبيهقي في الكبرى باب الجرح إذا كان في بعض جسده دون البعض (١/٢٢٧) . (٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عن] .

(٥) في (م) ، (ع) : [واختلف] . (٦) ساقطة من (م) .

(٧) في سائر النسخ : [وأرسل الحديث] ، وفى سنن الدارقطني : [وأسند الحديث] ومن قوله : [لم يروه عن عطاء ، عن جابر] إلى قوله : [وأرسل الحديث] نقله المصنف من سنن الدارقطني بتصرف يسير . ذكره الدارقطني بعد أن أخرج حديث جابر .

(٨) أخرجه ابن ماجه في السنن (١/١٨٩) ، وفي تلخيص الحبير ، كتاب التيمم (١/١٤٧) ، الحديث (٢٠٠) .

(٩) في المصدر السابق (١/١٩٠ - ١٩٢) ، الأحاديث (٤ - ١٠) .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [روايته] . (١١) في (ع) : [ولم يقل أحد بهذا] .

١٠٠٩ - فدل أن المراد : بالواو [أو] [١] ، فكأنه قال : إنما يكفيه أن يعصب على رأسه خرقة ، فيمسح عليها ويغسل باقي بدنه ، أو يتيمم ؛ لأنا إذا حملنا الخبر على هذا علقنا [٢] بكل واحد بما ذكر فيه فائدة شرعية ، وإذا حملوه على ما يقولون أسقطوا ذكر المسح ، ولم يمكنهم حمله على فائدة ، فكان ما ذكرناه أولى .

١٠١٠ - قالوا : قادر على إيصال الماء إلى بعض جسده ، كما [٣] لو كان أكثر بدنه صحيحًا .

١٠١١ - قلنا : يبطل بالمجدور [٤] ، ولأن أكثر شيء كان الصحة فالحكم له ، فكان العذر بالجميع ، وهذا صحيح ؛ لأن الأعذار [٥] يعتبر فيها الأعم ، ولا يعتبر بالنادر ، ألا ترى أن السفر لما عمت مشقته لم يعتبر ما يقدر فيه من عدم المشقة [٦] .

١٠١٢ - واستدلوا بأن الطهارة بالماء شرط من شرائط الصلاة ، فالقدرة على بعضه كالقدرة على جميعه في لزوم فرضه ، كالسفر . في مسألة ولأن تعذر إيصال الماء إلى بعض أعضاء الطهارة لا يوجب سقوط فرضه عن غيرها ، كما لو قطع بعضها .

١٠١٣ - وقد أجبنا عن هذين القياسين في مسألة : من وجد من الماء ما لا يكفيه [٧] .

* * *

(١) ساقطة من بقية النسخ .
(٢) في (ص) : [عقلنا] .
(٣) في (ن) : [فكما] .
(٤) في (م) ، (ن) : [بالمحدور] ، وفى (ع) : [بالمحذور] .
(٥) في (م) ، (ع) : [الاعتذار] .
(٦) في (ع) : [لم يعتبر فيه ما يقدر من عدم المشقة] .
(٧) راجع المسألة (٤٣) .

مسألة ٤٨

إذا كان على جرحه دم لا يمكن غسله صلى معه ولا يلزمه الإعادة

١٠١٤ - قال أصحابنا : إذا كان على جرحه دم لا يمكن غسله ، صلى معه ولا يلزمه الإعادة (١) .

١٠١٥ - خلافا للشافعي (٢) .

١٠١٦ - لأنها نجاسة ، أُمر بالصلاة مع العلم بها فلا (٣) يلزمه الإعادة ، كموضع الاستنجاء ، ولأن كل نجاسة جاز الصلاة معها حال العذر لم يلزمه الإعادة ، كدم الاستحاضة .

١٠١٧ - ولأن الطهارة تجب (٤) عن حدث ونجس ، فإذا كان مَنْ جاز له (٥) الصلاة مع الحدث لا تلزمه (٦) الإعادة ، كذلك النجس .

١٠١٨ - ولا يقال : طهارة الحدث انتقلت إلى البدل ولم تنتقل في مسألتنا إلى البدل ؛ لأن ما جاز الصلاة معه عند العذر يستوي فيه أن يفعل بدله أو لا يفعل بدله ، كمن صلى عريانًا .

١٠١٩ - قالوا : صلى بنجس نادر (٧) غير متصل فلم يسقط عنه الفرض ، كالقادر على الغسل .

١٠٢٠ - قلنا : القادر على غسل النجاسة لم يؤمر بالصلاة معها ، فإذا فعل ما لم يؤمر لم يتعلق بفعله حكم ، وفي مسألتنا : قد أمر بالصلاة [معها] (٨) ؛ فجاز أن يتعلق بها حكمه .

١٠٢١ - قالوا : عذر نادر غير متصل فلم يسقط معه الفرض ، كمن لا يجد ماء ولا

---

(١) قال في الهداية : ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد (٢٢٩/١) .

(٢) قال الشافعي : وإن كان على قرحه دم يخاف إن غسله ، تيمم وأعاد إذا قدر على غسل الدم . (انظر : مختصر المزني بهامش الأم ٣٤/١) .

(٣) في (ع) : [قد] .

(٤) في (م) : [يجب] .

(٥) مكرر في (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يلزمه] .

(٧) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [قادر] .

(٨) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

ترابًا إذا صلى .

١٠٢٢ - قلنا : هناك ترك فرضًا أقيم غيره مقامه من غير فعل واحد منهما ؛ فصار كمن ترك الركوع والإيماء ، وفي مسألتنا : ترك فرضًا لا بدل له حال العذر ؛ فصار كمن ترك الستر [1] .

* * *

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [السنن] .

مسألة ٤٩

إذا كان يرجو وجود الماء في آخر الوقت فتأخير التيمم أفضل في المغرب والظهر في الشتاء

١٠٢٣ – قال أصحابنا : إذا كان يرجو وجود الماء في آخر الوقت ، فتأخير التيمم أفضل في المغرب والظهر في الشتاء (١) .

١٠٢٤ – قال الشافعي في القديم : [التقديم] (٢) أفضل (٣) .

١٠٢٥ – لنا : أنه لو تحقق وجود الماء كان الأفضل التأخير ، وما يتعلق بتحقق وجود الماء يتعلق بغلبة الظن ، أصله وجوب الطلب .

١٠٢٦ – ولأن كل حالة (٤) تحقق وجود الماء في الثاني أمر بالتأخير ، فإذا غلب على ظنه كان مأمورا به ، أصله : قبل الوقت .

١٠٢٧ – احتجوا بقوله ﷺ : « أفضل الأعمال [الصلاة] (٥) في أول وقتها » (٦) .

١٠٢٨ – والجواب : أن الألف واللام للجنس ، وهذا يقتضي أن جنس الصلاة في

---

(١) قال القدوري : ويستحب لمن لا يجد الماء وهو يرجو أن يجده في آخر الوقت أن يؤخر الصلاة إلى آخر الوقت . (انظر : متن القدوري ص ٥ ، مختصر الطحاوي ص ٢٠ ، ٢١ ، تحفة الفقهاء ٤٣/١ ، بدائع الصنائع ٥٤/١ ، ٥٥ ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية ١٣٥/١ – ١٣٧ ، مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر ٤٣/١) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) قال النووي : إن كان راجيًا ظانًّا الوجود ، ففيه قولان مشهوران في كتب الأصحاب ، ونص عليهما في مختصر المزني ، وأصحهما باتفاق الأصحاب : أن تقديم الصلاة بالتيمم في أول الوقت أفضل ، وهو نصه في الأم ، والثاني : التأخير أفضل وهو نصه في الإملاء . (انظر : الأم ٤٦/١ ، مختصر المزني ص ٧ ، ٨ ، حلية العلماء ١٩٤/١ ، ١٩٥ ، المهذب مع المجموع ٢٦٠/٢ – ٢٦٢) . (وانظر : المدونة ٤٦/١ ، ٤٧ ، الرسالة الفقهية ص ١٠٢ ، المنتقى ١١٣/١ ، المقدمات ١٢١/١ ، الكافي لابن قدامة ٦٧/١ ، المغني ٢٤٣/١) .

(٤) في (ع) : [ماله] .

(٥) زيادة من (ن) .

(٦) أخرجه البخاري بلفظ : سألت النبي ﷺ : أي العمل أحب إلى الله ، قال : « الصلاة على وقتها » وساق الحديث في الصحيح في كتاب مواقيت الصلاة وفضلها باب الصلاة لوقتها (١٠٢/١) ، ومسلم كتاب الإيمان باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال (٨٩/١ ، ٩٠) ، والترمذي في السنن باب ما جاء في الوقت الأول من الفضل (٣١٩/١ ، ٣٢٠) .

أول وقتها أفضل من سائر الأعمال ، وخلافنا في [1] التفضيل بين الصلاتين .

١٠٢٩ - ولأن الخبر يقتضي الفضيلة التي تعود إلى الوقت ، وهذا مسلم ، والخلاف في معارضة الفضيلة الأخرى .

١٠٣٠ - قالوا : طهارة جوزت لعذر ، فكان [2] تقديم الطهارة بها عند زوال عدم العذر أفضل من التأخير ، كالمستحاضة .

١٠٣١ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن المستحاضة إن غلب على ظنها زوال العذر في آخر الوقت كان تأخير صلاتها أفضل .

١٠٣٢ - قالوا : فضيلة أول الوقت [3] متحققة ، ووجود الماء غير متحقق ، فاعتبار التحقيق أولى .

١٠٣٣ - قلنا : ما عاد إلى وجود الماء فالظن واليقين [4] فيه سواء ، أصله : إذا كان مع رفيقه [ماء] [5] فتيقن أنه يعطيه أو غلب على ظنه ؛ لم يجز له التيمم .

١٠٣٤ - ولأن الوضوء فضيلة جعلت شرطًا في الصلاة ، والتقديم فضيلة ليست بشرط ، فكان اعتبار ما هو شرط أولى .

١٠٣٥ - قالوا : تقديم الصلاة أقرب إلى الاحتياط .

١٠٣٦ - قلنا : يبطل بمن تحقق وجود الماء ، وبمن صلى في أول الوقت وهو [6] يدافع البول [7] أن التأخير أفضل وإن كان التقديم [فيه] [8] احتياط .

* * *

(١) في (ع) : [وخلافنا بين] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وكان] .
(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [في أول الوقت] .
(٤) في (ن) : [والتقدير] .
(٥) ساقطة من (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [وهذا] .
(٧) في (م) : [القول] ، وفي (ع) : [الوقت] .
(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

مسألة ٥٠

من وجد الماء بأكثر من ثمنه في حال الضرورة لم يلزمه شراؤه

١٠٣٧ - قال أبو الحسن (١) : اتفقت الرواية أن من وجد الماء بأكثر من ثمنه في حال الضرورة لم يلزمه شراؤه ، وجاز له التيمم . وهذا يقتضي زيادة لا يتغابن في مثلها ، فأما الزيادة اليسيرة التي يتغابن فيها فيجب على أصولهم أن لا يسقط منها الفرض ؛ لأنها غير معتد بها (٢) .

١٠٣٨ - وقال الشافعي : لا يلزمه الشراء مع الزيادة اليسيرة (٣) .

١٠٣٩ - لنا : أن الزيادة اليسيرة لا يتحقق كونها زيادة ؛ لدخولها بين تقويم المقومين ، فصار وجودها ووجوده بثمن المثل سواء .

١٠٤٠ - ولأن الوكيل إذا اشترى بزيادة يسيرة لزم الموكل ، كما لو اشترى بالقيمة ، فجريا مجرًى واحدًا (٤) .

١٠٤١ - قالوا : القدرة على شراء الماء بأكثر من ثمنه لا يُلزمه فرض الطهارة ، كالزيادة الكثيرة يلحقه بها ضرر في المال ، والزيادة اليسيرة غير مؤثرة فيه ، فصار كالضرر الكثير في البدن والضرر اليسير ، فافترقا .

---

(١) هو : علي بن أبي سعيد بن الحسن الرستغفني من كبار مشايخ سمرقند ، ومن أجل أصحاب أبي منصور محمد الماتريدي ، من تصانيفه كتاب إرشاد المهتدي ، وكتاب الزوائد والفوائد ، وكتاب في الخلاف ، يرجح القول بأن وفاته كانت في القرن الرابع الهجري . (انظر : الجواهر المضية ٥٧٠/٢ ، ٥٧١ ، الفوائد البهية ص ٦٥) .

(٢) قال البابرتي : إن أعطاه (يعني الماء) بمثل قيمته في أقرب موضع من المواضع التي يعز فيها الماء ، أو بالغبن اليسير أو بالغبن الفاحش ففي الوجه الأول والثاني لا يجزئه التيمم . (انظر : شرح العناية على الهداية مع فتح القدير ١٤٢/١ ، البناية ٥٥١/١ ، ٥٥٢ ، مجمع الأنهر ملتقى الأبحر ٤٣/١ ، ٤٤) .

(٣) قال الشافعي : وإن امتنع عليه من أن يعطاه (يعني الماء) متطوعًا له بإعطائه أو باعه إلا بأكثر من ثمنه لم يكن عليه أن يشتريه ولو كان موسرًا وكانت الزيادة على ثمنه قليلة . (انظر : الأم ٣٩/١ ، مختصر المزني ص ٨ ، الوسيط ٤٣٧/١ ، حليه العلماء ١٩١/١ ، ١٩٢ ، المجموع ٢٥٣/٢ - ٢٥٧) . (وانظر : المدونة ٥٠/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٨١/١ ، الكافي لابن قدامة ٦٦/١ ، المغني ٢٤٠/١ ، ٢٤١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [واحد] .

١٠٤٢ – قالوا : الزيادة اليسيرة غير مقدرة [١] ، فلو لزمه الشراء بها لزمه بما زاد عليها إذا كان يسيرًا ، ثم بما زاد عليه ، حتى يبلغ إلى حد الزيادة الكثيرة .

١٠٤٣ – قلنا : هذا ليس بصحيح ؛ لأنا نعتبر مقدار القيمة والزيادة اليسيرة التي على المقوم ، فإذا انضم إليه مثلها ، صارت مما يتغابن [٢] فيه ، فمنعت الزيادة [٣] .

١٠٤٤ – قالوا : الزيادة محاباة [٤] ، بدلالة أنها تعتبر [٥] في المرض من الثلث ، فلو ألزمناه بالشراء بها لأجبرناه [٦] على هبة ماله [٧] .

١٠٤٥ – قلنا : الزيادة اليسيرة التي تدخل بين التقويم تحتسب [٨] من رأس المال دون الثلث ، فلم يسلم [٩] ما قالوه .

* * *

(١) في هامش (ص) : [مؤثرة] مكان [مقدرة] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ما يتغابن] . (٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الوجوب] .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بمحاباة] . (٥) في (م) : [يعتبر] .
(٦) في (م) : [لاخترناه] . (٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [على هيئة حاله] .
(٨) في (م) ، (ع) : [بجنسه] . (٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فلم نسلم] .

مسألة ٥١

إذا توضأ الكافر ثم أسلم فهو على طهارته

١٠٤٦ - قال أصحابنا : إذا توضأ الكافر ثم أسلم فهو على طهارته (١) .

١٠٤٧ - خلافًا للشافعي (٢) .

١٠٤٨ - لأنها طهارة بالماء ، فإذا وجدت في حال الكفر تعلق بها حكم بعد الإسلام ، كطهارة النجاسة .

١٠٤٩ - ولأن كل ما صح من الصبي على وجه يسقط به الفرض بعد البلوغ صح من الكافر ، كإزالة النجاسة .

١٠٥٠ - قالوا : طهارة من حدث ، فلم تصح (٣) من المشرك ، كالتيمم .

١٠٥١ - قلنا : إطلاق الطهارة للتيمم لا تصح (٤) ؛ لأنه لا يزيل الحدث .

١٠٥٢ - ولأن التيمم أضعف من الوضوء ؛ بدلالة : أنه يبطله الفراغ (٥) من الصلاة عندهم ، ورؤية الماء على الأصلين ؛ فجاز أن يعتبر فيه الإسلام وإن لم يعتبر في الوضوء .

١٠٥٣ - وهذه المسألة مبنية على أصلنا : أن النية غير معتبرة [في الوضوء] (٦) فصحت من الكافر ، ومعتبرة في التيمم فلم تصح (٧) من الكافر .

* * *

(١) قال الشيخ مصطفى بن النعمان الطائي : فلو تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ باللّٰه تعالى ، ثم أسلم فهو على تيممه . (انظر : بدائع الصنائع ١٩/١ ، الهداية مع فتح القدير ١٣٢/١ ، البناية ٥١٩/١ ، ٥٢٠ ، الجامع الصغير ص ٧٦) .

(٢) قال الشافعي وأصحابه : إن النية في الوضوء شرط ، وهو ليس من أهله . (انظر : مختصر المزني ص ٢ ، المجموع مع المهذب ٣٠٥/١) . (وانظر : المدونة ٤٠/١ ، ٤١ ، الكافي لابن عبد البر ١٦٤/١ ، المغني ١١٠/١ ، ١١٢) .

(٣) في (ع) ، (م) : [فلم يصح] .

(٤) في (م) ، (ع) : [في الطهارة للتيمم لا يصح] ، وفي (ن) : [الطهارة في التيمم لا يصح] .

(٥) في (ن) : [الفرع] .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) .

(٧) في (م) ، (ع) : [فلم يصح] .

مسألة ٥٢

يغسل الإناء من ولوغ الكلب كما يغسل من سائر النجاسات ولا يعتبر فيه العدد

١٠٥٤ - قال أصحابنا : يغسل الإناء من ولوغ الكلب كما يغسل من سائر النجاسات ، ولا يعتبر فيه العدد [1] .

١٠٥٥ - وقال الشافعي : يغسل سبع مرات إحداهن بالتراب [2] .

١٠٥٦ - لنا : حديث أبي الزناد [3] ، عن الأعرج [4] ، عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : إذا [5] ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله ثلاثًا ، أو خمسًا ، أو

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عدد] .قال المرغيناني : وسؤر الكلب نجس ، ويغسل الإناء من ولوغه ثلاثًا . (انظر : الهداية مع فتح القدير ١/١٠٩ ، بدائع الصنائع ١/٦٤ ، معاني الآثار ١/٢٤) .

(٢) قال النووي : وإذا ولغ الكلب في إناء أو أدخل عضوًا منه فيه وهو رطب لم يطهرا الإناء حتى يغسل سبع مرات إحداهن بالتراب . (انظر : المجموع في شرح المهذب ٢/٥٨٠ ، الأم ١/٥ ، الوسيط ١/٣٣٨) . (وانظر : المدونة ١/٥ ، الكافي لابن عبد البر ١/١٥٨ ، المقدمات الممهدات ١/٨٨ ، ٩٩ ، قوانين الأحكام الشرعية ص٣٣ ، المسائل الفقهية ١/٦٤ ، ٦٥ ، الكافي لابن قدامة ١/١٤ ، المغني ١/٥٢ ، ٥٣) .

(٣) هو : عبد اللّٰه بن ذكوان القرشي ، أبو عبد الرحمن المدني المعروف بأبي الزناد ، مولى رملة بنت شيبة بن ربيعة ، امرأة عثمان بن عفان ، وقيل : غير ذلك ، روى عن : أبان بن عقبة بن عفان ، وأبي أمامة - أسعد بن سهل بن حنيف - وسعيد بن المسيب وغيرهم ، وروى عنه : تلاميذه إبراهيم بن عقبة المدني ، وإسحاق بن عبد اللّٰه ، وثور بن سعيد الديلمي ، وغيرهم ، قال البخاري عنه : أصح أسانيد أبي هريرة أبو الزناد عن الأعرج ، وقال علي المديني : لم يكن بالمدينة بعد كبار التابعين أعلم من ابن أبي شهاب ويحيى بن سعيد الأنصاري وأبي الزناد ، قال الواقدي : مات سنة ثلاثين ومائة في رمضان وهو ابن ست وستين سنة . (انظر : تهذيب الكمال ١٤/٤٧٦ ، شذرات الذهب ١/١٨٢ ، سير أعلام النبلاء ٦/٢٢٧) .

(٤) هو : أبو داود عبد الرحمن بن هرمز المدني الأعرج ، مولى محمد بن ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب بن هاشم الإمام الحافظ الحجة المقرئ ، سمع أبا هريرة ، وأبا سعيد ، وطائفة ، وحدث عنه : الزهري ، وأبو الزناد ، وصالح بن كيسان ، وطائفة ، أخذ القراءة عرضًا عن أبي هريرة وابن عباس ، وقال إبراهيم بن سعد : كان الأعرج يكتب المصاحف ، قال عنه أبو النضر : كان عبد الرحمن بن هرمز أول من وضع العربية ، وكان أعلم الناس بأنساب قريش ، سافر في آخر عمره إلى مصر ، ومات مرابطًا بالإسكندرية في سنة سبع عشر ومائة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٥/٤٥٦ ، تهذيب الكمال ١٧/٤٦٧ ، طبقات ابن سعد ٥/١٨٣ ، ١٨٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : [فإذا] .

سبعًا »[(١)] . ذكره أبو الحسن في الجامع الصغير ، وابن قانع [(٢)] والدارقطني .

١٠٥٧ - قالوا : رواه عبد الوهاب بن الضحاك [(٣)] عن إسماعيل بن عياش [(٤)] ، وهما ضعيفان .

١٠٥٨ - قلنا : لا يعتد بهذا القول حتى يبين [(٥)] جهة الضعف .

١٠٥٩ - ثم إسماعيل بن عياش [(٦)] قالوا [(٧)] : هو ثقة فيما يرويه عن الشاميين ، ضعيف فيما يرويه عن المدنيين أو العراقيين ، والراوي لا يصح أن يكون ثقة من وجه دون وجه .

١٠٦٠ - قالوا : أو بمعنى بل .

---

(١) أخرجه الدارقطني بلفظ : في الكلب يلغ في الإناء أنه يغسله ثلاثًا أو خمسًا أو سبعًا . في السنن باب ولوغ الكلب في الإناء (٦٥/١) الحديث (١٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ابن مانع] . هو : القاضي أبو الحسين عبد الباقي بن قانع ، الإمام الحافظ البارع الصدوق ، ولد سنة خمس وستين ومائتين ، حدث عن : الحارث بن أبي أسامة ، وإبراهيم بن الهيثم البلدي ، وطائفة ، وحدث عنه : الدارقطني ، وأبو الحسن بن رزقويه ، وعدد كثير ، وكان واسع الرحلة كثير الحديث بصيرًا به ، قال البرقاني عنه : البغداديون يوثقونه ، وهو عندي ضعيف ، وقال عنه أبو الحسن بن الفرات : كان ابن قانع قد حدث به اختلاط قبل موته بنحو سنتين . توفي في شوال سنة إحدى وخمسين وثلاثمائة . (انظر: تذكرة الحفاظ ٨٨٣/٣ ، سير أعلام النبلاء ١٥٣/١٢) .

(٣) عبد الوهاب بن الضحاك بن إبان السلمي العُرْضِيُّ ، أبو الحارث الحمصي ، سكن سليمة بنواحي حمص ، حدث عن : إسماعيل بن عياش بن سليم ، وبقي بن الوليد ، والحارث بن عبيد الله ، وغيرهم ، وحدث عنه : ابن ماجه ، وإبراهيم بن محمد بن عرق الحمصي ، وغيرهم ، قال عنه أبو داود : كان يضع الحديث ، قال أبو بكر بن أبي عاصم : مات سنة خمس وأربعين ومائتين . (انظر : تهذيب الكمال ٤٩٤/١٨ ، والتقريب ٥٢٧/١) .

(٤) هو : إسماعيل بن عياش بن سليم ، الحافظ الإمام محدث الشام ، ولد سنة ثمان ومائة ، حدث عن : شرحبيل بن مسلم الخولاني ، ومحمد بن زياد الألهاني ، وغيرهم ، وحدث عنه : الليث بن سعد ، وأبيض ابن الأغر المنقري ، وموسى بن أعين وغيرهم ، وكان من بحور العلم صادق اللَّهجة متين الديانة ، صاحب سنة واتباع ، قال سليمان بن أحمد الواسطي : سمعت يزيد يقول : ما رأيت شاميًا ولا عراقيًا أحفظ من إسماعيل ، وقال عنه الفلاس : إذا حدث عن أهل بلده فصحيح ، وليس بشيء في المدنيين ، وكان عبد الرحمن لا يحدث عنه . توفي سنة إحدى وثمانين ومائة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٥٥٦/٧ ، تذكرة الحفاظ ٢٣٣/١ ، العبر ٢٢٧/١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [نبين] .

(٦) في (ع) : [عباس] .

(٧) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

١٠٦١ - قلنا : هذا [ترك للظاهر ، ولأن بل] [١] تستعمل [٢] للإضراب عن الأول واستدراك الثاني ، وهذا لا يجوز في كلام صاحب الشرع [٣] .

١٠٦٢ - قالوا : وقد تكون [٤] للتخيير ، والشك ؛ فيجوز أن يكون الراوي قد شك .

١٠٦٣ - قلنا : الظاهر فيما رواه أنه من كلام رسول الله ﷺ ، فحمله على غير كلامه [٥] لا يصح إلا بدليل ، وإذا كان من قول رسول الله [ﷺ] [٦] لم يجز عليه [٧] الشك .

١٠٦٤ - قالوا : الخبر يفيد وجوب العدد ، وهذا خلاف قولكم .

١٠٦٥ - قلنا : التخيير بين الأعداد المختلفة ينفي اعتبار العدد ، ويبين أن الأمر يتعلق بالعدد الذي يغلب [على] [٨] الظن عنده .

١٠٦٦ - ولا يقال : إن ما طريقه الظن لا يتقدر بالشرع كالنفقات ؛ لأن النبي ﷺ قدر في غسل يد المستيقظ [٩] .

١٠٦٧ - قلنا : وإن كانت النجاسة ليست [١٠] بمرئية يعتبر فيها الظن بالاتفاق .

١٠٦٨ - قالوا : فغالب الظن في زوال النجاسة لا ينتهي إلى السبعة غالبًا .

١٠٦٩ - قلنا : يجوز أن يكون ذكر على طريق التأكيد ليبين [١١] أن الاقتصار على ما يغلب عنده الظن ، وإن خرج من العادة .

---

(١) في (ن) ، (م) : [بدل للطاهر ولأن قبل] ، وكذلك في (ع) : [ما عدا قبل] فقد كتبت صحيحة : [بل] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يستعمل] .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الشريعة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يكون] .

(٥) في (م) ، (ن) : [الكلام] .

(٦) ساقطة من (ن) .

(٧) في (ن) : [عليك] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الطهارة باب كراهية غمس المتوضئ وغيره يده المشكوك في نجاستها في الإناء قبل غسلها ثلاثًا (٢٣٣/١) ، والشافعي بلفظ : « إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثًا ، فإنه لا يدري أين باتت يده » انظر : المسند في كتاب الطهارة الباب الخامس صفة الوضوء (٢٩/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطهارة في الرجل ينتبه من نومه فيغمس يده في الإناء (١٢١/١) ، وأحمد في المسند (٢٤١/٢) .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [التي ليست] .

(١١) في (م) ، (ع) : [ليس] .

١٠٧٠ – ولأنه سبع ذو ناب ، فلم يجب غسل سؤره [سبعًا] [(١)] ، كالفهد .

١٠٧١ – ولأنها نجاسة / غير مرئية فلم يجب غسلها سبع مرات ، كالبول . ١٢

١٠٧٢ – ولأن كل نجاسة زالت بغسل السبعة زالت بما دونها ، كسائر النجاسات .

١٠٧٣ – قالوا : المعنى في الولوغ : أن الشرع ورد في غسله بجامد ومائع ، ولم يرد بمثل ذلك في سائر النجاسات .

١٠٧٤ – قلنا : إن أردتم الوجوب فهو موضع الخلاف ، وإن أردتم الاستحباب بطل بالاستنجاء ؛ لأن الشرع ورد فيه باستحباب الجامد والمائع ؛ لأن أهل قباء كانوا يتبعون الأحجار الماء ؛ قال اللّه تعالى : ﴿ فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَن يَتَطَهَّرُوا ﴾ [(٢)] ، وتبطل علية الأصل بسؤر الخنزير ، ودم الكلب : لم يرد الشرع [فيه] [(٣)] بجامد ومائع ، ويعتبر فيه العدد عندهم .

١٠٧٥ – قالوا : نجاسة السؤر أصلية ؛ لأن لعابه لم يكن طاهرًا ، وسائر النجاسات قد كانت طاهرة ثم نجست .

١٠٧٦ – قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن لعاب الكلب يتولد من رطوبات بدنه ، وكذلك يتولد من الأغذية التي كانت طاهرة في الأصل ، كما أن دم الحيوان يتولد من الأغذية التي هي طاهرة في الأصل .

١٠٧٧ – ولأن [(٤)] نجاسة البول والدم آكد من نجاسة السؤر ؛ لأنها مجمع عليها ، والسؤر مختلف [(٥)] في طهارته ، فإذا لم يعتبر العدد فيما [(٦)] اتفق عليه ، فما اختلف [(٧)] فيه أولى . ولأنه غلب على ظنه حصول الإنقاء [(٨)] ، فأشبه السبعة .

١٠٧٨ – قالوا : المعنى في السبعة : أنه يشق في العدد الذي ورد به الشرع ، وذلك لا يوجد فيما دونه .

١٠٧٩ – قلنا : لا نسلم أن ما دون السبعة لم يرد الشرع به ؛ لأن خبرنا يقتضي [(٩)]

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) سورة التوبة : الآية ١٠٨ .

(٣) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ويختلف] .

(٦) مكرر في (ن) .

(٧) في (م) ، (ع) : [مما اختلف] .

(٨) في (م) ، (ن) : [الإبقاء] .

(٩) في (ع) : [تقتضي] .

الاقتصار على ما دون السبعة .

١٠٨٠ - احتجوا بحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « إذا ولغ الكلبُ في إناء أحدكم فَلْيَغْسِلْهُ [١] - وروى أنه قال - : طهور إناء أحدكم إذا ولغ الكلب فيه أن يغسله سبعًا ، الأولى [٢] منهن بالتراب » [٣] .

١٠٨١ - والجواب : أن هذا الخبر ضعفه مالك : قال ابن القاسم [٤] فيما سمعه عن مالك : ضعف مالك هذا الخبر مرارًا [٥] .

١٠٨٢ - وقول مالك حجة في الحديث ، ولأن الراوي أبو هريرة ، وقد روى التخيير على ما قدمناه ، وهو زائد ، فيكون أولى .

١٠٨٣ - ولا يقال : إن في [خبرنا زيادة حكم ؛ لأن الزيادة من طريق القول أولى ، ولأنها زيادة مسموعة ، ولأن في خبرنا] [٦] زيادة قول وزيادة حكم ، وهو التخيير .

١٠٨٤ - ولأنه لو وجب الرجوع إلى زيادة الحكم كان الأخذ بالثمانية أولى ؛ بحديث عبد الله بن المغفل [٧] أن النبي ﷺ أمر [٨] بقتل الكلاب ، ثم قال : « ما

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند كتاب الطهارة الباب الثاني في الأنجاس وتطهيرها (٢٣/١ ، ٢٤) ، الأم في كتاب الطهارة في الماء الراكد (٦/١) ، والدارقطني في السنن (٦٣/١ ، ٦٤) .

(٢) في (م) ، (ص) : [الأولة] .

(٣) أخرجه مسلم بلفظ : « طهور أحدكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات أولهن بالتراب » في الصحيح كتاب الطهارة باب حكم ولوغ الكلب (٢٣٤/١) ، وأحمد في المسند (٤٢٧/٢) ، وأبو داود في السنن باب الوضوء بسؤر الكلب (٢٦/١) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الطهارة باب إدخال التراب في إحدى غسلاته (٢٤٠/١) .

(٤) هو : عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري ، الفقيه ، راوية المسائل عن مالك ، قيل : إن مولده سنة ثمان وعشرين مائة ، وقيل غير ذلك ، روى عن : بكر بن مضر ، وسعد بن عبد الله المغافري ، ومالك بن أنس ، وغيرهم ، وروى عنه : أبو الطاهر أحمد بن عمرو بن السرح ، وأصبغ بن الفرج ، وغيرهما ، وهو أثبت الناس في مالك ، وأعلمهم بأقواله ، صحبه عشرين سنة ، تفقه به وبنظرائه ، لم يرو واحد عن مالك الموطأ أثبت منه ، مات بمصر سنة ١٩١ . (انظر : تهذيب الكمال ٣٤٤/١٧ ، تذكرة الحفاظ ٣٥٦/١ ، شجرة النور الزكية ص ٥٨) .

(٥) قال ابن القاسم : قال مالك : قد جاء هذا الحديث وما أدري ما حقيقته . (انظر : المدونة ٥/١) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ن) .

(٧) في (م) ، (ع) : [المعقل] . وهو : عبد الله بن مغفل بن عبد غنم ، كان ﷺ من مشاهير الصحابة ، قال البخاري عنه : كانت له صحبة ، وهو من أهل بيعة الرضوان ، سكن ﷺ المدينة ثم البصرة ، حدث عنه : الحسن البصري ، ومطرف بن الشخير ، وسعيد بن جبير ، وكان ﷺ أحد البكائين في غزوة تبوك ، وأحد العشرة الذين بعثهم عمر ليفقه الناس بالبصرة ، توفي ﷺ سنة تسع وخمسين وقيل : سنة ستين هجريًا . (انظر : الإصابة ١٣٢/٤ ، سير أعلام النبلاء ١١١/٤) .

(٨) في (ن) : [قال أمر] .

لي وللكلاب [١] ، إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبعًا وعَفِّروا الثامنة بالتراب » [٢] . وإسناد هذا الحديث أحسن من إسناد أبي هريرة ، ولأن إيجاب السبعة يحتمل أن يكون في الوقت الذي شدد فيه أمر الكلاب وأمر بقتلها في [٣] حديث ابن المغفل ، وقد نسخ ذلك وخف أمره للكلب . ويحتمل أن يكون في حال ما كان الغسل في غير الولوغ سبعًا .

١٠٨٥ - وروى ابن عمر قال : كانت الصلاة خمسين ، والغسل من الجنابة سبع مرات ، وغسل الثوب من البول سبع مرات ، فلم يزل رسول اللّٰه ﷺ على هذا حتى جعل الصلاة خمسًا والغسل من الجنابة مرة [٤] . فيجوز أن يكون الولوغ سبعًا في ذلك الوقت ثم نسخ كما نسخ غيره ، يبين [٥] صحة هذا ما روي عن أبي هريرة [٦] من قوله في غسل الإناء من ولوغ الكلب ثلاثًا [٧] ، ويستحيل أن يفتي [٨] بخلاف ما سمع من رسول اللّٰه ﷺ إلا وقد عرف ما يوجب النسخ [٩] .

---

(١) في (م) ، (ن) : [مالبي وللكلاب] ، وفي (ع) : [وما للكلاب] .

(٢) أخرجه مسلم بلفظ : أمر رسول اللّٰه ﷺ بقتل الكلاب ، ثم قال : « ما بالهم وبال الكلاب » ثم رخص في كلب الصيد وكلب الغنم ، وقال : « إذا ولغ الكلب في الإناء فاغسلوه سبع مرات ، وعفروه الثامنة في التراب » في الصحيح (٢٣٥/١) ، وأحمد في المسند (٨٦/٤) ، وأبو داود في باب الوضوء بسؤر الكلب (٢٦/١) ، والنسائي في المجتبى باب تعفير الإناء بالتراب من ولغ الكلب فيه (١٧٧/١) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الطهارة باب إدخال التراب في إحدى غسلاته (٢٤١/١ ، ٢٤٢) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) رواه أبو داود في السنن كتاب الطهارة باب الغسل من الجنابة (٦٨/١) ، وابن حبان في كتاب المجروحين في ترجمة عبد اللّٰه بن عصم (٥/٢) ، وابن الجوزي في العلل المتناهية كتاب الطهارة (٣٣٢/١) .

(٥) في (م) : [تبين] ، وفي (ع) : [بين] .

(٦) في (م) : [عن أبو هريرة] .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قلنا] . هذا الحديث أخرجه الدارقطني بلفظ : « إذا ولغ الكلب في الإناء فأهرقه ، ثم اغسله ثلاث مرات » (٦٦/١) .

(٨) في (ن) : [نفتي] .

(٩) قال الطحاوي بعد أن أخرج هذا الحديث : فلما كان أبو هريرة قد رأى أن الثلاث يطهر الإناء من ولوغ الكلب فيه ، وقد روى عن النبي ﷺ ما ذكرناه ؛ ثبت بذلك نسخ السبع ؛ لأنا نحسن الظن به ، فلا نتوهم عليه أن يترك ما سمعه من النبي ﷺ إلا إلى مثله ، وإلا سقطت عدالته ، فلم يقبل قوله ولا روايته . (انظر : المعاني باب سؤر الكلب ٢٣/١) ، وتعقب الزيلعي ما اعتمده الطحاوي في نسخ حديث السبع بقوله : وكيف يجوز ترك رواية الحفاظ الأثبات من أوجه كثيرة لا يكون مثلها غلطًا برواية واحد فقد عرف بمخالفة الحفاظ في بعض أحاديثه . وقال البيهقي في الكبرى والمعرفة : وعبد اللّٰه لا يقبل منه ما يخالف فيه الثقات . (انظر : نصب الراية ١٣١/١ ، ١٣٢ ، البيهقي في الكبرى ٢٤٢/١) .

١٠٨٦ – قالوا : إحدى الطهارتين ، فوجب (١) أن يكون منها [ما] (٢) يفتقر إلى العدد ، قياسًا على الطهارة من الحدث .

١٠٨٧ – قلنا : طهارة الحدث لا يعتبر (٣) فيها العدد المختلف فيه ، [وهو تكرار الاستعمال في محل واحد ، وإنما يعتبر عدد الأعضاء التي تعلق الحدث بها ، فوزانه] (٤) من مسألتنا ولوغ الكلب في أوانٍ (٥) غسل كل واحد منها واجب ، ونعكس (٦) فنقول : فلا يكون التكرار فيها واجبًا ، كطهارة الحدث .

١٠٨٨ – قالوا : نجاسة ورد الشرع بإزالتها بعدد من جنس واحد ، فوجب (٧) أن يكون انتهاء ذلك العدد كابتدائه ، قياسًا على الاستنجاء .

١٠٨٩ – قلنا : لا نسلم أن الشرع ورد بعدد ؛ بدلالة ما بينا من التخيير ، ولا نسلم أنه من جنس واحد ؛ لأن التراب فيه ، وهو جنس آخر .

١٠٩٠ – وإذا سقط هذا الوصف انتقض بغسل الدم ؛ لأن الشرع ورد فيه بعدد ، وهو قوله ﷺ : « حتيه ، ثم اقرصيه ، ثم اغسليه » (٨) ، وانتهاؤه (٩) مخالف لابتدائه .

١٠٩١ – قالوا : ما اختص من النجاسات من بين جنسه بالغة غلظ الأمر فيه يؤدي إلى اجتنابه ، قياسًا على الخمر .

١٠٩٢ – قلنا : الإلف الذي يريدون (١٠) به في الكلب كثرة الحاجة إلى دخوله في البيوت ، وهذا المعنى في الأصول له تأثير في التخفيف ، ولهذا حكم عليه بطهارة سؤر الهرة ، وقال : « إنها من الطوافين عليكم والطوافات » (١١) ، فلم يجز أن يجعل ذلك

---

(١) في (ن) : [يوجب] .
(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٣) في (ن) : [لا يفتقر] .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) .
(٥) في (ص) : [أواني أن] ، وفي (م) ، (ع) : [أواني] .
(٦) في (م) ، (ن) : [ويعكس] .
(٧) في (ن) : [فيجب] .
(٨) تقدم تخريجه في المسألة رقم (٢) .
(٩) في (م) ، (ع) : [وانتهاء] ، وفي (ن) : [وانتهائه] .
(١٠) في (ع) : [يزيدون] .
(١١) أخرجه مالك في الموطأ كتاب الطهارة باب الطهور للوضوء (١/٢٣) ، والشافعي في المسند كتاب الطهارة الباب الأول في المياه (١/٢٢) ، وفي الأم : الطهارة بالماء الراكد (١/٦ ، ٧) ، وأحمد في المسند (٥/٣٠٣) ، وأبو داود في السنن باب سؤر الهرة (١/٢٦ ، ٢٧) ، والترمذي في السنن باب ما جاء في سؤر الهرة (١/١٥٣ ، ١٥٤) .

دلالة على التغليظ ، وكذلك الخمر لا يجوز أن تكون [١] العلة من وجوب الحد في شربها ما ذكر من العادة ، وإنما يدعي مخالفنا أن ذلك ثبت بما يؤدي إليه من العداوة والبغضاء والصد عن ذكر اللّٰه تعالى وعن الصلاة ؛ فلم يجز الحكم بعلة لا تعرف [٢] .

١٠٩٣ - ولأن التغليظ قد حصل في باب الكلب من وجه ، وهو النهي عن إمساكه من غير حاجة ؛ فلم يجز إثباته من وجه آخر ، كما أن الخمر لما غلظ حكمها في الحد [٣] لم يغلظ في باب الطهارة .

* * *

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أن يكون] .

(٢) في (م) : [لا يعرف] .

(٣) في (م) : [في الحديث] .

مسألة ٥٣

سؤر سباع البهائم نجس

١٠٩٤ - قال أصحابنا : سؤر سباع البهائم نجس [١] .

١٠٩٥ - وقال الشافعي : طاهر [٢] .

١٠٩٦ - لنا : حديث ابن عمر [٣] أن رسول الله [٤] ﷺ سئل عن الماء يكون في الفلاة ينوبه [٥] السباع والدواب ، فقال : « إذا بلغ الماء قلتين لم يَحمل خبثًا » [٦] . فلولا أن أسآرها نجسة ؛ لم يصح الجواب بذكر الخبث .

١٠٩٧ - قالوا : روي في الخبر : تردها [٧] السباع والكلاب [٨] .

١٠٩٨ - قلنا : هذا غير خبرنا ، ولأن الخبث يرجع في الظاهر [٩] إلى كل واحد من المذكور .

١٠٩٩ - قالوا : الغالب أنها إذا وردت الماء راثت [١٠] فيه ، والخبث يرجع إلى

---

(١) قال القدوري : سؤر الكلب والخنزير وسباع البهائم نجس . (انظر : متن القدوري ص٤ ، المبسوط ٤٨/١ ، ٤٩ ، الهداية ١٣/١ ، تحفة الفقهاء ٥٤/١ ، بدائع الصنائع ٦٤/١ ، الاختيار ١٩/١ ، رد المحتار وبهامشه الدر المختار ١٥٦/١) .

(٢) قال الشافعي : ولا نجاسة في شيء من الأحياء مست ماءً قليلًا بأن شربت منه أو أدخلت فيه شيئًا من أعضائها إلا الكلب أو الخنزير ، وإنما النجاسة في الموتى . (انظر : الأم ٥/١ ، مختصر المزني ص ٨ ، المجموع ٥٨٩/٢ ، كفاية الأخيار كتاب الطهارة ٦٩/١ . وانظر : الكافي لابن عبد البر ١٦١/١ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٤ ، الاستذكار ٤٤/١ ، المقدمات ٨٧/١ ، ٨٨ ، بداية المجتهد ٢٩/١ ، المسائل الفقهية ٦٢/١ ، الكافي لابن قدامة ١٤/١ ، المغني ٤٨/١ ، ٤٩) .

(٣) في (ص) : [عمران] وفي بقي النسخ [عمر] ، والصواب ما أثبتناه من كتب السنة .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [النبي] . (٥) في (ع) : [تنوبه] .

(٦) ورد في كتب السنة : [لم يحمل الخبث] . أخرجه أبو داود في باب ما ينجس الماء (٢٤/١) ، والترمذي في باب آخر منه من باب ما جاء أن الماء لا ينجسه شيء (٩٧/١) ، والنسائي في كتاب المياه باب التوقيت في الماء (١٧٥/١) ، وابن ماجه في باب مقدار الماء الذي لا ينجس (١٧٢/١) ، والدارقطني في كتاب الطهارة باب حكم الماء الذي لاقته نجاسة (١٤/١ ، ١٥) ، والحاكم في المستدرك في باب إذا كان الماء قلتين لا ينجس ما لم يتغير (٢٦٠/١ ، ٢٦١) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [دها] . (٨) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٦١/١) .

(٩) في (م) ، (ن) : [في الظاهر] . (١٠) في (م) : [رايت] .

الروث .

١١٠٠ - وقد روي في بعض الأخبار أنه سئل عن الماء تنوبه السباع وتروث فيه [١] .

١١٠١ - قلنا : السؤال وقع عن الورود ، وذلك لا ينبئ عن الروث ، فالظاهر أن الخبث يرجع إلى ما ذكر في الخبر دون ما لم يكن .

١١٠٢ - وما رووه في ذكر الروث فليس في خبر ابن عمر ، فلا يلزمنا ، ولأنه سبع يمكن الاحتراز منه ، فكان نجس السؤر [٢] ، كالكلب ، ولأنه سبع محكوم بنجاسة لبنه ، كالخنزير .

١١٠٣ - قالوا : المعنى في الأصل أنه متفق على نجاسته ، والسباع مختلف في نجاستها .

١١٠٤ - قلنا : هذا لا يصح ؛ لأن الكلب والخنزير مختلف في نجاستهما ، كالسباع سواء .

١١٠٥ - قالوا : المعنى في الكلب أن الشرع ورد بتعفيره [٣] ، والسباع بخلافه .

١١٠٦ - قلنا : علة الأصل تبطل بالهر [٤] ؛ لأن الدارقطني روى عن النبي ﷺ قال : « يغسل الإناء من ولوغ الهر كما يغسل من ولوغ الكلب » [٥] ، وهذا يقتضي التعفير ، وعلة الفرع تبطل [٦] بالخنزير ؛ لأن الشرع لم يرد تعفيره ، وهو نجس .

١١٠٧ - قالوا : المعنى في الخنزير بين أهل الذمة يباع [٧] . ثم يبطل بحشرات الأرض والحر . ولأن كل حكم ثبت للكلب في الشرع ثبت مثله [٨] للذئب ، أصله : إباحة قتله حال الإحرام .

١١٠٨ - واحتج المخالف بحديث جابر : أن النبي ﷺ سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها السباع ، فقال ﷺ : « لها ما أخذت [٩] في بطونها ، وما بقي فهو

---

(١) لم نقف على هذا الخبر بهذه الزيادة بعد .
(٢) في (ص) : [للسؤر] .
(٣) في (م) ، (ع) : [بتغفيره] .
(٤) في (م) ، (ع) : [بالهرة] .
(٥) أخرجه الدارقطني في السنن باب سؤر الهرة (٦٨/١) ، والطحاوي في المعاني في باب سؤر الهرة (٢٠/١) ، والبيهقي في الكبرى باب سؤر الهرة (٢٤٨/١) .
(٦) في (م) ، (ع) : [يبطل] .
(٧) واضح أن هناك سقطا في كل النسخ ، فالكلام غير متسق .
(٨) في (م) ، (ع) : [منه] .
(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ما حملت] .

لنا شراب وطهور »[١] .

١١٠٩ - قالوا : روى جابر : أن النبي ﷺ سئل : أنتوضأ بما أفضلت الحمر ؟ فقال[٢] : « نعم ! وبما أفضلت السباع »[٣] .

١١١٠ - والجواب : أن الخبر الأول[٤] يرويه داود بن الحصين[٥] عن جابر ، وبينهما رجل . ولأنه ورد في المياه الكثيرة .

١١١١ - وعند الشافعي : لا تؤثر[٦] فيها النجاسة ، فلم يكن في الخبر دلالة على الجواز بطهارتها ، بل يجوز أن تكون[٧] نجسة ، وجواز الوضوء بأسآرها ؛ لأن النجاسة عندهم لا تؤثر في الماء الكثير .

١١١٢ - فأما الخبر الثاني : فيحمل على أن يكون المراد بالحمر[٨] : حمر الوحش ، والسباع : سباع الطير ، وهو الظاهر[٩] ؛ لأن الحمر الأهلية لا ترد[١٠] الماء الذي ترده السباع ، [ولأن][١١] هذا الخبر يحتمل أن يكون في حال إباحة[١٢] لحمها ، ويحتمل أن يكون في حال حظرها ، وإذا احتمل[١٣] سقط التعلق به .

---

(١) أخرجه ابن ماجه بلفظ : سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها السباع والكلاب والحمر فقال : « لها ما حملت في بطونها ، ولنا ما غبر طهور » في السنن باب الحياض (١٧٣/١) ، الطحاوي في المشكل باب بيان مشكل ما روي في آثار السباع والدواب (٢٦٧/١) ، والدارقطني باب حكم الماء الذي لاقته النجاسة (٢٦/١ ، ٣١) .

(٢) في (ص) : [قال] وروى الشافعي مرة بـ [قال] ، ومرة بـ [فقال] .

(٣) أخرجه الشافعي في الأم كتاب الطهارة باب الماء الراكد (٦/١) ، وفي المسند كتاب الطهارة الباب الأول في المياه ٢٢/١ ، والدارقطني من طريق الشافعي في السنن باب الآثار (٦٢/١) ، وعبد الرزاق في المصنف (٧٧/١) ، والبيهقي في الكبرى (٢٤٩/١ ، ٢٥٠) .

(٤) تقدم تخريجه من وجوه أخرى .

(٥) هو : داود بن الحصين الفقيه أبو سليمان الأموي مولاهم المدني ، وثقه يحيى بن معين مطلقًا ، وقال النسائي وغيره : ليس به بأس ، وقال ابن عيينة : كنا نتقي حديثه ، روى عن أبيه ، وعكرمة ، والأعرج ، وأبي سفيان مولى ابن أبي أحمد ، وروى عنه : ابن إسحاق ، ومالك ، ومحمد بن جعفر بن أبي كثير ، وغيرهم ، قال الواقدي : توفي سنة خمس وثلاثين ومائة . (انظر : تهذيب الكمال ٣٧٩/٨ ، سير أعلام النبلاء ٣٣٢/٦ ، العبر ١٨٢/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يؤثر] .

(٧) في (م) : [يكون] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فتحمل أن يكون المراد بالخبر] .

(٩) في (ع) : [الطاهر] .

(١٠) في (م) : [لا يرد] .

(١١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٢) في (ن) : [إباحية] .

(١٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [احتمل الوحش] .

١١١٣ - ولا معنى لقولهم : إن السباع لم يبح لحمها في الشرع ؛ وذلك لأن الأصل كان الإباحة حتى نهى رسول الله ﷺ عن لحم كل ذي ناب من السباع [١] .

١١١٤ - ومعلوم أن هذا الخبر لم يكن في حال [إباحتها] [٢] ، وإنما هو بعدها ، وأما بين البعثة [٣] وهذا الخبر كانت مباحة .

١١١٥ - ولا يقال : إذا سلمتم أن أسآرها كانت [٤] طاهرة ثم ادعيتم النسخ لم تقبل [٥] الدعوى إلا بنقل ؛ لأنا سلمنا طهارة سؤرها لأجل إباحة لحمها ، فإذا زالت علة الحكم سقطت من غير نسخ .

١١١٦ - ولا يقال : ثبوت تحريمها لا يدل على نجاسة سؤرها ؛ لأن سباع الطير محرمة وأسآرها طاهرة ، والآدمي محرم وسؤره طاهر ، وذلك لما حرم لحمه من غير حرمة وأمكن الاحتراز عنه [٦] فهو نجس السؤر .

١١١٧ - وقد ثبت تحريم سباع البهائم ولم يوجد فيها معنى الاستثناء ، فثبت [٧] تحريم أسآرها .

١١١٨ - قالوا : روي أن عمر بن الخطاب وعَمْرو بن العاص [رضي الله عنهما [٨]] [٩] أتيا ماءً ، فقال عمرو / للراعي : يا راعي ، أترد ماءكم السباع ، فقال عمر : يا راعي ، ١٢/ب

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الذبائح والصيد والتسمية على الصيد باب أكل كل ذي ناب من السباع (٣١٣/٢) ، ومسلم في كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير (١٦٧/٢) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، ومكانة بياض في (ص) .

(٣) في (م) ، (ع) : [وأما البقية] .

(٤) في (ص) ، (ن) : [إذا كانت] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يقبل] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [منه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فيثبت] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) هو : عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم ، الإمام ، أبو عبد الله ، داهية قريش ، ورجل العالم ، ومن يضرب به المثل في الفطنة والدهاء ، هاجر إلى رسول الله ﷺ مسلمًا في أوائل سنة ثمان ، حدث عنه : ابنه عبد الله ، ومولاه أبو قيس ، وغيرهما ، وقد أمَّرَه رسول الله ﷺ بعض الجيوش ، وجهزه للغزو ، وسيره أبو بكر الصديق أميرًا إلى الشام ، وولي فلسطين لعمر بن الخطاب ، ثم سيره في جيش إلى مصر ففتحها ، وهو أحد الحكمين في صفين ، له أحاديث ليست كثيرة تبلغ بالمكرر نحو الأربعين ، اتفق البخاري ومسلم على ثلاثة أحاديث منها ، وانفرد البخاري بحديث ، ومسلم بحديثين ، توفي رضي الله عنه سنة ثلاث وأربعين بمصر وقيل غير ذلك . (انظر : أسد الغابة ٢٤٤/٤ ، الإصابة ٢/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢٤١/٤) .

لا تخبرنا بشيء [١] ، قالوا : ولو كانت نجسة لاحتاط في المسألة [٢] .

١١١٩ - قلنا : هذا الخبر دلالة لنا ؛ لأن عمر منع الراعي من الإخبار ، ولو كانت طاهرة لم يمنعه ولم يلزمه الاحتياط ؛ لأنه لا ظاهر [٣] للنجاسة ، فلم يرد [٤] يلزم بالخبر فرضًا لم يكن لازمًا .

١١٢٠ - قالوا : نوع بهيمة يجوز بيعه ، فكان سؤره طاهرًا [٥] ، كالشاة .

١١٢١ - قلنا : جواز البيع لا يدل على الطهارة [٦] ؛ لجواز بيع الأعيان النجسة ، وامتناع البيع لا يدل على النجاسة ؛ لأن الحشرات لا يجوز بيعها وأسآرها طاهرة .

١١٢٢ - ولأن المعنى في الشاة طهارة لبنها ، فكان سؤرها طاهرًا ، ولم يحكم [٧] بنجاسة لبن السباع ، كذلك آسارها . ولأن السؤر ينفصل من اللحم فيمكن الاحتراز منه ، فصار كما لو وقع فيه لحم سبع ، وسؤر الشاة ينفصل من لحمها كما لو وقع فيه لحم شاة .

١١٢٣ - قالوا : حيوان يجوز اقتناؤه على الإطلاق ، كالإبل .

١١٢٤ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن اقتناء [٨] السبع كاقتناء الكلب : إن كان لغرض جاز ، وإن كان لغير غرض لم يجز ، والمعنى في الأصل ما قدمناه [٩] .

١١٢٥ - قالوا : حيوان يطهر جلده بالدباغ ، كالشاة .

١١٢٦ - قلنا : يبطل على أصلنا بالكلب ، ولأن طهارة العين بما يؤثر في الطهارة لا يدل على طهارتها ، وإنما يدل على النجاسة ؛ لأن الأعيان النجسة تحتاج [١٠] إلى التطهير ، والمعنى في الأصل ما قدمناه .

* * *

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ كتاب الطهارة باب الطهور للوضوء (٢٣/١ ، ٢٤) ، وعبد الرزاق في المصنف (٧٦/١ ، ٧٧) ، والدارقطني في آخر باب الماء المتغير (٣٢/١) ، والبيهقي (٢٥٠/١) .

(٢) في غير (ص) : [بالمسألة] .

(٣) في (م) ، (ن) : [لأنه طاهر] .

(٤) في (ع) : [فلم نرد] .

(٥) في (ص) : [طاهر] .

(٦) في (م) : [على النجاسة الطاهرة] .

(٧) في (م) : [طاهر] ، وفي (م) ، (ن) ، (ع) : [يحلم] مكان : [يحكم] .

(٨) في (م) : [لاقناء] .

(٩) في (ص) ، (ن) : [قدمنا] .

(١٠) في (م) ، (ن) : [يحتاج] .

مسألة ٥٤

يكره الوضوء بسؤر الهر

١١٢٧ – قال أبو حنيفة : يكره الوضوء بسؤر الهر [١] .

١١٢٨ – خلافًا للشافعي [٢] .

١١٢٩ – لحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « طهور إناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب [٣] أن يغسله سبعًا ، وإذا ولغ فيه الهر [٤] أن يغسله مرة » . وروي : « ثلاثًا » [٥] ، هذا يفيد الكراهة ؛ ولأنها لا تجتنب [٦] النجاسات ، فلا يؤمن أن يكون في فيها نجاسة ، فصارت كيد الصبي والمستيقظ . ولأن لحمها ممنوع منه من غير حرمة ، فأثر ذلك في سؤرها ، كالكلب .

١١٣٠ – احتجوا : بحديث أبي قتادة [٧] عن النبي ﷺ أنه قال : « الهر ليست

---

(١) قال محمد بن الحسن في الجامع الصغير : إن توضأ بسؤر سباع الطير أو الفأرة ، أو الحية ، أو السنور ، كره وأجزأه ، وقال اللكنوي في النافع الكبير : وقال أبو يوسف في الأمالي : لا يكره في السنور خاصة ، بالأثر : وقال الطحاوي في المعاني : وممن لم ير بأسًا بسؤر الهرة أبو يوسف ومحمد . وذكر أكثر متأخري الحنفية أن سؤر الهرة طاهر مكروه عند أبي حنيفة ومحمد ، وبه أخذ الطحاوي ، واختلفوا في الكراهة ، أهي تحريمية أم تنزيهية ، وقال الكرخي : هي تنزيهية ؛ لأنها تتناول الجيف فلا يخلو فمها من نجاسة عادة . (انظر : الجامع الصغير مع النافع الكبير ص ٧٤ ، مختصر الطحاوي ص ١٦ معاني الآثار ١٩/١ –٢١ ، متن القدوري ص ٤ ، المبسوط ٥١/١ ، تحفة الفقهاء ٥٤/١ ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية ١١١/١ ، ١١٢ ، بدائع الصنائع ٦٥/١ ، البناية ٤٤٤/١ – ٤٥٠) .

(٢) قال الإمام النووي : سؤر الهرة والبغل والحمار والسباع والفأرة وسائر الحيوانات غير الكلب والخنزير وما تولد من أحدهما طاهر ، ولا كراهة فيه عندنا . (انظر : المجموع شرح المهذب ٥٨٩/٢ ، الأم ٥/١) . (وانظر : الكافي لابن عبد البر ١٦١/١ ، المقدمات ٨٧/١ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٣ ، ٣٤ ، الكافي لابن قدامة ١٥/١ ، ١٦ ، المغني ٥٠/١ ، ٥١) .

(٣) في (ص) : [الكلب فيه] . (٤) في (م) : [الكلب] .

(٥) تقدم تخريج هذا الحديث في المسألة (٥٣) . (٦) في (م) : [لا يجتنب] .

(٧) هو : أبو قتادة الأنصاري السلمي ، واسمه الحارث بن ربعي على الصحيح ، حدث عنه : أنس بن مالك ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء بن يسار ، وغيرهم ، وقد اختلف في شهوده أحدًا وما بعدها ، وكان يقال له : فارس رسول الله ﷺ ، قال عنه رسول الله ﷺ : « خيركم فرسانًا أبو قتادة » قال الواقدي : روى أهل الكوفة أنه توفي بها وأن عليًا صلى عليه سنة أربع وخمسين . (انظر : الإصابة ١٥٥/٧ ، أسد الغابة ٣٩١/١ ، سير =

بنجسة ، وإنما هي من الطوافين والطوافات عليكم » (١) . وهذا لا دلالة [فيه] (٢) ؛ لأنه ﷺ نفى النجاسات ، والخلاف في الكراهة دون النجاسة .

١١٣١ - قالوا : روي أنه توضأ بفضلها (٣) ، ولو كان مكروهًا لم يتوضأ به .

١١٣٢ - قلنا : قد اعترض ابن شجاع على هذا الخبر ، وقال : [هذا] (٤) لا يصح عن رسول الله ﷺ .

١١٣٣ - ولأنه يجوز أن يفعل المكروه على وجه البيان ، كما أخر الصلاة إلى أوقاتها المكروهة .

١١٣٤ - قالوا : نوع بهيمة يجوز اقتناؤه على الإطلاق ، فكان سؤره طاهرًا (٥) ، كالإبل .

١١٣٥ - قلنا : الكراهة على طريقة أبي الحسن ليس بمعنى في الهر ، وإنما هي النجاسة الطارئة ، والاستدلال على طهارتها لا يؤثر من نجاسة حادثة .

* * *

= أعلام النبلاء ٨٧/٤) .

(١) تقدم تخريج هذا الحديث في المسألة (٥٢) . (٢) ساقطة من (ع) .

(٣) أخرجه أبو داود في السنن باب سؤر الهرة (٢٧/١) ، والطحاوي في المشكل (٢٧٠/٣) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٥) في (م) : [طاهر] .

مسألة ٥٥

طهارة النجاسة إذا لم تكن مرئية تغسل حتى يغلب على الظن زوالها

١١٣٦ - قال أصحابنا : طهارة النجاسة إذا لم تكن [١] مرئية تغسل [٢] حتى يغلب على الظن زوالها [٣] .

١١٣٧ - وقال الشافعي : إذا كاثرها بالماء طهرت [٤] .

١١٣٨ - لنا : قوله عليه السلام : « إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثًا » [٥] فاعتبر الثلاث ؛ لأن غلبة الظن توجد [٦] عندها غالبًا ، فلو كان المعتبر المكاثرة [٧] لذكرها واقتصر على مرة . ولأنه لا يتوصل إلى العلم بزوالها وما وجب علينا ، ولا طريق فيه إلى العلم ، فتعلق [٨] الفرض بالظن ، كجهات القبلة .

١١٣٩ - ولأنه لم يغلب على ظنه زوال النجاسة ؛ فصار كما لو لم يكاثرها ، ولأنها نجاسة غير مرئية [٩] ، فلم يعتبر فيها المكاثرة ، كولوغ الكلب .

---

(١) في (م) : [لم يكن] .

(٢) في (م) : [مرية يغسل] ، وفي (ص) : [مرية] مكان المثبت .

(٣) قال الكاساني : وأما النجاسة الحقيقية فإن كانت غير مرئية كالبول ونحوه ، ذكر في ظاهر الرواية أنه لا تطهر إلا بالغسل ثلاثًا . (انظر : بدائع الصنائع ٨٧/١ ، تحفة الفقهاء ٥٧/١ ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية ٢٠٩/١ ، ٢١٠ ، الاختيار لتعليل المختار ٣٦/١ ، البناية مع الهداية ٧٥٢/١ ، ٧٥٣ ، مجمع الأنهر ٦٠/١) .

(٤) قال الغزالي : وإن كانت عينية - يعني النجاسة - فلابد من إزالة عينها ، فإن بقي طعم النجاسة لم يطهر ، فإنه يدل على بقاء العين ، وإن بقي اللون بعد الحت والقرص فهو معفو عنه ؛ لتعذر إزالته ، بخلاف إزالة الطعم . وإن بقيت الرائحة فوجهان : أصحهما : أنه كاللون لأنها تعبق بالثوب إذا كانت قائمة ويعسر إزالتها ، ثم يستحب الاستظهار في العينية والحكمية بعد حصول الطهارة بغسلة ثانية وثالثة . (انظر : الوسيط ١٩١/١ ، ١٩٢ ، المهذب مع المجموع ٥٩١/٢ - ٥٩٣) . (وانظر : الكافي لابن عبد البر ١٦٢/١ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٧ ، الكافي لابن قدامة ٩١/١ ، ٩٢ ، المغني ٥٤/١ ، ٥٥) .

(٥) أخرجه الشافعي في الأم باب غسل اليدين قبل الوضوء (٢٤/١) ، وفي المسند الباب الخامس في صفة الوضوء (٢٩/١) ، وأحمد في المسند (٢٤١/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطهارة (١٢١/١) .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يوجد] . (٧) في (م) : [المكابرة] .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [تعلق] . (٩) في (ص) : [مرية] .

١١٤٠ - احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ أنه قال في بول الأعرابي : صبوا عليه ذنوبًا من ماء [(١)] .

١١٤١ - والجواب : أنه غلب على ظنه عليه الصلاة والسلام أن ذلك يزول بهذا القدر .

١١٤٢ - قالوا : قال لأسماء [(٢)] في دم الحيض : « حتيه ، ثم اقرصيه ، ثم اغسليه بالماء » [(٣)] .

١١٤٣ - قلنا : هذه نجاسة مرئية ، وزوالها يعلم يقينًا ، فلذلك لم يشترط [(٤)] الظن .

١١٤٤ - قالوا : نجاسة لم يشترط فيها التراب ، فلم يراع [(٥)] فيها العدد ، كما لو غلب على ظنه طهارتها أول مرة .

١١٤٥ - قلنا : لا يراعى [(٦)] العدد ، وإنما يراعى [(٧)] الظن ، فإذا حصل بمرة [(٨)] جاز ، وإن لم يحصل لم يعتبر العدد لمعنى فيه ، وإنما يعتبر حصول الظن .

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الوضوء باب صب الماء على البول في المسجد (١/٥٢) ، ومسلم في كتاب الطهارة باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات (١/٢٣٦ ، ٢٣٧) ، وأحمد في المسند (٣/١١٠ ، ١١١) ، والترمذي في السنن في باب ما جاء في البول يصيب الأرض (١/٢٧٦) ، والنسائي في المجتبى كتاب المياه باب التوقيت في المياه (١/١٧٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [لا سيما] . وهي : أسماء بنت أبي بكر الصديق ، والدة عبد اللّٰه بن الزبير بن العوام ، ولدت قبل الهجرة بسبع وعشرين سنة بمكة ، وروت أسماء عن النبي ﷺ عدة أحاديث وهي في الصحيحين والسنن ، وروى عنها ابناها : عبد اللّٰه وعروة ، وأحفادها ، كانت تلقب بذات النطاقين ؛ وذلك لأنها هيئت لرسول اللّٰه ﷺ لما أراد الهجرة سفرة ، فاحتاجت إلى ما تشدها به فشقت خمارها نصفين ، وقد تزوجها الزبير بن العوام ، وهاجرت معه وهي حامل منه بولده عبد اللّٰه ، وعاشت إلى أن ولي ابنها الخلافة ، ثم إلى أن قتل ، وماتت بعده سنة ثلاث وسبعين . (انظر : الإصابة ٨/٧ ، سير أعلام النبلاء ٣/٥٣١) .

(٣) أخرجه البخاري بألفاظ أخرى في الصحيح باب غسل دم الحيض (١/٦٥) ، ومسلم باب نجاسة الدم وكيفية غسله (١/١٣٦) ، والشافعي بلفظ : « حتيه ثم اقرصيه بالماء وانضحيه وصلي فيه » في الأم باب دم الحيض (١/٦٧) ، وأبو داود في السنن باب المرأة تغسل ثوبها الذي تلبسه في حيضها (١/١٠٠) .

(٤) في (ص) : [لم يشرط] .

(٥) في سائر النسخ : [فلم يراعى] ، والصواب ما أثبتناه .

(٦) في (م) : [لا تراعى] ، وفي (ن) ، (ع) : [لا نراعي] .

(٧) في (م) : [لا تراعى] ، وفي (ن) ، (ع) : [لا نراعي] .

(٨) في (ن) : [مرة] .

١١٤٦ - قالوا : لو غسل الصبي والمجنون النجاسة طهرت ، ولا ظن لهما .

١١٤٧ - قلنا : المعتبر ظن المستعمل لا الغاسل [١] ، ألا ترى أن ماء المطر والسيل لو جرى على نجاسة فغلب على ظننا زوالها جاز الاستعمال وإن لم يكن هناك غاسل أصلًا ، فعلم أن ظن الغاسل غير معتبر .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [على الغاسل] .

مسألة ٥٦

سؤر الحمار والبغل مشكوك فيهما

١١٤٨ - قال أصحابنا : سؤر الحمار والبغل مشكوك فيهما ، ولا يسقط بهما الفرض [١] .

١١٤٩ - خلافًا للشافعي [٢] .

١١٥٠ - لنا : أنه حيوان محرم الأكل لعين [٣] حرمته [٤] ، فأثر ذلك في سؤره ، كالكلب [٥] والخنزير ، ولأن لبنه [٦] محرم ؛ فلم يسقط الفرض باستعمال سؤره ، كالكلب .

١١٥١ - احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ أنه سئل فقيل : أنتوضأ [٧] بما أفضلت الحمر ؟ ، فقال : « وبما أفضلت السباع » [٨] .

١١٥٢ - وقد أجبنا عن [٩] هذا الخبر .

* * *

(١) قال علاء الدين السمرقندي : والسؤر المشكوك فيه لا يجوز التوضؤ به إن وجد ماء مطلقًا ، وإن توضأ به جاز مع الكراهة ، وإن لم يجد يتوضأ به ويتيمم . (انظر : المبسوط ٤٩/١ ، ٥٠ ، تحفة الفقهاء ٥٤/١ ، ٥٥ ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية ١١٣/١ ، ١١٤ ، بدائع الصنائع ٦٥/١ ، ٦٦ ، الاختيار ١٩/١) .

(٢) قال الشافعي في الأم : وسؤر الدواب والسباع كلها طاهر ، إلا الكلب والخنزير . (انظر : الأم ٥/١ ، ٦ ، المجموع ٥٨٩/٢) . (وانظر : المدونة ٥/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٦١/١ ، بداية المجتهد ٢٩/١ ، المسائل الفقهية ٦٢/١ ، ٦٣ ، الكافي لابن قدامة ١٥/١ ، المغني ٤٨/١ ، ٤٩) .

(٣) في غير (ص) : [لغير] .

(٤) في (م) ، (ع) : [حرمة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [في سؤر الكلب] .

(٦) في (م) : [ولا لبنه] ، وفي (ع) : [ولبنه] .

(٧) في غير (ص) : [أيتوضأ] .

(٨) تقدم تخريجه في المسألة (٥٣) .

(٩) في (ن) : [وعن] .

مسألة ٥٧

ما ليس له دم سائل لا ينجس بالموت

١١٥٣ – قال أصحابنا : ما ليس له دم سائل لا ينجس بالموت ، ولا ينجس ما يموت فيه [١] .

١١٥٤ – وقال الشافعي : ينجس بالموت ما لا يولد [٢] منه ، فإن كان مما يولد منه لم ينجس ما مات فيه ، وإن كان في غيره نجس [٣] .

١١٥٥ – لنا : ما رواه سلمان أن النبي ﷺ سئل عن إناء فيه طعام أو شراب يموت فيه ما [٤] ليس له دم سائل ، قال : « هو الحلال أكله ، وشربه ، والوضوء به » [٥] .

١١٥٦ – وروى أبو سعيد [٦] ، وأبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فامقلوه ، ثم انقلوه [٧] ، فإن [في] [٨] أحد جناحيه داء ، وفي

(١) قال الكاساني : أما الذي ليس له دم سائل – يعني الميتة – فالذباب والعقرب والزنبور والسرطان ونحوها ، وأنه ليس بنجس عندنا . (انظر : بدائع الصنائع ٦٢/١ ، الجامع الصغير ص ٧٧ ، مختصر الطحاوي ص ١٦ ، تحفة الفقهاء ٥٠/١ ، فتح القدير ومعه الهداية ٨٢/١ ، ٨٣ ، الاختيار ١٥/١) .

(٢) في كل النسخ : [يؤكل] ، والظاهر أن المراد ما أثبتناه ؛ بدليل ما بعده .

(٣) قال الإمام النووي : وإن كانت النجاسة ميتة لا نفس لها سائلة كالذباب والزنبور وما أشبههما ففيه قولان : أحدهما : أنه كغيرها من الميتات ، والثاني : أنه لا يفسد الماء . (انظر : المجموع شرح المهذب ١٢٧/١ ، الأم ٥/١ ، حلية العلماء ٧٤/١ ، ٧٥) . (وانظر : المدونة ٤/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٥٧/١ ، ١٥٨ ، المقدمات ٩٣/١ ، الكافي لابن قدامة ١٦/١ ، المغني ٤٢/١ ، ٤٣) .

(٤) في (ع) : [مما] .

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن باب كل طعام وقعت فيه دابة ليس لها دم (٣٧/١) ، البيهقي في الكبرى باب ما ليس له نفس سائلة إذا مات في الماء القليل (١٥٣/١) ، وقال الدارقطني بعد أن أخرجه : لم يروه غير بقية عن سعيد بن أبي سعيد الزبيدي ، وهو ضعيف . راجع نصب الراية (١١٤/١ ، ١١٥) .

(٦) هو : أبو سعيد الخدري الإمام المجاهد مفتي المدينة بعد مالك بن سنان بن ثعلبة ، ولد قبل الهجرة بعشر سنين حدث عن : النبي ﷺ ، وأبي بكر ، وعمر ، وطائفة ، وحدث عنه : ابن عمر ، وجابر ، وأنس وجماعة من أقرانه ، استشهد أبوه مالك يوم أحد ، وقد شهد أبو سعيد الخندق ، وبيعة الرضوان ، قال عنه حنظلة بن أبي سفيان عن أشياخه : كان أفقه أحداث الصحابة ، وقد روى بن مخلد في مسنده الكبير لأبي سعيد الخدري بالمكرر ألف حديث ، ومائة وسبعين حديثًا ، قال الواقدي وجماعة : مات سنة أربع وسبعين . (انظر : الإصابة ٨٥/٣ ، سير أعلام النبلاء ٣٢٠/٤) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ثم املقوه] ولم نجد في كتب السنة هذه الزيادة .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

الآخر [١] دواء ، وإنه يقدم ما فيه الداء » [٢] ، ومعلوم أنه ﷺ قصد استصلاح الطعام ، وتكرار الفعل يؤدي إلى التلف ، فلو كان ينجسه لبين ذلك .

١١٥٧ - وقد روى أبو هريرة من حديثه : « ثم ألقوه » ، والإلقاء : إنما يكون فيه بعد موته . ولأنه حيوان ليس له دم سائل ، فلا ينجس بالموت ، ولا ينجس ما مات فيه ، كالجراد ودود الخل إذا مات فيه .

١١٥٨ - ولأن ما لا ينجس نوعا من المائعات لا ينجس ما وقع فيه من غيرها ، كالجراد وسائر الطاهرات [٣] .

١١٥٩ - ولا معنى لقولهم : إن المعنى في الجراد كونه مأكولا ، وما اختلفنا فيه بخلافه ؛ لأن الإباحة لا تمنع [٤] من نجاسة الموت ، كالشاة ، والحظر لا يوجب نجاسة الموت ، كالآدمي .

١١٦٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ ﴾ [٥] ، وهذا لا [٦] دلالة فيه ؛ لأن التحريم لا ينبئ عن النجاسة ، ولو أفاد [التحريم] [٧] النجاسة لم تكن نجاستها [٨] موجبة لنجاسة [٩] [ما جاورها] [١٠] لأن دود الخل نجس عندهم [١١] [ولا ينجس] [١٢] ما يجاروه .

١١٦١ - ولأن المراد بالآية : تحريم الأكل ؛ بدليل [١٣] قوله [تعالى] [١٤] :

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [والآخر] .

(٢) أخرجه البخاري في الصحيح في آخر كتاب الطب باب إذا وقع الذباب في الإناء (٣/٤) ، وأبو داود في السنن في كتاب الأطعمة باب في الذباب يقع في الطعام (٣٥٨/٢) ، والطحاوي في مشكل الآثار (٢٨٣/٤) ، وابن ماجه من حديث أبي سعيد الخدري في السنن كتاب الطب باب يقع الذباب في الإناء (١١٥٩/٢) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [الطهارات] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .

(٥) سورة المائدة : الآية ٣ .

(٦) في (م) : [إلا] .

(٧) ساقطة من (ن) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لم يكن لنجاستها] .

(٩) في (م) ، (ع) : [نجاسة] ، وفي (ن) : [لنجاستها] .

(١٠) في (م) ، (ع) ، (ن) : [جاوزها] .

(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لأن دود الخل عندهم نجس] .

(١٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بدلالة] .

(١٤) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

﴿ فَمَنِ ٱضْطُرَّ ﴾ (١) ، والضرورة تبع (٢) الأكل ، والاستثناء من جنس المستثنى منه ، فعلم أن المراد أول الآية تحريم الأكل ، وعندنا أن ما اختلفنا فيه محرم وإن كان طاهرًا .

١١٦٢ - قالوا : حيوان لا يؤكل لا لحرمته ، فوجب أن ينجس بالموت ، وإذا مات في ماء قليل نجسه ، أصله : ما له دم سائل .

١١٦٣ - قلنا : اعتبار تحريم الأكل لا معنى له في النجاسة ؛ لأن التحريم يوجد في الأعيان الطاهرة ، كالسبع عندهم ، والآدمي على الأصلين .

١١٦٤ - ولأن المعنى فيما له دم سائل : أنه لما نجس بعض المائعات نجس جميعها ، ولما كان [من] (٣) لا دم له لا ينجس بعض المائعات ؛ لم ينجس باقيها .

١١٦٥ - ولأن أصل هذه العلة : إن كان ما يؤكل من الحيوان ، لم يصح [أن يقال : هو محرم ، وإن كان الأصل ما لا يؤكل فهو نجس في حال الحياة ، فلا يصح] (٤) أن يقال : إنه ينجس بالموت .

١١٦٦ - قالوا : الحيوان على ضربين ، : [منه] (٥) ما له دم [سائل] (٦) ، وما ليس له دم سائل ، فإذا كان ما له دم سائل ، ينقسم (٧) : منه : ما ينجس بالموت ، ومنه : ما لا ينجس بالموت ، فما ليس له دم سائل : يجب أن ينقسم : منه : ما ينجس [بالموت ومنه] (٨) : ما لا ينجس .

١١٦٧ - قلنا : إذا مات نَجَّس ؛ لنجاسة دمه فيه ، وما لا ينجِّس بالموت محكوم بطهارة دمه ، فعلى هذا ما لا دم له يجب أن يحكم بطهارته .

١١٦٨ - ولأن العلة التي لأجلها (٩) نجس ما له دم ، لا توجد (١٠) فيه .

١١٦٩ - ولأنا بينا أن ما له دم سائل دليلنا ؛ لأنه لما نجس بعض المائعات نجس جميعها ، وعكسه السمك : لما لم ينجس بعضها لم ينجس جميعها .

---

(١) سورة المائدة : الآية ٣ .
(٢) في غير (ص) : [تقع] .
(٣) ساقطة من (ع) .
(٤) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) .
(٥) ساقطة من (ع) .
(٦) ساقطة من (ع) .
(٧) في (ع) : [فإذا كان له دم سائل وما ليس له دم سائل ينقسم] .
(٨) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٩) في (ص) : [لأجله] .
(١٠) في كل النسخ : [يوجد] .

١١٧٠ - وقد ثبت في مسألتنا : أن دود الخل [1] ، وذباب [2] الباقلا ، ودود الفاكهة ، لا ينجس ما مات فيه منها ، فلم ينجس غيرها .

١١٧١ - ولا معنى لقولهم : إن دود الخل نجس ولا ينجس الخل ؛ لأنه لا يمكن حفظه منه ، ويمكن حفظ الماء من [إلقائه فيه] [3] ؛ لأن هذا الفرق يوجب أن لا ينجس الماء بالبق والذباب .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [أن دود الخل نجس] .
(٢) في (م) : [ودود باب] . وفي (ع) : [ودود] .
(٣) في (م) : [الفلتة] ، وفي (ن) : [القلية] ، وفي (ع) : [الغلبة فيه] .

مسألة ٥٨

إذا وقعت النجاسة في الماء نجس ، قليلا كان أو كثيرا

١١٧٢ - قال أبو حنيفة : إذا وقعت النجاسة في الماء نجس ، قليلًا كان أو كثيرًا ، إلا ما يعلم [١] أن النجاسة لم تصل إليه ، ولا يعتبر تغير [٢] الأوصاف [٣] .

١١٧٣ - وقال الشافعي : إذا كان الماء قلتين لم ينجس حتى يتغير [٤] .

١١٧٤ - لنا : قوله ﷺ : « لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يغتسل منه » [٥] والغالب في الماء الدائم أنه أكثر من قلتين [٦] .

١١٧٥ - ولا يقال : إن الخبر يقتضي تحريم البول دون النجاسة ؛ لأن الخبر يقتضي المنع من استعماله : بقوله : « ثم يغتسل فيه » ، وهذا موضع الخلاف .

١١٧٦ - ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام : « إذا ولغ / الكلب في إناء أحدكم فأريقوه [٧] ، ثم اغسلوه سبعًا » [٨] ، ولم يفصل بين كبير وصغير . ٣

---

(١) في (ن) : [نعلم] . (٢) في (ص) : [بغير] .

(٣) قال الإمام العيني : وكل ما وقعت النجاسة فيه لم يجزه الوضوء به قليلًا أو كثيرًا . (انظر : البناية شرح الهداية ٣١٣/١ ، مختصر الطحاوي ص ١٦ ، تحفة الفقهاء ٥٥/١ ، ٥٦ ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية ٧٣/١ ، ٧٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يتيقن] . قال الإمام الرملي : ولا تنجس قلتا الماء بملاقاة نجس ، فإن غيّره الملاقي فنجس بالإجماع سواء كان التغير قليلًا أو كثيرًا ، وسواء المخالط أو المجاور . (انظر : نهاية المحتاج ٧٥/١ ، الأم ٤/١ ، ٥ ، الوسيط ٣٢٣/١ ، المجموع ١١٢/١ ، ١١٣) . (وانظر : المسائل الفقهية ص ٨٨ ، الكافي لابن عبد البر ١٥٥/١ ، ١٥٦ ، المقدمات ٧٦/١ ، ٧٧ ، بداية المجتهد الباب الثالث في المياه المسألة الأولى ٢٤/١ ، ٢٥ ، الكافي لابن قدامة ، المغني ٢٢/١ - ٢٦) .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الوضوء باب الماء الدائم (٥٤/١) ، مسلم في الصحيح كتاب الطهارة باب النهي عن البول في الماء الراكد (١٣٣/١) ، وأبو داود في السنن باب البول في الماء الراكد (٢٥/١) ، وهو حديث متفق عليه .

(٦) في (م) ، (ع) : [القلتين] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فارتقوه] .

(٨) أخرجه مسلم في الصحيح كتاب الطهارة باب حكم ولوغ الكلب (٢٣٤/١) ، والنسائي في المجتبى كتاب المياه باب سؤر الكلب (١٦٧/١ ، ١٧٧) ، والدارقطني في السنن باب ولوغ الكلب في الإناء (٦٤/١) ، والبيهقي في الكبرى باب المنع من الانتفاع بجلد الكلب والخنزير (١٨/١) ، وقال الدارقطني : صحيح إسناده حسن .

١١٧٧ - وروي أنه قال : « إذا قام أحدكم من منامه فلا يدخل يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثًا » (١) ، فاحترز من نجاسة تكون (٢) على يده ولا تظهر (٣) ، ومعلوم أن ذلك لا يغير أوصاف الماء ، فلو كان [لا ينجس] (٤) لم يكن للاحتراز معنى .

١١٧٨ - ولأن ما ينجس قليله بمخالطة النجاسة ؛ نجس (٥) كثيرة ، كالخل واللبن .

١١٧٩ - ولأن ما ينجس بظهر (٦) النجاسة ينجس (٧) بمخالطتها ، كما دون القلتين .

١١٨٠ - ولا معنى لقولهم: إن المائعات يصان (٨) قليلها وكثيرها بالظروف ، والماء يصان (٩) قليله بالإناء ولا يصان (١٠) كثيره .

١١٨١ - لأن (١١) مقدار القلتين يصان (١٢) بالإناء غالبًا ، وإن كان لا ينجس عندهم ، ولأن ما يمكن حفظه لا يصح اعتباره مع الحكم بتنجيس (١٣) الماء ، كالبق .

١١٨٢ - ولأن عندهم الماء الكثير لا تؤثر (١٤) فيه النجاسة لغلبته عليها إلا بتعذر الاحتراز ، ألا ترى أنه لو ظهر أثره نجس وإن كان الاحتراز يتعذر فيه ؛ لأنه ليس بمغلوب ، فلم يصح الفرق بما لا يقولون به .

١١٨٣ - ولأن العبادة تتعلق (١٥) بما يستعمله من الماء ، فإذا خالط ذلك القدر النجاسة يمنع ، كما لو أخذه من ماء قليل .

١١٨٤ - ولأن (١٦) ما يقع به التطهير [يمنع] (١٧) من مخالطة النجاسة وإن لم يتغير ، كالتراب الذي يتيمم به .

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن باب في الرجل يدخل يده في الإناء قبل أن يغسلها (١/٣٢) ، وأبو عوانة في المسند باب إيجاب غسل اليدين ثلاثًا على المستيقظ (١/٢٦٥) ، وابن ماجه في باب الرجل يستيقظ من منامه (١/١٣٩) .

(٢) في (م) : [يكون] .

(٣) في (م) : [ولا يطهر] ، وفي (ع) : [ولا تطهر] .

(٤) في (م) ، (ن) : [أن لا ينجس] .

(٥) في (ن) : [ينجس] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بطهر] .

(٧) في (ع) : [ينجس] .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يصار] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يصار] .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يصار] .

(١١) في (ص) ، (ن) : [ولأن] ، والظاهر أن الواو زائدة ، وفي (م) ، (ع) : [ولا] .

(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يصار] .

(١٣) في (م) : [في (م) : [تنجيس] ، وفي (ع) : [ينتجس] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [لا يؤثر] .

(١٥) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

(١٦) في (م) ، (ع) : [ولا] .

(١٧) ساقطة من (ع) .

١١٨٥ - ولا يلزم وقوع البعرة في البئر ؛ لأنا عللنا للمخالطة [١] ، ومتى خالطت البعرة الماء منعت .

١١٨٦ - ولأن النجاسة تؤثر في الماء كما تؤثر في الثوب والبدن ، فإذا استوى في أحدهما ما ظهر منها وما لم يظهر كذلك الآخر .

١١٨٧ - ولأن تأثير النجاسة في الماء أبلغ من تأثيرها في الثوب ؛ بدلالة أن يسيرها يعفى عنه في أحدهما وإن ظهر ولا يعفى في الآخر .

١١٨٨ - فإذا استوى في الثوب ما يظهر [٢] من النجاسة وما لا يظهر ؛ فالماء أولى .

١١٨٩ - احتجوا : بحديث أبي أمامة [٣] : أن النبي ﷺ قال : « الماء طهور لا ينجسه إلا ما غير طعمه ، أو ريحه ، أو لونه » [٤] .

١١٩٠ - والجواب : أن رواية محمد بن يوسف الغصيصي [٥] ، وهو لا يعرف عن راشد بن سعد [٦] ، وهو ساقط الرواية ظاهر الجرح .

١١٩١ - قال الدارقطني : لم يرفعه عن راشد [٧] غير معاوية بن صالح [٨] وليس

---

(١) في (ع) : [المخالطة] . (٢) في (ن) : [ما يطهر] .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بحديث أمامة] . وهو : أبو أمامة الباهلي ، واسمه صدي بن عجلان ، وهو مشهور بكنيته ، صاحب رسول الله ﷺ ، ولد قبل الهجرة بعشرين عامًا ، روى عن : عمر ، ومعاذ ، وأبي عبيدة ، وروى عنه : خالد بن معدان ، والقاسم أبو عبد الرحمن ، وسالم بن أبي الجعد . كان ﷺ ممن بايع تحت الشجرة ، وله فضائل كثيرة . قال المدائني : توفي سنة ست وثمانين . (انظر : الإصابة ٢٤٠/٣ ، سير أعلام النبلاء ٤٥٧/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [إلا ما غيرت طعمه أو ريحه] . أخرجه ابن ماجه بلفظ : « إن الماء لا ينجسه شيء إلا ما غلب ريحه ، وطعمه ، ولونه » في السنن كتاب الطهارة باب الحياض (١٧٤/١) ، والدارقطني باب الماء المتغير (٢٨/١ ، ٢٩) ، والبيهقي في الكبرى باب نجاسة الماء الكثير إذا غيرته النجاسة (٢٥٩/١ ، ٢٦٠) .

(٥) في (ص) ، (ن) : [القصصي] وفي (ع) : [القصيصي] ، وما أثبتناه من (م) ، ومن سنن الدارقطني ، ولم نجده في كتب التراجم .

(٦) في سائر النسخ : [رشد بن سعيد] ، والصواب ، ما أثبتناه . هو : راشد بن سعد المقرائي الفقيه ، محدث حمص . يروي عن سعد بن أبي وقاص ، ومعاوية بن أبي سفيان ، وثوبان ، وغيرهم . حدث عنه : ثور بن زيد ، وحريز بن عثمان ، وأهل حمص ، وغيرهم . وثقه غير واحد ، وقال أحمد : لا بأس به . قال ابن حزم : ضعيف ، وقال ابن حجر في التهذيب : إن الدارقطني ضعفه . توفي سنة ثلاث عشرة ومائة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٤٩٠/٤ ، وتهذيب التهذيب ١٩٥/٣) .

(٧) في (ص) ، (ع) : [رشد] ، وفي (م) ، (ع) : [رشد بن سعيد وهو ساقط الرواية] .

(٨) هو : معاوية بن صالح بن حدير بن سعيد ، الإمام الحافظ الثقة ، ولد في حياة طائفة من الصحابة ، وفي =

بالقوي [١] .

١١٩٢ - وقال ابن المديني : لم يكن يحيى القطان يرضى معاوية بن صالح ، ولا يروي عنه .

١١٩٣ - وقد رواه الثقات - مثل ابن إسماعيل الضراب [٢] ، وعيسى بن يونس [٣] - وأوقفوه ، ولأن الخبر متروك الظاهر ، فعلمنا أن النجاسة تؤثر [٤] فيه بأن لم يتغير باتفاق .

١١٩٤ - فكان معناه : لا يصير في حكم النجاسات [٥] إلا بالتغير [٦] ، كما قال عليه الصلاة والسلام : « المؤمن لا ينجس » [٧] ، وقال : « ليس على الأرض من الجائر الشيء » ، معناه : أن الأرض لا تنجس [٨] بنفسها وإن جاورها

= دولة عبد الملك بن مروان ، في حدود الثمانين من الهجرة ، روى عن : راشد بن سعد ، ومكحول وأبي مريم الأنصاري ، وروى عنه : سفيان الثوري ، والليث ، والواقدي ، قال عنه أحمد بن حنبل : ثقة ، وقال عنه علي ابن المديني : سألت يحيى بن سعيد عن معاوية بن صالح فقال : ما كنا نأخذ عنه ذلك الزمان ولا حرفًا ، توفي سنة خمسين ومائة . (انظر : تهذيب الكمال ١٨٦/٢٨ ، سير أعلام النبلاء ١٢٣/٧) .

(١) تقدم نص الدارقطني مع تخريج الحديث بلفظ آخر ، وواضح من اختلاف النصين تصرف فيه .

(٢) في (م) : [الفراب] ، وفي (ع) : [الفرات] . وهو : الحسن بن إسماعيل بن محمد المصري الضراب ، ولد سنة ثلاث عشرة وثلاثمائة ، روى عن : أحمد بن مروان الدينوري ، وأحمد بن مسعود المقدسي ، وغيرهما ، روى عنه : ابنه عبد العزيز ، والدارقطني ، وهو أكبر منه ، كان رحمه الله صاحب حديث ثقة ، وصنف كتاب المروءة ، وروى كتاب المجالسة للدينوري ، توفي رحمه الله سنة اثنين وتسعين وثلاثمائة . (انظر : العبر ٥٢/٣ ، سير أعلام النبلاء ٥٤٦/١٢ ، معجم المؤلفين ٥٤٠/١) .

(٣) عيسى بن يونس بن أبي إسحاق السبيعي الهمداني الكوفي ، أخو إسرائيل ، حافظ ثقة مأمون ، وثقه ابن المديني وابن معين وغيرهما . (انظر : الجرح والتعديل ٢٩١/٦ ، ٢٩٢ ، ميزان الاعتدال ٣٢٨/٣ ، تقريب التهذيب ١٠٣/٢) .

(٤) في (م) : [يؤثر] .

(٥) في (م) ، (ع) : [النجاسة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بالتغيير] .

(٧) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الغسل باب عرق الجنب وأن المسلم لا ينجس (٦١/١ ، ٦٢) ، ومسلم في الصحيح كتاب الحيض باب الدليل على أن المسلم لا ينجس (١٦٠/١) ، وأحمد في المسند (٢٣٥/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف في باب مجالسة الجنب (٢٠٠/١) ، وأبو داود في باب الجنب يصافح (٦٣/١) ، والترمذي في باب ما جاء في مصافحة الجنب (٢٠٧/١ ، ٢٠٨) ، والنسائي في المجتبى كتاب الطهارة باب مماسة الجنب ومجالسته (١٤٦/١) ، وهذا الحديث متفق عليه .

(٨) في (م) : [لا ينجس] .

النجاسة ، وحمل الخبر على هذا التأويل أولى ؛ لأنا ننفي [١] عمومه في القليل والكثير ، وحمله على ما يقولونه يؤدي إلى التخصيص في القليل ، ومن نفى العموم فهو بالظاهر أولى .

١١٩٥ - احتجوا : بحديث أبي سعيد الخدري أنه قيل لرسول الله [ﷺ] [٢] : ألا نتوضأ [٣] من بئر بضاعة - وهو [بئر] [٤] يطرح فيها المحائض ولحوم الكلاب ، وما ينجس الناس [٥] - فقال : « الماء لا ينجسه شيء » [٦] .

١١٩٦ - والجواب : أن هذا الخبر مداره [٧] على الوليد بن كثير [٨] ، وهو مدني لم يرو عنه أهل المدينة ، وقالوا : كان [أباضيا ، فرواه] [٩] عن محمد بن كعب القرظي ، عن عبيد الله بن عبد الله [١٠] .

١١٩٧ - ورواه محمد بن إسحاق [١١] ، [عن سليط بن أيوب] [١٢] ، عن عبد الرحمن بن رافع ، عن أبي سعيد .

---

(١) في (ن) : [نبقي] .
(٢) ساقطة من (ن) .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) ، وهامش (ص) : [أفلا يتوضأ] .
(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٥) في (ع) : [الماء] .
(٦) تقدم تخريج هذا الحديث ، وأخرجه الطحاوي في المعاني أول الطهارة (١١/١ ، ١٢) .
(٧) في (ع) : [أن مدار هذا الخبر] .
(٨) هو : الوليد بن كثير المخزومي مولاهم المدني ، روى عن : بشر بن يسار ، وسعيد بن أبي هند ، والأعرج ، وغيرهم ، روى عنه : سفيان بن عيينة ، وأبو أسامة بن أبي فديك ، وغيرهم ، كان أخباريًّا علامة ثقة ، وقال عنه أبو داود : ثقة إلا أنه إباضي ، توفي رحمه الله سنة إحدى وخمسين ومائة . (انظر : العبر ٢١٧/١ ، سير أعلام النبلاء ٥٢/٧) .
(٩) في (م) ، (ع) : [أبا صافر رواه] .
(١٠) راجع ترجمة الوليد بن كثير المخزومي في الجرح والتعديل (١٤/٩) ، ميزان الاعتدال (٣٤٥/٤) ، تقريب التهذيب (٣٣٥/٢) .
(١١) هو : محمد بن إسحاق بن يسار بن خيار ، مولى بني مخرمة بن عبد المطلب بن عبد مناف ، ولد ابن إسحاق سنة ثمان بالمدينة ، روى عن : أبيه ، وعمه موسى بن يسار ، وسليط بن أيوب وغيرهم ، روى عنه : أحمد بن خالد الوهبي ، وجرير بن عبد الحميد ، وغيرهما ، كان رحمه الله أول من دون العلم بالمدينة ، وذلك قبل مالك بن أنس وذويه ، كان في العلم بحرًا ، قال عنه يحيى بن معين : كان ثقة حسن الحديث ، وقال عنه الشافعي : من أراد أن يتبحر في المغازي فهو عيال على محمد بن إسحاق ، توفي رحمه الله سنة إحدى وخمسين ومائة . (انظر : تهذيب الكمال ٤٠٥/٢٤ ، سير أعلام النبلاء ٣٠/٧) .
(١٢) قوله : [عن سليط] ساقط من (م) ، (ع) ، (ن) ، وفي (ص) : [عن سليط بن أيوب بن عبد الرحمن] والصواب ما أثبتناه .

١١٩٨ - ورواه إبراهيم بن سعد [١] عن سليط عن عبيد الله [٢] بن عبد الرحمن بن رافع .

١١٩٩ - ولو كان هذا الحديث معروفًا برواية رجل لم يقع الاختلاف في اسمه . وسليط بن أيوب غير معروف بالرواية ، وإنما روى عنه ابن إسحاق ، وكان لا يبالي عمن [٣] أخذ .

١٢٠٠ - ولم يقل : حدثنا ، وإنما قال : عن سليط ، وهو ممن يعرف بالتدليس عن الثقات ، على أن الخبر لا يجوز أن يكون محمولًا على ظاهره ؛ لأن طرح النجاسات [٤] في الماء منهي عنه في الشرع ، فكيف يجوز أن يخبَر [النبي] [٥] ﷺ بإلقاء ما ذكر من النتن [٦] ولا ينكره ، بل يقر عليه ، ولأن المعلوم من نزاهته ونظافته وبعده عن الرائحة المستنكرة وإيثاره [٧] للطيب أنه لا يتوضأ بما [٨] يلقى فيه الكلاب والمحائض ، فلم يبق إلا أن تكون [٩] هذه البئر كانت - كما ذكر - في الجاهلية ، فأشكل على القوم حالها في الحال وإن لم يقع فيها نجاسة ؛ لمكان النجاسة المتقدمة .

١٢٠١ - وقال ﷺ : « الماء لا ينجسه شيء إلا ما غير لونه » ، فتبين أن تلك النجاسة لما لم يبق أثرها لم يبق حكمها مع كثرة النزح .

= وهو : سليط بن أيوب بن الحكم الأنصاري المدني ، روى عن : عبد الرحمن بن أبي سعيد الخدري وعبيد الله ابن عبد الرحمن بن أبي رافع الأنصاري ، وروى عن : محمد بن إسحاق بن يسار وخالد بن أبي نوف السجستاني عنه ، مقبول . (انظر : الجرح والتعديل ٢٨٧/٤ ، تقريب التهذيب ٣٩٥/١) .

(١) هو : إبراهيم بن سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف صاحب رسول الله ﷺ ، الإمام الحافظ الكبير ، ولد سنة ثمان ومائة بالمدينة المنورة ، روى عن : أبيه قاضي المدينة ، وصالح بن كيسان ، وابن إسحاق وغيرهم ، وروى عنه : ولداه يعقوب وسعد ، وأبو داود الطيالسي وغيرهم ، قال عنه يحيى بن معين : ثقة حجة ، وقال البخاري : قال لي إبراهيم بن حمزة : كان عند إبراهيم بن سعد عن محمد بن إسحاق نحو من سبعة عشر ألف حديث في الأحكام سوى المغازي ، وإبرهيم بن سعد من أكثر أهل المدينة حديثًا في زمانه ، توفي رحمه الله سنة ثنتين أو ثلاث وثمانين ومائة . (انظر : تهذيب الكمال ٨٨/٢ ، سير أعلام النبلاء ٥٥١/٧) .

(٢) في (م) ، (ع) : [عبد الله] . راجع طرقه وتعليله في نصب الراية ، وتلخيص الحبير (١٢/١ ، ١٣ الحديث (٢) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ممن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [النجاسة] .

(٥) زيادة من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [التبن] .

(٧) في (م) : [واساره] .

(٨) في (ن) : [مما] .

(٩) في (م) ، (ع) : [أن يكون] .

١٢٠٢ – ويبين [١] ما قلناه أن أبا داود قال : أكثر ما يكون الماء في بئر بضاعة إلى السرة ، وأقله إلى العورة ، يعني الركبة [٢] .

١٢٠٣ – ومثل هذا إذا دام وقوع النجاسة فيه ظهرت [٣] ، فدل أن السؤال وقع عن حالة سابقة .

١٢٠٤ – فأما قوله : « لا ينجسه شيء » فقد أجبنا عنه .

١٢٠٥ – ثم نقول : إنه ﷺ بَقَّى [٤] الماء على الطهارة [٥] ، ونقله عن الأصل بتغير [٦] الأوصاف ؛ لأن تغيرها يوجب تغير النجاسة ، ووقوع النجاسة فيه إذا بلغ في باب اليقين ؛ لأن التغير قد يكون بغير النجاسة ، فصار ذكر التغيير تنبيهًا على ما هو أقوى في النفس ، كما ينبه [٧] بالأدنى على الأعلى .

١٢٠٦ – وقد ذكر ابن شجاع عن الواقدي [٨] – وهو أعرف الناس بالمدينة – أن بئر بضاعة مجرى الماء إلى البساتين ، والماء الجاري لا تستقر [٩] فيه النجاسة .

١٢٠٧ – ولا يقال : لو كان كذلك ما أشكل حالها ؛ لأن هذا مشكل لجواز ؛ أن يظنوا أن الماء إذا نجس نجس ما يجاوره [١٠] ، فلم تزل [١١] النجاسة أبدا .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وبين] .

(٢) قال أبو داود (٢٥/١) بعد ما أخرج حديث أبي سعيد : سمعت قتيبة بن سعيد قال : سألت قيم بئر بضاعة عن عمقها ، قال : أكثر ما يكون فيها الماء إلى العانة ، قلت : فإذا نقص ، قال : دون العورة ، وقال أبو داود : قدرت بئر بضاعة بردائي ، مددته عليها ثم ذرعته ؛ فإذا عرضها ستة أذرع ، وسألت الذي فتح لي باب البستان فأدخلني إليه : هل غير بناؤها عما كانت عليه ، قال : لا ، ورأيت فيها ماء متغير اللون .

(٣) في (م) ، (ع) : [طهرت] .

(٤) في (م) ، (ع) : [نقى] .

(٥) في (ع) : [عن الطهارة] .

(٦) في (ن) : [بتغيير] .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بينه] .

(٨) حرف [عن] ساقط من (م) ، (ع) . وهو : محمد بن عمر بن واقد الأسلمي ، صاحب التصانيف والمغازي ، ولد بعد العشرين ومائة ، روى عن : محمد بن عجلان ، وابن جريج ، وثور بن يزيد وغيرهم ، وروى عنه : محمد بن سعد كاتبه ، وابن أبي شيبة ، وأبو بكر الصنعاني ، كان رَحِمَهُ اللَّهُ من أوعية العلم رغم ضعفه المتفق عليه . طلب العلم عام بضعة وأربعين ، وسمع من صغار التابعين ، وولي القضاء ببغداد للمأمون أربع سنين ، وكان عالمًا بالمغازي والسير والفتوح والأحكام واختلاف الناس ، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة سبع ومائتين . (انظر : تهذيب الكمال ١٨٠/٢٦ ، سير أعلام النبلاء ٢٩٣/٨) .

(٩) في (م) ، (ن) : [لا يستقر] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ما يجاوزه] .

(١١) في (م) : [فلم ترك] .

١٢٠٨ - احتجوا : بحديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثًا » (١) ، وروي : « فإنه لا ينجس » (٢) .

١٢٠٩ - والجواب : أن هذا الخبر مداره على الوليد بن كثير - ولم يروه (٣) عنه أهل المدينة وهو مدني ، وقد (٤) ضعفه الساجي (٥) - عن محمد بن جعفر بن الزبير - وليس بثبت ، ولا معروف بالرواية ، ولذلك لم يرو عنه أحد من الأئمة في زمانه - عن [عبد الله (٦) بن] (٧) عبد الله بن عمر ، وتارة عن عبيد الله (٨) بن عبد الله ، وهذا اضطراب عندهم ، وأصحاب الحديث لا يصححون رواية أحد من ولد ابن عمر (٩) إلا سالم (١٠) .

١٢١٠ - ورواه (١١) محمد بن وهب السلمي (١٢) عن ابن عياش (١٣) ، عن محمد

(١) تقدم تخريجه في المسألة (٣٥) .
(٢) أخرجه أبو داود بهذا اللفظ في آخر باب ما ينجس الماء (٢٤/١) ، والدارقطني في باب حكم الماء إذا لاقته نجاسة (٢٣/١) .
(٣) في غير (ص) : [ولم يرو] .
(٤) في (م) ، (ع) : [وهو] .
(٥) هو : أبو يحيى زكريا بن يحيى بن عبد الرحمن بن بحر البصري ، الشافعي ، محدث البصرة ، وشيخها ومفتيها ، سمع طالوت بن عباد ، وأبا الربيع الزهراني ، وغيرهما ، حدث عنه : أبو بكر الإسماعيلي ، وأبو القاسم الطبراني ، وغيرهما . من مصنفاته : كتاب اختلاف العلماء ، وعلل الحديث ، توفي بالبصرة سنة سبع وثلاثمائة . (انظر : تذكرة الحفاظ ٧٠٩/٢ ، سير أعلام النبلاء ٢٤٣/١١) .
(٦) في (ص) : [عن عبيد الله] ، والصواب ما أثبتناه من سنن أبي داود .
(٧) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عن عبد الله] .
(٩) في (ص) : [بن عمر] .
(١٠) هو : سالم بن عبد الله ابن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب الإمام الزاهد الحافظ مفتي المدينة ، كان مولده في خلافة سيدنا عثمان بن عفان ﷺ ، روى عن : أبيه ، وعائشة ، وأبو هريرة ، وغيرهم ، روى عنه : ابنه أبو بكر ، وسالم بن الجعد ، والزهري ، وغيرهم . قال عنه العجلي : سالم بن عبد الله تابعي ثقة ، وقال أحمد بن راهويه : أصح الأسانيد : الزهري عن سالم عن أبيه ، توفي ﷺ سنة ست ومائة . (انظر : تهذيب الكمال ١٤٥/١٠ ، سير أعلام النبلاء ٣٨٢/٥) .
(١١) في (م) : [ورده] وفي (ع) : [ورده] .
(١٢) هو : محمد بن وهب بن عطية أبو عبد الله السلمي الدمشقي ، روى عن : أحمد بن معاوية بن وديع ، وبقية بن الوليد ، وغيرهما ، روى عنه : إبراهيم الجوزجاني ، وأحمد بن منصور الرمادي ، وغيرهما ، قال عنه الدارقطني : ثقة ، وقال أبو حاتم : صالح الحديث ، وروى له البخاري وابن ماجه ، وقال عنه ابن عدي : له غير حديث منكر ، . (انظر : تهذيب الكمال ٥٩٩/٢٦ ، سير أعلام النبلاء ٢٩٨/٩) .
(١٣) في (ص) : [عن أبي عياش] وفي (م) ، (ع) : [عن ابن عباس] ، والصواب ما أثبتناه من

ابن إسحاق [عن] [(١)] الزهري ، عن عبيد اللّٰه بن عبد اللّٰه ، عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ [(٢)] . ومحمد بن وهب ضعيف .

١٢١١ - قال الدارقطني : المحفوظ عن ابن عياش [(٣)] ، عن محمد بن إسحاق ، عن [محمد] [(٤)] بن جعفر [(٥)] ، وهذا طعن منه .

١٢١٢ - ورواه عبد الوهاب بن عطاء [(٦)] ، عن محمد بن إسحاق ، عن الزهري عن سالم عن أبيه [(٧)] ، وعبد الوهاب اختلط عقله ، وروى في اختلاطه ، لذلك [(٨)] لا يعتمد على حديث رواه .

١٢١٣ - ورواه حماد بن سلمة عن عاصم بن المنذر بن الزبير ، عن عبيد اللّٰه [(٩)] بن عبد اللّٰه ، وخالفه حماد بن زيد ، وهو أوثق منه ، فرواه عن عاصم بن المنذر ، وأوقفه [(١٠)] على ابن عمر ، فهذا اضطراب سند الحديث .

١٢١٤ - وقد روي من الطرق الصحاح موقوفا [(١١)] على ابن عمر ، أوقفه إسماعيل ابن علية [(١٢)] وحماد بن زيد ، وليس فيما أسنده ما يقارب

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) أخرجه الدارقطني بهذا الإسناد بلفظ : أنه سئل عن القليب يلقى فيه الجيف ، ويشرب منه الكلاب والدواب فقال : « ما بلغ الماء قلتين فما فوق ذلك لم ينجسه شيء » (٢١/١) الحديث (١٨) .

(٣) في سائر النسخ : [أبي عياش] ، والمثبت من سنن الدارقطني .

(٤) ساقطة من (ع) .

(٥) قال الدارقطني بعد أن أخرجه من طريق محمد بن وهب : كذا رواه محمد بن وهب عن إسماعيل بن عياش بهذا الإسناد ، والمحفوظ عن ابن عياش عن محمد بن إسحاق عن محمد بن جعفر بن الزبير عن عبيد اللّٰه بن عبد اللّٰه بن عمر عن أبيه . الحديث (١٨) .

(٦) هو : عبد الوهاب بن عطاء الخفاف أبو نصر العجلي ، الإمام الصدوق العابد المحدث ، سكن بغداد ، روى عن : الأخضر بن عجلان ، وإسرائيل بن يونس ، وجويير بن سعيد ، وغيرهم ، روى عنه : أبو ثور إبراهيم بن خالد الكلبي ، وأحمد بن حنبل ، وغيرهما ، وقال أبو عثمان بن سعيد الدارمي وأبو بكر بن أبي خيثمة ، وعن يحيى بن معين : ليس به بأس ، وقال البخاري : ليس بالقوي عندهم ، وهو يحتمل . توفي في آخر سنة أربع ومائتين . (انظر : تهذيب الكمال ٥٠٩/١٨ ، سير أعلام النبلاء ٢٩١/٨) .

(٧) راجع سنن الدارقطني الحديث رقم (١٨) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وكذلك] . (٩) في (ن) : [عن عبد اللّٰه] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ووافقه] . (١١) في (ن) : [موقوف] .

(١٢) هو : إسماعيل بن إبرهيم بن مقسم ، المشهور بابن علية ، وهي أمه . الإمام العلامة الحافظ ، الثبت ، =

هؤلاء [١] .

١٢١٥ – وقد روى الشافعي هذا الخبر فقال : رواه ابن جريج بإسناد لا يحضرني [٢] . فحُكي عن أبي يوسف داود أنه قال : الإسناد لم يحضره ، ولا يحضر [٣] أبدًا ؛ لأنه لا أصل له .

١٢١٦ – والذي يبين [٤] ضعفه أنه حديث مدني لم يروه أئمة المدينة [٥] ولا ذكره أحد من الناس في الصحيح ، ثم هو مضطرب المتن : روي : قلتين أو ثلاثًا [٦] ، وروى جابر عن النبي ﷺ : « إذا بلغ الماء أربعين قلة » [٧] . وهذا اضطراب في المتن . ثم القلة [٨] مجهولة ؛ لأنها عبارة عن أشياء مختلفة تتفاوت ، ليس بعضها أولى [٩] من بعض ، واعتبارهم لقلال هجر تقليد ؛ لأن ابن جريج لا يصح [١٠] ؛ لأن التقليد لا يجوز في موضع خلاف ؛ ثم قد قال هشيم : القلال : الجرار الكبار [١١] ، فلم يكن

= ولد سنة عشر ومائة بالبصرة ، حدث عن : أبي بكر محمد بن المنكدر ، ويونس بن عبيد ، وغيرهما ، وحدث عنه : إسحاق وأحمد وابن مهدي وابن المديني وبندار وغيرهم ، كان فقيها ، إمامًا ، مفتيًا ، من أئمة الحديث ، قال عنه أبو داود السجستاني : ما أحد من المحدثين إلا وقد أخطأ إلا إسماعيل ابن علية وبشر بن المفضل كان موصوفًا بالدين والورع والتأله ، منظورًا إليه في الفضل والعلم وبدت منه هفوات خفيفة لم تغير رتبته إن شاء الله ، توفي رحمه الله سنة ثلاث وتسعين ومائة . (انظر : تذكرة الحفاظ ٣٢٢/١ ، سير أعلام النبلاء ٦٣/٨) .

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [هو لي] .

(٢) أخرجه الشافعي في الأم كتاب الطهارة الماء الراكد (٤/١) .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ولم يحضر] .

(٤) في (م) ، (ص) : [بين] .

(٥) في (م) ، (ع) : المدني] .

(٦) أخرجه ابن ماجه بلفظ : « إذا كان الماء قلتين أو ثلاثًا لم ينجسه شيء » في السنن باب مقدار الماء الذي لا ينجس (١٧٢/١) ، والدارقطني باب حكم الماء إذا لاقته نجاسة (٢٢/١) ، والبيهقي في الكبرى باب نجاسة الماء الكثير إذا غيرته النجاسة (٢٦٠/١) .

(٧) في (ن) : [أو تغير] مكان [أربعين] . أخرجه الدارقطني باب حكم الماء إذا لاقته نجاسة (٢٦/١) ، والبيهقي في الكبرى باب نجاسة الماء الكثير إذا غيرته النجاسة (٢٦٢/١ ، ٢٦٣) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [العلة] .

(٩) في (ع) : [أفضل] .

(١٠) في سائر النسخ : [لأن ابن جريج لا يصح] ، ولعل الصواب : [لأن ابن جريج قال : لا يصح] ، وقال الشافعي بعد أن أخرجه من طريق ابن جريج : وقال في الحديث : « بقلال هجر » ، وقال ابن جرير : ورأيت قلال هجر فالقلة تسع قربتين وشيئًا ، المصدر السابق (٤/١) ، والبيهقي من طريق الشافعي ، في الكبرى باب قدر القلتين (٢٦٣/١) .

(١١) قال الدارقطني بعد أن أخرج حديث عبيد الله بن عمر مرسلًا من طريق الحسن بن عرفة : قال ابن =

الرجوع إلى قول ابن جريج أولى من قوله .

١٢١٧ - ثم قلال [١] هجر مختلفة في نفسها [٢] ، كقلال كل بلد .

١٢١٨ - وقولهم : إنه روي في الخبر : « إذا بلغ الماء قلتين بقلال هجر » [٣] لا يصح ؛ لأن هذا لم يذكر في موضع يوثق به .

١٢١٩ - وقيل : تفرد به المغيرة بن سقلاب [٤] ، وهو ضعيف ، والأشبه أن المراد بالقلة : قامة الرجل أو سنام الجمل ؛ لأن الماء يقدر [٥] في الغالب بالأذرع والقامات .

١٢٢٠ - ولا يقال : إن الخبر قد أفاد التحديد ، وهو خلاف قولكم ؛ لأن القلتين إن كان المراد بها ما ذكرناه [٦] فهو من الغالب ما لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك الآخر [٧] ، وهو تعيين [٨] .

= عرفة : وسمعت هيثمًا يقول : تفسير القلتين - يعني : الجرتين الكبار - سنن الدارقطني باب حكم الماء إذا لاقته نجاسة (٢٠/١) ، والبيهقي في الكبرى باب نجاسة الماء الكثير إذا غيرته النجاسة (٢٦٤/١) .

(١) في (م) ، (ن) : [قال] .
(٢) في (ن) : [أنفسها] .

(٣) هذا الحديث أخرجه ابن عدي من طريق المغيرة بن سقلاب عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ بلفظ : « إذا كان الماء قلتين من قلال هجر لم ينجسه شيء » انظر : الكامل لابن عدي (٣٥٩/٦) ، وقال بعد أن أخرجه : وقوله في متن هذا « من قلال هجر » غير محفوظ ، ولم يذكر إلا في هذا الحديث من رواية مغيرة هذا ، عن محمد بن يحيى بن كثير ، عن أبي جعفر بن نفيل . ومغيرة ابن سقلاب لم يكن مؤتمنًا على حديث رسول الله ﷺ . راجع ترجمته في ميزان الاعتدال (١٦٣/٤) . وأخرجه الدارقطني (٢٤/١ ، ٢٥) ، والبيهقي من طريق الدارقطني (٢٦٣/١) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [سقلان] .
(٥) في (م) ، (ع) : [تقدر] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ما ذكرنا] .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بتحرك الآخر] .

(٨) قال ابن التركماني بعد التعقيب على البيهقي : قد اختلف في تفسير القلتين اختلافًا شديدًا كما ترى ، ففسرتا بخمس قرب ، وبأربع قرب ، وبأربع وستين رطلًا ، وبائنين وثلاثين ، وبالجرتين مطلقًا ، وبالجرتين بقيد الكبر ، وبالخابيتين ... ، فظهر بهذا جهالة مقدار القلتين ، فتعذر العمل بهما . وقال أبو عمر في التمهيد : وما ذهب إليه الشافعي من حديث القلتين مذهب ضعيف من جهة النظر ، غير ثابت في الأثر ؛ لأنه حديث تكلم فيه جماعة من أهل العلم ، ولأن القلتين لم يقف على حقيقة مبلغهما في أثر ثابت أو إجماع ، وذكر ابن جرير الطبري في التهذيب معنى هذا الكلام في الجوهر النقي بذيل الكبرى للبيهقي (٢٦٣/١ - ٢٦٥) ، وقال الزيلعي في بيان الاضطراب في معنى حديث القلتين : القلة اسم مشترك يطلق على الجرة وعلى القربة وعلى رأس الجبل . وساق من النصوص في هذا الصدد ما فيه الكفاية في نصب الراية (١١٠/١ - ١١٢) .

١٢٢١ - ولأن قوله [١] : « لا يحمل خبثًا » معناه : يضعف عن حمله ، كما يقال : الحل [٢] لا يحتمل الغش .

١٢٢٢ - ولا يقال : إن هذا يذكر في الأعيان ، فأما الأحكام فمعناه : الالتزام دون القوة والضعف ؛ لأن قوله : يضعف عنه معناه : ولا يلزمه حكمه ، وهذا حكم لا عين .

١٢٢٣ - قالوا : فقد روي : « لا ينجس » .

١٢٢٤ - [قلنا : أصل الخبر] [٣] : « لا يحمل خبثًا » ، فاللفظ [٤] الآخر تأويل الراوي .

١٢٢٥ - ألا [ترى] [٥] أن قوله : « لا يحمل خبثًا » محتمل [٦] ، وقوله : « لا ينجس » لا يحتمل ؛ والراوي لا يسمع الصريح [٧] وينقل المحتمل ، وقد يسمع المحتمل فينقل أحد جهات الاحتمال [٨] إذا قرت [٩] في نفسه .

١٢٢٦ - ولا معنى لقولهم : لو كان المراد : يضعف عن حمله لم يكن لتخصيص / القلتين وذكر ما زاد عليها فائدة ، وإنما أراد أن يبين أن النجاسة تؤثر في الماء الكثير ليعلم القليل من طريق الأولى ، ولأن الأخبار التي قدمناها رويت من طرق صحيحة ، واشتهر عمل السلف بها : /ب

١٢٢٧ - فقال علي عليه السلام في البئر تقع فيها فأرة : ينزح ماؤها [١٠] .

١٢٢٨ - وأمر ابن عباس بنزح زمزم لما وقع فيها الزنجي [١١] .

---

(١) في (م) : [وهذا تعبيره ولا قوله] ، وفي (ع) : [وهذا قوله] مكان : [وهو تعيين ولأن قوله] .

(٢) في (ع) : [الخل] .

(٣) في (ص) : [وتتأصل الخبر] .

(٤) في (م) ، (ع) ، (ن) : [اللفظ] .

(٥) ساقط من (ص) .

(٦) في (م) : [مجتمل] .

(٧) في (ع) : [الصحيح] .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الاحتمالات] .

(٩) في (م) ، (ع) : [قرت] .

(١٠) في (ع) : [فينزح ماؤها] . هذا الأثر رواه عبد الرزاق في المصنف باب البئر تقع فيه الدابة (٨٢/١) ، الأثر (٢٧٣) ، وأخرجه الطحاوي من طريق عطاء بن السائب في المعاني كتاب الطهارة (١٧/١) .

(١١) يعني فمات أخرجها عبد الرزاق في المصنف باب البئر تقع فيه الدابة (٨٢/١ ، ٨٣) ، والدارقطني في السنن باب البئر إذا وقع فيها حيوان (٣٣/١) ، والطحاوي في المعاني كتاب الطهارة (١٧/١) ، والبيهقي في السنن (٢٦٦/١) .

١٢٢٩ - والرجوع إلى الأخبار الصحيحة المختلفة الطرق التي وافقها عمل السلف أولى .

١٢٣٠ - ولا يقال : إن الشافعي قال : لا أصل لخبر زمزم ؛ لأنا لا نعرفه بمكة ؛ لأن ذلك رواه ابن سيرين بإسناد لم يطعن عليه ، ذكره الدارقطني وغيره ، فلا يسقط [١] جحود الشافعي .

١٢٣١ - ولا يجوز أن يقال : إن الماء تغير ؛ لأنه لم ينقل في خبر على تفصيل ، وابن عباس قال : انزحوا جميع الماء . ولم يقل : انزحوا حتى يزول التغير [٢] .

١٢٣٢ - قالوا : لأنه ماء بلغ حدًّا لا يحفظ من النجس في العادة ، فإذا وقع فيه نجاسة لم تغيره [٣] لم يحكم بنجاسته ، كالغدير العظيم .

١٢٣٣ - قلنا : لا نسلم أن قدر القلتين لا يحفظ غالبًا ؛ لأن ذلك يصان [٤] بالظروف ويحفظ كما دونه ، والغدير العظيم غير مسلم ؛ لأن مكان النجاسة منه نجس ، وما لم تصل إليه النجاسة كغدير آخر .

١٢٣٤ - قالوا : فأصل علتنا : البعرة إذا وقعت في الماء .

١٢٣٥ - قلنا : هذا موضع استحسان ، فلا يقاس عليه ، ولأنا لا نسلم أن النجاسة في البعرة خالطت الماء ولا جاورته [٥] ؛ لأن عندنا يفصل بين النجاسة والماء فاصل من رطوبة [٦] الخلقة ، كنجاسة في وعاء وقعت في الماء ، فأما إن اختلطت البعرة بالماء أو جاورت [٧] أجزاؤها [٨] ؛ فإنها تنجس [٩] عندنا .

١٢٣٦ - قالوا : أمر [١٠] النجاسة مبني على أن ما لا يمكن التحرز منه عفي عنه ، وما يمكن الاحتراز منه [١١] لم يعف عنه ، والماء كثير لا يحترز فيه من النجاسة ، فعفي عنها .

---

(١) هكذا في كل النسخ ، ولعلها : [يسقطه] .
(٢) في (ص) ، (ن) : [التغير] ، وفي (م) ، (ع) : [حتى تروا البعير] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لم يغيره] .
(٤) في (م) ، (ع) ، (ن) : [يصار] .
(٥) في (م) ، (ع) : [جاوزته] .
(٦) في (م) ، (ع) : [رطوبته] .
(٧) في (م) ، (ع) : [أو جاوزت] .
(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [أجزاها] ، والصواب ما أثبتناه .
(٩) في (ن) : [فإنه نجس] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [أثر] .
(١١) في (ع) : [عنه] .

١٢٣٧ - قلنا : ما لا يمكن الاحتراز منه (١) لا يعتبر به في الماء ، بدلالة [ما لا نفس له] (٢) .

١٢٣٨ - ولأن المواضع التي وقع التقدير في النجاسة المعفو عنها إنما عفي عن قدر منها دون قدر ، أو [عن] (٣) عين دون عين . فأمّا أن يعفى عن مقدار ما يصيبه ، أو يعفى عن بعض الأعيان التي يصيبها دون بعض فلا .

* * *

---

(١) في (ص) : [عنه] .
(٢) في (م) : [ما لا يقر له] ، وفي (ن) ، (ع) : [ما لا بعر له] .
(٣) ساقطة من (ع) .

مسألة ٥٩

إذا كان معه في سفر ماء طاهر وماء نجس لم يتحر فيهما

١٢٣٩ - قال أصحابنا : إذا كان معه في سفر ماء طاهر وماء نجس لم يتحر فيهما ، وإن كان الطاهر في موضعين والنجس [في موضع] (١) واحد جاز التحري (٢) .

١٢٤٠ - وقال الشافعي : يتحرى في الجميع (٣) .

١٢٤١ - لنا : قوله تعالى ﴿ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ ﴾ (٤) ولم يعتبر الوجود والتحري .

١٢٤٢ - وفي مسألتنا : لا يجد الماء إلا بعد التحري ، وذلك لا يقتضيه الظاهر ، فجاز له التيمم .

١٢٤٣ - ولأن الماء النجس لا يجوز استعماله في التطهير بحال ، وتأكد الحظر له تأثير في المنع من التحري ، كالفروج .

١٢٤٤ - وليس في الماء موضع يمنع من التحري إلا عند التساوي .

١٢٤٥ - ولأن ما منع التحري في الماء والبول منع في الماء النجس والطاهر ، أصله : القدرة على ماء آخر ، ولأن [حظر] (٥) استعمال الماء النجس في الطهارة كحظر البول والمائعات الطاهرة ، فإذا لم يجز التحري في أحد (٦) الموضعين عند المساواة كذلك الآخر . ولأن المحظور ساوى المباح الذي لا يجوز استعماله بحال فيما وقع التحري لأجله ، فأشبه إذا كان أحدهما غير النجاسة أو ما الخلاف (٧) .

١٢٤٦ - ولا معنى لقولهم : إن المساواة إن عنيتم بها عدد (٨) الأواني ، فالإناء لا

---

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) قال في المبسوط (٢٩/٣) : ولو أن رجلا كان في سفر ومعه آنية ثلاثة ، في كل إناء ماء أحدها نجس والآخران طاهران ... فإنه يتحرى ... وإن كان إناآن أحدهما طاهر والآخر نجس أهرقهما وتيمم وصلى .

(٣) قال الإمام الشيرازي : وإن اشتبه عليه ماء أنه طاهر ونجس تحرى فيهما ، فإن غلب على ظنه طهارته منهما توضأ به . (انظر : المهذب ٨/١) .

(٤) سورة النساء : الآية ٤٣ .

(٥) زيادة من (ن) .

(٦) في (ص) : [إحدى] .

(٧) هكذا في جميع النسخ .

(٨) في (م) ، (ع) : [عذر] .

يوصف بالحظر والإباحة ، وإن عنيتم بها الماء ، فتساويه [1] غير معتبر عندكم ، وذلك أنا نريد بالمساواة الجهات [2] ، فجهة المحظور ساوت جهة الإباحة ، ولا نعني [3] بذلك الماء ولا الإناء .

١٢٤٧ - ولا معنى لقولهم : إن البول نجس الأصل ، والتحري يقع فيما كان في الأصل طاهرا فنجُس ليرد إلى حكمه في الأصل ؛ لأن ما لا يجوز التحري فيه يستوي فيه التحريم الطارئ عند الاشتباه .

١٢٤٨ - ولأن التحري يطلب [4] لتمييز الطاهر من النجس ، وظهور [5] البول وغيره من الماء أقرب من ظهور [6] الماء النجس ، فإذا كان المقصد [7] تمييز الماء الطاهر كان التحري في الماء والبول أولى ؛ لقرب التمييز .

١٢٤٩ - احتجوا : بقوله تعالى ﴿ فَٱعۡتَبِرُواْ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَبۡصَٰرِ ﴾ [8] ، وهذا لا دلالة فيه ؛ لأن الاعتبار عبارة عن النظر في الأحكام والعلوم ، فأما تمييز الأشياء بعضها من بعض فلا يتناوله الاسم على الإطلاق ، ولو تناولها كان مخصوصا بما ذكرنا .

١٢٥٠ - قالوا : كل جنس دخله التحري إذا كان عدد الطاهر [9] أكثر ، دخله وإن كان النجس أكثر ، كالثياب .

١٢٥١ - قلنا : حكم الثياب مخالف للماء ؛ لأن النجاسة قد سومح فيها في الثوب ما لم يسامح في غيره ؛ ألا ترى أن الثوب النجس النجس يجوز أن يسقط به الفرض في بدنه إذا ستر عورته عن غيره ، والماء النجس لا يجوز استعماله في البدن ، وقليل النجاسة في الثوب معفو عنه بالاتفاق . ولم يعف عنه في الماء القليل ، وتجوز الصلاة عندنا [10] في الثوب النجس إذا لم يجد غيره .

١٢٥٢ - وإذا جفّت نجاسة الثوب ووجب استعمال الثوب الطاهر جاز التحري بكل [11] حال .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فساويه] .
(٢) في (ن) : [الجهة] .
(٣) في (م) ، (ع) : [ولا معنى] .
(٤) في (م) : [مطلب] .
(٥) في غير (ص) : [وطهور] .
(٦) في سائر النسخ : [طهور] ، والذي يظهر أن ما أثبتناه أوفق للمعنى .
(٧) في (م) ، (ع) : [القصد] .
(٨) سورة الحشر : الآية ٢ .
(٩) في (م) : [الظاهر] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [عندنا للصلاة] .
(١١) في (م) ، (ع) : [لكل] .

١٢٥٣ – ولما غلظ [١] حكم الماء النجس وخف حكم الطاهر لأنه يجوز تركه مع وجوده إلى بدل عندنا لعذر – والاشتباه عذر – فمتى لم يرجح الطاهر على النجس قوي حكم النجس وضعف الطاهر ، فلم يجز التحري ، فإذا زادت الآنية الطاهرة قوي حكمها بالغلبة ، ألا ترى أن الغلبة مؤثرة [٢] في الأصول ، فعندنا [إذا غلب قتلى [٣] المسلمين جازت الصلاة ، وعندهم] [٤] إذا غلب الماء الكثير على النجاسة سقط حكمها ، وإن غلبت النجاسة سقط حكم الماء ، فلذلك قوي الطاهر ، فالغلبة [٥] توجب التحري .

١٢٥٤ – قالوا : كل ما دخله الاجتهاد والتحري لم يختلف حكمه ، بكون [٦] المباح أكثر أو المحظور ، كالثياب وجهات القبلة وطرق الاجتهاد .

١٢٥٥ – وهذا ليس بصحيح ؛ لأنا قلنا افتراق حكم الغلبة [٧] وغيرها في [٨] قياس الثياب والماء .

١٢٥٦ – وأما جهات القبلة فليس هناك حظر غالب ؛ لأن الصلاة تجوز [٩] إلى كل الجهات بحال ، فقوي أمر القبلة وضعف المنع فيما سواها ، فكذلك تجري [١٠] ، وأما الحوادث فلا يمكن الاجتهاد فيها إلا مع غلبة الاشتباه ، ألا ترى [١١] أن الجهات فيها تكثر [١٢] غالبا ، فلذلك وجب الاجتهاد بكل حال .

١٢٥٧ – ولأن الثياب وجهات القبلة والأحكام لو أسقطنا التحري لسقط الفرض ولم يقم غيره مقامه ، ومتى أسقطنا التحري في مسألتنا قام مقام الماء التيمم ، فلذلك وجب هناك بكل حال ، وافترقت أحواله في مسألتنا .

١٢٥٨ – قالوا : التحري يراد لتمييز الطاهر من النجس ، وهذا في الاثنين أمكن [١٣] من الثلاث ؛ لأن الاشتباه يقل فيهما ، فكان أولى .

---

(١) في (م) ، (ع) : [والماء غلظ] .
(٢) في (م) ، (ع) : [الموثرة] .
(٣) في (م) ، (ع) : [قتل] .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .
(٥) في (ن) : [بالعيلة] .
(٦) في (ص) : [يكون] .
(٧) في (ن) : [بالعيلة] .
(٨) في سائر النسخ : [وفي] ، ولعل الصواب بحذف الواو ، كما أثبتناه .
(٩) في (م) ، (ع) : [يجوز] .
(١٠) في (ص) ، (ع) : [تحري] .
(١١) في (ص) : [ألا يرى] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [يكره] .
(١٣) في (ن) : [أمكن فيه] .

١٢٥٩ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن عدد الطاهر متى زاد فإصابة الطاهر عند الاشتباه أجران .

١٢٦٠ - ألا ترى أن له جهتين [١] والنجس جهة ، وإصابة الأكثر أقرب من إصابة الأقل [٢] ، فلم يصح ما قالوه .

* * *

(١) في سائر النسخ [جهتان] والأنسب ما أثبتناه .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الأولى] .

مسألة ٦٠

إذا اشتبه الماء بغير النجاسة أو بماء الشجر والغلبة للماء جاز التحري

١٢٦١ – قال أصحابنا : إذا اشتبه الماء بغير النجاسة أو بماء الشجر ، والغلبة للماء جاز التحري .

١٢٦٢ – وقال الشافعي : لا يتحرى أبدًا .

١٢٦٣ – لنا : أن تمييز الماء مما ليس بماء أقرب من تمييزه بماء نجس ، فإذا وجب التحري هناك فهاهنا أولى . ولأن الطاهر غلب على المحظور الذي لا يجوز استعماله بحال في الطهارة ، فأشبه الماء النجس والطاهر .

١٢٦٤ – قالوا : الاشتباه حصل في محظور ومباح من أصله فلم يدخله التحري ، كالمذكاة والميتة ، والأخت والأجنبية .

١٢٦٥ – قلنا : لا يتغير بالحظر ، والأصل والحظر الطارئ إذا كان المنع متعلقا [١] بكل واحد منهما كالآخر .

١٢٦٦ – ألا ترى أن ما عفي عنه من النجاسة [٢] عندنا لا فرق فيه بين الأصلي منها والطارئ ، وما لم يعف عنه يتساويان فيه ، وكذلك على أصلهم لا فرق بين وقوع الماء النجس في القلتين أو وقوع الترك ، فلم يصح الفرق بينهما .

١٢٦٧ – فأما المذكاة والميتة ، فيجوز التحري إذا غلب المذكى ، كما يجوز إذا غلبت الأواني . وأما الأخت والأجنبية فلا يجوز التحري ، ليس لأن الحظر من الأصل ؛ ألا ترى أن الأجنبية لما اختلطت بأم امرأته لم يجز التحري وإن كان الحظر طارئا ، وفي الموضع الذي يجوز الاجتهاد في الفروج عندنا لا يختلف الحظر الطارئ والأصلي ، كمن اختلطت أخته [٣] بنساء بلد جاز أن يتحرى ويتزوج .

* * *

(١) في (م) ، (ن) : [متعلق] .

(٢) في (م) : [من النجاسات] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أمه] .

مسائل المسح على الخفين [٦١ - ٧٠]

مسألة ٦١

إذا مسح المقيم بعض مدة الإقامة ثم سافر أتم مدة السفر

١٢٦٨ - قال أصحابنا : إذا مسح المقيم بعض مدة الإقامة [ثم سافر] [١] ، أتم [٢] مدة السفر [٣] .

١٢٦٩ - وقال الشافعي : يمسح [٤] مسح المقيم [٥] .

١٢٧٠ - لنا : قوله ﷺ : « يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليهن » [٦] . وهذا مسافر، ولا يعترض عليه قوله ﷺ : « والمقيم يوما وليلة » ، لأنه بعد السفر لا يسمى مقيما .

١٢٧١ - ولا يقال : إن الخبر يقتضي من يسير ثلاثة [٧] أيام في السفر ، ومن كان مقيما في الابتداء لا يسير في السفر ثلاثة أيام ، فلا يتناوله الخبر ؛ وذلك لأن الخبر يقتضي مسح ثلاثة أيام للمسافر : قامت الدلالة على إسقاط ما تقدم في الإقامة، بقي [٨] ما سواه .

---

(١) ساقطة من (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [تم] .

(٣) قال الإمام العيني : ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلاثة أيام ولياليها . (انظر : البناية في شرح الهداية ٥٩١/١ ، مختصر الطحاوي ص ٢١ ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية ١٥٤/١ ، ١٥٥ ، الاختيار ٢٥/١) . (٤) في (م) ، (ع) : [يبيح] .

(٥) قال الشافعي : فإن مسح في الحضر .... ثم خرج مسافرا صلى بالمسح حتى يستكمل يومًا وليلة لا يزيد على ذلك . (انظر : فتح العزيز ٣٩٤/١ ، الأم ٣٥/١ ، مختصر المزني ص ٩ ، الوسيط ٤٦٨/١ المجموع مع المهذب ٤٨٨/١) . (وانظر : المنتقى ٧٨/١ ، المسائل الفقهية ٩٧/١ ، الكافي لابن قدامة ٣٧/١ ، المغني ٢٩١/١ ، ٢٩٢) .

(٦) انظر : مسلم في الصحيح باب التوقيت في المسح على الخفين (١٣٠/١ ، ١٣١) ، المحلى بالآثار كتاب الطهارة المسح على الخفين في السفر والحضر (٣٢١/١ - ٣٢٦) ، نصب الراية باب المسح على الخفين (١٦٣/١ - ١٧٦) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية فصل في المسح على الخفين في توقيت مدة المسح (٢١٣/١ - ٢٣٦) ، تلخيص الحبير (١٥٧/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [من سير ثلاثة أيام] ، وفي (ن) : [من سير في ثلاثة أيام] .

(٨) في (م) : [نفى] .

١٢٧٢ - ولأنه مسح صادف حال السفر ، فجاز أن يستوفي رخصة المسافر [١] ، كالمبتدئ في السفر .

١٢٧٣ - ولأنه سافر [٢] مع بقاء مدة المسح ، فأشبه إذا سافر قبل المسح .

١٢٧٤ - ولا يقال : إن من سافر [٣] فقد ابتدأ / العبادة حال الإقامة ؛ وذلك أن سبب الرخصة الحدث دون المسح ، وابتداء المدة يعتبر منه ، فإذا كان حصول ابتداء المدة [٤] في حال الإقامة لا يمنع من الانتقال بالسفر ، فكذلك ابتداء المسح في الإقامة لا يمنع الانتقال . ١٤/أ

١٢٧٥ - ولأنه معنى يتكرر في مدة ويؤثر فيه السفر ، فكان المعتبر بحال الفعل ، كالصوم والصلاة .

١٢٧٦ - ولأن الحكم المتعلق بالمدد إذا طرأ الكامل على الناقص جاز أن يغير ما تقدم ، كالحرية إذا طرأت على السفر .

١٢٧٧ - احتجوا : بأنه معنى يختلف بالسفر والحضر ، فإذا تلبس بها في الحضر ثم سافر وجب أن يغلب حكم الحضر ، كمن افتتح الصلاة في سفينة [٥] ثم انحدرت .

١٢٧٨ - والجواب : أن قولهم (معنى) إن أرادوا به المسح ، فذلك لا يختلف بالسفر والحضر ، وإن أرادوا المدة ، فافتتاح المدة في الحضر لا يمنع الانتقال بالاتفاق [٦] ، كمن أحدث ولم يمسح حتى سافر .

١٢٧٩ - ولأن الصلاة عبادة واحدة ، فإذا افتتحها في [الحضر] [٧] لزمت بالافتتاح كاملة ، فلم تتغير [٨] بالسفر ، وأما المسح فهو عبادات ، فحل محل الصلوات [٩] ، فلا تعتبر الإقامة في أحد ما ينافيها .

١٢٨٠ - ولا يقال : إن المدة واحدة ، فالمسحات فيها كأركان الصلاة الواحدة ؛

---

(١) في (م) ، (ع) : [السفر] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ولا يسافر] .
(٣) في (م) ، (ع) : [إن سافر] .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [المرأة] .
(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [نفسه] .
(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [باتفاق] .
(٧) ساقطة من (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [فلم يتغير] وفي ص [أفلم تتغير ... ؟] ، وما أثبت من (ن) .
(٩) في (م) ، (ع) : [الصلاة] .

لأن الصلاة الواحدة لا ينفرد بعضها عن بعض ، والمسحات تنفرد بعضها عن بعض ، ولا يفسد بعضها بفساد بعض ، فحلت محل الصلوات .

١٢٨١ - قالوا : فيجعل أصل العلة المسح الواحد إذا اجتمع فيه السفر والإقامة ، وذلك مثل أن يمسح أحد الخفين في السفينة ثم تنحدر [١] فيمسح على الآخر ، فيجتمع في مسح واحد السفر والإقامة .

١٢٨٢ - قلنا : مدة المسح في السفر أكمل وفي الإقامة أنقص ، فإذا اجتمع حكمهما [٢] في مسح واحد اعتبر الأكمل ، كما أن صلاة الإقامة لما كانت أكمل من صلاة السفر ثم اجتمع السفر والإقامة في صلاة واحدة اعتبر الإقامة التي هي أكمل ؛ لأن إتمام الصلاة يثبت في حال الإقامة وحال السفر ، كمن اقتدى بمقيم ، وصلاة السفر تثبت في حال السفر ولا تثبت في حال الحضر ، فلما اجتمع حكم السفر والحضر يغلب حكم الإقامة التي يثبت حكمها في الحالتين [٣] ، فأما المسح فلا يثبت الاقتصار على مدة الإقامة في حال السفر ، ولا يثبت مسح السفر في حال الإقامة ، فلم يتغلب [٤] أحد الأمرين ، فوجب اعتبار الفعل مما هو فيه من السفر .

١٢٨٣ - قالوا : ماسح جمع [بين حضر وسفر] [٥] فوجب أن يغلب في حقه حكم الحضر ، كما لو مسح في السفر ثم أقام .

١٢٨٤ - قلنا : حكم السفر والإقامة إنما يتغلب [٦] إذا اجتمعا في فعل واحد ، فأما في فعلين فلا يعتبر ، كالصلاتين ، ثم نقلب [٧] العلة فنقول : فوجب أن يكون الحكم الطارئ ، [أو فوجب أن يعتبر ما يقارن الفعل ، أصله : ما ذكروه .

١٢٨٥ - قالوا : حكم الغسل والمسح إذا اجتمعا غلب] [٨] حكم [٩] الغسل ، كما لو نزع أحد الخفين .

١٢٨٦ - قلنا : لا نسلم أن حكم الغسل ثابت في مسألتنا ؛ لأنه إذا جاز له المسح

---

(١) في (ن) ، (ع) : [ينحدر] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [حكمها] .
(٣) في (م) ، (ع) : [في الحاليين] .
(٤) في (م) ، (ع) : [فلم يغلب] .
(٥) في (ن) : [في سفر وحضر] .
(٦) في (م) : [يغلب] ، وفي (ع) : [يغلبا] .
(٧) في (م) : [نقلت] .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٩) في (ع) : [في حكم] .

إلى آخر المدة فلم يثبت حكم الغسل [١] ، ولأن من ينزع أحد الخفين لم يغلب حكم الغسل ، ولكن لأن المسح لا ينفرد في أحد الخفين فوجب الغسل لبطلان المسح ، لا لتغليب الغسل .

١٢٨٧ – قالوا : كل عارض ورخصة إذا اجتمعت مع أصلها غلب حكم الأصل وأسقط حكم العارض ، كالإقامة والسفر في الصلاة .

١٢٨٨ – قلنا : لم يجتمع في مسألتنا أصل وعارض ؛ لأن الأصل ليس هو مسح الإقامة ، وإنما هو الغسل ، ومسح الإقامة عارض ومسح السفر عارض ، فطرأت رخصة على رخصة ، فجاز أن يعتبر أكمل الرخصتين ، كالمحبوس في المصر إذا تيمم ثم سافر في الوقت فعدم الماء ، صلى بذلك التيمم صلاة تسقط الفرض ، وقد كان تيمم على وجه لا يسقط الفرض ، فلم ينتقل [٢] من أدنى الرخصتين إلى أكملهما [٣] .

* * *

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الأصل] . (٢) في (ع) : [ينقل] .
(٣) في غير (ص) : [أكملها] .

مسألة ٦٢

إذا غسل إحدى رجليه ولبس خفه ثم غسل الأخرى ولبس الخف الآخر جاز له المسح إذا أحدث

١٢٨٩ - قال أصحابنا : إذا غسل إحدى [١] رجليه ولبس خفه ثم غسل الأخرى ولبس الخف الآخر جاز له المسح إذا أحدث [٢] .

١٢٩٠ - وقال الشافعي : لا يجوز المسح حتى يبتدئ اللبس بعد كمال الطهارة [٣] .

١٢٩١ - لنا : حديث صفوان أنه قال : أمرنا رسول اللّٰه ﷺ أن لا ننزع [٤] خفافنا [٥] إذا كنا سفرا ثلاثة أيام [٦] . ولم يفصل .

١٢٩٢ - ولأن الحدث صادف طهارة كاملة مع اللبس ، فأشبه إذا لبسهما [٧] بعد كمال [٨] الطهارة .

١٢٩٣ - ولا يقال : المعنى في الأصل أنه ابتدأ اللبس على طهر كامل ، وفي مسألتنا

---

(١) في (ع) : [أحد] .

(٢) قال الإمام السرخسي : لو توضأ وغسل إحدى رجليه ولبس الخف ثم غسل الرجل الأخرى ولبس الخف ثم أحدث جاز له عندنا أن يمسح . (انظر : المبسوط ٩٩/١ ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية ١٤٦/١ ، ١٤٧ ، بدائع الصنائع ٩/١ ، مجمع الأنهر ٤٦/١) .

(٣) قال الرافعي : ... وله شرطان : الأول : أن يلبس الخف على طهارة كاملة مائية قوية ، فلو غسل إحدى رجليه وأدخلها في الخف لم يصح حتى يغسل الثانية ، ثم يبتدئ في اللبس . (انظر : فتح العزيز ٣٦٤/٢ ، مختصر المزني ص ٩ ، الوسيط ٤٦١/١ ، حلية العلماء ١٣٧/١ ، فتح العزيز في ذيل المجموع ٣٦٥/٢ ، المجموع مع المهذب ٥١١/١ ، ٥١٢ ، مختصر المزني ص ١٠) .

(وانظر : المنتقى ٨٠/١ ، ٨١ ، الكافي لابن عبد البر ١٧٦/١ ، بداية المجتهد ٢٢/١ ، ٢٣ ، المسائل الفقهية ٩٦/١ ، الكافي لابن قدامة ٣٦/١ ، المغني ٢٨٢/١) .

(٤) في (م) : [أن لا ينزع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [خفنا] .

(٦) أخرجه الترمذي في السنن باب المسح على الخفين للمسافر والمقيم (١٥٩/١) ، والنسائي في المجتبى باب التوقيت في المسح على الخفين للمسافر (٨٣/١) ، وابن ماجه في السنن باب الوضوء من النوم (١/ ١٦١) ، وأحمد وابن خزيمة وابن حبان والدارقطني والبيهقي وغيرهما . (وانظر أيضا : المحلى بالآثار ١/ ٣٢٢ ، نصب الراية ١٦٤/١) .

(٧) في (ع) : [لبسها] .

(٨) في (ن) : [تمام] .

ابتدأ اللبس قبل كمال الطهارة (١) ، واللبس سبب الرخصة ، فصار كمصادفة الحدث عدم الطهارة ؛ وذلك أن سبب الرخصة وجود اللبس عند الحدث ، فأما ابتداء اللبس فليس بسبب (٢) ، فلم نسلم ما ذكروه .

١٢٩٤ - ولأنه لو جدد اللبس جاز له المسح ، فكذلك إذا بقي على اللبس ، أصله ما قدمناه .

١٢٩٥ - ولأن النزع له تأثير في بطلان الرخصة ، فإذا كان لو نزع ولبس جاز له المسح إذا أحدث ، فإذا بقي على اللبس أولى .

١٢٩٦ - ولا يقال : إن حكم البقاء على اللبس والابتداء قد يختلفان (٣) ، ألا ترى أن بعد الحدث لو بقي على اللبس استكمل الرخصة ولو نزع ولبس لم يستكمل ؛ لأن هذا دليلنا ؛ وذلك (٤) أن النزع أثر في البطلان ، والبقاء أثر في الصحة ، فإذا كان المسح يجوز لو نزع فإذا بقي أولى .

١٢٩٧ - ولا يقال : إن المحرم لو اصطاد (٥) وحل منع من البقاء على الصيد ، ولو أرسله وأخذه (٦) جاز ، ولا يعتبر البقاء على الإمساك بالابتداء ؛ وذلك لأن حظر الصيد يتعلق بالابتداء ، والبقاء يتبع (٧) الابتداء ، فإذا ابتدأ الأخذ (٨) على وجه منهي لم يقع الملك في البقاء ، وإذا أرسل ثم اصطاد فقد حصل الابتداء غير منهي ، فجاز البقاء .

١٢٩٨ - فأما رخصة المسح فتعود (٩) إلى البقاء على اللبس دون الابتداء ، ألا ترى أن اللبس (١٠) غير مترخص ، وإنما يترخص المحدث الباقي على اللبس ، فثبت أن الرخصة تعود إلى البقاء ، فإذا جاز إذا ابتُدئ فالبقاء أولى . ولأن اجتماع لبسهما في حاله غير معتبر ، كذلك اجتماع طهارتهما عند اللبس .

١٢٩٩ - احتجوا : بقوله ﷺ : « للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن ، وللمقيم يوما وليلة إذا تطهر فلبس خفيه » (١١) ، والفاء للتعقيب ، فدل على أن شرط الرخصة تقدم

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الطهر] .
(٢) في (م) : [سبب] ، وفي (ع) : [سببًا] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يختلفا] .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وذاك] .
(٥) في (م) ، (ن) : [لو اصطاده] .
(٦) في (م) : [واحدة] .
(٧) في (ن) : [مع] .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الآخر] .
(٩) في (م) ، (ع) : [فيعود] .
(١٠) في (ن) : [اللابس] .
(١١) أخرجه الدارقطني في السنن باب في المسح على الخفين من غير توقيت والحديث ليس من قوله ﷺ ، وإنما عن أبي بكرة عن النبي ﷺ : رَخّص للمسافر .... (٢٠٤/١) ، وابن خزيمة في صحيحه باب ذكر الخبر =

الطهارة على اللبس .

١٣٠٠ - والجواب : أن هذا الخبر قد روي من طريق الاستفاضة وليس فيه هذه الزيادة ، فلو كانت ثابتة لنقلت كنقل (١) الخبر .

١٣٠١ - ولأن قوله : « إذا تطهر فلبس » يقتضي وجود ما يسمى لبسا بعد كمال الطهارة ، وهذا موجود في الحين (٢) الذي سبق الحدث ؛ لأن البقاء على اللبس يسمى لبسا ، فقد قلنا بظاهر الخبر .

١٣٠٢ - ولأن (٣) قوله : « إذا تطهر فلبس » يقتضي وجود ما يسمى تطهرا (٤) ، وذلك موجود في غسل ما سوى الرجلين .

١٣٠٣ - ولا معنى لقولهم إن قوله : « تطهر » يقتضي جميع (٥) الطهارة ؛ لأنه لو كان كذلك لم يجز مع نجاسة بدنه ، فعلم أنه أراد ما يتناوله الاسم .

١٣٠٤ - قالوا : روي في حديث المغيرة (٦) أنه لما أراد أن ينزع خفي رسول الله ﷺ قال : « دعهما فإني أدخلتهما (٧) طاهرتين » (٨) .

١٣٠٥ - الجواب : أنه متى غسل إحدى رجليه ولبس ثم غسل الأخرى ولبس ؛ قيل : إنه لبسهما وهما طاهرتان .

١٣٠٦ - ولا يقال : إن النبي ﷺ جعل العلة في المنع من النزع لبسهما على هذه الصفة ؛ وعندكم لو لبسهما مع الحدث ثم خاض الماء لم يجب نزعهما . فقد خالفتم

= المفسر للألفاظ المجملة (٩٦/١) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الطهارة (٢٨١/١) .

(١) في (ع) : [كما نقل] .

(٢) في (ص) : [الجز] وفي (م) كذلك ، لكن بلا نقاط .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولا] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [تطهير] .

(٥) في (ص) : [جمع] .

(٦) هو : المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود بن معتب ، من كبار الصحابة أولي الشجاعة والمكيدة ، روى عنه من الصحابة : أبو أمامة الباهلي ، والمسور بن مخرمة ، وقرة المزني ، وكان ﷺ موصوفا بالدهاء ، وولاه عمر بن الخطاب البصرة ، ثم عزله ، ثم ولاه الكوفة ، وشهد اليمامة وفتوح الشام ، وذهبت عينه باليرموك ، وهو أول من وضع ديوان البصرة ، توفي ﷺ سنة خمسين . (انظر : أسد الغابة ٢٤٧/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢١٧/٤) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لبستهما] .

(٨) في سائر النسخ : [طاهران] ، والصواب ما أثبتناه من الصحيحين . أخرجه البخاري في كتاب الوضوء ، باب إذا أدخل رجليه وهما طاهرتان (٥٠/١) ، ومسلم في باب المسح على الخفين (١٢٩/١) .

العلة ؛ وذلك أن امتناع النزع معلل عندنا بعلل : أحدها : لبس الخفين [١] على الطهارة ، والثاني : كمال الطهارة قبل الحدث ، فتعلق [٢] الحكم بإحدى العلتين يقتضي تعلقه بها ولا ينفي [٣] تعلقه بغيرهما .

١٣٠٧ - قالوا : لبس قبل كمال الطهارة فلم يستبح المسح ، كما لو لم يغسل [٤] الرجلين حتى أحدث .

١٣٠٨ - قلنا : اعتبار اللبس بعد كمال الطهارة لا معنى له ؛ لأنه لو كان نجسا أو كانت مستحاضة جاز المسح بهذا اللبس وإن كانت الطهارة لم تكمل . ولأنه استدام اللبس مع عدم الغسل ، فقد صادف الحدث طهارة ناقصة ، وإذا غسل رجله فقد صادف طهارة كاملة ، والحدث سبب الرخصة ، فوجب اعتبار كمال الطهارة عنده .

١٣٠٩ - والمعنى فيما ذكروه : أنه لو جدد جاز له المسح ، فإذا بقي جاز له الابتداء .

١٣١٠ - قالوا : طهارة معتبرة في جزء من اللبس ، وهو ما قبل الحدث ، وكلما اعتبرت الطهارة في جزء منه [٥] اعتبرت في جميعه ، كالصلاة .

١٣١١ - قلنا : يبطل بالجزء الذي تصادفه [٦] التحريمة : أن الطهارة معتبرة فيه ولا تعتبر فيما قبله [٧] من الأجزاء ، وتعتبر [٨] الطهارة في الطواف - وهو جزء من الإحرام - ولا تعتبر في نفسه ، وكذلك على أصلهم : تعتبر [٩] الطهارة في الجزء الذي يليه اللبس ، ولا تعتبر فيما قبل ذلك ، فلا يمتنع أن تعتبر [١٠] الطهارة [١١] في الجزء [الذي] [١٢] يصادفه الحدث ولا يعتبرها فيما قبل ذلك .

١٣١٢ - قالوا : لبس على طهر ناقص فلم يستبح المسح عند كمال الحال ، كالمستحاضة إذا لبست ثم انقطع دمها .

---

(١) في (ص) : [الخف] .
(٢) في (ن) : [فتعلقت] .
(٣) في (م) ، (ع) : [ولا يبقي] .
(٤) في (م) ، (ع) : [كما لو يغسل] .
(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [حرمته] .
(٦) في (ن) ، (ع) : [يصادفه] .
(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قلته] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يعتبر] .
(٩) في (م) ، (ع) : [يعتبر] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يعتبر] .
(١١) في (ع) : [في الطهارة] .
(١٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

١٣١٣ - قلنا : الوصف غير مسلم في الفرع ؛ لأنا لا نقول [(١)] لمن غسل رجليه كملت حاله ؛ لأن الحال قبل الغسل وبعده واحدة ، وإنما نقول كملت طهارته ، وارتفاع دم المستحاضة [(٢)] يصح أن يقال كمال الحال ؛ لأنها لو لم تطهر [(٣)] قيل : إنها كاملة الحال ، فلم يصح الجمع بينهما .

١٣١٤ - ولأن المستحاضة [إذا] [(٤)] ارتفع دمها تجدد وجوب الغسل بسبب سابق للبس ، ولابس الخفين لم يتجدد [(٥)] عليه وجوب / الغسل بسبب سابق ، ولأن المستحاضة لم يصادف حدثها طهارة كاملة ؛ وفي مسألتنا صادف الحدث طهارة كاملة . ١٤/ب

* * *

(١) في (ص) : [لأنا نقول] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الاستحاضة] .
(٣) في (ص) : [يظهر] .
(٤) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٥) في (ن) : [يجدد] .

مسألة ٦٣

يسير الخرق لا يمنع المسح على الخف

١٣١٥ - قال أصحابنا : يسير الخرق لا يمنع [المسح] [١] على الخف [٢] .

١٣١٦ - وقال الشافعي : يمنع [٣] .

١٣١٧ - لنا قوله عليه الصلاة والسلام : « يمسح المسافر ثلاثة أيام » [٤] ، ولم يفصل .

١٣١٨ - وحديث صفوان : أمرنا رسول الله ﷺ أن لا ننزع [٥] خفافنا إذا كنا سفرا ثلاثة أيام [٦] .

١٣١٩ - ولا معنى لقولهم : إن الخف المخرق لا يتناوله الاسم ؛ لأن الخرق صفة وعيب [٧] وذلك لا يمنع من الاسم ، كالعيب بالعبد والثوب لا يمنع التسمية فيهما .

١٣٢٠ - ولأنه معنى لا يمنع المشي المعتاد ، فصار كمواضع [٨] الخرز .

١٣٢١ - ولأن المشقة تلحق [٩] في نزعهما غالبا ، فصار كالخف الصحيح .

---

(١) ساقطة من (ع) ، (م) .

(٢) قال الإمام العيني : ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يتبين منه قدر ثلاثة أصابع من أصابع الرجل فإن كان أقل من ذلك جاز ، وقال زفر : لا يجوز بخرق وإن قل . (انظر : البناية في شرح الهداية ٥٨١/١ ، مختصر الطحاوي ص ٢٢ ، المبسوط ١٠٠/١ ، ١٠١ ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية ١٥٠/١ ، ١٥١ ، بدائع الصنائع مطلب المسح على الجرموقين ١١/١) .

(٣) قال الإمام الشيرازي : فأما الخف المخرق ففيه قولان : قال في القديم : إن كان الخرق لا يمنع متابعة المشي عليه جاز المسح عليه ... وقال في الجديد : إن ظهر من الرجل شيء لم يجز المسح عليه ... وإن تخرقت الظهارة : فإن كانت البطانة صفيقة جاز المسح عليه ، وإن كانت تشف لم يجز .
(انظر : المهذب ١٩/١ ، الأم ٣٣/١ ، مختصر المزني ص ١٠ ، حلية العلماء ١٣٣ ، ١٣٤ ، الوسيط ٤٦٢/١ ، فتح العزيز في ذيل المجموع ٣٧٠/٢ ، المجموع مع المهذب ٤٩٥/١ - ٤٩٧) ، (وانظر : المدونة ٤٤/١، المنتقى ٨٢/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٧٦/١ ، بداية المجتهد الباب الثاني ٢٠/١ ، ٢١ ، الكافي لابن قدامة ٣٥/١ ، المغني ١٩٦/١ ، ١٩٧ ، المحلى بالآثار ٣٣٤/١ - ٣٣٦ مسألة ٢١٦) .

(٤) تقدم تخريجه في المسألة ٦٢ .

(٥) في (م) : [أنه لا ينزع] .

(٦) تقدم تخريجه في المسألة ٦٢ .

(٧) في (ن) : [وعبث] .

(٨) في (م) ، (ع) : [كموانع] ، وفي (ن) : [كمواقع] .

(٩) في (م) : [يلحق] .

١٣٢٢ - ولا معنى لقولهم : إن هذا موجود في الخرق الكثير ؛ لأن العادة لا تعم ملبس الخفاف الكثيرة الخرق ، فلا يمكن إدعاء المشقة الغالبة فيها ، فأما يسير الخرق فلا يخلو غالبا الخفاف منه ، فدعوى المشقة فيه صحيحة .

١٣٢٣ - وقولهم : إن مواضع الخرز إن ظهر منها الرجل منعت المسح خلاف الإجماع ؛ لأن الخفاف لا بد لها [1] من ذلك الخرز ؛ ولهذا يدخلها الماء والغبار ، فلا بد من ظهور ما تحتها ، وإنما لا يشاهد لخفائه ، وقد أجمع المسلمون قولا وعملا [2] على المسح عليها .

١٣٢٤ - ولأنه حكم يتعلق بالخف فاختلف فيه الخرز اليسير والكثير ، كلبس المُحرِم .

١٣٢٥ - ولا يقال : إن ما تخرق [3] منه ثلاثة أصابع لا يلبسه المحرم وإن منع المسح ؛ لأن التعليل وقع [4] للفرق بين القليل والكثير ، وهذا إبطال لمذهبهم ، فأما تغيير [5] التقدير فهو فرع على ثبوت الفرق ، فيثبت [6] بثبوته من حيث الإجماع .

١٣٢٦ - ولأن ما تخرق منه ثلاثة أصابع لا يمنع المحرم منه لأنه في حكم الخفاف ، وإنما يمنع لأنه يستر الرجل ، كاللفافة .

١٣٢٧ - احتجوا بقوله تعالى ﴿ وَأَرْجُلَكُمْ ﴾ [7] ، وقوله ﷺ : « لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ، إلى قوله : ثم يغسل رجليه » [8] .

١٣٢٨ - والجواب : أن هذا لا دلالة فيه ؛ لأنا أجمعنا على أن الغسل واجب حال ظهور الرجلين ، فأما عند اللبس فأخبار [9] المسح قاضية [10] على الآية والخبر ، فوجب [11] الرجوع إليها واعتبار عمومها ، وترك التعلق بما اتفق على أنها قاضية [12] عليه .

١٣٢٩ - قالوا : ظهور شيء من الرِّجْل من محل الفرض يمنع جواز المسح على

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فبها] .
(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وفعلًا] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يخرق] .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [رفع] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يعتبر] .
(٦) في (م) ، (ع) : [فثبت] .
(٧) سورة المائدة : الآية ٦ .
(٨) تقدم تخريجه في المسألة (١٣) .
(٩) في (م) ، (ع) : [فاختار] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [قاضبة] .
(١١) في (ن) : [يوجب] .
(١٢) في (ع) : [قاضبة] ، وفي (م) : [قاضته] .

الخف ، كما لو تخرق ثلاثة أصابع .

١٣٣٠ - قلنا : هذا يبطل بمواضع الخرز على ما قدرناه ، ولأن اعتبار يسير الخرق [بكثيره لا يصح ؛ بدلالة حال الإحرام ، ولأن ثلاثة أصابع يمنع المشي ويجري مجرى الجورب واللفافة ، ويسير الخرق] (١) لا يمنع المشي المعتاد ، فلذلك (٢) لم يمنع المسح .

١٣٣١ - وقولهم : إنا نفرض (٣) الكلام فيما نقص من ثلاثة أصابع بيسير ونقيسه (٤) على الثلاثة ، فلم يلزمنا هذا الكلام ولا معنى (٥) له ؛ لأن الخلاف في يسير الخرق ، فإذا ثبت فيما قارب الثلاثة ثبت الإجماع ، فلا معنى لتخصيصه بالكلام ، وهذا حكم على تقدير اعتبرناه واعتبره مخالفنا .

١٣٣٢ - ألا ترى أنه يعتبر القلتين ويفصل بينهما وبين اليسير وإن كان لا فصل بينهما (٦) وبين ما نقص منهما برطل (٧) .

١٣٣٣ - قالوا : ما كان الستر (٨) واجبا فيستوي (٩) فيه ظهور (١٠) القليل والكثير ، كستر العورة في الصلاة وعن الآدمي .

١٣٣٤ - قلنا : لا نسلم أنَّ المسح من شرطه الستر ، ولهذا (١١) لو ستر بما [لا] (١٢) يعتاد فيه المشي لم يجز المسح ، وإنما شرطه ما يشق نزعه غالبا ، وهذا لا تعلق له بالستر .

١٣٣٥ - ولأن القليل والكثير قد افترقا بالإجماع في جزء من الأسامي . ولأن ستر العورة يختلف عندنا قليله وكثيره في الصلاة ، فلم نسلم (١٣) الأصل .

١٣٣٦ - ثم المعنى فيه أن المقصود تغطية العورة ، فاليسير منها والكثير سواء (١٤) في المشاهدة .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .
(٢) في (ع) : [فكذلك] .
(٣) في (م) : [نعرض] .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ونفيه] .
(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لا معنى] .
(٦) في (ع) : [بينها] .
(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يبطل] .
(٨) في (م) ، (ع) : [اليسير] .
(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يستوى] .
(١٠) في (ص) ، (م) : [طهور] .
(١١) في (م) ، (ع) : [وهذا] .
(١٢) ساقطة من (ع) .
(١٣) في (ص) : [فلم يسلم] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [فالستر منها للكثير واحد] ، وفي (ن) : [فاليسير منها والكثير واحد] ، وفي صلب (ص) : [فالقليل] .

١٣٣٧ - والمقصود في مسألتنا أن يمسح على ما يشق نزعه رخصة ، وهذا يختلف فيه اليسير والكثير .

١٣٣٨ - قالوا : ما ظهر من الرجل حكمه الغسل ، وما ستر حكمه المسح ، وما اجتمع حكم الغسل والمسح غلب الغسل ، كمن نزع أحد الخفين .

١٣٣٩ - قلنا : لا نسلم أن ما ظهر حكمه الغسل ؛ لأن الغسل لا يجب حتى يظهر مقدار المفروض . ويبطل ما قالوا بالجبيرة في العضو إذا كان بعضه صحيحا : أن حكم الغسل والمسح اجتمعا ولم يغلب أحدهما ، ثم المعنى في الأصل أن خلع أحد الخفين يبطل المسح في الآخر ، فلا يجوز المسح ليس لتغلب حكم الغسل ، ولكن لبطلان المسح ، أو لأن الغسل أو المسح لا يجتمعان .

١٣٤٠ - قالوا : المسح رخصة ، وظهور الرجل معنى يزيلها ، وما يزيل الرخص لا فرق بين قليله وكثيره ، كالإقامة .

١٣٤١ - قلنا : لا نسلم ؛ لأن قليل الإقامة لا يرفع رخصة السفر بالإجماع ، ألا ترى أنا نعتبر خمسة عشر يوما [(١)] في الإقامة ويعتبرون أربعة أيام ، فقد اختلف اليسير والكثير .

١٣٤٢ - وقولهم : ما دون الأربعة ليس بإقامة نفي المشاهدة . وإنما لا يثبت له حكم الإقامة كما لا يثبت ليسير [(٢)] ما يظهر من الرجل حكم الغسل .

١٣٤٣ - قالوا : لو كان جميع الرجل مكشوفا واليسير منها مستترا [(٣)] لم يجز الغسل ، كذلك إذا كان جميعها مستورا ويسيرها [(٤)] ظاهرا [(٥)] لا يجوز المسح .

١٣٤٤ - قلنا : الأصل غير مسلم ؛ لأنه لو ستر بعض رجله بالجبيرة جاز الغسل ، وفي الفرع يبطل بمواضع [(٦)] الخرز .

* * *

(١) في (ع) : بياض مكان [خمسة عشر يومًا] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لا تثبت يسير] ، وفي (ن) : [ستر] مكان [يسير] .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [والستر منها يسيرة] ، والمثبت من (ص) .

(٤) في (ن) : [وسترها] مكان [ويسيرها] . (٥) في (ع) : [ظاهر] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [مواضع] .

مسألة ٦٤

إذا أخرج رجله إلى ساق الخف بطل مسحه

١٣٤٥ - قال أصحابنا : إذا أخرج رجله إلى ساق الخف بطل مسحه (١) .

١٣٤٦ - وقال الشافعي : لا يبطل (٢) .

١٣٤٧ - لنا : أن هذه صفة لا يمكن المشي المعتاد معها ، فصار كنزع [أحد] (٣) الخفين ، ولأنه لو ابتدأ اللبس على هذه الصفة ثم أحدث لم يجز [المسح] (٤) ، فإذا صار إليها بعد المسح بطل مسحه ، أصله : إذا خلع أحد الخفين .

١٣٤٨ - ولا معنى لقولهم : إنه إذا لبس ابتداء فلم تثبت الرخصة ، فلا يجوز إثباتها إلا بيقين ، وإذا نزع فقد ثبتت (٥) الرخصة ، فلا يجوز إبطالها إلا بيقين ؛ لأن اليقين [إن] (٦) أرادوا به الإجماع فثبوت الأحكام لا يقف عليه ، وإن أرادوا ما يثبت (٧) بدليل فاليقين ثابت عندنا في الوجهين ، وليس هذا كمن شك في الحدث ؛ لأنا لا نرجع هناك باليقين إلى دليل متيقن ، وإنما نقول : إن اليقين أولى ؛ لأن ما علم وجوده لا ينتفي (٨) بالشك ، ولا تعلق لهذا بمسألتنا .

١٣٤٩ - قالوا : لم يظهر (٩) شيء من محل الفرض فلم يبطل حكم المسح ، كما لو زال الرِّجل عن قدم الخف .

---

(١) قال الكاساني : ولو أخرج القدم إلى الساق انتقض مسحه . (انظر : بدائع الصنائع ٣١/١ مختصر الطحاوي ص ٢١ ، المبسوط ١٠٤/١ ، ١٠٥ ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية ١٥٣/١ ، ١٥٤) .

(٢) قال النووي : ونص أن لابس الخفين لو نزع الرجلين أو أحدهما من قدم الخف ولم يخرجهما من الساق ثم ردهما لم يبطل مسحه ، وهو ما نص عليه في الأم والقديم ، وبه قطع المحاملي وغيره ، ورجحه البغوي وآخرون ، والجديد يبطل . (انظر : المجموع شرح المهذب ٥٢٧/١ ، الأم ٣٦/١ حلية العلماء ١٤٢/١ ، نهاية المحتاج ٢٠٩/١) .

(وانظر : المدونة ٤٥/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٧٨/١ ، شرح الزرقاني ١١١/١ ، ١١٢ ، المسائل الفقهية ٩٧/١ ، ٩٨ ، الكافي لابن قدامة ٣٨/١ ، المغني ٢٩٠/١ ، والمحلى بالآثار ٣٣٧/١ - ٣٤٢) .

(٣) زيادة من (ن) ، (ع) .

(٤) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [ما ثبت] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يتيقن] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لو لم يظهر] .

١٣٥٠ - قلنا : مسح الخف قد يبطل بظهور الأصل ، ويبطل بغيره ، فلا معنى لتخصيص إبطاله بأحدهما [1] ، ويبطل ما قالوه بمن أخرج رجله وهي [2] في لفافة .

١٣٥١ - ولأنه إذا زعزع رجله في القدم فابتدأ المسح يجوز على هذه الصفة كذلك البقاء ، وإذا أخرج رجله إلى الساق لم يجز الابتداء ، فلم يجز البقاء .

* * *

(١) في (ع) : [بأحديهما] .

(٢) في (ن) : [ما قالوه من أخرج رجله] ، وفي (ع) : [وهو] مكان [وهي] .

مسألة ٦٥

لا يجوز المسح على الجورب إلا أن يكون منعلا

١٣٥٢ - قال أبو حنيفة : لا يجوز المسح على الجورب (١) إلا أن يكون منعلا (٢) .

١٣٥٣ - وقال الشافعي : يجوز إذا كان ثخينا يواصل فيه المشي (٣) .

١٣٥٤ - لنا : أن الجورب لا يعتاد فيه المشي ، فحل محل اللفافة ، ولأن الأصل غسل الرجلين وإنما انتقلنا عنه بأخبار المسح وهي واردة في الخفاف ، فما سواها على أصله .

١٣٥٥ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ مسح على الجوربين (٤) .

١٣٥٦ - والجواب : أنه حكاية فعل يحتمل أن يكون منعلا ، أو جوربا (٥) من جلود ، وحكاية الفعل إذا احتملت سقطت ، فالظاهر ما قلنا ؛ لأن العرب لا تعرف الجوارب المفردة .

١٣٥٧ - ولا يقال : إن الحكم لو اختلف لفصَّل الراوي ؛ لأن الراوي ينقل الحال ،

---

(١) الجورب : لباس الرِّجْل . وفي لسان العرب : لفافة الرِّجْل ، معرب من الفارسية ، وهو بالفارسية كوارب . (انظر : لسان العرب (جرب) ٥٨٤/١) .

(٢) قال الكاساني : وأما المسح على الجوربين فإن كانا مجلدين أو منعلين يجزيه بلا خلاف عند أصحابنا ، فإن كانا رقيقين يشفان الماء لا يجوز المسح عليهما بالإجماع ، وإن كانا ثخينين يجوز عند أبي يوسف ومحمد ، ولا يجوز عند أبي حنيفة ، وروي عن أبي حنيفة أنه رجع إلى قولهما في آخر عمره ، وذلك أنه مسح على جوربيه في مرضه ثم قال لعواده : فعلت ما كنت أمنع الناس عنه . فاستدلوا به على رجوعه . (انظر : بدائع الصنائع ١٠/١ ، مختصر الطحاوي ص ٢١ ، ٢٢ ، المبسوط ١٠١/١، ١٠٢ ، وحكاية رجوع أبي حنيفة إلى قولهما في السنن للترمذي ضمن الحديث ٩٩ ، ١٦٩/١) .

(٣) نص في الأم وفي مختصر المزني : على أنه لا يمسح على الجوربين إلا أن يكون الجوربان مجلدي القدمين إلى الكعبين ، وقال النووي : إن الصحيح في مذهبنا أن الجورب إن كان صفيقًا يمكن متابعة المشي عليه جاز المسح عليه ، وإلا فلا . (انظر : الأم ٢٩/١ ، مختصر المزني ص١٠ ، الوسيط ٤٦٢/١ ، ٤٦٣ ، المجموع مع المهذب ٤٤٩/١ ، ٥٠٠) .

(وانظر : المدونة ٤٤/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٧٨/١ ، بداية المجتهد الباب الثاني ٢٠/١ ، الإفصاح ٩٤/١ ، الكافي لابن قدامة ٣٥/١ ، ٣٦ ، المغني ٢٩٤/١ ، ٢٩٥ ، المحلى بالآثار كتاب الطهارة ٣٢١/١ - ٣٢٥ مسألة ٢١٢) .

(٤) أخرجه أبو داود في السنن باب المسح على الجوربين (٤٥/١) ، والترمذي في السنن باب ما جاء في المسح على الجوربين والنعلين (١٦٧/١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [جورب] .

وإنما [١] يلزم التفصيل في المختلِف لصاحب الشريعة.

١٣٥٨ - قالوا : الحاجة داعية إلى لبسه ، والمشقة لاحقة في نزعه ، فصار كالخف .

١٣٥٩ - قلنا : إنما تعتبر [٢] المشقة غالبا ، وهذا لا يكون مما يلبس غالبا ، والجورب المنفرد لا يعتاد الناس لبسه ، ولا تتأتى [٣] مواصلة المشي فيه ، فلم يسلم [٤] ما ذكروه .

* * *

---

(١) في (ع) : [إنما] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يعتبر] .

(٣) في (ع) : [ولا يتأتى] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فلم نسلم] .

مسألة ٦٦

يجوز المسح على الجرموق إذا لبسه فوق الخف

١٣٦٠ - قال أصحابنا : يجوز المسح على الجرموق [١] إذا لبسه فوق الخف [٢] .

١٣٦١ - وقال الشافعي : لا يجوز [٣] .

١٣٦٢ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليها » [٤] ، ولم يفصل .

١٣٦٣ - ولا يقال : روي في بعض الأخبار : « إذا تطهر فلبس خفيه » [٥] ؛ لأنا نستعمل المطلق على إطلاقه والمقيد على تقييده ، ولأن الخبر [قد] [٦] أفاد الجرموق بالاتفاق .

١٣٦٤ - ألا ترى أنه إذا انفرد جاز المسح عليه .

١٣٦٥ - ويدل عليه ما روي أن النبي ﷺ مسح على موقيه [٧] .

---

(١) الجرموق : ما يلبس فوق الخف ، وهو بالفارسية : خركش . (انظر : لسان العرب (جرمق) ٦٠٧/١ ، المغرب ص ٨٠) .

(٢) قال الكاساني : وأما المسح على الجرموق من الجلد فإن لبسهما فوق الخفين جاز عندنا . (انظر : بدائع الصنائع ١٠/١ ، المبسوط ١٠٢/١ ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية ١٥٥/١ ، ١٥٦) .

(٣) قال الشيرازي : وفي الجرموق قولان : في القديم يجوز المسح عليه ، وقال في الجديد : لا يجوز . (انظر : المهذب ٢٠/١ ، الأم ٣٤/١ ، مختصر المزني ص ١٠ ، حلية العلماء ١٣٥/١ ، ١٣٦ ، الوسيط ٤٦٣/١ ، ٤٦٤ ، المجموع مع المهذب ٥٠٣/١ - ٥٠٩) .

(وانظر : المدونة ٤٤/١ ، المنتقى ٨٢/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٧٨/١ ، والكافي لابن قدامة ٣٦/١ ، المغني ٢٨٤/١ ، ٢٨٥ ، المحلى بالآثار ٣٢/١) .

(٤) تقدم تخريجه في المسألة (٦١) ، وأخرجه الدارقطني في السنن باب الرخصة في المسح على الخفين وما فيه واختلاف الروايات (١٩٤/١) .

(٥) تقدم تخريجه في المسألة (٦١) .

(٦) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) اختلف أهل اللغة في تعريف الموق ، قال ابن منظور : الموق الذي يلبس فوق الخف ، فارسي معرب ، وقال أيضًا : ضرب من الخفاف ، والجمع أمواق ، عربي صحيح ، وقال ابن الأثير : الخف . (انظر : لسان العرب (موق) ٤٣٠٠/٦ ، النهاية ٣٧٢/٤ ، نصب الراية ١٨٤/١ ، الكبرى للبيهقي وبذيله الجوهر النقي ٢٨٨/١ ، ٢٨٩) .

هذا الحديث أخرجه أبو داود في السنن باب المسح على الخفين (٤٤/١) ، الطبراني في المعجم الكبير =

١٣٦٦ - ولا يقال : إن الموق خف لا يتناوله ؛ لأن الموق جرموق ، وإنما عرّب عن قولهم موك [(١)] .

١٣٦٧ - ولا يقال : يحتمل أنه لبسه [(٢)] منفردا أو فوق خف مخرق ؛ لأن العادة أنه لا يلبس إلا فوق غيره ، ولأنه يستتر به في موضع المغسول ويعتاد فيه المشي فجاز المسح عليه ، كما لو انفرد .

١٣٦٨ - ولأنه لو انفرد جاز المسح عليه فجاز وإن كان بينه وبين الرِّجْل حائل ، كالخف مع اللفافة ، وكما لو كان تحته خف فيه خرق يسير .

١٣٦٩ - ولا يقال : المعنى في الأصل أن الرخصة ترتفع بنزعه ، وهذا المعنى لا يوجد إذا لبسه فوق خف ؛ لأنا لا نسلم هذا التعليل إذا كان الأصل الخف اليسير الخرق ؛ لأن الرخصة تبين عندنا مع ارتفاع الجرموق ، ثم هذا فاسد ؛ لأن المسح يجوز على الجبائر الظاهرة وإن كان زوال / ظاهرها لأجل الرخصة ، فلم يصح ما قالوه . ١٥/أ

١٣٧٠ - ولا يقال : إن الخف تدعو [(٣)] إليه الحاجة لعموم لبسه والجرموق لا يعم لبسه ، وإنما يستعمل في البلاد الباردة ؛ لأن هذا يبطل بلبسه منفردا ، وبلبسه فوق خف مخرق ؛ ولأن الشافعي جوز المسح على خف من خشب أو زجاج وإن كان لا يعرف لبسه في مكان من الأرض ، فكيف يسقط المسح على الجرموق لأن لبسه في بعض المواضع لا يعتاد ، وقد قيل : إنَّ بلاد البحر والسند لا يعرفون الخفاف ثم لم يمنع ذلك من جواز المسح عليها في المواضع التي تعتاد [(٤)] ، وكذلك الجرموق .

١٣٧١ - قالوا : منفصل عن الخف لا تزول [(٥)] رخصة المسح بزواله ، فلم يجز المسح عليه ، كاللفافة .

١٣٧٢ - قلنا : اللفافة لو انفردت لم يجز المسح عليها ، فكذلك إذا كانت فوق الخف ، والجرموق لو انفرد جاز المسح بزواله ، فصار كما لو لبس الخف وأحدث ومسح عليه ثم لبس الجرموق .

= (١/٣٤٠ ، ٣٥٠، ٣٦٠ - ٣٦٢) ، وابن خزيمة في الصحيح باب الرخصة في المسح على الموقين (١/٩٥) ، والحاكم في المستدرك باب المسح على العمامة والموقين (١/١٧٠) ، والبيهقي في الكبرى باب المسح على الموقين (١/٢٨٨ ، ٢٨٩) .

(١) في (ص) : [موق] .

(٢) في (م) ، (ع) : [أن يكون لبسه] .

(٣) في (م) : [يدعو] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يعتاد] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لأنه لا يزول] .

١٣٧٣ - قلنا [١] : إذا مسح على الخف ثم لبس فقد ابتدأ اللبس بعد الحدث قبل الغسل ، والمسح لا يجوز حتى يصادف الحدث طهارة كاملة ، وهذا لم يوجد بعد لبس الثاني ، فصار كالأول لو لبس مع الحدث ثم أراد أن يمسح قبل غسل الرجلين .

١٣٧٤ - وفي مسألتنا ابتدأ لبسه بعد كمال الطهارة ، والحدث إذا صادف طهارة كاملة جاز المسح ، ولأنه إذا مسح على الأول فقد مضى جزء من المدة ، فإذا لبس الثاني ثم أحدث : لو جوزنا المسح لاعتبرت مدة أخرى من وقت الحدث الثاني ، فيؤدي ذلك إلى زيادة الرخصة على مدة المسح ، وهذا لا يجوز .

١٣٧٥ - وقد قال أصحابنا : إنه إذا مسح على الخف تعلق الفرض به ، وهو قائم مقام الرِّجْل . فإذا لبس الجرموق لو مسح عليه لقام مقام ما تعلق به الفرض ، فصار في حكم البدل عن البدل ، وذلك لا يثبت بقياس ، وليس كذلك إذا مسح ابتداء على الجرموق ؛ لأن هذا الفرض لم يتعلق بالخف ، وإنما تعلق بالرِّجْل فقام مقام الرِّجْل .

١٣٧٦ - ولا يقال : إن البدل عن البدل يجوز إثباته ، كالكفارة ؛ لأنا منعنا إثباته بالقياس ، وأما [٢] بالنص فلا .

١٣٧٧ - [ولا يقال :] [٣] إنه إذا لبس الجرموق فوق الخف فقد قام مقام الخف - وإن لم يمسح على الخف ؛ بدلالة أنه إذا نزعه لم تبطل الرخصة ، ولو قام مقام الرجل بطلت بنزعه ، كالخف .

١٣٧٨ - ولأن نزع الخف لا يبطل الرخصة ؛ لأنه قام مقام الرجل ، ولكن لظهور الأصل وارتفاع المشقة ونزع الجرموق لا يوجب ظهور الأصل وارتفاع المشقة ، فلذلك لم تبطل الرخصة ، كما لو مسح على الخف وقلع أحد طاقيه لم تبطل الرخصة وإن قام مقام الرِّجْل ؛ لأن الأصل لم يظهر .

* * *

---

(١) هكذا في كل النسخ .

(٢) في (ص) ، (م) : [فإنا] ، مكان [لأنا] ، و [فأما] مكان [وأما] ، وفي (ع) : [فإن معنى إثباته كالقياس وأما] .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يقال ولا يمنع] .

مسألة ٦٧

إذا انقضت مدة المسح على رجليه لم يعد الوضوء

١٣٧٩ – قال أصحابنا : إذا انقضت [مدة المسح] [(١)] على رجليه لم يعد الوضوء [(٢)] .

١٣٨٠ – وقال الشافعي : يتوضأ .

١٣٨١ – لنا : أنه مسح أقيم مقام غسل ، فإذا زالت الرخصة لزمه [(٣)] غسل ما لم يكن غسله ، أصله : من غسل بعض الأعضاء وتيمم ثم وجد الماء لم يلزمه إلا غسل ما بقي .

١٣٨٢ – ولأن نزع الخفين يوجب زوال الرخصة من [(٤)] بعض الأعضاء فلا يلزم غسل جميعها ، كالمجروح إذا صح وقد كان غسل الأعضاء. ولأن مسح الخفين لا يرفع الحدث ؛ لأنه مسح أقيم مقام غسل ، كالتيمم ، وإذا لم يرفع الحدث فوجوب غسل الرجل بالحدث السابق ، وقد كان غسل بذلك الحدث بقية الأعضاء فلا يلزمه غسلها ثانيًا .

١٣٨٣ – احتجوا : بما روي في حديث صفوان قال : كان رسول اللّه ﷺ يأمرنا إذا كنا مسافرين ألا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ، ثم نحدث [(٥)] بعد ذلك وضوءا [(٦)] .

---

(١) في (ع) : [المدة مسح] .

(٢) قال الكاساني : فإذا انقضت المدة يتوضأ ويصلي إن كان محدثًا ، وإن لم يكن محدثًا يغسل قدميه لا غير ويصلي . (انظر : بدائع الصنائع ١٢/١ ، المبسوط ١٠٣/١ ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ١/ ١٥٣، البناية ٥٨٩/١ ، ٥٩٠) .

قال الإمام الشيرازي : إذا مسح على الخف ثم خلعه أو انقضت مدة المسح وهو على طهارة المسح قال في الجديد يغسل قدميه ، وقال في القديم يستأنف الوضوء . (انظر : المهذب ٢١/١ ، الأم ٣٥/١ ، ٣٦ ، مختصر المزني ص ١٠ ، حلية العلماء ١٤١/١ ، الوسيط ٤٦٩/١ ، فتح العزيز في ذيل المجموع ٤٠٤/٢ – ٤٠٨ ، المجموع مع المهذب ٥٢٣/١ – ٥٢٧) .

(وانظر : المدونة ٤٥/١ ، المنتقى ٨٠/١ ، ٨١ ، الكافي لابن عبد البر ١٧٧/١ ، بداية المجتهد ٢٣/١ ، المسائل الفقهية ٩٧/١ ، ٩٨ ، الكافي لابن قدامة ١/ ٣٨ ، الإفصاح ٩٣/١ ، ٩٤ ، المغني ٢٨٨/١ ، ٢٨٩ ، المحلى بالآثار ٣٢٩/١ ، ٣٣٠ ، مسألة ٢١٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لزم] .

(٤) في غير (ص) : [في] .

(٥) في (م) : [يحدث] .

(٦) تقدم تخريج هذا الحديث بهذا اللفظ ما عدا الجزء الأخير في مسألة (٦٢) ، وأخرجه الشافعي في الأم باب وقت المسح على الخفين (٣٤/١ ، ٣٥) ، وفي المسند باب المسح على الخفين (٤١ ، ٤٢) .

١٣٨٤ - والجواب : أن غسل الرِّجْل يجوز أن يُسمَّى وضوءًا ؛ لأن ذلك مأخوذ من الوضاءة . ويجوز أن يكون أمر [١] بإعادة جميع الوضوء على طريق الاستحباب لأجل الموالاة .

١٣٨٥ - قالوا : إنه [٢] ممنوع من الصلاة بعد استباحتها بحكم الحدث فلزمه استئناف الطهارة ، كما لو أحدث .

١٣٨٦ - قلنا : هذا يبطل بمن غسل بعض الأعضاء وتيمم [٣] ثم رأى الماء : أنه ممنوع من استباحة الصلاة بحكم الحدث ولا يلزمه جميع الوضوء ، ولأن الحدث لا يختص ببعض [٤] الأعضاء دون بعض ، ونزع الخف يبطل الرخصة في الرِّجْل خاصة ، فما لا رخصة فيه من الأعضاء لا يفسده [٥] طهارته ، كرؤية الماء ، وكالجبائر إذا صح ما تحتها .

١٣٨٧ - قالوا : طهارة عبادة يبطلها الحدث ، فإذا انتقض بعضها انتقض جميعها ، كالصلاة .

١٣٨٨ - قلنا : لا نسلم الأصل ؛ لأن الحدث عندنا [٦] إذا حصل في آخر الصلاة أبطل الجزء الذي يصادفه ، ولا يبطل ما تقدم عليه ، وكذلك [٧] من سبقه الحدث في الركوع وجب عليه إعادة الركوع ، ولم يلزمه إعادة ما تقدم عليه .

١٣٨٩ - قالوا : المسح يرفع [٨] الحدث ؛ لأنه مسح بالماء ، كمسح الرأس ، إذا رفع الحدث ، فنزع الخف نقض الطهر في الرجل فنقض [٩] فيما سواها .

١٣٩٠ - قلنا : قد دللنا على أن المسح لا يرفع الحدث ، فأما مسح الرأس فهو أصل في الطهارة ، فلذلك رفع الحدث والمسح طهارة رخصة وعذر ، وذلك لا يرفع الحدث ، كالتيمم . وطهارة المستحاضة تبين [١٠] ذلك - أن ما يرفع الحدث لا يرتفع إلا بحدث ، وما لا يرفع الحدث يرتفع من غير حدث ، كالتيمم - ، فلما ارتفع المسح بمضي المدة

---

(١) في (م) : [أمرنا] .
(٢) في (ص) ، (ن) : [لأنه] .
(٣) في (ن) : [تم] .
(٤) في (م) [لا يختص بعض] ، وفي (ع) : [لا يخص بعض] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يفسد] .
(٦) في (ص) : [عند] .
(٧) في (ص) : [ولذلك] .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [رفع] .
(٩) في (م) : [فينوع الخف يقصر الظهر في الرجل فتنقض] ، وفي (ع) : [فينزع الخف يقصر الظهر في الرجل فينقض] .
(١٠) في (ن) : [بين] .

دل على أنه ليس بحدث .

١٣٩١ – ويجوز أن نبني هذه المسألة على مسألة الموالاة ، وقد ثبت من أصولنا أنها غير واجبة ، وليس في مسألتنا أكثر من ترك الموالاة بين غسل الأعضاء .

* * *

مسألة ٦٨

المسنون مسح ظاهر الخف

١٣٩٢ - قال أصحابنا : المسنون مسح ظاهر الخف [١] .

١٣٩٣ - وقال الشافعي : مسح أسفله سنة [٢] .

١٣٩٤ - لنا : ما روي عن علي ﷺ أنه قال : لو كان الدين بالرأي لكان مسح [أسفل] [٣] الخف أولى من ظاهره ، لكني رأيت رسول الله ﷺ يمسح على ظاهر الخفين [٤] .

١٣٩٥ - وروى ابن عمر أن النبي ﷺ كان يمسح على ظاهر خفيه [٥] . وهو لا يداوم إلا على الأفضل .

١٣٩٦ - ولأنه [٦] مسح أقيم مقام غسل فلا يضم إلى موضع الفرض غيره ، كالتيمم والجبائر .

---

(١) قال السرخسي : وإن مسح باطن الخف دون ظاهره ، لم يجزه ؛ فإن موضع المسح ظهر القدم . (انظر : المبسوط ١٠١/١ ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ١٤٨/١ ، ١٤٩ ، بدائع الصنائع ١٢/١ ، البناية مع الهداية ٥٧٣/١) .

(٢) قال الشيرازي : والمستحب أن يمسح أعلى الخف وأسفله ، فيغمس يديه في الماء ثم يضع كفه اليسرى تحت عقب الخف ، وكفه اليمنى على أطراف أصابعه ، ثم يمرر اليمنى إلى ساقه واليسرى إلى أطراف أصابعه . (انظر : المهذب ٢٠/١ ، مختصر المزني ص ١٠ ، حلية العلماء ١٣٨/١ ١٣٩ ، الوسيط ٤٤٦/١ ، ٤٦٧) . (وانظر : المدونة ٤٣/١ ، المنتقى ٨١/١ ، ٨٢ ، الرسالة الفقهية ص ١٠٥ ، الكافي لابن عبد البر ١٧٧/١ ، بداية المجتهد ١٩/١ ، شرح الزرقاني ١١٣/١ ، الإفصاح ٩٢/١ ، الكافي لابن قدامة ٣٨/١ ، المغني ٢٩٧/١ ، ٢٩٨ ، المحلى بالآثار ٣٤٢/١ - ٣٤٤ مسألة ٢٢٢) .

(٣) ساقطة من (ع) .

(٤) رواه أبو داود في السنن باب كيفية المسح (٤٦/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطهارات (٢٠٨/١) ، والدارقطني في السنن باب الرخصة في المسح على الخفين وما فيه من اختلاف الروايات (١٩٩/١) ، والبيهقي في الكبرى باب الاقتصار في المسح على ظاهر الخف (٢٩٢/١) ، والشافعي في المسند الباب الثامن في : المسح على الخف (٤١/١) .

(٥) أخرجه الترمذي بلفظ : رأيت النبي ﷺ يمسح على الخفين على ظاهرهما ، في السنن باب ما جاء في المسح على الخفين ظاهرهما (١٦٥/١) ، وأبو داود الطيالسي في المسند ص ٩٥ ، وأحمد في المسند (٢٥٤/٤) .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولا] .

١٣٩٧ - ولأنه باطن في الخف فلا يسن مسحه ، كما يلاقي اللفافة .

١٣٩٨ - ولأنه موضع يطأ به الأرض [١] وتصيبه النجاسة ، فمسحه يؤثر في يده ويحتاج إلى غسلها ، والمسح ثبت [٢] للتخفيف ، فلا يثبت على وجه التغليظ .

١٣٩٩ - وقد نص الشافعي على أن الاقتصار على مسح أسفل الخف لا يجوز ، وادعى [٣] أصحابه جواز ذلك ، والدليل عليه أنه يكره الاقتصار عليه ، كالظاهرة [٤] .

١٤٠٠ - وإذا ثبت هذا قلنا : ليس بمحل لفرض [٥] مسح الخف ، فلا يسن مسحه ، كالساق .

١٤٠١ - ولا يقال : قد سن مسح ما لا يجوز عن الفرض ، كالأذن ؛ لأن [٦] الأذن عضو غير الرأس ، ونحن منعنا أن يمسح من العضو المفروض ما ليس بمحل للفرض ، فأما عضو آخر يثبت ابتداء على وجه السنة فلا يمنع منه .

١٤٠٢ - احتجوا بحديث المغيرة : أن النبي ﷺ مسح أعلى الخف وأسفله [٧] .

١٤٠٣ - والجواب : أن أبا داود ذكر هذا الخبر عن الوليد عن ثور بن يزيد [٨] عن رجاء بن حيوة ، عن كاتب المغيرة بن شعبة ، عن المغيرة . قال أبو داود : بلغني أن ثورًا لم يسمع هذا الحديث ، وحكى الطحاوي عن أحمد بن حنبل قال : ذكرت هذا الحديث لعبد الرحمن بن مهدي ، فذكر عن ابن المبارك عن ثور قال : حدث رجاء بن حيوة عن كاتب المغيرة : أن النبي ﷺ مسح أعلى [٩] الخف وأسفله ، وليس فيه عن المغيرة [١٠] ، وزاد فيه الوليد : عن المغيرة ، [وجعله عن ثور ، وهذا يوجب ضعف

(١) في (م) ، (ع) : [بطانة الأرض] ، وفي (ن) : [يطاه الأرض] .
(٢) في (ص) : [يثبت] .
(٣) راجع مختصر المزني ص ١٠ .
(٤) في (ص) : [كالطاهرة] ، وفي (ن) : [كالطاهر] .
(٥) في (م) ، (ع) : [الفرض] .
(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولأن] .
(٧) أخرجه أحمد في المسند (٢٥١/١) ، وأبو داود في السنن باب المسح على الخفين (٤٧/١) والترمذي في السنن باب ما جاء في المسح على الخفين أعلاه وأسفله (١٦٢/١) ، وابن ماجه في السنن باب في مسح أعلى الخف وأسفله (١٨٣/١) ، وابن الجارود ص (٣٢٢) .
(٨) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [عن الوليد بن ثور عن يزيد] .
(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [على] .
(١٠) بحثنا عن ما حكى الطحاوي عن أحمد في المعاني والمشكل فلم نجد له أثرًا ، وأما قول أحمد فقد ذكره الزيلعي وابن حجر في نصب الراية وفي تلخيص الحبير (٢٠٣/١ - ٢٠٥) ، وأبو الفيض الغماري في الهداية (٢٠٣/١ - ٢٠٥) .

الحديث .

١٤٠٤ - قالوا : نحن لا نستدل بحديث كاتب المغيرة] [١] ، وإنما نستدل بحديث عروة عن المغيرة .

١٤٠٥ - قلنا : قد ذكر أبو داود حديث عروة عن المغيرة أن النبي ﷺ مسح ظاهر الخفين . ولأن خبرنا رواه علي وابن عمر ، وخبرهم تعارض عن المغيرة وطعن [٢] في طريقه ، وما رواه اثنان أولى مما رواه واحد واختلف عنه. ويحتمل أن يكون مسح أعلى الخف مما يلي الساق وأسفله مما يلي الأصابع .

١٤٠٦ - قالوا : لأنه [٣] موضع من الخف يحاذي موضع الفرض من الرجل ، فكان المسح عليه مسنونًا ، كظاهر الخف .

١٤٠٧ - قلنا : محاذاته لمحل الفرض إذا لم تقتض [٤] الجواز من غير كراهة لم يمتنع إلا أن يكون مسنونًا ويخالف الظاهر .

١٤٠٨ - ولأن المعني في ظاهر الخف أنه لا مشقة في مسحه ، وفي مسح أسفله مشقة .

١٤٠٩ - قالوا : ممسوح في الطهارة فكان من سننه [٥] استيعاب جميع المحل الواقع عليه ، كمسح الرأس .

١٤١٠ - قلنا : محل المسح [٦] : الظاهر عندنا ، فأما الباطن فليس بمحل ، فهو كالساق . ولأن الرأس لما كان عضوًا واحدًا جعل محلًّا للمسح وتساوي [٧] جميعه في حكمه ، فكان من السنة استيعابه ، ولما كان الخف عضوًا واحدًا لم يتساو [٨] جميعه في أحكام لم يسن الاستيعاب فيها [٩] .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) .

(٢) في (ع) : [ويطعن] .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الآية] .

(٤) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [لم يقتضي] ، وفي (م) : [لم يقتضي] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) : [من سنته] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الرأس] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يساوي] .

(٨) في (ع) : [لم يساو] وفي بقية النسخ : [لم يتساوى] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٩) في (ص) ، (م) : [فيهما] .

مسألة ٦٩

الواجب في مسح الخف ثلاثة أصابع

١٤١١ - قال أصحابنا : الواجب في مسح الخف ثلاثة أصابع [1] .

١٤١٢ - وقال الشافعي : ما يتناوله الاسم [2] .

١٤١٣ - لنا : أن كل مقدار [لا] [3] يجزئ في مسح الجبائر لا يجزئ في مسح الخف ، أصله : ما لا يتناوله [الاسم] [4] ، ولا يلزم ثلاثة أصابع ؛ لأنها قد تجزئ [5] عندنا في مسح الجبائر .

١٤١٤ - ولا معنى لقولهم : إن هناك وجب [6] الاستيعاب ؛ لأنا لا نسلم ذلك على إحدى الروايتين / .

١٥/ب

١٤١٥ - ولأنه مسح في الطهارة ، فلا يجزئ فيه ما يتناوله الاسم ، كمسح اللحية والجبيرة والتيمم .

١٤١٦ - ولا يقال : إن الاستيعاب [7] هناك واجب ؛ لأنا لا نسلم هذا في مسح اللحية والجبيرة والتيمم ، وأما علة [8] الفرع فليس إذا لم يجب الاستيعاب جاز الاقتصار على الأدنى ؛ لأن العضو إذا حصل في بعضه عذر سقط غسل ذلك القدر ، فسقط [9] الاستيعاب ، ولم يجز الأدنى .

---

(١) قال السرخسي : وإن مسح بإصبع أو إصبعين لم يجزه حتى يمسح بثلاث أصابع ، وعلى قول زفر يجزئه . (انظر : المبسوط ١/١٠٠ ، بدائع الصنائع ١٢/١ ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ١٤٩/١ ، ١٥٠ ، البناية مع الهداية ٥٨١/١) .

(٢) قال الشيرازي : وإن اقتصر على مسح القليل من أعلى الخف أجزأه . (انظر : المهذب ٢١/١ ، مختصر المزني ص ١٠ ، الوسيط ٤٤٦/١ ، فتح العزيز ٣٨٨/٢ ، ٣٨٩ ، المجموع ٥١٧/١) . (وانظر: المدونة ٤٣/١ ، المنتقى ٨٢/١ ، الإفصاح ٩٢/١ ، المغني ٢٨٩/١ ، ٢٩٩) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) في (م) : [يجزي] .

(٦) في (م) ، (ع) : [واجب] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ولا يقال غسله الفرع فليس أن الاستيعاب] .

(٨) في (م) ، (ع) : [وأما غسله] .

(٩) في (ص) : [سقط] ، وساقطة من (ع) .

١٤١٧ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « يمسح المسافر ثلاثة أيام » [١] ولم يفصل .

١٤١٨ - والجواب : أن النبي ﷺ ذكر المسح وهو محتمل للقليل والكثير وبين ذلك بفعله ، فلم ينقل عنه [٢] المسح إلا بأصابعه ، فيصير فعله بيانًا للمراد بالخبر .

١٤١٩ - قالوا : مفروض في الطهارة فلم يتقدر فرضه بثلاثة أصابع ، كسائر الأعضاء .

١٤٢٠ - [قلنا : نعكس فنقول : فلا يجزئ فيه أدنى ما يتناوله الاسم ، كسائر الأعضاء ؛ ولأن] [٣] سائر الأعضاء مفارقة لمسح الخف على الأصلين [٤] ، فلا معنى للرجوع إليها .

١٤٢١ - قالوا : مَسْح مِن حقه [٥] ما يقع عليه اسم المسح فاعتد به ، كما [لو] [٦] مسح بثلاثة [٧] أصابع .

١٤٢٢ - قلنا : يبطل [بمن مسح ساق الخف وأسفله على الصحيح من مذهبهم .

١٤٢٣ - ثم المعنى في الأصل : أنه مقدار لم ينقص] [٨] عن أكثر أصابع اليد ، فجاز الاقتصار عليه ، وما دونه مقدار ناقص عن أكثر الأصابع ، فلم يجز الاقتصار عليه .

١٤٢٤ - قالوا : المقادير تثبت [٩] عندنا قياسًا ، وعندكم نصًا ، وقد أثبتم التقدير في مسألتنا بغير [١٠] قياس على [أصل] [١١] ولا استدلال بنص .

١٤٢٥ - قلنا : المقادير المبتدأة تثبت [١٢] عندنا بالتوقيف ، والمقادير التي [١٣] تفصل [١٤] بين القليل والكثير تثبت [١٥] بالاستدلال ، وهذا تقديره للفصل ، وقد

---

(١) أخرجه مسلم - بمعناه - في الصحيح باب التوقيت في المسح على الخفين (١٣٠/١ ، ١٣١) وأبو داود في السنن باب التوقيت في المسح (٤٥/١) ، والترمذي في السنن باب المسح على الخفين للمسافر والمقيم (١٥٨/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف باب المسح على الخفين (٢٠٩/١) .

(٢) في (ع) : [ولم] ، وفي (م) ، (ع) : [عند] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) .

(٤) في (ع) : [الأصليين] .

(٥) في (م) ، (ع) : [خفه] .

(٦) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) في (ص) ، (ن) : [ثلاثة] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) : [يثبت] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لغير] .

(١١) ساقطة من (ع) .

(١٢) في (م) : [يثبت] .

(١٣) في (ن) : [إلى] .

(١٤) وفي (م) : [يفصل] .

(١٥) في (م) : [يثبت] .

بينا جهة الاستدلال عليه ، وهو مأخوذ أيضًا من فعله ﷺ ؛ لأنه روي أنه مسح على خفيه خطوطًا بالأصابع (١) .

* * *

(١) أخرجه ابن أبي شيبة - ما يقرب إلى هذا المعنى - في المصنف آخر من كان لا يرى المسح (٢١٤/١) ، والبيهقي في الكبرى باب الاقتصار بالمسح على ظاهر الخفين (٢٩٢/١) ، وابن ماجه في السنن باب في مسح أعلى الخف وأسفله (١٨٣/١) .

مسألة ٧٠

الماسح على الجبائر لا إعادة عليه

١٤٢٦ - قال أصحابنا : الماسح على الجبائر لا إعادة عليه [١] .

١٤٢٧ - وقال الشافعي : يعيد [٢] .

١٤٢٨ - لنا : ما روي أن عليًا [ﷺ] [٣] سأل النبي ﷺ يوم أحد عن الجبائر ، فقال : « امسح عليها » [٤] ولم يبين وجوب الإعادة مع حاجة السائل ، وسؤاله عن أحكام الحادثة .

١٤٢٩ - ولا يقال : إن الخبر يقتضي الجواز ، والإعادة حكم آخر ؛ لأن المسح لا يراد إلا للصلاة وسقوط فرضها ، فكان هذا هو المقصود بالسؤال ووجب بيانه . ولأنه مسح أقيم مقام غسل ، فإذا أدى [به الصلاة] لم يجب [٥] عليه الإعادة ، كمسح الخفين والتيمم .

١٤٣٠ - ولأنها طهارة ضرورة [٦] ، كطهارة المستحاضة .

١٤٣١ - ولأن كل صلاة أمر بها مع العلم بحالها لم يجب [٧] إعادتها ، كسائر الصلوات .

١٤٣٢ - احتجوا : بقوله ﷺ : « لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور

---

(١) قال الكاساني : ولو مسح على الجبائر وصلى أيامًا ثم برأت جراحته لا يجب عليه إعادة ما صلى بالمسح ، وهذا قول أصحابنا . (انظر : بدائع الصنائع ١/١٤ ، المبسوط ١/٧٣ ، ٧٤) .

(٢) قال الشيرازي : فإن برئ وقدر على الغسل ، فإن كان وضع الجبائر على غير طهر لزمه إعادة الصلاة ، وإن كان وضعها على طهر ؛ ففيه قولان : أحدهما : لا يلزم الإعادة كما لا يلزم ماسح الخف ، والثاني : يلزمه ؛ لأنه ترك غسل العضو لعذر نادر غير متصل . (انظر : المهذب ١/٣٦ مختصر المزني صـ٧ ، حلية العلماء ١/٢١٢ ، ٢١٣ ، الوسيط ١/٤٥٧ ، ٤٥٨ ، نهاية المحتاج ١/٢٨٨ ، الكافي لابن عبد البر ١/١٧٩ ، ١٨٠ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٤١ ، المسائل الفقهية ١/٩٣ ، ٩٤ ، الكافي لابن قدامة ١/٤٠ ، ٤١ ، المغني ١/٢٧٧ - ٢٩٧) .

(٣) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) رواه ابن ماجه في باب المسح على الجبائر (١/٢١٥) ، الدارقطني في باب جواز المسح على الجبائر (١/٢٢٦ ، ٢٢٧) ، والبيهقي في باب المسح على العصائب والجبائر (١/٢٢٨) .

(٥) في (ع) : [لم تجب] .

(٦) في (ص) : [ضرورية] .

(٧) في (ع) : [لم تجب] .

مواضعه ، فيغسل وجهه ويديه »[١] .

١٤٣٣ - والجواب : أن هذا تناول[٢] القادر ، فأما العاجز فلا يجوز أن يتناوله ؛ لأن صلاته مقبولة بالاتفاق .

١٤٣٤ - قالوا : عذر نادر لا يتصل في العادة ، فلم يسقط معه فرض الصلاة ، كالمحبوس .

١٤٣٥ - قلنا : ينتقض بصلاة العريان ؛ لأنه عذر نادر لا يتصل في العادة ، وكذلك خوف العطش .

١٤٣٦ - ثم المعنى في الأصل : أن العذر من جهة الآدمي فلم يسقط الفرض بمجرده ، وفي مسألتنا العذر من جهة اللّٰه تعالى ؛ فجاز أن يؤثر في إسقاط الفرض .

* * *

(١) تقدم تخريجه في المسألة (١٣) ، وتكرر ذكره في مسائل عديدة .

(٢) في (م) ، (ع) : [يتناول] .

مسائل الحيض [٧١ - ٧٨]

مسألة ٧١

إذا انقطع دم الحيض لأكثر مدة الحيض جاز وطؤها قبل الاغتسال

١٤٣٧ - قال أصحابنا : إذا انقطع دم الحيض لأكثر مدة الحيض جاز وطؤها قبل الاغتسال (١) .

١٤٣٨ - وقال الشافعي : لا يجوز (٢) .

١٤٣٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾ (٣) ، ولم يفصل .

١٤٤٠ - ولأن كل حالة حكم فيها بصحة الصوم لم يمنع الزوج من وطئها بحكم الحيض ، كما لو اغتسلت .

١٤٤١ - ولا يلزم إذا انقطع دمها - فيما دون العشر - أن الصوم جائز ولا يجوز الوطء؛ لأن ابن سماعة (٤) ذكر فيمن انقطع دمها في آخر الليل وقد بقي مقدار ما

---

(١) قال القدوري : فإن انقطع دمها لعشرة أيام جاز وطؤها قبل الغسل . (انظر : متن القدوري ص ٦ ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ١٧٠/١ ، ١٧١ ، الاختيار ٢٨/١ ، ملتقى الأبحر ص ١٠ ، البناية مع الهداية ٦٥٣/١ ، ٦٥٤) .

(٢) قال الشافعي : وإن طهرت من الحيض حل لها الصوم ، ولا تحل الصلاة والطواف وحمل المصحف وقراءة القرآن ولا يحل الاستمتاع بها حتى تغتسل . (انظر : الأم ٣٧/١ ، حلية العلماء ٢١٦/١ ، ٢١٧ ، المهذب مع المجموع ٣٦٦/٢ - ٣٧١) . (وانظر : المنتقى ١١٧/١ ، ١١٨ ، المقدمات ١٢٧/١ ، ١٢٨ ، الكافي لابن عبد البر ١٨٥/١ ، بداية المجتهد ٥٩/١ ، ٦٠ ، المغني ٣٣٨/١ ، ٣٣٩ ، المحلى بالآثار ٣٩١/١ - ٣٩٤ مسألة ٢٥٦) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٣ .

(٤) هو : محمد بن سماعة بن عبيد الله بن هلال بن وكيع ، الإمام ، أحد الثقات الأثبات ، كان مولده سنة ثلاثين ومائة ، روى عن : الليث بن سعد ، ويوسف القاضي ، ومحمد بن الحسن ، وروى عنه : محمد بن عمران الضبي ، والحسن بن محمد عنبر الوشاء ، وقال عنه ابن معين : لو أن المحدثين يصدقون في الحديث كما يصدق محمد بن سماعة في الفقه لكانوا فيه على نهاية ، ولي القضاء للرشيد ، ودام إلى أن ضعف بصره ، توفي سنة ثلاثين ومائتين وله مائة وثلاث سنة . (انظر : الجواهر المضية ١٨٦/٣ ، سير أعلام النبلاء ٢٨٢/٩) .

تغتسل وتكبر [(١)] جاز صومها ، فهذه يجوز وطؤها في حالة [(٢)] صحة الصوم ؛ لأن صلاة العشاء تجب عليها ، قال : وإن بقي من الوقت ما تغتسل فيه ولا تكبر [(٣)] فإن اغتسلت صح صومها ، فعلى هذا يجوز وطؤها قبل [(٤)] الغسل ، قال : فإن لم [(٥)] تغتسل يجوز صومها ، فإذن لا يتصور فيما دون العشر إباحة الوطء إلا بعد الحكم بصحة الصوم .

١٤٤٢ – قالوا : استباحة الصوم لا تقف [(٦)] على الطهارة ، واستباحة الوطء يعتبر فيها الطهارة بالإجماع .

١٤٤٣ – قلنا : لم نعتبر [(٧)] استباحة الصوم ، وإنما اعتبرنا الحكم بصحته ، وزوال [(٨)] الحيض معتبر في ذلك بالاتفاق .

١٤٤٤ – قالوا : المعنى في الأصل أنها استباحت [(٩)] الصلاة فجاز وطؤها ، وهذه لم تستبح [(١٠)] الصلاة لحدث الحيض فلم يحل وطؤها .

١٤٤٥ – قلنا : إذا أثر الحيض في المنع من الصوم والصلاة ، فلم يجب [(١١)] اعتبار إباحة الوطء باستباحة الصلاة ، ولم يجب اعتباره بصحة [(١٢)] الصوم . ثم اعتباره بالصوم أولى ؛ لأن الحيض يؤثر في المنع من الصوم والوطء ، وفعل الصلاة لا يمنعه الحيض ، وإنما يؤثر فيه انتقاض [(١٣)] الطهارة ، وكان الاعتبار بالصوم أولى .

١٤٤٦ – ولأن حكمنا بزوال الحيض ، فجاز للزوج وطؤها ، كما لو اغتسلت .

١٤٤٧ – قالوا : لا تأثير للوصف في الأصل ؛ لأن المغتسلة يجوز [(١٤)] وطؤها وإن لم يحكم بزوال حيضها فيما دون العشر .

١٤٤٨ – قلنا : هذا التأثير يدل على صحة اعتبارنا ؛ لأنه إذا جاز وطء المغتسلة وإن لم يحكم بزوال الحيض فلأن يحكم بالإباحة عند زواله أولى .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ما يغتسل ويكبر] . (٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [حال] .
(٣) في (م) ، (ع) : [ما يغتسل به ولا يكبر] .
(٤) في (م) ، (ع) : [فتقدم] ، وفي (ن) : [فتقدمه] .
(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وإن لم] . (٦) في (م) : [لا يقف] .
(٧) في (ن) : [لا تعتبر] . (٨) في (م) : [وزال] .
(٩) في (م) ، (ع) : [استباحة] . (١٠) في (م) : [لم يستبح] .
(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وجب] . (١٢) في (م) ، (ع) : [لصحة] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [اسقاط] . (١٤) في (م) : [تجوز] .

١٤٤٩ - ولأن الأحكام المختصة بالحيض المنع من الوطء وعدم صحة الصوم وسقوط فرض الصلاة ، وهذه الأحكام ترتفع بالانقطاع لأكثر مدة الحيض ، فتحريم الوطء مثله . ولا يلزم استئنافه [١] الصلاة ودخول المسجد ؛ لأن هذه المعاني لم يؤثر الحيض فيها ، وإنما يؤثر انتقاض [٢] الطهارة .

١٤٥٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطَّهَّرْنَ ﴾ [٣] ، وهذا يفيد الاغتسال ؛ لأن الفعل إذا أضيف إلى من يصح منه أفاد إحداثه ووجوده [٤] ، قالوا : ثم قال : ﴿ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ [مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ] [٥] ﴾ ، فعلق الحكم بغايتين ، فلابد أن تكون [٦] الغاية الثانية غير الانقطاع ، وذلك هو الغسل ، ثم قال في [آخر] [٧] الآية ﴿ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ ﴾ فمدح على الطهارة المذكورة في أولها ، فدل أن المراد [به] [٨] ما تفعله من التطهير [٩] حتى تستحق [به] [١٠] المدح .

١٤٥١ - والجواب : أن من أصحابنا من قال : إن الآية لا تتناول [١١] من كان أكثر أيامها الحيض ، وإنما هي خاصة [١٢] فيمن كانت أيامها أقل من أكثر الحيض ، بدلالة أنه قال : ﴿ فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ ﴾ [١٣] ، تقديره : ولا تقربوهن في المحيض ، ولا تقربوا الحيّض ، وهذا يوجد بعد مضي أكثر الحيض ، فعلم أن الآية خاصة فيمن كانت أيامها أقل من أكثر الحيض ؛ حتى يصح أن يوصف بالمحيض .

١٤٥٢ - وعندنا أن هذه يقف وطؤها [١٤] على الغسل وما في معناه .

١٤٥٣ - وجواب آخر : وهو أن قوله تعالى [١٥] ﴿ حَتَّىٰ يَطَّهَّرْنَ ﴾ قُرئ بالتخفيف ، وذلك ظاهر في الانقطاع ويحتمل الاغتسال .

١٤٥٤ - ويجوز أن يضاف الفعل إليها وإن كانت ممن يصح منها الفعل وذلك

---

(١) في (ع) : [استئناف] .
(٢) مكرر في (ص) .
(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٢ .
(٤) في (ع) : [وجوده] .
(٥) الزيادة من (ع) .
(٦) في (م) : [أن يكون] .
(٧) زيادة من (ن) .
(٨) ساقطة من (ن) .
(٩) في (م) : [التطهر] ، وفي (ع) : [الطهارة] .
(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) .
(١١) في (م) : [لا يتناول] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [رخصة] .
(١٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٢ .
(١٤) في (م) ، (ع) : [على وطئها] .
(١٥) في (م) ، (ع) : [والجواب أن قوله تعالى] .

المعنى لم يوجد (١) من جهتها ، كما نقول (٢) في اللّٰه تعالى : يَكبر ويَعظُم (٣) وهو ممن يصح منه الفعل وإن كان لم يحدث هذا المعنى . وإذا احتملت إحدى القراءتين رتبت على ما لا يحتمل ، وجعلت كالشيء الواحد على أصلنا أن القراءتين لا تجعل (٤) كالآيتين ، ولو جعلناها كالآيتين حملنا إحداهما (٥) على من كان أيامها أقل من أكثر الحيض ، وحملنا الأخرى [على] (٦) من كان أيامها أكثر الحيض ؛ فيؤدي إلى استعمالهما .

١٤٥٥ - ولا يقال : إن هذا يقتضي ترك العموم فيهما ؛ لأنهم إذا استعملوها تركوا ظاهر أحدهما ، وهو قوله : ﴿ حَتَّىٰ يَطَّهَّرْنَ ﴾ ، وضموا إلى الغاية شرطًا آخر ، وهو : الاغتسال .

١٤٥٦ - وكذلك يضمرون في القراءة الأخرى الانقطاع ؛ لأن قوله : ﴿ يَطَّهَّرْنَ ﴾ [إذا أفاد الاغتسال عندهم] (٧) فلابد من الانقطاع معه ، فقد تساوينا في ترك الظاهر ، فأما الغاية الثانية فهو كلام مبتدأ غير متعلق بما قبله ، وذلك لأن اللّٰه تعالى لما أباح الوطء بعد الطهارة ، أراد أن يبين (٨) أن الإباحة تختص (٩) بموضع دون موضع حتى لا يعتبر العموم فقال : ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ ، يبين هذا أن الغاية (١٠) من حكم ما بعدها أن تخالف (١١) ما قبلها ، فلو دخلت الغاية الثانية على الأولى أبطلتها وخرجت من [أن] (١٢) تكون غاية ، فمن نفى (١٣) ظاهرها أولى ، ولأنا نستعمل الغايتين على فائدتين ، فهو أولى من إثبات (١٤) فائدة واحدة .

١٤٥٧ - ولأن اللّٰه تعالى قال : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطَّهَّرْنَ ﴾ ثم قال : ﴿ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ﴾ ، ولو أراد أن يجعل الغايتين واحدة لأعاد الحكم الأول ،

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لم يحدث] .
(٢) في (م) ، (ن) : [كما تقول] .
(٣) في (م) ، (ع) : [تكبر وتعظم] .
(٤) في (م) : [لا يجعل] .
(٥) في (ص) : [أحدهما] .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [إذا أفاد الاغتسال عندهم فإذا أفاد الاغتسال عندهم] .
(٨) في (م) : [تبين] .
(٩) في (م) : [يختص] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ولو أراد أن يجعل الغايتين تبين هذا أن الغاية] .
(١١) في (م) ، (ع) : [يخالف] .
(١٢) ساقطة من (م) .
(١٣) في (ن) : [بقى] .
(١٤) في (م) : [أبيات] .

وهو القرب المطلق، فلما زاد فيه صفة علم أن الغاية الثانية غير الأولى .

١٤٥٨ - فأما قوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلتَّوَّٰبِينَ وَيُحِبُّ ٱلْمُتَطَهِّرِينَ ﴾ : فعلى الجواب الأول : نوافقهم [(١)] في معناه أن الآية لم تتناول [(٢)] الأمر ، كان أيامها أقل [(٣)] من العشر، وعلى الجواب الثاني : نحمله [(٤)] على إحدى القراءتين [(٥)] التي أفادت الاغتسال ، فيكون راجعًا إلى بعض ما تقدم ، وعلى الجواب الآخر : هو كلام مبتدأ غير متعلق بما قبله ؛ لأنه غير مفتقر إلى تعلقه به ، كما لا يفتقر ذكر التوبة .

١٤٥٩ - ومن أصحابنا من رجح / ما ذكرناه - من تناول الطهر الانقطاع دون الاغتسال - بأن قال : الطهارة إذا ذكرت بعد النجس فالظاهر منها زوال النجاسة دون الحدث ، فلما قال تعالى : ﴿ [قُلْ] [(٦)] هُوَ أَذًى ﴾ ، ثم قال : ﴿ حَتَّىٰ يَطَّهَّرْنَ ﴾ كان ظاهره يفيد زوال الأذى دون الاغتسال . ١٦/أ

١٤٦٠ - قالوا : الحيض معنى [(٧)] يحرم الوطء وغيره ، فلم يحل الوطء مع بقاء شيء حرم معه ، قياسا على الإحرام .

١٤٦١ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن الحيض عندنا حرم الوطء ومنع من وجوب الصلاة وفعل الصوم ، وإباحة الوطء لا تتقدم [(٨)] هاتين .

١٤٦٢ - فأما استباحة الصلاة والقراءة [ودخول] [(٩)] المسجد [ليس] [(١٠)] مما حرمه الحيض عندنا ، وإنما [(١١)] حرمه انتقاض الطهر ، ألا ترى أن ذلك يتعلق بالجنابة كما يتعلق بالحيض ، والأحكام الأول [(١٢)] أوجبها الحيض ؛ بدلالة أنها لا تتعلق [(١٣)] بالجنابة . ثم الإحرام دليلنا ؛ لأنه لما اقتضى تحريم الوطء وغيره زال تحريم الوطء بزواله ، فكذلك في مسألتنا يزول ما حرمه الوطء .

١٤٦٣ - ولا يقال : إن الإحرام يزول بالتحلل [الأول] [(١٤)] ولا يباح الوطء ؛ لأن الإحرام باق ، وإنما أبيح بعض المحرمات ، فأما أن يزول الإحرام مع بقاء

---

(١) في (م) ، (ن) : [يوافقهم] .
(٢) في (م) : [لم يتناول] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أولى] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يحمله] .
(٥) في (ع) : [على أحد القرائن] .
(٦) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٧) في (ع) : [معين] .
(٨) في (م) ، (ع) : [لا يتقدم] .
(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) .
(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [إنما] .
(١٢) في (ص) ، (م) ، (ن) : [الأولة] .
(١٣) في (م) : [لا يتعلق] .
(١٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

مكة [١] فلا .

١٤٦٤ - وربما قالوا : فوجب أن يكون للوطء مزية ، كحال الإحرام والصوم .

١٤٦٥ - قلنا : المزية إن عنيتم بها في باب التحريم [لم يوجد في الأصل ؛ لأن تحريم الوطء كتحريم غيره ، وإن أردتم الفساد [٢]] [٣] لم يوجد في الفرع .

١٤٦٦ - قالوا : لأنها [٤] ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض ، فلم يجز وطؤها ، كما لو انقطع فيما دون العشر [٥] ولم تغتسل ولم يمض وقت الصلاة .

١٤٦٧ - قلنا : المنع من الصلاة من أحكام الحيض ، كالمنع من الصوم . فإذا أبيح الصوم ولم تبح الصلاة [٦] لم يوجب اعتبار إباحة [الوطء] [٧] بأحدهما دون الآخر . ثم حدث الحيض تأثيره في الصلاة كتأثير حدث الجنابة ، فإذا لم يمنع أحدهما الوطء [٨] فكذلك الآخر .

١٤٦٨ - ولأن المعنى فيمن كانت أيامها أقل من أكثر الحيض إذن [٩] لا يحكم بزوال الحيض وانقطاعه ما لم يوجد [١٠] ما فيه نفي حكم ، فلم يجز الوطء .

١٤٦٩ - وإذا مضت أكثر المدة فقد تيقنا بزواله ، فهو أكثر من منافاة أحكامه .

١٤٧٠ - ولا معنى لقولهم : إن [١١] الحيض يمنع من الوطء فحدثه مثله ، وحدث الجنابة يتعلق بالوطء وذلك لا يمنع الوطء فلا يمنع حدثه ؛ لأنه قد يؤثر الحيض فيما لا يؤثر حدثه [فيه] [١٢] ؛ بدلالة صحة الصوم ووجوب الصلاة يؤثر فيهما الحيض ، وحدثه لا يؤثر فيهما بحدث [١٣] الجنابة .

* * *

(١) في (ص) ، (ن) : [مع بقائكن] ، ولعل الصواب ما أثبتناه من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) : [وإن أردتم تم الفساد] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .
(٤) في (ع) : [لا] .
(٥) في (م) ، (ع) : [العشرة] .
(٦) في (ن) : [للصوم] .
(٧) زيادة من (م) ، (ع) ، (ن) .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [للوطئ] .
(٩) في (ع) : [إذ] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ما لم يوجد] .
(١١) مكرر في (ع) .
(١٢) ساقطة من (ع) .
(١٣) في (ص) : [وحدثه وحدثه لا يؤثر فيهما حدث] .

مسألة ٧٢

إذا استحيضت المرأة ردت إلى أيام عادتها ولم يعتبر اللون

١٤٧١ - قال أصحابنا : إذا استحيضت المرأة ردت إلى أيام عادتها ولم يعتبر اللون (١) .

١٤٧٢ - وقال الشافعي : تميز (٢) باللون ، فإذا استوى اللون ردت إلى الأيام (٣) .

١٤٧٣ - لنا : ما رواه مالك (٤) ، عن نافع ، عن سليمان بن يسار ، عن أم سلمة : أن امرأة كانت تهراق الدم على عهد رسول الله ﷺ ، فاستفتته (٥) لها أم سلمة ، فقال : « لتنظر عدد الأيام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يصيبها الذي كان يصيبها ، فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر ، فإذا خلفت فلتغتسل (٦) ، ثم لتستثفر ثم لتصلي » (٧) .

١٤٧٤ - وروى جعفر بن ربيعة (٨) ، عن عراك ، عن عروة ، عن عائشة أنها قالت :

(١) قال ابن الهمام : ولو زاد الدم على عشرة أيام - ولها عادة معروفة دونها - ردت إلى أيام عدتها ؛ فيكون الزائد على العادة استحاضة ، وإن كان داخل العشرة . (انظر : شرح فتح القدير ١٧٦/١ ، البناية ٦٢٣ - ٦٢٦ ، وحاشية ابن عابدين ٢٠١/١ ، مجمع الأنهر باب الحيض ٥٢/١ ، متن القدوري ص ٦ ، تحفة الفقهاء باب الحيض ٣٤/١ ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية ١٧٦/١ ، ١٧٧ ، بدائع الصنائع ٤١/١ ، مجمع الأنهر ٥٤/١ حاشية ابن عابدين ١٩٨/١ ، ١٩٩) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يميز] .

(٣) قال الشيرازي : وإن كانت معتادة مميزة وهي أن يكون عادتها أن تحيض في كل شهر خمسة أيام ، ثم رأته في شهر عشرة أيام دمًا أسود ثم رأته دما أحمر أو أصفر واتصل ، ردت إلى التمييز وجعل حيضها أيام السواد - وهي العشرة - وقال أبو علي بن خيران : ترد إلى العادة ، وهو الخمسة ، والأول أصح . (انظر : المهذب مع المجموع ٤٣١/٢ ، الأم ٦١/١ ، ٦٧ ، ٦٨ ، مختصر المزني صـ١١ ، حلية العلماء ٢٢١/١ ، ٢٢٣ ، الوسيط ٤٧٨/١) . (وانظر : المنتقى ١٢٢/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٨٨/١ ، الكافي لابن قدامة ٧٩/١ ، المغني ٢١٦/١ ، الإفصاح ٩٨/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [عن مالك] .

(٥) في (ص) ، (م) : [فاستفته] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فالتغتسل] .

(٧) أخرجه مالك - باختلاف يسير - في الموطأ كتاب الطهارة ، باب المستحاضة (٦١/١) ، وأبو داود في السنن باب المرأة تستحاض (٧٣/١) ، والنسائي في المجتبى كتاب الحيض ، باب المرأة يكون لها مدة معلومة تحيضها كل شهر (١٨٢/١) ، وابن ماجه في السنن باب ما جاء في المستحاضة التي قد عدت أيام أقرائها (٢٠٤/١) ، والدارقطني في السنن كتاب الحيض (٢١٧/١) .

(٨) هو : جعفر بن ربيعة ابن الأمير شرحبيل بن حسنة ، الفقيه الإمام ، ولد في مصر وسكن بها ، وقد أدرك والده ربيعة رسول الله ﷺ ، وروى عن : أبي سلمة بن عبد الرحمن ، وأبي الخير مرثد اليزني ، وعراك بن =

إن أم حبيبة سألت النبي ﷺ عن الدم ، فقالت عائشة : رأيت مركنها ملآن دمًا ، فقال لها [١] رسول الله [ﷺ] [٢] : « امكثي قدر ما يحبسك حيضك ثم اغتسلي » [٣] .

١٤٧٥ – وروى الزهري عن عروة بن الزبير قال : حدثتني فاطمة بنت أبي حبيش [٤] أنها أمرت [٥] أسماء ، وأسماء – حدثتني أنها أمرتها فاطمة بنت أبي حبيش – أن تسأل رسول الله [ﷺ] [٦] فأمرها أن تقعد [٧] الأيام التي كانت تقعد ثم تغتسل [٨] .

١٤٧٦ – وعن أبي جعفر أن سودة استحيضت ، فأمرها النبي [٩] ﷺ إذا مضت أيامها اغتسلت ثم صلت [١٠] . فهذه الأخبار كلها تدل على اعتبار الأيام .

١٤٧٧ – ولا يقال : يجوز أن تكون [١١] لا تمييز لها ؛ لأن الحكم لو اختلف لفصل .

١٤٧٨ – ولا يقال : إنه [١٢] عرف الحال فلم يستفصل [١٣] ، أو لأن الغالب عدم التمييز ؛ لأنه ﷺ لا يجوز أن يعرف حال لون الدم مع اختلاف النساء ، ودعوى هذا محال ، وقولهم : بأن [١٤] الغالب عدم التمييز لا يعرف ، ويدل عليه ما روى عدي بن ثابت عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها ، ثم

= مالك ، وغيرهم ، وروى عنه : الليث بن سعد ، وبكر بن مضر ، وغيرهما ، وثقه ابن سعد والنسائي ، توفي رحمه الله سنة اثنتين وثلاثين ومائة . (انظر تهذيب الكمال ٢٩/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٦٥/٦) .

(١) في (م) ، (ع) : [مركها] ، وفي (ص) ، (م) ، (ن) : [مالأ] ، وفي (ع) : [ماءلا] ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، ولفظ [لها] : ساقط من (ع) .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) أخرجه مسلم بهذا الإسناد باب المستحاضة وغسلها وصلاتها (١٤٩/١) ، وأبو داود (٧٤/١) والنسائي (١٨٢/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب المعتادة لا تميز بين الدمين (٣٣١/١) ، وزاد مسلم : « وصلى » .

(٤) هي : فاطمة بنت أبي حبيش بن المطلب القرشية ، الأسدية ، روت عن النبي ﷺ ، وروى عنها : عروة بن الزبير ، تزوجت عبد الله بن جحش ، وولدت له محمد بن عبد الله بن جحش . (انظر : أسد الغابة ٢١٨/٧ ، تهذيب الكمال ٢٥٤/٣٥) .

(٥) في (م) ، (ع) : [أمرأت] .

(٦) ساقطة من (ن) .

(٧) في (ص) ، (ن) : [تعد] ، وفي (ع) ، (م) : [نعتد] ، والمثبت من أبي داود .

(٨) أخرجه أبو داود بهذا الإسناد (٧٥/١) ، والبيهقي في الكبرى باب المعتادة لا تميز بيت الدمين (٣٣١/١) .

(٩) في (ع) : [رسول الله] .

(١٠) رواه أبو داود في السنن باب المرأة تستحاض (٧٥/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف في المستحاضة كيف تصنع (١٥١/١) .

(١١) في (م) ، (ع) : [يكون] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [أن] .

(١٣) في (ع) : [فلم ينفصل] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [أن] .

تغتسل وتصلي »[^1] وهذا عام .

١٤٧٩ - ولأنه دم خارج من الرحم فلا يختلف حكمه باختلاف لونه ، أصله : إذا لم يزد[^2] على أكثر الحيض .

١٤٨٠ - ولأن المرأة قد ترى الدم في أيامها مختلفًا ، فلا يعتبر بتغير[^3] لونه ؛ لوجوده في وقت يصلح للحيض ؛ فدل على أن الأيام أظهر في الدلالة من اللون .

١٤٨١ - احتجوا بحديث ابن شهاب ، عن عروة بن الزبير ، عن فاطمة بنت أبي حبيش[^4] أنها كانت تستحاض ، فقال لها النبي [ﷺ][^5] : « إذا كان دم الحيض - فإنه أسود يعرف - فأمسكي[^6] عن الصلاة ، فإذا كان الآخر ، فتوضئي[^7] وصلي ، فإنه دم عرق »[^8] .

١٤٨٢ - والجواب : أن هذا متروك الظاهر ؛ لأن عندهم لا يحكم للأسود بحكم الحيض خاصة ، بل المعتبر عندهم بالتغيير ، ألا ترى أنها لو ابتدأت بدم أحمر أو أصفر فاستمر بها أياما ثم تغير[^9] إلى دم أسود ؛ فالأول : هو الحيض ، والأسود : [هو][^10] الاستحاضة ، فسقط الظاهر بإجماع ، واحتمل أن يكون المراد [به][^11] أنه أسود يعرف بالأيام .

١٤٨٣ - ولأن المشهور في أخبار الاستحاضة ذكر الأيام ، واللون مروي في خبر واحد ، والأصل عندهم اللون ، والأيام تثبت بعده ، فيستحيل أن يترك عليه السلام بيان الأصل في الدلالة إلا في خبر واحد ويذكر الفرع في عامة الأخبار .

---

[^1]: أخرجه أبو داود في السنن باب من قال إذا أقبلت الحيضة تدع الصلاة (٧٥/١) ، والترمذي في السنن باب ما جاء أن المستحاضة تتوضأ لكل صلاة (٢٢٠/١) ، والدارمي في السنن باب غسل المستحاضة (٢٠٢/١) .
[^2]: في (ن) : [لم تر] .
[^3]: في (ع) : [تغير] .
[^4]: في (م) ، (ع) : [أبي حبش] .
[^5]: ساقطة من (ن) .
[^6]: في (ن) : [فإنه يعرف أسود] ، وفي (م) ، (ع) : [فأسكن] .
[^7]: في (م) : [فتوضأ] .
[^8]: أخرجه أبو داود في السنن باب من قال إذا قلت الحيضة تدع الصلاة (٧٧/١) ، والنسائي في كتاب الحيض والاستحاضة ، باب الفرق بين دم الحيض والاستحاضة (١٨٥/١) ، والدار قطني في السنن كتاب الحيض (٢٠٦/١ ، ٢٠٧) ، والحاكم في المستدرك في أحكام الاستحاضة (١٧٤/١) .
[^9]: في (م) ، (ع) : [يعتبر] .
[^10]: ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
[^11]: زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

١٤٨٤ - ولا معنى لقولهم : إنا نستعمل الأخبار ؛ لأن الاستعمال يصح لو قالوا بظاهر اللون ، وقد بينا تركهم لظاهره ، فلو جاز ذلك لوجب أن تكون [١] الأيام الأصل واللون تابع ؛ لأنها مذكورة [في] [٢] كل الأخبار .

١٤٨٥ - ولأنا بينا [٣] حديث عدي بن ثابت [٤] وهو عام لم يخرج إلى سؤال ، فكان أبعد من الاحتمال ، والرجوع إليه أولى .

١٤٨٦ - قالوا : روي في حديث عائشة أن النبي ﷺ قال لفاطمة : « إنما ذلك دم [٥] عرق ، وليس بالحيض ؛ فإذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة ، وإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي » [٦] ، فدل على أن الحيضة تعرف .

١٤٨٧ - قلنا : بالوقت المعتاد ، وادعيتم أنها تعرف باللون ، فتساوينا .

١٤٨٨ - قالوا : روي عن ابن عباس أنه قال : إن دم الحيض أسود بحراني [٧] .

١٤٨٩ - قلنا : ذكر أبو داود عن علي ، وابن عباس ، وعائشة ؛ والحسن ، وسعيد ابن المسيب ، وعطاء ، ومكحول ، وإبراهيم ، وسالم ، والقاسم : أن المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها [٨] .

١٤٩٠ - قالوا : خارج من الرحم ، فوجب أن يدخله الاجتهاد والتحري عند الاشتباه ، كالمذي والمني .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يكون] .
(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) في (ن) : [ولا يأتينا] .
(٤) هو : عدي بن ثابت ، الإمام الحافظ الأنصاري الكوفي ، سبط عبد الله بن يزيد الخطمي ، عالم الشيعة وصادقهم ، وقاصهم وإمام مسجدهم. قال أحمد بن حنبل والعجلي : ثقة ، وتبعهما النسائي ، وقال أبو حاتم : صدوق ، روى عن أبيه ، والبراء بن عازب ، وسليمان بن صرد ، وآخرين ، روى عنه : علي بن زيد ، ويحيى بن سعيد الأنصاري ، وأبان بن تغلب ، وآخرون ، وقال ابن حبان : مات ابن عدي في ولاية خالد القسري على العراق. (انظر : سير أعلام النبلاء ٢٨/٦ ، ميزان الاعتدال ٦١/٣) .
(٥) في (م) ، (ن) : [عدم] .
(٦) البخاري كتاب الوضوء ، باب غسل الدم (٥٣/١) ، وفي كتاب الحيض باب إقبال المحيض وإدباره (٦٥/١ ، ٦٦ ، ٦٧ ، ٦٨ ، ٦٩) ، ومسلم في كتاب الحيض ، باب المستحاضة وغسلها وصلاتها (١٤٨/١) ، ومالك في الموطأ في المستحاضة (٦١/١) ، وأبو داود في كتاب الطهارة (٧٦/١) .
(٧) أخرجه أبو داود تعليقًا بلفظ : « إذا رأت الدم البحراني فلا تصلي ، وإذا رأت الطهر ولو ساعة فلتغتسل وتصلي (٧٧/١ ، ٧٨) .
(٨) ذكره أبو داود تعليقًا في آخر باب في المرأة المستحاضة (٧٦/١) .

١٤٩١ - والجواب : أنه [١] يعكس ، فيقال : فلم يميز باللون ، كالمني ؛ لأنه يوجد أبيض وأحمر وغير ذلك ، فيتعلق به الغسل .

١٤٩٢ - ولأن المني لا يوجد على الصفة المخصوصة يوجب الغسل ، فلذلك [٢] رجع إلى صفة ، والدم قد يوجد بالصفة التي يعتبرونها فلا يتعلق به حكم يدل على أن اللون غير معتبر .

١٤٩٣ - قالوا : اللون شاهد في [٣] نفسه فكان أولى [من] [٤] الشاهد من غيره .

١٤٩٤ - قلنا : الأيام متفق على اعتبارها ؛ فكان الرجوع إلى شهادتها أولى مما اختلف [٥] فيه ، ولأن من لم تصر [٦] مستحاضة لا يرجع فيها إلى شاهد نفس الحيض ، فكذلك من صارت مستحاضة .

* * *

---

(١) في (ع) : [أن] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [من] .
(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٥) في (ن) : [اختلفت] .
(٦) في (م) : [لم يصر] .

مسألة ٧٣

إذا استمر الدم بالمبتدأة فحيضها من كل شهر عشرة أيام

١٤٩٥ – قال أصحابنا : إذا استمر الدم بالمبتدأة فحيضها من كل شهر عشرة أيام [١] .

١٤٩٦ – وقال الشافعي – في أحد قوليه – : ستة أو سبعة ، وفي القول الآخر [٢] : يوم وليلة [٣] .

١٤٩٧ – لنا : أن ما ليس بعادة للمستحاضة لا يجوز ردها إليه ، كاليومين ولأن كل ما ردت [٤] المستحاضة إليه لم يقع فيه التحير [٥] ، كالأيام عندنا ولون الدم [٦] عندهم . ولأن العشرة زمان يصح أن يكون حيضًا فلا ينتقص [٧] منه بغير عادة ، كما لو وقف الدم .

١٤٩٨ – احتجوا : بحديث [حمنة] [٨] أن النبي ﷺ قال : « تحيضي في علم الله ستًّا أو سبعًا ، كما تحيض النساء في كل شهر » [٩] .

---

(١) قال الكاساني : والمبتدأة بالحيض – وهي التي ابتدأت بالدم واستمر بها – فالعشرة من أول الشهر حيض . (انظر : بدائع الصنائع ٤١/١ ، متن القدوري ص ٦ ، تحفة الفقهاء ٣٤/١ ، ملتقى الأبحر ص ١٠) .

(٢) في (ع) : [الأخير] .

(٣) قال الشيرازي : والمبتدأة إن كانت مميزة ، وهي التي بدأها الدم وعبر الخمسة عشر والدم على صفة واحدة ، ففيها قولان : أحدهما أنها تحيض أقل الحيض ؛ لأنه اليقين ، وما زاد مشكوك فيه ، فلا يحكم بكونه حيضًا ، والثاني : أنها ترد إلى أغلب عادة النساء – وهي ست أو سبع – ، وهو الأصح . وإن كانت مبتدأة غير مميزة وهي التي بدأها الدم وعبر الخمسة عشر ودمها في بعض الأيام بصفة دم الحيض ، وهو المحتدم القاني الذي يضرب إلى السواد ، وفي بعضها أحمر مشرق أو أصفر ؛ فإن حيضها أيام السواد بشرطين أحدهما : أن يكون الأسود لا ينقص عن أقل الحيض والثاني : أن لا يزيد على أكثره . (انظر : المهذب ٣٨/١ ، الأم ٦١/١ ، حلية العلماء ٢٢١/١ الوسيط ٤٨٠/١ ، المهذب مع المجموع ٣٩٦/٢ – ٤٠٢) . (وانظر : المدونة ٥٤/١ ، المنتقى ١٢٤/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٨٧/١ ، المسائل الفقهية ١٠١/١ ١٠٢ ، الكافي ٧٦/١ ، المغني ٣٢٧/١ ، ٣٢٨ ، العدة ص ٥٧ ، المحلى بالآثار ٤١٥/١ – ٤١٧ ، الإفصاح ٩٧/١) .

(٤) في (م) : [وردت] .

(٥) في (ع) : [التحري] .

(٦) في (م) : [ولو أن الدم] .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ينقص] .

(٨) ساقطة من (ع) .

(٩) أخرجه الشافعي في الأم باب المستحاضة (٦٠/١) ، والمسند (٤٧/١ ، ٤٨ ، ٤٣٩/٦) ، وأبو داود في السنن كتاب الطهارة (٧٨/١ ، ٧٩) ، والترمذي باب ما جاء أن المستحاضة تتوضأ لكل صلاة (٢٢١/١ ، ٢٢٥) .

١٤٩٩ - والجواب : أن هذا خبر طويل ، قال النبي ﷺ : « تحيضي في علم الله ستًّا أو سبعًا ، وصلي ثلاثًا وعشرين ، أو أربعًا وعشرين كما تحيض النساء في كل شهر وتطهر » ، فلم يجعل الستة عادة للنساء في كل شهر ، وإنما جعل حيضة وطهرًا عادتهن في كل شهر ، وأمرها بالستة والسبعة ؛ لأن أيامها اشتبهت عليها ، فردها [1] إلى غالب عادتها بذلك ، على هذا أنها لم تكن مبتدأة ، وإنما استحيضت [2] سنين .

١٥٠٠ - وفي العادة أن مثلها تنسى [3] أيامها ، والخلاف في المبتدأة .

١٥٠١ - قالوا : مستحاضة اختلط حيضها باستحاضتها فلم يجعل حيضها أكثر المحيض ، كمن لها عادة .

١٥٠٢ - قلنا : ينتقض بمن عادتها أكثر الحيض .

١٥٠٣ - ثم المعنى فيمن لها عادة أن معها ظاهرًا [4] يمنع من تجاوز [5] العادة ، فلذلك ردت إليه . ومن لا عادة لها فلا ظاهر [6] معها ، وجب اعتبار الظاهر [7] الآخر ، وهو وجود [8] الدم في زمان يصلح للحيض .

١٥٠٤ - ولا يقال : إن الستة والسبعة غالب عادة النساء ؛ لأنا لا نسلم هذا ، بل العادة مختلفة بالبلدان والسن والصحة .

١٥٠٥ - احتجوا للقول [9] الآخر : بأن أقل الحيض متيقن [به] [10] ، وما زاد عليه يجوز أن يكون حيضًا ، ويجوز أن يكون / استحاضة ، وما جاز أن يكون حيضًا واستحاضة [فهو استحاضة] [11] ، كما لو زاد على أيامها المعتادة .

١٥٠٦ - والجواب : أن ما زاد على الأيام لا يجعل استحاضة لما ذكروه من التحرير [12] ، وإنما هو لمخالفته لظاهر العادة ؛ ألا ترى أن في أيامه المعتادة ما يحصل فيه

١٦/

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فردتها] .

(٢) في (م) : [احتضنت] ، وفي (ع) : [احتاضت] .

(٣) في (ع) : [ينسى] .

(٤) في (ص) ، (ع) : [ظاهر] ، وفي (م) ، (ن) : [طاهر] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) : [يجاوز] .

(٦) في (م) ، (ن) : [طاهر] .

(٧) في (م) ، (ن) : [الطاهر] .

(٨) في (م) : [موجود] .

(٩) في غير (ص) : [بالقول] .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٢) في (ع) : [التحري] .

التحرير [1] ؛ لأن العادة قد تنقص وتزيد [2] ولا يقدر بذلك [3] لمخالفته للظاهر ، ولا ظاهر في مسألتنا ، فجاز إثباته حيضًا مع التحرير [4] .

* * *

(١) في (ع) : [التحري] .

(٢) في (م) : [ويزيد] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يعتد ذلك] .

(٤) في (ع) : [التحري] .

مسألة ٧٤

إذا تخلل الدم طهر أقل من خمسة عشر يومًا كان كالدم الجاري

١٥٠٧ - قال أصحابنا : إذا تخلل الدم طهر أقل من خمسة عشر يومًا كان كالدم الجاري (١) .

١٥٠٨ - وقال الشافعي : يعتد به طهرًا ولا يفصل بين الدمين (٢) .

١٥٠٩ - لنا : أنه ليس بطهر صحيح ؛ بدلالة أنه لا يفصل بين الدمين ، فصار كالانقطاع إذا لم يوجد معه نقاء (٣) .

١٥١٠ - ولأن الدم إذا لم يكن صحيحًا لم يعتد به حيضًا - وهو الاستحاضة - ، كذلك الطهر إذا لم يصح لم يحكم بكونه طهرًا .

١٥١١ - ولأنه طهر لا يعتد به في حكم العدة ، يبين (٤) ذلك أنه لا يجعل الدمين حيضين (٥) عندنا ، ولا تنقضي (٦) به عدة عندهم ، فصار كالانقطاع المتخلل بين الدم . ولأن الحيض جعل لأقله مدة ولأقل الطهر مدة ، ثم كان ما نقص عن أقل الحيض لا يعتد به ، كذلك ما نقص عن أقل الطهر لا يعتد به .

١٥١٢ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ فَٱعۡتَزِلُواْ ٱلنِّسَآءَ فِي ٱلۡمَحِيضِ وَلَا تَقۡرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطۡهُرۡنَ ﴾ (٧) .

---

(١) عن أبي حنيفة في ذلك أربع روايات ، منها ما روى عن أبي يوسف أنه قال : الطهر المتخلل بين الدمين إذا كان أقل من خمسة عشر يومًا يكون طهرًا فاسدًا ، ولا يكون فاصلًا بين الدمين ، بل يكون كله كدم متوال ، ثم يقدر ما ينبغي أن يجعل حيضًا ، والباقي يكون استحاضة . (انظر : بدائع الصنائع ٤٣/١ ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية ١٧٢/١ ، ١٧٣ ، مجمع الأنهر ٥٢/١ ، ٥٣) .

(٢) جاء في حلية العلماء : إذا رأت يوما دما ويوما نقاء ولم تتجاوز خمسة عشر يومًا فقد نص الشافعي رحمه الله أن الجميع حيض ، وفيه قول آخر : أن يلفق النقاء فيجعل طهرًا .

(انظر : حلية العلماء ٢٩٣/١ ، الوسيط ٥٠٠/١ ، ٥٠١ ، المجموع ٥٠١/٢ ، ٥٠٢) . (وانظر : الكافي لابن عبد البر ١٨٦/١ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٤٢ ، والكافي لابن قدامة ٨٢/١ ، المغني ٣٥٩/١ ، ٣٦٠) .

(٣) في (م) : [بقا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [حيضتين] .

(٦) في (م) : [ولا ينقضي] ، وفي (ع) : [ولا تقتضي] .

(٧) سورة البقرة : الآية ٢٢٢ .

١٥١٣ - فالجواب [١] : أنا لا نسلم وصفها بالطهارة - وإن انقطع الدم - ؛ لأن الطهر عند الانقطاع الصحيح ، وعندهم زوال حدث الحيض ، وذلك لا يسلم [٢] على الوجهين .

١٥١٤ - قالوا : زمان تحقق وجود الطهر فيه ، فصار كالخمسة عشر .

١٥١٥ - قلنا : تحقق الانقطاع ليس بطهر ، كما أن تحقق سيلان الدم ليس بحيض حتى تستمر [٣] مدة الحيض ، ولأن الخمسة عشر لما فصلت بين الدمين وتعلق بها حكم في العدة كانت طهرًا ، وفي مسألتنا بخلافه .

١٥١٦ - قالوا : قد وجد طهر بين دمين ودم بين طهرين ، فليس لقائل أن يجعل الطهر حيضًا لتخلله بين الحيض بأولى من أن يجعل الدم طهرًا لتخلله [٤] بين الطهرين .

١٥١٧ - قلنا : الدم المتخلل بين الطهرين حيض بالاتفاق ، فلم يجعل تابعًا لأيام الطهر . ولأن العادة في الحيض أن سيلانه [٥] لا يستمر وإنما يوجد تارة وينقطع أخرى [فلذلك [٦] حكم بكونه حيضا .

١٥١٨ - ولم تجر العادة في الطهر أنه يوجد تارة وينقطع أخرى] [٧] إذا صح [هذا] [٨] فعلم أنه تابع الحيض وليس بطهر صحيح .

١٥١٩ - ولأن الدم المتخلل بين الطهرين تعلق به سائر [٩] أحكام الحيض ، والطهر المتخلل بين الدمين لم يحكم له بحكم الطهر من وجه ، فلم يحكم من بقية الوجوه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [والجواب] . (٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [نسلم] .
(٣) في (م) ، (ن) : [يستمر] . (٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لتخلل] .
(٥) في (م) : [سلامة] . (٦) في (ن) : [فكذلك] .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٨) ما بين القوسين ساقط من سوى (ص) . (٩) في (ن) : [كسائر] .

مسألة ٧٥

أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها

١٥٢٠ - قال أصحابنا : أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها [١] .

١٥٢١ - وقال الشافعي : يوم وليلة [٢] .

١٥٢٢ - والدليل على ما قلناه : ما روي في حديث المستحاضة التي سألت أم سلمة حتى استفتت [٣] لها رسول الله ﷺ فقال : « لتنظر عدد الأيام والليالي التي كانت تحيضهن ، فلتترك الصلاة ثم تغتسل وتصلي » [٤] ، وهذا يدل على أن الحيض لا يكون إلا ما يسمى أيامًا ، وأقل ذلك ثلاثة أيام .

١٥٢٣ - وقال : « المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها » [٥] ، وهذا يدل [على] [٦] أن الحيض أيام .

١٥٢٤ - ولا يقال : يحتمل أن يكون في امرأة عادتها أيام ؛ لأن النبي ﷺ لم يعرف المرأة التي سألته أم سلمة لها ، وكيف يعرف عادتها ، ولأنه [٧] قال في الخبر الآخر : « المستحاضة تدع الصلاة » ، وهذا عام .

---

(١) قال الكاساني : ظاهر الرواية أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها ، وحكي عن أبي يوسف قال في النوادر : يومان وأكثر اليوم الثالث ، وروى الحسن عن أبي حنيفة : ثلاثة أيام بليلتيهما المتخللتين . (انظر : بدائع الصنائع ٤٠/١ ، تحفة الفقهاء ٣٣/١ ، الهداية مع فتح القدير ١٦٠/١ - ١٦٢) .

(٢) نص الشافعي رحمه الله في العدد أن أقله : يوم ، ونص في باب الحيض من مختصر المزني وفي عامة كتبه أقله يوم وليلة ، واختلف الأصحاب فيه على ثلاثة طرق : أحدها : يوم بلا ليلة ، والثاني : قولان : أحدهما يوم بلا ليلة ، والثاني يوم وليلة ، والطريق الثالث : وهو أصحها باتفاق الأصحاب أن أقله يوم وليلة قولًا واحدًا ، وهذا الطريق قول المزني ، وأبي العباس بن سريج ، وجماهير أصحابنا المتقدمين .
(انظر : المجموع ٣٧٥/٢ ، الأم ٦٧/١ ، مختصر المزني صـ١١ ، حلية العلماء ٢١٨/١ ، الوسيط ٤٧٠/١ ، المهذب مع المجموع كتاب الحيض ٣٧٥/٢) ، (وانظر : المدونة ٥٥/١ ، المنتقى ١٢٣/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٨٥/١ ، المقدمات الممهدات ١٢٨/١ ، بداية المجتهد ٥١/١ - ٥٣ ، المسائل الفقهية ١٠٣/١ ، ١٠٤ ، الإفصاح ٩٦/١ ، الكافي لابن قدامة ٧٤/١، المغني ٣٠٨/١ ، ٣٠٩ ، المحلى بالآثار ٤٠٥/١ - ٤١٠) .

(٣) في (م) : [اسليفت] .

(٤) تقدم تخريجه في المسألة رقم ٧٢ .

(٥) تقدم تخريجه في المسألة رقم ٧٢ .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) في (م) : [ولأنها] .

١٥٢٥ - ولا يقال : إنه ذكر الأقراء بالجمع (١) ، وذلك يقتضي الثلاث ، وأضاف إليه الأيام باسم الجمع ، فيصير لكل قرء يوم (٢) ؛ وذلك لأنها (٣) تدع الصلاة أيام أقرائها ثم تغتسل ، فذكر غسلًا واحدًا ، فعلم أنه أراد قرءًا واحدًا .

١٥٢٦ - ولأن الخبر الأول ذكر فيه الأيام والليالي ولم يذكر الأقراء (٤) .

١٥٢٧ - ولأنه قال عدد الأيام والليالي من كل شهر ، ولا يكون في الشهر إلا قرء واحد .

١٥٢٨ - وقال في حديث فاطمة : « دعي الصلاة أيام أقرائك ثم اغتسلي وصلي ما بين القرء إلى القرء » (٥) ، وهذا يدل على أن المراد قرء واحد ، وإنما ذكره بلفظ الجمع لأن الدم له أجزاء وأبعاض وإن كان واحدا .

١٥٢٩ - ولا يقال (٦) : قد روي : « المستحاضة تدع الصلاة يوم أقرائها » (٧) فأضاف إلى القرء يومًا واحدًا ؛ لأن هذا لا نعرفه (٨) ، وإن ثبت لم يدل ؛ لأن اليوم يعبر به عن بياض النهار ، وعن الوقت ، فصار كأنه قال : وقت أقرائها ، والأيام لا يعبر (٩) بها عن يوم واحد .

١٥٣٠ - ولا يقال : إن ما دون الثلاث تسمى (١٠) أيامًا - فيقال : أيام الفتنة ؛ لأنه متى قصد بالأيام العدد المحصور لم يتناول ما دون الثلاث . وإنما يقال : ما ذكروه إذن أريد [به] (١١) الوقت المبهم .

١٥٣١ - ويدل عليه ما رواه أبو أمامة ، أن النبي ﷺ قال : « أقل ما يكون من الحيض للجارية البكر والثيب (١٢) ثلاث ، وأكثر ما يكون من المحيض عشرة أيام ، [فإذا رأت الدم أكثر من عشرة أيام] (١٣) فهي استحاضة » (١٤) ، ذكره الدارقطني واعترضه ،

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بالجميع] . (٢) في سائر النسخ : [يوما] .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لأنه] . (٤) في (م) ، (ع) : [القرأ] .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن باب في المرأة تستحاض (٧٤/١ ، ٧٥) ، والنسائي في المجتبى كتاب الحيض والاستحاضة باب ذكر الأقراء (١٨٣/١ ، ١٨٤) .

(٦) في (ن) : [وقد يقال] . (٧) تقدم تخريج هذا الحديث في المسألة رقم ٧٢ .

(٨) في (م) : [لا يعرفه] . (٩) في (م) : [لا يعتبر به] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يسمى] . (١١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٢) في (م) : [البنت] . (١٣) ما بين المعكوفتين مكرر في (ع) .

(١٤) أخرجه الدارقطني مرفوعا بهذا اللفظ في السنن كتاب الحيض (٢١٨/١) ، والبيهقي في الكبرى في آخر باب المستحاضة إذا كانت مميزة (٣٢٦/١) ، وابن حبان (١٨٢/٢) .

فقال : رواه عبد الملك ، وهو مجهول عن العلاء بن كثير [١] ، وهو ضعيف عن مكحول ، ولم يسمع من أبي أمامة [٢] ، وهذا لا يقدح ؛ لأن ظاهر الإسلام يكفي في عدالة الراوي بالاتفاق وضعف الراوي لا يقدح إلا أن يفسر جهة الضعف ، ومكحول أدرك أيامه وسمع في عصره ، فإذا روى عنه فالظاهر السماع ، ولو ثبت إرساله لم يمنع صحته عندنا .

١٥٣٢ - وروى واثلة بن الأسقع [٣] قال : قال رسول الله ﷺ : « أقل الحيض ثلاثة أيام ، وأكثره عشرة » [٤] ، ذكره الدارقطني ، واعترضه بأن راويه [٥] محمد بن أحمد ابن أنس الشامي ، وهو ضعيف ، عن حماد [٦] بن منهال ، [وهو مجهول] [٧] ، وقد بينا أن هذا القدح لا يؤثر .

١٥٣٣ - وقد روي مثل قولنا عن أنس ، وابن مسعود ، وعثمان بن أبي العاص الثقفي [٨] ، ولا يعرف لهم مخالف ، فيجب تقليدهم .

---

(١) هو : العلاء بن كثير الليثي ، أبو سعد الشامي الدمشقي ، مولى بني أمية ، سكن الكوفة .
ذكره أبو الحسن بن سميع في الطبقة الخامسة ، وقال أبو حاتم : ضعيف الحديث ، وزاد أنه منكر لا يعرف بالشام ، روى عن : مكحول الشامي ، وأبو الدرداء مرسلًا ، وروى عنه : أبو سمير حكيم بن خذام البصري ، وسليمان بن عمرو النخعي ، وآخرون . (انظر تهذيب الكمال ٥٣٢/٢٢ ، والجرح والتعديل ٦/الترجمة ١٩٨٧) .

(٢) راجع قول الدارقطني عقيب الحديثين السابقين ، ومثله عنه البيهقي ، وقال ابن حبان : وكان ممن يروي الموضوعات عن الأثبات ، لا يحل الاحتجاج بما روى إذا وافق فيه الثقات فكيف إذا تفرد ... ومن أصحابنا من زعم أنه العلاء بن الحارث ، وليس كذلك فإن العلاء بن الحارث حضرمي وهذا من موالي بني أمية ، ذاك صدوق وهذا ليس بشيء . (انظر : نصب الراية باب الحيض ١٩١/١) .

(٣) في (م) : [الأشقع] .
وهو : واثلة بن الأسقع بن كعب بن عامر ، وقيل : واثلة بن الأسقع بن عبد العزى بن عبد ياليل . من أصحاب الصُّفَّة ، أسلم سنة تسع ، وشهد غزوة تبوك ، وكان من فقراء المسلمين ، وفي كنيته أقوال : فقد قيل أبو الخطاب ، وأبو الأسقع ، وقيل : أبو قرصافة ، وقيل : أبو شداد ، وله عدة أحاديث . سكن قرية البلاط - من قرى غواطة دمشق - مدة . روى عنه : أبو إدريس الخولاني ، وشداد ، وأبو عمار ، وبسر بن عبيد الله وآخرون ، وقال أبو مسهر : مات سنة خمس وثمانين وله ثمان وتسعون سنة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٤٧٤/٤ ، أسد الغابة ٤٢٨/٥) .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن كتاب الحيض (٢١٩/١) .

(٥) في (ع) : [بأنه رواية] ، وفي (م) : [بأن رواية] .

(٦) في (م) ، (ع) : [حمال] .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) حديث أنس رواه الشافعي بلفظ قرء : المرأة أو قرء حيض المرأة ثلاث ، أو أربع حتى انتهى إلى عشر ، في =

١٥٣٤ - أو نقول : إن ما لا يدل عليه القياس إذا قاله الصحابي حمل على أنه قاله توقيفًا ، فكأنه رواه عن النبي ﷺ .

١٥٣٥ - وقد اعترضوا حديث أنس ، بأن راويه [1] الجلد [2] بن أيوب ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الثوري وابن علية رويا هذا الحديث عنه ، ورواية الثقات تعديل ، ولم يطعن على الجلد [3] إلا بقول أحمد .

١٥٣٦ - وروى ابن سيرين : إن أم ولد لأنس [4] استحيضت ، فأرسلوني أسأل ابن عباس . قال أحمد : فلو كان هذا صحيحًا لم يسألوا [5] ، وهذا ليس بشيء ؛ لأن السؤال يجوز أن يكون عن حكم الاستحاضة لا عن مقدار الحيض [6] .

١٥٣٧ - وقد روى أبو يوسف هذا الخبر ، وذكره محمد في الأصل [7] ، وهذا تعديل لروايته .

١٥٣٨ - ولأنه معنى مُقدر إذا طرأ أثَّر في الصلاة فلم يُقدر [8] أقله بيوم وليلة ، كالسفر . ولأنه نادر في أقل الحيض فلا يثبت حيضًا من غير توقيف ، أو لا يثبت حيضًا [9] بالوجود ، أصله : ما دون اليوم والليلة .

١٥٣٩ - ولا يقال : إنَّ ما دون اليوم والليلة لم يقدر لأحد رخصتي المسح ؛ لأن المسح والحيض حكمان مختلفان ، فلا يؤخذ [10] أحدهما من الآخر . ولأنها مدة لا تستوفى [11]

= الأم ، في الرد على من قال : لا يكون الحيض أقل من ثلاثة أيام (٦٤/١) ، والدارمي في السنن باب ما جاء في أكثر الحيض (٢٠٩/١) . وأما حديث عبد الله بن مسعود وحديث عثمان بن أبي العاص أخرجهما الدارقطني في السنن كتاب الحيض (٢٠٩/١ ، ٢١٠) .

(١) في (م) ، (ع) : [بأن رواية] .

(٢ ، ٣) في غير (ص) : [الخلد] .

(٤) في (ن) : [أن لم ولد لاس] .

(٥) في (ن) : [سألوا] ، وروى الدارقطني هذا النص عن محمد بن إسماعيل الفارسي عن أبي زرعة الدمشقي : رأيت أحمد بن حنبل ينكر حديث الجلد بن أيوب هذا ، وسمعت أحمد بن حنبل يقول : لو كان هذا صحيحًا لم يقل ابن سيرين : استحيضت أم ولد لأنس بن مالك فأرسلوني أسأل ابن عباس ﷺ ، في المصدر السابق (٢١٠/١) ، البيهقي في الكبرى (٣٢١/١ - ٣٢٣) .

(٦) في (م) ، (ن) : [إلا عن مقدار الحيض] .

(٧) لم نقف على هذه الرواية في الأصل ولا في كتب الآثار .

(٨) في (ن) : [فلم تقدر] .

(٩) في (م) : [من غير توقف أو لا تثبت حيضًا] ، وساقطة من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فلا يوجد] .

(١١) في (م) ، (ع) : [لا يستوفى] .

فيها رخصة مسح المسافر ، فلم تكن [١] مدة لأقل الحيض ، أصله : ما دون يوم وليلة .

١٥٤٠ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ ﴾ [٢] ، ولم يفصل .

١٥٤١ – والجواب : أن اللّٰه تعالى جعل الحيض أذى فاحتاجوا أن يدلوا على أن هذا القدر حيض [٣] حتى يسلم لهم الحكم ، وهذا كما لو قال : الغريب [٤] كريم ، لم يدل على أن من عُلِم كريمًا [٥] كان غريبًا [٦] .

١٥٤٢ – قالوا : القصد بقوله : ﴿ قُلْ [٧] هُوَ أَذًى ﴾ بيان صفة الحيض وحقيقته ، وهذا كالحد ;

١٥٤٣ – قلنا : قد علم أن من الأذى ما لا يكون حيضًا ، والحد لا ينتقض ، والحقيقة لا تتعين [٨] ، فعلم أنه لم يقصد ذلك ، وإنما قصد بيان الحكم من قوله : ﴿ فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ ﴾ ، وذكر الأذى بيانا لعلة الاعتزال ، لا لما قالوه .

١٥٤٤ – قالوا : ذكر اللّٰه تعالى الحيض وحكمه ولم يبين قدره ، وليس له حد في اللغة ، فوجب الرجوع فيه إلى العرف ، وقد ثبت معتادًا وجود الحيض يومًا [٩] وليلة .

١٥٤٥ – قال الشافعي : ثبت عندي أن نساءً يحضن [١٠] يومًا وليلة ، فوجب الرجوع إليه [١١] .

١٥٤٦ – قلنا : العادة لا يرجع فيها إلى النادر ، وإنما يرجع فيها إلى العام الغالب ، وذلك يخالف قولهم . ولأن المرأة الواحدة إذا قالت إنها تحيض يومًا وليلة فإنها تخبر عن رؤية الدم ، فأما أن تخبر عن كونه حيضًا فلا طريق لها إليه .

١٥٤٧ – وقد حكى الدارقطني عن الأوزاعي قال : ها هنا امرأة تحيض غدوة وتطهر عشية [١٢] . فلو جاز الرجوع إلى ما حكاه الشافعي في الوجود [١٣] النادر لجاز الرجوع

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولم يكن] .
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٢ .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [حيضًا] .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [العزيز] .
(٥) في (ع) : [عزيزًا] .
(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عربيا] .
(٧) ساقطة من (ع) .
(٨) في (م) : [لا يتعين] .
(٩) في غير (ع) : [يوم] .
(١٠) في (م) : [تحضن] .
(١١) انظر : قول الشافعي في الأم (١/٦٤) .
(١٢) أخرجه الدارقطني في السنن (١/٢٠٩) ، والبيهقي في الكبرى باب أقل الحيض (١/٣٢٠) .
(١٣) في (ع) : [من الوجود] .

إلى ما حكاه الأوزاعي .

١٥٤٨ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال لفاطمة : « إن دم الحيض دم أسود يعرف ، فإذا كان ذلك فأمسكي عن الصلاة ، وإذا كان الآخر فتوضئي وصلي » (١) ، وقد بينا أن هذا الخبر متروك الظاهر ، وأن قوله : « يعرف » (٢) معناه بالقول أو بالأيام ، [وذلك] (٣) لا يوجد معتادا في يوم وليلة .

١٥٤٩ - قالوا : لأنه معنى إذا طرأ أسقط فرض الصلاة ؛ فجاز أن يكون يومًا وليلة ، كالجنون .

١٥٥٠ - قلنا : الجنون لا يوجد في جنسه ما لا يؤثر في الصلاة ، فكان الظاهر موجودًا عند حدوثه ؛ فلم يحتج إلى مدة .

١٥٥١ - ولهذا لا يتقدر لأقله ، والحيض يوجد من جنسه ما لا يتعلق به حكم ، فاحتاج إلى ظاهر مع الوجود ، وهذا مقدر (٤) بالاتفاق .

١٥٥٢ - ولأنا نعكس هذه (٥) العلة فنقول : يوجب (٦) أن يكون حكمه [فيما دون الثلاث حكمه] (٧) فيما دون اليوم والليلة .

١٥٥٣ - قالوا : دم يسقط فرض الصلاة فجاز أن يكون يومًا وليلة ، كالنفاس .

١٥٥٤ - قلنا : دم النفاس يوجد ومعه ظاهر (٨) ، وهو تقدم الولادة ، فلم يحتج إلى ظاهر (٩) وهو الاستمرار .

١٥٥٥ - قالوا : أحد مدتي المسح ، فجاز أن / يكون حيضًا ، كالثلاث . ١٧/أ

١٥٥٦ - قلنا : حكم الحيض لا يجوز أن يؤخذ (١٠) من المسح ؛ لأن اليوم والليلة لم يجعل (١١) حدًّا لأقل المسح (١٢) ، وإنما جعل إحدى المدتين أخرى (١٣) ، فالخلاف في

---

(١) تقدم تخريجه في المسألة (٧٢) .
(٢) في (ع) : [أنه يعرف] .
(٣) زيادة من (ن) .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يقدر] .
(٥) في (ع) : [بين] .
(٦) في (ن) : [فوجب] .
(٧) ساقط من (ع) .
(٨) في (ص) ، (م) : [طاهر] .
(٩) في (م) : [طاهر] .
(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يوجد] .
(١١) في (ن) : [لم نجعل] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [لم يوجد حد الأول المسح] .
(١٣) في (ص) : [أحرى] .

أقل مدة الحيض ؛ فلم يجز أن يؤخذ [١] من أكثره مدة المسح ، ولأن أقل المسح غير مقدر ، [وأقل الحيض مقدر] [٢] ، فلم يعتبر أحدهما بالآخر . ولأن الحكم عندهم لا يتعلق بالثلاث ، وإنما يتعلق باليوم ، فكأنهم قاسوا الشيء على نفسه .

١٥٥٧ - قالوا : معنى معتبر [٣] بالأيام ، محدود الأقل والأكثر ، فجاز أن يكون يومًا وليلة ، كالمسح .

١٥٥٨ - قلنا : يبطل بالعدة بالشهور ؛ لأنها تتقدر [٤] بالأيام إذا طلقت [٥] في بعض الشهور ، ولا يتقدر أقلها بما قالوه .

١٥٥٩ - ولأنا لا نسلم أن أقل المسح مقدر [٦] بيوم وليلة ؛ لأن أقله لا يتقدر ، وإنما جعل ذلك [أكثر] [٧] أقل المدتين .

١٥٦٠ - ولأن هذا الحكم لا يجوز إثباته بقياس ؛ لأنه مقدار لأعلى طريق الفصل ، وما ذكرنا [٨] من الأقيسة قصدنا بها الترجيح .

* * *

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يوجد] .

(٢) ساقط من (ع) .

(٣) في (م) ، (ن) : [فعبر] .

(٤) في (م) : [يتقدر] .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [إذا أطلقت] .

(٦) في (ن) : [مقدم] .

(٧) ساقطة من (ص) .

(٨) في (ص) ، (ن) : [ما ذكرناه] .

مسألة ٧٦

أكثر الحيض

١٥٦١ - قال أصحابنا : أكثر الحيض عشرة أيام (١) .

١٥٦٢ - وقال الشافعي : خمسة عشر يومًا (٢) .

١٥٦٣ - لنا : قوله ﷺ في حديث أم سلمة : « مرها فلتدع الصلاة عدد الأيام والليالي التي كانت تحيض (٣) فيهن من كل شهر » (٤) ، وهذا يدل على أن الحيض يسمى أيامًا ، وأكثر ما يتناوله الاسم فيما له عدد محصور عشرة أيام ، فإذا زاد قيل : أحد عشر يومًا .

١٥٦٤ - ولا يقال : إن اسم الأيام يتناول ما زاد على العشرة ؛ يقال : أيام بني أمية ، وأيام الحجاج ؛ لأن هذا يذكر ويراد به قطعة من الزمان ولا يراد به حصر العدد ، ونحن ادعينا أن الاسم فيما له عدد محصور لا يزيد على العشرة (٥) .

١٥٦٥ - ويدل عليه حديث أبي أمامة وأنس وابن مسعود ، وقد قدمناه (٦) . ولأنه نادر في أكثر الحيض ؛ فلا يجعل حيضًا من غير اتفاق ، كما زاد على خمسة عشر .

١٥٦٦ - ولأنه طهر صحيح ؛ فلم يجز أن يتقدر به الحيض ، كما زاد على خمسة عشر . ولأن الطهر والحيض يتنافيان كتنافي (٧) السفر والإقامة ، ثم كان ما جعل قدر الإقامة لا يقدر به السفر (٨) ، فكذلك الطهر والحيض .

---

(١) قال الإمام العيني : وأكثره عشرة أيام . (انظر : البناية على الهداية ٦٢٠/١ ، مختصر الطحاوي ص ٢٣ ، تحفة الفقهاء ٣٣/١ ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية ١٦١/١ - ١٦٣ ، بدائع الصنائع ٤٠/١) .

(٢) قال الغزالي : وأما مدة الحيض فأكثرها خمسة عشر يومًا . (انظر : الوسيط ٤١٧/١ ، الأم ٦٧/١ ، مختصر المزني صـ١١ ، حلية العلماء ٢١٩/١ ، المهذب مع المجموع ٣٧٥/٢ - ٣٨٠) .

(وانظر : المدونة ٥٤/١ ، ٥٥ ، المنتقى ١٧٤/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٨٥/١ ، المقدمات الممهدات ١٢٧/١ ، ١٢٨ ، بداية المجتهد ٥١/١ ، ١٥٣ ، الإفصاح ٩٦/١ ، الكافي لابن قدامة ٧٥/١ ، المغني ٣٠٨/١ ، ٣٠٩ ، المحلى بالآثار ٤٠٩/١ ، ٤١٠) .

(٣) في (ص) ، (ن) : [تجلس] ، وفي (م) : [تحبس] .

(٤) لم يعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ ، وقد تقدم تخريجه من هذا الوجه بمعناه بلفظ آخر في المسألة (٧٢) .

(٥) في (ص) ، (ن) : [العشر] . رد ابن حزم على هذا القول بشدة قائلًا : أما قولهم : إن اسم أيام لا يقع على أكثر من عشرة فكذب ، لا توجيه له ولا شريعة ، وقال ﷻ : ﴿ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ وهذا يقع على ثلاثين يومًا بلا خلاف . (انظر المحلى بالآثار ٤١٠/١) .

(٦) سبق في المسألة السابقة رقم (٧٥) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يتناول] ، وفي (م) : [سافي] ، وفي (ن) : [كبنافي] ، وفي (ع) : [شافي] .

(٨) في (م) : [لا يتقدر به السفر] ، وفي (ع) : [لا يتقدر في السفر] .

١٥٦٧ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى ﴾ [١] ، وبقوله ﷺ : « إن دم الحيض أسود يعرف » [٢] ، وقد مضى الجواب عن ذلك .

١٥٦٨ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « ما رأيت ناقصات عقل ودين أقدر على سلب أولي الألباب منهن » قيل : يا رسول الله ما نقصان عقلهن ، وما نقصان دينهن ، قال : « أما نقصان عقلهن : فإن شهادة امرأتين منهن بشهادة رجل ، وأما نقصان دينهن : فإن إحداهن تمكث [٣] شطر عمرها لا تصلي » [٤] ، وهذا لا يكون إلا والحيض يتقدر بخمسة عشر يومًا .

١٥٦٩ - والجواب : أن المحفوظ في هذا الخبر : « إن إحداهن تمكث عدد الأيام والليالي لا تصلي » ، فأما النصف : فقال ابن المظفر الحافظ [٥] : لا أصل له عن النبي ﷺ ، وأما الشطر : فلا يختص بالنصف ، بل يتناول ما دونه كتناوله له [٦] .

١٥٧٠ - ولأنه قد يتصور ترك الصلاة نصف عمر المرأة وإن كان الحيض عشرة أيام ، ألا ترى أن من بلغت لخمسة عشر سنة [٧] فحاضت عشرة أيام حتى تمت [٨] لها ستون [٩] فقد تركت الصلاة شطر عمرها ؟

١٥٧١ - ولا يقال : إن النبي ﷺ قصد الفرق بين الرجال والنساء وهما يتساويان فيما قبل البلوغ ؛ لأنه يجوز أن يكون ذكر ترك الصلاة في الشطر ليبين [١٠] الفرق في بعض المدة دون جميعها .

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٢ .
(٢) تقدم تخريجه في المسألة (٧٢) .
(٣) في (م) : [يمكث] .
(٤) البخاري كتاب الحيض ، باب ترك الحائض الصوم (٦٤/١) ، ومسلم كتاب الإيمان ، باب بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات (٤٨/١) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الحيض ، باب الحائض لا تصلي ولا تصوم (٣٠٨/١) .
(٥) هو : محمد بن المظفر بن موسى بن عيسى البزار (أبو الحسين) ، محدث ولد في سنة ٢٨٦ هـ ، وتوفي ببغداد في سنة ٣٧٩ هـ ، ومن تصانيفه : كتاب في فضائل العباس ، غرائب حديث شعبة ، وغرائب حديث الإمام مالك ، الفوائد المنتقاة . (انظر : معجم المؤلفين ٧٢٦/٣) .
(٦) قال ابن حجر بعد ما ذكره بهذا اللفظ : « تمكث إحداكن شطر دهرها لا تصلي » . لا أصل له بهذا اللفظ ، وقال البيهقي في المعرفة : هذا الحديث يذكره بعض فقهائنا ، وقد طلبته كثيرًا فلم أجده في شيء من كتب الحديث ، ولم أجد له إسنادًا : ثم قال بعد أن أبطله بأقوال علماء المذهب وذكر بعض حديث أبي سعيد الخدري وابن عمر وابن مسعود ﷺ : هذا وإن كان قريبًا في معنى الأول ولكنه لا يعطي المراد منه ، وهو ظاهر في التفريع . (انظر : تلخيص الحبير كتاب الحيض ١٦٢/١ ، ١٦٣) .
(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يومًا] .
(٨) في (م) : [ثبت] .
(٩) في (ع) : [لعشرة أيام حتى بلغت ستين]
(١٠) في (م) ، (ع) : [لتبين] ، وفي (ن) : [ليتبين] .

١٥٧٢ - ولا يقال : كيف تذم على ترك الصلاة [قبل بلوغها لأن هذا يلزمهم بمثله ؛ ألا ترى أنها لا تذم على ترك الصلاة] [١] في أيام حيضها ولا يوجد حيض خمسة عشر - غالبًا - ، وإنما يكون نادرًا ، فكيف يذم جملة النساء بوجود ذلك من إحداهن ، فعلم أن المراد بالخبر ترك الصلاة في غير أيام الحيض ؛ لأنه يغلب على النساء من ترك الصلاة والتباس [٢] الحيض بالاستحاضة ما لا يغلب على الرجال .

١٥٧٣ - قالوا : إنه معنى إذا طرأ أسقط فرض الصلاة ؛ فجاز أن يكون خمسة عشر يومًا ، كالجنون [٣] .

١٥٧٤ - قلنا : [الجنون] [٤] لا يدخله التقدير ، والحيض مقدر محصور باتفاق ؛ فلا يجوز اعتبار ما يتقدر بما لا يتقدر باتفاق ، ولأن الجنون لا يوجد جنسه إلا مسقط ، والدم قد يوجد من جنسه ما لا يؤثر في الصلاة ؛ فلذلك جاز أن يختلف حكم الدم في المدة ، ولا يختلف حكم الجنون ، وتعكس [٥] هذه [٦] العلة فيقال : فوجب أن يكون حكمه في خمسة عشر حكمه فيما زاد عليها ، كالجنون .

١٥٧٥ - قالوا : دم يسقط [٧] فرض الصلاة ؛ فجاز أن يكون خمسة عشر يومًا ، كالنفاس .

١٥٧٦ - قلنا : اعتبار دم الحيض بدم النفاس في باب التقدير لا يصح ؛ للاتفاق في اختلاف مقدارهما .

١٥٧٧ - ولأنه ليس لقائل أن يقول : إن الخمسة عشر إذا جاز أن يكون نفاسًا جاز أن يكون حيضًا إلا ولغيره أن يقول مثل ذلك في العشرين والثلاثين ، وإذا [تساوي] [٨] طريق القولين وبطل أحدهما بالاتفاق فالآخر مثله .

١٥٧٨ - قالوا : دم لم ينقص عن أقل الحيض يبقى معه من الشهر طهر صحيح ؛ فجاز أن يكون حيضًا ، كالعشرة .

١٥٧٩ - قلنا : ما نقص عن أقل الحيض إنما لم يكن حيضًا لمخالفته للظاهر ، كذلك خمسة عشر تخالف [٩] الظاهر فلم يكن حيضًا .

١٥٨٠ - وقولهم : يبقى بعده من الشهر طهر صحيح لا نسلمه ؛ لأنه قد يبقى بعده الخمسة عشر طهر صحيح ، وقد لا يبقى عند نقصان الشهر .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ع) . (٢) في (ن) ، (ع) : [والياس] .
(٣) في (ن) : [كالحيوان] . (٤) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ونعكس] . (٦) في (ع) : [بين] .
(٧) في (ن) : [سقط] . (٨) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٩) في (م) ، (ع) : [مخالف] .

مسألة ٧٧

رخصة المستحاضة مقدرة بوقت الصلاة

١٥٨١ – قال أصحابنا رحمهم الله : رخصة المستحاضة مقدرة بوقت الصلاة (١) .

١٥٨٢ – وقال الشافعي رحمه الله : إذا صلت الفرض جاز لها أن تصلي النوافل ، ولا يجوز لها (٢) أن تصلي فرضًا آخر (٣) .

١٥٨٣ – لنا : ما روي أن النبي ﷺ قال لفاطمة : « دعي الصلاة أيام أقرائك واغتسلي وتوضئي لوقت كل صلاة » (٤) .

١٥٨٤ – ولا معنى لقولهم : إن هذا يفيد (٥) وجوب الوضوء للوقت ، فأما بطلانه فخروج الوقت من حيث الدليل ؛ وذلك لأن الكلام خرج لتقدير الرخصة ، فلو بقيت

---

(١) قال القدوري : والمستحاضة ، ومن به سلس البول والرعاف الدائم ، والجرح الذي لا يرقأ ؛ يتوضئون لوقت كل صلاة ، فيصلون بذلك الوضوء في الوقت وما شاءوا من الفرائض والنوافل ، فإذا خرج الوقت بطل وضوؤهم . (انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٢ ، متن القدوري ص ٦ ، الهداية مع فتح القدير ١/١٨٩ ، ١٨٠) .

(٢) لفظ : [لها] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) قال الشافعي : مذهبنا أنها لا تصلي بطهارة واحدة أكثر من فريضة – مؤداة كانت أو مقضية – وأما المنذورة : ففيها الخلاف السابق في باب التيمم . (انظر : الأم ٢/٣٥٣ ، الوسيط ١/١٧٥ المهذب مع المجموع ٢/٥٣٥) . (وانظر : المدونة ١/١١ ، المنتقى ١/١٢٧ ، ١٢٨ ، الكافي لابن عبد البر ١/١٨٩ ، قوانين الأحكام الشرعية ص٤٣ ، المغني ١/٣١١ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، المحلى بالآثار ١/٢٣٢ – ٢٣٥ مسألة ١٦٨) .

(٤) تقدم تخريجه بدون زيادة [لوقت كل صلاة] في مسألة (٧٥) . قال الزيلعي : حديث : المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة غريب جدًا . وقال ابن حجر في الدراية : لم أجده هكذا ، وقال الدارمي في السنن في (١/٢٣٢) أخبرنا محمد بن يوسف ثنا سفيان ، عن سليمان التيمي قال : قلت لأبي قلابة : « الحائض تتوضأ عند كل وقت صلاة وتذكر الله » ، فقال : ما وجدت لهذا أصلا . قال الترمذي : بعد أن روى حديث عائشة رضي الله عنها من طريق أبي معاوية : قال أبو معاوية في حديث : وقال : « توضئي لكل صلاة حتى يجيء ذلك الوقت » في السنن ، (١/٢١٧ ، ٢١٨) . قال العيني في البناية : قال بعضهم هذا غريب جدًا يعني : بلفظ : « لوقت كل صلاة » قلت : ليس كذلك ؛ لأنه لا يلزم من عدم اطلاعه عليه أن يكون غريبا ، بل روي هذا الحديث بهذه اللفظة في بعض ألفاظ حديث فاطمة بنت أبي حبيش : « وتوضئي لوقت كل صلاة » ذكره ابن قدامة في المغني ، ورواه الإمام أبو حنيفة هكذا : « المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة » ذكره السرخسي في المبسوط . وروى أبو عبد الله ابن بطة بإسناده عن حمنة بنت جحش : أنه عليه الصلاة والسلام أمرها أن تغتسل لوقت كل صلاة ، والغسل : يعني الوضوء ، (١/٦٧٧) .

(٥) في (م) ، (ع) : [أنه يفيد] مكان المثبت .

الطهارة بعد الوقت سقط التقدير ، ولأن استدلالنا لنفي الطهارة في الوقت ، فأما بعد الوقت فحكم يأتي [(١)] لا يقدح في الدليل .

١٥٨٥ - قالوا : الخبر يقتضي [(٢)] وجوب الوضوء للفائتة بعد الفريضة ؛ لأن ذلك وقتها .

١٥٨٦ - قلنا : إطلاق الوقت يقتضي الموضوع للصلاة المعهودة دون الفائتة التي تثبت حكما .

١٥٨٧ - ويدل عليه أنها طهارة ، فجاز أن يؤدي بها فرضين ، كالوضوء .

١٥٨٨ - ولا معنى لقولهم : إن الوضوء يؤدي به فرضين في وقتين ، كذلك في وقت واحد ، وفي مسألتنا : لا يؤدي في وقتين فرضين ، كذلك في وقت واحد [(٣)] ، لأن علة الفرع غير مسلمة . ويجوز عندنا أن تؤدي بوضوئها [(٤)] صلاة قبل الزوال وصلاة بعده . ولا يلزم التيمم [(٥)] لصلاة الجنازة في المصر أنه يصلي به على جنازة ولا يصلي على ثانية ؛ لأنه يجوز أن يصلي به على جنائز [(٦)] كثيرة إذا وضعت إحداها [(٧)] بعد الأخرى من غير فصل .

١٥٨٩ - ولأنها رخصة مقدرة في الطهارة فتقدرت بالوقت [(٨)] ، كمسح الخفين . ولا يلزم على هذا [(٩)] المستحاضة إذا نسيت أيامها ودخل شهر في شهر أن محمدًا قال : تغتسل لكل صلاة ؛ لأن الدقاق [(١٠)] ذكر هذه المسألة وقال : تغتسل لوقت كل صلاة ، ففي المسألة روايتان . ولأنه يؤدى بها نفل بعد الفرض ؛ فجاز أن يؤدى بها الفرض ، كالوضوء في حق غيرها .

١٥٩٠ - ولا معنى لقولهم : إن النفل أخف في أحكامه من الفرض ؛ لأنهما تساويا

---

(١) في (ن) : [تأتي] .
(٢) في (م) ، (ع) : [تقتضي] .
(٣) من قوله : [وفي مسألتنا] إلى قوله : [في وقت واحد] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (ن) : [يؤدي] ، وفي (م) ، (ع) : [بوضوء لها] .
(٥) لفظ : [التيمم] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٦) في (م) ، (ع) : [جنازة] .
(٧) في كل النسخ : [إحداهما] بالميم ، ولعل الصواب ما أثبتناه .
(٨) في (ن) : [في الوقت] .
(٩) لفظ : [هذا] ساقط من (م) ، (ع) .
(١٠) الدقاق بفتح الدال المهملة وتشديد القاف الأولى ، يقال لمن يعمل الدقيق ويبيعه ، واشتهر بهذه النسبة جماعة ، المقصود به هو : أبو علي الدقاق الرازي صاحب كتاب الحيض ، تفقه على موسى بن نصر الرازي ، وتفقه عليه أبو سعيد البردعي . (انظر : تاج التراجم ص ٨٩ ، والفوائد البهية ص ١٤٦) . (انظر : الأنساب باب الدال والقاف ٤٨٥/٢) .

في الطهارة - وإن اختلفا في غيرها - ، بل حكم النفل في الطهارة أقوى عندهم ، ألا ترى : أن من لا يجد ماءً ولا ترابًا يصلي (١) الفرض عندهم دون النفل .

١٥٩١ - احتجوا : بما روي في حديث فاطمة أن النبي ﷺ قال لها : « دعي الصلاة أيام أقرائك ، ثم اغتسلي وتوضئي لكل صلاة - أو : عند كل صلاة » (٢) .

١٥٩٢ - والجواب : أن مخالفنا طعن على هذه الزيادة وزعم أن أبا حنيفة رحمه الله (٣) تفرد بها ، وأن الجماعة رووا (٤) أن النبي ﷺ قال : « ثم اغتسلي وتوضئي » ، فلم يصح استدلالهم (٥) بزيادة طعنوا عليها . ثم الخبر متروك الظاهر ؛ لأن عندهم لا يجب الوضوء لكل صلاة ، وليس أحد الإضمارين أولى من الآخر ، وقد عارض هذا الخبر خبرنا ، وفيه زيادة من طريق النطق ، وفي خبرهم زيادة من طريق المعنى ، والزيادة من طريق اللفظ أولى ؛ لأنها مسموعة .

١٥٩٣ - قالوا : طهارة ضرورة فلا يؤدي بها فرضين ، أصله : إذا صلاهما في وقتين .

١٥٩٤ - قلنا : الأصل غير مسلم ؛ لأنه يجوز عندنا على ما قدمناه ، ولأن حكم الوقت والوقتين مختلف في الرخص ، ألا ترى (٦) أن الماسح إذا بلغ إلى آخر المدة جاز له أن يصلي صلاتين في الوقت (٧) ، ولم يجز أن يصلي إحداهما في الوقت والأخرى بعد الوقت ، وقد اعتبر مخالفونا (٨) في هذه المسألة ما خرجوا به من الأصول ؛ لأنهم أبطلوا الطهارة بالفراغ من الصلاة ، فلو طولها إلى آخر الوقت بقيت الطهارة ، ولو خففها في أول الوقت بطلت طهارة في باب الفرائض ولم تبطل في باب النوافل ، والطهارة لا يصح (٩) أن تبطل من وجه دون وجه .

* * *

---

(١) في (ع) : [صلى] مكان [يصلي] .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وعند كل صلاة] .

أخرجه الدارقطني في السنن كتاب الحيض (٢١١/١ ، ٢١٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف باب ما جاء في المستحاضة (١٥٠/١) ، وابن ماجه باب ما جاء في المستحاضة (٢٠٤/١) وأبو داود في السنن باب من قال تغتسل من طهر إلى طهر (٨٢/١) .

(٣) قوله : [رحمه الله] ساقط من (ع) .

(٤) في (ع) : [ردوا] .

(٥) في (ص) : [استدلاله] ، وفي (م) ، (ع) : [الاستدلال] .

(٦) في (ص) : [ألا يرى] .

(٧) في (ع) : [جاز له أن يصلي الوقت في الوقتين] مكان المثبت .

(٨) في (م) ، (ع) : [مخالفنا] .

(٩) في غير (ص) : [تصح] .

مسألة ٧٨

أكثر النفاس أربعون يومًا

١٥٩٥ - قال أصحابنا : إن [1] أكثر النفاس أربعون يومًا [2] .

١٥٩٦ - وقال الشافعي : ستون [3] .

١٥٩٧ - لنا : ما روته مُسّة الأزدية [4] عن أم سلمة قالت : كن النساء يقعدن على عهد رسول الله / ﷺ [5] من النفاس أربعين يومًا ويطلين وجوههن بالورس من الكلف [6] . فحكت اتفاق [7] نساء العصر على هذا الفعل ، و [لا] [8] يجوز أن يتفقن على أمر في الشرع لا يرجعن [9] فيه إلى رسول الله ﷺ .

١/ب

١٥٩٨ - ولا يقال : إنها حكت العادة ؛ لأن عادة النساء لا تتفق [10] في زمان واحد .

١٥٩٩ - ولأنها لو أرادت بيان العادة لم يخص ذلك بزمان رسول الله ﷺ ، وإنما يخص [11]

---

(١) لفظ : [إن] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) قال القدوري : وأقل النفاس لا حد له ، وأكثره أربعون يومًا . (انظر : متن القدوري ص ٦ ، تحفة الفقهاء ٣٣/١ ، الهداية مع فتح القدير ١٨٨/١ ، ١٨٩ ، بدائع الصنائع ٤١/١) .

(٣) قال الغزالي : وأكثره - يعني النفاس - ستون يومًا . (انظر : الوسيط ٤٧٧/١ ، مختصر المزني ص ١١ ، حلية العلماء ٢٣٢/١ ، الوسيط ٥١١/١ ، المهذب مع المجموع ٥٢٢/٢ - ٥٢٦) . (وانظر : المدونة ٥٧/١ ، المنتقى ١٢٧/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٨٦/١ ، الإفصاح ٩٩/١ ، المغني ٣٤٥/١ ، ٣٤٦ ، ٤١٣/١ ، مسألة ٢٦٨) .

(٤) هي : مسة أم بُسّة الأزدية . روى لها : أبو داود والترمذي وابن ماجه ، روت عن : أم سلمة - زوج النبي ﷺ - وروى عنها : أبو سهل - كثير بن زياد - (انظر : تهذيب الكمال ٣٠٥/٣٥) .

(٥) قوله : [ﷺ] ساقط من [ن] .

(٦) حديث مسة الأزدية ، أخرجه أبو داود من طريق علي بن عبد الأعلي ، عن أبي سهل ، عن أم سلمة ، بلفظ : كانت النفساء على عهد رسول الله ﷺ تقعد بعد نفاسها أربعين يومًا ، أو أربعين ليلة ، وكنا نطلي على وجوهنا الورس - تعني من الكلف . في السنن باب ما جاء في وقت النفساء (٨٦/١) ، والترمذي في السنن باب ما جاء في كم تمكث النفساء (٢٥٦/١ ، ٢٥٧) وابن ماجه في السنن باب النفساء كم تجلس (٢١٣/١) ، والدارقطني في السنن كتاب الحيض (٢٢١/١ ، ٢٢٢) ، والحاكم في المستدرك (١٧٥/١) .

(٧) لفظ : [اتفاق] ساقط من (ن) . (٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) في (ن) : [لا ترجعن] ، مكان المثبت . (١٠) في (م) ، (ع) : [لا يتفقن] .

(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يحصر] .

برواية الحكم . وقد ذكر أبو الحسن (١) من بعض طرق هذا الخبر أن النبي ﷺ وقّت للنفساء أربعين ليلة .

١٦٠٠ – ويدل عليه : ما رواه سلام بن سليم الطويل (٢) عن حميد عن أنس قال : قال رسول اللّه ﷺ : « وُقت النفساء أربعون يومًا ، إلا أن ترى الطهر قبل ذلك » (٣) .

١٦٠١ – وروى (٤) مكحول عن أبي هريرة وأبي الدرداء رفعاه إلى النبي ﷺ أنه قال : « تنظر النفساء أربعين صباحًا ، إلا أن ترى الطهر قبل ذلك ، فإن لم تر (٥) الطهر فيما بينها وبين أربعين صباحًا فهي مستحاضة ، تصنع ما تصنع المستحاضة » (٦) وروى عمر ، وابن عباس ، وعثمان بن أبي العاص ، وعائذ بن عمرو (٧) – وهو ممن بايع النبي ﷺ تحت الشجرة – وأم سلمة ، وأنس ، وعائشة أنهم قالوا : مدة النفاس أربعون يومًا (٨) ، ومثله لا يقال قياسًا ، فحمل على التوقيف . أو نقول : لم يحك عن أحد

(١) هو علي بن عبد الأعلى بن عامر الثعلبي ، أبو الحسن الأحول الكوفي . قال الترمذي في المصدر السابق : قال محمد ابن إسماعيل : على بن عبد الأعلى ثقة ، وقال أحمد والنسائي : ليس به بأس ، قال أبو حاتم : ليس بقوي . روى عن : السدي وعن الحكم بن عتيبة ، وروى عنه إبراهيم بن طهمان وجماعة . مات كهلا . (انظر : الجرح والتعديل ١٩٥/٦ ، ١٩٦ ، ميزان الاعتدال ١٤٣/٣ ، الترجمة ٥٨٨٠ ، تقريب التهذيب ٤٠/٢) .

(٢) هو : سلام بن سلم ، ويقال : ابن سليم ، وابن سليمان ، والصواب ابن سلم التميمي السعدي ، أبو سليمان ، ويقال أبو أيوب المدائني ، خراساني الأصل ، وهو سلام الطويل ، وكان الحوضي يكنيه أبا عبد اللّه ، وقال عنه أحمد ابن حنبل : روى أحاديث منكرة ، وقال يحيى بن معين : ضعيف لا يكتب حديثه ، روى عن : إبرهيم بن ميمون ، والأجلح بن عبد اللّه ، روى عنه : أحمد بن عبد اللّه بن يونس وسعيد بن سليمان الواسطي ، مات قريبًا من سنة سبع وسبعين ومائة . (انظر : تهذيب الكمال ٢٧٧/١٢ ، الكامل لابن عدي ١٢/٢ ، ضعفاء العقيلي ص ٨٦) .

(٣) رواه ابن ماجه عن حميد عن أنس ، بلفظ : كان رسول اللّه ﷺ وقت للنفساء أربعين يومًا ، إلا أن تري الطهر قبل ذلك (٢١٣/١) ، وأخرجه الدارقطني (٢٢٠/١) ، وقال بعد ما رواه : لم يروه عن حميد غير سلام هذا ، وهو سلام الطويل ، وهو ضعيف الحديث .

(٤) قوله : [وروى] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (ص) ، (م) : [ترى] .

(٦) حديث العلاء بن كثير ، عن مكحول ، عن أبي الدرداء ، وأبي هريرة مرفوعًا ، أخرجه ابن عدي بلفظ : « تنتظر النفساء أربعين يومًا إلا أن ترى الطهر قبل ذلك ، فإن بلغت أربعين يومًا ولم تر الطهر فلتغتسل ، وهي بمنزلة المستحاضة » ، في الكامل في ترجمة العلاء بن كثير (٢١٩/٥) ، وأخرجه البيهقي تعليقًا (٣٤٣/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [عمر بن عباس] عائذ بن عمرو ، أبو هبيرة البصري ، صحابي ، هو ممن شهد الحديبية . مات ﷺ في ولاية عبيد اللّه بن زياد ، سنة إحدى وستين . (انظر : الجرح والتعديل ، ١٦/٧) .

(٨) أخرجه الدارقطني بلفظ : « تنتظر النفساء أربعين ليلة ، فإن رأت الطهر قبل ذلك فهي طاهر ، ومن جاوزت الأربعين فهي بمنزلة المستحاضة ، تغتسل وتصلي ، فإن غلبها الدم توضأت لكل صلاة » (٢٢١/١) ، الحديث (٧٢) ، والحاكم في المستدرك (١٧٦/١) .

خلافه [1] ، فصار إجماعًا . ولأن ما زاد على الأربعين نادر في أكثر النفاس ، كما زاد على الستين [2] . ولأنها مدة اختلف في كونها نفاسًا ، كما زاد على الستين [3] .

١٦٠٢ - احتجوا : بأنه دم يؤثر في الصلاة ، فجاز أن يزاد على معتاده [4] ، كدم الحيض .

١٦٠٣ - والجواب : أنه [5] معتاد النفاس أقل من أربعين ، فقد قلنا بموجب العلة ، ثم نعكس فنقول : فلا يبلغ بأكثر ستين ، كالحيض [6] .

١٦٠٤ - قالوا : معنى يمنع من الصلاة ، فإذا تجاوز نصف الشهر جاز أن يمتد إلى الشهرين ، كالجنون .

١٦٠٥ - قلنا [7] : الجنون لا يدخله التقدير ، والخلاف يقع في إثبات مقدار ، فلا معنى للرجوع إلى ما يتقدر . ولأن الجنون [8] لم يجز أن يبلغ ستين ؛ لأنه يجاوز نصف الطهر ، فلم يصح التعليل .

١٦٠٦ - قالوا : معنى يمنع الزوج من الوطء إذا تجاوز الشهر ، فجاز أن يمتد إلى [9] شهرين ، كالصوم [10] .

١٦٠٧ - قلنا : النفاس عندكم لا يتقدر بشهرين ، وإنما يتقدر بستين يومًا ، والصوم في الكفارة يتعلق بشهرين ، وقد يكون ذلك أقل من ستين ، فلم يجز [11] أن يجعل أحدهما أصلًا للآخر .

١٦٠٨ - قالوا : النفاس : الدم الموجود عقيب الولادة ، وقد وجد ذلك زائدًا على

---

(١) في (م) ، (ع) : [ويقول لم يحكم على أحد خلافه] ، وفي (ن) : [لم نحكم] ، مكان : [لم يحك] .

(٢ ، ٣) في (م) ، (ع) : [السنن] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فجاز أن يراد على معناه] مكان المثبت .

(٥) هكذا في كل النسخ ، فالهاء ضمير الشأن ، أو تحذف ، والله أعلم .

(٦) في سائر النسخ : [بأكثر ستين] ، لعل الصواب : [فلا يبلغ بأكثره ستينًا] .

(٧) هذا زيادة في (ع) ، بعد [قلنا] هي : [النفاس عندكم لا يتقدر بشهرين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولا الجنون] .

(٩) قوله : [أن يمتد إلى] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [كالطهارة] ، بالطاء المهملة ، وفي (ص) ، (ن) : [كالظهار] بالظاء المعجمة ، وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [كالصوم] ، ولعل الصواب ما أثبتناه : أي كالصوم في كفارة الظهار .

(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى [فلم يصح] .

الأربعين معتاد [١] في نساء الماجشون بِتَأَتٍ [٢] .

١٦٠٩ - قلنا : إذا أخبرن بما يخالف العادة لم يلتفت إلى خبرهن ، ولأنا لا نسلم أن النفاس هو الموجود [٣] ، وإنما يرجع في ذلك إلى دليل آخر . ولأن النساء [٤] يخبرن عن رؤية الدم ، ولا يعلمن أنه من الرحم أو غيره ، فلم يجز الرجوع إلى قولهم .

* * *

(١) ساقط من (ع) ، ولعلها : [معتادا] .

(٢) لفظ : [بيان] رسم في (ن) هكذا [بيان] بدون نقط ، وفي (م) ، بنقطتي التاء في الآخر ، وفي (ع) بنقطة : النون في الآخر ، ولعل الصواب ما أثبتناه . والسياق بدون هذه الزيادة مستقيم ومفهوم المعنى . قال السمعاني : الماجشون : بفتح الميم وكسر الجيم وضم الشين المعجمة وفي آخرها النون ، هذا لقب أبي سلمة يوسف بن يعقوب بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون ، واسم أبي سلمة الثاني دينار ، وهو مولى لآل المنكدر ، وإنما قيل له : الماجشون لحمرة خديه ، وهذه لغة أهل المدينة . انظر الأنساب (١٥٦/٥ ، ١٥٧) .

(٣) في (ع) : [الوجود] .

(٤) من قوله : [ولا نسلم] إلى قوله : [إلى دليل آخر] ساقطة من (ن) . ولفظ : [النساء] ساقط من (م) ، (ع) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيدِ

كتاب الصلاة

مسألة ٧٩

وقت الوجوب

١٦١٠ - قال أصحابنا : وجوب الصلاة يتعلق بآخر وقتها .

١٦١١ - وقال ابن شجاع [١] : يتعلق بأول وقتها موسعا ، ويتضيق [٢] بآخره [٣] ، وبه قال الشافعي رحمه الله [٤] .

١٦١٢ - لنا : أنه مخير في ابتداء الوقت بين فعل هذه الصلاة وتركها ، لا إلى بدل ، فصارت كالنوافل . ولا معنى لقولهم : إن هذا حد [٥] الواجب المضيق ، فأما الموسع : فحده ما لا يجوز تأخيره عن وقته ؛ لأنا لم نقصد مقصد التحديد [٦] ، وإنما ذكرنا علة رددناها إلى الأصل ، فلا معنى للمنازعة بحد لم نذكره [٧] .

١٦١٣ - ولا يقال : إنا لا نسلم أنه يتركها إلى غير بدل ؛ لأن العزم على فعلها في الثاني بدل ؛ وذلك لأن العزم لو كان بدلا لقام في المصلحة مقام الأصل ، ولو كان كذلك لسقط به الوجوب . [ولأن العزم لا يكون إلا بفعل [٨] واجب ، وكونه لا يقتضي [٩]

---

(١) هو الحافظ ، أبو عبد الله محمد بن شجاع الثلجي البغدادي أحد أعلام الحنفية ، من أصحاب الحسن بن زياد اللؤلؤي صاحب أبي حنيفة ، كان فقيه العراق في وقته ، والمقدم في الفقه والحديث . ومن مؤلفاته : كتاب تصحيح الآثار ، وكتاب المناسك ، وكتاب النوادر ، وكتاب المضاربة ، وكتاب الرد على المشبهة . توفي رحمه الله سنة ست وستين ومائتين ، وقيل : سبع وستين ومائتين .
راجع ترجمته في الجواهر المضية (١٧٣/٣ - ١٧٥) ، النجوم الزاهرة (٤٢/٣) ، شذرات الذهب (١٥١/٢) ، الفوائد البهية (ص ١٧١ - ١٧٢) .

(٢) في (ع) : [ويضيق] .

(٣) انظر : تفصيل المسألة في : بدائع الصنائع (٩٥/١ ، ٩٦) ، حاشية ابن عابدين (٢٤٩/١ ، ٢٥٠) .

(٤) راجع المسألة في : الوسيط (٥٤٩/٢ ، ٥٥٠) ، حلية العلماء (١٩/٢ ، ٢٠) ، المجموع (٤٧/٣ - ٤٩) . (وانظر المسألة في : المنتقى ٣/١ ، المقدمات الممهدات ١٥٢/١ ، وانظر المسألة في : الإفصاح ١٠٣/١ ، المغني ٣٩٥/١) .

(٥) [حد] ساقطة من (ص) ، وفي (ن) : [أحد] .

(٦) في (م) ، (ن) : [التجريد] ، وفي (ع) : [التجرد] .

(٧) في (م) : [لم يذكره] .

(٨) في (م) ، (ن) : [فعل] .

(٩) في (ن) : [يقتضي] ، مكان : [لا يقتضي] ، حرف : [لا] ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

سقوط الوجوب] (١) ، وهذا تناقض (٢) .

١٦١٤ - ولا يقال : إن فعل الصلاة في آخر الوقت بدل ؛ لأن هذا البدل متروك في أول الوقت ، ونحن دللنا على عدم وجوبها في أوله بجواز (٣) تركها وبدلا فيه ، فأما فعل بدل في الثاني فيدل على وجوبها في الجملة ، ولا يدل على وجوبها في الوقت الأول . ولأن وجوب الصلاة يختلف باختلاف حال المكلف في آخر الوقت دون أوله ، وكذلك صفات الفرض تختلف (٤) باختلاف حاله في آخر الوقت .

١٦١٥ - ألا ترى أن الحائض في آخر الوقت لا يلزمها الصلاة ، والطاهرة في آخره يلزمها الفرض ، والمسافر في آخر الوقت يصلي ركعتين ، فجرى أول الوقت مجرى حين (٥) لم يؤثر في الوجوب ولا في الصفة مجرى ما قبل الوقت .

١٦١٦ - ولا معنى لقولهم : إن الوجوب قد يتعلق بأول الوقت ويتعين (٦) صفته بما يطرأ عليه ، كالعبد إذا أعتق بعد (٧) الزوال وجبت عليه الجمعة وإن لم يكن مخاطبا بها في أول الوقت ؛ لأن هذا يؤكد ما قلنا .

١٦١٧ - ألا ترى أنه إذا أعتق فهو في آخر الوقت من أهل الجمعة ، فلذلك كانت فرضه ، ولم نعتبر (٨) برقّه في أول الوقت ؛ لأنه ليس بوقت الوجوب .

١٦١٨ - قالوا : الصحيح إذا فاته الفرض ثم مرض جاز أن يقضي بإيماء ، فتعين القضاء بصفته في حال القضاء لصفته فإن (٩) لم تكن (١٠) حالة الوجوب .

١٦١٩ - قلنا : دليلنا اقتضى أن ما لا يتعين به صفة الفرض ليس بوقت للوجوب ، فإذا تعين (١١) الفرض في غير وقت الوجوب لم يلزمنا ، ولأن الفرض عندنا يسقط بالفوات ، والقضاء فرض آخر الوقت ، فلم يتعين (١٢) عندنا الفرض بغير حال الوجوب ،

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [متناقض] ولعل الأنسب : [فهذا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [جواز] .

(٤) في (م) : [يختلف] .

(٥) في (ص) ، (ن) : [خبر] ، مكان : [حين] .

(٦) في (ص) : [ويتغير] .

(٧) في (ع) : [قبل] مكان : [بعد] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يعتبر] .

(٩) غير واضحة في (ص) ، وهي في (م) ، (ع) : [فإن] ، ولعلها : [كأن] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يكن] ، وفي (ص) بدون نقاط .

(١١) في (ص) ، (ن) : [تغير] .

(١٢) في (ص) ، (ن) : [فلم يتغير] .

وإنما اعتبرت صفته في حال الوجوب . ولأنها فرض مؤقت يتسع وقته (١) لفعل أمثاله ، فكان له وقت جواز ووقت وجوب ، كالزكاة . ولأنها صلاة [لا حرج] (٢) في تأخيرها عن هذا الوقت فلم تكن (٣) واجبة ، كالعصر في وقت الظهر يوم عرفة .

١٦٢٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمْسِ إِلَىٰ غَسَقِ ٱلَّيْلِ ﴾ (٤) ، فأمر بفعل الصلاة في عموم الوقت ، والأمر يدل (٥) على الوجوب ، فاقتضى وجوبها في أي وقت فعلها فيه .

١٦٢١ - والجواب : أن فعل الصلاة لا يجب في جميع الوقت ، وإنما يجب في وقت من الجملة باتفاق ، وزعم (٦) مخالفنا أنه أول الوقت وادعينا أنه آخره ، فلم يكن ما يدعيه بأولى مما نقوله (٧) . ولا يقال : إن الظاهر اقتضى الفعل في وقت غير معين من جملة هذه الأوقات ، ففي أيها (٨) فعل كان واجبا ؛ لأن الآية إذا اقتضت وجوب المفعول في أول الوقت قلنا به ؛ لأن من مذهب أبي الحسن (٩) : أن الوجوب يتعين بالفعل وتأخير الوقت .

١٦٢٢ - قالوا : عبادة (١٠) على البدن ليس من شرط وجوبها المال ، فوجب أن يكون [أول] (١١) جواز فعلها متبوعة (١٢) وقت الوجوب بها ، كالصوم .

١٦٢٣ - قلنا : تخصيص العبادة بالبدن لا معنى له ؛ لأن العبادة المؤقتة في المال والبدن حكم الوقت ، والأمر فيها على وجه واحد . ثم جواز الفعل لا يستدل به [على الوجوب] (١٣) ؛ لأن الوقت قد يجعل وقتا للجواز دون الوجوب ، كوقت الظهر للعصر بعرفة ، والزكاة في أول الحول . ثم المعنى في الصوم أن وقته مقدر بفعله ، فلا يتصور فيه إلا وقت الوجوب ، والصلاة يتسع وقتها لإمساك فعلها ، فهي كالزكاة .

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وفيه] .
(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٣) في (م) ، (ع) : [فلم يكن] .
(٤) سورة الإسراء : الآية ٧٨ .
(٥) في (ن) : [فدل] .
(٦) في (ن) : [زعم] بدون واو .
(٧) في (م) ، (ع) : [يقوله] .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أنها] .
(٩) هو عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم ، أبو الحسن الكرخي ، أحد أئمة الحنفية المشهورين ، انتهت إليه رياسة الحنفية بعد أبي حازم . عده ابن كمال باشا وغيره من المجتهدين ، وله اختيارات في الأصول تخالف صاحب المذهب . توفي رحمه الله سنة أربعين وثلاثمائة ، عن ثمانين سنة . (انظر : الجواهر المضية ٤٩٣/٢ ، ٤٩٤ ، ترجمة ٨٩٤ ، البداية والنهاية ٢٢٤/١١ ، ٢٢٥ شذرات الذهب ٢٥٨/٢ ، الفوائد البهية ص١٠٨ ، ١٠٩) .
(١٠) في (ن) : [عادة] .
(١١) ساقطة من (ص) .
(١٢) في (م) ، (ع) : [مسوغة] .
(١٣) ساقط من (م) ، (ع) .

١٦٢٤ – قالوا : كل ما كان وقتا لجواز [١] فعل الصلاة في حق الكافة كان وقتا لوجوبها ، كآخر الوقت .

١٦٢٥ – قلنا : المعنى في آخر الوقت أنه لا يخير بين فعلها وتركها ، فكان وقت وجوبها ، ولما خير في ابتداء الوقت بين فعل الصلاة وتركها لم تكن واجبة ، ولا يلزم على هذا قضاء رمضان : أنه مخير بين تقديمه وتأخيره وهو واجب ؛ لأنه مؤقت فيما بين رمضان ، ووجوبه على هذه الطريقة يتعلق بآخر الوقت .

١٦٢٦ – قالوا : عبادة ، فوجب أن يتسع وقت وجوبها لأدائها ، كسائر العبادات .

١٦٢٧ – قلنا : إذا بقي من الوقت مقدار الأداء فقد وجب فعل العبادة ، فالوقت يتسع للفعل . وقول أصحابنا : إن الوجوب يعتبر [٢] فيه من آخر الوقت مقدار التحريمة إنما هو في الوقت الذي يتعلق به الخطاب في حق من لم يكن مخاطبا قبله ، ويتعين نية الصلاة بفواته من الأداء إلى القضاء ، فأما وجوب الفعل فيتعلق بما قدمناه .

١٦٢٨ – قالوا : الإنسان لا يأثم بتأخير العبادة قبل وجوبها ، وإنما يأثم بالتأخير بعد الوجوب ، وفي علمنا أنه يأثم بتأخير الصلاة إذا بقي من الوقت مقدار أربع ركعات ؛ دلالة على [أن] [٣] الوجوب يتعلق به .

١٦٢٩ – قلنا : كذلك نقول على ما قررناه . ثم لا يمتنع أن يتعلق الوجوب بآخر الوقت ويأثم بالتأخير [عما قبله] [٤] ؛ لأنه يؤدي إلى فعل بعض الصلاة في غير وقت الوجوب والأداء ، كما يمتنع من تأخير الصلاة عن أول الوقت إذا حضرت الجماعة وهو في المسجد وإن كان موسعا عليه في التأخير في الجملة .

١٦٣٠ – قالوا : اختلف الناس في أن الصلاة في أول الوقت أفضل أو في آخره ، والتفضيل يقع بين المتساويين : إما واجبين أو ندبين ، فأما أن يفضل [٥] بين مندوب وواجب فلا .

١٦٣١ – قلنا : المفعول في أول الوقت يجب بالفعل ، فإذا فضلنا [٦] بينه وبين المفعول في آخره فقد فضلنا بين الواجبين ، هذا على قول أبي الحسن . وعلى غير هذا

---

(١) في سائر النسخ : [وقت الجواز] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (م) ، (ع) : [اعتبر] .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) ساقط من (ع) .

(٥) في (م) ، (ن) : [يفصل] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فصلنا] .

الوقت ، المفعول في أول الوقت مراعى [١] فيصير [٢] واجبا في الثاني ، فالتفضيل يقع بين واجب مراعى وواجب غير مراعى [٣] ، والتفضيل يجوز أن يقع بين واجبين مختلفي [٤] الصفة .

* * *

(١) في (م) ، (ن) : [مراعاة] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يصير] .
(٣) في (ع) : مراعاة .
(٤) في (م) ، (ن) : [مختلفين] .

مسألة ٨٠

وقت الظهر

١٦٣٢ – قال أبو حنيفة : آخر وقت الظهر إذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال .

١٦٣٣ – وقال أبو يوسف ومحمد : إذا صار ظل كل شيء مثله [١] ، وهو قول الشافعي رحمه الله [٢] .

١٦٣٤ – لنا : ما روى أبو بكر بن أبي موسى عن أبيه أن سائلا سأل النبي ﷺ عن مواقيت الصلاة ، فقال له : « اجعل صلاتك معنا » ، فصلى الظهر في اليوم / الأول حين زالت الشمس ، وصلى العصر والشمس بيضاء مرتفعة [٣] ، وهذا لا يقال عند المثل ، فدل على أن وقت العصر بعد المثل ، وهذا حديث مدني ؛ لأنه ذكر فيه أن النبي ﷺ أمر بلالًا فأذن ، والأذان سن في المدينة [٤] . /١٨

١٦٣٥ – ويدل عليه حديث ابن عمر : أن النبي ﷺ قال : « إن مثلكم ومثل أهل الكتابين من قبلكم كرجل قال : من يعمل معي إلى صلاة الظهر بقيراط ؟ فعملت اليهود ، ثم قال : من يعمل معي إلى صلاة العصر بقيراط ؟ فعملت النصارى ، ثم قال : من يعمل معي إلى صلاة المغرب بقيراطين ؟ فعملتم أنتم ، فغضبت اليهود والنصارى وقالوا : ما بالنا أكثر عملا وأقل أجرا » [٥] ، فأخبر بأن عمل النصارى أكثر من عمل

---

(١) انظر تفصيل المسألة في : المبسوط (١٤٢/١ ، ١٤٣) ، تحفة الفقهاء (١٠٠/١) ، فتح القدير مع الهداية (٢١٩/١ ، ٢٢٠) ، البناية في شرح الهداية (١٩/٢ – ٢٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٦٩/١ ، ٧٠) .

(٢) انظر المسألة في : الأم (٧٢/١) ، مختصر المزني ص ١١ ، الوسيط (٥٤٤/٢) ، المجموع مع المهذب (١٨/٣ – ٢٣) . (وانظر : المنتقى ١٢/١ ، ١٣ ، الكافي لابن عبد البر ١٩٠/١ ، بداية المجتهد ٩٤/١ ، ٩٥ ، المقدمات الممهدات ١٤٨/١ ، الإفصاح ١٠٣/١ ، ١٠٤ ، الكافي لابن قدامة ٩٥/١ ، المغني ٣٧٤/١ ، ٣٧٥) .

(٣) رواه مسلم في الصحيح باب أوقات الصلوات الخمس (٢٤٧/١ ، ٢٤٨) ، وابن أبي شيبة في المصنف مطولا في جميع مواقيت الصلاة (٣٥١/١) ، والطحاوي في المعاني باب مواقيت الصلاة (١٤٨/١) .

(٤) هي : مدينة رسول الله ﷺ ، وهي مقدار نصف مكة ، وبها نخيل كثير ومياه ، وللمدينة سور ، والمسجد في نحو وسطها ، وقبر النبي ﷺ في شرقي المسجد ، وهو بيت مرتفع ليس بينه وبين سقف المسجد إلا فرجة . (انظر : معجم البلدان ٩٧/٥ – ١٠٤) .

(٥) رواه البخاري في الصحيح بألفاظ متقاربة ومختلفة ، في كتاب الإجارة ، باب الإجارة إلى نصف النهار ، وفي باب =

المسلمين ، فدل على أن ما بين الظهر والعصر أطول مما بين العصر والمغرب . ولا يجوز أن يكون المراد بالخبر أن عملهما أكثر من عمل المسلمين ؛ لأنه لو كان كذلك لم يقل « وأقل أجرا » ؛ لأن أجر أحدهما (١) كأجر المسلمين .

١٦٣٦ - ولا يقال : إن العمل قد يزيد مع قصر الوقت لكثرته ؛ لأن النبي ﷺ قصد بيان كثرة العمل لاتساع الوقت ، ولو أراد كثرته في نفسه لم يكن لذكر (٢) الوقت معنى (٣) . ولأنها صلاة لا تكره (٤) النافلة في وقتها ، يليها صلاة تكره (٥) النافلة بعدها ، فكانت الأولى أطول وقتا ، كالعشاء والفجر . ولأنها صلاة تتوسط (٦) صلاتين فتكره (٧) النافلة في وقتها فكانت أطول مما (٨) يليها ، كالعشاء . ولأنها صلاة [تتوسط أحد الزمانين ، كالعشاء . ولأنها صلاة] (٩) قبلها صلاة لا تقصر (١٠) في السفر (١١) ، فكانت أطول وقتا مما بعدها ، كالعشاء . وهذه الأقيسة لبيان صفة الوقت ، ألا ترى : أنا أجمعنا على جواز الظهر بعد المثل ، وإنما يختلف في أنها أداء ، فالقياس (١٢) لبيان صفة الوقت دون الوقت ، ولأن ما بعد المثل وقت لو بلغ فيه الصغير وجبت الظهر ، فكان وقتا لأدائها في (١٣) حق غيره ، كما قبل المثل ، ويدل على وقت العصر بقوله تعالى : ﴿ وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ طَرَفَيِ ٱلنَّهَارِ ﴾ (١٤) والطرف ما قرب في الغاية ، فهذا يدل على أن وجوبها آخر وقت النهار ، ولأن المواقيت لا تثبت إلا بتوقيف أو اتفاق [وقد اتفقنا على جواز العصر بعد المثلين واختلفنا (١٥) في جوازها قبل ذلك ، فلم يجز إثباته من غير توقيف] (١٦) . ولأنها صلاة يجاورها (١٧) غروب الشمس ، فأثر ذلك في قصر وقتها ، كالمغرب (١٨) .

= الإجارة إلى وقت العصر (٣٣/٢ ، ٣٤) ، وفضائل القرآن باب فضل القرآن (٢٣١/٣) ، وكتاب التوحيد « باب قول الله تعالى : ﴿ قُلْ فَأْتُوا بِٱلتَّوْرَىٰةِ فَٱتْلُوهَآ ﴾ (٣٠٦/٤) ، وأحمد في المسند (٦/٢ ، ١١١ ، ١٢١ ، ١٢٩) .

(١) في (ص) : [أجراهما] ، وفي (ع) : [أحديهما] .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لذلك] .

(٣) لفظ : [معنى] ساقط من (ن) .

(٤) في (م) ، (ن) : [لا يكره] .

(٥) في (م) ، (ن) : [يكره] .

(٦) في (م) : [يتوسط] .

(٧) في (م) : [فيكره] .

(٨) في (م) ، (ع) : [بما] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لا يقصر] .

(١١) في (م) ، (ع) : [الصلاة] ، مكان : [السفر] .

(١٢) في (ن) : [بالقياس] .

(١٣) في (ص) ، (م) ، (ن) : [من] ، مكان : [في] .

(١٤) سورة هود : الآية ١١٤ .

(١٥) في (ن) : [واختلفا] .

(١٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(١٧) في (م) : [يجاورها] .

(١٨) في (م) ، (ع) : [كالغروب] .

١٦٣٧ - احتج المخالف بحديث ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال : « أمني جبريل عند باب البيت مرتين ، فصلى بي الظهر حين زالت الشمس ، وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثله ، وصلى بي في اليوم الثاني الظهر حين صار ظل كل شيء مثله ، والعصر حين صار ظل كل شيء مثليه ، ثم التفت إلي فقال : الوقت ما بين هذين الوقتين » [١] .

١٦٣٨ - قالوا : وكلٌّ موضع ، قال في اليوم الأول : « صلى » معناه : ابتدأ ، وفي اليوم [الثاني] [٢] « صلى » معناه [٣] فرغ ؛ لأنه بيان لأول الوقت وآخره ، وذلك لا يكون إلا على هذا الوجه .

١٦٣٩ - والجواب : أنه يروى في هذا الخبر أن جبريل جاءه في اليوم الثاني « حين صار ظل كل شيء مثله ، قال : قم فصل الظهر » ، وهذا يفيد جوازها بعد المثل ، وذلك معارض لما فعله في اليوم الأول . ولا يمكن حمله على ما ادعوه من انتهاء الصلاة ؛ لأنه نقل الابتداء بعد المثل ، والتأويل لا يجوز بخلاف المنصوص . ولا يجوز أن يقال بحمله على المثل مع الزوال ؛ لأن جميع ما ذكر في الخبر من المثل والمثلين المراد به : ما سوى فيء الزوال ، فلو كان المراد في هذا الوضع [المثل] [٤] مع الفيء كان ذلك تلبيسا [٥] في البيان ؛ لأنه صار الظل مثله ، وهذا عبارة عن الحدوث ، وفي الزوال لم يحدث . فلو كان [هذا] [٦] التأويل مع [ما] [٧] بعده جاز لنا أن نحمل ما روي في اليوم من فعله [للعصر حين صار ظل كل شيء مثله على بيان الوقت ليوم عرفة ، أو على الأمر بالتأهب] [٨] للصلاة ، وقد يسمى المشتغل بسبب [٩] الصلاة مصليا ؛ كما

---

(١) أخرجه أبو داود مطولا في السنن باب مواقيت الصلاة ١٠٧/١ ، والترمذي في السنن باب ما جاء في مواقيت الصلاة (٢٧٨/١ - ٢٨٠) ، والشافعي في الأم (٧١/١) ، وأحمد في المسند (٣٣٣/١) ، وعبد الرزاق في المصنف ، في أول باب المواقيت (٥٣١/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف في باب مواقيت الصلاة (٣٥١/١) ، وابن خزيمة في صحيحه (١٦٨/١) ، والدارقطني في السنن (٢٥٨/١) ، والحاكم في المستدرك (١٩٣/١) ، والطحاوي في المعاني باب مواقيت الصلاة (١٤٧/١) ، والبيهقي في الكبرى (٣٦٤/١) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (ن) : [بمعنى] .

(٤) ساقطة من (ع) .

(٥) في غير (ص) : [تلبسا] .

(٦) ساقط من (ع) .

(٧) الزيادة من (ن) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) في (م) : [شبهت] .

قال ﷺ : « وإنكم في صلاة ما انتظرتموها » (١) . ولا يقال : إن هذا يؤدي إلى نسخ ما فعل في اليوم الأول بما فعل في الثاني ولم يجر في القصة نسخ ؛ لأن هذا دعوى ، ولا يمتنع أن يقع النسخ إذا تنافى الفعلان ، ولأن هذا الخبر كان بمكة وخبرنا بالمدينة ، فالرجوع إليه أولى .

١٦٤٠ - قالوا : صلاتان يجمعان في وقت إحداهما فكانت الأُولى (٢) أقصر وقتا ، كالمغرب والعشاء .

١٦٤١ - قلنا : نعكس فنقول : فكان ما يقع في الجميع في وقتها أطول ، كالمغرب والعشاء ، ولأن المغرب والعشاء دليلنا ، ألا ترى أن وقت العشاء وَسِعٌ في باب النوافل ، والمغرب ضيق وقتها ، وذلك لأنه لا يتنفل قبلها ، ولما اتسع وقت الظهر للنوافل وضيقت في وقت العصر كان ما اتسع في النوافل أطول .

١٦٤٢ - قالوا : الظهر صلاة يدخل وقتها بخروج وقت تكره (٣) فيه النافلة فكانت أقصر وقتا مما يليها ، كالمغرب .

١٦٤٣ - قلنا : كراهة النفل قبل دخول الوقت لا يجوز أن يؤثر في حكم الوقت ، كما أن الأحكام المتعلقة بعبادة لا تؤثر (٤) في غيرها ، ولو جاز اعتبار هذا كان المنع (٥) من النفل في الوقت أدل على ضيق الوقت من المنع قبله . ثم المغرب إنما ضاق وقتها للمنع من التنفل (٦) في وقتها ، لا لما قالوه . ثم إن هذا يبطل بصلاة العيد ؛ لأن دخول وقتها تعلق بخروج وقت الكراهة وهي أطول وقتا من الظهر الذي يليها .

١٦٤٤ - احتجوا : في العصر خاصة بما روي أن النبي ﷺ صلى العصر فجاء رجل من بني سلمة فقال : يا رسول الله ، إن عندي (٧) جزورًا وإني أحب أن أنحره وتحضره (٨) ، فانصرف رسول الله ﷺ وانصرفنا معه ، فنحر الجزور وأُصْلح وطعمنا قبل

---

(١) رواه مسلم في الصحيح في كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب وقت العشاء وتأخيرها (٣٥٦/١) ، وأبو داود في باب وقت العشاء الآخرة (١١٣/١ ، ١١٤) ، وأحمد في المسند (٣٤٨/٣) ، والطحاوي في معاني الآثار في باب مواقيت الصلاة (١٥٧/١ ، ١٥٨) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الأولة] . (٣) في (م) : [يكره] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يوثر] . (٥) في (م) ، (ع) : [كالمنع] .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [النفل] .

(٧) في (م) : [أن عند] ، وفي (ع) : [إني عندي] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ويحضره] .

أن تغرب الشمس [١] .

١٦٤٥ - وروي عن أنس أنه قال : كان رسول الله [ﷺ] [٢] يصلي العصر فيسير السائر إلى العوالي ويرجع والشمس حية مرتفعة [٣] .

١٦٤٦ - والجواب : أن هذا لا يمكن أن يجعل حدا للوقت ؛ لأن الطبخ يختلف بحسب الإسراع ، لا سيما العرب فإنهم لا يعرفون طبخ أهل البلاد [٤] ، وكذلك السير مختلف بالإسراع ، فإذا صلى عند المثلين [٥] في زمان الصيف أمكن هذا ، [فلم] [٦] يجز أن يجعل دلالة على ما قالوه .

* * *

(١) رواه مسلم في الصحيح بألفاظ مختلفة في كتاب المساجد ، باب استحباب التبكير بالعصر (٢٥١/١) ، والدارقطني في السنن باب ذكر بيان المواقيت واختلاف الروايات في ذلك (٢٥٥/١) ورواه البخاري بمعناه ، في الصحيح باب الشركة في الطعام والنهد والعروض (٧٤/٢) .

(٢) ساقط من (ن) .

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح في باب مواقيت الصلاة وفضلها ، باب وقت العصر (١٠٥/١) ، ومسلم في الصحيح كتاب المساجد ، باب استحباب التبكير بالعصر (٢٥٠/١) ، وأبو داود في باب وقت صلاة العصر (١١٠/١) ، والدارقطني باب ذكر بيان المواقيت واختلاف الروايات في ذلك (٢٥٣/١) ، وعبد الرزاق (٥٤٧/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٥٢/١ ، ٣٦١) .

(٤) في (ن) : [طبخ البلاد أهل] .

(٥) في (ن) : [الميلين] .

(٦) ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٨١

وقت العصر

١٦٤٧ - قال أصحابنا : وقت العصر يمتد إلى غروب الشمس [١] .

١٦٤٨ - ومن أصحاب الشافعي من قال : إلى [٢] المثلين [٣] .

١٦٤٩ - والدليل على ما قلناه : ما روي في حديث عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال : « وقت العصر ما لم تصفر الشمس » [٤] ، وحديث أبي هريرة [٥] أن النبي ﷺ قال : « وآخر وقت العصر ما لم تغرب الشمس » [٦] .

---

(١) انظر المسألة في : فتح القدير (٢٢١/١) ، البناية (٢٤/٢) ، مختصر الطحاوي ص (٢٣) .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [في] ، مكان [إلى] .

(٣) ذهب إلى هذا القول العلامة أبو سعيد الحسين بن أحمد الإصطخري ، شيخ الشافعية بالعراق ، المتوفى سنة ٣٢٨ هـ . (انظر : شذرات الذهب ٣١٢/٢ ، طبقات الشافعية ٣٤/١) .
وعند الشافعية للعصر أربعة أوقات : وقت الفضيلة ، ووقت الاختيار ، ووقت الجواز ، ثم وقت الكراهة ، وجعلها بعضهم خمسة أوقات بتقسيم الجواز بكراهة وبلا كراهة . قال النووي : وأما آخر وقت العصر فهو غروب الشمس ، هذا هو الصحيح الذي نص عليه الشافعي وقطع به جمهور الأصحاب ، وقال أبو سعيد الإصطخري : آخره إذا صار ظل الشيء مثليه ، فإن أخر عن ذلك أثم وكانت قضاء . قال الشيخ أبو حامد : هذا الذي قاله الإصطرخي لم يخرجه على أصل الشافعي ؛ لأن الشافعي نص في القديم والجديد أن وقتها يمتد حتى تغرب الشمس ، وإنما هو اختيار لنفسه ، وهو خلاف نص الشافعية والأصحاب . (انظر : الأم ٧٣/١ مختصر المزني ص ١١ ، الوسيط ٥٤٤/٢ ، حلية العلماء ١٥/٢ ، فتح العزيز ١٦/٣ ، ١٧ المجموع ٢٥/٣ - ٢٨) .
(وانظر : المنتقى ١٤/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٩٠/١ ، ١٩١ ، بداية المجتهد ٩٦/١ ، ٩٧ ، المقدمات الممهدات ١٤٨/١ ، المسائل الفقهية ١٠٩/١ ، الإفصاح ١٠٤/١ ، الكافي لابن قدامة ٩٦/١ ، المغني ٣٧٦/١ ، ٣٧٧) .

(٤) أخرجه مسلم في الصحيح باب أوقات الصلوات الخمس (٢٤٦/١) ، والطحاوي في معاني الآثار باب مواقيت الصلاة (١٥٠/١) .

(٥) هو : عبد الرحمن بن صخر الدوسي ، أبو هريرة ، صاحب رسول الله ﷺ وأكثرهم حديثًا عنه ، حدث عن : النبي ﷺ ، وعن أبي بكر ، وعمر وطائفة ، وحدث عنه : ولده المحرر ، ومن الصحابة : ابن عمر ، وابن عباس ، وغيرهم ، من التابعين : مروان بن عبد الحكم ، وسعيد بن المسيب وطائفة ، أسلم عام خيبر ، وشهدها مع رسول الله ﷺ ، ثم لزمه وواظب عليه في العلم ، فدعا له رسول الله ﷺ بعدم نسيان أحاديثه ، فلم ينس شيئًا بعد ذلك من أحاديث الرسول ﷺ ، استعمله عمر على البحرين ، ثم عزله ، ثم أراده على العمل فامتنع وسكن بالمدينة ، وبها كانت وفاته . توفي سنة مبع وخمسين من الهجرة . (انظر : أسد الغابة ٣١٨/٦ ، الإصابة ١٩٩/٧) .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في جميع مواقيت الصلاة ٣٥١/١ ، والدارقطني في السنن ، في باب =

١٦٥٠ - روي أن النبي ﷺ قال : « من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها » [١] وقال : « من [٢] فاته العصر حتى غربت الشمس فكأنما وتر أهله وماله » [٣] . ولأنها صلاة تقصر [٤] في السفر ، فلم يكن بينها وبين ما يليها فاصلة وقت ، كالظهر . ولأن ما بعد المثلين [٥] وقت لمن بلغ أو أسلم فوجب أن يكون وقتا لغيرهم ، كسائر مواقيت الصلوات .

١٦٥١ - احتجوا [٦] : بما روي أن [٧] جبريل صلى بالنبي ﷺ في اليوم الثاني حين صار ظل [كل] [٨] [شيء] [٩] مثله ، وقال : الوقت ما بين هذين [١٠] .

١٦٥٢ - والجواب : أن الأخبار التي رويناها [١١] مدنية ، وإمامة جبريل كانت بمكة ، والمتأخر أولى . وهذه المسألة إجماع ، فلا يلتفت الى خلاف من خالف فيها .

* * *

= إمامة جبريل (٢٦٢/١) ، والطحاوي في معاني الآثار ، في مواقيت الصلاة (١٥٦) والبيهقي في الكبرى ، في باب آخر وقت العشاء (٣٧٦/١) .

(١) رواه البخاري في الصحيح ، في المواقيت ، باب من أدرك من الفجر ركعة (٤٤/١) ، ومسلم في الصحيح باب من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك تلك الصلاة (٢٤٤/١ ، ٢٤٥/١) ، وأبو داود في السنن ، في باب وقت صلاة العصر (١١٢/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ومن] بالعطف .

(٣) رواه البخاري في الصحيح باب إثم من فاتته العصر (١٠٥/١) ، ومسلم في صحيحه باب التغليظ في تفويت صلاة العصر (٢٥١/١) ، وفي سنن أبي داود باب وقت صلاة العصر (١١٢/١) وموطأ مالك (٢٣/١ ، ٢٤) ، وعبد الرزاق في المصنف ، في باب صلاة الوسطى (٥٧٦/١) ، وأحمد في المسند (١٤٢/١) .

(٤) في (م) : [يقصر] .

(٥) في (ن) : [الميلين] .

(٦) في (م) ، (ع) : [واحتجوا] بالعطف .

(٧) في (م) ، (ع) : [عن] .

(٨) ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) ساقطة من (ص) .

(١٠) تقدم تخريجه حديث ابن عباس في مسألة (٨٠) .

(١١) في غير (ص) : [ذكرناها] .

مسألة ٨٢

وقت المغرب

١٦٥٣ - قال أصحابنا : وقت المغرب متسع [1] ، له أول وآخر [2] .

١٦٥٤ - وقال الشافعي : مقدار ما يتطهر ويؤذن ويصلي ثلاث ركعات ، فإذا مضى ذلك فقد فات الوقت [3] .

١٦٥٥ - لنا : ما روي في حديث عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال : « وقت الظهر ما لم يحضر العصر ، ووقت العصر ما لم تصفر الشمس ، ووقت صلاة المغرب ما لم يسقط فور [4] الشفق ، ووقت العشاء إلى نصف الليل ، ووقت صلاة الفجر ما لم تطلع الشمس » [5] . وروى الأعمش [6] عن أبي صالح [7] ، عن أبي هريرة قال : قال

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يتسع] .

(٢) أوله حين تغرب الشمس ، وآخره ما لم يغب الشفق ، ويكره تأخيرها إلى غروب الشفق . (انظر : مختصر الطحاوي ص٢٣ ، المبسوط ١/١٤٤ ، ١٤٥ ، فتح القدير مع الهداية ١/٢٢١ ، ٢٢٢ مجمع الأنهر ١/٧٠) .

(٣) قال الشافعي في الأم : لا وقت للمغرب إلا واحد . واختلف أصحابه في قدر الوقت الواحد فمنهم من قال : مثل ما قاله المصنف ، ومنهم من قال : يتقدر بما يعرف من أول الوقت في العرف ولا ينسب إلى التفريط في التأخير فيه . (انظر : الأم ١/٧٣ ، ٧٤ ، مختصر المزني ص ١١ ، الوسيط ٢/٥٤٦ ، ٥٤٧ ، حلية العلماء ٢/١٦ فتح العزيز ٣/٢٣ ، ٢٧ ، المجموع ٣/٢٨ - ٣٣) . (وانظر : المنتقى ١/١٤ ، الكافي لابن عبد البر ١/١٩١ ، بداية المجتهد ١/٩٧ ، ٩٨ ، المقدمات الممهدات ١/١٤٩ ، الإفصاح ١/١٠٤ ، ١٠٥ ، الكافي لابن قدامة ١/٩٦ ، ٩٧ ، المغني ١/٣٨١ ، ٣٨٢) .

(٤) في سائر النسخ : [نور] ، المثبت من سنن أبي داود .

(٥) أخرجه مسلم في الصحيح ، في باب أوقات الصلوات الخمس (١/٢٤٦) ، وأبو داود في السنن باب المواقيت (١/١٠٩) .

(٦) هو : سليمان بن مهران ، الإمام ، شيخ المقرئين والمحدثين ، أبو محمد الأسدي ، الكاهلي مولاهم الكوفي ، الحافظ ، رأى أنس بن مالك وروى عنه ، كما روى عن إبراهيم النخعي ، وأبي صالح السمان ، ومجاهد وغيرهم ، وروى عنه الحكم بن عتيبة وأبو إسحاق السبيعي وطلحة بن مصرف وغيرهم ، قال عنه يحيى بن القطان : هو علامة الإسلام . توفي رحمه الله سنة ١٤٧ . (انظر : سير أعلام النبلاء ٦/٤١٩) .

(٧) هو : أبو صالح السمان القدوة الحافظ الحجة ذكوان بن عبد الله مولى أم المؤمنين جويرية الغطافية . روى عن عثمان وسعد بن أبي وقاص وعائشة وغيرهم ، وروى عنه ابنه سهيل والأعمش وزيد بن أسلم وغيرهم ، توفي سنة إحدى ومائة . (انظر : سير أعلام النبلاء ٥/٥٢٢ ، العبر ١/١٢١ ، تهذيب الكمال ٦/٨٢) .

رسول الله ﷺ : « إن للصلاة [(١)] أولًا وآخرًا ، وإن أول وقت المغرب حين تغرب الشمس وإن آخر وقتها حين تغيب الأفق » [(٢)] . ولا معنى لقولهم : إن المراد به آخر وقتها في حال البقاء ؛ لأن ما كان وقتا فهو وقت لأمرين ، فمن ادعى أنه وقت من وجه دون وجه فقد خص .

١٦٥٦ - وروي في حديث أبي بكر بن أبي موسى عن أبيه في قصة السائل عن المواقيت قال في اليوم الثاني : « ثم أخر المغرب حتى كاد سقوط الشفق » [(٣)] ، وهذا لبيان آخر الوقت . ولأنها صلاة مفروضة ، فكان [(٤)] لها وقت ممتد ، كسائر الصلوات . أو نقول [(٥)] : فلم يتقدر وقتها بفعلها ، كسائر الصلوات . ولأنه وقت في حق المعذور ، فكان وقتًا في حق غيره ، كأول الوقت . ولأنه وقت البقاء عليها ، فكان وقتا لأدائها ، كسائر المواقيت . ولا يلزم على هذا آخر وقت الجمعة ، أنه وقت للبقاء وليس بوقت للابتداء ؛ لأن معنى قولنا [إنه وقت للابتداء] [(٦)] أن الوقت لم يفت في حق المبتدئ ، وكذلك نقول في الجمعة ؛ لأن الداخل في آخر وقتها لا يدخل في فائتة ، فهو وقت الابتداء ، ولأنها صلاة تجمع إلى ما يليها فلم يفصل [بين] [(٧)] وقتيهما فاصلة ، كالظهر والعصر .

١٦٥٧ - احتجوا : بما روي في حديث ابن عباس أن جبرائيل صلى بالنبي ﷺ المغرب في اليومين في وقت واحد [(٨)] ، فلو جاز تأخيرها لأخرها ، [كسائر الصلوات] [(٩)] .

١٦٥٨ - والجواب [(١٠)] : أن فعله في اليومين يحتمل ما ذكروه .

١٦٥٩ - ويجوز أن يكون لكراهة تأخيرها فلم يعرضه لفعل المكروه ، وإذا احتمل الوجهين سقط التعلق [(١١)] به . ولهذا المعنى لم يؤخر العصر إلى الغروب ، والعشاء إلى ما بعد نصف الليل . ولأنّ أخبارنا مدنية فهي أولى مما كان بمكة . ولا يجوز أن يقال : إن جبريل لم يقصد بيان فضيلة الوقت ، وإنما قصد نفس الوقت ؛ لأنه قصد بيان الوقت الذي لا / يكره ، والمغرب عندنا فيما بعد الزوال والوقت مكروهة [(١٢)] ، فلم يكن ذلك ١٨/

---

(١) في (ن) : [إن الصلاة] .
(٢) تقدم تخريجه في المسألة (٨١) .
(٣) تقدم تخريج في مسألة (٨٠) ، وأخرجه الدارقطني مطولًا ومختصرًا في السنن ، آخر باب إمامة جبرائيل (٢٦٣/١ ، ٢٦٤) .
(٤) في (م) ، (ع) . [وكان] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يقول] .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٧) ساقط من (ع) .
(٨) راجع حديث ابن عباس في مسألة (٨٠) .
(٩) ساقط من (ع) .
(١٠) في (ن) : [الجواب] بدون العطف .
(١١) في (م) ، (ع) : [التعليق] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [مكروه] .

بيان فضيلة [(١)] .

١٦٦٠ - قالوا : خبر ابن عباس مشهور ، وأخباركم مجاهيل ، فلا ينسخ [(٢)] بها .

١٦٦١ - قلنا : أخبارنا وردت ورود الآحاد ، وكذلك خبر ابن عباس ، وقولهم : إنها مجاهيل غلط ؛ لأن خبر أبي موسى ذكره أصحاب الأسانيد ، وخبر أبي هريرة ذكره ابن أبي شيبة [(٣)] .

١٦٦٢ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يزال أمتي بخير ما لم يؤخروا المغرب إلى اشتباك [(٤)] النجوم » [(٥)] ، وروى جابر بن سمرة قال : كنا نصلي عند رسول الله [ﷺ] [(٦)] المغرب فنمضي إلى دور بني سلمة فنتناضل [(٧)] ونرى مواقع النبل [(٨)] .

١٦٦٣ - والجواب : أن هذا يدل على فضيلة التعجيل وكراهة التأخير ، فأما اختصاص الجواز بهذا الوقت فلا .

١٦٦٤ - قالوا : روي أن عمر أخر المغرب حتى طلع نجمان فأعتق رقبتين ، وقدم أبو أيوب [(٩)] مصر وعليها عقبة [بن عامر] [(١٠)] فأخر المغرب فأنكر

---

(١) في (ع) : [لفضيلة] . (٢) في (م) : [فلا تنسخ] .

(٣) سبق تخريج حديث أبي هريرة ﷺ في المسألة (٨١) .

(٤) في (ص) : [إشباك] .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن باب في وقت المغرب (١١٣/١) ، والبيهقي في الكبرى ، باب وقت المغرب (٣٧٠/١) . (٦) ساقط من (ن) .

(٧) في (م) : [فنتناضلي] ، وفي (ع) : [فسصلى] ، وفي (ن) : [بفياصل] . وانتضلت وانتضل القوم وتناضلوا أي رموا للسبق ، ومنه قيل : انتضلوا بالكلام والأشعار . وانتضلت رجلًا من القوم وانتضلت سهمًا من الكنانة أي : اخترت . (انظر : لسان العرب (نضل) ٤٤٥٧/٦) .

(٨) أخرجه البخاري في الصحيح باب وقت المغرب (١٠٧/١) ، ومسلم في الصحيح باب بيان أول وقت المغرب عند غروب الشمس (٢٥٤/١) ، والشافعي في المسند ، في كتاب الصلاة ، الباب الأول في مواقيت الصلاة (٥٣/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٥٣/١ ، ٣٦٢ - ٣٦٤) .

(٩) هو : أبو أيوب خالد بن زيد بن كليب بن ثعلبة بن عبد عمرو بن عوف بن خرج ، حدث عنه : البراء ابن عازب ، والمقداد بن معد يكرب ، وسعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير ، وله عدة أحاديث ، وولي البصرة . روى له البخاري ومسلم حديثًا واحدًا ، وفي مسند أحمد له مائة وخمسون حديثًا . قال الواقدي : مات أبو أيوب سنة ٥٢ هـ . (انظر : الإصابة ٤٠٥/١ ، أسد الغابة ٨٠/٢ ، سير أعلام النبلاء ٨٥/٤) .

(١٠) الزيادة : من (ن) ، ومن واقع الحديث .

وهو : عقبة بن عامر الجهني أبو حماد ويقال : أبو عمرو ، الصحابي المشهور ، روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه ابن عباس وأبو أمامة وجبير بن نفير وغيرهم ، قال ابن سعد : شهد صفين مع معاوية ، وقال ابن يونس : شهد فتح =

عليه[(١)]، ولم يعرف لهما مخالف ، ولأن الناس يبادرون إليها في سائر الأعصار ، فدل على اختصاصها بأول الوقت .

١٦٦٥ - والجواب : أنه روي عن ابن عباس أنه قال : ما بين الظهر والعصر وقت ، وما بين العصر والمغرب وقت ، وما بين المغرب والعشاء وقت[(٢)] . وهذا مثل قولنا ، وما ذكروه عن عمر وأبي أيوب يدل على كراهة التأخير دون غيره ، وأما مبادرة الناس على فعلها فلكراهة تأخيرها . ولا يقال : إنهم لا يبادرون[(٣)] إلى الظهر في الشتاء ؛ لأن تأخيرها لا يكره ، فلذلك عجلوها تارة وأخروها أخرى .

١٦٦٦ - قالوا : صلاة أصل لا تقصر[(٤)] فوجب أن يكون بينها وبين التي تليها[(٥)] زمان تفوت[(٦)] فيه ، كالصبح[(٧)] .

١٦٦٧ - قلنا : الصبح لا تجمع[(٨)] إلى ما يليها ، فلذلك انفصل وقتاهما ، والمغرب بخلافه ، ولأن الفجر وسائر المواقيت دلالة لنا ؛ لأن وقتها لا يتضيق بمقدار فعلها . فأما قولهم : إنها وتر في العدد[(٩)] وكذا في الوقت ، فليس[(١٠)] بشيء ؛ لأن الأوقات لم توضع على أعداد الصلوات ، ولو كان كذلك لاتسع الظهر لزيادة عدده ، ولصار[(١١)] لها أربعة أوقات .

١٦٦٨ - وقد خالف الشافعي في هذه المسألة مواقيت الصلوات[(١٢)] كلها ، فجعل الوقت مقدرًا بالفعل ، ثم بقّى الوقت ببقاء[(١٣)] المصلي في الصلاة[(١٤)] فيؤدي إلى

= مصر وولي الجند بمصر لمعاوية ثم عزله بعد ثلاث سنين . وله في المسند خمسة وخمسون حديثًا . وتوفي ﷺ سنة ثمان وخمسين . (انظر : الإصابة ٢٥٠/٤ ، ٢٥١ ، أسد الغابة ٤١٧/٣ ، تهذيب الكمال ٤٥٦٢/١٣) .

(١) راجع تخريجه في مراجع هامش (٢٥) .

(٢) حديث ابن عباس ، أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٣٦٨/١ .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يبادروا] .

(٤) في (م) : [صلاة العصر لا تقصر] ، وفي (ط) : [لا يقصر] ، وفي (ع) : [يقصر] مكان : [لا تقصر] .

(٥) في (م) : [يليها] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يفوت] .

(٧) في (م) ، (ع) : [كالصحيح] بالياء .

(٨) في (م) : [لا يجمع] ، وفي (ع) : [لا يتجمع] .

(٩) في سائر النسخ : [في العدد وكانت] ، حذفنا [وكانت] لأن المعنى لا يستقيم به .

(١٠) في (م) ، (ع) : [وليس] .

(١١) في (م) ، (ع) : [وصار] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [الصلاة] .

(١٣) في (ن) : [بيا] .

(١٤) في (ن) : [في الصلوات] .

فوات الوقت في حق واحد وبقائه في حق آخر ، وهذا لا يصح . وأما من قال منهم : إن وقتها يفوت وإن بقي [1] على الصلاة إذا مضى مقدار ثلاث ركعات فخالف الأخبار ؛ ألا ترى أن النبي ﷺ أخر المغرب حين بين للسائل [2] إلى غيبوبة الشفق [3] ، فدل على أن الوقت لا يبقى في حال البقاء . وقد روي أنه قرأ في المغرب الأعراف [4] ، وهذا لا يكون إلا والوقت يمتد [5] في حال البقاء [6] .

* * *

---

(١) في (ن) : [فارتقى] .
(٢) في (م) ، (ع) : [القائل] .
(٣) راجع في مسألة (٨٠) .
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف باب (١٣٢) ما يقرأ به في المغرب (٣٩٣/١) ، وعبد الرزاق في المصنف باب القراءة في الغرب (١٠٧/٢ ، ١٠٨) ، وأبو داود في السنن باب قدر القراءة في المغرب (٢٠٧/١) ، والطحاوي في معاني الآثار باب القراءة في صلاة المغرب (٢١١/١) .
(٥) في (م) ، (ع) : [ممتد] ، مكان المثبت .
(٦) في (م) ، (ع) : [الوقت] ، مكان : [البقاء] .

مسألة ٨٣

أول وقت العشاء

١٦٦٩ - قال أبو حنيفة : أول وقت العشاء إذا غاب الشفق ، وهو البياض ، وقال أبو يوسف ومحمد : إذا غابت [(١)] الحمرة [(٢)] ، وبه قال الشافعي [(٣)] .

١٦٧٠ - والكلام في هذه المسألة يقع في الحكم والاسم . فأما الحكم : فالدليل عليه قوله تعالى : ﴿ أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمْسِ إِلَىٰ غَسَقِ ٱلَّيْلِ ﴾ [(٤)] [وهذا يقتضي بقاء وقت المغرب المتعلقة [(٥)] بالدلوك إلى غسق الليل] [(٦)] وهو اجتماع الظلمة ، وذلك لا يكون مع البياض .

١٦٧١ - وروى أبو [(٧)] مسعود الأنصاري أن النبي ﷺ كان يصلي العشاء إذا اسود الأفق [(٨)] .

١٦٧٢ - ولا يقال : (اسود) مع البياض . ولا معنى لقولهم : إن هذا يدل على جواز العشاء بعد البياض ونحن لا نمنع [(٩)] جوازها فيه ؛ لأن الخبر يقتضي المداومة على هذا الفعل ، فدل على أنه أول الوقت . ولأن البياض المجاور للحمرة لا يجمع معه وقت العشاء ، كبياض الفجر . ولأن المغرب صلاة لا تقصر [(١٠)] في السفر ، فاجتمع في وقتها الحمرة والبياض ، كالفجر . ولا معنى لقولهم : إن الحمرة تكون [(١١)] بعد الطلوع وذلك لا يكون في وقت

---

(١) في (م) ، (ع) : [غاب] .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٣ ، المبسوط (١٤٤/١ ، ١٤٥) ، تحفة الفقهاء (١٠١/١ ، ١٠٢) ، فتح القدير (١٢٢/١ ، ١٢٣) ، البناية (٣٠/٢ - ٣٥) ، مجمع الأنهر (٧٠/١) .

(٣) انظر : الأم (٧٤/١) ، مختصر المزني ص ١١ ، الوسيط (٥٤٧/٢ ، ٥٤٨) ، حلية العلماء (١٦/٢ ، ١٧) ، فتح العزيز في ذيل المجموع (٣٧/٣) ، المجموع (٣٥/٣ - ٤٠) .

(وانظر : المنتقى ١٥/١ ، ٢٣ ، الكافي لابن عبد البر ١٩١/١ ، بداية المجتهد ٩٨/١ ، ٩٩ ، الإفصاح ١٠٥/١ ، الكافي لابن قدامة ٧٩/١ ، المغني ٣٨٢/١ ، ٣٨٣) .

(٤) سورة الإسراء : الآية ٧٨ .

(٥) هكذا في كل النسخ ، ولعل الصواب بدون التاء المربوطة .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) . (٧) في (م) ، (ع) : [ابن] ، مكان : [أبو] .

(٨) أخرجه الدارقطني في السنن في أول باب بيان مواقيت واختلاف الروايات في ذلك (٢٥٠/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف في العشاء الآخرة تعجل أو تؤخر (٣٦٥/١) .

(٩) في (م) : [لا يمنع] . (١٠) في (م) : [لا يقصر] . (١١) في (م) : [يكون] .

الفجر ؛ لأن هذا ضد المشاهدة ، وحمرة الأفق تسبق [١] الطلوع ، [وتتأخر عن الغروب] [٢] .

١٦٧٣ - فإن قالوا : فوجب أن يكون بينها وبين وقت ما يليها فاصلة كالصبح أو فوجب أن لا يتعلق آخر وقتها بالبياض ، انتقض ذلك بالوتر ، ولأن ذلك وقت لو بلغ فيه الصبي لزمته المغرب ، فلم يجز فعل العشاء فيه ، كما قبل غيبوبة الحمرة . ولأن العشاء هي الصلاة المختصة بالليل ، فكان موضوع وقتها فيما هو أشبه بالليل ، وذلك بعد البياض .

١٦٧٤ - ولأن البياض أحد الشفقين ، فاعتبر غروبه في دخول وقت العشاء ، كالحمرة . وأما الكلام في الاسم : فلأن الشفق اسم البياض والحمرة [٣] ، وقد روي البياض عن عمر ، ومعاذ [٤] ، وعمر بن عبد العزيز [٥] ، وروي الحمرة عن ابن عمر [٦] .

---

(١) في (م) : [مشق] ، وفي (ع) : [يسق] .

(٢) في (م) : [ويتأخر عن الطلوع] ، وفي (ع) [ويتأخر عند الطلوع] .

(٣) يدل على هذا ما رواه الدارقطني عن عبادة بن الصامت وشداد بن أوس قالا : الشفق شفقان ، الحمرة والبياض . في باب صفة المغرب والصبح (٢٦٩/١) .

(٤) هو : معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس بن عائذ الأنصاري الخزرجي ، أسلم وعمره ثماني عشرة سنة ، روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه : ابن عباس ، وابن عمر ، وابن عدي وغيرهم ، كان أحد السبعين الذين شهدوا العقبة من الأنصار ، وشهد بدرًا وأحدًا والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ ، قال عنه الرسول ﷺ : أعلمهم بالحلال والحرام معاذ بن جبل . أرسله الرسول ﷺ إلى اليمن ليعلمهم الإسلام ويفقههم في الدين ، توفي في طاعون عمواس سنة ثماني عشرة . (انظر : أسد الغابة ١٩٤/٥ ، الإصابة ١٠٦/٦) .

(٥) هو : عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية ، الإمام الحافظ ، العلامة المجتهد الزاهد العابد السيد أمير المؤمنين ، ولد سنة ثلاث وستين ، حدث عن : عبد الله بن جعفر بن أبي طالب ، والسائب بن يزيد ، وغيرهما ، وحدث عنه : أبو سلمة أحد شيوخه ، وأبو بكر بن حزم ، ورجاء بن حيوة ، وطائفة ، وكان ﷺ تقيًا ، ورعًا منذ طفولته ، فروي عنه أنه بكى وهو غلام فقالت له أمه : ما يبكيك قال : ذكرت الموت ، فبكت أمه لذلك . لما ولي الخلافة صار فيها بالعدل فملأ أقطار المسلمين عدلًا ورحمة بعد أن كانت ملئت ظلمًا وجورًا ، وكانت مدة خلافته سنتين وخمسة أشهر ، ومات يوم الجمعة لعشر بقين من رجب سنة إحدى ومائة . (انظر : تهذيب الكمال ٤٣٢/٢١ ، سير أعلام النبلاء ٥٧٦/٥) .

(٦) رواه الدارقطني في أول باب بيان المواقيت واختلاف الروايات في ذلك ، والبيهقي في الكبرى في باب دخول وقت العشاء بغيبوبة الشفق (٣٧٣/١) . ولم نعثر على رواية عمر ومعاذ وعمر بن عبد العزيز بأن الشفق هو البياض . قال العيني في شرح قول المرغيناني (ثم الشفق هو البياض الذي في الأفق بعد الحمرة عند أبي حنيفة رحمه الله) وهو قول أبي بكر الصديق وأنس ومعاذ بن جبل وعائشة ورواية عن ابن عباس وأبي هريرة ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والأوزاعي وزفر والمزني وابن المنذر والخطابي ، واختاره المبرد وثعلب . (انظر : البناية ٣٠/٢ ، ونحوه في فتح القدير ٢٢٣/١ ، الطبراني في الأوسط ٣٠٤/١) .

والكلام في الأَولى منهما ، فالبياض أولى لأن الاسم قيل : إنه مأخوذ من الرقة ، ومنه : شفقة القلب ونور شفق ، وآخر البياض أرق [١] ، فكان حمل الاسم عليه أولى . وقد قيل : إنه مأخوذ من أواخر الشيء وما يخاف فوته ، ولهذا يقال : فلان شفق [من] [٢] حياته ، والبياض يتأخر ، فحمل الاسم عليه أولى . ولأن البياض لا يوجد إلا ويتناوله الاسم ، والحمرة توجد نهارا ولا تسمى [٣] شفقا ، فكان ما يتناوله الاسم بكل حال أولى .

١٦٧٥ - احتجوا : بما روى جابر : أن النبي ﷺ صلى العشاء قبل أن يغيب [٤] الشفق [٥] . ولا يجوز أن يكون المراد به الحمرة ، فلم يبق [٦] إلا البياض .

١٦٧٦ - والجواب : أن الجماعة روت أن النبي ﷺ صلى العشاء بعد ما غاب الشفق [٧] ، والألف واللام للجنس ، فيقتضي البياض والحمرة جميعا ، فإذا روى جابر ما يخالف الجماعة حمل على الشفق الذي هو بياض الجو ، وذلك لا يغيب إلى آخر الليل .

١٦٧٧ - ولا معنى لقولهم : إنا لا نعلم أن ذلك يسمى شفقًا ؛ لأن الخليل سماه [٨] ، وقوله حجة ، ثم هذا الخبر لا دلالة [٩] فيه على أصلهم ؛ لأن جابر لم يحك المداومة ، وإنما ذكر مجرد الفعل ، فيجوز أن يكون صلى العشاء في وقت المغرب على طريق الجمع عندهم فلم يمكنهم الاستدلال به مع الاحتمال .

١٦٧٨ - قالوا : روى النعمان بن بشير [١٠] أن النبي ﷺ كان يصلى العشاء لغيبوبة

---

(١) في (م) ، (ع) : [مور] ، مكان : [نور] ، و [بياض ارد] ، مكان : [البياض أرق] .

(٢) زيادة في (م) ، (ع) .

(٣) في (ن) : [ولا يسمى] .

(٤) في (م) : [أن تغيب] .

(٥) رواه الطحاوي في معاني الآثار ، في المواقيت (١٤٧/١) .

(٦) في (م) ، (ن) : [لم يبق] .

(٧) أخرجه الشافعي في الأم (٧١/١) ، وأبو داود في السنن ، في المواقيت (١٠٧/١) ، والترمذي في السنن (٢٧٨/١ ، ٢٧٩) ، وحديث بريدة أخرجه مسلم في الصحيح ، والطحاوي في معاني الآثار (١٤٧/١) .

(٨) هو الخليل بن أحمد ، أبو عبد الرحمن الفراهيدي ، البصري ، أحد الأعلام بلسان العرب ، صاحب كتاب العين توفي رحمه الله سنة ١٧٥هـ . (انظر : سير أعلام النبلاء ٤٢٩/٧ - ٤٣١) . قال الخليل في العين : الشفق الحمرة من غروب الشمس إلى وقت العشاء الأخير (٤٥/٥) ، وراجع في لسان العرب ، (شفق) (٢٢٩٢/٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [دلالة] ، مكان : [لا دلالة] .

(١٠) هو : النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة ، صاحب رسول الله ﷺ وابن صاحبه ، أبو عبد الله أو يقال أبو محمد ، الأنصاري الخزرجي . ولد سنة ٢هـ ، وسمع من النبي ﷺ ، وقد شهد بدرًا . وروى عنه ابنه محمد والشعبي وحميد بن عبد الرحمن الزهري وأبو سلام ممطور ، وسماك بن حرب . وكان من أمراء معاوية =

القمر الثالثة [١] .

١٦٧٩ - قلنا : البياض يغيب في الليلة الثالثة قبل غيبوبة القمر ، فلم يكن فيما قالوه دلالة .

١٦٨٠ - قالوا : روي مثل قولنا عن ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة وعبادة [٢] .

١٦٨١ - قلنا : قد بينا أن قول عمر ومعاذ مثل قولنا ، فلم يجز ادعاء الإجماع .

١٦٨٢ - قالوا : صلاة تجب بعَلَم يشاركه غيره في اسمه ، فوجب أن يجب بأظهرهما ، كالصبح .

١٦٨٣ - قلنا : فوجبت [٣] الصلاة بالثاني منهما ، كالفجر .

١٦٨٤ - قالوا : الطوالع ثلاثة ، فتعلق وجوب الصلاة منها بالأوسط .

١٦٨٥ - قلنا : لم يجمعوا بين الأمرين بعلة ، ثم الطوالع أربعة : الفجر الأول ، والثاني ، والحمرة ، والشمس ، فالصلاة لا تتعلق بأوسط الطوالع ، ثم الطوالع التي هي من آيات الشمس لما حصلت في وقت الفجر كان جميعها فيه ، فالغوارب التي هي أثر الشمس يجب أن تجتمع في [٤] وقت المغرب .

١٦٨٦ - وأما الاسم : فاحتجوا بما روي فيه عن النبي ﷺ أنه قال : « الشفق الحمرة » . وهذا لا أصل له ، وإنما رواه نافع عن ابن عمر من قوله ، ذكره مالك في الموطأ [٥] . وذكر الدارقطني أنه وجده في أصل الرملي [٦] عن عتيق بن يعقوب عن مالك مسندًا ، وعتيق بن يعقوب ساقط الرواية ، ذكره الساجي في الضعفاء . ولو ثبت

= فولاه الكوفة مدة ، ثم ولي قضاء دمشق . توفي في آخر سنة أربع وستين بعد أن قتله خالد بن خلي بعد وقعة راهط . (انظر : سير أعلام النبلاء ٤/٤٦٤) .

(١) أخرجه أحمد في المسند (٤/٢٧٠ ، ٢٧٢ ، ٢٧٤) ، وأبو داود في السنن باب وقت العشاء الآخرة (١/١١٣) ، والترمذي في السنن باب وقت العشاء الآخرة (١/٣٠٦) ، والنسائي في المجتبى كتاب المواقيت ، باب الشفق (١/١٦٤ ، ٢٦٥) ، والدارمي في السنن باب وقت العشاء (١/٢٧٥) .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) قوله : [فوجبت] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يجتمع] .

(٥) أخرجه مالك بمعناه في الموطأ ، في جامع الوقوت (١/٢٥) ، وعبد الرزاق بلفظه في المصنف باب وقت العشاء الآخرة (٥٥٩) ، وابن أبي شيبة في المصنف باب (١٠٢) الشفق ما هو (١/٣٦٨) ، وابن خزيمة في صحيحه باب كراهية تسمية وقت العشاء عتمة (١/١٨٣) .

(٦) في (م) ، (ع) : [المرسلي] .

احتمل أن يكون المراد به الشفق [١] الذي يجب [٢] المغرب بغيبوبته ، فيكون دلالة على أن وجوب الصلاة يتعلق بآخر الوقت .

١٦٨٧ – قالوا : روي أن أعرابيا رأى رجلًا عليه ثوب أحمر فقال : هو كالشفق [٣] .

١٦٨٨ – قلنا : هذا يدل على تسمية الحمرة شفقا ، ونحن لا نمنع ذلك ، وإنما الكلام في أخص الاسمين .

١٦٨٩ – قال : تغليب [٤] البياض أظهر في اللغة من أن يدل عليه .

* * *

(١) في (م) : [النفي] .
(٢) في (م) : [ويجب] .
(٣) في (م) ، (ع) : [بالشفق] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ثعلب] .

مسألة ٨٤

حكم الصلاة السابقة زوال العذر

١٦٩٠ - قال أصحابنا : إذا بلغ الصبي ، أو أسلم الكافر ، أو طهرت الحائض ، أو أفاق المجنون في وقت العصر لم يلزمهم الظهر ، وإن كان ذلك في وقت العشاء لم يلزمهم المغرب (١) .

١٦٩١ - وقال الشافعي : إذا بقي من الوقت [مقدار] (٢) خمس ركعات لزمتهم الصلاتان (٣) .

١٦٩٢ - لنا : أنه بلغ بعد (٤) فوات الوقت الموضوع للعبادة ، فلم (٥) يلزمه فعلها ، كما لو بلغ بعد غروب الشمس . ولأنها عبادة مؤقتة بلغ بعد خروج وقتها الموضوع لها ، فلم يلزمه ، فصار كمن بلغ بعد مضي رمضان . ولأنه وقت للجمع بين الصلاة فلم تجب (٦) بإدراكه ، قياسا على وقت الظهر .

١٦٩٣ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ طَرَفَيِ ٱلنَّهَارِ ﴾ (٧) ، وهذا يقتضي وجوب إقامة الجنس في وقت العصر .

١٦٩٤ - والجواب : أنهم أجمعوا على أن المراد بذلك صلاة العصر ، فلم يجز حمله على الجنس مع الإجماع على خلافه . ولأنه منهي عن تأخير الصلوات إلى وقت العصر ، فلم يجز أن يتناوله الأمر .

١٦٩٥ - قالوا : زال (٨) عذره قبل غروب الشمس فوجب أن يلزمه الظهر ، كالمغمى عليه .

١٦٩٦ - قلنا : هذا يبطل بمن أدرك من الوقت مقدار ركعة . ثم المغمى عليه لا نسلمه على الإطلاق : إذا أفاق وقد زاد الإغماء على اليوم والليلة لزمته ، والمعنى فيه أن

---

(١) راجع في ذلك : مبسوط السرخسي (١/١٥٠) .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) انظر : المهذب (١/٥٣ - ٥٤) ، المنهج القويم (١/١٢٨) ، البيجرمي على الخطيب (١/١٦٦) ، (وانظر : المنتقى ١/٢٤ ، ٢٦ ، والكافي لابن عبد البر ١/١٩٢ ، بداية المجتهد ١/١٠٢ ، ١٠٣ المغني لابن قدامة ١/٣٧٧ ، ٣٧٨ ، الكافي لابن قدامة ١/٩٤) .

(٤) لفظ : [بعد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) ، (ن) : [لم] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٧) سورة هود : الآية ١١٤ .

(٨) في (م) : [زوال] .

المغمى عليه لو أفاق في وقت المغرب جاز أن يلزمه الظهر إذا كان الإغماء بمعصية ، فجاز أن يلزمه الظهر إذا أفاق في وقت العصر ، والصبي لا يلزمه الظهر إذا بلغ في وقت المغرب ، فكذلك في وقت العصر .

١٦٩٧ - قالوا : كل من يلزمه [١] عصر يومه لزمه ظهر يومه ، كالمغمى عليه .

١٦٩٨ - قلنا : وجوب العصر يتأخر عن وجوب الظهر ، فلا يكون علة [٢] . ولا يقال : إنما يتقدم وجوب الظهر في غير المعذور وأما [٣] في حق المعذور فتجبان [٤] معا ، فيصح أن يكون أحدهما علة الآخر ؛ لأن العلة لابد أن يتصور تقدمها على الحكم ، فلا توجد [٥] معه كما لا تتأخر [٦] عنه ، والمعنى في المغمى عليه ما ذكرناه .

١٦٩٩ - قالوا / : وقت العشاء وقت لأداء المغرب متبوعًا ، فجاز أن يلزم فرضها بإدراكه ، كوقت المغرب . ١٩/

١٧٠٠ - قلنا : وقت العشاء ليس بوقت لأداء [٧] المغرب عندنا ، وما يفعله المحرم قضاء ؛ لأن من شرط الصلاة عندنا المكان ، فإذا لم يقدر عليه في وقت المغرب جاز التأخير ، فإذا فعل بعد الوقت كان قضاء . ثم نقول بموجب هذه العلة في المغمى عليه : إذا أفاق في وقت العشاء لزمه المغرب إذا لم يكن إغماؤه يوما وليلة ، ولأنه لا يمتنع أن يكون الوقت وقتا للأداء العارض ، ولا يكون بإدراكه مدركا للوجوب . كوقت الظهر [أنه وقت لأداء العصر يوم عرفة ، وإن لم يجب بإدراكه [٨] وقت الظهر] [٩] ، واحترازهم عنه بأن العصر في وقت الظهر تابعة ليس بصحيح ؛ لأن الفرضين لا يتبع أحدهما الآخر ، وإنما يجوز تقديم العصر لأجل الترتيب ، لا لكونها تبعًا .

* * *

(١) في (م) ، (ع) ، (ن) : [لزمه] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عليه] .
(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فأما] .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فيجبان] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فلا يوجد] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لا يتأخر] .
(٧) في (م) ، (ع) : [لأن] ، مكان : [لأداء] .
(٨) في (ن) : [بإدراك] .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ٨٥

إذا أغمي عليه يومًا وليلة أو ما دونه قضى الصلوات

١٧٠١ - قال أصحابنا : إذا أغمي عليه يوما وليلة أو ما دونه قضى الصلوات [١] .

١٧٠٢ - وقال الشافعي : لا يقضي [٢] .

١٧٠٣ - لنا : ما روي أن عليًا عليه السلام أغمي عليه أربع صلوات فقضاهن [٣] .

١٧٠٤ - وعن عمار أنه أغمي عليه خمس صلوات فقضاهن [٤] . وما لا يستدرك من طريق القياس إذا قاله الصحابي أو فعله حمل على التوقيف ، ولا يحمل فعله [٥] على الاستحباب ؛ لأن القضاء عبارة عن الواجب ، أو عن ما كان بأصله ثابتًا . وما فات في الإغماء لا يلزم عندهم ، فما يفعل في الثاني لا يسمى قضاء . ولا معنى لقولهم : إنه يقال قضاء ركعتي الفجر ؛ لأن المقضي كان ثابتًا فصح أن يوصف في الثاني بالقضاء ، فأما ما يبتدئ استحبابا وليس له أصل ثابت فلا يقال فيه قضاء . ولا معنى لقولهم : إن التوقيف يجوز أن يكون اقتصر الاستحباب ؛ لأنا بينا أن ظاهر الفعل والتسمية اقتضى الوجوب ، فإذا أخذ من التوقيف كان التوقيف مقتضيًا للوجوب ، ولأنها صلاة ذهب وقتها في حال الإغماء ، فوجب أن يلزمه ما لم يدخل في حد

---

(١) انظر : تحفة الفقهاء (١٩٢/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٩/١ ، ١٠) ، البناية (٧٨١/٢ ، ٧٨٢) .

(٢) انظر : الأم (٧٠/١) ، الوسيط (٥٥٧/٢) ، حلية العلماء (٨/٢) ، المجموع (٦/٣ ، ٧) . (وانظر : المدونة ٩٢/١ - ٩٤ ، المنتقى ٢٤/١ - ٢٦ ، الكافي لابن عبد البر ٢٣٧/١ ، بداية المجتهد ١٠٢/١ ، ١٠٣ ، الإفصاح ٩٤/١ ، المغني ٤٠٠/١ ، ٤٠١) .

(٣) بحثنا عن أثر علي في كتب الحديث ولم نعثر عليه بعد . فقال الزيلعي : والرواية عن علي غريبة ، وقال ابن همام : وأما الرواية عن علي فلم تعرف في كتب الحديث ، والمذكور عنه في الفقه أنه أغمي عليه صلوات فقضاهن ، وأما أهل الحديث يروون هذا عن عمار ، وهكذا قاله العيني في البناية . (انظر : نصب الراية ١٧٧/٢ ، فتح القدير ١٠/٢ ، البناية ٧٨٤/٢) .

(٤) رواه الدارقطني في سننه باب الرجل يغمى عليه وقد جاء وقت الصلاة هل يقضي أم لا (٨١/٢) ، والبيهقي في الكبرى باب المغمى عليه يفيق بعد ذهاب الوقتين فلا يكون عليه قضاؤهما (٣٨٨/١) .

(٥) في (ع) : [فعلهما] .

التكرار ، أصله : إذا أغمي عليه وقت الظهر فأفاق [١] في وقت العصر . ولا يلزم الحائض إذا أغمي عليها ؛ [لأنا لا نسوي بين الفرع والأصل] [٢] ، ولأن كل صلاة لو تركها في معنى هو عاص في سببه لزمه فعلها لزمه [٣] وإن لم يكن عاصيا في السبب [٤] ، أصله : الظهر إذا أفاق في العصر . ولأنها صلاة ذهب وقتها في حال الإغماء فجاز أن يلزمه قضاؤها [٥] ، أصله : إذا أغمي عليه بسبب هو معصية .

١٧٠٥ - احتجوا : بأن كل معنى أسقط كثيره فرض الصلاة وجب أن يسقط الفرضَ قليلُه ، كدم النفاس .

١٧٠٦ - والجواب : أنا لا نسلم أن كثير الإغماء يسقط الفرض ، وإنما يسقط بلحوق المشقة في القضاء فيما تركه بعذر [٦] من جهة اللّٰه تعالى . ولأن دم النفاس لو حصل بسبب معصية سقطت به الصلاة ، وهو أن تشرب [٧] دواء يقتل الحمل ، فكذلك إذا حصل بسبب [٨] غير معصية ، ولما كان الإغماء إذا حصل بمعصية لم ينف القضاء كذلك إذا حصل بغير معصية .

١٧٠٧ - قالوا : لأنها صلوات فاتته [٩] في حال هو معذور فيه ، فسقط عنه فرضها ، كما [لو] [١٠] زادت على يوم وليلة .

١٧٠٨ - قلنا : ذكر العذر لا معنى له في أسباب الوجوب ؛ لأن ما يسقط [١١] الصلاة يستوي فيه العذر وغير العذر ، كالحيض : لا فرق بين أن يوجد ابتداء أو بسبب هو معصية ، وكذلك النفاس ، وما لا يسقط لا فرق بين أن يكون بعذر أو بغير عذر ، كالسكر والنوبة [١٢] ، ثم المعنى [١٣] فيما زاد على يوم وليلة أن المشقة تلحق [١٤] في قضائه ، وما دونه لا يلحق . وحكم الأمرين مختلف في الأصول ، ولهذا المعنى وجب على الحائض الصوم [١٥] وسقط عنها قضاء الصلاة ، ولأن المعنى فيما زاد على يوم وليلة

---

(١) في (م) ، (ع) : [فإذا أفاق] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لأنا لا نسوي بين الأصل والفرع] .
(٣) لفظ : [لزمه] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (ن) : [في النسب] .
(٥) في (ن) : [قضاها] .
(٦) في (م) ، (ع) : [مع عذر] .
(٧) في (ن) : [أن شرب] .
(٨) في (م) : [سبب] .
(٩) في (ن) : [فائته] .
(١٠) ساقط من (م) ، (ع) .
(١١) في (ن) : [ما سقط] .
(١٢) في (ص) ، (م) : [والتوبة] .
(١٣) في (ع) : [ثم المغمى] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [يلحق] .
(١٥) ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

أنه [١] لا يلزم فعل الظهر التي مضت فيه فلم يلزم بقية الصلوات [٢] ، وما دون اليوم يجوز أن يلزمه فعل الظهر بعد مضي وقتها فيه فجاز [أن] [٣] يلزم غيرها من الصلوات .

١٧٠٩ - قالوا : كل معنى أسقط فرض الصلوات إذا دخلت في التكرار أسقطها وإن لم تدخل [٤] في حد التكرار ، كالجنون .

١٧١٠ - قلنا : الأصل غير مسلم : روى عمرو بن عمرو ، عن محمد أن الجنون فيما دون اليوم والليلة لا ينفي القضاء ، وكذلك ذكره في المنتقى [٥] عن أبي حنيفة .

* * *

(١) ساقط من (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [الصلاة] .
(٣) الزيادة من (م) ، وفي (ع) : [أنه] ، مكان [أن] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يدخل] .
(٥) لم نعثر على القول بعد ، وكما أن كتاب المنتقى للحاكم المروزي من الكتب المفقودة ، لا أثر له في دور المخطوطات .

مسألة ٨٦

لا يجوز الأذان للفجر قبل طلوع الفجر

١٧١١ - قال أبو حنيفة ومحمد : لا يجوز الأذان للفجر قبل طلوع الفجر .

١٧١٢ - وقال أبو يوسف : يجوز ذلك في النصف الأخير من الليل [١] ، وبه قال الشافعي [٢] .

١٧١٣ - لنا : ما روى شداد مولى عياض بن عامر ، عن بلال [٣] أن النبي ﷺ قال له : « لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا » ، ومد يديه [٤] . وروى نافع عن ابن عمر أن بلالًا أذن قبل طلوع الفجر ، فأمره رسول الله ﷺ أن يرجع فينادي : ألا إن العبد قد نام ، ثلاث مرات [٥] .

١٧١٤ - وروى أبو يوسف عن سعيد بن أبي عروبة [٦] ، عن قتادة [٧] ، عن أنس

(١) انظر : المبسوط (١/١٣٤ ، ١٣٥) ، مختصر الطحاوي ص ٢٥ ، تحفة الفقهاء (١/١١٦) ، بدائع الصنائع (١/١٥٤) .

(٢) انظر : الأم (١/٨٣) ، الوسيط (٢/٥٤٩) ، حلية العلماء (٢/٣٣ ، ٣٤) ، المجموع (٣/٨٧ - ٨٩) . (وانظر : المدونة ١/٦٤ ، المنتقى ١/١٣٨ ، الكافي لابن عبد البر ١/١٩٦ ، ١٩٧ ، بداية المجتهد ١/١١٠ ، المغني ١/٤٠٩ - ٤١١) .

(٣) هو : بلال بن رباح مولى أبي بكر الصديق ، وأمه حمامة . وهو مؤذن رسول الله ﷺ . من السابقين الأولين الذين عذبوا في الله ، شهد بدرًا ، وشهد له رسول الله ﷺ على التعيين بالجنة . وحديثه في الكتب . عاش بضعة وستين سنة . يقال إنه حبشي ، وقيل : من مواليد الحجاز . قال البخاري : بلال أخو خالد وعفرة . مات بالشام سنة ٢٠هـ ، بدمشق . (انظر : تهذيب الكمال ٣/٢١٦) .

(٤) رواه أبو داود في سننه ، في آخر باب في الأذان قبل دخول الوقت (١/١٤٣) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في من كره أن يؤذن المؤذن قبل الفجر (١/٢٤٢) ، والبيهقي في الكبرى باب رواية من روى النهي عن الأذان قبل الوقت (١/٣٨٤) .

(٥) رواه أبو داود باب في الأذان قبل دخول الوقت (١/١٤٢) ، والدارقطني في السنن ، في باب ذكر الإقامة واختلاف الروايات فيها (١/٢٤٤) ، والطحاوي في معاني الآثار ، في باب التأذين للفجر ، أي وقت هو ، بعد طلوع الفجر أو قبل ذلك (١/١٣٩) ، والبيهقي في الكبرى ، في أول باب رواية من روى النهي عن الأذان قبل الوقت (١/٣٨٣) ، والترمذي في السنن باب ما جاء في الأذان بالليل (١/٣٩٤) .

(٦) هو : سعيد بن أبي عروبة الإمام الحافظ ، أبو النضر بن مهران العدوي ، مولاهم البصري عالم أهل البصرة وأول من صنف السنن النبوية ، روى عن الحسن ، ومحمد بن سيرين ، وأبي رجاء العطاردي ، وقتادة وغيرهم ، وروى عنه : شعبة والثوري ويزيد بن زريع وروح بن عبادة ، وغيرهم . وثقه يحيى بن معين والنسائي وجماعة ، وقال أحمد بن حنبل : لم يكن لسعيد كتاب إنما كان يحفظ ذلك كله . توفي سنة ١٥٦ هـ . (انظر : تهذيب الكمال ٧/٦٢ ، سير أعلام النبلاء ٧/٣) .

(٧) هو : قتادة بن دعامة بن قتادة بن عزيز ، ولد سنة ٦٠ ، حافظ العصر ، قدوة المفسرين والمحدثين أبو الخطاب =

ابن مالك ، أن بلالًا أذن قبل الفجر فأمره النبي ﷺ أن يصعد فينادي : إن العبد نام ، ففعل وقال : ليت بلالًا لم تلده أمه . وابتل من نضح [١] دم جبينه [٢] .

١٧١٥ - قالوا : روي عن علي بن المديني أنه قال : وهم حماد بن سلمة في هذا الخبر ، وإنما [قال] [٣] هذا لأن حماد بن سلمة [روى] [٤] حديث عمر [٥] ، وقد روينا الخبر من طرق من غير جهة حماد ، فأما قصة عمر : فروى نافع أن مؤذنا كان يقال له مسروح أذن قبل الفجر ، فغضب عمر وأمره أن ينادي [٦] ، إلا إن مسروحًا يهم ، يعني وسنان [٧] ، فليس إحدى القصتين من الأخرى في شيء .

١٧١٦ - قالوا : يجوز أن يكون أنكر على بلال لأنه أخر الأذان عن وقته ، فقد كانوا يتسحرون بأذانه ، ولهذا قال : « إن العبد نام » ؛ ألا ترى أن من نام أخر الأذان ولم يقدمه .

١٧١٧ - قلنا : لو كان الإنكار [٨] للتأخير لم يقل : أذن قبل الفجر ؛ لأن هذا يوهم أن الأذان قبل الفجر لا يجوز بكل حال ، فلما أطلق السبب [٩] وهو الأذان قبل الفجر علم أن الحكم به تعلق .

١٧١٨ - وقولهم : كيف يقال : لمن قدم الأذان نام ، ليس بصحيح ؛ لأنه يقال

= السدوسي البصري الضرير الأكمه ، كان من أوعية العلم وممن يضرب به المثل في قوة الحفظ . روى عن أنس بن مالك وسعيد بن المسيب والنضر بن أنس وعكرمة مولى ابن عباس والحسن البصري وغيرهم ، وروى عنه : أيوب السختياني ، وابن أبي عروبة والأوزاعي وشعبة بن الحجاج وغيرهم ، قال المزني : من سره أن ينظر إلى أحفظ من أدركنا فلينظر إلى قتادة ، وتوفي رحمه الله سنة ثماني عشر ومائة . (انظر : تهذيب الكمال ٢٢٤/١٥ ، سير أعلام النبلاء ٩٠/٦) .

(١) في (م) ، (ن) : [يصح] ، و في (ع) : [من نضيح] .

(٢) رواه الدارقطني باب الرجل يغمى عليه وقد جاء وقت الصلاة هل يقضي أم لا (٢٤٥/١) ، وعبد الرزاق في مصنفه ، في باب الأذان في طلوع الفجر (٤٩١/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في : يؤذن بليل أيعيد الأذان أم لا (٢٥١/١) ، والبيهقي في آخر باب المغمى عليه يفيق بعد ذهاب الوقتين فلا يكون عليه قضاؤها (٣٨٤/١) .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) . (٤) الزيادة من (ع) .

(٥) لعل الصواب ، حديث ابن عمر الذي تقدم . قال البيهقي بعد أن ذكر حديث حماد بن سلمة من طريق آخر : قال علي ابن المدينى : أخطأ حماد في هذا الحديث ، والصحيح حديث عبيد الله ، يعنى عن نافع ، وحديث الزهري عن سالم .

(٦) رواه أبو داود (١٤٢/١ ، ١٤٣) ، والدارقطني باب الرجل يغمى عليه وقد جاء وقت الصلاة هل يقضي أم لا (٢٤٤/١) ، والبيهقي آخر باب المغمى عليه يفيق بعد ذهاب الوقت فلا يكون عليه قضاؤها (٣٨٤/١) ، والترمذي ضمن حديث حماد (٣٩٤/١) ، وابن أبي شيبة في : يؤذن بليل أيعيد أم لا (٢٥١/١) .

(٧) ذكره البيهقي مع حديث بلال في قصته مع النبي ﷺ ، راجعه في البيهقي (٣٨٣/١) .

(٨) في (ع) : [الإمكان] . (٩) في (م) ، (ع) : [التسبب] .

ذلك لمن فعل الشيء على غير جهته أنه : نام [١] عنه : أنه غافل ، ويكون معناه : أنه أذن وهو من بقية النوم فلم يعرف الوقت .

١٧١٩ – قالوا : ذكر [٢] ابن خزيمة أن النبي ﷺ كان له مؤذنان : بلال وابن أم مكتوم ، وكانا يتناوبان : [٣] هذا يوما وهذا يوما [٤] ، فيجوز أن يكون بلال [٥] قدم الأذان في يوم تقدم فيه ابن أم مكتوم فأنكر عليه .

١٧٢٠ – قلنا : لم ينقل أن بلالا كان يؤذن في وقتين مختلفين ، ولو كان كذلك لنقل ، ولأنه لو كان كما قالوا لاشتبه على الناس الأذان الأول والثاني ولم يعرفوا المقصود . وقد روي [أن] [٦] ابن أم مكتوم كان لا يؤذن حتى يقال له : قد أصبحت قد أصبحت [٧] ، فدل على خلاف ما قالوه . ولأن النبي ﷺ قال : « لا يمنعكم أذان بلال من السحور فإنه يؤذن بليل » [٨] ، وهذا يدل على أنه كان يؤذن في جميع الأحوال [قبل الفجر] [٩] .

١٧٢١ – قالوا : يجوز أن يكون قدم الإقامة ، والإقامة تسمى أذانا .

١٧٢٢ – قلنا : إطلاق الاسم لا يتناولها ، ومن حكم الاسم [أن يحمل] [١٠] على إطلاقه ، ولأنه كان لا يقيم حتى يخرج النبي ﷺ ويجتمع الناس ، فكيف يقدم ذلك على طلوع الفجر ، ولأنها صلاة فلا يقدم [١١] أذانها على وقتها ، كسائر الصلوات .

١٧٢٣ – ولا يقال : إن سائر الصلوات لا يقع في حال النوم والغفلة ، والفجر بخلاف

---

(١) في (م) ، (ع) : [نائم] .
(٢) في (م) : [ذكره] .
(٣) في (م) : [يتساويان] .
(٤) لعلها : هذا يوم وهذا يوم . الجزء الأول من الحديث رواه مسلم في صحيحه ، في باب استحباب اتخاذ مؤذنين للمسجد الواحد (١٦٣/١) ، وابن خزيمة في صحيحه ، في جماع أبواب الأذان والإقامة ، باب ذكر خبر روي عن النبي ﷺ بعض أهل الجهل أنه يضاد هذا الخبر إلخ (٢١٢/١) ، الحديث (٤٠٨) والبيهقي في الكبرى ، في باب القدر الذي كان بين أذان بلال وابن أم مكتوم (٣٨٢/١) ، والجزء الثاني لم نعثر عليه في لفظ الحديث .
(٥) في (م) ، (ع) : [بلالا] .
(٦) ساقط من (م) .
(٧) في (م) ، (ع) : [قد أصبحت] مرة واحدة .
والحديث رواه البخاري في صحيحه ، في باب أذان الأعمى إذا كان له من يخبره (١١٦/١) والطحاوي في معاني الآثار (١٣٧/١) .
(٨) هذا الحديث رواه البخاري بمعناه ، في كتاب الصيام ، في باب قول النبي ﷺ لا يمنعكم من سحوركم أذان بلال (٣٢٨/١) ، كما رواه أبو داود ، في كتاب الصيام ، في باب في وقت السحور (٥٩٤/١) .
(٩) ساقط من (م) ، (ع) وكذلك من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(١٠) ساقط من (ع) .
(١١) في (م) : [فلا تقدم] .

ذلك ، ولهذا جعل لها أذانين ؛ وذلك لأنه متى أذن عقيب الفجر زال النوم وأمكن التأهب [1] إلى آخر الوقت ، فلم يحتج إلى تقديم الأذان ، ولأنه [2] ذكر يتقدم التحريمة ، كالخطبة .

١٧٢٤ - وقولهم : إن الخطبة المقصود منها مخاطبة الحاضرين فلهذا لا تتقدم [3] الوقت لا يصح ؛ لأن الخطبة تجوز عندنا بغير حضرة أحد [4] .

١٧٢٥ - ولأن المؤتمين في العادة يحضرون [الجمعة] [5] قبل الزوال ، ولأن الأذان ليس بقربة في النصف الأول من الليل ، فلم يكن قربة في النصف الأخير [6] ، كالإقامة ، وعكسه الوتر ونية الصوم والوقت بعرفة وعشاء الآخرة . ولا معنى لقولهم : إن الإقامة للدخول في الصلاة وذلك لا يجوز قبل الوقت ؛ لأن الأذان للدعاء إلى الصلاة ، ولا يصح الدعاء إلى شيء لا يصح فعله .

١٧٢٦ - احتجوا : بما روى سالم [7] عن أبيه عبد الله بن عمر ، أن النبي ﷺ قال : « إن بلالًا يؤذن [بليل] [8] ، فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم » [9] .

١٧٢٧ - قلنا [10] : هذا بعض الخبر ، وتمامه رواه ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : « لا يمنعكم [11] من سحوركم أذان بلال ؛ فإنه يؤذن بليل ليوقظ نائمكم ويرد قائمكم » [12] .

---

(١) في (ن) : [وامكث الباعث] . (٢) لفظ : [ولأنه] ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (ن) : [لا يتقدم] .
(٤) وردت العبارة التالية في هامش (ص) ، [قوله : يجوز عندنا بغير حضرة أحد حكى المصنف في مسائل الجمعة قولين في المسألة ، وقال : إن المشهور عنهم أنه لابد من الحضور] ، لعل هذا التعليق من أحد القراء .
(٥) الزيادة : من (م) ، (ع) . (٦) في (ن) : [الآخر] .
(٧) هو : سالم بن عبد الله بن عمر ، الإمام الزاهد الحافظ مفتي المدينة ، أبو عمرو وأبو عبد القرشي العدوي المدني . ولد في خلافة عثمان بن عفان . روى عن : عبد الله بن عمر ، وعن عائشة وزيد بن الخطاب العدوي وغيرهم ، وروى عنه : سالم بن الجعد ، وعمر بن دينار ، ومحمد بن واسع ، والزهري ، وصالح بن كيسان وغيرهم ، قال أحمد بن عبد الله العجلي : سالم بن عبد الله تابعي ثقة ، وقال حمد بن رهوايه : أصح الأسانيد الزهري عن سالم عن أبيه . وتوفي رحمه الله سنة سبع ومائة . (انظر : تهذيب الكمال ١٥/٧ ، سير أعلام النبلاء ٣٨٢/٥) .
(٨) ساقط من : (ع) .
(٩) ورواه مسلم في الصحيح ، في كتاب الصيام ، باب بيان أن الدخول في الصوم يحصل بطلوع الفجر (٤٤١/١ ، ٤٤٢) ، ومالك في الموطأ في قدر السحور من النداء (٧٣/١) ، وعبد الرزاق في مصنفه ، في باب الأذان في طلوع الفجر (٤٩٠/١ ، ٤٩١) . (١٠) في (ع) : [قلت] . (١١) في (ن) : [لا يمنعنكم] .
(١٢) أخرجه البخارى في الصحيح باب الأذان قبل الفجر (١١٦/١) ، ومسلم ، في كتاب الصيام باب بيان أن الدخول في الصوم يحصل بطلوع الفجر (٤٤٢/١) ، وأبو داود (٥٩٤/١ ، ٥٩٥) ، والنسائي في سننه ، في كتاب الأذان في غير وقت الصلاة (١١/٢ ، ١٤٨/٤) .

فأخبر أن الأذان يقع لغير الفجر ، فلم يجز أن يزاد [١] في تعليله ويجعل الأذان لصلاة الفجر .

١٧٢٨ - ولا يقال : إن الأذان لا يقع لغير [٢] الصلاة ، فكيف يقع للسحور . ولأن الأذان دعاء إلى الصلاة ، وذلك لا يقال لغير الصلاة ؛ وذلك أن في الخبر أن الأذان وقع لصلاة الليل فلم يُقَل الأذان لغير الصلاة .

١٧٢٩ - قالوا : صلاة الليل نافلة والأذان موضوع لبعض الفرائض ، فكيف يوضع للنوافل ؟

١٧٣٠ - قلنا : هذا استدلال [٣] يرد [٤] العلة المنصوصة في الخبر ، ولا يجوز لنا رد ما نُص عليه بالاستدلال [٥] ، ولأن صلاة الليل قد كانت واجبة ثم نسخت ، فيجوز أن يكون الأذان لها في حال وجوبها / .

١٩/ب

١٧٣١ - قالوا : صلاة الليل نسخت بمكة بقوله ﷻ [٦] : ﴿ وَمِنَ [ٱلَّيۡلِ] [٧] فَتَهَجَّدۡ بِهِۦ نَافِلَةٗ لَّكَ ﴾ [٨] ، والأذان لم يسن إلا بالمدينة .

١٧٣٢ - قلنا : هذه الآية لا تدل على النسخ ؛ لأنه لا يمتنع أن يفعل بالليل صلاة واجبة ويتنفل بأخرى ، ولأنه قد روي في الخبر : « لا يمنعكم [٩] أذان بلال أو نداء بلال » [١٠] والنداء يعبر به عن غير الأذان ، وإذا احتمل الخبر الأمرين لم يجز حمله على الأذان بالشك ، ولأن هذا الخبر مضطرب ؛ لأن ابن عمر راويه وقد روى أن النبي ﷺ أنكر على بلال تقديم الأذان [١١] . وقد روي عن عائشة أنها قالت : كان ابن أم مكتوم لا يؤذن حتى يقال له : أصبحت ، وبين أذانه وأذان بلال ما ينزل هذا ويصعد هذا [١٢] . وهذا ينافي التقديم . ذكر الطحاوي حديث قتادة عن أنس قال : قال رسول الله ﷺ :

---

(١) في (ن) : [يراد] .

(٢) في (م) : [لغيره] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الاستدلال] .

(٤) في (م) : [يزد] بالزاء المعجمة .

(٥) في غير (ص) : [الاستدلال] .

(٦) في (ن) : [تعالى] ، مكان : [ﷻ] .

(٧) ساقطة من (ع) .

(٨) سورة الإسراء : الآية ٧٩ .

(٩) في (ص) ، (ن) : [لا يمنعنكم] .

(١٠) رواه الطحاوي في معاني الآثار (١/١٣٩) ، والبيهقي في الكبرى في باب ذكر المعاني التي يؤذن لها بلال بليل (١/٣٨١) .

(١١) تقدم تخريجه ، وقد روى الدارقطني حديثًا آخر بهذا المعنى في سننه (١/٢٤٤) ، الحديث (٥٢) .

(١٢) رواه البخاري بمعناه بألفاظ أخرى ، في باب قول النبي ﷺ : لا يمنعكم من سحوركم أذان بلال (١/٣٢٨) ، ومسلم في باب بيان أن الدخول في الصوم يحصل بطلوع الفجر (١/٤٤٢) ، والنسائي في كتاب الأذان ، هل يؤذنان جميعًا أو فرادى (٢/١٠) ، والطحاوي في المعاني (١/١٣٨ ، ١٤٠) ، والبيهقي في الكبرى في باب القدر الذي كان بين أذان بلال وابن أم مكتوم (١/٢٨٢) .

« لا يغرنكم [١] أذان بلال ؛ فإن في بصره شيئا » [٢] ، فهذا يدل على أنه قبل الفجر ؛ لأن الوقت لم يكن له . ولأنا نمنع تقديم الأذان على الفجر إذا اعتد به لها واقتصر عليه ، فأما إذا أذن بعد الفجر وقدم الأذان لعارض فلا يمنع [٣] ذلك .

١٧٣٣ - قالوا : الأذان المقدم هو أذان الفجر ، بدلالة أن بلالًا كان يقيم ، والأفضل أن يقيم من أذن ، فدل على أن أذانه هو المعتد به .

١٧٣٤ - قلنا : يجوز عندنا أن يقيم غير المؤذن ، وهما في الفضيلة سواء .

١٧٣٥ - قالوا : زياد بن الحرث الصدائي قال : خرجت مع رسول اللّٰه [ﷺ] [٤] في سفر ، فتبرز لحاجة ، فتبعته ، فلما كان أول وقت الأذان أمرني أن أؤذن ، فأذنت وجعلت أقول : أقيم ؟ ورسول اللّٰه [ﷺ] [٥] ينظر إلى المشرق وإلى الفجر ، فلما طلع نزل وقد تلاحق أصحابه ، فأراد بلال يقيم ، فقال : « إن أخا صداء [٦] أذن ، وإن الذي أذن يقيم » [٧] .

١٧٣٦ - قلنا : لا دلالة في هذا الخبر ؛ لأن قوله : (جعل ينظر إلى الفجر) يقتضي فجرًا موجودًا . وقوله : (فلما طلع) يقتضي : أنه لم يكن ، فتعارض [٨] اللفظان ، فليس ترك ظاهر أحدهما بأولى من ترك ظاهر الآخر ، على أنا نجمع بينهما فنقول : (لما طلع) يعني : ظهر وانتشر .

١٧٣٧ - قالوا : روي عن سعد القرظ [٩] قال : كنا نؤذن على عهد رسول اللّٰه ﷺ بقباء

---

(١) في (م) : [لا يغركم] .

(٢) أخرجه الطحاوي في المعاني (١٤٠/١) ، وأحمد في المسند (٩/٥) .

(٣) في (ص) : [فلا نمنع] . (٤ ، ٥) ساقط من (ن) .

(٦) في النسخ : [صدائي] ، والمثبت من كتب السنة .

(٧) أخرجه أبو داود في سننه ، في باب في الرجل يؤذن ويقيم آخر (١٣٨/١) ، والترمذي في سننه ، في باب ما جاء أن من أذن فهو يقيم (٣٨٣/١ ، ٣٨٤) ، وابن ماجه في كتاب الأذان ، باب السنة في الأذان (٢٣٧/١) ، وأحمد في المسند (١٦٩/٤) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب من أذن فهو يقيم (٤٧٥/١ ، ٤٧٦) ، والبيهقي في الكبرى باب السنة في الأذان لصلاة الصبح قبل طلوع الفجر ، وفي باب الرجل يؤذن ويقيم غيره (٣٨١/١ ، ٣٩٩) ، والطحاوي في المعاني في باب الرجلين يؤذن أحدهما ويقيم الآخر (١٤٢/١) .

(٨) في (م) : [معارض] .

(٩) في (ع) : [سعيد القراظ] وهو خطأ .

وهو : ابن عائذ المؤذن ، مولى عمار بن ياسر ، المعروف بسعد القرظ ، وقيل له ذلك لأنه كان يتجر فيه . وقال ابن حجر : وأذن في حياته بمسجد قباء ، روى عنه ابناه عمار وعمر ، نقله أبو بكر من قباء إلى المسجد النبوي فأذن فيه بعد بلال . وتوارث عنه بنوه ، قال خليفة : أذن سعد لأبي بكر ولعمر بعده . (انظر : الإصابة ٢٩/٢ ، أسد الغابة ٢٨٢/٢) .

وعلى عهد عمر بالمدينة تأذينا واحدا في الشتاء لسبع ونصف يبقى ، وفي الصيف لسبع [١] .

١٧٣٨ - قلنا : يجوز أن يكون سعد ظن أن أذان بلال يقتصر عليه للفجر ، فأذن قبل الفجر فبدأ بفعله ، وقد بينا ضم فعله ، ولأنه لم ينقل أن النبي ﷺ عرف ذلك فأقره .

١٧٣٩ - قالوا : احتج الشافعي بالإجماع ، فقد كان آل [٢] أبي محذورة تؤذن للصبح بليل ويروون ذلك عن آبائهم [٣] . وقال مالك : لم يزل يؤذن [٤] للصبح بليل [٥] . وقال الأوزاعي : كان بلال يؤذن للصبح بليل ، وكذلك مؤذنو الحجاز والشام ، حتى أنكره رجال من أهل الكوفة [٦] .

١٧٤٠ - وهذا ليس بصحيح ؛ لأنا روينا عن عمر أنه أنكر على مؤذنه تقديم [٧] الأذان ، وروى الأسود أن الأذان بالمدينة كان بعد الفجر في زمن عائشة [٨] . ولأن فعل أهل الكوفة عارض فعل أهل المدينة ، فلم يجز ادعاء الإجماع .

١٧٤١ - وقولهم : إن [أهل] [٩] المدينة يفعلون وينقلون ، لا يصح ؛ لأن أهل الكوفة يفعلون وينقلون ، ومن انتقل إلى الكوفة من الأئمة أكثر ممن بقي بالمدينة ، وقد روى إبراهيم أنه خرج مع علقمة ليشيعه [١٠] حين حج ، فسمع رجلا يؤذن قبل الفجر ، فقال : أما هذا فقد خالف سنة أصحاب رسول الله ﷺ ، لو نام حتى طلع الفجر كان خيرا له [١١] .

١٧٤٢ - قالوا : عبادة مقصودة يدخل وقتها بطلوع الفجر ؛ فوجب أن يختص بسبب يتقدم على وقتها ، كالصوم

١٧٤٣ - قلنا : يبطل بمن أوجب اعتكاف يوم ، فإن وقته يدخل [١٢] بطلوع الفجر

---

(١) أخرجه في : تلخيص الحبير (١٧٩/١) ، وفي خلاصة البدر المنير (٨٩/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [أول] .

(٣) وروى محمد في الحجة عن عطاء أن أبا محذورة كان لا يؤذن لرسول الله ﷺ إلا في الفجر ، وكان لا يؤذن حتى يطلع الفجر . (انظر : الحجة ٧٦/١ ، المصنف ٢٤٢/١) .

(٤) في (ن) : [لم نزل نؤذن] .

(٥) انظر : قول مالك بسياق آخر في الموطأ (٧٠/١ ، ٧١) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى (٣٨٥/١) .

(٦) لم نعثر على قول الأوزاعي بهذا اللفظ بعد . وقد أخرجه عبد الرزاق (٤٩١/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٢٤٣/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [بتقديم] .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٤٣/١) ، وابن خزيمة في صحيحه (٢١١/١) ، والطحاوي في المعاني في باب الرجلين يؤذن أحدهما ويقيم الآخر (١٤٠/١ ، ١٤١) .

(٩) ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) : [شيعه] و في (ع) : [يشيعه] .

(١١) تقدم تخريجه .

(١٢) في (ص) : [وقته يدخل وقته] .

ولا يختص بسبب يتقدم ، ولأن الأذان ليس بسبب للعبادة ؛ لأن الأسباب ما أثر في الوجوب (١) [أو صحح الأداء . والأذان ليس من واحد من القبيلين ؛ فلم يسم سببا (٢)] (٣) ، ولأن نية الصوم لما كانت قربة في النصف الأول من الليل لم يكن قربة في النصف الآخر ، كركعتي الفجر . ولا يلزم على (٤) علة الأصل المغرب ؛ لأنها قربة في جميع الليل وإن منع من تأخيرها . ولا يلزم على علة الفرع الدفع من المزدلفة للمعذور ؛ لأن ذلك يجوز في النصف الأول من الليل ، وقد أطلق في الأصل جواز الدفع بالليل للمعذور ، ولأن ذلك ليس بقربة ، وإنما هو مباح .

١٧٤٤ - قالوا : النية في سائر العبادات تقارنها (٥) ، وإنما جوز تقديمها في الصوم لما يلحق (٦) من المشقة في مقارنتها (٧) ، ففارقت سائر العبادات ، كذلك هذه الصلاة تفارق (٨) سائر الصلوات لدخول وقتها والناس نيام (٩) ؛ فاحتاجت إلى نداء ليتأهبوا .

١٧٤٥ - قلنا : التأهب قبل دخول الوقت ليس بواجب ، فلا معنى للنداء له . ولأن التأهب يمكن في أول الوقت ، فإذا وقع النداء بعد الفجر حصل المقصود ، فلا معنى للتقديم .

١٧٤٦ - قالوا : صلاة نهار مفروضة يجهر فيها بالقراءة ، فجاز أن يبتدئ لها الأذان في وقت لا يجوز فعلها ، كالجمعة .

١٧٤٧ - قلنا : نعكس فنقول : فوجب أن لا يختص الأذان لإرادتها بوقتها ، كالجمعة .

١٧٤٨ - وقولنا : (صلاة نهار) (١٠) احتراز من المغرب ليلة المزدلفة ، (ومفروضة) من صلاة العيد ، و (يجهر فيها بالقراءة) احتراز من العصر يوم عرفة . ولأن الجمعة يؤذن لها في وقت فعلها لكن من شرط فعلها تقديم الخطبة ، فلا يخرج ذلك الوقت من أن يكون وقتا ، ولا منعنا الدعاء في صلاة لا يجوز فعلها أنه لا فائدة فيه ، وهذا المعنى لا يوجد في الجمعة لأن الدعاء يقع إلى ما يجوز فعله ؛ ألا ترى أن الأذان ينتهي وقد خطب ما يقع عليه الاسم .

* * *

(١) في (ن) : [الوجود] .
(٢) في (م) ، (ع) : [شيئا] .
(٣) وما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .
(٤) ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) : [يقاربها] وهو تصحيف .
(٦) في (ن) : [لما يلزم] .
(٧) في (م) : [مقاربها] .
(٨) في (م) : [يفارق] .
(٩) في (م) : [ينام] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [نهارًا] .

مسألة ٨٧

حكم الترجيع في الأذان

١٧٤٩ - قال أصحابنا : الترجيع في الأذان ليس بسنة [(١)] .

١٧٥٠ - وقال الشافعي : هو سنة [(٢)] .

١٧٥١ - لنا : ما روي في حديث عبد اللّٰه بن زيد [(٣)] الذي أُري الأذان في منامه ، فذكره للنبي ﷺ ولقنه بلالًا [(٤)] وليس فيه ترجيع .

١٧٥٢ - وروي عن عمر بن الخطاب أنه قال للنبي ﷺ : رأيت مثل ذلك [(٥)] . وروى سويد بن غفلة [(٦)] أنه سمع بلالًا يؤذن ببطحاء مكة بصوتين

---

(١) الترجيع : من الرجوع والعود به ، هو في الأذان : أن يأتي بالشهادتين سرًا قبل الجهر . (انظر : رسوخ الأخبار للجعبرى ص ١٣١ ، المغرب ص ١٨٤ ، المجموع ٩٠/٣) .

(وانظر المسألة في : كتاب الحجة ٧٦/١ مختصر الطحاوي ص٢٥ ، المبسوط ١٢٨/١ ، ١٢٩ ، تحفة الفقهاء ١١٠/١ ، بدائع الصنائع ١٤٧/١ ، ١٤٨ ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ٢٤١/١ ، ٢٤٢) .

(٢) انظر المسألة في : الأم (٨٤/١ ، ٨٥) ، مختصر المزني ص (١٢ ، ١٣) ، الوسيط (٥٧٠/٢) ، حلية العلماء (٣٤/٢ ، ٣٥) ، المجموع (٩٠/٣ - ٩٣) ، فتح العزيز بهامش المجموع (١٦٥/٣ ، ١٦٨) .

(وانظر : المدونة ١/ ٦١، ٦٢ ، المنتقى ١٣٥/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٩٧/١ ، بداية المجتهد ١٠٨/١ ، ١٠٩ ، الإفصاح ١٠٨/١ ، ١٠٩ ، المغني ٤٠٤/١ ، ٤٠٥) .

(٣) هو : عبد اللّٰه بن زيد بن عبد ربه بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي المدني البدري من سادة الصحابة ، شهد العقبة وبدرًا ، وهو الذي أري الأذان وكان ذلك في السنة الأولى من الهجرة ، له أحاديث يسيرة ، حدث عنه سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن أبي ليلى ومحمد بن عبد اللّٰه . قال ابن عدي : لا نعرف له شيئًا يصح عن النبي ﷺ إلا حديث الأذان . توفي عبد اللّٰه سنة اثنتين وثلاثين . (انظر : تهذيب الكمال ٣٢٦٥/١٠ ، الإصابة ٤٦٨٦ ، سير أعلام النبلاء ٤٠/٤) .

(٤) رواه أبو داود في سننه ، باب كيف الأذان (١٣١/١ ، ١٣٢) ، والترمذي في سننه ، باب ما جاء في بدء الأذان (٣٥٩/١) ، وابن ماجه في سننه ، كتاب الأذان والسنة فيها ، باب بدء الأذان (٢٣٢/١ ، ٢٣٣) ، الحديث (٧٠٦) ، وابن الجارود في المنتقى ما جاء في الأذان ص ٤٩ ، وابن خزيمة في صحيحه ، في باب ذكر الدليل على أن من كان أرفع صوتًا وأجهر كان أحق بالأذان ممن كان أخفض صوتا (١٨٩/١) ، وأحمد في المسند (٤٣/٤) .

(٥) راجع رواية عمر بن الخطاب ضمن حديث عبد اللّٰه بن زيد في المصادر السابقة .

(٦) هو : سويد بن غفلة بن عوسجة بن عامر ، الإمام القدوة ، أبو أمية الجعفي الكوفي ، أسلم في حياة النبي ﷺ . روى عن : أبي بكر الصديق وعمر وعثمان وعلي وأبي بن كعب وبلال وغيرهم ، روى عنه : الشعبي وإبراهيم النخعي وسلمة بن كهيل وميسرة أبو صالح وجماعة سواهم ، قال الشعبي : قال سويد بن غفلة : أنا أصغر من النبي =

صوتين [١] ويقيم مثل ذلك [٢] . والإقامة إذا كانت مثل الأذان فلا ترجيع فيه ، ولأنه دعاء إلى الصلاة ، كالإقامة .

١٧٥٣ - ولا معنى لقولهم : إن الإقامة دعاء للحاضر والأذان دعاء للغائب ؛ لأن الإقامة دعاء للغائب أيضًا ، ولأن ذلك لم يمنع من تساويهما في بقية الألفاظ ، ولأنه ذكر يتقدم الصلاة ، كالخطبة . ولا يقال : إن المقصود منها [مخاطبة] [٣] المعنى ، فلا معنى للتكرار ؛ وذلك لأن المقصود منها الوعظ والتعليم ، والتكرار يحتاج إليه في ذلك ، ولأن الشهادة من ألفاظ الأذان ، فلا يرجع ، كبقية [٤] الألفاظ . ولا يلزم التكبيرات ؛ [لأن معنى] [٥] الترجيع أن ينتقل عن الذكر إلى غيره ثم يعيده كما ابتدأ [ه] [٦] ، وهذا لا يوجد في التكبيرات . ولأن من سنن [٧] الشهادة في الأذان أن يتعقب [٨] التكبير ، أصله : الابتداء ، والشهادة في الانتهاء ، فلو ثبت الترجيع لكانت الشهادة [الثانية] [٩] غير مرتبة على التكبير .

١٧٥٤ - احتجوا : بما روي عن أبي محذورة قال : قلت : يا رسول الله : علمني سنة الأذان : فقال : « قل : الله أكبر الله أكبر ، ترفع بها صوتك ، ثم قل : أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن لا إله إلا الله ، أشهد أن محمدًا رسول الله ، تخفض [١٠] بها صوتك ، ثم ارفع صوتك وقل : أشهد أن لا إله إلا الله » [١١] .

١٧٥٥ - والجواب أن أصل حديث أبي محذورة رواه ... [١٢] أنه قال : خرجت مع

= ﷺ بسنتين . توفي سنة اثنتين وثمانين . (انظر : تهذيب الكمال ٢١٥/٨ ، سير أعلام النبلاء ١٠٦/٥) .

(١) لفظ : [صوتين] ساقط من (م) ، (ع) . (٢) أخرجه الطحاوي في المعاني (١٣٤/١) .

(٣) ساقط من (ع) . (٤) في (م) : [كيفية] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا معنى] . (٦) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [ولأن يبين من سنة] .

(٨) في (م) : [أن يتعب] ، و في (ع) : [أن يثبت] .

(٩) ساقط من (ع) .

(١٠) في سائر النسخ التي اعتمدنا عليها : [ترفع] ، الصواب ما أثبتناه من واقع الحديث .

(١١) في (م) ، (ع) : [أشهد أن محمدًا رسول الله] ، مكان المثبت .

هذا الحديث ، أخرجه أبو داود ، في باب الرجل يؤذن ويقيم غيره (١٣٢/١ ، ١٣٣) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب الترجيع في الأذان (٣٩٤/١) ، وأحمد في المسند (٤٠٨/٣ ، ٤٠٩) .

(١٢) في سائر النسخ : بياض مكان النقط . والساقط من النسخ ، هو عبد الله بن محيريز ، أى رواه ابن محيريز عن أبي محذورة أنه قال ....

نفر في طريق حنين [١] ، فأذن مؤذن رسول الله ﷺ ، فصرخنا نحكيه ونستهزئ به ، فأرسل رسول الله ﷺ إلى أن أوقفنا [٢] بين يديه ، وقال [٣] : « أيكم الذي سمعت صوته قد ارتفع ؟ » فأشاروا إليّ ، فأرسلهم وحبسني ، ثم قال : « قم فأذن للصلاة » ، ولا شيء أكره إليّ من رسول الله [ﷺ] [٤] وما يأمرني به ، فألقى عليّ الأذان بنفسه ، وذكر الأذان ، فلما فرغ من الشهادتين قال : « ارجع فمد صوتك ، وقل : أشهد أن لا إله إلا الله » ثم وضع يده على ناصيتي وأمرّها على رأسي ووجهي [٥] وفؤادي ، ثم قال : « بارك الله عليك [و] [٦] فيك » ، وأعطاني صرة فيها شيء من الورق ، فزالت عني الكراهة ، وانصرفت [٧] ولا شيء أحب إليّ من رسول الله [ﷺ] [٨] وما يأمرني به [٩] . فهذا أصل الخبر ، وهو محمول على أنه ردد عليه ؛ لأنه لم [يأت] [١٠] به على وجهه ، أو لأنه أراد أن يتعود لفظ الشهادة لأنه كان كافرًا ، وكرر ذلك ؛ فقد [١١] جرت عادة من يلقن غيره أن يردد عليه ما يلقنه ليحفظ ، فلما حفظ أمره بإعادتها بصفتها . وإذا احتمل الخبر ما ذكرناه وما ذكروه سقط التعلق [به] [١٢] . ولأن الأذان رواه عبد الله بن زيد ، وعمر بن الخطاب ، وسويد بن غفلة ولم يذكروا الترجيع ، فالرجوع إلى ما كثرت [١٣] روايته أولى ، ولأن بلالا وابن أم مكتوم كانا يؤذنان / بحضرة النبي ﷺ ، وأبو محذورة كان يؤذن بمكة ، فالرجوع إلى الأذان بحضرته ﷺ أولى ، فأما ما رفعه أن أبا محذورة قال للنبي ﷺ : لقني سنة الأذان : فهو مأخوذ من هذا الخبر . ولو ثبت جاز أن يكون أمره بالشهادتين يخفض بها صوته لا على طريق

٢٠/

---

(١) في (م) ، (ع) : [خيبر] .

(٢) في (م) : [وفقتنا] ، وفي (ع) : [وقفنا] .

(٣) في (ن) : [وقل] .

(٤) ساقط من (ن) .

(٥) في (م) : [ووجهى] .

(٦) ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) : [وانصر] .

(٨) ساقط من (ن) .

(٩) أخرجه مسلم في الصحيح باب صفة الأذان (١٦٢/١) ، وأبو داود في السنن باب كيفية الأذان (١٣٤/١) ، والترمذي في السنن باب ما جاء في الترجيع في الأذان (٣٦٧/١) ، وابن خزيمة في الصحيح باب الترجيع في الأذان (١٩٥/١ ، ١٩٦) ، والنسائي في المجتبى ، كتاب الأذان كيف الأذان (٥/٢ ، ٦) ، وابن ماجه في السنن باب الترجيع في الأذان (٢٣٤/١ ، ٢٣٥) ، والدارقطني في سننه باب ذكر أذان أبي محذورة واختلاف الروايات فيه (٢٣٣/١ ، ٢٣٤) ، والبيهقي في الكبرى باب الترجيع في الأذان (٣٩٣/١) والشافعي في الأم ، في باب حكاية الأذان (٨٤/١ ، ٨٥) ، وأحمد في المسند (٤٠٩/٣) ، والطحاوي (١٣٠/١) .

(١٠) ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) في (م) : [قد] ، و في (ع) : [وقد] .

(١٢) ساقط من (ن) .

(١٣) في (م) ، (ع) : [ما ذكرت] .

الأذان ورفع صوته على طريق الأذان ، كما ندب لمن [١] سمع المؤذن أن يقول مثل قوله في نفسه ، يبين [٢] صحة ذلك أن الأذان ليس من سنته خفض الصوت ، فلما أمره بأحد الذكرين [٣] خافضًا صوته علم أنه لا على وجه الأذان . وما رووه عن أبي محذورة قال : لقنني رسول الله [٤] ﷺ الأذان تسعة عشر كلمة [٥] فإنه ظن أن ترداد [٦] النبي [ﷺ] [٧] الألفاظ لأنها أذان ، ولم يحملها على معنى التكرار ، فقد جمع الألفاظ .

١٧٥٦ – قالوا : رَوَى عمر بن سعد القرظ [٨] عن أبيه ، قال : كان بلال يؤذن على عهد رسول الله [ﷺ] [٩] بالترجيع [١٠] .

١٧٥٧ – قلنا : رُوِيَ أذان بلال من جهات كثيرة لم يذكر فيه الترجيع ، ولو كان يُرجِّع لنقل ذلك من طريق الاستفاضة ؛ لتكرار الأذان ، ويحتمل أن يكون قد عبر بالترجيع عن التثويب ؛ لأنه رجوع إلى قوله : حي على الفلاح [١١] .

١٧٥٨ – قالوا : روي أن سعد القرظ كان يؤذن في إمارة ابن [١٢] الزبير بالترجيع ، وأبو محذورة بمكة ، وسعد [القرظ] [١٣] بقباء ، وكان يؤذن لعمر بعد خروج بلال [١٤] . وروى ذلك أولاد أبي محذورة ، لأنهم اعتقدوا جواز إثبات ذلك بخبر الواحد . وهذا لا يلزمنا ؛ لأنها لا تقبل فيما يظهر [١٥] ويلتبس خبر الواحد لا سيما إذا خالفه الجماعة عليه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [كما بدت من] . (٢) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(٣) في (م) ، (ع) : [بخفض الذكرين] . (٤) في (ع) : [النبي] ، مكان : [رسول الله] .
(٥) رواه أبو داود (١٣٣/١) ، وأحمد (٤٠٩/٣) ، وابن ماجه في سننه (٢٣٥/١) .
(٦) في (م) : [تزداد] . (٧) ساقط من (ن) .
(٨) هو : عمر بن سعد بن عائذ المؤذن ، أخو عمار بن سعد القرظ ، روى عن النبي ﷺ مرسلًا ، في صدقة الفطر ، وعن أبيه سعد القرظ ، روى عنه : ابنه حفص بن عمر بن سعد ، وابنا ابنيه عمر بن عاصم بن عمر ، ذكره ابن حبان في كتاب الثقات ، روى له ابن ماجه . (انظر : تهذيب الكمال ٣٥٥/٢١ ، ثقات ابن حبان ١٤٨/٥) .
(٩) ساقط من (ن) .
(١٠) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٣٦/١ ، والبيهقي في الكبرى ٣٩٤/١) .
(١١) ساقط من (ع) .
(١٢) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(١٣) ساقط من (ع) .
(١٤) راجع الحديث السابق في الدارقطني (٢٣٦/١) وحديث بقية في المستدرك للحاكم ، في ذكر سعد القرظ المؤذن ﷺ (٦٠٨/١) والبيهقي في الكبرى ، في باب من قال بتثنية الإقامة وترجيع الأذان (٤١٩/١) .
(١٥) في (م) ، (ع) : [يتطهر] .

١٧٥٩ - قالوا : ذِكر في الأذان قبل الدعاء إلى الصلاة ، فوجب أن يتكرر أربعًا ، كالتكبير .

١٧٦٠ - قلنا : التكبير [١] دليلنا ؛ لأنه لما ثبت فيه التكرار ثبت في حالة واحدة قبل أن ينتقل عنه ، فلو تكررت الشهادة لتكررت قبل الانتقال عنها . ولأن التكبير لما كان في آخر الأذان مرتين كان في أوله على الضِّعف [٢] ، والشهادة بالرسول إحدى الشهادتين ؛ فجاز أن يعود بعد الانتقال عليها ، ككلمة التوحيد .

١٧٦١ - قلنا : كلمة التوحيد عادت ذِكرًا مبتدأ لا على طريق الإعادة ، ولو جاز عود الشهادة بالرسول لجاز مبتدأ لا على طريق الإعادة .

* * *

---

(١) في (ن) : [التكرير] .

(٢) هكذا [و] في كل النسخ ، ونظن أنها : [قالوا] .

مسألة ٨٨

الإقامة مثنى مثنى

١٧٦٢ - قال أصحابنا : الإقامة مثنى مثنى [(١)] .

١٧٦٣ - وقال الشافعي : فرادى [(٢)] .

١٧٦٤ - لنا : حديث عبد الرحمن بن أبي ليلى [(٣)] ، عن عبد الله بن زيد [(٤)] ، الذي أُرِيَ [(٥)] الأذان في منامه ، فقال بعد ذكر الأذان : ثم قام فقال مثل ذلك إلا أنه زاد فيه : قد قامت الصلاة ، مرتين [(٦)] .

١٧٦٥ - وقولهم : إنه مرسل ؛ لأن [(٧)] عبد الرحمن بن أبي ليلى لم يلق عبد الله بن زيد خطأ ؛ لأن أبا داود ذكره عن معاذ بن جبل [(٨)] عن عبد الله بن زيد ، ولأن عبد الرحمن روى عن عمر ، وعبد الله بن زيد مات في إمارة عثمان ؛ فيجوز أن يكون رآه .

١٧٦٦ - ويدل عليه حديث أبي محذورة وأن النبي ﷺ لقنه الأذان تسع عشرة [(٩)] كلمة ، والإقامة سبعة عشر [(١٠)] . وهذا خبر رجع إليه مخالفنا .

---

(١) انظر المسألة في : كتاب الحجة (١/٨٣ ، ٨٤) ، المبسوط (١/١٢٩) ، تحفة الفقهاء (١/١١٠) ، بدائع الصنائع (١/١٤٨) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (١/٢٤٣ ، ٢٤٤) ، مختصر الطحاوي ص (٢٥) .

(٢) انظر المسألة في : الأم (١/٨٥) ، معالم السنن للخطابي (١/١٥٢ ، ١٥٣) ، الوسيط (٢/٥٦٠) ، حلية العلماء (٢/٣٥) ، المجموع (٣/٩٤ - ٩٧) . (وانظر : المنتقى ١/١٣٥ ، الكافي لابن عبد البر ١/١٩٧ ، بداية المجتهد ١/١١٣ ، الإفصاح ١/١٠٩ ، ١١٠ ، المغني ١/٤٠٦ ، ٤٠٧) .

(٣) هو : عبد الرحمن بن أبي ليلى القاضي محمد بن عبد الرحمن ، ضعيف الحديث ، سيئ الحفظ ، وابن أبي ليلى لا يثبت سماعه من عبد الله بن زيد ؛ لأنه لم يلق عبد الله بن زيد على أرجح الأقوال . قال ابن حزم : عبد الرحمن بن أبي ليلى أخذ عن مائة وعشرين من الصحابة . (انظر : سير أعلام النبلاء ص٢٤٥ - ٤٤٩ ، طبقات ابن سعد ٦/١٠٩) .

(٤) في كل النسخ : [عبد الرحمن بن أبي ليلى عن معاذ بن عبد الله بن زيد] فذكر [معاذ] هنا خطأ بدليل ما بعده ، وبدليل كتب الحديث ، فالحديث إما عن ابن أبي ليلى عن عبد الله بن زيد ، وإما عن ابن أبي ليلى عن معاذ بن جبل عن عبد الله بن زيد .

(٥) في (ع) : [رأى] .

(٦) أخرجه أبو داود في السنن (١/١٤٠) ، والبيهقي في الكبرى (١/٤٢٠ ، ٤٢١) ، والدارقطني في السنن (١/٢٤٢) ، وحديث عبد الرحمن بن أبي ليلى أخرجه الدارقطني (١/٢٤١) ، والطحاوي (١/١٣٤) ، والبيهقي في الكبري (١/٤٢٠) ، وأحمد في مسنده (٣/٤٠٩) .

(٧) في (م) : [لابن] ، وهو تصحيف .

(٨) سبق ترجمته المسألة (٨٣) .

(٩) في كل النسخ : [تسعة عشر] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(١٠) حديث أبي محذورة تقدم تخريجه في مسألة (٨٧) وأخرجه الترمذي في باب ما جاء في الترجيع في الأذان =

١٧٦٧ - وروى أبو عروبة [١] بإسناده عن مكحول [٢]، عن عبد الله بن محيريز [٣]، عن أبي محذورة أن النبي ﷺ قال: « الإقامة مثنى مثنى » [٤]. وروى سويد بن غفلة أنه سمع بلالاً ببطحاء يؤذن بصوتين صوتين ويقيم مثل ذلك [٥]. ولأن الإقامة دعاء إلى جميع الصلوات، كالأذان. ولأنه قد ثبت فيها ما ليس في الأذان؛ فلأن لا يسقط ما هو ثابت في الأذان أولى. ولا معنى لقولهم: إن المقصود بالأذان دعاء الغائب والمقصود من الإقامة إعلام الحاضر؛ لأن هذا المعنى لم يمنع من زيادة الإقامة على الأذان، ولا يمنع من التسوية في سائر الألفاظ.

١٧٦٨ - وقولهم: إن الإقامة لما خفت عن الأذان في الصفة جاز أن تخف [٦] في الألفاظ يبطل بقوله: « قد قامت الصلاة »؛ لأن الإقامة تأكدت به على الأذان مع خفة صفتها؛ فيجوز أن تساوي [٧] في بقية الألفاظ وإن خفت صفتها. ولأن ألفاظ الإقامة لا يقتصر فيها على مرة، كقوله: قد قامت الصلاة.

١٧٦٩ - ولأن التكبير في آخرها مثنى، فكان في أولها على الضعف، كالأذان. [ولأن التهليل في آخرها مرة، فكان في أولها على الضعف، كالأذان] [٨].

= (٣٦٧/١)، الحديث (١٩٢)، والنسائي في كم الأذان من كلمة (٤/٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه، في ما جاء في الأذان والإقامة كيف هو (٢٣١/١).

(١) هكذا في النسخ، وصوابه: ابن أبي عروبة.

(٢) هو: مكحول الشامي، أبو عبد الله الدمشقي الفقيه، روى عن: واثلة بن الأسقع، وأبي أمامة الباهلي، وأنس بن مالك، وطائفة، حدث عنه: الزهري، وربيعة الرأي، وزيد بن واقد، وغيرهم، أرسل عن النبي ﷺ أحاديث، وأرسل عن عدة من الصحابة لم يدركهم، عداده في أوساط التابعين، من أقران الزهري، وكان ﷺ إمام أهل الشام، قال عنه العجلي: تابعي ثقة. توفي سنة ثلاث عشر ومائة على أحد الأقوال. (انظر: تهذيب الكمال ٤٦٤/٢٨، سير أعلام النبلاء ٥/٦).

(٣) في (ص): [محمرير]، وفي (م): [محريز]، وفي (ع): [محرز] كل ذلك تصحيف، الصواب ما أثبتناه. وهو: عبد الله بن محيريز بن جنادة بن وهب الإمام الفقيه القدوة الرباني القرشي الجمحي المكي. حدث عن: عبادة بن الصامت، وأبي محذورة المؤذن - زوج أمه -، ومعاوية بن أبي سفيان، وأبي سعيد الخدري، حدث عنه: خالد بن معدان، ومكحول، وحسان بن عطية، والزهري، وأبو زرعة يحيى الشيباني وغيرهم، كان من العلماء العاملين ومن سادة التابعين. توفي سنة ٩٩هـ. (انظر: تهذيب الكمال ٥٢٤/١٠، سير أعلام النبلاء ٤٠٧/٥، شذرات الذهب ١١٦/١).

(٤) أخرجه أبو داود بمعناه في باب الرجلين يؤذن أحدهما ويقيم الآخر (١٣٣/١، ١٣٤)، وابن أبي شيبة (٢٣١/١)، وابن ماجه (٢٣٥/١)، وأحمد في المسند (٤٠٩/٣).

(٥) حديث سويد بن غفلة تقدم تخريجه في المسألة السابقة.

(٦) في (م)، (ع): [يخف].

(٧) في (م)، (ع): [يساوي].

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن).

١٧٧٠ - احتجوا : بحديث أنس أن النبي ﷺ أمر (١) بلالًا أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة (٢) .

١٧٧١ - والجواب : أن الصحيح من هذا الخبر أن بلالًا أُمر ، من غير ذكر أَمر رسول الله [ﷺ] (٣) ، هكذا رواه أبو داود وغيره (٤) . وإذا (٥) لم يذكر الآمر [لم يكن حجة ؛ لجواز أن يكون أمر بعد النبي [ﷺ] (٦) ، فيحتاج أن ينظر في صحة الأمر] (٧) .

١٧٧٢ - وقولهم : هو مؤذن رسول الله (٨) ﷺ ، فإذا قيل : أُمر ، فالنبي ﷺ أَمَرَهُ ، لا يصح ؛ [لأنه] (٩) أذّن بعده ، وإنما كان يُقال ذلك لمن لا يؤذن إلا له (١٠) ، ولأنه يحتمل أن يكون المراد من أن يشفع الأذان : بالصوت ، فيأتي بصوتين صوتين ، ويوتر الإقامة في الصوت ، ويحتمل يشفع (١١) الأذان بمعنى : يؤذن قبل الفجر وبعده ، ويقتصر على إقامة واحدة .

١٧٧٣ - ولا يقال : لم يكن بلال يؤذن (١٢) إلا مرة [واحدة] (١٣) ؛ لأنه إذا ثبت أن الأذان كان دفعتين جاز أن يتفق أمر بلال بفعلهما جميعًا ، ويحتمل أن يشفع الأذان بالتثويب ويوتر الإقامة عن التثويب .

١٧٧٤ - قالوا : في الخبر أمر أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة ، إلا الإقامة (١٤) .

١٧٧٥ - قلنا : هذا صحيح على التأويل الأول ، وهو الإيتار (١٥) في الصوت ؛ لأنه

---

(١) في (م) ، (ع) : [لقن] .

(٢) رواه البخاري في الصحيح ، في باب الأذان مثنى مثنى (١١٤/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الصلاة ، باب بدء الأذان (١٦٢/١) ، وأبو داود في السنن ، في باب في الإقامة (١٣٧/١) والنسائي في السنن ، كتاب الأذان ، تثنية الأذان (٣/٢) ، والدارقطني في السنن ، باب ذكر الإقامة واختلاف الروايات فيها (٢٣٩/١ ، ٢٤٠) .

(٣) ساقط من (ن) .

(٤) راجع المراجع السابقة عدا النسائي ، رواه الدارقطني (٢٣٩/١ ، ٢٤٠) .

(٥) في (م) ، (ع) : [إذا] بدون العطف . (٦) ساقط من (ن) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) ، (ن) : [النبي] مكان المثبت . (٩) ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لمن يؤذن إلا له] ، مكان المثبت . قال الطحاوي : روي عن بلال أنه كان بعد رسول الله ﷺ يؤذن مثنى مثنى ويقيم مثنى مثنى ، في المعاني (١٣٤/١ ، ١٣٥) ، وقال الخطابي في الرد على هذا : قوله : أمر بلال أن يوتر الإقامة : يريد رسول الله ﷺ هو الذي أمره بذلك ، والأمر مضاف إليه ، دون غيره لأن الأمر المطلق في الشريعة لا يضاف إلا إليه في معالم السنن (١٥٤/١) .

(١١) في (ن) : [شفع] . (١٢) في (م) ، (ن) : [يودي] .

(١٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(١٤) ساقط من (م) ، (ع) . يعني : قد قامت الصلاة .

(١٥) في (م) ، (ع) ، (ن) : [الإثبات] .

يقتصر على صوت صوت ، إلا قوله : قد قامت الصلاة ؛ فإنه يأتي به بصوتين ؛ لاختصاصه بالإقامة ، ولأنهم رووا عن بلال ما ذكروه ، فروينا في أذان بلال حديث [ابن] (١) أبي جحيفة ، قال : كان بلال يؤذن لرسول اللّٰه [ﷺ] (٢) مثنى مثنى ، ويقيم مثنى مثنى (٣) ، فتعارض الروايتان ، وقد تأولنا ما رووه ، ولا يمكن تأويل ما رويناه ، ولو تساويا كان فعل بلال بعد النبي ﷺ يشهد لخبرنا .

١٧٧٦ - وقد روى سويد بن غفلة : أنه رأى بلالًا ببطحاء بعد النبى [ﷺ] يقيم مثنى مثنى . والظاهر أنه بقي على ما كان عليه . وقولهم : إذا تعارضت الروايتان فخبرنا طارئ لأن قوله : أمر أن يوتر الإقامة (٤) يدل على أنها كانت شفعة ، ليس بصحيح ؛ لأنا بينا أن إيتار (٥) الإقامة يحتمل غير ما ذكروه ، ولو لم يحتمل كان قوله : أمر أن يوتر الإقامة معناه : يفعلها وترًا ، فلا يقتضي ذلك تقديم الشفع .

١٧٧٧ - قالوا : روى أبو صالح عن أبي هريرة أن النبي ﷺ أمر أبا محذورة أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة (٦) .

١٧٧٨ - قلنا : المشهور من خبر أبي محذورة ما ذكرناه من التثنية ، وقد قيل : إنه لم ينقل في الإقامة أصح طريقًا منه ، على أنه لو ثبت كان تأويله ما قدمناه .

١٧٧٩ - قالوا : روي عن ابن عمر أنه قال : كان الأذان على عهد رسول اللّٰه [ﷺ] (٧) مرتين مرتين ، والإقامة مرة مرة ؛ غير أنه يقول : قد قامت الصلاة مرتين (٨) .

١٧٨٠ - قلنا : هذا خبر طعن عليه أهل النقل ، وقالوا : رواه أبو جعفر مؤذن مسجد العريان عن أبي المثنى (٩) ، وهما مجهولان (١٠) .

---

(١) الزيادة من (ع) . (٢) ساقط من (ن) .

(٣) حديث عوف بن أبي جحيفة عن أبيه ، أخرجه الدارقطني باب ذكر الإقامة واختلاف الروايات فيها (٢٤٢/١) ، الحديث (٣٣) .

(٤) في (م) ، (ع) : [الأذان] ، مكان [الإقامة] .

(٥) في (م) ، (ن) : [أثار] ، وفي (ع) : [إمارة] .

(٦) حديث أبي صالح أخرجه الدارقطني باب ذكر الإقامة واختلاف الروايات فيها (٢٣٩/١) .

(٧) ساقط من (ن) .

(٨) رواه أبو داود في السنن باب في الإقامة (١٣٧/١) ، والنسائي في السنن كتاب الأذان ، تثنية الأذان وكيف الإقامة (٣/٢ ، ٢١) ، والدارقطني باب ذكر الإقامة واختلاف الروايات فيها (٢٣٩/١) والطحاوي (١٣٣/١) ، والبيهقي في باب تثنية قوله : قد قامت الصلاة وإفراد ما قبلها (٤١٣/١) .

(٩) في (م) ، (ع) : [المنسى] .

(١٠) قال ابن حجر : أبو جعفر ، اسمه : محمد بن إبراهيم بن مهران ، أبو جعفر الكوفي ، مؤذن مسجد =

١٧٨١ - قالوا : رواه أبو جعفر مؤذن مسجد العريان عن أبي المثنى [١] مؤذن المسجد الأكبر - يعني مسجد الكوفة - ، ورواية المؤذن [عن المؤذن] [٢] أصح في النقل .

١٧٨٢ - قلنا : إذا كان المؤذن ممن [٣] يتعلق بنقله حكم ، فأما إذا طعن عليه فلا ، ولو ثبت احتمل أن يكون المراد به : كان الأذان مرتين مرتين ، يعني قبل الفجر وبعده ، والإقامة مرة . وقوله : غير أنه يقول : قد قامت الصلاة مرتين ؛ إنما ذكره [٤] ليبين وجها آخر في مفارقة الإقامة للأذان .

١٧٨٣ - قالوا : روى عمر بن سعد القرظ عن أبيه قال : سمعته يقول : إن هذا الأذان أذان بلال الذي أمره رسول الله ﷺ وإقامته . وذكر إفراد الإقامة [٥] .

١٧٨٤ - قلنا : قد ذكر [٦] في هذا الخبر قوله : قد قامت الصلاة ؛ مرة واحدة ، وقد اتفقنا على سقوطه ؛ فعلم أن ما نقله ليس بمضبوط عن أذان بلال .

١٧٨٥ - وقولهم : إن الإقامة إقامة [أولاد] [٧] أبي محذورة ، وسعد القرظ ، وأهل الحرمين ، لا يصح ؛ لأن هذا أمر [٨] غيره بنو مروان . قال [٩] مجاهد : [هو] [١٠] شيء استخفته [١١] الأمراء [١٢] ، قال إبراهيم : كان أذان بلال وإقامته مثنى مثنى ، فلما كان هؤلاء جعلوا الإقامة واحدة ؛ لأجل السرعة . وروى الأسود ، وإبراهيم ، وعبد الرحمن بن أبي ليلى أن أذان بلال وإقامته مثنى مثنى .

١٧٨٦ - [قيل لحماد : إبراهيم عمن ، قال : عمن] [١٣] هو خير منك ، وكان إقامة عليٍّ مثنى [مثنى] [١٤] . وروي أنه مر برجل يفرد الإقامة فقال : ألا جعلتها

= العريان ، صدوق يخطئ ، من السابعة . (انظر تقريب التهذيب ١٤١/٢) ، وأبو المثنى : هو مسلم بن المثنى المؤذن ، الكوفي ، ثقة من الرابعة ، في (تقريب التهذيب ٢٤٦/٢) .

(١) في (م) ، (ع) : [المنسى] .
(٢) ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [من] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ذكروه] .
(٥) في (م) ، (ع) : [إفراد الإفراد الإقامة] . حديث عمر بن سعد القرظ عن أبيه ، رواه الدارقطني في سننه في باب ذكر سعد القرظ (٢٣٦/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب الترجيع في الأذان (٣٩٤/١ ، ٤١٥ ، ٤١٦) .
(٦) في (م) ، (ع) : [ذكره] .
(٧) ساقط من (ن) .
(٨) في (ع) : [مما] ، مكان : [أمر] .
(٩) في (ع) : [وقال] بالعطف .
(١٠) الزيادة من معاني الآثار ، وفي مصنف عبد الرزاق : [هذا] .
(١١) في (م) ، (ع) : [استخفه] .
(١٢) هكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه باب بدء الأذان (٤٦٣/١) ، والطحاوي (١٣٦/١) .
(١٣) الزيادة من (م) ، (ع) .
(١٤) ساقط من (ع) .

شفعًا ، لا أم لك [١] .

١٧٨٧ - قالوا : روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « من أذن اثنتي عشرة [٢] سنة وجبت له الجنة ، وكتب له بتأذينه في كل مرة ستون حسنة ، وبإقامته ثلاثون حسنة » [٣] ، وهذا يدل على أن الإقامة على النصف .

١٧٨٨ - قلنا : يجوز أن النقصان لنقصان المشقة في الإقامة ؛ لأنه يمد صوته في الأذان ويرتله ولا يرتل الإقامة .

١٧٨٩ - قالوا : الإقامة تأتي الأول يستفتح بالتكبيرات المتواليات [٤] ، فوجب أن يكون الثاني أطول من الأول ، كصلاة العيد .

١٧٩٠ - قلنا : صلاة العيد لما لم يثبت في الثاني ما ليس في الأول جاز أن يساويه أو ينقص عنه ، ولما ثبت في الإقامة ما ليس في الأذان باتفاق لم يمتنع الزيادة عليه ، ولأن الوصف الذي قالوه غير مسلم ؛ لأن الركعة الثانية لا تفتتح [٥] بالتكبير عندنا ، وإنما يتأخر / التكبير عن القراءة . ٢٠

١٧٩١ - قالوا : لما خالفت الإقامة الأذان في الصفة جاز أن تخالفه [٦] في القدر ، كالركعتين الأخروين [٧] لما خالفت القراءة فيهما الأوليين في الصفة [٨] نقصت في القدر .

١٧٩٢ - قلنا : لما لم يثبت في الأخروين [٩] زيادة [في] [١٠] الذكر جاز أن ينقص ، ولما ثبت في الإقامة [١١] زيادة ذكر [١٢] ليس في الأذان لم يجز أن ينقص . وسقط ما ذكروه بالترجيع على أصلهم ؛ لأن الذكر الثاني تأكد على الأول في رفع الصوت ولا مزيد [١٣] عليه .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في باب من كان يشفع الإقامة ويرى أن يثنيها (٢٣٤/١) ، وعبد الرزاق بمعناه في المصنف باب بدء الأذان (٤٦٣/١) .

(٢) في (ص) ، (م) : [اثنتي عشر] ، وفي (ع) : [اثني عشر] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) رواه ابن ماجه باب فضل الأذان وثواب المؤذنين (٢٤١/١) ، والدارقطني في باب ذكر سعد القرظ (٢٤٠/١) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الصلاة باب من أذن اثنتي عشرة سنة وجب له الجنة (٢٠٥/١) .

(٤) في (ص) ، (ن) : [المتوالية] .

(٥) في (م) [لا يصح] ، وفي (ص) ، (ع) : [لا تصح] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يخالفه] . (٧) في كل النسخ : [الأخراوين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [في الصفة من جاز أن يخالفه في القدر ، كالركعتين الأخراوين في الصفة] .

(٩) في كل النسخ : [الأخراوين] . (١٠) تكررت في (ص) .

(١١) في (م) ، (ع) : [الكفاية] ، مكان : [الإقامة] .

(١٢) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(١٣) في (م) ، (ع) : [ولا يزيد] .

مسألة ٨٩

التثويب في أذان الفجر سنة

١٧٩٣ - قال أصحابنا : التثويب في أذان الفجر سنة [١] .

١٧٩٤ - وقال الشافعي في الجديد : أكره التثويب [٢] .

١٧٩٥ - لنا : ما رواه الحكم [٣] عن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، عن بلال قال : قال رسول الله ﷺ : « يا بلال ، ثوّب في الفجر ، ولا تُثوّب في غيرها » [٤] ، وروى عبد الرحمن ابن زيد بن أسلم [٥] عن أبيه أن بلالاً أتى النبي ﷺ يؤذنه بالصلاة فوجده راقدًا [٦] فقال : الصلاة خير من النوم ، فقال النبي [ﷺ] [٧] : « ما أحسن هذا ، اجعلها في أذانك » [٨] .

---

(١) المراد بالتثويب هنا : هو الصلاة خير من النوم ، المعروف في أذان الفجر ، أما التثويب الذي أحدث الناس بعد زمن الصحابة ، ففيه مقال . (انظر تعريف التثويب وتفسيره وحكمه في : المبسوط ١٣٠/١ ، ١٣١ ، تحفة الفقهاء ١١٠/١ ، بدائع الصنائع ١٤٨/١) .

(٢) قال الشافعي في الأم : ولا أحب التثويب في الصبح ولا غيرها ؛ لأن أبا محذورة لم يحك عن النبي ﷺ أنه أمر بالتثويب ، فأكره الزيادة في الأذان وأكره التثويب به . هذا كما قاله المزني في الجديد ، أما في القديم : التثويب الذي أشرنا إليه مسنون ، حكاه البويطي عنه والمزني في مختصريهما ، والعمل والفتوى في المذاهب بالقديم . (انظر : الأم ٨٥/١ ، مختصر المزني ص١٢ ، الوسيط ٥٧١/٢ ، حلية العلماء ٣٥/٢ ، ٣٦ ، المجموع ٩٢/٣ ، ٩٤ . وانظر المسألة في : المنتقى ١٣٥/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٩٧/١ ، بداية المجتهد ١٠٩/١ الإفصاح ١١١/١ ، المغني ٤٠٧/١ ، ٤٠٨ ، الكافي لابن قدامة ١٠١/١٠) .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الحاكم] .

(٤) أخرجه ابن ماجه في باب السنة في الأذان (٢٣٧/١) ، والترمذي في باب ما جاء في التثويب في الفجر (٣٧٨/١) ، وعبد الرزاق في مصنفه باب الصلاة خير من النوم (٤٧٣/١) ، والبيهقي في الكبرى باب كراهية التثويب في غير أذان الصبح (٤٢٤/١) ، والدارقطني في السنن باب ذكر سعد القرظ (٢٤٣/١) .

(٥) هو : عبد الرحمن بن زيد بن أسلم العمري المدني ، أخو أسامة وعبد الله ، كان صاحب قرآن وتفسير ، جمع تفسيرًا في مجلد ، وكتابًا في الناسخ والمنسوخ ، وحدث عن أبيه وابن المنكدر ، روى عنه أصبغ بن الفرج ، وقتيبة وهشام بن عمار وآخرون ، توفي سنة ١٨٢هـ . (انظر : سير أعلام النبلاء ٥٨١/٧) .

(٦) في (ع) : [زائدًا] .

(٧) ساقطة من (ع) .

(٨) وروى عبد الرزاق عن معمر ، عن الزهري عن سعيد بن المسيب مرسلًا بهذا المعنى ، في باب الصلاة خير من النوم (٤٧٢/١) ، وابن ماجه من طريق معمر ، في باب السنة في الأذان (٢٣٧/١) ، والبيهقي في الكبرى ، باب التثويب في أذان الصبح (٤٢٢/١ ، ٤٢٣) ، والطبراني في الأوسط ، وفي مجمع الزوائد ، باب كيف الأذان (٣٣٠/١) .

١٧٩٦ - روى أبو بكر بن عياش [١] عن عبد العزيز بن رفيع [٢] قال : سمعت أبا محذورة يقول : كنت غلامًا فأذنت بين يدي [٣] رسول اللّٰه ﷺ يوم حنين [٤] ، فلما انتهيت إلى : حي على الفلاح ، قال لي : « ألحق فيها : الصلاة خير من النوم » [٥] .

١٧٩٧ - وروى ابن سيرين عن أنس بن مالك قال : كان التثويب على عهد رسول اللّٰه ﷺ : الصلاة خير من النوم [٦] . ولأن الفجر صلاة تقع في حال [٧] النوم والغفلة ، فاحتاجت إلى زيادة إعلام ، وكل من قال بزيادة قال : هي التثويب . فأما الشافعي فخالف الأخبار المشهورة ، وقال : لأن التثويب لم ينقل عن أبي محذورة . وقد بينا أنه نقل عنه ، ولو لم ينقل كان الرجوع إلى الزائد من الأخبار أولى .

١٧٩٨ - وقول أبي محذورة : لقنني النبي ﷺ الأذان تسعة عشر كلمة [٨] لا ينفي التثويب ؛ لأنه لقنه نفس الأذان ، والتثويب زيادة لا تفعل [٩] في كل صلاة ، فلم يعدها [١٠] من ألفاظ الأذان .

* * *

(١) في كل النسخ : [عباس] ، والصواب ما وقع في كتب الحديث هو : أبو بكر بن عياش بن سالم الأسدي ، مولاهم الكوفي الحناط المقرئ ، الفقيه المحدث شيخ الإسلام ، ولد سنة ٩٥هـ ، قرأ القرآن وَجوَّده ثلاث مرات على عاصم بن أبي النجود ، حدث عن : عاصم وأبي إسحاق السبيعي وعبد العزيز بن رفيع وهشام بن عروة وغيرهم ، روى عنه : ابن المبارك ، والكسائي ، ووكيع ، وأبو داود ، وأحمد بن حنبل ، وغيرهم ، وقال يحيى بن معين : ثقة تكلم فيه غير واحد . توفي سنة ١٩٣هـ . (انظر : تهذيب الكمال ٩٥/٢١ ، سير أعلام النبلاء ٨٦٠/٧) .

(٢) هو : عبد العزيز بن رفيع المحدث الثقة ، أبو عبد اللّٰه الأسدي الطائي ثم الكوفي ، حدث عن : ابن عباس وابن عمر وأنس بن مالك والقاضي شريح ، وروى عنه : شعبة وسفيان وأبو الأحوص وشريك وجرير بن عبد الحميد وأبو بكر بن عياش وسفيان بن عيينة وآخرون ، وثقه غير واحد ، وحديثه نحو من ستين حديثًا . توفي سنة ١٣٠هـ . (انظر : تهذيب الكمال ٤٩٥/١١ ، سير أعلام النبلاء ٨٥/٦) .

(٣) ساقطة من (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [خيبر] .

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن باب ذكر الإقامة واختلاف الروايات فيها (٢٣٧/١) ، والطحاوي في المعاني مختصرا باب قول المؤذن في أذان الصبح الصلاة خير من النوم (١٣٧/١) .

(٦) أخرجه ابن خزيمة في الصحيح في آخر باب التثويب في أذان الصبح ٢٠٢/١ ، وسنن الدارقطني باب ذكر الإقامة واختلاف الروايات فيها (٢٤٣/١) ، والكبرى للبيهقي (٤٢٣/١) ، ومعاني الآثار باب قول المؤذن في أذان الصبح الصلاة خير من النوم (١٣٧/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [يقع] ، ولفظ : [حال] ساقط منهما .

(٨) تقدم تخريجه في المسألة السابقة .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لا يفعل] .

(١٠) في (م) ، (غ) : [لم تعدوها] .

مسألة ٩٠

التثويب الأول : الصلاة خير من النوم والتثويب الآخر : حي على الصلاة حي على الفلاح يقول ذلك بعد الأذان

١٧٩٩ - قال أصحابنا : التثويب الأول : الصلاة خير من النوم ، والتثويب الآخر : حي على الصلاة ، حي على الفلاح ، يقول ذلك بعد الأذان بقدر ما يقرأ عشر آيات من القرآن أو عشرين (١) .

١٨٠٠ - وقال الشافعي : التثويب الثاني ليس بسنة (٢) .

١٨٠١ - لنا : ما رواه الواقدي (٣) عن موسى بن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي (٤) عن أبيه قال : كان بلال (٥) إذا أذن الأذان الأول أتى رسول الله [ﷺ] (٦) فوقف على الباب وقال : الصلاة يا رسول الله ، حي على الصلاة حي على [الفلاح] (٧) .

١٨٠٢ - وروى أبو يوسف عن الكامل عن العلاء السعدي قال : كان بلال إذا أذن أتى

---

(١) انظر : المبسوط (١٣٠/١ ، ١٣١) ، تحفة الفقهاء (١١٠/١) ، بدائع الصنائع (١٤٨/١) ، والجامع الصغير ص (١٠) .

(٢) انظر : الأم (٨٥/١) ، مختصر المزني ص ١٢ ، الوسيط (٥٧١/٢) ، حلية العلماء (٣٥/٢ ، ٣٦) المجموع (٩٢/٣ ، ٩٤) . وانظر : المنتقى (١٣٥/١) ، الكافي لابن عبد البر (١٩٧/١) ، بداية المجتهد (١٠٩/١) ، الإفصاح (١١١/١) ، المغني (٤٠٧/١ ، ٤٠٨) .

(٣) هو : محمد بن عمر بن واقد الأسلمي صاحب التصانيف والمغازي العلامة أبو عبد الله . ولد سنة ١٢٠ ، وسمع من صغار التابعين ، حدث عن : محمد بن عجلان وابن جريج وثور بن يزيد وغيرهم ، وحدث عنه : محمد بن سعد كاتبه ، وأبو بكر بن أبي شيبة ، وسليمان بن داود الشاذكوني وغيرهم ، قال محمد بن سلام الجمحي : الواقدي عالم دهره ، وقال إبراهيم الحربي : الواقدي أمين الناس على أهل الإسلام ، توفى سنة ٢٠٦هـ . (انظر : تهذيب الكمال ٧٩/١٧ ، سير أعلام النبلاء ٢٩٣/٨) .

(٤) هو : موسى بن محمد بن إبراهيم بن الحارث القرشي ، التيمي أبو محمد المدني ، روى عن : عبد الرحمن بن أبان بن عثمان بن عفان ، وأبيه محمد بن إبراهيم التيمي ، وروى عنه : عاصم بن سويد ، وابن أبي ذئب ، وغيرهم ، تكلم فيه علماء الجرح والتعديل وضعفه يحيى بن معين . قال الواقدي : كان فقيهًا محدثًا . روى له الترمذي وابن ماجه . (انظر : تهذيب الكمال ١٣٩/٢٩) .

(٥) في (م) : [بلالا] .

(٦ ، ٧) ساقط من (م) .

رسول الله ﷺ فسلم عليه ، ثم قال : حي على الصلاة حي على الفلاح ، الصلاة يرحمك الله . وروي [عن] (١) إبراهيم أنه قال : كان التثويب الأول : الصلاة خير من النوم ، ثم أحدث الناس : حي على الصلاة ، وهذا إخبار عن فعل الصحابة بالكوفة ؛ فدل على أنه سنة ، ولأن اسم التثويب أخص بالثاني ؛ لأنه عبارة عن الرجوع فيقتضي إعادة ما تقدم ذكره ، والصلاة خير من النوم لم يتقدم له ذكر حتى يسمى تثويبًا (٢) ، فكان هذا أولى .

١٨٠٣ - قال أصحاب الشافعي : ترك أبو حنيفة ما روي عن النبي [ﷺ] (٣) في التثويب واستحسن ما فعله الناس . وهذا جهل ؛ لأنا بينا أن التثويب الثاني كان على عهد رسول الله ﷺ . ولأن أبا حنيفة استحسن لفعل (٤) الصحابة ، وفعلهم حجة : إما أن يكون إجماعًا أو تقليدًا .

١٨٠٤ - قالوا : وخالف أبو حنيفة في موضع التثويب السنة ؛ لأن النبي ﷺ قال (٥) لبلال حين ثَوّب : « اجعل هذا في أذانك » ، وهذا يقتضي نفس الأذان ، وعند أبي حنيفة يفصل بين الأذان والإقامة . وهذا غلط ، والصحيح من مذهبنا ما ذكره ابن شجاع والطحاوي أن التثويب الأول في نفس الأذان ، والتثويب الثاني بين الأذان والإقامة . والنبي ﷺ قال لبلال حين قال : الصلاة خير من النوم : « اجعل هذا في أذانك » وكذلك نقول (٦) ، فأما التثويب الثاني : فقد بينا في الخبر أن بلالًا كان يقوله (٧) بعد فراغه من الأذان على باب النبي ﷺ ؛ فدل على أنه ليس في نفس الأذان . ولأن التثويب إذا ثبت في هذه الصلاة لزيادة الإعلام ففعله بين الأذان والإقامة أوقع من فعله في نفس الأذان (٨) .

* * *

(١) ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [تأذنيا] .
(٣) ساقطة من (ع) .
(٤) في (ع) : [فعل] .
(٥) في (م) : [قيل] .
(٦) في (ع) : [ولذلك] ، وفى (م) : [يقول] .
(٧) في (ص) : [يقول] .
(٨) قال محمد في الجامع الصغير : والتثويب في الفجر حي على الصلاة ، حي على الفلاح ، مرتين بين الأذان والإقامة حسن ، قال العيني في استحسان التثويب الثاني بالفجر : لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال : ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن . وتخصيصه بالفجر لأنه وقت نوم وغفلة ، ولتغير أحوال المسلمين بالكسل والتواني بالعبادة ، وهذا التثويب أحدثه علماء الكوفة مبالغة في الإعلام والتذكير بوقت الصلاة ، وهو يحصل على حسب ما تعارفه أهل كل بلدة ، وقال السرخسي : والتثويب في كل بلدة ما يتعارفونه ، إما بالتنحنح ، أو بقوله : الصلاة الصلاة ، أو بقوله : قد قامت الصلاة ، قد قامت الصلاة .

مسألة ٩١

إذا فاتت الصلاة أذن لها وأقام

١٨٠٥ - قال أصحابنا : إذا فاتت الصلاة أذن لها وأقام [1] .

١٨٠٦ - وقال الشافعي في أحد قوليه : يقيم ولا يؤذن [2]

١٨٠٧ - لنا : حديث أبي قتادة أنه كان مع النبي ﷺ في غزوة - أو سرية - ، فلما كان السحر عرسنا ، فما استيقظنا حتى أيقظنا حر الشمس ، فجعل الرجل منا يثب فزعًا ورهبًا ، فاستيقظ النبي ﷺ ، فأمرنا فارتحلنا حتى ارتفعت الشمس . ثم أتى لنا ، فقضى [3] منا حوائجهم ، ثم أمر بلالًا فأذن ، فصلينا ركعتين ، ثم أقام فصُليت الغداة [4] ، وروى عمران [5] بن الحصين هذه القصة كذلك [6] .

١٨٠٨ - ولأنه دعاء إلى الصلاة ، كالإقامة . ولأنه مسنون يتعلق بالصلاة مع بقاء الوقت ؛ فتعلق بما بعده ، كالتعوذ والاستفتاح .

١٨٠٩ - احتجوا : بحديث أبي هريرة في قصة الوادي الذي قدمناه [7] ، قالوا : فأمر النبي ﷺ بلالًا فأقام وصلينا [8] . وهذا لا دلالة [9] فيه ؛ لأن القصة واحدة ،

---

(١) انظر : المبسوط (١٣٦/١) ، تحفة الفقهاء (١١٥/١) ، بدائع الصنائع (١٥٤/١) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٢٤٨/١ - ٢٥١) .

(٢) روي عن الشافعي فيها ثلاثة أقوال : في الجديد : يقيم ولا يؤذن لها ، وفى القديم : يؤذن ويقيم للأولى وحدها ، وللتي بعدها يقيم ولا يؤذن ، وفى الإملاء : إن أمل اجتماع الناس يصلون معه أذن وأقام ، وإن لم يؤمل ذلك لم يؤذن . (انظر : الأم ٨٦/١ ، ٨٧ ، الوسيط ٥٦٧/٢ ، حلية العلماء ٣٢/٢ ، ٣٣ ، المجموع ٨٣/٣ - ٨٥) . (وانظر : المدونة ٦٤/١ ، ٦٥ ، الكافي لابن عبد البر ١٩٦/١ ، المغني ٤١٩/١ ، ٤٢٠) .

(٣) في (م) : [نقضي] .

(٤) رواه البخاري في الصحيح بمعناه في باب الأذان بعد ذهاب الوقت (١١٢/١) ، وأبو داود في السنن باب من نام عن صلاة أو نسيها (١١٨/١) ، والبيهقي في الكبرى باب الأذان والإقامة للفائتة (٤٠٣/١ ، ٤٠٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : [عمر] .

(٦) رواه أبو داود باب من نام عن صلاة أو نسيها (١١٩/١) ، والبيهقي باب الأذان والإقامة للفائتة (٤٠٤/١) .

(٧) في (ص) ، (ن) : [قدمنا] .

(٨) رواه أبو داود باب من نام عن صلاة أو نسيها (١١٧/١) ، والبيهقي باب الأذان والإقامة للفائتة (٤٠٤/١) .

(٩) في (م) ، (ن) : [دلالة] ، مكان : [لا دلالة] .

فالزيادة أولى .

١٨١٠ – قالوا : الأذان عَلَم على الوقت ؛ بدلالة أنه لا يؤذن لصلاة العصر يوم عرفة لأنها في غير وقتها .

١٨١١ – قلنا : الأذان الأول وقع لهما عندنا ، فلم نسلم أن الأذان علم على الوقت .

١٨١٢ – قالوا : الأذان للاجتماع [(١)] ، والفائتة لا تتفق [(٢)] فيها الجماعة .

١٨١٣ – قلنا : الأذان للاجتماع ، فأشبه الصلاة ؛ بدلالة أن من صلى في بيته كان مأمورًا بالأذان وإن لم يكن للجمع ، ولأن الصلاة قد تفوت الجماعة فيؤذن لجمعهم .

١٨١٤ – قالوا : الأذان للفائتة فيلتبس [(٣)] على الناس ؛ لأنهم يصلون لغير الوقت ظنًّا منهم أن الأذان للصلاة [(٤)] الراتبة .

١٨١٥ – قلنا : إذا فعلت الفائتة عند ارتفاع الشمس لم يتلبس على أحد ، ولأنا لا نقول : إنه يؤذن لها على المنائر حتى يلتبس على الناس ، وإنما يفعل الأذان كما تفعل [(٥)] الإقامة عندهم .

* * *

---

(١) في (م) ، (ن) : [الاجتماع] . (٢) في (م) ، (ع) : [لا يتفق] .

(٣) في (م) : [فتلتبس] ، وفي (ع) : [يلتبس] .

(٤) في (م) ، (ن) : [للصلوات] .

(٥) في (م) ، (ن) : [يفعل] . وروى أبو داود من حديث عمرو بن أمية وذي مخبر الحبشي وابن مسعود ﷺ أيضًا بما يؤيد قول الحنفية باب من نام عن صلاة أو نسيها (١٢٠/١) ، والبيهقي باب الأذان والإقامة للفائتة (٤٠٤/١) .

مسألة ٩٢

إذا فاتهم صلوات فإن أذنوا وأقاموا لكل صلاة جاز

١٨١٦ - قال في الأصل : إذا فاتهم صلوات ، فإن أذنوا وأقاموا لكل صلاة جاز .

١٨١٧ - وروى ابن [أبي] (١) مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال : يؤذن للأولى ويقيم ، ويؤذن للثانية ويقيم ، فإن ترك الأذان جاز ، يعني [في] (٢) الثانية ، وقال [محمد] (٣) في الإملاء : إن شاء أذن . فحاصل المذهب أنه مخير في الثانية : إن شاء أذن وأقام ، وإن شاء أقام (٤) .

١٨١٨ - وقال الشافعي : لا يؤذن للثانية (٥) .

١٨١٩ - لنا (٦) : ما رواه أبو عبد الرحمن السلمي عن ابن مسعود أن النبي ﷺ فاته أربع صلوات يوم الخندق حتى ذهب ما شاء الله من الليل ، فأمر بلالًا فأذن وأقام وصلى الظهر ، وأذن وأقام فصلى العصر ، وأذن وأقام فصلى المغرب ، وأذن وأقام فصلى العشاء (٧) . ولأنها صلاة فائتة فجاز أن يؤذن لها ، كالأولى . ولأنها صلاة غير مقدمة على وقتها سن لها الإقامة ، فكان من سننها الأذان ، كسائر الصلوات .

١٨٢٠ - احتجوا : بحديث أبي سعيد الخدري قال : حبسنا يوم الخندق عن الصلاة فأمر رسول الله ﷺ بلالًا بإقامة الظهر فصلاها ، ثم أمره بإقامة العصر على نحو ذلك ، ثم أمره بإقامة المغرب (٨) .

---

(١) ساقط من : (م) ، (ع) . هو : الفقيه الحسن بن أحمد بن مالك ، أبو عبد الله الزعفراني ، كان إمامًا ثقة ، مرتب مسائل الجامع الصغير لمحمد بن الحسن ، وميز خواص مسائل محمد عما رواه عن أبي يوسف وجمعها على أحسن ترتيب ، وجعله مبوبًا ، وله كتاب الأضاحي . (انظر : الجواهر المضية ٤٦/٢ ، الفوائد البهية ص ٦٠) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .　　(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) انظر : المبسوط (١٣٦/١) ، تحفة الفقهاء (١١٥/١) ، بدائع الصنائع (١٥٤/١) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٢٤٨/١ - ٢٥١) .

(٥) انظر : الأم (٨٦/١ ، ٨٧) ، الوسيط (٥٦٧/٢) ، حلية العلماء (٣٢/٢ ، ٣٣) ، المجموع (٨٣/٣ - ٨٥) . (وانظر : المدونة ٦٤/١ ، ٦٥ ، الكافي لابن عبد البر ١٩٦/١ ، المغني ٤١٩/١ ، ٤٢٠ . راجع نفس المصادر الحنفية السابقة في مسألة ٩١) .

(٦) ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) انظر : نصب الراية باب قضاء الفوائت (١٦٥/٢ ، ١٦٦) ، مجمع الزوائد باب التأذين للفوائت وترتيبها (٤/٢) .

(٨) رواه أحمد في المسند (٢٥/٣ ، ٤٩ ، ٦٧ ، ٦٨) ، والنسائي في سننه في الأذان للفائت من الصلوات (١٧/٢) ، والبيهقي في الكبرى ، باب الأذان والإقامة للجمع بين صلوات فائتات (٤٠٢/١) .

١٨٢١ - والجواب : أنا روينا أنه أذن وأقام ، وروي أنه أذن للظهر وأقام لما بعدها ، وروي ما ذكروه ، فكان الزائد أولى . ولأن أمره بإقامة الظهر معناه : الأذان لها [والإقامة] (١) .

١٨٢٢ - والدليل عليه أنه قال : ثم أمره (٢) بإقامة العشاء . والعشاء مفعولة في وقتها ، فلا يجوز أن يكون ترك أذانها باتفاق ، فدل على أن قوله : ثم أمره بإقامة العشاء : الأذان والإقامة كذلك في بقية الصلوات ، ولو ثبت [أنه] (٣) لم يؤذن للفائتة لم يدل ؛ [لأنا بينا] (٤) أنه مخير ، فإذا فعل أحد جهتي التخيير لم تسقط (٥) الأخرى .

١٨٢٣ - قالوا : روى ابن عمر أن النبي ﷺ جمع بين المغرب والعشاء بالمزدلفة بإقامة واحدة (٦) .

١٨٢٤ - قلنا : المغرب في ذلك اليوم ليس بفائتة (٧) ؛ لأن وجوبها يتعلق بالمكان عندنا ، والكلام في الفوائت .

١٨٢٥ - قالوا : صلاتان تفعلان (٨) في وقت واحد ، فلا يؤذن للثانية ، كصلاتي عرفة والمزدلفة .

١٨٢٦ - والجواب : أن هناك جمع بين صلاتين للتخفيف حتى يتصل الوقوف ؛ فجاز أن يخفف بترك الأذان ، وهذا المعنى غير موجود في مسألتنا .

* * *

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في (ع) : [أمر] .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (ع) : [لابينا] .
(٥) في (م) ، (ع) : [لم يسقط] .
(٦) رواه مسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب الإفاضة من عرفات إلى المزدلفة واستحباب صلاتي المغرب والعشاء جمعًا بالمزدلفة وفي هذه الليلة (١/٥٣٩ ، ٥٤٠) ، والبيهقي في الكبرى ، باب الأذان والإقامة للجمع بين الصلاتين (١/٤٠٠ ، ٤٠١) .
(٧) في (م) ، (ع) : [فائتة] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يفعلان] .

مسألة ٩٣

يجوز أن يؤذن واحد ويقيم غيره

١٨٢٧ – قال [١] أصحابنا : يجوز أن يؤذن واحد ويقيم غيره [٢] .

١٨٢٨ – وقال الشافعي : يكره [٣] .

١٨٢٩ – لنا : ما روي في حديث عبد الله بن زيد ﷺ الذي أُري [٤] الأذان أن النبي ﷺ قال له : « لقنها بلالًا » فأذن بلال ثم أمر النبي ﷺ عبد الله بن زيد فأقام [٥] .

١٨٣٠ – وذكر ابن شجاع في السنن : أن ابن أم مكتوم [٦] كان يؤذن ، ويقيم بلال ، وربما أذن بلال وأقام ابن أم مكتوم [٧] . ولأن الأذان والإقامة ينفرد أحدهما عن الآخر ؛ بدلالة صلاة العصر بعرفة يقام لها ولا يؤذن ، والفائتة على أصلهم ، فجاز أن يتولاهما اثنان ، كالصلاتين .

١٨٣١ – ولا يقال / : إنه يبطل بصلاتي [٨] عرفة لأن الظهر ينفرد عن العصر ويكره الجمع بإمامين ؛ لأنه لا يكره عندنا .

١٨٣٢ – احتجوا : بما روي في حديث الصدائي أنه أذن فأراد بلال أن يقيم ، فقال له النبي ﷺ : « أخا صدى [٩] أذن ، والذي أذن يقيم » [١٠] .

---

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) انظر : كتاب الحجة باب النداء (٧٨/١) ، المبسوط (١٣٢/١) ، بدائع الصنائع (١٥١/١ ، ١٥٢) ، البناية (١٠٧/٢) .

(٣) انظر : الأم (٨٦/١) ، المجموع (١٢١/٣ ، ١٢٢) . (وانظر : المدونة ٦٣/١ ، المنتقى ١٣٨/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٩٨/١ ، المغني ٤١٥/١ ، ٤١٦) .

(٤) في (ع) : [رأى] .

(٥) رواه أبو داود في السنن باب في الرجل يؤذن ويقيم آخر (١٣٨/١) والطحاوي في المعاني باب الرجلين يؤذن أحدهما ويقيم الآخر (١٤٢/١) والبيهقي في الكبرى باب الرجل يؤذن ويقيم غيره (٣٩٩/١) .

(٦) في (م) : [ابن مكتوم] .

(٧) في (ع) : [ابن مكتوم] . حديث ابن ام مكتوم رواه ابن أبي شيبة بلفظه في المصنف في كتاب الأذان باب في الرجل يؤذن ويقيم غيره (٢٤٥/١) .

(٨) في (م) ، (ع) : [بصلاة] .

(٩) في (ع) : [صداي] .

(١٠) أخرجه أبو داود باب في الرجل يؤذن ويقيم آخر (١٣٨/١) ، والترمذي في السنن ، باب ما جاء أن من أذن فهو يقيم (٣٨٣/١ ، ٣٨٤) ، وابن ماجه في سننه ، في باب السنة في الأذان (٢٣٧/١) ، والبيهقي باب الرجل يؤذن ويقيم غيره (٣٩٩/١) .

١٨٣٣ - والجواب : أن الطحاوي قال : مدار هذا الحديث على [١] عبد الرحمن بن زياد [٢] بن أنعم [٣] المعافرى ، وليس يثبت في الحديث ، ولأن النبي ﷺ كره أن يؤذن بلال فيكسر قلب الصدائي ؛ لأنه يعتقد [٤] أنه أمر بالأذان لعدم غيره ، فأحب أن يجمع له الفضيلة .

١٨٣٤ - قالوا : هذا إبطال للتعليل [٥] ؛ لأن قوله : « والذي أذن يقيم » تعليل .

١٨٣٥ - [قلنا : ما ذكرناه يعود إلى هذا التعليل . ألا ترى أنه [لم] [٦] يجعله مؤذنًا وإنما أخبر أنه يقيم لأنه أذن ؛ حتى لا ينكسر ، فإذا عقلنا تأويلنا بالعذر لم يسقطها .

١٨٣٦ - قالوا : خبرنا متأخر عن خبر عبد اللّه بن زيد] [٧] .

١٨٣٧ - قلنا : خبر عبد اللّه أشهر وأصح رواية ؛ فهو أولى أن يُقَدَّم [٨] . [ولأنا نقلنا] [٩] فعل بلال وابن أم مكتوم ، فصار ما كثر نقله أولى .

١٨٣٨ - قالوا : ذِكْران [١٠] متجانسان يتقدمان الصلاة شُرعا لها [١١] فكان من شأنهما أن يتولاهما ، كالخطبتين .

١٨٣٩ - قلنا : الخطبة عكس علتنا ؛ لأن إحدى الخطبتين لا تنفرد [١٢] عن الأخرى ، والإقامة تنفرد [١٣] عن الأذان ، ولأن الخطبتين أقيمتا مقام الصلاة وتنفرد [١٤] إحداهما عن الأخرى [١٥] ، كالأذان والخطبة .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [عن] .
(٢) في سائر النسخ : [زيد] ، وهو خطأ .
(٣) في (م) ، (ع) : [العم] .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يعقد] .
(٥) في (م) ، (ع) : [لتعليل] .
(٦) أثبتنا الزيادة لاستقامة المعنى .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وأن تقدم] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ولا نقلنا] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ذكر ابن] .
(١١) في (م) ، (ع) : [لهما] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [ينفرد] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [ينفرد] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [ينفرد] .
(١٥) في سائر النسخ : [أحدهما عن الآخر] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

مسألة ٩٤

حكم أخذ الأجرة على الأذان

١٨٤٠ - قال أصحابنا : لا يجوز أخذ الأجرة على الأذان [١] .

١٨٤١ - ومن أصحاب الشافعي من جوز ذلك ، ومنهم [من] [٢] منع منه [٣] .

١٨٤٢ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ قال لعثمان بن أبي العاص [٤] : « وانه مؤذنك أن يأخذ [٥] على الأذان أجرًا » [٦] . وروي أنه قال : « واتخذ مؤذنًا لا يأخذ [٧] على الأذان أجرًا » [٨] ، ولأن من شرط الأذان أن يكون قربة لفاعله ، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه ، كالصوم ، ولأنه يقع لمنفعة الفاعل ولغيره ، فلم يستحق الأجرة على عمل نفسه ، ولأنه ذكر مسنون متعلق [٩] بالصلاة ، كالاستفتاح والتعوذ .

---

(١) انظر : المبسوط (١٤٠/١) ، تحفة الفقهاء (١١٣/١) ، بدائع الصنائع (١٥٢/١) ، البناية (٢٥١/٢) .

(٢) ساقط من (ع) .

(٣) قال النووي : في جواز الاستئجار على الأذان ثلاثة أوجه ، أصحها : يجوز للإمام من مال بيت المال ومن مال نفسه ، ولآحاد الناس من أهل المحلة ، ومن غيره من مال نفسه ... والثاني : لا يجوز الاستئجار لأحد ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وصاحب الحاوي والقفال ، وصححه المحاملي والبندنيجي والبغوي وغيرهم ... والثالث : يجوز للإمام دون آحاد الناس . (انظر : الوسيط ٥٧٥/٢ ، ٥٧٦ ، حلية العلماء ٤٠/٢ ، شرح السنة ٢٨٠/٢ ، فتح العزيز في هامش ١٩٦/٣ ، ١٩٩ ، المجموع ١٢٥/٣ - ١٢٨) .

(وانظر : المدونة ٦٥/١ ، الإفصاح ١١٣/١ ، المغني ٤١٥/١ ، الكافي لابن قدامة ١٠٥/١ ، ١٠٦) .

(٤) هو : عثمان بن أبي العاص الثقفي ، أبو عبد الله الطائي أخو الحكم بن أبي العاص الثقفي ، قدم على النبي ﷺ في وفد ثقيف ، واستعمله النبي ﷺ على الطائف ، روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه : الحسن البصري ، وسعيد بن المسيب وغيرهم ، روى له جماعة سوى البخاري ، توفي سنة إحدى وخمسين . (انظر : أسد الغابة ٣٧٢/٣ ، سير أعلام النبلاء ٣٧٤/٢ ، تهذيب الكمال ٤٠٨/١٩) .

(٥) في (م) ، (ع) : [أن تأخذ] .

(٦) حديث عثمان بن أبي العاص أخرجه أصحاب السنن بألفاظ أخرى .

(٧) في (ع) : [لا تأخذ] .

(٨) أخرجه الترمذي في سننه باب ما جاء في كراهية أن يأخذ المؤذن على الأذان أجرًا (٤٠٩/١ ، ٤١٠) ، وابن أبي شيبة في مصنفه في من كره للمؤذن أن يأخذ على أذانه أجرًا (٢٥٨/١) ، وابن ماجه باب السنة في الأذان (٢٣٦/١) ، ورواه أبو داود في باب أخذ الأجر على التأذين (١٤٢/١) ، وأحمد في المسند (٢١/٤ ، ٢١٧) ، والبيهقي في الكبرى باب التطوع بالأذان (٤٢٩/١) .

(٩) في (ع) : [يتعلق] .

١٨٤٣ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ علم أبا محذورة (١) الأذان وأنفذه (٢) إلى مكة ليؤذن وأعطاه صرة فيها دراهم (٣) .

١٨٤٤ - والجواب (٤) : وهذا لا دلالة فيه (٥) ؛ لأنه لم يكن على طريق الأجرة ؛ ألا ترى أنه لم يذكر مدة معلومة .

١٨٤٥ - قالوا : إذا جاز أخذ الرزق على الأذان جاز أخذ الأجرة ؛ لأن كل واحد منهما بدل .

١٨٤٦ - قلنا : يبطل بالإمام يأخذ الرزق من بيت المال (٦) ولا يجوز [له] (٧) أخذ الأجرة ، وكذا القاضي ومن يتولى الصلاة بالناس ، ولأن الرزق في مقابلة العمل وليس ببدل عنه ، والأجرة بدل ، ويجوز في غير الأبدال ما لا يجوز فيها ، ولذلك (٨) يجوز في المضاربة وإن كان ما يتحصل للمضارب من الربح مجهولًا ؛ لأنه ليس ببدل ، ولو استأجره ببعض الربح لم يجز .

١٨٤٧ - قالوا : يجوز للعامل أخذ الأجرة ؛ لأنه يقوم بمصالح (٩) المسلمين ، كذا الأذان .

١٨٤٨ - قلنا : يبطل بالقاضي . ولأن العمالة ليس من شرطها أن تكون (١٠) قربة لفاعلها ؛ بدلالة أنها تجوز من الذمي (١١) ، والأذان بخلاف ذلك .

١٨٤٩ - قالوا : الأذان عمل معلوم ، كسائر الأعمال .

١٨٥٠ - قلنا : كون العمل معلومًا لا يُجوز أخذ الأجرة عنه ما لم يثبت أنه في نفسه مما يجوز أخذ البدل عنه ؛ ألا ترى (١٢) أن الصلاة والصوم كل واحد منهما عمل معلوم ولا يدل ذلك على جواز الاستئجار عليهما ؟

* * *

(١) هو : أوس بن معير بن لوذان بن وهب بن سعد بن جمح . روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه الأسود بن يزيد النخعي ، وأوس بن خالد ، والسائب المكي ، قال الزبير بن بكار : وإن أبا محذورة أحسن الناس أذانًا وأنداهم صوتًا . روى له البخاري في الأدب . توفي سنة ٥٩هـ ، ويقال ٧٩هـ ، بمكة . (انظر : تهذيب الكمال ٢٥٦/٣٤ ، الاستيعاب ١٧٥٢/٤) .

(٢) في غير (ع) : [ونفذه] .

(٣) تقدم تخريجه ، وراجع في سنن الدارقطني في باب ذكر أذان أبي محذورة واختلاف الروايات فيه (٢٣٣/١ ، ٢٣٤) ، والسنن الكبرى للبيهقي باب الترجيع في الأذان (٣٩٣/١) .

(٤) في (م) : [قلنا] .

(٥) في (ع) : [وهذا دلالة فيه] .

(٦) وروى عبد الرزاق في مصنفه عن الأسلمي بن محمد ، عن إسحاق بن محمد ، عن إسحاق بن عبد الله ابن أبي فروة ، قال : أول من رزق المؤذنين عثمان ، باب البغي في الأذان والأجر عليه (٤٨٣/١) .

(٧) ساقط من (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(٩) في (م) ، (ع) ، (ن) : [بمصلحة] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يكون] .

(١١) في (ع) : [الذي] .

(١٢) في (ص) : [ألا يرى] .

مسألة ٩٥

الإسفار بالفجر أفضل

١٨٥١ - قال أصحابنا : الإسفار بالفجر أفضل (١) .

١٨٥٢ - وقال الشافعي : التغليس أفضل (٢) .

١٨٥٣ - لنا : ما روى عبد الرحمن بن يزيد (٣) ، قال : حججت مع عبد الله بن مسعود ، فلما كانت ليلة المزدلفة طلع الفجر ، فقال : أقم ، قلت : يا أبا عبد الرحمن ، إن هذه لساعة ما رأيتك تصلي فيها ، فقال : إن رسول الله [ﷺ] (٤) كان لا يصلي هذه الساعة إلا هذه الصلاة (٥) في هذا المكان من هذا اليوم ، قال عبد الله : هما صلاتان تحولان عن وقتهما : صلاة المغرب بعد ما يأتي (٦) الناس المزدلفة ، وصلاة الغداة ، رأيت رسول الله [ﷺ] (٧) يفعل ذلك (٨) . فقد أخبر أن هذه الصلاة غيّرها رسول الله ﷺ عن وقتها ، فلم يجز أن يكون عن وقت الجواز ، فلم يبق إلا أنه غيرها عن وقت الفضيلة .

١٨٥٤ - ولا معنى لقولهم : إنه يجوز أن يكون صلاها لما غلب على ظنه طلوع الفجر ، وذلك غير مستحب عندنا وهو جائز ؛ لأنه قال : لما طلع الفجر ، وهذا يقتضي اليقين دون الظن ، ولأنه لا يدخل وقت الفجر بغلبة الظن حتى يتبين الطلوع ؛ لأن ذلك مما يعلم بيقين .

---

(١) انظر : المبسوط (١٤٥/١ ، ١٤٦) ، تحفة الفقهاء (١٠٢/١) ، بدائع الصنائع (١٢٤/١) ، فتح القدير وبهامشه العناية (٢٢٥/١ ، ١٢٦) .

(٢) انظر : الأم (٧٤/١ ، ٧٥) ، الوسيط (٥٥٠/٢ ، ٥٥١) ، حلية العلماء (٢٠/٢) ، المجموع (٥١/٣ - ٥٣) . (وانظر : المدونة ٦١/١ ، المنتقى ٩/١ ، بداية المجتهد ٩٩/١ ، ١٠٠ ، المقدمات الممهدات ١٥١/١ ، المسائل الفقهية ١١٠/١ ، الإفصاح ١٠٦/١ ، المغني ٣٩٤/١ ، ٣٩٥) .

(٣) هو : عبد الرحمن بن يزيد بن قيس النخعي ، أبو بكر الكوفي أخو الأسود بن يزيد ، وثقه يحيى بن معين ، روى عن : حذيفة بن اليمان ، وعبد الله بن مسعود ، وسلمان الفارسي ، وعثمان بن عفان ، وغيرهم ، روى عنه : عامر الشعبي ، ومالك بن الحارث السلمي ، وجامع بن شداد وغيرهم . توفي سنة ثلاث وسبعين وقيل : ثلاث وثمانين . (انظر : تهذيب الكمال ١٢/١٨ ، سير أعلام النبلاء ٧٨/٤) .

(٤) ساقطة من [ع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الساعة] .

(٦) في (ع) : [أتى] .

(٧) الزيادة من (ع) .

(٨) أخرجه البخاري في كتاب الحج باب من أذن وأقام لكل واحدة منهما (٢٩٠/١) .

١٨٥٥ - ويدل عليه : ما رواه رافع بن خديج قال : قال رسول الله ﷺ : « أسفروا بالفجر ؛ فكلما أسفرتم [١] فهو أعظم لأجوركم » [٢] ، وروى جابر بن عبد الله قال : أخبرنا بلال مؤذن رسول الله [ﷺ] [٣] قال : قال رسول الله ﷺ : « أسفروا [٤] بالصبح - أو بالفجر - ؛ فإنه أعظم للأجر » [٥] .

١٨٥٦ - وروى عاصم بن عمر بن قتادة الظفري [٦] أن رجلًا من قومه من أصحاب رسول الله [٧] ﷺ أخبره أن النبي ﷺ قال : « أصبحوا بالصبح ؛ فإنه كلما أصبحتم بالصلاة كان أعظم للأجر » [٨] .

١٨٥٧ - قالوا : هذه الأخبار محمولة على الأمر بالصلاة عند إسفار الفجر ، وهو اليقين بطلوعه .

١٨٥٨ - قلنا : هذا لا يصح ؛ لأن الكلام خرج على طريق التفضيل [٩] ، وما لم يتيقن [بطلوع] [١٠] الفجر لا تجوز [١١] الصلاة ، فكيف يفاضل [١٢] بينها وبين الجائز .

١٨٥٩ - وقولهم : إنه يجوز عندنا إذا غلب على ظنه وإن لم يتيقن ، ليس

---

(١) في (م) : [أسفر] .

(٢) أخرجه الطحاوي في المعاني بمعناه بألفاظ متقاربة في باب الوقت الذي يصلى فيه الفجر أي وقت هو (١٧٨/١ ، ١٧٩) ، ورواه أبو داود باب في وقت الصبح (١١٤/١) ، والترمذي باب ما جاء في الإسفار بالفجر (٢٨٩/١) ، والنسائي كتاب المواقيت باب الإسفار (١/ ٢٧٢) ، وابن ماجه باب وقت صلاة الفجر (٢٢١/١) ، وأحمد في المسند (٤٦٥/٣ ، ١٤٠/٤ ، ١٤٢ ، ١٤٣) ، والدارمي باب الإسفار بالفجر (٢٧٧/١) ، وابن أبي شيبة في مصنفه في من كان ينور بها ويسفر (٣٥٤/١) .

(٣) ساقط من (ع) . (٤) في (ص) : [أسفر] .

(٥) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار (١٧٩/١) .

(٦) هو عاصم بن عمر بن قتادة بن النعمان أبو عمر الظفري الأنصاري ، المدني ، أحد العلماء ، روى عن : أبيه وعن جابر بن عبد الله ومحمود بن لبيد وغيرهم ، وحدث عنه : بكير بن الأشج ، وابن عجلان ، وابن إسحاق ، وثقه أبو زرعة والنسائي وغيرهما . توفي سنة ١١٩ هـ . (انظر : تهذيب الكمال ٣٢١/٩ ، سير أعلام النبلاء ٨٦/٦) . (٧) في (م) ، (ع) : [النبي] .

(٨) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار (١٧٩/١) ، ورواه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٥٥/١) .

(٩) في كل النسخ : [التفصيل] ، والمناسب بالضاد المعجمة لمناسبة السياق واللحاق .

(١٠) مكرر في (ع) . (١١) في (م) ، (ع) : [لا يجوز] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يفاصل] .

بصحيح ؛ لأن الأصل بقاء الليل ، فلا يجوز إسقاط اليقين بغلبة الظن ، ولأن الإسفار في اللغة ضد التغليس ، فلو حمل على طلوع الفجر لكان التغليس هو الإسفار ، أو يكون التغليس بعد الإسفار ، وهذا لا يصح ، ولأنه قال في الخبر : « كلما أسفرتم كان أعظم لأجوركم » وهذا يدل على فضيلة (١) التأخير وإن تيقن الطلوع ، وذلك لا يكون إلا على قولنا . ولأن تأخير الفجر يؤدي إلى تكثير الجماعة ، فكان أفضل ؛ لقوله عليه السلام : « كلما كثرت الجماعة فهو أفضل » (٢) . ولا يلزم تأخير المغرب ؛ لأنا استدللنا بعموم الخبر ، فلا يرد عليه نقض (٣) . ولأن لوقت (٤) الصلاة أول وآخرا ، فإذا جاز أن تتعلق الفضيلة بأول الوقت في موضوع (٥) المواقيت جاز أن تتعلق (٦) بآخره . وكل من قال بذلك (٧) قال بتأخير الفجر . ولأن الصلاة أخص بآخر الوقت من أوله ؛ ألا ترى أنه مأمور بفعلها في أوله غير منهي عن تركها وهو في آخره مأمور بفعلها منهي عن تركها ، فإذا جاز أن تتعلق الفضيلة بأوله (٨) فتعلقها بآخره أولى . ولأنها صلاة نهار فجاز [أن] (٩) تعلق الفضيلة بتأخيرها ، كالظهر في الصيف .

١٨٦٠ - احتجوا : بحديث ابن مسعود وأم فروة قال : قال رسول الله ﷺ : « أفضل الأعمال الصلاة لأول وقتها » (١٠) .

١٨٦١ - والجواب : أن هذا الخبر روي [من] (١١) طرق كثيرة ، وفيه : « الصلاة لوقتها » ولم يذكر أول وقتها (١٢) إلا شاكا .

١٨٦٢ - فدل على أن العموم أصل الخبر والخصوص تأويل الراوي . ومتى كان الخبر

---

(١) في (م) ، (ع) ، (ن) : [فضلة] .

(٢) أخرجه أبو داود في السنن ، باب في فضل صلاة الجماعة ١٤٧/١ ، والنسائي في كتاب الإمامة ، في الجماعة إذا كانوا اثنين ١٠٥/١ .

(٣) في (ن) : [نقص] .

(٤) في (م) ، (ن) : [وقت] .

(٥) في غير (ص) [موضع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ذلك] .

(٨) في (م) ، (ن) : [بقوله] .

(٩) ساقط من (م) ، (ع) ، (ن) .

(١٠) أخرجه أبو داود في باب المحافظة على وقت الصلوات (١١٤/١ ، ١١٥) ، والترمذي باب ما جاء في الوقت الأول من الفضل (٣١٩/١ ، ٣٢٠) ، وأحمد في المسند (٣٧٤/٦ ، ٣٧٥ ، ٤٤٠) ، والدارقطني في سننه في باب النهي عن الصلاة بعد صلاة الفجر وبعد صلاة العصر (٢٤٧/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٥٠/١) ، والبيهقي في الكبرى باب الترغيب في التعجيل بالصلوات في أوائل الأوقات (٤٣٤/١) .

(١١) ساقط من (م) ، (ع) .

(١٢) في (م) ، (ع) ، (ن) : [الوقت] .

« الصلاة لوقتها » لم يكن فيه دلالة ، ولو ثبت ما قالوه احتمل أن [١] يكون أول وقت جوازها واحتمل أول وقت وجوبها : فإن كان وقت الجواز المراد فهو دلالة لهم ، وإن [كان] [٢] وقت الوجوب فهو لنا ؛ لأنه آخر الوقت عندنا ، فسقط التعلق به .

١٨٦٣ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال : « أول الوقت رضوان [الله] [٣] ، وأوسطه رحمة الله ، وآخره عفو الله » [٤] ، [قالوا] [٥] : والعفو هو المغفرة ، وذلك لا يكون إلا عن تقصير ، ولذلك [٦] قال أبو بكر الصديق : رضوان الله أحب إلينا من عفوه [٧] .

١٨٦٤ - والجواب : أن العفو يعبر به عن الغفران ، ويعبر به عن التخفيف والتسهيل ، ومنه قوله عليه السلام : « عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق » [٨] . فإن كان المراد بالعفو التسهيل فكأنه قال : آخر الوقت سهّل الله تعالى تأخير الصلاة إليه ، وذلك لا ينفي الرضوان . ولو سلمنا أن العفو لا يكون إلا عن تقصير لم يدل الخبر بأن آخر [٩] الوقت يكره التأخير إليه ؛ لأنه يوجب وقوع بعض الصلاة عند الطلوع أو في حالة لا يؤمن معه الطلوع ، وذلك يكره عندنا ، فقد قلنا بظاهر الخبر .

١٨٦٥ - قالوا : روي عن عائشة أنها قالت : إن كان رسول الله [ﷺ] [١٠]

---

(١) في (ع) : [لأن] . (٢) الزيادة من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٣) لفظ الجلالة ساقط من (ع) .

(٤) رواه الدارقطني في سننه في باب النهي عن الصلاة بعد صلاة الفجر وبعد صلاة العصر (٢٥٠/١) ، والبيهقي في الكبرى باب الترغيب في التعجيل بالصلوات في أوائل الأوقات (٤٣٥/١) .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) ساقطة من (ص) ، وفي (م) : [وكذلك] .

(٧) قال في تلخيص الحبير : وأما حديث أبي هريرة فذكره البيهقي وقال : وهو معلول (١٨١/١) ، وهو في فيض القدير للمناوي ، وقال : وفيه دليل للشافعية على ندب تعجيل الصبح وعدم ندب الإسفار الذي قال به الحنفية (٨٢/٣) ، وهو في القرطبي في التفسير (١٦٦/٢) ونسبه لابن العربي في أحكام القرآن .

(٨) رواه أبو داود في سننه ، كتاب الزكاة ، باب الزكاة السائمة ٣٩٦/١ ، والترمذي في كتاب الزكاة ، باب ما جاء في زكاة الذهب والورق (٧/٣) ، الحديث (٦٢٠) ، والنسائي في كتاب الزكاة باب زكاة الورق (٣٧/٥) ، وابن ماجه في كتاب الزكاة ، باب زكاة الورق والذهب (٥٧٠/١) الحديث (١٧٩٠) ، والدارقطني في كتاب الزكاة ، باب الزكاة مال التجارة وسقوطها عن الخيل والرقيق (١٢٦/٢) ، الحديث (٤) ، وأحمد في مسند علي بن أبي طالب (١٤٦/١) .

(٩) في (م) ، (ع) : [بآخر] . (١٠) ساقطة من (ع) .

ليصلي الصبح فينصرف (١) النساء متلفعات بمروطهن لا يعرفن (٢) من الغلس (٣) .

١٨٦٦ - والجواب : أن هذا كان في [حال] (٤) حضور النساء الجماعة ، فيجوز أن يكون قدم الصلاة حتى لا يطلع عليهن الرجال ، ولهذا كان يحبس (٥) الرجال في المسجد حتى تنصرف (٦) النساء . ولا معنى لقولهم : إنها حكت المداومة ؛ لأن قولها : « إن كان ليصلي » يقتضي وقوع الفعل دون استمراره .

١٨٦٧ - قالوا : روى أبو مسعود البدري : أن النبي ﷺ صلى الصبح مرة فغلَّس ومرة فأسفر ، ثم لم تزل (٧) صلاة التغليس إلى أن فارق الدنيا ، لم يعد إلى أن يسفر (٨) .

١٨٦٨ - والجواب : أن النبي ﷺ أسفر عند البيان حتى كادت الشمس أن تطلع ، وهذا الإسفار لم يعد إليه ؛ لأنه يكره عندنا في غير حال البيان . فأما قوله : لم يزل صلاة التغليس : فقد علمنا من فعله خلاف ذلك ؛ بدلالة خبر ابن مسعود .

١٨٦٩ - قالوا : روت عائشة [رضي الله عنها] (٩) قالت : ما صلى النبي ﷺ الصلاة لوقتها الأخير (١٠) إلا مرتين حتى قبضه الله (١١) .

١٨٧٠ - قلنا : وقتها الأخير يمنَع منه عندنا ؛ لأنه لا يأمن معه الفوات ، والكلام في

---

(١) في (م) ، (ن) : [فيصرف] ، وفي (ع) : [فتنصرف] .

(٢) في (م) : [ما يعرفهن] .

(٣) رواه البخاري في الصحيح باختلاف يسير في اللفظ كتاب مواقيت الصلاة باب وقت الفجر (١٠٩/١) ، ومسلم في الصحيح بلفظه في كتاب المساجد ومواضع الصلاة باب استحباب التبكير بالصبح في أول وقتها وهو التغليس (٢٥٨/١) ، ومالك في الموطأ ، في وقوت الصلاة (١٧/١) ، والنسائي في سننه كتاب المواقيت باب التغليس في الحضر (٢٧١/١) ، والطحاوي في المعاني باب الوقت الذي يصلى فيه الفجر أي وقت هو (١٧٦/١) .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [يجلس] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ينصرف] .

(٧) في (م) : [لم يزل] .

(٨) رواه أبو داود في سننه مطولًا ، في كتاب الصلاة ، باب في المواقيت (١٠٧/١) ، والدارقطني في سننه ، في باب ذكر بيان المواقيت واختلاف الروايات في ذلك (٢٥٠/١) .

(٩) في (ع) : [روت عائشة عن النبي ﷺ] ، والزيادة من (م) ، (ن) .

(١٠) في كتب الحديث : [لوقتها الآخر] ، مكان : [لوقتها الأخير] .

(١١) رواه الترمذي في السنن باب ما جاء في الوقت الأول من الفضل (٣٢٨/١) ، والدارقطني في السنن باب النهي عن الصلاة بعد صلاة الفجر وبعد صلاة العصر (٢٤٩/١) ، الحاكم في المستدرك في كتاب الصلاة باب مواقيت الصلاة (١٩٠/١) ، والبيهقي في الكبرى باب الترغيب في التعجيل بالصلوات في أوائل الأوقات (٤٣٥/١) .

التأخير على هذا الوجه .

١٨٧١ - قالوا : صلاة مفروضة لا تقصر [(١)] فكان فعلها في أول وقتها أفضل ، كالمغرب .

١٨٧٢ - قلنا : التفضيل يقع بين الجائزين ، وعندهم لا وقت للمغرب إلا واحد ، فكيف يفضل بين الصلاة في وقتها والفائتة ؟ فأما على أصلنا فيكره تأخير المغرب ، والتفضيل لا يقع بين الجائز والمكروه [(٢)] . ثم نعكس فنقول [(٣)] فكان فعلها فيما يقرب إلى النهار أفضل ، كالمغرب .

١٨٧٣ - قالوا : صلاة مكتوبة ، فوجب أن يكون فعلها في أول وقتها من غير عذر أفضل ، أصله : الظهر في الشتاء .

١٨٧٤ - قلنا : تعجيل الظهر في الشتاء يؤدي إلى تكثير الجماعة ؛ لأنه لا يؤمن من الحوادث [(٤)] من المطر وغيره ، فوزانه [(٥)] أن يؤخر الفجر ؛ لأنه أكثر جماعة . ولا يلزم المغرب ؛ لأن كلامنا في التفضيل ، وتأخيرها مكروه ، فلذلك لا يؤخر وإن كثرت الجماعة .

١٨٧٥ - قالوا : فعلها في أول الوقت أبعد من المخاطرة والنسيان . وهذا يبطل بالظهر في الصيف ، ولأن الناسي غير مكلف لما نسيه ؛ فلا معنى لتعجيل الصلاة لأجله .

* * *

---

(١) في (م) : [لا يقصر] وفي (ع) : [لا تقض] .

(٢) في (م) ، (ن) : [بين الجائزين المكروه] .

(٣) في (م) : [ثم يعكس فيقول] ، وفي (ع) : [ثم يعكس ونقول] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يأمن الحوادث] . (٥) في (ع) : [فورا] .

مسألة ٩٦

تأخير العصر ما لم تصفر الشمس أفضل

١٨٧٦ - قال أصحابنا : تأخير العصر ما لم تصفر الشمس أفضل (١) .

١٨٧٧ - وقال (٢) الشافعي : تعجيلها أفضل (٣) .

١٨٧٨ - لنا : ما روى علي بن شيبان (٤) قال : قدمنا على رسول الله [ﷺ] (٥) المدينة ، فكان يؤخر العصر ما دامت الشمس بيضاء نقية (٦) . وروى رافع بن خديج (٧) : أن النبي ﷺ كان يأمرنا بتأخير العصر (٨) ، ولا يعترض (٩) على هذا قولهم : إنه تفرد [به] (١٠) عبد الواحد بن نافع عن عبد الله بن رافع ؛ وذلك لأن عبد الواحد بن نافع لم يعترضه الدارقطني بأكثر من قوله : إنه قيل : عبد الواحِد (١١) بن نافع وقيل : ابن نفيع ، وهذا جهل ؛ لأن نفيع تصغير نافع ، فلا يعد اختلافًا (١٢) .

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٤ ، المبسوط (١٤٧/١) ، تحفة الفقهاء (١٠٢/١) ، بدائع الصنائع (١٢٥/١ ، ١٢٦) ، فتح القدير (٢٢٦/١ ، ٢٢٧) .

(٢) في (م) ، (ع) : [قال] .

(٣) انظر : الأم (٧٣/١) ، الوسيط (٥٥٠/٢ ، ٥٥١) ، المجموع (٥٤/٣ ، ٥٥) ، المنتقى (١٤/١) ، الكافي لابن عبد البر (١٩٠/ ، ١٩١) ، المقدمات الممهدات (١٥٠/١ ، ١٥١) ، الإفصاح (١٠٧/١) ، المغني (٣٩١/١ ، ٣٢٠) .

(٤) هو : علي بن شيبان الحنفي السجيعي اليامي والد عبد الرحمن بن علي بن شيبان ، له صحبة . روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه : ابنه عبد الرحمن بن علي بن شيبان ، وروى له البخاري في الأدب المفرد ، وكذلك روى له أبو داود وابن ماجه . (انظر : تهذيب الكمال ٤٦٣/٢٠ أسد الغابة ١٥/٤) .

(٥) ساقطة من (ن) .

(٦) في (م) ، (ع) : [مضاهية] . حديث علي بن شيبان رواه أبو داود باب في وقت صلاة العصر (١١١/١) .

(٧) هو : رافع بن خديج بن رافع بن عدي بن يزيد بن جشم بن حارثة الأنصاري الحارثي ، أبو عبد الله ، ويقال : أبو رافع المدني ، صاحب رسول الله ﷺ ، شهد أحدًا والخندق وروى عن النبي ﷺ وعن عميه ظهير وأبي رافع ، روى عنه : إياس بن خليفة البكري وثابت بن أنس والسائب بن يزيد وغيرهم . (انظر : تهذيب الكمال ٢٢/٩ ، أسد الغابة ١٥/٢ ، سير أعلام النبلاء ١٨١/٣) .

(٨) أخرجه الدارقطني في السنن باب ذكر بيان المواقيت واختلاف الروايات في ذلك (٢٥١/١) .

(٩) في (م) ، (ع) ، (ن) : [ولا يعرض] .

(١٠) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(١١) في (ع) : [عبد الرحمن] .

(١٢) في (ص) ، (م) ، (ن) : [فلا يكون اختلافا] .

١٨٧٩ - قالوا : يحتمل أن يكون أمر بذلك في حال الجمع بين الصلاتين ، فأمر بتأخير العصر عن الظهر .

١٨٨٠ - قلنا : ظاهر الخبر يقتضي المداومة ، وقد فهم الراوي غير هذا ؛ لأن عبد الواحد بن نافع قال : مررت بالمدينة فدخلت مسجدا فأقيمت الصلاة - يعنى العصر - وفى المسجد شيخ ، فلما صلى لام الذي أقام الصلاة ، وقال : ما علمت من ابن خديج [(١)] [أخبرني] [(٢)] أن رسول الله [ﷺ] [(٣)] كان يأمر [(٤)] بتأخير هذه الصلاة ، فسألت عن الشيخ ، قالوا : عبد الله بن رافع بن خديج [(٥)] .

١٨٨١ - قالوا : قال الدارقطني : روي عن رافع خلاف هذا . وهذا خطأ ، إنما روي عن رافع قال : صلينا مع النبي [(٦)] ﷺ العصر ، فنحر جزور ، فقسم سبعة أقسام وطبخ [(٧)] منه فنضج قبل غروب الشمس [(٨)] ، وهذا لا يخالف الأول ؛ لأنه [(٩)] حكاية فعل في يوم واحد ، فيجوز أن يكون التقديم فيه لعارض . ولأنا بينا أن نحر الجزور وطبخه إذا كان يختلف في العادة لم يدل على الوقت . ولأنها صلاة تلي غروب الشمس فكان فعلها فيما قرب من الغروب [(١٠)] أفضل ، كالمغرب ، ولأنها صلاة حولت عن وقتها لأجل النسك فكان فعلها في غير حال النسك فيما بعد غير موضع التحويل أفضل ، كالمغرب ، ولأنه لا يجوز التنفل بعدها ، فإذا أخرها جمع بين الفرض وكثرة النفل ؛ فكان أولى من أحدهما ، ولا يلزم تأخيرها إلى الاصفرار ؛ لأن التفضيل يقع بين وقتين جائزين لا كراهة فيهما .

١٨٨٢ - احتجوا : بحديث أنس أن رسول الله ﷺ كان يصلي العصر والشمس

---

(١) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق ، فمكانها بياض في سائر النسخ .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) . (٣) ساقطة من (ع) .

(٤) في (ص) : [يأمرنا] .

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن باب ذكر بيان المواقيت واختلاف الروايات في ذلك (٢٥١/١) .

(٦) في (ع) : [رسول الله] . (٧) في (ع) : [فطبخ] .

(٨) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب المظالم باب الشركة في الطعام والنهد والعروض (٧٤/٢) ومسلم في الصحيح في كتاب المساجد باب استحباب التبكير بالعصر (٢٥١/١) ، والدارقطني في السنن باب ذكر بيان المواقيت واختلاف الروايات في ذلك (٢٥٢/١) والطحاوي في المعاني باب صلاة العصر هل تعجل أو تؤخر (١٩٤/١) ، والحاكم في المستدرك باب فضيلة انتظار الصلاة (١٩٢/١) .

(٩) في (م) ، (ع) : [لأن] . (١٠) في (م) ، (ع) : [من المغرب] .

مرتفعة حية ، فيذهب الذاهب إلى العوالي فيأتيها والشمس مرتفعة [١] . قال الدارقطني : والعوالى من المدينة على ستة أميال [٢] .

١٨٨٣ – قلنا : ذكر أبو داود عن سعيد بن المسيب أن العوالي على ميلين أو ثلاثة [٣] ، وهذا المقدار يمكن أن يسار إذا صلى في وسط الوقت .

١٨٨٤ – واحتجوا : بحديث الجزور الذي قدمناه ، وقد بينا أن هذه الأفعال تختلف [٤] بحسب الفاعل ، فلا يرجع [٥] إليها في التقدير ، ولأن معناه قول وفعل [٦] ، والفعل لا يعارض القول .

١٨٨٥ – قالوا : روي أن عمر بن الخطاب كتب إلى عماله أن صلوا العصر والشمس بيضاء نقية قدر ما يسير [٧] الراكب ثلاثة فراسخ [٨] .

١٨٨٦ – والجواب : أنه روي أن مؤذن علي جاءه [٩] يؤذنه بالعصر وهو في مسجد الكوفة فقال : قد جاء هذا الكذا والكذا يعلمنا السنة! وأخر العصر ، حتى لما فرغنا [جثونا] [١٠] على الرُّكب ننتظر غروب الشمس ، والكوفة يومئذ أخصاص [١١] . وكان أصحاب علي وابن مسعود يؤخرون العصر [١٢] . وروى أبو حنيفة عن خالد

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح في مواقيت الصلاة وفضلها باب وقت العصر (١٠٥/١) ، ومسلم في الصحيح باب استحباب التبكير بالعصر (٢٥٠/١) ، وأبو داود في السنن في باب وقت صلاة العصر (١١٠/١) ، وعبد الرزاق في مصنفه في باب وقت العصر (٥٤٧/١) ، والدارقطني في السنن باب ذكر بيان المواقيت واختلاف الروايات في ذلك (٢٥٣/١) .

(٢) راجع سنن الدارقطني ذكر بيان المواقيت واختلاف الروايات في ذلك (٢٥٣/١) .

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٤٥٧/١) ، وأبو داود في السنن في باب وقت صلاة العصر (١١٠/١) .

(٤) في (م) : [يختلف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلا ترجيع] .

(٦) في (م) : [ولأن معنى قول] ، وفى (ع) : [ولأنه معنى قول] ، مكان : [ولان معناه قول وفعل] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بيضاء بهية وقد رتبنا سير] مكان المثبت .

(٨) رواه مالك في الموطأ باب وقوت الصلاة (١٩/١) ، وعبد الرزاق في مصنفه باب المواقيت (٥٣٦/١ ، ٥٣٧) ، والبيهقي في الكبرى في باب كراهية تأخير العصر (٤٤٥/١) ، والطحاوي في المعاني باب صلاة العصر هل تعجل أو تؤخر (١٩٣/١) .

(٩) في (ع) : [جاء] .

(١٠) مطموسة في (م) .

(١١) أخرجه الدارقطني في السنن في باب وقت صلاة العصر (٢٥١/١) ، والحاكم في المستدرك في فضيلة انتظار الصلاة بعد الصلاة (١٩٢/١) .

(١٢) راجعه في المعاني (١٩٤/١) ، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه : أن عليًا كان يؤخر العصر . عن إبراهيم قال : كان من قبلكم أشد تأخيرًا للعصر منكم (٣٦١/١ ، ٣٦٢) .

[الحذاء] (١) عن أبي قلابة (٢) قال : ما اجتمع أصحاب رسول الله [ﷺ] (٣) كاجتماعهم على تأخير العصر والتبكير بالمغرب والتنوير بالفجر . قال أبو قلابة ومحمد ابن الحنفية (٤) وسعيد بن المسيب (٥) : إنها سميت العصر لتعصر (٦) ، فيعارض هذا ما رووه عن عمر بن الخطاب .

١٨٨٧ - قالوا : تعجيل العصر يؤدي إلى كثرة الدعاء بعدها ، والدعاء بعد العصر يرجى [به] (٧) ما لا يرجى في غيره .

١٨٨٨ - قلنا : فضيلة صلاة النفل قبل العصر أفضل [وأكثر] (٨) فضيلة من الدعاء ، فكان اتساع وقت النفل أولى .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الخلد] هو : خالد بن مهران الحذاء أبو المنازل البصري مولى قريش ، وقيل : مولى بني مجاشع ، رأى أنس بن مالك ، وروى عن : أنس ، وابن سيرين ، وخالد بن أبي الصلت ، وسعيد بن أبي الحسن البصري ، وأبي المنازل سيار بن سلامة ، وغيرهم ، وروى عنه : إبراهيم بن طهمان ، وإسماعيل بن حكيم وغيرهما ، وثقه يحيى بن معين ، توفي سنة ١٤١هـ ، في خلافة أبي جعفر المنصور . (انظر : تهذيب الكمال ١٧٧/٨ ، شذرات الذهب ٢١٠/١) .

(٢) هو : عبد الله بن زيد بن عمرو بن نائل بن مالك الإمام شيخ الإسلام ، أبو قلابة الجرمي البصري ، حدث عن : ثابت الضحاك في الكتب كلها وعن أنس وأبي هريرة وزينب بنت أم سلمة ، وغيرهم ، حدث عنه : يحيى بن كثير ، وثابت البناني ، وقتادة ، وخالد الحذاء وغيرهم ، قال ابن سعد : كان ثقة كثير الحديث ، توفي في سنة ١٠٤هـ . (انظر : تهذيب الكمال ١٥٥/١٠ ، سير أعلام النبلاء ٣٨٩/٥) .

(٣) ساقطة من (ع) ، وفي (ن) : [عليه السلام] .

(٤) هو : محمد ابن علي بن أبي طالب القرشي الهاشمي أبو القاسم ، ويقال : أبو عبد الله المدني المعروف بابن الحنفية ، ولد في خلافة أبي بكر ، ودخل على عمر بن الخطاب ، وروى عن : عبد الله بن عباس ، وعثمان بن عفان ، وأبيه علي بن أبي طالب وغيرهم ، روى عنه : ابناه : إبراهيم والحسن ، وسالم بن أبي الجعد ، وغيرهم ، وهو تابعي ثقة ، كان رجلًا صالحًا روى له الجماعة ، توفي سنة ٧٣هـ أو سنة ٨٠هـ ، أو سنة ٨١هـ . (انظر : تهذيب الكمال ٤١٥/٢٦ ، سير أعلام النبلاء ١١٠/٤) .

(٥) هو : سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب ، القرشي المخزومي ، أبو محمد المدني ، سيد التابعين ، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر بن الخطاب ، رأى عمر بن الخطاب ، وسمع عثمان وعليًا وطائفة من الصحابة ، وروى عن : أبي بن كعب مرسلًا ، وبلال ، وسعد بن عبادة ، وغيرهم ، وروى عنه خلق كثير منهم : إدريس ابن صبيح ، وأسامة بن زيد الليثي ، وإسماعيل بن أمية وغيرهم ، قال عنه علي بن المديني : لا أعلم في التابعين أحدًا أوسع علمًا من ابن المسيب ، وقد تعرض للمحنة في أيام ابن الزبير فصبر ، توفي سنة أربع وتسعين . (انظر : تهذيب الكمال ٦٦/١١ ، سير أعلام النبلاء ٢١٥/٥) .

(٦) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار (١٩٤/١) ، والدارقطني في السنن في باب وقت صلاة العصر (٢٥٥/١) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣٦٢/١) .

(٧) مكرر في (ع) .

(٨) لفظ [أفضل] ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [أكثر] بدون العطف .

مسألة ٩٧

تأخير العشاء ما بينه وبيـن ثلث الليل أفضل

١٨٨٩ - قال أصحابنا : تأخير العشاء ما بينه وبين ثلث الليل أفضل (١) .

١٨٩٠ - وقال الشافعي في أحد قوليه : تعجيلها أفضل (٢) .

١٨٩١ - لنا : ما رواه أنس ﷺ قال : كان رسول اللَّه [ﷺ] (٣) يمسي بالعشاء ويقول : « احترسوا ولا تناموا » . وعن أبي المنهال قال : انطلق أبي وانطلقت معه ، فدخلنا على أبي برزة (٤) فقال له أبي : حدثنا كيف كان النبي ﷺ يصلي المكتوبة ، فقال : كان يستحب أن يؤخر العشاء التي تدعونها (٥) العتمة ، وكان يكره النوم قبلها والحديث بعدها (٦) .

١٨٩٢ - وفى حديث معاذ ﷺ لما بعثه رسول اللَّه [ﷺ] (٧) إلى اليمن فعلمه (٨) المواقيت ، فقال : « إذا كان الشتاء فأخر العشاء الأخيرة ، فإن الليل طويل ، وإذا كان الصيف فعجل العشاء ، فإن الليل قصير وإن الناس (٩) ينامون » (١٠) . وروى جابر بن

(١) انظر : المبسوط (١٤٧/١ ، ١٤٨) ، تحفة الفقهاء (١٠٣/١) ، بدائع الصنائع (١٢٦/١) .

(٢) قال الشافعي في القديم : تقديمها أفضل ، كغيرها ، وهو الأصح ، وقال في الجديد : تأخيرها أفضل . انظر المسألة في : الوسيط (٥٥١/٢) ، حلية العلماء (٢١/٢) ، المجموع (٥٥/٣ - ٥٨) . (وانظر : المدونة ٦١/١ ، المنتقى ١٥/١ ، المقدمات الممهدات ١٥٠/١ ، ١٥١ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٤٦ ، الإفصاح ١٠٧/١ ، المغني ٣٩٣/١ ، ٣٩٤) .

(٣) ساقطة من (ع) .

(٤) في كل النسخ : [أبي فروة] ، والمثبت هو الصواب هو : أبو برزة الأسلمي نضلة بن عبيد اللَّه صاحب النبي ﷺ ، روى عنه أحاديث ، وروى عنه : ابنه المغيرة ، وحفيدته منية بنت عبيد ، وأبو عثمان النهدي ، وأبو المنهال سيار وغيرهم ، قال ابن سعد : أسلم قديمًا ، وشهد فتح مكة ، توفي سنة ستين ، وقال الحاكم : توفي سنة أربع وستين . (انظر : أسد الغابة ٩٣/٢ ، تهذيب الكمال ٧٠٣١/١٩ ، الإصابة ٢١١٧ ، سير أعلام النبلاء ٢٣١/٤) .

(٥) في (ع) : [يدعونها] .

(٦) أخرجه البخاري في الصحيح في المواقيت باب ما يكره من السمر بعد العشاء (١١٢/١) ، ومسلم في صحيحه كتاب المساجد باب استحباب التبكير بالصبح في أول وقتها (٢٥٨/١ ، ٢٥٩) ، والنسائي كتاب المواقيت في كراهية النوم بعد صلاة المغرب (٢٦٢/١) ، وابن ماجه في كتاب الصلاة في باب النهي عن النوم قبل صلاة العشاء وعن الحديث بعدها (٢٢٩/١) ، وأحمد في المسند (٤٢٠/٤ ، ٤٢١ ، ٤٢٣ ، ٤٢٤) ، وابن خزيمة في صحيحه باب كراهية النوم قبل صلاة العشاء والحديث بعدها (١٧٨/١) .

(٧) ساقطة من (ع) .

(٨) في (ص) ، (ن) : [علمه] .

(٩) في (ص) ، (م) : [وإن الناس] .

(١٠) الحديث في حلية الأولياء (٢٤٩/٨) ، وفي التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي (٢٨٩/١) ، =

سمرة قال : كان رسول الله ﷺ يؤخر العشاء الآخرة [١] . ذكر هذه الأخبار كلها ابن شجاع في سنن الصلاة .

١٨٩٣ - وروى ابن عمر قال : مكثنا ذات ليلة ننتظر النبي ﷺ لصلاة العشاء الأخيرة ، فخرج إلينا حين [٢] ذهب ثلث الليل أو بعده ، فقال حين خرج : « إنكم لتنتظرون صلاة ما ينتظرها أهل دين غيركم ، ولولا أن أثقل على أمتي لصليت بهم هذه [الساعة] » [٣] .

١٨٩٤ - ولا يقال : إن الشرع [يؤخذ] [٤] من قوله وفعله ، وهاهنا لم يفعل وإنما أضمره فلا يكون شرعًا ؛ وذلك لأنه أخبر [٥] أنه ترك التأخير لنفى المشقة ، وهذا لا ينفي الفضيلة وتحمل [٦] المشقة ؛ لقوله ﷺ : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة » [٧] . ولأنها صلاة تقصر [٨] في السفر ، فجاز أن تتعلق [٩] الفضيلة بتأخيرها ، كالظهر في الصيف .

١٨٩٥ - احتجوا : بما روي : أن النبي ﷺ كان يصلي العشاء لسقوط القمر ثالثة [١٠] . وهذا لا دلالة فيه ؛ لأنا بينا أنه كان يؤخر ، فيجوز أن يكون التعجيل في

= وفي مسند الفردوس (٣٧٤/٥) .

(١) أخرجه مسلم في الصحيح كتاب المساجد في آخر باب وقت العشاء وتأخيرها (٢٥٧/١) ، وابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب الصلاة في العشاء الآخرة تعجل أو تؤخر (٣٦٤/١) .

(٢) في (م) : [حتى] .

(٣) الزيادة من كتب الحديث وزاد فيه : [ثم أمر المؤذن فأقام الصلاة وصلى ...] الحديث ورواه البخاري في الصحيح مختصرًا باب النوم قبل العشاء لمن غلب (١٠٨/١) ، ومسلم كتاب المساجد في آخر باب وقت العشاء وتأخيرها (٢٥٥/١) ، وأبو داود في السنن في باب وقت العشاء الآخرة (١١٣/١) ، والنسائي في المواقيت في آخر وقت العشاء (٢٦٧/١ ، ٢٦٨) ، والطحاوي في المعاني في باب مواقيت الصلاة (١٥٧/١) ، وعبد الرزاق في مصنفه باب وقت العشاء الآخرة (٥٥٧/١ ، ٥٥٨) .

(٤) ساقط من (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [أنه لما أخبر] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ويحتمل] .

(٧) أخرجه مسلم في الصحيح في كتاب الطهارة باب السواك (١٢٤/١) ، والترمذي في السنن في أبواب الطهارة باب ما جاء في السواك (٣٤/١) ، ورواه النسائي في السنن في المواقيت في آخر ما يستحب من تأخير العشاء (٢٦٦/١ ، ٢٦٧) .

(٨) في (م) : [يقصر] .

(٩) في (م) : [يتعلق] .

(١٠) رواه أبو داود في باب وقت العشاء الآخرة (١١٣/١) ، والترمذي باب ما جاء في وقت صلاة العشاء الآخرة (٣٠٦/١) والنسائي في المواقيت في الشفق (٢٤٦/١ ، ٢٦٥) والدارقطني في كتاب الصلاة باب في صفة صلاة العشاء الآخرة (٢٦٩/١ ، ٢٧٠) والبيهقي في الكبرى في باب دخول وقت العشاء في =

الصيف ، كما ذكر في خبر معاذ .

١٨٩٦ - وقد روي أن جابرا سئل عن المواقيت ، فذكر العشاء وكان النبي ﷺ يعجلها أحيانًا ويؤخرها أحيانًا [١] .

* * *

= غيبوبة الشفق (٣٧٣/١ ، ٤٤٨ ، ٤٤٩) .

(١) رواه ابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الصلاة في العشاء الآخرة تعجل أو تؤخر (٣٦٤/١) .

مسألة ٩٨

صلاة الوسطى الظهر

١٨٩٧ - قال أصحابنا : صلاة الوسطى الظهر [١] .

١٨٩٨ - وقال الشافعي : الفجر [٢] .

١٨٩٩ - لنا : ما روى زيد بن ثابت [٣] قال : كان النبي [٤] ﷺ يصلي الظهر بالهاجرة ، [فكان يصلي معه صف أو صفان] [٥] ، و [رسول الله] [٦] لم يكن يصلي صلاة أشق على أصحابه منها ، فنزلت : ﴿ حَـٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلْوُسْطَىٰ ﴾ [٧] ، فكثر الناس . فهذا [٨] يدل أنهم فهموا من الظاهر الظهر .

١٩٠٠ - ويدل عليه : ما روي أن النبي ﷺ أخر يوم الخندق الظهر والعصر والمغرب ، ثم [قال] : [٩] « شغلونا عن صلاة الوسطى » [١٠] ، فدل على أن الوسطى

---

(١) ساقط من (م) .

(٢) انظر : حلية العلماء (٢٢/٢) ، المجموع (٦٠/٣ - ٦٢) .
(وانظر : الكافي لابن عبد البر ١٩٢/١ ، المقدمات الممهدات ١٤٠/١ ، ١٤١ ، الإفصاح ١٠٧/١ ، المغني لابن قدامة ٣٧٨/١ - ٣٨١ ، راجع اختلاف العلماء في تعيين الصلاة الوسطى في : أحكام القرآن للجصاص ٤٤٢/١ ، ٤٤٣ ، أحكام القرآن لابن العربي ٢٢٤/١ - ٢٢٦ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي الآية (٢٣٨) من سورة البقرة ٢٠٩/٣ - ٢١٣) .

(٣) هو : زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد بن لوذان بن عمرو ، الإمام الكبير شيخ المقرئين ، مفتي المدينة الخزرجي ، البخاري الأنصاري ، كاتب الوحي ﷺ ، حدث عن النبي ﷺ وعن صاحبيه ، وقرأ عليه القرآن كله أو بعضه ، ومناقبه جمة . حدث عنه : أبو هريرة ، وابن عباس ، وابن عمر وغيرهم ، وهو الذي تولى قسمة الغنائم يوم اليرموك ، توفي ﷺ سنة ٤٥ هـ . (انظر : أسد الغابة ٢٢١/١ ، الإصابة ٦٥١/١ ، سير أعلام النبلاء ٧٣/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [رسول الله] .

(٥) في (م) : [أو صفين] ، وفي (ع) : [وصفان] . ولم نعثر على حديث زيد بن ثابت بهذه الزيادة ، لعل المصنف جمع لفظ روايتين في رواية واحد .

(٦) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) أخرجه أبو داود ، في السنن ، وقت صلاة العصر (١١١/١) ، والطحاوي في المعاني باب الصلاة الوسطى أي الصلوات (١٦٧/١) ، والبيهقي في الكبرى ، باب صلاة الوسطى وقول من قال هي الظهر (٤٥٨/١) .

(٨) في (م) ، (ع) : [بهذا] .

(٩) ساقط من (م) .

(١٠) أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب المغازي ، باب غزوة الخندق (٣٣/٣) ، وابن ماجه في باب المحافظة على صلاة العصر (٢٢٤/١) ، وأحمد في المسند (١٢٢/١) ، وعبد الرزاق في مصنفه ، في باب =

غير الفجر . ولأنها تقع (١) في وسط النهار ، فتوصف بالوسطى لمعنى لا يتغير ، وما سواها يجوز [أن] (٢) يوصف بالوسطى لمعنى كان يجوز أن يتغير ؛ ألا ترى أن عدد الصلوات إذا تغير خرجت الفجر أن تكون (٣) من الوسطى ؟

١٩٠١ – [احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ حَٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلْوُسْطَىٰ وَقُومُواْ لِلَّهِ قَٰنِتِينَ ﴾] (٤) ، قالوا : والقنوت في الصبح ، فثبت أنها وسطى .

١٩٠٢ – والجواب : أن القنوت المذكور في الآية المراد به السكوت عن الكلام : روى زيد (٥) بن أرقم (٦) قال : كنا نتكلم في الصلاة حتى نزلت ﴿ وَقُومُواْ لِلَّهِ قَٰنِتِينَ ﴾ ، فأمرنا بالسكوت (٧) .

١٩٠٣ – قالوا : روي عن ابن عباس أنه قنت (٨) في الفجر وقال : هذه الصلاة التي أمرنا اللّٰه تعالى أن نكون فيها قانتين (٩) .

١٩٠٤ – قلنا : هذا قول ابن عباس ، وقد خالفه غيره من الصحابة : فقالت عائشة وزيد بن ثابت : الظهر ، وقال علي وأبو هريرة : العصر (١٠) ، فلم يكن الرجوع إلى قول بعضهم أولى من الرجوع إلى قول الباقين .

= صلاة الوسطى (١/٥٥٦) .

(١) في (م) : [يقع] .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في غير (ص) : [يكون] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) . سورة البقرة : الآية ٢٣٨ .

(٥) في (م) : [زين] ، وهو تصحيف .

(٦) هو : زيد بن أرقم بن قيس بن النعمان بن الحارث الخزرجي ، أبو عمرو – ويقال : أبو عامر – الأنصاري نزيل الكوفة ، من مشاهير الصحابة ، شهد غزوة مؤتة ، وله عدة أحاديث ، حدث عنه عبد الرحمن بن أبي ليلى وأبو عمرو الشيباني ، وطاووس وغيرهم ، توفي سنة ٦٦هـ . (انظر : الإصابة ٢٨٦٧ ، أسد الغابة ٢/٢١٩ ، تهذيب الكمال ٢٠٦٩) .

(٧) رواه مسلم في الصحيح ، في كتاب المساجد ، باب تحريم الكلام في الصلاة ونسخ ما كان من إباحة (١/٢١٩) ، والترمذي في باب ما جاء في نسخ الكلام في الصلاة (٢/٢٥٦) ، والطحاوي في المعاني (١/١٧٠) ، وأبو داود بألفاظ متقاربة ، في باب النهي عن الكلام في الصلاة (١/٢٤٠) .

(٨) في (م) ، (ع) : [عن ابن عباس وقد خالفه من الصحابة] .

(٩) رواه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الصلاة ، باب من قال هي الصبح (١/٤٦١) .

(١٠) أخرجه عبد الرزاق في المصنف في باب صلاة الوسطى (١/٥٧٧ ، ٥٧٨) ، الحديث (٢٢٠٠ ، ٢١٩٧ ، ٢١٩٨) ، وحديث علي وأبي هريرة في نفس المصدر (٢١٩٥ ، ٢١٩٧) . وروى حديث زيد ابن ثابت مالك في الموطأ في الصلاة الوسطى (١/١٢١) ، وروى الترمذي في السنن ، باب ما جاء في صلاة الوسطى أنها العصر وقيل : إنها الظهر (١/٣٤٠ ، ٣٤١) .

١٩٠٥ - قالوا : قوله : ﴿حَٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ﴾ قد انتظم الوسطى وإنما أفردها لفائدة ، وهي أن الفجر ينامون قبلها ، فأخبر أن الواجب المحافظة عليها وترك النوم .

١٩٠٦ - قلنا : هذه الفائدة مثلها نقول في الظهر ؛ لأنها تقع في الهاجرة [1] فكان يشق فعلها ، فأمر بالمحافظة عليها وتحمل المشقة ، فإذا تساوينا في الفائدة سقط ما ذكروه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لأنها يقع الهاجرة] .

مسألة ٩٩

إذا طلعت الشمس في صلاة الصبح بطلت

١٩٠٧ - قال أصحابنا : إذا طلعت الشمس في صلاة الصبح بطلت [١] .

١٩٠٨ - وقال الشافعي : يبني عليها [٢] .

١٩٠٩ - لنا : ما روي في حديث عقبة بن عامر قال : نهى رسول اللّٰه ﷺ أن نصلي في ثلاث ساعات أو نقبر [٣] فيهن موتانا : عند طلوع الشمس ، وعند قيامها ، وعند غروبها [٤] . وهذا عام في الابتداء ، والنهي يفيد الفساد / . وكذلك [٥] ما روي أن النبي ﷺ قال : « لا يتحرى أحدكم فيصلي عند طلوع الشمس ولا عند غروبها » [٦] . ولأنها عبادة يدخل وقتها بطلوع الفجر ، فجاز أن يكون خروج وقتها كإفسادها ، أصله : الصوم .

٢/أ

---

(١) انظر : المبسوط (١٥٢/١ ، ١٥٣) ، بدائع الصنائع (١٢٧/١) .

(٢) قال الشافعية : لا تبطل الصلاة بخروج الوقت ، سواء صلى ركعة أو أقل أو أكثر ، ولكن هل تكون أداء أم قضاء ، فيه ثلاثة أوجه . قال النووي : قال البندنيجي : أصحها باتفاقهم وهو المنصوص في الجديد والقديم : أن الجميع أداء . الثاني : الجميع قضاء ، حكاه الخراسانيون . والثالث : ما في الوقت أداء وما بعده قضاء ، وهو قول أبي إسحاق المروزي ، حكاه عنه القاضي أبو الطيب وآخرون . (انظر : الوسيط ٥٥٠/٢ ، حلية العلماء ١٨/٢ ، المجموع ٤٧/٣ ، ٦٢ ، ٦٣ . وانظر : المنتقى ٢٠/١ ، بداية المجتهد ١٠٦/١ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٤٨ ، المغني ٣٧٧/١ ، ٣٧٨ ، ٣٨٥ ، ٢٨٦) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أو يقبر] .

(٤) أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب المساجد في آخر باب الأوقات التي نهي عن الصلاة فيها (٣٣٠/١) ، وأبو داود في كتاب الجنائز ، باب الدفن عند طلوع الشمس وعند غروبها (٢٠٣/٢ ، ٢٠٤) ، والترمذي في كتاب الجنائز ، باب ما جاء في كراهية الصلاة على الجنازة عند طلوع الشمس وعند غروبها (٣٣٩/٣ ، ٣٤٠) ، والنسائي في كتاب المواقيت باب في الساعات التي نهي عن الصلاة فيها ، وفي كتاب الجنائز ، في الساعات التي نهي عن إقبار الموتى فيهن (٢٧٥/١ ، ٢٧٦ ، ٨٢/٤) ، وابن ماجه في كتاب الجنائز ، باب ما جاء في الأوقات التي لا يصلى فيها على الميت ولا يدفن (٤٨٦/١ ، ٤٨٧) ، والطحاوي في المعاني ، في باب مواقيت الصلاة (١٥١/١) .

(٥) في (ص) : [ولذلك] .

(٦) ورواه البخاري في كتاب مواقيت الصلاة ، باب لا يتحرى الصلاة قبل غروب الشمس (١١٠/١) ، ومسلم (٣٣٠/١) ، والنسائي في كتاب المواقيت ، باب النهي عن الصلاة عند طلوع الشمس (٢٧٧/١) ، والشافعي في مسنده ، الباب الأول في مواقيت الصلاة (٥٥/١) ، والطحاوي (١٥٢/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الصلاة ، باب النهي عن الصلاة عند طلوع الشمس وعند غروبها (٤٥٣/٢) .

١٩١٠ - ولا يلزم الطواف ؛ لأنه يتصور إفساده ، وكذلك الرمي . ولا يلزم الأضحية ؛ لأن خروج وقتها كإفسادها ؛ ألا ترى أنها لا تفعل (١) بعد مضي الوقت كما لا يسقط الفرض بها إذا أفسدها بالإخلال (٢) بشرائط الذبح . ولأن الصلاة عبادة يؤثر فيها الحدث (٣) فجاز أن يبطل بخروج الوقت ، أصله : الطهارة . ولأن الصلاة على ضربين : [صلاة] (٤) شرطها الجماعة ، وصلاة لا تشرط (٥) فيها الجماعة ، فإذا أثر خروج الوقت في أحد (٦) النوعين جاز أن يؤثر في الآخر . وهذه المسألة مبنية على أن الصلاة لا تجوز (٧) عند الطلوع بكل حال ، وما نافى الابتداء (٨) منع البقاء .

١٩١١ - احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يقطع الصلاة شيء » (٩) .

١٩١٢ - والجواب : أن هذا الخبر لا يمكن حمله على ظاهره ، فوجب أن يقصر على سببه ، وهو المار بين يدي المصلي .

١٩١٣ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « من أدرك ركعة من الصبح فقد أدرك الصبح » (١٠) .

١٩١٤ - قلنا : هذا متروك الظاهر بالاتفاق ؛ لعلمنا أن المدرك للركعة مدرك لبعض الصبح وباقيها يقع قضاء ، وإذا عدل عن الظاهر كان معناه عندنا : من أدرك مقدار ركعة فقد أدركها ، معناه : وجب عليه ، وهذا الظاهر ؛ لأن الإدراك يكون في الوقت . وما روي (١١) في هذا الخبر أنه قال : « أضاف إليها أخرى » فيجوز أن يكون تأويل الراوي ؛ لأنه ليس بمشهور في الخبر . وقد قيل : إن أصل هذا الخبر موقوف على (١٢) أبي هريرة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أنه لا يفعل] .

(٢) في (م) : [بالإحلال] بالحاء المهملة .

(٣) في (م) ، (ع) : [الحديث] .

(٤) ساقطة من (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يشرط] .

(٦) في (م) : [إحدى] .

(٧) في (م) : [لا يجوز] .

(٨) في (م) ، (ع) : [وما نافى الابتداء الأحوال] .

(٩) رواه أبو داود في كتاب الجنائز ، باب الدفن عند طلوع الشمس وعند غروبها (١٨٤/١) ، والدارقطني (٣٦٧/١ ، ٣٦٨) ، والبيهقي في الكبرى في باب مواقيت الصلاة (٢٧٨/٢) .

(١٠) أخرجه البخاري في كتاب الصلاة باب من أدرك من الفجر ركعة (١٠٩/١ ، ١١٠) ، ومسلم في صحيحه كتاب المساجد باب من أدرك ركعة فقد أدرك تلك الصلاة (٢٤٤/١) ، والترمذي في سننه في باب ما جاء فيمن أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس (٣٥٣/١) والطحاوي في معاني الآثار (١٥٠/١) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الصلاة باب إدراك صلاة الصبح بإدراك ركعة منها (٣٧٨/١) .

(١١) في (ع) : [وما ورد] .

(١٢) في (م) : [عن] .

١٩١٥ - قالوا : صلاة صحت في وقت فوجب أن لا تبطل [١] بخروج الوقت ، أصله : إذا غربت الشمس في العصر .

١٩١٦ - قلنا : لا تبطل [٢] بخروج الوقت عندنا ، وإنما تبطل [٣] بطلوع الشمس الذي لا يجوز الابتداء معه ، فإن أرادوا أن خروج الوقت سبب انتقضت علتهم بالماسح على الخفين إذا ذهب الوقت في خلال الصلاة : إن صلاته تبطل [٤] وخروج الوقت سبب في بطلانها . ولأن الشمس إذا غربت جاز ابتداء الصلاة ، فلم يمنع البقاء، وإذا طلعت لا يجوز الابتداء ، فلا يجوز البقاء .

١٩١٧ - قالوا : اعتراض الوقت الذى يكره فيه التنفل لا يمنع فعل الصلاة ، كغروب الشمس .

١٩١٨ - قلنا : ليس المانع عندنا اعتراض وقت يمنع التنفل [٥] فيه ، وإنما يمنع الصلاة فيه، ثم المعنى في الغروب ما ذكرناه .

* * *

---

(١) في (م) : [لا يبطل] .
(٢) في (م) : [لا يبطل] .
(٣) في (م) : [لا يبطل] .
(٤) في (م) : [لا يبطل] .
(٥) في (ص) ، (م) : [النفل] .

مسألة ١٠٠

إذا أدى صلاة إلى جهة باجتهاده ثم تبين له الخطأ لم يقض

١٩١٩ - قال أصحابنا : إذا أدى صلاة إلى جهة باجتهاده ثم تبين له الخطأ ، لم يقض (١) .

١٩٢٠ - وقال الشافعي : يقضي (٢) . وأما إذا كان ذلك بمكة ، فقد ذكر ابن رستم(٣) عن محمد أنه : لا يقضي ، وكان أبو بكر الرازي (٤) يقول : يقضي . واختلف أصحابنا في فرض المصلي إذا بعد عن الكعبة ، فقال أبو الحسن وأبو بكر : فرضه الجهة ، واختار شيخنا أبو عبد الله (٥) أن الفرض عين الكعبة في الحالتين .

١٩٢١ - والدليل على ما قلناه : ما روى عامر بن ربيعة قال : كنا مع رسول الله ﷺ في ليلة سوداء مظلمة ، فلم نعرف القبلة ، فجعل كل رجل يصلي بين يديه أحجار ، فلما أصبحنا إذا نحن على غير القبلة ، فذكرنا ذلك لرسول الله ﷺ ، فأنزل الله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ ٱلْمَشْرِقُ وَٱلْمَغْرِبُ فَأَيْنَمَا تُوَلُّواْ فَثَمَّ وَجْهُ ٱللَّهِ ﴾ (٦) . وروى قيس بن طلق

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٦ ، بدائع الصنائع (١١٧/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية (٢٧١/١ - ٢٧٣) ، الاختيار (٤٧/١) ، مجمع الأنهر (٨٤/١) .

(٢) قال الشافعي في الأم وفي مختصر المزني : لم يجزه إلا أن يعيد الصلاة . وحكى عنه أصحابه : في القديم : لا يلزمه الإعادة . والمذهب الأول . (انظر : الأم ٩٣/١ ، مختصر المزني ص١٣ ، الوسيط ٥٨٦/٢ ، حلية العلماء ٦٣/٢ ، المجموع مع المهذب ٢٢٢/٣ - ٢٢٦) . (وانظر : المدونة ٩٢/١ ، المنتقى ٣٣٩/١ ، الكافي لابن عبد البر ١٩٨/١ ، ١٩٩ ، بداية المجتهد ١١٤/١ ، ١١٥ ، المغني ٤٤٩/١ ، ٤٥٠ ، العدة ص ٧٠) .

(٣) هو : إبراهيم بن رستم ، أبو بكر المروزي ، أحد أعلام الحنفية ، تفقه على محمد بن الحسن ، وسمع الحديث من مالك ، والثوري ، وشعبة ، وحماد بن سلمة ، وإسماعيل بن عياش ، وبقية بن الوليد ، وغيرهم ، وروى عنه : أحمد بن حنبل وزهير بن حرب ، وثقه يحيى بن معين . مات رحمه الله يوم الأربعاء من شهر جمادى الآخر ، سنة إحدى عشرة ومائتين بنيسابور . (انظر تاريخ بغداد ٧٢/٦ - ٧٤ ، الجواهر المضية ٨٠/١ ، الفوائد البهية ص ٩ ، ١٠) .

(٤) هو أحمد بن علي ، أبو بكر الرازي الجصاص ، المتوفى سنة ٣٧٠هـ . (انظر ترجمته في الجواهر المضية ٢٢٠/١ - ٢٢٤ ، الفوائد البهية ص ٢٧ ، ٢٨) .

(٥) راجع ترجمته في مسألة ٧٩ .

(٦) سورة البقرة : الآية ١١٥ . والحديث أخرجه الترمذي بألفاظ متقاربة في السنن باب ما جاء في الرجل يصلي لغير القبلة في الغيم (١٧٦/٢) ، وابن ماجه في باب من يصلي لغير القبلة وهو يعلم (٣٢٦/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب استبيان الخطأ بعد الاجتهاد (١١/٢) .

عن أبيه أن قوما خرجوا في سفر فصلوا فتاهوا (١) عن القبلة ، فلما فرغوا تبينوا ذلك ، فذكروه لرسول الله [ﷺ] (٢) فقال (٣) : « تمت صلاتكم » .

١٩٢٢ - وروى جابر قال : بعث رسول الله ﷺ سرية كنت فيها ، فأصابتنا ظلمة فلم نعرف القبلة ، فقال طائفة منا : قد عرفنا القبلة هاهنا قبل الشمال - فصلوا ، وقالت طائفة : قد عرفنا القبلة هاهنا قبل الجنوب - فصلوا ، فلما أصبحنا وجدنا القبلة على غير ذلك ، فذكرنا ذلك رسول الله ﷺ ، فنزلت الآية (٤) ، فهذا يدل على أن الآية نزلت في حال الاجتهاد ، ولم يأمر النبي ﷺ بالقضاء ، وقال في بعض الأخبار : « تمت صلاتكم » (٥) .

١٩٢٣ - ولا يقال : روى ابن عمر ﷺ : أن النبي ﷺ . صلى على راحلته حين هاجر تطوعًا ، فنزلت هذه الآية (٦) . وروي أن اليهود تكلموا في شأن القبلة حين حولت ، فنزلت هذه الآية (٧) ، وهذا يوجب تعارض الأسباب ، وكذلك (٨) أنه لا يمتنع (٩) اتفاق هذه الأسباب ونزول الآية على جميعها ؛ لأنها لا تتنافى .

١٩٢٤ - قالوا : روي عن قتادة أن الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ وَحَيْثُ مَا كُنتُمْ فَوَلُّوا۟ وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُۥ ﴾ (١٠) .

١٩٢٥ - قلنا : النسخ لا يثبت بقول الواحد ، ولأن قوله : ﴿ فَوَلُّوا۟ وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُۥ ﴾ يتناول القادر على التوجه ، ولا يتناول (١١) من لا يعلم ، فكيف ينسخ به ولم يتضمنه .

١٩٢٦ - قالوا : حمل الآية على التطوع أولى ؛ لأن ظاهرها يقتضي التخيير في جميع الجهات ، وذلك لا يكون إلا في التطوع .

١٩٢٧ - قلنا : قد نقلنا نزولها في حال الاجتهاد ، فكأنه قال : ﴿ وَلِلَّهِ ٱلْمَشْرِقُ

---

(١) في (م) ، (ع) : [فساهوا] .
(٢) الزيادة من (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [قال] .
(٤) رواه الدارقطني في السنن (٢٧١/١) ، والبيهقي في باب استبيان الخطأ بعد الاجتهاد (١١/٢ ، ١٢) .
(٥) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٧١/١) ، والبيهقي في باب اختلاف القبلة عند التحري (١٠/٢) والحاكم في المستدرك كتاب الصلاة ما بين المشرق والمغرب قبلة (٢٠٦/١) .
(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى في باب الرخصة في ترك استقبالها في السفر إذا تطوع راكبًا أو ماشيًا (٤/٢ ، ١٢) .
(٧) أخرجه البيهقي من حديث ابن عباس بطوله في الكبرى باب استبيان الخطأ بعد الاجتهاد (١٢/٢ ، ١٣) .
(٨) في (ع) : [ولذلك] .
(٩) في (ع) : [لا يمنع] مكان المثبت .
(١٠) رواه البيهقي في السنن باب استبيان الخطأ بعد الاجتهاد (١٢/٢ ، ١٣) .
(١١) في (م) ، (ع) : [لا يتناول] بدون العطف .

﴿ وَٱلْمَغْرِبُ فَأَيْنَمَا تُوَلُّوا۟ ﴾ حال الاجتهاد ، ﴿ فَثَمَّ وَجْهُ ٱللَّهِ ﴾ يعني : فأينما تولوا مما غلب على اجتهادكم أنه قبلة .

١٩٢٨ - قالوا : يجوز أن يكون القوم صلوا بالليل تطوعا .

١٩٢٩ - قلنا : لم يستفصل النبي ﷺ ، ولو كان الحكم يختلف لبين . ولا يقال : إنه يحتمل أن يكون انحرفوا عن يمين القبلة وعن يسارها ؛ لأنا روينا أن بعضهم صلى إلى الجنوب وبعضهم إلى الشمال ، وهذا تضاد (١) .

١٩٣٠ - ويدل عليه : حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « ما بين المشرق والمغرب قبلة » (٢) ، وهذا عام . ولأنها جهة تجوز (٣) الصلاة إليها مع العلم ، فجاز مع الاجتهاد ، كجهة (٤) القبلة . ولأن الاشتباه عذر ، وكل جهة جاز الصلاة إليها حال العذر لم يلزم القضاء عند زواله ، كحال الخوف ، ولا يلزم إذا كان بمكة ؛ لأنا نقول (٥) : لا يقضي على رواية ابن رستم .

١٩٣١ - ولا معنى لقولهم : إن حكم العالم بالفعل مع العذر مخالف لحكم من فعله وهو غير عالم ؛ بدلالة أنه يجوز الجمع بين الصلاتين فيترك الوقت مع العذر والعلم ، ولا يجوز أن يتركه مع الاجتهاد ، وتصلي المستحاضة للعذر مع الحدث [ولا يجوز صلاتها للاجتهاد مع الحدث] (٦) ؛ وذلك لأن التارك للوقت مع الاجتهاد غير معذور فيه ؛ لأن فرض الوقت لم يبن (٧) على الاجتهاد ، وكذلك المصلي مع الحدث ، فاختلف المعذور وغير المعذور ، وأمر القبلة مبني على الاجتهاد ، والاشتباه عذر كما أن الخوف عذر .

١٩٣٢ - ولأنها عبادة ذات أركان فجازت مع الخطأ في بعض شرائطها حال الاجتهاد ، أصله : إذا أخطأ الناس في الوقوف فوقفوا يوم النحر .

١٩٣٣ - قالوا : هذا دلالة لنا ؛ لأن الخطأ في المكان لا يعتد به ، كما لو وقفوا في غير مكان الوقوف ، وفي مسألتنا الخطأ في المكان فلذلك لم يعتد به .

---

(١) في (ع) : [يضاد] .

(٢) أخرجه الترمذي في باب ما جاء أن ما بين المشرق والمغرب قبلة (١٧١/٢ ، ١٧٣) ، والحاكم في المستدرك (٢٠٥/١ ، ٢٠٦) ، والدارقطني (٢٧٠/١ ، ٢٧١) ، والبيهقي في باب من طلب باجتهاده جهة الكعبة (٩/٢) .

(٣) في (م) : [يجوز] .

(٤) في (ن) : [لجهة] .

(٥) في (ص) ، (م) : [لأنا لا نقول] .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [لم يبين] .

١٩٣٤ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن المكان بني على الاجتهاد في مسألتنا فصار كالزمان هناك ، والمكان هناك بنى على اليقين فصار كالوقت في مسألتنا ، فالواجب اعتبار معنى المسألتين دون صورتهما . ولأن فرض التوجه بني على الاجتهاد ؛ بدلالة أن من غاب عن الكعبة لا يتوصل إلى فرضه يقينا وإنما فعله باجتهاد ، فإذا أخطأ فقد انتقل من اجتهاد إلى اجتهاد فلا ينسخ [١] الأول ، كالحاكم إذا حكم باجتهاد ثم بان له اجتهاد آخر ، ولا يلزم إذا كان بمكة ؛ لأنا نقول : يعيد [٢] ، على ما قاله أبو بكر ؛ لأنه انتقل من اجتهاد إلى يقين .

١٩٣٥ - ولا يقال : لأن الخطأ يعد [٣] على وجه قد يؤمن [٤] مثله في القضاء ؛ ألا ترى أنه متى رأى هلال ذي الحجة أمكنه أن يقف بيقين ؟ وهذا معنى مجوز [٥] ومع ذلك لا يلزمه القضاء . ثم المعنى في الثوب أن المقصود منه ليس هو الاجتهاد ، وإنما المعتبر استعمال الثوب الطاهر ؛ ألا ترى أنه لو صلى فيه من غير تحر [٦] جازت صلاته ؟ والمقصود في القبلة الاجتهاد دون إصابة عينها ؛ ألا ترى أنه لو صلى إليها من غير اجتهاد لم تجز [٧] صلاته ، فإذا فعل الاجتهاد فقد حصل المقصود فلم تجب [٨] الإعادة ؟ على أن قولهم في الصلاة يأمن مثله في القضاء غير مسلم ؛ لأن القضاء [٩] ليس هو [على] [١٠] الفور ؛ فيجب أن يسافر ثم يقضي في السفر فيتفق له الغلط .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلا يتفسخ] .
(٢) في (ع) : [بعيد] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يعبر] .
(٤) في غير (ص) : [يومر] .
(٥) في (ص) : [محوز] ، وفي (ع) : [محور] .
(٦) في (م) ، (ع) : [تحرى] .
(٧) في (ع) : [لم يجز] .
(٨) في (م) : [فلم يجب] .
(٩) في (م) : [لأن في القضاء] .
(١٠) ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ١٠١

إذا تمت مدة البلوغ للصبي في خلال صلاته لم تجز عن فرضه

١٩٣٦ - قال أصحابنا : إذا تمت مدة البلوغ للصبي في خلال صلاته لم تجز (١) عن فرضه (٢) .

١٩٣٧ - وقال الشافعي : تجزيه (٣) ، وكذلك إن بلغ بعدها في الوقت (٤) .

١٩٣٨ - لنا : أنها عبادة تفتقر (٥) إلى النية ، فإذا تمت قبل بلوغ لم يسقط بها الفرض بعده ، كالصوم . ولأنه افتتحها مع وجود معنى يمنع التكليف ، فلم يجز أن يسقط بها الفرض ، كالمجنون إذا افتتحها (٦) .

١٩٣٩ - ولا يقال : إن المجنون غير مأمور بها ؛ [لأن الصبي عندنا غير مأمور بها] (٧) أيضًا من جهة اللّٰه تعالى ، وإنما هو مأمور من جهة وليّه ، وأمره غير مؤثر ، ولأن ما فعله الصبي نافلة ؛ بدلالة أنه ليس من أهل الفرض ، والنافلة لا يسقط بها الفرض ، كالبالغ إذا تنفل . ولا معنى لقولهم : إنّ فعل الصبي أزيد من النفل ؛ لأنه يضرب على تركه ؛ لأنه لا يتصور في القسمة إلا واجب أو نفل ، فأما ما بينهما فلا يصح التزايد في النفل . ولا يلزم على هذا ما يفعله البالغ في أول الوقت ؛ لأنه ليس بنفل ، وإنما هو

---

(١) في (م) ، (ن) : [لم يجز] .

(٢) انظر : فتح القدير (٤٩٧/١) ، ملتقى الأبحر في هامش مجمع الأنهر (١٤٧/١) ، ومختصر الطحاوي ص (٢٤) . رد المحتار وبهامشه الدر المختار (٥١٦/١ ، ٥٧١) .

(٣) في (م) ، (ن) : [يجزيه] .

(٤) قال المزني في مختصره قال الشافعي : ولو دخل غلام في صلاة فلم يكملها ، أو صوم يوم فلم يكمله حتى استكمل خمس عشرة سنة ، أحببت أن يتم ويعيد .
وقال النووي في شرح المهذب : إذا بلغ الصبي في أثناء الصلاة بالسن ففيه ثلاثة أوجه : الصحيح الذي عليه الجمهور ، وهو ظاهر النص : أنه يلزمه إتمام الصلاة ويستحب إعادتها ولا يجب . والثاني : يستحب الإتمام وتجب الإعادة . والثالث قاله الإصطخري : إن بقي من الوقت ما يسع تلك الصلاة وجبت الإعادة ، وإلا فلا . ثم قال : مذهبنا المشهور المنصوص أن الصبي إذا بلغ في أثناء الوقت وقد صلى لا يلزمه الإعادة .
انظر : مختصر المزني - باب استقبال القبلة ولا فرض إلا الخمس - ص ١٤ ، الوسيط في وقت أرباب الأعذار (٥٥٥/٢) ، حلية العلماء - كتاب الصلاة (٩/٢) ، المجموع مع المهذب كتاب الصلاة (٣٩٩/١ ، ٤٠٠) .

(٥) في (م) : يفتقر .

(٦) في (ع) : [إذا افتتح] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، ومن صلب ص ، واستدركه المصنف في الهامش .

واجب على قول أبي الحسن [١] ، وعلى قول غيره : هو مراعاة .

١٩٤٠ - ولا معنى لقولهم : إن فعل الصبي مراعى عندنا ؛ لأن الفعل / [يقف] [٢] مراعى إذا كان الفاعل من أهل الوجوب ، فيقف على صفة ينضم إليه ، والصبي ليس من أهل الوجوب ، فيصير كمؤدي [٣] الزكاة قبل الحول والنصاب ، فلا يقف مراعى .

١٩٤١ - قالوا : البالغ لم يفعل الصلاة بنية الظهر [٤] ، فلذلك لم تُجز [٥] عنها ، والصبي مأمور بفعلها بنية الظهر فأجزأت عنها .

١٩٤٢ - قلنا : علة الأصل تبطل بمن خرج عنه وقت الجمعة وهو فيها أنه يبنى عليها الظهر ، والمفعول ابتداء لم يقع بنية الظهر وجاز عنها ، وعلة الفرع لا نسلم [٦] أنه مأمور بها .

١٩٤٣ - فإن قالوا : فعلها بنية الظهر ، يبطل [٧] بما يفعله المجنون وبما يفعله البالغ قبل الوقت .

١٩٤٤ - احتجوا : بأنها عبادة ترجع [٨] إلى شطرها حال العذر ، فإذا فعلها في صغره سقط فرضها عنه في كبره ، كالطهارة .

١٩٤٥ - والجواب : أنا لا نسلم أنه فعل العبادة في صغره ؛ لأنه يعتد بالفرض ، وما فعله قبل البلوغ نفل . ثم المعنى في الطهارة : أنها إذا وقعت لعبادة جاز أن يؤدى بها غيرها ، فكذلك إذا وقعت قبل الوجوب جاز أن يسقط بها [الفرض بعده ، والصلاة إذا وقعت النية لفرض بعينه لم يسقط بها] [٩] غيره ، كذلك إذا فعلها قبل الوجوب لم يسقط بها ما يجب عليه .

١٩٤٦ - قالوا : مأمور بفعلها مضروب على تركها ، فإذا فعلها وجب أن يعتد بها ، كالكبير .

١٩٤٧ - قلنا : يبطل بالصبي إذا صلى ثم بلغ بعد الوقت ، ويبطل بالمحبوس على أصلهم ، والوصف غير مسلم ؛ لأنه غير مأمور بها من جهة الله تعالى . ثم المعنى في

---

(١) تقدمت ترجمته في المسألة السابقة .
(٢) ساقطة من غير (ص) .
(٣) في (م) ، (ن) : [مودى] .
(٤) في (ص) : [للظهر] .
(٥) في (ع) : [لم يجز] .
(٦) في (م) ، (ن) : [وعلة الأصل لفرع لا نسلم] .
(٧) في (م) ، (ع) ، (ن) : [بطل] .
(٨) في (م) ، (ن) : [يرجع] .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) .

الكبير : أنه فعلها مع [وجود] [١] سبب الوجوب ، والصبي فعلها قبل السبب ، فصار كالبالغ إذا صلى قبل الوقت .

١٩٤٨ - قالوا : صلاة مأمور بها حال نقصه فوجب أن لا يلزمه الإعادة بعد كماله ، كالأَمَة إذا صلت مكشوفة الرأس ثم أعتقت .

١٩٤٩ - قلنا : يبطل [٢] بالأمة إذا صلت في الحبس بغير طهارة ثم خرجت فأعتقت . ولأن المعنى في الأمة أن النقص إذا زال بعد الوقت اعتد بما فعله في الوقت عن الفرض ، فكذلك إذا زال في الوقت ، ونقص الصغير إذا زال بعد الوقت لم يعتد بما فعله [في] [٣] الوقت ، كذلك إذا زال مع بقاء الوقت .

* * *

(١) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٢) في (م) : [تبطل] .
(٣) ساقطة من (ع) .

مسألة ١٠٢

يجوز تقديم النية بشرط

١٩٥٠ - حكى أصحاب الشافعي عنا : أن نية الصلاة يجوز أن تتقدم وتنقطع [(١)] ، وهذا غلط .

١٩٥١ - والذي نقوله : إن تقديم النية يجوز بشرط أن يستصحب النية إلى أن يدخل في الصلاة .

١٩٥٢ - وحكى أصحابنا عنهم : أن النية لا يجوز أن تتقدم [(٢)] على التحريمة ، وإن أنكروا [(٣)] هذا وقالوا : يجوز أن تتقدم [(٤)] إذا لم تنقطع [(٥)] فصارت المسألة على هذا اتفاقًا .

١٩٥٣ - والدليل على جواز تقديم النية : قوله عليه الصلاة والسلام : « الأعمال بالنيات » [(٦)] ، ولأنها عبادة فجاز أن تتقدم نيتها [(٧)] عليها ، كالصوم [(٨)] .

* * *

---

(١) في (م) : [أن يتقدم وينقطع] . (٢) في (م) : [أن يتقدم] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وإن كثروا] ، وفي (ن) : [وإن كبروا] .

(٤) في (م) : [أن يتقدم] . (٥) في (ن) : [ينقطع] .

(٦) في (ن) : [إنما الأعمال بالنيات] تقدم تخريجه في مسألة (١٣) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فجاز تقديم نيتها] .

(٨) راجع تفصيل المسألة في : تحفة الفقهاء (٩٦/١) ، بدائع الصنائع (١٢٧/١ ، ١٢٨) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٢٧٩/١ ، ٢٨٠) ، البناية مع الهداية (١٨٨/٢ ، ١٨٩) . وراجع المسألة في : الأم (١٠٠/١) ، الوسيط (٥٩٣/٢) ، حلية العلماء (٧٣/٢) ، المجموع مع المهذب (٢٨٢/٣ - ٢٨٩) . (وانظر : المقدمات الممهدات ١٧٢/١ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٥٨) .

مسألة ١٠٣

إذا دخل في الصلاة ثم نوى أن يقطعها أو نوى صلاة أخرى لم تؤثر نيته في صلاته

١٩٥٤ - قال أصحابنا : إذا دخل في الصلاة ثم نوى أن يقطعها ، أو نوى صلاة أخرى لم تؤثر [١] نيته في صلاته [٢] .

١٩٥٥ - وقال الشافعي : تبطل [٣] .

١٩٥٦ - لنا : أنها عبادة صح دخوله فيها فلا تفسد [٤] إذا نوى الخروج منها ، كالحج ، ولأن اعتقاد فعلٍ ما يختص بإفساد العبادة لا يصير كوجود [٥] المعنى المفسد [٦] ، أصله : من اعتقد في خلال الطهارة أن يحدث . ولا يلزم إذا نوى في الصلاة أن يرتد ؛ لأن الردة لا تختص [٧] بإفساد الصلاة .

١٩٥٧ - احتجوا : بأنه إذا نوى الخروج فقد ترك قصد القربة ، فصار كما لو عمل عملًا من غير الصلاة ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأن أكثر الأحوال أن يصير هذا الفعل واقعًا من غير نية القربة ، وهذا لا يؤثر في البقاء على الصلاة ، كما لو عزبت نيته .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لم يؤثر] .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : تحفة الفقهاء (٩٦/١) ، بدائع الصنائع (١٢٧/١ ، ١٢٨) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٢٧٩/١ ، ٢٨٠) ، البناية مع الهداية (١٨٨/٢ ، ١٨٩) .

(٣) راجع المسألة في : الأم (١٠٠/١) ، الوسيط (٥٩٣/٢) ، حلية العلماء (٧٣/٢) ، المجموع مع المهذب (٢٨٢/٣ - ٢٨٩) . (وانظر : المقدمات الممهدات ١٧٢/١ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٥٨) .

(٤) في (م) : [فلا يفسد] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لوجود] .

(٦) في (ن) : [المفسدة] .

(٧) في (م) ، (ن) : [لا يختص] .

مسألة ١٠٤

يجوز الدخول في الصلاة بكل لفظ يقصد به تعظيم اللّٰه تعالى

١٩٥٨ - قال أبو حنيفة ومحمد : يجوز الدخول في الصلاة بكل لفظ يقصد به تعظيم اللّٰه تعالى (١) .

١٩٥٩ - وقال أبو يوسف : لا يجوز إلا بالتكبير .

١٩٦٠ - وقال الشافعي : لا يجوز إلا بقوله (٢) : اللّٰه أكبر أو : الأكبر (٣) .

١٩٦١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَذَكَرَ ٱسْمَ رَبِّهِۦ فَصَلَّىٰ ﴾ (٤) فجعله مصليًا عقيب ذكر اسم اللّٰه ، ولم يفصل بين اسم دون اسم ، ولم يشرط فيه صفة مع الاسم .

١٩٦٢ - ولا يقال : هذا إخبار عما في الصحف الأولى ؛ لأن ما فيها لازم لنا إلا أن يدل دلالة على نسخه .

١٩٦٣ - قالوا : ظاهر الآية يقتضي أن الصلاة تقع (٥) بعد الاسم ، فهذا يدل على أن المراد به غير التكبير .

١٩٦٤ - قلنا : الفاء تقتضي (٦) تعلق [ما بعدها] (٧) بما قبلها ، والاسم الذي تتعلق (٨) الصلاة [به] (٩) هو التحريمة ، ومن حكمها (١٠) أن تتقدم على الصلاة عندنا . ولأنه ذكر اسم [اللّٰه] (١١) على طريق التعظيم المحض فكان (١٢) داخلًا في الصلاة ،

---

(١) (انظر : شرح فتح القدير ٢٤٦/١ ، المبسوط للسرخسي ٣٦/١ ، بدائع الصنائع ١٣٠/١) .

(٢) في (م) ، (ن) : [يجوز بقوله] .

(٣) في (م) ، (ن) : [والأكبر] . (انظر المسألة في : الأم ١٠٠/١ مختصر المزني ص١٤ ، الوسيط ٥٩٦/٢ ، ٥٩٧ ، حلية العلماء ٧٦/٢ - ٧٨ ، المجموع مع المهذب ٢٩١/٣ - ٢٩٤) . (وانظر : المدونة ٦٦/١ ، المنتقى ١٤٢/١ ، الكافي لابن عبد البر ٢٠٠/١ ، بداية المجتهد ١٢٥/١ ، المقدمات الممهدات ١٦٩/١ ، ١٧٠ ، الإفصاح ١٢٣/١ ، المغني ٤٦٠/١ ، ٤٦١) .

(٤) سورة الأعلى : الآية ١٥ .

(٥) في (م) ، (ن) : [يقع] .

(٦) في (م) ، (ن) : [يقتضى] .

(٧) ساقط من (م) ، (ن) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) في (م) ، (ن) : [يتعلق] .

(٩) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ومن حكمنا] .

(١١) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(١٢) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [وكان] .

أصله : إذا قال : (اللَّه أكبر) .

١٩٦٥ – قالوا : يبطل بقوله : (اللَّهم) [١] .

١٩٦٦ – قلنا : يدخل به في الصلاة .

١٩٦٧ – قالوا : يبطل [٢] بقوله : (ملك يوم الحساب) .

١٩٦٨ – قلنا : يدخل به .

١٩٦٩ – قالوا : يبطل [٣] بقوله : (اللَّهم اغفر لي) .

١٩٧٠ – قلنا : ليس بتعظيم محض ، وإنما [هو] [٤] مسألة ودعاء .

١٩٧١ – قالوا : المعنى في الأصل أن (أكبر) يقتضي التعظيم والقِدَم ، وهذا لا يوجد في غير (أكبر) .

١٩٧٢ – قلنا : هذا غير مسلم ؛ لأن (أكبر) [٥] يفيد التعظيم ولا يفيد القدم ، وإنما يقال : أكبر من الحوادث ويراد به التقدم في الزمان ، واللَّه يتعالى عن ذلك ، ولأن وصفه بأكبر كوصفه بكبير ، ولا فرق بينهما ؛ ألا ترى أن (أفعل) إذا لم يحمل على معنى (فعيل) اقتضى المشاركة ؟ ولا يصح أن يقال : اللَّه أكبر من غيره بمعنى المشاركة في الكبر [٦] ؛ ألا ترى أنه لو صح ذلك لجاز أن يقال : إن غيره أصغر ، وهذا لا يصح في صفاته ؟ ولو سلمنا ما قالوه لم يصح ؛ لأنه لو قال : (الرحمن أكبر) لم يجز [٧] عندهم وإن كان قد أتى بالاسم والصفة المتضمنة للقدم والتعظيم . [ولو قال] [٨] : (اللَّه الكبير [٩] القديم) لم يجز عندهم ، وإن أتى بالمعنيين جميعا ، والمدح لا يختلف أن يحصل بلفظ أو لفظين .

١٩٧٣ – ولأنه لفظ يجب اعتباره لحق اللَّه ، فلا يختص بعبارة بعينها ، كالشهادتين . ولأن الشهادة آكد ؛ ألا ترى أنها شرط في جميع العبادات ويتعلق بها حق [١٠] الدم ، فإذا لم تختص [١١] بعبارة فالتكبير أولى . ولا يلزم الشهادة بالحقوق ؛ لأنه لا تختص [١٢] ؛ ألا

---

(١) في (م) ، (ن) : [يبطل بقوله اللَّه أكبر] .
(٢) في (ن) : [تبطل] .
(٣) في (ع) : [تبطل] .
(٤) الزيادة من (ع) ، (ن) .
(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الأكبر] .
(٦) في غير (ص) : [الكبير] .
(٧) في (م) ، (ن) : [لأنه لم يجز] .
(٨) ساقط من (م) ، (ن) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٩) في (م) ، (ن) : [أكبر] .
(١٠) في هامش (ص) : [حقن] ، من نسخة أخرى .
(١١) في (م) ، (ن) : [لا يختص] .
(١٢) في (م) : [لا يختص] .

ترى أنها تجوز [١] بالفارسية ؟

١٩٧٤ - ولأن المقصود منها حق الآدمي . ولا يلزم اللعان ؛ لأنه ثبت [٢] لحق اللّٰه [تعالى] [٣] وحق الآدمي ، ثم لا يختص بعبارة [٤] ؛ لأنه [٥] يجوز بالفارسية ، وقد التزم بعضهم الشهادتين فقال : لا يجوز بعبارة [٦] غير لا إله إلا اللّٰه ، ومتى قال غيرها لم يكن [٧] مسلما ، وهذا غلط ؛ لأنه لو اعتقد معناها صار مسلما ، واختلاف العبارة لا يكون أقل من الاعتقاد المجرد [٨] من غير عبارة .

١٩٧٥ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ قُولُوٓاْ ءَامَنَّا بِٱللَّهِ ﴾ [٩] وهذا يقتضي وجوب هذا القول دون غيره . ولا يلزم على ما قلناه الأذان ؛ لأنه لا يختص بعبارة ، ولو أذن بالفارسية والإعلام يقع [به] [١٠] جاز .

١٩٧٦ - ولأنه ذكر يقع في ابتداء العبادة ويتكرر في أثنائها [١١] فجاز بغير لفظ التكبير ، كالتلبية . ولأنه ذكر [١٢] جعل شرطًا في صحة الصلاة ، فلا يختص بعبارة [١٣] بعينها ، كالخطبة .

١٩٧٧ - قالوا : الخطبة أضعف من التكبيرة ؛ لأنها لم تشرط [١٤] في كل الصلوات .

١٩٧٨ - قلنا : الأذان لم يشرط في شيء من الصلوات [١٥] ، وإن اختص بلفظ بعينه عندكم .

١٩٧٩ - قالوا : الخطبة شرط تتقدم على الصلاة ، كستر العورة ، والتحريمة لا تتقدم [١٦] ، فهي كالركوع .

١٩٨٠ - قلنا : التحريمة متقدمة على الصلاة عندنا ، ويبطل هذا الفرق بالأذان ؛ لأنه متقدم ويتعين عندهم . ولأن ما جاز أن يذكر في التسمية على الذبيحة جاز أن

---

(١) في (م) [يجوز] .
(٢) في (ص) : [يثبت] .
(٣) الزيادة من (ن) .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بعبادة] .
(٥) في (ص) : [لأنها] .
(٦) في (ن) ، (ع) : [بعبادة] .
(٧) في (ص) [لا يكون] .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [المجود] .
(٩) سورة البقرة : الآية ١٣٦ .
(١٠) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أسبابها] . (١٢) في (م) ، (ن) : [ولا ذكر] .
(١٣) في (ع) : [بعبادة] .
(١٤) في (م) : [لم يشرط] ، وفي (ن) : [لم تشترط] .
(١٥) في (ن) : [من الصلاة] .
(١٦) في (م) ، (ن) : [يتقدم] .

يدخل به في الصلاة ، أصله : اللَّه أكبر .

١٩٨١ – قالوا : المعنى فيه أنه يجوز أن يفتتح به الأذان .

١٩٨٢ – قلنا : لو افتتح الأذان باللَّه أَجَلُّ والإعلام يقع جاز عندنا ، ولأن (الرحمن) اسم من أسماء اللَّه تعالى فجاز أن يدخل به في الصلاة مع القدرة على غيره ، كقوله : اللَّه .

١٩٨٣ – احتجوا : بقوله ﷺ : « مفتاح الصلاة الطهور ، وتحريمها التكبير » (١) . فاقتضى أن لا تحريم لها غيره ، كما قيل : مال زيد الإبل ، اقتضى أن (٢) لا مال له سواه ، ولأن تخصيص التكبير يقتضي مشاركة غيره له وإلا بطل فائدة التخصيص .

١٩٨٤ – والجواب : [أن] (٣) هذا الخبر يقتضي جواز الدخول بقوله : اللَّه أكبر ، وهذا ضد قولهم . ولا معنى لما قالوا : إنه لا يسمى مكبرًا ؛ لأن هذا خلاف اللغة ، ولا فرق فيها بين الكبير (٤) وأكبر في أنه تكبير . ولأن التكبير مصدر فيقتضي إيجاب كل ما فيه (٥) معناه ، فإذا أتى بما يفيد معنى التكبير فقد فعل المأمور – وإن لم يلفظ بالتكبير – . وقوله : (أعظم) فيه معنى التكبير ، فتضمنه الخبر .

١٩٨٥ – قالوا : التعظيم – وإن كان فيه معنى التكبير – فلا يقال : (كبّر) إلا لمن قال : اللَّه أكبر . ويقال : (هلَّل) لمن أتى بلفظ التهليل ، و (حمد) لمن قال : الحمد لله ، ولا يستعمل بعضها فيما لا يتناوله اللفظ .

١٩٨٦ – قلنا : هذا يختص من طريق العرف ، فأما في الحقيقة فالمعتبر المعنى ؛ ألا ترى (٦) إلى قوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ [مُّؤْمِنَةٍ] (٧) ﴾ وإن [كان] (٨) التحرير مصدرًا ، فإذا أتى بما يفيد العتق جاز – وإن لم يعبر عنه بلفظ التحرير – ، كقوله : أعتقت . ويبين (٩) أن التكبير والتعظيم واحد قوله تعالى : ﴿ فَلَمَّا رَأَيْنَهُۥٓ أَكْبَرْنَهُۥ ﴾ (١٠)

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن ، في باب ما جاء إن مفتاح الصلاة الطهور (٩/١) ، والترمذي في السنن ، باب ما جاء إن مفتاح الصلاة الطهور (٨/١ ، ٩) ، والدارقطني في السنن ، في باب مفتاح الصلاة الطهور ، وفي باب تحليل الصلاة التسليم (٣٦٠/١ ، ٣٧٩) والدارمي في السنن باب مفتاح الصلاة الطهور (١٧٥/١) ، وابن أبي شيبة في مصنفه ، في كتاب الصلاة ، في مفتاح الصلاة ما هو (٢٦٠/١) ، والدارقطني ، في باب مفتاح الصلاة الطهور (٣٥٩/١) .

(٢) في (ن) : [أنه] .

(٣) ساقط من (ن) .

(٤) في غير (ص) : [التكبير] .

(٥) في (ع) : [في] .

(٦) في (ص) : [ألا يرى] .

(٧) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) في غير (ص) : وبين .

(١٠) سورة يوسف : الآية ٣١ .

يعنى عَظِّمه ، وروي أنه لما نزل قوله تعالى : ﴿ وَرَبَّكَ (١) فَكَبِّرْ ﴾ قال النبي ﷺ : « لا إله إلا اللّه » (٢) فدل على أنه فعل موجب الأمر .

١٩٨٧ - ولا يقال : إن في الآية ﴿ قُمْ فَأَنذِرْ ﴾ والإنذار يقع بلا إله إلا اللّه ، فهذا امتثال (٣) للإنذار لا للتكبير ؛ وذلك لأنه أمره أن ينذر الناس ، وذلك لا يقع بقوله ، وإنما يقع بدعائهم إلى التهليل ، فأما أن يفعل التكبير فالظاهر أن هذا الامتثال للأمر الثاني .

١٩٨٨ - قالوا : روى رفاعة بن رافع أن النبي ﷺ قال : « لا يقبل اللّه صلاة [امرئ] (٤) حتى يضع الطهور مواضعه » إلى أن قال : يقول : « اللّه أكبر » (٥) .

١٩٨٩ - والجواب : أن هذا الخبر المشهور فيه « ثم يكبر » فإن كان أصل الخبر المشهور فلا دلالة فيه ؛ لأن التكبير موجود في التعظيم ؛ ألا ترى أنه يقال : عظيم القوم وكبيرهم بمعنى واحد ؟

١٩٩٠ - ولا يجوز أن يكون أصل الخبر ما / ذكروه ؛ لأنه أخص ، فالأشبه أنه نقل الراوي لبعض ما سمعه . ثم لا دلالة فيه ؛ لأنه قال في الخبر : « وما نقصته فإنما تنقصه (٦) من صلاتك » (٧) ، وظاهر هذا يقتضي أنه إذا نقص (أكبر) واقتصر على الاسم جازت صلاته .

١٩٩١ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « صلوا كما رأيتموني أصلي » (٨) ،

---

(١) ساقط من (م) .

(٢) قال القرطبي في تفسير سورة المدثر (٦٢/١٩) : أنه لما نزل قوله تعالى : ﴿ وَرَبَّكَ فَكَبِّرْ ﴾ قام رسول اللّه ﷺ وقال : اللّه أكبر .

(٣) في (ن) : مثال .

(٤) ساقط من (م) ، (ن) .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (١٣) وانظر في سنن أبي داود بهذا المعنى بألفاظ أخرى من حديث رفاعة بن رافع ، ومن حديث أبي هريرة باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود (٢١٨/١ ، ٢١٩) ، وفي معالم السنن (١١٢/١) .

(٦) في (م) ، (ن) : [وما نقصه وإنما ينقصه] .

(٧) هذا جزء من حديث أبي هريرة ، ومن حديث رفاعة بن رافع . في حديث أبي هريرة : « فإذا فعلت هذا فقد تمت صلاتك ، وما انتقصت من هذا شيئا فإنما انتقصته من صلاتك » ، وفي حديث رفاعة بن رافع : « وإن انتقصت منه شيئا انتقصت من صلاتك » .

(٨) الحديث رواه البخاري في الصحيح من حديث مالك بن الحويرث مطولًا ، في كتاب الأذان ، باب الأذان للمسافر إذا كانوا جماعة والإقامة (١١٧/١) ، والشافعي في المسند مختصرًا ، في الباب السابع في الجماعة وأحكام الإمامة (١٠٨/١) ، والدارقطني في السنن ، باب ذكر الأمر بالأذان والإمامة وأحقهما (٢٧٣/١) ، والبيهقي في الكبرى ، باب من سها فترك ركنًا عاد إلى ما ترك حتى يأتي بالصلاة على الترتيب (٣٤٥/٢) .

وروت عائشة أن النبي ﷺ كان يفتتح صلاته بالتكبير [١] .

١٩٩٢ - والجواب : أن أنسًا روى أن النبي ﷺ كان يفتتح الصلاة بلا إله إلا الله [٢] ، فتعارضت الأخبار . ولا دلالة فيما قالوه ؛ لأن قوله :« صلوا كما رأيتموني أصلي » يقتضي وجوب الاتباع في الفعل على الجهة التي فعلها ، فمتى لم يعرف الوجه [الذي] [٣] فعله هل هو واجب أم لا [٤] لم يلزمه الاتباع .

١٩٩٣ - قالوا : روي [عن] [٥] ابن مسعود .

١٩٩٤ - وقد قال إبراهيم والشعبي [٦] مثل قولنا ، وهم أخذوا عن أصحاب ابن مسعود . ثم لا يمكن دعوى الإجماع ؛ لأنه روي عن زيد وغيره أن من ترك تكبيرة الافتتاح أجزأته تكبيرة الركوع [٧] ، فإذا لم يرها [٨] واجبة فكيف يدعى الإجماع على وجوب شيء معين .

١٩٩٥ - قالوا : افتتح الصلاة بغير لفظ التكبير مع القدرة فلم تنعقد صلاته ، كقوله : اللّهم اغفر لي .

١٩٩٦ - قلنا : قولكم بغير لفظ التكبير : فإن أردتم ما فيه [٩] لفظ التكبير فذلك موجود في التكبير ، ولا يجوز عندكم ، وإن أردتم [١٠] لفظة : أكبر ، فذلك غير موجود في قوله : الأكبر ، وإن جاز الدخول به عندكم .

١٩٩٧ - قالوا : الأكبر فيه أكبر على جهة قدرته فيه حرف [زائد] [١١]

---

(١) أخرجه مسلم في الصحيح باب ما يجمع صفة الصلاة وما يفتتح به وما يختتم به (٢٠٥/١) ، وابن أبي شيبة في مصنفه باب في مفتاح الصلاة ما هي (٢٦٠/١) ، والدارمي في السنن باب في افتتاح الصلاة (٢٨١/١) ، والبيهقي في الكبرى باب ما يدخل به في الصلاة من التكبير (١٥/٢) .

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه بمعنى قول الحنفية في كتاب الصلاة في ما يجزئ من افتتاح الصلاة (٢٦٩/١) .

(٣) ساقط من (م) ، (ن) .

(٤) في (م) ، (ن) : [أم لا] .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) .

(٦) في (م) ، (ن) : [والثعلبي] .

(٧) أخرجه عبد الرزاق بمعناه في المصنف في باب من نسي تكبيرة الاستفتاح (٧٢/٢ ، ٧٣) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الصلاة في الرجل ينسى تكبيرة الافتتاح (٢٦٩/١) .

(٨) في (م) ، (ن) : [نرها] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فإن أردت ما فيه] .

(١٠) في (م) ، (ن) : [فإن أردت] ، وفي (ع) : [وإن أردت] .

(١١) ساقط من (م) ، (ن) .

فالانعقاد عندنا بأكبر دون الزيادة المنضمة [١] إليه ، كما لو قال : أكبر من غيره وأكبر كبيرًا .

١٩٩٨ - قلنا : هذا غلط بيِّن ؛ لأن الأكبر اسم غير أكبر ، ومعناه مخالف لمعناه . قال أهل اللغة : تصح الإضافة في أكبر فيقول : أكبر من كذا ، ولا تصح [٢] في الأكبر . وأكبر ليس له تأنيث من لفظه ، والأكبر يقع في التأنيث . وأجمعوا على [أن] [٣] من جمع في القافية [٤] بين الأكبر وأكبر جاز ، ولم يكن إيطاء [٥] ؛ قالوا : لأن أكبر نكرة ، والأكبر معرفة ، فلم يصح دعواهم أنها لفظ واحد . ثم المعنى في الأصل : أنه لفظ لم يقصد به التعظيم ، وإنما قصد به المسألة والطلب ، وليس الاعتبار عندنا باللفظ المعظم حتى يقصد به التعظيم .

١٩٩٩ - قالوا : كلمة لا يصح افتتاح الأذان بها ، فلا يصح افتتاح الصلاة بها ، كقوله : مالك يوم الحساب .

٢٠٠٠ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأنه [لو] [٦] قال في الأذان : اللّٰه أجل والإعلام يقع به جاز .

٢٠٠١ - قالوا : وقول [٧] : لا يصح افتتاح الأذان بها بكل حال .

٢٠٠٢ - قلنا : إذا لم يقع الإعلام فالمقصود [٨] ذكر اللّٰه تعالى [على وجه يقع الإعلام به ولم يوجد ، وفي مسألتنا : المقصود ذكر اللّٰه تعالى] [٩] على طريق التعظيم وقد وجد . والأصل غير مسلم ؛ لأنه يجوز افتتاح الصلاة به .

٢٠٠٣ - قالوا : عبادة صح افتتاحها بالتكبير فلم يصح بغيره مع القدرة ، كالأذان .

٢٠٠٤ - قلنا : إن [١٠] كان الإعلام يقع بغيره صح ، وان لم يقع فلأن المقصود لم يوجد ، ولأن الأذان ليس بواجب ، والتكبير فيه إنما يصح على طريق السنة - وكذلك نقول [١١] في الصلاة على إحدى الروايتين : إن السنة أن يفتتح بالتكبير دون غيره ، فإذا

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [المتضمنة] .
(٢) في (م) ، (ن) : [ولا يصح] .
(٣) ساقطة من غير (ع) .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الباقية] .
(٥) في غير (ص) : [ابطاء] .
(٦) ساقط من (م) ، (ن) .
(٧) في (ص) : [لقول] .
(٨) في (م) ، (ن) : بالمقصود .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .
(١٠) في (ص) : [إذا] .
(١١) في (م) : [يقول] .

تركه كان تاركًا للسنة - وكذلك نقول [١] في الأذان ، فلا فرق بينهما . وقد حكوا عنا أن من قال : باللَّه ، لم يكن داخلا في الصلاة ، وهذا غلط إذا قلنا : إن الدخول يقع بالاسم ، كان قوله : باللَّه إنما يجوز إذا ضم إليه المسألة .

* * *

(١) في (م) : [يقول] .

مسألة ١٠٥

يجوز التكبير بالفارسية كالعربية

٢٠٠٥ - قال [أبو حنيفة] [١] : يجوز التكبير بالفارسية ، كالعربية [٢] .

٢٠٠٦ - وقال الشافعي : لا يجوز [٣] .

٢٠٠٧ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَذَكَرَ ٱسْمَ رَبِّهِۦ فَصَلَّىٰ ﴾ [٤] ، ولم يفصل ، ولأنه ذكر يقصد به تعظيم اللَّه تعالى فصار كالعربية ، ولأنه ذكر واجب فجاز بالفارسية مع القدرة على العربية ، كإظهار الإسلام . ولأنه ذكر مشروع في ابتداء [٥] عبادة فلا يختص بالعربية ، كالتلبية .

٢٠٠٨ - احتجوا : بقوله عليه السلام : « تحريمها التكبير » [٦] .

٢٠٠٩ - والجواب : أن هذا الخبر رواه عبد اللَّه بن محمد بن عقيل ، وهو ضعيف الحديث [٧] . ولأن التكبير بالفارسية يسمى تكبيرًا .

٢٠١٠ - قالوا : روي [٨] في حديث رفاعة أن النبي ﷺ قال : « ثم يقول [٩] : اللَّه أكبر » [١٠] .

---

(١) في (ن) : [أصحابنا] ، والمثبت ساقط من (م) ، (ن) .

(٢) في (م) : [بالفارسية والعربية] ، وفي (ن) : [بالفارسية والعربية كالعربية] .
قال أبو حنيفة : في رجل افتتح الصلاة بالفارسية ، أو قرأ فيها بالفارسية ، أو ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية : أجزأه . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجزئه ، وإن لم يحسن العربية أجزأه . وعلى هذا الخلاف الأذان والخطبة والتشهد . (انظر : الجامع الصغير ص ٩٤ ، المبسوط ٣٦/١ ، ٣٧ ، عيون المسائل ٢٦/١ ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية ٢٨٤/١ - ٢٨٦) .

(٣) وقال الشافعي : فإن لم يحسن العربية كبر بلسانه . (انظر : الأم ١٠٠/١ ، مختصر المزني ص١٤ ، الوسيط ٥٩٧/٢ ، حلية العلماء ٧٨/٢ ، ٧٩ المجموع مع المهذب ٢٩٣/٣ ، ٢٩٤) . (وانظر : المدونة ٦٦/١ ، الاستذكار /١٣٧ ، المغني ٤٦٢/١ ، ٤٦٣ ، الكافي لابن قدامة ١٢٧/١ ، ١٢٨) .

(٤) سورة الأعلى : الآية ١٥ .

(٥) في (م) (ن) ، (ع) : [شرع في الابتداء] .

(٦) تقدم تخريجه في مسألة (١٠٤) .

(٧) هو عبد اللَّه بن محمد بن عقيل بن أبي طالب الهاشمي ، وأبو محمد المدني ، صدوق ، في حديثه لين ، ويقال : تغير بآخرة ، من الرابعة . روى عن : أنس وجابر بن عبد اللَّه وسعيد بن المسيب والزهري وابن الحنفية وغيرهم ، وروى عنه : إبراهيم بن المفضل وحماد بن سلمة وغيرهما . (انظر : تقريب التهذيب ٤٤٧/١ ، ٤٤٨ ، المغني للذهبي ٣٥٤/١) .

(٨) في (ن) : [ورد] .

(٩) في (ص) ، (ن) : [ثم تقول] .

(١٠) تقدم تخريجه في المسألة (١٣) .

٢٠١١ - قلنا : قد بينا أن أصل الخبر : « ثم يكبر » وهذا عام في كل لغة .

٢٠١٢ - قالوا : لا يكبر [١] بالعربية مع القدرة ، فصار كما لم يذكر [٢] .

٢٠١٣ - قلنا : اعتبار من فعل الذكر الذي يقصد به التعظيم كمن [٣] لم يذكر فاسد ؛ بدلالة أن العاجز عن العربية لو كبر بالفارسية جاز ولو دخل في الصلاة من غير ذكر لم يجز ، ثم لم يعتبر أحدهما بالآخر .

* * *

(١) في سائر النسخ بدون [لا] ، وأثبتناها ليتسق الكلام .

(٢) في سائر النسخ : [كما لو تذكر] ، ولعل المناسب ما أثبتناه ؛ بدليل اللاحق .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [من] .

مسألة ١٠٦

هل تكبيرة الإحرام من الصلاة ؟

٢٠١٤ – كان أبو الحسن يقول : إن التحريمة ليست من الصلاة ، إنما يتعقبها الصلاة [(١)] .

٢٠١٥ – وقال الشافعي : هي منها [(٢)] .

٢٠١٦ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَذَكَرَ ٱسۡمَ رَبِّهِۦ فَصَلَّىٰ ﴾ ، فجعله مصليا عقب الذكر ، فهذا يدل على أن الصلاة بعد التكبيرة . ولا يحمل الذكر على الإقامة ؛ لأن الفاء تقتضي [(٣)] تعلق ما بعدها بما قبلها ، وأفعال الصلاة تتعلق [(٤)] بالتحريمة ، ولا تتعلق [(٥)] بالإقامة .

٢٠١٧ – ويدل عليه : [قوله عليه] [(٦)] السلام : « تحريمها التكبير » [(٧)] فجعله تحريما لجميعها ، فهذا يدل على أنه ليس منها . ولا يقال : إن الشيء قد يضاف إلى غيره وقد يضاف إلى بعضه كما يقال : رأس زيد ، فلا يمتنع إضافة التحريمة إلى الصلاة وإن كانت منها ؛ لأن الحقيقة أن المضاف غير المضاف إليه ، وما سوى ذلك معدول عن ظاهره ، فلا يقاس عليه . ولأنه ذكر [(٨)] لا يتقدمه جزء من أجزاء الصلاة ، فلم يكن منها ، كالإقامة والخطبة ، ولا يلزم إذا قال : اللَّه أكبر كبيرا أن كبيرا لم يتقدمه جزء وهو في الصلاة ؛ لأن ما بين الفراغ من الجزء الأول والانتقال إلى الثاني يوجد جزء من الصلاة تنعقد [(٩)] فيه الصلاة ، فسبق ذلك قوله : كبيرًا .

٢٠١٨ – قالوا : الإقامة والخطبة لا يشترط [(١٠)] فيها ما شرط في الصلاة ، والتكبيرة شرط فيها ما شرط في الصلاة .

٢٠١٩ – قلنا : تساوي الشيئين في شروطهما لا يقتضي أن يكون أحدهما من

---

(١) مدار الخلاف بين الحنفية والشافعية ومن حذا حذوهم في وقت النية . قال الحنفية : إن تكبيرة التحريمة شرط تقع خارج الصلاة . وقال الشافعية والحنابلة وبعض المالكية : هي تقع مقترنة بالنية . (انظر : فتح القدير مع الهداية ٢٧٩/١ ، ٢٨٠ ، البناية ١٨٦/٢ – ١٩٠ ، بدائع الصنائع ١٢٩/١ ، ١٣٠) .

(٢) انظر : الأم (١٠٠/١ ، ١٠١) ، حلية العلماء (٨٠/٢) ، المجموع مع المهذب (٢٨٩/٣ – ٢٩١) . (وانظر : المنتقى ١٤٥/١ ، المقدمات الممهدات ١٧٠/١ ، ١٢٧/١ ، المغني ٤٦١/١ ، ٤٦٤) .

(٣) في (ع) : [عقيب] .

(٤) في (م) : [يقتضي] .

(٥) في (م) : [يتعلق] .

(٦) ساقط من (م) .

(٧) تقدم تخريجه ، في مسألة (١٠٤) .

(٨) في (ع) : [جزء] .

(٩) في (م) ، (ن) : [ينعقد] .

(١٠) في (م) ، (ن) : [لا يشرط] .

الآخر ؛ ألا ترى أن الصلاتين تستوي [١] شروطهما وإن كانت كل واحدة منهما غير الأخرى ، وسجدة التلاوة والصلاة يستويان في الشرائط وليس أحدهما من الآخر في شيء . ولأن أفعال الصلاة مرتبة على التحريمة وواجبة بها فحلت محل المنذور [٢] ، فكما أن النذر ليس من الصلاة كذلك التحريمة .

٢٠٢٠ – ولأنه لا يدخل بابتداء التحريمة أو بالفراغ منها ، أو يكون الدخول مراعى ، فإذا تم التكبير صح من ابتدائه .

٢٠٢١ – ولا يجوز الوجه الأول ؛ لأنه يقتضي الدخول فيها بغير تكبير ، والوجه الثاني قولنا . ولا يجوز أن يكون مراعى ؛ لأن ما وقع [٣] غير صلاة لا ينقلب فيصير صلاة .

٢٠٢٢ – قالوا : يلزمكم هذا بعينه في السلام ؛ لأنه ليس من الصلاة . فإن قلتم خرج بأوله فقد خرج بغير ذكر ، وإن قلتم بالفراغ منه حصل في الصلاة .

٢٠٢٣ – قلنا : نقول [٤] في الخروج : إنه مراعى ، فإذا تم السلام صح الخروج من ابتدائه ، ويجوز أن يكون الشيء صلاة ثم ينقلب فيخرج من أن يكون صلاة ، ولا يجوز أن يكون غير صلاة ثم يصير [٥] صلاة .

٢٠٢٤ – قالوا : [هذا] [٦] غير ممتنع ؛ ألا ترى [٧] أن من نوى الصوم قبل الزوال كان صائما لجميع اليوم وما قبل النية لم يكن صوما وانقلب بالنية فصار صوما .

٢٠٢٥ – قلنا : الصوم يقوم ما ليس من جنسه مقامه ، فجاز أن يكون الإمساك غير صوم ثم يصير صوما ، وليس كذلك الصلاة ؛ لأنه لا يقوم مقامها غير جنسها ، فلم يجز أن يقع الفعل مراعى ثم ينقلب إليها . ولأن من أصبح في رمضان ولم ينو فهو صائم عندنا ؛ لأن النية لا يعتبر مقارنتها ، ومن شرط هذا الصوم وجود النية قبل الزوال ، فإذا وجدت فالصوم لم يتغير عما وقع عليه ، وإن لم يوجد بطل ما تقدم من الصوم لفقد شرطه ، كما يبطل بالأكل .

٢٠٢٦ – احتجوا : بقوله ﷺ : « إن صلاتنا لا يصلح فيها شيء من كلام

---

(١) في (م) ، (ن) : [يستوي] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [النذر] .
(٣) في (ع) : [ما قع] .
(٤) في (م) ، (ن) : [يقول] .
(٥) في (م) ، (ن) : [فيصير] .
(٦) ساقط من (م) ، (ن) ، وكذلك من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٧) في (ص) : [ألا يرى] .

الآدميين ، إنما هو تسبيح » (١) .

٢٠٢٧ - قلنا : هذا يدل على أن التكبير يقع في الصلاة ، ولا يدل على أن تكبيره صلاة .

٢٠٢٨ - قالوا : لأنه ذكرٌ مِن شرطِ صحةِ كل صلاة فوجب أن يكون منها ، كالقراءة .

٢٠٢٩ - قلنا : كون الشيء شرطا في العبادة لا يدل أنه منها ؛ ألا ترى (٢) أن الطهارة ، والستر (٣) ، والاستقبال ، والخطبة شرائط ليست من الصلاة ، والمعنى في القراءة أنها شرط مقدّمة (٤) آخر الصلاة فكان منها ، والتحريمة لما لم يتقدمها جزء لم يكن (٥) منها .

٢٠٣٠ - قالوا : التحريمة تفتقر إلى ما تفتقر إليه (٦) كل صلاة من الطهارة والستر والاستقبال فكانت منها .

٢٠٣١ - قلنا : قد بينا أن تساوي الشيئين (٧) في الشرائط يقتضي التماثل ، فأما أن يقتضي كونها شيئًا (٨) واحدًا فلا . ولأن الجزء الذى يبتدئ فيه التكبير يفتقر إلى هذه الشرائط وإن لم يكن من الصلاة .

٢٠٣٢ - ولا يقال : إنه لا يفتقر إلى النية ؛ لأن النية إذا لم يجز تأخيرها لابد أن يتقدم جزء منها (٩) ؛ لاستحالة أن يكون ابتدأها مع الهمزة .

٢٠٣٣ - وقد قال أصحابنا : إن هذه الشرائط لا تعتبر (١٠) في التحريمة لنفسها ، و[لكن] (١١) للجزء الذى يتعقبها (١٢) من الصلاة .

٢٠٣٤ - قالوا : لو كان كذلك لجاز أن يبتدئ الافتتاح منحرفا عن القبلة ثم يحصل الاستقبال قبل استكمال التكبير .

٢٠٣٥ - قلنا : إذا شرط الاستقبال في التكبير للجزء الذى بعده وجب أن يستقبل من ابتدائه ؛ لأنه لا ينحصر آخر التكبير حتى يستقبل في بعضها دون بعض ، فاعتبر في جميعها .

* * *

(١) أخرجه مسلم في الصحيح (٢١٨/١) ، وأبو داود في السنن (٢٣٥/١) ، والنسائي في السنن (١٧/٣) .

(٢) في (ص) : [ألا يرى] . (٣) في (ن) : [التستر] .

(٤) في (ص) : [يتقدمه] . (٥) في (ن) : [لم تكن] .

(٦) في (م) : [إلى ما يقتصر] . (٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الستر] .

(٨) في (ع) : [سببًا] . (٩) في (ن) : [أن تتقدم حرمتها] . (١٠) في (م) : [لا يعتبر] .

(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : بياض ، مكان : [ولكن] ، وفي (ص) : [للن] ، ولعل الصواب ما أثبتناه . (١٢) في (م) ، (ن) : [تعقبها] .

مسألة ١٠٧

حد تكبيرة الإحرام

٢٠٣٦ - قال أصحابنا : يرفع [(١)] يديه في التكبيرة الأولى حتى يحاذي بإبهاميه أذنيه [(٢)] .

٢٠٣٧ - وقال الشافعي : إلى منكبيه [(٣)] .

٢٠٣٨ - لنا : ما رواه عاصم بن كليب عن أبيه عن وائل بن حجر قال : كان رسول الله ﷺ يرفع يديه حتى يحاذي بأذنيه [(٤)] وذكر أبو الحسن بإسناده عن ميمونة بنت حجر ابن [عبد الله] [(٥)] قالت : سمعت عمتي كبشة [(٦)] بنت عبد الجبار بن وائل عن أبيها وعن علقمة عمها / عن وائل بن حجر قال : قال رسول الله [ﷺ] [(٧)] : « يا وائل بن حجر ، إذا صليت فاجعل يديك حذاء أذنيك » [(٨)] . وعن أبي مسعود الأنصاري قال : ألا أخبركم عن صلاة رسول الله ﷺ ؟ فقال : فكبر ورفع [(٩)] يديه حتى حاذتا أذنيه [(١٠)] . وعن مالك بن الحويرث قال : رأيت النبي ﷺ رفع يديه حتى

٢٣/ب

(١) في (ع) : [رفع] .
(٢) انظر : المبسوط (١١/١ ، ١٢) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٢٨١/١ - ٢٨٣) ، بدائع الصنائع (١٩٩/١) ، البناية (١٩٣/١ - ١٧٩) .
(٣) انظر : مختصر المزني ص ١٤ ، والأم (١٠٤/١) ، حلية العلماء (٨١/٢) ، المجموع مع المهذب (٣٠٤/٣ - ٣٠٧) ، شرح السنة للبغوي (٢٦/٣) . (وانظر : المدونة ٧١/١ ، المنتقى ١٤٢/١ ، ١٤٣ ، الرسالة الفقهية ص ١١٤ ، الاستذكار ١٢٣/٢ ، ١٢٨ ، بداية المجتهد ١٣٧/١ ، الإفصاح ١٢٣/١ ، ١٢٤ ، المسائل الفقهية ١١٤/١ ، المغني ٤٦٩/١ ، ٤٧٠) .
(٤) أخرجه أبو داود في السنن (١٨٦ ، ١٨٧) ، والطحاوي في المعاني (١٩٦/١) ، والدارقطني في السنن (٢٩٢/١ ، ٢٩٥) ، والبيهقي في الكبرى (٢٥/٢) ، ورجه في شرح السنة (٢٦/٣) .
(٥) هكذا في كل النسخ ، وربما الصواب : عبد الجبار ، بدلالة ما بعده ، وهذا ما في تكملة الإكمال لمحمد ابن عبد الغني البغدادي (٢٥٠/٢) ، وكذلك في مجمع الزوائد (٣٧٤/٩) .
(٦) هكذا في كل النسخ ، والذي في تكملة الإكمال : جشّة . قال في مجمع الزوائد (٣٧٤/٩) : رواه الطبراني من طريق ميمونة بنت حجر بن عبد الجبار عن عمتها أم يحيى بنت عبد الجبار ولم أعرفها ، وبقية رجاله ثقات ، وكذا قال في (١٠٣/٢) .
(٧) ساقطة من (ن) .
(٨) الحديث في مجمع الزوائد (١٠٣/٢) ، (٣٧٤/٩) ، وفي الكبير للطبراني (١٩/٢٢) .
(٩) في (ن) : [فكبر فرفع] .
(١٠) ورواه أبو داود (١٨٦/١ ، ١٨٩) .

حاذى بهما [فروع] (١) أذنيه (٢) .

٢٠٣٩ - وروى أبو إسحاق عن البراء قال : رأيت رسول الله ﷺ حين افتتح الصلاة رفع يديه حتى حاذت إبهاماه فروع أذنيه (٣) ، وروى أبو هريرة [ﷺ] (٤) أن النبي ﷺ كان يرفع يديه حذاء أذنيه (٥) .

٢٠٤٠ - ومن أصحابنا من روى عن أنس ، وعن ابن بريدة عن أبيه ، عن النبي ﷺ أنه رفع يديه إلى أذنيه (٦) . ولأن ما تعلق بافتتاح الصلاة فالأظهر منه أولى من الأخفى ، كالجهر بالتكبير .

٢٠٤١ - ولا يلزم مجاوزة (٧) الأذن ؛ لأن الأولى تدخل (٨) بين الجائزين ومجاوزة الأذن (٩) لا يجوز بالاتفاق . ولأن كل موضع سن تقديم اليد إلى أعالي بدنه (١٠) في الصلاة فإنه يحاذي بهما أذنيه ، كالوضع (١١) عند السجود ، فإن نازعوا فيه دللنا عليه بحديث البراء ووائل بن حجر : قالوا : وضع رسول الله [ﷺ] (١٢) وجهه في السجود بين كفيه (١٣) .

٢٠٤٢ - احتجوا : بحديث ابن عمر قال : رأيت رسول الله ﷺ إذا افتتح الصلاة رفع (١٤) يديه حتى تحاذي (١٥) منكبيه (١٦) ، وروى (١٧) أبو حميد الساعدي بحضرة

---

(١) ساقط من (ن) .

(٢) رواه مسلم في الصحيح (١٦٦/١) ، وأبو داود (١٩١/١) ، والنسائي (١٢٣/٢) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٤/١) .

(٣) أخرجه أبو داود في السنن (١٩٢/١) ، والدارقطني (٢٩٣/١ ، ٢٩٤) ، والبيهقي (٢٦/٢) ، وابن أبي شيبة (٢٦٤/١) .

(٤) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) رواه أبو داود في السنن (١٩٠/١) ، وابن ماجه في السنن (٢٧٩/١) ، الطحاوي في المعاني (١٩٥/١ ، ٢٢٤) ، والبيهقي في الكبرى (٢٧/٢) .

(٦) أخرجه الدارقطني (٣٤٥/١) ، والبيهقي في الكبرى (٩٩/٢) ، ولم نعثر على حديث ابن بريدة بعد .

(٧) في (ع) : [مجاورة] .

(٨) في (م) ، (ن) : [يدخل] .

(٩) في (ص) : [أذن] .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يديه] .

(١١) في (ن) : [كالموضع] .

(١٢) الزيادة من (ن) .

(١٣) أخرجه الطحاوي في المعاني (٢٥٧/١) ، والترمذي (٦٠/٢) . وحديث وائل بن حجر أخرجه مسلم في الصحيح مطولا (١٧١/١) ، وأبو داود (١٨٥/١ ، ١٨٩) ، والبيهقي (٩٨/٢ ، ٩٩) .

(١٤) في (م) ، (ن) : [يرفع] .

(١٥) في (م) ، (ن) : [يحاذي] .

(١٦) أخرجه مسلم في الصحيح (١٦٥/١) ، وأبو داود (١٨٥/١) ، والنسائي (١٢١/٢ ، ١٢٢) ، وابن ماجه (٢٧٩/١) ، والدارقطني (٢٨٨/١) ، والطحاوي في المعاني (٢٢٢/١ ، ٢٢٣) ، والبيهقي في الكبرى (٢٣/٢ ، ٢٤) .

(١٧) في (م) ، (ن) : [روى] ولعلها : [رواه] .

عشرة من الصحابة فصدقوه ، وذكر إلى المنكبين [١] .

٢٠٤٣ - والجواب : أنه يحتمل حال العذر ؛ فقد بين ذلك وائل بن حجر فقال : قدمت عليهم في العام الثاني فوجدتهم يرفعون [٢] أيديهم في الأكسية [٣] من البرد [٤] .

٢٠٤٤ - قالوا : خبرنا أكثر رواة ؛ لأن أبا حميد رواه بحضرة عشرة .

٢٠٤٥ - قلنا : روي في قصة حميد مثل قولنا ، فلم يبق لهم إلا ابن عمر ، وما [٥] ذكرناه من الرواة أكثر ، فالزائد أولى .

٢٠٤٦ - قالوا : نستعمل الخبرين فنقول : رفع يديه حذاء منكبيه ، فصار أطراف الأصابع بحذاء شحمة الأذن .

٢٠٤٧ - قلنا : قوله : حتى تحاذي [٦] [يديه] [٧] أذنيه يقتضي المحاذاة بهما أو بأكثرهما . ثم إنا نستعمل خبرهم على نحو هذا فنقول : إن اليد اسم لجميع العضو ، وقوله : حاذى بيديه منكبيه يعني الركوع .

٢٠٤٨ - قالوا : رفع اليد على المنكب زيادة على ما جرت به العادة في الرفع فلم يكن مسنونا [٨] ، كمجاوزة [٩] الأذنين .

٢٠٤٩ - قلنا : لا عادة في رفع اليدين إلى المنكب حتى نعتبره [١٠] بمجاوزتها . ولأن الواجب الفرق بين أفعال الصلاة وما يعتاد في غيرها ، ولأن ما ذكرناه أشق فكان أولى .

* * *

(١) أخرجه أبو داود بطوله (١٨٧/١) ، والترمذي (١٠٥/٢ - ١٠٨) ، وابن ماجه (٢٨٠/١) ، والطحاوي في المعاني (١٩٥/١ ، ٢٢٣) ، والبيهقي (٢٤/٢) .

(٢) في (ع) : [يرفعوا] .

(٣) في (م) ، (ن) : [في الألسنة] .

(٤) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار (١٩٦/١ ، ١٩٧) ، رواه أبو داود مختصرا (١٨٦/١ ، ١٨٧) ، وكذلك البيهقي (٢٤/٢) .

(٥) في (ع) ، (ن) : [ومن] .

(٦) في (م) ، (ن) : [يحاذي] .

(٧) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) في (ع) : [منسوبًا] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لمجاوزة] .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يعتبره] .

مسألة ١٠٨

وضع اليدين في الصلاة

٢٠٥٠ – قال أصحابنا : يأخذ يساره بيمينه فيجعلهما تحت سرته [(١)] .

٢٠٥١ – وقال الشافعي : عند صدره [(٢)] .

٢٠٥٢ – لنا : ما رواه أبو جحيفة عن علي [(٣)] قال : من السنة وضع اليمين على اليسار تحت السرة [(٤)] . وروى أبو وائل عن أبي هريرة قال : من السنة أن يضع الرجل يده اليمنى تحت السرة في الصلاة [(٥)] . ولأنه وضع ليديه على يديه في صلاته فكان الأيسر أولى من الأشق [(٦)] ، كوضعهما [(٧)] على الركبتين في الركوع ، ولأن وضعهما [(٨)] تحت السرة أقرب إلى حفظ الإزار فيجمع بين الوضع والستر ، فكان أولى .

٢٠٥٣ – احتجوا : بحديث وائل بن حجر أن النبي ﷺ كان يضع اليمين على اليسار تحت صدره [(٩)] .

٢٠٥٤ – والجواب : أن هذا حكاية فعل وفيه احتمال ؛ لأن ما تحت السرة يقال إنه تحت الصدر ، فلم يكن الرجوع إليه أولى [(١٠)] من قول أبي هريرة .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٦ ، بدائع الصنائع (٢٠١/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية (٢٨٧/١) ، مجمع الأنهر (٩٣/١ ، ٩٤) .

(٢) انظر : مختصر المزني ص ١٤ ، الوسيط (٦٠/٢) ، حلية العلماء (٨٢/١) ، المجموع مع المهذب (٣١٠/٣ – ٣١٣) . (انظر : المنتقى ٢٨٠/١ ، ٢٨١ ، الكافي لابن عبد البر ٢٠٦/١ ، بداية المجتهد ١٤٠/١ ، الإفصاح ١٤٠/١ ، الكافي لابن قدامة ١٢٨/١ ، المغني ٤٧٢/١ ، ٤٧٣) .

(٣) في سائر النسخ التي اعتمدنا عليها : [أبو حنيفة عن علي] ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) أخرجه أبو داود باب وضع اليمنى على اليسرى في الصلاة (١٩٣/١) ، والدارقطني باب في أخذ الشمال باليمين في الصلاة (٢٨٦/١) ، والبيهقي في الكبرى باب وضع اليدين على الصدر في الصلاة من السنة (٣١/٢) .

(٥) أخرجه أبو داود باب وضع اليمنى على اليسرى في الصلاة (١٩٤/١) ، والدارقطني باب في أخذ الشمال باليمين في الصلاة (٢٨٤/١) .

(٦) في (ن) : [الأسبق] .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كوضعها] .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وضعها] .

(٩) أخرجه البيهقي باب وضع اليدين على الصدر في الصلاة من السنة (٣٠/٢) .

(١٠) ساقط من (م) ، (ع) ، (ن) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

٢٠٥٥ - قالوا : وروي [عن] [1] علي مثل قولنا ، وهو إمام ، فهو أولى .

٢٠٥٦ - [قلنا : [قد] [2] روينا عن علي أنه قد قال ضد قولهم .

٢٠٥٧ - قالوا : ما تحت السرة يجب ستره في الصلاة فلم يكن محلا لوضع اليد حال الانتصاب ، كالفخذ .

٢٠٥٨ - قلنا : وجوب الستر يدل على الاستحباب [في] [3] وضع اليد ؛ لأنه أقرب إلى الستر .

٢٠٥٩ - قالوا : وضعها تحت الصدر أشق وأبعد من العادة ، فكان أولى] [4] .

٢٠٦٠ - قلنا : هذا عادة أهل الكتاب ، فمخالفتهم أولى .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) ساقط من (ن) .

(٣) ساقطة من (ن) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ١٠٩

ما يستحب في الاستفتاح

٢٠٦١ - قال أبو حنيفة ومحمد : أستحب في الاستفتاح : سبحانك اللَّهم وبحمدك (١) .

٢٠٦٢ - وقال الشافعي : يفتتح بوجهت وجهي (٢) .

٢٠٦٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَسَبِّحْ بِحَمْدِ رَبِّكَ حِينَ تَقُومُ ﴾ (٣) . وروي عن الضحاك ابن مزاحم أنه قال : حين تقوم (٤) إلى الصلاة (٥) ، فهذا يدل على [أن] (٦) الذكر المتعلق بحال القيام التسبيح .

٢٠٦٤ - ولا يقال : هذا يقتضي ما قبل التكبير ؛ لأنه لا ذكر قبل التكبير مسنون ، والأمر يجب حمله (٧) على المسنون إذا سقط الوجوب .

٢٠٦٥ - ويدل عليه : حديث عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ إذا افتتح الصلاة يرفع يديه حذو منكبيه ويكبر ثم يقول (٨) : « سبحانك اللَّهم وبحمدك ... إلى آخره » (٩) .

---

(١) وقال أبو يوسف : يجمع بين سبحانك اللَّهم وبحمدك وبين وجهت وجهي للذي فطر السماوات والأرض ، يبدأ بأيهما شاء ، وهو اختيار الطحاوي . (انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٦ ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية ٢٨٨/١ ، بدائع الصنائع ٢٠٢/١ ، مجمع الأنهر ٩٤/١ ، ٩٥ ، البناية ٢١١/٢ ، ٢١٦) .

(٢) انظر : الأم (١٠٦/١) ، مختصر المزني ص ١٤ ، الوسيط (٦٠٨/٢) ، حلية العلماء (٨٣/٢) ، المجموع مع المهذب (٣١٤/٣ - ٣٢٢) . (راجع : بداية المجتهد ١٢٥/١ ، ١٢٦ ، الإفصاح ١٢٤/١ ، ١٢٥ ، المغني ٤٧٣/١ - ٤٧٥) .

(٣) سورة الطور : الآية ٤٨ .

(٤) في (م) : [حين يقوم] .

(٥) رواه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الصلاة باب فيما يفتتح به الصلاة (٢٦٣/١) .

(٦) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [أمره] .

(٨) في (ص) : [ويقول] .

(٩) رواه الطحاوي في المعاني باب ما يقال في الصلاة بعد تكبيرة الإحرام (١٩٨/١) ، وأبو داود باب من رأى الاستفتاح بسبحانك اللَّهم وبحمدك (١٩٩/١) ، والدارقطني باب دعاء الاستفتاح بعد التكبير (٢٩٩/١) ، والحاكم في المستدرك كتاب الصلاة في دعاء افتتاح الصلاة (٢٣٥/١) ، ورواه البيهقي في الكبرى في باب الاستفتاح بسبحانك اللَّهم (٣٤/٢) .

٢٠٦٦ - وعن أبي سعيد الخدري ﷺ [قال] [١] : كان النبي [٢] [ﷺ] [٣] يستفتح الصلاة بسبحانك اللّٰهم وبحمدك [٤] . وروى أبو الأحوص عن عبد اللّٰه بن مسعود ﷺ قال : كان رسول اللّٰه ﷺ إذا افتتح الصلاة قال : « سبحانك اللّٰهم وبحمدك » [٥] . ورواه محمد بن المنكدر عن جابر ، والأسود [٦] عن عمر ، وعيسى عن أنس ، وعبد اللّٰه بن زيد [٧] عن أبيه ، كلهم عن رسول اللّٰه ﷺ [٨] .

٢٠٦٧ - وروى عمرو بن ميمون قال : صلى بنا عمر الصبح بذى الحليفة وهو يريد مكة ، فقال [٩] : [اللّٰه أكبر] [١٠] ، سبحانك اللّٰهم وبحمدك [١١] .

٢٠٦٨ - وروى الأحمر عن ابن عجلان قال : بلغني أن أبا بكر الصديق كان إذا افتتح الصلاة قال : سبحانك اللّٰهم وبحمدك [١٢] . وروى الحرث بن سويد عن عبد اللّٰه ابن مسعود ﷺ قال : إن من أحب الكلمة إلى اللّٰه أن يقول الرجل : سبحانك اللّٰهم وبحمدك [١٣] . ولأنه ركن يكون مدركه مدركا للركعة فجاز أن يتضمن التسبيح ، كالركوع . ولأنه ركن من أركان الصلاة فلم يسن [١٤] فيه صفة حاله ، كالركوع والسجود .

---

(١) ساقطة من (ن) . (٢) في (ص) : [رسول اللّٰه] .

(٣) ساقطة من (ن) .

(٤) أخرجه أبو داود باب من رأى الاستفتاح بسبحانك اللّٰهم وبحمدك (١٩٨/١ ، ١٩٩) ، والترمذي (٩/٢) ، وابن ماجه (٢٦٤/١) ، والدارقطني باب دعاء الاستفتاح بعد التكبير (٢٩٨/١) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٧٥/٢) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٣/١) ، والطحاوي (١٩٧/١ ، ١٩٨) ، وأحمد في المسند (٥٠/٣) .

(٥) راجعه في نصب الراية (٣٢٢/١) ، والدراية (١٣٠/١) .

(٦) في (ع) : [عن الأسود] . (٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بريدة] .

(٨) حديث جابر رواه البيهقي في الكبرى باب من روى الجمع بينهما (٣٥/٢) . وحديث الأسود رواه البيهقي في الكبرى باب الاستفتاح بسبحانك اللّٰهم وبحمدك (٣٢/٢ ، ٣٣) ، وابن أبي شيبة (٢٦١/١ - ٢٦٣) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٧٥/٢ ، ٧٦) ، والطحاوي (١٩٨/١) ، والدارقطني باب دعاء الاستفتاح بعد التكبير (٣٠٠/١ ، ٣٠١) ، وحديث أنس أخرجه الدارقطني باب دعاء الاستفتاح بعد التكبير (٣٠٠/١) .

(٩) في (ع) : [قال] . (١٠) ساقط من (ع) .

(١١) أخرجه ابن أبي شيبة ، في مصنفه (٢٦٢/١ ، ٢٦٣) ، والطحاوي (١٩٨/١) .

(١٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٦١/١) .

(١٣) أخرجه ابن أبي شيبة بطوله (٢٦٣/١) . وعزاه الهيثمي في مجمع الزوائد (١٠٦/٢) إلى الطبراني في الأوسط .

(١٤) في (م) : [فلم ينس] ، وفي (ع) : [فلم تسن] .

٢٠٦٩ - أو نقول : فوجب أن لا يكون من سنته ذكر التوجه .

٢٠٧٠ - احتجوا : بحديث علي قال : كان رسول اللّه ﷺ إذا قام إلى الصلاة كبر ، ثم [(١)] قال : وجهت وجهي [(٢)] . وروى أبو هريرة نحوه .

٢٠٧١ - والجواب : في حديث علي : وكان إذا ركع قال : اللّهم لك ركعت ، وإذا سجد ، قال : اللّهم لك سجدت [(٣)] ، فهذا يدل على أنه كان قبل أن يسن التسبيح في الأركان . وقد روى عبد اللّه بن أبي الخليل عن علي قال : سمعته يقول حين كبر في الصلاة : « لا إله إلا أنت سبحانك إني ظلمت نفسي فاغفر لي ذنوبي ؛ إنه لا يغفر الذنوب إلا أنت » [(٤)] . وعدوله عن العمل بما رواه ، يدل [على] [(٥)] أنه عرف نسخه . ولأن خبرنا أكثر رواة فكان أولى ، ولأن الأئمة عملوا به .

٢٠٧٢ - قالوا : خبرنا زائد .

٢٠٧٣ - قلنا : الزائد يعتبر في جنس واحد ، وكل واحد من الخبرين يتضمن جنسًا آخر ، فأما قوله : فيه آيات [(٦)] من القرآن ، قلنا : الأذكار [المسنونة] [(٧)] الأفضل فيها من غير القرءان ، كالتشهد وتسبيح الركوع .

٢٠٧٤ - قالوا : هذا أليق بالحال .

٢٠٧٥ - قلنا : قد نسخ نظيره ، وهو قوله : لك ركعت ولك سجدت .

٢٠٧٦ - قالوا : التسبيح في الركوع والسجود ، فكان ذكرٌ غيره في القيام أولى .

---

(١) في (ع) : [و] ، مكان : [ثم] .

(٢) أخرجه مسلم مطولًا ومختصرًا في الصحيح كتاب المساجد باب الدعاء في صلاة الليل وقيامه (٣١١/١ ، ٣١٢) ، وأبو داود باب ما يستفتح به الصلاة من الدعاء (١٩٤/١ ، ١٩٥) ، وابن أبي شيبة (٢٦٢/١) ، والدارقطني باب دعاء الاستفتاح بعد التكبير (٢٩٦/١ ، ٢٩٧) ، والطحاوي (١٩٩/١) ، والبيهقي في الكبرى باب افتتاح الصلاة بعد التكبير (٣٢/٢ ، ٣٣) ، وعبد الرزاق في المصنف (٧٩/٢ ، ٨٠) .

(٣) انظر البيهقي (٢٦٣/١) وعبد الرزاق في المصنف في باب القول في الركوع والسجود (١٦٣/٢ ، ١٦٤) ، والطحاوي في باب ما ينبغي أن يقال في الركوع والسجود (٢٣٣/١) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة بهذا اللفظ ، في المصنف (٢٦٣/١) ، وأخرجه البيهقي من هذا الوجه ، ومن وجه آخر مطولًا ، بألفاظ متقاربة في الكبرى باب افتتاح الصلاة بعد التكبير (٣٣/٢) .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [بقوله في آيات] ، وفي (ن) : [يقوله فيه أيات] .

(٧) ساقط من (ع) .

٢٠٧٧ - قلنا : ثبوته في بعض الأركان دليل على ثبوته في غيرها ، ويجاب عن خبرهم بأن يقال : يحتمل أن يكون [1] في صلاة نافلة . وقد روي عن عائشة [رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا] [2] أن النبي ﷺ كان يفتتح في صلاة الليل بغير ما يفتتح في الفرائض [3] .

٢٠٧٨ - قالوا : ذكر يؤتى به حال الانتصاب فكان القرآن أولى به من التسبيح ، كما بعد الافتتاح .

٢٠٧٩ - قلنا : لا يمتنع أن يفعل في حال الانتصاب [4] ما ليس بقرآن ، كتكبيرة العيد والقنوت . ولأن هذا الذكر لا يفعل على طريق القراءة ، وما يذكر لا على طريق [القراءة] [5] ليس يشبه [6] ألفاظ القرآن .

٢٠٨٠ - قالوا : ركعة من الصلاة فلم يسن افتتاحها بالتسبيح ، كالثانية .

٢٠٨١ - قلنا : نعكس فنقول : فلا يفتتح بالتوجه ، كالثانية .

٢٠٨٢ - قالوا : ذكر شرع من جنسه في غير القيام ، فلم يشرع من جنسه في القيام في عموم الصلوات ، كالتشهد .

٢٠٨٣ - قلنا : يبطل بالتكبير ، والمعنى في التشهد : أنه يختص بالقعدة فلم يسن في حال القيام ، والتسبيح من أذكار الصلاة لا يختص بالقعدة ، فجاز أن يفعل في حال القيام ، كالتكبيرة .

* * *

(١) في (ص) : [أن لا يكون] .
(٢) زيادة من (ع) .
(٣) أخرجه مسلم من حديث أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ، قال : سألت عائشة أم المؤمنين : بأي شيء كان نبي الله ﷺ يفتتح صلاته إذا قام من الليل ؟ قالت : كان إذا قام من الليل افتتح صلاته : « اللّهم رب جبرائيل وميكائيل » وساق الحديث في الصحيح كتاب المساجد باب الدعاء في صلاة الليل وقيامه (٣١١/١) .
(٤) في (م) ، (ع) : [الانتصاب فكان القرءان أولى] .
(٥) زيادة من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [بسنه] .

مسألة ١١٠

الواجب في القراءة

٢٠٨٤ - قال أبو حنيفة : الواجب من القراءة ما يتناوله الاسم (١) .

٢٠٨٥ - وقال الشافعي : الواجب فاتحة الكتاب (٢) .

٢٠٨٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْءَانِ ﴾ (٣) ، وهذا غاية ما يقال في إسقاط التعيين (٤) ، يقول القائل : افعل ما تيسر .

٢٠٨٧ - ولا يقال : إن المراد بالآية الصلاة ؛ لأن ابن عباس رضي الله عنهما قال : فرض الله قيام نصف الليل ثم خفف عنهم ، ونسخ بقوله : ﴿ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْءَانِ ﴾ (٥) .

٢٠٨٨ - قالوا : ويدل على ذلك سياق (٦) الآية ؛ لأنه قال : ﴿ قُمِ الَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا ۝ نِّصْفَهُ ﴾ ، ثم قال : ﴿ عَلِمَ أَن سَيَكُونُ مِنكُم مَّرْضَىٰ ﴾ (٧) . فلما قال : ﴿ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ ﴾

---

(١) قال البابرتي في شرح الهداية : اختلف العلماء فيما هو الركن من القراءة ؛ فذهب علماؤنا إلى ركنية قراءة آية ، والشافعي إلى ركنية الفاتحة ، ومالك إلى ركنية الفاتحة وضم سورة معها . (انظر المسألة ومذاهب العلماء في : أحكام القرءان للجصاص ١/١٨-٢٣ ، بدائع الصنائع ١/١١٢ ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية ١/٢٩٣ ، ٢٩٤ ، مجمع الأنهر ١/١٠٤ ، ١٠٥) .

(٢) انظر : الأم (١/١٠٧) ، مختصر المزني ص ١٧ ، الوسيط (٦٠٩ ، ٦١١) ، حلية العلماء ١/٨٤ ، ٨٥ ، المجموع مع المهذب ٣/٣٢٦-٣٣٠ . وانظر المسألة في : المدونة ١/٦٨ ، ٦٩ ، المنتقى ١/١٥٥ ، ١٥٦ ، الكافي لابن عبد البر ١/٢٠١ ، بداية المجتهد ٢/١٢٨-١٣١ ، والمسائل الفقهية ١/١١٧ ، الإفصاح ١/١٢٨ ، المغني ١/٤٧٦ .

(٣) سورة المزمل : الآية ٢٠ .

(٤) في (ن) : [التغيير] بدون نقط .

(٥) قال القرطبي : اختلف العلماء في الناسخ للأمر بقيام الليل ، فعن ابن عباس وعائشة : أن الناسخ للأمر بقيام الليل قوله تعالى : ﴿ إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ أَدْنَىٰ مِن ثُلُثَيِ الَّيْلِ ﴾ إلى آخر السورة . وقيل : قوله تعالى : ﴿ عَلِمَ أَن لَّن تُحْصُوهُ ﴾ ، وعن ابن عباس أيضا : هو منسوخ بقوله تعالى : ﴿ عَلِمَ أَن سَيَكُونُ مِنكُم مَّرْضَىٰ ﴾ . وعن عائشة أيضًا والشافعي ومقاتل وابن كيسان : هو منسوخ بالصلوات الخمس . وقيل : الناسخ لذلك قوله تعالى : ﴿ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ ﴾ . وقال ابن العربي : روي أنه لما نزلت : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا الْمُزَّمِّلُ ۝ قُمِ الَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا ﴾ قاموا حتى تورمت أقدامهم ، فخفف الله عنهم ، هذا قول عائشة وابن عباس ، لكن عائشة قالت : خفف الله عنهم بالصلوات الخمس ، وقال ابن عباس : بآخر السورة . انظر : أحكام القرآن للقرطبي (١٩/٣٦) ، وأحكام القرآن لابن العربي (٤/١٨٨٠ - ١٨٨٣) ، وأحكام القرآن للرازي (٣/٤٦٩) .

(٦) في (م) ، (ن) : [ميثاق] .

(٧) سورة المزمل : الآية ٣ ، ٢٠ .

علم أن المراد به : صلوا ما تيسر ؛ وذلك لأن حقيقة قوله : ﴿ فَٱقۡرَءُواْ ﴾ الأمر بفعل القرءان ، وحمله على الصلاة مجاز ، فلا يصار إليه إلا بدليل ، ولا دليل لهم في قول ابن عباس ؛ لأنه يجوز أن يكون أمر بتخفيف القراءة ، فصار الأمر بذلك تخفيفا للصلاة ، فيكون النسخ والمعنى [١] .

٢٠٨٩ - قالوا : الذي تيسر هو الفاتحة في العادة .

٢٠٩٠ - قلنا : من تيسرت عليه الفاتحة فما دونها أيسر ، وظاهر الآية يقتضي وجوب كل ما تيسر .

٢٠٩١ - فلو قلنا : إن من ترك تشديد حرف من الفاتحة لم تجز [٢] صلاته ، فلم [٣] يكن تيسيرا . ولأن الآية لا يجوز أن يراد بها الفاتحة ؛ لأنها نزلت بمكة ، والفاتحة بالمدينة ، فكيف يجوز أن يراد بها ؟

٢٠٩٢ - ويدل عليه : ما رواه رفاعة بن رافع ، وأبو هريرة في قصة الذي صلى في المسجد فقال له النبي ﷺ : « ارجع فصل / فإنك لم تصل ... إلى أن قال : ثم اقرأ ما تيسر معك من القرءان » [٤] . وهذا في حال البيان ، فلو كانت الفاتحة واجبة لذكرها . ٢٤/أ

٢٠٩٣ - ولا يقال قد روي في الخبر أنه قال : « ثم اقرأ بفاتحة الكتاب » ؛ لأن هذا لا يعرف ، والمشهور ما بيناه . وقد طرق الخبر ابن شجاع وأبو الحسن على ما ذكرناه [٥] . ولو ثبت لم يكن فيه دلالة ؛ لجواز أن يكون ذكر الأمرين فبين [٦] بأحدهما : الوجوب وبالآخر : المسنون .

٢٠٩٤ - ويدل عليه ما رواه أبو عثمان النهدي ، عن أبي هريرة قال : قال رسول اللّٰه

---

(١) هكذا في كل النسخ ، ولعل الصواب : فيكون النسخ بالمعنى ، أو : للمعنى .

(٢) في (م) : [لم يجز] .

(٣) في (م) ، (ع) ، (ن) : [لم] .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (١٣) ، وفي مسألة (١٠٤) . وأما حديث أبي هريرة ﷺ : أخرجه البخارى في الصحيح كتاب الآذان باب وجوب القراءة للإمام والمأموم (١٣٨/١) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الصلاة باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة (١٦٩/١) ، وأبو داود في السنن في باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود (٢١٧/١ ، ٢١٨) ، والنسائي في السنن كتاب الافتتاح ، فرض التكبيرة الأولى (١٢٤/٢ ، ١٢٥) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الصلاة باب ما يدخل به في الصلاة من التكبير (١٥/٢) .

(٥) أخرجه أبو داود بلفظ : « إذا قمت فتوجهت إلى القبلة فكبر ثم اقرأ بأم القرآن وبما شاء اللّٰه أن تقرأ » في باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود (٢١٩/١) ، وذكره البغوي في شرح السنة (٩/٣ ، ١٠) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فتبين] .

ﷺ : « أخرج فناد في المدينة : إنه لا صلاة إلا بقراءة ، ولو بفاتحة الكتاب ، فما زاد »[(١)] . وهذا ينفي التعيين ، ذكره أبو داود .

٢٠٩٥ - قالوا : قد روي في الخبر : « لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب فما زاد »[(٢)] .

٢٠٩٦ - قلنا[(٣)] : الخبر واحد ، والزائد أولى ، ويجوز أن يكون يبين[(٤)] الأمرين : الواجب والمسنون .

٢٠٩٧ - قالوا : المراد بالخبر الأمر بتكثير[(٥)] القراءة أو الاقتصار على الأدنى ، وهو فاتحة الكتاب ، كما يقال : أقم البينة ولو[(٦)] رجل وامرأتين[(٧)] .

٢٠٩٨ - قلنا : ظاهر قوله : ولو بكذا التخيير بينه وبين غيره ، وما سواه [عدول][(٨)] عن الظاهر ، فلا يصار إليه إلا بدليل ؛ ولأنه ذكر جعل شرطًا في صحة الصلاة فلم يتعين ، كالتكبير والخطبة .

٢٠٩٩ - قالوا : التكبير يتعين عندنا ؛ لأنه لا يجوز إلا بالله أكبر فإذا قال : الأكبر انعقدت[(٩)] الصلاة ببعضه .

٢١٠٠ - قلنا : قد بينا فيما سلف أن كل واحدة من اللفظتين غير الأخرى ، وقد جوز الشافعي بكل واحدة منهما .

٢١٠١ - قالوا : الخطبة غير متكررة في الصلاة فلم تتعين[(١٠)] ، والقراءة ذكر متكرر فيها فتتعين[(١١)] .

٢١٠٢ - قلنا : علة الأصل تبطل بالتعوذ والاستفتاح ، فإنه غير متكرر ويتعين في

---

(١) في سائر النسخ : بدون [أبو] و [لي] ، أثبتنا الزيادتين من واقع الحديث . والحديث أخرجه أبو داود بهذا اللفظ في سننه في باب ترك القراءة في صلاته بفاتحة الكتاب (٢٠٨/١) .

(٢) أخرجه أبو داود بلفظ : لا صلاة إلا بقراءة فاتحة الكتاب فما زاد ، في باب ترك القراءة في صلاته بفاتحة الكتاب فما زاد (٢١٩/١) ، والدارقطني في السنن في باب وجوب قراءة أم الكتاب في الصلاة ، وخلف الإمام (٣٢١/١) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الصلاة ، إذا قرأ الإمام فلا تقرؤا إلا بأم القرآن ، فإنه لا صلاة لمن لم يقرأ بها (٢٣٩/١) .

(٣) في (ص) : [لنا] .

(٤) في غير (ص) : [بين] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بتكبير] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وهو] .

(٧) في كل النسخ : [وامرأتان] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٨) ساقط من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٩) في (م) ، (ع) : [تعقدت] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يتعين] .

(١١) في (ع) : [فتعين] .

باب المسنون ، وعلة الفرع تبطل بالتسبيحات [١] ؛ لأنها تتكرر [٢] في الصلاة ولا تتعين [٣] عندهم ؛ لأنه يجوز [٤] أن يقول : لك سجدت ، ولك ركعت ، ولأنه أتى بما يسمى قرآنًا ، فصار كفاتحة الكتاب .

٢١٠٣ - ولا يقال : إن فاتحة الكتاب تجمع [٥] الثناء والحمد والدعاء مع قصرها ، وذلك لا يوجد في غيرها ؛ لأنه لو قرأ آيات متفرقة فيها هذه المعانى لم يجز عندهم ؛ لوجود [٦] ما قالوه . ولأن ما ثبت [٧] لحرمة القرآن لم يختص بفاتحة الكتاب ، كمنع المحدث من مسه ، والجنب من قراءته .

٢١٠٤ - ولا يقال : إن المنع من مسه ليس لحرمة القرآن ، لكن لأجل ظَرفه ؛ لأن المنع لحرمة القرآن ، فتعلقت تلك الحرمة بما كتب فيه .

٢١٠٥ - احتجوا : بما رواه سفيان بن عيينة عن الزهري ، عن محمود بن الربيع ، عن عبادة بن الصامت ، أن النبي ﷺ قال : « لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب » [٨] .

٢١٠٦ - والجواب : أن لفظة [٩] (لا) مشتركة : يحتمل نفي الجواز ، ونفي الكمال ، كقوله : « لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد » [١٠] . وإذا احتملت الأمرين

---

(١) في (م) ، (ع) : [يبطل بالاستحباب] ، وفي (ن) : [تبطل بالاستحباب] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يتكرر] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولا يتعين] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يجوز] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يجمع] .

(٦) في هامش (ص) : [مع وجود] من نسخة أخرى .

(٧) في (م) ، (ع) : [ولا ما ثبت] .

(٨) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الأذان باب وجوب القراءة للإمام والمأموم في الصلوات كلها في الحضر والسفر ، وما يجهر فيها وما يخافت (١٣٨/١) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الصلاة باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة (١٦٧/١) ، وأبو داود في سننه باب من ترك القراءة في صلاته بفاتحة الكتاب (٢٠٩/١) ، والترمذي في باب ما جاء أنه لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب (٢٥/٢) ، والنسائي كتاب الافتتاح باب إيجاب قراءة فاتحة الكتاب في الصلاة (١٣٧/٢) ، وابن ماجه كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها باب القراءة خلف الإمام (٢٧٣/١) ، والدارقطني في سننه باب وجوب قراءة أم الكتاب في الصلاة وخلف الإمام (٣٢١/١) .

(٩) في (ن) ، (ع) : [لفظ] .

(١٠) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الصلاة باب الحث لجار المسجد على الصلاة فيه إلا من عذر (٤٢٠/١) . وحديث أبي هريرة : أخرجه الدارقطني في نفس الباب ، والحاكم في المستدرك كتاب الصلاة في : لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد (٢٤٦/١) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الصلاة باب ما جاء من التشديد في ترك الجماعة من غير عذر (٥٧/٣) . وحديث علي : أخرجه البيهقي في نفس المصدر .

حملت على نفي الكمال ؛ لأنه [1] متيقن .

٢١٠٧ - ولا يقال : حمله على نفي الإجزاء يدخل [على] [2] نفي الكمال ؛ لأن العموم يتعين [3] في الألفاظ دون التقدير والإضمار . ولأن [4] قوله : « لا صلاة » يقتضي نفي الفعل ، وهو موجود ، فالمراد غير الظاهر ، فاحتمل : لا صلاة جائزة ولا صلاة كاملة . ولأنه روي في هذا الخبر أنه قال : « وآيات معها » ، وقد أريد بالنفي فيما زاد على الفاتحة نفي الكمال ، فكان هو المراد في الفاتحة ؛ لأن اللفظ يتناولهما على وجه واحد .

٢١٠٨ - قالوا : عندكم أن ترك الفاتحة ليس فيه نفي الكمال .

٢١٠٩ - قلنا : ليس كذلك ؛ لأن الأفضل عندنا قراءة الفاتحة .

٢١١٠ - قالوا : روي في هذا الخبر أنه : « لا تجزئ [5] صلاة لا يقرأ الرجل فيها بفاتحة الكتاب » [6] ، وهذا مفسر لا يحتمل .

٢١١١ - قلنا : هذا الخبر رواه الأئمة عن سفيان بن عيينة باللفظ الأول ، وذكره البخاري في الصحيح ، وكذلك رواه الشافعي . وإنما تفرد بهذا اللفظ زياد بن أيوب ، راويه عن سفيان ، والرجوع إلى رواية الأئمة أولى مما تفرد به واحد .

٢١١٢ - وقول الدارقطني : هذا الإسناد صحيح رجع إلى أصل الرواة [7] للخبر ؛ لأنه ساق حديثهم في حديث واحد ، ولو ثبت لم يدل [على] [8] أن الإجزاء [9] هو الكفاية ، فكأنه قال : لا تكفي [10] صلاة ، وعندنا أن الكفاية تقع [11] بالمسنون والمفروض ، فأما الاقتصار على المفروض فليس بكاف .

٢١١٣ - قالوا : روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « كل صلاة لم يقرأ فيها بأم

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا] .
(٢) ساقطة من (ص) .
(٣) في (م) ، (ع) : [تعيين] ، وفي (ن) : [تعتبر] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ولا] .
(٥) في (م) ، (ع) : [لا يجزي] .
(٦) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الصلاة باب الحث لجار المسجد على الصلاة فيه إلا من عذر (٣٢٠/١) ، وابن خزيمة وزاد فيه : قلت : فإن كنت خلف الإمام ، فأخذ بيدي وقال : اقرأ بها في نفسك يا فارسي . في الصحيح كتاب الصلاة باب ذكر الدليل على أن الخداج الذي أعلم النبي ﷺ في هذا الخبر هو النقص الذي لا تجزئ الصلاة معه (٢٤٨/١) .
(٧) في (م) ، (ع) : [الرواية] .
(٨) ساقطة من (ن) .
(٩) في (م) ، (ع) : [الآخر] .
(١٠) في (ن) : [لا يكفي] .
(١١) في (م) ، (ع) : [يقع] .

الكتاب [١] فهي خداج » [٢] .

٢١١٤ - قلنا : الخداج : الناقص . وعندنا أن من ترك الفاتحة فصلاته ناقصة ، فقد قلنا بالظاهر .

٢١١٥ - قالوا : الخداج نقصان عضو من أصل الخلقة ، يقال : أخدجت [٣] الناقة إذا وضعت ولدها [٤] على هذه الصورة ، فاقتضى أن تكون [٥] الصلاة نقصت ركنا من أصلها .

٢١١٦ - قلنا : قال أبو عبيد [٦] : أخدجت [٧] الناقة إذا ولدت ولدا ناقص الخلقة ، وخدجت إذا وضعته لأقل من مدة الحمل . فلو كان المراد ما قالوه لقال : فهي إخداج . ولأن هذه [٨] أخبار آحاد ، فلو حملت على الوجوب لنسخت الآية ، وما دل عليه ظاهر القرآن لا ينسخ بأخبار الآحاد .

٢١١٧ - قالوا : قوله : ﴿ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ ﴾ مجمل ؛ لأنه يختلف ما تيسر ، فهذه الأخبار بيان .

٢١١٨ - قلنا : ليس مجملا وإن اختلف ما تيسر ؛ لأن اللفظ يحمل على أدناه .

٢١١٩ - قالوا : روي مثل قولنا عن عمر ، وابن عباس ، وخوات بن جبير وعثمان ابن أبي [٩] العاص ، وأبي هريرة ، وأبي سعيد الخدري [١٠] ، ولا مخالف لهم .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بأم القرآن] .

(٢) أخرجه مسلم في الصحيح في كتاب الصلاة باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة (١٦٨/١) ، وأبو داود في سننه باب من ترك القراءة في صلاته بفاتحة الكتاب (٢٠٨/١) ، والنسائي كتاب الافتتاح في ترك قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في فاتحة الكتاب (١٣٥/٢ ، ١٣٦) ، وابن ماجه كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها باب القراءة خلف الإمام (٢٧٣/١ ، ٢٧٤) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الصلاة باب ما جاء من التشديد في ترك الجماعة من غير عذر (٣٨/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أخدعت] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يدها] .

(٥) في (م) : [أن يكون] .

(٦) هو العلامة أحمد بن محمد بن عبد الرحمن ، أبو عبيد الهروي ، اللغوي المؤدب ، أخذ علم اللسان عن الأزهري . توفي في سادس من رجب ، سنة إحدى وأربعمائة . (انظر سير أعلام النبلاء ١٤٦/١٧ ، ١٤٧ ، البداية والنهاية ٣٤٤/١١ ، ٣٤٥ ، شذرات الذهب ١٦١ ، ١٦٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [أخدعت] ، مكان : [أخدجت] ، [وخدعت] ، مكان : [وخدجت] . راجع في لسان العرب (خدج) (١١٠٨/٢) .

(٨) في (ع) : [هذا] .

(٩) لفظ : [أبي] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) حديث عمر أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٩٧/١) ، والدارقطني في سننه كتاب الصلاة باب الحث لجار المسجد على الصلاة فيه إلا من عذر (٣١٧/١) . وحديث ابن عباس : أخرجه عبد الرزاق (٩٤/٢) ، ولم =

٢١٢٠ - قلنا : ذكر ابن شجاع عن خالد الحذاء عن عبد اللّٰه بن الحارث قال : جلست [(١)] إلى رهط من أصحاب محمد من الأنصار ، فذكروا الصلاة [(٢)] فقالوا : لا صلاة إلا بقراءة ولو بأم الكتاب [(٣)] ، قال خالد : قلت لعبد اللّٰه : هل سمى [(٤)] منهم أحدا ، قال : خوات بن جبير [(٥)] وذكر [(٦)] . عن أبي العالية البراء قال : قلت لابن عمر: في كل ركعة تقرأ ؟ ، فقال : إني لأستحيي من رب البيت أن لا أقرأ في كل ركعة بفاتحة الكتاب وما تيسر . وسألت ابن عباس ، فقال : هو إمامك : إن شئت فأقل منه ، وإن شئت فأكثر [(٧)] .

٢١٢١ - قالوا : ركن من أركان الصلاة ، فوجب أن يكون معنيا [(٨)] ، كالركوع والسجود .

٢١٢٢ - قلنا : نحن نسلم [(٩)] لأنه لا فرق بينهما ، يجوز في كل واحد منهما ما يتناوله الاسم وإن كان فرضه . وقولهم : إنا نريد بالتعيين أن عين الانحناء لا يقوم مقام الركوع لا يصح ؛ لأن هذا يفيد تعيين جنسه ، فنقول بموجبه في القراءة ؛ لأن جنسها يتعين والخلاف في القدر .

٢١٢٣ - قالوا : صلاة واجبة عريت عن فاتحة الكتاب مع القدرة ، فوجب أن لا يعتد بها ، كما لو لم يقرأ أصلاً .

٢١٢٤ - قلنا : يبطل بمن أدرك إمامه راكعًا ، فالركعة صلاة عريت عن فاتحة الكتاب مع القدرة .

٢١٢٥ - قالوا : إنما سقطت عندنا لأنه مأمور بمتابعة الإمام ، فلا يقدر أن يقرأ ويتابع .

= نقف على حديث خوات ، وحديث عثمان . وحديث أبي هريرة تقدم تخريجه ، وأما حديث أبي سعيد : فأخرجه ابن أبي شيبة ٣٩٨/١ ، وابن ماجه (٢٧٤/١) .

(١) في (م) : [جئت] . (٢) في (م) ، (ع) : [الصلوات] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بأم القرآن] . (٤) في (م) : [يسمي] .

(٥) رواه ابن أبي شيبة بهذا اللفظ ، بزيادة : (نعم) بعد قوله : (هل سمى أحدًا منهم) (٣٩٧/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [وذلك] .

(٧) هذا الحديث أخرجه ابن أبي شيبة بهذا اللفظ (٣٩٧/١) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٩٤/٢) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الصلاة باب من قال : لا يقرأ خلف الإمام على الإطلاق (١٦١/٢) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [معنى] . (٩) في (ع) : [غير مسلم] .

٢١٢٦ – قلنا : القدرة موجودة ، وإنما [أمر] [١] بتقديم غيرها . ولأن الطواف عندهم صلاة واجبة ويجوز مع عدم فاتحة الكتاب . ولأن من لم يأت بشيء من القرآن فقد ترك الركن أصلًا ، فصار كمن ترك الركوع ، ومن قرأ ما يتناوله الاسم فقد أتى بما يطلق عليه الاسم ، فصار كما لو ركع ولم يطول .

٢١٢٧ – قالوا : الصلاة عبادة لها تحريم وتحليل تشتمل [٢] على أركان مختلفة ، فوجب أن يكون من جملة أركانها ما له عدد سبع ، كالحج .

٢١٢٨ – قلنا : يبطل بالسجدة المنذورة ؛ لأنها عبادة ذات أركان لها تحريم وتحليل ؛ لأنه يكبر فيها ويسلم وليس في [٣] جملة أركانها [ما له عدد] [٤] سبع . ولأن الركن عندنا في الطواف أربعة أشواط وما بعده ليس بركن ، فهو كالقراءة التي لا يتقدر [٥] عددها بالسبع ، وإن كان الإتيان [٦] بذلك أفضل .

* * *

(١) ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [يشتمل] .
(٣) في (م) ، (ع) : [من] .
(٤) ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [لا يقدر] .
(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [البيان] ، وكذلك في هامش (ص) من نسخة أخرى .

فهرس موضوعات المجلد الأول

الموضوع الصفحة

كتاب الطهارة

مسائل التيمم [٣٣ - ٦٠]

مسائل المسح على الخفين [٦١ - ٧٠]

مسائل الحيض [٧١ - ٧٨]

كتاب الصلاة

* * *

مَوْسُوعَةُ
القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ
المُسَمَّاة
التَّجْرِيدُ

لِلإِمَامِ أَبِي الحُسَيْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ جَعْفَرٍ البَغْدَادِيِّ القُدُورِيِّ

(٣٦٢ ـ ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مَرْكَزُ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالاقْتِصَادِيَّةِ

أ . د مُحَمَّدُ أَحْمَدُ سِرَاج

أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ . د عَلِي جُمُعَةَ مُحَمَّد

أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

المُجَلَّدُ الثَّانِي

دَارُ السَّلَامِ

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى

١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

القاهرة - جمهورية مصر العربية

الإدارة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)

بريديًا : ص.ب ١٦١ الغورية الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

مسألة ١١١

(بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ)
ليست آية من الفاتحة وإنما هي افتتاح لها تبركًا

٢١٢٩ – قال أصحابنا : (بسم الله الرحمن الرحيم) ليست آية (١) من الفاتحة (٢) ، وإنما هي افتتاح لها تبركًا (٣) .

٢١٣٠ – وقال الشافعي : هي آية منها ومن كل سورة ، فمن أصحابه من قال : الصحيح أنها منها حكما ، ومنهم من قال : هي قرآن على القطع والحقيقة (٤) .

٢١٣١ – لنا : أن طريق إثبات [القرآن] (٥) وضعها لا أصل لها .

٢١٣٢ – قالوا : روي [عن] (٦) علي بن أبي طالب أن النبي ﷺ كان يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم في السورتين معا (٧) .

٢١٣٣ – قلنا : رواه عمرو بن شمر ، عن جابر الجعفي ، عن أبي الطفيل عن علي

---

(١) في (م) ، (ع) : [أنها] . (٢) في (ع) ، (ن) : [من فاتحة الكتاب] .

(٣) اختلف العلماء في البسملة هل هي آية من أوائل السور أم لا ، وهل تجب قراءتها في الصلاة أم لا ، قال أبو حنيفة وأصحابه : إنها ليست بآية من الفاتحة ولا من أوائل كل سورة ، وإنما هي افتتاح بها يقرأها بعد الاستعاذة قبل فاتحة الكتاب . واختلفوا في تكرارها في كل ركعة وعند افتتاح السور . (انظر المسألة ومذاهب العلماء في : أحكام القرآن للجصاص ٨/١ – ٦ ، ١٢ ، ١٣ ، المبسوط ١٥/١ ، بدائع الصنائع ٢٠٣/١ ، فتح القدير وبهامشه العناية ٢٩١/١ ، ٢٩٢ ، مجمع الأنهر ٩٥/١) .

(٤) قال الشافعي وأصحابه في الصحيح : هي آية من الفاتحة تجب قراءتها – حيث تجب قراءة الفاتحة في الجهرية جهرًا وفي السرية سرا – ، ولا تصح الصلاة بدونها ، واختلف قوله في كونها آية في أوائل كل سورة ، مرة قال : هي في أوائل كل سورة ، ومرة قال : ليست بآية إلا في أول الفاتحة وحدها . (انظر : الأم ١٠٧/١ ، الوسيط ٦١٠/٢ ، حلية العلماء ٨٥/١ ، ٨٦ ، المجموع مع المهذب ٣٢٣/٣ – ٣٤٠) . (وانظر : أحكام القرآن لابن العربي ٢/١ ، ٣ ، أحكام القرآن للقرطبي ٨١/١ – ٨٤ ، والمنتقى ١٥٠/١ ، ١٥١ ، بداية المجتهد ١٢٦/١ – ١٢٨ ، المغني ٤٧٧/١ – ٤٨٢ ، الإفصاح ١٢٥/١ ، ١٢٦) .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) ، ويبدو أن هناك سقطًا هنا في كل النسخ لأن الكلام ناقص غير متسق .

(٦) زيادة من (م) ، (ع) .

(٧) رواه الدارقطني في سننه باب وجوب قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في الصلاة والجهر (٣٠٢/١) من طريق عمرو بن شمر ، كما ذكره المصنف ، ومن طريق عيسى بن عبد الله . (وانظر ترجمة عيسى بن عبد الله في : المجروحين ١٢١/٢ ، ١٢٢ ، ميزان الاعتدال ٣١٥/٣) .

وعمار [١] . وعمرو بن شمر وجابر الجعفي : قال الدارقطني : جابر كذاب ، وقال [٢] البستي : عمرو بن شمر لا يحل حديثه . وعن يحيى بن معين أن عمرو بن شمر ليس بثقة ، ولا يكتب حديثه ، وروي عن أبي حنيفة أنه قال : ما رأيت أكذب من جابر الجعفي ، وقيل : إنه كان يؤمن بالرجعة [٣] .

٢١٣٤ - قالوا : روى نافع عن ابن عمر أنه قال : صليت خلف النبي [ﷺ] [٤] وخلف أبي بكر [٥] وعمر ، فكانوا يجهرون ببسم الله [٦] .

٢١٣٥ - قلنا : رواه محمد بن إسماعيل بن أبي فديك ، عن [ابن] [٧] أبي ذئب ، عن نافع ، عن ابن عمر . ومحمد بن إسماعيل ضعيف ، ذكره [٨] محمد بن سعد في الطبقات فقال فيه : ليس حديثه بحجة [٩] .

٢١٣٦ - احتجوا : بحديث القاسم بن محمد عن عائشة أن رسول الله ﷺ كان يجهر ببسم الله [١٠] .

٢١٣٧ - قلنا : رواه الحكم بن عبد الله بن سعد الأيلي ، وهو ممن [١١] يروي الموضوعات ، وكان ابن المبارك شديد الحمل عليه . قال أبو زرعة : سمعت أحمد يقول : أحاديث الحكم كلها موضوعة [وقال عباس الدوري : سمعت يحيى بن معين

---

(١) رواه الحاكم في المستدرك (٢٩٩/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : فقال .

(٣) راجع ما قاله البستي وابن معين ، عن عمرو بن شمر الجعفي في كتاب المجروحين للبستي (٧٥/٢ ، ٧٦) ، وما قاله الدارقطني والبستي وابن معين والبخاري والنسائي في : ميزان الاعتدال (٢٦٨/٣ ، ٢٦٩) ، الضعفاء الصغير للبخاري ص ٢٥ ، الضعفاء للنسائي ص ٧١ ، الكامل لابن عدي (١١٣/٢ ، ١٢٠) ، الجرح والتعديل (٤٩٧/٢ ، ٤٩٨) ، تقريب التهذيب (١٢٣/١) .

(٤) ساقط من (ن) .

(٥) في (م) ، (ع) ، (ن) : [وأبو بكر] .

(٦) رواه الدارقطني (٣٠٥/١) .

(٧) زيادة من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٨) في (ص) : [ذكر] .

(٩) قال ابن سعد بعد ما ذكر ترجمته : وكان كثير الحديث وليس بحجة . وثقه ابن معين . قال الذهبي : صدوق مشهور يحتج به في الكتب الستة ، قال ابن سعد وحده : ليس بحجة ، ووثقه جماعة ، مات سنة مائتين . وقال ابن سعد : مات بالمدينة سنة تسع وتسعين ومائة . (راجع الطبقات الكبرى لابن سعد ٣٢٤/٥ ، الجرح والتعديل ١٨٨/٧ ، ١٨٩ ، ميزان الاعتدال ٤٨٣/٣ ، تقريب التهذيب ٤٥/٢) .

(١٠) رواه الدارقطني باب وجوب قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في الصلاة والجهر بها واختلاف الروايات في ذلك ٣١١/١ ، وابن عدي في الكامل (٢٠٣/٢) .

(١١) في (م) ، (ع) ، (ن) : [من] .

يقول] [١] الحكم [٢] بن عبد الله الأيلي ليس بثقة [٣] .

٢١٣٨ – احتجوا : بما روى محمد بن يحيى بن حمزة ، قال : حدثني أبي عن أبيه قال : صلى بنا أمير المؤمنين المهدي [صلاة المغرب] [٤] فجهر ببسم الله ، [فقلت : يا أمير المؤمنين ، ما هذا ؟ قال : حدثني أبي عن أبيه عن جده عن ابن عباس أن النبي ﷺ جهر ببسم الله] [٥] .

٢١٣٩ – قلنا : المهدي صلى بالبصرة في مسجد الجماعة الصلوات كلها أربع سنين فلم ينقل عنه أحد [٦] من أهل البصرة الجهر ، وكيف يرجع إلى نقل واحد من الثقات ممن انفرد [٧] بذلك . وقد ذكر الدارقطني / هذه الأخبار وغيرها وليس فيها خبر صحيح ، ومن العجب أن يسكت عن الكلام على جميعها مع شهرة الطعن على رواتها على ما قدمناه ، ويقابل [٨] بذلك حديث [أنس] ، وهو [٩] في الصحيحين ، ثم يروي أحاديث [١٠] عن ابن عقدة عن مجاهيل الكوفيين وعن ليث : ابن عقدة لا يقبل عند أصحاب الحديث . ثم لو ثبتت [١١] هذه الأخبار احتملت الجهر بها على طريق التعليم ، أو الجهر [١٢] الذي يسمعه القارئ [١٣] كما قال ابن مسعود : ما خَافَتَ من اسمع نفسه [١٤] .

٢١٤٠ – احتجوا : بما روى أنس من صلاة معاوية بالمدينة وإنكار [١٥] المهاجرين

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [أبي الحكم] .

(٣) راجع ترجمة الحكم وما قاله عنه علماء الجرح والتعديل في : الكامل لابن عدي (٢٠٢/٢) ، الجرح والتعديل (١٢٠/٣ ، ١٢١) ، ميزان الاعتدال (٥٧٢/١) ، المغني (١٨٣/١) .

(٤) ساقط من (ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، والزيادة أثبتناها من الدارقطني . حديث أحمد بن محمد بن يحيى رواه الدارقطني (٣٠٣/١ ، ٣٠٤) ، وعزاه ابن حجر أيضا إلى الطبراني ، في تلخيص الحبير (٢٣٥/١) .

(٦) في (ص) : [أحط] . (٧) في (م) ، (ع) : [من انفرد] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ومقابل] .

(٩) كلمة [أنس] زيادة من (م) ، (ع) ، ولفظ [وهو] ساقط من (ع) .

(١٠) في (م) : [أحاديثا] .

(١١) في (ع) : [لو لم تثبت] ، وفي (م) : [لو لم يثبت] .

(١٢) في (م) ، (ع) ، (ن) : [والجهر] . (١٣) في (م) : [القادر] .

(١٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٤٩٣/٢) من طريقين ، والطبراني في الكبير (٢٧٩/٩) ونسبه ابن عبد البر في التمهيد لابن مسعود بدون تخريج (٤٢/١٩) .

(١٥) في (م) ، (ع) : [وأركان] ، وفي (ن) : [وإن كان] .

عليه ترك بسم الله [١] . قالوا : فلولا أن من سننها الجهر [٢] لم يعلم أنه تركها .

٢١٤١ – والجواب : أن [هذا] [٣] الخبر لا يصح الاحتجاج بمثله ، لأنه [لو] [٤] كان ثابتا بالمدينة لم يختلف على فقهائها [٥] وقد قالوا : لا يقرأ بسم الله [في الصلاة] [٦] سرًّا ولا جهرًا ، حتى أن المسيبي أُمّر بالمدينة [٧] وكان يجهر بها ، فترك [٨] مالك الصلاة في المسجد ، وكان يسمع الأذان ولا يصلي فيه ، وكيف يجوز أن يكون هذا صحيحا ويتشدد فقهاء المدينة في تركها ، ثم الذي روي أنه [٩] لم يقرأها [١٠] ، وهذا غير موضوع الخلاف .

٢١٤٢ – وقولهم : لو كان لا يجهر بها لم يعلموا بتركها ليس بصحيح ؛ لأنه إذا وصل الجهر بالتكبير والسورة بآمين علم أنه لم يقرأها .

٢١٤٣ – قالوا : ذِكر بين التعوذ والركوع فكان من سنته الجهر ، كسائر الآيات .

٢١٤٤ – قلنا : هذا معارض بمثله ، وهو أنه ذكر بين التكبير والحمد لله ، فكان من سنته الإخفاء ، كالاستفتاح .

* * *

---

(١) رواه الشافعي مطولا في المسند الباب السادس في صفة الصلاة (٨٠/١) ، وفي الأم باب القراءة بعد التعوذ (١٠٨/١) ، والحاكم في المستدرك كتاب الصلاة ، حديث الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم (٢٣٣/١) والبيهقي في الكبرى باب افتتاح القراءة في الصلاة ببسم الله الرحمن الرحيم (٤٩/٢) .

(٢) في (م) : [نسنها بالجهر] ، وفي (ن) : [سنيتها] .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) في (م) ، (ع) : [على ثقاتها] .

(٦) زيادة من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [أن المسمى بأمر المدينة] .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وترك] .

(٩) في (ع) : [أنهم] .

(١٠) في غير (ص) : [يقرأوها] .

مسألة ١١٢

القراءة واجبة في ركعتين من الصلاة بغير أعيانها

٢١٤٥ - قال أصحابنا : القراءة واجبة في ركعتين من الصلاة بغير أعيانها [(١)] .

٢١٤٦ - وقال الشافعي : تجب [(٢)] في جميع الركعات [(٣)] .

٢١٤٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَٱقْرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنَ ٱلْقُرْءَانِ ﴾ [(٤)] ، وقوله ﷺ [(٥)] : « لا صلاة إلا بقراءة » [(٦)] . وظاهره يقتضي جواز الصلاة بالقراءة في ركعتين وفي ركعة لولا الدلالة . ولأنه ذكر من سنته [(٧)] الإخفاء في صلاة يجهر فيها بالقراءة ، فلم يكن واجبًا ، كالتسبيحات .

٢١٤٨ - قالوا : سقوط الجهر لا يدل على عدم الوجوب ، كالقراءة في الظهر .

٢١٤٩ - قلنا : لم نجعل سقوط الجهر عَلَما على نفي الوجوب ، وإنما اعتبرنا سقوط الجهر بصفة ، وهي تركه بكل حال .

٢١٥٠ - قالوا : نعكس فنقول : فوجب أن يستوي حكم الركعتين [الأوليين والأخريين] [(٨)] .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص٣٠ ، المبسوط (١٨/١) ، بدائع الصنائع (١١١/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٤٥١/١ - ٤٥٤) ، البناية (٣١٧/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٣) انظر المسألة في : الأم باب القراءة (١٠٧/١) ، حلية العلماء (٨٧/٢ ، ٨٨) ، المجموع مع المهذب (٣٦٠/٣ - ٣٦٣) . (وانظر : المدونة ٦٨/١ ، ٦٩ ، الكافي لابن عبد البر ٢٠١/١ ، بداية المجتهد ١٢٨/١ ، ١٢٩ ، الإفصاح ١٢٧/١ ، المغني ٤٨٥/١) .

(٤) سورة المزمل : الآية ٢٠ .

(٥) في (م) ، (ع) : [عليه السلام] .

(٦) رواه مسلم في الصحيح ، في باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة (١٦٨/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب الإسرار بالقراءة في الظهر والعصر ، ووجوب القراءة فيها (١٩٣/٢) ، وعبد الرزاق في مصنفه ، في باب لا صلاة إلا بقراءة (١٢٠/٢ ، ١٢١) ، والطحاوي في معاني الآثار في كتاب الصلاة ، باب القراءة في الظهر والعصر (٢٠٨/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [من سببه] .

(٨) في (ن) : [الأولتين والأخرتين] .

٢١٥١ - قلنا : لا تأثير لوصفنا في العكس ، ويبطل بالتشهد فإنه يستوي عندهم ما حصل في الركعتين وفي الرابعة . ولأن القراءة يستوي عندنا [فيها] (١) الأوليين والأخريين (٢) ، لأنه في أيها (٣) قرأ كان واجبا . ولأنه ذكر واجب فلا يتكرر في الأربع ركعات ، كالتكبير .

٢١٥٢ - قالوا : التكبيرة لا يتكرر (٤) وجوبها ، فلذلك لم تجب (٥) في الأربع ، ولما تكرر وجوب القراءة جاز [أن يجب] (٦) في الأربع .

٢١٥٣ - قلنا : لا يمتنع أن يتكرر وجوب القراءة وإن لم يجب في [كل] (٧) الركعات ، كالمدرك في الركوع ولأن وجوب القراءة لو استوى في جميع الركعات تساوت في الهيئة والقدر كركعتي الفجر ، فلما خالف الأخريان (٨) الأوليين في القدر والصفة دل على مخالفتها (٩) في الوجوب . ولأنه ذكر يختص وجوبه بالصلاة فجاز أن يبتدئ [فيه] (١٠) في المكتوبة مسنونا ، كالتكبير .

٢١٥٤ - احتجوا : بحديث الأعرابي وأن النبي ﷺ لما علمه الصلاة وذكر القراءة والركوع والسجود قال : « وكذلك فاصنع في كل ركعة » (١١) .

٢١٥٥ - والجواب : أنه قال : « وما نقصته فإنما تنقصه من صلاتك » فهذا يدل أنه إذا ترك القراءة في بعض الركعات جازت صلاته مع النقصان ، ولأن قوله : « وكذلك فافعل » ينصرف إلى الأفعال دون الأقوال ، فلم يتناول القراءة .

٢١٥٦ - وقولهم : إن القول والفعل إذا اجتمعا تناولهما (١٢) اسم الفعل دعوى ،

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) في (ص) : [الأولتين والأخرتين] ، وفي (ن) : [الأولتين والأخرويين] ، وفي (ع) : [والأخروين] مكان [الأخريين] .
(٣) في (م) ، (ع) : [أنها] .
(٤) في (م) : [لا تتكرر] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٦) ساقط من (ع) .
(٧) ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (ص) : [الأخرين] ، وفي (م) ، (ع) : [الأخراوين] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .
(٩) في (م) ، (ع) : [مخالفها] .
(١٠) ساقط من (ع) .
(١١) أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الأذان ، باب وجوب القراءة للإمام والمأموم (١٣٨/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الصلاة ، باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة (١٦٩/١) ، وأبو داود في سننه ، في باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود (٢١٧/١ ، ٢١٨) .
(١٢) في (م) : [إذا اجتمعنا ولها] ، وفي (ع) : [إذا اجتمعا تناولها] .

والظاهر أن الاسم عند الاجتماع يتناول ما يفيد حال الانفراد .

٢١٥٧ - قالوا : روى أبو قتادة أن النبي ﷺ كان يقرأ في الأوليين من الظهر بفاتحة الكتاب وما تيسر ، وفي الأخريين بفاتحة الكتاب [(١)] . وروى مالك بن الحويرث أنه قال : قال عليه السلام[(٢)] : « صلوا كما رأيتموني أصلي » [(٣)] .

٢١٥٨ - قلنا : إن هذا يقتضي وجوب الفعل [(٤)] على الجهة التي فعلها عليه السلام ، فمتى لم يعلم لم يجز الاقتداء مع المخالفة في الجهة .

٢١٥٩ - قالوا : ركن يتكرر في الصلاة فوجب أن يتكرر في كل ركعة ، كالركوع والسجود .

٢١٦٠ - قلنا : الركوع والسجود آكد ؛ لأن الأصل في الصلاة الأفعال ، والأذكار تبع [(٥)] ، وليس إذا تكرر الآكد وجب أن يتكرر الأضعف . ولأن الركوع والسجود دلالة لنا ؛ لأنه لما وجب في كل ركعة استوت صفته في جميع الركعات ، ولما اختلفت صفة القراءة في الركعات دل على أنها لا تستوي [(٦)] في الوجوب .

٢١٦١ - قالوا : قيام مقصود في نفسه فوجب أن يكون مضمنا بذكر واجب ، كالقيام الأول .

٢١٦٢ - قلنا : لا نسلم الأصل ، لأن القراءة تجب [(٧)] في ركعتين بغير أعيانها .

٢١٦٣ - وقولهم : إن القراءة تجب [(٨)] عندكم في الأوليين [(٩)] ، فإذا تركها فعلها في الأخريين ليس بصحيح ، وإنما يستحب تقديمها في الأوليين ، فإذا تركها وقعت في الأخريين [(١٠)] موقعها ، ولم يكن قضاء عن الأوليين ، ويبطل ما ذكروه بمن أدرك إمامه في الركوع ، فالقيام مقصود وليس فيه قراءة واجبة .

٢١٦٤ - قالوا : القيام ركن ليس بقربة في نفسه ، بدلالة أنه أشترك فيه الخالق

---

(١) رواه مسلم في الصحيح ، في باب القراءة في الظهر والعصر (١٩١/١) ، والبخاري بألفاظ أخرى ، في باب القراءة في الظهر وباب القراءة في العصر (١٣٩/١) .

(٢) في (ص) ، (ن) : [أن عليه السلام قال] ، وفي (م) : [أنه قال عليه السلام] ، المثبت من (ع) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (١٠٤) .

(٤) في (ن) : [العمل] .

(٥) في (ع) : [يقع] .

(٦) في (م) : [لا يستوي] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٩) في (م) ، (ع) : [في الأولتين] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [في الأخروين] .

والمخلوق ، فضمن (1) ذكرا واجبا لتمييز العبادة من العادة (2) .

٢١٦٥ – قلنا : يبطل هذا على أصلهم بالقيام الذي يفصل بين الركوع والسجود وهو ركن ولا يتضمن (3) ذكرا واجبا ، وكذلك القيام الذي يدرك إمامه فيه ، ولأن القيام إن كان (4) مضمنا بالذكر ليفصل [به] (5) بين العادة والعبادة فليس يفتقر ذلك إلى ذكر واجب ؛ لأن المسنون (6) يقع به الفصل كما يقع بالواجب ، ولأن القيام الذي يتعقب التكبير ويتعقبه ركوع ينفصل من قيام العبادة بمفارقة الأركان ، فلا يحتاج إلى فصل آخر .

٢١٦٦ – قالوا : صلاة مفروضة فوجبت القراءة في كل ركعة منها ، كالصبح .

٢١٦٧ – قلنا : نعكس هذه العلة فنقول : فلا يجب القراءة في كل ركعة [منها] (7) كالصبح . ولأن القراءة في الصبح دلالة لنا ؛ لأن صفة القراءة تتساوى (8) في الركعتين ، فتتساويان (9) في الوجوب ، ولما اختلفت القراءة في الركعات اختلفت (10) في الوجوب .

* * *

(1) في (م) ، (ع) : [فضمنه] .
(2) في (ص) ، (م) ، (ع) : [العادة من العبادة] ، بالتقديم والتأخير .
(3) في (ع) : [ولا يتضمنه] .
(4) في (م) ، (ع) : [أركان] ، مكان : [أن كان] .
(5) زيادة من (ن) .
(6) في (ع) : [المسبوق] .
(7) ساقطة من (ن) .
(8) في (م) ، (ع) : [يتساوى] .
(9) في (ص) [فيتساويا] ، وفي (م) [فيتساويان] ، وفي (ع) : [فيتساوى] .
(10) في (م) : [اختلف] .

مسألة ١١٣

السنة الإخفاء بآمين

٢١٦٨ – قال أصحابنا : السنة الإخفاء بآمين [١] .

٢١٦٩ – وقال الشافعي : الجهر [٢] .

٢١٧٠ – لنا : قوله تعالى : ﴿ ٱدْعُوا۟ رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا وَخُفْيَةً ﴾ [٣] وآمين من جملة الدعاء ؛ لأن معناها : اللَّهم أجب ، فيدخل في عموم الآية .

وروى أبو موسى أن النبي ﷺ مر بقوم يرفعون أصواتهم بالدعاء ، فقال : « إنكم لا [٤] تدعون أصم ولا غائبًا ، إن الذي تدعونه أقرب إليكم من حبل الوريد » [٥] . وروي : « إن الذي [٦] تدعونه بينكم وبين رقاب مطاياكم » .

٢١٧١ – ويدل عليه : ما رواه الأعمش عن أبي صالح قال : قال رسول اللَّه ﷺ : « إذا قال الإمام : غير المغضوب عليهم ولا الضالين فأنصتوا » [٧] ، ذكره الدارقطني .

٢١٧٢ – وروى الحسن عن سمرة بن جندب قال : حفظت سكتتين في الصلاة من رسول اللَّه ﷺ : سكتة إذا كبر الإمام [حتى يقرأ] [٨] ، وسكتة إذا فرغ من فاتحة الكتاب ، فأنكر ذلك عمران بن الحصين ، فكتبوا إلى المدينة إلى أُبيّ بن [٩] كعب ،

---

(١) انظر المسألة في : مختصر الطحاوي ص ٢٦ ، بدائع الصنائع (٢٠٧/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٢٩٥/١ ، ٢٩٦) ، مجمع الأنهر (٩٥/١) .

(٢) قال الشافعي في القديم : يجهر به الإمام والمأموم ، وقال في الجديد : لا يجهر به المأموم . (انظر : الأم ١٠٩/١ ، الوسيط ٦١٤/٢ ، ٦١٥ ، حلية العلماء ٨٩/٢ ، ٩٠ ، المجموع مع المهذب ٣٦٨/٣ ، ٣٦٩) . (وانظر : المنتقى ١٦٢/١ ، ١٦٣ ، الرسالة الفقهية ص ١١٤ ، ١١٥ ، الكافي لابن عبد البر ٢٠٦/١ ، الاستذكار ١٩٦/٢ ، ١٩٧، الإفصاح ١٢٨/١ ، المغني ٤٨٩/١ ، ٤٩٠) .

(٣) سورة الأعراف : الآية ٥٥ .

(٤) في كل النسخ : [لن] .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب القدر ، باب لا حول ولا قوة إلا باللَّه ، وفي كتاب التوحيد ، باب قول اللَّه تعالى ﴿ وَكَانَ ٱللَّهُ سَمِيعًۢا بَصِيرًا ﴾ (١٤٥/٤ ، ٢٧٥) ، وعبد الرزاق في المصنف ، كتاب الحج ، باب القول في السفر (١٥٩/٥ ، ١٦٠) .

(٦) في (ص) : [الذين] .

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن (٣٣١/١) .

(٨) ساقط من (ع) .

(٩) ساقط من (م) .

فصدق سمرة [١] . وروي في الخبر قال : كان رسول الله [ﷺ] [٢] إذا قال : « ولا الضالين » سكت سكتة [٣] ، فهذا يدل [على] [٤] أنه كان لا يجهر بآمين . وروى شعبة عن سلمة بن كهيل عن حجر عن علقمة قال : أخبرنا وائل بن حجر قال : صليت مع رسول الله ﷺ فسمعته حين قال : « ولا الضالين » قال : « آمين » وأخفى بها صوته [٥] .

٢١٧٣ - قالوا : قال البخاري : سها شعبة في هذا الحديث في ثلاثة مواضع فقال : عن حجر بن أبي العنبس ، وهو حجر بن عنبس [٦] ، وقال [٧] : عن علقمة عن وائل ، وإنما هو وائل ، وعنبس [٨] منه ، وقال [٩] : خفض صوته ، وإنما هو : مد بها صوته [١٠] .

٢١٧٤ - قلنا : هذا ليس بصحيح ؛ لأن شعبة ليس ممن يتهم [١١] في الحديث ، فيجوز أن يكون حجر بن العنبس وأبوه أبو العنبس ، وأما ذكر علقمة فيجوز أن يكون سمعه بنزول . وأما حديث من روى في حديث حجر : مد بها صوته لا ينافي [١٢] رواية شعبة ؛ لجواز أن يكون إخفاضًا ومد صوته بها .

٢١٧٥ - ويدل عليه : ما روي أن النبي ﷺ قال : « إذا قال الإمام : ولا الضالين

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن ، باب السكتة عند الافتتاح (١٩٩/١) ، وابن ماجه في السنن ، كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها ، باب في سكتتي الإمام (٢٧٥/١ ، ٢٧٦) ، والدارقطني في السنن ، باب موضع سكتات الإمام لقراءة المأموم (٣٣٦/١) ، وأخرجه الترمذي في السنن ، باب ما جاء في السكتتين في الصلاة (٣٠/٢ ، ٣١) .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه باب موضع سكتات الإمام لقراءة المأموم (٣٣٦/١) ، وأبو داود باب السكتة عند الافتتاح (٢٠٠/١) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن باب موضع سكتات الإمام لقراءة المأموم (٣٣٤/١) ، والبيهقي في الكبرى باب جهر الإمام بالتأمين (٥٧/٢) ، وأخرجه الترمذي بمعناه في السنن باب ما جاء في التأمين (٢٨/٢) ، والحاكم في المستدرك كتاب التفسير ، باب قراءات النبي ﷺ (٢٣٢/٢) .

(٦) انظر ترجمته في الجرح والتعديل (٢٦٦/٣ ، ٢٦٧) ، وتقريب التهذيب (١٥٥/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [فقال] .

(٨) في (ن) : [وعبس] .

(٩) في كل النسخ : [فقال] ، والصواب ما أثبتناه ، فبه يتسق الكلام ، وهو المنقول في المصادر الأخرى .

(١٠) نقل قول البخاري أبو عيسى الترمذي في باب التأمين في الصلاة بعد فاتحة الكتاب والجهر بها (٢٨/٢ ، ٢٩) ، والبيهقي باب جهر الإمام بالتأمين (٥٧/٢) ، وابن حجر في تلخيص الحبير (٢٣٧/١) .

(١١) في (م) ، (ع) : [ممن لا يتهم] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [ولا ينافي] .

فقولوا : آمين ، فإن الإمام يقولها »[١] ، فلو كان يجهر لم يكن لهذا القول معنى[٢] . ولأن النبي ﷺ قرأ الفاتحة وداوم عليها ، فلو كان يجهر بآمين كجهره بآياتها لنقل على وجه واحد ، فلما لم ينقل الجهر إلا متعارضًا دل على أنه لم يداوم عليه . ولأنه ذكر[٣] من غير القرآن يفعل في حال القيام في جميع الصلوات[٤]، فكان من سنته الإخفاء ، كالاستفتاح . ولأنه ذكر مسنون فلا يكون من سنة الإمام[٥] الجهر به ، كسائر الأذكار . ولأنه ذكر يفعله المأموم في مقابلة ذكر [يقوله][٦] الإمام ، فكان[٧] كقوله : ربنا ولك الحمد .

٢١٧٦ - احتجوا : بحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « إذا أمن الإمام فأمنوا »[٨] فلولا أنهم يسمعون تأمينه ما علق تأمينهم بتأمينه .

٢١٧٧ - والجواب : أن محل التأمين معلوم ، فإذا انتهوا إليه علموا أنه أمن ؛ لأن الظاهر أنه[٩] لا يترك السنة ، فلم يحتاجوا[١٠] إلى السماع .

٢١٧٨ - قالوا : روى سفيان ، عن سلمة بن كهيل ، عن حجر بن قيس ، عن وائل بن حجر قال : سمعت النبي[١١] ﷺ قرأ : « ولا الضالين » [فقال] :[١٢] « آمين » ، ومد بها صوته[١٣] .

٢١٧٩ - قلنا : قد عارضه ما رواه شعبة ، فليس الرجوع إلى رواية سفيان بأولى من

---

(١) رواه البخاري في الصحيح ، في كتاب الأذان ، باب جهر المأموم بالتأمين (١٤٢/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الصلاة ، باب التسميع والتحميد والتأمين (١٧٤/١ ، ١٧٥) ، وأحمد في مسنده (٢٣٣/٢ ، ٢٧٠) ، والنسائي في المجتبى ، كتاب الافتتاح ، جهر الإمام بآمين (١٤٤/٢) ، وعبد الرزاق في مصنفه ، في باب آمين (٩٧/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [المعنى] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولأنه ذكر مسنون فلا يكون من سنة المأموم عن غير القرآن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الصلاة] .

(٥) في (ص) : [المأموم] .

(٦) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [فصار] .

(٨) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الأذان ، باب جهر المأموم بالتأمين (١٤٢/١) ، ومسلم في صحيحه كتاب الصلاة (١٧٤/١) ، وأبو داود كتاب الصلاة ، باب التأمين وراء الإمام (٢٣٧/١) ، والترمذي باب ما جاء في فضل التأمين (٣٠/٢) ، والبيهقي في الكبرى باب التأمين (٥٥/٢) .

(٩) في (م) ، (ع) : [أن] .

(١٠) في (ص) : [يحتاج] .

(١١) في (ص) ، (ن) : [رسول الله] .

(١٢) مكرر في (ع) .

(١٣) رواه الترمذي باب ما جاء في فضل التأمين (٢٧/٢) ، والدارقطني في السنن باب التأمين في الصلاة بعد فاتحة الكتاب والجهر بها (٣٣٤/١ ، ٣٣٥) ، والبيهقي في الكبرى باب التأمين (٥٧/٢) .

رواية شعبة [١] ، ولأن مد الصوت لا يدل على الجهر .

٢١٨٠ – قالوا : إذن تعارض خبر وائل ، وقد روى أبو هريرة وابن عمر عن النبي ﷺ مثل ما ذكرناه [٢] .

٢١٨١ – [٣] أما [أبو] [٤] هريرة ، فقد روينا من طريقه مثل قولنا ، فتعارضا أيضا ، وأما ابن عمر فقد روى حديثه بحر السقاء [٥] عن الزهري عن سالم عن ابن عمر ، وكذلك روى بحر عن الزهري عن أبي سلمة . قال الدارقطني : بحر السقاء ضعيف [٦] . ولأنه يحتمل أن يكون رفع صوته بها في صلاة نافلة ، أو على طريق التعليم .

٢١٨٢ – قالوا : قال [عطاء] [٧] : سمعت الأئمة – عبد الله بن الزبير ومن بعده – إذا قالوا : ولا الضالين قالوا / : آمين ، ويقولها من في المسجد حتى تسمع [٨] في المسجد ضجة [٩] . ٢٥/أ

٢١٨٣ – قلنا : روى أبو وائل أن عليًا وعبد الله كانا لا يجهران بآمين [١٠] .

٢١٨٤ – قالوا : ذكر بين التعوذ والركوع ، فجاز أن يكون من سنته الجهر ، كالقراءة .

٢١٨٥ – قلنا : المعنى في القراءة أنها ذكر من القرآن ، فجاز أن يجهر بها ، وآمين ذكر من غير قرءان ، يفعل في جميع الصلوات لا على طريق العلامة .

٢١٨٦ – قالوا : ذكر في أثناء القراءة ، فكان من سنته الجهر ، كالقراءة .

٢١٨٧ – قلنا : هذا ليس بصحيح ؛ لأنه لا يقال : إن القراءة في أثناء القراءة . ونعكس فنقول : ذكر في أثناء القراءة فلا يجهر به المؤتم كالقراءة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [شعيب] .

(٢) قال الترمذي في سننه (٢٧/٢) : وفي الباب عن علي وأبي هريرة . ا.هـ حديث أبي هريرة وابن عمر أخرجهما البيهقي باب التأمين (٥٩/٢) ، والدارقطني باب التأمين في الصلاة بعد فاتحة الكتاب والجهر بها (٣٣٥/١) .

(٣) هنا بياض في (ص) ، والمناسب له : [قلنا] .

(٤) ساقط من (م) .

(٥) في (ع) : [البقا] ، بدون نقاط .

(٦) هو : بحر بن كنيز ، أبو الفضل السقاء الباهلي البصري من السادسة . روى عن : الحسن والزهري ، روى عنه الثوري ، قال أبو حاتم : بحر السقاء ضعيف ، وقال يحيى بن معين : لا يكتب حديثه . انظر : الجرح والتعديل (٤١٨/٢) ، تقريب التهذيب (٩٣/١) .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ن) : [حتى يسمع] .

(٩) رواه الشافعي في المسند الباب السادس في صفة الصلاة (٨٢/١) ، والبيهقي باب جهر الإمام بالتأمين (٥٩/٢) ، وعبد الرزاق في المصنف باب آمين (٩٦/٢ ، ٩٧) .

(١٠) لم نقف على رواية وائل عن علي وعبد الله .

مسألة ١١٤

لا تجب على المؤتم قراءة ويكره له فعلها

٢١٨٨ - قال أصحابنا : لا تجب على المؤتم قراءة ، ويكره له [1] فعلها [2] .

٢١٨٩ - وقال الشافعي : تجب [3] القراءة عليه [4] .

٢١٩٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا قُرِئَ ٱلْقُرْءَانُ فَٱسْتَمِعُوا۟ لَهُۥ وَأَنصِتُوا۟ ﴾ [5] .

٢١٩١ - وروي عن ابن عباس ﷺ أن نبي الله [ﷺ] [6] قرأ في صلاة مكتوبة ، وقرأ أصحابه وراءه فخلطوا عليه ، فنزل ﴿ وَإِذَا قُرِئَ ٱلْقُرْءَانُ فَٱسْتَمِعُوا۟ لَهُۥ وَأَنصِتُوا۟ ﴾ [7] . وعن مجاهد أنها نزلت في الصلاة خلف الإمام ، ووجوب الإنصات والاستماع يمنع القراءة [8] .

٢١٩٢ - ولا يقال : روي أنها [9] نزلت في شأن الخطبة ؛ لأنا قد بينا أنها [في] [10] شأن الصلاة ، فيجوز أن يكون نزلت فيهما [11] ، وروي ذلك عن مجاهد .

٢١٩٣ - قالوا : عندنا يقرأ في سكتات الإمام ، فالاستماع واجب .

٢١٩٤ - قلنا : لو قرأ مع الإمام جاز عندكم ، والآية تنفي [12] هذا .

٢١٩٥ - ويدل عليه : ما روى زيد بن أسلم عن أبي صالح عن أبي هريرة ﷺ قال :

---

(١) في (م) : [لها] .

(٢) انظر المسألة في : كتاب الحجة (١١٦/١ - ١٢٢) ، مختصر الطحاوي ص ٢٧ ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٣٣٨/١ - ٣٤٤) ، مجمع الأنهر (١٠٦/١ ، ١٠٧) ، حاشية ابن عابدين (٣٣٠/١) .

(٣) في (م) : [يجب] .

(٤) قال الشافعي وأصحابه في الصحيح : تجب قراءة الفاتحة في كل الركعات ، في السرية والجهرية سواء ، وقال في القديم : لا تجب في الجهرية . (انظر المسألة في : مختصر المزني ص ١٥ ، الوسيط ٦٠٩/١ ، حلية العلماء ٨٨/٢ ، المجموع مع المهذب ٣٦٣/٣ - ٣٦٨) . (وانظر : الموطأ ٨٢/١ ، المنتقى ١٥٩/١ ، ١٦٠ ، الكافي لابن عبد البر ٢٠١/١ ، الإفصاح ١٢٧/١ ، ١٢٨ ، المغني مع مختصر الخرقي ٥٦٢/١ - ٥٦٩) .

(٥) سورة الأعراف : الآية ٢٠٤ .

(٦) ساقط من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٧) أحكام القرآن (٣٩/٣) ، والبيهقي في الكبرى (١٥٥/٢) .

(٨) في (ن) : [للقراءة] .

(٩) في (م) ، (ع) : [بأنها] .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [فيها] .

(١٢) في (م) : [ينفي] .

قال رسول الله ﷺ : « إنما جعل الإمام ليؤتم به ؛ فإذا قرأ فأنصتوا » [١] . قال الطحاوي : قال الأثرم : قلت لأحمد بن حنبل : من يقول عن النبي ﷺ « وإذا قرأ الإمام فأنصتوا » ، فقال : حديث ابن عجلان الليثي [٢] يرويه أبو خالد ، - يعني حديث أبي هريرة - ، قال : والحديث الذي رواه جرير عن التيمي ، وقد زعموا أن المعتمر رواه ، قلت : نعم ، فإن رواه المعتمر ؟ قال [٣] فأي شيء تريد ؟ [٤] فصحح الحديثين [٥] .

٢١٩٦ - وروى أحمد بن إسماعيل ابن علية عن أيوب عن أبي قلابة أن النبي ﷺ صلى صلاة فلما انفتل قال : « أتقرأون في صلاتكم والإمام يقرأ ؟ » قالوا : نعم ، قال : « فلا تفعلوا » [٦] . وإرسال هذا الخبر لا يمنع الاحتجاج به ، لا سيما مع رواية الأئمة [له] [٧] . وروي من غير هذا الطريق ، وفيه أبو قلابة عن أنس عن النبي ﷺ . ذكره أبو الحسن .

٢١٩٧ - وقولهم : إنه لا يقرأ عندنا والإمام يقرأ ليس بصحيح ؛ لأنه عندهم يقرأ مع قراءة الإمام في غير حال الجهر ، ولو قرأ مع قراءته في حال الجهر جاز . وهذا ضد الخبر .

٢١٩٨ - وروى أبو الدرداء رضي الله عنه قال : سأل رجل النبي ﷺ : أفي كل صلاة قراءة ؟ فقال : « نعم » ، فقال رجل من القوم : وجبت ، فقال النبي عليه السلام : ما أرى الإمام إذا قرأ إلا كان كافيا » [٨] .

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن ، في باب الإمام يصلي من قعود (١٥٩/١) ، والنسائي في المجتبى كتاب الافتتاح (١٤١/٢ ، ١٤٢) ، وابن ماجه في السنن ، كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها ، باب إذا قرأ الإمام فأنصتوا (٢٧٦/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الصلاة ، في من كره القراءة خلف الإمام (٤١٤/١) ، والطحاوي في المعاني ، باب القراءة خلف الإمام (٢١٧/١) .

(٢) في (م) : [التي] ، وفي (ع) : [الذي] .

(٣) ساقطة من (ع) .

(٤) في (م) : [يزيد] .

(٥) لم نقف على هذا النص في كتب الطحاوي المتداولة ، وقد أخرجه الدارقطني من هذين الوجهين ، في السنن باب ذكر قوله ﷺ : من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة (٣٢٧/١ - ٣٣١) . وكلام الأثرم مع أحمد في التمهيد لابن عبد البر (٣٤/١١)

(٦) رواه عبد الرزاق في المصنف باب القراءة خلف الإمام (١٢٧/٢) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار ، باب ذكر قوله ﷺ من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة (٢١٨/١) .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) ، (ن) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) أخرجه النسائي في المجتبى كتاب الافتتاح ، اكتفاء المأموم بقراءة الإمام (١٤٢/٢) ، وابن ماجه في السنن باب القراءة خلف الإمام (٢٧٤/١) ، والدارقطني في سننه باب ذكر قوله ﷺ : من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة (٣٣٢/١) ، والبيهقي في الكبرى باب من قال : لا يقرأ خلف الإمام على الإطلاق (١٦٢/١ ، ١٦٣) ، والطحاوي في معاني الآثار باب القراءة خلف الإمام (٢١٦/١) .

٢١٩٩ - وروى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « يكفيك قراءة الإمام : خافت أو جهر » (١) . وروى أبو سعيد رضي الله عنه قال : سألنا رسول الله ﷺ عن الرجل خلف الإمام لا يقرأ شيئا أيجزيه (٢) ذلك ؟ قال : « نعم » (٣) .

٢٢٠٠ - وروى عمر بن موسى وجابر وليث بن أبي سليم ، عن أبي الزبير عن جابر أن النبي ﷺ قال : « من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة » (٤) .

٢٢٠١ - قالوا : رواه جابر الجعفي وليث بن أبي سليم (٥) ، وهما ضعيفان .

٢٢٠٢ - قلنا : ذكره أبو الحسن من طريق إسماعيل ابن علية عن أيوب عن أبي الزبير ، وقد روى سالم بن عبد الله عن أبيه معناه ليأتي بالعبارة (٦) الأولى ؛ لأنا روينا أنه قال له : شراء طعام (٧) الفاجر .

٢٢٠٣ - وروى الأعمش عن أنس رضي الله عنه أنه قال : وأصوب قيلا ، فقيل له : يا أبا حمزة ، إنما هي وأقوم قيلا ، فقال : أقوم وأصوب وأهيأ (٨) واحد (٩) . وقد روي عن جماعة من (١٠) السلف أن في القرآن كلمات غير العربية . قال : سعيد بن جبير لما قالت قريش : ﴿ لَوْلَا فُصِّلَتْ ءَايَٰتُهُۥٓ ءَا۬عْجَمِيٌّ (١١) وَعَرَبِيٌّ ﴾ (١٢) نزل بعد ذلك في القرآن بكل

---

(١) الدارقطني في سننه باب ذكر قوله ﷺ : من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة (٣٣١/١) .

(٢) في (ص) ، (م) : [شئ أيجزيه] .

(٣) لم نعثر على هذا الحديث ، وقد رواه عبد الرزاق بهذا المعنى في المصنف باب القراءة خلف الإمام (١٤١/٢) .

(٤) أخرجه الدارقطني باب ذكر قوله ﷺ : من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة (٣٣١/١) ، والبيهقي في الكبرى باب من قال : لا يقرأ خلف الإمام على الإطلاق (١٦٠/٢) والطحاوي باب القراءة خلف الإمام (٢١٧/١) ، وابن ماجه في السنن باب القراءة خلف الإمام (٢٧٧/١) .

(٥) هو : الليث بن أبي سليم بن زُنَيم ، الكوفي ، ضعفه يحيى بن معين وأبو حاتم وغيرهما . وقال أحمد بن حنبل : مضطرب الحديث ، ولكن حدث الناس عنه ، وفي التقريب : صدوق اختلط أخيرا ولم يتميز حديثه فترك . (انظر : الجرح والتعديل ١٧٧/٧ - ١٧٩ ، ميزان الاعتدال ٤٢٠/٣ - ٤٢٣ ، تقريب التهذيب ١٣٨/٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [بالعبادة] .

(٧) في (ن) : [ترا طعام] .

(٨) في (ع) : هاهنا .

(٩) ذكر هذا الأثر القرطبي في التفسير (٤٨/١) ، (٤١/١٩) ، ونقل عن أبي بكر الأنباري أنه خبر ليس بمتصل ولا يصح ؛ للانقطاع بين الأعمش وأنس . وانظر أيضًا تخريج هذا في الطبري في التفسير (١٣١/٢٩) وفي تفسير ابن كثير (٤٣٦/٤) ، ومجمع الزوائد (١٥٦/٧) ، وفي مسند أبي يعلي (٨٨/٧) ، وسير أعلام النبلاء (٢٤٤/٦) ، وتاريخ ابن معين رواية الدوري (٣٢٨/٣) .

(١٠) في (ع) : [عن] .

(١١) في (م) : [عجمي] .

(١٢) سورة فصلت : الآية ٤٤ .

لسان . وعن ابن عباس أنه قال : ﴿ طُوبَىٰ لَهُمْ ﴾ [١] : اسم الجنة بالحبشية ، وقال في ﴿ نَاشِئَةَ ٱلَّيْلِ ﴾ [٢] : قيام الليل بالحبشية ، وقال : القسورة [٣] : الأسد بالحبشية ، وقال : ﴿ سِجِّيلٍ ﴾ [٤] بالفارسية [٥] ، وقال أبو موسى : ﴿ كِفْلَيْنِ ﴾ [٦] : ضعيفين بالحبشة ، وقال عكرمة : ﴿ طه ﴾ [٧] بلسان الحبشة يا رجل ، و ﴿ وَطُورِ سِينِينَ ﴾ [٨] قال : السينين : الحسن بالحبشية . وقال سعد بن عبادة : المشكاة [٩] الكوة بالحبشية ، وعن سعيد [١٠] بن جبير : ﴿ إِذَا ٱلشَّمْسُ كُوِّرَتْ ﴾ [١١] بالفارسية [١٢] . وقال مجاهد : يدل على أن اختلاف اللغات لا يمنع جوازِ الصلاة ، ومن كون المعبر عنه واحدا ؛ لأنه إذا جاز في بعض الكلام جاز في جميعها .

٢٢٠٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِنَّهُۥ لَتَنزِيلُ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴾ إلى قوله : ﴿ بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُّبِينٍ ﴾ [١٣] . وقال تعالى : ﴿ إِنَّآ أَنزَلْنَٰهُ قُرْءَٰنًا عَرَبِيًّا ﴾ [١٤] ، وقال : ﴿ وَمَآ أَرْسَلْنَا مِن رَّسُولٍ إِلَّا بِلِسَانِ قَوْمِهِۦ ﴾ [١٥] ، وهذا يدل على أن غير العربي ليس بقرآن ، وما ليس بقرآن لا يجزئ الصلاة به [١٦] لقوله ﷺ : « لا صلاة [١٧] إلا بقرآن » [١٨] .

٢٢٠٥ - والجواب : أن هذه الآي [١٩] تدل على أن المنزل عربي ، وكذلك [٢٠]

---

(١) سورة الرعد : الآية ٢٩
(٢) سورة المزمل : الآية ٢٩
(٣) في سورة المدثر : ﴿ فَرَّتْ مِن قَسْوَرَةٍ ﴾ الآية ٥١ .
(٤) سورة الفيل : الآية ٤ .
(٥) في (ع) : [بالحبشية] .
(٦) سورة الحديد : الآية ٢٨ .
(٧) سورة طه : الآية ١ .
(٨) سورة التين : الآية ٢ .
(٩) في سورة النور : ﴿ كَمِشْكَوٰةٍ فِيهَا مِصْبَاحٌ ﴾ الآية ٣٥ .
(١٠) في (م) ، (ع) : [سعد] .
(١١) سورة التكوير : الآية ١ .
(١٢) هكذا السياق في النسخ ، وهذا ثابت أيضًا في الطبري (٦٤/٣٠) ، لكن ثبت أيضًا عن سعيد أنه قال : كورت : غورت ، بالفارسية ، انظر : الطبري (٦٤/٣٠) ، القرطبي (٢٢٧/١٩) ابن كثير (٤٧٦/٤) ، تحفة الأحوذي (١٧٧/٩) .
(١٣) سورة الشعراء : الآية ١٩٢ ، ١٩٥ .
(١٤) سورة يوسف : الآية ٢ .
(١٥) سورة إبراهيم : الآية ٤ .
(١٦) في (ص) : [به الصلاة] .
(١٧) في (ص) : [لا تجزي صلاة] .
(١٨) أخرجه أبو داود بلفظ : قال لي رسول اللّٰه ﷺ : « اخرج فناد في المدينة أنه لا صلاة إلا بقرآن ، ولو بفاتحة الكتاب فما زاد » باب من ترك القراءة في صلاته بفاتحة الكتاب (٢٠٨/١) ، والبيهقي في الكبرى باب فرض القراءة في كل ركعة بعد التعوذ (٣٧/٢) .
(١٩) في (م) ، (ع) : [الآية] .
(٢٠) في (ن) : [ولذلك] .

نقول ؛ لأن القرآن لم ينزل إلا بالعربية ، والكلام إذا نقل إلى العجمي هل يكون قرءانا أم لا ، فأما أن ندعي [1] أنه منزّل فلا . ولأن هذه الآي [2] دلالة لنا ؛ لأنه أخبر أنها أنزلت ، ووصف [3] المنزل بصفة ، وهي العربية . وقد قيل [4] : الصفة لا تغير الموصوف ؛ ألا ترى : أن سائر الصفات إذا فُقدت فقدنا الموصوف بحالها ، فهذا يدل أنه قرءان بغير العربية .

٢٢٠٦ - قالوا : روي أن عمر بن الخطاب سمع هشاما يقرأ على غير الوجه الذي سمعه فتلبب [5] به وأتيا [6] النبي ﷺ ، فقال لكل واحد منهما : « اقرأ » ، فقرآ ، فقال النبي ﷺ : « هو كما قرأت ، أنزل القرآن على سبعة أحرف ، كلها شاف [7] كاف » [8] . قالوا : فإنكار عمر رضي الله عنه يدل على أنه لا يجوز القراءة بغير المسموع ، وقوله عليه السلام : « أنزل على سبعة أحرف » يمنع من إثبات ما زاد عليها .

٢٢٠٧ - قلنا : هذا الخبر دليل لنا على ما بيناه : أنه أخبر أن القرآن على سبعة [9] أحرف ، ونزل وهو واحد ، فلو اختلف - لاختلاف [10] الألفاظ [11] - صار كل واحد منهما غير [12] الآخر ، وهذا لا يقوله أحد . وأما إنكار عمر فصحيح ؛ لأن عندنا وإن كان المنقول قرءانا فيمنع من قراءته [ومن] [13] نقله ، وينكر كما ينكر شواذ [14] القراءة .

٢٢٠٨ - وقولهم : لو جاز النقل لكان أكثر من سبعة أحرف ، فليس بصحيح ؛

---

(١) في غير (ص) : [يدعى] . (٢) في (م) ، (ع) : [الآية] .

(٣) في (ص) ، (م) : [ووصفت] .

(٤) في سائر النسخ : [قال] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) لبب الرجلَ : جعل ثيابه في عنقه وصدره في الخصومة ، ثم قبضه وجره . وأخذ بتلبيبه كذلك . (انظر : لسان العرب مادة لبب (٣٩٨١/٥) . (٦) في (م) ، (ع) : [فلبث به وأمّا] .

(٧) في (م) : [ساق بالقاف] .

(٨) أخرجه البخاري في الصحيح مطولا بألفاظ أخرى ، في كتاب تفسير القرآن ، باب أنزل القرآن على سبعة أحرف (٢٢٦/٣ ، ٢٢٧) ، والترمذي في السنن ، في كتاب القراءات ، باب ما جاء أنزل القرآن على سبعة أحرف (١٩٣/٥ ، ١٩٤) ، وابن حبان في صحيحه ، في ذكر تفضل الله جل وعلا على صفيه ﷺ (٨٤/٢) ، وابن حبان ذكر الأخبار عما أبيح لهذه الأمة في قراءة القرآن على الأحرف السبعة (٨٠/٢) .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ن) : [بسبعة] . (١٠) في (م) ، (ع) : [باختلاف] .

(١١) في صلب (ص) : [اللفظ] ، وفي الهامش : [الألفاظ] من نسخة أخرى .

(١٢) في (م) ، (ع) ، (ن) : [عن] . (١٣) ساقطة من (ع) .

(١٤) في (م) ، (ع) : [ويتلف كما يتلف سواد] .

لأنه[(١)] عليه السلام قال : « أنزل القرآن على سبعة [أحرف] » [(٢)] ومتى نقل إلى لغات يتغير[(٣)] المنزل عما هو عليه .

٢٢٠٩ - قالوا : روي أن رجلا سأل النبي ﷺ [فقال] [(٤)] : إني [لا أستطيع] [(٥)] [أن] [(٦)] أحفظ شيئا من القرآن ، [فما أصنع ؟] [(٧)] فقال له النبي ﷺ : « قل : سبحان الله والحمد لله » [(٨)] ولم يقل له : احفظ بأي لغة سهل عليك [(٩)] .

٢٢١٠ - قلنا : الرجل عربي ، وقد أخبر أنه لا يقدر على حفظه [بالعربية] [(١٠)] ، فهو على لغة أخرى أعجز ، فلذلك لم يذكر له .

٢٢١١ - قالوا : اختلفت الصحابة في التابوت والتابوه ، فقال عثمان : اكتبوه بالتاء ؛ فإنها لغة قريش ، وإنما نزل [(١١)] بلغتها ، ولو كان الكل واحدا لم يختلفوا .

٢٢١٢ - قلنا : الكل واحد في المعنى والجواز ، وليس بواحد في الإنزال ، وهم اختلفوا في المنزل دون الجائز .

٢٢١٣ - قالوا : القرآن لا يثبت قرءانا إلا بالنقل المستفيض ، ولم ينقل أن معناه قرءان . ولأن تسميته قرءانا لا يثبت إلا بالتوقيف ، وليس معناه توقيفا [(١٢)] .

٢٢١٤ - قلنا : قد نقلنا ما يدل على أن اختلاف العبارة لا يوجب اختلاف المعبر[(١٣)] عنه ، ودللنا عليه بالقرآن والنقل ، فلا يحتاج مع ذلك إلى توقيف آخر .

٢٢١٥ - قالوا : الاختلاف في الإعجاز على وجهين : منهم من قال : إنه في اللفظ والنظم والمعنى ، ومنهم من قال : إن الإعجاز في اللفظ والنظم ، فمن قال : إن المنقول

---

(١) في (ع) : [لأنه يدل] بزيادة [يدل] . (٢) ساقط من (م) ، (ن) (ع) .
(٣) في (م) : [يتعين] . (٤) ساقط من (ع) .
(٥) في (م) : [أستطيع] . (٦) الزيادة من (ع) .
(٧) ساقط من (ع) .
(٨) أخرجه أبو داود في السنن ، باب ما يجزي الأمي والأعجمي من القراءة (٢١٢/١) والطيالسي في المسند ، في مسند عبد الله بن أبي أوفي رضي الله عنه ص ١٠٩ ، والنسائي في المجتبى باب ما يجزئ من القرآن (١٤٣/٢) ، والدارقطني في السنن ، باب ما يجزيه من الدعاء عند العجز عن قراءة فاتحة الكتاب (٣١٣/١ ، ٣١٤) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الصلاة باب فضيلة سورة الإخلاص (٢٤١/١) ، وابن الجارود في المنتقى ، في باب صفة صلاة رسول الله ﷺ ص ٥٧ .
(٩) في (م) ، (ع) : [عليه] .
(١٠) زيادة من (ن) . (١١) في (م) : [ترك] .
(١٢) في سائر النسخ : [توقيف] . (١٣) في (م) ، (ع) : [المعنى] .

قرءان فقد خالف الإجماع .

٢٢١٦ - قلنا : الخلاف فيما وقع في أن الإعجاز هل يعود إلى المعنى واللفظ ، أو المعنى خاصة ، فعندنا أن الإعجاز في الترتيب والنظم والاختصار دون العبارة [1] . ومن الناس من قال : إن كل واحد من الأمرين معجز ، فإن صح الأول فالإعجاز [2] في المنقول قائم ، وإن صح الثانى فأصل الإعجاز قد حصل ، وجواز الصلاة يتعلق بالمعجز . ولأن الإعجاز في القرآن قد حصل من غير هذه الوجوه أيضا ، وهو الخبر عن الغيوب ، وهذا المعنى موجود في المنقول . ومتى حصل الإعجاز من وجه لم يلزم من كل وجه .

٢٢١٧ - قالوا : القرآن أجلُّ الكلام ، ومعلوم أن من أتى بمعاني شعر امرئ القيس [3] لا يقال أتى بقصائده ، فبأن لا يقال قد أتى بالقرآن إذا عبر عنه بغير عبارته أولى .

٢٢١٨ - قلنا : من أتى بشعر امرئ القيس منظومًا بلغة أخرى على رويّة ونظمه فقد أتى بشعره بغير لغته ، - فهو - كالقرآن - لا يكون شعرًا إلا بالنظم ، وإنما لا يسمى بذلك لعدم معناه ، فهو كمن نقل القرآن ولم يأت بمعانيه ، فصارا سواء من هذا الوجه .

* * *

---

(١) في (م) : (ع) : [العبادة] . (٢) في (م) ، (ع) : [والإعجاز] .

(٣) في (ن) : [شعرًا من البشر] ، وفي (ص) ، (م) ، (ع) : [أمرًا] مكان [امرئ] .

مسألة ١١٥

لا ترفع اليدين في تكبير الركوع

٢٢١٩ – قال أصحابنا : لا ترفع اليدين في تكبير [١] الركوع [٢] .

٢٢٢٠ – وقال الشافعي : يرفع يديه إذا ركع ، وإذا رفع رأسه من الركوع [٣] .

٢٢٢١ – لنا : ما رواه سفيان عن عاصم بن كليب [٤] عن عبد الرحمن بن الأسود عن علقمة عن عبد اللّه بن مسعود ﷺ عن النبي ﷺ أنه كان يرفع يديه في أول تكبيرة [٥] ثم لا يعود [٦] . وروى حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد اللّه قال : صليت خلف النبي [٧] ﷺ [وخلف] [٨] أبي بكر وعمر ﷺ فكانوا لا يرفعون أيديهم إلا عند افتتاح الصلاة [٩] . وروى ابن مسعود أنه قال : ألا أصلي بكم صلاة رسول اللّه

---

(١) في (ص) : [في تكبيرة] .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٦ ، بدائع الصنائع فصل في سنن الصلاة (٢٠٧/١ ، ٢٠٨) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٣٠٩/١ ، ٣١٢) ، البناية باب صفة الصلاة (٢٩٢/٢ ، ٣٠٤) .

(٣) انظر الأم : باب رفع اليدين في التكبير في الصلاة (١٠٣/١ ، ١٠٤) ، مختصر المزني ص ١٤ ، حلية العلماء (٩٦/١) ، المجموع مع المهذب (٣٨٩/٣ ، ٤٠٦) ، فتح العزيز بهامش المجموع الباب الرابع ، في كيفية الصلاة (٤٠٣/٣ ، ٤٠٤) . (وانظر : المدونة في رفع اليدين في الركوع والإحرام ٧١/١ ، المنتقى في ما جاء في افتتاح الصلاة ١٤٢/١ ، الكافي لابن عبد البر ٢٠٦/١ ، بداية المجتهد الفصل الثاني ، الأفعال التي هي أركان ١٣٥/١ ، ١٣٧ ، الكافي لابن قدامة ١٤٦/١ ، المغني ٤٩٧/١ ، ٤٩٨) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كلب] . وهو : عاصم بن كليب بن شهاب بن المجنون الجرمي الكوفي ، صدوق من الخامسة . (انظر : تقريب التهذيب ٣٨٥/١ ، الترجمة ٢٥) .

(٥) في (ن) : [تكره] مكان [أول تكبيرة] .

(٦) أخرجه الطحاوي بلفظه في المعاني في باب التكبير للركوع والتكبير للسجود والرفع من الركوع هل مع ذلك رفع أم لا (٢٢٤/١) ، وأبو داود في السنن باب من لم يذكر الرفع عند الركوع (١٩٢/١) ، والترمذي في سننه في باب ما جاء في أن النبي ﷺ لا يرفع إلا في أول مرة (٤٠/٢) ، والنسائي في المجتبى كتاب الافتتاح ، باب رفع اليدين للركوع حذاء المنكبين وفي الرخصة في ترك ذلك (١٨٢/٢ ، ١٩٥) .

(٧) في (ع) : [رسول اللّه] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) أخرجه الدارقطني في السنن باب ذكر التكبير ورفع اليدين عند الافتتاح والركوع والرفع منه (٢٩٥/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب من لم يذكر الرفع إلا عند الافتتاح (٧٩/٢ ، ٨٠) .

ﷺ ؟ قالوا : بلى ، ورفع يديه [(١)] في التكبيرة الأولى ثم لم يرفع بعد ذلك [(٢)] ، وروى يزيد بن أبي زياد / عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن البراء رضي الله عنه قال : كان النبي ﷺ إذا افتتح الصلاة رفع يديه حتى يحاذي بهما أذنيه ، ثم لا يعود [(٣)] .

٢٥/ب

٢٢٢٢ - قالوا : قال سفيان بن عيينة حدثني يزيد بن أبي زياد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، وفيه : إذا افتتح الصلاة رفع يديه ولم يزد على هذا ، وقدمت الكوفة ورأيت يزيد ابن أبي زياد يقول فيه : ثم لا يعود ، وأظن [أن] [(٤)] الكوفيين لقنوه [(٥)] .

٢٢٢٣ - قلنا : هذا لا يصح ؛ لأنه جرح [(٦)] الرواي وحمل أمره بالكذب ، بل الواجب أن يحمل [(٧)] على أنه نسي الزيادة ثم تذكرها ؛ فقد روى هذا الحديث ابن شجاع فقال : حدثنا المعلى قال : حدثنا خالد ويعقوب ، عن ابن أبي ليلى عن أخيه [عن أبيه] [(٨)] عن البراء أن النبي ﷺ كان إذا دخل في الصلاة رفع يديه ثم لا يعود حتى ينصرف من صلاته . فقد وافق يزيد غيره في هذه الزيادة . وذكر أبو داود عن وكيع عن ابن أبي ليلى عن أخيه عيسى عن الحكم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن البراء قال : رأيت رسول الله [ﷺ] [(٩)] يرفع يديه حين افتتح الصلاة ، ثم لم يرفعها حتى انصرف [(١٠)] وروى جابر بن سمرة رضي الله عنه قال : خرج رسول الله [ﷺ] [(١١)] ذات يوم على أصحابه فقال : مالي أراكم رافعي أيديكم كأنها أذناب خيل شُمس ! اسكنوا [(١٢)] في

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يده] .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة مصنفه ، في كتاب الصلاة ، من كان يرفع يديه أول تكبيرة ثم لا يعود (٢٦٧/١) ، والبيهقي باب من لم يذكر الرفع إلا عند الافتتاح (٧٨/٢) ، وشرح السنة ، في باب رفع اليدين عند تكبير الافتتاح وعند الركوع والارتفاع عنه والقيام من الركعتين (٢٤/٣) .

(٣) أخرجه الدارقطني باختلاف يسير باب ذكر التكبير ورفع اليدين عند الافتتاح والركوع والرفع منه (٢٩٣/١) ، والطحاوي في المعاني (٢٢٤/١) ، والبيهقي باب من لم يذكر الرفع إلا عند الافتتاح (٧٦/٢) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) انظر : البيهقي باب من لم يذكر الرفع إلا عند الافتتاح (٧٦/٢) ، والتعليق المغني على الدارقطني في ذيل سنن الدارقطني (٢٩٤/١ ، ٢٩٥) .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [خرج] .

(٧) في (م) ، (ن) : [أن لا يحمل] ، وفي (ع) : [أنه لا يحمل] .

(٨) زيادة من (ن) .

(٩) ساقطة من (ن) .

(١٠) أخرجه أبو داود (١٩٣/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الصلاة ، باب من كان يرفع يديه أول تكبيرة ثم لا يعود (٢٦٧/١) .

(١١) ساقطة من (ن) .

(١٢) في (م) : [اسكتوا] .

الصلاة (١) . وفي بعض الألفاظ لا يختص بالسبب (٢) . وروى مقسم عن ابن عباس ونافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : لا ترفع (٣) الأيدي إلا في سبعة (٤) مواطن ، وذكر افتتاح الصلاة ولم يذكر حال الركوع (٥) . وروى عباد بن عبد الله بن الزبير عن أبيه أن النبي ﷺ كان يرفع يديه في ابتداء الصلاة ولا يرفع بعد ذلك (٦) ، وذكر سيف (٧) في أول الفتوح عن عمرو بن محمد عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : كان رسول الله [ﷺ] (٨) يرفع يديه في الصلاة كلما خفض ورفع ، ثم صار إلى افتتاح الصلاة وترك ما سوى ذلك . ولأنها تكبيرة مفعولة في غير حال الاستقرار فلم يكن من سننها رفع اليد ، كتكبيرة (٩) السجود . ولأنها تكبيرة الانتقال ، كتكبيرة السجود . ولأن الرفع فعل ، فلو يكون في الصلاة لكان من جنسه ما هو واجب ، كالركوع ، فلما لم يجب دل أنه لا يتكرر . ولأن الانتقال فيه أعلى وأدنى ، فالأعلى : الانتقال من القيام إلى السجود ، ومن السجود إلى القيام ، والأدنى : انتقال (١٠) من القيام إلى الركوع ، ومن الركوع إلى القيام ، فإذا لم يكن من سنته على (١١) الانتقالين رفع اليدين كذلك أدناه .

---

(١) أخرجه مسلم في الصحيح في باب الأمر بالسكون في الصلاة والنهي عن الإشارة باليد ورفعها عند السلام (١٨٤/١) ، وأبو داود في آخر باب في السلام (٢٥٣/١) ، وأحمد في المسند (٩٣/٥ ، ١٠١ ، ١٠٧) ، والطحاوي في المعاني في آخر باب الإشارة في الصلاة (٤٥٨/١) .

(٢) في (م) : [بالتسبب] .

(٣) في غير (ص) : [كان لا يرفع] .

(٤) في كل النسخ [سبع] ، وكذا في معاني الطحاوي (١٧٦/٢) ، وفي صحيح ابن خزيمة (٢٠٩/٤) ، ومجمع الزوائد (٢٣٨/٣) ، وفي مصنف ابن أبي شيبة (٢١٤/١) ، (٣/ ٤٣٦) ، وعند الطبراني في الكبير (٣٨٥/١١) ، ومسند الفردوس (٥٣٦/٥) والدارية في تخريج أحاديث الهداية (١٤٨/١) . وأما [سبعة] بالتاء ففي ابن خزيمة (٢٠٩/٤) أيضا ، ومجمع الزوائد (١٠٢/٢ ، ١٠٣) والتحقيق في أحاديث الخلاف (٣٣٤/١) ، ونصب الراية (٣٩٠/١ ، ٣٩١) .

(٥) في (م) : [الرجوع] .

(٦) لم نعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ .

(٧) هو سيف بن عمر الضبي الأسيدي التميمي البرجمي ويقال السعدي الكوفي ، مصنف الفتوح والردة وغيرهما . روى عن عبيد الله بن عمر العمري وهشام بن عروة وجابر الجعفي وكثير من المجهولين . روى عنه جبارة بن المغلس وأبو معمر القطيعي والنضر بن حماد العتكي . قال عنه ابن حبان : عامة حديثه منكر ، وقال أبو داود : ليس بشيء ، وقال أبو حاتم الرازي : متروك الحديث ، وقال النسائي والدارقطني : ضعيف . اهـ . كان كالواقدي ، وكان إخباريا عارفا انظر الضعفاء والمتروكون لابن الجوزي (٣٥/٢) ، والميزان (٣٥٣/٣) .

(٨) ساقطة من (ن) .

(٩) في (م) ، (ع) : [كتكبير] .

(١٠) في (ص) : [أن ينتقل] ، وفي (م) ، (ن) : [انتقل] .

(١١) في (ص) : [أعلى] .

٢٢٢٤ - احتجوا : بما رواه سفيان بن عيينة عن الزهري عن سالم عن أبيه قال : رأيت رسول الله [ﷺ] [١] إذا افتتح الصلاة رفع [٢] يديه حتى يحاذي منكبيه ، وإذا أراد أن يركع ، وبعد ما يرفع ، ولا يرفع بين السجدتين [٣] . وروى مثل ذلك علي ، ووائل بن حجر ومالك بن الحويرث وأبو هريرة [٤] ، وروى محمد بن عمرو بن عطاء قال : سمعت أبا حميد الساعدي في عشرة من أصحاب النبي ﷺ منهم : أبو قتادة ، قال أبو حميد : أنا أعلمكم بصلاة رسول الله [ﷺ] [٥] [قالوا : فلم ، فوالله ما كنت بأكثرنا له تبعة ولا أقدمنا له صحبة ، قال : بلى ، قالوا : فاعرض ، قال : كان رسول الله ﷺ] [٦] إذا قام إلى الصلاة رفع يديه حتى يحاذي بهما منكبيه ثم يكبر ، وكذلك يرفع إذا ركع وإذا رفع من الركوع [٧] .

٢٢٢٥ - والجواب عنه : أن عاصم بن كليب روى عن أبيه أن عليًا عليه السلام كان يرفع يديه في أول تكبيرة من الصلاة ثم لا يرفع بعده [٨] . وروى مجاهد قال : صليت مع ابن عمر فلم [يكن] [٩] يرفع يديه إلا في التكبيرة الأولى [١٠] . وروى بشر بن حرب [١١] قال : سمعت ابن عمر يقول : والله إنَّ رفع الأيدي في الصلاة لبدعة . فلما روي عنهما

---

(١) ساقطة من (ن) . (٢) في سائر النسخ : [ورفع] .

(٣) أخرجه مسلم في الصحيح في باب استحباب رفع اليدين حذو المنكبين (١/١٦٥) ، وأبو داود في باب رفع اليدين في الصلاة (١/١٨٥) ، والترمذي في باب ما جاء في رفع اليدين عند الركوع (٢/٣٥) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الصلاة من كان يرفع يديه إذا افتتح الصلاة (١/٢٦٥) ، والطحاوي في المعاني في باب التكبير للركوع والتكبير في السجود والرفع من الركوع (١/٢٢٢) ، والبيهقي في الكبرى في باب رفع اليدين عند الركوع وعند رفع الرأس منه .

(٤) أخرجه البخاري في الصحيح في باب رفع اليدين إذا كبر وإذا ركع وإذا رفع (١/١٣٥) ومسلم باب استحباب رفع اليدين حذو المنكبين (١/١٦٦) . (٥) ساقطة من (ن) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [في الركوع] والحديث أخرجه أبو داود (١/١٩٤) ، والترمذي (٢/١٠٦) ، وابن ماجه (١/٣٣٧) ، وابن حبان (٥/٥٥٥) ، والمحلى (٤/٩١) ، وانظر : تلخيص الحبير (١/٢٢٣) .

(٨) أخرجه الطحاوي في المعاني باب التكبير للركوع والتكبير في السجود والرفع من الركوع (١/٢٢٥) ، وابن أبي شيبة كتاب الصلاة ، باب من كان يرفع يديه إذا افتتح الصلاة (١/٢٦٧) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) أخرجه الطحاوي في المعاني باب التكبير للركوع والتكبير في السجود والرفع من الركوع (١/٢٢٥) ، وابن أبي شيبة كتاب الصلاة ، باب من كان يرفع يديه إذا افتتح الصلاة (١/٢٦٨) .

(١١) في (ص) ، (م) : [حرث] ، وفي (ع) : [حارث] والصواب ما أثبتناه . وهو : بشر بن حرب الأزدي أبو =

خلاف ما روينا دل على أنهما عرفا نسخه ، وأوجب ذلك ضعف ما روياه ، ألا ترى أنهما لا يرويان عن النبي ﷺ ويخالفانه إلا أن يعرفا النسخ . وأما حديث أبي حميد الساعدي ففيه أنه : كان يرفع يديه إذا قام من الركعتين . وهذا متروك بالإجماع . ومتى قضى [1] خبرنا على بعض خبرهم قضى على جميعه . قال ابن شجاع : سمعت على ابن المديني يقول : كان يحيى بن سعيد يضعف حديث عبد الحميد بن جعفر عن محمد بن عمرو بن عطاء ولا يحتج به . وأما [2] حديث وائل بن حجر ففيه أنه : كان يرفع يديه بين سجدتيه . فقد قضى خبرنا على خبرهم : بعضه [3] ، فقضى على جميعه . وحديث حميد عن أنس أن النبي ﷺ كان يرفع يديه في الركوع : قال ابن أبي شيبة : هو حديث منكر [4] ؛ لأن الجماعة رووه موقوفًا على أنس .

٢٢٢٦ - ولأن أخبارنا عارضت هذه الأخبار وفيها نهيٌ ، والنهي أولى من الفعل ؛ ألا ترى : أنه يجب متابعة النهي - وإن خالف فعله عليه السلام ، كما روي أنه واصل ونهى عن الوصال . ولأن في أخبارنا قول ، والقول والفعل إذا اجتمعا [5] فالقول أولى . ولأن أخبارنا متأخرة ؛ لأن الأصل كان الرفع في كل تكبيرة ثم نسخ ذلك . ولأن ابن عباس بين أن آخر الفعلين منه عليه السلام كان ما نقوله [6] .

٢٢٢٧ - وقد روي أن إبراهيم النخعي لما سمع خبر وائل أنكره وقال : لعل وائلا [7] رأى النبي ﷺ مرة ، وقد رآه ابن مسعود يصلي [8] كذا [وكذا] [9] وروي [10] عن أبي بكر بن عياش [11] أنه قال : أتى عَليَّ بضع وتسعون سنة وأنا نصف الإسلام ، وما رأيت فقيهًا يرفع يديه إلا في أول التكبيرة . وروى مطرف [12] قال : قال مالك : رفع اليدين مما

= عمرو الندبي بصري من الثالثة . روى عن ابن عمر وأبي هريرة وغيرهما . ضعفه يحيى بن معين وغيره . مات بعد العشرين ومائة . (انظر : الجرح والتعديل ٣٥٣/٢ ـ ٣٥٤ ترجمة ١٣٤١ ، تقريب التهذيب ٩٨/١ ترجمة ٥٠) .

(١) في (ع) : [ومين فصار] .
(٢) في (م) : [وأما عطا] .
(٣) في سائر النسخ : [على خبرهم بعضه] ، وَيُعْرب (بعضه) بدل جزء من كل .
(٤) أخرجه الدارقطني باب ذكر التكبير ورفع اليدين عند الافتتاح والركوع والرفع منه (٢٩٠/١) .
(٥) في (م) : [اجتمعتا] .
(٦) في (م) ، (ع) : [ما يقوله] .
(٧) في سائر النسخ : [وائل] .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فصلى] .
(٩) ساقط من (م) ، (ع) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [وقد روى] .
(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عباس] .
(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وروي عن مطرف] . هو : مطرف ابن أخت الإمام مالك بن أنس هو مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار أبو مصعب المدني من كبار الفقهاء مات سنة عشرين =

نسخ من الحديث [١] . فإذا كان كذلك كان الرجوع إلى ما قلناه أولى . ولا معنى لترجيحهم بكثرة الرواة ؛ لما بينا من كثرة رواة خبرنا . وكذلك الترجيح بالزيادة والإثبات لا يصح ؛ لأن [٢] التاريخ في خبرنا أولى . وعلى أنا نستعمل أخبارهم [٣] في الرفع للقنوت ، وقد كان ﷺ يقنت مرة قبل الركوع ومرة بعده ، [٤] فاحتمل أن يكون من روى الرفع قبل الركوع وبعده إنما أراد به رفع اليد للقنوت ، ويحتمل أن يكون رفع يده عن مكانها حال الركوع ، بمعنى أنها لم تبق [٥] في مكان واحد .

٢٢٢٨ - قالوا : قال عبد الرزاق : أخذ أهل مكة رفع اليدين عن ابن جريج ، وابن جريج عن عطاء ، وعطاء عن الزهري وأبي الزبير [٦] ، وأبو [٧] الزبير عن أبي وائل [٨] .

٢٢٢٩ - قلنا : روى الأسود قال : صليت خلف عمر [٩] فلم يرفع يديه في شيء من الصلاة إلا حين استفتاح الصلاة [١٠] . قال الشعبي : كان أصحاب عليّ وعبد الله لا يرفعون أيديهم إلا في التكبيرة الأولى [١١] . وحكى ابن مسعود فعل النبي ﷺ وأبي بكر وعمر مثل ذلك [١٢] .

٢٢٣٠ - قالوا : صلاة ذات ركوع فوجب أن يتكرر رفع اليدين فيها ، كصلاة العيد .

٢٢٣١ - قلنا : صلاة العيد لما زيد في أذكارها جاز أن يزاد في أفعالها ، ولما لم يزد في أذكار سائر الصلوات لم يتكرر رفع اليد فيها . ولأن [١٣] تكبيرة العيد تفعل [١٤] في حال الاستقرار ولا تقوم [١٥] مقام غيرها ، ولما كانت هذه التكبيرات تفعل في غير حال الاستقرار حلت محل تكبيرات السجود .

= ومائتين عن ثلاث وثمانين سنة . (انظر : الكامل لابن عدي ٣٧٧/٦ ، ترجمة ٢٣٩ / ١٨٦٠ ، ميزان الاعتدال ١٢٤/٤ ، ١٢٥ ، ترجمة ٨٥٨١) .

(١) لم نعثر على قول مطرف عن مالك .

(٢) في (ع) : [فإن] .

(٣) في (ع) : [خبرهم] .

(٤) في (ن) : [وبعد مرة] .

(٥) في (م) ، (ن) : [لم يبق] .

(٦) في غير (ص) : [وأبن الزبير] .

(٧) في (م) ، (ن) : [وأبي] .

(٨) ذكره ابن الجوزي في التحقيق في أحاديث الخلاف (٣٣٢/١) .

(٩) في (ن) : [خلف ابن عمر] .

(١٠) في (ص) : [إلا عند تكبيرة افتتاح الصلاة] ، وفي (م) ، (ع) : [إلا عند افتتاح الصلاة] والمثبت من (ن) .

(١١) رواه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الصلاة ، باب من كان يرفع يديه إذا افتتح الصلاة (٢٦٧/١) .

(١٢) تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(١٣) في (ص) : [ولا] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [يفعل] .

(١٥) في (م) ، (ع) : [ولا يقوم] .

٢٢٣٢ - قالوا : تكبيرة تبتدي وتستوفى [١] على حال يزيد على مستوى الجلوس ، فكان رفع اليدين معها مسنونًا ، كتكبيرة الإحرام .

٢٢٣٣ - قلنا : تكبيرة الإحرام مقصودة في نفسها غير قائمة مقام غيرها ، فجاز أن يثبت لها تبع ؛ وتكبيرة الركوع ليست مقصودة لنفسها فلم يثبت [٢] لها تبع ، كتكبيرة السجود . ولأن الرفع لما شرع في تكبيرة الافتتاح [٣] قدر بذكر يستغرقه ، وهو التكبير ، فلو شرع الرفع في تكبيرة [الركوع] [٤] لاجتمع الفعل - الذي هو الرفع أو الوضع - مع رفع اليد ، فكانا فعلين ، فكان الواجب أن يشرع فيهما ذكران [٥] ، ألا ترى أن كل فعل شرع في الصلاة شرع معه ذكر ، فلما لم يشرع إلا ذكر واحد دل أنه فعل واحد .

٢٢٣٤ - قالوا : ركعة من الصلاة فوجب أن يكون من تكبيرها ما يرفع معه اليدين ، كالركعة الأولى .

٢٢٣٥ - قلنا : حكم الركعة الثانية مفارق للركعة الأولى ، [بدلالة] [٦] [أن تكبيرة] [٧] الافتتاح أجمعنا على رفع اليد فيها ، ثم لم يثبت رفع اليد في نظيرها من الركعة الثانية بالاتفاق ، واختلفنا [٨] في تكبيرة الركوع ، فلأن لا تثبت [٩] في الثانية وقد اختلف في أصلها أولى .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ويستوفي] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فلم تبعث] .
(٣) في (ع) : [الإحرام] .
(٤) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [ذكر] .
(٦) ساقطة من (ن) .
(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أن يكره] .
(٨) في (ن) : [واختلف] .
(٩) في (ن) : [لا يثبت] .

مسألة ١١٦

الواجب من الركوع أدنى ما يتناوله الاسم

٢٢٣٦ – قال أصحابنا : الواجب من الركوع أدنى ما يتناوله الاسم [١] .

٢٢٣٧ – وقال الشافعي : مقدار الطمأنينة [٢] .

٢٢٣٨ – لنا : قوله [تعالى] [٣] ﴿ ٱرۡكَعُواْ وَٱسۡجُدُواْ ﴾ [٤] واسم الركوع عبارة عن الميل [٥] ، يقال ركعت النخلة إذا مالت . قال لبيد [٦] :

أَدِبُّ كَأَنِّي كُلَّما قُمْتُ رَاكِعُ [٧]

وظاهر الآية يقتضي [٨] جواز الأدنى . ولأنه إنما يتناوله اسم الركوع ، فصار كما لو طول . ولأنه ركن لا يتعقبه الخروج من الصلاة فلم تجب [٩] فيه زيادة على ما يتناوله الاسم ، كالتحريمة .

٢٢٣٩ – احتجوا : بحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ لما عَلَّم الأعرابي الصلاة قال له : « اركع حتى تطمئن راكعًا » [١٠] والأمر يقتضي الوجوب .

---

(١) راجع : تحفة الفقهاء باب افتتاح الصلاة (١٣٣/١) ، بدائع الصنائع فصل في أركان الصلاة (١٠٥/١) فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٣٠٠/١ – ٣٠٢) ، البناية (٢٦٦/٢ – ٢٧٣) .

(٢) راجع : الأم باب القيام من الركوع (١١٢٣/١) ، مختصر المزني باب صفة الصلاة وما يجوز منها وما يفسدها (١٤ ، ١٥) ، حلية العلماء الباب السابق (٩٧/٢) ، فتح العزيز (٣٩٩/٣ – ٤١٢) ، المجموع مع المهذب (٤٠٦/٣٢ – ٤١١) . (وانظر : المدونة في الركوع والسجود ٧٢/١ ، ٧٣ ، قوانين الأحكام الشرعية الباب الثاني عشر في الركوع ص٦٢ ، ٦٣ ، بداية المجتهد الفصل الثاني الأفعال التي هي أركان ١٣٧/١ ، الإفصاح ١٣٠/١ ، الكافي لابن قدامة ١٣٥/١ ، المغني ٤٩٩/١ ، ٥٠٠) .

(٣) ساقط من (ع) .

(٤) سورة الحج : الآية ٧٧ .

(٥) في (م) ، (ن) : [المثل] .

(٦) هو : لبيد بن ربيعة بن مالك الشاعر ، الصحابي . توفي ﷺ في خلافة عثمان ﷺ ، وقيل : في أول خلافة معاوية ﷺ ، عن مائة وأربع وخمسين سنة ، وقيل : عن مائة وسبع وخمسين سنة . (انظر : تهذيب الأسماء واللغات ٧٠/٢ ، ٧١ ، الترجمة ٩٤) .

(٧) انظر : لسان العرب (١٧١٩/٣) ، مادة ركع .

(٨) في (ن) : [تقتضي] .

(٩) في (م) ، (ن) : [يجب] .

(١٠) أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الصلاة ، باب استواء الظهر في الركوع (١٤٤/١) وأبو داود في السنن باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود (٢١٧/١ ، ٢١٨) ، والنسائي في المجتبى =

٢٢٤٠ - قالوا : ولأنه لم يُعلمه ما [١] سوى الأركان ، ولهذا لم يذكر له قراءة السورة ؛ فدل [على] [٢] أن الطمأنينة ركن .

٢٢٤١ - والجواب : أنه قال في هذا الخبر : « ما نقصته فإنما تنقصه من صلاتك » فدل على أنه إذا فعل ذلك كانت صلاته ناقصة جائزة ، ولا يفيد [٣] علمه ما سوى الأركان ؛ ألا ترى أنه ذكر في الخبر : « ثم تكبر وتحمد اللّٰه وتثني عليه [٤] ، ثم قال : تقول : سمع اللّٰه لمن حمده » ، فلم يصح ما قالوه .

٢٢٤٢ - قالوا : روى أبو مسعود البدري عن النبي ﷺ قال : « لا تجزئ صلاة الرجل حتى يقيم ظهره في الركوع والسجود » / [٥] .

٢٦/أ

٢٢٤٣ - والجواب : أن هذا لا دلالة فيه ؛ لأنه قد يقيم ظهره ولا يطمئن ، ولأن الإجزاء عبارة عن الكفاية ، وذلك يقال في المسنون والمفروض .

٢٢٤٤ - قالوا : فعل هو ركن في الصلاة ، فوجب أن تكون [٦] الطمأنينة واجبة فيه ، كالقيام .

٢٢٤٥ - قلنا : لا نسلم ؛ لأن الواجب من القيام ما يتناوله الاسم ، فإذا أتى بذلك جاز .

٢٢٤٦ - فإن قاسوه على القعدة قلنا : إنه لم [٧] يتعقبها الخروج من الصلاة فضعفت ، فلهذا قويت بزيادة على ما يتناوله الاسم ، ولهذا قدرت بغيرها في الشرع ، ولم تقدر [٨] سائر الأركان بغيرها . ولأن الخروج يحصل فيها ، والقطع يبطل ما يقابله ،

= كتاب الافتتاح ، باب فرض التكبيرة الأولى (١٢٤/٢) ، والترمذي في السنن كتاب الصلاة ، باب ما جاء في وصف الصلاة (١٠٣/٢ ، ١٠٤) ، الحديث (٣٠٣) ، والطحاوي في المعاني في باب مقدار الركوع والسجود الذي لا يجزي أقل منه (٢٣٢/١) .

(١) زيادة في (م) ، (ن) ، (ع) . (٢) زيادة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولا ينفد] ، والظاهر أن [ولا] هنا صوابها [ولأنه] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وبين علته] ، مكان : [وتثني عليه] .

(٥) أخرجه أبو داود في باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود (٢١٧/١) ، والترمذي بهذا المعنى ، في باب ما جاء فيمن لا يقيم صلبه في الركوع والسجود (٥١/٢) رقم (٢٦٥) ، والنسائي في كتاب الافتتاح في إقامة الصلب في الركوع (١٨٣/٢) ، وابن ماجه في باب الركوع في الصلاة (٢٨٢/١) ، رقم (٨٧٠) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب كيف الركوع والسجود (١٥٠/٢) رقم (٢٨٥٦) .

(٦) في (م) ، (ع) : [أن يكون] . (٧) [لم] ثابتة في جميع النسخ ، ولعلها زائدة .

(٨) في (م) ، (ع) : [لم يقدر] .

فلو اقتصر على الأدنى لبطل بالخروج فلم يبق بعده ، فلذلك شرط التطويل ، وهذا المعنى لا يوجد في بقية الأركان [1] .

* * *

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الأذكار] .

مسألة ١١٧

إذا رفع الإمام رأسه من الركوع قال : سمع الله لمن حمده وقال المؤتم : ربنا لك الحمد ، لا يشتركان في ذلك

٢٢٤٧ - قال أبو حنيفة : إذا رفع الإمام رأسه من الركوع قال : سمع الله لمن حمده ، وقال المؤتم : ربنا لك الحمد ، لا يشتركان في ذلك (١) .

٢٢٤٨ - وقال الشافعي : يأتي كل واحد منهما بالذكرين (٢) .

٢٢٤٩ - لنا : ما رواه أنس وأبو سعيد الخدري وأبو موسى وأبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « إذا قال الإمام : سمع الله لمن حمده ، فقولوا : ربنا لك الحمد » (٣) ،

(١) انظر المسألة في : الأصل باب الدخول في الصلاة (٤/١ ، ٥) ، مختصر الطحاوي ص ٢٧ ، المبسوط في كيفية الدخول في الصلاة (٢٠/١ ، ٢١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية الباب السابق (٢٩٨/١ - ٢٩٩) ، البناية الباب السابق (٢٦١/٢ - ٢٦٥) .

(٢) انظر المسألة في : الأم باب القول عند رفع الرأس من الركوع (١١٢/١ ، ١١٣) ، حلية العلماء الباب السابق (٩٨/١ ، ٩٩) ، فتح العزيز الباب السابق في هامش المجموع (٤٠٥/٣ ، ٤٠٦) المجموع الباب السابق (٤١٩/٣ ، ٤٢٠) . (وانظر : المدونة في الركوع والسجود ٧٣/١ ، المنتقى ما جاء في التأمين خلف الإمام ١٦٤/١ الكافي لابن عبد البر الباب السابق ٢٠٧/١ ، قوانين الأحكام الشرعية الباب السابق ص ٦٣ ، الإفصاح ١٤١/١ ، المغني ٥٠٨/٨ ، ٥٠٩) .

(٣) حديث أنس أخرجه البخاري في الصحيح بطوله باب يهوي بالتكبير حين يسجد (١٤٥/١ ، ١٤٦) ، ومسلم في الصحيح باب ائتمام المأموم بالإمام (١٧٥/١) ، وأبو داود في باب الإمام يصلي من قعود (١٥٨/١) ، وابن ماجه في باب ما يقول إذا رفع رأسه من الركوع (٢٨٤/١) ، رقم (٨٧٦) ، وابن أبي شيبة (٢٨٣/١) . وحديث أبي سعيد الخدري أخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب الصلاة (٢١٥/١) وابن ماجه بزيادة : اللهم الحديث (٨٧٧) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، باب في الرجل إذا رفع رأسه من الركوع ما يقول (٢٨٤/١) . وحديث أبي موسى أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨٣/١) ، ومسلم في الصحيح بالزيادة مطولًا في باب التشهد في الصلاة (١٧٢/١) ، وأبو داود في باب التشهد (٢٤٦/١) ، والطحاوي في المعاني ، باب الإمام يقول سمع الله لمن حمده هل ينبغي له أن يقول بعدها ربنا ولك الحمد أم لا (٢٣٨/١) . وحديث أبي هريرة أخرجه البخاري في الصحيح باب ما يقول الإمام ومن خلفه إذا رفع رأسه من الركوع (١٤٤/١) ، ومسلم في صحيحه باب ائتمام المأموم بالإمام وفي باب النهي عن مبادرة الإمام بالتكبير وغيره (١٧٦/١ ، ١٧٧) ، ومالك في الموطأ ما جاء في التأمين خلف الإمام (٨٥/١) ، وأبو داود باب الإمام يصلي من قعود (١٥٩/١) ، والترمذي باب ما يقول الرجل إذا رفع رأسه من الركوع (٥٥/٢) ، رقم (٢٦٧) ، والدارقطني باب قوله ﷺ من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة (٣٢٩/١) رقم (١٢) .

فخص [١] كل واحد منهما بذكر ، وتخصيص الحكم يدل على [نفي] [٢] ما عداه ، ولأن كل واحد منهما لو كان يأتي بالذكرين لم يكن للتخصيص فائدة . ولا يقال : فائدته أن الإمام لا يجهر بالذكر الثاني ولا يعلم به المؤتم ، فلذلك علقه بالذكر الأول ؛ لأن هذه فائدة في جهة [٣] الإمام ، فأما علم المأموم فلا يوجد هذه الفائدة فيه ، فتخصيصه بأحد الذكرين يدل على أنه يأتي [٤] بغيره ، ولأنه غاية [٥] للرفع فلا يضم إليه غيره ، كالتكبيرات . ولأنه ذكر مسنون يقتضي الجواب من غير الذاكر فلم يشاركه فيه ، كالسلام . ولأن الإمام يجهر بقوله : سمع الله لمن حمده ، والمؤتم إذا جهر فمن سننه أن يجهر بربنا لك الحمد متى كان مكبرًا ، فلو كانت المشاركة ثابتة لجهر [٦] أحدهما بما يجهر [٧] به الآخر .

٢٢٥٠ - احتجوا : بحديث أبي هريرة قال : كان النبي ﷺ إذا رفع صلبه من الركوع يقول : « سمع الله لمن حمده » ، ويقول : « ربنا لك الحمد » وهو قائم [٨] . وروى علي قال : كان رسول الله ﷺ إذا رفع رأسه من الركوع يقول [٩] : « سمع الله لمن حمده ، اللهم ربنا لك الحمد » [١٠] .

٢٢٥١ - والجواب : أن هذا يحتمل أن يكون على وجه القنوت ، وقد كان يقنت بعد الركوع ، الدليل على ذلك أنه ذكر دعاءً طويلًا ، ويحتمل أن يكون من نفس الصلاة ، فلم يصح التعلق به . ولأن الرجوع إلى خبرنا أولى ؛ لأنه قول وبيان لما يقوله

---

(١) في (ص) : [يخص] . (٢) ساقطة من (ن) .

(٣) في (ن) : [في حتبه] ، وفي (م) ، (ع) : [في حسه] بدون نقط .

(٤) هكذا في كل النسخ ، ولعل الصواب : [لا يأتي بغيره] .

(٥) في (م) ، (ع) : [علامة] . (٦) في (م) ، (ع) : [يجهر] .

(٧) في (ع) : [جهر] .

(٨) هذا الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في صحيحه باب التكبير إذا قام من السجود (١٤٣/١) ، ومسلم في صحيحه باب إثبات التكبير في كل خفض ورفع في الصلاة إلا رفعه من الركوع فيقول : سمع الله لمن حمده (١٦٦/١) ، والبيهقي في الكبرى باب القول عند رفع الرأس من الركوع وإذا استوى قائمًا (٩٣/٢) .

(٩) في (م) ، (ع) : [ويقول] ، وفي كتب الحديث : [قال] .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولك الحمد] . والحديث أخرجه مسلم في صحيحه مطولًا في آخر باب الدعاء (٣١٢/١) ، وأبو داود في باب ما يستفتح به الدعاء (١٩٤/١ ، ١٩٥) ، والترمذي باب ما يقول الرجل إذا رفع رأسه من الركوع (٥٣/٢) ، رقم (٢٦٦) ، وابن أبي شيبة في المصنف باب في الرجل إذا رفع رأسه من الركوع ما يقول (٢٧٩/١) .

كل واحد من الإمام والمؤتم وخاص في حال المشاركة ، وخبرهم يحتمل [أن يكون] [١] في حال الانفراد ، وذلك جائز في إحدى الروايتين عندنا .

٢٢٥٢ - قالوا : ذكر مسنون للمأموم ، فوجب أن يكون مسنونًا للإمام ، كالتكبيرات .

٢٢٥٣ - قلنا : الأذكار المسنونة لم توضع على المبالغة ، فلا يمتنع أن يثبت في حق المؤتم ما لا يثبت في حق الإمام ؛ ألا ترى [٢] أنه يجوز أن يثبت في حق المؤتم صفة الذكر ولا يثبت [٣] حق الإمام ، وهو الجهر والإخفاء ، فكذلك نفس الذكر . ولأن المؤتم قد يزيد [٤] في عدد [٥] التسبيحات ودعاء التشهد على ما يأتي به الإمام ، فلا يمتنع أن يأتي بذكر لا يأتي به الإمام .

٢٢٥٤ - ولأن التكبيرات لما وضعت على وجه العلامة للانتقال ولم يقم غيرها مقامها تساويا فيها ، وفي مسألتنا يقوم مقام [هذا] [٦] الذكر غيره للانتقال ، فلذلك لم يتساويا فيه .

٢٢٥٥ - قالوا : الإمام أكمل في باب الأذكار من المؤتم ، ويجهر بالقراءة دونه ، فإذا كان هذا الذكر يأتي به المؤتم فأولى أن يأتي به الإمام .

٢٢٥٦ - قلنا : كمال [٧] الإمام في الذكر يمنع أن يزيد المؤتم عليه ، فأما إذا أتى المؤتم بذكر بدلًا عن ذكر يأتي به الإمام وجوابًا له فلم يزد عليه ، وصار كأنه ساواه [٨] ، وقد يساوي المؤتم الإمام في الأذكار المسنونة ؛ بدلالة التشهد والتسبيحات والاستفتاح .

* * *

---

(١) ساقطة من (ن) .
(٢) في (ص) : [ألا يرى] .
(٣) في (ن) : [لا يثبت] .
(٤) في (ن) : [يريد] .
(٥) في (ص) : [عد] .
(٦) ساقط من (ن) .
(٧) في (ن) : [كما قال] .
(٨) في (م) ، (ع) : [ساقاه] .

مسألة ١١٨

القيام الذي يفصل بين الركوع والسجود ليس بواجب

٢٢٥٧ - قال أصحابنا : القيام الذي يفصل بين الركوع والسجود ليس بواجب [١] .

٢٢٥٨ - وقال الشافعي : واجب . وعن أبي يوسف نحوه [٢] .

٢٢٥٩ - لنا قوله تعالى : ﴿ ٱرْكَعُواْ وَٱسْجُدُواْ ﴾ [٣] فظاهر الآية يقتضي جواز الركوع والسجود من غير قيام بينهما ، وهذا خلاف قولهم .

٢٢٦٠ - قالوا : هذا من حيث دليل الخطاب ؛ لأن وجوبهما لا ينفي وجوب غيرهما .

٢٢٦١ - قلنا : ليس هذا من حيث الدليل ، ولكن على قول مخالفنا إذا لم يأت بالقيام لم يصح السجود ، وهذا خلاف الآية . ولأن القيام ذكر ليس فيه معنى الخضوع فلم يتكرر وجوبه في ركعة واحدة ، كالركوع .

٢٢٦٢ - قالوا : الركوع لم يشرع تكراره ومنع من فعله ، والقيام شرع تكراره ، فلم يجز اعتبار [٤] ما هو مشروع ، وإنما اختلفنا في وجوبه بما [٥] لم يشرع .

٢٢٦٣ - قلنا : ليس إذا شرع تكراره دل على أنه يتكرر واجبًا ، كالتكبيرات والقعدة ، وقد شرع تكرار الركوع على أصلهم في صلاة الكسوف ولم يدل ذلك على وجوب تكراره .

٢٢٦٤ - قالوا : المعنى في الركوع أنه لا يجوز تكراره في الصلاة .

٢٢٦٥ - قلنا : يبطل على أصلكم بصلاة الكسوف . ولأنه قيام لا تتعلق به قراءة القرآن فلم يكن واجبًا في الصلاة ، أصله : قيام القنوت . ولا يلزم القيام في الأخريين [٦] ؛

---

(١) راجع المسألة رقم (١١٦) ، ومجمع الأنهر باب صفة الصلاة (٩٠/١) .

(٢) راجع المسألة في : المصادر السابقة للمذاهب الثلاثة في مسألة (١١٦) ، والوسيط الباب الرابع في كيفية الصلاة (٦٢١/٢) ، والكافي لابن عبد البر باب الركوع والسجود (٢٠٣/١) ، والمقدمات الممهدات في هامش المدونة (٨٢/١) ، والإفصاح (١٣١/١) ، والكافي لابن قدامة (١٣٥/١ ، ١٣٦) ، المغني (٥٠٨/١) .

(٣) سورة الحج : الآية ٧٧ .

(٤) في (ع) : [اعتباره] .

(٥) في (ع) : [ما] .

(٦) في جميع النسخ : [الأخراوين] .

لأنه يتعلق بالقراءة المسنونة إن [١] كان قد قدم القراءة ، وواجبة إن لم يقرأ في الأوليين [٢] . ولا يلزم قيام المؤتم ؛ لأن القراءة تتعلق به وتقوم [٣] قراءة الإمام مقامه ، ولا يلزم القيام الذي يأتي فيه بالتحريمة ؛ لأنا قلنا : فلا يكون واجبًا في الصلاة ، وذلك القيام ليس في الصلاة عندنا .

٢٢٦٦ - قالوا : المعنى في قيام القنوت أنه استدامة للقيام ، فلذلك لم يجب .

٢٢٦٧ - قلنا : الاستدامة على الواجب لا يمتنع أن يكون واجبًا ، كالقيام الذي يأتي فيه بالقراءة .

٢٢٦٨ - استدلوا : بحديث الأعرابي ؛ أن النبي ﷺ قال له : « [ثم] [٤] ارفع حتى تعتدل قائمًا » [٥] ، والأمر يقتضي الوجوب ، ولأنه لم يعلمه إلا الأركان [٦] . وقد أجبنا عن هذا الخبر ، وبينا أنه قال [له] [٧] : « وما نقصته فإنما تنقصه [٨] من صلاتك » وأنه علمه ما سوى الأركان .

٢٢٦٩ - قالوا : روي أن حذيفة رأى رجلًا يصلي ولا يرفع عن الركوع ، فلما فرغ قال له : مذ كم تصلي هذه الصلاة ؟ فقال : منذ أربعين سنة ، فقال : ما صليت منذ أربعين سنة [٩] .

٢٢٧٠ - قلنا : هذا الاستدلال إن كان من حيث التقليد فعندكم لا يلزم تقليد الصحابي ، وعندنا لا يقلد [١٠] إذا خالف قوله العموم . وإن كان من حيث الإجماع فلا نعلم انتشاره ، ويجوز أن يكون معناه : ما صليت صلاة كاملة .

٢٢٧١ - قالوا : الركوع ركن ضُمّن تسبيحات [١١] فوجب أن يكون الرفع عنه

---

(١) في (ن) : [لأنه تتعلق بالقراءة المسنونة] ، وفي (ع) : [لأنه يتعلق به القراءة المسنونة] ، وحرف [إن] : ساقط من (ع) .

(٢) في (ن) : [الأولتين] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يتعلق به ويقوم] .

(٤) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) تقدم تخريجه في المسألة (١١٦) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [الأركان] ، مكان [إلا الأركان] .

(٧) ساقط من (ع) .

(٨) في (م) : [فإنما ينقصه] ، وفي (ن) : [فإنما ينقص] .

(٩) رواه أحمد في المسند (٣٨٤/٥ ، ٣٩٦) ، والنسائي في المجتبى باب تطفيف الصلاة (٥٨/٣ ، ٥٩) ، والبيهقي في الكبرى في باب التغليظ على من لا يتم الركوع والسجود (١١٨/٢) ، والبخاري في الصحيح في آخر كتاب الأذان بلفظ آخر (١٤٣/١) .

(١٠) في (ع) : [لا تقلد] .

(١١) في (م) ، (ن) : [تسبيحًا] .

واجبًا ، كالسجود .

٢٢٧٢ - قلنا [١] : الأصل غير مسلم ؛ لأن الواجب الفصل بين السجدتين ، فإن سجد على وسادة ثم أزيلت فانحط إلى الأرض جاز ذلك عن السجدة الثانية من غير رفع . ولأن الكلام في وجوب ما يزيد على الانتقال عن السجود إلى ما بعده إلا برفع ، فوجب الانتقال في الحالين على وجه واحد ، والخلاف فيما سوى الانتقال .

٢٢٧٣ - قالوا : اعتدال في الصلاة فوجب أن يكون واجبًا ، كالاعتدال الأول .

٢٢٧٤ - قلنا : المعنى في الاعتدال الأول أنه لم يوجب [٢] تعلق به قراءة القرآن في موضوعه ، ولما لم يتعلق بهذا القيام قراءة القرآن في موضوعه لم يكن واجبًا في الصلاة . ولأن وجوب الفعل في الصلاة لا يدل على وجوبه كلما تكرر ، بدلالة القعدة .

* * *

---

(١) في (م) : [قلنا : هذا الاستدلال إن كان من حيث التقليد ، فعندكم لا يلزم] .

(٢) هكذا في كل النسخ ، ولعل الصواب : [لما وجب] .

مسألة ١١٩

إذا سجد على أنفه دون جبهته جاز

٢٢٧٥ - قال أبو حنيفة : إذا سجد على أنفه دون جبهته جاز .

٢٢٧٦ - وقالا [1] : لا يجوز مع القدرة [2] . وهو قول الشافعي [3] .

٢٢٧٧ - لنا : قوله تعالى ﴿ ٱرْكَعُوا۟ وَٱسْجُدُوا۟ ﴾ [4] فظاهره يقتضي وجوب ما يسمى [5] سجودا ، وذلك موجود وإن لم يضع جبهته ؛ لأن السجود هو الالتصاق بالأرض ، يقال : سجد البعير إذا وضع جرانه [6] على أرض ، ولأنه موضوع للسجود في الوجه ، فصار كجانب [7] الجبهة .

٢٢٧٨ - ولا يقال : إن قلتم لمسنون السجود لم يوجد في الأصل ، وإن قلتم لمفروضه ، لم نسلم في الفرع ؛ لأنا نريد [أنه] [8] قد شرع السجود عليه ، ولا يعني شيئًا مما ذكروه [9] .

٢٢٧٩ - قالوا : المعنى في الجبهة أنه يسقط فرض السجود بها ، وليس كذلك الأنف ؛ لأنه يسقط فرض السجود بغيره ، فلم يجز الاقتصار عليه .

---

(١) يعني - أبا يوسف ومحمدًا - صاحبي أبي حنيفة رحمهم الله .

(٢) راجع المسألة في : الأصل (٢١٠/١) ، متن القدوري باب صفة الصلاة ص ٩ ، بدائع الصنائع فصل في أركان الصلاة (١٠٥/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٣٠٣/١ ، ٣٠٤) تحفة الفقهاء باب افتتاح الصلاة (١٣٥/١) ، البناية (٢٧٦/٢ - ٢٨٠) .

(٣) راجع المسألة في : الأم باب كيف السجود (١١٤/١) ، الوسيط الباب الرابع في كيفية الصلاة (٦٢٤/٢) ، حلية العلماء (١٠٠/٢ ، ١٠١) ، المجموع مع المهذب (٤٢٢/٣ - ٤٢٥) . (وانظر : المدونة في الركوع والسجود ٧٣/١ ، بداية المجتهد الفصل الثاني في الأفعال التي هي أركان ١٤١/١ ، ١٤٢ ، قوانين الأحكام الشرعية الباب الثالث عشر في السجود ص ٦٣ ، ٦٤ ، الكافي لابن عبد البر باب الركوع والسجود ٢٠٣/١ ، المسائل الفقهية كتاب الصلاة ١٢٤/١ ، ١٢٥ الإفصاح ١٣١/١ ، ١٣٢ ، الكافي لابن قدامة ١٣٦/١ ، ١٣٧ ، المغني ٥١٥/١) .

(٤) سورة الحج : الآية ٧٧ . (٥) في (ن) : [ما سمي] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [حرانه] . الجران : - بكسر الجيم - باطن العنق من البعير وغيره ، وقيل : مقدم العنق من مذبح البعير إلى منحره . فإذا برك البعير ومد عنقه على الأرض قيل ألقى جرانه بالأرض ، والجمع جرن وأجرنة مثل حمار وحمر وأحمرة . (انظر : لسان العرب مادة (جرن) ٦٠٧/١) .

(٧) في (ن) : [لجانب] . (٨) الزيادة من (م) ؛ (ن) .

(٩) في (ن) : [مما ذكروه شيئًا] .

٢٢٨٠ - قلنا : علة الفرع تبطل [١] بجوانب الجبهة ؛ لأن كل جزء منها يسقط [٢] الفرض بغيره ، ولو اقتصر عليه جاز . ولأن الأنف والجبهة عظم واحد ، فإذا جاز الاقتصار في السجود على أحد جانبيه جاز على الآخر ، ولأن من كان بجبهته عذر انتقل فرض السجود إلى أنفه ، فلو لم يكن محلًّا للفرض في الأصل لم ينتقل إليه الفرض ، كالخد والذقن ، وطرده جوانب الجبهة .

٢٢٨١ - قالوا : لا ينتقل الفرض إليه ، وإنما يلزمه أن يقرب جبهته في الأرض غاية التقريب وذلك لا يمكن إلا بإلصاق أنفه من الأرض ؛ فلذلك لزمه ، ولو أمكن تقريب الجبهة من غير إلصاق الأنف بأن تقابل أنفه حفره جاز .

٢٢٨٢ - قلنا : الدليل على أن الفرض ينتقل إلى الأنف أن النبي ﷺ أجرى الجبهة والأنف في السجود مجرى واحدا ، بقوله : « مكن جبهتك وأنفك من الأرض » [٣] وروى عكرمة قال : مر رسول الله ﷺ على رجل ساجد لا يضع أنفه على الأرض ، فقال : « من صلى صلاة لا يصيب / أنفه ما يصيب الجبين لم تقبل [٤] صلاته » [٥] ، وإذا تعلق فرض السجود بهما ثم عجز عن أحدهما لم يسقط عن الآخر ، كجوانب الجبهة . ٢٦/ب

٢٢٨٣ - احتجوا : بحديث ابن عباس قال : أمر رسول الله ﷺ أن يسجد على سبع : يديه ، وركبتيه ، وأطراف أصابعه ، وجبهته [٦] . فحصر [٧] السجود بالجبهة .

---

(١) في (م) : [يبطل] . (٢) في (ن) : [سقط] .
(٣) تقدم تخريجه ، وأخرجه أبو داود في السنن باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود (٢١٩/١) ، وأحمد في المسند (٣٤٠/٤) ، والبيهقي في الكبرى باب تعيين القراءة المطلقة فيما روينا بالفاتحة (٣٧٤/٢) ، وأخرجه الترمذي باب ما جاء في السجود على الجبهة والأنف (٥٩/٢) ، الحديث (٢٧٠) .
(٤) في (م) : [لم يقبل] .
(٥) رواه ابن أبي شيبة في المصنف ما يسجد عليه من اليد أي موضع هو (٢٩٣/١ ، ٢٩٤) الحديث (٩) ، وعبد الرزاق عن الثوري بهذا السند في المصنف باب سجود الأنف (١٨٢/٢) الحديث (٢٩٨٢) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى من طريق عاصم الأحول (١٠٤/٢) .
(٦) البخاري في الصحيح في كتاب الأذان باب السجود على سبعة أعظم (١٤٧/١) ، ومسلم في الصحيح في باب أعضاء السجود والنهي عن كف الشعر والثوب وعقص الرأس في الصلاة (٢٠٣/١) ، وعبد الرزاق في المصنف (١٨٠/٢) ، الحديث (٢٩٧١ ، ٢٩٧٢) ، وابن أبي شيبة مرفوعًا مختصرًا في المصنف ما يسجد عليه من اليد أي موضع هو (٢٩٢/١ ، ٢٩٣) ، الأحاديث (٧ ، ٨ ، ١٠) .
(٧) في هامش (ص) : [فخص] .

٢٢٨٤ - قالوا : وروى رفاعة بن رافع أن النبي ﷺ قال : « لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ... إلى أن قال : ثم يسجد فيمكن جبهته من الأرض » (١) .

٢٢٨٥ - والجواب : أن العباس وسعدًا رويا عن رسول الله ﷺ قال : « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم » فذكر الوجه (٢) ؛ وهذا يدل على مساواة غير الجبين له ، وهو زائد ، فالرجوع إليه أولى .

٢٢٨٦ - وقد روي عن طاووس [أنه قال] (٣) في هذا الخبر : الأنف والجبين عظم واحد (٤) . ولأن خبرهم يقتضي السجود على الجبهة ولا ينفي وجوب غيره ، وخبرنا يقتضي وجوب الأنف ، فوجب الجمع بينهما .

٢٢٨٧ - ولا يقال : إن خبركم يقتضي وجوب السجود على جميع الوجه ، وذلك لا يجب باتفاق ، فليس لكم أن تحملوه (٥) على وجوب الأنف إلا ولنا أن نحمله على وجوب الجبهة ؛ لأنا نحمله على وجوب الجبهة والأنف وقيام كل واحد منهما مقام الآخر ، وهذا أولى ؛ لأنه أقرب إلى الظاهر .

٢٢٨٨ - ولا يقال : خبركم ذكر فيه الوجه مجملًا ، وخبرنا فسر فيه الواجب من الوجه ؛ لأن خبرنا ذكر فيه جميع ما يتعلق به حكم السجود ، وخبرهم فيه بعض ذلك ، فالرجوع إلى خبرنا أولى .

٢٢٨٩ - قالوا : اختلف التابعون على وجهين : منهم من قال : السجود على الجبهة

---

(١) هذا جزء من حديث رفاعة بن رافع تقدم تخريجه ، وأخرجه أبو داود من طريق همام مرفوعا باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود (٢١٩/١) .

(٢) حديث العباس رواه الحاكم في المستدرك (٣٤٩/١) ، والترمذي (٦١/٢) ، والبيهقي في الكبرى (١٠١/٢) ، والنسائي في الكبرى (٢٣٠/١ ، ٢٣١) وابن ماجه (٢٨٦/١) ، وابن خزيمة (٣٢٠/١) ، وابن حبان (٢٤٨/٥ ، ٢٤٩) ، والمقدسي في المختارة (١٩٩/٣) ، والشافعي في المسند (٤٠/١) ، والطحاوي في شرح المعاني (٢٥٦/١) ، والبزار (١٤٦/٤) وأبو يعلى (٥١/١٢) . وحديث سعد رواه عبد بن حميد (٨٢/١) وأبو يعلى (٦٠/٢) والطحاوي في معاني الآثار (٢٥٥/١ ، ٢٥٦) .

(٣) زيادة من (ع) .

(٤) أخرجه ابن ماجه الحديث (٨٨٤) ، ولفظه قال ابن طاووس : فكان أبي يقول : اليدين والركبتين والقدمين ، وكان يعد الجبهة والأنف واحد ، وفي رواية النسائي قال سفيان : قال لنا ابن طاووس ووضع يده على جبهته وأمرها على أنفه قال : هذا واحد . أخرجه في باب السجود على الركبتين (٢١٠/٢) .

(٥) في (م) : [أن يحملوه] .

واجب دون الأنف ، ومنهم من قال : يجب عليهما . فمن قال : يجب على الأنف دون الجبهة خالف إجماعهم .

٢٢٩٠ - قلنا : إجماع التابعين لا يحتج به على أبي حنيفة ؛ لأن [١] خلافه معتد به عليهم . ولأن من قال بوجوب السجود على الجبهة لم ينقل عنه أن الأنف لا يقوم مقامها ، فلم يجز إثبات مذهب لهم بالاستدلال .

٢٢٩١ - قالوا : جاز [٢] بالسجود [٣] على الجبهة مع القدرة عليه فلم تجز [٤] صلاته ، كما لو سجد على خده .

٢٢٩٢ - قلنا : شرط القدرة لا تأثير له في الأصل ؛ لأنه لا يجوز السجود على الخد مع العجز والقدرة ، ولأن الخد لم يشرع السجود عليه ، فلم يجز الاقتصار عليه ، ولما كان الأنف قد شرع السجود عليه في الوجه جاز الاقتصار عليه .

٢٢٩٣ - قالوا : فرض يتعلق بالجبهة فلم يجز إقامة غيره مقامه ، كالطهارة .

٢٢٩٤ - قلنا : نقلب [٥] هذه العلة فنقول : فاستوى فيه الأنف والجبهة ، كالطهارة . ولأن محل الطهارة لا يقوم بعضه مقام بعض ، ومحل السجود يجوز الاقتصار على بعضه ، بدلالة جوانب الجبهة .

٢٢٩٥ - قالوا : عضو هو محل لفرض السجود [٦] فلم يقم عضو آخر مقامه في الفرض ، قياسًا على سائر أعضاء السجود .

٢٢٩٦ - قلنا : الأنف والجبهة عضو واحد في باب السجود ، وإذا اقتصر [على] [٧] أحدهما فلم يقم عضو مقام عضو ، بل اقتصر على بعض محل السجود ، وبمثل ذلك يجوز في سائر الأعضاء ؛ لأنه لو اقتصر على بعض كفه أو بعض أصابع رجله جاز .

* * *

(١) في (ع) : [لأنه] .
(٢) في (م) : [أجاز] .
(٣) لعل الصواب : [امتنع من السجود] .
(٤) في (م) ، (ع) : [فلم يجز] .
(٥) في (م) : [نقلت] .
(٦) في (ن) : [محل السجود لفرض] .
(٧) ساقطة من (م) .

مسألة ١٢٠

إذا سجد على كور عمامته جاز

٢٢٩٧ - قال أصحابنا : إذا سجد على كور [١] عمامته جاز [٢] .

٢٢٩٨ - وقال الشافعي : لا يجوز [٣] .

٢٢٩٩ - لنا : قوله تعالى ﴿ ٱرْكَعُواْ وَٱسْجُدُواْ ﴾ ومن سجد على كور عمامته [٤] تناوله الاسم كما يتناوله إذا كانت على الأرض فسجد عليها . ومن ادعى الفصل بينهما [٥] باللغة فقد ادعى ما لا دليل عليه .

٢٣٠٠ - وروي عقبة بن خالد [٦] عن عبد الله بن محرر [٧] عن يزيد الأصم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ كان يسجد على كور العمامة [٨] . ولا يقال : إنها حكاية

---

(١) الكور والكوارة : العمامة وقيل : الكور تكوير العمامة . (انظر : لسان العرب مادة (كور) ٣٩٥٣/٥) .

(٢) راجع المسألة في : كتاب الآثار باب افتتاح الصلاة ورفع الأيدي والسجود على العمامة ص ١٥ ، متن القدوري الباب السابق ص ٩ ، تحفة الفقهاء الباب السابق (١٣٥/١) ، بدائع الصنائع فصل في سنن الصلاة (٢١٠/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٣٠٥/١ ، ٣٠٦) البناية (٢٨١/٢ - ٢٨٤) ، مجمع الأنهر باب صفة الصلاة (٩٧/١ ، ٩٨) .

(٣) راجع المسألة في : الأم (١١٤/١) ، الوسيط (٦٢٦/٢) ، حلية العلماء (١٠١/٢) ، المجموع مع المهذب (٤٢٥/٣ ، ٤٢٦) . قال مالك وأحمد في رواية - مثل قول أبي حنيفة - : يجوز السجدة على كور العمامة ، وقال مالك في المدونة : أحب إلي أن يرفع عن بعض جبهته حتى يمس بعض جبهته الأرض ، فإن سجد على كور العمامة أكرهه ولا إعادة عليه . (راجع المسألة في : المدونة ٧٦/١ ، المنتقى ٢٨٧/١ ، الكافي لابن عبد البر ٢٠٣/١ ، بداية المجتهد ١٤٢/١ ، المسائل الفقهية ١٢٧/١ ، الإفصاح ١٣٢/١ ، الكافي لابن قدامة ١٣٧/١ ، المغني ٥١٧/١ ، ٥١٨) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [العمامة] .

(٥) في (م) ، (ن) ، وفي هامش (ص) : [منهما] .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [عقبة بن عامر] وهو تصحيف لأن عقبة بن عامر الجهني صحابي مشهور ، وأما عقبة بن خالد بن عقبة السكوتي أبو مسعود الكوفي من الثامنة . روى عنه أحمد بن حنبل ونعيم ابن حماد وغيرهما . وثقه أحمد وأبو حاتم وغيرهما . (انظر : الجرح والتعديل ٣١٠/٦ ترجمة ١٧٢٦ ، ميزان الاعتدال ٨٥/٣ ، ترجمة ٥٦٨٦ ، تقريب التهذيب ٢٦/٢ ، ترجمة ٢٣٧) .

(٧) في سائر النسخ عبد الله بن محمد والمثبت من مصنف عبد الرزاق .

(٨) الحديث رواه عبد الرزاق في مصنفه باب السجود على العمامة (٤٠٠/١) ، رقم (١٥٦٤) ، وعن =

فعل ، فيحتمل [١] أن يكون سجد على بعض الجبهة وكور العمامة ؛ لأن قوله : سجد على كور عمامته يقتضي الاقتصار عليه . ولأنه ركن لا ينفيه ما يحول بينه وبين الأرض إذا كان منفصلًا ، كذلك حال اتصاله ، أصله : القيام .

٢٣٠١ - ولا يقال : المعنى في الرِّجل أنه ليس لها مدخل في الطهارتين ليس له تعلق بالحائل ، ألا ترى [٢] أن اليد تدخل [٣] في الطهارتين والحائل [٤] لا يؤثر في السجود عليها ، ولأن افتراقهما من هذا الوجه لم يمنع تساويهما [٥] في الحائل المنفصل ، وكذلك المتصل ، ولأن كل عضو يتعلق به السجود فالحائل المتصل لا ينفيه ، أصله : الأنف ولأن ما جاز السجود عليه في سائر أعضائه جاز في جبهته ، أصله : المنفصل .

٢٣٠٢ - احتجوا : بقوله عليه السلام : « لا يتم صلاة أحدكم حتى يتوضأ كما أمره اللَّه ... إلى أن قال : ثم يسجد فيمكن جبهته من الأرض [٦] .

٢٣٠٣ - والجواب [٧] أن ظاهر الخبر متروك بالإجماع ؛ ألا ترى أن الحائل مضمر بالاتفاق ، إلا أنا نقتصر على إضمار الحائل ويضمرون الحائل المنفصل ، ومن اقتصر على أحد الإضمارين كان أولى .

٢٣٠٤ - احتجوا : بحديث ابن عباس قال : أمر رسول اللَّه ﷺ أن يسجد [٨] على سبعة : يديه ، وركبتيه ، وأطراف أصابعه ، وجبهته [٩] .

٢٣٠٥ - والجواب : أنه [١٠] يقال : سجد على الجبهة - وإن حالت العمامة بينها وبين الأرض ، كما لو كانت منفصلة .

= عبد اللَّه بن أبي أوفى قال : رأيت رسول اللَّه ﷺ سجد على كور العمامة . (انظر : مجمع الزوائد ١٢٥/٢ باب السجود . رواه ابن أبي شيبة من قول سعيد بن المسيب ومكحول والحسن والزهري وعبد الرحمن بن يزيد في المصنف في من كان يسجد على كور العمامة ولا يرى به بأسًا ٢٩٩/١ ، ٣٠٠) .

(١) في (ن) : [فتحتمل] .
(٢) في (ص) : [ألا يرى] .
(٣) في (م) ، (ع) : [مدخل] .
(٤) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [والحال] .
(٥) في (ن) : [تساويها] .
(٦) هذا جزء من حديث رفاعة بن رافع أخرجه أبو داود والدارمي في سننه - باب الذي لا يتم الركوع والسجود (٣٠٥/١ ، ٣٠٦) ، وابن الجارود في المنتقى في باب صفة صلاة رسول اللَّه - ﷺ ص (٥٨ ، ٥٩) ، رقم (١٩٤) .
(٧) في (م) : [الجواب] .
(٨) في (ص) ، (م) : [أن أسجد] .
(٩) تقدم تخريج هذا الحديث في المسألة (١١٩) .
(١٠) في (ع) : [أن] .

٢٣٠٦ - قالوا : روى خباب [١] بن الأرت قال : شكونا إلى رسول الله ﷺ شدة الرمضاء [٢] في جباهنا وأكفنا ، فلم يشكنا [٣] ، فلو جاز السجود على الحائل لذكر ذلك .

٢٣٠٧ - قلنا : هذا اللفظ مشترك ، ويقال [٤] : فلم يشكنا [٥] بمعنى أزال شكوانا [٦] ، ويقال : لم يشكنا [٧] بمعنى لم يجبنا [٨] ، وإذا احتمل اللفظ الأمرين سقط التعلق به .

٢٣٠٨ - قالوا : روي عن علي وابن عمر [٩] وعبادة مثل قولنا [١٠] .

٢٣٠٩ - قلنا : يجب [نقل اللفظ الذي] [١١] روى عنهم ، ثم لو ثبت لم يمكن دعوى الإجماع ؛ لأنه لم يثبت ، ولم يجز التقليد إذا روي عن النبي ﷺ خلافه . وقد روي عن إبراهيم أن عمر صلى بالناس الجمعة في يوم شديد الحر ، فطرح طرف ثوبه على الأرض ، فجعل يسجد عليه ثم قال : يا أيها الناس إذا وجد أحدكم الحر فليسجد على طرف ثوبه [١٢] . وعن أنس قال : كنا نصلي مع النبي ﷺ فيسجد أحدنا على ثوبه يتقي [١٣]

---

(١) في (م) ، (ع) : [حباب] ، وهو : خباب بن الأرت التميمي ، - أبو عبد الله - شهد بدرًا . نزل الكوفة ومات بها سنة سبع وثلاثين . (انظر : أسد الغابة ٩٨/٢ - ١٠٠ ، تقريب التهذيب ٢٢١/١ ، ٢٢٢ ترجمة رقم ١٠٥ ، الإصابة ٤١٦/١ ، ترجمة ٢٢١٠) .

(٢) الرمضاء هي : الرمل أو الحجارة الحامية من حر الشمس . قال ابن منظور : الرمض والرمضاء : شدة الحر ، والرمض حر الحجارة من شدة حر الشمس ، وشدة وقع الشمس على الرمل وغيره ، والأرض الرمضاء يقال : رمض الصائم إذا حر جوفه من شدة العطش ، ورمضت قدمه احترقت من الرمضاء . (انظر : لسان العرب (رمض) ١٧٢٩/٣ - ١٧٣١ ، المصباح المنير ٢٢٥/١ ، المعجم الوسيط ٣٧٤/١) .

(٣) في (ن) : [فلم نشكنا] . الحديث رواه مسلم والنسائي وابن ماجه وأحمد - من غير ذكر الجباه والأكف - ، أخرجه مسلم في باب استحباب تقديم الظهر في أول الوقت من غير شدة الحر (٢٥٠/١) ، النسائي في كتاب المواقيت ، في أول وقت الظهر (٢٤٧/١) ، وابن ماجه في باب وقت صلاة الظهر (٢٢٢/١) ، رقم (٦٧٥) ، وأحمد في المسند (١٠٨/٥ ، ١١٠) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى (١٠٥/١ - ١٠٧) ، راجعه أيضًا في شرح السنة في باب تعجيل صلاة الظهر (٢٠١/٢) رقم (٣٥٨) .

(٤) في (ن) : [فيقال] .

(٥) في (ن) : [فلم نشكنا] .

(٦) في (م) : [شكونا] .

(٧) في (ن) : [لم نشكنا] .

(٨) في (م) مطموس ، وفي (ن) : [لم يحبنا] .

(٩) في (ن) : [عن ابن عمر وعلي] .

(١٠) أخرجه البيهقي في الكبرى في باب الكشف عن الجبهة في السجود (١٠٥/١) .

(١١) في (ن) : [اللفظ نقل الذي] .

(١٢) رواه ابن أبي شيبة في المصنف عن جرير في كتاب الصلاة (٣٠١/١) .

(١٣) في (م) : [ينفي] .

الحر[١] . وعن ابن عمر قال : كان الناس يفعلون ذلك في زمن عثمان [٢] .

٢٣١٠ - قالوا : لم يباشر بجبهته ما انفصل عنه مع القدرة فوجب أن لا يجزيه ، أصله : إذا سجد على قصاص شعره .

٢٣١١ - قلنا : اعتبار ما انفصل عنه لا معنى له ؛ لأن الحيلولة موجودة في المنفصل والمتصل على وجه واحد . وقولهم لا يمتنع أن يختلف المنفصل والمتصل ؛ بدلالة من صلى وعليه طرف ثوب طويل وعلى طرفه الآخر نجاسة لم تجز [٣] صلاته ، ولو كان منفصلاً فصلى على الموضع الطاهر منه أجزأه ، ولو صلى في خف نجس لم يجز ، ولو وقف على خف باطنه نجس جاز ؛ وذلك لأنا بينا أن الحائل المتصل والمنفصل سواء ، وما ذكروه لا يختلف بالحائل ، وإنما يختلف لمعنى آخر ، فَلِمَ يدعى تساوي المتصل والمنفصل [٤] في حال ؟ ثم ما ذكروه غير مسلم ؛ لأن أصحابنا قالوا : إذا كان على رأسه طرف عمامة وطرفها الآخر نجس - وهو لا يتحرك بتحركه - جازت صلاته ؛ فقد سوينا بين المتصل والمنفصل في باب النجاسة . ثم المعنى فيمن سجد على قصاص شعره أنه لو باشر الأرض به لم يجز ، كذلك مع الحائل ، ولما كانت الجبهة إذا باشرتها الأرض جاز السجود ، وكذلك [٥] مع الحائل .

٢٣١٢ - قالوا : حكم يتعلق بالوجه ، فوجب أن يجب مباشرة الوجه [به] [٦] كالطهارة .

٢٣١٣ - قلنا : الحكم الذي يعنونه [٧] هو السجود ، وقد باشر الوجه به - وإن كان هناك حائل - كما قد باشر به إذا انفصل الحائل . ولأن حكم الطهارة مخالف للسجود [٨] ؛ بدلالة أن الحائل المتصل لا يجوز إيقاع الطهارة فيه [٩] ، كالطرة [١٠] ،

---

(١) رواه البخاري في الصحيح باب بسط الثوب في الصلاة للسجود (٢٠٩/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٠١/١) ، وابن ماجه في باب السجود على الثياب من شدة الحر والبرد (٣٢٩/١) والدارمي في باب الرخصة في السجود على الثوب (٣٠٨/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب من بسط الثوب وسجد عليه (١٠٦/٢) .

(٢) لم نعثر على هذا الأثر .

(٣) في (ص) : [لم تجزيه] .

(٤) في (ع) : [المنفصل والمتصل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [كذلك] .

(٦) ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [تعنون] .

(٨) في (ن) : [السجود] .

(٩) في (ص) : [به] .

(١٠) في (م) : [الظرة] . الطرة بضم الطاء وفتح الراء مع الشدة : كُفَّة الثوب ، وهي جانبه الذي لا هدب له ، وطرة كل شيء حرفه ، أي طرف كل شيء ، وطرة الثوب موضع هدبه ، وهي حاشيته التي لا هدب لها ، وطرة الأرض : حاشيتها . (راجع لسان العرب (طرر) ٢٦٥٤/٤ ، المعجم الوسيط (٥٦٠/٢) .

ولو سجد عليها جاز . ولأن الطهارة لما جاز أن يمنع [منها] [١] الحائل المتصل في غير الوجه ، منع في الوجه ، ولما [٢] كان الحائل المتصل لا يمنع السجود في غير الوجه كذلك فيه .

٢٣١٤ – قالوا : البساط بدل عن الأرض ، وكور العمامة بدل عن الوجه ، فلو أجزنا [هذا أجزنا] [٣] بدلين عن مبدل واحد ، وهذا لا سبيل إليه .

٢٣١٥ – قلنا : هذا غلط ؛ لأن الفرض لم يتعلق بالأرض حتى يجعل البساط بدلًا عنها ، وإنما يتعلق الفرض بالبساط لا على طريق البدل ، وكذلك كور [٤] العمامة لا يجعل بدلا عن الجبهة كما لا يجعل [٥] إذا كان منفصلًا . ثم هذا غلط ؛ لأنا لو سلمنا ما قالوه كان أحد البدلين عن مبدل – وهو الأرض – والآخر بدلًا عن غيره ، فلا يمتنع اجتماع بدلين عن مبدلين ؛ الدليل [٦] عليه : المصلي [٧] في الخفِّ والنعل [٨] على البساط ، والبساط على ما قالوه بدل عن الأرض ، والخف بدل عن الرِّجْل ، ويجوز القيام والسجود عليه .

* * *

---

(١) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولو] .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يجوز] .

(٥) ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [للدليل] .

(٧) في (م) ، (ع) : [المصل] .

(٨) (ص) [والنفل] ، وفي (ع) ، بلا نقاط .

مسألة ١٢١

السجود على اليدين والركبتين ليس بواجب

٢٣١٦ - قال أصحابنا : السجود على اليدين والركبتين ليس بواجب (١)

٢٣١٧ - وقال الشافعي : واجب ، في أحد قوليه (٢) .

٢٣١٨ - دليلنا : قوله تعالى ﴿ ٱرْكَعُواْ وَٱسْجُدُواْ ﴾ ويقال : سجد - وإن لم يضع يديه على الأرض - . وروي في حديث ابن عباس قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « مثل الذي يصلي وهو عاقص شعره كمثل الذي يصلي وهو مكتوف » (٣) فأجراهما (٤) مجرى واحدًا (٥) ، فدل [على] (٦) أن ذلك صفة الفضيلة . ولأن ما لا يجب (٧) الإيماء به عند العجز لا يجب السجود عليه في الأصل ، كسائر الأعضاء ، وعكسه الوجه .

٢٣١٩ - احتجوا : بحديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « أمرت أن أسجد على سبع : الوجه ، واليدين ، والركبتين [والقدمين] » (٨) .

٢٣٢٠ - والجواب : أن المراد بذلك المسنون ؛ بدلالة أنه ذكر الوجه ، والسجود على

---

(١) راجع : بدائع الصنائع (١٠٥/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٣٠٤/١ ، ٣٠٥) ، البناية (٢٨٠/١) .

(٢) اختلف الشافعية في وجوب وضع اليدين والركبتين والقدمين إلى قولين ، قال بعضهم : الأصح أن وضعهما مستحب ، وقال الآخرون : الأصح والراجح الوجوب ، قال النووي : فالمختار الصحيح الوجوب ، وقد أشار الشافعي في الأم إلى ترجيحه . وقال مالك وأحمد : مثل قول الشافعي : يجب السجود عليها . وقال ابن جُزَي الغرناطي المالكي في قوانين الأحكام : فأما الوجه واليدان فواجب إجماعًا ، وأما الركبتان والقدمان فقيل : واجب وقيل : سنة . راجع : قوانين الأحكام الشرعية الباب الثالث في السجود ص ٦٣ ، الكافي لابن قدامة (١٣٧/١) المغني (٥١٥/١ ، ٥١٦) .

(٣) رواه مسلم من طريق عبد الله بن وهب في باب أعضاء السجود والنهي عن كف الشعر والثوب وعقص الرأس في الصلاة (٢٠٣/١) ، وأحمد في المسند (٣٠٤/١ ، ٣١٦) ، والنسائي في باب مثل الذي يصلي ورأسه معقوص (٢١٥/٢ ، ٢١٦) ، والبيهقي في الكبرى باب لا يكف ثوبًا ولا شعرًا ولا يصلي عاقصًا شعرًا (١٠٨/٢ ، ١٠٩) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [فأجرى] .

(٥) في سائر النسخ : [واحد] .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (ص) ، (ع) : [ما يجب] .

(٨) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) . والحديث تقدم تخريجه في مسألة (١١٩) .

جميعه ليس بواجب .

٢٣٢١ - قالوا : كل عضو وجب غسله في الطهارة الصغرى وجب السجود عليه ، كالوجه .

٢٣٢٢ - قلنا : وجوب غسله في الطهارة لا يدل على وجوب السجود عليه ، كالأنف ، ولأن الوجه عكس علتنا ؛ لأن الإيماء يجب به عند العجز ، فلذلك [١] كان السجود [٢] عليه واجبًا عند القدرة [٣] .

* * *

(١) في (ن) : [فكذلك] .
(٢) في (م) ، (ع) : [كالسجود] .
(٣) ورد في (م) ، (ع) بعد قوله : [القدرة] : [والله أعلم] .

مسألة ١٢٣

إذا سجد على يديه وهما في كميه جاز

٢٣٢٣ - قال أصحابنا : إذا سجد على يديه وهما في كميه جاز [١] .

٢٣٢٤ - وقال الشافعي : لا يجوز - في أحد قوليه - حتى يكشفهما [٢] ، والخلاف في هذه المسألة لا يتحقق ؛ لأن وضعهما عندنا ليس / بواجب ، فكيف نتكلم على صفات الوضع . ٢٧/أ

٢٣٢٥ - والدليل على أن السجود [على] [٣] الحائل لا يؤثر في السجود عليهما قوله ﷺ : « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم » [٤] وذكر اليدين ، ويقال : سجد على يديه وإن كانتا في كميه . وروى عبد الله بن عبد الرحمن قال : جاءنا النبي ﷺ فصلى في بني عبد الأشهل فرأيته واضعًا يديه في ثوبه إذا سجد [٥] . وروى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه قال : صلى رسول الله ﷺ في ثوب واحد يتقي بفضله حر الأرض وبردها [٦] . ولأن الحائل المتصل لا يمنع من فعل السجود عليهما ، كذلك المتصل ، أصله : الرجلين والركبتين .

٢٣٢٦ - ولا معنى لقولهم : إن الركبة عورة فلا يجوز كشفها ؛ لأنه لو كان عليه ثوبان لم يلزمه كشف أحدهما ، وإن لم يحتج إليه في ستر العورة .

٢٣٢٧ - قالوا : روى خباب بن الأرت رضي الله عنه قال : شكونا إلى رسول الله ﷺ شدة

---

(١) قال في فتح القدير : اعتبار التبعية في الحائل يقتضي عدم اعتباره حائلًا فيصير كأنه سجد بلا حائل ، ولا يجوز مس المصحف بكمه كما لا يجوز بكفه (راجع : البناية باب صفة الصلاة ٢٨٣/٢ ، فتح القدير ٣٠٦/١) .

(٢) قال الشافعي في الأم : وفي هذا قولان ، أحدهما : أن يكون عليه أن يسجد على جميع أعضائه ، وهذا مذهب يوافق الحديث ، والقول الثاني : أنه إذا سجد على جبهته أو على شيء منها دون ما سواه أجزأه . (راجع : الأم باب كيف السجود ١١٤/١ ، المجموع ٤٢٧/٣ ، ٤٢٨) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) تقدم تخريج الحديث في مسألة (١١٩) .

(٥) رواه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الصلاة ، باب في الرجل يسجد ويداه في ثوبه (٢٩٧/١) ، راجعه في المنتقى باب المصلي يسجد على ما يحمله ولا يباشر مصلاه بأعضائه ص (١٥٧) الحديث (٩٧١) .

(٦) رواه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الصلاة ، باب في الرجل يسجد ويداه في ثوبه (٣٠١/١) ، وأحمد في المسند (٢٥٦/١) .

الحر فلم يشكنا [1] . وقد أجبنا عن هذا الخبر .

٢٣٢٨ – قالوا : عضو من أعضاء التيمم ، فوجب أن يجب كشفه في السجود ، كالجبهة .

٢٣٢٩ – قلنا : لا نسلم الأصل ، وقد قدمناه .

* * *

(١) تقدم تخريجه في المسألة (١٢٠) .

مسألة ١٢٣

القعدة بين السجدتين ليست واجبة

٢٣٣٠ - قال أصحابنا : القعدة بين السجدتين ليست واجبة (١) .

٢٣٣١ - خلافًا للشافعي (٢) .

٢٣٣٢ - لنا : قوله تعالى ﴿ ٱرۡكَعُواْ وَٱسۡجُدُواْ ﴾ . ولأنها سجدة يتأخر عنها أركان الصلاة فلا يجب بعدها قعدة ، كالسجدة الثانية . ولا يلزم السجدة الأخيرة ؛ لأن (٣) ليس بعدها إلا ركن واحد . ولأن هذه قعدة للفصل بين الأركان (٤) فلا تجب (٥) ، كالقعدة الأولى للتشهد . ولأنها لو كانت واجبة لتعلق بها ذكر مسنون أو واجب ، كسائر الأفعال . ولأنها قعدة لا يتعقبها الخروج من الصلاة فلم تكن (٦) واجبة ، كالقعدة الأولى .

٢٣٣٣ - احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ أنه قال للذي علمه الصلاة : « ثم اسجد حتى تطمئن ساجدًا ، ثم ارفع حتى تطمئن جالسًا » (٧) .

٢٣٣٤ - والجواب ما قدمناه أنه قال في هذا الخبر : « وما نقصته فإنما تنقصه من صلاتك » ، وهذا يدل على أنه إذا ترك بعض ما علمه كانت صلاته ناقصة جائزة .

---

(١) راجع : بدائع الصنائع (٢١٠/١ ، ٢١١) ، تحفة الفقهاء باب افتتاح الصلاة (١٣٣/١) ، فتح القدير مع الهادية وبهامشه العناية (٣٠٧/١) ، البناية (٢٦٦/٢ ، ٢٩٠) .

(٢) تقدم ذكر مذاهب العلماء في حكم القومة والجلسة بين السجدتين في مسألة (١١٦) . (انظر : الأم باب كيف السجود ١١٤/١ ، ١١٥ ، الوسيط الباب الرابع في كيفية الصلاة ٦٢٨/٢ حلية العلماء ١٠٢/١ ، المجموع ٤١٠/٣ ، الكافي لابن عبد البر باب الركوع والسجود ٢٠٣/١ المقدمات الممهدات كتاب الصلاة ١٥٩/٢ ، قوانين الأحكام الشرعية الباب الرابع عشر في الجلوس ص ٦٥ ، الإفصاح ١٣٢/١ ، الكافي لابن قدامة ١٣٨/١ ، ١٣٩ ، المغني ٥٢٢/١ ، ٥٢٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لأنه] .

(٤) في (م) ، (م) ، (ع) : [لفصل الأركان] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلا يجب] .   (٦) في (م) : [يكن] .

(٧) هذا جزء من حديث الأعرابي المسيء صلاته ، أخرجه البخاري في الصحيح باب استواء الظهر في الركوع (١٤٤/١) ، وأبو داود في باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود (٢١٧/١ ، ٢١٨) والبيهقي في الكبرى (١١٧/٢) .

٢٣٣٥ - قالوا : سجود لا يتعقبه قيام ، فوجب أن يتعقبه جلوس واجب ، كالسجدة الأخيرة .

٢٣٣٦ - قلنا : يبطل برفع الرأس من السجدة الثانية في الركعة الثانية أن القيام لا يتعقبه وليس بعدها قعود واجب .

٢٣٣٧ - والمعنى في السجدة الأخيرة أن القعدة لما وجبت عقبها تعلق بها ذكر مسنون ، ولما لم يتعلق بهذه القعدة ذكر مسنون دل أنها لا تجب [1] .

٢٣٣٨ - قالوا : سجدة في الصلاة فوجب أن يتعقبها اعتدال ، قياسًا على السجدة الثانية .

٢٣٣٩ - قلنا : السجدة الثانية يتعقبها الركن الواجب ، وذلك اعتدال ، فلذلك وجب ، والسجدة الأولى بعدها ركن هو سجود ، فوجب فعله عقيبها [2] ولم يجب الاعتدال . ولأنا نعكس هذه العلة فنقول : فلا يجب بعدها قعدة بغير التشهد ، كالثانية .

* * *

(١) في (م) : [لا يجب] .

(٢) في (م) ، (ع) : [عقبها] .

مسألة ١٢٤

إذا رفع رأسه من السجدة الثانية نهض على صدور قدميه ولا يجلس ولا يعتمد بيديه على الأرض

٢٣٤٠ - قال أصحابنا : إذا رفع رأسه من السجدة الثانية نهض على صدور قدميه ، ولا يجلس ، ولا يعتمد بيديه (١) على الأرض (٢) .

٢٣٤١ - وقال الشافعي : يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدًا على يديه (٣) .

٢٣٤٢ - لنا : ما روى صالح مولى التوأمة (٤) عن أبي هريرة ﷺ : أن النبي ﷺ كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه (٥) . [وروى وائل بن حجر ﷺ : أن النبي ﷺ] (٦) كان إذا رفع رأسه من السجود استوى قائمًا بتكبيرة (٧) .

٢٣٤٣ - وفي حديث رفاعة بن رافع أن النبي ﷺ قال للأعرابي (٨) : « ثم اسجد

---

(١) في (ع) : [على يديه] .

(٢) راجع : الأصل باب الدخول في الصلاة (٧/١) ، المبسوط في كيفية الدخول في الصلاة (٢٣/١) تحفة الفقهاء (١٣٦/١) ، بدائع الصنائع فصل في سنن الصلاة (٢١١/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٣٠٨/١ ، ٣٠٩) ، البناية (٢٩٠/٢ - ٢٩٢) .

(٣) اختلف الشافعية في استحباب جلسة الاستراحة ، والمشهور أنها مستحبة . راجع : الأم باب الجلوس إذا رفع من السجود بين السجدتين والجلوس من الآخرة للقيام والجلوس (١١٦/١ ، ١١٧) ، مختصر المزني باب صفة الصلاة وما يجوز منها وما يفسد ص (١٤ ، ١٥) ، الوسيط (٦٢٨/٢ ، ٦٢٩) ، حلية العلماء (١٠٢/٢ ، ١٠٣) ، المجموع مع المهذب (٤٤٠/٣ - ٤٤٦) ، مختصر الخلافيات ورقة (٨٥) . (انظر : المدونة ما جاء في جلوس الصلاة /٧٤ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٤ ، والمسائل الفقهية كتاب الصلاة ١٢٧/١ ، ١٢٨ ، الكافي لابن قدامة ١٣٩/١ ، المغني ٥٢٩/١ - ٥٣١) .

(٤) في (ع) : [الثؤن] ، وفي (م) ، (ن) : [الثؤمة] . وهو : صالح ابن نبهان ، مولى التوأمة ، تابعي صدوق ، اختلط بأخرة ، وثقه ابن معين وغيره . (انظر : الكامل لابن عدي ٥٥/٤ ترجمة ٩١٠ ، المغني ٣٠٥/١ ترجمة ٢٨٤٧ ، تقريب التهذيب ٣٦٣/١ ترجمة ٥٨) .

(٥) رواه الترمذي باب كيف النهوض من السجود (٨٠/٢) ، الحديث (٢٨٨) ، والبيهقي في الكبرى في باب من قال يرجع على صدور قدميه (١٢٤/٢) ، وابن عدي في الكامل ، وقال الترمذي : حديث أبي هريرة عليه العمل عند أهل العلم .

(٦) ما بين المعكوفتين مكرر في (ن) .

(٧) لم نعثر على حديث وائل بن حجر .

(٨) في (م) ، (ع) : [أن النبي ﷺ كان إذا رفع من السجود قال للأعرابي] .

حتى تطمئن ساجدًا ، ثم قم » ولم يذكر القعدة . وذكر ابن شجاع عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وابن الزبير أنهم كانوا ينهضون على صدور أقدامهم [١] . وعن علي قال : من السنة في الصلاة المكتوبة في الركعتين الأوليين [٢] أن لا يعتمد بيديه على الأرض إلا أن يكون شيخًا كبيرًا [٣] . وعن النعمان بن أبي عياش [٤] قال : أدركت غير واحد من أصحاب النبي ﷺ فكان إذا رفع رأسه من السجدة الثانية في أول ركعة قام كما هو ولم يجلس [٥] . ولأن هذه القعدة تفعل [٦] للاستراحة فلا تسن[٧] في الصلاة ، أصله : سائر [الأركان] [٨] . ولأنه معتمد بيده على غيره في صلاته من غير حاجة ، كما لو اتكأ على حائط . ولأن الانتقال تارة يكون من القيام إلى السجود [وتارة] [٩] من السجود إلى القيام ، فإذا لم يثبت [١٠] في أحد الانتقالين قعدة كذلك الآخر . ولأنه لو وقع الفصل بين السجود والقيام بفعل ليست تكبيرة عند الانتقال[١١] إلى الفعل ، وتكبيرة عند الانتقال من الفعل ، أصله : القعدة بين السجدتين ، فلما اقتصر على تكبيرة واحدة ، دل أنه انتقال واحد .

٢٣٤٤ - احتجوا : بما روى [أبو] [١٢] حميد الساعدي حين وصف صلاة رسول الله [ﷺ] [١٣] في عشرة من الصحابة ، فذكر إلى أن قال : في السجدة الثانية ثم يقول : الله أكبر ، ويرفع ويثني رجله اليسرى فيقعد عليها [١٤] .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه باب كيف النهوض من السجدة الآخرة ومن الركعة الأولى والثانية (٢/١٧٨ ، ١٧٩) ، الآثار (٢٩٦٦ ، ٢٩٦٩) .

(٢) في (ن) : [الأولتين] .

(٣) أخرجه البيهقي باب الاعتماد بيديه على الأرض إذا نهض (٢/١٣٦) .

(٤) في (ع) : [ابن عباس] وهو تصحيف . وهو : النعمان بن أبي عياش الزرقي الأنصاري أبو سلمة المدني ، ثقة من الرابعة . (انظر : الجرح والتعديل ٨/٤٤٥ ، الترجمة ٢٠٣٩ ، تقريب التهذيب ٢/٣٠٤ ، ترجمة ١١٧) .

(٥) هذا الحديث لم نعثر عليه من هذا الوجه بهذا اللفظ ، ورواه أبو داود بمعناه في باب افتتاح الصلاة (١/١٨٨) ، ومثله الطحاوي في المعاني باب صفة الجلوس في الصلاة كيف هو (١/٢٦٠) .

(٦) في (م) : [يفعل] .

(٧) في (م) : [فلا يسن] .

(٨) ساقطة من (ع) .

(٩) ساقطة من (ع) .

(١٠) في (ن) : [ثبت] .

(١١) في (ن) : [عند القيام الانتقال] .

(١٢) ساقطة من كل النسخ ، والصواب إثباتها .

(١٣) ساقطة من (ن) .

(١٤) أخرجه أبو داود (١/١٩٤ ، ٢٥٢) ، وابن ماجه (١/٣٣٧) ، وشرح معاني الآثار للطحاوي (١/٢٥٨) ونصب الراية للزيلعي (١/٣٠٩) .

٢٣٤٥ - والجواب : أن الطحاوي روى خبر أبي حميد وذكر فيه : ثم كبر وسجد ، ثم كبر فقام ولم يتورك ، فتعارضت الروايتان عن أبي حميد ، وبقيت أخبارنا من غير معارضة .

٢٣٤٦ - قالوا : روى مالك بن الحويرث قال : رأيت النبي ﷺ إذا رفع رأسه من السجدة الأخيرة في الركعة الأولى استوى قاعدًا واعتمد على الأرض [١] .

٢٣٤٧ - والجواب : أن هذا حكاية فعل ، فيحتمل أن يكون في حال ما بدن وضعف ؛ لأن الظاهر أن أسهل الأمرين يختار في حال الضعف ، وما ذكرناه أشقهما [٢] ، والظاهر أنه لا يفعل في حال الاختيار . ولا يقال : إن الأصل السلامة وعدم الإعذار ، ولو كان هناك عذر لنقله الراوي ؛ لأنه لم يذكر عذر هو مرض ، وإنما ذكرنا أن النبي ﷺ [بدن] [٣] وهذا معنى معلوم . وقد روي عنه أنه قال : « لا تبادروني بالركوع والسجود فإني امرؤ قد بدنت » [٤] .

٢٣٤٨ - قالوا : سجود في الصلاة فوجب أن يتعقبه جلوس ، كالسجدة الثانية من الركعة الثانية .

٢٣٤٩ - قلنا : لما سن [٥] هناك الجلوس كان مقصودًا في نفسه ، لا للاستراحة ، وتعلق به ذكر مسنون ، ولما [لم] [٦] تقصد [٧] هذه القعدة لنفسها وإنما تفعل [٨] للاستراحة لم تكن [٩] مسنونة .

٢٣٥٠ - قالوا : سجدتان متواليتان فوجب أن يتعقبهما جلوس ، كالركعة الثانية .

٢٣٥١ - قلنا : نعكس ، فنقول : فلا يتعقبهما قعدة الاستراحة ، كالثانية .

٢٣٥٢ - قالوا : قال الشافعي : القعدة أشبه بأفعال الصلاة - لأن كل سجدة بعدها

---

(١) أخرجه أبو داود في باب النهوض في الفرض (٢١٤/١ ، ٢١٥) ، والبيهقي في الكبرى باب الاعتماد بيديه على الأرض إذا نهض (١٣٥/٢) .

(٢) في (م) : [لسقهما] ، وفي (ن) : [لسعهما] ، وفي (ع) : [لنفهما] .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) أخرجه ابن ماجه في باب النهي أن يسبق الإمام في الركوع والسجود (٣٠٩/١) ، الحديث (٩٦٣) ، والدارمي في باب النهي عن مبادرة الأئمة بالركوع والسجود (٣٠١/١ ، ٣٠٢) .

(٥) في (م) : [لما بين] ، وفي (ع) : [لما تبين] .

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) في (م) ، (ع) : [يقصد] .

(٨) في (م) : [يفعل]

(٩) في (م) : [يكن] .

قعدة - وأعون [1] للمصلي - لأنه يعتمد - وأحرى أن لا ينقلب - لأنه إذا نهض على صدور قدميه [لا يأمن] [2] أن ينقلب - .

٢٣٥٣ - قلنا : قوله : إنه أشبه بأفعال الصلاة غلط ؛ لأنه ليس في أفعال الصلاة قعدة للاستراحة .

٢٣٥٤ - وقولهم : إنه أعون [3] فهذا المعنى يمكن وإن لم يقعد ، بل ينهض [4] من السجود معتمدًا على يديه ، ولأن الأعون [5] غير معتبر ؛ بدلالة كراهة الاعتماد على عصا . وأما خوف الانقلاب فعندنا إذا خاف الانقلاب [6] لضعفه [جاز] [7] أن يعتمد على الأرض .

* * *

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وأعوز] . (٢) في (ن) : [لأن من] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أعوز] . (٤) في (ع) : [نهض] .
(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الأعوز] .
(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ذلك] مكان [الانقلاب] .
(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

مسألة ١٢٥

السنة في القعدتين أن يفترش رجله اليسرى وينصب اليمنى

٢٣٥٥ - قال أصحابنا : السنة في القعدتين أن يفترش رجله اليسرى وينصب اليمنى [١] .

٢٣٥٦ - وقال الشافعي : مثل ذلك في القعدة الأولى ، وفي الثانية : يتورك [٢] .

٢٣٥٧ - لنا : ما روى وائل بن حجر ﷺ قال : صليت خلف [رسول اللَّه] [٣] ﷺ فقلت : لأحفظن صلاته ، فلما قعد للتشهد فرش رجله اليسرى فقعد عليها ووضع كفه اليسرى على فخذه ووضع مرفقه [الأيمن] [٤] على فخذه اليمنى [٥] . وروى عبد اللَّه ابن عبد اللَّه بن عمر : قال رأيت ابن عمر [٦] يتربع [٧] إذا جلس وأنا يومئذ حديث السن ، ففعلته ، فنهاني ، فقلت : رأيتك تفعل ، قال [٨] : إنها ليست من سنة الصلاة ، سنة الصلاة أن تنصب [٩] رجلك اليمنى وتثني [١٠] رجلك اليسرى ، وقال ابن عمر :

---

(١) راجع : الأصل باب الدخول في الصلاة (٧/١) ، كتاب الحجة باب الجلوس في الصلاة (٢٦٩/١) ، المبسوط باب كيفية الدخول في الصلاة (٢٤/١ ، ٢٥) ، مختصر الطحاوي ص (٢٧) تحفة الفقهاء (١٣٦/١ ، ١٣٧) ، بدائع الصنائع (٢١١/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٣١٢/١ - ٣١٤) ، البناية (٣٠٤/٢ ، ٣٠٥) .

(٢) انظر : الأم (١١٦/١) ، مختصر المزني ص ١٥ ، الوسيط (٦٣٠/٢) ، حلية العلماء (١٠٧/٢) المجموع مع المهذب (٤٥٠/٣ ، ٤٥١ ، ٤٦٣) ، مختصر الخلافيات (٨٥ ، ٨٦) . (وانظر : المدونة ٧٤/١ ، الكافي لابن عبد البر ٢٠٤/١ ، بداية المجتهد ١٣٨/١ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٦٤ ، ٦٥ ، الكافي لابن قدامة ١٤٠/١ ، المغني ٥٣٩/١ ، ٥٤١) .

(٣) في (م) : [النبي] .

(٤) ساقطة من (ع) .

(٥) أخرجه الطحاوي باب صفة الجلوس في الصلاة كيف هو (٢٥٩/١) ، وأبو داود في باب كيف الجلوس في التشهد (٢٤٢/١) ، والترمذي باب ما جاء كيف الجلوس في التشهد (٨٦/٢) الحديث (٢٩٢) ، وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . (انظر أيضًا في : الهداية في تخريج أحاديث البداية ١٢٩/٣ ، الحديث ٣٦٠) .

(٦) في (ع) : [عمر] ، مكان [ابن عمر] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يترقع] .

(٨) في (ن) : [فقال] .

(٩) في (م) : [أن ينصب] .

(١٠) في (م) : [ويثني] .

إن رجلاي لا تحملانني (١) ، وروت (٢) عمرة عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت : كان رسول الله ﷺ يجلس في الصلاة فينصب قدمه اليمنى ويجلس على اليسرى ، يكره (٣) أن يسقط على شقه الأيسر (٤) .

٢٣٥٨ - وعن ميمونة قالت : كان رسول الله ﷺ إذا جلس في الصلاة نصب (٥) قدمه اليمنى ويجلس على اليسرى ، يكره (٦) أن يسقط (٧) على شقه الأيسر .

٢٣٥٩ - وعن ميمونة قالت : كان رسول الله ﷺ إذا قعد اطمأن على فخذه اليسرى (٨) . يعني في الصلاة .

٢٣٦٠ - وروى أنس رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا جلست [فلا تقع كما يقعي الكلب] (٩) ، وضع أليتيك بين قدميك ثم الصق ظهر قدمك بالأرض » (١٠) . ولأنها قعدة للتشهد (١١) ، كالأولى . ولأنه فعل متكرر في الصلاة فلا يبتدئ الثاني منه على صفة تخالف (١٢) الأول ، كالركوع والسجود . ولا يلزم القيام ؛ لأنه لا يُبْتَدَأ في جميع الركعات إلا على وجه واحد .

---

(١) في (م) : [لا يحملانني] . والحديث رواه البخاري في الصحيح ، كتاب الأذان ، باب سنة الجلوس في التشهد (١٥٠/١) ، وأبو داود باب كيف الجلوس في التشهد (٢٤٢/١) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب الإقعاء في الصلاة (٢٥٧/١ ، ٢٥٨) ، والبيهقي في الكبرى باب كيفية الجلوس في التشهد الأول والثاني (١٢٩/٢) . (وانظر تخريجه في ، الهداية مع أحاديث البداية ١٢٩/٣ - ١٣١ ، الحديث ٣٦١) .

(٢) في (ع) : [وروى] .

(٣) في (ن) : [تكره] .

(٤) أخرجه ابن ماجه مطولاً في باب إتمام الصلاة (٣٣٨/١) ، الحديث (١٠٦٢) .

(٥) في (ن) : [فينصب] .

(٦) في (ن) : [تكره] .

(٧) في (ع) : [أنه يسقط] .

(٨) أخرجه مسلم في الصحيح باب ما يجمع صفة الصلاة وما يفتتح ويختتم به (٢٠٤/١) والدارمي في باب التجافي في السجود (٣٠٦/١) .

(٩) في (م) ، (ع) : [فلا تقعد كما يقعد الكلب] ، وفي (ص) ، (ن) : [تقعي] مكان [تقع] والمثبت من واقع الحديث .

(١٠) أخرجه ابن ماجه في السنن باب الجلوس بين السجدتين (٢٨٩/١) ، الحديث (٨٩٦) ، وقال البوصيري في الزوائد : هذا إسناد ضعيف ، مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه باب الجلوس بين السجدتين (٣٠٨/١) ، الحديث (٣٢٦ - ٨٩٦) ، والبيهقي في الكبرى باب الإقعاء المكروه في الصلاة (١٢٠/٢) ، والترمذي في باب ما جاء في كراهية الإقعاء في السجود (٧٢/٢) ، الحديث (٢٨٢) ، وأحمد في المسند (٣١١/٢) . والهداية في تخريج أحاديث البداية (١٥٦/٣ - ١٥٨) ، الحديث (٣٧٦) .

(١١) في (ن) : [التشهد] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يخالف] .

٢٣٦١ - قالوا : الركوع والسجود لما لم يختلف في القدر ، لم يختلف في الصفة ، ولما اختلف التشهد في القدر (١) جاز أن يختلف في الصفة .

٢٣٦٢ - قلنا : القيام في الأخريين خالف القيام في (٢) الأوليين في القدر ولم يخالفه في الصفة ، وكذلك قراءة التشهد في القعدتين تختلف في القدر ولا تختلف (٣) في الصفة . ولأنها هيئة مسنونة حال القعدة فلم يُبتدأ (٤) في الثانية على خلاف الأولى ، كوضع اليدين على الركبتين .

٢٣٦٣ - احتجوا : بحديث أبي حميد الساعدي أنه وصف صلاة رسول الله ﷺ إلى أن قال : جلس (٥) للتشهد الأولى ففرش رجله اليسرى وجلس عليها ، ونصب اليمنى ، وجلس للتشهد الأخير فأماط رجليه وأخرجهما من تحت وركه اليمنى (٦) .

٢٣٦٤ - والجواب : أن الطحاوي قال : هذا من حديث عبد الحميد بن جعفر ، وهو ضعيف في روايته ، وقد خولف فيه فأدخل بين محمد بن عمرو وعطاء رجل مجهول . قال الطحاوي / : وهو الصحيح ؛ لأنه ليس في سنن محمد بن عمرو أنه لقي من ذكر لقاءه (٧) ، وهذا الحديث فقد ضعفه (٨) الراوي وبين أنه مرسل ، وقد بينا الكلام على طريق هذا الحديث ، وأن يحيى بن سعيد القطان لا يحتج به (٩) . ولأنه حكاية فعل فيحتمل أن يكون حال العذر . وقد اختار النبي ﷺ في آخر عمره أسهل الفعلين (١٠) .

٢٧/ب

٢٣٦٥ - ولا يقال : لو كان كذلك لسوى بين القعدتين ؛ لأنه يجوز أن يكون تحمل المشقة في الأولى (١١) لقصرها ، واختار الأخف في الثانية لطولها .

٢٣٦٦ - ولا يقال : لو كان ذلك حال العذر (١٢) لم يبينه (١٣) أبو حميد

---

(١) في (ص) : [القدرة] ، وفي (م) : [العذر] ، وفي (ع) : [العذر] .
(٢) في سائر النسخ : [في الأخراوين] ، وقوله : [يخالف القيام في] ساقط من (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [ولا يختلف] . (٤) في (ن) : [فلم تبتدئ] .
(٥) في (ن) : [يجلس] .
(٦) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الأذان ، باب سنة الجلوس في التشهد (١/١٥٠) .
(٧) في (ص) : [لقاؤه] . (٨) في (ن) : [ضعف] .
(٩) تصرف المصنف في كلام الطحاوي واختصره اختصارًا شديدًا . انظر : نصه في معاني الآثار باب صفة الجلوس في الصلاة كيف هو (١/٢٥٩ - ٢٦١) .
(١٠) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الأمرين] . (١١) في (م) ، (ع) : [في الفعلين] .
(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عذر] . (١٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لم يتنبه] .

[للناس] (١) ليقتدوا به ولسكت (٢) عن العذر ؛ لأن أبا حميد لم يشاهد إلا هذه الحال ، فظن أنها للسنة (٣) دون غيرها .

٢٣٦٧ - قالوا : لأنه معنى يتكرر في الصلاة يخالف بعضه بعضا قدرًا ، فوجب أن يخالفه هيئة ، كالقراءة .

٢٣٦٨ - قلنا : يبطل بالقيام ؛ لأنه في الأوليين (٤) أطول من الأخريين ، ولا يخالفه هيئة .

٢٣٦٩ - قالوا : القيام لا يختلف ، وإنما يختلف قدر القراءة .

٢٣٧٠ - قلنا : قد يختلف قدر القيام وإن كان لأجل غيره . ويبطل بالقعدة الأولى والقعدة بين السجدتين : أنهما قد اختلفا قدرًا ولم يختلفا [فيه] (٥) هيئة ، وقيام الصلاة والقيام بعد الركوع : وقد اختلفا قدرًا ولم يختلفا هيئة . ولأن الإخفاء لما جاز أن يكون سنة جاز أن يكون في آخرها ، والتورك لما لم يكن سنة للقعدة في أول الصلاة لم يكن في آخرها .

٢٣٧١ - قالوا : المخالفة بين القعدتين أحوط للصلاة ؛ لأن الإمام يتذكر أنه في آخر الصلاة حتى لا يشتبه (٦) بأولها ، فيقوم ، والداخل يعلم أنه في آخر الصلاة .

٢٣٧٢ - قلنا : هذا المعنى موجود في السجود ، ولم يفرق بين السجدة في آخر الصلاة وبين أولها ، وإن كانا لو افترقا لتذكر المصلي ولم يشك ، ثم سوى بينهما فكذلك القعدة مثله . ولأن القعدة بين السجدتين والقعدة الأولى على صفة واحدة ، وإن [كان] (٧) التفريق بينهما أحوط من الوجه الذي قالوه ، والقعدة في الفجر يتورك فيها وإن لم يحتج إلى الفصل بينها وبين قعدة أخرى .

٢٣٧٣ - قالوا : إذا تمكن من الجلوس كان أسهل وأمكن من تطويل الدعاء ، وهو على ما يقوله كان أشق ، وفعل القرب على أشق الأمرين أفضل ما لم يرد (٨) عنه نهي (٩) .

---

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ليفدوا به ويسئله] ، وفي (ن) : [ويمسكه] مكان : [وليسكت] .

(٣) في (م) ، (ع) : [للتنبه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [في الأولتين] .

(٥) ساقط من (ن) .

(٦) في (م) ، (ع) : [حتى يشتبه] .

(٧) ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، وساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (ن) : [لم يزد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يمين] ، مكان : [نهي] .

٢٣٧٤ - وترجح أخبارنا بأنها رويت من جهات لم يطعن عليها ، ولأنها قول وفعل وخبرهم فعل ، وأقيستنا أولى ؛ لأنها تقتضي [1] التسوية بين الأفعال ، ولأن قياس الشيء على نظيره وجنسه أولى من قياسه على غيره .

* * *

---

(١) في (م) : [يقتضي] .

مسألة ١٢٦

قراءة التشهد مسنون

٢٣٧٥ - قال أصحابنا : قراءة التشهد مسنون (١) .

٢٣٧٦ - وقال الشافعي : واجب في القعدة الأخيرة (٢) .

٢٣٧٧ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ قال لابن مسعود ﷺ : « فإذا فعلت هذا [أو قلت هذا] (٣) فقد تمت صلاتك » (٤) . فعلق التمام بأحد الأمرين (٥) ، وقد ثبت أن القعدة واجبة ، فانتفى أن يجب التشهد ؛ لأن وجوبه يقتضي تمام الصلاة بهما .

٢٣٧٨ - وفي حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ لما عَلَّم الأعرابي الصلاة ذكر القعود ولم يذكر التشهد (٦) ، ولو كان واجبا لذكره .

٢٣٧٩ - ولا يقال : لجواز أن يكون ذلك قبل أن يفرض التشهد ؛ لأنا لا نسلم أن التشهد فرض ، وإنما يقدر بعد أن لم يكن مقدورًا ، ولم ينقل أن الصلاة كان تفعل (٧) من غير تشهد .

---

(١) قال السمرقندي في التحفة : التشهد في القعدة الأولى سنة عند عامة مشايخنا ، وواجب عند بعضهم ، أما في القعدة الأخيرة فواجب وليس بفرض . (انظر : تحفة الفقهاء ١٣٧/١ ، بدائع الصنائع ٢١٣/١ ، ٢١٤ ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية ٣١٦/١ ، ٣١٤ وفي باب سجود السهو ٥٠٤/١ ، البناية ٣١٨/٢ ، ٣١٩ ، مجمع الأنهر ٨٩/١) .

(٢) قال الشافعي وأصحابه : الجلوس والتشهد فرضان ، لا تصح الصلاة إلا بهما ، وإذا ترك التشهد الأول في الرباعية ساهيًا فعليه سجدتا السهو . (انظر تفصيل المسألة في : الأم في باب التشهد والصلاة على النبي ﷺ ١١٧/١ ، ١١٨ ، وفي باب القيام من اثنتين ١١٩/١ ، ١٢٠ ، الوسيط ، ٦٣١/٢ ، حلية العلماء ١٠٧/٢ ، المجموع مع المهذب ٤٦٢/٣ ، ٤٦٣ . وانظر : بداية المجتهد الفصل الأول في أقوال الصلاة ، ١٣٢/١ ، ١٣٩ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٦٥ ، الإفصاح ١٣٣/١ ، ١٣٤ المغني ٥٣٢/١ ، ٥٣٣ ، ٥٤٠ ، الكافي ١٤١/١) .

(٣) ساقط من (ن) .

(٤) رواه أبو داود في باب التشهد (٢٤٥/١) ، وأحمد في المسند (٤٢٢/١) ، والدراقطني باب صفة التشهد ووجوبه (٣٥٣/١ ، ٣٥٤) ، والبيهقي في الكبرى باب تحليل الصلاة بالتسليم (١٧٤/٢ ، ١٧٥) والطحاوي في المعاني باب السلام في الصلاة هل هو من فروضها أو من سننها (٢٥٧/١) .

(٥) في (ص) : [أمرين] .

(٦) تقدم تخريج حديث الأعرابي في مسألة (١٣) .

(٧) في (م) ، (ن) : [يفعل] .

٢٣٨٠ – ويدل عليه حديث عبد الله بن عمرو [١] أن النبي ﷺ قال : « إذا قضى الإمام الصلاة فقعد وأحدث هو أو أحد ممن أتم الصلاة معه قبل أن يسلم الإمام ، فقد تمت صلاته فلا يعود فيها » [٢] . ولا يقال : يحتمل أن يكون هذا قبل أن يجب التشهد ؛ لما بينا أنه لم ينقل أن الصلاة كانت تفعل [٣] من غير تشهد .

٢٣٨١ – قالوا : معناه قد قارب التمام ، كما قال : « من وقف بعرفة فقد تم حجه » [٤] .

٢٣٨٢ – قلنا : مقاربة التمام [٥] يعلم من طريق المشاهدة ، وهو لا يبين المشاهدات [٦] . ولأن حقيقة التمام تنفي [٧] بقاء فرض عليه ، وما سواه يصار إليه بدلالة . وقوله في الحج : « من وقف بعرفة فقد تم حجه » صحيح ؛ لأنه [٨] قد تم ، بمعنى أنه لا يفسد بالوطء . ولأنه ذكر في الصلاة من غير القرآن ، كالتسبيحات . ولأنه ذكر من سننه الإخفاء في صلاة يجهر فيها بالقراءة ، كالتسبيحات . ولأنه ذكر من سننه [٩] الإخفاء بتحميد الله [١٠] ، فلا يجب في الصلاة ، كالاستفتاح . ولأنه لو كان واجبا لم يفعل إلا في محل واحد ، كالقراءة . ولأنه ذكر متكرر في الصلاة لا يجب الأول منه فلم يجب الثاني ، كالتسبيحات ، وعكسه القراءة [١١] .

٢٣٨٣ – قالوا : المعنى في التسبيحات أنها ذكر هو في نفسه قربة ، وفي مسألتنا :

---

(١) في (ع) : [عمر] .

(٢) أخرجه الطحاوي باب السلام في الصلاة هل هو من فروضها أو من سننها (٢٧٤/١) والدارقطني باب من أحدث قبل التسليم في آخر صلاته (٣٧٩/١) ، والبيهقي في الكبرى باب مبتدء فرض التشهد (١٣٩/٢ ، ١٧٦) ، الترمذي باب ما جاء الرجل يحدث في التشهد (٢٦١/٢) ، الحديث (٤٠٨) .

(٣) في (م) : [يفعل] .

(٤) انظر : المنتقى لابن الجارود (١٢٣/١) ، صحيح ابن خزيمة (٢٥٦/٤) ، صحيح ابن حبان (١٦١/٩ ، ١٦٢) ، مستدرك الحاكم (٦٣٤/١ ، ٦٣٥) ، موارد الظمآن (٢٤٩/١) ، سنن الترمذي (٢٣٨/٣) ، سنن الدارمي (٨٣/٢) ، سنن البيهقي الكبرى (١١٦/٥ ، ١٧٣) ، سنن الدارقطني (٢٣٩/٢ ، ٢٤٠) ، سنن ابن ماجه (١٠٠٤/٢) ، مصنف ابن أبي شيبة (٢٢٦/٣) ، شرح معاني الآثار (٢٠٧/٢) ، مسند أحمد (١٥/٤) ، الأوسط للطبراني (٢٣٦/٣) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الإتمام] .

(٦) في (ن) : [المقارنة] ، وفي (ع) : [المشاهدة] .

(٧) في (م) : [ينفي] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لأن] .

(٩) في (ص) : [سننه] .

(١٠) في (ن) : [تحميد الله] ، وفي (م) ، (ع) : [بحمد الله] .

(١١) في (م) : [كالقراءة] .

ذكر في حالة مقصودة ليس في نفسه قربة .

٢٣٨٤ - قلنا : الأفعال في الصلاة كلها قربة ، سواء أعيد فعلها في [غير] [1] الصلاة ، أو لم يعد ، ألا ترى أن مقارنة [2] الأركان لها تجعلها [3] قربة ، فلا يحتاج إلى الذكر لتخلص قربة .

٢٣٨٥ - احتجوا : بحديث [ابن] [4] مسعود قال : كنا نقول قبل أن يفترض التشهد : السلام على الله ، السلام على جبريل ، فقال النبي ﷺ : « قولوا : التحيات لله » [5] ، وهذا يدل على أن التشهد فرض ، وحقيقة الفرض في الشرع الوجوب ، وقوله : « قولوا » أمر ، ثم قال في الخبر : « إذا قلت هذا أو قضيت هذا فقد قضيت [6] صلاتك » [7] ، فعلق التمام به .

٢٣٨٦ - والجواب : أن قوله : قبل أن يفترض [8] ؛ معناه : قبل أن يقدر ، والفرض : التقدير ، يقال [9] : فرض القاضي النفقة ، بمعنى قدرها ، فلما ذكر ابن مسعود ذكرًا غير مقدر ثم ذكر المقدر دل على أنه أراد بالفرض التقدير [10] ، وقوله : « [قولوا] [11] التحيات » فهو تعليم ، ومن أصحابنا من قال : إن الأمر إذا كان للتلقين لم يفد الوجوب . ولأن قوله : « قل » لم يرد به الوجوب في بعض الكلمات ؛ لأن الواجب عندهم خمس كلمات : التحيات لله ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله ، وما سوى ذلك ليس بواجب في بعض الألفاظ ، انتقى [12] في نفسها ؛ لأن الأمر يتناولهما على وجه واحد .

٢٣٨٧ - وقولهم : علق تمام الصلاة ليس بصحيح ؛ لأنه علق التمام بأحد الأمرين :

---

(١) ساقط من (ع) .
(٢) في (م) : [مقاربة] .
(٣) في (م) ، (ن) : [يجعلها] .
(٤) ساقط من (م) .
(٥) أخرجه البخاري في كتاب الأذان ، باب التشهد في الآخرة (١٥٠/١ ، ١٥١) ، وأحمد في المسند (٤١٣/١) ، والنسائي ، في كتاب السهو ، باب إيجاب التشهد (٤٠/٣) ، والدارقطني باب صفة التشهد ووجوبه (٣٥٠/١) ، والطحاوي باب التشهد في الصلاة كيف هو (٢٦٢/١) ، والبيهقي باب مبتدأ فرض التشهد (٣٢٥/١) .
(٦) في (ن) : [قضت] .
(٧) تقدم تخريجه في هذه المسألة .
(٨) في غير (ص) : [يفرض] .
(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فقال] .
(١٠) في (ص) : [بالتقدير] .
(١١) ساقط من (م) .
(١٢) في (ص) : [انتفى] .

إما فعل القعود أو التشهد [١] ؛ ألا ترى أنه قال : أخذ رسول الله ﷺ بيدي ، فقال : « إذا جلست وكنت في آخر الصلاة فقل : التحيات ... ثم قال : فإذا فعلت هذا أو قضيت هذا » ، فظاهره يقتضى التخيير بين الفعل والقول ، وتعليق التمام بأحدهما .

٢٣٨٨ - قالوا : ذكر لله [٢] من شرطه صحة الأذان [٣] ، فوجب أن يكون شرطًا في صحة الصلاة ، كالتكبير .

٢٣٨٩ - قلنا : الشهادة شرط في كون الأذان مسنونًا ، وهي شرط في الصلاة على هذا الوجه ، فلا فرق بينهما . ولأنا نقول بموجب العلة ؛ لأن الشهادة شرط في الإسلام ، وهو [٤] شرط في الصلاة ، فقد صارت الشهادة شرطا من شرائطها .

٢٣٩٠ - فإن قالوا : وجب أن يكون شرطًا في الصلاة لم نسلم ذلك في التكبير . ثم التكبير ليس بشرط في الصلاة عندنا ؛ لأنه يجوز الدخول بغيره ، والأصل غير مسلم .

٢٣٩١ - ثم المعنى فيه : أنه لما وجب - لا على وجه العلامة - كان الجهر من سنته [٥] ، ولما كان من سنة التشهد الإخفاء في صلوات الجهر ، لم يكن واجبا .

٢٣٩٢ - قالوا : الجلوس حال من أحوال الصلاة ، مقصودة ليست بنفسها قربة ، فوجب أن يتضمن ذكرًا [٦] واجبًا ، كالقيام .

٢٣٩٣ - قلنا : أفعال الصلاة كلها قربة ، فالركوع والسجود قربة في نفسه ، والقعدة والقيام قربة أيضًا لمقارنة [٧] الأركان له ؛ ألا ترى أنه لا يعتاد فعله على هذا الوجه ، فلم يحتج إلى معنى آخر ليصير قربة . ولأنهم إذا أرادوا قيام الصلاة فذلك لا يكون إلا قربة ، وإن أرادوا القيام في غير الصلاة فالركوع مثله ؛ لأن الانحناء خارج الصلاة ليس بقربة في نفسه ، وقد يفعل لحمل الشيء كما يفعل [القيام] [٨] لغير القربة . ولأن القيام لما وجب فيه الذكر كان من جنس القرآن ، فلو وجب في القعدة الركن لكان مثله .

٢٣٩٤ - قالوا : الأذكار في الصلاة فيما ليس بخضوع في نفسه على ثلاثة أضرب : تكبيرة ، وقراءة ، وتشهد . ثم ثبت من التكبير والقراءة واجب [وغير واجب] [٩]

(١) في (ع) : [والتشهد] .
(٢) في غير (ص) : [الله] .
(٣) في (ن) : [صحة الأذان صحة] .
(٤) في (م) ، (ع) : [وهي] .
(٥) في (ص) [سننه] .
(٦) في (ع) : [أن ينضم ذكر] ، وفي (م) : [ينضم] ، مكان : [يتضمن] .
(٧) في (ص) ، (م) ، (ن) : [لمقامة] .
(٨ ، ٩) ساقط من (ع) .

وجب أن يكون من التشهد واجب وغير واجب .

٢٣٩٥ - قلنا : أيمتنع [1] [أن يثبت] [2] في الصلاة ذكر متكرر لا يثبت شيء منه ، كالتسبيحات والتكبيرات على أصلنا . ولأن القراءة والتكبير لما وقع ابتدأ ما يفعل منه واجبًا جاز أن يكون له في الوجوب مدخل ، ولما كان التشهد ذكرًا يُبْتَدَأُ به غير واجب لم يكن له في الواجب مدخل ، كالتسبيحات . والمعنى في جميع ما ذكروه أنه لما لم يفعل إلا في محل واجب كان له مدخل في الوجوب ، ولما كان التشهد يفعل في محل غير [3] واجب لم يكن واجبًا .

* * *

---

(١) هكذا في كل النسخ ، ولعلها : [لا يمتنع] .

(٢) ساقط من (ع) .

(٣) في (ع) : [في غير محل] بالتقديم والتأخير .

مسألة ١٢٧

أي صيغ التشهد أفضل ؟

٢٣٩٦ - قال أصحابنا : الأفضل تشهد ابن مسعود ﷺ ، وهو : « التحيات لله والصلوات والطيبات ، السلام عليك أيها النبي [ورحمة الله وبركاته] » (١) .

٢٣٩٧ - وقال الشافعي : الأفضل تشهد ابن عباس ﷺ : « التحيات المباركات ، الصلوات الطيبات لله [السلام] (٢) عليك [أيها] (٣) النبي » (٤) .

٢٣٩٨ - لنا : ما روى ابن مسعود ﷺ أن النبي ﷺ أخذ بيده وقال : « قل : التحيات لله والصلوات ... » (٥) وهذا الخبر أولى من جميع الأخبار ؛ لأنه أحسنها إسنادًا ، ولأن أخذ النبي ﷺ بيده تأكيد في التعليم ، وقوله : « قل » أمر ، وأقل أحواله أن يحمل على الاستحباب ، ثم علق به تمام الصلاة بقوله : « فإذا قضيت هذا فقد تمت صلاتك » .

٢٣٩٩ - وروي أن معاوية ﷺ روى على المنبر التشهد عن النبي ﷺ مثل تشهد ابن مسعود (٦) ، ذكره الطحاوي . وفي حديث جابر مثل حديث ابن مسعود إلا أنه زاد في أوله : « بسم الله وبالله » / (٧) . ٢٨/أ

---

(١) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) . راجع الأصل ، الباب السابق (٩/١) ، كتاب الحجة ، باب التشهد (١٣٠/١ - ١٣٦) ، كتاب الآثار باب التشهد ص (١٥ ، ١٦) ، مختصر الطحاوي ، ص (٢٧) ، المبسوط (١٢٧/١) ، تحفة الفقهاء (١٣٧/١) ، بدائع الصنائع (٢١١/١ ، ٢١٢) ، مجمع الأنهر باب صفة الصلاة ، فصل في بيان صفة الشروع (١٠٠/١) .

(٢) في (ص) ، (ن) : [سلام] . (٣) ساقط من (ع) .

(٤) راجع : الأم باب التشهد والصلاة على النبي ﷺ (١١٧/١) ، مختصر المزني ص (١٥ ، ١٦) ، حلية العلماء (١٠٥/٢) ، المجموع مع المهذب (٤٥٥/٣ - ٤٦١) . (وانظر : المنتقى باب التشهد في الصلاة ١٦٧/١ ، الكافي لابن عبد البر باب التشهد والجلوس ٢٠٤/١ الاستذكار باب التشهد في الصلاة ٢٠٦/١ ، ٢٠٧ ، بداية المجتهد ١٣٢/١ ، ١٣٣ ، قوانين الأحكام الشرعية الباب الخامس عشر ، في التشهد ص ٦٥ ، الإفصاح ١٣٤/١ ، ١٣٥ ، الكافي لابن قدامة ١٤٠/١ ، ١٤١ ، المغني ٥٣٤/١ - ٥٣٨) .

(٥) أخرجه الشيخان وأصحاب السنن ، أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الأذان ، باب ما يتخير من الدعاء بعد التشهد (١٥١/١) ، ومسلم في الصحيح كتاب الصلاة ، باب التشهد في الصلاة (١٧١/١) .

(٦) أخرجه الطبراني في الكبير باب من روى عن معاوية من أهل الشام (٣٧٩/١٩) ، الحديث (٨٩١) ، كما رواه أحمد في المسند ، الحديث (١١٥٩) .

(٧) أخرجه الطحاوي في المعاني في باب التشهد في الصلاة (٢٦٤/١) ، والنسائي في كتاب الافتتاح (٢٤٣/٢) =

٢٤٠٠ - ومن أصحابنا من ذكر حديث عمر بن يزيد الأزدي عن سلمان الفارسي أن رسول الله ﷺ علمه التشهد فقال له : « قل : التحيات لله والصلوات والطيبات ... ، ثم قال : قلهن في صلاتك لا تزد فيهن (١) شيئًا ولا تنقص منهن شيئًا » (٢) .

٢٤٠١ - وروي أن أبا بكر الصديق ﷺ علم الناس على منبر رسول الله ﷺ التشهد مثل قولنا (٣) ، فالظاهر أنه أخذ ذلك عن النبي ﷺ . ولأن اسم الله تعالى إذا قدم علا الممدوح في ابتداء الكلام ، ومتى أخر كان محتملا ، ولأن (٤) يزيل الاحتمال بأول الكلام أولى .

٢٤٠٢ - ولا يقال : إنه إذا أخر الاسم زاد الاحتمال ، وإذا قدمه بقي (٥) الاحتمال فيما بعده ؛ لأن العطف من حكمه أن يشرك بين الثاني والأول في حكمه ، فإذا قلت : هذه الدار لزيد وهذه ، فلا (٦) احتمال في الثاني بوجه . ولأن الواو تجعل (٧) كل لفظ ثناء بنفسه ، وإذا سقطت صار جميع الكلام ثناء واحدًا (٨) ، ألا ترى أن قولنا : التحيات : عامٌّ فإذا قال : الصلوات ، فكأنه قال : [التحيات التي هي الصلوات .

٢٤٠٣ - ولأن قوله : التحيات عام في الصلاة وغيرها ، فإذا قال] (٩) : الصلوات ، خص (١٠) اللفظ (١١) ، وإذا قال : والصلوات نفى العموم في الأول وكرر بعض المذكور . ولأنه ذكر ممتد في أحد طرفي الصلاة فكانت الواو من سننه ، كالاستفتاح . ولأن التشهد يتضمن ثناء وشهادة ، ثم كان حرف العطف من سنة الشهادة ، فكذلك في الثناء .

٢٤٠٤ - احتجوا : بحديث ابن عباس قال : كان رسول الله ﷺ يعلمنا التشهد

= وابن ماجه في آخر باب ما جاء في التشهد (٢٩٢/١) ، الحديث (٩٠٢) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الصلاة (٢٦٧/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الصلاة (٣٢٦/١) .

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [منهن] .

(٢) عزاه الزيلعي والهيثمي إلى الطبراني في معجمه الكبير . راجع نصب الراية (٢٠/١) ، ومجمع الزوائد باب التشهد (١٤٣/٢) .

(٣) حديث أبي بكر أخرجه ابن أبي شيبة في عرض الرواية (٣٢٦/١) ، الحديث (٩) ، والطحاوي بهذا السند (٢٦٤/١) .

(٤) في (ع) : [ولأنه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [نفي] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولا] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يجعل] .

(٨) في (م) : [بنا واحد] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [خط] .

(١١) في (ع) : [اللفظين] .

كما يعلمنا القرآن ، وكان يقول : « التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله » (١) .
قالوا : وهذا أولى ؛ لأن فيه زيادة كلمة ، وهو : « المباركات » ولأنه يوافق القرآن : قال الله تعالى : ﴿ تَحِيَّةً مِّنْ عِندِ ٱللَّهِ مُبَٰرَكَةً طَيِّبَةً ﴾ (٢) والقرآن أشرف الكلام ، فما وافقه أولى . ولأن النبي ﷺ ألقى ذلك إلقاء شائعًا (٣) ظاهرًا ، فكان أولى مما لم يلقه على هذا الوصف .

٢٤٠٥ - ولأنه متأخر عن خبر ابن مسعود ؛ لأن (٤) ابن عباس صغير السن فنقل ما تأخر عن الشرع ، وابن مسعود قدمت صحبته وشهد بدرًا والعقبة ، فنقل السنن المتقدمة . ولأن ابن مسعود قال : كنا نقول قبل أن يفرض التشهد ، فهذا يدل على أن ما علّمه النبي ﷺ كان ابتداء ما فرض التشهد ، فما سواه متأخر عنه .

٢٤٠٦ - والجواب : أن خبر ابن مسعود أولى ، لما قدمناه ، ولأنه وافقه عليه غيره ، وخبرهم لم ينقله إلا ابن عباس ، ولأن أصحاب الحديث قالوا : لم ينقل في التشهد أحسن إسنادًا من حديث ابن مسعود ، وحديث ابن عباس رواه أبو الزبير عن سعيد ، وطاوس ، وقد تكلم في أبي الزبير (٥) فقيل : إنه مدلس (٦) ، وكان شعبة لا يحدث عنه ، وقال : رأيته يصلي فما أعجبتني (٧) صلاته ، ولأن خبر ابن مسعود لم يختلف فيه ، وقد اختلف على ابن عباس : فروي : « أشهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمدًا رسول الله ، سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين » (٨) وروي : « السلام عليك أيها النبي ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدًا رسول الله » (٩) ، وما لم يختلف فيه أولى .

٢٤٠٧ - فأما قولهم : إن فيه زيادة لفظة ، فلو ترجح (١٠) بذلك لرجح خبر جابر ؛

---

(١) أخرجه مسلم في الصحيح ، في باب التشهد في الصلاة (١٧٢/١) ، وأبو داود في باب التشهد (٢٤٧/١) ، والترمذي في باب ما جاء في التشهد (٨٣/٢) ، الحديث (٢٩٠) ، والنسائي في نوع آخر من التشهد (٢٤٢/٢ ، ٢٤٣) ، والدارقطني في باب صفة التشهد (٣٥٠/١) .

(٢) سورة النور : الآية ٦١ .

(٣) في (م) ، (ع) : [متابعا] .

(٤) في (ع) : [ولأن] .

(٥) في (م) ، (ع) : [في ابن أبي الزبير] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يدلس] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فما أعجبني] .

(٨) أخرجه البيهقي بهذا اللفظ في الكبرى في باب التشهد (١٤٠/٢) .

(٩) أخرجه مسلم من طريق أبي الزبير بهذا اللفظ في الصحيح ، باب التشهد في الصلاة (١٧٢/١) ، وأبو داود في السنن باب التشهد (٢٤٧/١) .

(١٠) في (ن) : [ولو ترجح] .

لأن فيه زيادة « بسم الله وبالله » ولأن في خبرنا زيادة الواو وزيادة الألف [واللام في « السلام »] [١] ، وزيادة الشهادة بالنبي ﷺ وقوله : « عبده ورسوله » . فأما [قولهم] [٢] : إنه يوافق [٣] القرآن ، فقراءة القرآن [٤] تكره في القعدة ، فكيف يستحب ما يوافقه . ولأن الله تعالى ذكر تحية مباركة في خطاب الآدميين ، وإذا كان الصلاة كلما بعدت عن خطاب الآدمي كانت أولى [٥] .

٢٤٠٨ – وقولهم : ألقاه إلقاء شائعًا [٦] ، كذلك خبر ابن مسعود ؛ لأنه قال : كان رسول الله [٧] ﷺ يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن ، ويعلمنا الواوات [٨] . والسورة محصورة . وقول ابن عباس : كما يعلمنا القرآن [٩] لا يقتضي الحصر .

٢٤٠٩ – فأما قولهم : إن خبرنا متأخر فغلط ؛ لأن أبا الحسن روى في حديث ابن مسعود قال : كنا نقول في أول الإسلام : التحيات الطاهرات الزاكيات ، السلام على جبريل والملائكة ، فالتفت رسول الله [ﷺ] [١٠] فقال : « قولوا : التحيات لله والصلوات » [١١] ، فدل على أن خبر ابن مسعود متأخر عما رواه ابن عباس من ذكر « المباركات » .

٢٤١٠ – وقولهم : إن ابن عباس يروي [١٢] آخر السنن لصغر سنه غلط ؛ لأن الصحابة لم ترجح [١٣] رواية أصاغرها ، ولأن ابن مسعود وإن تقدمت هجرته فقد دامت صحبته إلى أن قبض النبي ﷺ ، ولأن أصاغر الصحابة [قد] [١٤] كانوا يروون الأخبار لأنهم سمعوها من أكابرهم ، لا أنهم سمعوها من النبي ﷺ . وقد ذكر الدارقطني في حديث ابن عباس أنه قال : أخذ عمر بن الخطاب بيدي فزعم أن

---

(١) في (ع) : [في السلام والسلام] .
(٢) الزيادة : من (ن) .
(٣) في (ن) : [موافق] .
(٤) في (ن) : [القراه] .
(٥) في (ن) : [أولى كانت] بالتقديم والتأخير .
(٦) في (م) : (ع): [ألقى إلقاء متابعا] .
(٧) في (ص) ، (م) : [كان النبي] ، وفي (ع) : [كان يعلمنا رسول الله] .
(٨) مراده من قوله : ويعلمنا الواوات أي : التحيات لله ، والصلوات ، والطيبات . بخلاف تشهد ابن عباس ، فتشهده بدون واو العطف عند الجميع .
(٩) في لفظ أبي داود في السنن باب التشهد : [كما يعلمنا القرآن] ، وفي لفظ مسلم في الصحيح في باب التشهد في الصلاة : [كما يعلمنا السورة من القرآن] .
(١٠) ساقط من : (ن) .
(١١) لم نعثر على حديث ابن مسعود بهذا اللفظ .
(١٢) في (م) : [يرى] .
(١٣) في (م) : [لم يرجح] .
(١٤) ساقط من : (م) ، (ع) .

رسول الله (١) ﷺ أخذ بيده فعلمه : « التحيات لله الصلوات الطيبات المباركات لله » (٢) ، فهذا يدل على أن ابن عباس أخذ عن عمر بن الخطاب ، ولو كان أخذه عن النبي ﷺ لم يروه عن عمر ، ومتى ثبت أنه أخذ التشهد عن عمر - وعمر قديم الصحبة - سقط ما قالوه (٣) .

* * *

(١) في (ص) ، (م) : [النبي] .

(٢) أخرجه الدارقطني بلفظه في باب صفة التشهد (٣٥١/١) ، الحديث (٨) ، والحاكم في المستدرك بلفظ آخر (٢٦٦/١) .

(٣) قال الزيلعي بعد التعليق على حديث ابن عباس في ترجيح حديث ابن مسعود على غيره في باب التشهد : وبالجملة فالمصنف ذكر أربعة أشياء ينهض له منها اثنان : الأمر ، وزيادة الواو ، وسكت عن تراجيح أخر ، منها : أن الأئمة الستة اتفقوا عليه لفظًا ومعنى ، وذلك نادر ، وتشهد ابن عباس معدود في أفراد مسلم ، وأعلى درجة الصحيح عند الحفاظ ما اتفق عليه الشيخان ، ولو في أصله ، فكيف إذا اتفقا على لفظه . ومنها : إجماع العلماء على أنه أصح حديث في الباب ، كما تقدم من كلام الترمذي . ومنها : أنه قال فيه : علمني التشهد كفي بين كفيه ؛ ولم يقل ذلك في غيره ، فدل على مزيد الاعتناء والاهتمام به . (انظر : نصب الراية الحديث الثالث والأربعون ٤٢٠/١ ، ٤٢١) .

مسألة ١٢٨

الصلاة على النبي ﷺ ليست شرطًا في الصلاة

٢٤١١ – قال أصحابنا : الصلاة على النبي ﷺ ليست شرطًا في الصلاة [١] .

٢٤١٢ – وقال الشافعي : هي شرط بعد التشهد ، ولو قدمها عليه أو أتى بها قبل القعدة لم يسقط الفرض [٢] .

٢٤١٣ – لنا : ما قدمناه من الأخبار الثلاثة في مسألة التشهد ، والقياسين الأولين . ولأنه ركن من أركان الصلاة ، فلا يشترط فيه الصلاة على النبي ﷺ ، كسائر الأركان . ولا يقال : إن سائر الأركان يكره فيها الصلاة على النبي ﷺ ؛ وذلك لأنه لا يكره الصلاة [٣] على النبي ﷺ في قيام القنوت ، والقيام ركن . ثم ليس إذا لم يكره [٤] في القعدة كان واجبا ، كالصلاة على آل النبي ﷺ . ولأن إيجاب الصلاة على النبي [ﷺ] [٥] [مع التشهد] [٦] إيجاب ذكرين [من] [٧] جنسين في ركن واحد ، وهذا لا يصح ، أصله : سائر [٨] الأركان . ولا يقال : إن التكبيرة والقراءة تجب [٩] في حال القيام ؛ لأن التكبيرة عندنا خارج الصلاة ، والركن ما بعدها لا يجب فيه إلا ذكر واحد . ولأنه [ذكر] [١٠] شرع في القعدة فلم يكن واجبًا في الصلاة ، كالصلاة على النبي ﷺ .

---

(١) قال الحنفية : الصلاة على النبي ﷺ في التشهد سنة ، وفي خارج الصلاة عند سماع ذكره واجب ، قال الكرخي : هي فرض في العمر مرة واحدة . (انظر المسألة في : المبسوط ، ٢٩/١ ، ٣٠ ، تحفة الفقهاء ١٣٨/١ ، بدائع الصنائع ٢١٣/١ ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية ٣١٦/١ ، ٣١٧ ، البناية ٣١٩/٢ – ٣٢١) .

(٢) قال الشافعي : الصلاة على النبي ﷺ في التشهد الأخير فرض وفي الأول على قولين . (انظر : الأم ١١٧/١ ، ١١٨ ، الوسيط ٦٣١/٢ ، ٦٣٢ ، حلية العلماء ١٠٧/٢ ، ١٠٨ ، المجموع مع المهذب ٤٦٠/٣ – ٤٦٨) . (وانظر : الكافي لابن عبد البر باب التشهد والجلوس ٢٠٥/١ ، وقوانين الأحكام الشرعية الباب الخامس عشر في التشهد ، المسألة الثالثة ص ٦٥ ، الإفصاح ١٣٥/١ ، الكافي لابن قدامة ١٤٢/١ ، المغني ٥٤١/١ – ٥٤٤) .

(٣) في (م) : [الصلوات] .

(٤) في (ع) : [إذا يكره] .

(٥) ساقط من (م) ، (ن) .

(٦) ساقط من (ع) .

(٧) ساقط من (ن) .

(٨) في (ع) : [لسائر] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يجب] .

(١٠) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

٢٤١٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ وَمَلَٰٓئِكَتَهُۥ يُصَلُّونَ عَلَى ٱلنَّبِيِّ ۚ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ صَلُّوا۟ عَلَيْهِ وَسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا ﴾ (١) ، قالوا : وهذا أمر يقتضي الوجوب ، وقد أجمعنا [على] (٢) أنه لا يجب في غير الصلاة ، فلم يبق إلا أن يحمل على الصلاة .

٢٤١٥ - والجواب : أن مذهب أبي الحسن (٣) أن الصلاة على النبي ﷺ (٤) تجب (٥) في غير الصلاة مرة واحدة .

٢٤١٦ - وقد قال الطحاوي : الصلاة واجبة عليه كلما ذكر (٦) ، وليست شرطًا في الصلاة (٧) . ومتى قلنا بوجوب ذلك خارج الصلاة لم يُمكنْ ما قالوه . ولا يقال : إن الكلام مع أبي حنيفة فلا يلزمنا قول غيره ؛ لأن الطحاوي لم يضف ما قال إلى نفسه ، ويجوز أن يكون على طريق الرواية .

٢٤١٧ - قالوا : من أصلنا أن الأمر يفيد التكرار ، فظاهر الآية يقتضي وجوب الصلاة في كل حال - الصلاة وغيرها - ، ويسقط (٨) ما سوى الصلاة بدليل ، وبقي الأمر في الصلاة .

٢٤١٨ - قلنا : الأمر لا يفيد التكرار عند الشافعي ، ثم لو سلمنا ذلك اقتضى ظاهر الآية وجوب الصلاة بكل حال ، فنقول بذلك على ما حكاه الطحاوي ، ولا يمكنهم (٩) استعماله إلا بالتخصيص ، ومن استعمل العموم أولى ممن خصصه .

٢٤١٩ - قالوا : قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا ﴾ فدل على أن الصلاة المأمور بها التي يتعقبها السلام .

٢٤٢٠ - قلنا : لو كان المراد ما قلتموه لقال : وسلموا التسليم ؛ لأن سلام الصلاة معرف ، فلما ذكر سلامًا منكرًا دل على أن المراد به : السلام لأمره تعالى ، كما قال : ﴿ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا ﴾ (١٠) .

٢٤٢١ - قالوا : وروى كعب بن عجرة قال : كان رسول اللّٰه ﷺ يقول في

---

(١) سورة الأحزاب : الآية ٥٦ .
(٢) ساقط : من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) تقدمت ترجمته في مسألة (١٠٠) .
(٤) ساقط من (ن) .
(٥) في (م) : [يجب] .
(٦) في (ع) : [كما ذكره] .
(٧) راجع قول الطحاوي في مصادر الحنفية ، وترجمته في : الجواهر المضية (٢٧١/١ - ٢٧٧) والفوائد البهية ص (٣١ - ٣٤) .
(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وسقط] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ولان يمكنهم] .
(١٠) سورة النساء : الآية ٦٥ .

صلاته : « اللَّهم صل على محمد » ، وقال : « صلوا كما رأيتموني أصلي » [١] .

٢٤٢٢ - والجواب ما قدمناه : [٢] أن قوله : « صلوا كما رأيتموني أصلي » يقتضي وجوب الاتباع إذا عرفنا جهة [الفعل] [٣] أنها واجبة أو مسنونة ، ومتى أوقعنا الفعل على غير الجهة لم يجز ، وقد اختلفنا في الجهة التى أوقع عليه الصلاة والسلام الفعل عليها .

٢٤٢٣ - قالوا : روت عائشة قالت : سمعت رسول اللَّه ﷺ يقول : « لا يقبل اللَّه صلاة إلا بطهور وبالصلاة عليّ » [٤] .

٢٤٢٤ - قلنا : هذا الخبر قال الدارقطني : رواه عمرو بن شمر عن جابر [٥] الجعفي ، وهما ضعيفان . ثم هو محمول على الفضيلة ؛ بدلالة ما قدمناه . ويجوز أن يقال : (لا يقبل) في ترك ما ليس بواجب ؛ كما قال ﷺ : « لا يقبل اللَّه صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه » [٦] وذكر في الخبر التحميد والتسبيح [٧] . وذكر الدارقطني حديث سهل بن سعد أن النبي ﷺ قال : « لا صلاة لمن لم يصل [٨] على نبيه » [٩] ، وذكر الدارقطني أن راويه [١٠] عبد المهيمن بن عباس [١١] عن أبيه عن جده سهل ، قال :

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ، في باب الصلاة على النبي ﷺ في التشهد (١٤٧/٢) ، ومسلم بمعناه بألفاظ أخرى في باب الصلاة على النبي ﷺ بعد التشهد (١٧٣/١ ، ١٧٤) ، وأبو داود في باب الصلاة على النبي ﷺ بعد التشهد (٢٤٧/١ ، ٢٤٨) ، والدارمي في باب الصلاة على النبي ﷺ (٣٠٩/١) . وأما حديث : صلوا كما رأيتموني أصلي فأخرجه البخاري في الصحيح مسألة (١٠٤) ، والشافعي في المسند، والدارقطني والبيهقي في سننيهما . تقدم تخريجه في مسألة (١٠٤) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [ما قدمنا] .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه في باب ذكر وجوب الصلاة على النبي ﷺ (٣٥٥/١) .

(٥) في (ص) : [عمر بن شمر عن جابر] ، وفي (م) : [عمرو بن سمن جابر] ، وفي (ع) : [عمر بن سمر جابر] ، والصواب ما أثبتناه . هو [عمرو بن شمر الجعفي] أبو عبد اللَّه الكوفي الشيعي . قال البخاري : منكر الحديث ، وقال النسائي والدارقطني : متروك الحديث . (انظر : ميزان الاعتدال ٢٦٨/٣ ، ٢٦٩ ، ترجمة ٦٣٨٤) .

(٦) تقدم تخريجه بمعناه في مسألة (١٣) .

(٧) انظر الحديث بالكامل في سنن أبي داود باب الصلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود (٢١٨/١) .

(٨) في (ص) ، (ن) : [لمن لم لا يصلي] ، وفي (ع) : [لمن لم يصلي] .

(٩) أخرجه الدارقطني (٣٥٥/١) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الصلاة (٢٦٩/١) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى في باب وجوب الصلاة على النبي ﷺ (٣٧٩/٢) .

(١٠) في كل النسخ : [رواية] .

(١١) في سائر النسخ : [عبد المؤمن بن عبد اللَّه] ، الصواب ما أثبتناه من واقع الحديث .

٢٨/ب وليس بالقوي . ثم يحتمل . لا صلاة على / سائر الأنبياء إلا لمن يصلي عَليّ . وذكر حديث أبي مسعود الأنصاري : أن النبي ﷺ قال : « من صلى صلاة لم يصل فيها عَليّ ولا على آل بيتي لم يقبل منه » [(١)] ، وذكر أن راويه [(٢)] جابر الجعفي ، وقد اختلف عليه : فمرة أوقفه على أبي مسعود ، ومرة أسنده ، ولو ثبت كان المراد به الاستحباب ؛ ألا ترى أن ذلك هو المراد في الصلاة على أهل بيته .

٢٤٢٥ - قالوا : روى فضالة بن عبيد قال : سمع النبي ﷺ رجلا يدعو [(٣)] في الصلاة ، فلم يحمد الله ولم يصل على رسول الله ، فقال : « عجل هذا » ، فدعاه فقال له ولغيره : « إذا صلى أحدكم فليبدأ بالحمد لله [(٤)] والثناء عليه [(٥)] ثم يصلي عليّ ، ثم يدعو [(٦)] بعد بما شاء [(٧)] .

٢٤٢٦ - والجواب : أن النبي ﷺ تركه حتى فرغ من الصلاة ولم يأمره بإعادتها ، فدل على أنه ذكر على طريق الاستحباب .

٢٤٢٧ - قالوا : روى أبو مسعود الأنصاري قال : أقبل رجل حتى جلس بين يدي النبي ﷺ ونحن عنده ، فقال : يا رسول الله ، أما السلام عليك فقد عرفناه ، فكيف نصلي [(٨)] عليك إذا نحن صلينا في صلاتنا ؛ فقال : إذا صليتم علي فقولوا : اللّهم صل على محمد النبي الأمي وعلى آل محمد كما صليت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم ، وبارك على محمد النبي الأمي وعلى آل محمد كما باركت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم ، إنك حميد مجيد » [(٩)] .

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣٥٥/١) ، والبيهقي (٣٧٩/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [رواية] .

(٣) في (ص) : [يدعوا] .

(٤) في (ص) : [الله] .

(٥) في (م) ، (ع) : [علي] .

(٦) في (ص) : [يدعوا] .

(٧) أخرجه أبو داود بهذا اللفظ في باب الدعاء (٣٧٣/١) ، والنسائي بمعناه في باب التمجيد والصلاة على النبي ﷺ في الصلاة (٤٤/٣ ، ٤٥) ، والترمذي بمعناه في باب جامع الدعوات عن النبي ﷺ (٥١٦/٥) الحديث (٣٤٧٧) ، وابن خزيمة في صحيحه في باب الصلاة على النبي ﷺ في التشهد (٣٥١/١) ، الحديث (٧٠٩ ، ٧١٠) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب الصلاة (٢٣٠/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب الصلاة على النبي ﷺ في التشهد (١٤٧/٢ ، ١٤٨) .

(٨) في (م) : [نصل] .

(٩) أخرجه الحاكم في المستدرك في باب الدعاء بعد الصلاة (٢٦٨/١) ، والبيهقي باب الصلاة على النبي ﷺ في التشهد (١٤٦/٢ ، ١٤٧) ، وأخرجه أبو داود في السنن باب الدعاء (٢٤٨/١) ، وابن خزيمة في =

٢٤٢٨ - والجواب [١] : أنه قال : « إذا صليتم فقولوا كذا » ، وهذا أمر يتعلق بشرط اختيار الفعل ، وذلك لا يدل على الوجوب قبل اختيار الصلاة . ولأنه قدر أريد به الاستحباب في أكثر الألفاظ ؛ لأن الواجب عندهم : اللّٰهم صل على محمد ، وما سواه ليس بواجب .

٢٤٢٩ - قالوا : كل ما [٢] كان ذكره شرطًا في الأذان كان ذكره شرطًا في الصلاة ، كاللّٰه تعالى .

٢٤٣٠ - قلنا : ذكر اللّٰه تعالى ليس بشرط في الصلاة عندنا ؛ لأن التحريمة خارج الصلاة ، ويجوزان على ما ليس فيه ذكر اللّٰه تعالى . ولأن ذكر النبي [ﷺ] [٣] [في الأذان] [٤] شرط [في كونه] [٥] مسنونا ، وكذلك هو شرط عندنا في سنة الصلاة ، فأما في الوجوب فلا . ولأن [٦] ذكر اللّٰه تعالى لا يتكرر وجوبه في ركن واحد ، وكذلك ذكر النبي ﷺ لا يتكرر وجوبه في ذكر واحد .

٢٤٣١ - قالوا : كلما افتقر إلى ذكر اللّٰه افتقر إلى ذكر رسوله ، كالإيمان ، وهذا معنى قوله [تعالى] [٧] : ﴿ وَرَفَعْنَا لَكَ ذِكْرَكَ ﴾ [٨] ، قيل في التفسير : لا أذكر إلا وتذكر معي [٩] .

٢٤٣٢ - قلنا : نعكس هذه العلة ، فنقول : ما افتقر إلى ذكر اسم اللّٰه لم يقف صحته على الصلاة على رسول اللّٰه [ﷺ] [١٠] ، كالإيمان . وقوله : ﴿ وَرَفَعْنَا لَكَ ذِكْرَكَ ﴾ يدل على أنه يذكر مع ذكره ، ولا يدل على الوجوب ولا على الاستحباب .

* * *

= الصحيح في باب صفة الصلاة على النبي ﷺ في التشهد (٣٥٢/١) ، الحديث (٧١١) ، والدارمي في باب الصلاة على النبي ﷺ (٣١٠/١) .

(١) في (ن) : [الجواب] .
(٢) في (ص) ، (م) : [كل من] .
(٣) ساقط من (ن) .
(٤) ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .
(٥) في (ع) : [بركونه] .
(٦) في (م) : [ولا] .
(٧) زيادة من (ن) .
(٨) سورة الشرح : الآية ٤ .
(٩) قال القرطبي : وروي عن الضحاك ، عن ابن عباس ، قال : يقول له : لا ذكرت إلا ذكرت معى في الأذان والإقامة والتشهد ويوم الجمعة على المنابر ويوم الفطر ويوم الأضحى وأيام التشريق ويوم عرفة وعند الجمار وعلى الصفا والمروة وفي خطبة النكاح وفي مشارق الأرض ومغاربها . (انظر : أحكام القرآن للقرطبي ، سورة الشرح ١٠٦/٢٠ ، ١٠٧) .
(١٠) ساقط من (ن) .

مسألة ١٢٩

السلام ليس بركن

٢٤٣٣ - قال أصحابنا : السلام ليس بركن [١] .

٢٤٣٤ - وقال الشافعي : هو ركن [٢] . فأما الخروج بفعله فاختلف أصحابنا فيه :

٢٤٣٥ - فقال أبو سعيد [٣] : هو واجب عند أبي حنيفة .

٢٤٣٦ - وقال [أبو] [٤] الحسن : ليس بواجب عنده . والكلام في هذه المسألة يقع في فصلين : أحدهما : نفي الوجوب ، والآخر : أن السلام ليس من الصلاة .

٢٤٣٧ - والدليل على الأول : حديث ابن مسعود : أن النبي ﷺ لمَّا علَّمه التشهد قال له : « فإذا فعلت [٥] هذا أو قلت هذا فقد تمت صلاتك ، فإن شئت أن تقوم فقم ، وإن شئت أن تقعد فاقعد ، واختر من أطيب الكلام ما شئت » [٦] ، فحكم بتمام الصلاة قبل السلام ، وخيَّره بين القعود والقيام ، وهذا ينفي بقاء واجب عليه .

---

(١) قال السمرقندي : وإصابة لفظة السلام ليست بفرض عندنا . ثم قال : واختلف مشايخنا ، فقال بعضهم : إنها سنة ، وقال بعضهم : هي واجب . ورجح صاحب المحيط والهداية الأخير . (انظر : تحفة الفقهاء ١٣٨/١، بدائع الصنائع فصل وأما الذي هو عند الخروج من الصلاة ١٩٤/١ ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية ١/ ٣٢١ ، ٣٢٢ ، البناية ٣٣٧/٢ - ٣٤٠) .

(٢) قال النووي في المجموع : أما حكم السلام فحاصله أن السلام ركن من أركان الصلاة ، فلا تصح إلا به . (انظر : الأم باب السلام في الصلاة ١٢٢/١ ، مختصر المزني باب صفة الصلاة ص ١٦ ، الوسيط ٦٣٥/٢ ، ٦٣٦ ، حلية العلماء ١٠٩/٢ ، فتح العزيز باب كيفية الصلاة ٥١٩/٣ - ٥٢٠ ، المجموع مع المهذب ٤٧٣/٣ - ٤٨١) . (وانظر : المنتقى : التشهد في الصلاة ١٦٨/١ ، ١٦٩ ، الكافي لابن عبد البر ٢٠٤/١ ، ٢٠٥ ، الاستذكار باب التشهد في الصلاة ٢١٥/١ - ٢١٧ ، بداية المجتهد المسألة الثامنة ١٣٣/١ ، ١٣٤ ، المقدمات الممهدات كتاب الصلاة ١٦٠/١ ، الإفصاح ١٣٧/١ ، ١٣٨ ، الكافي لابن قدامة ٥٥١/١ ، ٥٥٢ ، المغني ٥٥١/١ - ٥٥٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أبو أسعد] ، وفي (ص) ، (ن) : [أبو سعد] ، والصواب ما أثبتناه . وهو : القاضي أحمد بن الحسين ، أبو سعيد البردعي أحد فقهاء الحنفية الكبار ببغداد ، أخذ عن إسماعيل بن حماد ، وعن أبي علي الدقاق ، وعن موسى بن نصر ، وأخذ عنه أبو الحسن الكرخي وأبو طاهر الدباس ، قتل في وقعة القرامطة سنة سبع عشرة وثلاث مائة . (انظر : الجواهر المضية ١٦٣/١ - ١٦٦ ، والفوائد البهية ص ١٩ ، ٢١) .

(٤) الزيادة : من (م) ، (ن) ، (ع) . (٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فإذا قضيت] .

(٦) تقدم تخريجه في مسألة (١٢٦) . وأخرجه ابن خزيمة في الصحيح في باب إباحة الدعاء بعد التشهد وقبل السلام بما أحب المصلي (٣٥٦/١) ، الحديث (٧٢٠) .

٢٤٣٨ – قالوا : هذه الزيادة في الخبر ، قيل : إنها من قول ابن مسعود [وأدرجها الراوي في الخبر . وقد روى ثوبان هذا الخبر ، وجعل آخره من قول ابن مسعود] (١) . وروى الخبر جماعة من غير ذكر هذه الزيادة . وقد روى شبابة بن سوار هذا الخبر عن زهير بن معاوية وقال فيه : قال عبد الله : فإذا قلت ذلك فقد قضيت ما عليك (٢) ، ففصل ذلك من كلام رسول الله ﷺ . وكذلك رواه غسان (٣) بن ربيع (٤) .

٢٤٣٩ – قلنا : قد روي هذا على ما ذكرتم ، وروى موسى بن داود وغيره الخبر وذكر فيه بعد قوله : أشهد أن محمدًا عبده ورسوله قال : ثم قال : إذا (٥) قضيت هذا فقد تمت صلاتك ، إن شئت تقوم قم وإن شئت [أن] (٦) تجلس فاجلس (٧) . فظاهر هذا أنه من كلام رسول الله ﷺ ، ويجوز أن يرويه ابن مسعود تارة ، ويفتي (٨) به أخرى .

٢٤٤٠ – وروى أبو سعيد الخدري قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا شك أحدكم في صلاته فليلغ (٩) الشك ، وليبنِ على اليقين ، فإذا استيقن التمام سجد سجدتين ، فإن كانت صلاته تامة كانت الركعة نافلة » (١٠) . ولو كان السلام ركنا لم يصح النفل مع بقائه . وحديث عبد الله بن عمرو (١١) والذي قدمناه دليل في هذا . ولأنهما ذكران متكرران يتعلقان بالصلوات فالأول منهما في حكم الثاني ، كالأذان والإقامة .

٢٤٤١ – قالوا : المعنى في الثانية : أنه (١٢) لا يسقط بها ما هو شرط في الصلاة ،

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) راجع ما تقدم في هذا الصدد في مسألة (١٢٦) . (٣) في (ن) : [عتبان] .

(٤) أخرجه الدارقطني في باب صفة التشهد ووجوبه (٣٥٤/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب تحليل الصلاة بالتسليم (١٧٥/٢) .

(٥) في (ع) : [فإذا] . (٦) ساقط من (ع) .

(٧) أخرجه الدارقطني باب صفة التشهد ووجوبه (٣٥٣/١) .

(٨) في (م) ، (ع) : [ونعني] .

(٩) في (م) ، (ن) : [فليلغي] ، وفي (ص) : [فليلقي] .

(١٠) أخرجه أبو داود بهذا اللفظ ، في باب إذا شك في الثنتين والثلاث (٢٥٩/١) ، وابن ماجه في باب ما جاء فيمن شك في صلاته فرجع إلى اليقين (٣٨٢/١) ، والدارقطني في باب صفة السهو في الصلاة وأحكامه (٣٧٢/١) . وأخرجه مسلم في الصحيح بمعناه في باب السهو في الصلاة والسجود له (٢٢٩/١) ، والنسائي في كتاب السهو ، باب إتمام المصلي على ما ذكر إذا شك (٢٧/٣) ، والبيهقي في الكبرى في باب من شك في صلاته فلم يدرك صلى ثلاثا أو أربعا (٣٣١/٢) .

(١١) هكذا في كل النسخ . والذي تقدم هو لابن مسعود . (١٢) في (ع) : [أن] .

فكانت [١] واجبة .

٢٤٤٢ - قلنا : لا نسلم هذا - على قول أبي الحسن - . ولو سلمناه بطل بمتابعة الإمام : تسقط [٢] القراءة إذا أدركه في الركوع ، وليس بواجب . ولأنه ذكر لا يتعقبه شيء من أفعال الصلاة ، كتكبير التشريق . ولأنه ذكر شرع بعد التشهد ، كالدعاء .

٢٤٤٣ - فأما الدليل على أنها خارج الصلاة لأنها تحية للحاضر ، كالثانية . ولأن ما يفسد الصلاة إذا وقع به الخروج أبطل الجزء الذي يصادفه [٣] ، أصله : إذا سلم في وسط الصلاة .

٢٤٤٤ - ولا يقال : إن التسليم إنما يبطل إذا اعتمد في خلالها ، وهذا موجود في الركوع ؛ لأنا لا نسلم أن اعتماد زيادة ما دون الركعة يفسدها . ولأنه ذكر يفعل إلى غير القبلة فلا يجب في الصلاة ، أو لا يكون منها ، كالتسليمة الثانية ، وعكسه التكبير والقراءة .

٢٤٤٥ - قالوا : ليس [كل ما] [٤] إذا فعل لغير القبلة انتفي وجوبه ؛ لأن الركوع والسجود يفعل إلى غير القبلة ، ألا ترى أنه لا يترك توجيه ما يقدر على توجيهه ، وما لا يمكن أن يتوجه به لا يخرج من أن يكون موضوع الركن إلى القبلة ، ألا ترى أن القائم [٥] من سنته [٦] أن ينظر إلى موضع سجوده ، ولا يخرج ذلك القيام أن يكون مفعولا إلى القبلة .

٢٤٤٦ - والدليل على أنه خرج بغير السلام : أن كل فعل منه لو حصل في وسط الصلاة أفسدها إذا حصل في آخرها صح به الخروج ، كالسلام .

٢٤٤٧ - احتجوا : بما رواه علي أن النبي ﷺ قال : « مفتاح الصلاة الطهور ، وتحريمها التكبير ، وتحليلها التسليم » [٧] .

٢٤٤٨ - والجواب : أن هذا الخبر رواه عبد الله بن محمد بن عقيل ، فرواه من طريق أبي سعيد الخدري أبو سفيان طريف بن شهاب السعدي ، وكلاهما ضعيف الرواية [٨] . ولو ثبت لم يدل ؛ لأن قوله : « تحليلها التسليم » يدل أن جنس السلام يقع

---

(١) في غير (ص) : [كانت] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يسقط] ، وفي (ن) : [سقط] .

(٣) في (م) ، (ع) : [صادفه] .

(٤) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) في غير (ص) : [أن القيام] .

(٦) في (ع) : [سننه] .

(٧) هذا الحديث تقدم تخريجه في مسألة (١٠٤) .

(٨) أخرجه أحمد في المسند (٣٤٠/٣) . وعبد الله بن محمد بن عقيل هو صدوق ، وقد تكلم فيه بعض =

به التحليل ، ولا يدل أن جنس [السلام] [1] يقف على التحليل . ولا يقال : إنه إذا قيل : مَالُ فلان الإبل ؛ اقتضى أن لا مال له غيره ؛ لأنا لا نسلم ذلك ، بل عندنا أن ذلك جل ماله ، ولا ينفي غيره .

٢٤٤٩ – قالوا : روى جابر بن سمرة قال : كنا إذا صلينا خلف رسول الله ﷺ فسلم أحدنا أشار [2] بيده [من] [3] عن يمينه [ومن] [4] عن يساره ، فلما صلى قال : « ما بال أحدكم يومئ بيديه كأنها أذناب خيل شمس ! إنما يكفي [5] أحدكم أن يقول هكذا – وأشار بأصبعه – يسلم على أخيه [من عن يمينه ومن عن شماله »] [6] فثبت أن الكفاية [هو السلام] [7] .

٢٤٥٠ – قلنا : ذكر الكفاية في الإشارة ، ولا خلاف أن ذلك ليس بواجب ، وأن الكفاية تستعمل [8] في الواجب والمسنون .

٢٤٥١ – قالوا : كل ما كان شرطا في صحة الصلاة إذا سقط بالنطق لم يسقط بغيره ، كالقراءة .

٢٤٥٢ – قلنا : لا نسلم أن الخروج شرط . ولو سلمناه بطل بالقراءة ؛ لأنها تسقط بالنطق ، وبمتابعة الإمام – وليس بنطق – . ثم المعنى في القراءة أنها [إن] [9] كانت من جنس المعجز جاز أن تجب [10] في الصلاة ، [و] [11] ما [12] لم يكن السلام من جنس المعجز لم يجب فيها .

= أهل العلم من قِبَل حِفْظه . وفي التقريب : عبد الله بن محمد بن عقيل صدوق في حديثه لين ويقال : تغير بأخرة . وطريف بن شهاب : ضعيف . (انظر : تقريب التهذيب ٣٧٧/١ ، ٤٤٧ ، ٤٤٨) .

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) في سائر النسخ : [إشارة] . وما أثبتناه بالسياق ، والموافق للأحاديث .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) ساقطة من (ع) .

(٥) في (م) : [وايكفي] ، وفي (ن) : [وانكفي] ، وفي (ع) : [ويكفي] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . حديث جابر بن سمرة أخرجه أبو داود بهذا اللفظ في باب في السلام (٢٥٣/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب تحليل الصلاة بالتسليم (١٧٣/٢) ، وأخرجه مسلم في الصحيح بمعناه في باب الأمر بالسكون في الصلاة والنهي عن الإشارة باليد ورفعها عند السلام (١٨٤/١ ، ١٨٥) ، والنسائي في كتاب السهو ، باب السلام بالأيدي في الصلاة (٤/٣ ، ٥) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) ، وفي (ن) : [مستعمل] ، مكان : [السلام] .

(٨) في (م) : [يستعمل] .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(١١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٢) في (م) ، (ع) : [لما] .

٢٤٥٣ – قالوا : أحد طرفي الصلاة فافتقر إلى نطق واجب ، كالطرف الأول .

٢٤٥٤ – قلنا : الطرف الأول يحتاج إلى الدخول والالتزام ، وذلك يقف على اللفظ ، والطرف الآخر يحتاج إلى الخروج والترك ، فلذلك لم يفتقر إلى اللفظ . ونعكس فنقول : أحد طرفي الصلاة فلم يجب فيه التسليم ، كالطرف الأول .

٢٤٥٥ – قالوا : عبادة تفتقر إلى ذكر يستقبل [١] به القبلة ، فوجب أن تفتقر إلى ذكر [لا] [٢] يستقبل به القبلة ، [كالأول والجمعة .

٢٤٥٦ – قلنا : ينتقض هذا بالحج – على أصلنا – ؛ لأنه يفتقر إلى التلبية ، وموضوعها إلى القبلة ، ولا يفتقر إلى ذكر لا يستقبل به القبلة] [٣] . ولأن الجمعة لما افتقرت إلى ذكر لا يستقبل به القبلة لم يكن ذلك الذكر مبتدأ به مع بقاء الصلاة ، ولا يشترط فيه الاستقبال ، فلم [٤] يكن واجبًا . ولأن الجمعة قد تأكدت في الشرائط [فلم يعتبر غيرها بها] [٥] . ولأن الأفعال تجب [٦] إلى القبلة ، ولم يدل ذلك على وجوب فعلها إلى غيرها ، كذلك الأذكار .

٢٤٥٧ – قالوا : ما ينقض الطهارة لا تتم [٧] به الصلاة عندنا .

٢٤٥٨ – قلنا [٨] : لأنها قد تمت قبله على قول أبي الحسن . ولو قلنا بقول غيره فالحدث يسقط [٩] به الواجب وإن لم يكن في نفسه واجبا ، كما تسقط [١٠] الصلاة الواجبة بما يفعله في الدار المغصوبة . [و] [١١] لأن انقضاء مدة المسح يؤثر [١٢] في الطهارة ، ويستند [إلى حال] [١٣] سابقة ، فيصير الحدث كالموجود في الصلاة ، والحدث المستند لا يستند [١٤] إلى أمر سابق [١٥] ، فإنما يؤثر في الجزء الذي يصادفه ، كالسلام .

---

(١) في (ن) : [لا يستقبل] .
(٢) ساقطة من (ن) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لم] .
(٥) الزيادة من (م) ، (ع) ، (ن) .
(٦) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٧) في (م) : [لا يتم] .
(٨) ساقطة من (ص) ، (م) ، (ع) .
(٩) في (ن) : [سقط] .
(١٠) في (م) : [كما يسقط] .
(١١) زدناها ليستقيم السياق .
(١٢) في (ص) ، (ن) : [تؤثر] .
(١٣) في (م) ، (ن) : [الرجال] ، وفي (ع) : [الرحال] .
(١٤) في (م) ، (ع) [المسند لا يسند] .
(١٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [سائر] .

٢٤٥٩ – احتجوا : في أن السلام في[١] الصلاة / بقول ابن مسعود : ما نسيت من الأشياء لم أنس تسليم رسول الله ﷺ في الصلاة عن يمينه وشماله [٢] . ٢٩/أ

٢٤٦٠ – وقالت عائشة [رضي الله عنها] [٣] : كان رسول الله ﷺ يسلم في الصلاة تسليمة واحدة تلقاء وجهه [٤] .

٢٤٦١ – والجواب : أن [٥] [في] [٦] بمعنى : من ؛ بدلالة [أن] [٧] ابن مسعود ذكر التسليمتين ، ولا خلاف أن الثانية ليست في الصلاة ، فعلم أن المراد بالخبر : كان يسلم من الصلاة ، وهذه [٨] الحروف تقوم بعضها مقام بعض .

٢٤٦٢ – قالوا : ذكر يسقط [٩] به ما هو شرط في صحة كل صلاة ، فوجب أن يكون فيها ، كالقراءة .

٢٤٦٣ – قلنا : الوصف غير مسلم على ما قدمناه . ولأن سقوط الشرط بالذكر لا يدل على أنه في الصلاة ، كالخطبة . ثم المعنى في القراءة [ما] [١٠] قدمناه .

٢٤٦٤ – قالوا : لا خلاف أنه إذا ابتدأ السلام وقع في الصلاة ، فكيف يكون فيها إذا أكمله .

٢٤٦٥ – قلنا : إذا ابتدأه وقع في الصلاة – وذلك الجزء منها مراعى فإذا تم خرج من أن يكون صلاة ، وقد يبتدئ بالفعل صلاة ثم يخرج بعد ذلك ، كالصلاة التي يفسدها .

* * *

---

(١) في (ع) : [من] .
(٢) أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ في باب ذكر ما يخرج من الصلاة به وكيفية التسليم (٣٥٧/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب الاختيار في أن يسلم تسليمتين (١٧٧/٢) .
(٣) زيادة من (م) ، (ع) .
(٤) أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ باب ذكر ما يخرج من الصلاة به وكيفية التسليم (٣٥٨/١) والبيهقي في باب جواز الاقتصار على تسليمة واحدة (١٧٩/٢) ، وابن ماجه في باب من يسلم تسليمة واحدة (٢٩٧/٢) ، الحديث (٩١٩) .
(٥) في (ع) [أنه] .
(٦) ساقطة من (م) ، (ن) .
(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٨) في (م) : [وهذا] .
(٩) في (ن) : [سقط] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [على ما] .

مسألة ١٣٠

لا يجوز الدعاء في الصلاة بما يشبه الناس مثل أن يسأل تزويج امرأة أو تمليك عبد وثوب

٢٤٦٦ – قال أصحابنا : لا يجوز الدعاء في الصلاة بما يشبه خطاب الناس ، مثل أن يسال تزويج امرأة أو تمليك عبد وثوب [١] .

٢٤٦٧ – وقال الشافعي : كل ما ساغ الدعاء به في غير [٢] الصلاة ساغ فيها [٣] .

٢٤٦٨ – لنا : حديث معاوية بن الحكم ﷺ أن النبي قال : « إن صلاتنا لا يصلح فيها شيء من كلام الناس [٤] ، إنما هي تكبير وتسبيح [٥] وقراءة القرآن » [٦] فظاهره نفي ما سوى ذلك من الذكر .

٢٤٦٩ – ولا يقال : إن الخبر خرج على سبب ، وهو أن معاوية شمَّت عاطسا ، فنهاه عن مخاطبة الغير ؛ لأن محل [٧] الاحتجاج بعموم [٨] اللفظ – وإن كان السبب خاصًّا – . وروى سعد أنه رأى ابنه [٩] يدعو [١٠] في صلاته فقال : لا تتعدى في

---

(١) راجع : الأصل باب الدعاء في الصلاة (٢٠٢/١ ، ٢٠٣) ، مختصر الطحاوي ص (٢٧) ، بدائع الصنائع كتاب الصلاة (٢١٣/١ ، ٢٣٧) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٣١٩/١ ، ٣٢٠) ، مجمع الأنهر (١٠١/١ ، ١٠٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [آخر] .

(٣) قال النووي في المجموع : مذهبنا أنه يجوز أن يدعو فيها بكل ما يجوز الدعاء به خارج الصلاة من أمور الدين والدنيا ، وله أن يقول : اللّهم ارزقني كسبًا طيبًا وولدًا ودارًا وجارية حسناء يصفها ، واللّهم خلص فلانا من السجن وأهلك فلانًا وغير ذلك ، ولا يبطل صلاته شيء من ذلك عندنا ، وبه قال مالك . (انظر : الوسيط ٦٣٤/٢ ، ٦٣٥، حلية العلماء ١٠٩/٢ ، فتح العزيز باب كيفية الصلاة ، بذيل المجموع ٥١٦/٣ ، ٥١٧ ، المجموع مع المهذب ٤٦٨/٣ – ٤٧٢ ، المنتقى ١٦٨/١ ، الكافي لابن عبد البر ٢٠٨/١ ، قوانين الأحكام الشرعية الباب الخامس عشر في التشهد ص ٦٥) . (وانظر : الكافي لابن قدامة ١٤٣/١ ، المغني ٥٤٦/١ – ٥٤٩) .

(٤) في (م) : [الآدمتين] ، وفي (ع) : [الآدميين] .

(٥) في (ن) : [تسبيح وتكبير] بالتقديم والتأخير .

(٦) تقدم تخريج حديث معاوية بن الحكم السلمي في مسألة (١٠٦) .

(٧) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لعموم] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أنه] .

(١٠) في (ص) : [يدعوا] .

الدعاء ، إنما يكفيك أن تقول : اللَّهم إني أسألك الجنة وما قرب إليها من قول وعمل ، وأعوذ بك من النار وما قرب [إليها] (١) من قول وعمل ؛ إني سمعت رسول اللَّه [ﷺ] (٢) يقول (٣) : « سيكون قوم يعتدون في الدعاء » ، ثم قرأ (٤) ﴿ ٱدْعُوا۟ رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا وَخُفْيَةً (٥) إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ ﴾ (٦) . وهذا يدل أن في جملة الأدعية ما نهي عنه . ولأن ما يقولون يزيل هيئة الصلاة ؛ ألا ترى أن من سمع رجلا يسأل الطعام والمرأة المعينة اعتقد أنه في غير صلاة ، وما أزال هيئة الصلاة من الأذكار لم يجز فيها ، كخطاب الآدميين . ولأنه كلام يتخاطب به الناس بينهم فلم يجز في الصلاة ، كذكر السلام وتشميت العاطس . ولأنه نوع ذكر ، فما (٧) أبيح منه خارج الصلاة جاز أن يفسد الصلاة ، ككلام الآدميين .

٢٤٧٠ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام لابن مسعود ﷺ لمَّا علَّمه التشهد : « ثم ليختر أحدكم من الدعاء أعجبه إليه فليدع به » (٨) . وروى فضالة بن عبيد ﷺ أن النبي ﷺ سمع رجلا يدعو في الصلاة فقال : « عجل هذا » ثم دعاه ، فقال له ولغيره : « إذا صلى أحدكم فليبدأ بحمد اللَّه والثناء عليه ، ثم يصلي عليَّ ثم يدعو بما شاء » (٩) .

٢٤٧١ - والجواب : أن قوله لابن مسعود ﷺ : « ثم ليختر أحدكم أعجب الدعاء » يدل على أن في الدعاء المباح ما منع منه . وقد روي أنه قال له : « واختر من أطيب الكلام ما شئت » ، وهذا يدل على أنه يأتي (١٠) بكل [دعاء] (١١) . ولأن هذا ذكر بعد التشهد ، والكلام عندنا في تلك الحال يقع به الخروج ويقوم مقام السلام . ولأنه يحتمل أن يكون في حال (١٢) إباحة الكلام .

٢٤٧٢ - وكذلك الجواب عن حديث أبي هريرة : أن النبي ﷺ لما رفع رأسه من

---

(١) ساقط من (ع) . (٢) ساقط من (ن) .

(٣) ساقط من (ع) . (٤) في (ع) : [قال] .

(٥) في (ع) ، (م) ، (ن) : [وخيفة] .

(٦) سورة الأعراف : الآية ٥٥ ، والحديث رواه أحمد في المسند (١٧٢/١) ، وأبو داود مختصرًا بمعناه في باب الدعاء (٣٧٣/١) . (٧) في (م) ، (ع) : [فيما] .

(٨) رواه أبو داود بهذا اللفظ في باب التشهد (٢٤٤/١ ، ٢٤٥) ، ومسلم في الصحيح في الصلاة باب التشهد في الصلاة (١٧١/١ ، ١٧٢) ، والدارقطني في باب في التشهد (٣٠٨/١ ، ٣٠٩) .

(٩) تقدم تخريجه في مسألة (١٢٨) .

(١٠) في (ن) : [أتى] وفي كل النسخ : [يأتي] ، والظاهر أنها : [لا يأتي] .

(١١) ساقط من (ع) ، (ن) . (١٢) في (ص) : [حالة] .

الركعة الأخيرة من الفجر قال : « ربنا لك الحمد ، اللّهم أنج الوليد بن الوليد وسلمة بن هشام » (١) . ولا يقال : إن حظر الكلام كان بمكة ، وهذا بالمدينة ؛ لأن الكلام قد أبيح بالمدينة ، وروي عن زيد بن أرقم أنه قال : كنا نتكلم في الصلاة حتى نزل قوله ﴿ وَقُومُواْ لِلَّهِ قَـٰنِتِينَ ﴾ (٢) .

٢٤٧٣ – قالوا : روي عن علي أنه دعا في قنوته على قوم بأعيانهم (٣) . وعن أبي الدرداء أنه قال : إني لأدعو في صلاتي لسبعين أخ من إخواني بأسمائهم وأنسابهم (٤) .

٢٤٧٤ – قلنا : قد عارضه حديث سعد . وروي [عن] (٥) جماعة من التابعين مثل قولنا . وقال طاووس : ادع في الفريضة بما في القرآن . وعن النخعي أنه كره أن يدعو في صلاته بما يشبه الكلام .

٢٤٧٥ – قالوا : كل دعاء ساغ في غير الصلاة ساغ فيها ، كالدعاء بمصالح [الدين] (٦) .

٢٤٧٦ – قلنا : جواز الشيء خارج الصلاة لا يدل على جوازه فيها ؛ ألا ترى (٧) أن خطاب الغير بالتسبيح يجوز في غير الصلاة ولا يجوز فيها (٨) . ولأن الدعاء بمصالح الدين مما يشبه القرآن والأدعية ، فلذلك جاز فيها .

٢٤٧٧ – قالوا : قال اللّه تعالى : ﴿ فَٱدْعُ لَنَا رَبَّكَ يُخْرِجْ [لَنَا] (٩) مِمَّا تُنۢبِتُ ٱلْأَرْضُ مِنۢ بَقْلِهَا وَقِثَّآئِهَا [وَفُومِهَا وَعَدَسِهَا] (١٠) ﴾ (١١) ، وأنتم لا تجوزون الدعاء بذلك ،

---

(١) متفق عليه – أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب تفسير القرآن – في سورة آل عمران (١١٣/٣ ، ١١٤) ، ومسلم في الصحيح في كتاب المساجد باب استحباب القنوت في جميع الصلاة إذا نزلت بالمسلمين نازلة (٢٧١/١) ، والطحاوي في المعانى (٢٤١/١) ، وابن ماجه باب ما جاء في القنوت في صلاة الفجر (٣٩٤/١) ، الحديث (١٢٤٤) .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٩ ، تقدم حديث زيد بن أرقم في مسألة (٩٨) ، وانظر سنن النسائي في كتاب السهو ، الكلام في الصلاة (١٨/٣) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في كتاب صلاة التطوع والإمامة ، في تسمية الرجل في القنوت (٢١٦/٢) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٩٩/٢) نحوه ، وعلي بن الجعد في مسنده (١٦٩/١) . وذكره بالسند الذهبي في السير (٥٥/٩) ، والمزي في تهذيب الكمال (١٣٦/٢٨) ، والخطيب في تاريخ في تاريخ بغداد .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) ساقط من (ع) .

(٧) في (ص) : [ألا يرى] .

(٨) في (م) : [ولا يجوز في غير فيها] .

(٩) ساقط من (ع) .

(١٠) الزيادة من (م) ، (ع) .

(١١) سورة البقرة : الآية ٦١ .

وقد ورد به القرآن .

٢٤٧٨ - قلنا : إن قال : اللَّهم ارزقني من بقلها وقثائها وفومها وعدسها لم تفسد[١] ، لأن هذا قرآن ، وإن ذكره لا على هذا الوجه أفسد ؛ لأنه لا يشبه لفظ القرآن . ولأن هذا حكاه اللَّه تعالى دعاء مذموما فلا يقتضي[٢] ذلك جوازه .

* * *

---

(١) في (ن) : [لم يضر] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولا يقتضى] .

مسألة ١٣١

القنوت في الفجر ليس بسنة

٢٤٧٩ - قال أصحابنا : القنوت في الفجر ليس بسنة [١] .

٢٤٨٠ - وقال الشافعي : هو سنة في الفجر بكل حال ، وفي بقية الصلوات إذا حدثت [٢] حادثة بالمسلمين ، وإن لم يحدث فله قولان [٣] .

٢٤٨١ - والكلام في هذه المسألة يقع في بقية الصلوات ثم في الفجر .

٢٤٨٢ - والدليل على أنه لا يقنت في جملة الصلوات : أن القنوت أمر ظاهر ، فلو كان سنة لفعله النبي ﷺ ، ولو داوم عليه لنُقِل من طريق الاستفاضة ؛ كنقل سائر الأذكار ، فلما لم ينقل دل على أنه ليس بسنة . وقد ادعى الطحاوي الإجماع في هذا الفصل ، وقال : إن السلف اختلفوا ، والفقهاء بعدهم : فمنهم من أثبت القنوت في بعض الفرائض ، ومنهم من نفاه ، ولم يقل أحد بالقنوت في جميع الصلوات إلا الشافعي ، فلا يعتد بخلافه على الإجماع .

٢٤٨٣ - ولا معنى لقولهم : إنه روي عن عَليٍّ أنه قنت في المغرب [٤] ؛ لأن هذا لا

---

(١) انظر المسألة في : كتاب الآثار باب القنوت في الصلاة ص (٤٣ ، ٤٤) ، الحجة باب القنوت في الفجر (٩٧/١ ، ٩٨) ، الأصل باب القيام في الفريضة وفي باب صلاة المسافر (١٦٤/١ ، ٢٩٠) مختصر الطحاوي ص (٢٨) ، معاني الآثار باب القنوت في صلاة الفجر وغيرها (٢٥٤/١) المبسوط باب القيام في الفريضة (١٦٥/١) ، بدائع الصنائع فصل القنوت (٢٧٣/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية باب الوتر (٤٣٠/١ - ٤٣٥) ، البناية باب الوتر (٥٨٩/٢ - ٥٩٧) .

(٢) في (م) : [حدث] .

(٣) قال الشافعي في الأم : ولا قنوت في شيء من الصلوات إلا الصبح - إلا أن تنزل نازلة - فيقنت في الصلوات كلهن إن شاء الإمام . انظر : الأم : القنوت في الجمعة (٢٠٥/١) ، الوسيط باب كيفية الصلاة (٦٢٢/٢) ، حلية العلماء (١١/٢) ، فتح العزيز في هامش المجموع (٤١٢/٣ - ٤٤٩) المجموع مع المهذب (٤٩٢/٣ - ٥١١) . (وانظر : المدونة ١٠٠/١ ، ١٠١ ، المنتقى : القنوت في الصبح ٢٨١/١ ، ٢٨٢ ، الكافي لابن عبد البر ٢٠٧/١ ، بداية المجتهد الفصل الأول في أقوال الصلاة المسألة التاسعة ١٣٤/١ ، ١٣٥ قوانين الأحكام الشرعية الباب الحادي عشر في القنوت ص ٦٢ ، الإفصاح ١٤٣/١ ، الكافي لابن قدامة ١٤٧/١ ، المغني باب الساعات التي نهي عن الصلاة فيها ١٥١/٢ - ١٥٦) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في القنوت في المغرب (٢١٧/٢) ، والطحاوي في المعاني في باب القنوت في صلاة الفجر وغيرها (٢٥٢/١) .

يعترض على الإجماع ؛ ألا ترى أنه لم يقنت [١] في كل الصلوات . ولأن القنوت ذكر زائد فلا يفعل في جميع الواجبات ، كتكبير العيد .

٢٤٨٤ – ولا يقال : فكان من جنسه ما يفعل في جميع الصلوات كتكبير العيد ؛ لأن جنس القنوت : الدعاء ، وذلك يفعل في كل الصلوات وإن لم يكن في محل القنوت .

٢٤٨٥ – وأما [٢] الكلام في الفجر ، فالدليل عليه : ما روى إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال : لم يقنت النبي ﷺ إلا شهرًا ، لم يقنت قبله ولا بعده [٣] . وروى أبو مالك الأشجعي سعد بن طارق قال : قلت لأبي : يا أبت ، إنك قد صليت خلف رسول الله ﷺ ، وأبي بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلي بالكوفة نحوًا من خمس سنين [٤] ، أكانوا يقنتون ؟ قال : يا بني ، محدث [٥] . وروي : بدعة [٦] . ولأن النبي ﷺ لو داوم على القنوت في الفجر لنقل ذلك كنقل القراءة والتكبير ؛ لأن الحاجة إلى جميع ذلك على وجه واحد ، فلما لم ينقل إلا من جهة الآحاد دل على أنه لم يداوم [٧] عليه .

٢٤٨٦ – وقد استدل أصحابنا بحديث أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ نهى عن القنوت في الفجر . [٨] وعن صفية بنت أبي عبيد عن النبي ﷺ مثله [٩] . وقد اعترض عليه بأن راويه [١٠] محمد بن يعلى زنبور عن عنبسة بن عبد الرحمن القرشي عن عبد الله بن نافع عن أبيه ، قالوا : ومحمد بن يعلى وعنبسة وعبد الله بن نافع : ضعفاء . قالوا : ونافع لم يسمع من أم سلمة . وهذا حديث كوفي ، وأصحاب الحديث يعترضون بعض رواة [١١]

---

(١) في (ع) : [لا يقنت] . (٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فأما] .

(٣) أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ في باب القنوت في صلاة الفجر وغيرها ٢٤٥/١ .

(٤) في (ن) : [خمسين سنة] .

(٥) أخرجه الترمذي في السنن في باب ما جاء في ترك القنوت (٢٥٢/٢ ، ٢٥٣) ، الحديث (٤٠٢) وأحمد في المسند (٤٧٢/٣) ، وابن ماجه في باب ما جاء في القنوت في صلاة الفجر (٣٩٣/١) ، الحديث (١٣٤١) ، والطحاوي (٢٤٩/١) ، وابن أبي شيبة بمعناه في (٢٠٧/٢) ، والبيهقي في الكبرى في باب من لم ير القنوت في صلاة الصبح (٢١٣/٢) .

(٦) أخرجه النسائي بهذا اللفظ ، في المجتبى كتاب الافتتاح ، في ترك القنوت (٢٠٤/٢) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لم يدام] .

(٨) أخرجه والدارقطني في باب صفة القنوت وبيان موضعه (٣٨/٢) ، والبيهقي في الكبرى باب من لم ير القنوت ، في صلاة الصبح (٢١٤/٢) . (٩) أخرجه الدارقطني في بيان صفة القنوت (٣٨/٢) .

(١٠) في (م) : [بأن رواية] ، وفي (ع) : [بأنه رواية] .

(١١) في (م) ، (ع) : [رواية] .

الكوفيين بغير سبب يوجب الضعف . ولأنها صلاة مفروضة ، كسائر الصلوات . ولأنها صلاة سن لها أذان وإقامة ، أو صلاة شفع ، أو صلاة يكفر جاحدها . ولأنها صلاة يدخل وقتها بطلوع الفجر ، كركعتي الفجر . ولأنها صلاة نهار كالعيد . ولأنه ذكر زائد فلا يثبت في الفجر ، كتكبير العيد .

٢٤٨٧ - احتجوا : بحديث أبي هريرة قال : لما رفع رسول اللّٰه ﷺ رأسه من الركعة الثانية من الصبح قال : « اللّٰهم أنج الوليد بن الوليد ، وسلمة بن هشام ، وابن أبي ربيعة ، والمستضعفين بمكة ، واشدد وطأتك [١] على مضر ، ورعل ، وذكوان ، واجعل عليهم سنين كسني يوسف » [٢] . قالوا : وهذا في صحيح البخاري [٣] . والجواب عنه : أنه لا دلالة فيه ؛ لأن المذكور [٤] فيه مبارك بإجماع [٥] - وهو تسمية الرجال - ، وإنما الخلاف في ذكر آخر لم يذكر في الخبر . ولأنه روي أنه عليه السلام ترك الدعاء بعد شهر ، أو تسع وعشرين ليلة [٦] ، فدل [على] [٧] أنه ليس بسُنّة حين لم يداوم عليه .

٢٤٨٨ - احتجوا : بحديث أنس قال : مازال رسول اللّٰه ﷺ يقنت في الفجر حتى فارق الدنيا [٨] .

٢٤٨٩ - والجواب : أن حديث أنس قد روي مختلفًا [٩] : فروى أبو مجلز [١٠] عن أنس قال : قنت رسول اللّٰه ﷺ في الفجر بعد الركوع شهرا يدعو على رعل وذكوان ، وقال : « عصية عصوا اللّٰه ورسوله » [١١] . وروى أبو معاوية عن عاصم ، عن أنس رضي الله عنه

---

(١) في (م) ، (ع) : [وأشد وطأتك] . (٢) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٣٠) .

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح في آخر كتاب الجمعة ، باب دعاء النبي ﷺ (١٧٨/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب الدليل على أنه يقنت بعد الركوع (٢٠٧/٢) .

(٤) في (ع) : الذكر . (٥) في (ص) [بالإجماع] .

(٦) أخرجه مسلم في الصحيح في باب استحباب القنوت في جميع الصلاة إذا نزلت بالمسلمين نازلة (٢٧٣/١) ، وأبو داود في باب القنوت في الصلاة (٣٦٤/١) ، وابن ماجه في باب ما جاء في القنوت في صلاة الفجر (٣٩٤/١) ، الحديث (١٢٤٣) ، والبيهقي في الكبرى في باب ترك القنوت في سائر الصلوات غير الصبح (٢٠١/٢) ، والدارقطني في باب صفة القنوت وبيان موضعه (٣٩/٢) .

(٧) ساقط من (ن) .

(٨) أخرجه البيهقي في الكبرى في باب الدليل على أنه لم يترك أصل القنوت في صلاة الصبح (٢٠١/١) .

(٩) في سائر النسخ : [مختلف] . (١٠) في (م) ، (ع) : [أبو الخلد] .

(١١) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب المغازي باب غزوة الرجيع ورعل وذكوان وبئر معونة (٣٠/٣) ، ومسلم في الصحيح باب استحباب القنوت في جميع الصلاة إذا نزلت بالمسلمين نازلة (٢٧٢/١) ، وابن أبي =

قال : سألته عن القنوت قبل الركوع أو بعده ؟ فقال : قبل الركوع ، فقلت : إن أناسا يزعمون أن رسول الله [ﷺ] [١] قنت قبل الركوع ، فقال : إنما قنت يدعو على أناس قتلوا أناسا من أصحابه يدعون القراء [٢] . وإذا [٣] تعارض الخبر عنه كان الرجوع إلى خبر ابن مسعود الذي لم يتعارض أولى . ولا يجوز أن يقال : يجمع بين الروايتين أيضا فنقول : الذي روي أنه لم يترك القنوت / يعني : تطويل القيام ، وذلك يسمى قنوتا [٤] . وقد روي عن ابن عمر أنه قال : ما أعرف القنوت إلا طول القيام [٥] وسئل النبي ﷺ عن أفضل الصلاة ، فقال : « طول القنوت » [٦] ، يعني [طول] [٧] القيام . فأما [٨] الدعوة [٩] على الأئمة [١٠] الأربعة فليس بصحيح ؛ وإنما روي عن عمر أنه قنت [١١] وروي عنه خلافه : قال إبراهيم : حدثني الأسود أنه صحب عمر سنين في السفر والحضر فلم يقنت [١٢] . وأن عثمان لم يقنت . وأن أهل العراق أخذوا القنوت عن عَليٍّ ، وأخذ أهل الشام عن معاوية [١٣] . وقد روي عن ابن عباس وسعيد بن جبير أنه كان لا يقنت في الفجر [١٤] .

٢٩/ب

= شيبة (٢٠٩/٢) ، والنسائي في باب القنوت بعد الركوع (٢٠٠/٢) .

(١) ساقط من (ن) .

(٢) أخرجه مسلم باب استحباب القنوت في جميع الصلاة إذا نزلت بالمسلمين نازلة (٢٧٢/١) وابن أبي شيبة مختصرا باب الوتر يطال فيه القيام أو لا (٢٠٩/٢) ، والبيهقي في باب ترك القنوت في سائر الصلوات غير الصبح (٢٠٧/٢) .

(٣) في (ع) : [إذا] .

(٤) في (ص) ، (م) : [قنوت] .

(٥) رواه ابن أبي شيبة في المصنف في من كان لا يقنت في الوتر (٢٠٥/٢) .

(٦) أخرجه مسلم في الصحيح في باب أفضل الصلاة طول القنوت (٣٠٣/١) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب فضل التطوع (٧٣/٣) ، الحديث (٤٨٤٥) ، والبيهقي في الكبرى في باب أفضل الصلاة طول القنوت (٨/٣ ، ٩) .

(٧) ساقطة من (ن) .

(٨) في (ص) ، (ن) : [وأما] .

(٩) الدعوة : بمعنى الدعوى والادعاء .

(١٠) يقصد الخلفاء الراشدين .

(١١) روى ابن أبي شيبة من حديث أبي عثمان أنه سئل عن قنوت عمر في الفجر فقال : كان يقنت بقدر ما يقرأ الرجل مائة آية ، المصنف في الوتر يطال فيه القيام أو لا (٢٠٧/٢) ، والطحاوي في شرح المعاني (٢٤٩/١ ، ٢٥٠) .

(١٢) وانظر : الطحاوي في شرح الآثار (٢٥٠/١) .

(١٣) أخرجه محمد بن الحسن بألفاظ متقاربة في كتاب الآثار في باب القنوت في الصلاة ص (٤٤) الأثر (٢١٦) ، وابن أبي شيبة في المصنف باب الوتر يطال فيه القيام أو لا (٢٠٨/٢) ، والبيهقي باب ترك القنوت في سائر الصلوات غير الصبح (٢٠٤/٢) .

(١٤) أخرجه ابن أبي شيبة باب الوتر يطال فيه القيام أو لا (٢٠٨/٢) .

[وعن] [١] ابن عمر أنه قيل له : يمنعك الكبَر من القنوت ؟ فقال : ما أعرفه عن أصحابي . والذي روي من فعل علي فإنما فعله في المحاربة أياما ثم قال : لا أزيد على قنوت رسول الله ﷺ [٢] . فدل على أنه لا يرى القنوت بكل حال .

٢٤٩٠ – قالوا : كل ذكر كان مسنونًا في صلاة الوتر كان مسنونًا في صلاة الفجر ، كالتكبيرات .

٢٤٩١ – قلنا : يبطل بالتشهد الأول إذا أوتر بأكثر من ركعة . ولأن سائر الأذكار لما سنت في ركعتي الفجر سنت في فرضها ، ولما لم يسن القنوت في ركعتي الفجر لم يسن في فرض الفجر .

٢٤٩٢ – قالوا : كل ذكر كان مسنونًا في غير الفرائض وجب أن يكون من جنسه ما هو مسنون في الفرائض ، كالاستفتاح [٣] والتشهد والمسح .

٢٤٩٣ – قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن القنوت دعاء ، وجنس ذلك ثابت في الفرائض ، وإنما يختلف المحل ، فهو كتكبير العيد الذي يثبت جنسه في الفرائض وإن [٤] اختلف المحل . والمعنى فيما ذكروه [من] [٥] الأذكار أنها تثبت في جميع النوافل ، فكذلك [٦] جاز أن يثبت من [جنسها] [٧] في الفرائض ، ولما لم يسن القنوت في كل النوافل لم يسن في الفرائض .

* * *

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى باب من لم ير القنوت في صلاة الصبح (٢/٢١٣) .

(٣) في (ع) : [والاستفتاح] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وإنما] .

(٥) ساقطة من (ع) .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فلذلك] .

(٧) ساقطة من (ن) .

مسألة ١٣٢

الترتيب في الفوائت واجب ما لم تتكرر

٢٤٩٤ - [قال أصحابنا] (١) : الترتيب في الفوائت واجب ما لم تتكرر (٢) .

٢٤٩٥ - وقال الشافعي : لا يجب (٣) .

٢٤٩٦ - لنا : حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « من نسي صلاة فلم يذكرها إلا وراء الإمام فليمض في هذه ، ثم يصلي التي (٤) ذكر ، ثم ليعد هذه (٥) . ووجوب الإعادة يدل على وجوب الترتيب .

٢٤٩٧ - ولا يقال : إن هذا الخبر موقوف على ابن عمر وإنما وهم فيه إبراهيم الترجماني فرفعه ؛ لأن إبراهيم ثقة ، فانفراده بالإسناد لا يوجب ضعف الخبر وإن أوقفه غيره . ولأن (٦) ابن عمر يجوز أن يكون اتخذه مذهبا فأفتى به . ولا معنى لاعتراض من اعترض عليه برواية سعيد بن عبد الرحمن - راوي هذا الخبر ، قاضي مدينة السلام ، الهادي ، والذي صلب (٧) محمد بن سعيد الشامي - وقد قال الطحاوي : لم ينقل عن

---

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) انظر : المبسوط باب كيفية الدخول إلى الصلاة (١٥٤ ، ١٥٥) ، تحفة الفقهاء باب قضاء الفائتة (٢٣١/١ ، ٢٣٢) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية باب قضاء الفوائت (٤٨٥/١ - ٤٩٧) ، البناية باب قضاء الفوائت (٦٩٩/٢ - ٧٢١) .

(٣) قال الشافعي وأصحابه : من فاتته صلوات يستحب قضاؤها مرتبا . (انظر : الوسيط ٦٣٧/٢ ، حلية العلماء باب مواقيت الصلاة ٢٧/٢ ، فتح العزيز في هامش المجموع ٥٢٤/٣ - ٥٢٨ ، المجموع مع المهذب باب مواقيت الصلاة ٦٨/٣ - ٧١) . (وانظر : المدونة ما جاء في قضاء الصلاة إذا نسيها ١٢٢/١ ، ١٢٣ ، الكافي لابن عبد البر باب فيمن نسي صلاة ثم ذكرها ٢٢٤/١ ، ٢٢٥ ، بداية المجتهد الباب الثاني في القضاء ١٨٧/١ ، ١٨٨ ، المقدمات والممهدات كتاب الصلاة ٢٠٧/١ ، قوانين الأحكام الشرعية الباب التاسع عشر في قضاء الفوائت ص٧١ ، المسائل الفقهية كتاب الصلاة ١٣٢/١ - ١٣٥ ، الكافي لابن قدامة باب أوقات الصلاة ٩٩/١ ، ١٠٠ ، المغني باب صفة الصلاة ٦٠٧/١ - ٦١٥) .

(٤) في (ص) : [الذي] .

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى باب من ذكر صلاة وهو في أخرى (٢٢١/٢) ، والدارقطني باب الرجل يذكر صلاة وهو في أخرى (٤٢١/١) ، والطحاوي في المعاني في باب الرجل ينام عن الصلاة أو ينساها كيف يقضيها (٤٦٧/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأن] .

(٧) في (م) ، (ن) : [صلت] .

ابن عمر من الصحابة خلاف هذا ، وقوله حجة [١] .

٢٤٩٨ - قالوا : قوله عليه السلام : « فليمض في هذه » يقتضي وجوب المضي ، وقوله : « وليعد » يقتضي وجوب الإعادة ، فعندكم المضي استحباب والإعادة واجبة ، وعندنا المضي واجب والإعادة استحباب ، فتساويا في ترك أحد الظاهرين .

٢٤٩٩ - قلنا : عندنا المضي واجب في إحدى الروايتين ، ذكرها الطحاوي . ثم قوله : « وليعد » الإعادة لا تقال [٢] إلا فيما لم يقع موقعه [٣] ، فيسقط الفرض بالثاني ، فأما إذا فعل مثل ذلك الفعل والفرض يسقط بالأول لم يطلق الاسم عليه .

٢٥٠٠ - وروى أصحابنا أن النبي ﷺ قال : « لا صلاة لمن عليه صلاة » [٤] . وروى قتادة عن أنس أن النبي ﷺ قال : « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها ، فإن ذلك كفارتها ، لا كفارة لها إلا ذلك » [٥] . وقوله : « لا كفارة لها إلا ذلك » يقتضي وجوب تقديمها على صلاة الوقت ؛ لأن صلاة الوقت كفارة إذا فعلها بعدها . ولأن النبي ﷺ أخر الصلوات يوم الخندق وقضاها مرتبة [٦] ، وفعله في الفوائت بيان لفعله في صلاة الوقت . ولا يقال : إن جواز تأخير الصلاة للخوف قد نسخ ؛ لأن التأخير كان لعدم القدرة على الفعل لأجل القتال ، وهذا لم ينسخ ، ولو

---

(١) قال ابن التركماني بعد أن أثبت توثيق الترجماني : فقد قال الطحاوي في كتاب اختلاف العلماء : لا يعلم عن أحد من الصحابة خلافه ، وكذا ذكر صاحب التمهيد . (في الجوهر النقي بذيل الكبرى ٢٢١/٢) .

(٢) في (ن) : [لا يقال] .

(٣) في (م) ، (ن) : [موقفه] .

(٤) أخرجه ابن الجوزي في العلل المتناهية بسنده (٤٣٩/١) الحديث (٧٥٠) ، وفي نصب الراية في آخر باب قضاء الفوائت (١٦٦/٢) .

(٥) أخرجه مسلم في الصحيح في باب قضاء الصلاة الفائتة واستحباب تعجيل قضائها (٢٧٦/١) ، والترمذي في باب ما جاء في الرجل ينسى الصلاة (٣٣٥/١ ، ٣٣٦) ، الحديث (١٧٨) ، وابن أبي شيبة في باب الرجل ينسى الصلاة أو ينام عنها (٥١٣/١) ، وابن خزيمة في الصحيح باب ذكر الدليل على أن أمر النبي ﷺ بإعادة تلك الصلاة التي قد نام عنها أو نسيها (٩٧/٢) ، الحديث (٩٩٢ ، ٩٩٣) ، والطحاوي في المعاني في باب الرجل ينام عن الصلاة أو ينساها كيف يقضيها (٤٦٦/١) .

(٦) تقدم تخريجه من حديث ابن مسعود ، وأبي سعيد الخدري ، في مسألة (٩٢) . راجع حديث ابن مسعود في الترمذي في باب ما جاء في الرجل تفوته الصلوات بأيتهن يبدأ (٣٣٧/١) ، والنسائي في كتاب المواقيت كيف يقضي الفائت من الصلاة (٢٩٧/١ ، ٢٩٨) ، والبيهقي في الكبرى باب قضاء الصلوات الأولى فالأولى (٢١٩/٢ ، ٢٢٠) ، وحديث أبي سعيد في النسائي في الأذان ، الأذان للفائت من الصلوات (١٧/٢) .

نسخ جواز التأخير بقي [١] حكم الترتيب فيما فات وقته [٢] . ولأنهما صلاتان واجبتان جمعهما وقت واحد يتسع لهما يفعلان فيه لا على وجه التكرار ، فلزم الترتيب فيهما ، كصلاتي عرفة والمزدلفة . ولا يلزم المنسية ؛ لأنها ليست واجبة مع النسيان ؛ ألا ترى أنه لو فعلها لم يقع موقع الواجب .

٢٥٠١ - ولا يقال : إن صلاة العصر بعرفة ليست واجبة ؛ لأنها إذا فعلت كانت واجبة . ولأن كل شرط اعتبر في الصلاتين - إذا كانت إحداهما [٣] واجبة والأخرى جائزة جاز أن يعتبر بين الواجبين ، كالطهارة وستر العورة .

٢٥٠٢ - ولأن كل ترتيب واجب مع بقاء الوقت [جاز أن يجب بعد الفوات ، كترتيب الركوع والسجود . ولأن الواجب عليه مع بقاء الوقت] [٤] الترتيب في الفعل والوقت ، فإذا فات الوقت تعذر الترتيب في الوقت ، فبقي [٥] الترتيب في الفعل ممكنًا ، فوجب عليه فعله .

٢٥٠٣ - ولا يقال : المعنى في جميع ما قستم [٦] عليه أن الترتيب يجب فيه مع النسيان ، ولما لم يجب هذا الترتيب مع النسيان لم يجب مع الذكر ؛ لأنا لا نسلم هذا ، ولا نقول في جميع المواضع يوجب الترتيب ناسيا [٧] ، وإنما يجب عليه بعد الذكر عبادة أخرى ، والعبادات المبتدأة تجب [٨] بحسب الدلالة . ولأنه قد يسقط [٩] الشيء [بالنسيان] [١٠] - لأنه عذر - ولا يسقط مع عدمه لفقد العذر .

٢٥٠٤ - ولا يقال : إن مع بقاء الوقت لا يتصور الترتيب إلا من حيث الوقت ، فأما الفعل فلا ؛ وذلك لأنه يتصور بالفعل ؛ ألا ترى أن في صلاتي عرفة وفي الجمع في حال السفر عندهم يسقط الترتيب بالوقت ، ويجب الترتيب بالفعل ؟!

٢٥٠٥ - احتجوا : بحديث ابن عباس [﵄] [١١] أن النبي ﷺ قال : « أمَّني

---

(١) في (ع) : [نفي] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وفيه] .
(٣) في (ص) ، (ع) : [أحديهما] ، وفي (ن) : [أحدهما] .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) في (م) ، (ع) : [فنفي] .
(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [في جميعها قستم] .
(٧) في (ن) : [بأشياء] .
(٨) في (ع) : [يجب] .
(٩) في (ن) : [سقط] .
(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) ، بياض مكانه .
(١١) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

جبريل عند البيت مرتين ، وقال لي : ما بين هذين وقت » [١] ، وهذا يقتضي أن الوقت جميعه للظهر وحدها .

٢٥٠٦ – والجواب : أن الخبر اقتضى كون الوقت لها ، وخبرنا اقتضى كونه وقتا للفائتة ، والكلام يقع في تقديم أحد الواجبين ، ولا دلالة في الخبر على هذا . ولأن كونه وقتًا لها لا يمنع من وجوب فعل غيرها قبلها .

٢٥٠٧ – احتجوا : بقوله ﷺ : « فلا ينصرفن حتى يسمع صوتا أو يجد ريحًا » [٢] .

٢٥٠٨ – والجواب : أن هذا يقتضي النهي عن الانصراف ، وعندنا يمضي في الصلاة ، ولا ينصرف عنها .

٢٥٠٩ – قالوا : عبادتان يسقط الترتيب فيهما مع النسيان فوجب أن يسقط مع الذكر ، أصله : إذا فاته يومان من رمضان ، وأصله : آخر الوقت ، وعكسه صلاتي عرفة .

٢٥١٠ – قلنا : سقوط الفرض مع [النسيان لا يدل على سقوطه مع] [٣] الذكر ؛ لأن النسيان عذر ، وقد يسقط الفرض بالعذر وإن لم يسقط بغيره . ولأن قضاء رمضان فرض متكرر ، والفرائض المتكررة لا ترتيب فيها ، كالفوائت إذا كثرت ، والصلوات فرض لم يتكرر [٤] ، فصار كالسجود والركوع . ولا يقال : هذا يبطل بظهرين من يومين لأن الترتيب واجب فيها عندكم وإن كانت متكررة ؛ وذلك أن الظهر [٥] الثانية لا تجب إلا في آخر وقتها ، والترتيب هناك [٦] ساقط ، فإذا دخل وقت العصر [فقد] [٧] سقط الترتيب ؛ لأن المعتبر [٨] ليس هو كون الفوائت ستة ، وإنما المعتبر أن يكون بين الصلاتين أكثر من خمسة . ذكره الطحاوي في مختصره [٩] .

٢٥١١ – قالوا : صلوات فوائت ، أو صلوات استقرت في الذمة ، فأشبهت إذا دخلت في التكرار .

---

(١) تقدم تخريج حديث ابن عباس في أول كتاب الصلاة في مسألة (٨٠) .

(٢) تقدم تخريج هذا الحديث بهذا اللفظ ، في مسألة (٣٦) ، وبلفظ : لا وضوء إلا من صوت أو ريح في مسألة (٣٤) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ص) : [لم يكرر] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ظهر] .

(٦) في (م) ، (ع) : [هنا] .

(٧) زيادة من (ن) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [المعتد] .

(٩) راجع مختصر الطحاوي باب صفة الصلاة ص (٢٨ ، ٢٩) .

٢٥١٢ - قلنا : إذا دخلت في التكرار لحق مشقة بترتيبها [١] ، ولما لم تتكرر [٢] لم يلحق المشقة ، فلذلك سقط الترتيب في أحد الموضعين دون الآخر . ولأنا بينا أن التكرار له تأثير في الترتيب .

٢٥١٣ - ولا يقال : لو كان الترتيب واجبًا لم يسقط وإن تكرر ، كترتيب السجود والركوع ؛ لأن ترتيب السجود على الركوع أقوى من ترتيب العبادتين إحداهما [٣] على الأخرى ؛ ألا ترى أنه [لا ينفرد] [٤] الركوع عن السجود وقد تنفرد [٥] إحدى الصلاتين عن [٦] الأخرى ، فلقوة [٧] الترتيب هناك وجب [٨] وإن [٩] تكررت العبادة .

٢٥١٤ - قالوا : الترتيب في العبادات [١٠] ضربان : ترتيب من ناحية الوقت ، وترتيب من ناحية الفعل ، فالترتيب في الوقت : يسقط بفواته ، كصوم رمضان وقضاء [١١] رمضانين ، والترتيب من حيث الفعل : لا يسقط [١٢] بحال ، كصوم الكفارة . والعصر والمغرب ترتيبها من حيث الوقت ، فسقط بالفوات .

٢٥١٥ - قلنا : الترتيب في الصلوات [١٣] قد بينا أنه من حيث الفعل والوقت ؛ ألا ترى أن الوقت قد يسقط [١٤] في صلاتي عرفة ويبقى ترتيب الفعل . فإذا فاتت الصلوات [١٥] سقط ترتيب الوقت وبقي ترتيب الفعل .

* * *

---

(١) في (ن) : [ترتيبها] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يتكرر] .
(٣) في (ن) ، (ع) : [أحدهما] وفي (ص) ، (م) : [إحديهما] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ينفرد] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ينفرد] .
(٦) في (م) : [على] .
(٧) في (م) : [فلغوه] .
(٨) في (م) ، (ع) ، (ن) [ما وجب] .
(٩) في (م) ، (ع) : [فإن] .
(١٠) في (ع) : [في العبادة] .
(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وكقضاء] .
(١٢) في (ص) : [لا تسقط] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [في الصلاة] .
(١٤) في (م) : [تسقط] .
(١٥) في (م) ، (ع) : [الصلاة] .

مسألة ١٣٣

إذا سُلم على المصلي لم يرد بلسانه ولا بالإشارة

٢٥١٦ - قال أصحابنا : إذا سُلِّم على المصلي لم يرد بلسانه ولا بالإشارة (١) .

٢٥١٧ - وقال الشافعي : يشير برأسه . وفي قول آخر : بيده (٢) .

٢٥١٨ - لنا : حديث ابن مسعود ﷺ قال : خرجت في حاجة ونحن نسلم (٣) بعضنا على بعض في الصلاة ، ثم رجعت فسلمت فلم يرد عَلي - يعني النبي ﷺ - وقال : « إن في الصلاة شغلا » (٤) ، وقوله : فلم يرد عَلي يدل على أنه لم يرد بلسانه ولا بغيره . وقوله ﷺ : « إن في الصلاة شغلًا » تنبيه على أنه لا يشتغل عنها بالرد .

٢٥١٩ - وروى أبو الزبير عن جابر ﷺ قال : كنا مع النبي ﷺ في سفر ، فبعثني في حاجة ، فانطلقت إليه (٥) ، فسلمت عليه فلم يرد علي ورأيته يركع ويسجد ، فلما سلم

---

(١) راجع : كتاب الحجة باب التشهد والسلام على النبي ﷺ (١/١٤٦ - ١٥١) ، بدائع الصنائع فصل في بيان أحكام الاستخلاف (١/٢٣٧) ، فتح القدير مع الهداية باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها (١/٤١١) ، الاختيار لتعليل المختار كتاب الصلاة فصل فيما يكره للمصلي (١/٦٢) البناية باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها فصل في العوارض (٢/٥٢٨ ، ٥٢٩) ، مجمع الأنهر باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها (١/١٢٠ - ١٢٣) .

(٢) راجع : حلية العلماء باب ما يفسد الصلاة ويكره فيها (١/١٣١) ، المجموع مع المهذب باب ما يفسد الصلاة ويكره فيها (٤/١٠٣ - ١٠٥) . (وانظر : المدونة : الإشارة في الصلاة ١/٩٨ ، بداية المجتهد الباب الأول في الإعادة ، المسألة السادسة ١/١٨٥ ، الكافي لابن قدامة باب ما يكره في الصلاة ١/١٧٤ ، المغني باب ما يبطل الصلاة ٢/٦٠ ، ٦١) .

(٣) في (ص) ، (ن) : [يسلم] .

(٤) أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ في المعاني في باب الإشارة في الصلاة (١/٤٥٥) ، والبخاري - بمعناه - في الصحيح في كتاب الكسوف باب لا يرد السلام في الصلاة (١/٢١٠) ، ومسلم في الصحيح في باب تحريم الكلام في الصلاة ونسخ ما كان من إباحته (١/٢١٩) ، وأبو داود في السنن باب رد السلام في الصلاة (١/٢٣٣) ، وابن ماجه مختصرا (١/٣٢٥) ، الحديث (١٠١٩) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب السلام في الصلاة (٢/٣٣٥) ، الحديث (٣٥٩١ - ٣٥٩٣) ، وابن خزيمة في الصحيح (٢/٣٤ ، ٣٥) ، الحديث (٨٥٥ ، ٨٥٨) ، وابن أبي شيبة (١/٥٢٢) ، والبيهقي في الكبرى في باب ما لا يجوز من الكلام في الصلاة (٢/٢٤٨) .

(٥) في سائر النسخ : [إليه] ، المثبت من الطحاوي كما ورد في ألفاظ الحديث : [فانطلقت إليها ، ثم جئته ..] .

رد عَليَّ . (١) ولأنه إن كان يشير بيده فقد قال عَلَيْهِ السَّلَامُ : « كفوا أيديكم في الصلاة » ، وإن كان برأسه فقد قال (٢) : « اسكنوا في الصلاة » (٣) . ولأنها إشارة تنبئ عن معنى ليس فيه إصلاح الصلاة ، فصار كالإشارة في حوائجه .

٢٥٢٠ - احتجوا : بحديث ابن عمر / قال : خرج رسول اللّٰه ﷺ إلى قباء فصلى فيه ، فجاءت الأنصار فسلموا عليه وهو يصلي ، قال : فقلت لبلال : كيف رأيت رسول اللّٰه ﷺ حين كانوا يسلمون عليه [وهو يصلي] (٤) ، قال : كان يقول هكذا - وبسط كفه (٥) - يعني : أشار بيده . وروي أنه قال : وكان معه صهيب ، فسألته : كيف كان يرد عليهم ، قال : كان يشير بيده (٦) . ٣٠/أ

٢٥٢١ - والجواب : أنه حكاية فعل ، فيحتمل أن يكون أشار بيده يسكنهم ويمنعهم من السلام ؛ لئلا يشغلوه (٧) عن صلاته .

٢٥٢٢ - قالوا : عمل يسير فأشبه الخطوة والضربة على الحربة .

٢٥٢٣ - قلنا : هذا يفعل لإصلاح الصلاة ، حتى لا يشغل (٨) قلبه بها ، والخلاف فيما وقع لغير صلاحها .

* * *

---

(١) أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ (٤٥٦/١) ، وابن أبي شيبة بهذا المعنى في الرجل يسلم عليه في الصلاة (٥٢٢/١) ، والبيهقي (٢٤٨/٢ ، ٢٤٩) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) هذا جزء من حديث جابر بن سمرة ، تقدم تخريجه في مسألة (١١٥) .

(٤) الزيادة من (ن) .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ن) : [وسط كفه] . والحديث أخرجه أبو داود بهذا اللفظ (٢٣٤/١) ، والطحاوي بمعناه (٤٥٣/١ ، ٤٥٤) .

(٦) أخرجه ابن ماجه بهذا اللفظ (٣٢٥/١) ، الحديث (١٠١٧) ، وعبد الرزاق عن ابن عيينة في المصنف (٣٣٦/٢) ، الحديث (٣٥٩٧) ، وابن أبي شيبة في المصنف في من كان يرد ويشير بيده أو برأسه (٥٢٢/١) ، وابن خزيمة في الصحيح في باب الرخصة بالإشارة في الصلاة برد السلام إذا سلم على المصلي (٤٩/٢) ، الحديث (٨٨٨) ، والدارمي في باب كيف يرد السلام في الصلاة (٣١٦/١) ، والنسائي في باب رد السلام بالإشارة في الصلاة (٥/٣) ، والبيهقي من هذا الوجه ومن وجه آخر عن ابن عمر في باب الإشارة برد السلام (٢٥٩/٢) ، والطحاوي من وجه آخر عن عمر (٤٥٤/١) القائل ابن عمر وهذه رواية أخرى للحديث السابق توضح إجابة أخرى لبلال الذي كان بصحبة صهيب .

(٧) في (ن) : [شغلوه] .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لا يشتغل] .

مسألة ١٣٤

إذا سبح في صلاته يريد خطاب غيره ولا يقصد بذلك إصلاح الصلاة فسدت ، وكذلك إن فتح القرآن على غير الإمام

٢٥٢٤ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا سبح في صلاته يريد خطاب غيره ولا يقصد بذلك إصلاح الصلاة فسدت ، وكذلك إن فتح القرآن على غير الإمام .

٢٥٢٥ - وقال أبو يوسف : لا يبطل (١) . وبه قال الشافعي (٢) .

٢٥٢٦ - لنا (٣) : حديث معاوية بن الحكم ﷺ أنه شَمَّت عاطسًا (٤) ، فقال له ﷺ: « إن صلاتنا لا يصلح فيها شيء من كلام الناس ، إنما هي تكبير وتسبيح وقراءة القرآن » (٥) ، ومعلوم أن التشميت (٦) ذكر اللّٰه تعالى ودعاء ، إلا أنه أنكره لأنه قصد به خطاب الآدمي ، فدل على أن ذكر اللّٰه تعالى يجوز أن يفسد الصلاة . ولا يقال : إنه لم يأمره بالإعادة ، لأن (٧) قوله [ﷺ] (٨) : « لا يصلح فيها شيء من كلام الناس »

(١) راجع تفصيل المسألة في : بدائع الصنائع ، (٢٣٥/١ ، ٢٣٦) فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية ، (٤٠١/١ ، ٤٠٢) ، الاختيار كتاب الصلاة (٦١/١) ، البناية ، (٤٩٨/٢ ، ٤٩٩) ، مجمع الأنهر (١١٩/١) .

(٢) راجع : حلية العلماء (١٣٠/٢) ، المجموع مع المهذب ، (٨٨/٤) . وقال مالك في المدونة : وإن أراد الحاجة وهو في صلاته فلا بأس أن يسبح . وقال : ولا ينبغي لأحد أن يفتح على أحد ليس معه في الصلاة . وقال ابن قدامة في المغني : وقال القاضي : إن قصد التلاوة دون التنبيه لم تفسد صلاته ، وإن قصد التنبيه دون التلاوة فسدت صلاته ؛ لأنه خاطب آدميًا ، وإن قصدهما جميعا ففيه وجهان : أحدهما : لا تفسد صلاته ، والثاني تفسد صلاته . وقال : يكره أن يفتتح من هو في الصلاة على من هو في صلاة أخرى أو على من ليس في صلاة . راجع : المغني (٥٩/٢) .

(٣) في سائر النسخ : [لهما] ، ولا يستقيم المعنى به .

(٤) في (ن) : [العاطس] .

(٥) هذا جزء من حديث معاوية بن الحكم تقدم تخريجه بمعناه بألفاظ أخرى في مسألة (١٠٦) وأخرجه ابن خزيمة مطولا في باب ذكر الكلام في الصلاة جهلا من المتكلم (٣٥/٢ ، ٣٦) ، الحديث (٨٥٩) ، والدارمي في باب النهي عن الكلام في الصلاة (٣٥٣/١ ، ٣٥٤) ، والبيهقي في الكبرى في باب من تكلم جاهلا بتحريم الكلام (٢٥٠/٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [التسمية] ، وفي (ن) : [الشميه] .

(٧) في (م) : [لأنه] .

(٨) الزيادة من (م) ، (ع) .

يدل على الفساد ، ومتى فسدت وجبت الإعادة . ويجوز أن يكون تحريم الكلام لم يبلغ معاوية فلم يلزمه حكمه .

٢٥٢٧ - ولا يقال : إنه جوز التسبيح ؛ لأنه لما منع عن خطاب الآدميين [١] وليس فيه إصلاح الصلاة أبطلها ، كسائر الكلام . وكمن قال : يا يحيى خذ الكتاب ، وهو لا يريد التلاوة . ولا يلزم من سبح ليعلم غيره أنه في الصلاة ؛ لأن هذا رفع لإصلاحها . ولأن الصلاة [٢] تتضمن [٣] الأفعال والأذكار ، فإذا جاز أن تفسد [٤] بالأفعال الموضوعة فيها - كمن زاد في صلاته ركعة - جاز أن تفسد [٥] بالأذكار الموضوعة فيها . ولا يصح القول بموجب هذه العلة فيمن قال : يا يحيى خذ الكتاب وهو لا يقصد التلاوة ؛ لأن ما لا يقصد به التلاوة ليس بمشروع فيها . ولأنه ذكر مشروع في الصلاة ، فجاز أن تفسد [٦] به ، أصله : إذا قال : يا يحيى خذ الكتاب وهو لا يقصد التلاوة . ولأن التسبيح من أذكار الصلاة فجاز أن تفسد [٧] به ، كالسلام إذا اعتمده في خال صلاته [٨] .

٢٥٢٨ - احتجوا : بحديث سهل بن سعد ﷺ أن النبي ﷺ قال : « إذا نابكم في صلاتكم [شيء] [٩] فليسبح [١٠] الرجال [١١] ولتصفق [١٢] النساء » [١٣] .

٢٥٢٩ - والجواب : أن قوله : « إذا نابكم في الصلاة » يقتضي أمرًا [١٤] حدث فيها ، وذلك لا يفسد الصلاة متى سبح لأجله ؛ الدليل عليه : أن الأمر إذا لم يحمل على الوجوب حمل على الندب ، ولا يندب إلى التسبيح إلا إذا أصلح به الصلاة .

٢٥٣٠ - قالوا : الخبر خرج على سبب ، وهو أنه عليه السلام مضى ليصلح بين بني عمرو بن

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الآدمي] . (٢) في (م) ، (ع) : [الصلوات] .
(٣) في (م) : [يتضمن] . (٤) في غير (ص) : [يفسد] .
(٥) في (م) ، (ع) : [أن يفسد] . (٦) في (م) ، (ع) : [أن يفسد] .
(٧) في (م) ، (ع) : [أن تفسد] . (٨) في (ص) ، (ن) : [في خلال الصلاة] .
(٩) الزيادة من (ن) . (١٠) في (ص) : [فلتسبح] .
(١١) في (ع) : [الرجل] . (١٢) في (ن) ، (ع) : [وليصفق] .
(١٣) أخرجه البخاري بمعناه بألفاظ مختلفة مطولا في الصحيح باب الإشارة في الصلاة (٢١٤/١) ، والدارمي بهذا اللفظ في باب التسبيح للرجال والتصفيق للنساء (٣١٧/١) ، وابن خزيمة بهذا اللفظ في صحيحه في باب أمر النساء بالتصفيق في الصلاة عند النائبة (٥١/٢) ، الحديث (٨٩٣) ، ومثله أبو داود ، في باب التصفيق للرجال في الصلاة (٢٣٩/١) ، والبيهقي بمعناه بألفاظ أخرى في الكبرى في باب ما يقول إذا نابه شيء في صلاته (٢٤٦/٢) ، والطحاوي في المعاني باب الإشارة في الصلاة (٤٥٣/١) .
(١٤) في سائر النسخ : [أمر] .

عوف ، فحان (١) وقت الظهر ، فقدم الناس أبا بكر ليصلي بهم ، فوافى رسول الله ﷺ وهم في الصلاة ، فأكثروا التصفيق ليعلموا أبا بكر مجيء رسول الله [ﷺ] (٢) .

٢٥٣١ - قلنا : هذا هو الدليل ؛ لأن مجئ النبي ﷺ سبب في تأخير أبي بكر ؛ إذ لا يجوز أن يتقدم عليه ، وهو أمر حادث في الصلاة فقصدوا إصلاحها .

٢٥٣٢ - قالوا : ذكر أبو داود عن أبي هريرة أن النبي ﷺ [قال] (٣) : « التسبيح للرجال ، والتصفيق للنساء » .

٢٥٣٣ - قلنا : هذا بعض الخبر ، وتمامه ما قدمناه .

٢٥٣٤ - قالوا : روي عن علي [ﷺ] (٤) : كانت لي ساعة من وقت السحر أدخل فيها على رسول الله ﷺ ، فإن كان في الصلاة سبح (٥) ، وكان إذنا .

٢٥٣٥ - قلنا : قد روى الطحاوي في هذا الخبر أنه قال : كنت إذا دخلت عليه وهو يصلي تنحنح (٦) . ولأنه يجوز أن يكون سبح ليعلم أنه في الصلاة ، وهذا لا يفسد عندنا .

٢٥٣٦ - قالوا : روي عن أسماء بنت أبي بكر (٧) رضي الله عنها أنها قالت : دخلت على عائشة [رضي الله عنها] (٨) في كسوف الشمس وهي تصلي عند رسول الله ﷺ فقلت (٩) : يا أم المؤمنين ما شأن الناس ؟ فأشارت برأسها [إلى السماء] (١٠) ، أي : نعم (١١) .

٢٥٣٧ - قالوا : فقد سبحت لتعلمها بالكسوف (١٢) . ولا شك أن رسول الله ﷺ

---

(١) في (م) : [بين عمرو بن عوف فجاز] وفي (ن) : [بين عمرو بن عوف فحان] .
(٢) الزيادة من (م) .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) زيادة من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [يسبح] .
(٦) في (م) ، (ع) : [ينحنح] . انظر في تخريجه والكلام عليه : البيهقي في الكبرى (٢٤٧/٢ ، ١٤١/٥) ، مسند البزاز (١٠٠/٣) ، مسند أحمد (١٥٠/١) .
(٧) في سائر النسخ : [أم سلمة] ، والصواب ما أثبتناه .
(٨) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٩) في سائر النسخ : [فقالت] ، والصواب ما أثبتناه من واقع الحديث برواياته .
(١٠) الزيادة من (ن) .
(١١) أخرجه البخاري في الصحيح باب الإشارة في الصلاة (٢١٤/١) ، ومالك في الموطأ في باب ما جاء في صلاة الكسوف (١٥١/١) ، وأحمد في المسند (٣٤٥/٦) ، ومسلم (٦٢٤/٢) ، ومسند أبي عوانة (٣٦٩/٢) ، والسنن الكبرى البيهقي (٣٣٨/٣) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤٩٦/٧) .
(١٢) في (ص) ، (ن) : [الكسوف] .

علم ذلك ولم ينكره .

٢٥٣٨ - قلنا : عِلم النبي ﷺ لا يعلم إلا بنقل - ولم ينقل - ، وفعلها في زمن النبي ﷺ لا يكون حجة . ويجوز أن يكون [1] سبحت لتكفها [2] عن سؤالها [3] ، وأشارت إلى السماء لتعلمها بالحادث [4] ، والتسبيح [5] لإصلاح الصلاة والإشارة لا تفسد [6] .

٢٥٣٩ - قالوا : التسبيح إذا قصد به التنبيه لم يبطل صلاته ، كما لو سبح بإمامه .

٢٥٤٠ - قلنا : إذا سبح بإمامه فقد قصد إصلاح صلاته ، والأذكار وضعت في الصلاة لهذا المعنى ، ومتى [7] سبح بغيره فنهاه [8] عن شيء أو أمره به فلم [9] يقصد به إصلاح الصلاة ، فكان منهيًّا عنه ، كالفعل الذي لا يقصد به إصلاح الصلاة .

٢٥٤١ - قالوا : [إن] [10] كان التسبيح كلاما يبطل الصلاة إذا كان مع غير الإمام أبطلها إذا كان معه ، كالكلام .

٢٥٤٢ - قلنا : الكلام ليس من أذكارها [11] ، فلم يجز فيها وإن قصد به إصلاحها والتسبيح من أذكارها ، فجاز أن يختلف بالقصد ، كالسلام [12] .

٢٥٤٣ - قالوا : فتح القراءة على غيره فلم تبطل [13] صلاته ، كما لو فتح على الإمام .

٢٥٤٤ - قلنا : إذا فتح على الإمام فقد تلا القرآن لإصلاح الصلاة ، فصار كالقارئ [14] بنفسه ، وإذا فتح على غيره فلم يقصد إصلاح الصلاة ، فهو كمن تلا يخاطب غيره ولا يقصد القرآن .

* * *

---

(١) في (ن) : [أن تكون] .
(٢) في (م) : [ليكفها] .
(٣) في (ص) : [عن السؤال] .
(٤) في (ص) : [بالحادثة] ، وفي (ن) : [بالحال] .
(٥) في (م) : [التسبيح] بدون العطف .
(٦) في (م) ، (ع) : [لا يفسد] .
(٧) في (ص) : [ومن] .
(٨) في (م) ، (ع) : [فيها] .
(٩) في (ص) : [ولم] .
(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(١١) في (م) : [أذكرها] .
(١٢) في (ص) : [كالكلام] .
(١٣) في (ص) : [فلم يبطل] .
(١٤) في (م) : [فقد] وفي (ن) : [فقد كان] ، مكان : [فصار] وفي(ع) : [فقد كان القارئ] .

مسألة ١٣٥

إذا صلى وكشف من عورته المغلظة مقدار الدرهم ومن المخففة ما دون الربع جاز

٢٥٤٥ - قال أصحابنا : إذا صلى وقد كشف من (١) عورته المغلظة مقدار الدرهم ، ومن المخففة ما دون الربع (٢) جاز (٣) .

٢٥٤٦ - وقال الشافعي : لا يجوز (٤) .

٢٥٤٧ - لنا : قوله تعالى ﴿ خُذُواْ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ ﴾ (٥) ، ويقال : أخذ زينته وإن انكشف الثُمن (٦) من فخذه .

٢٥٤٨ - وقال عليه الصلاة والسلام : « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار » (٧) ، فظاهره يقتضي أنها [إن] (٨) تخمرت وانكشف شيء من بدنها جاز .

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عن] . (٢) في (ن) : [التابع] .

(٣) قال الكاساني : ومن الناس من قدّر العورة الغليظة بالدرهم تغليظا لأمرها ، وهذا غير سديد ؛ لأن العورة الغليظة كلها لا تزيد على الدرهم ، فتقديرها بالدرهم يكون تخفيفا لأمرها لا تغليظا له فتنعكس القضية . انظر : بدائع الصنائع فصل في شرائط الأركان (١١٧/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية باب شروط الصلاة (٢٥٩/١ - ٢٦٢) ، البناية باب شروط الصلاة (١٤١/٢ ، ١٤٩) ، متن الكنز باب شروط الصلاة ص ١٠ ، مجمع الأنهر باب شروط الصلاة (٨١/١ ، ٨٢) .

(٤) قال الشافعي وأصحابه : ستر العورة في الصلاة سواء في حضرة الناس أو في الخلوة شرط لصحة الصلاة ، سواء في ذلك الفرض والنفل . (انظر تفصيل المسألة في : حلية العلماء باب ستر العورة ٥٢/٢ ، ٥٣ ، الوسيط الباب الخامس في شروط الصلاة ونواقضها ٦٥٢/٢ ، المجموع مع المهذب باب ستر العورة ١٦٦/٣ ، ١٦٧) . (وانظر : المنتقى : الرخصة في الصلاة في الثوب الواحد ٢٤٧/١ ، ٢٤٨ ، الكافي لابن عبد البر باب ما يفسد الصلاة جملة ٢٤٣/١ ، المقدمات فصل فيما يجب على المرأة من الستر في الصلاة ١٨٥/١ ، قوانين الأحكام الشرعية الباب السادس في اللباس في الصلاة والنظر في المستور والستائر ص٥٥ ، الإفصاح باب ذكر حد العورة ١١٩/١ ، ١٢٠ ، الكافي لابن قدامة باب ستر العورة ١١٢/١ ، المغني باب صفة الصلاة ٥٧٩/١ ، ٥٨٠) .

(٥) سورة الأعراف : الآية ٣١ . (٦) في (م) ، (ع) : [اليمين] .

(٧) أخرجه أبو داود في باب المرأة تصلي بغير خمار (١٦٧/١) ، والترمذي في باب ما جاء في لا تقبل صلاة المرأة إلا بخمار (٢١٥/٢) ، الحديث (٣٧٧) ، وابن ماجه في الطهارة باب إذا حاضت الجارية لم تصل إلا بخمار (٢١٥/١) ، الحديث (٦٥٥) ، والحاكم في المستدرك (٢٥١/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب ما تصلي فيه المرأة من الثياب (٢٣٣/٢) . (٨) زيادة من (ع) .

٢٥٤٩ - وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « الفخذ عورة والفرج فاحشة »(١) ، وهذا يقتضي افتراقهما في باب الستر(٢) ، فمَنْ سوَّى بينهما وجعل وجوب أحدهما كوجوب الآخر فقد خالف الخبر . ولأنه شرط من شرائط الصلاة لا ينتقل إلى بدل ، فاختلف حكم كثيره ويسيره(٣) ، كالنجاسة . ولأنه تجوز(٤) الصلاة مع تركه حال العذر من غير بدل ، فاختلف قليله وكثيره حال عدم العذر ، كالمشي .

٢٥٥٠ - ولأن ما اختلف في كونه عورة إذا صلى مع كشف اليسير منه جازت(٥) صلاته ، كالركبة .

٢٥٥١ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ خُذُواْ زِينَتَكُمْ ﴾ . [قالوا](٦) : والمراد(٧) : ثيابكم ، وهذا مجمل(٨) ، ففعله(٩) عليه السلام بيانه ، ولم يصل قط إلا بعد ستر جميع العورة ، فكان واجبًا .

٢٥٥٢ - والجواب : أن الآية ليست مجملة(١٠) ؛ لأنها تقتضي(١١) أخذ ما يسمى زينة ، وهذا معنى مفهوم لا(١٢) يحتاج إلى بيان .

٢٥٥٣ - قالوا : روي أن النبي ﷺ مر بجرهد(١٣) وهو كاشف فخذه ، فقال له : « غطها فإن الفخذ من العورة »(١٤) .

---

(١) أخرجه الترمذي بلفظ : الفخذ عورة ، في كتاب الأدب ، باب ما جاء أن الفخذ عورة (١١٠/٥ ، ١١١) ، الحديث (٢٧٩٥ - ٢٧٩٨) ، والبخاري في الصحيح في كتاب الصلاة ، باب ما يذكر في الفخذ (٧٧/١) ، وأحمد في المسند (٤٧٨/٣ ، ٤٧٩) ، والطحاوي في المعاني في كتاب الصلاة ، باب الفخذ هل هو من العورة أم لا (٤٧٤/١ ، ٤٧٥) .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [التستر] .

(٣) في (ن) : [ويسيره وقليله] بزيادة : [وقليله] .

(٤) في (م) : [يجوز] .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [جاز] .

(٦) الزيادة من (م) ، (ن) .

(٧) في (م) ، (ع) : [والمراد بكم] .

(٨) في (م) : [محمل] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فعله] .

(١٠) في (م) : [محملة] .

(١١) في (م) : [يقتضي] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [فلا] .

(١٣) جرهد الأسلمي ، وهو ابن رزاح بن عدي ، وقيل غير ذلك . يقال كنيته أبو عبد الرحمن ، عداده في أهل المدينة وداره بها . له عن النبي ﷺ حديث واحد : الفخذ عورة . روى عنه ابن ابنه زرعة بن عبد الرحمن بن جرهد وابناه عبد الله بن جرهد وعبد الرحمن بن جرهد . يقال : مات سنة إحدى وستين . انظر : تهذيب الكمال (٥٢٣/٤ ، ٥٢٤) .

(١٤) أخرجه أبو داود بمعناه في كتاب الحمام باب النهي عن التعري (٣٩٥/٢) ، والدارقطني في باب في بيان العورة والفخذ منها (٢٢٤/١) ، والبيهقي في كتاب الصلاة باب عورة الرجل (٢٢٨/٢) .

٢٥٥٤ - والجواب : أن هذا يقتضي وجوب التغطية ، وعندنا أنها تجب [١] ، فإذا ترك بعضها عفي عنه . ولأن الخلاف في تغطيتها للصلاة ، وأما عن الآدمي فيجب في الجميع ، ولم يذكر في الخبر الصلاة .

٢٥٥٥ - قالوا : روت أم سلمة قالت : قلت : يا رسول اللّٰه ، تصلي المرأة بخمار ودرع إذا لم يكن عليها إزار ؟ فقال : « نعم » [٢] .

٢٥٥٦ - فلا يدل على نفي ما عداه . ولأن تغطية القدم واجبة في إحدى الروايتين .

٢٥٥٧ - قالوا : كل عضو لو انكشف ربعه منع الصلاة : إذا انكشف أقل من ربعه منع ، كالعورة المغلظة .

٢٥٥٨ - قلنا : اعتبار إحدى العورتين [٣] بالأخرى فاسد ؛ لتغليظ أحدهما وتخفيف الآخر ، ولأن أحدهما مجمع عليه ، ولأن أحدهما مختلف فيه ، فلم يصح اعتبار أحدهما في القدر بالآخر . ولأن ما دون الربع في العورة المغلظة قد يعفى عنه عندنا ؛ لأن السُرَّة قد يكون ربعها مقدار الدرهم فيعفى عنه .

٢٥٥٩ - قالوا : كشف من عورته ما هو قادر على تغطيته ، كما لو كشف ربع فخذه .

٢٥٦٠ - قلنا : ما كان شرطًا من شرائط الصلاة جاز أن يختلف اليسير منه والكثير - كالنجاسة - ، فلم يجز قياس أحدهما على الآخر . ولأن اليسير لا يمكن الاحتراز منه ؛ لأن الإنسان قد يغفل [٤] عنه في العادة ، والكثير يمكن [٥] الاحتراز منه ، فلذلك افترقا .

٢٥٦١ - قالوا : لما وجب في تغطيته عن الغير التسوية فيما دون الربع والربع ، كذلك في باب الصلاة .

٢٥٦٢ - قلنا : التغطية عن الغير إنما يمنع للشهوة ، وذلك يستوي فيه القليل والكثير ، والستر في الصلاة ؛ طلب لأنه شرط فيها قد يختلف فيها القليل والكثير [٦] .

* * *

---

(١) في (م) : [يجب] .

(٢) أخرجه أبو داود في السنن باب في كم تصلي المرأة (١٦٧/١) ، ومالك في الموطأ بهذا المعنى في الرخصة في صلاة المرأة في الدرع والخمار (١٢٢/١) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الصلاة تصلي المرأة في درع وخمار وليس عليها إزار (٢٥٠/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب ما تصلي فيه المرأة من الثياب (٢٣٢/٢ ، ٢٣٣) .

(٣) في (ع) : [الروايتين] .

(٤) في (ع) : [يعفى] .

(٥) في (ع) : [قد يمكن] .

(٦) راجع معاني الآثار (٤٧٥/١ ، ٤٧٦) ، ومشكل الآثار (٢٨٦/٢) .

مسألة ١٣٦

ركبة الرجل عورة

٢٥٦٣ – قال أصحابنا : ركبة الرجل عورة [١] .

٢٥٦٤ – وقال الشافعي : ليست بعورة [٢] .

٢٥٦٥ – لنا : ما روى علي قال ﷺ : قال رسول الله ﷺ : « الركبة من العورة » [٣] ، ذكره الدارقطني .

٢٥٦٦ – وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « ما بين السرة إلى الركبة عورة » [٤] ، فلا تجزي [٥] الصلاة مع كشف ذلك ، فجعل الركبة غاية ، والغاية قد تدخل في الكلام وقد لا تدخل ، فوجب تغطيتها لتؤدى [٦] الصلاة [بيقين] [٧] ؛ ولأنه عضو مختلف في كونه عورة من الرجل ، فأشبه الفخذ .

٢٥٦٧ – ولأنه شرط من شرائط الصلاة شرع فرضه إلى غاية ، فكانت الغاية داخلة فيه ، كالوضوء .

٢٥٦٨ – احتجوا : بحديث أبي أيوب أن النبي ﷺ قال : « ما فوق الركبتين من / العورة » [٨] وحديث عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ قال : « إذا زوج الرجل أمته فلا تنظر ٣٠/

---

(١) انظر : فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٢٥٧/١ ، ٢٥٨) ، البناية (١٣٦/١ ، ١٣٧) ، مجمع الأنهر (٨٠/١ ، ٨١) .

(٢) راجع : الوسيط (٦٥١/٢) ، حلية العلماء (٥٣/٢) ، فتح العزيز باب شروط الصلاة في هامش المجموع (٨٤/٤) ، المجموع (١٦٧/٣ ، ١٦٨) . (انظر : شرح الزرقاني كتاب الصلاة فصل ستر العورة ١٧٥/١ ، الإفصاح ١١٨/١ ، الكافي لابن قدامة ١١١/١ ، المغني ٥٧٩/١) .

(٣) أخرجه الدارقطني في باب الأمر بتعليم الصلوات والضرب عليها (٢٣١/١) ، نصب الراية (٢٩٧/١) .

(٤) أخرجه أحمد بمعناه بألفاظ أخرى في المسند (١٨٧/٢) ، وأبو داود في السنن باب متى يؤمر الغلام بالصلاة (١٣٠/١) ، والدارقطني في باب الأمر بتعلم الصلوات والضرب عليها (٢٣٠/١) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الصلاة باب عورة الرجل (٢٢٩/٢) .

(٥) في (م) : [فلا يجزي] .　　(٦) في (ن) : [ليؤدي] .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ في باب الأمر بتعليم الصلوات والضرب عليها (٢٣١/١) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الصلاة باب عورة الرجل (٢٢٩/٢) .

إلى عورته [١] ، فإن عورة الرجل إلى ما تحت السرة إلى الركبة [٢] .

٢٥٦٩ - والجواب : أن الخبر يقتضي أن ما فوق الركبتين من العورة ، ولا ينفي ما سواها ، وخبرنا اقتضى كونها من العورة . والخبر الثاني حجة لنا على ما بيناه .

وذكر الطحاوي عن أبي موسى أنه قال : لا أعرفن أحدا نظر إلى جارية إلا إلى ما فوق سرتها وأسفل ركبتها إلا عاقبته [٣] . وهذا يدل أن الركبة عورة . ولم يحك عن غيره ضده [٤] .

* * *

(١) في (ص) : [فلا ينظر إلى عورته] ، وفي (م) ، (ع) : [فلا ينظر إلى عورتها] وما أثبتناه من (ن) .
(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٢٦/٢ ، ٢٢٨ ، ٢٢٩) والدارقطني في سننه (٢٣٠/٢) ، وأبو داود في السنن (١٣٣/١) ، (٦٤/٤) ، وأحمد في المسند (١٨٧/٢) ، ومسند الفردوس (٥٢١/٥) ، والدراية في تخريج أحاديث الهداية (١٢٢/١ ، ١٢٣) ، وتلخيص الحبير (٢٧٩/١) ، ونصب الراية (٢٩٦/١) .
(٣) في (ع) : [عائشة] . أثر أبي موسى الأشعري أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ في مشكل الآثار (٢٨٨/٢) .
(٤) راجع مشكل الآثار (٢٨٨/٢ ، ٢٨٩) .

مسألة ١٣٧

قدم المرأة ليس بعورة

٢٥٧٠ - قال أصحابنا : قدم المرأة ليس بعورة - في إحدى الروايتين - . وروي عنهم أنه عورة (١) .

٢٥٧١ - وهو قول الشافعي . (٢) .

٢٥٧٢ - لنا : أن المرأة تحتاج إلى كشف قدمها عند مشيها كما تحتاج إلى إظهار وجهها ويدها عند المعاملة ، فإذا خرج أحدهما من أن يكون عورة للحاجة فالآخر مثله . ولأن الكف يشتهى ما لا يشتهى القدم ، فإذا خرج كفها ووجهها من أن يكون عورة فالقدم أولى . ولأنه عضو يتعلق به القطع في السرقة ، كاليد .

٢٥٧٣ - احتجوا : بقوله تعالى ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ (٣) ، قال ابن عباس : الوجه والكفان (٤) . فالظاهر أن عليها ستر ما سواه .

٢٥٧٤ - قلنا : ذكر الطحاوي عن ابن مسعود أنه قال في تفسير الآية : القرط والخلخال (٥) . وظاهر هذا يقتضي جواز النظر إلى القدم .

---

(١) قال صاحب الهداية : وهذا تنصيص على أن القدم عورة ، ويروى أنها ليست بعورة ، وهو الأصح . (انظر : التجنيس ٢٧٧/١ ، مسألة ٤٠٢ ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية ٢٥٩/١ الاختيار ٤٦/١ ، البناية ١٤٠/٢ ، ١٤١ ، مجمع الأنهر ٨١/١) .

(٢) قال النووي في المجموع : وقال المزني : القدمان ليس بعورة . (انظر : مختصر المزني باب صفة الصلاة وما يجوز منها وما يفسدها ص ١٦ ، والوسيط ٢٥١/٢ ، حلية العلماء ٥٣/٢ ، فتح العزيز في هامش المجموع ٧٨/٤ ، ٨٨ ، المجموع ١٦٧/٣ ، ١٦٩) . (وانظر : المنتقى الرخصة في صلاة المرأة في الدرع والخمار ٢٥١/١ ، الكافي لابن عبد البر باب في ثياب المصلي وطهارتها ٢٣٨/١ ، ٢٣٩ ، بداية المجتهد الباب الرابع من الجملة الثانية الفصل الأول ١١٧/١ ، ١١٨ ، شرح الزرقاني ١٧٦/١ ، قوانين الأحكام الشرعية الباب السادس في اللباس ص٥٥ ، الإفصاح ١١٨/١ ، الكافي لابن قدامة ١١١/١ ، المغني ٦٠١/١ ، ٦٠٢) .

(٣) سورة النور : الآية ٣١ .

(٤) هكذا نقله الجصاص وابن العربي في أحكامهما . (انظر : أحكام القرآن للجصاص باب ما يجب من غض البصر عن المحرمات ٣١٥/٣ ، أحكام القرآن لابن العربي ١٣٦٨/٣) .

(٥) هكذا ذكره الجصاص عن ابن مسعود وابن الزبير ، وزاد : القلاد والسوار . وذكر ابن العربي والقرطبي : الثياب . ورد الجصاص على من ذهب إلى هذا قائلا : لا معنى له ، لأنه معلوم أنه ذكر الزينة ، والمراد : العضو =

٢٥٧٥ - احتجوا : بحديث أم سلمة الذي قدمناه [(١)] .

٢٥٧٦ - والجواب : أنه يجوز أن يكون اعتبر تغطية ظاهر القدم لاستيفاء تغطية الساق ، لا لمعنى في نفسه .

٢٥٧٧ - قالوا : عضو يسقط في التيمم ، فوجب على المرأة ستره في الصلاة ، كالرأس .

٢٥٧٨ - قلنا : الرأس يشتهى النظر إليه ، ولا تدعو [(٢)] الضرورة إلى كشفه [وما تدعو الضرورة إلى كشفه] [(٣)] ليس بعورة - وإن اشتهي - ، كالوجه ، فما لا يشتهى أولى .

* * *

= الذي عليه الزينة ؛ ألا ترى أن سائر ما تتزين به من الحلى والقلب والخلخال والقلادة يجوز أن تظهرها للرجال إذا لم تكن هي لابستها ، فعلمنا أن المراد موضع الزينة ، كما قال في نسق التلاوة بعد هذا ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ ﴾ والمراد : موضع الزينة ، فتأويلها على الثياب لا معنى له إذ كان ما يرى الثياب عليها دون شيء من بدنها كما يراها إذا لم تكن لابستها . (انظر : أحكام القرآن للجصاص ٣/٣١٦ - ٣١٧ ، أحكام القرآن لابن العربي ، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي الآية السابقة) .

(١) في مسألة (١٢٥) .

(٢) في (ع) : [يدعو] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ١٣٨

إذا كان معه ثوب فيه نجاسة لا يجد غيره صلى فيه وإن كان كله نجسا فهو مخير

٢٥٧٩ - قال أصحابنا : إذا كان معه ثوب فيه نجاسة لا يجد غيره صلى فيه ، وإن كان كله نجسا فهو مخير عند أبي حنيفة (١) .

٢٥٨٠ - وقال الشافعي : يصلي عريانًا في المشهور من قوليه (٢) ، وفي قول آخر : يصلي فيه ويعيد (٣) .

٢٥٨١ - لنا : أنها نجاسة لا يجد ما يزيلها فجازت الصلاة معها وإن لم يخش الضرر ، كالنجاسة على البدن .

٢٥٨٢ - ولأن طهارة الثوب شرط كما أن طهارة البدن والمكان شرط فإذا جازت الصلاة مع أحدهما - وإن لم يخش - كذلك الآخر . ولأن (٤) كل عين لو كانت على البدن لم تمنع (٥) الصلاة إذا كانت على الثوب لم تمنع (٦) في مثل تلك (٧) الحال ، كالمني . ولا يمكن القول بموجب هذه (٨) العلل إذا كان يخاف البرد ؛ لأنا ذكرنا من غير ضرر . وأما إذا كان جميعه نجسًا فلأنه دفع إلى ترك الستر أو استعمال عين جميعها نجس ، وكل واحد منهما شرط ، فكان الخيار (٩) في ترك أحد الشرطين .

---

(١) يعني : هو مخير بين أن يصلي عريانًا وبين أن يصلي فيه ، وبه قال أبو يوسف ، وقال محمد : لا يجزيه إن صلى عريانا . (انظر : الأصل باب صلاة العريان ١/١٩٣ ، ١٩٤ ، المبسوط - باب الحدث في الصلاة ١/١٨٧ ، بدائع الصنائع ١/١١٧ ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية ، ١/٢٦٣ ، ٢٦٤ ، البناية ٢/١٥٢ ، ١٥٣ ، مجمع الأنهر ١/٨٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [قوله] .

(٣) انظر : الأم باب صلاة العراة (١/٩١) ، مختصر المزني باب الصلاة بالنجاسة ومواضع الصلاة من مسجد وغيره من ص ١٨ ، حلية العلماء باب طهارة البدن وما يصلي فيه وعليه (٢/٤٦) ، فتح العزيز في هامش المجموع (٤/١٠٤) ، المجموع مع المهذب باب طهارة البدن وما يصلي فيه وعليه (٣/١٤٢ ، ١٤٣) . (وانظر : المدونة في الثوب يصلي فيه وفيه النجاسة ١/٣٨ ، ٣٩ ، الكافي لابن عبد البر الباب السابق ١/٢٤٠ ، قوانين الأحكام الشرعية الباب السادس في اللباس في الصلاة إلخ ص٥٦ ، الكافي باب شرائط الصلاة ١/١٠٧ ، المغني ١/٥٩٤ ، ٥٩٥) .

(٤) في (ع) : [ولكن] .

(٥) في (ع) : [لم يمنع] .

(٦) في (ع) : [لم يمنع] .

(٧) في (ع) : [ذلك] .

(٨) في (ع) : [هذا] .

(٩) في (ع) : [الحساب] .

ولأنه (١) ستر واجب فجاز إسقاطه بالثوب النجس من غير ضرر ، كالستر عن الآدمي .

٢٥٨٣ - احتجوا : بأنها صلاة مع نجاسة مقدور على إزالتها يمكن الاحتراز عنها (٢) غالبًا ، فوجب (٣) أن لا يعتد بها ، كما لو كان معه ثوبان : طاهر ونجس .

٢٥٨٤ - والجواب : أن قولهم : مقدور على إزالتها ، غير مسلم ؛ لأنه لا يقال فيمن ألقى عنه الثوب : أزال (٤) النجاسة ، وإنما يقال : لم يستعمل النجس . وإذا لم يصح هذا الوصف انتقضت العلة بمن معه ثوب نجس وهو يخاف البرد . ثم أصلهم : من كان معه ثوب طاهر ، والمعنى فيه : أنه يقدر على الستر وترك النجاسة ، فلم يجز له استعمالها ، وفي مسألتنا لا يقدر على ترك النجاسة إلا بترك (٥) الستر ، فلذلك عفي عنها .

٢٥٨٥ - قالوا : كلما لزمه استعماله للصلاة إذا كان نجسًا ، كالماء .

٢٥٨٦ - قلنا : نجاسة الماء مخالفة لنجاسة الثوب ؛ لأن اليسير يعفى عنه في أحدهما دون الآخر . ولأن الطهارة بالماء النجس لا تجوز (٦) بحال ، والصلاة في الثوب النجس تجوز (٧) بحال إذا خاف البرد ، فلم يعتبر أحدهما بالآخر .

٢٥٨٧ - ولأن الماء يراد للتطهير ، والنجس لا يطهِّر ، فلا يستفيد (٨) باستعماله فائدة ، والثوب يراد للستر ، وهذا المعنى يحصل بالنجس ، فهو يستفيد باستعماله فائدة .

* * *

(١) في (ع) : [ولا] .
(٢) في (ن) : [منها] .
(٣) في (م) : [وجب] .
(٤) في (ص) ، (م) : [إزالة] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [ترك] .
(٦) في (م) : [لا يجوز] .
(٧) في (ع) : [يجوز] .
(٨) في (م) ، (ع) : [فلا يفيد] .

مسألة ١٣٩

الأفضل للعريان أن يصلي قاعدا يومئ بالركوع والسجود

٢٥٨٨ – قال أصحابنا : الأفضل للعريان أن يصلي قاعدًا ، يومئ بالركوع والسجود (١) .

٢٥٨٩ – وقال الشافعي : لا يجوز له ترك القيام (٢) .

٢٥٩٠ – لنا : أنه يقدر على ستر العورة المغلظة وترك صفة الأركان ، أو فعل الأركان وكشف العورة ، فكان ستر العورة أولى ؛ ألا ترى أن صفة الأركان يجوز تركها في النافلة ، ولا يجوز ترك الستر . ولأن الستر يجب لحق اللَّه تعالى ولحق الآدمي ، وصفة الأركان تجب لحق اللَّه تعالى ، فكان الستر آكد ، ففعله (٣) أولى .

٢٥٩١ – ولا يقال : إن الستر إنما يكون بغيره ؛ لأن الستر يجب بيديه كما يجب بالثوب .

٢٥٩٢ – ألا ترى أن الستر يجب للصلاة وعن الآدمي ، ثم كان في حق الآدمي يجب عليه بيديه كما يجب بثوبه ، فكذلك في حق اللَّه تعالى .

٢٥٩٣ – [ولا يقال إنه] (٤) لا يحصل له الستر بالقعود وبترك الأركان ؛ لأنه يستر (٥) العورة المغلظة وبعض المخففة ، ولأنه (٦) دفع إلى ترك ما يجوز تركه في النافلة من غير عذر ، أو ما لا يجوز تركه في النافلة فكان ترك ما يجوز تركه في النافلة أولى ، أصله : إذا دفع إلى ترك القيام وترك الركوع ، وترك التوجه إلى القبلة ، أو ترك القعدة .

٢٥٩٤ – ولأنه يأتي بستر (٧) العورة المغلظة وما قام مقام الأركان ، وإذا صلى قائما

---

(١) انظر : الأصل (١٩٣/١) ، المبسوط (١٨٦/١ ، ١٨٧) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٢٦٤/١) ، الاختيار ص ٤٦ ، متن القدوري ص ٩ ، البناية (١٥٤/٢ ، ١٥٥) ، مجمع الأنهر (١٨٢ ، ١٨٣) .

(٢) قال النووي : حكموا في هذه المسألة بثلاثة أوجه ، أحدها : يجب القيام ، والثاني : القعود ، والثالث : يتخير ، والمذهب الصحيح وجوب القيام . (انظر : الأم ٩١/١ ، حلية العلماء ٥٨/٢ ، المجموع مع المهذب ١٨٢/٣ ، ١٨٣) . (وانظر : المدونة في صلاة العريان والمكفت ثيابه والمحرم ٩٥/١ ، الكافي لابن عبد البر ٢٣٩/١ ، قوانين الأحكام الشرعية ٥٦ ، الكافي لابن قدامة ١١٤/١ ، المغني ٥٩٢/١ ، ٥٩٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فعله] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولأنه] .

(٥) في (ع) : [لأن ستر] .

(٦) في (ع) : [لأنه] بدون العطف .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كستر] .

أتى بالأركان وترك الستر من غير أن يقوم غيره مقامه ، ففعل أحد الأمرين وما قام مقام الآخر أولى من فعل أحدهما وترك الآخر أصلا .

٢٥٩٥ - احتجوا : بحديث عمران بن الحصين أن النبي ﷺ قال : « صل [1] قائما ، فإن لم تستطع فجالسا » [2] .

٢٥٩٦ - والجواب : أن هذا يقتضي وجوب القيام ، وعندنا أنه واجب ، وقد عارضه قوله عليه السلام : « غط فخذك » [3] وهذا يقتضي وجوب الستر ، والكلام في الترجيح .

٢٥٩٧ - قالوا : القيام ركن ، فلا يجوز تركه بالعجز عن الكسوة ، كالقراءة .

٢٥٩٨ - قلنا : لا يترك القيام عندنا للعجز ، لكن ليحصل له الستر ، وهذا المعنى لا يوجد في القراءة ؛ ألا ترى [أنه] [4] لا يستفيد بتركها ما يقوم مقام الكسوة .

٢٥٩٩ - قالوا : العجز عن الركن لا يسقط ما قدر عليه ، كمن عجز عن القراءة لا يسقط عنه الستر والقيام .

٢٦٠٠ - قلنا : عجزه عن الستر لم يسقط القيام ، ولكن وجبا جميعًا ، وكان عليه فعل أولاهما إذا لم يمكن الجمع بينهما .

٢٦٠١ - قالوا : إذا صلى قاعدا أخل بالقيام والركوع والسجود ولم يأت بستر العورة بكماله ، وإذا صلى قائما أتى بالأركان وترك ستر العورة ، فكان أولى . ولأن حفظ الأركان أولى من حفظ الشرائط ، فلم يجز ترك ثلاثة أركان ليحصل له شرط .

٢٦٠٢ - قلنا : إذا صلى قاعدا ستر العورة المغلظة ، وهذا حكم مقصود ، وأتى بما يقوم مقام الأركان ، فحصل الشرط والأركان ، وإذا صلى قائما حصل الأركان ناقصة ؛ لأن ترك الستر نقض [5] فيها وأخل بالشرط .

---

(١) في (ص) : [صلي] .

(٢) أخرجه البخاري في الصحيح بلفظه ما عدا : [فجالسا] مكانه : [فقاعدا] في كتاب الكسوف ، باب إذا لم يطق قاعدا صلى على جنب (١/١٩٥ ، ١٩٦) ، وأبو داود في باب في صلاة القاعد (١/٢٤١) ، والترمذي في باب ما جاء أن صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم (٢/٢٠٨) ، الحديث (٣٧٢) ، وابن ماجه في باب ما جاء في صلاة المريض (١/٣٨٦) ، الحديث (١٢٢٣) ، والدارقطني في باب صلاة المريض لا يستطيع القيام والفريضة على الراحلة (١/٣٨٠) ، والحاكم في المستدرك في باب كان رسول الله ﷺ يصلي قائما وقاعدًا (١/٣١٥) .

(٣) تقدم تخريجه من حديث جرهد الأسلمي في مسألة (١٣٥) .

(٤) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يقتضي] ، وفي (ن) : [يقضي] .

٢٦٠٣ - وقولهم : حفظ الأركان أولى من حفظ الشرائط [١] ، ليس بصحيح ؛ لأن المتنفل يجوز له ترك الأركان مع القدرة ، ولا يجوز ترك الشرائط التي هى الستر والطهارة .

* * *

(١) في (ن) : [الشرط] .

مسألة ١٤٠

إذا تكلم في صلاته ناسيا لها أو جاهلا بطلت صلاته

٢٦٠٤ – قال أصحابنا : إذا تكلم في صلاته ناسيًا لها أو جاهلًا بطلت صلاته [١] .

٢٦٠٥ – وقال الشافعي : إذا قل الكلام لم تبطل ، وإن كثر ففيه وجهان ، وإن فعل فيها فعلًا ليس منها ناسيًا لم يفسد قليله ، وأفسد كثيره قولا واحدًا [٢] .

٢٦٠٦ – لنا : حديث ابن مسعود أنه لما قدم من الحبشة سلَّم على النبي ﷺ وهو في الصلاة ، فلم يرد عليه ، فلما قضى صلاته قال : « إن اللَّه يحدث من أمره ما يشاء ، وإن مما أحدث أن لا يتكلم [٣] في الصلاة » [٤] . وهذا خبر يتناول الناسي والعامد . وروي في حديث جابر أن النبي ﷺ قال : « الكلام ينقض الصلاة ، ولا ينقض الوضوء » .

٢٦٠٧ – وقال ﷺ : « من قاء في صلاته أو رعف فلينصرف وليتوضأ ، وليبن على ما مضى من صلاته ما لم يتكلم » [٥] ، ولم يفصل .

٢٦٠٨ – وقال في حديث معاوية بن الحكم ﷺ : « إن صلاتنا لا يصلح فيها شيء

---

(١) انظر : الأصل باب الحدث في الصلاة وما يقطعها (١٦٩/١) ، المبسوط (١٧٠/١ ، ١٧١) بدائع الصنائع فصل حكم الاستخلاف (٢٣٣/١ ، ٢٣٤) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٣٩٥/١ ، ٣٩٦) ، البناية باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها (٤٨٢/٢ ، ٤٨٧) ، مجمع الأنهر (١١٧/١) .

(٢) انظر تفصيل المسألة في : الوسيط (٦٥٥/٢) ، حلية العلماء باب ما يفسد الصلاة (١٢٨/٢ ، ١٢٩) ، المجموع مع المهذب باب ما يفسد الصلاة (٧٨/٤ – ٨٠ ، ٨٥ – ٨٨) . (وانظر : المدونة فيمن تكلم في صلاته أو شرب أو قام من أربعة ١٢٧/١ ، الكافي لابن عبد البر باب ما يفسد الصلاة ١٤٣/١ ، المغني باب سجدتي السهو ٤٥/٢ – ٤٩ ، الكافي لابن قدامة باب سجود السهو ١٦٢/١) .

(٣) في (ص) : [لا نتكلم] .

(٤) أخرجه أبو داود بطوله في السنن باب رد السلام في السلام (٢٣٤/١) ، والنسائي في كتاب السهو في آخر الكلام في الصلاة (١٩/٣) ، والشافعي في المسند في الباب الثامن فيما يمنع فعله في الصلاة وما يباح فيها (١١٩/١) ، الحديث (٣٥١) ، وأحمد في المسند (٣٧٧/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب الكلام في الصلاة (٣٥٦/٢) ، وعبد الرزاق في المصنف بهذا المعنى في باب السلام في الصلاة (٣٣٥/٢) ، الحديث (٣٥٩٤) ، والطحاوي في المعاني في باب الإشارة في الصلاة (٤٤٥/١) .

(٥) أخرجه الدارقطني في باب في الوضوء من الخارج من البدن : كالرعاف والقيء والحجامة ونحوه (١٥٣/١ – ١٥٥) ، وابن ماجه في باب ما جاء في البناء على الصلاة (٣٨٥/١) ، الحديث (١٢٢١) .

من كلام الناس ، إنما هي تكبير وتسبيح وقراءة » [١] .

٢٦٠٩ - ولا يقال : إن معاوية تكلم في صلاته ولم يأمره بالإعادة ؛ لأنه يجوز أن يكون لم يبلغه تحريم الكلام فلم يثبت حكمه في الرجعة .

٢٦١٠ - ولا يقال : إنه أخبر أن الكلام لا يصلح ، وهذا يقتضي فساد الكلام ، فأما فساد الصلاة فلا يدل عليه ؛ لأن فساد الكلام إنما يقال متى [٢] تناقض ولم ينتظم ، فأما أن يقال : كلام فاسد - لأنه لا يجوز في العبادة - فليس بصحيح ، كما لا يقال لمن جامع في الصوم أو أكل : إنه فعل فاسد ، وإذا لم يوصف الكلام بالفساد لأجل النهي لم يبق أن ينصرف ضد الصلاح إلا إلى الصلاة . ولأن كلام الآدميين تنفي [٣] التحريمة جنسه ، فاستوى حال الذاكر للصلاة والناسي ، كالحدث .

٢٦١١ - ولا معنى لقولهم : إن الحدث لا يبطل الصلاة وإنما يبطل الوضوء ؛ لأنا لم نتعرض لفساد الصلاة ، وإنما عللنا للتسوية بين الأمرين . ولأن الحدث يفسد الصلاة وإن كان بواسطة . ولأن الحدث قد يبطل الصلاة وإن لم يبطل الطهارة ، كمن صلى ولم يجد ماءً ولا ترابا فأحدث ، بطلت صلاته عندهم وإن لم يبطل حدثه طهارته .

٢٦١٢ - قالوا : ليس إذا أبطلها الكلام عمدا أبطلها سهوا ؛ لأن عمد السلام في غير / موضعه يبطلها ولا يبطلها سهوه . ٣١/أ

٢٦١٣ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ إذا تعمد [٤] السلام ولم يقصد الخروج لم تبطل [٥] صلاته .

٢٦١٤ - قالوا : المعنى في الحدث أنه ليس من جنس سهوه ما لا يؤثر في الصلاة ، فلم يفرق بين سهوه وعمده ، والكلام من جنس سهوه ما لا يؤثر في الصلاة ، فلهذا فرق بين سهوه وعمده .

٢٦١٥ - قلنا : علة الأصل غير مسلمة ؛ لأن سيلان الاستحاضة حدث ولا يؤثر في الصلاة ، فمن جنس [٦] الحدث ما لا يؤثر وإن استوى عمده وسهوه . وعلة الفرع [٧] تبطل بزيادة الأفعال ؛ لأن [٨] في جنس سهوها ما لا يؤثر ، وهو المشي القليل ، وإن

---

(١) تقدم تخريج حديث معاوية بن الحكم في مسألة (١٠٦) .

(٢) في غير (ص) : [من] .

(٣) في (ع) : [ينفي] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بعد] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يبطل] .

(٦) في (ع) : [جنسه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الأصل] ، وفي (ن) : [وعلية الفرع] .

(٨) في (ن) : [لا] .

كان كثيره يستوي عمده وسهوه .

٢٦١٦ - ولأن التحريمة نهي فيها عن أفعال وأقوال ، فإذا كانت الأفعال المنهي عنها يستوي فيها الساهي والعامد إذا كثرت ، كذلك الأقوال .

٢٦١٧ - ولأن الصلاة نهي فيها عن أفعال وأقوال ، وأمر فيها بأفعال وأقوال ، ثم كان ترك ما أمر به يستوي فيه النسيان والعمد ، كذلك ما نهي عنه .

٢٦١٨ - قالوا : اعتبار أحدهما بالآخر لا يصح ؛ لأن الخروج من العبادة مأمور به ، ولم يفرق بين عمده وسهوه ، وهو منهي عنه في غير موضعه ، وقد فرق في السلام بين سهوه وعمده .

٢٦١٩ - قلنا : لا فرق بين سلام الساهي والعامد عندنا [على ما قدمناه] [(١)] . ولأنه قاصد إلى الكلام الذي يفسد جنسه [(٢)] الصلاة ، فلا يعتبر بنسيانه لصلاته ، كلفظ الزيادة .

٢٦٢٠ - ولأن التحريمة عقد ، وما يبطل العقود لا فرق فيه بين الجهل والعلم والنسيان والعمد ، كالمعاني المفسدة للبيع . ولأنه قول ينافي موجب عقد ما يستوي فيه الذكر للعقد والنسيان ، كالطلاق .

٢٦٢١ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » [(٣)] .

٢٦٢٢ - والجواب : أن الخطأ هو الفعل ، وذلك غير مرفوع ، فعلم أن المراد غير الظاهر ، فعندهم معناه : رفع حكم الخطأ ، وعندنا : رفع مأثم الخطأ ، فتساوينا في ترك الظاهر .

٢٦٢٣ - ولا يقال : إن الإثم داخل في الحكم ، فإضمارنا أولى ؛ وذلك لأن الإضمار لا يرجح بالعموم ، وإنما يضمر أسفل [(٤)] الكلام ، فإذا اكتفي [(٥)] بإضمارين لم يفتقر إلى ما زاد عليه .

٢٦٢٤ - ولأن الحكم لا يرتفع باتفاق ؛ بدلالة الجاني ناسيًا ومخطئًا ، والمأثم مرتفع [(٦)] في جميع المواضع ، فكان إضمار ما يمكن حمله على العموم أولى من إضمار

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [جنسها] .
(٣) أخرجه ابن ماجه في باب طلاق المكره والناسي (٦٥٩/١) ، الحديث (٢٠٤٥) ، والطحاوي في المعاني في باب طلاق المكره (٩٥/٣) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الطلاق في ثلاث جدهن جد وهزلن جد (١٩٨/٢) .
(٤) في (ن) : [استقل] .
(٥) في (ص) ، (ع) : [التفي] ، وفي (م) : [التقي] .
(٦) في (م) ، (ن) : [من يقع] .

ما أجمعوا على تركه في بعض المواضع .

٢٦٢٥ - احتجوا : بحديث أبي هريرة قال : صلى بنا رسول الله ﷺ صلاة العصر فقام [1] في ركعتين ، فقام ذو اليدين فقال : أقصرت الصلاة أم نسيت ؟ فأقبل على القوم وقال : « أصدق ذو اليدين ؟ » فقالوا : نعم . فأتم ما بقي من صلاته ، وسجد سجدتين [للسهو] [2] بعد التسليم [3] . قالوا : فقد تكلم ساهيا ؛ لأنه اعتقد أنه خرج من الصلاة وأتمها .

٢٦٢٦ - والجواب [4] : أن هذا الخبر مضطرب في نفسه ؛ لأن أبا هريرة روى أنه صلى إحدى الصلاتين ، وروى أنه صلى العصر ، وروى أنه سلم في ركعتين [5] . وروى عمران بن الحصين القصة وذكر أنه سلم في الثالثة [6] . ثم لو ثبت كان متروكًا بالإجماع ؛ لأن ذا اليدين قال للنبي ﷺ : أقصرت الصلاة أم نسيت ، فقال : « كل ذلك لم يكن » ، فقال ذو اليدين : بلى ، قد نسيت [7] . ومعلوم أنه تكلم ابتداء ، وهو يجوز الفسخ [8] ثم علم أنه لم يفسخ [9] فكلامه الثاني عامدًا .

٢٦٢٧ - وقول أبي بكر وعمر للنبي ﷺ [نعم] [10] كلام عامد ، وهذا يفسد الصلاة باتفاق [11] .

---

(١) في (ص) ، (ن) : [فسلم] . (٢) الزيادة من (ع) .

(٣) أخرجه الشافعي في المسند ، في الباب التاسع في سجود السهو (١٢١/١) ، حديث (٣٥٧) والبخاري في الصحيح كتاب الكسوف ، باب من لم يتشهد في سجدتي السهو وفي باب إذا سلم في ركعتين أو في ثلاث ، وفي باب من يكبر في سجدتي السهو (٢١٢/١ ، ٢١٣) ومسلم من وجوه بألفاظ متقاربة ومختلفة في الصحيح ، في باب في الصلاة والسجود له (٢٣١/١ ، ٢٣٢) ، والبيهقي في الكبرى في باب الكلام في الصلاة على وجه السهو (٣٥٦/٢ - ٣٥٩) ، وابن خزيمة في صحيحه ، في باب إيجاب سجدتي السهو على المسلم قبل الفراغ من الصلاة ساهيًا (١١٩/٢) ، الحديث (١٠٣٧) .

(٤) في (ع) : [الجواب] . (٥) راجع ألفاظ الحديث في المصادر السابقة .

(٦) في (ع) : [في الثانية] . حديث عمران بن حصين أخرجه الشافعي في المسند ، في الباب التاسع في سجود السهو الحديث (٣٥٧) ، ومسلم في باب في الصلاة والسجود له (٢٣٢/١) والبيهقي في الكبرى في باب الكلام في الصلاة على وجه السهو (٣٥٩/٢) .

(٧) راجع حديث أبي هريرة بنحو هذا اللفظ في صحيح البخاري في باب من يكبر في سجدتي السهو (٢١٣/١) ، ومسلم في (٢٣٢/١) . (٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [التسبيح] .

(٩) في (م) : لم يفسح . (١٠) ساقطة من (ع) .

(١١) في (ع) : [بالاتفاق] .

٢٦٢٨ - ولا يقال : إن أبا بكر وعمر لزمهما جواب رسول الله [١] ﷺ ، وإذا وجب الكلام لم يفسد ؛ لأن ما ينافي الصلاة إذا وجب فيها أفسدها ، كتخليص الغريق [٢] .

٢٦٢٩ - ولأن هذا لا يوجد في كلام ذي اليدين ، فلم يبق أن يكون [٣] هذا في حال إباحة الكلام ، فلم تبطل [٤] الصلاة ، لا للنسيان [٥] ، لكن لأن الكلام لا يفسدها .

٢٦٣٠ - ولا يقال : إن تحريم الكلام كان قبل قدوم ابن مسعود [٦] من الحبشة ، وقصة ذي اليدين بعد إسلام أبي هريرة ، وأبو هريرة أسلم بعد الهجرة بسبع سنين ، وقال : صلى بنا رسول الله ﷺ .

٢٦٣١ - قلنا : يجوز أن يكون هذا قبل إسلام أبي هريرة [٧] ، ويقول : صلى بنا ، أي : بقومنا ، كما قال الحسن : خطبنا علي ، يعني : أهل بلدنا . يبين ذلك أن ذا اليدين قتل يوم بدر ، ذكره ابن إسحاق [٨] في جملة شهداء بدر من بني زهرة ، وهو أعلم [أهل] [٩] زمانه بالسيرة .

٢٦٣٢ - قالوا : لا يظن بأبي هريرة أنه يقول : قام [١٠] ذو اليدين . وقد قتل ذو اليدين ببدر ، فالظاهر أنه كان حيًا ، وإنما الذي قتل ببدر هو ذو الشمالين ابن عبد عمرو ابن نضلة ، وذو [١١] اليدين عاش بعد وفاة النبي ﷺ ومات في أيام معاوية ، وقبره بذي حسب ، واسمه خرباق . والدليل على أن هذا هو الراوي : ما روى عمران بن الحصين

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [النبي] . (٢) في (م) ، (ع) : [لتخليص الفريق] .

(٣) هكذا في كل النسخ ، ولعل الصواب : [فلم يبق إلا أن] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فلم يبطل] . (٥) في (ع) : [لا لنسيان] .

(٦) قوله : [ابن مسعود] ساقط من (ع) .

(٧) قوله : [أبي هريرة] ساقط من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٨) هو محمد بن إسحاق بن يسار بن خيار ، أبو عبد الله القرشي ، المطلبي ، مولاهم المدني ، صاحب السيرة النبوية والمرجع فيها . قال ابن العماد : وكل من تكلم في السيرة فعليه اعتماده . كان ثقة في الحديث ، وبحرًا من بحور العلم ، وثقه يحيى بن معين وغيره . ولد رحمه الله بالمدينة سنة ٨٥هـ ، وتوفي ببغداد سنة ١٥٠هـ ، وقيل : سنة ١٥١هـ ، ودفن في مقبرة الخيزران . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (٣٣/٧ - ٥٥) ، ميزان الاعتدال (٤٦٨/٣ - ٤٧٥) ، ترجمة (٧١٩٧) شذرات الذهب (٢٣٠/١) . قال ابن إسحاق في السيرة : ممن استشهد من المسلمين يوم بدر من بني زهرة : ذو الشمالين بن عبد عمرو بن نضلة حليف لهم من خزاعة ، وهكذا ذكره الواقدي . راجع : السيرة النبوية لابن هشام في غزوة بدر الكبرى من استشهد من المسلمين يوم بدر القسم الأول ، (٧٠٧/٢) ، كتاب المغازي للواقدي في غزوة بدر الأولى تسمية من استشهد من المسلمين ببدر (١٤٥/١) .

(٩) ساقطة من (ع) . (١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فأمر] .

(١١) في (ص) : [ذوا] .

في القصة وقال : فقام الخرباق فقال : أقصرت ؟ (١)

٢٦٣٣ - قلنا : ذو الشمالين هو ذو اليدين ، وهو ابن عبد عمرو ، حليف بني زهرة من خزاعة ، وإنما غير النبي [ﷺ] (٢) اسمه من ذي الشمالين إلى ذي اليدين ، كما كان يغير الأسماء (٣) المستنكرة .

٢٦٣٤ - والدليل عليه : ما روى الزهري عن أبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة قال : سلم النبي ﷺ في الركعتين فقال له ذو الشماليين ابن عبد عمرو : أقصرت الصلاة أم نسيت ؟ فثبت أن ذا الشمالين هو ذو اليدين (٤) ، وكذلك روى الأوزاعي في هذه القصة (٥) .

٢٦٣٥ - وقولهم : غلط الأوزاعي ، ليس بصحيح ؛ لأنه إذا اجتمع (٦) فيها الزهري وابن إسحاق والأوزاعي لم يصح دعوى الغلط (٧) بغير حجة . ولو ثبت ما قالوه من تأخير القصة عن قدوم ابن مسعود لم يدل ؛ لأن الكلام أبيح بعد ذلك .

٢٦٣٦ - والدليل عليه : ما روى زيد بن أرقم قال : كنا نتحدث في الصلاة حتى نزلت : ﴿ وَقُومُواْ لِلَّهِ قَـٰنِتِينَ ﴾ (٨) فأمرنا بالسكوت (٩) . وزيد بن أرقم أصغر سنا من أبي هريرة (١٠) .

٢٦٣٧ - قالوا : الدليل على أن هذا كان في حال حظر (١١) الكلام أنه روي في الخبر أنه عليه السلام قال : « أصدق ذو اليدين » ، فأومأوا ، أي : نعم (١٢) . فلو كان في حال إباحة الكلام

---

(١) أخرجه البخاري كتاب الكسوف باب ما بين التشهد في سجدة السهو باب إذا سلم في ركعتين أو ثلاث وفي باب من يكبر في سجدتي السهو (٢١٢/١ ، ٢١٣) ، البيهقي في الكبرى باب الكلام في الصلاة على وجه السهو (٣٥٦/٢ ، ٣٥٩) .

(٢) الزيادة من (ع) .

(٣) في (ن) : [الاسم] .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ن) : [ذا اليدين] .

(٥) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه (١٢٤/٢) ، وأبو يعلى في مسنده (٢٤٤/١٠) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [اجمع] .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الفاظ] .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٣٨ .

(٩) تقدم تخريج حديث زيد بن أرقم في مسألة (٩٨) .

(١٠) توفي زيد بن أرقم بن زيد بن قيس الأنصاري الخزرجي ، صاحب رسول الله ﷺ بالكوفة سنة ست وستين ، وقيل سنة ثمان وستين . انظر ترجمته في الإصابة ، في ذكر من اسمه زيد (٥٦٠/١) ، ترجمة (٢٨٧٣) ، والاستيعاب في هامش الإصابة (٥٥٦/١ - ٥٥٨) ، سير أعلام النبلاء (١٦٥/٣ - ١٦٨) ، شذرات الذهب (٧٤/١) . وتوفي أبو هريرة عبد الرحمن بن صخر الدوسي ، صاحب رسول الله ﷺ بالمدينة ، وقيل : بالبقيع ، سنة سبع وخمسين ، وقيل : سنة ثمان وخمسين ، وقيل : سنة تسع وخمسين ، عن ثمان وسبعين سنة . انظر ترجمته في الإصابة ، في حرف الهاء ، القسم الأول (٢٠٢/٤ - ٢١١) ، ترجمة (١١٩٠) ، والاستيعاب في هامش الإصابة ، (٢٠٢/٤ - ٢١٠) ، سير أعلام النبلاء (٥٧٨/٢ - ٦٣٢) ، ترجمة (١٢٦) ، شذرات الذهب (٦٣/١) .

(١١) في (م) : [خطر] .

(١٢) تقدم تخريج حديث أبي هريرة في نفس المسألة .

لم يومئوا . ولأن النبي ﷺ سجد للسهو ، ولو كان الكلام مباحا لم يسجد .

٢٦٣٨ - قلنا : قد روي في عامة الأخبار أنهم قالوا : نعم ، فيجوز أن [يكون] [1] تكلم بعضهم وأشار بعضهم على عادة الناس في الكلام . فأما سجود السهو فلتأخير الأركان ويسلم [2] من السهو ، ومن سلم في صلاته ناسيًا وجب عليه سجود السهو . وقد روى عمران أنه سلم في الثالثة ، فإن كان كذلك فالقعدة [3] في الثالثة . يبين [4] ما قدمناه أن النبي ﷺ قال : « إنما [5] التسبيح للرجال والتصفيق للنساء » [6] ، فلو كانت هذه القصة بعد هذا لسبح به ذو اليدين ولم يتكلم ، ولكان [7] النبي ﷺ ينكر عليه ترك التسبيح إلى غيره ، كما روي أنه دخل المسجد وأبو بكر يصلي بالناس فصفقوا ، فأنكر عليهم [ترك التسبيح إلى غيره] [8] [فقال] [9] : « إنما التصفيق للنساء والتسبيح للرجال » ، فإنكار الكلام أولى . فلما لم ينكر دل على أن هذا متقدم على الأمر [10] بالتسبيح . ولو ثبت أن هذا الخبر بعد حظر [11] الكلام اقتضى إباحة الكلام بكل حال ؛ لأنه إذا تكلم ناسيًا ولم يستأنف لم تختص [12] إباحة الكلام بالنسيان ، كما لا تختص [13] بوجوده من النبي ﷺ ، فعلم أن هذا متقدم التحريم [14] .

٢٦٣٩ - قالوا : خطاب آدمي [15] على وجه السهو ، فوجب أن لا يبطل الصلاة ، كما لو سلم ساهيًا .

٢٦٤٠ - قلنا : يبطل بمن خاطب غيره بكلمة [16] الكفر . ولأن السلام موضوع في الصلاة ، فإذا حصل فيها من غير موقعه جاز أن لا يفسد ، وكلام الآدميين لم يوضع

---

(١) ساقطة من (ع) .
(٢) هكذا في النسخ ، ولعلها : [وللتسليم] .
(٣) في (ع) : [فالقاعد] .
(٤) في (م) : [تبين] .
(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فإنما] .
(٦) أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الكسوف ، باب التصفيق للنساء (٢٠٨/١) ، ومسلم في الصحيح ، في باب تسبيح الرجال وتصفيق المرأة إذا نابهما شيء في الصلاة (١٨٢/١) ، والترمذي ، في باب ما جاء أن التسبيح للرجال والتصفيق للنساء (٢٠٥/٢) ، الحديث (٣٦٩) .
(٧) في (م) ، (ع) : [وكان] .
(٨) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٩) ساقط من (م) ، (ع) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يتقدم الأمر] ، وفي (ن) : [متقدم الأمر] .
(١١) في (م) : [خطر] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [لا يختص] .
(١٣) في (ن) : [إباحة النسيان بالكلام بالنسيان] ، وفي (م) ، (ع) : [لا يختص] .
(١٤) في (ع) : [مقدم للتحريم] ، وفي (م) : [متقدم للتحريم] .
(١٥) في (ع) : [الآدمي] .
(١٦) في (م) ، (ع) : [بكلم] .

فيها ، فصار كسائر المعاني المنافية لها ، فلا يختلف بالسهو والعمد . يبين [١] صحة الفرق أن الأفعال الموضوعة فيها وقد [٢] اختلف فيها النسيان والعمد ، كزيادة السجدة عندهم ، ولم يختلف في الأفعال التي لم توضع [٣] فيها إذا كثرت باتفاق .

٢٦٤١ - قالوا : كل معنى منع منه في [٤] العبادة منعا يختص بها فإن سهوه لا يبطلها ، كالأكل في الصوم .

٢٦٤٢ - قلنا : لا نسلم . الوصف في الأصل ؛ لأن الأكل لا يختص النهي عنه بالصوم ؛ لأنه ممنوع منه في الصلاة .

٢٦٤٣ - ثم اعتبار الصلاة بالصوم في المعاني المفسدة لا يصح ؛ لضعف الصلاة فيما يفسدها وقوة الصوم ، فتفسد [٥] الصلاة معان [٦] لا تفسد [٧] الصوم ، وقد يفسد الصوم عندهم ما لا يفسد الصلاة ؛ ألا ترى أن من ظن أن الشمس قد غربت فأكل بطل صومه ، ولو ظن أنه أتم الصلاة فسلم وأكل لم تبطل صلاته عندهم . ثم المعنى في الصوم أنه ينعقد وإن لم يكن للمكلف قصد في انعقاده ، فجاز أن يكون ما يفسده يختلف بقصده وعدم قصده ، والصلاة لا يصح انعقادها والمكلف غير قاصد لانعقادها ، فما يبطلها يستوي أن يوجد في حال ذكرها والسهو عنها .

٢٦٤٤ - قالوا : لو كلفناه القضاء لم نأمن [٨] فيه ما لحقه [٩] من الأذى ، إلا أنه لا يحترز عن أن ينسى .

٢٦٤٥ - قلنا : يبطل بمن فعل فيها فعلا طويلا ناسيًا لا يأمن مثله في القضاء وإن وجب عليه ، وكذا إذا ترك الأركان ناسيًا .

٢٦٤٦ - قالوا : الكلام كان مباحًا عمدًا ، وسهوه مثله ، والنسخ نهي ، والنهي لا يتناول إلا القاصد ، فبقي المحظور [١٠] على أصل الإباحة / . ٣١/ب

٢٦٤٧ - قلنا : الكلام كان مباحًا لجنسه فحظره [١١] يعود إلى جنسه ، ولا يختص بأنواعه . ولأنا بينا الحظر [١٢] بلفظ الخبر ، والأمر والخبر ينصرف إلى الساهي .

---

(١) في (م) : [تبين] .
(٢) في كل النسخ : [وقد] ولعل الصواب حذفها .
(٣) في (م) ، (ع) : [لم يوضع] .
(٤) في (ع) : من .
(٥) في (م) ، (ع) : [فيفسد] .
(٦) في كل النسخ : [معاني] .
(٧) في (م) ، (ع) : [لا يفسد] .
(٨) في غير (ص) : [لم يأمن] .
(٩) في (م) ، (ع) : [لحقت] .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [المحصور] .
(١١) في (ن) : [فخطره] .
(١٢) في (ن) : [الخطر] .

مسألة ١٤١

إذا سبقه الحدث في صلاة توضأ وبنى

٢٦٤٨ - قال أصحابنا : إذا سبقه الحدث في صلاة توضأ [١] وبنى [٢] .

٢٦٤٩ - وقال الشافعي : يستأنف [٣] .

٢٦٥٠ - لنا : ما رواه ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما أن النبي ﷺ [قال : « من قاء في صلاته أو أمذى فلينصرف وليتوضأ وليبن على ما مضى من صلاته ما لم يتكلم » [٤] . ولا يجوز] [٥] حمله على الانصراف لغسل النجاسة ؛ لأن إطلاق الوضوء يتناول ما وقع للحدث ، ولأنه ذكر المذي والانصراف ، وفيه [٦] الوضوء باتفاق . ولا يجوز [٧] أن يقال : بنى بمعنى ابتدأ ؛ لأنه لو كان كذلك لم يشرط فيه ترك الكلام .

٢٦٥١ - ولا يقال : إن راوي الخبر إسماعيل بن عياش [٨] عن ابن جريج عن عروة وابن أبي مليكة عن عائشة ، قالوا : وإسماعيل ضعيف ؛ وذلك أن إسماعيل

---

(١) في (م) : [يوما] .

(٢) قال صاحب الهداية : والاستئناف أفضل تحرزًا عن شبهة الخلاف . راجع : الأصل باب الحدث في الصلاة وما يقطعها (١٦٨/١ ، ١٦٩) ، بدائع الصنائع فصل ما يفسد الصلاة (٢٢٠/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية باب الحدث في الصلاة (٣٧٧/١ - ٣٨١) البناية باب الحدث في الصلاة (٤٤٦/٢ - ٤٥٧) ، مجمع الأنهر ، الباب السابق (١١٣/١) الاختيار فصل في حكم من سبقه الحدث (٦٣/١) .

(٣) قال الشافعي في الجديد : تبطل صلاته ويستأنف . قال النووي في المجموع في فرع مذاهب العلماء : إن مذهبنا الصحيح الجديد أنه لا يجوز البناء ، بل يجب الاستئناف . وقال في الجديد مثل قول الحنفية : لا تبطل صلاته ، بل ينصرف ويتوضأ ويبني على صلاته . راجع : الوسيط الباب الخامس في شرائط الصلاة ونواقضها (٦٣٩/٢ ، ٦٤٠) ، حلية العلماء باب ما يفسد الصلاة (١٢٧/٢) ، فتح العزيز الباب الخامس في شرائط الصلاة بهامش المجموع (٤/٤ ، ٥) المجموع مع المهذب باب ما يفسد الصلاة (٧٤/٤ - ٧٦) . وانظر : الكافي لابن عبد البر باب فيمن أصابه حدث في الصلاة (٢٢٠/١) ، والكافي لابن قدامة باب سجود السهو (١٧٠/١ ، ١٧١) ، المغني باب الصلاة بالنجاسة (١٠٣/٢) .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (١٤٠) .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فيه] بدون العطف .

(٧) في (م) ، (ع) : [ويجوز] .

(٨) في (م) ، (ع) : [عباس] .

روى عنه محمد بن الحسن وعدَّله ، ومن طعن فيه (١) من أصحاب الحديث قال : هو ضعيف فيما يرويه عن الشاميين ، ومن كان قويًّا فيما يرويه عن قوم فهو كذلك فيما يرويه عن غيرهم .

٢٦٥٢ - ولأنه حدث موجبه الوضوء طرأ على صلاته لا بفعل محدث فلم ينف [البناء ، كدم الاستحاضة] (٢) . ولا يلزم الاحتلام ؛ لأنه موجبه الغسل . ولا يلزم انقضاء مدة المسح ؛ لأنه ليس بحدث ولا يوجب الوضوء (٣) ، وإنما يوجب غسل الرجل بسبب سابق . ولا يلزم الإغماء والجنون ؛ لأن البناء لا يمتنع (٤) للحدث ، ولكن البقاء (٥) على حالته بعد ذلك ، فهو كالمحدث إذا لم ينصرف . ولأن الإغماء ليس بحدث ، وإنما الحدث ما لا يخلو منه المغمى عليه ، ويجوز أن يكون ذلك بفعله . ولا يلزم القهقهة ؛ لأن المعنى (٦) في البناء (٧) ليس هو الحدث ، ولكن (٨) هي من جنس الكلام ، فنافى الكلام البناء ، ويصير كمن أحدث وتكلم .

٢٦٥٣ - ولا يقال : المعنى في دم الاستحاضة أنه لا يمنع المعنى فكذلك (٩) لا يمنع البناء ؛ لأنه قد يمنع المضي ما لا يمنع البناء ، ألا ترى أن الأمة إذا أعتقت في الصلاة لم يجز لها المضي مع كشف الرأس وإن جاز أن تغطي وتبني (١٠) . وكذلك من وقع على ثوبه نجاسة [يابسة] (١١) لم يجز له المضي وجاز إلقاؤها والبناء . ولأن كل ما لو حدث من جهة الإمام لم يمنع المؤتم من البناء لم يمنع الإمام ، أصله : الرعاف ، وعكسه الكلام والاحتلام على أصلنا . ولأن كل بناء لا يمنع منه الرعاف لا يمنع منه سبق الريح ، أصله : بناء المؤتم إذا وجد ذلك من جهة الإمام .

٢٦٥٤ - احتجوا : بقوله ﷺ : « فلا ينصرفن حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » (١٢) ، قالوا : وهذا يقتضي الانصراف عن الصلاة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [عنه] ، وفي (ن) : [عليه] .

(٢) في (م) ، (ع) : [التأكد من الاستحاضة] .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الغسل] . (٤) في غير (ص) : [يمنع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [التقي] . (٦) في (ن) : [البنا] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لأن البنا في البنا لأنه قد يمنع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [وإنما] . (٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فلذلك] .

(١٠) في (ن) : [أن يغطي ويبني] . (١١) ساقطة من (ع) .

(١٢) تقدم تخريجه في مسألة (١٣٢) .

٢٦٥٥ - والجواب : أن الخبر دل على الانصراف ، وعندنا ينصرف ، والبناء مأخوذ من دليل آخر ، وقولهم : إنه لا ينصرف عندكم عن الصلاة ، ليس بصحيح ؛ لأن الخبر لا يقتضي الانصراف عنها ، وإنما يقتضي الانصراف مطلقا [١] . ولأنه عندنا منصرف عن صلاته [٢] لأنه لا يكون مصليًا حال الانصراف .

٢٦٥٦ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « إذا قاء [٣] أحدكم وهو في الصلاة فلينصرف وليتوضأ وليعد الصلاة » [٤] .

٢٦٥٧ - والجواب : أنه ذكر فعلا مضافًا إليه ، وذلك يكون فيما اعتمده ، فأما ما جاء غالبًا فلا يضاف إليه ، والخلاف فيه .

٢٦٥٨ - قالوا : حَدَثٌ منع المضي في الصلاة ، فوجب أن [يمنع] [٥] [الاستدامة ، كالمني .

٢٦٥٩ - قلنا : منع المضي لا يستدل به على منع الاستدامة] [٦] على ما ذكرنا في الأَمَة إذا أعتقت ورأسها مكشوف [٧] ، ومن أصابه نجاسة ، ومن [٨] سقط إزاره فأخذه ، وفي صلاة الخوف الطائفة المنتظرة لا تمضي [٩] على الصلاة وتستديمها [١٠] ، ثم المعنى في المني أنه يوجب الاغتسال ، وذلك لا يمكن إلا بأن تبدو العورة ، فتفسد [١١] الصلاة لهذا المعنى ، ومن أصحابنا من قال : إن الإنزال لا يكون إلا بغلبة النوم ، والمصلي متى انتهى إلى هذا الحد في [حال] [١٢] النوم بطلت صلاته . ولأن المني يوجب الغسل وذلك فعل كثير ، والحدث يوجب الوضوء وهو فعل قليل ، ولا يمتنع أن يعفى عن قليل العمل في الصلاة وإن لم يعف عن كثيره . ولأن للمني تأثيرا [١٣] في منع البناء على العبادة ما ليس للحدث ؛ ألا ترى [١٤] أن ماسح الخفين يستديم المسح ويبني على المدة مع الأحداث ولا يستديم ذلك مع المني . ولأنه قد يطرأ

---

(١) في (م) ، (ع) : [عنها مطلقا] .
(٢) في (ن) : [من صلاته] .
(٣) في (م) ، (ع) : [إذا أنا] .
(٤) تقدم تخريجه في مسألة (١٤٠) .
(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (ع) : [مكشوفة] .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وبمن] .
(٩) في (م) ، (ع) : [لا يمضي] .
(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ويستدمها] .
(١١) في (م) : [فيفسد] .
(١٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(١٣) في (ن) ، (ع) : [تأثير] .
(١٤) في (ص) : [ألا يرى] .

على الصلاة حدث لا يوجب الغسل فلا يمنع البناء باتفاق ، وهو دم الاستحاضة ، ولا يطرأ عليها ما يوجب الغسل ، فيجب [١] معه البناء .

٢٦٦٠ - قالوا : حدث يمنع افتتاح الصلاة فمنع استدامتها ، كالحدث العمد .

٢٦٦١ - قلنا : الابتداء [أضعف] [٢] ، والبقاء أقوى ، فيجوز أن يمنع الابتداء ما لا يمنع البقاء ؛ ألا ترى أن الأمة المعتقة لا يجوز [٣] أن تفسخ [٤] الصلاة مع الكشف ، ولا يمنع ذلك الاستدامة ، ودم الاستحاضة إذا حدث في الصلاة لم يمنع الاستدامة ، ومنع عندهم الابتداء بمثلها . ولأن حدث العمد حصل بفعله فلم يعذر فيه ، وما سبقه حصل بفعل اللّٰه تعالى فجاز أن يكون معذورا فيه ، كدم الاستحاضة .

* * *

(١) في (ن) : [فيجوز] .

(٢) ساقطة من (ع) .

(٣) في (ع) : [لا تجوز] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أن يفسد] .

مسألة ١٤٢

ما يدركه المؤتم من صلاة الإمام آخر صلاته حكما وأولها فعلا

٢٦٦٢ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف : ما يدركه المؤتم من صلاة الإمام آخر صلاته حكمًا وأولها فعلا .

٢٦٦٣ - وقال محمد : أولها فعلا وحكمًا [1] ، وبه قال الشافعي [2] . والخلاف يظهر في فصول ، منها : تكبير [3] العيدين على إحدى الروايتين ، إذا أدرك مع الإمام الركعة الثانية قدم التكبير فيما يقضي على القراءة ، وإذا أدركه في الأخريين قضى وقرأ فيما يقضي بفاتحة الكتاب وسورة . وحكي عن ابن شجاع أنه قال : إذا قضى أتى بالاستفتاح في الركعة التي يقضيها ؛ لأنها أول الصلاة عندهما .

٢٦٦٤ - والدليل على ذلك : ما رواه أبو سلمة عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ قال : « ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا » [4] . والقضاء عبارة عما يقع في مقابلة الفائت [5] ومثله ، والذي فات أول الصلاة ، فوجب أن يقضي أولها ؛ ألا ترى أن

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : الأصل باب الإمام يحدث فيقدم من فاتته ركعة (٢٤٦/١ ، ٢٤٧) ، المبسوط (١٨٩/١ ، ١٩٠) ، بدائع الصنائع فصل في حكم هذه الصلوات (٢٤٧/١ - ٢٤٩) ، حاشية ابن عابدين كتاب الصلاة ، باب الإمامة (٤١٩/١) .

(٢) راجع المسألة في : مختصر المزني باب صفة الصلاة وما يجوز فيها وما يفسدها ص١٦ ، حلية العلماء باب صلاة الجماعة (١٥٩/٢ ، ١٦٠) ، فتح العزيز الفصل الثالث في شرائط القدوة في هامش المجموع (٤٢٧/٤) ، المجموع مع المهذب باب صفة الصلاة (٣٨٧/٣ ، ٣٨٨) و باب صلاة الجماعة (٢٢٠/٤ ، ٢٢١) . وانظر : المدونة في الرجل يقضي بعد سلام الإمام (٩٦/١) ، الكافي لابن عبد البر باب حكم المأموم تفوته بعض صلاة الإمام (٢١٤/١) ، بداية المجتهد الباب الثاني في القضاء (١٩٢/١ ، ١٩٣) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب الثامن عشر في إرقاع الصلاة ص ٧٠ ، الإفصاح باب من أحق بالإقامة (١٥٥/١) ، الكافي لابن قدامة باب الجماعة (١٧٩/١ ، ١٨٠) ، المغني كتاب صلاة الخوف (٤٠٧/٢ ، ٤٠٨) .

(٣) في (م) : [تكبيرة] .

(٤) حديث أبي سلمة عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ أخرجه مسلم في الصحيح ، في باب استحباب إتيان الصلاة بوقار وسكينة والنهي عن إتيانها سعيًا (٢٤٢/١) ، وأخرجه أحمد (٢٧٠/٢) ، وأخرجه النسائي كتاب الافتتاح ، في السعي إلى الصلاة (١١٤/٢ ، ١١٥) . قال أبو داود : كلهم قالوا : فأتموا ، وقال ابن عيينة عن الزهري وحده : فاقضوا . كما أخرج في نفس الباب من حديث سعد بن إبراهيم بلفظ : فصلوا ما أدركتم ، واقضوا ما سبقكم .

(٥) في (م) ، (ع) : [الغائب] .

المفعول بعد الإمام يسمى قضاء ، فلو كان آخر الصلاة كان أداء ولم يكن قضاء ؛ لأنه لم يفت آخرها . ولأن ما أدركه آخر صلاة الإمام فلم يكن أول صلاة المأموم ، أصله : إذا أدرك أول الصلاة . ولأن أول صلاة الإمام (١) لا يجوز أن يكون آخر صلاة المؤتم ، وكذلك آخر صلاة الإمام لا يكون أول صلاة المؤتم ؛ لأن ذلك يؤدي إلى مخالفة الإمام في جهة الفعل في الوجهين . ولأن (٢) من أدرك الإمام في ثالثة الوتر قنت معه ولم يقنت فيما يقضي ، ولو كان ما يقضيه آخر الصلاة وجب إعادة القنوت ولم يعتد بقنوته في أولها .

٢٦٦٥ - احتجوا : بحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « ما أدركتم فصلوا وما فاتكم [فأتموا] (٣) » ، وحقيقة الإتمام تقتضي (٤) إكمال ما ابتدأ به .

٢٦٦٦ - والجواب : أن التمام يقتضي الكمال ، سواء كان فعل أول الشيء أو آخره ألا ترى أن من ابتدأ كتابًا قيل (٥) له : أتمه ، بمعنى أكمله بأوله ، كذلك يصح أن يقال : أتم الصلاة بمعنى : افعل ما لا يصح إلا به ، وإن كان ذلك أولها .

٢٦٦٧ - قالوا : فعل مُعْتَدٌّ به [يلي تحريمته] (٦) فوجب أن يكون أول صلاته ، أصله : إذا أدرك أول (٧) الصلاة .

٢٦٦٨ - قلنا : قد يلي (٨) التحريمة بحكم المتابعة ما لا يكون أول الصلاة ؛ بدلالة من أدرك إمامه في القعدة [أو في] (٩) السجود . ولأنا اعتبرنا أفعال المؤتم بفعل الإمام واعتبروه بتحريمة نفسه ، وما اعتبرنا أولى ؛ لأن صلاة المؤتم مرتبة على صلاة الإمام ، لا على تحريمة نفسه ، ولهذا يتبدلها بالسجود وإن كانت (١٠) تحريمته تعتبر (١١) بفعل الإمام ، وغير مخالف له كذلك إذا أدرك آخرها .

٢٦٦٩ - قالوا : لو أدرك الإمام بعد ما رفع رأسه من الركوع في الرابعة شاركه ولم يُعْتَد بذلك ، لأنه لا يصح أن يكون أول الصلاة ، فلو كان ما يفعله آخر الصلاة

---

(١) في (م) ، (ع) : [أول الصلاة الذي للإمام] .

(٢) لفظ : [ولأن] مكرر في (ع) .

(٣) ساقطة من (ع) .

(٤) في غير (ص) : [يقتضي] .

(٥) في (ص) : [قيله] .

(٦) الزيادة من (ن) .

(٧) في (ص) : [أو] .

(٨) في (ن) : [تلي] .

(٩) في (ع) : [وفي] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [كان] .

(١١) في (م) ، (ن) : [معتبر] ، وفي (ع) : [معتبرة] .

لاعتد به .

٢٦٧٠ - قلنا : الاعتداد لا يقع بالمشاركة في أكثر أفعال الركعة ، ولم يجعل ذلك في مسألتنا ، فلم يعتد به لهذا المعنى ، لا لما قالوه .

٢٦٧١ - قالوا : ركعة تليها [1] ركعة ، فوجب أن لا يكون آخر صلاته ، كالمنفرد .

٢٦٧٢ - قلنا : إن كان [2] التعليل للآخر من طريق المشاهدة فكذلك نقول [3] ، وإن كان الآخر حكمًا فلا يمتنع أن يكون حكم ما أدركه حكم الآخر ، وإن كان [بعده] [4] من طريق المشاهدة غيره ، كالمسافر إذا صلى ركعتين والثانية آخر صلاته ويجوز أن يكون بعدها غيرها بأن ينوي الإقامة ، ثم أصلهم المنفرد ، والمعنى فيه أن صلاته غير معتبرة بصلاة [5] غيره ، فترتبت على تحريمته ، وفي مسألتنا : صلاته مرتبة على صلاة إمامه ، فلذلك اعتبرت بها .

٢٦٧٣ - قالوا : لو أدرك إمامه في ثالثة المغرب قضى بعدها ركعتين وجلس عقيب كل واحدة منهما [6] ، فلو كان ما يقضيه أول صلاته لم يجلس عقيب الركعة الأولى .

٢٦٧٤ - قلنا : الجلوس موضوع بعد كل ركعتين [7] من طريق المشاهدة ، فإذا صلى ركعة تقدمتها [8] ركعة مع الإمام فقد أتى بركعتين فوجب أن يقعد وإن كان أول صلاته . ولأن عندهم ما فعله مع الإمام [9] أول صلاته ومع هذا يقعد فيه ، والقعدة لا تكون [10] أول الصلاة .

٢٦٧٥ - فإن قالوا : إن ذلك يفعل على طريق المتابعة [11] .

٢٦٧٦ - قلنا : فعندنا يقعد فيما يقضي ؛ لأن المتابعة في بعض الصلاة غيرت أحكامها من حال الانفراد .

٢٦٧٧ - قالوا : القعدة إنما تجب في آخر الصلاة ، وقد فعلها عندكم مع الإمام ، فكان يجب إذا ترك القعدة في آخر صلاته أن لا تفسد [12] .

---

(١) في (م) : [يليها] .
(٢) في (م) ، (ع) : [أركان] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يقول] .
(٤) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [وصلاة] .
(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [منها] .
(٧) في (م) ، (ع) : [ركعة] .
(٨) في (م) ، (ع) : [تعد منها] .
(٩) في (م) ، (ع) : [مع إمام] .
(١٠) في (م) : [لا يكون] .
(١١) في (م) ، (ع) : [المبالغة] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [أن لا يفسد] .

٢٦٧٨ - قلنا : القعدة إنما تجب [1] عقيب الفراغ / من الصلاة ، وهو وإن كان قعد في آخرها [حكمًا] [2] فقد بقيت فروضها عنها عليه ، فلابد من قعدة تتعقب [3] جميع الأفعال حتى يكون قد [4] ختم الأفعال بها . ٣٢/أ

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٢) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) في (م) : [يتعقب] .
(٤) في (ع) : [حتى قد يكون قد] .

مسألة ١٤٣

إذا صلى الفرض ثم أدرك الجماعة صلى معهم الظهر والعشاء ولم يصل الفجر والعصر والمغرب

٢٦٧٩ – قال أصحابنا : إذا صلى الفرض ثم أدرك الجماعة ، صلى معهم الظهر والعشاء ولم يصل الفجر والعصر والمغرب (١) .

٢٦٨٠ – وقال الشافعي : يصلي الجميع (٢) .

٢٦٨١ – والدليل عليه : أنه إذا صلى في الجماعة كان ذلك نافلة ، والتنفل بعد الفجر والعصر لا يجوز عندنا وإن كان له سبب – وسيأتي الكلام في ذلك – فلم تجز الإعادة . وأما المغرب فلا يخلو أن يصلي مع الإمام منها ركعتين أو ثلاثا ويسلم معه ، أو يضيف إليها أخرى ، ولا يجوز أن يقتصر على ركعتين ؛ لأنه دخول في بعض صلاة الإمام ، وذلك لا يجوز ، ولا يجوز أن يصلي معه الثلاثة ؛ لأن هذا تنفل بوتر ، وذلك لا يجوز عندنا – وسنذكره فيما بعد – ، ولا يجوز أن يضيف إليها أخرى ؛ [لأنه يلزم] (٣) نفسه القعود في ثالثة النفل ، وهذا مكروه . وأما العشاء والظهر فيجوز التنفل

---

(١) راجع : كتاب الحجة باب الذي يصلي في بيته صلاة ثم يدركها (٢١١/١ ، ٢١٢) ، كتاب الآثار باب من صلى الفريضة ص ١٩ ، ٢٠ تحفة الفقهاء : باب مواقيت الصلاة وفي باب صلاة التطوع (١٠٦/١ ، ١٩٨ ، ١٩٩) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية باب إدراك الفريضة (٤٧٢/١ ، ٤٧٣) ، البناية باب إدراك الفريضة (٦٧٧/٢ – ٦٧٩) ، مجمع الأنهر باب إدراك الفريضة (١٤٣/١ ، ١٤٤) .

(٢) قال بعض الشافعية : إن كان صبحًا أو عصرًا لم يستحب إعادتهما ؛ لأنه منهي عن الصلاة بعدهما . والمذهب استحباب الإعادة مع الجماعة . قال النووي في المجموع في فرع مذاهب العلماء : إن الصحيح عند أصحابنا استحباب إعادة جميع الصلوات في جماعة سواء صلى الأولى جماعة أم منفردا . راجع : الوسيط الباب الأول في فضل الجماعة (٦٩٦/٢) ، حلية العلماء (١٦٠/٢ ، ١٦١) ، المجموع مع المهذب باب صلاة الجماعة (٢٢٢/٤ – ٢٢٥) . وانظر : المدونة في إعادة الصلاة مع الإمام ومن صلى في ليته (٨٧/١ ، ٨٨) ، المنتقى باب إعادة الصلاة مع الإمام (٢٣٢/١ – ٢٣٤) ، الكافي لابن عبد البر باب إعادة الصلاة في جماعة لمن صلى وحده (١ – ٢١٨) ، بداية المجتهد الفصل الأول في معرفة حكم صلاة الجماعة (١٤٥/١ ، ١٤٦) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب السابع عشر في الإمامة والجماعة ص٦٨ ، الكافي لابن قدامة باب في الشرط الخامس (١٢٤/١ ، ١٢٥) ، المغني ، باب الساعات التي نهي عن الصلاة فيها (١١١/٢ – ١١٣) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لا يلزم] .

بعدهما بمثل عددهما فجاز الدخول مع الإمام فيهما .

٢٦٨٢ - احتجوا : بما روى يزيد [١] بن الأسود قال : صلى [رسول الله] [٢] ﷺ صلاة الصبح في مسجد [٣] الخيف ، فلما سلم إذا هو برجلين في ناحية المسجد لم يصليا ، فأرسل إليهما فجيء بهما ترعد فرائصهما ، فقال [لهما] [٤] : « ما منعكما أن تصليا معنا ؟ » ، فقالا [٥] : كنا صلينا في رحالنا ، فقال : « إذا صلى أحدكم في رحله ثم أدرك الناس يصلون فليصل معهم ، تكون [٦] صلاته الأولى ، وصلاته معهم تطوع » [٧] .

٢٦٨٣ - والجواب : أنه روي في هذه القصة أنه قال : « والأولى نافلة » ، فجعل الفرض الثاني ، وروي ما قالوه [٨] ، فتعارضا . فإن كان الثاني هو الفرض فذلك [٩] في حال ما كان يعاد الفرض مرتين ، فلا يكون متنفلا بعد الفجر . ولأن خبرهم لو ثبت أفاد الإباحة ، ونهيه عليه السلام عن الصلاة بعد الفجر والعصر يفيد [١٠] الحظر ، فكان أولى .

٢٦٨٤ - قالوا : صلاة راتبة أدركها مع جماعة فاستحب إعادتها ، كالظهر والعشاء .

٢٦٨٥ - قلنا : الظهر والعشاء يجوز التنفل بعدهما بمثل عددهما ، فلذلك جازت الإعادة ، والفجر والعصر لا يجوز التنفل بعدهما فيما لا سبب له ، كذلك فيما له سبب .

٢٦٨٦ - قالوا : إذا لم يصل مع القوم لحقته التهمة .

٢٦٨٧ - قلنا : إذا كان الامتناع له سبب ظاهر - وهو النهي عن الصلاة في هذا الوقت - زالت التهمة .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [سعيد بن الأسود] . (٢) ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (ع) : [في المسجد] . (٤) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٥) في (ع) : فقال . (٦) في (م) : [يكون] .
(٧) أخرجه النسائي في كتاب الإمامة ، في إعادة الفجر مع الجماعة لمن صلى وحده (١١٢/٢ ، ١١٣) ، والدارقطني في السنن باب من كان يصلي الصبح وحده ثم أدرك الجماعة فليصل معهما (٤١٣/٢) ، والحاكم في المستدرك ، في إذا صلى أحدكم في رحله ثم أدرك الصلاة مع الإمام (٢٤٥/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب الرجل يصلي وحده ثم يدركها مع الإمام ، وفي باب ما يكون منهما نافلة (٣٠٠/٢ ، ٣٠١) .
(٨) أخرجه الدارقطني في السنن باب من كان يصلي الصبح ثم أدرك الجماعة فليصلها معها (٤١٣/٤) ، ونحوه البيهقي في الكبرى باب الرجل يصلي وحده ثم يدركها مع الإمامة وفي باب ما يكون منها نافلة (٣٠١/٢) . (٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بذلك] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [عند] .

مسألة ١٤٤

إذا عجز عن الركوع والسجود جاز له أن يصلي قاعدا وإن قدر على القيام

٢٦٨٨ - قال أبو حنيفة : إذا عجز عن الركوع والسجود جاز له أن يصلي قاعدا وإن قدر على القيام (١) .

٢٦٨٩ - وقال الشافعي : لا يجوز (٢) .

٢٦٩٠ - لنا : قوله ﷺ : « صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم إلا المتربع » (٣) . ولأن (٤) من سقط عنه الركوع عاجز عن القيام ، وما سوى ذلك نادر ، فصار الغالب من العذر كالموجود ، فوجب أن يسقط أحدهما بسقوط الآخر .

٢٦٩١ - ولأن القيام لو وجب عليه من غير ركوع وسجود خرجت الصلاة عن

(١) لا نعلم أن أصحاب أبي حنيفة خالفوه في ذلك . راجع المسألة في الأصل باب صلاة المريض في الفريضة (٢١٧/١ ، ٢١٨) ، المبسوط باب صلاة المريض (٢١٣/١) ، تحفة الفقهاء باب صلاة المريض (١٨٩/١ ، ١٩٠ ، ١٩١) ، بدائع الصنائع فصل في أركان الصلاة (١٠٦/١ ، ١٠٧) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية باب صلاة المريض (٤/٢ ، ٦) ، الاختيار باب صلاة المريض (٧٧/١) ، البناية باب صلاة المريض (٧٧٤/٢) مجمع الأنهر باب صلاة المرض (١٥٤/١ ، ١٥٥) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : الوسيط الباب الرابع في كيفية الصلاة (٦٠٢/٢) ، حلية العلماء باب صلاة المريض (١٨٨/٢) ، فتح العزيز الباب الرابع في كيفية الصلاة في هامش المجموع (٢٨٤/٣ ، ٢٨٥) ، المجموع مع المهذب باب صلاة المريض (٣٢١/٣ ، ٣١٣) ، وباب صفة الصلاة (٢٦٣/٣) . وانظر : المدونة باب في صلاة المريض (٧٨/١) ، الكافي لابن عبد البر باب صلاة المريض (٢٣٦/١) ، بداية المجتهد ، الباب السادس من الجملة الثالثة في صلاة المريض (١٨٢/١) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب التاسع في القيام ص٥٩ ، الكافي لابن قدامة باب صلاة المريض (٢٠٥/١) ، المغني (١٤٥/٢) .

(٣) أخرجه الدارقطني من حديث عائشة مرفوعا بهذا اللفظ في السنن باب صلاة المريض جالسا بالمأمومين (٣٩٧/١) ، وأحمد من حديث عبد الله بن عمرو مرفوعا بهذا اللفظ ما عدا إلا المتربع ، في المسند (١٩٣/٢) ، وأبو داود من هذا الوجه بمعناه في السنن باب في صلاة القاعد (٢٤١/١) ، والنسائي في المجتبى باب فضل صلاة القائم على صلاة القاعد (٢٢٣/٣) ، وابن ماجه من حديث عبد الله بن عمرو ، ومن حديث أنس ابن مالك في السنن باب صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم (٣٨٨/١) ، الحديث (١٢٢٩ ، ١٢٣٠) والدارمي من حديث عبد الله بن عمرو في السنن باب صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم (٣٢١/١) .

(٤) في (ن) : [ولا] .

موضوعها [١] إلى موضوع [٢] صلاة الجنازة ؛ لأنها قيام واحد ، وهذا لا يصح .

٢٦٩٢ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَقُومُواْ لِلَّهِ قَـٰنِتِينَ ﴾ [٣] .

٢٦٩٣ – والجواب : أن هذا يتناول القادر على كل الأركان ؛ لأنه قال : ﴿ حَـٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ ﴾ [٤] ، وهذا ينصرف إلى الصلاة المعهودة بصفاتها ، ثم قال : ﴿ وَقُومُواْ لِلَّهِ قَـٰنِتِينَ ﴾ ، والخلاف بيننا في حال العجز .

٢٦٩٤ – قالوا : روى عمران بن الحصين أن النبي ﷺ قال : « صل قائما ، فإن لم تستطع فعلى جنب » [٥] .

٢٦٩٥ – والجواب : أن الخبر يتضمن القادر على الركوع والسجود ؛ بدلالة أنه قال : « فإن لم تستطع فعلى جنبك تومئ [٦] إيماء » ، فهذا يدل على أن الإيماء يختص بهذه الحالة ؛ لأنه مذكور فيها دون ما تقدم .

٢٦٩٦ – قالوا : ركن من أركان الصلاة ، فلا يجوز الإخلال [٧] به للعجز عن غيره ، [كالقراءة] [٨] .

٢٦٩٧ – قلنا : لا يسقط القيام عنه لعجزه عن الركوع ، لكن العاجز [٩] عن أحدهما يعجز عن الآخر في الغالب [١٠] ، فلا يمكنه فعله إلا بمشقة ؛ ألا ترى : أن النهوض من القعود إلى القيام يجري مجرى الركوع وزيادة . ولأن العجز عن القراءة ليس له تعلق بالقيام ؛ لأن العجز عن أحدهما [١١] لا يؤثر في الآخر ، والعجز عن الركوع مؤثر في القيام ؛ بدلالة الراكب ومن عجز عن الأمرين [١٢] .

٢٦٩٨ – قالوا : متمكن [١٣] من القيام في صلاة الفرض ، فلا يجوز له الإخلال ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [موضعها] .
(٢) في غير (ص) : [موضع] .
(٣ ، ٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٨ .
(٥) تقدم تخريجه في مسألة (١٣٩) ، وأخرجه أبو داود بلفظ : صل قائما ، فإن لم تستطع فقاعدا ، فإن لم تستطع فعلى جنب في السنن باب في صلاة القاعد (٤٢١/١) .
(٦) في (م) ، (ع) : [مومي] .
(٧) في (م) : [الإخلاص] .
(٨) الزيادة من (ن) .
(٩) في (م) : [للعاجز] .
(١٠) في (م) : [في الآخر] .
(١١) في (م) ، (ع) : [عن أحد] .
(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عن الأمر] .
(١٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ممكن] .

كما لو قدر عليهما [١] .

٢٦٩٩ - قلنا : القادر عليهما لو ترك لترك الأركان من غير عذر ، والعاجز عن الركوع إنما [٢] ترك القيام لعذر . ولأن العذر في الركوع عذر في القيام غالبا ، والمعتبر في الأعذار الغالب ؛ بدلالة المسافر : لما كانت المشقة تلحقه [٣] غالبًا جاز الترخص وإن لم يشق عليه .

* * *

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عليها] .   (٢) قوله : [عن الركوع] ساقط من (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [كلما كانت] .

مسألة ١٤٥

إذا صلى المريض مضطجعا يستلقي على ظهره ويجعل رجليه نحو القبلة

٢٧٠٠ - قال أصحابنا : إذا صلى المريض مضطجعًا يستلقي (١) على ظهره ، ويجعل رجليه نحو القبلة .

٢٧٠١ - وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة رواية أخرى : أنه يصلي على جنبه الأيمن ويجعل وجهه إلى القبلة (٢) ، وهو قول الشافعي (٣) .

٢٧٠٢ - وذكر ابن طاش (٤) عن أصحابنا : أنه يصلي على جنبه الأيمن فإن لم يقدر (٥) استلقى على ظهره .

٢٧٠٣ - وجه الرواية المشهورة : أن من لزمه الاستقبال لم يجز مع الانحراف ، كالقائم والقاعد .

٢٧٠٤ - ولأن المريض معرض لزوال العذر وإمكان القعود أو القيام ، ومن كان على ظهره إذا جلس كان تاركًا للتوجه حتى (٦) ينتصب وينحرف إلى القبلة ، فكان ما هو أقرب إلى الاستقبال أولى . ولأن القائم يستقبل بوجهه القبلة ، فإذا انتقل إلى القعود (٧) انتقل إلى ما كان عليه من التوجه (٨) من غير انحراف ، فكذلك القاعد إذا اضطجع

---

(١) في (ع) : [مستلقى] .

(٢) في (ع) : [للقبلة] . قال صاحب الهداية : وإن استلقى على جنبه ووجهه إلى القبلة فأومأ جاز ؛ لما روينا من قبل ، إلا أن الأولى هي الأولى عندنا خلافًا للشافعي . راجع المسألة في : المبسوط (٢١٣/١) ، تحفة الفقهاء (١٩٠/١) ، بدائع الصنائع (١٠٦/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية ، (٤/٢ ، ٥) ، الاختيار (٧٦/١) البناية (٧٦٨/٢ - ٧٧١) ، مجمع الأنهر (١٥٤/١) .

(٣) راجع : الوسيط (٦٠٥/٢) ، حلية العلماء (١٨٢/٢) فتح العزيز (٢٩٠/٣ ، ٢٩١) ، المجموع مع المهذب باب صلاة المريض (٣١٥/٣ - ٣١٨) . وانظر : المدونة (٧٨/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٣٦/١) ، بداية المجتهد (١٨٢/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٦٠ ، الكافي لابن قدامة (٢٠٥/١ ، ٢٠٦) ، المغني (١٤٦/٢ ، ١٤٧) .

(٤) في (ن) : [ابن عباس] ، ولم نعرف من هو ابن طاش .

(٥) في (م) ، (ع) : [يمكن] .

(٦) في (ع) : [حين] .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بالقعود] .

(٨) في (م) ، (ع) : [إلى التوجه] .

يجب أن يضطجع على ما هو عليه من غير انحراف .

٢٧٠٥ - واحتج المخالف بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَىٰ جُنُوبِهِمْ ﴾ (١) . وبحديث عمران بن الحصين : أن النبي ﷺ قال : « صل قائما ، فإن لم تستطع فجالسا ، فإن لم تستطع فعلى جنب » (٢) .

٢٧٠٦ - والجواب (٣) : أنه يقال لمن استلقى على ظهره إنه على جنبه .

قال عمر (٤) بن أبي ربيعة (٥) :

إنَّ جَنْبِي عَلَى الْفِرَاشِ لَنَاتي كِتْنْوَ (٦) الأسيرِ فوقَ الظِّرابِ

ومعلوم أنه أخبر بعدم (٧) النوم (٨) والاستقرار ، وذلك لا يكون بالجنب خاصة ، وإنما يكون بجملة البدن .

٢٧٠٧ - قالوا : إذا كان مستقبلا بجميع بدنه القبلة وإذا كان مستلقيا فهو مستقبل السماء وإنما أسفل (٩) رجليه إلى القبلة .

٢٧٠٨ - قلنا : بل هو مستقبل بجملته [وإن كان وجهه غير مقابل ، كما أن الراكع مستقبل بجملته القبلة] (١٠) وإن كان وجهه غير مقابل لها .

* * *

---

(١) سورة آل عمران : الآية ١٩١ . (٢) تقدم تخريجه في مسألة (١٣٩) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الجواب] .

(٤) في (ص) ، (م) : [عمرو] هو عمر بن عبد الله بن أبي ربيعة ، أبو حفص المخزومي ، الشاعر المشهور . انظر ترجمته في تهذيب الأسماء واللغات (١٥/٢) .

(٥) قال في لسان العرب : قال معد يكرب المعروف بغَلْفاء يرثي أخاه شُرَحبيل وكان رئيس بكر بن وائل قتل يوم الكُلاب الأول :

إن جنبي عن الفراش لنابي كتجافي الأَسَرِّ فوق الظراب

(٥٦٩/١) ، (٣٦٠/٤) ، والبيت موجود في غريب الحديث لابن قتيبة (٥٨٤/١) ، والعين (١٩٠/٦) ، (١٨٨/٧ ، ١٩٥) غير منسوب ، ولكنه بنفس سياق اللسان . وهو من الخفيف والظراب : الجبال الصغيرة ، والأَسَرّ : البعير الذي في كِرْكِرته دَبْرة والكلاب اسم ماء .

(٦) في (م) ، (ع) : [كنبوة] . (٧) في (م) ، (ع) : [بعده النوم] بدون نقاط .

(٨) في (م) : [اليوم] ، وفي (ع) بدون نقاط .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [للسماء] ، وفي (م) ، (ع) : [انتقل] ، مكان : [أسفل] .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من (ن) .

مسألة ١٤٦

إذا افتتح الصلاة مضطجعًا ثم قدر على الركوع والسجود استأنف

٢٧٠٩ - [قال أصحابنا] [(١)] : إذا افتتح الصلاة مضطجعًا ثم قدر على الركوع والسجود استأنف .

٢٧١٠ - وقال زفر : يبني [(٢)] ، وهو قول الشافعي [(٣)] .

٢٧١١ - وهذه فرع على اقتداء القائم بالمؤمئ ، فعندنا لا يصح ، وكل صلاتين لا يبني إحداهما على الأخرى في حق نفسه كصلاة الكسوف وغيرها من الصلوات .

٢٧١٢ - ولأنها صلاة كاملة الأركان فلا يجوز بناؤها على صلاة ناقصة الأركان ، كما لا تبنى [(٤)] صلاة على صلاة الجنازة . ولا يلزم القاعد إذا قدر على القيام ؛ لأنها صلاة كاملة الأركان ، وإنما نقص [(٥)] ركن واحد .

٢٧١٣ - احتجوا : بأنه قدر على المبدل بعد صحة شروعه في البدل [(٦)] فلم تبطل صلاته ، كما لو كان جالسا فقدر على القيام .

٢٧١٤ - قلنا : لا نسلم أن القعود بدل ، وكذلك [(٧)] الإيماء ، وإنما هو جزء من فرض الأصل قدر عليه وعجز عما سواه ، فسقط ما عجز عنه ، ولزم ما قدر عليه . والمعنى في صلاة الجالس أنها صلاة كاملة من غير عذر ، فلم ين عليها صلاة كاملة .

٢٧١٥ - قالوا : حدوث قدرة [(٨)] على ركن من أركان الصلاة فلا يبطلها ، كما لو

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) انظر : المبسوط (٢١٨/١) ، تحفة الفقهاء ، (١٩٣/١ ، ١٩٤) ، بدائع الصنائع (١٠٨/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه (٦/٢ ، ٧) العناية ، الاختيار (٧٧/١) ، البناية (٧٧٦/٢) ، مجمع الأنهر (١٥٥/١) .

(٣) راجع : الوسيط (٦٠٦/٢) ، فتح العزيز في هامش المجموع (٢٩٦/٣) المجموع (٣١٨/٣ - ٣٢١) وانظر : المدونة (٧٧/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٦٠ ، الكافي لابن قدامة (٢٠٦/١) المغني (١٤٩/٢ ، ١٥٠) .

(٤) في (م) : [لا يبنى] .

(٥) في (ص) : [نقص] .

(٦) في (م) ، (ع) : [في المبدل] .

(٧) في (ن) : [ولذلك] .

(٨) في (م) : [قرة] ، وفي (ع) : [قوة] .

تلبس عاجزًا عن القراءة ثم تلقنها .

٢٧١٦ - قلنا : حدوث القدرة لا يبطلها عندنا ، وإنما تعذر بناء أحد الفرضين على الآخر . والأصل غير مسلم ؛ لأن الآدمي إذا تلقن سورة لا يبنى عندنا (١) .

٢٧١٧ - قالوا : إذا صلى قائمًا ثم عجز بنى ، وهو انتقال من كمال إلى نقص . فإذا صلى عاجزًا ثم قدر فهو ينتقل من نقص إلى كمال (٢) ، فهو أولى بالبناء .

٢٧١٨ - قلنا : لا نسلم هذا ؛ لأن في إحدى الروايتين لا يجوز أن يبني صلاة الإيماء على [صلاة] (٣) القيام ؛ لتنافي الفرضين ، وعلى الرواية الأخرى إنما جاز البناء لأنه لا يصح (٤) اقتداء المومئ بالقائم ، فجاز أن يبني بعد العجز ، ولا يجوز اقتداء القائم بالمومئ ، فلم يبن عند القدرة .

* * *

(١) في (ص) ، (ع) : [عندنا لا يبنى] بالتقديم والتأخير .

(٢) في (م) ، (ن) : [من نقض الكمال] . (٣) الزيادة من (م) ، (ن) .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لم يصح] .

مسألة ١٤٧

إذا كان بعينه مرض قد يزول إذا صلى مستلقيًا جاز له الاستلقاء

٢٧١٩ – قال أصحابنا : إذا كان بعينه مرض فقال الأطباء : إن صليت مستلقيًا زال ، جاز له الاستلقاء (١) .

٢٧٢٠ – قال المخالف : والأشبه بمذهبنا أنه لا يجوز (٢) .

٢٧٢١ – لنا : أنه فرض من فروض الصلاة ، فجاز تركه لخوف الضرر ، كاستقبال القبلة . ولأن الصائم إذا خاف الضرر بالصوم وكان يرجو الصحة بالفطر جاز له الفطر ، فإذا جاز ترك الفرض لخوف الضرر فترك صفاته أولى .

٢٧٢٢ – ولا يقال : إنه ينقل (٣) في الصوم [إلى بدل كامل ، وفي الصلاة إلى بدل ناقص ؛ لأنه لا فرق بينهما ؛ ألا ترى أن فعل الصوم] (٤) في غير رمضان أنقص منه في رمضان ، ولهذا يتعلق بالوطء في أحدهما الكفارة دون الآخر .

٢٧٢٣ – احتجوا : بحديث ابن عباس أنه لما كف بصره أتاه رجل فقال له : إن صبرت على سبعة أيام لم تصل إلا مستلقيًا رجوت أن تبرأ (٥) فأرسل إلى أبي هريرة وغيره من أصحاب محمد ﷺ فكلهم قال (٦) : إن مت في هذه الأيام فما الذي

---

(١) انظر : المبسوط (٢١٥/١) ، حاشية ابن عابدين باب صلاة المريض (٥٣٥/١) ، ملتقى الأبحر بهامش مجمع الأنهر باب صلاة المريض (١٥٦/١) .

(٢) في (ص) : [أن] . قال النووي في المجموع : فليس للشافعي في المسألة نص ، ولأصحابنا فيها وجهان مشهوران ، أصحهما عند الجمهور يجوز له الاستلقاء والاضطجاع ولا إعادة عليه . والثاني : لا يجوز ، وبه قال الشيخ أبو حامد والبندنيجي . راجع : الوسيط (٦٠٦/٢ ، ٦٠٧) ، حلية العلماء (١٩٠/٢) ، المجموع مع المهذب (٣١٣/٤ – ٣١٥) . وانظر : المدونة (٧٩/١) ، شرح الزرقاني فصل يجب بفرض قيام (٢٢٥/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٦٠ ، الكافي لابن قدامة (٢٠٥/١) ، المغني (١٤٧/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [تنقل] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) حرف : [أن] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فكلمهم وقال] .

تصنع[١] بالصلاة ، فترك معالجة عينه[٢] .

٢٧٢٤ - والجواب : أن ابن عباس إنما كان [يرجو][٣] بحدوث العلاج عود بصره ، فكرهوا له التعرض بما يحتاج معه إلى ترك القيام ، والخلاف في غير هذا الموضع ، وهو إذا فعل العلاج الذي يحتاج معه إلى ذلك هل يجوز ترك القيام أم لا ، وهذا لم ينقل عنهم .

٢٧٢٥ - قالوا : لأنه متمكن من القيام في صلاة الفرض فوجب أن لا يجوز تركه ، كمن [لا رمد به .

٢٧٢٦ - قلنا : لا نسلم أنه متمكن من القيام إذا لحقه به ضرر ، واعتباره بمن لا رمد به[٤] ليس بصحيح ؛ لأن من لا ضرر به[٥] لا يجوز له][٦] ترك الصوم وكذلك[٧] ترك القيام ، ولما جاز له في[٨] مسألتنا ترك الصوم[٩] كذلك ترك القيام .

* * *

---

(١) في (ن) : [ما الذي تصنع] ، وفي (م) ، (ع) : [يصنع] .

(٢) هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة عن أبي معاوية ، في المصنف في كتاب صلاة التطوع والإمامة (١٤٠/٢) ، وأخرجه البيهقي بهذا المعنى مختصرا في الكبرى في كتاب الصلاة باب من وقع في عينيه الماء (٣٠٨/٢ ، ٣٠٩) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) : وكذلك من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش ، وفي (ن) : [يرجوا] .

(٤) في (ص) : [له] .

(٥) في (م) : [فيه] .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (ع) .

(٧) في (ص) : [فلذلك] .

(٨) في (ع) : [من] ، مكان : [في] .

(٩) لفظ : الصوم ساقط من (ع) .

مسألة ١٤٨

إذا قرأ الإمام آية رحمة أو آية عذاب كره أن يستعيذ بالله أو يسأله الرحمة

٢٧٢٧ - قال أصحابنا : إذا قرأ الإمام آية رحمة أو آية عذاب / كره أن يستعيذ بالله أو يسأله الرحمة (١) . ٣٢/ب

٢٧٢٨ - وقال الشافعي : أستحب ذلك (٢) .

٢٧٢٩ - لنا : أن النبي ﷺ كان يقرأ في صلاة (٣) الفرض في كل موضع ، فلو كان يستحب الدعاء في خلال القراءة لم يتركه ، ولو فعله (٤) لنقل من طريق الاستفاضة ، فلما لم ينقل دل على أنه ليس بمستحب . ولأنه لا يخلو إذا أتى بالدعاء أن ينقص من قراءة المسنونة أو يأتي بها ، فإن نقص ففعل القراءة بكمالها أولى من الدعاء ، وإن أتم القراءة أدى إلى تطويل الصلاة على المؤتم ، وهذا منهي عنه . ولأنه بالدعاء يقطع نظم القرآن (٥) ، أو يأتي بالدعاء في غير محله ، وهذا مكروه .

٢٧٣٠ - احتجوا : بما روى حذيفة قال : صليت خلف رسول الله ﷺ فما مرت آية رحمة إلا سألها ، ولا بآية عذاب إلا استعاذ منها (٦) .

---

(١) راجع : الأصل باب الدعاء في الصلاة (٢٠٣/١ ، ٢٠٤) ، المبسوط باب الحدث في الصلاة (١٩٨/١ ، ١٩٩) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية فصل في القراءة (٣٤٢/١) ، البناية فصل في القراءة (٣٧٨/٢) .

(٢) قال الشافعي وأصحابه : يستحب ذلك للإمام والمأموم والمنفرد في الفرض والنفل كما يستحب ذلك خارج الصلاة . راجع : حلية العلماء باب سجود التلاوة (١٢٦/٢) ، المجموع مع المهذب باب سجود التلاوة (٦٦/٤ ، ٦٧) . وانظر : شرح الزرقاني فصل فرائض الصلاة (٢١٧/١) ، المسائل الفقهية كتاب الصلاة (١٤٢/١ ، ١٤٣) ، مسألة (٥٥) .

(٣) في (ص) ، (ن) : [صلوات] . (٤) في (م) ، (ن) : [فعل] .

(٥) في (م) ، (ن) : [القراءة] .

(٦) حديث حذيفة أخرجه ابن خزيمة مطولا ومختصرا بألفاظ متقاربة في صحيحه ، في باب الدعاء في الصلاة بالمسألة عند قراءة آية الرحمة والاستعاذة عند قراءة آية العذاب (٢٧٢/١ ، ٢٧٣) ، الحديث (٥٤٢ ، ٥٤٣) ، وابن أبي شيبة مختصرا ، في المصنف ، في الرجل يصلي فيمر بآية رحمة أو آية عذاب (١١٥/٢) ، والبيهقي في الكبرى مطولا ومختصرا ، في باب الوقوف عند آية الرحمة وآية العذاب وآية التسبيح (٣٠٩/٢ ، ٣١٠) ، وابن =

٢٧٣١ - والجواب : أن هذا بعض الخبر ، وتمامه أنه قال : صليت خلف رسول الله ﷺ [1] في صلاة الليل . وهذا يقتضي التطوع ، وعندنا التطوع لا يكره له ذلك . يبين [2] ذلك أنه روي أن النبي ﷺ قرأ البقرة وآل عمران والنساء [3] على [ما] [4] في مصحف ابن مسعود [5] ، ومعلوم أن النبي ﷺ كان لا يقرأ في الفرض بكل هذا ، فعلم أن ذلك كان في النفل .

* * *

= حزم في المحلى بالآثار مختصرا في كتاب الصلاة (٣/٣٤) . قال البيهقي : ورواه مسلم في الصحيح عن أبي بكر .

(١) قوله : [ﷺ] ساقطة من (ع) . (٢) في (م) : [تبين] .

(٣) في (ص) ، (م) : [قرأ البقرة والنساء وآل عمران] بتقديم النساء .

(٤) الزيادة : من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) هذا الحديث أخرجه عبد الرزاق في المصنف في باب شهود النساء الجماعة (٣/١٤٩) الحديث (٥١١٥) ، والطبراني في معجمه باب الإمامة (٢/٣٦) الحديث (٦٩) .

مسألة ١٤٩

إذا وقعت المرأة إلى جنب الرجل أو بين يديه وهما مشتركان في صلاة ، بطلت صلاته

٢٧٣٢ - قال أصحابنا : إذا وقعت المرأة إلى جنب الرجل أو بين يديه وهما مشتركان في صلاة ، بطلت صلاته (١) .

٢٧٣٣ - وقال الشافعي : لا تبطل (٢) .

٢٧٣٤ - لنا : قوله عليه السلام : « أخروهن من حيث أخرهن الله » (٣) ، وهذا منع من القيام بجنبهن ، فاقتضى فساد القيام ، وفساده يوجب فساد الصلاة .

٢٧٣٥ - وروي في (٤) حديث أنس قال : أقامني رسول الله ﷺ واليتيم وراءه ، وأقام أم سليم خلفنا (٥) . والانفراد خلف الصف مكروه ، فلو كان قيام الرجل بجنب

(١) في (ن) : [الصلاة] . راجع تفصيل المسألة في : الأصل باب صلاة النساء مع الرجال (١٨٩/١) ، المبسوط (١٨٣/١) ، بدائع الصنائع فصل في بيان حكم الاستخلاف (٢٣٩/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية باب الإمامة (٣٦٠/١ ، ٣٦١) ، البناية باب الإمامة (٤١٠/٢ ، ٤١٤) .

(٢) قال الشافعي في الأم : ولو أن رجلا أَمَّ رجالا ونساء فقام النساء خلف الإمام والرجال خلفهن ، أو قام النساء حذاء الإمام فائتممن به والرجال إلى جنبهن كرهت ذلك للنساء والرجال والإمام ، ولم تفسد على واحد منهم صلاته . ثم قال بعد ذكر الدليل : وإذا لم تفسد المرأة على الرجل المصلي أن تكون بين يديه فهي إذا كانت عن يمينه أو عن يساره أحرى أن لا تفسد عليه . راجع : الأم في موقف الإمام (١٧٠/١ ، ١٧١) ، حلية العلماء باب موقف الإمام والمأموم (١٨١/٢) ، المجموع في آخر باب استقبال القبلة (٢٥٢/٣) ، وفي باب موقف الإمام والمأموم مع المهذب (٢٩٦/٤ ، ٢٩٩) . وانظر : المدونة في صلاة المرأة بين صفوف الرجال (١٠٢/١) ، وشرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني فصل في حكم صلاة الجماعة (١٤/٢ ، ١٥) ، المسائل الفقهية كتاب الصلاة ، مصادفة المرأة (١٤٣/١) مسألة (٥٦) ، الكافي لابن قدامة باب موقف الصلاة (١٩١/١) ، والمغني باب الإمامة وصلاة الجماعة (٢٠٤/٢) .

(٣) قال الزيلعي : هذا حديث غريب مرفوعًا ، وهو في مصنف عبد الرزاق موقوف على ابن مسعود . وقال : ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني في معجمه اهـ . أخرجه عبد الرزاق في المصنف ، باب شهود النساء الجماعة (١٤٩/٣) الحديث (٥١١٥) .

(٤) حرف : [في] ساقطة من غير (ص) .

(٥) حديث أنس رضي الله عنه أخرجه البخاري في الصحيح بلفظ : صليت أنا واليتيم في بيتنا خلف النبي ﷺ وأمي أم سليم خلفنا . وبلفظ : صلى النبي ﷺ في بيت أم سليم ، فقمت ويتيم خلفه ، وأم سليم خلفنا . اللفظ الأول أخرجه في كتاب الأذان باب المرأة وحدها تكون صفًّا (١٣٣/١) ، اللفظ الثاني : في آخر كتاب الأذان ، =

المرأة مكروها لم يعدل عنه إلى مكروه آخر ، فثبت أنه اختار لها المكروه لترك ما لا يجوز. ولأنه قام مقامًا لا يجوز أن يقومه بحال مع اختصاصه بالنهي في صلاة ذات أركان شاركته [1] فيها ، فأشبه إذا تقدم على إمامه . ولا يلزم المنفرد خلف الصف ؛ لأنه مقام يجوز أن يقومه بحال إذا لم يجد موضعًا . ولا يلزم من وقف على يسار الإمام ؛ لأنه مقام يجوز أن يقومه إذا صلى العريان بالعراة فوقف وسط الصف . ولا يلزم إذا وقف الإمام في جانب المسجد ؛ لأن هذا مقام يجوز أن يقومه بحال إذا سبقت الجماعة فصلى جماعة ثانيًا وقف في ناحية من المسجد .

٢٧٣٦ - ولا يقال : إن الأصل غير مسلم ؛ لأنا نقيس على من تقدم تقدمًا كثيرًا .

٢٧٣٧ - ولا يقال : المعنى في المتقدم أنه لو كان في صلاة الجنازة فسدت صلاته كذلك في غيرها ، والقيام بجنب المرأة معنى لا يفسد في صلاة الجنازة فلم يفسد في غيرها ، وذلك لأنه قد يفسد الصلوات ما لا يفسد صلاة الجنازة ؛ بدلالة ترك الركوع والسجود . ولأنه قام فيها مقام الائتمام [2] في صلاة ذات أركان اشتركا فيها ، فأشبه إذا استخلفها الإمام فنوى المؤتم الاقتداء بها . ولأن الإمام والمؤتم مشتركان في الصلاة ، ثم جاز أن يلحق المأموم فساد من جهة إمامه ، فلذلك يجوز أن يلحق الإمام فساد من جهة المؤتم في الصلاة التي لم يشرط [3] فيها الجماعة .

٢٧٣٨ - احتجوا : بحديث أبي سعيد أن النبي ﷺ قال : « لا يقطع الصلاة شيء ، وادرءوا [4] ما استطعتم » [5] .

٢٧٣٩ - والجواب : أن هذا الخبر لا يمكن اعتبار عمومه ؛ لعلمنا بوجود أشياء تقطع [6] الصلاة ، ومتى خرج الكلام على سبب وسقط عمومه قصر على سببه ، فكأنه عليه السلام قال :

= باب صلاة النساء خلف الرجال (١٥٦/١ ، ١٥٧) ، وأبو داود في السنن باب إذا كانوا ثلاثة كيف يقومون (١٦١/١) ، بلفظ : وصففت أنا واليتيم وراءه والعجوز من ورائنا ، ونحوه الترمذي في السنن باب ما جاء في الرجل يصلي ومعه الرجال والنساء (٥٥٤/١ - ٥٥٦) ، وأحمد في المسند (١٣١/٣) .

(١) في (ن) : [شاركه] .
(٢) في (م) ، (ع) : [الاتمام] .
(٣) في (ن) : [لم يشترط] .
(٤) في (ن) : [ودروا] .
(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٩٩) ، وأخرجه الدارقطني من وجوه أخرى في السنن باب صفة السهو في الصلاة وأحكامه واختلاف الروايات (٣٦٨/١ ، ٣٦٩) ، والطحاوي في المعاني باب المرور بين يدي المصلي هل يقطع عليه ذلك صلاته أم لا (٤٦٣/١ ، ٤٦٤) .
(٦) في (م) : [يقطع] .

لا يقطع الصلاة مرور شيء . ولهذا قال : « وادرءوا ما استطعتم » على أن هذا الخبر معارض بما روي أن النبي ﷺ قال : « يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب » (١) .

٢٧٤٠ - قالوا : صلاة لو وقف فيها أمام المرأة لم تبطل ، فوجب إذا وقفت المرأة فيها أمامه أو إلى جنبه أن (٢) لا تبطل ، كصلاة (٣) الجنازة .

٢٧٤١ - قلنا : إذا وقف أمامها فقد (٤) فعل ما أمر به ، وإذا وقف إلى جانبها فقد فعل ما نهى عنه ، فلا يقال : إن من فعل المأمور إذا لم تفسد (٥) صلاته وجب أن لا تفسد (٦) إذا ترك المأمور (٧) . والمعنى في صلاة الجنازة أنها ناقصة الأركان ، فضعفت في باب الشرائط ، وكذلك جاز أن تضعف (٨) في هذا الشرط . ولما قويت (٩) الصلاة في اعتبار الشرائط جاز أن يعتبر فيها هذا الشرط . ولأن المرأة ليست من أهل صلاة (١٠) الجنازة مع الرجال بحال ، ولهذا قال ﷺ « أتصلين (١١) فيمن يصلي ؟ انصرفن مأزورات (١٢) غير مأجورات » (١٣) . وإذا لم تكن (١٤) من أهلها صار قيامها كقيام من استوفى الصلاة ، فلذلك لم تفسد (١٥) .

٢٧٤٢ - ولا يقال : إنه يكره لها حضور الجمعة والجماعات وإن كان لها فيها مقام ؛ وذلك لأن الكراهة في الصلوات (١٦) للزينة التي تلحقها (١٧) ، ولهذا لا يكره

---

(١) أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة باب قدر ما يستر المصلي (٢٠٩/١) الحديث (٢٦٥ /٥١٠) ، والترمذي في السنن باب ما جاء أنه لا يقطع الصلاة إلا الكلب والحمار والمرأة (١٦١/٢ ، ١٦٢) الحديث (٣٣٨) ، والنسائي في المجتبى كتاب القبلة في ذكر ما يقطع الصلاة وما لا يقطع (٦٣/٢ ، ٦٤) ، وأخرجه ابن ماجه من حديث أبي هريرة ، في السنن باب المرور بين يدي المصلي (٣٠٥/١ ، ٣٠٦) الأحاديث (٩٥٠ - ٩٥٢) ، والطحاوي في المعاني باب المرور بين يدي المصلي هل يقطع عليه ذلك صلاته أم لا (٤٥٨/١) .

(٢) في (ع) : [أنه] .

(٣) في (ن) : [لصلاة] .

(٤) في (ن) : [إذا وقف أمامه فعل] ، مكان المثبت .

(٥) في (م) ، (ع) : [يفسد] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يفسد] .

(٧) في (م) : [المأموم] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يضعف] .

(٩) في (م) ، (ع) : [قوته] .

(١٠) في (ن) : [الصلوات] .

(١١) في (ن) : [أيصلين] .

(١٢) في (م) : [بمأزورات] .

(١٣) أخرجه ابن ماجه في السنن باب ما جاء في اتباع النساء الجنائز (٥٠٢/١ ، ٥٠٣) الحديث (١٥٧٨) ، والبيهقي في الكبرى باب ماورد في نهي النساء عن اتباع الجنائز (٧٧/٤) .

(١٤) في (م) ، (ن) : [يكن] .

(١٥) في (م) ، (ع) : [لم يفسد] .

(١٦) في (م) ، (ع) : [الصلاة] .

(١٧) في (م) ، (ع) : [للزينة يلحقها] .

للعجوز التي لا تشتهى الحضور ، فكان المنع لمعنى في غير الصلاة . وأما الجنازة : فالمنع للصلاة ؛ ألا ترى أنه ﷺ أخرجهن [١] من فعلها بقوله : « أتصلين فيمن يصلي ، أتحملن فيمن يحمل ؟ انصرفن مأزورات » . فإذا كان النهي لمعنى في الصلاة خرجت من أن تكون [٢] من أهلها .

٢٧٤٣ – قالوا : لأنه وقوف لو كان في صلاة الجنازة لم تبطل [٣] به ، فوجب إذا كان في غيرها أن لا تبطل ، كما لو وقف أمامها .

٢٧٤٤ – قلنا : قد تبطل صلاة الفرض بما لا تبطل صلاة الجنازة ؛ بدلالة ما بيناه ، والمعنى إذا وقف أمامها أنه وقف موقفًا مأمورا به ، وفي مسألتنا وقف موقفًا [٤] منهيًا عنه بمعنى يختص بصلاته في جميع الأحوال .

٢٧٤٥ – قالوا : خالف سنة الموقف إلى موقف لمأموم بحال ، فوجب أن لا تبطل صلاته ، أصله : إذا وقف [عن يسار الإمام أو وقف] [٥] الإمام وسط الصف .

٢٧٤٦ – قلنا : المبطل عندنا ليس هو مخالفة سنة الموقف ، وإنما هذا بعض وصف علتنا ، والمبطل لكلام [٦] خصمه يجب أن يذكر جملة أوصاف علته [٧] ، فأما بعضها فمن يسلم أنه لا يبطل . والمعنى فيمن وقف عن يسار الإمام أنه موقف مأمور به بحال على ما قدمناه [٨] ، وفي مسألتنا وقف موقفًا منهيًا عنه بكل حال مع اختصاصه بالنهي واشتراكهما في الصلاة .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [أخرهن] .
(٢) في (م) : [يكون] .
(٣) في (ن) ، (ع) : [لم يبطل] .
(٤) في (م) ، (ع) : [وقفا] .
(٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٦) في (م) ، (ع) : [الكلام] .
(٧) في (ع) : [علة] .
(٨) في (ص) : [بحال ما قدمنا] .

مسألة ١٥٠

سجدة التلاوة واجبة

٢٧٤٧ – قال أصحابنا : سجدة التلاوة واجبة [(١)] .

٢٧٤٨ – وقال الشافعي : مسنونة [(٢)] .

٢٧٤٩ – لنا قوله تعالى : ﴿ وَٱسْجُدْ وَٱقْتَرِب ﴾ [(٣)] ، وقال : ﴿ فَٱسْجُدُواْ لِلَّهِ وَٱعْبُدُواْ ﴾ [(٤)] ؛ وهذا أمر ، فاقتضى الوجوب ، وقال : ﴿ إِنَّمَا يُؤْمِنُ بِـَٔايَـٰتِنَا ٱلَّذِينَ إِذَا ذُكِّرُواْ بِهَا خَرُّواْ سُجَّدًا ﴾ [(٥)] ، فجعل ذلك من شرط الإيمان وصفته ، وهذا يقتضي الوجوب ، ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ فَمَا لَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ ۝٢٠ وَإِذَا قُرِئَ عَلَيْهِمُ ٱلْقُرْءَانُ لَا يَسْجُدُونَ ﴾ [(٦)] ، فذمهم على ترك السجود ، والذم يستحق بترك الواجب .

٢٧٥٠ – قالوا : المراد به الخضوع ؛ بدلالة أنه علقه بجميع القرآن ، والسجود لا

---

(١) راجع المسألة في : كتاب الحجة ، باب سجود القرآن (١٠٩/١) ، مختصر الطحاوي باب صفة الصلاة (ص ٢٩) ، المبسوط باب السجدة (١٣٣/٢) ، مختصر القدوري باب سجود التلاوة (ص ١٤) ، بدائع الصنائع فصل في سجدة التلاوة (١٨٠/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية باب سجود التلاوة (١٣/٢ ، ١٤) ، البناية باب سجود التلاوة (٧٩٣/٢ – ٧٩٧) ، مجمع الأنهر باب سجود التلاوة (١٥٦/١) .

(٢) قال الشافعي في الأم وفي اختلاف الحديث : إن سجود القرآن ليس بحتم ، ولكنا نحب أن لا يترك . وقال : وإن تركه كرهته له ، وليس عليه قضاؤه ؛ لأنه ليس بفرض . وقال : فلما كان سجود القرآن خارجًا من الصلوات المكتوبات كان سنة اختيار ، فأحب إلينا أن لا يدعه ، ومن تركه ترك فضلًا لا فرضًا . راجع : الأم باب سجود التلاوة والشكر (١٣٦/١) ، اختلاف الحديث باب سجود القرآن (ص٤٥ ، ٤٦) ، مختصر المزني باب صفة الصلاة وما يجوز منها وما يفسدها إلخ (ص ١٦) ، الوسيط الباب السادس في أحكام السجدات (٦٧٧/٢) ، حلية العلماء باب سجود التلاوة (١٢٢/٢) ، المجموع مع المهذب باب سجود التلاوة (٨٥/٤) . وانظر : المدونة كتاب الصلاة الثاني ، ما جاء في سجود التلاوة (١٠٥/١ – ١٠٧) ، المنتقى ما جاء في سجود القرآن (٣٥١/١) ، الكافي لابن عبد البر باب سجود القرآن (٢٦١/١) ، بداية المجتهد الباب التاسع في سجود القرآن (٢٢٧/١) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب الموفي ثلاثين في سجود القرآن ص٨٧ ، الإفصاح باب سجود التلاوة (١٤٤/١) ، الكافي لابن قدامة ، باب صلاة التطوع ، فصل في سجود التلاوة (١٥٨/١) ، المغني باب صفة الصلاة (٦٢٣/١) .

(٣) سورة العلق : الآية ١٩ .

(٤) سورة النجم : الآية ٦٢ .

(٥) سورة السجدة : الآية ١٥ .

(٦) سورة الانشقاق الآية : ٢١ .

يجب [١] في جميع القرآن .

٢٧٥١ – قلنا : حقيقة السجود عبارة عن خضوع بصفة ، فلا يجوز حمله على غير حقيقته .

٢٧٥٢ – قالوا : فنحن نترك [٢] ظاهر السجود وأنتم تتركون ظاهر العموم فتوجبون [٣] السجود في بعض القرآن .

٢٧٥٣ – قلنا : اعتبار الحقوق أولى من اعتبار العموم ؛ لأن المتكلم في غالب حاله يقصد الحقيقة ، والغالب في العموم دخول التخصيص فيه .

٢٧٥٤ – قالوا : الآية ذكر فيها الكفار ، وفعل السجود لا يصح منهم ، فعلم أن المراد بها الخضوع .

٢٧٥٥ – قلنا : يصح أمر الكافر بالسجود [ويلحقه الذم بتركه ، وإن كان لا يصح فعله إلا بتقديم الإيمان ، كما يصح أمر المحدث بالسجود] [٤] ولا يصح منه إلا بتقديم [٥] الطهارة ، وقد ذم اللّه الكفار بترك الزكاة وإن كانت لا تصح [٦] إلا بتقديم الإيمان : فقال سبحانه : ﴿ وَوَيْلٌ لِّلْمُشْرِكِينَ ۝ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ [٧] . ولأنها سجدة تختص [٨] بما طريقه الأقوال فكان لها مدخل في الوجوب ، كالمنذورة . ولأنه فعل مختص بتعظيم القرآن فكان واجبًا ، كترك مسه مع الجنابة . ولأنه يجوز قطع القراءة وترك أفعال الصلاة بها ، وما جاز ترك الواجب لأجله كان واجبًا . ولأن ما طرأ على التحريمة وجاز للمصلي ترك الصلاة [به كان واجبًا ، كتخليص الغريق . ولأنه فعل غير ركن الصلاة ، فإذا أفرد عن جملة أركانها] [٩] كان واجبًا ، كصلاة الجنازة .

٢٧٥٦ – قالوا : لا نسلم أنه فعل أفرد ؛ لأن السجدة يجب فيها [١٠] التحريمة [والسلام ، وهما ركنان ، وكذلك قيام الجنازة يجب فيه التحريمة والقراءة] [١١] والسلام فليس بمفرد .

٢٧٥٧ – قلنا : قد ذكرنا أنه أفرد عن جمل الأركان ، وما ذكروه – وإن كان

---

(١) في (م) ، (ن) : [ولا يجب] .

(٢) في (م) ، (ع) : [فيمن ترك] ، وفي (ن) : [فيمن يترك] .

(٣) في (م) : [فيوجبون] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (ن) : [إلا تقديم] .

(٦) في (م) : [لا يصح] .

(٧) سورة فصلت : الآية ٦ ، ٧ .

(٨) في (م) : [يختص] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٠) في (ن) : [فيها يجب] .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

عندهم ركنًا - لم يخرج أن يكون القيام أفرد عن جمل الأركان التي هي الركوع والسجود والقعدة . ولأنها سجدة يتكرر فعلها في الصلاة بتكرار سببها ، أو بفعل في الصلاة عقيب سببها ، أو بفعل في الصلاة بحكم الشرع ، أو ينتقل إليها عن قيام الصلاة ، فصارت كسجدات الصلاة .

٢٧٥٨ - قالوا : المعنى فيها أنها راتبة في الصلاة .

٢٧٥٩ - قلنا : كونها راتبة [في الصلاة] (١) يدل على وجوبها فيها ، وكونها غير راتبة ينفي وجوبها فيها ، وعندنا ليست من واجباتها ، وكون الشيء غير راتب في الصلاة لا يمنع وجوبه في الجملة ، كسائر الواجبات . ولأن السجدة التي يأتي بها المسبوق (٢) واجبة عندنا وليست براتبة .

٢٧٦٠ - قالوا (٣) : المعنى في سجدة الصلاة أنها تجوز (٤) في السفر راكبًا من غير عذر (٥) .

٢٧٦١ - قلنا : صلاة الفرض لا تفعل (٦) في عموم حال المسافر ، فلم يكن معذورا في الإيماء والتلاوة بفعلها في غالب حاله ، فكان معذورًا في الإيماء كما كان معذورا بالنفل ، فلم نسلم أنها تفعل (٧) من غير عذر .

٢٧٦٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ / كِتَـٰبًا مَّوْقُوتًا ﴾ (٨) ، قالوا : وهذه صلاة غير موقوتة ، فلم تكن (٩) مكتوبة . ٣٣/أ

٢٧٦٣ - قلنا : سجدة التلاوة ليست صلاة عندنا ، ولو كانت صلاة (١٠) لم تكن مكتوبة ، بل هي واجبة .

٢٧٦٤ - قالوا : روى طلحة بن عبيد الله أن أعرابيًا سأل النبي ﷺ عن الإسلام فقال : « خمس (١١) صلوات في اليوم والليلة » ، فقال : هل عليَّ غيرها ، قال : « لا إلا أن تتطوع » (١٢) .

---

(١) زيادة من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [المسنون] .
(٣) في (م) ، (ع) : [قلنا قالوا] .
(٤) في (م) : [يجوز] .
(٥) في (ن) : [عدة] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لا يفعل] .
(٧) في (م) : [يفعل] .
(٨) سورة النساء : الآية ١٠٣ .
(٩) في (م) ، (ن) : [فلم يكن] .
(١٠) في (ص) : [صلاة عندنا] .
(١١) في (م) : [هي خمس] .
(١٢) في (ع) : تطوع . هذا جزء من حديث طلحة بن عبيد الله أخرجه البخاري بطوله في الصحيح في =

٢٧٦٥ - والجواب : أن قوله : هل عَليَّ غيرها ، معناه : صلاة غيرها ؛ ألا ترى أن سائر الواجبات لم يفهم سقوطها بهذا الخبر ، وإذن تضمن الخبر سقوط وجوب الصلوات ، والسجدة ليست بصلاة . ولأنه قال : « خمس كتبهن اللَّه في اليوم والليلة » فقوله (١) : هل علي غيرها ، معناه : مكتوبة غيرها ، وهذه ليست بمكتوبة . ولأن قوله : « إلا أن تتطوع » (٢) فيجب حتى يكون الاستثناء من جنس المستثنى منه ، وعندنا أنه يتطوع بالتلاوة ، فتجب السجدة .

٢٧٦٦ - قالوا : روى زيد بن ثابت أنه قرأ عند رسول اللَّه ﷺ سورة النجم فلم يسجد (٣) .

٢٧٦٧ - قلنا : يحتمل أن يكون على غير طهارة ، أو وقت لا يجوز فيه السجود ، ويحتمل أن يكون أَخَّر الفعل ليبين أنها لا تجب (٤) على الفور . ولأن زيدًا لم يقل : قال النبي ﷺ : [لم أسجد] (٥) ، وإنما لم يشاهده سجد ، فيجوز أن يكون سجد بغير حضرته .

٢٧٦٨ - قالوا : نفى (٦) نفيًا عامًّا فيجوز أن يكون سمع من النبي ﷺ .

٢٧٦٩ - قلنا : ويجوز أن يكون لم يشاهده ، فبقي على غالب ظنه .

٢٧٧٠ - قالوا : روي أن عمر بن الخطاب قرأ السجدة على المنبر يوم الجمعة فنزل وسجد ، فلما كان في الجمعة الثانية قرأها فتهيأ الناس للسجود ، فقال : أيها الناس ، على رسلكم (٧) ، إن اللَّه لم يكتبها علينا إلا أن نشاء (٨) .

= كتاب الإيمان باب الزكاة من الإسلام (١٧/١) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الإيمان ، باب بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام (٢٤/١) ، والنسائي في المجتبى كتاب الصلاة ، باب كم فرضت في اليوم والليلة (٢٢٦/١ ، ٢٢٧) ، وأحمد في المسند (١٦٢/١) .

(١) في (م) ، (ن) : [بقوله] .

(٢) في (م) : [يتطوع] ، وفي (ع) : [تطوع] .

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الكسوف ، باب من قرأ السجدة ولم يسجد (١٩٠/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب المساجد ، باب سجود التلاوة (٢٣٣/١) ، وأبو داود في السنن باب من لم ير السجود في المفصل (٣٥٥/١) ، والترمذي في السنن باب ما جاء من لم يسجد فيه (٤٦٦/٢) ، الحديث (٥٧٦) ، والنسائي في المجتبى ، في الافتتاح ، باب ترك السجود في النجم (١٦٠/٢) ، والدارقطني في السنن باب سجود القرآن (٤١٠/١) ، والبيهقي في الكبرى ، باب من لم ير وجوب سجود التلاوة (٣٢٠/٢ ، ٣٢١) .

(٤) في (م) : [لا يجب] .

(٥) في (م) ، (ع) : [اسجدوا] .

(٦) في (م) ، (ن) : [نفا] .

(٧) في (م) : [رسولكم] .

(٨) أخرجه البخاري بألفاظ أخرى مطولًا ، في الصحيح كتاب الكسوف ، باب من رأى أن اللَّه ﷻ لم =

٢٧٧١ – قالوا : [روي] إنا [(١)] : نمر بالسجدة ، فمن سجد فقد أصاب وأحسن ، ومن لم يسجد فلا إثم عليه [(٢)] .

٢٧٧٢ – والجواب : أن ترك الجمعة لفعل السجود يدل على وجوبه ؛ ألا ترى أن الواجب لا يقطع لفعل [(٣)] ما ليس بواجب ، وتأخير الفعل لا يسقط الوجوب ؛ لأن الوجوب قد يكون على الفور وعلى التراخي . ولأن قوله [(٤)] : لم يكتبها إلا أن نشاء ، يقتضي أنها تُكتب [(٥)] بمشيئتنا [(٦)] ، وهذا محال ، فبقي [(٧)] أن يكون معناها : [إن نشأ تلاوتها فتجب علينا] [(٨)] ؛ لأنه نفى أن تكون [(٩)] مكتوبة ، وقد بينا أنها واجبة وليست مكتوبة . ولو ثبت عن عمر ما قالوه كان على مخالفنا ؛ لأنه روي عنه أنه قال : عزائم السجود أربع : تنزيل السجدة ، وحم السجدة ، والنجم ، واقرأ باسم ربك [(١٠)] . والعزيمة عبارة عن الواجب .

٢٧٧٣ – قالوا : سجود يجوز فعله على الراحلة في السفر ، وجب [(١١)] أن لا يكون واجبًا ، كصلاة النافلة .

٢٧٧٤ – قلنا : يبطل [(١٢)] بسجدة المنذورة : إنها واجبة وتجوز [(١٣)] على الراحلة في

= يوجب السجود (١٩١/١) ، ومالك – بهذا اللفظ باختلاف يسير – في الموطأ ، في ما جاء في سجود القرآن (١٦٣/١) ، والطحاوي – باختلاف يسير – في المعاني في باب المفصل هل فيه سجود أم لا (٣٥٤/١) ، والبيهقي في الكبرى باب من لم ير وجوب سجود التلاوة (٣٢٠/٢ ، ٣٢١) (٣٢١/٢ ، ٣٢٢) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب كم في القرآن من سجدة (٣٤١/٣) الحديث (٥٨٨٩) .

(١) في غير (ص) : [إنما] .

(٢) هذا جزء من حديث عمر بن الخطاب أخرجه البخاري كتاب الكسوف ، باب من رأى أن الله ﷻ لم يوجب السجود (١٩١/١) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب كم في القرآن من سجدة (٣٤١/٣) الحديث (٥٨٨٩) ، والبيهقي في الكبرى باب من لم ير وجوب سجود التلاوة (٣٢٠/٢ ، ٣٢١) .

(٣) في (ص) ، (ن) : [ليفعل] .

(٤) في (ن) : [قولها] .

(٥) في (م) : [يكتب] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بمستثنى] .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فينبغي] .

(٨) في (م) ، (ع) : [أن لا نسئلا شيئا تلاوتها فيجب عليها] .

(٩) في (م) : [يكون] .

(١٠) أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ باختلاف يسير ، في المعاني في باب المفصل هل فيه سجود أم لا ، (٣٥٥/١) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى ، باب سجدة النجم (٣١٤/٢ ، ٣١٥) .

(١١) في (ن) : [فواجب] .

(١٢) في (م) : [تبطل] .

(١٣) في (م) : [ويجوز] .

السفر . ولأنها إنما جازت على الراحلة لأن سببها وجد من جهته وهو على هذه الحال ، فتعلق الوجوب بالحال التي هو عليها .

٢٧٧٥ – ولا يقال : لو كان كذلك لوجب إذا زالت الشمس وهو راكب أن يصلي على ما هو عليه ؛ لأن الوجوب هناك ليس بسبب من جهته .

٢٧٧٦ – قالوا : فإذا نذر الراكب أن يصلي [لم يجز] (١) بالإيماء وإن كان السبب من جهته .

٢٧٧٧ – قلنا : ليس كذلك ، بل يجوز أن يصلي راكبًا وإن أطلق ، ذكره أبو الحسن [رَحِمَهُ اللَّهُ] (٢) . ثم المعنى في صلاة التطوع أنه لا يجوز فعلها في خلال الفرض ، وليس كذلك السجدة ؛ لأنها سجدة تفعل (٣) في خلال صلاة الفرض سجداتها (٤) .

٢٧٧٨ – قالوا : سجود زائد على الراتب في الصلاة ، فوجب أن لا يكون واجبًا ، كسجود السهو .

٢٧٧٩ – قلنا : يبطل بالسجدة التي (٥) يدركها المؤتم مع الإمام . وسجود السهو غير مسلم ؛ لأن أبا الحسن كان يقول بوجوبه (٦) . ولو سلم فالمعنى فيه أنه لا يتكرر في [الصلاة بتكرار] (٧) سببه ، أو لا ينتقل (٨) إليه عن قيام الصلاة ، أو لا يفعل عقيب سببه .

٢٧٨٠ – قالوا : تلاوة فلا يجب بها السجود ، كما لو قرأها ثانيا .

٢٧٨١ – قلنا : لا نسلم ؛ لأن الثانية تجب عندنا وتتداخل وجوبها [في] (٩) وجوب الأولى ، فتجزئ (١٠) السجدة عنها ، وهذا المعنى لا يمنع الوجوب ، كتكرار أسباب الحد .

٢٧٨٢ – قالوا : هذه عبادة لا فائدة فيها ، وأسباب الحدود يتعلق بها الوجوب ولا يقال إنها عبادة .

٢٧٨٣ – قالوا : لو كانت الثانية يتعلق بها الوجوب لم تجزئ الأولى (١١) ، وقد

---

(١) ساقط من (ن) .

(٢) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) في (م) : [يفعل] .

(٤) في (ص) : [سجدا بها] .

(٥) وفي (م) : [الذي] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بموجبه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الصلوات تكرار] .

(٨) في (ص) : [ينقل] .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) : [فيجزئ] .

(١١) في (م) ، (ع) : [يجرى الولي] .

وجد الفعل قبل سبب الوجوب .

٢٧٨٤ - قلنا : لا يمتنع مثل هذا فيما يصح فيه التداخل ، كحد القذف إذا استوفي ثم تكرر القذف .

٢٧٨٥ - ولو قلنا : إن التلاوة الثانية لا توجب (١) لم يدل على أنها لا تجب (٢) ابتداء (٣) ، كالحدث الثاني لا يوجب الوضوء وإن كان الأول يوجب .

٢٧٨٦ - قالوا : تلاوة لو كررها في المجلس لم يجب فعل الثانية ، كذلك إذا تلاها أولًا أصله آخر الحج .

٢٧٨٧ - قلنا : سجدة الحج لما ذكرت مقرونة بركن لم يكن موضع السجدة ، كقوله : ﴿ وَٱسْجُدِى وَٱرْكَعِى ﴾ (٤) ، ولما ذكر السجود (٥) غير مقرون بركن على طريقة المخالفة للكفار كان موضع سجود واجب .

* * *

---

(١) في (م) : [لا يوجب] .
(٢) في (م) : [لا يجب] .
(٣) في (ن) : [ابدأ] .
(٤) في سائر النسخ : (اركعى واسجدى) والصواب ما أثبتناه من سورة آل عمران الآية (٤٣) .
(٥) في (ن) : [ولما كان السجود ذكر] .

مسألة ١٥١

في المفصل ثلاث سجدات : في سورة النجم ، وفي سورة السماء انشقت ، وفي سورة اقرأ

٢٧٨٨ - قال أصحابنا : في المفصل ثلاث سجدات : في سورة النجم (١) ، وفي سورة السماء [انشقت] (٢) ، وفي سورة اقرأ (٣) .

٢٧٨٩ - وقال الشافعي في القديم : لا سجود فيه (٤) .

٢٧٩٠ - لنا : ما روى الأسود عن عبد اللّه أن النبي ﷺ قرأ والنجم فسجد فيها فلم يبق أحد إلا سجد ، إلا شيخ أخذ كفًّا من تراب وقال : هذا يكفيني . فلقد رأيته من بعد قتل كافرًا (٥) .

٢٧٩١ - وروى ابن عمر أن النبي ﷺ قرأ والنجم فسجد وسجد معه المسلمون والمشركون حتى سجد الرجل على الرجل ، وحتى سجد الرجل على شيء رفعه إلى

---

(١) في (ع) : [والنجم] .
(٢) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) راجع : الأصل باب سجدة التلاوة (٣١٣/١) ، كتاب الحجة (١٠٩/١) ، مختصر الطحاوي (ص ٢٩) ، معاني الآثار (٣٥٩/١) ، مختصر القدوري (ص١٤) ، الهداية (٥٨/١) ، بدائع الصنائع (١٩٣/١ ، ١٩٤) ، فتح القدير (١١/٢ ، ١٢) ، البناية (٧٨٨/٢ - ٧٩٢) ، حاشية ابن عابدين (٥٣٦/١) .
(٤) في القديم : إحدى عشرة سجدة ، قال النووي في المجموع : وهذا القديم ضعيف في النقل ودليله باطل . راجع : الأم (١٣٦/١ - ١٣٨) ، مختصر المزني (ص ١٦) ، الوسيط (٦٧٨/٢) ، حلية العلماء (١٢٢/٢ ، ١٢٣) ، المجموع مع المهذب (٥٩/٤ ، ٦٠ ، ٦٢ ، ٦٣) . وانظر : المدونة (١٠٥/١) ، المنتقى (٣٥١/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٦١/١ ، ٢٦٢) ، بداية المجتهد (٢٢٨/١) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص٨٧) ، المسائل الفقهية كتاب الصلاة (١٤٣/١ ، ١٤٤) ، الإفصاح (١٤٦/١) ، الكافي لابن قدامة (١٥٩/١) ، المغني (٦١٦/١ - ٦١٨) .
(٥) حديث الأسود أخرجه البخاري في الصحيح في باب سجدة النجم (١٨٩/١ ، ١٩٠) ، ومسلم في الصحيح باب سجود التلاوة (٢٣٣/١) ، وابن خزيمة في صحيحه في باب السجود في النجم (٢٧٨/١) الحديث (٥٥٣) ، والبيهقي في الكبرى باب سجدة النجم (٣١٤/٢) ، والطحاوي في المعاني باب المفصل هل فيه سجود أم لا ، (٣٥٣/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف باب من كان يسجد في المفصل (٤٥٨/١) .

وجهه بكفه [١] . وعن أبي هريرة [ﷺ] [٢] أن النبي ﷺ قرأ والنجم فسجد وسجد الناس معه إلا رجلين أرادا الشهرة [٣] .

٢٧٩٢ – وروي أن أبا [٤] هريرة ﷺ سجد في ﴿ إِذَا ٱلسَّمَآءُ ٱنشَقَّتْ ﴾ وقال : سجدنا مع رسول الله ﷺ فيها [٥] . وعنه أنه قال : سجدت مع رسول الله ﷺ في إذا السماء انشقت ، واقرأ باسم ربك سجدتين [٦] . وقد روي السجود في والنجم [٧] عن عمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر ﷺ [٨] . وعن علي : عزائم السجود أربعة [٩] .

٢٧٩٣ – وروي السجود في إذا السماء أنشقت عن عمر وابن مسعود وعمار وابن عمر وأبي هريرة [١٠] . وروي في اقرأ باسم ربك عن علي وابن مسعود [١١] . وعن عقبة ابن عامر أنه قال : من قرأ اقرأ باسم ربك فلم يسجد فلا عليه أن لا يقرأها . ولأنهم

---

(١) حديث ابن عمر ﷺ أخرجه الطحاوي بلفظه في المعاني ، في باب المفصل هل فيه سجود أم لا (٣٥٣/١) .

(٢) زيادة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [السهرة] . وحديث أبي هريرة ﷺ أخرجه الطحاوي في باب المفصل هل فيه سجود أم لا (٣٥٣/١) ، والشافعي في المسند باختلاف يسير (١٢٣/١) الحديث (٣٦٣) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في باب من كان يسجد في المفصل (٤٦٠/١) .

(٤) في (ع) : [أبو] .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الكسوف ، باب من قرأ السجدة في الصلاة فسجد بها (١٩١/١) ، ومسلم في الصحيح باب سجود التلاوة (٢٣٤/١) ، والنسائي في المجتبى باب السجود في إذا السماء انشقت (١٦١/٢) ، والطحاوي ، في باب المفصل هل فيه سجود أم لا (٣٥٨/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب سجدة إذا السماء انشقت (٣١٥/٢) ، وابن أبي شيبة (٤٥٨/١) .

(٦) أخرجه مسلم في الصحيح باب سجود التلاوة (٢٣٣/١) ، والطحاوي ، في باب المفصل هل فيه سجود أم لا (٣٥٧/١) ، والدارقطني ، في سجود القرآن (٤٠٩/١) ، والترمذي في باب السجدة في إذا السماء انشقت (٤٦٢/٢ ، ٤٦٣) الحديث (٥٧٣) ، والنسائي في المجتبى باب السجود في اقرأ باسم ربك (١٦٢/٢) ، وابن خزيمة (٢٧٨/١) الحديث (٥٥٤) ، والبيهقي في الكبرى (٣١٦/٢) ، وابن أبي شيبة (٤٥٨/١) .

(٧) في (ع) : [والنجم] .

(٨) أخرجه الطحاوي في المعاني باب المفصل هل فيه سجود أم لا (٣٥٥/١ ، ٣٥٦) وابن أبي شيبة في المصنف (٤٥٩/١ ، ٤٦٠) .

(٩) تقدم تخريجه في المسألة السابقة (١٤٩) .

(١٠) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في باب من كان يسجد في المفصل (٤٥٨/١) ، والطحاوي في المعاني في باب المفصل هل فيه سجود أم لا (٣٥٥/١) . وتقدم تخريج حديث أبي هريرة .

(١١) تقدم تخريج حديث علي وابن مسعود .

اتفقوا أن النبي ﷺ سجد في المفصل وادعوا النسخ ، فاحتاجوا إلى دلالة .

٢٧٩٤ - احتجوا : بما روي عن زيد ﷺ أنه قرأ عند النبي ﷺ بالنجم فلم يسجد فيها (١) ، وروي عن ابن عباس وأبي بن كعب : ليس في المفصل سجود (٢) . وروي أنه لم يسجد في المفصل بالمدينة (٣) ، قال الشافعي : زيد قرأ على النبي ﷺ مرة ، وأُبي مرتين ، وهما أعرف الصحابة بالقراءة ، فلو كان فيها (٤) سجود لم يخف عليهما .

٢٧٩٥ - والجواب عنه : أن رواية زيد أن النبي ﷺ لم يسجد يدل على التأخير ، ولا يدل على الترك ؛ ألا ترى أنها لا تثبت (٥) على الفور عندنا ، وقوله : إن النبي ﷺ لم يسجد ، نفي ، وقد أخبر (٦) أبو هريرة أنه سجد مع النبي ﷺ في المفصل ، وهو متأخر الإسلام . فأما ما قرأه زيد وأُبيّ على النبي ﷺ فمعارض بقراءة ابن مسعود [وعلي] (٧) ، فلم يصح الاحتجاج بقولهما (٨) .

* * *

---

(١) تقدم حديث زيد بن ثابت في مسألة (١٥٠) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف في باب كم في القرآن من سجدة (٣٤٣/٣) الحديث (٥٩٠٠ ، ٥٩٠١) ، وأخرجه أبو داود بمعناه في باب من لم ير السجود في المفصل (٣٥٥/١) ، ومن طريقه البيهقي في الكبرى في باب من قال في القرآن إحدى عشرة سجدة (٣١٣/٢) . وحديث أبي بن كعب أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في آخر من قال ليس في المفصل سجود ولم يسجد فيه (٤٥٨/١) ، والطحاوي (٣٥٤/١) .

(٣) رواه أبو داود في باب من لم ير السجود في المفصل (٣٥٥/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب من قال في القرآن إحدى عشرة سجدة (٣١٣/٢) .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فيهما] .

(٥) في (م) : [لا يثبت] .

(٦) في (م) ، (ع) : [روى] .

(٧) ساقط من (ع) .

(٨) قال الطحاوي في إثبات قول الحنفية : فهذا عبد الله بن عباس ﷺ قد أخبر أن عبد الله بن مسعود ﷺ حضر قراءة رسول الله ﷺ القرآن مرتين في العام الذي قبض فيه ، فعلم ما نسخ وما بدل . معاني الآثار (٣٥٦/١ ، ٣٥٧) .

مسألة ١٥٢

السجدة الثانية في الحج ليست بموضع السجدة

٢٧٩٦ - قال أصحابنا : السجدة الثانية في الحج ليست بموضع السجدة (١) .

٢٧٩٧ - وقال الشافعي : يسجد (٢) .

٢٧٩٨ - لنا : أن مواضع السجدات لا يجوز إثباتها إلا بالنقل المستفيض والاتفاق ، ولم (٣) يوجد واحد من الأمرين فيها .

٢٧٩٩ - ولأنه ذكر السجود مقترنًا بالركوع ، كقوله : ﴿ وَٱسۡجُدِي وَٱرۡكَعِي ﴾ (٤) . ولأن السورة [الواحدة] (٥) لا يجتمع (٦) فيها سجدتان ، كسائر السور .

٢٨٠٠ - ولأن مواضع السجود ما كان خبرًا أو أمرًا (٧) رتب على خبر ، فأما إذا تجرد للأمر (٨) فليس بموضع للسجود ، كقوله : ﴿ وَكُن مِّنَ ٱلسَّٰجِدِينَ ﴾ (٩) .

٢٨٠١ - ولا يقال : إن قوله ﴿ ٱرۡكَعُواْ وَٱسۡجُدُواْ ﴾ (١٠) مرتب على خبر ، وهو قوله : ﴿ وَمَا قَدَرُواْ ٱللَّهَ حَقَّ قَدۡرِهِۦٓ ﴾ (١١) ؛ لأنه فصل بينهما آيات مرتبات [عليه] (١٢) . ولأن كل تلاوة لا يجب بها السجود لا يكون موضع السجدة ، كسائر الآي .

٢٨٠٢ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ ٱرۡكَعُواْ وَٱسۡجُدُواْ ﴾ ، وهو أمر بالسجود .

٢٨٠٣ - قلنا : لما جمع بين الركوع والسجود دل على أن المراد الصلاة التي تجمع

---

(١) راجع : الأصل (٣١٣/١) ، الحجة (١٠٨/١) ، مختصر الطحاوي (ص ٢٩) ، معاني الآثار (٣٦٢/١) ، مختصر القدوري (ص ١٤) ، بدائع الصنائع (١٩٣/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية (١٢/٢) ، البناية (٧٩٢/٢) .

(٢) راجع : الأم (١٣٨/١) ، مختصر المزني (ص١٦) ، الوسيط (٦٧٧/٢) ، حلية العلماء (١٢٣/٢) ، المجموع مع المهذب (٥٩/٤ ، ٦٢) . وانظر : المدونة (١٠٥/١) ، المنتقى (٣٤٩/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٦١/١) ، بداية المجتهد (٢٢٨/١) ، المقدمات الممهدات في ذيل المدونة (١١٧/١) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص٨٧) ، الإفصاح (١٤٤/١) ، الكافي لابن قدامة (١٥٩/١) ، المغني (٦١٨/١ ، ٦١٩) .

(٣) في (ن) : [فلم] .

(٤) في سائر النسخ : [اركعي واسجدي] ، الصواب ما أثبتناه من الآية ٤٣ من سورة آل عمران .

(٥) زيادة من (ن) .

(٦) في (ع) : [لا يجمع] .

(٧) في (ن) : [خبرا وأمر] .

(٨) في غير (ص) : [الأمر] .

(٩) سورة الحجر : الآية ٩٨ .

(١٠) سورة الحج : الآية ٧٧ .

(١١) سورة الأنعام : الآية ٩١ .

(١٢) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

الأمرين ، ولو حملناه على السجدة لألغينا ذكر الركوع .

٢٨٠٤ - قالوا : روى عقبة بن عامر قال : سئل رسول الله (١) ﷺ : في الحج سجدتان ؟ فقال : « نعم ، من لم يسجدهما فلا يقرأهما » (٢) .

٢٨٠٥ - قلنا : رواه ابن لهيعة عن مشرح بن هاعان (٣) عن عقبة ، وابن لهيعة : ضعفه الدارقطني في كتابه (٤) ، ومشرح : قال البستي : كنيته أبو مصعب ، عداده في أهل مصر ، يروي عن عقبة بن عامر أحاديث مناكير [لا يتابع] (٥) عليها ، والصواب ترك ما انفرد به (٦) والذي يلحق بتركهما . وما نقوله أقرب إلى الظاهر ؛ لأنا نحملهما على الوجوب وإن خالفنا بين صفتهما (٧) فيجوز أن يستحق الذمّ ، ومخالفنا حملهما (٨) على الاستحباب ، والذم لا يستحق بتركه .

٢٨٠٦ - قالوا : روي عن عمرو بن العاص قال : أقرأني رسول الله ﷺ خمس عشرة (٩) سجدة ، ثلاثة (١٠) في المفصل وسجدتان في الحج (١١) .

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [النبي] .

(٢) أخرجه أحمد في المسند (١٥١/٤ ، ١٥٥) ، وأبو داود في باب تفريع أبواب السجود وكم سجدةً في القرآن (٣٥٤/١) ، وأخرجه الترمذي في باب السجدة في الحج (٤٧٠/٢ ، ٤٧١) حديث (٥٧٨) ، والدارقطني في باب سجود القرآن (٤٠٨/١) ، والحاكم في المستدرك كتاب الصلاة في فضلت سورة الحج بسجدتين (٢٢١/١) وفي كتاب التفسير (٣٩٠/٢) .

(٣) في (ص) ، (م) : [مسرح بن هاعان] ، وفي (ع) : [مسرح بن عانة] والصواب ما أثبتناه ، وهو : مشرح بن هاعان المعافري أبو مصعب المصري . روى عن : سليم بن عتر ، وعقبة بن عامر الجهني ، والمحرر بن أبي هريرة ، وروى عنه : بكر بن عمرو المعافري وخالد بن عبيد المعافري وعبد الله بن لهيعة . قال حرب بن إسماعيل عن أحمد بن حنبل : معروف . مات قريبًا من سنة عشرين ومائة . روى له البخاري في أفعال العباد وأبو داود والترمذي وابن ماجه . انظر : تهذيب الكمال (٨/٣) .

(٤) ضعفه أيضا يحيى بن معين ، والنسائي ، وأحمد . وقال البستي : وكان شيخًا صالحًا ، ولكنه كان يدلس عن الضعفاء . انظر : المجروحين (١١/٢ - ١٤) ، الكامل (١٤٤/٤ ، ١٤٥) ترجمة (٩٧٧/١٠) ، (١٤٤/٤ ، ١٤٥) ، المغني (٣٢٥/١) ترجمة (٣٣١٧) .

(٥) في (م) : [إلا أن تتابع] ، وفي (ع) : [إلا أنه يتابع] .

(٦) راجع ترجمة مشرح بن هاعان في : الكامل (٤٦٩/٦ ، ٤٧٠) الترجمة (٣٣٢ - ١٩٥٣) ، ميزان الاعتدال (١١٧٤) الترجمة (٨٥٤٩) ، ونص البستي في كتاب المجروحين (٢٨/٣) .

(٧) في (م) ، (ع) : [صفتها] .

(٨) في (ن) : [يحملها] .

(٩) في سائر النسخ : [خمسة عشر] .

(١٠) في (م) : [الثلاثة] ، وفي (ع) : [الثلاثة عشر] ، والذي في كتب السنة : [منها ثلاثة ...] .

(١١) أخرجه أبو داود في باب تفريع أبواب السجود وكم سجدة في القرآن (٣٣٥/١) الحديث (١٠٥٧) ، =

٢٨٠٧ - قلنا : هذا يدل على تلاوة ما فيه ذكر السجود [وليس كل ما فيه ذكر السجود] (١) وجب عنده .

٢٨٠٨ - قالوا : فما فائدة النقل .

٢٨٠٩ - قلنا : الافتخار بكثرة (٢) القراءة على رسول الله ﷺ ، كما روي [عن] (٣) ابن مسعود أنه قال : علمني رسول الله ﷺ سبعين سورة ، وزيد بن ثابت في الكتاب له ذؤابتان (٤) .

٢٨١٠ - قالوا : روي / : في الحج سجدتان ، عن عمر ، وعلي ، وابن عمر ، وأبي الدرداء (٥) ، ولا يعرف لهم مخالف . ٣٣/ب

٢٨١١ - قلنا : روي عن ابن عباس : في الحج سجدة واحدة (٦) . وهي الأولى . وقد روي عن ابن عباس مثل قولهم (٧) . وعن إبراهيم ، ويحيى بن وثاب ، ومسروق ، وسعيد بن جبير ، وجابر بن يزيد (٨) ، وسعيد بن المسيب ، والحسن أن في الحج سجدة واحدة ، وهي الأولى (٩) . وخلاف هؤلاء معتد (١٠) به على الصحابة .

* * *

= والدارقطني في باب سجود القرآن (٤٠٨/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب من قال في القرآن خمس عشرة سجدة منها ثلاثة في المفصل (٣١٤/٢) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) : [بكره] .

(٣) ساقط من (ع) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [روايتان] . الذؤابة : منبت الناصية من الرأس والجمع الذوائب . انظر : لسان العرب (ذأب) (١٤٨٠/٣) .

(٥) حديث عمر وابنه وأبي الدرداء أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الصلاة (٤٦٣/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب سجدتي سورة الحج (٣١٧/٢ ، ٣١٨) ، والطحاوي في المعاني (٣٦٢/١) ، وعبد الرزاق (٣٤٢/٣) الحديث (٥٨٩٥) ، والدارقطني (٤٠٩/١) ، وحديث علي في سنن البيهقي الكبري (٣١٦/٢) .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في من قال هي واحدة وهي الأولى (٤٦٤/١) ، ورواه الطحاوي من طريق الثعلبي (٣٦٢/١) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب الصلاة (٤٦٣/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب سجدتي سورة الحج (٣١٨/٢) .

(٨) في سائر النسخ : [جابر بن زيد] ، المثبت من مصنف ابن أبي شيبة .

(٩) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في من قال هي واحدة وهي الأولى (٤٦٤/١) .

(١٠) في (ع) : [يعتد] .

مسألة ١٥٣

سجدة سورة (ص) للتلاوة

٢٨١٢ - قال أصحابنا : سجدة (ص) للتلاوة [١] .

٢٨١٣ - وقال الشافعي : سجدة شكر [٢] .

٢٨١٤ - ويتعين الخلاف في جواز فعلها في الصلاة ، فعندنا يسجدها التالي في الصلاة ، وعندهم لا يسجدها ، حتى قالوا على أحد [٣] الوجهين : إن اعتمد سجودها بطلت صلاته .

٢٨١٥ - لنا : ما روي [عن] [٤] ابن عباس ﷺ أنه سجد في (ص) وقال : رأيت رسول الله ﷺ يسجد فيها [٥] . والحكم المنقول مع السبب يدل على تعلقه [به] [٦] . وروي أنه سئل عن ذلك ، فتلا قوله تعالى : ﴿ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَى ٱللَّهُۖ فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقۡتَدِهۡۗ ﴾ [٧] .

---

(١) راجع : الأصل (٣١٣/١) ، الحجة (١٠٩/١) ، كتاب الآثار باب السجود في (ص) (ص٤٣) ، مختصر الطحاوي (ص٢٩) ، معاني الآثار (٣٦١/١) ، مختصر القدوري (ص١٤) ، بدائع الصنائع (١٩٣/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية (١١/٢) ، البناية (٧٨٧/٢ ، ٧٨٨) .

(٢) قال الشافعي وأصحابه في الجديد مثل الحنفية : سجود التلاوة أربع عشرة ، بإثبات سجدتين في الحج وإسقاط سجدة (ص) . راجع : مختصر المزني (ص١٦) ، الوسيط (٦٧٧/٢) ، حلية العلماء (١٢٢/١ ، ١٢٣) ، المجموع مع المهذب (٦٠/٤ ، ٦١) . وانظر : المدونة (١٠٥/١) ، المنتقى (٣٢٥/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٦١/١) ، بداية المجتهد (٢٢٨/١) ، المقدمات في ذيل المدونة (١١٧/١) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص٨٧) ، المسائل الفقهية (١٤٤/١) ، الإفصاح (١٤٥/١ ، ١٤٦) ، الكافي لابن قدامة (١٥٩/١) ، المغني (٦١٨/١ ، ٦١٨) .

(٣) في (م) ، (ع) : [إحدى] .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح في باب سجدة (ص) (١٨٩/١) ، وأبو داود في باب سجود (ص) (٣٥٦/١) ، والترمذي في باب ما جاء في السجدة في (ص) (٤٦٩/٢) الحديث (٥٧٧) ، وأحمد في المسند (٣٦٠/١) ، وابن خزيمة في صحيحه في باب السجدة في (ص) (٢٧٧/١) الحديث (٥٥٠) ، والبيهقي في الكبرى في باب سجدة (ص) (٣١٨/٢) .

(٦) زيادة من (ن) .

(٧) أخرجه الطحاوي من طريق مجاهد (٣٦١/١ ، ٣٦٢) ، والبيهقي في باب سجدة (ص) (٣١٩/٢) ، وابن خزيمة في صحيحه في باب ذكر العلة التي لها سجد النبي ﷺ في (ص) (٢٧٧/١ ، ٢٧٨) . والآية رقم ٩٠ من سورة الأنعام .

ولأنها سجدة تفعل (١) في حال الخطبة ، فوجب أن تفعل (٢) في حال الصلاة ، أصله سائر مواضع السجود . فإن منعوا الوصف دللنا عليه بما روي عن النبي ﷺ أنه تلا على المنبر سورة (ص) يوم الجمعة ، فنزل وسجد (٣) . ولأنها سجدة اختصت بنبيّ من الأنبياء ، كقوله (٤) تعالى : ﴿ وَٱسْجُدْ وَٱقْتَرِب ﴾ (٥) . ولأنها سجدة تفعل عند (٦) التلاوة ، وكانت متعلقة بها ، كسائر السجدات .

٢٨١٦ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ [قال] (٧) : « سجدها داود توبة ، ونحن نسجدها شكرًا » (٨) .

٢٨١٧ - والجواب : أن الشافعي روى هذا الخبر عن سفيان بن عيينة عن عمر (٩) ابن ذر ، عن أبيه ، عن النبي ﷺ (١٠) ، وهذا مرسل . ولأن ابن ذر تابعي كوفي ، ومن أصلهم أن المراسيل لا تقبل (١١) .

٢٨١٨ - قالوا : أسنده الدارقطني (١٢) .

٢٨١٩ - قلنا : رواه مسندا عن عبد الله بن رشيد الدمشقي عن عمر (١٣) بن ذر عن أبيه عن سعيد بن جبير عن ابن عباس (١٤) . قال البستي : عبد الله بن مسلم بن رشيد

---

(١) في (م) : [يفعل] . (٢) في (م) : [يفعل] .
(٣) أخرجه ابن أبي شيبة من طريق العوام في المصنف باب من قال في ص ، وسجد فيها (٤٦١/١) .
(٤) في (ص) : [لقوله] . (٥) سورة العلق : الآية ١٩ .
(٦) في (م) ، (ع) : [عن] . (٧) ساقط من (م) .
(٨) أخرجه النسائي من طريق عمر بن ذر في باب سجود القرآن السجود في (ص) (١٥٩/٢) والدارقطني في باب سجود القرآن (٤٠٧/١) ، وعبد الرزاق مرسلا (٣٣٨/٣) الحديث (٥٨٧٠) ، والبيهقي في الكبرى في باب سجدتي سورة الحج (٣١٩/٢) .
(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [عمرو] ، قال ابن حجر في رواة الآثار (١٤٤/١) : الصواب : عمر بضم العين ، وهو ثقة مشهور .اهـ . هو عمر بن ذر بن عبد الله ، أبو ذر . روى عن : أبيه وسعيد بن جبير وسعيد بن عبد الرحمن بن أبزى وغيرهم . وروى عنه : ابن المبارك ووكيع وأبو نعيم . وثقة القطان وابن معين . وهو من رجال البخاري . رماه بعضهم بالإرجاء : قال أبو حاتم : صدوق مرجئ لا يحتج بحديثه ، وقال الفسوى : ثقة مرجئ توفي عام ست وخمسين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٨٥/٦) ، الجرح والتعديل (١٠٧/٦) ، من تكلم فيه (١٤٣/١) ، الميزان (٢٣٢/٥) .
(١٠) أخرجه البيهقي في باب سجدة (ص) من طريق الشافعي (٣١٩/٢) ، وعبد الرزاق عن معمر (٣٣٨/٣) ، الحديث (٥٨٧٠) . (١١) في (م) : [لا يقبل] .
(١٢) أخرجه الدارقطني في باب سجود القرآن (٤٠٧/١) الحديث (٤) .
(١٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [عمرو] . (١٤) تقدم تخريجه آنفا في هذه المسألة .

مولى بني هاشم قدم نيسابور (١) ، يروي عن الليث [بن سعد] (٢) وابن لهيعة ومالك ، ويضع عليهم (٣) الحديث ، لا يحل كتب حديثه ولا ذكره ، [وهو الذي روي عن أبي هدبة] (٤) نسخة كلها معمولة (٥) ، فإذا أسند مثل هذا ما رواه سفيان بن عيينة ومحمد ابن الحسين مرسلا لم يقبل . ثم إنه لو ثبت لم ينف ما قلناه ؛ لأنه يجوز أن يكون سجدة تلاوة سببها (٦) الشكر .

٢٨٢٠ - احتجوا : بما روى أبو سعيد الخدري قال : قرأ رسول الله ﷺ على المنبر سورة (ص) فنزل وسجد وسجد الناس معه ، فلما كان [في الجمعة الثانية قرأها فتشزن] (٧) الناس للسجود فنزل وسجد وسجد الناس معه ، وقال : « لم أرد أن أسجدها (٨) ، فإنها توبة نبي ، وإنما سجدت لأني رأيتكم تشزنتم (٩) للسجود » (١٠) .

٢٨٢١ - والجواب : أن فعله للسجود بقطع الخطبة دلالة عليهم ، وتركه لذلك (١١) ليس بدلالة لهم ؛ لأنه يجوز التأخير عندنا . وقوله : « إنها (١٢) توبة نبي » بيان أن هذا [لما] (١٣) لم يختص بشريعته (١٤) لم يتأكد ؛ [فلذلك] (١٥) أراد (١٦) أن يؤخرها .

---

(١) في (م) : [نيسابوري] . (٢) زيادة من (ع) .

(٣) في (ن) : [عنهم] .

(٤) في سائر النسخ : [وهو يروي أبي هدية] ، وفي (ن) : [أن] ، مكان : [أبي] ، ما أثبتناه من كتاب المجروحين .

(٥) النص كما جاء في كتاب البستي : أخبرنا عنه جماعة بنيسابور ، لا يحل كتابة حديثه ولا ذكره ، وهذا شيخ ليس يعرفه أصحابنا ، وإنما ذكرته لئلا يحتج به واحد من أصحاب الرأي على من لم يتبحر في العلم من أصحابنا ، فيوهمه أنه كان ثقة ، وهو الذي روى عن أبي هدبة نسخة كلها معمولة . انظر : كتاب المجروحين، ترجمة عبد الله بن مسلم (٤٤/٢) . ومعمولة أي : مصنوعة ؛ فهي معلولة .

(٦) في (ن) : [مسها] .

(٧) في (م) ، (ع) : [في السجدة الثانية فبشرن] ، وتشزن : تهيأ .

(٨) في (م) ، (ع) : [أسجد] . (٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بشرتم] .

(١٠) أخرجه أبو داود باب سجود (ص) (٣٥٦/١) ، والدارقطني في باب سجود القرآن (٤٠٨/١) الحديث (٧) ، والبيهقي في الكبرى في باب سجدة (ص) (٣١٨/٢) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب التفسير في تفسير (ص) (٤٣١/٢ ، ٤٣٢) .

(١١) في (ص) : [كذلك] . (١٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [إنه] .

(١٣) ساقط من (ع) .

(١٤) في (م) : [بشرهته] ، وفي (ص) : [بشيء بعينه] .

(١٥) ساقط من (م) ، (ع) . (١٦) في (م) ، (ع) : [فأراد] .

وإنما كان يصح [١] هذا الاستدلال لو كان بينا [٢] في التلاوة والتوبة .

٢٨٢٢ - ولأن داود ﷺ سجدها قبل التوبة ، والشكر [٣] لا يتقدم على النعمة ، فعلم أنه سجدها لا للشكر ، ونحن أمرنا بالاقتداء به .

٢٨٢٣ - قالوا : روي عن ابن عباس أنه قال : سجدة (ص) ليست من العزائم [٤] .

٢٨٢٤ - قلنا : العزائم : الواجبات ، ونفي وجوبها لا ينفي كونها سجدة ، كسائر السجدات عندهم .

* * *

(١) في (ن) : [يصح كان] بالتقديم والتأخير .

(٢) في (م) ، (ع) : [نبيا] .

(٣) في (ن) : [قبل الشكر والتوبة] بالتقديم والتأخير .

(٤) تقدم تخريج حديث ابن عباس ﷺ في هذه المسألة .

مسألة ١٥٤

تجب السجدة على كل من سمعها

٢٨٢٥ - قال أصحابنا : تجب السجدة على كل من سمعها [١] .

٢٨٢٦ - وقال الشافعي : إنما تسن [٢] في حق التالي ومن اعتمد سماعها ، فإن طرقت من غير قصد لم يسجد [٣] .

٢٨٢٧ - لنا : أن السماع سبب للسجدة ، كالتلاوة ، فإذا [٤] لم يعتبر القصد في أحدهما فكذلك الآخر .

٢٨٢٨ - ولأن أسباب القرب [٥] إذا جاز أن تثبت [٦] من غير جهة المكلف لم تقف [٧] على قصده ، كدخول وقت الصلاة . ولأن المقصود بالسجود تعظيم القرآن ومخالفة المشركين بإظهار الخضوع ، وهذا المعنى موجود في حق السامع وإن لم يقصد .

٢٨٢٩ - احتجوا : بما روي عن عثمان [ﷺ] [٨] أنه مر بقاص [٩] فقرأ سجدة ، فلم يسجد عثمان معه ، وقال : ما استمعنا له [١٠] . وعن ابن مسعود وعمران بن

---

(١) في (ع) : [سمعها هي] . قال الحنفية : سجدة التلاوة واجبة على التالي والسامع ، سواء قصد سماع القرآن أو لم يقصد . راجع : الأصل (٣١٣/١) ، مختصر الطحاوي ص٢٩ ، المبسوط باب السجدة (١٣٣/٢) ، بدائع الصنائع (١٨٠/١ ، ١٨١) ، فتح القدير مع الهداية (١٣/٢) ، البناية (٧٩٣/٢ ، ٧٩٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [سن] .

(٣) قال النووي في المجموع : وأما الذي لا يستمع لكن يسمع بلا إصغاء ولا قصد ، ففيه ثلاثة أوجه : الصحيح المنصوص في البويطي أنه يستحب له ولا يتأكد في حقه تأكيده في حق المستمع . والثاني : أنه كالمستمع . والثالث : لا يسن له السجود ، وبه قطع الشيخ أبو حامد في تعليقه والبندنيجي . راجع : الوسيط (٦٧٩/٢) ، حلية العلماء (١٢٢/٢ ، ١٢٣) ، المجموع مع المهذب (٥٨/٤) . وانظر المسألة في : المدونة (١٠٦/١ ، ١٠٧) ، المنتقى (٣٥٣/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٦٢/١) ، بداية المجتهد (٢٣٠/١) ، المقدمات في هامش المدونة (١١٩/١) ، شرح الزرقاني (٢٧١/١) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص٨٧) ، الإفصاح (١٤٤/١) ، الكافي لابن قدامة (١٥٨/١) ، المغني (٦٢٤/١ ، ٦٢٥) .

(٤) في (م) : [فإن] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الضرب] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يثبت] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لم يقف] .

(٨) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) : [بقاص] .

(١٠) حديث عثمان أخرجه عبد الرزاق في المصنف باب السجدة على من استمعها (٣٤٤/٣) الأثر =

الحصين قالا : ما جلسنا لها [١] . وسلمان الفارسي قال : ما عدونا لها [٢] . ولا يعرف لهم مخالف .

٢٨٣٠ - قلنا : ذكر ابن شجاع [٣] في سنن الصلاة عن عمار وابن عمر ونافع وسعيد [٤] بن جبير مثل قولنا ، فلم يصح [دعوى] [٥] الإجماع [٦] .

* * *

= (٥٩٠٦) ، والبيهقي في الكبرى باب من قال إنما السجدة على من استمعها (٣٢٤/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في من قال السجدة على من جلس لها ومن سمعها (٤٥٦/١) .

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف باب السجدة على من استمعها (٣٤٥/٣) الأثر (٥٩٠٧ ، ٥٩١٠) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في من قال السجدة على من جلس لها ومن سمعها (٤٥٧/١) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق باب السجدة على من استمعها (٣٤٥/٣) الأثر (٥٩٠٩) ، وابن أبي شيبة في من قال السجدة على من جلس لها ومن سمعها (٤٥٧/١) ، والبيهقي (٣٢٤/٢) ، والبخاري قول عمران بن الحصين في الصحيح باب من رأى أن الله ﷻ لم يوجب السجود (١٩٠/١) .

(٣) في (ص) : [سجاع] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وسعد] .

(٥) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) حديث ابن عمر أخرجه ابن أبي شيبة في من قال السجدة على من جلس لها ومن سمعها (٤٥٧/١) .

مسألة ١٥٥

إذا ركع بسجدة التلاوة جاز

٢٨٣١ - قال أصحابنا : إذا ركع بسجدة التلاوة جاز (١) .

٢٨٣٢ - وقال الشافعي : لا يجوز (٢) .

٢٨٣٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ ﴾ (٣) ، فعبر عن السجود بالركوع (٤) ، فلولا أن أحدهما يقوم مقام الآخر لم يعبر عنه به .

٢٨٣٤ - وروي عن ابن مسعود في سجدة الأعراف التخيير بين السجود لها والركوع (٥) ، ولا يعرف له مخالف . ولأنه ركن هو خضوع ، فجاز أن يشرع في التلاوة ، كالسجود . ولأنه ركن هو فعل لا يتعقبه الخروج من الصلاة ، فجاز أن ينفرد عنها ، كالقيام . ولأن المقصود إظهار الخضوع مخالفة للمشركين ، وهذا المعنى موجود في الركوع والسجود .

٢٨٣٥ - احتج المخالف : بأنه قادر على السجود ، فلا يجوز إقامة الركوع مقامه ، كسجدة الصلاة .

٢٨٣٦ - والجواب : أن قوله : قادر ، لا تأثير له في الأصل ؛ لأن الركوع لا يقوم مقامه وإن لم يقدر ، ولأنه لا يركع بسجدة الصلاة حتى لا يتكرر الركوع في ركعة ، وهو ركن لم يوضع على التكرار .

* * *

---

(١) قال محمد في الأصل : والركعة والسجدة سواء في القياس ، وأما الاستحسان فإنه ينبغي له أن يسجدها ، وبالقياس نأخذ . اهـ . راجع : الأصل (٣١٦/١) ، بدائع الصنائع فصل في كيفية أداء السجدة (١٨٨/١) ، التجنيس باب في سجود التلاوة (٥٠٨/٢) مسألة (٧٩٧) ، حاشية ابن عابدين باب سجود التلاوة (٥٤١/١) .

(٢) قال النووي في المجموع : لا يقوم الركوع مقام السجود في حال الاختيار عندنا ، وبه قال مالك وأحمد وأصحابهما . راجع : حلية العلماء (١٢٤/٢) ، المجموع مع المهذب فصل في مسائل تتعلق بسجود التلاوة (٧٢/٤) ، المدونة (١٠٦/١) ، شرح الزرقاني (٢٧٨/١) ، الكافي لابن قدامة (١٥٨/١) ، المغني (٦٢٦/١) .

(٣) سورة ص : الآية ٢٤ .

(٤) في (ع) : [بالركوع عن السجود] بالتقديم والتأخير .

(٥) رواه عبد الرزاق عن الثوري في المصنف باب السجدة على من استمعها (٣٤٨/٣) ، (٥٩٢٢) .

مسألة ١٥٦

قراءة الإمام لآية سجدة في الصلاة السرية

٢٨٣٧ - قال أصحابنا : يكره للإمام إذا كان يخفي القراءة أن يقرأ آية سجدة [١] .

٢٨٣٨ - وقال الشافعي : لا يكره [٢] .

٢٨٣٩ - لنا : أنه إذا تلا ولم يسجد ترك السجدة عقيب سببها ، وإن سجد لم يعلم القوم سبب السجود ، فظنوا أنه سها عن الركوع فسبحوا له ولم يتبعوه [٣] ، فوجب أن لا يقرأ .

٢٨٤٠ - احتج الشافعي بما روى ابن عمر قال : صلى رسول الله ﷺ صلاة الظهر فسجد فيها فرأى أصحابه أنه قرأ تنزيل [السجدة] [٤] .

٢٨٤١ - [والجواب : أن الطحاوي ذكر هذا الحديث عن يزيد بن هارون] [٥] قال : أخبرنا سليمان التيمي عن أبي مجلز [٦] قال : ولم أسمعه منه ، عن ابن عمر ، فصار الحديث مرسلا ، فلم يقبل على أصلهم . ولو ثبت لم يدل ؛ لجواز أن يكون ظن أنه ترك سجدة من ركعة قبلها فسجد للصلاة ، لا للتلاوة .

* * *

(١) قال محمد في الأصل : ليس ينبغي للإمام أن يقرأ بسورة فيها سجدة من صلاة لا يجهر فيها بالقرآن ، فإن فعل ذلك كان عليه أن يسجدها ويسجد معه أصحابه . اهـ . انظر : الأصل (٣١٩/١) ، بدائع الصنائع فصل في سنن السجود (١٩٢/١) .

(٢) قال النووي في المجموع : قال أصحابنا لا يكره قراءة السجدة عندنا للإمام ، كما لا يكره للمنفرد ، سواء كانت صلاة سرية أو جهرية ، ويسجد متى قرأها . انظر : حلية العلماء (١٢٤/٢) ، فتح العزيز الباب السادس في السجدات في هامش المجموع (١٩٠/٤) ، المجموع (٧٢/٤) . وانظر : المدونة (١٠٥/١ ، ١٠٦) ، المنتقى (٣٥٠/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٦٢/١) ، المقدمات في هامش المدونة (١١٩/١) ، المغني (٦٢٧/١) .

(٣) في (ن) : [يتبعونه] .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) . حديث ابن عمر ﷺ أخرجه البيهقي في الكبرى باب استحباب السجود في الصلاة متى ما قرأ فيها آية السجدة (٣٢٢/٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [أبي محكر] .

مسألة ١٥٧

سجدة التلاوة لا يجب فيها السلام

٢٨٤٢ - قال أصحابنا : سجدة التلاوة لا يجب فيها السلام (١) .

٢٨٤٣ - وقال الشافعي في البويطي (٢) : لا تشهد فيها ولا سلام . فمن أصحابه (٣) من قال بهذا ، ومنهم من قال تفتقر إلى تشهد وسلام .

٢٨٤٤ - وقال ابن سريج (٤) والمروزي (٥) : تفتقر (٦) إلى سلام ولا تفتقر (٧) إلى تشهد (٨) .

٢٨٤٥ - لنا : أن سجدة التلاوة لما أفردت عن الصلاة وجب اعتبارها بسجداتها ، ومعلوم أن سجدة الصلاة لا يتعقبها سلام ، كذلك سجدة التلاوة . ولأنه ذكر أفرد فلا يثبت فيه القعدة للتشهد ، كقيام صلاة الجنازة . ولأن من تلا في الصلاة سجد ، وعاد

---

(١) راجع : الأصل (٣٢١/١) ، مختصر الطحاوي (ص٢٩) ، مختصر القدوري (ص١٤) ، بدائع الصنائع (١٩٢/١) ، الهداية مع فتح القدير ، وبهامشه العناية (٢٦/٢) ، البناية (٨١١/٢ ، ٨١٢) ، مجمع الأنهر (١٥٩/١) .

(٢) يعني : في مختصر البويطي . وكان البويطي خليفة الشافعي في حلقته بعده ، وهو يوسف بن يحيى القرشي البويطي ، من أدنى صعيد مصر ، مات سنة ٢٣١ ، وقيل ٢٣٢ هـ . راجع طبقات الشافعية للإسنوي (٢٢/١ ، ٢٣) .

(٣) في (ع) : [أصحابنا] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [شريح] . هو : القاضي أبو العباس أحمد بن عمر بن سُريج - بضم السين - البغدادي شيخ الشافعية في عصره وعنه انتشر فقه الشافعية في أكثر الآفاق ، مات ببغداد سنة ٣٠٦ هـ . انظر : طبقات الشافعية للإسنوي (٣١٦/١) ترجمة (٥٩٣) .

(٥) في (ص) ، غير واضح ، وفي (م) ، (ع) : [والمروي] والمثبت من (ن) ، هو : أبو إسحاق المروزي . انظر ترجمته في طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (١٠٥/٢) ، وطبقات الفقهاء للشيرازي (١٢١/١) .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يفتقر] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ولا يفتقر] .

(٨) قال الشيرازي في المهذب : فيه قولان : قال في البويطي : لا يسلم ، كما لا يسلم منه في الصلاة اهـ . وقال النووي : أصحهما عند الأصحاب اشتراطه ، ممن صححها الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب في تعليقهما والرافعي وآخرون . هذا في التسليم ، وفي التشهد وجهان : أصحهما : لا تشهد لها . راجع الوسيط (٦٧٩/٢ ، ٦٨٠) ، حلية العلماء (١٢٥/٢) ، فتح العزيز (١٩٢/٤ - ١٩٤) ، المجموع مع المهذب (٦٤/٤ ، ٦٥) . وانظر : المدونة (١٠٦/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٦٢/١) ، قوانين الحكام الشرعية (ص ٨٧) ، المسائل الفقهية كتاب الصلاة (١٤٥/١) مسألة (٥٩) ، الكافي لابن قدامة (١٥٩/١) ، المغني (٦٢٢/١ ، ٦٢٣) .

بالتكبير إلى الحالة [١] التي كان عليها قبل السجود من غير فعل ، كذلك إذا سجد خارج الصلاة وجب أن يعود إلى ما كان عليه بتكبيرة من غير فعل [آخر] [٢] .

٢٨٤٦ - احتجوا : بأنها صلاة تفتقر [٣] إلى التحريمة فافتقرت إلى التحليل [٤] .

٢٨٤٧ - والجواب : أنا لا نسلم أنها صلاة ، ولا أنها تفتقر [٥] إلى تحريم ، والتكبيرة للانتقال دون التحريمة ؛ يبين [٦] هذا أنها لو كانت للتحريم وجب أن يأتي بعدها بتكبيرة للانتقال [٧] ، فلما قالوا : إن الانتقال يتعلق بها دل على أنها ليست بتحريمة .

* * *

(١) في (م) : [الحاجة] .

(٢) ساقط من (ع) .

(٣) في (م) : [يفتقر] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [إلى تحليل] .

(٥) في (م) : [يفتقر] .

(٦) في (م) : [تبين] .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الانتقال] .

مسألة ١٥٨

حكم سجود الشكر

٢٨٤٨ - ذكر الطحاوي عن أبي حنيفة : أن سجود الشكر ليس بشيء مسنون . وقال محمد : لا بأس به . وذكر في السير الكبير عن أبي حنيفة كراهته [١] .

٢٨٤٩ - وقال الشافعي في القديم : يستحب أن يسجد سجود الشكر . قال أصحابه : إذا أنعم اللّه تعالى عليه نعمة [٢] أو دفع عنه بلية ، فالمستحب [٣] أن يسجد [٤] .

٢٨٥٠ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ قال : « إذا رأيتم [٥] أهل البلاء فاسألوا ربكم العافية » [٦] ، ولم يذكر السجود . ولأن نعم اللّه تعالى كانت على نبينا [٧] أكثر من أن تحصى ، فلو كان السجود مسنونا لكرره عند سببه [٨] ، ولو فعل لنقل من طريق الاستفاضة ، فلما لم ينقل أنه فعله إلا نادرًا دل على أنه ليس بمسنون .

٢٨٥١ - وقد روي أن الناس شكوا القحط وهو على المنبر ، فدعا ، فسقوا عند دعائه ، واتصل الغيث إلى الجمعة [الثانية] [٩] ، فشكوا إليه كثرة المطر ، فقال :

---

(١) قال السرخسي في شرح السير الكبير : وهي سنة عند محمد ، فأما أبو حنيفة فكان لا يراها شيئا مسنونًا ، أو لا يراها شكرًا تاما . انظر : شرح السير الكبير باب سجدة الشكر (٢٢١/١ - ٢٢٣) ، حاشية ابن عابدين مطلب في سجدة الشكر (٥٤٧/١) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم الفن الثالث في الجمع والفرق (ص٣٧٣) .

(٢) في (ص) : [بنعمة] .

(٣) في (ع) : [فاستحب] .

(٤) قال الشافعي وأصحابه : سجدة الشكر عند تحقق نعمة واندفاع نقمة سنة . وبه قال أحمد وأصحابه . انظر : مختصر المزني باب سجود السهو وسجود الشكر (ص١٧) ، الوسيط (٦٨١/٢) ، حلية العلماء (١٢٥/٢ ، ١٢٦) ، المجموع مع المهذب (٦٧/٤ ، ٦٨) ، الإفصاح (١٤٦/١) ، الكافي لابن قدامة (١٦٠/١) ، المغني (٦٢٨/١) . وانظر : شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني فصل في سجود التلاوة (٢٧٤/١) .

(٥) في (م) : [إذا رأيتموا] .

(٦) رواه الترمذي مرفوعًا في السنن كتاب الدعوات باب ما يقول إذا رأى المبتلى (٤٩٣/٥ ، ٤٩٤) الحديث (٣٤٣١ ، ٣٤٣٢) ، وعبد الرزاق في المصنف في كتاب الجامع في القول إذا رأيتم المبتلى (٤٤٥/١٠) الحديث (١٩٦٥٥) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [على نبينا كانت] .

(٨) في (م) ، (ع) : [سنته] .

(٩) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

« حوالينا ولا علينا » ، فاستدار الغمام حول المدينة كالإكليل [(١)] ، وهذه نعمة ظاهرة أجاب اللَّه [تعالى] [(٢)] دعاءه ، وصدق دعواه بالمعجز ، وأنعم على الناس بزوال الجدب [(٣)] ولم يسجد ولا أمرهم بالسجود ، فلو كان [ذلك] [(٤)] مسنونًا لم يتركه عند سببه . ولأن من أعظم نعم اللَّه تعالى على الإنسان هدايته إلى الإسلام ، وقد كانوا [(٥)] يسلمون على يدي [(٦)] النبي ﷺ وبعده عند صحابته ، ولم ينقل عن أحد منهم أنه أمر من أسلم بالسجود .

٢٨٥٢ - ولا يقال : إن ما ليس بواجب يجوز تركه ؛ لأن ما كان مسنونًا لم يُستحب تركه عند وجود سببه . ولأنه ركن من أركان الصلاة [فلا يسن لأجل الشكر ، كالركوع . ولأنها سجدة لا يقوم الركوع مقامها فلا تشرع [(٧)] في غير الصلاة] [(٨)] ، كالسجود عند / طلب الرزق وسؤال الحاجة . ولأن مخالفنا إن قال : إنه يسجد [(٩)] عند كل نعمة ظاهرة وباطنة ، أدى إلى قطع جميع الأوقات بالسجود ؛ لأن الإنسان لا يخلو من نعم اللَّه تعالى عليه في كل أحواله ، وإن خص ذلك بالنعم الظاهرة فلا معنى له ؛ لأن الشكر واجب عند النعم الظاهرة والباطنة ، فلا معنى لتخصيص أحدهما بالسجود ، وقد بينا أن هذا الخبر لا يحتج به .

٣٤/

٢٨٥٣ - قالوا : روى أبو بكرة [(١٠)] [ﷺ] [(١١)] قال : كان رسول اللَّه ﷺ إذا جاءه شيء يُسَرُّ به خر ساجدًا [(١٢)] . وروى عبد الرحمن بن عوف قال : سجد رسول اللَّه ﷺ

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الجمعة باب الاستسقاء على المنبر (١٨٠/١) ، ومسلم بهذا المعنى في الصحيح باب الدعاء في الاستسقاء (٣٥٥/١ ، ٣٥٦) ، وأبو داود في السنن باب رفع اليدين في الاستسقاء (٢٩٤/١ ، ٢٩٥) .

(٢) ساقط من (ن) .

(٣) في (ن) : [الحدث] .

(٤) ساقط من (ع) .

(٥) في (ن) : [وقد كان الناس] .

(٦) في (ع) : [يد] .

(٧) في (ن) ، (ع) : [ولا تشرع] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٩) في (ن) : [سجد] .

(١٠) في سائر النسخ : [أبو بكر] ، والصواب ما أثبتناه . وهو نفيع بن الحارث ، صحابي مشهور بكنيته . ترجمته في سير أعلام النبلاء (٥/٣) ، أسماء من تعريف بكنيته للأزدي الموصلي (٣٢/١) ، الأسامي والكنى لابن حنبل (٢٩/١) .

(١١) زيادة من (م) ، (ع) .

(١٢) حديث أبي بكرة أخرجه أبو داود في السنن في باب سجود الشكر (٨٩/٢) ، والدارقطني بألفاظ متقاربة في باب السنة في سجود الشكر (٤٠١/١) ، والحاكم في المستدرك في باب سجدة الشكر (٢٧٦/١) ، والبيهقي في الكبرى باب سجود الشكر (٣٧٠/٢) .

فأطال السجود ، فقلنا له : سجدت فأطلت السجود ، فقال : « أتاني جبريل ، فقال : من [صلى] (١) عليك مرة صليت عليه عشرا ، فسجدت شكرا » (٢) . وروي أن النبي ﷺ لما أتى برأس أبي جهل سجد . وروي [أنه رأى نغاشًا فسجد (٣) .

٢٨٥٤ - قالوا : وروي عن أبي بكر [ﷺ] (٤) لما بلغه فتح البحائر (٥) سجد . وعن علي أنه لما وجد ذا الثدية يوم النهروان سجد (٦) .

٢٨٥٥ - والجواب : أن هذا يدل على جواز السجود ، ونحن لا نأبى (٧) ذلك على إحدى الروايتين ، وإنما نمنع (٨) أن يكون مسنونًا ، وما ذكروه لا يدل على السنة ؛ [ألا ترى أن النعم] (٩) [الظاهرة اتفقت للنبي ﷺ أكثر مما ذكروه وكذلك لأبي بكر ، فلو كان السجود مسنونًا] (١٠) لم (١١) يترك (١٢) عند سببه .

٢٨٥٦ - وقد روي أن النبي ﷺ لما بلغه قتل أبي جهل صلى ركعتين ، ولما فتح مكة

---

(١) ساقط من (م) .

(٢) أخرجه أحمد مطولا في المسند (١٩١/١) ، والحاكم في المستدرك في من سلم عليك سلمت عليه ومن صلى عليك صليت عليه (٢٢٢/١ ، ٢٢٣) ، والبيهقي في الكبرى (٣٧٠/٢ ، ٣٧١) ، وعزاه الهيثمي إلى البزار في مجمع الزوائد باب صلاة الشكر (٢٨٢/٢ ، ٢٨٣) .

(٣) في سائر النسخ : [لعاسا] ، والصواب ما أثبتناه . والنغاش : الرجل القصير ، الضعيف الحركة . كذا في المصباح المنير (٥٨٦/٢) . وهذا الحديث أخرجه عبد الرزاق في المصنف باب سجود الرجل شكرًا (٣٥٧/٣ ، ٣٥٨) الحديث (٥٩٦٠ ، ٥٩٦٤) ، والدارقطني في السنن باب السنة في سجود الشكر (٤٠١/١) ، والحاكم في المستدرك باب سجدة الشكر (٢٧٦/١) ، والبيهقي (٣٧١/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف في سجدة الشكر (٣٦٦/٢) .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) في (ع) : [البحار] . روى البيهقي من حديث أبي عوف عن رجل بلفظ : إن أبا بكر ﷺ لما أتاه فتح اليمامة سجد . في الكبرى (٣٧١/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف في سجدة الشكر (٣٦٧/٢) ، وعبد الرزاق في المصنف باب سجود الرجل شكرًا (٣٥٨/٣) الحديث (٥٩٦٣) .

(٦) رواه ابن أبي شيبة عن أبي أسامة في المصنف في سجدة الشكر (٣٦٨/١) ، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف باب سجود الرجل شكرًا (٣٥٨/٣) الحديث (٥٩٦٢) .

(٧) في (م) : [لا ناتى] .

(٨) في (ن) : [يمتنع] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لأن السنة] مكان المثبت ، وساقط من (ن) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١١) في (م) ، (ع) : [ما لم] .

(١٢) في (ع) : [لم تترك] .

صلى ركعتين (١) ، ولم يدل ذلك على أن صلاة الشكر مسنونة ، فكذلك (٢) لا يدل [على] (٣) أن السجود مسنون .

* * *

(١) أخرجه الدارمي في باب سجدة الشكر (٣٤١/١) ، وصاحب مصباح الزجاجة (٤٤٨/١) الحديث (٤٨٩ - ١٣٩١) ، وعزاه ابن كثير إلى البيهقي في البداية والنهاية في مقتل أبي جهل لعنه الله (٢٨٩/٣) .

(٢) في (ن) : [فلذلك] .

(٣) ساقطة من (م) .

مسألة ١٥٩

إذا صلى على سطح الكعبة وليس بين يديه بناء جاز

٢٨٥٧ - قال أصحابنا : إذا صلى على سطح الكعبة وليس بين يديه بناء جاز [١] .

٢٨٥٨ - وقال الشافعي : لا يجوز حتى يكون بين يديه بناء ، وكذلك قالوا : إذا صلى في نفس الكعبة ولا بناء لها ، أو توجه إلى الباب وليس له عتبة [٢] .

٢٨٥٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَطَهِّرْ بَيْتِيَ لِلطَّآئِفِينَ وَٱلْقَآئِمِينَ وَٱلرُّكَّعِ ٱلسُّجُودِ ﴾ [٣] ، ولم يفصل بين حال دون حال .

٢٨٦٠ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ﴾ [٤] ، والشطر يعبر به عن البعض ، ومن صلى على سطحه فقد توجه إلى ما بين يديه منه .

٢٨٦١ - ولا يقال : إنه لم يتوجه إلى شيء منه ؛ ألا ترى [٥] أن الكعبة تحته وليست بين يديه ؛ لأن هواها [٦] بين يديه ، وهواء [٧] البقعة من البقعة ؛ لأنه متوجه إلى الأرض التي بين يديه بناء جاز [٨] وإن لم يكن ، كمن صلى خارج الكعبة ومن

---

(١) راجع : الأصل (٤٥٥/١ ، ٤٥٦) ، بدائع الصنائع « فصل في شرائط الأركان » (١٢١/١) ، الهداية مع فتح القدير (١٥٢/٢) ، البناية في « كتاب الصلاة » (٣٣٦/٣ ، ٣٣٧) ، مجمع الأنهر (١٩١/١) .

(٢) قال الشافعي في الأم : « ولو استقبل بابها فلم يكن بين يديه شيء من بنيانها يستره لم يجزه اهـ . راجع الأم « باب الصلاة في الكعبة » (٩٨/١ ، ٩٩) ، الوسيط (٥٨٣/٢) ، حلية العلماء ، « باب استقبال القبلة » (٦٠/٢) ، المجموع مع المهذب (١٩٧/٣ - ٢٠٠) ، مغنى المحتاج « فصل في استقبال القبلة » (١٤٤/١ ، ١٤٥) ، نهاية المحتاج (٤٣٦/١ ، ٤٣٧) ، وقال مالك في رواية وأحمد : لاتجوز المكتوبة بحال ، لا على ظهرها ولا في جوفها ، وعن مالك رواية أخرى مثل قول الحنفية تجوز مع الكراهة . راجع : المدونة (٩١/١) ، الكافي لابن عبد البر (١٩٩/١) ، شرح الزرقاني (١٩١/١ ، ١٩٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٥٢ . وراجع : الإفصاح « باب ستر العورة » (١١٦/١ ، ١١٧) « وباب ما يجوز فيه الصلاة » (١٤٧/١) الكافي لابن قدامة (١١٠/١) ، المغني (٧٣/٢) .

(٣) سورة الحج : الآية ٢٦ .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٤٤ .

(٥) في (ص) : [ألا يرى] .

(٦) في (ن) : [لا هواها] .

(٧) في غير (ص) : [وهو] .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ما جاز] .

صلى على أبي قيس .

٢٨٦٢ - ولأن البيت يتعلق به حكمان : صلاة وطواف ، فإذا لم يعتبر في جواز أحدهما البناء بحال ، فكذلك [١] الآخر .

٢٨٦٣ - ولأن الأحكام المتعلقة بالبيت لا يقف [٢] ثبوتها [٣] على البنيان [٤] ؛ بدلالة منع الجنب [٥] من دخوله ، ويحرم الاصطياد فيه .

٢٨٦٤ - ولأن كل بقعة صحت الصلاة فيها صحت على ظهرها من غير بناء ، كسائر البقاع .

٢٨٦٥ - ولأن بين يديه جزأ من الكعبة فصار كالبناء .

٢٨٦٦ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ﴾ .

٢٨٦٧ - والجواب : أن الشطر قد قيل إن المراد به البعض ، وهذا موجود ، وقيل إن المراد به الجهة ، وهذا موجود .

٢٨٦٨ - ولا يقال : إن من صلى على السطح لا يقال : صلى إليها ، وإنما يقال : صلى فيها ؛ لأن هذا كلام من يمنع الصلاة عليها بكل حال ، والخلاف بيننا [٦] في الأحوال لا في [٧] الأصل .

٢٨٦٩ - قالوا : روي عن ابن عباس أنه قال : لا يجوز الصلاة في سبع مواطن [٨] . وذكر فيها ظهر البيت العتيق [٩] .

٢٨٧٠ - قلنا : هذا متروك بالإجماع ؛ ألا ترى أن الصلاة جائزة بالاتفاق مع الحائل ، فيحتمل أن يكون نهى عن ذلك لما فيه من الاستعلاء على البيت ، وهذا يؤدي إلى حمل النهي على العموم ، أو يحمل على من صلى على طرف منها لا يبقى بين يديه شيء .

---

(١) في (م) : [فلذلك] .
(٢) في (ن) : [لا تقف] .
(٣) في (م) : [بيوتها] .
(٤) في (ن) : [على النسيان] .
(٥) في (م) ، (ع) : [الخبث] .
(٦) في (م) : [بينا] .
(٧) في (ن) : [من] .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [مواضع] ، وفي كل النسخ : [سبع] .
(٩) المعروف لنا في هذا الأثر أنه من رواية ابن عمر عن رسول الله ﷺ ، وقد رواه الترمذي من طريق داود بن الحصين في السنن (١٧٨/٢) الحديث (٣٤٦) ، وابن ماجه (٢٤٦/١) الحديث (٧٤٦) ، وأخرجه ابن ماجه من طريق الليث بن نافع رقم الحديث (٧٤٧) ، وقال الترمذي : إسناده ليس بذاك القوى .

٢٨٧١ - قالوا : روى أن الكعبة لما احترقت في أيام ابن الزبير أمره ابن عباس أن يعلق عليها أنطاعًا [١] ، فلو كان الحائل غير معتبر لم يكن للأمر بذلك معنى .

٢٨٧٢ - قلنا : إنما أمر بذلك لأن الناس يستديرون في الصلاة إليها ، فإذا لم يكن حائل [٢] صلى بعضهم إلى وجوه بعض ، وهذا لا يصح .

٢٨٧٣ - قالوا : ترك التوجه إلى جزء من الكعبة في صلاة فرض آمنا [٣] ، فصار كمن صلى على طرفها .

٢٨٧٤ - قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأنه متوجه [٤] إلى جزء منها . والمعنى في الأصل أنه لو كان هناك بناء لم تجز [٥] الصلاة ، كذلك مع عدمه . ولما كان في مسألتنا تجوز [٦] الصلاة إذا كان بين يديه بناء ، فكذلك مع عدمه .

٢٨٧٥ - قالوا : الحكم إذا تعلق بالبقعة ، فالمقصود نفس البقعة دون الهواء ، والدليل عليه البيع .

٢٨٧٦ - قلنا : تحريم الصيد يتعلق بالبقعة والهواء ، وكذلك جواز الاعتكاف والامتناع [٧] من الاستقبال بالفرج [٨] .

* * *

---

(١) النطع : المتخذ من الأديم ، وهو الجلد .
ذكر فيه أربع لغات : فتح النون وكسرها ، ومع كل واحد فتح الطاء وسكونها ، والجمع أنطاع ونطوع . هكذا في المصباح المنير (٥٨٢/٢) .
لم نعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ بعد . وقد أخرجه مسلم من حديث عطاء مطولا في الصحيح « باب نقض الكعبة وبنائها » (٥٥٩/١) .

(٢) في (ن) : [حالم] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أساء] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يتوجه] .

(٥) فى (م) ، (ع) : [لم يجز] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يجوز] .

(٧) في (ن) : [والامساح] .

(٨) في (ن) : [الفرج] .

مسألة ١٦٠

إذا قرأ المصلي في المصحف بطلت صلاته

٢٨٧٧ - قال أبو حنيفة : إذا قرأ في المصحف بطلت صلاته (١) .

٢٨٧٨ - وقال الشافعي : لا تبطل (٢) .

٢٨٧٩ - لنا : أنه متلقن القرآن من غيره في صلاته ، فأشبه إذا تلقن من أجنبي . ولا يلزم إذا تلقن من المؤتم ؛ لأنه إن كان يحفظ ما تلقنه (٣) فتلقن فسدت الصلاة .

٢٨٨٠ - ولأن القراءة من الكتاب في الصلاة تشبه (٤) صنع الكفار ، وقد قال عليه السلام : (٥) « من تشبه (٦) بقوم فهو منهم » (٧) .

٢٨٨١ - ولا يقال : إن التشبه (٨) بهم إنما منع (٩) منه فيما لا يجوز فأما في الجائز فلا يمنع منه ؛ لأنا لا نسلم لهم جواز هذا الفعل في الصلاة .

٢٨٨٢ - ولأنه غير حافظ لما يقرأه ، فإذا قراه من كتاب فسدت صلاته ، كما لو قرأه بالفارسية .

---

(١) وقال أبو يوسف ومحمد : صلاته تامة مع الكراهة . راجع تفصيل المسألة في : الأصل (٢٠٦/١) ، المبسوط « باب الحدث في الصلاة » (٢٠١/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية (٤٠٢/١ ، ٤٠٣) ، البناية (٥٠٢/٢ ، ٥٠٣) .

(٢) راجع : الوسيط (٦٥٩/٢) ، حلية العلماء (٨٩/٢) ، المجموع (٩٥/٤) . وقال مالك وأحمد في إحدى روايتيه : يجوز ذلك في النافلة دون الفريضة . قال ابن قدامة : يكره في الفرض ولا بأس به في التطوع إذا لم يحفظ ، فإن كان حافظا كره أيضا . راجع : المدونة (١٩٤/١) ، شرح الزرقانى فصل في النوافل (٢٨٦/١) ، الإفصاح (١٤٠/١ ، ١٤١) ، المغني (٥٧٥/١) .

(٣) في (ص) : [لا يحفظ] مكان : [يحفظ] ، وفي (ن) : [ما لا يلقنه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [شبه] ، وفي (ن) : [فتشبه] .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [النبي ﷺ] .

(٦) في (ع) : [شبه] .

(٧) أخرجه أبو داود من حديث ابن عمر (٣٩٩/٢) ، وأخرجه أحمد مطولا (٥٠/٢) ، وعزاه المناوي إلى الطبراني في الأوسط عن حذيفة في مختصر شرح الجامع الصغير (٢٨٩/٢) .

(٨) في (م) ، (ع) : [الشبه] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يمنع] .

٢٨٨٣ - احتجوا : بأن حمل المصحف بمجرده لا يبطل والنظر بانفراده لا يبطل [١] ، وكذلك القراءة والفكر ، فإذا اجتمعت لم تبطل .

٢٨٨٤ - قلنا : ليس إذا كان الفعل لا يبطل [٢] الصلاة لم يبطلها [٣] إذا [٤] انضم إلى غيره [٥] ؛ الدليل عليه : المشي والعمل اليسير لا يبطل ، وإذا طال أبطل .

* * *

---

(١) في (م) : [لا تبطل] .

(٢) في (م) : [لا تبطل] .

(٣) في (م) : [لم تبطلها] .

(٤) في (ن) : [وإذا] بالعطف .

(٥) في م : [إليه غيره] .

مسألة ١٦١

لا يجب على المرتد قضاء الصلوات إذا أسلم

٢٨٨٥ - قال أصحابنا : لا يجب على المرتد قضاء الصلوات إذا أسلم [(١)] .

٢٨٨٦ - وقال الشافعي : يجب [(٢)] .

٢٨٨٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ ﴾ [(٣)] ، والغفران يقتضي إسقاط حكم ما تقدم .

٢٨٨٨ - ولا يقال : إن المرتد لا يسمى كافرا لأن له اسما خاصا ؛ وذلك لأن [(٤)] الكفر عام ، وإن كان كل نوع منه يختص باسم ، كقولنا : وثني [(٥)] ، ومجوسي . وقد سمى الله تعالى المرتد كافرا بقوله : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ﴾ [(٦)] .

٢٨٨٩ - قالوا : المراد به : الكافر الأصلي ؛ لأنه قال ﴿ وَإِن يَعُودُواْ فَقَدْ مَضَتْ سُنَّتُ ٱلْأَوَّلِينَ ﴾ [(٧)] ، يعني في القتل والجزية ، والمرتد لا تؤخذ [(٨)] منه الجزية ، وقال : ﴿ وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ [(٩)] فِتْنَةٌ ﴾ [(١٠)] ، ولم تكن [(١١)] للمرتدين فئة [(١٢)] زمن النبي ﷺ .

---

(١) قال الطحاوي في مختصره : « ولا يقضي المرتد شيئا من الصلوات ولا مما تُعبد به سواها ، ويكون بارتداده كمن لم يزل كافرا » . راجع : مختصر الطحاوي في آخر « باب صفة الصلاة » ص ٢٩ ، مجمع الأنهر « باب قضاء الفوائت » (١٤٧/١) ، در المختار « باب قضاء الفوائت » (٥١٦/١) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : الوسيط ، « كتاب الصلاة » (٥٥٦/٢ ، ٥٥٧) ، حلية العلماء « كتاب الصلاة » (٧/٢) ، فتح العزيز « كتاب الصلاة » (٩٤/٣ ، ٩٥) ، المجموع مع المهذب « كتاب الصلاة » (٤/٣ ، ٥) ، مغني المحتاج « كتاب الصلاة » (٣٠/١) .

قال مالك وأحمد في الصحيح مثل قول الحنفية : لا يجب على الكافر أصليا كان أو مرتدا قضاء الصلاة إذا أسلم . راجع : المجموع ، والكافي لابن قدامة « كتاب الصلاة » (٩٣/١) .

(٣) سورة الأنفال : الآية ٣٨ .

(٤) في (ن) : [أن] .

(٥) في (م) ، (ع) : [دهرى] .

(٦) سورة النساء : الآية ١٣٧ .

(٧) سورة الأنفال : الآية ٣٨ .

(٨) في (م) ، (ع) : [لا يؤخذ] .

(٩) في (م) : [لا يكون] .

(١٠) سورة البقرة : الآية ١٩٣ .

(١١) في (م) : [ولم يكن] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [في] .

٢٨٩٠ - قلنا : قوله : ﴿ وَإِن يَعُودُواْ ﴾ إلى الكفر ف ﴿ سُنَّتُ ٱلْأَوَّلِينَ ﴾ التوبة أو القتل ، وأما الجزية فقد يكون سنة وقد لا يكون ؛ ألا ترى أن الوثني من العرب [لا] (١) يثبت في حقه .

٢٨٩١ - وأما (٢) قولهم : لم يكن للمرتدين فئة ، فغلط ؛ لأن مسيلمة ارتد ومن معه وكان لهم فئة ، ولو لم يكن اقتضت الآية المرتد إذا صار من (٣) جملة الكفار الأصليين ، فيلزمهم فئة .

٢٨٩٢ - ولا يقال : إنا لا نسلم أن (٤) الانتهاء يكون مع ترك القضاء ، أن القضاء مختلف فيه والإسلام لا يقف على التزام يختلف فيه ، كما لا يقف على التزام الأضحية .

٢٨٩٣ - ولا يقال : المراد به غفران المأثم (٥) ؛ لأن الغفران يقتضي الإسقاط والتغطية ، وهذا يوجب رفع العبادة من كل وجه .

٢٨٩٤ - ويدل عليه قوله ﷺ : « الإسلام يجب ما قبله » (٦) ، وفيه إجماع الصحابة ؛ لأن غطفان وبني (٧) حنيفة ارتدوا ثم أسلموا (٨) ولم ينقل أنهم أمروا بقضاء الصلوات ، فلو وجب ذلك لم يتركه الصحابة . ولأنها توبة من كفر فأشبه الكافر الأصلي .

٢٨٩٥ - ولا يقال : المعنى فيه أنه لم يلتزم (٩) الصلوات ، والمرتد قد التزمها ؛ لأن الواجب لا يقف على الالتزام ؛ ألا ترى أن الفقير لو التزم الحج والزكاة لم يلزمه ، ولو لم يلتزم الصلاة لزمته . ولا يقال : إن المرتد يضمن ما أتلفه علينا ، والحربي لا يضمن ، لالتزام (١٠) أحدهما ، كذلك الحربي يضمن التزام (١١) الضمان ؛ لأنا لا نسلم ذلك ، بل يلزمه الضمان ؛ لأنه من أهل دارنا ، ويسقط الضمان عن الحربي لاختلاف (١٢) الدارين (١٣) أن المرتد لو

---

(١) لفظ : [لا] ساقطة من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فأما] .
(٣) في (ن) : [في] .
(٤) في (ن) : [لأن] .
(٥) في غير (ع) : [المؤتم] .
(٦) أخرجه أحمد في المسند (١٩٩/٤ ، ٢٠٤ ، ٢٠٥) ، وأخرجه الواقدي (٤٨٤/٢ - ٨٥٧ - ٨٥٩) .
(٧) في (ن) : [وهي] .
(٨) انظر ارتداد بني حنيفة وإسلامهم في (البداية والنهاية) في « مقتل مسيلمة الكذاب » (٣٢٣/٦ - ٣٢٧) .
(٩) في (ن) : [لم يلزم] .
(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الالتزام] .
(١١) في غير (ص) : [الالتزام] .
(١٢) لفظ : [لاختلاف] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(١٣) بياض في جميع النسخ .

لحق بمن أتلف [١] لم يلزمه الضمان .

٢٨٩٦ - ولأنها صلوات [٢] الكافر [٣] ولأنها صلاة معنى وقتها في حال هو [٤] فأشبه ما تركه الكافر الأصلي .

٢٨٩٧ - ولا معنى لقولهم : إن الوصف [٥] تأثير [٦] المسلم ثم ارتد ثم أسلم لا يقضيه ، وإن كان تركه في حال له [٧] الإيمان ؛ لأنا وضعنا العلة بحكم خاص ، والمعلل أن يختص [٨] حكمه ونعمه ، فإذا دل على حكم [٩] .

٢٨٩٨ - لا يقال : إن علته غير مؤثرة ، ولأن الكفر معنى ينفي وجوده فعل الصلاة من جميع [١٠] نافيا لقضاء ما فات وقته من الصلوات معه ، كالحيض .

٢٨٩٩ - ولأنه لو وجد [١١] بقى قضاء ما مضى وقته من الصلوات ، فكان الطارئ مثله ، [أصله : الحيض] [١٢] .

٢٩٠٠ - [احتجوا] [١٣] : بقوله [١٤] عليه السلام : « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها » [١٥] ، فعبر بالنسيان عن الترك ، وهذا شائع [١٦] ؛ كقوله [١٧] تعالى : ﴿ مَا نَنسَخْ مِنْ ءَايَةٍ أَوْ نُنسِهَا ﴾ [١٨] ، وقال : ﴿ نَسُوا۟ ٱللَّهَ فَنَسِيَهُمْ ﴾ [١٩] . بمعنى تركهم .

٢٩٠١ - والجواب : أن حقيقة / النسيان يفيد ما تركه الإنسان وهو غافل عنه ، فأما ما اعتمد تركه فلا يقال : إنه نسيه [٢٠] على الإطلاق ؛ ألا ترى أنه لا يقال [٢١] : نسي فلان عامدًا ، ولو صح أن يعبر عن الترك لجاز أن يجمع بينه وبين العمد ، وليس إذا عبر بالنسيان عن الترك على وجه التوسع يجوز أن يترك الحقيقة في كل موضع . ٣٤/ب

٢٩٠٢ - قالوا : نفرض المسألة فيمن نسي صلاة حال ردته .

٢٩٠٣ - قلنا : ظاهر الخبر يقتضي الصلاة التي يجب فعلها بالذكر ، وهذه الصلاة

---

(١) في (ن) : [ألف] .
(٢ - ٧) بياض في كل النسخ .
(٨) في (ص) : [يخص] .
(٩ - ١١) بياض في كل النسخ .
(١٢) ساقطة من (ع) .
(١٣) مكانها بياض في (ص) .
(١٤) في (ص) ، (ن) : [لقوله] .
(١٥) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٣٢) .
(١٦) في (م) ، (ن) : [مانع] .
(١٧) في (ص) : [لقوله] .
(١٨) سورة البقرة : الآية ١٠٦ .
(١٩) سورة التوبة : الآية ٦٧ .
(٢٠) في (م) ، (ع) : [اثبته] .
(٢١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يقال] ، مكان : [لا يقال] .

لا يلزم فعلها بالذكر حتى نسلم ، فلا يتناولها [١] الخبر .

٢٩٠٤ – قالوا : نفرض الكلام فيمن نسي صلاة قبل ردته ثم ارتد ثم أسلم ثم ذكرها ، فعليه أن يقضيها بنفس الذكر عندنا .

٢٩٠٥ – قلنا : ظاهر الخبر يقتضي وجوب القضاء عند الذكر بكل حال ، وهذا لا يوجد فيما ذكرتموه .

٢٩٠٦ – قالوا : ترك الصلاة بفعله بمعصية [٢] فوجب أن يكون عليه القضاء ، كالسكران .

٢٩٠٧ – قلنا : لا تأثير لقولكم : بمعصية [٣] ؛ لأن ما تركه المرتد في [٤] حال نسيانه ونومه لم يتركه بمعصية ، والقضاء واجب . ثم المعصية إن أرادوا بها السكر فذلك من فعل اللّٰه تعالى ، وليس بمعصية ، وإن أرادوا الشرب فالترك لا يقع به .

٢٩٠٨ – ثم المعنى في السكر [أنه] [٥] لو قارن [٦] البلوغ لم يمنع وجوب القضاء ، فكذلك إذا طرأ ، والكفر لو قارن [٧] البلوغ منع القضاء ، كذلك إذا طرأ .

٢٩٠٩ – قالوا : خرج من أهل الصلاة بما هو غير معذور فيه ، كالسكران .

٢٩١٠ – قلنا : الوصف غير مسلم في الأصل ؛ لأنه لم يخرج عن أهل [٨] الصلاة ، كما لا يخرج النائم ، ولأن السكر لا يكون بفعله ، فهو فيه معذور ، وإنما لا يعذر في الشرب ، والترك لا يقع به .

٢٩١١ – قالوا : تَرَكَ الصلاة بعد اعتقاد وجوبها بمعصية فلزمه [٩] قضاؤها [١٠] ، كما لو تركها عامدا .

٢٩١٢ – قلنا : الوصف غير مسلم على قول من يقول من أصحابنا : إن الكافر غير مخاطب ؛ لأن الصلاة إذا لم تجب [١١] لم يقل تركها ، واعتقاد وجوبها لا معنى له ؛

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلا يتناولهما] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [صلاته] ، وفي (ع) مكان [بمعصية] : [بمعصيته] .
(٣) في (ع) : [بمعصيته] .
(٤) حرف [في] ساقط من (ع) .
(٥) الزيادة من (ن) .
(٦) في (م) ، (ع) : [لو قال] .
(٧) في (م) ، (ع) : [لو قال] .
(٨) لفظ : [أهل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٩) في (م) ، (ع) : [فلزم] .
(١٠) في (ن) : [قضاها] .
(١١) في (م) : [يجب] .

لأنا قد بينا أن الاعتقاد لا تأثير له في الوجوب ، وذكر المعصية لا تأثير له على ما قدمناه . ثم المعنى فيه إذا تركها عامدا أنه تركها مع اعتقاد وجوبها ولم يطرأ [١] ما يمنع الوجوب ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنه تركها مع جحود وجوبها ، فصار كما تركه الكافر الأصلي .

٢٩١٣ - قالوا : كل من التزم شيئا واعتقده لزمه حكمه ، الدليل عليه : المسلم [٢] لما التزم ضمان الأنفس والأموال ووجوب العبادات لزمه حكمها ، والتزم الإيمان فلم يقر على تركه [٣] بجزية ولا استرقاق [٤] ، والحربي لم يلتزم [٥] ضمان النفس والأموال والعبادات الشرعية ، فلم يلزمه ضمانها ، ولم يلتزم الإسلام فجاز أن يقر [٦] على الكفر بالجزية والاسترقاق .

٢٩١٤ - قلنا : المسلم لم يلزمه ضمان الأنفس والأموال [٧] لأنه التزمها لكن بحكم الدار ؛ ألا ترى أن الصبيان في دار الإسلام يلزمهم ضمان الأنفس والأموال وإن لم يلتزموها ، وكذلك العبادات ، ولا يلزم المسلم بالالتزام ؛ لأن صبيان المسلمين إذا بلغوا لزمتهم العبادات وما التزموها ، وكذلك المسلم لا يقر على الكفر بجزية [٨] ولا استرقاق ، ليس لالتزامه ، لكن لأن كفره لا يقر عليه ؛ ألا ترى أن عبدة الأوثان من العرب لا يقرون على كفرهم مع عدم الالتزام ، والحربي إنما سقطت عنه هذه الأحكام ليس لعدم التزامه ، لكن لمباينة [٩] الدار .

٢٩١٥ - قالوا : عبادة على البدن لا مدخل للمال فيها فلا يسقطها الكفر [١٠] كالإيمان .

٢٩١٦ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن الكفر لا يسقط الصلاة عندنا ، وإنما يسقط الإسلام . وعلى قول من قال : الكافر لا يخاطب نقول لم يجب ، [فلا يصح أن يقال : يسقطها [١١] . ثم لا فرق بين الإيمان والصلاة ؛ لأن المرتد لا يجب] [١٢] عليه

---

(١) في (ن) : [يظن] مكان : [يطرأ] .
(٢) في (ع) : [عليه السلام] مكان : [السلم] .
(٣) في (ع) : [على تركها] .
(٤) في (م) ، (ع) : [والاسترقاق] .
(٥) في (ع) : [لم يلزم] .
(٦) في (ن) : [فصار أن نقر] .
(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الأموال والأنفس] بالتقديم والتأخير .
(٨) في (ن) : [الجزيه] .
(٩) في (ن) : [لمعاينة] ، وفي (م) : [لمبانه] .
(١٠) لفظ : « الكفر » ساقط من (م) ؛ (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١١) في (ن) : [سقطها] .
(١٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

قضاء الإيمان ؛ لأن ذلك لا يتصور فيه ، وإنما يجب استقبال الإيمان ، فكذلك نقول في الصلاة لا يجب عليه القضاء ويستقبل فعلها بعد الإسلام .

٢٩١٧ - ولا يقال : إن المرتد أشبه بالمسلم منه بالكافر الأصلي ؛ لأنه يضمن بالإتلاف ولا يسترق ولا يطالب بالجزية ويقتل إذا قتل .

٢٩١٨ - قلنا : إن ارتد أهل بلد تسبى [1] نساؤهم وذراريهم ولم يضمنوا بالإتلاف إذا تخيروا ولا يسترق رجالهم ولا يؤخذ منهم الجزية ، كعبدة الأوثان من العرب .

* * *

---

(١) في (م) : [يسبى] .

مسألة ١٦٢

إذا شك المصلي في صلاته والشك لا يتكرر منه استأنف

٢٩١٩ - قال أصحابنا : إذا شك في صلاته والشك لا يتكرر منه استأنف (١) .

٢٩٢٠ - وقال الشافعي : يبني على اليقين (٢) .

٢٩٢١ - لنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا غرار في الصلاة » (٣) ، والغرار : الخروج من فرضها بالشك (٤) . وهذا يدل على وجوب الاستئناف .

٢٩٢٢ - وقال ﷺ : « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » (٥) .

٢٩٢٣ - ولأنه يمكنه إسقاط فرضه بيقين من غير مشقة ، فوجب أن يلزمه ، أصله :

---

(١) راجع : الأصل (٢٢٤/١) ، كتاب الحجة (٢٢٨/١) ، مختصر الطحاوي ص٣٠ ، المبسوط (٢١٩/١) ، تحفة الفقهاء (٢١٠/١ ، ٢١١) ، بدائع الصنائع (١٦٥/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٥١٨/١ ، ٥١٩) ، البناية (٧٥٧/٢ - ٧٦٣) ، مجمع الأنهر (١٥٢/١ ، ١٥٣) .

(٢) راجع : الأم «باب سجود السهو» (١٢٨/١ ، ١٢٩) ، مختصر المزني (ص ١٧) ، الوسيط (٦٧٠/٢ ، ٦٧١) ، حلية العلماء (١٣٥/٢ -١٣٧) ، فتح العزيز (١٦٧/٤ ، ١٦٨) المجموع مع المهذب (١٠٦/٤ - ١١١) ، مغني المحتاج (٢٠٩/١) ، وقال مالك وأحمد في إحدى رواياته مثل قول الشافعي : يبني على اليقين . قال ابن قدامة في المغني : « واختار الخرقي التفريق بين الإمام والمنفرد ، والمشهور عن أحمد : البناء على اليقين في حق المنفرد » . راجع تفصيل المسألة في : المنتقى (١٧٦/١ ، ١٧٧) ، الكافي لابن عبد البر (٢٢٦/١) ، الاستذكار (٢٤٣/٢ - ٢٤٥) ، بداية المجتهد (٢٠٢/١ ، ٢٠٣) ، الكافي لابن قدامة (١٦٧/١ ، ١٦٨) ، المغني (١٦/٢-١٩) .

(٣) هذا الحديث أخرجه أبو داود من حديث أبي هريرة (٢٣٥/١) ، والبيهقي في الكبرى (٢٦٠/٢ ، ٢٦١) . راجع تخريجه أيضا في شرح السنة ، في كتاب الاستئذان ، باب بدء السلام (٢٥٧/١٢) ، الحديث (٣٢٩٩) .

(٤) في (م) ، (ع) : [بخروج فرضها من الشك] .

(٥) هذا الحديث أخرجه الترمذي من حديث حسن بن علي في « كتاب صفة القيامة » ، « باب (٦٠) » (٦٦٨/٤) ، الحديث (٢٥١٨) ، والنسائي في « كتاب الأشربة » (٣٢٧/٨ ، ٣٢٨) ، والحاكم في المستدرك في « كتاب البيوع » (١٣/٢) (١٣/٢) وأخرجه أحمد في المسند ، الحديث (١٧٢٣) ، وابن حبان في صحيحه ، الحديث (٥١٢) . قال الترمذي : « هذا حديث حسن صحيح » . راجع تخريجه أيضا في شرح السنة « باب الاتقاء عن الشبهات » (١٦/٨ ، ١٧) ، الحديث (٢٠٣٢) .

من شك [1] في جهة القبلة أنه لا يصلي إلى الجهات ؛ لأنه [2] تكرار كل فرض أربع مرات ، وفيه [3] مشقة ؛ ولأنه قادر على فعله من غير مشقة ، فوجب أن يلزمه ، كمن شك في القبلة وبحضرته [4] من يسأله عنها .

٢٩٢٤ – ولأن مخالفنا قد وافقنا على اعتبار اليقين ، وما ذكرناه أقرب إليه ، فكان أولى . وهذه المسألة مبنية على أن الزيادة في الصلاة على وجه النسيان يبطلها ، فإذا بنى على اليقين جاز أن يكون قد زاد فيها ركعة ، فبطلت ، وإذا استأنف أدى الفرض بيقين .

٢٩٢٥ – احتجوا : بحديث أبي سعيد أن النبي ﷺ قال : « من شك في صلاته فلم يدر أثلاثا [صلى] [5] أم أربعا ، فليلغ الشك وليبن على اليقين » [6] .

٢٩٢٦ – والجواب : أن إلغاء الشك يكون بالاستئناف ، كما يكون بما يقولونه ، والاستئناف أولى ؛ لأنه يسقط الفرض بيقين ، فهو أبعد من الشك .

٢٩٢٧ – ولا يقال : إن الاستئناف لا يسمى بناء ؛ لأنه [7] يقال : بنى على الصلاة ، ويقال [8] : بنى على اليقين ، بمعنى أنه أخذ بذلك وعمل عليه .

٢٩٢٨ – قالوا : روي في حديث عبد الرحمن بن عوف أن النبي ﷺ قال : « إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر أواحدة صلى أم اثنتين [9] فليجعلها واحدة » [10] .

٢٩٢٩ – والجواب : أنه محمول على من يعتاد الشك ؛ بدليل ما قدمناه .

٢٩٣٠ – قالوا : كل معنى إذا تكرر منه ما لا يلزمه استئناف الصلاة به [11] كذلك

---

(١) في (ن) : [من شك هل صلى أو لم يصل ولم يلزم إذا كثر الشك لأن التكرار فيه مشقة ولا يلزم من شك] ، مكان : [من شك] .
(٢) في (ن) : [لأن] .
(٣) في (ن) : [فيه] بدون العطف .
(٤) في (م) ، (ن) : [ويحضر به] .
(٥) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٦) تقدم تخريج حديث أبي سعيد في مسألة (٢٨) .
(٧) في (ن) : [لا] .
(٨) في (ع) : [ولا يقال] .
(٩) في (م) ، (ع) : [اثنين] .
(١٠) حديث عبد الرحمن بن عوف ، أخرجه أحمد بلفظه في المسند (١٩٠/١) ، وأخرجه الترمذي (٢٤٥/٢) ، الحديث (٣٩٨) ، وابن ماجه (٣٨١/١ ، ٣٨٢) ، الحديث (١٢٠٩) ، والدارقطني (٣٧٠/١) ، والبيهقي في الكبرى (٣٣٢/٢ ، ٣٣٩) ، والحاكم في المستدرك ، في « كتاب السهو » (٣٢٥/١) ، قال الترمذي : « هذا حديث حسن غريب صحيح » ، وقال الحاكم : « هذا حديث صحيح على شرط مسلم » . (١٧٤/٢) .
(١١) لفظ : [به] ساقط من (ع) .

إذا أصابه أول مرة ، كالتبسم .

٢٩٣١ - قلنا : يبطل بسلس البول ودم الاستحاضة ، فإنه أول ما يعرض يلزم معه الاستئناف ، وإن تكرر جازت الصلاة معه . ولأن (١) من يعتاد الشك يشق عليه أداء الصلاة بيقين ، ومن لا يعتاد [ه] (٢) لا يشق عليه ، والفرض يسقط بالمشقة ، ولا يسقط مع عدمها .

* * *

(١) في (ع) : [ولا] .

(٢) الزيادة من (ن) .

مسألة ١٦٣

إذا شك في صلاته والشك يكثر منه بنى على غالب ظنه

٢٩٣٢ - قال أصحابنا : إذا شك في صلاته والشك يكثر منه ، بنى على غالب ظنه [١] .

٢٩٣٣ - وقال الشافعي : يبني على اليقين [٢] .

٢٩٣٤ - لنا : ما رواه إبراهيم ، عن علقمة ، عن عبد الله قال : قال رسول الله ﷺ : « إنما أنا بشر أنسى كما تنسون ، فإذا شك أحدكم فلينظر أحرى ذلك إلى الصواب فليتم عليه ثم ليسجد سجدتي السهو » [٣] .

٢٩٣٥ - وروى سعيد عن عمرو بن دينار أنه سمع سليمان اليشكري [٤] يحدث

(١) قال السمرقندي في التحفة : وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يبني على اليقين ، وهو الأقل . انظر : تحفة الفقهاء (٢١١/١) ، باب السهو في الصلاة وما يقطعها (٢٢٤/١) ، كتاب الحجة باب الخطأ والنسيان والسهو (٢٢٨/١) ، مختصر الطحاوي باب السهو (ص٣٠) ، المبسوط باب سجود السهو (٢١٩/١) ، تحفة الفقهاء باب السهو (٢١٠/١ ، ٢١١) ، بدائع الصنائع فصل في سبب الوجوب (١٦٥/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية باب سجود السهو (٥١٨/١ ، ٥١٩) ، البناية باب سجود السهو (٧٥٧/٢ - ٧٦٣) ، مجمع الأنهر باب سجود السهو (١٥٢/١ ، ١٥٣) .

(٢) راجع : الأم باب سجود السهو (١٢٨/١ ، ١٢٩) ، مختصر المزني باب سجود السهو وسجود الشكر (ص١٧) ، الوسيط الباب السادس في أحكام السجدات (٦٧٠/٢ ، ٦٧١) ، حلية العلماء باب سجود السهو (١٣٥/٢ - ١٣٧) ، فتح العزيز الباب السادس في السجدات (١٦٧/٤ ، ١٦٨) المجموع مع المهذب باب السهو (١٠٦/٤ - ١١١) ، مغني المحتاج باب سجود السهو (٢٠٩/١) . وانظر : المنتقى في إتمام المصلي ما ذكر إذا شك في صلاته (١٧٦/١ ، ١٧٧) ، الكافي لابن عبد البر باب السهو في الصلاة (٢٢٦/١) ، الاستذكار باب إتمام المصلي لما ذكر إذا شك في صلاته (٢٤٣/٢ - ٢٤٥) ، بداية المجتهد (٢٠٢/١ ، ٢٠٣) ، الكافي لابن قدامة باب سجود السهو (١٦٧/١ ، ١٦٨) ، المغني باب سجود السهو (١٦/٢ - ١٩) .

(٣) أخرجه مسلم بألفاظ متقاربة في الصحيح ، في كتاب المساجد ، باب السهو في الصلاة والسجود له (٢٣٠/١) ، الدارقطني من طريق إبراهيم عن علقمة في السنن باب البناء علي غالب الظن (٣٧٦/١) ، وأبو داود باب إذا صلى خمسًا (٢٥٨/١) ، وابن خزيمة في صحيحه باب سجود السهو في الزيادة في الصلاة بعد التسليم (١١٣/٢ ، ١١٤) ، الحديث (١٠٢٨) ، والنسائي في كتاب السهو ، باب التحري (٢٩/٣) والبيهقي في الكبرى باب لا تبطل صلاة المرء بالسهو فيها (٣٣٠/٢ ، ٣٣٥) .

(٤) في سائر النسخ : [البكري] ، وهو تصحيف ، الصواب ما أثبتناه . راجع ترجمته في تقريب التهذيب =

عن أبي سعيد الخدري أنه قال في الوهم : يتحرى الصواب [١] . وروي في هذا الخبر أنه قيل له : أتقوله عن نفسك أو سمعته من رسول الله ﷺ قال : سمعته من رسول الله ﷺ . ولأن عدد الركعات شرط من شرائط الصلاة فجاز أن يتحرى فيه ، أصله : جهات القبلة . ولأنها عبادة يكثر فيها الشك ، فجاز أن يعمل فيها بغالب الظن ، أصله : إذا دفع الزكاة إلى فقير ثم شك فيه . ولأن عدد الركعات شرط مختلف بالسفر والحضر ، فجاز أن يسقط بالاجتهاد ، كجهات القبلة .

٢٩٣٦ - [قالوا : جهات القبلة] [٢] جعل لها أمارة ، فجاز أن يرجع فيها إلى الاجتهاد ، وأعداد الركعات لم يجعل لها أمارة ، فلذلك لم يرجع فيها إلى الاجتهاد .

٢٩٣٧ - قلنا : يبطل بالأواني : أن التحري جائز فيها وإن لم يكن عليها أمارة ، وكذلك الثياب [٣] . ولأن الاجتهاد يجوز في القبلة مع عدم الأمارة ، كمن صلى في بيت مظلم . ولأن الاجتهاد يجوز أن يعمل به في نفس الصلاة إذا شك في أحكامها ، ويجوز الإقدام على القتل إذا قصده قاصد بالسلاح وغلب في ظنه أنه يقتله ، وقد اعتبر الاحتياط في الدماء [٤] ما لم يعتبر في العبادات ، فإذا جاز أن يؤخذ بالاجتهاد في ذلك فلأن يؤخذ به [٥] في أعداد الركعات أولى .

٢٩٣٨ - احتجوا : بحديث أبي سعيد أن النبي ﷺ قال : « من شك في صلاة فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا فليلغ [٦] الشك ، وليبن على اليقين » [٧] . وروى ابن عباس أنه سمع عبد الرحمن بن عوف يحدث عن النبي ﷺ أنه قال : « من شك في صلاة فلم يدر أركعتين صلى أم واحدة ، فليجعلها واحدة » [٨] .

= (٣٣٢/١) ، ترجمة (٥١٨) .

(١) هذا الحديث أخرجه الطحاوي من طريق شبابة بن سوار عن شعبة في المعاني باب الرجل يشك في صلاته فلا يدري ثلاثًا صلى أم أربعًا (٤٣٥/١) ، وفي رواية أخرى : عن أبي هريرة (٣٣٤/١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [النيات] .

(٤) في (ن) : [في الدنيا] .

(٥) في (ن) : [فلا يوجد به] .

(٦) في (م) : [فليلغي] ، ورواه النسائي بلفظ : [فليلغ] ، وأبو داود بلفظ : [فليلق] ، والدارقطني بلفظ : [فليلق] و [فليطرح] ، وكذلك مسلم .

(٧) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٢٩) .

(٨) تقدم تخريج حديث ابن عباس في مسألة (١٦٢) .

٢٩٣٩ - والجواب : أن الشك عبارة عن تساوي الظنين (١) ، ومتى قوي أحدهما خرج عن أن يكون شكًا (٢) ، وعندنا من لا يغلب في اجتهاده أحد العددين بنى على اليقين .

٢٩٤٠ - فإذا قلنا : بخبرهم واستعملنا خبرنا فيمن له غلبة (٣) ظن كان أولى من العمل بأحد الخبرين دون الآخر .

٢٩٤١ - قالوا : فيمن يحمل خبرهم على الاجتهاد ليعلم (٤) به (٥) الأعداد ، فإن علمها بالتأمل والنظر وإلا بنى على اليقين .

٢٩٤٢ - قلنا : النبي ﷺ أمر بالاجتهاد / والعمل عليه ؛ ألا ترى أنه قال : « فليتحر (٦) الصواب فليتم عليه » ، وهذا يقتضي البناء على التحري ، وهم لا يقولون بذلك . ٣٥/أ

٢٩٤٣ - قالوا : شك في عدد ركعات صلاة (٧) هو فيها ، فوجب أن يلزمه البناء على اليقين ، كمن (٨) لا ظن له .

٢٩٤٤ - قلنا : من لا اجتهاد له ، يخالف في الحكم من له اجتهاد (٩) ، الدليل عليه : الأحكام الشرعية . ثم المعنى فيمن لا اجتهاد له : أنه لا يجوز له استعمال أحد الأواني بالاجتهاد ، فجاز أن يؤدي الركعات .

٢٩٤٥ - قالوا : كلما وقع الشك في أصله بنى الأمر فيه على اليقين ، فكذلك في عدده ، كالطلاق .

٢٩٤٦ - والجواب : أنا لا نسلم هذا الوصف ، قد روي عنهم في ذلك روايتان إحداهما (١٠) : أنه يبني على الاجتهاد إذا كثر ذلك منه ، وأخرى : أنه يبني على اليقين ، فأما الطلاق فإنما اعتبر فيه اليقين لأن ذلك يؤدي إلى زوال الملك ، وإزالة الملك لا تجوز (١١) بالظن ، وليس كذلك أداء العبادات ؛ لأنه يجوز بالظن والاجتهاد ، كالماء الطاهر والنجس .

---

(١) في (ن) : [الظنان] .
(٢) في (ن) : [شاكا] .
(٣) في (ن) : [عليه] .
(٤) في (م) : [لنعلم] .
(٥) في (ن) : [أنه] .
(٦) في غير (ع) : [فليتحرى] .
(٧) في (م) ، (ع) : [صلوات] .
(٨) في (م) ، (ع) : [كما] .
(٩) في غير (ص) : [من لا اجتهاد له في الحكم يخالف من له اجتهاد] .
(١٠) في (ع) : [أحدهما] ، وفي (ص) ، (م) ، (ن) : [أحديهما] .
(١١) في (م) ، (ع) : [لا يجوز] .

٢٩٤٧ - قالوا : إذا بنى على اليقين فصلاته مترددة بين زيادة لا تضر وبين تمام [(١)] يسقط [(٢)] الفرض ، وإذا تحرى كان مترددًا بين نقصان يفسد وبين تمام يسقط الفرض ، فاليقين [(٣)] أحوط .

٢٩٤٨ - قلنا : لا نسلم ذلك ؛ لأن الزيادة تفسد [(٤)] ، ولا فرق عندنا بين السهو والعمد .

٢٩٤٩ - قالوا : سجود السهو دخل جبرانًا للصلاة [(٥)] ، وإنما يجبر به نقصان سنة أو زيادة ، ولا يجبر به ركنًا ؛ بدلالة أنه لو علم بنقصان ركعة لم يجبرها [(٦)] سجود السهو .

٢٩٥٠ - والجواب : أنا لا نقول إن السجود جبران لركعة [(٧)] تركها ، وإنما يسجد للشك الذي كان منه ترغيما للشيطان ، وهذا المعنى يستوي فيه الزيادة والنقصان .

٢٩٥١ - قالوا : عبادة وقع الشك في أركانها ، فوجب أن يأخذ [(٨)] باليقين ، كالحج .

٢٩٥٢ - قلنا : لا نسلم ، وقد كان أبو بكر الرازي يقول في أركان الحج : يجوز أداؤها بالاجتهاد ، وإذا [(٩)] كثر الشك ولو في قياسهما كان الفرق ظاهرًا ؛ لأن تكرار [(١٠)] أركان الحج غير مؤثر فيه [(١١)] ؛ فلذلك جاز أن يأخذ باليقين [(١٢)] ، وتعداد أعداد الركعات مؤثر في الصلاة بالإجماع إذا حصل على طريق فجاز أن يمنع مما يؤدي إليه حال السهو .

* * *

---

(١) في (ص) : [لا تتم وتمام] ، وفي (م) ، (ع) : [لا يتم وتمام] .

(٢) في (ن) : [سقط] .

(٣) في (ع) : [فالنفي] .

(٤) في (م) : [يفسد] .

(٥) في (ن) : [بالصلاة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لم يجزها] .

(٧) في (ن) : [بالركعة] .

(٨) في (ن) : [نأخذ] .

(٩) في (ص) ، (ن) : [إذا] بلا واو .

(١٠) في (ع) : [استمرار] .

(١١) في (م) ، (ع) : [فيها] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [بالنفس] .

مسألة ١٦٤

سجود السهو بعد السلام

٢٩٥٣ - قال أصحابنا : سجود السهو بعد السلام [1] .

٢٩٥٤ - وقال الشافعي : قبله [2] .

٢٩٥٥ - لنا : ما روي عن النبي ﷺ قولًا وفعلًا : أما القول : فروى إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود قال : قال رسول اللّه ﷺ : « إذا شك أحدكم في صلاته فليتحر أقرب ذلك إلى الصواب ، وليسجد سجدتين بعد ما يسلم » [3] . ورُوي : « فليسلم وليسجد سجدتي السهو [4] وليتشهد [5] وليسلم » [6] . وروى ثوبان أن النبي ﷺ

---

(١) راجع : الأصل (١/٢٢٥) ، الحجة (١/٢٢٨) ، مختصر الطحاوي (ص٣٠) ، متن القدوري (ص ١٢) ، المبسوط (١/٢١٩) ، تحفة الفقهاء (١/٢١٤) ، بدائع الصنائع فصل في بيان محل السجود (١/١٧٢) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (١/٤٩٨ - ٥٥١) ، البناية (٢/٧٢٢ - ٧٢٩) ، مجمع الأنهر (١/١٤٧) .

(٢) ذكر النووي فيه ثلاثة أقوال . قال : الصحيح ما نص عليه - في القديم والجديد - : قبل السلام . والقول الثاني : إن كان عن نقصان فقبل السلام ، وإن كان عن زيادة فبعد السلام . والقول الثالث : إن شاء قدَّمه وإن شاء أخره . وفي الأم ، قال الشافعي : سجود السهو كله عندنا في الزيادة والنقصان قبل السلام ، وقال المزني : سمعت الشافعي رحمه الله يقول : إذا كانت سجدتا السهو بعد التسليم تشهد لهما وإذا كانتا قبل التسليم أجزأه التشهد الأول . راجع : الأم (١/١٣٠) ، مختصر المزني (ص١٧) ، الوسيط (٢/٦٧٤) ، حلية العلماء (٢/١٥٠) ، فتح العزيز (٤/١٧٩ ، ١٨٠) ، المجموع مع المهذب (٤/١٥٣ - ١٥٥) . راجع : المدونة ما جاء في السهو في الصلاة (١/١٢٦ - ١٣٠) ، المنتقى ما يفعل من سلم من ركعتين ساهيًا (١/١٧٥ ، ١٧٦) ، الكافي لابن عبد البر (١/٢٢٩) ، الاستذكار (٢/٢٥٢ ، ٢٥٣) ، بداية المجتهد (١/١٩٦ - ١٩٨) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب الموفي عشرين في السهو الفصل الأول (ص٧٢) ، وانظر : المسائل الفقهية كتاب الصلاة (١/١٤٧ ، ١٤٨) ، مسألة (٦٤ ، ٦٥) الإفصاح في ذكر سجود السهو (١/١٤٨ ، ١٤٩) ، الكافي لابن قدامة (١/١٦٨ ، ١٦٩) ، المغني ، باب سجدتي السهو (٢/٢٢ - ٢٤) .

(٣) رواه الترمذي من هذا الوجه بلفظ : أن النبي ﷺ صلى الظهر خمسًا فقيل له : أزيد في الصلاة ؟ فسجد سجدتين بعد ما سلم في السنن باب ما جاء في سجدتي السهو بعد السلام والكلام (٢/٢٣٨) .

(٤) في (ن) : [وليسجد في السهو] . (٥) في (ع) : [ليتشهد] .

(٦) أخرجه الطحاوي من طريق إبراهيم ، عن علقمة بلفظ : إذا صلى أحدكم فلم يدر أثلاثًا صلى أم أربعًا فلينظر أحرى ذلك إلى الصواب فليتمه ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتي السهو ويتشهد ويسلم ، في المعاني (١/٤٣٤) .

[قال] [١] : « لكل سهو سجدتان بعد ما يسلم » [٢] . و [روي] [٣] في سنن أبي داود حديث عبد الله بن جعفر أن النبي ﷺ قال : « من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعد ما يسلم » [٤] .

وأما الفعل : فروى أبو هريرة قصة ذي اليدين وأن النبي ﷺ سجد بعد السلام [٥] . [وروى] [٦] منصور عن إبراهيم ، عن علقمة ، عن عبد الله أنه سجد سجدتي السهو بعد السلام وذكر أن رسول الله ﷺ فعل ذلك [٧] . وروى أيوب عن محمد ، عن أبي هريرة قال : سجدهما رسول الله ﷺ بعد السلام [٨] ، يعني سجدتي السهو . وروى المسعودي عن زياد بن علاقة [٩] قال : صلى بنا المغيرة بن شعبة فنهض في الركعتين ، فسبحنا [١٠] به ، فلما أتم صلاته وسلم سجد سجدتي السهو ، ثم قال : صلى بنا

---

(١) ساقط من (م) .

(٢) أخرجه أبو داود بهذا اللفظ في آخر باب من نسي أن يتشهد وهو جالس (٢٦٣/١) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب إنك إن تسجدها فيما ليس عليك خير لك من أن تعيدها فيما عليك (٣٢٢/٢) ، الحديث (٣٥٣٣) ، والبيهقي في الكبرى في باب من قال يسجدها بعد التسليم على الإطلاق (٣٣٧/٢) ، وأحمد في المسند (٢٨٠/٥) ، والطيالسي في المسند ص١٣٤ ، الحديث (٩٩٧) وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في من كان يقول في كل سهو سجدتان (٤٨٥/١) ، (١٧٦/٢) .

(٣) زيادة من (م) ، (ع) .

(٤) أخرجه أبو داود بهذا اللفظ في باب من قال بعد التسليم (٢٦١/١) ، وأحمد في المسند (٢٠٥/١) ، والنسائي في كتاب السهو باب التحري (٣٠/٣) ، والبيهقي في الكبرى في باب من قال يسجدها بعد التسليم على الإطلاق (٣٣٦/٢) .

(٥) تقدم تخريج حديث أبي هريرة في مسألة (١٤٠) .

(٦) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) أخرجه ابن ماجه بهذا اللفظ في باب من سجدها بعد السلام (٣٨٥/١) ، الحديث (١٢١٨) ، والدارقطني في باب سجود السهو بعد السلام (٣٧٧/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف في السلام في سجدتي السهو قبل السلام أو بعده (٤١٨/١) .

(٨) حديث أبي هريرة من طريق أبي أيوب السختياني رواه البخاري في قصة ذي اليدين بلفظ آخر في الصحيح في باب من لم يتشهد في سجدتي السهو وسلم (٢١٢/١) ، ومسلم في الصحيح في باب السهو في الصلاة والسجود له (٢٣١/١) ، والطحاوي في المعاني في باب الكلام في الصلاة لما يحدث فيها من السهو (٤٤٤/١) ، وأخرجه الترمذي من طريق هشام (٢٣٩/٢) الحديث (٣٩٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [علامة] ، هو زياد بن علاقة - بكسر العين - الثعلبي ، أبو مالك الكوفي . راجع تقريب التهذيب (٢٦٩/١) ترجمة (١٢٥) .

(١٠) في (ن) : [فسحنا] .

رسول الله ﷺ فصنع بنا مثل ما صنعت [(١)] ، وعن عمران بن الحصين أن النبي ﷺ سها ، فصلى ركعة ثم سلم ، ثم سجد [(٢)] سجدتين ثم سلم [(٣)] . وروى عبد الله بن مالك أنه أبصر النبي ﷺ قام في الركعتين ونسي أن يقعد ، فمضى [(٤)] في قيامه ثم سجد سجدتين بعد الفراغ من صلاته [(٥)] ، وروي عن سعد [(٦)] بن أبي وقاص أن النبي ﷺ سجد سجدتي السهو بعد السلام [(٧)] .

٢٩٥٦ – ولا يقال : إنه محمول على أنه نسي السهو حتى سلم ؛ لأن الأصل أنه لم ينس ، ولأنه لا يتفق النسيان حتى يتكرر في سجود السهو . على أن مثل هذا التأويل قائم في أخبارهم ؛ لأنه يجوز أن يكون نسي أنه لم يسلم .

٢٩٥٧ – قالوا : يجوز أن يكون بَيَّنَ الخيار [(٨)] بخبركم [(٩)] الجواز ، وقد يفعل ﷺ المكروه على وجه البيان .

---

(١) حديث المسعودي عن زياد بن علاقة أخرجه أبو داود ، في السنن باب من نسي أن يتشهد وهو جالس (٢٦٢/١) وأخرجه البيهقي من طريق أبي داود ، في الكبرى في باب من قال يسجدها قبل السلام في الزيادة والنقصان ومن زعم السجود بعد صار منسوخًا (٣٣٨/٢) والطحاوي مختصرًا في المعاني في باب سجود السهو في الصلاة هل هو قبل التسليم أو بعده (٤٣٩/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وسجد] .

(٣) هذا جزء من حديث عمران بن الحصين أخرجه مسلم في الصحيح في باب السهو في الصلاة والسجود له (٢٣٢/١) ، والشافعي في المسند في الباب التاسع في سجود السهو (١٢٢/١) ، الحديث (٣٥٧) ، والبيهقي في الكبرى باب سجود السهو في الزيادة في الصلاة بعد التسليم (٣٣٥/٢) ، ورواه أبو داود في باب سجدتي السَهو فيهما تشهد وتسليم (٢٦٣/١) أخرجه الترمذي في باب ما جاء في التشهد في سجدتي السهو (٢٤١/٢) ، الحديث (٣٩٥) ، والنسائي في كتاب السهو في ذكر الاختلاف على أبي هريرة في السجدتين (٢٦/٣) . والحاكم في المستدرك في كتاب السهو في سجدة السهو بعد السلام (٣٢٣/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ومضى] .

(٥) حديث عبد الله بن مالك أخرجه الطحاوي من طريق يحيى بن أبي كثير ، عن عبد الرحمن الأعرج ، عن عبد الله بن مالك بهذا اللفظ (٤٣٨/١) .

(٦) في (ن) : [سعيد] .

(٧) حديث سعد بن أبي وقاص أخرجه ابن خزيمة من طريق أبي معاوية في صحيحه في باب ذكر البيان أن المصلي إذا قام من الثنتين فاستوى قائمًا (١١٦/٢) ، الحديث (١٠٣٢) ، والحاكم في المستدرك في سجدة السهو قبل أن يسلم (٣٢٢/١ ، ٣٢٣) ، والبيهقي في الكبرى في باب من سها فلم يذكر حتى استوى قائمًا لم يجلس وسجد للسهو (٣٤٤/٢) .

(٨) هكذا في (م) ، (ع) ، وفي (ص) غير واضحة .

(٩) في (ع) : [لخبركم] .

٢٩٥٨ - قلنا : إلا أنه لا يكرر [١] ذلك ، وقد نقلنا أنه كرر ، ولا يحمل [خبرنا] على بعد السلام على النبي [ﷺ] [٢] ؛ لأن إطلاق السلام في الصلاة يتناول ما يخرج به منها .

٢٩٥٩ - ولأنه ذكر سلامين وتشهدين ، وذلك [٣] لا يكون إلا على قولنا ؛ لأن السلام على النبي ﷺ لا تشهد [٤] بعده . ولأن سجود السهو ليس من [موجب التحريمة ؛ لأنه] [٥] موجب ما أوجبته ، فلم يكن محالًا إلا أن لا يكون [٦] موضع مسنونة [٧] قبل السلام ، كسجدة المنذورة . ولا يلزم سجدة التلاوة ؛ لأنها [٨] موجبة بالتلاوة ، والتلاوة موجبة بالتحريم . ولأنها سجدة لا تفعل عقيب سببها فلم تفعل قبل السلام ، كالمنذورة .

٢٩٦٠ - قالوا : المعنى في المنذورة أن الصلاة لا تتم [٩] بها ، وسجدة السهو تتم بها الصلاة [١٠] ، كسجدة الصلاة .

٢٩٦١ - قلنا : لا يمتنع أن لا يقع تمام الصلاة بالسجدة وإن كان يفعل فيها ، كسجدة التلاوة والسجدة التي يدرك [١١] فيها ، وقد يقع [١٢] التمام بما لا يفعل ، كالصلاة والخطبة . ولأن كل محل لو سهى فيه تعلق به السجود لم يكن محلا للسجود ، أصله : القعدة . ولأنه سجود تعلق بسبب [١٣] تصح الصلاة دون جنسه ، فلا تكون [١٤] التحريمة محلًا لفعله ، كسجدة المنذورة . ولأنه بقي عليه شيء من موجبات التحريمة فلم يجز [له] [١٥] سجود السهو ، كما قبل القعدة .

٢٩٦٢ - ولا يقال : إن المعنى فيما قبل القعدة أنه يجوز أن يسهو ، فأمر بتأخير السجود حتى يقع عن كل سهو ؛ لأن هذا المعنى يوجب تأخير السجود عن السلام ، حتى إن سها قبل السلام وقع السجود له .

---

(١) في (م) ، (ع) : [إنه لا يكره] .
(٢) ساقط من (ن) .
(٣) في (ص) : [فذلك] .
(٤) في (ص) : [لا يتشهد] .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (ع) : [أن يكون] .
(٧) في (ع) : [مسنون] .
(٨) في (م) : [ولأنها] .
(٩) في (م) : [لا يتم] .
(١٠) في (م) : [يتم بها الصلوات] .
(١١) في (ص) ، (ن) : [تدرك] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [وقع] .
(١٣) في (ن) : [تعلق به بسبب] .
(١٤) في (ع) : [فلا يكون] .
(١٥) ساقط من (م) ، (ع) .

٢٩٦٣ - قالوا : المعنى فيما قبل القعدة أنه محل لو سجد فيه للسهو لم يعتد به ، فلذلك لم يجز السجود فيه ، وحال القعدة محل لو سجد فيه اعتد به ، فكان محلًا ، كما بعد السلام .

٢٩٦٤ - قلنا : في هذه المسألة روايتان ، إحداهما : إذا سجد قبل السلام لزمه إعادتها بعد السلام ولم يعتد به ، ولا يمتنع [أن يعتد بالسجود في محل والسنة فعله في غيره ، كمن سجد بعد السلام] (١) ، [وأن ما] (٢) قبل السلام حالة (٣) يجوز أن يطرأ على صلاته الفساد ، أو حالة مدركها يكون مدركًا للجماعة (٤) ، فصار كما قبل القعدة .

٢٩٦٥ - ولا يقال : ما بعد السلام يلحق الفساد فيه عندكم إذا عاد إلى السجود ؛ ولأن التعليل لما قبل السلام في حق من لا سهو عليه ، وهناك بعد السلام لا يجوز أن يلحق الفساد .

٢٩٦٦ - احتجوا : بحديث أبي سعيد أن النبي ﷺ قال : « إذا شك أحدكم في صلاته فليلغ (٥) الشك وليبن على اليقين ، فإذا استيقن التمام سجد سجدتين » (٦) .

٢٩٦٧ - قالوا (٧) : وإنما يستيقن التمام قبل السلام .

٢٩٦٨ - والجواب : أن تمام الصلاة يقع بالسلام ، فهو لا يستيقن تمامها قبل وجوده ، فاقتضى الخبر فعل السجود بعد (٨) السلام .

٢٩٦٩ - قالوا : روى ابن عباس عن عبد الرحمن بن عوف أنه سمعه يحدث عمر ابن الخطاب [رضي الله عنه] (٩) قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا ، جعلها ثلاثا وأضاف إليها أخرى (١٠) فإذا أراد أن يسلم سجد سجدتين » (١١) .

٢٩٧٠ - والجواب : أن في الصلاة سلامين عندنا ، فاحتمل السلام الثاني واحتمل

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) في (م) ، (ع) : [وأما] .
(٣) في (ن) : [حلله]
(٤) في (م) ، (ع) : [للجمعة] .
(٥) في (ص) ، (م) : [فليلقي] ، وفي (ن) : [فليلق] .
(٦) تقدم تخريج حديث أبي سعيد الخدري في مسألة (١٢٩) .
(٧) ساقط من (م) ، (ن) .
(٨) في (ن) : [وبعد] .
(٩) زيادة من (م) ، (ع) .
(١٠) في (ص) : [بأخرى] .
(١١) هذا جزء من حديث ابن عباس الذي تقدم تخريجه في مسألة (١٦٢) .

الأول ، فسقطا .

٢٩٧١ - قالوا : روى عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال : « إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر أثلاثا [١] صلى أم أربعا ، فليصل ركعة [٢] ثم ليسجد [٣] سجدتين وهو جالس قبل التسليم ، فإن كان [٤] الركعة التي صلاها [٥] خامسة شفعها بهاتين السجدتين » [٦] .

٢٩٧٢ - والجواب : أن قوله « قبل التسليم » : يحتمل التسليم الأول ويحتمل الثاني .

٢٩٧٣ - ولا يقال : إنه ذكر « السلام » بالألف واللام ، فإن كانتا للجنس اقتضى فعل السجود قبل السلامين ، وإن كانتا للعهد فالمعهود الأول ؛ وذلك لأن المعهود السلام الذي لا يبقى بعده شيء من الصلاة ، وهذا هو السلام الثاني عندنا .

٢٩٧٤ - قالوا : روي في الخبر : « شفعها بسجدتين » ، وهذا يقتضي أنه لم يفصل بينهما بسلام .

٢٩٧٥ - قلنا : عندنا يعود بالسجود إلى حكم التحريمة فيصير شفعًا بالسجود ، وإن تحلل بالتسليم [٧] .

٢٩٧٦ - قالوا : روى الأعرج عن عبد الله أن النبي ﷺ صلى الظهر أو العصر [٨] فقام من اثنتين [٩] ، فسبحوا به ، فمضى على صلاته ، فلما كان في آخر صلاته وانتظر الناس سجد للسهو ثم سلم [١٠] .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [ثلاثا] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ركعتين] .
(٣) في (ن) : [ثم سجد] ، وفي (ص) ، (م) : [ثم يسجد] .
(٤) في غير (ص) : [كانت] .
(٥) في (ص) : [صلها] .
(٦) أخرجه الدارقطني في السنن باب إدبار الشيطان من سماع الأذان وسجدتي السهو قبل السلام (٣٧٥/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب من شك في صلاته فلم يدر صلى ثلاثًا أو أربعًا (٣٣١/٢) ، والنسائي باختلاف يسير في كتاب السهو ، باب إتمام المصلي على ما ذكر إذا شك (٢٧/٣) ، وأخرجه أبو داود بهذا اللفظ في باب إذا شك في الثنتين والثلاث من قال يلقي الشك (٢٦٠/١) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب السهو في الصلاة (٣٠٥/٢) الحديث (٣٤٦٦) .
(٧) في (ص) ، (م) ، (ن) : [فحلل التسليم] .
(٨) في (ع) : [والعصر] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ايتين] .
(١٠) هذا الحديث أخرجه الدارقطني في باب سجود السهو بعد السلام (٣٧٧/١) ، وابن ماجه في باب ما جاء في من قام في ثنتين ساهيًا (٣٨١/١) ، الحديث (١٢٠٧) ، وأخرجه البخاري بمعناه بألفاظ =

٢٩٧٧ - والجواب : أنا قد روينا في خبر ابن مسعود بيان القصة مفسرًا وفعل السجود بعد السلام ، فيحمل هذا الخبر على السلام الأخير ، وهو الأشبه ؛ لأنه قال : فلما كان آخر صلاته ، وآخر الصلاة عندنا ما كان بعد سجود السهو . ولأنا نجمع بين أخبارنا وأخبارهم ، فيحمل أخبارنا على ما بعد السلام الأول ، وخبرهم على ما قبل السلام الثاني ، وتعلق بذكر التشهدين في خبر ابن مسعود فائدة ، ولابد لهم على كل التأويلات من إسقاط ذلك .

٢٩٧٨ - قالوا : أخباركم منسوخة ؛ لأنه روي عن الزهرى أنه قال : سجد رسول الله ﷺ قبل السلام وبعده ، وكان آخر الأمرين منه أنه سجد قبل السلام (١) .

٢٩٧٩ - قلنا : سلمتم صحة أخبارنا ، والنسخ لا يثبت بقول الزهرى ، وهو (٢) مرسل عندكم . ويجوز أن يكون الزهري رجع في ذلك إلى ما رجع إليه الشافعي ، أن أخبارهم رواها صغار الصحابة فجعل ذلك تاريخا ، ومثل ذلك لا يلتفت إليه .

٢٩٨٠ - قالوا : روى أخبارنا أبو سعيد ، وابن عباس ، وأبو هريرة ، ومعاوية (٣) ، وروى أخباركم ابن مسعود ، وهو من المهاجرين الأولين ، فرواية من تأخرت صحبته (٤) نقل لآخر الأمرين / .

٢٩٨١ - قلنا : هذا يؤدي إلى بأصاغر (٥) الصحابة ، ولم يقل بهذا أحد . ولأن ابن مسعود - وإن تقدمت هجرته - فقد دامت صحبته إلى وفاة رسول الله ﷺ ، فشارك غيره في العلم بتأخير الأمور ، وانفرد [بعلم] (٦) بما تقدم منها .

٢٩٨٢ - قالوا : خبرنا أكثر رواة ؛ لأنه رواه (٧) ابن عباس ، وأبو سعيد (٨) ، وعبد

= مختلفة في الصحيح في باب السهو في الصلاة والسجود له (١٥٠/١) ، ومسلم في الصحيح في باب السهو في الصلاة والسجود له (٢٢٩/١) ، والنسائي في كتاب السهو ما يفعل من قام من اثنتين ناسيًا ولم يتشهد (١٩/٣ ، ٢٠) ، والشافعي في المسند في الباب التاسع في سجود السهو (١٢٠/١) ، الحديث (٣٥٤ ، ٣٥٥) ، والبيهقي في الكبرى في باب سجود السهو في النقص في الصلاة قبل التسليم (٣٣٣/٢ ، ٣٣٤) ، والطحاوي في المعاني في باب سجود السهو في الصلاة هل هو قبل التسليم أو بعده (٤٣٨/١) .

(١) هذا الحديث أخرجه البيهقي من طريق الشافعي في الكبرى في باب من قال يسجدها قبل السلام في الزيادة والنقصان ومن زعم أن السجود بعده صار منسوخًا (٣٤١/٢) .

(٢) قوله : [وهو] ساقط من (ن) .

(٣) في (ن) : [وأبو معاوية] .

(٤) في (ع) : [صحبه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بصاغر] .

(٦) الزيادة من (ن) .

(٧) في (م) ، (ع) : [رواية] .

(٨) في (ع) : [أبي سعيد] .

الرحمن ، وأبو هريرة [١] ، وعبد الله ابن بحينة ، ومعاوية .

٢٩٨٣ – قلنا : فقد نقل [٢] خبرنا عن ابن مسعود ، وثوبان ، وعبد الله بن جعفر ، والمغيرة بن شعبة ، وعمران بن الحصين ، وسعد بن أبي وقاص ، وأنس بن مالك ، روي [٣] أنه سجد بعد السلام وقال : هكذا فعل رسول الله ﷺ . وقد روى أبو سعيد وأبو هريرة أيضا مثل قولنا [٤] ، فصار خبرنا أكثر رواة .

٢٩٨٤ – قالوا : نحمل [٥] خبركم على أنه نسي حتى سلم [٦] .

٢٩٨٥ – قلنا : يبعد أن يتكرر النسيان منه كلما [٧] سها ، وهذا التأويل لا يمكن في القول ، ويسقط [٨] ذكر التشهد والسلامين ، وتساويهم في هذا الاستعمال ؛ لأنا نحمل أخبارهم على النسيان .

٢٩٨٦ – قالوا : نحمل خبركم على ما بعد السلام على النبي ﷺ في التشهد .

٢٩٨٧ – قلنا : إطلاق السلام لا يتناوله [٩] ، ولا يحتاج بعده إلى التشهد .

٢٩٨٨ – قالوا : خبرنا معلل بقوله : « فإن كانت خامسة شفعها بسجدتين » ، وخبركم غير معلل .

٢٩٨٩ – قلنا : التعليل إذا لم يدل على ما يقولون [١٠] فوجوده وعدمه سواء .

٢٩٩٠ – قالوا : سجود معتد به في الصلاة فوجب أن يكون فيها ، أو سجود يقع سببه في الصلاة ، فينبغي أن يكون فيها ، كسجود التلاوة .

٢٩٩١ – قلنا : الوصف الأول غير مسلم على إحدى الروايتين ، والوصف الثاني يبطل بسجود الشكر إذا أصابت نعمة وهو في الصلاة من زوال مرض وما أشبهه .

٢٩٩٢ – فإن قالوا : النعمة ليست في الصلاة .

٢٩٩٣ – قلنا : إن أردتم أنها ليست منها فزيادة قيام ليس منها ، وإن كان سببا في السجود فنقول بموجب هذه العلة ؛ لأن سجود السهو يفعل [١١] في الصلاة ؛ ألا ترى

---

(١) في (ع) : [أبي هريرة] .
(٢) في (م) : [نقلنا] .
(٣) في (م) ، (ع) : [وروى] .
(٤) تقدم تخريجه عن هؤلاء .
(٥) في (ع) : [يحمل] .
(٦) في (م) : [نسلم] .
(٧) في (ن) : [كما] .
(٨) في (ن) : [وسقط] .
(٩) في (ن) : [لا يتناول] .
(١٠) في (ن) : [تقولون] .
(١١) في (ع) : [نقص] .

أنه يعود إلى حكم التحريمة حتى يفسد صلاته بطلوع الشمس ورؤية الماء . ثم المعنى في الأصل أنه سجود يفعل عقيب سببه ، ولما كان في مسألتنا لا يفعل عقيب سببه وجب أن يؤخر عن السلام ، كالمشفوعة (١) وسجدة الشكر .

٢٩٩٤ - قالوا : سجدة يقع بها تمام الصلاة فوجب أن تفعل (٢) قبل السلام ، كسجدة الصلاة .

٢٩٩٥ - قلنا : لا يمتنع أن يقع بالشيء تمام الصلاة ولا يكون فيها ، كالخطبة ، ويقع فيها ما لا يتم به ، كالسجدة التي (٣) يدركها المؤتم . ثم المعنى في الأصل أنها من موجب التحريمة ، وسجود السهو ليس من موجبها ، فالأمر من موجب ما أوجبته .

٢٩٩٦ - قالوا : سجود السهو جبران النقص ، وجبران العبادة يكون فيها ، كالحج .

٢٩٩٧ - قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأن السجود ترغيم للشيطان ، والأصل غير مسلم ؛ لأن جبران الحج لا يختص بما قبل التحلل ، وإنما يختص بذلك دم المتعة ودم التطوع .

٢٩٩٨ - قالوا : سجود السهو من حكم العبادة ؛ بدلالة أنه يفسده طلوع الشمس ورؤية الماء .

٢٩٩٩ - قلنا : إنما يفسد لأنه عاد إلى حكم التحريمة ، وقد يفعل الشيء في نفس التحريمة وعلى حكمها ، كطواف الحج الذي يفعل بعد التحليل .

* * *

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [كالمسموعة] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يفعل] . (٣) في (ن) : [الذي] .

مسألة ١٦٥

إذا عقد الخامسة من الظهر بسجدة ولم يقعد في الرابعة ، بطلت الصلاة

٣٠٠٠ – قال أصحابنا : إذا عقد الخامسة من الظهر بسجدة ولم يقعد في الرابعة ، بطلت الصلاة (١) .

٣٠٠١ – وقال الشافعي : إن كان عمدًا بطلت ، وإن كان سهوًا لم تبطل (٢) .

٣٠٠٢ – لنا : أن كل فعل لو حصل [في الصلاة] (٣) عمدًا أبطل الفرض ، فإن كان سهوًا أبطله ، كالحدث وكزيادة ركعتين إذا قطعت الموالاة . ولأنه زاد في صلاته زيادة معتد بها لم يوجبها التحريمة فوجب أن تبطل الصلاة ، أصله إذا تعمد . ونريد بقولنا (٤) : معتد بها : أن المسبوق (٥) يعتد بها من فرضه . ولأنه ترك القعدة بفعل (٦) معتد به ففاتت (٧) عن موضعها ، كالقعدة الأولى إذا تركها بالقيام ، ومتى فات فعل الصلاة الواجبة بطلت الصلاة .

٣٠٠٣ – وهذه المسألة فرع على أصلنا أن الركعة إذا عقدها بسجدة كان نفلا .

٣٠٠٤ – وقال الشافعي : ملغاة .

---

(١) راجع : الأصل (٢٣٩/١) ، الحجة باب الخطأ والنسيان والسهو (٢٤٠/١) ، مختصر الطحاوي (ص٣٠) ، متن القدوري (ص١٣) ، المبسوط (٢٢٧/١) ، بدائع الصنائع فصل في بيان من يجب عليه سجود السهو (١٧٩/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٥٠٩/١ ، ٥١٠) ، البناية (٧٤٤/٢ ، ٧٤٥) ، مجمع الأنهر (١٥٠/١) .

(٢) قال المزني في مختصره : قال الشافعي : وإن ذكر أنه في الخامسة سجد أو لم يسجد قعد في الرابعة أو لم يقعد ، فإنه يجلس للرابعة ويتشهد ويسجد للسهو . راجع : الأم (١٢٩/١) ، مختصر المزني (ص١٧) ، الوسيط (٦٦٩/٢) ، حلية العلماء (١٤١/٢ ، ١٤٢) فتح العزيز الباب السادس في السجدات ، في هامش المجموع (١٦٢/٤ – ١٦٤) ، المجموع (١٣٩/٤ ، ١٤٠) . وانظر : المدونة ما جاء في السهو في الصلاة (١٢٦/١ ، ١٣٤) ، المنتقى من قام بعد الإتمام وفي الركعتين (١٧٩/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٢٩/١) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص٧٤) ، الكافي لابن قدامة (١٦٣/١) ، المغني (٣٢/٢ ، ٣٣) .

(٣) ساقط من (ع) .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ويريد بقوله] .

(٥) في (ن) : [أن المسنون] .

(٦) في (م) : [يفعل] .

(٧) في (ن) : [فقامت] .

٣٠٠٥ - والدليل على ما قلناه : ما روي في حديث أبي سعيد أن النبي ﷺ قال : « فإن كانت تمت صلاته فالركعة والسجدتان نافلة » [١] إذا ضم إليها السادسة [٢] ، وعندنا إذا نوى النفل ؛ لأنه نافلة عندنا وإن لم يضم إليها شيئا ، وإنما نقول : إن الركعة لا تكون [٣] نافلة إذا أفردها بالتحريمة .

٣٠٠٦ - ويدل عليه : ما روى ابن مسعود أن النبي ﷺ صلى الظهر خمسا [٤] . وما سمي باسم الظهر لا يكون لغوًا . ولأنه مأمور بفعل الخامسة عند الاشتباه [٥] منهي [٦] عن تركها ، فإذا أداها بشرائطها لم يكن لغوًا ، كمن دخل في صلاة يظنها عليه . ولا يلزم من صام يوم الفطر يظنه من رمضان ؛ لأنه لم يؤده بشرائطه ؛ ألا ترى أن [٧] من شرط صوم الواجب أن يقع في غير يوم الفطر . ولأن هذا الصوم لا يلغو عندنا ؛ لأنه يصح صوم يوم الفطر عندنا . ولأنه أتى بأكثر أفعال الركعة فلم يجز إلغاؤها ، كالمسبوق [٨] إذا أدرك مع الإمام ، فإذا ثبت [٩] أنها نافلة فقد صح خروجه إلى النفل مع بقاء فرض من فروض الصلاة عليه ، فوجب أن لا يجزئ ما يفعله عن الفرض ، كمن افتتح النفل في خلال الفرض .

---

(١) أخرجه ابن خزيمة بهذا المعنى بألفاظ مختلفة في صحيحه في باب ذكر الخبر المقتضي في المصلي شك في صلاته (٢/١١٠ ، ١١١) الحديث (١٠٢٣) ، والدارقطني في باب صفة السهو في الصلاة وأحكامه واختلاف الروايات (١/٣٧١ ، ٣٧٢) ، والبيهقي في الكبرى في باب الدليل على أن سجدتي السهو نافلة (٢/٣٥١) .

(٢) هكذا في النسخ . وهذه العبارة ليست من الحديث برواياته المتعددة .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يكون] .

(٤) أخرجه البخاري في الصحيح من طريق إبراهيم عن علقمة في كتاب الكسوف في باب إذا صلى خمسًا (١/٢١٢) ، ومسلم في الصحيح في باب السهو في الصلاة والسجود له (١/٢٣٠) ، وأبو داود في باب إذا صلى خمسا (١/٢٥٨) ، والنسائي في كتاب السهو ، باب ما يفعل من صلى خمسا (٣/٣١ ، ٣٢) ، والترمذي في باب ما جاء في سجدتي السهو بعد السلام والكلام (٢/٢٣٨) ، الحديث (٣٩٢) ، وابن ماجه في السنن باب من صلى الظهر خمسًا وهو ساه (١/٣٨٠) ، الحديث (١٢٠٥) ، وابن خزيمة في صحيحه في باب ذكر المصلي يصلي خمس ركعات ساهيًا (٢/١٣١) ، الحديث (١٠٥٦) ، والبيهقي في الكبرى في باب من سهى فصلى خمسًا (٢/٣٤١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [عمد الاشتباه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ينتهي] .

(٧) في (ص) : [أنه] .

(٨) في (ن) : [كالمسنون] .

(٩) في (ن) [اثبت] .

٣٠٠٧ – ولا يقال : إن هناك لا يبطل ما مضى ، بل يستحق عليه الثواب ؛ لأنا كذلك نقول ، وقد قال أبو يوسف في مسألتنا : إن الظهر يصير نفلا . ولا يلزم إذا قام إلى الخامسة ولم يعقدها ؛ لأنه لم يصح خروجه إلى النفل ؛ ألا ترى أن ذلك الفعل غير معتد به ويجوز إلغاؤه كما يلغي المسبوق أقل الركعة .

٣٠٠٨ – احتجوا : بحديث ابن مسعود أن النبي ﷺ صلى الظهر خمسًا ، قالوا : والظاهر أن الإنسان يقوم إلى الخامسة وهو يعتقد أن ما قبلها ثالثة ، والثالثة لا قعود فيها ، فكان ظاهر الخبر أنه لم يقعد وسجد للسهو .

٣٠٠٩ – والجواب : أن قوله (صلى الظهر) عبارة عن جميع فرائضها ، والقعدة منها ، فكأنه قال : صلى الظهر فقعد . وقوله إن الإنسان يقوم إلى الخامسة ويعتقد أن ما قبلها ثالثة ليس بصحيح ؛ لأنه [قد] (١) يقوم إلى الخامسة بعد ما قعد في الرابعة ، فيظن أنه سها في القعدة فقدمها ، أو يظن (٢) أنها القعدة الأولى ، فكل (٣) واحد من الأمرين محتمل .

٣٠١٠ – قالوا : لم يضف النبي ﷺ إليها أخرى ، وعندكم يجب أن يضيف إليها .

٣٠١١ – قلنا : لا يجب ذلك ، وإنما الأفضل الإضافة في الرواية المشهورة . ولا يقال : قد ترك الأفضل من غير عذر ؛ وذلك لأنه قد يذكر بعد السلام ، فلذلك لم يبين .

٣٠١٢ – قالوا : فقد سجد (٤) للسهو بعد السلام .

٣٠١٣ – قلنا : حكم السهو وبناء ركعة مختلف ؛ ألا ترى أن من سلم في صلاته (٥) جاز أن يبني سجود السهو ولا يجوز أن يبني عليها صلاة أخرى .

٣٠١٤ – ولا يقال : إنه سلم ناسيًا ، وسلام الناسي عندكم لا يمنع البناء .

٣٠١٥ – قلنا : إنما لا يمتنع إذا بقي (٦) شيء من موجبات (٧) التحريمة ، فأما بعد استيفاء موجبها فيمنع .

---

(١) ساقط من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [إذا نظر] ، وفي (ص) : [إذ يظن] .

(٣) في (ص) : [وكل] .

(٤) في (م) ، (ع) : [سهى] .

(٥) في (ن) : [صلاة] .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [إذا لم يبق] .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ن) : [موجبة] .

٣٠١٦ - وقد قال أبو الحسن : لو قام إلى ثالثة النفل ثم ظن أنها الرابعة [فسلم] (١) لم يجز البناء ؛ لأنه استوفى موجب تحريمة النفل بفعل ركعتين .

٣٠١٧ - قالوا : روي أنه صلى الظهر خمسا ولم يقعد .

٣٠١٨ - قلنا : هذه الزيادة قال الطحاوي : تفرد بها محمد بن مرة (٢) ، وهو ممن لا يقوم بقوله حجة ، ويحتمل أن يكون المراد [به] (٣) لم يقعد في الأولى .

٣٠١٩ - قالوا : روى أبو سعيد أن النبي ﷺ قال : « من شك في صلاة فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا فليلق (٤) الشك وليبن على اليقين وليضف إليها ركعة ، فإن كانت تمت صلاته فالركعة والسجدتان له نافلة » (٥) ، ولم يشرط القعود .

٣٠٢٠ - قلنا : قال : « فإن كانت تمت صلاته » ولا يكون التمام إلا بالقعود ، وقال : « فليبن على اليقين » ومن لم يقعد [فلم يبن] (٦) على اليقين .

٣٠٢١ - قالوا : سماها نفلًا ، وعندكم واجبة .

٣٠٢٢ - قلنا : ليس كذلك ، بل هي نفل لازم دخل في فرض يظنه عليه ثم تبين (٧) له أن (٨) لا فرض عليه ، لم يجب بالدخول .

٣٠٢٣ - قالوا : زاد في صلاته فعلا على طريق السهو ، فلا يبطل صلاته ، كأقل أفعال الركعة .

٣٠٢٤ - قلنا : يبطل بما يقطع (٩) الموالاة من الزيادة . ثم المعنى في الأصل أنه لا يعتد به المسبوق من صلاته فلذلك لم تفسد (١٠) ، وأكثر أفعال الركعة يعتد بها المسبوق من صلاته ، فلم يلغ في الصلاة . ولأن القليل يوجد عمدًا زائدًا فلا يبطل مثل ما يفعله المسبوق ، وأكثر الأفعال لا توجد عمدًا إلا وتبطل مخالفة حكم الأقل .

٣٠٢٥ - قالوا : فعل لو ذكر السهو قبله لزمه الرجوع إلى الرابعة ، فإذا ذكر بعده

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في تقريب التهذيب : محمد بن مرة القرشي الكوفي صدوق (٢٠٦/٢) ترجمة (٦٨٦) .
(٣) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٤) في (م) : [فليلغي] ، وفي (ع) : [فليلغ] .
(٥) تقدم تخريج حديث أبي سعيد في مسألة (١٢٩) .
(٦) في (ع) : [فليبن] .
(٧) في (ن) : [بين] .
(٨) في (ع) : [أنه] .
(٩) في (م) ، (ع) : [يقع] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [فلذلك وأكثر لم يفسد] .

لزمه الرجوع إليها ، قياسًا على الركوع .

٣٠٢٦ - قلنا : لا يمتنع أن يلزمه الرجوع إلى القعدة إذا [فعل فعلا يسيرًا ، وإن كثر الفعل لم يلزمه القعدة الأولى إذا] (١) ذكرها قبل استتمام القيام عاد إليها . ولأنه لو ذكرها بعد ما استتم لم يعد . ولأنه إذا ذكر [فعلا] (٢) بعد فعل غير معتد به جاز إسقاطه ، وإذا ذكر بعد فعل معتد به لم يجز رفضه ، فلذلك افترقا .

٣٠٢٧ - قالوا : لو كانت الخامسة نفلًا جمعت التحريمة الفرض والنفل .

٣٠٢٨ - قلنا : لا يمتنع أن يوجب التحريمة الفرض ويؤدى بها ما لا يعتد بها من الفرض ، كالمدرك في السجدتين .

٣٠٢٩ - قالوا : الدخول في النفل يحتاج إلى تحريمة ، كالدخول في الفرض .

٣٠٣٠ - قلنا : لا نسلم ، بل يصح الدخول في النفل بناء على تحريمة ، كمن قام إلى ثالثة النفل ، فأما الفرض فلا يجوز أن يبنى على غيره ؛ لأنه يفتقر إلى نية لا توجد / (٣) في ضمن نية غيره ، والنفل يفتقر إلى نية توجد (٤) في ضمن غيره ؛ ألا ترى أن من دخل في فرض يظنه عليه كان متنفلا بما في مضمون نية الفرض . ٣٦/أ

٣٠٣١ - قالوا : القيام إلى الخامسة معنى يخرج به من الصلاة ، فلا يدخل في أخرى ، كالسلام (٥) .

٣٠٣٢ - قلنا : يبطل على أحد الوجهين بمن (٦) نوى النفل في خلال الفرض أنه يخرج عليه من الفرض ويدخل في النفل ، وكذلك (٧) إذا كبر سوى النافلة . ولأن السلام ينافي الصلاة فلم يصح الدخول به فيها ، والقيام لا ينافيها ، فجاز أن يدخل فيها (٨) .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) استدركه المصنف في الهامش .

(٢) الزيادة من (ن) .

(٣) في (م) : [لا يوجد] .

(٤) في (م) : [يوجد] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ن) : [كالمسلم] .

(٦) في (م) ، (ع) : [من] .

(٧) في (ن) : [ولذلك] .

(٨) ورد في (م) ، (ع) ، بعد لفظ [فيها] : [والله أعلم] .

مسألة ١٦٦

إذا ترك أربع سجدات من أربع ركعات قضاها وصحت صلاته

٣٠٣٣ - قال أصحابنا : إذا ترك أربع سجدات من أربع ركعات قضاها ، وصحت صلاته [١] .

٣٠٣٤ - وقال الشافعي : يصلي ركعتين . وفي [وجه] [٢] آخر : يسجد سجدة [٣] ويصلي ثلاث ركعات [٤] .

٣٠٣٥ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا » [٥] ، فظاهر هذا [٦] يقتضي أن من أدرك الإمام في الثانية وقد ترك من الأولى سجدة يعتد بالثانية ويقضي الأولى ، وهذا خلاف قولهم .

٣٠٣٦ - قالوا : لا نسلم أنه [٧] أدرك شيئا من الصلاة .

٣٠٣٧ - قلنا : الإدراك معلوم مشاهد [٨] . ولأنه فرض متكرر [٩] فلم يجب الترتيب فيه ، كقضاء أيام [من] [١٠] رمضان .

---

(١) قال الطحاوي في مختصره : لو ذكر أنه ترك سجدة من كل ركعة وهو في صلاة الظهر أو العصر أو العشاء سجد أربع سجدات ، وتشهد وسلم ثم سجد للسهو . راجع : مختصر الطحاوي (ص٣٠) ، بدائع الصنائع فصل في مسائل السجدات (٢٥٢/١) ، فتح القدير في آخر باب سجود السهو في تتمة في ترك السجدات والركوع والاختلاف بين الإمام والقوم في السهو (٥٢١/١ ، ٥٢٢) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) . (٣) في (ع) : [سجدتين] .

(٤) قال الشافعي وأصحابه : من نسي أربع سجدات من أربع ركعات من كل ركعة سجدة وجلس عقيب كل سجدة جلسة الفصل تحصل له ركعتان ، تتم الأولى بالثانية والثالثة بالرابعة ويأتي بركعتين أخريين . انظر : مختصر المزني (ص١٧) ، الوسيط (٦٦٦/٢) حلية العلماء (١٣٩/٢) ، فتح العزيز (١٤٨/٤ - ١٥٥) ، المجموع (١١٩/٤ - ١٢٢) وانظر : الكافي لابن عبد البر (٢٣٣/١) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٧٦) ، المسائل الفقهية (١٤٥/١ ، ١٤٦) ، مسألة (٦١) ، الكافي لابن قدامة (١٦٦/١) ، المغني (٣٧/٢ ، ٣٨) .

(٥) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٤٢) .

(٦) في (ن) : [وظاهر هذا] . (٧) في (م) ، (ع) : [أنه إذًا] .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [مشاهدة] . (٩) في (ن) : [يتكرر] .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) .

٣٠٣٨ - ولا يقال : إن الترتيب لا يجب في القضاء مع العمد كذلك مع النسيان ، ويجب الترتيب في السجدات حال الذكر كذلك حال النسيان ؛ لأنا لا نسلم ذلك ، وإنما يستحب الترتيب ، ولو ترك سجدة عامدا جاز . ولأنها سجدة محلها الركعة [(١)] الأولى ، فإذا أخرها لم يمنع من صحة الثانية ، كسجدة التلاوة . ولأنه أتى بجنس أفعال الركعة فصح بناء ما بعدها عليها وإن أخل بفعل منها ، كمن قام إلى الركعة الثالثة وترك القعدة الأولى . ولأنه أتى بأكثر أفعال الركعة فصح البناء عليها ، كالمؤتم إذا أدرك إمامه في الركوع . ولا يلزم إذا ترك الركوع ؛ لأن من ترك ذلك لا يعتد له بالسجود فيصير تاركًا لأكثر أفعالها .

٣٠٣٩ - ولا يقال : إن المدرك يتحمل [(٢)] عنه الإمام ما بقي من أفعال الركعة فلذلك صح البناء ، وفي مسألتنا لم يتحمل عنه [فلم يصح البناء] [(٣)] ؛ لأن التحمل يقع في الأركان دون الأفعال ، ولأن الإمام لو تحمل عنه لكان الفعل قد سقط عنه في الحال والثاني ، وصح البناء ، وفي مسألتنا يأتي بالفعل في الثاني ، فهو أولى بصحة البناء .

٣٠٤٠ - واحتج الطحاوي : بأن الداخل في الصلاة قد لزمه جميع أفعالها ولا يمنع ذلك من انعقاد [(٤)] الركعة الأولى ، فكذلك بقاء [(٥)] فرض سجدة [(٦)] من الأول لا يمنع انعقاد الثانية .

٣٠٤١ - قالوا : إنما لم يمنع وجوب بقية الصلاة انعقاد الركعة الأولى ؛ لأن وجوب ذلك متأخر عنها ، ووجوب السجدة متقدم .

٣٠٤٢ - قلنا : لا نسلم ذلك إذا لم نقل [(٧)] بوجوب الترتيب . ولأن السجدات تتكرر [(٨)] في كل ركعة كتكرار [(٩)] الركعات في الصلاة ، ومعلوم أن ترك الترتيب بين الركعات لا يمنع من انعقادها ، كذلك ترك الترتيب في السجدات .

٣٠٤٣ - والدليل على هذا الأصل : ما روي أن معاذا ترك قضاء الفوائت [(١٠)]

---

(١) في (ن) : [ركعة] .
(٢) في (م) ، (ع) : [يحتمل] .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) في (ص) : [ولا يمنع من ذلك انعقاد] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فلذلك بقاء] ، وفي (ن) : [فلذلك نفا] .
(٦) في (ع) : [سجدتين] .
(٧) في (م) ، (ع) : [لم يقم] .
(٨) في (م) : [يتكرر] .
(٩) في (م) ، (ع) : [لتكرار] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [فوات القضاء] .

ودخل مع النبي ﷺ ، وقد كان الواجب عليه [(١)] البداية بالفائت ، ولم يأمره بالإعادة .

٣٠٤٤ - احتجوا : بأن كل ترتيب كان شرطًا مع الذكر كان شرطًا مع النسيان ، كترتيب الركوع والسجود .

٣٠٤٥ - والجواب : أنا لا نسلم وجوب ترتيب السجدات مع الذكر ؛ لأنه لا فرق بين ترك السجدة ساهيًا أو عامدًا ، ولا يجوز أن يختلف حكم السهو والعمد ؛ ألا ترى أن عندهم لو ترك السجدة ناسيًا واشتغل بالثانية لم تبطل صلاته ، وإن تركها عامدًا واشتغل [(٢)] بالثانية بطلت صلاته . ولأن المعنى في الركوع والسجود أنه فرض غير متكرر فجاز أن يجب فيه الترتيب ، والسجود فرض متكرر فلم يجب فيه الترتيب .

٣٠٤٦ - قالوا : شرع في الثانية قبل إتمام الأولى فوجب أن لا يعتد بما شرع فيه ، كما لو لم يسجد في الأولى .

٣٠٤٧ - قلنا : يبطل بمن ترك [(٣)] الأذكار المسنونة في الأولى أنها تكمل ويعتد بالشروع في الثانية . ثم المعنى في الأصل أنه لم يأت بأكثر من أفعال الركعة فلم يصح البناء ، وفي مسألتنا اعتد له بأكثر أفعال الركعة فلذلك صح البناء .

٣٠٤٨ - ولا يقال : إنا لا نسلم فيمن ترك السجدتين أنه لم يأت بأكثر الأفعال ؛ لأنه أتى بالتحريمة والقيام والركوع ؛ لأن التحريمة والقراءة ليست من الأفعال ، وإنما أتى بالقيام والركوع وهما ركنان وترك سجدتين ، فلم يأت بالأكثر .

٣٠٤٩ - قالوا : ترك ركنًا [(٤)] من الركعة الأولى فلم تنعقد [(٥)] له الثانية ، كمن ترك الركوع .

٣٠٥٠ - قلنا : لا نسلم أنه [(٦)] إذا ترك الركوع في الأولى وصلى الثانية انعقدت الثانية وبطلت الأولى . ولأنه إذا ترك الركوع لم يعتد بما بعده فلم يصح البناء على أقل الأفعال ، وفي مسألتنا قد اعتد له بجميع ما فعله فصح البناء على أكثر الأفعال .

٣٠٥١ - وقد ترك الشافعي في هذه المسألة أصله ؛ لأنه [(٧)] قال : يقضي ركعتين ،

---

(١) في (م) : [إليه] .
(٢) في (ع) : [أو اشتغل] .
(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بمن ذكر] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ركنان] .
(٥) في (م) ، (ن) : [ينعقد] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لأنه] .
(٧) في (ع) : [أنه] .

فجعل سجدة الركعة الثانية بمنزلة الأولى من غير قعدة بينهما ، والقعدة عنده واجبة . وزعموا أن القيام يقوم مقامها ، وهذا غلط ؛ لأن القيام لا يقوم مقام قعدة واجبة ، كالقعدة الأخيرة

٣٠٥٢ - ومنهم من قال : إن قعد في الركعة الثانية للتشهد ، فتلك القعدة قائمة مقام القعدة بين السجدتين ، وهذا غلط ؛ لأنها غير واجبة ، ولا تقوم (١) مقام القعدة الواجبة .

٣٠٥٣ - ومنهم من قال : قد صح له ركعة بسجدة واحدة وعليه بقية الصلاة ، وهذا ترك للموالاة بين الركعات ، ومن أصلهم أنها واجبة .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ولا يقوم] .

مسألة ١٦٧

إذا جهر الإمام في موضع الإخفاء أو خافت في موضع الجهر سجد للسهو

٣٠٥٤ – قال أصحابنا : إذا جهر الإمام [في] [١] موضع الإخفاء أو خافت في موضع الجهر سجد للسهو [٢] .

٣٠٥٥ – وقال الشافعي : لا يسجد [٣] .

٣٠٥٦ – لنا : حديث ثوبان أن النبي ﷺ قال : « لكل سهو سجدتان بعد ما يسلم » [٤] . ولأن ما يدخله الجبران [٥] يجوز أن يدخله النقص [٦] لترك بقية ركن ، كالحاج [٧] إذا أفاض من عرفة قبل الإمام ، أو تجاوز [٨] الميقات من غير إحرام .

٣٠٥٧ – ولأن الصلاة تشتمل [٩] على أفعال وأركان وهيئات ثم جاز ثبوت السجود فيما [١٠] عاد إلى الفعل والركن [١١] كذلك الهيئة . ولأن هناك الركن [١٢]

---

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) اختلفت الرواية في مقدار ما يتعلق به السهو من الجهر فيما يخفى ، والإخفاء فيما يجهر . راجع تفصيل المسألة في : الأصل (٢٢٧/١ – ٢٢٩) ، المبسوط (٢٢٢/١) ، تحفة الفقهاء باب افتتاح الصلاة (٢١٢/١) ، بدائع الصنائع فصل في بيان سبب السجود (١٦٦/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٥٠٤/١ ، ٥٠٥) ، البناية (٧٣٧/٢ ، ٧٣٨) .

(٣) قال الشافعي وأصحابه : لا سجدة في ترك سنة غير مقصودة ، كالجهر والإسرار وما أشبههما . راجع تفصيل المسألة في : الوسيط (٦٦٣/١ ، ٦٦٤) ، حلية العلماء (١٤٣/٢) فتح العزيز (١٣٩/٤ ، ١٤٠) ، المجموع مع المهذب (١٢٥/٤ ، ١٢٦ ، ١٢٨) . وانظر : باب فيمن تكلم في صلاته أو شرب أو قام من أربعة المدونة (١٣٢/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٧٧ ، الكافي لابن قدامة (١٦٧/١) ، المغني (٢٢/٢ ، ٣١ ، ٣٢) .

(٤) تقدم تخريج حديث ثوبان في مسألة (١٦) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الخبران] .

(٦) ساقط من (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (ن) : [كالحج] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يجاوز] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يشتمل] .

(١٠) في (ع) : [وفيما] .

(١١) في (ص) ، (ن) : [الذكر] .

(١٢) في (ص) ، (ن) : [الذكر] .

أقوى من السنة المفردة [١] التي ليست هيئة لركن [٢] ، فإذا جاز أن يثبت السجود في السنن ففي هيئة الركن أولى .

٣٠٥٨ - احتجوا : بحديث أبي قتادة : أن النبي ﷺ كان يسمعنا الآية والآيتين في الظهر أحيانا [٣] .

٣٠٥٩ - والجواب : أن هذا فعله على وجه العمد ، وعندنا لا يثبت السجود فيما اعتمده . ولأنه إنما يستحب إذا ترك هيئة لمقدار ما تجزي [٤] به الصلاة ، وذلك ثلاث آيات [٥] في إحدى الروايات ، فعلى هذا لا تجب بالجهر [٦] في الآية والآيتين [٧] .

٣٠٦٠ - قالوا : روي عن ابن عباس أنه جهر بالقراءة في صلاة الجنازة [٨] .

٣٠٦١ - قلنا : لا سهو فيها .

٣٠٦٢ - قالوا : روي عن خباب [٩] بن الأرت [١٠] أنه جهر بالقراءة في الظهر والعصر [١١] ولم ينقل أنه سجد [١٢] .

---

(١) في (م) : [المفرددة] ، وفي (ع) : [المترددة] .

(٢) في (ع) : [الركن] .

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح من طريق ابن أبي كثير كتاب الأذان ، باب القراءة في العصر (١٣٩/١) ، ومسلم في الصحيح كتاب الصلاة ، باب القراءة في الظهر والعصر (١٩١/١) ، وأبو داود في باب ما جاء في القراءة في الظهر والعصر (٢٧١/١) ، وابن ماجه في باب الجهر بالآية أحيانًا في صلاة الظهر والعصر الحديث (٨٢٩) ، وابن خزيمة في صحيحه في باب إباحة الجهر ببعض الآي في صلاة الظهر والعصر (٢٥٥/١) الحديث (٥٠٧) ، والطحاوي في المعاني في باب القراءة في الظهر والعصر (٢٠٦/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب من جهر بالقراءة فيما حقه الإسرار ولم يسجد سجدتي السهو (٣٤٨/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ما يجزى] . (٥) في (ن) : [روايات] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لا يجب الجهر] . (٧) في (ع) : [والاثنين] .

(٨) في (ع) : [في الصلاة الجنازة] . حديث ابن عباس رواه الشافعي في المسند في الباب الثالث والعشرون في صلاة الجنائز وأحكامها (٢١٠/١) الحديث (٥٨٠) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الجنائز قراءة الفاتحة في صلاة الجنازة (٣٥٨/١) ، وابن الجارود من طريق سفيان في المنتقى كتاب الجنائز (ص١٤٠) الحديث (٥٣٦ ، ٥٣٧) . (٩) في (م) : [هباب] .

(١٠) في (ن) : [الأرق] . راجع ترجمته في الآحاد والمثاني (٢١٢/١) ، الطبقات الكبرى (١٥/٦) ، صفوة الصفوة (٤٢٧/١) .

(١١) أخرجه ابن أبي شيبة بلفظ : كان خباب بن الأرت يجهر بالقراءة في الظهر والعصر ، في المصنف كتاب الصلاة في من كان يجهر في الظهر والعصر ببعض القراءة (٣٩٨/١) .

(١٢) في (م) : [سهى] .

٣٠٦٣ - قلنا : إنما فعل ذلك عامدا على طريق التعليم ، والعامد عندنا لا سهو عليه .

٣٠٦٤ - قالوا : ترك هيئة لركن [١] ، فصار كمن قعد متوركًا .

٣٠٦٥ - قلنا : من أصحابنا من التزم هذا ، ولو لم يلتزمه كان المعنى فيه : أن صفة القعدة ليست بمقصودة في نفسها .

٣٠٦٦ - قالوا : الجهر معنى لا يثبت في جميع الصلوات [٢] ، فلا يتعلق بتركه [سجود جبران] [٣] ، كالرمل ما لم يثبت في طواف .

٣٠٦٧ - قلنا : الفرق [في الوتر] [٤] لا يثبت في كل صلاة ويتعلق بتركه سجود ، والقعدة الأولى لا تثبت [٥] في كل صلاة [٦] ويتعلق بتركها سجود .

٣٠٦٨ - قالوا : معنى لو تركه المنفرد لم يلزمه سجود ، وكذلك [٧] إذا تركه الإمام ، أصله التسبيحات .

٣٠٦٩ - قلنا [٨] : المنفرد لا يتحتم عليه الجهر ، بل هو مخير : إن شاء جهر وإن شاء أخفي ، والإمام منهى عن ترك الجهر ، فلذلك اختلفا .

* * *

(١) في (ع) : [ركن] .
(٢) في (ع) : [الصلاة] .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [الوتر] .
(٥) في (م) : [لا يثبت] .
(٦) في (ن) : [صلوات] .
(٧) في (ع) : [كذلك] .
(٨) في (ن) : [قالوا] .

مسألة ١٦٨

إذا سها الإمام فلم يسجد لم يسجد المؤتم

٣٠٧٠ - قال أصحابنا : إذا سها الإمام فلم يسجد ، لم يسجد المؤتم [١] .

٣٠٧١ - وقال الشافعي : يسجد [٢] .

٣٠٧٢ - لنا : قوله ﷺ : « فإذا سجد فاسجدوا » [٣] . فعلق سجود المؤتم بسجود الإمام ، ولا يجوز فعله بغير الشرط .

٣٠٧٣ - ولأن سهو الإمام ليس بأكثر من سهو المؤتم ، فإذا لم يجز أن ينفرد بسجود سهو ، كذلك سهو الإمام .

٣٠٧٤ - ولأن هذه السجدة يفعلها المؤتم على طريق المتابعة ، فلم يجز فعلها على غير ذلك ، أصله السجدة التي أدركها مع الإمام . ولأنها سجدة في الصلاة فإذا [تركها [٤] الإمام يفعلها المؤتم ، كسجدة التلاوة . ولأنها نقتص [٥] في الصلاة فإذا] [٦] لم يسجد له [٧] الإمام لم يسجد له [٨] المؤتم ، كترك الجهر .

---

(١) راجع : تحفة الفقهاء (٢١٦/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٥٠٦/١ ، ٥٠٧) ، البناية (٧٣٩/٢ - ٧٤١) .

(٢) قال الشافعي : فإن لم يسجد الإمام سجد من خلفه ، وقال الشيرازي في المهذب : فإن لم يسجد الإمام لسهوه سجد المأموم ، وقال المزني وأبو حفص البابشامي : لا يسجد ؛ لأنه إنما يسجد تبعًا للإمام وقد تركه الإمام فلم يسجد المأموم ، والمذهب الأول . انظر : مختصر المزني (ص١٧) ، الوسيط (٦٧٣/٢ ، ٦٧٤) ، حلية العلماء (١٤٤/٢٤ ، ١٤٨) ، فتح العزيز في هامش المجموع (١٧٦/٤ ، ١٧٧) ، المجموع مع المهذب (١٤٣/٤ - ١٤٧) . وانظر : المسائل الفقهية (١٤٩/١ ، ١٥٠) ، مسألة (٦٧) ، الكافي لابن قدامة (١٧٠/١) ، المغني (٤١/٢ - ٤٣) .

(٣) هذا جزء من حديث أنس بن مالك ، أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الأذان باب إيجاب التكبير وافتتاح الصلاة (١٣٤/١ ، ١٣٥) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الصلاة باب ائتمام المأموم بالإمام (١٧٥/١) ، وأحمد في المسند (١١٠/٣) ، وأبو داود في باب الإمام يصلي من قعود (١٥٩/١) ، والدارقطني في باب ذكر قوله ﷺ من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة (٣٢٩/١) الحديث (١٢) ، والبيهقي في الكبرى في باب لا يكبر المأموم حتى يفرغ الإمام من التكبير (١٨/٢ ، ١٩) .

(٤) في (ص) : [تركه] .

(٥) في (ص) : [تقتضي] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [لها] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لها] .

٣٠٧٥ - احتجوا : بأن سهو الإمام أوجب نقصًا في صلاة المؤتم فإذا لم يسجد الإمام بقي النقص [حاصل] [١] بحاله ، فكان عليه الجبران [٢] .

٣٠٧٦ - قلنا : يبطل هذا [بما] [٣] إذا سها بنفسه أن النقص حاصل في صلاته ولا يلزم السجود . ولأنه ينفرد عن الإمام ، كذلك في مسألتنا ، وإن دخل النقص في صلاته لم يسجد حتى لا ينفرد عن الإمام .

* * *

(١) زيادة من (ن) .

(٢) في (م) : [الخبران] .

(٣) في غير (ص) : [به] .

مسألة ١٦٩

إذا ترك تكبيرات العيدين ساهيًا سجد للسهو

٣٠٧٧ – قال أصحابنا : إذا ترك تكبيرات العيدين ساهيًا سجد للسهو (١) .

٣٠٧٨ – وقال الشافعي : لا يسجد (٢) .

٣٠٧٩ – لنا : قوله ﷺ / : « لكل سهو سجدتان بعد ما يسلم » (٣) . ولأنه ذكر مسنون [يختص] (٤) بنوع من الصلوات ، فإذا تركه ساهيًا كان عليه سجود السهو ، كالقنوت . ولأن الصلاة (٥) تتضمن (٦) تكبيرات وغير تكبيرات ، فإذا جاز ثبوت السجود (٧) فيما سوى التكبيرات من الأذكار جاز بترك التكبيرات .

٣٦/ب

٣٠٨٠ – احتجوا : بأنها تكبيرة صلاة فلم تجبر (٨) بسجود السهو ، كسائر التكبيرات المسنونة (٩) .

٣٠٨١ – قلنا : سائر التكبيرات ليست مقصودة (١٠) لأنفسها وإنما تفعل على طريق العلامة ، وما ليس بمقصود في نفسه يختص ببعض الصلاة (١١) ، كالقنوت .

٣٠٨٢ – قالوا : كل ما لا يجبر (١٢) بالسجود في غير العيدين لا يجبر (١٣) في

---

(١) راجع : الأصل (٢٢٥/١) ، مختصر الطحاوي (ص٣٠) ، المبسوط (٢٢٠/١) تحفة الفقهاء (٢١١/١) ، بدائع الصنائع فصل في بيان سبب الوجوب (١٦٧/١) ، متن القدوري (ص١٣٠) ، الهداية مع فتح القدير وبهامشه العناية (٥٠٤/١) ، البناية (٧٣٤/٢) .

(٢) في (ع) : [لم يسجد] . قال الشافعي في مختصر المزني : وما سها عنه من تكبير سوى تكبيرة الافتتاح فلا سجود للسهو إلا في عمل البدن . راجع : مختصر المزني (ص١٧) ، الوسيط (٦٦٣/٢) ، حلية العلماء (١٤٣/٢) ، فتح العزيز (١٣٩/٤) ، المجموع مع المهذب (١٢٥/٤ ، ١٢٦) . وانظر : شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني فصل في ذكر السهو في الصلاة (٢٤١/١) ، الكافي باب صلاة العيدين (١٦٧/١ ، ٢٣٤) ، المغني : باب صلاة العيدين (٣٨٣/٢) .

(٣) تقدم تخريجه بهذا المعنى من وجوه في مسألة (١٦٤) .

(٤) الزيادة من (ن) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الصلوات] .

(٦) وفي (م) : [يتضمن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [سجود الثبوت] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلم يجز] .

(٩) لفظ : [المسنونة] ساقط من (ن) .

(١٠) في (ع) : [بمقصودة] .

(١١) في (ص) ، (م) : [الصلوات] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [لا يجهر] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [لا يجهر] .

العيدين ، كالتسبيحات .

٣٠٨٣ – قلنا : نقول بموجبه ؛ [لأن ما لا يجبر في غير العيد لا يجبر في العيد] [1] ، وهو تكبيرات الركوع والسجود ، فأما تكبيرات العيد فلا يوجد في غيره ، فلم يصح ما قالوه .

* * *

(١) في (م) : [ما لا يجهر في غير العيد لا يجهر في غير العيد لا يجهر في العيد] .

مسألة ١٧٠

إذا سجد المسبوق للسهو مع الإمام لم يعد في آخر صلاته

٣٠٨٤ – قال أصحابنا : إذا سجد المسبوق للسهو مع الإمام لم يعد في آخر صلاته [١] .

٣٠٨٥ – وقال الشافعي في أحد قوليه : يعيد [٢] .

٣٠٨٦ – لنا : قوله ﷺ : « فإذا سجد فاسجدوا » [٣] ، فأمر المؤتم بفعل السجود الذي فعله الإمام ، وهذا قد فعل ، فلا يلزمه إعادته . ولأن هذه السجدة فعلها المؤتم على طريق المتابعة فلا يجوز فعلها على غير المتابعة ، كالسجدة التي يدركه فيها . ولأن [٤] سهو الإمام لا يكون بأكثر من سهو المؤتم ، فإذا لم يجز أن ينفرد المؤتم بالسجود لسهوه ، كذلك لا ينفرد بالسجود لسهو الإمام . ولأنها سجدة تفعل [٥] في الصلاة لعارض ، فإذا فعلها مع الإمام لم يلزمه إعادتها ، كسجدة التلاوة .

٣٠٨٧ – احتجوا : بأن هذه سجدة فعلها [على طريق] [٦] المتابعة فلا يعتد بها مما يلزمه ، كما لو أدرك الإمام في السجدتين .

٣٠٨٨ – الجواب [٧] : أنا لا نسلم أن المؤتم يلزمه سجود لا على [طريق] [٨] المتابعة حتى لا يقال : لا يعتد بها مما لزمه .

٣٠٨٩ – ولأنه إذا أدركه في السجدتين لا يلزمه إعادتها ، وإنما يأتي بركعة فيها مثل

---

(١) انظر : الأصل (٢٣٣/١ ، ٢٣٤) ، تحفة الفقهاء (٢١٦/١) .

(٢) قال الشافعي في الأم : يعيد السجود ، وهو الأظهر والأصح في المذهب ، وقال في القديم والإملاء : لا يعيد لأن الجبران حصل بسجوده مع الإمام . انظر : الوسيط (٦٧٤/٢) ، حلية العلماء (١٤٨/٢) ، فتح العزيز (١٧٢/٤ ، ١٧٣ ، ١٧٦ ، ١٧٨) ، المجموع مع المهذب (١٤٧/٤ ، ١٤٨) . وانظر : بداية المجتهد الفصل الخامس (٢٠١/١) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص٧٣) ، المسائل الفقهية (١٥٠/١) مسألة (٦٨) ، الكافي لابن قدامة (١٧٠/١) ، المغني (٤٢/٢) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (١٦٤) .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وإن] .

(٥) في (م) : [يفعل] .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بطريق] .

(٧) في (م) ، (ن) : [والجواب] .

(٨) ساقط من (م) ، (ع) .

هاتين السجدتين . يبين [1] ذلك أن يلزمه فعل السجود غير مرتب على ركوع ، ولا يقضى سجود بهذه الصفة .

* * *

(١) في (م) : [تبين] .

مسألة ١٧١

إذا ترك في صلاته فعلًا عامدًا أو زاد فيها شيئًا عمدًا لم يسجد للسهو

٣٠٩٠ - قال أصحابنا : إذا ترك في صلاته فعلًا عامدًا ، أو زاد فيها شيئا عمدًا ، لم يسجد للسهو (١) .

٣٠٩١ - وقال الشافعي : يسجد (٢) .

٣٠٩٢ - لنا : ما روي في حديث أبي سعيد أن النبي ﷺ قال في الشاك في صلاته : « فإن كانت تمت صلاته فالسجدتان (٣) مرغمتان للشيطان » (٤) ، وإنما سماهما بذلك لأن الشيطان كان سببًا في وجوب السهو ، وهذا لا يوجد فيما اعتمده ، وإن كان سببه من الشيطان فهو يرغم (٥) نفسه والشيطان ، والنبي ﷺ جعلها لإرغام الشيطان خاصة . ولأنها سجدة سميت لسببها (٦) في الشرع ، فلا يجوز فعلها عند غيره ، كسجدة التلاوة . وعلى هذا صلاة الكسوف والجنازة لما أضيفت إلى سببها لم يجز فعلها عند غيره (٧) .

٣٠٩٣ - ولأنه معنى تركه عامدًا فلم يتعلق به سجود السهو ، كتكبير (٨) العيد .

---

(١) قال الحنفية : لا تجب سجدة السهو إلا إذا ترك المصلي واجبًا أصليا للصلاة ساهيا ، وإذا تركه عمدا قد أساء ولا شيء عليه . انظر : كتاب الأصل في الإمام يحدث فيقدم من فاتته ركعة (٢٥٤/١) ، مختصر الطحاوي باب أقل ما يجزي من عمل الصلاة (ص٣٠) .

(٢) ذكر الشافعية فيه وجهين : في الصحيح : يسجد ، وفي وجه آخر : لا يسجد . انظر : الوسيط (٦٦٤/٢) ، فتح العزيز (١٣٨/٤ ، ١٣٩) ، المجموع مع المهذب (١٢٥/٤) . وانظر : قوانين الأحكام الشرعية (ص٧٥) ، الكافي لابن قدامة (١٦٧/١) ، المغني (٤٤/٢) .

(٣) في (ص) ، (م) : [فالسجدات] .

(٤) في (ن) : [مرغمتا الشيطان] . راجعه في : صحيح مسلم (٢٢٩/١) ، وسنن أبي داود (٢٦٠/١) ، وابن ماجه (٣٨٢/١) ، والدارقطني (٣٧٥/١) ، والدارمي (٣٥١/١) ، والطحاوي (٤٣٣/١) .

(٥) في (م) : [ترغم] ، وفي (ع) : [مرغم] .

(٦) في (ن) : [بسببها] ، وفي (ع) : [لشبهها] ، وفي (م) : [لشبها] .

(٧) من قوله : [كسجدة التلاوة] إلى قوله : [عند غيره] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (ع) : [كتكبيرة] .

ولأن ما لا يتعلق [١] بترك تكبير العيد لا يتعلق بترك السنن ، أصله : سائر الأحكام .

٣٠٩٤ - احتجوا : بأن كل عبادة يدخلها الجبران إذا ترك ساهيًا دخلها إذا تركه عامدًا ، كالحج .

٣٠٩٥ - قلنا : من زاد في صلاته فلم يجبر بالسجود . ولأن الحج لا يدخله الجبران بترك مسنون [٢] ، وإنما يدخله في ترك واجب ، والواجبات يستوي فيها العمد والسهو [٣] ، والصلاة لا يدخلها الجبران في ترك واجباتها ، وإنما يدخل في مسنوناتها ، فضعف الجبران [٤] ، فلذلك اختلف في العمد والسهو [٥] . ولأن الحج أقوى في باب الجبران ؛ ألا ترى أنه يدخله الجبران بعد الفساد ، والصلاة [٦] لا يدخلها الجبران بعد الفساد ، فدل على افتراقهما .

٣٠٩٦ - ولا يقال : إذا لزمه الجبران مع السهو [٧] فمع العمد أولى ؛ لأنه يبطل بزيادة السجدة .

٣٠٩٧ - ولأن الأولى إنما [٨] يصح متى اشترك النسيان في العلة ولأحدهما مزية ، وهذا المعنى لا يوجد في تعليلهم .

* * *

---

(١) في (م) : [ما يتعلق] .
(٢) في (ع) : [مسنونه] .
(٣) في (ع) : [السهو والعمد] بالتقديم والتأخير .
(٤) في (ع) : [بالجبران] .
(٥) في (م) : [اختلف والسهو] ، وفي (ع) : [اختلف السهو] .
(٦) في (م) ، (ع) : [والفساد] .
(٧) في (ع) : [مع السهو والعمد] .
(٨) في (م) ، (ع) : [وإنما] .

مسألة ١٧٢

إذا لم يحسن القراءة لم يلزمه الذكر

٣٠٩٨ - قال أصحابنا : إذا لم يحسن القراءة لم يلزمه الذكر [١] .

٣٠٩٩ - وقال الشافعي : يجب عليه أن يحمد اللَّه ويكبر [٢] .

٣١٠٠ - لنا : أنه محل في الصلاة سقط فيه قراءة القرآن ، فلا يجب فيه ذكر أحد ، أصله : القيام الذي يدرك فيه الإمام ، والقيام الذي بين الركوع والسجود .

٣١٠١ - ولأنه ذكر من غير القرآن فلا يجب في [٣] الصلاة ، كالتسبيحات . ولأن جواز الصلاة بالذكر يختص بالقرآن على طريق التعظيم ، فلا يتعلق بغيره ، كمنع الجنب من مسه .

٣١٠٢ - احتجوا : بما روى رفاعة بن مالك أن النبي ﷺ قال : « إذا قام أحدكم إلى الصلاة فليتوضأ [٤] كما أمره اللَّه ، ثم ليكبر ، فإن كان معه شيء من القرآن قرأ به ، وإن لم يكن معه فليحمد اللَّه وليكبر » [٥] .

٣١٠٣ - والجواب : أن هذا خبر واحد فلا يثبت به بدل . ولأنه يقتضي تعيين هذا الذكر ، ولا خلاف أنه لا يتعين الوجوب ، فبقي [٦] أن يحمل على الاستحباب [٧] .

٣١٠٤ - قالوا : روى عبد اللَّه بن أبي أوفي أن رجلا أتى النبي ﷺ وقال : إني لا أستطيع أن آخذ شيئا من القرآن ، فعلمني ما يجزيني عنه ، فقال : « قل سبحان اللَّه

---

(١) قال محمد في الأصل فيمن لم يحسن القراءة في الصلاة : في القياس فإن صلاته فاسدة ، ولكن أدع القياس وأستحسن أن يجزيه . راجع : الأصل باب صلاة الأمي (١٨٧/١) .

(٢) راجع : الوسيط الباب الرابع في كيفية الصلاة (٦١٣/٢) ، حلية العلماء باب صفة الصلاة (٩١/٢) ، فتح العزيز الباب الرابع في كيفية الصلاة في هامش المجموع (٣٣٩/٤ ، ٣٤٠) ، المجموع مع المهذب باب صفة الصلاة (٣٧٤/٣ - ٣٧٩) . وانظر : قوانين الأحكام الشرعية الباب العاشر في القراءة (ص٦١) ، الإفصاح (١٢٨/١) ، الكافي لابن قدامة (١٣٢/١ ، ١٣٣) ، المغني (٤٨٨/١ ، ٤٨٩) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فيه] .

(٤) في (ن) : [فاليتوض] .

(٥) تقدم تخريج حديث رفاعة بن مالك في مسألة (١٢) وفي مسألة (١١٩) .

(٦) في (ن) : [فنفي] .

(٧) في (م) ، (ع) : [على الوجوب الاستحباب] بزيادة : [الوجوب] .

والحمد لله ، ولا إله إلا الله ، والله أكبر ، ولا حول ولا قوة إلا بالله » [١] .

٣١٠٥ - والجواب : أنه لم ينقل في الخبر حكم الصلاة ، فيجوز أن يكون علّمه ما يجزئ في القراءة عن الدين [٢] والثواب ، ألا ترى أن هذه الألفاظ لا تتعين [٣] للوجوب عند أحد . ولأنه قال لما علمه : هذا [٤] ، فما لي ، فقال : « قل اللهم ارحمني وعافني وارزقني » ، وانصرف وقد قال : ويديه [٥] هكذا ، قبض عليهما ، فقال ﷺ : « أما هذا فقد ملأ يديه خيرًا » [٦] ، فهذا يدل أنه علم ما يحصل به الثواب للدعاء لا للقراءة .

٣١٠٦ - قالوا : محل قراءة واجبة ، فإذا عري عن [٧] الذكر مع القدرة عليه لم يصح ، كما لو ترك القراءة مع القدرة [٨] .

٣١٠٧ - قلنا : يبطل بمن أدرك الإمام في الركوع ؛ لأنه ترك القراءة في جزء من القيام ، وذلك محل القراءة . [و] [٩] لأن القادر على القراءة لما وجب عليه الذكر كان ذلك الذكر هو القرآن ، ولما لم يجب القرآن في مسألتنا في هذا المحل لم يجب أن يقيم غيره مقامه .

٣١٠٨ - قالوا : ركن من أركان الصلاة ، فكان له بدل ، كالقيام .

٣١٠٩ - قلنا : الأبدال لا يجوز إثباتها بقياس . ولأن القيام ليس له بدل عندنا ، وإنما يأتي بجزء منه [١٠] عند العجز ، فلم نسلم الأصل .

٣١١٠ - قالوا : الصلاة تفتقر [١١] إلى نوعين من الذكر : قراءة وتكبير ، فلما جاز تكرار وجوب القراءة جاز [تكرار] [١٢] وجوب التكبير .

٣١١١ - [قلنا : لا تجب القراءة على طريق البدل عن غيرها ، كذلك لا يجب التكبير] [١٣] على طريق البدل .

---

(١) هذا جزء من حديث عبد الله بن أبي أوفي ، تقدم تخريجه في مسألة (١١٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [من الدين] ، وفي (ن) : [عن الوتر] .

(٣) في (م) : [لا يتعين] .

(٤) هكذا في كل النسخ . والذي في كتب الحديث وغيرها : [وهذا لله] ، أو [هذا لربي] .

(٥) هكذا في كل النسخ . ولعل الصواب : [بيديه] .

(٦) في (ص) ، (ن) : [يده خيرا] . هذا جزء من حديث ابن أبي أوفى الذي تقدم تخريجه في مسألة (١١٤) .

(٧) في (ن) : [مع] .

(٨) في (م) : [مع القراءة] .

(٩) الزيادة من (ن) .

(١٠) في (ن) : [يأتا] .

(١١) في (م) : [يفتقر] .

(١٢) هذا اللفظ ساقط من (ص) .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) .

٣١١٢ - قالوا : القيام ليس بقربة في [1] نفسه ، فضمن بالذكر ليصير قربة ، فإذا عجز عن القراءة وجب أن يأتي بذكر آخر ليصير قربة .

٣١١٣ - قلنا : وقوع القيام في خلال الأركان يجعله قربة ، فلا يحتاج إلى ذكر فيه لهذا المعنى .

* * *

(١) في (م) : [على] .

مسألة ١٧٣

إذا صلى خلف جنب وهو لا يعلم لم تصح صلاته

٣١١٤ - [قال أصحابنا] [١] : إذا صلى خلف جنب وهو لا يعلم لم تصح صلاته [٢] .

٣١١٥ - وقال الشافعي : صلاته جائزة [٣] .

٣١١٦ - لنا : أن كل ما لا يصح الاقتداء به مع العلم لا يصح مع الجهل ، كالكافر والمرأة . ولأن كل [٤] طهارة كانت شرطًا في صحة الصلاة استوى العلم والجهل بها ، كطهارة نفسه .

٣١١٧ - ولأن عدم طهارة الإمام أجريت [٥] مجرى عدم طهارة المأموم ؛ بدلالة أنه إن علم بذلك لم تجز [٦] صلاته ، فإذا استوى في طهارة نفسه العلم والجهل كذلك طهارة إمامه .

٣١١٨ - ولا يقال : لو صلى المتوضئ خلف المتيمم جاز ، ولو كانت طهارة الإمام كطهارة المؤتم لصار [٧] كمن صلى بالتيمم مع القدرة على الماء ؛ لأنا لم نقل : إن طهارته أجريت مجرى طهارته ، ولهذا لا يصلي المحدث خلف المتطهر ، ولو كانت طهارة الإمام كطهارة [٨] المؤتم لجاز ذلك ، وإنما قلنا : عدم طهارة الإمام أجريت مجرى

---

(١) ساقط من (م) .

(٢) قال الحنفية : صلاتهما باطلة ، فعليهما الإعادة . انظر : الأصل باب الإمام يحدث فيقدم جنبًا أو صبيًا (١٨٤/١ ، ١٨٥) ، مختصر الطحاوي باب الصلاة بالنجاسة (ص٣١) ، المبسوط باب الحدث في الصلاة (١٨٠/١) ، بدائع الصنائع فصل في شرائط جواز الاستخلاف (٢٢٧/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية باب الإمامة (٣٧٣/١ - ٣٧٥) ، الاختيار باب الأفعال في الصلاة فصل في الجماعة (٦٠/١) ، البناية باب الإمامة (٤٣٦/٢ - ٤٣٩) ، مجمع الأنهر باب صفة الصلاة فصل في الجماعة (١١٢/١ ، ١١٣) .

(٣) قال الشافعي وأصحابه : صلاته جائزة ، وعلى الإمام الإعادة . انظر : الأم باب إمامة الجنب (١٦٧/١) ، مختصر المزني باب الصلاة بالنجاسة (ص١٨) ، الوسيط الباب الثاني في صفات الأئمة (٧٠٢/٢) ، حلية العلماء باب صفة الأئمة (١٧١/٢ ، ١٧٢) . وانظر : قوانين الأحكام الشرعية الباب السابع عشر الفصل الثالث المسألة الثالثة (ص٦٩) ، المغني باب الصلاة بالنجاسة وغير ذلك (٩٩/٢ ، ١٠٠) .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (ن) : [أجري] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لم يجز] .

(٧) في (م) : [فصار] .

(٨) في (م) ، (ع) : [طهارة] .

عدم طهارة المؤتم .

٣١١٩ – ولا يقال : إنها بطلت صلاته مع العلم ؛ لأنه يعتقد أن إمامه في غير صلاة ؛ ألا ترى [١] أنه لو اعتقد ذلك – والإمام على طهارة [٢] – لم تصح صلاته خلفه ، وذلك لا يمتنع أن تكون [٣] صلاته مع العلم فاسدة لأمرين : لعدم الطهارة والاعتقاد ، فإذا كان الإمام على الطهارة بطلت صلاته للاعتقاد خاصة . يبين [٤] ذلك أن فعل الطهارة في التأثير في الصلاة أبلغ من الاعتقاد ، فلا يجوز [٥] أن يعلق [٦] الحكم بما دون [٧] العلتين مع وجود أقواهما ، ولهذا من علم بعدم طهارة نفسه لم تجز [٨] صلاته ؛ لفقد الطهارة لا للاعتقاد .

٣١٢٠ – ولا يقال : إن الكافر والمرأة لهما أمارة يستدل [عليهما] [٩] ، فكان [١٠] مفرطًا في الائتمام [١١] ، والطهارة لم يجعل لها أمارة فلم يكن مفرطًا في الائتمام [١٢] ؛ لأن من / صلى في ليلة مظلمة بصلاة [١٣] شخص في مسجد ولا أمارة له على حاله فهو كالطهارة التي لم يجعل لها [١٤] أمارة .

/٣٧

٣١٢١ – ولأن التفريط مؤثر فيما أخذ على الإنسان اعتباره فلم يعتبره . وقد أبيح لنا في الشرع أن نصلي [١٥] خلف من ظاهره الإسلام ، ولا يتبع الأمارات ، فلا معنى لاعتبار أمارة لا يلزم حكمها ؛ ألا ترى أن الطهارة قد يتوصل إلى العلم بها بدليل وهو أن يسأله قبل أن يقتدي به أو يشاهده يتطهر ، ثم لم يجب [عليه] [١٦] ذلك ، لأنه غير مأخوذ عليه [١٧] . ولأنها تحريمة يلزمه سجود [١٨] السهو بمقتضاها ، فبطلانها بفقد

---

(١) في (ص) : [ألا يرى] .
(٢) في (ن) : [الطهارة] .
(٣) في (م) ، (ع) : [أن يكون] .
(٤) في (م) : [نبين] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ولا يجوز] .
(٦) في (م) ، (ع) : [تعلق] .
(٧) في (م) ، (ع) : [ما دون] ، وفي (ن) : [بادون] .
(٨) في (م) : [لم يجز] .
(٩) ساقط من (م) ، (ع) .
(١٠) في (ن) : [كان] .
(١١) في (م) : [في الاهتمام] ، وفي (ع) : [في الاتهام] .
(١٢) في (م) : [في الاهتمام] ، وفي (ع) : [في الاتهام] .
(١٣) في (ن) : [لصلاة] .
(١٤) في (ص) ، (م) ، (ن) : [عليها] .
(١٥) في (م) ، (ع) : [يصلي] .
(١٦) ساقط من (ن) ومكانه بياض .
(١٧) في (م) ، (ع) : [عليها] .
(١٨) في (ن) : [تلزمه بسجود] ، وفي (م) ، (ع) : [فلزمه] .

الطهارة يوجب بطلان صلاته لتحريمة نفسه . أو نقول : إنها تحريمة يلزم [١] المأمور أن يأتي بالأفعال بمقتضاها . ولأنا حكمنا ببطلان صلاة الإمام حال صلاة [٢] المؤتم فوجب أن تفسد [٣] صلاته ، أصله : إذا علم بفقد الطهارة أو كان الإمام كافرًا . أو لأنها [٤] صفة للإمام [٥] لو علمها المؤتم لم يصح اقتداؤه به [٦] ، فكذلك إذا لم يعلمها ، كالكفر والأنوثة [٧] .

٣١٢٢ - وهذه المسألة مبنية على أن صلاة المؤتم متعلقة بصلاة الإمام ، والدليل على ذلك قوله ﷺ : « إنما جعل الإمام ليؤتم به ، فإذا كبر فكبروا » [٨] ، والأمر بالائتمام يقتضي تعلق إحدى الصلاتين بالأخرى ، ولا يجوز أن يكون المراد [به] [٩] الاقتداء في الأفعال ؛ لأن هذا قد بينه بقوله : « فإذا ركع فاركعوا » [١٠] ، فلم يجز حمل اللفظ على التكرار .

٣١٢٣ - ولأن كل تحريمة يلزم المصلي سجود السهو بالسهو فيها ؛ فإن صلاته مبنية على صلاته ، لم يصح تحمله [١١] عنه ، كالمنفردين .

٣١٢٤ - ولأنه يوقع الأفعال بمقتضى تحريمته ، ولهذا يلزمه الإتمام [١٢] إذا كان مسافرًا ، فصارت كتحريمة نفسه .

٣١٢٥ - ولأن صلاته تبطل إذا علم بفقد طهارته ، ولو لم يتعلق بها لم يؤثر علمه ، كالمؤتمين .

٣١٢٦ - ولا يقال : لو كان كذلك لبطلت طهارته ببطلان طهارة الإمام ؛ لأنا لم نجعل وجود إحدى الطهارتين كوجود الأخرى ، وإنما جعلنا فقدها كفقدها .

٣١٢٧ - ولا يقال : لو كانت مبنية عليها لكان الإمام إذا سلم يخرج [١٣] المؤتم وإن كان مسبوقًا [١٤] .

---

(١) في (ن) : [تلزم] .
(٢) في (ن) : [في صلاة] .
(٣) في (م) : [يفسد] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ولأنها] .
(٥) في غير (ص) : [الإمام] .
(٦) في (ن) : [لم يصح الاقتداء] .
(٧) في (ن) : [والأنوثية] .
(٨) هذا جزء من حديث أنس بن مالك ﷺ الذي تقدم تخريجه في مسألة (١١٤) ، وفي المسألة (١٦٨) .
(٩) الزيادة من (ن) .
(١٠) تقدم تخريجه في المسألتين (١١٤ ، ١٦٨) .
(١١) في (م) : [يحمله] .
(١٢) في غير (ص) : [الائتمام] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [بخروج] .
(١٤) في (ن) : [مسنونًا] .

٣١٢٨ - قلنا : هذا يبطل على أصلكم بالأفعال الظاهرة [١] أنه [٢] لا يخرج من متابعته فيها بالسلام ، وإن كان متابعًا له فيها .

٣١٢٩ - ولا يقال : فهلا أفسدت صلاة الإمام بفساد صلاة المؤتم ؛ لأنها كصلاة واحدة ؛ لأن صلاة الإمام غير متعلقة بصلاة المؤتم ، فلذلك لم تفسد [٣] بفسادها ، [وإذا ثبت أن صلاته مبنية على صلاته ثبت أنها تفسد بفسادها] [٤] . أو نقول : كل تحريمة تعلقت الصلاة بها [٥] ففسادها يؤثر فيما تعلق بها ، كتحريمة نفسه .

٣١٣٠ - احتجوا : بحديث أنس قال : دخل على رسول الله ﷺ في صلاة فكبر وكبرنا معه ثم أشار إلى القوم : كما أنتم ، فلم نزل قيامًا [٦] حتى أتانا رسول الله ﷺ قد [٧] اغتسل ورأسه يقطر ماء [٨] . وفي حديث أبي هريرة : فصلى بهم [٩] ، قالوا : ولو لم تكن صلاتهم منعقدة لم يكلفهم استدامة القيام ؛ لأنه قال : « إذا أقيمت الصلاة فلا تقوموا [١٠] حتى تروني قد قمت » [١١] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الظاهرة] . (٢) في (ع) : [أن] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يفسد] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [بالصلاة] ، مكان : [الصلاة بها] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يزل قياما] ، وفي (ن) : [قائما] .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وقد] بالعطف .

(٨) حديث أنس أخرجه الدارقطني في باب صلاة الإمام وهو جنب أو محدث (٣٦٢/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب إمامة الجنب (٣٩٩/٢) ، والهيثمي في مجمع الزوائد باب في الإمام يذكر أنه محدث (٦٩/٢) .

(٩) هذا جزء من حديث أبي هريرة أخرجه مسلم في الصحيح في باب متى يقوم الناس للصلاة (٢٤٣/١ ، ٢٤٤) ، والدارقطني من طريق أسامة بن زيد في أول باب صلاة الإمام وهو جنب أو محدث (٣٦١/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب إمامة الجنب (٣٩٧/٢ ، ٣٩٨) ، وعزاه الهيثمي إلى الطبراني في الأوسط ، في مجمع الزوائد باب في الإمام يذكر أنه محدث (٦٩/٢) . (١٠) في (ن) : [فلا تقربوا] .

(١١) أخرجه البخاري في الصحيح . وفي رواية أخرى : « حتى تروني وعليكم السكينة » ، في كتاب الأذان (١١٨/١ ، ١٦٢) ، وأخرجه مسلم في الصحيح باب متى يقوم الناس للصلاة (٢٤٣/١) ، وأبو داود باب في الصلاة تقام ولم يأت الإمام ينتظرونه قعودًا (١٤٤/١) ، والترمذي باب ما جاء في الكلام بعد نزول الإمام من المنبر (٣٩٥/٢) ، والنسائي كتاب الإمامة باب قيام الناس إذا رأوا الإمام (٨١/٢) ، وأحمد في المسند (٣٠٤/٥ ، ٣٠٥ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ ، ٣١٠) ، والدارمي باب متى يقوم الناس إذا أقيمت الصلاة (٢٨٩/١) والبيهقي في الكبرى باب متى يقوم المأموم (٢٠/٢ ، ٢١) قال البيهقي : وأما الذي يرويه بعض المتفقهة في هذا الحديث : « حتى تروني قائما في الصف » فلم يبلغنا .

٣١٣١ - قالوا : ولأن القوم اعتقدوا انعقاد الصلاة وصحتها ، فلو كانت باطلة غير منعقدة لما أخر [١] البيان عند الحاجة .

٣١٣٢ - والجواب : أن هذه القصة رواها ابن سيرين ، وذكر أن النبي ﷺ أومأ إليهم أن اقعدوا [٢] . ومعلوم أنهم لو كانوا في الصلاة لم يأمرهم بالقعود .

٣١٣٣ - ولأن قوله : على رسلكم وامكثوا [٣] لا يدل على القيام ولا على القعود ، وإنما هو أمر بترك التفرق . فأما قوله : « لا تقوموا [٤] حتى تروني » فيفيد البقاء ، على أنا بينا أن ليس في الخبر ما يفيد البقاء على القيام .

٣١٣٤ - وقولهم : كان يجب أن يبين لهم بطلان التحريمة ليس بصحيح ؛ لأنه إذا أشار إليهم أن اقعدوا فقد بين [٥] [لهم] [٦] أنهم ليسوا في الصلاة ، ولو ثبت ما قالوه احتمل أن يكون في حال لم تكن [٧] صلاة المؤتم متعلقة بصلاة الإمام ، فلم تبطل [٨] ببطلانها ، فلذلك أمرهم بالقيام . وهذه الحال [٩] قد تستحب [١٠] عندنا ، فاحتاجوا إلى تاريخ .

٣١٣٥ - قالوا : روى جويبر [١١] عن الضحاك بن مزاحم عن البراء بن عازب عن النبي ﷺ قال : « أيما إمام سها فصلى بقوم وهو جنب ، فقد مضت [صلاتهم] [١٢] ، ثم ليغتسل هو ثم ليعد صلاته ، فإن كان بغير وضوء فمثل ذلك » [١٣] .

٣١٣٦ - والجواب : أن هذا ذكره الدارقطني عن بقية بن الوليد عن عيسى بن إبراهيم عن جويبر عن الضحاك . ورواه أيضا عن بقية عن عيسى بن عبد الله الأنصاري عن جويبر [١٤] ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [لما أخرنا] .
(٢) رواه البيهقي في الكبري باب إمامة الجنب (٣٩٨/٢) .
(٣) في (م) : [وامكنوا] .
(٤) في (ن) : [ولا يقوموا] .
(٥) في (ع) : [قعدتين] .
(٦) ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) : [لم يكن] .
(٨) في (م) : [فلم يبطل] .
(٩) في (م) ، (ع) : [الحالة] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يستحب] .
(١١) في (ع) : [جويير] وهو تصحيف . هو جويبر بن سعيد الأزدي الخراساني ، صاحب الضحاك . ضعيف جدًا . راجع : الكامل في ضعفاء الرجال (١٢١/٢) ، تقريب التهذيب (١٣٦/١) .
(١٢) الزيادة من سنن الدارقطني .
(١٣) الحديث أخرجه الدارقطني باب صلاة الإمام وهو جنب أو محدث (٣٦٤/١) الحديث (٨) .
(١٤) أخرجه الدارقطني باب صلاة الإمام وهو جنب أو محدث (٣٦٣/١) . سكت عنهما الدارقطني ، وفيهما عيسى بن عبد الله وجويبر ، وهما ضعيفان .

والضحاك [١] لم يلق البراء ، فهو مرسل . وكان شعبة لا يروي عن الضحاك شيئا ، وقد رواه استعظاما له .

٣١٣٧ - وأما جويبر بن سعيد ، فقال البستي عن يحيى بن سعيد : كنت أعرفه بحديثين [٢] . ثم أخرج هذه الأحاديث وضعفه جدًّا . قال : وهو يروي عن الضحاك أشياء مقلوبة ، وكان يحيى وعبد الرحمن لا يحدثان عنه ، وقال يحيى بن معين : هو ضعيف [٣] . وأما عيسى بن إبراهيم الهاشمي ، قال البستي [٤] : هو يروي المناكير ، لا يجوز الاحتجاج به إذا انفرد [٥] . وعيسى بن عبد اللّٰه الأنصاري ، قال البستي : يروي عن نافع ما [٦] لا يتابع عليه ، ولا يحتج بما انفرد به [٧] . وأما بقية بن الوليد الحمصي ، فذكر البستي عن أحمد أنه قال : توهمت أن [٨] بقية [٩] لا يحدث المناكير إلا عن المجاهيل ، فإذا هو يحدث المناكير عن المشاهير ، فعلمت [١٠] من أين أتي [١١] . ولو ثبت لم يكن فيه دلالة ؛ لأن قوله : صلى بهم وهو جنب ، يقتضي فعله الصلاة ، وقوله : وهو جنب ، يقتضي تعين [١٢] ، الجنابة ، وذلك لا يكون مع الصلاة ، فيحمل الخبر على من صلى ثم ظهر أنه جنب ، فيكون قوله : صلى ، على حقيقته ، وقوله : وهو جنب ، [على مجازه] [١٣] ، ومخالفنا : يحمل قوله : صلى ، على المجاز ، وقوله : وهو جنب ، على الحقيقة ، فتساوينا .

---

(١) هو الضحاك بن مزاحم الهلالي ، ضعفه يحيى بن سعيد ، وثقه ابن معين . انظر الكامل (٤/٩٥ ، ٩٦) ، الجرح والتعديل (٤/٤٥٨ ، ٤٥٩) المغني (١/٣١٢) ، رقم الترجمة (٢٩١٢) ، تقريب التهذيب (١/٣٧٣) .

(٢) في غير (ص) : [بحد مس] .

(٣) راجع نص البستي في كتاب المجروحين ، في ترجمة جويبر بن سعيد (١/٢١٧) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قال البستي عن يحيى] ، بزيادة : [عن يحيى] .

(٥) راجع (٢/١٢١) ، في ترجمة : عيسى بن إبراهيم الهاشمي .

(٦) في سائر النسخ : [من] ، والصواب ما أثبتناه من المجروحين .

(٧) راجع المجروحين في ترجمة عيسى بن عبد اللّٰه الأنصاري .

(٨) في سائر النسخ : [أنه] ، والتصويب من المجروحين .

(٩) في (ص) ، (ن) : [فقيه] .

(١٠) في سائر النسخ : [فعلمت أنه ، وحذفها موافق للمجروحين ، وأنسب بالسياق .

(١١) في (ص) : [أوتي] ، وفي (ن) [أبي] . راجع (١/٢٠٠) ، في ترجمة بقية بن الوليد الحمصي الكلاعي .

(١٢) في (م) ، (ع) : [بغير] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [على الحقيقة فتساوينا وعندنا مجازه] .

٣١٣٨ - وعندنا أن من صلى بقومه ، ثم ظن أنه جنب لم يلزمهم الإعادة ، واستحب له أن يعيد . وقد روى سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ صلى بالناس وهو جنب فأعاد وأعادوا (١) ، فيعارض (٢) هذا ما رووه .

٣١٣٩ - ولا يقال : رواه أبو جابر البياضي ، وهو متروك الحديث ، عن سعيد بن المسيب ، مرسل ؛ لأن المرسل والمتصل عندنا سواء ، وعندهم مراسيل سعيد بن المسيب مقبولة ، وأبو جابر البياضي وإن ضعف أقوى من جويير (٣) .

٣١٤٠ - قالوا : إعادة الصحابة لا تدل على الوجوب .

٣١٤١ - قلنا : الإعادة إذا تعلقت بسبب فالظاهر فيها الوجوب . ولأن الاستحباب لا يختص بسبب .

٣١٤٢ - قالوا : روي عن عمر وعثمان وعلي وابن عمر ﷺ (٤) قولًا وفعلًا (٥) ، ولا مخالف لهم .

٣١٤٣ - قلنا : روى عاصم بن ضمرة (٦) عن على أنه صلى بالقوم (٧) وهو جنب فأعاد وأمرهم (٨) بالإعادة (٩) .

٣١٤٤ - ولا يقال : رواه أبو خالد الواسطي ، وهو عمرو القرشي ، قال أحمد : هو

---

(١) حديث سعيد بن المسيب في مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب الصلاة باب الرجل يصلي بالقوم وهو على غير وضوء (٤٩٥/١) ، والدارقطني باب صلاة الإمام وهو جنب أو محدث (٣٦٤/١) ، والبيهقي في الكبرى باب إمامة الجنب (٤٠٠/٢) ، وعبد الرزاق في مصنفه بالمعنى (٣٥٠/٢) .

(٢) في (ن) : [فعارض] .

(٣) في (م) : [من خبر] .

(٤) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٥) راجع حديث عمر وابن عمر في سنن الدارقطني باب صلاة الإمام جنب أو محدث (٣٦٤/١ ، ٣٦٥) ، الآثار (١١ ، ١٢ ، ١٤) ، وفي البيهقي حديث عثمان (٤٠٠/١) ، وفي مصنف عبد الرزاق حديث عمر باب الرجل يصلي وهو جنب : الآثار (٣٦٤٨ ، ٣٦٤٩ ، ٣٦٥٠) ، وفي مصنف ابن أبي شيبة حديث ابن عمر (٤٩٥/١) الأثر (٣٦٥٠) ، وحديث علي في باب (٢٦١) الأثر (٤٩٦) .

(٦) في (ن) : [ضمر] ، وفي (ع) : [سمره] .

(٧) في سائر النسخ : [بالكوفة] بدل [بالقوم] ، الصواب ما أثبتناه من السنن الكبرى وغيرها ، وفي رواية عبد الرزاق : [بالناس] .

(٨) في (ن) : [فأعاده أمرهم] .

(٩) الحديث رواه البيهقي باب إمامة الجنب (٤٠١/١) ، وعبد الرزاق باب الرجل يصلي وهو جنب (٣٥٠/٢) رقم الحديث (٣٦٦١) .

كاذب ؛ لأن أبا خالد قد بينا أنه ثقة [١] ، وهو صاحب زيد بن علي ، وإنما طعنوا عليه من حيث [٢] المذهب .

٣١٤٥ - ثم ما روي عن عمر [٣] يحتمل أن يكون لم يتيقن الجنابة ، كما روي عن عثمان أنه صلى ثم أصبح فرأى في ثوبه أثر احتلام ، فأعاد ولم يأمرهم بالإعادة [٤] . ومتى لم يتيقن لم يجز أمرهم بالإعادة .

٣١٤٦ - قالوا : لأنه غير منسوب إلى التفريط بالائتمام ، فوجب أن لا تبطل صلاته ببطلان صلاة الإمام ، أصله : إذا كان المأموم [٥] مسبوقًا فجلس للتشهد وأحدث أو تكلم .

٣١٤٧ - قلنا : يبطل بمن اقتدى بكافر أو امرأة في زي غلام ، فإنه لا يكون منسوبا إلى التفريط ، ومع ذلك تبطل الصلاة [ببطلان] [٦] صلاة [الإمام] [٧] .

٣١٤٨ - فإن قالوا : إذا صلى خلف الكافر لم تبطل ببطلان صلاة الإمام ؛ لأنها لم تنعقد ، وكذلك نقول فيمن صلى [خلف] [٨] الجنب ، قلنا : نقول بموجب العلة ؛ لأنها تبطل ببطلان صلاة الإمام ، وإنما تبطل لأنهم اقتدوا بمن لا يصح الاقتداء به ؛ ألا ترى أنهم إذا اقتدوا بامرأة لم تصح صلاتهم وإن صحت صلاتها .

٣١٤٩ - ولأن المسبوق إذا أحدث يبطل الجزء الذي صادفه الحدث من صلاته ، فبطل ما لاقاه من صلاة المؤتم ، فتساويا في البطلان ، وإنما بطل ما مضى من صلاة الإمام لبقاء فروض لا يمكنه أن يبنيها على ما مضى ، ولم يبق على المؤتم فرض ، فلم يؤثر فيما مضى من صلاته .

٣١٥٠ - قالوا : عبادة يبطلها الحدث .

---

(١) وقال ابن صاعد : وعمرو بن خالد يكتب حديثه . راجع ترجمته وكلام الحفاظ عليه في : الكامل (١٢٥/٥) ، الجرح والتعديل (٢٣٠/٦) ، ميزان الاعتدال (٢٥٧/٣) ترجمة (٦٣٥٩) ، تقريب التهذيب (٦٩/٢) ترجمة (٥٧٢) .

(٢) في (ع) : [من حديث] .

(٣) في (م) ، (ع) : [عمرو] .

(٤) أخرجه الدارقطني في باب صلاة الإمام وهو جنب أو محدث (٣٤٦/١) ، والبيهقي في باب إمامة الجنب (٤٠١/١) .

(٥) في سائر النسخ : [الإمام] ، ولا يصح إلا بما أثبتناه .

(٦) ساقط من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٧) ساقط من (ع) .

(٨) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

٣١٥١ - وإنما يبطلها عدم الطهارة . ثم نقول بموجب العلة على ما قدمنا . ولأن الطهارة لا تبطل في المأموم وإن علم أن إمامه على غير طهارة ، وكذلك إذا لم يعلم ، وفي الصلاة يبطل إذا علم ببطلان صلاته ، وكذلك إذا / لم يعلم .

٣١٥٢ - قالوا : أحد المشتركين في الصلاة فلا تبطل [1] صلاته ببطلان صلاة الآخر ، كالإمام .

٣١٥٣ - قلنا [2] : نقول بموجبها ، فلا نسلم أن الإمام لا تبطل صلاته ببطلان صلاة المؤتم ؛ لأن في الجمعة إذا نقص [3] العدد بطلت صلاة الإمام . ولأن الإمام ليس بتابع للمؤتم فلا تبطل صلاته ببطلان صلاته ، والمؤتم تابع لإمامه فجاز أن تبطل صلاته بمعنى يعود إليه ، كما [4] لو علم أنه على غير طهارة .

٣١٥٤ - قالوا : المأموم يستفيد بالجماعة الفضيلة فوجب أن تبطل [5] ببطلان صلاة الإمام ما استفاد بالشركة ، وهو الفضيلة .

٣١٥٥ - قلنا : يبطل بحال العلم . ولأنه لا يمتنع أن يستفيد بالمشاركة الفضيلة ، وإذا بطلت المشاركة زالت الفضيلة ومعنى الإجزاء [6] ؛ ألا ترى أن المرتدة والشيخ الكبير لا يستفيدان [7] بالإسلام حقن الدم : في الشيخ الكبير على المذهبين ، وفي المرتدة [8] على أصلهم ، وكذلك [9] الحَجَّة النافلة إذا دخل فيها استفاد المضي عليها ، فإذا أفسدها لزمه المضي فيها ، وهذا زيادة على ما استفاده بالدخول .

٣١٥٦ - قالوا : من [10] صلى الظهر يوم الجمعة بقوم ثم صلى الجمعة ، بطلت صلاته ولم تبطل صلاتهم ؛ لأن المؤتم غير منسوب [إلى التفريط] [11] في الائتمام .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلا يبطل] .
(٢) في (ن) : [فأما] .
(٣) في (ص) ، (م) : [انقصى] .
(٤) في (م) ، (ع) : [كما أن] .
(٥) في (م) : [يبطل] .
(٦) في (ع) : [الآخر] ، وفي (ن) : [الأخرى] ، وفي (م) : [الاخراء] .
(٧) في (م) : [لا يستعبدان] .
(٨) في (ن) : [المريدة] .
(٩) في (ن) : [ولذلك] .
(١٠) في (ن) : [مره] .
(١١) ساقط من (م) ، (ع) .

٣١٥٧ - قلنا : بطلان صلاة الإمام بعد الفراغ من الصلاة لا يوجب [١] بطلان صلاة المؤتم ، كما لو ارتد . ولأن بطلان صلاة المؤتم إنما هو لأنه بنى صلاته [٢] على صلاة باطلة ، وهذا المعنى لا يوجد إذا بطلت بعد الفراغ .

* * *

(١) في (ن) : [لا توجب] .

(٢) في (ن) : [على صلاته] .

مسألة ١٧٤

بول الصبي والصبية نجس لا يطهر إلا بالغسل

٣١٥٨ - قال أصحابنا : بول الصبي والصبية نجس ، لا يطهر إلا بالغسل (١) .

٣١٥٩ - وقال الشافعي : بول الصبي - ما لم يطعم - يقتصر (٢) فيه على الرش حتى يغمره ، ويطهره وإن لم ينفصل عنه (٣) .

٣١٦٠ - لنا قوله ﷺ : « إنما يغسل الثوب من المني والدم والبول » (٤) . ولأنها نجاسة لا تطهر بالرش ، كسائر النجاسات . ولأنه حيوان يجب غسل بول الأنثى منه (٥) فوجب غسل بول الذكر ، كسائر الحيوانات . ولأن كل حيوان وجب غسل بوله (٦) إذا طعم وجب وإن لم يطعم ، كالأنثى . ولأن الرش يزيد في النجاسة ويتسع في الثوب ، فلا معنى له ، ولأنه بول نجس ، كسائر الأبوال .

٣١٦١ - ولا يقال : لا يمتنع أن تتفق (٧) الأبوال في النجاسة وتختلف (٨) في الإزالة ، كالمني - على أصلكم - وغيره من النجاسات ، وكذلك النجاسة في (٩) الخف والثوب [متساويان في النجاسة ومختلفان] (١٠) في الإزالة ؛ وذلك لأن الاختلاف إنما

---

(١) راجع : مختصر الطحاوي (ص٣١) ، معاني الآثار باب حكم بول الغلام والجارية قبل أن يأكلا الطعام (٩٢/١ - ٩٤) ، بدائع الصنائع فصل في شرائط التطهير (٨٨/١) ، الاختيار باب الأنجاس وتطهيرها (٣٢/١) .

(٢) في (ن) : [يقتضي] .

(٣) راجع : مختصر المزني (ص١٨) ، الوسيط الباب الثاني الفصل الرابع (٣٣٦/١ - ٣٣٨) حلية العلماء باب إزالة النجاسة (٢٤٨/١ ، ١٤٩) ، فتح العزيز كتاب الطهارة الفصل الرابع في إزالة النجاسة في هامش المجموع (٢٥٣/١ - ٢٥٨) ، المجموع مع المهذب كتاب الطهارة باب إزالة النجاسة (٥٨٩/٢ ، ٥٩٠) . وانظر : المدونة في غسل بول الغلام والجارية (٢٧/١) ، الاستذكار باب ما جاء في بول الصبي (٦٧/٢ ، ٦٨) ، المغني (٩٠/٢ ، ٩١) .

(٤) الحديث رواه الدارقطني في باب نجاسة البول والأمر بالتنزه منه والحكم في بول ما يؤكل لحمه (١٢٧/١) ، وابن عدي في الكامل في ترجمة ثابت بن حماد (٩٨/٢) .

(٥) في (ن) : [نجس] .

(٦) في (ن) : [غسله] .

(٧) في (م) ، (ع) : [أن يتفق] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ويختلف] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [على] .

(١٠) في (ص) ، (ن) : [يتساويان في النجاسة ويختلفان] .

يعود إلى مكان إزالة إحدى النجاستين بالمسح دون الأخرى ، والرش لا يزيل النجاسة ولا يخففها .

٣١٦٢ – احتجوا : بما روي (١) عن علي بن أبي طالب [ﷺ] (٢) أن النبي ﷺ قال : يغسل من بول الجارية وينضح من بول الغلام (٣) . وفي حديث لبابة (٤) بنت الحارث أن الحسين [بن علي] (٥) بال على النبي ﷺ فقلت : أعطني ثوبك أغسله ، فقال : « إنما يغسل من [بول] (٦) الأنثى وينضح من بول الذكر » (٧) .

٣١٦٣ – وعن أم قيس بنت محصن أنها أتت بابن لها لم يأكل الطعام إلى رسول الله ﷺ ، فأجلسه في حجره ، فبال على ثوبه ، فدعا بماء ، فنضحه ولم يغسله (٨) . وعن عائشة [رضي الله عنها] (٩) أنها قالت : أتي النبي ﷺ بصبي يحنكه ويدعو له ، فبال عليه ، فدعا بماء ، فنضحه عليه (١٠) .

---

(١) في (ن) : [بما روي ما روي] . (٢) زيادة من (م) ، (ع) .
(٣) الحديث رواه أحمد في المسند (٧٦/١) ، وأبو داود في باب بول الصبي يصيب الثوب (١٠٣/١) ، وابن ماجه في الطهارة باب ما جاء في بول الصبي الذي لم يطعم (١٧٤/١ ، ١٧٥) والطحاوي في معاني الآثار في الطهارة باب حكم بول الغلام والجارية قبل أن يأكلا الطعام (٩٢/١) ، والحاكم في الطهارة (١٦٥/١ ، ١٦٦) ، والدارقطني في باب الحكم في بول الصبي والصبية ما لم يأكلا الطعام (١٢٩/١) الحديث (٢ ، ٣) والبيهقي في الكبرى في الصلاة (٤١٥/٢) .
(٤) لبابة بنت الحارث هي : أم الفضل امرأة العباس بن عبد المطلب ، انظر في ترجمتها : تهذيب الكمال (٢٩٧/٣٥) ، إسعاف المبطأ (٣٥/١) ، الاستيعاب (١٩٠٧/٤) ، الإصابة (٩٧/٨) .
(٥) زيادة من (ن) . (٦) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٧) الحديث رواه أحمد في المسند (٣٣٩/٦ ، ٣٤٠) ، وأبو داود في باب بول الصبي يصيب الثوب (١٠٢/١ ، ١٠٣) ، وابن ماجه في الطهارة باب ما جاء في بول الصبي الذي لم يطعم (١٧٤/١) ، رقم الحديث (٥٢٢) ، والحاكم في المستدرك في الصلاة (١٦٦/١) ، والطحاوي في معاني الآثار في الطهارة باب حكم بول الغلام والجارية قبل أن يأكلا الطعام (١٤٥/١) ، وابن أبي شيبة في باب بول الصبي الصغير يصيب الثوب (١٤٥/١) .
(٨) أخرجه البخاري في الوضوء في باب بول الصبيان (٥٢/١) ، ومسلم في الطهارة باب حكم بول الطفل الرضيع وكيفية غسله (١٣٤/١) ، وأبو داود في باب بول الصبي يصيب الثوب (١٠٢/١) ، والترمذي (١٠٤/١ ، ١٠٥) ، والبيهقي في باب الرش على بول الصبي الذي لم يأكل الطعام (٤١٤/٢) ، وابن أبي شيبة في باب بول الصبي الصغير يصيب الثوب (١٤٤/١) .
(٩) زيادة من (ع) .
(١٠) حديث عائشة أخرجه الطحاوي في معاني الآثار في الطهارة باب حكم بول الغلام والجارية قبل أن يأكلا الطعام (١٤٥/١) ، وزاد : [ولم يغسله] .

٣١٦٤ - والجواب : أن النضح عبارة عن صب الماء ؛ بدلالة قوله ﷺ : « إني لأعرف مدينة ينضح [1] البحر بحافتها » [2] ، ومعلوم أنه لم يرد الرش ، وإنما أراد جريان الماء . وقد روت عائشة [رضي الله عنها] [3] أن النبي ﷺ أتي بصبي فبال عليه [فأتبعه الماء] [4] ولم يغسله [5] . وفي حديث أم الفضل قالت في الحسين [6] : قلت : يا رسول الله ، أعطنيه لأكفله أو أرضعه بلبني ، ففعل فأتيته به ، فوضعه على حجره ، فبال عليه وأصاب إزاره ، فقلت [له] [7] : يا رسول الله ، أعطني إزارك أغسله ، فقال : « إنما يُصبّ على بول الغلام ويغسل بول الجارية » [8] . فعلم بهذه الأخبار أن المراد بالنضح الصب ، وذلك يجزئ عندنا .

٣١٦٥ - وقوله : ولم يغسله ، صحيح ؛ لأن الصب متى حصل على النجاسة فزالت لم يحتج إلى الغسل الذي هو عصر [الثوب] [9] . وفرق بين الجارية والغلام إما أن يكون قاله في حالين فجمع الراوي بينهما وظن أنه فرق بينهما ؛ لأن بول الصبي لا يتسع في الثوب وبول الجارية يتسع فيه ، فاكتفى في أحدهما بالصب ، وفي الآخر بالصب والغسل .

٣١٦٦ - قالوا : الغلام يقع بلوغه بمعنى ظاهر [10] ، والجارية يقع بلوغها بشيء نجس ، فلذلك افترقا .

---

(١) في (ن) : [تنضح] .

(٢) في (ن) : [بما فيها] . الحديث أخرجه الطحاوي في معاني الآثار باب حكم المني هل هو طاهر أم نجس (٥٣/١) وفي باب حكم بول الغلام والجارية قبل أن يأكلا الطعام (٩٢/١) .

(٣) زيادة من (ع) . (٤) في (م) ، (ع) : [فنضحه] .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح بمعناه في كتاب الوضوء في باب بول الصبيان (٥٢/١) إلا أنه لم يذكر : [ولم يغسله] ، ومسلم في الصحيح بألفاظ متقاربة كتاب الطهارة باب حكم بول الطفل الرضيع وكيفية غسله (١٣٤/١) ، والطحاوي في معاني الآثار باب حكم بول الغلام قبل أن يأكل الطعام (٩٣/١) ، وأحمد في المسند (٥٢/٦) ، وابن ماجه في الطهارة باب ما جاء في بول الصبي الذي لم يطعم (١٧٤/١) رقم الحديث (٥٢٣) .

(٦) في (ن) : [وفي الحسين] ، وفي معاني الآثار : [لما ولد الحسين] .

(٧) زيادة من (م) ، (ن) ، ومعاني الآثار .

(٨) رواه الطحاوي بلفظه في معاني الآثار باب حكم بول الغلام قبل أن يأكل الطعام (٩٤/١) ، وأحمد بالمعنى في المسند (٣٤٠/٦) . (٩) ساقط من (ع) .

(١٠) في غير (ص) : [طاهر] .

٣١٦٧ - قلنا : لا فرق بينهما عندنا ؛ لأن كل واحد منهما يقع بلوغه بما هو نجس ، ولو سلمنا ما قالوه لم يصح الفرق ؛ لأن هذا المعنى لما لم يمنع من تساوي بولهما بعدما طعما كذلك قبله (١) .

* * *

(١) ورد في (م) ، (ع) بعد قولهما : [قبله] : [والله تعالى أعلم] .

مسألة ١٧٥

قليل النجاسة معفو عنه

٣١٦٨ - قال أصحابنا : قليل النجاسة معفو عنه [١] .

٣١٦٩ - وقال الشافعي : لا يعفى إلا عن دم البراغيث ، وأثر الاستنجاء . وله في سائر الدماء قولان : أحدهما - ذكره المزني - : أن قليل كل دم معفو عنه ، وذكر المروزي أن ذلك يختص بدم البراغيث ، وما سواه غير معفو عنه [٢] .

٣١٧٠ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ خلع نعله في الصلاة فلما سلم قال : « أخبرني جبريل أن عليهما أذى » [٣] ، وروي : « سرجين » [٤] ، وروي : « دم حَلَمة » [٥] ، ولم يستأنف الصلاة . فلولا أن قليل النجاسة معفو عنه لاستأنف [٦] . وروي أن النبي ﷺ قال :

(١) راجع المسألة في : الأصل باب الوضوء والغسل من الجنابة (٣٧/١) ، مختصر الطحاوي باب الصلاة بالنجاسة ص٣١ ، تحفة الفقهاء باب النجاسات (٦٤/١) ، بدائع الصنائع فصل في بيان المقدار الذي يصير المحل نجسًا (٧٩/١ ، ٨٠) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية باب الأنجاس وتطهيرها (٢٠٢/١ ، ٢٠٣) ، البناية باب الأنجاس وتطهيرها (٧٣٣/١ - ٧٣٨) .

(٢) راجع المسألة في : مختصر المزني باب الصلاة بالنجاسة (ص١٨) ، حلية العلماء باب طهارة البدن وما يصلي فيه وعليه (٤٢/٢ - ٤٤) ، فتح العزيز الفصل الربع في إزالة النجاسة في هامش المجموع (٢٤٢/١) ، المجموع باب إزالة النجاسة (٥٥٧/٢) . وانظر : المدونة في الدم وغيره يكون في الثوب يصلي به الرجل (٢٢/١ ، ٢٣) ، المنتقى باب تمييز النجاسة (٤٣/١ ، ٤٤) ، الكافي لابن عبد البر باب النجاسات (١٦١/١) ، الاستذكار باب جامع الحيض (٣٧/٢ - ٤٣) ، بداية المجتهد الباب الثاني في معرفة النجاسات (٨٣/١) ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (٤٣/١) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب الخامس في النجاسات ، الفصل الأول (ص٣٥ ، ٣٦) ، الكافي لابن قدامة باب أحكام النجاسات (٩٢/١ ، ٩٣) ، المغني باب ما تكون به الطهارة من الماء (٣٠/١ ، ٣١) .

(٣) هذا جزء من حديث أبي سعيد الخدري ، أخرجه أبو داود بلفظ : « إن فيهما قذرًا » أو قال « أذى » في باب الصلاة في النعل (١٦٩/١) ، والدارمي في باب الصلاة في النعلين (٣٢٠/١) ، وأحمد في المسند (٢٠/٣ ، ٩٢) .

(٤) في (ن) : [سرقين] . السرجين والسرقين : بمعنى واحد وهو الزبل ، وقال الأصمعي : روث . أصلها : سركين ، فعربت إلى الجيم والقاف . راجع المصباح المنير (سرج) (٢٥٧/١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [دم حله] . الحلمة ، واحدة الحلَم : القراد الضخم ، وقيل : الصغيرة منها . والقراد : دودة تتعلق بالبعير ونحوه ، كالقمل للإنسان . والحديث أخرجه أحمد في المسند (٢٠/٣) ، والبيهقي في الكبرى باب من صلى وفي ثوبه أو نعله أذى أو خبث (٤٠٢/٢ ، ٤٠٣) .

(٦) في (ن) : [لا تستأنف] ، وفي (م) ، (ع) : [لا يستأنف] .

« من صلى وفي ثوبه أكثر من مقدار الدرهم من الدم أعاد الصلاة » (١) ، فعلق الإعادة بما زاد على مقدار الدرهم (٢) ، فلو كان الجميع سواء لم يكن للتخصيص معنى . ولأنها نجاسة لم تزد على مقدار الدرهم ، كموضع (٣) الاستنجاء . ولأنه دم فوجب أن يعفى عن قليله ، كدم البراغيث . ولأن الصلاة تجوز (٤) مع النجاسة في حال العذر من غير أن ينتقل فرضها إلى البدل ، فصار (٥) يسيرها معفوا عنه حال عدم العذر (٦) ، كالمشى في الصلاة .

٣١٧١ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ ﴾ (٧) .

٣١٧٢ - والجواب (٨) : أنه قيل في التفسير : قلبك ، الدليل عليه : ﴿ وَالرُّجْزَ فَاهْجُرْ ﴾ (٩) . يعني : الأوثان ، ولا يقال : طهر ثوبك ولا تعبد الوثن ، ويقال : طهر قلبك ولا تعبد (١٠) الوثن (١١) .

٣١٧٣ - و (١٢) احتجوا : بقوله ﷺ : « حتيه (١٣) ثم اقرصيه (١٤) ثم اغسليه بالماء » (١٥) ، ولم يفصل .

---

(١) أخرجه الدارقطني من طريق روح بن غطيف في السنن باب قدر النجاسة التي تبطل الصلاة (٤٠١/١) ، والبيهقي في الكبرى باب من صلى وفي ثوبه أو نعله أذى أو خبث (٤٠٤/٢ ، ٤٠٥) .

(٢) في (ن) : [قدر الدرهم] .

(٣) في (ن) : [بموضع] .

(٤) في (م) : [يجوز] .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فكان] .

(٦) في (ن) ، (ع) ، وهامش (ص) : [الغير] .

(٧) سورة المدثر : الآية ٤ .

(٨) في (ن) : [الجواب] بدون العطف .

(٩) سورة المدثر : الآية ٥ .

(١٠) في (ن) : [ولا تفيد] .

(١١) قال القرطبي : قوله تعالى : ﴿ وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ ﴾ فيه ثمانية أقوال ، أحدها : أن المراد بالثياب العمل . الثاني : القلب . الثالث : النفس . الرابع : الجسم . الخامس : الأهل . السادس : الخلق . السابع : الدين . الثامن : الثياب الملبوسات على الظاهر . كما اختلف أقوال العلماء في تفسير هذه الآية ﴿ وَالرُّجْزَ فَاهْجُرْ ﴾ : قال مجاهد : الرجز يعني : الأوثان ، وعن ابن عباس أيضا : المأثم ، وعن إبراهيم النخعي : الإثم ، وقال قتاده : الرجز . راجع : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٦٢/١٩ - ٦٧) ، تنوير المقباس سورة المدثر الآية (٤،٥) (ص٤٩١) .

(١٢) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٣) في (ن) : [حته] .

(١٤) في (م) ، (ن) : [ثم اقرضيه] بالضاد المعجمة .

(١٥) أخرجه البخاري في الصحيح باب غسل دم الحيض (٦٥/١) ، ومسلم في الصحيح في باب نجاسة الدم وكيفية غسله (١٣٦/١) ، وابن خزيمة في صحيحه في باب حت دم الحيضة من الثوب وقرصه بالماء ورش الثوب بعد (١٣٩/١ ، ١٤٠) الحديث (٢٧٥) ، وأبو داود في باب المرأة تغسل ثوبها الذي تلبسه في حيضتها (١٠٠/١) ، والترمذي في باب ما جاء في غسل دم الحيض (٢٥٥/١) الحديث (١٣٨) ، والنسائي في كتاب الحيض والاستحاضة باب دم الحيض يصيب الثوب (١٩٥/١) .

٣١٧٤ - قلنا : الغالب أن دم الحيض إذا أصاب الثوب زاد على قدر الدرهم ، فخرج كلامه على الأغلب . ولأن الخبر أريد به الغسل المستحب ؛ بدلالة قوله : « حتيه [١] ثم اقرصيه » ، فالمستحب عندنا غسل القليل والكثير .

٣١٧٥ - احتجوا : بقوله عليه السلام : « استنزهوا [من] [٢] البول » [٣] .

٣١٧٦ - قلنا : هذا وجوب تنزهها في الجملة ، وكذلك نقول ، والكلام في تفصيل ما يجوز الصلاة معه ، وما لا يجوز موقوف [٤] على دليل آخر .

٣١٧٧ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إنما يغسل الثوب من المني والدم والبول » [٥] .

٣١٧٨ - قلنا : المراد به الكثير ؛ بدلالة أنه ذكر الدم ، وقد وافقونا [٦] في قليل الدم أنه معفو عنه .

٣١٧٩ - قالوا : نجاسة مقدور على إزالتها من غير مشقة ، فأشبه ما زاد على قدر الدرهم .

٣١٨٠ - قلنا : باطل بموضع الاستنجاء ، أنه لا يشق إزالته ؛ ألا ترى أن الإنسان يزيله في غالب أحواله .

٣١٨١ - فإن قالوا : إن ذلك يشق .

٣١٨٢ - قلنا : يسير النجاسة يشق إزالتها أيضا ؛ لأن الإنسان لا يمكنه التحفظ من يسير النجاسة ، فلو كلفناه تكرار غسل [٧] الثوب لشق عليه . ثم المعنى فيه أنه لا يعفى عنه في موضع الاستنجاء فلم يعف في غيره ، قلنا : القليل معفو عنه في موضع الاستنجاء ، كذلك في غيره .

* * *

---

(١) في (ن) : [حثه] .
(٢) زيادة من الدارقطني .
(٣) هذا الحديث أخرجه الدارقطني من طريق ابن سيرين ، ورواه من حديث ابن عباس مرفوعا بلفظ : « عامة عذاب القبر من البول فتنزهوا من البول » في باب نجاسة البول والأمر بالتنزه منه والحكم في بول ما يؤكل لحمه (١٢٧/١ ، ١٢٨) .
(٤) في (م) ، (ع) : [مرفوق] .
(٥) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٣٨) .
(٦) في (ن) : [فقد وافقونا] .
(٧) في (ن) : [غسل تكرار] بالتقديم والتأخير .

مسألة ١٧٦

إذا أصاب الخف أو النعل نجاسة لها جرم فدلكه بالأرض جازت الصلاة فيه

٣١٨٣ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا أصاب الخف أو النعل نجاسة لها جرم (١) ، فدلكها بالأرض ، جازت الصلاة فيه .

٣١٨٤ - وقال محمد : لا يجوز إلا الغسل (٢) ، وهو (٣) أحد قولي (٤) الشافعي (٥) .

٣١٨٥ - لنا : ما رواه سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبي هريرة [ﷺ] (٦) أن النبي ﷺ قال : « إذا أصاب نعل أحدكم أو خفه أذى فليمسحه بالأرض ، ثم ليُصل (٧) فيه ، فإن ذلك له طهور » (٨) .

٣١٨٦ - ولا يجوز أن يحمل الأذى على الطين ؛ لأنه عامٌّ . ولأن إزالة الطين لا تسمى (٩) طهورًا ؛ لأنه طاهر في نفسه .

---

(١) في (ن) : [جرم بخفيه] ، وفي (م) ، (ع) : [جرم فجف] .
(٢) راجع : الأصل باب الوضوء من الجنابة (٦٢/١) ، المبسوط باب الوضوء والغسل (٨٢/١) تحفة الفقهاء باب النجاسات (٧٠/١) ، بدائع الصنائع فصل في بيان ما يقع به التطهير (٨٤/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية ، باب الأنجاس (١٩٥/١ ، ١٩٦) ، البناية باب الأنجاس (٧١٤/١ - ٧١٨) .
(٣) في (ص) ، (ن) : [وهذا] .
(٤) وفي (م) ، (ع) : [قول] .
(٥) قال الشافعي وأصحابه في الجديد عنه : إذا دلكه لا يجوز حتى يغسله ، وفي القديم : يجوز عفوا . راجع : حلية العلماء في آخر باب إزالة النجاسة (٢٥٤/١) ، المجموع مع المهذب (٥٩٨/٢ ، ٥٩٩) . وانظر : المدونة ما جاء في الصلاة والوضوء والوطء على روث الدواب (٢٠/١ ، ٢١) ، المنتقى باب اختلاف النجاسة باختلاف محلها (٤٥/١) ، الكافي لابن عبد البر باب النجاسات وغسلها (١٦٢/١) ، الكافي لابن قدامة (٩٠/١) ، المغني باب الصلاة بالنجاسة (٨٣/٢ ، ٨٤) .
(٦) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٧) في (م) : [ثم يصل] ، وفي (ع) : [ثم يصلي] .
(٨) هذا الحديث أخرجه الطحاوي من هذا الوجه بلفظ : « إذا وطئ أحدكم الأذى بخفه أو بنعله فطهورهما التراب » في المعاني باب حكم المني هل هو طاهر أم نجس (٥١/١) ، وأبو داود في السنن باب الأذى يصيب النعل (١٠٥/١) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الطهارة في : إذا وطئ أحدكم بنعليه في الأذى فإن التراب لهما طهور (١٦٦/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب طهارة الخف والنعل (٤٣٠/٢) .
(٩) في (م) : [لا يسمى] .

٣١٨٧ - وفي حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ أتى المسجد ، فأراد أن يدخل ، فأخبره جبريل عليه السلام أن على نعله دم حَلَمة [(١)] . وروت عائشة : فمسحه بالأرض ودخل وصلى . ولأنها إحدى الطهارتين ، فإذا وقعت في الخف جاز أن يكتفي فيه بالمسح ، كطهارة الحدث . ولأنها طهارة تتعلق بالرجل حال ظهورها ، فجاز / أن ينتقل [إلى المسح] [(٢)] حال تغطيتها بالخف ، كطهارة الحدث . ٣٨/أ

٣١٨٨ - ولأن طهارة [(٣)] الإزالة تتعلق [(٤)] بالبدن : تارة غسلًا وتارة مسحًا ، فجاز أن تتعلق [(٥)] بالخف مسحًا ، كطهارة الحدث .

٣١٨٩ - ولأنها عين لها جرم ، فإذا جفت على الخف وحكت جازت الصلاة فيه ، كالمني .

٣١٩٠ - احتجوا : بأنه محل أصابه نجاسة ، فوجب أن لا يطهر بالمسح ، كالثوب .

٣١٩١ - والجواب : أن من أصحابنا من قال : لا يطهر الخف ، وإنما تخف [(٦)] النجاسة ، فعلى هذا نقول [(٧)] بموجب العلة .

٣١٩٢ - ولأن الخف صقيل غير متخلل [(٨)] ، فإذا وقعت النجاسة عليه وكشف ما لاقى الأرض اجتذب [(٩)] الرطوبة التي على وجه الخف ، فإذا دلكت لم يبق إلا أجزاء [(١٠)] [يسيرة من النجاسة ، وذلك معفو عنه ، وليس كذلك الثوب ؛ لأنه متخلل [(١١)] الأجزاء] [(١٢)] ، فإذا حصلت النجاسة لم تزل [(١٣)] بالمسح ، وصار كالخف الذي لم يمسح .

---

(١) تقدم تخريجه بلفظ آخر في المسألة السابقة (١٧٥) ، والحلمة : نوع من الحشرات تصيب الدواب .

(٢) في (ع) : [بالمسح] .
(٣) في (م) : [ولا طهارة] .

(٤) في (م) : [يتعلق] .
(٥) في (م) : [يتعلق] .

(٦) في (م) : [يخف] .
(٧) في (ن) : [القول] .

(٨) في (ن) : [ثقيل غير متحلل] . شيء صقيل أي أملس كالسيف ونحوه . قال الفيومي : وشيء صقيل : أملس مصمت ، لا يحلل الماء أجزائه ، كالحديد والنحاس . راجع معجم مقاييس اللغة (٢٩٦/٣) باب الصاد والقاف وما يثلثهما ، والمصباح المنير (٣٢٥/١) مادة صقل .

(٩) في (م) ، (ع) : [أخذت] .
(١٠) في (ص) : [الاجزاء] .

(١١) في (ن) : [متحلحل] .

(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٣) في (م) ، (ع) : [لم يزل] .

٣١٩٣ - ولا يقال : إن الرطوبة التي في السرجين لو أصابت الخف لم يجز فيها إلا الغسل ، فكذلك إذا انضم إليه غيره [(١)] أولى أن لا يجزئ إلا الغسل .

٣١٩٤ - وربما قالوا : كلما كان رطبًا لم يجز فيه إلا الغسل ، كذلك إذا كان يابسًا كما لا جرم له .

٣١٩٥ - والجواب : أن ما لا جرم له إذا التصق بالخف بقي بحاله ، فإذا مسح لم يزل ، وما له جرم يجتذب الرطوبة ، فيخف [(٢)] خروجه من الخف ، فصار وزانه ما لا جرم [(٣)] له أن يصيب [(٤)] الخف البول فيلتصق [(٥)] عليه طين ثم يجف فيمسحه ، فيطهر عندنا .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [إلى غيره] .
(٢) في (ن) : [فخف] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [مما لا جرم] .
(٤) في (م) ، (ع) : [أن يضيف] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فيلصق] .

مسألة ١٧٧

دم السمك طاهر

٣١٩٦ - قال أبو حنيفة ومحمد : دم السمك طاهر .

٣١٩٧ - وقال أبو يوسف : نجس [١] ، وبه قال الشافعي [٢] .

٣١٩٨ - لنا : أن السمك أبيح أكله [بدمه] [٣] فحل [٤] دمه محل سائر أجزائه .

٣١٩٩ - ولأن ما [٥] أبيح أكله من أجزاء الدم محكوم بطهارته ، أصله : ما في اللحم بعد ذكاته . ولأنه لو كان نجسًا وقف استباحته على الذكاة ، كالشاة .

٣٢٠٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ ﴾ [٦] ، وقوله [تعالى] [٧] ﴿ أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا ﴾ [٨] .

٣٢٠١ - والجواب : أن هذا يدل على التحريم ، وقد أجمعنا على الإباحة ، والخلاف في النجاسة ، فلم يصح التعلق [٩] بالظاهر [١٠] .

٣٢٠٢ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « أحلت لنا ميتتان ودمان » [١١] .

---

(١) راجع : الأصل (٧١/١) ، المبسوط (٥٧/١ ، ٨٧) ، تحفة الفقهاء (٦٢/١) ، بدائع الصنائع فصل في الطهارة الخفيفة (٦١/١) ، الهداية مع فتح القدير وبهامشه العناية (٢٠٨/١) ، البناية (٧٤٨/١ ، ٧٤٩) ، وأحكام القرآن : للجصاص ، باب تحريم الدم (١٢٣/١) .

(٢) قال الشيرازي في المهذب : وفي دم السمك وجهان ، أحدهما : نجس ، كغيره . والثاني : طاهر . راجع : حلية العلماء (٢٤٠/١) ، المجموع مع المهذب (٥٥٦/٢ ، ٥٥٧) . وانظر : المدونة (٢٢/١ ، ٢٣) ، بداية المجتهد (٨١/١ ، ٨٢) ، شرح الزرقاني فصل الطاهر والنجس (٣١/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب الخامس في النجاسات (ص ٣٦) ، الكافي لابن قدامة (٨٨/١) .

(٣) زيادة من (ن) .

(٤) في (ن) : [فجعل] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وإن ما] .

(٦) سورة المائدة : الآية ٣ .

(٧) ساقط من (ن) .

(٨) سورة الأنعام : الآية ١٤٥ .

(٩) في (م) ، (ع) : [التعليق] .

(١٠) في غير (ص) : [بالطاهر] .

(١١) أخرجه الشافعي من حديث ابن عمر مرفوعًا ، في المسند في كتاب الصيد والذبائح (١٧٣/٢) ، وأحمد في المسند (٢٩٧/٢) ، وابن ماجه في كتاب الأطعمة باب الكبد والطحال (١١٠٢/٢) رقم الحديث (٣٣١٤) ، والبيهقي في الكبرى ، في الطهارة باب الحوت يموت في الماء والجراد (٢٥٤/١) ، والدارقطني في باب الصيد والذبائح والأطعمة (٢٧١/٤ ، ٢٧٢) رقم الحديث (٢٥) .

٣٢٠٣ - وهذا يدل على أنه لم يبح دم ثالث .

٣٢٠٤ - والجواب : أن هذا الخبر دليلنا ؛ لأنه أباح السمك بدمه وجميع أجزائه ، فدل على طهارته ، فأما حصره للدماء فلا يدل على نفي غيرها ؛ لأن المحصور بالعدد لا ينفي ما سواه . ولأنه إنما اقتصر على دمين لأن دم السمك استفيد بإباحة السمك ، فلم[1] يكرر ذكره . ولأن الخبر فيه إباحة ، والنجاسة والطهارة غير الإباحة .

٣٢٠٥ - قالوا : دم مسفوح فكان نجسًا ، كدم سائر الحيوان .

٣٢٠٦ - قلنا : هذا دليل لنا ؛ لأنه لما وقف استباحة الحيوان على سفحه دل على نجاسة دمه [2] ، ولما لم يقف استباحة السمك على سفح دمه دل على طهارته [3] . ولأن قوله : دم مسفوح ، لا تأثير له ؛ لأن سائر الدماء نجسة وإن كانت مسفوحة .

* * *

(١) في (ن) : [فلا] .

(٢) في (ن) : [على نجاسته] .

(٣) في (م) : [على نجاسته] .

مسألة ١٧٨

المني نجس

٣٢٠٧ - قال أصحابنا : المني نجس [١] .

٣٢٠٨ - وقال الشافعي : طاهر [٢] .

٣٢٠٩ - لنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لعمار : « مم [٣] تغسل ثوبك ؟ » قال : من نخامة ، فقال : « إنما يغسل الثوب من المني والدم والبول » [٤] . فنقله عن غسل النخامة [٥] وأمره بغسل المني ، فلو كان واحد منهما كالآخر لم يكن للتفريق معنى ، وأمره بغسل الثوب من المني ، وهذا يفيد وجوب غسله .

٣٢١٠ - ولا يقال : قوله : « إنما يغسل الثوب » [خبر] [٦] وليس بأمر ، فكأنه قال : إنما يغسل الثوب من هذه الأشياء ؛ وذلك لأنه عليه السلام لا يعلم العادات ، ولا يخبر عنها ، وإنما يعلم الأحكام ويخبر عنها ، فالظاهر أنه بين [٧] الحكم وأمر به ، دون العادة ، فلا فرق [٨] بينهما ، ولو [كان] [٩] يخبر عن العادة لم يفرق ؛ لأن العادة غسل الجميع .

---

(١) راجع : الأصل باب الوضوء والغسل من الجنابة (٦١/١ ، ٦٢) ، مختصر الطحاوي (ص٣١) ، معاني الآثار باب حكم المني هل هو طاهر أم نجس (٤٩/١ ، ٥٣) ، تحفة الفقهاء (٤٩/١) ، بدائع الصنائع فصل في الطهارة الحقيقية (٦٠/١ ، ٦١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (١٩٦/١ ، ١٩٨) ، البناية (٧٢٠/١ - ٧٢٧) ، مختصر القدوري باب الأنجاس (ص ٧) .

(٢) راجع : الأم باب الوضوء من الغائط والبول والريح (١٨/١) ، مختصر المزني (ص١٨) ، الوسيط كتاب الطهارة الباب الثاني الفصل الأول في النجاسات (٣١٩/١) ، حلية العلماء باب إزالة النجاسة (٢٣٨/١ ، ٢٣٩) ، فتح العزيز الفصل الأول في النجاسات في هامش المجموع (١٨٧/١ - ١٨٩) ، المجموع مع المهذب باب إزالة النجاسة (٥٥٣/٢ ، ٥٥٤) . وانظر : المدونة في الدم وغيره يكون في الثوب يصلي به الرجل (٢٣/١) ، الاستذكار باب وضوء الجنب (٣٥٩/١ ، ٣٦٠) ، بداية المجتهد الباب الثاني في معرفة النجاسات (٨٤/١) ، حاشية البنانى باب الطهارة في هامش شرح الزرقاني (٣١/١) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب الخامس في النجاسات (ص٣٦) ، الإفصاح باب الغسل (٨٤/١ ، ٨٥) ، الكافي لابن قدامة باب أحكام النجاسات (٨٧/١) ، المغني باب الصلاة بالنجاسة (٩٢/٢ ، ٩٣) .

(٣) في (ن) : [ثم] .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (١٧٤) .

(٥) في (م) ، (ن) : [النجاسة] .

(٦) ساقط من (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [بينى] ، وفي (ن) : [بنى] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولا فرق] ، والظاهر أن الصواب : [ولذا] .

(٩) ساقط من (ع) .

٣٢١١ - ويدل [عليه] [١] ما روى سليمان بن يسار أن النبي ﷺ أمر عائشة بغسل المني وقال : « إذا رأيت المني رطبًا فاغسليه » [٢] . وروي أنها قالت : أمرني رسول اللَّه ﷺ بغسل المني [من الثوب إذا كان] [٣] رطبًا وبفركه [إذا كان] [٤] يابسا [٥] . وهذا يقتضي وجوب الغسل . وكل من قال بوجوب غسله قال [٦] بنجاسته .

٣٢١٢ - ولا يقال : إن كان نجسًا لم يجز فيه الفرك ؛ لأن وجوب الغسل يدل على النجاسة ، وجواز غير الغسل لا ينفي ذلك ، كمسح موضع الاستنجاء ، ومسح الخف على أصلنا .

٣٢١٣ - ولأنه مائع [٧] خارج من السبيل ، كالبول . ولأنه مائع [٨] يتعلق [٩] بخروجه نقض [١٠] الطهارة ، كالبول [١١] . ولأن خروجه يتعلق به الغسل ، كالحيض . ولا يلزم الولد ؛ لأن الغسل لا يتعلق بخروجه ، وإنما يتعلق بما يكون معه من الدم .

٣٢١٤ - ولا يقال : إن الغسل لا يجب بخروج الحيض وإنما يجب بانقطاعه ؛ لأن خروج الحيض ينقض الطهارة ، فإذا انقطع وجب الغسل عند الانقطاع بالخروج [١٢] السابق ، ولا يجب قبل الانقطاع ؛ لأن الصلاة [لا] [١٣] تجب . ولأنه لا يصح وجوده . ولأن المذي من أجزاء المني ؛ بدلالة أن الشهوة تجلب [١٤] كل واحد منهما ،

---

(١) زيادة من (ن) .

(٢) رواه الترمذي وغيره من حديث عائشة بألفاظ مختلفة ولفظه : عن سليمان بن يسار عن عائشة : أنها غسلت منيًا من ثوب رسول اللَّه ﷺ . في الطهارة باب غسل المني من الثوب (٢٠١/١) رقم الحديث (١١٧) ، والدارقطني في باب ما ورد في طهارة المني وحكمه رطبًا ويابسًا (١٢٥/١) .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) حديث عائشة رواه الدارقطني من طريق الحميدي عن بشر بن بكر عن الأوزاعي عن يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة قالت : كنت أفرك المني من ثوب رسول اللَّه ﷺ إذا كان يابسًا ، وأغسله إذا كان رطبًا . في باب ما ورد في طهارة المني وحكمه رطبًا ويابسًا (١٢٥/١) ، والطحاوي في معاني الآثار في باب حكم المني هل هو طاهر أم نجس (٤٩/١) .

(٦) في (ن) : [فقال] .

(٧) في (م) : [مانع] .

(٨) في (م) [مانع] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [متعلق] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ينقض] ، وفي (ن) : [بقصر] .

(١١) في (ن) : [كاليدين] ، وفي (ص) في الهامش من نسخة أخرى : [كالمذي] .

(١٢) في (ن) : [كالخروج] .

(١٣) ساقط من (ع) .

(١٤) في (م) : [يجلب] .

وإذا رق [1] المني صار على صفة المذي ، فإذا كان المذي نجسًا فكذلك المني .

٣٢١٥ - قالوا : [المعنى في جميع ما ذكرتموه أنه لما وجب غسله يابسًا وجب غسله رطبًا ، ولما لم يجب غسل المني يابسًا لم يجب غسله رطبًا] [2] .

٣٢١٦ - قلنا : التعليل وقع للنجاسة ، والمعارضة في وجوب الغسل معارضة في فصل آخر ؛ لأنا [3] لا نسلم أن المني لا يجب غسله يابسا ؛ لأنه إذا كان على البدن لا يجزئ [فيه] [4] إلا الغسل . وكذلك لا نسلم في علة الأصل ؛ لأن الدم لا يجب غسله يابسًا إذا كان على الخف وما جرى [5] مجراه . ولأن المني إذا يبس على الثوب زال بالفرك ، وإذا كان رطبًا لم يزل .

٣٢١٧ - ولا يقال [6] : لما لم يتعين وجوب الغسل إذا زالت العين به وبغيره لم يتعين إذا لم تزل إلا به . ولأن النجاسة قد تتساوى ويختلف إزالتها باختلاف صفاتها ، فلم يجز أن يستدل باختلاف صفة الإزالة على الطهارة . ولأنه [مني] [7] حيوان محرم ، كمني الكلب والخنزير .

٣٢١٨ - قالوا : المعنى في الكلب أنها دابة نجسة فكذلك منيه ، والإنسان طاهر .

٣٢١٩ - قلنا : طهارة الحيوان لا يستدل بها على طهارة ما ينفصل منه ، كالبول . ولأن المني يجري مجرى النجاسة ، فوجب أن يكون نجسًا كسائر المائعات إذا حصلت في محل [نجس] [8] .

٣٢٢٠ - ولا يقال : إن الخلاف في كونه نجسا في أصله لا في نجاسته لمجاورة النجاسة ؛ وذلك لأنه [9] نجس عندنا في الأصل ، وقد حدث معنى يوجب نجاسته لو كان طاهرًا ، وعندهم أنه طاهر في الأصل ، وطاهر مع وجود هذا المعنى ، فصار [10] كالحكم الثابت [بعلتين] [11] ، فيجوز الاقتصار على أحدهما .

---

(١) في (ن) : [رد] .

(٢) في (م) ، (ع) : [المعنى في جميع ما ذكرتموه ممنوع ؛ لأن النبي ﷺ قد جعل المني كالمخاط ، والمخاط لما لم يجب غسله يابسًا لم يجب غسله رطبًا] مكان المثبت .

(٣) في (م) : [ولأنا] .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (ن) : [وما جرت] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فلا يقال] .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أنه] .

(١٠) في (ن) : [فصل] .

(١١) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

٣٢٢١ – ولا يقال : إن مجرى المني غير مجرى البول . وهذا يجوز أن يقال في الأصل ، فأما في قصبة الذكر فخروجهما واحد ، وذلك معلوم بالمشاهدة ، وداخل القصبة نجس ، لجريان (١) البول فيه .

٣٢٢٢ – قالوا : لا يحكم (٢) بنجاسة المني وإن خرج وجرى (٣) في محل النجاسة ؛ لأن الشيء إنما ينجس (٤) بالمجاورة في ظاهر البدن ، فأما في داخل البدن فلا يحكم له بذلك (٥) ؛ ألا ترى أن اللّٰه تعالى أخبر أنه يخرج اللبن من [بين] (٦) فرث ودم (٧) ، ولم يوجب ذلك نجاسته .

٣٢٢٣ – قلنا : هذا يبطل على أصلهم بلبن الميتة أنه ينجس [في داخل البدن ، وكذلك من ابتلع ماء ينجس (٨) بحصوله في جوفه وإن لم يكن في ظاهر البدن . فأما اللبن فهو نجس في حال كونه في] (٩) الفرث (١٠) والدم ، وإنما يطهر بالاستحالة منهما ، كما يحدث من المني النجس حيوان طاهر بالاستحالة .

٣٢٢٤ – واحتج المخالف : بقوله تعالى : ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا ﴾ (١١) ، وإطلاق الماء يقتضي الطاهر .

٣٢٢٥ – والجواب : أن المني لا يسمى ماء في الإطلاق ، الدليل على هذا : اللغة والعرف ؛ ألا ترى أن الألف واللام إذا لم تكن (١٢) للجنس فهي للتعريف والتعريف ، يمنع الإطلاق ، كقولهم : ماء نجس .

٣٢٢٦ – احتجوا : بقوله تعالى ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِىٓ ءَادَمَ ﴾ (١٣) ، ومن أخبر بكرامته وأبان عن فضيلته لم يجز أن يخلقه من نجس ؛ ألا ترى أن هذا مما يقع به المدح والذم ، [يقال] (١٤) : فلان من أصل طاهر .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بجريان] .
(٢) في (ص) ، (ن) : [لا نحكم] .
(٣) في (ن) : [جرى] .
(٤) في (ن) : [نجس] .
(٥) في (ن) : [ارئد لك] .
(٦) ساقط من (ن) .
(٧) وهو قوله تعالى : ﴿ نُّسْقِيكُم مِّمَّا فِى بُطُونِهِۦ مِنۢ بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَّبَنًا خَالِصًا ﴾ سورة النحل : الآية ٦٦ .
(٨) في (ن) : [نجس] .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [القرب] .
(١١) سورة الفرقان : الآية ٥٤ .
(١٢) في (م) ، (ع) : [لم يكن] .
(١٣) سورة الإسراء : الآية ٧٠ .
(١٤) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

٣٢٢٧ - والجواب : أن الله تعالى أخبر بكرامة [بني آدم] [(١)] ، وعندنا أنه حال كونه آدميًا طاهر [(٢)] ، فلأن يكون من الكرامة أن يخلقه من ماء نجس ويجعله طاهرًا مكرمًا ، وهذا أبلغ في باب المنة .

٣٢٢٨ - ولأن كرامته لا تمنع [(٣)] من نجاسة أجزائه ، كالدم وما أشبهه ، كذلك لا يمنع من نجاسة أصله .

٣٢٢٩ - قالوا : روى [(٤)] ابن عباس أن النبي ﷺ قال في المني : « أمطه عنك بإذخرة ؛ فإنما هو كمخاط أو بصاق » [(٥)] ، أنه [(٦)] شبهه بالمخاط والبصاق فهذا يدل على أنه مثله في الحكم .

٣٢٣٠ - والجواب [(٧)] : أن هذا الخبر رواه الثقات موقوفًا عن ابن عباس ، وإنما غلط فيه إسحاق الأزرق ورواه عن شريك عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عطاء عن ابن عباس عن النبي ﷺ [(٨)] ، ورواه عن شريك عن [(٩)] ابن أبي ليلى في غير هذا الحديث ، وسكت عنهما هاهنا ، وقال غيره : إن رواية ابن أبي ليلى عن عطاء لا يلتفت إليها ؛ لأنه لقيه [(١٠)] بعد ما اختلط حديثه . ولو ثبت لم يدل ؛ لأن أمره بالإماطة يقتضي وجوبها ، وعندهم ليس بواجب ، فصار هذا دليلا [(١١)] لنا من الخبر ، وتشبيهه [(١٢)] بالمخاط والبصاق دليل لهم ، فتساوينا .

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (ع) : [فطاهر] . (٣) في (م) : [لا يمنع] .

(٤) في (ن) : [روى قالوا] بالتقديم والتأخير .

(٥) هذا الحديث رواه الدارقطني موقوفا بلفظ : في المني يصيب الثوب قال : « إنما هو بمنزلة النخامة والبزاق ، أمطه عنك بإذخرة » في السنن باب ما ورد في طهارة المني (١٢٥/١) ، والشافعي في الأم في باب المني (٥٦/١) ، وابن أبي شيبة في كتاب الطهارة في من قال يجزيك أن تفركه في ثوبك (١٠٧/١) ، والبيهقي في الكبرى باختلاف يسير في باب المني يصيب الثوب (٤١٨/٢) ، والترمذي في السنن في آخر باب غسل المني من الثوب (٢٠٢/١) . (٦) في (ع) : [أن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [قلنا] .

(٨) أخرجه الدارقطني من هذا الطريق في السنن باب ما ورد في طهارة المني (١٢٥/١) .

(٩) في (ن) : [وعن] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لقبه] ، وفي (ن) : [قبه] بدون نقط .

(١١) في (م) ، (ع) : [فصارها] ، وفي سائر النسخ : [دليل] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [شبهه] .

٣٢٣١ - ولا يقال : إن تشبيهه [(١)] بالمخاط والبصاق / يقتضي الحكم ؛ لأنه يجوز أن شبهه لحقه حكم [(٢)] في باب الإزالة . ولأنه ملصق بظاهر الثوب . ويمكن أن نجيب عنه بشيء [(٣)] . مفارقته لسائر النجاسات التي تتداخل في أجزاء الثوب ، فلا يزول بالفرك . ٣٨/ب

٣٢٣٢ - ولا يقال : تركتم ظاهر التشبيه في البصاق وخصصتم الإماطة ؛ لأن عندكم يجوز بالإذخر إذا كان يابسًا على الثوب ؛ لأنا لم نترك ظاهر التشبيه ؛ لأن الشيء لا يشبه بالشيء من جميع الجهات ، وإنما يشبه من وجه ، فإذا بينا وجهًا واحدًا وبينوا آخر تساوينا ، فبقي تركهم لظاهر [(٤)] الخبر [(٥)] وتخصيصنا [(٦)] العموم ، فهو ظاهر بظاهر [(٧)] . على أنه قد روي عن محمد أنه قال في رطبه : يزول [(٨)] بحتّ كيابسه [(٩)] ، فعلى هذا لم يخص العموم . ويجوز أن يقال : قوله ﷺ : « أمطه عنك بإذخرة » يفيد إماطة جميعه ، وذلك لا يمكن بالإذخر إلا أن [(١٠)] يغسل به ، فكأنه قال : اغسله عنك بإذخر . فاعتبر الإذخر لأن المني لزج لا يزول بمجرد [(١١)] الماء إلا بمشقة .

٣٢٣٣ - قالوا : روت عائشة رضي الله عنها قالت : كنت أفرك المني من ثوب رسول الله ﷺ وهو يصلي [(١٢)] .

٣٢٣٤ - والجواب : أنه يجوز أن يكون أقل من مقدار الدرهم .

٣٢٣٥ - قالوا : روى ابن عباس وسعد وعائشة ﷺ مثل قولنا [(١٣)] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [شبهه] .
(٢) في (ن) : [لحقه حلم] .
(٣) في (ن) : [يجب عنه لسن] .
(٤) في غير (ص) : [بظاهر] .
(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الأمر] .
(٦) في (م) ، (ع) : [وتخصصنا] .
(٧) في (ص) : [طاهر بظاهر] ، وفي غيره : [طاهر بطاهر] ، والذي أثبتناه أقرب للسياق .
(٨) في (م) ، (ع) : [أنه يزول] .
(٩) في (ن) : [يجب كيابسه] ، وفي (م) ، (ع) : [بحث كياسة] .
(١٠) في (ع) : [أنه] .
(١١) في (ن) : [لمجرد] .
(١٢) هذا الحديث أخرجه أحمد في المسند (٢١٣/٦) ، ومسلم في الصحيح في باب حكم المني (١٣٥/١) ، والطحاوي في المعاني في باب حكم المني هل هو طاهر أم نجس (٥٠/١ ، ٥١) ، والبيهقي في الكبرى في باب المني يصيب الثوب (٤١٧/٢) ، والشافعي في المسند في الباب الثاني في الأنجاس وغيرها (٢٦/١) الحديث (٥٤) ، وفي الأم في باب المني (٥٦/١) .
(١٣) تقدم تخريج حديث ابن عباس وعائشة ، وأما حديث سعد بن أبي وقاص فأخرجه الشافعي في المسند في الباب الثاني في الأنجاس وغيرها (٥٦/١) ، والبيهقي في الكبرى في آخر باب المني يصيب الثوب (٤١٨/٢) .

٣٢٣٦ - قلنا : روى عن عمر وابن عمر أنه يغسل الثوب منه [١] .

٣٢٣٧ - ولا يقال : [إنه يحمل] [٢] على الاستحباب ؛ لأن المذاهب لا تتأول [٣] ، وإنما يتأول [٤] قول صاحب الشريعة .

٣٢٣٨ - قالوا : لأنه مبتدأ خلق بشر ، فكان طاهرًا ، كالصلصال .

٣٢٣٩ - قلنا : هذا الوصف لا يصح ؛ لأن ابتداء الخلق لا يقع من المني ، وإنما وقع [٥] من التراب ، فالخلق من المني إنما هو توسط [٦] أحواله ، فلا يقتضي الطهارة ، فمحال كَوْنُه دمًا . ولأنا لا نعلم أن الصلصال الذي خلق منه آدم ﷺ كان طاهرًا . ولو سلمنا فالمعنى فيه أن الطهارة تقع [٧] [به] [٨] ، فكان طاهرًا ، والمني ينقض الطهارة ، فكان نجسًا .

٣٢٤٠ - قالوا : لأنه مسمى في الشرع بالماء ، فأشبه الماء .

٣٢٤١ - قلنا : يبطل بمني الكلب والخنزير ؛ لأنه في الشرع ماء ؛ قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَٱللَّهُ خَلَقَ كُلَّ دَآبَّةٍ مِّن مَّآءٍ ﴾ الآية [٩] . ولأن المعنى في الماء أنه يقع به الطهارة ، وليس كذلك المني ، لأنه ينقض الطهارة .

٣٢٤٢ - قالوا : الإنسان طاهر ، فوجب أن يكون متولدًا من طاهر ، كالدجاجة والبيضة .

٣٢٤٣ - قلنا : ينتقض بالدود المتولد من النجاسة ، إنه طاهر مع تولده من نجس . ولأن طهارة الحيوان بعد الاستحالة لا تدل [١٠] على طهارته قبلها ، كسائر الأعيان الطاهرة بالاستحالة . ولأن الدجاجة لا تتولد [١١] من البيضة قبل الحياة ، وفي ذلك الحال هو عندنا نجس .

---

(١) حديث عمر أخرجه ابن أبي شيبة من طريق خالد بن أبي عزة ، في كتاب الطهارة في باب من قال يجزيك أن تفركه من ثوبك (١٠٧/١) ، وحديث ابن عمر : رواه ابن أبي شيبة في المصنف في باب من قال يجزيك أن تفركه من ثوبك (١٠٦/١) .

(٢) ساقط من (ع) .

(٣) في (م) : [لا يتناول] ، وفي (ع) : [المذهب] .

(٤) في (م) : [تناول] ، وفي (ن) : [يقاول] .

(٥) في (ص) : [يقع] .

(٦) في (ن) : [بوسط] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يقع] .

(٨) ساقطة من (ع) .

(٩) سورة النور : الآية ٤٥ .

(١٠) في (ن) : [لا يدل] .

(١١) في (م) : [لا يتولد] .

٣٢٤٤ - قالوا : مائع [١] يثبت [٢] الحرمة ، فأشبه اللبن .

٣٢٤٥ - قلنا : الحرمة تثبت بالوطء ، فأما بالماء [٣] فلا . ولأن اللبن لا يتعلق بخروجه من الإنسان الطهارة [٤] ، فكان طاهرًا ، ولما تعلق بخروج المني الطهارة [٥] كان نجسًا .

٣٢٤٦ - قالوا : ما لا يجب غسل يابسه لا يجب غسل رطبه ، كالمخاط .

٣٢٤٧ - قلنا : سقوط [٦] الغسل لا يستدل به على الطهارة ، كموضع الاستنجاء ، ونقول - بموجب هذه العلة - بما روي عن محمد أن الرطب لا يجب غسله ، والمعنى في المخاط أنه يخرج من الآدمي فلا يتعلق به نقض [٧] الطهارة ، والمني بخلافه .

* * *

---

(١) في (م) : [مانع] .
(٢) في (ن) : [ثبت] ، وفي (م) : [تثبت] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الماء] .
(٤) في (ن) : [الطاهرة] .
(٥) في (ن) : [الطاهرة] .
(٦) في (ن) : [وسقوط] .
(٧) في (ن) : [نقص] .

مسألة ١٧٩

العلقة نجسة

٣٢٤٨ - قال أصحابنا : العلقة [١] نجسة .

٣٢٤٩ - واختلف أصحاب الشافعي : فقال أبو إسحاق مثل قولنا [٢] . وقال الصيرفي [٣] : طاهرة [٤] .

٣٢٥٠ - والدليل على ما قلناه [٥] قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ ﴾ [٦] . والمني من جنس الدم . ولا يقال : المحرم من الدماء ما كان مسفوحًا ؛ لأن اللفظ عامٌّ . ولأنه دم خارج من الرحم ، كدم الحيض .

٣٢٥١ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا ﴾ [٧] ، فدليله أن غير المسفوح طاهر .

٣٢٥٢ - والجواب : أنا لا نقول بدليل الخطاب . ولأن هذه الآية دلت على تحريم المسفوح ، والآية الأخرى دلت على تحريم غيره .

* * *

---

(١) العلقة : هي النطفة التي تستقر في رحم المرأة فتصير دما غليظا متجمدا ، قال تعالى ﴿ ثُمَّ خَلَقْنَا ٱلنُّطْفَةَ عَلَقَةً ﴾ [المؤمنون : ١٤] ، والعلق : الدم الجامد الغليظ ؛ لتعلق بعضه ببعض ، والقطعة منه علقة . راجع تعريف العلقة في : المجموع (٢/٥٥٩) ، مغني المحتاج (١/٨١) .

(٢) لأنه دم خارج من الرحم ، فهو كالحيض ، كذا ذكره الشيرازي في المهذب .

(٣) هو أبو بكر ، محمد بن عبد الله البغدادي ، المعروف بالصيرفي . راجع : طبقات الإسنوي (٢/٣٣) ، طبقات الشيرازي ص١١١ ، العبر (٢/٢٢١) ، وفيات الأعيان (٤/١٩٩) ، المجموع (٢/٥٦٠) .

(٤) لأنه دم غير مسفوح ، فهو كالكبد والطحال . راجع : المجموع باب إزالة النجاسة (٢/٥٥٩ ، ٥٦٠) ، المهذب باب إزالة النجاسة (١/٤٧) ، حلية العلماء باب إزالة النجاسة (١/٢٤١) ، مغني المحتاج باب النجاسة (١/٨١) . وانظر : الكافي لابن قدامة باب أحكام النجاسات (١/٨٨) ، والمغني باب الصلاة بالنجاسة وغير ذلك (١/٩٤) .

(٥) في (ص) : [قلنا] .

(٦) سورة المائدة : الآية ٣ ، وفي (ص) : [عليه] مكان : [عليكم] .

(٧) سورة الأنعام : الآية ١٤٥ .

مسألة ١٨٠

إذا جبر عظمه بعظم الخنزير ونبت عليه اللحم لم يجب قلعه

٣٢٥٣ – قال أصحابنا : إذا جبر عظمه بعظم الخنزير ونبت عليه اللحم ، لم يجب قلعه [١] .

٣٢٥٤ – وقال الشافعي : إذا لم يخف التلف أو [٢] تلف عضو من الأعضاء قلعه ، وإن خاف التلف فظاهر قول الشافعي أنه لا يجب [٣] قلعه . ومنهم من قال : يجب [٤] .

٣٢٥٥ – لنا : أنه [٥] نجاسة معينة في البدن فلا يجب إزالتها ، كالدم . ولأنه محل لا يجب إزالة نجاسته الأصلية ، فلا يجب إخراج نجاسة طارئة فيه [٦] ، كالمعدة . ولأن القيء فيمن شرب الخمر أيسر من كسر العظم ، فلما لم يجب أيسر الأمرين فلأن لا يجب [إخراجها] [٧] [أولى] [٨] .

٣٢٥٦ – ولأن إزالة النجاسة تسقط [٩] لخوف الضرر ، [أصله : من كان معه ماء وهو يخاف العطش . ولأنها تسقط لخوف الضرر] [١٠] على ماله ، فلأن تسقط [١١] إذا خاف الضرر على بدنه أولى .

٣٢٥٧ – [ولا يقال : إن الخمر] [١٢] إذا شربها استحالت فتغيرت ، فلذلك لم يجب إخراجها ؛ لأن إخراجها لم يجب عقيب [١٣] شربها وإن لم تَسْتَحِلْ [١٤] . ولأن ما وجب

---

(١) انظر : البحر الرائق (٢٣٣/٨) .

(٢) في سائر النسخ : [و] ، وما أثبتناه أليق بالسياق .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لا يجب عليه] .

(٤) قال النووي في شرح المهذب : وفيه وجه شاذ ضعيف ، أنه إذا اكتسى اللحم لا ينزع وإن لم يخف الهلاك ، حكاه الرافعي . انظر : المجموع مع المهذب باب طهارة البدن من النجاسة (١٣٧/٣ ، ١٣٨) ، المهذب (٦٠/١) نهاية المحتاج باب شروط الصلاة وموانعها وبهامشه حاشية الشبراملسي (٢١/٢) . وانظر : الكافي لابن قدامة باب شرائط الصلاة (١٠٧/١) ، المغني باب الصلاة بالنجاسة وغير ذلك (٨٤/٢) .

(٥) في (ن) : [أنها] .

(٦) في (ن) ، (ع) : [منه] .

(٧) ساقط من (ن) .

(٨) زيادة يقتضيها السياق .

(٩) في (م) ، (ع) : [يسقط] ، وفي (ن) : [سقط] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) وأثبت في الهامش .

(١١) في (م) ، (ع) : [يسقط] .

(١٢) في (ع) : [ولأن الخمر] .

(١٣) في (ع) : [لا يجب عقب] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [وإن لم يستحل] .

إزالته من النجاسة إذا لم يستحل ويتغير وجب وإن تغير ، كنجاسة الثوب والأرض .

٣٢٥٨ - ولا يقال : إن الخمر إذا أخرجت لم يطهر محلها ، والعظم إذا قلع طهر محله ؛ لأن الواجب إزالة [جملة] (١) النجاسة وما قدر عليه منها ، كموضع الاستنجاء .

٣٢٥٩ - ولا يقال : إن النجاسة التي في موضع العظم أصلية ونجاسة العظم طارئة ، فلذلك وجب إزالة العظم دونها ؛ لأنه يبطل بنجاسة المعدة [؛ لأنها أصلية ، ويستوي سقوط إزالتها وإزالة الطارئ فيها .

٣٢٦٠ - ولا يقال : إن المعدة] (٢) محل (٣) النجاسة ، فلذلك لم يجب إزالة النجاسة منها ؛ لأن داخل اللحم محل النجاسة ويجب إزالة العظم عندهم منه .

٣٢٦١ - ولأن موضع الاستنجاء محل النجاسة ولو أصابها نجاسة أخرى وجب إزالتها .

٣٢٦٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلرُّجْزَ فَٱهْجُرْ ﴾ (٤) .

٣٢٦٣ - والجواب : أنه قيل في التأويل : الأوثان ، فلا يحمل (٥) على النجاسة .

٣٢٦٤ - في غير محلها لا يخاف التلف من إزالتها ، فوجب أن يجب إزالتها ، أصله : إذا لم ينبت عليه اللحم ، وإذا وصلت (٦) شعرها بشعر الميتة .

٣٢٦٥ - قلنا : لا يطلق على من كان في باطن بدنه نجاسة أنه حامل لها ، كما لا يقال لمن شرب الخمر : حامل (٧) للنجاسة . ثم لا نسلم أن هذه النجاسة في غير محلها ؛ لأن هذا محل النجاسات .

٣٢٦٦ - ثم المعنى في الأصل أنه لم (٨) يحصل النجاسة في باطن البدن ، وإنما هي [في] (٩) ظاهره ، فجاز أن يجب ، وفي (١٠) مسألتنا حصلت في باطن البدن ، أو نقول : المعنى فيما قاسوا عليه أنه لا يلحقه (١١) ضرر بالإزالة (١٢) ، فجاز أن يلزم ، وفي

---

(١) ساقط من (ع) .
(٢) زيادة من (ن) .
(٣) في (ص) : [ومحل] .
(٤) سورة المدثر : الآية ٥ .
(٥) في (ص) : [فلا تحمل] .
(٦) في (ن) : [وصلنا] .
(٧) في (ن) : [أنه حامل] .
(٨) في (م) ، [أنه إذا لم] .
(٩) ساقطة من (ع) .
(١٠) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وإن] .
(١١) في (ن) : [يلحقه] ، مكان : [لا يلحقه] .
(١٢) في (ص) ، (ع) : [في الإزالة] .

مسألتنا يلحقه ضرر بالإزالة ، فلذلك لم يلزم . وينتقض ما قالوه بمن جبر عظمه ثم مات : لا يجب قلعه ، نص الشافعي عليه ، مع وجود ما قالوه من العلة [(١)] .

* * *

(١) ورد في (م) ، (ع) بعد قوله : [من العلة] : [والله أعلم] .

مسألة ١٨١

إذا نجست الأرض فذهب أثر النجاسة بالشمس ومضى الزمان جازت الصلاة عليها

٣٢٦٧ - قال أصحابنا : إذا نجست الأرض فذهب أثر النجاسة بالشمس ومضي الزمان ، جازت الصلاة عليها .

٣٢٦٨ - وقال زفر : لا تجوز [١] ، وبه قال الشافعي [٢] .

٣٢٦٩ - لنا : قوله ﷺ : « جعلت لي الأرض [٣] مسجدًا وطهورًا » [٤] وقوله : « ليس على الأرض من أنجاس الناس شيء ، إنما أنجاسهم على أبدانهم » [٥] . ولأن من شأن الأرض إحالة الأشياء وتغييرها عن جنسها ، والاستحالة لها تأثير في التطهير ؛ بدلالة الخمر إذا تخللت .

٣٢٧٠ - ولأن استحالة ما على الأرض أبلغ من استحالة الخمر ؛ [لأن استحالة الخمر] [٦] يؤثر [في] [٧] طعمها خاصة ، وهذه الاستحالة تغير [٨] سائر صفاتها ، فإذا

---

(١) راجع : الأصل باب الدعاء في الصلاة (٢٠٧/١ ، ٢٠٨) ، متن القدورى باب الأنجاس (ص٧) ، المبسوط (٢٠٥/١) ، تحفة الفقهاء باب النجاسات (٧١/١) ، بدائع الصنائع (٨٥/١) ، فتح القدير مع الهداية (١٩٨/١ ، ١٩٩) ، الاختيار (٣٣١/١) ، البناية (٧٢٨/١ - ٧٣٢) ، مجمع الأنهر باب الأنجاس (٥٩/١) ، حاشية ابن عابدين (٨٥/١) .

(٢) قال الشافعي في القديم والإملاء - مثل قول الحنفية - : إذا ذهب أثرها تطهر . وفي الأم : لا تطهر الأرض حتى يصب عليها من الماء قدر ما يذهبه . راجع : الأم باب ما يطهر الأرض وما لا يطهره (٥٢/١) ، مختصر المزني باب الصلاة بالنجاسة ومواضع الصلاة من مسجد وغيره (ص١٩) ، الوسيط الباب الرابع في كيفية إزالة النجاسة وحكم الغسالة (٣٣٥/١) ، حلية العلماء باب إزالة النجاسة (٢٥٣/١) ، المجموع مع المهذب باب إزالة النجاسة (٥٩٦/٢) . وانظر : الكافي لابن عبد البر باب في ثياب المصلي وطهارتها وموضع الصلاة (٢٤٠/١) ، بداية المجتهد كتاب الطهارة من النجس ، الباب الرابع ، في الشيء الذي تزال به (٨٥/١) ، والمغني (٩٧/٢) .

(٣) في (ع) : [الأرض لي] بالتقديم والتأخير .

(٤) سبق تخريجه في أول الكتاب ، مسألة (١) .

(٥) الحديث ذكره الجصاص من طريق حماد بن سلمة في أحكام القرآن مطلب هل يجوز دخول المشرك المسجد (٨٨/٣) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) غير موجودة بسائر النسخ ، زدناها لإيضاح السياق .

(٨) في (م) : [يغير] .

طهرت الخمر بالاستحالة فهذا أولى . ولأنها نجاسة طرأت على عين يصح فيها الاستحالة ، فجاز أن تطهر [(١)] بالاستحالة ، كجلد الميتة وما وقع في الملاحة .

٣٢٧١ - احتجوا : بما روي أن الأعرابي بال في المسجد فقال النبي ﷺ : « صبوا عليه ذنوبا من ماء » [(٢)] ، ولو كان يطهر بالترك لم يكلفهم الغسل .

٣٢٧٢ - والجواب : أن النبي ﷺ أراد أن يعجل تطهير المسجد ، والطهارة بالبقاء تحتاج [(٣)] إلى زمان طويل ، فهذه فائدة تكليف [(٤)] الغسل .

٣٢٧٣ - قالوا : موضع لا يجوز التيمم منه لأجل النجاسة فلم تجز [(٥)] الصلاة عليه ، أصله : إذا لم يذهب [في] [(٦)] الأرض .

٣٢٧٤ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن ابن كاس [(٧)] روى عن أصحابنا أن التيمم من تلك البقعة جائز . ثم لو سلمنا فالنجاسة [(٨)] إذا استحالت بقي أجزاء منها يسيرة ، ويسير النجاسة إذا جعل فيما يتطهر به منع ، وإن حصل فيما يصلي عليه لم يمنع .

٣٢٧٥ - ثم المعنى في الأصل أن الاستحالة لم تحصل [(٩)] فبقيت [النجاسة] [(١٠)] على ما كانت عليه ، وفي مسألتنا استحالت ، فجاز أن تطهر [(١١)] بالاستحالة .

٣٢٧٦ - قالوا : محل نجس فلا يطهر بالشمس ، كالبساط .

٣٢٧٧ - والجواب : أنا نقول بموجبه : أنها [(١٢)] لا تطهر بالشمس عندنا ، وإنما تطهر بالاستحالة .

---

(١) في (ن) : [يطهر] .
(٢) الحديث رواه البخاري في الوضوء باب صب الماء على البول في المسجد (٥٢/١) ، ومسلم في الطهارة باب وجوب غسل البول (١٣٣/١ ، ١٣٤) ، والترمذي في الطهارة باب ما جاء في البول يصيب الأرض (٢٧٦/١) ، والنسائي في باب التوقيت في الماء (١٧٥/١) ، والشافعي في المسند باب الأنجاس وتطهيرها (٢٥/١) ، وأحمد في المسند (١١٠/٣ ، ١١١) ، والبيهقي في الكبرى باب نجاسة الأبوال والأرواث وما خرج من مخرج حي (٤١٢/٢ ، ٤١٣) .
(٣) في (م) ، (ن) : [يحتاج] .
(٤) في (ن) : [تكلف] .
(٥) في (م) : [فلم يجز] .
(٦) غير موجودة بسائر النسخ ، ولعلها الأوفق للسياق .
(٧) هو علي بن محمد بن الحسن بن كاس النخعي الكاسي ، القاضي الكوفي ، أبو القاسم . انظر : طبقات الحنفية (٣٣٩/١ ، ٣٧١ ، ٤٠٦) .
(٨) في (ن) : [بالنجاسة] .
(٩) في (م) : [لا يحصل] ، وفي (ع) : [لا تحصل] .
(١٠) ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، ولكنها على الهامش .
(١١) في (م) ، (ع) : [أن يدخل] .
(١٢) في (ن) : [لأنها] .

٣٢٧٨ - فإن قالوا : فوجب أن لا تطهر بالاستحالة ، لم يصح ذلك في البساط ؛ لأنها لا تحيل [(١)] النجاسة ، فإن استحالت النجاسة التي على البساط بمعنى آخر طهرت .

٣٢٧٩ - قالوا : إذا نجس جميع البقعة فاستحالت ، والأجزاء [(٢)] التي [(٣)] تثبت [(٤)] من النجاسة منبسطة على [(٥)] الموضع كما كان الأصل ، وذلك أكثر من قدر الدرهم ، فيمنع الصلاة .

٣٢٨٠ - قلنا : أما في إحدى الروايتين فلم يبق نجاسة كبيرة ولا صغيرة وعلى الرواية الأخرى : يبقى أجزاء يسيرة ، إلا أنها لا تكون [(٦)] متصلة ، / وإنما هي متفرقة في البقعة ، ولا يوجد منها في مكان واحد أكثر من قدر الدرهم ، ولو وجد ذلك لم تكن [(٧)] الاستحالة حاصلة . ٣٩/أ

* * *

(١) في (ص) ، (م) : [لا يحيل] .
(٢) في غير (ص) : [والآخر] .
(٣) في سائر النسخ : [الذي] ، وما أثبتناه أليق بالسياق .
(٤) في غير (ص) : [يثبت] .
(٥) في (م) ، (ع) : [من] .
(٦) في (م) : [لا يكون] .
(٧) في (م) : [لم يكن] .

مسألة ١٨٢

إذا ورد الماء على النجاسة نجس

٣٢٨١ - قال أصحابنا : إذا ورد الماء على النجاسة نجس (١) .

٣٢٨٢ - وقال الشافعي : إذا ورد ماء دون القلتين (٢) لم ينجس إلا أن (٣) يتغير (٤) .

٣٢٨٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ ﴾ (٥) ، وهذا لا يتوصل إلى جزء من الماء إلا بجزء من الخبث ، فوجب أن يكون محرمًا . ولأن كل ماء نجس بورود النجاسة [عليه نجس بوروده عليها ، كالخل واللبن .

٣٢٨٤ - ولأن الماء إذا لاقى النجاسة] (٦) نجس كما لو تغير (٧) . ولأن كل ملاقاة لو حصلت مع التغيير نجست كذلك وإن (٨) لم يتغير ، أصله : إذا وردت النجاسة على الماء .

---

(١) راجع : مختصر الطحاوي كتاب الطهارة باب ما يكون به الطهارة (ص١٥ ، ١٦) ، متن القدوري كتاب الطهارة (ص٣) ، تحفة الفقهاء باب النجاسة (٥٥/١ ، ٥٦) ، بدائع الصنائع فصل في بيان المقدار الذي يصير به المحل نجسًا شرعًا (٧١/١ ، ٧٢) ، فتح القدير مع الهداية باب الماء الذي لا يجوز الوضوء به وما لا يجوز (٧٣/١ ، ٧٦) ، مجمع الأنهر باب الأنجاس (٦٣/١) .

(٢) في (ص) ، (ن) : [على ماء دون القلتين] ، بزيادة [على] .

(٣) في (ع) : [أنه] .

(٤) قال أبو بكر القفال : وإن كان الماء أقل من قلتين ، ولم يتغير ، طهر بالمكاثرة ، وإن لم يبلغ قلتين ، إذا لم تكن عين النجاسة فيه قائمة . راجع المسألة في : الأم الماء الذي ينجس والذي لا ينجس (٤/١ ، ٥) ، مختصر المزني باب الماء الذي ينجس والذي لا ينجس (ص٩) ، حلية العلماء باب ما يفسد الماء من النجاسة وما لا يفسده (٧٦/١) ، المجموع مع المهذب باب ما يفسد الماء من النجاسة وما لا يفسده (١١٢/١ ، ١١٣) . وانظر : المنتقى في الطهور للوضوء (٥٦/١) ، وفى الكافي لابن عبد البر باب حكم الماء وما ينجسه وما لا ينجسه (١٥٦/١ ، ١٥٧) ، بداية المجتهد الباب الثالث في المياه المسألة الأولى (٢٤/١ ، ٢٥) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب الخامس في المياه الفصل الأول (ص٣٢ ، ٣٣) شرح الزرقاني باب الطهارة (٨/١ ، ٩) ، الإفصاح كتاب الطهارة (٥٨/١) ، الكافي لابن قدامة باب الماء النجس (٧/١) ، المغني باب ما تكون به الطهارة من الماء (٢٢/١ - ٢٥) .

(٥) سورة الأعراف : الآية ١٥٧ .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) وصلب (ص) ومثبت بالهامش .

(٧) في (ن) : [يغير] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فإن] .

٣٢٨٥ – ولأن (١) تأثير النجاسة في الماء أبلغ من تأثيرها في الثوب ؛ بدلالة (٢) أنه يستوي قليلها وكثيرها في الماء ويختلف في الثوب ، فإذا استوى في الثوب أن يرد على النجاسة أو ترد (٣) عليه فالماء أولى .

٣٢٨٦ – احتجوا : بما روي أن الأعرابي بال في المسجد فقال ﷺ : « صبوا عليه ذنوبا من ماء » (٤) ، فلو كان الماء ينجس إذا ورد على النجاسة لم يكن في [الصب] (٥) فائدة ؛ لأنه زيادة نجاسة .

٣٢٨٧ – والجواب : [أن الموضع] (٦) يجوز أن يكون رخوًا ، فإذا صب الماء عليه نزلت النجاسة إلى أسفل الأرض وطهر وجهها (٧) ، كما يطهر بالعصر .

٣٢٨٨ – قالوا : [لو] (٨) نجس الماء إذا ورد على النجاسة لم تطهر (٩) النجاسة بالغسل ؛ لأن الماء ينجس بالملاقاة ، فيصير كما لو غسلها بماء نجس .

٣٢٨٩ – قلنا : هذا هو القياس عندنا ، وإنما تركناه للإجماع .

٣٢٩٠ – ولأن الماء [الأول] (١٠) يجاور النجاسة ، والماء الثاني وكذلك الثالث (١١) يجاور ما جاور النجاسة ، فلا يكون نجسا في نفسه .

٣٢٩١ – ولا يقال : لو كان كذلك لم يجز أن يطهر الثوب بغسل مرة واحدة .

٣٢٩٢ – قلنا : إنما [يطهر] (١٢) بمرة إذا كثر (١٣) الصب ، فيصير الجزء الأول من الماء كالغسلة الأولى (١٤) ، والجزء الثاني كالغسلة الثانية ، والجزء الثالث كالغسلة الثالثة ، ولهذا المعنى لو صب ماء يسيرا (١٥) لم يطهر الثوب ؛ لأنه يصير في حكم الغسلة الأولى .

٣٢٩٣ – ويجوز أن يقال : إن الماء لا ينجس ، وإنما يجاور النجاسة ، فالماء الأول يخرج من الثوب معظم النجاسة ، وكذلك الثاني ، ويبقى أجزاء يسيرة تخرج (١٦) بالماء

---

(١) في (ن) : [فإن] .
(٢) في (ن) : [بدلة] .
(٣) في (م) : [يرد] .
(٤) تقدم تخريجه في المسألة السابقة (١٨١) .
(٥) ساقط من (ن) .
(٦) زيادة من (ن) .
(٧) في (م) ، (ن) : [وجها] .
(٨) ساقط من (ن) .
(٩) في (م) : [لم يتطهر] ، وفي (ن) : [يطهر] .
(١٠) ساقط من (م) ، (ع) .
(١١) في غير (ص) : [كذلك والثالث] .
(١٢) ساقط من (م) ، (ع) .
(١٣) في (م) : [إذا اكثر] .
(١٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [كالغسل الأول] .
(١٥) في (ن) : [يسير] .
(١٦) في (م) ، (ع) : [يخرج] .

الثالث ، فلا يبقى في الثوب شيء من الأجزاء حتى ينجس البلل الذي فيه ، فلذلك [كان المنفصل] (١) في الدفعة الثالثة نجسًا وما بقي من البلل في الثوب طاهرا . ولأن هذا يلزم (٢) مثله في الماء إذا صب على الثوب وتغير بالنجاسة يكون نجسا (٣) وقد انفصل من ثوب طاهر . ويلزمهم في الماء الأول إذا لم يتغير ؛ لأنه طاهر عندهم ينفصل من ثوب نجس .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [كالمنفصل] . (٢) في (ن) : [يلزمهم] .

(٣) في (ن) : [نجسا يكون] بالتقديم والتأخير .

مسألة ١٨٣

إذا وقعت النجاسة على الأرض فإن كانت رخوة طهرت بصب الماء ، وإن كانت صلبة لم تطهر

٣٢٩٤ - قال أصحابنا : إذا وقعت النجاسة على الأرض فإن كانت رخوة طهرت بصب الماء ، وإن كانت صلبة لم تطهر [١] .

٣٢٩٥ - وقال الشافعي : إذا كوثرت [٢] بالماء طهرت . ومن أصحابه من قال : يعتبر [٣] صب الماء سبعة أمثالها [٤] .

٣٢٩٦ - وهذه المسألة مبنية على الأولى ؛ وذلك لأن الماء إذا ورد على النجاسة نجس ، وإن كانت الأرض رخوة نزل الماء من وجه الأرض إلى أسفلها واجتذب النجاسة ، فصارت كالثوب إذا غسل وعصر ، فأما إذا كانت صلبة فالماء [٥] ينجس ، ويبقى على وجه الأرض فتزيد [٦] النجاسة بالصب ، فلذلك لم تطهر [٧] . والشافعي بنى على أصله : أن الماء إذا صب على النجاسة لم ينجس إلا بالتغيير ، ويحتج في بقية المسألة أن [٨] كل نجاسة لا تطهر [٩] بصب الخل عليها لا تطهر بصب الماء ، كجلد الميتة .

٣٢٩٧ - احتجوا : بحديث الأعرابي أن النبي ﷺ أمر بأن [١٠] يصب على بوله ذنوب [١١] من ماء [١٢] .

---

(١) إن الأرض الصلبة لا تشرب الماء ، ولا تزيل النجاسة إلا بإزالتها ، أو بحفر حفيرة حتى تنزل فيها غسالة وجه الأرض . راجع : مختصر الطحاوي (ص٣١) ، تحفة الفقهاء (٧٦/١ ، ٧٧) ، الاختيار باب الأنجاس وتطهيرها (٣٤/١) .

(٢) في (م) ، (ن) : [كوبرت] .

(٣) في (ن) : [يفتر] بدون نقطة الأول .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : الأم باب ما يطهر الأرض وما لا يطهرها (٥٢/١) ، مختصر المزني باب الصلاة بالنجاسة (ص ١٨ ، ١٩) ، حلية العلماء باب إزالة النجاسة (٢٥٢/١ ، ٢٥٣) فتح العزيز الفصل الرابع ، في إزالة النجاسة في ذيل المجموع (٢٤٦/١ ، ٢٤٧) . وانظر : الكافي لابن عبد البر باب النجاسات وغسلها (١٦٢/١) ، المغني باب الصلاة بالنجاسة وغير ذلك (٩٤/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [فإنما] .

(٦) في (م) : [فيزيد] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لم يطهر] .

(٨) في (ن) : [بان] .

(٩) في (م) : [لم يطهر] .

(١٠) في (ع) : [أن] .

(١١) في كل النسخ : [ذنوبا] .

(١٢) في غير (ص) : [الماء] ، تقدم تخريج الحديث في مسألة (١٨١) .

٣٢٩٨ - والجواب : أن الأرض يجوز أن تكون [١] رخوة [٢] فتطهر [٣] بصب الماء عليها ، ويجوز أن تكون [٤] صلبة ، وحكاية الفعل إذا احتملت وجهين سقطت .

٣٢٩٩ - وروي أن الأعرابي بال [٥] عند سدة [٦] المسجد ، فيجوز أن يكون عليه السلام أمر بصب الماء عليه ليندفع مع النجاسة إلى خارج المسجد فيطهر المسجد - وإن نجس ما اندفع الماء إليه - . وقد روي في هذا الخبر أن النبي ﷺ أمر بحفر الموضع الذي بال عليه الأعرابي [٧] ، وهذا يدل أنه ظن أن الأرض رخوة فلما تبين أنها صلبة أمر بحفرها ، ولو كانت طهرت بالصب لم يكن لحفرها معنى .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يكون] .

(٢) في (م) : [فيطهر] .

(٣) في (ع) : [الأرض] .

(٤) في (م) : [أن يكون] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [أتى] .

(٦) السدة بالضم : هي الظلة فوق باب الدار ، وقيل : هي الباب نفسه ، وقيل : هي الساحة . المراد هنا : باب المسجد . راجع : النهاية باب السين مع الدال (٣٥٣/٢) ، المصباح المنير (٢٥٥/١) .

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن باب طهارة الأرض من البول (١٣٢/١) .

مسألة ١٨٤

إذا احترقت النجاسة بالنار طهرت

٣٣٠٠ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا احترقت النجاسة بالنار طهرت . وقال أبو يوسف : لا تطهر (١) .

٣٣٠١ - وبه قال الشافعي (٢) .

٣٣٠٢ - لنا : أن المعنى الموجب لنجاسة الأشياء المستحيل ما فيها من الاستحالة ، ولهذا قال النبي ﷺ في الروثة : « إنها ركس » (٣) ، ومتى احترقت زالت الاستحالة ، فزالت النجاسة بزوال علتها . ولأنها [عين نجسة] (٤) فجاز أن تطهر (٥) بالاستحالة ، كالخمر وجلد الميتة .

٣٣٠٣ - ولأن النار تحيل (٦) النجاسة أبلغ من إحالة الخل ؛ لأنها تغير (٧) سائر الصفات ، والتخليل يغير الطعم خاصة ، فإذا طهرت الخمر بالتخليل فلأن تطهر (٨) النجاسة بالنار أولى .

٣٣٠٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأَنزَلْنَا مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً طَهُورًا ﴾ (٩) ، فخصه بالتطهير ، وهذا ينفي أن يقع بغيره .

٣٣٠٥ - والجواب : أن تخصيص الاسم بالذكر لا يدل على نفي ما عداه ، وهذا قول عامة الناس ، وإنما خالف في ذلك شذوذ لا يعتد بهم .

---

(١) في (م) : [لا يطهر] . راجع المسألة في : بدائع الصنائع فصل في بيان ما يقع به التطهير (٨٥/١) ، حاشية ابن عابدين باب الأنجاس (٢٢٠/١) .

(٢) راجع : مختصر المزني باب الصلاة بالنجاسة ومواضع الصلاة من مسجد وغيره (ص١٩) ، المهذب في فصل لا يطهر شيء من النجاسات بالاستحالة (٤٨/١) ، فتح العزيز في ذيل المجموع (٢٤٩/١ ، ٢٥٠) ، والمجموع مع المهذب باب إزالة النجاسة (٥٧٩/٢) . وانظر : الكافي لابن عبد البر باب النجاسات وغسلها (١٦٢/١) ، والمغني لابن قدامة باب الآنية (٧٢/١) .

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الوضوء باب الاستنجاء بالأحجار (٤٢/١) ، والترمذي في كتاب الطهارة باب ما جاء في الاستنجاء بالحجرين (٢٥/١) الحديث (١٧) ، والنسائي في كتاب الطهارة باب الرخصة بالاستطابة بحجرين (٣٩/١ ، ٤٠) ، وأحمد في المسند (٣٨٨ ، ٤٥٠ ، ٤٦٥) ، والبيهقي في الكبرى باب نجاسة الأبوال والأرواث وما خرج من مخرج حي (٤١٣/٢)

(٤) في (ن) : [غير نجسة] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ن) : [أن يطهر] .

(٦) في (م) : [يحيل] ، وفي (ن) : [تحل] .

(٧) في (م) : [يغير] .

(٨) في (م) : [يطهر] .

(٩) سورة الفرقان : الآية ٤٨ .

٣٣٠٦ - ولا يقال : إن هذه الآية خرجت مخرج الامتنان فنفى مشاركة غير الماء [١] للماء ؛ لأن المشاركة لا تمنع [٢] الامتنان . ولأن الماء فيه معنى المبالغة ، وذلك غير موجود في غيره ، فيجوز أن يكون لتخصيص الامتنان لذلك .

٣٣٠٧ - قالوا روي أن النبي ﷺ نهى عن الصلاة في المقبرة [٣] ، وكان المعنى فيها أنها تنبش فيخرج التراب النجس إلى وجه الأرض ، ولو طهر بالاستحالة لجازت الصلاة .

٣٣٠٨ - قلنا : إنما نهى عن الصلاة [٤] في المقبرة لا لما ذكرتموه ، لكن لما في ذلك من تعظيم القبور ، ولهذا نهى عن الصلاة إلى قبر النبي [ﷺ] [٥] فقال : « لعن اللّه اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد » [٦] .

٣٣٠٩ - ولو سلمنا أن النهي لأجل النجاسة لم يدل [٧] ؛ لأن المقبرة تنبش [٨] فيخرج من بطن الأرض ما لم يستحل كما يخرج منها ما استحال .

٣٣١٠ - قالوا : ما لا ينجس بالاستحالة لم يطهر بالاستحالة ، كالدم .

٣٣١١ - قلنا : يبطل [٩] بجلد الميتة . والأصل غير مسلم ؛ لأن الدم يطهر بالاستحالة .

٣٣١٢ - قالوا : نجس لم يرد عليه الماء ، فصار كما لم يحترق .

٣٣١٣ - قلنا : ينتقض بالخمر إذا تخللت .

٣٣١٤ - قالوا : النار لا مدخل لها في تطهير الحدث ، كذلك في تطهير النجاسات [١٠] .

٣٣١٥ - قلنا : يبطل بالدباغ وباستحالة الخمر .

٣٣١٦ - ولا يقال : إن عين النجاسة باقية بعد الاحتراق ؛ لأنها باقية مع الاستحالة ، فصارت كالجلد إذا دبغ ، وكالخمر إذا تخللت .

---

(١) في (ن) : [غير المالك] . (٢) في (م) : [لا يمنع] .

(٣) أخرجه مسلم في الصحيح كتاب المساجد باب النهي عن بناء المساجد على قبور (٢١٦/١) ، والترمذي في كتاب الصلاة باب كراهية ما يصلى فيه وإليه (١٧٧/٢ ، ١٧٨) ، وابن ماجه في كتاب المساجد باب المواضع التي تكره فيها الصلاة (٢٤٦/١) الحديث (٧٤٧) .

(٤) في (م) : [الصلوات] . (٥) ساقط من (ن) .

(٦) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب المغازي باب مرض النبي ﷺ (٩٢/٣) ، ومسلم كتاب المساجد باب النهي عن بناء المساجد على قبور (٢١٥/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب ما جاء في النهي عن الصلاة في المقبرة والحمام (٤٣٥/٢) . (٧) في غير (ص) : [يزل] .

(٨) في (م) ، (ن) : [ينبش] . (٩) في (م) : [تبطل] .

(١٠) في (ص) : [النجاسة] .

مسألة ١٨٥

لا يجوز للجنب الاجتياز في المسجد

٣٣١٧ - قال أصحابنا : لا يجوز للجنب الاجتياز في المسجد [١] .

٣٣١٨ - وقال الشافعي : يجوز الاجتياز [٢] ولا يجوز اللبث [٣] .

٣٣١٩ - لنا : حديث عائشة [رضي الله عنها] [٤] أن النبي ﷺ خرج فرأى أبوابًا مشروعة إلى المسجد فقال : « سدوا هذه البيوت عن المسجد ؛ فإني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب » [٥] ، ومعلوم أن الأبواب [تراد] [٦] للاجتياز [٧] دون القعود ، فدل [٨] على أن الاجتياز [٩] لا يجوز . ولأن [١٠] قوله : « لا أحل المسجد » [عام] [١١] ، ألا ترى [١٢]

---

(١) راجع : بدائع الصنائع كتاب الطهارة مطلب آداب الوضوء (٣٨/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية باب الحيض والاستحاضة (١٦٥/١ ، ١٦٦) ، الاختيار كتاب الطهارة (١٣/١) ، البناية باب الحيض والاستحاضة (٦٣٦/١ - ٦٣٩) ، حاشية ابن عابدين مطلب في أحكام المساجد٤٦١/١ .

(٢) في (م) : [الاحتبار] ، وفي (ع) : [الاجتباز] وكلاهما تصحيف ، الصواب ما أثبتناه . والاجتياز : السلوك ، واجتاز بمعنى : سلك ، وجاز الموضع أي سلكه وسار فيه . راجع لسان العرب (جوز) (٧٢٤/٢) ، مختار الصحاح (ص١١٧) .

(٣) راجع : مختصر المزني باب الصلاة بالنجاسة ومواضع الصلاة (ص١٩) ، المجموع مع المهذب باب ما يوجب الغسل وباب الحيض (١٥٥/٢ ، ١٦٠ ، ٣٥٧ ، ٣٥٨) ، كفاية الأخيار كتاب الطهارة (٧٩/١) ، مغني المحتاج باب الغسل (٧١/١) ، نهاية المحتاج باب الغسل (٢١٧/١) . وانظر : المدونة في مرور الجنب في المسجد (٣٧/١) ، بداية المجتهد الباب الثالث في أحكام هذين الحدثين أعني الجنابة والحيض (٤٩/١ ، ٥٠) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب الرابع في موجبات الغسل (ص٣٢) ، الكافي لابن قدامة باب ما يوجب الغسل (٥٨/١) ، المغني باب فرض الطهارة (١٤٥/١) ، المحلى بالآثار (٤٠٠/١ - ٤٠٢) مسألة (٢٦٢) .

(٤) ساقط من (ص) ، (ن) .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن باب الجنب يدخل المسجد (٦٣/١ ، ٦٤) ، وابن خزيمة بمعناه في آخر باب الزجر عن جلوس الجنب والحائض في المسجد (٢٤٨/٢٢) ، والبيهقي بمعناه في كتاب الصلاة باب الجنب يمر في المسجد مارًا ولا يقيم فيه (٤٤٢/٢ ، ٤٤٣) .

(٦) زيادة من (ن) .

(٧) في (م) : [للاختيار] ، وفي (ع) : [للاحتبار] .

(٨) في (ن) : [ودل] .

(٩) في (م) : [الاختيار] .

(١٠) في (ن) : [ولا] .

(١١) ساقط من (ع) .

(١٢) في (ص) : [يرى] .

أن أبلغ التحريم أن يعلق بالعين ، كقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ ﴾ [١] و ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ [٢] .

٣٣٢٠ - ولا يقال : هذا الخبر رواه الأفلت [٣] بن خليفة عن جسرة [٤] بنت دجاجة [٥] عن عائشة ، قالوا : والأفلت [٦] ضعيف .

٣٣٢١ - قلنا : ذكر هذا الخبر أبو داود ولم يطعن فيه . ورواه عن الأفلت [٧] عبد الواحد بن زياد [٨] ، وهو لا يروي إلا عن ثقة [٩] . وقد طرق الطبري هذا الخبر في تاريخه من وجوه كثيرة فلم يجز الطعن عليه مع شهرته . ولأن كل بقعة [منع] [١٠] من اللبث [فيها] [١١] لمعنى منع من الاجتياز لذلك [١٢] المعنى ، كدار الغير . ولا يلزم عليه الطريق ؛ لأنه منع من القعود إذا أضر [١٣] بغيره ، ولا يمنع متى لم يضر . والاجتياز على وجه يضر ممنوع ، ومباح على وجه لا يضر .

٣٣٢٢ - ولأنها بقعة منع القعود فيها فمنع من دخولها للاجتياز ، كالدار المغصوبة . ولأنه كائن [١٤] في المسجد مع الجنابة من غير ضرورة ، فصار كالقاعد .

٣٣٢٣ - ولا يقال : إن القعود في ملك الغير والاجتياز ممنوع منه لمعنى واحد ، وهو عدم الإذن ، فلم يجز أن يجعل أحدهما علة للآخر ؛ لأنه لا يمتنع تعليل الأصل بعلل ، ولا يمتنع [أيضا] [١٥] أن يحمل الفرع على الأصل بغير علة الأصل .

---

(١) سورة المائدة : الآية ٣ .
(٢) سورة النساء : الآية ٢٣ .
(٣) في (م) ، (ع) : [الأقلت] بالقاف . وهو أفلت بن خليفة العامري ، أبو حسان الكوفي ، ويقال له : فليت ، صدوق من الخامسة . راجع تقريب التهذيب (٨٢/١) ترجمة (٦٢٢) .
(٤) في غير (ص) : [جبيرة] .
(٥) هي جسرة بنت دجاجة العامرية الكوفية ، مقبولة من الثالثة . روت عن عائشة في نهي الحائض والجنب عن المسجد . راجع : المغني (١٣١/١) ترجمة (١١٢٧) ، تقريب التهذيب (٥٩٣/١) ترجمة (٣) .
(٦) في (م) ، (ع) : [وأقلت] .
(٧) في (م) ، (ع) : [الأقلت] .
(٨) في (ص) : [عبد الله الواحد] ، هو عبد الواحد بن زياد العبدي ، مولاهم البصري ، ثقة ، حسن الحديث . من الثامنة ، وثَّقه العجلي وغيره ، وهو أحد الأعلام الثقات ، أخرج له الجماعة . راجع ترجمته في : التاريخ الكبير (٥٩/٣) ، تاريخ ابن معين (٣٧٧/٢) ، تاريخ الثقات ص٣١٣ ترجمة (١٠٤٢) ، تقريب التهذيب (٥٢٦/١) ترجمة (١٣٨٣) .
(٩) في (ن) : [بقيه] .
(١٠) ساقط من (م) ، (ع) .
(١١) ساقط من (ع) .
(١٢) في (م) ، (ع) : [كذلك] .
(١٣) في (ن) : [إذا لم يضر] .
(١٤) في غير (ص) : [كان] .
(١٥) ساقط من (ع) .

٣٣٢٤ - قالوا : الاجتياز لا يغير بالقعود ؛ بدلالة أن المحتلم في المسجد يجوز له الخروج منه ولا يجوز له اللبث ؛ وذلك لأن الخروج إنما يجب [١] للضرورة ، واللبث لأجل الضرورة جائز أيضا ، وهو إذا خاف السبع [٢] . ولأنه إنما يخرج بعد ما يتيمم [٣] ، واللبث على هذه الصفة عند الحاجة جائز ؛ بدلالة من لم يجد الماء . ولأن من حاضت في المسجد لا يجوز لها اللبث ويجوز لها الخروج ، ولا يجوز لها أن تبتدئ [٤] [دخول المسجد] [٥] إذا لم يؤمن [٦] تلويثه . ولأن من احتلم في المسجد ابتدأ الدخول على وجه مباح ثم طرأ الخطر ، فصار - كمن أذن لغيره في دخول داره ثم نهاه - أن اللبث لا يجوز ، وقد يجوز الاجتياز [٧] للخروج ، ولا يجوز ابتداء الدخول [على وجه مباح] [٨] ، فكذلك في مسألتنا .

٣٣٢٥ - ولا يقال : إن اللبث في المسجد يراد للقربة ، والجنب ليس من أهل القربة ، والاجتياز لا يراد [للقربة] [٩] ؛ لأن اللبث قد يكون لغير / القربة ، كما أن الاجتياز يكون لغير القربة ، وقد يكون اللبث لقربة لا تفتقر إلى الطهارة ، كالاعتكاف ، وقد يكون الاجتياز للقربة ، وهو الطواف ، فلم يصح ما قالوه . ٣٩/ب

٣٣٢٦ - ولأنها مماسة منع [١٠] الجنب منها لحق اللّه تعالى ، فاستوى فيها القليل والكثير ، كمس المصحف .

٣٣٢٧ - ولأنه حكم يعود إلى منعه [١١] لحق اللّه تعالى ، فإذا تعلق باللبث تعلق بالاجتياز ، كالوقوف بعرفة .

٣٣٢٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَـٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِى سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُواْ ﴾ [١٢] ، والصلاة يعبر بها [١٣] عن مكان الصلاة ، كقوله تعالى : ﴿ لَّهُدِّمَتْ صَوَٰمِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَٰتٌ وَمَسَـٰجِدُ ﴾ [١٤] ، فقد أجاز اللّه تعالى الاجتياز في المسجد للجنب [١٥] ، والمصلي لا

---

(١) في (ن) : [يجوز] .
(٢) في (م) : [الشبع] .
(٣) في (ن) : [ما يتمم] .
(٤) في (م) : [يبتدئ] .
(٥) في (ص) : [الدخول] .
(٦) في (م) : [يأمن] ، وفي (ع) : [تأمن] .
(٧) في غير (ص) : [للاجتياز] .
(٨) ساقط من (ص) ، (ن) .
(٩) ساقط من (م) ، (ع) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يمنع] .
(١١) في (م) ، (ع) : [بقعة] .
(١٢) سورة النساء : الآية ٤٣ .
(١٣) في (م) ، (ع) : [عنها] .
(١٤) سورة الحج : الآية ٤٠ .
(١٥) في (ن) : [للجنب في المسجد] بالتقديم والتأخير .

يسمى عابر سبيل ، والمجتاز [١] يسمى بذلك .

٣٣٢٩ - قالوا : ولأن الصحابة [ﷺ] [٢] قد اختلفوا في قوله تعالى : ﴿ لَا تَقْرَبُوا الصَّلَوٰةَ ﴾ : فقال ابن مسعود [المراد] [٣] المكان ، وقال علي وابن عباس : المراد به : الصلاة ، قالوا : وحمله على المكان أولى ؛ لأنه قال : ﴿ لَا تَقْرَبُوا الصَّلَوٰةَ ﴾ والقرب : يكون في الأماكن دون الأفعال . ولأن حمله على الصلاة يقتضي أن [٤] يسمى المصلي عابر [٥] سبيل ، وهذا لا يصح .

٣٣٣٠ - والجواب : أن حقيقة الصلاة عبارة عن الأفعال ، وإنما يسمى [٦] المكان [صلاة] [٧] مجازًا ، وحمل الاسم على الحقيقة أولى .

٣٣٣١ - ولأنه قال : ﴿ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا [مَا تَقُولُونَ] [٨] ﴾ ، وصحة الصلاة تقف على القول ، والمكان لا تعلق له بالقول .

٣٣٣٢ - وقد روي أن الآية نزلت في قوم سكروا [٩] فلم يحسنوا القراءة في الصلاة على الترتيب [١٠] .

٣٣٣٣ - فأما قولهم : إن القرب يقتضي المكان ، فليس بصحيح ؛ لأنه يقال : قرب يقرب بضم الراء من المكان ، ويقال : قرب يقرب بكسر الراء من التلبس بالفعل ، والمذكور في الآية : ﴿ لَا تَقْرَبُوا ﴾ ، فدل على أن المراد به ترك التلبس بالفعل .

٣٣٣٤ - فأما قولهم : إن المصلي لا يقال عابر [١١] سبيل ، فإنه لا يقال للمجتاز [١٢] عابر سبيل ، إنما يقال ذلك للمسافر على الإطلاق .

٣٣٣٥ - قالوا : حمل الآية على ما تقولونه [١٣] يقتضي إضمار التيمم .

٣٣٣٦ - قلنا : التيمم مذكور في آخر الآية ، فلا نضمره . ولأنا [١٤] لو أضمرناه

---

(١) في (م) : [والمختار] .
(٢) زيادة من (م) ، (ع) .
(٣) ساقط من (ص) .
(٤) في (ع) : [أنه] .
(٥) في (ن) : [على] .
(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [سمي] .
(٧) ساقط من غير (ص) .
(٨) ساقط من (ع) .
(٩) في (ن) : [منكروا] .
(١٠) راجع : أحكام القرآن لابن العربي (٤٣٢/١ ، ٤٣٣) ، أحكام القرآن للقرطبي (٢٠٠/٥) ، أسباب النزول (ص ٨٧) .
(١١) في (ن) : [على] .
(١٢) في (م) : [للمختار] .
(١٣) في (م) ، (ن) : [يقولونه] .
(١٤) في (م) : [فلا يضمر لأنا] ، وفي (ع) : [فلا نضمره لأنا] .

لكان مضمرًا بالإجماع ، ولأن الإضمار ترك الظاهر ، وقد بينا تركهم للظاهر من وجوه ، فإن تركنا ظَاهِرًا واحدا (١) - وهم المستدلون - وقف الكلام .

٣٣٣٧ - قالوا : ظاهر الاستثناء أن يكون من جنس المستثنى منه ، وعلى قولكم : استثناء جنب متيمم من جنب غير متيمم .

٣٣٣٨ - قلنا : الاستثناء يقتضي أن يكون من الجنس ، ولا يقتضي أن يكون على [تلك] (٢) الصفة ؛ ألا ترى أنه إذا قال : جاءني السودان إلا زيدًا ، اقتضى أن يكون زيد أسود ، ولا يقتضي موافقته (٣) السودان في الطول .

٣٣٣٩ - قالوا : حمل الآية على ما تقولون (٤) ترك لعمومها ، ونحن نجريها على العموم .

٣٣٤٠ - قلنا : وأنتم تحملونها على الخصوص أيضا ؛ لأنكم تجيزون الاجتياز لحاجة ولا تجوزونه (٥) للجلوس .

٣٣٤١ - قالوا : فعندكم يجوز لغير المسافر (٦) أن يقرب الصلاة مع الجنابة إذا كان مريضًا ، وعندنا لا يجوز غير الاجتياز ، والآية تقتضي (٧) تخصيص المذكور (٨) .

٣٣٤٢ - قلنا : المخصوص بالذكر لا يدل على نفي ما عداه . ولأن اللَّه تعالى بين حكم المسافر وجعله تنبيها على غيره .

٣٣٤٣ - قالوا : [روي] (٩) عن عائشة أن النبي ﷺ قال لها : « ناوليني الخُمْرَةَ » (١٠) وكان في المسجد ، فقالت : إني حائض فقال ، ﵇ : « ليست الحيضة

---

(١) في (ن) : [ولقد] .
(٢) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [موافقة] . (٤) في (م) : [ما يقولون] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ولا تجوزوه] .
(٦) في (م) : [بغير للمسافر] ، وفي (ع) كذلك لكن بلا نقاط في الكلمة الأولى .
(٧) في (م) : [يقتضي] . (٨) في (ن) : [غير المذكور] .
(٩) ساقط من (ن) .
(١٠) في (م) : [الخميرة] . الخمرة : بضم الخاء وسكون الميم : قال ابن الأثير : هي مقدار ما يضع الرجل عليه وجهه في سجوده من حصير ، أو نسيجة خوص ونحوه من النبات ، ولا تكون خمرة إلا في هذا المقدار ، وسميت خمرة لأن خيوطها مستورة بسعفها . راجع النهاية (٧٨/٢) باب الخاء مع الميم .

في يدك » [١] ، قالوا : وهذا يدل على جواز اجتيازها .

٣٣٤٤ - والجواب عنه : أنه يحتمل أن يكون في مسجد بيته [٢] ، وهذا هو الظاهر ؛ لأنه لا يعرض النساء للخروج إلى مسجد الجماعة ، ويجوز أن يكون في موضع [من] [٣] المسجد لا يحتاج في المناولة إلى دخوله .

٣٣٤٥ - قالوا : روى هشيم عن أبي الزبير عن جابر أنه قال : كان أحدنا يمر في المسجد وهو جنب مجتاز [٤] .

٣٣٤٦ - والجواب [٥] : أنا لا نعلم أن النبي ﷺ علم بذلك [٦] فأقر [٧] عليه . وقد روي عن علي وابن عباس منع الاجتياز [٨] ، فصار خلافا بينهم .

٣٣٤٧ - قالوا : مكلف أَمِنَ تلويث المسجد فجاز الاجتياز فيه ، كالمحدث .

٣٣٤٨ - قلنا : المعنى في المحدث أنه يجوز له القعود فجاز له الاجتياز ، ولما كان الجنب [٩] لا يجوز له القعود من غير عذر لم يجز له الاجتياز [١٠] . ونعكس [١١] هذه [العلة] فنقول : فوجب أن يستوي فيه القعود والاجتياز ، كالمحدث .

٣٣٤٩ - فإن قيل : قولكم مُكَلَّفٌ لا يؤثر في العكس لأنه لا يحتاج في علتهم إليه أيضًا ، ألا ترى أنهم احترزوا به عن الصبي والمجنون ، والاحتراز ارتفع [١٢] عنه بقولهم :

---

(١) أخرجه مسلم من حديث عائشة كتاب الحيض باب جواز غسل الحائض رأس زوجها إلخ (١/١٣٨) ، والترمذي في باب ما جاء في الحائض تناول الشيء من المسجد (١/٢٤١ ، ٢٤٢) الحديث (١٣٤) ، وابن ماجه في الطهارة باب الحائض تناول الشيء من المسجد (١/٢٠٧) الحديث (٦٣٢) ، والبيهقي في الكبرى في الصلاة باب صلاة الرجل في ثوب الحائض (٢/٤٠٩) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [في بيته] .

(٣) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) رواه البيهقي في الكبرى في باب الجنب يمر في المسجد مارًّا ولا يقيم فيه (٢/٤٤٣) ، وابن أبي شيبة في مصنفه في باب الجنب يمر في المسجد قبل أن يغتسل (١/١٧١) الباب (١٧٨) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الجواب] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ذلك] . (٧) في (م) ، (ع) : [قام] .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في باب الرجل يجنب وليس يقدر على الماء (١/١٨٣) . وروى عبد الرزاق عن الثوري قال : لا يمر الجنب في المسجد إلا أن لا يجد بدا ، يتيمم ويمر فيه . في باب الجنب يدخل المسجد (١/٤١٣) الحديث (١٦١٨) . (٩) في (ن) : [للجنب] .

(١٠) في (ن) : [لم يجز الاجتياز من غير عذر] ، مكان : [لم يجز له الاجتياز] .

(١١) في (ع) : [ونعكس فنقول] . (١٢) في (ن) : [يقع] .

أمن من تلويث المسجد ، وهذه العلة تنتقض على أصلهم بالكافر ؛ لأنه مكلف يؤمن [١] منه تلويث المسجد ، ولا يجوز له دخول المسجد الحرام [٢] .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يأمن] .
(٢) واضح أن هناك سقطا في كل النسخ في الفقرة الأخيرة .

مسألة ١٨٦

يجوز للكافر دخول المساجد كلها بغير إذن

٣٣٥٠ - قال أصحابنا : يجوز للكافر دخول المساجد كلها بغير إذن (١) .

٣٣٥١ - وقال الشافعي : لا يجوز له دخول الحرم ولا المسجد الحرام ، ويجوز له دخول سائر المساجد إذا أذن له في دخولها (٢) .

٣٣٥٢ - لنا : قوله ﷺ : « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن دخل المسجد فهو آمن ، ومن تعلق بأستار الكعبة فهو آمن » (٣) ، فهذا يدل على جواز دخولهم المسجد . ولأن من جاز له دخول غير المسجد الحرام جاز له دخوله ، كالمسلم . ولأن بدنه طاهر فجاز له دخول المسجد الحرام ، كالمسلم . ولأن الحرم بقعة من بقاع المناسك فجاز دخولها ، كعرفة (٤) ، ولأن الجنب والحائض يجوز لهما دخول الحرم ، وكل بقعة جاز للجنب والحائض دخولها جاز للكافر ، كسائر البقاع . ولأنه أحد الحرمين فجاز للكافر دخوله كحرم رسول الله ﷺ .

٣٣٥٣ - فأما الدليل على [جواز] (٥) دخول سائر المساجد بغير إذن ، فما روي أن صفوان بن أمية واطأ عمير بن وهب الجمحي على قتل رسول الله ﷺ فجاء حتى دخل

---

(١) راجع المسألة في أحكام القرآن للجصاص سورة براءة (٨٨/٣) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر المزني باب الصلاة بالنجاسة ومواضع الصلاة وغيره (١٩/١) ، الوسيط في آخر الباب الخامس في شرائط الصلاة ونواقضها (٦٦١/٢) ، إعلام الساجد بأحكام المساجد في ذكر خصائصه وأحكامه : الرابع والخمسون ، والرابع عشر فيما يتعلق بسائر المساجد (ص ١٧٣ - ١٧٥ ، ٣١٨ - ٣٢١) ، فتح العزيز الباب الخامس في شرائط الصلاة بذيل المجموع (١٣٦/٤ ، ١٣٧) . وانظر : أحكام القرآن لابن العربي سورة التوبة ، الآية الثانية عشر المسألة الثالثة (٩١٣/٢ ، ٩١٤) ، أحكام القرآن للقرطبي سورة التوبة الآية ٢٨ المسألة الثالثة (١٠٤/٨ - ١٠٦) ، فتح العزيز بذيل المجموع (١٣٦/٤) .

(٣) هذا الحديث أخرجه مسلم في الصحيح في كتاب الجهاد والسير باب فتح مكة (٩٧/٢) ، سيرة ابن هشام في قصة إسلام أبي سفيان على يد العباس القسم الثاني (٣ ، ٤٠٣/٤) ، وعزاه الهيثمي إلى الطبراني في مجمع الزوائد باب غزوة الفتح (١٦٦/٦) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى في كتاب السيرة باب فتح مكة حرسها الله تعالى (١١٩/٩) ، وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف حديث فتح مكة (٥٣٨/٨) .

(٤) في (ن) : [بعرفة] .

(٥) الزيادة من (ن) .

المسجد وسيفه معه، وقعد بين يدي رسول الله فقال له ﷺ: «وأطأت صفوان على كيت وكيت [١] فجئت لهذا»، فقال: والله ما كان بيننا أحد، ثم أسلم [٢] ومعلوم أنه عليه السلام لم ينكر دخوله المسجد، ولا سأل هل أذن له أم [لم] [٣] يؤذن. ولأن من جاز له دخول المسجد لم يقف دخوله على الإذن، كالمسلم، ومن لا يجوز له الدخول لا يدخل وإن أذن له، كالجنب والحائض. ولأن المنع من دخول البقعة إنما يكون لحق [٤] مالكها، والإذن إذا اعتبر في الإباحة اعتبر من جهة المالك دون غيره، وهذا [٥] لا يوجد في إذن غير الله تعالى.

٣٣٥٤ - احتجوا: بقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا ﴾ [٦]، وهذا نص [٧] على أن دخول الحرم لا يجوز.

٣٣٥٥ - والجواب: أن المراد بالآية قرب الحرم [٨] على طريق الحج والعمرة، والدليل عليه ما روي أن هذه الآية لما نزلت أنفذ [٩] النبي ﷺ فنودي [١٠]: ألا لا يطوفن بالبيت مشرك ولا عريان [١١]، ولم يقل: و [١٢] لا يدخلن المسجد مشرك. فدل على أن القرب الذي اقتضته الآية هو القرب على وجه الإحرام، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً ﴾ [١٣] وهو إنما خافوا ذلك إذا منعت العرب من الحج

---

(١) في (م): [كيت كيت].

(٢) ذكر ابن هشام هذه القصة مطولًا وبألفاظ أخرى. راجع السيرة النبوية لابن هشام في إسلام عمير بن وهب (٦٦١/١ ، ٦٦٢).

(٣) الزيادة من (م).

(٤) في (م): [بحق].

(٥) في (ص)، (م)، (ع): [ولأن هذا].

(٦) سورة التوبة: الآية ٢٨.

(٧) في (ن): [يدل].

(٨) في (ن): [قرب الآية].

(٩) في (م)، (ع): [أبعد]، وفي (ص): [انعد رسول الله]، لعل الصواب ما أثبتناه.

(١٠) في (م): [فيودي].

(١١) هذا الحديث أخرجه البخاري في الصحيح في الصلاة، باب ما يستر العورة (٧٧/١)، وفي الحج، باب لا يطوف بالبيت عريان ولا يحج مشرك (٢٨١/١)، وفي المغازي في حج أبي بكر بالناس في سنة تسع (٧٦/٣)، وفي التفسير سورة براءة (١٣٤/٣)، من حديث حميد بن عبد الرحمن مختصرا، وأحمد في المسند (٣/١)، (٢٩٩/٢)، وأبو داود في السنن في المناسك، باب يوم الحج الأكبر (٤٩٠/١)، والنسائي في المناسك في قوله ﷻ ﴿ خُذُوا۟ زِينَتَكُمْ ﴾ (٢٣٥/٥) والدرامي في الصلاة، باب النهي عن دخول المشرك المسجد الحرام (٣٣٢/١ ، ٣٣٣).

(١٢) الزيادة من (م)، (ن)، (ع).

(١٣) في (م)، (ن)، (ع): [عليه]. تمام الآية السابقة: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦٓ إِن شَآءَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾.

والعمرة ؛ لما في ذلك من انقطاع المواسم .

٣٣٥٦ – ولا يقال : إن المنع لو كان لأجل الإحرام لقال : لا يقربوا [١] عرفات ؛ لأن الوقوف هو الركن المقصود الذي [٢] يفوت الحج بفواته ؛ وذلك لأن النهي جمع بين الحج والعمرة ، والمنع من الحرم [٣] منع [٤] من الأمرين ؛ لأن المعتمر والحاج لا بد له من دخوله ، والمنع من عرفات منع [٥] من الحج وليس بمنع [٦] من العمرة ؛ لأن المعتمر [٧] لا يحتاج [٨] إلى عرفات ، فلو ذكر ذلك لاحتاج إلى ذكر الحرم ، فاقتصر على الحرم الذي يمنع به الأمران .

٣٣٥٧ – ويجوز أن تحمل الآية [٩] على عبدة الأوثان من العرب ، أنهم منعوا من دخول الحرم ؛ لأن قتلهم واجب ، وعندنا أن من دخل الحرم امتنع قتله ، فيجوز أن يكون منعوا بهذه الآية .

* * *

---

(١) في (ن) : [ولا تقربوا] .
(٢) في (م) : [التي] .
(٣) في (ع) : [بين الحج والعمرة وليس يمنع من العمرة ؛ لأن العمرة لا تحتاج إلى عرفات والمنع من الحرم] وهو سهو من الناسخ ؛ لأن الزيادة موجودة بعد سطر واحد .
(٤) في (ن) : [منعا] .
(٥) في (ن) : [منعا] .
(٦) في (م) ، (ن) : [يمنع] .
(٧) في (م) ، (ع) : [لأن العمرة] .
(٨) في (ع) : [لا تحتاج] .
(٩) في (م) ، (ع) : [أن يحمل على الآية] .

مسألة ١٨٧

إذا كانت على طرف عمامته نجاسة وهو ملقى على الأرض بحيث لا يتحرك بحركة المصلي جاز بها الصلاة

٣٣٥٨ - قال أصحابنا : إذا كان على طرف عمامته نجاسة وهو ملقى على الأرض بحيث لا يتحرك بحركة المصلي ، جازت الصلاة (١) .

٣٣٥٩ - وقال الشافعي : لا تجوز (٢) .

٣٣٦٠ - لنا : أنه غير حامل للنجاسة ، ولا يتصرف (٣) فيها ، فصار كمن صلى على بساط وجانبه (٤) نجس .

٣٣٦١ - قالوا : إنه (٥) حامل للنجاسة ؛ بدلالة أنه إذا مشى جر باقي العمامة ، فصار كما لو تحرك بحركته .

٣٣٦٢ - قلنا : الحامل للشيء هو المتصرف فيه ، وطرف العمامة لا يقع فيه التصرف في حال الصلاة ، وإنما يحدث فعلا آخر ، وهو المشي ، فيصير بذلك الفعل متصرفًا ، فهو كثوب آخر إذا حمله ، لما (٦) كان متصرفًا فيه بفعل مستقل (٧) لم يمنع الصلاة قبل ذلك الفعل .

* * *

---

(١) في (ص) : راجع المسألة في حاشية ابن عابدين باب شروط الصلاة (٢٨١/١) .

(٢) راجع : المهذب (٦١/١) ، الوسيط (٦٤٤/٢) ، الوجيز مع فتح العزيز (٢٢/٤ ، ٢٣) ، المجموع مع المهذب (١٤٨/٣) ، كفاية الأخيار كتاب الصلاة (٩٠/١) ، نهاية المحتاج باب شروط الصلاة (١٩/٢) . وقال مالك وأحمد في الصحيح - مثل قول الشافعي - : لا تصح صلاته . وبه قال داود الظاهري . راجع : المغني لابن قدامة باب الصلاة بالنجاسة وغير ذلك (٦٤/٢) .

(٣) في (م) ، (ن) : [النجاسة] ، وفي (ن) : [ولا ينصرف] .

(٤) في (ن) : [وجلسة] مكان : [وجانبه] . (٥) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [لأنه] .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [إذا] . (٧) في (م) : [مستقبل] .

مسألة ١٨٨

إذا وضع المصلي يديه وركبتيه على النجاسة جازت صلاته

٣٣٦٣ - قال أصحابنا : إذا وضع المصلي يديه وركبتيه على النجاسة جازت صلاته .

٣٣٦٤ - وقال زفر : لا تجوز [١] ، وبه قال الشافعي [٢] .

٣٣٦٥ - وإن وضع / جبهته على النجاسة ، ففيه روايتان . ٤٠/أ

٣٣٦٦ - وهذا مبني على أصلنا : أن وضع اليدين والركبتين ليس بواجب [٣] ، فصار وضعها على النجاسة كلا وضع ، فلم يمنع ذلك من جواز الصلاة ، وليس كذلك القدم والوجه ؛ لأن وضعهما واجب ، فإذا حصل على النجاسة صارت صلاته على النجاسة ، فمنع ذلك من جواز [٤] صلاته .

٣٣٦٧ - وجه الرواية الأخرى في الوجه : أن الواجب من الوضع على أصل أبي حنيفة أقل من الدرهم ، وهو طرف الأنف ، وذلك القدر من النجاسة لا يمنع من صحة الصلاة .

٣٣٦٨ - ولا يقال : هلا جعلتم وضع اليد على النجاسة كحمل النجاسة ؛ لأن حكم الوضع أخف ؛ بدلالة أنه إذا صلى ووجه الأرض طاهر وتحته نجس لم يمنع [٥] ذلك من جواز الصلاة . ولو لبس ثوبا في باطنه نجاسة لم تجز [٦] صلاته ، وإذا كان الوضع أخف جعل وجوده مع النجاسة كعدمه .

٣٣٦٩ - احتجوا : بأن كل موضع لو كان نجسًا لم تجز [٧] الصلاة معه - إذا وضعه على النجاسة لا تجوز [٨] الصلاة ، كالقدمين .

---

(١) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي ص٣١ ، والمبسوط (٢٠٤/١ ، ٢٠٥) .

(٢) راجع : حلية العلماء (٤٨/٢ ، ٤٩) ، الوجيز مع فتح العزيز (٣٤/٤ ، ٣٥) (١٥١/٣ ، ١٥٢) ، نهاية المحتاج (١٩/٢ ، ٢٠) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما مثل قول الشافعي : لا تجوز الصلاة على أرض أصابتها نجاسة . راجع : الرسالة الفقهية (ص ٨٨) ، الكافي لابن عبد البر (٢٣٩/١ ، ٢٤٠) ، المغني لابن قدامة ، الباب السابق (٦٤/٢) .

(٣) في (ن) : [واجب] .

(٤) في (ن) : [حوله] .

(٥) في (ن) : [ثم لم يمنع] بزيادة : [ثم] .

(٦) في (م) : [لم يجز] .

(٧) في (م) : [لم يجز] .

(٨) في (م) : [لا يجوز] .

٣٣٧٠ - والجواب : أن وضع القدم واجب ، ووضع اليد [1] غير واجب ، فلهذا افترقا .

٣٣٧١ - ولا يقال : إن الوجه يجب السجود عليه ، كالقدمين ؛ لأنا نسوي بينهما في إحدى الروايتين ، وعلى الرواية الأخرى أقل ما يجزي من السجود في الوجه أقل من مقدار الدرهم ، وأقل ما يجزي في القدمين أكثر من مقدار الدرهم ، فلهذا افترقا .

* * *

(١) في (ن) : [اليدين] .

مسألة ١٨٩

لا تجوز الصلاة في ثلاثة أوقات : عند طلوع الشمس وعند قيامها في الظهيرة وعند غروبها

٣٣٧٢ – قال أصحابنا : لا تجوز [١] الصلاة في ثلاثة أوقات : عند طلوع الشمس ، وعند قيامها [في الظهيرة] [٢] ، وعند غروبها إلا عصر يومه [٣] عند الغروب [٤] .

٣٣٧٣ – وقال الشافعي : لا تجوز [٥] في هذه الأوقات النوافل المبتدأة ، وتجوز [٦] الفرائض والنوافل التي لها سبب [٧] .

---

(١) في (م) ، (ن) : [لا يجوز] .

(٢) ساقط من (ن) .

(٣) في (ن) : [يوم] .

(٤) راجع : الأصل باب مواقيت الصلاة (١٤٩/١ ، ١٥٠) ، مختصر الطحاوي باب المواقيت (ص٢٤) ، المبسوط باب مواقيت الصلاة (١٥٠/١ ، ١٥١) ، تحفة الفقهاء باب مواقيت الصلاة (١٠٥/١) ، بدائع الصنائع فصل في شرائط الأركان (١٢٧/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية فصل في الأوقات التي تكره فيها الصلاة (٢٣١/١ ، ٢٣٢) ، الاختيار كتاب الصلاة (٤٠/١) ، البناية فصل في الأوقات التي تكره فيها الصلاة (٥٧/٢ – ٦١) .

(٥) في (م) : [لا يجوز] .

(٦) في (ع) : [ويجوز] .

(٧) قال أبو بكر القفال في الحلية : ولا يحرم في هذه الأوقات فعل الصلاة الواجبة وما له سبب من النوافل .
راجع تفصيل المسألة في : مختصر المزني باب الساعات التي تكره فيها صلاة التطوع (ص١٩) ، والأم باب الساعات التي تكره فيها الصلاة (١٤٩/١) ، الوسيط الفصل الثالث في الأوقات المكروهة (٥٥٨/٢ – ٥٦٢) ، حلية العلماء باب الساعات التي نهي عن الصلاة فيها (١٥٢/٢ ، ١٥٣) ، المهذب باب الساعات التي نهي عن الصلاة فيها (٩٢/١ ، ٩٣) ، المجموع مع المهذب باب الساعات التي نهي عن الصلاة فيها (١٦٤/٤ – ١٧٣) ، نهاية المحتاج كتاب الصلاة (٣٨٤/١) ، إعلام الساجد بأحكام المساجد في ذكر خصائصه وأحكامه (ص١٠٥ – ١٠٧) . وانظر : المدونة في جامع الصلاة (١٠٣/١) ، والمنتقى في النهي عن الصلاة بعد الصبح وبعد العصر (٣٦٢/١ – ٣٦٤) ، والكافي لابن عبد البر باب الأوقات التي تكره فيها عندنا النوافل من الصلوات دون المكتوبات (١٩٥/١) ، بداية المجتهد الفصل الثاني من الباب الأول في الأوقات المنهي عن الصلاة فيها (١٠٤/١ – ١٠٧) ، قوانين الأحكام الشرعية الفصل الرابع الباب الثاني في الأوقات (ص٤٨) ، الإفصاح في ذكر سجود السهو (١٤٩/١) ، المغني باب الساعات التي نهي عن الصلاة فيها (١٠٧/٢ ، ١٠٩) .

٣٣٧٤ - لنا : ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « لا يتحرى أحدكم فيصلي عند طلوع الشمس ولا عند غروبها » (١) . وروى عقبة بن عامر قال : ثلاث ساعات نهى (٢) رسول الله [ﷺ] (٣) أن نصلي (٤) فيهن أو نقبر [فيهن] (٥) موتانا : إذ طلعت الشمس حتى ترتفع ، ونصف النهار ، وحتى تضيف (٦) الشمس للغروب (٧) » . وروى ابن مسعود قال : بينما نحن جلوس عند رسول الله ﷺ في المسجد إذا جاء (٨) رجل من بني سليم يقال (٩) له : عمرو بن عنبسة (١٠) وكان ممن بايع رسول الله ﷺ (١١) على الإسلام بمكة ، فلم يره رسول الله ﷺ حتى قدم المدينة فجاءه فقال : يا رسول الله ، علمني ما أنت به عالم وأنا به جاهل ، فأنبئني (١٢) ما ينفعني ولا يضرك : هل من الليل ساعة [يتقى] (١٣) فيها الصلاة ؟ فقال رسول الله ﷺ : « أما الليل ، فإذا صليت المغرب فالصلاة مقبولة مشهودة حتى تصلي صلاة الفجر ، فإذا صليت الفجر فاجتنب الصلاة حتى ترتفع [الشمس] (١٤) وتبيض (١٥) ؛ فإن الشمس تطلع بين

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب مواقيت الصلاة ، باب لا يتحرى الصلاة قبل غروب الشمس (١١٠/١) ، ومسلم في باب الأوقات التي نهي عن الصلاة فيها (٣٣٠/١) ، والطحاوي في باب النهي عن الصلاة عند طلوع الشمس (١٥٢/١) ، والشافعي في المسند باب مواقيت الصلاة (٥٥/١) ، والنسائي في باب النهي عن الصلاة عند طلوع الشمس (٢٧٧/١) ، والبيهقي في باب النهي عن الصلاة عند طلوع الشمس وعند غروبها (٤٥٣/٢) .

(٢) في (ن) : [نهانا] .

(٣) ساقط من (ن) .

(٤) في (م) : [أن يصلى] .

(٥) ساقط من (ع) .

(٦) وفي (ن) : [تضيق] .

(٧) أخرجه مسلم في باب الأوقات التي نهي عن الصلاة فيها (٣٣٠/١) ، وأبو داود في كتاب الجنائز ، باب الدفن عند طلوع الشمس (٢٠٣/٢ ، ٢٠٤) ، والترمذي في كتاب الجنائز ، باب ما جاء في كراهية الصلاة على الجنازة عند طلوع الشمس (٣٣٩/٣ ، ٣٤٠) رقم الحديث (١٠٣٠) ، والنسائي في كتاب المواقيت ، باب الساعات التي نهي عن الصلاة فيها (٢٧٥/١) ، وابن ماجه في كتاب الجنائز ، باب ما جاء في الأوقات التي لا يصلى فيها على الميت (٤٨٦/١) رقم (١٥١٩) ، وأحمد في المسند (١٥٢/٤) ، والطيالسي في المسند (ص ١٣٥) ، والطحاوي في باب مواقيت الصلاة (١٥١/١) .

(٨) في (ن) : [فجاء] .

(٩) في (ن) : [فقال] .

(١٠) في (م) : [عبسة] ، وكلاهما يطلق عليه ، والأكثر : [عبسة] .

(١١) ساقط من (ن) .

(١٢) في سائر النسخ : [فأنباني] .

(١٣) ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) : [مضى] في الهامش ، وساقط بالصلب والمثبت من مسند الشاشي .

(١٤) الزيادة من (م) ، (ن) .

(١٥) في (م) : [ويبيض] .

قرني الشيطان ، ثم الصلاة مقبولة محضورة حتى ينتصف النهار ، وتعدل [١] الشمس التي تسعر فيها جهنم [٢] ، فإن شدة الحر من فيح جهنم ، فإذا مالت الشمس فالصلاة مقبولة محضورة حتى [تصفر] الشمس [٣] ؛ فإنها تغرب بين قرني الشيطان » [٤] .

٣٣٧٥ - وروى مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن عبد الله الصنابحي [٥] أن رسول الله ﷺ قال : « إن الشمس تطلع ومعها قرن الشيطان ، فإذا ارتفعت فارقها ، فإذا استوت قارنها [٦] ، فإذا غربت فارقها » . ونهى رسول الله ﷺ [٧] عن الصلاة [٨] في تلك الساعات [٩] . وروى عروة عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « إذا بدا حاجب الشمس فلا صلاة حتى تطلع الشمس ، وإذا غاب حاجب الشمس فلا صلاة حتى تغرب » [١٠] .

٣٣٧٦ - وهذه الأخبار عامة ، فوجب اعتبار عمومها ، إلا ما دل عليه الدليل . ولأنه وقت يكره فيه النفل المبتدأ ، [فوجب أن يكره [فيه] [١١] النفل] [١٢] الذي له سبب من جنسه ، أصله : صوم يوم النحر . ولأنه نهي عن العبادة في هذه الأوقات لمعنى يختص بالوقت ، فاستوى فيه [١٣] النفل الذي له سبب والذي لا سبب له ، أصله : [صوم] [١٤]

---

(١) في (ن) : [ويعدل] .
(٢) في مسند الشاشي : [وتعتدل الشمس كأنها رمح سيما ويقوم كل شيء في ظله ؛ فتلك الساعة التي تستقر فيها جهنم] .
(٣) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٤) انظر تخريج الحديث في الشاشي في مسنده (٣١٩/٢) ، وحلية الأولياء (٢٦٥/٤) .
(٥) في (م) ، (ع) : [الصنالحي] ، وفي (ن) : [الصنابجي] . انظر ترجمته في أسد الغابة (١٨٦/٣) .
(٦) في (م) ، (ع) : [قاربها] .
(٧) في (م) ، (ع) : [وروي أن رسول الله ﷺ نهى] ، وهو خطأ ؛ لأن قوله : [ونهى إلى آخر الحديث] تابع لحديث الصنابحي .
(٨) في (م) ، (ع) : [الصلوات] .
(٩) الحديث بلفظه ذكره ابن الأثير في أسد الغابة (١٨٦/٣) في ترجمة الصنابحي .
(١٠) رواه الجماعة بمعناه من وجوه أخرى : أخرجه البخاري في المواقيت ، باب الصلاة بعد الفجر حتى ترتفع الشمس (١١٠/١) ، ومسلم باب إسلام عمرو بن عبسة (٣٢٩/١ ، ٣٣٠) ، وأبو داود في كتاب الجنائز ، باب الدفن عند طلوع الشمس (٣٤٣/١) رقم (١٨٣) ، والنسائي في المواقيت ، باب النهي عن الصلاة بعد الصبح (٢٧٦/١ ، ٢٧٧) ، وأحمد في المسند (١٣/٢ ، ١٩ ، ١٠٦) .
(١١) الزيادة من (م) ، (ن) .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٣) في (ن) : [الوقت] ، وفي (م) ، (ع) : [فيها] .
(١٤) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

يوم النحر . ولا يلزم عصر يومه ؛ لأنا عللنا للنفل . ولا يلزم الصلاة بعد [العصر و] [١] الفجر [لأنه يلزمه لمعني الوقت ، ولهذا [٢] لو لم يصل [٣] الفرض جازت الصلاة . ولا يلزم يوم الشك] [٤] ؛ لأن النهي عن الصوم ليس لمعنى مختص بالوقت [٥] ، وإنما هو لحصول [٦] الشك . ولأنها [صلاة شرعية فكره [٧] فعلها عند الطلوع ، كالنفل المبتدأ . ولأنها] [٨] عبادة على البدن لها وقت يكره فيه [٩] نفلها [١٠] ، فكان له وقت يكره فيه فرضها ، الدليل على صحة هذا : الصوم .

٣٣٧٧ – احتجوا : بحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « من أدرك ركعة من الفجر قبل طلوع الشمس أضاف إليها أخرى » [١١] ، فهذا يدل على جواز الصلاة في ذلك الوقت .

٣٣٧٨ – والجواب : أن قوله : « من أدرك ركعة من الصلاة » يحتمل [١٢] أن يكون المراد به : من أدرك مقدار الركعة فقد أدركها ، بمعني : لزمه وجوبها . وقوله : « أضاف إليها أخرى » معناه : إذا لم يدرك من الوقت مقدار ما يصلي فيه ركعتين يلزمه جميع الفرض ، حتى لا يظن أنه يلزمه من الفرض بقدر ما أدرك . ولأن هذا الخبر يفيد الإباحة ، وخبرنا يفيد الحظر ، والحظر والإباحة إذا اجتمعا فالحظر أولى .

٣٣٧٩ – ولا يقال : قد روي في بعض الألفاظ : « إذا صلى أحدكم ركعة من

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، وكلمة [العصر] فقط ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش.

(٢) في (ن) : [وبهذا] .

(٣) أي : إذا لم يصل فرض يومه جازت صلاة يومه في الأوقات المنهية .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (ن) : [يختص الوقت] .

(٦) في (ن) : [بحصول] .

(٧) في (ص) ، (ع) : [نكره] .

(٨) ما بين المعكوتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) في (م) : [فله] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فعلها] .

(١١) أخرجه البخاري في الصحيح بلفظ : « من أدرك من الصبح ركعة قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح » في كتاب الصلاة ، باب من أدرك من الفجر ركعة (١٠٩/١ ، ١١٠) ، ومسلم في الصحيح في باب من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك تلك الصلاة (٢٤٤/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب الدليل على أنها لا تبطل بطلوع الشمس فيها (٣٧٩/٢) ، والطحاوي في المعاني في باب الرجل يدخل في صلاة الغداة فليصل منها ركعة ثم تطلع الشمس (٣٩٩/١) .

(١٢) في (ص) : [محتمل] .

الصبح فطلعت ، فليتم صلاته » [١] .

٣٣٨٠ - لأن أصل الخبر ما تقدم ، وهذا تأويل الراوي ، ويحتمل أن يكون قوله : « فليتم صلاته » يعني : [يصلي ركعتين ؛ ليبين أن إدراك] [٢] بعض الفعل [٣] لا يمنع من كمال الوجوب .

٣٣٨١ - احتجوا : بحديث أنس أن النبي ﷺ قال : « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها ؛ فإن ذلك وقتها » [٤] ، وهذا يقتضي جواز الفوائت [٥] في هذه الأوقات .

٣٣٨٢ - قلنا : هذا الخبر قصد به وجوب القضاء ، وخبرنا قصد به تفصيل الأوقات ، فكل واحد [٦] منهما مستعمل في بابه ، وهذا [٧] كقوله تعالى : ﴿ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ [٨] ، ونهيه عليه السلام عن صوم يوم الفطر والنحر ، وهذا إلزام لمخالفنا في ترتيب العام والخاص .

٣٣٨٣ - قالوا : وقت يكره فيه الصلاة التي لا سبب لها ، فلا يكره فيه ما له سبب ، كالعصر وقت [٩] الغروب [١٠] .

٣٣٨٤ - قلنا : كراهة النافلة في الوقت تجعل [١١] دلالة على الكراهة ، فأما على الإباحة فهو وضع فاسد ؛ لأن العصر في وقت الغروب [١٢] مؤداة في وقت وجوبها ، ويستحيل أن يكون وقت الوجوب ولا يكون [١٣] وقت الأداء . فإن قاسوا بهذه العلة على ما بعد العصر ؛ قلنا إن ذلك الوقت وقت الفرائض ؛ بدلالة جواز العصر ؛ فلذلك يكره الفرض ، وليس بوقت للنوافل ؛ بدلالة ما [لا] [١٤] سبب له .

٣٣٨٥ - قالوا : كل صلاة لم تكره في الوقت الذي نهي عن الصلاة فيه لأجل

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى في باب الدليل على أنها لا تبطل بطلوع الشمس فيها (٣٧٨/٢) .
(٢) في (م) ، (ع) : [يعني صلى ركعتين لتبين أن من أدرك] ، مكان المثبت .
(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [النفل] .
(٤) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٣) .
(٥) في (م) : [الفوات] .
(٦) في (ن) : [واحدة] .
(٧) في (ع) : [وهذه] .
(٨) سورة البقرة : الآية ١٨٤ .
(٩) في (ص) ، (م) ، (ن) : [ووقت] .
(١٠) في (ص) ، (م) ، (ع) : [المغرب] .
(١١) في (م) ، (ع) : [يجعل] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [المغرب] .
(١٣) في (ن) : [فلا يكون] .
(١٤) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

الفعل لم يكره فعلها في الوقت الذي نهي لأجل الوقت ، [أصله] (١) : عصر يومه (٢) .

٣٣٨٦ – قلنا : ما نهي عنه لأجل الوقت آكد مما (٣) نهي عنه لأجل الفعل ؛ ألا ترى أن يوم النحر لما نهي عن صومه لأجل الوقت كان آكد من يوم الشك فيما يعتبر أحدهما بالآخر ، ثم المعنى في عصر يومه ما قدمناه .

٣٣٨٧ – قالوا : صلاة لها سبب فجاز أداؤها عند الغروب ، كعصر يومه .

٣٣٨٨ – قلنا : الأوقات التي نهي عن فعل العبادة فيها يستوي فيها ما له سبب وما لا سبب له ، كيوم النحر ، فلا معنى لهذا التخصيص . ولأن ما له سبب أكثر الأحوال أن يتأكد على ما لا سبب له ، وهذا المعنى لا يوجب اختلافهما ؛ بدلالة يوم النحر . ولأن عصر يومه [يجوز أن] (٤) يجب بإدراك وقت المغرب ، فلهذا المعنى جاز أداؤها (٥) فيه ، وهذا المعنى لا يوجد في غيرها .

* * *

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [غير يومه] .
(٣) في (ن) ، (ع) : [ما] .
(٤) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) في (ن) : [أداها] .

مسألة ١٩٠

يكره النوافل بعد الفجر والعصر

٣٣٨٩ – قال أصحابنا : يكره النوافل بعد الفجر والعصر (١) .

٣٣٩٠ – وقال الشافعي : لا يكره ما له سبب (٢) .

٣٣٩١ – لنا : ما رواه ابن عباس [ﷺ] (٣) قال : حدثني رجال مرضيون ، فيهم عمر (٤) ، وأرضاهم عندي عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن صلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس ، وعن صلاة بعد العصر حتى تغرب (٥) الشمس (٦) . وقد روى هذا الخبر عن النبي ﷺ عمر وعائشة وابن مسعود ومعاذ [بن عفراء] (٧) وابن عمر وأبو ذر وأبو هريرة وأبو سعيد (٨) .

٣٣٩٢ – ويدل عليه حديث عمرو بن عنبسة الذي قدمناه (٩) ولأنه وقت تكره (١٠)

---

(١) راجع : الأصل (١٤٩/١) ، مختصر الطحاوي (ص ٢٤) ، المبسوط (١٥٢/١ ، ١٥٣) ، تحفة الفقهاء (١٠٦/١) ، بدائع الصنائع (١٢٧/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (١٣٦/١ ، ١٣٧) ، الاختيار (٤١/١) ، البناية (٧٢/٢ – ٧٥) .

(٢) راجع تفصيل المسألة وأدلتها في : الأم (١٤٩/١) ، مختصر المزني (ص ١٩ ، ٢٠) ، الوسيط (٥٥٩/٢) ، حلية العلماء (١٥٢/٢) ، المهذب (٩٢/١ ، ٩٣) ، المجموع مع المهذب (١٦٨/٤ – ١٧٥) ، نهاية المحتاج (٣٨٤/١) . وانظر : المنتقى (٣٦٣/١) ، الكافي (١٩٥/١) ، بداية المجتهد (١٠٤/١) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص٤٨) ، والمغني لابن قدامة مع مختصر الخرقي (١١٤/٢ – ١١٨) ، والكافي « باب في الشرط الخامس » (١٢٣/١) .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (م) : [يغرب] .

(٦) متفق عليه ، تقدم تخريجه في المسألة السابقة .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) حديث ابن عمر أخرجه البخاري في الصحيح في باب الصلاة بعد الفجر حتى ترتفع الشمس وفي باب لا يتحرى الصلاة قبل غروب الشمس (١١٠/١ ، ١١١) ، ومسلم في الصحيح في باب الأوقات التي نهي عن الصلاة فيها (٣٢٩/١ ، ٣٣٠) ، وابن أبي شيبة في المصنف في كتاب صلاة التطوع والإمامة وفي من قال لا صلاة بعد الفجر (٢٤٤/٢ ، ٢٤٥) ، والطحاوي في المعاني في باب الركعتين بعد العصر (٣٠٣/١ ، ٣٠٤) ، والبيهقي في الكبرى في باب جماع أبواب الساعات التي تكره فيها صلاة التطوع (٤٥٢/٢) .

(٩) راجع تخريجه في المسألة السابقة .

(١٠) في (م) : [يكره] .

فيه النافلة التي لا سبب لها ، [فوجب أن يكره [فيه] [١] ما له سبب من جنسه] [٢] ، كالصوم يوم النحر .

٣٣٩٣ – ولأنها صلاة نفل ، فوجب أن تكره [٣] في هذين الوقتين ، كما لا سبب له .

٣٣٩٤ – احتجوا : بحديث [٤] قيس بن فهد أن النبي ﷺ صلى الفجر فلما انصرف رأى فتى يصلي ، فقال [له] [٥] : « ما هذه الصلاة ؟ » قال : ركعتا الفجر . فلم ينكر عليه [٦] .

٣٣٩٥ – قلنا : يحتمل أن يكون لم يصل الفرض فصلاها قبله .

٣٣٩٦ – قالوا : روي أن قيسًا قال : صليت مع رسول الله ﷺ الصبح [٧] ، فلما فرغت قمت وصليت ركعتي الفجر [٨] .

٣٣٩٧ – قلنا : يجوز أن يكون النبي ﷺ لم يعلم بصلاته معه . ولأن هذا الخبر يفيد الإباحة ، وخبرنا يفيد [٩] الحظر ، فكان أولى .

٤/ب ٣٣٩٨ – احتجوا : بما روي / أن النبي ﷺ صلى الفجر فرأى رجلين قاعدين لم يصليا معه ، فقال : « علي بهما » ، [فأتي بهما] [١٠] فقال : « ما حملكما على أن لا تصليا معنا ؟ » فقالا : قد صلينا في رحالنا ، فقال : « إذا صليتما في رحالكما ثم

---

(١) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٢) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [أن يكره] .
(٤) في (م) ، (ع) : [في حديث] .
(٥) الزيادة من (ن) ، (ع) .
(٦) قيس بن فهد هو قيس بن عمر بن سهل الأنصاري ، جد يحيى بن سعيد ، صحابي ، من أهل المدينة . راجع : تقريب التهذيب (١٢٩/٢) ترجمة (١٥٤) ، ذخائر المواريث للنابلسي (٨٤/٣) . والحديث أخرجه أبو داود من طريق سعد عن قيس بن عمرو مرفوعًا ، في السنن باب من فاتته متى يقضيها (٣١٩/١) وابن ماجه في باب ما جاء فيمن فاتته الركعتان قبل صلاة الفجر متى يقضيهما (٣٦٥/١) الحديث (١١٥٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف في ركعتي الفجر إذا فاتته (١٥٦/٢) .
(٧) في (ع) : [الفجر] .
(٨) رواه الشافعي عن سفيان عن ابن قيس في المسند ، في كتاب الصلاة (٥٧/١) الحديث (١٦٩) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب ذكر البيان أن هذا النهي مخصوص ببعض الصلوات دون بعض (٤٥٦/٢) ، وروى البيهقي في نفس المصدر بلفظ : أبصرني النبي ﷺ وأنا أصلي الركعتين بعد الصبح . فذكر معناه .
(٩) في (م) ، (ع) : [هذا] .
(١٠) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

أدركتم الإمام فصليا معه ؛ فإنها لكما نافلة » (١) .

٣٣٩٩ - [قلنا : قد روي في هذا الخبر أنه قال : « فإنهما (٢) لكما نافلة »] (٣) يعني : الأولى . فهذا يدل على أنه كان في حال ما يعاد الفرض مرتين ، فلا يكون متنفلاً بهذا (٤) الفرض ، وإذا روي في الخبر كل واحد من اللفظين وجب التوقف فيه .

٣٤٠٠ - قالوا : روي عن عائشة [رضي الله عنها] (٥) أنها قالت : لم يترك رسول الله [ﷺ] (٦) ركعتين بعد العصر في حجرتي (٧) .

٣٤٠١ - قلنا : ذكر الطحاوي [أن معاوية] (٨) بعث إلى عائشة يسألها عن ذلك ، فقالت [عائشة] (٩) : ما صلى عندي ، حدثتني (١٠) أم سلمة أن النبي ﷺ صلاها في بيتها فبعث إليها فقالت : دخل رسول الله ﷺ بيتي [يوما] (١١) وصلى ركعتين بعد العصر ، فقلت : ما هذه الصلاة التي لم تكن تصليها من قبل ؟ فقال : « ركعتين (١٢) أصليهما قبل (١٣) العصر ، فشغلني الوفد عنهما ، فكرهت أن أصليهما في المسجد فيراني (١٤) الناس » ، فقلت : أفنقضيهما (١٥) إذا فاتتنا ؟ فقال : « لا » (١٦) . وقد روي

(١) تقدم تخريج هذا الحديث بمعناه بألفاظ أخرى في مسألة (١٤٣) ، وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، باب : يصلي في بيته ثم يدرك جماعة (١٧٦/٢) ، وعبد الرزاق (٤٢٠/٢) الحديث (٣٩٣٤) ، وأحمد في المسند (١٦٠/٤ ، ١٦١) ، والطيالسي في مسنده ص١٧٥ الحديث (١٢٤٧) ، والترمذي (٤٢٤/١ ، ٤٢٥) الحديث (٢١٩) .

(٢) في غير (ص) : [فإنها] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) واللفظ الجديد مروي في الكبرى للبيهقي (١٣٠/٢) ، (١٣١/٢) .

(٤) في (ن) : [بعد] .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) ساقط من (ن) .

(٧) حديث عائشة رضي الله عنها رواه البخاري في الصحيح باب ما يصلى بعد العصر من الفوائت ونحوها (١١١/١) ، ومسلم في الصحيح في باب معرفة الركعتين اللتين كان يصليها النبي ﷺ بعد العصر (٣٣٣/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف في من رخص في الركعتين بعد العصر (٢٤٧/٢) ، والدارمي في باب الركعتين بعد العصر (٣٣٤/١) والطحاوي في المعاني في باب الركعتين بعد العصر (٣٠١/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب ذكر البيان أن هذا النهي مخصوص ببعض الصلوات دون بعض (٤٥٨/٢) .

(٨ ، ٩) ساقط من (ع) .

(١٠) في (م) : [حدثني] .

(١١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(١٢) في (ع) : [ركعتين] .

(١٣) في (ن) ، (ع) : [بعد] .

(١٤) في (م) : [فرآني] .

(١٥) في (م) : [أفتقضيها] ، وفي (ع) : [أتقضيهما] .

(١٦) رواه الطحاوي في معاني الآثار بألفاظ متقاربة ، رواه من طريق محمد بن عمرو بن عطاء ، عن عبد الرحمن بن أبي سفيان في المعاني باب الركعتين بعد العصر (٣٠٢/١ ، ٣٠٦) ، وأخرج قصة معاوية عبد الرزاق في المصنف في باب الساعة التي يكره فيها الصلاة (٤٣١/٢) الحديث (٣٩٧١) ، والشافعي في المسند الباب الأول في مواقيت الصلاة (٥٦/١ ، ٥٧) الحديث (١٦٧ ، ١٦٨) .

عن أم سلمة أنها قالت : يغفر الله لعائشة ، ما هكذا حدثتها [١] ، إنما صلى رسول الله ﷺ ركعتين تركهما بعد الظهر ... وذكرت الخبر . وقد روي أن عائشة أخبرت ابن [٢] الزبير أن رسول الله ﷺ صلى عندها بعد العصر ركعتين ، فقال زيد بن ثابت : يغفر الله لعائشة ، نحن أعلم بحديث رسول الله ﷺ ، إنما كان ذلك لأن رسول الله ﷺ أتاه ناس من الأعراب بهجير [٣] فقعدوا يسألونه ويفتيهم حتى صلى صلاة الهجير [٤] ، ثم قعد يفتيهم حتى صلى العصر وانحرف إلى بيته ، فذكر أنه لم يصل ركعتين بعد الظهر ، فصلاهما ، ثم نهى عن الصلاة بعد العصر [٥] . وروى عبد الملك عن عطاء [٦] عن عائشة أنها قالت : إذا أردت الطواف بعد الفجر والعصر فأخر الصلاة حتى تغيب الشمس أو تطلع [٧] ، فهذا يدل على أنها عرفت نسخ ما روته أو تخصيص النبي ﷺ به .

٣٤٠٢ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « يا بني [٨] عبد مناف ، إذا ولي أحدكم شيئا من أمر هذا البيت فلا يمنعن أحدًا أن يطوف بالبيت [ويصلي] [٩] أي ساعة من ليل أو نهار » [١٠] .

٣٤٠٣ - والجواب : أنا لا نمنع [١١] الطواف في الأوقات ، ونؤخر الصلاة إلى الوقت

---

(١) في (ن) : [حديثها] .
(٢) الذي في كتب السنة : [آل] .
(٣) في سائر النسخ : [بهجر] ، وما أثبتناه من كتب السنة ، وهو الصواب إن شاء الله تعالى .
(٤) في (م) ، (ع) : [الهجر] .
(٥) انظر في تخريجه : مسند أحمد (١٨٥/٥) ، مجمع الزوائد (٢٢٤/٢) .
(٦) في (ص) ، (ن) : [بن عطاء] .
(٧) حديث عبد الملك عن عطاء عن عائشة ﵂ رواه ابن أبي شيبة عن محمد بن فضيل في المصنف في كتاب الحج (٢٥٨/١) .
(٨) في (م) : [ياتني] .
(٩) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٠) أخرجه الطحاوي من حديث ابن عباس في معاني الآثار ، في كتاب مناسك الحج (١٨٦/٢) والدارقطني ، في كتاب الحج في باب المواقيت (٢٦٦/٢) الحديث (١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩) ، وأخرجه ابن خزيمة في المصنف في باب إباحة الطواف والصلاة بمكة بعد الفجر وبعد العصر (٢٢٦/٤) الحديث (٢٧٤٧ ، ٢٧٤٩) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج (٢٥٧/٤) ، وأبو داود باب الطواف بعد العصر (٤٧٥/١) ، والترمذي (٢١١/٣) الحديث (٨٦٨) ، والنسائي في كتاب المناسك (٢٢٣/٥) ، وابن ماجه في كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها (٣٩٨/١) الحديث (١٢٥٤) ، والطحاوي في كتاب المناسك (٤٤٨/١) ، وأخرجه الشافعي في المسند (٥٧/١ ، ٥٨) الحديث (١٧٠) ، والدرامي في كتاب المناسك (٧٠/٢) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى (٤٦١/٢) . راجعه في شرح السنة (٣٣١/٣) الحديث (٧٨٠) . قال الطحاوي بعد أن أخرجه من وجه جبير بن مطعم وابن عباس : فذهب قوم إلى إباحة الصلاة للطواف في الليل والنهار .
(١١) في (م) : [لا يمنع] .

الذي تجوز الصلاة فيه . كما روي أن عمر بن الخطاب طاف بعد طلوع الشمس وصلى ركعتين بذي [١] طوى [٢] ، وروي عن أبي سعيد الخدري أنه طاف بالبيت بعد العصر ، فقال الناس : انظروا ما صنع هذا الرجل ، فإنه من أصحاب رسول الله [٣] ﷺ ، فلما طاف قعد حتى غربت الشمس ثم صلى [٤] .

٣٤٠٤ - قالوا : صلاة لها سبب فجاز أداؤها في هذين الوقتين ، كالفوائت وصلاة الجنازة .

٣٤٠٥ - قلنا : المعنى في الأصل أنها وجبت بإيجاب الله تعالى ابتداء فجاز أداؤها في هذين الوقتين ، والنافلة لم تجب [٥] بإيجابه ، فصارت كالمبتدأ .

٣٤٠٦ - ولا يقال : إنما كان سببه من الله تعالى ، فقد ساوى ما له سبب [٦] من [غير] [٧] جهة الله [٨] ﷻ [٩] وإن اختلفا في قوة السبب ، وهذا المعنى لا يمنع من تساويهما في الأداء ، كالوتر والفرض .

٣٤٠٧ - قلنا : الوتر والفرض وإن اختلفا فقد تساويا في ثبوتهما من جهة الله تعالى ، وإن تأكد أحدهما على الآخر ، وليس كذلك النفل الذي له سبب ؛ لأن سببه لا يكون من جهة الله تعالى ، فصار كما يبتديه [١٠] من النوافل . ولأن هذا الوقت قد جعل وقتا للفرائض ، بدلالة صلاة الوقت . وليس في الأصول وقت لا يكره فيه فعل بعض الفرائض ويكره بقيتها [١١] . وفي الأصول ما لا يكره فيه الفرائض ويكره فيه النوافل [بدلالة النوافل] [١٢] المبتدأة .

٣٤٠٨ - قالوا : وقت لا يكره فيه سجدة التلاوة فلا يكره فيه النفل الذي له سبب ، كسائر الأوقات .

٣٤٠٩ - قلنا : نقلب [١٣] هذه العلة فنقول : فوجب أن يستوي [١٤] النوافل التي لها سبب والتي لا سبب لها ، كسائر الأوقات .

---

(١) في (ن) : [بذ] .

(٢) هذا الحديث أخرجه الطحاوي من حديث عبد الرحمن (١٨٧/٢) ، والبيهقي في الباب السابق (٤٦٣/٢) ، والترمذي (٢١٢/٣) ، والبغوي في شرح السنة (٣٣٢/٣) ، وأخرجه ابن أبي شيبة كتاب الحج (٢٥٩/٤) .

(٣) في (ع) : [النبي] .

(٤) حديث أبي سعيد الخدري أخرجه البيهقي من حديث ابن أبي نجيح (٤٦٤/٢) ، وأخرجه ابن أبي شيبة (٢٥٩/٤) .

(٥) في (م) ، (ن) : [لم يجب] .

(٦) ساقط من (ع) .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) في (ع) : [ما له من جهة الله] .

(٩) في (ن) : [من غير جهته] .

(١٠) في (م) : [يبتد به] ، وفي (ع) : [يبتدي به] .

(١١) في (ع) : [تعينها] .

(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٣) في (م) : [تقلب] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [يستوفي] .

مسألة ١٩١

لا يجوز أداء الصلاة في الأوقات المنهي عنها في جميع البلاد وجميع الأيام

٣٤١٠ - قال أصحابنا : لا يجوز أداء الصلاة في الأوقات المنهي عنها في جميع البلاد و [في] (١) جميع الأيام (٢) .

٣٤١١ - وقال الشافعي : تجوز (٣) الصلاة في الأوقات الثلاثة بمكة ، وتجوز (٤) الصلاة في وقت الزوال يوم الجمعة (٥) .

٣٤١٢ - لنا : ما قدمناه من حديث عقبة بن عامر وعمرو بن عنبسة (٦) ، وكل واحد منهما عام في جميع البلاد والأيام (٧) . ولأن (٨) كل وقت يكره فيه [فعل عبادة بغير مكة ، يكره فيه تلك العبادة بمكة ، كصوم يوم النحر (٩) . ولأن كل وقت تكره فيه] (١٠) الصلاة إذا لم يصادف يوم الجمعة فيكره وإن صادف الجمعة ، أصله : وقت الطلوع يكره ، فعند (١١) الزوال كذلك ، أصله : غير يوم الجمعة .

٣٤١٣ - ولا يصح أن يقال : [إن] (١٢) في يوم الجمعة لا تكره (١٣) الصلاة في

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) قال السمرقندي في التحفة : وفي هذه الأوقات الثلاثة يكره أداء التطوع المبتدأ الذي لا سبب له في جميع الأزمان ، وفي جميع الأمكنة ، حتى لو شرع فيه فالأفضل أن يقطع ، ولكن إذا أدي جاز مع الكراهة . راجع : المبسوط (١٥١/١) ، تحفة الفقهاء (١٠٥/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٢٣٣/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [يجوز] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ويجوز] .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : الأم (١٤٩/١) ، مختصر المزني (ص١٩ ، ٢٠) ، الوسيط (٥٥٩/٢ ، ٥٦٠) ، حلية العلماء (١٥٤/٢) ، المجموع مع المهذب (١٧٥/٤ - ١٨٠) .
وانظر : الكافي لابن عبد البر (١٩٦/١) ، الكافي لابن قدامة (١٢٣/١ - ١٢٥) ، المغني (١٢٢/٢) .

(٦) تقدم تخريج حديثي ابن عامر وابن عنبسة في مسألة (٩٩) ، وفي مسألة (١٨٩) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الأيام والبلاد] بالتقديم والتأخير .

(٨) في (ن) : [لأن] بدون العطف .

(٩) في (ص) : [كيوم النحر] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١١) في (ن) : [عند] .

(١٢) ساقط من (م) .

(١٣) في (م) ، (ع) : [لا يكره] .

الأوقات الثلاثة ؛ لأن الشافعي قال : لا تكره [1] الصلاة في وقت الزوال لمن حضر الجامع ، وهذا يدل على تخصيص هذا الوقت .

٣٤١٤ - احتجوا : بما روي عن أبي ذر [أنه أخذ بعضادتي] [2] باب المسجد فقال : من عرفني فقد عرفني ، ومن لم يعرفني فأنا أعرفه بنفسي [3] ، نهى رسول ﷺ عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب [4] الشمس ، وبعد الفجر حتى تطلع الشمس إلا بمكة [5] .

٣٤١٥ - والجواب : أن هذا الخبر روي من جهات [6] كثيرة من غير هذه الزيادة ، فلو كانت ثابتة لنقلت كنقل الأصل . ولأن هذا الخبر يبيح [7] الصلاة ، وخبرنا يحظرها ، والحظر [8] أولى . ويجوز أن يكون قوله : إلا بمكة ، بمعنى [9] : [ولا] [10] بمكة ، كقوله [11] تعالى : [﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ﴾ [12] ، معناه : ولا خطأ . وقوله تعالى] [13] ﴿ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَيْكُمْ حُجَّةٌ إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا ﴾ [14] .

٣٤١٦ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال : « يا بني عبد مناف ، من ولي منكم شيئا من أمر هذا البيت فلا يمنعن طائفا يطوف به ويصلي في أي ساعة شاء من ليل أو نهار » [15] .

٣٤١٧ - والجواب : أن هذا الخبر قد روي [16] من غير ذكر الصلاة ، فإذا أباحه

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يكره] .
(٢) في (م) ، (ع) : [أنه بعضاد في] .
(٣) في (ن) : [بعثني] .
(٤) في (م) : [يغرب] .
(٥) حديث أبي ذر ﷺ أخرجه البيهقي من طريق الشافعي والدارقطني (٢/٢٦٥ ، ٢٦٦) ، وابن خزيمة مختصرا (٤/٢٢٦) الحديث (٢٧٤٨) ، وابن عدي في الكامل ، في ترجمة عبد الله بن المؤمل (٤/١٣٧) . قال البيهقي بعد أن أخرجه : وهذا الحديث يعد في أفراد عبد الله بن المؤمل ، وعبد الله بن المؤمل ضعيف ؛ قال ابن حبان : كان قليل الحديث منكر الرواية ، لا يجوز الاحتجاج بخبره إذا انفرد . راجع : كتاب المجروحين في ترجمة عبد الله بن المؤمل (٢/٢٧ ، ٢٨) ، الكامل (٤/١٣٥ ، ١٣٦) الترجمة (٧/٩٧٤) . وقد رواه البيهقي (٢/٤٦١ ، ٤٦٢) من طرق أخرى ضعيفة .
(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [من روايات] .
(٧) في (ن) : [ينتج] .
(٨) في (ن) : [فالحظر] .
(٩) في (م) : [إلا بمعنى] ، وفي (ع) : [إلا لمعنى] .
(١٠) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .
(١١) في (م) ، (ع) : [لقوله] .
(١٢) سورة النساء : الآية ٩٢ .
(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٤) سورة البقرة : الآية ١٥٠ .
(١٥) تقدم تخريج هذا الحديث في المسألة السابقة .
(١٦) في (ع) : [ورد] .

الطواف في جميع الأوقات فيجوز أن يكون قوله : « ويصلي » معناه : يطوف في أي ساعة شاء ويصلي في الأوقات الجائزة ؛ بدلالة خبرنا .

٣٤١٨ - قالوا : كل وقت جاز فيه فعل الطواف (١) جاز فيه ركعتا (٢) الطواف ، كسائر الأوقات .

٣٤١٩ - قلنا : سائر الأوقات يجوز التنفل فيها في غير مكة ، وهذا الوقت لا يجوز التنفل فيه في غير مكة ، كذلك فيها .

٣٤٢٠ - [و] (٣) احتجوا في الفصل الثاني : بما روي عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ نهى عن الصلاة نصف النهار إلا يوم الجمعة (٤) .

٣٤٢١ - والجواب (٥) : ما قدمناه (٦) أن أخبارنا تفيد (٧) الحظر وهذا يفيد الإباحة . ولأنه يحتمل أن يكون المراد به : ولا يوم الجمعة ، كما بيناه في الخبر الآخر .

* * *

(١) في (م) : [الصلاة] . (٢) في (ن) : [ركعتي] .
(٣) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٤) رواه الشافعي من طريق سعيد المقبري عن أبي هريرة في الأم (١٩٧/١) ، ونحوه البيهقي في الكبرى (٤٦٤/٢) ، ورواه أبو داود من طريق مجاهد (٢٧٤/١) .
(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الجواب] بدون العطف .
(٦) في (ع) : [ما قدمنا] . (٧) في (م) : [يفيد] .

مسألة ١٩٢

الوتر واجب

٣٤٢٢ - قال أبو حنيفة : الوتر واجب (١) .

٣٤٢٣ - وقالا : هو سنة ، وبه قال الشافعي (٢) .

٣٤٢٤ - لنا : قوله ﷺ : « إن الله زادكم صلاة ، ألا وهي الوتر ، فصلوها ما بين عشاء الآخرة إلى طلوع الفجر » (٣) . وروى عبد الله بن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « إن الله تعالى حرم على أمتي الخمر والميسر والمزامير والكوبة (٤) ، وزادني صلاة الوتر » (٥) . وعن خارجة بن حذافة قال : خرج علينا رسول الله ﷺ فقال : « إن الله تعالى أمركم (٦) بصلاة هي خير لكم من حمر النعم : الوتر ، جعله [الله] (٧) لكم فيما بين العشاء إلى أن يطلع الفجر (٨) ، وهذه الأخبار تدل على الوجوب [من

(١) قال السرخسي في المبسوط : فروى حماد بن زيد عن أبي حنيفة أن الوتر فريضة . وروى يوسف بن خالد السمني عنه أنها واجبة . راجع : كتاب الحجة باب الوتر في السفر (١/١٨٦) ، المبسوط باب مواقيت الصلاة (١/١٥٥ ، ١٥٦) ، تحفة الفقهاء باب صلاة المسافر (١/١٥٤) ، بدائع الصنائع فصل في الصلاة الواجبة (١/٢٧٠) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية باب صلاة الوتر (١/٤٢٣ - ٤٢٦) ، البناية باب صلاة الوتر (٢/٥٦٥ - ٥٧٤) ، حاشية ابن عابدين باب الوتر والنوافل (١ - ٤٦٥) .

(٢) راجع المسألة في الأم : في باب في الوتر (١/١٤٢) ، مختصرالمزني ص٢٠ ، الوسيط (٢/٦٨٤) ، حلية العلماء (٢/١١٤) ، المجموع مع المهذب (٤/١١ ، ١٢ ، ١٩) ، المهذب (١/٨٣) . راجع المسألة في : المنتقى (١/٢١٤) ، الكافي لابن عبد البر (١/٢٥٥) ، بداية المجتهد ، كتاب الصلاة (١/٩١ ، ٩٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٨٥ ، شرح الزرقاني ، فصل ندب نفل (١/٢٨٧) ، الإفصاح باب شروط الصلاة (١/١٤١ ، ١٤٢) ، الكافي لابن قدامة باب صلاة التطوع (١/١٤٩ ، ١٥٠) ، المغني (٢/١٥٩ - ١٦١) .

(٣) أخرجه أحمد بألفاظ متقاربة في المسند ، في حديث أبي بصرة الغفاري ﷺ (٦/٣٩٧) ، والطحاوي في المعاني (١/٤٣٠) ، والحاكم في المستدرك في كتاب معرفة الصحابة (٣/٥٩٣) ، وعزاه الهيثمي إلى أحمد والطبراني في الكبير في مجمع الزوائد (٢/٢٣٩) . ورواه ابن أبي شيبة من طريق عمرو بن شعيب في المصنف ، في كتاب صلاة التطوع والإمامة في من قال : الوتر واجب (٢/١٩٧) .

(٤) في (م) ، (ع) : [والمكوبة] . الكوبة : الطبل .

(٥) في (م) ، (ع) : [وزاد في صلاة الوتر] . هذا جزء من حديث قيس بن النعمان ، أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب الأشربة (٢/٣٢٤ ، ٣٢٥) وقال الهيثمي : رواه أحمد . مجمع الزوائد (٢/٢٤٠) .

(٦) في (ن) : [أمدكم] . (٧) ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) قال مجد الدين ابن تيمية : رواه الخمسة إلا النسائي . انظر : المنتقى ص١٩٢ ، ١٩٣ ، رقم الحديث =

وجوه] [١] ، منها : أنه جعلها زيادة ، والواجبات محصورة فالزيادة ترد عليها ، والنوافل غير محصورة فلا ترد[٢] عليها زيادة . والثاني : أنها أمر ، والأمر يفيد الوجوب ، والثالث : أنه خصها بوقت ، والواجبات تختص [٣] بأوقات .

٣٤٢٥ – ولا يقال : إنه قال : « زادكم » ، وهذا يفيد ما لنا من النوافل ، ولو أراد الوجوب ، لقال : زاد عليكم ؛ وذلك لأن الواجب يصح أن يقال : إنه لنا بمعنى أن ثوابه لنا . ولأنه يقال [٤] : زادكم وزاد لكم ، بمعنى : عليكم ؛ لقوله تعالى : ﴿ زِدْنَٰهُمْ عَذَابًا فَوْقَ ٱلْعَذَابِ ﴾ [٥] ، وقال : ﴿ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ [٦] ، وقال ﴿ فَزَادَتْهُمْ رِجْسًا إِلَىٰ رِجْسِهِمْ ﴾ [٧] .

٣٤٢٦ – قالوا : النوافل غير محصورة والواجبات كذلك ، وإنما المحصور الفرائض ، وليست بفرض عندكم .

٣٤٢٧ – قلنا : الفرائض واجبات ، فهي محصورة ، والوتر زيادة عليها من حيث الوجوب .

٣٤٢٨ – قالوا : النوافل على ضربين : محصورة وغير محصورة ، فالمحصورة : نوافل الصلوات [٨] ، وقد قال [عليه] [٩] السلام : « من صلى ثنتي عشرة [١٠] ركعة في اليوم والليلة بنى [الله] [١١] له بيتا في الجنة » [١٢] ، فالوتر زيادة على هذه [١٣] .

= (١٢٠٥) . أخرجه الدارقطني (٢/٣٠) ، وأبو داود باب استحباب الوتر (١/٣٥٨) ، والترمذي (٢/٣١٤) الحديث (٤٥٢) ، وابن ماجه ، في كتاب الصلاة (١/٣٦٩) الحديث (١١٦٨) ، والطحاوي (١/٤٣٠) ، والحاكم في المستدرك (١/٣٠٦) . وابن أبي شيبة في المصنف (٢/١٩٧) ، والدارمي (١/٣٧٠) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى (٢/٤٦٩) .

(١) ساقط من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فلا يرد] .

(٣) في (م) : [يختص] .

(٤) في (ن) : [ولا يقال] .

(٥) سورة النحل : الآية ٨٨ .

(٦) سورة التوبة : الآية ٦١ ، سورة إبراهيم : الآية ٢٢ ، سورة العنكبوت : الآية ٢٣ .

(٧) في سائر النسخ : [زنادهم] ، والمثبت هو الصواب ، سورة التوبة : الآية ١٢٥ .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الصلاة] .

(٩) مكرر في (ع) .

(١٠) في سائر النسخ : [عشر] .

(١١) لفظ الجلالة ساقط من (ن) .

(١٢) أخرجه مسلم في الصحيح من حديث أم حبيبة في باب فضل السنن الراتبة قبل الفرائض وبعدهن وبيان عددهن (١/٢٩٢ ، ٢٩٣) ، وأبو دواد (١/٣٠٠) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب قيام الليل وتطوع النهار (٣/٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٦٤) ، والحاكم في المستدرك في كتاب صلاة التطوع (١/٣١١) .

(١٣) في (ع) : [هذا] .

٤١/أ

٣٤٢٩ - قلنا : جنس النوافل غير / محصور ، والزيادة على الجنس ، ويدل عليه حديث علي [رضي الله عنه] [١] أن النبي ﷺ قال : « أوتروا يا أهل القرآن » [٢] ، وهذا أمر . ولا يقال : إنه خص أهل القرآن ؛ لأنه إذا ثبت وجوبها عليهم ثبت على غيرهم . ويجوز أن يكون معناه : من آمن بالقرآن ؛ لقوله : ﴿ يَٰٓأَهۡلَ ٱلۡكِتَٰبِ ﴾ [٣] والمراد به : من آمن به ، والذي يبين [٤] ذلك أنها عندهم سنة ، ولا يختص بأهل القرآن .

٣٤٣٠ - قالوا : روي أن أعرابيا قام إلى النبي ﷺ عند هذا القول ، فقال : ما تقول ؟ فقال عليه السلام : « إنها ليست لك ولا لأصحابك » [٥] .

٣٤٣١ - قلنا : يجوز أن يكون الأعرابي كافرًا ، ويجوز أن يكون أراد بها : ليست لك ولأصحابك خاصة ، يبين [٦] ذلك [٧] أنها سنة عندهم ، وهي للأعرابي ولقومه ، فلا بد على قولهم [٨] أن يحمل على ما قلنا . ويدل عليه حديث أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال : « من نام عن وتره أو نسيه فليصله إذا ذكره » [٩] . ويدل عليه ما رواه ابن بريدة عن أبيه أن النبي ﷺ قال : « الوتر حق ، فمن لم يوتر فليس منا » [١٠] . وروى أبو أيوب الأنصاري قال : قال رسول الله ﷺ : « الوتر حق على كل مسلم » [١١] .

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) حديث علي رضي الله عنه أخرجه أبو داود (٣٥٧/١) ، وأخرجه الترمذي (٣١٦/٢) الحديث (٤٥٣) ، والطيالسي في المسند ص١٥ الحديث (٨٨) ، والنسائي (٢٢٨/٣ ، ٢٢٩) ، وابن ماجه (٣٧٠/١) الحديث (١١٦٩) ، والحاكم في المستدرك (٣٠٠/١) ، والبيهقي في الكبرى (٤٦٦/٢) ، وقال الترمذي: حديث علي حديث حسن .

(٣) راجع في سورة آل عمران الآيات (٦٤ ، ٦٥ ، ٧٠ ، ٧١ ، ٩٨ ، ٩٩) وفي سورة النساء الآيات (١٧١) وفي سورة المائدة الآيات (١٥ ، ١٩ ، ٥٩ ، ٦٥ ، ٧٧) .

(٤) في (م) : [تبين] .

(٥) حديث الأعرابي أخرجه أبو داود من حديث أبي عبيدة (٣٥٨/١) ، وابن ماجه (٣٧٠/١) الحديث (١١٧٠) ، وأخرجه ابن أبي شيبة (١٩٨/٢) ، وأخرجه البيهقي (٤٦٨/٢) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٤/٣) الحديث (٤٥٧١) .

(٦) في (ع) : [تبين] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بذلك] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لقولهم] .

(٩) حديث أبي سعيد الخدري أخرجه أبو داود (٣٦٢/١) ، والدارقطني (٢٢/٢) رقم الحديث (١) ، والترمذي (٣٣٠/٢) ، وابن ماجه (٣٧٥/١) الحديث (١١٨٨) .

(١٠) حديث ابن بريدة أخرجه أبو داود (٣٥٨/١) ، وأحمد في المسند (٣٥٧/٥) ، وابن أبي شيبة ، ، في باب من قال : الوتر واجب (١٩٧/٢) ، والحاكم في المستدرك (٣٠٥/١) ، والبيهقي في الكبرى (٤٧٠/٢) .

(١١) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٢٥٩/١٣) .

٣٤٣٢ - ولا يقال : روي في هذا الحديث أنه قال : « الوتر حق مسنون » ؛ لأن ما ذكرناه ذكره أبو داود وغيره ، وما قالوه لا يعرف ، ثم لا ينفي الوجوب ؛ لأن المسنون يجوز أن يراد به المشروع .

٣٤٣٣ - ولا يقال : روي [1] في هذا الخبر أنه قال : « فمن شاء أوتر بسبع [ومن شاء أوتر بخمس] [2] ، ومن شاء [أوتر] [3] بثلاث » [4] ، فعلق ذلك بمشيئته ، وهذا ينفي الوجوب ؛ وذلك لأنه إذا ثبت الوجوب بالخبر سقط التخيير ؛ لأن أحدا لا يفصل بينهما . ولأن المشيئة جعلها في زيادة العدد ، ولم يجعلها في نفس الفعل . ولأنها صلاة تؤدى في وقتها وتقضى [5] بعد فوات وقتها منفردة ، فكانت واجبة ، كسائر الصلوات .

٣٤٣٤ - ولأنها وتر في الشريعة فكانت [6] واجبة ، كالمغرب .

٣٤٣٥ - ولأنها صلاة اختصت بوقت يكره فيه [7] غيرها ، كسائر الصلوات . ولأنها صلاة تختص [8] بذكر في حال القيام تفارق [9] غيرها ، كصلاة الجنازة . ولأنه أحد الزمانين فكان [10] الواجب فيه عشر ركعات ، كالنهار . ولأنها صلاة تفعل [11] في جميع السنة [12] ، تارة في جمع [13] ، وتارة منفردًا ، فوجب أن [14] لا يكون نفلا ، كسائر الصلوات .

٣٤٣٦ - قالوا : المعنى في سائر الصلوات أن لها أذانا ، فلهذا كانت واجبة ، وهذه ليس لها أذان وإقامة ، فلم تكن [15] واجبة .

٣٤٣٧ - قلنا : من أصحابنا من قال : إن أذان العشاء يقع [16] لها ، فعلى هذا لا نسلم الوصف . ولو سلمناه بطل بصلاة الجنازة ، وأنها [17] واجبة وليس لها أذان .

---

(١) في (ن) : [وروي] بالعطف .
(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) أخرجه النسائي (٢٣٨/٣) ، والدارقطني (٢٣/٢) ، والطحاوي في المعاني (٢٩١/١) .
(٥) في (م) ، (ع) : [ويقضى] .
(٦) في (ن) : [لكانت] .
(٧) في (ع) : [فيها] .
(٨) في (م) : [يختص] .
(٩) في (م) ، (ع) : [يفارق] .
(١٠) في غير (ص) : [فكانت] .
(١١) في (م) : [يفعل] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [السنن] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [جميع] .
(١٤) في (ص) ، (ن) : [بأن] .
(١٥) في (م) : [يكن] .
(١٦) في (ن) : [تبع] .
(١٧) في (ن) : [لأنها] .

ولأن الأذان إنما يثبت في الصلوات التي تفعل [١] في الجماعة في موضعها [٢] ، والوتر لا يجمع بكل حال ، فلذلك لم يوضع لها أذان .

٣٤٣٨ - ولا يقال : إن القياس لا يثبت به الوجوب عندكم في مثل هذا الموضع . لأنا نقيس لإثبات صفة الصلاة ، وصفة العبادة يجوز [٣] إثباتها بقياس . أو نقيس لنفي كونها نفلا .

٣٤٣٩ - ولا يقال : إن ما قدمتموه من الأخبار أخبار آحاد ، فلا يقبل فيما تعم [٤] البلوى به عندكم ؛ وذلك لأن هذه الأخبار قد رويت مختلفة الطرق ، فيقطع [٥] أن في جملتها [٦] ما هو ثابت ، وإن كنا لا نقطع [٧] على واحد بعينه ، ومن أصحابنا من قال : الوتر ثابت في الشرع والخلاف في صفتها ، ويجوز [إثبات] [٨] ما تعم [٩] البلوى به بأخبار الآحاد .

٣٤٤٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ حَٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلْوُسْطَىٰ ﴾ [١٠] ، قالوا : ولو كانت الوتر واجبة كانت الصلوات ستًّا ، فلا يكون لها [١١] وسطى [١٢] .

٣٤٤١ - والجواب : أنه قد اختلف في الوسطى ، فروي أنها العصر ، وروي : أنها الفجر ، فإن كانت الظهر فلا يتغير بزيادة العدد ؛ لأنها سميت بذلك لأنها تقع [١٣] في وسط النهار ، وإن كانت الوسطى العصر أو الفجر [١٤] كان دلالة لهم ، فوجب التوقف فيه . ولأن اللّٰه تعالى جعل الوسطى للفرائض ، والوتر ليست بفرض ، فلا تتغير [١٥] صفة الفرائض . ويجوز أن تكون [١٦] هذه الآية نزلت قبل وجوب الوتر ، فلذلك صح أن [١٧] يسمى وسطى .

٣٤٤٢ - احتجوا : بحديث طلحة بن عبيد اللّٰه قال : جاء أعرابي إلى النبي [١٨]

---

(١) في (م) : [يفعل] .
(٢) في (م) ، (ع) : : [إلا في موضعها] .
(٣) في سائر النسخ : [ويجوز] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يعم] .
(٥) في (ن) : [فتقع] .
(٦) في (ن) : [جملها] .
(٧) في (م) : [لا يقطع] .
(٨) ساقط من (م) ، (ع) .
(٩) في (م) ، (ع) : [ما يعم] .
(١٠) سورة البقرة : الآية ٢٣٨ .
(١١) في (م) : [لنا] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [وسط] .
(١٣) في (م) : [يقع] .
(١٤) في (ن) ، (ع) : [والفجر] .
(١٥) في (م) ، (ع) : [يتغير] .
(١٦) في (م) : [يكون] .
(١٧) في (م) ، (ع) : [أنه] .
(١٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [رسول اللّٰه] .

ﷺ ثائر الرأس لصوته دَويّ لا يفهم ما يقول ، حتى دنا من رسول الله ﷺ ، فإذا هو يسأله عن الإسلام ، فقال : « خمس صلوات في اليوم والليلة » ، فقال : هل عليّ غيرها ؟ فقال : « لا ، إلا أن تَطَّوَّعَ » وذكر الخبر إلى أن قال : فأدبر الرجل وهو يقول : والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه ، فقال [النبي] (١) ﷺ : « [قد] (٢) أفلح إن صدق » (٣) .

٣٤٤٣ - والجواب : أنه [قد] (٤) روي في (٥) هذا الخبر أن النبي ﷺ قال : « خمس صلوات كتبهن الله على عباده » ، والوتر ليست مكتوبة ، وقول الأعرابي : هل علي غيرها ، استفهام يرجع (٦) إلى ما تقدم ، فكأنه قال : [هل] (٧) كتب علي غيرها ؟ وهذا لا ينفي وجوب (٨) ما سوى المكتوبة ، كما لا ينفي وجوب النذر وصلاة الجنازة . ولأن الاستثناء من جنس المستثنى منه ، فكأنه قال : إلا أن تطوع ، فيكون عليك . وكل من قال : إن من تطوع بالوتر وجبت قال بوجوبها ابتداء . ولأن هذا الخبر يجوز أن يكون قبل وجوب الوتر ثم وجبت بعد ذلك .

٣٤٤٤ - ولا يقال : هذا يؤدي إلى نسخ الخبر ؛ وذلك لأن أخبار الآحاد يجوز أن تنسخ (٩) بعضها ببعض . ولأن إيجاب فرض آخر ليس له تعلق بالأول لا يكون نسخًا .

٣٤٤٥ - احتجوا : بحديث المعراج (١٠) : « أن الله تعالى أوجب خمسين صلاة (١١)

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) ساقط من (ع) .

(٣) حديث طلحة بن عبيد الله عن النبي ﷺ متفق عليه ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الإيمان ، باب الزكاة من الإسلام (١٧/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الإيمان ، باب بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام (٢٤/١) ، ومالك في الموطأ ، في كتاب قصر الصلاة في السفر ، باب جامع الترغيب في الصلاة (١٤٥/١) ، وأحمد في المسند ، في مسند طلحة بن عبيد الله (١٦٢/١) ، وأبو داود ، في كتاب الصلاة ، باب فرض الصلاة (١٠٦/١) ، والنسائي في كتاب الصلاة ، باب كم فرضت في اليوم والليلة (٢٢٦/١ - ٢٢٩) ، والدارمي مختصرا ، في باب في الوتر (٣٧٠/١ ، ٣٧١) .

(٤) ساقط من (ن) . (٥) في (ن) : [من] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [رجع] .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) في سائر النسخ : [الوجوب] ، والأنسب حذف الألف واللام ، أو : [الوجوب لما ...] .

(٩) في (م) : [ينسخ] . (١٠) في (ن) : [المعارج] .

(١١) في (ن) : [خمس صلوات] .

فاستنقص النبي ﷺ إلى خمس ، ثم قال الله ﷻ : « تمت كلمتي ، وصدق وعدي ، وحق [القول لدي] [١] : أجزي [٢] بواحدة عشرة يقمن مقام الخمسين ، ولا يبدل القول لدي » [٣] . وروي أنه قال في الخبر : « الآن [٤] خففت على عبادي » [٥] .

٣٤٤٦ – والجواب : أن هذا كان قبل وجوب الوتر . ولأن الله تعالى أقام خمسًا مقام خمسين في الثواب ، وإيجاب الوتر ليس بتبديل لذلك .

٣٤٤٧ – قالوا : فقد أخبر أنه خفف عنهم ، فكيف يغلظ عليهم ؟

٣٤٤٨ – قلنا : لا يمتنع أن ينقل الله [تعالى] [٦] من الأخف إلى الأغلظ ، ومن الأغلظ إلى الأخف .

٣٤٤٩ – قالوا : روى عاصم بن ضمرة عن علي أنه قال : الوتر ليس بحتم ، وإنما [٧] هو سنة ، سنها نبيكم [٨] . وهذا ينفي الوجوب .

٣٤٥٠ – والجواب : أن الأسود بن يزيد روى عن عبد الله أنه قال : الوتر واجب على كل مسلم . [٩] فتعارضا [١٠] . ويجوز أن يكون قول علي : ليس بحتم ، [أي] [١١] ليس بفرض . وقوله : سنة سنها نبيكم ، لا ينفي الوجوب ؛ لأن الواجب مسنون ، بمعني أنه أثبت بالسنة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الوعد الذي] . (٢) في (ن) : [أجري] .

(٣) حديث المعراج أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الصلاة ، باب كيف فرضت الصلوات في الإسراء (٧٣/١ ، ٧٤) ، ومسلم في الصحيح ، في باب الإسراء برسول الله ﷺ إلى السماوات وفرض الصلوات (٨١/١ – ٨٤) ، والنسائي في كتاب الصلاة ، في فرض الصلاة وذكر اختلاف الناقلين في إسناد حديث أنس بن مالك ﷺ واختلاف ألفاظهم فيه (٢٢١/١ – ٢٢٣) .

(٤) في (ص) ، (ن) : [إلا أن] .

(٥) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٣٥/١ – ١٣٩) الحديث (٤٨) ، وابن خزيمة في صحيحه في كتاب الصلاة (١٥٣/١ – ١٥٥) الحديث (٣٠١) ، ونحوه النسائي (٢١٧/١ – ٢٢١) .

(٦) ساقط من (ع) . (٧) في (ن) : [إنما] .

(٨) حديث عاصم بن ضمرة عن علي ﷺ أخرجه النسائي (٢٢٩/٣) ، والترمذي (٣١٦/٢) الحديث (٤٥٤) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٣/٣) الحديث (٤٥٦٩) ، والبيهقي في الكبرى (٤٦٨/٢) ، وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في من قال : الوتر سنة (١٩٦/٢) .

(٩) قال الزيلعي : أخرجه البزار في مسنده ، عن حكام بن عنبسة قال : الوتر واجب على كل مسلم . وفيه جابر الجعفي ، وهو ضعيف . (١٠) في (ن) : [فيتعارضا] .

(١١) الزيادة من (ن) ، (م) ، (ع) .

٣٤٥١ – قالوا : روى ابن محيريز ، عن المخدجي [١] قال [٢] : سمعت أبا محمد الأنصاري يقول : الوتر واجب . فرجعت إلى عبادة بن الصامت فأخبرته ، فقال عبادة : كذب [أبو] [٣] محمد ، سمعت رسول الله [٤] ﷺ يقول : « خمس صلوات كتبهن الله تعالى على العباد ، فمن جاء بهن لم يضيع منهن شيئا استخفافًا [٥] بحقهن كان له عند الله عهد أن يدخله الجنة » [٦] ، قالوا : والصحابي لا ينكر على الصحابي إلا عن توقيف .

٣٤٥٢ – قلنا : خلاف أبي محمد يعتد به [٧] على عبادة [٨] ، وقد روينا عن ابن مسعود خلاف قول عبادة ، فصار ذلك خلافًا بينهم . فأما إنكار عبادة فقد ينكر الصحابة بعضهم على بعض وإن لم يكن هناك نص ، كإنكار ابن عباس العول . ويجوز أن يكون أنكر لأنه ظن أن الواجب هو الفرض ، ولهذا ذكر الخبر الذي فيه ذكر المكتوبات .

٣٤٥٣ – قالوا : روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « ثلاث علي فرض ولكم تطوع : الوتر ، والنحر ، وركعتا الفجر » [٩] .

٣٤٥٤ – والجواب : أن هذا الخبر رواه أبان بن أبي عياش [١٠] ، وهو ضعيف [١١] ،

---

(١) في (ص) : [المحدحي] ، وفي (م) ، (ع) : [المحدجي] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الرجال . انظر ترجمته في : المقتنى في سرد الكنى (٢٣٨/١) ، ميزان الاعتدال (٤٦١/٧) ، لسان الميزان (٥١٧/٧) ، تهذيب التهذيب (١٠٥/١٢) ، التقريب (٦٤٠/١) ، الكاشف (٤٢٦/٢) ، تهذيب الكمال (٣١٥/٣٣) .

(٢) في (ع) : [أنه قال] بزيادة [أنه] .

(٣) ساقط من (ن) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [النبي] .

(٥) في (م) : [استحقاقا] .

(٦) حديث ابن محيريز عن المخدجي ، رواه مالك عن يحيى بن سعيد (١١٠/١ ، ١١١) ، وأحمد في المسند (٣١٩/٥) ، وابن أبي شيبة (١٩٦/٢) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٥/٣ ، ٦) الحديث (٤٥٧٥) ، وأبو داود في باب فيمن لم يوتر (٣٥٨/١) ، والنسائي في كتاب الصلاة (٢٣٠/١) ، وابن ماجه (٤٤٩/١) الحديث (١٤٠١) ، والدارمي ، في باب الوتر (٣٧٠/١) ، والبيهقي (٤٦٧/٢) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [معتد به] .

(٨) في (ن) : [على عبادة لأنه صحابي] .

(٩) حديث ابن عباس أخرجه الدارقطني في كتاب الوتر (٢١/٢) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب الوتر (٣٠٠/١) ، والبيهقي (٤٦٨/٢) ، وأحمد في المسند (٢٣١/١) .

(١٠) في (ع) : [أبي العباس] .

(١١) حديث ابن عباس أخرجه الحاكم في المستدرك (٤٤١/١) ، والبيهقي في الكبرى (٢٦٤/٩) ، والذهبي في الميزان (١٧١/٧) ، والحافظ في التلخيص (١٨/٢) ، وابن الملقن في خلاصة البدر المنير (١٧٨/١) ، وابن الجوزي في التحقيق (١٦٠/٢) .

وقد روي فيه : « ثلاث كتبت علي ولم تكتب [١] عليكم » ، فنفى كونها مكتوبة ، وكذلك [٢] نقوله ، فيحتمل أن يكون قوله : « ولكم تطوع » معناه أن وجوبه ليس كوجوب الفرائض ، ويحتمل أنه في حكم التطوع ؛ لأن القراءة شرط في جميعه ، أو لأنها تفعل تبع لفرض .

٣٤٥٥ - قالوا : روى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ كان يوتر [٣] على راحلته ويصلي التطوع عليها حيث ما توجهت به ، يومئ برأسه إيماء [٤] ، قالوا : وهذا حديث في الصحيح .

٣٤٥٦ - والجواب : أنه اختلف على [٥] ابن عمر في ذلك . فروي حنظلة بن أبي سفيان عن نافع عن ابن عمر أنه كان يصلي على راحلته ويوتر بالأرض ، وقال ابن عمر : إن النبي [٦] ﷺ كذلك فعل [٧] ، وروى مجاهد عن ابن عمر أنه كان يصلي في السفر على بعيره بإيماء ، فإذا كان السحر نزل فأوتر [٨] ، وكذلك روى سعيد بن جبير عنه [٩] ، فإذا اختلفت الأخبار جاز [١٠] أن يكون النبي ﷺ أوتر على راحلته في حال العذر .

٣٤٥٧ - قالوا / : صلاة راتبة في وقت لم يسن لها الأذان فلم تكن [١١] واجبة بأصل الشرع ، كركعتي الفجر . ٤١/ب

---

(١) في (ن) : [ولم يكتب] . (٢) في (ن) : [ولذا] .

(٣) في (ن) : [يوتي] .

(٤) حديث نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ أخرجه الدارقطني في كتاب الوتر (٢١/٢) الحديث (٤) ، ورواه االبخاري من طريق جويرية بن أسماء في الصحيح ، في كتاب الجمعة ، باب الوتر السفر (١٧٧/١) ، وأخرجه من طريق ابن شهاب في الصحيح (٢٨٣/١) ، ونحوه أبو داود ، في باب التطوع على الراحلة والوتر (٣٠٦/١) ، والطحاوي في المعاني (٤٢٨/١) ، والبيهقي في الكبرى (٤٩١/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [عن] . (٦) في (ن) : [إن رسول الله] .

(٧) حديث حنظلة بن أبي سفيان أخرجه الطحاوي (٤٢٩/١) .

(٨) حديث مجاهد عن ابن عمر ، أخرجه الطحاوي باختلاف يسير (٤٢٩/١) ولفظه : [أين ما توجه به] مكان : [بإيماء] .

(٩) حديث سعيد بن جبير أخرجه الدارقطني (٢٢/٢) ، ورواه الطحاوي من طريق عبيد الله بن عمرو (٤٣٠/١) ، ورواه ابن أبي شيبة عن معتمر في المصنف ، في من كره الوتر على الراحلة (٢٠٢/٢) .

(١٠) في (ن) : [احتمل] ، وكذلك في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(١١) في (م) : [فلم يكن] .

٣٤٥٨ – قلنا : من أصحابنا من قال : إن أذان العشاء يقع لها وللوتر [١] ، فلم يسقط الوصف . ولأن عدم الأذان لا يدل على نفي الوجوب ؛ بدلالة صلاة الجنازة والمنذورة . ولأن الأذان وضع للاجتماع ، فما لا يفعل في جماعة [في] [٢] موضوعه لم يوضع له أذان . والمعنى في الأصل أنها صلاة لم تختص [٣] بوقت تنفرد [٤] به ، والوتر بخلافه .

٣٤٥٩ – قالوا : صلاة مفعولة بين العشاء والفجر فلم تكن واجبة ، كالتهجد .

٣٤٦٠ – قلنا : وقتها [٥] [عندنا] [٦] عند غيبوبة الشفق والفجر ، فالوصف غير مسلم . وإن قالوا : بين الشفق والفجر ، انتقض بالعشاء .

٣٤٦١ – قالوا : صلاة نزلت [٧] عن رتبة الفرض ، فلم تكن [٨] واجبة ، كسائر النوافل .

٣٤٦٢ – قلنا : الفرض ما كان في أعلى منازل الوجوب ، ونقصان الشيء عن أعلى منزلة الوجوب [٩] لا ينفي وجوبه . ثم المعنى في سائر السنن ما قدمناه .

٣٤٦٣ – قالوا : النافلة أحد نوعي الصلاة ، فوجب أن تنقسم [١٠] إلى شفع ووتر ، كالفرائض .

٣٤٦٤ – قلنا : النافلة لا يتعين عددها ؛ بدلالة أن عندنا لا يجب تحريمتها أكثر من ركعتين ، وعندهم لا يجوز أن يؤدى بها أكثر من ركعتين ، فلذلك لم تتغير [١١] صفتها شفعًا ووترًا ، ولما كان الفرائض تختلف [١٢] أعدادها جاز أن تتعين [١٣] . ولأنا نعارض هذا بمثله فنقول : صلاة الفرض تنقسم [١٤] إلى شفع ووتر ، فإذا كان الشفع يتكرر في الوجوب كذلك الوتر .

* * *

---

(١) في (ن) : [ولكونه] .
(٢) ساقطة من (ع) .
(٣) في (م) : [لم يختص] .
(٤) في (م) : [ينفرد] .
(٥) في (ن) : [وفيها] .
(٦) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .
(٧) في (م) : [ترك] .
(٨) في (م) : [يكن] .
(٩) في (ن) : [منزلته الوجوب] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ينقسم] .
(١١) في (م) : [لم يتغير] .
(١٢) في (م) : [يختلف] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [يتعين] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [ينقسم] .

مسألة ١٩٣

الوتر ثلاث ركعات بتحريمة واحدة

٣٤٦٥ - قال أصحابنا : الوتر ثلاث ركعات بتحريمة واحدة (١) .

٣٤٦٦ - وقال الشافعي : إن أوتر بواحدة جاز ، وإن أوتر بثلاث وسلم في الثنتين فهو أفضل ، وكذلك كلَّما زاد ، إلى أحد عشر (٢) .

٣٤٦٧ - لنا : أن فرض الصلاة مجمل في القرآن ، وفعل النبي ﷺ بيان [له ، فيفيد الوجوب] (٣) .

٣٤٦٨ - وقد روى أبي بن كعب وابن عباس وعلي أن النبي ﷺ كان يوتر بثلاث لا يسلم [حتى ينصرف (٤) . وعن عائشة قالت : كان النبي ﷺ] (٥) لا يسلم من ركعتي الوتر (٦) ، وعنها أن النبي ﷺ كان يصلي من الليل أربعًا ، ثم أربعًا ، ثم

(١) راجع : كتاب الآثار باب الوتر وما يقرأ فيها (ص٢٤) ، الحجة باب عدد الوتر (١/١٩٠ ، ١٩١) ، المبسوط باب القيام من الفريضة (١/١٦٤) ، بدائع الصنائع فصل في بيان مقدار الوتر (١/٢٧١ ، ٢٧٢) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (١/٤٢٦ - ٤٢٨) ، البناية (٢/٥٧٥ - ٥٨٠) .

(٢) قال أبو بكر القفال في الحلية : وأقل الوتر ركعة ، وأكثره إحدى عشرة ركعة ، وأدنى الكمال ثلاث ركعات بتسليمتين . وذكر الغزالي في الوسيط في عدد ركعات الوتر أربعة أوجه . راجع تفصيل المسألة في : الأم باب ما جاء في الوتر ركعة واحدة (١/١٤٠ ، ١٤١) ، مختصر المزني (ص٢١) ، الوسيط (٢/٦٨٥ ، ٦٨٦) ، حلية العلماء (٢/١١٨) ، المجموع مع المهذب (٤/١١ ، ١٢ ، ٢١ ، ٢٢) ، المهذب (١٨٣) . وانظر : المدونة في ما جاء فيمن نسي الوتر أو نام عنه (١/١٢٠) ، المنتقى (١/٢١٤ ، ٢١٥) ، الكافي لابن عبد البر (١/٢٥٧ - ٢٥٩) ، بداية المجتهد كتاب الصلاة الثاني ، الباب الأول القول في الوتر (١/٢٠٤ - ٢٠٦) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص٨٥ ، ٨٦) ، راجع الإفصاح (١/١٤١ ١٤٢) ، الكافي لابن قدامة (١/١٥٠ ، ١٥١) ، المغني (٢/١٥٠ ، ١٥١ ، ١٥٨ ، ١٥٩) ، العدة باب صلاة التطوع (ص٨٨) .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) حديث علي أخرجه الترمذي في باب ما جاء في الوتر بثلاث (٢/٣٢٣) الحديث (٤٦٠) ، وأخرجه أحمد في المسند (١/٨٩) ، والطحاوي في المعاني في باب الوتر (١/٢٩٠) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٦) حديث عائشة أخرجه النسائي باب كيف الوتر بثلاث (٣/٢٣٥) ، وابن أبي شيبة في المصنف في من كان يوتر بثلاث أو أكثر (٢/١٩٥) الحديث (٢٥) ، ومحمد في الموطأ في باب السلام في الوتر (ص ٩٦) الحديث (٢٦٦) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الوتر (١/٣٠٤) ، والبيهقي في الكبرى في باب من أوتر بثلاث موصولات بتشهدين وتسليم (٣/١٣) .

ثلاثًا [١] . وعن ابن عباس أن النبي ﷺ كان يوتر بثلاث [٢] ، وهذه الأخبار تدل [٣] على مداومته على الثلاثة ، فاقتضى [٤] ذلك الوجوب .

٣٤٦٩ - ولا يقال : إن أكثر ما فيه أنه أوتر بثلاث ، وذلك جائز عندنا ؛ [وذلك] [٥] لأن الأفضل [٦] عندهم أنه يسلم بعد ركعتين ، والنبي ﷺ لا يترك الفضيلة . وروى محمد ابن كعب القرظي [٧] أن النبي ﷺ نهى عن البتيراء [٨] : أن يوتر الرجل بركعة [٩] . وهذا التفسير لا يخلو إما أن يكون من كلام النبي ﷺ أو من كلام الراوي ، فإن كان من كلامه عليه السلام فهو حجة ، وإن كان من قول الراوي فلا يخلو أن يكون قاله [١٠] لغة ، أو شرعًا . فإن كان لغة فقوله مقبول فيها [١١] ، وإن كان شرعًا فالشرع يوجب من صاحب الشريعة .

٣٤٧٠ - ويدل عليه قوله ﷺ [١٢] : « إن اللّه زادكم صلاة » [١٣] ، والزيادة تقتضي مزيدًا عليه [١٤] ، فلا يخلو إما أن تكون زيادة على الفرائض أو السنن الراتبة ، وأيهما كان فليس فيها ركعة . ولأنها ركعة في الشريعة ، كالمغرب . ولأنه لو تكلم عقيب الركعتين عامدًا بطلت ، كذلك إذا سلم ، أصله : المغرب .

---

(١) هذا الحديث أخرجه مسلم من طريق سعيد بن أبي سعيد المقبري في الصحيح في باب صلاة الليل وعدد ركعات النبي ﷺ (٢٩٦/١) ، والنسائي باب كيف الوتر بثلاث (٢٣٤/٣) ، والطحاوي (٢٨٢/١) ، ومالك في الموطأ (١٠٨/١) .

(٢) حديث ابن عباس أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في الوتر ما يقرأ فيه (١٩٩/٢) ، والنسائي في ذكر الاختلاف بين أبي إسحاق في حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس في الوتر (٢٣٦/٣) والدارمي في باب كم الوتر (٣٧٢/١) ، والطحاوي (٢٨٧/١ ، ٢٨٨) .

(٣) في (م) : [يدل] .

(٤) في (م) ، (ع) : [اقتضى] .

(٥) ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الفضل] .

(٧) انظر ترجمته في الجرح والتعديل (٦٧/٨) ترجمة (٣٠٣) ، وتقريب التهذيب (٢٠٣/٢) ترجمة (٦٥٩) .

(٨) في (م) : [البتير] ، وفي (ع) : [البتر] .

(٩) قال الزيلعي : وقال النووي في الخلاصة : حديث محمد بن كعب القرظي في النهي عن البتيراء ضعيف ومرسل ، ولم أجده ، وأخرجه ابن عبد البر في كتاب التمهيد وقال ابن القطان في كتابه : وهذا حديث شاذ . راجع نصب الراية باب صلاة الوتر وباب سجود السهو (١٢٠/٢ ، ١٧٢ ، ١٧٣) .

(١٠) في (ع) : [قال] .

(١١) في (ن) : [فيه] .

(١٢) في (ص) ، (م) ، (ن) : [عليه السلام] .

(١٣) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٩٢) .

(١٤) في (م) ، (ع) : [يقتضي] ، وفي (ن) : [من يدل عليه] .

٣٤٧١ - والدليل على أنه غير مخير في عدد الوتر أنها صلاة تختص [(١)] بوقت ، فلا يخير في عددها ، كسائر الصلوات . ولأنها وتر في الشريعة فلم يخير في عددها ، كالمغرب . ولأن كل صلاة لو اقتصر فيها على ثلاث ركعات جاز فإنه لا يخير في زيادة عددها على ذلك ، كالمغرب .

٣٤٧٢ - ولا يلزم النافلة ؛ لأنه لو اقتصر على ثلاثة لم يجز .

٣٤٧٣ - والدليل على أن الاقتصار على ركعة واحدة لا يجوز ما روي في حديث محمد بن كعب أن النبي ﷺ نهى عن البتيراء [(٢)] : أن يوتر الرجل بركعة ، وروي عن ابن مسعود أنه قال : ما أجزأت ركعة قط [(٣)] ، وهذا إخبار عن الشرائع الماضية ، وذلك لا يعلم إلا من طريق التوقيف ، وروي أن ابن مسعود بلغه أن سعد بن مالك أوتر بركعة، فقال : ما هذه البتيراء [(٤)] ؟ الوتر ثلاث ركعات لا يسلم إلا في آخرهن [(٥)] ، وروى عكرمة عن ابن عباس أنه أنكر على معاوية حين أوتر بركعة [(٦)] ، ذكره [(٧)] الطحاوي ، والصحابي لا ينكر على غيره ما يسوغ فيه الاجتهاد . ولأنه قدر لا يجوز الاقتصار عليه [في الفرائض ، فلا يجوز الاقتصار عليه] [(٨)] في النفل ، كما دون الركعة . ولأن الاقتصار لو جاز على ركعة لتنصف [(٩)] ضعفها في السفر ، كالركعتين .

٣٤٧٤ - ولأنه لو تكلم عقيبها ، أو [(١٠)] أحدث بطلت ، فلا يجوز [(١١)] الاقتصار عليه ، كالفرائض .

---

(١) في (م) : [يختص] .

(٢) في (م) : [البتير] ، وفي (ع) : [البتر] .

(٣) حديث ابن مسعود أخرجه محمد في الموطأ باب السلام في الوتر (ص٩٦) الحديث (٢٦٤) وزاد فيه : [واحدة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [البتير] .

(٥) قال الهيثمي : وحسين لم يدرك ابن مسعود ، وإسناده حسن ، وقال النووي في الخلاصة : موقوف ضعيف . راجعه في نصب الراية باب صلاة الوتر (١٢٠/٢ ، ١٢١) ، مجمع الزوائد باب عدد الوتر (٢٤٢/٢) ، والنهاية (٩٣/١) .

(٦) حديث عكرمة أخرجه الطحاوي في المعاني باب الوتر (٢٨٩/١) .

(٧) في (ع) : [وذكر] .

(٨) الزيادة من (ن) .

(٩) في غير (ص) : [لنصف] .

(١٠) في (ن) : [أن] .

(١١) في (م) ، (ع) : [ولا يجوز] .

٣٤٧٥ - ولأن [١] كل محل يبطله الكلام يبطله السلام ، أصله : وسط الصلاة . ولأن السلام عقيب ركعة واحدة يبطل الفرائض ، وكل [٢] معنى أبطل الفرائض أبطل الوتر .

٣٤٧٦ - احتجوا : بما روى سالم عن أبيه أن النبي ﷺ قال : « صلاة الليل مثنى مثنى فإذا خشيت [٣] الصبح فأوتر [٤] بركعة » [٥] .

٣٤٧٧ - والجواب : أن الطحاوي ذكر [عن] [٦] عقبة بن مسلم قال : سألت عبد الله [٧] بن عمر عن الوتر ، فقال : أتعرف وتر النهار ؟ قلت : نعم ، صلاة المغرب ، قال : صدقت ، ثم قال : بينا نحن في المسجد فقام رجل فسأل رسول الله [٨] ﷺ عن الوتر أو عن [٩] صلاة الليل فقال رسول الله ﷺ : « صلاة [الليل] [١٠] مثنى مثنى ، فإذا خشيت الصبح فأوتر بواحدة » [١١] ، وهذا القول من ابن عمر يدل على أنه فهم من الخبر : الوتر بواحدة متصلة بركعتين ، حتى شبهها [١٢] بالمغرب . يبين [١٣] ذلك أن ابن عمر روى في هذا الخبر من طريق أبي عون [١٤] عن نافع قال : « فصل ركعة توتر لك صلاتك » [١٥] . وهذا لا يكون إلا إذا اتصلت بها .

---

(١) في (ع) : [لأن] .
(٢) في (ع) : [ولأن كل] .
(٣) في (م) ، (ع) : [خشي] .
(٤) وفي (ع) : [أوتر] .
(٥) في (م) ، (ع) : [خشي] . حديث سالم عن أبيه عن النبي ﷺ أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في من كان يوتر بركعة (١٩٢/٢) ، ومسلم في الصحيح في باب صلاة الليل مثنى مثنى والوتر ركعة من آخر الليل (٣٠١/١) ، والشافعي في المسند باختلاف يسير في الباب العشرون في الوتر (١٩٢/١ ، ١٩٣) الحديث (٥٤٣) ، والنسائي في باب كيف صلاة الليل (٢٢٧/٣) .
(٦) ساقط من (م) .
(٧) في (م) ، (ع) : [عبيد الله] .
(٨) في (ص) ، (م) ، (ن) : [النبي] .
(٩) في (ص) ، (م) : [وعن] ، وفي (ع) : [عن] بدون العطف .
(١٠) ساقط من (ن) .
(١١) أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ في المعاني (٢٧٩/١) .
(١٢) في (م) ، (ع) : [شبهها] .
(١٣) في (م) : [تبين] .
(١٤) في (ص) ، (ن) : [أبي عوانة] .
(١٥) في (م) : [يوتر لك صلاتك] . والحديث رواه الطحاوي عن يزيد بن سنان (٢٧٨/١) ، وابن أبي شيبة من طريق محمد بن سعيد (١٩٢/٢) ، ومالك عن نافع في الموطأ في الأمر بالوتر (١١٠/١) ، والبخاري من طريق مالك في الصحيح في أول باب ما جاء في الوتر (١٧٦/١) ، ومسلم في الصحيح (٣٣٣/١) ، ورواه عبد الرزاق في المصنف في باب آخر صلاة الليل (٢٩/٣) الحديث (٤٦٨٠) .

٣٤٧٨ – وروى الشعبي [١] عن ابن عباس وابن عمر أنهما سئلا عن صلاة النبي ﷺ [بالليل] [٢] ، فقالا : ثلاث عشرة ركعة ويوتر بثلاث وركعتين بعد الفجر [٣] .

٣٤٧٩ – احتجوا : بحديث أبي أيوب الأنصاري قال : قال رسول اللَّه ﷺ « الوتر حق على كل مسلم ، فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل [٤] ، ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ، ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل » [٥] .

٣٤٨٠ – والجواب : أن هذا قبل استقرار الوتر ؛ ألا ترى أن سائر الفرائض المستقرة والنوافل الراتبة لا يخير في أعدادهما ، فدل ذلك على أن هذا قبل الاستقرار . ولأنه يحتمل أن يكون المراد [به] [٦] : فمن شاء أوتر بخمس متصلة بما قبلها ، [أو بثلاث متصلة بما قبلها] [٧] ، أو بواحدة متصلة بما قبلها .

٣٤٨١ – ولا يدل ذلك على جواز الاقتصار على ركعة واحدة . والذي يدل على ذلك ما روت عائشة [رضي الله عنها] [٨] أن النبي ﷺ كان يصلي بالليل ثمان ركعات ، ويوتر بتاسعة ، فلما بدن صلى ست ركعات وأوتر بسابعة [٩] . وروت أن النبي ﷺ كان يصلي من الليل تسع [١٠] ركعات ، فيهن الوتر [١١] .

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ورروي عن الشعبي] بزيادة [عن] .
(٢) زيادة من (ن) ، وفي سائر النسخ : [ثلاثة عشر ركعة] .
(٣) أخرجه ابن ماجه من طريق موسى بن عقبة في كتاب إقامة الصلاة ، باب ما جاء في كم يصلي بالليل (٤٣٣/١) الحديث (١٣٦١) ، والطحاوي (٣٧٩/١) .
(٤) في (ع) : [فعل] .
(٥) حديث أبي أيوب الأنصاري أخرجه عبد الرزاق في المصنف في باب كم الوتر (١٩/٣) ، وأبو داود بهذا اللفظ في باب كم الوتر (٣٥٩/١) ، والبيهقي في الكبرى فى باب الوتر بركعة واحدة ومن أجاز أن يصلي ركعة واحدة تطوعًا (٢٣/٣) ، والنسائي في باب الاختلاف على الزهري في حديث أبي أيوب في الوتر (٢٣٨/٣ ، ٢٣٩) ، وابن ماجه في باب ما جاء في الوتر بثلاث وخمس وسبع وتسع (٣٧٦/١) ، الحديث (١١٩٠) .
(٦) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .
(٨) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٩) حديث عائشة أخرجه الطحاوي (٢٨٠/١) ، وعبد الرزاق بمعناه في المصنف في باب صلاة النبي من الليل ووتره (٤١/٣) الحديث (٤٧١٥) ، وابن أبي شيبة في المصنف (١٩٣/٢) ، النسائي في باب ذكر الاختلاف على حبيب بن أبي ثابت في حديث ابن عباس في الوتر (٢٣٨/٣) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [سبع] .
(١١) في (ع) : [منهن] . هذا جزء من حديث عائشة رضي الله عنها أخرجه البخاري من طريق هشيم عن خالد =

٣٤٨٢ - فهذا يدل على أنه كان يصلي ركعة متصلة بما قبلها . وقد قال الطحاوي : إن الأمة أجمعت بعد رسول اللّٰه ﷺ على أن عدد الوتر لا يخير فيه ، وأنه مستقر على أمر واحد . فدل على نسخ هذا الخبر . وحكى إجماعًا سابقًا للشافعي ، ولا يعتد بالخلاف بعد الإجماع [١] .

٣٤٨٣ - قالوا : روت أم سلمة [رضي الله عنها] [٢] أن النبي ﷺ كان يوتر بخمس وسبع ، لا يسلم إلا في آخرهن [٣] .

٣٤٨٤ - قلنا : هذا دليل عليكم ؛ أنه لا يجوز الاقتصار على ركعة ، فتساوينا فيه .

٣٤٨٥ - قالوا صلاة الصبح صلاة فرض شفع ، فصح أن يكون بعضها صلاة ، كالظهر والعصر والعشاء .

٣٤٨٦ - قلنا : الظهر والعصر دلالة لنا ؛ لأنها لما كانت صلاة شفع تتنصف [٤] بالسفر ، كان نصفها صلاة يقتصر [٥] عليها ، ولما كانت الركعتان لا تتنصف [٦] بالسفر ، لم يجز الاقتصار عليها .

٣٤٨٧ - قالوا : قعد بعد التشهد الأول ، فوجب أن يكون صلاة ، أصله : ما بعد التشهد من الظهر .

٣٤٨٨ - قلنا : ما بعد التشهد من الظهر إذا ضم إلى مثله فصل بينهما بقعدة ، فجاز الاقتصار عليه ، وما بعد التشهد من المغرب [٧] إذا ضم إلى مثله لم يفصل بينهما بقعدة [٨] ، فلذلك لا يقتصر عليه .

= في الصحيح باب جواز النافلة قائمًا وقاعدًا وفعل بعض الركعة قائمًا وبعضها قاعدًا (٢٩٣/١) ، وأبو داود في باب تفريع أبواب التطوع وركعات السنة (٣١٦/١) ، والطحاوي في المعاني (٢٨١/١) .

(١) نص الطحاوي كما ورد في كتابه معاني الآثار : وقد أجمعت الأمة بعد رسول اللّٰه ﷺ على خلاف ذلك انظر : معاني الآثار (٢٩١/١ ، ٢٩٢) .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) في (ن) : [بسبع وخمس لا نسلم إلا في آخرهن] . حديث أم سلمة رواه عبد الرزاق عن الثوري ، في المصنف باب كيف التسليم في الوتر (٢٧/٣) الحديث (٤٦٦٨) ، والنسائي من طريق منصور (٢٣٩/٣) ، وابن ماجه (٣٧٦/١) ، الحديث (١١٩٢) ، والطحاوي (٢٩١/١) . وروي ابن أبي شيبة عن حفص (١٩٤/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يتصف] .

(٥) في (م) : [يقصر] .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الركعتين] ، وفي (م) ، (ع) : [لا يتصف] .

(٧) في (ع) : [إلى المغرب] .

(٨) من قوله : [فجاز الاقتصار] إلى قوله : [بقعدة] مكرر في (ن) .

٣٤٨٩ - قالوا : الركعة الواحدة يفصل بينها وبين ما قبلها بقعدة [١] ، كالركعتين .

٣٤٩٠ - قلنا : القعدة عقيب الركعتين لا تفعل [٢] لمعنى يعود إلى الركعتين اللتين [٣] بعدها ، وإنما يفعل لمعنى يعود إلى ما قبلها ؛ بدلالة أنها تفعل [٤] وإن لم / يتأخر عنها شيء من الصلاة ، فلم يكن ذلك صفة لما بعدها حتى يؤثر [٥] فيه . ولأن الركعة الواحدة لا يفصل بينها [٦] وبين ما بعدها بقعدة ، فالركعتان بخلافها [٧] . ٤٢/أ

٣٤٩١ - قالوا : عدد الصلاة مبني [٨] على شفع ووتر ، ثم كان أقل الشفع صلاة يجوز الاقتصار عليها ، فكذلك أقل الوتر .

٣٤٩٢ - قلنا : أقل الشفع لما شرع فرضًا جاز الاقتصار ، وأقل الوتر لما لم يشرع فرضا [٩] لم يجز الاقتصار عليه .

٣٤٩٣ - ولا يقال : إن المغرب لما كان فيه ثلاث صلوات كان عددها على عددها ، والوتر فيها من صلاة الليل صلاة واحدة ، وكان عددها على قدرها ؛ لأنا نقول : إن المغرب وضع عددها ثلاثة أرباع الفرض الذي قبلها . ولأن الوتر يتقدم عليها صلاة [١٠] من صلاة الليل فوجب أن لا يقتصر في عددها على ركعة على فور [١١] ما قالوا .

٣٤٩٤ - قالوا : تعارضت الأخبار ، وما ذكرناه أولى ؛ لأنه روي النهي عن الوتر بثلاث ، ولم يرد [١٢] النهي عن غيرها ، الدليل عليه ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا توتروا بثلاث ، أوتروا بخمس أو سبع ، ولا تتشبهوا بصلاة المغرب » [١٣] .

٣٤٩٥ - قلنا : إنما نهى أن يفرد [١٤] الرجل صلاة الوتر عن نافلة يتقدمها [١٥] حتى

---

(١) في (ع) : [بركعة] .
(٢) في غير (ص) : [لا يفعل] .
(٣) في سائر النسخ : [التي] .
(٤) في (م) : [يفعل] .
(٥) في (م) : [يوتر] .
(٦) في (ع) : [ما بينها] .
(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [خلافها] .
(٨) في (ع) : [مثني] .
(٩) في (م) : [فرضها] .
(١٠) في (ص) ، (م) ، (ن) : [صلوات] .
(١١) في غير (ص) : [قدر] .
(١٢) في (ع) : [ولم يرو] .
(١٣) حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ أخرجه الدارقطني من طريق أبي سلمة (٢٤/٢ - ٢٧) الحديث (١ ، ٢) ، والطحاوي (٢٩٢/١) ، والحاكم في المستدرك كتاب الوتر (٣٠٤/١) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى في باب من أوتر بثلاث موصولات بتشهدين وتسليم (٣١/٣) .
(١٤) في (ن) : [أن يعود] .
(١٥) في غير (ص) : [يتقدمها] .

تصير [١] كالمغرب التي لا يتقدمها نافلة ، والذي [٢] يدل عليه أنه لم يرو عن النبي ﷺ أنه اقتصر على الوتر إلا بعد تقدم النافلة .

* * *

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يصير] .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الذي] .

مسألة ١٩٤

القنوت في الوتر سنة في جميع السنة

٣٤٩٦ – قال أصحابنا : القنوت في الوتر سنة في جميع السنة [١] .

٣٤٩٧ – وقال الشافعي : لا يقنت إلا في النصف الأخير من شهر رمضان [٢] .

٣٤٩٨ – لنا : ما روي عن ابن عباس قال : أمرني أبي أن أبيت [٣] بأهل رسول الله ﷺ ولا أنام حتى أنظر إلى صلاته [بالليل] [٤] وأخبره بها . فأوتر بثلاث وقنت قبل الركعة [٥] .

٣٤٩٩ – وروى ابن مسعود أنه بات يراعي صلاة النبي ﷺ بالليل ، فأوتر بثلاث ركعات وقنت قبل الركوع ، قال : فأرسلتُ أمي فباتت عنده القابلة فأخبرتني أنه فعل مثل ذلك [٦] .

٣٥٠٠ – وروي عن علي أنه راعى صلاة النبي [ﷺ] [٧] بالليل فقنت في

---

(١) راجع : كتاب الآثار (ص٤٣) ، الحجة (١/١٩٩ ، ١٠١) ، المبسوط (١/١٦٤) ، بدائع الصنائع فصل في القنوت (١/٢٧٣) ، الهداية مع فتح القدير وبهامشه العناية (١/٤٣٠ – ٤٣٢) ، البناية (٢/٥٨١ – ٥٨٥) ، حاشية ابن عابدين (١/٤٦٧) .

(٢) قال الشيرازي في المهذب : والمذهب أن السُنَّة أن يقنت في الركعة الآخرة من صلاة الوتر في النصف الأخير من شهر رمضان ، هذا المشهور في المذهب ونص عليه الشافعي . راجع : مختصر المزني (ص٢١) ، الوسيط (٢/٦٨٨) ، حلية العلماء (٢/١١٩) ، فتح العزيز الباب السابع في صلاة التطوع في هامش المجموع (٤/٢٤٤ – ٢٥٢) ، المهذب باب صلاة التطوع (١/٨٣) ، المجموع مع المهذب (٤/١١ ، ١٢ ، ١٥ ، ٢٤) . وانظر : المدونة في قنوت رمضان ووتره (١/١٩٥) ، المنتقى : القنوت في الصبح (١/ ٢٨٢) ، الاستذكار باب قيام رمضان (٢/٣٣٨ – ٣٤٠) ، بداية المجتهد الباب الأول : القول في الوتر (١/٢٠٨) ، المسائل الفقهية : القنوت في جميع السنة (١/١٦٣ ، ١٦٤) مسألة (٩٢) ، الكافي لابن عبد البر باب صلاة التطوع (١/١٥١ ، ١٥٢) ، المغني القنوت في الوتر (٢/١٥١ ، ١٥٢) .

(٣) في (م) : [أتيت] . (٤) ساقط من (ع) .

(٥) حديث ابن عباس أخرجه الطحاوي من طريق يونس بن أبي إسحاق في المعاني (١/٢٨٦ ، ٢٨٧) ، والبيهقي عن عطاء بن مسلم في الكبرى باب من قال يقنت في الوتر قبل الركوع (٣/٤١) .

(٦) حديث ابن مسعود أخرجه الدارقطني من طريق أبان بن أبي عياش في السنن في ما يقرأ في ركعات الوتر والقنوت فيه (٢/٣٢) الحديث (٤ ، ٥) ، وابن أبي شيبة باختلاف يسير في المصنف في آخر باب في القنوت قبل الركوع أو بعده (٢/٢٠٢) ، والبيهقي (٣/٤١) .

(٧) ساقط من (ن) .

وتره [١] . وفي حديث أبي بن كعب ، أن رسول الله [٢] ﷺ كان يوتر بثلاث ركعات لا يسلم فيهن حتى ينصرف ، أول ركعة بسبح اسم ربك الأعلى ، والثانية بقل يا أيها الكافرون ، والثالثة بقل هو الله أحد ، وأنه قنت قبل الركوع ، فلما انصرف من صلاته قال : سبحان الملك القدوس مرتين ورفع صوته وجهر بالثالثة [٣] .

٣٥٠١ – ومعلوم أن كل واحد من هؤلاء شاهد فعله في زمان ، فيبعد أن يكون اتفق لجميعهم النصف الأخير من [شهر] [٤] رمضان . ولأن أبيا [٥] قال : كان رسول الله ﷺ يقنت قبل الركوع . وهذا يقتضي المداومة .

٣٥٠٢ – يدل عليه : ما روي أن النبي ﷺ لما عَلَّم الحسن دعاء القنوت قال له : « اجعل هذا في وترك » [٦] ، ولم يفصل . ولأنه ذكر متعلق بالوتر مما لا يختص بالنصف الأخير من رمضان ، كالتشهد . ولأنه ذكر زائد اختص بصلاة ، فتعلق بها في جميع الأحوال ، كتكبير العيد . ولأن كل ذكر يتعلق [٧] بالصلاة في النصف الأخير من رمضان تعلق بها في غيره ، كسائر الأذكار .

٣٥٠٣ – احتجوا : بما روي أن عمر بن الخطاب [ﷺ] [٨] جمع الناس على أبي ابن كعب ، فكان يصلي بهم عشرين ليلة ولا يقنت إلا في النصف الثاني ، فإذا كان العشر

---

(١) حديث علي بن أبي طالب ﷺ أخرجه أبو داود من طريق عبد الرحمن في باب القنوت في الوتر (٣٦٠/١) ، والنسائي في باب الدعاء في الوتر (٢٤٨/٣ ، ٢٤٩) ، وابن ماجه في باب ما جاء في القنوت في الوتر (٣٧٣/١) الحديث (١١٧٩) .

(٢) في (ص) ، (ن) : [النبي] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ويجهر بالثانية] . حديث أبي بن كعب عن النبي ﷺ أخرجه البيهقي من طريق سعيد بن عبد الرحمن بن أبزى في الكبرى في باب من قال يقنت في الوتر قبل الركوع (٣٩/٣ ، ٤١) ، والنسائي في باب كيف الوتر بثلاث ، وفي ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر أبي بن كعب في الوتر (٣٣٥/٣ ، ٣٣٦) ، والدارقطني في ما يقرأ في ركعات الوتر والقنوت فيه (٣١/٢) .

(٤) زيادة من (ن) . (٥) في (ن) : [أبي] .

(٦) هذا الحديث أخرجه ابن أبي شيبة من طريق أبي الحوراء في المصنف في قنوت الوتر من الدعاء (٢٠٠/٢) ، وأبو داود (٣٥٩/١ ، ٣٦٠) ، والترمذي في باب ما جاء في قنوت الوتر (٣٢٨/٢) الحديث (٤٦٤) ، والنسائي في باب الدعاء في الوتر (٢٤٨/٣) ، وابن ماجه في باب ما جاء في القنوت في الوتر (٣٧٢/١) الحديث (١١٧٨) . (٧) في (م) : [تعلق] .

(٨) زيادة من (م) ، (ع) .

الأواخر تخلف في بيته (١) . وهذا بحضرة الصحابة [ﷺ] (٢) من غير خلاف .

٣٥٠٤ - والجواب : أن قوله : كان لا يقنت ، يحتمل أن يكون المراد به طول القيام . وفي العادة أن القيام في النصف الثاني من الشهر أطول ، ولهذا ترك الصلاة في العشر لأنه كان يقوم [في] (٣) جميع الليل ، وطول القيام يسمي قنوتًا .

٣٥٠٥ - الدليل عليه : ما روي عن ابن عمر أنه قال : ما أعرف القنوت إلا طول القيام (٤) . وروي عن النبي ﷺ أنه سئل عن أفضل الصلاة ، فقال : « طول القنوت » (٥) . والذي (٦) يدل على ذلك أن الطحاوي قال : لم يقل بهذا القول إلا الشافعي والليث . ويستحيل أن يكون مثل هذا الإجماع يخفى على جميع التابعين والفقهاء ، فدل [على] (٧) أن المراد به ما قلنا (٨) . ولأنه قال : كان لا يقنت إلا في النصف الثاني من الشهر فسقط التعلق به .

* * *

---

(١) حديث عمر بن الخطاب أخرجه أبو داود بهذا اللفظ (٣٦١/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب من قال لا يقنت في الوتر إلا في النصف الأخير من رمضان (٤٩٨/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف في من قال القنوت في النصف من رمضان (٢٠٤/٢) .

(٢) ساقط من (ن) .

(٣) زيادة من (ع) .

(٤) تقدم تخريج حديث ابن عمر في مسألة (١٣١) .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (١٣١) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [الذي] .

(٧) زيادة من (ن) .

(٨) في (ع) : [ما قلناه] .

مسألة ١٩٥

القنوت في الوتر قبل الركوع

٣٥٠٦ – قال أصحابنا : القنوت في الوتر قبل الركوع (١) .

٣٥٠٧ – وقال الشافعي : بعد الركوع (٢) .

٣٥٠٨ – لنا : حديث ابن مسعود الذي قدمناه .

٣٥٠٩ – قالوا : رواية أبان ابن أبي عياش (٣) .

٣٥١٠ – قلنا : روى عنه الثوري ، وروايته تعديل .

٣٥١١ – ويدل عليه أيضا حديث ابن عباس وأبي بن كعب [على ما قدمناه] (٤) . ولأنه ذكر يختص بنوع من الصلوات (٥) فكان موضعه قبل الركوع ، كالتكبيرات في العيد . ولأن القيام الذي بعد الركوع يقع للفصل ، فلم يكن موضعًا لذكر ممتد ، كالقعدة بين السجدتين . أو بأنه ليس بمحل (٦) للقراءة فلم يكن موضعًا للقنوت ، كحال الركوع . ولأنه ليس بمحل للقنوت في الوتر في غير رمضان فلم يكن محلًّا له فيه (٧) ، كحال الركوع . ولأنها حال لا يكون المدرك لها مدركًا للركعة ، فلا يكون محلًّا للقنوت ، كحال القعود .

(١) راجع : كتاب الآثار (ص٤٣) ، الحجة باب عدد الوتر (١/١٩٩ – ٢٠٢) ، المبسوط (١/١٦٤ ، ١٦٥) ، بدائع الصنائع فصل في القنوت (١/٢٧٣ ، ٢٧٤) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (١/٤٢٨ ، ٤٢٩) ، البناية (٢/٥٨٠ ، ٥٨١) ، حاشية ابن عابدين (١/٤٦٧) .

(٢) راجع : الأم (١/١٤٣) ، مختصر المزني (ص٢١) ، الوسيط (٢/٦٨٨) ، حلية العلماء (٢/١١٩) ، فتح العزيز في هامش المجموع (٤/٢٤٨ ، ٢٤٩) ، المجموع مع المهذب (٤/١١ ، ١٥ ، ١٦) . وانظر : المنتقى (١/٢٨٢) ، الكافي لابن عبد البر باب هيئة الصلاة بكمالها (١/٢٠٧) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص٦٢) ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني فصل في فرائض الصلاة (١/٢١٢) ، المسائل الفقهية (١/١٦٣ ، ١٦٤) مسألة (٩٢) ، الكافي لابن قدامة (١/١٥٢) ، المغني (٢/١٥٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [عباس] . أبان بن أبي عياش ، هو أبان بن فيروز ، أبو إسماعيل البصري ، مولى لأنس ، من التابعين ، متروك الحديث . راجع ترجمته وما قال عليه المحدثون في : كتاب المجروحين ، باب الألف (١/٩٦ ، ٩٧) ، الكامل لابن عدي (١/٣٨١ – ٣٨٧) ترجمة (٢٠٣ /٢٠٣) ، المغني حرف الألف (١/٧) ترجمة (١٤) ، تقريب التهذيب (١/٣١) ترجمة (١٦٤) .

(٤) زيادة من (ن) . تقدم تخريج حديث ابن عباس في مسألة (١٩٤) .

(٥) في (ع) : [الصلاة] .

(٦) في (ن) : [أو لأنه ليس محل] .

(٧) في (ن) : [محلا فيه] .

٣٥١٢ - احتجوا : بحديث أنس أن النبي ﷺ قنت في الفجر بعد الركوع [١] .

٣٥١٣ - والجواب : أن القنوت في الفجر قد دلت الدلالة على نسخه عندنا ، فلم يصح الرجوع إلى صفته ، ولو لم ينسخ كان قنوت رسول الله [ﷺ] [٢] فيها بعد الركوع لا يوجب ثبوته في غيرها إلا من طريق القياس .

٣٥١٤ - قالوا : روى سويد بن غفلة قال [٣] : سمعت أبا بكر وعمر وعثمان يقولون : قنت رسول الله ﷺ في آخر الوتر ، وكانوا يفعلونه [٤] . قال : وآخر الوتر ما بعد الركوع ، وما قبله ليس بآخره [٥] ؛ لأن معظم الركعة باق .

٣٥١٥ - قلنا : الركعة الثالثة يتناولها [٦] اسم الآخر ؛ لأن ما زاد على النصف من كل شيء يقال : إنه في آخره ، فلم يكن في الخبر دليل . ولأنا روينا صريح الحكم عن رسول الله [ﷺ] [٧] فلم [٨] يعارض بالمحتمل . وقد روى الأسود أن ابن مسعود كان يقنت قبل الركعة [٩] .

٣٥١٦ - وقال ابن عمر : ما أعرف القيام بعد الركوع ما هو [١٠] . وروى عبد الرحمن بن أبي ليلى قال : صليت خلف علي ، فقنت قبل الركوع [١١] . وذكر أبو الحسن بإسناده [١٢] عن سفيان عن مخارق [١٣] عن طارق أنه صلى خلف عمر بن

---

(١) حديث أنس بن مالك رواه عبد الرزاق من طريق عاصم في المصنف في باب القنوت (٣/١٠٩ ، ١١٠) الحديث (٤٩٦٣ ، ٤٩٦٥) ، والبخاري في الصحيح في باب القنوت قبل الركوع وبعده (١/١٧٧) ، وأبو داود في باب القنوت في الصلاة (١/٣٦٤) ، والدارقطني في باب ما يقرأ في ركعات الوتر والقنوت فيه (٢/٣١) .

(٢) ساقط من (م) .

(٣) في (ن) : [قالت] .

(٤) حديث سويد بن غفلة رواه الدارقطني من طريق عمرو بن شمر في باب ما يقرأ في ركعات الوتر والقنوت فيه (٢/٣٢) الحديث (٦) .

(٥) في (ن) : [في آخره] .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يتناولها بتناولها] .

(٧) ساقط من (ن) .

(٨) في (ن) : [فلا] .

(٩) حديث الأسود رواه ابن أبي شيبة عن حفص في المصنف في القنوت قبل الركوع أو بعده (٢/٢٠١ ، ٢٠٢) الحديث (٤ ، ٥) .

(١٠) رواه ابن أبي شيبة في المصنف في القنوت قبل الركوع أو بعده (٢/٢٠١٩) من طريق إبراهيم .

(١١) رواه عبد الرزاق من حديث عبد الله بن حبيب (٣/١١٣) الحديث (٤٩٧٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف في قنوت الفجر قبل الركوع أو بعده (٢/٢١٢) .

(١٢) في (م) : [بإسناد] .

(١٣) في (م) : [محارق] بالحاء المهملة .

الخطاب الفجر فلما فرغ من القراءة كبر ، ثم قنت ، ثم كبر ثم ركع [1] . وروى أبو الجهم عن البراء مثله [2] . فإن كان الاستدلال بما روي عن النبي ﷺ [فقد نقلنا عنه الفعل الصريح ، وإن كان بفعل الصحابة] [3] فقد نقلنا عنهم خلافه .

٣٥١٧ - قالوا : اعتدال قبل الركوع ، فوجب أن لا يكون محلا للقنوت ، كسائر الصلوات .

٣٥١٨ - وهذا ليس بصحيح ؛ لأن القنوت ذكر زائد ، فإذا لم يفعل في محل في بعض الصلوات لم يستدل به على أنه لا يفعل في ذلك المحل في بعضها .

٣٥١٩ - قالوا : محل للقراءة [4] ، فلم يكن محلًّا للقنوت ، أصله : ما قبل القراءة .

٣٥٢٠ - قلنا : إذا أتى بالقراءة فقد انقضى محلها ، فلم يصح أن يقال محل للقراءة . ولأن كونه محلًّا للقراءة لا يمنع أن يكون محلا للذكر المسنون ؛ الدليل عليه : ما بعد التحريمة محل للقراءة ، وقد جعل محلا للاستفتاح والتعوذ . ولأن ما قبل القراءة واجبة [5] فكان الاشتغال بها أولى من القنوت ، وما بعد الفراغ من القراءة لم يبق عليه ذكر واجب فكان محلا للقنوت ، كما بعد الركوع .

٣٥٢١ - قالوا : ما بعد الركوع محل للدعاء ؛ بدلالة أنه يقول : سمع اللَّه لمن حمده ، فبأن يكون محلًّا للقنوت - الذي هو دعاء - أولى .

٣٥٢٢ - قلنا : ليس إذا كان محلا لنوع من الدعاء كان محلًّا لبقيته ؛ ألا ترى أنه لا يكون محلا للدعاء الذي هو سوى القنوت . ولأن قوله : سمع اللَّه لمن حمده ، لا يفعل في حال القيام عندنا ، وإنما يفعل في حال الرفع .

٣٥٢٣ - قال المزني : زاد أبو حنيفة تكبيرة [6] في القنوت لم تثبت [7] بها سنة ،

---

(١) حديث طارق بن شهاب رواه ابن أبي شيبة في المصنف في القنوت قبل الركوع أو بعده (٢١٤/٢) ، والطحاوي من طريق سفيان ، وشعبة بهذا الإسناد في المعاني في باب القنوت في صلاة الفجر وغيرها (٢٥٠/١) ، وعبد الرزاق عن الثوري بهذا الإسناد في باب القنوت (١٠٩/٣ ، ١١٥) ، الحديث (٤٩٥٩ ، ٤٩٧٩) .

(٢) حديث البراء رواه ابن أبي شيبة عن ابن فضيل عن مطرف في المصنف في القنوت قبل الركوع أو بعده (٢١٢/٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٤) في (م) ، (ن) : [محل القراءة] .

(٥) في (ن) : [واجب] .

(٦) في (م) : [تكبير] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لم يثبت] .

ولا دل عليها (١) قياس (٢) .

٣٥٢٤ - وهذا خطأ ؛ لأنه (٣) قد روي عن علي عليه السلام أنه كبَّر حين قنت ، وكبَّر حين أراد أن يركع (٤) . وعن عمر الخبر الذي قدمناه . وعن البراء أنه [كان] (٥) يكبر قبل أن يقنت (٦) . فهذه السنة تبعها أبو حنيفة رضي الله عنه ، والقياس يدل عليه أيضا ؛ لأن التكبيرات وضعت في الصلاة للفصل ، وحال القنوت محل مخالف لحال القراءة ، فوجب أن يكبر للفصل بين الحالين ، كما يكبر للفصل بين الركوع والسجود .

* * *

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [عليه] .
(٢) راجع قول المزني بلفظ آخر في مختصره ، في باب صلاة التطوع وقيام شهر رمضان (ص٢١) .
(٣) في (م) : [لأن] .
(٤) حديث علي بن أبي طالب رواه عبد الرزاق عن الثوري في المصنف (١٠٩/٣) ، (٤٩٦٠) ، وابن أبي شيبة عن وكيع بهذا الإسناد في المصنف في التكبير في قنوت الفجر من فعله (٢١٤/٢) .
(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٦) حديث البراء رواه ابن أبي شيبة عن ابن فضيل في المصنف في القنوت قبل الركوع أو بعده (٢١٤/٢) .

مسألة ١٩٦

يجوز التنفل بالليل والنهار إن شاء بركعتين وإن شاء بأربع

٣٥٢٥ – قال أبو حنيفة : يجوز التنفل بالليل والنهار ، إن شاء بركعتين وإن شاء بأربع (١) .

٣٥٢٦ – وقال الشافعي : التنفل بما زاد على ركعتين (٢) .

٣٥٢٧ – لنا : ما روى أبو أيوب الأنصاري قال : أدمن رسول الله ﷺ أربع ركعات / بعد زوال الشمس ، فقلنا (٣) إنك تدمن هؤلاء الأربع ركعات ، فقال : « يا أبا أيوب ، إذا زالت الشمس فتحت أبواب السماء فلم ترتج حتى يصلى (٤) الظهر ، فأحب أن يصعد لي فيهن عمل صالح قبل أن ترتج » ، فقلت : يا رسول الله ، أفي كلهن قراءة ؟ قال : « نعم » ، قلت : بينهن سلام فاصل ؟ قال : « لا ، إلا التشهد » (٥) . وروى

٤٢/ب

---

(١) وقال أبو يوسف ومحمد في صلاة النهار كما قال أبو حنيفة ، وقالا : في صلاة الليل مثنى مثنى . راجع : الأصل باب مواقيت الصلاة (١٥٨/١) ، الحجة باب صلاة النافلة (٢٧١/١ ، ٢٧٢) ، مختصر الطحاوي باب صلاة الجمعة ص٣٦ ، معاني الآثار (٣٣٤/١ – ٣٣٦) ، المبسوط باب مواقيت الصلاة (١٥٨/١) ، بدائع الصنائع (٢٩٤/١) ، فتح القدير مع الهداية ، (٤٤٥/١ – ٤٥٠) ، البناية (٦١٣/٢ – ٦٢١) ، مجمع الأنهر (١٣١/١) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٤/١) .

(٢) في سائر النسخ : [التنفل بما زاد إلخ] ، لعل الصواب : لا يستحب التنفل بما زاد على ركعتين . قال الشافعي وأصحابه : إن السنة في نفل الليل والنهار أن يسلم من كل ركعتين . راجع : الأم باب ما جاء في الوتر بركعة واحدة (١٤٠/١) ، مختصر المزني ص٢١ ، الوسيط (٦٩٣/٢) ، حلية العلماء (١١٥/٢ ، ١١٦) ، المجموع مع المهذب (٤٩/٤ ، ٥١ ، ٥٦) . وراجع : المدونة في صلاة النافلة (٩٨/١) ، المنتقى ما جاء في صلاة الليل (٢١٣/١ ، ٢١٤) ، الكافي لابن عبد البر باب صلاة التطوع والسنن (٢٥٧/١) ، بداية المجتهد (٢١٢/١) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٨٦) ، الكافي لابن قدامة (١٥٦/١) ، المغني (١٢٣/٢ – ١٢٥) ، العدة مع العمدة ص ٨٩ .

(٣) في (م) ، (ع) : [فقال] .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [تصلى] .

(٥) حديث أبي أيوب الأنصاري أخرجه الطحاوي من طريق عبيدة عن إبراهيم النخعي ، في المعاني ، في باب التطوع بالليل والنهار كيف هو (٣٣٥/١) ، وأخرجه أحمد بهذا السند في حديث أبي أيوب الأنصاري ﷺ (٤١٦/٥ ، ٤١٧) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الصلاة باب من أجاز أن يصلي أربعًا لا يسلم إلا في آخرهن (٤٨٨/٢ ، ٤٨٩) ، وأخرجه أبو داود من هذا الطريق مختصرًا ، في باب الأربع قبل الظهر وبعدها =

عاصم بن ضمرة عن علي [ﷺ] [١] أن النبي ﷺ كان يصلي أربعًا قبل الظهر [٢] . وروى ابن عمر عن عمر بن الخطاب [ﷺ] [٣] قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « أربع ركعات بعد الزوال قبل الظهر تعدلان [٤] صلاة السحر » [٥] ، وروى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال : « من صلى أربع ركعات قبل العصر لم تمسه النار » [٦] ، وعن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعًا » [٧] ، وعن سعد بن هشام ، قال : قلت لعائشة : كيف كانت صلاة رسول الله ﷺ من الليل ؟ قالت : كان يصلي العشاء ، ثم يصلي بعدها أربعًا ، ثم يجيء فيضطجع [٨] ، وعن أبي سلمة ، قال : سألت عائشة عن صلاة رسول الله ﷺ في رمضان ، فقالت : ما كان يزيد في رمضان ولا غيره على إحدى عشرة [٩] ركعة ، يصلي أربعًا لا تسل [١٠] عن

= (٣٢٠/١) ، وابن ماجه ، في باب في الأربع الركعات قبل الظهر (٣٦٥/١ ، ٣٦٦) الحديث (١١٥٧) ، ورواه ابن أبي شيبة عن أبي الأحوص في المصنف ، في الأربع قبل الظهر من كان يستحبها (١٠٤/٢) ، ورواه محمد بن الحسن عن بكير بن عامر البجلي ، في الموطأ باب صلاة التطوع بعد الفريضة ص ١٠٦ الحديث (٢٩٦) . قال أبو داود : عبيدة ضعيف . راجعه في نصب الراية كتاب الصلاة (١٤٢/٢ ، ١٤٣) .

(١) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) حديث عاصم بن عمرة عن علي أخرجه الترمذي من طريق سفيان ، في باب ما جاء في الأربع قبل الظهر (٢٨٩/٢) الحديث (٤٢٤) ، والبغوي في شرح السنة ، في أبواب النوافل ، باب السنن الرواتب (٤٤٨/٣) الحديث (٨٧٢) ، قال الترمذي : حديث علي حديث حسن .

(٣) الزيادة من (ع) ، وفي (م) : [ﷺ] . (٤) في (م) ، (ع) : [يعدلان] .

(٥) حديث عبد الله بن عمر أخرجه الترمذي من طريق علي بن عاصم ، في كتاب تفسير القرءان ، باب ومن سورة النحل (٢٩٩/٥) الحديث (٣١٢٨) . قال الترمذي بعد أن ساق الحديث إلى آخره : هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث علي بن عاصم . راجعه في الترغيب والترهيب للمنذري ، في كتاب النوافل ، باب الترغيب في الصلاة قبل الظهر وبعدها (٢٠٤/١) الحديث (١٠) .

(٦) في سائر النسخ : [عبد الله بن عمر] ، والصواب كما ذكره ابن المنذر والمناوي : عبد الله بن عمرو بن العاص ، باب الترغيب في الصلاة قبل العصر (٢٠٤/١) ، وعزاه إلى الطبراني في الأوسط . راجع : مختصر شرح الجامع الصغير (٣٠٢/٢) .

(٧) حديث ابن عمر أخرجه أحمد بهذا اللفظ ، في المسند ، في « مسند عبد الله بن عمر بن الخطاب ﷺ (١١٧/٢) ، وأبو داود ، في باب الصلاة قبل العصر (٣٢٠/١) ، والترمذي في باب ما جاء في الأربع قبل العصر (٢٩٥/٢ ، ٢٩٦) ، الحديث (٤٣٠) ، والبيهقي في الكبرى ، (٤٧٣/٢) . قال الترمذي : هذا حديث غريب حسن . راجعه في نصب الراية ، في باب النوافل (١٣٩/٢) ، والترغيب والترهيب ، (٢٠٤/١) .

(٨) حديث سعد بن هشام عن عائشة أخرجه أبو داود في باب صلاة الليل (٣٣٩/١) .

(٩) في سائر النسخ : [أحد عشر] . (١٠) في (م) ، (ع) : [لا يسأل] .

حسنهن وطولهن ، ثم يصلي أربعًا لا تسل [(١)] عن حسنهن وطولهن ، ثم يصلي ثلاثًا [(٢)] ، وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « صلوا بعد الجمعة أربع ركعات » [(٣)] ، وفي حديث [آخر] [(٤)] : « من كان مصليا بعد الجمعة فليصل بعدها أربعًا » [(٥)] ، وعن ابن عمر قال : من صلى بعد العشاء أربع ركعات يتم ركوعهن وسجودهن ويقرأ فيهن عدلن [(٦)] بمنزلتهن من ليلة القدر [(٧)] . وهذا لا يعلم إلا من طريق التوقيف [(٨)] .

٣٥٢٨ - ولا يجوز أن يقال : يحتمل أن تكون [(٩)] أربع ركعات فصل بينهن بالسلام ؛ لأن [(١٠)] خبر أبي أيوب [نص في إسقاط السلام] [(١١)] ، وبقية الأخبار محتملة [(١٢)] ؛ لأن الإطلاق في قول الراوي : أربع ركعات ، يتناول ما لا يفصل [(١٣)]

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا تسأل] .

(٢) حديث أبي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة تقدم تخريجه في مسألة (١٩٣) هامش (٨) ، وأخرجه البخاري في الصحيح باب قيام النبي ﷺ بالليل في رمضان وغيره (٢٠٠/١) ، وأبو داود في باب في صلاة الليل (٣٣٦/١ ، ٣٣٧) ، والترمذي في باب ما جاء في وصف صلاة النبي ﷺ بالليل (٣٠٢/٢ ، ٣٠٣) الحديث (٤٣٩) ، وأحمد في المسند في مسند عائشة رضي الله عنها (٣٦/٦) ، وعبد الرزاق في المصنف (٣٨/٣) الحديث (٤٧١١) ، والبيهقي في الكبرى ، (٦/٣) . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح. راجع تخريجه في الهداية في تخريج أحاديث البداية (١٧٧/٤) .

(٣) حديث أبي هريرة أخرجه مسلم في الصحيح من طريق عبد الله بن إدريس ، في باب الصلاة بعد الجمعة (٣٤٨/١) ، وأبو داود ، في السنن باب الصلاة بعد الجمعة (٢٨٤/١) ، وأخرجه النسائي ، في كتاب الجمعة ، في عدد الصلاة بعد الجمعة في المسجد (١١٣/٣) . وأخرجه أحمد في المسند من طريق ابن إدريس (٢٤٩/٢ ، ٤٤٢) ، ومن طريق علي بن عاصم (٤٩٩/٢) . راجعه في المنتقى ، في أبواب الجمعة ، في باب الصلاة بعد الجمعة ص٢٥٩ الحديث (١٦٣٩) ، ونيل الأوطار (٢٨٠/٣ ، ٢٨١) ، والهداية في تخريج أحاديث البداية (١٧٨/٤) .

(٤) الزيادة من (ن) .

(٥) في (ن) : [أربعة] . وبهذا اللفظ أخرجه مسلم من طريق وكيع عن سفيان ، عن سهيل عن أبيه عن أبي هريرة في المصنف ، في كتاب الجمعة (٤١/٢) ، وأبو داود من طريق ابن الصباح (٣٩٩/٢) الحديث (٥٢٣) ، قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

(٦) في هامش (ص) : [عدل] من نسخة أخرى .

(٧) أخرجه أبو يوسف في كتاب الآثار (٨٣/١) ، ونسبه في الترغيب والترهيب للكبير للطبراني (٢٢٧/١) .

(٨) في (ص) : [التوقف] . (٩) في غير (ص) : [يكون] .

(١٠) في (ن) : [ولأن بالعطف] .

(١١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٢) في (ن) : [غير محتملة] . (١٣) في (ن) : [ما لم يفصل] .

بعضهن عن بعض ؛ ألا ترى أن عائشة رضي الله عنها قالت [١] : كان يصلي أربعًا وأربعا [٢] ، ولو أرادت بيان العدد في الجملة لقالت : كان يصلي ثمانيا .

٣٥٢٩ - وقولكم : إنما نحمل خبركم على الجواز لا يصح ؛ لأنه عليه السلام لا يداوم إلا على الأفضل . ولأن كل عدد جاز في فرض النهار كان مسنونًا [إذا انفرد] [٣] ، كالركعتين . ولأن ما كان مسنونًا في عدد النافلة إذا اقتدى بالإمام كان مسنونًا إذا انفرد [٤] ، كالركعتين . ولأن المتابعة شرط في بعض [٥] العبادات ، فلأن تكون [٦] من صفات الفضيلة أولى . ولأن البقاء [٧] على التحريمة أشق ، وفعل النافلة على الوجه الأشق أفضل ما لم يرد عنه نهي ، كطول القيام .

٣٥٣٠ - احتجوا : بحديث عمر [٨] أن رجلًا سأل رسول الله ﷺ عن صلاة الليل ، فقال : « [صلاة الليل] [٩] مثنى مثنى ، فإذا خشي أحدكم [١٠] الصبح صلى ركعة واحدة توتر [١١] له ما قد صلى » [١٢] ، ومن طريق مالك : « صلاة الليل [والنهار] [١٣] مثنى مثنى » [١٤] ، قالوا : ولا يجوز أن يكون المراد الجواز ، فلم يبق إلا أن يكون المراد به [١٥] المسنون .

---

(١) لفظ : [قالت] ساقط من (ن) . (٢) تقدم تخريجه في المسألة (١٩٦) .

(٣) في (م) ، (ع) : [إذا تقرر] ، وفي (ن) : [في نفله ابتداء] مكان المثبت .

(٤) في (م) ، (ع) : [إذا تقرر] . (٥) لفظ : [بعض] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [يكون] . (٧) في (ن) : [الثقاة] .

(٨) في سائر النسخ : [بحديث عمر] ، الصواب : [بحديث ابن عمر] .

(٩) ساقط من (ع) .

(١٠) لفظ : [أحدكم] ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . (١١) في (ن) : [فوتر] .

(١٢) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٩٣) هامش (٥٧) ، وأخرجه الشافعي في المسند من حديث ابن عمر ، في الباب العشرون في الوتر (١٩١/١ ، ١٩٢) ، والنسائي ، في باب كيف الوتر بواحدة (٢٣٣/٣) ، والدارمي ، في باب كم الوتر (٣٧٢/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب الوتر بركعة واحدة ، ومن أجاز أن يصلي ركعة واحدة تطوعًا (٢١/٣) ، راجعه أيضًا في الهداية في تخريج أحاديث البداية (١٧٥/٤) . (١٣) الزيادة من (ن) .

(١٤) أخرجه مالك في الموطأ ، في آخر ما جاء في صلاة الليل (١٠٧/١) ، وأخرجه الطحاوي من طريق علي بن عبد الله البارقي ، عن ابن عمر ، في المعاني ، في باب التطوع بالليل والنهار كيف هو (٣٣٤/١) ، وأخرجه الدارقطني مرفوعًا ، في باب صلاة النافلة في الليل والنهار (٤١٧/١) ، قال ابن حجر في التلخيص : أخرجه الأربعة ، في باب النوافل (٢٠٠/١) الحديث (٢٥٠) .

(١٥) في (ن) : [به المراد] بالتقديم والتأخير .

٣٥٣١ - والجواب : أنه يحتمل أن يكون المراد به : « مثنى مثنى » معناه [1] : أنه [2] يتشهد في كل ركعتين ، والدليل عليه أنه قال : « فصل ركعة توتر [3] لك ما قد صليت » ، وهذا لا يكون إلا وهي متصلة بما قبلها ؟ ويجوز أن يكون قوله : « صلاة الليل والنهار مثنى » بمعنى أنه لا يلزم بالتحريمة أكثر من ركعتين ؛ ليبين [4] مخالفة النافلة في ذلك الفرض . وقد روي عن ابن عمر أنه كان يصلي قبل الجمعة أربعًا لا يفصل بينهن بسلام ، وبعدها ركعتين ثم أربعًا [5] ، وهذا يدل على أن [6] قوله ﷺ : « مثنى مثنى » المراد به ما ذكرناه ؛ لاستحالة أن يخالف ما رواه .

٣٥٣٢ - قالوا : روت عائشة رضي الله عنها [7] أن النبي ﷺ كان يصلي فيما بين أن يفرغ من صلاة العشاء إلى أن يتصدع الصبح إحدى عشرة [8] ركعة ، يسلم من كل ركعتين [9] ويوتر بواحدة [10] .

٣٥٣٣ - قلنا : يحتمل أن يكون : يسلم من كل ركعتين [11] ، أي يتشهد ، الدليل عليه : ما رويناه عنها أنه كان يصلي ثمان ركعات لا يجلس إلا في آخرهن ، يعني السلام [12] .

٣٥٣٤ - قالوا : النوافل ضربان : نافلة سن لها الجماعة ، [ونافلة لم يسن لها الجماعة] [13] . ثم ثبت أن ما سن لها الجماعة - وهو الاستسقاء والخسوف - مثنى

(١) لفظ : [معناه] ساقط من (ع) .
(٢) في (ع) : [أن] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يوتر] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لسنن] .
(٥) حديث عبد الله بن عمر أخرجه الطحاوي من طريق عبيد الله (٣٣٥/١) ، ورواه ابن أبي شيبة في المصنف ، في من كان يصلي بعد الجمعة ركعتين (٤١/٢) .
(٦) في (ص) : [أنه] .
(٧) قوله : [رضي الله عنها] ساقط من (ن) .
(٨) في غير (م) : [عشر] .
(٩) في (ن) : [ثنتين] .
(١٠) حديث عائشة أخرجه أبو داود من طريق الأوزاعي باب في صلاة الليل (٣٣٦/١) ، وأخرجه الدارقطني من طريق ابن شهاب (٤١٦/١ ، ٤١٧) ، والطحاوي في المعاني ، في باب الوتر (٢٨٣/١) ، والبيهقي من كلا الطريقين في الكبرى وفي باب الوتر بركعة واحدة (٧/٣ ، ٢٣) .
(١١) في (ن) : [ثنتين] .
(١٢) وهذا جزء من حديث عائشة ، أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب المساجد ، في باب جامع صلاة الليل ومن نام عنه أو مرض (٢٩٨/١ ، ٢٩٩) ، وأخرجه النسائي ، في كتاب قيام الليل وتطوع النهار (١٩٩/٣ ، ٢٠١) . راجعه في نصب الراية ، في باب النوافل (١٤٣/٢) .
(١٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مثنى ، وكذلك الضرب الآخر .

٣٥٣٥ - والجواب : أما الاستسقاء فليس بمسنون في جماعة عندنا . وأما [١] الخسوف فإن شاء صلى ركعتين ، وإن شاء صلى أربعا ، فلم نسلم الأصل .

٣٥٣٦ - قالوا : إذا صلى مثنى مثنى زادت صلاته على الأربع ثلاثة أركان متفق عليها : تكبيرة الإحرام ، وقعدة التشهد ، والسلام ، وركنان مختلف فيهما : التشهد ، والصلاة على الرسول ﷺ [٢] ، فكانت أولى .

٣٥٣٧ - والجواب : أنه إذا [٣] صلى أربعا فإنه يأتي بالتكبيرة الثالثة ، وهذه التكبيرة مساوية للتكبيرة التي يدخل بها ؛ لأن وجوبها يتعلق بفعله ، والركن إنما يزيد على ما ليس بركن فيما وجب بفعل اللّٰه ، وأما القعدة فإنها واجبة في إحدى الروايتين ، وقد قالوا : إن من السنة إذا قام إلى ثالثة [٤] النفل أن يستفتح . فأما السلام ، والتشهد ، والصلاة فليست بواجبة عندنا ، وإنما هي [٥] مسنونة ، فيأتي بها في القعدة الأولى والثانية في النفل ، وقد قالوا : إنه يدعو في القعدة الأولى كما يدعو في الثانية . فلم نسلم لهم الترجيح بشيء مما قالوه . ثم الترجيح معنا ؛ لأن الكون في العبادة إذا لم ينه عنه فهو أفضل ، ولأن القيام الذي يقع في الثالثة يكون مفعولا في الصلاة ، ولأن يأتي بقيام في الصلاة أفضل من أن يأتي به [٦] في غيرها .

٣٥٣٨ - قالوا : أكثر الفرض يزيد على مثنى مثنى ، والأفضل في التطوع ما خالف أكثر الفرض ليتميز ؛ عن الفرض .

٣٥٣٩ - قلنا : النوافل فرع الفرائض ، وحمل الفرع [٧] على أصله أولى من مخالفته [٨] .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [أما بدون العطف] .

(٢) قوله [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٣) لفظ : [إذا] ساقط من (ن) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [إلى ثانية] .

(٥) في (ن) : [نفي] .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بها] .

(٧) في (ن) ، (ع) : [الفرض] .

(٨) في (م) ، (ع) : [مخالفه] .

مسألة ١٩٧

إذا قدر المومئ على الركوع أو السجود استأنف

٣٥٤٠ – قال أصحابنا إلا زفر : إذا قدر المومئ على الركوع والسجود استأنف (١) .

٣٥٤١ – وقال الشافعي : يبني (٢) .

٣٥٤٢ – فالمسألة مبنية على أن المومئ لا يقتدي به الراكع ، فإذا ثبت أن إحدى (٣) الصلاتين لا تبنى (٤) على الأخرى في حق المؤتم والإمام ثبت أنها لا تصح (٥) في حق نفسه ؛ لأن أحدا لا يفصل بينهما . ولأنه قدر على الركوع والسجود قبل سقوط الفرض عنه ، فلم يجز أن يسقط فرضه بالإيماء ، أصله : إذا قدر قبل الدخول [في الصلاة ، وأصله : إذا رعف ثم قدر على الركوع والسجود . ولأن كل حالة لو مس ذكره لم يجز له البناء فكذلك إذا لم يمس ، أصله : إذا قدر قبل الدخول] (٦) .

٣٥٤٣ – قالوا : قدر على ركن من أركان الصلاة في أثنائها (٧) فوجب أن لا تبطل (٨) ، أصله : إذا صلى قاعدًا ثم قدر على القيام .

٣٥٤٤ – قلنا : صلاة القاعد تجوز في حال الاختيار من غير عذر ، فصارت كصلاة الصحيح (٩) ، فجاز أن يبني فرض القيام عليها ، وصلاة الايماء لا تجوز (١٠) من غير عذر ، فصار فرضها مخالفًا لفرض الركوع والسجود ، فلم يبن أحدهما على الآخر ، كما لا تبنى (١١) صلاة المستحاضة بعد ما انقطع دمها على طهارة الاستحاضة .

* * *

(١) راجع : المصادر السابقة في مسألة (١٩٦) ، والأصل (٢٢٣/١) ، المبسوط ، (٢١٨/١) ، الهداية (٥٨/١) ، فتح القدير (٦/٢ ، ٧) ، حاشية ابن عابدين (٥٣٤/١) ، والتجنيس (٥٤٥/٢) مسألة (٨٨٢) .

(٢) راجع : المصادر السابقة في مسألة (١٩٦) ، مختصر المزني ص٢٢ ، حلية العلماء باب صفة الأئمة (١٧٤/٢) ، المهذب باب صلاة المريض (١٠١/١) ، المجموع (٣٢١/٤) . وقال المالكية والحنابلة – مثل قول الشافعية – : يبني على ما مضى من صلاته . راجع : المدونة في صلاة المريض (٧٧/١) ، المنتقى (٢٤٣/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٦٠ . وراجع : الكافي لابن قدامة باب صلاة المريض (١٠٦/١) ، المغني (١٤٩/٢ ، ١٥٠) .

(٣) في (ع) : [أحد] .

(٤) في غير (ص) : [يبني] .

(٥) في (م) : [لا يصح] ، وفي (ن) : [لا تصلح] .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (ع) .

(٧) في (م) : [اثباتها] .

(٨) في (ع) : [أن لا يبطل] .

(٩) في (ن) : [الصبح] .

(١٠) في (م) ، (ن) : [لا يجوز] .

(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كما يبنى] .

مسألة ١٩٨

إذا افتتح الصلاة عريانًا ثم وجد الثوب ، استأنف

٣٥٤٥ - قال أصحابنا : إذا افتتح الصلاة عريانًا ثم وجد الثوب ، استأنف (١) .

٣٥٤٦ - وقال الشافعي : يبني (٢) .

٣٥٤٧ - لنا : أنه فرض لزمه في (٣) أثناء الصلاة لسبب (٤) متقدم على التحريمة ، فصار كانقضاء مدة المسح . ولا يلزم الأمة إذا أعتقت ؛ لأن الستر لا يلزمها لسبب (٥) متقدم ، وإنما يلزمها في حال العتق .

٣٥٤٨ - قالوا : وكذلك العاجز يلزمه الستر حال القدرة ، ولا يلزم قبل الدخول مع العجز .

٣٥٤٩ - قلنا : معنى قولنا : إنه يلزمه ، أنه مخاطب به حتى لا يجوز تركه إلا للضرورة ، وهذا المعنى لا يوجد (٦) في الأمة . ولأنه شرط من شرائط الصلاة ، فإذا صلى [صلى] (٧) مع عدمه وعدم ما يقوم مقامه ، ثم قدر - استأنف ، أصله : من دخل في الصلاة بغير ماء ولا تراب ثم قدر على أحدهما . ولأنه قدر على الستر بعد ما

---

(١) يستأنف في قول أبي حنيفة لأن بناء القوي على الضعيف لا يجوز . واختلف معه أصحابه . راجع الاختلاف في : المبسوط (١٨٢/١) ، البناية مع الهداية (٤٦٧ ، ٤٦٩) ، تحفة الفقهاء (٢٢٢/١) ، مجمع الأنهر (١١٥/١) .

(٢) قال الشيرازي في المهذب : فإن دخل في الصلاة وهو عريان ثم وجد السترة في أثنائها ، فإن كانت بقربه ستر العورة وبنى على صلاته . راجع : مختصر المزني ص٢٢ ، حلية العلماء (١٧٤/١) ، المهذب باب ستر العورة (٦٦/١) ، المجموع باب ستر العورة (١٨٣/٣ ، ١٨٤) . اختلف أصحاب مالك بين البناء والاستئناف ، فقال ابن القاسم مثل قول الشافعي : يستر ويبني على صلاته ، وقال سحنون مثل قول أبي حنيفة : يستأنف الصلاة . راجع : المنتقى (٢٥١/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٣٩/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٥٦ ، شرح الزرقاني (١٨٣/١) . وقال الحنابلة - مثل الشافعية - : إن كانت قريبة ستر وبنى ، وإن كانت بعيدة بطلت صلاته . راجع الكافي لابن قدامة باب ستر العورة (١١٤/١) .

(٣) حرف : [في] ساقط من (ع) . (٤) في (ن) : [ليس] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [بسبب] .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لا يوجد إلا ...] .

(٧) الزيادة من (م) ، (ع) .

كان مخاطبًا به فلم يجز إسقاط فرضه من غير ستر ، أصله : إذا قدر عليه في الابتداء . ولأنه لو قدر بعد اللمس أو مس الذكر لزمه الاستئناف ، فكذلك [1] قبله ، أصله : الدخول في الصلاة .

٣٥٥٠ - احتجوا : بأن كل [2] من لزمه فرض الستر في الصلاة أثناء صلاته لم تبطل صلاته ، أصله : الأمة .

٣٥٥١ - والجواب [3] : أن الأمة يلزمها فرض الستر بسبب موجود في الحال غير مستند إلى ما تقدم ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأن [4] لزوم الفرض يستند إلى ما قبل الدخول ؛ لأنه كان مخاطبًا [به] [5] ، فصار كانقضاء مدة المسح وكنزع الخفين .

٣٥٥٢ - قالوا : انتقل من [6] [حال نقص إلى حال كمال ، وقد ثبت أنه لو انتقل عن الكمال إلى النقص بنى ، كذلك إذا انتقل إلى] [7] الكمال أولى .

٣٥٥٣ - قلنا : إذا انتقل إلى حال النقص في مسألة الإيماء فقد قالوا في إحدى الروايتين لا يبني ، فيجوز أن يقال : إذا عدم الستر في حال الصلاة لا يبني .

* * *

---

(١) في (ن) : [وكذلك] .

(٢) لفظ : [كل] ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) في (ن) : [الجواب] بدون العطف .

(٤) في (م) ، (ع) : [أن] .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [إلى] .

(٧) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ١٩٩

لا يجوز أن يقتدي الصحيح بالمومئ

٣٥٥٤ - قال أصحابنا إلا زفر : لا يجوز أن يقتدي الصحيح بالمومئ [١] .

٣٥٥٥ - وقال زفر : يجوز ، وبه قال الشافعي [٢] .

٣٥٥٦ - لنا : قوله عليه السلام : « إنما جعل الإمام ليؤتم به ، فلا تختلفوا على أئمتكم » [٣] . وليس في الاختلاف أكثر من الإيماء والركوع .

٣٥٥٧ - ولا يقال : إن الخبر اقتضى أن لا يفعل الركوع قبل ركوعه ؛ لأن عمومه يقتضي الجميع ، فلا يمكن دعوى التخصيص .

٣٥٥٨ - ولأنه [٤] لم يشارك في الركوع الإمام ، ولا أتى بركوعه مما عليه ، فلا يعتد [٥] بالركعة ، كمن / [٦] أدرك الإمام بعد الركوع . ولأنها صلاة لا ركوع فيها ولا سجود ، فلم يجز أن يقتدي به فيها من يلزمه [٧] فرض الركوع والسجود ، أصله : صلاة الجنازة . ولأنها صفة لا يجوز أداء الصلاة عليها في غير حال العجز ، فإذا وجدت في الإمام لم يجز أن يقتدي به من فقدت فيه ، كمن صلى بلا طهارة . ٤٣/ب

٣٥٥٩ - قالوا : كل من أسقط فرض نفسه بالصلاة صح أن يكون إمامًا للقيام ،

---

(١) راجع : الأصل ، الباب السابق (٢١٩/١ ، ٢٢٠) ، المبسوط (٢١٥/١) ، بدائع الصنائع فصل في شرائط الأركان (١٣٩/١) ، الهداية مع فتح القدير وبهامشه العناية باب الإمامة (٣٧١/١) ، البناية باب الإمامة (٤٣١/٢) .

(٢) راجع : الأم (١٧١/١) ، حلية العلماء (١٧٣/٢ ، ١٧٤) ، المهذب (٩٨/١) ، المجموع مع المهذب (٢٦٤/٤ ، ٢٦٦) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما - مثل قول الحنيفة - : لا يجوز أن يقتدي القادر على الركوع والسجود بمن يومئ بالركوع والسجود . راجع : المدونة (٨١/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢١٣/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٦٧ ، شرح الزرقاني (١١/٢) ، الكافي لابن قدامة (١٨٤/١) ، المغني (٢٢٤/٢) .

(٣) أخرجه البخاري بطوله ، في الصحيح كتاب الأذان (١٣٢/١ ، ١٣٣) ، ومسلم في الصحيح (١٧٦/١) ، والدارقطني (٣٢٩/١) ، الحديث (١٢) ، والبيهقي في الكبرى (١٥٦/٢) . راجع تخريجه أيضًا في نصب الراية (٥٢/٢) .

(٤) في (م) : [وإنه] ، وفي (ع) : [وإن] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولا يعتد] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فمن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [من يلزم] .

كالقائم .

٣٥٦٠ - قلنا : القائم شاركه المؤتم في الركوع فاعتد له به ، والمومئ لم يشاركه مؤتمه في الركوع ، ولا رتَّبَهُ على ركوعه ، فلم يعتد بالركعة .

٣٥٦١ - قالوا : العجز عن ركن إذا لم يمنع [سقوط الفرض لم يمنع] (١) أن يأتم (٢) به القادر عليه ، كالقاعد بالقائم .

٣٥٦٢ - قلنا : اعتبار سقوط فرض الإمام في جواز الائتمام لا معنى له على أصلهم (٣) ؛ لأنه لو كان محدثًا جاز الاقتداء به وإن لم يسقط فرضه . ثم المعنى في الأصل أنه عدمت المشاركة في القيام ، وهذا لا يمنع من الاعتداد ، كما لو أدركه راكعًا .

٣٥٦٣ - قالوا : كل شخصين صح أن يأتم كل واحد منهما بصاحبه فإذا تفاضلا بما لا يمنع سقوط الفرض صح أن يكون الأفضل مؤتمًّا ، أصله : الغاسل رجليه إذا اقتدى بالماسح .

٣٥٦٤ - قلنا : الطهارة لا يقع فيها الاقتداء ، فإذا اختلفا في الطهارة لم يمنع الاقتداء، وليس كذلك الأركان ؛ لأن الاقتداء يقع فيها ، فجاز [أن يكون] (٤) الاختلاف (٥) مانعًا من الاقتداء . وهذه المسألة مبنية على أن الإيماء ليس ببدل ؛ بدلالة (٦) أنه جزء من الأصل ، والأبدال ما خالفت مبدلاتها ، فأما من عجز عن بعض الشيء وفعل بعضه لا يكون بدلا ، أصله : إذا قطعت بعض أعضاء الوضوء (٧) لا يكون باقيها بدلا (٨) .

٣٥٦٥ - قالوا : الركوع (٩) ركن من أركان الصلاة فوجب أن يكون له بدل ، كالقيام .

٣٥٦٦ - قلنا : لا فصل بينهما ؛ لأن القعود ليس ببدل عن القيام ، وإنما هو جزء منه .

٣٥٦٧ - وإذا ثبت أن الإيماء ليس ببدل فقد عدم من جهة الإمام الأركان وما قام مقامها ، فصار كصلاة الجنازة .

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من (ع) .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يؤتم] .
(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [على أصلكم] .
(٤) ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (ع) : [الخلاف] .
(٦) في (ن) : [يدل له] .
(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الطهارة] .
(٨) في هامش (ص) : [بدل الطهارة] .
(٩) في (م) ، (ع) : [الوقوع] .

مسألة ٢٠٠

لا يجوز للمفترض أن يصلي خلف المتنفل

٣٥٦٨ – قال أصحابنا : لا يجوز للمفترض أن يصلي خلف المتنفل ، ولا يجوز لمصلي الفرض أن يقتدي بمصلي فرض آخر (١) .

٣٥٦٩ – وقال الشافعي : يجوز ذلك (٢) .

٣٥٧٠ – لنا : قوله ﷺ : « إنما جعل الإمام ليؤتم به ، فلا تختلفوا عليه » (٣) . وإذا كان كل واحد منهما [يصلي] (٤) [فرضًا آخر كان مخالفة] (٥) ، فكان ممنوعًا منها . ولا (٦) يجوز حمل الخبر على المخالفة في الأفعال ؛ لأن (٧) حمله على العموم أولى ، ولأن المخالفة في الأفعال قد استفيدت من آخر الخبر بقوله : « فإذا ركع فاركعوا وإذا سجد فاسجدوا » ، فلم يجز حمل اللفظ على التكرار . ولأن صلاة المؤتم لا يجوز أداؤها بنية الإمام ، فلا يجوز أن يقتدي به فيها ، كمصلي الفجر إذا اقتدى بمن يصلي الكسوف ، ومصلي الظهر خلف من يصلي الجمعة . ولأنه لا يجوز أن يبني إحدى الصلاتين على الأخرى في حق نفسه ، وكذلك لا يجوز في حقه وحق الإمام ، أصله : ما ذكرنا .

٣٥٧١ – ولأن نية الفرض عدمت من جهة الإمام ، فلم يجز أن يقتدي به المفترض ، أصله : إذا صلى الكسوف . ولأن تعيين النية شرط معتبر في الفرض بكل حال ، فإذا عدم

---

(١) راجع : بدائع الصنائع (١٤٣/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٣٧١/١ ، ٣٧٣) ، الاختيار فصل في صلاة الجماعة (٥٩/١ ، ٦٠) ، البناية (٤٣١/٢ ، ٤٣٥) ، مجمع الأنهر فصل الجماعة سنة مؤكدة (١١١/١) ، حاشية ابن عابدين باب الإمامة (٤٠٧/١) .

(٢) راجع : الأم في اختلاف نية الإمام والمأموم (١٧٣/١) ، مختصر المزني باب اختلاف نية الإمام والمأموم (ص٢٢) ، الوسيط الباب الثالث في القدوة (٧١٠/٢) ، حلية العلماء (١٧٥/٢ ، ١٧٦) ، المهذب (٩٨/١) ، المجموع مع المهذب (٢٦٩/٤ – ٢٧١) . وانظر : المنتقى : العمل في صلاة الجماعة (٢٣٦/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢١٢/١ ، ٢١٣) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٦٨) ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (٢٢/٢ ، ٢٣) ، المسائل الفقهية : إمامة المتنفل للمفترض (١٧٠/١ ، ١٧١) ، الإفصاح باب من أحق بالإمامة (١٥٣/١) ، الكافي لابن قدامة (١٨٥/١) ، المغني (٢٢٥/٢ ، ٢٢٦) .

(٣) في (ص) ، (ن) : [على أئمتكم] . تقدم تخريجه في المسألة السابقة (١٩٩) .

(٤) ساقط من (ص) .

(٥) في (م) ، (ع) : [فقد خالفه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلا] .

(٧) في (م) : [لأنه] .

من جهة الإمام لم يجز أن يقتدي به من وجد معه ذلك الفرض ، أصله : إذا لم يأت الإمام بالنية . ولا يلزم المتوضئ خلف المتيمم ؛ لأن الوضوء لا يعتبر في الصلاة بكل حال . وكذلك لا يلزم [١] القائم خلف القاعد ؛ لأن القيام لا يعتبر في الفرض بكل حال ؛ ألا ترى أنه يصلي في السفينة قاعدًا . ولا يلزم على العلتين الأوليين المتنفل خلف المفترض ؛ لأن النفل يجوز أداؤه بنية الفرض إذا دخل في الصلاة يظنها عليه .

٣٥٧٢ - ولا يلزم إذا صلى ركعتي الفجر خلف المفترض أنه يجزئه ولو بناها على تحريمة نفس [٢] الفرض لم يجزه [٣] ذلك ؛ لأنا إن قلنا : إن تعيين [٤] النية ليس [من شرط] [٥] ركعتي الفجر فإذا صلى خلف المفترض جاز ، فإن ظن بعد الفجر أن عليه الفجر من أمس فافتتحها ، ثم تبين له أن لا شيء عليه أجزأ ذلك عن ركعتي الفجر .

٣٥٧٣ - ولا يلزم إذا دخل المتنفل في صلاة المفترض ثم أفسدها أنه إن دخل فيها مع الإمام ينوي القضاء جاز ولا يجوز أن يبنيها على تحريمة الفرض في حق نفسه ؛ لأن هذه المسألة ليس لأبي حنيفة فيها قول ، وإنما اختلف أبو يوسف وزفر ، فقال أبو يوسف : يجوز أن يدخل معه بنية القضاء ، وقال زفر : لا يجوز ؛ لأنهما واجبان [٦] مختلفان ، فإن قلنا بقول زفر سقط السؤال .

٣٥٧٤ - ولا يقال : إنما لم يجز بناء الفرض على صلاة الكسوف والجنازة لاختلافهما في الأفعال الظاهرة ؛ وذلك لأن مصلي المغرب خلف من يصلي الظهر ، والظهر خلف من يصلي الفجر لا يجوز [٧] مع الاختلاف في الأفعال الظاهرة .

٣٥٧٥ - احتجوا : بما روى جابر قال : كان معاذ يصلي مع النبي ﷺ [العشاء] [٨] ثم يرجع فيها فيصليها بقومه في بني سلمة ، فأخر النبي ﷺ العشاء ذات

---

(١) في (ن) : [فكذلك] ، ولفظ : [لا يلزم] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن (صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) في (ن) وهامش (ص) من نسخة أخرى : [نفسه] .
(٣) وفي (ع) : [لم يجز] .
(٤) في (ص) : [تغيير] ، وفي (م) ، (ع) : [يعتبر] .
(٥) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٦) في (ن) : [واجبتان] .
(٧) في (ن) ، وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [يجوز] .
(٨) ساقط من (ع) .

ليلة ، فصلى معاذ معه ، ثم رجع فأم قومه ، فقرأ سورة البقرة ، فتنحى رجل من خلفه فصلى وحده ، فقالوا له : نافقت ، فقال : لا ، ولكني آتي رسول الله ﷺ ، فأتاه فقال : يا رسول الله ، إنك أخرت العشاء ، وإن معاذا صلى معك ، ثم رجع فأمنا ، فافتتح بسورة [١] البقرة ، فلما رأيت ذلك تأخرت فصليت ، وإنما نحن أصحاب نواضح نعمل [٢] بأيدينا ، فأقبل رسول الله [٣] ﷺ على معاذ فقال : « أفتان أنت يا معاذ ! اقرأ بسورة كذا » [٤] ، قالوا : وروي عن جابر قال : كان معاذ يصلي مع النبي ﷺ العشاء ثم ينطلق إلى قومه فيصليها بهم ، هي له تطوع و [هي] [٥] لهم مكتوبة » [٦] ، قالوا : وهذا يدل على جواز صلاة المفترض خلف المتنفل .

٣٥٧٦ - والجواب : أن معاذا يجوز أن يكون يصلي مع النبي [٧] ﷺ النافلة ثم يعود فيصلي بقومه الفريضة ، الدليل عليه : ما روي أن النبي ﷺ قال [لمعاذ] [٨] : « يا معاذ ، لا تكن [٩] فتّانا [١٠] ، إما أن تصلي معي ، وإما أن تخفف [١١] على

---

(١) في (ن) : [سورة] . (٢) في (ن) : [يعمل] .

(٣) في (ع) : [النبي] .

(٤) في (ن) : [سورة] . حديث جابر عن معاذ عن النبي ﷺ أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الأذان ، باب إذا طول الإمام وكان للرجل حاجة فخرج فصلى (١٢٩/١) ، وأخرجه مسلم بألفاظ متقاربة في الصحيح ، في باب القراءة في العشاء (١٩٤/١) ، والنسائي ، في كتاب الإمامة في اختلاف نية الإمام والمأموم (١٠٢/٢ ، ١٠٣) ، والشافعي في المسند الباب السابع في الجماعة وأحكام الإمامة (١٠٣/١ ، ١٠٤) الحديث (٣٠١ ، ٣٠٣) ، والبيهقي في الكبرى في جامع أبواب اختلاف نية الإمام والمأموم ، باب الفريضة خلف من يصلي النافلة (٨٥/٣) . (٥) ساقط من (ع) .

(٦) رواه البخاري في الصحيح ، في باب إذا صلى ثم أمَّ قومًا (١٣١/١) ، ومسلم في الصحيح بلفظ فيصلي بهم تلك الصلاة ، في باب القراءة في العشاء (١٩٥/١) ، والنسائي ، في كتاب الإمامة في اختلاف نية الإمام والمأموم (١٠٢/٢ ، ١٠٣) ، والشافعي بهذا اللفظ في المسند الباب السابع في الجماعة وأحكام الإمامة (١٠٣/١ ، ١٠٤) الحديث (٣٠١ ، ٣٠٣) ، والدارقطني بألفاظ متقاربة في باب ذكر صلاة المفترض خلف المتنفل (٢٧٤/١ ، ٢٧٥) ، والطحاوي في المعاني في باب الرجل يصلي الفريضة خلف من يصلي تطوعًا (٤٠٩/١) ، والبيهقي في الكبرى في جامع أبواب اختلاف نية الإمام والمأموم ، باب الفريضة خلف من يصلي النافلة (٨٦/٣) وعبد الرزاق بمعناه في المصنف في باب لا تكون صلاة واحدة (٨/٢) الحديث (٢٢٦٥) . (٧) في (ن) : [خلف النبي] .

(٨) الزيادة من (ن) . (٩) في (م) ، (ع) : [لا يكن] .

(١٠) في (ع) : [نتانا] ، وحروف التاء ساقطة .

(١١) في (م) : [أن يخفف] .

قومك »[1] ، ومعلوم أنه [قد][2] كان يصلي معه ، وقوله : « إما أن تصلي معي » معناه : إما أن تصلي الفرض معي ولا تصلي بقومك ، أو تصلي بهم الفرض وتخفف ، وهذا يدل أنه كان يصلي مع النبي ﷺ [غير الفرض .

٣٥٧٧ - ولا يجوز أن يقال : قد روينا أنه كان يصلي مع النبي ﷺ][3] العشاء ثم يرجع فيتطوع بقومه ؛ لأن هذا قول جابر[4] فيجوز أن يكون ظن ذلك ، والنبي[5] [ﷺ][6] عرف حقيقة الأمر ، وكان الرجوع إلى قوله أولى .

٣٥٧٨ - ولا يقال : كيف يظن بمعاذ أنه[7] يترك فضيلة الصلاة مع رسول الله [ﷺ][8] ويصلي معه النافلة ؛ وذلك لأن رسول الله ﷺ[9] إذا أمره أن يصلي بقومه - ولا يجوز له ذلك إلا بترك الفرض مع رسول الله [ﷺ][10] - كان ائتماره بأمره[11] أفضل من فعل الصلاة معه ؛ لأن أمره على الوجوب ، وفعل الفريضة[12] [معه][13] ليس على الوجوب .

٣٥٧٩ - ولا يقال : لو كان الحكم يختلف لفصل ؛ لأن النبي [ﷺ][14] كان يعرف الأمر فلا يحتاج إلى التفصيل ، ولهذا قال : « أو تجعل[15] صلاتك معنا » . ويجوز أن يكون فعل معاذ في الوقت الذي كان يعاد الفرض مرتين ، فكان ما يفعله مع النبي [ﷺ][16] فرضا ثم يعيده فيكون فرضًا ، فلا يكون مفترضًا خلف متنفل .

٣٥٨٠ - قالوا : لا نعرف في الشريعة[17] إعادة الفرض مرتين .

٣٥٨١ - قلنا : قد روى عمرو بن شعيب عن خالد بن أيمن المعافري قال : كان أهل العوالي يصلون في منازلهم ويصلون[18] مع النبي ﷺ ، فنهاهم أن يعيدوا الصلاة في

---

(١) هذا الحديث أخرجه أحمد في المسند بهذا اللفظ ، في حديث سليم من بني سلمة رضي الله تعالى عنه (٧٤/٥) ، والطحاوي في المعاني (٤٠٩/١) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ن) : [جائز] .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ورسول الله] .

(٦) ساقط من (ن) .

(٧) في (ع) : [أن] .

(٨) ساقط من (ن) .

(٩) في (ن) : [لأن النبي عليه السلام] .

(١٠) ساقط من (ن) .

(١١) في (م) ، (ع) : [بنفسه] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [الفرص] .

(١٣) ساقط من (ص) ، (ن) .

(١٤) ساقط من (ن) .

(١٥) في (م) : [أو يجعل] .

(١٦) ساقط من (ن) .

(١٧) في (م) ، (ع) : [لا يعرف في الفريضة] .

(١٨) في (م) ، (ع) : [ولا يصلون] .

اليوم مرتين ، قال عمرو : قد ذكرت ذلك لسعيد بن المسيب ، فقال : صدق [١] . وروى أبو قتادة أن النبي ﷺ قال : « لا تفريط في النوم ، إنما التفريط في اليقظة ، فإذا سها أحدكم عن صلاته فليصلها حين يذكرها ومن الغد للوقت » ، ذكره أبو داود [٢] ، ثم نسخ ذلك بقوله عليه السلام : « لا ظهران في يوم ، ولا وتران في ليلة » [٣] . وقال : « لا تصلوا [٤] صلاة في يوم مرتين » [٥] .

٣٥٨٢ - قالوا روي عن جابر أن النبي ﷺ صلى بالناس صلاة الظهر في الخوف [مرتين] ببطن نخل [٦] ، فصلى بطائفة ركعتين ثم سلم ، وجاءت طائفة [٧] أخرى فصلى بهم ركعتين ثم سلم [٨] . ولا بد أن يكون إحداهما [٩] تطوعًا ، وروي أنه صلى

---

(١) حديث عمرو بن شعيب أخرجه الطحاوي من طريق عامر الأحول ، بهذا اللفظ ، في المعاني في باب صلاة الخوف كيف هي (٣١٧/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ذكر أبو داود] . هذا جزء من حديث أبي قتادة أخرجه أبو داود بطوله في باب من نام عن صلاة أو نسيها (١١٨/١) ، والترمذي في باب ما جاء في النوم عن الصلاة (٣٣٤/١) ، وابن ماجه في باب من نام عن الصلاة أو نسيها (٢٢٨/١) الحديث (٦٩٨) ، والدارقطني بألفاظ متقاربة في باب قضاء الصلاة بعد وقتها ومن دخل في صلاة فخرج وقتها قبل تمامها (٣٨٦/١) الأحاديث (١٢ ، ١٣ ، ١٤) ، وأحمد في المسند (٢٩٨/٥) .

(٣) أخرجه أبو داود بطوله في باب نقض الوتر (٣٦٣/١) ، والنسائي في قيام الليل وتطوع النهار ، في باب نهي النبي ﷺ عن الوترين في ليلة (٢٣٠/٣) ، وابن أبي شيبة في المصنف في كتاب صلاة التطوع والإمامة ، في آخر من قال يصلي شفعًا ولا يشفع وتره (١٨٧/٢) ، والطحاوي في المعاني باب التطوع بعد الوتر (٣٤٢/١ ، ٣٤٣) .

(٤) في (ص) ، (م) : [لا يصلون] ، وفي (ص) بدون نقاط الياء ، وفي (ع) : [لا يصلونها] .

(٥) أخرجه أبو داود من طريق عمرو بن شعيب في باب إذا صلى في جماعة ثم أدرك جماعة يعيد (١٥٣/١) ، وأخرجه النسائي في كتاب الإمامة ، في سقوط الصلاة عمن صلى مع الإمام في المسجد جماعة (١١٤/٢) ، وأحمد في المسند (١٩/٢ ، ٤١) ، والدارقطني في باب لا يصلي مكتوبة في يوم مرتين (٤١٥/١ ، ٤١٦) ، ونحوه البيهقي ، في الكبرى كتاب الصلاة ، باب من لم ير إعادتها إذا كان قد صلاها في جماعة (٣٠٣/٢) .

(٦) الزيادة من (ن) ، وفي (م) ، (ع) : [فجاء] مكان : [نخل] .

(٧) في (ن) : [وجاء بطائفة] .

(٨) هذا الحديث أخرجه النسائي بمعناه في آخر كتاب الخوف (١٧٩/٣) ، والشافعي في المسند من طريق يونس ، في الباب السابع عشر في صلاة الخوف (١٧٦/١ ، ١٧٧) الحديث (٥٠٦) ، والدارقطني في السنن في باب صفة صلاة الخوف وأقسامها (٦٠/٢ ، ٦١) الحديث (١٠ ، ١٣) ، وأخرجه البيهقي من طريق يونس في الكبرى باب الإمام يصلي بكل طائفة ركعتين ويسلم (٢٥٩/٣) .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [احدهما] ، وفي (ن) : [أحديهما] ، الصواب ما أثبتناه .

المغرب بطائفة ثم صلاها بطائفة أخرى (١) .

٣٥٨٣ - قلنا (٢) : يحتمل أن يكون هذا وقت يعاد الفرض مرتين ، ويحتمل الخبر الأول : أن صلاتهم صلاة إقامة فصلى بكل طائفة ركعتين . وقول الراوي : [صلى بهم] (٣) ركعتين وسلم (٤) ، بمعنى تشهد .

٣٥٨٤ - قالوا : روي أن عمر [ﷺ] (٥) صلى بقوم فخرج من واحد خلفه ريح ، فلما انصرف من صلاته قال : عزمت [على] (٦) من خرجت منه هذه الريح أن يتطهر ويعيد الصلاة ، فقيل له (٧) : أو كلنا (٨) يعيدها (٩) ؟ فقال : نعم ، وأنا معكم (١٠) ، فأعادوا الطهارة [وصلى بهم] (١١) ثانيًا ولم يخالفه أحد / . ومعلوم أن الذي أحدث مفترض صلى خلف عمر وهو متنفل .

٤٤/أ

٣٥٨٥ - الجواب (١٢) : أنه لم ينقل أن الصلاة كانت فريضة ، فيجوز [أن تكون] (١٣) صلاة الكسوف أو استسقاء . ويجوز أن يكون هذا الرجل متنفلًا (١٤) بالصلاة خلف عمر ، وإن كان مفترضًا ؛ ألا ترى أنه لا يظن بالمسلم أنه (١٥) يترك فعل الفريضة حتى يفعلها على هذا الوجه ، فكان الظاهر أنه متنفل بها .

٣٥٨٦ - قالوا : صلاتان اتفقتا في الأفعال الظاهرة يصحان فرادى وجماعة ، فصح أن يكون الإمام في واحدة والمأموم في أخرى ، أصله : إذا صلى ركعتي الفجر خلف من يصلي الفجر .

٣٥٨٧ - قلنا : اعتبار الموافقة في الأفعال الظاهرة غير صحيح ، بل الموافقة في الجهات أولى ؛ ألا ترى : أن القائم يصلي خلف القاعد والمومئ عندهم مع اختلافهما

---

(١) في (م) ، (ع) : [ثم صلى بها طائفة أخرى] . هذا الحديث : أخرجه البيهقي في الكبرى في آخر باب الإمام يصلي بكل طائفة ركعتين ويسلم (٢٦٠/٣) من طريق أشعث بن عبد الملك الحمراني .

(٢) في (م) ، (ع) : [ثم] .
(٣) في (ن) : [على صلاتهم] .
(٤) في (ع) : [وصلى] .
(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٦) الزيادة من (ن) .
(٧) في (ن) : [فقيل] ، وفي (ع) : [فقالوا] .
(٨) في (ع) : [أوكلها] .
(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [نعيدها] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [وأنا فعلم] .
(١١) في (ن) : [وصلاتهم] .
(١٢) في (ع) : [والجواب] بالعطف .
(١٣) ساقط من (ن) .
(١٤) في (ن) : [متنفل] .
(١٥) في (م) ، (ع) : [أن] .

في الأفعال الظاهرة ، ولا يجوز الجمعة خلف مصلي الظهر لاختلاف جهتهما وإن [١] اتفق بفعلهما الظاهر ، فدل على أن المعتبر خلاف الجهات ، فأما الأصل الذي ذكروه فلا نعرفه .

٣٥٨٨ - فإن قلنا بوجوب تعيين النية - كركعتي الفجر - لم نسلم جوازها خلف المفترض ، وإن سلمنا فالمعنى فيه أنه يبني أنقص الصلاتين على أكملهما فجاز ، كما يبني في حق نفسه إذا دخل في فرض ، فتبين [٢] أنه لا فرض عليه ، وفي مسألتنا أكمل الصلاتين على أدناهما فلم يجز ، كما لو افتتح لنفسه النفل ثم بنى عليها الفرض .

٣٥٨٩ - قالوا : كل صلاة وافقت الإمام في الأفعال الظاهرة صح أن يؤتم به فيها ، أصله : النفل خلف من يصلي الفرض .

٣٥٩٠ - قلنا : يبطل بصلاة الجمعة خلف من يصلي الظهر . ولأن النفل يجوز أداؤه بنية الفرض ، فلذلك جاز أن يبني على تحريمته ، والفرض لا يؤدى بنية النفل ، [فلذلك لا يجوز أن يبنى على تحريمته .

٣٥٩١ - قالوا : كل معنى لا يمنع استدامة النفل] [٣] إذا لم يكن شرطًا في النفل لم يكن شرطًا في الفرض ، أصله : اختلاف الطهارتين .

٣٥٩٢ - قلنا : هذا موضوع فاسد ؛ لأن النفل أخف في الشرائط ، فلا يجوز أن يقال : ما لم يشترط في النفل لا يشترط في الفرض . ثم لا نسلم أن [٤] اختلاف الطهارتين لا يؤثر ؛ لأن المتوضئ لا يصلي خلف من به سلس البول لاختلاف طهارتهما ، فإن عنوا بالأصل المتوضئ خلف المتيمم ، قلنا : [كل] واحد [٥] منهما طهارة صحيحة يجوز أن يؤدى بها الفرض ، فلذلك جاز بناء إحديهما على الأخرى ، [ونية الفرض ليست بنية] [٦] لأداء الفرض بحال ، فلذلك [لا يجوز] [٧] أن يبني عليها .

---

(١) في غير (ص) : [فإن] .

(٢) في (ن) : [فيبين] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لأن] .

(٥) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) ، ولفظ : [واحد] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) : [ونيته الفرض ليست بنيته] . (٧) في (ص) : [يجوز] .

٣٥٩٣ - قالوا : كل ما لا [يمنع] [١] ائتمام المتنفل بالمفترض [٢] لم يمنع [ائتمام] [٣] المفترض بالمتنفل ، أصله : [اختلاف] [٤] الطهارتين .

٣٥٩٤ - قلنا : هذا إشارة إلى اختلاف النيات ، وليس هذا هو المانع ، وإنما المانع عندنا ما ذكرناه ، فنقول [٥] بموجب العلة . ثم المعنى في الطهارة ما قدمناه [٦] .

٣٥٩٥ - قالوا : لو صلى رجل يوم الجمعة الظهر بجماعة ثم توجه إلى الجماعة صارت ظهره نفلا ، وجازت صلاة المفترض خلفه .

٣٥٩٦ - قلنا : هناك خرجت الصلاة من حيز [٧] الفرض بعد انقطاع المتابعة [٨] ، والحكم يتعلق بحال المتابعة ، وما حدث بعدها لا يعتبر ؛ ألا ترى أن من صلى الظهر بقوم ثم ارتد ومات بطلت صلاته باتفاق ، ولا يؤثر ذلك في صلاة المؤتمين ؛ لأن هذا حصل بعد انقضاء المتابعة .

٣٥٩٧ - قالوا : من شك في صلاته فلم يدر أثلاثًا صلى أم أربعًا ولم يغلب على ظنه شيء بنى على اليقين وقام فصلى ركعة ، وهذه الركعة يحتمل أن تكون فريضة ويحتمل أن تكون نافلة ، فلو أدركه مؤتم فيها صحت صلاته مع تجويز كونها نافلة ، فلو لم يجز الاقتداء في النفل لم يجز الاقتداء .

٣٥٩٨ - قلنا : لا نعرف هذه المسألة ، ويجوز أن نقول على أصولهم : لا يجوز الاقتداء وإن وجب عليه فعلها ، كمن ترك صلاة من [٩] يوم وليلة بغير عينها أنه يصلي خمس صلوات ، ولا يجوز الاقتداء به في شيء منها لمفترض وإن كانت قد وجبت عليه ، ويجوز أن نقول : [قد] [١٠] وجب عليه فعلها عن الظهر ، فإن اقتدى به فقد اقتدى بما هو واجب ، فإن تبين أنها كانت خامسة بطلت صلاة المؤتم .

٣٥٩٩ - قالوا : إذا أحدث الإمام في السجود فاستخلف رجلا في تلك الحال ،

---

(١) في (ص) ، (ن) : [يمتنع] .
(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بالفرض] .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .
(٤) ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (ن) : [فيقول] .
(٦) في (ن) : [ما قدمنا] .
(٧) في (م) : [من حين] .
(٨) في (ن) : [المبالغة] .
(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .
(١٠) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

فالثاني [1] يأتي بسجدتين نافلة ؛ لأنها غير معتدة من فرضه ، وهي للمؤتمين فريضة .

٣٦٠٠ - قلنا : لا نقول ذلك ، بل هي فريضة الإمام الثاني بحكم المتابعة ، وإن لم يعتد بها ، قال أبو الحسن : ولو تركها فسدت صلاته ، فسقط ما قالوه .

* * *

(١) في (ن) : [الثاني] .

مسألة ٢٠١

إذا أحس الإمام بداخل لم ينتظره

٣٦٠١ - قال أصحابنا : إذا أحس الإمام بداخل لم ينتظره [١] . ذكر [٢] الطحاوي عن ابن أبي عمران ، عن ابن شجاع [٣] ، عن أبي حنيفة الخوارزمي [٤] ، قال : سألت أبا حنيفة عن الإمام إذا سمع خفق النعال وهو راكع ، أينتظر [٥] أصحابه ؟ ، قال : لا يفعل ، فإن فعل فصلاته [٦] فاسدة ، وأخشى عليه . [وردَّ [٧] الطحاوي هذه الرواية عن الإمام ، وجهل الخوارزمي ، وهو حقيق بذلك] [٨] .

٣٦٠٢ - وقال الشافعي إن كان الإمام في غير الركوع : لم ينتظره [٩] . وإن كان في الركوع فله قولان [١٠] .

٣٦٠٣ - لنا : ما روي أن أبا بكرة [١١] [ﷺ] [١٢] دخل المسجد ورسول الله ﷺ

(١) في (م) ، (ع) : [لم ينتظر] . (٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ذكره] .
(٣) في (ن) : [عمر بن شجاع] مكان : [عن ابن شجاع] ، تقدمت ترجمة ابن شجاع .
(٤) ترجمته أبي حنيفة الخوارزمي ونص المسألة مذكور في طبقات الحنفية لابن أبي الوفاء (٢٥٠/١) ، وانظر المسألة أيضًا في مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٢٤١/١) .
(٥) في (ص) ، (ع) : [انتظر] . (٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [صلاته] .
(٧) في (م) ، ع : [وروى] .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) . راجع تفصيل المسألة وخلاف الأصحاب فيها ، في : التجنيس فصل فيما يفعله الإمام (٤١٠/٢ ، ٤١١) مسألة (٦٣٧) ، عيون المسائل باب الصلاة (١٩/١) ، حاشية ابن عابدين مطلب في إطالة الركوع للجائي (٣٤٧/١) .
(٩) في (ع) : [لم ينتظر] .
(١٠) نقل الشيرازي والقفال والنووي وغيرهم قولين : في الأصح يستحب ، وذكر الغزالي ثلاثة أقوال : أحدها : لا يجوز ، والثاني : لا تبطل ، والثالث : يستحب . وقال المزني في مختصره : قال الشافعي رحمه الله : وإذا أحس الإمام برجل وهو راكع لم ينتظره ولتكن صلاته خالصة لله . راجع : مختصر المزني (ص٢٢) ، الوسيط (٦٩٦/٢) ، حلية العلماء باب صفة صلاة الجماعة (١٦٢/٢) ، المهذب باب صلاة الجماعة (٩٦/١) ، المجموع مع المهذب باب صلاة الجماعة (٢٢٩/٤ - ٢٣٣) . انظر : قوانين الأحكام الشرعية (ص٦٩) ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (٧/٢) ، الكافي لابن قدامة باب الجماعة (١٧٩/١) ، المغني (٢٣٦/٢) .
(١١) في سائر النسخ : [أبا بكر] ، الصواب ما أثبتناه من كتب السنة .
(١٢) ساقط من (ن) .

راكع وكبر [(١)] عند باب المسجد فركع ومشى إلى الصف [(٢)] . فلو كان من عادة النبي ﷺ انتظار الداخل لم يسبق بالتكبير ويكثر المشي في الصلاة ، ولكان النبي ﷺ يعلمه أن ذلك لا يحتاج إليه ، فلما قال له : « زادك الله حرصًا ولا تعد » [(٣)] دل [ذلك] [(٤)] على أنه لا ينتظره . ولأنه ركن من أركان الصلاة فلا ينتظر [(٥)] الداخل ، كالقيام والسجود . ولأن من حكم الصلاة [أن] [(٦)] يفعل خالصًا لله تعالى ، ومتى طول الركوع ليدركه الداخل فقد أشرك معه غيره ، وهذا لا يصح . ولأنه يسقط حق الحاضرين بالتطويل عليهم ليستدرك حق الداخل ، وهذا لا يجوز ، أصله : إذا طول لتكثير [(٧)] اجتماع الناس ، ولا خلاف أنهم لو اجتمعوا في المسجد كره للإمام [(٨)] تأخير الصلاة انتظارًا لبعض الجماعة ؛ لما في ذلك من إسقاط حق الحاضرين ، وهذا [(٩)] المعنى موجود إذا انتظر في الصلاة .

٣٦٠٤ – احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ كان يصلي وقد أجلس الحسن [ﷺ] [(١٠)] بين يديه ، فلما سجد ركب الحسن [(١١)] ظهره ، فأطال السجود حتى نزل [(١٢)] ، فقيل له : إنك أطلت السجود ، فقال [(١٣)] : « نعم ، كان ابني ارتحلني ، فأطلت السجود ليقضي وطره » [(١٤)] ، قالوا : فإذا جاز الانتظار لنزول الحسن فالانتظار لإدراك الصلاة أولى .

٣٦٠٥ – والجواب : أن النبي ﷺ [يجوز أن يكون] [(١٥)] خاف على الحسن إن

---

(١) في (ن) : [وليس] .

(٢) حديث أبي بكرة رواه البخاري في الصحيح في كتاب الأذان باب إذا ركع دون الصف (١٤٢/١) ، وأبو داود بألفاظ متقاربة في باب الرجل يركع دون النصف (١٧٦/١) ، والنسائي في كتاب الإمامة ، في الركوع دون الصف (١١٨/٢) ، وأخرجه أحمد في المسند بألفاظ متقاربة ومختلفة ، في حديث أبي بكرة ، نفيع بن الحرث بن كلدة ﷺ (٣٩/٥ ، ٤٢ ، ٤٥ ، ٤٦ ، ٥٠) .

(٣) هذا جزء من حديث أبي بكرة ﷺ الذي تقدم .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ن) : [فلا ينتظره] .

(٦) ساقط من (ع) ، وفي (م) : [لا] مكانها .

(٧) في (م) ، (ع) : [كتكبير] ، وفي (ن) : [لتكبير] .

(٨) في (م) : [الإمام] .

(٩) في (م) ، (ع) : [هذا] بدون العطف .

(١٠) ساقط من (ن) .

(١١) في (م) ، (ع) : [الحسين] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [ركع] .

(١٣) في (ص) ، (م) : [قال] .

(١٤) هذا الحديث ، أخرجه أحمد في المسند من حديث عبد الله بن شداد (٤٩٣/٣ ، ٤٩٤) .

(١٥) ساقط من (ع) .

رفع رأسه من السجود أن يسقط فيستضر [١] بذلك ، فطول حتى لا يلحقه ضرر ، ومثل هذا لا يمنع . ولا يقال : إنه كان يأخذه بيده فينحيه ؛ لأنه يجوز أن يكون خاف إن تحرك لرفع يده سقط [٢] ، أو يكون أراد أن [٣] [لا يعمل] [٤] عملاً في الصلاة .

٣٦٠٦ - قالوا : فالنبي ﷺ علل تطويل السجود بقضاء الوطر ولم يعلل بخوف [٥] الضرر .

٣٦٠٧ - قلنا : لأنه إذا قضى وطره نزل [٦] .

٣٦٠٨ - وقال : « إني لأسمع صوت الصبي يبكي فأتجوز ؛ لئلا تفتتن [٧] أمه ببكائه » [٨] .

٣٦٠٩ - والجواب : أن هذا فعل لإصلاح الصلاة ؛ لأن الجنة إذا كانت تقربه [٩] شغلت [١٠] قلبه فلم يتمكن من فعل الصلاة ، [وكذلك إذا بكى الصبي اهتم ببكائه فاشتغل عن فعل الصلاة] [١١] . فصار ذلك مفعولاً لإصلاح صلاته لا لمعنى في الغير [١٢] .

٣٦١٠ - قالوا : روي [١٣] أن النبي ﷺ أبصر رجلًا يصلي وحده فقال : « ألا رجل يتصدق على هذا فيصلي معه » [١٤] . فإذا استحب له أن يصلي معه استحب للإمام أن ينتظره لتحصيل [١٥] الفضيلة .

---

(١) في (ن) : [فسيعر] ، وفي (م) ، (ع) : [فيستصبر] .

(٢) في (ع) : [يسقط] .

(٣) في (ع) : [أنه] .

(٤) في (ن) : [يعمل] .

(٥) في (ن) : [لخوف] .

(٦) في (ن) : [ترك] .

(٧) في (م) : [يفتتن] .

(٨) الحديث رواه أنس ، وأخرجه مسلم (٣٤٢/١ ، ٣٤٣) ، والبخاري (٢٥٠/١) وغيرهما ، ورواه أبو قتادة ، وأخرجه البخاري (٢٥٠/١ ، ٢٩٦) ، والبيهقي في الكبري (١١٨/٣) وغيرهما .

(٩) في (م) : [تقرته] ولكن بلا نقاط ، وفي (ع) بلا نقاط في الحرفين الأولين .

(١٠) في (ع) : [أشغلت] .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(١٢) في (ن) : [في العين] .

(١٣) في (ص) : [يروى] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [فليصلي معه] . هذا الحديث أخرجه أبو داود من حديث أبي سعيد الخدري في باب في الجمع في المسجد مرتين (١٥٢/١) ، والحاكم في المستدرك في إقامة الجماعة في المسجد مرتين (٢٠٩/١) ، والبيهقي في الكبرى باب في الجمع في المسجد مرتين (٦٨/٣ ، ٦٩) ، والدارمي في باب صلاة الجماعة في مسجد قد صلي فيه مرة (٣١٨/١) ، والترمذي (٤٢٧/١ ، ٤٢٩) الحديث (٢٢٠) وأحمد في المسند (٥/٣ ، ٤٥ ، ٦٤ ، ٨٥) .

(١٥) في (م) ، (ع) : [لتحصل] .

٣٦١١ - والجواب : أن استحباب الانتظار ليس بقول لأحد ، وإنما قال الشافعي : لا بأس بانتظاره ، وهذا لا يفيد الإباحة . ولأن هناك لا يؤدي إلى أن يفعل الصلاة لغير اللَّه تعالى ، وفي مسألتنا يشرك في زيادة الفعل غير اللَّه تعالى ، وهذا لا يجوز .

٣٦١٢ - قالوا : إذا صلى الإمام صلاة الخوف بالطائفة الأولى انتظر [١] الثانية ، وفي انتظار الثانية تطويل الصلاة .

٣٦١٣ - قلنا : عندنا لا ينتظر [٢] ، ولكنه يمضي في الصلاة فتدركه [٣] الطائفة الثانية أين أدركته . ولأن انتظاره ثم لا يؤدي إلى تطويل [٤] على بعض المؤتمين .

٣٦١٤ - قالوا : إذا انتظر حصل لمن معه فضيلة الانتظار والثواب ، وحصل للداخل كمال الركعة ، وإذا لم ينتظر فاتت الفضيلتان .

٣٦١٥ - قلنا : لا نسلم حصول الفضيلة ؛ لأنه إذا انتظره كره له ذلك ، وفي إحدى الروايتين عن أبي حنيفة تفسد [٥] صلاته ، ولو سلمناه بطل بانتظاره الثاني والثالث .

* * *

---

(١) في (م) : [انتظره] .
(٢) في (م) : [لا ينتظره] .
(٣) في (م) : [فيدركه] .
(٤) في (م) ، (ع) : [إلى التطويل] .
(٥) في (م) : [يفسد] .

مسألة ٢٠٢

تقديم الحر في الإمامة أولى من تقديم العبد

٣٦١٦ - قال أصحابنا : تقديم الحر في الإمامة أولى من تقديم العبد (١) .

٣٦١٧ - وقال الشافعي : هما سواء (٢) .

٣٦١٨ - لنا : أن المعنى في الإمامة تقديم من يؤدي تقديمه إلى تكثير (٣) الجماعة ، وهذا لا يوجد في العبد ؛ لأن الناس لم تجر (٤) عادتهم / بتعظيم (٥) العبيد (٦) ولا بتقديمهم ، فتقل الجماعة ، فصار تقديمهم كتقديم (٧) الجاهل على العالم ، والصغير على الكبير .

٤٤/أ

٣٦١٩ - والذي روي أن النبي ﷺ قال : « اسمعوا وأطيعوا ولو وُلي عليكم عبد حبشي مجدع ، ما أقام (٨) فيكم الصلاة » (٩) ، [فالمراد به : ولاية إلا مرة والحث على

---

(١) راجع : تحفة الفقهاء باب الإمامة (٢٢٩/١) ، بدائع الصنائع (١٥٧/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية ، باب الإمامة (٣٥٠/١) ، البناية ، باب الإمامة (٣٩١/٢ - ٣٩٣) ، حاشية ابن عابدين باب الإمامة (٣٩٢/١ ، ٣٩٣) .

(٢) راجع : الأم : إمامة العبد (١٦٥/١ ، ١٦٦) ، حلية العلماء باب صفة الأئمة (١٧٨/٢) ، المهذب باب صفة الأئمة (٩٩/١) ، المجموع مع المهذب باب صفة الأئمة (٢٨٦/٤ ، ٢٩٠) . وقال مالك في المدونة : لا يكون العبد إمامًا في مسجد الجماعة ولا مساجد العشائر ولا الأعياد ، قال : ولا يصلي العبد بالقوم الجمعة . راجع : المدونة في الصلاة خلف السكران والصبي والعبد والأعمى والإمام يصلي بغير رداء (٨٥/١) ، المنتقى (٢٣٦/١) ، الكافي (٢١٠/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٦٧ ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (١٤/٢) . راجع الكافي باب صفة الأئمة (١٨٧/١) ، المغني باب الإمامة (١٩٣/٢ ، ١٩٤) .

(٣) في (ن) : [تكبير] .

(٤) في (م) : [لم يجر] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بتقديم] ، وفي (ص) : [بتقدم] .

(٦) في (ن) : [العبد] .

(٧) في (ن) : [كتقدم] .

(٨) في (ن) : [ستقام] .

(٩) هذا الحديث أخرجه البخاري من حديث أنس ، عن النبي ﷺ في الصحيح في باب بدء الأذان وفي كتاب الأحكام (١٢٨/١ ، ٢٣٤/٢) ، ومسلم في الصحيح كتاب الأمارة (١٣٠/٢ ، ١٣١) ، وابن ماجه (٩٥٥/٢) الحديث (٢٨٦١) . أخرجه أحمد في المسند من حديث أم الحصين (٤٠٢/٦ ، ٤٠٣) . راجعه في تلخيص الحبير ، كتاب صلاة الجماعة (٣٤/٢) الحديث (٥٧٤) .

الطاعة ، دون التقديم في الصلاة] (١) . ولأن عندنا إذا تقدم العبد فالمستحب أن لا يترك الصلاة خلفه لأجل الرق وعدم (٢) النسب ، وكلامنا على عادة الناس والحمية التي تقع (٣) لهم . ولهذا (٤) إن المستحب للعربي أن لا يمتنع من تزويج غيره إذا كان من أهل الدين ، [وإن كان لو امتنع] (٥) كان له ذلك .

٣٦٢٠ - قالوا : روي أن عبيد الله بن عمير (٦) والمسور بن مخرمة وناس كثير كانوا يأتون عائشة رضي الله عنها (٧) فيؤمهم أبو عمرو (٨) مولاها (٩) ، وكان صهيب يؤم الناس وهو عبد لأنس ، وصلى ابن عمر خلف عبد .

٣٦٢١ - والجواب : أن الصلاة خلفه جائزة غير ناقصة ، وإنما يستحب تقديم غيره ؛ لأن الناس يكرهون الصلاة خلفه فتقل (١٠) الجماعة [فلا حجة] (١١) فيما ذكروه . وقد حكوا عنا أن تقديم ولد الزنا في الإمامة لا يكره ، وهو غلط (١٢) ، والذي نقول (١٣) إنه يكره تقديمه ؛ لأن الناس يستنكفون من الصلاة وراءه فيؤدي ذلك إلى تقليل الجماعة .

* * *

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (ن) : [وقد] .

(٣) في (م) : [يقع] .

(٤) في غير (ص) : [وهذا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولو كان امتنع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [روي أن عبد الله بن عمر] وهذه الرواية موجودة في : الكبرى للبيهقي (٨٨/٣) ، ومسند الشافعي (٥٤/١) ، وتلخيص الحبير (٤٣/٢) ، والأم (١٦٥/١) .

(٧) قوله : [رضي الله عنها] ساقط من (ن) .

(٨) في غير (ص) : [أبو عمر] . والصواب ما في (ص) . واسمه ذكوان ، انظر ترجمته في : التاريخ الكبير (٢٦١/٣) ، المقتني في سرد الكنى (٤٢٨/١) ، الجرح والتعديل (٤٥١/٣) ، الثقات (٢٢٢/٤) ، تهذيب التهذيب (١٩٠/٣) ، تهذيب الكمال (٥١٧/٨) ، الطبقات الكبرى (٢٩٥/٥) .

(٩) في (م) ، (ع) : [مولاها أبو عمر] بالتقديم والتأخير .

(١٠) في (م) : [فيقل] .

(١١) ساقط من (م) ، (ع) ، وغير واضح في (ص) .

(١٢) قوله : [وهو غلط] مكرر في (ن) .

مسألة ٢٠٣

إمامة الأمي

٣٦٢٢ – قال أصحابنا : لا تجوز (١) صلاة القارئ خلف الأمي (٢) .

٣٦٢٣ – وقال الشافعي في أحد قوليه : تجوز (٣) فيما خافت فيه الإمام ، ولا تجوز (٤) فيما يجهر . وخرّج أصحابه قولًا (٥) آخر أنها جائزة بكل حال (٦) .

٣٦٢٤ – لنا : قوله ﷺ : « يؤم القوم أقرؤهم لكتاب اللّه » (٧) ، والأمر بالشيء يقتضي النهي عن ضده . ولأن القراءة شرط معتبر في الفرض والنفل ، فإذا عدم من جهة الإمام لم يُلزمه ذلك الشرط الاقتداء به ، كالطهارة .

٣٦٢٥ – ولأن الإمام يتحمل القراءة عن المؤتم في جميع الأحوال عندنا ، وعلى قول

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يجوز] .

(٢) راجع : كتاب الأصل باب صلاة الأمي (١٨٥/١) ، مختصر الطحاوي ، باب الإمامة ص٣٣ المبسوط باب الحدث في الصلاة (١٨١/١) ، بدائع الصنائع فصل في شرائط الأركان (١٣٩/١) فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية (٣٦٦/١ ، ٣٦٧) ، البناية (٤٢٣/٢ ، ٤٢٤) ، مجمع الأنهر (١١١/١) ، حاشية ابن عابدين (٤٠٧/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [يجوز] .

(٤) في غير (ص) : [ولا يجوز] .

(٥) في (ص) ، (م) : [قول] .

(٦) قال النووي في المجموع – في بيان حكم اقتداء القارئ بالأمي – : ففيه قولان منصوصان وثالث مخرج أصحهما وهو الجديد : لا يصح الاقتداء به ، والقديم : إن كانت صلاة جهرية لم تصح ، وإن كانت سرية صحت ، والثالث : المخرج ، خرجه أبو إسحاق المروزي : يصح مطلقًا . راجع : الأم : إمامة من لا يحسن القراءة ويزيد في القرآن (١٦٧/١) ، مختصر المزني ص٢٢ الوسيط (٧٠١/٢) ، حلية العلماء (٢/ ١٧٤) ، فتح العزيز (٣١٨/٤) ، المجموع مع المهذب (٢٦٦/٤ ، ٢٦٧) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما – مثل قول الحنفية إنها لا تجوز . راجع : المدونة (٨٤/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢١٠/١) ، شرح الزرقاني ، (١١/٢) الإفصاح (١٥٢/١) ، الكافي لابن قدامة (١٨٣/١) ، المغني (١٩٥/٢ ، ١٩٦) .

(٧) هذا جزء من حديث أبي مسعود الأنصاري ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في تعليق باب إمامة العبد والمولى (١٢٨/١) ، ومسلم في الصحيح باب من أحق بالإمامة (٢٧٠/١) ، وأبو داود في باب من أحق بالإمامة (١٥٤/١) ، والنسائي باب من أحق بالإمامة (٧٦/٢) والبيهقي في الكبرى ، في باب اجعلوا أئمتكم خياركم (٩٠/٣) ، قال الزيلعي : أخرجه الجماعة إلا البخاري . راجع تخريجه أيضا في : مصابيح السنة باب الإمامة (٤٠٤/١) الحديث (٧٩٨) ، شرح السنة باب من هو أولى بالإمامة (٣٩٥/٣) الحديث (٨٣٣) ، نصب الراية باب الإمامة (٢٤/٢ ، ٢٥) ، الدراية ، باب الإمامة (١٦٨/١) الحديث (٢٠١) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية ، الفصل الثاني : الإمامة (١٨٥/٣ ، ١٨٦) ، وتلخيص الحبير (٣٥/٢) الحديث (٥٧٦) .

مخالفنا : إذا أدركه في الركوع ، والأمي ليس من أهل التحمل ، فلم يجز أن يكون إمامًا له . ولأنها صفة للصلاة لا تجوز [١] إلا في حال العجز ، فلا يجوز أن يأتم به القادر [٢] ، أصله : المستحاضة إذا صلت بالطاهرات .

٣٦٢٦ - ولا يلزم المتوضئ إذا صلى خلف المتيمم ؛ لأن عندنا في غير حال العجز ، كصلاة العيد والجنازة .

٣٦٢٧ - والدليل على إبطال القول الآخر : أن من لا يصح أن يكون إمامًا في الصلاة التي [يجهر فيها بالقراءة لا يجوز أن يكون إمامًا في الصلاة التي] [٣] يُسَّر فيها بالقراءة ، كالمرأة إذا أمَّت [٤] الرجال .

٣٦٢٨ - احتجوا : بأنه ركن من أركان الصلاة ، فالعاجز عنه يصح أن يكون إمامًا للقادر عليه ، كالقيام .

٣٦٢٩ - والجواب : أن القيام ليس بشرط في الصلاة بكل حال ، [بدلالة : أن النافلة تجوز مع ترك [القيام] من غير [٥] عذر ، والقراءة شرط بكل حال] [٦] ، فلهذا اختلفا . ولأن الإمام يتحمل عن المؤتم القراءة ، فإذا لم يكن من أهل التحمل لم تصح [٧] إمامته ، ولا يتحمل عنه القيام ، فلذلك صحت إمامته وإن لم يقدر على القيام .

٣٦٣٠ - قالوا : لما جاز أن يأتم [٨] المتطهر بالمتيمم وإن كان أكمل منه [جاز أن يأتم القارئ بالأمي وإن كان أكمل منه] [٩] .

٣٦٣١ - قلنا : هذا دعوى بغير علة . ولأن الإمام لا يتحمل الطهارة عن المؤتم فلم يعتبر اتفاقهما فيها [١٠] إذا كان كل واحد منهما لم يتعقب طهره [١١] حدث . ولما تحمل [١٢] القراءة عن المؤتم ، جاز أن يكون عجزه عن التحمل مانعا من صحة الإمامة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يجوز] . (٢) في (ع) : [القارئ] .
(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [أقامت] .
(٥) في (م) : [يجوز] ، والزيادة : من (م) ، (ع) ، وفي (ع) : [بغير] ، مكان : [من غير] .
(٦) ما بين القوسين ساقط من (ن) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٧) في (م) : [لم يصح] . (٨) في (م) : [أن يتم] .
(٩) ما بين القوسين ساقط من (ن) .
(١٠) لفظ : [فيها] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .
(١١) في (ن) : [ظهره] . (١٢) في (ن) : [ولما لم يحمل] .

مسألة ٢٠٤

حكم صلاة القارئ خلف الأمي

٣٦٣٢ - قال أبو حنيفة : إذا اقتدى القارئ بالأمي فسدت صلاتهما .

٣٦٣٣ - وقال أبو يوسف ومحمد : صلاة الإمام جائزة (١) ، وبه قال الشافعي (٢) .

٣٦٣٤ - لأبي حنيفة : أن الإمام قادر على أداء صلاته [بقراءة بأن يُقدِّم المؤتم ، فإذا تقدم فقد ترك القراءة في صلاته] (٣) مع القدرة ، فصار كالقارئ (٤) إذا تركها . ولا يلزم على هذا أن لا تجوز (٥) صلاته بحال ؛ لأنه يجد في البلد أئمة يقرءون ؛ لأن من أصحابنا من التزم ذلك فقال : إذا لم يلحقه مشقة في الصلاة معهم لم تجز (٦) صلاته ، ومنهم من قال : إذا لم يكن معه في المسجد لم يلزمه ذلك ؛ لأن في تتبع (٧) المساجد مشقة ، وقد يلزم مع القرب ما لا يلزم مع البعد ؛ بدلالة أن مَن عدم الماء ومع رفيقه بحضرته ماء لم يتيمم حتى يطلبه ، ولو كان بعيدًا منه لم يلزمه طلبه ، وكذلك الإمام في المسجد إذا كبر للجمعة وليس في المسجد أحد فيكبر المؤتمون (٨) بتكبيرة خارج المسجد لم تنعقد الجمعة ، ولو كانوا في المسجد انعقدت ، فاختلف حكم المسجد وما سواه .

٣٦٣٥ - ولا يقال : فعلى هذا يجب بأن لا تفسد (٩) صلاته إلا بعد العلم بأن (١٠) المأموم قارئ .

٣٦٣٦ - قلنا : من أصحابنا من قال ذلك ، ومنهم من قال : لا يعتبر (١١) ذلك ؛ لأنه إذا كان قادرًا لم يعتبر علمه بالقدرة ، كما لو كان قارئًا فنسي أنه يحسن القراءة .

---

(١) راجع مصادر المسألة السابقة .

(٢) قال النووي في المجموع : إذا صلى القارئ خلف أمي بطلت صلاة المأموم . راجع مصادر المسألة السابقة ، والمجموع (٢٦٨/٤) . وقال مالك - مثل قول أبي حنيفة - : تبطل صلاتهما . وفي المدونة : إذا صلى الإمام بقوم فترك القراءة انتقضت صلاته وصلاة من خلفه . راجع : المدونة (٨٤/١) ، وشرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (١١/٢) . وقال أحمد وأصحابه مثل قول الشافعي : تبطل صلاة القارئ وتصح صلاة الأمي . راجع مصادر المسألة السابقة .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ع) : [كالقادر] .

(٥) في (م) ، (ن) : [يجوز] .

(٦) في (م) : [لم يجز] .

(٧) في (ن) : [منع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [المؤتم] .

(٩) في (م) : [لا يفسد] .

(١٠) في (ن) : [كان] مكان : [بأن] .

(١١) في (ن) : [لا يعيد] .

٣٦٣٧ - ولا يقال : فيجب على أصلكم أنه لا يصح دخوله معه [١] حتى ينويه ؛ لأن صلاته تفسد [٢] بمشاركته ؛ لأنا كذلك نقول . ولا يقال : إن طهارة الإمام عندكم طهارة المؤتم ، ولو صلى المتيمم بالمتوضئ جاز ، ولا يجعل كأن المؤتم صلى بالمتيمم مع القدرة على الماء ؛ وذلك لأن عدم طهارة الإمام عندنا كعدم طهارة المؤتم ، وكذلك يصح الاقتداء ، ولسنا نجعل طهارة الإمام كطهارة [٣] المؤتم ؛ بدلالة أن المحدث إذا صلى خلف المتوضئ لا يجوز . ولأن القارئ والأمي يتساويان [٤] في فرض التحريمة ، وإنما يختلفان في القراءة ، فصح دخوله معه وقد التزم صحيح [٥] صلاته ، ومن شرطها القراءة ، ومن التزم القراءة فلم يأت بها بطلت صلاته ، كمن لزمته فلم يأت بها . ولأنه كيف تلزمه [٦] بالتزامه وهو لا يقدر عليها ؛ وذلك [٧] لأن اللّه تعالى لا يوجب عليه ما لا يقدر على [٨] فعله ، ويصح أن يلزم نفسه ما لا يقدر على فعله ، كمن ألزم [٩] نفسه [١٠] ألف حجة ، وكمن دخل في الصلاة قبل طلوع الشمس وفي آخر مدة المسح .

٣٦٣٨ - ولا يقال : لو صح دخوله لوجب [١١] عليه القضاء ، وقد قال في الأصل : لا يلزمه القضاء ؛ وذلك لأنه أوجب على نفسه صلاة بغير قراءة ، وقد قال زفر [١٢] : إن من نذر ذلك لم يلزمه بنذره شيء ، وليس عن أبي حنيفة خلافه .

٣٦٣٩ - ويجوز أن يقال بوجوب القضاء ويجعل الذي في الأصل [١٣] قولهما .

٣٦٤٠ - وقد يقال : في الأصل : إذا اقتدى لم يقصر . وهذا صحة الدخول . ولا يقال : لو صح دخوله لكان إذا ضحك يجب عليه الوضوء وقد قالوا : إن ذلك لا يلزمه؛ وذلك أن دخوله يصح [ويفسد تحريمه] [١٤] عقيب الدخول ، فيصادف

---

(١) في (ن) ، (ع) : [معكم] .
(٢) في (م) ، (ع) : [يفسد] .
(٣) في (م) ، (ع) : [طهارة] .
(٤) في (ن) : [متساويان] .
(٥) في (ن) : [تصحيح] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يلزمه] .
(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وذاك] .
(٨) في (م) : [عليه] .
(٩) في (ن) : [أوجب] .
(١٠) لفظ : [نفسه] ساقط من (ن) .
(١١) في (ن) : [أو وجب] .
(١٢) هو ابن الهذيل بن قيس البصري ، صاحب الإمام أبي حنيفة وأقيس أصحابه ، إمام من أئمة المسلمين وعلم من أعلامهم ، كان ثقة مأمونا في الحديث . توفي رحمه الله بالبصرة ، سنة ثمان وخمسين ومائة ، عن عمر ثمان وأربعين سنة . (راجع ترجمته في ميزان الاعتدال٧١/٢ ، الجواهر المضية ٢٠٧/٢ - ٢٠٩ الفوائد البهية ص ٧٥ - ٧٧) .
(١٣) في (ن) : [ويجعل الأصل] .
(١٤) في (ع) : [تحريمته ويفسد] .

الضحك الصلاة وقد خرج منها ، فلا يجب الوضوء .

٣٦٤١ - ولا يقال : إن تساويهما في التحريمة لا يوجب صحة الدخول إذا اختلفا في شرائط الصلاة ؛ لأن القادر على الركوع والسجود إذا دخل في صلاة القادر على القيام العاجز عن الركوع لم يصح دخوله وإن [1] كانا [2] يتساويان في فرض التحريمة والقيام ؛ وذلك لأن القيام غير واجب على من عجز عن الركوع ، فإذا فعله فهو متطوع به ، فلا يصح الاقتداء ، كالمفترض خلف المتنفل . ولا يقال : فعلى هذا إذا دخل في الأخرين [3] وجب أن لا تفسد [4] صلاته ؛ لأن الإمام لا يتحمل عنه ؛ وذلك لأن هذه الحالة من أحوال التحمل ؛ بدلالة أن الإمام لو لم يقرأ [5] في الأولبين وجبت عليه في الأخرين وتحملها عن المؤتم ، فصار ذلك كالابتداء . ولا يقال : فإذا دخل في التشهد وجب أن لا تفسد [6] ؛ لأنه لم يبق حال للتحمل ؛ وذلك لأن دخوله معه لما لم يصح - لتعذر التحمل [الذي] [7] هو شرط في الجملة - أوجب ذلك اختلاف فرضهما ، فصار كما لو تعلم [8] سورة في هذه الحال ، بطلت صلاته وإن لم يكن المحل محلًّا لها . ولأنهما اشتركا في صلاة وجبت فيها القراءة [9] ، فإذا تركها الإمام لم تصح صلاته ، كما لو كان قارئًا .

٣٦٤٢ - احتجوا : بأن كل من صحت صلاته إذا كان [10] منفردًا فإذا أم من لا يصح أن يكون إمامًا له [11] لم تبطل صلاته ، كالمرأة إذا أَمَّت الرجال .

٣٦٤٣ - والجواب [12] أن الرجل لا يتحمل عن المرأة فرضًا عن القراءة ، فإذا تقدمت عليه فقد أتت بشروط صلاتها ، فلا تبطل [13] ببطلان الاقتداء . وفي مسألتنا الإمام [14] يتحمل القراءة باتفاق ، فإذا لم يأت بها بطلت صلاته ، كما لو لزمته .

---

(١) في غير (ص) : [فإن] .
(٢) في (ص) : [كان] .
(٣) في (م) ، (ع) : [الأخرين] .
(٤) في غير (ص) : [يفسد] .
(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لو انفرد] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يفسد] .
(٧) الزيادة من (ن) .
(٨) في (ن) : [يعلم] .
(٩) في (ن) ، (ع) : [وجبت القراءة فيها] .
(١٠) قوله : [إذا كان] ساقط من (ع) .
(١١) لفظ : [له] ساقط من (ع) .
(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الجواب] بدون العطف .
(١٣) في (م) ، (ع) : [يبطل] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [أن الإمام] بزيادة [أن] .

٣٦٤٤ – قالوا : كل من صح أن يأتم بغيره فإذا أَمَّه لم تبطل صلاته ، كالقائم بالقاعد .

٣٦٤٥ – قلنا : هذا ليس بصحيح ؛ لأن جواز الاقتداء لا يستدل [1] به على جواز الصلاة إذا كان إمامًا ؛ ألا ترى [2] أن المرأة يجوز أن تقتدي [3] في الجمعة ، ولو [4] أمت لم يصح . ولأن القائم والقاعد يختلفان [في القيام ، وعدم المشاركة فيه لا يمنع الاقتداء ، وفي مسألتنا] [5] في القراءة وعدمها يؤثر في صلاة [6] المؤتم ، فجاز أن يؤثر في صلاة الإمام إذا التزمها .

٣٦٤٦ – قالوا : الفساد يتعدى من صلاة الإمام إلى صلاة المأموم ، ولا يتعدى من صلاة المأموم إلى صلاة الإمام ، كما لو صلى المتوضئ بالمحدث .

٣٦٤٧ – قلنا : لم يتعد الفساد عندنا من صلاة المؤتم ، ولكن لأن الإمام ترك شرطًا يقدر على أدائه والتزم ما عجز عنه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يستدل] ، مكان : [لا يستدل] .

(٢) في (ص) : [ألا يرى] .

(٣) في (م) ، (ن) : [يقتدي] .

(٤) في (ن) : [فلو] .

(٥) الزيادة من (ن) .

(٦) لفظ : [صلاة] ساقط من (ع) .

مسألة ٢٠٥

إذا صلى الكافر في جماعة حكم بإسلامه

٤/ب

٣٦٤٨ - قال أصحابنا : إذا صلى الكافر في جماعة / حكم بإسلامه . وذكر الطحاوي في الاختلاف [١] عن محمد أنه إذا صلى في مسجد حكم بإسلامه وإن كان منفردا ، قال : ولم يَحْكِ خلافا [٢] .

٣٦٤٩ - وقال الشافعي : لا يكون إسلاما [٣] .

٣٦٥٠ - لنا : قوله تعالى ﴿ إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ ﴾ [٤] الآية [٥] ، فلا يخلو [٦] [إما] [٧] أن يكون حقيقة العمارة أو فعل الصلاة ، ولا يجوز أن يكون المراد [٨] الأول لأن ذلك لا يكون إيمانًا [٩] بالاتفاق ، فلم يبق إلا الثاني .

٣٦٥١ - وقد روى جابر أن النبي ﷺ قال : « إذا رأيتم [الرجل] [١٠] يلزم المسجد فاشهدوا له بالإيمان ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ ﴾ » [١١] .

---

(١) لعل المراد به : [كتاب اختلاف الفقهاء] للطحاوي . يوجد منه الجزء الثاني بدار الكتب المصرية تحت رقم (٦٤٧) فقه حنفي ، وطبع منه في إسلام أباد معهد الأبحاث الإسلامية من [كتاب الصرف] إلى آخر [كتاب القضاء والشهادات] بتحقيق الدكتور محمد صغير حسن المعصومي .

(٢) قال السرخسي : وأما إذا صلى وحده لم يحكم بإسلامه . راجع : كتاب السير الكبير باب الإسلام (١٥٤/١ ، ١٥٥) ، التجنيس والمزيد باب في الصلاة بالجماعة ، فصل فيمن يصلح إمامًا ومن لا يصلح (٤٠٩/٢) مسألة (٦٣٣) ، النوازل ، حاشية ابن عابدين كتاب الصلاة (٢٤٦/١) .

(٣) قال الشافعي في الأم : ولم تكن صلاته إسلامًا له إذا لم يكن تكلم بالإسلام قبل الصلاة . اهـ . وبه قال الأوزاعي ومالك وأبو ثور وداود . راجع : الأم إمامة الكافر (١٦٨/١) ، مختصر المزني (ص٢٣) ، حلية العلماء (١٦٩/٢) ، المجموع مع المهذب (٢٥٠/٤ - ٢٥٣) . وانظر : المقدمات الممهدات لابن رشد كتاب الصلاة (١٤٢/١) ، وفي ذيل المدونة (١٦٤/١ ، ١٦٥) ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (٩/٢) ، الإفصاح (١٥٥/١) ، المغني (٢٠١/٢) .

(٤) زاد في (ن) : [من ءامن بالله] . سورة التوبة : الآية ١٨ .

(٥) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) في (ن) : [فلا يجلو] .

(٧) ساقط من (ن) .

(٨) في (ن) : [أراد] .

(٩) في (م) : [إتمامًا] .

(١٠) ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) أخرجه الترمذي من حديث أبي سعيد الخدري في كتاب تفسير القرآن ، باب ومن سورة التوبة (٢٧٧/٥) الحديث (٣٠٩٣) ، وابن ماجه في كتاب المساجد والجماعات ، باب لزوم المساجد وانتظار الصلاة (٢٦٣/١) =

٣٦٥٢ - [ولا يقال : إن الله تعالى ذكر إقامة الصلاة بعد الحكم بالإيمان . فقال ﴿ إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ ﴾] [١] ثم عطف عليه قوله [٢] ﴿ وَأَقَامَ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ ؛ وذلك لأن العمارة إذا ثبت أن المراد بها الصلاة ، فكأنه قال : إنما يعمرها بالصلاة المؤمن المقيم للصلاة ، [وهذا] [٣] غير ممتنع ، ويدل عليه حديث أنس أن النبي ﷺ قال : « من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا فله ما لنا وعليه ما علينا » [٤] .

٣٦٥٣ - قالوا : لا نسلم أنه يصلي صلاتنا إلا بعد تقديم الإيمان .

٣٦٥٤ - قلنا : الخبر يقتضي أن صلاتنا يعلم بها الإيمان ، كما لو قال قائل : فهو شجاع ، دل للقائل على الشجاعة [٥] وإن [لم] [٦] يتقدم العلم بوجوده . ويدل عليه قوله عليه السلام [٧] : « نهيت عن قتل المصلين » [٨] . وروي أن النبي ﷺ أنفذ أبا بكر إلى رجل فأمره بقتله ، فرآه يصلي [٩] فرجع ، ثم أمر عمر ، فلما رآه يصلي رجع ، ثم أمر

= الحديث (٨٠٢) ، وابن خزيمة في صحيحه في باب الشهادة بالإيمان لعمار المساجد بإتيانها والصلاة فيها (٣٧٩/٢) الحديث (١٥٠٢) ، وأحمد في المسند (٦٨/٣ ، ٧٦) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الصلاة ، في بشر المشائين في الظلم إلي المساجد بالنور التام يوم القيامة (٢١٢/١ ، ٢١٣) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الصلاة ، باب فضل المساجد وفضل عمارتها بالصلاة فيها وانتظار الصلاة فيها (٦٦/٣) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (ن) : [قوله عليه السلام] .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) حديث أنس أخرجه البخاري في الصحيح في رواية عن حميد في كتاب الصلاة ، باب فضل استقبال القبلة يستقبل بأطراف رجليه (٨١/١) ، والنسائي في كتاب الإيمان وشرائعه ، صفة المسلم (١٠٥/٨) ، والطحاوي في كتاب السير ، باب ما يكون الرجل به مسلمًا (٢١٥/٣) ، النسائي في الإيمان باب على ما يقاتل الناس (١٠٩/٨) .

(٥) هكذا في كل النسخ ، ولعل هناك سقطا ، يمكن تقديره هكذا : [لو قال قائل : من قتل الأسد فهو شجاع دل للقائل على الشجاعة ...] ، والله أعلم .

(٦) ساقط من (ن) .

(٧) في (م) : [ﷺ] .

(٨) حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود من طريق الأوزاعي في كتاب الأدب باب الحكم على المخنثين (٦٣٢/٢) ، والدارقطني في كتاب العيدين في آخر باب التشديد في ترك الصلاة وكفر من تركها والنهي عن قتل فاعلها (٥٥/٢) الحديث (٩) . وحديث أنس بن مالك أخرجه ابن عدي في الكامل من طريق عامر بن عبد الله ابن يساف (٨٥/٥) الترجمة (١٢٦٢/٢٩٥) ، وقال في آخر ترجمته : ومع ضعفه يكتب حديثه .

(٩) في (م) ، (ع) : [صلى] .

عثمان فرجع ، ولم ينكر عليهم [(١)] ، فدل على أن [فعل الصلاة يستدل بها على الإيمان ، فجوزوا أنه [(٢)] يكون تجدد بعد أمره ﷺ ما لم يعلمه ، فلولا أن] [(٣)] الصلاة يستدل بها لأنكر [(٤)] عليهم [عدم] [(٥)] فعل المأمور به .

٣٦٥٥ - ولا يقال : روي في الخبر أنه أمر عليًا بقتله فرآه يصلي فقتله ؛ لأنه استدل بتكرار الأمر بالقتل على أنه ﷺ عرف من حاله ما يوجب القتل مع إظهار الإسلام . ولأنه عبادة على البدن يستدل بها على [(٦)] الإسلام فيمن لم يعلم منه الكفر ، فاستدل بها على الإسلام فيمن يعلم منه الكفر ، كالشهادتين .

٣٦٥٦ - ولأنها عبادة تختص [(٧)] بشرعنا ، أتى بها على أكمل صفاتها ، فاستدل بها على الإسلام ، كالشهادتين . ولا يلزم سجدة التلاوة ؛ لأن الطحاوي ذكر أنه يصير مسلمًا ، واستدل [على ذلك] [(٨)] بخبر خالد بن الوليد . ولا يلزم [إذا حج ؛ لأن محمدًا قال : لو تجرد وأحرم وطاف كان مسلمًا .

٣٦٥٧ - ولا يلزم] [(٩)] إذا صام ؛ لأن الصوم لا يختص بشريعتنا . ولا يلزم إذا أدى الزكاة ؛ لأن الصدقة لا تختص [(١٠)] بشرعنا ، فإن [(١١)] أخرج شاة من خمس من الإبل وقال : أنا أديتها زكاة ، صار مسلمًا .

٣٦٥٨ - ولا يلزم إذا صلى [منفردًا ؛ لأن محمدًا قال : إذا كان في المسجد كان مسلمًا .

٣٦٥٩ - ولا يلزم إذا صلى] [(١٢)] في غير المسجد ؛ [لأنه] [(١٣)] لم يأت

---

(١) في (ص) : [على أحد منهم] . هذا حديث أخرجه الدارقطني من طريق موسى بن عبيدة في كتاب العيدين في آخر باب التشديد في ترك الصلاة وكفر من تركها والنهي عن قتل فاعلها (٥٤/٢) الحديث (٧) .
(٢) في (ن) : [أن] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [أنكر] .
(٥) زيادة اقتضاها النص .
(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عن] .
(٧) في (م) : [يختص] .
(٨) الزيادة من (ن) .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٠) في (م) : [لا يختص] .
(١١) في (ن) : [وإن] .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٣) ساقط من (ع) .

بالصلاة [١] على أكمل صفاتها [٢] ، فصار كمن أتى بالشهادتين ولم يبرأ من الشرك . فلما لم يأت بها بكمالها لم يكن مسلمًا .

٣٦٦٠ - ولا يلزم إذا تيمم ؛ لأنا لا نعرف فيه رواية . ولأن إطلاق العبادة [لا يتناوله] [٣] ، وليس له حال كمال .

٣٦٦١ - ولا يقال : إن الوصف لا يسلم في الأصل ؛ لأن الشهادتين نفس الإسلام ، فكيف يقال : يستدل بها على الإسلام ؛ وذلك لأن الإسلام يقع بالاعتقاد ، والشهادة لظاهر المعتقد ودلالة عليه .

٣٦٦٢ - فإن قالوا : إنه لا يكون [٤] مسلما باللفظ .

٣٦٦٣ - قلنا : في الحكم ، فوجب أن يحكم بإسلامه .

٣٦٦٤ - قالوا : المعنى [في] [٥] الشهادة [٦] أنه لو أتى بها منفردًا كان مسلمًا ، ولما كانت الصلاة لو أتى [بها] [٧] منفردًا لم يكن مسلمًا ، فكذلك [٨] في الجماعة .

٣٦٦٥ - قلنا : هذا غير مسلم على رواية محمد ، ثم هو غير صحيح ؛ لأن [صلاة] [٩] المنفرد لا يختص بشرعنا ؛ ألا ترى أنهم يصلون ويركعون ويسجدون ، وقد تتفق [١٠] القبلتان أو تشتبه [١١] عليهم فيصلون إلى قبلتنا . والجماعة تختص [١٢] بشرعنا . ولأن الكفر والإسلام طريقهما الاعتقاد ، فإذا جاز أن يحكم له بالكفر بفعله وإن كان قادرًا على القول [جاز أن يحكم له بالإسلام [بفعله] [١٣] وإن كان قادرًا على القول] [١٤] . ولأن [١٥] الكفر والإسلام كل واحد منهما يعاقب الآخر ، فجرت مجرى واحدًا . ولأن الإسلام متضمن الأفعال والأقوال ، فإذا جاز أن يحكم

---

(١) في (ن) : [بالعبادة] .
(٢) في (م) : [صلاتها] .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) في (ص) : [أنه يكون] .
(٥) زيادة من (ن) ، (ع) .
(٦) في (ن) : [الشهادتين] .
(٧) ساقط من (م) .
(٨) في (ن) : [كذلك] .
(٩) ساقط من (ن) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يتفق] .
(١١) في (ع) : [وتشتبه] ، وفي (م) : [ويشتبه] .
(١٢) في (م) : [يختص] .
(١٣) ساقط من (ن) .
(١٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٥) في (م) : [لأن] بدون العطف .

الإنسان (١) [بحكم الإسلام] (٢) بما طريقه الأقوال جاز بما طريقه الأفعال ، وإن كان قادرًا على القول .

٣٦٦٦ - احتجوا : بما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أن النبي ﷺ قال : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله ، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم » (٣) ، وهذا يقتضي وجوب قتلهم - وإن صلوا - ما لم يأتوا بالشهادة .

٣٦٦٧ - والجواب : أنه ﷺ ذكر أمر الله تعالى بالقتل ، وذلك لا يكون إلا فيمن يقطع بوجوب (٤) قتاله ، ومن صلى لا يقطع (٥) بوجوب قتاله ، ولا يطلق عليه الأمر . ولأن النبي ﷺ ذكر ما يسقط به القتل في حال المقاتلة (٦) وذلك يكون بالشهادة ؛ لأنها توجد (٧) في العادة حال القتال ، فأما الصلاة فيبعد (٨) وجودها (٩) مع القتال ، فلذلك لم يذكرها . ولأنه أسقط القتل بالشهادة لأنها تدل على الإسلام ، فصار ذلك تنبيها على حصول الإسلام بما هو أبلغ منها في الدلالة . وفعل الصلاة في الجماعة أبلغ في الدلالة على الإسلام من الشهادة ، فكان السقوط (١٠) بها أولى . ولأن هذا الخبر قد دل على سقوط القتل بالصلاة ، وقوله ﷺ : « نهيت عن قتل المصلين » يدل على سقوط القتل بالصلاة ، فيجمع بين الخبرين . ولأن (١١) خبرهم يفيد وجوب القتال ، وعندنا أن من صلى وأقام على كفره صار مرتدًا ووجب قتاله ، فقد قلنا بموجب الخبر .

٣٦٦٨ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ أنفذ أبا بكر وأمره بقتل رجل . وقد جعلنا هذا الخبر دلالة لنا ، ولا دلالة لهم فيه ؛ لأنه لم ينقل أنه كان يصلي في المسجد ولا الجماعة .

---

(١) في (م) : [الإسلام] .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) حديث عمر بن الخطاب رواه البخاري في الصحيح من طريق عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود باب وجوب الزكاة وفي باب قول الله تعالى : ﴿ وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ ﴾ (٢٤٣/١ ، ١٩٦/٢ ، ٢٥٧ ، ٢٧٢) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الإيمان (٢٩/١ ، ٣٠) ، وأبو داود في كتاب الزكاة (٣٨٩/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [بدخول] .

(٥) في (ع) : [لا يكون بقطع] .

(٦) في (ن) : [المقابلة] .

(٧) في (ن) : [تكون] .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فيبعد حال] .

(٩) في (ع) : [وجوبها] .

(١٠) في (ع) : [القتل] .

(١١) في (ع) : [ولا] .

٣٦٦٩ - قالوا : كل ما لا يحكم به بإسلامه إذا فعله منفردًا فكذلك في الجماعة [١] ، كالجهاد .

٣٦٧٠ - قلنا : هذا الوصف غير مسلم على ما ذكرناه عن محمد ، والمعنى في الجهاد أنه لا يختص بالإسلام ، فلم يستدل به عليه ، ولما كانت الصلاة بالصفة التي نعتبرها تختص [٢] بالإسلام [٣] جاز أن يدل عليه .

٣٦٧١ - قالوا : كل ما لم يحكم بكفره بتركه لم يحكم له بالإسلام بفعله ؛ كالصوم .

٣٦٧٢ - قلنا : يبطل [٤] بترك الشهادتين ؛ لأنه [٥] لا يصير به كافرًا وإن صار مسلمًا بفعله ، وإنما يصير كافرًا بجحوده للشهادتين [٦] ، وكذلك متي جحد الصلاة كان كافرًا ، فلا فرق بينهما . ثم المعنى في الصوم أنه لا يختص بالإسلام ؛ ألا ترى أن الكفار يصومون كما نصوم ، وقد يوافق صومهم رمضان [فلم يجز أن يستدل به على الإسلام] [٧] وهو غير مختص .

٣٦٧٣ - ولا يقال : إن الصوم بنية [٨] من الليل يختص بشرعنا ؛ لأن النية لا نعلمها [٩] ، وقولهم فيها غير مقبول .

٣٦٧٤ - قالوا : فريضة لا تستدام [١٠] مع الحدث ، فوجب أن لا يحكم بإسلامه بها ، كالطهارة .

٣٦٧٥ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن الصلاة تستدام [١١] مع الحدث فيمن [١٢] سبقه الحدث ، والمستحاضة ومن لا يجد ماء ولا ترابا عندهم . والمعنى في الطهارة أنها لا تختص [١٣] بشرعنا ؛ لأن غسل الأعضاء قد يتفق في [١٤] جميع الناس للنظافة . ولأنها من توابع العبادات [١٥] ، والشيء إنما يستدل عليه بالمقصود من فروعه دون التبع .

---

(١) في (م) : [في جماعة] ، وفي (ع) : [جماعة في] .
(٢) في (م) ، (ع) : [يعتبرها يختص] . (٣) في (ص) : [بإسلام] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا يبطل] . (٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فإنه] .
(٦) في (ن) : [بجحود الشهادتين] .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [نيته] .
(٩) في غير (ص) : [يعلمها] ، وفي (ص) بغير نقاط .
(١٠) في (م) : [لا يستدام] . (١١) في (م) : [يستدام] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [فمن] . (١٣) في (م) : [لا يختص] .
(١٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [من] . (١٥) في (ع) : [العبادة] .

مسألة ٢٠٦

إن افتتح الصلاة وحده ، ثم اتبع الإمام لم يجز إلا أن يستأنف التكبير

٣٦٧٦ - قال أصحابنا : إن افتتح الصلاة وحده ثم اتبع الإمام لم يجز إلا أن يستأنف التكبير (١) .

٣٦٧٧ - وقال الشافعي : يجوز من [غير] (٢) تكبير . واختلف أصحابه ؛ فمنهم من قال : يجوز ذلك ما لم يركع ، فإن ركع لم يجز ، ومنهم من قال : يجوز بعد الركوع (٣) .

٣٦٧٨ - لنا : قوله ﷺ : « إنما جعل الإمام ليؤتم به ، فلا تختلفوا على أئمتكم » ، وقال : « فإذا كَبَّر فكبِّروا » (٤) ، وهذا ينفي تقديم (٥) التكبير . ولأنه ركن سبق به الإمام فلم يعتد له به من غير عذر ، كما لو ركع قبل ركوعه .

٣٦٧٩ - ولا يلزم إذا أحدث الإمام فاستخلف مسبوقًا أنه يصير إمامًا له وقد (٦) سبقه بأركان ؛ لأن هناك عذرا (٧) في الاستخلاف . ولأنه تقدم (٨) على الإمام

---

(١) راجع : الأصل باب افتتاح الصلاة وما يصنع الإمام (١٦/١ ، ١٧) ، بدائع الصنائع فصل في شرائط الأركان (١٣٨/١) .

(٢) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) قال أبو إسحاق الشيرازي في المهذب : ومن أصحابنا من قال : إن كان قد ركع في حال الانفراد لم يجز قولًا واحدًا ؛ لأنه يتغير ترتيب صلاته بالمتابعة . راجع تفصيل المسألة في : مختصر المزني (ص ٢٣) ، الوسيط الباب الثالث ، في شرائط القدوة (٧١٤/٢) ، حلية العلماء باب صلاة الجماعة (١٥٧/٢ ، ١٥٨) ، المهذب باب صلاة الجماعة (٩٤/١) ، المجموع مع المهذب باب صلاة الجماعة (٢٠٨/٤ - ٢١٠) . راجع المدونة فيمن دخل مع الإمام في الصلاة فنسي تكبيرة الافتتاح (٦٧/١) ، المنتقى : ما يفعل من رفع رأسه قبل الإمام (١٧٢/١) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب السابع ، في الإمامة والجماعة (ص ٦٨) ، شرح الزرقاني فصل في حكم صلاة الجماعة (٨/٢) ، الكافي لابن قدامة باب الجماعة (١٧٧/١) ، المغني (٢٣٢/٢ ، ٢٣٣) .

(٤) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٧٢) ، وفي مسألة (١١٤) ، وكرر في مسألة (١٦٨) .

(٥) في (ن) : [تقدم] .

(٦) في غير (ص) : [فقد] .

(٧) في (م) ، (ع) : [قدرا] ، وفي (ن) : [عذر] .

(٨) في (ن) : [يقدم] .

بالتكبير، فصار كما لو كانا [(١)] في المسجد فسبقه بالتكبير .

٣٦٨٠ - ولا يلزم المسبوق ؛ لأنا سوينا بين من لم يكن في المسجد إمامه و[من] [(٢)] هو في المسجد ، وهما مستويان [(٣)] عندنا في المسبوق . ولأن [(٤)] صلاة الجماعة والانفراد مختلفان ؛ بدلالة أن إحداهما يتحمل فيها القراءة والأخرى لا يتحمل ، ويأتي المنفرد بالفاتحة والسورة ويجهر ، ويتحمل سجود السهو عن المؤتم ويسقط حكم سهوه . والصلاتان المختلفتان لا يخرج من إحداهما [(٥)] إلى الأخرى بمجرد نيته ، كالظهر والجمعة ، والظهر والعصر .

٣٦٨١ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ استخلف أبا بكر [ﷺ] [(٦)] [في الصلاة] [(٧)] ثم خرج فأمَّ أبا بكر وهو قاعد ، وأمَّ [(٨)] أبو بكر الناس وهو قائم ، فخرج أبو بكر من الإمامة وصار مأمومًا [(٩)] .

٣٦٨٢ - والجواب : أن أبا بكر [ﷺ] [(١٠)] انتقل من حال [(١١)] الإمامة إلى [حال] [(١٢)] الائتمام [(١٣)] بعذر ، وهو أنه لم يجز أن يتقدم على رسول الله ﷺ ، وهذا غير ممتنع عندنا [(١٤)] ، كما لو سبق الإمام الحدث . والخلاف في الانتقال من الانفراد إلى الجماعة بغير عذر ، وهذا ليس في الخبر [(١٥)] .

٣٦٨٣ - قالوا : روي أن النبي ﷺ كَبَّر ، ثم أومأ [(١٦)] إلى أصحابه [ومضى] [(١٧)] ،

---

(١) في (ع) : [كان] .
(٢) ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (ن) : [مسبوقان] .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولا] .
(٥) في (م) : [احدهما] ، وفي بقية النسخ : [احديهما] .
(٦) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٧) الزيادة من (م) ، (ن) .
(٨) في (ص) : [فأم] .
(٩) هذا الحديث أخرجه البخاري من حديث عبيد الله بن عبد الله بن عتبة كتاب الأذان ، باب إنما جعل الإمام ليؤتم به (١٢٦/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الصلاة ، باب استخلاف الإمام إذا عرض له عذر (١٧٧/١ ، ١٧٨) ، والشافعي مختصرًا من طريق هشام بن عروة في المسند ، في الباب السابع ، في الجماعة وأحكام الإمامة (١١٣/١ ، ١١٤) الحديث (٣٣٩ ، ٣٤٠) ، والطحاوي في المعاني باب صلاة الصحيح خلف المريض (٤٠٥/١ ، ٤٠٦) .
(١٠) ساقط من (ن) .
(١١) في (ص) : [حالة] .
(١٢) ساقط من (ن) .
(١٣) في (م) : [الاتمام] .
(١٤) في (ن) : [وعندنا] بالعطف .
(١٥) في (ن) : [وليس هذا في الخبر] بالتقديم والتأخير .
(١٦) في (ص) ، (ع) : [أوماه] ، وفي (ن) : [أوفى] .
(١٧) ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

فاغتسل وعاد [١] وكبَّر [٢] ، ولم ينقل أنهم كبروا . فقد سبقوه بالتكبير ثم اقتدوا به .

٣٦٨٤ - قلنا : لم ينقل أنهم كبروا ابتداء . ولم يقل لم يدل / ؛ لأنه روي أنه أشار إليهم أن اقعدوا [٣] ، وهذا يدل على أنهم في غير الصلاة .

٣٦٨٥ - قالوا : صلاة انعقدت فرادى فإذا صارت جماعة وجب أن تصح [٤] ، أصله : إذا افتتح وحده فجاء رجل ودخل معه .

٣٦٨٦ - قلنا : حال الإمام لم يتغير ؛ لأنه كالمنفرد ؛ ألا ترى أنه لا يتحمل عنه القراءة ولا السهو ، فإذا لم يتغير حاله جاز ، وفي مسألتنا يتغير حال المصلي إلى فرض [٥] مخالف [٦] لفرضه ، فلذلك لم يجز . ولأن هناك تصير الصلاة جماعة من طريق الحكم ، وهذا غير ممتنع عندنا ، وإنما نمنع [٧] أن يصير كذلك بفعله .

٣٦٨٧ - قالوا : للصلاة أول وآخر ، ثم ثبت [٨] أنه يصح أولها جماعة وآخرها فرادى في المسبوق ، فكذلك [٩] يصح أن يكون أولها فرادى وآخرها جماعة ، والمعنى فيه أنه صلاة تصح أن تكون فرادى وآخرها جماعة .

٣٦٨٨ - قلنا : المسبوق إنما تصير صلاته فرادى من طريق الحكم ، [وهذا غير ممتنع عندنا ، ومن كان أول الصلاة فرادى [يمكن] [١٠] أن يصير آخرها جماعة من طريق الحكم] [١١] بأن يتابع المنفرد غيره ، والخلاف في الانتقال [١٢] من إحدى الحالتين إلى الأخرى بفعله ، وذلك غير جائز في الوجهين عندنا .

* * *

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فعاد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فكبر] . تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٧٣) .
(٣) راجع نفس الحديث .
(٤) في (م) ، (ع) : [أن يصح] .
(٥) في (م) ، (ع) : [الفرض] .
(٦) في (م) ، (ع) : [المخالف] .
(٧) في (م) ، (ع) : [يمنع] .
(٨) ص ، (م) ، (ع) : [يثبت] .
(٩) في (م) ، (ع) : [فلذلك] .
(١٠) ساقط من (ن) .
(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(١٢) في (م) ، (ع) : [بالانتقال] .

مسألة ٢٠٧

لا تصح إمامة الصبي

٣٦٨٩ - قال أصحابنا : لا تصح إمامة الصبي [١] .

٣٦٩٠ - وقال الشافعي : إذا بلغ حدًّا يعقل ويميز صح أن يكون إمامًا في النفل والفرض [٢] .

٣٦٩١ - وكان أبو بكر الرازي [٣] يقول : لا تنعقد [٤] صلاته . والصحيح أن يقال : إن صلاته تنعقد ، وتكون [٥] أنقص من النفل [٦] .

٣٦٩٢ - لنا : أن الصبي لم يوجد منه اعتقاد الإيمان ؛ كالكافر . ولأنه لا يعتد به في عدد المؤتمين في الجمعة ، فلا يجوز أن يكون إمامًا ، كالصبي الذي لا عقل [له] [٧] أو المرأة .

٣٦٩٣ - ولأنه إن كان الفرض لا يوجد [منه] [٨] فلم تجز [٩] إمامته ، كالكافر .

---

(١) راجع : الأصل باب الإمام يحدث فيقدم جنبًا أو صبيًا ، وفي باب الجمعة (١/١٨٤ ، ٣٤٨) ، المبسوط باب الحدث في الصلاة (١/١٨٠) ، بدائع الصنائع فصل في أركان الصلاة (١/١٤٣ ، ١٥٧) ، فتح القدير وبهامشه العناية باب الإمامة (١/٣٥٧ ، ٣٥٨) ، البناية باب الإمامة (٢/٤٠٥ ، ٤٠٨) ، مجمع الأنهر فصل الجماعة سنة مؤكدة (١/١١١) ، حاشية ابن عابدين مطلب لواجب كفاية هل يسقط بفعل الصبي وحده (١/٤٠٥ ، ٤٠٦) .

(٢) راجع : الأم إمامة الصبي لم يبلغ ومن يصلي خلفه الجمعة (١/١١٦ ، ١٩٢) ، الوسيط الباب الثاني في صفات الأئمة (٢/٦٦٩) ، حلية العلماء باب صفة الأئمة (٢/١٦٨) ، المهذب باب صفة الأئمة (١/٩٧) ، المجموع مع المهذب باب صفة الأئمة (٤/٢٤٨ - ٢٥٠) . وانظر : المدونة في الصلاة خلف السكران والعبد الأعمى والإمام يصلي بغير رداء (١/٨٤ - ٨٦) ، المنتقى العمل في صلاة الجماعة (١/٢٣٥ ، ٢٣٦) ، الكافي لابن عبد البر باب الإمامة (١/٢١٣) بداية المجتهد الفصل الثاني ، في معرفة شروط الإمامة (١/١٤٧) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص ٦٧) ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (٢/١١) ، المسائل الفقهية إمامة الصبي لبالغين في النفل (١/١٧٢ ، ١٧٣) ، الكافي لابن قدامة باب صفة الأئمة (١/١٨٤ ، ١٨٥) ، المغني باب الإمامة وصلاة الجماعة (٢/٢٢٨ ، ٢٢٩) .

(٣) سبق ترجمته في المسألة (١٠٠) .

(٤) في (م) : [لا ينعقد] .

(٥) في غير (ص) : [ويكون] .

(٦) في (م) ، (ع) : [من الفعل] .

(٧) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ن) : [فلم يجز] .

ولأنه [لا يصليها] [١] واجبة ، فلم يكن للمفترض الاقتداء به ، كمن يصلي الكسوف . وهذه مبنية على أصلنا : أن المفترض لا يجوز أن يقتدي بالمتنفل . وأكثر أحوال الصبي أن يكون [٢] في حكم المتنفل .

٣٦٩٤ - احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « مروا صبيانكم بالصلاة لسبع ، واضربوهم عليها [٣] لعشر ، وفرقوا بينهم في المضاجع » [٤] . فدل على أن صلاته صحيحة ، وإلا لكان [٥] لا يؤمر بها ولا يضرب على تركها .

٣٦٩٥ - والجواب : أن الأمر إنما حصل ليألف [٦] الصبي العبادة ويعتادها ، وهذا فيه فائدة ، فيجوز أن يؤمر به ويضرب على تركه ، كتأديبه . ومتى ثبت [٧] لصحة الفعل [٨] وجه [٩] جاز الأمر به .

٣٦٩٦ - ولا يقال : إن الأمر يقتضي فعلا شرعيًا ؛ لأن جواز التزام الصبي هذه [١٠] المشقة إنما يعلم بالشرع .

٣٦٩٧ - قالوا : روى أنس بن مالك قال : صليت أنا ويتيم في بيتنا خلف رسول الله ﷺ وأمي خلفنا : أم سليم [١١] .

٣٦٩٨ - والجواب : أنه يؤمر بالصلاة ليعتادها على الوجه المأمور به ، فيؤمر بالمقام المسنون ليعتاد ذلك كما يعتاد سائر السنن .

٣٦٩٩ - قالوا : روي عن عائشة [رضي الله عنها] [١٢] أنها قالت : كنا نأخذ الصبيان من

---

(١) في (م) ، (ع) : [يصليها] . (٢) في (ع) : [تكون] .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [على تركها] .

(٤) هذا الحديث أخرجه الدارقطني من طريق أبي حمزة الصيرفي في كتاب الصلاة ، باب الأمر بتعليم الصلوات والضرب عليها (٢٣٠/١) الحديث (٢ ، ٣) ، والحاكم في المستدرك باختلاف يسير في كتاب الصلاة ، في أمر الصبيان بالصلاة لسبع سنين (١٩٧/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الصلاة ، باب عورة الرجل (٢٢٩/٢) ، وأبو داود ، في باب متى يؤمر الغلام بالصلاة (١٣٠/١) ، وأحمد في المسند (١٨٧/٢) ، والترمذي بمعناه في باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة (٢٥٩/٢) الحديث (٤٠٧) .

(٥) في (ن) : [ولا كان] . (٦) في (ن) : [لتألف] .

(٧) في (م) : [يثبت] . (٨) في (م) ، (ع) : [الأمر] .

(٩) في (ن) : [وجها] . (١٠) في (ن) : [وهذه] بالعطف .

(١١) تقدم تخريج حديث أنس بن مالك في مسألة (١٤٩) ، وأخرجه الشافعي في المسند في الباب السابع في الجماعة وأحكام الإمامة (١٠٦/١) الحديث (٣١٠ ، ٣١١ ، ٣١٢) ، وأحمد في المسند بألفاظ أخرى (٢١٧/٣ ، ٢٣٩ ، ٢٤٢) . (١٢) ساقط من (ن) .

الكتاب يصلون بنا في رمضان [١] .

٣٧٠٠ – قلنا : هذا إخبار ؛ [لأنه] [٢] لا يمكن المتابعة مع عدم الإمام وإمكان الإقتداء به .

٣٧٠١ – قالوا : استفاد بالجماعة الفضيلة ، فإذا خرج منها وجب أن يذهب ما استفاد .

٣٧٠٢ – قلنا : المرأة بالإسلام لم تستفد [٣] حقن الدم ، فإذا ارتدت زال [٤] حقن[٥] دمها عندكم ، وهذا أكثر مما استفادت بالإسلام !

* * *

(١) هذا الحديث أخرجه ابن عدي في الكامل من طريق حفص بن عمر (٣٨٦/٢) ترجمة (٥٠٨/١٣٩) .

(٢) ساقط من (ع) .

(٣) في (م) : [لم يستفد] .

(٤) في (ن) : [زاد] .

(٥) في (ن) : [الحقن] .

مسألة ٢٠٨

يكره للنساء أن يصلين جماعة

٣٧٠٣ - قال أصحابنا : يكره للنساء أن يصلين جماعة (١) .

٣٧٠٤ - وقال الشافعي : يُستحب (٢) .

٣٧٠٥ - لنا : أن الجماعة لو كانت تستحب (٣) للنساء كما تستحب (٤) للرجال لبين [ذلك] (٥) ﷺ وحث (٦) عليه ، ولو فعل لنُقل من طريق الاستفاضة . ولأنه لا يسن لهم (٧) الأذان ، وكل صلاة راتبة لا أذان لها لا يستحب فعلها في جماعة ، كالنوافل .

٣٧٠٦ - ولأنه لا يمكن الإتيان بسنن الجماعة ؛ بدلالة أنها لا تقف موقف الإمام ، ولا تجهر بالتكبير والقراءة . وإذا لم يمكن استيفاء سننها (٨) لم يستحب فعلها . ولأنه لو استحب لهن الجماعة كره تركها ، كالرجال . ولأنه يكره (٩) لهن فعل الجماعة في المساجد ، فيكره في غير المساجد ، كالوتر في [غير] (١٠) رمضان .

---

(١) قال محمد في الأصل : « أكره ذلك ، فإن فعلت ذلك يجزئهن ، وتقوم وسطًا من الصف . راجع : الأصل باب صلاة المسافرين (٢٨٨/١) ، مختصر الطحاوي باب الإمامة (ص٣٣) ، بدائع الصنائع ، فصل في شرائط أركان الصلاة (١٤٠/١ ، ١٥٧) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٣٥٢/١ - ٣٥٤) ، البناية (٣٩٥/٢ - ٤٠١) .

(٢) قال الشافعي في الأم : وتؤم المرأة النساء في المكتوبة وغيرها ، وآمرها أن تقوم في وسط الصف . قال الشيخ أبو حامد : كل صلاة استحب للرجال الجماعة فيها استحب الجماعة فيها للنساء ، فريضة كانت أو نافلة . راجع تفصيل المسألة في : الأم في إمامة المرأة وموقفها في الإمامة (١٦٤/١) ، مختصر المزني باب إمامة المرأة (ص٢٤) ، حلية العلماء باب صلاة الجماعة (١٥٦/٢) ، المهذب باب صلاة الجماعة (٩٣/١) ، فتح العزيز كتاب صلاة الجماعة في هامش المجموع (٢٨٦/٤) ، المجموع مع المهذب باب صلاة الجماعة (١٨٨/٤ ، ١٩٧ - ١٩٩) . راجع المدونة (٨٥/١ ، ٨٦) ، المنتقى (٢٣٥/١) ، بداية المجتهد (١٤٨/١) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص٦٧) ، شرح الزرقاني (٩/٢) ، الكافي لابن قدامة (١٨٣/١)، المغني (٢٠٢/٢) .

(٣) في (م) : [يستحب] .

(٤) في (م) : [يستحب] .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [ذلك وجب] .

(٧) في سائر النسخ : [لهم] .

(٨) في (ن) : [سنتها] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولا يكره] .

(١٠) ساقط من (ع) .

٣٧٠٧ - احتجوا : بما روي عن أم ورقة بنت نوفل أن النبي ﷺ لما غزا بدرًا قالت له : ائذن لي في الخروج [(١)] معك أمرض مرضاكم ، لعل الله يرزقني شهادة ، فقال : « قري في بيتك ، فإن الله تعالى يرزقك الشهادة » ، فكانت تسمى شهيدة ، فاستأذنت رسول الله [ﷺ] [(٢)] أن تتخذ [(٣)] في بيتها مؤذنًا . وروي : فكان رسول الله ﷺ يزورها في بيتها وجعل لها مؤذنًا يؤذن لها ، وأمرها أن تؤم بأهل دارها [(٤)] .

٣٧٠٨ - والجواب : أن هذا كان في ابتداء الإسلام ، وقد كن النساء يحضرن الجماعات . فإذا لم يكره لها حضور المساجد لم يكره لهن الجماعة ، ولهذا جعل لها مؤذنًا .

٣٧٠٩ - ولا خلاف أن الأذان لا يثبت [(٥)] في حقهن .

٣٧١٠ - [قالوا : روى عطاء عن عائشة أنها صلت بنسوةٍ العصر ، فقامت وسطهن[(٦)] . وأمّت أم سلمة نساء فقامت وسطًا [(٧)] .

٣٧١١ - والجواب : أن هذا يدل على الجواز ، والخلاف في الكراهة . ويجوز أن يكن فعلن ذلك على طريق التعليم] [(٨)] .

٣٧١٢ - قالوا : صلاة تفعل [(٩)] جماعة وفرادى ، فكان فعلها في الجماعة أفضل ، أصله : الرجال .

٣٧١٣ - قلنا : يبطل [(١٠)] بالتراويح ؛ لأنه ذكر في المزني أن فعلها منفردًا أفضل . ولأن المعنى في صلاة الرجال أن الفضيلة لما تعلقت بفعلها تعلقت الكراهة بتركها ، ولما لم تتعلق [(١١)] الكراهة بترك النساء لم تتعلق [(١٢)] الفضيلة بفعلهن [(١٣)] . ولأن الرجال لما

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [في العدو] ، وفي هامش (ص) : [الغدو] ، وفي نسخة أخرى : [الغذو] .
(٢) ساقط من (ن) . (٣) في (م) : [أن يتخذ] .
(٤) حديث أم ورقة بنت نوفل أخرجه أبو داود بألفاظ متقاربة في كتاب الصلاة ، باب إمامة النساء (١٥٦/١) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الصلاة ، باب إثبات إمامة المرأة (١٣٠/٣) .
(٥) في (م) : [لا تثبت] .
(٦) هذا الحديث أخرجه الشافعي بهذا اللفظ في الأم (١٦٤/١) .
(٧) ذكر عطاء الصلاة عائشة في مصنف ابن أبي شيبة (٤٣٠/١) ، وفيه أيضًا إمامة أم سلمة ، وانظر : نصب الراية (٣١/٢) ، والدراية في تخريج أحاديث الهداية (١٦٩/١) .
(٨) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) . (٩) في (م) : [يفعل] .
(١٠) في (ن) : [تبطل] . (١١) في (م) : [يتعلق] .
(١٢) في (م) : [يتعلق] . (١٣) في (م) ، (ع) : [بفعلها] .

أمكنهم استيفاء سنة الجماعة استحبت [١] لهم ، فوزان [٢] صلاة النساء ، [ما] [٣] قال أصحابنا : إن [٤] العراة يكره لهم فعل الجماعة ؛ لأن الإمام لا يتقدم [٥] ويقف وسطهم .

* * *

(١) في (ن) : [استجيب] .

(٢) في (م) ، (ن) : [فوران] .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ن) : [لأن] .

(٥) في (ن) : [لا يقدم] .

مسألة ٢٠٩

إذا قال المؤذن : حي على الفلاح والإمام في المسجد ، قام الإمام والناس ، فإذا قال : قد قامت الصلاة كبر

٣٧١٤ - قال أبو حنيفة : إذا قال المؤذن : حي على الفلاح ، والإمام في المسجد ، قام الإمام والناس ، فإذا قال : قد قامت الصلاة ، كبر (١) .

٣٧١٥ - وقال الشافعي : لا يقوم (٢) إلا بعد الفراغ من الإقامة (٣) .

٣٧١٦ - لنا : ما روي عن بلال أنه قال للنبي ﷺ : مهما سبقتني بفاتحة الكتاب فلا تسبقني بآمين (٤) . وقد كان بلال يؤذن على باب المسجد وكان المسجد صغيرًا ، والنبي ﷺ يرتل القراءة ، فلو كان لا يكبر إلا بعد الفراغ من الإقامة لم يجز أن يسبق بفاتحة الكتاب ، فدل على أن النبي ﷺ كان يكبر في حال الإقامة .

٣٧١٧ - ولأن المؤذن إذا سبق (٥) في جنس أذكار الإقامة جاز للإمام أن يكبر ، كما لو فرغ منها . ولأن قوله : قد قامت الصلاة ، حقيقة وجود فعلها ، وما أمكن حمل (٦) خبره على الحقيقة كان أولى .

---

(١) قال محمد في الأصل : وأما إذا لم يكن الإمام معهم في المسجد فإنني أكره لهم أن يقوموا في الصف والإمام غائب عنهم . راجع : كتاب الأصل باب افتتاح الصلاة وما يصنع الإمام (١٨/١ ، ١٩) ، المبسوط باب افتتاح الصلاة (٣٩/١) ، بدائع الصنائع فصل في سنن الصلاة (٢٠٠/١) .

(٢) في (ن) : [لا تقوموا] .

(٣) راجع : الوسيط (٧١١/٢ ، ٧١٢) ، حلية العلماء (٦٩/٢ ، ٧٠) ، المهذب (٧٠/١) ، المجموع مع المهذب (٢٥٢/٣ - ٢٥٥) . قال ابن القاسم في المدونة : وكان مالك لا يوقت للناس وقتا إذا أقيمت الصلاة يقومون عند ذلك ، ولكنه كان يقول : ذلك على قدر طاقة الناس ، فمنهم القوي ومنهم الضعيف . راجع : المدونة (٦٥/١) ، المنتقى (١٣٤/١ ، ١٣٥) ، الموطأ (٧٠/١) شرح الزرقاني (١٦٤/١) . قال أحمد وأصحابه : يستحب القيام إلى الصلاة عند قول المؤذن : قد قامت الصلاة . راجع : الكافي لابن قدامة (١٢٧/١) ، المغني (٤٥٨/١) ، العدة باب صفة الصلاة ص ٧٣ .

(٤) هذا الحديث أخرجه أبو داود بلفظ : « لا تسبقني بآمين » ، في كتاب الصلاة (٢٣٧/١) ، وأحمد في المسند في كتاب الصلاة (٩٦/٢) الحديث (٢٦٣٦) ، والحاكم في المستدرك (٢١٩/١) والبيهقي في الكبرى ، باب التأمين (٥٦/٢) .

(٥) في (ن) : [اسبق] .

(٦) في (ن) : [جمل] ، بالجيم .

٣٧١٨ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال : « إذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول » [١] . فالظاهر أنهم يقولون مثل جميع قوله .

٣٧١٩ - والجواب : أن هذا يقتضي أن يقول [٢] مثل قوله في الأذان ، وخلافنا في الإقامة .

٣٧٢٠ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « أقامها الله وأدامها » [٣] .

٣٧٢١ - والجواب : أنه يحتمل أن تكون الصفوف لم تستو ، وعندنا إذا لم تستو [٤] الصفوف أخر التكبير .

٣٧٢٢ - قالوا : روى أبو [٥] سهيل بن مالك عن أبيه قال : قدمت على عثمان بن عفان وأنا غلام وقد أقيمت الصلاة ، فقلت : إلى متى في الدواب [٦] ؟ فقيل [٧] له : قد استوت الصفوف ، فكبر [٨] .

٣٧٢٣ - والجواب : أنه يحتمل أن يكون كَبَّر فظن أنه لم يكبر ، ويحتمل أن تكون [٩] الصفوف لم تستو [١٠] .

* * *

---

(١) هذا جزء من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ، عن النبي ﷺ ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الأذان ، باب ما يقول إذا سمع المنادي (١١٥/١) ، ومسلم في الصحيح بهذا اللفظ ، في باب القول مثل قول المؤذن لمن سمعه ، ثم يصلي على النبي ﷺ ، ثم يسأل له الوسيلة (١٦٣/١) ، وأبو داود ، في باب ما يقول إذا سمع المؤذن (١٤٠/١) ، والترمذي في باب ما جاء ما يقول الرجل إذا أذن المؤذن (٤٠٧/١) الحديث (٢٠٨) ، ومالك في الموطأ ، في ما جاء في النداء للصلاة (٦٦/١) ، وأحمد في المسند (٦/٣) ، والطيالسي في المسند ص٢٩٤ الحديث (٢٢١٤) ، والدارمي ، في باب ما يقال في الأذان (٢٧٢/١) . قال الترمذي : حديث أبي سعيد حديث حسن صحيح .

(٢) في (ص) ، (ن) : [أن يقولوا] .

(٣) هذا الحديث أخرجه أبو داود ، من طريق شهر بن حوشب في باب ما يقول إذا سمع الإقامة (١٤١/١) .

(٤) في (م) : [لم يستوي] .

(٥) في سائر النسخ : [ابن] ، وما أثبتناه من الموطأ .

(٦) هكذا في سائر النسخ ، وليست من سياق الموطأ .

(٧) في سائر النسخ : [فقلت] ، وما أثبتناه أوفق برواية الموطأ .

(٨) أخرجه مالك في الموطأ باب ما جاء في تسوية الصفوف (١٥٨/١) .

(٩) في (ن) : [أن يكون] .

(١٠) في (م) : [لم يستوي] .

مسألة ٢١٠

لا تدخل المرأة في صلاة الإمام إلا أن ينوي إمامة النساء

٣٧٢٤ - قال أصحابنا - إلا زفر - : لا تدخل المرأة في صلاة الإمام إلا أن ينوي إمامة النساء [١] .

٣٧٢٥ - وقال الشافعي : تدخل بغير نية [٢] .

٣٧٢٦ - لنا : أن الإمام يلزمه فرض بمشاركتها عقيب المشاركة ، وهو التقدم عليها وتأخرها إن تقدمت ، فلم يجز أن يحصل [٣] المشاركة منه إلا بالنية ، أصله : المؤتم إذا دخل في صلاة الإمام لما لزمه فرض عقيب الدخول لم يصح مشاركته إلا بالنية .

٣٧٢٧ - فإن نازعونا [٤] في الوصف دللنا عليه بقوله عليه السلام : « أخروهن من حيث أخرهن الله عز وجل » [٥] .

ولا يلزم على هذا دخول الإمام مع المؤتم في الجمعة أنه لايفتقر [٦] إلى نية الإمام كان يلزمه فرضها ؛ لأنه يجب عليه نية الجمعة ، وذلك نية للاجتماع [٧] . ولا يلزم القارئ إذا دخل في صلاة الأمي ؛ لأن على قول أبي حازم لا يصح دخوله ؛ لأن الإمام يفسد [٨]

(١) وقال السرخسي في المبسوط : والقياس ما قاله زفر ، فإن الرجل صالح لإمامة الرجال والنساء جميعًا ، ثم اقتداء الرجال بالرجل صحيح وإن لم ينو الإمامة فكذلك اقتداء النساء . راجع : الأصل (١٩١/١) ، المبسوط (١٨٥/١) ، بدائع الصنائع (١٢٨/١ ، ١٤٠) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية باب الإمامة (٣٦٢/١ ، ٣٦٣) ، البناية باب الإمامة (٤١٥/٢) ، حاشية ابن عابدين (٤٠٤/١) .

(٢) في (م) : [يدخل] . راجع : الوسيط (٧١٠/٢) ، حلية العلماء (١٨١/٢) ، المجموع باب صلاة الجماعة (٢٠٢/٤ ، ٢٠٣) . وقال مالك وأصحابه - مثل قول الشافعية - : تجب نية المأمومية ولا تجب نية الإمامية إلا في الجمعة . راجع : قوانين الأحكام الشرعية ص ٥٨ ، شرح الزرقاني (١٩/٢) . وقال أحمد وأصحابه : نية الإمامة شرط لصحة صلاة المقتدي . راجع : الإفصاح باب من أحق بالإمامة (١٥٣/١) ، الكافي لابن قدامة باب الجماعة (١٧٦/١) ، المغني باب الإمامة (٢٣١/٢ - ٢٣٢) .

(٣) في (ع) : [أن تحصل] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [نازعوا] .

(٥) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٤٩) .

(٦) في (م) : [لا يقتصر] .

(٧) في (ن) : [للإجماع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [مفسد] ، وفي (ن) : [تفسد] .

صلاته ، وعلى قول أبي الحسن [١] لا يلزمه فرض عقيب الدخول ، وإنما [٢] يلزمه فرضان [٣] في حال القراءة . ولأن الإمام والمؤتم يشتركان في الصلاة فإذن جاز أن يشترط نية الإمام .

٣٧٢٨ - احتجوا : بأن من صح ائتمامه إذا نوى إمامته صح وإن لم ينو ، كالرجل .

٤٥/ب ٣٧٢٩ - والجواب : أن الرجل لا يلزم / الإمام فرضًا بائتمامه ؛ فلذلك [٤] لا يحتاج إلى النية ، والمرأة تلزم [٥] الإمام بالمشاركة فرضًا . ولأن الإمام يلحقه فساد من جهتها ، وهو أن تتقدم فتحاذيه [٦] ، فلم يصح أن يلزمه حكم الفساد إلا بنيته ، وليس كذلك الرجل ؛ لأنه لا يلحق الإمام الفساد من جهته في هذه الصلاة التي شاركه فيها .

٣٧٣٠ - قالوا : قال الشافعي : لو نوى إمامة عشرة صح أن يدخل غيرهم وإن لم ينو .

٣٧٣١ - قلنا : إذا نوى إمامة عشرة من النساء لم يختلف الحكم فيما زاد عليهم ؛ لأنه التزم الفرض الذي هو التقدم وحصل بحيث يلحقه الفساد من جهة مؤتمه ، فلا يعتبر منه الأعداد والأشخاص .

* * *

---

(١) هو عبيد الله الكرخي ، تقدمت ترجمته في مسألة (١٠١) ، ومسألة (١٢٨) .

(٢) في (ن) : [إنما] بدون العطف .

(٣) في سائر النسخ : [فرضين] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(٥) في (ص) ، (م) : [يلزم] .

(٦) في (م) ، (ن) : [يتقدم] ، وفي (م) : [فيحاذيه] .

مسألة ٢١١

أقل مدة السفر ثلاثة أيام ولياليها بسير الإبل ومشي الأقدام

٣٧٣٢ - قال أصحابنا : أقل (١) مدة السفر ثلاثة أيام ولياليها بسير الإبل ومشي الأقدام (٢) .

٣٧٣٣ - وقال الشافعي : يقصر فيما كان مسيرة ليلتين قاصرتين ، وذلك ستة وأربعون ميلا بالهاشمي .

٣٧٣٤ - وقال في القديم : يقصر فيما جاوز الأربعين ميلا .

٣٧٣٥ - وقال أصحاب المذهب : إن السفر الطويل أربع (٣) برد ، كل برد : أربع (٤) فراسخ ، كل فرسخ : ثلاثة أميال (٥) .

٣٧٣٦ - لنا : قوله ﷺ : « يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليها (٦) والمقيم يوما وليلة » (٧) . وهذا بيان لرخص المسافرين ، ومن حكم البيان أن يستغرق . فلو كان

(١) في (ن) : [أول] .

(٢) راجع : الأصل باب صلاة المسافر (٢٦٥/١) ، الحجة باب صلاة المسافر (١٦٦/١) ، مختصر الطحاوي ص٣٣ ، المبسوط (٢٣٥/١) ، تحفة الفقهاء (١٤٧/١ ، ١٤٨) ، بدائع الصنائع (٩٣/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٢٧/٢ ، ٢٨) ، حاشية ابن عابدين (٥٤٩/١) .

(٣ ، ٤) هكذا في سائر النسخ ، ولعل الأنسب : [أربعة] .

(٥) راجع : الأم باب صلاة المسافر (١٨٢/١ ، ١٨٣) ، مختصر المزني ص٢٤ ، الوسيط (٧٢٠/٢) ، حلية العلماء (١٩٢/٢ ، ١٩٣) ، المهذب (١٠٢/١) ، المجموع مع المهذب (٣٢٢/٤ - ٣٢٥) . راجع : المدونة في قصر الصلاة للمسافر (١١٤/١) ، الرسالة الفقهية ص١٣٩ ، المنتقى (٢٦٢/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٤٤/١) ، بداية المجتهد (١٧١/١) ، المقدمات الممهدات (٢١٢/١ ، ٢١٣) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٨٢ . راجع : الإفصاح (١٥٦/١) ، الكافي لابن قدامة (١٩٦/١) ، المغني (٢٥٥/٢ - ٢٥٨) .

(٦) في (ن) : [ولياليهن أو لياليها] .

(٧) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٦١) ، وفي مسألة (٦٢) ، وفي مسألة (٦٩) . أخرجه الدارقطني من طريق أبي الأشعث عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه (١٩٤/١) ، ومن وجه آخر أخرجه أحمد في المسند (٩٦/١) ، والطيالسي في المسند ص١٥ الحديث (٩٣) ، وعبد الرزاق في المصنف (٢٠٣/١) الحديث (٧٨٩ ، ٧٩٠) ، وأبو داود (٤٥/١) ، والنسائي (١٨٣/١) ، والبيهقي في الكبرى (٢٧٥/١) ، وابن الجارود في المنتقى من وجه عبد الرحمن في باب المسح على الخفين ص٣٢ ، ٣٣ الحديث (٨٦ ، ٨٧) .

السفر يثبت فيما دون ذلك كان الخبر بيانًا لبعض المسافرين [١] ، وهذا لا يصح . ولأن الألف واللام للجنس ، فظاهر [٢] هذا يقتضي أن جميع المسافرين يكون يمسح ثلاثة أيام .

٣٧٣٧ - ولا يقال : إن من سافر يومين يمكنه أن يستوفي [٣] المسح بأن يقطع المسافة [٤] في ثلاثة أيام ؛ لأن إطلاق السفر يقتضي السير [٥] المعتاد ، وهو بيان المسافة التي [يتكرر لها] [٦] سير معتاد [٧] لم يمكنه استيفاء الرخصة فيها .

٣٧٣٨ - ويدل عليه ما روي أن [٨] النبي ﷺ قال : « لا يحل لامرأة [٩] تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر ثلاثة أيام إلا مع محرم أو زوج » [١٠] . ولو كان ما دون الثلاث سفرًا لم يكن لتخصيص الثلاثة معنى .

٣٧٣٩ - قالوا : روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا تسافر المرأة يوما إلا مع ذي محرم » [١١] .

٣٧٤٠ - والجواب : أن هذا لا يعارض خبرنا ؛ لأنا نجمع بينهما فنقول : لا تسافر يوما قاصدة مسيرة ثلاثة أيام إلا مع محرم ، فنكون [١٢] قد [علقنا بكل واحد] [١٣] منهما فائدة . ومتى جعل اليوم مدة السفر بطل تعلق [١٤] الحكم بالثلاثة [١٥] وتخصيصه بها . ولأنها مدة لا يمكن استيفاء رخصة مسح المسافر فيها ، فلا تكون [١٦] مدة لأقل السفر ، كما دون اليوم .

٣٧٤١ - [ولا يقال : إنا نعتبر المسافة دون المدة ؛ لأن قولنا : مدة] [١٧] يعني أن

---

(١) لفظ : [المسافرين] ساقط من (ع) .
(٢) في (ن) : [وظاهر] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يستوي في] .
(٤) في (ن) : [المسافر] .
(٥) في (ص) : [السفر] .
(٦) في غير (ص) : [يذكرونها] .
(٧) في (ن) : [سيرا معتادا] .
(٨) في (م) ، (ع) : [عن] .
(٩) لفظ : [لامرأة] ساقط من (م) ، (ع) .
(١٠) هذا الحديث أخرجه مسلم في الصحيح من حديث ابن عمر (٥٦٢/١) ، والبخاري في الصحيح بمعناه ، في كتاب الكسوف (١٩٢/١) ، وأبو داود في كتاب المناسك (٤٣٧/١) ، والطحاوي في المعاني (١١٣/٢) ، كما أخرجه مسلم وابن ماجه (٩٦٨/٢) الحديث (٢٨٩٨) ، والطحاوي (١١٤/٢) .
(١١) حديث أبي هريرة أخرجه البخاري ومسلم في الصحيح بمعناه ، في كتاب الكسوف (١٩٢/١) ، وابن ماجه (٩٦٨/٢) الحديث (٢٨٩٨) ، والطحاوي (١١٤/٢) .
(١٢) في (م) : [فيكون] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [عملنا بكل واحدة] .
(١٤) في غير (ص) : [تعليق] .
(١٥) في (ص) : [بالثلاث] .
(١٦) في غير (ص) : [يكون] .
(١٧) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مدة سير هذه المسافة في العادة لا يمكن استيفاء المسح فيها [١] . ولأن كل مسافة لو قطعها في معصية [٢] لم يترخص برخص السفر ، وكذلك في الطاعة ، كالمرحلة الواحدة .

٣٧٤٢ - ولأنها مسافة يجوز للمرأة الخروج إليها للحج من غير محرم أو زوج ، فلا تكون [٣] مدة لأقل السفر ، كالمرحلة .

٣٧٤٣ - ولأن ما يقدر [٤] به مدة الخيار لا يقدر به أدنى [مدة] [٥] السفر كاليوم ، الواحد . ولأنه معنى يؤثر في الصلاة والصوم ، فلا يقدر أقله بليلتين ، كالحيض . ولأن الحيض يشبه [٦] السفر ؛ بدلالة أن السفر يسقط الركعتين من الصلاة إلى غير بدل ويسقط الصوم إلى بدل ، كما يسقط الحيض الصلاة إلى غير بدل والصوم إلى بدل . ولأن كل حالة لا يجب فيها القصر وجب فيها الإتمام ، كالمسافة اليسيرة .

٣٧٤٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ ﴾ [٧] ، قالوا [٨] : والضارب هو السائر والماشي ، فظاهره [٩] يقتضي جواز القصر لكل [١٠] سائر إلا ما خصه دليل .

٣٧٤٥ - والجواب [١١] : أن إطلاق الضرب في الأرض يتناول [١٢] السفر الطويل ؛ ألا ترى أنه يقال [١٣] لمن سافر أياما : هذا ضارب في الأرض . ومن حكم اللفظ أن [١٤] يحمل على إطلاقه . ولأن المذكور في الآية القصر في صفة الصلاة الذي [١٥] من شرطه الخوف ؛ بدلالة [١٦] أن قصر الركعات لا يقف على الخوف ، وقصر الأفعال يقف عليه ،

---

(١) في غير (ع) : [فيه] .
(٢) في (م) ، (ع) : [معصيته] .
(٣) في (م) ، (ع) : [فلا يكون] .
(٤) في (ن) : [ما يعد] .
(٥) ساقط من غير (ص) .
(٦) في (م) ، (ع) : [شبه] .
(٧) سورة النساء : الآية ١٠١ .
(٨) لفظ : [قالوا] ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك ساقط من صلب (ص) ، (ن) واستدركه المصنف في الهامش .
(٩) في (ن) : [الساتر والماشي وظاهره] ، وفي (م) : [أو الماشي] .
(١٠) في (م) : [بكل] .
(١١) في (م) ، (ن) : [الجواب] بدون العطف .
(١٢) في (ص) ، (م) : [يناول] .
(١٣) في (ن) : [قال] .
(١٤) في (ع) : [أنه] .
(١٥) في (م) ، (ع) : [التي] .
(١٦) في (ن) : [بدلالنا] .

فلم يكن في الآية دليل .

٣٧٤٦ - ولا يقال : [روي] (١) أن يعلى بن أمية قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه (٢) : ما لنا نقصر الصلاة وقد أمنّا (٣) ، فدل على أنه فهم من (٤) الآية قصر الركعات الذي يثبت (٥) من غير خوف ؛ لأنه (٦) يجوز أن يكون سأل عمر عن قصر الأفعال على الراحلة من غير خوف ، فلا يدل على ما قالوه .

٣٧٤٧ - قالوا : روى مجاهد وعطاء بن أبي رباح عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « يا أهل مكة ، لا تقصروا في أدنى من أربعة [برد ، من] (٧) مكة إلى عسفان » (٨) ، فدل على جواز القصر في الأربعة .

٣٧٤٨ - والجواب : أن هذا الخبر ذكره الدارقطني ، ورواه عبد الوهاب بن مجاهد عن أبيه عن عطاء بن أبي رباح ، قال الدارقطني : عبد الوهاب بن مجاهد ليس بالقوي ، ولم يرفعه غيره ، وقال : والمحفوظ أنه عن ابن عباس (٩) . وقال البستي : عبد الوهاب ابن مجاهد كان يروي عن أبيه ولم يره (١٠) ويجيب في كل ما يسأل عنه وإن لم يحفظ ، [فاستحق الترك] (١١) ، وكان الثوري يرميه بالكذب ، وقال يحيى بن معين :

---

(١) الزيادة من (ن) . (٢) قوله : [رضي الله عنه] ساقط من (ن) .

(٣) لفظ : [الصلاة] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، وفي (م) : [واقد] مكان : [وقد] . حديث يعلى بن أمية أخرجه مسلم في الصحيح ، من طريق عبد الله بن إدريس في كتاب المساجد (٢٧٧/١) ، وأبو داود ، في باب صلاة المسافر (٣٠١/١) ، والنسائي (١١٦/٣ ، ١١٧) ، وابن ماجه (٣٣٩/١) الحديث (١٠٦٥) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٣٦/٢) ، وأحمد في المسند (٢٥/١ ، ٣٦) . وقال الترمذي : هذا حديث صحيح .راجع تخريجه في نصب الراية باب صلاة المسافر (١٩٠/٢) .

(٤) حرف : [من] ساقط من (ن) . (٥) في (م) ، (ع) : [التي ثبتت] .

(٦) في (ن) : [ولأنه] بالعطف . (٧) في (ع) : [بردن] .

(٨) هذا الحديث أخرجه الدارقطني من طريق إسماعيل بن عياش عن عبد الوهاب في باب قدر المسافة التي تقصر في مثلها صلاة وقدر المدة (٣٨٧/١) . ورواه الشافعي في المسند عن ابن عيينة في الباب السابع عشر في صلاة الخوف (١٨٣/١ - ١٨٥) الأحاديث (٥٢٤ ، ٥٢٥ ، ٥٢٦) ، قال البيهقي في الكبرى بعد أن أخرجه بسند الدارقطني : وهذا حديث ضعيف ، وعبد الوهاب بن مجاهد ضعيف بمرة . راجع الحديث من طريق ابن عياش مرفوعا في الكبرى (١٣٧/٣) . قال الهيثمي بعد أن سرد الحديث مرفوعًا : رواه الطبراني في الكبير من رواية ابن مجاهد ولم أعرفه ، وبقية رجاله ثقات في مجمع الزوائد (١٥٧/٢) .

(٩) سكت عنه الدارقطني ، لعله ضعفه في مكان آخر .

(١٠) قوله : [ولم يره] ساقط من (ع) . (١١) الزيادة من كتاب المجروحين للبستي .

ليس بشيء ، وقال أحمد : هو ضعيف جدًّا [١] . ورواه [٢] عن عبد الوهاب بن [٣] مجاهد إسماعيل بن عياش [٤] ، وقد أجمعوا على ضعفه فيما يرويه عن الشاميين ، وعبد الوهاب منكر . ثم الخبر لا دلالة فيه ؛ لأنه يدل على أنه لا يقصر فيما دون هذه المسافة ، وحكمها موقوف على الدليل .

٣٧٤٩ - [قالوا : مسافة تجمع عدد مراحل فجاز القصر فيها ، كالثلاث .

٣٧٥٠ - قلنا : اعتبار المراحل لا معنى له] ؛ لأن [٥] الأحكام المؤثرة في العبادات إنما تقدرت [٦] في الشريعة بالأزمان دون الأماكن ؛ بدلالة الحيض والإغماء على أصلنا ، والنفاس [٧] . ولأن أصلهم : إن كان ثلاثة مراحل فهو غير مسلم ؛ لأن عندنا إذا كانت تقطع في أقل من ثلاثة أيام سيرا معتادا لم يقصر فيها ، وإن كان على [٨] أصلهم ثلاثة أيام فقد لا تجمع المراحل بأن يكون طريقًا صعبًا على جبل أو عقبة ، ولا [٩] يمكن أن يسلك في ثلاثة أيام إلا مرحلة واحدة مراحل تستوفى [١٠] في ثلاثة أيام .

٣٧٥١ - قلنا : المعنى فيها أنها مسافة جمعت مراحل ، وليس كذلك في الفرع ؛ لأنها دون المراحل ، فصارت كمرحلة واحدة .

٣٧٥٢ - قالوا : القصر إنما جاز في السفر لأجل المشقة ، وذلك يوجد في المرحلتين ؛ لأن العادة أن الإنسان يغيب عن داره يومًا معتادًا ، فإذا زاد ذلك شق عليه .

٣٧٥٣ - قلنا : فعلى هذا يجب أن يقدر بأقل من مرحلتين ، وهذا خلاف قولكم . ولأن العادة أن المشقة تحصل بتكرار السفر [١١] والانتقال ، وذلك لا يكون إلا في الثلاثة .

---

(١) قال عبد اللّه بن أحمد بن حنبل في العلل : قال أبي : عبد الوهاب بن مجاهد ليس بشيء ، ضعيف الحديث . راجع نص البستي في كتابه المجروحين (١٤٦/٢) ، وراجع كتاب العلل ومعرفة الرجال (١٦٦/٢) ترجمة (١١٣٤) ، والكامل (٢٩٤/٥) ترجمة (١٤٣٣/٤٦٥) .

(٢) في (ن) : [وراويه] مكان المثبت.

(٣) في (م) : [أن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [عباس] .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش وفي (ع) : [من] ، مكان : [لأن] .

(٦) في (م) : تعذرت .

(٧) في (م) ، (ع) : [والقياس] .

(٨) حرف الجر ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (ن) : [فلا] .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يستوفى] .

(١١) في (م) : [يحصل] ، وفي (ن) : [الشق] مكان : [السفر] .

٣٧٥٤ - قالوا : معنى له تأثير في إسقاط الصلاة ، فوجب أن يقصر أقله عن الثلاث ، كالجنون والإغماء والنفاس .

٣٧٥٥ - قلنا : هذه المواضع لم يجعل [١] لأقلها قدر حتى يقع الكلام فيه ، وقد جعل لأقل السفر قدر ، فلم يصح أن يوجد حكم المقدر في التقدير عن غير المقدور . ونقلب هذه العلة فنقول : ولا نقدر [٢] أقله بليلتين ، كأقل النفاس والجنون .

* * *

(١) في (ع) : [لم تجعل] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ولا يقدر] .

مسألة ٢١٢

فرض المسافر ركعتان

٣٧٥٦ - قال أصحابنا : فرض المسافر ركعتان [١] .

٣٧٥٧ - وقال الشافعي : هو مخير : إن شاء صلى صلاة السفر فكانت رخصة ، وإن شاء صلى صلاة الإقامة [٢] .

٣٧٥٨ - لنا : ما رواه مسروق عن عائشة قالت : أول ما فرضت الصلاة ركعتين ركعتين ، فلما قدم رسول الله ﷺ المدينة صلى إلى كل صلاة مثلها غير المغرب - فإنها [٣] وتر النهار - وصلاة الصبح أقرها [٤] ، وكان إذا سافر عاد إلى صلاته الأولى » [٥] . وهذا ينفي أن تكون [٦] رخصة ، وروي أنها قالت : فزيد [٧] في صلاة الحضر وأقرت صلاة السفر على ما كانت عليه [٨] .

---

(١) قال الطحاوي في مختصره : والتقصير واجب على المسافر فيما يقصر من الصلوات ، راجع : كتاب الأصل (٢٧٠/١) ، مختصر الطحاوي ص٣٣ ، المبسوط (١٣٩/١ ، ١٤٠) ، تحفة الفقهاء (١٤٩/١) ، بدائع الصنائع (٩١/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٣١/٢ ، ٣٢) ، البناية باب صلاة المسافر (١٠/٣ - ١٦) ، حاشية ابن عابدين (٥٥٠/١) .

(٢) قال الإمام الشافعي في الأم : والقصر في السفر بلا خوف سنة ، والكتاب يدل على أن القصر في السفر بلا خوف رخصة من الله ﷻ ، لا أن حتما عليهم أن يقصروا كما كان ذلك في الخوف والسفر . راجع : الأم (١٧٩/١) ، مختصر المزني ص ٢٤ ، ٢٥ ، حلية العلماء (١٩٤/٢) ، المهذب (١٠٢/١) ، المجموع مع المهذب (٣٣٤/٤ - ٣٤٣) . اختلف قول الإمام مالك في حكم القصر في السفر : فروى أشهب عنه أنه فرض . راجع : المدونة (١١٤/١ - ١١٦) ، المنتقى (٢٦٠/١) ، الرسالة الفقهية ص١٣٩ ، الكافي لابن عبد البر (٢٤٤/١) ، بداية المجتهد (١٧٠/١) ، المقدمات الممهدات (٢٠٨/١ - ٢١٢) . قال أحمد وأصحابه في المشهور عنه مثل قول الشافعي : إن القصر في السفر رخصة المسافر ، فهو مخير في القصر والإتمام . راجع : الإفصاح (١٥٦/١) ، الكافي لابن قدامة (١٩٩/١ ، ٢٠٠) ، المغني (٢٦٧/٢ - ٢٦٩) .

(٣) في (م) ، (ن) : [كأنها] .

(٤) في (م) ، (ع) : [قرها] ، وفي (ن) : [قرأها] ، وفي معاني الآثار : [لطول قراءتها] مكان : [أقرها] .

(٥) حديث عائشة أخرجه الطحاوي في المعاني باب صلاة المسافر (٤١٥/١) ، والبيهقي في الكبرى في آخر باب عدد ركعات الصلوات الخمس (٣٦٣/١) .

(٦) في (ع) : [أن يكون] .

(٧) في (م) : [مزيد] .

(٨) هذا الحديث أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الكسوف باب يقصر إذا خرج من موضعه (١٩٢/١) ، ومسلم في الصحيح في باب صلاة المسافرين وقصرها (٢٧٧/١) ، وأبو داود في السنن باب صلاة المسافر =

٣٧٥٩ - وروى مجاهد عن ابن عباس قال : فرض الله ﷻ على لسان نبيكم في الحضر أربعًا وفي السفر ركعتين [١] .

٣٧٦٠ - ولا يقال : هذا يدل على أن فرض السفر ركعتان [٢] ولا ينفي الزيادة ، وعندنا أنه إذا صلى أربعًا فلم يصل فرض السفر ؛ وذلك لأن الخبر يقتضي كون الركعتين فرضًا ، وعندهم أنه رخصة ، وهذا يدل على أنه لا يجوز الزيادة عليه ؛ لأن الفرائض المعدودة لا يجوز الزيادة عليها .

٣٧٦١ - وروى عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عمر قال : صلاة الأضحى [٣] ركعتان ، والجمعة ركعتان ، وصلاة [٤] السفر ركعتان تمام غير قصر على لسان نبيكم [٥] . وعن ابن عمر أنه قال : صلاة السفر ركعتان ، من خالف السنة كفر [٦] . وهذا نص من جهة النبي ﷺ ؛ لولا ذلك [٧] لم يذكر الوعيد . ويدل عليه ما روي أن فتى سأل عمران بن الحصين عن صلاة رسول الله ﷺ [٨] في السفر ، فقال : إن هذا الفتى سألني عن صلاة رسول الله ﷺ [٩] في السفر ، فاحفظوها علي : ما سافر رسول الله ﷺ [١٠] سفرًا إلا صلى ركعتين حتى يرجع / ، فإنه أقام بمكة زمن الفتح ثمان عشرة يصلي ركعتين ثم يقول : « يا أهل مكة ، قوموا فصلوا ركعتين أخريين [١١] فإنا ٤٦/أ

= (٣٠١/١) ، والبيهقي في الكبرى في آخر باب عدد ركعات الصلوات الخمس (٣٦٢/١) .

(١) أخرجه مسلم في الصحيح باب في صلاة المسافرين وقصرها (٢٧٧/١ ، ٢٨٨) ، والنسائي في كتاب صلاة الخوف (١٦٩/٣) ، وابن ماجه باختلاف يسير في باب تقصير الصلاة في السفر (٣٣٩/١) الحديث (١٠٦٨) ، وابن خزيمة في صحيحه (٢٩٤/٢) ، والبيهقي في الكبرى (١٣٥/٣) ، وأحمد في المسند (٣٥٥/١) .

(٢) في (ن) : [ركعتين] .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الضحى] .

(٤) لفظ : [صلاة] ساقط من (ن) .

(٥) حديث عمر ﷺ أخرجه النسائي في كتاب الجمعة (١١١/٣) ، والطحاوي في المعاني باب تقصير صلاة السفر (٣٣٨/١) الحديث (١٠٦٤) ، وعبد الرزاق في المصنف باب الصلاة في السفر (٥١٩/٢) الحديث (٤٢٧٨) .

(٦) حديث ابن عمر أخرجه البيهقي في الكبرى في باب كراهية ترك التقصير والمسح على الخفين (١٤٠/٣) ، والطحاوي في المعاني باب تقصير الصلاة في السفر (٤٢٢/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [هذا] .

(٨) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٩) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(١٠) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(١١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [أخراوين] .

قوم سفر » ، ثم غزا حنين (١) والطائف فصلى ركعتين ركعتين ، ثم رجع إلى (٢) الجعرانة فاعتمر منها في ذي القعدة فصلى ركعتين ، ثم غزوت مع أبي بكر واعتمرت (٣) مع عمر فصلى ركعتين ، [ومع عثمان صدرًا من إمارته فصلى ركعتين] (٤) ، ثم إن عثمان صلى [بعد ذلك] (٥) أربعًا بمنى (٦) ، فلو كان يخير في حال السفر لفعل النبي ﷺ كل واحد من الأمرين .

٣٧٦٢ – ولأنه قال : « أتموا فإنا قوم سفر » (٧) ولم يقل فإنا لا نريد الإتمام (٨) . ويدل عليه إجماع الصحابة ، وهو ما روي أن عثمان ﷺ صلى بمنى أربعًا فأنكروا عليه ، وقالوا : صلينا مع النبي ﷺ وأبي بكر وعمر ركعتين ركعتين (٩) .

٣٧٦٣ – وروي عن الزهري أنه قال : إنما أتم عثمان لأنه كان نوى (١٠) الإقامة بمكة بعد الحج (١١) وعنه أنه قال : إنما أتم لأنه قال : إنما يقصر من (١٢) حمل الزاد والمزاد ورحل وارتحل (١٣) . ولم ينقل أن عثمان قال : إنما أتممت لأني لم أنو القصر ، أو : إني (١٤) مخير بين الأمرين .

---

(١) في (ص) ، (من) : [حنين] .

(٢) حرف الجر ساقط من (ن) .

(٣) في (ن) : [وعمرت] .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) ساقط من (ص) .

(٦) هذا الحديث أخرجه الطحاوي في المعاني باب صلاة المسافر (٤١٧/١) ، والطيالسي في المسند (ص١١٥) الحديث (٨٥٨) ، والبيهقي في الكبرى باب رخصة القصر في كل سفر (١٣٥/٣) .

(٧) في (ن) : [سفرا] .

(٨) في هذا الموضوع في (ص) ، (م) ، (ع) زيادة : [ويدل عليه الإتمام] ، وليس في (ن) ، والأوفق حذفه .

(٩) هذا الحديث أخرجه البخاري في الصحيح من حديث عبد الرحمن بن يزيد في كتاب الكسوف (١٩١/١ ، ١٩٢) ، ونحوه مسلم في الصحيح في باب قصر الصلاة بمنى (٢٨٠/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب ترك القصر في السفر غير رغبة عن السنة (١٤٣/٣) ، والطحاوي في المعاني في باب صلاة المسافر (٤١٦/١) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ينوي] .

(١١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف بعد أن روى حديث ابن عمر عن معمر في باب الصلاة في السفر (٥١٦/٢) الحديث (٤٢٦٨) وأخرجه الطحاوي من طريق عبد الرزاق في المعاني باب صلاة المسافر (٤٢٥/١) .

(١٢) في (ن) : [عن] .

(١٣) في (ن) : [ولم يحل] . أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ في المعاني في باب صلاة المسافر (٤٢٦/١) (٥٢٠/٢ ، ٥٢١) الحديث (٤٢٨٤) .

(١٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وأني] .

٣٧٦٤ - ولا يجوز أن يقال : كيف يظن بعثمان أنه [1] يصلي أربعًا والفرض ركعتان [2] لئلا يظن الناس أن الفصل ركعتان [3] ؛ وذلك لأنه يجوز أن يكون لما خاف ذلك [4] نوى الإقامة ليجوز له فعل الأربعة على طريق البيان .

٣٧٦٥ - ولا يقال : روي أن ابن مسعود أنكر عليه ، ثم قام فصلى بهم أربعًا ، فقيل له في ذلك ؛ فقال : الخلاف شر [5] ؛ وذلك لأن ابن [6] مسعود من جملة الجند ، فحمل أمر عثمان على أنه نوى الإقامة بمكة كما قال الزهري ، فصار مقيمًا بإقامة إمامه ، وهذا معنى قوله : الخلاف شر ، أي : لا يجوز مخالفة الإمام في النية .

٣٧٦٦ - ولا يقال : إنما أنكروا عليه ترك المستحب ؛ لأن [7] ترك الفضيلة لا يستحق به الإنكار . وروي أن سعد بن أبي وقاص والمسور بن مخرمة وعبد الرحمن بن عبد يغوث كانوا في سفر فكان سعد يقصر ويفطر [8] وكانا [9] يتمان ، فقيل لسعد : نراك [10] تقصر الصلاة ويتمان ، فقال سعد : نحن أعلم [11] . وروي أن سلمان خرج في ثلاثة عشر من أصحاب رسول الله ﷺ ، وكان سلمان أسنهم ، فحضرت الصلاة ، فقالوا : تقدم ، فقال : ما أنا بالذي أتقدم ، أنتم العرب ، ومنكم النبي ، فليتقدم بعضكم ، فتقدم بعض القوم ، فصلى أربعا ، فلما قضى الصلاة قال سلمان : ما لنا وما للمربعة ، إنما يكفينا نصفها [12] ، قال الطحاوي : ولا يجوز أن يعترض على

---

(١) في (ع) : [أن] .
(٢) في (ص) ، (ن) : [ركعتين] .
(٣) في (ن) : [ركعتين] .
(٤) في (ن) : [وذلك] بالعطف .
(٥) حديث ابن مسعود أخرجه البيهقي في الكبرى باب ترك القصر في السفر غير رغبة عن السنة (٣/ ١٤٣، ١٤٤) ، وعبد الرزاق في المصنف باب الصلاة في السفر (٥١٦/٢) الحديث (٤٢٦٩) .
(٦) في (م) : [لابن] ، مكان : [لأن ابن] . (٧) لفظ : [لأن] ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (ن) : [يفطر ويقصر] بالتقديم والتأخير . (٩) في (م) : [فكانا] .
(١٠) في (ص) ، (م) ، (ع) : [كنا نراك] بزيادة : [كنا] .
(١١) هذا الأثر أخرجه الطحاوي من طريق عبد الله بن محمد بن أسماء ، عن جويرية في المعاني ، في باب صلاة المسافر (٤٢٠/١) وأخرجه البيهقي في الكبرى ، من طريق عبد العزيز بن عمران ، عن ابن وهب في آخر باب من قال يقصر أبدًا ما لم يجمع مكثا (١٥٣/٣) .
(١٢) هذا الأثر أخرجه الطحاوي من حديث أبي ليلى الكندي بهذا اللفظ في المعاني باب صلاة المسافر (٤١٩/١) ، وأخرجه ابن أبي شيبة في كتاب صلاة التطوع في ما كان يقصر الصلاة (٣٣٦/٢) الحديث (٥) ، وعبد الرزاق في المصنف باب الصلاة في السفر (٥٢٠/٢) الحديث (٤٢٨٣) ، والبيهقي في الكبرى باب من ترك القصر في السفر رغبة عن السنة (١٤٤/٣) ، وفي مجمع الزوائد باب صلاة السفر (١٥٥/٢ ، ١٥٦) .

الإجماع بفعل هذا الإمام ، ولا بما روي عن مسور وعبد الرحمن ؛ لأن من روى عنه الإنكار يدل قوله على أن الإتمام لا يجوز ، ومن روى عنه الإتمام بفعله يحتمل إما أن يكون يعتقد أن القصر لا يجوز إلا في سفره القربة [١] ، وقد حكي ذلك عن [٢] ابن مسعود ، أو يعتقد أن المسافة لا يقصر في مثلها ، أو يعتقد أن المسافر إذا دخل بلدًا [٣] أتم ، كما روي عن عثمان أنه قال : إنما يقصر من رحل وارتحل . ولا يعترض على ذلك بما روي أن عائشة كانت تتم في السفر ؛ لأنه روي عنها أنها قالت : أنا أم [٤] المؤمنين فأين حللت فهو داري [٥] . ولأنه عدد من الركعات يجوز له تركه منفردًا فلم يكن واجبًا ، كعدد النفل .

٣٧٦٧ – ولا يلزم العبد والمرأة إذا حضرا [٦] ؛ لأنه لا يجوز لهم ترك عدد الظهر مع الانفراد . ولأنه عدد يجوز أن يقتصر عليه المنفرد ، كصلاة الفجر .

٣٧٦٨ – ولا يقال : المعنى في صلاة الفجر أنه لا يتغير عددها بنية الإقامة [ولا بالاقتداء] [٧] بالمقيم ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأن عددها لما جاز أن يتغير بالنية والاقتداء [لم يكن أصل فرضه ؛ لأن معارضة الأصل تبطل على أصلنا بالجمعة ؛ لأنها لا تتعين بالاقتداء] [٨] وليست أصل الفرض عندهم . ولأن من لا يخير في صلاة الفجر لم يخير في عدد الظهر ، كالمقيم [٩] .

٣٧٦٩ – ولأنها إحدى حالتي المصلي ، فلم يخير فيها بين أعداد الركعات ، كحال الإقامة ولا نقلب [١٠] العلة ؛ لأنهم إن قالوا : فجاز أن يصلي أربعًا ، قلنا بموجبه إذا

---

(١) أخرجه الطحاوي في المعاني باب صلاة المسافر (٤٢٠/١ ، ٤٢١) .

(٢) حرف : [عن] ساقط من (م) .
(٣) في (ن) : [بدرا] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يا أم] .

(٥) الحديث الأول عن عائشة أخرجه البخاري في الصحيح باب يقصر إذا خرج من موضعه (١٩٢/١) ، ومسلم في الصحيح في باب صلاة المسافرين وقصرها (٢٧٧/١) ، والترمذي معلقا في باب ما جاء في التقصير في السفر (٤٣٠/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب من ترك القصر في السفر غير رغبة في السنة (١٤٣/٣) ، والطحاوي في المعاني باب صلاة المسافر (٤٢٧/١) ، والشافعي في المسند (١٨١/١ ، ١٨٢) الحديث (٥١٧) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب من أتم في السفر (٥٦١/٢) الحديث (٤٤٦٢) . وأما الحديث الثاني عن عائشة فأخرجه الطحاوي معلقا في المعاني باب صلاة المسافر (٤٢٧/١ ، ٤٢٨) .

(٦) لفظ : [حضرا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [ولأن لا نبدأ] .
(٨) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (ن) : [المتيمم] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ولا يقلب] .

اقتدى بمقيم ، فإن قالوا : فوجب أن يصلي أربعًا ، انتقض بالصبي .

٣٧٧٠ - ولأن ما يكره الزيادة عليه من الأعداد [1] لا يكون الزيادة عليه فرضًا ، كالفجر والجمعة . ولأنها صلاة شفع فجاز أن يجب إسقاط فرضها بركعتين ، كالظهر في يوم الجمعة والفجر .

٣٧٧١ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ ﴾ [2] ، ورفع الجناح في الشيء يدل على إباحته ، لا على وجوبه .

٣٧٧٢ - والجواب : أن هذه الآية لا تتضمن [3] صلاة السفر ، إنما تتضمن [4] صلاة الخوف ، والقصر إنما عني به القصر في أفعالها بالإيماء وترك بعض الشرائط ، الدليل على ذلك أنه شرط فيه الخوف ، وفعل الركعتين لا يشترط [5] فيه الخوف .

٣٧٧٣ - ولا يقال إنه شرط [6] فيه الضرب في الأرض ، وصلاة الخوف لا يشترط [7] فيها السفر ؛ لأن الغالب أن الخوف يكون مع السفر ، فخرج الكلام على الغالب .

٣٧٧٤ - ولا يقال : إن يعلى بن أمية [8] قال لعمر بن الخطاب : ذكر اللّٰه تعالى القصر في الخوف فأين القصر في غير الخوف ، فقال : عجبتُ مما عجبتَ منه فسألت النبي ﷺ فقال : « صدقة تصدق اللّٰه بها عليكم فاقبلوا صدقته » [9] . ففهما جميعًا أن المراد بالآية السفر ؛ وذلك أن يعلى بن أمية [10] يجوز أن يكون اشتبه [11] عليه فعل الصلاة على الراحلة نفلا في غير حالة [12] الخوف فسأل عمر عن ذلك وقال : لمَ يجوز [13] في غير الخوف ؟ . ويجوز أنه اعتقد أن القصر في الصفات إذا وقف على

---

(١) في (م) ، (ع) : [من الاعتداد] .

(٢) سورة النساء : الآية ١٠١ .

(٣) في (م) : [لا يتضمن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يتضمن] .

(٥) في (ن) : [لا شرط] .

(٦) في (ن) : [يشرط] .

(٧) في (ن) : [لا يشرط] .

(٨) في (ن) : [مية] .

(٩) تقدم تخريج حديث يعلى بن أمية في مسألة (٢١١) ، وأخرجه أبو داود باب صلاة المسافر (٣٠١/١) ، والدارمي في باب قصر الصلاة في السفر (٣٥٤/١) ، والبيهقي في الكبرى باب رخصة القصر في كل سفر (١٣٤/٣) ، والشافعي في المسند (١٨٠/١ ، ١٨١) الحديث (٥١٥ ، ٥١٦) ، وعبد الرزاق في المصنف باب الصلاة في السفر (٥١٧/٢) الحديث (٤٢٧٥) .

(١٠) في (ن) : [منية] .

(١١) في (م) ، (ع) : [اشبه] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [صلاة] .

(١٣) في (ن) : [لم تجز] ، وفي (م) ، (ع) : [يجز] .

شرط الخوف فقصر الركعات مثله ، فبين النبي [١] ﷺ أنهما يختلفان .

٣٧٧٥ - وقد روي أن أمية بن خالد قال لابن عمر : إنا نجد صلاة الخوف وصلاة الحضر في القرآن ، فأين صلاة السفر ؟ فقال ابن عمر : إنا نفعل كما رأينا رسول اللّٰه ﷺ يفعل [٢] ، فهذا يدل على أنهما لم يفهما من الآية [٣] صلاة السفر ، فعارض ذلك ما رووه .

٣٧٧٦ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال لعمر : « صدقة تصدق اللّٰه بها عليكم فاقبلوا صدقته » [٤] ، وقبول الصدقة في الشرع ليس بواجب ، وإنما المتصدق [٥] عليه بالخيار .

٣٧٧٧ - قلنا : « فاقبلوا صدقته » أمر ، والأمر يقتضي [٦] الوجوب ، وقولهم : إن قبول الصدقة ليس بواجب ، ليس بصحيح ؛ لأنه لا يمتنع أن لا يجب عليه قبول الصدقة من الآدمي ؛ لأن [٧] طاعتهم لا تجب ، ويجب عليه قبول صدقة اللّٰه تعالى [٨] ؛ لأن طاعته واجبة . ولأن الصدقة إنما يجب قبولها إذا كان فيها تمليك للمتصدق عليه ، فإن لم يكن فيها [٩] تمليك وجبت ولم يحتج إلى القبول ، كالعفو عن دم العمد والعتق [١٠] والبراءة من مال الكتابة .

٣٧٧٨ - قالوا : روت عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول اللّٰه ﷺ في السفر يصوم ويفطر ويتم ويقصر [١١] .

---

(١) في (ن) : [يبين أن النبي] ، وفي (م) : [فبين أن النبي] .

(٢) هذا الحديث أخرجه النسائي في كتاب تقصير الصلاة (١١٧/٣) ، وابن ماجه في باب تقصير الصلاة في السفر (٣٣٩/١) الحديث (١٠٦٨) ، والبيهقي في الكبرى في آخر باب رخصة القصر في كل سفر لا يكون معصية وإن كان المسافر آمنا (١٣٦/٣) ، ومالك في الموطأ ، بلفظ : إنا نجد صلاة الخوف وصلاة الحضر في القرآن ولا نجد صلاة السفر . في قصر الصلاة في السفر (١٢٤/١) ، وعبد الرزاق في المصنف (٥١٨/٢) الحديث (٤٢٧٦) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يفعلان من الآية] ، وفي (ن) : [لم يفهمان نص الآية] .

(٤) في (ص) ، (ن) : [فاقبلوا صدقته قوله] ، وفي (م) ، (ع) : [فاقبلوا قوله فاقبلوا صدقته] .

(٥) في (م) ، (ع) : [التصدق] .

(٦) في هامش (ص) من نسخة أخرى : [يفيد] .

(٧) في (ص) : [لأنهم] .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [صدقته تعالى] .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [هناك] .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [والعفو] .

(١١) حديث عائشة أخرجه ابن أبي شيبة من طريق المغيرة بن زياد ، عن عطاء ، عن عائشة في المصنف ، في : المسافر إن شاء صلى ركعتين وإن شاء أربعًا (٣٣٩/٢) ، والدارقطني في باب القبلة للصائم (١٨٩/٢) =

٣٧٧٩ - [والجواب [١] : أن هذا الخبر لا يصح ، وقد أنكره أحمد وغيره] [٢] . وقد روى جابر أن النبي ﷺ دخل مكة صبيحة يوم الرابع من ذي الحجة وخرج إلى مني يوم التروية وكان يقصر الصلاة [٣] ، فهذه إقامة أكثر من أربعة أيام .

٣٧٨٠ - ولا يقال : يجوز أن يكون لم ينو الإقامة ؛ لأن من دخل مكة للحج فلا بد أن ينوي الإقامة حتى يقضي حجه .

٣٧٨١ - وروى أبو حنيفة رحمه الله عن عمر بن ذر [٤] عن مجاهد عن ابن عباس وابن عمر أنهم قالوا : إذا دخلت بلدة وأنت مسافر وفي نيتك أن تقيم [٥] بها خمسة عشر يوما [٦] فأكمل الصلاة ، وإن كنت لا تدري متى تخرج صلى ركعتين [٧] ، والمقادير لا تعلم إلا من جهة التوقيف [٨] ، فكأنهما رويا ذلك عن النبي ﷺ .

٣٧٨٢ - قالوا : روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : ثلاثة عشر يوما [٩] ، وروى عن علي وابن عباس رضي الله عنهما [١٠] : عشرة أيام [١١] . وعن عثمان رضي الله عنه من أربعا [١٢] صلى أربعا [١٣] .

= الحديث (٤٥) والطحاوي في المعاني باب صلاة المسافر (٤١٥/١) ، والبيهقي في الكبرى باب من ترك القصر في السفر غير رغبة عن السنة (١٤١/٣) .

(١) في (م) ، (ع) : [فالجواب] .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ن) .

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح بمعناه في كتاب الكسوف باب كم أقام النبي ﷺ في صحبته (١٩٢/١ ، ٧٧/٢) ، والبيهقي في كتاب الصلاة في آخر باب من أجمع إقامة أربع أتم (٣٣٠/٣) الحديث (٤٨٥) .

(٤) في سائر النسخ : [در] .

(٥) في (م) : [أن يقيم] .

(٦) في (ص) ، (ن) : [ليلة] .

(٧) هذا الحديث رواه محمد عن أبي حنيفة ، عن حماد في كتاب الآثار باب الصلاة في السفر ص٣٨ ، الحديث (٨٨) .

(٨) في (م) ، (ع) : [التوفيق] ، وفي (ص) ، (ن) : [التوقف] ، الصواب ما أثبتناه .

(٩) حديث ابن عمر رواه والبيهقي في الكبرى في باب من قال يقصر أبدًا ما لم يجمع مكثًا (١٥٢/٣) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب الرجل يخرج في وقت الصلاة (٥٣٤/٢) ، الحديث (٤٣٤٢) ومالك في الموطأ (١٢٥/١) .

(١٠) قوله : [رضي الله عنهما] ساقط من (ن) ، وفي (ص) : [عنهم] ، مكان : [عنهما] .

(١١) حديث علي رواه الترمذي في باب ما جاء في كم تقصر الصلاة (٤٣٢/٢) ، وابن أبي شيبة عن وكيع في المصنف (٣٤٢/٢) .

(١٢) هكذا في سائر النسخ .

(١٣) رواه البيهقي من طريق مالك عن ابن المسيب (١٤٨/٣) ، ومالك في الموطأ في صلاة الإمام إذا أجمع مكثًا (١٢٥/١) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب الرجل يخرج في وقت الصلاة (٤٣٤٦) ، وابن أبي =

٣٧٨٣ - قلنا : نحمل أقوالهم على التوقيف [١] ، فكأنها أخبار رويت ، فالزائد منها أولى . ولأنه معنى يؤثر في الصلاة والصوم ، فلا يقدر أقله بأربعة أيام ، كالطهر [٢] . ولأن ما لا يجعل مدة للفصل بين الحيضتين [٣] لا يكون مدة للإقامة [٤] ، أصله : ما دون أربعة أيام . ولا معنى لقولهم : إن الطهر عندنا قد يكون أربعة أيام ؛ لأن الحامل [٥] تحيض وتطهر [من حيضتها] [٦] وتلد بعد أربعة أيام ، فيكون الأربعة طهرًا صحيحًا ، وكذلك إذا طهرت بعد النفاس أربعة أيام ثم رأت الدم كان حيضًا ؛ لأنهم لا يقدرون ذلك بأربعة أيام ، ولو كان يوما واحدا كان طهرا عندهم . ولأنها مدة يتكرر [٧] فيها رخصة مسح المسافر ، كما دون الأربعة . ولأنها مدة / يجوز الحيض [٨] فيها فلم يتقدر بها الإقامة ، كما دون الأربعة .

٤٦/ب

٣٧٨٤ - احتجوا : بما روي أن عمر بن عبد العزيز سأل جلساءه : ماذا سمعتم في مقام المهاجر بمكة ؟ فقال السائب بن يزيد : حدثني العلاء بن الحضرمي أن النبي ﷺ قال : « يمكث المهاجر بعد قضاء نسكه ثلاثا » [٩] ، فحرم عليهم المقام بمكة ، وقدر لهم ثلاثة أيام ، فلو كانت المدة خمسة عشر لم يقدر لهم الثلاثة ؛ لأنه أراد التخفيف عليهم ، فكان زيادة المدة أخف .

٣٧٨٥ - والجواب [١٠] : أن النبي ﷺ منعهم من المقام لئلا يتذكروا ديارهم فيتركوا

= شيبة في المصنف في من قال إذا أجمع على إقامة خمس عشر أتم (٣٤٣/٢) ، (٤٣٣/٢) قال البيهقي بعدما نقل استدلال الشافعي بورود حديث عن عثمان في الإتمام إذا نوى الإقامة أربعًا : أما حديث عثمان ﷺ فلم أجد إسناده .

(١) في (م) ، (ع) : [التوفيق] وفي (ن) : [التوقف] .

(٢) في (ص) : [كالظهر] بالظاء المعجمة .   (٣) في (ن) : [الخصمتين] .

(٤) في (م) ، (ع) : [للأمة] .   (٥) في (م) : [الحاصل] .

(٦) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .   (٧) في (ن) : [لا تتكرر] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يجوز وجود الحيض] .

(٩) حديث عمر بن عبد العزيز أخرجه البخاري في الصحيح في القسامة في الجاهلية باب إقامة المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه (٣٣٩/٢) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الحج باب جواز الإقامة بمكة (٥٦٧/١) ، والترمذي في كتاب الحج باب ما جاء أن يمكث المهاجر بمكة بعد الصدر ثلاثًا (٢٧٥/٣) الحديث (٩٤٩) ، والنسائي في كتاب تقصير الصلاة في السفر باب المقام الذي يقصر بمثله الصلاة (١٢٢/٣) ، وابن ماجه في كتاب إقامة الصلاة باب قصر الصلاة للمسافر (٣٤١/١) الحديث (١٠٧٣) ، والبيهقي في كتاب الصلاة ، باب من أجمع إقامة أربع أتم (١٤٧/٣) ، وأحمد في المسند (٣٣٩/٤).

(١٠) في (ن) : [الجواب] بدون العطف .

المدينة ، لا لمعنى يعود إلى الإقامة والسفر ؛ ألا ترى [1] أنه [2] لو أراد ذلك لقدر بأربعة [3] أيام ؛ لأن يوم الخروج عندهم لا يعتد به . وفائدة تقديره [4] بالثلاث أنه علم أن حاجتهم في التأهب للسفر يكتفى فيها بهذا القدر ، فلم يزد عليه .

٣٧٨٦ - قالوا : روي أن عمر ﷺ [5] أجلى أهل الذمة من الحجاز ثم ضرب لمن دخل منهم تاجرًا مقام ثلاثة أيام [6] . ولو كانت الخمسة عشر هي المدة لما حد [7] الثلاث .

٣٧٨٧ - والجواب : أنه يجوز أن يكون فعل ذلك لأن هذه المدة أدنى المدد [8] التي يتمكن فيها من التصرف ، وما زاد عليها لم يحتج إليه فقدرها تضييقا [9] عليهم ؛ ألا ترى أنه لم يقدر ذلك بأربعة وإن لم تكن [10] مدة للإقامة [11] عندهم .

٣٧٨٨ - قالوا : قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَمَسُّوهَا بِسُوٓءٍ فَيَأۡخُذَكُمۡ عَذَابٞ قَرِيبٞ ﴾ [12] ، ثم قال : ﴿ تَمَتَّعُواْ فِي دَارِكُمۡ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٖۖ ﴾ [13] ، فدل ذلك على أن الثلاث قريب [14] .

٣٧٨٩ - ولا يدل على أن [15] الأربع ليس بقريب . ويجوز أن يكون كل واحد منهما قريبًا وإن كان أحدهما أقرب .

٣٧٩٠ - قالوا : كل مدة زادت على مدة المسح في السفر وجب أن تقطع [16] القصر ، كمدة خمسة عشر يومًا .

٣٧٩١ - قلنا : هذا يبطل بمن نوى أربعة أيام مع يوم الخروج ، ومن نوى ثلاثة أيام وبعض يوم الرابع . ولأن هذا إثبات مدة بقياس ، والمقادير لا تثبت قياسًا ، والمعنى في

---

(١) في (ن) : [ألا يرى] .
(٢) لفظ : [أنه] ساقط من (م) .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أربعة] .
(٤) في (م) ، (ع) : [تقدره] .
(٥) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .
(٦) حديث عمر بن الخطاب أخرجه البيهقي في كتاب الصلاة باب من أجمع إقامة أربع أتم (١٤٨/٣) .
(٧) في (م) : [لاحد] .
(٨) قوله : [أدني المدد] ساقط من (م) .
(٩) في (ن) : [نصفا] .
(١٠) في غير (ص) : [يكن] .
(١١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الإقامة] .
(١٢) سورة هود : الآية ٦٤ .
(١٣) سورة هود : الآية ٦٥ .
(١٤) في (ن) : [هي القريب] مكان : [قريب] .
(١٥) لفظ : أن ساقط من (م) .
(١٦) في غير (ص) : [بقطع] .

الخمسة عشر أنها يجوز أن تفصل [(١)] بين دمي الحيض ، وليس كذلك ما دونها ؛ لأنه لا يفصل بين دمي الحيض ، فلم يكن مدة للإقامة .

٣٧٩٢ - قالوا : المدة التي تغير [(٢)] الفرض إلى القصر ابتداء لا تقدر [(٣)] بخمسة عشر . وكذلك المدة التي تغير [(٤)] الفرض إلى [(٥)] الانتهاء لا تقدر [(٦)] بخمسة عشر .

٣٧٩٣ - قلنا : اعتبار إحدى المدتين يتقدر بيومين ، والأخرى بستة ، وكذلك على قولنا لا يمتنع أن يختلفا .

٣٧٩٤ - قالوا : الإتمام إنما يوجب بطول المقام [(٧)] ، والثلاث في حد القليل ، ولذلك [(٨)] قدر بها [(٩)] مدة الخيار ، فوجب أن يعتبر ما زاد عليها .

٣٧٩٥ - قلنا : الثلاث وإن كانت في حكم القليل في حكم فقد جعلت [(١٠)] في حكم الكثير [(١١)] في حكم آخر ؛ بدلالة أنها أقصي مدة الخيار وأكثر مدة المسح ، فدل على أن [(١٢)] ما جعل قليلا [(١٣)] في حكم لا يكون كذلك في كل [(١٤)] حكم .

* * *

---

(١) في غير (ص) : [يفصل] .

(٢) في (م) : [يغير] ، وفي (ن) : [تعين] وفي (ع) : [يتغير] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يقدر] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يغير] ، وفي (ن) : [تعين] .

(٥) في (ن) : [في] مكان : [إلى] . (٦) في (م) ، (ع) : [لا يقدر] .

(٧) في (م) ، (ع) : [القيام] . (٨) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قدرتها] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [قد جعلت] ، وفي (ن) : [بعد حول] مكان المثبت .

(١١) في (ن) : [الكبير] .

(١٢) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(١٣) في (م) ، (ع) : [قليل] . (١٤) لفظ : [كل] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٢١٣

إذا أقام المسافر في بلد ولم ينو الإقامة صلى ركعتين

٣٧٩٦ – قال أصحابنا : إذا أقام المسافر في بلد ولم ينو الإقامة صلى ركعتين (١) .

٣٧٩٧ – وقال الشافعي : إذا أقام سبعة عشر يومًا أتم وإن لم ينو الإقامة . وقال المروزي : له قول آخر ، إنه إذا أقام أكثر من أربعة أيام أتم ، وقال : في المحارب إذا أقام أكثر من سبعة عشر قولان (٢) .

٣٧٩٨ – لنا : ما روي عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ أقام بمكة زمن الفتح (٣) سبعة عشر يومًا يصلي ركعتين (٤) ، وروي أنه أقام بتبوك عشرين ليلة يقصر الصلاة (٥) .

---

(١) قال محمد في كتاب الحجة : وقال أبو حنيفة رحمه الله فيمن دخل مصرًا وهو مسافر وليس من أهله : قصر الصلاة وإن أقام شهرًا أو أكثر من ذلك ، ما لم يجمع على إقامة خمسة عشر يومًا . راجع : الحجة باب صلاة المسافر (١٦٨/١ – ١٧١) ، كتاب الأصل (٢٦٦/١) ، كتاب الآثار لمحمد ص ٣٨ ، المبسوط (٢٣٧/١) ، بدائع الصنائع (٩٧/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٣٦/٢) ، البناية (٢٢/٣ ، ٢٣) ، حاشية ابن عابدين (٥٥٢/١) .

(٢) قال الإمام الشافعي في مختصر المزني : فإذا جاوز أربعًا لحاجة أو مرض وهو عازم على الخروج أتم . راجع تفصيل المسألة : في مختصر المزني ص٢٤ ، الأم (١٨٦/١ ، ١٨٧) ، الوسيط (٧١٩/٢ ، ٧٢٠) ، حلية العلماء (٢٠١/٢) ، فتح العزيز (٤٤٨/٤ – ٤٥١) ، المهذب (١٠٣/١) ، المجموع مع المهذب (٣٥٩/٤ – ٣٦٣) . قال مالك في المدونة : يقصر الصلاة إلا أن يكون نوى أن يقيم فيها أربعة أيام ، أو يكون فيها أهله وولده . راجع : المدونة (١١٤/١ ، ١١٥) ، المنتقى (٢٦٥/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٤٥/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [من الفتح] .

(٤) حديث عكرمة عن ابن عباس أخرجه البخاري في الصحيح في باب ما جاء في التقصير وكم يقيم حتى يقصر (١٩١/١) ، وأبو داود في باب متى يتيمم المسافر (٣٠٧/١) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الصلاة باب المسافر يقصر ما لم يجمع مكثًا (١٥١/٣) ، وأحمد في المسند (٣١٥/١) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب الرجل يخرج في وقت الصلاة (٥٣٣/٢) الحديث (٤٣٣٧) ، وابن أبي شيبة في المصنف في آخر باب في المسافر يطيل المقام في المصر (٣٤٢/٢) الحديث (١٧) .

(٥) هذا الحديث أخرجه أبو داود من حديث جابر بن عبد الله في باب إذا أقام بأرض العدو يقصر (٣٠٩/١) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الصلاة باب المسافر يقصر ما لم يجمع مكثًا (١٥٢/٣) ، وأحمد في المسند (٢٩٥/٣) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب الرجل يخرج في وقت الصلاة (٥٣٢/٢) الحديث (٤٣٣٥) .

٣٧٩٩ - ولا يجوز أن يقال : روي أنه أقام سبعة عشر ؛ لأن الزائد من الخبرين أولى .

٣٨٠٠ - ولا يقال : إن الشافعي قال : إذا أقام أكثر مما أقام النبي ﷺ بتبوك أتم (١) ، فإن (٢) ثبت أنه أقام عشرين يوما قلنا بذلك ؛ لأن الشافعي قدره بسبعة عشر ، وجعل العلة فيه مقامه عليه السلام بتبوك ، والخطأ في العلة لا يتغير بها مذهبه ، وفيه إجماع السلف .

٣٨٠١ - وروي (٣) أن أنسًا أقام بنيسابور سنة وشهرين يصلي ركعتين (٤) ، وعن سعد بن أبي وقاص أنه أقام بقرية من قرى الشام يقال لها : عمان أو عوان (٥) فكان يصلي ركعتين (٦) . وأقام أنس بالشام مع عبد الملك بن مروان شهرين يصلون صلاة المسافر (٧) . وروي أن ابن عمر أقام بأذربيجان أشهرًا ، فكان يصلي ركعتين (٨) . وأقام مروان بالسلسلة سنتين يقصر (٩) . وروى إبراهيم عن علقمة (١٠) أنه أقام بخوارزم

---

(١) لفظ : [أتم] ساقط من (ن) . (٢) في (ن) : [قال] ، مكان : [فإن] .

(٣) في (ن) : [روي] بدون العطف .

(٤) ذكره الهيثمي بلفظ : عن الحسن أنه أقام مع أنس بنيسابور سنتين فكان يصلي ركعتين ركعتين . وعزاه إلى الطبراني في الكبير في آخر باب فيما تقصر فيه الصلاة ومدة القصر (١٥٨/٢) . وأخرجه ابن أبي شيبة بلفظ : أن أنس بن مالك أقام بنيسابور سنة أو سنتين يصلي ركعتين ثم يسلم ، ثم يصلي ركعتين . في المصنف ، في المسافر يطيل المقام في المصر (٣٤١/٢) الحديث (١٠) .

(٥) في (ع) : [أو عوانة] .

(٦) حديث سعد بن أبي وقاص أخرجه الطحاوي من طريق شعبة عن حبيب ، في المعاني ، في باب صلاة المسافر (٤١٩/١ ، ٤٢٠) ، وأخرجه عبد الرزاق من طريق الثوري بهذا الإسناد (٥٣٥/٢) الحديث (٤٣٥٠) ، وأخرجه ابن أبي شيبة من طريق مسعر في المصنف في المسافر يطيل المقام في المصر (٣٤١/٢) الحديث (٦) .

(٧) هذا الحديث أخرجه البيهقي في الكبرى كتاب الصلاة باب المسافر يقصر ما لم يجمع مكثًا (١٥٢/٣) ، عبد الرزاق من طريق يحيى بن أبي كثير (٥٣٦/٢) الحديث (٤٣٥٤) .

(٨) حديث ابن عمر أخرجه البيهقي في الكبرى كتاب الصلاة باب المسافر يقصر ما لم يجمع مكثًا (١٥٢/٣) ، وأحمد في المسند (٨٣/٢) ، ورواه عبد الرزاق عن عبد الله بن عمر في المصنف في باب الرجل يخرج في وقت الصلاة (٥٣٣/٢) الحديث (٤٣٣٩) .

(٩) هذا الحديث رواه عبد الرزاق عن معمر عن الأعمش في المصنف في باب الرجل يخرج في وقت الصلاة (٥٣٦/٢ ، ٥٣٧) الحديث (٤٣٥٦ ، ٤٣٥٧) ، وابن أبي شيبة في المصنف في المسافر يطيل المقام في المصر (٣٤٢/٢) الحديث (١٢ ، ١٣) .

(١٠) في كل النسخ : [عائشة] .

سنتين يقصر (١) .

٣٨٠٢ - ولأنه لم ينو (٢) الإقامة ، ولا دخل في صلاة مقيم فلم ينقطع حكم سفره بفعله ، كما إذا أقام أقل من أربعة .

٣٨٠٣ - ولأن المقيم للحرب لا تتعلق إقامته باختياره (٣) ؛ لأنه إن هزم انصرف ، فلم تعتبر (٤) إقامته ، كالعبد مع مولاه .

٣٨٠٤ - ولأن كل (٥) حكم لا يتعلق بإقامة خمسة عشر يومًا لا يتعلق بإقامة ما زاد عليها ، أصله : وجوب الأضحية .

٣٨٠٥ - وقد قال الطحاوي : إن قول الشافعي أنه يصير مقيمًا بإقامة أربعة أيام خلاف الإجماع ؛ لأنه لم ينقل ذلك عن أحد تقدمه .

٣٨٠٦ - احتجوا : بقوله تعالى (٦) : ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ ﴾ (٧) ، فعلق القصر بالضرب ، وهذا ليس بضارب .

٣٨٠٧ - والجواب : أنا قد بينا أن المراد بالآية قصر الصفات ، لا قصر الركعات .

٣٨٠٨ - قالوا : إذا كان محاربًا فقد نوى الإقامة (٨) أربعة أيام ، فلم يجز له القصر ، كالتاجر (٩) .

٣٨٠٩ - قلنا : لا نسلم هذا ؛ لأن التاجر إذا نوى أربعة أيام لم يصر مقيمًا .

٣٨١٠ - فإن قالوا : يصير مقيمًا ، فكذلك (١٠) المحارب .

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في المصنف في المسافر يطيل المقام في المصر (٣٤٢/٢) الحديث (١٤) ، ورواه عبد الرزاق عن الثوري في المصنف في باب الرجل يخرج في وقت الصلاة (٥٣٦/٢) الحديث (٤٣٥٤) .

(٢) في (م) : [لم ينوي] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يتعلق إقامته خمسة عشر يوما باختياره] .

(٤) في (م) : [فلم يعتبر] .

(٥) في (ع) : [ولا كل] .

(٦) لفظ : [تعالى] ساقط من (ن) .

(٧) سورة النساء : الآية ١٠١ .

(٨) في (ن) : [مقام] مكان : [الإقامة] ، وفي (م) ، (ع) : [إقامة] .

(٩) في (ن) : [كالمهاجر] .

(١٠) في (ص) : [فلذلك] .

٣٨١١ - فالجواب : إن] [1] نوى إقامة خمسة عشر يومًا ، فالمعنى [2] في التاجر أن إقامته في دار الحرب متعلقة باختياره ، فصار كنية الإقامة في دار الإسلام ، والمحارب إقامته لا تتعلق [3] باختياره ، فصار كالعبد مع مولاه .

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من (ن) .

(٢) في (ع) : [المعنى] .

(٣) في (م) : [لا يتعلق] .

مسألة ٢١٤

يجوز للمسافر أن يصلي ركعتين وإن لم ينو القصر

٣٨١٢ - قال أصحابنا : يجوز للمسافر أن يصلي ركعتين وإن لم ينو القصر (١) .

٣٨١٣ - وقال الشافعي : لا يجوز إلا أن ينوي القصر مع نية الصلاة (٢) .

٣٨١٤ - وهذا فرع على أصلنا : أن الركعتين أصل الفرض وليس رخصة ، وفعل الفرض لا يفتقر إلى نية عدده ، كصلاة الفجر .

٣٨١٥ - ولأن الرخصة تارة تكون (٣) في نقصان العدد ، وتارة في نقصان الأفعال . ومعلوم أن صلاة المومئ والقاعد تجوز (٤) من غير نية الإيماء ، فكذلك (٥) الرخصة في الأعداد تجوز (٦) من غير نية الرخصة . ولأنه مؤدي (٧) للفرض فلا يحتاج (٨) مع نية صلاة معينة إلى نية أخرى ، كالظهر والجمعة .

٣٨١٦ - احتجوا : بأن الأصل الإتمام ، والقصر رخصة ، فإذا أطلق النية لزمه الأربع فلم يجز فعل الركعتين .

٣٨١٧ - وهذا غير مسلم ؛ لأن الفرض عندنا في هذه الحالة لا يخير فيه ، فإذا أطلق النية لم يلزم بها إلا ركعتان (٩) .

---

(١) صورة المسألة كما ذكرها محمد في كتاب الأصل : مسافر افتتح الظهر وهو ينوي أن يصلي أربع ركعات ، ثم بدا له فصلى ركعتين وسلم . راجع : كتاب الأصل (٢٧٠/١ ، ٢٧١) ، مختصر الطحاوي ص٣٣ ، المبسوط (٢٣٩/١) ، تحفة الفقهاء (١٤٩/١) ، الهداية مع البناية (١٥/٣ ، ١٦) .

(٢) قال الإمام الشافعي في مختصر المزني : وليس له أن يصلي ركعتين في السفر إلا أن ينوي القصر مع الإحرام ، فإن أحرم ولم ينو القصر كان على أصل فرضه : أربع ، راجع : مختصر المزني ص٢٥ ، الوسيط (٧٢٥/٢) ، حلية العلماء (١٩٦/٢) ، المهذب (١٠٣/١) ، المجموع مع المهذب (٣٥١/٤ - ٣٥٣) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما مثل قول الشافعي : نية القصر مع نية الإحرام شرط في جوازه ، ومن لم ينو القصر وقت الإحرام لم يقصر . راجع : المدونة (١١٤/١ ، ١١٥) ، المنتقى (٢٦٥/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٤٥/١) ، المقدمات الممهدات ، فصل في القول في قصر الصلاة (١٤٤/١) ، وبذيل المدونة (١٤٤/١) ، شرح الزرقاني (٤٧/١) ، المسائل الفقهية كتاب الصلاة (١٨١/١) مسألة (١١٣) ، الكافي لابن قدامة (١٩٧/١) ، المغني (٢٦٥/٢ ، ٢٦٦) .

(٣) في (م) : [يكون] . (٤) في (م) ، (ع) : [يجوز] .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وكذلك] . (٦) في (ع) : [يجوز] .

(٧) هكذا في سائر النسخ ، وهو صحيح ، وإن كان الأكثر بحذف ياء المنقوص .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولا يحتاج] . (٩) في (م) ، (ع) : [ركعتين] .

مسألة ٢١٥

إذا سافر في آخر الوقت جاز له أن يصلي صلاة المسافر

٣٨١٨ - قال أصحابنا : إذا سافر [١] في آخر الوقت جاز له أن يصلي صلاة المسافر [٢] .

٣٨١٩ - وقال الشافعي : إن كان بقي من الوقت ما يصلي فيه أقل من أربع ركعات لزمه الإتمام [٣] .

٣٨٢٠ - وهذا فرع على أصلنا : أن الوجوب يتعلق بآخر الوقت مقدار التحريمة ، فمتي حصل وقت الوجوب وهو مسافر جاز له أن يصلي صلاة المسافر ، كما قبله [٤] . ولأنه وقت لو أقام فيه المسافر لم يجز له أن يقصر ، فإذا سافر فيه المقيم جاز له القصر ، كما لو بقي مقدار أربع ركعات . ولأنه سافر مع بقاء شيء من الوقت ، فأشبه إذا سافر في وسط الوقت .

٣٨٢١ - والمخالف بنى [٥] على أصله : أن الوجوب يتعلق بأول الوقت ويتضيق [٦] إذا بقي من الوقت مقدار أربع ركعات ، وإذا استقر الفرض لم يتغير [٧] بعد ذلك ، وهذا أصل نخالفه [٨] فيه .

* * *

(١) لفظ : [سافر] ساقط من (م) ، وفي (ع) : [جاء] مكان : [سافر] .

(٢) في هامش (ص) : [السفر] من نسخة أخرى . انظر : بدائع الصنائع فصل في بيان ما يصير به المقيم مسافرًا (٩٥/١) .

(٣) قال الإمام الشافعي : فإن خرج في آخر وقت الصلاة قصر ، وإن كان بعد الوقت لم يقصر . راجع : مختصر المزني ، (ص٢٤ ، ٢٥) ، الوسيط (٧٢٤/٢) ، حلية العلماء (٢٠٣/٢ ، ٢٠٤) ، المهذب (١٠٤/١) ، المجموع مع المهذب (٣٦٨/٤ ، ٣٦٩) . وقال مالك وأحمد في إحدي الروايتين مثل قول الحنفية : إن بقي من الوقت لأداء الصلاة صلاها قصرًا . وعن أحمد رواية أخرى : لم يقصرها . انظر المسألة في : المدونة (١١٣/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٤٥/١ ، ٢٤٦) ، الكافي لابن قدامة (١٩٨/١) ، المغني (٢٨٣/٢ ، ٢٨٤) ، الرسالة الفقهية باب صلاة السفر (ص ١٣٩) .

(٤) في (ن) ، وهامش (ص) : [السفر] ، وفي (ع) : [كالذي قبله] مكان المثبت .

(٥) في (م) ، (ع) : [لنا] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ويضيق] .

(٧) في (ن) : [يتعين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يخالفه] .

مسألة ٢١٦

إذا فاتت الصلاة في حال السفر قضاها في الحضر صلاة السفر

٣٨٢٢ - قال أصحابنا : إذا فاتت الصلاة في حال السفر قضاها في الحضر صلاة السفر [1] .

٣٨٢٣ - وقال الشافعي : يلزمه الإتمام [2] .

٣٨٢٤ - وهذا فرع على أصلنا : أن فعل الركعتين نفس الفرض ، وليس برخصة ، فإذا فات الوقت استقر الفرض بفواته [3] فلم يتغير على حاله ، وقد قال ﷺ : « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها » [4] . وهذه إشارة إلى الفائتة بصفتها [5] . ولأن كل عدد جاز الاقتصار عليه في حال السفر لم يزد بالإقامة بعد الوقت ، كصلاة الفجر . ولا يلزم المسافر إذا حضر الجمعة ؛ لأن العدد عندنا [لا يتغير] [6] [بالإقامة] [7] . إنما يتغير [8] بفواتها مع الإمام . ولأن السفر والإقامة كل واحد منهما يطرأ على الآخر ، ومعلوم أن ما فات في حال الحضر إذا قضاه في السفر لم يتغير ، كذلك ما فات في حال السفر إذا قضاه في [حال] [9] الحضر لم يتغير .

---

(١) راجع كتاب الحجة باب وقت الصلاة إذا أراد السفر (١٨١/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية (٤٥/٢) ، البناية (٣٨/٣ - ٤٠) ، مجمع الأنهر (١٦٤/١) ، حاشية ابن عابدين (٥٥٨/١) .

(٢) قال الإمام الشافعي في القديم مثل قول الحنفية : يقضيها قصرًا ، وقال في الجديد وهو الأصح : يقضيها أربعًا . راجع تفصيل المسألة في : الأم جماع تفريع صلاة المسافر (١٨٢/١) ، مختصر المزني ص٢٥ ، الوسيط (٧٢٣/٢) ، حلية العلماء (٢٠٢/٢) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٤٥٨/٤ ، ٤٥٩) ، المهذب (١٠٣/١) ، المجموع مع المهذب (٣٦٦/٤ ، ٣٦٧ ، ٣٧٠) . قال مالك وأصحابه مثل قول الحنفية : يصلي ركعتين قصرًا . راجع : المدونة (١١٣/١) ، المنتقى (٢٣/١) . وقال أحمد وأصحابه مثل قول الشافعي في الجديد : يقضيها أربعًا . راجع : الكافي (١٩٨/١) ، المغني (٢٨٢/٢ ، ٢٨٣) .

(٣) في (ع) : [بفوته] .

(٤) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٣٢) . وأخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الصلاة ، باب من نسي صلاة فليصل إذا ذكرها ولا يعيد إلا تلك الصلاة (١١٢/١) ، وابن الجارود في المنتقى ص٧٠ الحديث (٢٣٩) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بصفها] .

(٦) في (ن) : [لا يتعين] .

(٧) ساقط من (ص) .

(٨) في (ن) : [يتعين] .

(٩) الزيادة من (ع) .

٣٨٢٥ – وحكى ابن المنذر [(١)] في الاختلاف إجماع الأمة في المقيم [(٢)] إذا سافر بعد الوقت أنه [(٣)] لا يقصر .

٣٨٢٦ – احتجوا / : بقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا [(٤)] ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ ﴾ ، وهذا غير ضارب . ٤٧/

٣٨٢٧ – وقد بينا أن صلاة السفر غير مرادة [بالآية] [(٥)] .

٣٨٢٨ – قالوا : لأنه مقيم ، فلم يكن له القصر ، كمن ترك صلاة الحضر في الحضر وتذكرها [(٦)] فيه .

٣٨٢٩ – قلنا : هناك لم يجز إسقاط فرضها حال وجوبها بركعتين ابتداء فلم يجز عند القضاء ، ولما جاز في مسألتنا إسقاط الفرض ابتداء بالركعتين جاز عند القضاء .

٣٨٣٠ – قالوا : صلاة ردت إلى ركعتين فوجب أن يكون من شرطها الوقت .

٣٨٣١ – قلنا : يبطل بمن فاتته [(٧)] صلاة في السفر فقضاها في السفر .

٣٨٣٢ – قالوا : القصر إنما يجوز بالمشقة ، وقد زالت .

٣٨٣٣ – قلنا : لا نسلم [(٨)] ، بل المفعول أصل الفرض ، فأما أن يتعلق بالمشقة فلا .

* * *

---

(١) هو الإمام الحافظ الفقيه ، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، نزيل مكة ، صاحب : كتاب الإشراف في اختلاف العلماء ، وكتاب الإجماع ، والأوسط ، والمبسوط . توفي رحمه الله بمكة في سنة ثماني عشر وثلاثمائة (٣١٨ هـ) وقيل : في سنة عشرة وثلاثمائة ، وقيل في سنة ست عشر وثلاثمائة . راجع ترجمته في : سيرة أعلام النبلاء (٤٩٠/١٤ – ٤٩٢) ترجمة (٢٧٥) ، تهذيب الأسماء واللغات (١٩٦/٢ ، ١٩٧) ترجمة (٣٠١) ، مقدمة الإجماع بتحقيق الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد .

(٢) في (ن) : [وإجماع] بالعطف ، وفي (ن) : [المفتي] مكان : [المقيم] .

(٣) لفظ : [أنه] ساقط من (ع) .

(٤) في (ن) : [إذا] بدون العطف .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) : [ويذكرها] .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فاته] .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى : [لا حكم] مكان : [لا نسلم] .

مسألة ٢١٧

إذا صلى المسافرون خلف المسافر وأحدث الإمام فاستخلف مقيما لم يجز للمؤتم الإتمام

٣٨٣٤ – قال أصحابنا : إذا صلى المسافرون خلف المسافر [١] وأحدث الإمام [٢] فاستخلف مقيما ، لم يجز للمؤتم الإتمام [٣] .

٣٨٣٥ – وقال الشافعي : يلزمه [٤] .

٣٨٣٦ – وهذا مبني على أن [أصل] الفرض ركعتان [٥] .

٣٨٣٧ – وإنما يلزمه الإتمام بنية الإقامة ، أو بالتزام تحريمة الإمام ، وهذا المعنى [٦] لم يوجد .

٣٨٣٨ – ولأن الإمام الثاني قائم مقام الأول ، ولولا [٧] ذلك كانت الصلاة مؤداة [٨] بإمامين ، فصار الأول باقيًا [٩] .

٣٨٣٩ – احتجوا : بأنه مؤتم بمقيم [١٠] فأشبه إذا دخل معه في أول الصلاة .

---

(١) في (ن) : [المسافرين] ، وفي (م) ، (ع) : [الإمام] مكان : [المسافر] .
(٢) لفظ : [الإمام] ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٣) قال محمد في كتاب الأصل : يصلي بهم تمام صلاة المسافر ، فإذا تشهد تأخر من غير أن يسلم بهم ، وقدم رجلا من المسافرين فسلم بهم تمام صلاة المسافر ، وقام المقيمون فقضوا ما بقي من صلاتهم عليهم وحدانا بغير إمام . راجع : كتاب الأصل باب المسافر يحدث فيقدم مقيمًا (١٨٢/١) ، المبسوط (١٧٨/١ ، ١٧٩) ، بدائع الصنائع (١٠٢/١) ، فتح القدير (٣٨/٢ ، ٣٩) ، البناية (٢٨/٣) .
(٤) قال الإمام النووي في المجموع : مذهبنا ومذهب أحمد وداود : يلزمه الإتمام ، وقال مالك وأبو حنيفة : له القصر . راجع صورة المسألة في : الأم (١٨١/١) ، مختصر المزني ص٢٥ ، الوسيط (٧٢٥/٢) ، فتح العزيز، بذيل المجموع (٤٦٤/٤ ، ٤٦٥) ، المجموع مع المهذب (٣٥٨/٤ ، ٣٥٩) . وقال الحنابلة مثل قول الشافعي : يلزمه الإتمام . راجع المغني (٢٨٥/١) .
(٥) الزيادة من (ن) ، وفي سائر النسخ : [ركعتين] .
(٦) في (ن) : [المبني] .
(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لولا] بدون العطف .
(٨) في (ن) : [مرادة] .
(٩) في (م) : [نافيا] .
(١٠) في (ن) : [مقيم] .

٣٨٤٠ - قلنا : هناك التزم تحريمته فلزمه موجبها ، وهنا لم يلتزم تحريمة الإمام الثاني فلم يلزمه موجبها .

٣٨٤١ - قالوا : كل ما لزمه الإتمام أول الصلاة لزمه في أثنائها ، كنية الإقامة .

٣٨٤٢ - قلنا : الذي يلزمه [1] في ابتداء الصلاة التزامه تحريمة المقيم ، وهذا المعنى لا يوجد حال البقاء .

* * *

(١) في (ن) ، (ع) : [يلزم] .

مسألة ٢١٨

تجوز الصلاة في السفينة قاعدا وإن قدر على القيام

٣٨٤٣ - قال أبو حنيفة : تجوز الصلاة في السفينة قاعدًا وإن قدر على القيام .

٣٨٤٤ - وقالا [(١)] : لا يجوز إلا من عذر [(٢)] ، وبه قال الشافعي [(٣)] .

٣٨٤٥ - لنا : قوله ﷺ : « صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم » [(٤)] ، ولم يفصل .

٣٨٤٦ - ولا يقال : إن التفصيل حصل بين الصلاتين ، وعندنا من صلى قاعدًا في السفينة فليس يصلي ؛ وذلك أن من صلى الفرض قاعدًا من غير عذر فقد أخل بشرط من شرائط الفرض ليس بشرط في النفل ، فيكون [(٥)] صلاته نفلا ، كمن ترك تعيين النية ، أو صلى قبل الوقت ، ويدل عليه ما رواه هشام وحماد عن أنس بن سرين أنه خرج مع أنس بن مالك فصلى بهم جماعة في السفينة جالسًا على بساط وهم جلوس ، صلى بهم ركعتين ، فسلم ، ثم قام فصلى ركعتين ، وذلك في نهر معقل [(٦)] . وروى

---

(١) في (م) ، (ع) : [وقال] .

(٢) راجع : كتاب الأصل باب المسافر في السفينة (٣٠٦/١) ، مختصر الطحاوي ص٣٤ ، المبسوط (٢/٢) ، تحفة الفقهاء (١٥٦/١) ، بدائع الصنائع (١٠٩/١) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه در المختار (٥٣٤/١) .

(٣) وبقول أبي يوسف ومحمد قال الشافعي ومالك وأحمد : لا يجوز ترك القيام فيها إلا لعذر . راجع : الأم باب صلاة العذر (٨٠/١) ، المدونة : الصلاة في السفينة (١١٧/١) ، الإفصاح باب شروط الصلاة (١٢٢/١) .

(٤) هذا الحديث تقدم تخريجه في مسألة (١٤٤) . وأخرجه البخاري في الصحيح من حديث عمران بن حصين بمعناه في كتاب الكسوف باب صلاة القاعد (١٩٥/١) ، ومسلم في الصحيح من حديث عبد الله ابن عمرو بن العاص في كتاب المساجد في آخر باب جواز النافلة قائمًا وقاعدًا وفعل بعض الركعة قائمًا وبعضها قاعدًا (٢٩٥/١) ، ومالك في الموطأ بألفاظ متقاربة في فضل صلاة القائم على صلاة القاعد (١١٩/١) ، والترمذي من حديث عمران بن حصين في باب ما جاء أن صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم (٢٠٧/٢) ، الحديث (٣٧١) ، ومحمد في كتاب الآثار باب الصلاة قاعدًا ص٢٣ ، الأثر (١١٧) .

(٥) في (م) ، (ع) : [فيكون] .

(٦) هذا الحديث رواه الطحاوي في المعاني (٤٢٠/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف (١٦٨/٢) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب هل يصلي الرجل وهو يسوق دابته ، وقصر الصلاة (٥٨٠/٢ ، ٥٨٢) الأثران (٤٥٤٦ ، ٤٥٥٤) .

جابر قال : كنا مع جنادة بن أبي أمية في البحر وكنا نصلي [(١)] قعودًا نتحرى القبلة في السفر [(٢)] . وهذان صحابيان [(٣)] إذا فعلا ما لا يستدرك [(٤)] من طريق القياس حمل على التوقيف [(٥)] ، وإذا لم يعرف لهما مخالف وجب تقليدهما . ولا يقال : روي عن أبي سعيد أنه كان يصلي في السفينة قائمًا [(٦)] ؛ لأن هذا ليس بخلاف إذا كان مخيرًا بين الأمرين .

٣٨٤٧ - قالوا : هذه قصة في عين [(٧)] ، فيحتمل أنه فعل ذلك لعذر أو لضيق الموضع .

٣٨٤٨ - قلنا : قد روي أنه صلى في الحال قائمًا ، وروي أنه قال : لو شئنا لخرجنا إلى الحد [(٨)] .

٣٨٤٩ - ولا يقال : يجوز أن يكون نافلة ؛ لأن النافلة لا تفعل [(٩)] في جماعة إلا في قيام رمضان . ولأنها صلاة جازت مع السير [(١٠)] ، فلم يكن من شرطها القيام ، كصلاة الراكب .

٣٨٥٠ - ولا يقال : إن صلاة الراكب لما جاز فيها ترك الركوع والسجود جاز ترك القيام ؛ لأن الراكب يعجز عن القيام والركوع والسجود ، وراكب السفينة يشق عليه القيام ولا يشق عليه الركوع والسجود ، فلذلك اختلفا .

٣٨٥١ - ولأن راكب السفينة أجري مجرى راكب الدابة في جواز صلاته مع السير ، ومجرى من على الأرض في مكان القيام ، فأعطي الشبه بينهما [(١١)] في أن له ترك القيام ، فلم يجز له ترك ما سواه . ولأن الغالب من القائم في السفينة خوف [(١٢)]

---

(١) في (ص) : [وكنا نتحرى نصلي] بزيادة : [نتحرى] .

(٢) هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة في المصنف (١٦٨/٢) .

(٣) في (ن) : [وهاذان أصحابنا] .

(٤) في (ن) : [ما يستدرك] .

(٥) في (ن) : [التوقف] ، وفي (م) : [التوفيق] .

(٦) هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة في المصنف (١٦٨/٢) ، والبيهقي في الكبرى في باب القيام في الفريضة وإن كان في السفينة مع القدرة (١٥٥/٣) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب الصلاة في السفينة (٥٨٢/٢) الحديث (٤٥٥٧) .

(٧) في (ن) : [غير] .

(٨) في (ن) : [لو شئت لخرجت إلى الحد] ذكر صاحب المبسوط (٢/٢) ، وصاحب البدائع الصنائع (١٠٩/١) هذا الأثر . والحد هنا : الشاطئ .

(٩) في (م) : [لا يفعل] .

(١٠) في (ن) : [مع اليسير] .

(١١) في (ص) ، (ن) : [منهما] .

(١٢) في (ن) : [تحور] .

الضرر بالقيام ؛ لأن رأسه تدور [١] ، فتعلق [٢] الحكم بالغالب ، ولم يعتد [٣] بالنادر ، كمشقة السفر التي [٤] تعلق بها الرخص [٥] في حق من لا مشقة عليه .

٣٨٥٢ - ولأن القيام لو لزمه لكان إذا أتى به مع عدم الاستقرار لم يجز ، كالراكب .

٣٨٥٣ - احتجوا : بحديث عمران بن الحصين أن النبي ﷺ قال : « صل قائمًا فإن لم تستطع فجالسًا » [٦] .

٣٨٥٤ - والجواب : أن الخبر يدل على وجوب القيام ، وليس فيه تكرار ؛ لأن الأمر لا يفيد [٧] ذلك .

٣٨٥٥ - قالوا : كل ركن لم يجز تركه في السفينة إذا كانت واقفة لم يجز إذا كانت سائرة ، كالركوع والسجود .

٣٨٥٦ - والجواب : أن السفينة إذا وقفت لم يلحق [٨] المصلي قائمًا ضرر ، فلم يسقط عنه القيام ، وإذا كانت سائرة لحقه ضرر في الغالب فلم يلزمه القيام وإن لم يستقر ، فأما الركوع والسجود فلا يلحقه فيهما ضرر بكل حال ، فلم يسقط عنه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يدور] .

(٢) في (ن) : [فيتعلق] .

(٣) في (ن) : [ولا يعتد] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الذي] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الرخصة] .

(٦) تقدم تخريج حديث عمران بن الحصين في مسألة (١٣٩) . وأخرجه البيهقي في الكبرى في باب القيام في الفريضة وإن كان في السفينة مع القدرة (١٥٥/٣) .

(٧) في (ن) ، (م) : [لا تفيد] .

(٨) في (ص) : [لم تلحق] .

مسألة ٢١٩

إذا خرج الرجل إلى بلد له طريقان، أحدهما: لا يقصر فيه الصلاة والآخر: يقصر فيه الصلاة فسلك الأبعد، صلى ركعتين

٣٨٥٧ – قال أصحابنا: إذا خرج الرجل إلى بلد له طريقان أحدهما: لا يقصر فيه الصلاة، والآخر: يقصر فيه الصلاة، فسلك الأبعد صلى ركعتين (١).

٣٨٥٨ – وقال الشافعي: إن سلك الأبعد لغرضٍ قصر، وإن سلك لغير غرض إلا القصر لم يقصر، في أحد قوليه (٢).

٣٨٥٩ – لنا: قوله عليه السلام: « صلاة المسافر ركعتان حتى يؤوب إلى أهله » (٣). ولأنه إذا طول لغير غرض لا يكون بأكثر ممن (٤) سافر ابتداء لغير غرض، فإذا جاز القصر في أحد الموضعين كذلك الآخر. ولأنه سفر صحيح فجاز أن يقصر فيه الصلاة، كما لو سلكه لغرض.

٣٨٦٠ – احتجوا: بأنه لما عدل عن الأقرب لغير غرض صار كمن خرج في الأقرب وجعل يعرج يمينًا وشمالاً (٥) حتى طال سفره.

٣٨٦١ – والجواب (٦): أنه إذا عرّج يمينًا وشمالاً والمسافة لا تقصر في مثلها (٧)

---

(١) راجع: كتاب الأصل باب المسافر في السفينة (٣٠٣/١، ٣٠٤).

(٢) نص الإمام الشافعي في الأم وفي مختصر المزني: إن سلك الأبعد لغرض القصر اهـ. وهو الأصح، قال المزني: وفي الإملاء إن سلك الأبعد قصر. راجع: الأم، باب السفر الذي تقصر في مثله الصلاة بلا خوف (١٨٤/١)، مختصر المزني (ص ٢٥)، المهذب (١٠٢/١)، حلية العلماء (١٩٣/٢)، المجموع مع المهذب (٣٣٠/٤، ٣٣١). قال الإمام النووي: وقال أبو حنيفة وأحمد والمزني وداود يجوز، أي: القصر إذا سلك الأبعد.

(٣) الحديث أخرجه الطحاوي في المعاني، في باب صلاة المسافر (٤١٧/١، ٤١٨).

(٤) في (ن): [منهن].

(٥) في غير (ص) زيادة بعد: [وشمالا] كلمة: [والمسافة].

(٦) في (م)، (ن)، (ع): [الجواب] بدون العطف.

(٧) في (ن): [لا تقصر مثلها].

الصلاة فلم يعتبر بفعله ، وإنما تعتبر المعتاد [1] فيها . وفي مسألتنا المسافة يقصر فيها الصلاة ، فالغرض في قطعها غير معتبر ، كالسفر لغير غرض .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [العادة] .

مسألة ٣٢٥

إذا سافر الرجل لقصد المعصية - كمن خرج لقطع الطريق أو البغي على الإمام أو العبد يأبق من مولاه - جاز لهم الترخص برخص السفر

٣٨٦٢ - قال أصحابنا : إذا سافر الرجل لقصد المعصية - كمن خرج لقطع الطريق أو البغي على الإمام أو العبد يأبق من مولاه - جاز لهم الترخص برخص السفر (١) .

٣٨٦٣ - وقال الشافعي : إذا أنشأ السفر للمعصية لم يترخص ، وإن (٢) طرأ العصيان في حال السفر ففيه وجهان . وإن أقام (٣) [لمعصية هل يمسح مسح المقيم ، فيه وجهان] (٤) . [وهل يمسح المسافر مقدار [مسح] (٥) المقيم ، فيه وجهان] (٦) .

٣٨٦٤ - والكلام في هذه المسألة يقع في كل رخصة على حيالها (٧) : فأما جواز الاقتصار على ركعتين فلقوله عليه السلام : « صلاة المسافر ركعتان حتى يؤوب إلى أهله » (٨) . ولأن كل عدد جاز الاقتصار عليه في حال السفر لم يختلف (٩) [حال] (١٠) الطاعة والمعصية (١١) ، كصلاة الفجر والجمعة . ولأن فعل الركعتين عندنا أصل الفرض وليس برخصة ، فلم يؤثر فيه العصيان ، كصلاة الإقامة .

---

(١) راجع : الهداية ، في آخر باب صلاة المسافر (٦١/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٤٦/٢ - ٤٨) ، البناية (٤٠/٣ - ٤٤) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه در المختار باب صلاة المسافر (٥٥١/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وإذا] .

(٣) في غير (ص) : [وإذا قام] .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (ن) . راجع تفصيل المسألة في الأم : (١٨٤/١ ، ١٨٥) ، مختصر المزني ص٢٥ ، الوسيط (٧٢٢/٢) ، حلية العلماء (١٩١/٢) ، المهذب (١٠٢/١) ، المجموع مع المهذب (٣٤٣/٤ - ٣٤٦) . وقال مالك في المشهور عنه وأحمد وأصحابهما مثل قول الشافعي : لا يبيح له الرخص الشرعية . وعن مالك رواية أخرى مثل قول الحنفية . راجع : المنتقى (٢٦١/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٤٤/١) ، بداية المجتهد ، الباب الرابع في صلاة السفر (١٧٢/١) ، الإفصاح (١٥٧/١) ، الكافي لابن قدامة (١٩٧/١) ، المغني (٢٦١/٢ - ٢٦٣) .

(٧) في (م) ، (ع) : [حالها] .

(٨) تقدم تخريجه في المسألة السابقة (٢١٩) .

(٩) في (ع) : [تختلف] .

(١٠) الزيادة من (ن) .

(١١) في (ن) : [المعصية والطاعة] بالتقديم والتأخير .

٣٨٦٥ - ولأن الصلاة تفعل [١] في حال الإقامة والسفر ، فإذا لم تؤثر [٢] المعصية في فعل أحد الفرضين فكذلك الآخر .

٣٨٦٦ - وأما جواز مسح ثلاثة أيام فلقوله ﷺ : « يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليها » [٣] ولم يفصل . ولأنه مسح أقيم مقام غسل فجاز استباحته في سفر المعصية ، كما يجوز في سفر الطاعة ، أصله [٤] : مسح الجبيرة والتيمم . ولأنه سافر سفرًا صحيحًا فجاز أن يستبيح مسح المسافر ، كالطائع .

٣٨٦٧ - وأما جواز أكل الميتة عند الضرورة فلقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ [٥] . وروي أن النبي ﷺ سئل عن أكل الميتة فقال : « ما لم تصطبحوا [٦] أو تغتبقوا [٧] أو تحتفئوا [٨] بقلا بشأنكم [٩] بها » [١٠] . ولأنه يخشى التلف بترك الأكل ، فصار كالطائع . ولأن ترك [١١] الأكل حتى يموت معصية ، وإقامته [١٢] على معصية لا يبيحه معصية أخرى ، كسائر المعاصي ، ولأن المعصية لا تبيح [١٣] قتله ، ولا يجوز له قتل نفسه ، فما [١٤] لا يبيح القتل أولى .

٣٨٦٨ - ولا يقال : إنا لا نأمره بقتل نفسه ، لكنا [١٥] نأمره بالتوبة ثم يأكل فيتوصل إلى إحياء نفسه ؛ لأن ترك التوبة معصية ليس لها تعلق بالأكل ، وقتل نفسه

---

(١) في (م) : [يفعل] .
(٢) في (م) : [لم يؤثر] .
(٣) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٦١) ، وفي مسألة (٦٢) ، وفي مسألة (٦٦) ، وفي مسألة (٦٩) ، وفي مسألة (٢١١) .
(٤) في (ن) : [أصل] .
(٥) سورة الأنعام : الآية ١١٩ .
(٦) في (م) ، (ع) : [يضطحوا] ، والاصطباح : أكلة الصباح .
(٧) في سائر النسخ : [و ...] ، والصواب من كتب السنة : [أو ...] ، والغبوق : أكلة المساء .
(٨) في (م) ، (ع) : [يختلفوا] قال البيهقي : قال أبو عبيد : هو من الحفأ ، وهو مهموز ومقصور ، وهو أصل البردي الأبيض الرطب منه ، وهو يؤكل ، فتأوله في قوله : تحتفئوا ، يقول : ما لم تقتلعوا هذا بعينه فتأكلوه .
(٩) في (م) ، (ع) : [بشأنكم] .
(١٠) هذا الحديث أخرجه أحمد في المسند (٢١٨/٥) ، والدارمي في كتاب الأضاحي (٨٨/٢) ، والحاكم في المستدرك (١٢٥/٤) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الضحايا باب ما يحل من الميتة بالضرورة (٣٥٦/٩) ، قال البيهقي : قال أبو عبيد : وأما قوله : « ما لم تصطبحوا أو تغتبقوا] ، فإنه يقول : إنما لكم منها الصبوح - وهو الغداء - أو الغبوق - وهو العشاء - ، يقول : فليس لكم أن تجمعوهما من الميتة .
(١١) في (م) ، (ع) : [ولأنه يترك] .
(١٢) في (ع) : [وإقامة] .
(١٣) في (م) : [لا يبيح] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [فيما] .
(١٥) في (ع) : [لكن] .

معصية ، ففعل إحداهما (١) لا يجوز الأخرى .

٣٨٦٩ - ولأن هذا يؤدي إلى أن لا تباح (٢) الميتة للعاصي المقيم والكافر ما لم يقدم (٣) الإيمان . ولأن الميتة في حق المضطر كالطعام المباح [في حق القادر ، ومعلوم أن العاصي لا يجوز له ترك المباح] ، فكذلك (٤) لا يجوز له ترك الميتة عند العجز . ولأن أكل الميتة يقف على الضرورة وليس له تعلق بالسفر ، فصار (٥) كسائر الرخص التي يستوفيهن المسافر والمقيم (٦) .

٣٨٧٠ - وأما الدليل على جواز الفطر في رمضان فلقوله تعالى : ﴿ [أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ] فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ (٧) ، وقوله عليه السلام : « إن الله وضع عن المسافر شطر الصلاة والصوم » (٨) . ولأنه سافر سفرًا صحيحًا فجاز له الفطر ، كالطائع . ولأن السبب المبيح للفطر لا يختلف أن يكون بمعصية أو طاعة ، كالمرض .

٣٨٧١ - وأما الصلاة على الراحلة : فلقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا ﴾ (٩) ولأن كل (١٠) من جاز له [ترك] (١١) القيام إذا كان طائعًا جاز وإن كان عاصيًا ، كالمريض (١٢) .

٣٨٧٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (١٣) وقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ (١٤) ،

---

(١) في (ن) : [أحدهما] ، وفي (ص) ، (م) : [إحديهما] .

(٢) في (ن) : [لا يؤدي] مكان : [يؤدي] ، وفي (م) ، (ع) : [لا يباح] .

(٣) في (ن) : [ولا للكافر] مكان : [والكافر] ، في (ع) : [ما تقدم] بحذف : [لم] .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش ، وفي (ن) : [فلذلك] مكان : [فكذلك] . (٥) لفظ : [فصار] ساقط من (ن) .

(٦) في (ن) : [المقيم والمسافر] بالتقديم والتأخير .

(٧) الزيادة من (ن) . والآية من سورة البقرة : ١٨٤ .

(٨) أخرجه أبو داود في كتاب الصيام باب اختيار الفطر (٦٠٩/١) ، والترمذي في كتاب الصوم باب ما جاء في الرخصة في الإفطار للحبلى على المرضع (٨٥/٣) الحديث (٧١٥) ، والنسائي في كتاب الصيام (١٨٠/٤ ، ١٨١ ، ١٨٢) ، وابن ماجه في كتاب الصيام (٥٣٣/١) الحديث (١٦٦٧) ، والبيهقي في الكبرى باب السفر في البحر كالسفر في البر (١٥٤/٣) ، وأحمد في المسند (٢٩/٥) .

(٩) سورة البقرة : الآية ٢٣٩ .

(١٠) لفظ : [كل] ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١١) ساقط من (م) ، (ع) . (١٢) في (م) ، (ع) : [كالمرض] .

(١٣) سورة المائدة : الآية ٣ . (١٤) سورة البقرة : الآية ١٧٣ .

قالوا : حظر اللّٰه تعالى الميتة ، وأباحها بشرط ، وهو ترك الإثم ، ولا يجوز استباحتها مع (١) فقد الشرط .

٣٨٧٣ - والجواب : أن قوله تعالى (٢) : ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ ﴾ شرط لا يجوز أن يكون جوابه : ﴿ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ، وكذلك قوله تعالى (٣) : ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ ﴾ فلا يجوز / (٤) أن يكون جوابه ﴿ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ . فإن الضرورة لا تعود (٥) إلى فعله (٦) ، فعلم أن [في] (٧) الآية جوابا محذوفا (٨) ، فيصير تقدير الآية : فمن اضطر [في مخمصة فأكل غير متجانف لإثم ، فيكون الإثم صفة للأكل . وعلى قولهم : فمن اضطر] (٩) غير متجانف فأكل ، فيصير الإثم صفة له قبل أكله . وإذا احتمل إضمار الأمرين سقط التعلق به ، وما قلناه أولى ؛ لأن الأكل عندنا لا يباح إلا بشرط ترك الإثم فيه ، وعندهم قد يباح للآثم (١٠) الأكل إذا لم يكن الإثم في سفره . ومن حمل اللفظ على العموم كان أولى . وهذا التقدير يتقدر في قوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ ﴾ . ويجاب عنه أيضا بأن البغي لا يجوز حمله على البغي على الإمام ؛ لأن هذه الآية نزلت على النبي ﷺ فلا بد أن تكون (١١) تلك الحال مرادة بها ، والباغي على النبي ﷺ كافر . ولأن الأكل قد جرى له ذكر ، والسفر لم يجر له ذكر ، فكان حمل البغي على الأكل المراد بالآية أولى .

٤٧/ب

٣٨٧٤ - ولا يجوز أن يقال : إنه حمل اللفظ على التكرار ؛ لأنا نحمل البغي على من قصد الأكل ليشبع ، والعدوان (١٢) على من تعدى سد الرمق ، فيكون كل واحد من اللفظين محمولاً على فائدة أخرى .

٣٨٧٥ - قالوا : معنى لم يوجد أكثره له تأثير في إسقاط الصلاة ، فوجب أن يتنوع نوعين : مؤثرًا وغير مؤثر ، كزوال العقل .

٣٨٧٦ - قلنا : هذا يبطل بالدخول في الجمعة ؛ لأنها تؤثر في إسقاط ما زاد على

---

(١) لفظ : [مع] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) لفظ : [تعالى] ساقط من (ع) .
(٣) لفظ : [تعالى] ساقط من (ن) ، (ع) .
(٤) في (ن) : [لا يجوز] .
(٥) في غير (ص) : [لا يعود] .
(٦) في (م) ، (ع) : [إلى مثله] .
(٧) ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (ن) : [جواب محذوف] .
(٩) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٠) في سائر النسخ : [الأثم] .
(١١) في (م) ، (ع) : [أن يكون] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [لشبع] ، وفي (ع) : [والعد دائم] مكان : [والعدوان] .

عدد الركعتين ولا يتنوع . وكذلك الكفر الأصلي يسقط الصلاة ولا يتنوع عندنا ؛ لأن القليل منه لا يسقط ، وهو من نوعه .

٣٨٧٧ – قالوا : معصية ، فوجب أن يتعين بها فرض الصلاة ، كالمسابقة [١] في المعصية .

٣٨٧٨ – قلنا : المسابقة [٢] يتعين بها الفرض ؛ لأنه يجوز أن يؤخر الصلاة لأجلها إذا كان يخاف على نفسه ترك [٣] القتال ، ولأن المعصية في مسألتنا لا يتعين [٤] الفرض بها عندنا ، وإنما يتعين [٥] بالمشقة التي تلحق السفر ، وذلك ليس بمعصية . ولأن المسابقة [٦] في المعصية مأمور بتركها ، فلا يجوز أن يتشاغل بها عن فعل الصلاة [٧] ، والمسافر في المعصية غير مأمور بترك السفر ، وإنما هو مأمور بترك المعصية .

٣٨٧٩ – قالوا : التخفيف بالسفر رخصة ، فإذا أتاه عاصيًا فيريد أن يستبيح [٨] بالمعصية الرخص ، وهذا لا يصح .

٣٨٨٠ – قلنا : هذا يبطل بمن غصب خفًّا فلبسه ليمسح عليه ؛ فإنه يتوصل بالمعصية إلى الرخصة ، ومع ذلك يجوز ، وكذلك من كسر رجله ليصلي قاعدًا .

٣٨٨١ – قالوا : ترك القيام يتعلق بالعجز ، وليس ذلك بمعصية .

٣٨٨٢ – قلنا : وجواز القصر يتعلق بالمشقة ، وليس ذلك بمعصية ، وإنما السفر سبب فيها ، كما أن لبس الخف المغصوب سبب في الرخصة .

* * *

---

(١) في (ص) : [كالمسابقة] ، وفي (م) ، (ع) : [أن يتعين بها فرض الصلاة لأنه يجوز أن يؤخر الصلاة لأجلها كالمسافة] مكان المثبت .

(٢) في (ص) : [المسابقة] .

(٣) في (ن) : [بترك] .

(٤) في (ن) : [لا يتغير] .

(٥) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [يتغير] .

(٦) في (ص) : [المسابقة] .

(٧) في (ن) : [عن الصلاة فعل] بتأخير [فعل] .

(٨) في (ن) : [فيزيد] مكان : [فيريد] .

مسألة ٢٢١

لا يجمع المسافر بين الصلاتين في وقت إحداهما

٣٨٨٣ - قال أصحابنا : لا يجمع المسافر بين الصلاتين في وقت إحداهما [١] .

٣٨٨٤ - وقال الشافعي : هو مخير : إن شاء صلى الظهر والعصر في وقت الظهر ، وإن شاء صلاهما في وقت العصر ، وكذلك المغرب والعشاء : إن شاء صلاهما في وقت المغرب ، وإن شاء صلاهما في وقت العشاء [٢] .

٣٨٨٥ - لنا : ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « إن للصلاة أولًا وآخرًا ، وإن أول وقت [٣] الظهر حين تزول [٤] الشمس ، وآخر وقتها حين يدخل وقت العصر ، وأول وقت العصر [٥] حين يدخل وقتها ، وآخر وقتها حين تصفر الشمس » [٦] .

---

(١) راجع : الأصل كتاب باب مواقيت الصلاة (١٤٧/١) ، مختصر الطحاوي ص٣٣ ، ٣٤ ، المبسوط باب مواقيت الصلاة (١٤٩/١) ، كتاب الحجة (١٧٤/١ - ١٧٧) .

(٢) راجع : الأم في وقت الصلاة في السفر (٧٧/١ ، ٧٩) ، مختصر المزني ص٢٥ ، المهذب (١٠٤/١ ، ١٠٥) ، الوسيط (٧٢٧/٢) ، حلية العلماء (٢٠٤/٢) ، المجموع مع المهذب (٣٧٠/٤ - ٣٧٣) . نص مالك في المدونة : لا يجمع بين الصلاتين إلا إذا جد في السير ، يصلي الظهر في آخر وقتها والعصر في أول وقتها ، وكذلك في المغرب والعشاء . راجع تفصيل المسألة في : المدونة (١١١/١ ، ١١٢) ، المنتقى (٢٥٢/١ ، ٢٥٣) ، الرسالة الفقهية ص١٣٢ ، بداية المجتهد (١٧٤/١ - ١٧٧) ، المقدمات الممهدات . (١٨٥/١ - ١٨٩) . وقال أحمد وأصحابه مثل قول الشافعي . راجع تفصيل المسألة في : الإفصاح (١٥٧/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٠٢/١) ، المغني (٢٧١/٢ - ٢٧٣) ، العدة (ص ١٠١) .

(٣) لفظ : [وقت] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يزول] .

(٥) قوله : [وأول وقت العصر] ساقط من (ع) .

(٦) هذا الحديث رواه الترمذي في السنن في أبواب الصلاة باب قضاء الصلاة الفائتة (٢٨٣/١ ، ٢٨٤) الحديث (١٥١) ، وأخرجه الدارقطني في السنن باب إمامة جبرائيل (٢٦٢/١) الحديث (٢٢) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الصلاة باب آخر وقت العشاء (٣٧٥/١ ، ٣٧٦) ، ونحوه أحمد في المسند ، في مسند أبي هريرة ﷺ (٢٣٢/٢) ، والطحاوي في المعاني ، في باب مواقيت الصلاة (١٤٩/١ ، ١٥٠) ، قال الدارقطني بعد أن رواه : هذا لا يصح مسندا . راجع هذا الحديث عن الأعمش عن مجاهد مرسلا مختصرًا في الدارقطني الحديث (٢٣ ، ٢٤) .

٣٨٨٦ – وروى أبو قتادة عن النبي ﷺ أنه قال : « ليس في النوم تفريط ، إنما التفريط أن يؤخر (١) الصلاة إلى وقت أخرى » (٢) . وروى عبد اللَّه بن مسعود قال : ما رأيت رسول اللَّه ﷺ صلى صلاة لغير ميقاتها [إلا صلاة بجمع وصلاة بالمزدلفة ، وصلاة الصبح من الغد قبل ميقاتها] (٣) . وقد كان ابن مسعود يصحب (٤) النبي ﷺ في السفر والحضر ، فلو كان يجمع بين الصلاتين لم يخف عليه . ومن أصحابنا من حكى عن مسند الحسن بن سفيان حديثا (٥) عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : « من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد أتى بابا من أبواب الكبائر » (٦) ، وذكره الدارقطني أيضًا . ولأن كل صلاتين لا يجمع بينهما في الحضر من غير مطر لم يجمع بينهما في السفر ، كصلاة الفجر والظهر .

٣٨٨٧ – ولأنهما صلاتان لا يجوز (٧) للعاصي في سفره أن (٨) يجمع بينهما ، فلم يجز لغير العاصي ، كالعشاء والفجر . ولأنها صلاة مؤقتة ، فلم يجز تقديمها على وقتها

---

(١) في (ن) : [تؤثر] .
(٢) هذا جزء من حديث أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب قضاء الصلاة الفائتة واستحباب تعجيل قضائها (٢٧٤/١ ، ١٧٥) ، وأخرجه أبو داود في السنن ، في باب من نام عن صلاة أو نسيها (١١٩/١) ، وابن الجارود في المنتقى في مواقيت الصلاة (ص ٤٨) الحديث (١٧٧) ، والبيهقي في الكبرى (٢١٦/٢) ، وأخرجه أحمد في المسند (٢٩٨/٥) ، وابن ماجه ، في باب من نام عن الصلاة أو نسيها (٢٢٨/١) الحديث (٦٩٨) والدارقطني في السنن (٣٨٦/١) . راجع تخريجه أيضا في : مصابيح السنة (٢٦١/١) الحديث (٤٢١) ، الهداية في تخريج البداية (٢٦٦/٢ ، ٢٦٧) الحديث (٢١٧) .
(٣) ما بين القوسين ساقط من (ن) . حديث عبد اللَّه بن مسعود أخرجه البخاري في الصحيح باب من يصلي الفجر بجمع (٢٩١/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب استحباب زيادة التغليس بصلاة الصبح بالمزدلفة (٥٤٠/١) ، وأبو داود ، في كتاب المناسك ، باب الصلاة بجمع (٤٨٨/١) ، وأحمد في المسند (٣٨٤/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب التطوع والإمامة ، في من قال إذا وضع رحله وبرك أتم (٣٤٥/٢) . انظر تخريجه أيضًا في نصب الراية ، آخر باب صلاة المسافر (١٩٤/٢) .
(٤) في (م) ، (ع) : [صحب] .
(٥) لفظ : [حديثًا] ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٦) هذا الحديث أخرجه الدارقطني في كتاب الصلاة (٣٥٩/١) ، والحاكم في المستدرك (٢٧٥/١) ، والبيهقي في الكبرى (١٦٩/٣) .
(٧) في (م) ، (ع) : [يجوز] ، مكان : [لا يجوز] .
(٨) في (ع) : [أنه] .

الموضوع لها [١] لأجل [٢] السفر ، كالظهر . ولأنها عبادة تختص [٣] بوقت فلم يجز تقديمها على وقتها لأجل السفر ، كصلاة رمضان .

٣٨٨٨ - ولأن السفر عذر واحد ، فلم يجز أن يؤثر في الصلاة من وجهين ، كالمرض والخوف ، بيان ذلك أن السفر متى أثر في أعداد الركعات لم يؤثر في أوقاتها ، [كالمرض] [٤] المؤثر في صفات الأركان لا يؤثر في الأعداد ، وكذلك الخوف المؤثر في الصفات لا يؤثر في الأعداد . ولأن وقت العصر يفسق بتأخير الظهر إليه من غير سفر ولا مطر ، فلم يجز له التأخير إليه لأجل السفر ، كوقت المغرب .

٣٨٨٩ - ولا يقال : المعنى في سائر الصلوات أنه لا يجمع بينهما بحق النسك ، فكذلك بحكم السفر ، ولما جاز الجمع بين الظهر والعصر بحق [٥] النسك جاز الجمع بينهما بحق [٦] السفر ، وذلك أن [٧] الجمع عندهم ليس بحق [٨] النسك ، وإنما [٩] هو لأجل السفر ، ولذلك [١٠] لا يجوز للمقيم عندهم .

٣٨٩٠ - فلم يصح [١١] هذا التعليل على هذا القول ، وعلى القول الآخر لا يصح ؛ لأن النسك لما كان عذرًا في الجمع كان مؤثرًا من وجه واحد ، فلم يؤثر في الأعداد ، فعلى هذا إذا أثر السفر في الأعداد لم يؤثر في الجمع .

٣٨٩١ - قالوا : الفجر والظهر لا يتصل وقتهما ، فلذلك لا يجمع بينهما ، والظهر والعصر يتصل وقتهما ، فلذلك جمع بينهما .

٣٨٩٢ - قلنا : صلاة العشاء والفجر يتصل وقتهما ، فلا يجمع بينهما عندكم .

٣٨٩٣ - احتجوا : بما رواه كريب عن ابن عباس أنه قال : ألا أخبركم بصلاة رسول الله ﷺ في السفر ، كان إذا زالت الشمس وهو في منزله جمع بين الظهر والعصر في الزوال ، فإذا سافر قبل الزوال أخر الظهر حتى يجمع بينها وبين العصر في وقت العصر [١٢] .

---

(١) في (ع) : [فيها] .
(٢) في (ن) : [لا كل] .
(٣) في (م) : [يختص] .
(٤) الزيادة من (ن) .
(٥) في (م) ، (ع) : [عن] مكان : [بحق] .
(٦) في (ن) : [لحق] .
(٧) في (م) : [لأن] .
(٨) في (ص) ، (م) ، (ن) : [لحق] .
(٩) في (م) ، (ع) : [إنما] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .
(١١) في (م) ، (ع) : [فلم يصح عندهم] بزيادة : [عندهم] .
(١٢) هذا الحديث أخرجه الشافعي في المسند (١٨٦/١) الحديث (٥٣٠) ، وأخرجه عبد الرزاق في =

٣٨٩٤ - والجواب : أن هذا الخبر رواه الحسين [(١)] بن عبد اللَّه بن عبيد اللَّه بن عباس عن كريب عن ابن عباس ، قال البستي : الحسين [(٢)] بن عبد اللَّه يقلب الأسانيد ويرفع المراسيل [(٣)] . وقال يحيي بن معين : هو ضعيف [(٤)] . فلا يجوز الاحتجاج بمثل هذا الخبر في إسقاط الوقت الذي ثبت من طريق الاستفاضة ، لا سيما ابن مسعود أكثر صحبة للنبي ﷺ وأضبط من ابن عباس لأفعال النبي ﷺ [(٥)] ، وهو يقول : ما صلى رسول اللَّه ﷺ [(٦)] صلاة لغير [(٧)] ميقاتها . ثم قوله : جمع بينهما في الزوال ، متروك الظاهر ؛ لأن فعل الصلاة في الزوال لا يجوز ، فكان في الخبر إضمار ، فإن أضمروا ؛ يجمع بينهما [(٨)] فيما يلي الزوال .

٣٨٩٥ - وأما قوله : أخر الظهر حتى يجمع بينها [(٩)] وبين العصر لوقت العصر ، معناه : أخر الظهر إلى آخر وقتها وفعل العصر أول وقتها ، فيكون جامعًا بينهما في وقت العصر ؛ [ألا ترى أن الجمع يقع بفعل الثانية ، فإذا كان ذلك في وقت العصر] [(١٠)] أضيف الجمع إليه وإن لم يفعل فيه إلا إحدى الصلاتين .

٣٨٩٦ - ولا يقال : إن الجمع عندكم لا يكون إلا على وجه واحد ، والخبر يقتضي جمعًا على صفتين .

٣٨٩٧ - قلنا : المراد بالخبر عندنا الجمع بين الصلاتين في نزول واحد . فالجمع [(١١)]

= المصنف (٥٤٨/٢) الحديث (٤٤٠٥) ، وأخرجه أحمد في المسند (٣٦٧/١ ، ٣٦٨) ، والدارقطني في باب الجمع بين الصلاتين في السفر (٣٨٨/١) .

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يحيى] مكان : [الحسين] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الحسن] .

(٣) راجعه في كتاب المجروحين ، في ترجمة حسين بن عبد اللَّه بن عبيد اللَّه (٢٤٢/١) .

(٤) قال أبو حاتم : هو ضعيف الحديث ، يكتب حديثه ولا يحتج به . وقال النسائي : متروك الحديث . وقال أبو زرعة : ليس بقوي . راجع : تاريخ عثمان بن سعيد الدارمي ص٩٥ ترجمة (٢٥٧) ، كتاب الضعفاء والمتروكين ص٨٥ ترجمة (١٤٧) ، الجرح والتعديل (٥٧/٣) ، الكامل (٣٤٩/٢ - ٣٥١) ترجمة (٤٨٠/١١١) ، المغني (١٧٢/١) ترجمة (١٥٣٤) ، تقريب التهذيب (١٧٦/١) ترجمة (٣٦٦) .

(٥) في (ن) : [عليه السلام] .

(٦) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٧) في (م) ، (ع) : [بغير] .

(٨) في (ص) : [الجمع بينهما] .

(٩) في (م) : [بينهما] .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١١) في (ن) : [والجمع] .

الأول : يصلي الظهر في وقت الزوال والعصر في أول وقتها ، والثاني : يصلي الظهر في آخر وقت الظهر والعصر في أول وقتها .

٣٨٩٨ - قالوا : روى ابن شهاب عن أنس قال : كان رسول اللّٰه ﷺ إذا ارتحل قبل أن تزيغ [١] الشمس أخر الظهر إلى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما ، وإن زاغت الشمس قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب [٢] .

٣٨٩٩ - قلنا : لا دلالة فيه ؛ لأن قوله : أخر الظهر إلى وقت العصر ، يقتضي أن جميع وقت العصر غاية لفعل الظهر ، وذلك لا يكون إلا والظهر مفعولة في آخر وقتها .

٣٩٠٠ - قالوا : روى الجمع بين الصلاتين عن النبي ﷺ علي بن أبي طالب ، وابن عمر ، وأبو موسى ، وسعد بن أبي وقاص ، وعائشة وغيرهم [٣] .

٣٩٠١ - قلنا : الجمع الذي رووه يحتمل لما قاله أصحابنا من تأخير الظهر إلى آخر وقتها وتعجيل العصر في أول وقتها . وقد روي ذلك مفسرًا في أخبارنا : فذكر الطحاوي عن العطاف بن خالد المخزومي عن نافع قال : أقبلنا مع ابن عمر ، حتى إذا كنا في بعض الطريق استصرخ على زوجته صفية بنت أبي عبيد [٤] ، فراح مسرعًا حتى غابت الشمس ، فنودي بالصلاة ، فلم ينزل حتى أمسى [٥] ، فظننا أنه قد

---

(١) في (م) : [يربع] ، وفي (ن) : [ترتفع] .

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الكسوف (١٩٥/١) ، ومسلم في الصحيح في كتاب المساجد ، باب جواز الجمع بين الصلاتين في السفر (٢٨٣/١ ، ٢٨٤) ، وأبو داود في باب الجمع بين الصلاتين في السفر (٣٠٥/١) ، والدراقطني ، في باب الجمع بين الصلاتين في السفر (٣٩٠/١) ، والبيهقي في الكبرى (١٦١/٣) .

(٣) حديث علي أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب المساجد ، باب جواز الجمع بين الصلاتين في السفر (٢٨٣/١) ، وأخرجه الدارقطني ، في باب الجمع بين الصلاتين في السفر (٣٩١/١) الحديث (١٠) ، (١١) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب الجمع بين الصلاتين في السفر (١٥٩/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٤٣/٢) . وحديث أبي موسى أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٤٤/٢ - ٣٤٥) الأحاديث (٩ ، ١٠ ، ١٣). وأخرجه الدارقطني من حديث معاذ بن جبل في باب الجمع بين الصلاتين في السفر (٣٩٢/١) .

(٤) وثقها العجلي . انظر ترجمتها في تاريخ الثقات (ص ٥٢٠) ترجمة (٢١٠٠) ، تقريب التهذيب (٦٠٣/٢) ترجمة (٥) .

(٥) في (ن) : [إذا أمسى] بزيادة : [إذا] .

نسي ، فقلت : الصلاة ، فسكت ، حتى إذا كاد الشفق أن يغيب نزل فصلي المغرب ، ثم غاب الشفق فصلي العشاء وقال : هكذا نفعل مع رسول الله ﷺ إذا جَدّ به السير (١) .

٣٩٠٢ - وقالت عائشة : كان رسول الله ﷺ في السفر يؤخر المغرب حتى كاد يظلم ثم يصلي المغرب ويقدم العشاء (٢) . وعن علي أنه كان في السفر يؤخر / المغرب حتى كاد يظلم ، ثم يصلي المغرب ، ثم يدعو بعشائه فيتعشى (٣) ثم يصلي ويقول : كذا كان رسول الله (٤) ﷺ يجمع في السفر بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء ، يؤخر المغرب حتى يكون آخر الوقت ، ويعجل الآخرة منهما حتى تكون (٥) في أول (٦) الوقت (٧) . فإذا روي عنهم الجمع على هذا الوجه وجب حمل الأخبار عليه . ٤٨/أ

٣٩٠٣ - ولا يقال : قد روي أنه كان يجمع بينهما في وقت العصر ، وهذا خلاف قولكم (٨) .

٣٩٠٤ - قلنا : قد بينا أنه إذا فعل كل واحدة في وقتها فالجمع يقع بالثانية ، وهي مفعولة في وقت العصر ، فحقيقة الجمع إنما وقع حينئذ .

٣٩٠٥ - قالوا : روى ابن عباس : ألا أخبركم عن صلاة (٩) رسول الله ﷺ في السفر (١٠) . والجمع الذي يقولونه لا يختص بالسفر .

٣٩٠٦ - قلنا : هذا الجمع يكره عندنا في غير حال السفر ، فهو مختص به .

٣٩٠٧ - قالوا : الجمع على ضربين : مقارنة (١١) ومتابعة . فالمقارنة (١٢) أن يوجدا

---

(١) في (ن) : [أجد] ، مكان : [جد] . رواه الدارقطني باب الجمع بيع الصلاتين في السفر (٣٩٣/١ ، ٣٩٤) الأحاديث (١٧ ، ١٨ ، ١٩ ، ٢٠) ، وأخرجه من طريق حماد عن أيوب في باب الجمع بين الصلاتين (٣٠٣/١) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى في باب الجمع بين الصلاتين في السفر (١٥٩/٣ ، ١٦٠) .

(٢) هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة عن وكيع ، في المصنف (٣٤٥/٢) ، وفي مجمع الزوائد (١٥٩/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فتعشى] .

(٤) في (ن) : [النبي] .

(٥) في (ص) ، (م) : [يكون] .

(٦) في (م) ، (ع) : [آخر] .

(٧) هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة عن أبي أسامة في المصنف (٣٤٥/٢) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قولهم] .

(٩) في (م) ، (ع) : [بصلاة] .

(١٠) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) . تقدم تخريج هذا الحديث في هذه المسألة .

(١١) في (ع) : [مقاربة] .

(١٢) في (ع) : [فالمقاربة] .

معًا ، وهذا غير مراد ، والمتابعة أن يكون أحدهما بعد الآخر ، ولا يجوز عندكم حتى يمضي وقت الأولى .

٣٩٠٨ - قلنا : يجوز عندنا ؛ لأنه إذا صادف الفراغ من الأولى (١) انقضى وقتها وفعل (٢) الثانية بعدها بلا فصل . على أنا قد بينا الجمع من وجه ثالث ، وهو الجمع في نزول واحد ، وهذا يسقط ما قالوه .

٣٩٠٩ - قالوا : وكل (٣) من كان له القصر جاز له الجمع ، كالحاج .

٣٩١٠ - قلنا : الحاج إن أردتم به المسافر فالأصل هو الفرع عندكم ، وإن أردتم به المكي فالوصف لا يوجد في الأصل ؛ لأنه لا يجوز له القصر ، والمعنى فيه أن النسك لما أثر في الوقت [لم يؤثر] (٤) في العدد ، ولما أثر السفر في العدد لم يؤثر في الوقت . ولأن المسافر لا يجوز اعتباره بالناسك (٥) ؛ لأنهم قالوا : يستحب للمسافر أن يصلي كل صلاة (٦) في وقتها ليخرج من الخلاف ، ويستحب للناسك أن يجمع ، فإذا جاز أن يختلفا عندهم في المستحبات جاز أن يختلفا عندنا في الجواز .

٣٩١١ - قالوا : أفعال الصلاة (٧) آكد من وقتها ؛ لأن الوقت يراد للفعل ، فإذا أثر السفر في نقصان الأفعال فبأن يؤثر في تعيين الوقت أولى .

٣٩١٢ - قلنا : يبطل بالمرض والخوف : أن كل واحد منهما أثر في أفعال الصلاة ولم يؤثر في وقتها .

٣٩١٣ - قالوا : وقت أضيق من وقت الصلاة ، فإذا كان للسفر تأثير في وقت الصوم فبأن يؤثر في وقت الصلاة أولى .

٣٩١٤ - قلنا : الصوم دليلنا ؛ لأن السفر ليس له تأثير في تقديمه على وقته ، فكذلك (٨) لا يؤثر في تقديم الصلاة على وقتها . ولأن السفر لما أثر في وقت الصوم كان تأثيره (٩) من وجه واحد ، فإذا أثر في الصلاة من وجه لم يؤثر من وجه آخر (١٠) .

* * *

(١) في سائر النسخ : [فالأولة] .

(٢) في غير (ص) : [فعل] .

(٣) في (م) : [كل] بدون العطف .

(٤) في (م) ، (ع) : [ترتب] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بالنسك] .

(٦) في (ص) : [ركعة] .

(٧) في (ن) : [للصلاة] .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فلذلك] .

(٩) في (ص) : [تأثير] .

(١٠) لفظ : [آخر] ساقط من (ن) .

مسألة ٢٢٢

لا يجوز للمقيم الجمع بين الصلاتين

٣٩١٥ – قال أصحابنا : لا يجوز للمقيم الجمع بين الصلاتين (١) .

٣٩١٦ – وقال الشافعي : يجمع بينهما في المطر (٢) .

٣٩١٧ – لنا : ما قدمناه (٣) في المسألة الأولى (٤) ، ولأنها صلاة مؤقتة فلا يؤثر (٥) في تقديمها على وقتها الموضوع لها المطر ، كالفجر والظهر . ولأن المطر لا يؤثر في صفات الصلاة فلا يؤثر في أوقاتها ، كالريح والبرد .

٣٩١٨ – احتجوا : بحديث ابن عمر أن النبي ﷺ جمع بين الظهر والعصر في الحضر في المصر (٦) .

٣٩١٩ – والجواب : يحتمل أن يكون جمع بينهما في خروج واحد إلى المسجد فأخر إحدى الصلاتين وقدم الأخر .

٣٩٢٠ – قالوا : روى ابن عباس أن النبي ﷺ جمع بين المغرب والعشاء من غير خوف ولا سفر (٧) .

---

(١) راجع نفس المصادر السابقة في مسألة (٢٢٠) .

(٢) قال الإمام الشافعي وأصحابه إلا المزني : يجوز الجمع بين الصلاتين بعذر المطر في وقت الأولى منهما ، وفي وقت الثانية : قولان . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب صلاة العذر (٧٩/١) ، مختصر المزني ص ٢٥ ، الوسيط (٧٢٧/٢ ، ٧٢٩ ، ٧٣٠) ، حلية العلماء (٢٠٦/٢ ، ٢٠٧) ، فتح العزيز (٤٦٩/٤ – ٤٧٣) ، المهذب (١٠٥/١) ، المجموع مع المهذب (٣٧٨/٤ – ٣٨٤) ، نهاية المحتاج (٢٨٠/٢ – ٢٨٢) . قال مالك وأحمد وأصحابهما : يجوز الجمع في الحضر لعذر المطر بين المغرب والعشاء دون الظهر والعصر ، ولعذر المرض يجوز في الصلوات الأربعة . راجع تفصيل المسألة في : المدونة في جمع الصلاتين ليلة المطر (١١٠/١ ، ١١١) ، المنتقى (٢٥٦/١ ، ٢٥٨) ، الرسالة الفقهية ص١٢٣ ، ١٣٣ ، بداية المجتهد (١٧٧/١) ، المقدمات الممهدات (١٨٥/١ – ١٨٧) ، الإفصاح (١٥٨/١) ، المغني (٢٧٤/١ – ٢٧٨) ، الكافي لابن قدامة (٢٠٣/١ ، ٢٠٤) .

(٣) في (ن) : [ما قدمنا] .

(٤) انظر المسألة السابقة (٢٢١) .

(٥) في (م) : [مؤثر] .

(٦) حديث عبد اللّٰه بن عمر رواه عبد الرزاق من حديث عمرو بن شعيب ، في المصنف ، في باب جمع الصلاة في الحضر (٥٥٦/٢) الحديث (٤٤٣٧) .

(٧) حديث ابن عباس أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب المساجد ، باب الجمع بين الصلاتين في الحضر =

٣٩٢١ - قلنا : قد روي أنه قال : جمع [١] بينهما من غير مطر ولا سفر [٢] . فيحتمل أن يكون ذلك قبل استقرار المواقيت .

٣٩٢٢ - كما روي أن جبريل [٣] صلى بالنبي ﷺ الظهر في اليوم الثاني لوقت العصر بالأمس [٤] .

٣٩٢٣ - قالوا : صلاتان [٥] جاز للناسك أن يأتي بهما على صفة فجاز في المطر ، أصله : إذا صلاهما في وقتهما .

٣٩٢٤ - قلنا : المعنى فيه أنه صلاهما على وجه يجوز في [غير] [٦] حال العذر ، فجاز في حال المطر ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنه صلاهما في وقت لا يجوز [٧] من غير عذر فلم يجز في حال المطر .

* * *

= (٢٨٤/١) ، وأبو داود باب الجمع بين الصلاتين (٣٠٣/١) ، والبيهقي في الكبرى (١٦٧/٣) ، وعبد الرزاق في المصنف باب جمع الصلاة في الحضر (٥٥٥/٢) الحديث (٤٤٣٥) ، ومالك في الموطأ (١٢٣/١) .

(١) في (م) ، (ع) : [يجمع] .

(٢) رواه مسلم في الصحيح كتاب المساجد ، باب الجمع بين الصلاتين في الحضر (٢٨٥/١) . وأبو داود باب الجمع بين الصلاتين (٣٠٤/١) ، والبيهقي في الكبرى (١٦٧/٣) ، ورواه عبد الرزاق في المصنف باب جمع الصلاة في الحضر (٥٥٥/٢) الحديث (٤٤٣٥) .

(٣) في غير (ص) : [ﷺ] زيادة .

(٤) تقدم تخريج حديث إمامة جبرائيل عليه السلام بلفظ آخر في مسألة (٨٠) . وهذا جزء من حديث طويل أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب المساجد ومواضع الصلاة باب آخر أوقات الصلوات الخمس (٢٤٧/١ ، ٢٤٨) ، وأبو داود ، في كتاب الصلاة باب في المواقيت (١٠٨/١) ، والترمذي في باب ما جاء في مواقيت الصلاة (٢٧١/١) الحديث (١٤٩) . والدارقطني ، في باب إمامة جبرائيل (٢٦٣/١ ، ٢٦٤) ، والحاكم في المستدك كتاب الصلاة (١٩٣/١) ، ونحوه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الصلاة (٣٦٦/١ ، ٣٧٦) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الصلاة ، في جمع مواقيت الصلاة (٣٥٢/١) نحو لفظ الدارقطني في الرواية الثانية ، والطحاوي في المعاني (١٤٨/١) ، والترمذي في باب ما جاء في مواقيت الصلاة (٢٧١/١) الحديث (١٤٩) ، والحاكم في المستدرك كتاب الصلاة (١٩٣/١) . قال الترمذي : حديث ابن عباس حديث حسن صحيح . راجع تخريجه أيضًا في شرح السنة ، باب مواقيت الصلاة (١٨٤/٢) الحديث (٣٤٩) .

(٥) في (م) : [صلاتنا] .

(٦) ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [فلا يجوز] .

مسألة ٢٢٣

لا تجب الجمعة على من كان في غير المصر

٣٩٢٥ – قال أصحابنا : لا تجب [(١)] الجمعة على من كان في غير المصر وربضه [(٢)] .

٣٩٢٦ – وقال الشافعي : إذا كانوا أربعين [(٣)] على مسافة [(٤)] يبلغهم [(٥)] النداء من آخر البلد من الجانب الذي بينهما ، إذا كان المؤذن [(٦)] صيتًا [(٧)] والأصوات هادئة والريح ساكنة [(٨)] ، فإنه يجب عليهم دخول المصر لإقامة الجمعة [(٩)] .

٣٩٢٧ – لنا : أن الجمعة لو وجبت على من يقارب [(١٠)] الأمصار [(١١)] لأمر النبي [(١٢)] ﷺ من يقارب [(١٣)] المدينة بالحضور [(١٤)] ، وكذلك الأئمة ، ولو فعلوا ذلك لنقل [(١٥)]

(١) في (ن) : [لا يجب] .

(٢) الربض : بفتحتين ما حول المدينة ، وقيل : هو الفضاء حول المدينة . انظر في لسان العرب مادة ربض (١٥٥٩/٣) ، المصباح المنير (٢٠٣/١) . راجع المسألة في : كتاب الأصل باب صلاة الجمعة (٣٤٥/١ ، ٣٤٦) ، تحفة الفقهاء باب صلاة الجمعة في بيان شرائط الجمعة (١٦٢/١) ، الهداية (٦٢/١) ، فتح القدير وبهامشه العناية باب صلاة الجمعة (٥٠/٢ ، ٥١) ، بدائع الصنائع فصل في شرائط الجمعة (٢٥٩/١) ، البناية باب صلاة الجمعة (٤٩/٣ – ٥١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أقل من أربعين] .

(٤) لفظ : [مسافة] ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (ع) : [أن يبلغهم] .

(٦) في (م) ، (ع) : [المؤذنون] ، وفي صلب (ن) : [المؤمنون] ، وفي الهامش : [لعلها المؤذن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [صبيا] .

(٨) في (م) : [كاسية] ، وفي (ع) : [كاسبة] .

(٩) راجع : الأم : من يجب عليه الجمعة بمسكنه (١٩٢/١) ، حلية العلماء باب صلاة الجمعة (٢٣٢/٢ – ٢٢٦) ، المهذب (١٠٩/١) ، المجموع مع المهذب (٤٨٦/٤ – ٤٨٨) . قال مالك وأحمد مثل قول الشافعي : تجب عليه الجمعة (١٤٢/١ ، ١٤٣) ، الرسالة الفقهية ص١٤٢ ، الكافي لابن عبد البر (٢٤٨/١ ، ٢٤٩) ، الافصاح (١٦٠/١) ، الكافي لابن قدامة (١١٣/١ ، ١١٤) .

(١٠) في (ع) : [من تقارب] .

(١١) لفظ : [الأمصار] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٢) في (م) ، (ع) : [رسول الله] .

(١٣) في (ن) ، (ع) : [من تقارب] .

(١٤) في (ن) : [بالحضون] .

(١٥) قوله : [لنقل] ساقط من (م) ، (ع) .

من طريق الاستفاضة ولاستفاض [1] ، فلما لم ينقل دل على أنها لا تجب عليهم .

٣٩٢٨ - ولا يقال : [قد] [2] روي في حديث عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال لأهل العوالي ولذي الحليفة : « اشهدوا الجمعة مع رسول الله ﷺ » [3] ؛ لأن هذا الخبر لا يعرف ، ولم يذكره [4] إلا الساجي [5] ، والمنقول أنهم كانوا يحضرون ، وفعلهم لا يدل على الوجوب ، ولو كان ثابتًا لنقل نقلا ظاهرًا . ولأن كل قوم لا يجب عليهم إقامة الجمعة في موضعهم لا يجب عليهم [المصير] [6] إلى المصر لإقامتها [7] ، أصله : أهل البوادي .

٣٩٢٩ - ولأن كل [8] من كان في موضع لا يسمع فيه النداء لم يجب عليه حضور المصر للجمعة [لم تجب] [9] وإن كان في موضع يسمع النداء ، أصله : المريض ، والقرية إذا كان فيها أربعين . ولأن كل بقعة إذا خرج إليها المسافر جاز له القصر لم يجب على أهلها دخول المصر للجمعة [10] ، كما بعد . ولأنه ذكر يتقدم على الجمعة فلا يعتبر سماعه في وجوبها ، كالخطبة . ولأنه منفصل عن المصر وتوابعه فلم يجب [11] عليه حضور المصر للجمعة ، كأهل البوادي .

٣٩٣٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ ﴾ [12] .

٣٩٣١ - والجواب : إن في الآية إضمارًا بالاتفاق ، أضمر مخالفنا فيها أن يكون في المصر أو في موضع يسمع النداء ، وأضمرنا فيها كونه في المصر ، فكان إضمارنا أولى ؛ لأنه متفق عليه .

٣٩٣٢ - قالوا : روى أبو الزبير عن جابر أن النبي ﷺ قال : « من كان يؤمن بالله

---

(١) قوله : [ولاستفاض] ساقط من (ن) ، وفي (م) ، (ع) بدون العطف .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) لم نعثر على هذا الحديث بعد .

(٤) في (ص) : [يذكر] .

(٥) زكريا بن يحيى الساجي ، انظر ترجمته في سير أعلام النبلاء (١٩٨/١٤) .

(٦) ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [كذا لإقامتها] بزيادة : [كذا] .

(٨) في (ع) ، (م) : [ولا كل] .

(٩) الزيادة من (ن) .

(١٠) في (ص) ، (م) : [الجمعة] .

(١١) في (ن) : [فلم تجب] .

(١٢) سورة الجمعة : الآية ٩ .

واليوم الآخر فعليه الجمعة [١] يوم الجمعة إلا مريض ، أو مسافر ، أو صبي ، أو مملوك » [٢] .

٣٩٣٣ - والجواب : أن الخبر فيه إضمار ، فعند مخالفنا الجمعة واجبة على كل مسلم كان بحيث يسمع النداء . وعندنا المضمر فيها كل مسلم كان في المصر ، فتساوينا .

٣٩٣٤ - احتجوا : بما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال : « الجمعة على كل من سمع النداء » [٣] .

٣٩٣٥ - والجواب : أن هذا ذكره أبو داود عن قبيصة عن سفيان عن محمد بن سعيد الطائفي عن أبي سلمة بن نُبَيه عن عبد الله بن هاورن عن عبد الله بن عمرو [٤] . [قال أبو داود : رواه جماعة عن سفيان مقصورا [٥] على عبد الله بن عمرو] [٦] ، ولم

(١) في (ص) : [فعليه الجمعة شهد] .

(٢) هذا الحديث أخرجه الدارقطني في السنن ، من طريق ابن لهيعة في أول كتاب الجمعة (٣/٢) ، والبيهقي في الكبرى (١٨٤/٣) . قال يحيى بن معين : ابن لهيعة ضعيف الحديث . راجع : تاريخ عثمان بن سعيد الدارمي ص١٥٣ ترجمة (٥٣٣) ، كتاب المجروحين (١٣/٢) ترجمة عبد الله بن لهيعة الحضرمي ، الكامل لابن عدي (١٤٤/٤) ترجمة (٩٧٧/١٠) . ومعاذ بن محمد الأنصار ، أيضا ضعيف . قال ابن عدي في ترجمته : منكر الحديث . لفظ البيهقي : ومعاذ هذا غير معروف . راجع في الكامل (٤٣٢/٦ ، ٤٣٣) ، ترجمة (١٩١٢/٢٩١) . وأخرجه ابن أبي شيبة من طريق محمد بن كعب القرطبي في المصنف في كتاب الجمعة (١٨/٢) . راجع : تاريخ الثقات للعجلي ص٤١١ ترجمة (١٤٩٥) ، تقريب التهذيب (٢٠٣/٢) ترجمة (٦٥٩) . وراجع رواية ابن لهيعة في نصب الراية في باب صلاة الجمعة (١٩٩/٢) .

(٣) هذا الحديث أخرجه أبو داود من طريق قبيصة باب من تجب عليه الجمعة (٢٦٨/١) ، والدارقطني في كتاب الجمعة (٦/٢) ، والبيهقي في الكبرى باب من تجب عليه الجمعة (١٧٣/٣) . راجع تخريجه أيضا في مصابيح السنة باب وجوب الجمعة (٤٧٠/١) الحديث (٩٦٦) ، شرح السنة باب الجمعة في القرى (٢٢٢/٤) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية الفصل الرابع في أحكام الجمعة (٢٩٤/٣ ، ٢٩٥) الحديث (٤٦٣) . وأخرجه الدارقطني أيضًا من طريق عمرو بن شعيب كتاب الجمعة (٦/٢) ، ومن طريقه أخرجه البيهقي باب من تجب عليه الجمعة (١٧٣/٣) ، وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفًا على سعيد بن المسيب في المصنف ، في كتاب الجمعة (١١/٢) ، ومن طريقه ، ابن حزم في المحلى بالآثار (٢٥٣/٣ ، ٢٥٤) مسألة (٥٢١) .

(٤) في سائر النسخ : [عمر] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٥) في (ص) : [مقصور] ، والأنسب ما أثبتناه .

(٦) في سائر النسخ : [عمر] ، وما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

يرفعوه ، وإنما أسنده قبيصة [١] ، وقد قال أصحاب الحديث : إن قبيصة ليس بثبت عن سفيان فيما لا يخالف فيه ، فكيف فيما [٢] يخالفه فيه المشاهير . وأبو سلمة بن نبيه [٣] وعبد اللّٰه بن هارون لا يعرفان . ولأن النداء لا يعبر به عن الأذان ، وإنما يراد به إشعار الناس بالصلاة ، وهذا في العادة لا يبلغ إلى خارج المصر . ولأن الخبر متروك الظاهر ؛ لأن عندهم لا يعتبر السماع دائمًا [٤] ، وإنما يعتبر كونه بحيث يسمع . وعندنا المعتبر المصر ، وإذا اتفقوا على سقوط الشرط سقط التعلق به .

٣٩٣٦ – احتجوا : بالحديث الذي قدمناه أن النبي ﷺ قال لأهل العوالي وذي الحليفة : « اشهدوا الجمعة » ، وقد بينا أنه خبر لا يعرف ، ولو ثبت احتمل أن يكون أمرهم بحضور جمعة بعينها لغرض في حضورهم لتعليم شرع ، أو أمر بخروج إلى موضع . ويجوز أن يكون حضروا [٥] المصر في يوم الجمعة فأمرهم أن يشهدوا لأنها وجبت بحضورهم .

٣٩٣٧ – قالوا : روي عن الصحابة ﷺ [٦] قولان : فقال عبد اللّٰه بن عمرو [٧] مثل قولنا ، وقال ابن عمر وأنس وأبو هريرة على من يأتي بالليل إلى وطنه [٨] . وهذا إجماع [٩] منهم على وجوبها على من كان خارج المصر . فمن قال : لا يجب ، فقد أحدث قولًا ثالثًا [١٠] .

٣٩٣٨ – قلنا : روي عن حذيفة أنه قال : ليس على أهل القرى جمعة ، وإنما الجمعة

---

(١) راجعه في سنن أبي داود باب من تجب عليه الجمعة (٢٦٨/١) ، قال ابن معين : قبيصة بن عقبة الكوفي ثقة إلا في حديث الثوري . راجع ترجمته في ميزان الاعتدال (٣٨٣/٣ ، ٣٨٤) ترجمة (٦٨٦١) .
(٢) في (ن) : [وكيف ما] ، وفي (م) : [ما] مكان : [فيما] .
(٣) في غير (ص) : [ونبيه] مكان : [بن نبيه] .
(٤) لفظ : [دائما] ساقط من (ن) .
(٥) في (م) ، (ع) : [حضور] .
(٦) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .
(٧) في (م) ، (ع) : [عمر] .
(٨) وقد أخرجه البيهقي في الكبرى باب من أتى الجمعة من أبعد ذلك اختيارا (١٧٥/٣ ، ١٧٦) ، وأخرجه ابن أبي شيبة في باب من كم تؤتى الجمعة (١١/٢ ، ١٢) وحديث أبي هريرة أخرجه البيهقي من طريق المعارك بن عباد باب من أتى الجمعة من أبعد ذلك اختيارا (١٧٦/٣) ، قال البيهقي بعد أن أخرجه : حديث أبي هريرة تفرد به معارك بن عباد عن عبد اللّٰه بن سعيد ، وقد قال أحمد بن حنبل رحمه الله : معارك لا أعرفه ، وعبد اللّٰه بن سعيد هو أبو عباد ، منكر الحديث متروك .
(٩) لفظ : [إجماع] ساقط من غير (ص) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٠) في (م) : [بالتا] .

على أهل الأمصار من المدائن (١) .

٣٩٣٩ - قالوا : صحيح لو كان في المصر (٢) لزمته الجمعة ، فكذلك (٣) إذا كان على مسافة يسمع النداء ، أصله : إذا كان في البلد .

٣٩٤٠ - قلنا : اعتبار سماع النداء في المصر غير معتبر ؛ لأنه لا يجب على من كان في نواحي المصر وإن كان لا يسمع النداء . ولأن من كان في المصر فهو في موضع يصلح لإقامة السلطان غالبا ، فلذلك (٤) كان ممن يخاطب بالجمعة ، / وليس كذلك من خارج المصر ؛ لأنه في مكان لا يصلح لإقامة السلطان غالبًا . ٤٨

٣٩٤١ - قالوا : النداء (٥) إشعار الجماعة ، وقد جعل في الشرع علمًا على حضورها (٦) ؛ بدلالة : ما روي أن عتبان (٧) بن مالك قال : يا رسول اللّه ، [إني ضرير شاسع الدار ولي قائد لا يلائمني ، فهل تجد لي من رخصة في ترك الجماعة .

٣٩٤٢ - قال : [تسمع النداء ؟] (٨) فقال : نعم ، فقال : « لا أجد لك رخصة » (٩) .

٣٩٤٣ - قلنا : هذا سأل عن ترك الجماعة . وعندنا لا يجوز تركها بكل حال ، وإنما الكلام في صلاة مخصوصة في وقت مخصوص ، وليس في الخبر ما يدل على ذلك .

* * *

(١) هذا الأثر أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في من قال : لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع (١٠/٢) ، الحديث (٢) .

(٢) في (م) : [في الجمعة] ، وفي (ن) : [في المسجد] .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وكذلك] .

(٤) في (ن) : [فكذلك] .

(٥) في (م) : [للنداء] .

(٦) في (م) ، (ع) : [حصولها] .

(٧) في (ع) : [غسان] .

(٨) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٩) رواه مسلم في الصحيح باب يجب إتيان المسجد على من سمع النداء (٢٦٢/١) ، وأبو داود من طريق حماد في سننه باب في التشديد في ترك الجماعة (١٤٧/١) ، والنسائي في كتاب الإمامة (١٠٩/٢) ، وابن ماجه باب التغليظ في التخلف عن الجماعة (٢٦٠/١) الحديث (٧٩٢) ، وأخرجه أحمد في المسند (٤٢٣/٣) ، وأخرجه الدارقطني باب الحث على صلاة الجماعة والأمر بها (٣٨١/١) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك كتاب الصلاة (٢٤٧/١) . راجعه في المنتقى ، في أبواب صلاة الجماعة ص٢١٤ الحديث (١٣٤٦ ، ١٣٤٧) .

مسألة ٢٢٤

لا يجوز إقامة الجمعة في القرى

٣٩٤٤ - قال أصحابنا : لا يجوز إقامة الجمعة في القرى [١] .

٣٩٤٥ - وقال الشافعي : إذا كانت قرية مجتمعة المنازل لا يظعن أهلها عنها [٢] شتاء ولا صيفًا إلا ظعن [٣] حاجة وكان أهلها أربعين [٤] رجلا وجبت عليهم الجمعة وصح فعلها فيها [٥] .

٣٩٤٦ - والدليل على ما قلناه : ما روى سعيد بن المسيب عن علي [ﷺ] [٦] أن النبي ﷺ قال : « لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع » [٧] ، وروى سراقة بن مالك عن النبي ﷺ مثله .

٣٩٤٧ - ولا يقال : إنه موقوف على علي ؛ لأنه روي مرفوعًا وموقوفًا ، ذكره [٨] محمد في الجامع . وذكره [٩] أبو يوسف في الأصل مسندًا مرفوعًا .

---

(١) راجع المصادر السابقة في مسألة (٢٢٢) ، والمبسوط باب صلاة الجمعة (٢٣/٢ ، ٢٤) ، الاختيار باب صلاة الجمعة (٨٢/١) ، مجمع الأنهر باب صلاة الجماعة (١٦٥/١) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه در المختار باب الجمعة (٥٥٩/١ ، ٥٦٠) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [عنها أهلها] بالتقديم والتأخير .

(٣) في (ص) : [طفن] .

(٤) في (م) ، (ن) : [أربعون] .

(٥) راجع : الأم : العدد الذين إذا كانوا في قرية وجبت عليهم الجمعة (١٩٠/١) ، مختصر المزني باب وجوب الجمعة وغيره من أمرها (ص٢٦) ، المهذب (١١٠/١) ، الوسيط كتاب الجمعة الباب الأول في شرائطها (٧٣٣/١ ، ٧٣٤ ، ٧٣٧ - ٧٤٠) ، حلية العلماء (٢٣٠/٢) ، فتح العزيز (٤٩٣/٤ - ٤٩٧ ، ٥١٠ - ٥١٣) ، المجموع مع المهذب باب صلاة الجمعة (٥٠١/٤ - ٥٠٥) . وانظر : المدونة (١٤٢/١ ، ١٤٣) ، المنتقى (١٩٦/١ ، ١٩٧) ، الكافي لابن عبد البر (٢٤٩/١) ، بداية المجتهد (١٦١/١ ، ١٦٢) ، الإفصاح (١٦٠/١) ، الكافي لابن قدامة (٢١٦/١) ، المغني (٣٢٨/٢ ، ٣٢٩) .

(٦) ساقط من (ن) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الجمعة (١٠/٢) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب القرى الصغار (١٦٧/٣ ، ١٦٨) الحديث (٥١٧٥ ، ٥١٧٧) ، ونحوه الطحاوي في المشكل (٥٤/٢) ، والبيهقي في الكبرى باب العدد الذين إذا كانوا في قرية وجبت عليهم الجمعة (١٧٩/٣) .

(٨) في (ن) : [ذكر] ، وفي (ع) : [ذلك] مكان المثبت .

(٩) في سائر النسخ : [وذكر] .

٣٩٤٨ - ولا يقال : رواه شعبة عن سعيد بن المسيب ولم يلقه ؛ لأن المراسيل مقبولة عندنا .

٣٩٤٩ - وقد روي ذلك عن علي وعن حذيفة أنه قال : ليس على أهل القرى جمعة ، وإنما الجمعة على أهل الأمصار من المدائن [١] . وتخصيص العبادات بمكان دون مكان لا يعلم إلا من طريق التوقيف . ولأنها لو وجبت على أهل القرى كوجوبها على أهل الأمصار لأمر النبي ﷺ بذلك والأئمة بعده ، ولو فعلوا ذلك لنقل من طريق الاستفاضة ، فلما لم ينقل دل على أنه لا يصح فعلها . ولأنه ليس بمكان لإقامة الحدود غالبًا [٢] ، فأشبه المفاوز .

٣٩٥٠ - ولأن كل بقعة لو نقص أهلها عن أربعين لم تصح [٣] إقامة الجمعة فيها لم يصح وإن تم العدد ، كالبوادي .

٣٩٥١ - ولأنه ليس بمكان لإقامة السلطان [غالبًا] [٤] ، فصار كمياه العرب . ولأن كل عبادة لا تجب [٥] على أهل موضع تفرقت منازلهم لم تجب [٦] وإن اجتمعت ، كصلاة العيد .

٣٩٥٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ ﴾ [٧] .

٣٩٥٣ - والجواب : أنّ الذكر المراد به خطبة الجمعة ، وما يفعل في السواد فليس بخطبة للجمعة ، وكذلك [٨] النداء المذكور إنما هو نداء الجمعة ، وذلك لا يوجد في السواد عندنا .

٣٩٥٤ - قالوا : روي عن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ [أنه] [٩] قال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فعليه الجمعة يوم الجمعة إلا مريض أو مسافر ، أو امرأة أو صبي أو مملوك » [١٠] .

٣٩٥٥ - والجواب : أنّ المكان مضمر بالاتفاق ، فنحن نضمر : إذا كان في مصر ، وهم يضمرون : إذا كان في وطن بالصفات التي قدمناها ، وليس أحد الإضمارين أولى من الآخر .

٣٩٥٦ - قالوا : روى ابن عباس أن أول [جمعة] [١١] جمّعت في الإسلام بعد

---

(١) تقدم تخريجه من حديث حذيفة في مسألة (٢٢٣) .
(٢) في (م) : [ولأنه ليس بمكان على إقامة سلطان غالبا فصار الحدود غالبا] مكان المثبت .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لم يصح] .
(٤) ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (ن) : [لا يجب] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لم يجب] .
(٧) سورة الجمعة : الآية ٩ .
(٨) في (ن) : [ولذلك] .
(٩) ساقط من (ن) .
(١٠) تقدم تخريجه في المسألة السابقة (٢٢٣) .
(١١) في (م) ، (ع) : [كل جمعة] .

جمعة جمعت في مسجد النبي ﷺ (١) بالمدينة جمعة جمعت (٢) بجواثا (٣) : قرية من قري البحرين (٤) .

٣٩٥٧ - والجواب : أنه لم ينقل أن النبي ﷺ علم بذلك فأقر عليه ، فلا يثبت بفعل من فعلها حجة .

٣٩٥٨ - ولأنها بلدة كبيرة معروفة (٥) بالبحرين ، وتسميتها قرية لا يمنع أن تكون (٦) بلدًا ، كتسمية مكة قرية : قال الله تعالى : ﴿ وَكَأَيِّن مِّن قَرْيَةٍ هِيَ أَشَدُّ قُوَّةً مِّن قَرْيَتِكَ ﴾ (٧) .

٣٩٥٩ - وقول الشافعي : دخلتها وهي قرية ، لا يمنع أن تكون نقصت عما كانت عليه ، أو تكون (٨) قرية فيها أسواق قريبة وسلطان وجامع .

٣٩٦٠ - قالوا : روي عن كعب بن مالك أنه قال : أول من جمع بنا أسعد بن زرارة في [هزم النبيت] (٩) من حرة (١٠) بني بياضة في نقيع (١١) يقال له : نقيع (١٢) الخضمات (١٣) .

٣٩٦١ - والجواب : أنّ الحرة (١٤) من توابع المصر ، [وتوابع المصر] (١٥) تقام فيها (١٦)

---

(١) في (ن) : [عليه السلام] مكان : [ﷺ] . (٢) في (م)، (ع) : [جمعت جمعة] بالتقديم والتأخير .

(٣) في (م) : [بخواثا] .

(٤) في (ن) : [نحوان] . قال ابن الأثير : جواثا : هو اسم حصن بالبحرين . راجع في النهاية باب الجيم مع الواو ، مادة (جوث) (٣١١/١) . وحديث ابن عباس رواه البخاري في الصحيح في كتاب الجمعة باب الجمعة في القرى والمدن (١٥٩/١ ، ١٦٠) ، وأبو داود باب الجمعة في القرى (٢٧٠/١) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الجمعة باب العدد الذين إذا كانوا في قرية وجبت عليهم الجمعة (١٧٦/٣) .

(٥) في (م) ، (ع) : [معرفة] . (٦) في (م) ، (ع) : [يكون] .

(٧) سورة محمد : الآية ١٣ . (٨) في (م) : [أو يكون] .

(٩) في (م) ، (ع) : [حرم البيت] وفي (ن) : [هذا البيت] .

(١٠) في (ع) : [من حي] . (١١) في غير (ص) : [بقيع] . (١٢) في غير (ص) : [بقيع] .

(١٣) في غير (ص) : [الحصاب] . قال ابن الأثير : هزم بني بياضة : هو موضع بالمدينة ، ونَقِيعُ الخَضِمَات : موضع قريب من المدينة كان يستنقع فيه الماء : أي يجتمع . راجع في النهاية مادة : (خضم) ، (نقع) ، (هزم) (٤٤/٢ ، ١٠٨/٥ ، ٢٦٣) . هذا الحديث أخرجه أبو داود باب الجمعة في القرى (٢٧٠/١ ، ٢٧١) ، وابن ماجه في كتاب إقامة الصلاة (٣٤٣/١ ، ٣٤٤) الحديث (١٠٨٢) ، والدارقطني في كتاب الجمعة باب ذكر العدد (٥/٢ ، ٦) الحديث (٧ ، ٩) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الجمعة باب العدد الذين إذا كانوا في قرية وجبت عليهم الجمعة (١٧٦/٣ ، ١٧٧) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الجمعة (٢٨١/١) .

(١٤) في (ع) : [أن الحي] .

(١٥) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٦) في (م) ، (ع) : [يقام فيه] ، وفي (ن) : [تقام فيه] .

الجمعة عندنا .

٣٩٦٢ - وقولهم : إن ابن حنبل قال : بين هذا [١] المكان وبين المدينة ميل [٢] ، لا يؤثر ؛ [لأن] [٣] عندنا يجوز أن يقام في مصلى المدينة وإن كان بينهما أكثر من ميل .

٣٩٦٣ - قالوا : روى عبد الله بن بدر قال : كان طلق بن علي يجمع بنا بِقَرَنَ [٤] : قرية من اليمن ، وذكر [أن] [٥] رسول الله ﷺ أمره بذلك .

٣٩٦٤ - والجواب : أنه لم يروه إلا الساجي ، وهو ضعيف فيما يرويه عند أهل النقل ، ولم يذكر [٦] الإسناد فينظر فيه ، ويحتمل أن تكون [٧] بلدة سماها قرية على ما قدمنا .

٣٩٦٥ - قالوا : أبنية مجتمعة يستوطنها عدد ينعقد بهم الجمعة ، فصح منهم إقامة الجمعة ، كأهل المصر .

٣٩٦٦ - والجواب : أنّا نقول بموجبها ؛ لأن أهل هذه البقعة يصح منهم الجمعة في المصر عندنا . والمعنى في المصر أنه موضع لإقامة السلطان غالبًا ، وهذا الذي يفعل الجمعة . ولما كان السواد ليس بموضع لإقامتها [٨] لم يجز [٩] فعلها فيه .

٣٩٦٧ - قالوا : إقامة صلاة فوجب أن لا يكون من شرطها المصر ، كسائر الصلوات .

٣٩٦٨ - قلنا : اعتبار هذه الصلاة [١٠] كسائر [١١] الصلوات في مكان إقامتها فاسد ؛ بدلالة اختصاصها بمكان باتفاق ، وإن كانت سائر الصلوات لا تختص [١٢] . ولأنّا [١٣] نقول : فوجب أن يستوي إقامتها في [السواد] [١٤] والبوادي ، كسائر الصلوات . ولأن سائر الصلوات يصح فعلها فرادى فصحت في السواد ، ولما كانت الجماعة من شرط هذه الصلاة [١٥] بكل حال اختصت بالمصر .

* * *

---

(١) في غير (ص) : [هذين] .

(٢) قال الخطابي : حرة بني بياضة يقال : قرية على ميل من المدينة . راجع معالم السنن باب الجمعة في القرى (٢٤٤/١ ، ٢٤٥) .

(٣) ساقط من (ع) .

(٤) في (ص) : [بقران] ، وفي (م) : [بقراه] ، وفي (ع) : [بفراه] .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولم يذكروا] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يكون] .

(٨) في (م) ، (ع) : [إقامته] .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [جاز] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [الصلوات] .

(١١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بسائر] .

(١٢) في غير (ص) : [لا يختص] .

(١٣) في (م)، (ن)، (ع): [لأنا] بدون العطف .

(١٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(١٥) في (م) ، (ع) : [الصلوات] .

مسألة ٢٢٥

تصح إقامة الجمعة بثلاثة سوى الإمام

٣٩٦٩ - قال أبو حنيفة يصح إقامة الجمعة بثلاثة سوى الإمام (١) .

٣٩٧٠ - وقال الشافعي : لا ينعقد بأقل من أربعين (٢) .

٣٩٧١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ ﴾ ، وهذا خطاب بلفظ الجمع (٣) ، فيتناول الثلاثة ، فدل على أن الجمعة تنعقد (٤) بهم إذا كان هناك من يذكر .

٣٩٧٢ - ولا يقال : إن هذا خطاب لجميع المسلمين فلا يختص بالثلاث ؛ لأن الخطاب إذا انصرف إلى الجمع يتناول أحادهم ، فإذا كان بلفظ الجمع يتناول (٥) كل جمع على الانفراد .

٣٩٧٣ - ويدل عليه حديث جابر قال : بينما رسول اللَّه ﷺ قائم يخطب يوم الجمعة إذ قدمت عير تحمل الطعام ، فانبعثوا إليها ، فانفضوا [إليها] (٦) وتركوا رسول اللَّه ﷺ [قائمًا] (٧) ليس معه إلا اثنا عشر رجلًا ، منهم : أبو بكر وعمر ، فأنزل اللَّه تعالى [على النبي ﷺ] (٨) : ﴿ وَإِذَا رَأَوْاْ تِجَٰرَةً أَوْ لَهْوًا ٱنفَضُّوٓاْ إِلَيْهَا وَتَرَكُوكَ قَآئِمًا ﴾ (٩) ،

---

(١) قال محمد مثل قول أبي حنيفة : أدنى ما يكون ثلاثة سوى الإمام ، وقال أبو يوسف : اثنان سوى الإمام . راجع : كتاب الأصل (٣٦١/١) ، مختصر الطحاوي باب صلاة الجمعة (ص٣٥) ، المبسوط (٢٤/٢ ، ٢٥) فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٦٠/٢) ، البناية (٧٣/٣ - ٧٧) ، مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر (١٦٨/١) .

(٢) قال الإمام الشافعي وأحمد في الأصح وأصحابهما : لا تصح الجمعة إلا بأربعين رجلا بالإمام بالغين عقلاء أحرارا مستوطنين فيها . راجع : المصادر السابقة للمذهبين في مسألة (٢٢٤) ، ومغني المحتاج باب صلاة الجمعة (٢٨٢/١) ، كفاية الأخيار (١٤٧/١) ، المسائل الفقهية (١٨٢/١ ، ١٨٣) مسألة (١١٥) ، العدة مع العمدة (ص١٠٦) . وانظر : المصادر في مسألة (١٢٤) ، وقوانين الأحكام الشرعية الباب الحادي والعشرون في الجمعة (ص٧٩) ، والمنتقى (١٩٨/١) .

(٣) في (ص) ، (ن) : [الجمعية] ، وفي (م) : [الجمعة] .

(٤) في (م) : [ينعقد] .

(٥) في (ص) : [تناول] .

(٦) ساقط من (ن) .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) حديث جابر بن عبد اللَّه متفق عليه ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الجمعة باب إذا نفر الناس =

ولم ينقل أن رسول الله [١] ﷺ ترك صلاة الجمعة منذ دخل المدينة ، فدل على أنه صلى بهم .

٣٩٧٤ - ولا يقال : لم ينقل في الخبر الصلاة ؛ لأن من أصحابنا من نقل ذلك . ولو لم ينقل كان الاستدلال من الطريق الذي ذكرناه .

٣٩٧٥ - ولا يقال : يجوز أن يكون رجع منهم تمام الأربعين ؛ لأن الأصل عدم الرجوع .

٣٩٧٦ - ولا يقال : قد روي في هذا الحديث أنهم تركوا رسول الله [ﷺ] [٢] ليس معه إلا أربعين رجلًا ؛ لأن هذا الخبر رواه حصين عن سالم بن أبي الجعد عن جابر ، فروى أصحاب حصين كلهم عنه ما ذكرناه : هشيم وغيره ، وإنما انفرد بهذا عن حصين علي [٣] بن عاصم [٤] . هكذا ذكره الدارقطني [٥] [ولم يبين حال علي بن عاصم] [٦] على عادته في إغفال الطعن على من يروي ما يوافقه ، وذكر البستي أنه من أهل واسط ، وأنه كان يخطئ ويقيم على خطئه ، فإذا بين له لم يرجع ، وكان شعبة [٧] يقول : أفادني علي بن عاصم عن خالد الحذاء [٨] أشياء سألت خالدًا عنها فأنكرها [٩] .

= عن الإمام في صلاة الجمعة فصلاة الإمام ومن بقي جائزة (١٦٦/١ ، ١٦٧) ، ومسلم في الصحيح كتاب الجمعة باب قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا رَأَوْا تِجَٰرَةً أَوْ لَهْوًا انفَضُّوٓا إِلَيْهَا وَتَرَكُوكَ قَآئِمًا ﴾ (٣٤٣/١) ، والدارقطني كتاب الجمعة باب ذكر العدد في الجمعة (٤/٢ ، ٥) الحديث (٥ ، ٦) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الجمعة باب الانفضاض (١٨١/٣ ، ١٨٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الجمعة في من كان يخطب قائمًا (٢٢/٢) والآية رقم (١١) من سورة الجمعة .

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [النبي] . (٢) ساقط من (ن) .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [عن حصين عن علي] .

(٤) في (ع) : [بن أبي عاصم] .

(٥) أخرجه الدارقطني كتاب الجمعة باب ذكر العدد في الجمعة (٤/٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) ، (ن) : [ولم يبين حال علي بن عاصم هكذا ذكره الدارقطني] بإعادة الجزء الثاني ، وهو سهو .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [سعيد] ، وفي (ن) : [سعد] ، المثبت من كتاب المجروحين للبستي .

(٨) في (ن) : [خالد بن الحذاء] .

(٩) في (ص) : [سألت عنها خالدًا فأنكرها] . قال البستي أيضًا : وكان أحمد بن حنبل سيئ الرأي فيه ، والذي عندي في أمره : ترك ما انفرد به من الأخبار ، والاحتجاج بما وافق الثقات . قال الذهبي : وقال ابن معين : ليس بشيء . وقال النسائي : متروك الحديث . وقال البخاري : ليس بالقوي . راجع : كتاب المجروحين ترجمة علي بن عاصم (١١٣/٢) ، ميزان الاعتدال (١٣٥/٣ ، ١٣٦) ترجمة (٥٨٧٣) ، =

وروى الزهري عن أم عبد الله الدوسية قالت [1] : قال رسول الله ﷺ : « الجمعة واجبة على كل قرية فيها وإن لم يكونوا إلا أربعة » [2] ، ذكره الدارقطني وقال : لم يروه عن الزهري إلا متروك . وهذا ليس بصحيح ؛ لأن من جملة من رواه الوليد بن حجمة الموقري ، وهو ثقة ، وإنما تركه أهل الحديث في زعمهم لقوله بالقدر ، وهذا لا يقدح في الرواية ، ولا يحتج بهذا الحديث علينا في إقامة الجمعة في القرى ؛ لأنه قال في الخبر : « أدركها ، ومن أدرك ما دونها صلى أربعًا » [3] فظاهر هذا يقتضي أن الإمام إذا بقي معه واحد بعد ما عقدها سجدة فقد أدرك الجمعة ، وإن كان قبل أن يعقدها صلى الظهر . ولأن مشاركة الإمام للمأمومين لا يحتاج إليه للانعقاد ، وإنما يحتاج إليه للبناء [4] مع [5] الاعتداد بما تقدم ، فاعتبر فيه أكثر أفعال الركعة ، كإدراك المؤتم لصلاة [6] الإمام .

٣٩٧٧ - ولا يلزم إذا أدركه في حال التشهد من الجمعة أنه يبنى جمعة وإن [7] لم يشاركه في [أكثر] [8] أفعال الركعة ؛ لأن تلك المشاركة لا يحتاج إليها لتعيين الفرض ، ولأنه لا يعتد معها بما تقدم . ولأن الإمام شارك العدد المشروط في الجمعة في أكثر أفعال الركعة ، فوجب أن يبني عليها الجمعة وإن لم يشارك في نفسها ، كالمؤتم إذا أدرك من الجمعة أكثر أفعال الركعة الثانية .

٤٩/أ ولأن كل حال لا يعتبر فيها بقاء الجماعة في / صلاة العيد لا يعتبر بقاء [9] في صلاة الجمعة ، كما بعد التسليمة .

= الكامل (٥/٢٣٤ ، ٢٣٥) ترجمة (١٣٨٤/٤١٦) .

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قال] .

(٢) هذا الحديث أخرجه الدارقطني من طريق الزهري عن أم عبد الله الدوسية في باب الجمعة على أهل القرية (٢/٧ - ٩) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الجمعة باب العدد الذين إذا كانوا في قرية وجبت عليهم الجمعة (٣/١٧٩) ، وابن حزم في المحلى بالآثار كتاب الصلاة باب في صلاة الجمعة (٣/٢٤٩) .

(٣) وأخرجه الدارقطني من حديث أبي هريرة باب فيمن يدرك من الجمعة ركعة أو لم يدركها (٢/١٠ - ١٣) ، والبيهقي في الكبرى في باب من أدرك ركعة من الجمعة (٣/٢٠٣ ، ٢٠٤) .

(٤) في (ع) : [ليتابع] .

(٥) ساقط من (ع) .

(٦) في (ص) ، (م) : [كصلاة] .

(٧) في (ن) : [أن يبني] ، وفي (م) ، (ع) : [فإنه] .

(٨) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) في (ن) : [بقاهم] .

٣٩٧٨ – وأما [١] الكلام على قوله الآخر : إنه يعتبر بقاء اثني [٢] عشر ، فلأن الجماعة المشروطة [في الجمعة] [٣] عدمت قبل أن يعقدها [٤] بسجدة فأشبه إذا بقي وحده .

٣٩٧٩ – احتجوا للقول الأول : بأنه شرط يختص بالجمعة فوجب أن يكون شرطًا في الابتداء والاستدامة ، كالوقت والاستيطان .

٣٩٨٠ – والجواب : أن الجماعة عندنا شرط في الابتداء والاستدامة ؛ لأن من شرط الاستدامة أن يوجد في أكثر الركعة .

٣٩٨١ – فإن قالوا : يعتبر وجود الجماعة في الابتداء والاستدامة انتقض [٥] بالخطبة ؛ لأنها شرط يختص بالجمعة .

٣٩٨٢ – ولا يعتبر وجودها حال الاستدامة . ثم المعنى في الوقت أنه لما كان شرطًا في حق المسبوق [كان شرطًا في حق المدرك ، ولما لم تكن الجماعة شرطًا في حق المسبوق] [٦] فكذلك في حق المدرك للركعة .

٣٩٨٣ – قالوا : العدد معتبر في ابتداء الخطبة وفي ابتداء الصلاة ، ثم ثبت أنه شرط في استدامة الخطبة ، وكذلك في استدامة الصلاة .

٣٩٨٤ – قلنا : لا نسلم هذا ؛ لأنه قد روي عن أبي حنيفة أنه إذا خطب وليس بحضرته عدد جاز . ولو سلمنا على الرواية الأخرى في اعتبار العدد حال افتتاح الخطبة لم نسلم أنه يعتبر في الاستدامة ؛ لأن الواجب الجزء الأول من الخطبة ، فسماع ما بعده [٧] لا يعتبر .

٣٩٨٥ – احتجوا للقول الآخر : بأن الجمعة قد انعقدت بيقين [٨] ، فلا يجوز إبطالها باجتهاد ، وجوازها مع الاثنين قول لبعض الفقهاء ، فلا يجوز أن يبطل مع بقائهم .

٣٩٨٦ – والجواب : أن هذا يبطل إذا خرج الوقت بفساد [٩] وقد انعقدت بيقين ، ففسادها مجتهد فيه ؛ لأن عند مالك لا يفسد بخروج الوقت .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [أنا وما] .
(٢) في (ن) : [ثنتي] .
(٣) الزيادة من (ن) .
(٤) في (م) ، (ع) : [أن يقيدها] .
(٥) في (ن) : [لينتقض] .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٧) في (ن) : [ما بعدها] .
(٨) في (م) ، (ن) : [بنفس] .
(٩) في (م) : [بفسد] ، وفي (ع) : [بقيد] .

مسألة ٢٢٦

إذا زُحِم المؤتم في الجمعة بعد ما ركع الإمام ، فلم يسجد معه حتى قام الإمام إلى الثانية سجد المؤتم ولم يتابع الإمام حتى يفرغ من السجود

٣٩٨٧ - قال أصحابنا : إذا زحم المؤتم في الجمعة بعد ما ركع الإمام ، فلم يسجد معه حتى قام الإمام إلى الثانية ، سجد المؤتم ولم يتابع الإمام حتى يفرغ من السجود ، وكذلك [1] إن ركع الإمام في الثانية وسجد [2] .

٣٩٨٨ - وقال الشافعي : إذا لم يقدر على السجود حتى فرغ الإمام من الركوع للثانية [3] فإنه يسجد مع الإمام ولا يسجد لنفسه قولًا واحدًا . وقد تلفقت له ركعة من ركعتي الإمام ، فإن لم يتمكن من السجود والإمام راكع فهل يتابعه في الركوع ، وجهان ، وإن كان الإمام قائمًا لم يركع ، سجد قولًا واحدًا ولم يتابعه [4] .

٣٩٨٩ - لنا : قوله عليه السلام : « إنما جعل الإمام ليؤتم به ، فإذا ركع فاركعوا ، وإذا سجد فاسجدوا » [5] ، وقد سجد الإمام للركعة الأولى فوجب على المؤتم السجود لها .

٣٩٩٠ - ولا يجوز أن يقال : إن الإمام ساجد للثانية فوجب أن يسجد [6] معه ؛ لأن الأمر بالسجود للأولى سابق ، فكان أولى بالتقديم [7] . ولأنه شارك الإمام في

---

(١) في (ن) : [ولذلك] ، وفي (م) ، (ع) : [كذلك] بدون العطف .

(٢) راجع المسألة في : الأصل (٣٥٤/١) ، كتاب الحجة باب صلاة الجمعة (٢٩١/١) .

(٣) في (ن) : [الثانية] .

(٤) قال النووي في المجموع في فرع مذاهب العلماء بعد شرح المسألة وذكر تفريعها : أما إذا لم يزل الزحام حتى ركع الإمام في الثانية ، فالأصح عندنا أنه يلزمه متابعة الإمام . راجع تفصيل المسألة وصورها في : مختصر المزني باب وجوب الجمعة وغيره من أمرها (ص٢٦) ، المهذب باب صلاة الجمعة (١١٥/١ ، ١١٦) ، الوسيط الباب الأول في شرائطها (٧٤٧/٢ ، ٧٤٨) ، حلية العلماء باب صلاة الجمعة (٢٣٣/٢) ، المجموع مع المهذب باب هيئة الجمعة (٥٥٨/٤ - ٥٧٥) . وانظر تفصيل المسألة في : المدونة فيمن زحمه الناس يوم الجمعة (١٣٦/١ ، ١٣٧) ، المنتقى (١٩٢/١) ، المسائل الفقهية (١٨٤/١ ، ١٨٥) مسألة (١١٩) ، الكافي لابن قدامة (٢١٨/١ ، ٢١٩) ، المغني (٣١٤/١ ، ٣١٥) .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (١١٤) ، وفي مسألة (١٦٨) ، وتكرر في مسألة (١٧٣ ، ٢٠٦) .

(٦) في (ن) : [أن تسجد] .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بالتقدير] .

التحريمة ، فلا يجوز أن يتابعه في ركن وعليه شيء قبله ، كما لو أدركه قائمًا . ولأن القيام ركن ، وكذلك السجود : إذا لم يتابعه في القيام لم يتابعه في السجود [١] .

٣٩٩١ - احتجوا : بأنه أدرك إمامه على الصفة الواجبة عليه ، فكان عليه متابعته في فعله ، كمن أحرم خلف إمامه والإمام قائم .

٣٩٩٢ - والجواب : أنه إذا أحرم خلف الإمام فسجد الإمام فذلك [٢] السجود هو الواجب عليه ؛ لأنه لم يبق عليه ما قبله ، فلذلك تابعه فيه ، وليس كذلك إذا سجد للثانية ؛ لأنه غير ما وجب عليه ؛ ألا ترى أن عليه ما قبله ، فصار اختلاف السجود من الركعتين كاختلاف الأركان . وما ذكرناه أولى ؛ لأنه يأتي الصلاة على ترتيبها من غير أن يلغى [٣] منها شيء ، وإذا تابع الإمام ألغى [٤] شيئًا منها [٥] وصحت له ركعة من ركعتين .

* * *

---

(١) في (ن) : [بالسجود] .

(٢) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(٣) في (ع) : [أن يلقى] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ألقى] .

(٥) في (م) ، (ع) : [منهما] .

مسألة ٢٢٧

صلاة الصحيح الظهر بعد الجمعة في بيته

٣٩٩٣ – قال أصحابنا إلا زفر : إذا صلى الصحيح بعد الجمعة الظهر في بيته جاز [(١)] .

٣٩٩٤ – وقال الشافعي : لا يجوز [(٢)] .

٣٩٩٥ – والكلام في هذه المسألة يقع في فصلين : أحدهما : أن فرض الوقت عندنا الظهر ، وإنما أمر بإسقاطه بالجمعة [(٣)] ، وهو أحد قولي [(٤)] الشافعي .

٣٩٩٦ – وقال في القول الآخر : فرض الوقت الجمعة .

٣٩٩٧ – والثاني : الكلام في [نفس] [(٥)] المسألة ، فعندنا إذا صلى الظهر جاز ، وعنده لا يجوز إلا أن يصليها بعد فوات الجمعة .

٣٩٩٨ – والدليل على الفصل الأول : قوله تعالى : ﴿ أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ ﴾ [(٦)] ، والمراد به : الظهر ، وهذا عام في جميع الأوقات .

٣٩٩٩ – ولا يقال : إن فعل الظهر يوم الجمعة منهي عنه فلا يتناوله الأمر [(٧)] ؛ لأنا [نقول] [(٨)] : ليس بمنهي عن الظهر ، وإنما هو منهي عن ترك الجمعة .

٤٠٠٠ – ويدل عليه قوله ﷺ : « [إن] [(٩)] أول وقت الظهر حين تزول الشمس ،

---

(١) راجع : كتاب الأصل (٣٥٩/١) ، تحفة الفقهاء باب صلاة الجمعة (١٦٠/١) ، بدائع الصنائع فصل في كيفية فرضيتها (٢٥٧/١) ، الاختيار لتعليل المختار (٨٤/١) ، حاشية ابن عابدين مع در المختار باب الجمعة (٥٧٢/١) ، الهداية (٦٣/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية باب صلاة الجمعة (٦٣/٢ ، ٦٤) ، البناية (٨٥/٣ – ٨٧) .

(٢) قال النووي في المجموع في فرع مذاهب العلماء فيمن لزمته الجمعة فصلى الظهر قبل فواتها : الصحيح عندنا أنه لا تصح صلاته ، وبه قال الثوري ، ومالك ، وزفر ، وأحمد ، وإسحاق ، وداود . راجع : المهذب (١١٠/١) ، المجموع مع المهذب (٤٩٦/٤ ، ٤٩٧) ، حلية العلماء (٢٢٧/٢) . وانظر : قوانين الأحكام الشرعية (ص ٧٨) ، الكافي لابن قدامة باب صلاة الجمعة (٢١٥/١) المغني كتاب صلاة الجمعة (٣٤٢/٢ ، ٣٤٣) .

(٣) في (ن) : [فالجمعة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [قول] .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) سورة الإسراء : الآية ٧٨ .

(٧) في (ن) : [الأمن] .

(٨) ساقط من (ن) .

(٩) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

وآخر وقتها إذا دخل وقت العصر » [١] .

٤٠٠١ - ولأن الظهر فرض معهود في هذا الوقت في غير يوم [٢] الجمعة ، فكان [فرض] [٣] الوقت يوم الجمعة ، كالعصر .

٤٠٠٢ - ولا يقال : إن العصر لما كانت فرض الوقت كانت هي الواجبة ؛ لأنا كذلك نقول في مسألتنا : إن الواجب هو الظهر ، والجمعة واجبة ، فقد اجتمع واجبان ، أمر بتقديم أحدهما ، وهو الجمعة . ولأن الوقت إذا خرج من غير أن يصلي لزمه قضاء الظهر ، فلو لم يكن وجبت لم يلزم قضاؤها [٤] بمضي الوقت .

٤٠٠٣ - ولا يقال : إن الجمعة عندنا ظهر مقصورة تفعل [٥] بشرائط ، وهي : الخطبة والجماعة والوقت ، فإذا فات الوقت سقطت الشرائط ، فوجب عليه أن يقضي ظهرًا كاملة ، وذلك [٦] أن الظهر التي هي القضاء لا يخلو أن يكون وجبت في الوقت أو بعده ، ولا يجوز أن يكون وجبت في الوقت ؛ لأن بقاء وقت الجمعة وإمكان فعلها يمنع عندهم من وجوب الظهر . وإذا صلى الإمام لم يجز أن يجب الظهر ؛ لأن وجوب الصلاة في الشرع لا يقف على فراغ الناس من الصلاة ، ولا يجوز أن يكون وجوب [٧] الظهر بعد خروج الوقت ؛ لأن مضي [٨] الوقت ينفي وجوبها ، فلا يجوز أن يجب فيه ابتداء .

٤٠٠٤ - وقولهم : إن الجمعة ظهر مقصورة ، ليس بصحيح ؛ لأن هذا عبادة ، وإلا فالفرض الذي يجب حال القضاء غير الذي كان فرض الوقت عندهم . ولأن الظهر عندهم بدل [٩] عن الجمعة ، والبدل والمبدل لا يتفقان في الصفة ، ويكون البدل أكمل ، والدليل عليه سائر الأبدال . ولأن الجمعة تقف [١٠] على شرائط لا يفتقر الظهر

---

(١) هذا جزء من حديث أبي هريرة ، أخرجه الترمذي من طريق الأعمش في أبواب الصلاة (٢٨٣/١ ، ٢٨٤) الحديث (١٥١) ، وأحمد في المسند (٢٣٢/٢) ، والدارقطني في باب إمامة جبريل (٢٦٢/١) ، والطحاوي في المعاني باب مواقيت الصلاة (١٤٩/١ ، ١٥٠) ، والبيهقي في الكبرى باب آخر وقت العشاء (٣٧٥/١ ، ٣٧٦) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وقت] .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ن) : [قضاها] .

(٥) في (ن) : [يفعل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(٧) في (م) ، (ع) : [وجب] .

(٨) في (ع) : [لأنه بمضي] .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بدل عندهم] بالتقديم والتأخير .

(١٠) في (م) : [يقف] .

إليها ، فكان أصل الفرض ما لا يفتقر إلى تلك الشرائط ، كغسل الرجلين ومسح الخفين . ولأن كل وقت كان وقتًا لصلاة معهودة في حق المريض كان وقتًا لها في حق الصحيح الحر المقيم ، أصله : سائر الأوقات . ولا يقال : إن بعد غروب الشمس يوم عرفة وقت للمغرب في سائر الأيام وليس بوقت لها في حق [١] الحاج ؛ لأنه وقت لها ؛ بدلالة أنه لو نفر [٢] قبل الإمام فلحق المزدلفة مع بقاء الوقت جاز له فعلها .

٤٠٠٥ - وأما الدليل على الفصل الثاني : فهو أن كل وقت لو صلى فيه المريض الظهر جاز ، فإذا صلى الصحيح جاز ، أصله : بعد صلاة الإمام . ولأن كل من لو صلى الظهر بعد صلاة الإمام الجمعة جاز ، إذا صلاها قبل فراغه جاز ، أصله : المرأة .

٤٠٠٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ [إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ] [٣] ﴾ [٤] ، وبحديث جابر أن النبي ﷺ قال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فعليه الجمعة يوم الجمعة » [٥] .

٤٠٠٧ - والجواب : أن هذا يدل على وجوب الجمعة ، وكذلك نقول به [٦] ، والخلاف أنها واجبة فرضًا للوقت أو واجبة يسقط بها الفرض ، وليس في الظاهر دلالة على هذا .

٤٠٠٨ - قالوا : لأنها صلاة يأثم [٧] بترك أدائها ، فوجب أن تكون واجبة في نفسها ، كسائر الصلوات .

٤٠٠٩ - والجواب : أن كونها يأثم [٨] بتركها لا يدل على أنها فرض الوقت ؛ ألا ترى أن من كان يصلي فرأى ماله يسرق ، أو صبيًّا يغرق [٩] فإنه يأثم بترك تخليصه ؟ ولأن سائر الصلوات لما لزمت بعد فوات الوقت دل [١٠] على أنها فرض الوقت ، ولما كان الواجب [في مسألتنا] [١١] عند فوات الجمعة الظهر دل على أنها فرض الوقت .

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وقت] .
(٢) في (ن) : [لو بقي] .
(٣) زيادة من (م) ، (ع) .
(٤) سورة الجمعة : الآية ٩ .
(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٢٢٣) .
(٦) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (ن) : [تأثم] .
(٨) في (ن) : [كوننا نأثم] .
(٩) في سائر النسخ : [يُضرب] ، المثبت من هامش (ص) من نسخة أخرى .
(١٠) في (ع) : [دلت] .
(١١) الزيادة من (م) ، (ع) .

٤٠١٠ - قالوا : الأبدال في الأصول ضربان ، مرتب : وهو كفارة القتل والظهار ، على التخيير : وهو كفارة اليمين ، وليس في الأصول [بدل] (١) يجب فعله مع القدرة على المبدول .

٤٠١١ - والجواب : أن الجمعة عندنا قائمة مقام الظهر ، وليست ببدل ، ولو كانت بدلا لم يمتنع أن يجب (٢) فعلها ، ولو أتى بالأصل جاز ، كمن (٣) يخاف العطش : أن الواجب عليه التيمم ، ولو توضأ بالماء أثم وجازت طهارته ، وكذلك صوم السبعة عندكم بدل عن الهدي ويجب فعله مع القدرة على أصله ، فأما على قولنا (٤) : فهما واجبان أحدهما أوجب من الآخر ، فهو مأمور بتقديم ما تأكد (٥) وجوبه وإن كان فرض الوقت غيره ، كالفائتة وصلاة الوقت ، وكصلاةِ وتخليص الغريق .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ضربان مرتب بدل] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لم يجب أن يمتنع] .

(٣) في (ن) : [كبير] .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فأما إذا قلنا على قولنا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يؤكد] .

مسألة ٢٢٨

إذا صلى المريض في منزله ثم حضر الجمعة فصلى مع الإمام ففرضه الجمعة

٤٠١٢ - قال أصحابنا إلا زفر : [إذا صلى المريض في منزله ثم حضر الجمعة فصلى مع الإمام ، ففرضه الجمعة [(١)] .

٤٠١٣ - وقال زفر] [(٢)] : فرضه الظهر . وبه قال الشافعي / [(٣)] . ٤٩/ب

٤٠١٤ - لنا : أن كل من لو صلى الجمعة ابتداء كانت [(٤)] فرضه ، إذا صلاها بعد صلاة الظهر كانت فرضه ، كالصحيح . ولأن الخطاب بالجمعة متوجه إلى المريض كتوجهه إلى الصحيح ، وإنما رخص له للعذر ، ولهذا لو قدر على السعي في الوقت لزمته [(٥)] فإذا حضر الجمعة صار كما [(٦)] لو حضرها ابتداء ، وصار كالصحيح الذي خوطب بفعلها .

٤٠١٥ - احتجوا : بأن الجمعة غير واجبة عليه ، فصحت الظهر من غير مراعاة ، فلا تبطل [(٧)] بعد ذلك ، كسائر الفرائض إذا صلاها [(٨)] ثم حضر مع الإمام .

٤٠١٦ - والجواب : أنا لا نسلم أن الصلاة جازت من غير مراعاة ؛ لأن حكم الخطاب باق ؛ لجواز أن يجد خفة ، فإذا كانت المراعاة فيها قائمة صار كالصحيح إذا صلى .

* * *

(١) راجع : الأصل كتاب (٣٥٥/١) ، تحفة الفقهاء ، باب صلاة الجمعة (١٦٠/١) ، بدائع الصنائع ، فصل في كيفية فرضيتها (٢٥٧/١ ، ٢٥٨) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) قال النووي في المجموع : فيه قولان : الصحيح المشهور الجديد أن فرضه الظهر ، وتقع الجمعة نافلة له ، كما تقع للصبي نافلة . والثاني - وهو القديم - يحتسب اللّٰه تعالى بأيتهما شاء . راجع حلية العلماء (٢٢٧/٢) ، المهذب (١١٠/١) ، المجموع مع المهذب (٤٩٣/٤ - ٤٩٥) . قال ابن جزي : فإن زال عذره بعد الفراغ من الظهر أعاد الجمعة إن أدركها ، راجع : قوانين الأحكام الشرعية ، الباب الحادي والعشرون في الجمعة ، ص ٧٨ . وقال أحمد وأصحابه مثل قول الشافعي : تقع الجمعة في حقه نفلا ، سواء زال عذره أو لم يزل ؛ لأن الأولى أسقطت الفرض . راجع : الكافي لابن قدامة (٢١٤/١ ، ٢١٥) ، المغني (٣٤٤/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [كان] .

(٥) في (ن) : [لزمه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [كمن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فلا يبطل] .

(٨) في (ص) : [صليها] .

مسألة ٢٢٩

إذا صلى الظهر في منزله ثم توجه إلى الجمعة بطلت الظهر

٤٠١٧ – قال أبو حنيفة : إذا صلى الظهر في منزله ثم توجه إلى الجمعة بطلت الظهر .

٤٠١٨ – وقال أبو يوسف ومحمد : لا تبطل (١) حتى يكبر للجمعة (٢) ، وبه قال الشافعي (٣) .

٤٠١٩ – لنا : أن السعي من فروض الجمعة المختصة بها ؛ بدلالة قوله تعالى : ﴿ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ ﴾ (٤) ، فأمر بالسعي إليها ، ونهى النبي ﷺ عن السعي إلى بقية الصلوات بقوله : « إذا أتيتم الصلاة فلا تأتوها (٥) وأنتم تسعون » (٦) ، والفرض المختص بالجمعة إذا اشتغل (٧) به بطلت ظهره ، كتحريمة الجمعة .

٤٠٢٠ – ولأن شرائط الجمعة المتقدمة عليها قد أجريت مجرى نفس الجمعة في بعض أحكامها ؛ بدلالة أن الخطبة لا يجوز الكلام فيها كما لا يجوز الكلام في

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يبطل] .

(٢) قال الكاساني في بدائع الصنائع بعد ذكر أربعة أوجه لهذه المسألة : وحاصل الاختلاف أن عند أبي حنيفة بأداء بعض الجمعة يرتفض ظهره ، وكذا بوجود ما هو من خصائص الجمعة ، وهو السعي ، وعندهما لا يرتفض . راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي باب صلاة الجمعة ص٣٦ ، متن القدوري ، باب صلاة الجمعة ص١٥ ، بدائع الصنائع ، فصل في كيفية فرضيتها (٢٥٨/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية ، باب صلاة الجمعة (٦٤/٢ ، ٦٥) ، متن الكنز ص٢١ ، الاختيار (٨٤/١) ، البناية ، باب صلاة الجمعة (٨٧/٣ – ٩٠) ، حاشية ابن عابدين ، باب الجمعة (٥٧٢/١ ، ٥٧٣) .

(٣) قال الشافعي في الجديد : فإن صلى الظهر قبل فعل الإمام الجمعة لم يصح ظهره ، وبه قال مالك وأحمد في إحدى الروايتين . وقال في القديم : يصح ظهره . راجع المسألة (٢٢٧) ، والمصادر التي تقدمت للمذاهب الثلاث فيها .

(٤) في (ص) : بزيادة : [تعالى] سورة الجمعة : الآية ٩ .

(٥) في (ع) : [فلا تأتونها] .

(٦) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ بألفاظ متقاربة . أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الجمعة (١٦٢/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب المساجد (٢٤٢/١ ، ٢٤٣) ، وأبو داود ، في كتاب الصلاة (١٥١/١) ، والترمذي لي أبواب الصلاة (١٤٩/٢) الحديث (٣٢٧) ، والنسائي (١١٤/٢ ، ١١٥) ، وابن ماجه (٢٥٥/١) الحديث (٧٧٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [استعملت] .

الصلاة ، فجاز أن يكون لهذا السعي حكم الصلاة من وجه ، وهو بطلان الظهر به كما يبطل بنفس الصلاة . ولأن الظهر لو لم تبطل [1] بالسعي إلى الجمعة لم تبطل [2] بفعلها ، كالسعي إلى الجماعة وسائر الصلوات .

٤٠٢١ - احتجوا : بأنها صلاة محكوم [3] بصحتها بالفراغ منها فوجب أن لا تبطل [4] بالتوجه إلى جنسها ، كمن صلى الظهر ثم سعى إلى الجماعة .

٤٠٢٢ - والجواب : أنّ صحة الصلاة بعد الفراغ لا يمنع أن يرد عليها ما يفسدها ، كالردة وكفعل الجمعة [بعد الظهر . ولأن الجماعة ليست بواجبة ، فلو فعلها لم تبطل [5] الظهر بفعل الجمعة] [6] ، وكذلك بالسعي إليها .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لو لم يبطل] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لم يبطل] .
(٣) في (م) ، (ع) : [محكومة] .
(٤) في (م) ، (ع) : [أن لا يبطل] .
(٥) في (ن) : [لم يبطل] .
(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٢٣٠

تنعقد الجمعة بائتمام العبيد والمسافرين

٤٠٢٣ - قال أصحابنا : تنعقد الجمعة بائتمام العبيد [١] والمسافرين [٢] .

٤٠٢٤ - وقال الشافعي : لا تنعقد [٣] .

٤٠٢٥ - لنا : أن من صح أن يكون إمامًا في الجمعة صح أن تنعقد [٤] بحضوره الجمعة ، كالأحرار [٥] المقيمين .

٤٠٢٦ - ولأن من جاز أن يكون إمامًا للرجال في الصلوات المفروضات جاز أن يكمل به العدد في الجمعة ، كالأحرار . ولأن الإمامة يعتبر فيها من الشروط والاحتياط ما لا يعتبر في الائتمام [٦] ، فإذا جاز أن يكون إمامًا فجواز أن يكون مؤتما أولى .

٤٠٢٧ - احتجوا : بأن كل من لا تجب [٧] عليه الجمعة بحال لم تنعقد [٨] به الجمعة ، كالنساء .

٤٠٢٨ - والجواب : أن النساء لما لم يجز [٩] أن يكن [١٠] أئمة لم يكمل بهن

---

(١) في (م) ، (ع) : [ينعقد الجمعة بإتمام] ، وفي (ع) : [العدد] مكان : [العبيد] .

(٢) قال صاحب الهداية : وقال زفر رحمه الله لا يجزئه ؛ لأنه لا فرض عليه ، فأشبه الصبي والمرأة ، وقال العيني : وفي جوامع الفقه روي عن أبي يوسف مثل قول زفر . راجع المسألة في : الأصل (٣٦١/١ ، ٣٦٧) ، الهداية (٦٣/١) ، بدائع الصنائع ، فصل في كيفية فرضيتها (٢٦٨/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية باب صلاة الجمعة (٦٢/٢ ، ٦٣) ، متن الكنز ص٢١ ، البناية ، باب الجمعة (٨٤/٣ ، ٨٥) ، حاشية ابن عابدين ، باب صلاة الجمعة (٥٧٢/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا ينعقد] . راجع : حلية العلماء (٢٣٠/٢) ، المهذب (١١٠/١) ، المجموع مع المهذب ، (٥٠٢/٤ ، ٥٠٥) قال الباجي في المنتقى : ومن صفتهم أن يكونوا ممن تجب عليهم الجمعة ، فإن كانوا مسافرين أو عبيدًا لم تنعقد بهم ؛ لأنهم ليسوا من أهلها . راجع : الإفصاح باب صلاة الجمعة (١٦٣/١) ، الكافي لابن قدامة (٢١٤/١) ، المغني (٣٤١/٢ ، ٣٤٢) ، العدة ص ١٠٦ .

(٤) في (م) ، (ع) : [ينعقد] .

(٥) في غير (ص) : [كإحرام] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الاتمام] .

(٧) في (م) : [لا يجب] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لم ينعقد] .

(٩) في (ع) : [لم تجز] .

(١٠) في (ع) : [أن تكن] .

العدد ، [ولما جاز في العبد [1] أن يكون إمامًا جاز أن يكمل به العدد] [2] ، واعتبار هذا أولى ، وما أشبهه لا تجب [3] عليه الجمعة وإن اعتد به في العدد فيها .

* * *

(١) في (ن) : [في العدد] .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .

مسألة ٣٣٦

اعتبار العدد الذي ينعقد بهم الجمعة عند الخطبة

٤٠٢٩ - المشهور عن أصحابنا : اعتبار العدد الذي تنعقد [١] بهم الجمعة عند الخطبة ، وروي عنهم رواية أخرى : أنه غير معتبر [٢] .

٤٠٣٠ - وبالمشهور [٣] قال الشافعي [٤] .

٤٠٣١ - فإن دللنا على إحدى الروايتين لتصير [٥] خلافًا ، فالوجه [٦] فيه : أن الخطبة ذكر يتقدم الصلاة فلا يعتبر حضور المؤتمين له ، كالأذان والإقامة .

٤٠٣٢ - ولأن مشاركتهم ليس بشرط ، فحضورهم لأجلها ليس شرطًا ، كالأذان والإقامة .

٤٠٣٣ - احتجوا : بأن كل ذكر كان شرطًا في افتتاح الجمعة كان العدد شرطًا فيه ، كتكبيرة الإحرام .

٤٠٣٤ - والجواب : أن تكبيرة الإحرام لما اعتبر فيها العدد اعتبر فعلها ، ولما لم يعتبر

---

(١) في (م) ، (ع) : [ينعقد] .

(٢) قال الكاساني في بدائع الصنائع : لا خلاف في أن الجماعة شرط لانعقاد الجمعة ، حتى لا تنعقد الجمعة بدونها ، حتى إن الإمام إذا فرغ من الخطبة ثم نفر الناس عنه إلا واحدًا يصلي بهم الظهر دون الجمعة ، وكذا لو نفروا قبل أن يخطب الإمام فخطب الإمام وحده ثم حضروا فصلى بهم الجمعة لا يجوز . راجع تفصيل المسألة في : كتاب الأصل (٣٦٠/١ ، ٣٦١) ، بدائع الصنائع ، فصل في كيفية فرضيتها (٢٦٦/١ ، ٢٦٧) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية ، باب صلاة الجمعة (٦١/٢ ، ٦٢) ، البناية (٧٧/٣ - ٨٠) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه در المختار ، باب الجمعة (٥٦٧/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالمشهور] بدون العطف .

(٤) قال أبو بكر القفال في الحلية : ذكر في الحاوي أن من أصحابنا من قال : إذا استدبر الناس في حال الخطبة صحت الخطبة ، كالأذان . راجع : حلية العلماء (٢٣٨/٢) ، المجموع ، باب صلاة الجمعة (٥١٤/٤) ، انظر تفريع المسألة في : المهذب (١١٠/١ ، ١١١) ، المجموع مع المهذب (٥١٣/٤) . وقال مالك وأحمد مثل قول الشافعي : من شرطها العدد الذي تنعقد به الجمعة . قال مالك في المدونة : ولا تجمع الجمعة إلا بجماعة . راجع : المدونة في خطبة الجمعة والصلاة (١٤٦/١) ، المنتقى (١٩٩/١) ، الكافي لابن قدامة (٢١٧/١) ، المغني (٣٣٢/٢ ، ٣٣٣) .

(٥) في (ع) : [ليصر] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لوجه] .

فعل الخطبة في حق المؤتم لم يعتبر حضوره . ويبطل هذا [١] بالشهادتين ؛ لأنها شرط في افتتاح الجمعة ، والعدد ليس بشرط فيها [٢] .

٤٠٣٥ - قالوا : الخطبة أقيمت مقام ركعتين ؛ بدلالة أنه لو لم يخطب صلى الظهر أربعًا ، فإذا كان العدد شرطًا في الركعتين كان شرطًا في الخطبتين .

٤٠٣٦ - والجواب : أنا لا نسلم أن الخطبة قائمة مقام شيء من الصلاة ، وليس إذا كانت شرطًا في الجمعة قامت مقام ركعتين ، كالعدد [٣] والإمام .

* * *

(١) في (ع) : [ندا] مكان : [هذا] .
(٢) قوله : [فيها] ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب ص واستدركه المصنف في الهامش .
(٣) قوله : [كالعدد] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٢٣٢

لا يكره السفر يوم الجمعة قبل الزوال وبعده

٤٠٣٧ – قال أصحابنا : لا يكره السفر يوم الجمعة قبل الزوال وبعده . وقال محمد في السير الكبير : إلا أن يكون لا يفارق البلد حتى يخرج وقت الجمعة ، فهذا لا يجوز له تركها [١] .

٤٠٣٨ – وقال الشافعي : لا يجوز السفر بعد الزوال . وبعد طلوع الفجر قبل الزوال [٢] على قولين [٣] .

٤٠٣٩ – لنا : ما روي أن النبي ﷺ لما جهز جيش مؤتة أمرهم بالخروج يوم الجمعة ، فلما صلى رأى عبد الله بن رواحة ، فقال له : « ما أخرك ؟ » . فقال : أشهد الجمعة ثم أروح ، فقال : « لغدوة في سبيل الله [٤] أو روحة خير من الدنيا وما فيها » ، قال : فراح منطلقا [٥] .

---

(١) لم نعثر على هذا القول عن محمد في السير الكبير ، والذي ذكره فيه حديث عمر بن الخطاب في هامش (١٥) من هذه المسألة . وقال السرخسي في شرح هذا الحديث : إذا كان يخرج من عمران مصره قبل خروج وقت الظهر ، لا يجب عليه الجمعة . راجع : شرح كتاب السير الكبير باب مبعث السرايا (٦٦/١ ، ٦٧) ، التجنيس ، باب الجمعة (٥٦٧/٢) مسألة (٩١٩) ، عيون المسائل ، باب الجمعة والعيدين (٣٥/١) .

(٢) قوله : [قبل الزوال] ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) قال الإمام الشافعي في الأم : وإن كان يريد سفرًا لم أحب له في الاختيار أن يسافر يوم الجمعة بعد الفجر ، ويجوز له أن يسافر قبل الفجر اهـ راجع : الأم : إيجاب الجمعة (١٨٩/١) ، مختصر المزني ص٢٧ ، الوسيط ، الباب الثاني في بيان من تلزمه الجمعة (٧٦٢/٢ ، ٧٦٣) ، حلية العلماء (٢٢٨/٢) ، المهذب (١١٠/١) ، فتح العزيز (٤٠٩/٤ - ٤١١) ، المجموع مع المهذب (٤٩٧/٤ - ٤٩٩) . قال مالك وأصحابه : لا بأس بالسفر قبل الزوال ، ولا يجوز بعد الزوال . راجع : المنتقى (١٩٩/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٥٢/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٧٨ . قال أحمد وأصحابه : مثل قول الشافعي ومالك : لا يجوز السفر يوم الجمعة بعد الزوال إلا إذا خاف فوت الرفقة . وأما قبل الزوال ذكر أصحابه عنه فيه ثلاث روايات ، إحداها : لا يجوز ، والثانية : يجوز ، والثالثة : يجوز للجهاد دون غيره . راجع : المسائل الفقهية (١٨٧/١) ، الإفصاح ، (١٦٢/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٢٤/١ ، ٢٢٥) ، المغني (٣٦٢/٢ ، ٣٦٣) .

(٤) لفظ الجلالة : [الله] ساقط من (ع) .

(٥) هذا الحديث أخرجه البخاري في الصحيح من حديث أنس بن مالك عن النبي ﷺ بلفظ : « لغدوة في سبيل الله أو روحة خير من الدنيا وما فيها » (١٣٦/٢) ، ونحوه مسلم في الصحيح ، في كتاب الإمارة (١٤٨/٢) ، والترمذي (١٨١/٤ ، ١٨٢) الحديث (١٦٥١) ، وابن ماجه ، في كتاب الجهاد (٩٢١/٢) ، الحديث =

٤٠٤٠ - ولا يجوز أن يقال : [إن] (١) هذا كان (٢) قبل الزوال ؛ لأنه روي أنه صلى معه ، ولو لم يرو (٣) كان اللفظ عامًا .

٤٠٤١ - ولا يقال : إن الخلاف في السفر المباح ، فأما الواجب فيجوز ترك الجمعة لأجله ؛ وذلك لأن الغدو (٤) لا يجب إلا (٥) إذا تعين . وقوله ﷺ : « غدوة (٦) في سبيل الله » عامٌّ فيما تعين وجوبه وفيما لم يتعين . وقد روى الأسود بن قيس عن أبيه عن عمر ﷺ قال : لا تحبس (٧) الجمعة عن سفر (٨) ، قال الطحاوي : ولا نعلم (٩) عن أحد من أصحاب رسول الله (١٠) ﷺ في هذا خلافًا (١١) .

٤٠٤٢ - ولأنه لما جاز السفر في وقت العصر من هذا اليوم جاز في وقت الظهر ، أصله : سائر الأيام . ولأنه سافر قبل حضور آخر الوقت ، فصار كما لو سافر قبل طلوع الفجر . ولأنه ليس في ذلك أكثر من سقوط الوجوب بسفره ، وهذا لا يكره (١٢) ، كالسفر في رمضان .

٤٠٤٣ - احتجوا : بأن الجمعة تجب (١٣) بالزوال فلم يجز التشاغل بما يسقطها ، كترك فعلها حتى تفوت (١٤) .

٤٠٤٤ - والجواب : أنا لا نسلم أنها تجب بالزوال ، لأن الوجوب عندنا يكون بآخر الوقت . ولأنه إذا تشاغل عن فعلها من غير سفر فلم يوجد معنى يؤثر في إسقاطها ، وإذا سافر فالسفر يؤثر في ذلك ، وفرق بين الأمرين في الأصول ؛ بدلالة من سافر في رمضان جاز له ترك الصوم ، ولو أراد تركه مع الإقامة لم يجز .

* * *

= (٢٧٥٧) وأخرجه الدارمي (٢٠٢/٢) ، وأخرجه البيهقي من حديث أبي زرعة بن عمرو بن جرير البجلي . في كتاب الجمعة ، باب من قال : لا تحبس الجمعة عن سفر (١٨٧/٣) .

(١) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) في (ص) : [كان هذا] بالتقديم والتأخير .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولو لم يرد] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الغزو] .

(٥) لفظ : [إلا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش ، وفي (ن) : [العدد] مكان : [إلا] .

(٦) في (م) ، (ن) : [غزوة] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا يحبسن] .

(٨) هذا الحديث رواه الشافعي في الأم عن سفيان بن عيينة في إيجاب الجمعة (١٨٩/١) ، والبيهقي (١٨٧/٣) ، وساقه محمد بن الحسن في السير الكبير (٦٦/١) الحديث (٤٩) .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا يعلم] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [النبي] .

(١١) في (م) ، (ع) : [خلاف] .

(١٢) في (ن) : [لا يلزم] .

(١٣) في (ع) : [يجب] .

(١٤) في (م) : [يفوت] .

مسألة ٢٣٣

إذا دخل الرجل والإمام يخطب يوم الجمعة لم يصل تحية المسجد

٤٠٤٥ – قال أصحابنا : إذا دخل الرجل والإمام يخطب يوم الجمعة لم يصل تحية المسجد [(١)] .

٤٠٤٦ – وقال الشافعي : يركع ركعتين خفيفتين لا يزيد عليهما [(٢)] .

٤٠٤٧ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا قُرِئَ ٱلْقُرْءَانُ فَٱسْتَمِعُواْ لَهُۥ وَأَنصِتُواْ ﴾ [(٣)] ، وروي أن ذلك نزل [(٤)] في شأن الخطبة ، وروي أنه نزل في شأن الصلاة ، فيحمل عليهما [(٥)] .

٤٠٤٨ – ولا يقال : إنه يجمع بين الصلاة والاستماع ؛ لأن الاشتغال بالصلاة والقراءة فيها تنفي [(٦)] الاستماع ، فلذلك لا تجوز القراءة والزيادة على الركعتين . ولأنه أمر بالإنصات والاستماع ، والمصلي لا ينصت .

٤٠٤٩ – وروي أن النبي ﷺ قال : « إذا قلت لصاحبك والإمام يخطب : أنصت ،

---

(١) تكره الصلاة والكلام وقت الخطبة عند الجميع ، وقال أبو حنيفة : وكذلك قبلها وبعدها ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا بأس بالكلام قبلها وبعدها قبل أن يفتتح الصلاة . راجع : كتاب الأصل (٣٥٢/١) ، مختصر الطحاوي ص٣٥ ، بدائع الصنائع (٢٦٣/١) ، متن الكنز ص٢١ ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية (٦٧/٢ ، ٦٨) ، البناية (٩٨/٣ – ١٠٤) ، الاختيار لتعليل المختار (٨٤/١) .

(٢) قال الإمام الشافعي في الأم بعد رواية حديث جابر وأبي سعيد الخدري : وبهذا نقول ونأمر من دخل المسجد والإمام يخطب أو المؤذن يؤذن ولم يصل ركعتين ، أن يصليهما ونأمره أن يخففهما . راجع الأم (١٩٨/١) ، مختصر المزني (ص٢٧) ، المهذب (١١٥/١) ، حلية العلماء (٢٣٩/٢) ، المجموع مع المهذب (٥٥٠/٤ – ٥٥٢) ، الوسيط (٧٥٦/٢) . راجع : المدونة (١٣٨/١) ، المنتقى (١٩٠/١) . وقال أحمد وأصحابه وابن حزم مثل قول الشافعي : من دخل والإمام يخطب لم يجلس حتى يركع ركعتين. راجع : الكافي لابن قدامة (٢٢٩/١) ، المغني (٣١٩/٢ ، ٣٢٠) ، العدة ص١٠٨ ، من دخل يوم الجمعة والإمام يخطب فليصل ركعتين (٢٧٥/٣ – ٢٨٠) مسألة (٥٣١) .

(٣) سورة الأعراف : الآية ٢٠٤ .

(٤) لفظ : [نزل] ساقط من (ن) .

(٥) في (م) : [فيحتمل] . راجع أحكام القرآن للجصاص (٣٩/٣) في آخر سورة الأعراف ص١٧٢ .

(٦) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [ينفي] .

فقد لغوت » [١] ، ومعلوم أن الأمر بالإنصات واجب ، وقد جعله ﷺ : لغوًا لأنه يشغل عن الخطبة .

٤٠٥٠ – وروى ابن عباس قال : بينما رسول الله ﷺ يوم الجمعة يخطب إذ تلا آية فقال رجل إلى جنب ابن مسعود : متى نزلت هذه الآية ، ما سمعتها إلا الساعة ؟ فقال ابن مسعود : سبحان الله ! فلما قضى رسول الله ﷺ الصلاة قال ابن مسعود : « إنك لم تجمع معنا » ، فانطلق الرجل إلى رسول الله ﷺ فأخبره بما قال ابن مسعود ، قال : « صدق ابن أم عبد » [٢] . ومعلوم أن السؤال عن تاريخ [٣] نزول الآية واجب في ذلك الوقت ؛ لأنه يكون نسخًا ، فإذا كان الواجب الذي يشغل عن الاستماع غير مشروع [٤] فيه ، فالنفل أولى .

٤٠٥١ – ويدل عليه حديث ابن عمر : أن النبي ﷺ قال : « إذا خرج الإمام فلا صلاة ولا كلام » [٥] .

٤٠٥٢ – ولأن استماع الخطبة واجب وفعل الركعتين نفل ، والفرض لا يجوز تركه بالنفل . ولأنها صلاة غير مستحقة فمنعه منها الخطبة ، كالزيادة على الركعتين .

٤٠٥٣ – ولا يلزم الفائتة ؛ لأنها مستحقة . ولأن كل حالة لا يجوز [فيها الزيادة] [٦]

---

(١) هذا الحديث رواه الجماعة من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ بهذا اللفظ ، ومتفق على صحته ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الجمعة ، (١٦٦/١) ، ومسلم في الصحيح ، كتاب الجمعة (٣٣٨/١) ، ومالك في الموطأ ، في باب ما جاء في الإنصات يوم الجمعة (٩٦/١) وأحمد في المسند ، في مسند أبي هريرة (٢٧٢/٢) .

(٢) ذكر هذه القصة الطحاوي والبيهقي بين أبي الدرداء وأبي بن كعب بألفاظ متقاربة ، أخرجه الطحاوي مطولًا في المعاني باب الرجل يدخل المسجد يوم الجمعة والإمام يخطب (٣٦٧/١) ، والبيهقي في الكبرى باب الإنصات للخطبة (٢٢٠/٣) ، والطبراني في الكبير وقال : ورجال أحمد موثقون . مجمع الزوائد (١٨٤/٢ ، ١٨٥) وأخرجه أحمد في المسند ، عن عطاء بن يسار (١٤٣/٥) .

(٣) في (ن) : [أن عين تاريخ] مكان : [إن السؤال عن تاريخ] .

(٤) في (ن) : [متبرعًا] مكان : [غير مشروع] .

(٥) قال الهيثمي بعد ما ذكره عن ابن عمر مرفوعًا : رواه الطبراني في الكبير ، وفيه أيوب بن نهيك ، وهو متروك ، ضعفه جماعة . مجمع الزوائد (١٨٤/٢) ، قال البيهقي : رفعه وهم فاحش ، إنما هو من كلام الزهري . وأخرجه ابن أبي شيبة من طريق الزهري في المصنف ، في كتاب الجمعة (٣٣/٢) ، ورواه محمد في موطئه عن مالك ص٨٧ الحديث (٢٢٨) .

(٦) في (ع) : [الزيادة فيها] .

على ركعتين لأجل الخطبة لا تجوز الركعتين ، أصله : إذا أدرك آخر الخطبة فخاف [أن] [١] يفوته بعض الصلاة مع الإمام .

٤٠٥٤ – ولأنه ذكر جعل شرطًا في صحة الجمعة فوجب أن يمنع من النفل ، كالتكبيرة والقراءة .

٤٠٥٥ – احتجوا : بحديث جابر ﷺ [٢] قال : دخل سليك الغطفاني يوم الجمعة والنبي ﷺ يخطب فقال [له] [٣] : « أصليت ؟ » فقال : لا ، قال : « صل ركعتين » [٤] .

٤٠٥٦ – والجواب : أن ابن عبدل [٥] قال : روى / أيوب عن عامر [عن] [٦] ابن عمر أن [٧] النبي ﷺ أمر سليكا [٨] الغطفاني أن يصلي ركعتين ، ثم نهى عن الصلاة والإمام يخطب . قال : رواه محمد بن إسحاق عن أبان بن صالح عن مجاهد عن جابر أن النبي ﷺ كان يخطب ، فجاء سليك فقال له النبي ﷺ : « قم فاركع ركعتين ولا تعد [٩] لمثل هذا » [١٠] .

٥٠/أ

٤٠٥٧ – وهذا يدل على نسخ الفعل ، أو على [١١] أنه اختص بذلك . وقد روى ليث عن أبي الزبير عن جابر قال : جاء سليك يوم الجمعة ورسول الله ﷺ قاعد على المنبر [١٢] ،

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) قوله : [ﷺ] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) هذا الحديث أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الجمعة باب إذا رأى الإمام رجلًا جاء وهو يخطب أمره أن يصلي ركعتين ، وباب من جاء والإمام يخطب يصلي ركعتين خفيفتين (١٦٦/١) ، وأبو داود باب إذا دخل الرجل والإمام يخطب (٢٨١/١) ، وابن ماجه كتاب إقامة الصلاة باب ما جاء فيمن دخل المسجد والإمام يخطب (٣٥٣/١ ، ٣٥٤) الحديث (١١١٢ ، ١١١٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف باب الرجل يجيء يوم الجمعة والإمام يخطب يصلي ركعتين (٢٠/٢) .

(٥) قوله : [ابن عبدل] غير واضح في (م) وقد ذكر صاحب كشف الظنون لابن عبدل كتابين : الصلاة والكفالة .

(٦) في (م) ، (ع) : [عنه أن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [عن] مكان : [أن] .

(٨) في سائر النسخ : [سليك] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولا تعود] .

(١٠) هذا الحديث أخرجه الدارقطني بهذا الإسناد في كتاب الجمعة (١٦/٢) الحديث (١١) .

(١١) حرف : [على] ساقط من (ن) .

(١٢) أخرجه مسلم في الصحيح بهذا الإسناد واللفظ كتاب الجمعة في باب التحية والإمام يخطب (٣٤٦/١) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الجمعة (١٩٤/٣) .

وهذا يدل على أنه صلى ورسول الله ﷺ (١) ممسك عن الخطبة ؛ لأنه كان لا يخطب قاعدًا ، فقد ذكر الدارقطني حديث أبي معشر عن محمد بن قيس أن النبي ﷺ لما أمره أن يصلي أمسك عن الخطبة حتى فرغ من ركعتيه ثم عاد إلى الخطبة (٢) .

٤٠٥٨ - ولا يقال : إن عندكم إذا خرج الإمام لم تجز الصلاة وإن لم يخطب فكيف في حال الخطبة (٣) ؛ وذلك لأنا لا نجوز ذلك ؛ لأن الإمام غير منتظر ، فهو يبتدئ بالخطبة فينقطع عن السماع ، وهاهنا النبي ﷺ ترك الخطبة فأمن (٤) أن يعود إليها وهو يصلي . ويجوز أن يكون هذا في حال إباحة الكلام في الصلاة وفي حال الخطبة ، ومتى جاز الكلام جازت الصلاة ، يبين ذلك أن النبي ﷺ تكلم في خطبته .

٤٠٥٩ - ويحتمل أن يكون في يوم جمعة يخطب غير خطبة الجمعة ، فلا يمنع من الصلاة . وما رواه جابر أن النبي ﷺ قال : « إذا دخل أحدكم والإمام يخطب فليصل ركعتين » (٥) محمول على الحالة التي كان الكلام مباحًا في الصلاة وفي حال الخطبة .

٤٠٦٠ - قالوا : روي أن أبا (٦) سعيد الخدري ﷺ (٧) جاء ومروان يخطب ، فقام فصلى ركعتين فجاء إليه الأحراس ليجلسوه فأبى أن يجلس ، فلما قضى صلاته (٨) أتيناه فقلنا : يا أبا سعيد كاد هؤلاء أن يفعلوا بك فقال : ما كنت لأدعهما (٩) لشيء بعد شيء رأيته من رسول الله ﷺ ، جاء رجل وهو يخطب فدخل المسجد بهيئة بذة فقال :

---

(١) قوله : [صلى ورسول الله] ساقط من (ع) ، وقوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٢) حديث أبي معشر عن محمد بن قيس أخرجه الدارقطني في كتاب الجمعة باب في الركعتين إذا جاء الرجل والإمام يخطب (١٦/٢) ، وابن أبي شيبة باختلاف يسير في الرجل يجيء يوم الجمعة والإمام يخطب يصلي ركعتين (٢٠/٢) .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [خلال الخطبة] .

(٤) في (ن) : [فأمر] .

(٥) أخرجه مسلم بهذه الزيادة في قصة سليك الغطفاني ، في الصحيح كتاب الجمعة باب التحية والإمام يخطب (٣٤٧/١) ، وأبو داود باب إذا دخل الرجل والإمام يخطب (٢٨١/١) ، والدارقطني في كتاب الجمعة باب في الركعتين إذا جاء الرجل والإمام يخطب (١٣/٢ - ١٥) الأحاديث (١ - ٨) ، والبيهقي كتاب الجمعة (١٩٤/٣) ، وأحمد في المسند (٢٩٧/٣) .

(٦) في (م) : [أبي] .

(٧) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٨) في (ن) : [الصلاة] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ادعهما] .

« أصليت ؟ » قال : لا ، قال : « فصل ركعتين » ، وحث الناس على الصدقة ، فألقوا ثيابًا ، فأعطاه [(١)] رسول الله ﷺ منها ثوبين ، فلما كانت الجمعة الأخرى جاء الرجل والنبي ﷺ [(٢)] يخطب فقال له : « ما صليت ؟ » فقال : لا ، فقال : « صل ركعتين » ، ثم حث الناس على الصدقة ، فطرح أحد ثوبيه ، فصاح به رسول الله ﷺ [(٣)] ، وقال : « خذه » [(٤)] .

٤٠٦١ - والجواب : أن هذا يحتمل أن يكون حالة إباحة الكلام ، أو [(٥)] في غير خطبة الجمعة [(٦)] ، والدليل عليه أن النبي ﷺ قال : « انظروا إلى هذا ، جاء تلك الجمعة بهيئة بذة ، فأمرت الناس بالصدقة ، فطرحوا ثيابًا ، فأعطيته منها ثوبين ، فلما جاءت الجمعة أمرت الناس بالصدقة فجاء فألقى أحد ثوبيه » [(٧)] ، وهذا كلام من النبي ﷺ في حال الخطبة ، فدل على ما قلناه . وجملة [(٨)] هذا أن هذه الأخبار محتملة للتأويل [(٩)] ، مخالفة للمشهور من فعل السلف ، فلا يعترض بها . وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال [(١٠)] : أخطأ السنة من صلى والإمام يخطب .

٤٠٦٢ - قالوا : لأنه ممن يصح منه الصلاة لا يخاف فواتها دخل موضعًا بني لها فوجب أن يصلي في الخطبة ، كما قبل الخطبة .

٤٠٦٣ - والجواب : أنّ هذا ينتقض بمن دخل حال التحريمة . ثم إن ما قبل الخطبة غير مسلم إذا خرج الإمام . وقبل خروج الإمام لما جاز الزيادة على الركعتين جازت

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) وفي نسخة أخرى من (ص) : [فأعطاني] .

(٢) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) . (٣) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٤) هذا الحديث أخرجه الترمذي ، باب ما جاء في الركعتين إذا جاء الرجل والإمام يخطب (٣٨٥/٢) الحديث (٥١١) ، والنسائي في كتاب الجمعة باب حث الإمام على الصدقة يوم الجمعة في خطبته (١٠٦/٣ ، ١٠٧) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الجمعة (١٩٤/٣) ، والشافعي في مسنده بطوله باختلاف يسير ، في الباب الحادي عشر في صلاة الجمعة (١٤١/١) الحديث (٤١٣) .

(٥) لفظ : [أو] ساقط من (م) ، (ع) . (٦) لفظ : [الجمعة] ساقط من (ن) .

(٧) أخرجه النسائي بهذا الإسناد في كتاب الزكاة ، باب إذا تصدق وهو محتاج إليه هل يرد عليه (٦٣/٥) ، وأحمد في المسند (٢٥/٣) ، والطحاوي في المعاني باب الرجل يدخل المسجد يوم الجمعة والإمام يخطب هل ينبغي له أن يركع أم لا (٣٦٦/١) . (٨) في (م) ، (ع) : [وحمله] .

(٩) في (م) ، (ع) : [التأويل] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [عن النبي ﷺ] مكان : [عن علي رضي الله عنه أنه قال] ، وقوله : [رضي الله عنه] ساقط من (ن) .

الركعتان [١] ، ولما لم تجز الزيادة في حال الخطبة على ركعتين كذلك الركعتان [٢] .

٤٠٦٤ - قالوا : تحية المسجد ، فلا يمنع منه الخطبة ، كالطواف .

٤٠٦٥ - قلنا : غير مسلم ، ولا يجوز الطواف في حال الخطبة .

٤٠٦٦ - قالوا : إذا أتى بالتحريمة حفظها ولم يفت [الإنصات ، وإذا أنصت ضيع التحية ، فكان حفظ الأمرين أولى .

٤٠٦٧ - قلنا : الإنصات] [٣] مع الصلاة محال . [و] [٤] لأنه يأتي بالواجب ويترك النفل فكان أولى من فعل النفل وترك بعض الواجب .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [الركعات] .
(٢) في الأصل : [الركعتين] .
(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

مسألة ٢٣٤

يكره للمعذور أن يصلي الظهر يوم الجمعة في جماعة

٤٠٦٨ – قال أصحابنا : يكره للمعذور أن يصلي الظهر يوم الجمعة في جماعة (١) .

٤٠٦٩ – وقال الشافعي : لا يكره . وقال في الأم : يخفونها (٢) حتى لا يظن بهم أنهم رغبوا عن الصلاة مع الإمام (٣) .

٤٠٧٠ – لنا : أن الناس في سائر الأعصار يغلقون المساجد يوم الجمعة ولا يجمعوا فيها الظهر ولا تخلو ممن لا يلزمه الفرض ، فلو جاز الجمع لم يترك . ولأن في إباحة فعلها في جماعة تسهيل لترك الجمعة ؛ لأنهم يتبعهم من ليس بمعذور فيصلي معهم (٤) ، فحسمت المادة في ذلك . [ولأنهم صلوا الظهر في المصر يوم الجمعة جماعة فيكره ذلك لمن (٥) ليس بمعذور] (٦) . ولأنه لما كره إظهار الجماعة كره فعلها ، كالنوافل في غير رمضان .

٤٠٧١ – وما روي عن النبي ﷺ من الحث على الجماعة (٧) منصرف إلى الصلوات (٨) التي خوطب العامة بفعلها في جماعة (٩) ، وهذا لا يوجد في مسألتنا .

٤٠٧٢ – ولا يقال لمن لم يلزمهم الجمعة : صاروا كأهل الصلوات كلها ؛ وذلك لأن تلك الصلوات خوطب العامة بفعلها في جماعة ، وهذه خوطب العامة (١٠) بتركها ، فكان الأقل تابعًا للأكثر (١١) .

---

(١) راجع : كتاب الأصل (١/٣٦٥) ، متن القدوري ، باب صلاة الجمعة ص١٥ ، متن الكنز ص٢١ ، الهداية (١/٦٣) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية (٢/٦٥) ، الاختيار لتعليل المختار (١/٨٤) ، البناية (٣/٩٠ – ٩٢) .

(٢) في سائر النسخ : [يخفوها] .

(٣) قال الشافعي في الأم : ولا أكره (يعني لمن ترك الجمعة للعذر) . راجع : الأم (١/١٩٠) ، مختصر المزني ص٢٧ ، المهذب (١/١١٠) ، حلية العلماء (٢/٢٢٦ ، ٢٢٧) ، المجموع مع المهذب (٤/٤٩٣ – ٤٩٥) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما مثل قول الشافعي : لا يكره للمعذورين أن يصلوا الظهر في جماعة . راجع : الكافي لابن عبد البر (١/٢٥٢) ، الإفصاح (١/١٦٣) ، المغني (٢/٣٤٤ ، ٣٤٥) .

(٤) لفظ : [معهم] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (ن) : [كمن] .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [على الحث في الجماعة] .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ن) : [إلى الصلاة] .

(٩) في (ن) : [بفعل ما في جماعة] .

(١٠) في (ن) : [وهذه العامة خوطب العامة] .

(١١) في (ن) : [للأكبر] .

مسألة ٢٣٥

يكره الكلام إذا خرج الإمام

٤٠٧٣ - قال أبو حنيفة : يكره الكلام إذا خرج الإمام .

٤٠٧٤ - وقال أبو يوسف ومحمد : لا يكره ما لم يأخذ في الخطبة [١] ، وهو قول الشافعي [٢] .

٤٠٧٥ - لنا : ما روى [ابن عمر] [٣] أن النبي ﷺ قال : « إذا خرج الإمام فلا صلاة ولا كلام » [٤] .

٤٠٧٦ - وذكر الطحاوي عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة أن النبي [٥] ﷺ قال : « من اغتسل يوم الجمعة ومس من طيب إن كان عنده ولبس من أحسن ثيابه ثم خرج حتى يأتي المسجد فلم يتخط رقاب الناس ثم ركع ما شاء الله أن يركع وأنصت إذا خرج الإمام ، كانت كفارة ما بينها [٦] وبين الجمعة التي قبلها » [٧] .

٤٠٧٧ - ولأن كل حالة منع من الصلاة فيها لأجل الخطبة فإنه يكره الكلام ، كحال الخطبة .

٤٠٧٨ - ولا يقال : إن الصلاة منع منها لأنه يخطب الإمام فلا يقدر على قطعها ، والكلام يمكن قطعه ؛ لأن الإمام إذا كان شيخًا كبيرًا يعلم أنه لا يقدر على بلوغ المنبر

---

(١) راجع نفس المصادر التي تقدمت في مسألة (٢٣٣) .

(٢) قال الشافعي في الأم : ولا بأس أن يتكلم والإمام على المنبر والمؤذنون يؤذنون ، وبعد قطعهم قبل كلام الإمام اهـ . راجع : الأم باب الإنصات للخطبة (٢٠٣/١) ، مختصر المزني ، باب الغسل للجمعة والخطبة وما يجب في صلاة الجمعة ص٢٧ ، المهذب (١١٥/١) ، الوسيط ، كتاب الجمعة ، الباب الأول في شرائطها (٧٥٦/٢) ، حلية العلماء (٢٢٩/٢) ، المجموع مع المهذب ، باب هيئة الجمعة (٥٥٢/٤ - ٥٥٥) . وراجع : المدونة ، ما جاء في استقبال الإمام يوم الجمعة والإنصات (١٣٩/١) ، المنتقى (١٨٨/١) ، شرح الزرقاني ، فصل في شرط صحة صلاة الجمعة (٦٥/٢) ، وحاشية البناني شرط الجمعة في هامش شرح الزرقاني (٥٧/٢) ، المسائل الفقهية (١٨٣/١) مسألة (١١٦) ، الإفصاح (١٦٥/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٢٨/١) ، المغني ، (٣٢٤/٢ ، ٣٢٥) .

(٣) في (م) ، (ع) : [عن عمر] .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٢٣٣) .

(٥) في (ن) : [أن رسول الله] .

(٦) في (ص) ، (م) : [ما بينهما] .

(٧) أخرجه الطحاوي في المعاني بهذا اللفظ (٣٦٨/١) ، وزاد فيه : [واستن بعد الجمعة] .

حتى يصلي ركعتين خفيفتين لم تجز الصلاة وإن أمن ما ذكروه .

٤٠٧٩ - ولا يقال : إن المعنى في حال الخطبة أنه [١] ينقطع عن السماع ؛ لأنه يكره الكلام في الجلسة بين الخطبتين وإن كان لا يسمع [٢] خطبة .

٤٠٨٠ - ولأن ما نهي عنه في حال الخطبة كان منهيًا عنه إذا خرج الإمام قبل الخطبة ، أصله : الصلاة .

٤٠٨١ - احتجوا : بما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « إذا قلت لصاحبك أنصت والإمام يخطب يوم الجمعة فقد لغوت » [٣] . وهذا يقتضي أن حال الخطبة يخالف ما قبله .

٤٠٨٢ - والجواب : أن هذا لا دلالة فيه ؛ لأن الحكم إذا علق بشرط عندنا لم يدل على نفي ما عداه . ولأن الخلاف في الكلام المباح ، والأمر بالإنصات واجب ، فيجوز أن يقال : إنه لغو في حال الخطبة وليس بلغو قبلها .

٤٠٨٣ - قالوا : روى السائب بن يزيد [٤] قال : رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه [٥] يتحدث يوم الجمعة والمؤذنون يؤذنون [٦] . وعن عثمان مثله [٧] ، وعن ثعلبة بن أبي مالك قال : كنا نصلي يوم الجمعة حتى يخرج عمر ، فإذا خرج وجلس على المنبر فأذن المؤذنون جلسنا نتحدث ، حتى إذا سكت المؤذنون قام عمر فسكتنا فلم يتكلم أحد [٨] .

٤٠٨٤ - والجواب : أنه روي عن ابن مسعود وابن عباس كراهة الصلاة والكلام في هذه الأوقات [٩] ، ويحتمل أن يكون عمر تحدث [١٠] والمؤذن يؤذن خارج المسجد ، أو

---

(١) في (ع) : [أن] .
(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لا يستمع] .
(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٢٣٣) .
(٤) في (م) ، (ع) : [ابن زيد] .
(٥) قوله : [رضي الله عنه] ساقط من (ن) .
(٦) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٢١٦/٣) الحديث (٥٣٨٨) .
(٧) رواه عبد الرزاق من طريق محمد بن قيس (٢١٥/٣) الحديث (٥٣٨٤) ، قال الهيثمي بعد أن ساقه باختلاف يسير : رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح . اهـ . مجمع الزوائد ، باب الإنصات والإمام يخطب (١٨٦/٢ ، ١٨٧) .
(٨) حديث ثعلبة بن أبي مالك أخرجه البيهقي في الكبرى ، باب الصلاة يوم الجمعة نصف النهار قبله وبعده حتى يخرج الإمام (١٩٢/٣) ، مالك في الموطأ (٩٦/١) ، والشافعي في المسند (١٣٩/١) الحديث (٤٠٩) ، ومحمد في موطئه باب القراءة في صلاة الجمعة وما يستحب من الصمت ص٨٧ الحديث (٢٢٧) .
(٩) انظر تخريجه في مسألة (٢٣٣) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يحدث] .

يكون تكلم بما لا بد منه ، ومن أصحابنا من قال : إن الإمام يجوز له أن يتكلم في هذا الوقت بما لا بد منه ، وإن لم يجز للمؤتم .

٤٠٨٥ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ كان ربما نزل عن [1] المنبر وقد أقيمت الصلاة فيقوم له الرجل فيحدثه حديثا طويلا ثم يتقدم إلي الصلاة [2] .

٤٠٨٦ - والجواب : أن هذا يحتمل أن يكون في حال إباحة الكلام في الخطبة .

٤٠٨٧ - قالوا : حالة قبل الخطبة ، فوجب أن لا يحرم فيها الكلام ، كما قبل ظهور الإمام .

٤٠٨٨ - والجواب : أن المعنى فيه أن الصلاة لا تكره [3] ، فكذلك الكلام .

٤٠٨٩ - قالوا : لو كان الكلام [4] محرمًا وجب أن يكون ممنوعًا من الأذان ، كحال الخطبة .

٤٠٩٠ - قلنا : الأذان سنة ، وليس إذا جاز المشروع [5] من الذكر جاز الكلام ، كما يجوز للإمام أن يخطب الخطبة [6] [ولا يجوز لغيره أن يتكلم] [7] .

٤٠٩١ - [قالوا : الإنصات إنما هو إلى الخطبة ، فوجب أن يكون حين الخطبة] [8] .

٤٠٩٢ - قلنا : هذا يبطل بالقعدة بين الخطبتين ، أن الإنصات واجب وإن لم يسمع الخطبة .

* * *

---

(١) حرف الجر ساقط من (ع) .

(٢) هذا الحديث أخرجه أبو داود ، باب الإمام يتكلم بعد ما ينزل من المنبر (٢٨٢/١) ، والنسائي ، كتاب الجمعة ، باب الكلام والقيام بعد النزول عن المنبر (١١٠/٣) ، وابن ماجه ، باب ما جاء في الكلام بعد نزول الإمام عن المنبر (٣٥٤/١) الحديث (١١١٧) ، وابن حزم في المحلى بالآثار (٢٨١/٣) مسألة (٥٣٢) ، والبيهقي في الكبرى ، باب الإمام يتكلم بعد ما ينزل من المنبر (٢٢٤/٣) .

(٣) في (م) : [لا يكره] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الإمام] مكان : [الكلام] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الشروع] .

(٦) كلمة : [الخطبة] ساقطة من (ن) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) الزيادة من (ن) .

مسألة ٢٣٦

إذا أحدث الإمام في الجمعة استخلف من يصلي الجمعة

٤٠٩٣ - قال أصحابنا : أذا أحدث الإمام في الجمعة استخلف من يصلي الجمعة [١] .

٤٠٩٤ - وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يجوز [٢] .

٤٠٩٥ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ أمر أبا بكر رضي الله عنه [٣] أن يصلي بالناس ثم وجد في بعض الأيام [في نفسه] خفة [٤] فخرج فوقف عن يسار أبي بكر فابتدأ بالقراءة من الموضع الذي انتهى أبو بكر إليه [٥] . فدل على جواز الاستخلاف وفعل الصلاة بإمامين .

٤٠٩٦ - وروي أن النبي ﷺ خرج يصلح بين بني عمرو بن عوف فقدم الناس أبا بكر [رضي الله عنه] [٦] فلما رجع رسول الله [ﷺ] [٧] رآه الناس صفقوا ، فالتفت أبو بكر ، فرأى النبي ﷺ فتأخر [٨] ، فقال له النبي / ﷺ : « مكانك » ، فتأخر أبو بكر وتقدم رسول الله ﷺ [٩] ، فلما قضى صلاته قال له : « ما منعك أن تقف ؟ » فقال أبو بكر رضي الله عنه [١٠] : ما كان الله ليرى ابن أبي قحافة يتقدم بين يدي رسول الله ﷺ [١١] . ولأن

٥٠

(١) راجع المسألة وتفريعاتها في : كتاب الأصل (٣٤٦/١ ، ٣٤٧) ، بدائع الصنائع (٢٦٥/١) .

(٢) قال الإمام الشافعي وأصحابه في الجديد عنه مثل قول الحنفية : يجوز الاستخلاف في صلاة الجمعة ، وهو الأصح . راجع المسألة وتفريعاتها في : الأم : رعاف الإمام وحدثه (٢٠٧/١ ، ٢٠٨) ، مختصر المزني ، باب وجوب الجمعة وغيره من أمرها ص٢٦ ، المهذب (١١١/١ ، ١١٧) ، الوسيط كتاب الجمعة ، الباب الأول في شرائطها (٧٤٢/١ - ٧٤٦) ، حلية العلماء ، باب صلاة الجمعة (٢٤٨/٢ ، ٢٤٩) ، المجموع مع المهذب ، باب صلاة الجمعة (٥٠٦/٤ ، ٥٠٧ ، ٥٧٦ - ٥٨٣) . وراجع : المدونة في الامام يحدث يوم الجمعة (١٤٤/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٥٢/١) ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (٦٠/٢) . راجع المغني لابن قدامة (٣٠٧/٢ ، ٣٠٨) .

(٣) قوله : [رضي الله عنه] ساقط من (ن) .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) ، وفي (ن) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى : [خفا] .

(٥) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٢٠٦) ، هامش (١٧) .

(٦ ، ٧) ساقط من (ن) .

(٨) قوله : [فتأخر] ساقط من (م) .

(٩) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(١٠) قوله : [رضي الله عنه] ساقط من (ن) .

(١١) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) . هذا الحديث أخرجه البخاري في الصحيح ، في الأذان ، باب من دخل ليؤم الناس فجاء الإمام الأول فتأخر الأول أو لم يتأخر جازت صلاته (١٢٥/١) ، ومسلم في =

الجماعة تنتظم [١] الإمام والمأموم ، فإذا جاز أن يخلف الإمامُ غيرَه جاز أن يخلف الإمامَ غيرُه . ولأن [٢] حدث المأموم لم يغير الصلاة عن حكم الجماعة ، كذلك حدث الإمام ، بعلة اشتراكهما فيها .

٤٠٩٧ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ كبر بأصحابه ثم تذكر أنه جنب فأشار إليهم : كما أنتم ، ودخل الحجرة واغتسل وخرج ورأسه يقطر ماء ، فصلى بهم [٣] . ولو جاز الاستخلاف لاستخلف . وروى عن عمر أنه أحرم [وتذكر أنه جنب ، قال : كما أنتم ، وخرج فاغتسل [٤] وعاد فصلى . وعن علي أنه أحرم] [٥] ثم خرج وتطهر ورجع فأتم صلاته [٦] .

٤٠٩٨ - والجواب : أنا قد بينا أن النبي ﷺ استأنف الصلاة بعد العود . ولو ثبت ما قالوه لم يدل ؛ لأنه لم يصح دخوله في الصلاة لأجل الجنابة ؛ فلذلك [٧] لم يستخلف ، وإنما الخلاف فيمن صح دخوله ثم أحدث .

٤٠٩٩ - قالوا : صلاة بإمامين فلم تجز ، كما لو استخلف في الجمعة من لم يدخل معه فيها [٨] .

٤١٠٠ - قلنا : يجوز استخلافه عندنا .

٤١٠١ - قالوا : جواز الاستخلاف يفضي إلى المناقضة [٩] ؛ لأن من حكم المأموم أن لا يجهر بالقراءة ولا يزيد على الفاتحة ولا يسجد إذا سها ، فإذا صار إمامًا

= الصحيح ، في كتاب الصلاة (١٨١/١) ، وأبو داود في كتاب الصلاة (٢٣٨/١ ، ٢٣٩) ، ورواه مالك عن أبي حازم سلمة بن دينار ، عن سهل بن سعد الساعدي ، في الموطأ ، في الالتفات والتصفيق عند الحاجة في الصلاة (١٣٦/١ ، ١٣٧) ، من طريق مالك .

(١) في (م) ، (ع) : [ينتظم] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ولا] .

(٣) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٧٣) ، وتكرر ذكره في مسألة (٢٠٦) . وأخرجه البخاري من حديث أبي هريرة في الصحيح ، في الأذان ، وفي باب هل يخرج من المسجد لعلة (١١٨/١) . راجع تخريجه أيضًا من هذا الوجه ومن وجوه أخرى في الهداية في تخريج أحاديث البداية ، الفصل الخامس في صفة الإتباع (٢٢٨/٣ - ٢٣١) .

(٤) في (ص) : [فاغتسل] .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) أخرجه أحمد في المسند من حديث علي مرفوعًا بهذا المعنى (٨٨/١) .

(٧) في (ن) : [فكذلك] .
(٨) في (م) ، (ع) : [فيه] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الناقصة] .

تغيرت [١] هذه الأحكام .

٤١٠٢ - قلنا : غير ممتنع ؛ لأن المسبوق إذا قام يقضي تغير [٢] حكمه : يجهر بالقراءة ويسجد للسهو ، فإذا كان قبل ذلك لا يفعل .

٤١٠٣ - ولا يجوز أن يقال : لو جاز الاستخلاف لكان الإمام إذا فرغ من صلاته وخلفه مسبوقون يستخلف من يتم بهم ؛ وذلك لأن خليفة الإمام يقوم مقامه ، وهو لا يجوز أن يؤم المسبوق فيما يقضيه [٣] ، فلم يجز لخليفته [٤] . ولأن المسبوق قد اقتضت [٥] تحريمته أن يفعل ما سبق به على الانفراد ، فإذا فعله في جماعة [تغير حكم التحريمة . وفي مسألتنا : التحريمة أوجبت فعل الصلاة في جماعة] [٦] فالاستخلاف لا يغير حكمها .

* * *

(١) في (م) : [فغبرت] .
(٢) في (م) ، (ن) : [يغير] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يقضه] .
(٤) في (م) ، (ع) : [بخليفته] .
(٥) في (ص) : [انقضت] .
(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ٢٣٧

السنة في الخطبة أن يخطب قائما فإن خطب جالسا مع القدرة جاز

٤١٠٤ – قال أصحابنا : السنة في الخطبة أن يخطب قائمًا ، فإن خطب جالسًا مع القدرة جاز [1] .

٤١٠٥ – وقال الشافعي : لا يجوز [2] .

٤١٠٦ – لنا : قوله تعالى : ﴿ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ ﴾ ، ولم يفصل . ولأنه ذكر يتقدم التحريمة ، فلم يكن من شرطه القيام ، كالأذان .

٤١٠٧ – ولا يقال : المعنى في الأصل أنه ليس بواجب ، فلذلك لم يجب [3] فيه القيام ؛ لأنه لا يمتنع أن يكون الشيء واجبًا في نفسه فإذا فعله لم يصح إلا بشرائط ، كصلاة النافلة .

٤١٠٨ – ولأنه ذكر لا يعتبر فيه استقبال القبلة بحال ، فلا يجب فيه القيام ، كالشهادتين ، ولأنه إنشاء لذكر الله [4] تعالى على وجه التعظيم ، فأشبه إذا كان قائمًا . ولأن المقصود من القيام المبالغة في سماع الصوت ، فصار كصعود المنبر .

٤١٠٩ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَتَرَكُوكَ قَآئِمًاۚ ﴾ ، وهذا يدل على اعتبار القيام .

٤١١٠ – والجواب : أن هذا خبر عما كان [5] عليه النبي ﷺ في تلك الخطبة ،

---

(١) راجع : كتاب الأصل (٣٤٦/١) ، متن القدوري ص١٥ بدائع الصنائع ، فصل في بيان شرائط الجمعة (٢٦٣/١) ، الهداية (٦١/١) ، متن الكنز ص٢١ ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٥٨/٢ ، ٥٩) ، الاختيار لتعليل المختار (٨٤/١) ، البناية (٦٥/٣ – ٦٧) ، حاشية ابن عابدين (٥٦٩/١) .

(٢) قال الإمام الشافعي في الأم : ولا يجزيه أن يخطب جالسًا ، فإن خطب جالسًا من علة أجزأه ذلك وأجزأ من خلفه . راجع : الأم (١٩٩/١ ، ٢٠٠) ، مختصر المزني ص٢٧ ، المهذب (١١١/١) ، الوسيط ، كتاب الجمعة الباب الأول في شرائطها (٧٥٢/٢) ، حلية العلماء ، باب صلاة الجمعة (٢٣٤/٢) ، المجموع مع المهذب ، باب صلاة الجمعة (٥١٤/٤ ، ٥١٥) . راجع المنتقى (٢٠٤/١) ، الكافي لابن قدامة ، (٢٢١/١) ، المغني (٣٠٣/٢) .

(٣) في (م) : [فكذلك] ، وفي سائر النسخ : [لم يجز] ، المثبت من هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٤) في (ن) : [ذكر الله] وفي (م) ، (ع) : [بذكر الله] .

(٥) لفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) .

وذلك لا يدل على الوجوب أو غيره .

٤١١١ - قالوا : روى جابر بن [١] سمرة أن رسول الله [٢] ﷺ كان يخطب قائمًا ثم يجلس ثم يقوم فيخطب قائمًا ، فمن حدثك أنه كان يخطب جالسًا فقد كذب [٣] . وروى جابر وابن عمر : أن النبي ﷺ كان يخطب يوم الجمعة قائمًا يفصل بجلوس [٤] ، قالوا : وقوله تعالى : ﴿ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ ﴾ مجمل ، ففعله ﷺ كان بيانًا له .

٤١١٢ - والجواب : أن هذا ليس بمجمل [٥] ؛ لأنه يقتضي وجوب السعي إلى ذكر الله تعالى ، فيفيد كل ما يتناوله الاسم ، وإذا لم يكن مجملا يخرج فعله من [٦] أن يكون بيانًا .

٤١١٣ - قالوا : فقد قال النبي ﷺ : « صلوا كما رأيتموني أصلي » [٧] .

٤١١٤ - قلنا : هذا يقتضي إيقاع الفعل كفعله [٨] إذا علمت جهته .

٤١١٥ - قالوا : ذكر واجب يختص بالصلاة ليس من شرطه الجلوس ، فجاز أن

---

(١) في (ع) : [أن] .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [أن النبي] .

(٣) حديث جابر بن سمرة أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الجمعة ، باب ذكر الخطبتين قبل الصلاة وما فيهما من الجلسة (٣٤٢/١) ، وأبو داود بهذا اللفظ ، في أبواب الجمعة ، باب الخطبة قائمًا (٢٧٦/١) ، وأخرجه النسائي في كتاب الجمعة ، باب السكوت في القعدة بين الخطبتين (١١٠/٣) ، والبيهقي في الكبرى ، كتاب الجمعة ، باب الخطبة قائمًا (١٩٧/٣) . راجع تخريجه أيضًا في الهداية في تخريج أحاديث البداية (٢٧٦/٣) الحديث (٤٥٢) ، ونصب الراية ، في باب صلاة الجمعة (١٩٦/٢) .

(٤) رواه مسلم في الصحيح من حديث جابر بن سمرة ، باب القعود بين الخطبتين (٣٤٢/١) ، وأبو داود في أبواب الجمعة ، باب الخطبة قائمًا (٢٧٦/١) ، وأخرجه النسائي كتاب الجمعة ، باب ذكر الخطبتين قبل الصلاة وما فيهما من الجلسة (١٠٩/٣ ، ١١٠) ، والدارمي باب القعود بين الخطبتين (٣٦٦/١) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى كتاب الجمعة ، باب القعود بين الخطبتين (١٩٨/٣) . وحديث ابن عمر أخرجه البخاري في الصحيح ، باب القعدة بين الخطبتين يوم الجمعة (١٦٥/١) ، ومسلم في الصحيح باب القعود بين الخطبتين (٣٤٢/١) ، والنسائي (١٠٩/٣) ، والدارمي ، باب القعود بين الخطبتين (٣٦٦/١) وأخرجه البيهقي باب يخطب الإمام خطبتين وهو قائم ويجلس بينهما جلسة خفيفة (١٩٦/٣ ، ١٩٧) ، والدارقطني ، باب صلاة الجمعة قبل نصف النهار (٢٠/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [مجمل] .

(٦) حرف : [من] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٠) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لفعله] .

يكون من شرطه القيام ، كالقراءة في الصلاة .

٤١١٦ - قلنا : الأصل غير مسلم ؛ لأن القيام ليس من شرائط القراءة عندنا ، وإنما يفعل القيام لأنه ركن في نفسه ، والقيام في مسألتنا عندهم شرط في الذكر . ويجوز أن يقال : إن القراءة شرط في القيام في الصلاة فلا يمكن قياس الخطبة عليه . ولأن القراءة في الصلاة تابعة للقيام (١) ؛ بدلالة أنه قد يجب القيام بغير (٢) قراءة ، والقيام في مسألتنا تابع للخطبة ؛ بدلالة أنه لا يجب دونها ، فلم يصح قياس أحدهما على الآخر .

٤١١٧ - قالوا : لأن الخطبتين تقوم (٣) مقام ركعتين ؛ بدلالة أن (٤) من لم يخطب يلزمه الظهر ، فإذا كان القيام شرطًا في الركعتين فكذلك في الخطبتين .

٤١١٨ - قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأن الخطبةِ لا تقوم (٥) مقام ركعتين عندنا . وليس إذا وجبت الظهر لعدم الخطبة كانت قائمة مقام بعضها ، كما أن الجماعة إذا لم توجد (٦) والإمام والاستيطان عندهم والمصر والسلطان عندنا وجبت الظهر ، ولم يدل ذلك على أن هذه المعاني تقوم (٧) مقام ركعتين .

* * *

(١) في (ص) : [للقراءة] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لغير] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يقوم] .
(٤) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .
(٥) في (م) ، (ع) : [لا يقوم] .
(٦) في (م) ، (ن) : [يوجد] .
(٧) في (م) : [يقوم] .

مسألة ٢٣٨

إذا خطب الإمام بتسبيحة واحدة جاز

٤١١٩ - قال أبو حنيفة : إذا خطب الإمام بتسبيحة واحدة جاز .

٤١٢٠ - وقال أبو يوسف ومحمد : لا تجوز إلا بما يسمى خطبة (١) .

٤١٢١ - وقال الشافعي لا يجوز إلا بخطبتين تتضمن أربعة أجناس : حمد الله ، والصلاة على رسول الله ﷺ (٢) ، والعظة ، والقرآن (٣) .

٤١٢٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ ﴾ ، ولم يفصل ، والتسبيحة الواحدة ذكر الله .

٤١٢٣ - وروي أن النبي ﷺ كتب إلى مصعب بن عمير : « إذا مالت الشمس من اليوم الذي يتجهز فيه اليهود لسبتها (٤) فاجمع من قبلك من المسلمين وذكرهم بالله ، وازدلف بهم إليه ركعتين (٥) ، ولم يخص ذكرًا بعينه أو قدرًا (٦) بعينه .

٤١٢٤ - وروي عن عمار أنه خطب فأوجز ، فقيل له : لو تنفست ! فقال : أمرنا رسول الله ﷺ بإقصار الخطب وإطالة الصلاة (٧) .

٤١٢٥ - وروى جابر بن سمرة أن النبي ﷺ كان [لا] (٨) يطيل الموعظة يوم

---

(١) وبقول أبي يوسف ومحمد أخذ الطحاوي . راجع : مختصر الطحاوي ص٣٦ ، متن الكنز ص٢١ ، بدائع الصنائع (٢٦٢/١) ، الهداية (٦٣/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية (٥٩/٢ ، ٦٠) ، البناية (٦٨/٣ - ٧٢) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه در المحتار (٥٦٧/١) ، الاختيار لتعليل المختار (٨٣/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [على رسوله ﷺ] ، وقوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٣) راجع : الأم : أدب الخطبة (٢٠٠/١) ، مختصر المزني ص٢٧ ، المهذب (١١٢/١) ، الوسيط (٧٥١/٢) ، حلية العلماء (٢٣٦/٢) ، المجموع مع المهذب (٥١٦/٤ - ٥٢٢) . وراجع : المنتقى (٢٠٤/١ ، ٢٠٥) ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (٥٧/٢) ، بداية المجتهد (١٦٤/١) ، الإفصاح (١٦١/١ ، ١٦٢) ، المغني (٢٠٤/٢ ، ٢٠٥) ، المحلى لابن حزم (٢٦٢/٣ - ٢٦٥ - ٢٦٦) مسألة (٥٢٧) .

(٤) في (ن) : [بسبتها] .

(٥) ذكره ابن الأثير (٣٠٩/٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [وقدرًا] .

(٧) حديث عمار بن ياسر أخرجه مسلم في الصحيح من حديث أبي وائل ، باب تخفيف الصلاة والخطبة (٣٤٥/١) ، وأحمد في المسند (٢٦٣/٤) ، وأخرجه أبو داود من طريق أبي راشد ، باب إقصار الخطب (٢٧٩/١) وابن أبي شيبة ، باب الخطبة تطول أو تقصر (٢٤/٢) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

الجمعة ، وإنما هي كلمات (١) .

٤١٢٦ - [وروي عن عثمان (٢) ﷺ أنه صعد المنبر] (٣) في أول جمعة ولي ، فقال : الحمد للّٰه . وأرْتِجَ (٤) عليه ، فقال : إنكم إلى إمام فقال : أحوج منه إلى إمام قوال ، وإن أبا بكر وعمر ﷺ (٥) كانا يعدان (٦) لهذا المقام مقالًا ، وستأتيكم الخطب من بعد واستغفروا اللّٰه لي ولكم (٧) ، بحضرة المهاجرين فلم ينكره أحد . ولأنه أتى بذكر اللّٰه تعالى (٨) على وجه الخطبة ، فأشبه إذا خطب خطبتين . ولأنه ذكر يتقدم (٩) الصلاة فلا يفتقر إلى [قراءة] (١٠) القرآن ، كالأذان . ولأنه (١١) ذكر جعل شرطًا في ابتداء الجمعة فجاز (باللّٰه أكبر) ، كالتحريمة .

٤١٢٧ - ولأنه ذكر متعلق (١٢) بالصلاة فلا يكون من شرطه الوصية والعظة ، كسائر [الأذكار] (١٣) .

٤١٢٨ - ونفرض (١٤) الكلام في أن الذكر اليسير يسمى خطبة ، والدليل عليه ما روي أن رجلًا قال للنبي ﷺ علمني عملًا يدخلني الجنة (١٥) ، فقال ﷺ : « لئن قصرت الخطبة (١٦) لقد عرضت المسألة » . ولأن الخطبة مأخوذة من مخاطبة الغير ، وهذا المعنى موجود في القليل والكثير . ولأن المقصود ذكر اللّٰه تعالى على وجه المخاطبة ، ولهذا لو طول الذكر ولم يذكر اللّٰه تعالى (١٧) لم يجز ، وهذا المعنى موجود في اليسير ،

---

(١) حديث جابر بن سمرة أخرجه أبو داود باب إقصار الخطب (٢٧٩/١) ، والبيهقي في الكبرى باب ما يستحب من القصد في الكلام وترك التطويل (٢٠٨/٣) ، وزاد أبو داود : [يسيرات] ، وفي البيهقي : [يسيرة] .

(٢) في (م) ، (ع) : [علي] مكان : [عثمان] .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (ن) . (٤) في (م) : [ورتج] .

(٥) قوله : [ﷺ] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) في (ن) : [يرتادان] ، وكذلك في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٧) قال الزيلعي عنه : غريب . واشتهر في الكتب أنه قال على المنبر : الحمد للّٰه ، فأرتج عليه .

(٨) لفظ : [تعالى] ساقط من (ع) . (٩) في (ص) : [متقدم] .

(١٠) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) . (١١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ولأن هذا] .

(١٢) في (ن) : [يتعلق] . (١٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(١٤) في (م) ، (ع) : [ويفرض] .

(١٥) في (ص) : [دخلني] ، وفي (م) ، (ع) : [أدخل به] .

(١٦) هذا الحديث أخرجه أحمد في المسند ، من طريق عبد الرحمن بن عوسجة (٢٩٩/٤) .

(١٧) في (ص) : [نسلم] .

فإذا ثبت هذا قلنا : أتى بما يسمى [١] خطبة ، فأشبه إذا خطب خطبتين .

٤١٢٩ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ ﴾ ، وهذا مبهم [٢] يحتاج إلى تفسير ، وقد بينه النبي ﷺ وفسره ، وخُطَبٌ لنا نقلت [٣] فاقتضى ذلك وجوبها .

٤١٣٠ – والجواب : [أن الآية] [٤] لا تفتقر [٥] إلى البيان ؛ لأنها مستقلة بنفسها تفيد كل ما سمي ذكر اسم الله ، فلم يسلم [٦] الإجمال ، فلا يبين إلا مجرد فعله عليه السلام، وذلك لا يدل على الوجوب .

٤١٣١ – قالوا : ذكر راتب يتقدم صلاة مفروضة ، فوجب أن لا يقتصر على كلمة ، كالأذان .

٤١٣٢ – قلنا : إنما الأذان لا يجوز الاقتصار على كلمة واحدة فيه على وجه السنة لأنه ليس بواجب ، وكذلك [٧] لا يجوز الاقتصار في الخطبة مسنونًا ، والكلام في الفرض . ولأن المقصود بالأذان الإعلام ، وذلك لا يوجد في بعض كلماته ، والمقصود من الخطبة ذكر الله [تعالى] [٨] ، وذلك يوجد في بعض الكلام . ولأن الأذان لما اعتبر فيه لفظ [٩] محصور لا يجوز مجاوزته [١٠] لم يجز الاقتصار على بعضه ، ولما لم تنحصر [١١] الخطبة بذكر لم تنحصر [١٢] بقدر . وينعكس عليهم فيقال : فلا يكون من شرطه / قراءة القرآن ، كالأذان .

/٥١

٤١٣٣ – قالوا : الدليل على أن ذكر الخطبة لا يقع على ذكر واحد [أن] [١٣] من جلس يأكل فقال : (بسم الله) ، أو ذبح فقال : (بسم الله) ، لم يقل إنه خطب . ولأن العرب جعلت لكل صيغة [١٤] اسمًا ، فقالت لمن قال (بسم الله) : سمى ، ولمن

---

(١) لفظ : [تعالى] ساقط من (ن) .
(٢) في (م) ، (ع) : [إنما سمي] مكان : [أتى بما يسمي] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [منهم] .
(٤) في (ن) : [تعلب] .
(٥) في (ع) : [أنها] ، المثبت ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٦) في (م) : [لا يفتقر] .
(٧) في (ص) : [ولذلك] .
(٨) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٩) في (م) ، (ع) : [فرض] مكان : [لفظ] .
(١٠) في (م) : [محاورته] .
(١١) في (م) : [ينحصر] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [ينحصر] .
(١٣) ساقط من (م) ، (ع) .
(١٤) في (ع) : [صنعة] .

قال الحمد للَّه : حمد ، ولمن قال (لا اله إلا اللَّه : هلل ، ولمن قال (اللَّه أكبر) : كبر ، ولمن أتي بكلام [1] منظوم : خطبة .

٤١٣٤ - قلنا : هذا كلام في اعتبار الخطبة ، وعند أبي حنيفة من شرط الجمعة ذكر اللَّه ، فأما الخطبة فلا ، وهذه الأذكار كلها أذكار اللَّه . ثم لا معنى لتشاغلهم بما يسمى [2] خطبة .

٤١٣٥ - ولو خطب عندهم خطبة طويلة لم [3] يجز [4] حتى يأتي بخطبتين . ثم ما قالوه ليس بصحيح ؛ لأن [5] من سمى على الأكل والذبيحة لم يقصد مخاطبة الغير ، ولا يمتنع أن يختلف الاسم بالقصد ؛ ألا ترى أن أحدًا لا يمتنع أن يقول إذا قال الإمام (الحمد للَّه) : قد خطب ، وأسمع الخطبة ؛ لأنه يقصد بها المخاطبة . فأما قولهم : إنه يقال لمن قال (لا اله إلا اللَّه) : هلل ، فلا يمتنع أن يقال [له] [6] : هلل ، ويقال : إنه خطب إذا خاطب به الغير [7] .

٤١٣٦ - قالوا : الأصل الظهر ، وإنما ينتقل عنها إلى الجمعة بشرائط ، فوجب أن لا ينتقل عنها إلا بما أجمعنا عليه .

٤١٣٧ - قلنا : هذا لا يصح على أصلكم ؛ لأن الأصل الجمعة ، والظهر بدلها . ثم الانتقال عن الأصل يكون بالاتفاق ويكون بالنص ، وقد بينا أن اللَّه تعالى شرط فيها ذكره ولم يشرط غيره ، فوجب الانتقال بالنص وإن لم يتفق .

* * *

---

(١) في (ن) : [بالكلام] .
(٢) في (م) ، (ع) : [سمي] .
(٣) في (ع) : [ولم] .
(٤) لفظ : [يجز] ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [ولأن] بالعطف .
(٦) الزيادة من (ن) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [العبد] .

مسألة ٢٣٩

إذا خطب الإمام من غير طهارة جاز ويكره

٤١٣٨ - قال أصحابنا : إذا خطب الإمام من غير طهارة جاز ويكره (١) .

٤١٣٩ - وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يجوز (٢) .

٤١٤٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ ﴾ ، ولم يفصل . ولأنه ذكر تقدم التحريمة فلم يكن من شرطه الطهارة ، كالأذان .

٤١٤١ - ولأنه ذكر في غير الصلاة ، كالشهادتين .

٤١٤٢ - ولأنه ذكر يجوز مع استدبار القبلة في جميع الأحوال فلم يشرط فيه الطهارة ، كخطب الحج والتسليمة الثانية في الصلاة .

٤١٤٣ - قالوا : ذكر واجب يختص بالصلاة فوجب أن يكون من شرطه الطهارة ، كتكبيرة الإحرام .

٤١٤٤ - قلنا : تكبيرة الإحرام ليس من شرطها الطهارة عندنا ، ولكن الصلاة تتعقبها (٣) ، فالطهارة مشروطة لما يتعقبها من الصلاة . ولأنه لما وجب فيه استقبال القبلة وجب الطهارة ، ولما كان استدبار القبلة مسنونًا في الخطبة لم يكن من شرطها الطهارة .

٤١٤٥ - قالوا : الخطبة أقيمت مقام ركعتين فوجب أن تكون (٤) الطهارة من شرطها .

٤١٤٦ - قلنا : هذا غير مسلم . وقد بيناه فيما مضى .

* * *

(١) راجع : كتاب الأصل (٣٤٦/١) ، متن القدوري ص١٥ ، بدائع الصنائع (٢٦٣/١) ، الهداية (٦٣/١) ، متن الكنز ص٢١ ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٥٨/٢ ، ٥٩) ، الاختيار لتعليل المختار (٨٣/١) ، البناية (٦٦/٣) .

(٢) قال أبو إسحاق الشيرازي في المجموع في اشتراط الطهارة في الخطبة : فيه قولان ، قال في القديم : تصح من غير طهارة . وقال في الجديد : لا تصح من غير طهارة . راجع : المهذب (١١١/١) ، الوسيط (٧٥٣/٢) ، حلية العلماء (٢٣٥/٢) ، المجموع مع المهذب (٥١٥/٤) . وراجع : المنتقى (٢٠٥/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٥١/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٧٩ ، راجع : المغني لابن قدامة (٣٠٧/٢) .

(٣) في (م) : [يتعقبها] . (٤) في (م) : [يكون] .

مسألة ٢٤٠

يقرأ في الجمعة بما شاء ولا يتعين سورة بعينها

٤١٤٧ - قال أصحابنا : يقرأ في الجمعة بما شاء ، ولا يتعين سورة بعينها (١) .

٤١٤٨ - وقال الشافعي : يستحب أن يقرأ في الأولى (٢) سورة (٣) الجمعة ، وفي الثانية ﴿ إِذَا (٤) جَآءَكَ ٱلْمُنَٰفِقُونَ ﴾ (٥) .

٤١٤٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَٱقْرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنَ ٱلْقُرْءَانِ ﴾ (٦) ، ولم يفصل . وروي أنه ﷺ نهى عن تحزيب (٧) القرآن وأن يتخذ من القرءان شيئًا مهجورًا . وروى النعمان ابن بشير أن النبي ﷺ كان يقرأ في يوم الجمعة على أثر سورة الجمعة : ﴿ هَلْ أَتَىٰكَ حَدِيثُ ٱلْغَٰشِيَةِ ﴾ (٨) .

---

(١) قال محمد في كتاب الأصل : ما قرأ فحسن ، ويكره أن يوقت في ذلك وقتا . راجع : كتاب الأصل (٣٦٨/١) ، مختصر الطحاوي ص٣٤ ، ٣٥ ، بدائع الصنائع فصل في بيان مقدارها (٢٦٩/١) .

(٢) قوله : [أن يقرأ في الأولى] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بسورة] . (٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بإذا جاء] .

(٥) الآية الأولى من سورة المنافقون . قال الشافعي في الأم : أحب أن يقرأ يوم الجمعة في الجمعة بسورة الجمعة وإذا جاءك المنافقون ؛ لثبوت قراءة النبي ﷺ بهما وتواليهما في التأليف . راجع : الأم ، القراءة في صلاة الجمعة (٢٠٥/١) ، مختصر المزني ص ٢٧ ، المهذب (١١٣/١) ، الوسيط (٧٦٧/٢) ، المجموع مع المهذب (٥٣٠/٤ ، ٥٣١) . قال مالك وأصحابه : يستحب قراءة سورة الجمعة في الركعة الأولى وأما في الثانية : إن شاء قرأ سورة العلق . قال ابن عبد البر في الكافي : ولا ينبغي أن تترك سورة الجمعة إلا من ضرورة . راجع : المنتقى (٢٠٣/١ ، ٢٠٤) ، الكافي لابن عبد البر (٢٥١/١) ، بداية المجتهد (١٦٧/١) ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (٦٠/٢ ، ٦١) . وقال أحمد وأصحابه مثل قول الشافعي : يستحب أن يقرأ في الأولى بسورة الجمعة ، والثانية بسورة المنافقين . راجع : الكافي لابن قدامة (٢٢٣/١) ، المغني (٣١١/٢) ، العدة ص ١٠٨ .

(٦) سورة المزمل : الآية ٢٠ .

(٧) الحزب ما يعتاده المرء على نفسه من صلاة وقراءة ، ودعاء وأحزاب . راجع لسان العرب ، مادة : حزب ، (٨٥٣/٢) ، المعجم الوسيط (١٧٠/١) .

(٨) الآية الأولى من سورة الغاشية . حديث النعمان بن بشير أخرجه مسلم في الصحيح بمعناه ، باب ما يقرأ في صلاة الجمعة (٣٤٨/١) ، وأبو داود في باب من أدرك من الجمعة ركعة (٢٨٣/١) . والنسائي ، كتاب الجمعة باب ذكر الاختلاف على النعمان بن بشير في القراءة في صلاة الجمعة (١١٢/٣) ، وابن ماجه ، باب ما جاء في القراءة في الصلاة يوم الجمعة (٣٥٥/١) الحديث (١١١٩) ، والبيهقي في الكبرى مثل لفظ أبي داود ، باب القراءة في صلاة الجمعة (٢٠٠/٣) .

٤١٥٠ - وروي أنه كان يقرأ بـ ﴿ سَبِّحِ ٱسْمَ رَبِّكَ ٱلْأَعْلَى ﴾ (١) ، و ﴿ هَلْ أَتَىٰكَ حَدِيثُ ٱلْغَـٰشِيَةِ ﴾ (٢) . وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ كان يقرأ بسورة الجمعة و ﴿ إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُنَـٰفِقُونَ ﴾ (٣) ، وهذا يدل على أن القراءة فيها لا تتعين . ولأنها صلاة من الصلوات فلا يسن فيها مع الفاتحة سورة بعينها ، كسائر الصلوات . ولأن كل سورة لا تتعين في الظهر لا تتعين في الجمعة ، كسائر السور . وأما حديث أبي هريرة فقد بينا أنه قد روي خلافه ، فدل على أن القراءة لا تختص (٤) .

٤١٥١ - قالوا : لأنها تواليها في التأليف ، ولأن المنافقين يستمعون إليها .

٤١٥٢ - قلنا : سورة الجمعة لا تتعين عندنا ، فلا معنى لاعتبار ما يليها . فأما استماع المنافقين فموجود في سائر الصلوات (٥) .

* * *

(١) الآية الأولى من سورة الأعلى .

(٢) أخرجه مسلم من حديث النعمان بن بشير ، باب ما يقرأ في صلاة الجمعة (٣٤٧/١) ، وأبو داود ، باب من أدرك من الجمعة ركعة (٢٨٢/١) ، والترمذي في باب ما جاء في القراءة في صلاة الجمعة (٣٩٧/٢) ، والنسائي كتاب الجمعة باب ذكر الاختلاف على النعمان بن بشير في القراءة في صلاة الجمعة (١١٢/٣) ، والبيهقي ، باب القراءة في صلاة الجمعة (٢٠١/٣) .

(٣) حديث أبي هريرة ، أخرجه مسلم باب ما يقرأ في صلاة الجمعة (٣٤٧/١) ، وأبو داود ، باب من أدرك من الجمعة ركعة (٢٨٣/١) . والترمذي ، باب ما جاء في القراءة في صلاة الجمعة (٣٩٦/٢) الحديث (٥١٩) ، والبيهقي باب القراءة في صلاة الجمعة (٢٠٠/٣) ، والشافعي في الأم (٢٠٥/١) .

(٤) في (م) : [لا يختص] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الصلاة] .

مسألة ٢٤١

إذا دخل وقت العصر وهو في صلاة الجمعة خرجت من أن تكون فرضًا

٤١٥٣ – قال أصحابنا : إذا دخل وقت العصر وهو في صلاة [الجمعة خرجت من أن تكون فرضًا (١) .

٤١٥٤ – وقال الشافعي : يبني عليها الظهر (٢) .

٤١٥٥ – لنا : أن] (٣) الجمعة والظهر صلاتان مختلفتان ؛ بدلالة أن الجمعة تحتاج (٤) إلى شرائط لا يفتقر الظهر إليها ، وهي المكان والإمام والعدد والوقت والخطبة والسلطان ، واختلاف العبادات يدل على اختلافها ، وليس كذلك صلاة السفر والإقامة ؛ لأن المفعول في السفر يوافق صلاة الحضر في (٥) شرطها ، وإنما يحتاج إلى الشرط في سقوط ما بقي من الشرائط ، والجمعة تحتاج إليها (٦) في صحة المفعول . وإذا ثبت أنهما فرضان مختلفان لم يجز بناء أحدهما على الآخر ، كالظهر والعصر . ولأنهما صلاتان تختلف (٧) شرائطهما ، فلا يبنى إحداهما (٨) على الأخرى ، كالفجر

---

(١) قال محمد في كتاب الأصل في رجل دخل مع الإمام في الصلاة يوم الجمعة فصلى بهم الإمام فلم يفرغ من صلاته حتى دخل وقت العصر : فسدت صلاتهم . راجع : كتاب الأصل (٣٥٩/١) ، المبسوط ، باب صلاة الجمعة (٣٣/٢) ، بدائع الصنائع ، فصل في كيفية فرضيتها (٢٥٦/١ ، ٢٥٧ ، ٢٦٩) ، حاشية ابن عابدين ، وبهامشه در المختار (٥٢٧/١ ، ٥٨٣) .

(٢) قال الشافعي في الأم : فإن دخل أول وقت العصر قبل أن يسلم منها فعليه أن يتم الجمعة ظهرًا أربعًا ، فإن لم يفعل حتى خرج منها فعليه أن يستأنفها ظهرًا أربعًا . راجع : الأم وقت الجمعة (١٩٤/١) ، مختصر المزني ص٢٧ ، المهذب (١١١/١) ، المجموع مع المهذب (٥١٠/٤ – ٥١٣) ، حلية العلماء (٥٣٢/٢) .
اختلف أصحاب مالك في هذه المسألة إلى عدة أقوال ، فقال ابن القاسم : يصلي بهم الجمعة ما لم تغب الشمس وإن كان لا يدرك بعض العصر إلا بعد الغروب . راجع : المدونة : ما جاء في صلاة الجمعة في وقت العصر (١٤٩/١) ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (٥٢/٢) . وقال أحمد مثل قول أبي يوسف ومحمد : من أدرك التشهد قبل خروج وقت الجمعة أجزأته . راجع : الإفصاح (١٦٧/١) ، الكافي لابن قدامة (٢١٦/١) ، المغني (٣١٨/٢) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يحتاج] .

(٥) في (ن) : [من] .

(٦) في (م) : [فالجمعة يحتاج إليها] ، وفي (ن) : [في الجمعة يحتاج إليها] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يختلف] .

(٨) في (ص) : [أحديهما] ، وفي (ن) : [أحدهما] .

والجمعة . ولأن إحداهما [١] لا يجوز أداؤها بنية الأخرى ابتداء ، فلا يجوز [٢] أن يبني عليها ، كالظهر والعصر . ولأنهما صلاتان يجهر بالقراءة في إحداهما [٣] ولا يجهر في الأخرى ، كالظهر والفجر [٤] .

٤١٥٦ - ولا يقال : المعنى في الأصل أنهما فرضا وقتين فلذلك [٥] لم يبن أحدهما على الآخر [٦] ، وفي مسألتنا هما فرضا وقت واحد ؛ وذلك لأن علة الأصل تبطل على أصلهم بجواز [٧] الاقتداء مع اختلاف الفرضين ، وعلة الفرع تبطل [٨] بحال بقاء الوقت أن البناء لا يجوز مع بقاء الجماعة وإن كانا فرضا وقت واحد .

٤١٥٧ - قالوا : المعنى [٩] في الأصل أن فرض إحداهما [١٠] لا يسقط بفعل الأخرى ، فلذلك لم يبن عليها ، ولما سقط في مسألتنا فرض إحداهما [١١] بفعل الأخرى جاز أن يبنى عليها .

٤١٥٨ - قلنا : هذا يبطل بحال بقاء الوقت . ولأنهما صلاتان لا يبنى إحداهما [١٢] على الأخرى في الوقت مع بقاء شرائطها ، فلا يبنى عليها بحال [١٣] بقاء الوقت والعدد . ولأنها عبادة يبطلها الحدث ، فجاز أن تبطل [١٤] بخروج الوقت ، كالمسح على الخفين .

٤١٥٩ - احتجوا : بأن كل صلاة صحت تحريمته بها لم تبطل بخروج وقتها ، كالظهر والعصر .

٤١٦٠ - قلنا : المعنى في الظهر أنه يجوز أن يبتدئها عقيب خروج وقتها ، فلذلك لم

---

(١) في (ن) : [إحدهما] .
(٢) لفظ : [ابتداء] ساقط من (ع) ، وفي (ص) ، (م) ، (ع) : [ولا يجوز] .
(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [إحديهما] .
(٤) في (م) ، (ع) : [كالفجر والظهر] بالتقديم والتأخير .
(٥) في (م) : [وكذلك] ، وفي (ع) : [ولذلك] .
(٦) في (م) ، (ع) : [الأخرى] .
(٧) في (م) : [يبطل] ، وفي (م) ، (ع) : [تجاوز] .
(٨) في (م) : [يبطل] .
(٩) في (ع) : [إن المعنى] بزيادة [إن] .
(١٠) في (ن) : [أحدهما] .
(١١) في (ن) ، (ع) : [أحدهما] ، وفي (ص) : [إحديهما] .
(١٢) في (ن) : [أحدهما] .
(١٣) في (ص) ، (م) : [كحال] ، وفي (ع) : [فلا يبنى كحال] بحذف : [عليها] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [أن يبطل] .

تبطل [١] بخروجه ، ولما لم يجز ابتداء الجمعة عقيب خروج وقتها بطلت بخروجه . ولا يلزم على علة الأصل صلاة الفجر ؛ لأن عندنا يجوز أن يبتدئ بها عقيب خروج وقتها . ونقلب العلة ، فنقول : فلم يجز أن يبنى عليها فرض يخالفها في شرائطها ، كالظهر والعصر .

٤١٦١ - قالوا : صلاتان يسقط فرض إحداهما [٢] بفعل الأخرى ، فجاز بناء الأكثر [٣] منهما على تحريمة الأقل ، كالإتمام والقصر .

٤١٦٢ - قلنا : لا نسلم أن صلاة السفر والإقامة صلاتان ، بل هما صلاة واحدة وإن اختلف عددها . ثم المعنى فيه أن صلاة الإقامة يجوز بناؤها على صلاة السفر في الوقت بكل حال ، ولما لم يجز بناء الظهر على الجمعة في الوقت بكل حال لم يجز بعد الوقت .

٤١٦٣ - قالوا : عبادة جاز الإتيان ببدلها عقيب خروج وقتها ، كالظهر ، وعكسه الحج والصوم .

٤١٦٤ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن الظهر ليس ببدل عن الجمعة .

٤١٦٥ - فإن قالوا : إنه يأتي عقيب خروج وقتها بما يقوم مقامه ويسقط فرضها ، بطلت بالمسح ؛ لأنه يجوز أن يأتي عقيّب خروج وقته بما يقوم مقامه ، وهو الغسل ، ولا يجوز أن يبنى عليه بعد [خروج الوقت] [٤] ، والمعنى في الأصل ما ذكرناه .

٤١٦٦ - قالوا : فرضا وقت ، فجاز أن يبنى أحدهما على الآخر ، كصلاة السفر والإقامة .

٤١٦٧ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن فرض الوقت عندنا الظهر . وكذلك من الفرع غير مسلم ؛ لأن صلاة السفر والإقامة فرض واحد ، فإن أرادوا بهما [٥] فرضين [٦] يؤديان في هذا الوقت بطل بالظهر والعصر بعرفة ، وإن أرادوا أنهما واجبان بطل بالفائتة وصلاة الوقت ، والمعنى في الأصل ما قدمناه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لم يبطل] .
(٢) في (ن) : [تسقط] ، وفي (ص) ، (م) : [إحديهما] ، وفي (ن) : [احدهما] .
(٣) في (ن) : [الأكبر] .
(٤) في (ص) : [الخروج] .
(٥) في (ن) : [فإن أرادانهما] ، وفي (م) ، (ع) : [أراد بهما] .
(٦) في سائر النسخ : [فرضان] .

مسألة ٢٤٢

إذا أدرك المؤتم الإمام في الجمعة بعد ما قعد مقدار التشهد بنى عليها الظهر

٤١٦٨ – قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا أدرك المؤتم الإمام في الجمعة بعد ما قعد مقدار التشهد بنى عليها الظهر .

٤١٦٩ – وقال [محمد : إن أدركه قبل الركوع بنى عليها الجمعة وإن أدركه بعد الركوع بنى عليها الظهر] (١) ، وبه قال الشافعي (٢) .

٤١٧٠ – لنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا » (٣) ، والذي فاته الجمعة (٤) فوجب أن يقضيها .

٤١٧١ – ولا يقال : قوله : « ما أدركتم فصلوا » (٥) يقتضي أن يكون المدركة صلاة ، وذلك لا يكون إلا أن يدرك ركعة ؛ وذلك لأن المدرك وإن لم يسم صلاة (٦) فإنه يصح أن يقول : صلى (٧) مع الإمام ، وإن كان المفعول ليس بصلاة ، كما يقال

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . وفي كتاب الأصل بعد أن ذكر قول أبي حنيفة وأبي يوسف : وقال محمد : يصلي الجمعة أربعا إن لم يدرك الركعة الآخرة ، وهو قول زفر . راجع : الأصل (٣٦٢/١ – ٣٦٤) ، المبسوط (٣٥/٢) ، مختصر الطحاوي ص٣٥ ، متن القدوري ص١٥ ، بدائع الصنائع (١٦٧/١ – ١٦٨) ، فتح القدير مع الهداية (٦٦/٢ ، ٦٧) ، البناية (٩٢/٣ – ٩٥) ، حاشية ابن عابدين . وبهامشه در المختار (٥٧٤/١) ، متن الكنز ص٢١ .

(٢) راجع : الأم : من أدرك ركعة من الجمعة (٢٠٦/١) ، مختصر المزني ص٢٧ ، المهذب ، باب صلاة الجماعة (٩٥/١ ، ١١٥) ، حلية العلماء (٢٣٣/٢) ، المجموع مع المهذب ، باب صلاة الجماعة (٢١٥/٤ ، ٢١٦ ، ٥٥٥ – ٥٥٨) . وراجع : المدونة (١٣٧/١ ، ١٣٨) ، المنتقى (١٩١/١ – ١٩٣) ، الكافي لابن عبد البر (٢٥١/١) ، بداية المجتهد (١٩٣/١) ، المسائل الفقهية (١٩٣/١) ، الإفصاح (١٦٦/١) ، الكافي لابن قدامة (٢١٧/١) ، المغني (٣١٢/٢ ، ٣١٣) ، المحلى بالآثار كتاب الصلاة (٢٨٣/١ – ٢٨٥) مسألة (٥٣٥) .

(٣) تقدم تخريجه من حديث أبي هريرة ، في مسألة (١٤٢) ، وأخرجه ابن الجارود بهذا اللفظ في المنتقى ص٨٤ ، ٨٥ ، الحديث (٣٠٥) .

(٤) كلمة : [الجمعة] مكررة في (ص) .

(٥) في (م) ، (ع) : [ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا ، والذي فاته الجمعة فوجب أن يقضيها] مكان [ما أدركتم فصلوا] ، وهو سهو وتكرار لما قبله .

(٦) لفظ : [صلاة] ساقط من (ع) .

(٧) كلمة : [صلى] ساقطة من (ن) .

للداخل في الصلاة : أنه يصلي مع الإمام ، وإن لم يأت بركعة . ولأن الاستدلال من قوله : « وما فاتكم فاقضوا » إن لم يكن صلاة . ولأنه [1] أدرك حكم [2] تحريمة الإمام للجمعة ، فجاز أن يبني عليها جمعة ، أصله : إذا أدرك ركعة . ولا يلزم إذا أدرك أول الصلاة ثم نفر الناس / ؛ لأنه يجوز له البناء وإن انقطع حكم الجواز [كما يجوز في مسألتنا ، وإن انقطع حكم الجواز] [3] إذا خرج الوقت .

٥١/ب

٤١٧٢ – ولأنها صلاة تختص بذكر فوجب أن يستوي إدراك ركعة منها وما دونها في جواز البناء ، أصله : العيد .

٤١٧٣ – ولأن مشاركة المؤتم يحتاج إليها لتعين الفرض ، فاعتبر فيها قدر التحريمة ، أصله : مشاركة المسافر للمقيم . ولأن كل محل لو دخل المسافر في صلاة المقيم لزمه الإتمام إذا أدركه المؤتم من الجمعة بنى عليه جمعة ، أصله : حال الركوع .

٤١٧٤ – ولا يقال : إن المسافر ينتقل من نقص إلى كمال ، فلذلك اعتبر مقدار التحريمة ، وفي مسألتنا انتقل من كمال إلى نقص ، ففرق [فيه] [4] بين القليل والكثير ، كالمقيم إذا سافر اختلف كثير سفره ويسيره ؛ وذلك لأن علة الأصل تبطل بنية الإقامة ؛ لأنها انتقال من نقص إلى كمال ، ولا يستوي فيها القليل والكثير ؛ لأنه إن نوى الإقامة يومًا [5] لم يكن مقيمًا ، وإن نوى عندهم أربعة أيام صار مقيما . وعلة الفرع تبطل بالسفر ؛ لأن خروج المسافر من مصره [6] ينقله من كمال إلى نقص ، ولا يختلف فيه القليل والكثير ؛ لأن من كان على طرف قصر [7] إذا جاوز البيوت ، ومن كان في أول البلد لم يقصر حتى يجاوز البيوت . وأما قولهم : إنه يختلف بالسفر القليل والكثير فليس بصحيح ؛ لأن هذا الاختلاف إنما هو فيما يصير مسافرًا .

٤١٧٥ – احتجوا : بما روى الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة » [8] ، وروي : « من أدرك من

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلأنه] .
(٢) لفظ : [حكم] ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) الزيادة من (ن) .
(٥) في (م) ، (ع) : [إقامة يوم] .
(٦) في (ن) من مصر .
(٧) في (ن) : [قضى] .
(٨) هذا الحديث متفق على صحته ، أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الصلاة ، باب ما جاء فيمن أدرك من الجمعة ركعة (١/١١٠) ، ومسلم في الصحيح كتاب المساجد باب من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك تلك الصلاة (١/٢٤٤) ، وابن ماجه في كتاب إقامة الصلاة (١/٣٥٦) الحديث (١١٢٢) ، =

الجمعة ركعة فليصل إليها أخرى »[١] . وفي بعضها : « فليضف إليها أخرى »[٢] ، فدليله : أن من[٣] لم يدرك ركعة لم يدرك الصلاة ولا يضيف إليها أخرى .

٤١٧٦ - والجواب : أن هذا يدل على أن من أدرك ركعة فقد أدرك ، ومن أدرك ما دونها غير مذكور ، فلا يثبت حكمه بدليل الخطاب . ويجوز أن يحمل الخبر على إدراك أول الصلاة ، فإن أدرك مع الجماعة ركعة أضاف[٤] إليها أخرى ، وإن أدرك ما دونها صلى الظهر . ويجوز أن يكون فائدة تخصيص إدراك الركعة بالذكر[٥] أن يبين جواز تبعيض الجمعة[٦] ؛ لئلا يظن ظان أن الجمعة إذا لم يجز فعلها إلا في جماعة لم يجز في المسبوق أيضًا .

٤١٧٧ - قالوا : روى ياسين[٧] بن معاذ الزيات عن الزهري الخبر ، وفيه : « من أدرك من الجمعة ركعة صلى إليها أخرى ، فإن أدركهم جلوسًا صلى إليها أربعًا »[٨] ، ووافقه على هذا صالح بن أبي الأخضر[٩] ، وسليمان بن أبي داود عن الزهري[١٠] .

٤١٧٨ - والجواب : أن ياسين[١١] بن معاذ[١٢] كنيته : أبو خلف ، قال البستي : كان يروي الموضوعات عن الثقات ويتفرد[١٣] بالمعضلات عن الأثبات ، لا يجوز

= ومالك في الموطأ كتاب وقوت الصلاة : باب من أدرك ركعة من الصلاة (٢٢/١) .

(١) أخرجه ابن ماجه من طريق عمر بن حبيب ، عن ابن أبي ذئب (٣٥٦/١) الحديث (١١٢١) . قال البوصيري : هذا إسناد ضعيف ، عمرو بن حبيب متفق على تضعيفه اهـ . مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه (٢٧٣/١) الحديث (١١٢١ - ٢٩٩) ، وأخرجه الدارقطني من طريق أخرى (١٠/٢ ، ١١) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الجمعة (٢٠٢/٣) .

(٢) أخرجه الدارقطني من طريق الزهري (١١/٢) الحديث (٤) .

(٣) حرف : [من] ساقط من (ع) .

(٤) في (ع) : [وأضاف] بالعطف .

(٥) في (ن) : [بالركن] .

(٦) في (م) ، (ع) : [أن يجوز بيان بيعيض الجمعة] .

(٧) في (ع) : [بشر] .

(٨) الحديث رواه الدارقطني بهذا السند واللفظ (١٠/٢) ، رقم الحديث (٣) .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الأحمر] .

(١٠) انظر هذا الحديث من طريق صالح بن أبي الأخضر ، وسليمان بن أبي داود الحراني في الدارقطني (١١/٢ ، ١٢) ، رقم الحديث (٦ ، ١٠ ، ١١) ، وأخرجه البيهقي كتاب الجمعة (٢٠٣/٣) .

(١١) في (م) ، (ع) : [بشر] .

(١٢) في (ن) : [ياسين الزيات ابن معاذ] بزيادة : [الزيات] .

(١٣) في (ص) ، (ن) : [وينفرد] .

الاحتجاج به [١] . وأما صالح فهو ابن أبي الأخضر ، هكذا ذكره الدارقطني ، وهو مولى هشام بن عبد الملك [٢] ، قال البستي : يروي عن [٣] الزهري أشياء مقلوبة ، واختلط عليه ما سمع من الزهري بما وجده مكتوبًا ، فلم يكن يميز هذا من ذاك [٤] . وأما سليمان بن أبي داود الحراني ، فقال البستي : هو منكر الحديث لا يحتج به إلا فيما وافق الأثبات [٥] . ثم أصل هذا الخبر ما رواه معمر والأوزاعي [٦] ، ومالك عن الزهري [عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « من أدرك من الصلاة [٧] ركعة فقد أدركها » [٨] .

قال معمر : قال الزهري :] [٩] فنرى [١٠] الجمعة من الصلاة ، [فهذا ليس من الخبر ، بل كلام الزهري] [١١] أدرجه الرواة وبينه معمر . وقد ذكر الدارقطني في

---

(١) وذكر البستي أيضًا عن يحيى بن معين أنه كان ضعيفًا ، وقال البخاري : منكر الحديث ، وقال النسائي : متروك . راجع : المجروحين (١٤٢/٣ ، ١٤٣) ، ميزان الاعتدال حرف الياء (٣٥٨/٤) ، رقم الترجمة (٩٤٤٣) .

(٢) صالح بن أبي الأخضر ، اليمامي البصري ، مولي هشام بن عبد الملك ، ضعيف . ضعفه البخاري والنسائي وغيرهما . قال ابن معين والبخاري : ليس بشيء عن الزهري . راجع : تاريخ الدارمي عن ابن معين (ص ٤٤) ، رقم الترجمة (١١) ، التاريخ الصغير (٩٥/٢) ، الضعفاء الصغير ص٥٨ ، رقم الترجمة (١٦٤) ، الضعفاء والمتروكين ص١٣٧ ، رقم الترجمة (٣١٨) ، تقريب التهذيب (٣٥٨/١) ، رقم الترجمة (٣) .

(٣) حرف : [عن] ساقط من (ن) .

(٤) في سائر النسخ : [فلم يمكن تمييز هذا من هذا] ، وفي (م) ، (ع) : [تمييزه] ، المثبت من كتاب المجروحين (٣٦٤/١ ، ٣٦٥) .

(٥) راجع المجروحين (٣٣١/١) . قال ابن جريج : سألت الزهري فلم يعرفه ، وكان سليمان يثني عليه ، قال أبو عبد اللّٰه : عنده مناكير . راجع : الضعفاء الصغير للبخاري ص٥٣ ، ٥٤ ، رقم الترجمة (١٤٦) ، والتاريخ الصغير (٣٤٠/١) . وقال النسائي : سليمان بن موسى الدمشقي ، أحد الفقهاء ، ليس بالقوي في الحديث . راجع الضعفاء والمتروكين له ، ص١٢٢ ، رقم الترجمة (٢٦٧) .

(٦) في (ن) : [عن الأوزاعي] .

(٧) في (ن) : [من صلاة الجمعة] .

(٨) الحديث رواه مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن أبي سلمة في باب وقوت الصلاة (٢٢/١) ، ومن طريقه رواه أبو داود ، باب ما يقرأ في الجمعة (٢٨٢/١) ، وأخرجه الدارقطني ، باب من أدرك الإمام قبل إقامة صلبه فقد أدرك الصلاة (٣٤٦/١ ، ٣٤٧) ، ورواه عبد الرزاق في المصنف عن معمر ، في باب من فاتته الخطبة (٢٣٥/٣) ، رقم الحديث (٥٤٧٨) ، قال الزهري : فالجمعة من الصلاة .

(٩) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (ع) : [نرى] .

(١١) في (ص) ، (ن) : [فهذا وما بعده من الخبر كلام الزهري] .

حديث ياسين بن معاذ أن النبي ﷺ قال : « وإن فاتته الركعتان صلى أربعًا » [١] ، فدليله : إن فاتته [٢] أقل من ركعتين صلى الجمعة . وذكر الدارقطني في هذا الحديث أن النبي ﷺ قال : « من أدرك الإمام جالسًا قبل أن يسلم فقد أدرك الصلاة » [٣] ، وهذا معارض لما قالوه .

٤١٧٩ - وقولهم : إن راويه نوح بن أبي مريم وهو ضعيف ، فليس بدون من ذكرنا . ويحتمل أن يكون المراد به : أدركهم جلوسًا بعد السلام ليبين [٤] أن الجمعة لا تقضى [٥] إذا فرغ منها الإمام . ولأن ما ذكرناه من الخبر متفق على استعماله ، [وهو] [٦] غير مختلف في طريقه ، فكان الرجوع إليه أولى .

٤١٨٠ - قالوا : روي عن ابن مسعود وابن عمر وأنس مثل قولنا [٧] . وعن عمر : « إن أدركها مع الخطبتين وإلا صلى الظهر » [٨] . ولم يقل أحد منهم مثل قولكم ، فلا يجوز إحداث قول ثالث .

٤١٨١ - والجواب : أنه قد روي عن معاذ مثل قولنا [٩] .

٤١٨٢ - قالوا : لم يدرك معه ما يعتد به من فرضه ، فوجب أن لا يكون مدركًا [١٠] للجمعة ، أصله : إذا أدرك معه التسليمة الثانية .

٤١٨٣ - قلنا : الأصل غير مسلم ؛ لأنه إذا أدركه في [تسليمة ثانية] [١١] فسجد

---

(١) الحديث رواه الدارقطني ، باب من أدرك الإمام قبل إقامته صلبه فقد أدرك الصلاة (١١/٢) ، رقم الحديث (٧) ، ولفظه : « من أدرك ركعة من الجمعة فليصل إليها أخرى ، ومن فاتته الركعتان فليصل أربعًا » .

(٢) في (ن) : [إن فاته] .

(٣) أخرجه الدارقطني من طريق نوح بن أبي مريم بلفظه ، ثم قال : لم يروه هكذا غير نوح بن أبي مريم ، وهو ضعيف الحديث متروك .

(٤) في (م) ، (ع) : [لتبين] .

(٥) في (م) : [لا يقضى] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولأن هذا] .

(٧) انظر حديث ابن مسعود في مصنف عبد الرزاق (٢٣٥/٣ ، ٢٣٦) الأحاديث (٥٤٧٧ ، ٥٤٧٩ ، ٥٤٨٠) ، وحديث ابن عمر وأنس في مصنف ابن أبي شيبة ، باب (٤٣) باب الرجل تفوته الخطبة (٣٧/٢ ، ٣٨) ، رقم الحديث (٣ ، ٨) ، وحديث (٥) من الباب (٤٤) .

(٨) انظر حديث عمر بن الخطاب بمعناه وبألفاظ مختلفة في مصنف ابن أبي شيبة (٣٦/٢ ، ٣٧) ، رقم الحديث (١ ، ٨) ، ومصنف عبد الرزاق (٢٣٧/٣) ، رقم الحديث (٥٤٨٥) .

(٩) كما روي عن الحكم وحماد وإبراهيم وعبد اللّٰه في مصنف ابن أبي شيبة باب (٤٥) (٣٩/٢ ، ٤٠) .

(١٠) في (ع) : [مستدركا] .

(١١) في (ص) ، (ن) : [تسليمه الثاني] .

للسهو كان مدركًا . ولأن الإدراك لتعيين الفرض لا يعتبر فيه ما يعتد به ، كدخول المسافر في صلاة المقيم ، والمعنى : إذا أدركه في التسليمة الثانية لم يدرك حكم التحريمة ، وليس كذلك ما قبلها ؛ لأنه أدرك حكم التحريمة . أو نقول [١] : إنه محل لو أدرك فيه المسافر المقيم لم يلزمه الإتمام .

٤١٨٤ - قالوا : لم يدرك من الجمعة ركعة مع العدد فوجب أن لا يكون مدركًا لها ، كما لو انفضوا عنه قبل الركعة .

٤١٨٥ - قلنا : حكم الإدراك في أول الصلاة أضيق منه [٢] في آخرها ؛ ألا ترى أن [٣] من لم يدرك الخطبة لا يجوز أن يفسخ [٤] الجمعة ، ويجوز أن يكون خليفة [٥] في الرأي . ولأن الإدراك في أول ما يحتاج إليه للبناء ، فلذلك اعتبر أكثر أفعال الركعة . وفي مسألتنا يحتاج إليه لتغيير [٦] الفرض ، فاعتبر فيه قدر التحريمة .

٤١٨٦ - قالوا : العدد شرط في صحة الجمعة ، لا فيما يقضيه ؛ ألا ترى أنه لا يعتبر في ركعة واحدة إذا قضاها ولم يخرج من أن يكون شرطًا . ولأن العدد إنما يعتبر في حال الجماعة ، وأما بعد القضاء [بها] [٧] فلا يعتبر .

٤١٨٧ - قالوا : الركعة أصل ؛ بدليل أن المدرك يعتد به وما دونه لا يعتد به ؛ فلذلك لم يجز الإضافة إليه .

٤١٨٨ - قلنا : الركعة أصل في باب الاعتداد ، فأما في تغيير الفرض والبناء فلا ؛ بدلالة ما ذكرناه .

٤١٨٩ - قالوا : من لم يدرك الركوع لم يسقط عنه شيء من فرض الانفراد ، أصله : سائر الصلوات .

٤١٩٠ - [قلنا : نعكس فنقول : فوجب أن لا يمنع بناء تلك الصلاة ، أصله : سائر الصلوات] [٨] أو : فوجب أن لا يبنى عليها صلاة أخرى . ثم الوصف غير مسلم ؛ لأن

---

(١) في (م) : [أو يقول] .
(٢) في (م) ، (ع) : [منها] .
(٣) في (ص) ، (م) : [أنه] .
(٤) في (ص) : [يفتتح] .
(٥) في (م) ، (ع) : [حقيقة] .
(٦) في (ن) : [ليعتبر] .
(٧) ساقط من (ص) .
(٨) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

عندنا يسقط شيء من فرض الانفراد ؛ لأن من فرض الانفراد (١) أن لا يتابع ، والمتابعة واجبة هنا (٢) . ويبطل ما قالوه بدخول المسافر في صلاة المقيم ؛ أنه يسقط بها شيء من فرض الانفراد ، وهو وجوب القعدة عقيب الركعتين .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [المفرد] ، وفي (ن) : [المنفرد] .
(٢) في (م) ،(ن) ، (ع) : [هاهنا] .

مسألة ٢٤٣

إذا صعد الإمام المنبر فظاهر المذهب أنه لا يسلم

٤١٩١ - قال الطحاوي : إذا صعد الإمام المنبر ، فظاهر المذهب أنه لا يسلم (١) .

٤١٩٢ - وقال الشافعي : يسلم ثم يجلس (٢) .

٤١٩٣ - وهذا مبني على أصلنا أن خروج الإمام يقطع (٣) الكلام ، فلا يجوز السلام كما لا يجوز سائر أنواع الذكر ، ولأنها حالة منع فيها من ابتداء الصلاة لأجل الخطبة ، فلا يسن فيها السلام [كحال الخطبة . ولأنه ذكر يتقدم الصلاة فلا يسن السلام] (٤) في ابتدائه ، كالإقامة .

٤١٩٤ - احتجوا (٥) بحديث نافع عن ابن عمر قال : كان رسول الله ﷺ إذا قرب من منبره سلم على من عند منبره ويصعد ، فإذا أقبل على الناس سلم وجلس (٦) .

٤١٩٥ - والجواب : أن الطحاوي قال : لم نجد (٧) في هذا حديثًا صحيحًا يجب القول به ، ووجدنا فيه أحاديث (٨) ضعافًا [لا يقوم] (٩) الحجة بمثلها ، ولو ثبت احتمل أن يكون في وقت إباحة الكلام .

---

(١) راجع هذه المسألة في حاشية ابن عابدين وبهامشة در المختار (٥٦٨/١ ، ٥٦٩) .

(٢) راجع : الأم : أدب الخطبة (٢٠٠/١) ، مختصر المزني ص٢٧ ، المهذب (١١٢/١) ، الوسيط (٧٥٧/٢) ، حلية العلماء (٢٣٦/٢) ، المجموع مع المهذب (٥٢٦/٤ ، ٥٢٧) . راجع : المدونة : ما جاء في الخطبة (١٤٠/١) ، المنتقى (١٨٩/١) ، قوانين الأحكام الشرعية الفصل الثالث ص٧٩ . الإفصاح (١٦٥/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٢١/١) ، المغني (٢٩٦/٢ ، ٢٩٧) ، العدة ص١٠٧ . وقال ابن حزم : فإن كان لم يسلم على الناس إذا دخل فليسلم عليهم إذا قام على الناس . راجع المحلى بالآثار ، الخطبة في صلاة الجمعة ليست فرضًا (٢٦٣/٣) مسألة (٥٢٧) .

(٣) في (ن) : [يبلغ] ، مكان : [يقطع] .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [واحتجوا] بالعطف .

(٦) حديث نافع عن ابن عمر أخرجه ابن عدي في الكامل من طريق عيس بن أبي عوف القرشي (٢٥٣/٥) ترجمة (١٣٩٧/٤٢٩) ، وابن حبان في كتاب المجروحين (١٢١/٢) ، وعزاه الزيلعي والهيثمي إلى الطبراني في معجمه الأوسط . راجع : نصب الراية (٢٠٥/٢ ، ٢٠٦) ، مجمع الزوائد ، باب صلام الخطيب (١٨٤/٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [لم يجد] .

(٨) في غير (ع) : [أحاديثا] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يقوم] .

٤١٩٦ - قالوا : إقبال بعد استدبار فوجب أن يسلم ، كما لو انصرف من مجلس ثم عاد إليه .

٤١٩٧ - قلنا : يبطل بالإمام إذا سلم ثم توجه إلى القبلة ثم انحرف بوجهه [1] إلى القوم . ولأن الكلام في هذه [2] الحالة هل يجوز فيها الكلام أو لا ، فلا معنى [3] لتعليله بالاستقبال والاستدبار .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [وجهه] .
(٢) في (ن) : [في أن هذه] بزيادة : [أن] .
(٣) في (م) ، (ع) : [ولا معنى] .

مسألة ٢٤٤

القعدة بين الخطبتين ليست بواجبة

٤١٩٨ – قال أصحابنا : القعدة بين الخطبتين ليست بواجبة (١) .

٤١٩٩ – وقال الشافعي : واجبة (٢) .

٤٢٠٠ – لنا : قوله تعالى : ﴿ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ ﴾ (٣) ، ولم يفصل . وروي أن عمارًا خطب فأوجز ، فقيل : لو تنفست ، فقال : كان رسول اللَّه ﷺ يأمرنا بإقصار الخطب وإطالة الصلاة (٤) . وحديث عثمان وقد قدمناه / (٥) ، وروي أن عليًا خطب ولم يجلس (٦) . ولأنه ذكر يفعل في حال القيام ، فلا يجب فيه الفصل . ولأنهما ذكران يتقدمان الصلاة فلا يجب الفصل بينهما بقعدة ، كالأذان والإقامة . ٥٢/أ

٤٢٠١ – احتجوا : بحديث جابر بن سمرة : أن رسول اللَّه ﷺ كان يخطب قائمًا ثم يجلس فيقوم فيخطب قائمًا (٧) .

٤٢٠٢ – والجواب : أن مجرد الفعل لا يدل على الوجوب .

---

(١) في (ص) : [ليس واجبة] . راجع : بدائع الصنائع فصل في بيان شرائط الجمعة (٢٦٣/١) ، العناية مع الهداية ، في هامش فتح القدير ، (٥٨/٢) ، البناية (٦٤/٣) ، متن الكنز ص٢١ .

(٢) قال الشافعي في الأم : ولا يجزئه أقل من خطبتين يفصل بينهما بجلوس ، فإن فصل بينهما ولم يجلس لم يكن له أن يجمع . راجع : الأم : الخطبة قائمًا (١٩٩/١ ، ٢٣٨) ، المهذب (١١١/١) ، الوسيط (٧٥٢/٢) ، حلية العلماء (٢٣٤/٢) ، المجموع مع المهذب (٥١٤/٤ ، ٥١٥) . وراجع : المدونة ، ما جاء في الخطبة (١٤٠/١) ، المنتقى (٢٠٤/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٥١/١) ، الإفصاح (١٦١/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٢١/١) المغني (٣٠٦/٢) .

(٣) في (ص) : [إلى ذكر اللَّه تعالى] بزيادة : [تعالى] . سورة الجمعة : الآية ٩ .

(٤) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٢٣٨) هامش (٩) .

(٥) في (م) ، (ع) : [وحدث] مكان : [وحديث] تقدم في مسألة (٢٣٨) هامش (١٧) .

(٦) حديث علي ﷺ رواه عبد الرزاق عن إسرائيل بن يونس ، في المصنف (١٧٩/٣ ، ١٨٠) ، عن عطاء ، قال : رأيت خالد بن العاص يخطب قائمًا بالأرض ، مستندًا إلى البيت ليس بين ذلك جلوس لا قبل ولا بعد ، خطبة واحدة ، حتى سقم خالد ، فكان يجلس على سلم ، رقم الحديث (٥٢٦٧ ، ٥٢٧٠) .

(٧) تقدم تخريج حديث جابر بن سمرة في مسألة (٢٣٧) هامش (١٠) .

٤٢٠٣ - قالوا : الخطبة أقيمت مقام ركعتين ، فكما يجب القعدة في الركعتين كذلك في الخطبة .

٤٢٠٤ - قلنا : القعدة تجب عقيب الركعتين ، فأما بينهما فلا .

* * *

مسألة ٢٤٥

لا يرد في حال الخطبة السلام ولا يشمت العاطس

٤٢٠٥ – قال أصحابنا : لا يرد في حال الخطبة السلام ، ولا يشمت العاطس .

٤٢٠٦ – وقال الشافعي في أحد قوليه : يرد السلام ، ويشمت العاطس (١) .

٤٢٠٧ – وهذا مبني على أصلنا : أن الإنصات واجب .

٤٢٠٨ – وقال الشافعي في أحد قوليه : يستحب (٢) .

٤٢٠٩ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا قُرِئَ ٱلْقُرْءَانُ فَٱسْتَمِعُواْ لَهُۥ وَأَنصِتُواْ ﴾ (٣) ، وروي أن ذلك نزل في شأن الخطبة (٤) .

٤٢١٠ – والجواب : أن الخبر يقتضي صلاة تفعل (٥) في الحالتين حتى يصح التفصيل ، وعندنا أن العيد لا يفعل حال الانفراد فلا يتصور التفصيل .

٤٢١١ – قالوا : صلاة لا يشترط (٦) في انعقادها عدد مخصوص ، فلم يفرض (٧) فيها الجماعة ، كسائر الصلوات .

٤٢١٢ – قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن ظاهر مذاهبهم أن العدد معتبر ، كما يعتبر المصر والجماعة ، والمعنى في سائر الصلوات (٨) أنه لم يشرع لها خطبة .

---

(١) لفظ : [العاطس] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) قال الشافعي : وإن سلم رجل والإمام يخطب كرهته ورأيت أن يرد عليه بعضهم . راجع : الأم (٢٠٣/١ ، ٢٠٤) ، مختصر المزني ص٢٧ ، ٢٨ ، المهذب (١١٥/١) ، الوسيط (٧٥٦/٢) ، حلية العلماء (٢٤٢/٢) ، المجموع مع المهذب (٥٥٣/٤ ، ٥٥٤) . وراجع : المدونة ما جاء في استقبال الإمام يوم الجمعة والإنصات (١٣٩/١) ، المنتقى (١٨٨/١ ، ١٩٠ ، ١٩١) ، بداية المجتهد (١٦٥/١) . وقال أحمد وأصحابه مثل قول الشافعي . قال ابن قدامة في الكافي : وفي رد السلام وتشميت العاطس روايتان : إحداهما : يفعل ؛ لأنه لحق آدمي ، والأخرى : لا يفعله ؛ لأن المسلم سلم في غير موضعه . راجع : الكافي (٢٢٨/١) ، المغني (٣٢٣/٢ ، ٣٢٤) .

(٣) سورة الأعراف : الآية ٢٠٤ .

(٤) تقدم تخريجه ، هناك سقط ما فوق مسألة وما تحت مسألة أخرى من كلام في خطبة الجمعة ، وتحت عن صلاة العيد والسقط في كل النسخ رغم أن الكلام متصل في المخطوطات .

(٥) في (م) : [يفعل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يشرط] .

(٧) في (ن) : [فلم يشرط] .

(٨) في (م) : [الصلاة] .

٤٢١٣ - قالوا : صلاة تفعل [١] في السنة دفعتين ، كصلاة الكسوف .

٤٢١٤ - قلنا : إن أردتم أنها لا تفعل أكثر من دفعتين لم يصح ؛ لأن الكسوف قد [٢] يتفق أكثر من ذلك ، وإن أردتم أنها تفعل [٣] مرتين وما زاد عليها انتقض بالجمعة .

* * *

(١) في (م) : [يفعل] .
(٢) لفظ : [قد] ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٣) في (م) : [يفعل] .

مسألة ٢٤٦

من شرط صلاة العيد المصر

٤٢١٥ - قال أصحابنا : من شرط صلاة العيد المصر [١] .

٤٢١٦ - وقال الشافعي : يجوز في الأمصار وغيرها ، وللمسافر والمقيم [٢] .

٤٢١٧ - لنا : قوله عليه السلام : « لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى [إلا في مصر جامع » [٣] ، [ومعلوم أنه] [٤] لم يرد نفس الفطر ونفس الأضحى] [٥] ، فلم يبق إلا أن يكون المراد به الصلاة .

٤٢١٨ - ولا يجوز أن يقال : إن الخبر يقتضي جوازها في المصر منفردًا فيصير مشترك الدليل [٦] ؛ لأن كل من جعل المصر شرطًا جعل الجماعة شرطًا .

٤٢١٩ - ويدل عليه : ما روي أن النبي ﷺ فتح مكة في رمضان وخرج منها إلى هوازن ، فاتفق له العيد في سفره فلم يصل [٧] ، ولو وجبت على المسافر لم يتركها .

---

(١) راجع : كتاب الأصل ، باب صلاة العيدين (٣٧١/١) ، المبسوط (٣٧/٢) ، بدائع الصنائع (٢٧٥/١) ، تحفة الفقهاء (١٦٥/١ ، ١٦٦) ، الهداية مع فتح القدير (٧٠/٢) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه در المختار (٥٧٩/١) .

(٢) قال الشافعي في الأم : ولا أرخص لأحد في ترك حضور العيدين ممن تلزمه الجمعة ، وأحب إلي أن يصلى العيدان والكسوف بالبادية التي لا جمعة فيها . راجع : الأم : من يلزمه حضور العيدين (٢٤٠/١) ، المهذب (١٢٠/١) ، حلية العلماء (٢٥٩/٢) ، المجموع مع المهذب (٢٥/٥ ، ٢٦) . وراجع : المدونة في صلاة العيدين (١٥٦/١) ، المنتقى (٣٢٠/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٦٣/١) ، بداية المجتهد (٢٢٣/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٨٣ . وقال أحمد في رواية مثل قول الحنيفة : يشترط لصلاة العيدين ما يشترط للجمعة . راجع : الإفصاح ، باب صلاة العيدين (١٦٨/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٣٠/١ ، ٢٣١) ، المغني (٣٩٢/٢) .

(٣) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٢٢) هامش (٨) ، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف ، في كتاب صلاة العيدين (٣٠١/٣) الحديث (٥٧١٩) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٥) لفظ : [ونفس] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . وما بين القوسين ساقط من (ن) .

(٦) في (م) ، (ع) : [مشتركا للدليل] .

(٧) ذكر ابن هشام والواقدي قصة خروج النبي ﷺ وأصحابه إلى غزوة هوازن مطولا ، ولم نجد في كتابيهما ولا في غيرهما هذا الحديث . راجع القصة في : السيرة النبوية لابن هشام (٤٣٧/٢) وما بعدها ، وكتاب المغازي للواقدي (٨٩٢/٣) وما بعدها .

٤٢٢٠ - ولا يجوز أن يقال : إنه اشتغل بالقتال فكان أولى ؛ لأن فعل صلاة العيد لا يقطع [(١)] عن القتال والسفر ، كما لا يقطع [(٢)] الفرائض ، لاسيما على قولهم : يفعلها راكبًا أو منفردًا . ولأنها صلاة شرعت لها خطبة فكان من شرطها الوطن ، كالجمعة ، فإذا ثبت أن الوطن شرط ثبت أن السلطان شرط ، كالجمعة على أصلنا [(٣)] .

٤٢٢١ - احتجوا : بأنها صلاة يتوالى فيها التكبير حال القيام ، فجاز فعلها في السفر والحضر ، كالجنازة .

٤٢٢٢ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن الإمام إذا كان مسافرًا صلى بالناس العيد في المصر الذي يتفق فيه ، والمعنى في صلاة الجنازة أنها لا تختص [(٤)] بخطبة ، فلذلك لم تختص بالمصر [(٥)] ، وليس كذلك العيد لأنها تختص [(٦)] بخطبة .

* * *

(١) في (م) : [لأن الفعل] ، وفي (ع) : [لأن بفعل] .
(٢) في (ن) : [والسهر] مكان : [والسفر] ، وفي (ن) : [لا تقطع] .
(٣) في (ن) : [على أصلنا كالجمعة] بالتقديم والتأخير .
(٤) في (م) : [يختص] .
(٥) في (م) : [يختص] ، وفي (م) ، (ن) : [بمصر] مكان : [بالمصر] .
(٦) في (م) : [يختص] .

مسألة ٢٤٧

يتعوذ في صلاة العيد عقيب الاستفتاح ثم يكبر

٤٢٢٣ - قال أبو يوسف : يتعوذ في صلاة العيد عقيب الاستفتاح ثم يكبر .

٤٢٢٤ - وقال محمد : بعد التكبير (١) . وبه قال الشافعي (٢) .

٤٢٢٥ - وجه قول أبي يوسف : أن التعوذ ذكر مسنون يفعل في حال القيام ، فكان متقدمًا على التكبيرات ، كالاستفتاح . ولا يلزم قراءة السورة ؛ لأنها قد تكون واجبة وقد تكون مسنونة . ولأن الاستفتاح استفتاحان : فإذا جاز تقدم أحدهما على التكبير ، فكذلك [الآخر] (٣) ، ولأن التعوذ لا يفصل بينه وبين الاستفتاح بشيء ، كسائر الصلوات .

٤٢٢٦ - وجه قول محمد : قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ ٱلْقُرْءَانَ فَٱسْتَعِذْ بِٱللَّهِ ﴾ (٤) ، فهذا يدل على (٥) أنه لا يفصل بينهما بشيء .

٤٢٢٧ - والجواب : أنه لا يمتنع أن يكون (٦) استفتاحًا لها وإن تخلل بينهما ذكر ، كما لو قال : أعوذ بالله من الشيطان الرجيم إن الله هو السميع العليم .

* * *

---

(١) قال الطحاوي في مختصره : وهذا (يعني التعوذ قبل تكبيرات الزوائد وكيفية أداء صلاة العيدين) قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد مثل ذلك ، إلا أنه قال : يؤخر التعوذ إلى موضع القراءة ، وبه نأخذ . راجع : مختصر الطحاوي ، باب صلاة العيدين ص٣٧ ، المبسوط (٤٢/١) ، تحفة الفقهاء (١٢٧/١ ، ١٢٨، ١٦٨) ، بدائع الصنائع (٢٧٧/١) .

(٢) راجع : حلية العلماء ، باب صلاة العيدين (٢٥٦/٢) ، المجموع (٢٠/٥ ، ٢١) . راجع : الكافي لابن قدامة (٢٣٣/١ ، ٢٣٤) ، المغني (٣٨٢/٢) .

(٣) ساقطة من (ع) .

(٤) سورة النحل : الآية ٩٨ .

(٥) حرف : [على] ساقطة من (ن) .

(٦) قوله : [أن يكون] ساقط من (ع) .

مسألة ٢٤٨

إذا أدرك الإمام في الركوع من صلاة العيد كبر ثم ركع وأتى بالتكبيرات في حال الركوع

٤٢٢٨ – قال أبو حنيفة ومحمد : إذا أدرك المؤتم الإمام في الركوع من صلاة العيد ، كبر ثم ركع [(١)] وأتى بالتكبيرات في حال الركوع ، وإن نسي الإمام التكبير ثم تذكره في حال القيام كبر [(٢)] .

٤٢٢٩ – وقال الشافعي : إذا نسي الإمام التكبير حتى أخذ في القراءة ، لم يعد إليه . في الصحيح من مذهبه ، وله قول آخر أنه يعود [(٣)] .

٤٢٣٠ – وإذا أدركه المأموم قائمًا وقد كبر ، لم يكبر ، [أما الإمام] [(٤)] : فلقوله ﷺ [(٥)] : « أربع كتكبيرات الجنائز لا يسهو » [(٦)] ، ولم يفصل . ولأن محل التكبير باق عليه فجاز أن يأتي به ، كما لو كبر بعد ما تعوذ [(٧)] .

٤٢٣١ – ولأنه ذكر زائد ، فلا يسقط ما دام القيام باقيًا ، كالقنوت . ولأنها تكبيرات متوالية تفعل [(٨)] في حال القيام فإذا تركها وأتى [بها] [(٩)] بذكر بعدها لم يسقط ، كتكبيرات الجنازة إذا نسيها وتشاغل بالدعاء والسلام .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ثم يركع] .

(٢) وقال أبو يوسف : لا يكبر ؛ لأنه فات عن محلها ، وهو القيام ، وبه قال الحسن بن زياد اللؤلؤي . راجع : الجامع الكبير ، باب صلاة العيدين ص١١ ، تحفة الفقهاء (١٦٩/١) ، بدائع الصنائع (٢٧٨/١) ، فتح القدير (٧٨/٢) ، حاشية ابن عابدين ، وبهامشه الدر المختار (٥٨٥/١) .

(٣) راجع : الأم : التكبير في صلاة العيدين (٢٣٦/١ ، ٢٣٧) ، المهذب باب صلاة العيدين (١٢٠/١) ، حلية العلماء (٢٥٧/٢) ، المجموع مع المهذب (١٥/٥ ، ١٦ ، ١٨) . وراجع : المدونة في صلاة العيدين (١٥٦/١) ، الكافي (٢٦٤/١) . راجع الكافي لابن قدامة (٢٣٥/١) ، المغني (٣٨٣/٢ ، ٣٨٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [أمام الإمام] .

(٥) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٦) هذا الحديث أخرجه أبو داود ، من طريق عبد الرحمن بن ثوبان عن أبيه ، في آخر باب التكبير في العيدين (٢٨٩/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف في كتاب العيد (٧٨/٢) ، وأخرجه الطحاوي في المعاني ، في كتاب الزيادات (٣٤٥/٤) ، وحرف : [لا يسهو] هكذا في سائر النسخ ، ولكنه في (ص) بدون نقاط والذي في معاني الآثار ، وكذلك في البيان والتعريف (٨٦/١) : [لا تنسوا] .

(٧) في (ص) : [يعود] .

(٨) في (م) : [يفعل] .

(٩) ثابتة في كل النسخ ، ولعلها زائدة .

٤٢٣٢ - أما المأموم : إذا أدركه في حال القيام ، فلأنه ذكر غير تابع لغيره يأتي به الإمام [١] والمؤتم [٢] ، فإذا أدركه بعد فراغه جاز أن يأتي به المأموم [٣] ، كالاستفتاح .

٤٢٣٣ - ولأنه إذا أدركه قبل القراءة فهذه حالة [٤] لو تذكر الإمام فيها التكبير لزمه أن يأتي به ، فإذا أدركه المؤتم فيها لم يسقط عنه ، كالابتداء .

٤٢٣٤ - وأما الكلام في حال الركوع : فهو فرع على أصلنا أن تكبيرة الركوع يعتد [٥] بها من تكبيرة العيد ، وهي مدخولة في حال الانحناء وتلك الحال أجريت مجرى حال القيام ، فكذلك [٦] الركوع لما أجرى مجرى القيام جاز أن يفعل فيه [٧] التكبير .

٤٢٣٥ - ولأنه محل يكون مدركه مدركًا ، فجاز [٨] أن يأتي فيه [٩] بتكبير العيد ، كالقيام .

٤٢٣٦ - ولا يقال : إنه وإن أجري [١٠] مجرى القيام فيما ذكرتم فإنه لا يجري مجراه في الأذكار ، ولهذا لا يقرأ فيه ولا يستفتح ؛ وذلك [١١] لأن القراءة لا تلزم [١٢] المؤتم عندنا ، فلا يتصور أنه [١٣] يفعلها في الركوع ، فأما الإمام فلا يأتي بالتكبير في الركوع عندنا ، وإنما يعود إلى حال القيام فيكبر ، كما لا يقرأ في حال الركوع ، وأما الاستفتاح فإنما لا يفعل في حال الركوع ؛ لأنه محل التسبيح ، فلا يجتمع فيه تسبيحان . ولأنه لو استفتح لوقع عن تسبيح الركوع ولم يقع عن غيره .

٤٢٣٧ - ولا يقال : المعنى في القيام أنه محل للقراءة ، فكان محلا للتكبير ، والركوع ليس بمحل للقراءة ، فلم يكن [١٤] محلًا للتكبير ؛ وذلك لأن التكبير قد يثبت في غير محل القراءة ؛ بدلالة تكبيرات الركوع والسجود . وعلى الصحيح من مذهبهم : إذا قرأ الإمام فذلك [١٥] المحل محل للقراءة ، وليس بمحل للتكبير .

---

(١) لفظ : [الإمام] ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) في (م) ، (ع) : [المؤتم] بدون العطف . (٣) في (م) ، (ع) : [الإمام] .
(٤) في (م) ، (ع) : [حال] . (٥) في (ن) : [معتد] .
(٦) في (م) ، (ع) : [فلذلك] . (٧) في (ن) : [منه] .
(٨) في (ن) : [جاز] . (٩) في (م) ، (ع) : [به] .
(١٠) في (ن) : [جرى] . (١١) في (م) ، (ع) : [ولذلك] .
(١٢) في (ع) : [كانت القراءة لا يلزم] ، وفي (م) : [لا يلزم] مكان المثبت .
(١٣) في (ص) ، (م) ، (ن) : [أن] . (١٤) لفظ : [يكن] ساقط من (م) .
(١٥) في (ن) : [بذلك] .

٤٢٣٨ - احتجوا : بقوله ﷺ : « صلوا كما رأيتموني أصلي » [١] ، ولم ينقل أنه كبر راكعًا .

٤٢٣٩ - والجواب : أن النبي ﷺ لم [٢] يفعل العيد مأمومًا مسبوقًا [٣] ، وإنما فعله إمامًا ، وعندنا الإمام لا يكبر إلا في حال القيام .

٤٢٤٠ - قالوا [٤] : فلا يؤتى به حال الركوع ، كالقراءة .

٤٢٤١ - قلنا : إن أردتم أنه [٥] شرع في حال القيام دون غيرها لم نسلم ؛ لأنه يفعل عندنا في حال الانحطاط . وإن أردتم أنه شرع في حال القيام وغيره انتقض بتكبير غير العيد ؛ لأنه شرع في القيام وغيره ويفعل في حال الركوع . ثم المعنى في القراءة أنها لا تختص [٦] بصلاة العيد ، [فلم تقض [٧] في غير محلها ، والتكبير يختص بصلاة العيد] [٨] ، فجاز أن يقضى في غير محله .

٤٢٤٢ - قالوا : الركوع ركن مضمن [٩] بالتسبيح ، فلا يكون محلا للتكبير ، كالسجود .

٤٢٤٣ - قلنا : السجود لم يجر مجرى القيام في باب الإدراك ، وليس كذلك الركوع [١٠] ؛ لأنه بخلافه .

٤٢٤٤ - قالوا : تكبيرة الركوع إلى الركوع أقرب من تكبير [١١] العيد إليه ، فإذا لم يؤمر بها حال الركوع فتكبير العيد أولى .

٤٢٤٥ - قلنا : تكبيرة الركوع تفعل [١٢] على طريق العلامة ، فإذا فعلت في غير محلها خرجت من غير موضعها ، وتكبير [١٣] العيد مقصود في نفسه ، فلذلك جاز أن يثبت حكمه مع فوات علة الموضع له .

* * *

(١) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٠٤) هامش (٦٦) .
(٢) حرف : [لم] ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [مسبوقًا مأمومًا] بالتقديم والتأخير .
(٤) ساقط من غير (ص) .
(٥) لفظ : [أنه] ساقط من (ن) .
(٦) في (م) : [لا يختص] .
(٧) في غير (ص) : [يقض] .
(٨) ما بين القوسين ساقط من (ن) .
(٩) في (ن) : [يضمن] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [في الركوع] .
(١١) في (م) ، (ن) : [من تكبيرة] .
(١٢) في (م) : [يفعل] .
(١٣) في (م) : [وتكبيرة] .

مسائل تكبيرات التشريق [٢٤٩ - ٢٥٨]

مسألة ٢٤٩

البدء بالتكبير عقيب صلاة الفجر من يوم عرفة

٤٢٤٦ - المشهور عن أصحابنا : أنه يبتدئ بالتكبير عقيب صلاة الفجر من يوم عرفة [١] .

٤٢٤٧ - ومن أصحاب الشافعي من قال : عقيب الظهر من يوم النحر قولًا واحدًا . ومنهم [من] [٢] قال : ثلاثة أقوال :

أحدها : الفجر من يوم عرفة .

والثاني : المغرب من ليلة النحر .

والثالث : الظهر من يوم النحر / [٣] .

٤٢٤٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَاذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَعْدُودَاتٍ ﴾ [٤] ، روى جماعة من الصحابة ﷺ أنهم [٥] قالوا : أيام العشر . ومنهم من قال : يوم النحر ويومان

(١) في (م) ، (ع) : [عقيب صلاة الفجر يوم عرفة] بحذف : [من] . قال أبو حنيفة : يبدأ بتكبير التشريق عقيب صلاة الفجر من يوم عرفة ، ويختم عقيب صلاة العصر من أول يوم النحر . راجع : كتاب الأصل (٣٨٤/١ ، ٣٨٥) ، الجامع الصغير ، ص٢٠ ، ٢١ ، الجامع الكبير ص١٢ ، ١٣ ، الحجة (٣١٠/١ ، ٣١٤) ، مختصر الطحاوي ص٣٨ ، المبسوط (٤٢/٢ ، ٤٣) ، تحفة الفقهاء (١٧٤/١ ، ١٧٥) ، بدائع الصنائع (١٩٥/١، ١٩٦) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٨٠/٢ ، ٨١) ، البناية (١٤٥/٣ - ١٤٩) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه در المختار (٥٨٨/١) .

(٢) ساقط من (ص) .

(٣) نص الإمام الشافعي في الأم وفي مختصر المزني والبويطي بأن ابتداء وقت تكبير التشريق من صلاة الظهر من يوم النحر إلى أن يصلي صلاة الصبح من آخر أيام التشريق . راجع : الأم ، التكبير في العيدين (٢٤١/١) ، مختصر المزني (ص٣١) ، المهذب ، باب التكبير (١٢١/١) ، الوسيط (٧٩١/٢ ، ٧٩٢) ، حلية العلماء (٢٦٣/٢ ، ٢٦٤) ، المجموع مع المهذب (٣١/٥ - ٣٦ ، ٣٩ ، ٤٠) . قال مالك وأصحابه مثل قول الشافعي : يكبر من صلاة الظهر من يوم النحر إلى صلاة الصبح من آخر أيام التشريق . راجع : المدونة في التكبير أيام التشريق (١٥٧/١) ، الرسالة الفقهية ص١٤٥ ، الكافي لابن عبد البر (٢٦٥/١) (٢٢٦/١) . وراجع : الإفصاح ، باب صلاة العيدين (١٧٧/١) ، الكافي لابن قدامة (١٣٦/١) ، المغني (٣٩٣/٢ ، ٣٩٤) .

(٤) في (ص) ، (ن) : [معلومات] ، وهو خطأ . والآية من سورة البقرة : ٢٠٣ .

(٥) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) ، ولفظ : [أنهم] ساقط من (م) ، (ع) .

بعده ، والاسم إذا تناول شيئين حمل على أولهما ، فظاهر الآية يقتضي أن يكبر من أول العشر إلا ما قام عليه الدليل . ولأن مجموع القولين أن يوم النحر من الأيام ، فيقتضي التكبير في أوله .

٤٢٤٩ - ولا يقال : إن المراد ﴿ وَٱذۡكُرُواْ ﴾ لأجل ما رزقكم من بهيمة الأنعام ؛ وذلك لأن المراد به ﴿ وَٱذۡكُرُواْ ﴾ لأجل ما رزقكم من بهيمة [الأنعام] (١) ﴿ وَلِتُكَبِّرُواْ ٱللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَىٰكُمۡ ﴾ (٢) . ويدل عليه : ما روى جابر قال : صلى رسول الله ﷺ صلاة الصبح من يوم عرفة كأن وجهه حلقة فضة . فقال (٣) : « السلام عليكم ورحمة الله ، السلام عليكم ورحمة الله » ثم قال : « الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله ، والله أكبر ، الله أكبر ولله الحمد » (٤) .

٤٢٥٠ - وروى مجاهد عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال : « ما من أيام (٥) أعظم عند الله ولا أحب إليه فيهن العمل [من] (٦) هذه الأيام العشر ، فأكثروا فيهن التهليل والتكبير والتحميد » (٧) .

٤٢٥١ - وذكر الدارقطني حديث عمرو بن سمرة عن جابر عن أبي الطفيل عن علي وعمار بن ياسر أنهما سمعا رسول الله ﷺ يكبر في دبر الصلوات المكتوبات من صلاة الغداة يوم عرفة إلى صلاة العصر من آخر أيام التشريق (٨) .

٤٢٥٢ - وعن أبي جعفر عن علي بن الحسين عن جابر بن عبد الله ، قال : كان رسول الله ﷺ يكبر في صلاة الفجر يوم عرفة إلى صلاة العصر من آخر أيام التشريق حين يسلم من المكتوبات (٩) . وهذا فيه ضعف ؛ لأن عمرو بن سمرة متروك الحديث .

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) هكذا في سائر النسخ ، وواضح الخلل في السياق .

(٣) في (م) ، (ع) : [قال] .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن كتاب العيدين (٥٠/٢) .

(٥) في (ن) : [ما من يوم] . (٦) في سائر النسخ : [في] ، المثبت من المنتقى .

(٧) ذكر مجد الدين ابن تيمية هذا الحديث بهذا اللفظ في المنتقى ، وعزاه إلى أحمد . وذكر حديث ابن عباس مرفوعًا والنسائي في المنتقى في باب الحث على الذكر والطاعة في أيام العشر وأيام التشريق ص٢٦٧ الحديث (١٦٩٥ - ١٦٩٦) .

(٨) هذا الحديث أخرجه : الحاكم في المستدرك في كتاب العيدين (٢٩٩/١) ، الدارقطني في السنن كتاب العيدين (٤٩/٢) الحديث (٢٥) .

(٩) هذا الحديث أخرجه الدارقطني في السنن كتاب العيدين (٤٩/٢) الحديث (٢٧) .

٤٢٥٣ - ولأنه يوم يختص بركن من أركان الحج فكان وقتًا للتكبير ، كيوم النحر . ولا يلزم [اليوم] [١] الثاني من يوم النحر ؛ لأن الطواف لا يختص به . ولأن الفجر إحدى مكتوبات يوم النحر ، فيسن [٢] عقيبها التكبير .

٤٢٥٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ فَاذْكُرُوا اللَّهَ ﴾ [٣] وقضاء [٤] المناسك يكون ضحى نهار يوم النحر .

٤٢٥٥ - والجواب : أن المراد بهذا الذكر هو [٥] التكبير ، وإنما كانوا يتفاخرون في الجاهلية بأفعال آبائهم ، فأمر اللَّه تعالى بأن يبدأ بذكره ، فهذا ليس له تعلق بالصلاة .

٤٢٥٦ - احتجوا : بأنه يوم لم يسن فيه الرمي فلم يسن فيه التكبير ، كما قبله .

٤٢٥٧ - والجواب : أنه باطل بيوم الفطر على أصلهم ؛ لأنه [٦] ليس بوقت للرمي ، وهو وقت للتكبير . ولأن التكبير ليس له تعلق [٧] بوقت الرمي ؛ بدلالة ما قبل الظهر من يوم النحر ، وليس بوقت للتكبير عندهم . والمعنى فيما قبل يوم عرفة أنه لا يدخل فيه أول وقت ركن من أركان الحج .

٤٢٥٨ - قالوا : ما كان محلًا للصوم لم يكن التكبير مسنونًا فيه ، كما قبله .

٤٢٥٩ - قلنا : كونه محلًا لعبادة لا يدل على أنه ليس بمحل لذكر [٨] ، كاليوم الذي هو محل للطواف ومحل للذكر . والمعنى في الأصل ما قدمناه .

٤٢٦٠ - قالوا : يوم عرفة مختص بالتلبية والدعاء ، فكان الاشتغال به أولى من الاشتغال بالتكبير .

٤٢٦١ - قلنا : يبطل بمن أحرم [٩] بالعمرة في أيام التشريق .

* * *

---

(١) الزيادة من (ن) .
(٢) في (ن) : [يسن] .
(٣) سورة البقرة : الآية ٢٠٠ .
(٤) في (م) ، (ع) : [وقضى] .
(٥) قوله : [الذكر هو] ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٦) في (ص) : [لأن] .
(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ليس يتعلق] .
(٨) في (ن) : [الذكر] .
(٩) في (م) ، (ع) : [عن إحرام] مكان : [بمن أحرم] .

مسألة ٢٥٠

يقطع التكبير بعد العصر من يوم النحر

٤٢٦٢ – قال أبو حنيفة : يقطع التكبير بعد العصر من يوم النحر . وقال أبو يوسف ومحمد : يكبر إلى صلاة العصر من آخر أيام التشريق [١] .

٤٢٦٣ – وقال الشافعي أقوالًا [٢] ، أحدها : الفجر من آخر أيام التشريق ، والآخر : الظهر ، والآخر : العصر [٣] .

٤٢٦٤ – لنا : أن التكبير لا يجوز إثباته [٤] إلا من طريق التوقيف والاتفاق [٥] ، ولم يوجد ذلك فيما بعد يوم النحر . ولأنه وقت لا يختص بركن من أركان الحج ، كسائر الأيام . ولأنه وقت لا يسن فيه التلبية للحج ، فلا يسن [٦] فيه التكبير ، أصله : ما بعد أيام التشريق . ولأنه ذكر سن عقيب الصلاة ، فجاز أن يقطع يوم النحر ، كالتلبية .

٤٢٦٥ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَاذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ ﴾ [٧] وهي : يوم النحر ويومان بعده ، وأيام [٨] التشريق ، فالظاهر يقتضي وجوب التكبير فيها .

٤٢٦٦ – والجواب : أن المراد بهذا الذكر عقيب الرمي ؛ بدلالة أنه قال : ﴿ فَمَن تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ [٩] ، والتعجيل ليس له تعلق بالتكبير وإنما يتعلق بالرمي .

٤٢٦٧ – قالوا : كل يوم سن فيه الرمي سن فيه التكبير ، كيوم النحر .

٤٢٦٨ – قلنا : [قد] [١٠] قدمنا أنه ليس للرمي تعلق بالتكبير . ولأن يوم النحر لما دخل فيه أول وقت ركن من أركان الحج جاز أن يكون وقتًا للتكبير .

* * *

(١) راجع المصادر السابقة في مسألة (٢٤٩) . (٢) في سائر النسخ : [أقوال] .
(٣) راجع المصادر السابقة للمذاهب الثلاثة في مسألة (٢٤) .
(٤) في (م) ، (ع) : [إتيانه] . (٥) قوله : [والاتفاق] ساقط من (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [ولايسن] . (٧) سورة البقرة : الآية ٢٠٣ .
(٨) هكذا في كل النسخ ، وربما الأوفق : [وهي أيام ...] .
(٩) نفس الآية السابقة . (١٠) ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ۲٥١

صفة التكبير

٤٢٦٩ - قال أصحابنا : صفة التكبير أن يقول : اللَّه أكبر ، اللَّه أكبر ، لا إله إلا اللَّه واللَّه أكبر ، اللَّه أكبر وللَّه الحمد [١] .

٤٢٧٠ - وقال الشافعي : يقول : اللَّه أكبر اللَّه أكبر اللَّه أكبر ، ثلاث مرات [٢] نسقًا ، ويزيد بعد ما شاء . وله في التهليل قولان [٣] .

٤٢٧١ - لنا : حديث جابر الذي قدمناه ، وحديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « فأكثروا فيهن من التهليل والتكبير والتحميد » [٤] . وعن عمرو بن سعد قال : كان علي بن أبي طالب وعبد اللَّه بن مسعود يكبران : اللَّه أكبر ، اللَّه أكبر ، لا إله إلا اللَّه ، واللَّه أكبر ، اللَّه أكبر ولله الحمد [٥] . ولأن فعل المسلمين في سائر الأعصار مثل قولنا .

---

(١) وهي كما ذكرها المصنف ، يجب مرة واحدة . وفي در المختار : ويجب تكبير التشريق في الأصح للأمر به مرة واحدة ، وإن زاد عليها يكون فضلا . راجع : كتاب الأصل (١/٣٨٥) ، الجامع الصغير ص٢٠ ، الحجة ، باب التكبير في أيام التشريق (١/٣٠٨ - ٣١٠) ، المبسوط (١/٤٣ ، ٤٤) ، تحفة الفقهاء (١/١٧٣) ، بدائع الصنائع (١/١٩٥) ، (٢/٨٢) ، البناية (٣/١٤٩ ، ١٥٠) ، در المختار مع رد المحتار (١/٥٨٧) .

(٢) في (ن) : [يقول اللَّه أكبر ثلاث مرات] مكان المثبت .

(٣) قال الإمام الشافعي في مختصر البويطي : والتكبير خلف الصلوات : اللَّه أكبر اللَّه أكبر ثلاثا ، لا إله إلا اللَّه ، واللَّه أكبر ، اللَّه أكبر ولله الحمد ثلاثا ، فإن زاد فحسن . راجع : الأم ، كيف التكبير (١/٢٤١) ، مختصر البويطي ورقة (٩) ، مختصر المزني ، باب التكبير في العيدين ص٣٢ ، المهذب (١/١٢١) ، الوسيط (٢/٧٩٢) ، المجموع مع المهذب (٥/٣١ ، ٣٩) . قال ابن القاسم في المدونة : سألنا مالكا عن التكبير ، فلم يحد لنا فيه حدًا ، وبلغني عنه أنه كان يقول : اللَّه أكبر ، اللَّه أكبر ، اللَّه أكبر ثلاثًا . راجع : المدونة (١/١٥٦ ، ١٥٧) ، الرسالة الفقهية ص١٤٥ ، الكافي لابن عبد البر (١/٢٦٥) ، بداية المجتهد ، (١/٢٢٦) . وقال أحمد وأصحابه مثل قول الحنفية : يشفع التكبير في أوله ثم يهلل ، ثم يشفع التكبير ثانيا ثم يحمد . وصفته : اللَّه أكبر ، اللَّه أكبر ، لا إله إلا اللَّه واللَّه أكبر ، اللَّه أكبر ولله الحمد . راجع : الإفصاح (١/١٧٠) ، الكافي لابن قدامة (١/١٧٣) ، المغني (٢/٣٩٤ ، ٣٩٥) .

(٤) تقدم تخريج حديث جابر في مسألة (٢٤٩) وحديث ابن عمر في نفس المسألة .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة من حديث شريك بلفظ : قلت لأبي إسحاق : كيف كان يكبر علي وعبد اللَّه ، قال : كانا يقولان : اللَّه أكبر ، اللَّه أكبر ، لا إله إلا اللَّه واللَّه أكبر ، اللَّه أكبر ولله الحمد ، في المصنف ، في كتاب صلاة العيدين ، كيف يكبر يوم عرفة (٢/٧٤) .

ولأنها تكبيرات متواليات (١) ، فكانت شفعًا ، كالأذان والجنازة . ولأنه تكبير خارج الصلاة ، فكان التهليل مسنونًا معه ، كالأذان .

٤٢٧٢ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَىٰكُمْ ﴾ (٢) ، فأمر بالتكبير ، وهذا يقتضي أن لا يكون معه غيره .

٤٢٧٣ – والجواب : أن التكبير هو التعظيم ، وهذه الأذكار كلها تعظيم لله تعالى .

٤٢٧٤ – قالوا : [و] روي أن (٣) النبي ﷺ صعد الصفا وقال : « اللَّه أكبر ، اللَّه أكبر ، لا إله إلا اللَّه وحده لا شريك له ، صدق وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده » (٤) .

٤٢٧٥ – والجواب : أن هذا ذكر يختص بالصفا والمروة ، يفعل عند السعي في أيام التشريق وغيرها .

٤٢٧٦ – قالوا : تكبير من شعار العيد فوجب أن يؤتى به خالصًا لا يشوبه غيره ، قياسًا على التكبير في أثناء الصلاة .

٤٢٧٧ – قلنا : لا نسلم أنه من شعار (٥) العيد ؛ لأنه يفعل يوم عرفة عندنا ، وعندهم بعد صلاة الظهر من يوم النحر . ولأن أذكار الصلاة لا تجمع (٦) مع التكبير غيره ، وخارج الصلاة يضم إليها غيره ؛ بدلالة الأذان .

٤٢٧٨ – قالوا : ذكر جعل شرطًا للعبادة وسن فيه الإظهار والإعلان ، فوجب أن يؤتى به خالصًا ، كالتلبية (٧) .

٤٢٧٩ – قلنا : يبطل بالأذان . ولأن عندنا الذكر الذي جعل شعارًا (٨) جملة (٩) هذه الأذكار ، وهي (١٠) عندنا خالصة غير مشوبة . ولأن التلبية وإن كانت شعارًا فإن التحميد مسنونًا فيها ، فلذلك سن في مسألتنا .

* * *

---

(١) في (ن) : [متوالية] .
(٢) سورة البقرة : الآية ١٨٥ .
(٣) لفظ : [تعالى] ساقط من (ن) ، والزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) ، وفي (ع) : [عن النبي] مكان : [أن النبي] .
(٤) أخرجه مسلم في كتاب الحج باب حجة النبي ﷺ (٥١٠/١ ، ٥١١) ، وأبو داود في كتاب المناسك باب صفة حجة النبي ﷺ (٤٧٨/١ ، ٤٧٩) .
(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [من شعائر] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لا يجمع] .
(٧) في (ن) : [بالتلبية] .
(٨) في (ع) : [شعار] .
(٩) في (م) : [حملة] .
(١٠) في (ن) : [وبقي] .

مسألة ٢٥٢

من شرط تكبير التشريق المصر والإقامة

٤٢٨٠ - قال أبو حنيفة : من شرط تكبير التشريق المصر والإقامة .

٤٢٨١ - وقال أبو يوسف ومحمد : يكبر المسافر [1] .

٤٢٨٢ - وهو قول الشافعي [2] .

٤٢٨٣ - لنا : قول النبي ﷺ : « لا جمعة ولا تشريق ولا أضحى ولا فطر إلا في مصر جامع » [3] . والمراد بالتشريق تكبيره ؛ لأنه مأخوذ من الظهور [4] . ولا يجوز أن يقال : إن الأصمعي قال : التشريق الصلاة ؛ لأنها تفعل [5] عند إشراق الشمس ؛ لأن الصلاة قد فهمت من قوله [6] : « لا فطر ولا أضحى » ، فلم يحمل اللفظ على التكرار . ولا يجوز أن يحمل على تشريق اللحم ؛ لأن الأضحية لا تختص [7] بالمصر . ولأنه ذكر زائد يلي الصلاة ويختص بها فاختص ببعض الأماكن ، كالخطبة . ولا يلزم التثويب ؛ لأنه لا يلي الصلاة . ولا التلبية ؛ لأنها لا تختص [8] بالصلاة . ولأن الأذكار تارة تتقدم [9] الصلاة وتارة تتأخر ، فإذا كان ما يتقدم [10] يجوز أن يختص ببعض الأماكن

---

(١) قوله : [ومحمد] ساقط من (م) ، (ع) . قال محمد في الجامع الكبير : والتكبير في قول أبي حنيفة ﷺ على أهل الأمصار في الصلوات بالجماعات ، وليس على أهل السواد ولا المسافرين والنساء ومن صلى وحده تكبير ، فإن صلى مسافر أو امرأة مع الرجال في جماعة في مصر كبروا . راجع : كتاب الأصل (٣٨٦/١) ، الجامع الصغير ص٢٠ ، ٢١ ، الجامع الكبير ص١٣ ، مختصر الطحاوي ص٣٨ ، المبسوط (٤٤/٢) ، تحفة الفقهاء (١٧٥/١) ، بدائع الصنائع (١٩٧/١ ، ١٩٨) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٨٢/٢ ، ٨٣) ، البناية (١٥١/٣ - ١٥٤) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه در المختار مطلب في تكبير التشريق (٥٨٨/١) .

(٢) راجع : الأم ، التكبير في العيدين (٢٤١/١) ، المجموع (٤٠/٥) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما مثل قول أبي يوسف ومحمد والشافعي : يكبر تكبير التشريق أهل البادية والمسافرون دبر الصلوات . راجع : المدونة (١٥٧/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٦٥/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٣٦/١) ، المغني (٣٩٦/٢) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٢٢٤) .

(٤) في (ن) : [الطهور] بالطاء المهملة .

(٥) في (م) : [يفعل] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بقوله] .

(٧) في (م) : [لا يختص] .

(٨) في (م) : [لا يختص] .

(٩) في (م) : [يتقدم] .

(١٠) في (م) : [يتأخر] ، وفي (م) ، (ع) : [فإن كان ما يتقدم] .

فالمتأخر [١] مثله !

٤٢٨٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ فِىٓ أَيَّامٍ مَّعْدُودَٰتٍ ﴾ ، ولم يفصل .

٤٢٨٥ - والجواب : ما قدمناه : أن [٢] المراد به التكبير عقيب الرمي .

* * *

(١) في (ن) : [والمتأخر] .

(٢) حرف : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٢٥٣

النساء لا يكبرن إذا انفردن بالصلاة

٤٢٨٦ - قال أبو حنيفة : لا يكبر [١] النساء إذا انفردن بالصلاة [٢] .

٤٢٨٧ - وقال الشافعي : يكبرن [٣] .

٤٢٨٨ - لنا : أن ما اختص بالمصر لم ينفرد به النساء ، كالجمعة . ولأنه من سنة التكبير رفع الصوت ، والنساء منهيات عن ذلك .

٤٢٨٩ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ خرج من المصلى ومعه العباس والفضل بن العباس وعبد الله بن العباس وعلي وجعفر والحسن والحسين ، وزيد / وأسامة وكانوا يصرخون [٤] مع رسول الله ﷺ : « الله أكبر ، الله أكبر » . ٥٣/أ

٤٢٩٠ - والجواب : أن هذا تكبير في طريق المصلى ، والخلاف في التكبير عقيب الصلاة . ولأن الصبيان لا ننهاهم [٥] عن التكبير وإنما لا نلزمهم [٦] به [٧] .

٤٢٩١ - قالوا : تكبير من شعار العيد ، فيجب [٨] أن يكون مسنونًا لكل أحد ، كتكبير العيد .

٤٢٩٢ - قلنا : يبطل على أصلهم بالتكبير [٩] في أول [١٠] خطبة العيد . ولأنه لا فرق بينهما عندنا ؛ لأن النساء لا يكبرن للعيد إلا على طريق التبع للإمام .

٤٢٩٣ - قالوا : التكبير من شعار العيد كما أن التلبية من شعار الإحرام ، فإذا لم

---

(١) في سائر النسخ : [لا يكبرن] ، وهي لغة جائزة .

(٢) راجع المصادر السابقة في مسألة (٢٥٢) .

(٣) راجع : مختصر البويطي ، ورقة (٩) ، الأم (٢٤١/١) ، المجموع (٣٩/٥ ، ٤٠) . قال مالك وأصحابه ، وأحمد في إحدى روايتيه : يكبرن تكبيرات التشريق ، كالرجال . وقال أحمد في رواية أخرى : إنهن لا يكبرن . راجع : المدونة (١٥٧/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٦٥/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٣٦/١) ، المغني ، (٣٩٦/٢) .

(٤) في (ع) : [يصرحون] ، وفي (ن) : [يسرخون] .

(٥) في غير (ص) : [لا ينهاهم] .

(٦) في (ص) : [يلزمهم] .

(٧) لفظ : [به] ساقط من (ن) ، (ع) .

(٨) في (ع) : [فوجب] .

(٩) في (ص) : [بالتكبيرة] .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [في كذا] .

تختص [١] التلبية بالرجال ، كذلك الحريم [٢] .

٤٢٩٤ - قلنا : التلبية ذكر يفعل في [٣] أثناء العبادة ، كتكبيرات الصلاة ، والتكبير ذكر [٤] زائد على الصلاة وتختص [٥] بها [٦] الخطبة .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يختص] .

(٢) في سائر النسخ : [التحريم] ، والأوفق ما أثبتناه .

(٣) لفظ : [يفعل] ساقط من (ع) ، وفي (ن) : [من] مكان : [في] .

(٤) في (م) ، (ع) ، وفي صلب (ص) : [قدر] ، مكان : [ذكر] المثبت من (ن) ، وهامش (ص) ، من نسخة أخرى .

(٥) في غير (ص) : [يختص] .

(٦) في (ع) : [به] .

مسألة ٢٥٤

لا يكبر عقيب النافلة

٤٢٩٥ - لا يكبر [1] عقيب النافلة عندنا [2] .

٤٢٩٦ - وقال الشافعي في أحد قوليه : يكبر [3] .

٤٢٩٧ - لنا : ما روي عن ابن مسعود وابن عمر مثل قولنا ، ولا مخالف لهما . ولأنه ذكر زائد فلا يثبت في النوافل ، كالخطبة . ولأنها صلاة نافلة فلا يكبر عقيبها ، أصله : نوافل يوم عرفة .

٤٢٩٨ - ولا يقال : إنها صلاة راتبة كالفرائض ؛ لأن الفرائض سن [4] فعلها في الجماعة في جميع الأوقات والنافلة بخلاف ذلك .

* * *

(١) في (ص) : [ولا يكبر] بالعطف ، وفي (م) ، (ع) : [ولا تكبير] .
(٢) راجع المصادر السابقة في مسألة (٢٥٢) .
(٣) قال الإمام الشافعي في الأم : يكبر خلف النوافل وخلف الفرائض وعلى كل حال . قال النووي في المجموع : وللأصحاب في المسألة أربع طرق . راجع : الأم في آخر التكبير في العيدين (٢٤١/١) ، مختصر المزني ص٣٢ ، المهذب (١٢٢/١) ، المجموع مع المهذب (٣١/٥ ، ٣٦ ، ٣٩) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما مثل قول الحنفية : لا يكبر خلف النوافل . راجع : المدونة (١٥٧/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٦٥/١) ، الإفصاح (١٧٢/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٣٦/١) ، المغني (٣٩٦/٢) .
(٤) في (ن) : [بين] .

مسألة ٢٥٥

إذا غم الهلال فلم يعلم بيوم العيد حتى زالت الشمس صلى العيد من الغد

٤٢٩٩ – قال أصحابنا : إذا غم الهلال فلم يعلم بيوم العيد حتى زالت الشمس صلى العيد من الغد [١] .

٤٣٠٠ – وقال الشافعي في أحد قوليه : إنها لا تقضى [٢] .

٤٣٠١ – لنا : ما روي عن [أبي عمير بن أنس] [٣] عن عمومته من الأنصار أنهم قالوا : غم علينا هلال شوال ، فجاء ركب بعد الزوال فشهدوا بأنهم شهدوا الهلال البارحة ، فأمر النبي ﷺ بأن يفطروا ويغدوا إلى المصلى [٤] . ولأنها صلاة أصل ، فجاز أن يقضيها ، كالوتر . ولا يلزم الجمعة ؛ لأنها قائمة مقام غيرها . ولا [٥] النوافل ؛ لأنها تقضى [٦] إذا

---

(١) راجع : الهداية مع فتح القدير ، وبهامشه العناية (٧٩/٢) ، البناية (١٤٠/٣) .

(٢) في (م) : [لا يقضى] . قال أبو إسحاق الشيرازي في المهذب : إذا شهد شاهدان يوم الثلاثين بعد الزوال برؤية الهلال ، ففيه قولان ، أحدهما : لا يقضى . والثاني : يقضى ، وهو الصحيح . راجع : الأم ، كتاب صلاة العيدين (١٢٩/١ ، ١٣٠) ، مختصر المزني ص٣٢ ، المهذب (١٢١/١) ، حلية العلماء (٢٦٠/٢) ، المجموع مع المهذب (٢٦/٥ – ٢٩) . وقال مالك وأصحابه مثل أحد قولي الشافعي : لا تقضى صلاة العيد ، بعد الزوال ، لا في يومها ولا في اليوم التالي . قال الباجي في المنتقى : وآخر وقتها إذا زالت الشمس من يوم العيد لا وقت لها غير ذلك . راجع : المنتقى ، غدو الإمام يوم العيد وانتظار الخطبة (٣٢١/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٦٤/١) ، بداية المجتهد (٢٣٣/١) . قال أحمد وأصحابه مثل قول الحنفية وقول الشافعي في الأصح : يقضى في اليوم التالي . راجع : الكافي لابن قدامة ، باب صلاة العيدين (٢٣١/١) ، المغني ، باب صلاة العيدين (٣٩١/٢ ، ٣٩٢) .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [أنس بن عمر] ، وفي (ن) : [أنس بن عمير] ، والمثبت من كتب السنة .

(٤) في (ن) : [ويفدوا] . هذا الحديث أخرجه أبو داود بألفاظ أخرى ، في باب إذا لم يخرج الإمام للعيد من يومه يخرج من الغد (٢٩٠/١) ، والنسائي ، في كتاب صلاة العيدين باب الخروج إلى العيدين من الغد (١٨٠/٣) ، وابن ماجه كتاب الصيام ما جاء في الشهادة على رؤية الهلال (٥٢٩/١) الحديث (١٦٥٣) ، والدارقطني في كتاب الصيام باب الشهادة على رؤية الهلال (١٧٠/٢) الحديث (١٣ ، ١٤) ، والبيهقي كتاب الصيام باب الشهادة تثبت على رؤية هلال الفطر بعد الزوال (٢٤٩/٤ ، ٢٥٠) .

(٥) في (م) : [ولأن] .

(٦) في (م) : [أنها يغضي] ، وفي (ع) : [أنها تقضى] .

أفسدها . ولا يمكن القول بموجبها إذا شهدوا بالليل ؛ لأن ما يفعل من الغد عندهم أداء وليس بقضاء . ولأنه يوم يجوز الأضحية فيه ، فجاز فيه صلاة العيد ، كيوم النحر .

٤٣٠٢ - ولا يقال : إنه أحد شعاري [١] العيد ، فلا يقضى ، كتكبير التشريق ؛ لأنه يقضى عندنا إذا فاتت صلاة من الأيام فتذكرها فيها [٢] . ولأن تكبير [٣] التشريق ذكر يتعلق بالصلاة [في وقت مخصوص ، فلا يقضى بعد فوات وقتها] [٤] ، كالخطبة .

٤٣٠٣ - ولا يقال : إن القضاء بعد الزوال أقرب إلى وقت الفوات ، فإذا لم يقض فيه فمن الغد أولى ؛ لأن موضوع العيد أن يفعل في وقت ليس بوقت لصلاة [٥] مفروضة ، فيجب أن يقضى على الوجه الموضوع لها في الأصل ؛ لأنها لا تصلى بالليل عندهم إذا شهد الشهود بالليل ، وإن جاز أن يصلى من الغد ، والليل إلى وقت الفوات أقرب .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [شعار] .
(٢) في (ع) : [فيه] .
(٣) في (ص) ، (م) : [تكبيرة] .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [في وقت الفوات فإذا لم يقض فيه فات وقتها] مكان المثبت .
(٥) في (م) ، (ع) : [كصلاة] .

فصل

مسألة ٢٥٦

صلاة العيد لا تقضى بعد الزوال

٤٣٠٤ – وقد قال أصحابنا : إنها لا تقضى بعد الزوال [١] .

٤٣٠٥ – وقال الشافعي : إذا أمكن اجتماع الناس جاز [٢] .

٤٣٠٦ – لنا : أنه وقت لصلاة [٣] الظهر ، فلم يجز العيد فيه ، كسائر الأيام . ولأن موضوعها أن تفعل في وقت تنفرد [٤] به لا يشاركها صلاة مفروضة فيه ، فلم يجز أن تفعل في غير وقتها . ولأنها عبادة لها تحريم وتحليل ، فجاز أن يختص قضاؤها بمثل وقت أدائها ، قياسًا على الإحرام .

* * *

(١) في (م) : [لا يقضى] .
(٢) راجع هذه المسألة والمسألتين التاليتين في المصادر السابقة في مسألة (٢٥٥) .
(٣) في (م) ، (ع) : [كصلاة] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يفعل في وقت ينفرد] .

فصل

مسألة ٢٥٧

إذا شهد الشهود بالليل صلى العيد من الغد

٤٣٠٧ – وقد قال أصحابنا : إذا شهد الشهود بالليل صلى العيد من الغد ، وكانت قضاء .

٤٣٠٨ – وقال الشافعي : يكون أداء .

٤٣٠٩ – لنا : أن كل وقت لا يكون وقتا [(١)] لأداء صلاة العيد مع العلم بمضي [(٢)] يوم العيد لا يكون وقتًا لأدائها مع الجهل ، كسائر الأيام . ولأن الوقت الموضوع لها [(٣)] قد فات ، فإذا فعل بعده كانت قضاء ، كسائر الصلوات .

* * *

(١) قوله : [وقتا] ساقط من (ع) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بمصر] مكان : [بمضي] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لهذا] مكان : [لها] .

فصل

مسألة ٢٥٨

إذا أخر صلاة عيد الفطر من غير عذر لم تقض من الغد

٤٣١٠ - وقد قال أصحابنا : إذا أخر صلاة الفطر من غير عذر لم تقض من الغد [1] .

٤٣١١ - وقال الشافعي : إذا شهد الشهود قبل الزوال يوم الفطر فلم يجتمع الناس فعيدهم [2] من الغد .

٤٣١٢ - والدليل على ما قلناه : أنه أخر صلاة الفطر عن وقتها بغير عذر فأشبه إذا شهد في ليلة الفطر ، فلم يصلها من الغد .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لم يقض] . راجع هذه المسألة والمسألة السابقة في بدائع الصنائع ، فصل في بيان وقت أدائها (١/٢٧٦) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فعندهم] .

مسائل الكسوف [٢٥٩ - ٢٦١]

مسألة ٢٥٩

صلاة الكسوف في كل ركعة ركوع واحد

٤٣١٣ - قال أصحابنا : صلاة الكسوف في كل ركعة ركوع واحد [(١)] .

٤٣١٤ - وقال الشافعي : في كل ركعة ركعتان [(٢)] .

٤٣١٥ - لنا : ما روى حماد بن سلمة عن عطاء بن السائب ، [عن أبيه] [(٣)] ، عن عبد اللَّه بن عمرو [(٤)] ، قال : كسفت الشمس على عهد رسول اللَّه ﷺ [فقام بالناس فلم يكد [(٥)] يركع ثم ركع ، فلم يكد يرفع ثم رفع ، وفعل في الثانية مثل ذلك » [(٦)] . وروى أبو قلابة ، عن قبيصة الهلالي [(٧)] أن الشمس كسفت على عهد رسول اللَّه

(١) راجع المسألة في : كتاب الأصل باب صلاة الكسوف (٤٤٣/١) ، كتاب الآثار ص٤٥ ، الحجة ، باب صلاة الكسوف (٣١٨/١ ، ٣٢٢) ، مختصر الطحاوي ص٣٩ ، المبسوط (٧٤/٢ ، ٧٥) ، بدائع الصنائع (٢٨٠/١ ، ٢٨١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية ، باب صلاة الكسوف (٨٤/٢ - ٨٩) ، البناية مع الهداية (١٥٩/٣ - ١٦٦) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه در المختار (٥٩٠/١) .

(٢) أي في كل ركعة ركوعان . قال النووي في المجموع في فرع مذاهب العلماء في عدد ركوع الكسوف : إن مذهبنا أنها ركعتان ، في كل ركعة قيامان وركوعان وسجدتان ، وبه قال مالك ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود وغيرهم . راجع : الأم ، كتاب صلاة الكسوف (٢٤٢/١ ، ٢٤٣) ، مختصر المزني ص ٣٢ ، المهذب (١٢٢/١) ، حلية العلماء (٢٦٧/٢ ، ٢٦٨) ، المجموع مع المهذب (٤٥/٥ - ٥٢ ، ٦٢) ، وبهامشه فتح العزيز (٦٩/٥) . وقال مالك وأحمد في الأصح في عدد ركوعها مثل قول الشافعي : أنها ركعتان في كل ركعة ركوعان . راجع : المدونة (١٥٢/١) المنتقى (٣٢٦/١) ، الرسالة الفقهية ص ١٤٦ ، ١٤٧ ، الكافي لابن عبد البر (٢٦٦/١) ، بداية المجتهد (٢١٥/١) ، شرح الزرقاني (٧٨/٢) ، المسائل الفقهية في عدد الركوع في صلاة الكسوف (١٩٢/١ ، ١٩٣) مسألة (١٣٣) الإفصاح (١٧٨/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٣٧/١ ، ٢٣٨) ، المغني (٤٢٢/٢) .

(٣) زيادة من كتب السنة .

(٤) في سائر النسخ : [عمر] ، والمثبت من كتب السنة .

(٥) في (ن) : [فلم يكبر] .

(٦) هذا الحديث أخرجه أبو داود مطولا باختلاف يسير ، في السنن ، في صلاة الكسوف ، باب من قال : يركع ركعتين (٢٩٩/١ ، ٣٠٠) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب الكسوف (٣٢٩/١) ، والطحاوي بهذا اللفظ في المعاني باب صلاة الكسوف كيف هي (٣٢٩/١) ، وأحمد في المسند (١٩٨/٢) . قال الحاكم والذهبي : صحيح غريب .

(٧) في سائر النسخ : [وروى أبو قتادة عن أبي قبيصة الهلالي] ، وما أثبتناه من كتب الحديث .

ﷺ] [١] فخرج فزعًا يجر ثوبه وأنا معه يومئذ بالمدينة ، فصلى ركعتين أطالهما ، ثم انصرف وتجلت [٢] الشمس ، فقال : « إنما هذه الآيات يخوف الله بها ، فإذا رأيتموها فصلوا كأحدث [٣] صلاة صليتموها من المكتوبة » [٤] . وهذا يقتضي أن تكون صلاة الكسوف على صفة الفرض . وروى سمرة بن جندب أن النبي ﷺ صلى ، فقام بنا كأطول ما قام بنا في صلاة قط ، لا نسمع [٥] له صوتًا ، ثم ركع بنا كأطول ما ركع وما سجد بنا في صلاة قط ، لا نسمع [٦] له صوتًا ، ثم فعل في الركعة الأخرى مثل ذلك [٧] .

٤٣١٦ - وروى ابن مسعود قال : كسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ [٨] ، فقال : « إذا رأيتم هذه الأفزاع فاحمدوا الله وسبحوه وكبروا وصلوا حتى ينجلي [٩] كسوفها » ، ثم نزل فصلى ركعتين . وهذا يفيد ركوعًا في كل ركعة . وروى النعمان ابن بشير قال : كسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ ، فقام وصلى ركعتين وسلم، ويصلي ركعتين ويسلم [١٠] حتى انجلت [١١] . وعن أبي بكر أن النبي ﷺ صلى ركعتين نحوا من صلاته [١٢] .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [وانجلت] .

(٣) في (م) ، (ع) : [كأحد] .

(٤) أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ (٣٣١/١) ، وأبو داود في باب من قال : أربع ركعات (٢٩٨/١) ، والحاكم (٣٣٣/١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يسمع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يسمع] .

(٧) هذا جزء من حديث سمرة بن جندب ، عن النبي ﷺ ، أخرجه أبو داود في السنن ، في باب من قال أربع (٢٩٧/١ ، ٢٩٨) ، والنسائي في صلاة الكسوف ، في ترك الجهر فيها القراءة (١٤٨/٣ ، ١٤٩) ، وابن ماجه في كتاب إقامة الصلاة (٤٠٢/١) الحديث (١٢٦٤) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب الكسوف (٣٢٩/١ - ٣٣١) ، وأحمد في المسند (١٦/٥) ، والطحاوي في باب القراءة في صلاة الكسوف كيف هي (٣٣٣/١) .

(٨) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٩) في (م) : [تنجلي] .

(١٠) قوله : [ويصلي ركعتين ويسلم] ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ن) : [وصلى ركعتين وسلم] مكان المثبت .

(١١) حديث النعمان بن بشير أخرجه أبو داود في باب من قال : يركع ركعتين (٢٩٩/١) ، وأحمد في المسند (٢٦٧/٤) ، (٣٣٠/١) .

(١٢) في سائر النسخ : [أبي بكر] . أخرجه البخاري في الصحيح ، في كسوف الشمس ، باب الصلاة في كسوف القمر (١٨٨/١) ، والنسائي من حديث أبي بكرة ﷺ في السنن ، (١٤٦/٣) والحاكم ، في المستدرك ، في كتاب الكسوف (٣٣٥/١) ، والطحاوي في المعاني ، في باب صلاة الكسوف كيف هي (٣٣٠/١) .

٤٣١٧ - وروي عنه ﷺ : « صلوا كما تصلون » [١] . وعن أبي مسعود الأنصاري أن النبي ﷺ قال : « إذا رأيتم ذلك [٢] فقوموا إلى الصلاة » [٣] . وهذا يقتضي المعهود . ولأنها صلاة نافلة فلا يجمع [٤] فيها ركوعان في ركعة [٥] ، كسائر النوافل . ولأنا إن اعتبرناها [بالنوافل لم تجز الزيادة في ركوعها ، وإن اعتبرناها] [٦] بالفرائض فكذلك . ولأن الزيادة في الصلاة إنما ثبتت [٧] في الأذكار ، فأما [في] [٨] الأفعال فلا ؛ كسائر الصلوات [٩] . ولأنه ركن من أركان الصلاة فلا يزاد [١٠] لأجل الكسوف ، كالسجود . ولأن ما أوجب نقصان في سائر الصلوات لم يكن مسنونًا في صلاة الكسوف ، كالالتفات وزيادة السجود .

٤٣١٨ - احتجوا : بحديث ابن عباس قال : خسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فقام قيامًا طويلا نحوًا [١١] من سورة البقرة ، ثم ركع ركوعًا طويلًا ، وهو دون الركوع الأول [١٢] ، وروى عروة عن عائشة رضي الله عنها [١٣] عن النبي ﷺ مثله [١٤] .

---

(١) أخرجه النسائي من حديث أبي بكرة ، عن النبي ﷺ بلفظ : فصلى ركعتين كما يصلون ، في الأمر بالدعاء في الكسوف (١٥٢/٣ ، ١٥٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [هذا] .

(٣) حديث أبي مسعود الأنصاري أخرجه البخاري ، في باب لا تنكسف الشمس لموت أحد أو لحياته (١٨٨/١) ، ومسلم بمعناه في الصحيح باب ذكر النداء بصلاة الكسوف : الصلاة جامعة (٣٦٣/١) ، والنسائي بنحو لفظ البخاري باب الأمر بالصلاة عند كسوف القمر (١٢٦/٣) ، وابن ماجه ، في باب ما جاء في صلاة الكسوف (٤٠٠/١) الحديث (١٢٦١) ، والطحاوي في المعاني (٣٣٢/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولا يجمع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [في كل ركعة] بزيادة : [كل] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) : [ثبت] .

(٨) في (ع) : [أما] والزيادة من (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [الصلاة] .

(١٠) في (م) : [فلا يراد] بالراء المهملة .

(١١) في (ع) : [نحو] .

(١٢) هذا جزء من حديث عبد الله بن عباس أخرجه البخاري مطولًا بألفاظ متقاربة ، في الصحيح ، في باب صلاة الكسوف جماعة (١٨٦/١) ، ومسلم في الصحيح باب ما عرض على النبي ﷺ في صلاة الكسوف من أمر الجنة والنار (٣٦٢/١ ، ٣٦٣) ، وأبو داود مختصرًا باب القراءة في صلاة الكسوف (٢٩٩/١) والنسائي ، في قدر القراءة في صلاة الكسوف (١٤٦/٣ ، ١٤٧) ، والبيهقي في الكبرى مطولًا باب كيف يصلي في الخسوف (٣٢١/٣) .

(١٣) قوله : [رضي الله عنها] ساقط من (ن) .

(١٤) لفظ : [مثله] ساقط من (ع) . حديث عروة عن أبيه عن عائشة أخرجه البخاري مطولا في الصحيح ، في باب الصدقة في الكسوف (١٨٤/١ ، ١٨٥) ، ومسلم في الصحيح باب صلاة الكسوف (٣٥٧/١ ، ٣٥٨) .

٤٣١٩ - وروى ابن عمر أن النبي ﷺ صلى بالناس ركعتين ، [في كل ركعة ركوعين] [١] .

٤٣٢٠ - وروى أبو الزبير عن جابر ، وأبو قلابة عن عائشة وابن عباس ما يعارض هذا [٢] .

٤٣٢١ - وروي عن عطاء عن عبيد بن عمير عن عائشة قالت : كان رسول اللّٰه ﷺ يقوم فيركع ثلاث ركعات ، ثم يسجد سجدتين ، ثم يقوم ويركع ثلاث ركعات ، ثم يسجد سجدتين ، يعني في صلاة الخسوف [٣] .

٤٣٢٢ - وروى طاووس عن ابن عباس قال : صلى رسول اللّٰه ﷺ [٤] صلاة الخسوف فقام فافتتح ، ثم قرأ ثم ركع ، ثم رفع رأسه فقرأ ، ثم ركع ، ثم رفع رأسه فقرأ، ثم ركع ، [ثم رفع رأسه فقرأ ، ثم ركع] [٥] . وأما جابر : فذكر أبو داود حديث عطاء عن جابر أن النبي ﷺ ركع في كل ركعة خمس ركوعات [٦] . فإذن تعارضت هذه الأخبار ، وقد رويت أخبارنا من غير معارضة ، فكان الرجوع إليها أولى .

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [في كل ركوع] وفي (ص) من نسخة أخرى : [ركعتين] مكان : [ركوع] . حديث ابن عمر أخرجه أبو داود في باب من قال أربع ركعات (٢٩٧/١) ، والبيهقي باب كيف يصلي في الخسوف (٣٢٤/٣) ، والشافعي في المسند ، في الباب الرابع عشر في صلاة الكسوف (١٦٦/١) .

(٢) حديث عائشة أخرجه أبو داود من طريق عروة ، عن عائشة في القراءة في صلاة الخسوف (٢٩٨/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب من قال يسر بالقراءة في خسوف الشمس (٣٣٥/٣) ، وأخرجه الطحاوي في المعاني (٣٣٢/١) .

(٣) أخرجه مسلم ، في الصحيح باب صلاة الكسوف (٣٥٩/١) ، والنسائي في نوع آخر من صلاة الكسوف (١٢٩/٣ ، ١٣٠) ، والبيهقي باب من أجاز أن يصلي في الخسوف ركعتين في كل ركعة ثلاث ركوعات (٣٢٥/٣) . وأخرجه الطحاوي في المعاني (٣٢٨/١) .

(٤) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . حديث طاووس عن ابن عباس أخرجه مسلم بمعناه ، في الصحيح ، في باب ذكر من قال : أنه ركع ثمان ركعات في أربع سجدات (٣٦٣/١) ، وأبو داود باب من قال أربع ركعات (٢٩٧/١) ، والنسائي باب كيف صلاة الكسوف (١٢٩/٣) ، أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ في المعاني (٣٢٧/١) .

(٦) أخرجه أبو داود من حديث أبي بن كعب لا من حديث جابر ، في باب من قال : أربع ركعات (٢٩٧/١) ، والحاكم في المستدرك (٣٣٣/١) والبيهقي في الكبرى ، (٣٢٩/٣) ، وفي هامش شرح السنة (٣٧٨/٤ ، ٣٧٩) الحديث (١١٤٤) .

ولأن في خبرنا [قوله] [١] : « كأحدث [٢] الصلاة » ، والقول والفعل إذا اجتمعا فالقول أولى . ولأن أخبارنا يشهد لها أصول الصلوات [٣] وأخبارهم تخالفها [٤] .

٤٣٢٣ - ولا يجوز أن يقال : إن في خبرنا زيادة ، فهو [٥] أولى ؛ لأن الزيادة لو اعتبرت لوجب إثبات أزيد ما روي ، فلما لم يثبت سقط [٦] الرجوع إلى الزيادة .

٤٣٢٤ - ولا يقال : إنما نستعمل [٧] ما قلتموه ، لأنه يجوز أن يأتي بركوع واحد ؛ لأن ذلك وإن جاز فالأفضل عندهم فعل الركوعين [٨] .

٤٣٢٥ - ولا يقال : متى خشي أن تنجلي [٩] الشمس إن طول اقتصر على ركوع واحد ؛ وذلك لأنه روي في خبرنا : أنه قام حتى قلنا : لا يركع ، ثم ركع حتى قلنا : لا يقوم [١٠] . فلو كان اقتصر على / ركوع واحد للمبادرة لم يطول . وقد استعمل أصحابنا خبرهم فقالوا : طول النبي ﷺ الركوع وتقدم فيه وتأخر ، فلما فرغ من صلاته قال : « ما من شيء توعدون [به] [١١] إلى يوم القيامة إلا وقد رأيته في مقامي هذا ، قربت [١٢] من النار حتى كدت أدخلها ، فرأيت أكثر أهلها النساء ، وقربت [١٣] من الجنة حتى كدت أدخلها فرأيت أكثر أهلها المساكين » [١٤] . فيجوز أن يكون لما تقدم وتأخر ظن الراوي أنه ركع ركوعين ، أو يكون جعل الركوع في موضعين ركوعين [١٥] .

٥٣/ب

---

(١) في غير (ن) : [وهو قوله] .
(٢) في (م) ، (ع) : [كأحد] .
(٣) في (ن) : [له] مكان : [لها] ، وفي (م) ، (ع) : [الصلاة] مكان : [الصلوات] .
(٤) في غير (ص) : [يخالفها] .
(٥) في (ن) : [فهي] .
(٦) في (ن) : [فلما لم يسقط يثبت] .
(٧) في (ع) : [يستعمل] .
(٨) في (ن) : [الركن] .
(٩) في (م) ، (ع) : [أن ينجلي] .
(١٠) راجع حديث حماد بن سلمة في أول المسألة .
(١١) في (م) ، (ع) : [يوعدون] ، والزيادة من (ن) .
(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قريب] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [وقريب] .
(١٤) رواه البخاري في الصحيح باب طول السجود في الكسوف (١٨٦/١ ، ١٨٧) ، (٢٦٠/٣ ، ٢٦١) ، ومسلم في الصحيح باب ما عرض على النبي ﷺ في صلاة الكسوف من أمر الجنة والنار (٣٦٠/١ ، ٣٦١) (٣٦٢/١ ، ٣٦٣) ، والنسائي ، في قدر القراءة في صلاة الكسوف (١٤٦/٣ - ١٤٨) ، والبيهقي من طريق ابن أبي شيبة ، في الكبرى (٣٢٦/٣) ، وابن أبي شيبة ، في المصنف ، في صلاة الكسوف كم هي (٣٥٣/٢) الحديث (٨) .
(١٥) لفظ : [ركوعين] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

ويحتمل أن يكون ركع بدلًا من سجدة التلاوة ثم عاد إلى القراءة فظن الرواي أنه ركع للصلاة . وعلى هذا يحمل ما روي أنه ركع أكثر من ركوعين . ويحتمل أن يكون هذا في الوقت الذي يباح الكلام في الصلاة ، فيباح فيها ركوعان ليس منها ، ففعل ذلك على أنه من الصلاة . وأما حديث أبي موسى وأبي هريرة وابن عمر فلم يذكرها أبو داود وأصحاب المسانيد ، ولا تعرف [١] ، والكلام عليها من الوجه الذي ذكرناه .

٤٣٢٦ - قالوا : روي عن عثمان أنه صلى صلاة الخسوف ركعتين في كل ركعة [ركوعين] [٢] . وعن ابن عباس أنه صلى بالبصرة كذلك [٣] ، ولا مخالف لهما .

٤٣٢٧ - قلنا : روي حديث عن علي أنه صلى بالناس فركع أربع مرات وسجد سجدتين . وعن أبي إسحاق : كسفت الشمس فصلى المغيرة بن شعبة بالناس ركعتين وأربع سجدات . وروى الزهري أن عبد اللّه بن الزبير صلى بالمدينة يوم كسفت الشمس فلم يزد على ركعتين مثل صلاة الصبح . ذكرها الطحاوي في صحيح الآثار [٤] .

٤٣٢٨ - قالوا : صلاة نافلة سن لها الجماعة تختص [٥] بوقت ، فوجب أن تختص [٦] بزيادة تباين بها سائر الصلوات ، كصلاة العيد .

٤٣٢٩ - قلنا : لا نسلم أن العيد نافلة . ويبطل بالتراويح ؛ لأنها تختص [٧] بوقت ، وهو ما بعد العشاء إلى طلوع الفجر . ثم العيد [٨] لما اختصت بزيادة كانت الزيادة من طريق الذكر ، وهذا موضوع الصلوات : أن تكون [٩] الزيادة في أذكارها ، وأما الأركان فلم يثبت زيادتها في الصلاة .

٤٣٣٠ - قالوا : ركن قبل السجود فوجب أن يتكرر في موضع الفرض في صلاة غير راتبة ، كالتكبير .

٤٣٣١ - قلنا : هذا الوصف لا يسلم [١٠] في الأصل والفرع ؛ لأن التكبير لا يتكرر

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولا يعرف] .

(٢) الزيادة من (ن) ، وصلاة عثمان رواها البيهقي في الكبرى (٣٢٦/٣) .

(٣) روى صلاة ابن عباس الشافعي في مسنده (٣٥١/١) .

(٤) في سائر النسخ : [تصحيح الآثار] ، الصواب ما أثبتناه . كتاب صحيح الآثار للطحاوي ، محفوظة في مكتبة خدا بخش بيتنه (الهند) تحت رقم (٥٤٨) حديث . راجع فهرست مخطوطات خدا بخش أورينتل لا ئبريري (بتنه) ، عربي مجلد (١) .

(٥ - ٧) في (م) : [يختص] .

(٨) في (م) ، (ع) : [والعيد] مكان : [ثم العيد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [أن يكون] .

(١٠) في (ع) : [لا نسلم] .

في موضع [فرض] [١] التكبير ، وكذلك الركوع [عندهم لا يتكرر] [٢] في موضع فرض الركوع . ولأن التكبير في سائر الصلوات [جاز أن يتكرر في العيد على طريق الزيادة ، ولما لم يتكرر الركوع في سائر الصلوات] [٣] لم يجز أن يتكرر في مسألتنا على وجه الزيادة .

* * *

(١) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٢) في (م) : [عندهم لا يتكرر عندهم] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ٢٦٠

ليس في صلاة الخسوف خطبة

٤٣٣٢ - قال أصحابنا : ليس في صلاة الخسوف خطبة [١] .

٤٣٣٣ - وقال الشافعي : يخطب بعد الصلاة خطبتين [٢] .

٤٣٣٤ - لنا : ما روى جابر أن النبي ﷺ [قال] [٣] : « إن الشمس [والقمر] [٤] آيتان من آيات [الله] [٥] لا ينكسفان [٦] لموت أحد ولا لحياته ، فإذا رأيتم شيئا من ذلك فصلوا حتى تنجلي » [٧] .

٤٣٣٥ - وفي حديث أبي بكر [أن النبي ﷺ] [٨] قال : « فصلوا حتى تنجلي » [٩] .

---

(١) أي في خسوف القمر . الخسوف والكسوف بمعنى واحد ، ذهاب ضوء الشمس والقمر . قال ثعلب وغيره : إطلاق الكسوف للشمس والخسوف للقمر أجود . انظر : لسان العرب مادة خسف ، كسف (١١٧٥/٢ ، ٣٨٧٧/٥) ، المبسوط (٧٦/٢) ، المغرب (ص١١٤ ، ١١٥ ، ٤٠٧) . راجع المسألة في : بدائع الصنائع (٢٨٢/١) ، الهداية مع فتح القدير وبهامشه العناية (٩٠/٢) ، البناية (١٧١/٣ - ١٧٣) .

(٢) راجع : الأم وقت كسوف الشمس (٢٤٤/١) ، مختصر المزني ص٣٣ ، حلية العلماء (٢٦٩/٢) ، فتح العزيز في هامش المجموع (٧٤/٥ - ٧٦) ، المجموع مع المهذب (٥٥/٥) . قال مالك وأحمد في الأصح ، وأصحابهما مثل قول الحنفية : لا خطبة لها . راجع : المدونة (١٥٢/١ ، ١٥٣) ، المنتقى (٣٢٦/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٦٦/١) ، بداية المجتهد المسألة الخامسة (٢١٨/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٨٥، الإفصاح (١٧٨/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٣٩/١) ، المغني (٤٢٥/٢) .

(٣) ساقط من (ع) . (٤) ساقط من (م) .

(٥) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لا يخسفان] ، وفي (ص) : [لا يكسفان] ، المثبت من سنن أبي داود ومعاني الآثار .

(٧) حديث جابر بن عبد الله أخرجه مسلم في الصحيح في باب ما عرض على النبي ﷺ في صلاة الكسوف من أمر الجنة والنار (٣٦٠/١ ، ٣٦١) ، وأبو داود في أول باب من قال : أربع ركعات (٢٩٦/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٥٣/٢) ، والطحاوي في المعاني بهذا اللفظ ، في باب صلاة الكسوف كيف هي (٣٢٨/١) ، والبيهقي في الكبرى (٣٢٥/٣ ، ٣٢٦) . (٨) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) أخرجه البخاري في باب الصلاة في كسوف القمر (١٨٩/١) ، والنسائي في باب الأمر بالصلاة عند الكسوف حتى تنجلي (١٢٦/٣ ، ١٢٧) ، وابن أبي شيبة بهذا اللفظ في المصنف في صلاة الكسوف كم هي (٣٥٤/٢) الحديث (١٢) ، والطحاوي في المعاني في باب صلاة الكسوف كم هي (٣٣٠/١) .

٤٣٣٦ - وفي حديث ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : « فقوموا فصلوا » [١] . وهذا بيان لجميع الحكم المتعلق بالكسوف من غير ذكر الخطبة . ولأنها صلاة نافلة فلم يكن فيها خطبة ، كسائر النوافل ، ولأنه ليس من شرطها الجماعة ، كسائر الصلاة [٢] . ولأنها صلاة تفعل [٣] لخوف الضرر ، كالصلاة التي تفعل [٤] عند الزلازل [٥] والأمطار .

٤٣٣٧ - احتجوا : بحديث عائشة « قالت : خسفت الشمس فصلي رسول الله ﷺ ثم خطب فحمد الله وأثنى عليه ، ثم قال : « إن الشمس والقمر آيتان » [٦] .

٤٣٣٨ - وروى سمرة بن جندب أن النبي ﷺ صلى ركعتين ثم حمد الله وأثنى عليه [٧] ، وروى الحسن أن ابن عباس صلى بالبصرة في خسوف القمر ثم ركب فخطب وقال : فعلت مثل ما فعل رسول الله ﷺ [٨] .

٤٣٣٩ - والجواب : أن النبي ﷺ أراد بيان حكم شرعي ؛ لأن الناس قالوا : إنها كسفت لموت إبراهيم عليه السلام ، فرد ذلك عليهم [٩] وأخبرهم أن السنة : الفزع إلى الصلاة . وهذا لا يتعلق بالصلاة ، والخلاف في خطبة تتعلق [١٠] بالصلاة . من ذلك أنه لم ينقل في شيء من الأخبار ذكر الخطبتين على ما شرطوه .

٤٣٤٠ - قالوا : صلاة نافلة سن لها الجماعة تختص [١١] بوقت ، فكان من سننها [١٢] الخطبة ، كصلاة العيد .

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح ، في باب الصلاة في كسوف الشمس (١٨٤/١) ، ومسلم في الصحيح (٣٦٣/١ ، ٣٦٤) ، والطحاوي في المعاني في باب صلاة الكسوف كم هي (٣٣٢/١) ، والبيهقي في الكبرى (٣٤١/٣) .
(٢) في (ص) : [الصلوات] .
(٣ ، ٤) في (م) : [يفعل] .
(٥) في (م) ، (ع) : [الزوال] .
(٦) هذا جزء من حديث عائشة أخرجه البخاري مطولا في باب الصدقة في الكسوف (١٨٤/١ ، ١٨٥) ، ومسلم في باب صلاة الكسوف (٣٥٧/١ - ٣٥٩) ، وابن أبي شيبة بلفظه (٣٥٣/٢) الحديث (٦) .
(٧) هذا جزء من حديث سمرة بن جندب تقدم تخريجه في مسألة (٢٥٩) .
(٨) حديث ابن عباس أخرجه الشافعي من طريق الحسن البصري ، في المسند ، في الباب الرابع عشر في صلاة الكسوف (١٦٣/١ ، ١٦٤) الحديث (٤٧٦) ، ومن طريق الشافعي أخرجه البيهقي نحوه مختصرًا ، في آخر باب الصلاة في خسوف القمر (٣٣٨/٣) .
(٩) في غير (ع) : [فرد عليهم ذلك] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .
(١١) في (م) : [يختص] .
(١٢) في (ص) ، (ن) : [سنتها] .

٤٣٤١ - قلنا : لا نسلم أنها نافلة . ولأن الخطبة في العيدين يحتاج [1] إليها لتعليم صدقة الفطر [2] والأضحية ، وموضوع الخطبة أن تفعل [3] ؛ لأنها شرط ، أو لتعليم شرع .

٤٣٤٢ - ولا يجوز أن يقال : إنها تفعل [4] في مسألتنا للتعليم [5] ، لتعلم أن صلاة [6] الكسوف سنة وتبيين [7] صفتها ؛ لأن هذا المعنى قد بينه بفعله ؛ ألا ترى أن [في] [8] خطبة العيد لا تبين كيفية صلاة العيد ؛ لأنه قد فعلها في الحال ، وإنما تبين صدقة [9] الفطر والأضحية .

* * *

(١) في (ن) : [لا يحتاج] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الصدقة] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يفعل] .
(٤) في (م) : [يفعل] .
(٥) في (ن) : [التعليم] .
(٦) في (ص) : [الصلاة] .
(٧) في غير (ص) : [وسنن] .
(٨) ساقط من (ص) .
(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [صفة] .

مسألة ٢٦١

صلاة خسوف القمر ليس من سننها الجماعة

٤٣٤٣ - قال أصحابنا : صلاة خسوف القمر ليس من سننها [1] الجماعة .

٤٣٤٤ - وقال الشافعي : من سننها [2] الجماعة ، ككسوف الشمس [3] .

٤٣٤٥ - لنا : أن كسوف القمر اتفق على عهد رسول الله ﷺ كما اتفق كسوف الشمس أو أكثر ؛ لأن العادة أنه يتكرر أكثر من الشمس ، فلو صلى النبي ﷺ جماعة وداوم لنقل ؛ ككسوف [4] الشمس ، فلما لم ينقل نقلا ظاهرًا ، دل على أنه ليس من سننها [5] الجماعة . ولأن كسوف القمر يقع بالليل ، والاجتماع فيه متعذر ، فلم [6] يسن الاجتماع ، كالصلاة في الأمطار والزلازل .

٤٣٤٦ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال [7] : « إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله » إلى قوله [8] « فإذا رأيتم ذلك فافزعوا إلى الصلاة » [9] فأمر بالصلاة فيهما معا ، فدل على تساويهما .

٤٣٤٧ - والجواب : أن الخبر يدل على فعل الصلاة ، ولا يقتضي الجماعة ، وإنما

---

(١) في (م) ، (ع) : [سنتها] راجع : كتاب الأصل (٤٤٣/١ ، ٤٤٤) ، كتاب الآثار لمحمد ص ٤٥ ، الحجة (٣٢٢/١ ، ٣٢٣) ، مختصر الطحاوي ص٣٩ ، المبسوط (٧٦/٢) ، بدائع الصنائع (٢٨٢/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٩٠/٢) ، البناية (١٧٠/٣) ، حاشية ابن عابدين (٥٩١/١) .

(٢) في (ن) : [من سنتها] ، وفي (م) ، (ع) : [سنتها] بدون : [من] .

(٣) راجع : الأم في وقت كسوف الشمس (٢٤٤/١) ، مختصر المزني ص٣٢ ، حلية العلماء (٢٦٩/٢) ، فتح العزيز ، في هامش المجموع (٧٤/٥) ، المجموع مع المهذب (٥٥/٥) . قال مالك وأصحابه مثل الحنفية : لا تسن لها الجماعة ، بل يصلي كل واحد على انفراد . راجع : المدونة ما جاء في صلاة الخسوف (١٥٢/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٦٧/١) ، بداية المجتهد (٢١٨/١) ، الإفصاح (١٩٧/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٣٧/١) ، المغني ، كتاب صلاة الكسوف (٤٢٠/٢) .

(٤) في (ن) : [كسوف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [سنتها] .

(٦) في (ن) : [فلما لم] بزيادة : [فلما] .

(٧) في (ص) : [أنه قال] بزيادة : [أنه] .

(٨) قوله : [إلى قوله] ساقط من (ع) .

(٩) هذا الحديث أخرجه الستة من طريق عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها : أخرجه البخاري في الصحيح مطولا ، في باب خطبة الإمام في الكسوف (١٨٥/١) ، ومسلم في الصحيح ، في باب صلاة الكسوف (٣٥٨/١) .

أثبتناها في الشمس بدليل الخبر ، ولم يوجد ذلك الدليل في القمر .

٤٣٤٨ - قالوا : روي عن ابن عباس أنه صلى بهم في كسوف القمر بالبصرة [١] ، وقال : صليت كما رأيت رسول الله ﷺ [٢] .

٤٣٤٩ - قلنا : نحن لا ننكر أن تفعل [٣] في جماعة ، وإنما نقول إنها ليست سنة ، إنما هو مخير فيها ؛ للمشقة التي تلحق [٤] ، فلا يكون في مجرد الفعل دليل حتى تنقل [٥] المداومة ؛ لأن السنة [٦] تتكرر بتكرر سببها [٧] .

٤٣٥٠ - قالوا : كسوف يصلى لأجله ، فسن فيه الجماعة ، ككسوف الشمس .

٤٣٥١ - قلنا : كسوف الشمس يتفق نهارًا فلا يتعذر فيه الاجتماع ، [وهذا يقع في وقت يتعذر فيه الاجتماع] [٨] .

٤٣٥٢ - قالوا : صلاة يفعل مثلها ليلًا ونهارًا ، فإذا كانت الجماعة مسنونة لصلاة [٩] النهار منها وجب أن تكون مسنونة لصلاة [١٠] الليل ، كالفرائض .

٤٣٥٣ - والجواب : أن الفرائض موضوعها أن تفعل [١١] في جماعة ، فلا تختص [١٢] بأحد الزمانين ، والنوافل موضوعها أن تفعل [١٣] فرادى ؛ بدلالة قوله ﷺ: « صلاة المرء في بيته أفضل من صلاته في مسجده إلا المكتوبة » [١٤] . وإنما تفعل [١٥]

---

(١) في (ن) : [بالبقرة] .
(٢) حديث ابن عباس تقدم تخريجه في مسألة (٢٦٠) .
(٣) في (م) : [يفعل] .
(٤) في (م) : [يلحق] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ينقل] .
(٦) في (ن) : [السنن] .
(٧) في (م) ، (ع) : [يتكرر بتكرار سنتها] .
(٨) الزيادة من (ن) .
(٩) في (ص) : [كصلاة] .
(١٠) في (ص) : [كصلاة] .
(١١) في (م) : [يفعل] .
(١٢) في (م) : [فلا يختص] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [يفعل] .
(١٤) هذا حديث متفق عليه . أخرجه البخاري من حديث زيد بن ثابت في الصحيح ، في الأذان (١٣٤/١) ، ومسلم في الصحيح في كتاب المساجد باب استحباب صلاة النافلة في بيته وجوازها في المسجد (٣١٤/١) ، وأخرجه أبو داود في باب صلاة الرجل التطوع في بيته (٢٦٤/١) ، وأخرجه الترمذي في باب ما جاء في فضل التطوع في البيت (٣١٢/٢) الحديث (٤٥٠) ، وأخرجه الطبراني في الكبير (١٤٣/٥ - ١٤٥) الحديث (٤٨٩٢ - ٤٨٩٦) ، قال الترمذي : وفي الباب عن عمر ، وجابر ، وأبي سعيد . وقال : حديث زيد ابن ثابت حديث حسن .
(١٥) في (م) : [يفعل] .

الجماعة في النوافل لعارض ، فيجوز أن تختص [١] بأحد الزمانين [٢] ، كالتراويح : إنها نافلة سن لها الجماعة بالليل ويتنفل [٣] بمثلها في النهار ، ولا يسن لها الجماعة .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يختص] .

(٢) في (ن) : [الروايتين] .

(٣) في (ن) : [وتنقل] .

مسألة ٢٦٢

ليس في الاستسقاء صلاة في جماعة

٤٣٥٤ – قال أبو حنيفة : ليس [في] [(١)] الاستسقاء صلاة في جماعة . وكان أبو بكر الرازي [يقول] [(٢)] : إنه ليس فيه صلاة مسنونة ، فإن صلى جاز .

٤٣٥٥ – وقال أبو يوسف ومحمد : يصلي ركعتين [(٣)] ، وبه قال الشافعي [(٤)] .

٤٣٥٦ – لنا : قوله تعالى : ﴿ فَقُلْتُ ٱسْتَغْفِرُوا۟ رَبَّكُمْ إِنَّهُۥ كَانَ غَفَّارًا ۝١٠ يُرْسِلِ ٱلسَّمَآءَ عَلَيْكُم مِّدْرَارًا ﴾ [(٥)] . فعلق نزول الغيث بالاستغفار ، فلو كان فيه صلاة يتعلق بها نزول الغيث لذكرها . روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ استسقى فقال : « اللّٰهم [اسق عبادك] [(٦)] وبهائمك وانشر رحمتك ، وأحي بلدك الميت » [(٧)] ، ولم يذكر الصلاة . وروي أن النبي ﷺ استسقى في [يوم] [(٨)] الجمعة على المنبر ونزل

---

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) ساقط من (ع) . تقدمت ترجمة الرازي في مسألة (٢٠٧) ، وعزا العلامة مهدي حسن الكيلاني في تعليقه على كتاب الحجة قول الرازي إلى أحكام القرآن للرازي ، وأستاذ أبو الوفاء الأفغاني في تحقيقه للأصل إلى شرح الرازي لمختصر الطحاوي .

(٣) راجع هذه المسألة في : كتاب الأصل باب صلاة الاستسقاء (٤٧٧/١ ، ٤٤٨) ، الحجة (٣٣٢/١ – ٣٣٦) ، مختصر الطحاوي (ص٣٩ ، ٤٠) ، المبسوط (٧٦/٢ – ٧٨) ، بدائع الصنائع (٢٨٢/١ ، ٢٨٣) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية ، (٩١/٢ ، ٩٢) ، البناية (١٧٤/٣ – ١٨٠) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه در المختار ، باب الاستسقاء (٥٩١/١) .

(٤) قال الإمام الشافعي في مختصر المزني : ثم يصلي بهم الإمام ركعتين كما يصلي في العيدين سواء ، ويجهر فيهما . راجع : مختصر المزني ، باب صلاة الاستسقاء (ص) ٣٣ ، الأم « كتاب الاستسقاء » (٢٤٦/١ ، ٢٤٧) ، المهذب (١٢٣/١) ، حلية العلماء « باب صلاة الاستسقاء » (٢٧٣/٢ ، ٢٧٤) ، المجموع مع المهذب (٦٣/٥ ، ٦٤) . قال الإمام مالك وأحمد وأصحابهما مثل قول أبي حنيفة وقول الشافعي : تسن له الصلاة بالجماعة . راجع : المدونة ، ما جاء في صلاة الاستسقاء (١٥٣/١) ، المنتقى (٣٣١/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٦٨/١) ، بداية المجتهد (٢١٩/١) ، الإفصاح باب صلاة الاستسقاء (١٨٠/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٤٠/١) ، المغني (٤٣١/٢) .

(٥) سورة نوح : الآيتان ١٠ ، ١١ .

(٦) ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) هذا الحديث أخرجه أبو داود من طريق مالك ، مرفوعا بهذا اللفظ ، في السنن في آخر باب رفع اليدين في الاستسقاء (٢٩٥/١) .

(٨) الزيادة من (ن) .

فصلى الجمعة ولم يصل الاستسقاء [١] ، فلو كانت مسنونة لم يتركها .

٤٣٥٧ - ولا يقال : إن النبي ﷺ بين في هذه الأخبار جواز الترك ، وفي أخبارنا فضيلة الفعل ؛ لأنا نقول : إن مثل ذلك أنه بين بأخبارنا أن الفعل ليس بمسنون ؛ لأن المسنون لا يترك عند سببه ، وبأخبارهم جواز الفعل ، ونحن لا نمنع من جوازه . وروي عن عمر ﷺ أنه استسقى بالعباس فقيل له : ما زدت على الاستغفار ، فقال : لقد استسقيت بمجاديح [٢] السماء التي يستنزل بها القطر [٣] . ولم ينقل أنه صلى . ولأنه خوف ضرر في الدنيا ، فأشبه الزلازل . ولا يلزم الكسوف / ؛ لأنه من علامات الآخرة ، فأما أن يكون خوفًا في الدنيا فلا ، ولهذا قال [النبي] [٤] ﷺ : « إنهما لا ينكسفان لموت أحد ولا لحياته » [٥] .

٥/أ

٤٣٥٨ - ولأنها صلاة نافلة ، والأصل في النوافل أن يفعلها منفردًا أفضل ؛ بدلالة

---

(١) أخرجه البخاري بهذا المعنى من حديث أنس بن مالك مطولا في الصحيح في الاستسقاء ، باب الدعاء إذا كثر المطر : حوالينا ولا علينا (١/١٨١) ، ومسلم في الصحيح باب الدعاء في الاستسقاء (١/٣٥٥ ، ٣٥٦) ، والنسائي في كتاب الاستسقاء في ذكر الدعاء (٣/١٦٠ ، ١٦١) ، وأخرجه البيهقي في باب الاستسقاء بغير صلاة يوم الجمعة إلى المنبر (٣/٣٥٣ ، ٣٥٤) .

(٢) في (ن) : [بمخادع] ، وهو تصحيف ، المجاديح ، جمع مجدح ، قال ابن الأثير : والمجدح : نجم من النجوم ، قيل هو الدبران ، وقيل : هو ثلاثة كواكب كالأثافي ، تشبيها بالمجدح الذي له ثلاث شعب ، وهو عند العرب من الأنواء الدالة على المطر ، فجعل الاستغفار مشبها بالأنواء مخاطبة لهم بما يعرفونه ، لا قولا بالأنواء . راجع : النهاية ، باب الجيم مع الدال ، مادة جدح (١/٢٤٣) ، ولسان العرب ، نفس المادة (١/٥٥٩) .

(٣) الحديث أخرجه البخاري من طريق ثمامة بن عبد اللّه بن أنس في الصحيح ، في الاستسقاء باب سؤال الإمام الاستسقاء إذا قحطوا (١/١٧٩) ، والبيهقي في الكبرى باب الاستسقاء بمن ترجى بركة دعائه (٣/٣٥٢) . راجعه في المنتقى ، باب الاستسقاء بذوي الصلاح ص٢٧٧ الحديث (١٧٥٠) . والجزء الثاني من الحديث أخرجه عبد الرزاق من طريق مطرف عن الشعبي بلفظ : خرج عمر بن الخطاب يستسقي بالناس فما زاد على الاستغفار حتى رجع ، فقالوا : يا أمير المؤمنين ، ما رأيناك استسقيت ، قال : لقد طلبت المطر بمجاديح السماء التي تستنزل بها المطر : ﴿ فَقُلْتُ ٱسْتَغْفِرُوا۟ رَبَّكُمْ إِنَّهُۥ كَانَ غَفَّارًا ﴾ إلى ﴿ وَيُمْدِدْكُم بِأَمْوَٰلٍ وَبَنِينَ ﴾ [سورة نوح : ١٠-١٢] ﴿ ٱسْتَغْفِرُوا۟ رَبَّكُمْ ثُمَّ تُوبُوٓا۟ إِلَيْهِ يُرْسِلِ ٱلسَّمَآءَ عَلَيْكُم مِّدْرَارًا وَيَزِدْكُمْ قُوَّةً إِلَىٰ قُوَّتِكُمْ ﴾ [سورة هود : ٥٢] ، في المصنف (٣/٨٧) الحديث (٤٩٠٢) ، وأخرجه ابن أبي شيبة باختلاف يسير في كتاب صلاة التطوع (٢/٣٥٩) ، والبيهقي في الكبرى كتاب صلاة الاستسقاء (٣/٣٥١ ، ٣٥٢) ، وعزاه عبد السلام ابن تيمية في المنتقى إلى سعيد بن منصور الحديث (١٧٥٠) (ص٢٧٧) . (٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٢٦٠) ، وفي مسألة (٢٦١) . وأخرجه مسلم في الصحيح ، في آخر باب ذكر النداء بصلاة الكسوف الصلاة جامعة (١/٣٦) .

قوله ﷺ : « صلاة المرء في بيته أفضل من صلاته في مسجده إلا المكتوبة » (١) . ولأنها حالة لاستنزال الغيث ، فلم يسن فيها الصلاة لأجله ، أصله : حال الخطبة يوم الجمعة .

٤٣٥٩ - احتجوا : بحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ خرج [يومًا] (٢) مستسقيًا ، فصلى بنا ركعتين بلا أذان ولا إقامة (٣) . وفي حديث ابن عباس قال : فصلى ركعتين كما يصلي في العيد (٤) .

٤٣٦٠ - والجواب : أن هذا الخبر يقتضي فعل الصلاة ، وقد بينا جوازها . والكلام في أنها مسنونة ، والمسنون ما تكرر عند سببه ولم (٥) يترك من غير عذر ، وهذا لا يوجد ؛ لأنا قد نقلنا أنه ترك .

٤٣٦١ - قالوا : حادثة سن لها الاجتماع والدعاء ، فسن لها الصلاة ، كالخسوف .

٤٣٦٢ - والجواب : أن الخسوف يتعلق بأمر الآخرة ؛ لأنه من أماراتها ، فجاز أن يسن ، والاستسقاء يعود إلى أمر الدنيا ، فلم يسن فيها الصلاة .

* * *

---

(١) تقدم تخريجه في مسألة (٢٦١) . (٢) ساقط من (ع) .

(٣) حديث أبي هريرة أخرجه ابن ماجه في السنن كتاب إقامة الصلاة باب ما جاء في صلاة الاستسقاء (٤٠٣/١ ، ٤٠٤) الحديث (١٢٦٨) ، والطحاوي في المعاني باب الاستسقاء كيف هو وهل يصلي فيه صلاة أم لا ، (٣٢٥/١) ، والبيهقي في الكبرى باب الدليل على أن السنة في صلاة الاستسقاء السنة في صلاة العيدين (٣٤٧/٣) .

(٤) في (م) ، (ن) : [العيدين] . هذا جزء من حديث ابن عباس أخرجه أبو داود بهذا اللفظ في أبواب صلاة الاستسقاء (٢٩٢/١) ، والترمذي باب ما جاء في صلاة الاستسقاء (٤٤٥/٢) الحديث (٥٥٨) ، والنسائي باب جلوس الإمام على المنبر للاستسقاء (١٥٦/٣ ، ١٥٧ ، ١٦٣) ، وابن ماجه في كتاب إقامة الصلاة باب ما جاء في صلاة الاستسقاء (٤٠٣/١) الحديث (١٢٦٦) والدارقطني ، في كتاب الاستسقاء (٦٨/٢) الحديث (١١) ، وعبد الرزاق في المصنف (٨٤/٣) الحديث (٤٨٩٣) ، وابن أبي شيبة (٣٥٨/٢) والطحاوي (٣٤٧/٣) ، والحاكم في المستدرك كتاب الاستسقاء (٣٢٧/١) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فلم] .

فصل

مسألة ٢٦٣

صلاة الاستسقاء ركعتان كصلاة الفجر

٤٣٦٣ – قال أبو يوسف : يصلي في الاستسقاء [١] ركعتين كهيئة صلاة الفجر [٢] .

٤٣٦٤ – وقال الشافعي : كصلاة العيد : يكبر في الأولى سبعًا وفي الثانية : خمسًا [٣] .

٤٣٦٥ – لنا : أن النبي ﷺ صلى في الاستسقاء بحضرة الجماعة ، فلو كبر فيها لنقل كنقله في العيد ، فلما لم ينقل إلا في خبر محتمل دل على أنه ليس بثابت . ولأنها صلاة مسنونة فلا يتوالى فيها التكبير ، كصلاة الكسوف .

٤٣٦٦ – احتجوا : بحديث ابن عباس أن النبي ﷺ صلى ركعتين كما صلى في العيد [٤] .

٤٣٦٧ – قلنا : يحتمل أنه صلاهما بغير أذان ولا إقامة وجهر بالقراءة فيهما [٥] وخرج إلى المصلى ولم يخرج المنبر ، ويخرج إليها النساء والرجال والصبيان ، فشبهها بالعيد [٦] من هذه الوجوه . وقد يشبه [٧] الشيء بالشيء إذا أشبهه من وجه وإن خالفه في غيره ، كقوله تعالى : ﴿ إِنَّ مَثَلَ عِيسَىٰ عِندَ ٱللَّهِ كَمَثَلِ ءَادَمَ ﴾ [٨] فشبهه من حيث

---

(١) في (ن) : [في الكسوف] ، مكان المثبت .

(٢) يعني يصليها ركعتين كما يصلي الفجر بدون تكبيرات الزوائد . قال محمد في كتاب الأصل : أرى أن يصلي الإمام في الاستسقاء نحوا من صلاة العيد ، يبدأ بالصلاة قبل الخطبة ، ولا يكبر فيها كما يكبر في العيدين . راجع : كتاب الأصل (٤٤٩/١) ، المبسوط (٧٦/١) ، البناية مع الهداية (١٧٧/٣ ، ١٧٨) .

(٣) قال الترمذي : قال الشافعي : يصلي صلاة الاستسقاء نحو صلاة العيدين ، يكبر في الركعة الأولى سبعًا ، وفي الثانية خمسًا ، واحتج بحديث ابن عباس . راجع : سنن الترمذي باب ما جاء في صلاة الاستسقاء (٤٤٥/٢) الحديث (٥٥٨) ، الأم (٢٤٩/١) ، مختصر المزني ص٣٣ ، المهذب (١٢٤/١) . وقال مالك وأصحابه مثل قول الحنفية : صفتها : ركعتان كسائر النوافل المعهودة بدون تكبيرات الزوائد . راجع : المدونة (١٥٣/١) ، المنتقى (٣٣١/١) ، الكافي لابن عبد البر ، (٢٤٠/١) (٢٢٠/١) ، الإفصاح (١٨٠/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٤٠/١) ، المغني (٤٣١/٢) .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٢٦٢) .

(٥) في (ن) : [فيها] .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بالعيدين] .

(٧) في (م) ، (ع) : [تشبه] .

(٨) سورة آل عمران : الآية ٥٩ .

عدم الأب وإن اختلفا في وجود الأم .

٤٣٦٨ - قالوا : روي في حديث ابن عباس أن النبي ﷺ كبر في الأولى سبع تكبيرات وقرأ : ﴿ سَبِّحِ ٱسۡمَ رَبِّكَ ٱلۡأَعۡلَى ﴾ ، وقرأ في الثانية : ﴿ هَلۡ أَتَىٰكَ حَدِيثُ ٱلۡغَٰشِيَةِ ﴾ وكبر فيها خمس تكبيرات [١] .

٤٣٦٩ - قلنا : هذا الخبر ذكره الدارقطني عن محمد بن عبد العزيز عن أبيه عن طلحة قال : أرسلني مروان إلي ابن عباس أسأله عن سنة الاستسقاء ، وذكر الحديث ، ومحمد بن عبد العزيز هو [من] [٢] ولد عبد الرحمن بن عوف ، قال البستي : يروي عن الثقات المعضلات ، وإذا انفرد أتى بالطامات عن الأثبات ، حتى سقط الاحتجاج به . وهو [الذي جلد بمشورته ابن مالك بن أنس] [٣] وقد ذكروا في هذه المسألة عن الأئمة الأربعة مثل قولهم ، وهذا لا يعرف ، ولم يذكره أحد يوثق به .

* * *

---

(١) حديث ابن عباس أخرجه الدارقطني من طريق سهل بن بكار ، في كتاب الاستسقاء (٦٦/٢) ، الحديث (٤) ، ونحوه الحاكم في المستدرك كتاب الاستسقاء (٣٢٦/١) ، والبيهقي في الكبرى (٣٤٨/٣) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) في (ص) : [أشار بجلد مالك] ، وفي (م) ، (ع) : [كذا أسا بجلد مالك] ، المثبت من نص البستي . راجع نص ابن حبان البستي ، في كتابه المجروحين ترجمة محمد بن عبد العزيز بن عمر بن عبد الرحمن بن عوف الزهري القرشي (٢٦٣/٢ ، ٢٦٤) ، قال ابن عدي ، والبخاري : منكر الحديث ، وقال النسائي : متروك الحديث ، وقال الدارقطني : ضعيف . وقال أبو حاتم : هم ثلاثة أخوه : محمد ، وعبد الله ، وعمران . راجع الكامل لابن عدي ، (٢٣٩/٦) ترجمة (١٧١٧/٩٦) ، ميزان الاعتدال (٦٢٨/٣) ، ترجمة (٧٨٧٤) . قال الزيلعي بعد أن سرد الحديث وخرجه : والجواب عنه من وجهين ، أحدهما : ضعف الحديث ثم قال بعد أن ذكر أقوال المحدثين في حق محمد بن عبد العزيز : الثاني : أنه معارض بحديث رواه الطبراني ، في معجمه الوسط .

فصل

مسألة ٢٦٤

السنة في الاستسقاء الدعاء من غير خطبة

٤٣٧٠ - وقد قال أبو حنيفة : إن السنة في الاستسقاء الدعاء من غير خطبة [١] .

٤٣٧١ - وقال الشافعي : يخطب بعد الصلاة خطبتين يجلس بينهما جلسة [٢] .

٤٣٧٢ - لنا : حديث ابن عباس أنه قال : خرج رسول اللّه ﷺ متواضعًا متبذلًا متخشعًا [٣] متضرعًا ، فصلى ركعتين كما يصلي في العيد ولم يخطب خطبتكم » [٤] . ولأن من أصلنا أنه مخير بين الصلاة وتركها ، فلا يسن فيها خطبة ، كسائر النوافل . ولأن كل ذكر لا يسن في الزلازل لا يسن في الاستسقاء [٥] ، كالأذان [٦] ، وعكسه الدعاء . فأما حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ صلى ركعتين وخطب [٧] ، فيحتمل أن يكون دعاء ، فظن أنه خطبة ، وقد بين ابن عباس أنه لم يخطب .

* * *

(١) قال السرخسي في المبسوط : ثم عند محمد رحمه اللّه تعالى يخطب الإمام بعد الصلاة نحو الخطبة في صلاة العيد ، وعن أبي يوسف أنه يخطب خطبة واحدة ؛ لأن المقصود الدعاء فلا يقطعها بالجلسة ، راجع : مختصر الطحاوي ص٣٩ ، ٤٠ ، المبسوط ، (٧٧/٢) ، بدائع الصنائع (٢٨٣/١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية (٩٣/٢ ، ٩٤) ، البناية (١٨٠/٣ ، ١٨١) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه در المختار (٥٩١/١ ، ٥٩٢) .

(٢) راجع : الأم ، كيف الخطبة في الاستسقاء (٢٥٠/١) ، مختصر المزني ص٣٣ ، المهذب (١٢٤/١) ، الوسيط (٨٠٠/٢) ، حلية العلماء (٢٧٤/٢) ، المجموع مع المهذب (٧٧/٥ ، ٧٨ ، ٨٣ ، ٨٤) . وراجع : المدونة (١٥٣/١) ، المنتقى (٣٣٢/١) ، بداية المجتهد (٢٢٠/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٨٤ . وراجع : المسائل الفقهية ، (١٩٣/١ ، ١٩٤) مسألة (١٣٤ ، ١٣٥) ، الإفصاح (١٨٠/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٤٢/١) ، المغني (٤٣٣/٢ ، ٤٣٤) .

(٣) في (ص) : [خاشعًا] .

(٤) هذا الحديث تقدم تخريجه في مسألة (٢٦٢) هامش (١٨) .

(٥) قوله : [الزلازل لا يسن في] ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش ، ومن (ع) ساقطة معه لفظ : [الاستسقاء] .

(٦) في (ع) : [الأذان] .

(٧) تقدم تخريج حديث أبي هريرة في مسألة (٢٦١) هامش (١٦) . ولفظه : خرج رسول اللّه ﷺ يوما يستسقي ، فصلى بنا ركعتين بلا أذان ولا إقامة ، ثم خطبنا ودعا اللّٰه وحول وجهه نحو القبلة رافعًا يديه ، ثم قلب رداءه : فجعل الأيمن على الأيسر والأيسر على الأيمن . اللفظ لابن ماجه .

مسألة ٢٦٥

ليس من السنة تقليب الرداء

٤٣٧٣ - قال أبو حنيفة : ليس من السنة تقليب الرداء [١] .

٤٣٧٤ - وقال الشافعي : هو سنة [٢] .

٤٣٧٥ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ استسقى يوم الجمعة على المنبر ولم يقلب الرداء[٣] ، ولأن من أصلنا أنه لا يخطب ، وكل من قال ذلك قال : لا يقلب الرداء . ولأن هذه الخطبة إما أن تعتبر [٤] بخطبة الجمعة أو العيد ، وكل واحد منهما لا يقلب فيها الرداء . ولأنها حالة خوف ، فصار كالزلازل .

٤٣٧٦ - وما روي أن النبي ﷺ استسقى وعليه خميصة سوداء فأراد أن يأخذ بأسفلها فيجعله أعلاها [٥] فلما ثقلت عليه [٦] قلبها على [٧] عاتقه » [٨] ، فيحتمل أن

---

(١) وقال أبو يوسف ومحمد : يقلب الإمام بعد الخطبة رداءه فيها ، ولا يقلب القوم أرديتهم . راجع : الأصل (٤٤٩/١ ، ٤٥٠) ، مختصر الطحاوي ص٤٠ ، المبسوط (٧٧/٢) ، تحفة الفقهاء ، باب صلاة الاستسقاء (١٨٦/١) ، بدائع الصنائع (٢٨٤/١) ، الهداية مع فتح القدير وبهامشه العناية (٩٤/١ ، ٩٥) ، البناية (١٨٢/٣ - ١٨٤) ، حاشية ابن عابدين (٥٩٢/١) .

(٢) نص الشافعي في الأم وفي مختصر المزني باب الإمام يحول رداءه ويحول الناس معه أرديتهم . راجع : الأم في تحويل الإمام الرداء (٢٥١/١) ، مختصر المزني ص٣٣ ، ٣٤ ، مختصر البويطي ، ورقة (١٠) ، النكت ورقة (٦٧أ) ، مختصر الخلافيات ، ورقة (١٤٧ب ، ١٤٨أ) ، الوسيط (٨٠٠/٢ ، ٨٠١) ، حلية العلماء (٢٧٤/٢) ، المجموع مع المهذب (٧٨/٥ ، ٧٩ - ٨٥ ، ٨٦) ، المهذب (١٢٤/١ ، ١٢٥) . وراجع : المدونة (١٥٣/١) ، المنتقى (٣٣١/١ ، ٣٣٢) ، الكافي لابن عبد البر (٢٦٨/١ ، ٢٦٩) ، بداية المجتهد (٢٢٠/١ ، ٢٢١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٨٤ ، الإفصاح (١٨١/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٤٣/١) ، المغني (٤٣٤/٢ ، ٤٣٥) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٢٦٢) هامش (٩) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يعتبر] .

(٥) في (ع) : [فيجعله أعلاه] .

(٦) في (ع) : [عليها] .

(٧) حرف : [على] ساقط من (ع) .

(٨) هذا الحديث أخرجه الشافعي من طريق عمارة بن غزية ، عن عباد بن تميم ، بهذا اللفظ ، في المسند ، في الباب الخامس عشر في صلاة الاستسقاء (١٦٨/١) الحديث (٤٨٨) ، وأخرجه أحمد (٤١/٤) ، وأبو داود في آخر أبواب صلاة الاستسقاء (٢٩٢/١) ، والطحاوي في المعاني ، في باب الاستقاء كيف هو (٣٢٤/١) ، والحاكم في المستدرك كتاب الاستسقاء (٣٢٧/١) . راجع تخريجه أيضًا في نصب الراية (٢٤٢/٢) .

يكون ذلك كما يتفق للإنسان من تغيير الرداء أو إصلاحه . ويجوز أنه علم من طريق الوحي أن الحالَ [ينقلب إلى الخصب] (١) إذا قلب الرداء ، فقلب الرداء لذلك (٢) ، وهذا لا يوجد في غيره .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يتعلق إلى الخطيب] ، وراجع المصباح المنير (١٦٢/١) ، باب الخاء مع الصاد وما يثلثهما .

(٢) في (ن) : [كذلك] .

مسألة ٢٦٦

إذا ترك الصلاة معتقدًا لوجوبها ، حبس وعزر حتى يصلي

٤٣٧٧ - قال أصحابنا : إذا ترك الصلاة معتقدًا لوجوبها ، حبس وعزر حتى يصلي [١] .

٤٣٧٨ - وقال الشافعي : يقتل . واختلف أصحابه ، فمنهم من قال : إذا ترك الأولى وتضيق وقت الثانية قتل . ومنهم قال : إذا ترك ثلاثة [٢] وتضيق [٣] وقت الرابعة قتل [٤] . ونص الشافعي على أنه يقتل بالسيف .

٤٣٧٩ - وقال ابن سريج [٥] يضرب بالعصا وينخس [٦] بالسيف حتى يصلي أو يأتي على نفسه [٧] .

---

(١) راجع : فتح القدير ، آخر باب قضاء الفوائت (٤٩٧/١) ، مجمع الأنهر ، وبهامشه ملتقى الأبحر ، باب قضاء الفوائت (١٤٦/١ ، ١٤٧) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف ، كتاب الصلاة ص٥٠ - ٥٢ ، حاشية ابن عابدين وبهامشه در المختار ، كتاب الصلاة (٢٤٦/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الأولى] .

(٣) في (م) : [ويضيق] .

(٤) لفظ : [قتل] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) وهو القاضي أبو العباس ، أحمد بن عمر بن سريج البغدادي . انظر ترجمته في تهذيب الأسماء واللغات (٢٥١/٢ ، ٢٥٢) ترجمة (٣٧٧) ، سير أعلام النبلاء (٢٠١/١٤ - ٢٠٤) ترجمة (١١٤) .

(٦) قال المطرزي : نخس الدابة نخسا من باب منع ، إذا طعنها بعود أو نحوه ، ومنه : نخاس الدواب : دلالها . راجع : المغرب ص٤٤٥ ، معجم مقاييس اللغة (٤٠٥/٥) ، المصباح المنير (٥٦٨/٢) .

(٧) قال النووي في المجموع فيمن ترك الصلاة بلا عذر تكاسلا وتهاونا : يجب قتله إذا أصر ، ولا يكفر في الصحيح المنصوص ، وإذا يقتل فمتى يقتل ، ذكر فيه خمسة أوجه ، الصحيح والمذهب : يقتل بترك صلاة واحدة إذا ضاق وقتها . والثاني : يقتل إذا ضاق وقت الثانية . والثالثة : إذا ضاق وقت الرابعة . والرابع : إذا ترك أربع صلوات . والخامس : إذا ترك من الصلوات قدرا يظهر به اعتياده الترك وتهاونه بالصلاة . ثم قال في الوجه الرابع : الصحيح المنصوص عليه في البويطي : أنه يقتل بالسيف ضربا للرقبة كما يقتل المرتد . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب الحكم في تارك الصلاة (٢٥٥/١) ، مختصر المزني ص٣٤ ، مختصر الخلافيات ، كتاب الصلاة ، ورقة (١٤٤) ، الوسيط ، باب تارك الصلاة (٨٣٢/٢ ، ٨٣٣) ، حلية العلماء ، كتاب الصلاة (١٠/٢ - ١٢) ، فتح العزيز ، باب تارك الصلاة (٢٧٨/٥ - ٣١٢) ، المجموع مع المهذب كتاب الصلاة (١٣/٣ - ١٧) ، المهذب ، كتاب الصلاة (٥١/١) . وراجع : بداية المجتهد كتاب الصلاة ، المسألة الرابعة (٩٢/١ ، ٩٣) ، =

٤٣٨٠ - لنا : قوله عليه السلام : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، أو زنا بعد إحصان ، أو قتل نفس بغير نفس » [١] . ولا يقال : إن قتل تارك الصلاة ثابت بخبر آخر فيضم إليه كما ضم نهيه عليه السلام عن كل ذي ناب من السباع إلى قوله : ﴿ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً ﴾ [٢] ؛ لأن الضم إنما يصح إذا لم يسقط شيء من الخبر ، ولو ضممنا [٣] في مسألتنا بطل قوله : « إلا بإحدى ثلاث » [٤] ، فصار الحكم يتعلق بإحدى أربع .

٤٣٨١ - ولا يقال : إن النبي ﷺ أوجب قتل المسلم بكفر يوجد مع الإسلام ، وهذا لا يكون إلا في تارك الصلاة ؛ لأنه كفر بعد إيمان ، وهذا لا يقتضي اجتماعهما . ولأنه إيقاع عبادة شرعية ، فتركه لا يوجب القتل ، كالحج والصوم والزكاة . ولا يلزم ترك الزنا ؛ لأنه ليس بإيقاع عبادة ؛ ألا ترى أن الزنا له أضداد ، فالنهي عنه لا يكون أمرا بشيء من أضداده .

٤٣٨٢ - ولا يلزم التصديق برسول الله ﷺ [٥] ؛ لأنها عبادة عقلية [٦] لها وقت يكره فعلها فيه ، كالحج . ولأنها عبادة تنتقل [٧] بجنسها ، كالصوم . أو عبادة لها تحريم

= قوانين الأحكام الشرعية ، الكتاب الثاني في الصلاة ، آخر الباب الأول ص ٤٥ ، راجع : المسائل الفقهية باب كفر تارك الصلاة عمدًا (١٩٤/١ ، ١٩٥) المغني ، باب الحكم فيمن ترك الصلاة (٤٤٢/٢ - ٤٤٧) .

(١) هذا الحديث أخرجه الشافعي من طريق أبي أمامة بن سهل ، عن عثمان بن عفان ﷺ بهذا اللفظ ، في المسند ، في كتاب الديات (٩٦/٢) الحديث (٣١٨) ، وفي الأم ، في المرتد عن الإسلام (٢٥٧/١) ، وأخرجه أحمد من طريق أبي أمامة بن سهل في المسند (٦١/١ ، ٦٢ ، ٦٣) ، وأخرجه النسائي من طريق نافع عن ابن عمر ، عن عثمان ، في الحكم في المرتد (١٠٣/٧ ، ١٠٤) ، وأخرجه البخاري من طريق مسروق ، كتاب الديات ، باب قول اللّه تعالى : إن النفس بالنفس (١٨٨/٤) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب القسامة ، باب ما يباح به دم المسلم (٤٠/٢ ، ٤١) . راجع تخريجه أيضًا في : الهداية في أحاديث البداية ، في كتاب الصلاة حكم تارك الصلاة (٢٥٢/٢ ، ٢٥٣) الحديث (٢١١) ، وشرح السنة ، في كتاب القصاص ، باب تحريم القتل (١٤٧/١٠ ، ١٤٨) الحديث (٢٥١٧ ، ٢٥١٨) .

(٢) سورة الأنعام : الآية ١٤٥ ، الحديث بلفظ : نهى رسول اللّه ﷺ عن كل ذي ناب من السباع ، أخرجه مسلم في الصحيح (١٦٨/٢) ، وأخرجه أبو داود ، بزيادة : (أكل) في كتاب الأطعمة ، باب النهي عن أكل السباع (٣٤٨/٢ - ٣٤٩) . راجع تخريجه أيضًا في المصابيح (١٣٢/٣) الحديث (٣١٤٠) ، شرح السنة (٢٣٤/١١) الحديث (٢٧٩٥) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (٣٠٨/٦ ، ٣٠٩) الحديث (١١٨٩) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ضمها] .

(٤) في (ص) : [ثلاثة] .

(٥) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٦) في غير (ص) : [عقيلة] .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ن) : [ينتقل] .

وتحليل . أو عبادة يطرأ عليها الفساد . أو عبادة تؤدى وتقضى ، كالحج ، ولا يلزم الإيمان ؛ لأنه لا يوصف بالفساد .

٤٣٨٣ - ولا يقال : المعنى في الحج والصوم أنه تقع [١] النيابة فيها بالبدن والمال فلذلك لم يقتل بتركها ، والصلاة [لا تقع] [٢] النيابة فيها [٣] عندهم في ركعتي الطواف إذا حج عن غيره ، فلم يصح هذا الفرق . ولأنها عبادة يبطلها الحدث ، كالوضوء .

٤٣٨٤ - ولا يقال : [إن] [٤] الوضوء تاركه تارك للصلاة ، فيقتل عندنا ؛ لأنه يقتل لترك الصلاة ، لا لترك الوضوء . ولأنها عبادة شرط فيها تقديم الإيمان ، كالصوم .

٤٣٨٥ - ولا يقال : إن المقصود من الصلاة لا يحصل بغيره ؛ وذلك لأن المقصود من الحج والصوم لا يحصل إلا بالنية ، وذلك لايقع بغيره ، فإن اقتصروا على ظاهر الفعل فمثله في الصلاة ممكن ؛ لأنه يوضأ [٥] ويجبر على القيام والركوع والسجود خلف إمام حتى [٦] لا يحتاج إلى القراءة . ولأنه لا يخلو أن يقتل بترك الأولى أو الثانية ، ولا يجوز أن يقتل بالأولى ؛ لأنها فائتة ، ووقت فعلها غير متضيق . ولا يجوز أن يقتل بالثانية ؛ لأنها لم تفت [٧] عن وقتها ، فلا يقتل [٨] بها ، كالأولى . ولا يقال : إنه يضرب عندكم فيلزمكم مثل ما ألزمتمونا ؛ لأن العازم [٩] على ترك الصلاة يضرب عندنا بالعزم ، فلا يلزمنا [ما ألزمناهم] [١٠] .

٤٣٨٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِن تَابُوا۟ وَأَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّوا۟ سَبِيلَهُمْ ﴾ [١١] ، ولم يقتل [١٢] المشركين ، ورفع القتل عنهم بشرط التوبة وإقامة الصلاة .

٤٣٨٧ - والجواب : أن الآية لا تتناول موضع [١٣] الخلاف ؛ لأن من يسلم ارتفع

---

(١) في غير (ص) : [يقع] .
(٢) ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) لفظ : [فيها] ساقط من (ن) .
(٤) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٥) في غير (ص) : [توضأ] .
(٦) لفظ : [حتى] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [لم يفت] .
(٨) في (م) : [ولا يقتل] .
(٩) في (ن) : [القائم] .
(١٠) في (م) : [إلزمناهم] ، وفي (ع) : [إلزامهم] .
(١١) سورة التوبة : الآية ٥ .
(١٢) في (م) ، (ع) : [ولم يقتلوا] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [لا يتناول لوضع] .

القتل المتعلق بالكفر بالإجماع ، فإذا ترك الصلاة ابتداء [1] فإنما يجب القتل عليه [2] عندهم : قتل آخر غير ذلك القتل ، فلا يصح الاستدلال . فأما [من] [3] فعل الصلاة ثم تركها فلا شبهة أن الآية لا تفيد [4] قتله ؛ لأن الصلاة إذا سقطت سقط القتل [5] . ولأن إقامة الصلاة المذكورة [في الآية] [6] المراد بها : اعتقاد وجوبها ؛ بدلالة أن قتل الكافر يسقط بالاعتقاد وإن لم ينضم إليه الفعل بالإجماع ، وهذا هو المراد بقوله تعالى [7] : ﴿ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ .

٥٤/ب

٤٣٨٨ – ولا يقال : إن حمل الإقامة على الاعتقاد مجاز ؛ لأنه مجاز / صرنا إليه بدليل مجمع عليه .

٤٣٨٩ – قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « ليس بين العبد وبين الكفر إلا ترك الصلاة ، فمن تركها فقد كفر » [8] .

٤٣٩٠ – قالوا : وقد علمنا أنه لم يرد به كفر يخرج به عن الإسلام ، فثبت أن المراد به بعض أحكام الكفر ، وهو القتل ؛ وذلك لأن الكفر حقيقة يقتضي [9] الجحود ، وهذا

---

(١) في (م) ، (ع) : [اجتماعا] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عليهم] .
(٣) الزيادة من (ن) .
(٤) في (م) : [لا يفيد] .
(٥) قوله : [سقط القتل] ساقط من (ن) ، ومكانه بياض .
(٦) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٧) لفظ : [تعالى] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٨) هذا الحديث أخرجه أحمد من حديث جابر ، عن النبي ﷺ بلفظ : « بين العبد وبين الكفر » (٣٧٠/٣ ، ٣٨٩) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الإيمان ، باب بيان إطلاق اسم الكفر على من ترك الصلاة (٤٩/١) ، وأبو داود في كتاب السنة ، باب في رد الإرجاء (٥٧٠/١) ، والترمذي ، كتاب الإيمان ، باب ما جاء في ترك الصلاة (١٣/٥) الأحاديث (٢٦١٨ ، ٢٦١٩ ، ٢٦٢٠) ، وابن ماجه ، كتاب إقامة الصلاة ، باب ما جاء فيمن ترك الصلاة (٣٤٢/١) ، والدارمي ، باب بيان إطلاق اسم الكفر على من ترك الصلاة . باختلاف يسير ، كتاب الصلاة ، باب في تارك الصلاة (٢٨٠/١) ، كما أخرجه ابن ماجه من طريق يزيد الرقاشي (١٠٨٠) ، وهذا إسناد ضعيف لضعف يزيد بن أبان الرقاشي ، في مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه (٣٥٧/١) الحديث (٣٨١ - ١٠٨٠) ، والترمذي من حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه (١٤/٥) الحديث (٢٦٢١) ، ونحوه النسائي ، في كتاب الصلاة ، باب الحكم في تارك الصلاة (٢٣١/١ ، ٢٣٢) ، وابن ماجه (٣٤٢/١) الحديث (١٠٧٩) . راجع تخريج حديث جابر أيضًا في : شرح السنة ، باب وعيد تارك الصلاة (١٧٩/٢) ، الحديث (٣٤٧) ، وفي الهداية في تخريج أحاديث البداية ، حديث جابر ، حكم تارك الصلاة (٢٥٤/٢ - ٢٥٦) الحديث (٢١٢ ، ٢١٣) .
(٩) في (ن) : [تقتضي] .

لا يكون إلا في تارك الاعتقاد ، فوجب حمل اللفظ على حقيقته . ولأنا نحمل الصلاة على الاعتقاد ، وهو مجاز ، ونحمل [1] الكفر على حقيقته ، ويحملون الصلاة على حقيقة الفعل ، ويحملون الكفر على مجازه ، فتساوينا في الظاهر . على أن الترك حقيقة يقتضي تركًا من جميع الجهات ، وهذا لا يكون إلا في ترك الاعتقاد والفعل معًا .

٤٣٩١ - ولا يقال : إن حمله على الاعتقاد يسقط فائدة تخصيص الصلاة ، وحمله على الفعل لا يسقط فائدة التخصيص ؛ وذلك لأنه يجوز أن يخص الصلاة ؛ لأنها أشرف العبادة ، فيخصها بالوعيد . ولأنها تجب [2] على كل واحد [وإن كانت العبادة يختلف وجوبها . ولأنها ما يستدل بها على الإسلام ، وذلك لا يوجد] [3] في غيرها . ولأنهم إذا حملوا الخبر على ثبوت بعض أحكام الكفر فكذلك [4] نقول ؛ لأن الضرب والحبس من أحكام الكفر في المرتدة عندنا .

٤٣٩٢ - قالوا : روى عن النبي ﷺ أنه قال : « نهيت عن قتل المصلين » [5] ، فدليله أنه لم ينه عن قتل غيرهم ، فإذا لم ينه عن قتله ثبت وجوبه ، أي : وجوب [6] قتله بالإجماع .

٤٣٩٣ - قلنا : نحن لا نقول بدليل الخطاب ؛ لأن المراد : نهيت عن قتل من هو من أهل الصلاة ؛ بدلالة أن المعتقد للفعل لا يقتل بإجماع قبل فوات الوقت ، فدليله أنه يقتل من لم يكن من أهل الصلاة ، وكذلك نقول .

٤٣٩٤ - قالوا : الصلاة عبادة محضة [7] تجب [8] لا بفعله ، لا يدخلها النيابة ببدن ولا مال فجاز أن يقتل بتركها ، كالإيمان . أو لأنها أحد الأركان الخمس لا يدخلها النيابة مقصودة بوجه .

٤٣٩٥ - والجواب : أن هذه الأوصاف كلها موجودة في الفائتة .

٤٣٩٦ - ولا يقال : إنه كان يقتل لأجلها قبل فواتها ؛ لأن الصلاة الأولى لا يقتل

---

(١) في (ن) : [وتحمل] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ولا يجب] .
(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فلذلك] .
(٥) أخرجه أبو داود في سننه في الأدب (٤٩٢٨) ، والدارقطني في سننه (٥٤/٢) .
(٦) قوله : [أي وجوب] ساقط من (ن) .
(٧) في (م) ، (ع) : [مختصة] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يجب] .

لأجلها في الوقت ولا بعده .

٤٣٩٧ - ولا يقال : إن التعليل لجملة الصلاة ؛ لا نعكس [١] كلامهم من طريق المعنى . ولأن المعنى في الإيمان أنه عبادة مقصودة لا تفتقر [٢] إلى شرائط تتقدم [٣] عليها ، فلهذا جاز أن يقتل بتركها ، ولما كانت الصلاة لا تصح [٤] إلا بتقديم الإيمان عليها صارت كسائر الشرعيات .

٤٣٩٨ - قالوا : صلاة [٥] مشبهة [٦] بالإيمان ؛ لأنها لا تفعل [٧] إلا خالصة لله تعالى ، وسائر العبادات [يفعل مثلها] [٨] لغير اللّٰه تعالى [٩] ؛ لأنه يتطهر تبردًا [١٠] ، ويمسك عن الأكل تداويًا ، ويدفع تلطفًا ، ويحج لتجارة ، والإيمان والصلاة لا يفعلان إلا للّٰه ، وقد [١١] قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُضِيعَ إِيمَـٰنَكُمْ ﴾ [١٢] ، أي : صلاتكم .

٤٣٩٩ - والجواب : أن الصلاة قد تفعل [١٣] نفاقا ومراءاة [١٤] ، فلا يقصد بها اللّٰه تعالى ، والحج إذا فعل للتجارة فهو مفعول لله تعالى وإن انبعث [١٥] للتجارة [١٦] في سفره .

٤٤٠٠ - قالوا : تسمية الصلاة إيمانا .

٤٤٠١ - فلا حجة فيه ؛ لأن النبي ﷺ قال : « الإيمان بضع وسبعون خصلة ، أدناها إماطة الأذى عن الطريق » [١٧] ، فسمى ذلك إيمانًا .

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) ، وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [نكسر] .
(٢) في غير (ص) : [يفتقر] .
(٣) في غير (ص) : [يتقدم] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لايصح] .
(٥) لفظ : [صلاة] ساقط من (ن) .
(٦) في (م) : [مشتبهة] .
(٧) في (م) : [لا يفعل] .
(٨) في (ع) : [مثلها يفعل] .
(٩) لفظ : [تعالى] ساقط من (ن) .
(١٠) في (ن) : [بردا] .
(١١) قوله : [وقد] ساقط من (ن) .
(١٢) سورة البقرة : الآية ١٤٣ .
(١٣) في (م) : [يفعل] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [ومرءاة] .
(١٥) في (ن) : [انتفت] .
(١٦) في سائر النسخ : [التجارة] ، ولعل ما أثبتناه أولى .
(١٧) هذا الحديث أخرجه مسلم في الصحيح من طريق عبد اللّٰه بن دينار ، في كتاب الإيمان (٣٦/١) ، وأخرجه الترمذي ، في السنن (١٠/٥) الحديث (٢٦١٤) ، ونحوه ابن ماجه (٢٢/١) الحديث (٥٧) ، وأخرجه النسائي (١١٠/٨) ، وأخرجه البخاري ، بلفظ : « الإيمان بضع وستون شعبة ، والحياء شعبة من الإيمان » في الصحيح ، في كتاب الإيمان (١١/١) . راجع تخريجه أيضًا في مصابيح السنة (١١٣/١) الحديث (٣) .

٤٤٠٢ - قالوا : أحكام الشرع التابعة للإيمان ضربان : مأمور به ، ومنهي عنه ، ثم في المنهي عنه : ما يقتل بفعله مع اعتقاد وجوبه ، وهو الزنا والقتل ، كذلك يجب في المأمور ما يجب القتل بتركه مع اعتقاد وجوبه .

٤٤٠٣ - قلنا : عندنا المأمور به من طريق الشرع يجوز أن يقتل بتركه ، وهو ترك التزام الجزية وترك التعظيم للنبي ﷺ .

٤٤٠٤ - ولأن المنع من الزنا لا يقتل [بتركه وإنما يقتل بإيقاع] (١) فعل آخر (٢) ، وهو جحود الصلاة لغير الله تعالى .

* * *

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) في (م) ، (ع) : [الآخر] .

فهرس المجلد الثاني

الموضوع **الصفحة**

* * *

موسوعة

القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري

(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج

أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد

أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

المجلد الثالث

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
لصاحبها
عبد القادر محمود البكار

الطبعة الأولى

١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عمر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

القاهرة - جمهورية مصر العربية
الإدارة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فـرع الأزهـر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)
بريديًا : ص.ب ١٦١ الغورية الرمز البريدي ١١٦٣٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

مسائل الجنائز [٢٦٧ - ٢٩٥]

مسألة ٢٦٧

الأفضل في الميت أن يجرد من ثيابه وتغطى عورته ثم يغسل

٤٤٠٥ - قال أصحابنا : الأفضل في الميت أن يجرد من ثيابه وتغطى عورته ثم يغسل (١) .

٤٤٠٦ - وقال الشافعي : السنة أن يغسل في قميص ويكون كمه واسعًا حتى يدخل يده فيغسل بدنه (٢) ، فإن كان ضيقًا جرده (٣) .

٤٤٠٧ - لنا : ما روي عن عائشة رضي الله عنها (٤) قالت : « لما اجتمعوا لغسل النبي ﷺ لم يدروا كيف يغسلونه .

٤٤٠٨ - قالوا : ما ندري أنغسله (٥) كما نفعل بموتانا أو نغسله وعليه ثيابه ؟ فأرسل الله ﷻ عليهم النوم حتى ما فيهم رجل إلا وذقنه في صدره نائمًا ، إذ ناداهم مناد : أن

---

(١) راجع كتاب الأصل باب غسل الميت من الرجال والنساء (٤١٧/١ ، ٤١٨) ، مختصر الطحاوي باب صلاة الجنائز (صـ٤٠) ، المبسوط باب غسل الميت (٥٨/٢ ، ٥٩) ، تحفة الفقهاء كتاب الجنائز (٢٤٠/١) ، بدائع الصنائع فصل في بيان كيفية الغسل (٣٠٠/١ ، ٣٠١) ، فتح القدير ومعه الهداية والعناية فصل في الغسل (١٠٥/٢-١١٢) ، مجمع الأنهر باب صلاة الجنائز (١٧٩/١ ، ١٨٠) حاشية ابن عابدين وبهامشه الدر المختار باب صلاة الجنائز (٥٩٩/١ ، ٦٠٠) .

(٢) في (ن) : [يديه] .

(٣) نص الإمام الشافعي في الأم : وفي مختصر المزني : بأن المستحب غسله في قميص . راجع : الأم كتاب الجنائز ، باب ما جاء في غسل الميت (٢٦٥/١ ، ٢٨٠) ، مختصر المزني كتاب الجنائز صـ٣٥ . وقال النووي في المجموع : قال الشافعي والأصحاب : وليكن القميص رقيقًا سخيفًا . راجع : المهذب كتاب الجنائز (١٢٨/١) ، الوسيط كتاب الجنائز (٨٠٤/٢) . قال الإمام مالك وأصحابه مثل قول الحنفية : ويغسل الميت مجردًا من ثيابه ، إلا عورته . راجع المدونة في غسل الميت (١٦٧/١) ، المنتقى (٢٢/١) ، بداية المجتهد (٢٣٥/١) . وقال الإمام أحمد في رواية : مثل قول الحنفية والمالكية الأفضل غسله مجردًا من ثيابه إلا عورته . وفي الثانية مثل قول الشافعي ، والأفضل غسله في قميص رقيق . قال ابن قدامة ، في الكافي : ويجرد الميت عند تغسيله ويستر ما بين سرته وركبتيه . راجع الإفصاح (١٨٢/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٤٩/١ ، ٢٥٠) ، المغني ٤٥٣/٢ ، ٤٥٤ .

(٤) ساقط من (ن) .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

غسلوا رسول الله ﷺ (١) وعليه ثيابه ، « [فغسلوه وعليه ثيابه] » (٢) وهذا يدل أن غسل جميع الناس مخالف (٣) لغسله ، وهذا خلاف قولهم (٤) .

٤٤٠٩ – ولأن المقصود بغسله النظافة ، وإذا جرد كان أمكن ، بدلالة الحي . ولأن القميص يبقي عليه بلل (٥) النجاسة ، وتعود (٦) إلى جسمه فلا يطهر (٧) إلا بمشقة . ولأنه غسل واجب ، كالجنابة .

٤٤١٠ – ولا يقال : إن الجنب يتجرد لنفسه والميت يطلع عليه غيره ؛ لأن هذا القميص ينـزع عنه فيحصل الاطلاع . ولا معنى للاستدلال بغسله ﷺ ؛ لأن ذلك اختص به لعظم حرمته ، وقد بينا من قول الصحابة أنه مخالف لغيره .

٤٤١١ – ولا يقال : إن الميت يكون ببدنه عيب أو أثر من الموت فإذا جرد اطلع عليه ؛ لأن هذا المعنى موجود في نزع هذا الثوب عنه في حال التكفين (٨) .

* * *

---

(١) ساقط من (ن) .

(٢) زيادة من (ن) . هذا الحديث ، أخرجه أبو داود في كتاب الجنائز ، باب في ستر الميت عند غسله (١٩٣/١٩٢/٢) ، وأحمد في المسند ، في مسند عائشة رضي الله عنها (٢٦٧/٦) . راجعه في المنتقى ص ٢٨٤ ، الحديث (١٧٩٣) ، وفي إعلاء السنن في أبواب الجنائز (١٧٧/٨ ، ١٧٨) ، وفي كتاب الجنائز (١٠٦/٢) ، الحديث (٧٣٩) .

(٣) في (ص) ، (م) : [مخالفًا] .

(٤) في (ن) : [قولهم خلاف] بالتقديم والتأخير .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [تلك] ، مكان [بلل] .

(٦) في (ن) ، (ع) : [ويعود] .

(٧) في (م) : [فلا يظهر] .

(٨) في (ن) : [التكبر] ، وفي (ع) : [التكفير كذا] بزيادة كذا .

مسألة ٢٦٨

ليس في غسل الميت مضمضة ولا استنشاق

٤٤١٢ - قال أصحابنا : ليس في غسل الميت مضمضة ولا استنشاق (١) .

٤٤١٣ - وقال الشافعي : يصب الماء في فمه وفيما يصل إليه من أنفه (٢) .

٤٤١٤ - لنا : أن المضمضة إدارة الماء في فمه ، والاستنشاق : جذبه بخياشيمه (٣) ، وهذا المعنى لا يتأتى فيه ، ومتى سقط موضوع (٤) الشيء سقط حكمه .

٤٤١٥ - ولأن في صب الماء في فمه مُثلةً ؛ لأنه يصل إلى جوفه .

٤٤١٦ - ولا يقال : إن الحي لو تمضمض وبلع الماء جاز عندكم ؛ لأنه قد روى عن أبي يوسف : أنه إذا شرب الماء لا يعتد به من المضمضة .

٤٤١٧ - ولأنه إن صب الماء كان مُثلةً ، وإن مسح الفم بخرقة كان مسحًا ، والمضمضة ليس من سنتها (٥) المسح .

٤٤١٨ - احتجوا : بما روى أن النبي ﷺ قال لأم عطية لما غسلت ابنته : « ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها » (٦) .

٤٤١٩ - والجواب : أنه يحتمل أن يريد الواجب من مواضع الوضوء .

---

(١) راجع نفس المصادر السابقة في المسألة (١٦٦) .

(٢) راجع الأم (٢٦٥/١) ، مختصر المزني صـ٣٥ ، المهذب (١٢٨/١) الوسيط (٨٠٥/٢) ، حلية العلماء (٢٨٣/٢) ، المجموع مع المهذب (١٦٩/٥ ، ١٧٢) . وراجع المدونة في غسل الميت (١٦٧/١) ، المنتقى كتاب الجنائز (٦/٢) ، بداية المجتهد (٢٣٦/١) قال أحمد وأصحابه مثل قول الحنفية ، ويوضئه وضوء الصلاة ، ولا يدخل الماء في فيه ولا في أنفه ، راجع الكافي (٢٥١/١) ، المغني كتاب الجنائز (٤٥٧/٢ ، ٤٥٨) .

(٣) في (م) : [صدبه] ، مكان [جذبه] ، وفي (ن) : [جبلاته] مكان [بخياشيمه] ، وفي (ع) : [لخياشيمه] .

(٤) في (ع) : [موضع] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [سننها] .

(٦) هذا الحديث ، أخرجه مسلم في الصحيح كتاب الجنائز في آخر باب في غسل الميت (٣٧٤/١) ، والبخاري في الصحيح ، في الجنائز ، باب يبدأ بميامن الميت (٢١٨/١) . وأبو داود في كتاب الجنائز ، باب كيف غسل الميت (١٩٣/٢) ، وابن ماجه ، في كتاب الجنائز ، باب ما جاء في غسل الميت (٤٦٩/١) ، الحديث (١٤٥٩) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في ما أول ما يبدأ به من غسل الميت (١٢٨/٣) . راجع تخريجه أيضًا في مصابيح السنة في كتاب الجنائز ، باب غسل الميت وتكفينه (٥٣٩/١) ، الحديث (١١٥٧) ، ونصب الراية ، في كتاب الصلاة ، فصل في الغسل (٢٥٧/٢) ، وفي إعلاء السنن ، (١٧٨/٨) ، وفي تلخيص الحبير (١٠٦/٢) ، الحديث (٧٤٠) ، ونصب الراية ، باب الجنائز ، فصل في الغسل (٢٥٧/٢) .

مسألة ٢٦٩

لا يسرح شعر الميت

٤٤٢٠ – قال أصحابنا : لا يسرح شعر الميت [١] .

٤٤٢١ – وقال الشافعي : يسرح بمشط واسع الأسنان [٢] .

٤٤٢٢ – لنا : أن التسريح يتناثر معه الشعر في العادة ، ومن حكم الشعر أن يدفن مع الميت ، فلا معنى لإزالته .

٤٤٢٣ – ولا يقال : إن الغسل بالسدر يزيل الشعر وهو جائز ؛ لأن هذا يراد للنظافة ، والتسريح لا يحتاج إليه لهذا المعنى ، ولأن التسريح يفعل للزينة والميت لا يزين وإنما ينظف .

٤٤٢٤ – احتجوا : بما روى أن النبي ﷺ قال : « اصنعوا بموتاكم ما تصنعون بعرائسكم » [٣] .

---

(١) راجع كتاب الأصل (٤١٨/١) ، مختصر الطحاوي (ص٤٠) ، المبسوط (٥٩/٢) ، تحفة الفقهاء (٢٤٠/١) ، وبدائع الصنائع (٣٠١/١) ، الهداية مع فتح القدير وبهامشه العناية (١١٠/٢ ، ١١١) البناية فصل في الغسل (٢٢١/٣ ، ٢٢٢) ، مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر (١٨٠/١ ، ١٨١) حاشية ابن عابدين وبهامشه الدر المختار (٦٠٠/١) .

(٢) قال الإمام الشافعي : فإن كان ملبدًا فلا بأس أن يسرح بأسنان مشط مفرجة وقال في الأم ومختصر المزني : ويسرحهما تسريحًا رفيقًا . راجع : الأم ما يبدأ به في غسل الميت (٢٦٥/١ ، ٢٨١) ، مختصر المزني (ص٣٥) ، المهذب باب غسل الميت (١٢٨/١) ، الوسيط الجنائز (٨٠٦/٢) ، حلية العلماء الجنائز (٢٨٣/٢) ، المجموع مع المهذب (١٦٩/٥ ، ١٧٢) . قال ابن هبيرة الحنبلي في الإفصاح : واتفقوا على أنه لا يسرح شعر الميت ، إلا الشافعي فإنه قال : يسرح تسريحًا خفيفًا ، وقال ابن قدامة في الكافي : وكره أحمد تسريح الميت . راجع : الإفصاح باب من أحق بالإمامة على الميت (١٨٨/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٥٢/١) .

(٣) رواه ابن أبي شيبة ، عن محمد بن أبي عدي ، عن حميد عن بكر ، بلفظ : قال : قدمت المدينة فسألت عن غسل الميت ، فقال بعضهم : اصنع كما تصنع بعروسك ، غير أن لا تخلقه ، في المصنف ، في كتاب الجنائز ، في ما قالوا فيما يجزى عن غسل الميت (١٣٢/٣) . قال الحافظ ابن حجر بعد أن ذكر رواية ابن أبي شيبة : وأخرجه أبو بكر المروزي في كتاب الجنائز له ، وزاد فيه : فدلوني على بني ربيعة فسألتهم فذكره ، وقال : غير أن لا تنور ، وإسناده صحيح ، لكن ظاهره الوقف . وأصح من ذلك ما في الصحيحين ، عن أم عطية : لما غسلنا ابنة النبي ﷺ مشطنا . في تلخيص الحبير ، في كتاب الجنائز (١٠٦/٢) ، الحديث =

٤٤٢٥ - والجواب : أنه لم يرد به [1] كما يصنع بالعروس ، وإنما المراد به : ما يصنع من التنظيف والطيب .

* * *

= (٧٤٠) . حديث أم عطية أخرجه البخاري بلفظ : ومشطناها ثلاثة قرون ، في الصحيح ، في الجنائز ، باب ما يستحب أن يغسل وترًا (١/٢١٨) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الجنائز ، باب في غسل الميت (١/٣٧٤) ، وأخرجه ابن أبي شيبة بلفظ : أن أم عطية قالت : مشطتها ثلاث قرون في المصنف في شعر المرأة إذا اغتسلت كيف يصنع به (٣/١٣٨) .

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

مسألة ٢٧٥

يستحب أن يغسل الميت بماء حار

٤٤٢٦ – قال أصحابنا : يستحب أن يغسل الميت بماء حار [١] .

٤٤٢٧ – وقال الشافعي : إذا لم يكن عليه وسخ أو نجاسة لا يزول إلا بماء حار جاز ، وإلا فالأفضل البارد [٢] .

٤٤٢٨ – لنا : أن المقصود من الغسل النظافة ، والحار أبلغ في إزالة الدرن ، ولهذا إذا أراد الحي المبالغة في النظافة استعمله ، فكان أولى .

٤٤٢٩ – ولا يقال : إن البارد يصلب البدن ، والحار يرخيه ؛ لأن الميت يصير إلي البلى [٣] ، فلا معنى لاعتبار ما يصلبه ويقويه [٤] .

* * *

(١) قال البابرتي في العناية في جواب قول الشافعي : غسل الميت شرع للتنظيف ، والماء الحار أبلغ في التنظيف فيكون أفضل . راجع كتاب الأصل (٤١٩/١) ، مختصر الطحاوي ص٤٠ ، المبسوط (٥٩/٢) ، تحفة الفقهاء (٢٤٠/١) بدائع الصنائع (٣٠١/١) ، فتح القدير ومعه الهداية والعناية (١٠٨/٢) ، مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر (١٨٠/١) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه الدر المختار (٥٩٩/١ ، ٦٠٠) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وقال الشافعي فالأفضل البارد] بزيادة وقال الشافعي . قال الإمام الشافعي : ويغسله بالماء غير السخن ، لا يعجبني أن يغسل بالماء المسخن ، ولو غسل به أجزأ إن شاء الله تعالى . راجع الأم غسل الميت (٢٨٠/١) ، مختصر المزني ص٣٥ ، حلية العلماء ، الجنائز (٢٨٣/٢) المجموع مع المهذب (١٥٥/٥ ، ١٦٣ ، ١٦٨) . وليس عند الإمام مالك تفضيل أحدهما على الآخر ، قال ابن عبد البر في الكافي : يغسل بالماء القراح إن شاء باردًا وإن شاء سخنًا . راجع الكافي لابن قدامة باب غسل الميت (٢٧١/١) . قال الإمام أحمد وأصحابه مثل قول الشافعي : الماء البارد في غسل الميت أفضل من الماء الحار إلا إذا احتيج إليه لإزالة الوسخ ، قال ابن قدامة في المغني : فإن كثر ولم يزل إلا بالحار صار مستحبًا . راجع : الكافي لابن قدامة (٢٥٢/١) ، المغني كتاب الجنائز (٤٦٠/٢) .

(٣) في (ص) : [البلا] .

(٤) في (م) : [ما تصلبه وتقويه] .

مسألة ٢٧١

لا يقص شعر الميت ولا ينتف شعر إبطه ولا يؤخذ شعر عانته

٤٤٣٠ – قال أصحابنا : لا يقص شعر [١] الميت ولا ينتف شعر إبطه ولا يؤخذ شعر عانته [٢] .

٤٤٣١ – وقال الشافعي : يجوز ذلك في أحد قوليه إلا أنه قال : ليس بسنة ، وقال : في حلق رأسه على وجهين : إن كان ممن يتزين بترك الشعر لم يحلق [٣] ، وإن كان ممن عادته أن ينظف حلق [٤] .

٤٤٣٢ – لنا : ما روي عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنها قالت : « أتريدون أن أنصوا موتاكم » [٥]

---

(١) في هامش (ص) : [ظفر] .

(٢) انظر : المبسوط (٥٩/٢) ، تحفة الفقهاء (٢٤٠/١) ، بدائع الصنائع (٣٠١/١) ، الهداية مع فتح القدير وبهامشه العناية (١١٠/٢ ، ١١١) ، البناية (٢٢١/٣ ، ٢٢٢) ، مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر (١٨١/١) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه الدر المختار (٦٠٠/١) .

(٣) في (ع) : [ممن يتزين بحلق الشعر لا يحلق] .

(٤) في (م) : [تنظف] . قال الإمام الشافعي : فإن كان على يديه وفي عانته شعر فمن الناس من كره أخذه عنه ومنهم من رخص فيه . والقول الجديد أنه مستحب وتركه مكروه . راجع : الأم (٢٨٠/١) ، مختصر المزني (ص٣٦) ، المهذب (١٢٩/١) ، الوسيط الجنائز (٨٠٧/٢ ، ٨٠٨) ، حلية العلماء الجنائز (٢٨٤/٢) ، المجموع مع المهذب (١٧٨/٥-١٨٢) . وقال الإمام مالك وأصحابه مثل قول الحنفية : لا يقص شعر الميت ولا ينتف ، قال ابن القاسم : قال مالك : أكره أن يتبع الميت بمجمرة أو تقلم أو تحلق عانته ، ولكن يترك على حاله . راجع : المدونة في اتباع الجنازة بالنار وفي تقليم أظفاره وحلق العانة (١٦٣/١) ، المنتقى كتاب الجنائز (٦/٢) ، بداية المجتهد (٢٣٧/١) ، الرسالة الفقهية باب ما يفعل بالمحتضر وفي غسل الميت وكفنه وتحنيطه وحمله ودفنه (ص١٤٩) . وقال الإمام أحمد وأصحابه مثل قول الإمام الشافعي : يستحب قص شاربه ، واختلفوا في إزالة شعر العانة ، قال ابن قدامة في الكافي : وفي أخذ عانته وجهان : أحدهما : يستحب إزالتها بنورة أو حلق ، والثاني : لا يستحب ، وقال في المغني : روي عن أحمد أن أخذها مسنون . راجع الإفصاح (١٨٩/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٥٢/١) ، المغني الجنائز (٥٤١/٢ ، ٥٤٢) .

(٥) حديث عائشة رواه عبد الرزاق بلفظ : أن عائشة رأت امرأة يكدون رأسها فقالت : علام تنصون ميتكم ، في المصنف كتاب الجنائز (٣٧٤/٣) ، الحديث (٦٢٣٢) ورواه محمد عن أبي حنيفة في كتاب الآثار باب الجنائز وغسل الميت (ص٤٦) الحديث (٢٢٣) وأخرجه البيهقي في الكبرى باب المريض يأخذ من أظفاره وعانته (٣٩٠/٣) ، وفي تلخيص الحبير في كتاب الجنائز (١٠٦/٢ ، ١٠٧) ، الحديث (٧٤٠) ، إعلاء السنن (١٨١/٨ ، ١٨٢) .

فأنكرت ذلك ، ولا مخالف لها .

٤٤٣٣ – ولا يقال : روي « أن سعدًا غسل ميتًا فاستدعى موسى » [١] . لأنه يجوز أن يكون شعر [٢] التزق به دم ، أو نجاسة لا تزول [٣] إلا بإزالته ، ولأنه شيء من بدنه من غير حاجة ، كالختان .

٤٤٣٤ – ولأنه إذا حلق دفن معه ، فلا فائدة للتفريق [٤] بينهما .

٤٤٣٥ – ولأن أخذ الشارب واللحية مسنون في حال الحياة ، ولا يثبت [٥] بعد / الموت و [٦] كذلك أخذ الإبط . ٥٥

٤٤٣٦ – احتجوا : بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « اصنعوا بموتاكم ما تصنعون بعرائسكم » [٧] .

٤٤٣٧ – قلنا : نحن نعلم أنه لم يرد [٨] جميع ما يصنع بالعروس ، فبقى أن يكون المراد بعضه من الغسل [٩] والطيب .

٤٤٣٨ – قالوا : إزالة [١٠] هذه الأشياء نظافة ليس فيها قطع عضو ، فأشبه الغسل وإزالة النجاسة .

٤٤٣٩ – قلنا : الحلق إنما يفعل للنظافة ، لكن لا يحصل فيه وسخ في الثاني ، وإلا فبالغسل يتنظف ؛ فالحي [١١] يجوز أن يصيبه وسخ ونجاسة ، فأمرنا بإزالة ذلك عنه ، والميت إذا نظف بالغسل ، أمن به النجاسة ، فلم يحتج إلى إزالته ، ألا ترى أن موضع الحار يراد للنظافة حين لا يجتمع فيه البول ، فلما أمن من الميت هذا المعنى لم يحتج إلى إزالته ؟ .

* * *

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الجنائز في ما قالوا في الميت (٣/١٣٤) ، وأخرجه البيهقي (٣/٣٩٠) .

(٢) في (ن) : [سعد] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يزول] .

(٤) في (ع) : [ولا فائدة] ، وفي (م) ، (ن) ، (ع) : [في التفريق] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولا تثبت] .

(٦) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) تقدم تخريجه في المسألة ٢٦٨ .

(٨) ساقطة من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٩) في (ص) : [من غسل] .

(١٠) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١١) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

مسألة ٢٧٢

إذا خرج من الميت نجاسة بعد الغسل غسل ذلك الموضع ولم يعد غسله

٤٤٤٠ - قال أصحابنا : إذا خرج من الميت نجاسة بعد الغسل ، غسل ذلك الموضع ، ولم يعد غسله [١] .

٤٤٤١ - ومن أصحاب الشافعي من قال : يعاد الغسل ، ومنهم من قال : يعاد الوضوء [٢] .

٤٤٤٢ - فالقول الأول : فاسد ؛ لأن غسل الميت كالغسل من الجنابة ، ومعلوم أن من اغتسل من الجنابة ثم خرجت منه نجاسة ؛ لم يعد الغسل .

٤٤٤٣ - والقول الثاني : خطأ أيضًا ؛ لأنه يؤدي إلى انتقاض طهارة الميت [٣] بالحدث ، والموت ينافي ابتداء وجوب الأحكام عليه .

٤٤٤٤ - ولأن الموت في نفسه حدث ، فلو كان الوضوء [٤] يجب بخروج خارج لوجب بالموت .

---

(١) راجع المبسوط باب الصلاة على الجنازة (١٢٩/٢) ، تحفة الفقهاء (٢٤٠/١) ، بدائع الصنائع (٣٠١/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (١٠٩/٢) ، البناية (٢١٨/٣ ، ٢١٩) ، مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر (١٨٠/١) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه الدر المختار (٦٠٠/١) .

(٢) نص الإمام الشافعي في الأم ومختصر المزني : فإن خرج من الميت بعد غسله شيء أنقاه بالخرقة وأعاد غسله مرة واحدة ، ذكر أبو إسحاق الشيرازي والنووي وغيرهما في إعادة طهارته ثلاثة أوجه : في قول : لا يجب شيء ، والثاني : يجب الوضوء ، والثالث : يجب إعادة الغسل ، وقال الشيرازي : وجب غسله في ظاهر المذهب ، وقال أبو إسحاق : يجب الوضوء . راجع الأم باب ما يبدأ به في غسل الميت (٢٨١/١) ، المهذب (١٢٩/١) ، الوسيط ، الجنائز (٨٠٦/٢) حلية العلماء ، الجنائز (٢٨٤/٢) ، المجموع مع المهذب (١٦٩/٥ ، ١٧٧) . وقال الإمام مالك مثل قول الحنفية : إذا خرج من بطن الميت نجاسة بعد غسله فلا يعاد غسله . راجع بداية المجتهد (٢٣٧/١) . قال الإمام أحمد وأصحابه : يعاد الوضوء والغسل ، وقال أبو الخطاب من الحنابلة : يعاد الوضوء ولا يعاد الغسل راجع تفصيل المسألة في الكافي لابن قدامة (٢٥١/١ ، ٢٥٢) ، المغني ، كتاب الجنائز (٤٦١/٢-٤٦٣) ، والمسائل الفقهية ، كتاب الجنائز (٢١٧/١) مسألة (٢٦) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٤) في (ص) : [وضوء] .

مسألة ٢٧٣

إذا مات المحرم فعل به ما يفعل بغيره من تخمير رأسه وتطييبه

٤٤٤٥ - قال أصحابنا : إذا مات المحرم فعل به ما يفعل بغيره من تخمير رأسه وتطييبه (١) .

٤٤٤٦ - وقال الشافعي : لا يخمر رأسه ولا يقرب طيبًا (٢) .

٤٤٤٧ - لنا : ما روي عن عيسى بن أحمد ، عن علي بن عاصم ، عن عطاء ، عن ابن عباس ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال : « خمروا رؤوس موتاكم ، وغطوا وجوههم ، ولا تتشبهوا باليهود » (٣) . وبإسناده : « قال (٤) ﷺ (٥) في المحرم يموت : خمروهم (٦) ، ولا تتشبهوا باليهود » (٧) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الرأس] . راجع كتاب الأصل ، باب غسل الشهيد وما يصنع به (٤٠٦/١ ، ٤٠٧) ، كتاب الحجة باب غسل المحرم وكفنه وحنوطه (٣٥١/١ - ٣٥٣) ، المبسوط باب الشهيد (٥٢/٢ ، ٥٣) ، بدائع الصنائع فصل في كيفية التكفين (٣٠٨/١) .

(٢) نص الإمام الشافعي في الأم ومختصر المزني : إذا مات المحرم غسل بماء وسدر ، ولا يستعمل الطيب في غسله وبدنه وكفنه ، ولا يخمر رأسه ، وقال النووي في المجموع : قال الشافعي والأصحاب رحمهم اللّه : إذا مات المحرم والمحرمة ؛ حرم تطييبه ، وأخذ شيء من شعره أو ظفره ، وحرم ستر رأس الرجل . راجع : الأم باب ما يفعل بالمحرم إذا مات (٢٦٩/١ ، ٢٧٠) ، مختصر المزني (ص٣٦) ، المهذب (١٣١/١) ، الوسيط الجنائز (٨٠٨/٢) ، حلية العلماء الجنائز (٢٨٨/٢) ، المجموع مع المهذب (٢٠٧/٥ - ٢١٠) . وقال الإمام مالك وأصحابه مثل قول الحنفية : إذا مات المحرم يفعل به كما يفعل بالحلال ، وفي المدونة ، وقال الإمام مالك في المحرم : لا بأس أن يحنط إذا كان الذي يحنطه غير محرم . راجع : المدونة ، في الحنوط على الميت (١٦٨/١) ، الرسالة الفقهية (ص١٥١) ، المنتقى ، النهي عن تتبع الجنازة بنار (١٠/٢) ، بداية المجتهد ، الباب الثالث في الأكفان (٢٣٨/١ ، ٢٣٩) . قال أحمد وأصحابه مثل قول الشافعي : إذا مات المحرم لا يقرب طيبًا ، ولا يخمر رأسه ؛ لأن إحرامه لم ينقطع بموته . راجع المسائل الفقهية ، كتاب الجنائز (٢١٧/١) ، مسألة ٢٥ ، الإفصاح (١٨٩/١) ، الكافي لابن قدامة باب الكفن (٢٥٨/١) ، المغني كتاب الجنائز (٥٣٧/٢-٥٣٩) .

(٣) رواه الدار قطني بلفظ : خمروا وجوه موتاكم ، ولا تتشبهوا باليهود في كتاب باب المواقيت (٢٧٩/٢) ، الحديث (٢٧٣) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الجنائز باب المحرم يموت (٣٩٤/٣) ، وعزاه المناوي إلى الطبراني في الكبير وقال : ضعيف في مختصر شرح الجامع الصغير في حرف الخاء (٦/٢) .

(٤) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [أنه قال] .

(٥) ساقطة من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [خمورهم] .

(٧) أخرجه الدارقطني في كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٩٦/٢) ، الحديث (٢٧١) .

٤٤٤٨ - ولا يقال إن هذا الخبر رواه عطاء مرسلًا ؛ لأنه قد روي عن عطاء أنه قال : « إذا مات المحرم فليخمر [١] رأسه ؛ فإنه بلغنا عن النبي ﷺ أنه قال : « خمروا وجوههم ، ولا تتشبهوا باليهود » [٢] وروي [مسندًا مرسلًا] [٣] .

٤٤٤٩ - ويدل عليه : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا مات المرء المسلم انقطع عمله إلا [٤] من ثلاث : علم ينتفع به ، وولد صالح يدعو له ، وصدقة جارية » [٥] .

٤٤٥٠ - ومعلوم أن الميت ينقطع عمله من طريق المشاهدة ، والنبي ﷺ لا يعلمنا المشاهدات ، [فعلم أنه أراد : انقطع عمله] [٦] ، ولهذا استثنى منه الحكم .

٤٤٥١ - ولا يقال : إن المراد به : ثواب العمل ؛ لأن الظاهر إيقاع [٧] الحكم الذي هو الثواب وغيره لا يختص إلا بدليل ؛ لأن العمل إذا علم بانقطاعه ؛ فالثواب [٨] الذي يستحقه لا ينقطع بالإجماع ، وما يستحق في الثاني لا يستحق مع انقطاع العمل ، فلم يكن ادعاء العموم .

٤٤٥٢ - ولأنها عبادة شرعية أو يتعلق بالجوارح الظاهرة ، أو لا يصح إلا بعد اعتقاد الإيمان ، أو لها تحليل وتحريم ، أو يخرج عنها بفعل مباح فوجب أن ينقطع بالموت ، كالصوم والصلاة .

---

(١) في (ع) : [فلتخمر] .

(٢) في (ع) : [ولا يتشبهوا باليهود] . قال البيهقي بعد أن أخرج هذا الحديث مرفوعًا : بلفظ : خمروا وجوه موتاكم ولا تتشبهوا باليهود .

(٣) في (ص) : [مرسلًا ومسندا] .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) هذا الحديث أخرجه مسلم بلفظ : إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة : إلا من صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعوا له في الصحيح ، في كتاب الوصية ، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته (١٤/٢) ، والنسائي في المجتبي ، في كتاب الوصايا ، في فضل الصدقة عن الميت (٢٥١/٦) ، وأحمد في المسند ، في مسند أبي هريرة ﷺ (٣٧٢/٢) ، والطحاوي في مشكل الآثار ، في بيان مشكل ما روي عن رسول اللّه صلى اللّه عليه وآله وسلم : إذا مات الإنسان انقطع عمله ... إلخ (٩٥/١) ، وأخرجه أبو داود في كتاب الوصايا ، باب فيما جاء في الصدقة عن الميت (١١٧/٢) ، وزاد فيه لفظ : أشياء بعد لفظ : ثلاثة وأخرجه الترمذى في كتاب الأحكام ، باب الوقف (٦٥١/٣) ، الحديث (١٣٧٦) ، وقال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح . وصححه البغوي أيضًا . وقال المناوي بعد أن عزاه إلى البخاري في الأدب ، ومسلم : ضعيف ، في مختصره شرح الجامع

(٦) في (ع) : [فعلمنا أنه أراد انقطع علمه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [انقطاع] .

(٨) في (ن) : [بالثواب] .

٤٤٥٣ – ولا يقال : إن الصلاة لا تنقطع [١] بالموت ؛ لأنا نريد بقولنا : أنه لا يبقى لها حكم ، بدلالة أنه يستدبر به القبلة وينتقل [٢] حكمه ، يُنقطع بالجنون فانقطع بالموت ، والإحرام عبادة محضة لا يبطل حكمها بالجنون ، فلا يبطل بالوفاة .

٤٤٥٤ – قلنا : إن جعلنا أصل العلة الصوم ؛ لم نسلم أنه يبطل بالجنون ، وإن كان الأصل الصلاة ؛ فلا يصح على أصلهم ؛ لأن الجنون لا يبطل الصلاة وإنما يبطل الطهارة ، فتبطل [٣] الصلاة لفقدها .

٤٤٥٥ – ولأن الإحرام لا يبطل بالجنون ؛ لأن أداء الأفعال ممكن مع الجنون أو مرجو بعده ، وذلك لا يوجد في الموت [٤] .

٤٤٥٦ – ولا يقال : إن الصلاة تفتقر [٥] إلى الطهارة فبطلت بالموت ، والإحرام لا يفتقر إليها فلم يبطل ؛ لأن الصوم لا يفتقر إلى الطهارة ويبطل بالموت .

٤٤٥٧ – ولأن الصلاة افتقرت إلى طهارة ، والإحرام يفتقر إلى التكليف [٦] في حال فعله ، أو جواز أن يفعل في الثاني ، ولأن الموت معنى يمنع وجوب الكفارات [٧] ، كالتحلل .

٤٤٥٨ – ولا يقال : إن الكفارات تجب [٨] للانتفاع والميت لا ينتفع ؛ لأن المجنون يجب عليه الكفارات وإن لم ينتفع .

٤٤٥٩ – ولأن الكفارة وإن كانت [٩] تجب [١٠] للانتفاع فالحظر وقع [١١] للاستمتاع ، والميت لا يستمتع . ولأن ما كان مسنونًا في الميت الحلال [١٢] كان مسنونًا في المحرم ، كالتكبير والغسل ؛ لأن كل من سن فيه التكبير سن فيه التطيب وتغطية الرأس ، كالحلال .

٤٤٦٠ – ولأنه لا يمنع من تغطية وجهه ، فلا يمنع من تغطية رأسه [١٣] كالحلال .

٤٤٦١ – ولا يلزم على هذه العلل المحرم الذي مات على عهد رسول اللّه ﷺ لأن

---

(١) في (ع) : [ينقطع] .
(٢) في (ص) ، (ن) : [وتنتقل] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فيبطل] .
(٤) في (ع) : [الميت] .
(٥) في (ن) : [يفتقر] .
(٦) في (م) : [التكلف] .
(٧) في (ن) ، (ع) : [كفارات الإحرام] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : إن كانت] .
(١٠) في (م) : [يجب] .
(١١) في (م) : [لاحل] .
(١٢) في (ن) : [الحل] .
(١٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [غيره] .

التعليل لثبوت الحكم في المستقبل ؛ فلا يناقض [١] بالماضي .

٤٤٦٢ - ولأن حكم ذلك مخصوص به لمعني لا يوجد في غيره وسنبينه [٢] .

٤٤٦٣ - احتجوا بحديث ابن عباس ﷺ « أن محرمًا وقصته ناقته [٣] فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال : « اغسلوه [٤] بماء وسدر ، وكفنوه في ثوبيه ، ولا تخمروا رأسه ؛ فإنه يبعث يوم القيامة ملبيًا » ، وروى : « ولا تقربوه طيبًا » [٥] .

٤٤٦٤ - والجواب : أن ترك تخمير الرأس كان مشروعًا في بدء الإسلام في جميع الموتى [٦] اتباعًا لشرع من تقدم حتى نسخ بقوله عليه الصلاة والسلام : « خمروهم ، ولا تتشبهوا باليهود » . فيجوز أن يكون هذا قبل النسخ ، فمنع من تخميره ليس لأجل الإحرام ، ومنعهم من [٧] تطييبه ؛ لأنهم محرمون . وقوله : « فإنه يبعث يوم القيامة ملبيًا » بيان حاله في الآخرة .

٤٤٦٥ - وجواب آخر : أن النبي ﷺ علق الحكم بعلة ، وهو بقاء إحرامه في الآخرة وذلك لا يعلم في غيره ، فلم يجز إثبات الحكم مع عدم العلم بالعلة .

* * *

(١) في (ن) : [فلا تناقض] . (٢) في (ع) : [وسيتبنه] .

(٣) في (ن) : [وقصت به ناقته] ، وفي (ع) : [وقصته دابته] وفي صحيح مسلم : [فوقصته ناقته] .

(٤) في سائر النسخ : [غسلوه] والمثبت من واقع الحديث .

(٥) هذا الحديث ، أخرجه البخاري من حديث ابن عباس ، عن النبي ﷺ في الصحيح ، في الجنائز ، باب كيف يكفن المحرم (٢٢٠/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب ما يفعل بالمحرم إذا مات (١/ ٤٩٨ ، ٥٠٠) ، والشافعي في المسند ، في الباب الثالث والعشرين في صلاة الجنائز وأحكامها (٢٠٥/١) ، الحديث (٥٦٨) ، وأبو داود ، في كتاب الجنائز ، باب كيف يصنع بالمحرم إذا مات (٢١٥/٢ ، ٢١٦) ، والدارقطني في كتاب الحج (٢٩٧/٢) ، الحديث (٢٦٤ ، ٢٧٤ ، ٢٧٦) ، والبيهقي (٣٩٠/٣-٣٩٣) . قال الزيلعي : أخرجه الأئمة الستة . راجع تخريجه أيضًا في هامش شرح السنة باب المحرم يموت (٣٢١/٥ - ٣٢٣) ، ومصابيح السنة ، في باب غسل الميت وتكفينه (٥٤٠/١) ، الحديث (١١٦١) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية ، في كتاب أحكام الميت ، الفصل الأول في حكم الغسل (٢٩٣/٤) الحديث (٦٥٢) ، نصب الراية ، باب الجنائز ، فصل في الغسل ، وفصل في التكفين (٢٥٦/٢ ، ٢٦٣) ، وتلخيص الحبير في كتاب الجنائز (١٠٧/٢ ، ١٠٨) ، الحديث (٧٤٤) .

(٦) في (ع) : [في جمع الإسلام] . (٧) الزيادة في (ن) ومنع .

مسألة ٢٧٤

إذا ماتت المرأة لم يجز لزوجها غسلها

٤٤٦٦ - قال أصحابنا : إذا ماتت المرأة ؛ لم يجز لزوجها غسلها [١] .

٤٤٦٧ - وقال الشافعي : يجوز ذلك [٢] .

٤٤٦٨ - لنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا ينظر الرجل إلى فرج امرأة وابنتها تحل له » [٣] .

٤٤٦٩ - [ومعلوم أن زوجته لو ماتت قبل الدخول جاز له أن يتزوج بابنتها ، فلو غسل أمها لنظر إلى فرجها وابنتها تحل له] [٤] .

٤٤٧٠ - ولا يقال : النظر [٥] إلى الفرج لا يجوز في حال الحياة ، ولا بعد الموت ؛

---

(١) راجع كتاب الأصل باب غسل الميت من الرجال والنساء (٤٣٥/١) ، كتاب الآثار لمحمد باب غسل المرأة وكفنها ، (ص ٤٧) ، أثر (٢٢٩) ، أحكام القرآن للجصاص من باب ما يحرم من النساء ، (١٢١/٢) مختصر الطحاوي (ص ٤٩) ، المبسوط باب غسل الميت (٧١/٢) ، تحفة الفقهاء (٢٤١/١) ، بدائع الصنائع (٣٠٤/١) ، فتح القدير (١١١/٢) ، البناية (٢٢٣/٣) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار (٦٠٠/١) .

(٢) قال الإمام الشافعي في الأم ومختصر المزني : ويغسل الرجل امرأته إذا ماتت والمرأة زوجها إذا مات . راجع الأم ، باب الخلاف في إدخال الميت القبر (٢٧٣/١) ، مختصر المزني (ص ٣٦) ، المهذب باب غسل الميت (١٢٧/١) الوسيط الجنائز (٨٠٧/٢) ، حلية العلماء الجنائز (٢٨١/٢) المجموع مع المهذب (١٣٢/٥ ، ١٣٥ ، ١٤٩- ١٥١) . قال مالك وأحمد في المشهور مثل قول الشافعي : يجوز للزوج أن يغسل زوجته إذا ماتت كما تجوز لها أن تغسل زوجها ، وقال أحمد في رواية أخرى : لا يجوز له غسلها ؛ لأنها أصبحت كالأجنبية بعد موتها ، فلا يجوز له لمسها والنظر إلى عوراتها . راجع المدونة غسل الرجل امرأته والمرأة زوجها ، المنتقى كتاب الجنائز (٤/٢) ، الرسالة الفقهية (ص١٥٠) ، الكافي لابن عبد البر باب غسل الميت (٢٧١/١) ، بداية المجتهد ، الفصل الثالث فيمن يجوز أن يغسل الميت (٢٣٤/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب الثاني في التكفين (ص٨٩) راجع المسائل الفقهية كتاب الجنائز وما يتعلق بالميت (١٨٣/١) ، الكافي لابن قدامة باب غسل الميت (٢٤٧/١ ، ٢٤٨) ، المغني كتاب الجنائز (٥٢٣/٢ ، ٥٢٤) .

(٣) رواه ابن أبي شيبة عن جرير بن عبد الحميد ، عن حجاج ، عن أبي هانئ ، عن النبي ﷺ بلفظ : من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها . في المصنف في كتاب النكاح في الرجل يقع على أم امرأته أو ابنة امرأته ما حال امرأته ، (٣٠٤/٣) ، الحديث (٤) ، الباب (٤٨) ، وروى عبد الرزاق عن معمر ، عن ابن طاووس عن أبيه ، بلفظ : إذا نظر الرجل إلى فرج امرأة من شهوة ، لم تحل لابنه ولا لأبيه .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) . (٥) في (ع) : [أن النظر] .

لأن مذهب الشافعي : أن النظر جائز في الحالتين ، وإنما هذا شيء التزمه بعض أصحابه .

٤٤٧١ - قالوا : المراد به : النظر للشهوة . قلنا : ظاهر الخبر يقتضي العموم وحمله على التخصيص لا يجوز بغير دليل .

٤٤٧٢ - ويدل عليه : ما روى أبو عمرو [١] الشيباني عن ابن مسعود ﷺ « أنه قال : قلت لعلي : لِمَ غسلت فاطمة ؟ فقال : أما علمت أن النبي ﷺ ضمن أنها زوجتي في الدنيا والآخرة » ، فدل [٢] من اتفاقهما أن الغسل لا يجوز .

٤٤٧٣ - وروي عن عمر [٣] « أن امرأته لما ماتت قال لأهلها : نحن كنا [٤] أحق بها في حال [٥] حياتها ، فأما الآن فأنتم [٦] أحق » [٧] . ولأنه ارتفع النكاح وأحكامه ؛ فوجب أن لا يغسلها كما لو ماتت في حياته .

٤٤٧٤ - ولا يلزم إذا اشتراها ؛ لأنه يغسلها بحكم الملك ، ولا يجوز له تزوج أختها ؛ فلم يجز له غسلها [بحكم النكاح] [٨] كما لو طلقها ، ولأن كل حالة لا يجوز للزوج الاستمتاع بها لم يجز له غسلها بحكم النكاح ، كما لو طلقها طلاقًا رجعيًا ثم ماتت .

٤٤٧٥ - قالوا : المعنى فيما ذكرتموه أنه لا يجوز لها الغسل فلم يجز له أن يغسلها ، ولما جاز لها في مسألتنا غسله إذا مات ، كذلك جاز له [٩] .

٤٤٧٦ - قلنا : القياس عندنا يمنع غسلها له ، وموضع الاستحسان لا يحصل وصفًا في [١٠] المعارضة .

٤٤٧٧ - ولأنه إنما جاز لها الغسل لبقاء العدة التي أوجبها النكاح ، فجاز أن يبقي حكم النظر ، ولما لم يبق بعد موتها نكاح ولا عدة ؛ لم يجز الغسل بحكم [١١] ، وصار

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [أبو عمر] . (٢) في (ع) : [فقال] .

(٣) في (ع) : [معمر] .

(٤) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركها المصنف في الهامش .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٦) في (ن) ، (ع) : [أنتم] .

(٧) رواه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الجنائز في الرجل يغسل امرأته (١٣٧/٣) ، وأخرجه محمد في كتاب الآثار باب غسل المرأة وكفنها (ص ٤٧) ، الأثر (٢٣٠) ، وابن حزم في المحلى بالآثار في كتاب الجنائز (٤٠٧/٣) مسألة (٦١٧) . (٨) ساقطة من (ن) .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لها] .

(١٠) ساقطة من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش

(١١) في (ع) : [لحكم] .

وزانه أن يموت الرجل ثم تضع [(١)] حملها . ولا يلزم على ما ذكرناه العدة حال الحياة .

٤٤٧٨ – لأن [(٢)] تلك العدة لم يوجبها النكاح وإنما أوجبها الوطء ، وعدة الوفاة أوجبها النكاح ، بدلالة ثبوتها ، وطئ [(٣)] أو لم يطأ . ولا يلزم إذا مات المظاهر ؛ لأنه روى عن أبي يوسف في جواز غسلها روايتان [(٤)] .

٤٤٧٩ – وإذا ارتدت بعد موت الزوج : قال زفر : تغسله [(٥)] ، وعند أبي يوسف لا تغسله [(٦)] ، ولا يعرف مذهب أبي حنيفة .

٤٤٨٠ – احتجوا : بما روى عن عائشة رضي الله عنها [(٧)] « أنها قالت / : دخل عَليَّ رسول الله ﷺ وأنا أجد صداعًا قلت : وا رأساه فقال : « بل أنا وا رأساه ما عليك لو مت قبلي فغسلتك وكفنتك ودفنتك » [(٨)] . ٥٥

٤٤٨١ – وهذا يدل على أن له [(٩)] غسلها . والجواب : أنه يحتمل أن يكون المراد : أمرت [(١٠)] بغسلك . وقد يضاف الشيء إلى الإنسان بمعنى : الأمر به ، كما قيل : زنا ماعز ، فرجمه رسول الله ﷺ [(١١)] ؛ ولأن الزوجية لم تنقطع بينهما بالموت ؛ لأن النبي

---

(١) في (ع) : [وزانه بموت الرجل ثم يضع] ، وفي ن : [أن يموت الرجل] ، مكان : [وزانه أن يموت] ، قوله : [أن يموت] غير مقروءة في (م) . (٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولان] بالعطف .

(٣) في (ن) : [شربها بوطء] ، وفي هامش (ص) : [بوطء] ، مكان : [وطء] من نسخة أخرى .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [روايتين] . (٥) في (م) : [يغسله] .

(٦) في (م) : [يغسله] . (٧) قوله : [رضي الله عنها] ساقط من (ن) .

(٨) هذا الحديث ، رواه أحمد ، في المسند ، في مسند السيدة عائشة رضي الله عنها (٢٢٨/٦) ، وابن ماجه في كتاب الجنائز (٤٧٠/١) ، الحديث (١٤٦٥) ، والدارقطني في كتاب الجنائز (٧٤/٢) ، الحديث (١١، ١٢، ١٣) والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الجنائز ، باب الرجل يغسل امراته إذا ماتت (٣٩٦/٣) ، راجعه في مصباح الزجاجة (٤٧٤/١ ، ٤٧٥) ، الحديث (١٤٦٥/٥٢٠) ، والمنتقى ، في باب ما جاء في غسل أحد الزوجين الآخر (ص٢٨٢ ، ٢٨٣) ، الحديث (١٧٨٤) ، وتلخيص الحبير ، في كتاب الجنائز (١٠٧/٢) ، الحديث (٧٤٣) ، والسيرة النبوية لابن هشام (٦٤٢/٤ ، ٦٤٣) . ونصب الراية ، في كتاب الصلاة . باب الجنائز (٢٥١/٢ ، ٢٥٢) .

(٩) في (ص) ، (م) : [ازالة] ، مكان [ان له] . (١٠) في (م) : [امرتك] .

(١١) هذا الحديث ، رواه البخاري في الصحيح في كتاب الطلاق ، باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران وفي كتاب الأحكام ، باب من حكم في المسجد (٢٧٢/٣ ، ٢٧٣-٢٣٨/٤ ، ٢٣٩) ومسلم في الصحيح كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنا (٤٩/٢-٥٢) ، وأحمد في المسند ، في حديث بريدة الأسلمي رضي الله عنه (٣٤٧/٥) .

ﷺ قال لها : « أنت زوجتي في الدنيا والآخرة » ، وقال : « كل سبب ونسب ينقطع يوم القيامة إلا سببي ونسبي » [١] ، وإذا لم ينقطع النكاح بالموت جاز الغسل ، ولهذا لم يجز لهن التزويج لبقاء حكم النكاح .

٤٤٨٢ - قالوا : لو كان كذلك ، لم تجب [٢] عليهن عدة .

٤٤٨٣ - قلنا : لسنا نقول : إن نفس النكاح باق [٣] والعدة ثابتة . ولا يقال : إن زوجات النبي ﷺ إذا متن جاز له أن يتزوج بأخواتهن . وقد تزوج علي رضي الله عنه[٤] بعد فاطمة رضي الله عنها [٥] بأمامة بنت بنت [٦] رسول الله ﷺ [٧] ؛ فدل أن النكاح قد [٨] زال .

٤٤٨٤ - قلنا : المعنى المانع من الجمع : خشية العداوة ، وقطع الرحم ، وهذا المعنى يزول بالموت .

٤٤٨٥ - قالوا : قال رسول الله ﷺ : « كل سبب [ونسب] [٩] ينقطع يوم القيامة ، إلا سببي ونسبي » يريد به الإسلام ، بدلالة أن نسبه كنسب غيره .

٤٤٨٦ - قلنا : المفهوم من النسب النكاح ، وقد فهم ذلك عمر رضي الله عنه[١٠] وهو الراوي ، فقال لما خطب أم كلثوم : « إنما تزوجتها لأني سمعت النبي ﷺ يقول : « كل سبب ونسب ينقطع يوم القيامة » [١١] الخبر .

٤٤٨٧ - قالوا : نسب النبي ﷺ [١٢] كنسب غيره يوم القيامة .

---

(١) هذا الحديث ، أخرجه عبد الرزاق في المصنف ، في كتاب النكاح (١٦٣/٦ ، ١٦٤) الحديث (١٠٣٥٤) ، وسعيد بن منصور ، في سننه ، في النكاح (١٧٣ ، ١٧٤) ، الحديث (٥٢٠) وأحمد في المسند (٣٢٣/٤) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب النكاح (٦٤/٧) .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لم يحب] .

(٣) في (ن) ، (ع) : [باقي] .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [عنهما] .

(٦) لفظ : [بنت] الثاني ، ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) أمامة بنت زينب بنت رسول الله ﷺ من أبي العاص بن الربيع بن عبد العزى . راجع هذا الحديث في السنن الكبرى ، في كتاب النكاح ، باب تسمية أزواج النبي ﷺ وبناته وتزويجه بناته (٧٠/٧ ، ٧٣) .

(٨) لفظ : [قد] ساقط من (ع) .

(٩) الزيادة من (ن) .

(١٠) قوله : [رضي الله عنه] ساقط من (ن) .

(١١) انظر الحديث في المصادر السابقة .

(١٢) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

٤٤٨٨ - قلنا : قد روي : « إن الناس يدعون يوم القيامة [١] بأمهاتهم » [٢] ؛ فيجوز أن يكون نسبه [عليه الصلاة والسلام] [٣] غير منقطع ؛ لأنه يُدعَى [٤] بالأب وكذلك ولده ينسب إليه ، ولا ينسب إلى أمه .

٤٤٨٩ - قالوا : روي عن أسماء رضي الله عنها أنها قالت : « أوصت إليَّ فاطمة أن أغسلها أنا وعليّ ، فغسلتها أنا وعليّ » [٥] .

٤٤٩٠ - قالوا : ولم ينكر ذلك أحد من الصحابة .

٤٤٩١ - قلنا : قد روينا [٦] أن ابن مسعود رضي الله عنه أنكر . ولأنه [٧] إنما غسلها لما بينا أن الزوجية بينهما لم تنقطع [٨] . وقد رويت هذه القصة متعارضة ، فذكر الواقدي أن أسماء غسلتها . وروي أن أم هانئ كانت تغسلها وعلي يعطيها الماء ، فأضيف الغسل إليه . كما روي « أن النبي ﷺ غسله ستة [٩] : العباس وعلي والفضل بن العباس وقثم [١٠] بن العباس ، ومولياه : شقران وأسامة ، وإنما كان العباس يصب الماء وعلى يتولى الغسل » [١١] .

٤٤٩٢ - وأضيف إلى [١٢] جماعتهم لأجل المعاونة . وقد ذكر الطحاوي بإسناده

---

(١) في (ن) ، (ع) : [في الآخرة] ، مكان : [يوم القيامة] .
(٢) في (ع) : [بإمامهم] . وقد روى أحمد من حديث أبي الدرداء عن النبي ﷺ بلفظ : إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فحسنوا أسماءكم ، في المسند ، في باقي حديث أبي الدرداء رضي الله تعالى عنه (١٩٤/٥) ، وأبو داود ، في كتاب الأدب ، باب في تغيير الأسماء (٦٣٦/٢) والدارمي في كتاب الاستئذان ، باب في حسن الأسماء (٢٩٤/٢) .
(٣) الزيادة من (ن) ، (ع) . (٤) المثبت من (ص) ، (م) ، (ع) .
(٥) هذا الحديث ، أخرجه عبد الرزاق من طريق أم جعفر بنت محمد ، في المصنف ، في كتاب الجنائز ، باب المرأة تغسل الرجل (٤١٠/٣) ، الحديث (٦١٢٢) ، والشافعي في المسند (٢٠٦/١) الحديث (٥٧١) والدراقطني في كتاب الجنائز (٧٩/٢) ، الحديث (١٢) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الجنائز (٣٩٦/٣ ، ٣٩٧) . راجع تخريجه أيضًا في تلخيص الحبير كتاب الجنائز (١٤٣/٢) الحديث (٨٠٧) .
(٦) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [وروينا] .
(٧) في (ع) : [قالوا ولأنه] بزيادة : [قالوا] . (٨) في (م) ، (ن) : [لم ينقطع] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ست] . (١٠) في (ع) : [وتيم] .
(١١) روى ابن هشام هذه القصة مطولة ، في السيرة النبوية ، في جهاز رسول الله ﷺ ودفنه ، ومن تولى غسل الرسول (٦٦٢/٢) .
(١٢) في (م) [ان] ، مكان [إلى] .

عن محمد بن إسحاق ، عن عبد اللّٰه بن علي عن أبي رافع عن أبيه ، عن أمه [١] سلمى [٢] قالت : « كنت أمرض فاطمة بنت رسول اللّٰه ﷺ فأصحت يومًا كأصح ما كانت في مرضها ، وخرج [٣] علي إلى [٤] بعض حاجته ، فقالت [٥] : أي أمة ، اسكبي [٦] لي غسلًا [فسكبت] [٧] فاغتسلت كأحسن ما كانت تغتسل [٨] ، ثم قالت : أي أمة أعطيني ثيابي الجدد ، قالت : فأعطيتها فلبست ، ثم قالت : أي أمة قدمي فراشي [٩] وسط البيت ، قالت : ثم اضطجعت واستقبلت القبلة ، ثم قالت : أي أمة إني ميتة وقد اغتسلت فلا يكشفني أحد ، وقبضت [١٠] مكانها ، فجاء علي فأخبرته [١١] فقال : واللّٰه لا يكشفها أحد ، فدفنها بغسلها ذلك » [١٢] .

٤٤٩٣ - قالوا : إنها [١٣] فرقة حصلت بالوفاة ، فلم توجب [١٤] تحريم الغسل ، كما لو مات الزوج ، أو لأنها لا تقطع [١٥] الإرث .

٤٤٩٤ - قلنا : اعتبار الإرث لا معنى له ؛ لأن المكاتب [١٦] يغسل [١٧] امرأته ولا يرثها ، وكذلك العبد . ولأن الزوج إذا مات ، فغسلها له استحباب ، فلا يقاس عليه .

---

(١) لفظ : [أمه] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [سلما] .

(٣) في (ص) : [فخرج] .

(٤) في (ص) : [في] ، مكان : [الى] .

(٥) لفظ : [فقالت] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) لفظ : [لي] ساقط من (م) .

(٧) الزيادة من (ن) ، (ع) .

(٨) في (م) : [يغسل] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ثم افرشي] .

(١٠) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فقبضت] .

(١١) في (ن) : [فأخبر به] .

(١٢) رواه أحمد من طريق محمد بن إسحاق في المسند ، في « حديث أم سلمى ﷺ (٤٦١/٦ ، ٤٦٢) ، وأخرجه ابن الجوزي بهذا الإسناد ، قال ابن الجوزي بعد أن أخرجه بطوله : هذا حديث لا يصح ، في إسناده ابن إسحاق وقد كذبه مالك ، وقال النسائي : متروك الحديث ، في العلل المتناهية حديث في أنها غسلت نفسها وماتت (٢٦٠/١-٢٦٢) ، الحديث (٤١٩) ، وأخرجه عبد الرزاق من طريق عبد اللّٰه بن محمد في المصنف ، في كتاب الجنائز (٤١١/٣) ، الحديث (٦١٢٦) ، قال الزيلعي : سنده ضعيف ومنقطع . وأخرجه ابن سعد من طريق محمد بن إسحاق ، في الطبقات الكبرى (١٧/٨ ، ١٨) . راجع : نصب الراية ، في باب الجنائز (٢٥٠/٢ ، ٢٥١) ، وتلخيص الحبير في كتاب الجنائز (١٤٣/٢) ، الحديث (٨٠٧) .

(١٣) في (ن) : [لانها] .

(١٤) في (م) : [يوجب] .

(١٥) في (م) : [لا يقطع] .

(١٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لان كانت] .

(١٧) في (ن) : [تغسل] .

٤٤٩٥ – ولأن المعنى فيه بقاء العدة التي أوجبها الموت ، وهذا المعنى لا يوجد إذا ماتت [١] ، فصار وزانه أن تضع [٢] حملها ، فلا يجوز لها غسله بحكم النكاح .

٤٤٩٦ – قالوا : حكم من أحكام النكاح ، فإذا لم ينقطع بموت الزوج لم ينقطع بموت الزوجة ، كالإرث .

٤٤٩٧ – قلنا : الإرث حكم يوجبه الموت ، والغسل مستباح بالنكاح . فقولهم : في الفرع لا يقطعه الموت ، غير صحيح في الأصل ؛ لأن الموت إنما يقطع ما كان ثابتًا ، وأما ما يجب بالموت ؛ فإنه يقال : يثبت بالموت أو لم يثبت ، ولأنه يبطل بتحريم [٣] الجمع ؛ لأن النكاح يوجب أن لا يتزوج بأختها ولا تتزوج بزوج ، ولا ينقطع هذا الحكم بموته وينقطع بموتها .

٤٤٩٨ – ولأن الإرث يجب بالموت فلا يتصور انقطاعه به ، واستباحة الغسل يتعلق [٤] بالملك فيبقى ببقائه أو يبقى حكم موجب به .

٤٤٩٩ – قالوا : كل معنى لو أحدث بالزوج لم يمنع غسل الزوجة له إذا حدث بها لم يمنع غسله لها ، كالجنون .

٤٥٠٠ – قلنا : لا يمتنع أن يختلف حال ملكه [٥] لم يجز لها غسله ، وتنتقض العلة بإسلام أحد الزوجين ؛ لأن زوج الذمية إذا أسلم غسلته ، ولو أسلمت وهو ذمي لم يغسلها ، والمعنى في الجنون : أنه لا يحرم الاستمتاع ؛ فلم يحرم [٦] الغسل ، ولما أثر الموت في تحريم الاستمتاع جاز أن يؤثر في تحريم الغسل .

٤٥٠١ – قالوا : معنى يزيل التكليف ، كالجنون .

٤٥٠٢ – قلنا : ما يزيل التكليف لا يمنع الغسل وإنما يمنعه زوال النكاح والعدة الموجبة به .

٤٥٠٣ – قالوا : كل حالة جاز للزوجة غسل الزوج فيها ؛ جاز له غسلها كحال المرض .

---

(١) في (ص) : [مات] .
(٢) في (م) ، (ن) : [يضع] .
(٣) في (م) : [تحريم] .
(٤) قوله : [الغسل يتعلق] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) في (ن) ، (ع) : [ملكية] .
(٦) في (ص) : [فلم يجز] ، وفي (م) [فلم تحرم] .

٤٥٠٤ – قلنا : يبطل بما ذكرناه من إسلام أحدهما .

٤٥٠٥ – قالوا : كل شخصين جاز لكل واحد منهما غسل صاحبه في حال الحياة جاز ذلك بعد الوفاة ، كالأخوين .

٤٥٠٦ – قلنا : في حال الحياة الملك قائم ، وبعد الموت زال الملك وأحكامه ، فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر . ولأن الموت لا يؤثر في الأخوة ، ولو أثر فيها لم يمنع الغسل ، لأن الأجنبي يغسل الأجنبي ، والموت يؤثر [١] في الزوجية ، فإذا زالت أحكامه صار في حقها كالأجنبي فلم يجز أن يغسلها .

* * *

(١) في (ن) : [لا يؤثر] ، مكان : [يؤثر] .

مسألة ٢٧٥

إذا مات المولى لم تغسله أم ولده

٤٥٠٧ - قال أصحابنا إلا زفر : إذا مات المولي لم تغسله أم ولده ، وإن ماتت لم يغسلها [١] .

٤٥٠٨ - وقال الشافعي : يغسل كل واحد منهما الآخر [٢] .

٤٥٠٩ - لنا : أنها إذا ماتت زال ملكه عنها ، فصار كزواله بالبيع . ولأنه سبب [٣] لإسقاط الرق ، كالعتق . ولأن المولي إذا مات عتقت بموته ، فصار كما لو أعتقها في [حال] [٤] حياته قبل موته [٥] .

٤٥١٠ - ولأنها عدة وطء ، بدلالة وجوبها في حال الحياة والوفاة على وجه واحد فأشبه الموطوءة [٦] بالشبهة .

٤٥١١ - احتجوا : بأن كل شخصين جاز لأحدهما أن يغسل صاحبه في حال حياته : فإذا لم ينقطع النسب بينهما إلى حال الوفاة [٧] جاز له غسله كالأخوين .

٤٥١٢ - والجواب : ما قدمناه .

٤٥١٣ - قالوا : لأنها معتدة عن وفاة فجاز لها الغسل كالزوجة . قلنا : هذا غير

---

(١) راجع كتاب الأصل ، باب غسل الميت من الرجال والنساء (٤٣٤/١) ، المبسوط (٧٠/٢) ، بدائع الصنائع ، فصل في بيان الكلام فيمن يغسل (٣٠٥/١) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار (٦٠١/١) ، تحفة الفقهاء ، كتاب الجنائز (٢٤١/١) .

(٢) قال الشافعية : يجوز للسيد غسل أم ولده إذا ماتت ، ولا خلاف في هذا ، وفي جواز غسلها له إذا مات ، وجهان : في الأصح : لا يجوز ، وهو قول أبي علي الطبري . وفي الوجه الآخر : يجوز لها غسله ، كالزوجة . راجع المهذب (١٢٨/١) ، الوسيط كتاب الجنائز (٨٠٦/٢) ، حلية العلماء كتاب الجنائز (٢٨١/٢) ، المجموع المهذب باب غسل الميت (١٣٧/٥ ، ١٣٨ ، ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٦ ، ١٤٧) . وقال المالكية والحنابلة : مثل الشافعية ، يجوز لكل واحد منهما غسل الآخر . راجع المدونة ، غسل الرجل امرأته والمرأة زوجها (١٦٧/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٧٢/١) . راجع الكافي لابن قدامة (٢٤٨/١) ، المغني ، كتاب الجنائز (٥٢٥/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولا سبب] .

(٤) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) قوله : [قبل موته] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) في (م) : [الموطيه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الحياة] ، مكان : [الوفاة] .

مسلم ؛ لأن عدتها عن الوطء وليست عن الوفاة ، ثم إن هناك بعض الأحكام المختصة بالملك تبقي [1] بعد الموت ، فجاز أن يبقي الغسل ، وفي أم الولد : لا يبقى من الأحكام المختصة بالملك ، فلم يبق جواز الغسل . ولا يقال : إنه قد بقي وجوب التكفين ؛ لأن ذلك لا يختص بالملك ، وإنما يتعلق بوجوب النفقة في حال الحياة من غير حصول منفعة ، بدلالة وجوبه في ذوى الأرحام لهذا المعني مع عدم الملك .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : يبقى .

مسألة ٢٧٦

يجوز تكفين الميت في القميص

٤٥١٤ - قال أصحابنا : يجوز تكفين الميت في القميص [(١)] .

٤٥١٥ - وقال الشافعي : ليس بمسنون [(٢)] .

٤٥١٦ - لنا : ما روي في حديث عبد اللّٰه بن مغفل ﷺ أنه قال : « كفنوني في قميصي ؛ فإني رأيت رسول اللّٰه ﷺ كفن في قميصه » [(٣)] . وروى ابن عباس ﷺ « أن النبي ﷺ [(٤)] كفن في قميصه الذي مات فيه » [(٥)] .

---

(١) كان الأصوب أن يقول : يسن إلخ ، بدل : يجوز إلخ ؛ لأن الشافعية لا تمانع في الجواز ، والخلاف بين المذهبين في السنة وليس في الجواز . راجع الجامع الصغير ، باب في حمل الجنازة والصلاة عليها ص ٢١ ، كتاب الآثار لمحمد ص ٤٦ ، الأثر ، ص٢٢٨ ، مختصر الطحاوي باب صلاة الجنائز (ص٤١) ، المبسوط (٦٠/٢) ، بدائع الصنائع ، فصل في كيفية وجوبه (٣٠٦/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه ، العناية (١١٣/٢-١١٥) ، البناية فصل في التكفين (٢٢٧/٣-٢٣١) ، مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر ، باب الجنائز (١٨١/١) ، حاشية ابن عابدين ، وبهامشه الدر المختار (٦٠٣/١) .

(٢) قال الإمام الشافعي : ولا أحب أن يقمص ولا يعمم . راجع الأم باب في كم يكفن الميت (٢٦٦/١ ، ٢٨١) ، مختصر المزني ص ٣٦ ، المهذب (١٣٠/١) ، الوسيط (٨٠٩/٢) ، حلية العلماء (٢٨٦/٢) ، المجموع مع المهذب (١٩٣/٥ ، ١٩٤) . قال الإمام مالك في رواية مثل قول الحنفية ، يقمص . وفي رواية أخرى مثل قول الشافعية : لا يقمص ، وإن قمص فلا بأس . راجع المنتقى ما جاء في كفن الميت (٧/٢ ، ٨) الرسالة الفقهية ، (ص١٥٠ ، ١٥١) ، الكافي لابن عبد البر ، باب الكفن (١٧١/١) . قال أحمد وأصحابه مثل قول الشافعي : يكفن الرجل في ثلاثة أثواب ليس فيها قميص ولا عمامة ، وإن كفن في قميص ومئزر ولفافة جاز . راجع الإفصاح باب صلاة الجنائز (١٨٥/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٥٦/١ ، ٢٥٧) المغني الجنائز (٤٦٤/٢/٤٦٧) .

(٣) عبد اللّٰه بن مغفل هو أبو عبد الرحمن المزني ، صحابي ، نزيل البصرة ، مات سنة سبع وخمسين ، وقيل بعدها . راجع ترجمته في التقريب (٤٥٣/١) ، ترجمة (٦٦١) .

(٤) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٥) حديث ابن عباس ، أخرجه أبو داود ، في كتاب الجنائز ، في آخر باب في الكفن (١٩٥/١) وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الجنائز (١٤٤/٣) ، البيهقي في الكبرى ، في كتاب الجنائز (٤٠٠/٣) ، وابن سعد ، في الطبقات الكبرى ، في القسم الثاني (٦٧/٢) . قال الزيلعي بعد أن ذكر حديث ابن عباس : ويزيد ابن أبي زياد ضعيف (٤٧/٧) ترجمة (١٩٧٩/٢٦) ، وناصح بن عبد اللّٰه ضعيف ، ورواه عبد الرزاق في المصنف ، في كتاب الجنائز (٤٢٣/٣) ، الحديث (٦١٧٧) ، رواه محمد عن أبي حنيفة (ص ٤٦) ، الأثر =

٤٥١٧ - وروى أنه قال في قميصه الذي غسل فيه : « جففه ثم البسه » . ولأن ما جاز أن يستتر به حال الحياة ؛ جاز أن [يكفن فيه ، كالإزار . ولا يلزم السراويل ؛ لأنه يجوز أن] (١) يستعمل مكان الإزار .

٤٥١٨ - احتجوا بحديث عائشة رضي الله عنها : « أن النبي ﷺ كفن في ثلاثة أثواب بيض ليس فيها قميص » (٢) .

٤٥١٩ - والجواب : أنها لم تنف ما زاد على الثلاث ، وإنما (٣) أخبرت أنه لم يكن في الثلاثة (٤) قميص ، فيجوز أن يكون القميص كان زائدًا .

٤٥٢٠ - وقد روي عن علي رضي الله عنه(٥) : « أن النبي ﷺ كفن في سبعة أثواب » (٦) ولأنا روايتنا مثبت ، فهو أولى من النافي (٧) .

٤٥٢١ - ولأن عائشة لم تحضر الغسل ، وابن عباس / وعلي حضرا ، ولأن عائشة يجوز أن يكون لما نزع القميص الذي غسل فيه ظنت لم يزد (٨) إليه ، ولأن خبرنا (٩) أكثر رواة . ٥٦/أ

= (٢٢٨) وابن سعد (٦٧/٢) . راجعه في المصنف (١٤٧/٢) ، وروي عن عبد الرزاق عن الحسن ، مثل قول الحنفية : يكفن الميت في قميص . كما روي عن مالك عن ابن شهاب قال : الميت يقمص ويؤزر ، ويلف في الثالث راجعه في المصنف (٤٢٥/٣) ، الآثار (٦١٨٥ ، ٦١٨٧ ، ٦١٨٨) . كما يستدل في جواز التكفين في القميص بحديث ابن عمر في قصة عبد الله بن أبي ، أخرجه البخاري في الصحيح في الجنائز (٢٢٠/١) . قال الحافظ ابن حجر ويستدل للتكفين في القميص بحديث جابر في قصة عبد الله بن أبي ؛ فإن النبي ﷺ أعطى ابنه القميص الذي كان على النبي ﷺ فكفنه فيه في تلخيص الحبير (١٠٩/٢) ، الحديث (٧٤٧) .

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) حديث عائشة ، متفق على صحته ، أخرجه الأئمة الستة في كتبهم ، أخرجه البخاري ، في الجنائز ، في باب الثياب البيض للكفن (٢١٩/١ ، ٢٢٠) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الجنائز باب في كفن الميت (٣٧٥/١) ، وأبو داود في كتاب الجنائز باب المشي أمام الجنازة (١٩٢/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف (١٤٤/٣) والبيهقي في الكبرى (٣٩٩/٣) . راجع تخريجه أيضًا في الهداية في تخريج أحاديث البداية (٣١٢/٤) ، الحديث (٦٦٤) .

(٣) في (ع) : [وانها] .

(٤) في (ص) : [الثلاث] .

(٥) قوله : [رضي الله عنه] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) حديث علي ، أخرجه ابن أبي شيبة ، في المصنف في آخر ما قالوا في كم يكفن الميت (١٤٨/٣) ، وأحمد في المسند (٩٤/١ ، ١٠٢) ، وابن سعد في الطبقات (٦٧/٢) . قال يحيى بن معين : عبد الله بن محمد بن عقيل ضعيف الحديث .

(٧) في (ص) ، (م) : [الثاني] .

(٨) في (م) ، (ع) : [طيب لم يرد] .

(٩) في (م) : [ولا خبرنا] .

٤٥٢٢ - قالوا : حال الميت يجب أن يعتبر بأعلى أحوال [(١)] الحي ، والحي أعلى أحواله لا يلبس القميص ؛ وهو الإحرام .

٤٥٢٣ - قلنا : لو اعتبر ذلك [(٢)] لم يغط رأسه ، ولم يطيب اعتبارًا بأعلى أحواله . ولأن المحرم منع من لبس القميص ؛ ليس بما ذكروه ، ولكن [(٣)] للمنع من الترفه والاستمتاع ، والميت لا يوجد فيه هذا المعنى . ولأن المرأة عندهم لا تكفن بالقميص ، وإن كانت في حال إحرامها تلبسه [(٤)] .

* * *

(١) في (م) : [يعتبرنا على أحوال] ، وفي (ع) : [يعتبر على أحواله] .
(٢) في (م) ، (ع) : [بذلك] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لكن] بدون العطف .
(٤) في (ن) : [ثلاثة] ، مكان : [تلبسه] .

مسألة ٢٧٧

الجنين إذا لم يستهل لم يغسل ولم يصل عليه

٤٥٢٤ - قال أصحابنا في الجنين : إذا لم يستهل ؛ لم يغسل ، ولم يصل عليه (١) .

٤٥٢٥ - وقال الشافعي : إن ألقته لأقل من أربعة (٢) أشهر يغسل ولم يصل عليه ، وإن كان له أربعة أشهر وأكثر ، وكان قد تخلق وتصور (٣) ففيه قولان :

٤٥٢٦ - أحدهما : يغسل ولا يصلي عليه .

٤٥٢٧ - (٤) والآخر : مثل قولنا . ومنهم من قال : إن قوله في (٥) القديم : يغسل ويصلى عليه (٦) .

٤٥٢٨ - لنا : حديث أبي هريرة ﷺ ، أن النبي ﷺ قال : « إذا استهل المولود ؛ كفن ، وصلي عليه ، وورث ، وإن لم يستهل ؛ لم يصل عليه » (٧) ، ولم يَثْبت ديته » .

---

(١) قال محمد في كتاب الأصل : إذا ولد المولود ميتًا ، فلا يغسل ولا يصلى عليه ، قال السرخسي في المبسوط : وفي غسله اختلاف في الروايات . راجع المسألة في كتاب الآثار باب استهلال الصبي والصلاة عليه ص٥٣ ، الأثر (٢٦٢ ، ٢٦٣) ، كتاب الأصل (٤١٥/١) ، مختصر الطحاوي ص٤١ ، تحفة الفقهاء الجنائز (٢٤٣/١ ، ٢٤٨) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (١٣٠/٢ ، ١٣١) ، البناية ، (١٨٥/١) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار (٦٢١/١) ، انظر تفصيل الخلاف في بدائع الصنائع (٣٠٢/١) ، وفي هامش التجنيس باب الجنائز (٩٧٤ ، ٩٧٧) (٦٠٢/٢-٦٠٤) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) [لأربعة] ، مكان : [لا قل من أربعة] .

(٣) في (م) : [قد يخلق ويصور] .   (٤) لفظ : [عليه] ساقط من (ن) .

(٥) حرف : [في] ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) قال الإمام الشافعي : والسقط يغسل ويكفن ويصلي عليه إن استهل . راجع الأم باب في كم يكفن الميت (٢٦٧/١) ، مختصر المزني (ص ٣٧) ، الوسيط الجنائز (٨١٢/٢) ، حلية العلماء (٣٠٠/٢ ، ٣٠١) المجموع مع المهذب (٢٥٥/٥-٢٥٨) . راجع المنتقى ، الباب الأول في صفة من يصلى عليه وتمييزه من غيره (١٢/٢) ، الرسالة الفقهية (ص١٥٨) ، الكافي لابن عبد البر (٢٧٩/١) ، بداية المجتهد (٢٤٧/١) . وقال أحمد وأصحابه : السقط إذا أتى عليه أربعة أشهر غسل وصلي عليه . راجع الإفصاح (١٨٣/١) المغني الجنائز (٥٢٢/٢ ، ٥٢٣) ، الكافي لابن قدامة (٢٥٣/١) .

(٧) ورواه الترمذي من طريق أبي الزبير عن جابر ، عن النبي ﷺ قال : الطفل لا يصلي عليه ، ولا يرث ولا =

ولأنه لم تعلم [١] حياته ، فلم يصل عليه ، أصله : إذا لم يكن له أربعة أشهر .

٤٥٢٩ - ولأنه لم يكمل بدل نفسه ، فأشبه ما دون أربعة أشهر .

٤٥٣٠ - احتجوا بحديث ابن مسعود ﷺ « أن النبي ﷺ قال : « النطفة تبقى [٢] في رحم المرأة أربعين يومًا ، ثم تصير [٣] مضغة أربعين يومًا ، ثم تصير [٤] علقه ، [وتبقي علقة] [٥] أربعين يومًا ، ثم يبعث اللّه ملكًا يكتب : أجله ، ورزقه ، وأنه شقي أم سعيد ، وينفخ فيه الروح » [٦] فدل على أنه حي .

٤٥٣١ - والجواب : أن هذا خاص فيمن يعلم اللّه [تعالى] [٧] يبقى ، بدلالة قوله : يكتب شقيا أو سعيدًا [٨] .

٤٥٣٢ - احتجوا : بما روى المغيرة بن شعبة ﷺ ، أن النبي ﷺ قال : « السقط يصلي عليه ، ويدعا لوالديه بالمغفرة والرحمة » [٩] .

٤٥٣٣ -قلنا : هذا محمول على من علمت حياته ، بدلالة الخبر الآخر . ولأن جابرًا [١٠] وابن عباس ﷺ رويا ، أن النبي ﷺ قال : « إذا استهل المولود صلى

= يورث ؛ حتى يستهل في كتاب الجنائز باب ما جاء في ترك الصلاة علي الجنين حتي يستهل (٣٤١/٣) الحديث (١٠٣٢) ، وابن ماجه في كتاب الجنائز باب ما جاء في الصلاة على الطفل (٤٨٣/١) ، الحديث (١٥٠٨) ، كما أخرجه ابن ماجه بهذا اللفظ في كتاب الفرائض باب إذا استهل المولود ورث (٩١٩/٢) ، الحديث (٢٧٥٠ ، ٢٧٥١) وأخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب الجنائز (٣٦٣/١ ، ٣٤٨/٤ ، ٣٤٩) .

(١) المثبت من (م) ، (ن) . (٢) في (م) : [يبقى] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يصير] . (٤) في (م) ، (ع) : [يصير] .

(٥) الزيادة من (ن) ، وفي (م) ، (ع) ، مكانها : [ويبقي عليه] .

(٦) حديث ابن مسعود ، متفق عليه ، أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب بدء الخلق باب ذكر الملائكة (٢١١/٢) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب القدر باب كيفية خلق الآدمي (٤٥١/٢ ، ٤٥٢) . راجعه في المنتقى ، في أبواب الصلاة على الميت ص٢٨٨ ، الحديث (١٨١٥) .

(٧) الزيادة من (ن) ، (ع) . (٨) في (م) ، (ن) : [شقيًا وسعيدًا] .

(٩) هذا جزء من حديث المغيرة بن شعبة أخرجه أبو داود ، في كتاب الجنائز ، باب المشي أمام الجنازة (٢٠١/٢)، والترمذي في باب ما جاء في الصلاة علي الأطفال (٣٤٠/٣ ، ٣٤١) ، الحديث (١٠٣١) ، والنسائي في كتاب الجنائز في الصلاة علي الأطفال (٥٨/٤) ، وابن ماجه مختصرًا في باب ما جاء في الصلاة على الأطفال (٤٨٣/١) ، الحديث (١٥٠٧) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب الجنائز (٣٥٥/١ ، ٣٦٣) قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ، وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفًا بهذا اللفظ ، في المصنف (٢٠٠/٣) . (١٠) في (م) : [جابر] .

عليه » [١] .

٤٥٣٤ - ودليل [٢] هذا الخبر خاص ، فبقي [٣] على الخبر العام على أصلهم .

٤٥٣٥ - قالوا : قد ثبت له حكم الأنفس ، بدلالة أنه يجب فيه الغرة [٤] ويورث عنه ، وتصيير أم ولد .

٤٥٣٦ - قلنا : هذه الأحكام موجودة فيه وإن [٥] نقص عن أربعة أشهر ، ومع هذا [٦] لا يصلى عليه . ولأن هذه الأحكام كلها ترجع إلى حقوق غيره والسقط ولد [٧] في حق غيره ، وإن لم يكن ولدا في حق نفسه ، بدلالة أنه لا يرث ولا يورث [٨] عنه .

* * *

(١) حديث جابر ، أخرجه الترمذي بهذا المعنى ، وبلفظ آخر في باب ما جاء في ترك الصلاة علي الجنين حتي يستهل (٣٤١/٣) ، الحديث (١٠٣٢) ، وابن ماجه بألفاظ متقاربة (٤٨٣/١) الحديث (١٥٠٨) ، والحاكم في المستدرك (٣٦٣/١) ، وأخرجه البيهقي مرفوعًا وموقوفًا بهذا اللفظ ، في الكبرى (٨/٤ ، ٩) ، وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفًا (٢٠١/٣) ، والدارمي ، في كتاب الفرائض (٣٩٢/٢ ، ٣٩٣) .

(٢) قوله : [ودليل] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) في (م) : [فنفي] .

(٤) في (م) : [العزة] لعل المراد به : [الدية] .

(٥) في (م) ، (ن) : [فان] .

(٦) في (ن) : [ومنع] .

(٧) في (ع) : [وان لم يكن له ولدا] ، وفي (ن) : بزيادة : [له] بعد : [ولدا] .

(٨) في (ع) : [ويورث] ، مكان : [ولا يورث] .

مسألة ٢٧٨

يسنم القبر ولا يسطح

٤٥٣٧ - قال أصحابنا : يسنم القبر ولا يسطح [١] .

٤٥٣٨ - وقال الشافعي : يسطح [٢] .

٤٥٣٩ - لنا : ما روى سعيد بن جبير وعروة عن ابن عباس رضي الله عنه قال : « صلي جبريل على آدم عليه السلام [٣] وكبر أربعًا وصلي جبريل بالملائكة يومئذ ، ودفن في مسجد الخيف ، وأخذ من قبل القبلة ، وألحد له ، وسنم قبره » [٤] .

٤٥٤٠ - وروي عن إبراهيم قال : « أخبرني من رأى قبر النبي [٥] صلى الله عليه وسلم ، وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما [٦] مسنمة ، عليها فلق من مدرة » [٧] .

٤٥٤١ - ولأن التسنيم أبعد من أبنية الدنيا ، ومن التشبه بأهل الكتاب فكان أولى . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن الجلوس على القبور » [٨] والتسنيم يمنع الجلوس المنهي عنه .

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ص٤٢ ، تحفة الفقهاء (١/ ، ٢٥٦) ، بدائع الصنائع (١/ ٣٢٠) المبسوط (٢/ ٦٢) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية ، (٢/ ١٤٠) ، حاشية ابن عابدين (١/ ٥٢٧) .

(٢) انظر الأم ، (١/ ٢٧٣) ، مختصر المزني ص٣٧ ، الوسيط (٢/ ٨٥٢) ، المهذب ، (١/ ١٣٨) ، المجموع مع المهذب (٥/ ٢٩٥-٢٩٧) . قال مالك وأحمد وأصحابهما مثل قول الحنفية : السنة تسنيم القبر . انظر المنتقى (٢/ ٢٢) ، الكافي لابن عبد البر (١/ ٢٨٣) ، الإفصاح (١/ ١٩٣) الكافي لابن قدامة (١/ ٢٧٠) ، المغني (٢/ ٥٠٥) .

(٣) في (ص) ، (م) : [عليه السلام] .

(٤) أخرجه الدارقطني في كتاب الجنائز ، باب مكان قبر آدم عليه السلام والتكبير عليه أربعًا (٢/ ٧٠ ، ٧١) .

(٥) في (ع) [رسول الله] .

(٦) قوله : [رضي الله عنهما] ساقط من (ن) .

(٧) هذا الأثر ، رواه محمد عن أبي حنيفة ، عن حماد ، عن إبراهيم ، بلفظ : من رأى قبر النبي صلى الله عليه وسلم وقبر أبي بكر رضي الله عنه ، وقبر عمر رضي الله عنه مسنمة ناشرة من الأرض ، عليها فلق من مدر أبيض ، في كتاب الآثار ، في باب تسنيم القبور وتجصيصها ص٥٢ الأثر (٢٥٥) رواه ابن أبي شيبة ، في المصنف ، باب في ما قالوا في القبر يسنم (٣/ ٢١٥) ورواه البخاري في الصحيح في باب ما جاء في قبر النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما (١/ ٢٤١) والبيهقي في الكبرى ، في باب من قال : بتسنيم القبور (٤/ ٣ ، ٤) .

(٨) أخرجه مسلم بلفظ : لا تجلسوا على القبور ، ولا تصلوا إليها في الصحيح ، في باب النهى عن الجلوس على القبور والصلاة اليه (١/ ٣٨٦ ، ٣٨٧) ، وأخرجه الطحاوي في المعاني كتاب الجنائز ، باب الجلوس على القبور (١/ ٥١٥ ، ٥١٦) ، وأحمد في المسند (٣/ ٣٩٩) .

٤٥٤٢ - احتجوا : بما روى القاسم بن محمد قال : « دخلت على عائشة ﵂ فقلت : يا أمة اكشفي لي عن قبر النبي ﷺ وصاحبيه [١] فكشفت لي [٢] عن ثلاثة قبور ، لا مشرفة ولا لاطية ، مبطوحة [٣] ببطحاء العرضة الحمراء [٤] ، وهذا دليل على أنها مسطحة .

٤٥٤٣ - قالوا : روى المزني « أن النبي ﷺ سطح قبر ابنه إبراهيم وجعل عليه حصباء » [٥] .

٤٥٤٤ - والجواب : إن الخبر الأول لا [٦] دلالة فيه ؛ لأنه يجوز أن تكون مبطوحة [٧] ، والتسنيم في وسطها ، وبطحا العرضة على ما سوى التسنيم ، وخبرنا مفسر في التسنيم ، فهو أولى من المجمل [٨] المستدل عليه ، والخبر الثاني : لا يعرف ، ويجوز أن يكون سطح القبر وجعل التسنيم في وسطه .

٤٥٤٥ - قالوا : روى أبو هياج [٩] الأسدى قال : « بعثني علي ، وقال : أبعثك على ما بعثني عليه رسول الله ﷺ : أن لا تدع قبرًا إلا سويته ولا تمثالًا إلا طمسته » [١٠] .

٤٥٤٦ - قلنا : المراد بذلك قبور المشركين التي كانوا يبنون عليها الأنصاب والأبنية ، فأراد أن يزيل ذلك لتزول آثار الشرك [١١] ، وهذا جمع بينه وبين التمثال الذي يفعله الكفار .

---

(١) في (ع) : [وصاحبه] .

(٢) في (م) ، (ع) [فكشف] بحذف : [لى] ، وفي (ن) : [وكشفت لى] .

(٣) في (م) ، (ن) : [مسطوحة] .

(٤) أخرجه أبو داود في باب في تسوية القبر (٢١١/١) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب الجنائز ، باب صفة قبر النبي ﷺ وصاحبيه ﵄ (٣٦٩/١ ، ٣٧٠) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب تسوية القبور وتسطيحها (٣/٤) .

(٥) في (ع) : [حصينا] . أخرجه المزني في مختصره ، في باب عدد الكفن وكيف الحنوط ، ص٣٧ ، والشافعي في المسند ، الباب الثالث والعشرون في صلاة الجنائز وأحكامها (٢١٥/١) ، الحديث (٥٩٩) .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [اما] ، مكان : [ان] ، [فلا] ، مكان : [لا] .

(٧) في (م) ، (ن) : [يكون] ، وفي (ن) : [مسطوحة] .

(٨) في (م) ، (ن) : [المحمل] بالحاء المهملة . (٩) في (م) ، (ن) : [ابو هناح] .

(١٠) أخرجه مسلم في الصحيح ، في باب الأمر بتسوية القبر (٣٨٦/١) ، وأبو داود في باب في تسوية القبر (٢١١/٢) ، والترمذى ، في كتاب الجنائز ، باب ما جاء في تسوية القبور (٣٥٧/٣) ، الحديث (١٠٤٩) ، والحاكم في المستدرك ، في باب تحسين الكفن (٣٦٩/١) .

(١١) قوله : [والأبنية] ساقط من (ن) ، وفي (م) ، (ن) : [ان يزيد ذلك ليزول اثار المشرك] ، مكان المثبت .

مسألة ٢٧٩

يجعل شعر المرأة على صدرها

٤٥٤٧ - قال أصحابنا : يجعل شعر المرأة على صدرها [١] .

٤٥٤٨ - وقال الشافعي : يضفر ويجعل وراءها [٢] .

٤٥٤٩ - لنا : أن هذا أجمع للكفن وأبعد من الانتشار ، فكان أولى كربط [٣] اليدين ، ولأن الضفر [٤] إنما يفعل للزينة ، وكذلك إلقاء الشعر على الظهر ، والميت لا يزين .

٤٥٥٠ - احتجوا بما روى في حديث أم عطية ﵂ « أنها قالت : ضفرنا شعر بنت رسول الله ﷺ [٥] ثلاثة قرون وناصيتها وقرنيها [٦] ، فألقيناها خلفها » [٧] .

٤٥٥١ - والجواب : أنه لم يذكر أن النبي ﷺ عرف ذلك ، ألا ترى أنها ذكرت ما أمر به [٨] من صفة الغسل والتكفين فما أضافته إلى فعلها ، فالظاهر أنه لم يأمر به ، ويجوز أن يكون الكفن ضاق [٩] عليها فضفرت الشعر ليكون أمكن مع ضيق الكفن .

---

(١) المبسوط (٧٢/٢) ، تحفة الفقهاء (٣٤٣/١) ، بدائع الصنائع (٣٠٨/١) ، الهداية مع فتح القدير (١١٦/٢) ، البناية ، (٢٣٧/٣ ، ٢٣٨) ، مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر . (١٨٢/١) ، الدر المختار في هامش حاشية ابن عابدين (٦٠٥/١) .

(٢) انظر : مختصر المزني ص٣٧ ، الأم (٢٦٥/١) ، حلية العلماء (٢٨٤/٢) ، المهذب (١٢٩/١) المجموع مع المهذب (١٨٤/٥) . اختلف أصحاب مالك فيما يصنع بشعر المرأة عند الكفن . قال الباجى في المنتقى : وإن كان المغسول امرأة ، فقد قال ابن حبيب : لا بأس أن يضفر شعرها . وقال ابن القاسم : يعمل في شعر المرأة بما شاءوا من لفه ، وأما الضفر فما أعرفه » ثم قال بعد ما علل قول ابن القاسم الأخير : والصواب أنه يستحب مستدلًا بحديث أم عطية . ورجح في آخر الفصل قول ابن حبيب . انظر المنتقى (٦/٢) . وقال أحمد وأصحابه مثل قول الشافعي : يستحب أن يضفر شعرها ثلاثة قرون ويسدل من ورائها . راجع الإفصاح (١٨٨/١) ، الكافي لابن قدامة ، (٢٥٢/١) ، المغني (٤٧٢/٢) .

(٣) في (ن) : [لربط] . (٤) في (م) : [الظفر] .

(٥) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) . (٦) في (ع) : [وقرنها] .

(٧) أخرجه البخاري في الصحيح ، في الجنائز باب يلقى شعر المرأة خلفها (٢١٩/١) ، ومسلم في الصحيح ، بلفظ : فضفرنا شعرها ثلاثة أثلاث قرنيها وناصيتها في باب في غسل الميت (٣٧٤/١) ، وأخرجه الإمام الشافعي في المسند الباب الثالث والعشرون في صلاة الجنائز وأحكامها (٢٠٣/١) ، الحديث (٥٦١) ، وأبو داود ، في باب كيف غسل الميت (١٩٣/٢) .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [مما أمر به] . (٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بها] .

مسألة ٢٨٠

حكم صلاة الجنازة على الشهيد

٤٥٥٢ - قال أصحابنا : يصلى على الشهيد [(١)] .

٤٥٥٣ - وقال الشافعي : لا يصلى عليه [(٢)] .

٤٥٥٤ - لنا : ما روى القاسم عن ابن عباس ﷺ قال : « أمرنا رسول اللّٰه ﷺ يوم أحد بالقتلي [(٣)] فجعل يصلي عليهم ، فيوضع تسعة وحمزة ، فيكبر عليهم [سبع تكبيرات] ، ثم يرفعون ويترك حمزة ، ثم يجاء بتسعة ، فيكبر عليهم سبعًا حتى فرغ منهم » [(٤)] .

٤٥٥٥ - روى الزبير ﷺ : « أن رسول اللّٰه ﷺ أمر يوم أحد بحمزة سجي ببرد ثم صلي عليه ، فكبر عليه سبع تكبيرات ، ثم أتي بالقتلى يصفون ويصلي [(٥)] عليه وعليهم معه ، فصلى عليهم سبعون صلاة » [(٦)] .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص٤١ ، المبسوط (٤٩/٢) ، الهداية مع فتح القدير ، وبهامشه العناية (١٤٣/٢- ١٤٥) ، تحفة الفقهاء (٢٥٨/١ ، ٢٦٠) ، بدائع الصنائع (٣٢٤/١) ، مجمع الأنهر (١٨٨/١) حاشية ابن عابدين وبهامشه الدر المختار (٦٣٦/١) .

(٢) قال النووي في المجموع : الشهيد لا يجوز غسله ولا الصلاة عليه . وقال المزني ﷺ يصلى عليه : وحكى إمام الحرمين والبغوي وغيرهما : وجهًا : أنه تجوز الصلاة عليه ولا تجب . وقال في فرع مذاهب العلماء في غسل الشهيد والصلاة عليه : إن مذهبنا تحريمها ، وبه قال جمهور العلماء . انظر : مختصر المزني ص٣٧ ، المهذب (١٣٥/١) ، الوسيط (٢٦٧/١) ، حلية العلماء (٣٠١/٢ ، ٣٠٢) ، المجموع مع المهذب (٢٦٠/٥ ، ٢٦١ ، ٢٦٤) . انظر : المدونة (١٦٥/١) ، الرسالة الفقهية ص١٥١ ، بداية المجتهد (٢٤٦/١) . انظر المسائل الفقهية (٢٠٣/١) ، الإفصاح (١٨٣/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٥٣/١) ، المغني (٥٢٨/٢ ، ٥٢٩) .

(٣) في سائر النسخ : [بالقتلى يوم أحد] بالتقديم والتأخير ، والمثبت من معاني الآثار .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من سائر النسخ ، وكما أن في سائر النسخ : يجيء ، مكان : يجاء ومنهم مكان : عنهم ، وما أثبتناه من معاني الآثار ، وهذا الحديث أخرجه الطحاوي (٥٠٢/١) والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الجنائز ، باب من زعم أن النبي ﷺ صلى على شهداء أحد (١٢/٤) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب معرفة الصحابة ، استشهد حمزة يوم أحد وهو ابن أربع وخمسين سنة (١٩٧/٣ ، ١٩٨) . وأخرجه ابن ماجه في كتاب الجنائز باب ما جاء في الصلاة على الشهداء ودفنهم (٤٨٥/١) ، الحديث (١٥١٣) .

(٥) في (م) : [صفوف] ، وفي (ع) : [صفوفا] ، وفي سائر النسخ : [ويصلون] ، المثبت من معاني الآثار .

(٦) أخرجه الطحاوي في المعاني ، (٥٠٣/١) ، ورواه ابن اسحاق (٩٧/٢) .

٤٥٥٦ - ولا يجوز أن يقال : [إن] [١] هذا الخبر رواه حجاج بن أرطاة [٢] ، قال شعبة : « أو ما ترى إلى هذا المجنون ؟ » يعني حسن بن أبي حازم يكلمني في الحسن بن عمارة ، وهو يروي عن الحكم بن عتيبة عن مقسم عن ابن عباس : « أن [٣] النبي ﷺ [صلي على قتلى أحد » [٤] . وهذا حماد بن أبي سليمان روى عن إبراهيم ، عن علقمة عن ابن مسعود ﷺ « أن النبي ﷺ] [٥] لم يصل عليهم » [٦] . وذلك [٧] لأن هذا ليس بطعن صحيح ؛ لأن حمادًا وإن كان أثبت في الرواية لم تكن [٨] روايته للنفي طعنًا على من نقل الإثبات [٩] . وقد روى هذا الخبر أبو بكر بن عياش [١٠] عن يزيد بن أبي زياد عن مقسم من غير طريق الحجاج [١١] . وروى عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس ﷺ : « أن النبي ﷺ صلى على قتلى أحد وقتلى بدر » [١٢] ، ولا يعارض ذلك ما روى جابر ﷺ : أن النبي ﷺ لم يصل عليهم ؛ لأن المثبت أولى من النافي ، ولأن [١٣] جابرًا اشتغل بقتل أبيه ؛ فيجوز أن يكون خفي عليه ما جرى .

---

(١) الزيادة من (ن) .

(٢) هو حجاج بن أرطاة بن ثور بن هبيرة النخعي الكوفي ، روى عنه شعبة ، والثوري . صدوق ، قال يحيى ابن معين : حجاج بن أرطاة ضعيف . قال النسائي : ليس بالقوي . قال ابن عدي في آخر ترجمته : والحجاج ابن أرطاة ؛ إنما عاب الناس عليه تدليسه عن الزهري ، وعن غيره ، وربما أخطأ في بعض الروايات ، فأما أن يتعمد الكذب فلا ، وهو ممن يكتب حديثه . راجع ترجمته في الكامل (٢٢٣/٢ - ٢٢٩) ، ترجمة (٣٧ - ٤٠٦) ، والمجروحين (٢٢٥/١ - ٢٢٨) ، وتقريب التهذيب (١٥٢/١) ، ترجمة (١٤٥) .

(٣) في (ن) : [عن] ، مكان : [ان] .

(٤) أخرجه ابن عدي في الكامل ، وأخرجه الدارقطني في كتاب السير (١١٨/٤) .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (ع) .

(٦) وأخرجه أحمد في المسند ، في مسند عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه (٤٦٣/١) .

(٧) في (ع) : [لان] ، مكان : [وذلك] .

(٨) في (م) : [لم يكن] .

(٩) في (م) ، (ع) : [هذا الاثبات] ، بزيادة : [هذا] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [عباس] ، وهو تصحيف .

(١١) تقدم تخريج هذا الخبر بهذا الاسناد ، عن ابن عباس .

(١٢) رواه الواقدي في كتاب المغازي ، في تسمية من استشهد من المسلمين ببدر (١٤٦/١ ، ١٤٧) وأخرجه أبو داود في كتابه المراسيل في الصلاة على الشهداء ص٤٦ .

(١٣) في (م) ، (ع) : [ولا] ، مكان : [ولأن] .

٤٥٥٧ - ولا يقال : إنّ النافي في مسألتنا أولى من المثبت ؛ لأنه ينقل أمرًا حادثًا ؛ وذلك أن [(١)] المثبت إنما كان أولى ليس [(٢)] لأنه ينقل معنى حادثًا ، لكن لأنه شاهد ما لم يشاهده غيره كشهادة المثبت ، وشهادة [(٣)] النافي .

٤٥٥٨ - ولا يقال : صلى عليهم بمعني دعا ؛ لأن الصلاة في الحقيقة يفهم منها غير الدعاء .

٤٥٥٩ - ولأنه روى في خبر ثعلبة بن صعير [(٤)] « أن النبي ﷺ صلى على قتلى أحد صلاته على الجنازة » . ولأنه نقل عدد التكبير ، وهذا لا يكون إلا في الصلاة .

٤٥٦٠ - ولا يقال : روى عقبة بن عامر ﷺ : « أن النبي ﷺ صلى على قتلى أحد بعد ثمان سنين » [(٥)] ؛ لأن هذا محمول على الدعاء ، ولو حمل على الصلاة كان دلالة على مخالفنا ، ويكون تكرار الصلاة لفضيلتهم ، وجوازها بعد مضي المدة ؛ لأن النبي ﷺ أخبر « أنهم باقون ولم يتغيروا » .

٤٥٦١ - ولا يقال : [إنه روى] [(٦)] « أنه كبر على كل [(٧)] فريق سبعًا » ، وذلك لا يبلغ سبعين ؛ لأن الغلط في عدد التكبيرات ، لا يمنع ثبوت أصل الخبر . ولأن القتلى كانوا ثلاثة وسبعين ، فكبر النبي ﷺ على حمزة وحده [(٨)] سبعة ، ثم كبر [(٩)] على تسعة سبعة ، فيكون جملة ذلك ثلاثة وستين تكبيرة ، وصلى عليهم بعد ثمان سنين ، فيجوز أن يكون كبر سبعًا ، فكمل [(١٠)] جميع التكبيرات سبعين / .

٤٥٦٢ - ولا يقال : يجوز [(١١)] أنه صلي على من ارتث [(١٢)] ؛ لأن حمزة لم

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لأن] ، مكان : [أن] .

(٢) لفظ : [ليس] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) في (ع) : وكشهادة .

(٤) انظر ترجمته في تقريب التهذيب ، في حرف الثاء المثلثة (١١٨/١) ، ترجمة (٣٣) ، وأسد الغابة (٢٤١/١ ، ٢٤٢) .

(٥) أخرجه الدارقطني في كتاب الجنائز ، باب الصلاة على القبر (٧٨/٢) الحديث (١٠) وأخرجه أبو داود في كتاب الجنائز باب الميت يصلي على قبره بعد حين (٢١٢/٢) ، وأخرجه البخاري في الصحيح .

(٦) الزيادة من (م) .

(٧) لفظ : [كل] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) في (ع) : [وهن] ، مكان : [وحده] . (٩) في (ص) : [وكبر] .

(١٠) في (ن) : [فيكمل] . (١١) في (م) ، (ع) : [ولا يجوز أن يقال يجوز] .

(١٢) ارتث : يقال للرجل إذا ضرب في الحرب فأثخن ، وحمل وبه رمق ثم مات : قد ارتث فلان . انظر لسان العرب مادة : رتث (١٥٨٠/٣) .

يرتث [١] وقد صلى عليه .

٤٥٦٣ - ويدل عليه : ما روى شداد بن الهاد : أن أعرابيًا آمن بالنبي ﷺ واتبعه [٢] ثم نهضوا به إلى قتال ؛ فأصابه سهم فقتل وكفن في جبة له ثم قدمه النبي ﷺ فصلى عليه ، وقال : « اللَّهم هذا [٣] عبدك خرج مجاهدًا في سبيلك قتل شهيدًا وأنا عليه شهيد » [٤] .

٤٥٦٤ - وروي أن النبي ﷺ قال : « صلوا على من قال : لا إله إلا اللَّه » [٥] . ولأنه مسلم تجب [٦] موالاته ، فتجب [٧] الصلاة عليه ، كسائر المسلمين . ولا يلزم المحترق ؛ لأنه يستوي فيه [٨] الأصل والفرع .

٤٥٦٥ - ولأن الصلاة عليه واجبة وإنما يتعذر إذا صار رمادًا . ولأنه قتل في طاعة ، كمن قتل في الأمر بالمعروف . ولأنه اعتبر بمن عظمت درجته فصلي [٩] عليه ، كالأنبياء .

٤٥٦٦ - ولا يجوز أن يقال : إن المعنى في سائر الموتى أنه يجب عليهم ؛ لأن [١٠] غسل الشهيد واجب ، وإنما قامت الشهادة مقامه كما يقوم التيمم مقامه عند عدم الماء .

٤٥٦٧ - ولا يقال : إن سائر الموتى يحتاجون إلى الاستغفار والشهيد قد غفر له ؛ لأن الصلاة قد تطلب [١١] للاستغفار ، وتطلب [١٢] لثواب المصلي ، ولأن ما قالوه يبطل بالصبي وبالأنبياء عليهم السلام [١٣] .

---

(١) قوله : [لأن حمزة لم يرتث] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : وايبعه . (٣) لفظ : [هذا] ساقط من (ن) .

(٤) رواه عبد الرزاق في المصنف في كتاب الجنائز ، باب الصلاة على الشهيد وغسله (٥٤٥/٣ ، ٥٤٦)، الحديث (٦٦٥١) ، والحاكم في المستدرك في كتاب معرفة الصحابة ، ذكر شداد بن الهاد رضي الله عنه (٥٩٥/٣ ، ٥٩٦) ، وأخرجه النسائي في كتاب الجنائز ، الصلاة على الشهداء (٦٠/٤-٦٢) ، والطحاوي ، (٥٠٥/١ ، ٥٠٦) .

(٥) أخرجه الدارقطني في كتاب العيدين ، باب صفة من تجوز الصلاة معه والصلاة عليه (٥٦/٢) ، الحديث (٣ ، ٤) . (٦) المثبت من (ن) .

(٧) في (م) ، (ع) : [فيجب] . (٨) في (ص) : [في] ، مكان : [فيه] .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [صلى] . (١٠) في (ص) ، (م) : [لأنه] .

(١١ ، ١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بطلت] .

(١٣) قوله : [عليهم السلام] ساقط من (ن) .

٤٥٦٨ - احتجوا : بحديث أنس ، وجابر ﷺ : أن النبي ﷺ لم يصل على قتلى أحد [١] . وقد أجبنا عن هذا فيما مضى . ولا يقال : من أصلكم [٢] أن الخبر المتفق علي بعضه [أولى من المختلف فيه ، وخبرنا متفق على بعضه] [٣] ؛ لأنه ذكر فيه ترك [٤] الغسل ؛ لأن هذا قد روي في خبر ابن عباس [أيضًا] [٥] ، فتساوى [٦] الخبران من هذا الوجه .

٤٥٦٩ - قالوا : كل من لم يجب غسله مع القدرة لم تجب [٧] الصلاة عليه ، كالسقط والكافر .

٤٥٧٠ - قلنا : غسل الشهيد واجب وإنما قام غيره مقامه ، كما يقوم التيمم مقامه عند عدم الماء . ولأن الغسل فيه متعذر حتى لا يزول الدم عنه ، كما يتعذر في المحترق ومن لا يجد الماء . ولأن الغسل إنما سقط فيه على طريق التعظيم حتى صار دمه طاهرًا وليس في سقوط الصلاة تعظيم . ولأن الكافر والسقط لا يصلى عليهم ؛ لأن الصلاة وضعت للموالاة [٨] والدعاء وذلك لا يجوز فيهما ، والشهيد ممن يستحق الدعاء والموالاة بيننا وبينه ثابتة ، فجاز أن يصلي عليه .

٤٥٧١ - ولا يقال : إن الموالاة ثابتة مع البغاة ، بدلالة التوارث ، وإن كان لا يصلى عليهم عندكم ؛ لأنا نعني بالموالاة التعظيم والدعاء والنصرة ، ولا نعني بها موالاة الدين .

٤٥٧٢ - قالوا : صلاة مقرونة بالطهارة ، فإذا سقط فرض الطهارة مع القدرة عليها

---

(١) في (م) : [لم يصلى على قتل أحد] . أخرجه أبو داود ، بلفظ : إن شهداء أحد لم يغسلوا ، ودفنوا بدمائهم ولم يصل عليهم ، في باب في الشهيد يغسل (١٩/٢) ، والترمذي في كتاب الجنائز ، باب ما جاء في ترك الصلاة على الشهيد (٣٤٥/٣) ، والطحاوي ، في باب الصلاة على الشهداء (٥٠٢/١) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب الجنائز ، في الصلاة على شهداء أحد (٣٦٦/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في جماع أبواب الشهيد ومن يصلى عليه ويغسل (١٠/٤) ، وأخرجه الشافعي في المسند في الباب الثالث والعشرين في صلاة الجنائز وأحكامها (٢٠٤/١) ، الحديث (٥٦٦) ، والدارقطني ، في كتاب السير (١١٧/٤) ، الحديث (٤٥) .

(٢) في (ن) : [إن من أصلكم] .

(٣) ما بين القوسين ساقط من صلب (م) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في (ن) : [فترك] ، مكان : [فيه ترك] .

(٥) الزيادة من (ن) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فتساويا] ، وفي (ن) : [فتساوى] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لم يجب] .

(٨) في (م) : [للموالات] .

سقط فرض الصلاة قياسًا على الحائض والمجنون .

٤٥٧٣ - [قلنا : قد بينا أن الطهارة لم تسقط وإنما قامت الشهادة مقامها ، وبينا أيضًا أن الطهارة غير مقدور عليها ، فأما الحائض والمجنون] [(١)] : فإنما سقط وجوب الصلاة عليهما فسقطت الطهارة التي تراد [(٢)] للصلاة ، فأما أن تكون [(٣)] الصلاة سقطت لسقوط الطهارة فلا . ولأنا لا نقول : إن طهارة الشهيد عدمت وإنما الموت فيه لا ينقض طهارته فبقي على الطهارة [(٤)] المتقدمة ، ولهذا لو كان جنبًا وجب غسله عندنا .

٤٥٧٤ - قالوا : فرض كفاية يسقط في حق السقط ، فسقط في حق الشهيد [(٥)] كالغسل .

٤٥٧٥ - قلنا : سقوط الصلاة في السقط لا يستدل بها على سقوطها [(٦)] في حق الشهيد ؛ لأن السقط لا تعلم [(٧)] حياته ، وهذه الصلاة تجب [(٨)] لأجل الموت ، والشهيد قد علمنا حياته ، فجاز أن يتعلق بموته الصلاة وإن كان من أهل الموالاة . ولأن الغسل لم يسقط فيه على ما بينا .

٤٥٧٦ - قالوا : الصلاة إنما سقطت في [حق] [(٩)] الشهداء ؛ لأنهم في حكم الأحياء .

٤٥٧٧ - [قلنا : هم في حكم الأحياء] [(١٠)] في باب بقاء ذكرهم واستحقاق الثواب ، وليسوا في حكم الأحياء في بقية الأحكام ، بدلالة : أنهم يورثون ، وتنكح نساؤهم .

* * *

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (ع) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [تراد] بالراء المهملة ، وفي باقي النسخ : [تزاد] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أن يكون] .

(٤) قوله : [فبقي على الطهارة] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) لفظ : [الشهيد] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [سقوط] .

(٧) المثبت من (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٩) الزيادة من (ع) .

(١٠) الزيادة من (ن) .

مسألة ٢٨١

ينزع عن الشهيد ما لا يبتدئ به التكفين كالسلاح والفراء والجلود

٤٥٧٨ - قال أصحابنا : ينزع عن الشهيد ما لا يبتدئ به التكفين ، كالسلاح والفراء والجلود ، ويستحب تكفينه في ثيابه ولا ينزع جميعها ، فإن أحبوا الزيادة فيها جاز ، وكذلك النقصان [1] .

٤٥٧٩ - وحكى أصحاب الشافعي : أنه يجب تكفينه بها [2] . وليس كذلك ، بل نقول : هو مستحب ، لقوله عليه الصلاة والسلام : [3] « زملوهم بدمائهم وثيابهم » [4] . ولأن ما عليه أثر الشهادة لا يزال من الشهيد ما لم يكره تغييه [5] بالدفن .

* * *

(١) انظر : الجامع الصغير ص٢٢ ، كتاب الآثار ، ص٥٣ ، مختصر الطحاوي ص٤١ المبسوط (٢/٥٠ ، ٥١) ، تحفة الفقهاء (١/٢٥٨) ، بدائع الصنائع (١/٣٢٤) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (٢/١٤٨) ، مجمع الأنهر ، وبهامشه ملتقى الأبحر (١/١٨٨ ، ١٨٩) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه الدر المختار (١/٦٣٦) .

(٢) نص الإمام الشافعي في الأم ومختصر المزني مثل قول الحنفية . قال النووي في المجموع : قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله : ينزع عن الشهيد ما ليس من غالب لباس الناس ، كالجلود والفراء والدرع والبيضة والجبة المحشوة وما أشبهها ، وقال في فرع مذاهب العلماء في كفن الشهيد : مذهبنا أنه يزال ما عليه من حديد وجلود وجبة محشوة ، وكل ما ليس من عام لباس الناس ، ثم وليه بالخيار إن شاء كفنه بما بقى عليه مما هو عام لباس ، وتركه أفضل . انظر الأم (١/٢٦٧) ، مختصر المزني ص٣٧ ، الوسيط (٢/٨١٦) ، حلية العلماء (٢/٣٠٤) ، فتح العزيز ، في هامش المجموع (٥/١٥٨) . المجموع ، (٥/٢٦٣ ، ٢٦٣ ، ٢٦٧)، المدونة (١/١٦٥) ، المغني لابن قدامة ، (٢/٥٣٢) .

(٣) في (م) ، (ن) : [ﷺ] مكان المثبت .

(٤) رواه الإمام الشافعي في المسند (١/٢٠٤ ، ٢٠٥) ، الحديث (٥٦٧) ، وأحمد في المسند (٥/٥٣١) والبيهقي في الكبرى ، في جماع أبواب الشهيد (٤/١١) ، والنسائي في كتاب الجنائز ، في مواراة الشهيد في دمه ، (٤/٧٨) ، وفي كتاب الجهاد ، باب من كلم في سبيل الله ﷺ (٦/٢٩) ، وأبو داود في باب الشهيد يغسل (٢/١٩١) ، وابن ماجه ، في كتاب الجنائز ، باب ما جاء في الصلاة على الشهداء ودفنهم (١/٤٨٥)، الحديث (١٥١٥) .

(٥) في (ع) : [نفسه] ، وفي (ص) : [بغيية] ، وفي (ن) غير واضحة .

مسألة ٢٨٢

من وجد في المعترك ميتا لا أثر فيه غسل

٤٥٨٠ - قال أصحابنا : من وجد في المعترك ميتًا لا أثر فيه ؛ غسل [١] .

٤٥٨١ - وقال الشافعي : لا يغسل [٢] .

٤٥٨٢ - لنا : أن الظاهر أنه مات حتف أنفه ؛ بدلالة أن القتل يكون له أثر في الغالب ، ولم يجز سقوط غسله ؛ ولأن الغسل يتعلق [٣] بالموت وإنما سقط بوجود الشهادة ، فإذا لم تعلم [٤] لم يسقط الغسل [٥] بالشك . ولأنه لم يعلم قتله [٦] ولا أثر للقتل ، فصار كمن وجد ميتًا في المصر .

٤٥٨٣ - احتجوا : بأن من وجد والحرب قائمة ، فالظاهر أنه قتيل ؛ لأنه يقتل بمثقل [٧] على الخاصرة ، أو على مقتل أو بعصر أنثييه [٨] فيموت بغير أثر .

٤٥٨٤ - والجواب [٩] : أن هذه المعاني كلها [يحصل] لها أثر في الغالب [١٠] فإذا لم يوجد [١١] فالظاهر أنه مات حتف أنفه ، ولأن المجوز [١٢] إذا كان موجودًا لم يجز إسقاط الغسل بالشك .

---

(١) انظر : المبسوط (٢/ ٥٠ ، ٥١) تحفة الفقهاء (١/ ٢٦٠) ، بدائع الصنائع (١/ ٣٢٣) ، مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر ، (١/ ١٨٨) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه الدر المختار (١/ ٦٣٦) .

(٢) قال النووي في المجموع في الشهيد الذي لا يغسل ولا يصلى عليه بعد أن ذكر كيفية قتله : أو وجد قتيلًا عند انكشاف الحرب ولم يعلم سبب موته ، سواء كان عليه أثر دم أم لا ، لا يغسل بلا خلاف إلا وجها شاذا مردودًا ، حكاه الجويني في الفروق ثم قال : أما إذا مات في معترك الكفار لا بسبب قتالهم ، بل فجأة أو بمرض ، فطريقا المذهب : أنه ليس بشهيد . انظر الأم (١/ ٢٦٨) ، (٥/ ٢٦١) والمدونة (١/ ١٦٥) ، الرسالة الفقهية ص١٥١ ، بداية المجتهد (١/ ٢٤٦) ، شرح الزرقاني (٢/ ١٠٩) . قال أحمد مثل قول الحنفية : من وجد في المعركة ميتًا لا أثر به ، غسل وصلى عليه . راجع الكافي لابن قدامة ، (١/ ٢٥٤) ، المغني (٢/ ٥٣٤) .

(٣) في (ع) : [إنما يتعلق] بزيادة : [إنما] . (٤) المثبت من (ن) .

(٥) في (ع) : [الشهادة] ، مكان : [الغسل] .

(٦) في (ص) : [قبله] . (٧) في (ن) : [بمعتل] .

(٨) في (م) : [بعصر أنفيه] ، وفي (ع) : [بعصر أنبه] ، مكان المثبت ، لعل الصواب : [بعصر أنثييه] .

(٩) في (ع) : [الجواب] بدون العطف .

(١٠) الزيادة من (ن) : [وفي القلب] ، مكان : [في الغالب] . (١١) في (ن) : [توجد] .

(١٢) في (ع) : [حتفه] ، مكان [حتف انفه] ، وفي (ن) : [التحرير] ، مكان : [المجوز] ، وفي هامش (ص) : [التجويز] من نسخة أخرى .

مسألة ٢٨٣

إذا قتل الصبي غسل

٤٥٨٥ - قال أبو حنيفة : إذا قتل الصبي غسل ، وقالا : لا يغسل [١] .

٤٥٨٦ - وبه قال الشافعي [٢] .

٤٥٨٧ - لنا : ما روى « أن الملائكة غسلت آدم عليه السلام [٣] وقالت : هذه سنة موتاكم » [٤] ، وهو عام . ولأنه غير مكلف فإذا قتل غسل ، كمن قتل في المصر ، ولأن الشهادة يقع [٥] بها تطهير الذنوب من طريق الحكم ، فيصير كالغسل من طريق المشاهدة ، وهذا المعنى لا يوجد في الصبي ، ولأن [٦] سقوط غسله إنما هو لتعظيمه ، حتى [٧] حكم طهارة دمه ، والتعظيم [٨] المستحق بأفعال القرب لا يثبت إلا في المكلفين .

٤٥٨٨ - ولا يلزم من بلغ في المعركة وقتل [٩] ؛ لأنه يجوز أن يكون حصل له ذنبًا [١٠] في الحال إذ الذنوب لا تختص [١١] الأفعال المشاهدة بل توجد [١٢] بالاعتقادات وأفعال القلب ، ولأنه صار مكلفًا ، فاستحق الثواب بفعله .

---

(١) انظر المبسوط (٥٤/٢) ، بدائع الصنائع (٣٢٢/١) ، مجمع الأنهر وبهامشه ، ملتقى الأبحر (١٨٩/١) .

(٢) قال النووي في المجموع في فرع مذاهب العلماء في الصبى إذا استشهد : مذهبنا أنه لا يغسل ولا يصلى عليه وبه قال الجمهور ، وحكاه العبدري عن أكثر الفقهاء ، منهم مالك وأبو يوسف ومحمد ، وحكاه ابن المنذر عن أبي ثور واختاره ، وقال أبو حنيفة : يغسل ويصلى عليه . انظر الأم (٢٦٨/١) ، حلية العلماء (٣٠٢/٢) ، المجموع (٢٦١/٥ ، ٢٦٦) . وقال المالكية والحنابلة مثل الشافعية : أنه لا يغسل ، كالمرأة . انظر شرح الزرقاني (١٠٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٥٣١/٢) .

(٣) قوله : [عليه السلام] ساقط من (ن) .

(٤) أخرجه أحمد في المسند (١٣٦/٥) ، والحاكم في المستدرك ، في "كتاب الجنائز قصة وفاة آدم عليه السلام (٣٤٤/١ ، ٣٤٥) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الجنائز ، باب الحنوط للميت (٤٠٤/٣) .

(٥) في (ص) : [تقع] .

(٦) في (م) : [ولا] ، مكان : [ولان] .

(٧) في (ن) ، (ع) : [حين] .

(٨) في (ص) : [والتعظيم] .

(٩) في (م) ، (ع) : [وقبل] .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كفنا] ، مكان : [ذنبا] .

(١١) في (م) ، (ع) : [لا يختص] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يوجب] .

٤٥٨٩ - احتجوا : بما روى « أن النبي ﷺ قال في قتلي أحد : « زملوهم بكلومهم ودمائهم » [(١)] .

٤٥٩٠ - والجواب : أن هذه قصة في عين ولسنا نعلم أنه كان فيهم [(٢)] غير بالغ ، وقد نقل عدد القتلى [(٣)] وليس فيهم [(٤)] صغير ، ولا يجوز اعتبار التعليل ؛ لأنا لا نعلم أنه وجد في الصغار .

٤٥٩١ - قالوا : مسلم قتل في معترك المشركين بغير حق فسقط فرض الغسل في حقه ، كالبالغ .

٤٥٩٢ - قلنا : يبطل بمن قتله [(٥)] المسلمون في معترك الكفار . ولأن البالغ ممن يستحق الثواب بفعله ؛ فجاز أن يسقط حكم غسله على طريق التعظيم [(٦)] وهذا لا يوجد [(٧)] في الصبي .

٤٥٩٣ - قالوا : الصبي كالبالغ في أحكام الموت ، أصله : إذا مات حتف أنفه .

٤٥٩٤ - قلنا : إذا مات حتف أنفه [(٨)] فليس هناك حكم يثبت [(٩)] على طريق التعظيم ، فلذلك لم يختلف ، وسقوط الغسل يثبت على طريق التعظيم ، فلهذا لم يثبت .

* * *

(١) تقدم تخريجه في المسألة قبل السابقة (٢٨١) .

(٢) في (م) : [منهم] ، وفي (ع) : [بينهم] .

(٣) في سائر النسخ : [القتل] ، ربما الصواب : [القتلى] .

(٤) قوله : [وليس فيهم] ساقط من (ن) .

(٥) في (م) ، (ع) : [عن قتله] .

(٦) في (ص) : [التعظم] .

(٧) في (ن) : [لا توجد] .

(٨) في (ن) : [اذا مات صغير] ، مكان المثبت .

(٩) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

مسألة ٢٨٤

إذا استشهد الجنب غسل

٤٥٩٥ - قال أبو حنيفة : إذا استشهد الجنب غسل ، وقالا : لا يغسل (١) .

٤٥٩٦ - وبه قال الشافعي (٢) . فأما الحائض والنفساء : فإن كان الدم انقطع فكذلك ، وإن كان لم ينقطع ؛ فعن أبي حنيفة روايتان .

٤٥٩٧ - لنا : ما روى : « أن النبي ﷺ أسرع إلى جنازة سعد بن معاذ ، قال : « خشيت أن تسبقني (٣) الملائكة إلى غسله كما سبقت إلى غسل حنظلة » (٤) .

٤٥٩٨ - فهو يدل أن الملائكة لو لم تغسل حنظلة (٥) ، لغسله عليه الصلاة والسلام ، وقد كان استشهد وهو جنب .

٤٥٩٩ - ولا يقال : إنه لو وجب غسله ، لم يقتصر على غسل الملائكة ، ألا ترى أنهم صلوا عليه ولم يقتصر على صلاتهم ، وذلك (٦) لأن الصلاة إذا وقعت من غير الولي جاز للولي (٧) إعادتها ، ولو وقع الغسل من غيره لم يجز له إعادته .

---

(١) انظر الجامع الصغير ص٢٢ ، المبسوط (٥٧/٢ ، ٥٨) ، تحفة الفقهاء (١٦٠/١) ، بدائع الصنائع (٣٢٢/١) ، الهداية مع فتح القدير (١٤٥/٢ ، ١٤٦) ، مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر (١٨٩/١) حاشية ابن عابدين (٦٣٤/١) .

(٢) وللشافعية فيه وجهان : قال أكثر الشافعية : لا يغسل ، والغسل في حقه حرام ، وقال أبو العباس بن سريج وأبو على بن أبي هريرة : يغسل . قال النووي في المجموع بعد أن ذكر هذين الوجهين : والخلاف إنما هو في غسله من الجنابة ، ولا خلاف أنه لا يغسل بنية غسل الموت . انظر المهذب (١٣٥/١) ، الوسيط (٨١٤/٢ ، ٨١٥) ، حلية العلماء (٣٠٢/٢ظ ، ٣٠٣) ، فتح العزيز ، وللمالكية أيضًا فيه مثل الشافعية وجهان : في الأحسن لا يغسل لعموم الخبر ، والثاني : يغسل . قال ابن عبد البر في الكافي : واختلف في غسل من ثبت أنه أجنب منهم ، فقيل يغسل ، ذلك خاصة من بين الشهداء ، وقيل : لا يغسل على عموم السنة فيهم ، إذ ليس عليهم عبادة . راجع الكافي لابن عبد البر ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (١٠٩/٢) . وقال أحمد وأصحابه مثل قول أبي حنيفة : فإن استشهد الجنب غسل . راجع الكافي لابن قدامة (٢٥٤/١) ، المغني (٥٣٠/٢ ، ٥٣١) .

(٣) في (م) : [يسبقنى] .

(٤) أخرجه الواقدي في كتاب المغازي ، في ذكر سعد بن معاذ (٥٢٧/٢-٥٢٩) ، والحاكم في المستدرك في كتاب معرفة الصحابة ، في ذكر مناقب سعد بن معاذ بن النعمان (٢٠٥/٣-٢٠٧) وابن عبد البر ، في الاستيعاب ، في ترجمة سعد بن معاذ في هامش الإصابة (٢٧/٢-٣٣) ، وابن حجر في الإصابة (٣٧/٢ ، ٣٨) ، الترجمة (٣٢٠٤) .

(٥) في (م) : [لو لم يغسل الحنظلة] .

(٦) قوله : [وذلك] ساقط من (ع) .

(٧) في (ع) : [للمولى] .

٤٦٠٠ - ولأن غسل الملائكة يجري مجرى غسل [١] الآدميين ، بدلالة أنه غسل من مكلف ، كغسل الآدمي . ولأنهم غسلوا آدم فاكتفي بذلك . ولأن النبي ﷺ بادر إلى غسل سعد ﷺ [٢] [حتى] لا يسبقوه [٣] فلو لم يعتد [٤] بغسلهم / ؛ لم يكن للمبادرة معنى . ولا يقال : إنما بادر ليكون هو المبدئ ؛ لأن غسلهم إذا لم يعتد به ، فلا فرق بين الابتداء [٥] وغيره . ٥٧/أ

٤٦٠١ - ولا يقال : إنا [٦] لا نعلم أن الغسل كان واجبًا حين مات آدم عليه السلام [٧] ؛ لأن الملائكة قالت : « هذا سنة موتاكم » ، فدل على أن حكمه حكم سائر الموتى .

٤٦٠٢ - ولا يقال : إن الغسل فرض على الكفاية ، والملائكة لم يدخلوا في الفرض ، فلا يسقط بفعلهم كما لا يسقط بالجهاد [٨] ، [و] [٩] لأن فرض الكفاية لا فرق بين سقوطه بفعل من لزمه ، أو بفعل من لم يلزمه إذا صح منه ، كالدفن والتكفين لو وجد من الملائكة ، وكما لو قام بالجهاد الصبيان سقط الفرض عن البالغين وإن لم يكونوا من أهله ، وإذا [١٠] ثبت ذلك وقد غسلوا حنظلة ؛ دل على أن غسلهم قام مقام غسلنا [فيه] [١١] . ولأنه غسل يمنع من اللبث في المسجد أو يتعلق بجميع البدن ، فلا يسقط بالشهادة ، كغسل النجاسة .

٤٦٠٣ - ولا يقال : إن غسل النجاسة لو حصل سببه مع الموت أو بعده [١٢] لم يسقط ، كذلك إذا حصل قبله ؛ لأنا لا نسلم ذلك ، ألا ترى أن خروج الدم من بدن الشهيد بعد الموت أو معه [١٣] يسقط حكمه ؟ ولا يقال : إن الشهادة لا تؤثر [١٤] في شيء من غسل النجاسة فلم تؤثر [١٥] في نفسه [١٦] ولما أثرت في شيء من طهارة

---

(١) لفظ : [غسل] ساقط من (م) ، وقوله : [مجرى غسل] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) الزيادة من (ع) ، وقوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .
(٣) في سائر النسخ : [لا يسبقوه] بدون الزيادة ، الصواب ما أثبتناه بالزيادة .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولو لم يعتد] ، مكان المثبت .
(٥) كلمة : [الابتداء] ساقطة من (ع) .
(٦) في (ص) ، (م) : [لنا] ، مكان : [إنا] .
(٧) في (ن) : ﷺ .
(٨) في (ص) : [الجهاد] .
(٩) الزيادة من (ع) .
(١٠) في (ع) : [إذا] بدون العطف .
(١١) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(١٢) في (ع) : [أو العده] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [قبل الموت أو بعده] . (١٤) في (م) ، (ع) : [يوثر] .
(١٥) في (م) ، (ع) : [يوثر] .
(١٦) في (ن) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى : [بقيته] .

الحدث ؛ جاز أن تؤثر [١] في نفسها ؛ لأن الشهادة لا تؤثر [٢] في طهارة يتقدم [٣] بعضها على الموت إذا لم يكن سببها موجودًا ، وإنما أثرت في الوضوء ؛ لأن سببه [٤] موجود وهو الموت ولا يتعلق به حكم . ولا يلزم على ما ذكرناه غسل الحيض والنفاس ؛ لأنه إن وجب قبل الموت لم يسقط ، كالجنابة ، وإن لم ينقطع الدم حتى قلت ؛ ففي إحدى الروايتين مثله ، وفي الرواية الأخرى : لم يجب الغسل في حال الحياة ؛ لأنه يجب بالانقطاع ، فلذلك لم يجب بعد الموت . ولأنه مسلم استشهد جنبًا [٥] فلا يسقط غسله ، كمن قتل في المصر ، ومن لم يمت وهو مغمي عليه في المعترك حتى يقضي القتال .

٤٦٠٤ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « زملوهم [بكلومهم] [٦] ودمائهم ، وثيابهم » [٧] .

٤٦٠٥ - والجواب : إن هذا كان في قتلى أحد . والظاهر [٨] ممن يشهد الحرب عدم الجنابة وما ذكرناه من خبر حنظلة خاص في الجنب ، فوجب استعمالها .

٤٦٠٦ - قالوا : مسلم قتل في معترك المشركين بغير حق ، فسقط [٩] فرض الغسل في حقه قياسًا على غير الجنب .

٤٦٠٧ - قلنا : يبطل بمن قتله [١٠] المسلمون في المعترك . ولأن غير [١١] الجنب لم يكن غسله [١٢] واجبًا قبل موته ، والشهادة لا تنقض [١٣] الطهارة فبقي على ما كان عليه ، فأما الجنب : فالشهادة لم تؤثر [١٤] في إيجاب الغسل بالموت ، وبقي ما يثبت في حال [١٥] الحياة بحاله .

٤٦٠٨ - قالوا : طهارة عن حدث ، فسقطت بالشهادة [١٦] في المعترك كالوضوء [١٧] .

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [أن يغير] . (٢) في (م) ، (ع) : [لا يؤثر] .

(٣) المثبت من (م) ، (ع) . (٤) في (ع) : [سببها] .

(٥) في (ن) : [حيا] . (٦) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) أخرجه الشافعي ، وأحمد في مسنديهما ، والبيهقي في الكبرى ، بلفظ : فزملوهم بدمائهم ، وأبو داود في السنن ، بلفظ : بدمائهم وثيابهم تقدم تخريجه في مسألة (٢٨٠) .

(٨) في (م) ، (ع) : [فالظاهر] . (٩) في (ع) : [فوجب سقوط] ، مكان [فسقط] .

(١٠) في (ص) ، (م) : [قبله] . (١١) في (ن) : [عين] .

(١٢) في (م) ، (ن) : [عمله] . (١٣) في (ع) : [لا ينقض] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [لم يؤثر] . (١٥) في (ع) : [على حال] .

(١٦) في (ع) : [الشهادة] . (١٧) في (ص) ، (م) : [كالوضوع] .

٤٦٠٩ - قلنا : الوضوء [١] لا يصح إيجابه بعد الموت ؛ لأن سببه موجود وهو زوال العقل ، فلم يصح ثبوته ، وأما الجنابة : فسببها لا يوجد بعد الموت ؛ فجاز إثبات الغسل بها [٢] . ولأن غسل الجنابة أعم من غسل الميت ؛ لأنه يجب فيه المضمضة ، فلم يثبت الأقل عن [٣] الأكثر ، فليس كذلك غسل الموتى والوضوء ؛ لأن الوضوء أقل ؛ فجاز أن ينوب الأكثر عنه .

٤٦١٠ - قالوا : الاستشهاد قائم مقام الغسل ، فالغسل الواحد يقوم مقام غسلين كالحائض الجنب ، وكذلك تقوم [٤] الشهادة مقام غسلين .

٤٦١١ - قلنا : الطهارة يقع فيها التداخل [في الاستيفاء ، ولا يقع فيها التداخل] [٥] عند السقوط ، ألا ترى أن من تكرر منه [٦] الزنا قام الحد الواحد في الاستيفاء مقام جميع الحدود ؛ ولو سقط بعض الحدود بشبهة دخلت فيه لم تسقط بعينها ، فتداخلت في الاستيفاء [٧] ولم تتداخل في السقوط ، كذلك في مسألتنا . ولأن الشهادة عندنا تمنع [٨] انتقاض الطهارة ، ولا تقوم [٩] مقام الغسل ، فلم يسلم ما ذكروه [١٠] .

٤٦١٢ - قالوا : إنما لا نغسل [١١] الشهيد ؛ لأن اللّٰه تعالى أكرمه بالشهادة واشتغل أهل الحق عنه بالقتال ، وهذا موجود في الجنب .

٤٦١٣ - قلنا : يبطل بقتل أهل العدل مع أهل البغي . ولأن الاشتغال بالقتال لا يجوز أن يكون علة في سقوط الغسل ، بدلالة غسل النجاسة .

* * *

---

(١) في (ص) ، (م) : [كالوضوع] .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [منها] .
(٣) في (ص) ، (ن) : [فلم ينبت] وفي (م) ، (ن) ، (ع) : [لاقل] ، وفي (م) ، (ع) : [على] ، مكان المثبت .
(٤) في (م) ، (ع) : [والغسل] ، مكان : [فالغسل] ، وفي (ن) : [غسلين وأكثر] بزيادة [واكثر] ، وفي (ص) : [كالحائض والجنب] ، بزيادة العطف ، وفي (م) ، (ع) : [يقوم] ، مكان المثبت .
(٥) ما بين القوسين ساقط من (ن) .
(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أن من يكون] ، مكان : [أن من تكرر منه] .
(٧) في (م) ، (ن) : [نفسها] ، مكان : [بعينها] ، وفي (ن) : [في الاستسفاء] ، مكان المثبت .
(٨) في (م) ، (ع) : [يمنع] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ولا يقوم] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [فلم يسلم] ، وفي (ص) ، (م) ، (ع) : [ما ذكرناه] .
(١١) في (م) ، (ع) : [لا يغسل] .

مسألة ٢٨٥

إذا أكل القتيل أو شرب أو صار إلى حال المريض غسل

٤٦١٤ - قال أصحابنا : إذا أكل القتيل أو شرب أو صار إلى حال المريض غسل [1] .

٤٦١٥ - وقال الشافعي : لا يغسل [2] .

٤٦١٦ - لنا : أنه صار إلى حال [3] التمريض ، فصار كسائر المرضي . ولأنه صار إلى حال الدنيا بعد الخروج [4] ، فصار كمن خرج في المصر إذا أكل ، فأما إذا لم يأكل ولم يشرب ولكن بقي في مكانه حتى انقضى [5] القتال ، فإن كان مضي [6] عليه وقت صلاة كامل وهو عاقل ؛ فإنه يصير مرتثًّا [7] فيغسل ، وإن كان لم يمض وقت صلاة ؛

(١) انظر : الجامع الصغير ص٢٢ ، الجامع الكبير ، (٢٣٢/١ ، ٢٣٣) ، كتاب الآثار ، ص٥٣ المبسوط (٥١/٢) ، تحفة الفقهاء (٢٥٩/١ ، ٢٦٠) ، بدائع الصنائع (٣٢١/١ ، ٣٢٢) ، الهداية مع فتح القدير (١٤٨/٢) مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر (١٨٩/١ ، ١٩٠) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه الدر المختار (٦٣٧/١) .

(٢) قال النووي في المجموع : الشهيد الذي لا يغسل ولا يصلى عليه هو من مات بسبب قتال الكفار ، حال قيام القتال ، وقال بعد أن ذكر سبب موته : وسواء مات في الحال أم بقى زمنًا ثم مات بذلك قبل انقضاء الحرب ، وسواء أكل وشرب ووصى أم لم يفعل شيئًا من ذلك ، وهذا كله متفق عليه عندنا ، نص عليه الشافعي والأصحاب ، ولا خلاف إلا وجهًا شاذًا مزدودًا . انظر الأم ، باب في كم يكفن الميت ؟ (٢٦٧/١ ، ٢٦٨) ، مختصر المزني ص٣٧ ، الوسيط (٨١٣/٢) ، حلية العلماء (٣٠١/٢ ، ٣٠٢) ، المجموع مع المهذب (٢٦٠/٥ ، ٢٦١) ، فتح العزيز (١٥٤/٥ ، ١٥٥) . وقال مالك في المدونة : ومن عاش فأكل أو شرب أو عاش حياة بينة ، ليس كحال من به رمق وهو في غمرة الموت ؛ فإنه يغسل ويكفن ويصلى عليه ، ويكون بمنزلة الرجل تصيبه الجراح فيعيش أيامًا ويقضى حوائجه ويشتري ويبيع ، ثم يموت ، فهو وذلك سواء . انظر المدونة (١٦٥/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٧٩/١) ، وشرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (١٠٩/٢) . قال أحمد وأصحابه مثل قول الحنفية . قال ابن قدامة في الكافي : وإن حمل وبه رمق ، أو أكل أو طالت حياته ؛ غسل وصلى عليه . انظر الكافي (٢٥٣/١ ، ٢٥٤) ، المغني (٥٣٢/٢ ، ٥٣٣) .

(٣) في (ن) : [الرجال] ، مكان : [إلى حال] .

(٤) في (ن) : [الخرج] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يقضى] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يمضي] .

(٧) في (ع) : [مترثيًا] ، وهو تصحيف .

لم يغسل . وقال الشافعي : إذا انقضت الحرب غسل [١] .

٤٦١٧ - لنا : أن الشهيد [٢] لم يصر إلى أحوال الدنيا ، فأشبه إذا مات عند الإصابة .

٤٦١٨ - قالوا : مسلم مات في غير المعترك ؛ فوجب [٣] أن يغسل ، كما لو أوصى .

٤٦١٩ - قلنا : إذا مات في غير المعترك وقد حمل على أيدي الرجال وهو حي غسل عندنا . ولأن ما قالوه ينتقص بمن حمل فمات قبل نقض [٤] الحرب .

٤٦٢٠ - قالوا : كل من وجبت الصلاة عليه وجب غسله ، كسائر الموتى .

٤٦٢١ - قلنا : يبطل بالمحترق ، ولأن المعنى الموجب للصلاة هو المعنى [٥] الموجب لترك الغسل ؛ لأنه يصلى عليه للموالاة ، ويغسل على طريق التعظيم ؛ فلم يكن أحد الأمرين معتبرًا بالآخر .

٤٦٢٢ - قالوا : إنما سقط الغسل لأنه استغنى بالشهادة عنه حال الاشتغال بالقتال ، وهذا المعنى موجود وإن أكل .

٤٦٢٣ - قلنا : الشهادة إنما تقوم مقام الغسل إذا كانت كاملة ، فإذا نقص معناها [٦] لم يسقط الغسل ، كالمبطون والغريق .

* * *

---

(١) في (ع) : [يغسل] .
(٢) في (م) ، (ع) : [أنه شهيد] .
(٣) في (ص) ، (م) : [فيجب] .
(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يقضي] ، وفي (ن) : [نقص] ، الصواب ما أثبتناه .
(٥) في (ع) : [الواجب] ، مكان : [الموجب] ، ولفظ : [المعنى] ساقط من (ن) ، (ع) .
(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [سقط] ، مكان : [نقص] ، وفي (م) ، : [معسلها] ، مكان : [معناها] .

مسألة ٢٨٦

من خرج من الجماعة لا يصلى عليه

٤٦٢٤ - قال أصحابنا : من خرج من الجماعة لا يصلى عليه [١] .

٤٦٢٥ - وقال الشافعي : يصلى عليه [٢] .

٤٦٢٦ - لنا : [٣] ما روى الحسن [٤] بن علي « أن معاوية ﷺ صلى على حجر قال خصمه : ورب الكعبة ؟ » ، فدل على أنه اعتقد أن من خرج من الجماعة لا يصلى عليه . ولا يقال : إن معاوية صلى عليهم ؛ لأن ذلك لم ينقل في خبر ، ولأنه لم يكن يعتقد أن أصحاب عَلِيٍّ بغى [٥] . ولأنهم باينوا أهل العدل ، فأشبه الكفار .

٤٦٢٧ - ولا يقال : إن الكافر وإن باين لم يصل عليه لكفره [٦] لأن الكفر قد باين بالاعتقاد [٧] ، كما باين الباغي بالبغي .

٤٦٢٨ - قالوا : الكافر إذا مات لم يصل [٨] عليه ، والباغي يصلى عليه إذا مات فكذلك إذا قتل . لا نسلم [٩] هذا فنقول : لا يصلى عليهم في الحالتين وتبطل علة الفرع بالشهيد على أصلهم [١٠] ، ولأن قتلهم [١١] لا يختص بآلة كأهل الحرب ،

---

(١) قال السرخسي في المبسوط : وروى المعلي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أنه لا يغسل ولا يصلى عليه .

(٢) قال النووي في المجموع : مذهبنا الصلاة على المقتول من البغاة . راجع الأم ، (٢٦٨/١) (٧٠) ، حلية العلماء (٢٠٤/٢) ، المجموع (٢٦٧/٥) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما مثل قول الشافعي : المقتول الباغي يغسل ويصلى عليه . انظر : بداية المجتهد (٢٤٥/١ ، ٢٤٦) ، الإفصاح (١٩٠/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٥٤/١) المغني (٥٥٩/٢) .

(٣) سقط من سائر النسخ التي اعتمدت عليها طرف المسألة ، حيث يوجد في صلب ص بعد كلمة : [مسألة] بياض ، وفي الهامش موازيًا لها : [سقط] .

(٤) في (ن) : [أن الحسن] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ن) : [ان أصحابه على بغى] ، لعل الصواب ما أثبتناه من (ع) ، أى لم يكن يعتقد أن أصحاب على بغى عليه .

(٦) في (ن) : [لم يصل عليهم لفقره] .

(٧) في (ع) : [لاعتقاد] .

(٨) في (ن) : [لم يصلى] .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لأنا لا نسلم] بزيادة : [لأنا] .

(١٠) قوله : [على أصلهم] ساقط من (ع) .

(١١) لفظ : [قتلهم] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

وعكسه القتل [١] بالقصاص . ولأنهم بالغوا في المعصية بمفارقة الجماعة وتفريق شملهم وشق العصا [٢] ، فوجب أن يعاقبوا أبلغ العقوبات ، وبترد لو أنهم .... [٣] .

٤٦٢٩ - ولا يقال : إنهم مجتهدون عندنا ولهم أجر على ذلك ؛ لأن هذا خلاف الإجماع ، ألا ترى أنهم افترقوا وكل فرقة اعتقدت أن الأخرى مخطئة آثمة . ولأن هذا من العقليات فلا يجوز أن يسوغ [٤] الاجتهاد في المخالفة [٥] فيه . ولأن قتالهم واجب لحراسة الدين كالكفار . ولأن الصلاة فيها موالاة لمن يصلي عليه ، والباغي لا يجوز تَوَلِّيه [٦] في حياته فكذلك بعد موته . ولا يقال : إنما لا يتوالاه [٧] في حياته لبغيه ، فإذا مات فقد زال بغيه ، فصار كما لو رجع في حياته ، وذلك لأن المعنى المانع من التولي : إذا كان فعله للمعصية ، جاز أن يزول بتركه [٨] ولا يزولَ بموته مصرًّا عليها [٩] ، كما لا يزول بفسقه وتضليله ، وإن زال ذلك بتركه .

٤٦٣٠ - احتجوا : بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « صلوا على من قال : لا إله إلا اللَّه » [١٠] .

٤٦٣١ - قالوا : وروى وائلة بن الأسقع رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تكفروا واحدًا من أهل ملتكم وإن فعلوا الكبائر ، وصلوا خلف كل إمام ، وجاهدوا مع كل أمير ، وصلوا على كل ميت من أهل القبلة » [١١] .

٤٦٣٢ - والجواب : أن هذه الأخبار ذكرها الدارقطني وطرقها لم يصح خبر منها ،

---

(١) في (ن) : [القتيل] .
(٢) قال الفيومي : [وشق فلأن العصا ، يضرب مثلا لمفارقة الجماعة ومخالفتهم] ، في المصباح المنير (٣٩١/٢) .
(٣) في (م) : وبتردلوانهم ، وفي (ص) ، (ن) ، (ع) : بدون نقط ، يبدو سقوط بعض الكلمات ، كما أشار في هامش (ص) والجملة في شكلها الحالي غير مفهومه .
(٤) في (م) ، (ع) : [يصوغ] ، وهو خطأ . ساغ فعل الشيء ، بمعنى الإباحة .
(٥) قوله : [في المخالفة] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [توليه] . (٧) في (ص) ، (ن) : [إنما لا نتوالاه] .
(٨) في (ع) : [بموته] . (٩) في (ص) ، (ن) : [عليهما] .
(١٠) تقدم تخريج حديث ابن عمر رضي الله عنه في مسألة (٢٧٩) .
(١١) أخرجه الدارقطني بلفظ : قال : قال رسول اللَّه صلى الله عليه وسلم : لا تكفروا أهل قبلتكم وإن عملوا الكبائر ، وصلوا مع كل إمام ، وجاهدوا مع كل أمير ، وصلوا على كل ميت في باب صفة من تجوز الصلاة معه والصلاة عليه (٥٧/٢) ، الحديث (٨) ، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٤٢٢/١ ، ٤٢٣) ، الحديث (٧٢٠) .

فمنها : حديث عثمان بن [١] عبد الرحمن ، عن عطاء ، عن ابن عمر ، وعثمان بن عبد الرحمن ، هو الوقاصي [٢] .

٤٦٣٣ - روى عن الزهري . قال البستي : يروي عن الثقات [٣] الموضوعات ، لا يجوز الاحتجاج به [٤] ومنها : حديث العلاء أبو سالم عن أبي الوليد المخزومي / ، عن عبيد اللّٰه [٥] بن عمر ، عن نافع عن ابن عمر ، والعلاء أبو سالم : قال البستي : يروى عن العراقيين المقلوبات ، لا يحل الاحتجاج به بحال [٦] . ومنها : حديث محمد بن الفضل ، سكن بخاري ، قال البستي : كان ابن أبي شيبة شديد الحمل عليه ، وكان يروي الموضوعات [٧] .

٥٧/ب

٤٦٣٤ - ومنها : حديث بقية عن أشعث [٨] ، عن زيد بن زيد بن جابر ، عن مكحول عن أبي هريرة ، وأشعث هذا مجهول ، وبقية إذا روى عن المجاهيل لم يقبل خبره [٩] ومكحول لم يلحق أبا هريرة . ومنها : حديث بقية عن أبي إسحاق العشري [١٠] مجهول [قرأ [١١] ابن سليمان [١٢] عن محمد بن سليمان عن الحارث عن علي . وأبو إسحاق العشري مجهول] [١٣] ، والحارث لا يقبل مخالفونا أخباره . ثم قال الدارقطني عقيب هذه الأسانيد : ليس فيها شيء يثبت ، وأما حديث واثلة بن الأسقع : فذكره عن الحارث بن نبهان ، وقد قال يحيي بن معين : الحارث بن نبهان

---

(١) قوله : [عثمان بن] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (ن) : [هو الوقاص] .

(٣) في (م) : [عن الثقاة] .

(٤) راجع المجروحين (٩٨/٢) ، ميزان الاعتدال (٤٣/٣) ، رقم الترجمة (٥٥٣١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [عبد اللّٰه] .

(٦) راجع المجروحين (١٨٥/٢) ، ميزان الأعتدال (١٠٥/٣) ، ترجمة (٥٧٤٣) .

(٧) راجع المجروحين (٢٩٤/٢ ، ٢٩٥) ، ميزان الاعتدال (٧/٤-٩) ، ترجمة (٨٠٥٧) ، تقريب التهذيب (٢٠٠/٢) ، ترجمة (٦٢٧) .

(٨) في سائر النسخ : [بقيه بن أشعث] ، لعل الصواب : [بقيه عن أشعث] .

(٩) انظر ترجمته وكلام المحدثين عليه في الكامل (٧٢/٢-٨٠) ، والمجروحين (٢٠٠/١) .

(١٠) في (ن) : [القبرى] ، وفي (ص) بدون نقط .

(١١) في (م) ، (ع) : [قرأت] ، وفي (ص) : [قراسين] بدون نقط غير واضحة ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(١٢) في (ع) : [سلمان] .

(١٣) ما بين القوسين ساقط من (ن) .

ليس بشيء [١] .

٤٦٣٥ - وقال الدارقطني : رواه أبو سعيد عن مكحول وأبو سعيد مجهول [٢] ، وذكر حديث مكحول عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « صلوا خلف كل بر وفاجر ، وعلى كل بر وفاجر » [٣] . رواه معاوية بن صالح ، وكان يحيى بن سعيد لا يحدث عنه [٤] . ومكحول لم يسمع من أبي هريرة . وذكر بعده حديث ابن مسعود ، أن النبي ﷺ قال : « ثلاث من السنة : الصلاة خلف كل إمام ؛ لك صلاتك وعليه [٥] إثمه ، والجهاد مع كل أمير ؛ لك جهادك وعليه شره ، والصلاة على كل ميت من أهل التوحيد وإن كان قاتل نفسه » [٦] .

٤٦٣٦ - قال الدارقطني : رواه عمر بن صبح ، وهو متروك [٧] . وهذه الأخبار كلها رواها الشاميون ، وقال يحيى بن سعيد : لا تقبل [٨] أخبار الشاميين في طاعة الأمراء ، ولو ثبتت هذه الأخبار حملناها على أهل المعاصي [٩] من أهل دارنا ، بدلالة ما ذكرنا [ه] [١٠] .

٤٦٣٧ - قالوا : روي « أن طائرًا ألقى بمكة يدًا من وقعة الجمل ، فعرفت بالخاتم ،

---

(١) راجع المجروحين في ترجمة الحارث بن نبهان (٢٢٢/١ ، ٢٢٣) ، الكامل (١٩١/٢ ، ١٩٢) تقريب التهذيب (١٤٤/١) ترجمة (٦٩) .

(٢) راجع ميزان الاعتدال في الكنى (٥٣٠/٤) ، ترجمة (١٠٢٤٢) ، تقريب التهذيب (٤٢٨/٢) ترجمة في الكنى (٣٧) .

(٣) قوله : [وعلى كل بر وفاجر] ساقط من صلب (م) ، واستدركه المصنف في الهامش . أخرجه الدارقطني (٥٧/٢) ، الحديث (١٠) ، أخرجه ابن الجوزي (٤٢٢/١) ، الحديث (٧١٩) والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الجنائز ، باب الصلاة على من قتل نفسه غير مستحل لقتلها (١٩/٤) .

(٤) راجع ميزان الاعتدال (١٣٥/٤) ، ترجمة (٨٦٢٤) ، تقريب التهذيب (٢٥٩/٢) ، ترجمة (١٢٣٢) .

(٥) في (م) : [وعليك] .

(٦) أخرجه الدارقطني (٥٧/٢) ، الحديث (١١) .

(٧) وقال ابن حبان : [كان ممن يضع الحديث على الثقات ، لا يحل كتابة حديثه إلا على جهة التعجب لأهل الصناعة فقط] . راجع المجروحين (٨٨/٢) ، ميزان الاعتدال (٢٠٦/٣ ، ٢٠٧) ، ترجمة (٦١٤٧) ، تقريب التهذيب (٥٨/٢) ، ترجمة (٤٥٦) .

(٨) في (م) ، (ع) : [لا يقبل] .

(٩) في (ع) : [العصر] .

(١٠) الزيادة من (م) ، (ع) ، وقوله : [ما ذكرناه] ساقط من صلب (ع) واستدركه المصنف في الهامش .

وكانت يد ابن (١) عتاب بن أسيد ، فغسلها أهل مكة وصلوا عليها » (٢) .

٤٦٣٨ - قلنا : الذي روي من هذا ، أنها وقعت باليمامة ولم ينقل بمكة ، ولا يعلم (٣) حال أهل اليمامة حتى يعتبر بفعلهم (٤) ، ولو ثبت أنه صلي عليها (٥) بمكة ؛ فلأن أهل مكة كانوا (٦) عثمانية ، وهم جهزوا الجيش فلم يكونوا يعتقدون (٧) أنهم بغاة .

٤٦٣٩ – قالوا : مسلم قتل بحق ؛ فوجب غسله والصلاة عليه ، كمن قتل قصاصًا أو رجمًا (٨) .

٤٦٤٠ – قلنا : الوصف (٩) غير مؤثر في الأصل ؛ لأن المقتول بالرجم أو القصاص (١٠) يصلى عليه ، بحق قتل (١١) أو بغير حق ، مثل أن يقتله بغير الآلة ، أو يقتله بغير رجم . ثم المعنى فيهما : أنه لم يوجد منهما مباينة (١٢) أهل الحق والخروج من طاعة الإمام ، ولما باين الباغي الإمام ؛ حل محل الكافر .

٤٦٤١ – قالوا : مسلم قتل (١٣) في غير معترك المشركين ، كالمقتول في المصر ممن يستحق الثواب ويجوز توليه ، فلا يمنع من الصلاة عليه .

٤٦٤٢ – قلنا (١٤) : الباغي لا يجوز توليه ، فلا تجوز (١٥) الصلاة عليه كالكافر .

٤٦٤٣ – قالوا : قتل البغاة على طريق الدفع ، فصار كمن قتل دفاعًا عن المال والنفس .

---

(١) لفظ : [ابن] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش

(٢) أخرجه الإمام الشافعي في الأم بلفظ : وبلغنا أن طائرًا ألقى يدًا بمكة في وقعة الجمل ، فعرفوها بالخاتم ، فغسلوها وصلوا عليها في كتاب الجنائز ، باب المقتول الذي يغسل ويصلى عليه ومن لم يوجد (٢٦٨/١) ، وعنه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الجنائز ، باب ما ورد في غسل بعض الأعضاء إذا وجد مقتولًا في غير معركة الكفار والصلاة عليه (١٨/٤) .

(٣) في (ن) : [ولانعلم] .

(٤) في (م) ، (ع) : [حتى يعتبروا لفعلهم] ، وفي (ن) : [لفعلهم] ، مكان : [بفعلهم] .

(٥) في (ن) : [عليه] .

(٦) قوله : [مكة كانوا] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [يعتقدوا] .

(٨) من قوله : [قالوا مسلم] إلى قوله : [قصاصا أو رجما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (ع) : [والوصف] بالعطف .

(١٠) في (ن) : [والقصاص] .

(١١) في (م) ، (ع) : [مثل] .

(١٢) في (ن) : [منامه] .

(١٣) لفظ : [قتل] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٤) لفظ : [قلنا] ساقط من (ن) .

(١٥) في (م) ، (ع) : [فلا يجوز] .

٤٦٤٤ – قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن قصده (١) أخذ المال والنفس والتجبر (٢) ؛ فهو قاطع الطريق ، وقد قال أصحابنا : لا يصلى عليهم .

٤٦٤٥ – قالوا : قتالهم لإزالة بغيهم ، والموت يزيل هذا المعنى ؛ فصار كوضعهم السلاح في حال الحياة .

٤٦٤٦ – قلنا : وضع السلاح إذا كان لترك التجبر ؛ فهو رجوع إلى الطاعة ، فيجوز أن يصلى عليهم ، والقتل (٣) على تلك الحال يوجب بقاءهم (٤) على المعصية إلى الموت ، فلا يظهر موالاتهم بالصلاة عليهم ، كحال الحياة .

٤٦٤٧ – قالوا : الصلاة على الميت إشفاقًا عليه ليدعى وترجى (٥) له الرحمة والمغفرة ، والباغي إلى هذا أحوج .

٤٦٤٨ – قلنا : الصلاة لم توضع (٦) لهذا ، بدلالة أنه يصلى على النبي ﷺ وعلى الأطفال وإن لم يحتاجوا إلى الدعاء .

* * *

---

(١) في (ن) : [قصد] .

(٢) في (ن) : [ولخبر] بدون نقط .

(٣) في (ن) : [والغسل] .

(٤) في (م) ، (ع) : [موجب] ، وفي (ع) : [بقاءهم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ويرجى] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لم يوضع] .

مسألة ٢٨٧

إذا وجد الأقل من الآدمي لم يصل عليه

٤٦٤٩ - قال أصحابنا : إذا وجد الأقل من الآدمي لم يصل عليه (١)

٤٦٥٠ - وقال الشافعي : إذا وجد جزء منه صلي عليه قل (٢) أو كثر (٣) .

٤٦٥١ - لنا : أنه جزء ، لا يصلى عليه إذا انفصل حال حياة الأصل ، فلا يصلى عليه بعد موته ، أصله (٤) الأذن الملصقة والشعر والظفر والمتن . ولأن (٥) الصلاة حكم يثبت لحرمة [الحياة] (٦) ، التفرق (٧) فلا تتعلق بالطرف (٨) ، كالقسامة والكفارة . ولأنه جزء ينفصل (٩) مع بقاء الحياة فلا يصلى عليه إذا انفرد من غيره ، لم يصل (١٠)

---

(١) انظر المبسوط (٥٤/٢) (٦٠٧/٢ ، ٦٠٨) ، مسألة (٩٨٥) ، مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر (١٨٥/١) ، الدر المختار مع رد المحتار (٦٠١/١) ، البناية (٢٢٦/٣) .

(٢) قل أو كثر ساقط من (ع) .

(٣) قال الإمام الشافعي : فإن لم يوجد إلا بعض جسده ، صلي على ما وجد منه وغسل ذلك العضو وقال في آخر الباب : وحرمة قليل البدن ؛ لأنه كان فيه الروح حرمة كثيرة في الصلاة . انظر الأم (٢٦٨/١ ، ٢٦٩) ، الوسيط (٨١١/٢ ، ٨١٢) ، حلية العلماء (٣٠٠/٢) ، المجموع مع المهذب (٢٥٣/٥-٢٥٥) ، فتح العزيز في هامش المجموع (١٤٤/٥-١٤٦) . وقال مالك وجل أصحابه مثل قول الحنفية : لا يصلى على عضو ولا على أقل جسده . وقال ابن حبيب مثل قول الشافعي : يغسل العضو ويصلى عليه . وفي المدونة : قال مالك : لا يصلى على يد ولا رأس ولا على رجل ، ويصلى على البدن ، قال ابن القاسم : ورأيت قوله : أنه يصلى على البدن إذا كان الذي بقى أكثر البدن بعد أن يغسل . انظر المدونة (١٦٣/١) ، المنتقى (١٢/٢) ، الرسالة الفقهية ص١٥٦ ، الكافي لابن عبد البر (٢٨٠/١) ، بداية المجتهد ، شرح الزرقاني ، قال أحمد وأصحابه في الأصح عنه والمذهب مثل قول الشافعي : إن لم يوجد من الميت إلا جزء منه كاليد ، يغسل ويصلى عليه ، وعنه رواية أخرى مثل الحنفية والمالكية : لا يصلى على الجوارح . انظر المسائل الفقهية (٢٠٤/١) ، مسألة (١٠) ، الكافي لابن قدامة (٢٦٤/١) ، المغنى (٥٣٩/٢ ، ٥٤٠) .

(٤) في (م) ، (ع) : [أظنه] .

(٥) في (ن) : [ولا] ، مكان : [ولأن] .

(٦) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) في سائر النسخ : [التفرق] ، ربما الصواب : تفرق ، أى تفرق الحكم بين القليل والكثير .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلا يتعلق بالطرف] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا جزء وينفصل] .

(١٠) في (ن) : [لم يصلى] .

عليه بعد الموت ، كما لو وجد من الشهيد . ولأن كل جزء لو انفصل من الشهيد لم يصل [١] إذا انفرد من غيره لم يصلى عليه ، كالشعر والظفر .

٤٦٥٢ - وهذه المسألة مبنية على أنه لا يصلى عليه مرتين ، ولو صلينا على الجزء ؛ أدى إلى أن يصلي على الباقي إذا وجد فتكرر الصلاة عليه مرارًا [٢] .

٤٦٥٣ - ولا يقال : فإذا أكل السبع بعضه فوجد بعضه يجب أن يصلى عليه .

٤٦٥٤ - قلنا : لا يمتنع أن يثبت الحكم في الأصل لعلة ، ثم تفقد [٣] ويبقي الحكم لعلة أخرى .

٤٦٥٥ - احتجوا : بما روى « أن طائرًا ألقي بمكة يدًا » من وقعة [٤] الجمل فغسلها أهل مكة وصلوا عليها » ، فقيل : كانت يد [٥] طلحة ، وقيل : كانت يد عبد الرحمن ابن عتاب بن أسيد » [٦] .

٤٦٥٦ - والجواب : ما قدمناه ، أن هذه اليد سقطت باليمامة ، وفعل أهل اليمامة لم يكن حجة ؛ لأنهم أهل الردة وبقايا مسيلمة ، ففعلهم لا يعتد به ، ولو ثبت أنه كان بمكة ، فلم يكن بقي فيها من يعتد بفعله .

٤٦٥٧ - قالوا : روي : « أن عمر ﷺ صلى على عظام بالشام » [٧] .

---

(١) في (ن) : [لم يصلى] .

(٢) في (م) ، (ع) : [فيكون الصلاة عليه مرارا] ، وفي : [فتكون الصلاة] بحذف : [عليه مرارا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ثم يعقد] . (٤) في (م) : [وقعت] .

(٥) لفظ : [يد] ساقط من (ع) .

(٦) وممن استشهد في وقعة الجمل- سنة ست وثلاثين - طلحة بن عبيد الله القرشي التيمي ، وعبد الرحمن بن عتاب ، كانا في صف عائشة ﵂ يوم الجمل . وما تقدم في خبر الشافعي الذي تقدم تخريجه في مسألة (٢٨٥) ، هامش (٤٩) ، ولم يقل يد من كانت . وذكر ابن قدامة خبر الشافعي ، بنحو لفظ المصنف الذي تقدم في المسألة السابقة . وقال ابن الأثير في أسد الغابة : عبد الرحمن بن عتاب بن أسيد بن أبي العيص بن أمية ابن عبد شمس الأموي ، وأمه جويرية بنت أبي جهل ، التي كان علي بن أبي طالب ﷺ يريد أن يخطبها ، فنهاه عنها رسول الله ﷺ فتزوجها عتاب فولدت له عبد الرحمن ، وكان مع عائشة يوم الجمل ، فكان يصلى بهم إمامًا وقتل يوم الجمل بالبصرة ، فلما رآه على قتيلًا ، قال : هذا يعسوب القوم ، ولما قتل حملت الطير يده حتى ألقتها بالمدينة ، فعرفوا أنها يده بخاتمه ، فصلوا عليها ، ودفنوها ، أخرجه أبو موسى مختصرًا (٣٠٨/٣) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الجنائز ، باب (١٥٨) ، في الصلاة على العظام وعلى الرؤوس (٢٣٥/٣) .

٤٦٥٨ - قلنا : العظام لا يصلى عليها باتفاق ؛ لأن البلى [(١)] يمنع الصلاة فيحتمل أن يكون صلى بمعنى : دعا [(٢)] .

٤٦٥٩ - قالوا : روي عن أبي عبيدة ﷺ « أنه صلى على رؤوس » [(٣)] فالسنة له التقدم دون التأخر قياسًا على من يحملها .

٤٦٦٠ - قلنا : الحامل إنما يبتدئ بمقدمها ، ليكون عند فراغه في الموضع الأفضل خلفها ، ولو بدأ بمؤخرها لصار مقامه عند فراغه في الموضع الأنقص ، فلهذا بدأ بمقدمها .

* * *

(١) في (ن) : [البل] . البلى بالكسر والقصر : القدم ، والتقرب إلى الفناء ، وبلاء بالفتح والمد : خلق ، فهو بال ، وبلى الميت أفنته الأرض . انظر : في المصباح المنير ، مادة : [بلي] (٦١/١) ، والمعجم الوسيط (٧٠/١) .

(٢) من قوله : [قلنا] إلى قوله : [دعا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) قوله : [أنه صلى] ساقط من صلب (ع) واستدركه المصنف في الهامش . قال الإمام الشافعي في الأم : وبلغنا عن أبي عبيدة أنه صلى علي رؤوس ، قال بعض أصحابنا عن ثور بن زيد ، عن خالد بن معدان : أن أبا عبيدة صلى على رؤوس ، في كتاب الجنائز ، باب المقتول الذي يغسل ويصلى عليه ومن لم يوجد (٢٦٨/١) . وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الجنائز ، في الصلاة على العظام وعلى الرؤوس (٢٣٥/٣) .

مسألة ٢٨٨

السلطان أولى بالصلاة على الميت

٤٦٦١ – قال أصحابنا : إذا حضر السلطان فهو أولى بالصلاة على الميت . وعن أبي يوسف أن المولى أحق [١] .

٤٦٦٢ – وبه قال الشافعي في الجديد ، وفي إمام الحي روايتان [٢] .

٤٦٦٣ – لنا : ما روى أبو مسعود الأنصاري ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يؤم الرجل الرجل [٣] في سلطانه ، ولا يجلس على تكرمته [٤] إلا بإذنه » [٥] .

٤٦٦٤ – وروي أيضًا : « لا يؤم أمير في إمارته » . ولا يقال : إنه محمول على صلاة الفرض ؛ لأن هذا تخصيص بغير دليل .

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ص٤١ ، (٦٢/٢ ، ٦٣) ، تحفة الفقهاء (٢٥١/١ ، ٢٥٢) ، بدائع الصنائع (٣١٧/١ ، ٣١٨) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (١١٨/٢ ، ١١٩) ، البناية (٢٤٢/٣-٢٤٤) مجمع الأنهر (١٨٢/١ ، ١٨٣) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه الدر المختار (٦١٥/١ ، ٦١٦) .

(٢) قال الإمام الشافعي : والولي أحق بالصلاة من الوالي ؛ لأن هذا من الأمور الخاصة . قال أبو إسحاق الشيرازى : وإن اجتمع الوالي والولي المناسب ، ففيه قولان : قال في القديم : الوالي أولى ، لقوله ﷺ : لا يؤم الرجل الرجل في سلطانه . وقال في الجديد : الولي أولى ؛ لأنها ولاية تترتب فيها العصبات ، فقدم الولي على الوالي ، كولاية النكاح . انظر الأم (٢٧٥/١) مختصر المزني ص٣٧ ، المهذب ، (١٣٢/١) ، حلية العلماء (٢٩١/٢) ، المجموع مع المهذب (٢١٧/٥) ، فتح العزيز ، في هامش المجموع (١٥٨/٥ ، ١٥٩) . قال مالك وأصحابه مثل الحنفية وقول الشافعي في القديم : أولى الناس بالصلاة على الميت الوالي . انظر المدونة (١٦٩/١) ، المنتقى (١٩/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٢٧٣/١ ، ٢٧٤) ، بداية المجتهد (٢٤٨/١) . قال أحمد وأصحابه : الأولى الوصي ، ثم الوالي ، ثم الولي . انظر الإفصاح (١٨٧/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٥٩/١) ، المغنى (٤٨٠/٢-٤٨٢) .

(٣) لفظ : [الرجل] الثاني ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [مكرمته] .

(٥) أخرجه مسلم في الصحيح في كتاب الصلاة ، باب من أحق بالإمامة (٢٧٠/١) وأخرجه أبو داود في كتاب الصلاة ، باب من أحق بالإمامة (١٥٤/١) ، وأخرجه الترمذي في أبواب الصلاة باب ما جاء من أحق بالإمامة (٤٥٩/١) ، الحديث (٢٣٥) ، والنسائي في كتاب الإمامة ، باب من أحق بالإمامة ، وفي اجتماع القوم وفيهم الوالي (٧٦/٢ ، ٧٧) ، وأخرجه ابن ماجه في كتاب إقامة الصلاة ، باب من أحق بالإمامة (٣١٣/١ ، ٣١٤) الحديث (٩٨٠) ، وأحمد في المسند (١٨٨/٤) .

٤٦٦٥ - ويدل عليه [١] : ما روي : « أن الحسين قدم سعيد بن العاص على الحسن ، وقال [٢] : لولا السنة لما قدمتك » [٣] وذكر بشر بن غياث [٤] في « كتاب الصلاة » أنه قال [٥] : « لولا أن النبي ﷺ نهي عن التقدم لما قدمتك » .

٤٦٦٦ - ولا يقال : إن الحسن [٦] صلى عليه ، ثم قدمه ثانيًا ، وقال : « لولا أن السنة الصلاة ثانيًا لما قدمتك » ، [بدلالة ما روي عن الحسن البصري : أن الحسن صلى على أخيه وكبر أربعًا] [٧] .

٤٦٦٧ - قلنا : الصلاة الثانية لا يحتاج فيها إلى التقديم ، ولا يقع فيها منع ، وإنما يقع التقديم في الأولى ، وقول الحسن لا دلالة فيه ؛ لأنه يجوز أن يكون صلى مأمومًا وكبر أربعًا . ولأنا قد روينا أنه قال : « لولا أن النبي ﷺ نهي عن التقديم لما [٨] قدمتك » وقد [٩] روي أن سعيد بن العاص ﷺ قال : « أنتم أحق بموتاكم ؛ إن شئتم تركتموني أتقدم ، وإن شئتم فأنتم أحق به ، فصلوا ، فقدمه الحسين وقال : لولا السنة لما قدمتك » .

٤٦٦٨ - وهذا يدل أنه قد ابتدأ . ولا يقال : إن الحسين خاف الفتنة ؛ لأن الإمارة كانت لهم ، فقال : لولا أن السنة من إطفاء الفتنة لما قدمتك .

٤٦٦٩ - قلنا : هذا يفضي إلى إسقاط السبب [١٠] المنقول ، وتعلق [١١] الحكم بسبب لم ينقل ، وهذا لا يصح [١٢] .

---

(١) في (ن) : [عليها] . (٢) في (م) : [وقالوا] .
(٣) أخرجه البيهقي في كتاب الجنائز ، باب من قال الوالي أحق بالصلاة على الميت من الولي (٢٩/٤) .
(٤) في (ع) : [ابن عتاب] ، وهو تصحيف . هو بشر بن غياث بن أبي كريمة المريسي ، المعتزلي المتكلم ، مولى آل زيد بن الخطاب ﷺ كان من كبار الفقهاء ، أخذ عن أبي يوسف ، وروى عن حماد بن سلمة ، وسفيان بن عيينة ، مات في ذي الحجة سنة ثماني عشرة ومائتين ، وقيل : سنة تسع عشرة ومائتين . انظر ترجمته في الأنساب (٢٦٧/٥ ، ٢٦٨) ، الجواهر المضيئة (٤٤٧/١ - ٤٥٠) ، الترجمة (٣٧٠) ، سير أعلام النبلاء (١٩٩/١٠ - ٢٠٢) ، الفوائد البهية ص٥٤ .
(٥) قوله : [أنه قال] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٦) في (م) ، (ع) : [الحسين] .
(٧) في (م) ، (ع) : [الحسين] ، وما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ما] ، مكان : [لما] .
(٩) لفظ : [قد] ساقط من (ن) . (١٠) في (ن) : [السنة] .
(١١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وتعليق] . (١٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لا يصلح] .

٤٦٧٠ - وقد روى أصحابنا عن الشعبي « أن رجلًا من أصحاب النبي ﷺ حضره الموت فقال : إذا مت فحضر جنازتي الوالي فقدموه وإلا فرجل من أصحاب رسول الله ﷺ وإن حضر إمام الحي فيصلي عَليَّ ، ولا تخالفوا لي السنة » [١] . ولأنها صلاة شرع لها الجماعة ، فحلت محل العيدين [٢] والجمعة ، أو سن لها الجماعة [٣] فلا يتقدم فيها على الإمام حال [٤] حضوره إلا بإذنه ، كسائر الصلوات [٥] .

٤٦٧١ - ولا يقال : إن سائر الصلوات [٦] حق لله [٧] خالصًا ، وصلاة الجنازة فيها حق لله وحق للميت ، فاعتبر تقدم الولي ، كالولاية / في النكاح .

٥٨/أ

٤٦٧٢ - ولأن صلاة الجنازة حق لله تعالى خالص وليس إذا سن فيها الدعاء للميت كانت حقًّا له ، كما أن سائر الصلوات يستغفر فيها للمسلمين ولا حق لهم فيها [٨] .

٤٦٧٣ - ولأن دار الإسلام سلطان الأمير ، فلا يتقدم عليه من لا سلطان له في البقعة ، كدار الإنسان لا يتقدم غيره فيها . ولا يقال : إن [٩] صاحب الدار يتقدم وإن كان السلطان الأمير ؛ لأن صاحب الدار أخص بها من الأمير وهو سلطانها .

٤٦٧٤ - واحتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾ [١٠] .

٤٦٧٥ - قلنا : لا يمكن ادعاء العموم في ذلك ؛ فوجب أن يختص بسببه . وقد روي أن الآية نزلت في شأن المواريث [١١] .

٤٦٧٦ - قالوا : ولأنه يستحق بالنسب فكانت متقدمة [١٢] على الولاية العامة كولاية النكاح .

٤٦٧٧ - قلنا : تولي [١٣] عقد النكاح بين يدي السلطان فليس [١٤] فيه إسقاط

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولا تخالفوا إلى السنة] .
(٢) في (ن) : [العيدان] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الجمعة] .
(٤) في (ص) : [كحال] .
(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الصلاة] .
(٦) في (ع) : [الصلاة] .
(٧) في (ص) : [الله] .
(٨) لفظ : [فيها] ساقط من (ع) .
(٩) قوله : [ولا يقال إن] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٠) الأنفال : ٧٥ .
(١١) أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب الفرائض ، باب نسخ ميراث العقد بميراث الرحم (١٢٧/٢ ، ١٢٨) ، والدارقطني في كتاب الفرائض (٨٨/٣ ، ٨٩) ، الحديث (٦٧) .
(١٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [مقدمة] .
(١٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [مولى] .
(١٤) في (ن) : [ليس] .

هيئته ؛ لأن من عادة الناس أن يوكلوا فيه ولا يتولونه ، وهذا غير موجود في الصلاة ؛ لأن التقدم [١] عليه إسقاط هيئته ؛ لأن العادة تقديم الأفضل فيها .

٤٦٧٨ – قالوا : فرض كفاية يفعل في حق الميت ، فكان ولى [٢] الميت أولى كالغسل والتكفين والدفن [٣] .

٤٦٧٩ – قلنا : لا يمتنع أن يختص بالغسل من يكون غيره أولى منه بالصلاة ، بدلالة أن الزوج عندهم أولى بالغسل والتكفين ، والولي أولى بالصلاة عليه [٤] ، وكذلك النساء أحق [٥] بغسل النساء ، والصلاة إلى الرجال ، ولأن مباشرة الغسل والتكفين ليس فيه تعظيم الإمام فلم يكن في [٦] التقديم عليه إسقاط هيئته ، ومباشرة الصلاة فيها تعظيم ، فكان في التقديم [٧] عليه إسقاط هيئته .

٤٦٨٠ – قالوا : القصد من الصلاة الدعاء [٨] والتضرع والاستغفار ، والمولى أشد تضرعًا وأخشع في الاستغفار والدعاء ؛ لأنه أشفق وأرق فكان أولى كالنكاح ، لما كان الولي فيه أشفق كان أولى .

٤٦٨١ – قلنا : دعاء الإمام يرجى [٩] فيه ما لا يرجى في دعاء الولي ، بدلالة ما روي عنه عليه الصلاة والسلام ، أنه قال : « ثلاثة لا يحجب دعاؤهم » [١٠] وذكر الإمام [١١] . ولأن دعاء الولي موجود ، إمامًا كان أو مأمومًا .

٤٦٨٢ – ولا يقال : إنه إذا كان مأمومًا استعجل الإمام الصلاة فقطعه عن الدعاء ؛ لأن الدعاء ؛ يكون في آخر الصلاة ؛ فيجوز له أن يبقى في الصلاة وإن خرج الإمام .

---

(١) في (م) ، (ع) : [المتقدم] .

(٢) لفظ : [ولى] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [والدين والتكفين] ، وفي (ن) : [والدفن والتكفين] بالتقديم والتأخير .

(٤) لفظ : [عليه] ولفظ : [أحق] ساقطان من صلب (ص) واستدركهما المصنف في الهامش .

(٥) لفظ : [عليه] ولفظ : [أحق] ساقطان من صلب (ص) واستدركهما المصنف في الهامش .

(٦) في (ص) : [أن] ، مكان : [في] .

(٧) في (م) ، (ع) : [التقدم] .

(٨) لفظ : [الدعاء] ساقط من (ن) .

(٩) في (ن) : [يرجاء] .

(١٠) في (ص) : [دعاءهم] .

(١١) أخرجه أبو داود الطيالسي بلفظ : قال رسول الله ﷺ : ثلاث لا ترد دعوتهم : الامام العادل ، والصائم حتى يفطر ، ودعوة المظلوم في مسنده ص٣٣٧ ، الحديث (٢٥٨٤) ، وأحمد في المسند ، (٣٠٥/٢ ، ٤٤٥) ، والترمذى ، في كتاب الدعوات ، باب العفو والعافية (٥٧٨/٥) الحديث (٣٥٩٨) ، وابن ماجه ، في كتاب الصيام باب في ثلاثة لا ترد دعوتهم (٥٥٧/١) الحديث (١٧٥٢) .

مسألة ٢٨٩

تكره الصلاة على الموتى في مسجد الجماعة

٤٦٨٣ - قال أصحابنا : تكره الصلاة على الموتى في مسجد الجماعة [(١)] .

٤٦٨٤ - وقال الشافعي : يجوز [(٢)] .

٤٦٨٥ - لنا : حديث أبي هريرة ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « من صلى على جنازة [(٣)] في المسجد فلا شيء له » [(٤)] .

٤٦٨٦ - ذكره أبو داود . ولا يقال إنه متروك الظاهر ؛ لأنا أجمعنا على استحقاقه الثواب لسقوط الفرض ؛ لأن الفرض وإن سقط فيجوز أن لا يحصل له الثواب ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [يكره] ، وقوله : [على الموتى] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . انظر المبسوط (٦٨/٢) ، فتح القدير وبهامشه العناية (١٢٨/٢ ، ١٢٩) ، البناية (٢٦٧/٣ - ٢٧١) مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر (١٨٤/١ ، ١٨٥) ، حاشية ابن عابدين وبهامشها الدر المختار (٦١٩/١، ٦٢٠) .

(٢) قال النووي في المجموع : الصلاة على الميت في المسجد صحيحة جائزة لا كراهة فيها ، بل هي مستحبة صرح باستحبابها في المسجد الشيخ أبو حامد الإسفراييني شيخ الأصحاب والبندنيجي وصاحب الحاوي والجرجاني وآخرون ، وهذا مذهبنا . انظر المهذب (١٣٢/١) ، الوسيط (٨١٧/٢) ، حلية العلماء (٢٨٩/٢) ، المجموع مع المهذب (٢١١/٥ ، ٢١٣ ، ٢١٤) . وقال مالك وأصحابه إلا البعض كابن حبيب مثل قول الحنفية : تكره الصلاة على الميت في المسجد ، إلا أن تكون الجنازة في خارج المسجد فلا بأس به . وفى المدونة : قال مالك : أكره أن توضع الجنازة في المسجد ، فإن وضعت قرب المسجد للصلاة عليها ؛ فلا بأس أن يصلى من في المسجد عليها بصلاة الإمام الذي يصلي عليها إذا ضاق خارج المسجد بأهله . انظر المدونة (١٦١/١) ، المنتقى (١٨/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٢٨٢/١) ، بداية المجتهد (٢٤٩/١) . وقال أحمد وأصحابه مثل قول الشافعي : لا بأس بالصلاة على الميت في المسجد إذا لم يخف تلويثه . انظر الإفصاح (١٨٧/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٥٨/١) ، المغني (٤٩٣/٢ ، ٤٩٤) .

(٣) في سائر النسخ : [على ميت] ، المثبت من كتب الحديث .

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٥٢٧/٣) ، الحديث (٦٥٧٩) وابن أبي شيبة في المصنف (٢٤٣/٣) ، والطحاوي في المعاني ، في كتاب الجنائز ، باب الصلاة على الجنازة (٤٩٢/١) وأخرجه أبو داود في كتاب الجنائز ، باب الصلاة على الجنازة في المسجد (٢٠٣/٢) وابن ماجه ، في كتاب الجنائز ، باب ما جاء في الصلاة على الجنائز في المسجد (٤٨٦/١) الحديث ١٥١٧ والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الجنائز ، باب الصلاة على الجنازة في المسجد (٥٢/٤) .

وسقوط الفرض لا يوصف أنه له [(١)] من غير ثواب [(٢)] .

٤٦٨٧ – وروي أن النبي ﷺ لَمَّا نعَىَ [(٣)] النجاشي إلى أصحابه خرج فصلى عليه في المصلي » [(٤)] ، ولو كان يجوز الصلاة في المسجد لم يكن للخروج معنى .

٤٦٨٨ – ولأن [(٥)] النبي ﷺ قال : « جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم » [(٦)] ، وكأن المعنى [(٧)] فيه : أنه لا يؤمن [(٨)] تلويث المسجد منهم وهذا موجود في الميت . ولأن الناس أفردوا للجنائز مسجدًا في سائر الأعصار ، ولو جاز في المسجد لم يكن لإفراد موضع لها معنى .

٤٦٨٩ – احتجوا : « بأن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لما مات سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه [(٩)] فقالت : أدخلوه المسجد لأصلي [(١٠)] عليه ، فأنكر عليها ذلك ، فقالت : ما صلى رسول الله ﷺ على سهيل بن البيضاء إلا في المسجد » [(١١)] .

٤٦٩٠ – والجواب : أن إنكارهم يدل على أن الظاهر من الشرع خلاف ذلك ولأنهم لا ينكرون ما يسوغ فيه الاجتهاد .

٤٦٩١ – وقولها : « ما صلى رسول الله ﷺ [(١٢)] على ابن البيضاء [(١٣)] إلا في

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يوصفان له] . (٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فوات] .

(٣) في سائر النسخ : [نفي] والصواب ما أثبتناه ، والنعي : خبر الموت ومنه يقال : جاء نعيه أي ناعيه وهو الذي يخبر بموته ، ونعيت الميت نعيًا أخبرت بموته . انظر : لسان العرب مادة (نعا) (٤٤٨٦/٦) ، المصباح المنير (٥٨٦/٢) .

(٤) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الجنائز باب الرجل ينعى إلى أهل الميت بنفسه (٢١٧/١) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الجنائز باب في التكبير على الجنازة (٣٧٩/١ ، ٣٨٠) وأبو داود في كتاب الجنائز باب في الصلاة على المسلم يموت في بلاد الشرك (٢٠٧/٢ ، ٢٠٨) ، والنسائي في كتاب الجنائز في الصفوف على الجنازة (٧٠/٤) . (٥) في (ن) : [لأن] بدون العطف .

(٦) أخرجه ابن عدي في الكامل (٢١٩/٥) ، الضعفاء والمتروكين للنسائي صـ١٨٠ .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) . (٨) في (ن) : [لا يأمن] .

(٩) ساقطة من (ن) . (١٠) في (م) ، (ن) : [ادخلوا المسجد فلا صلى] .

(١١) في (م) : [سهل] . والحديث أخرجه مسلم في الصحيح في كتاب الجنائز باب الصلاة على الجنائز في المسجد (٣٨٧/١١) ، والطحاوي في المعاني في كتاب الجنائز باب الصلاة على الجنازة هل ينبغي أن تكون في المساجد أولًا (١٧٧/١ ، ١٧٨) ، ومالك في الموطأ في كتاب الجنائز الصلاة على الجنازة في المسجد (١٧٧/١ ، ١٧٨) ، والنسائي في كتاب الجنائز باب ما جاء في الصلاة على الجنائز في المسجد (٤٨٦/١) .

(١٢) ساقطة من (ع) . (١٣) في (ع) : [على بن أبي البيضاء] .

المسجد » ، دلالة عليهم ؛ لأنه لو كان يجوز ذلك لصلى [١] على جميع الناس ، ولم يخصه بابن البيضاء .

٤٦٩٢ - ولأنه يجوز [٢] أن يكون صلى عليه لعذر من مطر أو غيره . ويجوز أن تكون الجنازة [٣] وضعت خارج المسجد وصلى عليه في المسجد فظنت عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أن الناس أنكروا عليها فعل الصلاة .

٤٦٩٣ - وما روي عن عمر أنه صلى على أبي بكر رضي الله عنه [٤] في المسجد ، وصلى صهيب على عمر رضي الله عنه في المسجد [٥] ، يجوز أن يكون في مسجد الجنائز .

٤٦٩٤ - ولأنه لا يثبت به إجماعًا مع إنكار من أنكر على عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا .

٤٦٩٥ - قالوا : صلاة شرعية ، [فلم يكره] [٦] فعلها في المسجد ، كسائر الصلوات .

٤٦٩٦ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن الصلاة لا تكره عندنا ، وإنما يكره إدخال الميت . ولأن سائر الصلوات يؤمن فيها تلويث المسجد ، ويبطل بصلاة المستحاضة ومن به سلس البول .

٤٦٩٧ - قالوا : المسجد أفضل [٧] من غيره من البقاء ، فكانت الصلاة فيه أفضل [٨] .

٤٦٩٨ - قلنا : من أصلكم أن صلاة العيدين والاستسقاء في غير المسجد أفضل [٩] ، وإن كان المسجد أفضل البقاع .

* * *

(١) ساقطة من (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٢) في (ع) : [ولا يجوز] .

(٣) في (ع) : [الجماعة] .

(٤) ساقطة من (ع) .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في الجنائز في الصلاة على الميت في المسجد من لم ير به بأسًا (٣/٢٤٢) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب الصلاة على الجنازة في المسجد (٣/٥٢٦) .

(٦) في (ع) : [فلم يكن] .

(٧) في هامش (ص) : [أنطف] .

(٨) ساقطة من (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٩) في (ص) أن صلاة العيدين والاستسقاء في غير المسجد بالتقديم والتأخير .

مسألة ٢٩٠

لا يصلى على الجنازة في الأوقات الثلاثة

٤٦٩٩ - قال أصحابنا : لا يصلى على الجنازة في الأوقات الثلاثة [١] .

٤٧٠٠ - وقال الشافعي : لا يكره [٢] .

٤٧٠١ - لنا : حديث عقبة بن عامر ﷺ قال : « نهانا رسول الله ﷺ أن نصلي في ثلاثة أوقات ، وأن نقبر فيهن موتانا » [٣] ونحن نعلم أنه لم يرد به الدفن ؛ فلم يبق [٤] إلا أن يكون المراد به الصلاة .

٤٧٠٢ - وقد روي « أنه ﷺ نهى عن الصلاة في هذه الأوقات » [٥] وهو عام . ولأنها صلاة شرعية ، فيكره فعلها عند الطلوع كالنافلة التي لا سبب لها .

٤٧٠٣ - احتجوا : « بأن عقيلًا [٦] صلى عليه والشمس مصفرة ، لم يبق إلى غروبها إلا قليل » [٧] .

٤٧٠٤ - وعن أبي هريرة ﷺ أنه صلى على جنازة حين اصفرت الشمس ، وهذا

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص٤٢ ، المبسوط (٦٨/٢) ، تحفة الفقهاء (٢٥٢/١) ، بدائع الصنائع (٣١٦/١ ، ٣١٧) ، فتح القدير (١٢٣/٢) ، الهداية مع فتح القدير (٢٣٤/١) .

(٢) انظر : الأم باب القيام للجنائز (٢٧٩/١) ، مختصر المزني باب الصلاة على الجنائز ص٣٨ المهذب باب الصلاة على الميت (٩٢/١ ، ١٣٢) ، حلية العلماء الجنائز (٢٨٩/٢) فتح العزيز في هامش المجموع (١٠٨/٣، ١١٠) ، المجموع مع المهذب (١٦٨/٤ ، ١٧٢) . والمدونة (١٧١/١ ، ١٧٢) ، المنتقى (١٧/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٢٧٦/١) ، بداية المجتهد (٢٤٨/١ ، ٢٤٩) ، الكافي لابن قدامة (٢٧١/١) ، المغني (٥٥٤/٢ ، ٥٥٥) .

(٣) أخرجه أحمد في المسند (١٥٢/٤) ، والطيالسي في مسنده (١٣٥/٤) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الصلاة (٤٥٤/٢) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [لم يبق] .

(٥) أخرجه مالك في الموطأ (١٧١/١) ، والنسائي في كتاب المواقيت ، الساعات التي نهى عن الصلاة فيها (٢٧٥/١) ، والبيهقي (٤٥٤/٢) ، وعبد الرزاق في المصنف باب الساعة التي يكره الصلاة فيها (٤٢٥/٢) .

(٦) في (ع) ، (ن) : [عقيل] .

(٧) في (م) ، (ن) : [إلا قليل] . وهذا الخبر رواه الربيع عن الشافعي في الأم (٢٧٩/١) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الجنائز باب الصلاة على الجنائز ودفن الموتى أي ساعة شاء من ليل أو نهار (٣٢/٤) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب الصلاة على الجنائز في الحين التي تكره فيه الصلاة (٥٢٤/٣) .

بمحضر من الصحابة ﷺ [(١)] .

٤٧٠٥ - والجواب : أن عندنا لا تكره [(٢)] في هذين الوقتين وإنما تكره [(٣)] عند الغروب .

٤٧٠٦ - قالوا : صلاة لها سبب لم يسن لها البدل ؛ فجاز فعلها في الوقت المنهي عنه كعصر يومه .

٤٧٠٧ - قلنا : عندنا إذا فعلها في هذا الوقت جاز وإنما يكره فعلها فيه ، وكذلك يجوز العصر ، ويكره تأخيرها إليه ، ولأن العصر لو لم يفعلها في هذا الوقت صارت فائتة ، وهذا لا يوجد في الجنازة .

٤٧٠٨ - قالوا : وقت منهي عن الصلاة فيه فوجب أن يختص النهي بما لا سبب له دون ما له سبب قياسًا على الوقتين .

٤٧٠٩ - قلنا : إنما منع [(٤)] من الصلاة في الوقتين لا لمعني في الوقت ، بدلالة أنه تجوز [(٥)] صلاة الوقت فيها وإن لم يخش الفوات ، وليس كذلك الأوقات الثلاثة ؛ لأنه منع من الصلاة فيها لمعنى في الوقت بدلالة أنه يمنع من فرض الوقت فيها .

* * *

---

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) في (م) ، (ن) : [يكره] .

(٣) في (م) ، (ن) : [يكره] .

(٤) في (ص) : [يمنع] .

(٥) في (م) ، (ن) : [يجوز] .

مسألة ٢٩١

لا يصلى على ميت غائب

٤٧١٠ – قال أصحابنا : لا يصلى على ميت غائب [١] .

٤٧١١ – وقال الشافعي : يصلى عليه بالنية [٢] .

٤٧١٢ – لنا : أن ذلك لو جاز [٣] لصلى على رسول الله ﷺ من كان غائبًا من الصحابة ، ولصلى على أبي بكر جيوشه بالعراق والشام [٤] ، ولصلى على عمر المسلمون في الشرق والغرب [٥] ، وكذلك على عثمان ، وعلي ﷺ[٦] ولو فعلوا [٧] ذلك لنقل من طريق الاستفاضة ، فلما لم ينقل ؛ دل على أنهم لم يفعلوا .

٤٧١٣ – [ولأنه لو صلى عليه في المصر وهو لا يشاهده لم يجز ، فإذا كان غائبًا [٨] أولى وأحرى] [٩] .

٤٧١٤ – ولا يقال : لا ضرورة بمن في المصر ؛ لأن صلاة الجنازة يسقط [١٠] فرضها بفعل من يفعلها [١١] ، فلا توجد الضرورة ، ولأن الميت أجري مجرى الإمام ، بدلالة أن عدم طهارته يمنع من الصلاة ، ومعلوم أن الصلاة لا تجوز [١٢] خلف الإمام مع الغيبة ، كذلك مع الميت .

---

(١) انظر : المبسوط ٢ (٦٧/) ، بدائع الصنائع فصل في صلاة الجنائز (٣١٢/١) ، مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر (١٨٥/١) .

(٢) قال الإمام الشافعي : ولا بأس أن يصلى على الميت بالنية ، فقد فعل ذلك رسول الله ﷺ بالنجاشي صلى عليه بالنية . انظر : الأم باب الصلاة على الجنازة والتكبير فيها (٢٧١/١) المهذب (١٣٤/١) ، الوسيط كتاب الجنائز (٨١٢/٢) ، حلية العلماء كتاب الجنائز (٢٩٨/٢) ، المجموع مع المهذب (٢٥٠/٥ ، ٢٥٣) . والمنتقى (١٢/٢ ، ١٣) ، بداية المجتهد (٢٤٨/١) ، الإفصاح (١٨٧/١) ، الكافي لابن قدامة باب الصلاة على الميت (٢٦٤/١) ، المغني (٥١٢/٢ ، ٥١٣) .

(٣) في (ن) : [صار] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وبالشام] .

(٥) في (ع) : [والمغرب] .

(٦) ساقطة من (ن) .

(٧) في (ص) : [فعل] .

(٨) في (ن) : [غائبًا عنه] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (ن) : [سقط] .

(١١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فعلها] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [لا يجوز] .

٤٧١٥ - [ولأنهم يقولون : إن الصلاة جائزة على غائب وإن كان في غير جهة القبلة] (١) ، والصلاة مع استدبار الميت لا تجوز (٢) ، أصله : إذا كان بحضرته .

٤٧١٦ - احتجوا : بما روي « أن النبي ﷺ نعى النجاشي في اليوم الذي مات فيه ، وخرج الناس معه إلى المصلى ، فصف بهم وكبر أربعًا » (٣) .

٤٧١٧ - والجواب : أن النبي ﷺ زويت (٤) له الأرض حتى صار بين يديه ، وهذا المعنى لا يوجد في غيره ، بدلالة : ما روي أنه قال : « إن القبور مملوءة ظلمًا حتى أصلي عليها » (٥) ، فجاز أن يختص بالصلاة مع البعد ، [وإن لم يجز لغيره] (٦) .

٤٧١٨ - قالوا : ميت يلحق في حضور جنازته مشقة ، فجازت الصلاة عليه بالنية قياسًا عليه إذا مات (٧) ولم يصل عليه .

٤٧١٩ - قلنا : هذا غير مسلم ، لا يجوز مع الغيبة بكل حال .

* * *

---

(١) في (م) : [في غير جهة القبلة كذلك مع الميت] وما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [لا يجوز] .

(٣) تقدم تخريجه من المسألة (٢٨٨) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) رويت بالراء المهملة ، وهو تصحيف زويت له الأرض أي : طويت له الأرض . راجع في النهاية ، باب الزاي مع الواو (٣٢٠/٢ ، ٣٢١) لسان العرب ، مادة (زوي) (١٨٩٤/٣) المعجم الوسيط (٤١٠/١) .

(٥) أخرجه مسلم في الصحيح في كتاب الجنائز باب الصلاة على القبر (٣٧١/١) ، وأحمد في المسند (٣٨٨/٢) ، والدارقطني في السنن في كتاب الجنائز باب الصلاة على القبر (٧٧/٢) والبيهقي في الكبرى في كتاب الجنائز باب الصلاة على القبر بعد ما يدفن الميت (٤٧/٤) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [على إذا مات] .

مسألة ٢٩٢

يرفع يديه في التكبيرة الأولى من صلاة الجنازة ثم لا يرفع

٤٧٢٠ – قال أصحابنا : يرفع يديه (١) في التكبيرة الأولى من صلاة الجنازة ثم لا يرفع (٢) .

٤٧٢١ – وقال الشافعي : يرفع عند كل تكبيرة (٣) .

٤٧٢٢ – لنا : ما رواه الزهري عن سعيد عن أبي هريرة ﷺ قال : « كان النبي ﷺ إذا صلى على الجنازة رفع يديه [في أول تكبيرة] (٤) ثم وضع يده اليمني على اليسرى » (٥) .

٤٧٢٣ – وروى طاووس عن ابن عباس ﷺ : أن النبي ﷺ كان يرفع يديه على الجنازة في أول تكبيرة ثم لا يعود » (٦) . ذكرهما الدارقطني . ولأن كل تكبيرة منها قائمة مقام ركعة ، بدلالة أن المسبوق / يقضيها . ومعلوم أن تكبير الركعة الثانية لا يقع فيه .

٤٧٢٤ – ولأنه ذكر واجب في الصلاة فلا يرفع اليد (٧) عنده ، كالقراءة . ولأنها

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي صـ٤٢ ، المبسوط (٦٤/٢ ، ٦٥) ، تحفة الفقهاء باب الصلاة على الجنازة (٢٤٩/١) ، بدائع الصنائع فصل في بيان كيفية الصلاة على الجنازة (٢١٤/١) مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر (١٨٤/١) ، حاشية ابن عابدين وبهامشها الدر المختار (٦١٠/١) .

(٣) زيادة من (ن) . وانظر : الأم (٢٧١/١ ، ٢٨٣) ، مختصر المزني ص٣٨ ، المهذب (١٣٣/١) ، الوسيط (٨١٩/٢) حلية العلماء (٢٩٤/٢) ، المجموع مع المهذب « باب الصلاة على الميت (٢٢٩/٥ ، ٢٣١) . والمدونة رفع الأيدي في التكبير على الجنائز (١٦٠/١) ، المنتقى (١٢/٢) ، بداية المجتهد (٢٤١/١) ، الرسالة الفقهية (١٩٣ ، ١٩٤) ، الكافي لابن قدامة (٢٦١/١) ، المغني (٤٩٠/٢ ، ٤٩١) .

(٤) في (ص) : [في التكبيرة الأولى] ، وفي (م) ، (ن) ، (ع) وفي هامش (ص) : [في أول تكبيرة] .

(٥) أخرجه الدارقطني في كتاب الجنائز باب وضع اليمنى على اليسرى ورفع الأيدي عند التكبير (٧٥/٢) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الجنائز باب وضع اليمنى على اليسرى في صلاة الجنازة (٣٨/٤) ، والترمذي في كتاب الجنائز باب ما جاء في رفع الأيدي على الجنازة (٣٧٩/٣) ، الحديث (١٠٧٧) .

(٦) أخرجه الدارقطني في كتاب الجنائز باب وضع اليمني علي اليسري ورفع الأيدي عند التكبير (٧٥/٢) .

(٧) ساقطة من (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

تكبيرة [1] في صلاة [تؤدى ، لا تختص] [2] بوقت فلا ترفع [3] اليد عندها ، كتكبيرات السجود .

٤٧٢٥ – واحتجوا : بما روي عن أنس وابن عمر [رضي الله عنهما] [4] « أنهما رفعا أيديهما عند كل تكبيرة » [5] .

٤٧٢٦ – قلنا : روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : « لا ترفع [6] الأيدي إلا في سبعة مواطن » [7] . وروينا عن النبي ﷺ ما يخالف ذلك ؛ فلا يلزم تقليد الصحابي معه .

٤٧٢٧ – قالوا : تكبيرة واحدة كالأولى [8] .

٤٧٢٨ – قلنا : المعنى فيها أنها تكبيرة يقع بها الدخول ، وفي مسألتنا : ذكر واجب لا يقع به الدخول في الصلاة ، كالقراءة .

٤٧٢٩ – قالوا : تكبيرات متواليات ، كتكبيرات العيدين أو تكبيرات تفعل [9] في جميع القيام .

٤٧٣٠ – قلنا : يبطل بتكبيرات [10] الأذان ، والتكبيرات في خطبتي العيد والمعني في الأصل : أنها تكبيرات غير قائمة مقام ركعة ، وتكبيرات الجنازة كل واحدة منها أقيمت مقام التكبيرة التي ينتقل بها إلى الركعة الثانية ؛ فصارت كتكبيرة [11] الركعة الثانية [12] .

* * *

---

(١) في (م) : [تكبير] .

(٢) في (م) : [يؤدي لا يختص] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلا يرفع] .

(٤) زيادة من (ع) .

(٥) أخرجه الشافعي في المسند (٢١١/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الجنائز (١٨٠/٣ ، ١٨١) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الجنائز (٤٤/٤) .

(٦) في (م) ، (ن) : [لا يرفع] .

(٧) تقدم تخريجه في المسألة (١١٥) .

(٨) في (ن) : [كالأول] .

(٩) في (م) : [يفعل] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [تكبيرات] .

(١١) ساقطة من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(١٢) في (م) : [كالركعة الثانية] .

مسألة ٢٩٣

القراءة في صلاة الجنازة لا تجب ولا تكره

٤٧٣١ - قال أصحابنا : القراءة في صلاة الجنازة لا تجب ولا تكره (١) .

٤٧٣٢ - وقال الشافعي : واجبة (٢) .

٤٧٣٣ - لنا : ما روى عن ابن مسعود ﷺ « أنه سئل عن صلاة الجنازة فقال : لم يؤقت لنا فيها رسول اللّٰه ﷺ قولًا ولا قراءة ، كبر ما كبر الإمام واختر من أطيب الدعاء ما شئت » (٣) .

٤٧٣٤ - وروى أن مروان سأل أبا هريرة ﷺ عن صلاة الجنازة ، فقال : كيف كان رسول اللّٰه ﷺ يصلي ، وذكر أنه كان يقول : « اللّٰهم أنت ربها وأنت خلقتها » (٤) ، وذكر دعاء طويلًا ، ولم يذكر قراءة ، ولأنه ركن أفرد عن أفعال الصلاة ؛ فلم يجب فيه قراءة ، كسجدة التلاوة (٥) .

٤٧٣٥ - ولا يقال : إنه ليس بمفرد ؛ لأنه يجب فيه التكبير والتسليم ؛ لأن هذا لا يخرجه من أن يكون (٦) منفردًا عن الأفعال .

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : لا يجب ولا يكره انظر : مختصر الطحاوي ص٤٢ ، المبسوط (٦٤/٢) ، تحفة الفقهاء كيفية الصلاة على الميت (٢٤٩/١ ، ٢٥٠) ، بدائع الصنائع (٣١٣/١ ، ٣١٤) ، مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر (١٨٤/١) ، حاشية ابن عابدين وبهامشه الدر المختار (٦١١/١) .

(٢) انظر : الأم باب الصلاة على الجنائز والتكبير فيها (٢٧٠/١ ، ٢٨٣) ، مختصر المزني باب التكبير على الجنائز ومن أولى بأن يدخله القبر ص٣٨ ، المهذب باب الصلاة على الميت (١٣٣/١) ، الوسيط الجنائز (٨١٨/٢) ، حلية العلماء الجنائز (٢٩٤/٢) ، المجموع مع المهذب باب الصلاة على الميت (٥/ ٢٣٢ ، ٢٣٣) وانظر : المدونة ما جاء في القراءة علي الجنائز (١٥٨/١ ، ١٥٩) ، المنتقى آخر ما يقول المصلي على الجنازة (١٦/٢) ، الكافي لابن عبد البر باب الصلاة على الميت (٢٧٧/١) ، بداية المجتهد الفصل الأول في صفة صلاة الجنازة (٢٤١/١) ، الإفصاح (١٩٠/١) ، الكافي لابن قدامة باب الصلاة على الميت (٢٦٠/١) ، المغني الجنائز (٤٨٥/٢ - ٤٨٧) .

(٣) أخرجه الطحاوي في المعاني في كتاب الجنائز باب التكبير على الجنائز كما هو ، (٤٩٧/١) .

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الجنائز باب الدعاء للميت (٢٠٦/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الجنائز في ما قالوا في الصلاة على الجنازة وما ذكر في ذلك من الدعاء له (١٧٦/٣) .

(٥) ساقطة من (ع) . (٦) في (م) : [تكون] .

٤٧٣٦ – ولا يقال : فوجب أن يحتذى به [١] ، أصله : كالسجود ؛ لأن هذا خلاف الإجماع .

٤٧٣٧ – ألا ترى أن قيام الجنازة لا يحتذى به [٢] قيام الصلاة في باب التعوذ والاستفتاح والسورة ، فأما [٣] سجدة التلاوة فلا نسلم أنه يحتذى فيها بالأصل ؛ لأنه ليس في ذلك رواية ، ويجوز أن تكون [٤] السنة ما ورد به الخبر من قوله : « سجد لك سوادي » وما ذكر في القرآن من قوله : ﴿ سُبْحَـٰنَ رَبِّنَآ إِن كَانَ وَعْدُ رَبِّنَا لَمَفْعُولًا ﴾ [٥] . ولأنه ليس فيها قراءة السورة ، فلا يجب فيها قراءة الفاتحة ، كالطواف .

٤٧٣٨ – ولأن القراءة لا يتكرر وجوبها في صلاة الجنازة فلم يجب فعلها ، كالأذان والقعدة . ولا يقال : لا يمتنع أن تساوي [٦] صلاة الجنازة الظهر في وجوب القراءة ، ولا تساويها [٧] في سننها ، كما تساويا في التكبير الواجب وإن لم يتساويا في التكبير المسنون ؛ وذلك لأنا لم نجعل عدم السنة دلالة على عدم الواجب ، وإنما جعلنا عدم صفة الواجب من السنة دلالة على نفي وجوبه ، والتكبير في صلاة الجنازة يفعل على أنه [٨] سنة ، وإنما لا يفعل تكبير آخر مسنون .

٤٧٣٩ – احتجوا : بما روى في حديث جابر ﷺ [٩] : « أن النبي ﷺ كبر على ميت [١٠] أربعًا ، وقرأ بفاتحة الكتاب بعد التكبيرة الأولى » [١١] .

٤٧٤٠ – قلنا : هذا يدل على الجواز ، ونحن لا نمنع من ذلك ؛ لأنه يجوز أن يقرأ بدلًا من الدعاء ، والكلام في الوجوب ، وفعله عليه الصلاة والسلام لا يدل على الوجوب .

---

(١) في (ن) : [أن يحتذانه] ، وهذا الضحل حذوا قدرها وقطعها على مثال يقال : حذا فلان حذو فلان فعل مثل ما يفعل واحتذت به : إذا اقتديت به في أموره . انظر : المصباح المنير (حذا) (١٢١/١) ، المعجم الوسيط (١٦٣/١) .

(٢) في (ن) : [أن يحتذانه] .

(٣) في (ع) : [فإذا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أن يكون] .

(٥) سورة الإسراء : الآية ١٠٨ .

(٦) في (م) ، (ع) : [أن يساوي] .

(٧) في (م) : [ولا تساويهما] ، وفي (ع) : [ولا يتساويهما] .

(٨ ، ٩) ساقطة من (ن) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [الميت] .

(١١) رواه الإمام الشافعي في المسند (٢٠٩/١) والبيهقي في الكبرى في باب القراءة في صلاة الجنازة (٣٩/٤) .

٤٧٤١ - قالوا : روي عن ابن عباس ﷺ : « أنه صلى على جنازة فقرأ فاتحة الكتاب وجهر بها ، وقال : إنما جهرت لتعلموا أنها سنة » (١) .

٤٧٤٢ - قلنا : قول الصحابة : « السنة كذا » لا يدل على سنة رسول الله ﷺ ؛ لأنهم يقولون ذلك في سنته ، وفي (٢) سنة الأئمة ، ألا ترى أن السنة مأخوذة من سنن الطريق الذي يقتدى به ، وذلك موجود في فعل الأئمة (٣) ، وإذًا لم يدل ذلك على سنة النبي ﷺ .

٤٧٤٣ - والصحابة قد اختلفوا : فروي عن أبي هريرة ، وفضالة بن عبيد ، وابن عمر ﷺ ترك القراءة (٤) ، فتعارض ذلك ؛ لأنه قال : « إنها من السنة » ، ولم يقل : من الواجب ، والخلاف في ذلك .

٤٧٤٤ - احتجوا : بقول النبي ﷺ (٥) : « لا صلاة إلا بقراءة » (٦) .

٤٧٤٥ - والجواب : أنه محمول على ما سوى صلاة (٧) الجنازة ؛ لأنه قد (٨) روي في الخبر : « يقرأ فيها فاتحة الكتاب ، أو ما شاء من القرآن » (٩) . وروي : « فاتحة الكتاب ، فما زاد (١٠) » وصلاة الجنازة لا يقرأ فيها فاتحة الكتاب .

٤٧٤٦ - قالوا : صلاة واجبة ، وصلاة لها تحريم وتحليل (١١) ، أو صلاة تسن (١٢) لها الجماعة ، كسائر الصلوات (١٣) .

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح الجنائز باب قراءة فاتحة الكتاب على الجنازة » (٢٣١/١) ، وأبو داود في باب ما يقرأ على الجنازة (٢٠٦/٢) ، والترمذي في باب ما جاء في القراءة على الجنازة بفاتحة الكتاب (٣٣٧/٣) ، والنسائي في كتاب الجنائز في الدعاء (٧٥/٤) ، والدارقطني في باب التسليم في الجنازة واحد والتكبير أربعًا وخمسًا (٧٢/٢) .

(٢) زيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [وذلك موجود في فعل الأئمة ألا ترى أن السنة مأخوذة من سنن الطريق] .

(٤) رواه عبد الرزاق في المصنف (٤٨٨/٣) ، وابن أبي شيبة في المصنف (١٧٩/٣) .

(٥) في (ص) ، (ع) : [بقوله ﷺ] .

(٦) تقدم تخرجه في المسألة (١١٢) .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٩) أخرجه أبو داود في سننه في كتاب الصلاة باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود (٢١٩/١) .

(١٠) في (م) : [فأراد] . وهذا الحديث أخرجه البخاري في الصحيح في بدء الأذان باب القراءة في الفجر (١٤٠/١) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الصلاة باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة (١٦٩/١) .

(١١) في سائر النسخ بتقديم [تحليل] والأنسب ما أثبتناه .

(١٢) في (ص) ، (م) ، (ن) : [سن] .

(١٣) في (ن) : [الصلاة] .

٤٧٤٧ - والجواب : أما قولهم : « واجبة » ، فيبطل بالطواف على أصلهم . وقولهم « لها تحريم وتحليل » يبطل بسجدة [١] التلاوة ؛ لأنها صلاة لها تحريم وتحليل [٢] على أصلهم . قال الله تعالى : ﴿ أَضَاعُواْ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ [٣] ، المراد : سجود التلاوة .

٤٧٤٨ - وقولهم : « تسن لها [٤] الجماعة » ليس لها تأثير في الأصل ؛ لأن سائر الصلوات [٥] يجب فيها القراءة ، وإن لم تسن [٦] لها الجماعة . ثم المعنى فيها : أن القراءة لما ثبتت سنتها كانت شرطًا ، ولما لم تثبت [٧] سنتها في مسألتنا لم تكن [٨] شرطًا .

٤٧٤٩ - قالوا : صلاة تضمنت قيامًا ، كسائر الصلوات [٩] .

٤٧٥٠ - قلنا : يبطل بالطواف على أصلهم . ولا يقال : إن إطلاق الصلاة لا يتناول الطواف ؛ لأن الإطلاق [١٠] لا يتناول صلاة الجنازة أيضًا .

٤٧٥١ - قالوا : صلاة يتوالى فيها التكبير في [١١] حال القيام ، فكان من شرطها القراءة قياسًا على صلاة العيد .

٤٧٥٢ - قلنا : صلاة العيد لما تكررت فيها القراءة كانت شرطًا ، ولما لم تتكرر في هذه الصلاة ، لم تكن [١٢] شرطًا .

٤٧٥٣ - قالوا : إنما لا تتكرر ؛ لأنها بنيت [١٣] على التخفيف ، وصلاة العيد لم تبن على التخفيف .

٤٧٥٤ - قلنا : هذا الفرق يقتضي سقوط القراءة [أيضًا] [١٤] ، فكأنكم ضممتم إلى فرقنا فرقًا آخر .

* * *

---

(١) في (م) : [سجدة] .

(٢) في (ع) ، (ن) : [تحليل وتحريم] بالتقديم والتأخير .

(٣) سورة مريم : الآية ٥٩ .

(٤) في (ع) : [بها] .

(٥) في (م) : [الصلاة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يسن] .

(٧) في (ع) : [لما ثبت] ، مكان [لما ثبتت] ، و [لم يثبت] .

(٨) في (م) : [لم يكن] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الصلاة] .

(١٠) في (ص) : [اطلاق] .

(١١) في (م) : [تتوالى] ، وحرف : [في] ساقطة من (ع) .

(١٢) في (م) ، (ع) : [لم يتكرر] ، و [لم يكن] ، مكان المثبت .

(١٣) في (ن) : [تثبت] ، مكان [بنيت] .

(١٤) الزيادة من (م) .

مسألة ٢٩٤

المسبوق في صلاة الجنازة لا يكبر حين يكبر الإمام ويدخل بتكبيره

٤٧٥٥ – قال أبو حنيفة ومحمد : المسبوق في صلاة الجنازة لا يكبر حين [١] يكبر الإمام ، ويدخل بتكبيره .

٤٧٥٦ – وقال أبو يوسف : يكبر [بتكبيرة] يفتتح [٢] بها ثم يتبع الإمام [٣] . [وبه قال الشافعي] [٤] .

٤٧٥٧ – لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « ما أدركتم [٥] فصلوا ، وما فاتكم فاقضوا » [٦] . وظاهره يقتضي : أن من سبقه الإمام بتكبيرة يجب أن يؤخر قضاءها عن فعل ما أدركه . ولا يقال : إن قوله : « ما أدركتم فصلوا » سابق فيقتضي إذا أدركه بين التكبيرتين أن يفعل معه الصلاة ، وهذا لا يكون إلا بتقديم التكبير ؛ وذلك لأنه عليه الصلاة والسلام أمر بفعل الصلاة المدركة ، ولو كبر لفعل ما ليس بمدرك ، وهذا خلاف الخبر .

٤٧٥٨ – ولا يقال : المراد بالخبر : ما سوى تكبيرة الافتتاح ، بدلالة سائر الصلوات [٧] ؛ لأن الخبر يقتضي تأخير الفائت من التكبيرة وغيرها ، وقام الدليل في سائر

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [حتى] .

(٢) الزيادة من (ن) ، وفي (م) ، (ع) : [يفتح] .

(٣) راجع المبسوط (٦٦/٢) ، بدائع الصنائع (٣١٤/١) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية ، [فصل في الصلاة على الميت] (١٢٥/٢ ، ١٢٦) ، البناية ، [فصل في الصلاة على الميت] (٢٦٠/٣ – ٢٦٢) ، مجمع الأنهر وبهامشه ملتقى الأبحر (١٨٤/١) ، حاشية ابن عابدين وبهامشها الدر المختار (٦١٣/١) .

(٤) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق . قال الإمام الشافعي في الأم : ولا ينتظر المسبوق الإمام أن يكبر ثانية ، ولكنه يفتتح لنفسه . راجع الأم باب الصلاة على الميت (٢٧٥/١) ، مختصر المزني ص ٣٨ ، المهذب (١٣٤/١) ، الوسيط الجنائز (٨٢٠/٢) ، حلية العلماء الجنائز ، المجموع مع المهذب (٢٤٠/٥ ، ٢٤١ ، ٢٤٢) ، راجع المدونة ، في الذي يفوته بعض التكبير (١٦٣/١) ، المنتقى ، الباب الثاني في صفة الصلاة على الميت (١٥/٢) ، بداية المجتهد المسألة السادسة (٢٤/١) .

(٥) في (ن) : [مما أدركتم] .

(٦) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٤٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [الصلاة] .

الصلوات [١] أنه لا يتناول التكبير ؛ لأنه ليس من الصلاة ، فبقيت هذه الصلاة على ظاهرها .

٤٧٥٩ – ولأنها تكبيرة واجبة ، فلا يقدم عليها فعل ما لم يدركه ، أصله : التكبيرة الأولى . ولأنها تكبيرة [واجبة] [٢] لم يدركها من صلاة الجنازة ؛ فلم يجز له أن يأتي بها قبل [٣] مشاركة الإمام ، أصله : التكبيرة الثانية . ولأنه يمكنه الدخول بمشاركة الإمام في التكبير ، فلم يجز أن يقدم عليه ما لم يدركه ، كالتكبير ، ولا يلزم على هذا – إذا كان المؤتم حاضرًا فكبر الإمام – أن المؤتم يكبر بعد ذلك ؛ لأنه أدرك هذه التكبيرة [٤] وما لم يفت موضعها بفعل الثانية جاز له أن يفعلها ؛ لأنه يؤدى ما أدرك ، ولأن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة ، بدلالة أنها تقضى [٥] ، ومعلوم أن المؤتم لا يجوز أن يقدم على مشاركة الإمام ركعة [٦] ثم يدركها ، كذلك التكبير .

٤٧٦٠ – احتجوا : بأنه أدرك إمامه في أثناء صلاته فلزمه متابعته فيما يدركه [٧] عليه قياسا على سائر الصلوات [٨] ؛ لأنه لا يمكن الدخول بتكبيرة شارك بها [٩] الإمام ، وفي مسألتنا يمكن الدخول [١٠] بذلك ، فلم يقدم عليه ما لم يدركه ، على أنا لا نسلم أنه أدرك إمامه ؛ لأن المتابعة لا تصح [١١] عندنا في هذه الحالة ، فهو أدرك من [١٢] يصير إمامه ويبطلها بالمرأة والمسافر إذا أدركا [١٣] الإمام في الجمعة ؛ لأنه لا يلزمهما [١٤] المتابعة .

٤٧٦١ – قالوا : كل ما [١٥] لم يجب قضاؤها إذا فات حال الحضور ، لم يجب

---

(١) في (م) : [الصلاة] .
(٢) الزيادة من (ع) .
(٣) لفظ : [له] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش ، ولفظ : [قبل] ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [هذا التكبير] .
(٥) في (ع) : [أنه يقضي] ، وفي (م) : [يقضى] ، وفي (ن) : [تفضا] .
(٦) لفظ : [ركعة] ساقط من (ع) .
(٧) في (م) : [يدرك] .
(٨) في (م) ، (ع) : [الصلاة] .
(٩) في (ع) : [بها يشارك] .
(١٠) لفظ : [الدخول] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١١) في (م) : [لا يصح] .
(١٢) لفظ : [فهو] مكرر في (ن) ، ولفظ : [من] ساقط من (م) ، (ع) ، (ن) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٣) في (م) ، (ع) : [أدرك] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [لا يلزمه] .
(١٥) في (ع) : [كل ما] .

حال الغيبة قياسًا على دعاء الافتتاح ، وعكسه الركوع .

٤٧٦٢ - قلنا : إذا كبر مع حضور المؤتم فلم يثبت التأخير [١] ، ألا ترى : أن في سائر الصلوات [٢] يأتي المؤتم بالتكبير بعد الإمام مما [٣] لم يدرك موضعه وقد أدرك محله جاز أن يأتي به ، وإذا كبر الإمام مع غيبته فليس بمدرك ، فلذلك لم يفعله

٤٧٦٣ - وقد قالوا : إن الإمام لو كبر يوم الجمعة مع حضور المؤتمين انعقدت الجمعة ، ولو كبر مع غيبتهم لم تنعقد [٤] وإن انفرد بالتكبير في الوجهين

* * *

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ن) : [التكبير] ، مكان [التأخير] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الصلاة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فما] .

(٤) في (م) ، (ع) [لم ينعقد] .

مسألة ٢٩٥

لا تعاد صلاة على ميت بعد سقوط فرض الصلاة

٤٧٦٤ - قال أصحابنا : لا تعاد صلاة على ميت بعد سقوط فرض الصلاة [١] .

٤٧٦٥ - وقال الشافعي : يجوز أن تعاد عليه مرة بعد مرة ، وعلى قبره إذا كان الذي يصلي من أهل الصلاة عند الموت [٢] .

٤٧٦٦ - لنا : أنه [٣] لو جاز الصلاة مرة بعد مرة لصلي على رسول الله ﷺ بعد دفنه ، فلما لم ينقل أن أحدًا من الصحابة لما عاد إلى المدينة صلي على القبر ؛ دل على أن الصلاة لا تعاد ، وكذلك [٤] لم ينقل أن الصلاة تكررت على الأئمة : أبي بكر وعمر رضي الله عنهما .

٤٧٦٧ - ولا يقال : هذا الخبر دلالة لنا : « أنهم [٥] كرروا الصلاة على النبي ﷺ ثلاثة أيام » ، وذلك لأن [٦] هذا لم يكن إعادة للصلاة ، بل كان الجميع في حكم صلاة واحدة ، ألا ترى أن الفرض على جميع من بالمدينة ومن يقرب منهم [٧] ، فكل من [٨] صلى إنما سقط [٩] فرضه ، والخلاف في الإعادة بعد سقوط الفرض . ولا يقال : إنما لم

---

(١) قال السرخسي في المبسوط : [وإذا صلى على جنازة ثم حضر قوم لم يصلوا عليها ثانية جماعة ولا وحدانا عندنا ، إلا أن يكون الذين صلوا عليهم أجانب بغير أمر الأولياء ، ثم حضر الولي فحينئذ له أن يعيدها] . راجع المبسوط (٦٧/٢) ، تحفة الفقهاء بيان ما يفسد صلاة الجنازة وما يمنع منها (٢٥٢/١) ، بدائع الصنائع فصل في صلاة الجنازة (٣١١/١) .

(٢) قال الشافعية : تجوز الإعادة لمن لم يصل عليه ، وأما من صلى مرة لا تستحب له إعادتها ؛ لأنها تكون تطوعًا ، ولا تطوع لها . راجع الوسيط ، [الجنائز] (٨٢٢/٢) ، حلية العلماء ، [الجنائز] (٢٩٧/٢ ، ٢٩٨) ، فتح العزيز ، [الجنائز] في هامش المجموع (١٩١/٥ ، ١٩٢) . راجع المنتقى ، الباب الثاني في صفة الصلاة على الميت (١٤/٢ ، ١٥) ، بداية المجتهد (٢٤٥/١) . راجع الإفصاح (١٩١/١) ، الكافي لابن قدامة باب الصلاة على الميت (٢٦٤/١) ، المغني الجنائز (٥١١/٢ ، ٥١٢) .

(٣) لفظ : [أنه] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في (ص) ، (ن) : [ولذلك] .

(٥) في (ص) ، (ن) : [لانهم] .

(٦) في (م) ، (ع) : [أن] .

(٧) في سائر النسخ : [منهم] ، ربما الصواب : [منها] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فمن كل] ، (ن) : [فكلهن] .

(٩) في (م) ، (ع) : [اسقط] .

يصلوا على قبره لئلا يصير فتنة . وقد قال عليه الصلاة والسلام : « لا تتخذوا قبرى مسجدًا » [١] .

٤٧٦٨ – قلنا : هذا نهي عن فعل الصلوات [٢] المعهودة ، فأما صلاة الجنازة : فلا يكون فعلها على القبر فتنة [٣] .

٤٧٦٩ – ولا يقال [٤] : إنما لم يصلوا عليه لأنه رفع إلى السماء ولم يكن في قبره ، ولهذا قال النبي ﷺ : « إن لحوم الأنبياء حرام على الأرض ؛ فإنها [٥] لا تبتلعها » [٦] . وذلك لأنه لا يمنع أن تحرم [٧] لحومهم على الأرض ولا يرفعون منها ، وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « أنا أول من تنشق [٨] الأرض عنه يوم القيامة ولا فخر [٩] » .

٤٧٧٠ – ولأن الناس يزورون النبي ﷺ ، ولو لم يكن في قبره لم تكن [١٠] للزيارة معنى ، ولأنه عليه الصلاة والسلام قال : « إن اللّٰه تعالى [١١] وكّلَ في قبري ملكا يبلغني سلام من يسلم علي » [١٢] .

---

(١) رواه مسلم في الصحيح كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب النهي عن بناء المساجد على القبور ، واتخاذ الصور فيها والنهي عن اتخاذ القبور مساجد (٣٦٧/١ ، ٣٧٧) ، أبو داود في كتاب المناسك ، باب زيارة القبور (٥١١/١) ، وأحمد في المسند (٣٦٧/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الصلاة] .

(٣) لفظ : [فتنة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في (ع) ، (ن) : [وقد يقال] . (٥) في (م) ، (ع) : [كانها] .

(٦) في (م) ، (ع) ، (ن) : [لا يبتلعها] ، وفي (ص) : [لا تبتلعها] ، لعل الصواب : [لا تبليها] . أخرجه ابن ماجه في السنن ، في كتاب الجنائز ، باب ذكر وفاته ودفنه ﷺ (٥٢٤/١) الحديث (١٦٣٦) .

(٧) في (م) ، (ن) : [أن يحرم] . (٨) في (م) : [ينشق] .

(٩) هذا الحديث أخرجه الترمذي في السنن في كتاب تفسير القرآن ، آخر باب ١٨ ، من سورة بني إسرائيل (٣٠/٥ ، ٣٠٩) ، الحديث (٣١٤٨) ، ابن ماجه في السنن ، في كتاب الزهد ، باب ذكر الشفاعة (١٤٠/٢) ، الحديث (٤٣٠٨) وأحمد في المسند (٤/١ ، ٥ ، ٢٨١ ، ٢٨٢ ، ٢٩٥ ، ٢٩٦) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لم يكن] .

(١١) الزيادة من (م) ، (ع) ، (ن) .

(١٢) أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب زيارة القبور (٥١١/١) ، النسائي في السنن في كتاب السهو ، باب السلام على النبي ﷺ (٤٣/٣) ، الدارمي في السنن ، في كتاب الرقاق ، باب في فضل الصلاة على النبي ﷺ (٣١٧/٢) ، أحمد في المسند (٣٨٧/١ ، ٤١١ ، ٤٥٢) .

٤٧٧١ - ولأن عندهم تجوز [١] الصلاة علي الغائب ، ورفعه من القبر [٢] لا يمنع الصلاة . ثم جميع ما يذكرونه غير موجود في أبي بكر وعمر ﵄ [٣] ومع ذلك لم يعيدوا [٤] الصلاة عليهما .

٤٧٧٢ - ولا يقال : إن الذين حضروا بعد الصلاة [٥] لم يكونوا من أهل الصلاة عند الموت ؛ لأن معاذًا كان باليمن ثم حضر وغيره وهم من أهل الصلاة ، ويدل عليه : ما روي : « أن النبي ﷺ نهي عن الصلاة على القبور [٦] » ، وهو عام ، ولأنه حكم من أحكام الموت ، فإذا تم سببه ؛ لم يعد كالغسل والتكفين . ولا يقال : إن المعنى في الأصل : أنه لو فعل غير الولي لم يعد ؛ لأن هذا لا نسلمه في التكفين . فأما الغسل : فلأن الفرض يسقط بفعل غير الولي ، فالصلاة لا تسقط [٧] بفعل غير [٨] الولي ، فلذلك أعادها الولي . ولأن كل من صلي عليه لم يجز لغيره أن يصلي عليه ، كالشهيد .

٤٧٧٣ - ولأن كل حالة لا يجوز أن يصلى على الشهيد لا يصلى على غيره كما قبل الغسل . ولأن الفرض قد سقط بالصلاة الأولى ، فلو صلى ثانيًا كانت نفلًا ، والنفل [٩] لا يجوز بالصلاة على الميت ، أصله : من صلى عليه بأمره . فإن [١٠] لم يسلموا ؛ قلنا : صلاة الجنازة صلاة واجبة فلا يتطوع بها كالظهر ، ولأنه من أحكام الموت فلا يكرر بعد الفراغ منه كالتكفين [١١] .

٤٧٧٤ - احتجوا : بما روي أن مسكينة مرضت على عهد رسول اللَّه ﷺ .

٤٧٧٥ - فقال : « إذا ماتت [١٢] فآذنوني » ، فماتت ليلًا ، فكرهوا أن يوقظوه ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [يجوز] .
(٢) في (م) ، (ع) : [من قبره] .
(٣) قوله : [﵄] ساقط من (ن) .
(٤) في (م) : [لم يعتدوا] .
(٥) قوله : [بعد الصلاة] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٦) أخرجه مسلم في الصحيح في كتاب المساجد ومواضع الصلاة باب النهي عن بناء المساجد على القبور واتخاذ الصور فيها ، والنهي عن اتخاذ القبور مساجد (٣٧٧/١ ، ٣٧٨) ، وأبو داود في السنن في كتاب الصلاة باب في المواضع التي لا تجوز فيها الصلاة (١٢٩/١ ، ١٣٠) ، والترمذي في السنن في أبواب الصلاة ، باب ما جاء في كراهية ما يصلى إليه وفيه (١٧٨/٢) ، وابن ماجه في السنن في كتاب المساجد ، باب المواضع التي تكره فيها الصلاة (٢٤٦/١) ، الحديث (٧٤٥ ، ٧٤٦ ، ٧٤٧) .
(٧) في (م) ، (ع) : [لا يسقط] .
(٨) في (ع) : [بغير فعل] ، مكان المثبت .
(٩) في (م) : [والتنفل] .
(١٠) في (ن) : [وان] .
(١١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [كالتكبير] .
(١٢) في (م) ، (ن) : [مات] .

فلما كان من الغد أخبروه بذلك فخرج إلى قبرها وصلى عليه وكبر أربعًا » [(١)] . وروى الشعبي أن رسول الله ﷺ رأى قبرا دفن حديثًا فصلى عليه وكبر أربعًا [(٢)] .

٤٧٧٦ - والجواب : أن النبي ﷺ كان هو الولي لمن مات بالمدينة فلم يسقط الفرض بفعل الصلاة عليه [(٣)] ، ولهذا قال : « إن القبور مملؤة ظلمة ، حتى أصلي عليها » [(٤)] .

٤٧٧٧ - وروي أنه قال : « لا يصلى [(٥)] على موتاكم - ما دمت بين أظهركم - غيري » [(٦)] . وإذا [(٧)] كان هو الولي جاز له الإعادة بالإجماع . ولا يقال : لو كان كذلك لأنكر عليهم الدفن بغير صلاة ؛ لأن قوله : « ما منعكم أن تؤذنوني ؟ » [(٨)] إنكار ، فأما أن يكونوا دفنوا بغير صلاة فلا ؛ لأن ما يفعله غير الولي مراعى [(٩)] فإذا لم يعده الولي سقط الفرض ؛ فلا يكون الدفن [(١٠)] بغير صلاة .

٤٧٧٨ - قالوا : روي عن ابن عباس رضي الله عنهما : « أن أم سعد بن أبي وقاص ماتت وهو غائب فقدم بعد شهر ، فاستأذن النبي ﷺ في الصلاة على قبرها فأذن له » [(١١)] وعندكم لا تعاد الصلاة بعد أكثر من ثلاثة أيام .

٤٧٧٩ - والجواب : أن سعدًا كان الولي ، ولم يعلم أن النبي ﷺ صلى عليها

---

(١) رواه مالك في الموطأ في كتاب الجنائز التكبير على الجنائز (١٧٦/١) ، والشافعي في المسند في الباب الثالث والعشرين في صلاة الجنائز وأحكامها (٢٠٨/١ ، ٢٠٩) ، الحديث (٥٧٦) والنسائي في السنن ، في كتاب الجنائز ، في الإذن بالجنازة ، وفي عدد التكبير على الجنازة (٤٠/٤ ، ٧٢) .

(٢) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الجنائز ، باب الصلاة على القبر بعد ما يدفن (٢٣١/١) ومسلم في الصحيح ، في ، باب الصلاة على القبر (٣٨٠/١) والنسائي في السنن في كتاب الجنائز في الصلاة علي القبر (٨٥/٤) وابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الجنائز ، في الميت يصلى عليه بعد ما دفن من فعله (٢٣٩/٣) وابن ماجه في باب ما جاء في الصلاة على القبر (٤٨٩/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب الصلاة على القبر بعد ما يدفن الميت (٤٨/٤) .

(٣) لفظ : [عليه] ساقط من (م) .

(٤) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٢٩٠) .

(٥) في (م) : [لا نصلي] .

(٦) أخرجه ابن ماجه في كتاب ما جاء في الجنائز حديث رقم (١٥١٧) .

(٧) في (م) ، (ع) ، (ن) : [وان] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ان توذوني] .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ن) : [مراعا] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [الدين] .

(١١) أخرجه مسلم في الصحيح في كتاب الجنائز ، باب الصلاة على القبر (٣٨٠/١) ، عبد الرزاق في المصنف كتاب الجنائز ، باب الصلاة على الميت بعد ما يدفن (٥١٨/٣) الحديث (٦٥٤٠) ، وابن أبي شيبة ، في المصنف في كتاب الجنائز ، في الميت يصلى عليه بعد ما دفن من فعله (٢٣٨/٣ ، ٢٣٩) .

فسقط الفرض بفعله ، فيجوز للولي إذا حضر [١] أن يعيد . فأما قولهم : إنه بعد شهر ، فهذا كلام في مسألة أخرى ، ولأن عندنا إنما لا تعاد [٢] بعد شهر ؛ لأن الميت تغير [٣] فيجوز أن يكون النبي ﷺ علم من حالها أنها لم تتغير [٤] .

٤٧٨٠ - قالوا : كل من جاز أن يصلي على الميت إذا لم يكن قد صلي عليه جاز ، وإن كان قد صلى عليه ، كالولي .

٤٧٨١ - قلنا : الولي أحق بالتقدم ، فإذا صلى غيره لم يسقط حقه ، وغير الولي ليس له حق في التقدم [٥] ، فإذا تقدم الولي الذي له حق سقط [٦] الفرض ، فلم يجز لغيره أن يفعل ما ليس بفرض ، كما لا يجوز للولي أن يعيد .

٤٧٨٢ - قالوا : كل حالة جاز للولي أن يصلي عليه ، جاز لغير الولي قياسًا عليه إذا لم يكن قد صلى عليه .

٤٧٨٣ - قلنا : إذا لم يصل عليه فالفرض باق ، وصلاة الفرض يجوز أداؤها ، فرضنا أنه محمول على النهي عن إعلامهم بالموت ، والخلاف في إعلامهم بالصلاة ! .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [للمولى] . وقوله : إذا حضر ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [لا يعاد] .

(٣) في (ص) ، (ن) : [تغير] وفي (ص) ، (ع) : [يغير] ، ربما الصواب : [يتغير] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لم يتغير] .

(٥) في (م) ، (ع) ، (ن) : [من] ، مكان : [في] .

(٦) في (ن) : [يسقط] .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المسمّاة

التجريد

كتاب الزكاة

مسألة ٢٩٦

إذا زادت الإبل على مائة وعشرين استؤنفت الفريضة في كل خمس شاة

٤٧٨٤ – قال أصحابنا : إذا زادت الإبل على مائة وعشرين استؤنفت الفريضة في كل خمس : شاة ، وفي كل خمس وعشرين : بنت مخاض إلى مائة وخمسين ، ثم تستأنف الفريضة (١) .

٤٧٨٥ – وقال الشافعي : إذا زادت (٢) على مائة وعشرين واحدة ، ففيها : ثلاث بنات لبون (٣) .

٤٧٨٦ – لنا : حديث حماد بن سلمة ﷺ قال : « قلت لقيس بن سعد : اكتب لي كتاب أبي بكر بن (٤) محمد بن عمرو بن حزم ، فكتبه لي في ورقة ثم جاء بها وأخبرني أنه أخذه من أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ، وأخبرني أن النبي ﷺ كتبه لجده

---

(١) قوله : [إلى مائة وخمسين] ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [ثم يستأنف الفريضة] . راجع مختصر الطحاوي باب صدقة الإبل ص٤٣ ، المبسوط كتاب الزكاة (١٥١/٢) ، تحفة الفقهاء كتاب الزكاة باب زكاة السوائم (٢٨٢/١) ، بدائع الصنائع كتاب الزكاة ، فصل وأما نصاب الإبل (٢٧/٢) فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية كتاب الزكاة ، باب صدقة السوائم ، فصل في الإبل (١٧٤/٢ ، ١٧٧) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب زكاة السوائم (١٩٦/١) ، حاشية ابن عابدين باب نصاب الإبل (١٨/٢) .

(٢) في (ن) : [زادو] .

(٣) راجع الأم ، باب كيف فرض الصدقة (٥/٢) ، مختصر المزني باب فرض الإبل السائمة ص ٤٠ ، حلية العلماء كتاب الزكاة باب صدقة الإبل (٣٠/٣ ، ٣١) فتح العزيز كتاب الزكاة بذيل المجموع (٣١٩/٥ ، ٣٢٠) المجموع مع المهذب باب صدقة الإبل (٣٨١/٥ ، ٣٩٠) ، كفاية الأخيار كتاب الزكاة (١٧٩/١) . راجع المدونة الكبرى كتاب الزكاة الثاني ، فيما جاء في زكاة الإبل (٢٦٣/١) ، المنتقى كتاب الزكاة في صدقة الماشية (١٢٩/٢) ، بداية المجتهد كتاب الزكاة ، الفصل الثاني في نصاب الإبل والواجب فيه (٢٦٧/١ ، ٢٦٨) ، الكافي لابن عبد البر باب زكاة الإبل (٣١٠/١) ، شرح الزرقاني (١١٧/٢) . راجع المسائل الفقهية ، كتاب الزكاة في ما يجب في الإبل إذا زادت على عشرين ومائة واحدة (٢٢٤/١ ، ٢٢٥) الإفصاح باب الزكاة (١٩٧/١ ، ٩٩) ، الكافي لابن قدامة باب زكاة الإبل (٢٨٦/١) ، المغني كتاب الزكاة (٥٨٣/٢ - ٥٨٦) .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ن) : [اكتب الى] ، ولفظ : [بن] ساقط من (ن) .

عمرو بن حزم في ذكر ما يخرج من فرائض الإبل ، فكان فيه [١] : أنها إذا بلغت إحدى وتسعين ، ففيها حقتان إلى أن تبلغ [٢] عشرين ومائة ، فإذا كانت أكثر من ذلك ؛ ففي كل خمسين : حقة ، فما فضل ؛ فإنه يعاد إلى أول فريضة الإبل ، فما كان أقل من خمس وعشرين ؛ ففيها الغنم في كل خمس ذود شاة » [٣] . وهذا نص في عود الفريضة [٤] .

٤٧٨٧ – فإن قيل : إن ابن لهيعة [٥] روى حديث عمرو بن حزم مثل قولنا .

٤٧٨٨ – قلنا : ابن لهيعة ضعيف ، ثم الذي روى عنه إيجاب الحقاق وبنات اللبون خاصة وهذا بعض الخبر ، وتمامه في خبر حماد بن سلمة .

٤٧٨٩ – فإن قيل : المراد به : استئناف الفرض بخلاف ما تقدم .

٤٧٩٠ – قلنا : قوله « يعاد [٦] إلى أول فريضة الإبل » : يقتضي الفريضة المعروفة ، وهذا هو الذي تقدم ذكره . ولأنه ذكر فيه الغنم وهذا يبطل التأويل .

٤٧٩١ – فإن قيل : نحمله على المستفاد .

٤٧٩٢ – قلنا : قوله « فما فضل » : يقتضي زيادة موجودة ، والمستفاد يقال فيه فيما حدث ويدل عليه : « ما روى يحيى بن سعيد القطان ، عن عاصم بن ضمرة [٧] عن علي ﷺ قال : إذا زادت الإبل على عشرين ومائة استقبلت الفريضة ، وكان في خمس : شاة وفي عشر : شاتان » [٨] . وكذلك رواه يحيى بن آدم عن حفص بن غياث

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فيها] . (٢) في (م) ، (ع) : [أن يبلغ] .

(٣) أخرجه أبو داود في المراسيل باب في صدقة الماشية ص ١٤ ، ١٥ ، والبيهقي نحوه في الكبرى في كتاب الزكاة باب ذكر رواية عاصم بن ضمرة عن علي ﷺ (٩٤/٤) ، وابن حزم في المحلى بالآثار ، في زكاة الإبل (١٣١/٤ ، ١٣٢) .

(٤) في (ن) : [الغنم] ، مكان : [الفريضة] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ن) : [روى أن ابن لهيعة بزيادة : [روى] . هو عبد الله بن لهيعة بن عقبة العافي ، أبو عبد الرحمن القاضي ، ضعيف ، ضعفه يحيى بن معين ، والنسائي وأحمد وآخرون راجع كتاب الجرح والتعديل باب اللام (١٤٥/٥ – ١٤٨) ، كتاب المجروحين باب العين (١١/٢ – ١٤) ، الكامل لابن عدي (١٤٤/٤ – ١٥٤) ، الترجمة (٩٧٧/١٠) ، المغني للذهبي ص ٣٥٢ ، الترجمة (٣٣١٧) ، تقريب التهذيب (٤٤٤/١) ، الترجمة (٥٧٤) .

(٦) لفظ : [يعاد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [القطاني عن عاصم بن حمزة] ، مكان المثبت .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب الزكاة في من قال إذا زادت على عشرين ومائة استقبل بها الفريضة (١٨/٣) ، الحديث (١) ، والبيهقي في الكبرى (٩٢/٤ ، ٩٣) ، وابن حزم في المحلى بالآثار (١٣٢/٤) رواه البيهقي في الكبرى (٩٣/٤) .

عن أشعث عن الحكم عن علي رضي الله عنه .

٤٧٩٣ - وقد روي أنه خطب فقال : « ما عندنا ما يقرأ إلا كتاب أو صحيفة [١] فيها أسنان الإبل أخذتها من رسول الله ﷺ [٢] .

٤٧٩٤ - وعن محمد ابن الحنفية قال : جاء الناس يشكون [٣] سعاة عثمان إلى علي ، لو كان ذكره بسؤء لذكره [٤] يومئذ .

٤٧٩٥ - فقال لي : « خذ هذه الصحيفة فإن فيها سنن رسول الله ﷺ فاذهب بها إلى عثمان ، فذهبت بها إليه فقال : لا حاجة لنا فيها ، عندنا مثلها وخير منها » [٥] ، وهذا يدل على [٦] أن الصحيفة فيها أسنان إبل الزكاة [٧] ولا يظن به أنه يخالف ما أخذه من رسول الله ﷺ فدل أن استئناف الفريضة منها ، ودل أن عند عثمان مثل ذلك ؛ لأنه قال : « عندنا مثلها » . ولا معني لقولهم : إن عاصم بن ضمرة [٨] ضعيف ، لأن الثوري قال : ما زلنا نعرف فضل عاصم بن ضمرة ، ووثقه ابن المديني في كتاب ابن البراء . وروى ابن عبيدة وزياد بن أبي مريم عن ابن مسعود القول باستئناف الفريضة في الغنم وبنت مخاض ، وذلك لا يعلم إلا من طريق التوقيف .

---

(١) في (م) ، (ن) : [ما تقرأ إلا كتاب الله] ، وفي (م) ، (ع) : [وصحيفة] ، مكان المثبت .
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ، في باب ذمة المسلمين وجوارهم واحدة يسعى بها أدناهم (٢٠٣/٢) ، ومسلم في الصحيح في كتاب العتق ، باب تحريم تولي العتيق غير مواليه (١١٤٧/٢) ، حديث (١٣٧٠/٢٠) ، والترمذي في سننه ، في كتاب الولاء والهبة ، في باب ما جاء فيمن تولى غير مواليه أو أدعى إلى غير أبيه (٤٣٨/٤ ، ٤٣٩) ، الحديث (٢١٢٧) ، وأحمد في المسند (٨١/١) .
(٣) في (ن) : [يسألون] ، مكان : [يشكون] .
(٤) في (ص) : [ذكره به كذكره] .
(٥) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، في كتاب الزكاة في باب الصدقات (٦/٤ ، ٧) ، حديث (٦٧٩٥) ، وابن حزم في المحلى بالآثار (١٣٢/٤ ، ١٣٣) .
(٦) لفظ : [على] ساقط من (ع) .　　(٧) في (م) ، (ع) : [اسنان الإبل للزكاة] .
(٨) هو عاصم بن ضمرة السلولي الكوفي ، تابعي ثقة ، وثّقه ابن المديني وابن معين . وقال النسائي : ليس به بأسٌ . راجع ترجمته في كتاب من كلام أبي زكريا يحيى بن معين ص ٦٥ ترجمة (١٥٩) ، تاريخ الدارمي ص ١٥٠ ترجمة (٥١٦) ، تاريخ الثقات ، في باب عباس وعارم وعاصم ص ٢٤١ ، ترجمة (٧٣٩) ، كتاب الجرح والتعديل في باب الضاد (٣٤٥/٦) ، ترجمة (١٩١٠) ، المجروحين (١٢٥/٢ ، ١٢٦) ، الكامل (٢٢٤/٥ ، ٢٢٥) ، ترجمة (١٣٨٠/٤١٢) ، المغني للذهبي ، في حرف العين ص ٣٢٠ ، ترجمة (٢٩٨٤) ، تقريب التهذيب في حرف العين (٣٨٤/١) ، ترجمة (١٣) .

٤٧٩٦ - فإن قيل : روى الشافعي عن علي ﷺ [(١)] خلاف هذا .

٤٧٩٧ - قلنا : غلط ؛ لأنه ذكر في كتابه [الذي] [(٢)] سماه لعلي ، وعبد اللّٰه عن علي : إذا زادت الإبل على عشرين [(٣)] ومائة ، ففي كل خمسين : حقة ، وفي كل أربعين : بنت لبون » [(٤)] ، وهذا لا يخالف خبرنا بل هو بعضه ، والراوي عاصم بن ضمرة راوي خبرنا .

٥٩/ب

٤٧٩٨ - ولأن كل حيوان وجب في / [(٥)] الخمسين الأولى ؛ جاز أن يعود بعد المائة والعشرين فرضا بنفسه [(٦)] ، كالحقاق وبنات اللبون . ولأن كل مائة جاز أن يجب فيها بنات اللبون والحقاق جاز أن يجب فيها الغنم وبنت مخاض فرضًا بنفسه [(٧)] ، كالمائة الأولى . ولأن الغنم حيوان يجب في ابتداء الفريضة ؛ فجاز أن يعود بعد الانتقال عنه بنفسه كالتبيع في صدقة البقر [(٨)] .

٤٧٩٩ - ولأن الغنم حيوان تكرر قبل المائة والعشرين ؛ فجاز أن يعود بعدها بناء عليها ، كبنت لبون . ولأن بنت مخاض سن بعده سن في الزكاة أو ينتقل منه إلى سن أعلى منه ؛ فجاز أن يعود بعد المائة والعشرين بنفسه [(٩)] ، كبنت لبون ، وعكسه الجذعة . ولأنه أول سن يجب [(١٠)] في الفريضة من جنسها ؛ فوجب أن يعود بنفسه ، كالتبيع . ولأن بنت لبون حيوان متكرر [(١١)] في نفسه فما قبله متكرر ، كالحقة .

٤٨٠٠ - قالوا : المعنى في بنت اللبون : أنها تتكرر [(١٢)] قبل المائة بعد تجاوزها ، وبنت مخاض لا تتكرر [(١٣)] قبل المائة بعد تجاوزها .

---

(١) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .
(٢) في (م) ، (ع) : [كتاب] ، مكان : [كتابه] ، والزيادة : من (م) ، (ع) ، (ن) .
(٣) لفظ : [عشرين] ساقط من (ع) .
(٤) رواه الإمام الشافعي في الأم في أبواب الزكاة (١٧٠/٧) ، والبيهقي في الكبرى باب إبانة قوله : وفي كل أربعين ابنة لبون ، وفي كل خمسين حقة (٩٣/٤) .
(٥) حرف : [في] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (ص) ، (م) ، (ن) : [براسه] ، مكان : [بنفسه] .
(٧) في (ن) : [نفسه] .
(٨) في (ن) : [البقرة] .
(٩) لفظ : [بنفسه] ساقط من (ن) .
(١٠) في (ص) : [يحث] .
(١١) في (ن) : [يتكرر] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [يتكرر] .
(١٣) في (ن) : [لا تكرر] .

٤٨٠١ - قلنا : تتكرر [١] عندنا قبل المائة بدلًا عن بنت لبون مع الشاتين . فأما الدليل على إبطال مذهبهم : فرض أن الحقتين وجبت في مائة وعشرين بأخبار الاستفاضة والإجماع ؛ فلا يجوز إسقاطها بخبر واحد . ولأن إيجاب ثلاث بنات [٢] لبون إن كان في مائة وعشرين فالواحدة عفو فلا يغير الواجب المتقدم ، وإن أوجبها في مائة وإحدى [٣] وعشرين كان خلافًا للخبر ؛ لأن النبي ﷺ قال : في كل أربعين بنت لبون ؛ فلا يجوز إيجابها في كل أربعين بخلاف الخبر .

٤٨٠٢ - فإن قيل : لا يمتنع أن يغير حكم غيرها وإن لم يتعلق بها شيء ، كالإخوة يحجبون الأم [٤] ولا يرثون .

٤٨٠٣ - والجواب : أن اعتبار الزكاة بيانها [٥] أولى من اعتبارها بالفرائض . ولأن الإخوة من أهل الإرث فنقصوا [٦] الأم فرضها وإن لم يرثوا ، والعفو ليس بمحل للوجوب فلا يغير فرض غيره ، كالإخوة الكفار والقاتلين لا يحجبون الأم .

٤٨٠٤ - فإن قالوا : فنحن نخالف الأصول بخبر الواحد .

٤٨٠٥ - قلنا : فنحن لا نريد إلزامكم أكثر من ترك الأصول ، ثم هذا غلط ؛ لأن هذا خبر واحد يخالف خبرًا هو أشهر منه ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « فإذا زادت الإبل ؛ ففي كل أربعين بنت لبون » [٧] فتعارضت الأخبار ، وبقيت لنا الأصول دالة [٨] على إبطال ما قالوه .

٤٨٠٦ - احتجوا : بحديث أنس ﷺ عن كتاب رسول الله ﷺ وفيه : « فإذا زادت على مائة وعشرين : ففي كل خمسين حقة ، وفي كل أربعين : بنت لبون » [٩] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يتكرر] ، وفي (ص) ، (ن) : [تكرر] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولان الايجاب في ثلاثة بنات] .

(٣) في (م) ، (ع) : [واحد] ، وفي (ن) : [أحد] .

(٤) في (ص) ، (م) : [للام] . (٥) في (ص) : [بنابها] .

(٦) في (ص) : [ففضوا] ، وفي (م) : [فنقضوا] .

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن (١١٢/٢ ، ١١٣ ، ١١٧) ، الحديث (٥) والحاكم في المستدرك كتاب الزكاة (٣٩٤/١ ، ٣٩٥) ، والبيهقي في الكبرى باب إبانة قوله : وفي كل أربعين ابنة لبون وفي كل خمسين حقة (٩٢/٤) .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [دلالة] .

(٩) أخرجه البخاري في صحيحه مطولًا في باب زكاة الغنم (٢٣٥/١) ، وأبو داود في « باب زكاة السائمة (٣٩٢/١، ٣٩٣) ، الترمذي باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم (٨/٣ - ١٠) ، والنسائي في

٤٨٠٧ - والجواب : أن قوله عليه الصلاة والسلام : « ففي كل خمسين » فيه مفعول محذوف يحتمل في الزيادة ، ويحتمل فيها وفي المزيد عليه ، فإن كان المراد به [١] في الزيادة لم يتناول موضع الخلاف وإنما يتناول زيادة فيها خمس وأربعون ؛ على أن قوله : « فإن زادت » شرط . وقوله : « ففي كل خمسين حقة » جواب ، [و] [٢] قوله : « وفي كل أربعين » معطوف على جواب الشرط ؛ فالظاهر اجتماعهما معًا فيتناول الخبر موضعًا [٣] يجب فيه الأمران [٤] ، وذلك مائة وتسعون ، فيها ثلاث حقاق وبنت لبون ، ومائتان فيها أربع حقاق أو خمس بنات لبون .

٤٨٠٨ - فإن قيل : لا يمكن حمله على الزيادة خاصة ؛ لأنه يقتضي أن يجب في مائة وستين حقتان وبنت لبون ، وفي مائة وسبعين ثلاث حقاق .

٤٨٠٩ - قلنا : عمومه يقتضي ذلك ، لكنا خصصنا بدليل ، والظاهر ما ذكرناه [٥] لأنه عليه الصلاة والسلام بين [٦] حكم الجملة الأولى وما يتعلق بها [فالظاهر أنه لم يغير الحكم المتعلق بها] [٧] وإنما استأنف حكم الزيادة التي لم ينسبها [٨] .

٤٨١٠ - احتجوا : بحديث الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « فإذا زادت الإبل على مائة وعشرين واحدة ، ففيها ثلاث بنات لبون » [٩] . وهذا خبر أصله : الزهري عن سالم عن صحيفة عند آل عمر [١٠] وهذا مرسل لا يحتج

باب زكاة الإبل (٥/١٨-٢٣) ، والدارقطني في باب زكاة الإبل والغنم (٢/١١٣-١١٦) ، الحديث (٢ ، ٣) ، والشافعي في المسند في الباب الثاني فيما يجب أخذه من رب المال من الزكاة وما لا ينبغي أن يؤخذ (١/٢٣٥ ، ٢٣٧) ، الحديث (٦٤٦ ، ٦٤٧) .

(١ ، ٢) الزيادة من (ن) .

(٣) في صلب (ص) ، (م) ، (ن) : [موضوعا] .

(٤) في سائر النسخ : [الأمرين] الصواب ما أثبتناه .

(٥) هكذا في (م) ، (ع) : وفي بقية النسخ [ذكرنا] .

(٦) في (ن) : [عين] .

(٧) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [لم ينسها] وحرف : [لم] : ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) أخرجه الدارقطني في السنن ، في باب زكاة الإبل والغنم (٢/١١٢ ، ١١٣ ، ١١٧) ، الحديث (١ ، ٥) والحاكم في المستدرك كتاب الزكاة (١/٣٩٤ ، ٣٩٥) ، والبيهقي في الكبرى باب إبانة قوله : وفي كل أربعين ابنة لبون وفي كل خمسين حقة (٤/٩٢) .

(١٠) في (ن) : [عبد الرحمن] ، مكان : [عند آل عمران] .

به على أصلهم . وقد رواه سفيان بن الحسين عن الزهري عن سالم بن عمر مسندًا وهو حديث ، قيل : إن سفيان بن الحسين أوهم فيه وخالفه فيه أكابر أصحاب الزهري فقالوا فيه (١) : عن سالم أنه كان [في كتاب] (٢) عند آل عمر ، قد روى يونس عن الزهري قال : هذه (٣) نسخة كتاب رسول اللّٰه ﷺ الذي كتبه في الصدقة ، وهو عند آل عمر وأقرأنيها سالم ، وفيه : « فإذا كانت إحدى وعشرين ومائة ، ففيها ثلاث بنات لبون » (٤) ، وهذا خبر منقطع لا يرويه عن يونس بهذا اللفظ من يوثق به ؛ على أنه في هذا (٥) الخبر : أن النبي ﷺ لم يخرج هذا الكتاب إلى عماله ، ولو كان شرعًا لم يؤخر (٦) بيانه .

٤٨١١ - فإن قيل : لا بد أن يكون بيانًا أملاه على غيره ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لا يكتب ، وإملاؤه (٧) بيان .

٤٨١٢ - قلنا : إنما يكون بيانًا إذا تلاه على من يعمل به أو يرويه ، وليس معنا هذا ، وهو محمول عندنا على مائة وعشرين ، بنين (٨) ثلاثة ، لأحدهم : خمس وأربعون والآخر (٩) : خمس وثلاثون والآخر (١٠) : أربعون ؛ ففيها بنتا لبون وبنت مخاض ، فإذا زادت واحدة في نصيب صاحب الخمس والثلاثين ؛ صار فيها ثلاث بنات لبون ، وقد (١١) استعملنا هذا الخبر مع ضعفه والخبر الذي قبله . ولا يمكنهم استعمال خبرنا في

---

(١) لفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) الزيادة من (ن) .

(٣) في جميع النسخ : [هذا] ، الصواب ما أثبتناه من واقع الحديث ولفظ : [هذا] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) أخرجه أبو داود ، في باب زكاة السائمة (٣٩٤/١ ، ٣٩٥) ، والدارقطني في السنن ، في باب زكاة الإبل والغنم (١١٦/٢ ، ١١٧) ، الحديث (٤) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الزكاة (٣٩٣/١ ، ٣٩٤) ، والبيهقي في الكبرى ، باب إبانة قوله : وفي أربعين ابنة لبون ، وفي كل خمسين حقة (٩٠/٤ ، ٩١) ، وابن حزم في المحلى بالآثار (١٤٢/٤) .

(٥) لفظ : [هذا] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لم يتاخر] ، وحرف : [لم] ساقطة من (ن) .

(٧) قوله [عليه الصلاة والسلام] ساقط من (ن) ، وفي (م) ، (ع) : [واملاه] مكان ، [واملاؤه] .

(٨) لفظ : [بنين] ساقط من (ع) ، وفي (م) : [من] وفي (ن) : [بين] .

(٩) في (ع) : [ولآخر] . (١٠) في (ع) : [ولآخر] .

(١١) في (م) ، (ع) : [فقد] .

العود إلى الغنم على وجه صحيح .

٤٨١٣ – فإن قيل : عندكم بنت لبون لا تجب [١] في أربعين وكذلك الحقة لا تجب [٢] في خمسين وإنما يختار [٣] في ست وثلاثين ، وفي ست وأربعين .

٤٨١٤ – قلنا : لما ذكر الجملة والكثرة بين العقود الصحيحة التي يتعلق بها هذا السن [٤] وإن وجب في أكثرها وهذا غير ممتنع ، كما روى بهز بن حكيم « أن النبي ﷺ قال : « في أربعين من الإبل بنت لبون » [٥] وهي تجب في ست وثلاثين .

٤٨١٥ – قالوا : أخبارنا أولى ؛ لأنها أصح أسانيد ؛ ولأن خبر عاصم بن ضمرة اتفق على إسقاطه بعينه ، وهو قوله : « في خمس وعشرين خمس شياه » . ولأن خبرنا عمل به إماما أبو بكر وعمر رضي الله عنهما [٦] . ولأنه أكثر رواة ، رواه أبو بكر وأنس ، وابن عمر رضي الله عنه [٧] .

٤٨١٦ – والجواب : أن خبرنا أقوى ؛ لأن أبا بكر بن محمد أحد الفقهاء السبعة بالمدينة [٨] رواه عن جده ولم يكن يرويه إلا وقد علم صحته ، وخبر ابن عمر قد بينا أنه عن صحيفة ؛ ولأن عليًّا أخذ [عن] عثمان رضي الله عنهما [٩] بالعمل به ، والمجتهد لا يطالب الإمام أن يعمل بقوله وإنما يطالبه أن يعمل بالنص .

٤٨١٧ – فدل على أن ما قاله علي رضي الله عنه [١٠] نص عنده عن النبي ﷺ . وأخبارهم

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يجب] ، وكلمة : [لا تجب] الثانية ساقطة من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [لا يجب] ، وكلمة : [لا تجب] الثانية ساقطة من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يحاز] . (٤) في (ن) : [بهذا السن بها] .

(٥) أخرجه أبو داود في باب زكاة السائمة (٣٩٧/١) ، والطحاوي في المعاني في كتاب الزكاة في باب الصدقة على بني هاشم (٩/٢) وابن حزم في المحلى بالآثار في زكاة السائمة وغير السائمة من الماشية (١٦١/٤) والبيهقي في الكبرى باب ما يسقط الصدقة عن الماشية (١١٦/٤) .

(٦) قوله : [رضي الله عنهما] ساقط من (ن) .

(٧) لفظ : [رواه] ساقط من (ع) ، وفي (ص) ، (م) ، (ع) : [أبو بكر ، وعمر ، وابن عمر] .

(٨) راجع ترجمته في الجرح والتعديل ، في الكني (٣٣٧/٩) ، الترجمة (١٤٩٢) ، تقريب التهذيب (٣٩٩/٢) الترجمة (٦٩) .

(٩) الزيادة من (ع) ، وقوله : [رضي الله عنهما] ساقط من (ن) .

(١٠) الزيادة من (م) ، (ع) .

تكلم عليها ، فقيل : إن حديث أنس يرويه محمد بن المثنى [١] ، وهو مذكور برواية المناكير . وحديث ابن عمر : ذكر حماد أنه أخذه من صحيفة أخذًا ، ولم يقل : حدثني بها . وحديث الزهري لا أصل له ، ولم يروه ثقات [٢] أصحاب الزهري ، وكيف يظن أن هذا الخبر عند الزهري ، ولا يأخذه مالك عنه ، ولا يرجع إليه ؟ فأما كثرة الرواية [٣] : فخبرنا عن كتاب عمرو بن حزم وخبرهم عن كتاب أبي بكر ﷺ [٤] ، فأما أنس : فيرويه [٥] عن أبي بكر ، وأما ابن عمر : فيرويه [٦] عن الصحيفة ، وليس بصحيح في الحديث ذكر ابن عمر ، ويبقى [٧] لنا رواية علي بن أبي طالب [٨] .

٤٨١٨ – وقولهم : إن خبرنا عمل به إمامان ، فخبرنا عمل به علي ﷺ [٩]

٤٨١٩ – فإن قالوا : ليس معكم أنه عمل به .

٤٨٢٠ – قلنا : هذا غلط ، كيف يجوز أن يروى عن النبي ﷺ خبرًا ويطالب عثمان بالعمل به ولا يعمل هو به ، وقد بينا أن عثمان عمل به أيضًا ؛ لأنه قال : عندنا مثل هذا .

٤٨٢١ – وقولهم : « إنه اتفق على إسقاط [١٠] بعض خبر علي » لا يقدح فيه ؛ لأن سفيان الثوري قال : هذا إنما قاله علي ﷺ [١١] على طريق القصة [١٢] ، ولا يجوز أن يخفى هذا عليه ، وهو أصل من أصول الشريعة [١٣] ، على أن الدارقطني ذكر في خبر الزهري « عن سالم عن ابن عمر ﷺ [١٤] وجدنا في كتاب كتبه رسول الله ﷺ [١٥]

---

(١) راجع ترجمته في الجرح والتعديل (٨٧/٨) ، الترجمة (٣٢٥) ، تقريب التهذيب (١٤١/٢) ، الترجمة (١٥) .

(٢) في (ص) ، (م) : [يرويه] ، وفي (ع) : [ثقاة] ، مكان المثبت .

(٣) في (ع) : [الرواة] .

(٤) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٥) في (ن) : [فيروى] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فروى] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ويروى] ، مكان : [ويبقى] .

(٨) في (م) : [عن ابن أبي طالب] ، وفي (ع) : [عن أبي طالب] .

(٩) في سائر النسخ : [ﷺ] ، الأنسب ما أثبتناه .

(١٠) في (ص) ، (م) : [على أنه اسقاط] بزيادة : [أنه] .

(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ﷺ] .

(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [القيمة] .

(١٣) كلمة : [الشريعة] ساقطة من صلب (ع) واستدركها المصنف في الهامش .

(١٤) الزيادة من (ع) ، (ن) .

(١٥) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

كما كتب لأبي بكر » فتساوينا ، والإرسال لا يقدح عندنا ويقدح عندهم .

٤٨٢٢ - [ولأن خبرنا يبقي الحقتين التي [١] دل الإجماع على ثبوتهما [٢] وخبرهم يسقطهما] [٣] ؛ ولأن خبرنا تشهد له الأصول [٤] ؛ لأن موضوع العبادات المكررة إذا ابتديت [٥] على وجه عادت [٦] إليه فيها ، كالركعة الثانية في الصلاة ، وتكرار الصوم في رمضان .

٤٨٢٣ - قالوا : نصاب ؛ فجبر [٧] الفرض فيه من جنسه [٨] ، فلم يجب من غير جنسه كخمس وعشرين في صدقة البقر والغنم .

٤٨٢٤ - قلنا : عندنا يجب الإبل في مائة وعشرين ، والغنم في زيادة وهو نصاب آخر فلم نسلم الوصف [٩] ؛ ولأن أصلهم خمس وعشرون وهو نصاب [١٠] واحد ، فلم يجب فيه أمران ، وفي مسألتنا زيادة على جملة وجب فيها جنس الفروض متكررة وغير متكررة ؛ فجاز أن يجب فيها الغنم مع الإبل كما لو [١١] كانت مستفادة / وإن كان أصل الغنم والبقر ؛ فلأن فرضها أبدًا [١٢] لا يتعلق بغير جنسها فلم يتعلق في البقاء . ٦٠/أ

٤٨٢٥ - وفى مسألتنا هنا ابتدئ الفرض بغير الجنس ، [فـ] [١٣] جاز أن يجب حال البقاء .

٤٨٢٦ - قالوا : نصاب من الإبل يجب فيه الفرض من جنس الإبل فلم يجز فيه من جنس الغنم كالمائة والعشرين .

٤٨٢٧ - قلنا : لا نسلم أنه نصاب واحد ، بل هما نصابان مختلفان ، ويبطل هذا بمن

---

(١) في (ص) : [يبقي اليقين الذي] . (٢) في (ن) : [ثبوتها] .

(٣) في (ص) ، (ن) : [يسقطها] ربما الصواب ما أثبتناه . وما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يشهد] ، وفي (ص) [الاحوال] .

(٥) في (ص) : [ابتدأت] ، و (م) [ابتدت] ولفظ : [إذا] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . (٦) في (م) ، (ع) ، (ن) : [عاد] .

(٧) في (ص) ، (ن) : [فخبر] ، مكان : [فجبر] .

(٨) في (ن) : [من حديثه] .

(٩) في (ص) : [الرخصة] ، مكان : [الوصف] .

(١٠) قوله : [خمس وعشرون وهو نصاب] ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) في (ن) [قالوا] ، مكان : [كما لو] .

(١٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ابدا] .

(١٣) في (ص) جاز بدون الفاء .

له إحدى وتسعون [١] فوجد فيها حقة وبنت لبون ، أنهما يوجدان مع شاتين فيجمع [٢] في نصابه الإبل والغنم . والمعني في الأصل : أن الواجب لم يزد [٣] على الحقتين .

٤٨٢٨ – وفي مسألتنا : لما زاد الوجوب على حقتين [٤] ؛ جاز أن يجب الغنم مع الإبل ، كالزيادة المستفادة .

٤٨٢٩ – قالوا : بنت مخاض فرض لا يعود إلى المائة الأولى بعد مجاوزته إلى غيره فوجب أن لا يعود بدلًا عن بنت لبون مع شاتين ويعود بدلًا عن الحقة . ولأن الجذعة أعلى [٥] سن يجب في الإبل وليس كذلك بنت مخاض ؛ لأنها دون السن الأعلى فعادت لبنت لبون [٦] .

٤٨٣٠ – قالوا : أحد طرفي سن فريضة الإبل فلا يتكرر ، كالجذعة .

٤٨٣١ – قلنا : الجذعة أعلى [٧] ما يجب في الإبل ، فتكرارها [٨] يجحف بالمال ، وبنت مخاض أدني الأسنان ، فتكرارها [٩] لا يجحف ولا يلزم المسنة في البقر لأنا قيدنا القلة [١٠] بالإبل ؛ ولأن هناك لا يجب إلا ستين فلو لم يتكرر لبقي [١١] سن واحد ، وما اختلف سن الواجب فيه لم يستقر على سن واحد .

٤٨٣٢ – قالوا : بنت لبون لا تعود فريضة .

٤٨٣٣ – قلنا : الأصل في الزكوات [١٢] أن ما وجب في ابتدائها عاد ، وعدم العود خارج عن أصله ، فلا يقال لما جرى على الموضوع نظير كان لما خرج عن موضوعه نظير [١٣] أيضًا . ولأن [١٤] بنت لبون لما كان قرينها [١٥] ما يجاوزها ، فلما

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وتسعون] .
(٢) في (م) : [يؤخدان مع شاتان] ، وفي (ع) : [يأخذان معه شاتان] ، وفي (ص) ، (ن) : [يوجدان مع شاتان] وفي (ن) : [فتجمع] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لم يرده] .
(٤) في (ن) : [الحقتين] .
(٥) في (ن) : [أصل] ، وفي (ص) ، (م) ، (ع) : [اعلا] ، مكان المثبت .
(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [كبنت لبون] .
(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [اعلا] .
(٨) في (ن) : [بتكرارها] .
(٩) في (ص) : [وتكرارها] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [القلة] .
(١١) في (م) ، (ع) : [فلم يتكرر لقى] ، ولفظ : [لبقي] ساقط من (ن) .
(١٢) في (م) ، (ع) : [في الزكاة] .
(١٣) في (ص) ، (م) ، (ع) [نظيرًا] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [ولا] ، مكان : [ولان] .
(١٥) في (م) ، (ع) ، (ن) : [قرنها] .

لم يقارن (١) الجذعة في عدم العود ما يجاوزها ؛ دل على أن لا قرينة [لها] (٢) .

٤٨٣٤ - قالوا : أجمعنا أن في مائة وخمسين ثلاث حقاق ، وكل عدد وجب من الحقاق يقدم عليه (٣) بمثله من بنات اللبون ، كما قبل المائة .

٤٨٣٥ - قلنا : قد تقدمها بعددها من الإبل وهو حقتان وبنت مخاض ، والواجب أن يتقدم عدد الحقاق عدد من الإبل وإن لم يكن سنًّا مخصوصا ، ألا ترى : أن مخالفنا يوجب (٤) في مائة وثلاثين بنتا لبون وحقة ويتقدمها ثلاث بنات لبون وليست بعدد (٥) الحقاق التي بعدها .

٤٨٣٦ - قالوا : موضوع الزكاة (٦) أن يجب في المال من جنسه ، وإنما وجبت الغنم في الإبل ؛ لأن ذلك القدر لا يحتمل إيجاب جنسها فإذا كثر المال احتمل إيجاب الجنس فعاد إلى الأصل .

٤٨٣٧ - والجواب (٧) : أن الغنم لما وجبت في غير جنسها ؛ دل على تأكيد (٨) وجوبها ثم تكررت بعد ذلك فصلًا بين كل سنين متباينين (٩) ، فدل على اختصاصها بهذه الفريضة . ثم لو صح ما قالوه لم يضرنا ؛ لأنها إذا وجبت عند قلة المال لما ذكروه ، وما بعد المائة وعشرين عندنا جملة من المال مبنية على الأول في وجه ، ومنفردة بالحكم في (١٠) وجه كالمستفاد عندهم ، ولذلك (١١) وجب فيها الغنم .

٤٨٣٨ - قالوا : وَقْصٌ حده (١٢) الشرع بحد في جنس معين (١٣) فرضه بالسن والعدد فوجب أن لا يتعقبه (١٤) وقص كسائر الأوقاص (١٥) .

---

(١) في (ص) ، (م) : [فلا لم تقارن] ، وفي (ع) : [فلا لم يقان] .
(٢) الزيادة من (ن) . (٣) في (ص) : [قبله] .
(٤) في (ن) ، (ع) : [يوجب] .
(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بعد] ، مكان : [بعدد] .
(٦) في (ع) : [الزكان] .
(٧) في (م) ، (ع) ، (ن) : [أصل الجواب] ، مكان المثبت .
(٨) في (ص) ، (م) ، (ن) : [تاكد] . (٩) في (م) ، (ع) : [سنتين متباينتين] .
(١٠) حرف : [في] ساقطة من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .
(١١) في (م) ، (ع) : [وكذلك] . (١٢) في (ص) : [بحده] وفي (ع) : [حق] .
(١٣) في (ن) : [تغير] ، مكان : [معين] . (١٤) في (م) : [لا يعقه] بدون نقط الأول .
(١٥) الوقص : ما بين الفريضتين من الإبل والغنم ، والجمع : أوقاص راجع في لسان العرب مادة وقص (٤٨٩٣/٦) ، المصباح المنير (٦٣٩/٢) .

٤٨٣٩ – قلنا : ينتقض بالثلاثمائة في صدقة الغنم ، وأجزأهم عنه بتعين الفرض بالسن والعدد لا يعني ؛ لأن فرض الغنم عندنا يتعين [١] بالسن والعدد في الكبار [٢] والحملان . ولأن هذا يلزم في فريضة واحدة وعندنا قد تناقصت [٣] الفريضة الأولى ، وهذه فريضة ثانية ابتدئ بها وقص .

٤٨٤٠ – قالوا : ما قبل المائة إلى نصاب بنت مخاض أقرب فإذا لم يعد مع قرب نصابها فلأن [٤] لا يعود مع بعده أولى .

٤٨٤١ – قلنا : إحدى وستين إلى نصاب بنت لبون أقرب من ست وسبعين ولم تعد [٥] فيه بنت لبون وعادت فيما بعد ذلك في مسألتنا . ولأن ما قبل المائة لم يعد عشرها [٦] نصابها ، فلم يعد فيه ، فلما عاد غيرها في العشر الخامس عشر نصابًا ليس فيه ما هو أولى منها ؛ جاز أن يبني فيه . ولا يلزم خمس وعشرون [٧] من الإبل ؛ لأن الشاة لا تجب فيه [٨] وإن عاد نصابها ؛ لأنا عللنا للعود مبني ، والغنم قد [٩] تكررت أربع مرات ، ولا يلزم عود الجذعة في العشر الرابع عشر ؛ لأن هناك نصابًا [١٠] فيه ما هو أولى منها وهو الغنم ، ألا ترى أن عود الغنم [١١] أخف ، ولا يلزم عود بنت لبون في العشر السادس عشر ؛ لأن العود الذي ذكرناه يجب اعتباره في ابتداء العود دون ما بعده ولهذا وقع التعليل . ألا ترى أن بنت لبون تجب [١٢] ابتداء في العشر الرابع ويعود في الثاني بإجماع ، ويعود عندهم في العشر الثالث عشر ، وقد كان يجب [١٣] أن يعود في

---

(١) في (ن) ، (ع) : [عندهم يتعين] ، وفي (ص) ، (م) : [عندنا يتغير] ، ربما الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (م) ، (ع) ، (ن) : [في الكتاب] .

(٣) في (م) ، (ن) : [قد تناهت] . (٤) في (ص) : [ولان] .

(٥) في (ن) : [ولم يعد] .

(٦) لفظ : [يعد] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ن) : [عدها] ، مكان : [عشرها] .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وعشرين] .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ن) : [ان الشاه لا يجب فيه] .

(٩) في (م) ، (ع) ، (ن) : [للعود مبنى] ، وفي (ص) : [سنى] ، مكان : [مبنى] ، في (ص) ، (م) : [وقد] بالعطف .

(١٠) في سائر النسخ : [نصاب] ، الصواب ما أثبتناه .

(١١) قوله : [عود الغنم] : ساقط من (ن) .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(١٣) لفظ : [يجب] : ساقط من (ع) .

العشر الذي قبله ؛ فدل [١] على مفارقة العود على وجه التنبيه لحكم [٢] العود بعده .

٤٨٤٢ - قالوا : النصب [٣] في الحيوان ينتهي إلى أوقاص متفقة ، أصله : البقر والغنم .

٤٨٤٣ - قلنا : البقر والغنم على [٤] اختلاف الأوقاص في ابتدائها [٥] فاتفق الوقص في أثنائها ، ولما كثر اختلاف الأوقاص في ابتداء فريضة الإبل اختلف آخرها ؛ ولأن ما قاسوا عليه دلالة لنا ؛ لأنه لما اتفق أوقاص آخره وجب [٦] فيها ما وجب في ابتدائها ، فلما جاز لمخالفنا أن يخالف [٧] بين الإبل وسائر النصب في الواجب في الانتهاء ؛ جاز لنا أن نخالف [٨] بين الإبل وغيرها من الأوقاص في أثناء فرضها .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) ، (ن) : [قتله] ، مكان : [قبله] ، وفي (ص) : [يدل] ، مكان : [فدل] .

(٢) في (م) ، (ع) : [البنيه بحكم] .

(٣) النُصُب بضمتين جمع ، واحدها : نصاب ، قدر الزكاة المعتبر . راجع في لسان العرب ، مادة : نصب (٤٤٣٧/٦) ، المصباح المنير (٥٧٩/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) ، (ن) : [قل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [في ابتدائها فريضة الإبل] .

(٦) في (ص) : [اخر موجب] ، وفي (ن) : [آخره وجبت] .

(٧) في (م) ، (ن) : [قلنا لمخالفنا أن يخالفنا] ، وفي (ص) ، (ن) : [أن يخالفه] ، ربما الصواب ما أثبتناه .

(٨) في (ن) : [يخالف] .

مسألة ٢٩٧

يجوز أخذ ابن لبون عن خمس وعشرين مع وجود بنت مخاض

٤٨٤٤ - قال أبو حنيفة ومحمد : يجوز أخذ ابن لبون (١) عن خمس وعشرين مع وجود بنت مخاض .

٤٨٤٥ - وقال أبو يوسف : لا يجوز إلا عند عدمها (٢) .

٤٨٤٦ - وبه قال الشافعي (٣) .

٤٨٤٧ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « خذوا الأقل من الإبل » (٤) . ولأن كل نصاب جاز في زكاته ذكر وأنثي ، لم يقف أحدهما على عدم الآخر ، كالتبيع (٥) والتبيعة في صدقة البقر وبنت مخاض وبنت لبون عن خمس وعشرين . ولا يمكن القول بموجب العلة إذا كانت بنت مخاض خيرًا (٦) من ماله ؛ لأنا عللنا بالوجوب (٧) .

٤٨٤٨ - ولأن عدم بنت مخاض لو كان شرطًا في الانتقال (٨) إلى ما يقوم مقامها كان عدم القدرة على (٩) ما يتوصل به إليها شرطًا ، كالماء والتراب .

٤٨٤٩ - فإن قيل : عدم الحرية (١٠) شرط في جواز (١١) نكاح الأمة ، وعدم ما يتوصل به إلى نكاحها ليس بشرط .

---

(١) في (ع) : [بنت لبون] ، وهو خطأ .

(٢) راجع تحفة الفقهاء : « باب زكاة السوائم » (٢٨٧/١) ، بدائع الصنائع كتاب الزكاة ، فصل وأما صفة الواجب في السوائم (٣٣/٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر باب زكاة السوائم (١٩٨/١) .

(٣) راجع الأم كتاب الزكاة ، باب كيف فرض الصدقة (٦/٢) ، حلية العلماء باب صدقة الإبل (٣٦/٣ ، ٣٧) . راجع المنتقى كتاب الزكاة في صدقة الماشية (١٢٧/٢ ، ١٢٨) ، المغني كتاب الزكاة (٥٨٠/٢) .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الأقل] .

(٥) قال المطرزي : وسمي الحولي من أولاد البقر تبيعًا ؛ لأنه يتبع أمه بعد ، وهو الذي دخل في السنة الثانية والتبيعة : هي أنثاه . راجع المغرب [باب التاء] ص٥٨ ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر باب زكاة السوائم (١٩٩/١) .

(٦) في (ع) : [جبرا] .

(٧) في (ص) : [فانا قللنا] ، وفي (ن) : [للوجوب] ، مكان المثبت .

(٨) في (م) ، (ع) : [في الانتقال شرطًا بالتقديم والتأخير] .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الى] .

(١٠) في (ص) ، (م) ، (ن) : [الحره] .

(١١) في (ص) : [عوانه] ، مكان : [جواز] .

٤٨٥٠ - قلنا : أحد [١] النكاحين لا يقوم مقام الآخر .

٤٨٥١ - قالوا : المكفر إذا كان يملك عبدًا يحتاج إلى خدمته لا يجوز أن ينتقل إلى الصوم ، ولو كان ثمنه [٢] عنده وهو محتاج [٣] إليه جاز أن ينتقل .

٤٨٥٢ - قلنا : إذا كان محتاجًا إلى الثمن فليس بقادر على أن يتوصل [٤] به إلى الرقبة .

٤٨٥٣ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « فإن لم يكن فيها بنت مخاض فابن لبون ذكر » [٥] .

٤٨٥٤ - والجواب : أن الطحاوي ذكر بإسناده عن محمد بن عبد الله الأنصاري قال : حدثنا أبي [٦] عن ثمامة عن أنس في كتاب أبي بكر الصديق ﷺ الذي كتبه له إلى أن قال : « ومن بلغت صدقته [٧] بنت مخاض وعنده ابن لبون ذكر ، فإنه يقبل منه ، وليس معه شيء » [٨] وهذا يقتضي جواز ابن لبون بكل حال .

٤٨٥٥ - ولأن [٩] قولهم : « إذا لم يكن فيها بنت مخاض » معناه : زكاتها ، ألا ترى : أنه لو كان فيها بنت مخاض أفضل من صفة ما له أو أدون جاز أخذ ابن لبون ، وإذا كان هذا هو المراد بإجماع ، وعندنا : إنما [١٠] زكاتها إذا اختارت المال [١١] دفعها فإن لم يختر فليس فيها بنت مخاض هي زكاتها ، فجاز ابن لبون .

---

(١) في (م) : [أخذ] بالخاء المعجمة . (٢) في (ن) : [منه] ، مكان : [ثمنه] .

(٣) في (ص) : [يحتاج] .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [على ما توصل] .

(٥) أخرجه أبو داود ، في باب زكاة السائمة (٣٩٢/١) ، النسائي ، في باب زكاة الإبل (١٨/٥-٢٣) ، ابن ماجه في باب صدقة الإبل (٥٧٣/١ ، ٥٧٤) ، الحديث (١٧٩٨ ، ١٧٩٩) والشافعي في مسنده (٢٣٣/١ ، ٢٣٥ ، ٢٣٧) الأحاديث (٦٤٤ ، ٦٤٦ ، ٧/٦٤) ، والدارقطني ، في زكاة الإبل والغنم (١١٤/٢ ، ١١٦) .

(٦) في (ص) : [ثنا ابي] ، ولفظ : [ابي] : ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ص) : [بعده] .

(٨) أخرجه البخاري في باب العرض في الزكاة (٢٥١/١) ، والدارقطني ، في باب زكاة الإبل والغنم (١١٣/٢ ١١٤) ، والطحاوي في المعني باب ذوات العوار هل تؤخذ في صدقات المواشي أم لا ؟ ، (٣٣/٢ ، ٣٤) .

(٩) في (ع) : [على كل حال] ، وفي (م) ، (ع) : [لان] بدون المطف .

(١٠) في (م) ، (ع) : [وانما عندنا] بالتقديم والتأخير ، ولفظ : [انما] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . (١١) في (ص) : [الحال] .

٤٨٥٦ - قالوا : لو كان ابن لبون بقيمته لاختلف باختلاف الأزمان والبلدان .

٤٨٥٧ - قلنا : هذا كلام في فصل آخر ، وهو : أنه هل يعتبر في جوازه [١] القيمة أم لا ، وخلافنا الآن في جواز أخذه مع وجود بنت مخاض . ولأن النبي ﷺ لما جعل زيادة سنة بنقصان صفته علم أن قصد التقويم [٢] على غالب الأمر في وقته .

* * *

(١) في (ص) ، (م) : [جواز] ، والزيادة من (م) .

(٢) في (ن) : [النفور] .

مسألة ٢٩٨

الوجوب يتعلق بالنصاب دون العفو

٤٨٥٨ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف : الوجوب يتعلق بالنصاب دون العفو .

٤٨٥٩ - وقال محمد : يتعلق بهما [١] ، وهو قول الشافعي في الإملاء [٢] .

٤٨٦٠ - وفائدة الخلاف : أن العفو إذا هلك لم يتغير [٣] الوجوب عندنا ، وعندهم يتغير [٤] .

٤٨٦١ - لنا : ما روى في كتاب عمرو بن حزم في خمس من الإبل شاة ولا شيء في الزيادة إلى تسع ، وفي خمس وعشرين : بنت مخاض ، ولا شيء في الزيادة إلى خمس وثلاثين [٥] ذكره شيخنا أبو الحسن وإسماعيل بن إسحاق في كتاب الأموال [٦] .

٤٨٦٢ - فإن قيل : المراد ليس فيها شيء آخر .

٤٨٦٣ - قلنا : تخصيص بغير دليل ؛ ولأن الزيادة على النصاب لم يجب لأجلها شيء [٧] ،

---

(١) راجع في المبسوط كتاب الزكاة (١٧٥/٢ ، ١٧٦) ، متن القدوري باب زكاة الخيل ص٢١ ، بدائع الصنائع فصل وأما صفة الواجب في أموال التجارة (٢٣/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبهامشه العناية (١٩٧/٢، ١٨٩) البناية مع الهداية باب صدقة السوائم (٤١٧/٣-٤٢٠) ، الاختيار لتعليل المختار كتاب الزكاة (١٠٢/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٠٤/١) .

(٢) وللشافعي قولان في الوقص : أصحهما : تعلق الفرض بالنصاب دون ما زاد عليه ، وهو اختيار المزني . والقول الثاني : يتعلق الفرض بالجميع إذا تم الحول . راجع حلية العلماء كتاب الزكاة ، باب صدقة الإبل (٣٢/٣) ، والمجموع مع المهذب باب صدقة الإبل (٣٩٠/٥ - ٣٩٣) . والمدونة كتاب الزكاة الثاني ، في زكاة الغنم (٢٦٧/١) والمنتقى كتاب الزكاة في صدقة الماشية (١٢٧/٢) والإفصاح باب الزكاة (٢٠٠/١) ، والمغني كتاب الزكاة (٥٩٠/٢) .

(٣) في (ن) : [يتعين] .

(٤) في (ن) : [يتعين] .

(٥) أخرجه أبو عبيد مطولًا ، في كتاب الأموال ، باب فرض صدقة الإبل وما فيها من السنن ص٣٢٨ ، الحديث (٩٣٤) .

(٦) لعل المراد بأبي حسن ، هو محمد بن أحمد بن أحمد ، أبو الحسن الدلال ، الزعفراني ، قال السمعاني عنه : وكان فقيهًا صالحًا ثقة وكانت وفاته في سنة ثلاث أو أربع وتسعين وثلاثمائة في الأنساب باب الزاي والعين (١٤٥/٣) . انظر ترجمته في الجواهر المضية (١٧/٣) ، الترجمة (١١٥٠) ، الفوائد البهية ص١٥٥ .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لم يجب لأجلها لانها شيء] ، وفي (ن) : [لم تجب لأكلها شيء] . لعل الصواب ما أثبتناه .

فلا يتعلق الوجوب بها ، أو لا ينتقل الوجوب إليها ، كالزيادة المستفادة ، والزيادة من غير جنس المال والزيادة المعلوفة على نصاب السائمة .

٤٨٦٤ - فإن قيل : المعنى في الأصل : أن جواز الأخذ لا يتعلق بالزيادة فلم يتعلق الوجوب . وفي مسألتنا : جملة يتعلق الأخذ بها ، فتعلق الوجوب بها .

٤٨٦٥ - قلنا : هذه المعارضة لا تصح [١] في المستفاد ؛ ولأن جواز الأخذ به يتعلق به وكذلك في الجنس ؛ لأن [٢] من له خمس من الإبل وعشر من الغنم فجواز الأخذ يتعلق بالغنم ، وكذلك المعلوفة / [٣] يتعلق جواز الأخذ بها ؛ لأن المالك إذا دفعها عن زكاته جاز . ٦٠/ب

٤٨٦٦ - فإن قيل : يعني بجواز الأخذ ما يأخذه المصدق بغير رضا [٤] رب المال .

٤٨٦٧ - قلنا : لا نسلم إذن الوصف ؛ لأن عندنا ليس له الأخذ من النصاب بغير رضاه ، ثم معارضة الأصل تبطل [٥] بالصغار مع الكبار ، فإن جواز الأخذ لا يتعلق بالصغار ويتعلق بها الوجوب ، وعلى الفرع : يبطل بمن له خمس [٦] من الإبل وأربعون [٧] من الغنم ، فإن الغنم جملة ؛ يتعلق جواز أخذ زكاة الإبل منها ولا يتعلق الوجوب بها .

٤٨٦٨ - ولأن [٨] زيادة المال بغير قدر الزكاة ومحلها ، فإذا كانت هذه الزيادة لا تغير [٩] القدر كذلك المحل . ولأنه عدد لم يبلغ نصابًا فلم يتعلق به وجوب ، كأربع من الإبل ؛ ولأنه نصاب فوجب أن يتقدمه عفو لا يتعلق به وجوب كالنصاب الأول ، والدليل على أن الهالك من العفو : أنه تابع للنصاب ، بدلالة أنه لا يثبت إلا بعد وجوده ، فالهالك منه كالربح في مال المضاربة ، ومن أوصي لرجل بما زاد على ألف من ماله .

٤٨٦٩ - فإن قيل : المضارب ضمن لرب المال سلامة رأس ماله ثم يشتركان [١٠] في الربح .

٤٨٧٠ - قلنا : الموصي [١١] له لا يضمن للورثة سلامة الألف .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يصح] .
(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لا] ، مكان : [لان] .
(٣) في (ن) : [بالمعلوفة] .
(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [رضى] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يبطل] .
(٦) في (ن) : [خمسين] .
(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [واربعين] .
(٨) في (م) : [ولا] ، مكان : [ولان] .
(٩) في (م) ، (ع) : [لا يغير] .
(١٠) في (ن) : [شريكان] .
(١١) لفظ : [له] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

٤٨٧١ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : في خمس وعشرين إلى خمس وثلاثين بنت مخاض [(١)] .

٤٨٧٢ - قلنا : قد [(٢)] عارضه خبرنا ، وفيه الوجوب فيجمع بينهما ، ويكون قوله : « إلى خمس وثلاثين » بمعنى [(٣)] أنه لا يجب غيرها .

٤٨٧٣ - قالوا : فيحمل خبركم على أنه لا يجب شيء مبتدأ فتساوينا .

٤٨٧٤ - قلنا : إلا أن خبرنا قد اقتضى وجوب بنت مخاض في خمس وعشرين بكل حال ، وعندكم يجب فيها ذلك إذا انفردت ، ويجب بعضها إذا انضم إليها عفو ، وهذا ترك لظاهر [(٤)] آخر من خبرنا .

٤٨٧٥ - قالوا : حكم يتعلق بنصاب فجاز أن يتعلق به وبما زاد عليه إذا وجد معه ، ولم ينفرد بالوجود [(٥)] ، أصله : الزيادة على نصاب القطع .

٤٨٧٦ - قلنا : الأصل غير مسلم ؛ لأن القطع عندنا يتعلق بالنصاب خاصة .

٤٨٧٧ - قالوا : لو كان كذلك لوجب أن يضمن الزيادة إذا قطع .

٤٨٧٨ - قلنا : لا يضمنها وإن لم يقطع فيها ؛ لأنه لو ضمنها ملكها [(٦)] فصار شريكًا في النصاب ، والشركة تنافي [(٧)] القطع فلم يجز إيجاب ما ينافي القطع بعد استيفائه ، ولو سلمنا الأصل فالمعنى فيه : [(٨)] أن الزيادة لا تأثير [(٩)] لها في زيادة الوجوب فلم يتعلق بها حكم منفرد ، فتبعت ما تقدم في حكمه ، والزيادة في مسألتنا لها حالة منتظرة تعلق [(١٠)] بها وجوب مستأنف ، فوقف أمرها على بلوغ ذلك الوجوب ، ولم يتعلق بها ما تقدم .

٤٨٧٩ - قالوا : كل جملة تعلق جواز الأخذ بها تعلق الوجوب بها ، كخمس من الإبل .

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح باب زكاة الغنم (٢٥٣/١) ، وأبو داود في باب زكاة السائمة (٣٩٢/١ ، ٣٩٦) ، والترمذي في باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم (٨/٣ ، ١٠) ، رقم (٦٢١) وأخرجه النسائي في باب زكاة الإبل (١٨/٥-٢٣) وابن ماجه في باب صدقة الإبل من حديث ابن عمر وأبي سعيد الخدري (٥٧٣/١ ، ٥٧٤) ، الحديث (١٧٩٨ ، ١٧٩٩) ، وأحمد في المسند (١٥/٢) ، والدارقطني (١١٣/٢ - ١١٦)، الحديث (٢ ، ٣) .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وقد] بالعطف .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يعني] .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الظاهر] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الوجوب] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ملكا] .

(٧) في (م) : [ما في] .

(٨) لفظ : [فيه] : ساقط من (ع) .

(٩) في (ن) : [لانير] بدون نقط .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يتعلق] ، وفي (ن) : [فتلعق] .

٤٨٨٠ - قلنا : إن أردت أن جواز الأخذ يتعلق (١) بها باختيار رب المال انتقض بخمس من الإبل ، وثلاثين من الغنم ، وإن أردت جواز الأخذ من غير رضا رب المال ، فالوصف غير مسلم ، والمعني في الأصل : أن الوجوب لأجل هذه الجملة يتعلق بها ، وفي مسألتنا : لم تجب (٢) الزكاة لأجل الزيادة ، فلم يتعلق بها .

٤٨٨١ - قالوا : كل حق تعلق بالنصاب ، فإذا لم يزد الحق بزيادة المال كان ذلك الحق متعلقًا بالنصاب والزيادة كالقطع وعلى هذا أرش الموضحة ، ووجوب الدم بحلق الرأس .

٤٨٨٢ - قلنا : أما القطع : فقدمنا (٣) الكلام عليه ، وأما الموضحة والحلق : فالأوصاف لا توجد (٤) فيها ؛ لأنها لا تتعلق (٥) بالمال .

٤٨٨٣ - فإن قالوا : يتعلق بمقدار يبطل (٦) بالزيادة على خمس من صفات : أن التحريم لا يتعلق به ، وكذلك المرة الثامنة في غسل الإناء من ولوغ الكلب لا يتعلق التطهر (٧) بها . ولأن الأرش في الموضحة يتعلق بما يتناوله الاسم ، والزيادة تبع كالكف مع الأصابع ، وكذلك وجوب الدم يتعلق بحلق ربع الرأس ، والزيادة تابعة كما يتبع في المسح ، وكالإيلاج للناسي أنه يتبع الأول في وجوب الدم ، ولا يتعلق به شيء ، كاللبس بعد اللبس في مجلس واحد ؛ ولأن الموضحة وإن اتسعت فلم تزد (٨) على الموضحة وإنما هي موضحة كبيرة (٩) وزيادتها كالسمن في (١٠) الشاة ، وإنما الزيادة في الموضحة : أن تذهب (١١) الجراحة طولًا (١٢) حتى تصير (١٣) هاشمة فلا يتعلق بذلك الوجوب الأول . ثم لو سلمنا الأصل في الموضحة والحق ؛ فالمعني فيه ما قدمناه (١٤) أن الزيادة ليس لها (١٥) تأثير في الوجوب بحال .

---

(١) لفظ : [الأخذ] ساقط من (ن) ، وفي (م) ، (ع) : [تعلق] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) : [يجب] .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فقد بينا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يوجد] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يتعلق] .

(٦) في (ن) : [بطل] .

(٧) في (ص) : [التطهير] ، وفي (ن) : [الطهر] .

(٨) في (م) ، (ن) : [فلم يزد] .

(٩) في (م) : [كثيرة] .

(١٠) حرف : [في] : ساقطة من (ن) .

(١١) في (م) ، (ع) : [ان يذهب] .

(١٢) لفظ : [طولا] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٣) في (م) ، (ع) : [حتى يصير] . الهاشمة : الشبحة التي تهشم العظم ، والهشم : كسر الشيء اليابس . راجع في المصباح المنير ، مادة هشم (٦٠٩/٢) .

(١٤) الزيادة من (م) ، (ع) ، (ن) .

(١٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فيها] .

٤٨٨٤ - أو نقول : [١] المعني في هذه الأصول : أنه لا يتقدم على المقدر ما يتعلق به حكم بحال فلا يتأخر عنه ما لا يتعلق به وجوب ، ولما تقدم النصاب في [٢] مسألتنا ما لا يتعلق به وجوب [٣] في الحال ؛ جاز أن يتأخر عنه ما لا يتعلق به وجوب .

٤٨٨٥ - قالوا : الوجوب عندكم يتعلق بعدد غير معين ؛ فإذا هلكت واحدة وجب أن تسقط الزيادة بجواز [٤] أن يكون الهالك من النصاب .

٤٨٨٦ - قلنا : الوجوب عندنا يتعلق بمقدار غير معين ، والهالك مما لا يتعلق به حكم ، كمن باع قفيزًا من صبرة فهلك بعضها لم يبطل شيء من البيع ، وكمن أعتق أحد عبديه فمات [٥] أحدهما تعين في الباقي .

٤٨٨٧ - قالوا : النصاب مختلط بالعفو ، فالهالك منهما كما لو اختلط النصاب بعد الحول .

٤٨٨٨ - قلنا : هناك الوجوب تعلق بمعين [٦] فإذا اختلط ثم هلك بعضه لم يتعين ، كمن أعتق عبدًا بعينه ثم اختلط بعبد آخر فهلك أحدهما .

٤٨٨٩ - وفي مسألتنا : تعلق الحق [٧] ابتداء بغير معين فيتعين بالهالك ، كمن أعتق أحد عبديه ثم مات أحدهما ولأن في مسألتنا الأولى [٨] أمر أحد المالين ليس بتابع للآخر ، فالهالك بينهما ، وفي مسألتنا العفو تابع للنصاب [٩] ، بدلالة : أنه لا يثبت إلا بعقد مقدم [١٠] كالربح في مال [١١] المضاربة .

٤٨٩٠ - قالوا : كل جملة انضم إليها مثلها تعلق الوجوب بها إذا انضم إليها مثلها تعلق الوجوب بها ، كخمس من الإبل ، والفرع عشرون من الغنم .

٤٨٩١ - قلنا : المعني في الأصل : أن [١٢] الوجوب وقف على الجملة ؛ فلذلك تعلق بها ، وفي مسألتنا : الوجوب لم يقف على هذه الجملة فلم يتعلق بها .

---

(١) في (ص) ، (م) : [او يقول] .
(٢) في (ع) : [إلى] .
(٣) حرف : [في] ساقطة من (ن) .
(٤) في (م) ، (ع) : [أن يسقط الزيادة ويجوز] ، مكان المثبت .
(٥) في (م) ، (ع) : [فاعتق] ، مكان : [فمات] .
(٦) في (م) ، (ع) : [بعين] ، مكان : [بمعين] .
(٧) لفظ : [الحق] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٨) في سائر النسخ : [الأولة] ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٩) في (م) : [النصاب] .
(١٠) في (ن) : [بعدمه] .
(١١) في (م) ، (ع) : [حال] .
(١٢) في (ن) : [إلى] ، مكان : [إن] .

مسألة ٢٩٩

وجوب الزكاة على التراخي

٤٨٩٢ - قال أبو بكر الرازي [١] : وجوب الزكاة على التراخي وكذلك حكى ابن شجاع [٢] من مذهب [٣] أصحابنا .

٤٨٩٣ - وقال أبو الحسن [٤] هي على الفور . وذكر في المنتقى [٥] عن أبي يوسف ومحمد ما يدل على الفور [٦] .

٤٨٩٤ - وهو قول الشافعي [٧] . وجه ما كان يقول أبو بكر : أنها عبادة شرعية لا تفوت [٨] بفوات وقت فلم يكن أصل وجوبها على الفور ، كالكفارات وقضاء رمضان والصدقة المنذورة .

٤٨٩٥ - ولا يلزم إذا طالب الإمام ؛ لأنها تتضيق كما قبل [٩] إمكان الأداء . ولأنها عبادة يجوز تقديمها على وقتها فجاز تأخيرها عن أول وقتها ، كصلاة العصر بعرفة ، وعكسه الصوم .

٤٨٩٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ [١٠] .

٤٨٩٧ - قلنا : محمولة على حالة المطالبة ، بدلالة ما ذكرنا .

---

(١) تقدمت ترجمته في مسألة (٢٠٧) . (٢) تقدمت ترجمته في مسألة (٨٩) .

(٣) في (ع) : [من مذاهب] .

(٤) هو عبيد اللّه بن الحسين ، أبو الحسن الكرخي ، المتوفى سنة (٣٤٠هـ) . راجع ترجمته في الجواهر المضيئة (٤٩٣/٢ ، ٤٩٤) ، الترجمة (٨٩٤) ، الفوائد البهية ص ١٠٨ ، ١٠٩ وتكرر ذكره في أماكن كثيرة .

(٥) في (ن) : [المنتقا] كتاب المنتقى للحاكم المروزي ، يعد من أهم المصادر بعد كتب محمد بن الحسن الشيباني .

(٦) قال ابن الهمام : وذكر الفقيه أبو جعفر عن أبي حنيفة : أنه يكره أن يؤخرها من غير عذر . راجع في المبسوط كتاب الزكاة (١٦٩/٢) ، تحفة الفقهاء كتاب الزكاة (٢٦٣/١) ، بدائع الصنائع كتاب الزكاة (٣/٢) ، فتح القدير مع الهداية كتاب الزكاة (١٥٥/٢ ، ١٥٦) ، البناية في شرح الهداية (٣٤٨/٣ ، ٣٤٩) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر كتاب الزكاة (١٩٢/١) .

(٧) راجع حلية العلماء كتاب الزكاة (١٠/٣) ، المجموع مع المهذب كتاب الزكاة (٥/ ٢٣١ ، ٣٢٥) ، في المغني باب صدقة الغنم (٦٨٤/٢ ، ٦٨٥) .

(٨) في (م) ، (ع) : [لا يفوت] . (٩) في (ص) : [على] ، مكان : [قبل] .

(١٠) سورة البقرة : الآية ٤٣ .

٤٨٩٨ – قالوا : روى ابن مسعود ﷺ أن النبي ﷺ قال : « من كان له مال لم يؤد زكاته ؛ مثل له يوم القيامة شجاع أقرع » [١] .

٤٨٩٩ – قلنا : هذا فيمن ترك الأداء ، والكلام فيمن أخره .

٤٩٠٠ – قالوا : عبادة يتكرر وجوبها ، فلم يجز تأخيرها [٢] إلى وقت وجوبها مثلها كالصلاة .

٤٩٠١ - والجواب : أن وجوب الزكاة لا يتعلق بوقت وإنما يتعلق بشرط ، فأي وقت حال الحول وجبت [٣] ، فإن أرادوا هذا بطلت العلة بالكفارات ؛ لأنه يجوز تأخيرها إلى حين وجوب مثلها ، ونعكس فنقول : فلم يكن أصل [٤] وجوبها على الفور مع اتساع وقتها [٥] وهذا العكس على ما قال ابن شجاع : إن وجوب الزكاة يتعلق [٦] بأول الوقت ، والوصف مؤثر [٧] في الحج والأيمان ؛ لأن وجوبهما [٨] غير متكرر ، والمعني في الصلاة : أنها عبادة مؤقتة فمنع من تأخيرها [٩] عن وقتها من غير عذر ، وفي مسألتنا : الوجوب غير مؤقت وإنما يتعلق بشرط ، فإذا وجد جاز أن يتراخى [في] [١٠] الأداء ، كقضاء رمضان .

٤٩٠٢ – قالوا : عبادة تجب [١١] في السنة مرة ، كالصيام .

٤٩٠٣ – قلنا : يبطل بالحج على أصلهم . والمعني في الصوم : أن وقته قدر بفعله فلا يجوز فيه التأخير بعد الوجوب وليس كذلك الزكاة ؛ لأن وقتها غير مقدر بفعلها ، فإذا جاز تقديمها عليه جاز تأخيرها .

* * *

---

(١) أخرجه النسائي في سننه في باب التغليظ في حبس الزكاة (١١/٥) ، ابن ماجه في باب ما جاء في منع الزكاة (٥٦٨/١ ، ٥٦٩) ، رقم (١٧٨٤) ، والشافعي في المسند في كتاب الزكاة ، الباب الأول في الأمر بها والتهديد على تركها على من تجب وفيم تجب (٢٢٢/١) ، الحديث (٦١٠) ، والبيهقي في الكبرى في باب ما ورد من الوعيد فيمن كنز مال ولم يؤد زكاته (٨١/٤) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ن) : [تأخرها] . (٣) في (ن) : [وجب] .

(٤) في (ن) : [أصله] . (٥) في (ص) : [الوقت] .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [تعلق] . (٧) في (ع) : [مؤثرة] .

(٨) في (ص) : [وجوبها] .

(٩) في (ص) : [تمنع] ، ومن (ن) : [من تأخرها] ، مكان المثبت .

(١٠) الزيادة من (ع) . (١١) في (م) : [يجب] .

مسألة ٣٠٠

إمكان الأداء ليس بشرط في وجوب الزكاة

٤٩٠٤ – قال أصحابنا : إمكان الأداء ليس بشرط في وجوب الزكاة .

٤٩٠٥ – وهو قول الشافعي في الإملاء ، وقال في الأم والقديم : هو شرط (١) .

٤٩٠٦ – لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » (٢) وما بعد الغاية (٣) بخلاف ما قبلها . ولأنها حالة لو أتلف (٤) المال ضمن الزكاة وكانت واجبة كما بعد التلف (٥) ، وعكسه قبل الحول وهذا إجماع .

٤٩٠٧ –فإذا أقدموا على أن إمكانه (٦) قلنا : كل حق يضمنه (٧) إذا استهلك المال بعد إمكان أدائه يضمنه إذا استهلكه قبل إمكان الأداء لا يكون شرطًا في وجوبها ، كالصلاة . ولأن إمكان الأداء لو شرط في الوجوب لم ينعقد الحول (٨) الثاني عقيب الأول ، ولوقف انعقاده على حال الإمكان وهذا لا يقولونه .

٤٩٠٨ – قالوا : الأمر بالزكاة بشرط / (٩) الإمكان ، ولهذا لا يأثم (١٠) بتأخيرها ، ٦٠/أ

---

(١) قال الشيرازي : قال في القديم : لا تجب الزكاة قبل إمكان الأداء ، فعلى هذا تجب الزكاة بثلاثة شروط : الحول والنصاب وإمكان الأداء ، والدليل عليه : أنه لو هلك المال لم يضمن زكاته فلم تكن الزكاة واجبة ، كما قبل الحول ، وقال في الإملاء : تجب وهو الصحيح . راجع المسألة في المهذب باب صدقة المواشي (١٤٤/١) ، حلية العلماء ، باب صدقة المواشي (٢٦/٣) المنتقى كتاب الزكاة في العمل في صدقة عامين إذا اجتمعا (١٤٥/٢) .

(٢) أخرجه أبو داود في باب زكاة السائمة (٣٩٦/١) ، ورواه ابن ماجه في باب من استفاد مالًا (١٧٩٢/١) رقم (١٧٩٢) .

(٣) في (ن) : [الغاية] .

(٤) في (ص) : [اذا تلف] .

(٥) في (م) : [كما بعد الإمكان] .

(٦) في سائر النسخ : [فاذ أقدموا على أن إمكانه] ، وفي (ن) : [بكانه] ، بدون نقط ، لعل الصواب : [فإذا قدموا النصاب على امكانه] أي على إمكان الأداء . أو أن في الكلام حذفًا دل عليه ما قبله ؛ أي إذا أقدموا على أن إمكان الأداء شرط في وجوب الزكاة ؛ قلنا ..

(٧) في (م) ، (ع) : [تضمنه] .

(٨) في (ص) : [للحول] .

(٩) في (ن) : [شرط] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [الأثم] .

والوجوب يتبع الأمر [١] .

٤٩٠٩ - والجواب : أن الأمر [٢] تعلق بالحول . والإمكان من شرائط الأداء فلا يأثم [٣] ؛ لأنه لا يلزم الأداء وليس الوجوب من الأداء [٤] في شيء ؛ لأنه يجب عليه عند الحول العزم على الأداء مع القدرة . كما أن الدين يجب في الذمة والأداء موقوف علي الإمكان .

٤٩١٠ - قالوا : لو هلك المال لم يضمن زكاته ؛ فدل على أنها لم تجب [٥] .

٤٩١١ - قلنا : سقوط الحق بالهلاك لا يدل على أنه لا يثبت ، بدليل أن هلاك [٦] العبد الجاني يسقط الحق ، وهلاك الرهن يسقط حق الإمساك ، ولا يدل ذلك على أن الحق لم يكن ثابتًا قبله ، وإنما وجب الضمان بالاستهلاك ، فيدل على أن الوجوب باق [٧] .

٤٩١٢ - قالوا : عبادة ، فإمكان الأداء شرط في وجوبها ، كقضاء رمضان في حق المريض .

٤٩١٣ - قلنا : ينتقض برمضان [٨] فإن وجوبه لا يقف على الإمكان ، بدلالة أن الصوم يجب بطلوع الفجر ، والأداء لا يمكن إلا بمضي جميع اليوم ؛ ولأن قضاء رمضان [يتعلق بالوقت] [٩] وحصوله في الذمة يقف على مضي وقت الإمكان كنفس [١٠] رمضان .

* * *

(١ ، ٢) في (ن) : [الآخر] .
(٣) في (ص) ، (ن) : [ولا يأثم] .
(٤) في (ع) : [وليس الاداء من الوجوب] بالتقديم والتأخير .
(٥) في (م) : [لم يجب] .
(٦) في (ع) : [انهلاك] .
(٧) لفظ : [باق] ساقط من (ن) .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [رمضان] .
(٩) زيادة من (ن) .
(١٠) في (م) ، (ن) : [كنفس] .

مسألة ٣٥١

الزكاة تتعلق بالمال

٤٩١٤ - قال أصحابنا : الزكاة تتعلق [١] بالمال [٢] .

٤٩١٥ - وهو المشهور من قول الشافعي ، وقال في قول آخر : تجب في الذمة ، والعين مرتهنة بها [٣] وفائدة الخلاف : أنه إذا توالى [٤] على نصاب واحد حولان لم تجب [٥] زكاة الثاني [٦] .

٤٩١٦ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « في أربعين شاة شاة ، وفي خمس من الإبل : شاة [٧] » . وظاهر هذه الأخبار تقتضي [٨] تعلق الوجوب بالمال ؛ ولأنه حق اللَّه تعالى فسقط بهلاك العين ؛ فوجب أن يتعلق بها [٩] ، أصله [١٠] : إذا نذر أن يتصدق بعين من ماله ، وعكسه صدقة الفطر . ولا يلزم الرهن والثمن ؛ لأنهما حق آدمي . ولأن الحق لا يسقط بهلاك الرهن وإنما يصير مستوفيًا لدينه .

٤٩١٧ - فإن قيل : الزكاة في الذمة ، وتسقط [١١] بهلاك سببها ، كما أن الثمن في الذمة ويسقط بهلاك المبيع

٤٩١٨ - قلنا : الثمن لا يسقط بهلاك المبيع وإنما ينفسخ بهلاك المبيع لفوات القبض فسقط الثمن بالفسخ ، ولهذا لو هلك [١٢] المبيع بعد القبض لا يسقط [١٣] الثمن .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .
(٢) راجع في بدائع الصنائع ، : كتاب الزكاة ، فصل : وأما صفة الواجب في أموال التجارة (٢٠/٢) .
(٣) راجع حلية العلماء ، باب صدقة المواشي (٢٧/٣ ، ٢٨) ، المجموع مع المهذب ، باب صدقة المواشي (٣٧٧/٥ - ٣٨٠) ، المنتقى الزكاة في الدين (١١٦/٢) . والإفصاح : باب الزكاة (٢١٠/١) ، الكافي لابن قدامة ، كتاب الزكاة (٢٨٢/١) ، المغني كتاب الزكاة (٦٧٩/٢) .
(٤) في (م) ، (ع) : [تولى] .
(٥) في (م) ، (ن) : [لم يجب] .
(٦) في (ص) : [الباقي] .
(٧) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٢٩٨) .
(٨) في (م) ، (ع) : [يقتضي] .
(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) ، وفي هامش (ص) : [أن يكون متعلقا بها] ، مكان المثبت .
(١٠) لفظ : [أصله] ساقط من (ع) .
(١١) في (م) ، (ع) : [ويسقط] .
(١٢) في (ن) : [يملك] ، ولفظ : [لو] ساقط من (ع) .
(١٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولا يسقط] بالعطف .

ولأن صفة الواجب تختلف [١] باختلاف صفة المال [٢] فيجب في الصحاح منها وفي المرضي مثلها ؛ فدل على أن الوجوب فيه .

٤٩١٩ - فإن قالوا : صدقة الفطر تجب [٣] بصفة المال ؛ لأنها تجب [٤] من جنس قوته .

٤٩٢٠ - قلنا : قد يكون ماله غير الأقوات ، ولا تجب [٥] من ماله . وقد يكون قوته الحنطة ، ويجوز أن يخرج من الشعير . ولأنه حق يصرف [٦] إلى أهل السهمين [٧] شرعًا ، فإذا وجب من المال تعلق به ، كخمس الزكاة .

٤٩٢١ - [احتجوا : بأنها زكاة واجبة فتعلقت بالذمة [٨] ، كصدقة الفطر] [٩] .

٤٩٢٢ - قلنا : صدقة الفطر تجب [١٠] عما ليس بمال وهو رقبة الحر فلم يتعلق بالموجب عنه ، والزكاة لا تجب [١١] إلا لأجل المال فتعلقت برقبة العبد الجاني والأرض [١٢] من غير جنس العبد .

٤٩٢٣ - قالوا : لو [١٣] وجبت الزكاة في العين [١٤] لم يملك رب المال تعيينها [١٥] ولا دفع عين أخرى عنها [١٦] ، كالمال المشترى [١٧] .

٤٩٢٤ - قلنا : يبطل [١٨] بحق المجني عليه ، يتعلق برقبة العبد الجاني ولمولاه إسقاط الحق بدفع الأرش [١٩] من غيره ؛ ولأن الحقوق تتعلق [٢٠] بالمال ولا تستقر [٢١] لحق

---

(١) في (م) : [يختلف] .
(٢) في (ص) : [الأول] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٤) في (م) : [يجب] .
(٥) في (م) ، (ن) : [ولا يجب] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يضرب] .
(٧) في (ص) ، (ن) : [السهمان] .
(٨) في (ص) : [بالفريضة] ، وفي (م) ، (ع) : [بالذمة] .
(٩) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٠) في (م) : [يجب] .
(١١) في (م) : [يجب] .
(١٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [والأرض] .
(١٣) حرف : [لو] : ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(١٤) في (ن) : [المال] .
(١٥) في (ص) : [تعينها] .
(١٦) في (ع) : [منها] .
(١٧) في (م) ، (ع) : [الشرى] .
(١٨) في (ص) : [تبطل] .
(١٩) في (ص) : [الأرض] .
(٢٠) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .
(٢١) في (م) ، (ع) : [ولا يستقر] .

الجناية ، وقد تتعلق به فيستقر ، فحق (١) أحد الشريكين مستقر لحق الآخر ؛ فلذلك لم يملك ، تغيير (٢) حقه ولا إسقاطه ، وحق الزكاة غير مستقر لحق ولى الجناية .

٤٩٢٥ - قالوا : [لو] (٣) تعلق حق الفقراء بعين المال منع التصرف (٤) وثبت (٥) حقهم في نتاجها بعد الحول .

٤٩٢٦ - قلنا : إذا أوصى له بألف من ثمن جارية بعينها (٦) تعلق الحق بها ، فلا يمنع ذلك التصرف ، ولا يثبت حق الموصي له في ولدها ، وكذلك (٧) حق ولي الجناية يتعلق برقبة الجارية ولا يثبت في ولدها .

* * *

(١) في (ص) ، (ن) : [بحق] .
(٢) في (م) ، (ع) : [وتغيير] .
(٣) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٤) في (ن) [بغير المال] ، مكان [بعين المال] ، وفي (ع) : [الصرف] ، مكان : [التصرف] .
(٥) في (ع) : [وتثبت] .
(٦) في (ص) : [تعينها] .
(٧) في (ص) : [ولذلك] .

مسألة ٣٠٢

إذا هلك المال بعد وجوب الزكاة بغير فعل المالك لم يضمنها

٤٩٢٧ - قال أصحابنا : إذا هلك المال بعد وجوب الزكاة بغير فعل المالك لم يضمنها (١) .

٤٩٢٨ - وقال الشافعي : إذا هلك بعد إمكان الأداء ضمن (٢) . واختلف أصحابنا : إذا طالب الساعي ثم هلك (٣) ؛ فقال أبو الحسن (٤) : يضمن وقال أبو (٥) طاهر ، وأبو سهل الزجاجي (٦) : لا يضمن .

٤٩٢٩ - لنا : أن المال هلك بعد الحول فلم يضمن زكاته بغير مطالبة آدمي ، أصله : قبل إمكان الأداء . ولا يلزم إذا استهلكه ؛ لأن إطلاق قولنا : « هلك » يتناول ما هلك

---

(١) راجع : في المبسوط : كتاب الزكاة (١٧٤/٢ ، ١٧٥) ، تحفة الفقهاء ، باب من يوضع فيه الصدقة (٣٠٦/١ ، ٣٠٧) ، بدائع الصنائع كتاب الزكاة ، فصل وأما صفة الواجب في أموال التجارة (٢٢/٢) ، البناية في شرح الهداية ، باب صدقة السوائم (٤٢٣/٣ - ٤٢٥) ، فتح القدير مع الهداية (٢٠١/٢ - ٢٠٣) ، الاختيار ، كتاب الزكاة (١٠٢/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب زكاة السوائم (٢٠٣/١) .

(٢) راجع : الأم ، باب الذي يدفع زكاته فتهلك قبل أن يدفعها إلى أهلها (٥٢/٢) ، حلية العلماء ، كتاب الزكاة (٩/٣ ، ١٠) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الزكاة (٣٣٣/٥) . والمنتقى ، كتاب الزكاة في العمل في صدقة عامين إذا اجتمعا (١٤٥/٢) ، المقدمات الممهدات كتاب الزكاة الأول (٣١١/١) ، بداية المجتهد ، كتاب الزكاة (٣٥٥/١) . والإفصاح ، باب الزكاة (٢١٠/١ ، ٢١١) ، الكافي لابن قدامة ، كتاب الزكاة (٢٨٢/١) ، المغني : كتاب الزكاة (٦٨٢/٢ ، ٦٨٣) .

(٣) في سائر النسخ : [هلكت] ، الصواب ما أثبتناه .

(٤) هو عبيد اللّه بن الحسين ، أبو الحسن الكرخي ، شيخ الحنفية بالعراق في وقته . قال القرشي : « توفى ليلة النصف من شعبان ، سنة أربعين وثلاثمائة . راجع ترجمته في الأنساب (٥٢/٥) ، الجواهر المضيئة (٤٩٣/٢ ، ٤٩٤) ، الترجمة (٨٩٤) ، تاج التراجم ص٣٩ الترجمة (١١٥) ، االفوائد البهية ص١٠٨ ، ١٠٩ .

(٥) لفظ : [أبو] ساقط من (م) ، (ع) . وأبو طاهر : هو الفقيه محمد بن محمد بن سفيان ، وأبو طاهر الدباس وكان من أقران الكرخي . ترجمته في الفوائد البهية ص١٨٧ .

(٦) أبو سهل الزجاجي صاحب كتاب الرياض درس علي أبي الحسن الكرخي ، وأخذ العلم عنه . وقال السمعاني الزجاجي : بضم الزاء وفتح الجيم وكسر الجيم الأخرى ، هذه النسبة إلى عمل الزجاج وبيعه الأنساب (١٤١/٣) الفوائد البهية ص ٨١ .

بنفسه ؛ ولأن الأصل والفرع يستويان [١] في الاستهلاك .

٤٩٣٠ - ولا يقال المعنى فيه : أنه تلف قبل القدر على الإخراج . وفي مسألتنا : تلف بعد القدرة ، ولهذا إذا طالب الإمام مع القدرة على الأداء ضمن ، ولا يضمن مع عدم[٢] القدرة ، وذلك لأن التمكن يصير سببًا في الضمان إذا وجب الإخراج على الفور ، فأما إذا لم يجب على الفور لم يضمن ، كما لو أخر الإمام تفريق مال بيت المال[٣] ، وكمن نذر عتق عبده فلم يعتقه مع التمكن حتى مات . ولأن كل مال لو هلك قبل التمكن من أدائه إلى مستحقه لم يضمن ، فإذا هلك بعده لم يضمن بالتأخير ، أصله : الوديعة .

٤٩٣١ - ولا يقال : إن الوديعة حصلت في يده برضا مالكها ؛ لأن الزكاة حصلت في يده بفعل اللّه تعالى وهو المالك لها . ولأن لرب المال [٤] ضربًا [٥] في الولاية على الفقراء ، بدلالة : أنهم إذا اجتمعوا جاز أن يمنع بعضهم ويعطي البعض [٦] ويزيد في المدفوع وينقص ، فلم يضمن بتأخير الدفع ، كالإمام ولأن الزكاة تجب [٧] ابتداء أمانة ، بدلالة : أنها لو هلكت قبل إمكان الأداء لم يضمنها ، ولو كانت مضمونة يستوي الإمكان وعدمه .

٤٩٣٢ - ولأن تعلق الزكاة بالمال كتعلق الحج بالمال [٨] المغصوب ، فإذا لم يكن المال مضمونًا عليه بنفس الوجوب كذلك الزكاة ، وإذا ثبت أنها تجب [٩] أمانة ولها مطالب من الآدميين بعينه وهو الإمام فلم يضمنها [١٠] بالتأخير ، والحبس قبل مطالبته كالوديعة . وفي الأموال الباطنة أنها [١١] أمانة ليس لها مطالب من الآدميين معين ، فلا يضمن بالحبس[١٢] ، كاللقطة . ولأنها أمانة لم يتعين من يستحق تسليمها إليه ، كاللقطة .

---

(١) في سائر النسخ : يستوي ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) لفظ : [عدم] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [كما لو أخرج الإمام بفريق بيت المال] ، مكان المثبت ، ولفظ : [مال] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) لفظ : [المال] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ضرب] .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بعضهم] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٨) في (ن) : [بمال] .

(٩) في (م) : [يجب] .

(١٠) في (ص) : [فلم يضمنه] .

(١١) لفظ : [أنها] مكرر في (ع) .

(١٢) في (م) : [بالجنس] .

٤٩٣٣ – فإن قيل : اللقطة لا يعرف مستحقها ؛ لأن المستحق هو اللّٰه تعالى وقد أذن في دفعها إلى من شاء من الفقراء ، فصار [١] كصاحب الوديعة إذا قال : سلم الوديعة إلى أي غلماني ؛ شئت فلا يضمن بتأخير الدفع عن أحدهم .

٤٩٣٤ – فإن قيل : هو مأمور بدفع الزكاة إلى الفقراء ، فصار كصاحب الوديعة إذا قال : ادفعها إلى من قدرت عليه من وكلائي فأخر [٢] الدفع .

٤٩٣٥ – قلنا [٣] : لا خلاف أن لرب المال أن يتخير من هو أحوج [٤] ، فهو يؤخر [٥] لالتماسه ؛ فلا نسلم أنه مأمور بدفعها إلى من قدر عليه من الفقراء .

٤٩٣٦ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ ولم يفصل بين هلاك المال وبقائه .

٤٩٣٧ – قلنا : أمر بأداء زكاة واجبة ونحن لا نسلم الوجوب مع الهلاك . قالوا : إنها زكاة واجبة مقدور على أدائها ، فوجب أن لا تسقط [٦] بتلف النصاب ، أصله : إذا طلب [٧] الساعي .

٤٩٣٨ – والجواب : أن الأصل غير مسلم على ما قدمنا ، ولو سلمناه فالمعني فيما بعد المطالبة : أنها حالة لو هلكت الوديعة ضمن ، كذلك إذا هلك المال ، وفي مسألتنا بخلافه . ولأن الأمانات تختلف [٨] فيها [٩] المطالبة وغيرها .

٤٩٣٩ – فإن قيل : الوديعة : المستحق لها معين [١٠] ، فترك المطالبة رضا بالتأخير ، والزكاة مستحقها غير معين ، ومن يطالب وهو الإمام لا يملك التأخير .

٤٩٤٠ – قلنا : إذا أودع الأب والوصي مال اليتيم لم يضمن المودع بالهلاك ، وإن كان المستحق لم يرض بالتأخير ، لكن لما رضي الولي قام مقام رضاه ، كذلك في مسألتنا رضا الإمام الوالي على الفقراء كرضاء المستحق .

---

(١) لفظ : [فصار] : ساقط من (ع) .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [من قدرت عليها من وكلائي فاخرج] ، وفي هامش (ص) : [عليها] ، مكان : [عليه] من نسخة أخرى .

(٣) لفظ : [قلنا] ساقط من (ع) .

(٤) في (ع) : [أجوح] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يخير] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يسقط] .

(٧) في (ن) : [اذا طالب] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يختلف] .

(٩) في (ن) : [بها] .

(١٠) في (ن) : [متعين] .

٤٩٤١ - قالوا : زكاة وجبت بحول ونصاب ، فإذا كان إخراجها بعد التمكن من أدائها وجب ضمانها على من وجبت عليه ، كما لو أتلفها .

٤٩٤٢ - قلنا : قولكم « وجبت بنصاب وحول » لا معنيّ له ، وعندكم جميع الزكاة لا تسقط [1] بالهلاك ، والمعنى في الإتلاف : أنه لو حصل قبل إمكان الأداء ضمن ، والتلف لو حصل قبل الإمكان لم يضمن ، كذلك بعده .

٤٩٤٣ - قالوا : علة الفرع تبطل بمطالبة الإمام ؛ فإنها لو حصلت قبل الإمكان لم يضمن ، ولو حصلت بعد الإمكان ضمن .

٤٩٤٤ - قلنا : لأن المطالبة التي يضمن بها هي المطالبة الواجبة ، وقبل : الإمكان لا يتصور وجود مطالبة واجبة .

٤٩٤٥ - قالوا : زكاة واجبة فلم تسقط بتلف المال الذي وجبت لأجله بعد التمكن من الأداء كصدقة الفطر .

٤٩٤٦ - والجواب [2] : أنه يجوز إيجابها عما ليس بمال ، وهي رقيقه وولده ، فلم يسقطها [هلاك ماله ، والزكاة لا تجب إلا من مال ، فهلاك المال من غير مطالبة] [3] يسقطها . ولأن صدقة الفطر أجمعنا على وجوبها في الذمة فلم تسقط [4] بهلاك المال ، كالدين ، وقد دللنا على أن الزكاة تتعلق بالمال ، وهو كالجناية المتعلقة برقبة العبد .

٤٩٤٧ - قالوا : الزكاة في الأموال الباطنة لا يطالب الإمام بها ، ولا يلزم تعجيل إخراجها [5] فإذا هلك المال سقطت ؛ فلم يبق للأمر بها فائدة .

٤٩٤٨ - والجواب [6] : أن هذا يبطل بالحج عندهم ، ثم عندنا للإمام أن يطالب من الأموال الباطنة إذا غلب على ظنه أن المالك لا يخرجها إذا احتاج [7] المسلمون ؛ فيتعين الوجوب بمطالبته ، فإن لم يطالب [8] كان / في سعة من التأخير إلى حين يغلب على ظنه أنه يعجز عن الأداء فيلحقه المأثم بالتأخير [9] في تلك الحال ، ويلزم الوصي بها إذا حضره ٦/ب

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يسقط] .
(٢) في (ع) : [والجواب] بالعطف .
(٣) الزيادة من (ن) .
(٤) في (م) ، (ع) : [فلم يسقط] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ولا يكره إخراجها] ، مكان المثبت .
(٦) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف . (٧) في (ن) : [واحتاج] .
(٨) قوله : [فان لم يطالب] ساقط من صلب (م) واستدركه المصنف في الهامش .
(٩) في (ص) ، (ن) : [فالتاخير] ، وفي (م) ، (ع) : [الموتم] ، مكان المثبت .

الموت ، فهذه فوائد الأمر .

٤٩٤٩ – وأما من قال من أصحابنا : إنه لا يضمن وإن طولب فنقول : يجوز له دفع المنصوص ويجوز له دفع القيمة ، فإذا طالبه المتصدق [١] ؛ جاز أن يكون أخره حتى يحصل [٢] القيمة ، فلا تفريط في ترك دفع العين ، وليس دفعها واجبًا ؛ ولأن الصدقة حق الله [٣] تعالى بدلالة : قوله سبحانه [٤] ﴿ أَنَّ ٱللَّهَ هُوَ يَقْبَلُ ٱلتَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِۦ وَيَأْخُذُ ٱلصَّدَقَٰتِ ﴾ [٥] فإذا ماتت الماشية ؛ فقد أخذها المستحق ، قال الله تعالى : ﴿ ٱللَّهُ يَتَوَفَّى ٱلْأَنفُسَ حِينَ مَوْتِهَا ﴾ [٦] فإذا أخذ المستحق ما تعلق حقه به سقط الحق .

* * *

---

(١) في (ص) : [المصدق] .

(٢) من قوله : [له دفع القيمة] إلى قوله : [حتى يحصل] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لله] . (٤) لفظ : [سبحان] ساقط من (ن) .

(٥) في سائر النسخ : « وهو الذي يقبل التوبة » وهو تحريف ، الصواب ما أثبتناه من سورة التوبة : الآية ١٠٤ ، وقوله تعالى : ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى يَقْبَلُ ٱلتَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِۦ وَيَعْفُوا۟ عَنِ ٱلسَّيِّـَٔاتِ وَيَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴾ الآية (٢٥) من سورة الشورى ، ليس فيها موقع الاستشهاد .

(٦) وردت في هامش (ن) هذه الجملة : [تأمل الآية] . الآية (٤٢) من سورة الزمر .

مسألة ٣٠٣

إذا زادت البقر على أربعين ففي الزيادة حسابها

٤٩٥٠ - قال أبو حنيفة : إذا زادت البقر على أربعين ففي الزيادة حسابها [(١)] . وروى الحسن [(٢)] عنه : أنه لا شيء في الزيادة [حتى تبلغ خمسين . وروى أسد بن عمرو [(٣)] عنه : أنه لا شيء في الزيادة] [(٤)] إلى ستين .

٤٩٥١ - وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي [(٥)] .

٤٩٥٢ - وجه الرواية الأولى : قوله تعالى ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً ﴾ [(٦)] والزيادة مال .

٤٩٥٣ - فإن قيل : عندنا الوجوب يتعلق [(٧)] بالعفو ، فقد أخذنا من الزيادة .

٤٩٥٤ - قلنا : الظاهر يقتضي أخذ الصدقة [(٨)] من المال لأجله ، وعندهم لا يؤخذ من الزيادة لأجلها شيء ؛ ولأن الحيوان أحد نوعي المال المزكي ؛ فجاز أن تجب [(٩)] الزكاة فيه ابتداء بالكثير [(١٠)] كالأيمان . ولا يمكن القول بموجب العلة من المستفاد ؛ لأن

---

(١) في (ن) ، (ع) : [بحسابها] . راجع مختصر الطحاوي ، كتاب الزكاة باب صدقة البقر ص٤٤ ، المبسوط ، باب زكاة البقر (١٨٧/٢) متن القدوري ، باب صدقة البقر ص٢٠ ، تحفة الفقهاء ، باب زكاة السوائم (٢٨٤/١) ، بدائع الصنائع ، فصل وأما نصاب البقر (٢٨/٢) فتح القدير مع الهداية ، وبهامشه العناية باب زكاة السوائم (١٧٩/٢ ، ١٨٠) ، الاختيار باب زكاة السوائم (١٠٧/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب زكاة السوائم (١٩٩/١) .

(٢) تقدمت ترجمته في مسألة (٥٠٣) .

(٣) هو أسد بن عمرو بن عامر ، أبو عمرو القاضي القشيري ، البجلي الكوفي ، صاحب الإمام ، سمعه وتفقه عليه ، وهو أول من كتب عن أبي حنيفة . توفي رحمه الله سنة ثمان وثمانين ومائة ، وقال محمد بن سعد : سنة تسعين ومائة . راجع ترجمته في الجواهر المضية (٣٧٦/١ - ٣٧٨) ، الترجمة (٣٠٧) ، تاج التراجم ص١٧ ، الترجمة (٤٣) الفوائد البهية ص ٤٤ ، ٤٥ .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) راجع الأم ، باب تفريع صدقة البقر (٩/٢) ، حلية العلماء ، باب صدقة البقر (٤٣/٣) ، الكافي لابن عبد البر باب صدقة البقر (٣١٣/١) ، بداية المجتهد الفصل الثالث في نصاب البقر وقدر الواجب في ذلك (٢٦٩/١ ، ٢٧٠) الإفصاح باب الزكاة (١٩٩/١ ، ٢٠٠) المغني باب صدقة البقر (٥٩٢/٢ ، ٥٩٣) .

(٦) سورة التوبة : الآية ١٠٣ .

(٧) في (ع) : [متعلق] .

(٨) في (م) ، (ع) : [صدقة] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فالكثير] ، والمثبت ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

الإيجاب هناك بناء وليس بابتداء ، ولا في المال المشترك [١] ؛ لأن عندهم الإيجاب واحد لا يعتبر نصيب كل واحد من الشركاء ؛ ولأنها زيادة لو استفادها في أثناء الحول وجبت فيها الزكاة بالكثير ، كذلك إذا ملكها ابتداء كما زاد على نصاب الذهب .

٤٩٥٥ - ولأنه حيوان يجزي في الأضحية عن سبعة ، فجاز أن يكون بين [٢] الأربعين والستين فيه ما يجب فيه زيادة زكاة ابتداء كالإبل . ووجه رواية الحسن أنه عفو مرتب على نصاب فلم يقدر في البقر بتسعة عشر كما زاد على الستين .

٤٩٥٦ - قالوا : إنما يقدر ما بعد الستين بتسعة ؛ لأنه يمكن إيجاب التبيع أو المسنة فيه .

٤٩٥٧ - قلنا : الزيادة المستفادة [٣] لا يمكن إيجاب واحد منها وتجب [٤] فيها الزكاة [٥] ؛ ولأن العشر التي بعد الأربعين لو استفادها في خلال الحول وجب فيها الزكاة ، فإذا ملكها ابتداء وجب فيها ، كالعشرين .

٤٩٥٨ - احتجوا : بما روى الحكم عن طاووس عن ابن عباس ﷺ : أن النبي ﷺ بعث معاذًا إلى اليمن وأمره أن يأخذ من كل ثلاثين بقرة تبيعًا أو تبيعة جذعًا أو جذعة ، ومن كل أربعين بقرة بقرة [٦] مسنة ، فسئل عن الأوقاص [٧]

٤٩٥٩ - فقال : لم يأمرني رسول الله ﷺ فيها بشيء ، وسأسأله [٨] إذا لقيته [٩] ، فقدم معاذ على النبي ﷺ وسأله عن ذلك فقال : لا شيء فيها [١٠] .

٤٩٦٠ - والجواب : أن أهل السير اتفقوا [١١] على أن معاذًا [١٢] لم يرجع إلى المدينة

---

(١) في (ن) : [المشترى] ، والمثبت ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [بعد] . (٣) في (م) : [المستفاد] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ما يجب] . (٥) في (م) : [الزيادة] .

(٦) لفظ : [بقرة] الثاني ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) الوقص : بفتحتين وقد تسكن القاف ، وهو ما بين الفريضتين من نصب الزكاة مما لا شيء فيه . وقيل الأوقاص في البقر والغنم ، وقيل : في البقر خاصة والأشناق : في الإبل . وقال الفارابي : الوقص مثل الشنق وهو ما بين الفريضتين . راجع المغرب ص٤٩١ ، مادة : وقص ، المصباح المنير (٩٣٦/٢) .

(٨) في (ص) : [وما سأله] ، وفي (م) ، (ع) : [وسأله] والصحيح ما أثبتناه من واقع الحديث .

(٩) في (م) ، (ع) : [لقيه] .

(١٠) أخرجه الدارقطني في السنن ، باب ليس في الخضراوات صدقة (٩٩/٢) ، حديث (٢٢) ، البيهقي في الكبرى ، في باب كيف فرض صدقة البقر (٩٩/٤) . ومجمع الزوائد ، باب منه في بيان الزكاة (٧٣/٣ ، ٧٤) .

(١١) في (ن) : [أهل السيرة إذا اتفقوا] . (١٢) في (ع) : [معاذ] .

إلا بعد وفاة رسول الله ﷺ ، وكذلك [١] روى الشافعي عن مالك عن حميد بن قيس عن طاووس .

٤٩٦١ – ولا يقال : إن المثبت أولى ؛ لأن أهل [٢] السير إذا اتفقوا على نقل شيء لم يلتفت إلى من يخالفهم والترجيح بالإثبات يكون عند التساوي ؛ ولأنه ذكر الأوقاص [٣] وعندنا الوقص : ما بين الثلاثين والأربعين ، وبين الستين والسبعين ، فأما بعد الأربعين فلا وقص ، فاحتاجوا إلى أن يثبتوا الوقص حتى يدخل تحت الخبر .

٤٩٦٢ – وقد ذكر الدارقطني عن المسعودي قال : والأوقاص : ما بين الثلاثين وما بين [٤] الأربعين إلى الستين ، وقول المسعودى ليس بحجة لقول مخالفنا . ولأن الخبر متروك الظاهر عندهم [لا شيء فيها] [٥] غير ما تقدم [٦] ؛ ولأن العفو عندهم فيه وجوب ، وعندنا لا شيء فيه في التبيع والمسنة ، فتساوينا .

٤٩٦٣ – احتجوا : بالخبر من وجه آخر وهو أن النبي ﷺ لا يجوز أن يبعث مصدقًا ولا يبين [٧] له جميع [٨] الفريضة .

٤٩٦٤ – قلنا : لا يمتنع ذلك ونكله [٩] إلى الاجتهاد ، كما لم يبين [١٠] لهم ما يستفاد في خلال [١١] الحول عندهم .

٤٩٦٥ – قالوا : مال له وقص بعد النصاب [الأول ؛ فوجب أن يكون له وقص بعد النصاب] [١٢] الثاني عددًا ، كالإبل .

٤٩٦٦ – قلنا : نقول بموجب هذه [١٣] العلة على رواية الحسن ، وعلى الرواية الأخرى أيضًا ؛ لأنا إذا أثبتنا عفوًا بعد الستين فقد أثبتناه بعد الأربعين ؛ ولأن سائر النصب دلالة لنا ؛ لأن العفو المتوسط [١٤] فيها لا يزيد على ما بعده .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وكذا] .
(٢) لفظ : [أهل] ساقط من (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [الوقاص] .
(٤) لفظ : [بين] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) الزيادة من (ن) .
(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [غير ما تقدم] .
(٧) في (م) : [ولا تبين] .
(٨) في (ع) : [جمع] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ويكله] .
(١٠) في (م) : [لم تبين] .
(١١) في (م) ، (ع) : [حال] .
(١٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٣) في (ن) : [هذا] .
(١٤) في (ع) : [المتواسط] .

٤٩٦٧ - فإن قيل : إن الخلاف في ثبوت العفو ؛ فلا معني للكلام في قدره ، وقد يتساوى النصابان في ثبوت العفو بعدهما وإن اختلفا في مقداره .

٤٩٦٨ - قلنا : هذا في غير النفي ، فأما [١] في النفي : فمقادير الأوقاص فيها متساوية .

٤٩٦٩ - قالوا : زيادة على نصاب من جنس من الحيوان حولها حول الأصل فلم يتغير الفرض فيها بالكثير [٢] كالإبل . والغنم تبطل [٣] بستين من البقر إذا هلك منها عشرة فالزيادة على الأربعين يتعين [٤] فيها فرض العين ، ويجب فيها الكثير [٥] .

٤٩٧٠ - ولأن الأصل إن كان الإبل فمعني الكثير [٦] فيها ثابت ؛ لأنه يأخذ بعض بنت لبون عن بنت مخاض . وفي مسألتنا : لم يجب فيه معني الكثير [٧] والواجب مختلف ، جاز أن يجب الكثير [٨] وإن كان أصل العلة الغنم ، فلأن فرضها فرض واحد غير مختلف فلم يتغير [٩] ؛ بما سواه ، ولما كان الفرض في مسألتنا : يتغير [١٠] جاز أن يجب الكثير [١١] أو ما في معناه .

٤٩٧١ - قالوا : أحد [١٢] فريضتي البقر ، فوجب أن لا يجب جزء منها مع التساوي في الحول كالتبيع .

٤٩٧٢ - قلنا : ينتقض إذا كانت البقر ثمانين [١٣] فهلكت منها ثلاثون قبل إمكان الأداء ، أو نعكس [١٤] فنقول : فلم يكن العفو بعدها زائدًا على ما قبلها كالتبيع والوصف مؤثر في الغنم .

٤٩٧٣ - قالوا : زيادة لم يوجد بها أحد نصابي البقر ، فلم يجب فيها فرض كالتسعة [١٥] الزائدة على ثلاثين .

---

(١) في (ع) : [أما] .

(٢) في سائر النسخ : [بالكسر] ، الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [يبطل] .

(٤) لفظ : [يتعين] : ساقط من (ن) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الكسر] .

(٦) في (م) : [الكسر] ، وفي (ع) : [الأصل] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الكسر] .

(٨) في (م) ، (ع) : [الكبسر] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يتعين] .

(١٠) في (م) ، ع) : [يتعين] .

(١١) في (م) ، (ع) : [الكسر] .

(١٢) لفظ : [احد] ساقط من (م) .

(١٣) في (م) ، (ع) : [إذا كان البقر بثمانين] .

(١٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ونعكس] .

(١٥) في (ص) : [كالتبيعة] ، وفي (م) ، (ع) : [كالسبعة] .

٤٩٧٤ - [قلنا : ينتقض بالزيادة على الأربعين إذا بلغت ستين ثم هلكت [١] منها عشرة قبل الإمكان ؛ ولأن ما زاد على ثلاثين] [٢] لما تغير [٣] الفرض بعشرة لم يجب فيما دونها . [ولما لم يتغير الفرض فيما زاد على أربعين بعشرة جاز أن يجب فيما دونها] [٤] .

٤٩٧٥ - قالوا : الزكاة مبنية على الرفق وإيجابها بالكثير [٥] يؤدى إلى المشقة [وسوء الشركة] [٦] فلم يجب ذلك [٧] كما لم يجب في الإبل والغنم .

٤٩٧٦ - قلنا : يبطل بالمستفاد عندكم وبما بعد الهلاك على الأصلين ، على أن عندنا لا مشقة في إيجاب الكثير [٨] إذا جاز دفع القيمة عندنا .

٤٩٧٧ - قالوا : عللنا للتسوية [٩] بين البقر والإبل وهما يتساويان في إيجاب الكثير [١٠] في المستفاد .

٤٩٧٨ - قلنا : نحن أبطلنا معناكم فلا تنفع [١١] التسوية مع انتقاض المعنى .

* * *

---

(١) في (ن) : [هلك] .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (ص) : [لا يغير] ، وفي (م) ، (ع) : [لم يغير] .
(٤) الزيادة من (ن) .
(٥) المثبت من (ص) ، (م) ، (ع) .
(٦) الزيادة من (ن) .
(٧) في (م) ، (ع) : [فلم يجب ذلك فيما من دونها قالوا إلى ذلك] ، وفي (ع) : [أن ذلك] ، وهو تصحيف .
(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الكسر] .
(٩) في (م) ، (ع) : [لما لتسويه] ، مكان : [للتسوية] .
(١٠) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الكسر] .
(١١) في (م) ، (ع) : [فلا ينفع] .

مسألة ٣٠٤

المستفاد في خلال الحول من جنس النصاب يضم إليه ويزكى بالحول

٤٩٧٩ - قال أصحابنا : المستفاد في خلال الحول من جنس النصاب يضم إليه ويزكى بالحول [١] .

٤٩٨٠ - وقال الشافعي : إذا لم يتولد من ماله لم يضم ، والظاهر من مذهبه في الربح [٢] أنه يضم ، وإذا وجد ركازًا وعنده ما يتم به النصاب أخرج خمس الركاز ، وهل يزكي ما عنده إذا حال الحول ؟ فيه وجهان [٣] .

٤٩٨١ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « في خمس وعشرين إلي خمس وثلاثين بنت مخاض ، وإذا زادت واحدة ففيها بنت لبون [٤] » ، ولم يفصل بين الزيادة في أول الحول [٥] أو وسطه . وروى جابر بن زيد ﷺ « أن النبي ﷺ قال : اعملوا من السنة شهرًا تؤدون [٦] فيه زكاة أموالكم ، فما حدث من مال بعد فلا زكاة فيه حتى يجيء

---

(١) راجع : المبسوط كتاب الزكاة (٢/١٦٤ ، ١٦٥) ، متن القدوري باب زكاة الخيل ص٢١ ، بدائع الصنائع كتاب الزكاة (٢/١٣ ، ١٤) البناية في شرح الهداية (٣/٤١٤ ، ٤١٦) .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [من الربح] .

(٣) قال الشافعي في الأم باب ما يعد به على رب الماشية (٢/١٦) : وكلما أفاد الرجل في الماشية صدق الفائدة بحولها ولا يضمها إلى ماشية له وجبت فيها الزكاة ، فيزكيها بحول ماشيته ، ولكن يزكي كل واحدة منها بحولها وكذلك كل فائدة من ذهب وربح في ذهب أو ورق لا يَضُمَّنَّ منه شيء إلي غيره ، ولا يكون حول شيء منه إلا حول نفسه ، وكذلك كل نتاج الماشية لا تجب في مثلها الصدقة ، فأما نتاج الماشية التي يجب في مثلها الصدقة فتصدق بحول أمهاتها إذا كان النتاج قبل الحول فإذا كان بعد الحول لم تعد ؛ لأن الحول قد مضى ، ووجبت فيها الصدقة . قال القفال : وإن نض الربح في أثناء الحول ففيه طريقان : أحدهما : أنه يستأنف الحول للزيادة قولًا واحدًا ، وقال أبو إسحاق : في الزيادة قولان : أصحهما : أنه يزكيها بحول رأس المال ، وهو اختيار المزني وهو الأصح . راجع الإفصاح باب الزكاة (١/٢١٣) ، المغني باب صداقة الغنم (٢/٦٢٦ - ٦٢٨) .

(٤) سبق تخريج هذا الحديث في مسألة (٢٩٨) .

(٥) لفظ [الحول] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [يودون] .

رأس السنة » ، وهذا يقتضي سنة معروفة ، وهي التي أعلمها [١] ولأنها زيادة في الحول على نصاب من جنسه فوجب أن يكون حوله حول الأصل إذا لم يكن له بدل مزكي [٢] ، أصله : السخال [٣] .

٤٩٨٢ – ولأن كل زيادة تضم [٤] إلى الأصل في النصاب جاز أن تضم إليه في حوله ، كالسخال . ولا يلزم ثمن [٥] الإبل المزكاة ؛ لأنه يجوز أن يضم إذا علفها ثم باعها ، وإن علله للجواز في العلة الأولى فأسقط في الحكم فذلك ليس له بدل فيزكي [٦] . ولأنها زيادة لو كانت في أول الحول ضمها ؛ فإذا استفادها غني في أثنائه [٧] ضمها في حكم الحول كالسخال . وإن عللت للجواز أسقطت ، فإذا استفاد بها ؛ غني [٨] .

٤٩٨٣ – فإن قيل : المعنى في السخال : أنها متولدة من ماله فتبعت أصلها في حكمه ، والمستفاد ليس بمتولد من ماله فلا فرع له فلم يتبعه في حكمه ، كما أن ولد [٩] أم الولد يتبع أمه في حكمها ولا يتبع غيرها .

٤٩٨٤ – والجواب : أن علة الأصل تنتقض بالمتولد ، وعلة الفرع لا تصح ؛ لأنه لما جاز [١٠] أن يتبع ماله في النصاب وإن لم يتولد منه جاز بمثله في الحول ، وإن لم يتولد منه .

٤٩٨٥ – فإن احترزوا من علة الأصل فقالوا : إنها متولدة من النصاب الجاري في الحول ، وهي في معني النصاب في وجوب الزكاة فيها .

---

(١) في (م) ، (ع) : [علمها] . (٢) في (ن) ، (ع) : [مزكا] .

(٣) في (ع) : ولأنها زيادة لو كانت في أول الحول أصله السخال بزيادة ما قبل أصله . والسخال : بكسر السين جمع السخلة ، يقال السخلة : لولد الغنم من الضأن والمعز ساعة وضعه ذكرا كان أو أنثى ، وجمعه : سخل وسخال . وقيل : البهمة ، وقيل لأولاد الضأن ، بهام ، ولأولاد المعز : سخال . وهي سخلة ثم بهمة . راجع المغرب ص٥٤ ، ٢٢١ ، مختار الصحاح ص٦٧ ، ٢٩٠ ، المصباح المنير (٦٤/١ ، ٢٥٤) .

(٤) في (ص) : [زكاة] ، وفي (م) ، (ع) : [يضم] .

(٥) في (م) : [عن] ، مكان : [ثمن] .

(٦) في (ص) ، (م) : [مزكا] ، وفي (ع) : [مزكى] .

(٧) في (ن) : [غنا] ، وفي (ص) : [في انتها] .

(٨) في سائر النسخ : [غنا] ، والصواب ما أثبتناه .

(٩) لفظ : [ولد] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فالجواب] ، وفي (م) ، (ع) : [أن الولد أن علة الأصل بالتولد ، وعلة الفرع لا يصح] وفي (ص) : [لما صح جاز] بزيادة [جاز] .

٤٩٨٦ - فالجواب : أن الولد لو ثبت [له] (١) هذا الحكم لتولده لضم في الحول الأول وإن انفصل بعده ؛ لأنه تولد بعد استقرار الحق في الأم . ولأن هذا (٢) الحكم لو ثبت بالتولد لم يتغير حكم الأمهات ؛ لأن المتولد يتغير حكمه بأمه (٣) ولا يكسبها حكمًا لم يكن . ولأن الولد يغير حكم جميع النصاب [فلو كان هذا حكم يثبت بالمتولد لم يغير حكم غير أمه . ولأن علتنا مستفادة من الحول على نصاب] (٤) من جنسه .

٤٩٨٧ - فقولهم : « متولد » قد أفاد معني مستفادا ، فكأنهم (٥) عارضوا بأوصافنا وزيادة . ولأنه أحد سببي وجوب الزكاة فلم يعتبر في المستفاد بنفسه كالنصاب . فلا يلزم / ثمن الإبل (٦) المزكى ؛ لأنها إذا كانت أقل من نصاب ضمت (٧) وإن كانت نصابًا يعتبر (٨) فيها الشرطان .

٦٢/أ

٤٩٨٨ - فإن قيل : يمكن أن يمضي كل الحول على النصاب ولا يمكن أن يكون كل جزء نصابًا (٩) .

٤٩٨٩ - قلنا : هذا يبطل بالسخال ؛ ولأن كل جزء من المال وإن لم يمكن أن (١٠) يكون نصابًا فيمكن أن ينتظر به كمال النصاب ، كما لو ملك ابتداء بعض (١١) نصاب ، فلما لم ينتظر به كمال النصاب وضم (١٢) إلى ما عنده كذلك في الحول .

٤٩٩٠ - فإن قيل : المستفاد يجوز أن يبني في العدد ولا يبني في الوقت كما أن اللاحق في الجمعة يبني وإن لم يكمل به (١٣) العدد فلا يبني مع فقد الوقت .

٤٩٩١ - والجواب : أن اللاحق في الجمعة (١٤) يتبع الجماعة في العدد دون الوقت (١٥) وإنما لا يبني بعد الوقت لبطلان الجمعة ؛ ولأن اللاحق في الجمعة دليلنا ؛

---

(١) الزيادة من (ن) . (٢) في (م) : [ولا هذا] .
(٣) في (ص) : [بأمها] ، مكان المثبت ، وفي (ن) : [معتبر] ، مكان : [يتغير] .
(٤) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) . (٥) في (ن) : [وكأنهم] .
(٦) في (م) : [ولا يلزم] ، وفي (ن) : [للإبل] ، مكان المثبت .
(٧) في (م) ، (ع) : [ضمن] . (٨) في (ن) : [لتعتبر] .
(٩) في (ع) : [ولا يمكن يكون جزء نصابا] . (١٠) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .
(١١) في (ن) : [بغير] ، مكان : [بعض] . (١٢) المثبت من (ص) ، (م) ، (ع) .
(١٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فيه] . (١٤) في (ن) : [من الجمعة] .
(١٥) في (ن) : [والوقت] ، مكان : [دون الوقت] .

لأنه إنما لحق العدد الأول عدد [١] مثله . ثم لما انقضي الأول تعلق بالعدد الثاني من حكم الوقت ، وصحة الجمعة ما تعلق بالأول [كذلك لما استفاد [٢] نصابًا وهلك النصاب الأول تعلق بالثاني من حكم الحول ما تعلق بالأول] [٣] .

٤٩٩٢ - ولأن زكاة المستفاد حق اللّٰه [٤] تعالى لا يعتبر في وجوبه النصاب ؛ فلا يعتبر فيه الحول ، كخمس الغنيمة [٥] والركاز ، وربح مال التجارة . ولأنه حق للّٰه [٦] تعالى يتكرر بتكرار الأحوال ؛ فجاز أن يجب فيما استفاده [٧] من غير أصل ما له عند الوجوب ، كصدقة الفطر .

٤٩٩٣ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » [٨]

٤٩٩٤ - والجواب [٩] : أنه ذكر حؤول الحول المعروف [١٠] وذلك حول ماله ، وحؤول [١١] آخر جزء منه ، ولهذا يقال : حال الحول على مال فلان اليوم ، فصار الحول عبارة عن الانتهاء ، وقد وجد ذلك في المستفاد .

٤٩٩٥ - فإن قيل : حؤول [١٢] ، الحول عبارة عن مضي جميعه ، ولهذا لا يقال لمن ولد في آخر السنة : حال عليه حول ، وذلك لأن المراد لو كان مضي جميع الحول ؛ لم يجز إضافته إلى يوم واحد ، فأما المولود فلم يعرف [١٣] له حول حتى يقال : حال عليه آخره . ولأنه لا يمتنع أن يذكر الحول ويريد بقيته ، كما يقال [١٤] : لا أكلم فلانًا اليوم ،

---

(١) لفظ : [عدد] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) : ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [لذلك ولأنه زكاة المستفاد وانما استفاد] ، مكان : [كذلك لما استفاد] ، وفي (ن) : [وانما] مكان : [لما] .

(٣) في (ص) ، (ن) : [اما] ، لعل الصواب ما أثبتناه من (م) ، (ع) ، وما بين القوسين : ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في (ص) ، (ن) : [للّٰه] .

(٥) في (م) : [القيمة] .

(٦) المثبت من (ص) ، (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [استعاده] .

(٨) سبق تخريجه في مسألة (٣٠٠) .

(٩) في (ن) ، (ع) : [الجواب] : بدون العطف .

(١٠) في (م) [حول] وفي (ص) [المعرف] ، وفي (ن) [للعرف] قال ابن منظور : [الحول] سنة بأسرها والجمع أحوال وحوول وحؤول حكاها سيبويه ، وحال عليه الحول حولا ، وحؤولا : أتى ، في لسان العرب ، مادة [حول] (١٠٥٤/٢) ، أي مضى عليه سنة .

(١١) في (م) : [وحوله] .

(١٢) في (م) : [حول] .

(١٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يتعرف] .

(١٤) في (ن) : [ويريد نفسه كما نقول] .

فيحمل على بقية [1] اليوم ، وإذا أراد يومًا كاملًا ، قال [2] : لا أكلمه يومًا ، فلو كان المراد ما قالوه لقال : حتى يحول عليه حول [3] .

٤٩٩٦ - قالوا : روى زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « ليس في مال المستفاد زكاة حتى يحول عليه الحول » [4] .

٤٩٩٧ - والجواب : أن راويه [5] عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عبد الرحمن ضعفه ابن معين وابن المديني ، وذكر الشافعي عن مالك أنه ضعفه . ولو ثبت حملناه [6] على حؤول آخر الحول رخصة بالمستفاد [7] ليبين أن الوارث يبني على حول نفسه ، ولا يزكى بحول الميت ؛ ولأنهم يضمرون فيه ليس في مال المستفيد إذا لم يتولد من ماله ولا بما عليه [8] ولا خارجًا من الأرض ؛ لأنهم يضمون [9] السخال والربح ويوجبون العشر في الخارج وهو زكاة ، ونحن نضمر [10] إضمارًا واحدًا إذا لم يكن له نصاب [11] من جنسه إذا زكي بدله .

٤٩٩٨ - قالوا : لأنه أصل في نفسه تجب [12] الزكاة في عينه ؛ فوجب أن يعتبر حوله بنفسه ، أصله : إذا كان من غير [13] جنس المال .

٤٩٩٩ - قلنا : لا نسلم أنه أصل بنفسه ، وهو عندنا تابع للنصاب .

٥٠٠٠ - قالوا : نُريد أنه ليس بمتولده [14] .

٥٠٠١ - قلنا : فلا يؤثر في الأصل ؛ لأن ما ليس من الجنس وإن كان متولدًا لم

---

(١) في (ع) : [نفسه] . (٢) في (ن) : [يقال] .

(٣) في (ن) : [تحول] ، وفي (م) : [الحول] .

(٤) أخرجه الترمذي في السنن باب ما جاء لا زكاة على المال المستفاد حتى يحول عليه الحول (١٦/٣ ، ١٧) الحديث (٦٣١ ، ٦٣٢) ، وأخرجه الدارقطني في سننه في باب وجوب الزكاة بالحول (٩٠/٢ ، ٩٢) ، حديث رقم (٢ ، ٩) ، والبيهقي في الكبرى في باب لا يعد عليهم بما استفادوه من غير نتاجها حتى يحول عليه الحول (١٠٣/٤ ، ١٠٤) .

(٥) في (ص) ، (ع) ، [رواته] .

(٦) في (م) : [حملنا] .

(٧) في (ن) : [وحضه بالمستفيد] ، وفي (م) : [وخصه] ، مكان : [رخصة] .

(٨) في (ص) ، (م) : [ولأن ما عليه] . (٩) في (ع) : [يضمرون] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [نضر] . (١١) في (ن) : [نصابًا] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يجب] . (١٣) لفظ : [غير] ساقط من (م) .

(١٤) في (ع) : [متولدة] .

يضم عندهم ، كالمتولد بين الظبي والشاة . والمعني في الأصل : أنه لا يضم إليه [١] في النصاب فلا يضم إليه في الحول [٢] ، والمستفاد من جنسه لما ضم إليه في النصاب ضم في الحول .

٥٠٠٢ - أو نقول : المعنى فيه : أنه لو وجد في أول الحول لم يضم [٣] ، كذلك لا يضم في أثنائه ، والزيادة من جنس المال لو وجدت في أول الحول ضمت ، فإذا حدث [٤] في أثنائه جاز أن يضم .

٥٠٠٣ - قالوا : لأنه مستفاد من عين ماله ، تجب [٥] الزكاة في عينه ، فلم يبن حوله على حول غيره قياسًا على ما زكى بدله .

٥٠٠٤ - قلنا : لا نسلم في الأصل أنه مستفاد من عين [٦] ماله ؛ لأن ثمن الإبل ماله ، وكيف يقال : إنه غير مستفاد منه ، ولا تأثير للوصف [٧] في الأصل ؛ لأن المزكي لا فرق بين أن يكون مما تجب [٨] الزكاة في عينه أو في قيمته ، والأصل غير مسلم ؛ لأن من أصحابنا من قال : إن بدل المزكي يضم إلا أنه قد عجل زكاته .

٥٠٠٥ - ثم المعني فيه : أنه بدل مال قد زكاه بالحول فاعتبر حوله بنفسه ما لم يقطع حكم الحول فيه . وفي مسألتنا : ليس ببدل لمال [٩] مزكي ، فاعتبر في آخر الحول لحكمه في أوله .

٥٠٠٦ - قالوا : ما يقولونه [١٠] يؤدي إلى إيجاب زكاة مال مرتين ؛ لأن المالك يزكي إبله ثم يبيعها ممن قرب حوله فيزكيها . قلنا : إنما يمتنع [١١] إيجاب زكاتين عن مال واحد على مالك واحد ، فأما على مالكين [١٢] فغير ممتنع كما نقول نحن ، وهم من ربح مال التجارة .

٥٠٠٧ - وكما قالوا : إن المديون يزكي ثم يقبضه صاحب الدين فيزكيه [١٣] .

---

(١) لفظ : [إليه] ساقط من (م) .
(٢) في (ن) : [فلا يضم في الحول إليه] .
(٣) في (ن) : [لا يضم] .
(٤) في (م) : [في حديث] ، مكان : [فإذا حدث] .
(٥) في (ص) ، (ع) : [غين] ، مكان : [عين] ، وفي (م) ، (ع) : [يجب] .
(٦) لفظ : [عين] : ساقط من (م) ، وفي (ص) ، (ع) : [غير] ، مكان المثبت .
(٧) في (ن) : [الوصف] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٩) في (ن) : [المال] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ما يقولون] .
(١١) في (ن) : [يمنع] .
(١٢) في (م) : [مالك] .
(١٣) في (ع) : [فتزكيها] .

٥٠٠٨ - فإن قالوا : إن أحدهما زكى ما في الذمة ، والآخر العين . قلنا : عندكم المقبوض يعتبر ما كان في الذمة فليس [١] ببدل عنه ؛ فقد زكي مرتين .

٥٠٠٩ - قالوا : الزكاة اعتبر فيها [٢] حول ونصاب ، فالنصاب ليبلغ المال حدًّا يحتمل المواساة ، والحول ليتكامل نماء المال فيه ، فلو أوجبنا في المستفاد زكاة ، أبطلنا معني الحول .

٥٠١٠ - قلنا : هذا يبطل بالسخال [٣] .

٥٠١١ - قالوا : كل حيوان دخل في حكم تبعًا لغيره فإنما يتبع ما كان أصلًا له ومتولدًا عنه دون غيره ، كولد أم الولد .

٥٠١٢ - قلنا : يبطل بدخول المستفاد مع الأصل في حكم النصاب ، والعبيد والنساء يتبعون الرجال في حكم السفر [٤] وإن لم يكونوا تولدوا منهم ، والمسبي [٥] عندهم يتبع السابي في الدين وإن لم يكن أصلًا له [٦] .

* * *

(١) في (ن) : [وليس] .
(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [منها] .
(٣) قوله : [هذا يبطل بالسخال] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) لفظ : [السفر] : ساقط من (م) .
(٥) قال الفيومي : فالغلام سبى و مسبى ، والجارية : سبية ومسبية ، وجمعها سبايا ، مثل : عطية وعطايا . راجع المصباح المنير (١/٢٥٠) .
(٦) في (م) ، (ع) : [أصله] ، مكان : [أصلا له] .

مسألة ٣٠٥

لا يؤخذ في زكاة الغنم إلا الثني

٥٠١٣ - قال أبو حنيفة : لا يؤخذ في زكاة الغنم إلا الثني . وروى الحسن (١) عنه : أنه يجوز الجذع من الضأن المسان (٢) .

٥٠١٤ - وبه قال الشافعي (٣) .

٥٠١٥ - لنا : أن كل سن لا يجوز من المعز ، لا يجوز من الضأن المسان (٤) ، كالصغير . ولأنه (٥) أحد النوعين يكمل به النصاب في الآخر ، فلم يختلف سن الواجب فيه ، كالبخاتي والعراب (٦) والبقر والجواميس .

---

(١) هو الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي ، صاحب أبي حنيفة ، المتوفى سنة أربع ومائتين هجرية . انظر ترجمته في الجواهر المضيئة ، (٥٦/٢ ، ٥٧) ، الفوائد البهية ص٦٠ ، ٦١ .

(٢) لفظ : [المسان] : ساقط من (ن) وفي (م) ، (ع) : [المار] ، وهو خطأ . المسان : جمع مسنة ، وهي ذات السن من الجذع والثنية . راجع البناية (٤٠٢/٣) . قال صاحب الهداية : الثني من الغنم : ما تمت له سنة ، والجذع : ما أتى عليه أكثرها . وقال العيني : في المبسوط : الجذعة : التي تمت لها سنة وطعنت في الثانية ، والثني : الذي تمت له سنتان وطعن في الثالثة . وفي البدائع والاسبيجابي ، والوتري ، وجوامع الفقه وغيرها من كتب الفقه : الجذع : ما أتى عليه ستة أشهر ، وفي بعضها : أكثر السنة ، والثني : ما تم له سنة ودخل في الثانية . راجع البناية (٣٩٢/٣) ، المبسوط باب زكاة الغنم (١٨٢/٢ ، ١٨٣) ، فتح القدير مع الهداية باب صدقة السوائم (١٨٢/٢ ، ١٨٣) .

(٣) راجع الأم باب السن الذي تؤخذ في الغنم (١٠/٢) ، مختصر المزني باب صدقة الغنم السائمة ص٤٢ . وقال مالك وأكثر أصحابه : تجزى الجذعة من الضأن والمعز ، كما تجزى الثنية . وقال ابن حبيب : يؤخذ الجذع من الضأن والثني من المعز كالضحايا . راجع المدونة ، في زكاة الغنم (٢٦٧/١) ، الكافي لابن عبد البر باب زكاة الغنم (٣١٣/١) ، المنتقى في ما جاء فيما يعتد به من السخل في الصدقة (١٤٣/٢ ، ١٤٤) . وقال أحمد وأصحابه مثل قول الشافعي : يؤخذ الجذعة من الضأن والثني من المعز فما فوقها . راجع الإفصاح باب الزكاة (٢٠٣/١) ، الكافي لابن قدامة باب صدقة الغنم (٢٩٣/١) ، المغني باب صدقة الغنم (٦٠٥/٢) .

(٤) في (ن) : [المشار] .

(٥) في (م) ، (ن) : [ولان] .

(٦) قال العيني : البخت : بضم الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة جمع بختي ، وهو الذي يولد من العربي والعجمي . وقال ابن منظور : البخت والبختية : دخيل في العربية ، أعجمي معرب ، وهو الإبل الخراسانية تنتج من بين عربية وفالج ، والواحد : بختي ، جمل بختي ، ناقة بختية وقيل : الجمع بخاتي ، بالتشديد والتخفيف والعراب : بكسر العين المهملة جمع عربي ، نسبة إلي العرب . والعراب من الإبل خلاف البخاتي ، =

٥٠١٦ - احتجوا : بما روى سويد بن غفلة [١] قال : « أتانا مصدق رسول الله ﷺ قال : أمرت أن لا آخذ [٢] من الراضع ، وأمر بالجذعة من الضأن ، والثنية من المعز [٣] » .

٥٠١٧ - والجواب : أن هذه الزيادة لا تعرف في الخبر ولا هي موجودة في كتاب .

٥٠١٨ - قالوا : روى سعد أخو بني عدى قال : « كنت في شعب من هذه الشعاب على عهد رسول الله ﷺ في غنم لي ، فجاءني رجلان علي بعير ، فقالا : إنا رسولا رسول الله ﷺ إليك لتؤدي صدقة غنمك ذكر أن ذكر ، قلت [٤] : أي سن تأخذان ، قالا : عناقا [٥] ، جذعة ، أو ثنية » [٦] .

٥٠١٩ - قلنا : هذا خلاف المذهبين ؛ لأن العناق من المعز ، ولا يجوز فيه الجذع بإجماع .

٥٠٢٠ - قالوا : روي عن عمر [٧] « أنه قال لساعيه : لا تأخذ الربي ، ولا الماخض ، ولا الأكولة [٨] . ولا فحل الغنم ، وخذ الجذعة والثنية ؛ فذلك عدل بين آل

= ومن البقر نوع حسان كرائم ، وأنواع البقر : الجاموس ، والعراب ، والدراسة . قال الكسائي : والمعرب من الخيل ، الذي ليس فيه عرق هجين : والأنثى معربة ، وإبل عراب كذلك . يقال في الناس : عرب وأعراب في الخيل : عراب وفي الإبل : العراب ، والخيل العراب خلاف البخاتي . راجع لسان العرب (٢١٩/١) ، مادة بخت (٢٨٦٦/٤) ، مادة : عرب ،المصباح المنير (٣٧٨/١ ، ٣٧٨/٢) ، البناية (٣٨٢/٣) .

(١) في (م) ، (ع) : [عقلة] بالقاف ، وهو تصحيف بسويد بن غفلة ، أبو أمية الجعفي مخضرم من كبار التابعين قدم المدينة يوم دفن النبي ﷺ وكان مسلما في حياته ثم نزل الكوفة ، ومات سنة ثمانين ، له مائة وثلاثون سنة . هكذا في التقريب . راجع تقريب التهذيب (٣٤١/١) ، ترجمة (٦٠٣) .

(٢) في جميع النسخ : [أن آخذ] ، لعل الصواب ما أثبتناه من واقع الحديث .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ، باب في زكاة السوائم (٣٩٧/١ ، ٣٩٨) ، وأخرجه أحمد في المسند (٣١٥/٤) راجع تلخيص الحبير باب زكاة الغنم (١٥٣/٢) الحديث (٨١٥) .

(٤) في (ن) : [قال : قلت] ، بزيادة : [قال] .

(٥) في (م) ، (ع) : [عنا عناقا] ، والعناق : الأنثى من ولد المعز قبل استكمالها الحول ، والجمع : أعنق وعنوق راجع المصباح المنير (٤٠٩/٢) ، المغرب ص ٣٢٩ .

(٦) أخرجه أبو داود في باب زكاة الغنم (٣٩٨/١ ، ٣٩٩) والنسائي في باب إعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق (٣٢/٥ ، ٣٣) ، وأحمد في المسند (٤١٤/٣ ، ٤١٥) وأخرجه البيهقي في الكبرى في لا يأخذ الساعي فوق ما يجب ولا ماخضا إلا أن يتطوع (٩٦/٤) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ابن عمر] .

(٨) في (ن) : [ولا الاكرا] ، وفي (ص) ، (م) ، (ع) : [ولا اللاكولة] ، وما أثبتناه من كتب الحديث . قال مالك : الربي ، التي قد وضعت ، فهي تربي ولدها ، والماخض : هي الحامل ، والأكولة : هي شاة اللحم التي تسمن لتوكل في الموطأ (١٩٩/١) . وقال المطرزي : الربي الحديثة النتاج من الشاة ، =

المال [1] وخياره » [2] .

٥٠٢١ - قالوا : « عن ابن عمر قال : يجوز في الأضحية ما يجوز في الصدقة » .

٥٠٢٢ - قلنا : قد عارض هذا ما روي عن علي ﷺ [3] أنه قال : « لا يجوز في الزكاة إلا الثني فصاعدًا » [4] ، وهذا لا يعلم إلا بالتوقيف . وما قالوا عن ابن عمر ، يجوز أن يكون قياسًا ، فالمرجع إلى التوقيف أولى [5] .

٥٠٢٣ - قالوا : كل سن تقدرت به الأضحية ؛ وجب أن يقدر بها فرض الغنم ، كالثني من المعز .

٥٠٢٤ - قلنا : حكم الزكاة والأضحية مختلف [6] بإجماع ، بدلالة أنه يجوز في الأضحية الذكر ، والبقرة عن سبعة [7] ، ولا يجوز في الزكاة عندهم . ويجزئ في الزكاة الصغير والمعيب ، ولا يجزئ في الأضحية . والمعنى في الثني : أنه سن يجزئ من النوعين ، ولما كان الجذع لا يجزئ في الزكاة من أحد النوعين لم يجز من الآخر .

* * *

= وعن أبي يوسف : التي معها ولدها والجمع : رباب بالضم في المغرب ص١٨٠ . قال ابن الأثير : الماخض ، هي التي أخذها المخاض لتضع في النهاية (٣٠٦/٤) . الأكولة : هي التي تسمن للأكل . راجع في النهاية (٥٨/١) ، المغرب ص٢٧ ، المصباح المنير (٢٠/١) .

(١) في (م) ، (ع) : [بين ال كذا المال] .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ في ما جاء فيما يعتد به من السخل في الصدقة (١٩٩/١) ، والشافعي في مسنده في الباب الثاني فيما يجب أخذه من رب المال من الزكاة وما لا ينبغي أن يؤخذ (٢٣٨/١ ، ٢٣٩) حديث (٦٥١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، في باب ما يعد وكيف تؤخذ الصدقة (١٠/٤ ، ١١ ، ١٢ ، ١٤ ، ١٥) ، حديث (٦٨٠٦ ، ٦٨٠٨ ، ٦٨١٦) .

(٣) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٤) أخرجه إبراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث عن ابن عمر ، قال : لا يجزئ في الضحايا إلا الثني فصاعدًا . راجع نصب الراية ، وفتح القدير ، والبناية .

(٥) في (ن) : [أوله] .

(٦) في (ن) : [يختلف] .

(٧) في (ن) : [السبعة] .

مسألة ٣٠٦

يجوز في زكاة الغنم الأنثى والذكر

٥٠٢٥ - قال أصحابنا : يجوز في زكاة الغنم الأنثى والذكر [١] .

٥٠٢٦ - وقال الشافعي : إذا كانت إناثا وذكورًا [٢] لم يجز الذكر ، وإن كان النصاب ذكورًا [٣] جاز الذكر ، وهل يجوز الذكر عن خمس من الإبل ، فيه وجهان [٤] .

٥٠٢٧ - لنا : قوله ﷺ : « في أربعين شاة شاة » [٥] ، وهذا اسم جنس فيتناول الذكر والأنثى ، لا خلاف في ذلك بين أهل العلم . ولأنه حق اللّه تعالى يتعلق بالحيوان فاستوى فيه الذكر والأنثى من الغنم ، كالأضحية .

٥٠٢٨ - ولا يقال : المقصود من الأضحية [٦] اللحم ؛ فلذلك لم يختلف الذكر والأنثى . والمقصود بالزكاة : المنفعة بالذر والنسل ؛ لأن هذا الفرق يبطل بالتبيع في البقر . ولأن ما جاز فيه الأنثى من الغنم جاز الذكر بنفسه ، كالأضحية .

٥٠٢٩ - ولأن كل نصاب جاز أن يؤخذ في زكاته [٧] الأنثى جاز أن يؤخذ الذكر كثلاثين [٨] من البقر ؛ ولأن كل نصاب إذا كان كله ذكورًا جاز أن يؤخذ في زكاته

---

(١) راجع : المبسوط ، (١٨٣/٢) ، تحفة الفقهاء ، (٢٨٧/٢) بدائع الصنائع : كتاب الزكاة ، فصل وأما صفة الواجب في السوائم (٣٣/٢) ، البناية في شرح الهداية باب صدقة السوائم (٣٩٥/٣) ، فتح القدير مع الهداية (١٨٢/٢) ، الاختيار ، (١٠٨/١) .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أو ذكورا] . (٣) في (م) ، (ع) [ذكرا] .

(٤) راجع الأم باب الزيادة في الماشية (١١/٢) ، المهذب مع المجموع ، باب زكاة الغنم (٤١٨/٥ ، ٤١٩) حلية العلماء ، (٤٧/٣) ، فتح العزيز في ذيل المجموع كتاب الزكاة (٣٧٣/٥ - ٣٧٨) . وقال مالك : الواجب أن يؤخذ في الزكاة من الماشية الإناث ومن الضأن والمعز ولا يأخذ الذكران ، إلا أن يرى ذلك المصدق . وقال ابن حبيب : يؤخذ الذكر من الضأن جذعًا كان أو ثنيًا . راجع المدونة ، في زكاة الغنم (٢٦٧/١) ، المنتقى في ما جاء فيما يعتد به من السخل في الصدقة (١٤٣/٢) . وقال أحمد مثل قول الشافعي : إن كانت الغنم إناثًا كلها ، أو ذكورًا وإناثًا ؛ لم يجز فيها إلا الأنثى ، وإن كانت كلها ذكورًا أجزأ الذكر وجها واحد راجع الإفصاح ، (٢٠٣/١) ، الكافي لابن قدامة ، باب صدقة البقر (٢٩١/١) ، المغني (٥٩٨/٢ ، ٥٩٩) .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٢٩٨) ، وأيضًا في مسألة (٣٠١) .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بالاضحية] .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [زكاة] . (٨) في (م) : [كيلا بين] .

الذكر ، إذا كان إناثًا وذكورًا [(١)] جاز الذكر بنفسه كثلاثين من البقر .

٥٠٣٠ - فإن قيل : الكلام في الوجوب لا في الأخذ [(٢)] لأن عندكم يجوز أن تؤخذ [(٣)] القيمة .

٥٠٣١ - قلنا : ولكن لا تؤخذ [(٤)] بنفسها .

٥٠٣٢ - قالوا : قال عليه الصلاة والسلام : في أربعين شاة ، شاة يقتضي الأنثى ؛ لأن الهاء للتأنيث .

٥٠٣٣ - قلنا : هاء التأنيث تتناول [(٥)] الذكر والأنثى إذا / كانت للجنس ، كقولنا : هبة وتفيد [(٦)] الفرق بين الواحد والجنس ، يقال : شاة وشاء ، وبقرة وبقر [(٧)] .

٥٠٣٤ - احتجوا : بحديث سويد « أمرنا رسول اللّه ﷺ بالجذعة والثنية » [(٨)] . وقد بينا أن هذه الزيادة لا أصل لها .

٥٠٣٥ - قالوا : قال عمر رضي الله عنه [(٩)] لساعيه : « خذ الجذعة » [(١٠)] .

٥٠٣٦ - قلنا : هذا [(١١)] يدل على جواز الأنثى ، ولا ينفي أخذ الذكر .

٥٠٣٧ - قالوا : نصاب من الحيوان لم ينص في فرضه على ذكر ، فإذا كان إناثًا ؛ وجب أن يكون فرضه الأنثى ، كأحد وستين من الإبل .

٥٠٣٨ - قلنا : المعني في الأصل أنه نصاب نص على فرضه بالأنثى خاصة ، فكانت فرضه ، وفي مسألتنا لم ينص على فرضه بالأنثى [(١٢)] ؛ فجاز فيه الذكر .

٥٠٣٩ - قالوا : حيوان تجب [(١٣)] الزكاة في عينه ، فجاز أن تكون الأنثى [(١٤)] معتبرة في فرضه ، أصله : الإبل .

---

(١) في (ن) : [أو ذكورا] .
(٢) في (ن) : [لا زمن الأخذ] .
(٣) في (ص) : [يأخذ] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا يوخذ] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يتناول] .
(٦) في (م) ، (ع) : [هبة ويفيد] .
(٧) الشاة : من الغنم ، يقع على الذكر والأنثى ، فيقال : هذا شاة للذكر ، وهذه شاة للأنثى ، والجمع : شاة وشياه. البقر اسم جنس البقرة : من الأهلي والوحشي يقع على الذكر والأنثى ، والجمخ بقرات . راجع في لسان العرب ، مادة : [شوه] (٢٣٦٦/٤) ، ومادة : [بقر] (٣٢٣/١) ، والمصباح المنير (٥٧/١ ، ٣٠٩ ، ٣١٠) .
(٨) تقدم تخريجه في مسألة (٣٠٥) .
(٩) قوله : [رضي الله عنه] ساقط من (ن) .
(١٠) تقدم تخريجه في مسألة (٣٠٥) .
(١١) في (م) ، (ع) : [هل] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [كالأنثى] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [ان يكون] ، وفي (ص) : [الأنوثة] ، وفي (م) ، (ع) : [الانوثية] .

٥٠٤٠ – قلنا : الأنثى في الإبل أفضل من الذكر ؛ فجاز أن يكون صفة الفضيلة شرطًا ، والذكر في الغنم أفضل من الأنثى ، فلذلك لم تشرط الأنوثة [١] .

٥٠٤١ – قالوا : صفة إذا نقصت عن صفة المال ولم يكن منصوصًا عليه ؛ لم يجز أن يؤخذ منها قياسًا على أخذ المريضة عن الصحاح .

٥٠٤٢ – قلنا : لا نسلم أنه لم ينص على الذكر في مسألتنا ؛ لأن الشاة اسم للذكر والأنثى ؛ ولأن هذا القياس لا يصح إلا بفرض مسألة في النصاب إذا كان كله إناثًا ، وأما [٢] إذا كان بعضه إناثًا ؛ فالذكر لا ينقص عن صفته ولا يؤثر الوصف حينئذ ؛ لأنه لا فرق عندهم بين أن ينقص أو لا ينقص [٣] .

٥٠٤٣ – ولأن المعني في المرض : أنه نقص يؤثر في زكاة البقر فأثر في زكاة الغنم ، ولما كان هذا النقص لا يؤثر في صدقة الثلاثين من البقر لم يؤثر في الغنم .

٥٠٤٤ – قالوا : فرائض الزكاة نص فيها على الإناث وإنما عدل عن الذكر [٤] عند عدمها ؛ فدل على أن الأنثى هي الأصل ، فوجب اعتبار الأنوثة [٥] في كل موضع أطلق الفرض .

٥٠٤٥ – قلنا : الزكاة نص فيها على الأنثى وعلى الذكر مع وجود الأنثى في البقر ، فإذا أطلق الفرض اعتبر عموم الحائزين ؛ لأنه لو اختص نص عليه كما نص في الإبل .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يشرط] ، وفي (م) ، (ن) ، (ع) : [الانوثية] .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فأما] .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وبين ان لا ينقص] .

(٤) في (ن) : [إلى الذكر] .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الأنوثية] .

مسألة ٣٠٧

لا زكاة في الفصلان والحملان والعجاجيل

٥٠٤٦ - قال أبو حنيفة ومحمد : لا زكاة في الفصلان والحملان والعجاجيل [١] . وصورة المسألة : أن يكون له نصاب من الكبار فتتوالد [٢] كعددها ، ثم تموت [٣] الأمهات فيحول [٤] الحول وهي صغار

٥٠٤٧ - وقال أبو يوسف : فيها واحدة منها [٥] ، وبه قال الشافعي رحمه الله [٦] .

٥٠٤٨ - لنا : حديث سويد بن غفلة [٧] قال : « سرت مع مصدق رسول الله ﷺ فإذا في عهد [٨] رسول الله ﷺ لا نأخذ [٩] من راضع شيئًا » ، [وسمعته يقول : في عهدي أن لا آخذ من راضع شيئًا] [١٠] . ولا يجوز حمله على الراضع الذي لم يحل عليه الحول ؛ لأنه تخصيص بغير دليل ولأن ما لم يحل عليه الحول لا يختص بالراضع ،

---

(١) الفصلان : بضم الفاء جمع فصل ، من فصل الرضيع عن أمه ، والفصيل : ولد الناقة ، أو البقرة بعد فطامه ، وفصله عن أمه . والحملان بفتحتين ، جمع حمل ، ولد الضأن في سنته الأولى ، والعجاجيل : جمع عجول ، ولد البقر حين تضعه أمه إلى شهر . راجع في المغرب مادة : [حمل] ، و [عجل] ص١٢٩ ، ٣٠٤ .

(٢) في (م) ، (ع) : [فتوالد] .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يموت] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فتحول] .

(٥) في (ن) : [واحد] . راجع تفصيل المسألة في الأصل كتاب الزكاة (٤/٢ ، ٥) ، مختصر الطحاوي باب صدقة الغنم ص٤٥ المبسوط كتاب الزكاة (١٥٧/٢ - ١٥٩) ، متن القدوري باب زكاة الخيل ص ٢١، متن الكنز باب صدقة البقر ص ٢٧ .

(٦) راجع تفصيل المسألة في مختصر المزني باب صدقة الغنم السائمة ص ٤٢ ، المجموع مع المهذب (٤١٨/٥، ٤٢٣ ، ٤٢٤) . وقال مالك وأصحابه : يجب في الفصلان والحملان والعجاجيل ما يجب في المسان . راجع المدونة ، (٢٦٧/١) ، المنتقى ، (٤٢/٢) ، الرسائل الفقهية باب في زكاة الماشية ص ١٧١ ، بداية المجتهد كتاب الزكاة ، الفصل الثاني في نصاب الإبل والواجب فيه (٢٦٩/١) . وقال أحمد في رواية مثل قول أبي يوسف والشافعي : يبني حولها على حول الأمهات . قال ابن قدامة : فيجوز أخذ الصغيرة في الصحيح من المذهب . وقال في رواية أخرى : مثل قول أبي حنيفة : لا تجب فيها الزكاة ، ولا ينعقد عليها الحول ، ولا يكمل بها الأمهات إلا أن يبقى شيء من الأمهات ولو واحدة . راجع المسائل الفقهية كتاب الزكاة (٢٣٠/١ ، ٢٣١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [عقله] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فاذا كان في عهد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لا تاخذ] .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من (ن) ، تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٣٠٥) .

فلا يجوز [١] حمله على أنه لا يأخذ الراضع ، كما قال : « وما بالربع من أحد » ؛ لأنهم يأخذون الراضع من أمثاله [٢] والخبر من هذا ، ولا يحمل على نفي الزكاة من مال الصبي ؛ لأن عندهم يؤخذ من مال الراضع .

٥٠٤٩ - وعلى قولنا لا فائدة لذكر الراضع ، ويدل عليه : قوله عليه الصلاة والسلام : « ليس فيما دون أربعين شاة صدقة » [٣] وأربعون حمل دون أربعين شاة . وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « إن اللّٰه تجاوز لكم عن ثلاث : عن الجبهة [٤] و [عن] النخة ، والكسع » [٥] . قال الراوي : يريدون بالجبهة [٦] الخيل ، والنخة ، الإبل العوامل والنواضح ، والكسع : صغار الغنم .

٥٠٥٠ - فإن قيل : الكسع : الحمير .

٥٠٥١ - قلنا : إن تناولهما الاسم حمل عليهما ، وعلى أصلهم ما تأوله [٧] الراوي أولي . ولأن النبي ﷺ أوجب الزكاة في عدد يجب في خمس وعشرين منه بنت مخاض ويجب إلى ست وسبعين ثلاثة أسنان ، فمن أوجب في عدد لا يجب في الخمس والعشرين [فيه بنت مخاض ؛ ولا يكون بين الخمس والعشرين] [٨] والست والسبعين فرض ، فقد خالف الخبر ؛ ولأنه حق للّٰه [٩] تعالى يتعلق بالنعم ، فاختص بدون سن ، كالأضحية والهدايا .

٥٠٥٢ - ولا يقال : المعني في الأضحية : أنها لا تتعلق [١٠] بالمعيب ، وليس كذلك الزكاة لأنها تتعلق [١١] بالمعيب فجاز أن تتعلق بالصغار ، وذلك لأن الأضحية لا يمنع

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولا يجوز] .
(٢) في (م) ، (ع) : [من اشاله] .
(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في من قال إذا كانت الغنم أقل من أربعين ، فليس فيها شيء (٣/٢٥) .
(٤) في (م) : [يجاوز لكم] ، وفي (م) ، (ع) : [الجهة] ، مكان المثبت ، وهو خطأ .
(٥) في سائر النسخ : والنخة وعن الكسح ، المثبت من مراسيل أبي داود . هذا الحديث ، اخرجه أبو داود من طريق الحسن ، عن النبي ﷺ مرسلًا بهذا اللفظ ، في كتاب المراسيل باب في صدقة المواشي ص ١٦ .
(٦) في (م) ، (ع) : [بالجهة] ، وفي المراسيل قال كثير : يرون أن الجبهة الخيل ، والنخة الإبل والتواضح والكسع صغار الغنم . وقيل : النخة ، صغار الغنم ، والكسع ، الحمير .
(٧) في (ن) : [ما ما ناوله] بزيادة [ما] ، وفي (م) ، (ع) : [ما تاوله] بالتاء .
(٨) ما بين القوسين ساقط من (ن) .
(٩) في (ص) : [لله] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لا يتعلق] .
(١١) في (م) ، (ع) : [كذلك لانها يتعلق] مكان المثبت .

فيها [١] كل عيب ، وإنما يمنع فيها [٢] بعض العيوب وكذلك في الزكاة ؛ لأن العمي لا زكاة فيها . ولأن الأضحية تتعلق [٣] عندهم بالصغير إذا ولدت الشاة بعد التعيين مع كون العيب [٤] مؤثرا في الأضحية .

٥٠٥٣ – ولأن فرض الزكاة يتعين تارة [٥] بالسن وتارة بالعدد ، فلما كان كذلك ؛ كان [٦] لنقصان العدد تأثير في المنع من الوجوب فكذلك [٧] السن . أو نقول : السن آخر [٨] ما يتعين به فرض الزكاة .

٥٠٥٤ – فإن قيل : زيادة العدد لها تأثير في زيادة الوجوب فكان لنقصانها تأثير ، ولما لم يكن لزيادة السن تأثير في زيادة الوجوب لم يكن لنقصانه تأثير .

٥٠٥٥ – قلنا زيادة السن تؤثر [٩] عندكم في زيادة الوجوب [١٠] فيجب في الصغار صغيرة ، وفي الكبار منه ، فالوصف [١١] لا يصح . ثم لا يمتنع أن يكون السنون نقصان السن ، والعدد في التأثير وإن اختلف زيادتهما ، ألا ترى أن نقصان [١٢] السن كنقصان العدد في التأثير في الأضحية والشهادة ؟ وإن كان زيادة السن فيهما غير مؤثر ، فاستوى النقصان واختلف [١٣] الزيادة ، فأثرت زيادة [العدد] ، ولم تؤثر [١٤] زيادة السن .

٥٠٥٦ – فإن قيل : زيادة الصفة تؤثر [١٥] في زيادة الوجوب ؛ لأنه يجب في السمان سمينة ، ونقصان الصفة لا يؤثر [١٦] .

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [منها] . (٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [منها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يتعلق] . (٤) في (ع) : [العبد] مكان : [العيب] .

(٥) في (ص) : [تارة يتعين تارة بزيادة [تارة] ، وهو سهو .

(٦) قوله : [كذلك كان] ساقط من (ن) . ولفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [وكذلك] .

(٨) في (ص) : [أخذ] ، وي (م) ، (ع) : [أحد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يؤثر] .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن قوله : [ولما لم يكن] إلى قوله : [في زيادة الوجوب] ساقط من (ن) . (١١) في (م) ، (ع) : [كالوصف] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [بياض] ، مكان : [نقصان] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [واختلف] .

(١٤) الزيادة من (ن) ، وفي (م) ، (ع) : [ولم يؤثر] .

(١٥) في (م) ، (ع) : [موثر] . (١٦) في (ن) : [لا تؤثر] .

٥٠٥٧ - قلنا : الهزال إذا منع [1] الرعي أثر في الوجوب عندنا ، ولا نسلم [2] أن نقصان الصفة لا يؤثر في إسقاط الوجوب ؛ ولأن نقصان الصفة لا يتغير به الفرض [3] ، وإنما يتغير به صفته ، فلم يلزم على علتنا .

٥٠٥٨ - قالوا : زيادة الجنس يتغير بها الفرض ؛ لأنه يجب في أعلى الأجناس مثله ، ونقصان الجنس لا يسقط الزكاة .

٥٠٥٩ - قلنا : نقصان الجنس يسقط في المتولد عندكم بكل حال . وعندنا : إذا كانت الأمهات من الوحش .

٥٠٦٠ - قالوا : نقصان العدد أثر فيما هو من جنسه [وهو العدد ، ونقصان الصفة يجب أن يؤثر فيما هو من جنسه] [4] ، وهو نقصان الصفة .

٥٠٦١ - قلنا : نقصان العدد لم يؤثر [في جنسه ؛ لأنه تارة ينقص عن العدد ، وتارة يرفعه أصلًا ، كذلك نقصان الصفة يؤثر] [5] في نقصان صفة الواجب تارة ، وهو المعيب من أمثاله ، وتارة يؤثر في إسقاط الوجوب أصلًا . ولأنه حق يختص في الشرع بنوع [6] من البهائم فاختص ببعض الأسنان ، كالدية والأضحية .

٥٠٦٢ - احتجوا : بما روى : أن أبا بكر رضي الله عنه [7] لما هم بقتال مانعي الزكاة ، قال : « والله لو منعوني عناقا مما كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ [لقاتلتهم عليه » [8] ، فعلم أنهم كانوا يؤدون إلى رسول الله ﷺ] [9] العناق ، وهي لا تؤخذ [10] إلا من الصغار ؛ ولأنّ هذا قاله بحضرة الصحابة رضي الله عنهم [11] فلم ينكره أحد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [امتنع] .
(٢) في (ن) : [فلا نسلم] .
(٣) في (ن) : [لا يتغير بالفرض] .
(٤) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) الزيادة من (ن) .
(٦) في (م) ، (ع) : [بالشرع بتوع] .
(٧) قوله : [رضي الله عنه] ساقط من (ن) .
(٨) أخرجه البخاري في باب وجوب الزكاة (٣٤٣/١) ، وفي كتاب استتابة المرتدين باب قتل من أبي قبول الفرائض (١٩٦/٤) ، وأبو داود في السنن كتاب الزكاة (٣٨٩/١) ، وأحمد في المسند في مسند عمر بن الخطاب رضي الله عنه (١٩/١ ، ٤٧ ، ٤٨) .
(٩) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لا يؤخذ] . العناق : الأنثى من ولد المعز قبل استكمالها الحول ، والجمع : أعنق وعنوق . كذا في المصباح المنير (٤٠٩/٢) .
(١١) قوله : [رضي الله عنهم] ساقط من (ن) .

٥٠٦٣ - والجواب [١] : أن هذا الخبر مداره على الزهري ، وقد اختلف [٢] فيه عليه فروي « عناقًا » ، وروي « عقالًا » [٣] والعقال : قيل فيه : صدقة عام ، وقيل : الحبل الذي يعقل به أرجل الإبل ، واللفظ واحد في الأصل .

٥٠٦٤ - وإذا اختلف فيه لم يصح التعلق به ؛ ولأن أرباب الأموال لم يكونوا يؤدون إلى رسول الله ﷺ ، وإنما يدفع السعاة إليه ، وقد يتوالد [٤] الغنم في يد الساعي فيعطي الولد ؛ لأنه من حق المساكين ، وقد كان السعاة أخذوا الزكوات [٥] وارتدوا وهي في أيديهم ، منهم [٦] مالك بن نويرة التميمي [٧] وطليحة بن خويلد الأسدي [٨] ، فيجوز أن يكون توالدت في أيديهم فقال : « لو منعوني عناقًا من ذلك » . ولأنه يجوز أن يقول ذلك على طريق التأكيد ، كأنه قال : لو كانت العناق حقًّا [٩] لي فمنعوني منها لقاتلتهم ، كما يقول الرجل : لو منعتني [١٠] خردلة من حقي حاكمتك ، وإن لم تكن [١١] الخردلة من حقه ، و [على] [١٢] هذا يحمل قوله : « لو منعوني عقالًا » . ولأن العناق عندنا تؤخذ [١٣] على طريق القيمة .

---

(١) في (ن) : [الجواب] بدون العطف . (٢) في (ص) : [اخلف] .

(٣) في (ع) ، [فروى وروى قتالا] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) [السعاة] ، وفي (م) ، (ع) [يتوالد] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الزكاة] . (٦) في (م) ، (ع) : [منه] .

(٧) في (ع) : [والتميمي] بالعطف . وهو مالك بن نويرة ، اليربوعي التميمي ، كان من أهل الردة ، ومانعي الزكاة ، فقتله جند خالد بن الوليد سنة إحدى عشرة . قال الخطابي : وقد كان من ضمن هؤلاء المانعين للزكاة من كان يسمح بالزكاة ولا يمنعها ، إلا أن رؤساءهم صدوهم عن ذلك الرأي وقبضوا على أيديهم في ذلك ، كبني يربوع ؛ فإنهم قد جمعوا صدقاتهم وأرادوا أن يبعثوا بها إلى أبي بكر ﷺ فمنعهم مالك بن نويرة عن ذلك وفرقها فيهم . راجعه في معالم السنن كتاب الزكاة (٤/٢) ، البداية والنهاية كتاب تاريخ الإسلام الأول (٣٢١/٦ - ٣٢٣) .

(٨) في سائر النسخ : [طلحة] ، والصواب ما أثبتناه من كتب التراجم . هو طليحة بن خويلد الأسدي الكاهن ، أسلم سنة تسع ، وصحب رسول الله ﷺ ثم ارتد عن الإسلام وامتنع عن أداء الزكاة إلى أبي بكر ، ثم أسلم فحسن إسلامه بعد ذلك . راجع ترجمته وقصته في أسد الغابة (٦٥/٣ ، ٦٦) ، سير أعلام النبلاء (٣١٦/١ ، ٣١٧٧) ، الترجمة (٦٢) البداية والنهاية ، في العنوان السابق ، في تصدي الصديق لقتال أهل الردة ومانعي الزكاة (٣١١/٦ - ٣١٨) . (٩) لفظ : [حقا] : ساقط من (ن) .

(١٠) في (ن) : [تقول لو منعني] . (١١) في (م) : [لم يكن] .

(١٢) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٣) في (م) ، (ع) : [يؤخذ] .

٥٠٦٥ - فإن قيل : فالقيمة لا يقاتل على منعها [١] .

٥٠٦٦ - قلنا : إذا أخذ المصدق ومنعها واعتصم منه [٢] قوتل .

٥٠٦٧ - قالوا : روي عن علي ﷺ [٣] أنه قال لساعيه : عد عليهم الصغار والكبار .

٥٠٦٨ - قلنا : هذا يقتضي اجتماعهما ، وهو الغالب ؛ إذ الصغار لا تنفرد [٤] عن الكبار .

٥٠٦٩ - قالوا : مال جاز في الحول ، فإذا هلك منه ما لم ينقص باقيه عن نصاب ؛ وجب أن لا ينقطع حكم الحول ، كما لو كانت له خمسون من الإبل فهلك منها عشر .

٥٠٧٠ - والجواب [٥] : أنا لا نسلم أن الباقي لم ينقص عن نصاب الإبل [٦] ؛ لأن النصاب عندنا السن والعدد . والمعني في الأصل [٧] : أنه بقي ما يجوز أخذه عن الكبار ، فلم ينقطع [٨] حكم الحول ، كما لو بقي أقل من النصاب ثم تمت في آخر الحول . قالوا : كل مالين ضم أحدهما إلى الآخر في النصاب ، فتلف أحدهما لا يسقط الزكاة عن الآخر ، ولا يقطع حوله ، كالضأن والمعز [٩] .

٥٠٧١ - قلنا : ينتقض إذا بقي أقل من أربعين .

٥٠٧٢ - فإن قالوا : لا تسقط [١٠] الزكاة بالهلاك لكن بنقصان النصاب [١١] .

٥٠٧٣ - قلنا : كذلك نقول في مسألتنا ، ثم المعني في الضأن والمعز [١٢] : أن كل واحد منهما يجزئ سنه [١٣] في الأضحية وفي الصغار والكبار بخلافه / ، أو نقول [١٤] : الضأن والمعز إذا اجتمعا جاز أن تؤخذ [١٥] زكاتهما من كل واحد من النوعين على الانفراد ، والصغار والكبار إذا اجتمعا لم يجز أخذ الزكاة من الصغار ؛ ‎/٦٣

---

(١) في (ن) : [لمنعها] .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [سه] بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) . (٤) في (م) : [لا ينفرد] .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الجواب] بدون العطف .

(٦) لفظ : [الإبل] ساقط من (ن) . (٧) لفظ : [الأصل] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) المثبت من (ص) ، (ن) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الماعز] ، المعز اسم جنس لا واحد له من لفظه . المصباح المنير (٥٤٨/٢) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لا يسقط] . (١١) في (ع) : [المصاب] .

(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [والماعز] . (١٣) لفظ : [سنه] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٤) في (م) ، (ع) : [أن نقول] . (١٥) في (م) ، (ع) : [أن يوخذ] .

فلذلك ينقطع [١] الحول مع بقائها .

٥٠٧٤ - قالوا : سن يعد مع غيره ، فجاز أن يعد بنفسه ، كالجذاع والثناء [٢] .

٥٠٧٥ - قلنا : المعنى في الأصل : أنه يجوز في زكاة الكبار بنفسها ، وفي مسألتنا : لم يجز في مسألة الكبار بنفسها ، فلم يعد [٣] .

٥٠٧٦ - قالوا : ما صلح للوصل صلح للأصل إذا تم عدده [٤] ، كالكبار .

٥٠٧٧ - قلنا : الوصف تبع [٥] لغيره ، والأصل يثبت بنفسه [٦] وليس إذا جاز الشيء تبعًا جاز أصلًا .

٥٠٧٨ - فإن قيل : كيف يكون الصغار تبعًا والكبار أقل من النصاب ؟ .

٥٠٧٩ - قلنا : الدليل [٧] على أنه تبع : أنه يؤخذ منها ما يؤخذ من الكبار ، ولو كانت متبوعة لاعتبر حكم المأخوذ بها .

٥٠٨٠ - قالوا : السخال إذا تبعت الأمهات من الحول ؛ لم يسقط حكم الحول فيها بتلف الأمهات ، كما لو بقي كبيرة .

٥٠٨١ - قلنا : لا يسقط حكم الحول بتلف الأمهات ، وإنما يسقط بنقصان النصاب ؛ بدلالة أنه [٨] لو استفاد كبيرة ، ثم هلكت الأمهات لم يسقط حكم الحول . والمعني في الأصل : أنه بقي ما يجوز أخذه في الزكاة عن الكبار .

٥٠٨٢ - وفي مسألتنا بخلافه ، فتبين [٩] الفرق بينهما ، أنه إذا بقيت الكبيرة ؛ فالواجب على ما كان من السن ، وإذا لم يبق لغير الفرض عندهم فدل على الفرق بين الأمرين .

---

(١) في (ع) : [لم ينقطع] .

(٢) في (ع) : [كالجذع] ، الجذع بفتحتين : ما قبل الثني ، والجمع : جذاع . راجع المغرب ص ٧٨ ، المصباح المنير (٩١/١) . في سائر النسخ : والثنايا ، لعل الصواب ما أثبتناه ؛ ولأن الثنايا جمع الثنية ، وهي الأسنان ، وأما ثناء وثنيان جمع الثني ، الإبل الذي استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة ، ومن ذوات الظلف : ما استكمل الثانية ودخل في الثالثة ، ومن ذوات الحافر : ما استكمل الثالثة ودخل في الرابعة . راجعه في المغرب ص٧١ ، المصباح المنير (٨٣/١) .

(٣) في (ن) : [لم يجز في زكاة الكبار وبنفسها لم يعد] ، ولفظ : [بنفسها] ساقط من (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [عده] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يتبع] .

(٦) لفظ : [بنفسه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [الزائد] ، مكان : [الدليل] .

(٨) لفظ : [أنه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (ن) : [فيبن] .

٥٠٨٣ – قالوا : أجمعنا على بقاء الحول ببقاء الكبيرة ، فلا يخلو إما أن يكون ذلك لبقاء [١] الحول في الأمهات ، أو لأنه انعقد في السخال ، ولا يجوز أن يكون لأجل الأمهات ؛ لأنها ناقصة عن النصاب ، فلم يبق إلا أن يكون انعقد في السخال .

٥٠٨٤ – قلنا : إنما يبقي حكم الحول ببقاء [٢] الكبيرة ، والسخال شرط في الوجوب ، ونقصان الأمهات لا يمنع بقاء حكم الحول [٣] ؛ لأن عندنا لو هلكت إلا واحدة وليس هناك سخال لم ينقطع [٤] حكم الحول منها .

٥٠٨٥ – قالوا : ذات رحم تبعها [٥] ولدها ، فلم ينقطع ذلك الحكم عن ولدها بموتها ، كولد أم الولد والأضحية .

٥٠٨٦ – قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن عندنا لو هلكت الأمهات وبقيت كبيرة لا ولد لها ؛ لم ينقطع حكم الحول ، فدل علي أن الحكم لا يتعلق بهلاك الأمهات ولأن أخذ الكبيرة ثابت حال الاجتماع ، فإذا هلكت الأمهات سقط هذا الحكم عندهم ووجبت صغيرة فانتقض ما قالوه .

٥٠٨٧ – قالوا : نقصان صفة فلا تؤثر [٦] في إسقاط الزكاة ، كالمرض .

٥٠٨٨ – قلنا : [المرض] [٧] لا يغير سن الواجب ، فلذلك لم يسقط الوجوب ؛ ولأن المرض نقص في الموجب فيه ، وهلاك الأمهات عدم الموجب فيه ؛ ولهذا لا يتغير سن الواجب في المرض ويتغير في الصغار .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [بيقاء] .

(٢) في (ن) : [كبقا] ، ولفظ : [بيقاء] ساقط من صلب (م) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فبقاء حكم الحول] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ينقطع] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يتبعها] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلا يوثر] .

(٧) الزيادة من (ن) .

مسألة ٣٠٨

إذا ملك عدد النصاب من الصغار لم ينعقد عليه الحول

٥٠٨٩ – قال أصحابنا : إذا ملك [١] عدد النصاب من الصغار لم ينعقد عليه الحول [٢] .

٥٠٩٠ – وقال الشافعي : ينعقد [٣] .

٥٠٩١ – لنا : أنه سن [٤] لا يجزي في الأضحية ، فلا ينعقد الحول فيه بنفسه ، كالصغار المتولدة . ولأنه حكم معلق [٥] بحيوان مخصوص فلم يتعلق بالسخال ابتداء ، كما في الأضحية [٦] .

٥٠٩٢ – ولأن ما لا يجوز أخذه عن الكبار لا ينعقد به الحول منفردًا ، كالمتولد .

٥٠٩٣ – قالوا : نوع مال ينعقد [٧] الحول عليه مع غيره ؛ فجاز أن ينعقد الحول فيه بنفسه ، كالجذاع والثناء [٨] .

٥٠٩٤ – والجواب [٩] : أن السن ينعقد عليه الحول تبعًا فلا ينعقد أصلًا ، بدلالة كل جزء من النصاب ، وكذلك النساء تتم [١٠] الشهادة بهن تبعا ، ولا يثبت [١١] لهن هذا

---

(١) في (ع) : [هلك] ، مكان : [ملك] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لم ينقطع عليه الحول] . هذه المسألة إحدى صور المسألة السابقة لا زكاة في الفصلان والحملان والعجاجيل . راجع تفصيل المسألة في تحفة الفقهاء ، (٢٨٨/١ ، ٢٨٩) ، بدائع الصنائع (٣١/٢ ، ٣٢) ، فتح القدير مع الهداية (١٨٦/٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، (٢٠١/١ ، ٢٠٢) .

(٣) راجع فتح العزيز كتاب الزكاة ، بذيل المجموع (٣٧٨/٥-٣٨٢) ، المجموع مع المهذب (٤١٨/٥ ، ٤٢٣، ٤٢٤) ، الكافي لابن قدامة باب صدقة الغنم (٢٩٣/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يلين] بدون نقط .

(٥) في (م) ، (ع) : [المتولد] ، وفي (ن) : [يتعلق] ، مكان المثبت .

(٦) في (ن) : [كالأضحية] .

(٧) في (ن) : [انعقد] .

(٨) لفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش ، وفي (ع) : [كالجذع] ، وفي سائر النسخ : [الثنايا] ، والصواب ما أثبتناه .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الجواب] بدون العطف .

(١٠) في (م) ، (ع) : [البنا] بدون نقط ، وفي (ن) : [ثم] .

(١١) في (م) : [ولا تثبت] .

الحكم بأنفسهن ، والمعنى [١] في الأصل : أنه يجوز أخذه مزكي [٢] والكبار بنفسه ، وانعقد الحول فيه ، وفي مسألتنا بخلافه .

٥٠٩٥ - قالوا : الصغار يكمل بها النصاب ، فإذا بلغت نصابًا في نفسها جاز وجوب الزكاة فيها ، كالكبار .

٥٠٩٦ - قلنا : لا نسلم أنها بلغت نصابًا ؛ لأن النصاب عبارة عن السن والعدد ، والمعني في الكبار ما قدمناه .

٥٠٩٧ - قالوا : الصغر نقص كالعيب .

٥٠٩٨ - قلنا [٣] يبطل بالمتولد على أصلهم . ولأن المعيبة السن الواجب في الكبار يؤخذ منها ؛ فلذلك انعقد لها الحول ، والصغار لا يؤخذ منها السن الواجب من الكبار إذا كانت كبارًا آخر الحول .

* * *

(١) لفظ : [والمعني] ساقط من صلب (م) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ن) : [مزكا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلما] ، مكان : [قلنا] .

مسألة ٣٠٩

إذا ملك نصابًا من نوعين كالضأن والمعز أخذ منها وأخذ وسطها من دون أعلى الجنسين

٥٠٩٩ - قال أصحابنا : إذا ملك نصابًا من نوعين ، كالضأن والمعز أخذ منها وأخذ وسطها (١) من دون أعلى الجنسين ، أو من أعلى دون الجنسين ، ذكر معني هذا في المنتقى (٢) .

٥١٠٠ - وقال الشافعي في أحد قوليه : يأخذ المصدق من أعلي النوعين ، فإن تساويا أخذ من أيهما شاء .

٥١٠١ - وقال في القول الآخر : يؤخذ بالحصة فيقوم ثنية (٣) من المعز ، فإن كانت عشرة قومنا جذعة من الضأن ، فإن كانت عشرين : أخذ نصف القيمتين ، فيقول (٤) : أعط أحد عشر من الضأن قيمتها خمسة عشر أو ثنية من المعز قيمتها ذلك ، وكذلك [هذا] (٥) في الإبل المختلفة (٦) .

٥١٠٢ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام [لمعاذ] (٧) : « إياك وكرائم الأموال ، وخذ من أوسطها (٨) وروي » من حواشيها » (٩) ، وقال : « ألا إنه لم يسألكم (١٠)

---

(١) في (ن) : [أخذ منها واحد وسط لها] .

(٢) راجع تفصيل المسألة في المبسوط باب زكاة الغنم (١٨٣/٢) ، بدائع الصنائع كتاب الزكاة ، فصل وأما صفة الواجب في السوائم (٣٣/٢ ، ٣٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بينه] .

(٤) في (ن) : [فنقول] .

(٥) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) في سائر النسخ [المختلف] الإبل اسم جمع لا واحد لها وهي مؤنثة . قال الجوهري : هي مؤنثة لأن أسماء الجموع التي لا واحد لها من لفظها إذا كانت لغير الآدميين فالتأنيث لها لازم . راجع في لسان العرب مادة أبل (٩/١) . وقال مالك وأصحابه : يأخذ من الأكثر عددًا ، فإن استوت خير الساعي . راجع المدونة في زكاة الضأن والمعز والبقر والجواميس إذا اجتمعت ، (١/ ٢٦٩ ، ٢٧٠) ، الكافي لابن عبد البر باب زكاة الغنم (٣١٤/١) ، المغني باب صدقة الغنم (٦٠٥/٢ ، ٦٠٦) .

(٧) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) أخرجه البخاري في الصحيح باب لا تؤخذ كرائم أموال في الصدقة (٢٥٤/١) ، ومسلم في الصحيح باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام (٥٠/١ ، ٥١) ، الحديث (٢٩ ، ٣٠ ، ٣١) ، وأبو داود في السنن باب في زكاة السائمة (٤٠٠/١) .

(٩) في (ن) : [من حواسبها] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لم يسلكم] .

خياره ولا قبل منه شراره » [١] لأن صفات [٢] الحيوان إذا اختلفت لم يتقسط [٣] الواجب على قدر أنواعها ، كالصغار والكبار ، والسمان والمهازيل . أو نقول : فلا يعتبر الأغلب ؛ ولأن ما يقولون يؤدى إلى إيجاب الزكاة في الحيوان بالقيمة . ولأنه ملك نصابًا من الغنم فلا يتقسط الواجب ، كالنوع الواحد .

٥١٠٣ - احتجوا : بأنه مال اشتمل على نوعين فوجب أن يتقسط [٤] الواجب منهما كالحبوب .

٥١٠٤ - قلنا : المقسط الواجب هناك أخذ من كل نوع بقدره ، ولما لم يؤخذ [٥] في مسألتنا من كل نوع بقدره لم يتقسط [٦] .

* * *

(١) راجع البخاري في الصحيح في باب قصة البيعة والاتفاق على عثمان بن عفان ﷺ (٢/٢٩٧ -٢٩٩) وأخرجه أحمد في المسند (٥/٧٢) ، والبيهقي في الكبرى (٤/١٠٢) .

(٢) في (ن) : [صغار] .

(٣) في (م) ، (ع) : [اذا اختلف لم يسقط] ، وفي (م) : [لم يسقط] ، مكان المثبت .

(٤) في (ن) : [فلا يسقط] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يوجد] .

(٦) في (ن) : [لم يسقط] .

مسألة ٣١٠

لا زكاة في المال المجحود والمال المغصوب

٥١٠٥ - قال أصحابنا : لا زكاة في المال المجحود والمال المغصوب (١) .

٥١٠٦ - وهو قول الشافعي في القديم ، وقال في الجديد : يجب فيهما الزكاة : وأما الماشية إذا أسامها الغاصب فعادت إلى مالكها بنمائها : قال بعضهم : يزكيها لما مضى قولًا واحدًا ، ومنهم من قال على قولين ، وإن عادت دون نمائها على قولين . [وإن علفها الغاصب : فمنهم من قال : لا زكاة قولًا واحدًا ، ومنهم من قال : على قولين] (٢) .

٥١٠٧ - لنا : ما روي أن (٣) عثمان ﷺ(٤) خطب فقال : « لا زكاة في مال ضمار » (٥) ،

---

(١) المبسوط كتاب الزكاة (١٧١/٢) ، بدائع الصنائع ، فصل وأما الشرائط التي ترجع إلى المال (٩/٢) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . قال النووي في المجموع : إذا ضل ماله أو غصب أو سرق وتعذر انتزاعه ، أو أودعه فجحد أو وقع في بحر ، ففي وجوب الزكاة أربعة طرق ، أصحها وأشهرها : فيه قولان أصحهما وهو الجديد وجوبها . والقديم : لا تجب . والطريق الثاني القطع بالوجوب ، وهو مشهور . والثالث : إذا كان عاد بنمائه ، وجبت وإلا فلا . والرابع : إن عاد بنمائه ، وجبت وإلا ففيه القولان . راجع تفصيل المسألة في الأم باب زكاة الدين (١٥/٢) . وقال مالك في رواية : تجب الزكاة في المال المجحود والمغصوب عن كل سنة . وفي قول آخر : لا زكاة فيه لما مضى ، وإن زكاه لعام واحد فحسن . قال ابن القاسم وأشهب وسحنون : فيه الزكاة لما مضى من السنين إن كان غير مضمون على أحد ، ولعام واحد إن كان مضمونًا ، قال ابن عبد البر : وهذا أعدل أقاويل المذهب وفي الماشية : فالمشهور وجوب الزكاة فيها لكل عام مضى . قال الزرقاني : وهذا رجع إليه مالك ، رجحه ابن عبد السلام . راجع المسألة في المدونة ، في زكاة الماشية المغصوبة (٢٨٢/١) . وقال أحمد في رواية مثل قول الحنفية : لا زكاة في المال المجحود والمغصوب ، وقال في رواية أخرى مثل قول الشافعي في الجديد : فيه الزكاة . قال أبو يعلى : وهو الأصح . وفي الماشية : فقد قال ابن قدامة : وإن كان المغصوب سائمة معلوفة عند صاحبها وغاصبها فلا زكاة فيها لفقدان الشرط ، وإن كانت سائمة عندهما ففيها الزكاة على الرواية التي تقول بوجوبها في المغصوب ، وإن كانت معلوفة عند صاحبها سائمة عند غاصبها ففيها وجهان : أحدهما : لا زكاة عليه ؛ لأن صاحبها لم يرض بإسامتها فلم تجب عليه الزكاة بفعل الغاصب ، كما لو رعت من غير أن يسيمها ، والثاني : عليه الزكاة . راجع المسائل الفقهية كتاب الزكاة (٢٤٤/١) .

(٣) في (ن) : [لما روى] ، مكان [لنا ما روى] ، وفي (م) : [ابن] ، مكان : [أن] .

(٤) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٥) في (ص) ، (ن) : [ضمان] ، مكان : [ضمار] . راجع نصب الراية كتاب الزكاة (٣٣٤/٢) ، ومالك في الموطأ في الزكاة في الدين (١٩٣/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب زكاة الدين إذا كان على معسر أو جاحد (١٥٠/٤) .

والضمار الثاوي [(١)] . وعن ابن عمر [(٢)] « إنما الزكاة في الدين الذي إذا اقتضيته أمكنك أخذه » [(٣)] ، ولا يعرف لهما مخالف . ولأنه خارج من يده ممنوع من الانتفاع به ؛ فلا يجب عليه زكاته لما مضي ، كرقبة المكاتب بعد العجز ، ومال المكاتب .

٥١٠٨ - فإن قيل : مال المكاتب لا يملكه [(٤)] المولى ، بدلالة أنه يجوز أن يشترى منه ويبيع .

٥١٠٩ - قلنا : ذاك لتعلق [(٥)] حق غيره ، كمال المضاربة .

٥١١٠ - فإن [(٦)] قالوا : يجوز تصرفه بالعتق وببيعه [(٧)] من الغاصب .

٥١١١ - قلنا : العتق إتلاف ، وليس المقصود من التصرف الإتلاف ، فأما بيعه [(٨)] فإنما [(٩)] يحكم بجوازه لأن قبول البيع اعتراف فيخرج من أن يكون جاحدًا . ولأنه تقدر فيه [(١٠)] المال الذي يعتبر في وجوب زكاته النماء فصار كما لو علف السائمة . ولأن ما [غلب] [(١١)] عليه العذر [(١٢)] خارج عن يده وتصرفه ، كالخيل السائمة .

٥١١٢ - احتجوا : بقوله عليه والصلاة والسلام : « في أربع وعشرين فما [(١٣)] دونها الغنم » [(١٤)] وقوله : « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » [(١٥)] .

٥١١٣ - وقال : « في الرقة ربع العشر » [(١٦)] .

٥١١٤ - قلنا : قد أريد به إذا كان لمالك [(١٧)] تام الملك بإجماع ، فصار ذلك

---

(١) في (ص) ، (ن) : [الضمان] ، وفي سائر النسخ [التاوي] .

(٢) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [عمر] ، مكان : [ابن عمر] .

(٣) رواه ابن أبي شيبة في المصنف ، في وما كان لا يستقر يعطيه اليوم ويأخذ إلى يومين فليزكه (٥٣/٣) البيهقي في الكبرى (١٥٠/٤) وابن حزم في المحلى بالآثار (٢٢٢/٤) ، مسألة (٩١٦) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يمكنه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [التعلق] .

(٦) لفظ : [فإن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [ويبيعه] .

(٨) في (ن) : [بنفسه] ، مكان : [بيعه] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بعد رقبة] ، وفي (ص) : [يقدر فيه] .

(١١) الزيادة من (ن) .

(١٢) في (م) ، (ع) : [العدد] .

(١٣) في (ن) : [مما] .

(١٤) هذا جزء من حديث أنس ﷺ الذي تقدم تخريجه في مسألة (٢٩٨) .

(١٥) تقدم تخريج هذا الحديث ، في مسألة (٣٠٠) .

(١٦) هذا جزء من حديث أنس ﷺ الذي تقدم تخريجه في مسألة (٢٩٨) .

(١٧) في (ن) : [الملك] .

كالمشروط في اللفظ ، ونحن لا نسلم تمام الملك . ولأنه عليه الصلاة والسلام اعتبر الحول حتى يتمكن من النماء فيه ، فصار هذا تنبيهًا على اعتبار التمكن من النماء .

٥١١٥ – قالوا : مال لو كان في يده ولم تحصل [١] الحيلولة [٢] بينه وبينه [٣] لوجبت فيه الزكاة ، فإذا وجدت الحيلولة [٤] وجبت أن لا يمنع وإنما يمنع نقصان ملكه . ولأنه إذا أيسر ؛ فقد منع المالك [٥] من ملكه ، وإذا غلب على المال [٦] فقد منع الملك [٧] منه . وفرق في الأصول [٨] بينهما بدلالة [٩] أن المتغلب يضمن المال في إحدى الحالتين دون الأخرى ، وإن حصل المنع فيهما ؛ ولأن المأسور ماله في يده وتصرفه فيه جائز ، ألا ترى أنه إن تعذر أن يتصرف بنفسه جاز تصرف وكلائه فيه ، وفي مسألتنا زالت يده ولم ينفذ تصرفه المقصود بالإملاك .

٥١١٦ – قالوا : يبطل ما ذكرتموه بالمال المدفون في داره .

٥١١٧ – قلنا : جعلنا العلة في سقوط الزكاة انتفاء شرطين ، اليد والتصرف ، وأما دفنه في داره فيده فيه [١٠] باقية وإن امتنع تصرفه .

٥١١٨ – قالوا : فالدين في ذمة الغير [١١] ليس في يده .

٥١١٩ – قلنا : هو [١٢] كذلك إلا أن تصرفه جائز فيه بالحوالة والانتفاع به ، وليس إذا أسقطنا الزكاة بإلغاء شرطين جعلنا وجودهما علة للإيجاب ؛ بل توجب الزكاة لوجود أحدهما .

٥١٢٠ – قالوا : ملكه صحيح وهو مسلم ، وقد وجد الحول والنصاب ، ولا اعتبار بثبوت اليد ، ولا يجوز التصرف ، بدلالة الدين المؤجل ، والدين [١٣] على مفلس لا

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولم يحصل] .
(٢) في (ص) ، (ن) : [الحلوله] .
(٣) في سائر النسخ : [بينه بينه] ، ربما الصواب [بينه وبين المال] .
(٤) في (م) ، (ع) : [الحلوله] .
(٥) في (ع) : [الملك] .
(٦) في (م) ، (ع) : [وان غلب على المالك] .
(٧) في (م) ، (ع) : [المالك] .
(٨) في (ع) : [الاصوله] .
(٩) لفظ : [بدلالة] ساقط من (ع) .
(١٠) في (ن) : [وما دونه في داره يده فيه] .
(١١) في (ن) : [العتين] بدون نقط .
(١٢) لفظ : [هو] ساقط من صلب (ع) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٣) لفظ : [الدين] ساقط من صلب (ع) واستدركه المصنف في الهامش

يمكن قبضه ولا التصرف فيه ، والزكاة واجبة على صاحبه ، وكذلك الأسير المحبوس لا يجد من يشترى ماله .

٥١٢١ – قلنا : الدين المؤجل وفي ذمة المفلس يجوز تصرفه فيه بالحوالة ، فلم تفقد[1] اليد والتصرف ، والمأسور يده ثابتة على ماله ، ويجوز / تصرف وكلائه فيه . ٦٣/ب

٥١٢٢ – فأما قولهم : إن ملكه صحيح فقول بعيد[2] ؛ لأن غلبة[3] الكفار على المال وحصوله في دار الحرب[4] ، أو حصوله في الحرب إذا كان لا يوجب نقصان الملك فلا يتصور ملك ناقص ؛ لأن كل سبب يوجب نقصان الملك دون هذا .

٥١٢٣ – قالوا : الزكاة تجب[5] في الأموال النامية وإن لم تنم[6] ، كالذكران والمهازيل[7] التي لا ذر[8] لها ولا نسل .

٥١٢٤ – قلنا : المعتبر بكون المال مما يمكن إرصاده للنماء[9] إذا أرصده المالك ، وليس المعتبر بحصول[10] النماء ، وما في يد الغاصب لا يتمكن المالك من إرصاده للنماء .

٥١٢٥ – قالوا : لو رهن حليًّا على دين وفيه فضل مقدار النصاب ؛ فيه[11] الزكاة ، وإن كان الرهن خارجًا عن يده وتصرفه .

٥١٢٦ – قلنا : الرهن إذا كان فيه فضل وله ما يكفيه فهو يقدر[12] على التصرف فيه ، وإن كان لا إمكان[13] له فيقدر على بيع بعضه من المرتهن بيده[14] ويتصرف في الباقي ، أو يبيع القاضي عليه عندهم إذا علم[15] أنه لا مال له[16] ، وعندنا يلزمه البيع .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يفقد] .
(٢) في (ن) : [نقول بعد] .
(٣) في (ن) : [علة] .
(٤) في (ص) ، (ن) : [البحر] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٦) في (ص) ، (ن) : [تنمي] ، وفي (م) : [ينمي] ، وفي (ع) : [ينم] الصواب ما أثبتناه .
(٧) في (م) : [ومهازيل] .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [در] بالدال المهملة ، وهو تصحيف . والذر : النسل ، ومنه الذرية ، وهم الصغار وتكون الذرية واحدًا وجمعًا . كذا في المصباح المنير (١٩٥/١) .
(٩) في (ع) : [لكنما] .
(١٠) في (ن) : [الحصول] .
(١١) في (ن) : [وفيه بالعطف] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [مقدر] .
(١٣) في (ن) : [لا أركان] .
(١٤) في (ص) ، (م) ، (ن) : [بدينه] .
(١٥) في (م) : [وعندهم] بالعطف ، وفي (ع) : [أنه إذا] بزيادة : [أنه] .
(١٦) في (ن) : [لنا] .

مسألة ٣١١

إذا طرق الغنم فحول الظباء فولدت وجب في أولادها الزكاة

٥١٢٧ – قال أصحابنا : إذا طرق الغنم فحول الظباء فولدت ؛ وجب [١] في أولادها الزكاة .

٥١٢٨ – وكان أصحابنا يقولون . تجزي في الأضحية والهدي ، ولا يجب على المحرم بقتلها الجزاء ، وعلى هذا المتولد بين البقر الأهلي والوحشي [٢] .

٥١٢٩ – وقال الشافعي : لا زكاة في ذلك [٣] .

٥١٣٠ – لنا : قوله عليه الصلاة و [٤] السلام : « في أربعين شاة شاة ، وفي ثلاثين من البقر تبيع » [٥] ، ولم يفصل [٦] . والمتولد شاة . وقد قيل : إن الغنم المكية أولاد الظباء والاسم يتناولها [٧] .

٥١٣١ – فإن قيل : المتولد من الغنم يسمى رقلًا [٨] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فوجب] .

(٢) راجع المبسوط باب زكاة الغنم (١٨٣/٢) ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة ، فصل وأما صفة نصاب السائمة (٣٠/٢ ، ٣١) .

(٣) راجع المسألة في الأم باب الغنم تختلط بغيرها (١٩/٢) ، مختصر المزني باب صدقة الغنم السائمة ص ٤٣ ، المهذب (١٤١/١) ، حلية العلماء باب صدقة المواشي (١٣/٣) . شرح الزرقاني باب تجب زكاة نصاب الغنم بملك وحول كملا (١١٦/٢) ، الإفصاح باب الزكاة (٢٠٢/١) ، الكافي لابن قدامة كتاب الزكاة (٢٨٣/١) ، المغني ، باب صدقة البقر (٥٩٦/٢ ، ٥٩٦) .

(٤) الزيادة من (ع) .

(٥) أخرجه أبو داود بطوله في السنن باب في زكاة السائمة (٣٩٥/١ ، ٣٩٦) . وقد تقدم تخريج الجزء الأول منه في مسألة (٢٩٨) وفي مسألة (٣٠١) وأما الجزء الثاني : فقد أخرجه الترمذي في السنن باب ما جاء في زكاة البقر (٥٧٦/١ ، ٥٧٧) ، الحديث (٦٢٢ ، ٦٢٣) ، وابن ماجه في السنن باب صدقة البقر (١٠/٣ ، ١١) الحديث (١٨٠٣ ، ١٨٠٤) ، وأبو داود في السنن باب في زكاة السائمة (٣٩٧/١) ، والنسائي في المجتبى باب زكاة البقر (٢٥/٥ ، ٢٦) ، وأحمد في المسند (٢٣٠/٥ ، ٢٣٣ ، ٢٤٠ ، ٢٤٧) والدارمي في باب زكاة البقر (٣٨٢/١) .

(٦) قوله : [ولم يفصل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [يتناولهما] .

(٨) في (ن) : [رقل] ، في (ص) ، (م) ، (ع) : [زقلا] بالزاء المعجمة وصوابه بالراء المهملة . الرقل : =

٥١٣٢ – قلنا : هذا لا يعرف ، وقد عمل [(١)] الأصمعي كتابًا في المتولد ولم يذكر فيه اسمًا لهذا [(٢)] .

٥١٣٣ – وقال أهل اللغة : ليس في اللغة رقل [(٣)] بكسر الراء وإنما ورد رقل [(٤)] بفتح الراء ، الطوال النخل [(٥)] ، وانشدوا فيه :

لا تقيلن عبد شمس عثارا   واقطعن كل رقلة وغراس [(٦)]

على أنهم لم يدعوا للمتولد من البقر اسما منفردا [(٧)] ، وكيف يدعي ذلك [(٨)] واسم البقر يشمل [(٩)] أباه وأمه ؟ .

٥١٣٤ – فإن قالوا : هذا إثبات اسم بقياس [(١٠)] .

٥١٣٥ – قلنا : بل هذا كشف عن معنى التسمية كما يكشف لمن ادعى أن المتولد من البخت [(١١)] والعراب لا يتناوله اسم الإبل .

٥١٣٦ – فإن قالوا [(١٢)] : هذا يتناوله الاسم على التقييد .

= النخل الطوال الواحدة رقلة ، مثل نخل ونخلة . وفي لسان العرب : قال الأصمعي : إذا فاتت النخلة يد المتناول فهي جبارة ، فإذا ارتفعت عن ذلك فهي الرقلة ، وجمعها رقل ورقال وفي مادة رقل (١٧٠٨/٣) ، المصباح المنير (٢٢٢/١ ، ٢٢٣) .

(١) في (م) ، (ع) : [قال] .

(٢) الأصمعي : هو العلامة أبو سعيد عبد الملك بن قريب البصري اللغوي ، أحد أعلام البارزين بلسان العرب والآداب ، مات رحمه الله سنة خمس عشرة أو ست عشرة ومائتين . راجع ترجمته في سير أعلام النبلاء (١٧٥/١٠ - ١٨١) ، الترجمة (٣٢) .

(٣ ، ٤) في (ن) : [زقل] : بالزاء المعجمة ، وهو تصحيف .

(٥) في (ن) ، (ع) : [النحل] بالحاء المهملة ، وصوابه بالمعجمة

(٦) في (م) ، (ع) : [لا تعتلن عند شمس عبارا واقطعن كل رقة وغراس ، وفي (ن) : [زقلة] بالزاء المعجمة لعل الصواب ما أثبتناه .

(٧) في (ن) ، (ع) : [مفردًا] .

(٨) لفظ : [ذلك] : ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) لفظ : [يشمل] ساقط من (م) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٠) في (ن) : [بسباس] بدون نقط .

(١١) في (ع) : [النحت] بالنون والحاء المهملة ، وهو خطأ . البخت : نوع من الإبل . في لسان العرب : وهي الإبل الخراسانية ، تنتج من بين عربية وفالج ، الواحد : بختي والجمع بخاتي . والعراب بكسر العين الإبل خلاف البخاتي . وفي المصباح : العراب من البقر نوع حسان كرائم جرد ملس ، وخيل عراب خلاف البراذين ، الواحدة عربي . راجع في لسان العرب مادة بخت (٢١٩/١) ، ومادة : [عرب] (١٨٦٦/٤) ، المصباح المنير (٣٨/١ - ٣٧٨/٢) .

(١٢) في (ن) : [فإن قيل] .

٥١٣٧ - قلنا : الأصل الإطلاق ؛ ولأن هذا التقييد في أبيها [١] ، كالتقييد بقولنا [٢] : أهلية .

٥١٣٨ - فإن قيل : من عادة العرب أن تضع [٣] للمتولدات أسماء منفردة [٤] فيجوز أن يكونوا وضعوا لولد البقر ، فلم نسلم الاسم مع التجويز [٥] .

٥١٣٩ - قلنا : الأسماء إنما تثبت بالنقل لا بالظن [٦] فإذا لم ينقل تناولها اسم [٧] أبيها وأمها يسمى به كل واحد على الانفراد . ولأنه ينفصل [٨] عما يجب [٩] فيه الزكاة بالإجماع حيوانًا ، فجاز أن يجب فيه الزكاة ، أصله إذا كان الأب معلوفًا [١٠] ، أو نقول [١١] : إنه ينفصل عما يوجد [١٢] في الزكاة حيوانًا ، ولا يلزم النقل ؛ لأن الزكاة لا تتعلق [١٣] بأمه بإجماع ، وعلى العلة الثانية أنه لا يؤخذ [١٤] في الزكاة .

٥١٤٠ - قلنا : ولد البقر شابه [١٥] الأم شبهًا واسمًا ؛ ولأنه نتاج شاة فصار كما ذكرنا .

٥١٤١ - فإن قيل : المعنى في المعلوفة والسائمة أن كل واحد منهما يجوز أن يجب فيه الزكاة .

٥١٤٢ - قالوا [١٦] : وفي مسألتنا الآن لا يجوز [١٧] أن تجب [١٨] فيه الزكاة .

٥١٤٣ - قلنا : قد جعلنا وجوب الزكاة في الأم علته [١٩] وجعلوا تعلق الزكاة في الأم والأب علة [٢٠] ، وتعليق الحكم [٢١] بأحد الوصفين أولى ، وعلة الوصف تبطل [٢٢] إذا

---

(١) في (ن) : [في الانتهاء] .
(٢) في (م) ، (ع) : [بقول] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يضع] .
(٤) في (ص) ، (ن) : [مفردة] .
(٥) في (ص) : [مع التحريز] .
(٦) في (م) ، (ع) : [بالطعن] .
(٧) لفظ : [الاسم] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٨) في (ع) : [ولا ينفصل] .
(٩) في (ن) : [تجب] .
(١٠) في (ن) : [معلوما] .
(١١) في (م) ، (ع) : [أو يقول] .
(١٢) في (ن) : [توجد] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [لا يتعلق] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [أمه لا يوجد] .
(١٥) في (م) : [شأنه] .
(١٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قال] .
(١٧) في (م) ، (ع) : [يجوز] .
(١٨) في (م) : [يجب] .
(١٩) في (ص) ، (ن) : [عليه] .
(٢٠) في (ص) : [علته] .
(٢١) في (ص) : [وتعلق الحكم] .
(٢٢) في (م) : [يبطل] .

كانت الأم معلوفة [١] . ولأنه حكم يختص بالملك ، فإذا ثبت للأم [٢] بالإجماع تبعها الولد فيه ، كالرق .

٥١٤٤ – ولا يلزم وطء الرجل لجاريته ووطء المغرور ؛ لأن العتق [٣] هناك يثبت بالنسب لا بالملك ، بدلالة أنه لو وطئ جارية ابنه كان الولد حرًا وإن لم يكن في ملكه .

٥١٤٥ – ولا يلزم وجوب الزكاة في البغل [٤] ؛ لأن الزكاة لا تثبت [٥] في الأم بإجماع . ولا يلزم الإسهام للبغل ؛ لأن ذلك لا يختص بالملك ، بدلالة أن المستعير يُسْهَم لفرسه [٦] .

٥١٤٦ – فإن قيل : الرق هو الملك فقولكم : إنه حكم يختص بالملك لا يوجد [٧] في الأصل .

٥١٤٧ – قلنا : الرق هو المعني الذي يملك من العبد ، والملك غير المملوك .

٥١٤٨ – احتجوا : بأنه جنس [٨] متولد من جنسين لا زكاة في أحدهما بحال فلم يجب فيه الزكاة ، كما لو [٩] كانت الأم من الظباء .

٥١٤٩ – الجواب : أن انتفاء الحكم عن أحد الأبوين لا يدل على انتفائه عن الولد [١٠] ، بدلالة الرق والحرية والإسلام والكفر ، والمعني في الأصل : أنه انفصل وهو وصف [١١] تتعلق به الزكاة ، وفي مسألتنا بخلافه .

٥١٥٠ – فقالوا : الإسقاط والإيجاب إذا اجتمعا في باب الزكاة غلب حكم الإسقاط أصله : إذا علفها في بعض الحول .

٥١٥١ – قلنا : الأب عندنا لا اعتبار به ، فلم نسلم اجتماع الموجب والمسقط ، ولو سلمنا بطل إذا كانت الآباء معلوفة ، وإذا علف [١٢] السائمة يومًا واحدًا ، ولو قيل إذا

---

(١) في (ن) : [فيه معلومة] . (٢) في (ع) : [الأم] .
(٣) في (ن) : [المعروف لابل العتق] .
(٤) لفظ : [البغل] : ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [لا يثبت] . (٦) في (ن) : [ان المسعر لسهم فرسه] .
(٧) في (م) ، (ع) : [لا يؤخذ] . (٨) في (ص) : [تجنس] .
(٩) حرف : [لو] ساقطة من (م) ، (ع) . (١٠) في (ن) : [عن الاخر لولد] .
(١١) في (م) ، (ع) : [وهو لصنفته] ، وفي (ن) : [وهو أصفر] ، وفي (ص) : [أصف] ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(١٢) في (ص) : [علف] .

اجتمع الموجب والمسقط ؛ فالإيجاب أولى ؛ لأنه (١) أحوط كان أقرب ، فأما إذا علفها بعض السنة ؛ فلأن ذلك المالك لم يبرئه (٢) لسقوط المؤنة ، إلا أنا غلبنا (٣) الإسقاط .

٥١٥٢ - قالوا : احتج الشافعي : بأن الخيل يسهم (٤) لها ويجب فيها الزكاة ويؤكل لحمها ، ثم يخالفها البغل في كل واحد من هذه الأحكام ، وكذلك في مسألتنا .

٥١٥٣ - الجواب : أن هذه دعوى من غير جمع ، ثم قد قال الشافعي : في السمع (٥) إنه لا يؤكل اعتبارًا بأبيه ، وأوجب فيه الجزاء اعتبارًا بأمه .

٥١٥٤ - وقلنا : جمعًا (٦) في ولد (٧) الحر من المملوكة الزوجة بأنه يتبعها في الرق والإسلام ، فلا (٨) فرق بين الأم والولد (٩) في الزكاة اعتبارًا بالبغل ، ولم يسو (١٠) بينهما اعتبارًا بهذه الأصول ، فأما أكل البغل : فإن (١١) أباه لا يؤكل وأمه يكره أكل لحمها فيغلب حكم الحظر لحصوله في الجهتين ، فأما الأسماع : فلأن الغالب من حاله أنه (١٢) لا يصلح للطلب والهرب ، فصار كالفرس الهرم الزمن (١٣) لا ينتفع به في الحرب ، فلا يسهم له . وأما الزكاة : فلأن الزكاة للسوم يتعلق (١٤) بالنماء ، والبغل ليس له نماء من جهة الدر (١٥) والنسل ، ولا من جهة اللحم ، فلذلك لم يجب فيه زكاة السوم .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [فالايجاب الأولى ان] .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لم يبريه] من غير نقط .

(٣) في (م) ، (ع) : [علينا] .

(٤) في (ن) : [قسم] ، مكان : [يسهم] .

(٥) السمع : بكسر السين ولد الذئب من الضبع . راجع لسان العرب مادة سمع (٢٠٩٨/٣) ، المصباح المنير (٢٧٢/١) .

(٦) في (ص) ، (ن) : [جميعا] .

(٧) في (ن) : [من ولد] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلم] .

(٩) في (ن) : [بين الولد والأمر] .

(١٠) في (ص) ، (م) : [ولم يستو] .

(١١) في (ن) : [فلان] .

(١٢) في (ن) : [حالنا] ، وفي (ع) : [ان] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [كالفرض الزمن الهرم] .

(١٤) في (ن) : [فلا تنعلق] .

(١٥) في (ن) : [الدبة] ، وفي سائر النسخ : [الذر] بالذال المعجمة ، وصوابه بالدال المهملة . الدر : بالفتح والشدة ، اللبن . راجع في لسان العرب مادة درر (١٣٥٦/٢) ، المصباح المنير (١٨٠/١ ، ١٨١) .

مسألة ٣١٢

الخلطة لا تأثير لها في إيجاب الزكاة

٥١٥٥ - قال أصحابنا : الخلطة لا تأثير لها [١] في إيجاب الزكاة ، فيعتبر كل واحد من الخليطين على حياله [٢] فيوجب عليه عند الشركة ما يوجب عليه حال الانفراد [٣] .

٥١٥٦ - وقال [٤] الشافعي : إن كانت خلطة أعيان لا يتميز مال أحدهما من مال الآخر ، أو خلطة أوصاف ، وهي التي يتميز [٥] نصيب كل واحد منهما إلا أن المناخ والمسرح [٦] والمشرب [٧] والفحل والراعي واحد ، ففي كل الخليطين يزكي المال زكاة الملك الواحد ، وأما الخلطة فيما عدا المواشي من الأموال ، فقال في القديم : لا تؤثر [٨] الخلطة ، وقال في الجديد : هي كالماشية [٩] .

٥١٥٧ - لنا : ما روي في كتاب رسول الله ﷺ الذي كتبه أبو بكر رضي الله عنه [١٠] لأنس : « ومن لم يكن له إلا أربع [١١] من الإبل ؛ فليس فيها صدقة إلا أن يشاء ربها » [١٢] .

---

(١) لفظ : [لها] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) : [خياله] ، بالخاء المعجمة ، وهو خطأ .

(٣) راجع المسألة في كتاب الأصل كتاب الزكاة (٢/٥) ، مختصر الطحاوي باب صدقة الغنم ص٤٤ ، المبسوط كتاب الزكاة (١٥٣/٢ ، ١٥٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قال] بدون العطف .

(٥) في (م) ، (ع) : [تميز] .

(٦) في (م) : [المباح والمسرج] .

(٧) قوله : [والمشرب] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) استدركه المصنف في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [لا يوثر] .

(٩) راجع تفصيل المسألة في الأم كتاب صدقة الخلطاء (١٣/٢ ، ١٤) ، المهذب باب صدقة الخلطاء (١٥٠/١ ، ١٥١) ، حلية العلماء باب صدقة الخلطاء (٥١/٣ - ٥٣) المدونة في زكاة ماشية الخلطاء، وفي زكاة الخلطاء في الثمار والزرع والأذهاب (٢٧٧/١ ، ٢٨٥) ، المنتقى في صدقة الخلطاء (١٣٦/٢ ، ١٣٧) ، الكافي لابن عبد البر باب زكاة الخلطاء (٣١٥/١ - ٣١٩) ، بداية المجتهد كتاب الزكاة ، الفصل الرابع في نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك (٢٧١/١ - ٢٧٣) ، المسائل الفقهية ، كتاب الزكاة (٢٣١/١ ، ٢٣٢)، الإفصاح باب الزكاة (٢٠٤/١) الكافي لابن قدامة باب حكم الخلطة ، (٢٩٥/١ - ٢٩٨) ، المغني باب صدقة الغنم (٦٠٧/٢ - ٦٠٩) .

(١٠) الزيادة من (م) ، (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [الأربع] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [الا نسائها] . سبق تخريجه في مسألة (٢٩٦) .

٥١٥٨ - قالوا : وقوله في صدقة الغنم : « وإذا كانت سائمة الرجل ناقصة عن أربعين شاة واحدة » ، فليس فيها صدقة إلا [إن] شاء ربها [١] .

٥١٥٩ - قالوا : [قوله : « و] [٢] إذا كانت سائمة الرجل » أراد به : جنس الرجال ؛ لأن الألف واللام للعهد أو للجنس وليس هاهنا [٣] عهد ينصرف إليه ، فبقي أن يراد به الجنس ، وقد يذكر الواحد ويراد به : الجنس ، كقوله تعالى ﴿ إِنَّ ٱلْإِنسَـٰنَ لَفِى خُسْرٍ ﴾ [٤] .

٥١٦٠ - قلنا : قوله : « ومن لم يكن معه إلا أربع من الإبل » دليل ليس يدخل عليه هذا الاعتراض . ثم هذا غلط ؛ لأن المراد به : التعريف ، وقد صار صاحب السائمة معروفًا بإضافة السائمة إليه ، فكيف يراد الجنس وسائمة جنس الرجال لا تنقص عن أربعين [٥] ، فلا يكون لذكر الأربعين في الجنس معنى .

٥١٦١ - فإن قيل : قوله : « إلا أن يشاء ربها » لا معنى له إلا أن يشاء المشاركة بها ، وإلا فكيف تجب [٦] الزكاة فيما دون النصاب لمشيئته .

٥١٦٢ - قلنا : معناه : إلا أن يشاء التطوع ، كما قال عليه الصلاة والسلام [٧] للأعرابي : لما قال : هل عليَّ غيرها ؟ قال : « لا ؛ إلا أن تطوع » [٨] ، تبين ذلك [٩] أنه إذا شاء المشاركة فشارك [١٠] ، وجبت الزكاة لا لمشيئته عندهم ؛ بل تجب [١١] وإن لم يشأ . والخبر يقتضي : أن يكون فيها صدقة بمشيئته للصدقة لا لغيرها .

٥١٦٣ - والدليل عليه : قوله عليه الصلاة والسلام [١٢] : « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم [١٣] وأردها على فقرائكم » [١٤] ، فجعل الناس فيه صنفين .

٥١٦٤ - فمن قال : إن كل واحد من الشريكين في نصاب واحد تؤخذ [١٥] منه الصدقة وترد [١٦] فيه الصدقة ، فقد أثبت نوعًا ثالثًا ، وهذا مخالف للخبر . ولأن ملك

---

(١) في (م) ، (ع) : [الا نسائها] ، والزيادة من (ن) .
(٢) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [منها] .
(٤) سورة العصر : الآية ٢ .
(٥) في (م) ، (ع) : [لا ينقص] .
(٦) في (م) : [يجب] .
(٧) الزيادة من (ع) .
(٨) تقدم تخريجه في مسألة (١٥٠) .
(٩) لفظ : [ذلك] ساقط من (ع) .
(١٠) في (ن) : [شارك] ، وفي (م) ، (ع) : [إذا شاء الشركة يشارك] .
(١١) في (م) ، (ن) : [يجب] .
(١٢) الزيادة من (ع) .
(١٣) في (م) ، (ن) : [من أعيانكم] .
(١٤) تقدم تخريجه في مسألة (٣٠٩) .
(١٥) في (م) ، (ع) : [يؤخذ] .
(١٦) في (م) ، (ع) : [ويرد] .

كل واحد منهما [١] ناقص عن النصاب ، فلم يجب فيه الزكاة ، كالمنفرد وكشريك الذمي ، وكالمكاتب ، وكما لو اختلف [٢] حولهما . ولأن كل من لو شارك كافرًا أو مكاتبًا لم تجب [٣] عليه الزكاة ، فإذا شارك حرًّا مسلمًا لم تجب [٤] عليه [٥] الزكاة ، كما لو اشتركا في بعض الشرائط / ، أو اشتركا بعد ما ثبت لكل واحد من المالين [٦] حكم الانفراد واختلف حولهما . ٦٤

٥١٦٥ - فإن [٧] قيل : المعنى في شريك الكافر : أن أحدهما لو انفرد بالمال [لم تجب الزكاة . وفي مسألتنا : كل واحد منهما لو انفرد بالمال] وجبت [٨] عليه الزكاة .

٥١٦٦ - قلنا : لو انفرد به المسلم ؛ وجبت الزكاة [٩] والإيجاب عليه خاصة ، فلا معني لاعتبار خلطة [١٠] شريكه .

٥١٦٧ - قالوا : الكافر لا زكاة لكفره ، وهذا المعني لا يرتفع بالشركة .

٥١٦٨ - قالوا : لا يعتبر حال الشركة بحال الانفراد ، بدلالة أن المشتركين في الموضحة تتحمل [١١] العاقلة عنهما ، ولو انفرد أحدهما لم تتحمل [١٢] .

٥١٦٩ - قلنا : كل واحد من المشتركين في الموضحة تتحمل [١٣] العاقلة عنهما فعليه إيضاح . فلو انفرد لحملته [١٤] العاقلة ؛ ولأن عندنا ليس المعتبر في التحمل أن يبلغ الأرش [١٥] مقدارًا معلومًا ، وإنما المعتبر أن توجد جناية يتقدر أرشها [١٦] ، بدلالة أن الصيد [١٧] إذا كانت قيمته عشرة دراهم تحملت [١٨] قيمته العاقلة ؛ لأن الجناية في

---

(١) لفظ : [منهما] ساقط من صلب (ص) استدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (ن) : [أخلف] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يجب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لم يجب] .

(٥) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) في (ن) : [المساكين] .

(٧) في (ن) : [ان قيل] .

(٨) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، وفي (ن) : [وجب] .

(٩) في (م) ، (ع) : [وجبت عليه الزكاة]

(١٠) في (ن) : حر ، مكان : خلطة ، وفي هامش (ص) كلمة غير مقرؤة ، مكان خلطة من نسخة أخري .

(١١) في (م) ، (ع) : [يتحمل] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يتحمل] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [يتحمل] .

(١٤) في (ن) : [تحملته] .

(١٥) في (م) ، (ع) : [الأرض] ، وهو تصحيف . الأرش : الدية ، جمع : أروش .

(١٦) في (ن) : [أرشهما] .

(١٧) في (ن) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى : [العبد] ، مكان [الصيد] .

(١٨) لفظ : [تحملت] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

نفسها بما يتقدر بدلها ، وكل واحد من المشتركين في الموضحة جنايته بما يتقدر أرشها . ولأنه حق اللّٰه [١] تعالى لا يجب عليه قبل الشركة فلا يجب بعدها ، كالحج والكفارة .

٥١٧٠ - قالوا : إذا اشتركا فالمال لا يكفي كل واحد منهما في نفقة الحج فلم يجب الحج ، وفي مسألتنا : إذا اشتركا فقد بلغ المال نصابًا ، فلذلك زكى كل واحد [٢] بقدر حقه .

٥١٧١ - قلنا : المال يحتاج إليه للنفقة ، فإذا لم تبلغ [٣] نفقتها ، لم تجب [٤] عليها ، والنصاب يحتاج إليه ليصير مال المزكي قدرًا يحتمل الزكاة وبالشركة لم يصر [٥] مال كل واحد ذلك المبلغ .

٥١٧٢ - فإن قيل : الحج لا يتبعض [٦] بالإيجاب فلا يمكن أن يجب على كل واحد منهما بعض الحج ، والزكاة تتبعض [٧] فيمكن إيجاب بعضها علي كل واحد ، كما يجب إذا هلك ماله .

٥١٧٣ - قلنا : وكذلك الزكاة لا تتبعض في الإيجاب ابتداء ، وإنما يجب جميعًا [٨] ثم يسقط بعضها ، وكذلك نقول في الحج : إذا تعلق بالمال وهلك بعضه حج بالباقي من حيث بلغ [٩] . ولأن كل واحد من المشتركين يجوز دفع الزكاة إليه مع ثبوت يده على ماله فلم تجب [١٠] الزكاة عليه [١١] ، كالمنفرد والمكاتب . ولأن النصاب شرط في وجوب الزكاة كالحول ، فإذا لم يبن حول مكلف على حول غيره ؛ لم يبن [١٢] نصابه على نصاب غيره .

٥١٧٤ - قالوا : لا يمتنع أن يقع الضم في النصاب دون الحول ، كما انضم في

---

(١) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [لله] .

(٢) العبارة : من قوله [ذلك المبلغ] إلى قوله : [على كل واحد] الآتية بعد شطرين ، وردت في (ن) بعد قوله : [زكى كل واحد] بدلًا من بعد قوله : [لم يصر مال كل واحد] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يبلغ] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لم يجب] .

(٥) في (ن) : والشركة لم تصر] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يتبعض] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يتبعض] .

(٨) في (ن) ، وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [جميعها] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يبلغ] .

(١٠) في (م) : [فلم يجب] .

(١١) لفظ عليه : ساقط من (م) ، (ع) .

(١٢) في (ن) : [اذا لم يبن حول مكلف على مكلف على حول غيره لم تبن] ، مكان المثبت .

الموضحة ولم يتغير [١] الحول .

٥١٧٥ - قلنا : هناك لا يعتبر حال الانفراد في النصاب وإنما يعتبر جناية يتقدر [٢] أرشها .

٥١٧٦ - قالوا : ضم حول أحدهما إلى حول الآخر لا يتعلق به تخفيف ، وفي ضم أحد المالين إلي الآخر تخفيف .

٥١٧٧ - قلنا : عندكم الخلط تخفيف فلأجل ذلك ضم [٣] بعض المال إلى بعض كذلك [٤] كان يجب لأجل خفة المؤنة أن يضم حول إلى حول .

٥١٧٨ - قالوا : لا يمكن ضم كل واحد منهما إلى الآخر في الحول وإنما يضم أحدهما إلى حول الآخر ويمكن ضم نصيب كل واحد إلى نصيب الآخر .

٥١٧٩ - قلنا : كان يمكن أن يبني الوارث على حول الميت فيضم بعض حول الميت إلى بعض حول الوارث ؛ فيصير كل واحد من جزئي [٥] الحول مضمومًا إلى الآخر : كما أن كل واحد من جزئي [٦] النصاب مضمومًا إلى الجزء الآخر .

٥١٨٠ - قالوا : نقول بموجب العلة ؛ لأن عندنا قد ضم أحد الحولين إلى الآخر ؛ لأن كل واحد لو انفرد بماله لم يخير [٧] في الحول ، فإذا اشتركا خير في الحول .

٥١٨١ - قلنا : هذا هو الضم في النصاب الذي هو فرع العلة ، والضم في الحول هو ضم جزء [٨] من الحول إلى الآخر [٩] وهذا لا يقولونه . ولأنه لم يستفد [١٠] بالشركة غنىً لم يكن [١١] ؛ فصار كالشركة في بعض الشرائط . ولأنه حق للّٰه [١٢] تعالى يعتبر في وجوب نصاب مقدر ، فاعتبر كمال النصاب في حق كل واحد ممن وجب عليه ، كالسرقة .

٥١٨٢ - فإن قيل : المعني في السرقة : أن فعله لا يبني على فعله ، بدلالة : أنه [١٣] لو سرق في دفعات نصابًا لم يقطع فلذلك [١٤] لم يبن فعله على فعل غيره ، وفي الزكاة

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولم يتغير] . (٢) في (ن) : [بتقدر] .

(٣) في (ن) : [فلا حل ضم] .

(٤) في (ص) : [فلذلك] ، وفي (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(٥) في (ن) : [من جزؤي] . (٦) في (ن) : [من جزؤي] .

(٧) في (ن) : [لم يجز] . (٨) في (ن) : [حرف] .

(٩) في (ن) : [إلى آخر] . (١٠) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لم يفسد] .

(١١) لفظ : [يكن] ساقط من (م) ، (ع) . (١٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [للّٰه] .

(١٣) لفظ : [أنه] ساقط من (م) ، (ع) . (١٤) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

يبنى ماله على ماله ؛ لأن من ملك نصابًا متفرقًا في مواضع بني بعضه على بعض ، كذلك جاز أن يبني نصابه على نصاب غيره .

٥١٨٣ - قلنا : علة الفرع تبطل [١] بالحج ؛ لأن ماله يبني على ماله في إيجاب الحج ، ولا يبني على مال غيره .

٥١٨٤ - قالوا : الواجب بالسرقة لا يتبعض ، فلا يمكن أن يوجب على كل واحد من السارقين بقدر [٢] ما أخذ .

٥١٨٥ - قلنا : والزكاة لا يتبعض وجوبها ابتداء عندنا [٣] ، فلا يمكن أن يوجب على كل واحد بعض شاة .

٥١٨٦ - قالوا : نقلب العلة فنقول : فجاز أن يتعلق بنصاب مشترك ، كالقطع .

٥١٨٧ - قلنا : الشركة في الزكاة إنما تؤثر [٤] في حق الموجب عليه ، فنظيره من السرقة ، تأثير الشركة في الفعل [٥] الموجود من الموجب عليه ، فأما الشركة في حق غير الموجب عليه ؛ فهي كالشركة في الزكاة بين الراعيين [٦] والمصدقين [٧] .

٥١٨٨ - والجواب : أن الخطاب بالإيجاب ينصرف إلى كل واحد من المكلفين في نفسه ، فيتناوله بجميع الحكم المذكور ، كقوله [تعالى] ﴿ وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ [٨] . ولأن هذا بيان [٩] لقوله تعالى : ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ [١٠] . والمراد بتلك الآية : خطاب كل واحد بإيتاء الزكاء من مال [١١] نفسه ، كذلك بيان النصاب في حقه ، وهذا كقوله عليه الصلاة و [١٢] السلام : « لا قطع إلا في ثمن المجن » [١٣] . لما كان بيانا لقوله

---

(١) في (م) : [يبطل] .
(٢) في (ن) : [بعذر] .
(٣) لفظ : [عندنا] ساقط من (ع) .
(٤) في (م) ، (ع) : [يوثر] .
(٥) في (ن) : [في العقل] .
(٦) في (ن) : [بين الراعين] .
(٧) في (ص) : بعد قوله [والمصدقين] بياض قدر نصف سطر إلى قوله : [والجواب] ، وذكر في الهامش مقابل البياض لفظ : [سقط] .
(٨) أثبتنا الزيادة لمقتضى السياق . سورة البقرة : الآية ٤٣ ، ١١٠ .
(٩) في (ن) : [باق] .
(١٠) نفس الآية .
(١١) في (م) ، (ع) : [من ماله] .
(١٢) الزيادة من (ع) .
(١٣) في (ن) : [الا من ثمن المجن] . أخرجه النسائي في كتاب قطع السارق في ذكر الاختلاف على الزهري (٧٨/٨ ، ٨٠ - ٨٣) . وأخرجه ابن ماجه بلفظ : تقطع يد السارق في ثمن المجن في كتاب الحدود ، باب حد السارق (٨٦٢/٢) ، الحديث (٢٥٨٦) وأحمد في المسند (١٦٩/١) .

[تعالى] [(١)] : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ ﴾ [(٢)] لأنه أفاد وجوب النصاب بكماله في حق كل سارق .

٥١٨٩ – احتجوا : بقوله عليه الصلاة و [(٣)] السلام : « لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع » [(٤)] . ولا يخلوا إما أن يكون المراد به [(٥)] : المتفرق في الملك ، أو في المكان أو فيهما . ولا يجوز أن يراد به المكان لا تفاقهم أن السائمة للرجل الواحد في الأماكن المختلفة يجب جمعها للصدقة ، ولا يجوز أن يراد به الملك والمكان ؛ لأن ذلك يتنافي [(٦)] .

٥١٩٠ – ألا ترى أنا إذا أضمرنا المكان اقتضى [أن] [(٧)] مال الواحد إذا تفرق في أماكن لم تجب [(٨)] فيه الزكاة ، وإذا كان المراد الملك ، اقتضى وجوب الزكاة فيه وإن تفرق ، وإضمار ما يؤدي [(٩)] إلى تناقض الحكم لا يصح ، فلم يبق إلا أن يكون المراد الملك فكأنه قال : لا يجمع بين متفرق في الملك ، ولا يفرق بين مجتمع في الملك ؛ لأنه ذكر للنهي عن التفريق الذي يقتضى [(١٠)] الجمع الذي ابتدأ به ، ثم قال : وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما ، وهذا الاستئناف يدل على [(١١)] أن الجملة قد اشتملت على [(١٢)] الخليطين وغيرهما ، لولا ذلك لم يكن للاستئناف بذكر الخليطين معني ، ومتى تناولت الجملة الخليطين وغيرهما ، والجمع والتفريق [في غير الخليطين لا يتناول إلا الملك] [(١٣)] .

٥١٩١ – قالوا : عموم اللفظين يقتضي الملك والمكان ، فخصصنا الأول ، بدليل نفي الظاهر على عمومه .

٥١٩٢ – قلنا : قد بينا أن إثبات العموم في الأول يؤدى إلى التناقض ؛ فلم يصح أن

---

(١) الزيادة لمقتضى السياق . (٢) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٣) الزيادة من (ع) .

(٤) أخرجه البخاري مختصرًا في الصحيح ، باب لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع (٢٥٢/١) والنسائي مطولًا في باب زكاة الإبل (١٨/٥ – ٢٣) ، والدارقطني في باب زكاة الإبل والغنم (١١٣/٢ – ١١٦) الحديث (٢ ، ٣) . وأبو داود في السنن باب في زكاة السائمة (٣٩٢/١ – ٣٩٤) ، والترمذي باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم (٨/٣ – ١٠) ، الحديث (٦٢١) .

(٥) لفظ : [به] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (ص) : [بينا في] . (٧) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) في (م) : [لم يجب] . (٩) في (ن) : [ما تودي] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يقتضي] . (١١) حرف : [على] : ساقطة من (ن) .

(١٢) حرف : [على] ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

يفيد [١] إلا الخصوص وما عطف عليه في حكمه ، ولأنا إذا حملناه على الملك حملناه على العموم ولم يشترط فيه شيئًا ، وإذا حملوه على المكان احتاجوا إلى إضمار الشرائط التي هي الفحل والمشرب والمسرح والمناخ ، وحمل اللفظ على العموم من غير إضمار أولى .

٥١٩٣ – قالوا : قوله : « لا يجمع بين متفرق » معناه : في الملكين ؛ لأن المتفرق في الملك الواحد يجمع [٢] وقوله [٣] : « ولا يفرق بين مجتمع » معناه : في ملكين .

٥١٩٤ – قلنا : لا يصح أن يقال : مجتمع في ملكين ؛ لأن تباين الملكين افتراق فكيف يوصف بالاجتماع الذي هو ضده ، ولأنا إذا حملنا اللفظ الأول على التفرق [٤] في الملك اكتفينا به لأنه يفيد الملكين ، فإذا اضمروا ملكين زادوا في الإضمار زيادة لا تفتقر [٥] صحة الكلام إليها ، وهي الياء والنون ، ومن أثبت [٦] الفائدة وقل إضماره أولى بالظاهر .

٥١٩٥ – فإن قيل : حقيقة الاجتماع تقتضي [٧] تقارب الأجسام ، وحقيقة الافتراق تقتضي [٨] تباعدها .

٥١٩٦ – قلنا : الحقيقة هي المفارقة وذلك غير مراد بالإجماع ، فهم يحملون اللفظ على الاجتماع الذي هو التجاوز ، ونحن [٩] نحمله على الاجتماع في الحكم وهو الملك ، فكل [١٠] واحد منا تارك للظاهر ، وإذا ثبت أن المراد بالخبر : الاجتماع في الملك والافتراق فيه .

٥١٩٧ – قلنا : قوله : « لا يجمع بين متفرق في الملك » أفاد إبطال قول [١١] مخالفنا ، لأن الخليطين يزكيان [١٢] زكاة رجل واحد ؛ فيجمع ما لهما في الزكاة مع افتراقه في الملك ، هذا إن صرفنا [١٣] النهي إلى المصدق ، وإن انصرف إلى أرباب الأموال [١٤] كان معناه : الرجلان ، لكل واحد منهما أربعون شاة يجمعانها [١٥] حتى

---

(١) في (م) ، (ع) : [يفيد] .
(٢) في (ن) : [له يجمع] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فقوله] .
(٤) في (ص) : [على المتفوق] .
(٥) في (م) ، (ع) : [لا يفتقر] .
(٦) في (ن) : [لم يثبت] .
(٧) في (م) ، (ع) : [يقتضي] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يقتضي] .
(٩) في (م) ، (ع) : [نحن] بدون العطف .
(١٠) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وكل] .
(١١) لفظ : [قول] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٢) في (ن) : [لأن الخليطين يركيا] .
(١٣) في (ص) ، (م) : [صرفنا] ، وفي (ع) : [صرفت] .
(١٤) في (م) : [الأمهات] ، مكان : [الأموال] .
(١٥) في (ن) : [يجمعاها] .

يعمل صدقتهما .

٥١٩٨ - وقوله : « ولا يفرق [(١)] بين مجتمع » معناه : إذا كانت ثمانون [(٢)] شاة لرجل واحد ، لا يفرقها المصدق حتى يأخذ منها شاتين ، وإذا كان له إحدى وستون [(٣)] من الإبل لم يفرقها ، فيأخذ منها بنت لبون وبنت مخاض ، وإن انصرف ذلك إلى أرباب الأموال لم يجز لصاحب الأربعين أن يفرقها ، فيقول : هذه لي ولآخر ، حتى لا يجب فيها شيء .

٥١٩٩ - قالوا : بيان حكم الملك الواحد قد سبق في هذا الخبر فلا يحمل اللفظ على التكرار .

٥٢٠٠ - قلنا : هذا ليس [(٤)] تكرارًا ؛ لأنه عليه الصلاة و [(٥)] السلام بين زكاة الواحد ثم عقبه / بالنهي عما يفعله ، ليسقط بعض الواجب [(٦)] أو يفعله المصدق ليزيد في الواجب ، والأمر إذا كان فيه [(٧)] النهي عما يخالفه لم يكن ذلك تكرارا [(٨)] . ٤

٥٢٠١ - قالوا : قوله عليه الصلاة و [(٩)] السلام : « وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية » [(١٠)] يدل على أن للخلطة تأثيرًا [(١١)] في الزكاة ويدل على إثبات التراجع وذلك لا يصح على قولكم .

٥٢٠٢ - والجواب : أن استئناف ذكر الخليطين يدل على أن المراد بالجملة الأولى : الخليطان وغيرُهما ، وهذا لا يكون إلا على قولنا .

٥٢٠٣ - فأما قولهم : إنه يدل على أن للخلطة تأثيرًا [(١٢)] فليس كذلك ، بل يدل على بيان الحكم في حال الخلطة ، وذلك لا يقتضي أن لها حكما [(١٣)] لا يؤخذ [(١٤)]

---

(١) في (ع) : [ولا نفرق] .

(٢) في (ص) : [اذا كانت الثمانون] ، وفي (ن) : [الثمانين] ، مكان : [الثمانون] ، وفي (م) ، (ع) [إذا كان ثمانون] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) في (ن) : [إحدى وستين] .

(٤) لفظ : [ليس] ساقط من (ن) .

(٥) الزيادة من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [ليسقط الواجب] .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بعضه] .

(٨) في (م) : [تكرار] .

(٩) الزيادة من (ن) .

(١٠) في (م) : [بالتسوية] هذا الحديث : أخرجه البخاري في الصحيح ، باب ما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية (٢٥٣/١) .

(١١، ١٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [تأثيرا تأثيرا] مكرر .

(١٣) في (ن) : [حكم] .

(١٤) في (ص) ، (ن) : [لا يوجد] .

بعدمها ، فأما التراجع [1] فليس يجب بين كل خليطين ؛ لأن خلطة الأعيان عندهم [2] لا يثبت التراجع فيها [3] [إلا إذا كان الواجب من غير الجنس وخلطة الأوصاف يثبت فيها التراجع] [4] إذا أخذ من نصيب أحدهما زكاة الآخر ، وإذا أخذ المصدق من مال كل واحد منهما من نفسه [5] لم يتراجعا ، فإذا ثبت التراجع لا يثبت بكل حال ، فنحن نقول به . إذا كانت الإبل خلطة أعيان ، وهي إحدى وستون ، لأحدهما : ستة وثلاثون جزءًا [6] وللآخر : خمسة وعشرون جزءًا [7] فأخذ المصدق بنت لبون [8] ، وبنت مخاض ، رجع صاحب الكثير [9] على صاحبه بحصته من بنت مخاض فيرجع الآخر عليه [10] بحصته من بنت لبون فيثبت [11] التراجع في حالة واحدة من كل واحد على صاحبه [12] ، وهذا [13] حقيقة البقاء على المضارب ، وعندهم يرجع هذا تارة ويرجع الآخر عليه في حالة الأخرى [14] وليس ذلك [15] حقيقة الكلام .

٥٢٠٤ - قالوا : المراد بالخليطين خلطة الأوصاف ، الدليل عليه ما روى السائب بن يزيد قال : صحبت سعد بن أبي وقاص ﷺ [16] زمانًا فما سمعت منه حديثًا ؛ إلا أني سمعته ذات يوم يقول : قال رسول اللَّه ﷺ : « لا يفرق بين مجتمع ، ولا يجمع بين متفرق ، والخليطان ما اجتمعا في الحوض والفحل والراعي » [17] ، وإذا كان المراد بالخلطة خلطة الأوصاف ثبت ما قلنا .

٥٢٠٥ - الجواب : أن هذا الخبر [18] رواه ابن لهيعة عن يحيى بن سعيد الأنصاري عن

---

(١) لفظ : [التراجع] ساقط من (ع) .
(٢) لفظ : [عندهم] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٣) في (ن) : [لا تثبت فيها التراجع] .
(٤) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش ، ومكرر في (ن) .
(٥) في (ن) [من كل واحد منهما من نصيبه] ، مكان المثبت .
(٦) في (ن) : [جزوا] .
(٧) في (م) ، (ع) : [جزء] .
(٨) قوله : [بنت لبون] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٩) في (ن) : [الكبير] .
(١٠) لفظ : [عليه] ساقط من (ع) .
(١١) في (ن) : [فثبت] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [من صاحبه] .
(١٣) في (ن) : [هذا] بدون العطف .
(١٤) في (ن) : [أخرى] .
(١٥) في (م) : [كذلك] .
(١٦) الزيادة من (ع) .
(١٧) في (ن) : [والرعي] . حديث السائب بن يزيد : أخرجه الدارقطني ، في باب تفسير الخليطين . وما جاء في الزكاة على الخليطين (١٠٤/٢) ، الحديث (١) ، والبيهقي في الكبرى ، باب صدقة الخلطاء (١٠٦/٤) .
(١٨) في (ص) : [خبر] .

السائب ، وهذه الزيادة من كلام يحيى بن سعيد أدرجها ابن لهيعة . والدليل على ذلك : أن ليثًا روى هذا الخبر عن يحيى بن سعيد . وقال الليث : قال يحيى : والخليطان ما اجتمعا في الفحل والحوض والراعي وابن لهيعة عندهم ضعيف ، والليث أثبت منه ، فالرجوع إلي روايته أولى على أن حقيقة الخلط تقتضي [1] ما لا يتميز ، وذلك لا يكون في شركة الأوصاف وإنما يكون في شركة الأعيان [2] ، ألا ترى أن المنفردين بالمال إذا جعلاه في دار مشتركة لم يسم [3] خليطين في المال بإجماع ، وإن اختلطا في محرز المال .

٥٢٠٦ - فإن قيل : النهي عن الجمع والتفريق خشية الصدقة يدل على أن للخلطة تأثيرًا [4] في الصدقة والجمع والتفريق في الملك لا يؤثر .

٥٢٠٧ - والجواب : أن لها تأثيرًا [5] لو لم ينه عنه ، فأما إذا نهي عنها فلا يكون لها تأثير [6] كما أن اللّٰه تعالى نهي عن نكاح الأمهات لا يقتضي أن يكون له حكم الأنكحة لو أوجد ، والذي يدل ويبين [7] صحة ما قلنا أن النبي ﷺ [8] ذكر عقبة الاجتماع والافتراق ، ولو لم يكن معه إلا أربع من الإبل فلا زكاة عليه وعموم ذلك يتناول [9] حال [10] الخلطة والانفراد .

٥٢٠٨ - قالوا : من جاز أخذ زكاة من ماله بغير إذنه [11] ، كانت الزكاة واجبة فيه كالمنفرد .

٥٢٠٩ - والجواب : أنا لا نسلم جواز أخذ زكاة أحد الشريكين [من مال الآخر بغير إذنه ؛ لأن شركة الأملاك لا تبيح أحد الشريكين] [12] التصرف في مال الآخر ، فكيف يبيح غير الشريك . ومن أصحابنا من قال : إن الساعي [13] يطالبهما بالقسمة ، فإن امتنعا منها صار ذلك رضًا [14] بالأخذ ، فيكون الأخذ حينئذ بإذن الشريك .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يقتضي] .
(٢) لفظ : [الأعيان] ساقط من (ن) .
(٣) في (ن) : [ولم يسم] بالعطف .
(٤) في (ن) : [تأثير] .
(٥) في (ن) : [تأثير] .
(٦) في (م) ، (ع) : [تأثيرًا] .
(٧) في (م) : [وتبين] .
(٨) في (ن) : [عليه السلام] مكان المثبت .
(٩) في (م) ، (ع) : [يتناوله] .
(١٠) لفظ : [حال] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١١) في (م) ، (ع) : [بادنه] ، مكان : [بغير ادنه] ، ولفظ : [بغير] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٢) ما بين القوسين ساقط من صلب (م) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٣) في (ن) : [السياق] ، مكان : [الساعي] .
(١٤) في (ع) : [رضى] .

٥٢١٠ - فإن قيل : يكون الأخذ بإذن شريكه ، ولو كان شريكه صغيرًا أخذ من ماله ولا يصح إذنه .

٥٢١١ - قلنا : لا يجوز أن يأخذ [١] من مال الصغير زكاة غيره إلا أن يفعل ذلك الحاكم الذي يملك أن يقرض من [٢] ماله .

٥٢١٢ - فإن قيل : لو كان ترك القسمة إذنًا في أداء الزكاة لجاز أخذ الديون من ماله إذا لم يقسم النفقات .

٥٢١٣ - قلنا : ذلك لا يتعلق بالمال وإنما يتعلق بالذمة ، وإنما الزكاة تتعلق [٣] بعين المال ؛ فإذا لم يتقاسما حتى يؤدى الحق من العين [٤] ؛ صار ذلك إذنا ، ثم لو سلمنا جواز الأخذ انكسر [٥] بمن له خمس من الإبل وعشر من الغنم ، فإن جواز الأخذ يتعلق بالغنم ، ولا يتعلق الوجوب بها ، كذلك [٦] المستفاد يجوز أن يؤخذ منه [٧] الزكاة ، الأصل [٨] والوجوب لا يتعلق به .

٥٢١٤ - فإن غيروا العبارة [٩] فقالوا : « من جاز أخذ الزكاة من ماله بغير إذنه ؛ وجب أن تكون الزكاة ثابتة [١٠] في حقه .

٥٢١٥ - قلنا : أخذ زكاة غيره من ماله ، لما لم يدل على وجوب المأخوذ في حقه فأولى أن لا يدل على وجوب [١١] غيره في ماله ، ولو استهلك الذمي [١٢] المال بعد الحول ، فالزكاة تؤخذ [١٣] منه ، ولا يدل على وجوبها في حقه . والمعني في المنفرد بالنصاب أنه [١٤] لو شارك به كافرًا أو مكاتبًا وجبت عليه الزكاة . وفي مسألتنا : إن شارك بماله كافرًا لم تجب الزكاة ، كذلك إذا شارك مسلمًا .

٥٢١٦ - قالوا : مال بين مالكين لو انفرد به [١٥] كل واحد منهما وجبت فيه [١٦]

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يؤخذ] .
(٢) حرف : [من] ساقطة من (ن) .
(٣) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .
(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الغير] .
(٥) في (م) ، (ع) : [انكسر] .
(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وكذلك] بالعطف .
(٧) لفظ : [منه] ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) : [الأصلي] .
(٩) في (ع) : [عبروا العبادة] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [أن يكون الزكاة تامة] .
(١١) في (ع) : [وجود] .
(١٢) في (ن) : [المرضى] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [يؤخذ] .
(١٤) في (ن) ، (ع) : [وأنه] بالعطف .
(١٥) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) .
(١٦) لفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

الزكاة ، فإذا كان مشتركًا بينهما وجبت فيه الزكاة ، كثمانين من الغنم .

٥٢١٧ - وربما قالوا : كل مال مأخوذ جاز أن يزكيه الواحد جاز أن يزكيه الاثنان كالثمانين .

٥٢١٨ - قلنا : المعنى في الأصل : أن الزكاة تجب (١) فيه مع كفر الشريك وفي مسألتنا : لا تجب (٢) مع كفر الشريك ، فلم تجب (٣) مع إسلامه ؛ ولأن الثمانين لم يتجدد فيها وجوب لم يكن عند الانفراد [وكذلك الأربعون لا يتجدد فيها وجوب لم يكن عند الأنفراد] (٤) .

٥٢١٩ - قالوا : الزكاة يعتبر فيها الملك والمالك فإذا كان الملك يضم بعضه إلى بعض إذا كان المالك واحدا كذلك إذا كان الملك (٥) مجتمعًا يضم (٦) بعضه إلى بعض ، وإن تفرق الملاك . وتحريره (٧) أنه أحد نوعي الاجتماع ، فكان له تأثير في إيجاب الزكاة ، كاجتماع الملك .

٥٢٢٠ - والجواب (٨) : أن الزكاة يعتبر فيها الحول والملك والمالك ، ثم لا يضم حول مالك إلى حول غيره ليكمل حولا واحدا ، كذلك لا يضم حول ملكه إلى ملك غيره ليكمل نصابًا واحدًا .

٥٢٢١ - قالوا : خفة المؤنة تؤثر (٩) في زيادة الزكاة وزيادتها تؤثر (١٠) في نقصانها ، بدلالة ما سقته السماء ، وما سقى بدالية ، والخلطة فيها خفة مؤنة ؛ لأنهما يكتفيان براع (١١) واحد ومراح واحد .

٥٢٢٢ - قلنا : فعند الشافعي لخفة المؤنة تأثير في نقصان الزكاة ؛ لأنه يقول (١٢) في مائة وعشرين من الغنم بين ثلاثة فيها شاة (١٣) واحدة

٥٢٢٣ - وقيل : الخلطة (١٤) كان فيها ثلاثة ؛ ولأن الملك الواحد قد يخف مؤنة (١٥) بأن يجتمع ، ويكثر بأن يتفرق ، والزكاة على وجه واحد .

---

(١) في (م) : [يجب] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .
(٣) في (م) : [يجب] .
(٤) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) في (ن) : [المالك] .
(٦) في (م) : [بضم] .
(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وتحريوه] ، المثبت من (ن) .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الجواب] بدون العطف .
(٩) في (م) ، (ع) : [يؤثر] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يؤثر] .
(١١) في (ن) : [براعي] .
(١٢) في (ن) : [يقوى] .
(١٣) في (ن) : [لشاة] .
(١٤) في (ن) : [الخلط] ، وفي (ع) : [وقبل الخلطة] .
(١٥) في (م) ، (ع) : [مونته] .

مسألة ٣١٣

لا زكاة في مال الصغير والمجنون

٥٢٢٤ - قال أصحابنا : لا زكاة في مال الصغير والمجنون (١)

٥٢٢٥ - وقال الشافعي : تجب (٢) الزكاة في مالهما (٣) .

٥٢٢٦ - لنا : قوله عليه الصلاة و (٤) السلام : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم (٥) ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » (٦) .

٥٢٢٧ - ولا يقال : إن الوجوب على الولي ؛ لأن الولي عندهم مخاطب بإخراج ما وجب على الصبي ، بدلالة إذا لم يخرج حتى بلغ وجب ذلك عليه ، وكيف تجب (٧) الزكاة على الصبي (٨) ولا مال له ؟ قالوا : المراد (٩) رفع المؤاخذة والمحاسبة والمطالبة ؛

---

(١) راجع : كتاب الأصل باب صدقة الغنم (٤٥/٢) كتاب الآثار ، باب زكاة الذهب والفضة ومال اليتيم ص٦٠ مختصر الطحاوي ص٤٥ ، المبسوط كتاب الزكاة (١٦٢/٢ ، ١٦٤) ، متن القدوري كتاب الزكاة ص١٩ ، تحفة الفقهاء باب من يوضع فيه الصدقة (٣١١/١) ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة ، فصل وأما شرائط الفرضية (٤/٢ - ٦) ، البناية كتاب الزكاة (٣٤٩/٣ - ٣٥٤) ، فتح القدير مع الهداية (١٥٦/٢ - ١٦٠) ، حاشية ابن عابدين ، كتاب الزكاة مطلب في أحكام المعتوه (٤/٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر كتاب الزكاة (١٩٣/١) .

(٢) في (م) : [يجب] .

(٣) راجع : تفصيل المسألة في الأم ، باب زكاة مال اليتيم الثاني (٢٨/٢ - ٣٠) ، المجموع مع المهذب كتاب الزكاة (٣٢٩/٥ - ٣٣١) ، حلية العلماء كتاب الزكاة (٨/٣ ، ٩) ، المدونة في زكاة مال الصبيان والمجانين (٢١٣/١ ، ٢١٤) ، المنتقى في زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها (١١٠/٢) ، المقدمات والممهدات كتاب الزكاة الأول (٢٨١/١ ، ٢٨٢) ، بداية المجتهد كتاب الزكاة (٢٥١/١ ، ٢٥٢) ، الإفصاح (١٩٦/١) ، الكافي لابن قدامة كتاب الزكاة (٢٨١/١ ، ٢٨٢) ، المغني كتاب الزكاة (٦٢٢/٢ ، ٦٢٣) .

(٤) الزيادة من (ع) .

(٥) في (ن) : [يحلم] .

(٦) أخرجه أبو داود في السنن كتاب الحدود ، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدًا (٤٩٣/٢ ، ٤٩٤) ، وابن ماجه في السنن كتاب الطلاق ، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم (٦٥٨/١ ، ٦٥٩) ، الحديث (٢٠٤١ ، ٢٠٤٢) ، وأحمد في المسند (١٠٠/٦ ، ١٠١) (١١٨/١) ، والحاكم في المستدرك في كتاب البيوع (٥٩/٢) ، وفي كتاب الحدود في ذكر من رفع عنهم القلم (٣٨٩/٤) .

(٧) في (ع) : [يجب] .

(٨) في (ص) ، (ن) : [على الوصي] .

(٩) في (ن) : [المراقبة] .

بدلالة وجوب الزكاة على النائم ، ووجوب الفطرة على الصبي .

٥٢٢٨ – قلنا : ظاهر الخبر يقتضي رفع كل الأحكام إلا ما دل الدليل عليه ؛ ولأن الله تعالى قرن وجوب الزكاة بالصلاة في القرآن إذ أوجبها [1] بخطاب ينصرف إلى المكلف ، لقوله [تعالى] [2] : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا ﴾ [3] الآية .

٥٢٢٩ – ولهذا قال عليه الصلاة والسلام لمعاذ حين وجهه إلى اليمن : « ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ، وأن محمدًا رسول الله » ، ثم قال : « فإن أجابوك ؛ فادعهم إلى خمس صلوات في اليوم والليلة ، فإن أجابوك ؛ فأعلمهم أن الله تعالى فرض عليهم حقًّا في أموالهم » [4] . وقال أبو بكر ﷺ [5] « لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة » [6] . ومعلوم أن الصبي ليس من أهل الصلاة ولا الطهارة ، فلا تجب عليه الزكاة .

٥٢٣٠ – ولا يقال : إن الفطرة أوجبها عليه الصلاة و [7]السلام للصائم طهرة من الرفث ، ثم تجب على الصغير ؛ لأن ظاهر التعليل يمنع من وجوبها لولا الإجماع ، ولأنه ليس من أهل الصلاة فلم يكن من أهل الزكاة ، كالكافر .

٥٢٣١ – ولا يقال : إن الكافر لا تجب [8] الفطرة عليه والصبي تجب [9] عليه ؛ لأن زكاة المال مفارقة للفطرة ، بدلالة أن الفقير عندهم يلزمه الفطرة دون الزكاة ، وعندنا يلزم من له قدر النصاب ولا يلزم الزكاة ، فالزوجة تجب [10] عليها الزكاة دون الفطرة في أحد قوليهم [11] .

٥٢٣٢ – وفي القول الآخر : تجب [12] على العبد ويتحملها [13] المولى ولا تجب [14] الزكاة عليه . ولأنها أحد الأركان الخمسة الذي بني الشرع عليها ، كالصلاة

---

(١) في (م) ، (ع) : [اذا وجها] .
(٢) في (ن) : [كقوله] .
(٣) لفظ : [بها] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، سورة التوبة : الآية ١٠٣ .
(٤) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٣٠٩) .
(٥) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .
(٦) تقدم تخريجه في مسألة (٣١٣) .
(٧) الزيادة من (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٩) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(١١) في (م) ، (ع) : [في أحد قولهم] ، وفي (ص) ، (ن) : [وفي] بالعطف ، لعل الصواب بدونها .
(١٢) في (م) : [يجب] .
(١٣) في (ن) ، (ع) : [ويحملها] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [ولا يجب] .

والصوم ، والحج ، والجهاد . ولأنها عبادة شرعية لا تلزم (١) الإنسان [عن] (٢) غيره ، فلا يثبت حكمها في حق الصبي ، كالصلاة .

٥٢٣٣ - قالوا : الصلاة والصوم عباداتُ بَدنٍ (٣) ، فلو وجب عليه أمر بفعلها وهذا لا يكون إلا بعد / البلوغ والعقل ، وليس كذلك ما يجب في المال فإنه لا يتضمن التكليف والخطاب ، وإنما يخرج من المال ، ومال الصبي والمجنون كمال المكلف .

٦٤/أ

٥٢٣٤ - قلنا : الصبي أدخل في العبادات البدنية منه في المالية ، بدلالة أنه يؤمر بالصوم والصلاة إذا أطاقهما ويصح منه الحج عندهم ، ولا يؤمر بشيء من العبادات المالية (٤) ، فإذا لم تجب (٥) عليه العبادات البدنية الخالصة فأولى أن لا تجب (٦) المالية .

٥٢٣٥ - فإن قيل : الصلاة حق بدن ، والزكاة حق مال .

٥٢٣٦ - قلنا (٧) بطلت علة الأصل بعدة الصغيرة ، وعلة الفرع بالكفارات

٥٢٣٧ - فإن قيل : الصلاة لا تجب (٨) على الصبي ما اختلف في وجوبه منها ؛ فلم يجب ما هو متفق (٩) عليه ، ولما وجب عليه ما اختلف فيه من الصدقة جاز أن يجب المتفق عليه .

٥٢٣٨ - قلنا : البالغ عندكم لا تجب عليه الصلاة (١٠) المختلف في وجوبها وهي الوتر ، ويجب عليه المجمع على وجوبه منها ، وعلى أصلهم : لا يجب عليه كفارة رمضان ، وهي مختلف فيها ، ويجب عليه كفارة القتل المتفق عليها .

٥٢٣٩ - قالوا : الصلاة لا تجب (١١) من جنسها فلم تجب (١٢) ، والزكاة تجب (١٣) عليه من جنسها ، وهي الفطرة ، فلذلك وجبت .

٥٢٤٠ - قلنا : كفارة القتل تجب (١٤) على الصبي عندكم ، فلا يجب (١٥) جنسها وهي كفارة اليمين .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يلزم] .
(٢) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) في سائر النسخ : [بدن] ، والصواب ما أثبتناه .
(٤) في سائر النسخ : [المال] ، والصواب ما أثبتناه .
(٥) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٧) لفظ : [قلنا] ساقط من (ن) .
(٨) في (م) : [لا يجب] .
(٩) في (ن) : [مقو] .
(١٠) في (ن) : [لا تجب الصلاة عليه] بالتقديم والتأخير .
(١١ - ١٤) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(١٥) في (ن) : [ولا يجب] .

٥٢٤١ - فإن قيل : الزكاة وإن كانت حقًّا للّه تعالى [١] فلها تعلق بحق الآدمي فصارت كالدين .

٥٢٤٢ - قلنا : يبطل بالإطعام في الكفارة ؛ ولأن مال الصبي لا يثبت فيه التبرع [٢] ؛ فلم تتعلق به الزكاة ، كمال المكاتب .

٥٢٤٣ - فإن قيل : المعني فيه : أنه ناقص الملك ؛ لأنه لا يرث ، ولا يورث ، ولا تلزمه [٣] نفقة أقاربه ، ولا يعتقون [٤] عليه .

٥٢٤٤ - قلنا : الصبي ناقص الملك ، بدلالة أنه لا يصح في ماله العتق والهبة ومتى بينوا صفات كمال [٥] الملك وأحلوا بواحدة [٦] منها ، لم يدل أن البعض يكتفى [٧] فيه بوجه واحد ؛ على أن المكاتب لا يورث لتعلق دين الكتابة [بماله ، كما لا يورث الحر المدبر ، ويورث عنه [٨] ما فضل من مال الكتابة] [٩] كما يورث ما فضل عن دين الحر ، ولا يرث [١٠] ؛ لأن ذلك يؤدى إلى استحقاق مولاه الإرث وهو أجنبي من الموروث ، لا لنقصان [١١] ملكه . ولا تجب [١٢] عليه نفقة الأقارب ؛ لأنها صلة الرحم ، والرق يمنع وجوب [١٣] صلة الرحم ، ويلزمه التوفر [١٤] على المولى ولا يعتق عليه أقاربه ؛ لأن الحر إذا ملكهم ساووه ، والمكاتب إذا ملكهم [١٥] ساووه أيضًا بدخولهم في كتابته . ولأنا قسنا

---

(١) لفظ : [تعالى] ساقط من (م) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الشرع] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولا يلزمه] .

(٤) في (ن) : [ولا يعقون] .

(٥) لفظ : [كمال] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (ص) : [واخلوا] بالخاء المعجمة ، وفي (ن) : [بواحد] .

(٧) في (ص) : [على ان البعض يكتفي] بزيادة : [على] ، وفي (ن) : [لأن النقص مكتفي] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٨) من قوله : [بماله] ، إلى قوله : [ويورث عنه] ساقط من (م) ، (ع) ، وقوله : [الحر المدبر ويورث عنه] : ساقط من (ن) .

(٩) في (م) ، (ع) : [المكاتبة] ، وما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٠) في (ن) : [ولا يورث] .

(١١) في (م) : [والنقصان] ، وفي (ع) : [ولنقصان] ، مكان : [لا لنقصان] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [ولا يجب] .

(١٣) لفظ : [وجوب] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٤) في (م) ، (ع) : [التوقر] .

(١٥) قوله : [ساووه والمكاتب إذا ملكهم] ساقط من (ع) .

على مال المكاتب ، وهذه معارضة في نفس المكاتب وليس هو أصلنا . ولأن الصغر معنى يمنع وجوب الحج [١] فأثر في نفي وجوب الزكاة كالرق وعدم المال .

٥٢٤٥ – ولا يقال : المغلب على الحج عبادة البدن ، ولهذا يصح إيجابه من غير مال ، لأن الحج في حق المغصوب يتمحض [٢] حق المال ولا يجب في مال الصبي ؛ ولأن للزكاة [٣] حكمًا يعتبر فيه الحول ؛ فلا يثبت [٤] في حق الصبي ، كتحمل العقل والحرية ، والتأجيل في العنة .

٥٢٤٦ – فإن قيل : الجزية [٥] لحقن الدم ، والصبي [محقون الدم وتحمل الدية للنصرة ، والصبي] [٦] لا نصرة له .

٥٢٤٧ – قلنا : الزكاة للطهرة والصبي ليس من أهل الطهرة لأنه لا يحتاج إليها .

٥٢٤٨ – قالوا : التأجيل في العنة يعمل به للعجز [٧] عن الوطء ، والصبي لا يعلم ذلك منه بتأجيله .

٥٢٤٩ – قلنا : جواز أن يبلغ فيقدر كجواز أن [٨] يقدر البالغ في الثاني ولا يمنع ذلك من تأجيله ؛ ولأن عدم الوطء في البالغ [٩] إذا أثر في النكاح جاز أن يكون تأخره مؤثرًا فيه ، كما أن عدم التسليم يؤثر في البيع ، وتأخره في العبد الآبق يؤثر فيه أيضًا .

٥٢٥٠ – ولأن من لا تجب [١٠] الزكاة في خيله لا تجب [١١] في إبله ، كالمكاتب ، أو من لا تجب [١٢] في خيله لا تجب [١٣] في دراهمه ، كمن أسلم في دار الحرب ولم يعلم بوجوب الزكاة .

٥٢٥١ – احتجوا : بقوله عليه الصلاة و [١٤] السلام : « في الرقة ربع العشر » وفي خمس من الإبل شاة » [١٥] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يوجب الحج] .
(٢) في (م) ، (ع) : [يتمحص] .
(٣) في (م) ، (ع) : [الزكاة] .
(٤) في (م) ، (ع) : [فلا تثبت] .
(٥) في (م) ، (ع) : [الحرية] ، وفي (ن) : [الحرمة] .
(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٧) في (ن) : [العجز] .
(٨) في (ن) : [لحول وإن] .
(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [في الغالب] .
(١٠ – ١٣) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .
(١٤) الزيادة من (ع) .
(١٥) قوله : في الرقة ربع العشر جزء من حديث أنس ﷺ ، وقوله : [في خمس من الإبل شاة] جزء من حديث ابن عمر ﷺ ، وتقدم تخريجهما في مسألة (٢٩٦) .

٥٢٥٢ - والجواب : أن هذه الأخبار بيان لقوله تعالى : ﴿ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ ، وقد بينا أن ذلك الأمر لم يتناول الصبي ؛ ولأن المراد بها : الملك التام بإجماع ، ونحن لا نسلم في مال الصبي . وعلى طريقة أبي الحسن أن هذه الأخبار مجملة [١] ؛ لأن الوجوب يقف على شرائط [٢] لا ينبي اللفظ عليها [٣] .

٥٢٥٣ - احتجوا : بحديث عمرو بن شعيب [٤] أن النبي ﷺ قال : « ابتغوا بأموال اليتامى [٥] ، لا تأكلها الصدقة » [٦] . وهذا خبر لا أصل له ، وقد قال مالك [٧] بمذهبهم ولم يحتج [٨] به ، ولا أورده أبو داود ، ومن شرط كتابه الصحيح وما يشبه الصحيح . وقد ذكره الدارقطني ، ولا شرط لكتابه ، وإنما جمع ما روي ؛ فتارة [٩] يطعن على الرواة ، وتارة يترك الطعن الظاهر إذا قدح في مذهبه ، وقد أورده من طرق ثلاثة ليس فيها طريق سليم ، فمنها : عمرو بن شعيب [١٠] عن أبيه عن جده عبد الله ابن عمرو « أن رسول الله ﷺ قام فخطب [١١] ، فقال : « من ولي يتيمًا فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله [١٢] الصدقة » [١٣] وروى هذا الحديث المثني بن الصباح عن عمرو بن شعيب والمثني متروك الحديث ، تركه يحيى وعبد الرحمن وطعن [١٤] عليه أحمد [١٥] ،

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [محمله] . (٢) في (م) ، (ع) : [شرائطه] .

(٣) في (ص) ، (ن) : [عنها] . (٤) في (ن) : [شعبه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [اليتامى خيرا] بزيادة [خيرا] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) ، وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [الزكاة] . أخرجه الشافعي بلفظ : ابتغوا في مال اليتيم ، أو في مال اليتامى ، لا تذهبها أو لا تستأصلها الزكاة ، في مسنده كتاب الزكاة ، الباب الأول في الأمر بها والتهديد على تركها وعلى من تجب وفيما تجب (٢٢٤/١) ، حديث (٦١٤ ، ٤١٥) ، والبيهقي في الكبرى في باب من تجب عليه الصدقة (١٠٧/٤) .

(٧) في (ن) : [ملك] .

(٨) في (ن) : [فيما احتج] ، وفي سائر النسخ : [ولا احتج] لعل الصواب ما أثبتناه .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قتادة] ، مكان : [فتارة] .

(١٠) في (ن) : [شعبه] . (١١) في (ن) : [يخطب] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يأكله] .

(١٣) أخرجه الترمذي في السنن ، باب ما جاء في زكاة مال اليتيم (٢٣/٣ ، ٢٤) ، الحديث (٦٤١) ، الدارقطني في السنن باب وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم (١٠٩/٢ ، ١١٠) ، الحديث (١) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب من تجب عليه الصدقة (١٠٧/٤) .

(١٤) في (م) ، (ع) : [فطعن] .

(١٥) قال البستي عن المثنى بن الصباح : كان ممن اختلط في آخر عمره حتى كان لا يدري ما يحدث به ، =

ثم لا دلالة فيه ؛ لأنه عليه الصلاة و [1] السلام أمر أن يتجر للأيتام في حال صغرهم ؛ فإنه لا زكاة عليهم فتزيد [2] أموالهم بالربح وبعدم [3] الزكاة ، وقال : لا يتركه [4] إلى حين يبلغوا فتأكل [5] الزكاة أموالهم بإزاء [6] التجارة .

٥٢٥٤ - وجواب آخر : أن الخبر يقتضي أن الصدقة تأكل [7] مال الصبي وكذلك نقول [8] في صدقة الفطر ، وليس في الخبر ما يقتضي عموم الصدقات .

٥٢٥٥ - وجواب ثالث : وهو أن المراد بالصدقة : النفقة ، قال النبي ﷺ « كل معروف [9] صدقة » [10] . وقال : « نفقة الرجل على نفسه وعياله صدقة » [11] .

٥٢٥٦ - فإن قيل : نفقة العيال تسمى [12] صدقة ؛ لأن الرجل إذا أنفق ينوى بنفقته أداء الواجب ، استحق ثواب صدقته ، وهذا لا يصح في إنفاق الوصي على اليتيم .

= فاختلط حديثه الأخير الذي في الأوهام والمناكير بحديثه العظيم الذي فيه الأشياء المستقيمة عن أقوام مشاهير ، فبطل الاحتجاج به وقال النسائي : متروك . وقال ابن عدي : الضعف على حديثه بين ، مات سنة تسع وأربعين ومائة راجع ترجمته في المجروحين (٢٠/٣) ، الكامل (٤٢٣/٢ - ٤٢٥) ، الترجمة (١٩٠٢/٢٨١) ، ميزان الاعتدال (٤٣٥/٣) ، الترجمة (٧٠٦١) . وعمرو بن شعيب : هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمر بن العاص ، ثقة ، من الخامسة ، وثقة ابن معين وابن راهويه ، وصالح جزرة والأوزاعي ، توفى سنة ثمان عشرة ومائة . راجع ترجمته في ميزان الاعتدال (٢٦٣/٣ - ٢٦٨) ، الترجمة (٦٣٨٣) ، تقريب التهذيب (٧٢/٢) ، الترجمة (٦٠٧) .

(١) الزيادة من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فيزيد] .

(٣) في (م) : [وعدم] .

(٤) في (م) : [لا يزكه] .

(٥) في (م) : [فيأكل] .

(٦) في (م) : [بانرا] ، وفي (ع) : [بابرا] .

(٧) في (م) : [يأكل] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يقول] .

(٩) في (م) ، (ع) [معرف] .

(١٠) أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب الأدب ، باب كل معروف صدقة (٥٤/٤) ، ومسلم في الصحيح كتاب الزكاة ، باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف (٦٩٧/٢) ، الحديث (١٠٠٥/٥٢)، والترمذي في السنن كتاب البر والصلة ، باب ما جاء في طلاقة الوجه وحسن البشر (٣٤٧/٤) الحديث (١٩٧٠) .

(١١) أخرجه البخاري بلفظ : إذا أنفق الرجل على أهله يحتسبها فهو له صدقة في الصحيح ، كتاب الإيمان ، باب ما جاء في أن أعمال بالنية والحسبة (٢٠/١) ، وفي كتاب النفقات (٢٨٦/٣) ، ومسلم في ، كتاب الزكاة باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج (٦٩٥/٢ ، ٦٩٦) ، الحديث (١٠٠٢/٤٨) ، والنسائي في المجتبي كتاب الزكاة ، باب أي الصدقة أفضل (٦٩/٥) ، وأحمد في المسند (٢٧٣/٥) .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يسمى] .

٥٢٥٧ - قلنا : إذا قصد الوصي بالإنفاق فعل الواجب ، استحق أيضًا الثواب [١] ولا فرق بينهما . وذكر أيضًا حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده [قال رسول اللَّه ﷺ] [٢] : « احفظوا اليتامى في أموالهم لا تأكلها الزكاة » [٣] ورواه مندل [٤] عن أبي إسحاق عن عمرو ، ومندل [٥] ضعيف [٦] . قال البستي : كان مندل [٧] يرفع المراسيل ، ويسند الموقوفات فاستحق الترك . ثم عمرو بن شعيب [٨] متى لم يذكر جده عبد اللَّه بن عمرو لم يصح استدلاله به ، على أصل الشافعي ؛ فإنه محتمل للإرسال ؛ إذ لا يعلم عن أي جد [٩] يروي ؛ الذي له صحبة ، أو عن محمد بن عبد اللَّه ، الذي لا صحبة له ، والإعراب ليس بمضبوط من يقرأ هذا الحديث فإن كان لا يأكلها - بجزم اللام - [١٠] ، فهو جواب الأمر ؛ فيصح احتجاجهم به وإن كان لا يأكلها - بالرفع - فهما جملتان لا تعلق [بينهما] [و] للثانية بها حالان . فكأنه عليه الصلاة والسلام [١١] قال : احفظوهم في أموالهم ولا تخرجوا زكاتها ، فإن الزكاة لا تتسلط [١٢] على أموالهم . ثم هو محمول على زكاة الفطر وهي التي تأكل جميع المال ، فأما الزكاة فتأكل بعضه [١٣] ، وذكر [في] خبر [١٤] عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبي ﷺ قال : في مال اليتيم زكاة » [١٥] رواه محمد بن عبيد اللَّه

---

(١) في (ص) : [الثواب أيضًا] بالتقديم والتأخير ، ولفظ : [أيضًا] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) قوله : [رسول اللَّه ﷺ] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن باب ما جاء في زكاة مال اليتيم (١١٠/٢) ، الحديث (٢) .

(٤) في (ن) : [مبدل] بالباء .　　(٥) في (ن) : [مبدل] بالباء .

(٦) في (ن) : [صحيح ضعيف] بزيادة : [صحيح] .

(٧) في (ن) : [مبدل] .　　(٨) في (ن) : [شعبة] .

(٩) في (م) ، (ع) : [عن أبي جدبه] ، وفي (ص) ، (ن) : [عن أي جديه] ، الصواب ما أثبتناه .

(١٠) في (م) : [الام] .

(١١) الزيادة من (ع) ، وفي (ن) : [حالًا وإن كان عليه السلام] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [لا يتسلط] ، وفي (ن) : [لا تسلط] .

(١٣) في سائر النسخ هكذا ، وإن صح فالصواب عكس ما قاله المصنف لأن قدر الزكاة يتقدر حسب ما يملكه الصغير بخلاف زكاة االفطر

(١٤) الزيادة لمقتضى السياق ، ولفظ : [خبر] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٥) هذا الحديث : أخرجه الدارقطني بلفظه ، في باب تفسير الخليطين ، وما جاء في الزكاة علي الخليطين =

العزرمي [١] ، عن عمرو ، وهو أيضًا مرسل ، والعزرمي [٢] متروك .

٥٢٥٨ - قال الفلاس : تركه يحيى [٣] ، وعبد الرحمن . قال ابن نمير : ذهبت كتبه ، وكان رديء [٤] الحفظ . قال البستي : تركه ابن المبارك [٥] . ولأنه يقتضي زكاة واحدة ولا يقتضي كل زكاة ؛ فيجوز [٦] أن يكون [٧] ذلك الزكاة العشر على أصولهم ، ويجوز أن تكون [٨] صدقة الفطر .

٥٢٥٩ - فإن قيل : صدقة الفطر تتعلق [٩] بالذمة .

٥٢٦٠ - قلنا : العشر يتعلق بالمال ، والفطرة تتعلق [١٠] بذمة من له ذمة ، فأما الصبي فذمته لا تحتمل [١١] الصدقات ، فتتعلق [١٢] الفطرة بماله ، وجملة الأمر : أن هذا حديث محفوظ عن عمر ، ولا أصل له عن رسول الله ﷺ ، فكيف يظن أن الزكاة تجب [١٣] في مال الصبي فلا يبينها النبي [١٤] ﷺ مع الحاجة إليها إلا لعبد الله بن عمرو دون سائر الصحابة [١٥] ﷺ [١٦] .

= (١١٠/٢) ، الحديث (٣) .

(١) في (ن) : [عبد العزرومي] ، وفي (م) ، (ع) : [عبد الله العرومي] .

(٢) في (م) ، (ع) : [والعرومي] . قال يحيي بن معين : العزرمي ليس بشيء ، لا يكتب حديثه . قال النسائي : متروك الحديث . قال ابن عدي : عامة رواياته غير محفوظة . قال ابن حبان : وكان صدوقًا إلا أن كتبه ذهبت ، وكان رديء الحفظ ، فجعل يحدث من حفظه ويهم ، فكثر المناكير في روايته ، تركه ابن المبارك ، ويحيى القطان ، وابن مهدي ، ويحيى بن معين . راجع ترجمته في الكامل (٩٧/٦ - ١٠٢) ، الترجمة (١٦٢٢/١) ، الضعفاء والمتروكين للنسائي ص ٢١٣ الترجمة (٥٤٦) ، المجروحين لابن حبان (٢٤٦/٢ - ٢٤٩) ، تقريب التهذيب (١٨٧/٢) ، الترجمة (٤٩٣) .

(٣) في (ن) : [قال العلا بن بركة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [روى] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ذكره ابن المبارك] ، وقوله : [تركه ابن المبارك] ساقط من (ن) .

(٦) في (ن) : [يجوز] .

(٧) في (م) ، (ع) : [أن يكون] .

(٨) في (م) ، (ع) : [أن يكون] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يتعلق] ، وفي (ع) : [الفطر] ، مكان المثبت .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يتعلق] ، وفي (ع) : [الفطر] ، مكان المثبت .

(١١) في (م) ، (ع) : [لا يتحمل] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [فيتعلق] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(١٤) لفظ : [النبي] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٥) في (م) ، (ع) : [أصحابه] .

(١٦) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

٥٢٦١ - ولو احتججنا بمثل هذا الخبر رأيت مخالفينا ينسبوننا [١] إلى قلة العلم [٢] بالحديث ، والمعرفة بالرجال والأخذ بالمراسيل .

٥٢٦٢ - قالوا : روي في وجوب الزكاة في مالْ الصبي عن عمر ، وعلي وعائشة ، وابن عمر ﷺ [٣] .

٥٢٦٣ - قلنا : روي عن ابن عباس ﷺ أنه قال : « ليس في مال الصبي زكاة [٤] حتى تجب عليه الصلاة » .

٥٢٦٤ - قالوا [٥] روى عنه ابن لهيعة .

٥٢٦٥ - قلنا : قال الشافعي : رجع إلى خبر ابن لهيعة عن النبي ﷺ من قوله : « والخليطان ما اشتركا في الفحل » [٦] ، فكيف يقبل قوله على رسول الله ﷺ ولا يقبل على [٧] ابن عباس . وذكر ابن شجاع عن يحيى بن آدم عن حفص عن هشام عن الحسن عن أصحاب النبي ﷺ قالوا : « ليس في مال الصبي [٨] زكاة » وذكر محمد في الآثار عن أبي حنيفة عن ليث عن مجاهد عن ابن مسعود قال : « ليس في مال [٩] اليتيم زكاة » [١٠] .

٥٢٦٦ - قالوا : روي عن ابن مسعود أنه قال : « لا يخرج الزكاة حتى يبلغ » [١١]

---

(١) في (م) ، (ع) : [منسوبًا] ، وفي (ص) ، (ن) : [ينسبونا] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) لفظ : [العلم] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في ما قالوا في مال اليتيم زكاة ومن كان يزكيه (٤١/٣) ، الأثر (٧) . والشافعي في المسند (٢٢٤/١ ، ٢٢٥) ، والبيهقي في الكبرى في (١٠٨/٤) ، وأما حديث علي : فقد أخرجه ابن أبي شيبة (٤٠/٣) ، الأثر (١) والدارقطني في (١١٠/٢ ، ١١١) الأثر (٥ ، ٦) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ليس على الصبي زكاة] .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فإن قالوا] بزيادة : [فإن] .

(٦) في (ن) : [من العجل] .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عن] ، مكان : [على] .

(٨) في (ن) : [اليتيم] .

(٩) لفظ : [مال] ساقط من (ع) .

(١٠) أخرجه محمد في كتاب الآثار ، باب زكاة الذهب والفضة ومال اليتيم ص٦٠ ، الأثر (٢٩٧) .

(١١) أخرجه ابن أبي شيبة بلفظ : أنه كان يقول : أخص ما يجب في مال اليتيم من الزكاة ، فإذا بلغ وأونس منه رشدًا فادفعه إليه ، فإن شاء زكاه ، وإن شاء تركه . في المصنف كتاب الزكاة في من قال : ليس في مال اليتيم زكاة حتى يبلغ (٤١/٣) ، الحديث (١) ، والبيهقي في الكبرى (١٠٨/٤) ، وعبد الرزاق في المصنف ، كتاب الزكاة ، باب صدقة مال اليتيم والالتماس فيه وإعطاء زكاته (٦٩/٤ ، ٧٠) ، الأثر (٦٩٩٧) .

فخالف في الأداء .

٥٢٦٧ – قلنا : قد نقلنا عنه نفي الوجوب ، والذي رووه لا ينافي ذلك ؛ لأنه قال : يحصي الوصي [١] السنين ، فإذا بلغ أخبره ، فإن شاء [٢] أخرج ، وهذا يمنع الوجوب أيضًا [٣] .

٥٢٦٨ – قالوا : معناه [٤] قول إمامين .

٥٢٦٩ – قلنا : هذا لا يقع به ترجيح ، وقد خالف الشافعي الأئمة الأربعة في مسألة ذوى الأرحام وأخذ بقول زيد .

٥٢٧٠ – قالوا : حر مسلم فجاز أن تجب [٥] الزكاة في ماله ، كالبالغ .

٦٥/ب

٥٢٧١ – والجواب : أن وجوب العبادة على المكلف لا يدل على / وجوبها على غير مكلف ؛ ولأن البالغ مخاطب بالصلاة ؛ فجاز أن تجب [٦] في ماله الزكاة ، والصبي غير مخاطب بالصلاة ؛ فلم تجب [٧] في ماله الزكاة . ولا يلزم الحائض ؛ لأنها مخاطبة بما في ذمتها من الفوائت . ولا يلزم النائم ؛ لأنه غير مخاطب بالصلاة ، ولا بالزكاة حتى يستيقظ ، ولو حال الحول وهو نائم لم تلزمه [٨] الزكاة حتى يستيقظ . أو نقول [٩] : البالغ يجوز أن يجب عليه الحج لأجل ماله ، أو في ماله إذا كان مغصوبًا [١٠] ، والصبي بخلافه .

٥٢٧٢ – قالوا : زكاة واجبة فاستوى فيها مال الصغير والكبير كصدقة الفطر ، أو كل زكاة وجبت في حق المكلف وجبت في حق غير المكلف [١١] ، كصدقة الفطر .

٥٢٧٣ – والجواب : أن إطلاق الزكاة لا يتناول صدقة الفطر وإنما يقال صدقة الفطر ، ولأنها أجريت [١٢] مجرى حقوق الآدميين ، ولهذا يلزم الإنسان عن غيره .

---

(١) في (م) ، (ع) : [المولى] ، وفي (ن) : [الولي] .
(٢) لفظ : [شاء] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٣) لفظ : [أيضًا] ساقط من (ن) .
(٤) في (ن) : [معنا] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٧) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٨) في (م) ، (ع) : [لم يلزمه] .
(٩) في (م) ، (ع) : [أو يقول] .
(١٠) في (ن) : [معصومًا] .
(١١) في (م) ، (ع) : [في غير حق المكلف] بالتقديم والتأخير .
(١٢) في (ن) : [جرت] .

ولأن الفطرة تجب [١] عن رقبة الحملان على طريق البدل ؛ فجاز إيجابها في حق الصبي [والزكاة حق مال لا تجب عن رقبة الحر ، فإذا افتقر إلى المسلم يجب البدل ؛ فجاز إيجابها في حق الصبي] [٢] ، كالحج .

٥٢٧٤ - قالوا : من جاز دفع الصدقة إليه مع الفقر جاز وجوبها عليه مع الغني ؛ ولأن شرط الفقر في الدفع لا معني له ، وعندهم يجوز [٣] دفع الزكاة ؛ لأن للغني العامل ومن لا كسب له . ولأن الدفع والوجوب مفترقان [٤] ، بدلالة أن المكاتب يجوز دفع الزكاة إليه ولا تجب [٥] عليه ، والهاشمي تجب [٦] عليه ، ولا يجوز دفعها إليه ، والقوى المكتسب لا يجوز الدفع إليه عندهم ولا تجب [٧] عليه . ولأن عدم التكليف يؤثر في وجوب العبادات المحضة والأخذ ليس بعبادة .

٥٢٧٥ - قالوا : حق ينصرف [٨] إلى أهل السهمين شرعًا ، كالعشر .

٥٢٧٦ - قلنا : من أصحابنا من قال : إن العشر لا يجب في مال الصبي وإنما ينعقد الحب مشتركًا على حق صاحب الأرض والمساكين ، فلا يوصف الصبي بوجوبه عليه ، كما لا يقال : وجب عليه خمس الركاز ، وقد حكي هذا القول عن محمد .

٥٢٧٧ - فإن قيل : البذر للصبي ، فكيف ينعقد الحب [٩] على ملك من لا حق له في البذر ؟ .

٥٢٧٨ - قلنا : هذا غير ممتنع كما ينعقد لرب [١٠] الأرض والمزارع ، وإن كان البذر لرب الأرض ، وكما أن ربح المضاربة يحدث مشتركًا وإن كان الأصل لرب المال . ولأن المعني في العشر : أنه يجب مقابلًا لحق ثبت [١١] في حق الكافر وهو الخراج ، فلذلك يثبت في حق الصبي ، ولهذا لزمه صدقة الفطر ؛ لما ثبت [١٢] في مقابلة حق يلزم

---

(١) في (م) ، (ع) : [يجب] ، وفي سائر النسخ : [الفطرة] ، لعل الصواب : [الزكاة] .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (ع) .
(٣) في (ن) : [يجب] .
(٤) في (ن) : [يفترقان] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فلا يجب] .
(٨) في (ن) : [يصرف] .
(٩) لفظ : [الحب] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) [رب] .
(١١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يثبت] .
(١٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يثبت] .

الكفار وهي الجزية [١] . ولما كانت الزكاة حق مال اللّٰه تعالى لا يجب في مقابلة حق الكفار لم يلزم الصبي ، كالحج . ولأن المعني في العشر : أنه يجوز أن يجب بسبب غلة الوقف ؛ فجاز أن يجب بسبب [مال الصبي ، والزكاة لا يجوز إيجابها بسبب] [٢] غلة الوقف ؛ فلم يجز لإيجابها بسبب مال الصبي .

٥٢٧٩ - [فإن قيل : الفطر لا يجب بسبب غلة الوقف ويجب بسبب مال الصبي] [٣] .

٥٢٨٠ - قلنا : يجب بسبب غلة الوقف على الموقوف [٤] عليه .

٥٢٨١ - قالوا : حق هو مال مشترك فيه الرجال والنساء يجب بغير فعله ؛ فجاز أن يشترك فيه الصغير والكبير ، كأروش [٥] الجنايات وقيم المتلفات .

٥٢٨٢ - قلنا : الوصف غير موجود في الأصل ؛ لأن قيمة التلف وأرش الجناية لا تجب [٦] بغير فعل من وجب عليه ويبطل بالحج في حق المدين [٧] ، والمعني في الأصل : أنه حق لآدمي لا ينفيه الكفر فلم ينفه [٨] الصغر ، ولما كانت الزكاة حقًّا للّٰه [٩] تعالى خالصًا ينفيها الكفر ؛ جاز أن ينفيها الصغر .

٥٢٨٣ - قالوا : الحقوق على ضربين : حق للّٰه تعالى ، وحق لآدمي ، وكل واحد [١٠] منهما ينقسم قسمين : حق على البدن ، وحق على المال ، فحق الآدمي

---

(١) العبارة من قوله : وهو الخراج إلى قوله : حق يلزم الكفار وهي الجزية ، في (ص) غير مستقيمة ، فيها تكرار وتقديم وتأخير ، وهي كما يلي : وهو الخراج الكفار وهي الحرية ، ولما كانت الزكاة حق مال لله تعالى لا تجب في مقابلة حق الكفار ، فلذلك يثبت في حق الصبي ، ولهذا لزمه صدقة الفطر لما يثبت في مقابلة حق يلزم الكافر وهو الخراج ، فلذلك ثبت في حق الصبي ، ولهذا لزمه صدقة الفطر لما يثبت في مقابلة حق يلزم الكفار وهي الجزية . وفي (م) ، (ع) : هو الخراج الكفار وهي الجزية ولما كانت الزكاة مال لله تعالى لا يجب في مقابلة حق الكفار فلذلك يثبت في حق الصبي ولهذا لزمه صدقة الفطر لما يثبت في مقابلة حق يلزم الكفار وهي الجزية . آملين أن يكون الصواب ما أثبتناه من (ن) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (ن) . (٤) في (ن) : [على الوقوف] .

(٥) في (ن) : [كارش] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأن قيمة المتلف وارش الجنايات لا يجب] .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الدين] . (٨) في (ن) : [فلم ينفيه] .

(٩) في سائر النسخ : [حق] الصواب ما أثبتناه ، وفي (ن) : [اللّٰه] .

(١٠) لفظ : [واحد] ساقط من (ع) .

المتعلق بالبدن لا يثبت في حق الصبي ، كحد القذف والقصاص ، وما كان متعلقًا [1] بالمال كالأرش والقيم يثبت [2] في حقه ، فكذلك حقوق اللّٰه تعالى المتعلقة بالبدن لا تثبت في حقه ، كالصلاة والصوم ، وما يتعلق بالمال يثبت في حقه .

٥٢٨٤ - قلنا : هذا التقسيم لا يصح ؛ لأن حقوق البدن تثبت في حقه لحق اللّٰه تعالى ولحق الآدمي ، ألا ترى أنه يمنع من الوطء المحرم ، ومن شرب الخمر ، والزنا ، ولو آجره الولي لعمل من الأعمال ألزمه الحاكم العمل ، وهذا حق بدن [3] يثبت للآدمي ، وتجب العدة على الصغيرة وهي عبادة بدنية .

٥٢٨٥ - وقولهم : إنها مضي الزمان وتسقط [4] بغير علمها ، غلط ؛ لأنها عبادة يستحق [5] الثواب بفعلها والعقاب بتركها ، وهي معنى زائد على مضي الزمان ؛ لأنها تجنب [6] الظن والريبة [7] عندهم ، فأما الصلاة والصوم فلا يلزمانه [8] ؛ لأن كل واحد منهما عبادة خالصة ، وأما الحدود والقصاص ؛ فلما فيها من العقوبة .

٥٢٨٦ - قالوا : ومن وجب [9] عليه العشر في زرعه وجب ربع العشر في ماله . قلنا : عندنا لا يجب العشر في زرعه ، بأن يحدث [10] شركة ، كما يحدث المعدن والركاز .

٥٢٨٧ - قالوا : قسنا الصدقة على نظيرها ، وهي الفطرة والعشر ، وهو [11] أولي من قياسها [12] على الصلاة .

٥٢٨٨ - قلنا : نحن قسنا ركنًا من أركان الشريعة على بقية أركانها ؛ فكان ذلك أولي من اعتبار الأركان بالتوابع .

* * *

---

(١) في (ن) : [يتعلق] ، وفي سائر النسخ : [متعلق] الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (م) ، (ع) : [يثبت] .

(٣) في (ن) : [عمل] ، مكان [بدن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ويسقط] .

(٥) في (م) : [مستحق] .

(٦) في (ن) : [تحدث] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بجنب الظنه والرتبه] ، وفي (ص) ، (ن) [الظنة] ، لعل الصواب : [الظن] .

(٨) في (ع) : [فلا يلزمان] .

(٩) في (ن) : [ومن الواجب] .

(١٠) في (ن) : [فإن تحدث] .

(١١) في (ص) : [وهي] .

(١٢) في (ن) : [من قاسها] .

مسألة ٣١٤

إذا استسلف الإمام الزكاة فهلكت في يده من غير تفريط وبغير حال رب المال لم يضمنها

٥٢٨٩ – قال أصحابنا : إذا استسلف [١] الإمام الزكاة فهلكت في يده من غير تفريط وبغير حال رب المال ، لم يضمنها [٢]

٥٢٩٠ – وقال الشافعي : إذا استسلفها [٣] بغير مسألة المساكين ولا رب المال ضمنها . وإن استسلف [٤] بمسألة رب المال لم يضمن ، وإن استسلف [٥] بمسألة المساكين فهي [٦] من ضمانهم ، وإن استسلف [٧] بمسألة الفريقين ففيه وجهان :

٥٢٩١ – أحدهما : من ضمان رب المال .

٥٢٩٢ – والآخر : من ضمان المساكين [٨] .

٥٢٩٣ – لنا : أنه قبض بالولاية ماله قبضه في الشريعة ، فصار كقبض الأب والوصي ، وكما لو سأله [٩] رب المال .

٥٢٩٤ – ولا يقال : إن الأب يتصرف في حق من لا قول له ، والإمام يتصرف في أهل رشد ؛ وذلك لأن الإمام يتصرف في قول في حق من لا ينفذ قوله في المبيع وإن نفذ قوله

---

(١) في (م) : [استسلف] .

(٢) راجع المسألة في بدائع الصنائع كتاب الزكاة ، فصل وأما حكم المعجل إذا لم يقع زكاته (٥٢/٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب زكاة الذهب والفضة والعروض (٢٠٨/١) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [استسلف] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [استسلف] .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [استسلف] .

(٦) في (ن) : [فهو] .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [استسلف] .

(٨) راجع تفصيل المسألة في الأم ، باب تعجيل الصدقة (٢٠/٢ ، ٢١) ، المجموع مع المهذب ، باب تعجيل الصدقة (١٥٧/٦) ، المدونة في تعجيل الزكاة قبل حلولها (٢٤٣/١) ، المقدمات الممهدات ، فصل في جواز إخراج الزكاة قبل الحول عليه ... إلخ (٣١٠/١) ، الكافي لابن عبد البر ، باب النية في إخراج الزكاة وتعجيلها ... إلخ (٣٠٣/١) ، راجع الكافي لابن قدامة ، باب إخراج الزكاة والنية فيها (٣٢٧/١) ، المغني ، كتاب الزكاة (٦٣٧/٢ ، ٦٣٨) .

(٩) في (ص) : [سأل] .

في غيره ، فصار كالصغير الذي لا ينفذ قوله أصلًا ، ولأنه إذا [١] أخذ من رب المال من غير مسألة [٢] فقد أخذ باختياره [٣] ؛ لأنه لم يجبره عليه ، فصار كما لو قبض بمسألة [٤] ؛ لأن الإمام لو ضمن بغير تفريط لم ينفذ قوله فيما يتصرف به كقبضه [٥] لنفسه .

٥٢٩٥ – احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام في زكاة العباس : « هي عليّ ومثلها » [٦] .

٥٢٩٦ – والجواب : أنه روي : أن العباس سأل النبي ﷺ في تعجيل صدقته . والقبض إذا كان بمسألة رب المال لم يضمن بإجماع .

٥٢٩٧ – ولأن قوله : « هي عليّ » معناه [٧] على الاحتساب بها ؛ لأن العباس لم يتعين فلا [٨] يجب الرد وإنما يجب الاحتساب .

٥٢٩٨ – قالوا : الإمام يتصرف على أهل رشد ، فإذا [٩] قبض لهم ما لم يأذنوا [١٠] في قبضة ضمن ، كمن وكل وكيلًا بقبض دينه [١١] المعجل فلو قبض [١٢] المؤجل ضمن .

٥٢٩٩ – والجواب : أن الإمام يتصرف لهم بالولاية وهو مأذون في القبض شرعًا ، فصار كإذن المستحق وآكد . ألا ترى . أن الصبي لم يأذن [١٣] للوصي في القبض لكنه مأذون بالشرع ، فلم يضمن ؟ .

٥٣٠٠ – قالوا : الصبي لا إذن له ، فلم يعتبر إذنه .

٥٣٠١ – قلنا : وأهل السهمين لا يتوصل إلي إذن جميعهم ، ومن يتوصل إلي إذنه منهم لا ينفذ إذنه في حق الباقين ، فصاروا كمن لا نطق له [١٤] .

---

(١) لفظ : [إذا] : ساقط من (م) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [مسألته] . (٣) في (ن) : [خياره] .
(٤) في (م) ، (ع) : [بمسألته] . (٥) في (م) ، (ع) : [مسئله كقبضه] بزيادة مسئله .
(٦) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الزكاة ، باب قول الله تعالى : ﴿ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَـٰرِمِينَ وَفِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾ (٢٥٦/١) ، ومسلم في الصحيح ، كتاب الزكاة باب في تقديم الزكاة ومنعها (٦٧٦/٢ ، ٦٧٧) ، الحديث (٩٨٣/١١) ، وأبو داود في السنن كتاب الزكاة ، باب في تعجيل الزكاة (٤١٠/١ ، ٤١١) ، والدارقطني في السنن كتاب الزكاة في باب تعجيل الزكاة قبل الحول (١٢٣/٢) ، الحديث (١) .
(٧) في (م) : [ومعناه] بالعطف . (٨) في (م) ، (ع) : [فلم] .
(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وإذا] . (١٠) في (م) ، (ع) : [لم يأذنوا] بحذف ما .
(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يقتصر على دينه] . (١٢) في (ن) : [وقبض] .
(١٣) في (ن) : [لا يأذن] . (١٤) في (ع) : [لهم] ، مكان : [له] .

٥٣٠٢ - قالوا : الإذن في القبض شرعًا لا يسقط الضمان ، بدلالة أن رجلًا لو قال للمودع : أنا وكيل رب الوديعة ، فسلم إليه ؛ كان مأذونًا في ذلك ويضمن [١] ، وكذلك الواصف لعلامة اللقطة مأذون في التسليم إليه [٢] شرعًا ويضمن .

٥٣٠٣ - قلنا : إذا لم يكن مستحقًّا ولا وليًّا فلم يؤذن له في القبض شرعًا ؛ فلذلك [٣] ضمن والإمام قد أذن له في الشرع فصار كالوصي .

* * *

(١) لفظ : [ذلك] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش ، وفي (ع) : [وضمن] .
(٢) في (ع) : [إليه في التسليم] بالتقديم والتأخير .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بالشرع] ، وفي (ن) : [فكذلك] .

مسألة ٣١٥

إذا عجل شاة من أربعين فحال الحول وعنده تسع وثلاثون مما عجله فليس بزكاة

٥٣٠٤ - قال أصحابنا : إذا عجل شاة من أربعين فحال الحول وعنده تسع وثلاثون [١] مما عجله ، فليس بزكاة ، فإن كان أعطاها الفقراء فهو تطوع [٢] .

٥٣٠٥ - وقال الشافعي : يضم إلى ما عنده ويجزي عن الواجب [٣] .

٥٣٠٦ - لنا : أن ملكه زال عنها قبل الحول فلا يكمل بها النصاب كما لو باعها أو وهبها ، ولأنها خرجت من أن تكون [٤] سائمة ، فكأنها في يده وقد [٥] أخرجها من السوم ؛ ولأنه مال أخرجه إلى مسكين بنية الزكاة فلا يكمل به نصابه ، كما لو عجلها بغير مسألة فتلفت في يده .

٥٣٠٧ - احتجوا : بأن المعجل في ملكه ، بدلالة جوازه عن الزكاة إذا حال الحول وعنده نصاب ؛ فكان كالباقي من تمام النصاب .

٥٣٠٨ - والجواب [٦] أن الحول إذا حال على نصاب سقط الفرض بما كان عجله ، وجاز المدفوع حين الدفع ، فأما أن يجزئ في الحال فلا ، ولو جعلناه كالباقي في باب جوازه عن الواجب فلم يجعله [٧] ، كالباقي في باب الموجب فيه وقد يجزئ ما لا يتعلق به وجوب ؛ كالمعلوف والفائدة .

٥٣٠٩ - قالوا : مال تجب [٨] فيه الزكاة بحؤول [٩] الحول عليه ؛ فجاز تعجيلها منه ،

---

(١) في (ن) : [وثمانون] .

(٢) راجع تحفة الفقهاء ، باب من يوضع فيه الصدقة (٣١٣/١) ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة ، فصل وأما شرائط الجواز (٥١/٢ ، ٥٢) .

(٣) راجع : المجموع مع المهذب ، (١٥٥/٦ ، ١٥٦) الكافي لابن قدامة (٣٢٦/١) ، المغني كتاب الزكاة (٦٣٣/٢ ، ٦٣٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [عن أن يكون] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولو] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الجواب] بدون العطف .

(٧) في (م) ، (ع) : [فلم نجعله] .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ن) : [يجب] .

(٩) في (ص) : [بحوول] .

أصله : إذا كان أكثر من نصاب .

٥٣١٠ - قلنا : إن كان التعليل لجواز التعجيل ؛ قلنا بموجبه ، وإن كان التعليل لجواز المعجل مع نقصان النصاب ؛ انتقض إذا عجل بغير مسألة [1] فهلك المعجل في يد الإمام . ولأن المعني فيما / زاد على النصاب : أن الباقي بعد التعجيل نصاب كامل . وفي مسألتنا : بخلافه .

٦٦/أ

٥٣١١ - فإن قيل : يبطل إذا كان المعجل [2] من يد الساعي حين حال عليه الحول .

٥٣١٢ - قلنا : لا يكمل به النصاب ؛ لأن ملكه زال عنه ، هذا هو الصحيح ، وهو رواية عن أبي يوسف ، وقد ذكر هشام عن محمد : أنه يكمل به النصاب ، والقول [3] علي الأول .

٥٣١٣ - قالوا : إنما جاز التعجيل [4] رفقًا بالفقراء ، فإذا منع ذلك الوجوب أَضَرَّ بهم .

٥٣١٤ - قلنا : المعتبر في الزكاة الرفق بالمساكين وبأرباب الأموال ولو اعتددنا على رب المال بما أخذوه لأضررنا به ، فوجب اعتبار الرفق في الجهتين .

* * *

(١) في (ع) [جنسه] ، مكان : [مسألة] .
(٢) في (ن) : [للعجل] .
(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [والمعول] .
(٤) في (ن) : [التعجل] .

مسألة ٣١٦

إذا عجل صدقته فدفعها إلى الفقير ثم هلك ماله لم يرجع عليه

٥٣١٥ – قال أصحابنا : إذا عجل صدقته (١) فدفعها إلى الفقير ثم هلك ماله ، لم يرجع عليه (٢) .

٥٣١٦ – وقال الشافعي : إذا بين له (٣) أنها صدقة [معجلة يرجع عليه بها ، وإن أطلق الدفع لم يرجع (٤) .

٥٣١٧ – لنا : أنها صدقة] (٥) وصلت إلى الفقير بإذن مالكها ، فلم يرجع فيها كما لو أطلق الدفع ، أو لأنها صدقة وصلت إلى الفقير بنية الزكاة . ولا يلزم الملتقط إذا تصدق باللقطة ثم حضر مالكها ؛ لأنا نقول (٦) : وصلت إليه بإذن مالكها ، وفي العلة الثانية : قلنا بنية الزكاة .

٥٣١٨ – فإن قيل : المعني في الأصل أنه متهم في الاسترجاع لجواز أن يكون أخرجها عما وجب عليه .

٥٣١٩ – قلنا : هو المالك ، فالقول (٧) قوله كيف ملك ، كمن دفع إلى رجل شيئًا

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [صدقة] .

(٢) راجع : المبسوط ، كتاب الزكاة (١٧٧/٢ ، ١٧٨) ، تحفة الفقهاء ، (٣١٤/١) ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة فصل وأما حكم المعجل إذا لم يقع زكاة (٥٢/٢) .

(٣) لفظ : [له] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) قال النووي في المجموع : وإن دفعها الإمام أو الساعي وذكر أنها معجلة ، ولم يشترط الرجوع ثبت الاسترداد بلا خلاف ، ووافق عليه القائلون بالوجهين فيما لو قال المالك ، معجلة فقط ، وإن دفع الإمام أو الساعي أو المالك ولم يقل إنها معجلة ولا علمه القابض ، ففيه ثلاثة أوجه ، حكاها إمام الحرمين وغيره ، أحدها : يثبت الرجوع مطلقًا ؛ لأنه لم يقع الموقع ، والثاني : لا يثبت مطلقًا ؛ لتفريط الدافع ، والثالث : إن دفع الإمام والساعي رجع ، وإن دفع المالك فلا . راجع تفصيل المسألة في الأم ، باب تعجيل الصدقة (١٢/٢)، المجموع مع المهذب ، (١٤٩/٦ – ١٥١) . المسائل الفقهية ، (٢٣٣/١ ، ٢٣٤) مسألة (١٣) ، الكافي لابن قدامة (٣٢٦/١) ، المغني (٦٣٦/٢ ، ٦٣٧) .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قلنا] .

(٧) في (م) ، (ع) : [هو الملك في القول] وفي (ن) : [المهلك] ، مكان : [لمالك] ، وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [الملك] .

فزعم أنه قرض ، وقال المدفوع إليه : هو هبة ، فالقول قول الدافع .

٥٣٢٠ - احتجوا : بأنه مقبوض عن زكاة مستقبلة ، فإذا طرأ ما يمنع أن يكون زكاة [وجب رده ، أصله : إذا تلف ماله والزكاة في يد الساعي .

٥٣٢١ - والجواب [١] : أنه يبطل إذا أطلق الدفع ، ولأنه إذا طرأ ما يمنع أن تكون زكاة] بقي [٢] معنى الصدقة ، وذلك يمنع الرجوع كالصدقة المبتدأة ، والمعنى [٣] في الأصل : أنه لم يتم المقصود بالصدقة [٤] وإذا قبضها الفقير فقد تم المقصود بها .

٥٣٢٢ - فإن قيل : قبض الساعي قائم مقام قبضهم ، ولهذا لو تلف المقبوض في يده لم يجب على رب المال إعادة [٥] الصدقة .

٥٣٢٣ - قلنا : إنما تقوم [٦] يده مقام أيديهم فيما يستحقونه ، فأما هاهنا فلا حق لهم ، فإذا قبض ؛ فقد أذن له رب المال في إمضاء القربة ، فإن فعل تم [٧] ما أمره به ، فكأن [٨] رب المال أعطاها للمساكين ، وما دامت في يده فلم يكمل المقصود حتى انقطع حق له وكان [٩] له استرجاعها ، وإذا [١٠] تلفت في يده كانت [١١] من ضمان الفقراء ؛ لأن حق الرجوع سقط عن عينها فهلكت على حقهم .

٥٣٢٤ - قالوا : قبضها عما يجب في المستقبل ؛ فهو كالمؤجر إذا تعجل الأجرة ثم انهدمت [١٢] الدار

٥٣٢٥ - والجواب [١٣] : أن المؤجر قبض على وجه العوض ، فإذا بطل العوض صار المال مقبوضًا بغير حق ، وفي مسألتنا : إذا خرج المدفوع من [١٤] أن يكون واجبًا نفى [١٥] كونه صدقة ، وذلك معنى يمنع الرجوع ، كالصدقة المبتدأة .

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الجواب] بدون العطف .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [نفي] .

(٣) في (ن) : [المعنى] بدون العطف .

(٤) في (ع) : [الصلاة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [أفاد] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يقوم] .

(٧) في (ص) : [ثم] بالثاء .

(٨) في (م) ، (ع) : [وكان] .

(٩) في (ن) : [فكان] .

(١٠) في (ن) : [فإذا] .

(١١) في (ع) : [كان] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [وانهدمت] .

(١٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الجواب] بدون العطف .

(١٤) حرف : [من] ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٥) في (م) ، (ع) : [نفي] .

٥٣٢٦ - قالوا : عندكم حكم المعجل مراعي ؛ فإن تم الحول استحق ثواب الواجب ، وإن لم يتم استحق ثواب النفل ، كذلك نحن نقول : إن لم يرجع استحق ثواب النفل ، وإن استرجع لم يستحق الثواب (١) .

٥٣٢٧ - قلنا : عندنا بالدفع قد استحق ثواب النفقة والزيادة مراعي ، فإن تم الحول استحقت ، وإلا سقطت ، وثواب النفل يمنع الرجوع ، وعندكم الثواب مستحق بالدفع ، ثم يثبتون الرجوع ، وحصول ثواب الصدقة يمنع الرجوع ، وليس إذا سقط الوجوب سقط الثواب لأنه يبقي (٢) ثواب الصدقة المطلقة .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ثواب الثواب] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ينفي] .

مسألة ٣١٧

إذا دفع الزكاة معجلة ثم أيسر الفقير من غيرها أو ارتد أو مات جازت عن الواجب

٥٣٢٨ - قال أصحابنا : إذا دفع الزكاة معجلة ثم أيسر الفقير من غيرها ، أو ارتد ، أو مات ، جازت عن الواجب [١] .

٥٣٢٩ - وقال الشافعي : لا يجزئ عن الواجب [٢] .

٥٣٣٠ - لنا : أن الدفع صادف الفقر [٣] ، فما يحدث من الغني [٤] لا معتبر به ، كما لو استغنى من المدفوع .

٥٣٣١ - فإن قيل : إذا استغنى من المدفوع لو فسخنا الدفع في الأصل فسخ في النماء فعاد فقيرًا .

٥٣٣٢ - قلنا : النماء حادث على ملك الفقير ، والفسخ في الأصل لا يوجب الفسخ في النماء عندهم ، كالرد بالعيب ، وعلى أصلنا : هو مملوك بغير عوض ، فبفسخ [٥] العقد فيه ، لا يوجب الفسخ في النماء عندهم ، كالرجوع في الهبة ؛ ولأن ما جاز تقديمه على رجوعه [٦] ؛ فالمراعي فيه صفات التعجيل عند التعجيل دون حال الوجوب ، أصله : من أعتق عبدًا في كفارة القتل قبل الموت ثم عمي العبد أو حدث فيه ما يمنع جوازه عنها .

٥٣٣٣ - احتجوا : بأن فقر المدفوع إليه وإسلامه وحياته شرط في جواز دفع الزكاة إليه ، فإذا زال قبل تمام الحول من غير جهة الزكاة ؛ منع من جوازه عن الزكاة ، أصله : تلف النصاب وموت رب المال .

٥٣٣٤ - الجواب : أن الوجوب يحصل بالحول ، فلا بد من اعتبار صفات المالك ،

---

(١) راجع : المسألة في بدائع الصنائع (٥٢/٢) .

(٢) قوله : [عن الواجب] ساقط من (م) ، (ع) راجع المسألة في الأم ، (٢١/٢) ، المهذب مع المجموع باب تعجيل الصدقة (١٥٤/٦) ، الكافي لابن قدامة (٣٢٦/١) ، المغني ، باب صدقة الغنم (٦٣٦/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الفقير] .

(٤) في (م) ، (ع) : [المعنى] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لغير عوض فيفسخ] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وجوبه] .

والنصاب عند الوجوب ، والزكاة يجزئ عند الحول بالدفع [١] السابق ، فيعتبر صفات المدفوع إليه حال الدفع ، يبين ذلك : أنها لو نقصت في يد الفقير أو عجلت قبل الحول أجزأت ، فلولا أن المعتبر فيها بحال الأداء لم يجز ، وكذلك الغني [٢] منها لا يمنع ، وإن كان الدفع إلى الغني في الحال لا يجوز [٣] .

٥٣٣٥ - فإن قيل : إنما يدفع إليه الزكاة ليستغني بها ، فالغني بها [٤] لا يمنع الدفع .

٥٣٣٦ - قلنا : إنما لا يمنع ؛ لأن الدفع صادف الفقر ، فلولا أن المعتبر تلك الحال لم يجز .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [الدفع] بدون الباء . (٢) في (م) ، (ع) : [المعنى] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يجوز مسئله] .

(٤) في (م) : [فالمعنى] ، وفي (ع) : [في المعنى] ، ولفظ : [بها] ساقط من النسختين .

مسألة ٣١٨

الزكاة تسقط بالموت ، فإن وصى بإخراجها أخرجت من الثلث

٥٣٣٧ – قال أصحابنا : الزكاة تسقط بالموت ، فإن وصي بإخراجها أخرجت من الثلث (١) .

٥٣٣٨ – وقال الشافعي : لا تسقط ، ويخرجها الوارث من غير وصية من جميع المال (٢) .

٥٣٣٩ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴾ (٣) وهذا ينفي أن يكون الزكاة لو أخره (٤) ، ولأنها أحد الأركان الخمس ، كالصوم والصلاة ، أو عبادة [مقصودة كالصلاة . ولا يلزم العشر ؛ لأنه يسقط في رواية ابن المبارك ، وفي الرواية الأخرى : ليس بعبادة] (٥) ؛ لأنه يجب ولا متعبد . ولا يلزم الجنب إذا استشهد أن التيمم لا يسقط ؛ لأن التيمم ليس بعبادة مقصودة .

٥٣٤٠ – فإن قيل : المعني في الصلاة أن النيابة لا تصح (٦) فيها .

٥٣٤١ – قلنا : فالزكاة لا تصح (٧) النيابة فيها بغير أمر المزكي .

٥٣٤٢ – قلنا : ينتقض بالزكاة إذا أوصي (٨) بها .

٥٣٤٣ – قلنا : سقط ما كان واجبًا بموته ووجب بالوصية مثله ؛ ولأن أداء الزكاة لا يصح إلا بنية المزكي أو إذنه ، أصله : حال الحياة .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في المبسوط باب زكاة الغنم (١٨٥/٢ ، ١٨٦) ، تحفة الفقهاء باب من يوضع فيه الصدقة (٣١١/١ ، ٣١٢) ، بدائع الصنائع كتاب الزكاة ، فصل وأما بيان ما يسقطها بعد وجوبها (٥٣/٢) .

(٢) راجع الأم باب الرجل إذا مات وقد وجبت في ماله زكاة (١٥/٢) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الزكاة (٣٣٥/٥ ، ٣٣٦) ، راجع الموطأ في زكاة الميراث (١٩٢/١) ، المنتقى في زكاة الميراث (١١١/٢) ، بداية المجتهد ، كتاب الزكاة (٢٥٦/١) ، الإفصاح ، باب الزكاة (٢١٢/١) ، الكافي لابن عبد البر ، كتاب الزكاة (٢٨٢/١) ، المغني كتاب الزكاة (٦٨٣/٢ ، ٦٨٤) .

(٣) سورة النجم : الآية ٣٩ .

(٤) في سائر النسخ : كالمثبت ، ولعل الصواب : وهذا ينفي أن يكون عليه الزكاة لو أخره .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) : [لا يصح] .

(٧) في (م) : [لا يصح] .

(٨) في (ص) : [أوفى] .

٥٣٤٤ - فإن قيل : يعتبر إذنه إذا أمكن ، ويسقط إذا تعذر ، كما لو امتنع في حال حياته وأخذها الإمام .

٥٣٤٥ - قلنا : لا يجوز أن يأخذها ، ولكنه يحبسه حتى يؤدى ، كالديون . وقوله عليه الصلاة و [١] السلام : « فإن أبا فخذوها وشطر ماله » [٢] إنما كان أخذًا على وجه العقوبة لا على [٣] وجه الزكاة ، ولا يستحق به الثواب . ولأنه اجتمع في التركة حقان : حق اللّه تعالى ، وحق الآدمي [ومتى اجتمعا في عين واحدة قدم حق الآدمي] [٤] ، كالقطع في السرقة والقصاص . ولأنها بعد الموت لا تخلو [٥] إما أن تجب وجوب العبادات ، أو وجوب الديون ؛ ولا يجوز أن تجب وجوب الديون ؛ لأنه يؤدى إلى أن تجب على غير الوجه الذي وجب [٦] في حال الحياة ، ولكان يجب أن يجوز للأجنبي التبرع بأدائها وتصح [٧] الكفالة بها ، ولا يجوز أن تجب عبادة ؛ لأن العبادة لا تكون [٨] ولا متعبد ؛ فبطل الوجهان .

٥٣٤٦ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة و [٩] السلام : « فدين اللّه حق » [١٠] .

٥٣٤٧ - قلنا : إن كان الاستدلال بالتسمية [١١] ؛فاسم الدين لا يتناول الزكاة على الإطلاق ، وإن كان على جواز الأداء ؛ فالخثعمية سألته في حياة أبيها ، وعندنا الوجوب مع الحياة باق وإنما سألت عن الجواز ؛ فكأنه قال : فدين اللّه أحق بالجواز .

٥٣٤٨ - قالوا : حق واجب عليه يصح الوصية به فوجب أن لا يسقط بموته ، كالدين .

٥٣٤٩ - والجواب : أن الدَّين يجوز التبرع بأدائه عنه [١٢] في حال حياته بغير أمره ؛

---

(١) الزيادة من (ع) .
(٢) هذا جزء من حديث بهز بن حكيم ، قد سبق تخريجه في مسألة (٢٩٦) .
(٣) لفظ : [على] وما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) لفظ : [علي] وما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) في (م) ، (ع) [لا يخلو] .
(٦) في (ص) : [وجبت] .
(٧) في (م) ، (ع) : [ويصح] .
(٨) في (م) ، (ع) : [لا يكون] .
(٩) الزيادة من (ع) .
(١٠) أخرجه البخاري في الصحيح : كتاب الصوم ، باب من مات وعليه صوم (١/٣٣٤) ، ومسلم في الصحيح ، كتاب الصيام ، باب قضاء الصيام عن الميت (٢/٨٠٤) . الحديث (١١٤٨/١٥٤) .
(١١) في (م) ، (ع) : [بالتشبيه] .
(١٢) لفظ : [عنه] ساقط من (ع) .

فجاز أن يؤدى بعد موته بغير وصية ؛ ولأن الدَّين يجوز إيجابه في المال ولا مدين ، مثل أن يقترض الإمام على بيت المال ، ولا يجوز إيجاب الزكاة ولا متعبد .

٥٣٥٠ - قالوا : حق مال استقر وجوبه في حال حياته فوجب أن لا يسقط بموته ، كالدين

٥٣٥١ - والجواب [١] : أنا لا نسلم استقراره إذا سقط بغير أداء ، ولأنها لا تسقط [٢] بالموت ، وإنما تسقط [٣] بعدم [٤] المتعبد ، ولهذا تسقط بردته . ولأن الدين يؤدى بعد الموت على الوجه الذي وجب ، والزكاة لا تؤدى [٥] بعد الموت على الوجه الذي وجب .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [الجواب] بدون العطف .
(٢ ، ٣) في (م) ، (ع) : [يسقط] .
(٤) في هامش (ص) في نسخة : [بعقد] ، في نسخة أخرى : [بفعل] ، مكان : [بعدم] .
(٥) في (م) ، (ع) : [لا يؤدي] .

مسألة ٣١٩

ومن ارتد بعد وجوب الزكاة سقطت

٥٣٥٢ – قال أصحابنا : ومن ارتد بعد وجوب الزكاة سقطت ، ولا تجب (١) في مال المرتد (٢) .

٥٣٥٣ – وقال الشافعي : لا تسقط (٣) الزكاة بالردة ، وهل تجب مع الردة ؟ (٤) .

٥٣٥٤ – قالوا : فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : أنها تجب (٥) ، والثاني : مراعي ، فإن أسلم وجبت ، والثالث : لا تجب (٦) .

٥٣٥٥ – لنا : أن من خوطب بالإسلام لم يؤخذ من ماله الزكاة ، كالكافر الأصلي . ولأن الردة عندنا تزيل (٧) الأملاك إلى الورثة ، كالموت . ولأنه كافر فلا تجب (٨) عليه الزكاة ، كالكافر الأصلي .

٥٣٥٦ – ولا يقال : [إن الأصلي لم يلتزمها ؛ لأن الواجبات تجب بإيجاب اللّه تعالى] (٩) دون التزامنا ، فإذا أسلم لم يؤخذ منه ، لقوله عليه الصلاة و (١٠) السلام : « الإسلام (١١) يُجِبُّ ما قبله » (١٢) . ولأن الزكاة وجبت على وجه الطهرة ، فإذا تعذر/ استيفاؤها (١٣) على الوجه الذي وجبت عليه سقطت .

٥٣٥٧ – فإن قيل : الحد وجب عقوبة ويستوفى بعد التوبة على غير الوجه الذي وجب .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولا يجب] .
(٢) راجع المسألة في بدائع الصنائع كتاب الزكاة ، فصل وأما بيان ما يسقطها بعد وجوبها (٥٣/٢) ، حاشية ابن عابدين ، كتاب الزكاة (٤/٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الزكاة (١٩٢/١) .
(٣) في (م) : [لا يسقط] .
(٤) قوله : [مع الردة] ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لا يجب] . راجع المسألة في الأم باب افتراق الماشية ، وباب من تجب عليه الصدقة (١٩/٢ ، ٢٠ ، ٢٧) ، حلية العلماء كتاب الزكاة (٨/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الزكاة (٣٢٧/٥ - ٣٢٩) المغني باب زكاة الدين والصدقة (٥٠/٣ ، ٥١) .
(٧) في (م) ، (ع) : [يزيل] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٩) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) استدركه المصنف في الهامش .
(١٠) الزيادة من (ع) .
(١١) لفظ : [الإسلام] ساقط من (م) ، (ع) .
(١٢) تقدم تخريجه في مسألة (١٦١) .
(١٣) في (م) : [استيفائها] .

٥٣٥٨ - قلنا : سقط عندنا بالتوبة ، ووجب مثله .

٥٣٥٩ - قالوا : القصاص يجب عقوبة ثم يجئ القاتل فيستوفي منه .

٥٣٦٠ - قلنا : سقط على إحدى الروايتين .

٥٣٦١ - قالوا : أداء [1] حق لم يسقط الزكاة الواجبة ، وقد تعذر استيفاؤها [2] على وجه الطهرة .

٥٣٦٢ - قلنا : لم يتعذر ، لجواز أن يعتق فيستوفي على الوجه الذي وجبت ، ولهذا لا يؤخذ في حال الحياة [3] .

٥٣٦٣ - فإن قيل : فقولوا في الردة مثله .

٥٣٦٤ - قلنا : لا يمكن ؛ لأنه يخاطب بعد الإسلام بعبادة [4] تقدمت عليه ، وبهذه الطريقة قال أصحابنا إن الجزية تسقط بالإسلام ؛ لأنها وجبت على وجه الصغار فتعذر استيفاؤها [5] على ذلك الوجه .

٥٣٦٥ - احتجوا : بأن الزكاة حق واجب في المال فلا يسقط بالردة ، أصله : دين الآدمي .

٥٣٦٦ - والجواب : أن الدين يستوفي بعد الردة على الوجه الذي وجب [6] [فأما الزكاة فقد تعذر استيفاؤها على الوجه الذي وجب] [7] . ولأن الدين يجب مع الكفر الأصلي ، فالكفر الطارئ لا يسقط ، والزكاة لا تجب [8] مع الكفر الأصلي ، والطارئ يسقط .

٥٣٦٧ - قالوا : حق يدخله النيابة استقر عليه في حال إسلامه ، فلا يسقط بردته ، كالدين .

٥٣٦٨ - قلنا : يبطل بمهر امرأته

٥٣٦٩ - فإن قالوا : لا يسقط بالردة ، لكن بزوال أملاكه ، فالمعني في الدين ما ذكرناه [9] .

* * *

(١) في (ص) ، (م) : [اذا] .
(٢) في (م) : [استيفائها] .
(٣) في (م) ، (ع) : [حياته] .
(٤) في (م) ، (ع) : [بعد السلام لعبادة] .
(٥) في (م) : [استيفائها] .
(٦) في (م) : [وجبت] .
(٧) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش ، وفي (ن) : [وجبت] ، الصواب ما أثبتناه .
(٨) في (م) ، (ع) : [لا يحب] .
(٩) في (م) ، (ع) ما ذكرناه وفي بقية النسخ ذكرنا .

مسألة ٣٢٠

لا يبني الوارث على حول الميت

٥٣٧٠ - قال أصحابنا : لا يبني الوارث على حول الميت [١] ، وبه قال الشافعي في الجديد ، وقال في القديم : يبني [٢] .

٥٣٧١ - لنا : حديث عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا أن النبي ﷺ قال : « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » [٣] ، والمراد به : في حق ملك واحد بالإجماع . ولأن الإرث سبب لنقل الملك فيقطع الحول [٤] ، كالبيع ، والوصية ، والهبة . ولأن ملكه مستحدث ، فلا يبني على حول الجاني والدين الذي به رهن .

٥٣٧٢ - والجواب : أن هناك وجبت الحقوق ، والموت لا ينافيها ، وفي مسألتنا لم [٥] يجب الحق وإنما الحول سبب للوجوب الثاني ، فإذا مات قبل الوجوب سقط [٦] ، كمن قال : إذا حال الحول فَعَلَيَّ أن أتصدق بألف ، فمضى الحول ثم مات .

* * *

(١) راجع المبسوط ، باب زكاة الغنم (١٨٦/٢) ، بدائع الصنائع (٥٣/٢) .

(٢) راجع حلية العلماء : باب صدقة المواشي (٢٢/٣) ، المجموع مع المهذب ، باب صدقة المواشي (٣٦٠/٥ ، ٣٦٣) . الموطأ زكاة الميراث (١٩٢/١) ، المدونة ، في زكاة الفوائد (٢٣١/١) ، المنتقى في ، زكاة الميراث (١١٢/١) ، الكافي لابن قدامة ، كتاب الزكاة (٢٨٤/١) ، المغني ، باب صدقة الغنم (٦٣٥/٢) .

(٣) تقدم تخريج هذا الحديث من هذا الوجه ومن وجوه أخرى ، في مسألة (٣٠٠) .

(٤) من قوله : [والمراد به] إلى قوله : [فيقطع الحول] مكرر في (م) .

(٥) حرف : [لم] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [يسقط] .

مسألة ٣٢١

يجوز إخراج القيمة في الزكاة عن المنصوص عليه

٥٣٧٣ – قال أصحابنا : يجوز إخراج القيمة في الزكاة عن المنصوص عليه [١] .

٥٣٧٤ – وقال الشافعي : لا يجوز [٢] .

٥٣٧٥ – لنا : ما روي : « أن النبي ﷺ رأى في إبل الصدقة ناقة كوماء فأنكرها ، وقال : لا تأخذوا من حزرات المال ، وسأل المصدق عنها ، فقال : أخذتها ببعيرين من إبل الصدقة » [٣] ونحن نعلم [٤] أن النبي ﷺ لم يكن يأذن للمصدقين أن يبيعوا الصدقات ، فعلم أنه أخذها من أرباب الأموال بالقيمة .

٥٣٧٦ – فإن قيل : يجوز أن يكون قبض البعيرين ، ثم باعهما بناقة .

٥٣٧٧ – قلنا : لم يصح ؛ لأن المصدقين ليس لهم التصرف بالبيع ؛ ولأن الحكم لو اختلف لسأل رسول الله ﷺ هل أخذها قبل القبض أو بعده ؟

٥٣٧٨ - ويدل عليه : حديث أُبيّ قال : بعثني رسول الله ﷺ مصدقًا ، فمررت

---

(١) راجع : المبسوط ، كتاب الزكاة (١٥٦/٢ ، ١٥٧) ، تحفة الفقهاء ، باب من يوضع فيه الصدقة (٣٠٦/١) بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة ، باب وأما صفة الواجب في أموال التجارة (٢٣/٢ ، ٢٤) ، متن القدوري ، باب زكاة الخيل ص٢١ ، فتح القدير مع الهداية ، باب صدقة السوائم (١٩١/٢ – ١٩٣) ، البناية (٤٠٨/٣ – ٤١٠) الاختيار ، كتاب الزكاة (١٠٢/١ ، ١٠٣) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب زكاة السوائم (٢٠٣/١) .

(٢) راجع : المجموع مع المهذب ، باب زكاة الغنم (٤٢٨/٥ – ٤٣٢) ، المنتقى في ما جاء في صدقة البقر (١٣٥/٢) ، بداية المجتهد كتاب الزكاة ، الفصل الخامس في نصاب الحبوب والثمار والقدر الواجب في ذلك (٢٧٧/١) ، الإفصاح باب الزكاة (٢١١/١) ، الكافي لابن قدامة ، باب صدقة الغنم (٢٩٥/١) ، المغني باب صدقة الفطر (٦٥/٣ ، ٦٦) .

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٣٤٩/٤) بلفظ : رأى رسول الله ﷺ في إبل الصدقة ناقة مسنة ، فغضب ، وقال : ما هذه فقال : يا رسول الله إني ارتجعتها ببعيرين من حاشية الصدقة ، فسكت ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الزكاة ، باب ما يكره للمصدق من الإبل (١٨/٣ ، ١٩) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الزكاة باب من أجاز أخذ القيم في الزكوات (١١٣/٤ ، ١١٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [نسلم] .

برجل ، فلما جمع ماله ، لم أجد فيه إلا بنت مخاض ، فقلت له : أدِّ بنت مخاض [(١)] فإنها صدقتك ، فقال : ذلك ما لا لبن فيه ولا ظهر [(٢)] ، ولكن هذه ناقة فتية عظيمة سمينة [فخذها] [(٣)] فقلت له : ما أنا بآخذها ، لم أومر به ، وهذا رسول اللَّه ﷺ منك قريب ، فإن أحببت أن تأتيه فتعرض عليه ما عرضت عَلَيّ فافعل ، فإن قبله منك قبلته ، وإن رده عليك رددته ، قال : فإني فاعل ذلك ، فخرج معي ، وخرج بالناقة التي عرضها عليّ حتى قدمنا إلى النبي ﷺ فقص عليه القصص . فقال له رسول اللَّه ﷺ : « ذلك الذي عليك ، فإن تطوعت بخير ، آجرك اللَّه عنه [(٤)] ، وقبلناه منك » فهاهي يا رسول اللَّه قد جئتك بها [(٥)] ، فأمر رسول اللَّه ﷺ بقبضها ودعا له بالبركة [(٦)] . فلا يخلو أن ينصرف التطوع إلى جميعها أو إلى [(٧)] بعضها [(٨)] أو إلى الدفع ، ولا يجوز أن ينصرف إلى الجميع ؛ لأن هذا يقتضي بقاء الفرض في ذمته ، ولم يقصد الرجل ذلك ولا قصده النبي ﷺ ، ولا يجوز أن ينصرف إلى الدفع ؛ لأن النبي ﷺ [(٩)] قال : « قبلناه منك » ، وهذا يقتضي أن يكون التطوع منفردًا بالقبول ، وذلك لا يكون إلا في المدفوع ، فلم يبق إلا أن يكون بعضها تطوعًا وبعضها واجبًا ، وبعض ناقة [(١٠)] في الإبل لا يجزى إلا على طريق القيمة .

٥٣٧٩ - فإن قيل : هذا لا يدل على جواز القيمة في الأضحية .

٥٣٨٠ - قلنا : هناك الواجب لا يتبعض [(١١)] فيقع جميع السنة عن الواجب ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [أو بنت مخاض] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ولا طهر] بالطاء المهملة .
(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٤) لفظ : [عنه] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) لفظ : [بها] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) أخرجه أبو داود في السنن كتاب الزكاة ، باب في زكاة السائمة (٣٩٩/١ ، ٤٠٠) ، وابن خزيمة في الصحيح ، كتاب الزكاة ، باب ذكر الخبر المفسر للفظة المجملة (٢٣/٤) ، الحديث (٢٢٧٧) ، والحاكم في المستدرك ، كتاب الزكاة (٣٩٩/١ ، ٤٠٠) ، والبيهقي في الكبرى ، كتاب الزكاة ، باب لا يأخذ الساعي فوق ما يجب ولا ما خضا إلا أن يتطوع (٩٦/٤ ، ٩٧) .
(٧) حرف : [إلى] ساقط من صلب (ص) استدركه المصنف في الهامش .
(٨) قوله : [أو إلى بعضها] ساقط من (ع) .
(٩) في (م) : [عليه السلام] ، وفي (ع) بزيادة : [الصلاةو] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [نافلة] .
(١١) في (م) : [لا ينتقض] وفي (ع) : [لا ينتقص] .

وهاهنا الواجب يتبعض (١) ، ولهذا جعله عليه الصلاة و (٢) السلام متطوعًا بالزيادة .

٥٣٨١ - ويدل عليه ما روي : أن معاذًا ﷺ (٣) قال لأهل اليمن : « ائتوني بكل خميس ، أو لبيس ، آخُذُه منكم في الصدقة مكان الذرة والشعير ، فإنه أيسر عليكم ، وأنفع لمن بالمدينة من المهاجرين والأنصار » (٤) . فأخبر أنه يأخذ الثياب بالقيمة وينقلها إلى المدينة . وقد عمل للنبي ﷺ وأبي بكر ﷺ (٥) ، ففي أي الزمانين نقل فهو حجة .

٥٣٨٢ - قالوا : هذا كان في الجزية ؛ لأن النبي ﷺ أمره أن يأخذ الإبل من الإبل ، والحب من الحب ، فكيف يخالف أمره ، وقال له : « أعلمهم أن اللّه فرض عليهم حقًّا يؤخذ من أموالهم ، يؤخذ من أغنيائهم (٦) فيرد إلى فقرائهم » (٧) ؟ وكيف ينقلها عنهم ، ومن مذهب معاذ أن النقل لا يجوز ؛ لأنه قال : « من انتقل بصدقته من مخلاف عشيرته إلى غير مخلاف عشيرته ؛ فهي مردودة في مخلاف عشيرته ؟ » . وكيف تكون (٨) الصدقة حقا لكل المهاجرين (٩) وفيهم القرابة والغني (١٠) ، والجزية حق لجميعهم ؟

٥٣٨٣ - والجواب : أن قوله في الجزية لا يصح ؛ لأنه قال : « آخذها في الصدقة » ، وكيف يكون جزية والنبي ﷺ (١١) قال له : « خذ من كل حالم وحالمة دينارًا » (١٢) فكيف يأخذ الذرة والشعير ؟ . فأما قوله عليه الصلاة و (١٣) السلام : « خذ الحب من

(١) في (م) ، (ع) : [متبعض] .
(٢) الزيادة من (ع) .
(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٤) أخرجه الدارقطني في كتاب الزكاة ، باب ليس في الخضراوات صدقة (١٠٠/٢) ، الحديث (٢٤) والبيهقي في الكبرى ، كتاب الزكاة ، باب من أجاز أخذ القيم في الزكوات (١١٣/٤) .
(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [من أعيانهم] .
(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٣٠٩) .
(٨) في (م) ، (ع) : [يكون] .
(٩) في (ص) ، (م) : [للمهاجرين] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [العرابه والمعنى] .
(١١) في (م) ، (ع) : [ﷺ] .
(١٢) أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب الزكاة ، باب في زكاة السائمة (٣٩٧/١) ، وأخرجه في المراسيل في باب صدقة الماشية ص١٦ ، والترمذي في كتاب الزكاة ، باب ما جاء في زكاة البقر (١١/٣) والنسائي في كتاب الزكاة ، باب زكاة البقر (٢٥/٥ ، ٢٦) ، وابن خزيمة في الصحيح باب صدقة البقر (١٩/٤) الحديث (٢٢٨٦) ، والحاكم في المستدرك في زكاة البقر (٣٩٨/١) ، والدارقطني في كتاب الزكاة باب ليس في الخضراوات صدقة (١٠٢/٢) ، الأحاديث (٢٩ ، ٣٠ ، ٣١) ، وأحمد في المسند (٣٢٠/٥) ، وعبد الرزاق في المصنف كتاب الزكاة الزكاة باب البقر (٢١/٤ ، ٢٢) ، الحديث (٦٨٤١) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الزكاة في صدقة البقر ما هي (١٩/٣ ، ٢٠) ، الحديث (٢ ، ٤) .
(١٣) الزيادة من (ع) .

الحب ، والإبل من الإبل » [١] فبيان لما يطالب المصدق به ، والقيمة لا يطالب بها بغير [٢] اختيارهم ، وأما أمره بتفريق الصدقة فيهم : فإن النقل يجوز أن يكون فيما زاد على فقرائهم ، ومتى لم يوجد [٣] أهل السُّهْمَانِ في بلد نقلت الصدقة ، وأما قول معاذ : فدليل عليهم ؛ لأنه يقتضي أن الصدقة مردودة في عشيرته وإن كانوا في بلد آخر ، فأما قوله : « كيف تكون الصدقة حقًّا لكل المهاجرين » ، فالمراد به : من يستحقها منهم ، كما نقول : الزكاة حق المسلمين [٤] وإن كان المراد الفقراء منهم .

٥٣٨٤ - فإن قيل : إن معاذًا قال ائتوني ، فمن أين لكم ؟ أنهم أعطوه حتى يثبت النقل .

٥٣٨٥ - قلنا : روى طاووس « أن معاذًا كان يأخذ العروض بالثمن في الزكاة ويجعلها في صنف واحد » [٥] .

٥٣٨٦ - قالوا : لا يمتنع أن تسمى الجزية صدقة ، قال عمر رضي الله عنه[٦] : « هذه جزية ، فسموها [٧] ما شئتم » [٨] . ولأن كل ما جاز أن يتطوع بالصدقة به [٩] جاز في الواجب ، كالمنصوص عليه ، وهذا تعليل للثياب . ولأن كل صدقة جاز إخراج غير الطعام فيها جاز إخراج الطعام ، أصله : صدقة الفطر . ولأنه مال يعتبر فيه الحول ، كالجزية .

٥٣٨٧ - فإن قيل : الجزية يجوز أخذ المنافع بدلها ، فجاز إخراج القيمة ، والزكاة لا تؤخذ [١٠] عنها المنافع ، فلم يجز أخذ القيمة [١١] .

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن كتاب الزكاة ، باب صدقة الزرع (٤٠٤/١) ، وابن ماجه ، في كتاب الزكاة باب ما تجب فيه الزكاة من الأموال (٥٨٠/١) ، حديث (١٨١٤) ، الدارقطني في كتاب الزكاة باب ليس في الخضراوات صدقة (٩٩/٢ ، ١٠٠) ، الحديث (٢٣) ، والبيهقي في الكبرى ، كتاب الزكاة ، باب لا يؤدي عن ماله فيما وجب عليه إلا ما وجب عليه (١١٢/٤) .

(٢) في (م) (ع) : [فغير] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ومتى يوجد] .

(٤) في (ع) : [للمسلمين] .

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ، كتاب الزكاة ، باب أخذ العروض في الزكاة (١٠٥/٤) الحديث (٧١٣٣) وابن أبي شيبة بألفاظ متقاربة لعبد الرزاق في المصنف ، كتاب الزكاة في ما قالوا في أخذ العروض في الصدقة (٧٢/٣) ، الحديث (١ ، ٤) .

(٦) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [فقسموها] .

(٨) هذه الرواية ذكرها ابن الهمام في فتح القدير (٢٠١/٢) ، والعيني في البناية (٤٢٢/٣ ، ٤٢٣) .

(٩) لفظ : [به] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لا يؤخذ] .

(١١) في (ع) : [فلم تجز القيمة] .

٥٣٨٨ - قلنا : الجزية يجوز أن تجب [ابتداء لأجل المنافع ؛ لأن الفقير المعتمل يوضع عليه الجزية ولا مال له ، ويجوز أن تجب] [١] منافع ؛ بأن يجعل جزيتهم عملًا يعملونه للمسلمين ؛ فلذلك [٢] جاز أخذ المنافع في عوضها . ولما كانت الزكاة لا تجب [٣] إلا في مال ، ولم يوجب فيها إلا المال ؛ لم يجز [٤] أن يأخذ عوضها ما ليس بمال .

٥٣٨٩ - ولأن ما جاز إخراجه في الزكاة [عن جنس من المال جاز إخراجه] [٥] عن جنس آخر ، كالدراهم يجوز عن جنسها وعن العروض ؛ ولأن الإمام لو أخذ الزكاة فتصرف فيها إلى جنس آخر لمصلحة المساكين ثم فرقه جاز [فإذا أخذ مالًا آخر جاز] [٦] ، كالوصي . ولا يلزم ثمن الصرف [٧] ؛ لأنه يأخذ غيره وهو أن يأخذ رأس المال ويتصرف في رأس ماله فيأخذ عوضه ما شاء . ولا يلزم لحم الهدي ؛ لأنه لا حق [٨] للإمام في أخذه .

٥٣٩٠ - فإن قيل : يجوز أن يأخذ الزكاة فيجعلها عوضًا عن منافع المسلمين ، مثل أن يستأجر بها من يعمل لهم ، أو يستأجر دارًا بمالهم ، ولو أخذ من المزكي المنافع عوضًا لم يجز .

٥٣٩١ - قلنا : قد احترزنا عن هذا بقولنا : « فجاز أن يأخذ مالًا آخر » والفرق بينهما من طريق المعني : أن المنافع إذا أخذها والدافع متبرع لم ينقطع حقه عنها كما لا ينقطع في العارية ، ولا يحصل له ما يحصل بأخذ المنافع من غير المزكي ؛ ولأن ما جاز إخراجه من الفريضتين [٩] جاز إخراجه عن نصاب من السائمة ، كالشاة . ولأن ما جاز إخراجه في زكاة جنسه جاز في زكاة غير جنسه ، كالشاة ، والتعليل للإبل والبقر .

٥٣٩٢ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن : « خذ الحب من الحب ، والإبل من الإبل » .

٥٣٩٣ - قلنا : هذا بيان لما يطالب [١٠] به الساعي / ويبتدئ أخذه ، ولا يجوز أن يطالب بالقيمة حتى يبذلها المالك ، وقد فهم معاذ من الخبر ما ذكرناه حتى أخذ من أهل ٦/أ

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لم يجب] .
(٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٧) في (م) ، (ع) : [التصرف] .
(٨) في (م) ، (ع) : [لأنه حق] .
(٩) في (م) ، (ع) : [من الفريضتين] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [أن يطلب] .

اليمن الثياب مكان الحبوب في الصدقة .

٥٣٩٤ - قالوا : روى ابن عمر قال : « فرض رسول اللّه ﷺ زكاة الفطر من رمضان صاعًا من تمر ، أو صاعًا من شعير ، أو صاعًا من طعام ، أو صاعًا من زبيب » (١) فخصه بالأقوات ، فدل على أن غيرها لا يجوز .

٥٣٩٥ - والجواب : أنه قال : « اغنوهم عن المسألة » (٢) ، وهذا يفيد عموم ما يقع بالاستغناء ، فيجمع بين الخبرين ويكون فائدة التخصيص : أن القوم لم يكونوا أصحاب أموال ، وإنما كان مالهم التمر ، وقوتهم (٣) الحنطة والشعير ، فذكر الأسهل عليه ، وقد فهم السلف هذا المعني . فروى ابن عون (٤) عن ابن سيرين عن ابن عباس قال : « صاع صاع ، من جاء ببر قبل منه ، ومن جاء بسويق قبل منه ، ومن جاء بدقيق قبل منه » (٥) .

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح باب فرض صدقة الفطر ، وفي باب صدقة الفطر على العبد وغيره من المسلمين ، وفي باب صدقة الفطر صاعًا من تمر ، وفي باب صدقة الفطر على الحر والمملوك ، وفي باب صدقة الفطر على الصغير والكبير (٢٦٣/١ ، ٢٦٤) ، ومسلم في الصحيح في باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير (٦٧٧/٢ ، ٦٧٨) ، الأحاديث (١٢ - ٩٨٤/١٦) .

(٢) قد أخرجه الدارقطني بلفظ : فرض رسول اللّه ﷺ زكاة الفطر وقال : اغنوهم في هذا اليوم في كتاب صدقة الفطر (١٥٢/٢ ، ١٥٣) ، الحديث (٦٧) ، وابن عدي في الكامل (٥٥/٧) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الزكاة باب وقت إخراج زكاة الفطر (١٧٥/٤) ، وابن حزم في المحلى بالآثار ، في زكاة الفطر (٢٤١/٤) ، المسألة (٧٠٤) .

(٣) في (ص) : [كان لهم التمر وقولهم] ، وفي (م) : [كان سالهم التمر وقولهم] ، مكان المثبت ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٤) في (م) ، (ع) : [ابن عنون] ، وهو خطأ ، وابن عون ، هو عبد اللّه بن عون البصري ، ثقة ، رأي أنس بن مالك ، وروى عن ابن سيرين ومجاهد ، والنخعي ، وروى عنه الثوري ، وشعبة . راجع ترجمته في الجرح والتعديل (١٣٠/٥ ، ١٣١) ، الترجمة (٦٠٥) ، وتاريخ الثقات ص٢٧٠ ، ٢٧١ ، الترجمة (٨٥٩) ، وتقريب التهذيب (٤٣٩/١) ، الترجمة (٥٢٦) .

(٥) أخرجه ابن خزيمة ، في صحيحه في ، كتاب الزكاة ، باب إخراج السلت صدقة الفطر ، وفي باب إخراج جميع الأطعمة في صدقة الفطر (٨٨/٤ ٨٩) الحديث (٢٤١٥ ، ٢٤١٧) ، بلفظ : أمرنا رسول اللّه ﷺ أن نؤدي زكاة رمضان صاعًا من طعام عن الصغير والكبير ، والحر والمملوك ، ومن أدى سلتًا قبل منه ، وأحسبه قال : ومن أدى دقيقًا قبل منه ، ومن أدى سويقا ، قبل منه والدارقطني في السنن ، في كتاب زكاة الفطر (١٤٤/٢) الحديث (٢٥) والبيهقي في الكبرى كتاب الزكاة ، باب من قال يخرج من الحنطة في صدقة الفطر نصف صاع (١٦٨/٤ ، ١٦٩) وعبد الرزاق في المصنف في كتاب صلاة العيدين ، باب زكاة الفطر (٣١٣/٣) ، الأثر (٥٧٦٧) .

وقال أبو إسحاق : « أدركتهم يعطون في صدقة رمضان الدراهم بقيمة الطعام » [١] . قال عمر بن عبد العزيز : « من كان من أهل الديون [٢] فعليه نصف درهم صدقة الفطر » [٣] . وروى ليث عن عطاء : أن عمر رضي الله عنه [٤] أخذ العروض في الصدقة من الثياب وغيرها [٥] .

٥٣٩٦ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال : « في أربع وعشرين من الإبل فما دونها الغنم [٦] ، وفي خمس وعشرين إلى خمس [٧] وثلاثين بنت مخاض ، فإن لم يكن فيها بنت مخاض ؛ فابن لبون ذكر » [٨] .

٥٣٩٧ - وهذا يدل على وجوب هذا السن ، فمتى عدل عنه بقي الواجب في ذمته ، ويدل على أنه لا ينتقل إلى بدل مع وجود المنصوص ، وأن [٩] الانتقال إلى بدل معين ، وأن [١٠] ابن لبون يجوز من غير اعتبار قيمة ، وأن الواجب ابن لبون كامل ، فمن جوز نصفه خالف الخبر .

٥٣٩٨ - والجواب : أن الخبر يقتضي وجوب ما نص عليه ، وهذا موضع قد اتفقنا عليه واختلفنا هل يقوم [١١] غيره مقامه أم لا ؟ وليس في وجوب الشيء ما يمنع جواز أخذ بدله ، فلم يبق إلا استصحاب الإجماع . ولأن الخبر يقتضي جواز بنت مخاض على أي صفة كانت وكل من جوزها معينة لم يجوزها إلا بالقيمة .

٥٣٩٩ - فأما قوله : « فإن لم يكن فيها بنت مخاض » : فقد بينا أن ذلك على

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة بهذا اللفظ في المصنف : كتاب الزكاة ، في إعطاء الدراهم في زكاة الفطر (٦٥/٣) .
(٢) في الأصل [الديوان] وهذا خطأ والصحيح ما أثبتناه .
(٣) أخرجه ابن أبي شيبة بلفظ : قال : سمعت كتاب عمر بن عبد العزيز يقرأ إلى عدي بالبصرة : يؤخذ من أهل الديون من أعطياتهم عن كل إنسان نصف درهم ، في المصنف (٦٤/٣) .
(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٥) رواه عبد الرزاق في المصنف في كتاب الزكاة ، باب أخذ العروض في الزكاة (١٠٥/٤) ، الأثر (٧١٣٤) ، وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الزكاة في ما قالوا في أخذ العروض في الصدقة وفي ما قالوا في الرجل إذا وضع الصدقة في صنف آخر (٧٢/٣ ، ٧٣) .
(٦) في (م) ، (ع) : [الضم] .
(٧) لفظ : [خمس] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٨) تقدم تخريجه في مسألة (٢٨٩) .
(٩) في (م) ، (ع) : [ولأن] .
(١٠) لفظ : [وأن] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١١) في (م) ، (ع) : [واختلفنا على أن يقول] .

طريق التخيير وليس على طريق الشرط .

٥٤٠٠ - وأما قولهم : « نقله إلى بدل معين » : فلأن الحيوان كان أسهل على القوم ؛ لأنه غالب حالهم : « فنقله إلي بدل يقرب منه غالبًا ، وجعل زيادة سنه بفضل الأنوثية فيها .

٥٤٠١ - وأما قولهم : « إنه نقله إلى ابن لبون » : مطلق ، ولم يعتبر القيمة ، ولأنه أطلق بنت مخاض وأراد الوسط ، وذلك لا ينتقص عن قيمتها غالبًا .

٥٤٠٢ - فأما قولهم : « إن الخبر يدل على أن نصف ابن لبون لا يجزئ » ، فالنبي ﷺ جوز ابن لبون عن بنت مخاض وسط ، وعندنا يجوز ابن لبون جيد عن نصف بنت مخاض جيدة .

٥٤٠٣ - قالوا : روي أنه قال : « ومن بلغت صدقته الجذعة وليست عنده ، وعنده حقة ، قبلناها منه ، وما استيسر من شاتين أو عشرين درهمًا » [١] .

٥٤٠٤ - قالوا : فنقله إلى بدل معين وقدر ما بينهما تقديرًا شرعيًا ، ولو كان قيمة لاختلف بالزمان والبلدان .

٥٤٠٥ - والجواب : أنّ هذا دليل لنا ؛ لأن النبي ﷺ لا يجحف [٢] بأرباب الأموال ولا يضر بالمساكين . ومعلوم أن المصدق إذا أخذ بنت لبون مكان بنت مخاض ورد شاتين أو عشرين [٣] درهمًا من مال الفقراء ، وقيمة بنت لبون عشرون درهمًا ؛ فقد أضر بالفقراء ، وإذا [٤] أخذ من رب المال بنت مخاض وعشرين درهمًا ؛

---

(١) أخرجه البخاري باختلاف يسير في الصحيح في الزكاة ، باب من بلغت عنده صدقة بنت مخاض وليست عنده (١/٢٥٢ ، ٢٥٣) ، وأبو داود في السنن كتاب الزكاة ، باب في زكاة السائمة (١/٣٩٢ ، ٣٩٣) ، والنسائي في كتاب الزكاة ، باب زكاة الإبل (٥/١٨ - ٢٣) ، وباب زكاة الغنم (٥/٢٧ - ٢٩) ، وابن ماجه في كتاب الزكاة باب إذا أخذ المصدق سنًّا دون سن أو فوق سن (١/٥٧٥) ، الحديث (١٨٠٠) ، ابن خزيمة في صحيحه ، في كتاب الزكاة ، باب أخذ الغنم والدراهم فيما بين أسنان الإبل (٤/٢٧) ، والحاكم في المستدرك كتاب الزكاة ، في من تصدق من مال حرام لم يكن له فيه أجر ، وكان إصره عليه (١/٣٩٠ - ٣٩٢) والدارقطني في باب زكاة الإبل والغنم (٢/١١٣ - ١١٦) ، الحديث (٢ ، ٣) ، والبيهقي في الكبرى ، كتاب الزكاة ، باب كيف فرض الصدقة (٤/٨٥ ، ٨٦) ، وأحمد في المسند (١/١١ ، ١٢) .

(٢) الجحف : أخذ الشيء واجترافه ، وأجحف بمعنى كلف ما لا يطيق . قال ابن الأثير : أجحفت بهم الفاقة : أي أفقرتهم الحاجة ، وأذهبت أموالهم . راجع في لسان العرب مادة : جحف (١/٥٥١) ، النهاية باب الجيم مع الحاء (١/٣٤١) ، المصباح المنير الجيم مع الحاء وما يثلثهما (١/٨٩) ، المعجم الوسيط (١/١٠٨) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الى عشرين] . (٤) في (ع) : [وإن] .

وكانت [١] بنت لبون قيمتها عشرون درهما ؛ فقد أجحف به فعل لضرورة الشريعة [٢] أنه أمر بذلك إذا كانت القيمة بقدر الفضل ، وإلا فكيف يظن به ﷺ أنه يأمر بإتلاف حق الفقراء تارة وبالإجحاف بأرباب الأموال أخرى ؟ .

٥٤٠٦ – قالوا : عدل عن منصوص عليه في الزكاة إلى قيمته فأشبه إذا أخرج المنافع .

٥٤٠٧ – قلنا : يبطل إذا أخرج بعيرًا عن خمس من الإبل ، وإذا [٣] أخرج بازلًا عن بنت مخاض .

٥٤٠٨ - فإن قيل : لِم تَعدلِ [٤] عن النص ؛ لأن النبي ﷺ قال [٥] : « خذ الإبل من الإبل » ؟

٥٤٠٩ – قلنا : لو كان كذلك لجاز بعيرًا معيبًا [٦] لا يساوى شاة ، فلما لم يجز علم أنه قيمة ؛ ولأن قولهم : « عدل عن منصوص » إن أرادوا الفرض المنصوص فالنقض [٧] متوجه ، وإن أرادوا غير منصوص لم نسلم ؛ لأن القيمة منصوص عليها بقوله : « خذ من أموالهم صدقة » . ولأن المعني في المنافع : أن الزكاة لا تجب لأجلها ؛ فلم يجز إخراجها منها ، ولما كانت الأموال يجوز أن تجب الزكاة لأجلها جاز إخراجها منها .

٥٤١٠ – قالوا : كل ما لا تجب [٨] فيه ، لا يجوز إخراجه منها ، كالمنافع .

٥٤١١ – قلنا : لا يشيرون [٩] إلى نوع مال إلا وعندنا زكاة التجارة تجب فيه ، فالوصف غير مسلم ؛ ولأن الإخراج يجوز مما [١٠] لا يتعلق به وجوب باتفاق ، بدلالة أن المعلوفة يجوز إخراجها ولا يجب فيها ، والمعني في المنافع : أنها متى لم توجد [١١] على وجه المعاوضة لم ينقطع حق صاحب الرقبة عنها ، بدلالة العارية . والزكاة يستحق دفعها علي وجه ينقطع حق المزكي عن المدفوع ، وأعيان الأموال بخلاف ذلك .

٥٤١٢ – فإن قيل : المنافع مأخوذة على وجه العوض عن الزكاة .

٥٤١٣ – قلنا : القيمة عندنا تتقدر [١٢] بالمنصوص ، ثم هي زكاة في نفسها ليست

---

(١) في (م) ، (ع) : [وكان] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فقل لضرورة الشرعية] .
(٣) في (ع) : [فإذا] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لم يعدل] .
(٥) لفظ : [قال] ساقط من (م) .
(٦) في (م) ، (ع) : [بغيرا معيبا] .
(٧) في (ص) ، (ع) : [فالنقص] .
(٨) في (م) ، (ع) : [كل ما يجب] .
(٩) في (م) ، (ع) : [لا يستردن] ، وفي (ص) : [لا يستروني] ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(١٠) في (م) ، (ع) : [فيما] .
(١١) في (م) ، (ع) : [لم يوجد] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [يتقدر] .

بدلًا عن الفريضة .

٥٤١٤ - قالوا : إخراج قيمة في الزكاة ، فوجب أن لا يجوز كمن أخرج نصف صاع جيد عن صاع وسط .

٥٤١٥ - قلنا : المخرج يجوز عن مقداره ، والخلاف في جواز الأعيان لا في مقادير الجائز ، وإنما لا يجزئ عن أكثر من كيله (١) ؛ لأن الشريعة لم تجعل (٢) للجودة قيمة فيما يثبت (٣) فيه الربا عند ملاقاته لجنسه ، والقيمة أنها يرجع فيها إلى العرف الشرعي .

٥٤١٦ - قالوا : فجوزوا شاة سمينة عن شاتين (٤) .

٥٤١٧ - قلنا : يجوز ذلك .

٥٤١٨ - قالوا : فجوزوا مد قمح عن صاع من شعير في صدقة الفطر ؛ لأن التفاضل يجوز من الجنسين .

٥٤١٩ - قلنا : نص عليهما جميعًا ، والفرض فيهما واحد فلا يجزئ كل واحد إلا عن نفسه ، كما لا يجوز ذراع (٥) من ثوب جيد عن ثوب من الكسوة في الكفارة .

٥٤٢٠ - قالوا : فعندكم القيمة فرض بنفسها ليست ببدل عن المنصوص ، فلا تؤدي (٦) إلى الربا .

٥٤٢١ - قلنا : عندنا أنها (٧) تتقدر بالقيمة ثم تصير (٨) أصلًا في نفسها ، فلا بد من اعتبار التقويم .

٥٤٢٢ - قالوا : مخرج على وجه الطهرة (٩) ، فلا يجوز إخراج القيمة فيه ، كالعتق في الكفارة .

٥٤٢٣ - قلنا : الواجب هناك العتق ، وهو إتلاف لا يتقوم فلا يكون إخراج قيمة ما لا قيمة له ؛ ولأن العتق إتلاف الرق على ملك المعتق ، وليس هناك شيء يصل إلى العبد

---

(١) في (م) ، (ع) : [وكيله] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لم يجعل] .
(٣) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٤) في (ص) : [شاه] .
(٥) في سائر النسخ : [ذراعا] ، الصواب ما أثبتناه .
(٦) في (م) ، (ع) : [ولا يودي] .
(٧) لفظ : [أنها] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٨) في (م) : [يتقدر بالقيمة ثم يصير] .
(٩) في (م) ، (ع) : [الصهر] ، في (ص) غير واضحة ، لعل الصواب ما أثبتناه .

حتى تقوم القيمة إذا دفعت إليه مقامه . ولأن القيمة لا تخلوا إما أن تدفع (١) إلى العبد أو إلى الفقراء ؛ فإن دفعت إلى الفقراء فليس العتق حقا لهم فلا يجوز دفع بدله إليهم ، وإن دفعها إلى عبد نفسه لم يملكها ، وإن دفع (٢) إلى عبد غيره فقد ملكها لمولاه وهو حر ، فلذلك لا يجوز القيمة .

٥٤٢٤ - فإن قيل : فجوزوا دفعها إلى المكاتبين ليصلوا به إلى العتق .

٥٤٢٥ - قلنا : العتق ليس بحق للمكاتب وعتقه في الكفارة لا يجوز .

٥٤٢٦ - قالوا : الزكاة تعلقت بجنس مخصوص [فالواجب فيها جنس مخصوص] (٣) كالأضاحي .

٥٤٢٧ - قلنا : الديات (٤) تعلقت في الأصل بجنس مخصوص ، ويجوز أخذ القيمة فيها وكذلك الجزية . ولأن المقصود من الأضحية إراقة الدم ، وذلك معنى لا يتقوم ، وإنما يمكن تقويم اللحم ، وهو بعض المقصود ، ولهذا لو (٥) أخرج اللحم لم يجز .

٥٤٢٨ - قالوا : الموجب فيه وهو النصاب ، لا تقوم قيمته مقامه ، فكذلك الواجب لا يقوم قيمته مقامه .

٥٤٢٩ - قلنا : النصاب إن كان من الحيوان فشرطه السوم ، وقيمته لا يوجد فيها هذا الشرط ، وإن كان من الأثمان فثمنه ، [و] (٦) إن كان من الأموال النامية فقد شغلها الوجوب ، ولا يقوم مقام واجب آخر ، وإن كان ما ليس بنامي ، كدور السكني والعوامل ؛ فمن شرط الزكاة أن تتعلق (٧) بمال يطلب النماء من عينه ، فإذا لم يوجد هذا في البدل ؛ لم يقم مقام النصاب .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يدفع] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فلم يملكها وان دفعوا] .
(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (ص) : [الزكات] .
(٥) حرف : [لو] ساقطة من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .
(٦) في (م) ، (ع) : [قيمته] ، مكان : [فثمنه] والزيادة أثبتناها لمقتضى السياق .
(٧) في (م) ، (ع) : [أن يتعلق] .

مسألة ٣٢٢

في الخيل السائمة إذا كانت ذكورًا وإناثًا الزكاة

٥٤٣٠ - قال أبو حنيفة : في الخيل السائمة إذا كانت ذكورًا وإناثًا الزكاة ، وفي الإناث المنفردة [1] روايتان ، ذكرهما الطحاوي ، وفي الذكور المنفردة : ذكر محمد في الآثار تجب فيها الزكاة [2] .

٥٤٣١ - وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : لا زكاة فيها [3] .

٥٤٣٢ - لنا : ما روى مالك عن زيد بن أسلم عن أبي صالح ، عن أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « الخيل ثلاثة : لرجل ستر [4] ولرجل أجر وعلى رجل وزر » ، وذكر حديثًا طويلًا قال فيه : ورجل [5] اتخذها تعففًا [6] ولم ينس حق الله في ظهورها / ولا رقابها [7] . ٦٧/ب

---

(١) في (م) ، (ع) : [وفي المنفرد الاناث] .

(٢) في (م) ، (ع) : [في المنفرد عنها الزكاة] . راجع المسألة كتاب في الأصل كتاب الزكاة (٦٤/٢ ، ٦٥) ، كتاب الآثار ، باب زكاة الدواب والعوامل ص٦١ ، ٦٢ ، مختصر الطحاوي ، باب الخيل فيها زكاة ص٤٥ ، ٤٦ ، المبسوط ، باب زكاة البقر (١٨٨/٢ ، ١٨٩) متن القدوري ، ص ٢١ ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة ، فصل وأما الخيل (٣٤/٢ ، ٣٥) ، البناية ، باب صدقة السوائم (٣٩٦/٣ - ٤٠٠) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، (٢٠٠/١ ، ٢٠١) ، أحكام القرآن للجصاص سورة براءة ، فصل في أنواع الزكاة (١٥٣/٣ ، ١٥٤) .

(٣) راجع الأم ، باب لا زكاة في الخيل (٢٦/٢) ، حلية العلماء ، باب صدقة المواشي (١٢/٣) ، المجموع مع المهذب ، باب صدقة المواشي (٣٣٧/٥ ، ٣٣٩) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٣١٥/٥) ، المنتقى في ما جاء في صدقة الرقيق والخيل والعسل (١٧١/٢) ، المقدمات الممهدات كتاب الزكاة الثاني (٣٢٣/١) ، بداية المجتهد ، "كتاب الزكاة (٢٥٩/١) ، الإفصاح (٢٠٠/١ ، ٢٠١) ، الكافي لابن قدامة كتاب الزكاة (٢٨٣/١) ، المغني ، باب صدقة الغنم (٦٢٠/٢ ، ٦٢١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [سير] .

(٥) في جميع النسخ : [رجلًا] ، والتصويب من واقع الحديث .

(٦) في (م) ، (ع) : [بعففا] .

(٧) أخرجه البخاري باختلاف يسير في الصحيح ، في كتاب المساقاة ، باب شرب الناس والدواب من الأنهار (٥٣/٢) وفي كتاب الجهاد باب الخيل لثلاثة (١٤٧/٢) ، وفي كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة (٢٦٩/٤) ومسلم في الصحيح ، كتاب الزكاة ، باب إثم مانع الزكاة (٦٨٠/٢ - ٦٨٣) ، الحديث (٢٤ - ٢٦/ ٩٨٧) ، وابن ماجه في كتاب الجهاد ، باب ارتباط الخيل في سبيل الله (٩٣٢/٢) ، الحديث (٢٧٨٨) . وأحمد في المسند (٢٦٢/٢ ، ٣٨٣) . ومالك في الموطأ كتاب الجهاد ، في الترغيب في الجهاد (٢٩/١) .

٥٤٣٣ – وهذا يدل على وجوب حق تعلق برقابها ، فلا يحمل على الجهاد ؛ لأنه حق في الظهور . ولأنه ذكره في القسم الآخر فلا يحمل على حمل المنقطع ؛ لأنه حق في الظهور . ولأنه فرق في الخبر بين الخيل والحمير فما تقول [١] : في الحمير ؟

٥٤٣٤ – قال : ما أنزل علي فيها إلا هذه الآية [٢] الجامعة [٣] : ﴿ فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴾ [٤] .

٥٤٣٥ – فدل أن الحق الذي علقه برقابها يختلف فيه الخيل والحمير ، وما ذلك الحق إلا زكاة العين ، ويدل عليه : ما روى عكرمة عن ابن عباس عن عمر بن الخطاب ﷺ [٥] قال : قال رسول الله ﷺ : « إني ممسك بحجزكم [٦] عن النار ، وتغلبوني فتقاحمون فيها تقاحم الفراش [٧] والجنادب ، ويوشك أن أرسل حجزكم ، فأنا فرط لكم إذن على الحوض ، فتردون علي معًا وأشتاتا فأعرفكم بأسمائكم وسيماكم [٨] كما يعرف الرجل الغريبة [٩] من الإبل في إبله ، فيذهب بكم ذات الشمال وأنا منشد رب العالمين [١٠] فأقول : أي رب رهطي [١١] أي رب أمتي ، فيقال : إنك لا تدري ما أحدثوا بعدك ، كانوا يمشون بعدك القهقرى ، ولأعرفن أحدكم [١٢] يأتي يوم القيامة يحمل شاة لها ثغاء ، فينادى : يا محمد يا محمد ، فأقول : لا أملك لك شيئًا قد بلغت ، ولأعرفن أحدكم يأتي يوم القيامة [١٣] يحمل بعيرًا له رغاء ينادى : يا محمد يا محمد ، فأقول :

---

(١) في (م) ، (ع) : [في الخبرين الخيل والحمير كما نقول] ، وزاد في (ع) : [بين] بعد : [الخبرين] .
(٢) لفظ : [الآية] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٣) في (ص) : [الناده الجامعه] ، وفي (م) ، (ع) : [العادة الجامعة] ، لعل الصواب ما أثبتناه ؛ لأن الكلمة قبل [الجامعه] غير مفهومة .
(٤) سورة الزلزلة : الآية ٧ .
(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، [بحجركم] .
(٧) في (م) (ع) : [ويغلبوني فتعاجمون فيها بفاحم الفراش] ، وفي الترغيب : [اني ممسك بحجزكم عن النار هلم عن النار ، هلم عن النار وتغلبونني تقاحمون فيه تقاحم الفراش ، أو الجنادب فأوشك أن أرسل بحجزكم وأنا فرطكم على الحوض] .
(٨) في (م) ، (ع) : [وسماكم] ، وفي الترغيب : [بسيماكم وأسمائكم] .
(٩) في (م) ، (ع) : [العربية] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [رب المال] ، وفي الترغيب : [وأناشد فيكم رب العالمين] .
(١١) قوله : [أي رب رهطى] ، وفي الترغيب : [: [أي رب قومي أي رب أمتي فيقول يا محمد] .
(١٢) في (م) : [أحد] ، وفي الترغيب : [القهقري على أعقابهم فلا أعرف أحدكم] .
(١٣) لفظ : [القيامة] ساقط من (م) .

لا أملك لك من اللّه شيئًا قد بلغت ولأعرفن أحدكم يأتي [١] يوم القيامة [يحمل فرسًا له حمحمة ينادى : يا محمد يا محمد ، فأقول : لا أملك لك من اللّه شيئًا قد بلغت ، ولأعرفن أحدكم يوم القيامة] [٢] يحمل سلخًا من آدم ينادى : يا محمد يا محمد ، فأقول : لا أغني عنك من اللّه شيئًا ، ألا قد بلغت » [٣] .

٥٤٣٦ - وهذا يدل على وجوب الزكاة [٤] في هذه الأنواع .

٥٤٣٧ - فإن قيل : يجوز أن يكون علة في سبيل اللّه ، أو ترك الجهاد عليه .

٥٤٣٨ - قلنا : لما ذكره مع أنواع [٥] تتعلق الزكاة بها دل على أنه أراد الزكاة ، فأما العلول [٦] فلا يختص بهذه الأنواع ، وأما الجهاد : فإنه يذم [٧] إذا ترك الجهاد بنفسه أكثر ما يذم إذا تركه بفرسه [٨] فلو كان لأجل الجهاد لم يخص الوعيد بالفرس . ويدل عليه : حديث جعفر عن أبيه عن جابر أن النبي ﷺ قال : « في كل فرس سائمة دينار ، وليس في الرابطة شيء » [٩] .

٥٤٣٩ - فإن قيل : رواه غورك السعدي وهو ضعيف ، ولهذا رواه أبو يوسف عنه ولم يأخذ به .

٥٤٤٠ - قلنا : غورك مولي جعفر بن محمد ، وقول أصحاب الحديث : ضعيف لا يقبل مطلقًا حتى يبينوا [١٠] جهة الضعف [١١] ، وليس من شرط قبول الخبر عمل الراوي

---

(١) لفظ : [يأتي] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) ذكره المنذري بهذا اللفظ باختلاف يسير في الترغيب والترهيب كتاب الصدقات ، في الترغيب في العمل على الصدقة بالتقوى (٢٧٧/١ ، ٢٧٨) الحديث (١٢) .

(٤) لفظ : [الزكاة] ساقط من (ع) .

(٥) في (ع) : [من انواع] .

(٦) في (ص) ، (ن) : [الغلول] : بالغين المعجمة ، عل يعل فهو عليل أي مريض . وفي اللسان : العلول : وهو ما يعلل به المريض من الطعام الخفيف ، فإذا قوى أكله فهو الغلل جمع الغلول . راجع في لسان العرب مادة : [علل] (٣٠٧٩/٤ / ٣٠٨٠) ، المصباح المنير (٤٠٣/٢) .

(٧) في (م) (ع) : [ندم] .

(٨) في (م) ، (ع) : [بقرينه] .

(٩) أخرجه الدارقطني في السنن كتاب الزكاة ، باب زكاة مال التجارة وسقوطها عن الخيل والرقيق (١٢٥/٢، ١٢٦) ، الحديث (١) ، بلفظ : قال رسول اللّه ﷺ في الخيل السائمة في كل فرس دينار تؤديه ، والبيهقي في الكبرى كتاب الزكاة ، باب من رأى في الخيل صدقة (١١٩/٤) ، ونسبه الهيثمي في مجمع الزوائد كتاب الزكاة ، باب صدقة الخيل والرقيق وغير ذلك (٦٩/٣) .

(١٠) في (ص) ، (ع) : [يتبينوا] .

(١١) لفظ : [الضعف] ساقط من (م) .

[به] [١] ؛ لأنه يجوز أن يكون رجَّح غيره عليه فعدل عنه لما عارضه لا لضعفه [٢] ، ويدل عليه : ما روى « أن أهل الشام قالوا لأبي عبيدة ﷺ : إنا أصبنا أموالًا خيلًا وعبيدًا فخذ زكاتها ، فكتب إلى عمر فقال : كيف آخذ ما لم يأخذه [٣] صاحباي ؟ ثم استشار الصحابه

٥٤٤١ - فقالوا : حسن ، وعليّ ساكت ، فسأله فقال : لا بأس به ما لم يصر جزية راتبة يؤخذون بها بعدك [٤] ، فكتب عمر ﷺ إلى أبي عبيدة وأمره أن يخيرهم ، فإن شاءوا أعطوا من كل فرس عشرة دراهم ، وإن شاءوا قوموها [٥] ، وخذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم » [٦] . وروى ابن شهاب « أن عثمان ﷺ كان يصدق الخيل » [٧] ولا يحمل ذلك على النافلة ؛ لأنها لا تتقدر ولا يستشار [٨] فيها .

٥٤٤٢ - ولا يقال : لو كانت واجبة لم يستشر [٩] فيها ؛ لأنه علم وجوبها وشك في أن الإمام [١٠] يأخذها أولًا . وقوله : « كيف آخذ ما لم يأخذ [هـ] [١١] صاحباي » لا ينفي الوجوب ؛ لأن ترك الأخذ لا ينفي الوجوب ، كالكفارات [١٢] . ويجوز أن يكون النبي ﷺ [١٣] لم يطالب بها لعلتها [١٤] . وقول علي ﷺ لا ينفي الوجوب ، وإنما اعتقد أن المطالبة بها لا يجوز .

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [لا لصفه] .
(٣) في (م) : [كيف تأخذه ما لم نأخذه] ، وفي (ع) : [نأخذ] ، مكان : [آخذ] .
(٤) في (ع) : [بعدل] .
(٥) في (م) : [وأقوموها] .
(٦) أخرجه أحمد في المسند (١٤/١) ، وأبو عبيد في كتاب الأموال باب الصدقة في الخيل والرقيق ص٤١٨، الحديث (١٣٦٤) ، والدارقطني في السنن : باب زكاة مال التجارة وسقوطها عن الخيل والرقيق (١٢٦/٢) ، والحاكم في المستدرك كتاب الزكاة (٤٠٠/١ ، ٤٠١) .
(٧) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ، كتاب الزكاة ، باب الخيل (٣٥/٤) ، الحديث (٦٨٨٨) ، وابن حزم في المحلى بالآثار في كتاب الزكاة (٣٢/٤) مسألة (٦٤١) .
(٨) في (م) ، (ع) : [ولا يسار] ، وفي صلب (ص) ، (ن) : [ولا يشاور] ، المثبت من هامش (ص) من نسخة أخرى .
(٩) في (م) : [لم يستبشر] ، وفي (ع) : [لم يستشير] .
(١٠) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) . وموجود في نسخة (ص) بعد كلمة الإمام والأنسب حذفه .
(١١) الزيادة من واقع النص السابق .
(١٢) في (م) ، (ع) : [في الكفارات] .
(١٣) في (م) : [ﷺ] ، وفي (ع) : بزيادة : [الصلاة و] .
(١٤) في (م) (ع) : [لقلتها] بالقاف .

٥٤٤٣ - ولا يقال : إن عمر ﷺ عوضهم عما أخذ ؛ لأنه أرزق [١] لكل فرس عشرة [٢] أجربة شعيرًا وأخذ منه [عشرة] دراهم ، قال [٣] أبو إسحاق : أعطاهم أكثر مما أخذ منهم . ولأن الإمام لا يجوز له أن [٤] يأخذ صدقة النفل ويعوض عنه من بيت المال ، وإنما أرزقهم كما يرزق ذراري المسلمين ، ويكفي مؤنة خيلهم وعبيدهم .

٥٤٤٤ - فإن قيل : روي أنه كتب إلى أبي عبيدة « إن أحبوا فخذها منهم واردها عليهم » [٥] .

٥٤٤٥ - قلنا : هذا رواه مالك ، وقال : ومعناه : « وارددها على فقرائهم » . ولأنه حيوان يطلب النماء بسومه في العادة فلم يحل جنسه من زكاة الغير ، كالإبل . ولا يلزم عليه [٦] الحمير ؛ لأنها لا تسام [٧] في مواضع السوم غالبًا . ولا يلزم النحل ؛ لأن هذا لا يسمى سومًا

٥٤٤٦ - ولو قيل : نحل سائمة [٨] لقيل : ذباب سائمة ، وإنما يقال ذلك : فيما يثبت عليه اليد فتعلف [٩] تارة ، وتسام أخرى .

٥٤٤٧ - فإن قيل : المعنى في الإبل : أنها تجزى في الأضحية . قلنا : قد تتعلق [١٠] الزكاة بما لا مدخل له [١١] في الأضحية ، كالأثمان [١٢] والزروع ، والثمار عندهم والمعيبة على الأصلين ، وقد يجزى في الأضحية ما لا يتعلق به الزكاة ، كالمعلوف [١٣] والعامل . ولأنه حيوان طاهر السؤر يركب في العادة ، كالإبل . ولأنه يجوز المسابقة عليه ؛ فجاز أن تتعلق [١٤] زكاة السوم بجنسه ، كالسوم . ولأن السوم يثبت لإيجاب الزكاة ؛ فجاز أن يكون له تأثير في إيجاب الزكاة في الخيل ، كالتجارة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [اروق] .
(٢) لفظ : [عشرة] ساقط من (ع) .
(٣) الزيادة من (م) ، (ع) ، وفي (ع) : [قالوا] ، مكان : [قال] .
(٤) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) رواه مالك في الموطأ كتاب الزكاة ، باب ما جاء في صدقة الرقيق والخيل] (٢٧٧/١) ، الحديث (٣٨) وأبو عبيد ، الحديث (١٣٦٥) .
(٦) لفظ : [عليه] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٧) في (م) ، (ع) : [لا يسافر] .
(٨) في (م) ، (ع) : [سومه] .
(٩) في (م) : [فتعلقت] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .
(١١) في (م) : [بما لا يدخل له] ، وفي (ع) : [بما لا دخل له] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [كالايمان] ، وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [كالانوار] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [كالمعلوفة] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

٥٤٤٨ - احتجوا : بحديث عراك بن مالك [١] عن أبي هريرة ﷺ « أن النبي ﷺ قال : ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة » [٢] .

٥٤٤٩ - والجواب : إن هذا الخبر رواه مالك مسندًا ، ورواه سفيان بن عيينة موقوفا على أبي هريرة [٣] ، وهذه [٤] طريقة يضعف بها أصحاب الحديث الخبر . ولأنه عليه الصلاة و [٥] السلام نفي الصدقة فيها ، وصدقة الخيل لا تتعلق بأعيانها ، وإنما المالك يتخير في تعينها [٦] في العين أو في قيمتها .

٥٤٥٠ - احتجوا : بحديث علي ﷺ أن النبي ﷺ قال : « عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق إلا أن في الرقيق صدقة الفطر » [٧] .

٥٤٥١ - والجواب : أن النبي ﷺ يعفو عن [٨] حقوق نفسه ، ولا يصح أن يعفو عن حقوق المسلمين للمطالبة والأخذ ، وترك المطالبة لا ينفي [٩] الوجوب . ولأن المراد بهذا : خيل الركوب ، بدلالة أنه قرنه [١٠] بالعبد ، والمراد به : عبد الخدمة ، يبين [١١]

---

(١) لفظ : [مالك] ساقط من صلب (م) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) حرف : [في] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . حديث أبي هريرة : متفق عليه ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في الزكاة ، باب ليس على المسلم في فرسه صدقة ، وفي باب ليس على المسلم في عبده صدقة (١/ ٢٥٥) ، ومسلم بلفظه في الصحيح ، كتاب الزكاة باب لا زكاة على المسلم في عبده وفرسه (٢/ ٦٥٧ ، ٦٧٦) ، الحديث (٨ ، ٩٨٢/٩) ، وأبو داود في السنن كتاب الزكاة ، باب صدقة الرقيق (١/ ٤٠٤) ، والترمذي في كتاب الزكاة باب ما جاء يسن في الخيل والرقيق صدقة (١٤/٢ ، ١٥) الحديث (٨ ، ٦) ، النسائي كتاب الزكاة ، باب زكاة الخيل ، وباب زكاة الرقيق (٣٥/٥ ، ٣٦) ، وابن ماجه في كتاب الزكاة ، باب صدقة الخيل والرقيق (٥٧٩/١) ، الحديث (١٨١٢) ، والدارقطني في كتاب الزكاة (١٢٧/٢) .

(٣) أخرجه أبو عبيد موقوفا عليه ص٤١٧ ، الحديث (١٣٦٠) .

(٤) في (ع) : [وهي] .

(٥) الزيادة من (ع) .

(٦) في (م) : [بعينها] .

(٧) أخرجه الطحاوي بلفظ : عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق في المعاني (٢٨/٢ ، ٢٩) ، وأحمد في المسند (١٤٥/١) ، وأبو داود في السنن كتاب الزكاة ، باب في زكاة السائمة (٣٩٦/١) ، والترمذي في السنن كتاب الزكاة ، باب ما جاء في زكاة الذهب والورق (٧/٣) ، الحديث (٦٢٠) ، والنسائي في المجتبى كتاب الزكاة ، باب زكاة الورق (٣٧/٥) ، والدارقطني في كتاب الزكاة (١٢٦/٢) ، الحديث (٤) ، وابن ماجه في كتاب الزكاة باب صدقة الخيل والرقيق (٥٧٩/١) ، الحديث (١٨١٣) .

(٨) في (م) ، (ع) : [في] ، مكان : [عن] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لا يبقى] .

(١٠) في (م) : [قربه] .

(١١) في (م) ، (ع) : [بين] .

ذلك ما روى أن زيد بن ثابت سئل عن صدقة الخيل في مجلس مروان ؛ فبادر أبو هريرة ﷺ فروى الخبر فقال زيد : « ما قاله النبي ﷺ فهو حق إلا أنه أراد فرس الغازي ، فقيل له : يا أبا سعيد ، كم صدقتها ، قال : شاتان أو عشرة دراهم » ، وتقدير الواجب لا يعلم إلا بالتوقيف [١] .

٥٤٥٢ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة و [٢] السلام : « ليس في الجبهة [٣] ، ولا في الكسعة ، ولا في النخة ، صدقة » [٤] ، قال أبو عبيدة : الجبهة الخيل .

٥٤٥٣ - والجواب : أنه نفي [٥] الوجوب فيها ، فالوجوب [٦] عندنا غير متعلق بأعيانها إلا أن يعينه [٧] المالك . ولأن هذه الأخبار نافية ، وأخبارنا مثبتة ، فهي أولى [٨] .

٥٤٥٤ - ولا يقال : أخبارنا [٩] متأخرة ، وبيان لما استقر الشرع عليه ؛ لأن قوله [١٠] : « عفوت » يقتضي إسقاط شيء كان ، وذلك لأن أحدا لم يقل : صدقة الخيل كانت ثم نسخت ، فلم يجز التأويل بما يخالف . وقد ذكروا في حديث أبي هريرة ليس في الخيل والرقيق زكاة .

٥٤٥٥ - والجواب عنه ما ذكرنا [هـ] [١١] .

٥٤٥٦ - قالوا : جنس حيوان لا تجب الزكاة في ذكوره وإناثه كالحمير [١٢] .

٥٤٥٧ - والجواب : أن الوصف غير مسلم ؛ لأن الذكور فيها الزكاة ، ذكر ذلك محمد في الآثار ، وإن قلنا بالرواية [١٣] الأخرى فالذكور المنفردة [١٤] لا يوجد فيها نماء مقصود ؛ لأن النسل لا يوجد واللحم غير مقصود ؛ لأنه مختلف ، والإناث فيها النماء ، فالزكاة تجب

---

(١) في (م) ، (ع) : [بالتوقف] .
(٢) الزيادة من (ع) .
(٣) في (م) : [الجهة] .
(٤) في سائر النسخ : [في البحة صدقة] ، الصواب ما أثبتناه . قال ابن الأثير : هي الرقيق ، وقيل : الحمير ، وقيل : البقر العوامل ، - وتفتح نونها وتضم - وقيل : هي كل دابة استعملت ، وقيل : البقر العوامل بالضم وغيرها بالفتح وفي النهاية باب النون مع الخاء (١٣/٥) . تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٣٠٧) .
(٥) في (م) ، (ع) : [بقي] .
(٦) في (م) ، (ع) : [والوجوب] .
(٧) في (م) ، (ع) : [بعينه] .
(٨) قوله : فهي أولى ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٩) في (م) ، (ع) : [أخبار] .
(١٠) في (ع) : [ولان] بالعطف .
(١١) الزيادة من (م) ، (ع) .
(١٢) في (م) ، (ع) : [كالحمر] .
(١٣) في (م) : [بالرواة] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [المتقررة] .

بوجود النماء وتسقط [١] بعدمه ، وقد تكلف [٢] بعضهم فقال : في الذكور نماء مقصود وهو [٣] شعورها ، وهذا بعيد ؛ لأن ذلك يوجد منها بعد الموت [٤] وهذا لا يعد نماء . والمعني [٥] في الحمير : أنها محرمة الأكل ، والخيل حيوان غير محرم الأكل يسام [٦] في العادة .

٥٤٥٨ - قالوا : حيوان لا يجوز أن يضحي بجنسه فلا يجب زكاة السوم منه ، كالحمير والبغال .

٥٤٥٩ -والجواب : أن الزكاة أوسع من الأضحية ، بدلالة وجوبها في المعيب والصغير عندهم ، ولا يجوز الأضحية بهما . ولأن الأضحية تراد للحم ، والخيل مختلف في لحمها فلم يتعلق بها ، والزكاة تجب [٧] بالنماء ، ونماء الخيل أضعاف نماء البقر .

٥٤٦٠ - قالوا : حيوان يسهم له كالآدمي .

٥٤٦١ - قلنا : نقلب فنقول : فجاز [٨] أن يجب على مالكه زكاة عن رقبته ، كالعبد .

٥٤٦٢ - قالوا : ذو حافر ، كالبغل .

٥٤٦٣ - قلنا : مخالفة الفرس للنعم / بالحافر لا يدل على اختلافهما في الزكاة ، ألا ترى : أن النعم مختلفة ، فيها ذات الخف وذوات الظلف وقد تساوت في وجوب الزكاة مع اختلافها وتساويها في الوحوش في الظلف والخف [٩] ولا زكاة فيها ، فدل على بطلان هذه الشبهة [١٠] .

٦٨/أ

٥٤٦٤ - قالوا : لو وجبت الزكاة فيها لتعلقت بأعيانها .

٥٤٦٥ - قلنا : العبيد تجب [١١] عليهم الفطرة ولا تتعلق [١٢] بأعيانهم .

٥٤٦٦ - قالوا : الزكاة لا تجب إلا بطلب الذر والنسل ، والخيل لا ذر لها [١٣] .

٥٤٦٧ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الخيل لها لبن مقصود [١٤] ، يشرب وينتفع به ، وهو في مواضع السوم ، كلبن الإبل والغنم وأيسر عندهم .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ويسقط] .
(٢) في (م) : [يكلف] .
(٣) في (م) : [وهم] .
(٤) في (م) ، (ع) : [بعد موتها] .
(٥) في (ع) : [فالمعنى] .
(٦) في (ع) : [في الأكل نام] .
(٧) في (م) : [يجب] .
(٨) في (م) ، (ع) : [جاز] .
(٩) في (ص) ، (م) : [والخلف] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [السنه] .
(١١) في (م) : [يجب] .
(١٢) في (م) : [ولا يتعلق] .
(١٣) في (م) : [لادركها] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [لأن الخيل ليس مقصود] .

مسألة ٣٢٣

لا زكاة في المهر قبل القبض وكذلك المبيع لا ينعقد عليه الحول فيه قبل القبض وكذلك الدية على العاقلة

٥٤٦٨ – قال أبو حنيفة : لا زكاة في المهر قبل القبض وكذلك المبيع لا ينعقد عليه الحول فيه قبل القبض ، وكذلك الدية على العاقلة (١) .

٥٤٦٩ – وقال الشافعي : لا يعتبر القبض في انعقاد الحول ، واختلف أصحابه في الدية على العاقلة (٢) .

٥٤٧٠ – لنا : أن المهر بدل عما لا يجب فيه الزكاة فلم يجب فيه الزكاة قبل القبض كالخيل .

٥٤٧١ – فإن قيل : المهر بعد (٣) القبض بدل عما ليس بمال ويجب فيه الزكاة .

٥٤٧٢ – قلنا : بعد القبض يسقط حكم الملك الأول ، بدلالة أن الهبة المقبوضة تجب فيها الزكاة وليست بدلًا عن شيء . ولأنها حالة لو هلكت السائمة هلكت على مالك غيرها فلم ينعقد حولها فيه ، كالمبيع إذا كان الخيار للبائع . ولأن الدية على العاقلة ليست بدين صحيح بدلالة أنه يسقط بالموت ، فصار كَمَالِ الكتابة (٤) .

٥٤٧٣ - [فإن قيل : المعني أنه لا يستحق قبضه ، وللمكاتب إسقاطه عن نفسه] (٥) .

٥٤٧٤ – قلنا : لم نسلم ؛ لأن عندنا يجبر المكاتب على دفع مال الكتابة ، ولا يملك إسقاطه عن نفسه إلا بإسقاط الحاكم . ولأن المبيع في يد البائع لم يكمل ملك المشترى فيها ، بدلالة امتناع تصرفه ، ونقصان الملك يمنع وجوب الزكاة ؛ كَمَالِ الكتابة (٦) فإنه

(١) راجع تفصيل المسألة في المبسوط كتاب الزكاة (١٦٧/٢ ، ١٦٨) ، تحفة الفقهاء باب زكاة السوائم (٢٩٤/١ ، ٢٩٥) ، بدائع الصنائع كتاب الزكاة ، فصل : وأما الشرائط التي ترجع إلى المال (١٠/٢) .

(٢) راجع المجموع مع المهذب ، باب زكاة الذهب والفضة (٢٩/٦ ، ٣٠) ، المدونة في زكاة الفوائد ، وفي زكاة فائدة الماشية (٢٣١/١ ، ٢٧٤) ، المقدمات الممهدات ، فصل في زكاة الديون (٣٠٣/١) ، المغني ، باب زكاة الدين والصدقة (٥٢/٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [قبل] ، مكان : [بعد] .

(٤) في (م) ، (ع) : [المكاتبة] .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) : [كما الكتابة] .

مال ملكته [١] واستحقت قبضه ، فوجب أن لا يشترط [٢] في عقد الحول قبضه . أصله : إذا ملك بالشراء أو بالميراث [٣] .

٥٤٧٥ - قالوا : وفيه احتراز عن مال الكتابة لأن قبضه غير مستحق .

٥٤٧٦ - والجواب : المملوك بالشراء [٤] مثل مسألتنا ، فأما المملوك بالميراث فقد تقدم ملك الوارث فيه ، بدلالة أنه إذا كان عينا فهو في [٥] حكم يده ؛ لأن يد من هو في يده يد الوارث ، ولأنه لا يملك على ملك غيره ، والمهر بخلاف ذلك .

٥٤٧٧ - قالوا : إذا كان المهر في نفسه مالًا ؛ فالزكاة تجب فيه [٦] ، فلا معني لقولكم : إن بدله ليس بمال .

٥٤٧٨ - قلنا : حكم الزكاة يؤثر فيه أحكام البدل ، ألا ترى أن بدل مال التجارة للتجارة [٧] من غير نية ؛ وبدل عبيد الخدمة لا يكون للتجارة وإنما المؤثر فيه بدله .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ملكية] .
(٢) في (م) : [أن لاشرط] .
(٣) في (ع) : [أو الميراث] .
(٤) في (ص) : بالشرى ، وفي (م) ، (ع) : [الجواب المملوك بالشراء] . وهو الأنسب وقد أثبتناه في المتن .
(٥) في (م) : [من] ، مكان : [في] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٧) لفظ : [للتجارة] ساقط من (ع) .

مسألة ٣٢٤

العشر واجب في قليل ما أخرجت الأرض وكثيره

٥٤٧٩ - قال أبو حنيفة : العشر واجب في قليل ما أخرجت [(١)] الأرض وكثيره ، وهو قول مجاهد والنخعي ، حكاه عنه حماد والحكم [(٢)] .

٥٤٨٠ - وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجب الحق في أقل من خمسة أوسق [(٣)] .

٥٤٨١ - وبه قال الشافعي [(٤)] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يخرجه] .

(٢) مجاهد : هو مجاهد بن جبر ، أبو الحجاج المخزومي مولاهم المكي ، تابعي ثقة ، أحد أعلام الأثبات في التفسير ، وفي الميزان : أجمعت الأمة على إمامة مجاهد والاحتجاج به ، مات رحمه الله سنة أربع ومائة ، عن ثلاث وثمانين سنة . انظر ترجمته في تاريخ الثقات ص٤٢٠ ، الترجمة (١٥٣٨) ، ميزان الاعتدال (٤/٤٣٩ ، ٤٤٠) ، الترجمة (٧٠٧٢) ، تقريب التهذيب (٢/٢٢٩) ، الترجمة (٩٢٢) . النخعي : هو إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي ، أبو عمران الفقيه الكوفي ، ثقة . قال أبو زرعة : إبراهيم النخعي علم من أعلام أهل الإسلام ، وفقيه من فقهائهم مات رحمه الله سنة ست وتسعين عن خمسين سنة . انظر ترجمته في تاريخ الثقات ص٥٦ ، الترجمة (٤٥) ، الجرح والتعديل (٢/١٤٤ ، ١٤٥) ، الترجمة (٤٧٣) ، تقريب التهذيب (١/٤٦) ، الترجمة (٣٠١) . وحماد : هو حماد بن أبي سليمان ، أبو إسماعيل الكوفي الأشعري ، ثقة صدوق توفي رحمه الله سنة عشرين ومائة . راجع ترجمته في تاريخ الثقات ص١٣١ ، ١٣٢ ، الترجمة (٣٣١) ، الجرح والتعديل (٣/١٤٦ ، ١٤٧) ، الترجمة (٦٤٢) ، تقريب التهذيب (١/١٦٧) ، الترجمة (٥٤٣) . والحكم : هو الحكم بن عتيبة ، أبو محمد الكندي الكوفي ، ثقة ثبت في الحديث ، وكان من فقهاء أصحاب إبراهيم النخعي . مات رحمه الله سنة ثلاث عشرة ومائة . راجع ترجمته في تاريخ الثقات ص١٢٦ ، ١٢٧ ، الترجمة (٣١٥) ، الجرح والتعديل (٣/١٢٣-١٢٥) ، الترجمة (٥٦٧) .

(٣) الوسق : ستون صاعًا بصاع رسول الله ﷺ ، قال ابن الأثير : الوسق : بالفتح : ستون صاعًا وهو ثلاثمائة وعشرون رطلًا عند أهل الحجاز ، وأربعمائة وثمانون رطلًا عند أهل العراق على اختلافهم في مقدار الصاع والمد ، قال الأزهري : الوسق ستون صاعًا بصاع النبي ﷺ والصاع خمسة أرطال وثلث . قال الفيومي : والوسق على هذا الحساب مائة وستون مدًّا . راجع النهاية (٥/١٨٥) ، المغرب ص٤٧٨ ، ٤٨٥) ، المصباح المنير (٢/٦٣١) .

(٤) راجع المسألة في كتاب الأصل ، باب الذهب والفضة والركاز ... إلخ ، وباب عشر الأرض (٢/١٤٠ ، ١٥٧ ، ١٦٢) ، كتاب الآثار ، باب زكاة الزرع والعشر ص٦٢ ، مختصر الطحاوي ، باب زكاة الثمار والزروع ص٤٦ ، المبسوط باب العشر ، وباب عشر الأرضين (٢/٢٠٨) ، (٣/٣) ، متن القدوري ، باب زكاة الزرع والثمار ص٢٢ ، تحفة الفقهاء ، باب العشر والخراج (١/٣٢٢) ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة =

٥٤٨٢ - لنا : قوله تعالى (١) : ﴿ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ ﴾ (٢) وقوله تعالى : ﴿ وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ ﴾ (٣) . وقال عليه الصلاة و (٤) السلام : « فيما سقت السماء العشر » (٥) ، وهو عام في القليل والكثير رواه علي ومعاذ ، ومجاهد وأبو هريرة وابن عمر وبشير بن سعد وأنس ﵃ . ولأن النصاب سبب في وجوب الزكاة ، فلم يشترط فيه العشر ، كالحول .

٥٤٨٣ - ولا يقال : إن الحول يعتبر [لتكامل النماء والنصاب يعتبر] (٦) ليبلغ المال قدرا يحتمل المواساة (٧) ، والخارج كله نماء ، وذلك لأن النصاب اعتبر فيما يعتبر (٨) الواجب فيه ليبلغ المال حدا يحتمل ذلك التقدير (٩) والواجب في مسألتنا غير مقدر ،

= فصل وأما شرائط المحلية فأنواع (٢/٥٩) ، فتح القدير مع الهداية ، باب زكاة الزروع والثمار (٢/٢٤٢ ٢٤٣) ، الاختيار ، باب زكاة الزروع والثمار (١/١١٣) ، حاشية ابن عابدين ، باب العشر (٢/٥١) ، راجع الأم في باب صدقة الحبوب غير الحنطة (٢/٣٥) ، اختلاف العلماء ، كتاب الزكاة ص ١١٧ ، ١١٨، المهذب باب زكاة الثمار ، وباب زكاة الزرع (١/١٥٤ ، ١٥٦ ، ١٥٧) ، حلية العلماء باب زكاة الثمار (٣/٦٤) . المنتقى في ما تجب فيه الزكاة وفي زكاة الحبوب والزيتون (٢/٩١ ، ١٦٤) الكافي لابن عبد البر ، باب زكاة الثمار وباب زكاة الحبوب (١/٣٠٤ ، ٣٠٨) ، بداية المجتهد ، كتاب الزكاة ، الفصل الخامس في نصاب الحبوب والثمار والقدر الواجب في ذلك (١/٢٧٣ ، ٢٧٤) ، الإفصاح ، باب الزكاة (١/٢٠٥) ، الكافي لابن قدامة باب زكاة الزرع والثمار (١/٣٠٢ ، ٣٠٣) ، المغني ، باب زكاة الزرع والثمار (٢/٦٩٥ ، ٦٩٦) .

(١) لفظ : [تعالى] ساقط من (ع) .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٦٧ .

(٣) سورة الأنعام : الآية ١٤١ .

(٤) الزيادة من (ع) .

(٥) أخرجه البخاري بلفظ : فيما سقت السماء والعيون ، أو كان عثريًا : العشر ، وما سقي بالنضح نصف العشر . في الصحيح في الزكاة ، باب العشر فيما يسقى من ماء السماء (١/٢٥٩) ، ومسلم في الصحيح ، كتاب الزكاة باب ما فيه العشر أو نصف العشر (٢/٦٧٥) ، الحديث (٧/٩٨١) ، وأبو داود في كتاب الزكاة ، باب صدقة الزرع (١/٤٠٤) ، الترمذي كتاب الزكاة باب ما جاء في الصدقة فيما يسقى بالأنهار وغيره (٣/٢٢ ، ٢٣) الحديث (٦٣٩ ، ٦٤٠) ، والنسائي في باب ما يوجب العشر وما يجب نصف العشر (٥/٤١ ، ٤٢) ، وابن ماجه في باب صدقة الزرع والثمار (١/٥٨٠ ، ٥٨١) ، الحديث (١٨١٦، ١٨١٧ ، ١٨١٨) ، وأحمد في المسند (١/١٤٥) ، والبيهقي في الكبرى (٤/١٣٠ ، ١٣١) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) من قوله [وفي مسألتنا إذا خرج المدفوع] في مسألة (٣١٦) إلى قوله : المال قدرا يحتمل المواساة : ساقط من (ن) .

(٨) في (ن) : [لان النصاب عبر فيما يتقدر] .

(٩) في (ن) : [الواجب] ، مكان : [القدير] .

فاحتمل القليل والكثير . ولأن حق اللّه تعالى متعلق بغير المال لا يعتبر فيه الحول ، فلا يعتبر [١] فيه نصاب ، كخمس الغنائم وحق المعدن [٢] . ولأنه حق لله تعالى كغير المال [٣] لا يؤثر فيه الصغر والجنون ، فلم يعتبر فيه النصاب كما ذكرناه .

٥٤٨٤ – قالوا : ينتقض بصدقة الفطر ، فإن النصاب عندكم معتبر ، وهو العبد الكامل ولا يعتبر الحول .

٥٤٨٥ – قلنا : الفطرة لا تتعلق [٤] بغير المال والنصاب غير معتبر فيها ، وإنما يعتبر كمال ولايته على المخرج عنه ، فإذا ملك بعض عبد لم تكمل ولايته [٥] .

٥٤٨٦ – قالوا : المعني في الخمس : أنه لا يتعلق بمال مخصوص ، فلم يتعلق بقدر مخصوص . ولما كان العشر يتعلق بمال مخصوص تعلق بقدر مخصوص .

٥٤٨٧ – [قلنا : علة الأصل تبطل بالقطع في السرقة ؛ فإنه لا يتعلق عندهم بمال مخصوص ويتعلق بقدر مخصوص] [٦] . ولأنه خارج من أرض عشرية [٧] ، كالخمسة الأوسق أو نماء [٨] خارج من أرض العشر ، كالكثير [٩] . ولأنه أحد حقي الأرض ، فلم يعتبر في وجوبه نصاب ، كالخراج . ولأنه حق هو مال [١٠] لا يعتبر له عفو في الباقي [١١] ، فلا يعتبر له عفو في الابتداء ، كالخمس . ولأن ما تعلق به وجوب العشر لم يتقدمه [١٢] عفو ؛ أصله : الكثير [١٣] .

٥٤٨٨ – فإن قيل : العفو بعد النصاب يعتبر في الحيوان ، حتى لا يؤدى إلى ضرر الشركة بإيجاب الكثير [١٤] عندنا في البقر وعندهم في الفائدة ، ولو صح ما قالوا لوجب في ثلاثين من الإبل بنت مخاض وشاة ؛ لأن ذلك لا يؤدى إلى الكثير .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولا يعتبر] .
(٢) في (م) ، (ع) : [العدن] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لغير] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا يتعلق] .
(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لم يكمل] .
(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش
(٧) في (م) ، (ع) : [من أرضه] ، مكان : [من أرضه عشريه] ، وفي (ن) [العشرة] ، مكان : [عشرية] ، ولفظ [العشرية] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ثمن] ، وفي صلب (ص) : [عن] ، المثبت في هامش (ص) .
(٩) في (م) ، (ع) : [الكبير] ، وفي (ن) : [الكبر] .
(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [جوهر مال] .
(١١) في (ص) ، (ن) : [الثاني] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [لم يتقدم] .
(١٣ ، ١٤) في (م) ، (ع) : [الكبير] ، وفي (ن) : [الكبر] .

٥٤٨٩ – احتجوا : بحديث أبي سعيد الخدرى ﷺ عن النبي ﷺ [١] أنه قال : « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » [٢] .

٥٤٩٠ – والجواب : أن النبي ﷺ نفي وجوب الصدقة عن القليل ، وحق الزرع [له] [٣] اسم يخصه في الإطلاق ، وهو العشر ، فوجب حمل الخبر على ما يسمي صدقة على الإطلاق ، وهو زكاة التجارة ؛ لأن ابن عمر قال : « كنا نتبايع بالبقيع بالأوسق » فيجوز أن يكون [٤] ثمنًا .

٥٤٩١ – ولأن ما دونها ما يبلغ مائتين [٥] في العادة ، فنفي عنه زكاة التجارة ، يبين [٦] ذلك أنه قال : « ليس فيما دون خمسة أوسق من التمر صدقة » ، كما قال : « ليس فيما دون خمس ذود صدقة » [٧] .

٥٤٩٢ – وقد قيل أن ذلك محمول على حقوق كانت في بدء [٨] الإسلام ، نسخت بالعشر ، وكانت تجب [٩] في كثير المال دون قليله . روي « أن من كثر نخله كانت عليه صدقة يأتي بعذق ويعلقه [١٠] في باب المسجد تأكله المارة » .

---

(١) في (ن) : [عليه السلام] .

(٢) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الزكاة ، باب ما أدى زكاته فليس بكنز ، وفي باب زكاة الورق (٢٤٤/١ ، ٢٥١) ، ومسلم في الصحيح كتاب الزكاة (٦٧٣/٢ – ٦٧٥) الأحاديث (١ – ٩٧٩/٥) ، وأبو داود في السنن في كتاب الزكاة (٣٨٩/١ ، ٣٩٠) ، والترمذي في كتاب الزكاة ، باب ما جاء في صدقة الزرع والتمر والحبوب (١٣/٣ ، ١٤) ، الحديث (٦٢٦ ، ٦٢٧) ، والنسائي في كتاب الزكاة ، باب صدقة الإبل (١٧/٥ ، ١٨) ، وباب زكاة الورق (٣٦/٥ ، ٣٧) ، باب زكاة الحبوب (٤٠/٥) .

(٣) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) لفظ : [يكون] ساقط من (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [ما يبلغ ما بين] ، وفي (ن) [ما بلغ ما بين] .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [تبين] .

(٧) اللفظ الأول : تقدم تخريجه من حديث أبي سعيد الخدري آنفًا . واللفظ الثاني : أخرجه مسلم في الصحيح كتاب الزكاة (٦٧٥/٢) ، الحديث (٩٨٠/٦) ، وأحمد في المسند (٤٠٢/٢) ، والطحاوي في معاني الآثار ، كتاب الزكاة ، باب زكاة ما يخرج من الأرض (٣٥/٢) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الزكاة ، باب النصاب في زكاة الثمار (١٢٠/٤ ، ١٢١) كما أخرجه الدارقطني في السنن باب في قدر الصدقة فيما أخرجت الأرض وخرص الثمار ١٢٩/٢) ، الحديث (٣) .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ن) [بدو] .

(٩) في (م) : [يجب] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [من كثر ماله كان عليه صدقة سابر لعدوه وتعلقه] ، وفي (ن) : [كان عليه صدقة بابر لعدوه وبغلته] .

٥٤٩٣ - وقد قيل : معناه : ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة يطالب [1] بها الإمام ، وقد فسر ذلك في حديث أبي سعيد الخدري ﷺ فقال : « لا تؤخذ [2] الصدقة من الحرث حتى يبلغ حصاده خمسة أوسق » [3] فيجوز [أن يكون] [4] وكل القليل إلى أرباب الأموال وأثبت حق الساعي في الكثير ، كما روى أنه عليه الصلاة و [5] السلام قال : « إذا أخرصتم فدعوا له الثلث » [6] ، ومعلوم أنه [7] لا يسقط الواجب عنه ، فعلم أنه وكل صدقته إلى أربابه .

٥٤٩٤ - فإن قيل : نفي عن القليل ما أثبته في الخمسة الأوسق .

٥٤٩٥ - قلنا : كذلك نقول [8] في التأويلات الثلاثة [9] .

٥٤٩٦ - قالوا : الدليل على أن العشر زكاة ، حديث عتاب بن أسيد ، « أن النبي ﷺ أمر في الكرم أن يخرص ، كما يخرص النخل ، فتؤدى زكاته زبيبا » [10] .

٥٤٩٧ - قالوا : روي عن أبي موسى ومعاذ بن جبل ﭬ حين بعثهما النبي ﷺ [11] إلى اليمن فأمرهما أن يعلما الناس أمر دينهم [12] وقال : « لا تأخذوا الصدقة إلا من هذه الأربعة : الشعير ، والحنطة ، والزبيب ، والتمر » [13] وعن ابن عباس ﷺ في قوله تعالى

---

(١) في (م) ، (ع) : [مطالب] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لا يؤخذ] .
(٣) أخرجه الدارقطني في السنن كتاب الزكاة ، باب ليس في الخضراوات صدقة (٩٨/٢) ، الحديث (١٧) .
(٤) الزيادة من (ن) .
(٥) الزيادة من (ع) .
(٦) أخرجه أبو داود في كتاب الزكاة ، باب في الخرص (٤٠٦/١) ، والترمذي ، في كتاب الزكاة ، باب ما جاء في الخرص (٢٦/٣) ، الحديث (٦٤٣) ، والنسائي في كتاب الزكاة ، باب كم يترك الخارص (٤٢/٥) ، وأحمد في المسند (٤٤٨/٣) ، (٢/٤ ، ٣) ، والدارمي في كتاب البيوع ، باب في الخرص (٢٧١/٢ ، ٢٧٢) .
(٧) في (ع) : [أن] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يقول] .
(٩) لفظ : [الثلاث] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٠) أخرجه الإمام الشافعي بهذا اللفظ باختلاف يسير ، في المسند ، كتاب الزكاة ، الباب الثاني فيما يجب أخذه من رب المال من الزكاة (٢٤٣/١) ، الحديث (٦٦١) ، وأبو داود ، في كتاب الزكاة ، باب في خرص العنب (٤٠٥/١ ، ٤٠٦) ، والترمذي في كتاب الزكاة باب ما جاء في الخرص (٢٧/٣) ، الحديث (٦٤٤) .
(١١) الزيادة من (م) ، (ع) ، وفي (ن) : [﵇] .
(١٢) في (ع) : [دينهما] .
(١٣) أخرجه الدارقطني في كتاب الزكاة ، باب ليس في الخضراوات صدقة (٩٨/٢) ، الحديث (١٥) والحاكم في المستدرك ، كتاب الزكاة ، في أخذ الصدقة من الحنطة والشعير (٤٠١/١) ، والهيثمي في المجمع ، كتاب الزكاة باب زكاة الحبوب (٧٥/٣) .

﴿ وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ ﴾ [١] الزكاة المفروضة يوم تكال [٢] .

٥٤٩٨ – والجواب : أنه لا معني للتشاغل بهذا ؛ لأنا لا نمنع [٣] أن تسمي زكاة [٤] وصدقة ، وإنما منعنا إطلاق الاسم . وليس في التسمية ما يدفع قولنا ، على أن معولهم في هذا على حديث عتاب بن أسيد ، وهو مرسل ، رواه سعيد بن المسيب عن عتاب ولم يلقه ، ولم يروه عن الزهري أحد من أثبات أصحابه ، مثل مالك ، وابن عيينة ، وقد ذكر بعضهم سعيد بن المسيب عن المسور بن مخرمة عن عتاب ، وليس بالقوي .

٥٤٩٩ – فإن قيل [٥] : « ليس فيما دون خمسة أوسق [٦] صدقة » نفي [٧] ، فيتناول المطلق والمقيد .

٥٥٠٠ – قلنا : نحن نعلم أنه لم يرد نفي جميع الصدقات على عمومها ، بدلالة أن زكاة التجارة تجب فيما دون خمسة أوسق ، وإنما المراد به : صدقة واحدة ، فكيف يدعي في جميع الصدقات ؟ .

٥٥٠١ – وجواب آخر : وهو أن قوله : « فيما سقت السماء العشر » عموم متفق على استعماله وقوله : « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » خصوص مختلف في استعماله ، فكان المتفق على استعماله أولى ؛ ولأن كلاهما خبر واحد ، واستعمال الآية [٨] ترجيح يقترن بأحدهما [٩] فتقدم به على الأخرى ، وقد تعاطى بعضهم القدح في هذا فقال : قد ناقضتم هذه الطريقة ؛ لأنكم حرمتم أكل الطافي [١٠] بحديث جابر ، وهو مختلف في استعماله وقضيتم به [١١] على عموم قوله / ﷺ : « أحلت لنا ميتتان ودمان » [١٢] وهو متفق على استعماله [١٣] ، وهذا غلط ؛ لأن قوله ﷺ : « أحلت لنا

---

(١) سورة الأنعام : الآية ١٤١ .
(٢) في (م) ، (ع) : [لكمال]
(٣) في (م) : [لا يمنع] .
(٤) في (ع) : [في زكاة] .
(٥) أخرجه الدارقطني بلفظ : أمر رسول اللّه ﷺ أن نخرص أعناب ثقيف كخرص النخل ثم تؤدي زبيبًا كما تؤدي زكاة النخل تمرًا » (١٣٢/٢ ، ١٣٣) ، الحديث (١٧) .
(٦) لفظ : [أوسق] ساقط من (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [معي] .
(٨) في (ص) ، (م) ، (ن) : [الأمة] .
(٩) في (ع) : [بغير أن يأخذ بهما] ، وفي (م) : [بغير أن باحدهما] .
(١٠) في (ن) : [أكل الطعام] ، وفي (م) ، (ع) : [النامي] .
(١١) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) .
(١٢) تقدم تخريجه في مسألة (١٧٧) .
(١٣) في (م) ، (ع) : [مختلف في استعماله] .

ميتتان » [١] ليس بعموم ولا يفيد ظاهره أكثر من ميتتين . وقوله : ﷺ « السمك [٢] والجراد » [٣] تفسير [٤] لنكرة ، فاللام للعهد لا للجنس ، فكيف يكون هذا وزان ما ذكرنا ؟ . وأما [٥] قوله ﷺ : « فيما سقت السماء العشر » ، فهو عموم ؛ لأن تقديره في الذي سقته السماء .

٥٥٠٢ - فإن قيل : في خبرنا أيضًا ما اتفق على استعماله ، وهو قوله : « والوسق ستون صاعًا » .

٥٥٠٣ - قلنا [٦] : هذا ليس بثابت بالخبر [٧] وإنما هو معلوم بالعادة ، ثم هذا القائل ، كمن أراد القدح في العموم فأورد لفظًا عامًّا عدل مخالفه عن عمومه [فلا يكون ذلك قدحًا في الأصل .

٥٥٠٤ - وقد قالوا : إن خبر الأوسق أولى ؛ لأنه خاص فيقضي به على العموم ، فهل يحسن أن يقول لهم : قد ناقضتم ؛ لأن النبي ﷺ « نهي عن بيع ما لم يقبض » [٨] « ونهي عن بيع الطعام قبل القبض] [٩] ؛ فلم يقضوا بالخصوص على العموم .

٥٥٠٥ - ولو قلنا هذا ، قيل لنا : هذا مناقضة [١٠] ، لأجل ذلك نحن أيضًا نقول .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش ، ومن قوله : [وهذا غلط] إلى قوله [الميتتان] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) لفظ : [السمك] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) هذا جزء من حديث تقدم تخريجه في مسألة (١٧٧) .

(٤) في (ع) : [يفسر] ، مكان : [تفسير] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فاما] .

(٦) في (ن) : [والجواب] ، مكان : [قلنا] .

(٧) في (ع) : [ان هذ ليس بثابت بالخبر] ، بزيادة : [ان] . راجع حديث أبي سعيد الخدري ، الذي تقدم تخريجه .

(٨) أخرجه أحمد في المسند (٤٠٢/٣) ، والدارقطني في السنن كتاب البيوع (٨/٣ ، ٩) ، الأحاديث (٢٥ - ٢٧) والطيالسي في المسند ص١٨٩ ، الحديث (١٣١٨) ، والطحاوي في المعاني : كتاب البيوع ، باب ما نهى عن بيعه حتى يقبض (٤١/٤) ، والبيهقي في الكبرى ، كتاب البيوع ، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام (٣١٣/٥) .

(٩) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش ، والحديث أخرجه البخاري في الصحيح كتاب البيوع ، باب بيع الطعام قبل أن يقبض (١٦/٢) ، بلفظ وأما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض ، ومسلم في الصحيح كتاب البيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١١٥٨/٣ ، ١١٥٩) ، الحديث (١٥٢٥/٣٠) ، (٣٥ ، ١٥٢٦/٣٦) ، والنسائي في المجتبي كتاب البيوع ، باب بيع الطعام قبل أن يستوفى (٢٨٥/٧ ، ٢٨٦) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [قل لنا هذا مناقصه] .

٥٥٠٦ - قالوا : روى الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم [١] عن أبيه عن جده : أن النبي ﷺ كتب في الكتاب الذي سلمه إليه وبعثه إلى اليمن : « فيما سقت السماء العشر ، وما سقي بناضح أو غرب [٢] ففيه نصف العشر إذا بلغ خمسة » [٣] .

٥٥٠٧ - والجواب : أن قوله : ﷺ « فيما سقت السماء العشر » قد [٤] نقل من الجهات التي قدمناها ، فلو كان معه دليل [٥] التخصيص لم يظن [٦] بالصحابة أنهم ينقلون اللفظ العام ويتركون فعل المخصص ، ولو ثبت حملناه على ما يأخذه المصدق [٧] ويترك ما دونه على اختيار [٨] أرباب الأموال .

٥٥٠٨ - قالوا : روى عن جابر وابن عمر ﷺ : « لا زكاة في زرع ولا نخل [٩] حتى يبلغ خمسة أوسق » [١٠] .

٥٥٠٩ - قلنا : قد روي في كتاب عمر ﷺ « فيما سقت السماء العشر » [١١] ، وهذا كتاب كتبه إلى عماله ، ولم يبين فيه الأوسق . وروي عن علي ﷺ « فيما سقت السماء العشر » [١٢] ، وهو عام .

٥٥١٠ - قالوا : حق يجب في مال [١٣] ينصرف [١٤] إلى الأصناف الثمانية ، فوجب أن يعتبر فيه النصاب ، كالماشية .

---

(١) في (م) : [حر] . (٢) في (ن) : [غربي] .
(٣) أخرجه الطحاوي في المعاني كتاب الزكاة ، باب زكاة ما يخرج من الأرض (٣٥/٢) ، الحاكم في المستدرك كتب الزكاة (٣٥٩/١ - ٣٩٧) .
(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فهو] ، المثبت من (ن) ، ومن هامش (ص) من نسخة أخرى
(٥) في (ن) : [ذلك] ، مكان : [دليل] . (٦) في (م) ، (ع) : [لم يعن] .
(٧) في (م) : (الصدق] . (٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [اجتهاد] .
(٩) في (م) : [ولا يحل] .
(١٠) أخرجه الدارقطني بلفظ : لا صدقة في الزرع ، ولا في الكرم ، ولا في النخل إلا إذا بلغ خمسة أوسق في السنن كتاب الزكاة ، باب ما يجب فيه الزكاة من الحب (٩٤/٢) ، الحديث (٢) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الزكاة ، باب لا شيء في الثمار والحبوب حتى تبلغ كل صنف منها خمسة أوسق (١٢٨/٤) ، الحاكم في المستدرك ، كتاب الزكاة (٤٠١/١ ، ٤٠٢) .
(١١) تقدم تخريجه في هذه المسألة . (١٢) راجع حديث علي ﷺ في المصادر السابقة .
(١٣) قوله : [حق يجب في مال] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٤) في (م) ، (ع) : [مضروب] ، وفي (ن) : [مصروف] .

٥٥١١ - والجواب : إنكم إن أردتم أنه يجب [١] صرفه إلى الأصناف الثمانية لم نسلم [٢] ، وإن قلتم إن الأصناف جهة الصرف لم نسلم [٣] أيضًا ؛ لأن المؤلفة سقطوا فلم يبق إلا أن يكون جهته بعض الأصناف ، وهذا يبطل بخمس من الغنيمة .

٥٥١٢ - فإن قالوا : الخمس لا يجب في المال ولكن يثبت [٤] مع ملك الغانمين مشتركًا .

٥٥١٣ - قلنا : من أصحابنا من يقول في العشر مثله ؛ ولأن المواشي اعتبر فيها الحول فاعتبر النصاب .

٥٥١٤ - وفي مسألتنا : حق هو مال لا يعتبر فيها الحول فلم يعتبر [٥] النصاب ، أو نقول [٦] : إن المواشي لما جعل لها عفو بعد النصاب ؛ جاز أن يجعل لها عفو في الابتداء ولما كان في مسألتنا زيادة الواجب لا يصير لها [٧] عفو ، كذلك الواجب نفسه لا يعتبر له عفو .

٥٥١٥ - قالوا : جنس مال يجب فيه الزكاة ، كالدراهم .

٥٥١٦ - قلنا : المعني في الدراهم : أن الحول يعتبر فيها [٨] ؛ ولأن [٩] ما دون النصاب إنما يجب فيه الزكاة ؛ لأن الدراهم تخلو من حق اللّٰه تعالى إذا كانت لذمي أو صغير أو مجنون والخارج لا يخلو من حق ، فلو لم يجب العشر فيما دون الأوسق احتجنا إلى إيجاب حق آخر ، كالخارج من أرض الذمي .

٥٥١٧ - قالوا : الزكاة تجب [١٠] على طريق المواساة ، فوجب [١١] أن يعتبر بلوغ المال قدرًا [١٢] يحتمل المواساة

٥٥١٨ - قلنا : يبطل هذا بصدقة الفطر والكفارات على أصلهم ، ثم الزكاة حق [١٣] متكرر في المال ، فلو لم يعتبر النصاب استغرقت بتكرارها المال ، والعشر غير متكرر . أو نقول : الواجب من الزكاة مقدار [١٤] مقدر ، فاعتبر النصاب حتى يحتمل

---

(١) لفظ : [يجب] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) في (ن) : [لم يسلم] .
(٣) في (ن) : [لم يسلم] .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ثبت] .
(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فاعتبر] .
(٦) في (م) : [أو يقول] .
(٧) لفظ : [لها] ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (ع) : [فيه] .
(٩) في (ن) : [فلأن] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(١١) في (ع) : [فيجب] .
(١٢) في (ع) : [وقدرًا] بالعطف .
(١٣) في (م) ، (ع) : [حتى] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [مقدرًا] .

ذلك القدر في مسألتنا بخلافه .

٥٥١٩ - قالوا : حق لا يجب إلا في مال مخصوص فلم يتعلق إلا بقدر مخصوص كالزكوات (١)

٥٥٢٠ - قلنا : خمس الركاز يتعلق بمال مخصوص [وهو مما يصح أن يدفن ، ولا يعتبر فيه مقدار مخصوص ، والسرقة لا تتعلق عندهم بمال مخصوص] (٢) ، ويعتبر فيها قدر مخصوص .

٥٥٢١ - قالوا : قياسنا على الزكاة أولى من قياسكم على الخمس ؛ لأنه من جنسها ، بدلالة أنه يصرف إلى من يصرف إليه الزكاة ويجب على المسلمين من أموالهم كما تجب (٣) الزكاة ، ويحرم على من يحرم عليه الزكاة من الأغنياء وذوى القربي والكفار . ويعتبر في أدائه النية ، ويخير بين أن يخرجه من ذلك المال أو غيره (٤) ويختص بجنس دون جنس ، وخمس الغنيمة (٥) مخالف في جميع ذلك ؛ لأنه يخالفه في المصرف (٦) ولا يجب على المسلمين في أموالهم ، وإنما ينتقل إليهم من المشركين . ولا يعتبر في أدائه فعل الغانمين ونياتهم ، وليس لهم أن يخيروا في إخراجه أو من غيرها .

٥٥٢٢ - والجواب : أن الكفارات وصدقة الفطر قد وافقت الزكاة في هذه المعاني وفارقتها في النصاب ، فأما العشر فقد فارق الزكاة في سقوط اعتبار الحول وفي تكرار العقوبة ، وفي أنه لا يتكرر في المال بل يتعلق بالمال ثم لا يجب فيه بعد ذلك .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [كالزكاة] .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٤) في (ع) : [من غيره] بزيادة : [من] .
(٥) في (م) : [العتة] .
(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الصرف] .

مسألة ٣٢٥

يخرص التمر ويحزر الزرع ليعرف قدرهما

٥٥٢٣ - قال أصحابنا : يخرص التمر ويحزر الزرع ليعرف قدرهما [١] ويترك في يد أرباب الأموال ، فإن ادعوا نقصانًا ينقص [٢] مثله في العادة قبل قولهم ، وإن ادعوا نقصانًا كثيرًا لم يقبل قولهم .

٥٥٢٤ - وقال الشافعي : يخرص النخل والكرم ويخير المالك ، فإن شاء أمسكه أمانة ولم يجز له الانتفاع بشيء [٣] منه ، وإن شاء أمسكه مضمونًا ، وحل تصرفه فيه [٤] ويضمن للمساكين عشره تمرًا فكان [٥] يتفق في الخرص ويختلف في الفرض به [٦] .

٥٥٢٥ - والدليل على أنه لا يجوز تمليكه لرب [٧] المال بخرصه [٨] أنه تمليك رطب بتمر حزرًا فلا يجوز كغير الزكاة ؛ ولأن [٩] حق المساكين كحق [١٠] أحد الشريكين

---

(١) في (م) : [قد قدرهما] . الخرص بسكون الراء المهملة : الحزر في العدد والكيل . والحزر بسكون الزاء المعجمة : تقدير الشيء بظن ، حزر الشيء حزرًا : قدره بالظن والتخمين ، كأن تقول : أنا أحزر هذا الطعام كذا وكذا قفيزا . راجع في كتاب العين ، مادة خرص (١٨٣/٤) ، النهاية (٢٢/٢ ، ٢٣) ، لسان العرب مادة حزر ، ومادة خرص ، (٨٥٥/٢ ، ١١٣٣) ، المعجم الوسيط (١٧٠/١ ، ٢٢٦) .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [نقص] . (٣) في (م) : [شيء] .

(٤) في (م) : [يصرفه] ، ولفظ : [فيه] ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فكانا] .

(٦) في (ع) : [ونختلف في العرض] ، وفي (م) : [في العرض] ، مكان المثبت . راجع تفصيل المسألة في الأم كتاب الزكاة ، باب كيف تؤخذ زكاة النخل والعنب (٣١/٢ ، ٣٢) ، فتح العزيز كتاب الزكاة ، النوع الثاني : زكاة المعشرات بذيل المجموع (٥٨٤/٥ - ٥٩٢) ، المجموع مع المهذب كتاب الزكاة ، باب زكاة الثمار (٤٧٧/٥ - ٤٧٨) الموطأ كتاب الزكاة ، باب زكاة ما يخرص من ثمار النخيل والأعناب (٢٧١/١ ، ٢٧٢) ، المدونة كتاب الزكاة الثاني ، في زكاة النخل والثمار ، وفي ما جاء في الخرص (٢٨٣/١ ، ٢٨٤) ، المنتقى كتاب الزكاة ، باب زكاة الثمار (٣٠٦/١ ، ٣٠٧) ، بداية المجتهد كتاب الزكاة الفصل الخامس في نصاب الحبوب والثمار والقدر الواجب في ذلك (٢٧٥/١ - ٢٧٧) ، الكافي لابن قدامة باب زكاة الزرع والثمار (٣٠٥/١ ، ٣٠٦) ، المغني باب زكاة الزرع والثمار (٧٠٦/٢ - ٧١٠) .

(٧) في (ص) : [لربه] . (٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لخرصه] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولأنه] . (١٠) في (م) ، (ع) : [لحق] .

[فإذا لم يجز لأحد الشريكين] [١] أن يضمن شريكه الرطب بالتمر ، كذلك حق الفقراء . ولأن [٢] تضمين مقدار العشر لرب المال لا يجوز بالحزر ، أصله : عشر الزرع .

٥٥٢٦ - ولا يقال : إن الحنطة غير ظاهرة ، فلا يمكن حزرها ؛ لأن إمكان الحزر في أحدهما كهو [٣] في الآخر ، والإصابة في أحدهما كالإصابة في الآخر ، والخطأ في أحدهما كالخطأ في الآخر .

٥٥٢٧ - احتجوا : بحديث عائشة رضي الله عنها [٤] أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث عبد الله [٥] بن رواحة رضي الله عنه [٦] إلى خيبر [٧] خارصًا ، فخرص عليهم أربعين ألف وسق وخَيَّر اليهود ، فقال : إن أردتم أخذته [٨] ورددت عليكم عشرين ألف وسق وإن أردتم تأخذونه وتردوا [٩] علي عشرين ألف وسق [١٠] . وروى الشافعي رضي الله عنه : « إن شئتم فلكم ، وإن شئتم فلي » [١١] .

٥٥٢٨ - والجواب : إن اليهود كانوا معاملين [١٢] في خيبر فاستحقوا النصف بالعمل ، وأحد الشريكين لا يملك نصيب شريكه بالإجماع ، وإنما ادعى [١٣] مخالفنا جواز ذلك في مقدار العشر ، فلا بد أن يحمل على وجه يصح مع الشريكين فعندنا صح ؛ لأن حق الاسترقاق يتعلق برقابهم فالعقد معهم لا يثبت فيه ربًا [١٤] ، أو نقول : روي أن الشعبي روى القصة [١٥] ، وذكر فيها : « إن شئتم كلتم لنا [كذا] [١٦] ولكم

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولأنه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فهو] .

(٤) قوله : [رضي الله عنها] ساقط من (ن) .

(٥) في (ن) : [عبد الله] .

(٦) قوله : [رضي الله عنه] ساقط من (ن) .

(٧) في (م) : [إلى خير] .

(٨) في (ن) : [أخرته] .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وردوا] .

(١٠) أخرجه أبو داود مختصرًا ، في كتاب الزكاة ، باب متى يخرص التمر (٤٠٦/١) ، والدارقطني في كتاب الزكاة ، باب قدر الصدقة فيما أخرجت الأرض وخرص الثمار (١٣٤/٢) ، الحديث (٢٥) والبيهقي في الكبرى كتاب الزكاة ، باب خرص التمر والدليل على أنه له حكمًا (١٢٣/٤) وعبد الرزاق في المصنف كتاب الزكاة باب متى يخرص (١٢٩/٤) ، الحديث (٧٢١٩) ، وأخرجه وذكره الهيثمي في المجمع كتاب الزكاة باب الخرص (٧٦/٣) .

(١١) في (م) ، (ع) : [فعلى] . أخرجه الإمام الشافعي في المسند كتاب الزكاة ، الباب الثاني فيما يجب أخذه من رب المال (٢٤٢/١) ، الحديث (٦٦٠) ، وفي الأم باب صدقة الغراس (٣٣/٢) .

(١٢) في (ن) : [مقاتلين] .

(١٣) في (ص) : [ادعا] .

(١٤) في (ن) : [ربوا] .

(١٥) في (م) ، (ع) : [روى الشعبي روى القصة] ، وفي (ن) : [روى الشعبي القصة] ، الصواب ما أثبتناه .

(١٦) الزيادة من (ن) .

سواقط الحطب [١] وسواقط النخل [وإن شئتم كلنا لكم كذا ، ولنا سواقط الحطب وسواقط النخل] [٢] وإذا اجتمع الرطب مع غيره فاقتسما الرطب وجعلا الحطب لأحد المتقاسمين جاز عندنا ؛ ولأن قوله : « إن شئتم لي [٣] وإن شئتم لكم » يحتمل ما يقوله أبو حنيفة : إن الحزر لحفظ الثمرة [٤] وحتى لا يدعوا نقصًا كثيرًا [٥] إلا أنه [٦] أراد التمليك الذي يذكرونه .

٥٥٢٩ - وجواب آخر : وهو أنه قد روي الخرص على ما ذكروه . وروي النهي عن المزابنة [٧] ، وعن بيع الثمر بالتمر [٨] إلا أصحاب العرايا . فروي [٩] ذلك عن [١٠] رافع بن [١١] خديج وسهل بن أبي حثمة ، وأبي سعيد الخدري ، وزيد بن ثابت ، وجابر وابن عمر ﷺ [١٢] فيحتمل أن يكون الخرص قبل هذا النهي . والذي

---

(١) في (ع) : [الحب] .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (ع) : [لنا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لحفظه التمرة] ، وفي (ن) : [التمرة] ، مكان : [الثمرة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بقضا كبيرا] .

(٦) في (ص) : [لا أنه] .

(٧) في (م) : [المراتبة] .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [التمر بالتمر] .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [روى] .

(١٠) حرف [عن] : ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(١١) في (ع) : [عن] ، مكان : [بن] .

(١٢) قد ثبت النهي عن المزابنة بأحاديث كثيرة منها : ما روي عن رافع بن خديج وسهل بن أبي حثمة ، وأبي سعيد الخدري ، وزيد بن ثابت ، وجابر ، وابن عمر ﷺ . فحديث رافع بن خديج : أخرجه ابن ماجه بلفظ : نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة . في كتاب التجارات ، باب المزابنة والمحاقلة (٧٦٢/٢) ، الحديث (٢٢٦٧) ، والبخاري في الصحيح ، كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل (٥٥/٢) ، ومسلم في كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (١١٧٠/٣ ، ١١٧١) ، الحديث (١٥٤٠/٧٠) ، وحديث أبي سعيد الخدري رواه أحمد في المسند (٦/٣ ، ٨ ، ٦٠)، والدارمي في كتاب البيوع ، باب في المحاقلة والمزابنة (٢٥٢/٢) والبخاري كتاب البيوع باب بيع المزابنة (٢٢/٢) ، ومسلم في الصحيح ، كتاب البيوع ، باب كراء الأرض (١١٧٩/٣) ، الحديث (١٥٤٦/١٠٥) حديث زيد بن ثابت : وأحمد في المسند (١٩٠/٥) ، والترمذي في كتاب البيوع ، باب ما جاء في العرايا والرخصة في ذلك (٥٨٥/٣) ، الحديث (١٣٠٠) وحديث جابر : رواه الطيالسي في المسند ص ٢٤٦ ، الحديث (١٧٨٢) ، وأحمد في المسند (٣١٣/٣ ، ٣٥٦ ، ٣٦٠ ، ٣٩١ ، ٣٩٢) والبخاري في الصحيح : كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل (٥٥/٢) ، ومسلم في الصحيح : كتاب البيوع ، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة (١١٧٤/٣) ، الحديث (١٥٣٦/٨١) وحديث ابن عمر : أخرجه البخاري في الصحيح كتاب البيوع ، باب بيع المزابنة (٢٢/٢) ، ومسلم في كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (١١٧١/٣) ، الحديث (١٥٤٢/٧٢) .

يبين[1] ذلك : ما روي عن السلف من كراهة الخرص . روي ذلك عن ابن سيرين والشعبي والنخعي . قال الشيباني : « حدثني النخعي بحديث [2] الخرص ، فعملت به في السواد ، فنهاني عن ذلك » [3] ، فلولا أنه عرف نسخ ما فعله ابن رواحة لم ينه عن فعله .

٥٥٣٠ - وجواب [4] آخر : وهو أن خرص عبد الله بن رواحة كان لا يختلف مع الكيل [5] ، وكان ذلك من معجزات النبي ﷺ . وقد روي « أنه خرص على اليهود أربعين ألف وسق فكالوه فوجدوه كما قال : لا يزيد ولا ينقص » ، وبمثل [6] هذا الخرص يجوز التمليك عندنا .

٥٥٣١ - قالوا : ما بني على الرفق يجوز [7] فيه من المسامحة ما لم يجز في غيره كالفرض [8] ، وجواز العقد على المنافع قبل [9] أن تخلق [10] ، وفي الخرص رفق حتى يجوز تصرف رب المال وينتفع المساكين وأن لا يحتسب عليهم بالهالك .

٥٥٣٢ - قلنا : أما جواز / التصرف ؛ فيجوز عندنا قبل الخرص ؛ لأن وجوب حق الله تعالى في المال لا يمنع البيع ، وأما الأكل : فعندنا يأكل رب المال بالمعروف ، ويطعم ولا يحتسب عليه ، وأما المساكين : فعند الشافعي إذا ادعى رب المال نقصًا [11] ، قبل قوله فيه ، كما نقول [12] نحن قبل الفرض ، فلا يكون للخرص فائدة حتى يترك لها حكم ثابت متفق عليه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [تبين] . (٢) في (ن) : [يحدث] .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة بمعناه بلفظ : أن النبي ﷺ بعث عبد الله بن رواحة إلى اليمن يخرص عليهم النخل قال : سألت الشعبي أفعله ، قال : لا . في المصنف ، كتاب الزكاة ، في ما ذكر في خرص النخل (٣/٨٤) ، الحديث (١) .

(٤) في (ع) : [جواب] بدون العطف .

(٥) في (م) ، (ع) : [مع الكل] . (٦) في (ن) : [وقيل] .

(٧) في (م) ، (ن) : (ع) : [جاز] . (٨) في (ص) ، (ن) : [القرض] بالقاف .

(٩) قوله : [المنافع قبل] تكرر في هامش (ص) خطأ .

(١٠) في (ن) : [يحلو] . (١١) في (م) ، (ع) : [بفصاء] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [كما يقول] .

مسألة ٣٢٦

يجب العشر في كل شيء يخرج من الأرض

٥٥٣٣ - قال أبو حنيفة : يجب [١] العشر في كل شيء يخرج من الأرض مما تبتغي [٢] زراعته في الأرض [٣] .

٥٥٣٤ - وقال الشافعي في الجديد : لا يجب [٤] العشر في ثمرة إلا النخل والعنب وفي الحب الذي يزرع للاقتيات [٥] والادخار حال الاختيار [٦] .

٥٥٣٥ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ ﴾ [٧] ، ولم يفصل . وقال الله [٨] تعالى : ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِىٓ أَنشَأَ جَنَّٰتٍ مَّعْرُوشَٰتٍ وَغَيْرَ مَعْرُوشَٰتٍ وَٱلنَّخْلَ وَٱلزَّرْعَ مُخْتَلِفًا أُكُلُهُۥ وَٱلزَّيْتُونَ وَٱلرُّمَّانَ مُتَشَٰبِهًا وَغَيْرَ مُتَشَٰبِهٍ ۚ كُلُواْ مِن ثَمَرِهِۦٓ إِذَآ أَثْمَرَ وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ ﴾ [٩] وهذا نص في وجوب الحق في جميع المذكور في الآية .

٥٥٣٦ - فإن قيل : هذه الآية نزلت بمكة ، والزكاة وجبت بالمدينة .

---

(١) في (ن) : [تجب] .
(٢) في (ع) : [مما ينبغي] .
(٣) قال السمرقندي في التحفة : وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجب العشر إلا في الحبوب وماله ثمرة باقية . راجع تفصيل المسألة في الأصل باب عشر الأرض (١٥٧/٢) ، كتاب الآثار ، باب زكاة الزرع والعشر ص٦٢ ، المبسوط باب عشر الأرضين (٢/٣ ، ٣) ، تحفة الفقهاء باب العشر والخراج (٣٢١/١ ، ٣٢٢) بدائع الصنائع كتاب الزكاة ، فصل وأما شرائط المحلية (٥٨/٢ ، ٥٩) ، البناية ، باب زكاة الزروع والثمار (٤٩١/٣ - ٤٩٨) .
(٤) في (ن) : [لا تجب] .
(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [للامتياز] ، وفي (م) ، ع) : [بزر] ، مكان : [يزرع] ، وفي (ن) : [زرع] .
(٦) راجع تفصيل المسألة في الأم باب صدقة الغراس ، و باب صدقة الزرع (٣٤/٢) ، اختلاف العلماء كتاب الزكاة ص١١٧ ، حلية العلماء باب زكاة الثمار ، و باب صفة الزروع (٦٢/٣ ، ٦٣ ، ٧٢ ، ٧٣) ، المهذب باب زكاة الثمار و باب زكاة الزروع (١٥٣/١ ، ١٥٦) المدونة في زكاة الخضر والفواكه (٢٥٢/١) المنتقى : في مالا زكاة فيه من الثمار (١٦٨/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، باب زكاة الثمار و باب زكاة الحبوب (٣٠٤/١ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨) المقدمات الممهدات كتاب الزكاة الأول (٢٧٧/١) بداية المجتهد كتاب الزكاة (٢٦٠/١ ، ٢٦١) ، الإفصاح باب الزكاة (٢٠٥/١) الكافي لابن قدامة باب زكاة الزروع والثمار (٣٠١/١ ، ٣٠٢) المغني باب زكاة الزروع والثمار (٦٩٠/٢ ، ٦٩٥) .
(٧) سورة البقرة : الآية ٢٦٧ .
(٨) الزيادة من (ع) .
(٩) سورة الأنعام : الآية ١٤١ .

٥٥٣٧ - قلنا : الآية [١] المكية فيها الأمر بالصلاة والزكاة .

٥٥٣٨ - قالوا : الحصاد لا يكون إلا في الزرع . فأما النخل فالجذاذ [٢] والكرم : القطاف ، والثمار : الجني [٣] .

٥٥٣٩ - قلنا : الحصاد القطع ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ مِنْهَا قَآئِمٌ وَحَصِيدٌ ﴾ [٤] وقال تعالى : [﴿ فَجَعَلْنَٰهَا حَصِيدًا كَأَن لَّمْ تَغْنَ [٥] بِٱلْأَمْسِ ﴾] [٦] فاسم القطع عام وإن تخصص كل نوع باسم ، فلما أراد اللّٰه تعالى [٧] الجميع ذكر الاسم الذي يعم الجميع .

٥٥٤٠ - قالوا : لو كنى عن الجميع لكنى [٨] بلفظ التأنيث .

٥٥٤١ - قلنا : الكناية ترجع أولا إلى أفراد المذكور ، وهو الزيتون والرمان .

٥٥٤٢ - قالوا : ذكر اللّٰه [حقا] [٩] يخرج يوم الحصاد ، والعشر يخرج يوم التصفية ، فالآية محمولة على صدقة النفل [١٠] .

٥٥٤٣ - قلنا : روي عن ابن عباس وجابر بن زيد ، العشر ونصف العشر . ولأن إيجاب [١١] الحق يوم الحصاد ، يدل على وجوب الحق فيما ينتفع به يوم حصاده ، وهو الخضر . على أن الشافعي قال في « باب الوقت الذي تؤخذ فيه الصدقة [١٢] مما أخرجت الأرض » : إذا بلغ ما أخرجت الأرض ما يكون فيه الزكاة [١٣] أخذت صدقته

---

(١) في (ن) : [الآيات] .
(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فالجداد] ، وفي (ن) : [والجداد] والصواب ما أثبتناه .
(٣) في (م) ، (ع) : [الحنا] ، وفي (ص) ، (ن) : [الجنا] ، الصواب ما أثبتناه .
(٤) سورة هود الآية : ١٠٠ .
(٥) في (م) : [يعن] بالعين المهملة ، وهو خطأ وفي سائر النسخ : [جعلناها] .
(٦) سورة يونس : الآية ٢٤ .
(٧) في (م) (ع) : [أراد تعالى] ، وفي (ع) : [أراد اللّٰه] ، مكان المثبت .
(٨) في (ص) ، (م) : [لو كنا عن الجميع لكنا] .
(٩) الزيادة من (ن) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [الفعل] .
(١١) في (م) ، (ع) : [الايجاب] .
(١٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [باب الزيت الذي يوجد فيه صدقة ما أخرجت الأرض ، وفي (ن) : توخذ منه وما أثبتناه من الأم .
(١٣) في سائر النسخ : [شيئا مما يكون فيه] ، لفظ : [الزكاة] : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

ولم ينتظر بها [تمام] الحول [١] ؛ لأن اللَّه تعالى قال : ﴿ وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ ﴾ ولم يجعل له وقتًا إلا الحصاد [٢] . ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام : « فيما سقت السماء العشر » .

٥٥٤٤ – فإن قيل : هذا بعض الخبر ، وتمامه : حديث معاذ عن النبي ﷺ أنه قال : « يكون ذلك من التمر والحنطة والحبوب ، فأما القثاء والبطيخ والرمان والخضر عفو ، عفا عنها رسول اللَّه ﷺ » [٣] .

٥٥٤٥ – قلنا : قد بينا [٤] أن حق العشر منقول من طرق [٥] كثيرة ، فلو كانت هذه الزيادة فيه لم يجز أن ينقله الصحابة ويترك دلالة التخصيص ، فعلم أنهما خبران . ولأن ما انتفي بزراعته [٦] نماء الأرض غالبًا وجب فيه العشر ، كالحنطة . ولأنه مقصود بالحرث والزرع ، كالحنطة والشعير .

٥٥٤٦ – ولا يلزم الحطب والحشيش ؛ لأنه لا يزرع للنماء وإنما ينبت [٧] في الأرض فيقلع منها ، وكذلك القصب ، فإن زرع القصب في موضع لطلب النماء وجب [٨] فيه العشر ، وإنما أجاب أبو حنيفة في القصب على عادة أهل الكوفة ، ولا يلزم عليه ورق التوت والسدر ؛ لأن هذا النوع من الشجر يغرس للنماء والعشر واجب في ثمرته ، والذي يلزمنا بحكم العلة وجوب العشر لأجله ، فأما أن يجب في كل شيء منه فلا ، ألا ترى : أن العشر لا يجب في ورق الكرم ولا خوص [٩] النخل ، ولم يدل ذلك على سقوط العشر في ثمرتها [١٠] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولم ينظر] ، وفي (ن) : [لها] ، والزيادة : لا توجد في نص الشافعي في الأم وما بعد لفظ [حول] في الأم : [لقول اللَّه ﷻ] ، مكان المثبت .

(٢) راجع هذا النص وتمامه في الأم (٣٦/٢ ، ٣٧) .

(٣) أخرجه الدارقطني في كتاب الزكاة ، باب ليس في الخضروات صدقة (٩٧/٢) ، الحديث بلفظ : [فيما سقت السماء والبعل والسيل : العشر ، وفيما سقي بالنضح : نصف العشر يكون ذلك في التمر ، والحنطة والحبوب وساق الحديث إلى آخره ، والحاكم في المستدرك ، كتاب الزكاة ، في أخذ الصدقة من الحنطة والشعير (٤٠١/١) وأخرجه البيهقي في الكبرى ، كتاب الزكاة ، باب الصدقة فيما يزرعه الآدميون (١٢٩/٤) .

(٤) في (م) : [قد تبينا] .

(٥) في (ن) : [من طريق] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بزراعة] .

(٧) في (م) : [يثبت] .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وجد] .

(٩) في (م) : [حوض] بالحاء المهملة ، وهو خطأ ، الخوص بالخاء المعجمة : [ورق النخل] .

(١٠) في (م) : [في ثمرها] .

٥٥٤٧ - فإن قيل : المعنى في الحنطة أنها تقتات [1] حال الاختيار ، والخضر بخلافها .

٥٥٤٨ - قلنا : الدخن والماش والحمص [2] لا يقتات حال الاختيار وفيه العشر والزبيب لا يقتات بنفسه كالتين [3] وكل اقتيات يوجد في العنب ففي التين مثله ، والعشر في أحدهما دون الآخر .

٥٥٤٩ - ولأن الحق الواجب بسبب الأرض حقان : أحدهما : في الخارج [4] .

٥٥٥٠ - والآخر : لأجله ، ثم إن [5] كان الواجب لأجل الخارج يجب عن أرض الخضر كذلك الواجب في الخارج يتعلق بالخضر [6] ؛ ولأن الخضر آكد في وجوب الحق ، لأن الخراج الواجب عن أرض الرطاب أكثر مما يجب عن أرض الحنطة ، وإذا وجب العشر في الحنطة فوجوبه في الرطبة أولى .

٥٥٥١ - احتجوا : بحديث موسى بن طلحة ، عن أبيه طلحة بن عبيد الله [7] وعن أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال : « ليس في الخضروات صدقة » . وكذلك رواه ابن عباس عن علي [8] .

٥٥٥٢ - وروى الأسود عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « ليس فيما أنبتت [9] الأرض من الخضر زكاة » [10] . وروى موسى بن طلحة عن معاذ بن جبل أن النبي ﷺ

---

(١) في (م) : [معتات] .

(٢) في (ص) ، (م) : [والحمس] ، وهو خطأ ، الحمص : وهو : حب معروف ، وكذلك الدخن ، والماش : حب من الغلات معروف .

(٣) في (م) : [لا يعتاب : نفسه كالبين] .

(٤) في (ص) ، (ع) : [في الآخر] .

(٥) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [يجب عن أرض] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، (ن) (ع) : [عبد الله] ، وهو تصحيف . طلحة بن عبيد الله ، أبو محمد التيمي المدني .

(٨) أخرجه الدارقطني في كتاب الزكاة باب ليس في الخضروات صدقة (٩٦/٢) ، الحديث (٤ ، ٥)وقال الهيثمي بعد أن عزاه إلى الطبراني في الأوسط والبزار في مجمع الزوائد باب ما لا زكاة فيه (٦٨/٣ ، ٦٩) وأما حديث أنس بن مالك : فأخرجه الدارقطني في كتاب الزكاة باب ليس في الخضروات صدقة (٩٦/٢) الحديث (٦) .

(٩) في (م) ، (ع) : [أنبت] .

(١٠) حديث عائشة أخرجه الدارقطني بلفظه ، في كتاب الزكاة باب ليس في الخضروات صدقة (٩٥/٢) الحديث (٢) .

قال : « فيما سقت السماء والبَعْلُ [١] والسيل العشر [٢] وفيما سقي بالنضح نصف العشر ، يكون ذلك في التمر والحنطة والحبوب ، فأما القثاء [٣] والبطيخ والرمان ، والخضرة فعفو عفا عنها [٤] رسول اللَّه ﷺ » [٥] .

٥٥٥٣ – والجواب : أن مدار هذا الباب على موسى بن طلحة وقد قيل : إن مروان لما بعث إلى موسى يطلب [٦] صدقة أرضه فقال موسى : إن أرضنا أرض خضر ورطاب ، وأن رسول اللَّه ﷺ لما بعث معاذا إلى اليمن أخذ العشر من الحنطة والشعير والتمر والزبيب ، فلو كان عنده غير أبيه [٧] لذكره ، ولو كان عنده غير معاذ عن النبي ﷺ لم يخلد [٨] إلى فعل معاذ ، ولأنه نفى العشر عن عين الخضراوات ؛ لأن المصدق إذا أخذ لم يسلم [٩] في يده حتى يدفعه [١٠] إلى الإمام ، وهذا يدل على نفي حق يؤخذ من قيمتها ، كما قال عليه الصلاة و [١١] السلام : « ليس في أقل من خمس ذود صدقة » [١٢] فنفى صدقة العين فيها ولم يدل ذلك على نفي زكاة تؤخذ [١٣] من قيمتها إذا كانت للتجارة [١٤] ، فأما قول معاذ : « إن ذلك عفو عفا عنه رسول اللَّه ﷺ » فقد بينا [١٥] أن رسول اللَّه ﷺ يعفو عن حقه ، وهو المطالبة ، وسقوط المطالبة لا ينفي [١٦] الوجوب ، وقد روى مسروق وغيره عن معاذ أن النبي ﷺ أمره أن يأخذ مما سقته

---

(١) البَعْلُ : الأرض المرتفعة التي لا يصيبها مطر إلا مرة واحدة في السنة وقيل البعل كل شجر أو زرع لا يسقى .. وانظر لسن العرب (بعل) (٣١٥/١)

(٢) في (ص) : [فيما سقت السماء العشر والبعل والسيل العشر] ، وفي (م) ، (ع) : [فيما سقت السماء العشر والسيل العشر] ، الصواب ما أثبتناه . (٣) في (م) : [القبا] .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [والخضر فعفا عنها] .

(٥) تقدم تخريجه في هذه المسألة . وهي رقم (٣٢٦) .

(٦) في (م) : [بطلت] . (٧) في (ص) ، (ن) : [ابيه] بدون نقط .

(٨) في (ن) : [غير معاذ لم يحله] مكان المثبت .

(٩) في (ص) : [لم تسلم] . (١٠) في (ن) : [يرفعه] .

(١١) الزيادة من (ع) .

(١٢) تقدم تخريجه في مسألة (٣٢٤) ، وأخرجه الشافعي في المسند ، كتاب الزكاة ، الباب الثاني فيما يجب أخذه من رب المال من الزكاة وما لا ينبغي أن يؤخذ (٢٣١/١ ، ٢٣٢) ، الأحاديث (٦٣٦ – ٣٤٢) ، والأم كتاب الزكاة ، باب زكاة مال اليتيم الثاني ، باب العدد الذي إذا بلغه التمر وجبت فيه الصدقة (٣٠/٢) .

(١٣) في (م) : [يؤخذ] . (١٤) في (م) ، (ع) : [التجارة] .

(١٥) في (ن) : [فقدمنا] . (١٦) في (ن) : [ينفي] ، مكان : [لا ينفي] .

السماء العشر ، ولم يذكر هذه الزيادة ، فيجوز أن يكون قول معاذ .

٥٥٥٤ - وجواب آخر : وهو ما قدمنا : أن العشر اسم أخص به من الصدقة والزكاة ، فيحمل الخبر على نفي الصدقة إذا أمر بها على العاشر . ولأن خبرنا عموم متفق على استعماله فيقضي به على الخصوص المختلف في استعماله على ما قدمنا [هـ] (١) .

٥٥٥٥ - قالوا : روي عن عمر وعثمان وابن عمر ومعاذ وعائشة ﷺ (٢) مثل قولنا .

٥٥٥٦ - قلنا : روي عن ابن عباس « وجوب العشر في الزيتون » (٣) وهو بيوت حولكم . وروى أبو رجاء العطاردي قال : كان ابن عباس يأخذ منا صدقة أرضنا يأخذ من كل شيء حتى دستجه (٤) من كل عشر دساتج (٥) .

٥٥٥٧ - وقولهم : إن المرودي (٦) قال : طلبنا في دواوين البصرة فلم نجد لها (٧) ذكر كلام بعيد ؛ لأنا (٨) ننقل لهم ما فعله ابن عباس بالبصرة فيدفع الرواية بأن (٩) ذلك لم يوجد في ديوان البصرة الآن ، وقد جرى من التغيير أخذ الصحابة ما لا خفي به (١٠) . وقد أخذ أبو بكر الصديق ﷺ (١١) العشر من الورس وليس بمقتات (١٢) . وقد قال الحسن والزهري : « إن الخضر لا يجب العشر في أعيانها وإنما يجب في أثمانها إذا

---

(١) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٣) أثر ابن عباس أخرجه ابن أبي شيبة بلفظ : في الزيتون : العشر ، في المصنف ، كتاب الزكاة ، في الزيتون فيه الزكاة أم لا (٣٣/٣) ، الأثر (٢) .

(٤) في (ع) : [دسيجه] .

(٥) في (ع) : [دسايج] .

(٦) في (م) ، (ع) : [المروري] ، وفي (ص) ، (ن) : [المروردي] بزيادة الراء المهملة . قال السمعاني : المرودي : بفتح ، الميم ، وضم الراء ، وكسر الدال المهملتين بينهما الواو ، هذه نسبة إلى مرودة : وهو اسم لبعض أجداد المنتسب إليه . منهم أبو الفضل ، ومحمد بن أبي سعيد عثمان بن شعيب بن الفضل بن عاصم بن مرودة النسفي ، من أهل نسف ، كان شيخًا ثقة وقال : كانت ولادته في سنة سبع وتسعين ومائتين ومات في ذي القعدة سنة ست وثمانين وثلاث مئة في الأنساب (٢٦٥/٥) .

(٧) في (م) : [فلم يجد لهذا] ، وفي (ن) ، (ع) : [لهذا] ، مكان : [لها] .

(٨) في (ع) : [لاننا] .

(٩) في (ن) : [فان] .

(١٠) في (ن) : [بعض الصحابة ما لا خفا به] ، وفي (م) ، (ع) : [بعد الصحابة ما لا حقان] لعل الصواب ما أثبتناه .

(١١) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(١٢) في (م) : [بمعتات] .

بلغت [١] مائتين » ، فقد أوجبنا [٢] فيها العشر ورآياه في أثمانها [٣] .

٥٥٥٨ - قالوا : كل ما لا يقتات حال الاختيار لم يجب فيه العشر ، كالحشيش .

٥٥٥٩ - قلنا : لا نسلم أن التين لا يقتات [٤] كما يقتات الزبيب والدخن ، وما جرى مجراه لا يقتات حال الادخار [٥] والعشر فيه ، والحشيش والحطب عكس علتنا ، لأنه لا يقصد بالحرث والزرع ؛ ولأن الغالب أن الحشيش لا ينبت [٦] على ملك مالك وإنما هو مباح وحقوق اللّٰه تعالى لا تتعلق [٧] إلا بما يحدث في الغالب على الملك ، أو يحدث غير تافه ، ولهذه العلة تعلقت الزكاة بالمواشي ولم تتعلق بالصيود .

٥٥٦٠ - قالوا : جنس [٨] مال لا يراعى فيه النصاب [فلم يجب فيه العشر ، كالحطب .

٥٥٦١ - قلنا : حقوق اللّٰه تعالى المتعلقة بالأموال : منها : ما يعتبر له نصاب] [٩] ومنها : ما لا يعتبر في وجوبه نصاب ، كخمس الغنيمة والركاز ، فلم يستدل بسقوط اعتبار / النصاب على عدم الوجوب ؛ ولأن النصاب اعتبر للواجب المقدر في نفسه ليحتمل إيجابه ، والواجب هاهنا غير مقدر ، والمعنى في الحطب : ما بينا

٦٩/ب

٥٥٦٢ - [قالوا : نبت ينتفع به فلم يجب فيه العشر كالقصب الفارسي ، والمعنى في الحطب ما بينا] [١٠] .

٥٥٦٣ - قلنا : كونه منتفعًا به يدل على تعلق الحق به ؛ لأن حقوق اللّٰه تعالى تتعلق [١١] بما ينتفع به من الأموال ولأن القصب إن كان مما لا يقصد بالحرث والزرع فهو عكس علتنا ، وإن كان يقصد فالحق [١٢] يتعلق به . ولأن وجوب الصدقات في أنواع الأموال ليصل إلى من لا يملك منها فينتفع بها ، وكل منتفع به لا يوجد مباحًا [١٣]

---

(١) في (ن) : [اذا تلفت] .

(٢) في (م) ، (ع) : [أوجبنا] .

(٣) أخرجه عبد الرزاق من طريق معمر عن الزهري بلفظ : [في الخضر والفاكهة ، إذا بلغ ثمنه مائتي درهم ، ففيه خمسة دراهم . في المصنف ، كتاب الزكاة ، باب الخضر (١٢٠/٤) ، الحديث (٧١٩٢) .

(٤) لفظ : [لا يقتات] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (ن) : [الاختيار] .

(٦) في (م) : [لا يثبت] ، وفي (ن) : [انبت] .

(٧) في (م) : [لا يتعلق] .

(٨) لفظ : [جنس] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) ما بين القوسين ساقط من (ع) .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من (ن) .

(١١) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

(١٢) في (ع) : [فلحق] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [مباحات] .

تعلق به العشر [١] ليصل إلى من لا يملك مثله .

٥٥٦٤ - قالوا : حق اللَّه [٢] تعالى إذا تعلق بالمال اعتبر فيه بأعلى الأموال دون أدناها بدلالة الحيوان .

٥٥٦٥ - قلنا : قد علقناه [٣] بالأعلى ولم يعلق [٤] بالأدنى ، وهو القصب والحطب . ولأن عند مخالفنا لا يوجب الحق في [٥] الزعفران وهو أعلى الجنس ويوجب في الدخن والرمان والتين أعلى منه ؛ ولأن الزكاة تتعلق [٦] بالمال الذي [هو] [٧] أعظم نفعًا ، والخضر أعظم نفعًا [٨] من الدخن والذرة .

٥٥٦٦ - قالوا : لم ينقل أن النبي ﷺ أخذ منها شيئًا .

٥٥٦٧ - قلنا : ولم ينقل أنه أخذ من الدخن والذرة ، ولأنه يجوز أن يكون لم يأخذ [٩] منها لقلتها ، فوكلها إلى أرباب الأموال .

* * *

(١) في (ص) ، (ع) : [تعلق العشر به] بالتقديم والتأخير .

(٢) في (م) ، (ع) : [للَّه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [علقناها] .

(٤) في (ص) ، (ع) : [ولم تعلق] .

(٥) في (ن) : [على] ، مكان : [في] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

(٧) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) لفظ : [نفعا] ساقط من (م) .

(٩) في (ن) : [لم يأخذه] .

مسألة ٣٢٧

يجب في العسل إذا كان في أرض العشر، العشر

٥٥٦٨ - قال أصحابنا: يجب في العسل إذا كان في أرض العشر، العشر [1].

٥٥٦٩ - وقال الشافعي لا شيء فيه [2].

٥٥٧٠ - لنا: ما روى أسامة بن زيد عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ أخذ من العسل العشر، من عشر [3] قرب قربة» [4]. وعن أبي سيارة المتعي [5] قال: قلت يا رسول الله إن لي نحلًا، قال: أد [6] العشر، قال: قلت: يا رسول الله احمها، فحماها» [7]. وروى عبد الله بن محرر قال:

(١) راجع المسألة في الأصل باب العشر في الخلايا (١٥٤/٢)، مختصر الطحاوي باب زكاة الثمار والزروع ص٤٧، متن القدوري باب زكاة الزروع والثمار ص٢٢، المبسوط، باب المعادن وغيرها (٢١٦/٢ - ١٥/٣، ١٦)، بدائع الصنائع، (١٦/٢، ١٧)، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية باب زكاة الزروع والثمار (٢٤٦/٢، ٢٤٩)، البناية، (٥٠٣/٣ - ٣٠٧) متن الكنز باب العشر ص٢٩، الاختيار لتعليل المختار باب زكاة الزروع والثمار (١١٤/١)، مجمع الأنهر باب زكاة الخراج (٢١٦/١، ٢١٧)، حاشية ابن عابدين باب العشر (٥٠/٢).

(٢) لفظ: فيه: ساقط من (ع). قال الشافعي في القديم مثل قول الحنفية: يجب فيه العشر. وقال النووي: الصحيح عندنا لا زكاة فيه مطلقًا. راجع تفصيل المسألة في الأم باب لا زكاة في العسل (٣٩/٢)، حلية العلماء، (٦٣/٣)، المجموع مع المهذب باب زكاة الثمار (٤٥٢/٥، ٤٥٦). راجع المنتقى، في ما جاء في صدقة الرقيق والخيل والعسل، (١٧٢/٢)، بداية المجتهد، كتاب الزكاة. (٢٦٠/١)، راجع الإفصاح (٢١٥/١)، الكافي لابن قدامة (٣٠٨/١)، المغني (٧١٣/٢، ٧١٤).

(٣) في (ن): [غير]، مكان: [عشر].

(٤) سائر النسخ: عمرو بن سعيد لعل الصواب ما أثبتناه. وأخرجه وأبو داود بلفظ: من كل عشر قرب قربة في السنن باب زكاة العسل (٤٠٥/١)، ابن ماجه في السنن كتاب الزكاة، باب زكاة العسل (٥٨٤/١)، الحديث (١٨٢٤) أبو عبيد بلفظ: أن رسول الله ﷺ كان يؤخذ في زمانه من قرب العسل من عشر قربات من أوسطها في كتاب الأموال باب ما اختلف الناس في وجوب صدقة من الأموال وهو ثلاثة أصناف: العسل والزيتون، والخضر ص ٤٤٤، الحديث (١٤٨٨).

(٥) في (ن): [أبي سفيان المنفي]، وفي (م)، (ع): [ابي سيارة المنعى].

(٦) في (ن): [ادى].

(٧) أخرجه أبو داود في الطيالسي في المسند في أبي سيارة المعتى ﷺ ص ١٦٩، الحديث (١٢١٤)، وابن ماجه في باب زكاة العسل (٥٨٤/١) الحديث (١٨٢٣) والبيهقي في الكبرى في كتاب الزكاة، باب ما =

« سمعت الزهري [(١)] يحدث عن أبي سلمة ، عن أبي هريرة أن النبي ﷺ أمر أن يؤخذ من العسل العشر » [(٢)] . وروى عمرو بن شعيب [(٣)] عن أبيه عن جده » أن بني شبابة [(٤)] كانوا يؤدون إلى النبي ﷺ من نحل كان نحلهم [(٥)] العشر من كل عشر قرب قربة [(٦)] ، وكان يحمي واديين لهم ، فلما كان عمر بن الخطاب استعمل سفيان بن عبد اللّه الثقفي [(٧)] فأبوا أن يؤدوا إليه شيئًا .

٥٥٧١ – وقالوا : إنما كنا نؤديه إلى رسول اللّه ﷺ فكتب سفيان إلى عمر فكتب إليه عمر إنما النحل [(٨)] ذباب غيث [(٩)] يسوقه اللّه تعالى رزقًا إلى من يشاء ، فإن أدوا إليك ما كانوا يؤدون [(١٠)] إلى رسول اللّه ﷺ فاحم لهم واديهم . وإلا فخل بينه وبين الناس ، فأدوا إليه ما كانوا يؤدون إلى النبي ﷺ وحمى لهم واديهم » [(١١)] .

٥٥٧٢ – قالوا : إنما أخذ منهم عوضًا [(١٢)] عن الحماية .

٥٥٧٣ – قلنا : هذا لا يصح ؛ لأن الإمام لا يحمي بعوض يأخذه ، وإنما يأخذ حقوق المسلمين ويحميهم [(١٣)] . ويجوز أن يكون هذا النحل من الجبل [(١٤)] غير مملوك [(١٥)] فإذن لهم النبي ﷺ في الانفراد به ، فصار كالمملوك فلزمهم عشره ، فلما

= ورد في العسل (١٢٦/٤) ، وأحمد في المسند (٢٣٦/٤) ، عبد الرزاق في المصنف ، كتاب الزكاة ، باب صدقة العسل (٦٣/٤) ، الحديث (٦٩٧٣) وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الزكاة في العسل هل فيه زكاة أم لا ، (٣٣/٣) ، الحديث (١) ، أبو عبيد ، ص٤٤٤ ، الحديث (١٤٨٧) .

(١) في (م) ، (ع) : [الزبيري] .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٢٦/٤) ، عبد الرزاق في المصنف (٦٣/٤) ، الحديث (٦٩٧٢) .

(٣) في (ن) : [عمر بن سعيد] ، وفي (ع) : [سعيد] ، مكان : [شعيب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [سنانه] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [نحيلهم] .

(٦) في (ن) : [قرن قرنه] .

(٧) في (م) : [البقفي] .

(٨) في (ن) : [النخل] .

(٩) لفظ : [غيث] ساقط من (م ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش ، وفي (ن) : [عبر] بدون نقط .

(١٠) في (ص) ، [يؤدونه] .

(١١) في (ع) : [في اد بهم] . أخرجه أبو داود مختصرًا بألفاظ متقاربة في كتاب الزكاة ، باب زكاة العسل (٤٠٥/١) ، وابن الجارود في المنتقى ، في أول كتاب الزكاة ص٩٦ ، الحديث (٣٥٠) ، والبيهقي في الكبرى ، (١٢٧/٤) .

(١٢) في (ع) : [عوضا منهم] بالتقديم والتأخير .

(١٣) في (م) ، (ع) : [ويحمهم] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [الحل] .

(١٥) قوله : [غير مملوك] : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

امتنعوا على عامل عمر رضي الله عنه [١] قال : إنه مباح الأصل فإن أحبوا القيام [٢] على الإقطاع أدوا العشر ؛ وإلا عاد إلى حكم الإباحة فانتفع به من وصل إليه من الناس .

٥٥٧٤ - قالوا : روي عن سعد [٣] بن أبي ذباب « قال : قدمت على رسول الله ﷺ فأسلمت وقلت : يا رسول الله اجعل [٤] لقومي ما أسلموا عليه ، قال : ففعل رسول الله ﷺ واستعملني عليهم ، ثم استعملني أبو بكر رضي الله عنه [٥] بعده ، ثم استعملني عمر رضي الله عنه [٦] بعده ، فقال : فقدم على قومه فقال [٧] لهم : في العسل زكاة ، فإنه لا خير في مال لا يزكى ، قال : قالوا : كم ترى ؟ قلت [٨] العشر [قال : فأخذ منهم العشر] [٩] فقدم به على عمر فأخبره بما فيه فأخذه عمر فجعله في صدقات المسلمين » [١٠] .

٥٥٧٥ - قالوا : فالنبي ﷺ لم يطالبهم به ولا أبو بكر ولا عمر رضي الله عنهما [١١] .

٥٥٧٦ - قلنا : يجوز أن يكونوا لم يعلموا به ، فلما علم به عمر أخذه [١٢] منه .

٥٥٧٧ - قالوا : فقالوا [١٣] له : « كم ترى ؟ » ، فهذا يدل على أنه ليس بواجب .

٥٥٧٨ - قلنا : ذكر الطحاوي هذا الخبر بإسناده ، وذكر فيه : أنه قال : « أتيت عمر فقلت : يا أمير المؤمنين ما ترى في العسل ؟ ، قال : خذ منه العشر » . وروى أيضًا أنه طالبهم بزكاة العسل .

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [المقام] .
(٣) في (م) : [سعيد] .
(٤) الزيادة من (ن) .
(٥ ، ٦) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٧) قوله : [فقدم على قومه فقال] ساقط من (م) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [قال] ، مكان : [قلت] .
(٩) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٠) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٢٧/٤) وأحمد مختصرًا في المسند (٧٩/٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٣/٣) ، الحديث (٤) ، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد : كتاب الزكاة ، باب زكاة في العسل (٧٧/٣) والشافعي مطولًا بألفاظ متقاربة في المسند ، كتاب الزكاة ، الباب الأول في الأمر بها والتهديد على تركها وعلى من تجب وفيم تجب (٢٣٠/١ ، ٢٣١) الحديث (٦٣٥) ، وفي الأم كتاب الزكاة باب أن لا زكاة في العسل (٣٨/٢ ، ٣٩) وابن حزم في المحلى بالآثار (٣٦/٤ ، ٣٧) ، مسألة (٦١٤) .
(١١) قوله : [رضي الله عنهما] ساقط من (ن) .
(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أخذ] .
(١٣) لفظ : [فقالوا] : ساقط من (م) ، (ع) .

٥٥٧٩ - قالوا : « وذكروا [١] ذلك لعمر بن الخطاب ، فقال : خذ منه عشره فقلت : أين أجعله ؟ ، فقال : اجعله في بيت المال » [٢] ، وهذا يدل على الوجوب . ولأن العسل يتولد من نور الشجر فهو كالثمر [٣] .

٥٥٨٠ - قالوا : فنحل [٤] أرض الخراج قد يخرج إلى أرض العشر فترعى فيها .

٥٥٨١ - قلنا [٥] المعتبر تولده وليس [٦] المعتبر أصله ، كما أن المعتبر في الثمرة انعقادها دون الموضع الذي كانت النحلة [٧] منه .

٥٥٨٢ - قالوا : غير مقتات فلم تجب [٨] فيه الزكاة ، كاللبن .

٥٥٨٣ - قلنا : الزبيب غير مقتات [٩] بنفسه ، وإنما يتبع [١٠] القوت ، فهو كالعسل .

٥٥٨٤ - قالوا : كل ما لو كان في أرض الخراج لاعتبر فيه ، كذلك في أرض [١١] العشر كالبيض والحشيش .

٥٥٨٥ - قلنا : أرض الخراج قد وجب على مالكها حق لأجل ثمارها ، فلم يجتمع معه لأجلها خراج ، وأرض العشر لم يجب في ذمته عما ينتفع به في ثمارها ، فلذلك وجب الحق فيما يتكون منها [١٢] .

* * *

---

(١) في (ن) ، (ع) : [فابوا وذلك] ، مكان : [قالوا وذكروا ذلك] ، ولفظ : [وذكروا] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) لم نعثر على هذه الرواية أيضًا .

(٣) في (ن) : [التمر] بالتاء .

(٤) في (ن) : [فنخل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فيرعى فيها قلت] .

(٦) في (م) ، (ع) : [نولده ولبس] .

(٧) في (ن) : [النخلة] بالخاء المعجمة .

(٨) في (م) : [غير مقيات فلم يجب] .

(٩) في (م) : [مقيات] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [تبع] .

(١١) الزيادة من (ن) .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يتكرر منه] وفي (ن) : [فيما يكون منها] .

مسألة ٣٢٨

العشر واجب في زرع المكاتب

٥٥٨٦ - قال أصحابنا : العشر واجب في زرع المكاتب [١] .

٥٥٨٧ - وقال الشافعي : لا عشر عليه [٢] .

٥٥٨٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ ﴾ ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « فيما سقت السماء العشر » ، ولأنه أحد حقي [٣] الأرض ، كالخراج . ولأنه حق لا يمنع الصغر من تعلقه [٤] بالمال . ولا يمنع [٥] الرق من وجوبه كخمس [٦] الركاز والغنيمة . ولأنه أرض ينتفع بها [٧] في دار الإسلام فلا تخلو [٨] من حق الله تعالى [٩] كأرض الحر .

٥٥٨٩ - احتجوا : بما روى أبو الزبير عن جابر أن النبي ﷺ قال : « ليس في مال المكاتب زكاة حتى يعتق » [١٠] .

٥٥٩٠ - قلنا : قد بينا أن العشر لا يسمى زكاة على الإطلاق ، وأن [١١] له اسمًا

---

(١) راجع : المسألة في كتاب الأصل باب الذهب والفضة والركاز ، وباب عشر الأرض (١٤٢/٢ ، ١٦٣) مختصر الطحاوي ، ص٤٦ ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة ، فصل وأما شرائط الفرضية (٥٦/٢) ، حاشية ابن عابدين (٥١/٥) ، المبسوط باب عشر الأرضين (٤/٣) .

(٢) راجع : الأم باب من تجب عليه الصدقة (٢٧/٢) ، حلية العلماء كتاب الزكاة (٨/٣) ، المجموع مع المهذب كتاب الزكاة (٣٢٦/٥ ، ٣٣٠) . راجع المدونة في زكاة أموال العبيد والمكاتبين (٢١٣/١) ، والإفصاح (٢١٨/١) ، المغني باب صدقة الغنم (٦٢٤/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أخذ حق] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يمتنع الصغر تعلقه] ، وحرف : [من] ساقطة أيضًا من (ن) .

(٥) في (ن) : [فلا] .

(٦) في (م) : [كمحمص] .

(٧) في (ص) : [به] .

(٨) في (م) ، (ع) ، (ن) : [فلا يخلو] .

(٩) لفظ : [تعالى] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) أخرجه الدارقطني بلفظه ، في كتاب الزكاة ، باب ليس في مال المكاتب زكاة حتى يعتق (١٠٨/٢) والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الزكاة ، باب ليس في مال المكاتب زكاة (١٠٩/٤) وابن أبي شيبة موقوفًا في المصنف ، كتاب الزكاة ، في المكاتب من قال ليس عليه زكاة (٥١/٣) ، الحديث (٥ ، ٦) .

(١١) في (م) ، (ع) : [وأنه] .

يختص [١] به ، فوجب أن يحمل هذا الخبر على الزكاة المطلقة ويوجب [٢] العشر بالخبر الآخر ؛ لأنه عموم متفق على استعماله ، وهذا خصوص مختلف في استعماله . ولأن هذا الخبر يرويه عن ابن جريج عبد اللّٰه بن بزيع ولا يعرف [٣] .

٥٥٩١ – قالوا : من لا يجب في ماله ربع العشر لا يجب فيما يخرجه أرضه العشر كالذمي .

٥٥٩٢ – قلنا : الذي وجب عليه حق لأجل تمكنه من الانتفاع بأرضه ، فلذلك لم يجب في الخارج منها شيء وليس كذلك المكاتب ؛ لأنه لم يجب عليه حق لأجل تمكنه من الانتفاع بهذه الأرض [٤] ، فتعلق الحق بالخارج منها كالمسلم ، ولهذا نقول [٥] : إن الذمي إذا وضع عليه خراج المقاسمة أخذ من زرعه العشر لما لم يجب [٦] عليه حق لأجل تمكنه من الانتفاع [بها] [٧] ، ولأن الزكاة والفطرة حقوق قدرت بأنفسها ، فاعتبر في وجوبها مالكها ، والعشر حق يتقدر بما يؤخذ [٨] منه كخمس الغنيمة والركاز ، وحق المعدن على أصلنا [٩] ، فلا يختلف بالمكاتب وغيره .

* * *

(١) في (م) : [يحصه] ، وفي (ع) : [يخصه] .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ويوجب] .

(٣) في سائر النسخ : [يرفع بدون نقطتي الباء ، والزاء] وهو تصحيف ، الصواب ما أثبتناه . هو عبد اللّٰه بن بزيع الأنصاري التستري . قال ابن عدي : هو عندي ليس ممن يحتج به قال الذهبي : قال الدارقطني : ليس بقوي . راجع ترجمته في الكامل (٢٥٣/٤ ، ٢٥٤) ، الترجمة (١٠٨٧/١٢٠) ، المغني (٣٣٣/١) ، الترجمة (٣١١٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [بأرضه] .

(٥) في (م) : [يقول] .

(٦) في (ن) : [ما لم يجب] .

(٧) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) في (ن) : [يوجد] .

(٩) في (ع) : [وعلى أصلنا] بالعطف .

مسألة ٣٢٩

العشر والخراج لا يجتمعان

٥٥٩٣ - قال أصحابنا : العشر والخراج لا يجتمعان ، ومنهم من [١] قال : لا خلاف في الحقيقة ؛ لأن الخراج عندنا أجرة أو ثمن ، وعندكم الثمن والأجرة لا ينفيان العشر ، وعندكم : إن الخراج حق [٢] يتعلق بالأرض ، وهذا عندنا لا يجتمع مع العشر والكلام في الخراج ما هو يجيء في موضعه ، لكن [٣] الخلاف يتصور [٤] في أرض السواد وعندنا [٥] لا عشر في الخارج منها [٦] .

٥٥٩٤ - وقال الشافعي : فيه العشر [٧] .

٥٥٩٥ - والدليل على ما قلنا : ما روى أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم ، عن علقمة عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : « لا يجتمع عشر وخراج في أرض واحدة » [٨] وقد روى هذا موقوفًا على ابن مسعود ﷺ [٩] ، وذلك لا يقدح فيه ؛ لأن الراوي يروي ثم يفتي .

---

(١) في (ع) : [ومن من] .
(٢) لفظ : [حق] ساقط من (ع) .
(٣) في (ن) ، (ع) : [ولكن] بالعطف .
(٤) في (ن) : [متصور] .
(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عندنا] بدون العطف
(٦) راجع : كتاب الأصل ، باب العاشر ، باب عشر الأرض (١١٨/٢ ، ١٦٤) ، مختصر الطحاوي ، ص٤٦ المبسوط ، باب العشر (٢٠٧/٢ ، ٢٠٨) ، تحفة الفقهاء ، باب العشر والخراج (٣٢٣/١) ، بدائع الصنائع كتاب الزكاة ، فصل : وأما شرائط المحلية (٥٧/٢) ، فتح القدير ، باب زكاة الزروع والثمار (٢٥٨/٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب زكاة الخارج (٢١٩/١) .
(٧) راجع حلية العلماء ، باب صدقة الزروع (٧٥/٣) ، المجموع مع المهذب ، باب زكاة الزرع (٥٣٤/٥ ، ٥٤٣ - ٥٥٩) . راجع المدونة في زكاة الزرع (٢٨٦/١) ، بداية المجتهد ، كتاب الزكاة (٢٥٤/١ ، ٢٥٥) ، الإفصاح (٢٠٦/١) الكافي لابن قدامة ، باب زكاة الزرع والثمار (٣٠٨/١) ، المغني باب زكاة الزروع والثمار (٧٢٦/٢) .
(٨) أخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الزكاة ، باب المسلم يزرع أرضا من أرض الخراج (١٣٢/٤) وابن حبان في المجروحين ، في ترجمة يحيى بن عنبسة (١٢٤/٣) ، ابن عدي في الكامل بلفظ : لا يجتمع على المسلم خراج وعشر ، في ترجمة يحيى بن عنبسة (٢٥٥/٧) ، الترجمة (٢١٥٥/١٠٦) .
(٩) لم نعثر على هذا الحديث .

٥٥٩٦ - فإن قيل : عندنا لا يجتمع العشر والخراج في الأرض .

٥٥٩٧ - قلنا : النبي ﷺ ينفي الشيء الذي يصح به [١] ثبوته ، ألا ترى : أنه عليه الصلاة و [٢] السلام إذا قال : « لا يجمع [٣] بين أختين » [٤] كان معناه : لا يجمع بينهما على الوجه الذي [يصح] [٥] ثبوت كل واحد منهما .

٥٥٩٨ - ولا يصح أن يقال : لا يجمع الرجال بين أمه وأجنبية [٦] ؛ لأن إحديهما [٧] لا يصح على الانفراد . ومعلوم أن العشر لا يتعلق بنفس الأرض وإنما يتعلق بالخارج منها فكأنه عليه الصلاة و [٨] السلام قال : « لا يجتمع عشر الخارج والخراج في أرض واحدة » .

٥٥٩٩ - فإن قيل : نحمله [٩] على خراج وضع على أرض الكفار التي فتحت صلحًا فيكون جزية فلا عشر معه ، فإذا أسلموا سقط الخراج ؛ لأنه جزية ووجب العشر / . ٧٠/أ

٥٦٠٠ - قلنا : هذا تخصيص بغير دليل ، ويدل عليه : ما روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « منعت العراق قفيزها [١٠] ودرهمها » [١١] . ومعلوم أن من [١٢] منع الخراج منع العشر ، وقد ذمهم على منع الخراج ، فلو كان العشر واجبًا بالعراق لذمهم على منعه ، ولكان أولى بالذكر ؛ لأن عندهم صدقة وعبادة ، والخراج ثمن [١٣] والذم :

---

(١) لفظ : [به] ساقط من (ن) . (٢) الزيادة من (ع) .

(٣) في (ص) ، (م) : [لا يجتمع] .

(٤) أخرجه أبو داود في السنن كتاب الطلاق ، باب من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان (٥٦٣/١) وقال مجد الدين بن تيمية : رواه الخمسة إلا النسائي في المنتقى باب من أسلم وتحته أختان أو أكثر من أربع ص٥٥٣ ، الحديث (٣٥٣٧) . (٥) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) [واختيه] .

(٧) في (ص) : [أحدهما] ، وفي (م) ، (ن) ، (ع) : [احديهما] .

(٨) الزيادة من (ع) . (٩) في (م) : [يحمله] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فقيرها] ، وفي (ن) : [بعيرها] .

(١١) أخرجه مسلم في الصحيح بطوله ، في كتاب الفتن وأشراط الساعة ، باب لا تقوم الساعة حتى يحسر الفرات عن جبل من ذهب (٢٢٢٠/٤ ، ٢٢٢١) ، الحديث (٣٣/ ٢٨٩٦) ، وأبو داود في كتاب الخراج والفيء والإمارة باب في إيقاف أرض السواد وأرض العنوة (١٦٣/٢ ، ١٦٤) ، وأحمد في المسند ، في مسند أبي هريرة ﷺ (٢٦٢/٢) ، الطحاوي في معاني الآثار ، في كتاب مناسك الحج ، باب المواقيت التي ينبغي لمن أراد الإحرام أن لا يتجاوزها (١٢٠/٢) .

(١٢) حرف : [من] ساقطة من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٣) في (م) ، (ع) : [بمن] .

إنما يكون بالامتناع من القرب ، فأما الأثمان [١] : فهي كدين الآدميين .

٥٦٠١ - ويدل عليه : إجماع [٢] الأمة ، أن أئمة العدل وولاة الجور لم يأخذوا من السواد العشر مع الخراج ، فمن جمع بينهما فقد خالف الإجماع .

٥٦٠٢ - ويدل عليه : « ما روي أن دهقانة نهر الملك [٣] أسلمت فكتب في ذلك إلى عمر بن الخطاب ﷺ [٤] ، فكتب إن أقامت على أرضها فخذ منها [٥] الخراج » [٦] ولو كان العشر يجب بالإسلام لبينه وأمر به ، وكان بيانه لتجدده أولى من بقاء ما كان واجبًا .

٥٦٠٣ - فإن قيل : إنما بين الخراج ليعلم أنه ليس بجزية وأنه لا يسقط بالإسلام ، ولم يبين [٧] العشر الذي يجب مع الإسلام .

٥٦٠٤ - قلنا : حكم العشر أمر قد خفي على الفقهاء ، فكيف لا يحتاج [٨] إلى بيانه [٩] ؟ والذي يدل أنه قد سكت عنه لأنه [١٠] ليس بواجب ؛ لأنه لو وجب لأخذ ، ولو أخذ [١١] لنقل ولأنهما حقان يتعلق كل واحد منهما بالمال النامي [١٢] فلا يجتمع وجوبهما بسبب [١٣] مال واحد ، كزكاة السوم والتجارة .

٥٦٠٥ - فإن قيل : العشر يجب لأجل الزرع ، والخراج لأجل الأرض .

٥٦٠٦ - قلنا : الأرض سببهما [١٤] جميعًا ، ألا ترى : أن قدر العشر يختلف باختلاف الأراضي ، والزرع يؤثر فيهما ، بدلالة : أن قدر الخراج يختلف [١٥] باختلاف الخارج .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الايمان] . (٢) في (ن) : [اجتماع] .
(٣) في (م) ، (ع) : [عهر الملك] ، وفي (ع) : [دهقان] ، مكان : [دهقانه] .
(٤) الزيادة من (م) ، (ع) . (٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فخذوا منها] .
(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى ، كتاب السير ، باب الأرض إذا أخذت عنوة (١٤١/٩) وعبد الرزاق في المصنف ، في كتاب أهل الكتاب ، في ما أخذ من الأرض عنوة (١٠٢/٦) ، الحديث (١٠١٣٢) ، بلفظ : كتب عمر بن الخطاب في دهقانه من أهل نهر الملك ، أسلمت ولها أرض كثيرة ، فكتب فيها إلى عمر ، فكتب : أن ادفع إليها أرضها ، وتؤدي عنها الخراج ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الجهاد ، في ما قالوا في الرجل من أهل الذمة يسلم ، من قال : يرفع عنه الجزية (٦٢٩/٧) ، الحديث (٤) .
(٧) في (ع) : [لم يبن] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يحتاج] ، مكان : [لا يحتاج] .
(٩) في (ع) : [بيان] . (١٠) في (م) ، (ع) : [انه] .
(١١) في (ن) : [ولو واحد] . (١٢) في (ن) : [الثاني] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [سبب] . (١٤) في (م) ، (ع) : [بينهما] .
(١٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [مختلف] .

٥٦٠٧ - فإن قيل : زكاة السوم والتجارة سببهما الحول والنصاب ، وإسلام المالك [١] والتجارة تراد للنماء ، والسوم للنماء . والمستحق لإحدى الزكاتين المستحق للأخرى فلذلك لم يجتمعا ، والعشر محله غير محل الخراج ، وسبب أحدهما غير [٢] سبب الآخر ومستحق أحدهما غير مستحق الآخر .

٥٦٠٨ - قلنا : زكاة السوم والتجارة حقان مختلفان ، بدلالة أن حول أحدهما قد يخالف [حول] [٣] الآخر ، فلا يجبان بحول واحد ، ونصاب أحدهما غير نصاب الآخر ، ومحل أحدهما غير محل الآخر ؛ لأن زكاة السوم تتعلق بالعين [٤] ، وزكاة التجارة تتعلق [٥] بالقيمة عندهم ، فقد يتفقان في وجه [٦] ويختلفان في وجوه ، وكذلك الخراج والعشر كل واحد منهما حق يختص بالأراضي ويجب لأجل نمائها ، بدلالة : أن الأرض التي لا تصلح [٧] للزرع لا خراج عليها [٨] ويسقط أحدهما ما يسقط الآخر ، وهو غلبة [٩] الماء على الأرض وانقطاعه عنها ، ومستحق العشر مستحق الخراج ، وإن استحق الخراج من لا حق له في العشر فقد اتفق مستحقها من وجه ويتنافى وصفهما [١٠] ابتداء ، وقد يتعلق أحدهما بما [١١] يتعلق به الآخر ، وهو خراج المقاسمة . ولأنهما حقان للّٰه تعالى يسقطان بفوات منفعة الأرض ، فوجوب أحدهما يمنع من وجوب الآخر ، أصله : الأرض العشرية لا يجب فيها خراج ، ولأنه خارج من أرض الخراج [١٢] فلم يجب فيه عشر كالخضراوات . ولأنه خارج لا يجب العشر في قليله . فلم يجب في كثيره ، كالخارج من أرض الذمي والمكاتب .

٥٦٠٩ - فإن قيل : المعنى في الذمي [١٣] أن الزكاة لا تجب [١٤] في أمواله ، ولما وجبت الزكاة في أموال المسلم وجب العشر في زرعه .

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [المال] . (٢) في (ن) : [عن] .
(٣) الزيادة من (ن) .
(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بالغير]
(٥) لفظ : [تتعلق] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [في وجه] . (٧) في (ص) ، (م) : [لا يصلح] .
(٨) في (ص) ، (م) ، (ن) : [عليه] . (٩) في (م) ، (ع) : [عليه] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [وبينا في موضعهما] .
(١١) في (ن) : [كما] . (١٢) في (ع) [خراج] .
(١٣) في (م) : [الذي] . (١٤) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .

٥٦١٠ - قلنا : انتفاء الزكاة لا يدل على انتفاء الحقوق المتعلقة بما يستفاد من الأراضي [١] ، بدلالة : الركاز . ولأن كل أرض وجب الخراج عنها لم يجب العشر عن زرعها ، أصله : الأرض الخراجية إذا آجرها من ذمي . ولأنه نبت [٢] خارج من أرض السواد فلم يجب فيه عشر ، كما دون خمسة أوسق . ولأنهما حقان يجبان لأجل نماء المال [٣] أحدهما : يثبت على طريق الشركة [٤] والآخر : في الذمة ، فلم يجتمعا في الوجوب كربح المضاربة [٥] والأجرة لأجل عمله ، وكذلك المزارع لا يجب له جزء من [٦] الزرع مع الأجرة . ولأنهما حقان لا يجوز ابتداء المسلم بأحدهما ولا ابتداء الكافر بالآخر ، فلم يجز اجتماعهما ، كالجزية والعشر .

٥٦١١ - ولأن سبب الحقين يتنافى [٧] ابتداء بدلالة : أن سبب العشر قسمة [أرض] [٨] العنوة ، وإسلام أهل الأرض ، وسبب الخراج أن يفتح عنوة ولا يقسم ، ولهذا لا يجمع بين الحقين ابتداء فلم يجمع بينهما في الاستيفاء [٩] بقاء ؛ أصله : القصاص والدية والجزية ، والصدقة والأجرة [١٠] والربح في المضاربة . ولأن الخراج إذا كان مقاسمة فلا يخلو إما أن يجب معه العشر [١١] أو لا يجب ، فإن أسقطه قسنا عليه ، وإن أوجبه فلا يخلوا إما أن يوجبه في جميع الخارج ، وهذا لا يجوز ؛ لأنه يؤدى إلى إيجاب حق الله تعالى من حقه .

٥٦١٢ - ولا يجوز إيجاب العشر فيما سوى الخراج لأنه يؤدي إلى وجوبه في بعض الخارج دون بعض ، وهذا لا يصح . ولأن العشر لو وجب استقلت [١٢] الأرض بحق الفقراء ، فلم يجب الخراج في ذمة صاحبها ، كما لو غصبها غاصب .

٥٦١٣ - احتجوا : بقوله تعالى ﴿ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ ﴾ [١٣]

---

(١) في (ن) : [الأرض] .
(٢) في (ع) : [ثبت] .
(٣) في (م) ، (ع) : [المالك] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ثبت على طريق المشركة] .
(٥) في (ع) : [المضارب] .
(٦) في (م) ، : [ومن] بالعطف .
(٧) في (م) : [بينا] وفي (ع) : [بينا في] .
(٨) الزيادة من (ن) ، (ع) .
(٩) لفظ : [بقاء] ساقط من (م) ، (ع) .
(١٠) لفظ : [الأجرة] ساقط من (م) ، (ع) .
(١١) في (م) ، (ع) : [توجيه يوجب معه العشر] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [استعملت] .
(١٣) سورة البقرة : الآية ٢٦٧ .

٥٦١٤ - قلنا : عندكم الخارج من الأرض لا يتعلق به عشر وإنما يتعلق بما ينعقد منه وإنما يصح هذا على قولنا في وجوب العشر في الخضر .

٥٦١٥ - قالوا : قال الله تعالى : ﴿ وَءَاتُوا حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ ﴾ .

٥٦١٦ - قلنا : عند الشافعي لا يجب أداء العشر يوم الحصاد وإنما يجب أداؤه يوم التصفية فوجب حمل الآية على حق يجب أداؤه يوم الحصاد ، وذلك الحق الخراج [١] ، لأن الزرع إن هلك قبل الحصاد سقط خراجه ، وإن هلك بعده لم يسقط .

٥٦١٧ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة و [٢] السلام : « فيما سقت السماء العشر ، وما سقى بالسواقي والنضح نصف العشر » [٣] .

٥٦١٨ - والجواب : إن أرض السواد لا تكتفي بسقي [٤] الماء ، ولا يكون فيها فعل [٥] وإنما هي في أرض العرب ، واللفظ يتناول الأرض التي توجد [٦] فيها هذه الصفة تارة وهذا تارة ، ولأن هذا عموم مخصوص بإجماع الصحابة .

٥٦١٩ - قالوا : ما يجب فيما يستفاد من غير أرض الخراج يجب فيما يستفاد من أرض الخراج ، أصله : حق المعدن .

٥٦٢٠ - قلنا : عندنا موضع المعدن من أرض الخراج لا خراج فيه ؛ لأنها بقعة لا تصلح [٧] للزراعة ، فلم نسلم أن حق المعدن يتعلق [٨] بما يستفاد من أرض خراج ، ولو سلمنا الوصف فالمعنى فيه : أن الخراج لم يوضع لأجل منفعة المعدن ، فإيجاب الخمس لا يؤدي إلى إيجاب حقين [٩] لمنفعة واحدة ، وأما الزروع [١٠] فالخراج وضع على الأرض لأجل الانتفاع به ، ولهذا لا خراج عليها فيما لا يمكن زرعه ، فلم يجب الحق فيه حتى لا يؤدي إلى إيجاب حقين في صفقة واحدة .

٥٦٢١ - قالوا : حر مسلم أخذ من ملكه نصابًا من القوت [١١] يلزمه [١٢] العشر ،

---

(١) لفظ : [الخراج] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) الزيادة من (ع) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٣٢٤) وهو أيضا جزء من حديث معاذ ، الذي تقدم تخريجه في مسألة (٣٢٦) .

(٤) في (ع) : [سقى] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بعل] .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يوجد] .

(٧) في (م) : [لا يصلح] .

(٨) في (ن) : [تعلق] .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [حق] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [الزرع] .

(١١) في (م) ، (ع) : [نصاب القوت] .

(١٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فلزمه] .

أصله : الأرض التي لا خراج عليها .

٥٦٢٢ - قلنا : الأرض التي لا خراج عليها لم يلزمه حق في الذمة لأجل الانتفاع بنمائها ، فجاز أن يلزمه حق مقاسمة في الخارج منها .

٥٦٢٣ - وفي مسألتنا : لما لزمه حق في الذمة لسلامة هذه المنفعة لم يجز أن يلزمه حق مقاسمة ، كما ذكرنا في الربح والأجرة .

٥٦٢٤ - قالوا : كل أرض تعلق ربع العشر بمعادنها لا يتعلق بها عشر ؛ لأن موضع المعدن لا يمكن زراعته . ولأنا بينا أن الخراج يوضع لأجل منفعة الزرع ، فإذا حصلت لم يجز فيها شيء ، ولما كان الخراج لا يوضع لمنفعة المعدن لم يكن وجوب الخراج مانعًا من وجوب حق المعدن ، والمعني في أرض العشر ما ذكرنا .

٥٦٢٥ - قالوا : نوع زكاة فلم يمنع وجوب الزكاة [فيه] [١] كسائر الزكوات [٢] .

٥٦٢٦ - قلنا : لا نسلم أن العشر زكاة ، ولأن [٣] سائر الزكوات لم يوضع الخراج لأجلها فوجوبه لا ينفيها [٤] ، والزرع وضع الخراج لأجله فلذلك لم يجب عشر [٥] مع وجوبه .

٥٦٢٧ - قالوا : العشر يجب في الحب ، والخراج في الأرض كأجرة الدكان والزكاة .

٥٦٢٨ - قلنا : وقد يجب الخراج [٦] في الزرع إذا كان خراج مقاسمة ، ولا ينفي ذلك العشر عندهم ، ولأن كل واحد من الخراج والعشر حق الأرض إلا أن محل أحدهما الذمة ومحل الآخر : الخارج [٧] ، ولهذا [٨] يسقطان ببطلان منفعتهما [٩] ويختلف العشر باختلاف صفتها ، فتارة يجب العشر ، وتارة يجب نصفه .

٥٦٢٩ - قالوا : الخراج يجب على [١٠] الأرض إذا تمكن من زراعتها زرع أو لم يزرع والعشر يجب في الحب . وإذا وجب الحقان عن عينين [١١] لم يتنافى الوجوب ولم

---

(١) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الزكاة] .

(٣) في (ع) : [ولا] ، مكان : [ولأن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا ينفها] .

(٥) في (ن) : [عشرة] .

(٦) في (م) ، [الخارج] .

(٧) في (ن) : [مخارج] .

(٨) لفظ : [ولهذا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [منفعتها] .

(١٠) في (ن) : [عن] .

(١١) في (م) ، (ع) : [عين] .

يمنع أحدهما الآخر ، أصله الزكاتان في نصابين ، وإذا اشترى دكانًا وترك فيه [1] متاعًا للتجارة .

٥٦٣٠ – والجواب : ما بينا أن كل واحد من العشر والخراج يجب [2] لسلامة منفعة الأرض ، بدلالة : أن فوات [3] المنفعة يبطلها ، ولكن محل [4] أحد الحقين الذمة ، فإذا تمكن [5] من الانتفاع فقد وجد محل الحق ، والآخر محله الخارج وذلك لا يوجد بالتمكن حتى يحصل الزرع الذي هو محل الوجوب ، يبين [6] ذلك أن الخراج إذا أوجب [7] في الخارج ، وهو خراج المقاسمة لم يجب بالتمكن من منافع الأرض ، وإنما يجب لحصول محله الذي هو الزرع ، فأما زكاة نصابين وأحد النصابين لا يجب زكاته للانتفاع بالنصاب الآخر ، وإنما يجب للانتفاع به خاصة ، فلذلك اجتمعا ، وأجرة الدكان عوض منافعه وهذه المنافع ليس لها تعلق بالزكاة ، فلم يمنع منها ، ومنفعة الأرض التي وجب الخراج لأجلها يطلب فيها الزرع ، فصارت كالشيء الواحد فلم يجب فيها [8] حقان .

٥٦٣١ – قالوا : فتفرقهما [9] مختلف فلم يمنع اجتماعهما كالجزاء والقيمة

٥٦٣٢ – وربما قالوا : حقان مختلفان يجبان بسببين مختلفين لصفتين مختلفتين [10] فجاز أن يجتمعا ، كالجزاء والقيمة .

٥٦٣٣ – والجواب : إنه فرق عندهم بين اختلاف الحقين واتفاقهما ؛ لأن خراج المقاسمة كالعشر ، ويجوز اجتماعهما .

٥٦٣٤ – وقولهم : بسببين مختلفين يدل على أنهما لا يجتمعان ، بدلالة أن السببين [11] يتنافى وجودهما ، وهذا يدل على التنافي لا على الاجتماع ، وأما

(١) في (ص) : [فيها] .
(٢) لفظ : [يجب] ساقط من (ع) .
(٣) لفظ : [فوات] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (ص) : [يحل] .
(٥) في (م) : [يمكن] .
(٦) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(٧) في (م) ، (ع) : [وجب] .
(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [عنها] .
(٩) في (ص) : [فنصرفهما] ، وفي (م) : [فيصرفيهما] ، وفي (ع) : [فيصير فيها] ، لعل الصواب ما أثبتناه من (ن) .
(١٠) قوله : [لصفتين مختلفتين] ساقط من (م) ، (ع) وفي (ن) : [مختلفين] .
(١١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [أن الشيين] .

اختلاف [١] المصرف فلا تأثير له في الأصل ؛ لأنهما يجتمعان [٢] وإن اتفق مصرفهما ، كالصيد المنذور ، إذا قتله المحرم وجب عليه قيمته مع الجزاء والمصرف واحد ، ولأن الجزاء والقيمة يجوز اجتماعهما لحق مستحق واحد .

٥٦٣٥ – ألا ترى : أن الصيد المنذور إذا أتلفه مالكه [٣] وجب ضمانه بالجزاء لحق اللّه تعالى ، وبالقيمة لحقه ، فكذلك [٤] يجوز لحق المستحقين [٥] وأما الحقوق المتعلقة بالأموال إذا كان طريقها واحد [٦] لم يجز اجتماعهما لأجل [حق] [٧] مستحق واحد ، كذلك المستحقين .

٥٦٣٦ – قالوا : العشر وجب بالنص ، والخراج بالاجتهاد ، فَلِمَ قدمتم ما ثبت [٨] بالاجتهاد على ما ثبت بالنص ؟

٥٦٣٧ – قلنا : الخراج ثبت بالإجماع ، فهو كما ثبت بالنص [٩] ، فإذا لم يجز اجتماعهما لما بينا [١٠] فالخراج أنفع للمسلمين وأعم منفعة ؛ لأنه يجب وإن عطلت الأرض ، ويستحق ذلك الغني [١١] والفقير ، فكان إيجابه أولى .

* * *

---

(١) في (م) : [وأما الاختلاف] ، ولفظ : [وأما] مكرر في (ع) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [مجتمعان] .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [صاحبه] . المثبت من (ن) ، ومن هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٤) في (ن) : [فلذلك] .

(٥) في (ص) ، (ن) : [مستحقين] .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [واحدا] .

(٧) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [ما يثبت] .

(٩) في (م) : [في النص] .

(١٠) في (م) ، (ن) : [بيناه] .

(١١) في (ن) : [ويستحقه الغني] .

مسألة ٣٣٠

إذا آجر أرضه فأخرجت زرعًا فعشره على المؤجر

٥٦٣٨ - قال أبو حنيفة : إذا آجر أرضه فأخرجت زرعًا فعشره على المؤجر .

٥٦٣٩ - وقال أبو يوسف ومحمد : على المستأجر [١] ، وبه قال الشافعي [٢] .

٥٦٤٠ - لنا : أن منفعة الأرض بالزراعة سلمت لرب المال ، فوجب عليه العشر كما لو زرعها ، ولا يلزم إذا باع الزرع بقلا ؛ لأن المشتري إن قصل الزرع فالعشر على البائع وإن تركه حتى انعقد الحب بغير أجرة فقد سلم لرب الأرض بعض المنفعة ، وإن تركه بأجرة فالعشر عليه ، ولأنه أحد حقي [٣] الأرض ، فكان على المؤجر ، كالخراج .

٥٦٤١ - فإن قيل : العشر حق الزرع .

٥٦٤٢ - قلنا : يقال أرض عشرية ، فدل على أن العشر من حقوقها ، كما يقال : أرض خراجية فيضاف كل واحد من الحقين إلى الأرض كالأجرة ، ولهذا المعنى يختلف الواجب باختلاف الأراضي ، فتارة يجب العشر وتارة يجب نصف العشر ، والخارج على صفة واحدة ، ولأن المستأجر لزمه حق لأجل منفعة الأرض وهو الأجرة فلا يلزمه [٤] لسلامة المنفعة له حق آخر كالأجرة والخراج . ولأنه زرع الأرض بإجارة فلم يجب عليه العشر كالمكاتب .

٥٦٤٣ - ولأن منفعة الأرض سلمت للمؤجر فلا يجب العشر على غيره ، أصله : إذا قصله المستأجر .

٥٦٤٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ ﴾ [٥] .

---

(١) راجع : المسألة في كتاب الأصل باب الذهب والفضة والركاز ، وباب عشر الأرض (١٤٣/٢ ، ٦٤) ، المبسوط باب عشر الأرضين (٥/٣) ، تحفة الفقهاء (٣٢٣/١) ، بدائع الصنائع كتاب الزكاة ، فصل : وأما شرائط الفرضية (٥٦/٢) ، فتح القدير باب زكاة الزروع والثمار (٢٥٠/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار باب العشر (٥٦/٢ ، ٥٧) .

(٢) حلية العلماء (٧٤/٣) ، المجموع مع المهذب (٥٣٣/٥ ، ٥٦٢ ، ٥٦٣) ، المدونة (٢٨٦/١) ، بداية المجتهد (٢٥٤/١) ، المغني (٧٢٨/٢) ، الإفصاح باب ما جاء في الركاز (٢١٨/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [حق] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولا يلزمه] .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٦٧ .

٥٦٤٥ - والجواب : أن عند الشافعي لا يجب العشر في الخارج من الأرض ، وهو البقل وساق الزرع ، وإنما يجب عنده في الخارج مما أخرجت الأرض فلم يصح تعلقه بالآية .

٥٦٤٦ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « فيما سقت [١] السماء العشر » [٢] .

٥٦٤٧ - قلنا : هذا يدل على أن [٣] الواجب فيه ، ولا يدل على أنه متى يجب ، وليس يمتنع [٤] أن يجب الحق من مال يؤخذ من غيره ، كما يجب في الإبل الزكاة [٥] وتؤخذ [٦] من الغنم ، وكما لو استعار شيئا ليرهنه [٧] فرهنه ، فالدين في الرهن ووجوبه على غير مالك الرهن ، ولأن قوله : « فيما سقت السماء العشر [٨] » يحتمل أن يكون المراد به : أن الوجوب لأجله ، كما قال عليه والصلاة و [٩] السلام « وفي العينين الدية وفي الأنف الدية » [١٠] .

٥٦٤٨ - قالوا : حق واجب في المال ، فوجب أن يكون على مالك المال وقت وجوبه أصله [١١] : سائر الزكوات [١٢] ، وإذا زرع المستعير ، وإذا باع رب الأرض [١٣] الزرع فانعقد الحب في ملك المشتري .

٥٦٤٩ - قلنا : لا نسلم وجوب الحق في المال ؛ لأن عندنا يجب في ذمة المؤجر ، ولأن الزكاة واجبة عن المال ، فكانت [١٤] على مالكه والعشر من حقوق الأرض ،

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [سقته] .
(٢) تقدم تخريجه في مسألة (٣٢٤) ، وتكرر ذكره في أماكن أخرى .
(٣) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) في (ن) : [نمنع] .
(٥) في (ن) : [للزكاة] .
(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ويؤخذ] .
(٧) في (ع) : [لرهنه] .
(٨) لفظ : [العشر] ساقط من (م) ، (ع) .
(٩) الزيادة من (ع) .
(١٠) أخرجه النسائي بطوله بلفظ : وفي الأنف إذا أوعب جدعة : الدية وفي اللسان : الدية وفي الشفتين الدية وفي البيضتين : الدية وفي الذكر : الدية وفي الصلب : الدية وفي العينين : الدية في السنن كتاب القسامة (٥٨/٨) ، والحاكم في المستدرك كتاب الزكاة (٣٩٥/١ - ٣٩٧) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الزكاة ، باب كيف فرض الصدقة (٨٩/٤ ، ٩٠) وفي كتاب الديات وفي جماع أبواب الديات فيما دون النفس (٨١/٨) .
(١١) لفظ : [أصله] ساقط من (م) ، (ع) من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٢) في (م) ، (ع) : [الزكاه] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [المال] ، مكان : [الأرض] .
(١٤) في (ن) : [فكان] .

فكان على مالكها إذا سلمت له منفعتها ، وأما المستعير : فروى ابن المبارك عن أبي حنيفة : « إن العشر على رب الأرض » [١] . ولو سلمنا ، فلأن منفعة الأرض لم تسلم له ، ولا يسلم له عوضها [٢] ، وأما إذا باع الزرع بقلا فانعقد الحب في ملك المشتري ، فإن [٣] كان ترك الزرع بأجرة فهو مسألتنا ، وإن كان بإذنه بغير أجرة فهي مسألة المستعير ، وإن كان بغير إذنه فهو غاصب ، فإن نقصت الأرض بفعله لزم رب الأرض العشر ، وإن لم ينقص لم يسلم [٤] له منفعتها فلا يلزمه عشره .

٥٦٥٠ – قالوا : لو سلم له عوض [٥] الزرع ثم تركه المشترى حتى انعقد الحب [لم يجب عليه عشر ، وعوض الزرع إليه أقرب من عوض منفعة الأرض .

٥٦٥١ – قلنا : إذا سلم له عوض الزرع ثم انعقد الحب] [٦] فما سلم له عوضًا صار تبنًا لا شيء فيه ، فسلامة [٧] عوضه لا توجب [٨] عليه شيئًا ، فأما عوض المنفعة فهو المعنى المطلوب بالزراعة فيجب العشر على من سلم له .

٥٦٥٢ - قالوا : عشر وجب لأجل زرع ، فوجب على مالكه ، كمن زرع في أرض نفسه .

٥٦٥٣ – قلنا : لا نسلم أن العشر وجب لأجل الزرع وإنما وجب لسلامة منفعة الأرض ، فإذا زرع في ملك نفسه فقد سلمت له المنفعة ، وإذا زرع في أرض [٩] غيره بأجرة ، فالمنفعة سلمت لرب الأرض ، والمستأجر إنما استفادها بعوض .

٥٦٥٤ – قالوا : زرع لو كان لمالك الأرض وجب فيه العشر ، فإذا كان لغيره وجب فيه العشر ، أصله : المستعير .

٥٦٥٥ – قلنا : المستعير غير مسلم ، وإن [١٠] سلمنا على رواية الأصل ، فمنفعة الأرض [١١] سلمت للمستعير ، بدلالة : أنه لم يعاوض عنها ، فكان العشر عليه .

---

(١) قال الكاساني : ولو أعارها – أي الأرض– من مسلم فزرعها ، فالعشر على المستعير عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر على المعير ، وهكذا روى عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة ، في بدائع الصنائع (٥٦/٢) .
(٢) في (م) ، (ع) : [لا نسلم له ولا نسلم عوضها] .
(٣) في (ص) : [بأن] .
(٤) في (م) : [لم ينقض لم نسلم له] .
(٥) في (ص) ، (م) : [وخرص] .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .
(٧) في (ع) : [فلان] .
(٨) في (م) ، (ع) : [لا يوجب] .
(٩) في (ن) ، وهامش (ص) : [ملك] من نسخة أخرى .
(١٠) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ولئن] .
(١١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الأرش] ، وفي (ن) : [فنفقة الأرض] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

٥٦٥٦ - قالوا : الخراج يتعلق برقبة الأرض ، بدلالة : أنه يستحق وإن لم يزرع إذا تمكن من الزراعة ، والعشر يتعلق بغلتها ، بدلالة : أنه لا يجب وإن تمكن من الزراعة إلا أن توجد الغلة (١) ، فإذا كان خراج الأرض على مالكها كان عشر الغلة على مالكها .

٥٦٥٧ - قلنا : لا فرق بين الحقين (٢) ؛ لأن كل واحد منهما يجب لأجل منفعة الأرض لوجوب الآخر ، إلا أن أحدهما : له مدة مضروبة (٣) ، [فيجب بالتمكن ، وإن لم يوجد الانتفاع ، والآخر : ليس له مدة مضروبة] (٤) فلا يجب حتى تحصل (٥) المنفعة ونظيره الإجارة (٦) إذا استأجره (٧) ليخدمه شهرًا استحق الأجرة بالتمكن من المنافع وإن لم يعمل ، ولو استأجره (٨) ليقصر له ثوبا (٩) لما لم يكن للاستحقاق مدة لم تجب (١٠) الأجرة إلا بوجود العمل ، وإذا ثبت أن الحقين لأجل المنفعة وجبا على من تمكن (١١) من الانتفاع في أحد الموضعين وعلى من سلم له الانتفاع في الموضع الآخر .

٥٦٥٨ - قالوا : هذا يفضي (١٢) إلى أن يؤاجر أرضه بمائة فيخرج ما يبلغ عشرة أضعافها فيلزمه .

٥٦٥٩ - قلنا : هذا فرّط في الإجارة وضيع حقه ، فصار كمن باع الخارج (١٣) بثمن يسير عندنا (١٤) وكمن أتلفه على الأصلين .

* * *

---

(١) في (ن) : [أن يوجد العلة] .
(٢) في (ن) : [الجنس] ، مكان : [الحقين] .
(٣) في (م) ، (ع) : [بضروبه] .
(٤) في (م) ، (ع) : [بضروبه] ، وما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .
(٥) في (م) : [يحصل] .
(٦) في (م) ، (ع) : [للإجارة] .
(٧) في (م) ، (ع) : [استأجر] .
(٨) في (م) ، (ع) : [استأجر] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ليقصر ثوبا] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لم يجب] .
(١١) في (م) : [يمكن] .
(١٢) في (م) : [يقضي] .
(١٣) لفظ : [الخارج] ساقط من (ع) .
(١٤) في (ن) : [عندنا عنه] بزيادة : [عنه] .

مسألة ٣٣١

لا شيء فيما زاد على مائتين من الورق حتى يكون أربعين

٥٦٦٠ – قال أبو حنيفة : لا شيء فيما زاد على مائتين من الورق حتى يكون أربعين .

٥٦٦١ – وقال أبو يوسف ومحمد فيما زاد بحسابه وإن كان يسيرا [١] . وبه قال الشافعي [٢] .

٥٦٦٢ – لنا : حديث معاذ بن جبل « أن رسول الله ﷺ أمره حين وجهه إلى اليمن [٣] أن لا يأخذ من الكسور [٤] شيئا إذا كانت [٥] الورق مائتي درهم أخذ منها خمسة دراهم ولا يأخذ مما زاد شيئًا حتى يبلغ أربعين درهما فيأخذ منها درهمًا » [٦] .

٥٦٦٣ – اعترض الدارقطني على هذا الخبر ، فقال : رواه محمد بن إسحاق عن

(١) قال السمرقندي في تحفة الفقهاء بعد أن بين الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فيما زاد على المائتين من الورق والصحيح قول أبي حنيفة ؛ لأن في اعتبار الكسور حرجا للناس ، والحرج موضوع . راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل باب زكاة المال (٨٢/٢ – ٨٤) ، كتاب الآثار ، باب زكاة الذهب والفضة ومال اليتيم ص٥٩ ، مختصر الطحاوي ، باب زكاة الذهب والورق ص٤٧ ، ٤٨ ، المبسوط ، باب زكاة المال (١٨٩/٢ ، ١٩٠) ، متن القدوري ، باب زكاة الفضة ص٢١ ، تحفة الفقهاء كتاب الزكاة (٢٦٦/١) ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة ، فصل وأما صفة هذا النصاب (١٧/٢ ، ١٨) ، فتح القدير مع الهداية باب زكاة المال (٢٠٩/٢ – ٢١١) ، الاختيار ، باب زكاة الذهب والفضة (١١١/١) .

(٢) راجع الأم باب صدقة الورق (٤٠/٢) ، اختلاف العلماء كتاب الزكاة ص ١٠٣ ، ١٠٤ ، حلية العلماء باب زكاة الذهب والفضة (٧٨/٣) ، المجموع مع المهذب باب زكاة الذهب والفضة (٢/٦ ، ١٦ ، ١٧) ، راجع المدونة ، كتاب الزكاة الأول ، في زكاة الذهب والورق (٢٠٨/١) ، المنتقى في الزكاة في العين من الذهب والورق (١٠٠/٢) والكافي لابن عبد البر باب زكاة الذهب والورق (٢٨٨/١) وبداية المجتهد ، الفصل الأول في الذهب والفضة (٢٦٣/١ ، ٢٦٤) ، والإفصاح ، باب الزكاة (٢٠٦/١) والمغني ، باب زكاة الذهب والفضة (٨/٣) ، والكافي لابن قدامة ، باب زكاة الذهب والفضة (٣٠٩/١ ، ٣١٠) .

(٣) في : [اليمين] .

(٤) في (م) ، (ع) : [المكسور] .

(٥) في (ص) : [كان] .

(٦) قوله : [فيأخذ منها درهمًا] ساقط من (م) ، (ع) . حديث معاذ : ﷺ : أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ باختلاف يسير ، في السنن كتاب الزكاة ، باب ليس في الكسر شيء (٩٣/٥ ، ٩٤) ، الحديث (١) ، والبيهقي بهذا اللفظ ، في الكبرى كتاب الزكاة ، باب ذكر الخبر الذي روي في وقص الورق (١٣٥/٤ ، ١٣٦) .

المنهال بن الجراح عن حبيب بن نجيح [١] عن عبادة بن أنس عن معاذ قال : والمنهال بن الجراح [٢] متروك الحديث ، وهو أبو العطوف الجراح [٣] بن المنهال / ، وكان ابن إسحاق يقلب اسمه إذا حدث عنه ، وعبادة مدلس لم يسمع [٤] من معاذ [٥] . ٧١

٥٦٦٤ - قلنا : أبو العطوف الجراح بن المنهال [٦] عدله أبو حنيفة ، وروى عنه في الأصل وكان فقيهًا فلا يضرنا من تركه إذا عدله صاحب المقالة ، ومن عادة المحدثين أن يتركوا رواية الفقهاء ، فأما تعيين اسمه : فهذا انقلب [٧] على الراوي ، وما نسبه إلى ابن إسحاق غلط لا يظن [٨] به ؛ لأن هذا يكون كذبًا .

٥٦٦٥ - وأما [٩] قوله : إن عبادة لم يلق معاذًا ، فالإرسال عندنا لا يضر [١٠] لا سيما إرسال عبادة ، وهو في أهل الشام كابن المسيب بالمدينة . وروى الزهري عن أبي بكر بن محمد عن أبيه عن جده « أن النبي ﷺ كتب في خمس أواق [١١] خمس الدراهم فما زاد ففي كل أربعين درهمًا درهم » [١٢] . ذكره أبو الحسن [١٣] بإسناده في الجامع . ولأنه حق مال جعل له عفو في الابتداء ، فكان له عفو بعد النصاب [كالسوائم . ولأن الأموال التي تتعلق بها الزكاة ضربان : حيوان ، وغير حيوان ، فإذا

---

(١) هو أبو العطوف ، واسمه الجراح بن المنهال ، وكان ابن إسحاق يقلب اسمه إذا روى عنه ، وعبادة بن أنس لم يسمع من معاذ . قال البيهقي بعد ما ذكر قول الدارقطني : مثل هذا لو صح لقلنا به ولم نخالفه إلا أن إسناده ضعيف جدًّا . راجع ترجمته في الكامل ، في من اسمه الجراح (١٦٠/٢ ، ١٦١) ، الترجمة (٣٥٠/٢٥) ، الجرح والتعديل (٥٢٣/٢ ، ٣٥٨/٨) ، الترجمة (٢١٧٤ ، ١٦٣٩) ، كتاب المجروحين (٢١٨/١ ، ٢١٩) .

(٢) لفظ : [الجراح] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) لفظ : [الجراح] ساقط من (م) .

(٤) لفظ : [يسمع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) راجع نص الدارقطني في سننه ، وفي سنن الكبرى للبيهقي فيما تقدم .

(٦) في (م) ، (ع) : [منهال] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فاما يعتبر اسمه فهذا نغلب] ، في (ص) : [تغيير] ، مكان : [تعيين] .

(٨) في (م) : [ألا يظن] .

(٩) في (ن) : [وأما] .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لا يؤثر] ، كذلك في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(١١) في (م) ، (ع) : [اوراق] .

(١٢) أخرجه الحاكم بطوله في المستدرك ، في كتاب الزكاة (٣٩٥/١ - ٣٩٧) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الزكاة ، باب كيف فرض الصداقة (٨٩/٤ ، ٩٠) وعزاه الهيثمي إلى الطبراني في الكبير ، في مجمع الزوائد كتاب الزكاة باب في بيان الزكاة (٧١/٣ ، ٧٢) .

(١٣) في (م) ، (ع) : [ابن الحسن] .

اعتبر في أحدهما عفو بعد النصاب] [١] كذلك الآخر .

٥٦٦٦ – ولأن الزيادة مال اعتبر في وجوب الزكاة فيه الحول ، فاعتبر في وجوبها النصاب ، كالمائتين . ولأن كل قدر من الأثمان تعلقت الزكاة به [٢] وجب أن يتقدمه ، وقص كالمائتين ، ولأنها زيادة على النصاب الأول فكانت عفوا إلى نصاب ثاني ، كالسوائم [٣] .

٥٦٦٧ – فإن قيل : النصاب الأول اعتبر حتى يبلغ المال قدرًا يحتمل المواساة ، واعتبر النصاب الثاني في الحيوان حتى لا تجب [٤] الزكاة بالكسر فيضر [٥] ذلك بأرباب الأموال لسوء [٦] المشاركة وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم .

٥٦٦٨ – قلنا : الزيادة على النصاب الأول إنما كانت عفوًا نظرًا لأرباب الأموال وتخفيفًا عنهم لما ذكروه ، ألا ترى [٧] : أنه لا يجب في ثلاثين من الإبل بنت [٨] مخاض وشاة وإن كان لا يؤدي إلى سوء الشركة . ثم مثل ما قالوا : يلزمهم في الدراهم ، لأن المائتين الوضح إذا [٩] زادت درهمًا ، فإن أخرج ربع عشره قطعة كانت أنقص منه ، وإن دفع منه جزءًا مشاعًا [١٠] كان في ذلك سوء المشاركة ، وإن كسره أفسد وأعطى أنقص منه وإذا [١١] زادت دانقًا ففي تخليص قدر الزكاة منه مشقة فيجب أن يعتبر العفو لذلك [١٢] كما اعتبر في المواشي لهذه العلة .

٥٦٦٩ – احتجوا : بقوله عليه الصلاة و [١٣] السلام : « في الرقة ربع العشر » [١٤] .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (ن) : [فيه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ما في السوائم] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .

(٥) في (م) ، (ن) : [فيصير] .

(٦) في (ن) : [لسن] ، وفي (م) ، (ع) : [سواء] .

(٧) في (ص) : [ألا ترى] .

(٨) في (ن) : [ابنة] .

(٩) في (ع) : [لو] . ودرهم وضح : نقي أبيض . والوضح الدرهم الصحيح . لسان العرب (مادة وضح ٤٨٥٦/٦) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [متاعا] ، وفي (ص) : [شائعا] .

(١١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وإن] .

(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كذلك] .

(١٣) الزيادة من (ع) .

(١٤) تقدم تخريجه في مسألة (٢٩٦) ، وأخرجه أبو عبيدة في كتاب الأموال ، باب فروض زكاة الذهب والورق وما فيهما من السنن ص٣٦٩ ، الحديث (١١٠٨ ، ١١١٢) .

٥٦٧٠ - قلنا : هذا مُجْمل [١] في المقدار ؛ لأن اتفاقهم أن المراد : إذا بلغت قدرًا مقدرًا [٢] واللفظ لا ينبئ عن ذلك وخبرنا لبيان ذلك القدر المراد .

٥٦٧١ - فإن قيل : هذا عموم متفق على استعماله ، وخبركم خصوص مختلف في استعماله .

٥٦٧٢ - قلنا : لم يجمعوا على كونه عمومًا ؛ لأن من الناس من قال : إنه مجمل [٣] وقد دخله التخصيص أيضًا بإجماع .

٥٦٧٣ - قالوا : روى أبو إسحاق عن الحارث [٤] عن علي ﷺ أن النبي ﷺ قال : « هاتوا ربع العشر من كل أربعين درهمًا درهم ، فإذا كان الورق مائتي درهم ففيه خمسة وما زاد فعلى حساب ذلك » [٥] .

٥٦٧٤ - والجواب : إن الحارث [٦] ضعيف ، وقد طعنوا عليه ورموه بالكذب ثم احتجوا به وقد ذكر أبو داود هذا الخبر من طريقين [٧] قال في أحدهما : قال زهير : « أحسبه عن النبي ﷺ » ، وقال في الآخر : « فما زاد فبحساب ذلك ، فلا أدري أعلي يقول : فبحساب [٨] ذلك ، أو رفعه إلى النبي ﷺ ، » فشك [٩] الراوي في الخبرين جميعًا . ثم الخبر دليلنا ؛ لأن قوله عليه الصلاة و [١٠] السلام : « في كل أربعين درهمًا درهم » لا يجوز أن يكون المراد به : ما قبل المائتين ؛ لأن الأربعين قبلها لا شيء فيها ، فلم يبق إلا أن يكون ذلك تقديرًا لما بعدها ، كقوله عليه الصلاة و [١١] السلام : « في كل خمس شاة وقوله : « فما زاد بحسابه » ، يعني الأربعينات .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [محمل] .
(٢) في (م) ، (ع) : [مقدورا] .
(٣) في (ع) : [محمل] .
(٤) في (ن) : [الحرث] .
(٥) أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الزكاة ، باب في زكاة السوائم (٣٩٥/١ ، ٣٩٦) ، والدارقطني في كتاب الزكاة ، باب وجوب زكاة الذهب والورق والماشية والثمار والحبوب (٩٢/٢) ، الحديث (٣) ، وأخرجه ابن عدي من طريق زيد بن حبان الكوفي ، في الكامل ، في ترجمة زيد بن حبان (٢٠٥/٣) ، الترجمة (٧٠١/١٦) ، والبيهقي بطريقي أبي داود ، في الكبرى ، في كتاب الزكاة ، باب وجوب ربع العشر في نصابها وفيما زاد عليه وإن قلت الزيادة (١٣٥/٤) .
(٦) في (ص) ، (م) ، (ن) : [الحرث] .
(٧) في (ن) : [هذا الخبرين لم يبين] .
(٨) في سائر النسخ : [بحساب] ، المثبت من سنن أبي داود ، في كتاب الزكاة ، باب في زكاة السوائم .
(٩) في (ن) : [شلك] .
(١٠ ، ١١) الزيادة من (ع) .

٥٦٧٥ – قالوا : روي عن علي وابن عمر ﷺ (١) مثل قولنا (٢) ولا مخالف لهما .

٥٦٧٦ – قلنا : ذكر الطحاوي بإسناده عن حميد الطويل قال سمعت أنس بن مالك يقول : « جعلني عمر على الجباية (٣) فأمرني أن آخذ إذا بلغ مال المسلم مائتي درهم خمسة ، وما زاد ففي كل أربعين درهمًا درهم ، وجعل أبو (٤) موسى على الصلاة » (٥) . وقد روي مثل قولنا : عن سعيد بن المسيب ، والحسن ، وعطاء ، وطاووس ومكحول والشعبي (٦) .

٥٦٧٧ – قالوا : بأنه مال يتجزأ وينقص فلا يعتبر فيه [النصاب] (٧) بعد وجوب الحق فيه كالثمار والحبوب .

٥٦٧٨ – وربما قالوا : زيادة في جنس مال يضمن بالمثل ، أو لأنه مستفاد (٨) من الأرض .

٥٦٧٩ – قلنا : المعنى في الزرع والثمر : أن الحول لا يعتبر في تعلق الحق بالزيادة (٩) فلم يعتبر النصاب ، ولما اعتبر الحول في مسألتنا بتعلق (١٠) الحق بالزيادة جاز أن يعتبر النصاب .

٥٦٨٠ – قالوا : زيادة على نصاب ما يتجزأ (١١) فوافقه في الصفة فوجب أن تجب (١٢) الزكاة فيها بقسطها ، أصله : إذا كانت أربعين ، وربما قالوا (١٣) : زيادة مال

---

(١) قوله : [ﷺ] ساقط من (ن) .

(٢) رواه عبد الرزاق في المصنف كتاب الزكاة ، باب صدقة العين الأثر (٧٠٧٤ ، ٧٠٧٦) وأخرجه ابن أبي شيبة ، في المصنف كتاب الزكاة ، في من قال فما زاد على المائتين فبالحساب (٣/١٢) ، الأثر (١) وأما أثر ابن عمر ﷺ : فقد أخرجه عبد الرزاق في المصنف كتاب الزكاة ، باب صدقة العين ، الأثر (٤/٨٨، ٩٠) ، الأثر (٧٠٧٥ ، ٧٠٧٩) ، وابن أبي شيبة (٣/١٢) ، الأثر (٢) ، والبيهقي في الكبرى (٤/١٣٥) ، وأبو عبيد ص٣٨٠ ، ٣٨١ ، الأثر (١١٦٠ – ١١٦٢) .

(٣) في (م) : [الجباته] ، وهو تصحيف . الجباية : استخراج الأموال من مظانها . راجع النهاية (١/٢٣٨) .

(٤) في (م) (ع) : [أبي] .

(٥) رواه أبو عبيد ص٣٨١ ، ٣٨٢ ، الأثر (١١٦٦ ، ١١٦٧) .

(٦) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٤/٨٩ ، ٩٢) ، الأثر (٧٠٧٨ ، ٧٠٨٤) ، وابن أبي شيبة ، وعطاء في المصنف كتاب الزكاة ، في ما قالوا فيما زاد على المائتين ليس فيه شيء حتى يبلغ أربعين درهمًا (٣/١٢) ، الآثار (١–٥) .

(٧) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) في (ن) : [يستفاد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [بالزيادة جاز] .

(١٠) في (ص) ، (م) ، (ن) : [لتعلق] .

(١١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يتجزى] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [كانت] ، مكان : [قالوا] .

يصلح أن تكون جزءًا من النصاب .

٥٦٨١ - قلنا : قولكم يوافقه [١] في الصفة لا تأثير له ؛ لأن الزيادة لو خالفت [٢] صفة النصاب ، وكانت سودًا أو غلة [٣] ففيها الزكاة ؛ لأن تعلق الزكاة بمقدار من المال لا يدل على تعلقها بما دونها . والمعنى في الأربعين : إن زيادة بلغت حدًّا تجب فيه الزكاة من غير كسر ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنها زيادة على نصاب لا يبتدأ [٤] الوجوب فيه بالكسر فلم يجز إيجاب الزكاة فيها بالكسر قياسًا على نصب [٥] السوائم .

٥٦٨٢ - قالوا : النصاب الأول يعتبر ليبلغ المال قدرًا يحتمل المواساة والنصاب الثاني حتى لا تجب [٦] الزكاة بالكسر ، وهذا المعنى لا يوجد فيما ينتقض [٧] .

٥٦٨٣ - قلنا : قد أجبنا عن هذا في خلال كلامنا ، ثم الشافعي رَحِمَهُ اللهُ قد أوجب الزكاة بالكسر في المستفاد ، وقال : « فيمن له أربعون شاة ، باع بعد مضي بعض الحول عشرة ، ثم باع بعد مضي جزء آخر عشرة من آخر ، ثم عشرة من آخر ، فحال حوله والشركة باقية فعلى البائع ربع شاة ، وكلما تم حول واحد وجب عليه ربع شاة » ، فلم يصح ما ذكروه من امتناع الوجوب بالكسر .

* * *

---

(١) في (ص) : [توافقه] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لو خالف] .
(٣) في (ص) : [سودا عله] ، وفي (م) ، (ن) ، (ع) : [عليه] ، مكان : [غلة] .
(٤) في (ن) : [لأبتدا] .
(٥) في (م) ، (ع) : [نصيب] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .
(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لا ينتقص] .

مسألة ٣٣٣

إذا كان معه من الذهب والفضة ما لا يتم من كل واحد نصاب ضم أحدهما إلى الآخر

٥٦٨٤ - قال أصحابنا : إذا كان معه من الذهب والفضة ما لا يتم من كل واحد نصاب ضم أحدهما [١] إلى الآخر في إحدى الروايتين عند أبي حنيفة بالقيمة ، وفي الأخرى [٢] : بالأجزاء [٣] .

٥٦٨٥ - وقال الشافعي : لا تجب [٤] الزكاة حتى يكمل نصاب كل جنس بنفسه [٥] .

٥٦٨٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَكۡنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلۡفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾ [٦] ولم يفصل بين أن يكون كل واحد نصابًا أو يكونا نصابًا واحدًا ، والنفقة المذكورة [٧] : هي الزكاة ، بدلالة ما روي عن عطاء عن أم سلمة قالت : « كنت ألبس أوضاحًا [٨] من ذهب فقلت : يا رسول الله أكنز هو ؟ [٩] فقال : ما بلغ أن تؤدي [١٠] زكاته فزكى ؛ فليس بكنز » [١١]

---

(١) في (ن) : [أحديهما] .
(٢) في (م) (ع) : [الأخر] .
(٣) راجع كتاب الأصل (٨٤/٢ ، ٨٥) ، مختصر الطحاوي ، ص٤٨ ، المبسوط (١٩٢/٢ - ١٩٤) تحفة الفقهاء (٢٦٦/٢ ، ٢٦٧) ، بدائع الصنائع ، فصل وأما مقدار الواجب فيه (١٩/٢) ، فتح القدير مع الهداية (٢٢٢/٢ ٢٢٣) ، الاختيار (١١١/١) ، البناية ، باب زكاة المال (٤٥٣/٣ - ٤٥٦) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر باب زكاة الذهب والفضة والعروض (٢٠٧/١) .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .
(٥) راجع : المسألة في الأم باب زكاة الذهب (٤٠/٢) ، اختلاف العلماء كتاب الزكاة ص١١٣ ، ١١٤ ، حلية العلماء ، (٧٨/٣) ، المجموع مع المهذب ، (٦/٢ ، / ١٨) ، المدونة (٢٠٨/١) الكافي لابن عبد البر (٢٨٩/١ ، ٢٨٨) ، بداية المجتهد (٢٦٤/١ ، ٢٦٥) ، المقدمات الممهدات (٢٨٨/١ ، ٢٨٩) ، الإفصاح (٢٠٧/١) ، الكافي لابن قدامة (٣٠٩/١) ، المغني (٤/٣ - ٦) والمسائل الفقهية ، كتاب الزكاة (٢٤١/١) ، مسألة (٢٢) .
(٦) سورة التوبة : الآية ٣٤ .
(٧) لفظ : [المذكورة] ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) : [كنت أوضح اليس أوضاحا] ، وفي (ع) : [كنت أوضح البس أوضاحا] .
(٩) في (م) : [أكر هو] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [أن يؤدي] .
(١١) أخرجه أبو داود بهذا اللفظ ، في السنن في كتاب الزكاة ، باب الكنز ما هو ، وزكاة الحلي (٣٩١/١) وأخرجه الدارقطني في السنن في كتاب الزكاة ، باب ما أدى زكاته ، فليس بكنز (١٠٥/٢) ، والحاكم في =

٥٦٨٧ - فإن قيل : الوعيد [١] لا يستحق فيما يسوغ الاجتهاد في تركه .

٥٦٨٨ - قلنا : الآية تفيد [٢] من بلغه حكمها ولم يقابله دليل آخر ، وهذا يستحق الوعيد عندنا .

٥٦٨٩ - فإن قيل : المراد بالآية زكاة كل واحد على الانفراد وليس المراد زكاتهما على الاجتماع ؛ لأنه تعالى قال : وَلاَ يُنفِقُونَهَا .

٥٦٩٠ - قلنا : العرب تذكر المذكر وتعطف عليه المؤنث ثم تكني عن المؤنث خاصة وتردهما . قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَٱسْتَعِينُوا۟ بِٱلصَّبْرِ وَٱلصَّلَوٰةِ ۚ وَإِنَّهَا لَكَبِيرَةٌ ﴾ [٣] وقال تعالى : ﴿ وَإِذَا رَأَوْا۟ تِجَـٰرَةً أَوْ لَهْوًا ٱنفَضُّوٓا۟ إِلَيْهَا ﴾ [٤]

٥٦٩١ - قالوا : المراد بالآية : منع الزكاة الواجبة ، ونحن لا نسلم الوجوب في موضع الخلاف .

٥٦٩٢ - قلنا : الآية قد دلت على الوجوب لأنها تقتضي [٥] الوعيد [٦] بترك إخراج الزكاة في جميع الأحوال ويدل عليه : حديث [٧] عبد اللّٰه بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده [٨] « أن النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم إذا [٩] بلغ الذهب قيمة مائتي درهم ففي كل أربعين درهمًا درهم » [١٠] وقد أجمعنا أن الذهب بانفراده لم يعتبر قيمته ، فلم يبق إلا أن يكون المراد حال الاجتماع ، ذكر هذا الخبر أبو الحسن في الجامع بإسناده . ولأنهما مالان زكاة كل واحد منهما ربع العشر في جميع الأحوال ، فجاز أن يضم أحدهما إلى الآخر ، أصله : عروض التجارة .

٥٦٩٣ - ولا يلزم أربعون من الغنم والدراهم [١١] لأنهما لا يتفقان [١٢] إلا في حالة

= المستدرك ، في كتاب الزكاة (١/٣٩٠) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الزكاة ، باب تفسير الكنز الذي ورد الوعيد فيه (٤/٨٣) ، وباب سياق أخبار وردت في زكاة الحلي (٤/١٤٠) .

(١) في (ن) : [الوعد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [يفيد] .
(٣) سورة البقرة : الآية ٤٥ .
(٤) سورة الجمعة : الآية ١١ .
(٥) في (م) : [يقتضي] .
(٦) في (ن) : [الوعد] .
(٧) في (م) ، (ع) : [حدث] .
(٨) في (ن) : [جدهما] .
(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وإذا] بالعطف .
(١٠) تقدم تخريجه بألفاظ متقاربة في مسألة (٣٣١) .
(١١) لفظ : [والدراهم] ساقط من (ن) .
(١٢) في (ص) ، (م) ، (ن) : [لا ينفقان] .

٧/ب واحدة / دون غيرها ، ولا يلزم من له نصف [1] فرسين لأن كل [2] زكاة الخيل إما ربع العشر أو الدينار ، فلا يكون زكاتهما ربع العشر بكل حال ولأن عندنا في نصفي فرسين الزكاة .

٥٦٩٤ - فإن قيل : عروض التجارة نصابهما من قيمتهما وهي منفعة .

٥٦٩٥ - قلنا : لا نسلم ؛ لأنا نقوم العروض بما [3] هو أنفع للمساكين ، وقد يكون الأنفع في بعضها بالعين ، وكذلك عندهم تقوم [4] بما اشتراها به ، وقد يختلف ذلك .

٥٦٩٦ - فإن قيل : المعنى فيها : أن الزكاة تجب [5] في قيمتها .

٥٦٩٧ - [قلنا] [6] : لم نسلم ؛ لأن الزكاة تجب [7] في أعيانها .

٥٦٩٨ - قالوا : المعني في العروض : أنها لو بلغت النصاب وأكثر منه [8] فقومت إذا نقصت [9] عنه ، والدراهم إذا بلغت نصابًا لم يُقوم ، فكذلك إذا أنقصت .

٥٦٩٩ - قلنا : أصل علتنا العروض إذا كانت نصابًا ، أو أكثر فلا يعلل الأصل بنفسه ، وعلة الفرع غير مسلمة . لأن الدراهم تقوم [10] إذا كانت نصابًا ، ومعها دنانير أقل من نصاب ولأن نصاب [11] كل واحد منهما يكمل [12] بما يكمل به نصاب الآخر ، فوجب أن يكمل أحدهما بالآخر ، كالعروض . بيان ذلك أن من عنده مائة درهم ، وورث ثوبًا فباعه بثوب للتجارة ، وغالب نقد البلد العين والورق على جهة واحدة في التعامل فإنه [13] يكمل بهذا [14] الثوب نصاب الورق ، ولو كان عنده عشرة [15] دنانير كمل نصابها به ولأنهما [16] من جنس الأثمان ، أو لأنهما قيم [17] الأشياء ، أو تصح [18] المضاربة بهما ، أو يعتبر فيهما [19] التقابض إذا بيع أحدهما بالآخر ، فصار كالسود والبيض والغلة [20] والصحاح ، وكمن له مائتا درهم للتجارة

---

(١) المثبت من (ن) ، (ص) .

(٢) لفظ : [كل] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) في (ن) : [كما] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يقوم] .

(٥) في (م) : [يجب] .

(٦) الزيادة من (ن) .

(٧) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٨) في (م) : [وأكرمته] .

(٩) في (م) : [اذا نقضت] بالضاد المعجمة .

(١٠) في (م) : [يقوم] .

(١١) في (م) ، (ع) : [النصاب] .

(١٢) في (م) : [بكل] ، مكان : [يكمل] .

(١٣) في (ن) : [بإنه] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [لهذا] .

(١٥) في (ع) : [عشر] .

(١٦) في (م) ، (ع) : [ولأنها] .

(١٧) في (م) : [قسم] .

(١٨) في (م) ، (ع) : [أو يصح] .

(١٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فيها] .

(٢٠) في (م)،(ن)،(ع) : [والعله] بالعين المهملة .

باع منها مائة بعشرة دنانير ، فإنها تصح بلا خلاف .

٥٧٠٠ - فإن قيل : المعنى فيهما [1] أنهما جنس واحد ، ولهذا يكمل نصابهما بغير القيمة وفي مسألتنا : هما جنسان .

٥٧٠١ - قلنا . : علة الأصل تبطل [2] بالسائمة والمعلوفة والنصاب والفائدة ، وعلة الفرع تبطل [3] بعروض التجارة [4] .

٥٧٠٢ - فإن قيل : المعنى فيهما [5] : اتفاق نصابهما ، وفي مسألتنا : اختلف نصابهما .

٥٧٠٣ - قلنا : تبطل علة الأصل بالحنطة والتمر على أصلهم اتفق نصابهما في العشر ، ولا يضم أحدهما إلى الآخر ، وعلة الفرع تنكسر بالنصاب الأول والثاني من الغنم ، هما مختلفان ويضم أحدهما إلى الآخر . ولأنه نصاب قدر بأحد النقدين ويجوز [6] أن يكمل بالعروض ، فجاز أن يكمل بالنقد الآخر ، كنصاب السرقة .

٥٧٠٤ - احتجوا : بحديث جابر أن النبي ﷺ قال : « ليس فيما دون خمسة أواق [7] صدقة » [8] ، وبحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « ليس في أقل من [9] عشرين مثقالا من الذهب شيء ، ولا في أقل من مائتي درهم شيء » [10] .

٥٧٠٥ - والجواب [11] : أنا لا نوجب [12] فيما دون خمسة أواق شيئا ، وإنما

---

(١) المثبت من (ن) .
(٢) في (م) : [يبطل] .
(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يبطل] .
(٤) في (ن) : [بالعروض للتجارة] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فيها] .
(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ويجوز] بالعطف .
(٧) في (م) ، (ع) : وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [أوسق] .
(٨) أخرجه مسلم في الصحيح ، كتاب الزكاة (٢/٦٧٥) ، الحديث (٦/٩٨٠) ، وأخرجه ابن ماجه مطولًا بلفظه في السنن كتاب الزكاة ، باب ما تجب فيه الزكاة من الأموال (١/٥٧٢) ، الحديث (١٧٩٤) ، والدارقطني في السنن في كتاب الزكاة ، باب وجوب زكاة الذهب والورق والماشية والثمار والحبوب (٢/ ٩٣) ، الحديث (٦) والبيهقي في الكبرى باب النصاب في زكاة الثمار (٤/١٢٠ ، ١٢١) ، وعبد الرزاق في المصنف ، كتاب الزكاة باب ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة (٤/١٣٩ ، ١٤٠) ، الحديث (٧٢٥٠، ٧٢٥١) ، وتقدم تخريجه من حديث أبي سعيد الخدري ﷺ في مسألة (٣٢٤) .
(٩) حرف : [من] ساقطة من (ن) .
(١٠) أخرجه الدارقطني في السنن ، في كتاب الزكاة ، باب وجوب زكاة الذهب والورق والماشية والثمار والحبوب (٢/٩٣) ، الحديث (٧) .
(١١) في (ن) : [الجواب] بدون العطف .
(١٢) في (م) : [إنا لا يوجب] .

يكمل بالقيمة الذهب حتي يتم فيوجب فيها ، وإنما الخبر يتناول حال الانفراد . ولأن الخبر مشترك [١] الدليل ؛ لأنه يقتضي أن [٢] من ملك أقل من مائتي درهم . وذهب [٣] قيمته تمام النصاب ، ثم باعه في خلال الحول بورق أن تجب [٤] الزكاة فيه ، [٥] لأنه خمسة أواق [من الورق] [٦] وكل من أوجب في هذا ؛ أوجب الزكاة ؛ وإن لم يبع .

٥٧٠٦ – قالوا : مالان [٧] نصبهما مختلفة فلم يضم [٨] أحدهما إلى الآخر ، كالغنم والإبل .

٥٧٠٧ – قلنا : نصابهما متفق في المعنى وإن اختلفت [٩] الصورة . ولأن كل دينار[١٠] مقوم في الشرع [١١] بعشرة ، فنصاب [١٢] أحدهما ، كنصاب الآخر ، واتفاق النصب في المعنى موجب للضم ، بدلالة العروض ، والمعنى في الأصل : [أن] [١٣] أحد النصابين لا يكمل بما يكمل به الآخر ، وفي مسألتنا بخلافه .

٥٧٠٨ – قالوا : ما لا يقوم بانفراده لا يقوم مع غيره ، كالماشية .

٥٧٠٩ - قلنا : إذا انفرد لم يحتج إلى التقويم ، وإذا اجتمع جنسان قوما ، والمعنى في الماشية أنه اختلف مقدار الواجب فيها ، ولما اتفق مقدار الواجب في مسألتنا جاز الضم بالتقويم .

٥٧١٠ – قالوا : ما لايضم إذا كان نصابًا لا يضم إذا نقص ، كالماشية ، وكما [١٤] لو انفرد أحد الجنسين .

٥٧١١ – قلنا : لا نسلم أنها لا تتقوم إذا بلغت النصاب ؛ لأنها يجوز أن تقوم [١٥] عندنا إذا بلغت النصاب ليضم إلى الجنس الآخر إذا كان أقل من نصاب ، والمعنى في الماشية : أنه لو باعها بالعروض لم ينقطع حولها . فلهذا ضمت القيمة وإن قاسوا على الجنس المنفرد .

---

(١) في (ع) : [مترك] .

(٢) في (ص) : [أنه] .

(٣) في (ع) : [ذهب] ، بدون العطف .

(٤) في (م) ، (ع) : [أن يجب] .

(٥) لفظ : [فيه] : ساقط من (م) ، (ن) ، (ع)

(٦) الزيادة : من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [ما كان] ، مكان : [ما لان] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلم يصح] .

(٩) في (م) ، (ع) : [اختلف] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [سار] ، وفي (ن) : [يسار] .

(١١) في (ن) : [للشرع] .

(١٢) في (م) : [فيصاب]

(١٣) الزيادة من (ن) .

(١٤) في (ن) : [كما] بدون العطف .

(١٥) في (م) ، (ع) : [أن يقوم] .

٥٧١٢ - قلنا : إن كان نصابًا فلا معنى للتقويم ، وإن كان أقل من نصاب ، فلو قومنا [١] لأوجبنا الزكاة بالقيمة ، ونحن نضم [٢] بالقيمة ولا نوجب [٣] فيها الزكاة بالقيمة ، وليس يمتنع [٤] أن يقوم الشيء عند الحاجة إلى التقويم ، ولا يقوم عند عدمها ، كما أن من استهلك جام فضة قومناه بالذهب للحاجة إلى تقويمه ، وإن لم يقومه عند فقد الحاجة .

٥٧١٣ - قالوا : عينان يجري فيهما الربا فلا يضم أحدهما إلى الآخر كالتمر [٥] والزبيب .

٥٧١٤ - قلنا : إباحة التفاضل فيهما إن امتنع الضم فيجب أن يكون تحريم النساء فيهما يوجب الضم ويجعلهما كالجنس الواحد . ولأن الغنم أعيان يجوز التفاضل فيهما ويضم بعضها [٦] إلى بعض . والمعنى في التمر [٧] والزبيب : أنهما [٨] لا يضمان إلى شيء واحد ، وليس كذلك الذهب والفضة ؛ لأنهما يضمان إلى شيء واحد ، وهو عروض التجار فلذلك ضم أحدهما إلى الآخر .

٥٧١٥ - قالوا : ما تجب [٩] الزكاة في عينه لا تعتبر قيمته لإخراج الزكاة ، أصله : إذا بلغ نصابًا .

٥٧١٦ - قلنا : لا نسلم أن الزكاة تجب [١٠] في عينه ، بدلالة : أن الدين تجب [١١] فيه الزكاة ، وليس بعين [١٢] الورق ، وبدلالة : أن [من] [١٣] ملك مائتي درهم في بعض [١٤] الحول ثم ابتاع بها عرضًا [١٥] لم ينقطع الحول ، ولو كانت عين [١٦] النصاب معتبرة لانقطع [١٧] الحول ، كالماشية [١٨] إذا باعها بماشية [١٩] فلما لم ينقطع في مسألتنا دل على أن الزكاة تجب [٢٠] في معانيها ، والمعنى فيها إذا كانت نصابًا : أنه انفرد فلم يحتج إلى التقويم ، وفي مسألتنا : لنا [٢١] : حاجة إلى التقويم .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلو قوما] .
(٢) في (م) : [يضم] .
(٣) في (ع) : [أو لا فوجب] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يمنع] .
(٥) في (ع) : [كالثمن] .
(٦) في (ن) : [نقصها] .
(٧) في (م) : [الثمر] .
(٨) في (م) : [لأنهما] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ما يجب] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(١١) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [لغير] .
(١٣) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(١٤) في (ن) : [في أخر الحول] .
(١٥) في (م) : [عوضا] .
(١٦) في (ن) : [غير] .
(١٧) في (ص) : [لا نقطع] ، وفي (م) ، (ع) : [لا ينقطع] .
(١٨) في (ن) : [إنما] .
(١٩) لفظ : [بماشيه] .
(٢٠) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٢١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بنا] .

٥٧١٧ – قالوا : مال لو بلغ نصابا لم تعتبر [١] قيمته لإخراج الزكاة منه ، فكذلك [٢] إذا كان أقل من نصاب ، كالماشية .

٥٧١٨ – قلنا : لسنا نقول : إنه يقوم [٣] لإخراج الزكاة ، ولكنا نقوم [٤] للضم ثم نخرج [٥] الزكاة من الجملة . ولا فرق عندنا بين النصاب وما دونه إذا كان معه غيره في التقويم ، والمعنى في الماشية ما قدمنا .

* * *

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لم يعتبر] . (٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وكذلك] .
(٣) في (ع) : [تقوم] . (٤) في (ص) : [نقول] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ثم يخرج] .

مسألة ٣٣٣

إذا وجد النصاب كاملا في طرفي الحول ونقص في خلاله لم يمنع وجوب الزكاة

٥٧١٩ - قال أصحابنا : إذا وجد النصاب كاملا في طرفي الحول ونقص في خلاله لم يمنع وجوب الزكاة [١] .

٥٧٢٠ - وقال الشافعي : اعتبر في السائمة والأثمان [٢] كمال [٣] النصاب من أول الحول إلى آخره [٤] .

٥٧٢١ - لنا : أن النصاب كمل في طرفي الحول ، فنقصانه في خلاله لا يمنع وجوب الزكاة كعروض التجارة إذا نقصت قيمتها . ولأن كل حال لو نقصت قيمة [٥] العروض لم يمنع وجوب الزكاة ، إذا نقصت السائمة لم يمنع [٦] وجوب الزكاة كما بعد الحول ، ولأنها حال لا ينعقد فيها الحول ولا تجب [٧] الزكاة ، فنقصان [٨] النصاب لا يمنع وجوب الزكاة كما بعد الحول .

٥٧٢٢ - فإن قيل : مراعاة كمال النصاب في العروض من أول الحول إلى آخره يشق [٩] ؛ لأن القيمة تختلف [١٠] بالأيام [١١] وليس كذلك بقية الأموال ؛ لأن المعتبر

---

(١) قال السرخسي : ومال السائمة والتجارة فيه سواء ، وقال زفر : لا تلزمه الزكاة إلا أن يكون النصاب من أول الحول إلى آخره كاملًا راجع المسألة في كتاب الأصل باب صدقة الغنم (٥١/٢) ، مختصر الطحاوي باب زكاة التجارة ص ٥٠ ، المبسوط كتاب الزكاة (١٧٢/٢) ، بدائع الصنائع كتاب الزكاة ، فصل وأما الشرائط التي ترجع إلى المال (١٥/٢ ، ١٦) فتح القدير مع الهداية ، فصل في العروض (٢٢٠/٢ ، ٢٢١) ، البناية (٤٥٢/٣ ، ٤٥٣) الاختيار ، كتاب الزكاة (٩٩/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، (٢٠٨/١) .

(٢) في (ع) : [والأيمان] .

(٣) في (ن) : [بكمال] .

(٤) راجع المهذب ، باب صدقة المواشي (١٤٣/١) ، المدونة ، في زكاة فائدة الماشية (٢٧٤/١) ، الكافي لابن عبد البر ، باب الفائدة من العين والعروض والماشية (٢٩١/١) ، الإفصاح ، (٢١١/١) ، المغني ، كتاب الزكاة (٦٢٩/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [قيمته] .

(٦) في (ص) : [لم يمتنع] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ولا يجب] .

(٨) في (ن) : [لنقصان] .

(٩) في (م) : [إلى آخر شق] ، وفي (ع) : [شق] ، مكان : [يشق] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يختلف] .

(١١) في (ن) : [بالإمام] .

فيها كمال العين وذلك لا يشق اعتباره من أول الحول إلى آخره .

٥٧٢٣ – قلنا : والسائمة إذا كثرت [١] توالدت وتماوتت فيشق عدتها [٢] من أول الحول إلى آخره ، فأما العروض فإذا عرف قيمتها في أول الحول فنقصان السعر لا يشق [٣] على التجار اعتباره في كل وقت ، فإذا [٤] نقص السعر [٥] عرف النقصان ، ثم ما يسقط الزكاة لا فرق بين أن يمكن الاحتراز منه ، أو لا يمكن ، كهلاك المال .

٥٧٢٤ – قالوا : نقصان النصاب في مال التجارة في أثناء الحول لا يتحقق ونقصان العين يتحقق .

٥٧٢٥ – قلنا : إذا نقص أكثر القيمة تحقق ، ولا يؤثر عندكم .

٥٧٢٦ – قالوا : عروض التجارة لو بدلها بغيرها لم ينقطع حولها ، كذلك إذا نقصت [٦] وما سواها لو بدله انقطع الحول ، كذلك إذا نقص .

٥٧٢٧ – قلنا : عندنا الأثمان [٧] إذا بدلها لم ينقطع / حولها ، فأما السوائم فلأن أعيانها مقصودة ؛ فإذا تبدلت انقطع الحول ، والعروض المقصود منها قيمتها [٨] فإذا تبدلت لم يبطل المقصود . ٧٢/أ

٥٧٢٨ – قالوا : عروض التجارة اعتبر فيها الحول ؛ ليتكامل النماء بالتقلب ، فلذلك لم يراع [٩] فيه نقصان النصاب كما لا يراعي [١٠] بقاء عينه ، وفي السائمة روعي الحول ؛ ليتكامل النماء من العين ، فإذا نقصت نقص النماء .

٥٧٢٩ – قلنا : المعتبر [١١] في العروض تكامل النماء بالتقلب في مقدار مخصوص ، ألا ترى [١٢] : أن نماء النصاب أكثر من نماء ما دونه ، كما أن من السوائم نماء الأعيان معتبر ، ونماء النصاب أكثر من نماء ما دونه ، ولا فرق [١٣] بينهما .

---

(١) في (م) : [كرت] .
(٢) في (ن) : [فشق عددها] .
(٣) في (م) : [العشعر لا شق] .
(٤) في (م) ، (ع) : [اذا] .
(٥) في (م) : [الشعر] .
(٦) في (م) : [إذا نقضت] .
(٧) في (م) : [الأيمان] ، وفي (ع) : [الأعيان] .
(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ثمنها] .
(٩) في (ن) : [يراعا] .
(١٠) في (ن) : [يراعا] .
(١١) في (م) : [الغير] .
(١٢) في (ص) : [ألا يرى] .
(١٣) في (ن) : [فلا فرق] .

٥٧٣٠ - ولأن بقاء شيء مما انعقد عليه الحول يلحق [١] المستفاد بالأصل ، دليله العروض ، ولأن الحكم المتعلق بأحد طرفي الحول لا يسقطه [٢] نقصان [٣] المال بعده ، أصله : هلاك بعض المال بعد الحول .

٥٧٣١ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » [٤] .

٥٧٣٢ - والجواب عنه ما بينا : أن حول الحول وجود آخر جزء منه ، وقد وجد ذلك . ولأن الخبر مشترك الدليل . لأنه يقتضي وجوب الزكاة [فيما بقي من النصاب . لأنه مال حال عليه الحول ، وإذا ثبت وجوب الزكاة] [٥] في القدر الباقي ثبت [٦] في غيره .

٥٧٣٣ - فإن قيل : الباقي دون النصاب ولا زكاة في ذلك .

٥٧٣٤ - قلنا : لا ينعقد فيما دون النصاب حول ، ولا يجب فيه الزكاة [٧] ، وأما أن يبقى حكم الحول فلا يمتنع كما لا يمتنع أن يبقى الوجوب ، إذا هلك بعض المال بعد الحول .

٥٧٣٥ - قالوا : ما شرط في وجوب الزكاة في طرفي الحول وجب أن يشترط في أثنائه [٨] ، أصله : بقاء جزء منه ، وربما قالوا ما شرط في وجوب الزكاة في ابتداء الحول وانتهائه وجب أن يشترط في أثنائه [٩] .

٥٧٣٦ - قلنا : لا يمتنع أن يشترط في ابتداء الحول ما لا يشترط في أثنائه [١٠] ؛ لأن البقاء أقوى من الابتداء ، ولأن ابتداء [١١] الحول ينعقد ، وآخره تجب [١٢] الزكاة ؛ فهما حالتان [١٣] يتجدد فيهما حال يتجدد فيهما للنصاب حكم [١٤] ، وفي أثنائه [١٥] لا يتجدد له حكم ، فلم يؤثر نقصانه كما بعد الحول .

---

(١) في (ن) : [بالحق] .
(٢) في (ن) : [لا يسقط] .
(٣) في (ع) : [نصاب] .
(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٣٠٠) ، وأخرجه أبو عبيد في "كتاب الأموال » باب فروض زكاة الذهب والورق وما فيهما من السنن ص٣٧٢ ، ٣٧٣ ، الحديث (١١٢٢ - ١١٢٤ - ١١٢٩ - ١١٣١) .
(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٦) في (ن) : [في العشر للباقي ثبت] .
(٧) في (ع) : [زكاة] .
(٨ - ١٠) في (م) ، (ع) : [في إثباته] .
(١١) في (م) ، (ع) : [الإبتداء] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(١٣) في (م) : [خاليان] .
(١٤) في (ن) : [تجدد فيهما النصاب حكم حكم] ، مكان المثبت .
(١٥) في (م) ، (ع) : [إثباته] .

٥٧٣٧ - فإن [1] قالوا : عدم الدين ، وعدم زوال العقل والردة عندكم شرط واستوى فيه الابتداء والبقاء .

٥٧٣٨ - قلنا : لا نسلم ؛ لأن الدين كمسألتنا إذا حصل في الابتداء والانتهاء منع [2] ، وإن حصل في خلال الحول غير مستغرق لم يمنع ، وإن استغرق منع ، كالهلاك ، وأما [3] زوال العقل فلا نسلم أنه شرط في الابتداء والبقاء ؛ لأنهم قالوا : إذا أفاق [4] في بعض الحول وجبت زكاة الحول ، وأما الردة : فإنها ترفع [5] التكليف ، فلا يبقى للزكاة حكم كما لا يبقى لها بعد هلاك المال . ثم أصلهم بقاء جزء من المال ، والمعنى فيه : أنه شرط في العروض ، فكان شرطًا [6] في غيرها ، وإذا كان كمال النصاب لا يشترط في خلال الحول في العروض لم يشترط في غيرها .

٥٧٣٩ - قالوا : مال تجب [7] الزكاة في عينه انقطع نصابه في أثناء الحول فوجب أن ينقطع حوله ، أو فوجب أن لا تجب [8] فيه الزكاة ، أصله : إذا هلك .

٥٧٤٠ - وربما قالوا : نقص على النصاب في شيء من الحول .

٥٧٤١ - قلنا : لا نسلم أن النصاب انقطع بالنقصان ، وإنما تغيرت صفته كما تتغير [9] بالردة ، أو بموت أكثر الأمهات وقد توالدت في الحول . ولأنه إذا هلك النصاب فلم يبق شيء مما انعقد الحول فيه ، [فسقط حكم الحول .

٥٧٤٢ - وفي مسألتنا : بقي شيء مما انعقد حكم الحول فيه] [10] فألحق الفائدة بالأصل ، وتتعدى [11] هذه العلة إلى المستفاد ، يبين [12] الفرق بين الموضعين : أن المستفاد بين الموضعين أن مال المضاربة إذا بقي منه شيء [13] لحق الربح الحادث بالأصل ،

---

(١) لفظ : [فإن] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) لفظ : [منع] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٣) في (ن) : [فإما] .
(٤) في (م) : [لأنهم إذا أفاق] ، وفي (ع) : [لأنه إذا أفاق] .
(٥) في (ع) : [رفع] .
(٦) في (م) ، (ع) : [شرط] .
(٧) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٨) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .
(٩) في (م) ، (ع) : [كما تغير] .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١١) في (م) : [ويتعدى] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [بين] .
(١٣) في (ن) : [شيء منه] بالتقديم والتأخير .

ولو هلك انقطع حكم المضاربة ، فلم يستحق رب المال شيئا من الربح الحادث ، ولو هلك جميع النصاب بعد الحول [١] سقط الوجوب باتفاق إذا لم يتمكن من الأداء [٢] ، ولو نقص لم يسقط الوجوب ، فعلم [٣] أن اعتبار أحدهما بالآخر فاسد [٤] .

٥٧٤٣ - قالوا : النصاب شرط ، كالحول [٥] ثم ثبت أن الحول لو انقطع لا زكاة ، فكذلك إذا انقطع النصاب .

٥٧٤٤ - قلنا : لا نسلم أن النصاب ينقطع بالنقصان ، وإنما يعتبر صفته . ثم المعنى في انقطاع الحول : أنه يمنع [٦] الوجوب في العروض ، وإذا كان انقطاع النصاب لا يمنع [٧] كبقاء الحول في العروض لم يمنع في غيرها .

٥٧٤٥ - قالوا : الحول اعتبر لتكامل النماء ، فإذا نقص النصاب لم يتكامل .

٥٧٤٦ - قلنا : هذا يبطل بالعروض إذا نقصت قيمتها .

* * *

---

(١) المثبت من (ن) .

(٢) في (م) : [الأذى] .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فيعلم] .

(٤) في (ن) : [واجب فاسد] بزيادة [واجب] .

(٥) في (ن) : [شرط الحول] .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يمتنع] .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لا يمتنع] .

مسألة ٣٣٤

يجب في حلي الذهب والفضة الزكاة

٥٧٤٧ - قال أصحابنا : يجب في حلي الذهب والفضة الزكاة [(١)] . وهو أحد قولي الشافعي في الأم . وقال في القديم ، والبويطي : لا زكاة في الحلي إذا أعد لاستعمال مباح .

٥٧٤٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَكۡنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلۡفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾ [(٢)] والكنز [(٣)] عبارة عما لم تؤد [(٤)] زكاته .

٥٧٤٩ - بدليل : حديث أم سلمة قالت : « كنت ألبس أوضاحًا من ذهب فقلت يا رسول الله أكنز هو ؟ قال : ما بلغ أن تؤدي [(٥)] زكاته فزكي فليس بكنز » [(٦)] . فعلم أن الكنز في الشرع عبارة عَمَّا لم تؤد [(٧)] زكاته . ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام : « في الرقة ربع العشر » [(٨)] ، وهي اسم لجنس الفضة .

٥٧٥٠ - فإذا قيل : إن الرقة اسم للمضروب ، كالورق .

٥٧٥١ - قلنا : بل اسم [(٩)] للجنس ، قال خالد بن الوليد ، وخالد من دينه على

---

(١) لفظ : [الزكاة] ساقط من (م) ، (ع) . راجع المسألة في كتاب الأصل : الباب العاشر (١٠٩/٢) ، كتاب الحجة ، باب ما جاء من زكاة الحلي والتبر (٤٤٨/١ - ٤٥٧) ، المبسوط باب زكاة المال ، (١٩٢/٢) ، متن القدوري ، باب زكاة الذهب ص٢٢ ، تحفة الفقهاء كتاب الزكاة (٢٦٤/١ - ٢٦٦) ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة ، فصل : وأما صفة هذا النصاب وفصل : أما صفة نصاب الذهب (١٦/٢ - ١٨) ، فتح القدير مع الهداية ، باب زكاة المال فصل في الذهب (٢١٥/٢ - ٢١٧) ، البناية مع الهداية ، باب زكاة المال (٤٤٢/٣ - ٤٤٦) ، الاختيار باب زكاة الذهب والفضة (١٠/١ ، ١١١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، (٢٠٦/١ ، ٢٠٧) .

(٢) سورة التوبة : الآية ٣٤ .

(٣) في (م) : [الكبر] .

(٤) في (م) : [أن يؤد] .

(٥) في (م) : [أن يؤدي] .

(٦) تقدم تخريجه في مسألة (٣٣٢) .

(٧) في (م) : [أن يؤد] .

(٨) تقدم تخريجه في مسألة (٣٩٦) ، وفي مسألة (٣٣١) .

(٩) في (ص) : [الأسم] .

ثقة (١) : « لا ذهب ينجيكم ولا رقة » (٢) . و [قد] (٣) قال العتبي : إن الورق أيضًا اسم للفضة ، بدلالة ما روي : « أن عرفجة بن أسعد أصيب (٤) أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفًا من ورق [فأنتن] (٥) فدل على (٦) أن الفضة تسمى ورقًا . ثم أجمعت (٧) الأمة أن المراد بالخبر إيجاب الزكاة في الجنس ، فلا معنى لدفعه ذلك بما لا يثبت .

٥٧٥٢ - ويدل عليه : حديث ثابت بن عجلان (٨) عن عطاء عن أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا «أنها كانت تلبس أوضاحًا من ذهب قالت : فقلت : يا رسول اللّه أكنز (٩) هو ؟ فقال (١٠) : إذا أديت زكاته فليس بكنز » (١١) .

٥٧٥٣ - وقولهم : إن ابن عجلان ليس بالقوي لا يقدح فيه ؛ لأن أصحاب الحديث يضعفون من يعمل الفقهاء بقوله (١٢) ويطعنون فيما ليس بطعن . وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « أن امرأتين أتيتا (١٣) النبي ﷺ وفي أيديهما سواران من ذهب ، فقال لهما (١٤) أتؤديان زكاتهما ، قالتا : لا ، فقال لهما رسول اللّه ﷺ :

---

(١) في (ن) : [على رتقه] .

(٢) في (م) : [ولا ورقة] وهو تصحيف . الرقة : الفضة والدراهم المضروبة . قال ابن سيدة : والرقة : الفضة والمال . راجع لسان العرب ، مادة [ورق] ، (٤٨١٦/٦) ، النهاية لابن الأثير ، باب الواو مع الراء : (١٧٥/٥) ولم أهتد على قول خالد بن الوليد .

(٣) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ن) : [سوار أحيب] ، وفي (ع) : [سوار جنث] ، مكان : [أسعد أصيب] ، التصويب من واقع الحديث ، وقد وردت في هامش (ص) هذه العبارة : [الذي في الاستيعاب : عرفجة بن سوار] .

(٥) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) . حديث عرفجة بن أسعد : أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب الخاتم ، باب ما جاء في ربط الأسنان بالذهب (٤٤٥/٢) ، والترمذي في الجامع كتاب اللباس ، باب ما جاء في شد الأسنان بالذهب (٢٤٠/٤ ، ٢٤١) ، الحديث (١٧٧٠) ، والنسائي في السنن ، في كتاب الزينة (١٦٣/٨ ، ١٦٤) ، أحمد وأصحاب السنن الثلاثة وابن أبي شيبة . وأخرجه أحمد في المسند ، في حديث عرفجة بن أسعد رضي الله عنه (٢٣/٥) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب اللباس والزينة في شد الأسنان بالذهب (١٨/٦) ، الحديث (٦) .

(٦) حرف : [على] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [اجتمعت] .

(٨) قوله : [ابن عجلان] ساقط من (ن) .

(٩) في (ن) : [لا كنز] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [قال] .

(١١) تقدم تخريجه في مسألة (٣٣٢) .

(١٢) لفظ : [بقوله] ساقط من (ن) .

(١٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أتيا] .

(١٤) لفظ : [لهما] ساقط من (ع) .

أتحبان أن يسوركما [١] اللّٰه بسوار من نار ؟ قالتا : لا ، قال : فأديا زكاتهما » [٢] .

٥٧٥٤ - ويدل عليه حديث عبد اللّٰه بن شداد بن الهاد عن عائشة رضي الله عنها قالت : « دخل علي رسول اللّٰه ﷺ فرأى في يدي فتخات من ورق ، فقال : ما هذا يا عائشة ، فقلت : صنعتهن أتزين لك [٣] فقال : أتؤدين زكاتهن ؟ فقالت : لا ، قال : هي حبل من نار » [٤] وروى الشعبي قال : « سمعت فاطمة بنت قيس تقول : أتيت رسول اللّٰه ﷺ بطوق فيه سبعون مثقالاً من ذهب ، فقلت : يا رسول اللّٰه خذ منه الفريضة [٥] فأخذ مثقالاً وثلاثة أرباع مثقال » [٦] .

٥٧٥٥ - فإن قالوا [٧] قد كان لبس الحلى على النساء محظور [٨] ، بدلالة قوله عليه الصلاة و [٩] السلام : « من تطوق [١٠] بطوق من ذهب طوق من نار » [١١] ، وفي حديث فاطمة بنت قيس أنها أتت النبي ﷺ وفي يدها سواران من ذهب ، فقال : « من تسور [١٢] بسوار من ذهب سور بسوار من نار » [١٣] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن سوركما] .

(٢) أخرجه الترمذي ، كتاب الزكاة ، باب ما جاء في زكاة الحلي (٢٠/٣ ، ٢١) ، الحديث (٦٣٧) ، وأحمد بألفاظ متقاربة في المسند في مسند عمرو بن العاص ، (١٧٨/٢ ، ٢٠٤ ، ٢٠٨) ، وعبد الرزاق في المصنف في كتاب الزكاة ، باب التبر والحلي (٨٥/٤ ، ٨٦) والدارقطني في كتاب الزكاة ، باب ليس في مال المكاتب زكاة حتى يعتق (١٠٨/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ما هذا يا عائشة صعن اءن لك] ، وهو تصحيف .

(٤) أخرجه أبو داود كتاب الزكاة باب الكنز ما هو ؟ وزكاة الحلي (٣٩١/١) ، والدارقطني في السنن في كتاب الزكاة ، باب زكاة الحلي (١٠٥/٢ ، ١٠٦) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الزكاة (٣٨٩/١ ، ٣٩٠) والبيهقي في الكبرى في كتاب الزكاة ، باب سياق أخبار وردت في زكاة الحلي (١٣٩/٤) .

(٥) قوله : [خذ منه الفريضة] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) أخرجه الدارقطني ، في السنن كتاب الزكاة ، باب زكاة الحلي (١٠٦/٢ ، ١٠٧) ، الحديث (٢) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فإن قيل] .

(٨) في (م) ، (ع) : [محظورا على النساء] بالتقديم والتأخير .

(٩) الزيادة من (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [من يطوق] .

(١١) أخرجه أبو داود في السنن في كتاب الخاتم ، باب ما جاء في الذهب للنساء (٤٤٥/٢ ، ٤٤٦) ، وأحمد في المسند (٣٣٤/٢ ، ٣٧٨) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الزكاة ، باب سياق أخبار تدل على تحريم التحلي بالذهب (١٤٠/٤) .

(١٢) في (ن) : [من سور] .

(١٣) أخرج أحمد حديث أسماء نحوه بلفظ : أتيت رسول اللّٰه ﷺ لأبايعه فدنوت وعلي سوار من ذهب فبصر ببصيصهما ، فقال : ألقي السوارين يا أسماء ، أما تخافين أن يسورك اللّٰه بسوار من نار ، قالت : فألقيتهما فما أدري من أخذهما ، في المسند (٤٥٣/٦ ، ٤٥٥) .

٥٧٥٦ - قالوا : ومتى كان اللبس محظورًا ففيه الزكاة .

٥٧٥٧ - قلنا : لا نعلم أن هذا كان محظورًا على النساء ، فأما الخبر الأول : فمحمول على الرجال ، وأما الثاني : فإنما قاله [١] فيمن لا يؤدي الزكاة ، ولو ثبت ما قالوا فأخبارنا في حال الإباحة ، ألا ترى : أنه لو كان ذلك في حال الحظر لأنكر اللبس أولا ثم أمر بإخراج الزكاة ؟

٥٧٥٨ - فإن قيل : إنه أمر بزكاة الحلي الذي هو عاريته [٢] كما روي عن ابن عمر وجابر وابن المسيب والشعبي : زكاة الحلي عاريته .

٥٧٥٩ - قلنا : العارية مستحبة والوعيد لا يستحق إلا بترك الواجب .

٥٧٦٠ - قالوا : لا يمتنع [٣] أن يرد الوعيد على ترك المستحب ، كقوله تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴾ [٤] وقال [٥] ﷺ : « من كانت له إبل أو بقر لم يؤد زكاتها إلا بطح لها بقاع قرقر » [٦] .

٥٧٦١ - قالوا : يا رسول الله ما زكاتها ؟ قال : إطراق فحلها وإعارة [٧] دلوها ومنحة لبنها يوم ورودها [٨] .

٥٧٦٢ - قلنا : إن ثبت هذا دل على أن هذه المعاني كانت واجبة في أول الإسلام / ، ولأن من ملك مقدار النصاب من الأثمان [٩] ملكًا تامًّا ، وهو من أهل الزكاة وجب عليه

/٧٢

---

(١) في (ص) ، [فانما كان قوله] ، وفي (م) ، (ع) : [فانما قوله] .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٤/ ٨١ ، ٨٢) ، الأثر (٧٠٤٥) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الزكاة ، وفي من قال ليس في الحلي زكاة (٤٦/٣) ، الأثر (١٢/٥ ، ١٥) ، والبيهقي من وجه في كتاب الزكاة ، باب من قال زكاة الحلي عرايته (١٤٠/٤) .

(٣) في (ن) : [لا نمنع] .

(٤) سورة الماعون : الآية ٧ .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وقوله] .

(٦) في (ن) : [قمر] .

(٧) في (ص) : [وأعاده] ، وفي (ن) : [وعارة] ، وفي (م) ، وكل ذلك تصحيف . الصواب ما أثبتناه من واقع الحديث .

(٨) في (ص) (م) ، (ع) : [ورودها] وفي (ن) : [وردها] . وقد أخرجه مسلم في الصحيح ، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، وفي كتاب الزكاة ، باب إثم مانع الزكاة (٧٨٤/٢ ، ٧٨٥) ، الحديث (٢٧ ، ٢٨ / ٩٨٨) ، والنسائي في كتاب الزكاة ، باب مانع الزكاة البقر (٢٧/٥) ، وأحمد في المسند (٣٢١/٣) والدارمي في السنن في كتاب الزكاة ، باب من لم يؤد زكاة الإبل والبقر والغنم (٣٧٩/١ ، ٣٨٠) .

(٩) قوله : [من الأثمان] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

الزكاة [١] ، أصله [٢] الآنية [٣] والدراهم والدنانير ، وحلية الفرس [٤] .

٥٧٦٣ – قالوا : المعنى في الأصل : أنه لم يعدل بها عن جهة النماء ، والحلي عدل [٥] به عن جهة النماء إلى استعمال مباح .

٥٧٦٤ – قلنا : لا نسلم هذه المعارضة [٦] في الابتداء ؛ إذ لا يحدث الاستعمال فيما لا يختص بالأبدان ، ولا نسلمها [٧] أيضًا في حلية الفرس ؛ لأنه مباح عندنا ، ثم هي تبطل [٨] بأموال المصارف ، وعلة الفرع غير مؤثرة ؛ لأن الاستعمال المباح والمحظور يتساوى في الشريعة ، بدلالة الثياب [٩] ، ولأنه مال لو أعد لاستعمال محظور لم تسقط [١٠] زكاته ، فإذا أعد لاستعمال مباح لم تسقط [١١] زكاته ، كإبل التجارة إذا حمل عليها الحاج ، أو حمل عليها السلاح إلى أهل الحرب ، وعكسه ثياب الجزية [١٢] إذا لبسها الرجال والنساء [١٣] . ولأنه حق اللّٰه [١٤] تعالى يتعلق بالذهب والفضة ، فوجب أن يتعلق بالحلي المستعمل ، كالتقابض ، وترك التفاضل . ولأنه حق لله [١٥] تعالى يعتبر فيه المال فاعتبر فيه [١٦] بالحل [١٧] ، كالحج . ولأن وجوب الزكاة في الذهب والفضة تتعلق [١٨] بأعيانها دون طلب النماء منها ، بدلالة أنه لا يقف الوجوب على معنى ينضم إلى الملك ولو اعتبر النماء لوقف الوجوب على معنى ينضم إلى

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عليه زكاته] .

(٢) في (ن) : [أصلا] .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الآية] .

(٤) في (م) ، (ع) : [والحلي] ، وفي (ن) : [وحلية الراس] .

(٥) في (م) : [وعدل] بالعطف .

(٦) في (م) ، (ع) : [العارضة] .

(٧) في (م) : [ولا يسلمها] .

(٨) في (م) : [يبطل] .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [البباب] بدون نقط في الأول ، في (ن) : [البيان] بدون نقط أيضا ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لم يسقط] .

(١١) في (م) ، (ع) : [لم يسقط] .

(١٢) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [بيان الحرية] بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(١٣) في (ن) : [النساء والرجال] بالتقديم والتأخير .

(١٤) في (ن) : [اللّٰه] .

(١٥) في (ع) : [اللّٰه] .

(١٦) قوله : [فاعتبر فيه] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ن) : [فاعتد فيه] .

(١٧) في (م) ، (ع) : [بالحلي] .

(١٨) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

مطلق [١] الملك كما يعتبر السوم في الحيوان والتجارة [٢] في غيرها [٣] ، ولهذا لو ورث ذهبًا لم يعلم به حتى حال عليه الحول وجبت زكاته ، وليس في الحلي [٤] أكثر من قيمة النماء ، فبقي على مطلق الملك فلم تسقط [٥] زكاتها .

٥٧٦٥ - فإن قيل : لو وجبت الزكاة في عينها لوجب إذا اشترى بها عروضا أن تسقط [٦] زكاتها لأن عينها نقلت [٧] ولكان لا يبني [٨] حول العروض على حولها ، كما لا يبني على حول السائمة .

٥٧٦٦ - قلنا : العروض تجب [٩] الزكاة فيها لأجل [١٠] قيمتها ، وهي من جنس الدراهم فلذلك يبني [١١] على حولها ، وكما يضم النماء في الحول كذلك يبني على حولها ، ولما لم تضم [١٢] العروض إلى السائمة في حولها لم يبن [١٣] حولها .

٥٧٦٧ - احتجوا : بما روى جابر بن عبد الله ﷺ أن النبي ﷺ قال : « ليس في الحلي زكاة » [١٤] .

٥٧٦٨ - قلنا : هذا خبر موضوع لا أصل له رووه عن عافية بن أيوب عن ليث وعافية [١٥] لا يعرف . ثم هو معارض بما ذكر الدار قطني بإسناده عن الشعبي [١٦] عن فاطمة بنت قيس « أن النبي ﷺ قال : في الحلي زكاة » [١٧] على أنا نحمله على الحلي من اللؤلؤ ، قال الله تعالى :﴿ وَتَسْتَخْرِجُواْ مِنْهُ [١٨] حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ [١٩] .

---

(١) لفظ : [مطلق] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) : [والحارة] .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [في غيره] .

(٤) في (ن) : [الحل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلم يسقط] .

(٦) في (م) ، (ع) : [أن يسقط] .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فقدت] .

(٨) في (ن) : [لا ينني] .

(٩) في (م) ، (ع) [يجب] .

(١٠) في (ن) ، وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [لاعتبار] .

(١١) في (ن) : [بنيت] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يضم] .

(١٣) في (ص) : [لم يبين] .

(١٤) وأخرجه الدار قطني في السنن في كتاب الزكاة باب ليس في مال المكاتب زكاة حتي يعتق (١٠٧/٢) الحديث (٤) وانظر تخريجه أيضًا في الهداية في تخريج أحاديث البداية (٢١/٥) الحديث (٧١٨) .

(١٥) في (م) : [عاقه] .

(١٦) قوله : [عن الشعبي] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٧) حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها ، أخرجه الدراقطني في كتاب الزكاة باب ليس في مال المكاتب زكاة حتى يعتق (١٠٧/٢) ، الحديث (٤) .

(١٨) لفظ : [منه] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٩) سورة النحل : الآية ١٤ .

٥٧٦٩ - فإن قيل : عند أبي حنيفة إذا [١] حلف لا يلبس [٢] حليًا فلبس لؤلؤًا ، لم يحنث .

٥٧٧٠ - قلنا : الأيمان عندنا مبنية [٣] على العادة لا على إطلاق الاسم ، ولهذا لو نوى بيمينه الجوهر حنث [٤] وهذا كما قالوا فيمن حلف لا يأكل لحما [إنه] [٥] لا يحنث بأكل السمك [٦] وإن كان لحما في الحقيقة .

٥٧٧١ - وجواب آخر : وهو أن في الخبر إضمارًا [٧] عندهم إذا كان مستعملا في مباح وعندنا إذا كان في غير الأثمان [٨] ، وإذا كان ليتيم [٩] . وفائدة تخصيصه باليتيم [١٠] : أنه لا يستحب عاريته [١١] .

٥٧٧٢ - احتجوا : بحديث فريعة [١٢] بنت أبي أمامة قالت : « حلاني رسول اللَّه ﷺ وحلا أختي وكنا [١٣] في حجره فما أخذ منا زكاة حلى قط » .

٥٧٧٣ - قلنا : يحتمل أن يكون ليتمهن أو لقصوره عن النصاب ولا يقال : إنها أخبرت وهي كبيرة ، أنه يؤخذ منها .

٥٧٧٤ - قلنا : يجوز أن تكون [١٤] صغيرة على عهد رسول اللَّه ﷺ ولم تعلم [١٥] بذلك من بعده ؛ ولأن ترك الأخذ لا يدل على عدم الوجوب عند مخالفنا ؛ لأن عنده لا يجب على الإمام أن يأخذ ، ولا يجب الدفع إليه .

٥٧٧٥ - قالوا : روي مثل قولنا عن ابن عمر ، وجابر ، وأنس ، وعائشة وأسماء رضي الله عنهم [١٦] .

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لو] .
(٢) في (م) : [لا تلبس] .
(٣) في (م) ، (ع) ، (ن) : [محمولة] .
(٤) في (م) : [حيث] .
(٥) الزيادة من (م) ، (ن) .
(٦) في (ن) : [بأكل المرى] .
(٧) في (ن) : [إيمان] .
(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الأيمان] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ليتم] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [باليتم] .
(١١) في (ن) : [عافيه] بدون نقط .
(١٢) في سائر النسخ : [فربعه] بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(١٣) في (ن) : [وكنت] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [أن يكون] .
(١٥) في (م) ، (ع) : [ولم يعلم] .
(١٦) أثر ابن عمر : أخرجه مالك في الموطأ ، في كتاب الزكاة ، في ما لا زكاة فيه من التبر والحلي والعنبر (١٩١/١ ، ١٩٢) ، والشافعي في الأم كتاب الزكاة ، باب زكاة الحلي (٤١/٢) ، وفي المسند في كتاب الزكاة ، باب الأول في الأمر بها والتهديد على تركها وعلى من تجب وفيم تجب (٢٨٨/١) ، الحديث (٦٢٨) ، وابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الزكاة في من قال ليس في الحلي زكاة (٤٥/٣) ، والدارقطني في السنن في كتاب الزكاة باب ليس في مال المكاتب زكاة حتى يعتق (١٠٩/٢) ، الحديث (٨ ، ٩) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الزكاة باب من قال لا زكاة في الحلي (١٣٨/٤) .

٥٧٧٦ - قلنا : في هذه المسألة خلاف مشهور [١] ، فأما عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا [٢] فقد ذكر الدارقطني عنها أنها قالت « لا بأس بلبس الحلي إذا أديت زكاته » [٣] والذي روي عنها أنها كانت لا تزكي حلي أولاد أختها ، فيجوز أن يكون لصغرهم ، وأما جابر : فقد روى [٤] الثوري عن عمرو بن كيسان عن جابر بن عبد اللّٰه : « أنه سئل عن الحلي أفيه الزكاة ؟ فقال : لا . فقال له رجل : وإن كان ألف دينار ، فقال : ألف دينار كثير » [٥] .

٥٧٧٧ - وقد روي وجوب الزكاة في الحلي عن عمر بن الخطاب ، وعبد اللّٰه بن عمر ، وابن عباس رضي الله عنهم [٦] ، فأما تأويل ما روي عنهم فغلط ؛ لأن التأويل لا يستعمل في مسائل الخلاف [٧] الظاهرة لسقط الخلاف ، كما لا تتأول [٨] أقاويل الفقهاء ولو ساغ [٩] ما قالوا لجاز [١٠] لقائل أن يقول : أجمعوا على أن فيه الزكاة ، ومن روى شيئا [١١] خلاف ذلك إنما قالوا فيما سوى الأثمان ، وإن كان يتسعان [١٢] .

٥٧٧٨ - فإن [١٣] . قالوا : مال مرصد لاستعمال مباح ، أو مقتنىً [١٤] لاستعمال

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قلنا هذه مسألة خلاف مشهورة] ، إلا أن في (م) : [مسلمة] ، مكان : [مسألة] .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن ، في كتاب الزكاة ، في باب زكاة الحلي (١٠٧/٢) ، الحديث (٥) والبيهقي في الكبرى في كتاب الزكاة ،باب من قال في الحلي زكاة (١٣٩/٤) ، وأبو عبيد ص٣٩٨ ، الأثر (١٢٥٦) كلهم بلفظ : إذا أعطيت ، بدل إذا أديت .

(٤) في (ص) ، (ع) : [ذكر] .

(٥) أثر جابر أخرجه الشافعي في الأم ، (٤١/٢) ، وفي المسند (٢٢٨/١) ، الحديث (٦٢٩) والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الزكاة ، باب من قال لا زكاة في الحلي (١٣٨/٤) . أخرجه عبد الرزاق في المصنف كتاب الزكاة ، باب التبر والحلي (٨٢/٤) ، الحديث (٧٠٤٦) .

(٦) أثر عمر بن الخطاب ، أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الزكاة ، في الحلي (٤٤/٣) ، الأثر (٢) والبيهقي في الكبرى في كتاب الزكاة ، باب من قال في لحلي زكاة (١٣٩/٤) ، أما أثر ابن عمر : فأخرجه بن أبي شيبة (٤٥/٣) ، الأثر (٧) ، وأخرجه الدارقطني (١٠٧/٢) ، والبيهقي ص ٣٩٨ ، الأثر (١٢٦٣ ، ١٢٦٤) .

(٧) في (ن) : [في مساوي الحالات] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لا يتناول] .

(٩) في (م) : [ولم يباغ] ، وفي (ن) : [والوساغ] وفي (ع) : [ولم ساع] . كل ذلك تصحيف .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فجاز] .

(١١) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [عنه] .

(١٢) لفظ : [ذلك] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٣) في (م) ، (ع) : [وإن] .

(١٤) في (ص) ، (م) : [مقتنا] ، وفي (ن) : [مقنيا] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

مباح فوجب أن لا تجب [١] فيه الزكاة ، أصله : ثياب البدن ، وأثاثه وآلات [٢] منزله ، وأدوات الصناع .

٥٧٧٩ - قلنا : قولكم : استعمال مباح لا تأثير له [٣] في الأصل ؛ لأن المحظور من استعمال الثياب وهو الحرير للرجال ، والمباح سواء في إسقاط الزكاة ، وكذلك أثاث البيت محظوره ومباحه [٤] سواء ، وآلة الصناع مثله ؛ لأن الآلة المباحة كالمحظور في أنه لا زكاة فيها ، وهي آلات الغناء .

٥٧٨٠ - فإن قيل : الاستعمال يسقط الزكاة ، إلا أن المحظور من الحلي [٥] أسقط [٦] الشرع حكم استعماله ، فرده إلى أصله . واللباس المحظور أبطل الشرع استعماله فرده [٧] إلى أصله .

٥٧٨١ - قلنا : نحن بينا أنه لا تأثير لقولكم : مباح فيتم [٨] أنه لا تأثير لقولكم : مستعمل ولا لمباح [٩] ، فزعمتم أن الوصفين جميعًا لا يؤثران [١٠] ، فهذه الطريقة تبطل مذهبكم لأن [١١] الاستعمال يرد المستعمل إلى مطلق الملك ، فتجب [١٢] في الحلي الزكاة ، ولا يجب فيما قاسوا عليه .

٥٧٨٢ - قالوا : متبدل [١٣] في مباح ، فلم تجب [١٤] فيه الزكاة ، كالسائمة .

٥٧٨٣ - قلنا : قولكم : [في] [١٥] مباح ، لا تأثير له في الأصل ؛ لأن السائمة إذا جعلها حاملة [١٦] فحمل الحاج أو نقل [١٧] الخمر لا زكاة فيها ، وكذلك إذا جعلها معلوفة . لا فرق بين أن يعلفها علفًا مباحًا ، أو يعلفها ما يعتلف بها الجلالة [١٨] في

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .
(٢) في (م) ، (ع) : [وانائه والاب] ، وفي (ن) : [وانائه] ، مكان المثبت .
(٣) في (ن) : [لا ناهي له] .
(٤) في (ن) : [ومباحر] .
(٥) في (ن) : [من الحيل] .
(٦) في (م) ، (ع) : [سقط] ، وفي (ن) : [مسقط] .
(٧) في (م) : [فرد] .
(٨) في (م) ، (ع) : [فيتم] . وهو الأنسب وقد أثبتناه في المتن .
(٩) في (ن) : [ولا مباح] .
(١٠) في (م) ، (ع) [لا مؤثران] .
(١١) في (ن) : [أن] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [فيجب] .
(١٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [مبدل] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [فلم يجب] .
(١٥) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(١٦) في (ن) : [عاملة] .
(١٧) في (ن) : [أو نقل] .
(١٨) في (م) ، (ع) : [ما يعتلف الجلالة] ، وفي (ن) : [ما تعلف الجلالة] .

سقوط الزكاة ؛ ولأن كونه متبدلًا [١] يعتبر عندهم ؛ لأن الحلي إذا أعد سقطت زكاته ، وإن لم يتبدل ، وإذا سقط هذا بطل بالدراهم التي أعدها للنفقة ، وبالسبيكة [٢] التي أعدت للحلي [٣] ، وبهذا الطريق يبطل قولهم : صرفه من المال إلى استعمال مباح .

٥٧٨٤ - فإن قيل : للوصف تأثير [٤] في الأصل ؛ لأن الغاصب إذا استعمل السائمة [٥] لم تبطل [٦] زكاة السوم على أحد الوصفين [٧] .

٥٧٨٥ - قلنا : قولكم متبدل [٨] في مباح إن عنيتم من جهة المالك لم يتناول الغاصب فالوصف لا تأثير له . وإن أردتم به متبدل [٩] في [الجملة انتقض بالسائمة ، إذا اضطر إلى ركوبها غير مالكها فركبها ، فهذا متبدل في مباح [١٠] فلا يبطل بسومها [١١] ؛ ولأن المواشي لما كان [١٢] استعمالها على وجه مباح] [١٣] سقط الزكاة ، كذلك المحظور لما كان استعمال الحلي على الوجه المحظور لا يسقط الزكاة كذلك على وجه مباح .

٥٧٨٦ - قالوا : جنسُ مال [١٤] تجب [١٥] الزكاة فيه بشرطين [١٦] فوجب أن يتنوع نوعين ، أحدهما : تجب [١٧] فيه الزكاة ، والثاني : لا تجب [١٨] فيه ، كالمواشي .

٥٧٨٧ - قلنا : لا نسلم أن الزكاة تجب [١٩] بشرطين ، بل بشروط [٢٠] الحول ، والنصاب والتكليف ، وعدم الدين ، وتمام الملك . ثم نقول بموجبه في الذهب إذا موه [٢١] به الأواني والسقوف [٢٢] ، أو في ملك المكاتب والصبي وقناديل الكعبة وحلية

---

(١) في (م) ، (ع) : [مبدلا] ، وفي (ن) : [مبتدلا] .
(٢) في (ن) : [وبالسكة] .
(٣) في (ن) : [للحل] .
(٤) في (م) ، (ع) : [الوصف لا تأثير] .
(٥) في (ص) : [الماشية] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لم يبطل] .
(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) [الوجهين] .
(٨) في (ن) : [يبتذل] .
(٩) في (ص) ، (ن) : [مبتذل] .
(١٠) من قوله : [الجملة انتقض السائمة] إلى قوله : [فهذا متبدل في مباح] : ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١١) في (ص) : [ولا يبطل سومها] .
(١٢) في (ن) : [فإن] ، مكان : [لما كان] .
(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (١٤) في (م) ، (ن) : [حسن بالف] .
(١٥) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(١٦) في (ع) : [لشرطين] .
(١٧) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(١٨) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .
(١٩) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٢٠) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بشرط] .
(٢١) في (م) : [اذا أمره] .
(٢٢) في (ص) : [السقف] .

المصاحف [١] ونقلب العلة فنقول [٢] : فوجب أن يستوي فيه الاستعمال المباح والمحظور، كالسوائم . ثم المعنى في الأصل : أن الاستعمال يزيل السوم فيعيدها إلى مطلق الملك ، والملك المطلق في المواشي لا زكاة فيه ، وفي مسألتنا تبطل [٣] جهة النماء فيه [٤] فيعود إلى الملك المطلق ، وذلك تتعلق [٥] به الزكاة في الأثمان [٦] .

٥٧٨٨ - قالوا : المواشي إذا علفها انتفع بظهرها [٧] وأجرتها ، والحلي لا منفعة فيه بحال ، فهو أولى بسقوط الزكاة .

٥٧٨٩ - قلنا : / السوائم ينتفع بالنماء منها [ولا يلزم عليها مؤنة ، فوجب الزكاة فيها ، والعوامل ينتفع بها ويلتزم مؤنتها فسقطت زكاتها ، والحلي ينتفع به] [٨] ولا يلزم مؤنته [٩] ويمكن إجارته [١٠] ، فهو بالسوائم [١١] أشبه .

٥٧٩٠ - قالوا : الزكاة تجب [١٢] في الأموال النامية ، أو المرصدة للنماء ، والحلي ليس بنامٍ [١٣] ولا مرصد للنماء .

٥٧٩١ - قلنا : يبطل بالأواني وحلي الرجال .

٥٧٩٢ - قالوا : ملبوس معتاد ، كالثياب .

٥٧٩٣ - قلنا : يبطل بحلي الرجال .

٥٧٩٤ - قالوا : نعني [١٤] بالعادة ما كان على عهد السلف .

٥٧٩٥ - قلنا : حلي الرجال والخيل [١٥] كان على عهد السلف معتادًا [١٦] وإن لم يكن منهم ، والمعنى في الثياب ما ذكرناه .

٥٧٩٦ - [قالوا : ما لا تجب فيه الزكاة على الصبي لا تجب [١٧] على البالغ كالثياب] [١٨] .

---

(١) في (ص) : [المصحف] .
(٢) في (م) : [فيقول] .
(٣) في (م) : [يبطل] .
(٤) في (م) : [جهة الملك] ، مكان : [جهة النماء فيه] .
(٥) في (م) : [يتعلق] .
(٦) في (م) ، (ن) : [الانماء] .
(٧) في (م) ، (ع) : [لظهرها] .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٩) في (م) ، (ع) : [مونه] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [اجرته] .
(١١) في (ع) : [بالسوام] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(١٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [بنام] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [يعني] .
(١٥) في (ن) : [والحبل] .
(١٦) لفظ : [معتاد] ساقط من (ع) .
(١٧) في (ص) : [لا يجب] بدون نقط .
(١٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

٥٧٩٧ - قلنا : سقوط الفرض عن غير المكلف ، لا يدل على سقوطه على المكلف كالصلاة والصوم ، ولأن الثياب تجب [١] الزكاة فيها بنية التجارة ، والاستعمال يزيل بنية [٢] التجارة ، وفي مسألتنا : الزكاة تتعلق [٣] بأعيانها ، والاستعمال لا يغير [٤] العين .

٥٧٩٨ - قالوا : عدل [٥] به نماء سائغ إلى استعمال سائغ [٦] كالثياب .

٥٧٩٩ - قلنا : سقوط الزكاة عندهم يسبق [٧] الاستعمال ؛ لأنها تسقط عندهم [٨] قبل اللبس ، وهذا المعنى موجود في الذهب إذا أعد [٩] للحلي ، وبالحلي إذا انكسر حتى صار بحيث لا يمكن إصلاحه ، والزكاة واجبة فيه عندهم وإن كان قد عدل به .

٥٨٠٠ - قالوا : الأصل في باب الأثمان [١٠] وجوب الزكاة ، كما أن الأصل في الثياب عدم الزكاة ، ثم كان [١١] إذا عدل بالثياب [١٢] إلى طلب النماء وجبت فكذلك إذا عدل بالحلي عن النماء سقطت .

٥٨٠١ - قلنا : إذا عدل بالثياب زال مطلق الملك [١٣] فيها ، وهذا سبب الوجوب و [إذا] [١٤] عدل بالحلي عاد إلى مطلق الملك ، وهذا سبب الوجوب ، فلم تسقط الزكاة [١٥] .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٢) في (م) ، (ع) : [نيه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

(٤) في (ن) : [لا يتعين] .

(٥) في (ص) ، (ن) : [عذل] .

(٦) في (ن) : [إلى استعمال شايع] .

(٧) في (ن) : [لا يسق] .

(٨) في (ن) : [سبب النماء] ، مكان : [تسقط عندهم] وفي (م) : [يسقط] مكان : [تسقط] .

(٩) في (ن) : [إذا أعده] .

(١٠) في (م) : [الأيمان] ، وفي (ع) : [الأعيان] .

(١١) لفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٢) في (م) ، (ع) : [الثياب] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [ملك المطلق الملك] .

(١٤) الزيادة من (ن) .

(١٥) قوله : [فلم تسقط الزكاة] ساقط من (ع) ، وفي (م) : [يسقط] ، مكان المثبت .

مسألة ٣٣٥

إذا كان له دين على مقر به فالزكاة واجبة فيه ولا يلزمه إخراجها حتى يقبضه

٥٨٠٢ - قال أصحابنا : إذا كان له دين على مقرّ به ، فالزكاة واجبة فيه ، ولا يلزمه إخراجها حتى يقبضه [١] .

٥٨٠٣ - وقال الشافعي في القديم : لا تجب [٢] في الدين زكاة ، وقال في الجديد : إذا كان مالًا [٣] على معترف به في الظاهر والباطن وجب عليه إخراج الزكاة ، وإن لم يقبضه [٤] .

٥٨٠٤ - أما الدليل على وجوب الزكاة : فلأنه في ذمة غيره بفعله كما لو جعله [٥] في يد غيره بالوديعة ، فإذا وجبت [٦] الزكاة كذلك الدين ، ولأنه ملك له [٧] يجوز تصرفه فيه بالتمليك [٨] والبراءة كالعين . والدليل على أنه لا يلزمه تعجيل الأداء قبل القبض : أن الدين أنقص من العين ، بدلالة : أنه لو أخرج زكاة الدين [٩] عن العين لا

(١) في (ص) : [حتى يقتضيه] وفي (م) : [حتى نقيضه] . راجع المسألة في كتاب الأصل ، باب زكاة المال (٢/٩٥ - ٩٧) ، مختصر الطحاوي باب الدين على رجل وله مال هل يمنع الزكاة ، ص٥١ ، المبسوط (١٩٤/٢ ، ١٩٥) ، تحفة الفقهاء باب زكاة السوائم (٢٩٣/١-٢٩٥) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما الشرائط التي ترجع إلى المال (٩/٢ ، ١٠) ، فتح القدير مع الهداية كتاب الزكاة (١٦٧/٢) البناية (٣٦٣/٣) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر كتاب الزكاة (١٩٤/١ ، ١٩٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .
(٣) في (ص) ، (ن) : [حالا] .

(٤) راجع الأم باب زكاة الدين (٥١/٢) ، اختلاف العلماء كتاب الزكاة ص (١١١ ، ١١٢) ، حلية العلماء (٨٠/٣) ، المجموع مع المهذب باب زكاة الذهب والفضة (٢٠/٦-٢٢) ، المنتقى في الزكاة في الدين (١١٤/٢) المدونة ، في زكاة القرض وجميع الدين (٢٢١/١) ، المقدمات الممهدات فصل في زكاة الديون (٣٠٤/١ ، ٣٠٥) بداية المجتهد كتاب الزكاة (٢٥٣/١) ، الموطأ في الزكاة في الدين (١٩٣/١) ، الإفصاح (٢١٣/١ ، ٢١٤) ، الكافي لابن قدامة كتاب الزكاة (٢٧٩/١) ، المغني باب زكاة الدين والصدقة (٤٦/٣ ، ٤٧) .

(٥) في (م) ، (ع) : [كما يجعله] ، وفي (ن) : [في ذمة غير يجعله] بحذف : [بفعله كما لو] .

(٦) في (ن) : [وجب] .
(٧) قوله : [ملك له] ساقط من (ن) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [التملك] .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [في الزكاة الدين] .

يجوز ؛ ولأن الدين يجوز تصرفه فيه [مع من هو في ذمته خاصة ، والعين يجوز تصرفه فيها] [١] من كل وجه وإذا كان ناقصًا والزكاة تجب [٢] فيه ، بدلالة أنه لو برئ سقطت ؛ فإذا [٣] ألزمناه التعجيل ألزمناه الكامل عن الناقص ، وهذا لا يجب كما لا يجب أن يخرج البيض عن السود ، ولأنه دين في الذمة فلا يجب تعجيل زكاته كالمؤجل ، وكما لو كان على معسر .

٥٨٠٥ - فإن قيل : المعني فيه أنه لا يقدر على قبضه .

٥٨٠٦ - قلنا : هذا المعني إذا [٤] لم يمنع عندهم الوجوب فيجب [٥] أن لا يمنع الأداء أيضًا .

٥٨٠٧ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « هاتوا ربع العشر من أموالكم » [٦] .

٥٨٠٨ - قلنا : هذا أمر بإخراج الزكاة من المال ، والدين لا يدفع منه الزكاة ، وإنما الخلاف في إخراج الزكاة من غير ذلك ، وهذا لا يدل [٧] عليه الخبر .

٥٨٠٩ - احتجوا : بقوله تعالى :﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ [٨] .

٥٨١٠ - قلنا : هذا يدل على وجوب دفعها من المال ، وهذا يختص بالمال الذي يمكن [٩] الدفع منه [١٠] وهو الأعيان ، فأما الديون التي لا يمكن دفعها فلا يتناوله .

٥٨١١ - قالوا : نصاب وجبت فيه الزكاة مقدور على قبضه من غير منع فلزمه إخراج الزكاة عنه قبل قبضه ، كالوديعة .

٥٨١٢ - والجواب : أن ما لا يقدر [١١] على قبضه لاتجب [١٢] فيه الزكاة ، فلا يجب [١٣] إخراجها ؛ لأن المراد أكمل [١٤] منه ، وهذا موجود فيما يقدر على قبضه .

---

(١) الزيادة من (ن) ، وفي (م) : [فيها] ، مكان : [فيه] الذي قبل المعكوفتين .

(٢) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٣) في (ص) : [وإذا] .

(٤) لفظ : [إذا] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [فوجب] .

(٦) قد سبق تخريجه من حديث علي ﷺ ، بلفظ : هاتوا ربع العشور من كل أربعين درهما درهم في مسألة (٣٣١) .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [يدل] ، مكان : [لا يدل] .

(٨) سورة البقرة : الآية ٨٣ ، ١١٠ .

(٩) في (ن) : [أمكن] .

(١٠) لفظ : [منه] : ساقط من (م) .

(١١) في (م) ، (ع) : [مقدر] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [لا تجب] .

(١٣) في (ن) : [فلا يجب] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [كمل] .

ولأن الوديعة لا يجب عليه إخراج زكاتها قبل قبضها ، وإن سلمنا فلأنه [١] يخرج عينا من [٢] عين وفي مسألتنا : يخرج [٣] كاملا عن ناقص ، وهذا لا يجب .

٥٨١٣ - قالوا : الدين أكمل من العين ؛ لأنه لا يقوم [٤] ، والعين تتلف [٥] .

٥٨١٤ - قلنا : كل واحد منهما يهلك ، وأما العين فتتلف [٦] مشاهدة ، وأما الدين فيهلك [٧] بموت من عليه مفلسا أو بجحده ، والعين فيها ملك ويد ، والدين [٨] ملك بغير يد ، والعين يتصرف [٩] فيها تصرفًا عامًّا ، والدين لا يتصرف فيه إلا مع صاحب الذمة ، فهو كأم الولد الذي لا يصح أخذ العوض عن رقها إلا منها ، فهي أنقص من العبد [١٠] القن الذي [١١] يأخذ عوضه من جميع الناس .

* * *

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [فلأنه] ، وفي باقي النسخ [فلأن] .
(٢) في (ن) : [على] ، مكان : [من] .
(٣) في (ن) : [نخرج] .
(٤) في هامش (ص) من نسخة أخرى : [لا يتلف] وفي نسخة أخرى : [لا ينوب] ، مكان : [لا يقوم] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يتلف] .
(٦) في (م) ، (ع) : [فتلف] .
(٧) لفظ : [فيهلك] ساقط من (ن) .
(٨) لفظ : [الدين] ساقط من (ن) .
(٩) في (ن) : [تصرف] .
(١٠) في (ع) [العين] .
(١١) لفظ : [الذي] ساقط من (م) .

مسألة ٣٣٦

تقوم العروض بما هو أنفع للفقراء ولو في الزكاة

٥٨١٥ – قال أبو حنيفة : تقوم العروض بما هو أنفع للفقراء ولو في الزكاة [١] .

٥٨١٦ – وقال الشافعي : إن اشتراها بدراهم أو دنانير قومها بجنس ما ابتاعها به فإن اشتراها بعرض القنية [٢] قومها بغالب نقد البلد ، فإن كانت المعاملة بالنقدين [٣] سواء وهي : إذا قومت بأحدهما بلغت نصابًا وبالآخر لا تبلغ ، قومت فيما يبلغ النصاب [٤] .

٥٨١٧ – لنا : أن كل مال وجب تقويمه بعرض لم تختص القيمة بثمنه [٥] ، أصله : المستهلك .

٥٨١٨ – فإن قالوا : لا يقوم بالأجرة لمن قوم له .

٥٨١٩ – قلنا : يبطل بما [٦] إذا اشتراه بعرض القنية وتقويمه بأحد النوعين يبلغ النصاب ؛ ولأن التقويم يجوز في المقومات بكل واحد من النقدين ، فوجب اعتبار حظ المساكين كمائة وعشرين من البقر ، الواجب فيها ثلاث مسنات أو أربعة تبيعات [٧] ،

---

(١) راجع تفصيل المسألة في المبسوط ، باب زكاة المال (١٩١/٢) ، متن القدوري ، باب زكاة العروض ص٢٢ تحفة الفقهاء ، باب زكاة أموال التجارة (٢٧٣/١ ، ٢٧٤) ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة ، فصل : وأما أموال التجارة (٢١/١) ، فتح القدير ، باب زكاة المال ، فصل في العروض (٢١٩/٢ ، ٢٢٠) ، الاختيار ، باب زكاة الذهب والفضة (١١٢/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب زكاة الذهب والفضة والعروض (٢٠٧/١) .

(٢) في (ن) : [بعوض] ، وفي (م) ، (ع) : [العنية] ، مكان المثبت ، وهو تصحيف ، قنى الشيء : اتخذه لنفسه لا للبيع . راجع في لسان العرب مادة : [قنا] (٣٧٥٩/٥ ، ٣٧٦٠) ، المعجم الوسيط (٧٦٩/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالتقدير] .

(٤) راجع المسألة في الأم باب زكاة التجارة (٤٧/٢) ، حلية العلماء باب زكاة التجارة (٨٩/٣ ، ٩٠) المجموع مع المهذب ، باب زكاة التجارة (٦٣/٦ – ٦٧) ، كفاية الأخيار كتاب الزكاة (١٨٩/١ ، ١٩٠) ، راجع الكافي لابن عبد البر ، باب زكاة التجارات (٢٩٨/١) ، المنتقى في زكاة العروض (١٢٥/٢) . راجع الإفصاح ، باب الزكاة (٢٠٩/١) ، الكافي لابن قدامة باب زكاة التجارة (٣١٨/١) ، المغني باب زكاة التجارة (٣٣/٣) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يختص القيمة ثمنه] ، وفي (ن) : [لم يختصْ القيمة به بثمنه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلا يقوم] ، مكان المثبت ، وفي (ن) : [فغلا يقوم بالاخره لمن قوم به] ، ولفظ : [بما] ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [اتبعه] .

والمصدق يأخذ ما هو الأنفع ، وكذلك إذا ابتاع عرضًا بعرض [(١)] للقنية ، والمعاملة بالنقدين قوم بما يبلغ [(٢)] النصاب ؛ لأنه أنفع للمساكين ؛ ولأن رب المال حصل حقه من الملك والتصرف في الحول ، فكان ما أدى إلى تحصيل حظ الفقراء أولى .

٥٨٢٠ - احتجوا : بأنها زكاة تجب [(٣)] بحول الدراهم ، فكان الواجب فيها كما لو بقيت الدراهم في يده .

٥٨٢١ - والجواب : أنه لا معني لقولهم [(٤)] : وجبت بحول الدراهم ؛ لأن عندهم لو اشترى بمائة درهم عرضًا يبلغ في آخر النصاب لا حول له . ولأن المعنى فيه : إذا بقيت الدراهم ؛ لأن الزكاة لا تعتبر [(٥)] فيها بالتقويم . فتعلقت [(٦)] بمعين وفي مسألتنا : التقويم يعتبر ، فلم يختص كسائر المقومات .

٥٨٢٢ - قالوا : السلعة لها تعلق بالثمن ، بدلالة أنها تبني [(٧)] على حوله ، فكان اعتبار ما لها به تعليق أولى ويفارق المتلفات ؛ لأنه لا تتعلق السلعة [(٨)] بثمنها .

٥٨٢٣ - قلنا : البقاء على حولها ليس لما ذكرتم ، لكن لأن الأثمان مختلفة والعروض كالشيء الواحد في الزكاة ، بدلالة أن من ابتاع عرضًا بالدراهم فباعه بالدنانير ، ثم اشترى بها عرضًا انقطع [(٩)] الحول ، فإذا بنى الدنانير نفسها على الدراهم في هذا الموضع جاز أن يبني العرض [(١٠)] المقوم بها ، وإن كان الحول انعقد بالدراهم . ولأن [(١١)] الدراهم زال ملكه عنها وتعلق الحول بالمال الموجود ، وقيمته معتبرة في الزكاة فكان في ملكه دنانير فيقوم بأقل من مائتين [(١٢)] ، وهي نصاب في نفسها ، فلا تسقط الزكاة منها [(١٣)] [كما تقدم في محله] [(١٤)] .

---

(١) لفظ : [بعرض] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [بالتقدير] ، مكان : [بالنقدين] ، وفي (ن) : [بلغ] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يعتني بقولهم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يعتبر] .

(٦) في (ن) : [تعلقت] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بدلالة يبني] بحذف : [أنها] .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لا تعلق للسلعة] .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لم ينقطع] .

(١٠) في (ن) : [إن بني] ، وفي (م) ، (ع) : [العروض] .

(١١) في (ن) : [ولئن] .

(١٢) في (ن) : [مائتي] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [فلا يسقط] ، وفي (ن) : [فيها] ، مكان : [منها] .

(١٤) الزيادة من (ن) .

مسألة ٣٣٧

الزكاة واجبة في العروض

٥٨٢٤ - قال أصحابنا : الزكاة واجبة في العروض ، فإن أخرج ربع عشرها جاز ، وإن أخرج ربع عشر قيمتها جاز [١] .

٥٨٢٥ - وقال الشافعي : الزكاة واجبة في قيمتها ، وهل يخرج من العين ؟ فيه قولان [٢] .

٥٨٢٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً ﴾ [٣] .

٥٨٢٧ - فإن قيل : عندكم لا يجب أخذ جزء من العين .

٥٨٢٨ - قلنا : الواجب عندنا من العين والقيمة يجزئ عنه وروى : « أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه [٤] أخذ الزكاة من أديم حماس » [٥] . وروى : أنه كان يأخذ العروض في الصدقة من الثياب وغيرها [٦] . ولأنه مال تجب [٧] الزكاة لأجله فجاز إخراجها منه كالأثمان والسوائم . ولأنها زكاة تختص [٨] بالمال ، فكان محلها عين المال ، كالسوائم .

٥٨٢٩ - فإن قيل : إن الزكاة تتعلق [٩] بالذمة .

٥٨٣٠ - قلنا : قد دللنا على إبطال هذا الأصل ، ونحن لا نتكلم في هذه المسألة إلا

---

(١) راجع : المبسوط ، (٢/١٩١) ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة ، فصل وأما صفة الواجب في أموال التجارة (٢/٢١) ، فتح القدير مع الهداية ، (٢/٢١٩) ، البناية (٣/٤٤٨) .

(٢) راجع الأم (٢/٤٧) ، حلية العلماء (٣/٩١ ، ٩٣) ، المجموع مع المهذب ، المنتقى (٢/١٢١) ، الكافي لابن عبد البر (١/٢٩٨) ، الإفصاح (١/٢٠٩) ، المغني (٣/٣١) .

(٣) سورة التوبة : الآية ١٠٣ .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) أخرجه الشافعي في الأم ، في كتاب الزكاة ، باب زكاة التجارة (٢/٤٦) ، وفي المسند ، في كتاب الزكاة الباب الأول في الأمر بها والتهديد على تركها وعلى من تجب وفيم تجب (١/٢٢٩ ، ٢٣٠) ، الحديث (٦٣٣ ، ٦٣٤) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الزكاة ، باب زكاة التجارة (٤/١٤٧) ، وأخرجه عبد الرزاق باب الزكاة من العروض (٤/٩٦) الحديث (٧٠٩٩) .

(٦) تقدم تخريج هذا الأثر في مسألة (٣٢١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يختص] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

بعد تسليم ذلك ، ولأنها زكاة فجاز إخراجها من غير النصاب ، كخمس من الإبل .

٥٨٣١ - احتجوا : بأن كل ما اعتبر النصاب فيه تعلق الوجوب / به ، أصله : الأعيان من الماشية .

ب

٥٨٣٢ - قلنا : نصابها [(١)] عندنا من أعيانها ، والتقويم يعتبر لتبلغ [(٢)] العين المقومة [(٣)] مقدارًا معلومًا ، كما يعتبر العدد والوزن ليبلغ الموزون والمعدود مقدارًا معلومًا .

٥٨٣٣ - قالوا : التقويم يعلم به القيمة ، فتتعلق [(٤)] الزكاة بها ، كما أن العدد يعلم به المعدود فتتعلق الزكاة به .

٥٨٣٤ - قلنا : بل التقويم يعلم به بلوغ المقوم نصابًا كما أن العدد يعلم به كون المعدود نصابًا . ثم الماشية يعتبر النصاب من عينها ويخرج الزكاة من غيرها [وهي الشاة من الإبل فلا يمتنع أن يعتبر النصاب من القيمة ويخرج الزكاة من غيرها] [(٥)] ؛ ولأن الماشية تتعلق [(٦)] بالوجوب بما هو على ملكه ، فكذلك العروض تعلق الزكاة بما هو على ملكه وهو [(٧)] العين دون القيمة التي يمكلها .

٥٨٣٥ - قالوا : وجوب الزكاة وسقوطها تتعلق [(٨)] [بالقيمة ، بدلالة : أنها إن كملت وجبت الزكاة ، وإن نقصت لم تجب فيها فوجب أن يتعلق] [(٩)] الوجوب بها .

٥٨٣٦ - قلنا : الدين يتعلق به وجوب الزكاة وسقوطها والعين إن كانت على صفة فالوجوب متعلق بالعين لا بالصفة ، ألا ترى : أنها لا تتعلق [(١٠)] بالسوم في السائمة ولا بالتجارة في العروض كذلك القيمة أيضًا [(١١)] .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [نصابهما] .
(٢) في (ع) : [معتبر ليبلغ] .
(٣) في (م) : [المفهومة] .
(٤) في (م) ، (ع) : [فيتعلق] .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .
(٧) في (م) ، (ع) : [وهي] .
(٨) في (م) ، (ع) : [تتعلق] .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(١٠) في (م) : [لا يتلعق] .
(١١) وردت في آخر المسألة في صلب (ص) ، هذه العبارة : [والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب] ، وفي الهامش : بحروف بارزة : آخر الجزء الأول ، وفي صلب (م) ، (ع) : [والله أعلم] .

مسألة ٣٣٨

إذا باع الدراهم بجنسها أو بالدنانير لم ينقطع الحول

٥٨٣٧ - قال أصحابنا : إذا باع الدراهم بجنسها أو بالدنانير ، لم ينقطع الحول [١] .

٥٨٣٨ - وقال الشافعي : إذا باع بعضها ببعض لا يقصد بذلك التجارة انقطع الحول ، وإن باعها بنية التجارة ، اختلف أصحابه ، فمنهم من قال : انقطع الحول ولا تجب في أموال المضاربة الزكاة ، ومنهم من قال : تجب [٢] .

٥٨٣٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً ﴾ . وقوله عليه الصلاة و [٣] السلام : « هاتوا ربع العشر من أموالكم » . ولأن زكاتها ربع العشر في جميع الأحوال ، فلا ينقطع حولها باستبدال بعضها ببعض ، كالعروض . ولأن المقصود من الأثمان التمول بها دون أعيانها ، بدلالة : أنها تكون عينًا ، ثم تصير دينا ثم تنتقل [٤] عرضًا ، فلا ينقطع حولها بحصول معنى التمول من جميعها على واحد ، وكذلك إذا باع بعضها ببعض ، وأما إذا باعها بنية التجارة ، فمن أسقط الزكاة خالف الإجماع [٥] ؛ لأنه قول لم يسبق [٦] به . ولأن الصيارف قبيل [٧] من الناس لا يخلو منهم زمان ، فلو لم تجب [٨] في أموالهم الزكاة لبين [٩] لهم رسول الله ﷺ ذلك [١٠] والسلف من

---

(١) راجع المسألة في المبسوط ، (١٩٧/٢) ، تحفة الفقهاء ، باب زكاة أموال التجارة (٢٧٣/١) ، بدائع الصنائع كتاب الزكاة ، فصل وأما الشرائط التي ترجع إلى المال (١٥/٢) .

(٢) راجع الأم ، باب الرجل يصدق امرأة ، باب زكاة التجارة ، باب بيع في المال الذي فيه الزكاة (٢٥/٢ ، ٤٨ ، ٥٤) ، حلية العلماء ، باب صدقة المواشي (٢١/٣ ، ٢٢) ، المجموع مع المهذب باب زكاة التجارة (٥٨/٦ ، ٦٠) . راجع في المنتقى في صدقة الخلطاء (١٤١/٢ ، ١٤٢) ، المقدمات الممهدات ، فصل في تحويل الماشية بعضها في بعض (٣٢٩/١) ، المغني ، كتاب الزكاة (٦٧٥/٢ ، ٦٧٦) .

(٣) الزيادة من (ع) .

(٤) في (م) : أنها تكون عينًا ثم يصير دينًا ثم ينتقل] ، في (ع) : [ثم ينتقل] ، مكان المثبت .

(٥) لفظ : [الإجماع] ساقط من (ع) .

(٦) في (ع) : [لم يبق به] .

(٧) في (م) ، (ع) : [قبل] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٩) في (م) : [لتبين] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لبين رسول الله ﷺ لهم ذلك] .

الصحابة [١] ، والتابعين ولو فعلوا لنقل ؛ ولأنه مال تجب [٢] فيه الزكاة ، فإذا اتجر فيه وجبت فيه الزكاة ، كالسوائم . ولأنه إذا اتجر فيما لا زكاة فيه ، وهي المعلوفة وثياب البدل [٣] وجبت فيها الزكاة ، فإذا اتجر فيما يجب فيه الزكاة كان أولى .

٥٨٤٠ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة و [٤] السلام : « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » [٥] .

٥٨٤١ - والجواب : ما قدمنا أن حؤول الحول وجود آخره وقد حال على هذا المال [٦] .

٥٨٤٢ - قالوا : أصل في نفسه تجب [٧] الزكاة في عينه ، فوجب أن يكون حوله من حين ملكه ، كالماشية .

٥٨٤٣ - قلنا : المقصود بالماشية أعيانها دون معانيها ، وهذا المعني يزول ببيعها ، والمقصود من الأثمان التمول بها ، وهذا المعني لا يطل باستبدالها ؛ ولأن الماشية نقلها إلى العروض يقطع حولها ، فنقله إلى الدراهم يقطعه أيضًا ، ولما كان نقل الدراهم إلى العروض لا يقطع كذلك إلى الدراهم .

٥٨٤٤ - قالوا : الزكاة تجب [٨] في مال التجارة للفائدة ، والصرف [٩] تقل فائدته ؛ لأنه إن باعها بجنسه لم يجز التفاضل ، وإن باعها بغير جنسه قل الربح فقد صرفها عن نماء جزيل إلى ما هو أخف وأولى .

٥٨٤٥ - قلنا : يبطل ببيع الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير ؛ ولأن الصرف وإن قلت الفائدة فيه [١٠] ، ففيه تكرار البيع فيحصل فيه [١١] من الفائدة أكثر مما [١٢] يحصل من غيره .

* * *

(١) في هامش (ص) بزيادة : [بعده] ، ومن الصحابة بعده من نسخة أخرى .

(٢) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٣) في هامش (ص) من نسخة أخرى : [النفي] ، مكان : [البذلة] ، وفي نسخة أخرى : [المر] .

(٤) الزيادة من (ع) .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٣٠٠) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الحول] ، مكان : [المال] .

(٧) في (م) : [يجب] .

(٨) في (م) : [يجب] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الضرب] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [منه] .

(١١) في (م) ، (ع) : [منه] .

(١٢) لفظ : [أكثر] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش ، وفي (م)، (ع) [كما] ، مكان : [مما] .

مسألة ٣٣٩

إذا كان قيمة العروض أقل من نصاب لم ينعقد حولها

٥٨٤٦ - قال أصحابنا : إذا كان قيمة العروض [١] أقل من نصاب لم ينعقد حولها [٢] .

٥٨٤٧ - وقال الشافعي : إذا كانت القيمة كاملة في آخر الحول وجبت الزكاة [٣] ولا اعتبر ما قبل ذلك [٤] .

٥٨٤٨ - لنا : قوله عليه الصلاة و [٥] السلام : « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » . والمراد به : لا زكاة في مال هو نصاب ، وهذا لم يوجد . ولا يقال [٦] : إن الحول حال على العين ؛ لأنا لا نسلم لهم أن الحول ينعقد لما دون النصاب .

٥٨٤٩ - ولأن النصاب [٧] نقص في أحد طرفي الحول كما لو نقص من آخره ، ولأنها حالة يعتبر فيها كمال نصاب الماشية [٨] كذلك يعتبر كمال قيمة العروض كآخر الحول . ولأنه مال ناقص عن النصاب ، فلم ينعقد له حول ، كالماشية . ولأنها حالة يتجدد فيها للنصاب حكم لم يكن ، فنقصانه يؤثر في حكم الحول كآخره .

٥٨٥٠ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة و [٩] السلام : « في البر صدقته » [١٠] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [العرض] .

(٢) تقاس هذه المسألة التي سبقت برقم (٣٣٣) ، راجع المصادر التي تقدمت فيها .

(٣) لفظ : [الزكاة] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في سائر النسخ : [ولا اعتبر] ، لعل الصواب : [ولا يعتبر] . راجع المسألة في الأم باب زكاة التجارة (٤٨/٢) ، حلية العلماء : باب زكاة التجارة (٨٨/٣) المجموع مع المهذب باب زكاة التجارة (٥٤/٦ - ٥٦) ، كفاية الأخيار : كتاب الزكاة (١٩٠/١) ، حلية العلماء ، الباب السابق . راجع الكافي لابن قدامة ، باب زكاة التجارة (٣١٦/١) ، المغني ، باب زكاة التجارة (٣٢/٣) .

(٥) الزيادة من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلا يقال] .

(٧) قوله : [ولان النصاب] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (ص) : [كمال النصاب الماشية] .

(٩) الزيادة من (ع) .

(١٠) في (ص) ، (ن) : [صدقة] . هذا جزء من حديث أبي ذر ﷺ ، أخرجه أحمد بطوله في المسند (١٧٩/٥) ، الحاكم في المستدرك في كتاب الزكاة (٣٨٨/١) .

٥٨٥١ - والجواب : أن الخبر يدل على أن فيه صدقة ، فعندنا إذا تم الحول من حين تمت قيمته ، وعندهم فيه الصدقة إذا تمت (١) قيمته نصابًا حين حال الحول من يوم ملكه فتساويا .

٥٨٥٢ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام (٢) : « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » .

٥٨٥٣ - قلنا : الزيادة لم يحل عليها الحول فتساويا في الخبر .

٥٨٥٤ - فإن قيل : حؤول الحول عندكم آخره .

٥٨٥٥ - قلنا : لا نسلم وجود حول لم ينعقد على نصاب .

٥٨٥٦ - قالوا : إذا تساوينا في الخبر (٣) كان الإيجاب أولى .

٥٨٥٧ - قلنا : إذا تساوينا لم يجز (٤) الإيجاب بالشك .

٥٨٥٨ - قالوا : كل زمان لا يتعلق وجوب زكاة التجارة فيها بالمال لم يعتبر فيه وجود النصاب كأثناء الحول .

٥٨٥٩ - قلنا : اعتبار النصاب لا يختص بحال الوجوب أصله : سائر (٥) الأموال ، والمعني في خلال الحول : أنها حالة لا تتجدد (٦) للنصاب حكم لم يكن ، فلم يعتبر كماله ، وأول الحول يتجدد له حكم الانعقاد ، فهو كآخره الذي يتجدد له حكم وهو الوجوب .

٥٨٦٠ - قالوا : ما اعتبر (٧) نصابه بقيمته وجد نصابًا حين وجود الزكاة ، أو عند حؤول الحول ، فوجب أن تجب (٨) الزكاة فيه ، أصله : إذا كان كاملًا في الطرفين .

٥٨٦١ - قلنا : لا نسلم (٩) أن الحول انعقد إذا لم يكمل في ابتدائه النصاب فكيف

---

(١) في (م) ، (ع) : [نمت] بالنون .
(٢) الزيادة من (ع) .
(٣) لفظ : [الخبر] ساقط من (ع) .
(٤) في (م) : [لم نجز] .
(٥) لفظ : [سائر] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) قوله : [أنها حاله] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش وفي (م) ، (ع) : [لا يتجدد] .
(٧) في (م) ، (ع) : [مال اعتبر] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٩) في (ع) : [ولا نسلم] بالعطف .

نسلم لهم حؤوله [١] ؟ . ولأن ما اعتبر [٢] فيه النصاب لا فرق بين ما كان نصابه من عينه أومن قيمته في اعتبار الكمال في الحال الذي اعتبر فيه [٣] ، كنصاب السرقة .

٥٨٦٢ - والمعنى في الأصل : أن النصاب لم ينقص في حال يتجدد للنصاب حكم لم يكن ، وفي مسألتنا : نقص النصاب في حال يتجدد للمال حكم [٤] لم يكن ، فصار كنقصانه في [٥] الطرف الآخر .

٥٨٦٣ - قالوا : القيمة معتبرة في زكاة العروض فاعتبارها في جميع الأحوال يشق ؛ لأن اختلاف السعر لا يضبط وما بنى [٦] على الترخص والمساواة [٧] لا يدخلها المشقة ولهذا اعتبر كمال سائر النصب في جميع الحول [٨] ؛ لأن نصابها من عينها وذلك لا يشق ، والاعتبار أنه لا مشقة عليه في اعتبار النصاب في أول الحول كما يعتبر في آخره ، ولأنا لا نعتبر إلا تغير السعر الظاهر ، وهذا لا يجوز [٩] اعتباره [١٠] في جميع الحول ؛ ولأن السائمة يشق اعتبار عددها في كل جزء من الحول ؛ لأنها تنمى وتتوالد [١١] وإن كان ذلك يعتبر عندهم في أول الحول إلى آخره .

* * *

(١) قال ابن منظور : الحول سنة بأسرها ، والجمع : أحوال وحوول ، وحوول ، حكاها سيبويه . وحال عليه الحول حولًا وحؤولًا أتى . أحال الشيء واحتال : أتى عليه حول كامل ، وفي لسان العرب ، مادة حول (١٠٥٤/٢٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ما يعتبر] .

(٣) في (ص) : [فيها] .

(٤) في (ص) : [حكما] ، وفي الهامش : [من] من نسخة أخرى .

(٥) في (م) : [لنقصانه من] وفي (ع) : [كنقصانه من] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وما هي] .

(٧) في (م) ، (ع) : [والمواساه] ، وفي هامش (ص) : [الوجود والمواساه] .

(٨) في (م) ، (ع) : [الأحوال] .

(٩) لفظ : [لا يجوز] ساقط من (م) ، (ع) وفي هامش (ص) مكانه : [لا يشق] من نسخة أخرى .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لاعتباره] .

(١١) في (م) ، (ع) : [ينمي ويتوالد] .

مسألة ٣٤٠

إذا اشترى إبلًا أو بقرًا أو غنمًا سائمة ينوى به التجارة فعليه زكاة التجارة

٥٨٦٤ - قال أصحابنا : إذا اشترى إبلًا أو بقرًا [١] ، أو غنمًا سائمة ينوى به التجارة فعليه زكاة التجارة دون زكاة السائمة ، وإن اشترى أرضًا أو نخلًا للتجارة ففيه العشر وليس فيه زكاة التجارة [٢] .

٥٨٦٥ - وقال الشافعي في الجديد : تجب [٣] زكاة العين دون زكاة التجارة .

٥٨٦٦ - وقال في القديم : فيها قولان ، أحدهما : هذا ، والآخر : تجب [٤] زكاة التجارة ، وإن ملك أربعًا من الغنم : فيها زكاة التجارة قولًا واحدًا ، واختلف أصحابه إذا تقدّم أحد الحولين فمنهم من قال : [٥] تجب زكاة المقدم قولًا واحدًا ، ومنهم من قال : على قولين [٦] .

٥٨٦٧ - لنا : قوله عليه الصلاة و [٧] السلام : « هاتوا ربع العشر من أموالكم » [٨] . ولأنه حيوان لو نقص عدده كان فيه زكاة التجارة . ولأنه معد للتجارة فوجب أن لا تجب [٩] فيه زكاة غير زكاة التجارة ، كسائر الأموال ، ولا يلزم أرض العشر ؛ لأن ذلك ليس بزكاة . ولأن كل مال لو لم يكن سائمًا وجبت [١٠] فيه زكاة التجارة ، إذا كان [١١]

---

(١) قوله : [أو بقرا] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) راجع المسألة في كتاب الأصل كتاب الزكاة ، باب صدقة الغنم ، باب العاشر و باب عشر الأرض (١٩/٢ ، ٢٥ ، ٥٠ ، ١١٨ ، ١٥٩) ، المبسوط كتاب الزكاة ، باب العشر (١٧٠/٢ ، ٢٠٧) ، بدائع الصنائع كتاب الزكاة فصل وأما صفة نصاب السائمة ، وفصل وأما شرائط المحلية (٣٠/٢ ، ٥٧) .
(٣ - ٥) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٦) راجع الأم (٤٨/٢) ، حلية العلماء (٨٧/٣) ، المجموع مع المهذب (٥٠/٦-٥٣) ، كفاية الأخيار (١٩٠/١ ، ١٩١) . راجع المدونة في زكاة الغنم التي تشترى للتجارة (٢٦٨/١) ، المنتقى في زكاة العروض (١٢١/٢ ، ١٢٣) . راجع الكافي لابن قدامة ، (٣١٧/١ ، ٣١٨) ، المغني ، (٣٤/٣ - ٣٦) .
(٧) الزيادة من (ع) .
(٨) تقدم تخريجه في مسألة (٣٣١) ، وتكرر ذكره في مسألة (٣٣٥) وفي مسألة (٣٣٨) .
(٩) في (م) ، (ع) : [لا يجب] ، وفي هامش (ص) : [عنه] ، مكان : [فيهي] من نسخة أخرى .
(١٠) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وجبت] . (١١) لفظ : [كان] مكرر في (ص) .

سائمًا وجبت (١) فيه زكاة التجارة ، كالخيل . ولأنه مال يجوز أن يخلو من حق اللّٰه تعالى فإذا أمسكه صاحبه بنية التجارة وجبت فيه زكاة التجارة ، كسائر الأموال .

٥٨٦٨ - ولا يلزم أرض العشرية والخراجية ؛ لأنه لا يجوز أن تخلو (٢) أرضًا في دار الإسلام من عشر أو خراج . وإن عكسوا فقالوا : فإذا أمسكه للسوم وجبت (٣) فيه زكاة السوم ، انتقض بالخيل والحمير . ولأنه إذا ملك في أول الحول أربعة من الإبل جرت (٤) في حول التجارة ، فإذا ولدت واحدة ، فإن (٥) قال تجب الزكاة ، فكل مال إذا كان في آخر الحول على صفة وجبت (٦) فيه زكاة التجارة إذا كان في أوله (٧) وجبت زكاة التجارة ، وإن قال : إن الحول يتغير ، أدى إلى أن يتغير الحول / بزيادة مال (٨) ، وهذا لا يصح . ٧٤/أ

٥٨٦٩ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة و (٩) السلام : « في أربع وعشرين فما دونها من الغنم ، وفي سائمة الغنم إذا كانت أربعين إلى مائة وعشرين شاة » (١٠) .

٥٨٧٠ - والجواب : أنه قال في الخبر ، وإن كانت أربعًا فلا شيء فيها إلا أن يشار بها ، وإن كانت أقل من أربعين فلا شيء فيها ، فدل على أن الخبر في السائمة التي لا يجب في أقل من خمس ، وأقل من أربعين فلا شيء فيها ، فدل على أن الخبر في السائمة التي لا يجب في أقل من خمس ، وأقل من أربعين [شيء ، ومتى كانت السائمة للتجارة وجبت (١١) فيها الزكاة ، وإن كانت أقل من أربعين] (١٢) فلم يتناولها الخبر .

٥٨٧١ - قالوا : ما وجبت (١٣) فيه الزكاة إذا (١٤) كان لغير التجارة ، وجبت الزكاة فيه إذا كانت للتجارة ، كالأرض والنحل .

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وجب] . (٢) في (م) ، (ع) : [يخلو] .
(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وجب] .
(٤) في (م) : [حرث] ، وفي (ص) ، بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٥) في (م) ، (ع) : [وإن] . (٦) في (م) ، (ع) : [وجب] .
(٧) في (م) : [في أوله عليها] ، بزيادة : [عليها] ، وفي (ع) : [أولها عليها] .
(٨) في (م) ، (ع) : [المال] . (٩) الزيادة من (ع) .
(١٠) هذا جزء من حديث أنس ﷺ ، الذي تقدم تخريجه في مسألة (٢٩٨) .
(١١) في (ص) : [وجب] .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وجب] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [ان] .

٥٨٧٢ - قلنا : عكس علتنا ؛ لأنها لا تخلو [١] من حق اللّٰه تعالى فيتعلق بها ، إما [٢] عشر أو خراج ، ويجوز أن تخلو [٣] من زكاة التجارة فكان ما لا يخلو منه المال أولى . وفي مسألتنا : يجوز أن يخلو المال [٤] من حق يتعلق به ، فإيجاب زكاة التجارة التي وجد سببها أولى . ولأن العشر آكد في الوجوب ؛ لأنه لا يعتبر في وجوبه حول ، ولا يعتبر النصاب عندنا ، والزكاة يعتبر [٥] في وجوبها الحول والنصاب ، فإيجاب العشر المتأكد [٦] أولى .

٥٨٧٣ - قالوا : زكاة العين وجبت بالنص ، وزكاة التجارة وجبت بالاجتهاد [٧] فكان ما ثبت [٨] بالنص وأجمعوا عليه أولى .

٥٨٧٤ - ولأنه زكاة لا تسقط [٩] بنقصان قيمة العين . وزكاة التجارة تسقط [١٠] بنقصان قيمتها . ولأن زكاة التجارة اعتبار الشيء بغيره ، وزكاة العين [١١] اعتبار الشيء بنفسه فكان أولى .

٥٨٧٥ - والجواب : أن الترجيح إنما يصح إذا استوى وجوب سبب الزكاتين ، وعندنا أن سبب الزكاة السوم ، ولم يوجد ؛ لأنها تجب [١٢] في المال المرصد لطلب النماء من عينه ومال التجارة مرصد لطلب النماء من ثمنه ، ولكن المعتبر وجود السوم ، بدلالة أن العوامل إذا تركها ترعى من الصحراء حولًا لم تجب [١٣] فيها الزكاة ؛ لأنها ليست مرصدة للنماء فلم يؤثر إذا لم يجتمع السببان ، فلا معنى للترجيح .

٥٨٧٦ - قلنا : اعتبار الوصف في أحدهما ، والاجتماع في الآخر يبطل ، إذا اشترى عرضًا بالدراهم ثم باعه بالدنانير فإنه تجب [١٤] زكاة الدراهم ، وإن كانت الزكاة في العرض مختلفًا فيها ، وفي الدنانير منصوص عليها أو مجمع على حكمها .

---

(١) لفظ : [لأنها] ساقط من (م) ، (ع) : [لا يخلو] ، مكان المثبت .
(٢) لفظ : [أما] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٣) في (م) ، (ع) : [لا يخلو] .
(٤) في (م) ، (ع) : [من المال] بزيادة : [من] .
(٥) في (ص) : [تعتبر] .
(٦) في (م) ، (ع) : [المباد] .
(٧) في (م) ، (ع) : [باجتهاد] .
(٨) في (ص) : [ما يثبت] .
(٩) في (م) ، (ع) : [لا يسقط] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يسقط] .
(١١) في (ص) : [الشيء] .
(١٢) في (م) : [يجب] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [يجب] .

٥٨٧٧ – وأما قولهم : إن زكاة العين لا تبطل [١] بنقصان العين ، فقد تساويا من هذا الوجه . ثم نقول [٢] : زكاة التجارة تتعلق [٣] بجميع الأموال ، وزكاة السوم بمال مخصوص ؛ فإيجاب أعم الزكاتين أولى ؛ لأنها آكد ، ولأنها [٤] أنفع للفقراء ؛ لأنها تزيد [٥] بزيادة القيمة ، وزكاة السوم لا تزيد [٦] .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لا يبطل] .
(٢) في (م) : [يقول] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .
(٤) لفظ : [ولأنها] ساقط من (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [يزيد] .
(٦) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وجب] .

مسألة ٣٤١

إذا حال الحول على مال المضاربة وفيه ربح فزكاة نصيب المضارب من الربح عليه

٥٨٧٨ – قال أصحابنا : إذا حال الحول على مال المضاربة وفيه ربح ، فزكاة نصيب المضارب من الربح عليه إذا كان المال في عين واحدة أو في عينين يقسم بعضها في بعض ، وإن كان في عينين لا يقسم بعضها في بعض مثل أن يشتري عبدين قيمة كل واحد منهما مثل رأس المال وجبت [1] على رب المال زكاة رأس المال ونصيبه من الربح ، ذكره الطحاوي . ولا يجب على المضارب شيء ، وذكر في الجامع ما يدل على المضارب في نفسه وهو المحكي عن أبي الحسن [2] .

٥٨٧٩ – وقال الشافعي في أحد قوليه : زكاة الجميع على رب المال ، ولا يملك المضارب شيئًا من الربح قبل القسمة . والقول الآخر : مثل قولنا ، وقال : ملك [3] بظهور الربح ، فأما العشر في المسافة : فالظاهر من المذهب عنده أن العامل يملك [4] بالظهور ويجب العشر عليهما . ومن أصحابه من قال على قولين ، كالقراض . ذكره المزني .

٥٨٨٠ – قالوا : والمذهب على خلافه [5] .

٥٨٨١ – لنا : إنه أحد الشريكين في مال المضاربة فجاز أن يلزمه زكاة نصيبه من الربح قبل القسمة ، ويعتبر رأس المال ، أصله : رب المال . ولأنها حالة يلزم رب المال زكاة [6] نصيبه من الربح ، فجاز أن يلزم المضارب زكاة نصيبه [7] ، أصله : إذا نض

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وجب] .

(٢) راجع المسألة في كتاب الأصل باب العاشر (١١٢/٢ ، ١١٣) ، الجامع الكبير باب زكاة الإبل والبقر والغنم تضم إلى المال ص٢١ ، المبسوط باب العاشر (٢٠٤/٢) .

(٣) في (ع) : [مالك] .

(٤) في (م) : [ملك] .

(٥) راجع تفصيل المسألة في الأم باب زكاة مال القراض (٤٩/٢) ، حلية العلماء : باب زكاة التجارة (٩٣/٣ ، ٩٤) ، المجموع مع المهذب باب زكاة التجارة (٧٠/٦ – ٧٣) ، المدونة في زكاة القراض (٣١٥/١) باب زكاة التجارات (٣٠٢/١) ، المقدمات الممهدات ، فصل في القول في زكاة القراض (٣١٥/١) ، شرح الزرقاني ، (١٦٠/٢) ، المغني ، (٣٨/٣ – ٣٩) الكافي لابن قدامة ، (٣١٨/١ ، ٣١٩) .

(٦) لفظ : [زكاة] ساقط من (ع) .

(٧) في (ع) : [نفسه] .

المال وتقاسما [١] . ولأن رب المال لو استهلك نصيب المضارب ضمن ، ولو مات لم يورث [٢] عنه ، فلم يجب زكاته عليه ، كسائر الأموال للمضارب ؛ ولأن المضارب يملك مطالبة رب المال بالقسمة ، والقسمة موضوعة لتمييز الحقوق ولإيجابها ، فلولا أن ملكه ثبت لم تصح [٣] مطالبته بالقسمة بحق نفسه .

٥٨٨٢ - ولا يلزم إذا اشترى عبدين ؛ لأنه لا يملك المطالبة بالقسمة حتى ينض [٤] ثمنها . ولأن المضاربة [٥] عقد شركة على الفضل فإذا ظهر الفضل وملك أحد الشريكين نصيبه [٦] من الفضل ملك الآخر ؛ لأن ملك أحد الشريكين لا يسبق ملك الآخر ، ولأنها نوع شركة فلم يسبق أحدهما في الربح ملك الآخر كالشركة في الأموال .

٥٨٨٣ – أو نقول : فوجب على كل واحد من الشريكين زكاة نصيبه من الربح ، أو فلم تلزم [٧] أحد الشريكين زكاة جميع الربح .

٥٨٨٤ – احتجوا : بأن من ملك الشيء [٨] زائدًا ملكه [٩] ناقصًا ، فلما أجمعوا أن الهالك من نصيب المضاربة دل على أنه لم يملك .

٥٨٨٥ - قلنا : وكذلك الهالك من نصيب رب المال من الربح وإن كان مالكًا له [١٠] ويبطل هذا بمن أوصى لرجل بألف من ثلثه [١١] ولآخر بما بقى ، والثلث أكثر من ألف فكل [١٢] واحد منهما مالك لما أوصى له به ، والهالك من نصيب الموصى له بالزيادة .

٥٨٨٦ – قالوا : نصيب المضارب [١٣] يجوز أن يسلم له ، ويجوز أن لا يسلم ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [اذا نص المال ونفاها] ، وهو تصحيف . النض ، الإظهار ، والنض ، الحاصل . يقال : خذ ما نض لك من غريمك وخذ ما نض لك من دين ، أي تيسير ونض الثمن أي حصل وتعجل . راجع لسان العرب مادة : [نضض] (٤٤٥٦/٦) ، النهاية باب النون والضاد (٤٢/٥) .

(٢) في (ص) : [لم تورث] ، وفي (م) ، (ع) : [لم يؤثر] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يصح] .

(٤) في (م) ، (ع) : [حتى ينقص] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لأن القسمة المضاربة] بزيادة : [القسمة] .

(٦) في (ع) : [نفسه] .

(٧) في (ص) : [يلزم] .

(٨) لفظ : [الشيء] ساقط (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [ملك] .

(١٠) لفظ : [له] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(١١) في (م) ، (ع) : [من ثلاثة] .

(١٢) في (ع) : [بكل] .

(١٣) في (ص) : [المضاربة] .

فصار كمال [١] المكاتب .

٥٨٨٧ - قلنا : يبطل بالمهر قبل الدخول ، تجب [٢] الزكاة إذا قبض وهو متردد ، لجواز أن ترتد المرأة فيزول ملكها عنه ، ولأنا نوجب الزكاة لسلامة الملك في الحال وإن جاز أن لا يسلم كما يجوز أن يهلك جميع المال ، ولا يمنع ذلك من وجوب الزكاة علي المضارب .

٥٨٨٨ - قالوا : لو ملك المضارب لبطلت المضاربة ؛ لأنها لا تصح [٣] في المال المشترك .

٥٨٨٩ - قلنا : يجوز ابتداء بمال مشترك ، فلو كان بين رجلين ألفين فدفعها أحدهما إلى الآخر مضاربة بنصيبه منها جاز .

٥٨٩٠ - قالوا : لو ملك الربح بالظهور لصار عاملًا في مال مشترك ، وكان يجب أن [٤] يستحق جزءًا من الربح بماله وجزءًا بفضله .

٥٨٩١ - قلنا : دخل في العقد على أن يستحق جزءًا من ربح رأس المال ، فإذا ربح ثم تصرف استحق جزءًا مما أسقط [٥] على رأس المال بالمضاربة ، ويستحق ربح نصيبه من الربح بحكم ملكه لا بحكم المضاربة .

٥٨٩٢ - قالوا : لو ملك لعتق عليه أبوه إذا ملكه .

٥٨٩٣ - قلنا : إذا كان في المال ربح لم يملك أن يشترى أباه [٦] على المضاربة ؛ لأنها تتضمن شراء ما يقدر على بيعه ، ولو اشتراه ولا فضل في المال ، فزادت [٧] قيمته عتق نصيبه .

٥٨٩٤ - قالوا : لو ملك لثبت له القصاص إذا قتل العبد ، كما يثبت [٨] في العبد المشترك .

٥٨٩٥ - قلنا : وكذلك رب المال لا يملك القصاص وإن كان مالكًا ، وإنما لم يجز أن يثبت للمضارب قصاص ؛ لأنه يستوفي ذلك بالربح مع فوات رأس المال والربح جميعًا ، ولا يملك [٩] رب المال ؛ لأن حقه من رأس المال لا يسقط بذلك ، ألزمونا [١٠]

---

(١) في (ص) : [بكمال] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يصح] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أنه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يسقط] .

(٦) في (م) : [إياه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [زادت] .

(٨) في (م) : [ثبت] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا ملك] .

(١٠) في (ص) : [نرموتا] .

إذا اشترى عبدين قيمة كل واحد منهما ألفٌ [١] .

٥٨٩٦ - قلنا : رب المال لا يملك جميعًا ولكن كل واحد من العبدين مشغول برأس المال وهذا غير ممتنع ، كمن عليه ألف درهم وبها كفيل ، ماتا جميعًا وخلف كل واحد منهما ألفًا لم يملكهما ورثتهما لاشتغال كل ألف [٢] منهما بالدين ، وإن [٣] كان ألفا واحدة ، وقد قال أبو الحسن : إن الزكاة على المضارب في هذه المسألة ، وإن لم ينفذ عتقه ؛ لأنه وإن لم يملك فقد ثبت له حق الملك والزكاة تتعلق بالحقوق كالديون ؛ فعلى هذا لم تبق لهم شبهة .

* * *

(١) في (م) : [الف] ، ولفظ : [الفا] ساقط من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [كل واحد] .

(٣) في (ص) : [فإن] .

مسألة ٣٤٢

الدين يمنع وجوب الزكاة إن كان مستغرقا

٥٨٩٧ – قال أصحابنا : الدين يمنع وجوب الزكاة إن كان مستغرقًا ، وإن كان غير مستغرق وجبت الزكاة في الفاضل من دينه [١] .

٥٨٩٨ – وهو قول الشافعي في القديم وفي اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى . وقال في الجديد : الدين لا يمنع وجوب الزكاة [٢] .

٥٨٩٩ - لنا : قوله عليه [الصلاة و] السلام : « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم [٣] وأردها على فقرائكم » [٤] ومن عليه دين مثل ما في يده ، وزيادة ليس بغني .

٥٩٠٠ – فإن قيل : هذا احتجاج بدليل الخطاب .

٥٩٠١ – قلنا : بل باللفظ ؛ لأن [٥] الألف واللام للجنس ، فلم يبق بعد الجنس صدقة تؤخذ من الفقراء .

٥٩٠٢ – فإن قيل : إنما أراد الغني [٦] بقدر ما في يده ، كما يقال : « مطل الغني ظلم » فالمراد به : الغني عن المطل ، وذلك عقلناه بدلالة ، ووجه ثان [٧] من الخبر : وهو

---

(١) راجع كتاب الأصل باب زكاة المال (٨١/٢ ، ٨٢ – ٩٥) ، مختصر الطحاوي ، باب الدين على رجل وله مال هل يمنع الزكاة .... إلخ ص ٥٠ ، ٥١ ، المبسوط كتاب الزكاة ، باب زكاة المال (١٦٠/٢ ، ١٩٧) ، تحفة الفقهاء ، باب زكاة أموال التجارة (٢٧٤/١ ، ٢٧٥) ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة ، فصل وأما شرائط الفرضية (٦/٢) ، متن القدوري ، كتاب الزكاة ص ١٩ ، فتح القدير مع الهداية ، كتاب الزكاة (١٦٠/٢ – ١٦٢) ، البناية (٣٥٤/٣ – ٣٥٨) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الزكاة (١٩٣/١ ، ١٩٤) .

(٢) راجع المسألة في الأم باب الدين مع الصدقة (٥٠/٢) ، حلية العلماء باب صدقة المواشي (١٥/٣) المجموع مع المهذب باب صدقة المواشي (٣٤٣/٥ ، ٣٤٤) ، كفاية الأخيار كتاب الزكاة (١٧٤/١) . ، وفي المدونة في زكاة المديان (٢٣٤/١) ، المنتقى ، في الزكاة في الدين (١٤٤/٢ ، ١٦٣ ، ١٦٤) . ، المسائل الفقهية كتاب الزكاة (٢٤٤/١) ، مسألة (٢٧) ، الإفصاح باب الزكاة (٢١٣/١) ، المغني باب زكاة الدين والصدقة (٤١/٣ – ٤٥) .

(٣) في (م) : [من أعيانكم] .

(٤) تقدم تخريجه من حديث ابن عباس ، بلفظ : تؤخذ من أغنيائهم وترد في فقرائهم في مسألة (٣٠٩) .

(٥) لفظ : [لأن] مكرر في (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [المعنى] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ثاني] .

أنه جعل الناس صنفين : صنف [١] يؤخذ منهم وصنف يرد عليهم ، فمن أثبت صنفًا ثالثًا يؤخذ منه ويرد عليه ، خالف الخبر .

٥٩٠٣ – فإن قيل : هاهنا قسم ثالث باتفاق وهو العامل والمؤلفة قلوبهم وابن السبيل .

٥٩٠٤ – قلنا : العامل لا يستحق زكاة ، وإنما يأخذه أجرةً والمؤلفة قد سقطوا ، فأما ابن السبيل فهو فقير في الموضع الذي هو فيه كالغنى في حال الفقير في أخرى ، على أنا نوجب عليه الزكاة في الحال الذي يجوز له أخذه حتى يصير [٢] إلى الموضع الذي يصير غنيًّا [٣] وإنما يمنع ما يقوله مخالفنا : أنه غني فقير في حال واحد .

٥٩٠٥ – ويدل عليه / : ما روى ابن شهاب عن السائب بن يزيد قال : سمعت عثمان يخطب ويقول : « هذا شهر زكاتكم فمن كان عليه دين فليقضه ثم ليؤد زكاة [٤] ما بقى » [٥] ، ولم يخالفه على ذلك أحد من الصحابة .

٧٤/ب

٥٩٠٦ – فإن قيل : معناه هذا شهر تعجيل زكاتكم ؛ لأنه لا يتفق وجوب الزكاة على الكل في شهر واحد .

٥٩٠٧ – قلنا : منهم : من صادف ذلك شهر حوله ، ومنهم : من حال حوله قبل فأخر الأداء إليه لفضيلة الوقت ، ومنهم : من يعجل [٦] فقد عمهم بالأمر ، فدل أن الجميع سواء .

٥٩٠٨ – ولأن الدين لو كان [٧] لا يؤثر في الزكاة لم يكن عثمان ﷺ يتوصل إلى إسقاطها بالأمر بالقضاء قبل الحول . ولأنه حق يعتبر في وجوبه تقدم المال فأثر الدين في المنع من وجوبه ، كالحج . ولأنه ركن يعتبر في وجوبه المال ، كالحج . ولا يلزم العشر ؛ لأنه يجب مع الملك فليس يعتبر في وجوبه تقديم المال ، وعلى [٨] العبادة الثانية لا يلزم ؛ لأن العشر ليس بركن .

---

(١) في الأصل صنفًا وهو خطأ نحوي والصحيح ما أثبتناه .

(٢) في (ص) : [نصير] ، وفي (م) ، (ع) : [كالمثبت] ، لعل الصواب : [يصل] .

(٣) في (م) : [عينا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ثم ليدي زكاته] .

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الزكاة ، باب الدين مع الصدقة (١٤٨/٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الزكاة ، في ما قالوا في الرجل يكون عليه الدين من قال لا يزكيه (٨٤/٣) ، الأثر (٧) ، مالك في الموطأ ، في كتاب الزكاة ، في الزكاة في الدين (١٩٣/١) .

(٦) في (ع) : [تعجِل] .

(٧) قوله : [لو كان] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [على] بدون العطف .

٥٩٠٩ - قالوا : المعنى في الحج : أنه ليس في جنسه [١] ما لا يؤثر فيه الدين ، ومن جنس الزكاة ما لا يؤثر فيه الدين ، وهو العشر .

٥٩١٠ - قلنا : من جنس الحج ما لا يؤثر فيه وهو الحجة المنذورة [٢] وحج المكي ، أما العشر فليس هو من جنس الزكاة عندنا ، ليس إذا لم يمنع ما هو من جنس الزكاة الدين لم يمنع الزكاة ؛ لأن الدين لا يمنع التمليك بالبيع والهبة ، ويمنع وقوع الملك بالوصية والإرث .

قالوا : الحج يمنع منه الدين المتوهم فلم يمنعها الدين الواجب .

٥٩١١ - قلنا : روى الحسن عن أبي حنيفة أن من وجد الزاد والراحلة وجب عليه الحج وإن لم يفضل منه شيء ، فعلى هذا لا نسلم أن نفقة المستقبل تمنع ، ولو سلمنا فمن شرط الحج وجود ما ينفق [٣] على نفسه وعياله ، كما أن من شرطه الراحلة ، لا أنه [٤] دين يمنع ، ألا ترى : أن النفقة لا تصير دينًا عندنا ، ونفقة الأقارب لا تصير دينًا باتفاق . ولأنه مال لا يجب الحج لأجله [فلم تجب الزكاة ، كمال المكاتب .

٥٩١٢ - قالوا : ينتقض هذا بمن حج بماله لا يجب الحج لأجله] [٥] وتجب [٦] الزكاة لأجله [٧] في كل سنة .

٥٩١٣ - قلنا : التعليل ليس هو [٨] للتخصيص وإنما هو للمال ، ولا يصح النقص بالشخص ، على أن من حج بماله يجوز أن يجب الحج لأجله عندنا ، بأن يرتد ثم يسلم . ولأن من جاز له أخذ الزكاة مع ثبوت يده على المال لم تجب [٩] الزكاة عليه [١٠] من ذلك المال كالمكاتب .

ولا يلزم العامل ؛ لأنه لا يأخذ زكاة ، ولا ابن السبيل ؛ لأنه يأخذ لعدم ثبوت يده على ماله .

٥٩١٤ - قالوا : المعنى في المكاتب أنه منقوض بالرق ، والحر بخلافه .

٥٩١٥ - قلنا : نقضه بالرق أثر في نقصان ملكه وحكم في تأثيره في نقصان الملك

---

(١) في (ع) : [من جنسه] .
(٢) في (ص) : [مندورة] ، بدون نقط وبدون ألف ولام.
(٣) في (م) : [يتفق] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لانه] .
(٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [ويجب] .
(٧) لفظ : [لأجله] ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) لفظ : [هو] ساقط من (م) ، (ع) .
(٩) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(١٠) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) .

كذلك ، وعلة الفرع تبطل بالكافر .

٥٩١٦ – قالوا : المكاتب لا تجب [١] الزكاة في الفاضل [٢] من قدر دينه فلم تجب [٣] في مقدار الدين ، والحر بخلافه .

٥٩١٧ – قلنا : قياسًا على مال المكاتب الفاضل [٤] من الدين ، ولا تصح [٥] المعارضة ؛ ولأن المكاتب لا يجب الحج لأجل الفاضل في دينه وتأخير الزكاة مع ثبوت يده عليه ، فلم تجب [٦] الزكاة فيه ، والحر يجب عليه الحج من الفاضل [٧] ، ولا يأخذ الزكاة مع ثبوت يده عليه ، فوجبت الزكاة فيه ؛ ولأن من وجبت عليه الزكاة وجبت الزكاة في الفاضل [٨] عن مقدار الزكاة ، ولا تجب [٩] في مقدار الزكاة ، ولأنه حق يطرأ على المال من طريق الحكم فأثر الدين فيه كالإرث .

٥٩١٨ – قالوا : الدين لا يمنع الإرث والوصية ، وإنما يقدم عليهما ، بدلالة : أن الغرماء لو أبرأوا [١٠] ثبت الميراث والوصية .

٥٩١٩ – قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن أبا يوسف قال : إذا أبرأ الغرماء من الدين وجبت الزكاة من حين ملك النصاب وإن مضت سنون .

٥٩٢٠ – وقال زفر : وقت البراءة ، وليس عن أبي حنيفة نص .

٥٩٢١ – فإن قيل : الميراث يؤثر في الدين المتأخر عنه ؛ لأن الميت لو حفر بئرًا في الطريق فوقع فيها إنسان بعد الموت أو دابة فدم ذلك على الإرث .

٥٩٢٢ – قلنا : هذا يستند إلى حال الحياة فيصير في المعنى متقدمًا . ولأنه حق لا يجب على المكاتب فلم يجب على المديون ، كالأضحية . ولأن ملكه ناقص ، بدلالة أن الغير يأخذه بغير تراض ولا قضاء قاض [١١] ، وإذا أخذه ملكه ، وهذا علامة نقصان الملك ، كأخذنا أموال أهل الحرب ، ولا يلزم أخذ الأب مال ابنه للحاجة ؛ لأنه لا يملكه بالأخذ [١٢] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .
(٢) في (ع) : [الفضل] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٤) في (ع) : [الفضل] .
(٥) في (م) ، (ع) : [لا يصح] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٧ ، ٨) في (ع) : [الفضل] .
(٩) في (م) ، (ع) : [لا تجب] .
(١٠) في (ص) : [أبرأو] .
(١١) في (م) ، (ع) : [بغير تراض ولا قضاء قاضي] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [الأخذ] ، وفي هامش (ص) : [للأخذ] من نسخة أخرى .

ولا يلزم الرجوع في الهبة ؛ لأنه لا يصح إلا بالتراضي أو حكم الحاكم ، ولا يلزم رجوع الزوج في نصف المهر بعد الطلاق ؛ لأنه إن كان عينًا فلا يصح إلا بالتراضي أو الحكم ، وإن كان في الذمة أثر في نقصان الملك . ولا يلزم أخذ الحربي مالنا ، لأنه ليس له أخذه ؛ ولأن الوصية لا تصح [1] منه ويؤثر في الإرث .

٥٩٢٣ - قالوا : يعتق بعتقه [2] .

٥٩٢٤ - قلنا : نقصان الملك لا يمنع العتق ؛ لأنه يصح [3] في غير الملك ، وهو إذا عتق جاريته عتق حملها وإن لم يملكه .

٥٩٢٥ - قالوا : يجوز هبته .

٥٩٢٦ - قلنا : الوكيل عندنا يجوز هبته وليس بمالك .

٥٩٢٧ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة و [4] السلام : « في كل أربع وعشرين فما دونها من الغنم » ، « في كل أربعين شاة شاة » [5] .

٥٩٢٨ - والجواب : أن هذا مجمل [6] عند أبي الحسن ؛ لأن الوجوب يقف على شرائط لا يتضمنها اللفظ ، وعلى قول غيره قد أريد به إذا كانت لمالك تام الملك ، ونحن لا نسلم أن الغارم تام الملك فيما في يده وقد بيناه .

٥٩٢٩ - قالوا : ما لا يمنع وجوب العشر لا يمنع سائر الزكوات [7] ، دليله الكفارات .

٥٩٣٠ - قلنا : يبطل بعدم تمام الحول ، فإنه لا يمنع وجوب العشر ويمنع وجوب الزكوات [8] والزكاة إذا وجبت منعت الزكاة على الصحيح من القولين ولا يمنع العشر . ولأن الكفارات حق للَّه تعالى لا يطالب به آدمي ، ولا يمنع الزكاة ، وأما الديون فالمطالبة بها حق لآدمي ليصير في يده من المال حولًا بالمطالبة فلا تجب [9] فيه الزكاة ، كالأثاث الذي هو مشغول بحاجته إليه .

---

(١) في (ع) : [لا يصح] .

(٢) في (م) ، (ع) : [بصفه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يصح] .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) انظر تخريجه في مسألة (٢٩٨) . ، وأخرجه الشافعي في الأم باب كيف فرض الصدقة (٤/٢ ، ٥) ، وفي المسند ، الباب الثاني فيما يجب أخذه من رب المال من الزكاة وما لا ينبغي أن يؤخذ (٢٣٣/١ - ٢٣٦) ، الحديث (٦٤٤ ، ٦٤٦) .

(٦) في (م) ، (ع) : [يحل] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الزكاة] .

(٨) في (م) ، (ع) : [الزكاة] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فلا يجب] .

٥٩٣١ – فإن قيل : مطالبة اللّٰه تعالى وأمره بالكفارات ، وأمره بإخراجها كمطالبة الآدمي بالدين .

٥٩٣٢ – قلنا : لا يستويان ؛ لأن مطالبة الآدمي بجنس المطلوب منه ويجبر على أدائه ويؤخذ ماله به [١] بغير اختياره ، ويستحق الحجر عند بعض الفقهاء ، والكفارة ليس فيها أكثر من المأثم ، وهو موجود في الدين فيبقى له المزايا التي بيناها ، فأما الدين غير المستغرق فيمنع الزكاة بقدره وما زاد على مقدار الدين لا يتعلق به حق فتجب [٢] الزكاة فيه . يبين [٣] ذلك أن الدين المستغرق يمنع الحج [٤] ، والفاضل من الدين يجب الحج لأجله .

٥٩٣٣ – قالوا : لو كان له خمس من الإبل سائمة وألف درهم وعليه خمس من الإبل صداق زوجته وجبت الزكاة في الإبل فإذا لم يمنع الدين وجوب الزكاة في جنسه [ففي غير جنسه أولى ، وتحريره أن ما لا يمنع الزكاة في جنسه لا يمنع في غير جنسه] [٥] . كالكفارات .

٥٩٣٤ – الجواب : أن الدين في مسألتنا منع الزكاة ؛ لأنه [٦] لا يحصل في الدراهم عندنا والكلام في تأثير الدين في الزكاة في الجملة ، وليس الكلام في اعتبار الأموال وإنما جعلنا الدين في الدراهم ؛ لأن السائمة للقنية يشق تسليمها في الديون ، والدين يجعل فيما هو أسهل قضاء .

٥٩٣٥ – فأما قولهم : إن القضاء من الجنس أسهل فلا يصح عليه ، والسائمة جنسه وصرف [٧] الدراهم إلى الدين أسهل .

٥٩٣٦ – فأما قولهم : إذا لم يمنع الدين وجوب الزكاة في جنسه لم يمنع في غير جنسه فغير مسلم ؛ لأن [٨] عندنا لو لم يكن له دراهم حصل الدين في الإبل يمنع وجوب الزكاة فكيف نسلم لهم هذا الإطلاق ؟

٥٩٣٧ – قالوا : حق مصروف إلى أهل السهمين يجب في مال من لا دين عليه ،

---

(١) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، استدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [فيجب] .

(٣) في (ع) : [تبين] .

(٤) لفظ : [الحج] ساقط من (م) .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) لفظ : [لأنه] : ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [صرفي] بدون العطف .

(٨) في (ع) : [لأنا] .

فوجب في مال من عليه الدين .

٥٩٣٨ - قلنا : العشر لا يجب في المال [١] لكن بوجوده ؛ ولأن العشر يتكرر وجوبه في حول واحد ، فلم يمنع الدين من وجوبه ، ولما كانت الزكاة لا يتكرر وجوبها في الحول جاز أن يمنع الدين وجوبها كالحج .

٥٩٣٩ - قالوا : العشر والزكاة حقان يستويان في الصرف ، فإذا لم يمنع الدين أحدهما لم يمنع الآخر ، كالعشر ونصف العشر .

٥٩٤٠ - قلنا : العشر قد دخل في فرع العلة فلم يجز أن يكون هو أصلها ؛ ولأن الوصية للفقراء مصرفها مصرف الزكاة والدين يؤثر عندهم فيها [٢] ، ولا يؤثر في الزكاة .

٥٩٤١ - قالوا : حق يتعلق بمال يسقط [٣] بتلفه ، فلم يمنع الدين منه ، كالجناية .

٥٩٤٢ - قلنا : الدين لا يمنع الزكاة وإنما يمنعها نقصان الملك ؛ ولأن الجناية تتعلق [٤] بما ليس بمال ، وهو رقبة الحر فالدين لا ينفيها [٥] ، والزكاة لا / تجب [٦] عن مال ، فجاز أن يؤثر فيها الدين . أو نقول [٧] إن الجناية لا تعتبر [٨] في تعلقها الملك ؛ لأنها تجب [٩] في رقبة عبد الصبي ، وعبد الكعبة ، وبيت المال ، بصفة المال لا يعتبر والمالك معتبر في وجوب الزكاة ، فجاز أن يعتبر صفاته .

٧/أ

٥٩٤٣ - قالوا : صنف من أهل الصدقات يملكون ما يأخذونه ملكًا تامًّا فجاز أن تجب علهم الزكاة كأبناء السبيل .

٥٩٤٤ - قلنا : لا نسلم أن الزكاة تجب [١٠] على ابن السبيل حتى تثبت يده على ماله ؛ ولأن ابن السبيل حلت له الصدقة لزوال معنى الغنى عنه مع [١١] ثبوت يده على المال .

---

(١) في (م) ، (ع) : [في الأموال] .
(٢) في (م) ، (ع) : [والدين يوثر عندهم فيها ولا يوثر عندهم فيها] .
(٣) في (ص) : [سقط] .
(٤) في (م) ، (عط) : [يتعلق] .
(٥) في (ص) : [لا ينفها] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .
(٧) في (م) ، (ع) : [يقول] .
(٨) في (م) ، (ع) : [لا يعتبر] .
(٩) في (م) : [يجب] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(١١) في (م) ، (ع) : [يمنع] .

٥٩٤٥ - قالوا : الناس صنفان : غني تجب [١] عليه الزكاة وفقير تحل [٢] له الزكاة . ثم ثبت أن من تجب [٣] عليه تحل له [٤] الزكاة ، وهو ابن السبيل ، وجب أن يكون فيمن تحل [٥] له الزكاة من تجب عليه [٦] .

٥٩٤٦ - قلنا لا نسلم أن في أصناف الزكاة من يحل له الأخذ مع وجوب الزكاة عليه على ما قدمنا ، ونعكس هذا الكلام فنقول : فلما لم يجز أن تحل [٧] الصدقة لم تجب [٨] عليه مع ثبوت يده على المال ، كذلك لا يجب على من يجوز له الأخذ مع ثبوت يده على المال .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٢) في (م) ، (ع) : [يحل] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يحل له] ، قوله : [من تحل له] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) في (م) ، (ع) : [يحل] .
(٦) في (ع) : [من وجبت عليه] .
(٧) في (م) ، (ع) : [أن يحل] .
(٨) في (م) ، (ع) : [لم يجب] .

مسألة ٣٤٣

حق المعدن يتعلق بكل خارج من الأرض منطبع

٥٩٤٧ - قال أصحابنا : حق المعدن يتعلق بكل خارج من الأرض منطبع [١] .

٥٩٤٨ - وقال الشافعي : لا يتعلق إلا بالذهب والفضة [٢] .

٥٩٤٩ - لنا : قوله عليه الصلاة و [٣] السلام : « في الركاز الخمس » [٤] ، والركاز : المغيب في الأرض . ولا يقال : إن الركاز ما ركز فيها ودفن ، يقال : ركز رمحه [٥] ؛ لأن هذا دليلنا لأنه يقال : ركز رمحه لأنه غيبه ، يبين [٦] ذلك أنه عليه الصلاة و [٧]

(١) راجع المسألة في كتاب الأصل باب الذهب والفضة والركاز والمعدن (١٢٨/٢) ، مختصر الطحاوي باب زكاة الذهب والورق ص (٤٩) ، المبسوط باب المعادن وغيرها (٢١١/٢) ، تحفة الفقهاء باب المعدن والركاز (٣٢٩/١ ، ٣٣٠) ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة ، فصل هذا الذي ذكرنا حكم الخارج من الأرض (٦٧/٢) فتح القدير مع الهداية باب في المعادن والركاز (٢٣٣/٢ ، ٢٣٤) ، البناية (٤٧٤/٣ ، ٤٧٥) ، الاختيار باب المعدن (١١٧/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب الركاز (٢١٢/١) .

(٢) راجع المسألة في الأم باب زكاة المعادن (٤٢/٢) ، مختصر المزني باب زكاة المعادن ص (٥٣) ، حلية العلماء في زكاة المعدن والركاز (٩٥/٣ ، ٩٦) ، المجموع مع المهذب باب زكاة المعدن والركاز (٧٥/٦ ، ٧٧ ، ٩٠) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٨٨/٦ ، ٨٩) . راجع المسألة في المدونة ، في زكاة المعادن ، وفي زكاة اللؤلؤ والجوهر والمسك والعنبر والفلوس ومعادن الرصاص والنحاس (٢٤٦/١ ، ٢٥١) ، الكافي لابن عبد البر باب زكاة المعادن والركاز (٢٩٦/١) ، شرح الزرقاني (١٦٩/٢) . راجع في الإفصاح باب الزكاة (٢١٥/١ ، ٢١٦) ، الكافي لابن قدامة ، باب زكاة المعدن (٣١٢/١) ، المغني باب زكاة الذهب والفضة (٢٤/٣) .

(٣) الزيادة من (ع) .

(٤) أخرجه البخاري ، بلفظ : العجماء جبار ، والبئر جبار ، والعدن جبار ، وفي الركاز الخمس في الصحيح الزكاة ، باب في الركاز الخمس (٢٦٢/١) ، وأخرجه مسلم في الصحيح (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) كتاب الحدود ، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار (١٣٣٤/٣ ، ١٣٣٥) ، الحديث (٤٥ ، ٤٦/ ١٧١٠) ، وأبو داود في السنن ، كتاب الديات باب العجماء والمعدن والبئر جبار (٥٤٩/٢) ، وفي كتاب الخراج والفيء والإمارة ، باب ما جاء في الركاز وما فيه (١٧٧/٢) ، مختصرًا . وأخرجه الترمذي في كتاب الزكاة ، باب ما جاء أن العجماء جرحها جبار وفي الركاز الخمس (٢٥/٣) ، الحديث (٦٤٢) .

(٥) الركز : غرز الشيء منتصبًا ، ركز الرمح ركزًا : غرزه وأثبته في الأرض . راجع لسان العرب مادة ركز (١٧١٧/٣) ، المصباح المنير (٢٢٤/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٧) الزيادة من (ع) .

السلام سئل عن الركاز ، فقال : « الذهب والفضة اللذان خلقهما اللّٰه تعالى في الأرض[١] ، فدل على أن المعدن ركاز .

٥٩٥٠ – فإن قيل : قد بين [٢] أن الركاز الذهب والفضة .

٥٩٥١ – قلنا : هذا يدل على [٣] أنهما ركاز ، ولا يدل أن غيرهما ليس بركاز ، وإنما خصه عليه الصلاة و [٤] السلام بالذكر المقصود . ولأنه مما ينطبع ، فإذا استفاده من المعدن تعلق به حق المعدن ، كالذهب والفضة . ولا يلزم إذا وجد في داره ؛ لأن الأصل والفرع يستويان ، ويقول : ما وجده في داره تعلق به الحق ، لكن الإمام ملكه إياه ، ولأنه يستخرج بالنار [٥] والمعالجة ، كالذهب . والفضة .

٥٩٥٢ – فإن قيل المعنى فيه : أنه ليس بمقوم وليس كذلك الحديد ؛ لأنه يقوم ؛ لأن الخارج من المعدن التبر [٦] وذلك ليس بقيمة الأشياء ، فهو مقوم .

٥٩٥٣ - فإن قيل : المعنى فيه : أنه لو ورثه جرى حول الزكاة والحديد والرصاص بخلافه .

٥٩٥٤ – قلنا : المال الجاري في الحول هو النامي أو المرصد للنماء .

٥٩٥٥ – قلنا : ليس ينمي ولا ينوي به التجارة ، لا يوجد [٧] فيه المعدن ، وحق المعدن كله نماء ، فجاز أن يتعلق به وإن لم يضم إلى ملكه بمعنًى آخر .

٥٩٥٦ – احتجوا : بأنه جنس لاتجب [٨] الزكاة في عينه ، فلا يجب فيه حق المعدن كالفيروز .

٥٩٥٧ – وربما قالوا : مقوم [٩] مستفاد من المعدن .

٥٩٥٨ - قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأن الزكاة إذا وجبت في العروض وجبت في عينها .

---

(١) أخرجه البيهقي مرفوعًا بلفظ : قال رسول اللّٰه ﷺ في الركاز : الخمس ، قيل : وما الركاز يا رسول اللّٰه ، قال : الذهب والفضة الذي خلقه اللّٰه في الأرض يوم خلقت في الكبرى ، في كتاب الزكاة باب من قال : المعدن ركاز فيه الخمس (١٥٢/٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) الزيادة من (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [بالمال] .

(٦) قال ابن الأثير : التبر هو الذهب والفضة قبل أن يضربا دنانير ودراهم ، فإذا ضربا كانا عينًا ، وقد يطلق التبر على غيرهما من المعدنيات ، كالنحاس ، والحديد والرصاص ، وأكثر اختصاصه بالذهب ، ومنهم من يجعله في الذهب أصلًا ، وفي غيره فرعًا ومجازًا . راجعه في النهاية باب التاء مع الباء (١٨٩/١) ، لسان العرب ، مادة تبر (٤١٦/١) ، المصباح المنير (٧٠/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا يؤخذ] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يقوم] .

٥٩٥٩ - وقولهم : مقوم ليس باحتراز ؛ لأن المنفى ليس بقيمة فهو مفهوم ، وإن أرادوا بوجوب الزكاة في عينه أنه يتعلق بمطلق الملك ، والحديد لا يزكى بمطلق الملك ، فقد بينا أن ذلك لعقد [1] النماء فيه ، متى لم توجد التجارة ، فإذا حصل من المعدن فكله نماء ، والمعنى فيما قاسوا عليه : أنه خارج منطبع ، كالطين ، وهذا بخلافه . ولا يلزم الزئبق [2] لأن فيه روايتين ، وهي مبنية على الانطباع ، وإن كان ما ينطبع ففيه الخمس ، وإن لم ينطبع فلا شيء فيه [3] .

٥٩٦٠ - فإن قيل : اعتبار ما ينطبع ليس بأولى ممن قال : إنه خارج منتفع به .

٥٩٦١ - قلنا : من قال هذا أبطل تعليله النص ، وهو قوله عليه الصلاة و [4] السلام « لازكاة في حجر » [5] وانتقض [6] تعليله بالماء والطين .

٥٩٦٢ - قالوا : ما لا يجب فيه حق المعدن إذا أصابه من معدن داره لم يجب إذا أصابه من غير ملكه ، أصله : الياقوت .

٥٩٦٣ - قلنا : لا نسلم أن الحق لا يتعلق [7] بالمستفاد من داره بل قد يتعلق به الحق وملكه إياه الإمام ، والمعنى في الياقوت ما ذكرناه .

٥٩٦٤ - قالوا : إن كان المعدن كالمستفاد لم يتعلق الحق إلا بالأثمان ، كالمواريث . ولا يجوز أن يكون كالغنيمة ؛ لأنه لو كان لم يختص بما ينطبع .

٥٩٦٥ - قلنا : هو كالغنيمة ؛ لأنه وصل إلينا بزوال يد أهل الشرك ويخالفها من وجه ، وهذا غير ممتنع ، كما أن الخارج من الأرض تتعلق [8] به الزكاة عند مخالفنا وإن خالف الزكاة من وجوه كثيرة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لتعد] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الزيبق] بالياء ، وفي (ص) ، بدون نقط ، الصواب ما أثبتناه . الزئبق : الزاووق ، فارسي معرب ، والزاووق ما يزين به الأشياء كالخرز والقطيفة تعلو الثوب ، والوبر الذي يعلو المنسوجات وما يطلى به الدراهم والسقوف . راجع في لسان العرب ، مادة زبق ، ومادة زرق (١٨٠٨/٣ ، ١٨٩١) ، المغرب باب الزاي ص ٢٠٥ .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلا ينفي] ، مكان : [فلا شيئ فيه] ولفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش.

(٤) الزيادة من (ع) .

(٥) أخرجه ابن عدي في الكامل (٢٢/٥) ، ورواه محمد بن عبيد الله العزرمي في الكبرى كتاب الزكاة باب ما لا زكاة فيه من الجواهر غير الذهب والفضة (١٤٦/٤) .

(٦) في (م) ، (ع) : [وانقض] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يتعلق] ، مكان : [لا يتعلق] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

مسألة ٣٤٤

الواجب في المعدن الخمس

٥٩٦٦ - قال أصحابنا : الواجب في المعادن الخمس يصرف مصرف الفيء [(١)] .

٥٩٦٧ - وحكى أصحاب الشافعي ثلاثة أقاويل ، قال في القديم ، والجديد والإملاء: إن الواجب ربع العشر . وقال في قول آخر : الخمس وذكر قولًا ثالثًا .

٥٩٦٨ - قالوا : إن وجد ندرة [(٢)] مجتمعة أو كان في أثر سيل في بطحاء أو غيرها ، ففيه الخمس ، وإن كان متفرقًا يخرج بالنار والطبخ ، ففيه ربع العشر [(٣)] . ولا يختلف [(٤)] مذهبه أنه يصرف مصرف الزكاة .

٥٩٦٩ - والزكاة في هذه المسألة مبني على أن المعدن ركاز ، الدليل عليه : ما روى محمد بن الحسن [(٥)] عن هشام بن سعد المدني [(٦)] قال : « أخبرنا عمرو بن شعيب ،

---

(١) راجع المسألة في كتاب الأصل (١٢٨/٢ ، ١٢٩) ، مختصر الطحاوي ص (٤٩) ، المبسوط (٢١١/٢) ، تحفة الفقهاء (٣٣٠/١) ، بدائع الصنائع (٦٧/٢) ، فتح القدير (٢٣٣/٢ - ٢٣٥) ، البناية (٣/ ٤٧٤ - ٤٧٨) ، الاختيار (١١٧/١) ، مجمع الأنهر (٢١٢/١)

(٢) في سائر النسخ : [بدرة] ، لعل الصواب ما أثبتناه بالنون . قال ابن منظور : [البدره] : كيس فيه ألف أو عشرة آلاف . والندرة : قطعة من الذهب والفضة توجد في المعدن . راجع في لسان العرب مادة بدر وندر (٢٢٩/١) و (٤٣٨٢/٦) .

(٣) راجع المسألة في الأم (٤٢/٢ ، ٤٣) ، مختصر المزني ص ٥٣ ، حلية العلماء (٩٦/٣ ، ٩٧) ، المجموع مع المهذب (٨٢/٦ ، ٩٠) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٨/٦ - ٩٠) . المدونة في زكاة المعادن (٢٤٧/١) ، المنتقى ، في الزكاة في المعادن (١٠٢/٢) ، الرسالة الفقهية باب في زكاة العين والحرث والماشية ... إلخ ص (١٦٨) ، الكافي لابن عبد البر باب زكاة المعدن والركاز (٢٩٦/١) المقدمات الممهدات في القول في المعادن (٣٠٠/١ ، ٣٠١) ، بداية المجتهد الفصل الأول في الذهب والفضة (٢٦٦/١) . راجع الإفصاح (٢٤٦/١) ، المغني (٢٤/٣ ، ٢٥) ، الكافي لابن قدامة (٣١٢/٢١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يختلف] بدون العطف .

(٥) في (م) ، (ع) : [سعد] ، مكان : [لحسن] .

(٦) في سائر النسخ : [سعد المكي] ، وما أثبتناه من كتب التراجم ، وفي (ص) : [أنا] ، مكان : [أخبرنا] . راجع ترجمة هشام بن سعد المدني ، في الجرح والتعديل (٦١/٩ ، ٦٢) ، الترجمة (٢٤١) ، ميزان الاعتدال (٢٩٨/٤ ، ٢٩٩) ، الترجمة (٩٢٢٤) ، تقريب التهذيب (٣١٨/٢) ، الترجمة (٨١) .

عن أبيه ، عن جده ، أن رسول الله ﷺ أتاه رجل ، فقال يا رسول الله [1] : كيف ترى بالمتاع يوجد في الطريق المبني [2] أو في القرية المسكونة ؟ فقال : عرفه سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا قابله [3] به ، وما كان في الطريق غير المبني [4] أو في القرية غير المسكونة ، ففيه وفي الركاز الخمس » [5] . ومعلوم أن الموجود في القرية وفي الأرض مما يجب فيه الخمس ، وهو المدفون ، وقد [6] عطف عليه الركاز ، فدل أن المعدن ركاز وأن حكمه حكم المدفون في وجوب الخمس .

٥٩٧٠ - فإن قيل : معنى الخبر وما كان من المتاع في الطريق غير المبني [7] ففيه وفي الركاز يعني من المتاع ، وفي الذهب والفضة .

٥٩٧١ - قلنا : الركاز لا يختص بالذهب والفضة ، وإنما هو كل مال مدفون ، فالعطف لا يتضمن إلا المعدن ، يدل عليه حديث أبي هريرة ﷺ « أن رسول الله [8] ﷺ قال : في الركاز الخمس ، فقيل : وما الركاز ، قال : الذهب والفضة اللذان خلقهما الله تعالى في الأرض يوم خلقت » [9] ، ومعلوم أن المخلوق في الأرض هو المعدن .

٥٩٧٢ - فإن قيل : رواه عبد الله بن سعيد بن أبي سعيد عن جده وهو ضعيف [10] .

---

(١) الزيادة من (م) .
(٢) في (م) ، (ع) : [المياء] .
(٣) في (م) ، (ع) : [وإلا فائدة] .
(٤) في (م) (ع) : [المبنا] .
(٥) أخرجه محمد مطولًا ، بلفظ : فإن جاء باغية ، فادفعه إليه ، وإلا فشأنك به ، مكان قوله : فإن جاء صاحبها وإلا قابله به ، في كتاب الحجة ، في كتاب الزكاة ، باب ما يخرج من المعادن من الذهب والورق (٤٣٤/١ - ٤٣٧) ، والنسائي في المجتبى كتاب الزكاة ، باب المعدن (٤٤/٥) ، والحاكم في المستدرك والبيهقي في الكبرى ، كتاب الزكاة باب من قال المعدن فيه الخمس (٤/ ١٥٢ ، ١٥٣) ، كتاب البيوع في النهي عن لقطة الحاج (٦٥/٢) ، والبيهقي في الكبرى في باب زكاة الركاز (١٥٥/٤) ، ورواه الإمام الشافعي في الأم في كتاب الزكاة ، باب زكاة الركاز (٤٣/٢ ، ٤٤) .
(٦) في (م) ، (ع) : [قد] بدون العطف .
(٧) في (م) : [المبنا] .
(٨) في (م) ، (ع) : [النبي] ، مكان : [رسول الله] .
(٩) تقدم تخريجه في مسألة (٣٤٣) .
(١٠) هو عبد الله بن سعيد بن أبي سعيد المقبري ، أبو عباد الليثي ، مولاهم المدني ، متروك . قال ابن حبان : يروي عن أبيه أبي سعيد المقبري ، روى عنه الثوري والكوفيون ، كان ممن يقلب الأخبار ويهم في الآثار ، وحتى يسبق إلى قلب من يسمعها أنه كان المعتمد لها قال يحيى بن معين : عبد الله بن سعيد المقبري ليس بشيء لا يكتب حديثه . وقال ابن عدي في آخر ترجمته : وعامة ما يرويه الضعف عليه بين . راجع ترجمته في الكامل (١٦٢/٤ - ١٦٤) ، الترجمة (٩٨٣/١٦) ، كتاب المجروحين (٢) ، تقريب التهذيب (٤١٩/١) ، الترجمة (٣٤٤) .

٥٩٧٣ - قلنا : روى هذا الحديث محمد ، واحتج به ، وطعن أصحاب الحديث إذا لم يبينوا وجهه لا يلتفت إليه .

٥٩٧٤ - فإن قيل : كيف يسألونه عن أمر الركاز [١] وهم يعلمون ذلك كما نعلمه ؟ فثبت أنهم سألوه عن الحكم . فقالوا : ما الذي يجب فيه الخمس ؟ قال : الذهب والفضة ، ليس أن الخمس لا يجب في غيرهما [٢] .

٥٩٧٥ - قلنا : ليس معناه أن السائل كان من أهل اللغة ، ثم الاسم عندنا عام في المدفون والمعدن ، فصح أن يسئل ليعلم الحكم فيهما عامًّا [٣] أو خاصًّا . ولأن الأسماء إذا جاز أن تنقل عن اللغة إلى الشرع جاز أن يسألوه ليعلموا انتقل الاسم أم لم ينتقل .

٥٩٧٦ - فأما قولهم : إنه خص الذكر بالذهب والفضة لينفي الحق عمَّا سواهما ، فعندهم الركاز المدفون ، والحق فيه لا يختص بالذهب والفضة ، على أن تخصيص الذهب والفضة بالذكر لا يدل على نفي الحق عن غيرهما كما أن ذكر تحريم التفاضل في الأشياء الستة لاينفيه عن غيرها .

٥٩٧٧ - قال محمد : تقول العرب : أركزه [٤] المعدن إذا كثر ما فيه ، ولفظ أفعل لا يستعمل إلا واسم الركاز يتناوله [٥] ، كما لا يقال : أفضل إلا بعد وجود الفضل فيه ، فأما دعواهم أنه يقال : « أركز مال التجارة » فلا يعرف ، ولا يصح عن العرب « وأركز المعدن » حكاه محمد عن العرب ، قال : وما كنت أرى أن أهل المدينة يخالفون هذا من كلام العرب .

٥٩٧٨ - ومن أصحابنا من احتج بالاشتقاق ، فقال : الركاز مأخوذ من تغييب [٦] الشيء في الأرض ، ومنه : ركزت رمحي ، والركز : الصوت الخفي ، الركاز أخفى من المدفون فالاسم به أولى . وقول أبي عبيد : إن لغة أهل الحجاز الركاز المدفون ، وفي لغة أهل العراق : إنه المعدن ، فإنما أراد قول الفقهاء ، فأما الاختلاف في اللغة فلا يعرف ، وأبو عبيد : إن لغة أهل الحجاز الركاز المدفون ، وفي لغة أهل العراق : إنه المعدن ، فإنما أراد قول الفقهاء فأما الاختلاف في اللغة فلا يعرف ، وأبو عبيد يحكي في كتابه عن محمد ، وقد قال محمد ما ذكرناه [٧] وقال : إنما سموا المدفون ركازًا تشبيها بالمعدن .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الزكاة] . (٢) في (م) ، (ع) : [في غيرها] .

(٣) لفظ : [عامًّا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يقول العرب أركز] . (٥) في (م) ، (ع) : [يتناول] .

(٦) في (م) ، (ع) : [من تغيب] .

(٧) الزيادة من (م) ، (ع) .

٥٩٧٩ - احتجوا : في / هذا الفصل بما روى هذيل عن شرحبيل عن النبي ﷺ « أنه قال : المعدن جبار والبئر جبار والرجل جبار ، وفي الركاز الخمس » [(١)] فعطف الركاز على المعدن ، والعطف غير المعطوف .

٥٩٨٠ - والجواب : أن النبي ﷺ لما ذكر للمعدن حكمين مختلفين خالف بين الاسم فخالف بين الحكمين .

٥٩٨١ - فإن قيل : لو كان كما ذكرتم لقال وفيه الخمس .

٥٩٨٢ - قلنا : المراد [(٢)] أن يستوفى الحكم الأول ثم ينتقل إلى الحكم الثاني ، ولو قال بعد ذلك : وفيه الخمس رجعت الكناية إلى الأقرب ، ولم يكرر اسم المعدن بذكر الركاز ، ولأثبت [(٣)] أن اسم الركاز يتناول المعدن ، وقد قال النبي ﷺ : « وفي الركاز الخمس » ، وأما الكلام في بعض المسألة ، ولأنه قال : يملك بالاستخراج من الأرض فالواجب فيه يتقدر بالخمس ، كالمدفون ولا يلزم الزرع ؛ لأنه يملك بالخروج ، ولا يلزم الياقوت والنفط ؛ لأنه واجب فيه .

٥٩٨٣ - قلنا الواجب فيه يتقدر بالخمس .

٥٩٨٤ - فإن قيل : المعنى في المدفون أنه مستفاد من الأرض ملكه غيره وهذا لم يملكه غيره .

٥٩٨٥ - قلنا : عللتم [(٤)] الأصل بأوصافنا وزيادة ، وعلة الفرع تبطل [(٥)] بالزرع ، ولأنه مال وصل إلينا بزوال يد أهل [(٦)] الشرك ، كالغنائم .

٥٩٨٦ - فإن قيل : المعنى في الغنيمة : أنها تتعلق [(٧)] بجميع الأموال ، فلو كان المعدن في حكمها لتعلق بكل شيء .

٥٩٨٧ - قلنا : لا يمتنع أن يكون كالغنيمة من وجه ويفارقها من وجه كما أن الواجب عندهم في الزرع زكاة ويتعلق ببعض الأموال ، وإن كان الزكاة تتعلق [(٨)] بكل

---

(١) في هامش (م) بخط مختلف : [العجماء جبار] ، والبئر جبار ، « والمعدن جبار » لعل الحديث روي بهذا اللفظ أيضًا .
(٢) في (م) ، (ع) : [أراد] .
(٣) لفظ : [لأثبت] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) ، (ع) : [عللتم] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يبطل] .
(٦) قوله : [يد أهل] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٧ ، ٨) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

مال ؛ ولأنه حق متعلق بالمال فلا يعتبر فيه الحول ، ولا يتقدر بربع العشر ، كالقائم .

٥٩٨٨ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « وفي الرقة ربع العشر » [١] .

٥٩٨٩ - الجواب : أن هذا يدل على وجوب هذا القدر ، ولا ينفي غيره ، وعندنا يجب في الرقة كل واحد من المقدارين وليس في اللفظ ما ينفي غير المذكور .

ولأن عندهم الحكم المعلق [٢] بالوصف ونفي ما عداه ، فأما إذا علق الحكم بجنس فلا ينفى ما عداه على قول المخالفين .

٥٩٩٠ - احتجوا : بما روى أن النبي ﷺ « أقطع لبلال بن الحارث المعادن القبلية [٣] ، فهي لا يؤخذ منها إلا الزكاة إلى اليوم » [٤] إن هذا الحديث رواه مالك عن ربيعة عن غير واحد عن النبي ﷺ فهو مرسل ، وقد نقل من غير طريق مالك أسنده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده .

٥٩٩١ - قال أصحاب الحديث : كثير وضاع الحديث ، وضع عن أبيه عن جده مائة حديث فرواه عن كثير أبو أويس ، وهو ضعيف . قال [٥] أبو أويس [٦] : وحدثني

---

(١) تقدم تخريجه من حديث أنس ﷺ في مسألة (٢٩٦) .

(٢) في (م) ، (ع) : [المعلق] . (٣) في (م) ، (ع) : [العقلية] .

(٤) أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب إقطاع الأرضين (١٧٠/٢ ، ١٧١) ، البيهقي في الكبرى ، في كتاب الزكاة ، باب زكاة المعدن ومن قال المعدن ليس بركاز (١٥٢/٤) ، والشافعي في الأم كتاب الزكاة ، باب زكاة المعادن (٤٣/٢) ، مالك بألفاظ متقاربة ، في الموطأ ، كتاب الزكاة ، في الزكاة في المعادن (١٩٠/١ ، ١٩١) ، ومحمد في موطئه في أبواب الزكاة ، باب الركاز ص١١٩ .

(٥) الزيادة من سنن أبي داود . كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني ، المدني ، ضعيف . قال ابن حبان : يروي عن أبيه عن جده روى عنه مروان بن معاوية وإسماعيل بن أبي أويس ، منكر الحديث جدًا ، يروي عن أبيه عن جده نسخة موضوعة ، لا يحل ذكرها في الكتب ولا الرواية عنه إلا على جهة التعجيب ، وكان الشافعي رحمه الله يقول : كثير بن عبد الله المزني ركن من أركان الكذب . راجع ترجمته في كتاب المجروحين (٢٢١/٢ ، ٢٢٢) ، الكامل (٥٧/٦ - ٦٣) ، الترجمة (١٥٩٩/١) ، ميزان الاعتدال (٤٠٠/٣ - ٤٠٨) ، الترجمة (٦٩٤٣) ، تقريب التهذيب (١٣٢/٢) ، الترجمة (١٧) .

(٦) عبد الله بن عبد الله بن أويس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي ، أبو أويس المدني . قال ابن حبان : أبو أويس مات سنة تسع وستين ومائة ، كان ممن يخطئ كثيرًا لم يفحش خطؤه حتى استحق الترك ، ولا هو ممن سلك سنن الثقات فيسلك مسلكهم ، والذي أرى في أمره تنكب ما خالف الثقات من أخباره ، ولاحتجاج بما وافق الأثبات منها ، وكان يحيى بن معين يوثقه مرة ويضعفه أخرى . راجع في كتاب المجروحين (٤/٢) ، الكامل (١٨٢/٤ - ١٨٤) ، الترجمة (٣٢ / ٩٩٩) ، تقريب التهذيب (٤٢٦/١) ، الترجمة (٤٠٧) .

ثور بن يزيد مولى بني [1] الديل بن بكر بن كنانة ، عن عكرمة عن ابن عباس مثله ، وهذا طريق صحيح ، لكن أبا أويس ضعيف . ثم قوله : « فهي لا يؤخذ منها [2] إلا الزكاة » قول ربيعة ، ولم يبين من الذي [3] أخذ الزكاة ، ولو كان منقولاً من فعل النبي ﷺ والأئمة : لم يخف على الزهري وهو عالم المدينة [4] حتى يقول : « في المعدن خمس » ؛ ولأن النبي ﷺ أقطعه الموضع فملكه بالإقطاع ، والمعدن [5] المملوك لا شيء فيه عندنا . وقوله : « فلا يؤخذ منها إلا الزكاة » يعني بعد الحول ، حتى [6] لا يظن أن الإقطاع لما أسقط [7] الخمس الذي هو حق لله [8] تعالى أسقط الزكاة أيضًا .

٥٩٩٢ - فإن قيل : إقطاعُ العملُ فيه ، وليس هو تمليك البقعة .

٥٩٩٣ - قلنا : بل تمليك لهما ، وقد كان النبي ﷺ يقطعه المواضع فيملكها كما روي عن [9] علقمة بن وائل « أن النبي ﷺ أقطع أباه أرضًا بحضرموت » [10] .

٥٩٩٤ - قالوا : مستفاد من الأرض لم يملكه غيره ، فوجب أن لا يملك فيه الخمس كالحبوب .

٥٩٩٥ - قلنا : يبطل بالواحد من الجند إذا عمل في المعدن في دار الحرب وجب فيما يأخذه الخمس مع وجود الأوصاف ، والمعنى في الزرع : أنه لم يصل إلينا بزوال أهل الشرك عنه ، والمعدن وصل إلينا بزوال أيديهم .

٥٩٩٦ - قالوا : مستفاد من المعدن فكان فيه ربع العشر ، كما لو وجده في داره .

٥٩٩٧ - قلنا : عندنا لا يجب في الموجود في داره حق يتعلق بالمعدن ، وإنما الزكاة بالحول والنصاب وشرائط الزكاة .

---

(١) في (ص) ، (م) : [ابن] . وهو خطأ .

(٢) لفظ : [منها] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [من الدين] .

(٤) في (ص) : [بالمدينة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [المعدن] بدون العطف .

(٦) قوله : [بعد الحول حتى] : ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [أسقطه] .

(٨) في (ع) : [اللّٰه] .

(٩) حرف : [عن] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) أخرجه أبو داود في السنن كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب إقطاع الأرضين (١٧٠/٢) ، الترمذي في كتاب الأحكام ، باب ما جاء في القطائع (٦٥٦/٣) ، الحديث (١٣٨١) ، وأحمد مطولاً في المسند (٣٩٩/٦) .

٥٩٩٨ - قالوا : الحق يكثر بقلة المؤنة ، ويخف بكثرتها ، كالعشر ونصف العشر ، ومؤنة المعدن أكثر من مؤنة المدفون .

٥٩٩٩ - قلنا : العشر ونصف العشر يتحقق قلة المؤنة فيه [1] وهاهنا لا يتيقن قلة المؤنة ، فلم يؤثر في اختلاف الحق .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [فيها] .

مسألة ٣٤٥

ما يجب في المعدن والركاز ليس بزكاة

٦٠٠٠ - قال أصحابنا : ما يجب في المعدن والركاز ليس بزكاة ويصرف مصرف الفيء [1] .

٦٠٠١ - وقال الشافعي : هو زكاة ويصرف مصرف الزكاة [2] .

٦٠٠٢ - لنا : أنه مال وصل إلينا بزوال يد أهل الشرك عنه ، فالواجب فيه لا يصرف مصرف الزكاة ، أصله : خمس الغنيمة ؛ لأنه مال يظهر [3] عليه بالإسلام ، فوجب أن لا يصرف الواجب فيه مصرف الزكاة ، أصله : الغنيمة . ولأن الواجب يتعلق بأخذ الصبي والمجنون فلم يكن زكاة ، كخمس الغنيمة .

٦٠٠٣ - احتجوا : بحديث بلال بن الحارث [4] ، وقد أجبنا عنه .

٦٠٠٤ - قالوا : حق يجب فيما يخرج من الأرض فوجب أن يكون زكاة ، أصله العشر .

٦٠٠٥ - قلنا : العشر عندنا ليس بزكاة على ما بينا .

٦٠٠٦ - قالوا : حق يجب على المسلم في ماله فكان زكاة ، كسائر الزكوات [5] .

٦٠٠٧ - قلنا : لا نسلم أنه يجب على مال المسلم ، فلم يجب الحق مشتركًا بين الواجد [6] والمستحق مسلمًا أو غير مسلم . والمعنى في سائر الزكوات [7] : أنه اعتبر في

---

(١) راجع المسألة في كتاب الأصل كتاب ما يوضع فيه الخمس والعشر ولمن يجب (٢/ ١٧٥) ، مختصر الطحاوي باب زكاة الذهب والورق ص٤٩ ، تحفة الفقهاء ، باب المعدن والركاز (١/ ٣٣٠) بدائع الصنائع كتاب الزكاة (٢/ ٦٧) ، الاختيار ، باب المعدن (١/ ١١٧) .

(٢) راجع المسألة في حلية العلماء ، باب زكاة المعدن والركاز (٣/ ٩٩) ، المجموع ، باب زكاة المعدن والركاز (٦/ ٨٨ ، ٨٩) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٦/ ١٠١) . راجع المسألة في المدونة ، في قسم خمس الركاز (١/ ٢٤٨ ، ٢٥٩) ، الكافي لابن عبد البر ، (١/ ٢٩٧) ، شرح الزرقاني (٢/ ١٦٩) . راجع المسألة في المسائل الفقهية ، كتاب الزكاة (١/ ٢٤٥) ، مسألة (٣٠) ، الإفصاح ، (١/ ٣١٢ ، ٣١٣) المغني (٣/ ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤) .

(٣) في (ص) : [مظهر] .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٣٤٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الزكاة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الواحد] بالحاء المهملة .

(٧) في (م) ، (ع) : [الزكاة] .

وجود [١] الحول والنصاب ، فلما لم يعتبر ذلك في حق المعدن ، والركاز لم يكن زكاة .

٦٠٠٨ - قالوا : حق المعدن والركاز مفارق لخمس الغنيمة ؛ لأن الخمس ينتقل إلى أهله كما ينتقل الأربعة الأخماس إلى الغانمين [٢] ، وكذلك تمييزه إلى الإمام ، ولا يخاطب الغانمين بإخراجه ، ولا تعتبر [٣] فيه النية . ولا يجوز دفعه في غير المال ، وحق الزكاة يملك الواحد جميعه ، ثم يجب عليه ، بدلالة : اعتبار نية إخراجه ، وإن شاء دفع من المال ، وإن شاء من غيره ، ويجب عليه تعفية [٤] المعدن ، كما يجب عليه تخفيف الثمرة [٥] ، وحدها .

٦٠٠٩ - قلنا : لو سلم مخالفنا [٦] حق الركاز كخمس الغنيمة في بعض الأحكام ، لم يمتنع أن يكون في حكمه ، كما أنه لو خالف عندهم الزكاة في بعض الأحكام وإن كان زكاة . فأما كون الغنيمة في أحد الموضعين [٧] إلى الإمام ، وفي الآخر إلى الواجد [٨] ، فإنما افتقرت الغنيمة إلى قسمة الإمام ، ليس لتمييز حق بعض [٩] الغانمين من حق بعض ، فلو غنم الواجد شيئًا كان تمييز الخمس إليه مثل مسألتنا ، وكذلك النية تعتبر [١٠] فيها نية الواجد ويخرج خمسه كما يعتبر في مسألتنا ، فأما جواز الدفع [١١] من غيره فلا نسلمه في المعدن ولا نقول : إنه ملك جميع المأخوذ ، بل أربعة أخماسه كالغنيمة ، وأما وجوب التصفية عليه فلا نسلم ، ولو أخرج خمس المأخوذ قبل التصفية جاز .

* * *

(١) في (ع) : [وجوب] ، مكان المثبت .
(٢) في (م) ، (ع) : [القائمين] .
(٣) في (م) ، (ع) : [ولا يعتبر] .
(٤) في (م) ، (ع) : [نفقه] .
(٥) في (ع) : [الثمر] .
(٦) في (م) ، (ع) : [بمخالفنا] .
(٧) من قوله : [في حكمه] إلى قوله : [في أحد الموضعين] مكرر في (م) .
(٨) في (م) ، (ع) : [الواحد] .
(٩) لفظ : [ليس] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش ، وفي (ع) : [ليتميز] ، ولفظ : [بعض] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يعتبر] .
(١١) لفظ : [الدفع] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ٣٤٦

لا يعتبر في وجوب حق المعدن والركاز نصاب بل يتعلق بالقليل والكثير

٦٠١٠ - قال أصحابنا : لا يعتبر في وجوب حق المعدن [والركاز نصاب بل يتعلق بالقليل والكثير (١) .

٦٠١١ - وقال الشافعي : لايجب الحق في المعدن] (٢) حتى يكون المأخوذ نصابًا . وأما المدفون : فقال في القديم : يخمس قليله وكثيره . وقال في الجديد : لا يجب في أقل من نصابه ، وأما الحول فهل يعتبر في المعدن ؟ قال في القديم ، والأم ، والإملاء : يزكى لوقته ولا يعتبر فيه الحول ، وأومأ في البويطى إلى القولين ، وأما الركاز فلا يعتبر فيه الحول قولًا واحدًا (٣) .

٦٠١٢ - لنا : قوله عليه الصلاة و (٤) السلام : « وفي الركاز الخمس » (٥) ، ولم يفصل . ولأنه مال مستخرج من المعدن ، كالنصاب . ولأنه حق يثبت (٦) في حق الصبي فلا يعتبر له نصاب ، كصدقة الفطر ، وأما الحول فلا يعتبر للخبر . ولأنه مستفاد من الأرض فلا يعتبر فيه الحول ، كالزرع .ولأنه حق لِلّه تعالى يثبت في حق الصبي فلا يعتبر فيه الحول كصدقة الفطر .

٦٠١٣ - وهذه المسألة تسقط (٧) الخلاف فيها ؛ لأن الشافعي إذا اعتبر الحول

---

(١) راجع المسألة في الحجة باب ما يخرج من المعادن من الذهب والورق (٤٢٨/١) ، تحفة الفقهاء ، (٣٣٠/١) بدائع الصنائع (٦٧/٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) راجع المسألة في الأم باب ما وجد من الركاز (٤٣/٢ ، ٤٥) ، مختصر المزني ص٥٣ ، حلية العلماء (٩٦/٣ - ١٠٠) ، المجموع مع المهذب (٧٥/٦ ، ٧٧ ، ٨٠ ، ٨١ ، ٩٠ ، ٩٩ ، ١٠٠ ، ١٠٢) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٩١/٦ ، ٩٢ ، ١٠٣ ، ١٠٤) . وانظر المدونة ، في الركاز (٢٤٦/١ ، ٢٤٩) ، المنتقى (١٠٢٣/٢) ، الرسالة الفقهية ، ص ١٦٨ ، الكافي لابن عبد البر (٢٩٦/١) ، المقدمات الممهدات (٣٠١/١) ، بداية المجتهد (٢٦٦/١) ، والإفصاح (٢١٦/١ ، ٢١٧) ، المغني (٢٢/٣ ، ٢٦) ، الكافي لابن قدامة (٣١٢ ، ٣١٣) .

(٤) الزيادة من (ع) .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٣٤٣) .

(٦) في (م) ، (ع) : [تثبت] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يسقط] .

والنصاب وأوجب ربع العشر ، فنحن كذلك نقول : أن عندنا يجب حق يختص بالمعدن يخرج من المال فيدل على ذلك بالخبر . ولأنه مال مستخرج من الأرض فالحق المتعلق به يجب في الحال ، كالمدفون .

٦٠١٤ - احتجوا : بحديثي أبي سعيد أن النبي ﷺ قال : « ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة » [١] وفي حديث عمرو بن شعيب عن أبيه / عن جده أن النبي ﷺ قال : « ليس فيما دون خمس ذود من الإبل شيء ، ولا فيما دون عشرين مثقالاً من الذهب شيء [٢] ، ولا فيما دون مائتى درهم شيء » .

٧٦

٦٠١٥ - والجواب : أما قولهم : « [ليس فيما دون خمس أواق صدقة » فعندنا حق المعدن ليس بصدقة . وقوله : « ليس] [٣] فيما دون مائتي درهم شيء » فبقى حقًّا يجب فيها ، وهذا الحق عندنا معها وليس فيها .

٦٠١٦ - قالوا : مال مستفاد من المعدن ، فوجب أن يراعي فيه النصاب ، كما لو وجده في ملكه .

٦٠١٧ - قلنا : قد بينا أنا لا نختلف [٤] في وجوب حق في المخرج يعتبر فيه الحول والنصاب كما لو وجده في ملكه .

٦٠١٨ - قالوا : حق يجب في المال لا يجوز صرفه إلى أغنياء ذوي القربى ، فيعتبر فيه النصاب كسائر الزكوات [٥] .

٦٠١٩ - قلنا : الزكوات [٦] اعتبر لها عفو بعد النصاب فاعتبر لها ابتداء ، ولما كان هذا حق مال لا يعتبر فيه حق في الثاني لم يعتبر فيه الابتداء .

٦٠٢٠ - احتجوا : في الحول بقول النبي [٧] ﷺ : « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول » [٨] .

---

(١) تقدم تخريجه في مسألة (٣٢٤) .

(٢) لفظ : [شيء] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في (م) : [لا يختلف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الزكاة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الزكاة] .

(٧) في (م) (ع) : [بما روي عن النبي] ، مكان : [بقول النبي] .

(٨) سبق تخريجه في مسألة (٣٠٠) .

٦٠٢١ – والجواب : ما قدمنا أن هذا الحق ليس بزكاة .

٦٠٢٢ – قالوا : فائدة تعجلت دفعه من غير أصل فوجب أن يراعى فيه الحول ، كالميراث والهبة والغنيمة .

٦٠٢٣ – قلنا : إن أردتم اعتبار الحول في الجملة فنقول بموجبه في الزكاة الواجبة في هذا المال ، وإن عللتم لاعتبار الحول في الحق المختص به انتقض بخمس الغنيمة والركاز .

* * *

مسألة ٣٤٧

حق المعدن والركاز يجوز للإمام وضعه في واجده

٦٠٢٤ - قال أصحابنا : حق المعدن والركاز يجوز للإمام وضعه في واجده ويجوز للواجد وضعه في آخر [١] .

٦٠٢٥ - وقال الشافعي : لا يجوز ذلك [٢] .

٦٠٢٦ - لنا : ما روى الشعبي : أن رجلًا وجد خمسة آلاف درهم فحملها إلى علي ﷺ [٣] ، فأخذ منه الخمس ، ثم قال : هو مردود فيك » . وروى أنه قال : « لك أربعة أخماسها وخمس للمسلمين » [٤] ولأنه مسلم محتاج فجاز وضع الخمس فيه كسائر الفقراء . ولأن من جاز دفع خمس الركاز إليه جاز أن لا يؤخذ [٥] منه خمس ما أخذ كالمكاتب [٦] .

٦٠٢٧ - احتجوا : بأنه حق يجب فيما يخرج من الأرض ، فلا يجوز صرفه إلى من وجب عليه ، أصله العشر .

٦٠٢٨ - قلنا : العشر يجب لأجل ملكه وما يجب لأجل الملك لا يصرف إلى المالك ، وحق المعدن يجب لما لم يكن ملكًا فجاز صرفه إليه كصدقة غيره .

* * *

---

(١) راجع المسألة في كتاب الأصل كتاب ما يوضع فيه الخمس والعشر ولمن يجب (١٧٥/٢) ، تحفة الفقهاء (٣٣٠/١) ، بدائع الصنائع (٦٧/٢) .

(٢) راجع المسألة في حلية العلماء ، (٩٧/٣) ، المجموع مع المهذب ، (٩٠/٦ ، ٦١) . راجع المدونة في الركاز (٢٤٩/١) . وراجع الكافي لابن قدامة ، باب حكم الركاز (٣١٤/١) ، المغني (٢٣/٣ ، ٢٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [عليه السلام] ، مكان المثبت .

(٤) أخرجه الشافعي في الأم ، كتاب الركاز ، باب زكاة الركاز (٤٤/٢) ، وفي المسند ، كتاب الزكاة ، الباب الرابع في الركاز والمعادن (٢٤٩/١) ، الحديث (٦٧٤) ، والبيهقي في الكبرى (١٥٦/٤) .

(٥) في (م) : [أن لا نأخذه] ، وفي (ع) : [أن لا نأخذ] .

(٦) في (م) ، (ع) : [المكاتب] .

مسألة ٣٤٨

مسائل في صدقة الفطر

٦٠٢٩ - لا يجب على الزوج صدقة الفطر عن زوجته .

٦٠٣٠ - قال أصحابنا لا يجب على الزوج صدقة الفطر عن زوجته (١) .

٦٠٣١ - وقال الشافعي يلزمه ، فإن أخرجت المرأة بإذنه جاز ، وإن أخرجت بغير إذنه ففيه وجهان ، وعلى من تجب ابتداء ؟ فيه قولان ، ونص على أن امرأة الفقير لا فطرة عليها (٢) . [والكلام في هذه المسألة يقع ابتداء في وجوب الفطرة عليها] (٣) ، ثم في إبطال التحمل عنها .

٦٠٣٢ - فالدليل على وجوبها عليها : ما روى نافع عن ابن عمر قال : « فرض رسول اللّٰه ﷺ صدقة الفطر على كل مسلم صاعًا من تمر (٤) وروى عن ابن عمر « أن رسول اللّٰه ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان (٥) على كل نفس من المسلمين حر أو

---

(١) راجع المسألة في كتاب الأصل باب صدقة الفطر (٢٥١/٢) ، الحجة باب زكاة الفطر يؤديها عن أهله وخدمه (٥٢٦/١ - ٥٣٠) ، المبسوط باب صدقة الفطر (١٠٥/٣) ، متن القدوري باب صدقة الفطر ص ٤٣ ، متن الكنز باب صدقة الفطر ص ٣٠ ، تحفة الفقهاء باب صدقة الفطر (٣٣٦/١) ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة (٧٢/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، باب صدقة الفطر (٢٨٥/٢ ، ٢٨٦) ، حاشية ابن عابدين ، باب صدقة الفطر (٧٧/٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب صدقة الفطر (٢٢٧/١) .

(٢) راجع الأم باب زكاة الفطر ، باب زكاة الفطر الثاني (٦٣/٢ ، ٦٥) ، مختصر المزني ، باب من تلزمه زكاة الفطر ص٤٥ ، المجموع مع المهذب ، باب زكاة الفطر (١١٣/٦ - ١١٤ - ١١٨) ، حلية العلماء باب زكاة الفطر (١٠٣/٣) ، معالم السنن ، باب كم يؤدي في صدقة الفطر (٥٢/٢) . ، راجع في المدونة ، فيمن يلزم الرجل إخراج زكاة الفطر عنه (٢٩٢/١) ، المنتقى ، في من تجب عليه زكاة الفطر (١٨٤/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، باب صدقة الفطر (٣٢٢/١) ، المقدمات الممهدات ، فصل في القول في زكاة الفطر (٣٣٤/١) بداية المجتهد ، كتاب زكاة الفطر ، الفصل الثاني فيمن تجب عليه وعمن تجب (٢٨٨/١) ، والإفصاح ، باب زكاة الفطر (٢٢٢/١) ، الكافي لابن قدامة باب زكاة صدقة الفطر (٣٢١/١) ، المغني ، باب صدقة الفطر (٦٩/٣ ، ٧٠) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) أخرجه البخاري في الصحيح باب صدقة الفطر على العبد وغيره من المسلمين (٢٦٣/١) ، الدارقطني في السنن في كتاب زكاة الفطر (١٤٠/٢) ، الحديث (٩) ، وأحمد مطولًا في المسند (١١٤/٢) ، .

(٥) في (م) ، (ع) : وروى عن ابن عمر أن فرض رسول اللّٰه ﷺ صدقة الفطر ، فرض زكاة الفطر في رمضان ، مكان المثبت .

عبد ، رجل أو امرأة ، صغير أو كبير صاعًا من تمر أو صاعًا من شعير » [١] .

٦٠٣٣ - فإن قيل : المراد من الخبر عن كل نفس ، بدلالة : أنه ذكر العبد ، والفطرة لا تجب [٢] عليه .

٦٠٣٤ - قلنا : الخبر الأول ليس فيه ذكر العبد ، فالثاني : ظاهره [٣] يقتضي الإيجاب على المذكورين ، وقام الدليل في العبد بقي الباقي على ظاهره ، يبين [٤] ذلك أن المرأة تجب [٥] عليها الفطرة في الجملة ، ولابد أن يكون دخلت في الخطاب بالإيجاب عليها . وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال في صدقة الفطر : « طهرة الصائم من الرفث » [٦] وهي صائمة ؛ ولأنها عبادة يعتبر فيها المال ، فجاز أن تجب [٧] على الحرة التي لها زوج كالحج ؛ ولأنها زكاة في الشريعة ، كزكاة المال [٨] ؛ ولأنها تلزمها [٩] الفطرة عن مماليكها ، وتلزمها عن نفسها [١٠] ، كالتي لا زوج لها . وإذا ثبت وجوب الفطرة عليها لم يتحملها الزوج كالزكاة .

٦٠٣٥ - ولا يقال : إن الزكاة تجب عن [١١] مالها فلم يلزم زوجها ، والفطرة تجب [١٢] عن بدنها ، وقد عقد على بدنها ؛ فلذلك لزمه طهرتها ؛ لأنه عقد على منافع بضعها دون بدنها ، والفطرة لا تتعلق [١٣] بمنافع البضع .

٦٠٣٦ - فإن قيل : الزكاة لا تتحمل [١٤] بالقرابة ، والفطرة تتحمل [١٥] بالقرابة .

٦٠٣٧ - قلنا : ويتحمل بالقرابة مالا يتحمل بالزوجية كالعقد ، ثم القرابة :

---

(١) أخرجه مسلم في الصحيح كتاب الزكاة (٦٧٨/٢) ، الحديث (٩٨٤/١٦) ، والدراقطني في السنن باب كتاب زكاة الفطر (١٣٩/٢) الحديث (٥) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الزكاة ، باب الكافر يكون فيمن يمون فلا يؤدي عنه زكاة الفطر (١٦٢/٤) .

(٢) في (م) : [لا يجب] .

(٣) في (م) ، (ع) : [في ظاهره] بزيادة في .

(٤) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٥) في (م) (ع) : [يجب] .

(٦) سيأتي تخريجه في مسألة (٣٤٩) .

(٧) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٨) في (م) ، (ع) : [كزكاة المال فجاز أن يجب على الحر] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يلزمها] .

(١٠) في (ص) : [عن نفسه] .

(١١) في (م) ، (ع) : [على] ، مكان : [عن] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(١٣) في (م) (ع) : [لا يتعلق] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [لا يتحمل] .

(١٥) في (م) ، (ع) : [لا يتحمل] .

لايتحمل بها الفطرة عندنا ، وإنما تجب [1] ابتداء على الأب [2] عن ولده إذا كان فقيرًا . ولأن من لزمه [إخراج الزكاة عن ماله لم يلزم غيره إخراج فطرته ، كالرجل والمبتوتة [3] . ولأن من لزمه] [4] فطرة غيره لم يلزم غيره فطرته ، أصله : امرأة المكاتب . ولأنه ليس عليها ولاية ، ولا يلزمه إخراج فطرتها ، كالمختلعة ، وعكسه الأب .

٦٠٣٨ - احتجوا : بما روى الشافعي عن إبراهيم بن يحيى [5] ، عن جعفر بن محمد عن أبيه « أن النبي ﷺ فرض في رمضان على الصغير والكبير ، والحر والعبد والذكر والأنثى ممن تمونون » [6] .

٦٠٣٩ - وهذا حديث مرسل لا يحتج به على أصلهم ، وإبراهيم بن يحيى فقيه مدني ضعفه أهل الحديث ، وطعن مالك عليه ، وقال : أضعفه مذهبه لكن لحديثه [7] .

٦٠٤٠ - قالوا : فقد ذكر الدارقطني الحديث عن [8] على بن موسى الرضا عن أبيه عن جده عن آبائه ، وذكره نافع عن ابن عمر [9] .

٦٠٤١ - قلنا : ذكر هذين الحديثين عن ابن عقدة [10] ، وهو معروف بوضع

---

(١) في (م) ، (ع) : [يجب] .　　(٢) في (م) ، (ع) : [عن الأب] .

(٣) المبتوتة : المرأة المطلقة طلاقًا بائنًا . البت : القطع ، ومنه البتة . راجع في لسان العرب ، مادة بتت (٢٠٣/١ ، ٢٠٤) ، المغرب ص ٣٣ ، المصباح المنير (٣٦/١) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (ص) : [ابن أبي يحيى] ، وهو خطأ . انظر ترجمته في تقريب التهذيب (٤٥/١) .

(٦) في (م)،(ع): [ممن يوتون] . أخرجه الشافعي في المسند كتاب الزكاة ، الباب الخامس في صدقة الفطر (٢٥١/١) ، الحديث (٦٧٦) والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الزكاة ، باب إخراج زكاة الفطر عن نفسه وعن غيره (١٦١/٤) .

(٧) في (م) ، (ع) : [ولكن بحديثه] . إبراهيم بن يحيى بن محمد بن هانئ الشجري ، قال أبو حاتم : هو ضعيف الحديث . راجع ترجمته في الجرح والتعديل (١٤٧/٢) ، الترجمة (٤٨٢) ، المغني (٢٩/١) ، الترجمة (٢٠٣) ، تقريب التهذيب (٤٥/١) ، الترجمة (٢٢٩) .

(٨) في (ص) : [يلي] ، وفي (م) ، (ع) : [على] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٩) تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(١٠) هو أحمد بن محمد بن سعيد ، أبو عباس الهمداني الكوفي شيعي ، المعروف بابن عقدة . وروى عنه الطبراني وابن عدي . قال الذهبي في سير أعلام النبلاء : كتب عمن دب ودرب من الكبار والصغار والمجاهيل، وجمع الغث إلى السمين ، والخرز إلى الدر السمين وقال ابن عدي : كان صاحب معرفة وحفظ ومقدم في هذه الصناعة إلا أني رأيت مشائخ بغداد مسيئين الثناء عليه . راجع ترجمته في الكامل (٢٠٦/١)، الترجمة (٥٣ /٥٣) ، سير أعلام النبلاء (٣٤٠/١٥ - ٣٥٥) ، الترجمة (١٧٨) ، المغني (٥٥/١) ، الترجمة (٥٢٢) .

الحديث ، وقد كان الدارقطني يقدح في دينه ، ثم ردها بأسانيد لاتعرف حديث على بن موسى : عن محمد بن المفضل الأشعرى عن إسماعيل بن همام (١) .

٦٠٤٢ - وحديث ابن عمر : عن [القاسم بن] عبد اللّٰه بن عامر بن زرارة عن عمير (٢) بن عمار الهمداني ، عن الأبيض بن الأغر ، عن الضحاك بن عثمان . وهؤلاء رجال لا يعرفون ، ولا يجوز الرواية عنهم . والعجب أن الدارقطني ذكر هؤلاء وهو أعرف [الناس] (٣) بهم ، فيستحيل أن يلبس حالهم (٤) ، [وقد ذكر الطحاوي أنه لم يرد في هذا الباب إلا حديث ابن أبي مر] (٥) وهو مما يجوز أن يذكره العلماء ، فأما حديث ابن عقدة عن المجاهيل فلا يسوغ روايتها (٦) . ثم إطلاق المؤنة يقتضي ملازمة الإنسان على (٧) طريق المعارضة ، ونفقة الزوجة عندهم عوض عن الاستمتاع ، فلا يتناولها الاسم . ولأن الحق يقتضي من يلزم الإنسان الانفراد بمؤنته وهذا (٨) هو الولد والعبد ، فأما المرأة فيلزمه (٩) لها نفقة مقدرة ، ثم لا يجب عليه ما زاد على ذلك من مؤنتها .

٦٠٤٣ - قالوا : روى عن علي ﷺ أنه (١٠) قال : « وجبت عليه نفقتك فأطعم نصف صاع من بر » (١١) وعن ابن عباس ﷺ أنه كان يعطي زكاة الفطر عن من كان في النفقة » وكان ابن عمر يؤدى زكاة الفطر عن رقيق امرأته » (١٢) .

٦٠٤٤ - قلنا : إخراج الفطرة لا يدل على وجوبها ، فأما قول علي ﷺ فلو صح

---

(١) في (م) ، (ع) : [هشام] . وهو خطأ .

(٢) ما بين المعكوفتين من سنن الدراقطني ، وفي سائر النسخ : [عمر] ، المثبت من سنن الدارقطني . فرواه الدارقطني عن ابن عقدة بهذين الإسنادين مرفوعًا .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في (ع) : [حالتهم] .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [روايتها] .

(٧) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [هذا] بدون العطف .

(٩) في (ع) : [يلزم] .

(١٠) لفظ : [أنه] ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) لم نعثر على حديث علي ﷺ بهذا اللفظ . أخرجه البيهقي بلفظ : من جرت عليه نفقتك ، فأطعم عنه نصف صاع من تمر ، في الكبرى في كتاب الزكاة ، باب إخراج زكاة الفطر عن نفسه وعن غيره (٤/ ١٦١) ، وابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الزكاة ، في من قال صدقة الفطر صاع من شعير أو تمر أو قمح (٣/٦٤) ، الأثر (١١) .

(١٢) أخرجه الدارقطني في السنن (٢/١٤١) ، الحديث (١٣) ، والبيهقي في الكبرى (٤/١٦١) عبد الرزاق في المصنف ، في كتاب صلاة العيدين ، باب رقيق الماشية (٣/٣٢٧) ، الحديث (٥٨٢٨) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الزكاة في صدقة الفطر من قال نصف صاع بر (٣/٦٣) الحديث (٢١) .

جعلناه على الولد والعبد ، فإن الخبر قد ثبت عن رسول الله ﷺ أنه فرض الفطرة على كل ذكر وأنثى ، وأجمعت الأمة على وجوب الفطرة على المرأة قبل أن تنكح [١] فلا تترك السنة الثابتة [٢] والإجماع يقول واحد من الصحابة لم يثبت [٣] عندنا .

٦٠٤٥ - قالوا : النكاح سبب يتعلق به تحمل النفقة ، فجاز أن [٤] يتعلق به تحمل صدقة الفطر ، كالملك والقرابة .

٦٠٤٦ - قلنا : الوصف غير مسلم في الأصل لأن الملك والقرابة يوجبان الفطرة على الإنسان ابتداء لاعلى وجه التحمل ؛ ولأن الالتقاط [٥] سبب يتحمل به النفقة ، ألا ترى : أن من وجد لقيطًا وليس بحضرته إمام ولا وجد من يقرضه ليعتبر [٦] ذلك دينا على الملتقط ، فإنه يجب على من يمكن من نفقته أن ينفق عليه ، ولهذا [٧] السبب يتحمل [٨] النفقة دون الفطرة ، وولاية الإمام سبب يتحمل به نفقة الفقراء في بيت المال ، ولا يتحمل بهذا السبب الفطرة .

٦٠٤٧ - فإن قيل : بيت المال ملك المسلمين [٩] والإمام يدفع إلى الفقير من نصيبه .

٦٠٤٨ - قلنا : والنفقة دين عندكم على الزوج هو يدفع إليها ما وجب لها عليه فتصير [١٠] منفعة لمالكها ، ولا فرق بينهما . ولأن النفقة من حقوق الآدميين ، فيجوز أن يقع فيها التحمل ، كالديات [١١] ، والفطرة عبادة ولا يقع فيها التحمل [١٢] ، كالزكاة ولأن الملك والقرابة كل واحد منهما سبب يثبت به ولاية كاملة فجاز أن يتعلق به وجوب إخراج الفطرة عن غيره كما يخرجها عن نفسه ، والنكاح لا يثبت به ولاية كاملة ، فلم يجب به إخراج الفطرة .

٦٠٤٩ - فإن قيل : اعتبار الولاية لا يصح ؛ لأن الإمام يلي على المسلمين ولا يتحمل فطرتهم ، والوصي يلي ولا فطرة عليه ، والمجنون والصبي [١٣] لا ولاية لهما وعليهما فطرة عندنا .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن ينكح] .
(٢) في (م) ، (ع) : [الثانية] .
(٣) في (م) : [لم تثبت] .
(٤) لفظ : [أن] مكرر في (ص) .
(٥) في (م) : [الالتقاط] .
(٦) في (م) ، (ع) : [ليصير] .
(٧) في (ص) : [وهذا] .
(٨) في (م) : [يتحمل به] بزيادة : [به] .
(٩) في (م) ، (ع) : [للمسلمين] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [فيصير] .
(١١) لفظ : [كالديات] ساقط من (ع) ، في (م) : [كالذيات] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [تحمل] .
(١٣) قوله : [والصبي] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

٦٠٥٠ – قلنا : السبب الذي تتعلق [1] به ولاية كاملة يجوز أن يجب / به [2] إخراج الفطرة ، وهذا مطرد منعكس فالإمام له ولاية كاملة ، فيلزمه إخراج الفطرة عن الصغار من مالهم ، وكذلك الوصي [3] ، والمجنون والصغير لا ولاية لهما فلا يلزمها [4] الإخراج . • /٧٦

٦٠٥١ – فإن نصبنا هذه العلة للوجوب . قلنا : القرابة والملك كل واحد منهما سبب يثبت به ولاية خاصة ، فجاز أن يتعلق به وجوب [5] الفطرة عن غيره كما يتعلق عن نفسه . ولا يلزم الولاية ؛ لأن ولايته عامة والوصي ولايته ولاية الأب وملك الولاية يتعلق بها الفطرة ، والصبي والمجنون كل واحد منهما سبب تثبت [6] به الولاية فاطردت هذه العلة أيضًا وانعكست .

٦٠٥٢ – فإن ألزمونا بالأب [7] الفاسق ، قلنا : سببه يجوز أن تثبت [8] به ولاية كاملة .

٦٠٥٣ – فإن قيل : الكافر مثله .

٦٠٥٤ – قلنا : فنحن قلنا إنه يلزمه عن غيره ما يلزمه عن نفسه ، والكافر لا يلزمه فطرة عن نفسه [9] .

٦٠٥٥ – قالوا : لأنها من أهل الطهرة ومن يمونها من أهل الفطرة واجد لها فلزمه إخراج الفطرة عنها ، كأمته .

٦٠٥٦ – قلنا : أمته ملكه [10] ويجوز أن يلزم الإنسان صدقة لأجل ملكه كالزكاة ، ولا يجوز أن يلزمه صدقة لأجل زوجته ، كالزكاة .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .
(٢) في (م) ، (ع) : [عليه] .
(٣) في (م) ، (ع) : [الصبي] .
(٤) في (م) : [ولا يلزمها] ، وفي (ع) : [ولا يلزمها] .
(٥) في (ع) : [وجود] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يثبت] .
(٧) في (م) ، (ع) : [الأب] .
(٨) في (م) ، (ع) : [أن يثبت] .
(٩) في (ص) : [عن نفسها] .
(١٠) في (م) ، (ع) [ملكته] .

مسألة ٣٤٩

يجب على المولى أن يخرج الفطرة عن عبيده المسلمين والكفار

٦٠٥٧ – قال أصحابنا : يجب على المولي أن يخرج الفطرة عن عبيده المسلمين والكفار [١] .

٦٠٥٨ – وقال الشافعي لا فطرة على المسلم عن عبيده الكفار ، وهل تجب [٢] الفطرة على المولى الكافر عن عبده المسلم ، قالوا : فيه وجهان [٣] .

٦٠٥٩ – لنا حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « ليس على المسلم في عبده ولا في [٤] فرسه صدقة إلا صدقة الفطر في الرقيق » [٥] .

٦٠٦٠ – وقال ﷺ : « عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق إلا أن في الرقيق صدقة الفطر [٦] .

٦٠٦١ – ويدل عليه حديث عكرمة عن ابن عباس ﷺ قال رسول الله ﷺ :

---

(١) راجع المسألة في كتاب الأصل (٢٤٩/٢) ، المبسوط (١٠٣/٣ ، ١٠٤) ، متن القدوري ص (٢٤) ، تحفة الفقهاء (٣٣٧/١) ، بدائع الصنائع (٧٠/٢) ، فتح القدير مع الهداية (٢٨٨/٢ ، ٢٨٩) ، مجمع الأنهر (٢٢٧/١) حاشية ابن عابدين (٧٧/٢) ، البناية في شرح الهداية ، باب صدقة الفطر (٥٧٨/٣ ، ٥٧٩) ، الاختيار ، باب صدقة الفطر (١٢٣/١) ، مختصر الطحاوي ص٥١ ، كتاب الحجة ، باب زكاة الفطر على عبد الرجل الكافر والمسلم (٥٢٣/١ – ٥٢٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٣) راجع الأم (٦٣/٢ ، ٦٥) ، مختصر المزني ص٥٤ ، المجموع مع المهذب (١١٤/٦ ، ١١٨ ، ١١٩) ، حلية العلماء (١٠٣/٣) ، معالم السنن (٤٩/٢) ، في المدونة فيمن لا يلزم الرجل إخراج زكاة الفطر عنه (٢٩٢/١) ، المنتقى (١٨/٢) ، بداية المجتهد ، (٢٨٩/١) ، في المغني لابن قدامة ، (٣١٩/١) ، (٥٦/٣) .

(٤) حرف : [في] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) أخرجه مسلم في كتاب الزكاة ، باب لا زكاة على المسلم في عبده وفرسه (٦٧٦/٢) ، الحديث (١٠ – ٨٢) الطحاوي بهذا اللفظ ، وبألفاظ متقاربة في الشكل ، في باب بيان مشكل (٨١/٣) ، وأبو داود في السنن كتاب الزكاة ، باب صدقة الرقيق (٤٠٣/١ ، ٤٠٤) ، والدارقطني في السنن في كتاب الزكاة ، باب مال التجارة وسقوطها عن الخيل والرقيق (١٢٧/٢) ، الحديث (٥ ، ٦ ، ٧) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الزكاة باب لا صدقة في الخيل (١١٧/٤) ، وفي باب إخراج زكاة الفطر عن نفسه وغيره (١٦٠/٤) ، وأحمد في المسند (٤٢٠/٢٢) .

(٦) تقدم تخريجه في مسألة (٣٢٢) .

« صدقة الفطر على كل كبير وصغير ، ذكر وأنثى يهودي أو نصراني حر أو مملوك نصف صاع من بر أو صاعا من تمر ، أو صاعًا من شعير » [(١)] .

٦٠٦٢ - فإن قيل : هذا حديث نقلتموه من سنن الدارقطني ، وقد أبطله وطعن عليه .

٦٠٦٣ - قلنا : هذا حديث نقله أصحابنا واحتجوا [(٢)] به من كتاب الدارقطني .

٦٠٦٤ - فأما طعنه فقال : رواه سلام الطويل عن زيد العمي عن عكرمة ، وسلام ضعيف ، وما أسنده غيره .

٦٠٦٥ - قلنا : وسلام بن المعري بصري لا يلتفت إلى من ضعفه [(٣)] وقد روى قبله أحاديث ابن عقدة [(٤)] عمن لا يعرف بضعف ولا قوة ولا على ذكره ، ولم يبين [(٥)] حالها ، ثم يغر هؤلاء القوم بكتابه ، ويظنون أنهم منه على أصل ، ولو علموا ما يقول [(٦)] أصحاب الحديث في هذا الكتاب لأقصروا . ولأن [(٧)] كل عبد لو كان للتجارة لزم المولى عنه الزكاة ، وإذا [(٨)] كان للخدمة لزم عنه الفطرة ، كالمسلم ، ولأنه يلي عليه بالملك كالمسلم ، ولا يلزم عبد التجارة [(٩)] لأنا سوينا بين الأصل والفرع ، وهما يستويان في عبد التجارة .

٦٠٦٦ - قالوا : المعنى في المسلم : أنه من أهل الطهرة دون الكافر لأنه بخلافه .

٦٠٦٧ - قلنا : الفطرة طهرة للمؤدى والواجب اعتبار كونه من أهل الطهرة دون المؤدى عنه الذي لا يخاطب بها .

٦٠٦٨ - فإن قيل : المولى طهرته صاع واحد عن نفسه .

٦٠٦٩ - قلنا : لا يمتنع أن يختلف في حاله ويلزم تارة الطهرة بصاع واحد ، وتارة بأصوع كما أن الكفارة طهرة ، فيلزمه تارة كفارة واحدة وتارة يلزمه كفارات ، وكما

---

(١) أخرجه الدارقطني بلفظه ، في السنن ، كتاب زكاة الفطر (٢/١٥٠) ، الحديث (٥٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [احتجوا] بدون العطف .

(٣) لعل المراد : سلام بن سلمة الطويل المدائني . فهو ضعيف ، ضعفه أبو زرعة ، وأبو حاتم . راجع ترجمته في الجرح والتعديل (٤/٤٦٠) ، الترجمة (١١١٢) ، تقريب التهذيب (١/٣٤٢) ، الترجمة (٦١١) .

(٤) في (ع) : [ابن عقره] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولم يتبين] .

(٦) قوله : [ما يقول] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [ولا] ، مكان [ولأن] .

(٨) في (م) ، (ع) : [إذا] بدون العطف .

(٩) في (م) : [عند التجارة] .

أن المال طهرة فمن قل ماله فطهرته [١] مقدار يسير ، فكلما تضاعف زادت طهرته . ولأنها زكاة في الشريعة ، فيها المسلم والكافر كزكاة التجارة .

٦٠٧٠ - فإن قيل : زكاة التجارة يعتبر فيها جهة المال ولهذا تجب في العروض [٢] والبهائم ، وجهة المال حاصلة في العبد الكافر ، وأما زكاة الفطر فلا يعتبر فيها جهة المال وإنما يعتبر طهرة البدن ، ولهذا تجب على الولد فاختصت بأهل الطهارة .

٦٠٧١ - قلنا : زكاة المال المقصود منها إيصال [٣] الطهرة ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا ﴾ [٤] . فاعتبار جهة المال لا يمتنع [٥] أن يعتبر كونها طهرة للمؤدى فكذلك الفطرة المقصود منها الطهرة لكن للمؤدى .

٦٠٧٢ - قالوا : فيجب أن يلزم الأب أن يخرج الفطرة عن ولده الكافر .

٦٠٧٣ - قلنا : كفره أزال ولايته فأسقط الطهرة عنه ، كعتق عبده وبيعه ، وعلى أنه لا رواية في الولد المرتد ، فيجوز أن يقال كالعبد الكافر .

٦٠٧٤ - احتجوا : بحديث ابن عمر ﷺ « أن النبي ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعًا من شعير على حر وعبد وذكر وأنثى من المسلمين » [٦] .

٦٠٧٥ - والجواب : أن هذا يدل على وجوب الفطرة على المسلم ، ولا ينفى الوجوب عن غيره إلا من طريق دليل الخطاب ، وذلك ليس بحجة .

٦٠٧٦ - فإن قيل : لو كانت الفطرة تجب [٧] على المسلم والكافر لأفرد [٨] كل واحد بالذكر ، كما أفرد الذكر والأنثى ، فلما خص [٩] المسلمين دل على أن المقصود

---

(١) في (م) ، (ع) : [وطهر به] .
(٢) في (ع) : [في العرض] .
(٣) في (ع) : [منها ايضا إيصال] بزيادة : [أيضًا] .
(٤) سورة التوبة : الآية ١٠٣ .
(٥) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .
(٦) أخرجه البخاري في الصحيح ، باب صدقة الفطر على العبد وغيره من المسلمين (٢٦٣/١) ، ومسلم في الصحيح ، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) في كتاب الزكاة ، باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير (٦٧٧/٢) ، وأبو داود في السنن ، كتاب الزكاة ، باب كم يؤدي في صدقة الفطر (٤٠٧/١) ، وابن ماجه ، في السنن في كتاب الزكاة باب صدقة الفطر (٥٨٤/١) ، الحديث (١٨٢٦) ، الحديث (٩٨٤/١٢) ، وأحمد في المسند (١٣٧/٢) ، ومالك في الموطأ في كتاب زكاة الفطر (٢٠٩/١ ، ٢١٠) ، والشافعي في المسند في كتاب الزكاة الباب الخامس في صدقة الفطر (٢٥٠/١) .
(٧) في (م) : [يجب] .
(٨) قوله : [ولا فرد] ساقط من (ع) .
(٩) في (م) : [حضر] ، وفي (ع) : [حصر] .

المخالفة بين المسلم والكافر .

٦٠٧٧ - قلنا : هذا تفسير لدليل الخطاب ، وقد بينا أنه ليس بدليل عندنا وأكثر ما في القرآن من هذا النوع لا دليل فيه [١] وإن خص بالذكر . وفائدة التخصيص : أن اللّٰه تعالى يبين الأحكام تارة بالنص ، وتارة بالاجتهاد ، لما [٢] علم في ذلك من صلاح المكلفين ، فلا يمتنع أن يبين حكم المخصوص ويكل غيره إلى الاجتهاد على أنه يجوز يكون التخصيص بالمسلمين ؛ لأن النبي ﷺ جمع بين الصغار والكبار ، والإناث والذكور والعبيد ، والإسلام معتبر في جميعهم [٣] إلا المماليك شرطه الإسلام لبيان حكم الأكثر ، والذي يبين هذا : أن شرط الإسلام خبر مداره على [٤] ابن عمر وقد روى عنه : أنه يخرج عن عبيده الكفار ، فعمله بخلاف ذلك يدل على أنه فهم من الخبر [٥] ما ذكرنا [٥] [٦] .

٦٠٧٨ - احتجوا : بحديث ابن عباس رضي الله عنه قال : « فرض رسول اللّٰه ﷺ زكاة الفطر طهرة للصائمين من اللغو والرفث ، وطعمة للمساكين » [٧] .

٦٠٧٩ - قالوا : والعبد الكافر ليس بصائم .

٦٠٨٠ - قلنا : هي عندنا طهرة للمولى ، والصدقة إنما تكون [٨] طهرة لمن يؤديها لا لمن تؤدى عنه .

٦٠٨١ - قالوا : كل من لم يكن من أهل الطهرة لم تؤد [٩] عنه الفطرة ، كما لو كان المولى أيضًا كافرًا » .

٦٠٨٢ - قلنا : كفر المولى يمنع وجوب الزكاة عن عبد التجارة ؛ فمنع وجوب

---

(١) في هامش (ص) : [له] ، مكان : [فيه] من نسخة أخرى .

(٢) في (ع) : [ولما] بالعطف .

(٣) قوله : [جميعهم] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [على ، مكان : [عن] .

(٥) قوله : [من الخبر] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٧) أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الزكاة ، باب زكاة الفطر (٤٠٧/١) ، وابن ماجه في السنن ، في كتاب الزكاة ، باب صدقة الفطر (٥٨٥/١) ، الحديث (١٨٢٧) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الزكاة ، في زكاة الفطر طهر الصيام (٤٠٩/١) ، والدارقطني (١٣٨/٢) ، الحديث (١) ، والبيهقي في الكبرى ، باب الكافر يكون فيمن يمون فلا يؤدي عنه زكاة الفطر (١٦٣/٤) .

(٨) في (م) : [يكون] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لم يؤد] .

الفطرة عن عبد القنية (١) ، وكفر العبد لا يمنع إحدى الزكاتين ، كذلك الأخرى .

٦٠٨٣ – قالوا : ليس من أهل الطهرة أو كافر فلا يجب إخراج زكاة الفطر عنه ، أصله : الأب الكافر والعبد للتجارة .

٦٠٨٤ – قلنا : أما الأب فلأن البنوة سبب لا تثبت (٢) به الولاية الكاملة ، فتتعلق (٣) به الفطرة ، أما عبد التجارة : فلأن المولى لزمه عن رقبته صدقة لا تختص (٤) بالحيوان فلم يجز أن يلزمه عنها صدقة تختص (٥) بالحيوان كزكاة السوم والتجارة ، والعبد الكافر له عليه ولاية كاملة ، فإذا لم يلزمه عن رقبته إحدى الزكاتين جاز أن يلزمه الأخرى .

٦٠٨٥ – قالوا : العبد مؤدى عنه فوجب أن يعتبر إسلامه ، كالمؤدى نفسه إذا كان كافرًا لم يلزمه أن يؤدى عن نفسه .

٦٠٨٦ – قلنا : وجد الكفر في المخاطب بالفطرة فمنع الخطاب . وفي مسألتنا وجد الكفر في المؤدى عنه ، وكفره لا يزيل الولاية عنه (٦) فلم يمنع ذلك الفطرة كما لا يمنع الزكاة . فأما الابن المرتد : فردته تزيل (٧) الولاية عنه ، فلذلك سقطت فطرته ، ويجوز أن يقال : الولاية ثابتة عليه فلا تسقط (٨) فطرته ، وأما إسلام المؤدي فهو شرط اجتمعت الأمة عليه إلا أبا ثور (٩) وخلافه غير معتد به (١٠) على من قبله ؛ ولأن الفطرة (١١) عبادة تفتقر (١٢) إلى النية فلا يخاطب بها الكافر ، كالصلاة والزكاة ، ولأنها إحدى الزكاتين كزكاة المال .

* * *

---

(١) في (م) : [القيه] .

(٢) في (م) ، (م) : [لا يثبت] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يختص] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يختص] .

(٦) لفظ : [عنه] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) : [يزيل] .

(٨) في (م) : [فلا يسقط] .

(٩) في (ع) : [أبا نور] بالنون .

(١٠) الزيادة من (ع) .

(١١) في (ع) : [الفطر] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يفتقر] .

مسألة ٣٥٠

تجب الفطرة بطلوع الفجر يوم الفطر

٦٠٨٧ - قال أصحابنا : تجب [1] الفطرة بطلوع الفجر يوم الفطر ، فمن ولد بعد ذلك أو أسلم أو ملك لم تجب [2] فطرته ، ومن ولد قبله وجبت فطرته [3] ، وهو قول الشافعي في القديم .

٦٠٨٨ - وقال في الجديد : تجب بغروب [4] الشمس من آخر ليلة من رمضان [5] والدليل على ذلك [6] : ما روى مالك ، عن ابن عمر ، « أن النبي ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس نصف صاع من بر أو صاعًا من شعير » [7] ، والفطر من رمضان عندنا يوم الفطر ، وعنده ليلة الفطر .

٦٠٨٩ - وقد دل على ذلك : ما روى / عمر بن الخطاب أن النبي ﷺ نهى عن /٧٧

---

(١) في (م) ، (ع) : [يجب] ، ولفظ : [تجب] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [لم يجب] .

(٣) راجع المسألة في كتاب الأصل (٢٥٩/٢ ، ٢٦٠) ، مختصر الطحاوي ص٥١ ، المبسوط (١٠٨/٣) ، متن القدوري ص٢٤ ، متن الكنز ص٣٠ ، تحفة الفقهاء (٣٣٩/١) ، بدائع الصنائع (٧٤/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٢٩٧/٢ ، ٢٩٨) ، البناية (٥٩٢/٣ ، ٥٩٣) ، الاختيار (١٢٤/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٢٨/١) ، حاشية ابن عابدين (٨٠/٢) .

(٤) في (م) : [لغروب] .

(٥) راجع المسألة في الأم ، باب من أعسر بزكاة الفطر (٦٣/٢ ، ٦٥ ، ٧٠) ، مختصر المزني ، ص (٥٤) ، المجموع مع المهذب (١٢٨/١٢٥/٦ ، ١٤١ ، ١٤٢) ، حلية العلماء (١٠٦/٣ ، ١٠٧) .
راجع في المدونة في إخراج زكاة الفطر عن الذي يسلم يوم الفطر و في إخراج زكاة الفطر عن المولود يوم الفطر (٢٩١/١) ، المنتقى ، في وقت إرسال زكاة الفطر (١٩٠/٢ ، ١٩١) ، الكافي لابن عبد البر ، (٣٢١/١) المقدمات الممهدات (٣٣٥/١) ، بداية المجتهد ، كتاب الزكاة ، الفصل الرابع متى تجب زكاة الفطر (٢١٩/١) شرح الزرقاني (١٨٦/٢) ، الإفصاح ، (٢٢٠/١) ، الكافي لابن قدامة (٣٢٠/١) ، المغني ، (٦٧/٣ ، ٦٨) ، العدة شرح العمدة ، باب زكاة الفطر ص١٣٩ .

(٦) لفظ : [ذلك] ساقط من (م) .

(٧) أخرجه مالك في الموطأ ، في كتاب الزكاة ، في ملكية زكاة الفطر (٢٠٩/١ ، ٢١٠) ، وقد تقدم تخريجه في مسألة (٣٤٧) .

صيام يومين (١) : يوم فطركم من صيامكم ، ويوم تأكلون (٢) فيه لحم نسككم (٣) ، فدل أن الفطر يقع بالنهار . وقال عليه الصلاة و (٤) السلام : « فطركم يوم تفطرون » (٥) ، ومعناه : وقت فطركم يوم (٦) تفطرون (٧) ، فأضاف الفطر إلى اليوم . فإن الفطر معلوم مشاهدة فلا يبينه (٨) النبي ﷺ وإنما بين الحكم ، فمعناه : « إن يوم الفطر يوم تفطرون » (٩) وإن كان في معلوم الله تعالى غيره .

٦٠٩٠ - قلنا : إضافة الفطر إلى النهار لا يعلم بتعَيُّنٍ (١٠) وإنما يعلم شرعًا ؛ لأنه يكون مفطرًا فيه فرضًا ، وهذا لا يعلم بالمشاهدة ، ولا باللغة ولأن هذا اليوم مضاف إلى الفطر في الشرع ، كما يضاف اليوم إلى الجمعة والأضحى ، وكان ذلك منه دون ما تقدمه .

٦٠٩١ - فإن قيل قد تضاف الليلة إلى يومها ، كما يقال : ليلة الجمعة ، وإن كانت الجمعة في اليوم . ولأن الفطر لو كان يقع بالليل لم يضف وقت الفطر (١١) إلى ما بعده ، كما لا يضاف إلى ما بعد يوم الفطر .

---

(١) في (م) ، (ع) : [عن صيامكم] ، مكان : [عن صيام يومين] ، ولفظ : [يومين] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش. (٢) في (م) : [يأكلون] .

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الصوم ، باب صوم يوم الفطر (٣٤٠/١) ، ومسلم في الصحيح (بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) ، في كتاب الزكاة ، باب النهي عن صوم يوم الفطر ويوم الأضحى (٧٩٩/٢) الحديث (١٣٨ / ١١٣٧) .

(٤) الزيادة من (ع) .

(٥) في (م) : [يفطرون] . أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الصوم ، باب إذا أخطأ القوم الهلال (٥٨٨/١) ، والترمذي ، في السنن ، كتاب الصوم ، باب ما جاء : في الصوم يوم تصومون ، الفطر يوم تفطرون والأضحى يوم تضحون (٧١/٣) ، الحديث (٦٩٧) ، وابن ماجه في السنن في كتاب الصيام، باب ما جاء في شهري العيد (٥٣١/١) ، الحديث (١٦٦٠) والدارقطني في السنن كتاب الحج (٢٢٤/٢) ، الحديث (٣٥) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى في كتاب الحج ، باب خطأ الناس يوم عرفة (١٧٥/٥) .

(٦) قوله : [يوم فطركم] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) : [يفطرون] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فإن قيل إنما يضاف الفطر إلى الليل الفطر معلوم مشاهدة بينه] ، مكان المثبت .

(٩) في (م) ، (ع) : [يفطرون] ، مكان : [يوم تفطرون] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بعين] بدون نقط .

(١١) في (م) ، (ع) : [لم يقع يصف وقت الفجر] .

٦٠٩٢ – فإن قيل : إنما يضاف الفطر إلى الليل لوقوعه فيه ، ويضاف إلى الغد لأنه أول بها يفطر فيه .

٦٠٩٣ – قلنا : لو كان كذلك [١] لقيل اليوم الثاني من يوم الفطر ؛ لأنه [٢] أول سبب أفطر فيه ، فلما لم يصح ذلك دل على أن [٣] الفطر إذا تكرر لم يضف إلى وقت الثاني ، وإن لم يسبقه مثله ؛ ولأن الفطر في الليلة فطر في يوم ، فصار كالفطر في سائر الليالي ، فأما يوم الفطر فهو أول وقت أمر بالفطر ، فكان مأمورًا بالصوم فلذلك أضيف الفطر إليه ، بين ذلك : أن ما يضاف [٤] إلى الوقت يختص به حتى لا يثبت لما تقدمه ؛ ولأن ما بعده كالجمعة ، وكالأضحى [٥] . ومعلوم أن الفطر بالليل لا يختص بهذه الليلة بل هو حكم كان لما قبلها فلم يجز أن يضاف إليها ، ولما كان هذا اليوم له حكم يتجدد لا يوجب لما قبله ولا لما بعده جاز أن يضاف إليها ، وإذا ثبت أن الفطر من رمضان يكون يوم الفطر ، والصدقة مضاف إليه وجبت في اليوم أيضًا .

٦٠٩٤ – والدليل في نفس المسألة : ما روى نافع عن ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ أمر بزكاة الفطر أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة يوم الفطر » [٦] ومعلوم أن حقوق الأموال يندب إلى أدائها عقيب وجوبها ، فلو كان وقت الوجوب يتقدم على اليوم لندب إلى أدائها عقيب وجوبها ، فلو كان وقت الوجوب يتقدم على اليوم لندب إلى إخراجها عند الوجوب .

٦٠٩٥ – وروى أن النبي ﷺ قال : « اغنوهم عن المسألة في هذا اليوم » [٧] لأنه لم يندب إلى الأداء بالليل ، بدلالة الخبر الآخر . ولأنه أحد العيدين [٨] ، فجاز أن يكون وقت العبادة يخرج من المال ابتداء كالأضحية . ولأنه وقت لم يدخل به وقت الأضحية فلم يجب فيه الفطرة ، كالفجر الأول .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ذلك] .

(٢) في (م) : [ولانه] بدون العطف .

(٣) لفظ : [أن] ساقط من (م) .

(٤) في (م) ، (ع) : [أضيف إليه الفطرتين ذلك أن ما أضيف] .

(٥) في (م) ، (ع) [كالأضحى] بدون العطف .

(٦) أخرجه البخاري في الصحيح في باب الصدقة قبل العيد (٢٦٣/١) ومسلم في الصحيح ، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) في كتاب الزكاة ، باب الأمر بإخراج زكاة الفطر قبل الصلاة (٦٧٩/٢) ، الحديث (٩٨٦/٢٢) .

(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٣٢١) .

(٨) في (م) : [العبد] .

٦٠٩٦ - احتجوا : بحديث ابن عباس ﷺ قال : « فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر من رمضان طهرة للصائم من اللغو والرفث وطعمة للمساكين » (١) .

٦٠٩٧ - قالوا : وإذا أفطر آخر ليلة فقد كمل رمضان وكانت طهرة له ؛ ولأن ظاهر الخبر يقتضي أن من لم يصم لم يلزمه ، وقام (٢) الدليل على أنه إذا أدرك (٣) جزء من وقت الصوم لزمه فمن لم يصم ولم يدرك الوقت لا يدخل في الخبر .

٦٠٩٨ - والجواب (٤) : أن الخبر يقتضي (٥) أن الصائم يلزمه الطهرة وليس فيه أنها تجب (٦) في حال الصوم أو عقيب الخروج منه أو بعد ذلك . ألا ترى : أن الصائم ليس هو عبارة (٧) عن من فعل جميع الصوم وليس إذا كانت طهرة له اختصت بعقيبه ؛ لأنه يجوز أن يكون طهرة ويتأخر وقتها .

٦٠٩٩ - فأما قولهم : إن من لم يصم ولا أدرك الوقت لا يلزمه ، والخبر يقتضي أن الصائم يجب عليه طهرة ومن لم يصم هل يلزمه ، لا ينفيه الخبر فهو موقوف على الدليل وأشياء (٨) يوجبها على من لم يصم بهذا الخبر ؛ على أن النبي ﷺ قال في هذا الخبر : « لمن أداها قبل الصلاة فهي (٩) صدقة مقبولة (١٠) ، ومن أخرجها بعد الصلاة فهي صدقة (١١) من الصدقات » (١٢) فتخصيصها بما قبل الصلاة يدل على اختصاصها به .

٦١٠٠ - قالوا : زمان لم ينو فيه شيء من شهر رمضان فلا يتأخر عنه وجوب زكاة الفطر ؛ أصله : عند طلوع الفجر .

٦١٠١ - قلنا : طلوع الفجر يختص بحكم يعود إلى الصوم لا يساويه فيه (١٣) ما قبله [ولا ما بعده ، وغروب الشمس لا يختص بحكم يعود إلى الصوم لا يساويه ما قبله] (١٤) .

٦١٠٢ - قالوا : طلوع الفجر زمان يسبقه الإفطار ، والإفطار فيه مستدام ، فلا يتعلق

---

(١) تقدم تخريجه في مسألة (٣٤٩) .
(٢) في (م) ، (ع) : [قام] بدون العطف .
(٣) في (ع) : [درك] .
(٤) في (م) ، (ع) : [الجواب] بدون العطف .
(٥) في (م) : [تقتضي] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٧) في (ع) : [عبادة] .
(٨) في (م) ، (ع) : [واشار] .
(٩) في (ص) : [فهو] .
(١٠) لفظ : [مقبولة] ساقط من (م) ، (ع) .
(١١) لفظ : [صدقة] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٢) راجع تخريجه في مسألة (٣٤٩) .
(١٣) لفظ : [فيه] ساقط من (م) ، (ع) .
(١٤) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

به وجوب الزكاة ، أصله : ما بعده .

٦١٠٣ – قلنا : ما بعده لا يندب إلى إخراج الفطرة فيه ، ولما كان طلوع الفجر أول وقت ندب إلى الأداء فيه كان وقت وجوبها .

٦١٠٤ – قالوا : زمان لا يتعقب محل صوم رمضان فلا يتعلق به زكاة الفطر ، أصله ما بعده .

٦١٠٥ – قلنا : كونه غير متعقب لزمان الصوم ، لا يمتنع أن يندب فيه إلى الإخراج فلم يمنع أن يكون أول وقت الوجوب .

٦١٠٦ – قالوا : الليلة تابعة لما بعدها من النهار فيما يتعلق بالصوم ، فوجب أن يكون محلًا للوجوب ، كاليوم .

٦١٠٧ – قلنا : الليلة تتبع اليوم في حكم الصوم ؛ لأنه لا يصح الصوم فيها ، ويصح الصوم في اليوم ، وإنما يمنعه من جواز تقدم [1] النية كما يتبع اليوم عنده في جواز تقديم الفطرة .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [عدم] .

مسألة ٣٥١

لا تجب على واحد من الشريكين في العبد فطرة

٦١٠٨ - قال أصحابنا : لا تجب [١] على واحد من الشريكين في العبد فطرة ، ولو كانت الشركة في عبيد لم تجب [٢] أيضًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف [٣] .

٦١٠٩ - وقال الشافعي تجب [٤] الفطرة على كل واحد من الشريكين بقدر نصيبه ، وهل تجوز [٥] من جنس واحد أو من [٦] جنسين ؟ فيها وجهان [٧] .

٦١١٠ - لنا : قوله عليه الصلاة و [٨] السلام : « أدوا عن كل حر وعبد » [٩] والخطاب بالإيجاب يتناول كل واحد من المخاطبين بجميع [١٠] الحكم ، كقوله تعالى [١١] ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَوٰةَ ﴾[١٢] ، فكأنه قال لكل مكلف : أد [١٣] عن عبدك .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٣) راجع المسألة في كتاب الأصل (٢٥٢/٢ ، ٢٦٨) ، المبسوط (١٠٦/٣ ، ١٠٧) ، متن القدوري ص٢٣ ، ٢٤ ، متن الكنز ص٣٠ ، تحفة الفقهاء (٣٣٧/١) ، بدائع الصنائع (١٧/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (١٨٧/٢ ١٨٨) ، البناية (٥٧٧/٣ ، ٥٧٨) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٢٧/١ ، ٢٢٨) ، حاشية ابن عابدين (٧٨/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يجوز] .

(٦) حرف : [من] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) راجع المسألة في الأم باب زكاة الفطر (٦٣/٢) ، مختصر المزني ، ص (٥٤) ، المجموع مع المهذب (١١٣/٦ ، ١٢٠) ، حلية العلماء ، (١٠٣/٣) . في المدونة في إخراج الرجل زكاة الفطر عن عبده المكاتب وغيره (٢٨٩/١) ، المنتقى ، في من تجب عليه زكاة الفطر (١٨٢/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، (٣٢٣/١) ، شرح الزرقاني (١٨٨/٢ ، ١٨٩) ، الإفصاح (٢٢٢/١) المسائل الفقهية كتاب الزكاة مسألة (٢٣) (٢٤٧/١) ، الكافي لابن قدامة (٣٢٢/١) ، المغني (٧٧/٣ ، ٧٨) ، العدة (١٣٩) .

(٨) الزيادة من (ع) .

(٩) أخرجه الدارقطني بلفظ صدقة الفطر عن كل صغير وكبير ، ذكر وأنثى يهودي أو نصراني ، حر أو مملوك نصف من بر ، أو صاعا من تمر أو صاعا من شعير . في السنن ، في كتاب زكاة الفطر (١٥٠/٢) ، الحديث (٥٣) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [الجمع] .

(١١) الزيادة : لمقتضى السياق .

(١٢) سورة البقرة : الآية ٤٣ .

(١٣) في (ع) : [أو] .

ولأن كل واحد منهما لا ولاية له عليه (١) ؛ لأنه لا يملك تزويجه ولا مكاتبته (٢) ، فصار كالمكاتب ؛ ولأن (٣) من لا يلزمه جميع الفطرة لا يلزمه جزء منها ، كالوصي .

٦١١١ - ولا يلزم الولد من الأبوين ؛ لأن كل واحد يلزمه كل الفطرة عند أبي يوسف ، وليس عن أبي حنيفة نص . ولأنه لا يملك عبدًا كاملا فلم يلزمه الفطرة ، أصله : العبد الكافر إذا كان مشتركًا .

٦١١٢ - ولا يقال : إن الكافر ليس من أهل الطهرة ؛ لأن المولى هو المخاطب ، والمعتبر طهرة الموجب عليه . ولأن النبي ﷺ خير من وجبت عليه بين أجناس مختلفة ، فلو أوجبنا على المولين صاعًا واحدًا لم يخل (٤) أن يوجبه من جنس أو جنسين ، ولا يجوز إيجابه من جنس واحد ؛ لأنه يؤدى إلى أن يتعين (٥) على أحدهما بما يختاره (٦) الآخر ، فلا يجوز إيجاب فطرة من نوعين ، كما لا يجوز إذا كان العبد لواحد .

٦١١٣ - قالوا هناك لم يجب على كل واحد إلا مقدار نصبيه وذلك لا يجوز من جنسين .

٦١١٤ - قلنا : بالنص اقتضى إيجاب صاع من نوع ، وهذا خلاف النص ، وعلى أن عندهم الفطرة تطهير للعبد وموجبة عنه ، وهو عبد واحد فلا معنى لاعتبار الموالى على أصلهم .

٦١١٥ - فإن قيل : من أصحابنا من اعتبر غالب (٧) قوت العبد أو غالب قوت البلد ، فعلى هذا لا تجب (٨) إلا من جنس واحد .

٦١١٦ - قلنا : فهذا خلاف النص ، فإنه يقتضي التخيير بكل حال ، ويدل على أن العبد نصاب ، فنقول : إنها صدقة تختص (٩) بجنس الحيوان فلم تجب (١٠) في عين

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا دلاله عليه] ، ولفظ : [له] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش وفي هامش (ص) : بدله ، مكان : [ولاية] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولايه] .

(٣) قوله : [ولأن] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [لم يحل] . (٥) في (م) ، (ع) : [ان يتغير] .

(٦) في (ص) : [بما به يختاره] بزيادة : [به]

(٧) قوله : [قوت العبد أو غالب] ساقط من صلب (م) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [لا يجب] . (٩) في (م) : [يختص] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فلم يجب] .

واحدة مشتركة ، كالزكاة .

٦١١٧ - فإن قيل : المقصود منها المواساة فاعتبر بلوغ المال حدًّا يعتبرها ، والمقصود هاهنا الطهرة [١] .

٦١١٨ - قلنا : والمقصود بالزكاة الطهرة والمواساة فكذلك [٢] الفطرة . ولأنها زكاة يتكرر وجوبها في عين واحدة فوجب أن يعتبر فيها النصاب ، كزكاة المال .

٦١١٩ - قالوا : فعندكم يعتبر النصاب من المال ويعتبر كمال العبد ، وهذا يؤدى إلى اعتبار نصابين [٣] .

٦١٢٠ - قلنا : المعتبر عندنا المؤدي كما يعتبر إسلامه ، فأما النصاب فلا ، ولهذا نوجب إذا ملك عقارًا لغير التجارة .

٦١٢١ - قالوا : فعندنا في كل واحد من النصابين [٤] يعتبر النصاب إلا أنه لا يعتبر في ملك واحد .

٦١٢٢ - قلنا : هذا مغالطة ؛ لأنكم توجبون على مالك نصف العبد إذا كان الباقي حرًّا الفطرة ، فكيف اعتبرتم [٥] النصاب ؟ ثم النصاب في الزكوات [٦] عندكم يعتبر في الملك المشترك بشرائطه المشتركة ، فهذا غير معتبر في الفطرة .

٦١٢٣ - احتجوا : بما روى « أن النبي ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعًا من تمر أو صاعًا من شعير على كل حر وعبد » [٧] .

٦١٢٤ - والجواب : أن المراد بالخبر : على [٨] واحد من الناس ؛ لأن الخطاب بإيجاب إذا توجه إلى الجماعة تناول أحدها [٩] على ما بينا ، ولأنهم أجمعوا أن كل واحد مراد فقد أوجب على كل واحد فطرة عبد ، وكذلك نقول .

٦١٢٥ - قالوا : روى من حديث / ابن عمر رضي الله عنه « أن النبي ﷺ أمر بصدقة الفطر

---

(١) في هامش (ص) من نسخة أخرى : [يحتملها] ، مكان : [يعتبرها] .

(٢) في (م) : [وكذلك] .

(٣) في (م) ، (ع) : [نصيبين] .

(٤) في هامش (ص) من نسخة أخرى : [الزكاتين] ، مكان : [النصابين] .

(٥) في (م) : [اعتبرهم] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الزكاة] .

(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٣٤٩) .

(٨) حرف : [على] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) في (ص) : [إحادها] وفي (م) ، (ع) : [احدها] . وهو الأصح وقد أثبتناه في المتن .

عن الكبير والصغير والحر والعبد ممن تمونون » [١] .

٦١٢٦ - قلنا : الجواب عنه مثل الأول .

٦١٢٧ - قالوا : قوله : « ممن تمونون [٢] يقتضي اعتبار المؤنة ، وهما يمونان [٣] فيجب عليهما .

٦١٢٨ - قلنا : قوله : « ممن تمونون » [٤] بيان لقوله : « عن الصغير والكبير والحر والعبد » فإذا كان ذلك يفيد [٥] العبد الكامل فهذا مثله .

٦١٢٩ - قالوا : مسلم يمونه حر مسلم قادر على إخراج الفطرة عنه فلزمه إخراجها ، أصله : إذا كان لواحد . ولأنه من أهل الطهرة فوجبت فطرته على من يجب عليه نفقته [٦] .

٦١٣٠ - قلنا : إذا كان لواحد فولايته عليه كاملة ، فجاز أن يلزمه إخراج فطرته . وفي مسألتنا ولايته ناقصة ، فصار كالمكاتب .

٦١٣١ - قالوا : إذا كان بينهما عبيد فكل واحد قد استكمل ملك عبد فلزمته فطرته كثمانين [٧] شاة بين رجلين ، ولا فرق بين الأعيان المنفردة في السائمة والأشقاص [٨] الشائعة ، كذلك في الفطرة ، وتحريره أنها صدقة صح إخراجها عن الملك المنفرد فصح إخراجها عن الملك المشترك ، كزكاة المال .

٦١٣٢ - قلنا : الزكاة يعتبر فيها جهة المال ، والمال موجود في المنفرد والمشترك ، والفطرة يعتبر فيها معنى الولاية وهي تكمل في المنفرد وتنقص [٩] في المشترك ؛ فلذلك افترقا على أصل أبي حنيفة : الغنم تقسم [١٠] بعضها في بعض ، فالمالك لنصف الغنم يجمع ملكه فيها حكمًا ، كما يستحق أن يجمع بالقسمة ، والعبد لا يقسم ، فلا يمكن جمع نصيبه من العبد حتى يصير كالمالك لعبد منفرد ، ولهذا المعنى إذا كانت [١١] الغنم

---

(١) في (م) ، (ع) : [يمونونه] . حديث ابن عمر : تقدم تخريجه في مسألة (٣٤٨) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يمونونه] . (٣) في (م) ، (ع) : [يمونانه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يمونونه] . (٥) في (م) ، (ع) : [بعبد] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بعبد] . (٧) في (م) ، (ع) : [كماتين] .

(٨) الشقص : بالكر ، القطعة من الأرض ، الطائفة من الشيء ، الجمع : أشقاص ، مثل حمل وأحمال . راجع في مختار الصحاح ، مادة : [شقص] ص ٣٤٣ . (٩) في (م) ، (ع) : [وينقص] .

(١٠) في (م) (ع) : [يقسم] .

(١١) في (ص) ، (م) : [كان] .

مما [1] لا يقسم كثمانين شاة ، لرجل نصفها ، ولأربعين رجلا ، لكل واحد منهم [2] نصف شاة معينة لا تجب [3] فيها الزكاة على صاحب الأربعين ؛ لأنها لا تنقسم [4] فتنفرد ، هكذا ذكره هشام عن أبي حنيفة ومحمد نصًّا .

٦١٣٣ - قالوا : إذا كانت السائمة مشتركة يجوز أن يقسم نصيبه لا توجب [5] الزكاة قبل القسمة ، كما أن المعلوفة يجوز أن تنتقل إلى السوم ، ولا تجب [6] الزكاة فيها قبل النقل .

٦١٣٤ - قلنا : لسنا نوجب الزكاة فيها بمعنى يحصل في الثاني ، لكن إذا كانت مما يقسم فهي في الحال على صفة توجب الزكاة ، وهو مما يثبت في حق الانفراد والمعلوفة ، وإن جاز أن تنتقل إلى السوم فمعنى السوم ليس بقائم [7] فيها في الحال .

٦١٣٥ - قالوا : الفطرة طهرة كالكفارة ، فجاز أن تجب [8] بالسبب الخاص والمشترك .

٦١٣٦ - قلنا : نقلب فنقول : فإذا اشتركا في سببها لم يتبعض وجوبها ، ككفارة القتل ، وكذلك المحرمان يقتلان صيدًا عندنا ، ولا يلزم إذا قتل الحلالانِ صيدًا في الحرم ، لأن ذلك ليس بكفارة عندنا .

٦١٣٧ - قالوا : حق يلزمه لأجل الملك فوجب أن يلزمه في الخاص ، والمشترك ، كالنفقة .

٦١٣٨ - قلنا : لا نسلم أنه [9] يجب لأجل الملك ، بدلالة أنه يجب عن نفسه وولده ؛ ولأن النفقة إذا وجبت بالقرابة جاز أن تتبعض ، فإذا وجبت لأجل الملك جاز أن تتبعض [والفطرة إذا وجبت بالقرابة لم تتبعض] [10] ، لم تتبعض [11] لأجل الملك .

* * *

---

(١) في (م) : [ممن] .

(٢) لفظ : [منهم] ساقط من (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يقسم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يوجب] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولا يجب] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بتام] .

(٨) في (م) ، (ع) : [أن يجب] .

(٩) في (م) : [لأنه] .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [فلم يتبعض] .

مسألة ٣٥٢

إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد فلا فطرة على الشريك ولا على العبد

٦١٣٩ - قال أبو حنيفة إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد فلا فطرة على الشريك ولا على العبد (١) .

٦١٤٠ - وقال (٢) الشافعي : إذا كان المعتق (٣) معسرا فعلى المولى نصف الفطرة ، وعلى المعتق نصفها (٤) .

٦١٤١ - لنا : أن الحرية حصلت في رقبته ، فلم يلزم مالك باقيه فطرة كما لو كاتبه . ولأنه عتق من أحد الشريكين فلم تجب (٥) على الآخر فطرة ، كما لو كان موسرًا وكالمكاتب ؛ ولأنه لا يلي عليه كما لو أعتق نصفه وهو موسر ؛ ولأن من لا يلزمه كمال فطرته لا يلزمه بعضها ، أصله شريك الموسر المعتق . فأما الدليل على أن الفطرة لا تلزم العبد : فلأن شهادته لا تقبل للرق فلا يلزمه فطرة ، كالمكاتب ؛ ولأن الرق باق في رقبته فلم يلزمه شيء من فطرته ، كالمكاتب .

٦١٤٢ - ولأن كل حق لا يلزم إلا معتق بعضه ، كالزكاة .

٦١٤٣ - احتجوا بأن الفطرة ، حق في المال تجب (٦) على المولى لحق العبد ، إذا عتق (٧) انتقل إليه ، فإذا عتق بعضه وجب أن يتبعض ، أصله : النفقة .

---

(١) قال أبو يوسف ومحمد : على العبد أن يؤدي عن نفسه ، وهو بمنزلة الحر . إذا عتق بعضه فقد عتق كله . راجع المسألة في كتاب الأصل ، (٢٤٨/٢) ، بدائع الصنائع (٧٠/٢) .

(٢) في (ع) : [قال] بدون العطف .

(٣) في (م) ، (ع) : [العبد] .

(٤) راجع المسألة في الأم (٦٤/٢) ، مختصر المزني ص٥٤ ، حلية العلماء (١٠٥/٣) ، المجموع مع المهذب (١١٣/٦ ، ١٢٠) . راجع المسألة في المدونة (٢٨٩/١) ، المنتقى (١٨٢/٢ ، ١٨٣) ، الكافي لابن عبد البر (٣٢٣/١) ، شرح الزرقاني (١٨٨/٢ ، ١٨٩) ، المسائل الفقهية (٢٤٧/١) ، الكافي لابن قدامة (٣٢٢/١) ، المغني (٧٨/٣) ، العدة ص ١٣٩ .

(٥) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٧) في (م) ، (ع) : [اعتق] .

٦١٤٤ - قلنا لا نسلم ؛ فإن بعضه إذا أعتق [١] انتقلت النفقة كلها إليه ، ولم يتبعض في الوجوب .

٦١٤٥ - قالوا : ما وجب في حال الرق وفي حال الحرية لم يسقط بعتق بعضه قياسيًا على كفارة القتل [٢] ، وما يجب على العبد من الصلاة والصوم .

٦١٤٦ - قلنا هذه المعاني تجب [٣] على العبد في حال الرق بعتق [٤] بعضه إن لم يؤكد الوجوب لم تسقط .

٦١٤٧ - وفي مسألتنا : الحق يجب على مولاه ، والعتق يعني [٥] أحكام ملكه بدلالة : أنه يجب عندنا إزالة ملكه عنه ، فتزول [٦] يده في الحال وتنتقص [٧] قيمته في العادة لنقصان رقه ، فجاز أن يغير ما وجب على المولى لأجله .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [اعتق] .
(٢) لفظ : [القتل] ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٤) في (ع) : [يعتق] .
(٥) لفظ : [يعني] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [يزول] .
(٧) في (م) : [وينتقض] ، وفي (ع) : [وينتقص] .

مسألة ٣٥٣

لا تجب الفطرة على الفقير الذي يجوز له أخذها

٦١٤٨ - قال أصحابنا لا تجب [١] الفطرة على الفقير الذي يجوز له أخذها [٢] .

٦١٤٩ - وقال الشافعي : إذا ملك قوت يومه لنفسه وعياله وزيادة صاع وجب إخراجه [٣] .

٦١٥٠ - لنا : قوله عليه الصلاة و [٤] السلام : « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها على فقرائكم . [٥] » والألف واللام للجنس ، فدل أن جنس الصدقات تؤخذ [٦] من الأغنياء فلا تبقى [٧] بعد الجنس صدقة تؤخذ [٨] من الفقير ، ولأنه جعل الناس صنفين ، صنفًا يؤخذ منهم . وصنفًا : يرد عليهم . ولا يجوز أن يثبت صنفًا ثالثًا يعطون ويأخذون .

٦١٥١ - فإن قيل : فهذا يقتضي صدقة أخذها إلى الإمام .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٢) راجع المسألة في كتاب الأصل (٢٥١/٢ ، ٢٥٦) ، مختصر الطحاوي ص٥١ ، المبسوط (١٠٢/٣) ، متن القدوري ، ص٢٣ ، متن الكنز ص٣٠ ، تحفة الفقهاء (٣٣٤/١) ، بدائع الصنائع (٦٩/٢) ، فتح القدير مع الهداية (٢٨١/٢ - ٢٨٤) ، البناية ، (٥٦٦/٣ - ٥٧١) ، الاختيار ، (١٢٣/١) ، مجمع الأنهر ، (٢٢٦/١ ، ٢٢٧) ، حاشية ابن عابدين ، (٧٥/٢) .
(٣) راجع تفصيل المسألة في الأم ، وباب من أعسر بزكاة الفطر (٦٥/٢ ، ٧٠) ، مختصر المزني ص (٥٤) معالم السنن (٤٨/٢ ، ٤٩) ، حلية العلماء ، (١٠١/٣ ، ١٠٦) ، المجموع مع المهذب ، (١٠٥/٦ ، ١١٠ - ١١٣) . المدونة في إخراج المحتاج زكاة الفطر (٢٨٩/١) ، المنتقى ، في ملكية زكاة الفطر (١٨٦/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، (٣٢١/١ ، ٣٢٢) ، المقدمات ، (٣٣٤/١) ، بداية المجتهد ، كتاب الزكاة الفصل الثاني فيمن تجب وعمن تجب (٢٨٨/١) ، شرح الزرقاني (١٨٦/٢) . الإفصاح ، (٢٢٠/١) ، الكافي لابن قدامة ، (٣٢٠/١) ، المغني (٧٣/٣ - ٧٥) ، العدة مع العمدة ص (١٣٨) .
(٤) الزيادة من (ع) .
(٥) تقدم تخريجه من حديث معاذ ﷺ في مسألة (٣٠٩) .
(٦) في (م) ، (ع) : [يؤخذ] .
(٧) في (م) ، (ع) : [فلا يبقى] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يؤخذ] .

٦١٥٢ – قلنا : الفطرة كانت تؤدى إلى النبي ﷺ فيجوز أن يكون له في ذلك الوقت الأخذ ، كالأموال الباطنة .

٦١٥٣ – فإن قيل : قصد بهذا الحديث أن يبين أن الصدقات للفقراء ليس لآل محمد عليه الصلاة و (١) السلام فيها شيء .

٦١٥٤ – قلنا : الخبر يدل على بيان الحكم المقصود به ، وعلى غيره إذا اقتضاه اللفظ . وروى أن النبي ﷺ قال : « اغنوهم عن المسألة » (٢) ، وهذا خطاب للأغنياء ، فلو وجبت على الفقراء لقال : وليغن بعضهم بعضًا .

٦١٥٥ – وروى أن النبي ﷺ قال : « إن (٣) أحدكم يتصدق بجميع ماله ثم يقعد يتكفف الناس ، إنما الصدقة [ما كان عن ظهر غنى » (٤) وروى « خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى » (٥) فقوله : « إنما الصدقة »] (٦) يدل (٧) على أنه لا صدقة تجب (٨) على الفقير ؛ لأن الألف واللام للجنس . وقوله : « خير الصدقة » يدل على ذلك لأن الصدقة لو وجبت على الفقير كانت صدقة النافلة من الغنى خيرًا منها ، وهذا لا يجوز ؛ لأن قوله : إن أحدكم يتصدق بجميع ماله ثم يقعد يتكفف الناس ؛ إنكار لهذا الفعل ، وعند مخالفنا هذا واجب .

٦١٥٦ – وقد روى ابن المبارك ويزيد بن هارون وغيرهما عن عبد الملك عن عطاء عن أبي هريرة رضي الله عنه « أن النبي ﷺ قال : « لا صدقة إلا عن ظهر (٩) غنى » (١٠) ولأنها زكاة في الشريعة فلم تجب (١١) على الفقير المنفرد ، [كزكاة المال . ولأنها زكاة تختص

---

(١) الزيادة من (ع) .
(٢) تقدم تخريجه في مسألة (٣٢١) .
(٣) لفظ : [أن] ساقط من (م) .
(٤) لم نعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ .
(٥) أخرجه البخاري في الصحيح ، في الزكاة ، باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى (٢٤٨/١) ، أخرجه مسلم من الصحيح (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) في كتاب الزكاة ، باب بيان أن اليد العليا خير من اليد السفلى (٧١٧/٢) الحديث (١٠٣٤/٩٥) ، وأحمد في المسند ، في مسند أبي هريرة رضي الله عنه » (٢٤٥/٢ ، ٢٧٨ ، ٤٠٢ ، ٤٣٤ ، ٤٣٥ ، ٤٣٦ ، ٤٢٥ ، ٤٢٧) .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٧) في (م) ، (ع) : [تدل] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٩) في (م) (ع) : [لا عن ظهر] ، مكان : [الا عن ظهر] .
(١٠) أخرجه أحمد مطولا في المسند (٢٣٠/٢ ، ٣٩٤ ، ٥٠١) ، وذكره البخاري تعليقًا ، في الصحيح ، في كتاب الوصايا ، باب تأويل قول الله تعالى : من بعد وصية توصون بها أو دين (١٢٧/٢) .
(١١) في (م) : [يجب] .

بالحيوان ، فلم تجب على الفقير المنفرد] [١] كزكاة السوم ، ولأنها صدقة لا تلزم المكاتب ، فلم تلزم الفقير المنفرد كزكاة المنفرد .

٦١٥٧ – فإن قيل : المعنى في زكاة المال أنها تزيد [٢] بزيادة المال . فلذلك اعتبر فيها مقدار ، وهذه الصدقة لا تزيد بزيادة المال فلم يعتبر قدر المال .

٦١٥٨ – قلنا : القطع لا يزيد بزيادة المال ، ولا يجب إلا في نصاب مقدر .

٦١٥٩ – فإن قيل : زكاة المال يعتبر [٣] في وجوبها مال مخصوص [والفطرة لا يعتبر فيها مال مخصوص .

٦١٦٠ – قلنا : القطع لا يعتبر في وجوبه مال مخصوص] [٤] ويعتبر القدر المخصوص ولا يلزم على العلل الثلاث العشر ؛ لأنه ليس بزكاة ، ولا يختص الحيوان ، ويجب على المكاتب ، ولأنها صدقة تجب [٥] بحضور وقت كالزكاة . ولأنه من جاز له أخذ صدقة لم تجب [٦] عليه تلك الصدقة إلا في حال الأخذ كمن لا يملك قوت يومه ، ولا يلزم العشر لأنه ليس بصدقة ؛ ولأن العشر إنما يجب على مالك الأرض ، فأجابوا على العادة أن الأرض تساوى النصاب وزيادة ، فلا يجوز دفع العشر إلى من يجب عليه العشر .

٦١٦١ – احتجوا : بحديث الزهري عن ثعلبة بن أبي صغير عن أبيه ، عن النبي ﷺ أنه قال : صاع من [٧] برٍّ أو قمح عن كل اثنين صغير أو كبير ، حرٍّ أو عبد ، ذكر أو أنثى ، غني أو فقير ، أما غنيكم فيزكيه الله ، وأما فقيركم فيرد الله عليه [٨] أكثر مما أعطاه » [٩] .

٦١٦٢ – والجواب : أن النبي ﷺ ذكر الفقير والغني في المؤدى عنه وعندنا يجب أن

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) : [يزيد] .

(٣) في (ع) : [معتبر] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٧) حرف : [من] : ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [اليه] .

(٩) أخرجه أبو داود باختلاف يسير ، في السنن ، في كتاب الزكاة ، باب من روى نصف صاع من قمح (٤٠٩/١) ، والدارقطني في السنن ، في كتاب زكاة الفطر (١٤٧/٢ ، ١٤٨) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الزكاة باب من قال : يخرج من الحنطة في صدقة الفطر نصف صاع (١٦٧/٤) ، وأحمد في المسند (٤٣٢/٥) والطحاوي في معاني الآثار ، في كتاب الزكاة ، باب مقدار صدقة الفطر (٤٥/٢) .

يؤدى عن الصغير فقيرًا كان أو غنيًا ولا كلام في فقر المؤدى [١] وليس ذلك في الخبر .

٦١٦٣ - فإن قيل : قوله / [٢] : « وإن كان فقيرا رد اللَّه عليه » يدل على أن [٣] الفقير عاد إلى المؤدى . ٧/أ

٦١٦٤ - قلنا : لا ظاهر يدل على ذلك ، ولا يترك النص من غير حاجة ، وإنما في الخبر إضمار ، فكأنه قال : وأما الفقير فإن أعطى رد اللَّه عليه ، والإضمار ترك الظاهر ورد الصفة التي نص عليها : في المؤدى عنه إلى : المؤدى ؛ ترك للظاهر .

٦١٦٥ - وجواب آخر : وهو أنا لو سلمنا [٤] رجوع ذلك إلى المؤدى فقد بين في الخبر أن أداء الفقير ليس بواجب ؛ لأنه لا فرق بين الفقير والغني فجعل الأداء زكاة للغني ووعد الفقير بالمضاعفة ، ولو ساوينا في الوجوب كانت زكاة لهما .

٦١٦٦ - احتجوا : بحديث ابن عمر ﵄ أن النبي ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعا من تمر ، أو صاعا من شعير على كل حر وعبد ، ذكر وأنثى من المسلمين [٥] .

٦١٦٧ - والجواب [٦] : أن الشرط الذي تعلق به الوجوب غير مذكور بإجماع ؛ لأن عندنا يعتبر الغنى وعندهم يعتبر الفاضل عن كفايته مقدار ما يخرجه ، وإذا تعلق الوجوب بصفة مذكورة أجمعوا عليها ، لم يجز الرجوع إلى ظاهره .

٦١٦٨ - فإن قيل : إذا وجب إخراج الصاع ولا نوجبه إلا على الفاقة ، دل اللفظ على شرط وجود ما يؤدى .

٦١٦٩ - قلنا : عندكم يعتبر وجود قوته وقوت عياله ، والإيجاب لا يدل على أنه لابد من اعتبار كفايتهم كما لا يعتبر كفايتهم [٧] من المستقبل ، وإيجاب الصاع لا يدل على قدرته عليه ؛ لأن الوجوب لم يتعلق بالذمة ويقف الإخراج على القدرة كالكفارة .

٦١٧٠ - قالوا : جوهر مال لا يزيد بزيادة المال ، فوجب أن لا يعتبر فيه النصاب

---

(١) في (م) : [في فقير المؤدى عنه] ، وفي (ع) : [فقير] ، مكان : [الفقر] .
(٢) لفظ : [قوله] ساقط من (م) ، (ع) . (٣) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) ، (ع) : [ولو أنا سلمنا] بالتقديم والتأخير ، بحذف : [هو] .
(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٣٤٩) .
(٦) في (م) ، (ع) : [الجواب] بدون العطف .
(٧) قوله : [ما لا يعتبر كفايتهم] ساقط من (م) ، (ع) .

كالكفارات .

٦١٧١ - قلنا لا فرق بينهما ؛ لأن الغني بقدر النصاب معتبر في الكفارات والفطرة ، ولو سلمنا فالكفارة تجب [١] بمعنى من جهة المكلف فلا يقف على الغني كالنذر ، والفطرة تجب [٢] بإيجاب اللّٰه تعالى ابتداء ، ويعتبر فيها المالك ، ولا يقف على الفقر ، كالزكاة .

٦١٧٢ - قالوا : حق يجب في الذمة ولا يعتبر فيه النصاب كأرش الجنايات .

٦١٧٣ - قلنا : أرش الجناية [٣] لا يعتبر في وجوبه الفاضل عن الكفاية ، ولما اعتبر في الفطرة الغنى بالكفاية وبما يؤديه جاز أن يعتبر الغنى المطلق .

٦١٧٤ - قالوا : كل من لزمه نفقة ذي طهرة لزمه الفطرة عنه مع القدرة ، كما لو كان معه نصاب .

٦١٧٥ - قلنا : من معه نصاب يجوز أن تلزمه إحدى الزكاتين ، فجاز أن يلزمه الأخرى ، ومن لا شيء له إلا كفايته وصاع لا يجوز أن تلزمه إحدى الزكاتين .

٦١٧٦ - قالوا : كل صدقة اعتبر فيها نصاب كان من شرط النصاب أن يكون من جنس واحد ، كالماشية .

٦١٧٧ - قلنا : عندنا لا يعتبر النصاب وإنما الغني به ؛ ولأن وجوب الزكاة يعتبر النصاب ولا يختص ذلك بمال واحد .

* * *

---

(١) في (م) : [يجب] .

(٢) في (م) : [يجب] .

(٣) في (م) : [الجنايات] .

مسألة ٣٥٤

صدقة الفطر نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير

٦١٧٨ - قال أصحابنا صدقة الفطر [١] نصف صاع من برٍّ أو صاع [٢] من تمر أو شعير [٣] .

٦١٧٩ - وقال الشافعي : من كل نوع صاع [٤] .

٦١٨٠ - لنا ما روى الزهري عن عبد اللّٰه بن ثعلبة بن صعير [٥] عن أبيه قال : « قال رسول اللّٰه ﷺ : أدوا صدقة الفطر صاعا من تمر ، أو صاعًا من شعير ، أو نصف صاع من بر عن كل صغير أو كبير ، ذكر أو أنثى حر أو عبد » [٦] . وفي لفظ آخر عن ثعلبة : « أن النبي ﷺ خطب قبل يوم العيد بيوم أو يومين فقال : إن صدقة الفطر مدان بر عن كل إنسان ، أو صاع مما [٧] سواه من الطعام » [٨] .

٦١٨١ - فإن قيل : هذا الخبر مشكوك فيه ، فإنه يقول : عبد اللّٰه بن ثعلبة ، أو

(١) لفظ : [الفطر] : ساقط من (ع) .

(٢) في سائر النسخ : [صاعا] ، الصواب ما أثبتناه .

(٣) راجع المسألة في ، مختصر الطحاوي ص (٥١) ، المبسوط (١١٢/٣ ، ١١٣) ، متن القدوري ص ٢٤، متن الكنز ص٣٠ ، تحفة الفقهاء (٣٣٧/١) ، بدائع الصنائع (٧٢/٢) ، فتح القدير مع الهداية (٢٩٠/٢ - ٢٩٥) ، البناية (٥٨٢/٣ - ٥٨٥) ، الاختيار (١٢٣/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٢٨/١ ، ٢٢٩) ، حاشية ابن عابدين (٧٨/٢) ، والجامع الصغير ، باب صدقة الفطر ص (١٣٦) .

(٤) لفظ : [كل] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش . راجع المسألة في الأم باب ملكية زكاة الفطر الثاني (٦٨/٢) ، مختصر المزني ، باب ملكية زكاة الفطر ص٥٥ حلية العلماء ، (١٠٩/٣) ، المجموع مع المهذب ، (١٢٨/٦ ، ١٢٩ ، ١٤٢ ، ١٤٣) ، معالم السنن ، (٥٠/٢) فتح العزيز بذيل المجموع (١٩٣/٦ ، ١٩٤) . والكافي لابن عبد البر ، (٣٢٢/١ ، ٣٢٣) ، المقدمات الممهدات ، (٣٣٩/١) ، بداية المجتهد ، كتاب المجتهد كتاب الزكاة ، الفصل الثالث فماذا تجب (٢٩٠/١) ، الإفصاح ، (٢٢١/١) المغني ، (٥٧/٣ - ٥٩) ، الكافي لابن قدامة ، (٣٢٢/١) ، العدة مع العمدة ، ص (١٣٨) .

(٥) في (م) ، ع) : [صغير] ، وهو خطأ .

(٦) أخرجه الدارقطني بلفظه في السنن ، في كتاب زكاة الفطر (١٤٧/٢) ، الحديث (٣٧) ، والطحاوي باختلاف يسير ، في معاني الآثار ، في كتاب الزكاة ، باب مقدار صدقة الفطر (٤٥/٢) .

(٧) في (ص) : [ممن] .

(٨) أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ باختلاف يسير في السنن كتاب زكاة الفطر (١٤٨/٢ ، ١٤٩) ، الحديث (٤٥) .

ثعلبة [١] فلم يتيقن اسم الراوي .

٦١٨٢ – قلنا : هذا تعاطي ما لا يحسنه [٢] من ذكره ؛ لأن ثعلبة أستاذ الزهري وهو حليف لبني زهرة [٣] ، وله صحبة ، أخذ عن الزهري النسب أفتراه يشك في نسبه مع هذا ؟ وإنما يشك من دون الزهري ؛ لأن له صحبة ، كما أن لأبيه [٤] صحبة . وقد روى هذا الحديث محمد بن الحسن من غير شك .

٦١٨٣ – فإن قيل : قد ذكر الدارقطني [٥] هذا الحديث ، ونقل فيه : « أدوا صدقة الفطر عن كل إنسان صاعًا من بر [على الصغير والكبير » [٦] . وروى « أدوا صدقة الفطر عن كل إنسان صاعًا من بر] [٧] أو قمح عن كل صغير وكبير حر أو عبد ذكر أو أنثى » [٨] .

٦١٨٤ – قلنا : هذا غلط في الرواية ؛ لأن أبا داود ذكر في هذا » صاعا من بر أو قمح علي كل اثنين » [٩] ، فمن نقل « صاعا » في حديثه إنما هو بعض الحديث ، فالمشهور الذي لا يختلف فيه أهل النقل ، حديث ثعلبة : « نصف صاع » [١٠] . وروى ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبي ﷺ بعث مناديًا ينادي في فجاج [١١] مكة ، ألا إن زكاة الفطر واجبة على كل مسلم ، على كل ذكر وأنثى ، حر وعبد ، صغير وكبير ، مدان من قمح أو صاع مما سواه من الطعام » [١٢] .

---

(١) قوله : [أو ثعلبة] ساقط من (م) .

(٢) في (م) : [ما لا يحسبه] ، وفي (ع) : [ما لا يجبه] .

(٣) في (م) : [هزيره] . (٤) في (م ، (ع) : [لابنه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الطحاوي] ، ولفظ الدارقطني ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) أخرجه الدارقطني مطولا ، وفيه : [أدوا عن كل إنسان صاعًا من بر ، عن الصغير ، والكبير (١٤٧/٢ ، ١٤٨) الحديث (٣٨) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . البر : بالضم ، القمح والحنطة ، واحدته : بُرة . راجع في لسان العرب ، مادة برر (٢٥٤/١) ، المصباح المنير ، مادة بر (٤٤/١) .

(٨) أخرجه الدارقطني مطولًا بألفاظ متقاربة ، في كتاب زكاة الفطر (١٤٨/٢) ، الأحاديث (٣٩ – ٤٢) .

(٩) راجع تخريجه في مسألة (٣٥٣) .

(١٠) الذي تقدم تخريجه في هامش (٦ ، ٧) من هذه المسألة .

(١١) في (م) ، (ع) : [مجاج] ، وهو خطأ . الفج : بالفتح والتشديد ، الطريق الواضح الواسع بين الجبلين ، والجمع فجاج مثل سهم وسهام .

(١٢) أخرجه الترمذي باختلاف يسير ، في السنن في كتاب الزكاة ، باب ما جاء في صدقة الفطر (٥١/٣) الدارقطني بلفظه ، كتاب زكاة الفطر (١٤١/٢) ، الحديث (١٤) ، والحديث (٦٧٤) .

٦١٨٥ - وروى أبو سلمة [١] بن عبد الرحمن عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ « أنه أمر بصدقة الفطر صاعًا [٢] من تمر أو صاعًا من شعير أو مدان [٣] من قمح على كل حاضر وباد صغير وكبير حر وعبد » [٤] . وروى الحسن قال : خطبنا ابن عباس ونحن في رمضان على منبر البصرة ، فقال : « أخرجوا صدقة صيامكم [٥] فكان الناس لم يعلموا فقال : من هاهنا من أهل المدينة قوموا إلى إخوانكم فعلموهم ، فإنهم لا يعلمون ، فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر صاعًا من تمر أو شعير ، أو نصف صاع قمح على كل حر ومملوك ذكر أو أنثى ، صغير أو كبير ، فلما قدم علي رضي الله عنه رأى رخص الشعير [٦] .

٦١٨٦ - فقال : قد أوسع رسول الله ﷺ فلو جعلتموه [٧] صاعًا . فروى : « واستشهد بأهل المدينة على روايته » .

٦١٨٧ - فإن قيل : روى ابن سيرين عن [٨] ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : « أمرنا أن نعطي صدقة رمضان عن الصغير والكبير ، والحر والمملوك صاعًا من طعام ، من أدى برًّا قبل منه ومن أدى شعيرا قبل منه » [٩] .

٦١٨٨ - قلنا : ابن سيرين لم يلق ابن عباس ، ولا يصح الاستدلال به [١٠] عندكم ، ثم قال : « من أعطى برًّا قبل منه » ، وعندنا إذا أعطى ذلك قبل منه ولا كلام فيه ، وإنما الكلام هل يجب عليه أم لا ؟ وروى ابن شهاب عن سعيد بن المسيب « أن

---

(١) في (م) ، (ع) : [أبو أسلمة] .
(٢) في (ص) : [أوعا] ، مكان : [أو صاعا] .
(٣) في (ص) : [مدين] .
(٤) حديث ابن عباس رضي الله عنه : أخرجه الدارقطني بلفظه ، كتاب زكاة الفطر (١٤٣/٢) ، الحديث (٢١) .
(٥) في (ص) : [صومكم] .
(٦) في سائر النسخ : [الشعير] ، وكذلك في كتب الحديث ، وفي سنن أبي داود : [السعر] .
(٧) أخرجه أبو داود بألفاظ متقاربة ، في السنن ، كتاب الزكاة ، باب من روى نصف صاع من قمح (١٠/١) والنسائي مختصرًا ومطولًا في السنن ، في كتاب الزكاة ، في ملكية زكاة الفطر ، وفي الحنطة (٥٠/٥، ٥٢ ، ٥٣) والدارقطني في كتاب زكاة الفطر (١٥٢/٢) ، الحديث (٦٤ ، ٦٥) . الطحاوي في معاني الآثار (٣٤٧/٤) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الزكاة ، باب من قال يخرج من الحنطة في صدقة الفطر نصف صاع (١٦٨/٤) ، وأخرجه أحمد مختصرًا في المسند في (١٥٣/١) .
(٨) حرف : [عن] ساقطة من (م) ، (ع) .
(٩) تقدم تخريجه في مسألة (٣٢١) .
(١٠) لفظ : [به] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

رسول الله ﷺ فرض زكاة الفطر مدين من حنطة » [(١)] ، وقال سعيد : « كانت الصدقة تعطى [(٢)] على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر نصف صاع حنطة » [(٣)] ومراسيل ابن المسيب مقبولة بإجماع .

٦١٨٩ – وقد روى نصف صاع من برٍّ عن الأئمة الأربعة ، وعن ابن عمر ، وابن عباس ، وابن مسعود ، وأبي هريرة وجابر بن سمرة وغيرهم ﷺ [(٤)] . قال أبو الحسن : ولم ينقل عن أحد من الصحابة أن نصف صاع لا يجزئ فصار ذلك إجماعًا .

٦١٩٠ – فإن قيل : أبو سعيد مخالف .

٦١٩١ – قلنا : الذي صح عنه أنه قال : لا أخرج [(٥)] مدين قمح ، فكأنه [(٦)] اعتقد أن البر ليس من أنواع الفطرة . ولأنها صدقة مقدرة بنفسها تخرج [(٧)] من أجناس فلم تتفق [(٨)] مقاديرها ، كالزكاة . ولأن ما لا يتقدر [(٩)] به طعام مسكين في كفارة لا تتقدر به الفطرة كثمانية أرطال من برٍّ . ولأنه قدر لو أخرجه إلى مسكين في كفارة الأداء اكتفى به ، فإذا أخرجه في فطرة أجزأ ، أصله : صاع من شعير .

٦١٩٢ – فإن قيل : اعتبار الحنطة في الفطرة بأنواع الفطرة أولى من اعتبارها بغيرها .

٦١٩٣ – قلنا : الأجناس المختلفة لا تعتبر [(١٠)] بعضها ببعض في المقدار ، فكان اعتبار الحنطة بجنسها أولى .

٦١٩٤ – احتجوا : بحديث أبي سعيد الخدري ، وذكروا عنده صدقة رمضان ،

---

(١) أخرجه أبو داود بلفظه في المراسيل ، في باب زكاة الفطر ص١٦ ، والطحاوي في معاني الآثار ، في (٤٥/٢) ، والمشكل (٣٤٤/٤) ، والبيهقي في كتاب الزكاة ، باب من قال يخرج من الحنطة في صدقة الفطر (١٦٩/٤) ، وابن حزم في المحلى بالآثار ، في صدقة الفطر (٣٤٣٢/٤) ، المسألة (٧٠٤) .

(٢) في (م) : [يعطي] .

(٣) أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ ، في المعاني (٤٦/٢) ، وفي المشكل (٣٤٤/٤) ، وأبو داود بألفاظ متقاربة في المراسيل ، ص١٦ .

(٤) أثر ابن عباس ، وابن مسعود ، وأبي هريرة ﷺ : أخرجه عبد الرزاق في المصنف ، كتاب صلاة العيدين ، باب زكاة الفطر (٣١١/٣ ، ٣١٣ ، ٣١٤) ، الأثر (٥٧٦١ ، ٥٧٦٨ ، ٥٧٦٩) ، الدراقطني (١٤٩/٢، ١٥٠ ، ١٥٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا اخرج] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وكان] .

(٧) في (م) : [يخرج] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلم يتفق] .

(٩) في (م) : [ما لا تقدر] .

(١٠) في (م) ، (ع) [يعتبر] ، مكان : [لا تعتبر] .

فقال : « لا أخرج إلا ما كنت أخرج في عهد رسول الله ﷺ صاعًا من تمر أو صاعًا من حنطة ، أو صاعًا من شعير أو صاعًا من أقط ، فقال له رجل : أو مدين من قمح ، قال : لا تلك قيمة معاوية ، لا أقبلها ، ولا أعمل بها » [١] .

٦١٩٥ - والجواب [٢] : أن هذا الخبر ذكره أبو داود والحفاظ ، ولم يذكر فيه الحنطة ، ثم قال : قد روى واحد عن ابن علية الحنطة ، وليس بمحفوظ ، فلم يجز الاحتجاج بما ذكره أبو داود [٣] ، والعجب ممن قال : قد روى الزيادة الدارقطني وهو أحفظ منه ؛ لأن الدارقطني روى زيادة بيّن أبو داود أنها غلط ، والحافظ من روى وطعن ، ليس الحافظ [٤] من أمسك عن الطعن أو جهله ، ومن لم يعرف رتبة [٥] أبي داود على الدارقطني ليس من أهل هذا الشأن / ، وقد قال أحمد بن حنبل : إن الله ألان الحديث [٦] لأبي داود ، كما ألان الحديد لداود عليه السلام [٧] ، والصحيح من الخبر أن أبا سعيد اعتقد أن الأنواع ليس فيها الحنطة وإنما يقوم وليس بأصل ، وكلامنا في المقدار ، فإنا قد اتفقنا على أن الحنطة أصل وإن اختلفنا في مقدارها . ثم قد عارض هذا ما روت أسماء رضي الله عنها قالت : « كنا نخرج على عهد رسول الله ﷺ صاعًا من بر بين اثنين » [٨] فليس الرجوع إلى أحد الأمرين بأولى من الرجوع إلى الآخر [٩] ، ثم إن أبا سعيد حكى

٧/ب

---

(١) أخرجه الدارقطني ، في السنن كتاب زكاة الفطر (١٤٥ ، ١٤٦) ، الحديث (٣٠) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب الزكاة (٤١١/١) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الزكاة ، باب من قال : لا يخرج من الحنطة في صدقة الفطر إلا صاعا (١٦٦/٤) ، والطحاوي ، في المعاني (٤٢/٢) ، وفي المشكل (٣٤٠/٤) ، إلا أنه لم يذكر : أو صاعا من حنطة .

(٢) في (ع) : [فالجواب] .

(٣) رواه البخاري في الصحيح ، في صدقة الفطر باب صاع من زبيب (٢٦٣/١) ، ومسلم في الصحيح (بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) في كتاب الزكاة ، باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير (٦٧٨/٢ ، ٦٧٩) الحديث (١٧-٩٨٥/٢١) ، أبو داود في السنن ، في كتاب الزكاة ، باب كم يؤدى في صدقة الفطر (٤٠٨/١ ، ٤٠٩) .

(٤) في (م) : [لأن الحافظ] .

(٥) في (م) : [ربية] .

(٦) في (م) : [الحديد] .

(٧) لم نعثر على هذا القول منسوبًا إلى أحمد بن حنبل ، وقد نسبه بعد ممن ترجم لأبي داود السجستاني إلى أبي بكر محمد بن إسحق الصاغاني وإبراهيم الحربي . راجع البداية النهاية (٥٥/١١) ، شذرات الذهب (١٦٧/٢) ، سير أعلام النبلاء ، في ترجمة أبي داود (٢١٢/١٣) الترجمة (١١٧) .

(٨) أخرجه أحمد بلفظ : كنا نؤدي زكاة الفطر على عهد رسول الله ﷺ مدين من قمح بالمد الذي تقتاتون به في المسند (٣٤٦/٦ ، ٣٤٧ ، ٣٥٥) في المعاني (٤٣/٢) ، وفي المشكل ، (٣٤٢/٤) .

(٩) في (ع) : [لي آخر] .

فعله على عهد رسول اللَّه ﷺ وذلك حجة حين أمره رسول اللَّه ﷺ على ذلك .

٦١٩٦ - ألا ترى : أن الأنصار قالوا : كنا نكسل [(١)] على عهد رسول اللَّه ﷺ فلا نغتسل ، فقال لهم عمر : أشيء علمه رسول اللَّه ﷺ فريضة الحكم [(٢)] فإن قيل : صدقة الفطر كانت تؤدى إلى رسول اللَّه ﷺ ، فلا بد أن يكون عرف ما أخرجه أبو سعيد ، ولولا ذلك لم يحتج على معاوية رضي الله عنه بعمل [(٣)] نفسه .

٦١٩٧ - قلنا : الفطرة كانت تؤدى إلى رسول اللَّه ﷺ لكن من حمل إليه صاعًا من بر قبله منه ، يجوز أن يكون عن اثنين ، أو يكون بعضه تطوعا ، وإنما الحجة أنه [(٤)] لو نقل أن النبي ﷺ أخذ صاعًا فطرة لواحد ، وهذا لا سبيل إليه واحتجاجه على معاوية رضي الله عنه كاحتجاج الأنصار بما لم يعلمه رسول اللَّه ﷺ وظن هذا إذا فعل في ذلك العصر كان حجة بكل حال ، على أن هذا الخبر يرويه عياض بن عبد اللَّه ابن أبي سرح ، ولم يخرجه أحد في صحيح ، وأبوه الذي بدل الوحي [(٥)] وغيره .

٦١٩٨ - احتجوا : بما روى الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ فرض صدقة رمضان على كل إنسان صاعًا من تمر أو صاعًا من قمح [(٦)] .

٦١٩٩ - قلنا : رواه سفيان بن حسين [(٧)] عن الزهري ، وهو ضعيف . قال يحيى بن

---

(١) نكسل : من الإكسال ، قال الطرزي : الإ كسال : أن يضع الرجل ثم يفتر ذكره بعد الإيلاج ، فلا ينزل راجع المغرب ، في باب الكاف ص ٤٠٧ ، ٤٠٨ ، النهاية لابن الأثير ، في باب الكاف مع السين (٤/ ١٧٤، ١٧٥) ، لسان العرب ، في مادة : كسل (٣٨٧٨/٥) ، معجم مقاييس اللغة ، في باب الكاف والسين وما يثلثهما (١٧٨/٥) .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى في كتاب الطهارة ، باب وجوب الغسل بالتقاء الختانين ، الطحاوي مطولًا بمعناه في المعاني ، في الطهارة ، باب الذي يجامع ولا ينزل (٥٨/١ ، ٥٩) .

(٣) في (م) : [عمل] .

(٤) في (ص) ، (م) : [ان] .

(٥) في (م) ، (ع) : [على الوحي] بزيادة : [على] .

(٦) أخرجه الدارقطني في السنن كتاب زكاة الفطر (١٤٤/٢) ، الحديث (٢٤) ، الحاكم في المستدرك كتاب الزكاة (٤١٠/١) .

(٧) في جميع النسخ : سعيد بن حسين ، لعل الصواب ما أثبتناه من سنن الدارقطني والمستدرك للحاكم . سفيان بن حسين : هو سفيان بن حسين السلمي الواسطي ، ثقة في غير الزهري . راجع ترجمته في كتاب من كلام أبي زكريا يحيى بن معين ص ٦٨ ، الترجمة (١٧٦) ، الجرح والتعديل (٢٢٧/٤ ، ٢٢٨) ، الترجمة ٩٧٤) ، الكامل (٤١٤/٣ ، ٤١٥) ، المغني (٢٦٨/١) ، الترجمة (٢٤٨٠) ، تقريب التهذيب (٣١٠/١) ، الترجمة (٣٠٣) .

معين : جميع روايته عن الزهري عرضا في الموسم ، لم يضبط ، ولا يلتفت إليها [١] .

٦٢٠٠ - قالوا : روى الزهري عن مالك بن أوس بن الحدثان ، قال [٢] رسول الله ﷺ : « أخرجوا زكاة الفطر صاعًا [٣] من طعام ، وطعامنا [٤] يومئذ البر والتمر والزبيب والأقط » [٥] .

٦٢٠١ - قلنا : هذا غلط من الراوي ؛ لأن طعامهم الشعير ، هكذا روى معمر بن عبد الله [٦] . وروى أنه عليه الصلاة و [٧] السلام « ما شبع من خبز بُرّ حتى قبض رسول الله [٨] ﷺ [٩] .

٦٢٠٢ - واحتجوا : بحديث نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ فرض زكاة الفطر صاعًا من تمر ، أو صاعًا من برٍّ [١٠] ، ذكره الدارقطني عن الحضرمي عن زكريا بن يحيى بن صبيح ، وهذا لا يعرف وهو غلط لا محالة ؛ لأن ابن جريج [١١]

---

(١) روى ابن خيثمة عن يحيى بن معين : سفيان بن حسين الواسطي ثقة ، وكان يؤدب المهدي وهو صالح حديثه عن الزهري قط ليس بذاك ، إنما سمع من الزهري بالموسم . راجعه في الجرح والتعديل (٢٢٨/٤) .

(٢) لفظ : [قال] : ساقط من (م) ، (ع) . ولفظ : [ب] في [أوس بن الحدثان] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) لفظ : [صاعا] : ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قال وطعامنا] بزيادة : [قال] .

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن كتاب زكاة الفطر (١٤٧/٢) ، الحديث (٣٥) .

(٦) أخرجه مسلم مطولًا في الصحيح كتاب المساقاة ، باب بيع الطعام مثلا بمثل (١٢١٤/٣) ، الحديث (٩٣/ ١٥٩٢) (تحقيق عبد الباقي) ، وأحمد في المسند (٤٠٠/٦ ، ٤٠١) .

(٧) الزيادة من (ع) . (٨) قوله : [رسول الله] : ساقط من (م) .

(٩) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الأطعمة ، باب ما كان النبي ﷺ وأصحابه يأكلون ، وباب ما كان السلف يدخرون في بيوتهم (٢٩٦/٣ ، ٢٩٧) ، وفي الرقاق ، باب كيف كان عيش النبي ﷺ وأصحابه (١٢٣/٤) ، وفي كتاب الأيمان والنذور ، باب إذا حلف أن لا يأتدم فأكل تمرا بخبز (١٥٧/٤). ومسلم في الصحيح ، في كتاب الزهد والرقائق (٢٢٨١/٤ ، ٢٢٨٢) ، الحديث (٢٠ - ٢٩٧٠/٢٤) وابن ماجه في السنن ، كتاب الأطعمة ، باب خبز البر (١١١٠/٢) ، لحديث (٣٣٤٤) ، وأحمد في المسند (٤٤٢/٤) ، (١٢٨/٦ ، ١٥٦ ، ١٨٧ ، ٢٠٩ ، ٢٥٥ ، ٢٧٧) .

(١٠) أخرجه الحاكم في المستدرك كتاب الزكاة (٤٠/١ ، ٤١١) وصححه ، الدارقطني في السنن ، كتاب زكاة الفطر (١٤٤/٢ ، ١٤٥) ، الحديث (٢٧) ، البيهقي في الكبرى ، كتاب الزكاة ، باب من قال لا يخرج من الحنطة في صدقة الفطر إلا صاعًا (١٦٦/٤) .

(١١) في (م) ، (ع) : [ابن شريح] ، وهو خطأ ، وابن جريج : هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الأموي مولاهم ، ثقة . انظر ترجمته في تقريب التهذيب (٥٢٠/١) ، الترجمة (١٣٢٤) .

روى عن[١] سليمان بن موسى ، عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : « أمر رسول الله ﷺ عمرو بن حزم في زكاة الفطر : نصف صاع من حنطة أو صاعًا من تمر » .

٦٢٠٣ – وقد روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : كان الناس يخرجون زكاة الفطر في عهد رسول الله ﷺ صاعًا من شعير ، وتمر[٢] وسلت ، أو زبيب ، فلما كان عمر وكثرت الحنطة جعل[٣] نصف صاع من حنطة مكانا من تلك الأشياء »[٤] وروى أبو داود : عن نافع قال : عبد الله : « فعدل الناس بعد نصف صاع من بر »[٥] .

٦٢٠٤ – فإذا كان ابن عمر يروى أن نصف صاع تقويم ، ما كان على عهد رسول الله ﷺ وإن لم يكن الفرض إلا من الشعير والتمر ، وما ذكره[٦] ، كيف يصح عنه رواية صاع من حنطة عن النبي ﷺ ، وإنما مخالفونا رجعوا إلى ما وجدوه في كتاب الدارقطني من غير بحث عنه ولا كشف .

٦٢٠٥ - قالوا : إذا تعارضت الرواية عن ابن عمر ، وفي خبرنا زيادة حكم فكان أولى .

٦٢٠٦ – قلنا : بيّنا أن ما نقلتموه لا يجوز أن يكون إلا غلط ، فكيف يتعارض حتى نرجح[٧] ، ثم إذا تعارضا والأصل أن لا وجوب يثبت ذلك المتفق عليه في الرواية .

---

(١) حرف : [عن] ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن كتاب زكاة الفطر (١٤٥/٢) ، الحديث (٢٨) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الزكاة ، باب من قال يخرج من الحنطة في صدقة الفطر نصف صاع (١٦٨/٤) .

(٣) في (ص) ، (م) : [جعلت] ، وهو ساقط من (ع) ، والمثبت من كتب الحديث .

(٤) أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب الزكاة باب كم يؤدى في صدقة الفطر (٤٠٨/١) ، والنسائي مختصرًا وليس فيه : فلما كان عمر ، إلى آخره في السنن كتاب الزكاة ، في السلت (٥٣/٥) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب الزكاة (٤٠٩/١) ، والدارقطني في السنن كتاب زكاة الفطر (١٤٥/٢) ، الحديث (٢٩) ، والبيهقي في الكبرى باب الجنس الذي يجوز إخراجه في زكاة الفطر (١٦٥/٤) ، وابن حزم في المحلى في زكاة الفطر (٢٥٠/٤) المسألة (٧٠٤) .

(٥) أخرجه البخاري بلفظ : فجعل الناس عدله مدين من حنطة ، في الصحيح في الزكاة ، باب صدقة الفطر صاعًا من تمر (٢٦٣/١) ، ومسلم بلفظ : فعدل الناس به نصف صاع من بر ، وبمثل لفظ البخاري في الصحيح كتاب الزكاة ، باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير (٦٧٧/٢ ، ٢٧٨) ، الحديث (١٤ ، ٩٨٤/١٥) أخرجه أبو داود بهذا اللفظ في السنن ، في كتاب الزكاة ، باب كم يؤدي في صدقة الفطر (٤٠٨/١) ، والترمذي في السنن ، كتاب الزكاة ، باب ما جاء في صدقة الفطر (٥٢/٣) الحديث (٦٧٥) .

(٦) في (م) : [وما ذكروه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يرجح] .

٦٢٠٧ - قالوا : روى كثير بن عبد اللّه بن عوف ، عن أبيه ، عن جده ، قال : « فرض رسول اللّه ﷺ زكاة الفطر صاعًا من تمر أو صاعًا من طعام أو صاعًا من زبيب ، أو صاعًا من شعير » (١) .

٦٢٠٨ - قلنا كثير بن عبد اللّه يروي مائة حديث موضوعة عن أبيه عن جده ، فلا يلتفت (٢) إلى حديثه .

٦٢٠٩ - قالوا : جنس يجوز إخراجه في زكاة الفطر ، فوجب أنه يتقدر بالصاع ، أصله : سائر الأنواع .

٦٢١٠ - قلنا : هذا القياس يخالف النص ؛ ولأن الحنطة والشعير تختلف قيمتهما فلم يجز أن يتساويا في مقدار الواجب . ولأن المقصود من الفطرة غناء المساكين وذلك يقع بالحنطة أكثر من الشعير ، فلم يجز أن يتساويا .

٦٢١١ - قالوا : الصدقة المخرجة من الحب يستوي في قدرها البر والشعير ، أصله : العشر .

٦٢١٢ - قلنا : العشر ليس بمقدر بنفسه ، فذلك (٣) لم تختلف قدره ، والفطرة مقدرة بنفسها ؛ ولأنا نقلب فنقول فجاز أن يجب الشيء ومثل نصفه كالعشر .

٦٢١٣ - قالوا : صدقة الفطر لم توضع على القيمة ، بدلالة أن النبي ﷺ سوى بين الشعير والتمر مع اختلاف قيمتها إذ ذاك (٤) سواء . ولأنه اعتبر ما يحصل من الكفاية وكفاية الشعير والتمر سواء ، وهما (٥) يخالفان الحنطة في الكفاية .

* * *

(١) هذا الحديث : أخرجه الدارقطني مطولًا في السنن كتاب زكاة الفطر (١٤٤/٢) ، الحديث (٢٦) .

(٢) في (م) : [لا يلتفت] .

(٣) في (م) : [فكذلك] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أو ذاك] .

(٥) في (ع) : [سواهما] .

مسألة ٣٥٥

لا تجب الفطرة عن عبد التجارة

٦٢١٤ - قال أصحابنا : لا تجب [١] الفطرة عن عبد التجارة [٢] .

٦٢١٥ - وقال الشافعي تجب [٣] .

٦٢١٦ - لنا : قوله ﷺ [٤] « ليس على المسلم في عبده ولا في [٥] فرسه صدقة إلا في صدقة الفطر » [٦] ، فنفى كل صدقة تجب [٧] عن العبد إذا وجبت الفطرة وقد وجبت صدقة الفطرة بإجماع فلم يجز إيجاب الفطرة .

٦٢١٧ - فإن قيل : النبي ﷺ نفى أن تجب [٨] صدقة أخرى في العبد وصدقة الفطر تثبت [٩] في الذمة .

٦٢١٨ - قلنا : قوله عليه الصلاة و [١٠] السلام : ليس على المسلم في عبده » معناه [١١] : عن عبده .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .

(٢) في (ع) : [في عبد التجارة] . راجع المسألة في كتاب الأصل (٢٥٣/٢) ، كتاب الحجة باب زكاة الفطر (٥١٩/١-٥٢٣) ، مختصر الطحاوي ص٥١ ، المبسوط (١٠٧/٣) ، متن القدوري ص ٢٣ ، بدائع الصنائع (٧١/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٢٨٦/٢ ، ٢٨٧) ، البناية (٥٧٦/٣ ، ٥٧٧) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٢٧/١) ، حاشية ابن عابدين ، (٧٧/٢ ، ٧٨) .

(٣) لفظ : [تجب] ساقط من (م) ، (ع) . راجع المسألة في الأم : باب زكاة الفطر (٦٣/٢) ، مختصر المزني ، باب من تلزمه زكاة الفطر ص ٥٤ المجموع مع المهذب ، (٥٣/٦ ، ١٢٠) ، المدونة في إخراج الرجل زكاة الفطر عن رقيقه الذي اشترى للتجارة (٢٩٠/١) ، المنتقى ، في من تجب عليه زكاة الفطر (١٨٣/٢ ، ١٨٥) ، بداية المجتهد ، كتاب الزكاة ، الفصل الثاني : فيمن تجب عليه وعمن تجب (٢٨٩/١) ، الإفصاح (٢٢٢/١) ، المغني (٧٠/٣ ، ٧١) ..

(٤) في (م) ، (ع) : [عليه الصلاة والسلام] .

(٥) حرف : [في] ساقطة من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٦) تقدم تخريجه في مسألة (٣٤٩) .

(٧) في (م) : [يجب] ولفظ : [تجب] ساقط من (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يثبت] .

(١٠) الزيادة من (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [ومعناه] بالعطف .

٦٢١٩ – والدليل عليه : الفطرة لا تجب [١] فيه ، ويدل عليه قوله عليه الصلاة و [٢] السلام : « عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق إلا أن في الرقيق صدقة الفطر » [٣] وهذا يقتضي سقوط كل صدقة عن العبد إذا وجبت عليه الفطرة ؛ لأنه معد للتجارة فلم تجب [٤] فطرته كالكافر . ولأنها حالة لاتجب [٥] فيها الفطرة عن عبد كافر فلا تجب [٦] عن عبد مسلم كحال الكتابة ، ويدل على أنهما لا يجتمعان لأنهما زكاتان فلا تجبان عن غير وقتهما [٧] كزكاة السوم والتجارة . [ولأن إحدى الزكاتين تخص الحيوان ، والأخرى تجب عن الحيوان وغيره ، فلا تجبان عن غير وقتها كزكاة السوم والتجارة] [٨] أو نقول : زكاتان فلا تجتمعان [٩] عن مال واحد .

٦٢٢٠ – ولا يلزم إذا كان له عبد للتجارة قيمته مائتان وجبت [١٠] عليه الزكاة ووجبت الفطرة على السيد لأجله .

٦٢٢١ – لأنا قلنا : فلا تجبان [١١] عن عين واحدة ، والفطرة وجبت على المولى لأجل الغنى بالعبد .

٦٢٢٢ – فإن قيل : زكاة السوم والتجارة سببهما متفق حول ونصاب ، ولهذا لا يجتمعان كالمثل والقيمة .وفي مسألتنا سبب وجوبهما مختلف ، فسبب الزكاة النصاب والحول ، وسبب الفطرة وجود الملك حتى يستهل شوال ، أو تحمل [١٢] النفقة أو الولاية عندكم .

٦٢٢٣ – قلنا فسبب الزكاة ليس هو الحول والنصاب ، فسببهما التجارة عندنا ، والحول والنصاب شرطان ، وزكاة السوم لا تعتبر [١٣] فيها نية التجارة ، فسببهما مختلف أيضًا ولا يجتمعان ، وعلى قول من قالوا فالفطرة أيضا يعتبر فيها عندنا نصاب وحول ؛ لأنها لا تجب في الحول الا مرة واحدة ، ثم اختلاف السببين لو سلمنا عليه بجواز [١٤] الاجتماع ، والكلام في وجوب الاجتماع .

---

(١) في (م) : [لا يجب] .
(٢) الزيادة من (ع) .
(٣) تقدم تخريجه في المسألة (٣٢٢) .
(٤) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٧) في (م) ، (ع) : [فلا يجبان عن غير واحد وفيهما] ، مكان المثبت .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٩) في (م) ، (ع) : [فلا يجتمعان] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [وجب] .
(١١) فب (م) : [فلا يجبان] .
(١٢) [أو نحمل] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [لا يعتبر] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [يجوز] .

٦٢٢٤ – احتجوا : بحديث ابن عمر ﷺ « أن النبي ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان صاعًا من تمر ، أو صاعًا من شعير على كل حر وعبد » [١] وروى عن ابن عمر ﷺ أنه قال : « أمر رسول اللَّه ﷺ بصدقة الفطر عن الصغير والكبير ، والعبد ممن تمونون » [٢] .

٦٢٢٥ – والجواب » أن الخبر يدل على وجوب الفطرة ، وخبرنا يقتضي : أن كل عبد وجب عنه الفطرة لم تجب [٣] عنه صدقة غيرها ، فالعبد الذي عنه صدقة بالإجماع لا يتناوله الخبر .

٦٢٢٦ – قالوا : مسلم يمونه حر مسلم قادر على الفطرة فلزمه إخراجها عنه ، أصله : إذا لم يكن للتجارة .

٦٢٢٧ – قلنا المعنى في عبد الخدمة : أنه معد للقنية ، فوجبت [٤] الفطرة عنه ، وفي مسألتنا : معد للتقلب ، فلم تجب [٥] صدقة الغني [٦] ، أو نقول المعنى فيه : أنه لم تجب [٧] للمولى عن رقبته زكاة القيمة ، فلم يلزمه عنه زكاة الغنى ، كالكافر .

٦٢٢٨ – قالوا : إذا لم يجز اجتماع إحدى [٨] الزكاتين فإيجاب الفطرة أولى / ؛ لأنها ثابتة بالأخبار المستفيضة والإجماع . ٧٩/أ

٦٢٢٩ – قلنا إثبات الفطرة دون زكاة التجارة خلاف [٩] الإجماع ؛ ولأن الفطرة وإن تأكدت فسببها لم يوجد ؛ لأن سببها في العبيد القنية والانتفاع بالعين .

٦٢٣٠ – فإن قيل : عندكم الولاية سبب .

٦٢٣١ – قلنا : العلة مع كون الموجب عنه نصفه .

٦٢٣٢ – قالوا : سببهما مختلف فلا يتنافيان في الوجوب ، ككفارة القتل والقيمة والكفارة والدية وجزاء الصيد [١٠] والقيمة .

٦٢٣٣ – قلنا يبطل بالقصاص والدية والجزية والعشر والخراج الذي هو جزية .

---

(١) تقدم تخريجه في مسألة (٣٤٩) .
(٢) في (م) ، (ع) : [يمونون] . تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٣٤٨) .
(٣) في (م) ، (ع) : [لم يجب] .
(٤) في سائر النسخ : [فوجب] ، والصواب ما أثبتناه .
(٥) في (م) ، (ع) : [فلم يجب] .
(٦) في (م) ، (ع) : [المعنى] .
(٧) في (م) ، (ع) : [لم يجب] .
(٨) في سائر النسخ : [أحد] ، الصواب ما أثبتناه .
(٩) في (م) ، (ع) : [بخلاف] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [العبد] .

٦٢٣٤ - فإن قالوا : هنا لا يتنافيان لكن القصاص [١] والدية بدلان فلا يجتمعان .

٦٢٣٥ - قلنا : وكذلك هاهنا هما [٢] زكاتان ، فلا تجتمعان [٣] . ولأن اختلاف السببين [٤] عليه لجواز اجتماعهما ولا كلام في الوجوب ؛ ولأن الفطرة وزكاة المال تتفقان في بعض أسبابهما ، وهو إسلام المزكي وأنهما لا تتكرران [٥] عن عين واحدة [٦] في سنة واحدة ، ويقصد بكل واحد [٧] منهما التطهير ويختلفان في أسباب أخر ، كما أن زكاة السوم والتجارة يتفقان في الحول والنصاب ويختلفان في أن القصد في أحدهما [٨] الانتفاع بالعين [٩] ، والآخر : بالعين ولا فرق بينهما .

٦٢٣٦ - قالوا : الفطرة حق بدن والزكاة حق مال ، فهو كالجزاء [١٠] والقيمة .

٦٢٣٧ - قلنا : الفطرة حق مال إذا وجبت عن العبد ، ولهذا يسقط من المال بعتقه لما زال معنى المال عنه .

* * *

---

(١) في (م) : [القصص] .

(٢) لفظ : [هما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلا يجتمعان] .

(٤) في (م) ، (ع) : [السببان] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يتكرران] .

(٦) قوله : [في سنة واحدة] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) لفظ : [واحد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [ويختلفان في أسباب أخر كما في زكاة السوم والتجارة في أن القصد في أحدهما] ، مكان المثبت وهو تكرر لما قبله] .

(٩) في (م) ، (ع) : [بالعين] .

(١٠) في (ع) : [كالجز] .

مسألة ٣٥٦

لا يجب على الرجل أن يؤدى الفطر عن والديه

٦٢٣٨ - قال أصحابنا : لا يجب على الرجل أن يؤدى الفطر عن والديه وأجداده ، ولا عن ولده الكبير [١] .

٦٢٣٩ - وقال الشافعي : إذا كان الأب زمنا فقيرًا عليه نفقته وفطرته ، وإن كان صحيحًا فقيرًا [٢] ، ففيه قولان ، وأما الأولاد الزمنى فعليه فطرتهم قولًا واحدًا ، وإن كانوا أصحاء فقراء ، فمن أصحابه من قال على قولين خلاف الفقير الصحيح ، ومنهم من قال : لا نفقة [٣] على الوالدين قولا واحد ، والفطرة تتبع النفقة .

٦٢٤٠ - لنا : أنه لا ولاية له عليه فلم يخاطب بإخراج فطرته كالأب الغني وعكسه الصغير ، ولا يلزم الأب الفاسق ؛ لأن [٤] له ولاية في نكاحه وفي ماله أيضًا ؛ لأنه لو تصرف جاز وإنما يمنعه الحاكم . ولأنه حر مكلف فلا [٥] يلزم الغير فطرته كالموسر . ولأنه حر لا يلزمه الأضحية عنه فلا يلزمه الفطرة عنه كالأخ والعم .

٦٢٤١ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة و [٦] السلام : « ممن تمونون » [٧] .

٦٢٤٢ - قلنا : هو محمول على من يلزم جميع مؤنته ، وهو العبد والصغير ، فأما الابن الكبير فيلزمه أقل ما يكتفي به .

---

(١) راجع المسألة في كتاب الأصل (٢/٢٥٠ ، ٢٥١) ، تحفة الفقهاء (١/٣٣٦) ، المبسوط (٣/١٠٥ ، ١٠٦) ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة (٢/٧٢) ، مختصر الطحاوي ص٥١ ، متن القدوري ص٢٣ ، فتح القدير مع الهداية (٢/٢٨٦) ، العناية (٣/٥٧٤ ، ٥٧٥) ، الاختيار (١/١٢٣) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (١/٢٢٧) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فقير] .

(٣) راجع المسألة في الأم ، (٢/٦٣) ، مختصر المزني ، ص (٥٤) ، المجموع مع المهذب ، (٦/١١٣ ، ١٢٠) فتح العزيز ، بذيل المجموع (٦/١٢٤ - ١٢٦) . في المدونة في ، إخراج زكاة الفطر عن أبويه (١/٢٩٣) ، المنتقى ، (٢/١٨٣ ، ١٨٤) ، الكافي لابن عبد البر (١/٣٢٢) ، المقدمات الممهدات ، (١/٣٣٤) ، شرح الزرقاني (٢٢/١٨٧ ، ١٨٨) ، الإفصاح ، (١/٢٢١ ، ٢٢٢) .

(٤) في (ع) : [لأنه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولا] .

(٦) الزيادة من (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [ممن يمونون] . تقدم تخريجه في مسألة (٣٤٨) .

٦٢٤٣ - قالوا : روي أنه قال : « أدوا عن كل حر أو عبد صغير أو كبير » (١) .

٦٢٤٤ - قلنا محمول على العبد الكبير . قالوا : لأنه من أهل الطهرة ويلزم مونه من هو من أهل الطهرة فلزمه فطرته مع القدرة ، كالابن الصغير والعبد .

٦٢٤٥ - قلنا : المعنى فيه أنه لا يخاطب بفطرة (٢) غيره ، فجاز أن يخاطب الغير بفطرته ، وفي مسألتنا : هو ممن يخاطب بفطرة فلم يخاطب بفطرة الغير بفطرته .

* * *

---

(١) تقدم تخريجه في مسألة (٣١٥) وفي مسألة (٣٥٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [بفطرته] .

مسألة ٣٥٧

لا تجب على الجد فطرة ابن ابنه مع بقاء الابن

٦٢٤٦ - قال أصحابنا : لا تجب [١] على الجد فطرة ابن ابنه مع بقاء الابن ، وإذا مات ابنه فالصحيح أن الفطرة تجب [٢] عليه ، وهي رواية الحسن ، وروى محمد عنه أنها لا تجب [٣] .

٦٢٤٧ - وقال الشافعي : تجب [٤] في الوجهين [٥] . أما مع بقاء الابن فلا ولاية له عليه ، كالعم والأخ ، ولأنه يدلي إليه بغيره ، كالأخ والعم . ولأنه إن كان غنيًا لم يخرج الفطرة من ماله ، وإذا كان فقيرًا لم يلزمه إخراجها عنه كالأخ ، وأما بعد موت الأب : فإن دللنا على رواية محمد فلأن ولايته منتقلة كالوصي . ولأنه حر لا يلزمه الأضحية عنه فلا يلزمه الفطرة كالأخ . ولأنه ممن يحجب عن ميراثه كالعم ، فإن احتجوا بالخبر [٦] خصصناه بما ذكرنا .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يجب] . راجع المسألة في ، كتاب الأصل (٢٥٣/٢) ، المبسوط (١٠٥/٣) ، تحفة الفقهاء (٣٣٥/١ ، ٣٦) بدائع الصنائع (٧٢/٢) ، الاختيار (١٢٣/١) ، مجمع الأنهر (٢٢٧/١) ، حاشية ابن عابدين ، (٧٦/٢ ، ٧٧) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يجب] . راجع المسألة في ، كتاب الأصل (٢٥٣/٢) ، المبسوط (١٠٥/٣) ، تحفة الفقهاء (٣٣٥/١ ، ٣٦) بدائع الصنائع (٧٢/٢) ، الاختيار (١٢٣/١) ، مجمع الأنهر (٢٢٧/١) ، حاشية ابن عابدين ، (٧٦/٢ ، ٧٧) .

(٣) في (م) ، (ع) : [يجب] . راجع المسألة في ، كتاب الأصل (٢٥٣/٢) ، المبسوط (١٠٥/٣) ، تحفة الفقهاء (٣٣٥/١ ، ٣٦) بدائع الصنائع (٧٢/٢) ، الاختيار (١٢٣/١) ، مجمع الأنهر (٢٢٧/١) ، حاشية ابن عابدين ، (٧٦/٢ ، ٧٧) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٥) قال الشيرازي في المهذب : يجب على الأب والأم وعلى أبيهما وأمهما وإن علوا فطرة ولدهما ، وولد ولدهما وإن سلفوا . راجع المسألة في المجموع مع المهذب ، (١١٣/٦ ، ١٢٠) ، فتح العزيز بذيل المجموع (١١٩/٦ ، ١٢٠) .

(٦) لفظ : [بالخبر] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ٣٥٨

إذا أخرج الدقيق والسويق جاز

٦٢٤٨ - قال أصحابنا : إذا أخرج الدقيق والسويق جاز [١] .

٦٢٤٩ - وقال الشافعي : لا يجوز [٢] .

٦٢٥٠ - لنا : قوله عليه الصلاة و [٣] السلام : « اغنوهم عن المسألة في هذا اليوم » [٤] وفي حديث أبي هريرة ﷺ [٥] أن النبي ﷺ قال : « قدموا قبل الخروج زكاة الفطرة ، فإن على كل مسلم مُدّين قمح أو دقيق » ؛ ولأن كل مباح لا يجوز بيعه بالحنطة متفاضلًا يجوز إخراجه في الفطرة بنفسه كالحنطة ؛ ولأن ما يتبعض إذا جاز إخراجه في الزكاة غير متبعض [٦] جاز تبعيضه [٧] كالدراهم .

٦٢٥١ - احتجوا : بحديث ابن عمر ﷺ « أن النبي ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعًا من تمر ، أو صاعًا من شعير » [٨] وروى أنه أمر بنصف صاع من بر [٩] .

٦٢٥٢ - والجواب : أن هذا يدل على جواز هذه الأنواع ، وما ذكرناه يدل على غيرها . ولأن الوجوب لا يختص المذكور باتفاق ؛ لأن عند الشافعي يجوز الذرة والأرز

---

(١) راجع المسألة في الجامع الصغير ، ص (١٣٦) ، مختصر الطحاوي ، ص (٥١) المبسوط ، (٣٣٨/١) بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة (٧٢/٢) ، فتح القدير مع الهداية (٢٩٠/٢) ، البناية ، (٥٨٢/٣) ، الاختيار (١٢٣/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، (٢٢٩/١) ، حاشية ابن عابدين ، (٧٨/٢) .

(٢) راجع المسألة في الأم ، باب ملكية زكاة الفطر ، باب ملكية زكاة الفطر الثاني (٦٧/٢ ، ٦٨) ، مختصر المزني ، باب ملكية زكاة الفطر ص (٥٥) ، حلية العلماء ، (١١٢/٣) ، المجموع مع المهذب ، (١٣٠/٦ ، ١٣٢) فتح العزيز بذيل المجموع (٢٠٤/٦) . في المدونة ، في إخراج القطنية والدقيق والتين والعروض في زكاة الفطر (٢٩٣/١) ، المنتقى ، في ملكية زكاة الفطر (١٨٩/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٣٢٣/١) ، شرح الزرقاني (١٨٧/٢) الإفصاح ، (٢٢٣/١) ، الكافي لابن قدامة (٣٢٣/١) ، المغني (٦٣/٣ ، ٦٤) ، العدة مع العمدة ، ص ١٣٨ .

(٣) الزيادة من (ع) .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٣١٩) .

(٦) قوله : [غير متبعض] : ساقط من (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [تعبضه] .

(٨) تقدم تخريجه في مسألة (٣٤٩) .

(٩) تقدم تخريجه في مسألة (٣٥٤) .

إذا كان غالب القوت ، فلم يكن لاستدلاله [١] بتخصيص ما في الخبر معنى .

٦٢٥٣ – قالو : إنه ناقص المنفعة عن كونه حبًّا ، فأشبه الخبز .

٦٢٥٤ – قالوا : ونقصانه أنه لا يصلح للزراعة وطبخ الهريسة .

٦٢٥٥ – قلنا : وهو أكمل من الحنطة لحضور [٢] منفعته ؛ ولأن المقصود من الحنطة غالبًا ليس طبخه ، فإن لم يمكن طبخه [٣] هريسة لم يمنع ، كما أن الشعير يجوز ولا يمكن طبخه ، وأما الزراعة : فليست المقصود بغناء الفقير عن المسألة في أيام العيد أن يحصل لهم ما يزرعونه ، فلا معنى لاعتبار الزراعة .

٦٢٥٦ – فإن قيل : فجوزوا الخبز ؛ لأنه المقصود من الحنطة .

٦٢٥٧ – قلنا : عندنا يجوز .

٦٢٥٨ – فإن قيل : فجوزوه أصلا .

٦٢٥٩ – قلنا : لم ينص عليه ؛ ولأن [٤] الأصل ما يكال والخبز ليس بمكيل ، والدقيق مكيل بدليل أنه لا يجوز بيعه بالحنطة ، فلولا أنه مكيل لجاز بيعه بها ، كما يجوز بسائر الموزونات .

٦٢٦٠ – قالوا : العنب مكيل ولا يجوز عندكم .

٦٢٦١ – قلنا : لسنا نعني بالمكيل ما يمكن كيله وإنما نعني ما شرع كونه مكيلًا ، والعجب ممن جوز الذرة والأرز والدخن ، ولم يجوز دقيق الحنطة ، ويرجع إلى النص ، وقد ذكر الدقيق في خبر ولم يذكر هذه الأنواع ، وإن رجع إلى القوت الغالب ، فالدقيق قوت غالب .

* * *

(١) في (ع) : [من الأستدلال] .

(٢) في (م) ، (ع) : [بحضور] .

(٣) قوله : [فإن لم يكن طبخه] ساقط من (م ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لأن] بدون العطف .

مسألة ٣٥٩

لا يجوز الأقط في الفطرة إلا على وجه القيمة

٦٢٦٢ - قال أصحابنا : لا يجوز الأقط [١] في الفطرة إلا على [٢] وجه القيمة [٣] .

٦٢٦٣ - وقال الشافعي في القديم : يجوز لأهل البادية أن يخرجوا صاعًا من أقط ، أو صاعًا من لبن .

٦٢٦٤ - وقال في الأم : ولا أحب [٤] لأهل البادية أن يخرجوا الأقط [٥] ، فإن أدوا أقطًا لم يبن لي أن عليهم الإعادة ، فمن أصحابه من قال : يجوز قولًا واحدًا ، ومنهم من قال : في الجديد على قولين [٦] .

٦٢٦٥ - لنا : أن الأقط يتولد من الحيوان كاللحم ؛ ولأن ما لا يجب فيه العشر لا يجزئ في الفطرة بنفسه كالثياب ، فأما خبر أبي سعيد فقد أخبر أنهم كانوا يخرجونه فيحتمل أن يكون أصلا ويحتمل أن يكون قيمة ، وحديث كُثَيِّر قد تكلمنا عليه .

* * *

(١) الأقط : بفتح الهمزة وكسر القاف على وزن الكتف ، لبن محمض يجمد حتى يستحجر ويطبخ . قال الأزهري وابن منظور : الأقط والإقط والأقط : شيء يتخذ من اللبن المخيض يطبخ ثم يترك حتى يمصل والقطعة منه : أقطة . وقال ابن الأعرابي : هو من ألبان الإبل خاصة . راجع لسان العرب (٩٩/١) مادة [أقط] .

(٢) حرف : [على] ساقطة من (ع) .

(٣) راجع المسألة في المبسوط ، (١٤/٣) ، تحفة الفقهاء ، (٣٣٨/١) ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة (٧٢/٢ ، ٧٣) ، الاختيار (١٢٤/١) .

(٤) في (ع) : [لا أحب] بدون العطف .

(٥) في (م) : [اللاقط] .

(٦) راجع الأم (٦٧/٢ ، ٦٨) ، مختصر المزني ، ص (٥٥) ، حلية العلماء ، (١١٠/٣ ، ١١١) ، المجموع مع المهذب ، (١٣٠/٦ ، ١٣١) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (١٩٧/٦ ، ١٩٩ ، ٢٠٠) ، المدونة في إخراج القمح والذرة والأرز والتمر في زكاة الفطر (٢٩٣/١) ، المنتقى ، (١٨٨/٢) ، الرسائل الفقهية ، باب في زكاة الفطر ص١٧٢ ، المقدمات الممهدات ، (٣٣٧/١ - ٣٣٩) ، شرح الزرقاني (١٨٧/٢) . راجع الإفصاح ، (٢٢١/١) ، الكافي لابن قدامة ، (٣٢٣/١) ، المغني ، (٦٠/٣ ، ٦١) .

مسألة ٣٦٠

إذا أخرج الشعير وقوت بلده الحنطة أو التمر جاز

٦٢٦٦ – قال أصحابنا : إذا أخرج الشعير وقوت بلده الحنطة أو التمر جاز .

٦٢٦٧ – وقال الشافعي : لا يجوز ، فمن أصحابه [1] من قال : فيه قولان ؛ فإن أخرج الحنطة وقوتهم شعير جاز قولا واحدًا [2] .

٦٢٦٨ – لنا : حديث نافع عن ابن عمر ﵄ قال : « أمر رسول الله ﷺ زكاة الفطر عن كل مسلم حر وعبد صغير وكبير ، صاعا من تمر أو صاعا من شعير » [3] .

٦٢٦٩ – وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله ﷺ أمر صائحًا صاح : إن [4] صدقة الفطر حق واجب على كل مسلم ، صغير أو كبير ذكر أو أنثى ، حر أو مملوك [5] ، حاضر أو باد ، مدان من قمح ، أو صاعا من شعير أو تمر » [6] وهذا يقتضي التخيير .

٦٢٧٠ – فإن قيل : ليس يمتنع أن يكون ظاهره التخيير ، والمراد به الترتيب ، كآية المحاربين [7] .

٦٢٧١ – قلنا : الظاهر لا ينصرف عنه إلا بدليل ، وحديث أبي سعيد « كنا نخرج على عهد رسول الله ﷺ صاع طعام ، أو صاع تمر ، أو صاع شعير ، أو صاع زبيب ،

---

(١) في سائر النسخ : [فمن أصحابنا] ، لعل الصواب ما أثبتناه . وبه يستقيم المعنى .

(٢) راجع تفصيل المسألة في الأم ، باب الرجل يختلف قوته (٦٩/٢ ، ٧٠) ، حلية العلماء (١٠٩/٣ ، ١١٠) المجموع مع المهذب (١٢٩/٦ ، ١٣٠ ، ١٣٢ ، ١٣٣) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٢٠٩/٦ - ٢١٤) ، (الرسائل الفقهية باب في زكاة الفطر ص١٧٢) المقدمات الممهدات ، (٣٣٧/١ - ٣٣٩) ، شرح الزرقاني (١٨٧/٢) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٣٤٩) .

(٤) قوله : صائح صاح أن ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [او عبد مملوك] .

(٦) أخرجه الدارقطني في السنن ، كتاب زكاة الفطر (١٤١/٢ ، ١٤٢) ، الحديث (١٧) ، البيهقي في الكبرى في كتاب الزكاة ، باب وجوب زكاة الفطر على أهل البادية (١٧٣/٤) . وعبد الرزاق مطولًا بألفاظ متقاربة وفي المصنف ، في كتاب صلاة العيدين ، الحديث (٥٨٠٠) .

(٧) في (م) : [كانه المجاز بين] .

أو صاعًا من أقط »[1] . ولم يكن الزبيب والأقط غالب قوت أهل البلد . ولأن ما جاز عن فطرة أهل بلدة جاز عن فطرة غيرهم ، أصله : إخراج الحنطة ، وغالب قوت أهل بلده الشعير .

٦٢٧٢ - قالوا : ترك قوت أهل بلده إلى ما هو دونه ، فلم يجزه كما لو أخرج غير المنصوص .

٦٢٧٣ - [قلنا : إذا أخرج غير المنصوص][2] جاز عندنا .

٦٢٧٤ - فإن قالوا : لا يجوز أصلا .

٦٢٧٥ - قلنا : ذلك لا يتناوله البر وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأن النص يتناوله ؛ ولأن غير المنصوص لا يجوز أصلا في مكان ، ولا يجوز في كل الأماكن . ولما جاز أصلا في مكان ، ولا يجوز في كل الأماكن . ولما جاز هذا أصلا في مكان جاز[3] ذلك في غيره كالحنطة .

* * *

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح ، في الزكاة ، باب الصدقة قبل العيد (٢٦٣/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الزكاة ، باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير (٦٧٨/٢) ، الحديث (٩٨٥/١٧) ، وأبو داود في السنن في كتاب الزكاة ، باب كم يؤدي في صدقة الفطر (٤٠٨/١ ، ٤٠٩) ، والترمذي في كتاب الزكاة ، باب ما جاء في صدقة الفطر (٥٠/٣) ، الحديث (٦٧٣) ، وابن ماجه في السنن ، في كتاب الزكاة ، باب صدقة الفطر (٥٨٥/١) ، الحديث (١٨٢٩) ، ومالك في الموطأ في كتاب الزكاة في ملكية زكاة الفطر (٢١٠/١) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) من قوله : لا يجوز أصلًا إلى قوله : جاز تقدم في (ع) بعد قوله : غير المنصوص بطريق الخطأ .

مسألة ٣٦١

إذا عجل الفطرة قبل وجوبها جاز

٦٢٧٦ – قال أصحابنا (١) : إذا عجل (٢) الفطرة قبل وجوبها جاز . ولا يختص الوجوب بوقت .

٦٢٧٧ – وقال الشافعي : يجوز في رمضان ، ولا يجوز قبله (٣) .

٦٢٧٨ – لنا : أنها زكاة في الشريعة فجاز تقديمها على وقت (٤) وجوبها تقديمًا لا يوقت كالزكاة ؛ ولأن ماجاز تقديمه قبل وجوبه بما دون الشهر / جاز بأكثر من شهر ، أصله : الإطعام في كفارة القتل . ولأنها حالة ينتفع الفقير فيها بالفطرة ، فجاز تعجلها فيه ، أصله : شهر رمضان .

٧٩/

٦٢٧٩ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة و (٥) السلام : « اغنوهم عن المسألة في هذا اليوم » (٦) .

٦٢٨٠ – والجواب (٧) : أن هذا بيان وقت الوجوب ، والكلام في الجواز ، ولا خلاف بيننا أن الفطرة لا يختص (٨) جوازها وقت وجوبها .

٦٢٨١ – قالوا : لم يوجد من أسباب هذه الزكاة غير مؤديها فلا يجوز تعجيلها (٩) ، أصله : زكاة المال قبل النصاب .

٦٢٨٢ – قلنا : يبطل بشهر رمضان ، ولأنه إذا وجد العبد قوت يومه وزيادة فقد وجد من أسبابها أكثر من الملك (١٠) . ولأن زكاة المال تجب عن المال فاعتبر في جواز التقديم [وجوب الموجب عنه ، والفطرة تجب عن الرقبه فاعتبر في جواز التقديم] (١١) وجودها .

---

(١) قوله [قال أصحابنا] : ساقط من (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [اذا تعجل] .

(٣) راجع المسألة في حلية العلماء ، (١٠٨/٣) ، المجموع مع المهذب ، (١٢٦/٦ ، ١٢٧ ، ١٢٨) . راجع المسألة في المدونة ، في إخراج زكاة الفطر قبل الغدو إلى المصلى (٢٨٩/١) ، الكافي لابن عبد البر (٢٢٢/١) المقدمات الممهدات ، فصل في جواز إخراج الزكاة من المال قبل حلول الحول عليه ، في (٣١٠/١ ، ٣٣٥) ، شرح الزرقاني (١٩٠/٢) . راجع المسألة في الإفصاح ، (٢٢٢/١) ، الكافي لابن قدامة ، (٣٢١/١) ، المغني (٦٨/٣ ، ٦٩) .

(٤) في (م) ، (ع) : [وجه] .

(٥) الزيادة من (ع) . (٦) تقدم تخريجه في مسألة (٣٢١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [الجواب] بدون العطف .

(٨) في (م) : [لا يختص] . (٩) في (ص) ، (ع) : [تعجيلها] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [المال] .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ٣٦٢

يجوز صرف صدقة الفطر إلى أهل الذمة

٦٢٨٣ - قال أبو حنيفة : يجوز صرف (١) صدقة الفطر إلى أهل الذمة (٢) .

٦٢٨٤ - وقال الشافعي : لا يجوز (٣) .

٦٢٨٥ - لنا : أنها صدقة كصدقة النفل ، ولأنه (٤) من أهل دار الإسلام ، فجاز صرف (٥) الفطرة إليه كالمسلم . ولأن ما يجب على طريق المواساة صدقة ونفقة ، فإذا كانت النفقة يجوز أن تجب على المسلم للذمي (٦) جاز أن يجوز دفع الصدقة إلى الذمي .

٦٢٨٦ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة و (٧) السلام : « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها على فقرائكم » (٨) .

٦٢٨٧ - والجواب : أن هذا يتناول (٩) ما أخذه إلى الإمام ، والفطرة ليس أخذها إليه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [صرفه] .

(٢) قال الطحاوي في مختصره : ولا بأس بأن يدفع صدقة الفطر في قول أبي حنيفة ومحمد وفي قول أبي يوسف القديم إلى الفقراء من النصارى واليهود وسائر الكفار غير الحربيين . راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل (٢٥٩/٢) ، مختصر الطحاوي باب مواضع الصدقات ص (٥٢) المبسوط (١١١/٣) ، تحفة الفقهاء ، باب من يوضع فيه الصدقة (٣٠٣/١) ، بدائع الصنائع ، كتاب الزكاة فصل : وأما ما يرجع إلى المؤدى إليه (٤٩/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، باب من يجوز دفع الصدقة إليه ومن لا يجوز (٢٦٦/٢ ، ٢٦٧) ، العناية ، باب من يجوز دفع الصدقات إليه ومن لا يجوز (٥٤٢/٣ ، ٥٤٣) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب في بيان أحكام المصرف (٢٢٣/١) ، حاشية ابن عابدين ، باب المصرف و باب صدقة الفطر (٦٩/٢ ، ٨٢) .

(٣) راجع المسألة في حلية العلماء ، باب قسم الصدقات (١٤٠/٣ ، ١٤١) ، المجموع باب قسم الصدقات (١٤٢/٦ ، ٢٢٨) . المدونة في قسم زكاة الفطر (٢٩٤/١) ، بداية المجتهد ، كتاب الزكاة ، الفصل الخامس في معرفتها (٢١٩/١) (٢١٩/١) ، الإفصاح ، باب تفرقة الزكاة (٢٢٩/١) ، المغني ، (٧٨/٣ ، ٧٩) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولأنها] .

(٥) في (م) ، (ع) : [صرفه] .

(٦) في (ص) : [الذمي] .

(٧) الزيادة من (ع) .

(٨) تقدم تخريجه في مسألة (٣٠٩) .

(٩) في (م) : [يتناوله] .

٦٢٨٨ - قالوا : كافر فلا يجوز صرف الفطرة إليه كالحربي .

٦٢٨٩ - قلنا : الحربي إذا دفعها إليه فقد بقى [١] لنفسه فيها حق ملك . ألا ترى : أنه يسرقها فيملكها ، وقد استحق إخراجها على وجه لا يبقى لنفسه فيها حقًّا [٢] ، ولهذا لا يجوز دفعها إلى ولده ومكاتبه ، وليس كذلك الذمي لأنه يقطع بالدفع إليه ، فلا يبقى له فيها حق فصار كالمسلم .

* * *

(١) في (ص) : [أتى] .

(٢) في (م) ، (ع) : [حق] .

مسألة ٣٦٣

الصاع ثمانية أرطال بالعراقي

٦٢٩٠ - قال أبو حنيفة ومحمد : الصاع ثمانية أرطال بالعراقي .

٦٢٩١ - وقال أبو يوسف : خمسة أرطال وثلث [١] .

٦٢٩٢ - وبه قال الشافعي [٢] .

٦٢٩٣ - لنا : ما روى أنس بن مالك ﷺ « أن النبي ﷺ كان يغتسل بالصاع ثمانية أرطال ، ويتوضأ بالمد رطلان » [٣] وروى جابر بن عبد الله ﷺ أن النبي ﷺ كان يغتسل بالصاع ويتوضأ بالمد رطلان » [٤] وهذا قول صحابيين .

٦٢٩٤ - فإن قيل : صاع الطهارة كان أكبر من صاع الكفارة .

٦٢٩٥ - قلنا : من ادعى صاعًا غير ما قالا احتاج إلى دليل ، وقد وافق ذلك ما روى

---

(١) راجع المسألة في متن القدوري ، ص (٢٤) ، متن الكنز ، ص (٣٠) ، تحفة الفقهاء ، باب صدقة الفطر (٣٣٨/١ ، ٣٣٩) ، بدائع الصنائع (٧٣/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية باب صدقة الفطر (٢٩٦/٢ ، ٢٩٧) ، البناية ، باب صدقة الفطر (٥٨٨/٣ - ٥٩١) ، الاختيار ، (١٢٤/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر باب صدقة الفطر (٢٢٩/١) ، حاشية ابن عابدين ، باب صدقة الفطر (٧٩/٢) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في حلية العلماء باب زكاة الفطر (١٠٩/٣) ، المجموع مع المهذب ، باب زكاة الفطر (١٢٨/٦ ، ١٢٩ ، ١٤٣ ، ١٤٤) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (١٩٣/٦-١٩٥) ، كفاية الأخيار، كتاب الزكاة (١٩٥/١) . راجع المنتقى ، في ملكية زكاة الفطر (١٨٦/٢) ، الإفصاح باب زكاة الفطر (٢٢١/١) ، الكافي لابن قدامة (٣٢٤/١) ، المغني ، (٥٧/٣ ، ٥٩) .

(٣) أخرجه البخاري بلفظ : كان النبي ﷺ يغسل ، أو يغتسل بالصاع إلى خمسة أمداد ، ويتوضأ بالمد ، في الصحيح في كتاب الوضوء ، باب الوضوء بالمد (٤٩/١) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الحيض باب القدر المستحب من الماء في غسل الجنابة (٢٥٨/٢) ، الحديث (٣٢٥/٥١) ، الدارقطني في السنن ، كتاب الطهارة ، باب ما يستحب للمتوضئ والمغتسل أن يستعمله من الماء (٩٤/١) .

(٤) أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الطهارة ، باب ما يجزئ من الماء في الوضوء (٣٠/١) ، وابن ماجه في السنن ، كتاب الطهارة وسننها ، باب ما جاء في مقدار الماء للوضوء والغسل من الجنابة (٩٩/١) ، الحديث (٢٦٩) ، كما أخرجه أحمد في المسند ٣٠٣/٣) ، ابن عدي في الكامل ، في ترجمة عمر بن موسى بن وجيه الوجيهي (١٢/٥) ، الترجمة (١١٨٧/٢٢٠) .

عن عائشة رضي الله عنها [١] « أن النبي ﷺ كان يغتسل بالصاع » [٢] قال مجاهد أخرجت إليَّ إناء ، فقالت [٣] : بمثل هذا كان يغتسل ، فحرزته [٤] ثمانية أرطال أو تسعة [٥] فقد اتفق قولهما .

٦٢٩٦ - وروى عن [٦] الشعبي والنخعي أنهما قالا : « وجدنا صاع عمر بن الخطاب رضي الله عنه حجاجيا ثمانية أرطال بالعراقي » [٧] ، ومعنى ذلك : أن الحجاج كشف [٨] عن صاع عمر بن الخطاب رضي الله عنه وختم عليه ، وكان يقول لأهل الكوفة : « ألم أظهر [٩] لكم صاع عمر ، وهذا الصاع قدره وأنفذه إلى الكوفة وإنما ينفذ [١٠] إلى الأمصار ما يتعلق به الأحكام الشرعية ، فدل أنه الصاع الذي يجب به الصدقات ، وعمر رضي الله عنه لا يجوز أن يخفى عليه صاع رسول اللّه ﷺ [١١] ، وإذا عرفه لم يجز أن يخالفه ، ولأنه حكم يتعلق بالصاع فوجب أن يتقدر بثمانية أرطال كالاغتسال .

٦٢٩٧ - ولأن ما يتقدر [١٢] به إطعام مسكين في كفارة لا يتقدر به الصاع ، أصله : الخمسة أرطال . ولأن الوسق ستون صاعًا باتفاق ، والوسق حمل بعير ، فلو كان الصاع خمسة أرطال وثلث كان الوسق [١٣] ثلاثمائة وعشرين رطلا ، وهذا ليس هو حمل البعير الغالب ، وإذا قدرناه بما ورد به الخبر بلغ أربعمائة وثمانين رطلا ، وهذا حمل بعير في العادة .

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٢) أخرجه أبو داود في السنن كتاب الطهارة ، باب ما يجزئ من الماء في الوضوء (٣٠/١) ، والترمذي في السنن ، في أبواب الطهارة ، وباب في الوضوء بالمد (٨٣/١ ، ٨٤) ، الحديث (٥٦) ، وابن ماجه في السنن ، كتاب الطهارة وسننها ، باب ما جاء في مقدار الماء للوضوء والغسل من الجنابة (٩٩/١) ، الحديث (٢٦٨) ، والطحاوي في المعاني في كتاب الزكاة ، باب وزن الصاع كم هو (٤٩/٢ ، ٥٠) ، وأحمد في المسند (١٢٣/١٢١/٦ ، ٢١٨ ، ٢١٩ ٢٣٤ ، ٢٣٩ ، ٢٤٩ ، ٢٨٠) .
(٣) في سائر النسخ : [فقال] ، الصواب ما أثبتناه من شرح معاني الآثار للطحاوي .
(٤) الحرز : بفتح الحاء وسكون الزاء ، التقدير ، حرز الشيء قدره بالتخمين . انظر مختار الصحاح ص١٣٣ ، المصباح المنير (١٢٨/١) .
(٥) أخرجه الطحاوي في المعاني في كتاب الزكاة ، باب وزن الصاع كم هو (٤٨/٢) .
(٦) الزيادة من (م) .
(٧) في (م) ، (ع) : [حجاجا] ، مكان : [حجاجيا] . أخرجه الطحاوي في المعاني (٥٢/٢) .
(٨) في (م) : [كسف] .
(٩) في (م) ، (ع) : [أظهر] .
(١٠) في (م) : [أنفذه] .
(١١) في (م) : [ﷺ ، وعلى آله وصحبه وسلم] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [ما لا يتقدر] .
(١٣) في (م) : [كالوسق] .

٦٢٩٨ - احتجوا : بما روى عبد الرحمن بن أبي ليلى : « أن النبي ﷺ قال : تصدق على ستة مساكين بثلاثة أصوع من تمر » (١) . وروى أنه قال : « تصدق بفرق من زبيب على ستة مساكين » (٢) فقال القتيبي (٣) : والفرق بتحريك الراء ستة عشر رطلا (٤) ، سوى بين الفرق وثلاثة أصوع فصح أن الصاع خمسة أرطال وثلث .

٦٢٩٩ - قلنا : قد نقل أصحابنا أن الفرق ستة وثلاثون رطلا [فلا يلتفت إلى قول القتيبى ويجوز أن يكون ستة عشر رطلا] (٥) بوزن المدينة ، وكل رطل عندهم ثلاثون أستارا فخرج من ذلك ثلاثة أصوع على قوله .

٦٣٠٠ - قالوا : نقل أهل المدينة خلفًا عن سلف كما نقلوا (٦) موضع القبر والمنبر وذي الحليفة .

٦٣٠١ - قالوا : وأحضر مالك إلى أبي يوسف أولاد المهاجرين والأنصار ، فجاء كل واحد منهم بصاع وهو يقول : أخبرني أبي (٧) عن أبيه : أنه كان يؤدى إلى رسول الله ﷺ الصدقة بهذا (٨) .

---

(١) أخرجه مسلم في الصحيح في كتاب الحج ، باب جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى ، ووجوب الفدية لحلقه وبيان قدرها (٨٦١/٢) ، الحديث (٨٤ ، ١٢٠١) ، وأبو داود في السنن ، كتاب المناسك ، باب الفدية (٤٦٨/١) ، وأحمد في المسند (٢٤١/٤ ، ٢٤٢ ، ٢٤٣) .

(٢) أخرجه البخاري في الصحيح ، في المحصر ، باب قول الله تعالى : أو صدقة ، وهي إطعام ستة مساكين (٣٢١/١) ، ومسلم في كتاب الحج باب جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى ووجوب الفدية لحلقه وبيان قدرها (٨٦٠/٢ ، ٨٦١) ، الحديث (٨٢ ، ٨٣/ ١٢٠) ، والترمذي في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في المحرم يحلق رأسه في إحرامه ما عليه (٢٧٩/٣) ، الحديث (٩٥٣) ، وأحمد في المسند (٣٤٣ ، ٣٤٤) ، وأبو داود في السنن كتاب المناسك باب الفدية (٤٦٩/١) .

(٣) في (ص) : [القتبي] .

(٤) الفرق : بفتح الفاء وسكون الراء وفتحها : مكيال كبير معروف لأهل المدينة ، يسع ستة عشر رطلا ، والجمع : فرقان . قال ابن منظور : وهو إناء يأخذ ستة عشر مدا ، وذلك ثلاثة أصوع . وقال ابن الأثير : الفرق بالتحريك : مكيال يسع ستة عشر رطلا ، وهي اثنا عشر مدا ، أو ثلاثة أصوع عند أهل الحجاز ، وقيل : الفرق خمسة أقساط ، والقسط : نصف صاع ، فأما الفرق بالسكون فمائة وعشرون رطلًا . راجع النهاية (٣/ ٤٦٣٧) ، لسان العرب (٣٤٠١/٥) مادة : [فرق] ، انظر كلام القتيبي في معجم مقاييس اللغة (٤٩٥/٤) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (ص) : [نقل] . (٧) في (ص) : [أمي] .

(٨) رواه البيهقي مطولًا في الكبرى ، في كتاب الزكاة باب ما دل على أن صاع النبي ﷺ كان عياره خمسة أرطال وثلث (١٧٠/٤ ، ١٧١) ، والطحاوي مختصرًا في المعاني (١٥/٢) .

٦٣٠٢ - والجواب [١] أن مالكًا سئل عن صاعهم ، فقال : تحرى عبد الملك بن مروان عن صاع عمر [٢] ، ولو كان عندهم [٣] نقلا مستفيضا لم يحتج [٤] عبد الملك إلى التحرى ولكان يتحرى على صاع رسول الله ﷺ . ولا يتحرى على صاع غيره وليس شيء نقله أهل المدينة يجب الرجوع إليه . لأنهم ادعوا التوارث في إفراد قوله : قد قامت الصلاة ، وفى ترك قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في الصلاة ، وترك الاستفتاح والتسبيح في الركوع ، وأكل كل ذى [٥] ناب من السباع ومخلب ، ثم لم يجب الرجوع إلى نقلهم ، فكذلك هذا النقل . ولأن صاع أهل الكوفة ثمانية أرطال ، وقد حصل عندهم أكابر الصحابة فما [٦] أنكروه عليهم ، ولا غيره ، فكذلك [٧] النقل معارض بهذا النقل .

٦٣٠٣ - وروى عن نافع أنه قال : « كان ابن عمر يؤدى صدقة الفطر بالصاع الأول » [٨] ، ولا يجوز أن يؤدى إلا بصاع رسول الله ﷺ ، فدل أن بالمدينة صاعًا يعنى غير الأول [٩] . وقال عبد الرحمن بن أبي ليلى : عندنا صاع أهل المدينة وجدناه [١٠] يزيد على الحجاجي بمكيال [١١] ، فدل : أن الصاعات اختلفت عليهم ، ولا يجوز ترك قول الصحابيين في وزن الصاع المطلق بهذا الاحتمال .

٦٣٠٤ - قالوا : الأصل براءة الذمة ، فلا يجوز أن يشغلها إلا بدليل .

٦٣٠٥ - قلنا : الفطرة وجبت فلا يسقط فرضها إلا بدليل ، وقد اتفقنا على سقوطها بما نقوله واختلفنا فيما دونه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [الجواب] بدون العطف .

(٢) ذكره الطحاوي في المعاني ، في كتاب الزكاة ، باب وزن الصاع كم هو (٥١/٢) .

(٣) لفظ : [عندهم] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في سائر النسخ : [عندهم لم يحتج] بزيادة : [عندهم] .

(٥) لفظ : [ذى] ساقط من (م) ، (ع) . (٦) في (ص) : [نصا] .

(٧) فى (ص) : [فذلك] .

(٨) أخرجه البخاري بلفظ : كان عمر يعطى زكاة رمضان بمد النبي ﷺ المد الأول . في الصحيح ، في كتاب الإيمان والنذور ، باب صاع المدينة ومد النبي ﷺ (١٦١/٤) .

(٩) في (م) : [أعنى الأول] . (١٠) في (م) ، (ع) : [وجدنا] .

(١١) أثر ابن أبي ليلى : أخرجه ابن أبي شيبة الحجاجي ، في المصنف ، في كتاب الزكاة ، في الصاع ما هو (٩٤/٣) ، الأثر (٢٣) .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسَمَّاة

التجريد

كتاب الصيام

مسألة ٣٦٤

إذا صام في رمضان بنية قبل الزوال جاز

٦٣٠٦ – قال أصحابنا : إذا صام في رمضان بنية قبل الزوال جاز [1] .

٦٣٠٧ – وقال الشافعي : لا يجوز إلا بنية من الليل ، فإن نوى الصوم بعد الفجر كان مفطرًا ، وإن نوى قبل الطلوع [فلم يكمل النية قبله حتى طلع الفجر قبل إكمال النية كان مفطرًا ، وإن نوى قبل الطلوع] [2] .

٦٣٠٨ – واختلفوا : في وقت جواز النية ، فمنهم من قال : ما بين غروب الشمس وطلوع الفجر .

٦٣٠٩ – ومنهم من قال : النصف الأخير من الليل ولا يجوز في النصف الأول .

٦٣١٠ – ومنهم من قال : في أول الليل فإن أكل أو شرب أو جامع أو استيقظ قبل الفجر بطلت نيته ، واحتاج إلى تجديدها [3] .

٦٣١١ – لنا : قوله تعالى : ﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ [4] . [فأمر بصوم

---

(١) راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل ، كتاب الصوم (٢٢٧/٢) ، الجامع الصغير باب صوم يوم الشك ص١٣٧ ، مختصر الطحاوي كتاب الصيام ص٥٣ ، المبسوط كتاب الصوم (٦٢/٣ ، ٦٣) ، متن القدورى كتاب الصوم ص٢٤ ، تحفة الفقهاء كتاب الصوم (٣٤٩/١) ، بدائع الصنائع فصل : وأما شرائطها (٨٥/٢ ، ٨٦) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية كتاب الصوم (٣٠١/٢ ، ٣٠٣– ٣٠٨) ، البناية مع الهداية كتاب الصوم (٥٩٨/٣ ، ٥٩٩ ، ٦٠١ – ٦٠٧) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) راجع تفصيل المسألة في الأم باب الدخول في الصيام والخلاف فيه ، وفى باب صيام التطوع (٩٥/٢ ، ١٠٣) مختصر المزني باب النية في الصوم ص (٥٦) ، حلية العلماء كتاب الصيام (١٥٤/٣ ، ١٥٥) ، المجموع مع المهذب كتاب الصيام (٢٨٨/٦–٢٩١ ، ٣٠١) ، فتح العزيز مع الوجيز في كتاب الصيام بذيل المجموع (٣٠١/٦–٣١٠) . وقال مالك وأحمد مثل قول الشافعي : لا يصح صوم رمضان إلا بنية من الليل . راجع تفصيل المسألة في المنتقى في من أجمع الصيام قبل الفجر (٤١/٢) ، الكافى لابن عبد البر باب ما يوجب الصيام وحكم النية فيه (٣٣٥/١) ، بداية المجتهد كتاب الصيام (٣٠٣/١ ، ٣٠٤) ، والإفصاح باب الصيام (٢٣٣/١) ، المغني كتاب الصيام (٩١/٣–٩٣) ، الكافى لابن قدامة كتاب الصيام باب النية في الصوم (٣٥٠/١ ، ٣٥١) .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٨٥ .

الشهر ، والمراد به : صوم شرعي] [١] ، وقد أجمعوا أن الصوم الشرعي قد يكون مع تقديم [٢] النية وتأخيرها ، فاقتضى ذلك جواز كل ما يسمى صوما في الشريعة . ويدل عليه قوله تعالى [٣] : ﴿ وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ مِنَ ٱلْخَيْطِ ٱلْأَسْوَدِ ﴾ إلى قوله : ﴿ ثُمَّ أَتِمُّوا۟ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ ﴾ [٤] . فأباح محظورات الصوم إلى حين الطلوع ، وأمر بالصوم بعده . فظاهره [٥] يقتضي : أنه إذا نوى في تلك الحال جاز صومه .

٦٣١٢ - ويدل عليه : ما روى أن النبي ﷺ قال في يوم عاشوراء : « من لم يأكل فليصم ، ومن أكل فليمسك بقية يومه » [٦] . وصوم يوم عاشوراء كان واجبا في زمان معين والدليل على وجوبه : أنه أمر بالصوم ، وكتب إلى أهل العوالى وأمر بالأمساك ، وذلك لا يجب في التطوع . وروت الربيع بنت معوذ أن النبي ﷺ بعث في الأمصار « من أصبح صائمًا [٧] فليقم [٨] على صومه ، ومن كان أصبح مفطرًا [٩] فليتم آخر يومه [١٠] ، فلم نزل نصومه [بعد] [١١] ونصومه صبياننا وهم صغار ، ونتخذ لهم اللعبة

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ؛ (ع) : [تقدم] .

(٣) لفظ : [تعالى] ساقط من (م) .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٨٧ .

(٥) في (ع) : [وظاهره] بالعطف .

(٦) أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الصوم ، باب صيام يوم عاشوراء (٣٤٢/١) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الصيام ، باب من أكل في عاشوراء فليكف بقية يومه (٤٦٠/١) ، وأحمد في المسند ، في حديث سلمة بن الأكوع رضى الله تعالى عنه (٤٧/٤) ، والنسائي في السنن بشرح السيوطى ، وحاشية السندى ، في كتاب الصيام ، في إذا لم يجمع من الليل هل يصوم ذلك من اليوم من التطوع (١٩٢/٤) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الصيام باب من أصبح يوم الشك لا ينوي الصوم ، وفى باب من زعم أن صوم عاشوراء كان واجبًا (٢٠٢/٤ ، ٢٨٨) ، وأخرجه أبو داود من طريق آخر بمعناه في كتاب الصيام ، باب في فضل صومه (٦١٨/١ ٦١٩) ، وابن ماجه ، في كتاب الصيام ، باب صيام يوم عاشوراء (٥٥٢/١) ، الحديث (١٧٣٥) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الصيام ، في ما قالوا في صوم عاشوراء (٢/ ٤٧٠) ، والطحاوي في المعاني ، في كتاب الصيام ، باب صوم عاشوراء (٧٣/٢) . راجع الهداية في تخريج أحاديث البداية ، كتاب الصيام الثاني (٢٠٤/٥ ، ٢٠٥) ، الحديث (٨٢٦) وإعلاء السنن (١٤٥/٩) .

(٧) لفظ : [صائما] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) في سائر النسخ : [فليتم] ، الصواب ما أثبتناه من معاني الآثار .

(٩) لفظ : [مفطرًا] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(١٠) في (ص) : [يزم] ، مكان : [يومه] ، وهو تصحيف .

(١١) الزيادتان : من معاني الآثار .

من العهن ، فإذا سألونا [الطعام] [١] أعطيناهم اللعبة » [٢] .والصبيان إنما يصومون الفرض .

٦٣١٣ - وقال : ابن مسعود ﷺ : « كنا نصومه ثم تركنا » [٣] ومعلوم أنه لم يترك استحبابه ، فلم يبق إلا وجوبه . وقالت عائشة رضي الله عنها : « أمر رسول الله ﷺ بصيام [يوم] [٤] عاشوراء قبل أن يفرض رمضان ، فلما فرض رمضان فقال [٥] : من شاء صام عاشوراء ، ومن شاء أفطر » [٦] . ولو كان قبل رمضان نفلا لم يتغير برمضان ؛ لأنه قال / ٨/أ قبل ذلك : « من شاء صام ، ومن شاء أفطر » . والخبر يقتضى تغيير حكمه إلى التخيير .

٦٣١٤ - فإن قيل : لو كان واجبًا لأمر من أكل بالقضاء .

٦٣١٥ - قلنا : لا يمتنع أن يكون واجبًا لا قضاء له ، كالجمعة .

٦٣١٦ - قالوا : لو كان واجبًا لما تركوه حين [٧] فرض رمضان إلا بنسخ .

٦٣١٧ - قلنا : تركوه بنسخ ، بدليل حديث عائشة رضي الله عنها .

٦٣١٨ - قالوا : روى أن معاوية خطب بالمدينة ، فقال سمعت رسول الله ﷺ

---

(١) الزيادة : من (م) ، (ع) ، ومن معاني الآثار .

(٢) حديث الربيع بنت معوذ ، أخرجه الطحاوي في المعاني بهذا اللفظ ، (٧٣/٢) ، وأخرجه البخاري بألفاظ متقاربة في كتاب الصيام ، في باب صوم الصبيان (٣٣٥/١) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الصيام باب من أكل في عاشوراء فليكف بقيه يومه (٤٦٠/١) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الصيام ، باب من أصبح يوم الشك لا ينوي الصوم (٢٨٨/٤) ، وأخرجه النسائي من وجه آخر مختصرًا في إذا طهرت الحائض أو قدم المسافر في رمضان هل يصوم بقية يومه ، (١٩٢/٤) .

(٣) أثر ابن مسعود ، أخرجه الطحاوي في المعاني في كتاب الصيام باب صوم عاشوراء (٧٤/١) .

(٤) الزيادة : من معاني الآثار .

(٥) في سائر النسخ : [قال] ، المثبت من معاني الآثار .

(٦) حديث عائشة ، أخرجه البخاري باختلاف يسير ، في كتاب الصيام في باب صوم الصبيان (٣٤١/١) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الصيام باب من أكل في عاشوراء فليكف بقية يومه (٤٥٦/١) ، أخرجه الطحاوي في المعاني كتاب الصيام ، باب صوم عاشوراء (٧٤/١) ، والبيهقي في باب من زعم أن صوم عاشوراء كان واجبًا ثم نسخ وجوبه (٢٨٨/٤) ، كما أخرجه عبد الرزاق ، في المصنف ، في كتاب الصيام ، باب صيام يوم عاشوراء (٢٨٩/٤) ، الحديث (٧٨٤٤ ، ٧٨٤٥) ، وابن أبي شيبة ، كتاب الصيام ، في ما قالوا في صوم عاشوراء (٤٧١/٢) ومالك في الموطأ ، في كتاب الصيام ، في صيام يوم عاشوراء (٢١٩/١) .

(٧) في (ع) : [لم يتركوه حتى] ، مكان المثبت .

يقول : « صوم عاشوراء لم يكتب عليكم ، من شاء صام ، ومن شاء لم يصم » [(١)] .

٦٣١٩ - قلنا : هذا قاله عليه [الصلاة و] [(٢)] السلام بعد النسخ .

٦٣٢٠ - فإن قيل : إنما يجب الصوم نهارًا ، وقد قدموا النية على الوجوب .

٦٣٢١ - قلنا : بل كان الصوم واجبًا ولم يعلم [(٣)] النبي ﷺ [(٤)] بالوقت . ثم عدم النية عندهم من الليل كالأكل بعد طلوع الفجر ، كما أن الأكل يمنع الصوم ، كذلك يجب [(٥)] أن يمنع عدم النية ؛ ولأن الصوم لو لم يجب إلا [(٦)] في تلك الحال لم يؤثر فيه [(٧)] تقدم الأكل على الوجوب ، كما لا يؤثر قبل طلوع الفجر .

٦٣٢٢ - ولأنه وجب [(٨)] بالأمر وأنفذ النبي ﷺ إلى العوالى فأمرهم بالصوم ، فقد تأخرت نيتهم [(٩)] عن وقت الوجوب لا محالة وإن كانوا لم يعلموا به ، كما أن من لم يعلم بالشهر حتى أصبح لم يصح صومه عندهم لفقد النية [المقدمة] [(١٠)] لوقت الوجوب في الجملة ، وإن كان لم يعلم أنه مخاطب بها .

٦٣٢٣ - فإن قيل : هذا الصوم قد نسخ ، فسقطت شرائطه .

٦٣٢٤ - قلنا : لم ينسخ فرض الصوم ، وإنما نقل من وقت إلى وقت [(١١)] فلا تتغير أحكامه فيها سوى الوقت ، كما أن الصلاة حولت إلى الكعبة فلم تتغير شروطها سوى الاستقبال ، ولأنا قسنا عليه لأنه كان صومًا في زمان معين ، فنسخ وجوبه لا يمنع

---

(١) في (م) ، (ع) : [ومن لم يصم يفطر] ، مكان : [ومن شاء لم يصم] . حديث معاوية أخرجه البخاري في كتاب الصيام ، في باب صوم الصبيان (٣٤١/١) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الصيام باب من أكل في عاشوراء فليكف بقية يومه (٤٥٨/١) ، والشافعي من طريقه في المسند ، في كتاب الصوم ، في الباب الثاني فيما جاء في صوم التطوع (٢٦٥/١) ، الحديث (٧٠٢) ، والطحاوي في المعاني (٧٧/٢) (٢٨٦/٤) ، الحديث (٧٨٣٤) ، مالك ، في الموطأ (٢٢٠/١) . راجع تخريجه أيضا في الهداية في تخريج أحاديث البداية (١٦٠/٥ ، ١٦١) ، الحديث (٧٩٦) .

(٢) الزيادة : من (ع) .

(٣) لفظ : [يعلم] غير واضح في (ص) .

(٤) في (م) : [عليه السلام] وفى (ع) : [عليه الصلاة والسلام] ، مكان قوله : [النبي ﷺ] .

(٥) في (م) ، (ع) : [كان يجب] بزيادة [كان] .

(٦) في (ص) : [في إلا] بزيادة [في] .

(٧) لفظ : [فيه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (ع) : [من وجب] بزيادة [من] .

(٩) في (م) : [بينهم] .

(١٠) الزيادة : من (ع) .

(١١) قوله : [إلى وقت] ساقط من (ع) .

القياس ، ألا ترى : أن الوجوب لو لم ينسخ ومنع من الصوم بنية [1] قبل الزوال لم يصح القياس عليه .

٦٣٢٥ - ويدل عليه : ما روى عكرمة عن ابن عباس ﷺ « أن الهلال غم ، فأصبحوا متلومين [2] ، فشهد أعرابي عند النبي ﷺ برؤية الهلال ، فأمر بلال ينادي في الناس بالصوم » [3] ، ولأنه صوم لا يثبت أداؤه في الذمة كالتطوع . ولا يلزم صوم الظهار ؛ لأنه يثبت في الذمة لكن لا يستقر .

٦٣٢٦ - ولا يلزم إذا قال : لله على أن أصوم شهرًا في هذه السنة فلم يبق منها إلا شهرًا واحدًا ؛ لأن هذا الصوم ثبت [4] في الذمة حين النذر ، ولأنه يصح بنية [5] قبل الزوال ، إذ لا رواية فيه ؛ لأنه صوم متعلق بعين فجاز بنية [6] من النهار ، كمن قال بعد الفجر : لله عليَّ أن أصوم هذا اليوم . ولأنه محل للنية في صوم النفل ، فكان محلا لنية صوم رمضان ، كالليل . ولأن جميع العبادات لا تختلف [7] محل النية في فرضها ونفلها ، كالصلاة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [نيته] . (٢) في (م) : [مبلومين] .

(٣) حديث ابن عباس ﷺ ، أخرجه أبو داود ، في باب شهادة رجلين على رؤية هلال شوال (٥٩٣/١) ، والترمذي ، في باب ما جاء في الصوم بالشهادة (٦٥/٣ ، ٦٦) ، والنسائي ، في باب قبول شهادة الرجل الواحد على هلال شهر رمضان ، وذكر الاختلاف فيه على سفيان في حديث سماك (١٣٢/٤) ، وابن ماجه ، في باب ما جاء في الشهادة على رؤية الهلال (٥٢٩/١) الحديث (١٦٥٢) ، وابن الجارود ، في المنتقى ، في باب الصيام ص١٠٣ ، الحديث (٣٨٠) ، والدارمي ، في باب الشهادة على رؤية هلال رمضان (٥/٢) ، والدارقطني ، في كتاب الصيام (١٥٨/٢) ، الحديث (١٤/٧) ، والطحاوي في المشكل ، في باب بيان مشكل ما روى عن رسول الله ﷺ (٢٠١/١ ، ٢٠٢) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الصوم ، في من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم ﷺ (٤٢٤/١) والبيهقي في المصدر السابق ، في باب الشهادة على رؤية هلال رمضان (٢١١/٤ ، ٢١٢) ، وابن أبي شيبة ، في كتاب الصيام في من كان يجيز شهادة شاهد على رؤية الهلال (٤٨٢/٢) ، وعبد الرزاق ، في المصنف ، في باب كم يجوز من الشهود على رؤية الهلال (١٦٦/٤) ، الحديث (٧٣٤٢) ، وشرح السنة ، في باب الشهادة على رؤية الهلال (٢٤٣/٦) ، الحديث (١٧٢٤) ، وتلخيص الحبير ، في كتاب الصيام (١٨٧/٢) ، الحديث (٨٧٨) الهداية في تخريج أحاديث البداية ، في كتاب الصيام (١٣٤/٥ ، ١٣٥) ، الحديث (٧٨١) ، والمحلى بالآثار ، في كتاب الصيام (٢٨٧/٤) مسألة (٧٢٨) .

(٤) في (ص) : [يثبت] بدون نقط .

(٥) في (م) ، (ع) : [نيته] . (٦) في (م) ، (ع) : [بنية] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا يختلف] .

٦٣٢٧ - فإن قيل : النافلة أخف في شرائطها ، بدلالة جواز الصلاة قاعدًا وعلى الراحلة .

٦٣٢٨ - قلنا : هو شرط في الفرض والنفل [(١)] لا يختلفان فيه ، وإنما يختلفان فيما شرط في أحدهما ولم يشترط في الآخر ؛ ولأن نفل الصلاة وفرضها يختلف في الشرائط ، ولا يختلف في محل النية .

٦٣٢٩ - ولأن بعد طلوع الفجر مستحق لصوم رمضان ، ولهذا لا يصح فيه غيره ويستحيل أن يستحق الصوم ولا يستحق أداؤه . ويدل على أنه إذا نوى قبل الزوال صح صومه : لأن كل زمان يصح صومه بنية تتقدم [(٢)] عليه ، صح بنية تبتدئ [(٣)] فيه أصله : غير رمضان يلزم ما بعد الزوال ؛ لأن التعليل للنهار في الجملة لا لأبعاضه .

٦٣٣٠ - ولأن ما كان صومًا في غير رمضان كان صومًا في رمضان ، كما لو قدم النية . وإذا ثبت أنه يكون [(٤)] صائمًا ، وقع عن رمضان ؛ لأن أحدا لا يفصل بينهما .

٦٣٣١ - احتجوا : بحديث الزهرى عن سالم عن أبيه ، عن حفصة ، « أن النبي ﷺ قال : من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له » [(٥)] ، وفى حديثها : « لمن لم يفرضه من الليل » ، ولمن لم يفرضه [(٦)] قبل الفجر » [(٧)] .

---

(١) في (م) ، (ع) [في النفل والفرض] بالتقديم والتأخير .

(٢) في (م) ، (ع) : [يتقدم] ، وفى (ع) : [بنيته] ، بزيادة : [هاء] .

(٣) في (ع) : [يبتدىء] . (٤) في (ع) : [أن يكون] .

(٥) حديث حفصة رضي الله عنها : أخرجه أبو داود ، في باب النية في الصيام (٦٢٠/١) ، والترمذي ، في كتاب الصيام ، في باب ما جاء لا صيام لمن لم يعزم من الليل (٩٩/٣) ، الحديث (٧٣٠) ، والنسائى ، في كتاب الصيام في ذكر اختلاف الناقلين لخبر حفصة في ذلك (١٩٦/٤ ، ١٩٧) ، والدارقطني في كتاب الصيام باب الشهادة على رؤية الهلال (١٧٢/٢) ، والبيهقي في ، باب الدخول في الصوم بالنية (٢٠٢/٤) ، وأحمد في المسند (٢٨٧/٦) والبخاري في التاريخ الصغير ، في قصة حفصة في الصوم (١٦١/١) .

(٦) في (ص) : [ولمن لم يود منه] ، وفى (م) ، (ع) : [ومن لم يود منه] ، وفى هامش (ص) : [صفة] ، مكان : [منه] الصواب ما أثبتناه من سنن الدارقطني .

(٧) أخرجهما الدارقطني ، في كتاب الصيام باب الشهادة على رؤية الهلال (١٧٢/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الصيام ، في من قال لا صيام لمن لم يعزم من الليل (٤٤٧/٢) وابن ماجه بمثل لفظ الدارقطني في كتاب الصيام ، باب ما جاء في فرض الصوم من الليل ، والخيار في الصوم (٥٤٢/١) ، الحديث (١٧٠٠) ، والبخاري في التاريخ الصغير في قصة حفصة في الصوم (١٥٩/١) ، والنسائي في كتاب الصيام في ذكر اختلاف الناقلين لخبر حفصة في ذلك (١٩٧/٤) ، وعبد الرزاق ، في المصنف ، في كتاب الصيام ، باب إفطار التطوع وصومه =

٦٣٣٢ - الجواب : أن هذا الحديث مختلف في رفعه إلى النبي ﷺ ؛ لأن ثقات [١] أصحاب الزهرى أوقفوه على حفصة . ومعمر ، وعبد الرحمن بن إسحاق ، وإسحاق [٢] بن رشاد ، وعبد الرحمن بن خالد [٣] ، وعقيل ، ومتى أوقفت الثقات [٤] من أصحاب الزهرى خبرا لم يلتفت إلى إسناد الواحد [٥] والاثنين له ، لا سيما إذا لم يكونوا في طبقة من أوقفه ، وهذه طريقة أصحاب الحديث . ثم اختلاف متنه وألفاظه يدل على قلة ضبطه . ولأن عندنا يجب عليه [٦] أن ينوى الصوم قبل الفجر .

٦٣٣٣ - وأما حديث عمرة عن عائشة : « أن النبي ﷺ قال : من لم يبيت الصيام قبل طلوع الفجر فلا صيام له » [٧] ، فمحمول على ما كان في بدء الإسلام [٨] ، أن الصوم يجب في بعض الليل .

٦٣٣٤ - احتجوا : بحديث ميمونة بنت سعد قالت : [٩] سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من أجمع الصوم من الليل فليصم ، ومن أصبح ولم يجمعه فلا يصم » [١٠] .

٦٣٣٥ - قلنا : هذا الحديث يرويه الواقدى ، وقد ضعفه الدارقطني في كتابه . ثم هو محمول على الحالة التي كان الصوم واجبا فيها [١١] في جزء من الليل ، ونحمله

= إذا لم يبيته (٢٧٥/٤) الحديث (٧٧٨٦) ، الترمذي ، في تلخيص الحبير ، في كتاب الصيام (٢١٢/٢) . راجع تخريج حديث حفصة أيضا في شرح السنة ، في باب نية الصوم من الليل (٢٦٩/٦ ، ٢٧٠) الحديث (١٧٤٤) ، والهداية في تخريج أحاديث البداية (١٥٥/٥-١٥٨) الحديث (٧٩٤) .

(١) في (ص) ، (ع) : [ثقاه] ، وفى (م) : [نفاه] . الصواب ما أثبتناه .

(٢) قوله : [وإسحاق] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) في سائر النسخ : [خلف] ، الصواب ما أثبتناه من سنن الدارقطني .

(٤) في (ص) : [اوقف الثقات] ، وفى (ع) : [الثقاة] ، مكان المثبت .

(٥) في (م) ، (ع) : [اسناده لواحد] ، مكان المثبت وهو تصحيف .

(٦) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) حديث عائشة رضي الله عنها : أخرجه الدارقطني ، في كتاب الصيام باب الشهادة على رؤية الهلال (١٧١/٢ ، ١٧٢) ، وأخرجه البيهقي ، في باب الدخول في الصوم بالنية (٢٠٣/٤) ، وابن حبان في كتابه المجروحين في ترجمة عبد الله بن عباد البصرى (٤٦/٢) .

(٨) في سائر النسخ : [في بدو الإسلام] ، الصواب ما أثبتناه .

(٩) في (م) : [قال] ، وهو خطأ .

(١٠) حديث ميمونة بنت سعد ، أخرجه الدارقطني ، كتاب الصيام ، باب الشهادة على رؤية الهلال (١٧٣/٢) .

(١١) لفظ : [فيها] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

على أن النية تجب من أول النهار ، لا من حين نوى ، فلابد أن يجمع من الليل ، ولهذا لم يقل في الليل .

٦٣٣٦ - فإن قيل : أجمع إذا عزم ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ فَأَجْمِعُوٓاْ أَمْرَكُمْ وَشُرَكَآءَكُمْ ﴾ (١) .

٦٣٣٧ - قلنا : قد حملناه عليها في أحد التأويلين ، وعلى العزم والفعل في الآخر ، تبين صحة هذه التأويلات ، أنا (٢) إذا حملناه عليها عممنا (٣) أنواع الصيام ، وإذا حملوه على ما يقولون خصوه بالصوم الواجب ، وما أدى إلى تبعية العموم أولى . ولأنه محمول عندنا على نفى فضيلة الصوم ، ولأنه قد يستعمل على نفى الفضيلة . وعندنا الأفضل أن يقدم النية . ولأنا نحمل هذا الخبر على الصيام الواجب في الذمة ، وأخبارنا على الصيام في الزمان المعين ، فيؤدى إلى استعمال الأخبار كلها .

٦٣٣٨ - فإن قيل (٤) : قوله : « لا صيام » بيان لشرط العبادة (٥) فينصرف إلى المقصود منها ، وهو المفروض دون غيره .

٦٣٣٩ - قلنا : وقد يكون لبعض الفرائض دون (٦) جميعها ، وقد حملناه على قضاء رمضان والكفارات .

٦٣٤٠ - قالوا : روى مثل قولنا عن ابن عمر ، وعائشة ، وحفصة ﷺ ، ولا مخالف لهم .

٦٣٤١ - قلنا : لا نعلم انتشاره ، وليس من أصلكم القول بالتقليد . وعلى أصلنا لا يلزم إذا روى عن رسول اللّٰه (٧) ﷺ ما يخالفه .

٦٣٤٢ - قالوا : (٨) صوم واجب ، فكان من شرطه تقدم النية من الليل ، كقضاء رمضان ، أو صوم واجب ، فكان من شرطه تقدم النية عليه .

٦٣٤٣ - قلنا : قولكم : « صوم يوم » لا معنى له ؛ لأن الصوم لا يكون أقل من يوم ، ولكان المتنفل بنية (٩) من النهار صائمًا بعض يوم لجاز أن يقدم الأكل ، ولكان في

---

(١) سورة يونس : الآية ٧١ .
(٢) في (ع) : [أما] ، مكان : [أنا] .
(٣) في (م) : [عمنها] .
(٤) في (م) ، (ع) : [قالوا] ، مكان : [فإن قيل] .
(٥) في (ع) : [شرط لبيان العبادة] ، مكان المثبت .
(٦) لفظ : [دون] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٧) في (ص) ، (ن) : [الرسول] ، مكان : [رسول اللّٰه] .
(٨) في (م) : [قلنا] ، مكان : [قالوا] .
(٩) في (م) ، (ع) : [بنيته] .

جزاء الصيد [١] إذا بقى من الإطعام نصف مد يجوز أن يقوم بنية [٢] من بعض النهار، وهذا لا يقوله أحد . ولأن الحكم غير مسلم في الأصل ؛ لأن عندنا لو نوى بعد طلوع الفجر في رمضان جاز ، ولا نسلم وجوب النية . ونقلب العلة فنقول : [٣] فإذا أخر النية عن ابتدائه كان ما تقدم [٤] النية . ولأن المعنى في قضاء رمضان : أنه وجب عليه في زمان غير موصوف بتحريم الأكل .

٦٣٤٤ - وفي مسألتنا : إذا لم ينو من الليل فالزمان موصوف بتحريم الأكل ، فوقع الصوم في الزمان المستحق فيه .

٦٣٤٥ - قالوا : عبادة تؤدى وتقضى [٥] ، فوجب أن يكون محل النية في أدائها محلها في قضائها ، كالصلاة . ولأن الصلاة لما لم يجز فرضها بنية متقدمة لم يجز بنية متأخرة [ولما جاز فرض الصوم بنية متقدمة ، كان فيه ما يجوز بنية متأخرة] [٦] ، يبين [٧] ذلك أن تقدم النية فيه إنما جاز للمشقة في مقارنتها ، كذلك يشق [٨] على الإنسان التقديم ؛ لأنه ينسى النية ، ويتشاغل عنها . ولأن الصلاة قضاؤها ، وأداؤها لا يتعلق بزمان بعينه ، فاحتاجت إلى نية [٩] مقارنة لتعين الفعل . وأداء الصوم يتعلق بزمان بعينه ، ويختلف في النيات التعيين وعدمه ، بدلالة : أن من نذر عتق عبد بعينه لا يفتقر إلى النية [١٠] ولو نذر عتقا مطلقا ، لم يصح إلا بنية ، ولذلك [١١] يجوز أن يفترق المعنى وغير المعنى في محل النية .

٦٣٤٦ - قالوا : الأبدال مثل مبدلاتها وأضعف ، فأما أن تزيد عليها فلا ، فلو وجب تقديم النية في القضاء لزاد البدل على المبدل ، وهذا لا يصح .

٦٣٤٧ - قلنا : [١٢] الأبدال أضعف من أصولها ، ولا يمتنع أن تزيد الشرائط في

---

(١) في (م) ، (ع) : [جزء الصوم] ، مكان : [جزاء الصيد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [بنيته] .
(٣) قوله : [فنقول] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) لفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) في (م) : [ويقضى] .
(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(٨) في (ع) : [شق] .
(٩) في (م) : [إلى نيته] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [إلى نية] .
(١١) في (ع) : [إلا بنيته] ، وفي (م) ، (ع) : [وكذلك] ، مكان المثبت .
(١٢) في (م) ، (ع) : [قالوا] ، مكان : [قلنا] .

البدل لضعفه . ولأن تأخير النية [١] يوجب نقصًا [٢] في الصوم ، إلا أن استدراك فضيلة الوقت في رمضان أولى ، وفي القضاء لا يستدرك [فضيلة الوقت] [٣] ويستدرك فضيلة الكمال بتقديم النية .

٦٣٤٨ - قالوا : إمساك واجب ، فكان من شرطه تقديم النية عليه ، أصله : ما بعد الزوال / .

٨٠/ب

٦٣٤٩ - قلنا : ما بعد الزوال ، متى لم تتقدم [٤] النية عليه ، لم تصحب [٥] أكثر النهار ، وما قبل الزوال إذا لم تتقدم النية [٦] عليه صاحبت أكثر النهار ، ووجود الشرط في أكثر العبادة مختلف لوجوده في أقلها ، بدلالة : المدرك لأكثر الركعة يعتد بها ، ولو أدرك أقلها لم يعتد بها .

٦٣٥٠ - قالوا : الإمساك يكون عادة ، وعبادة ، فوجب أن يقترن بما يميز [٧] العادة من العبادة .

٦٣٥١ - قلنا : اقترن به الزمان الذي تعين [٨] الوجوب فيه ، فأخرجه من أن يكون عادة .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ولا تأخير النية] .
(٢) في (م) ، (ع) : [نقضا] بالضاد المعجمة .
(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) : [لم يتقدم] .
(٥) في (م) ، (ع) : [لم يصحب] .
(٦) في (م) : [لم يتقدم النية] .
(٧) في (ع) : [ما يميز] .
(٨) في (م) : [يعين] .

مسألة ٣٦٥

يصح الصوم في رمضان بمطلق النية

٦٣٥٢ – قال أصحابنا : يصح الصوم في رمضان بمطلق النية ، فإن صام عن رمضان أو عن غيره وقع عنه (١) .

٦٣٥٣ – وقال الشافعي : لا يصح حتى ينوى أن يصوم (٢) غدا من رمضان فريضة (٣) .

٦٣٥٤ – لنا : قوله تعالى : ﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُۖ ﴾ (٤) ، والمراد به : الصوم الشرعي ، وذلك تارة يكون بنية (٥) معينة ، وتارة بنية مطلقة ، فاقتضى الظاهر جواز الأمرين .

٦٣٥٥ – فإن قيل : المراد [به] (٦) : فليصم الشهر .

٦٣٥٦ – قلنا : الشهر لا يصح صومه ، وإنما المراد : فليصم فيه . ويدل عليه : قوله ﷺ : « من صام رمضان إيمانا واحتسابا غفر له ما تقدم من ذنبه » (٧) . ورمضان لا

(١) راجع تفصيل المسألة في ، كتاب الأصل (١٩٧/٢) ، المبسوط (٥٩/٣-٦١) ، تحفة الفقهاء (٣٤٧/١ ، ٣٤٨) بدائع الصنائع (٨٣/٢ ، ٨٤) فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٣٠٨/٢ ، ٣٠٩) ، البناية مع الهداية (٦٠٨/٣ ، ٦٠٩) .

(٢) في (م) ، (ع) : [أن أصوم] .

(٣) راجع تفصيل المسألة في ، حلية العلماء (١٥٥/٣ ، ١٥٦) ، المجموع مع المهذب (٢٩٤/٦ ، ٢٩٥ ، ٢٩٩ ، ٣٠٢) فتح العزيز مع الوجيز بذيل المجموع (٢٨٩/٦ ، ٢٩٢-٢٩٦) . وقال مالك ، وأحمد في أصح روايته مثل قول الشافعي : يجب تعيين النية لصوم شهر رمضان . وقال أحمد في رواية أخرى : مثل قول الحنفية : لا يجب التعيين ، وإن نوى مطلقا أو نفلا أجزأه . راجع تفصيل المسألة في بداية المجتهد ، كتاب الصيام (٣٠٢/١ ، ٣٠٣) ، ص١١٢ المسائل الفقهية ، كتاب الصيام (٢٥٣/١ ، ٢٥٤) ، مسألة (٢) ، الإفصاح ، (٢٢٣/١) ، المغني ، كتاب الصيام (٩٤/٣ ، ٩٥) ، الكافي لابن قدامة ، (٣٥١/١) .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٨٥ .

(٥) قوله : [بنية] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) هذا الحديث ، متفق عليه . أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الصوم ، باب من صام رمضان إيمانا واحتسابا ونية (٣٢٥/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب الترغيب في قيام رمضان وهو التراويح (٣٠٥/١) ، كما أخرجه البخاري ، في باب فضل ليلة القدر (٣٤٣/١) ، وأخرجه =

يمكن صومه ، وإنما المراد : من صام فيه . ومتى أطلق النية فيه احتسابًا ، استحق العقاب [١] عند مخالفنا . وهذا خلاف الخبر .

٦٣٥٧ – ويدل عليه : حديث حفصة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا « أن النبي ﷺ قال : لا صيام لمن لم يجمع الصيام [٢] من الليل » [٣] فظاهره يقتضى : أنه إذا أجمع مطلقا صح صومه .

٦٣٥٨ – ويدل عليه : ما روى عن [٤] على ، وعائشة : رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أنهما كانا يأمران بصوم [٥] يوم الشك ويقولان : « لأن نصوم [٦] يومًا من شعبان أحب إلينا من أن نفطر [٧] يومًا من رمضان » [٨] . فلولا أن الصوم يصح في رمضان بنية التطوع لم يكن للاحتراز معنى . ولأنه صوم لا يثبت في الذمة عندنا ، ولا يلزم إذا قدم الصوم في الكفارة ؛ لأن ذلك الصوم يثبت في الذمة إذا وجب . ولا يقال : فصوم رمضان يثبت في الذمة إذا فات .

٦٣٥٩ – قلنا : لا يكون رمضان وإنما يكون قضاؤه . ولأنه زمان لا يصح فيه فرض الصوم ونفله [٩] ، فجاز الصوم فيه بمطلق النية ، كاليوم الذي أصبح فيه من غير رمضان . أو نقول : فلا يصح منه إلا نوع واحد .

٦٣٦٠ – فإن قيل : اليوم الذي فيه يجوز النذر والنفل .

= النسائي في كتاب الصيام ، في ثواب من قام رمضان وصامه إيمانًا واحتسابا (١٥٧/٤) وابن ماجه ، في كتاب الصيام ، باب ما جاء في فضل شهر رمضان (٥٢٦/١) ، الحديث (١٦١٤) وابن خزيمة في صحيحه ، في كتاب الصيام (١٩٥/٣) ، الحديث (١٨٩٤) وأخرجه ابن أبي شيبة ، في المصنف ، في كتاب الصيام ، في ما ذكر في فضل رمضان وثوابه (٤٢٠/٢ ، ٤٢١) . انظر تخريجه أيضًا في شرح السنة باب ثواب من صام رمضان (٢١٧/٦ ، ٢١٨) ، الحديث (١٧٠٦) .

(١) في (ص) ، (ن) : [العذاب] .

(٢) في (ع) : [للصيام] .

(٣) تقدم تخريج حديث حفصة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا في مسألة (٣٦٤) .

(٤) حرف : [الجر] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [صوم] .

(٦) في (ع) : [تصوم بالتاء] .

(٧) في (م) : [يفطر] .

(٨) حديث علي رضي الله عنه : رواه الشافعي ، في المسند ، في كتاب الصوم ، الباب الرابع في أحكام متفرقة في الصوم (٢٧٣/١) ، الحديث (٧٢١) ، وفي الأم ، في كتاب الصيام الصغير (٩٤/٢) ، والدارقطني من طريق الشافعي في كتاب الصيام ، باب الشهادة على رؤية الهلال (١٧٠/٢) ، الحديث (١٥) . وأما حديث عائشة : أخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الصيام ، باب من رخص من الصحابة في صوم يوم الشك (٢١١/٤) .

(٩) في (م) : [ونقله] بالقاف .

٦٣٦١ - قلنا : النذر ليس بفرض ، وإنما نريد [١] بالفرض ما فرضه [٢] اللَّه تعالى ابتداء ، وعلى العبادة الثانية : لا يصح فيه إلا نوع واحد ، وهو ما يوجبه [٣] اللَّه تعالى .

٦٣٦٢ - فإن قيل : فصلاة التطوع لا يحتاج فيها إلى تعيين [٤] النية ، وإن احتاج فرضها كذلك نفل [٥] الصوم لا يفتقر إلى التعيين وإن افتقر فرضه .

٦٣٦٣ - قلنا : صلاة التطوع ليس فيها معنى زائد على كونها صلاة . فلم يكن بد [٦] من مخصص لها وهو التعيين ، وصوم رمضان قد يخصص [٧] بالزمان تخصيصًا [٨] ، لا يصح غيره فيه ، فلم يحتج إلى تعيين نية تخصيصه .

٦٣٦٤ - فإن قيل : فالصوم في السفر يصح عن غير رمضان ولا يحتاج عندكم إلى تعيين النية .

٦٣٦٥ - قلنا : فيه روايتان ؛ ولأن كل عبادة لا تقع عن النفل بمطلق النية صحت عن الفرض بمطلق النية ، كالحج . ولأنها عبادة تجب بإفسادها [٩] الكفارة ، فصح فرضها بمطلق النية ، كالحج ولأنها عبادة على البدن لا تفعل [١٠] في السنة إلا مرة .

٦٣٦٦ - فإن قيل : الحج أوكد [١١] في باب البقاء ، بدلالة : أنه يمضى في فاسده [١٢] فلذلك صح بمطلق النية . ولما ضعف الصوم حتى لا يمضى في فاسده ، فلم يصح فرضه بمطلق النية .

٦٣٦٧ - قلنا : إذا وجب عليه حجة من قضاء ، وحجة من نذر ، لم تنعقد إحداهما [١٣] بمطلق النية ، ويصح المضى في فاسدها . وعلة الفرع : تبطل [١٤] بالأيمان والظهار ، وكل واحد منهما يصح بمطلق النية ، يصح المضى في فاسدها .

٦٣٦٨ - فإن قيل : الإحرام ينعقد مع الفساد .

٦٣٦٩ - قلنا : هذا لا يصح على أصولكم ؛ لأن الصوم ينعقد مع الفساد إذا [١٥]

---

(١) في (م) : [يريد] .
(٢) في (م) : [ما فرض] .
(٣) في (م) : [مالم يوجبه] بزيادة [لم] .
(٤) لفظ : [تعيين] ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [ونفل] بالعطف .
(٦) في (م) ، (ع) : [فلم يلزمه] .
(٧) في (م) ، (ع) : [وقد تخصص] .
(٨) في (م) ، (ع) : [تخصصا] .
(٩) في (ص) : [بافساده] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لا يفعل] .
(١١) في (م) ، (ع) : [أكد] .
(١٢) في (ص) : [فاسدة] .
(١٣) في (ع) : [أحدهما] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [يبطل] .
(١٥) في (ع) : [وإذا] بالعطف .

طلع له الفجر وهو مواقع ، ويلزمه الكفارة ثم الحج ، وفساده لا ينافيه ؛ فلذلك انعقد مع الفساد والصوم فساده ينفيه [(١)] فلم ينعقد معه ، وهذا [لا يصح ؛ لأنه] [(٢)] لا تعلق له بنفس النية ألا ترى : أن الإسلام لا يصح مع ما ينافيه ، وإن ساوى الحج في أنه لا يفتقر إلى نية معينة .

٦٣٧٠ - قالوا : الحج ينعقد الإحرام به مطلقا ، لا ينوى حجة ولا عمرة ثم تصرفه [(٣)] إلى أحدهما ، فدل على [(٤)] أنه آكد من الصوم الذي لا ينعقد إلا عن معنى واحد .

٦٣٧١ - قلنا : إنما يصح ذلك لأنه يصح [(٥)] جمعهما ، فالإحرام يصح أن يقع مبهما [(٦)] ثم يتعين ، ولا يصح أن يجتمع فرض الصوم ونفله ، فلم يصح أن يدخل فيه مبهما ثم يعينه [(٧)] .

٦٣٧٢ - ولأنه زمان لا يجوز أن يؤدى فيه غير فرضه لمن وجب عليه ، فلم يفتقر فرضه إلى تعيين النية ، كالطواف [(٨)] . أو نقول : إنه مستحق العين ، بدلالة أنه فرض لا يجوز تقديمه على وقته ولا تأخيره عنه ، أو لا يصح في وقته عبادة من جنسه ، فصار كالطواف للزيارة .

٦٣٧٣ - فإن قيل : الطواف لا يفتقر إلى النية ؛ لأنه ركن من عبادة .

٦٣٧٤ - قلنا : لو [طاف خلف غريمه أو خلف بعير نَدَّ منه لم يعتد به .

٦٣٧٥ - قالوا : ليس لافتقاره إلى نية ، لكن لأنه نوى غير النسك .

٦٣٧٦ - قلنا : لو] [(٩)] لم يفتقر إلى النية لكان متى نوى غيره لم يمتنع وقوعه ، كرد الوديعة .

٦٣٧٧ - احتجوا : بأنه صوم واجب فافتقر إلى تعيين النية ، كالقضاء والكفارات .

---

(١) في (ع) : [لا ينفيه] ، مكان : [ينفيه] .
(٢) الزيادة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٣) في (م) ، (ع) : [ثم يصرفه] .
(٤) حرف الجر : ساقطة من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [لا يصح] ، مكان : [يصح] .
(٦) في (م) ، (ع) : [منهما] .
(٧) في (ص) : [ثم يعينه] ، وفى (م) ، (ع) : [ثم يتعين ولا يصح تعينه] .
(٨) في (م) ، (ع) : [الطريق] .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

٦٣٧٨ - والجواب : أن في القضاء لم يوجد معنى يجعل الصوم عن القضاء إلا النية ، فإذا لم يوجد لم يقع عنه .

٦٣٧٩ - وفى مسألتنا : معنى يوجب كون الصوم [١] عن الفرض وهو أنه عين له فوقع الصوم عنه بغير النية ، ولهذا نقول : إنه إذا نذر صوم زمان بعينه لم يحتج إلى تعيين النية لأن اختصاص الوجوب به بنذره اقتضى وقوع الصوم المطلق عنه ، فأما الصلاة في آخر الوقت فلم ينعقد الوقت لفعلها شرعًا ولا إيجابًا ؛ لأن الشريعة وسعت وقتها وخيرت فيه فافتقرت إلى تعيين النية ولم يعتبر حكمها بتأخير المكلف لفعلها . ثم هذا يبطل بمن عليه كفارات من جنسين إذا صام عن الكفارة ولم يعين ، فإن صومه يصح عندهم وهو صوم واجب ، ولم يفتقر إلى التعيين .

٦٣٨٠ - قالوا : يفتقر لأنه لو لم ينو الكفارة لم يصح .

٦٣٨١ - قلنا : الكفارة جنس والكلام في تعيين النوع ، ألا ترى ، أنه إذا صام ينوى الواجب لم يصح عندهم وإن كان قد عين ، حتى يعين صوم رمضان للفرض [٢] .

٦٣٨٢ - قالوا : الأبدال في الأصول من جنس مبدلاتها أو أقل ، فإذا ثبت أن القضاء يفتقر إلى تعيين النية فمبدله أولى .

٦٣٨٣ - قلنا : الأبدال قد يخالف [٣] مبدلاتها في باب النيات ، بدلالة : من غصب عينًا من الأعيان لم يفتقر ردها إلى النية ، ولو استهلكها اعتبر في دفع قبضها النية . والوضوء إذا وقع بنية النفل جاز به الفرض عندهم ، ولو تيمم [٤] للنفل لم يجز أداء الفرض به . أو نقول : ما تعين وجوبه مخالف [٥] لم يتعين فيه النيات ، بدلالة أن من أوصى بعتق لم يجز [٦] عتقهم إلا بنية .

٦٣٨٤ - قالوا : عبادة يفتقر قضاؤها إلى تعيين النية [فافتقر أصلها إلى تعيين النية] [٧] كالصلاة .

٦٣٨٥ - الجواب : أن القضاء فرع فلا يؤخذ حكم الأصل من فرعه . ولأن الصلاة

---

(١) لفظ : [الصوم] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) في (م) ، (ع) : [الفرض] . (٣) في (ع) : [تخالف] .
(٤) في (م) : [ولو لم تيمم] ، وفى (ب) : [ولو لم يتيمم] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يخالف] . (٦) لفظ : [يجز] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

بمطلق النية تقع عن النفل فلم يجز أن تقع عن الفرض . ولما كان الصوم بمطلق النية لا يقع عن النفل جاز أن يقع عن الفرض ، كالحج والأيمان والظهار [١] .

٦٣٨٦ - قالوا : نوى في رمضان عن غيره ، فلم يقع عن رمضان ، كالمسافر .

٦٣٨٧ - الجواب : أن المسافر أبيح له الفطر من غير عذر ، فيقع صومه عما ينويه كالمقيم [٢] في غير رمضان . والمقيم تعين عليه الصوم ، فوقع عما استحق عليه وإن نوى غيره ، كما لو نوى بالأيمان النافلة .

* * *

(١) في (م) : [والطهارة] .

(٢) في (ع) : [كالمتيم] .

مسألة ٣٦٦

إذا صام المسافر في رمضان عن فرض في ذمته من قضاء أو كفارة وقع عما نواه

٦٣٨٨ - قال أبو حنيفة : إذا صام المسافر في رمضان عن فرض في ذمته من قضاء أو كفارة ، وقع عما نواه ، وإذا تنفل بالصوم وقع عن الفرض في الرواية المشهورة . وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة : أنه يقع عن النفل .

٦٣٨٩ - وقال أبو يوسف ومحمد في جميع ذلك [(١)] : أنه يقع عن الفرض [(٢)] .

٦٣٩٠ - وقال الشافعي : لا يقع عن واحد منهما ، ويكون مفطرًا [(٣)] . لأبي حنيفة أن الصوم في السفر ليس بمستحق ، بدلالة : إباحة الفطر من غير عذر ، فإذا صامه عن واجب صح كسائر الأيام . ولا يلزم يوم الفطر ؛ لأن الفطر فيه [(٤)] واجب وليس بمباح . ولأن الفطر في السفر رخصة ، فأما إذا صام [(٥)] عن قضاء رمضان الماضي ، فقد ترخص [له] [(٦)] لأنه لا مأثم [(٧)] عليه في ترك / هذا الشهر ، ويسقط عن ذمته صومًا . وإن حضره الموت قبل الإتمام ، لزمه أن يوصي به ، ومن [(٨)] رخص له فترخص ، جاز .

٨١/أ

---

(١) قوله : [في جميع ذلك] ساقط من (ع) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل باب ما يجب منه إفطار الصوم ... الخ (٣٣٣/٢) ، المبسوط كتاب الصوم وباب ما يجب فيه القضاء والكفارة ... الخ (٦١/٣ ، ١٤٢ ، ١٤٣) ، تحفة الفقهاء كتاب الصوم (٣٤٨/١) بدائع الصنائع ، (٨٤/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية كتاب الصوم (٣٠٩/٢ ، ٣١٠) ، البناية مع الهداية كتاب الصوم (٦٠٩/٣ ، ٦١٠) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في مختصر المزني ، حلية العلماء كتاب الصيام (١٥٥/٣) ، المجموع كتاب الصيام (٢٦٣/٦ ، ٢٩٩) ، فتح العزيز مع الوجيز في كتاب الصيام بذيل المجموع (٢٩٦/٦ ، ٤٤١) . وقال مالك وأحمد مثل قول الشافعي : إذا نوى المسافر في رمضان صيام غيره لم يجزه عن واحد منهما . راجع تفصيل المسألة في الكافي لابن عبد البر ، باب ما يوجب الصيام وحكم النية فيه (٣٣٦/١) ، بداية المجتهد كتاب الصيام (٣٠٢/١) ، شرح الزرقاني (٢١٩/٢) ، الإفصاح ، (٢٥٠/١) ، المغني كتاب الصيام (١٠٢/٣) .

(٤) في (م) ، (ع) : [منه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فإذا صام] .

(٦) الزيادة من (ع) .

(٧) في (ن) : [لا يأثم] .

(٨) في (ن) : [من] بدون العطف .

٦٣٩١ - ولهذا يقول [١] : إذا نوى النافلة كان عن الفرض في إحدى [٢] الروايتين ؛ لأنه لم يترخص ، ألا ترى : أنه لا يسقط عن ذمته فرضًا وإنما يطلب الثواب بالنفل ، وثواب الفرض في وقته [٣] أعظم من ثواب النفل ، فلذلك وقع عن الفرض .

٦٣٩٢ - احتجوا : بأنه نوى في رمضان القضاء فلم يقع عنه ، كالمقيم .

٦٣٩٣ - قلنا : المقيم تعين [٤] عليه الصوم ، فوقع عما عينه اللَّه [٥] تعالى ، لا عما عينه [٦] . والمسافر لم يتعين عليه الصوم ؛ لأنه رخص له في تركه فإذا نوى فرضًا آخر فقد رخص .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [نقول] .
(٢) في (ص) : [في أحد] .
(٣) في (م) : [رقية] ، وفى (ع) : [رقبته] .
(٤) في (م) ، (ع) : [تعيين] .
(٥) في (م) ، (ع) : [عما يعينه اللَّه] .
(٦) قوله : [لا عما عينه] ساقط من (ع) .

مسألة ٣٦٧

لا يجوز صوم النافلة بنية بعد الزوال

٦٣٩٤ - قال أصحابنا : لا يجوز صوم النافلة بنية بعد الزوال (١) ، وهو قول الشافعي في الأم ، وقال في أمالي (٢) حرملة واختلاف على وعبد اللّٰه : يجزيه من أى وقت يكون صائمًا . ومن (٣) أصحابه من قال : من حين نوى ، وظاهر المذهب أنه من أول النهار (٤) .

٦٣٩٥ - لنا : قوله عليه [الصلاة و] (٥) السلام : « الصائم بالخيار ما لم ينتصف النهار » (٦) . والمراد به : التمسك ؛ ولأن النية لم تصحب أكثر النهار ، فصار كما لو نوى مع الغروب . ولأن (٧) ما لا يكون محلًّا لنية صوم الفرض لا يكون محلًّا لنية

---

(١) راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل كتاب الصوم (٢٢٦/٢ ، ٢٢٧) ، المبسوط كتاب الصوم (٨٥/٣ ، ٨٦) ، متن القدورى كتاب الصوم ص٢٤ ، تحفة الفقهاء كتاب الصوم (٣٤٩/١) ، بدائع الصنائع (٨٥/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية كتاب الصوم (٣١١/٢ ، ٣١٢) ، البناية مع الهداية كتاب الصوم (٦١٠/٣ ، ٦١١) .

(٢) في (ن) : [في الأماني] .

(٣) في (م) ، (ع) : [من] بدون العطف .

(٤) قال النووى في المجموع : وهل يصح - أى : صوم التطوع - بنية بعد الزوال ، فيه قولان : أصحهما بإتفاق الأصحاب وهو نصه في معظم كتبه الجديدة ، وفى القديم : لا يصح . راجع تفصيل المسألة في الأم (٩٥/٢) ، مختصر المزني ، ص٥٦ ، حلية العلماء كتاب الصيام (١٥٩/٣) المجموع مع المهذب كتاب الصيام (٢٩٢/٦ ، ٢٩٣) ، فتح العزيز في كتاب الصيام بذيل المجموع (٣١٠/٦-٣١٦) . وقال مالك : لا يصح صوم التطوع إلا بنية من الليل . راجع تفصيل المسألة في المنتقى ، (٤١/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، (٣٣٥/١) . وظاهر كلام أحمد : مثل أحد قولي الشافعي : تصح نية صوم النافلة في أى وقت من النهار . راجع تفصيل المسألة في المغني كتاب الصيام (٩٦/٣-٩٨) ، الكافي لابن قدامة ، (٣٥١/١ ، ٣٥٢) .

(٥) الزيادة من (ع) .

(٦) أخرجه البيهقي ، في الكبرى ، في آخر باب صيام التطوع والخروج منه قبل تمامه (٢٧٧/٤ ، ٢٧٨) ، وعبد الرزاق في المصنف ، في كتاب الصيام ، باب إفطار التطوع وصومه إذا لم يبيته (٢٧٣/٤-٢٧٥) الحديث (٧٧٧٦-٧٧٧٩ ، ٧٧٨٢ ، ٧٧٨٤) ، وابن أبي شيبة ، في المصنف في كتاب الصيام ، في من قال : الصائم بالخيار في التطوع (٤٤٤/٢) .

(٧) في (ع) : [ولا] ، مكان : [ولأن] .

صوم النفل ، أصله : إذا اتصلت النية بالغروب . ولأنه صوم شرعى ، فلا تصح [(١)] نيته بعد الزوال ، كصوم رمضان .

٦٣٩٦ - احتجوا : بأن النهار محل لنية النفل ويستوى أوله وآخره [(٢)] .

٦٣٩٧ - قالوا : ولأن نيته قارنت الإمساك ، فأشبه إذا نوى قبل الزوال .

٦٣٩٨ - الجواب : [(٣)] أن المعنى فيما ذكروه [(٤)] أن النية صحبت [(٥)] أكثر النهار ، والأكثر كالجميع في كثير من العبادات ، بدليل أن المدرك لأكثر أفعال [(٦)] الركعة يعتد بها ، والفاعل لأكثر أركان الحج لا يلحقه الفساد . فأما إذا صحبت النية الأقل لم يجز ، كما لو نوى مع الغروب . ولأن الأقل لم يجر مجرى العبادة في الأصول [(٧)] .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [فلا يصح] .

(٢) في (م) ، (ع) : [وآخره كالليل] بزيادة : [كالليل] .

(٣) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف . (٤) في (ص) ، (ن) : [ذكره] .

(٥) في (ن) : [يختص] ، ولفظ : [صحبت] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الأفعال] . (٧) في (م) ، (ع) : [والأصول] .

مسألة ٣٦٨

لا يكره صوم يوم الشك تطوعًا ، ويكره صومه عن رمضان

٦٣٩٩ - قال أصحابنا : لا يكره صوم يوم الشك تطوعًا ، ويكره صومه عن رمضان ، أو بحذر [1] لرمضان [2] .

٦٤٠٠ - وقال الشافعي : يكره صومه إلا أن يوافق صومًا كان يعتاده [3] .

٦٤٠١ - لنا : ما روى عمران بن الحصين ، « أن رسول الله ﷺ قال لرجل .

٦٤٠٢ - هل صمت من بعد شعبان ؟ قال : لا ، قال : فإذا أفطرت رمضان فصم

---

(١) في (م) ، (ع) : [أو بحور] بدون نقط ، وفى (ص) : [يجرى] أيضا بدون نقط ، لعلة تحرى كما أثبتنا ، أو بحرز ، أو بخرز في جميع الصور لا يستقيم المعنى ، والمسألة مفهومة بدون هذه الزيادة .

(٢) راجع تفصيل المسألة في الجامع الصغير ، ص (١٣٧) ، كتاب الحجة باب الرجل يصوم اليوم يشك فيه (٤٠٣/١ ، ٤٠٤) ، المبسوط كتاب الصوم (٦٣/٣ ، ٦٤) ، تحفة الفقهاء كتاب الصوم (٣٤٣/١) ، بدائع الصنائع (٧٨/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية فصل في رؤية الهلال (٣١٤/٢-٣٢١) ، البناية مع الهداية كتاب الصوم (٦١٣/٣-٦٢٢) .

(٣) راجع تفصيل المسألة ، في حلية العلماء كتاب الصيام (١٧٧/٣ ، ١٧٨) ، المجموع مع المهذب كتاب الصيام (٣٩٩/٦ ، ٤٠٠ ، ٤٠٣-٤٠٧) ، فتح العزيز مع الوجيز ، في القول في شرائط الصوم بذيل المجموع (٤٠٩/٦ ، ٤١٢-٤١٥) . قال مالك في المدونة : لا ينبغي أن يصام اليوم الذي من آخر شعبان الذي يشك فيه أنه من رمضان ، وقال القيرواني في الرسالة : ولا يصام يوم الشك ليحتاط به من رمضان ، ومن صامه كذلك لم يجزه وإن وافقه من رمضان ، ولمن شاء صومه تطوعًا أن يفعل ، وقال ابن عبد البر في الكافى : فإن تيقن أنه من شعبان جاز صيامه تطوعًا ، فأما مع الشك فلا . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، في صيام آخر يوم من شعبان (١٨٢/١) ، الرسالة الفقهية باب في الصيام ص (١٦٠) ، المنتقى في ما جاء في رؤية الهلال للصوم والفطر في رمضان (٣٥/٢ ، ٣٦) ، الكافي لابن عبد البر باب ما لا يجوز صومه من الأيام (٣٤٨/١) ، بداية المجتهد في كتاب الصيام الثاني ، وهو المندوب إليه (٣٢١/١) ، شرح الزرقاني (١٩٥/٢) . واختلفت الرواية عن أحمد في صيام يوم الشك عن رمضان ، فقال في رواية : إن كانت السماء مصحية ، لم يجز صومه ، وإن كانت مغيمة ، وجب صومه عن رمضان . وقال في الأخرى : إن الناس تبع للإمام ، فإن صام صاموا وأن أفطر أفطروا . وفى الثالثة : لا يجب صومه ، ولا يجزئه عن رمضان إن صامه . وقال في التطوع مثل قول الشافعي : يكره صومه تطوعا ، إلا أن يكون يوافق عادة . راجع تفصيل المسألة في المسائل الفقهية : كتاب الصيام (٢٥٧/١) ، الإفصاح ، (٢٣٤/١ ، ٢٣٥) ، المغني كتاب الصيام (٨٧/٣ ، ٨٩- ٩١) ، الكافي لابن قدامة باب صوم التطوع (٣٦٣/١) .

يومين » (١) .

٦٤٠٣ – وهذا يدل على إباحة صوم آخر شعبان . وروى عن أنس ﷺ « أن النبي ﷺ قال : أفضل الصيام بعد رمضان شعبان » (٢) وفى رواية أسامة بن زيد ، أن النبي ﷺ قال في شعبان : « هو شهر يغفل (٣) الناس عن صومه » (٤) .

٦٤٠٤ – وهذا يدل على أن الصوم فيه أفضل من الفطر ، وذلك في سائر أيامه .

٦٤٠٥ – قالوا : لا تأثير لقولكم من شعبان ؛ لأن الصوم في غير شعبان جائز .

٦٤٠٦ – قلنا : في غير شعبان قد يجوز الصوم وقد لا يجوز ، وهو يوم الفطر والنحر ، وأيام التشريق . ورمضان لا يجوز التنفل (٥) فيه ، فكان لتخصيص شعبان فائدة . ولأنه يوم لا يكره فيه صوم النذر وقضاء رمضان فلا يكره صوم النفل ، أصله : سائر الأيام (٦) .

٦٤٠٧ – ولأنه لا يكره صومه إذا اتصل بصوم قبله ، فلا يكره إذا انفرد ، كسائر الأيام ، وعكسه يوم النحر .

٦٤٠٨ – فإن قيل : هذه الأقيسة تخالف (٧) النص .

---

(١) حديث عمران بن حصين ، متفق عليه ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الصوم ، باب الصوم ، باب الصوم أخر الشهر (٣٣٩/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الصيام ، باب صوم سرر شعبان (٤٧٤/١) ، ولفظه : عن عمران بن حصين ﷺ أن رسول الله ﷺ قال له ، أو الآخر : أصمت من سرر شعبان ، قال : لا ، قال : فإذا أفطرت فصم يومين ، وأبو داود ، في كتاب الصيام ، باب في التقدم (٥٨٩/١ ، ٥٩٠) ، والطحاوي في المعاني ، في كتاب الصيام ، باب الصوم بعد النصف من شعبان إلى رمضان (٨٣/٢ ، ٨٤) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الصيام ، باب الخبر الذي ورد في صوم سرر شعبان (٢١٠/٤) . راجع تخريجه في مصابيح السنة في كتاب الصوم ، باب صيام التطوع ، (٨٨/٢) ، الحديث (١٤٥٢) .

(٢) حديث أنس ﷺ أخرجه الطحاوي في المعاني ، في كتاب الصيام ، باب الصوم بعد النصف من شعبان إلى رمضان (٨٣/٢) .

(٣) في (م) : [يعقل] .

(٤) رواية أسامة بن زيد ﷺ : أخرجها الطحاوي في المعاني ، في كتاب الصيام ، باب الصوم بعد النصف من شعبان إلى رمضان (٨٢/٢ ، ٨٣) ، والنسائي في المجتبى ، في صوم النبي ﷺ بأبي هو وأمي ، وذكر اختلاف الناقلين للخبر في ذلك (٢٠١/٤) .

(٥) في (ع) : النفل .

(٦) في (م) : [كسائر الأيام] .

(٧) في (م) : [يخالف] .

٦٤٠٩ - قلنا : بل نخصصه [١] ونحمله على وجه دون وجه ، وتوافق [٢] ما ذكرنا من الأخبار .

٦٤١٠ - احتجوا : بحديث أبي هريرة ﷺ « أن النبي ﷺ قال : لا تقدموا الشهر بصوم يوم [٣] ولا يومين » [٤] .

٦٤١١ - الجواب : أن الشك لا يقع في يومين ، وإنما نهى عن الصوم على طريق الاستفتاح للشهر والاستقبال له ، ولا تعلق لهذا بالشك .

٦٤١٢ - احتجوا : بحديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « إذا انتصف شعبان فلا صوم حتى يكون رمضان » [٥] .

---

(١) في (م) : [يخصصه] . (٢) في (ص) : [وتوافق] .

(٣) لفظ : [يوم] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولا بيومين] . هذا الحديث : أخرجه البخاري في الصحيح ، في باب لا يتقدمن رمضان بصوم يوم ولا يومين (٣٢٧/١ ، ٣٢٨) ومسلم ، في الصحيح في باب لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين (٤٣٨/١) ، أبو داود بهذا اللفظ ، في السنن باب من قال : فإن غم عليكم فصوموا ثلاثين (٥٨٩/١) ، وأما حديث أبي هريرة : أخرجه أبو داود ، في باب فيمن يصل شعبان برمضان (٥٩١/١) ، والترمذي ، في باب ما جاء : لا تقدموا الشهر بصوم (٦٠/٣) ، الحديث (٦٨٥) ، وأخرجه النسائي في السنن (١٤٩/٤) ، وابن ماجه ، في باب ما جاء في النهي أن يتقدم رمضان بصوم إلا من صام صوما فوافقه (٥٢٨/١) ، الحديث (١٦٥٠) ، والشافعي في المسند ، الباب الرابع في أحكام متفرقة في الصوم (٢٧٥/١) ، الحديث (٧٢٤) ، والطحاوي في المعاني (٨٤/٢) ، وابن أبي شيبة ، في كتاب الصيام ، في من رخص أن يصل رمضان بشعبان (٤٣٩/٢) ، والدارمي في باب النهي عن التقدم في الصيام قبل الرؤية (٤/٢) والبيهقي في الكبرى ، في باب النهي عن استقبال شهر رمضان صوم يوم أو يومين والنهي عن صوم يوم الشك (٢٠٧/٤) ، وأخرج ابن حزم حديث أبي هريرة ، في المحلى بالآثار ، في كتاب الصيام (٤٤٤/٤) ، مسألة (٧٩٨) . راجعه أيضا في اعلاء السنن (١٣٢/٩) .

(٥) هذا الحديث ، أخرجه أبو داود ، في باب في كراهية ذلك (٥٩١/١ ، ٥٩٢) ، والترمذي بلفظ : إذا بقى نصف من شعبان فلا تصوموا ، في باب ما جاء في كراهية الصوم في النصف الثاني من شعبان لحال رمضان (١٠٦/٣) ، الحديث (٧٣٨) ، وابن ماجه ، بلفظ : إذا كان النصف من شعبان ، فلا صوم حتى يجيء رمضان (٥٢٨/١) ، الحديث (١٦٥١) ، والدارمي ، بلفظ : فامسكوا عن الصوم في باب النهي عن الصوم بعد انتصاف شعبان (١٧/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، لفظ : فأمسكوا حتى يكون رمضان في من كره أن يتقدم شهر رمضان بصوم (٤٣٧/٢) ، والطحاوي بلفظ : لا صوم بعد النصف من شعبان حتى رمضان ، (٨٢/٢) والبيهقي بنحو لفظ أبي داود ، وبلفظ : إذا مضى النصف من شعبان فأمسكوا عن الصيام حتى يدخل رمضان في الكبرى ، في باب الخبر الذي ورد في النهي عن الصيام إذا انتصف شعبان (٢٠٩/٤) =

٦٤١٣ - قلنا : هذا محمول على الصوم لاستفتاح الفرض ، أو أمر بالفطر إذا كان يضعف الصوم عن الفرض ، كما ندب عليه [الصلاة و] (١) السلام إلى صوم عرفة ، فلما حج أفطر ليتقوى على الوقوف ، يبين (٢) ذلك ما روى ابن عمر [﵄] (٣) أن النبي ﷺ كان يقرن (٤) شعبان برمضان (٥) .

٦٤١٤ - قالوا : روى أبو هريرة ﵁ « أن النبي ﷺ نهى عن صيام ستة أيام : يوم الفطر ، ويوم الأضحى وأيام التشريق ، واليوم الذي يشك فيه من رمضان » (٦) .

٦٤١٥ - الجواب : أن النهي عن صومه عن رمضان (٧) متفق عليه ، وإنما الخلاف إذا صامه تطوعًا ، وليس ذلك في الخبر .

٦٤١٦ - قالوا : روى عن صلة بن زفر قال : « كنت عند عمار بن ياسر في اليوم الذي يشك فيه فأمر بشاة مصلية فتنحى بعض القوم وقال : إني صائم ، فقال عمار : من صام هذا اليوم فقد عصى أبا القاسم » (٨) .

= والدارقطني بنحو لفظ الطحاوي ، وزاد فيه : ومن كان عليه صوم من رمضان فليسرده ولا يقطعه في باب القبلة للصائم (١٩١/٢) الحديث (٥٧) .

(١) الزيادة من (ع) .

(٢) في (م) : [تبين] .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) : [نقرا] .

(٥) حديث ابن عمر : أخرجه أبو داود باب في صوم شعبان (٦١٥/١) ، والترمذي ، في باب ما جاء في وصل شعبان برمضان (١٠٤/٣) ، الحديث (٧٣٦) ، النسائي ، في ذكر حديث أبي سلمة في ذلك ، وفى الاختلاف على محمد بن إبراهيم فيه (١٥٠/٤) ، ابن أبي شيبة ، في المصنف ، في من رخص أن يصل رمضان بشعبان (٤٣٨/٢) ، الطحاوي بهذا اللفظ في المعاني (٨٢/٢) .

(٦) حديث أبي هريرة : رواه عبد الرزاق ، في المصنف ، في باب فصل ما بين رمضان وشعبان (١٦٠/٤) الحديث (٧٣٢٠) والبيهقي ، في باب النهي عن استقبال شهر رمضان (٢٠٨/٤) ، والدارقطني ، في كتاب الصيام (١٥٧/٢) ، الحديث (٦) . راجع في ، مجمع الزوائد كتاب الصيام باب ما نهي عن صيامه من أيام التشريق (٢٠٣/٣) .

(٧) في (ع) : [من رمضان] .

(٨) حديث صلة بن زفر : أخرجه البخاري في الصحيح تعليقا ، في باب قول النبي ﷺ : إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فافطروا (٣٢٧/١) ، أبو داود ، في باب كراهية صوم يوم الشك (٥٩١/١) ، والترمذي ، في باب ما جاء في كراهية صوم يوم الشك (٦١/٣) ، الحديث (٦٨٦) ، والنسائي ، في صيام يوم الشك (١٥٣/٤) ، وابن ماجه ، باب ما جاء في صيام يوم الشك (٥٢٧/١) ، الحديث (١٦٤٥) ، والدارمي في أول كتاب الصوم ، باب في النهي عن صيام يوم الشك (٢/٢) ، وابن خزيمة في صحيحه في باب الزجر عن صوم اليوم الذي يشك فيه أمن رمضان أم من شعبان (٢٠٤/٣ ، ٢٠٥) ، الحديث =

٦٤١٧ - قلنا : قول عمار معارض بما روى عن ابن عمر ، وعائشة ، وأسماء رضي الله عنهم أنهم كانوا يصومون يوم الشك [١] .

٦٤١٨ - فإن قيل : إنما يقول هذا عمار توقيفًا .

٦٤١٩ - قلنا : بل حمل النهي على عمومه . ولأن عمارا لم يسأله هل صام قبله أم لا ، فدل أنه أراد بالمنهى : إذا صام عن رمضان . وقد ذكروا أن عمارا قال : « قال رسول الله ﷺ من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم » . وهذا لا أصل له [٢] ، ولا روى إلا عن قول عمار .

٦٤٢٠ - قالوا : يوم مجاور لرمضان فوجب أن يكون ممنوعًا من صيامه كالفطر .

٦٤٢١ - قلنا : يوم الفطر ، كما [٣] كره صومه إذا وافق صيامًا كان يعتاده أو نذرًا ، كذلك إذا تنفل ، وفى هذا اليوم لما لم يكره إذا وافق صيامًا كان يعتاده أو صيامه عن واجب ، كذلك إذا تنفل به .

٦٤٢٢ - قالوا : صومه [٤] يضعفه عن صوم رمضان ، وما أدى إلى أن يتقوى على الفرض [٥] أولى . ولهذا أفطر النبي ﷺ يوم عرفة [٦] ونهى عن صيام يوم الجمعة » [٧] .

= (١٩١٤) ، والدارقطني ، في كتاب الصيام (١٥٧/٢) ، الحديث (٥) والبيهقي في الكبرى ، في باب النهي عن استقبال شهر رمضان بصوم يوم أو يومين والنهي عن صوم يوم الشك (٢٠٨/٤) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب الصوم ، في من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم ﷺ (٤٢٣/١ ، ٤٢٤) . راجع تخريجه أيضا في ، تلخيص الحبير (١٩٧/٢) ، الحديث (٨٩٤) ، وإعلاء السنن (١٠٥/٩) .

(١) في (ع) : يوم الشك فوجب أن يكون ممنوعا من صيامه ، كالفطر ، مكان : يوم الشك ، وهو سهو هكذا ذكره ابن حزم عن عائشة ، وأسماء بنت أبي بكر ، وابن عمر رضي الله عنه في المحلى بالآثار ، في كتاب الصيام في مسألة : ولا يجوز الصوم يوم الشك (٤٤٥/٤) ، مسألة (٧٩٨) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وهذا الأصل] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لما] ، مكان : [كما] .

(٤) لفظ : [صومه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) قوله : [على الفرض] ساقط من (ع) .

(٦) أخرج مسلم في الصحيح ، في كتاب الصيام ، في آخر باب استحباب الفطر للحاج بعرفات يوم عرفة (٤٥٦/١) ، أخرجه أبو داود ، في باب صوم يوم عرفة بعرفة (٦١٧/١) ، ابن حزم في المحلى بالآثار ، فى مسألة : ويستحب صوم يوم عاشوراء (٤٣٨/٤) ، مسألة (٧٩٣) .

(٧) في سائر النسخ : ونهى عن صيام غير يوم الجمعة ، لعل الصواب : ونهى عن صيام يوم الجمعة . رواه مسلم ، في صوم يصومه أحدكم ، في الصحيح ، في باب كراهة صيام يوم الجمعة مفردا (٤٦٢/١) ، وابن =

٦٤٢٣ - قلنا : فإذا وصله بما قبله كان أشد لضعفه ، ولا يكره . ولأنه إذا صامه أَلَف الصوم واعتاده ، فكان أمكن من أداء الفرض .

* * *

= حزم من طريق مسلم ، في المحلى بالآثار ، في مسألة ولا يحل صوم يوم الجمعة إلا لمن صام يوما قبله أو يوما بعده (٤٤٠/٤) ، مسألة (٧٩٥) . وأبو داود ، في باب النهي أن يخص يوم الجمعة بصوم (٦١٢/١) ، وابن ماجه في باب في صيام يوم الجمعة (٥٤٩/١) ، الحديث (١٧٣٢) ، وعبد الرزاق في المصنف في باب صيام يوم الجمعة (٢٧٩/٤ ، ٢٨٠) ، الحديث (٧٨٠٣ ، ٧٨٠٤) .

مسألة ٣٦٩

إذا كان بالسماء غيم تقبل شهادة الواحد على هلال رمضان

٦٤٢٤ - قال أصحابنا : إذا كان بالسماء غيم تقبل (١) شهادة الواحد على هلال رمضان (٢) .

٦٤٢٥ - وهو قول الشافعي في القديم والأم ، وقال في البويطي وكتاب الشهادات في الجديد : لا أقبل إلا شاهدين (٣) .

٦٤٢٦ - لنا : ما روى عكرمة عن ابن عباس ﷺ قال : « جاء أعرابي إلى النبي ﷺ

---

(١) في (م) ، (ع) : [يقبل] .

(٢) قال الكاساني في بدائع الصنائع : وإن كانت السماء متغيمة تقبل شهادة الواحد بلا خلاف بين أصحابنا ، سواء كان حرًا أو عبدًا رجلًا أو امرأة غير محدود في قذف أو محدودًا تائبًا بعد أن كان مسلمًا عاقلًا بالغًا عدلًا . وقال الطحاوي في مختصره : تقبل شهادة الواحد عدلا كان أو غير عدل . وقال الكاساني معلقا عليه : وهذا خلاف ظاهر الرواية ، إلا أنه يريد به العدالة الحقيقية ، فيستقيم . راجع تفصيل المسألة في الأصل ، في مسألة من كتاب التحرى ، وفي باب ما يجب فيه إفطار الصوم وما يجب فيه القضاء ... (٣٠٥/٢ - ٣١٠ ، ٣٢٨) ، مختصر الطحاوي ، كتاب الصيام ص (٥٥ ، ٥٦) المبسوط كتاب الصوم وباب ما يجب فيه القضاء ... (٦٤/٣ ، ١٣٩) ، متن القدوري ، كتاب الصوم ص (٢٤) تحفة الفقهاء ، كتاب الصوم (٣٤٦/١) ، بدائع الصنائع ، كتاب الصوم (٨١/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، (٣٢٢/٢ ، ٣٢٣) البناية مع الهداية ، كتاب الصوم (٦٢٤/٣- ٦٢٧) .

(٣) قال النووي في المجموع في المسألة قولان : أصحهما باتفاق الأصحاب : يثبت بعدل ، وهو نصه في القديم ومعظم كتبه في الجديد للأحاديث الصحيحة في ذلك ، ثم قال : والطريق الثاني : القطع بثبوته بعدل للأحاديث . والثالث - حكاه الماردي والسرخسي : إن ثبتت الأحاديث ثبت بعدل ، وإلا فقولان . راجع تفصيل المسألة في الأم ، كتاب الصيام الصغير (٩٤/٢) ، مختصر المزني ص ٥٦ ، مختصر البويطي ، في الصيام ، ورقة (٥٣ب) ، حلية العلماء ، كتاب الصيام (١٥٠/٣ ، ١٥١) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٢٧٥/٦ ، ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، ٢٨٢- ٢٨٤) ، فتح العزيز ، في كتاب الصيام بذيل المجموع (٢٥٠/٦ ، ٢٥٣ ، ٢٥٧ ، ٢٥٨) . وقال مالك مثل أحد قولي الشافعي : لا يقبل في رؤية هلال رمضان إلا عدلين . قال ابن رشد في المقدمات : ورؤية الهلال تكون على وجهين : رؤية عامة ، ورؤية خاصة ، فالرؤية العامة : أن يراه العدد الكثير والجمع الغفير الذين لا يجوز عليهم التواطؤ ولا التشاعر من غير أن يشترط في صفتهم ما يشترط في صفة الشاهد من الحرية والبلوغ والعدالة . والرؤية الخاصة : هي أن يراه النفر اليسير . فإذا رآه النفر اليسير ، فلا يخلو أن يكون ذلك في الصحو فقيل : إن شهادة شاهدين جائزة في ذلك ، وهو ظاهر ما في المدونة ، وقيل : إنها لا تجوز ، وهو قول أبي حنيفة ومعنى ما في سماع عيسى من كتاب الحبس ، وقول سحنون . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، في الذي =

فقال (١) إنى رأيت الهلال يعنى رمضان فقال : أتشهد أن لا إله إلا اللّه ، قال : نعم ، قال : أتشهد (٢) أن محمدًا رسول اللّه ، قال : نعم . قال : يا بلال ، أذن في الناس فليصوموا غدًا » (٣) .

٦٤٢٧ - فإن قيل : رواه جماعة مرسلًا عن عكرمة عن النبي ﷺ .

٦٤٢٨ - قلنا : وأسنده ابن عمر ، قال : « تراءى (٤) الناس الهلال فأخبرت رسول اللّه ﷺ أني رأيته فصام وأمر الناس بصيامه » (٥) .

٦٤٢٩ - فإن قيل : يجوز أن يكون شهد غيره .

٦٤٣٠ - قلنا : إذا نقل الحكم والسبب تعلق به وإن جاز أن يكون هناك معنى آخر يعتبر . كما روي أن ماعزًا زنى فرجمه النبي ﷺ (٦) . ولأن الشهادة معنى يحكم به

= يرى هلال رمضان وحده (١٧٤/١) ، المنتقى ، (٣٦/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، باب ما يوجب الصيام وحكم النية فيه (٣٣٤/١) ، المقدمات الممهدات ، كتاب الصيام (٢٥١/١) ، بداية المجتهد ، كتاب الصيام (٢٩٥/١ ، ٢٩٦) . وعن أحمد في المسألة روايتان مثل قول الشافعي : إحداهما : يثبت هلال رمضان بشهادة الواحد . والأخرى : لايثبت إلا بشهادة اثنين . قال القاضي أبو يعلى : والمذهب : أنه تقبل شهادة الواحد إذا كان عدلا في هلال رمضان ، سواء بالسماء علة أو لم تكن . راجع تفصيل المسألة في المسائل الفقهية ، كتاب الصيام (٢٥٧/١ ، ٢٥٨) مسألة (٥) ، الإفصاح (٢٣٥/١) المغني كتاب الصيام (١٥٧/٣ ، ١٥٨) ، الكافي لابن قدامة ، كتاب الصيام (٣٤٧/١) ، العدة مع العمدة ، كتاب الصيام ص١٤٨ .

(١) في (م) ، (ع) : [قال] .   (٢) في (م) ، (ع) : في المكانين : [أشهد] .

(٣) تقدم تخريج حديث ابن عباس في مسألة (٣٦٤) .

(٤) في سائر النسخ : [قال قال] ، وفى (م) ، (ع) : ترابا بدون نقطة الأخير ، وفى (ص) : ترا ، المثبت من سنن أبي داود .

(٥) حديث ابن عمر رضي الله عنهما ، أخرجه أبو داود ، في باب في شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان (٥٩٣/١) ، والدارقطني ، في أول كتاب الصيام (١٥٦/٢) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب الصيام ، في قبول شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان (٤٢٣/١) .

(٦) قصة رجم ماعز بن مالك ، أخرجها مسلم من وجوه ، وبألفاظ مختلفة ، في الصحيح ، في كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنا ، (٤٩/٢-٥٢) ، وأبو داود ، في كتاب الحدود ، باب رجم ماعز بن مالك (٤٩٨/٢-٥٠٢) ، وأخرجه البخاري في الصحيح ، من حديث جابر رضي الله عنه ، بلفظ : أن رجلا من أسلم جاء إلى النبي ﷺ فاعترف بالزنا ، فأعرض عنه النبي ﷺ حتى شهد على نفسه أربع مرات فقال له النبي ﷺ : أبك جنون ؟ قال : لا ، قال : أحصنت ؟ قال : نعم ، فأمر به فرجم بالمصلى فلما أذلقته الحجارة فر ، فأدرك ، فرجم حتى مات ، فقال له النبي ﷺ : خيرا ، وصلى عليه ، في كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة (١٧٧/٢) . راجع تخريجه في ، تلخيص الحبير ، في كتاب حد الزنا (٥١/٤-٥٢ ، ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٨) ، الحديث (١٧٤٥ ، ١٧٤٧ ، ١٧٥٦ ، ١٧٥٧) .

من غير تكرار ، كالإقرار ؛ ولأن من جاز أن يقبل خبره عن رسول اللَّه ﷺ جاز أن يحكم بشهادته أن اليوم [١] من رمضان ، كالاثنين [٢] .

٦٤٣١ - ولا يلزم المحدود في القذف ؛ لأن شهادته برؤية الهلال تقبل في أحد القولين [٣] ذكرها في المنتقى . ولأنه دخول عبادة ، فجاز أن يلزم بقول الواحد ، كالأعمى إذا أخبره واحد بدخول الوقت للصلاة .

٦٤٣٢ - احتجوا : [٤] بما روى عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب قال : « صحبت أصحاب رسول اللَّه ﷺ وتعلمنا منهم ، وإنهم حدثونا أن رسول اللَّه ﷺ قال : [٥] « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فإن غم عليكم فعدوا ثلاثين ، فإن شهد ذوا عدل فصوموا وأفطروا ، وانسكوا » [٦] .

٦٤٣٣ - والجواب : [٧] أن هذا يدل على وجوب الصوم بقول الاثنين [٨] ، وكذلك نقول ودليله لا نقول به ، ويظن [٩] الأخبار أولى من الدليل .

٦٤٣٤ - قالوا : شهادة ، فوجب أن يكون من شرطها العدد ، كسائر الشهادات .

٦٤٣٥ - قلنا : سائر الشهادات لا توجب حقًّا على الشاهد ، ولا يقع فيها لآدمى ، فصار كالأخبار .

٦٤٣٦ - قالوا : شهادة برؤية الهلال كهلال شوال .

٦٤٣٧ - قلنا : هناك في الشهادة منفعة الآدمى ، فإذا اعتبر الرجال اعتبر العدد كالأموال وفى مسألتنا بخلافه .

٦٤٣٨ - قالوا : إذا صام بقول الواحد أفطر بكمال العدد ، فثبت الفطر بقول الواحد ، وهذا لا يجوز .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الصوم] . (٢) في (ص) ، (ن) : [كالانيين] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أحدى القولين] . (٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) في سائر النسخ : « أنهم خدموا رسول اللَّه ﷺ ، الصواب ما أثبتناه من سنن الدارقطني ، وفى (ص) ، (ع) : [قالوا] ، مكان : [قال] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وامسكوا] ، وهو تصحيف .

(٧) في (م) ، (ع) : [الجواب] بدون العطف .

(٨) في (م) : [يوالاس] ، وفى (ع) : [يوما لاثين] ، وفى (ص) : [الانيين] كل ذلك تصحيف ، الصواب ما أثبتناه .

(٩) في (ع) : [نظن] .

٦٤٣٩ - قلنا : روى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا صام بقول الواحد لم يفطر بتمام العدد [١] إلا أن يرى الهلال ويشهد اثنان [٢] ، وقال محمد : يفطر بتمام العدد ؛ لأن الشهر يثبت بقول الواحد حكمًا ، وقد يقبل / [٣] في سبب الشيء ما لا يثبت به ذلك الشيء ، كشهادة المرأة في الولادة يثبت الميراث بمقتضى هذه الشهادة ، ولو شهدت به لم تقبل .

* * *

---

(١) في (ص) ، (ع) : [العدة] .
(٢) في (م) ، (ع) : [وشهد أثباته] .
(٣) في (م) ، (ع) : [نقل] ، مكان : [يقبل] .

مسألة ٣٧٠

إذا لم يكن بالسماء علة من سحاب ولا مانع فشهد برؤية الهلال واحد من أهل المصر أو اثنان لم يقبل قولهما

٦٤٤٠ – قال أصحابنا : إذا لم يكن بالسماء علة من سحاب ولا مانع ، فشهد برؤية الهلال واحد من أهل المصر أو اثنان ، لم يقبل قولهما حتى يشهد [١] جماعة يقع العلم [٢] بخبرهم ، وكذلك في هلال شوال [٣] .

٦٤٤١ – وقال الشافعي في أحد قوليه : يقبل قول الواحد . وفى القول الآخر : لا يثبت إلا بشاهدين [٤] .

٦٤٤٢ – لنا : أن مطالع الهلال متفاوتة [٥] والأبصار غير متفاوتة ، وأغراض الناس في طلب الهلال متفقة ، فإذا اجتمعوا ولا مانع هناك ، فانفراد الواحد [٦] به دونهم ، ولم يبنه لهم ولا أراهم إياه ، فالظاهر أنه غلط ، وأخبار الأحاد من شرطها حسن الظن بمخبرها . فإذا قارنه ما يمنع من صحته لم يقبل ، ولها رجع النبي ﷺ إلى أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في خبر ذى اليدين ؛ لأنه أخبر عما شاهدته الجماعة ، فاعتبر النبي ﷺ أخبار غيره [٧] معه .

٦٤٤٣ – فإن قيل : لم يرجع [٨] النبي ﷺ إلى قولهما وإنما أخبره عن فعله فلم يقبل قوله ، ثم تذكر بقولهما .

---

(١) في (ع) : [شهد] . (٢) في (ع) : [المعلم] .

(٣) راجع تفصيل المسألة ، في كتاب الأصل (٣٠٩/٢ ، ٣٢٨) ، مختصر الطحاوي ص (٥٦) ، المبسوط (١٤٠/٣) ، متن القدورى ص (٢٤) ، تحفة الفقهاء (٣٤٥/١ ، ٣٤٦) ، بدائع الصنائع (٨٠/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٣٢٤/٢ ، ٣٢٥) ، البناية مع الهداية (٦٢٩/٣ ، ٦٣٠) .

(٤) راجع المسألة في نفس المصادر التي تقدمت في مسألة (٣٦٩) ، انظر رأى المالكية والحنابلة في مسألة (٣٦٩) ، ونفس المصادر للمذهبين .

(٥) في (ص) : [متقاربة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فانفرد الواجد] .

(٧) في (ع) : [اخباره غيره] . تقدم تخريج حديث ذى اليدين في كتاب الصلاة .

(٨) في (ص) : [لم ترجع] .

٦٤٤٤ - قلنا : هناك يجوز أن ينفرج الغمام [١] عنه فيراه الواحد وينطبق [٢] قبل رؤية غيره ، فأما في الصحو فلا يغير عقيب طلوعه وإنما يظهر ثم ينحط في الأفق فيستحيل أن يدوم طلوعه ، والواحد يراه ولا يراه سواه مع التماسهم له .

٦٤٤٥ - فإن قيل : هذا لا يمتنع في الشيء البعيد ، كما أن المقبل من مكان بعيد يراه الواحد دون غيره .

٦٤٤٦ - قلنا : هذا يكون في العدد اليسير فأما العدد الكثير فلابد أن يكون فيهم جماعة يتساوون في حدة النظر وصحة النظر .

٦٤٤٧ - فإن قيل : إنما يصح هذا إذا نظروا إلى مكان واحد ، فأما مطالع الهلال فهي [٣] متسعة ، فيجوز أن يكون كل واحد نظر إلى جهة .

٦٤٤٨ - قلنا : لم تجر [٤] العادة أن ينظر الإنسان إلى موضع ولم ينظر إلى غيره ، فلم ينظر إلى جميع المطالع وقلب [٥] نظره فيه ، وبين الطلوع والغروب زمان طويل ، وكيف يتصور أن الجماعة الكثيرة كلها تذهب أبصارها عن موضع ، ويدل على إبطال قولهم في الشهادة الواحدة .

٦٤٤٩ - فنقول : العدد معنى شرط في الشهادة برؤية هلال شوال ، وذي الحجة ، فجاز أن يشترك في هلال رمضان ، كالعدالة ، والإسلام ، ويدل على إبطال قولهم : في الاثنين .

٦٤٥٠ - فنقول : [٦] وقوع العلم معنى يعتبر في الأخبار ، فجاز أن يشترط في الشهادة كالعدالة ، ويعنى به [٧] أنه يعتبر الاستفاضة حتى يوجب [٨] العلم ، وحتى يقدم على غيره بما لا يوجب العلم . ولأنه عدد لا يقع العلم بخبره ، فلا يثبت بهم الهلال حال الصحو ، كالواحد .

---

(١) لفظ : [الغمام] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [وينطق] ، وهو تصحيف . الطبق : غطاء كل شيء ، والجمع أطباق . أطبقه بمعنى غطاه . وطبق السحاب الجو : غشاه ، وسحابة مطبقة . راجع في لسان العرب مادة : [طبق] (٢٦٣٦/٤) .

(٣) لفظ : [فهى] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في (م) : [لم يجز] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ويقلب] .

(٦) لفظ : [فنقول] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [ونعنى] .

(٨) في (م) : [يرحب] .

٦٤٥١ - احتجوا : بحديث ابن عباس ، وابن عمر رضي الله عنهم [١] .

٦٤٥٢ - قلنا : روى في حديث ابن عباس رضي الله عنه « أنهم شكوا في الهلال » ، وروى « عن [٢] الهلال » ، وهذا لا يكون إلا مع العوارض . وحديث ابن عمر حكاية فعل ويحتمل أن يكون بالسماء علة فسقط التعلق به .

٦٤٥٣ - فإن قيل : الحكم إذا ورد مع السبب فالظاهر أنه يتعلق به دون غيره .

٦٤٥٤ - قلنا : إذا اختلف في السبب ، هل يثبت الحكم مطلقًا ، أو بصفة [٣] ؟ فنقول : إن النبي ﷺ علق الحكم به ولم ينقل وجود الصفة المختلفة فيها وعدمها ، فلم يصح التعلق به في نفسها ، كما أنه إذا قبل شهادة احتمل أن يكون عدلين أو غير عدلين أو محدودين في قذف ، فإذا لم يبين ذلك الراوى ، لم يدل على أن الحكم متعلق بشهادة اثنين على عموم صفاتهما .

٦٤٥٥ - قالوا : روي عن طاووس أنه قال : « شهدت المدينة وبها ابن عمر ، وابن عباس [٤] ، فجاء رجل إلى [٥] واليها فشهد عنده على [رؤية الهلال] [٦] هلال رمضان ، فسأل ابن عمر ، وابن عباس [٧] عن شهادته رجل واحد على [رؤية الهلال] [٨] ، هلال [٩] رمضان ، [قال] [١٠] : وكان رسول الله ﷺ لا يجيز شهادة الإفطار إلا بشهادة رجلين » [١١] .

٦٤٥٦ - قلنا : قال الدارقطني : تفرد بهذا الحديث حفص بن عمرو ، وهو ابن إسماعيل الأيلى ، وهو ضعيف الحديث . ولأن قولهما : « أجاز [١٢] شهادة الواحد

---

(١) تقدم تخريج حديث ابن عباس في مسألة (٣٦٤) ، وحديث ابن عمر في مسألة (٣٦٩) .

(٢) حرف : [عن] ساقطة من (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [او نصفه] .

(٤) في سائر النسخ : [ابن عباس وابن عمر] بالتقديم والتأخير ، المثبت من سنن الدارقطني .

(٥) حرف : [إلى] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) الزيادة من سنن الدارقطني .

(٧) في (ص) : [ابن عباس وابن عمر] بالتقديم والتأخير .

(٨) الزيادة من سنن الدارقطني .

(٩) لفظ : [هلال] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٠) الزيادة من سنن الدارقطني .

(١١) حديث طاووس : أخرجه الدارقطني ، في أول كتاب الصيام (١٥٦/٢) ، الحديث (٣) .

(١٢) في (م) : [جاز] .

إخبار عن فعله ﷺ وهو محتمل كما قدمنا .

٦٤٥٧ – قالوا : شهادة على رؤية الهلال فلا يشترط فيها الاستفاضة ، أصله : سائر الأحكام .

٦٤٥٨ – قالوا : كل شهادة يحكم بها إذا كانت السماء متغيمة يحكم بها إذا كانت مصحية [1] أصله : سائر الشهادات [2] .

٦٤٥٩ – الجواب : أن سائر الأحكام لا تعلق لها بالغيم والصحو ، فلا يختلف بها ، وهذه الشهادة للصحو تأثير في الشك ، فجاز أن يؤثر . ولأن سائر الشهادات إذا قارنها ما يوجب التهمة منع من قبولها ، وانفراد [3] الواحد في حال الصحو يوجب التهمة ، فمنعت التهمة من شهادته لا الصحو ، ولهذا قالوا في إحدى الروايتين : إن شهادة الواحد تقبل إذا قدم من البر ؛ لأن ارتفاع الموانع يجوز أن يشاهد [4] معه ما لا يشاهده في المصر .

٦٤٦٠ – قالوا : لو حكم الحاكم بشهادة الواحد وجب الصوم عندكم ، وكان يجب أن يكون هذا غلط من الحاكم ، والشاهد فلا يوجب الصوم .

٦٤٦١ – قلنا : ليس في هذا رواية ، ويجوز أن يقال : لا يجب الصوم وإن حكم الإمام . ويجوز أن يقال : إذا انضم الحكم إلى قول [5] من يتهمه نفذ ، كما لو حكم بشهادة [6] فاسقين ، وهو لا يعلم بفسقهما ونحن نعلم .

٦٤٦٢ – فإن قيل : ما حكموا بفسق الشاهد .

٦٤٦٣ – قلنا : يجوز أن يكون غلط ، وحل له ولم يتعمد الكذب .

* * *

(١) مصحية : انقشع عنها الغيم . انظر لسان العرب (صحو) (٤/٢٤٠٦) .
(٢) في (ص) : [الأشهادات] .
(٣) في (م) ، (ع) : [وانفرد] .
(٤) في (م) ، (ع) : [أن شاهد معه] .
(٥) لفظ : [قول] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) : [بشاهدة] .

مسألة ٣٧١

إذا طلع الفجر للمجامع فلبث على المخالطة بعد الفجر فلا كفارة عليه

٦٤٦٤ - قال أصحابنا : إذا طلع الفجر للمجامع فلبث على المخالطة بعد الفجر فلا كفارة عليه [١] .

٦٤٦٥ - وقال الشافعي : إن لبث أو تحرك لغير الانفصال فعليه كفارة [٢] .

٦٤٦٦ - واختلف أصحابه ، فمنهم من قال : انعقد صومه ، ومنهم من قال : لم ينعقد . والدليل على أنه لم ينعقد : أن الوطء موجب للخروج من العبادة ، فإذا قارن ابتداءها منع انعقادها ، كالحدث في الصلاة والردة ؛ ولأن البقاء أقوى والابتداء أضعف ، فإذا لم يجز أن يبقى الصوم مع الوطء العامد [٣] ، فلأن لا ينعقد أولى .

٦٤٦٧ - ولا يلزم إذا أحرم وهو مجامع ؛ لأن الجماع لا يوجب الخروج من الحج ، ولأنه قارن ابتداء الصوم ما ينافيه ، فلم ينعقد ، كالردة .

٦٤٦٨ - فإن قيل : إذا طلع الفجر فنزع صح صومه ، فلو لم ينعقد مع الجماع لم يصح إذا نزع .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل ، (٣٣١/٢) ، المبسوط ، كتاب الصوم ، باب ما يجب فيه القضاء والكفارة إلخ (٦٦/٣ ، ١٤٠ ، ١٤١) ، بدائع الصنائع ، كتاب الصوم ، فصل وأما ركنه (٩١/٢) .

(٢) قال الإمام الشافعي في الأم : وإن طلع الفجر وهو مجامع فأخرجه من ساعته ، أتم صومه ؛ لأنه لا يقدر على الخروج من الجماع إلا بهذا ، وإن ثبت شيئا ، أو حركه لغير إخراج وقد بان له الفجر ، كفر . راجع تفصيل المسألة في الأم ، باب ما يفطر الصائم والسحور والخلاف فيه (٩٧/٢) ، مختصر المزني ، ص٥٦ حلية العلماء ، كتاب الصيام (١٦٩/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٣٠٣/٦ ، ٣٠٩ ، ٣٣٨) ، فتح العزيز مع الوجيز ، في الركن الثاني الإمساك عن المفطر بذيل المجموع (٤٠٣/٦ ، ٤٠٤) . وقال أحمد : إذا طلع الفجر ، وهو مخالط ، فعليه القضاء والكفارة معا ، سواء نزع في الحال أو استدام . راجع تفصيل المسألة في الإفصاح ، (٢٣٧/١ ، ٢٣٨) ، المغني ، كتاب الصيام (١٢٦/٣) ، الكافي لابن قدامة كتاب الصيام (٣٥٠/١) .

(٣) لفظ : [العامد] ساقط من (م) ، (ع) .

٦٤٦٩ - قلنا : إذا تشاغل بالنزع فقد فعل ما هو شرط في صحة الصوم . فإذا بقي [١] فقد فعل ما هو شرط في بطلانه ، فلذلك انعقد صومه في أحد الموضعين ، ولم ينعقد في الآخر .

٦٤٧٠ - وإذا ثبت أن صومه لم ينعقد ، قلنا : لم يصادف وطؤه صوما ، فلم تجب [٢] كفارة الفطر ، كمن ترك النية ؛ ولأن ما منع انعقاد الصوم لم تجب به الكفارة ، كالردة .

٦٤٧١ - فإن قيل : المعنى فيه : أنه لم يترك صومه بجماع فلم تلزمه الكفارة ، وفي مسألتنا تركه بالجماع .

٦٤٧٢ - قلنا : ترك العادة لا تتعلق به كفارة إفسادها ، بدلالة : التارك للإحرام لا تجب عليه كفارة ، والتارك لليمين والظهار لا تجب عليه الكفارة [٣] .

٦٤٧٣ - فأما الدليل في نفس المسألة : فلأنه وطء [٤] لم تجب [في ابتدائه كفارة ، فلم تجب] [٥] بالبقاء عليه كفارة الفطر ، كوطء الناسي ووطء من لم ينو الصوم من الليل . ولأن ما سقط [٦] بالشبهة إذا لم يتعلق بابتداء الوطء ، لم يتعلق باستدامته ، كالحد .

٦٤٧٤ - ولا تلزم كفارة الإحرام ؛ لأنها لا تسقط [٧] بالشبهة . ولأنه معنى : ابتداؤه [قبل طلوع الفجر ، فاستدامته لا توجب الكفارة ، كالأكل إذا ابتلع من الطلوع] [٨] .

٦٤٧٥ - احتجوا : بأنه ترك صوم يوم في رمضان بجماع [٩] قام إثم فيه بحرمة الصوم ؛ فوجب أن تلزمه الكفارة ، كمن جامع في خلال النهار .

٦٤٧٦ - قلنا : الوصف غير مسلم في الأصل ؛ لأن التارك من لم يفعل الشيء ، ومن جامع في خلال النهار فقد فعل لغير الصوم ، فكيف يقال إنه تركه ؟ ثم النقص الذي احترزوا منه يدل [١٠] عليهم ؛ لأنه إذا ابتدأ الصوم في السفر ثم زنى ، فقد ترك الصوم بجماع تام أثم فيه بحرمة الصوم ؛ لأنه ممنوع من الزنا في العبادة منعا يختص بها

---

(١) في (م) ، (ع) : [نفى] .
(٢) في (م) : [فلم يجب] .
(٣) في (ع) : [كفارة] بدون ألف لام .
(٤) في (م) ، (ع) : [فلا وطء] ، مكان المثبت .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [ما شرط] .
(٧) في (م) ، (ع) : [لا يسقط] .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٩) في (م) : [بجماعا] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لم يدل] .

وإن منع منه لكونه زنا ، ألا ترى : أن المحرمات إذا صادفت عبادة يضعف [١] الإثم فيها . ولأن المعنى في الأصل : أنه أفسد الصوم بجماع من غير شبهة .

٨٢/أ ٦٤٧٧ – وفي مسألتنا لم / يفسد صوما وإنما منع وجوده ، هذا على من يسلم أن صومه لم ينعقد .

٦٤٧٨ – فإن قيل : لا فرق بين أن يفسده أو يتركه بدلالة وجوب القضاء .

٦٤٧٩ – قلنا : إذا ترك النية وجب القضاء ، ولم يدل ذلك على وجوب الكفارة ؛ لأنها أضيق وجوب فلا يستدل بالقضاء على الكفارة .

٦٤٨٠ – قالوا : لا فرق بين إفساد الحج [٢] وأن يحرم مجامعا .

٦٤٨١ - قلنا : لأن الانعقاد يحصل مع الجماع ، فيصادف الوطء الإحرام في الحالتين .

٦٤٨٢ – قالوا : إذا جامع في خلال النهار فالوطء يصادف جزءا من الصوم ويمنع الباقي ، والكفارة لا تجب بذلك الجزء [٣] وإنما تجب بالجميع .

٦٤٨٣ – قلنا : بل تجب بذلك الجزء الذي صادفه الوطء ؛ لأنه صادف حرمة كاملة ، وأما على طريق [٤] من يقول : انعقد الصوم ، فنقول [٥] : لأن الكفارة وجبت لابتداء الوطء .

٦٤٨٤ – وفي مسألتنا : كفارة العتق لم تتعلق بابتداء الوطء فلم تتعلق بالبقاء كوطء الناسي [٦] ومن ترك النية .

٦٤٨٥ – قالوا : كل حكم متعلق بالجماع إذا أفسد الصوم جاز أن يتعلق به إذا منع الانعقاد وأصله القضاء .

٦٤٨٦ – قلنا : القضاء أوسع والتكفير أضيق ، ولهذا يجب القضاء على المعذور ، ومن طلع عليه الفجر وهو لا يعلم ، لا تجب [٧] الكفارة . ولأن القضاء يجوز أن يتعلق بترك النية فلذلك يتعلق بترك الصوم ، ولما لم يجز أن تتعلق الكفارة بترك النية ، كذلك بترك الصوم .

* * *

---

(١) في هامش (ص) : [يضاعف] ، مكان المثبت ، من نسخة أخرى .

(٢) في (ص) : [بالحج] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الجزاء] .

(٤) في (م) ، (ع) : [على طريقه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فيقول] .

(٦) في (م) : [كالوطى الناسي] ، وفى (ع) : [كالوطء الناسي] .

(٧) في (م) : [ولا يجب] .

مسألة ٣٧٢

إذا ابتلع الصائم ما بين أسنانه فلا قضاء عليه

٦٤٨٧ - قال في الأصل : إذا ابتلع الصائم ما بين أسنانه فلا قضاء عليه ، ولم يقدر ذلك . وقال في المنتقى : إذا كان أقل من حمصة فلا قضاء [١] عليه ، وإن كان أكثر من حمصة فعليه القضاء [٢] .

٦٤٨٨ - قال الربيع [٣] : ثم قال : إنه يفطر .

٦٤٨٩ - قالوا : وله قول آخر : أنه إذا دخل حلقه بغير اختياره لم يفطر ، وإذا بلعه باختياره فسد صومه [٤] .

٦٤٩٠ - لنا : أنه مقدار يبقى في الأسنان غالبًا ، فإذا وصل منها إلى الجوف لم

---

(١) في (ص) : [لا قضاء] .

(٢) راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل (٣٣١/٢ ، ٣٣٢) ، الجامع الصغير ، باب فيما يوجب القضاء والكفارة وفيما لا يوجبه ص١٤٠ ، ١٤١ ، المبسوط ، كتاب الصوم (٩٣/٣ ، ٩٤ ، ١٤٢) ، تحفة الفقهاء ، كتاب الصوم (٣٥٣/١ ، ٣٥٤) ، بدائع الصنائع ، كتاب الصوم ، فصل : وأما ركنه (٩٠/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية باب ما يوجب القضاء والكفارة (٣٣٢/٢-٣٣٤) ، البناية مع الهداية ، باب ما يوجب القضاء والكفارة (٦٥١/٣ - ٦٥٣) .

(٣) الربيع : هو أبو محمد ، الربيع بن سليمان بن عبد الجبار المرادى مولاهم المصري ، صاحب الشافعي وخادمه ، راوي الأم وغيرها من كتبه ، توفي رحمه الله بمصر في شوال سنة سبعين ومائتين . راجع ترجمته في تهذيب الأسماء واللغات (١٨٨/١ ، ١٨٩) ، الترجمة (١٦٥) ، طبقات الشافعية (٣٠/١) ، الترجمة (١٨) ، شذرات الذهب (١٥٩/٢ ، ١٦٠) .

(٤) قال الرافعي في فتح العزيز : لو بقى طعام في خلل أسنانه فابتلعه عمدًا أفطر ، خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله فيما إذا كان يسيرًا ، وربما قدره بالحمصة ، وإن جرى به الريق من غير قصد منه ، فمنقول المزني : أنه لا يفطر ومنقول الربيع : أنه يفطر ، واختلف الأصحاب ، فمنهم من قال : فيه قولان ثم قال : ومنهم من نفى كون المسألة على وجهين ، وهو الأصح ، ثم من هؤلاء من حمل النص على حالتين ، حيث قال : لا يفطر ، أراد به ما إذا لم يقدر على تمييزه ومجه ، وحيث قال : يفطر ، أراد ما إذا قدر عليه فابتلعه . راجع تفصيل المسألة في : الأم (٩٦/٢ ، ٩٧) ، مختصر المزني ص (٥٦) ، حلية العلماء (١٦١/٣) ، المجموع مع المهذب (٣١٥/٦ ، ٣١٧ ، ٣٢٠) ، فتح العزيز مع الوجيز بذيل المجموع (٣٨٨/٦ ، ٣٩٤-٣٩٦) . وقال مالك في المدونة فيمن ابتلع مثل فلقة الحبة من بين أسنانه : لا شيء عليه . راجع المسألة في المدونة ، في ذوق الطعام ومضغ العلك والشيء يدخل في حلق الصائم (١٧٨/١ ، ١٧٩) المنتقى ، في كفارة من أفطر في رمضان (٥٣/٢) . وقال ابن قدامة في المغني : ومن أصبح بين أسنانه طعام ، لم يخلو من حالين : أحدهما : أن يكون يسيرًا لا يمكنه لفظه =

يفطره كما لو جرى به الريق [١] وهو ذاكر لصومه ، ولا يلزم مقدار الحمصة ؛ لأن ذلك لا يبقى بين الأسنان .

٦٤٩١ - ولا يلزم إذا أخرجه ثم ابتلعه ؛ لأنه لم يصل من السن ، ولأنه لو أكره على ابتلاعه لم يفطر [٢] فإذا بلعه من غير إكراه [٣] لم يفسد صومه ، أصله : ما يبقى في فمه من تلك المضمضة .

٦٤٩٢ - ولا يلزم [٤] إذا أخرجه ثم ابتلعه ؛ لأنه لو أكره [٥] على بلعه فطّره . ولأنه بقية في فمه من أمر مباح ، فإذا وصل منه إلى جوفه وهو مما لا يمكن الاحتراز منه لم يبطل ، كذلك المضمضة .

٦٤٩٣ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُۖ ﴾ [٦] ، والصوم : الإمساك ، وهذا لم يمسك .

٦٤٩٤ - قلنا : الصوم الشرعي ، هو الإمساك مما يمكن الاحتراز عنه ، وقد أمسك .

٦٤٩٥ - قالوا : بلع [٧] باختياره ما يمكنه الاحتراز منه ، وهو ذاكر لصومه فوجب أن يفطر ، أصله : إذا طلع الفجر وفى فمه طعام ، فازدرده [٨] .

٦٤٩٦ - قلنا : لا نسلم أنه يمكن الاحتراز من ذلك ، كما لا يمكن الاحتراز من بلل المضمضة [٩] وما يجرى به الريق من الطعام ، فأما الطعام الذي في فمه فليس بتابع لغيره ، وإنما حكمه ثابت بنفسه [١٠] ، وهذا من توابع ما كان مباحا له ، كذلك الماء .

* * *

= فازدرده ، فإنه لا يفطر به ؛ لأنه لا يمكن التحرز منه ، فأشبه الريق . قال ابن المنذر : أجمع على ذلك أهل العلم . الثاني أن يكون كثيرا يمكن لفظه ، فإن لفظه فلا شيء عليه ، وإن ازدرده عامدا فسد صومه في قول أكثر أهل العلم . راجع تفصيل المسألة في المغني ، كتاب الصيام (٣/١١٠ ، ١١١) ، الكافي لابن قدامة ، باب ما يفسد الصوم وما يوجب الكفارة (١/٣٥٣) .

(١) في (ن) : [الرقيق] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لم يفطره] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بغير إكراه] .

(٤) في (ن) : [ولا يلزمه] .

(٥) في (ن) : [لأنه كره] .

(٦) سورة البقرة : الآية ١٨٥ .

(٧) في (م) ، (ع) : [يبلغ] ، وفى (ن) : [بلغ] .

(٨) أي ابتلعه . قال ابن منظور : زرد الشيء واللقمة ، بالكسر ، زردا ، وزرده ، وازدرده ، زردا ، ابتعله . والازدراد : الابتلاع . راجع في لسان العرب ، مادة : زرد (٣/١٨٢٤) ، مختار الصحاح نفس المادة ، ص ٢٧ .

(٩) في (م) ، (ع) : [من تلك المضمضة] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لنفسه] .

مسألة ٣٧٣

إذا جامع الرجل امرأته في رمضان خطأ أو عمداً فعلى كل واحد منهما كفارة

٦٤٩٧ - قال أصحابنا : إذا جامع الرجل امرأته في رمضان خطأ أو عمدًا ، فعلى كل واحد منهما [كفارة تجب بحسب حاله (١) .

٦٤٩٨ - وهو قول الشافعي في الإملاء . وقال في القديم والجديد] : (٢) كفارة واحدة يخرجها الزوج (٣) . وعلى من وجبت ؟ فيه وجهان :

٦٤٩٩ - أحدهما : توجب (٤) عليهما ، على كل واحد جميعها ويحملها الزوج .

٦٥٠٠ - والثاني : وجبت عليه وحده دونها . فعلى القول بقوله : وجبت عليهما ، إن كان من أهل العتق أعتق الزوج رقبة واحدة فجازت عنهما ، وإن كانا من أهل الصوم صام كل واحد منهما شهرين ، وإن كان من أهل الإطعام أطعم الزوج ستين مسكينًا ،

---

(١) راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل ، كتاب الصوم (٢/٢٠٣-٢٠٥) ، المبسوط ، كتاب الصوم (٣/٧٢ ، ٧٣) تحفة الفقهاء ، كتاب الصوم (١/٣٦١) ، بدائع الصنائع ، فصل وأما حكم فساد الصوم (٢/ ٩٨) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، (٢/٣٣٨ ، ٣٣٩) ، البناية مع الهداية ، (٣/٦٦٠-٦٦٢) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) قال النووي في المجموع : والأصح على الجملة : وجوب كفارة واحدة عليه خاصة عن نفسه فقط ، وأنه لا شيء على المرأة ، ولا يلاقيها الوجوب . راجع تفصيل المسألة في الأم ، باب الجماع في رمضان والخلاف فيه (٢/١٠٠) ، حلية العلماء ، كتاب الصيام (٣/١٦٧) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٦/٣٣٠ - ٣٣٢) ، فتح العزيز مع الوجيز ، في القول في السنن بذيل المجموع (٦/٤٤٣ ، ٤٤٤) . وقال مالك وأصحابه مثل قول الحنفية ، والشافعي في الإملاء : تلزم المرأة المطاوعة كفارة الجماع ، كالرجل . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، في الكفارة في رمضان (١/١٩١) ، المنتقى ، في كفارة من أفطر في رمضان (٢/٥٤) ، الكافي لابن عبد البر ، باب ما يحرم على الصائم ، ويفسد صومه وما لا يفسده (١/٣٤٢) ، بداية المجتهد كتاب الصيام (١/٣١٥) . واختلفت الرواية عن أحمد في وجوب كفارة الجماع على المرأة ، فقال في رواية : مثل قول الحنفية والمالكية ، عليها الكفارة . قال القاضي أبو يعلى : وهو اختيار أبي بكر ، وهو أصح . وقال في الأخرى : مثل قول الشافعي في القديم والجديد ، لا كفارة عليها . راجع تفصيل المسألة في المسائل الفقهية ، كتاب الصيام (١/٢٥٩) ، مسألة (٨) ، الإفصاح ، (١/٢٣٩) ، المغني كتاب الصيام (٣/١٢٣) ، الكافي لابن قدامة ، (١/٣٥٧) .

(٤) في (م) ، (ع) : [نوجب] .

فجاز عنهما . وإن اختلف حالهما : فإن كانت حال الزوج أعلى [١] ، بأن يكون من أهل العتق وهي حرة من أهل الصوم ، أعتق رقبة ، فجازت عنهما .

٦٥٠١ - وإن كانت أمة أعتق عن نفسه وصامت عن نفسها . وإن كان من أهل الصيام وهي من أهل الإطعام ، صام عن نفسه وأطعم عنها . وإن كان من أهل العتق وهي من أهل الإطعام أعتق [٢] ، ويسقط عنها الإطعام . وإن كان الزوج من أهل الصوم وهي من أهل الإطعام أطعم عن نفسه ، والعتق عنها في ذمتها .

٦٥٠٢ - والكلام [٣] في هذه المسألة يقع في فصلين في وجوب الكفارة عليها ، ثم في التحمل . والذى يدل على وجوب الكفارة عليها قوله عليه [الصلاة و] [٤] السلام : « من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر » [٥] ومن يجمع كل عاقل .

٦٥٠٣ - قالوا : المظاهر يجب عليه الاستغفار ، وإنما يجب الكفارة بالعود .

٦٥٠٤ - قلنا : الاستغفار لا يختص بالمظاهر ، وإنما يختص به الكفارة . ولأنه لا يلزم المظاهر الاستغفار إذا سبق الظهار على لسانه .

٦٥٠٥ - فإن قيل : عندكم الكفارة وجبت عليه بالظهار ، وإنما لا يستقر ؛ لأن كل كفارة وجبت على الزوج جاز أن يجب على المرأة ، ككفارة القتل واليمين .

٦٥٠٦ - ولا يلزم كفارة الظهار ؛ لأنها تلزم الحرة بالفطر ؛ لأنها عتق وصوم شهرين ، وهذا يلزمها .

٦٥٠٧ - ولأنه حكم معلق [٦] بالجماع يسقط بالشبهة ، فجاز أن يجب على المرأة كالحد . ولأنها أفسدت صوم الشهر بالجماع من غير شبهة ، كالرجل . ولأن كل من لزمه الحد بالزنا جاز أن يلزمه الكفارة بالعتق من الجماع ، كالرجل . ولأنها عقوبة تتعلق

---

(١) في (ص) [أعلا] .

(٢) في (م) ، (ع) : [أطعم رقبة] ، مكان : [أعتق] .

(٣) في (م) ، (ع) : [والعتق] . (٤) الزيادة من (ع) .

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن ، في باب القبلة للصائم (١٩٠/٢) ، الحديث (٥٢) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب التغليظ على من أفطر يوما من شهر رمضان متعمدا من غير عذر (٢٢٩/٤) . وحديث أبي هريرة ، أخرجه مسلم في الصحيح ، في باب تغليظ تحريم الجماع في نهار مضان على الصائم (٤٥٠/١) ، والطحاوي في المعاني ، في باب الحكم في من جامع أهله في رمضان متعمدا (٦٠/٢) . انظر تخريجه الهداية في تخريج أحاديث البداية (١٨٣/٥ ، ١٨٦) ، الحديث (٨١٣) .

(٦) في (ن) : [تعلق] .

بوطء مخصوص ، فجاز أن تجب على المرأة ، كالحد ؛ ولأن كل معنى يجب بالإفطار على الرجل جاز أن يتعلق به على المرأة ، كالقضاء .

٦٥٠٨ - ولا يجوز أن يقولوا بموجب هذه العلة في المجامع النائم والزانية ؛ لأنا أبطلنا أحد القولين ، وإنما يجب على الزانية ، والمقصودة بالجماع على القول الآخر . فأما على هذا القول فلا شيء عليهما .

٦٥٠٩ - فإن قالوا : تنتقض [١] علتكم [٢] بالوطء في اليوم الثاني .

٦٥١٠ - قلنا : عللنا لجواز وجوبها على المرأة في الجملة لا للأحوال ؛ ولأن عندنا تجب بالوطء الثاني كفارة ، ثم تسقط بالتداخل .

٦٥١١ - ولا يقال : المعنى في الحد أنه عقوبة على البدن يلزم كل واحد منهما [والكفارة حق مال فاختصت بالرجال ، كالمهر ؛ لأن مخالفنا على هذا القول يسوي بين الصوم والعتق في أن كل واحد] [٣] منهما لا يجب على المرأة ، وإن كان أحدهما حق مال [والآخر حق بدن . ويبطل هذه الفرقة إذا اشتركا في القتل أن الكفارة تجب على كل واحد منهما وإن كانت حق مال] [٤] .

٦٥١٢ - فإن قيل : فعل المرأة في الوطء تابع لفعل الرجل ، ولهذا لو دعت العاقلة مجنونا إلى نفسها لم يجب عليها الحد ، فجاز أن تتعلق الكفارة بالفعل المسفوح [٥] ، ولا تتعلق بالتبع .

٦٥١٣ - قلنا : إذا جاز أن تتعلق بفعلها الكفارة وإن كان تبعا .

٦٥١٤ - قالوا : القليل ليس له تعلق بالنكاح ، فلهذا وجبت كفارته عليها ، والوطء يتعلق [٦] بالنكاح فما يتعلق به يجب على الزوج ، كالمهر .

٦٥١٥ - قلنا : الكفارة تجب بهتك حرمة الشهر لا بالوطء ؛ لأن عندهم على هذا القول : الزانية لا كفارة عليها ، وليس لوطئها [٧] تعلق بالنكاح .

---

(١) في (م) : [ينقص] .
(٢) في سائر النسخ : [غلطكم] ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) في (م) ، (ع) : [الممنوع] .
(٦) في (م) ، (ع) : [متعلق] .
(٧) في (ن) : [لطيها] .

٦٥١٦ - وإذا ثبت أن الكفارة وجبت عليها ، قلنا : العتق أحد [١] نوعي الكفارة ، فلم يتحملها الزوج ، كالصوم . ولا يقال : إن الصوم حق بدن ، فلذلك [٢] لم يتحملها ، والعتق حق مال فجاز أن يتحمله ، لأنه يبطل بكفارة القتل لا يحمل عنها العتق ولا الصوم وإن اختلفا . ولأن من لزمته [٣] الكفارة لم يلزم [٤] غيره أن يتحملها عنه ، كالزوج المجنون ، والعبد [٥] . وإذا كان مفطرا فقربته وزعمت أنها طهرت من حيضها ؛ ولأن ما لزم المرأة بالوطء لا يتحمله الزوج عنها كالحد والقتل ؛ ولأن بينهما [٦] عقدًا فلا يتحمل عنها الكفارة ، كعقد الإجارة .

٦٥١٧ - فإن قيل : الإجارة لا يتحمل بها النفقة .

٦٥١٨ - قلنا : وكذلك النكاح لا يتحمل به النفقة وإنما يجب عليه الابتداء . ولأن عندنا الإجارة يتحمل بها النفقة إذا استأجر ظئرا [٧] بطعامها .

٦٥١٩ - احتجوا : بأن النبي ﷺ أمر الأعرابي بعتق رقبة واحدة .

٦٥٢٠ - وقد ذكر له إفطاره وإفطارها ؛ لأنه قال : « هلكت وأهلكت » [٨] ، فدل أن الواجب رقبة واحدة ؛ لأن الحكم المنقول مع السبب يتعلق [٩] به كما يتعلق [١٠]

---

(١) في (م) ، (ع) : [إحدى] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ولا من لزمته] ، وفي (ن) : [لرمها] ، مكان : [لزمته] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لم يلزمه] .

(٥) في (ن) : [كالزوج والمجنون ، والعبد] ، وفي (ع) : [كالمجنون والعبد] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بينها] .

(٧) الظئر : المرضعة غير ولدها من الناس ، والإبل ، الذكر والأنثى في ذلك سواء . قال المطرزي : الظئر : الحاضنة والحاضن أيضا ، جمعه : أظآر ، وظؤور . راجع في لسان العرب ، مادة : ظأر (٤/٢٧٤١-٢٧٤٣) ، المغرب ، باب الظاء المعجمة ص ٢٩٧) ، المصباح المنير ، مادة : ظئر (٢/٣٦٦) .

(٨) هذا الحديث ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الصوم ، باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء (١/٣٣١) ، ومسلم في الصحيح باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم (١/٤٥٠) ، وأبو داود في باب كفارة من أتى أهله في رمضان (١/٦٠٤ ، ٦٠٥) ، والترمذي في باب ما جاء في كفارة الفطر في رمضان (٣/٩٣) الحديث (٤٢٧) ، والدارقطني بلفظ المصنف في باب طلوع الشمس بعد الإفطار (٢/٢٠٩ ، ٢١٠) حديث (٢٣) .

(٩) في (م) ، (ع) : [متعلق] .

(١٠) في (ص) ، (ع) : [كما يتعلق الحكم] بزيادة : [الحكم] .

بالعلة ، فلا يجوز أن يزاد في السبب ولا في الحكم .

٦٥٢١ – الجواب : [١] أن النبي ﷺ / لما أوجب الكفارة على الرجل بالجماع ، ٨٢/ب كان ذلك بيانا [٢] لحكمها ولحكم كل مجامع ، فلا يحتاج إلى إفرادها بالذكر .

٦٥٢٢ – فإن قيل : النبي ﷺ أوجب عليه الكفارة [٣] ؛ لأنه جامع ، والمرأة ما جامعت [٤] وإنما كانت محلا للفعل ، يقال : جومعت ، كما يقال : ضربت والفاعل ضارب .

٦٥٢٣ – قلنا : جامع فاعل ، وهذا يقتضي الاشتراك في الفعل ، يقال [٥] جامعت وجامع ولولا ذلك لم يكن مفاعلة ، وهذا كالمقاتلة [٦] والمخاصمة بينهما .

٦٥٢٤ – فأما إذا قيل : ضرب ، فالضرب لا يقتضي الاشتراك ، فلذلك اختص به أحدهما .

٦٥٢٥ – قالوا : البيان من جهة السببية [٧] يكون لأهل الاجتهاد ، فأما العامة فلا تفهم السببية [٨] .

٦٥٢٦ – قلنا : ذكر الحكم مع سببه بيان للعامة والخاصة ، كقوله عليه الصلاة والسلام : « الخراج بالضمان » . « وفي حريسة الجبل غرامة مثلها » [٩] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

(٢) في (م) ، (ع) : [كان في ذلك بيانا] بزيادة : [في]

(٣) في (ص) : [أوجب الكفارة عليه] بالتقديم والتأخير .

(٤) في (م) ، (ع) : [والمرأة جامعت] بحذف [ما] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فيقال] .

(٦) في (م) ، (ع) : [كالمقابلة] .

(٧) في (م) ، (ع) : [التنبيه] .

(٨) في (م) ، (ع) : [التنبية] .

(٩) الزيادة لمقتضى السياق ، وفى (ص) : وفى حرسيه الخيل عرافة مثلها ، في (م) ، (ع) : وفي حرسه كذا الخيل عرافة مثلها ، الصواب ما أثبتناه من كتب الحديث ، الحديث الأول : الخراج بالضمان ، أخرجه الشافعي من حديث عائشة مرفوعا في المسند (ترتيب السند) كتاب البيوع ، الباب الأول فيما نهى عنه من البيوع (١٤٣/٢ ، ١٤٤) ، الحديث (٣٧٩ ، ٤٨٢) ، وأحمد في المسند ، في مسند السيدة عائشة رضي الله عنها (٤٩/٦ ، ٢٣٧) ، وأبو داود في السنن كتاب البيوع ، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا (٢٧٨/٢ ، ٢٧٩) والطحاوي في المعاني كتاب البيوع ، باب بيع المصراة (٢١/٤) . راجع تخريجه في الهداية في تخريج أحاديث البداية كتاب البيوع (٣٣٣/٧-٣٣٧) ، الحديث (١٤٢٩) ، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل كتاب البيع ، باب الشروط في البيع (١٥٨/٥ ، ١٥٩) ، الحديث (١٣١٥) . والحديث الثاني : في حريسة الجبل غرامة مثلها ، ذكره ابن الأثير ، بلفظ : أنه سئل عن حريسة الجبل فقال فيها مثلها ، وقال في تفسيره : يقال للشاة التي يدركها الليل قبل أن تصل إلى مراحها : حريسة =

٦٥٢٧ – فإن قيل : أليس أن النبي ﷺ بين الحد على الزاني في قصة العسيف [١] ثم بين حكمها ؟

٦٥٢٨ – قلنا : اختلف حكمها فلم يكن بيانه في الواطئ [٢] بيانا لحكمها .

٦٥٢٩ – وجواب آخر : [٣] أن الأعرابي سأل عن حكم نفسه ، فبين له النبي ﷺ ذلك ولم يبين حكمها ؛ لأنها لم تسأل [٤] عن ذلك ، وتأخير البيان عما لم يسأل عنه يجزيه .

٦٥٣٠ – فإن قيل : الأعرابي سأل عن حكم الحادثة .

٦٥٣١ – قلنا : بل سأله عما يتخلص به من المأثم ، ولم يقصد تعلم الأحكام ، ولهذا لم يبين له حكم القضاء .

٦٥٣٢ – فإن قيل : قد بين النبي ﷺ في قصة العسيف [٥] حكم المرأة وإن لم يسأل عنه .

٦٥٣٣ – قلنا : ليس بممتنع أن يبين [٦] مع عدم الحاجة إلا أنه لا يلزم ذلك ، فقد يفعله وقد يتركه .

٦٥٣٤ – وجواب آخر : [٧] هو أن ظاهر كلامه يدل على أنه أكرهها على الجماع ؛ لأنه قال : « أهلكت » ، فلو طاوعت لكانت مهلكة لنفسها ولم يكن هو المهلك لها ، فلذلك لم يبين حكم كفارتها .

= وقال : الحريسة فعيلة بمعنى مفعولة : أى أن لها من يحرسها ويحفظها ، ومنهم من يجعل الحريسة السرقي نفسها وقال في تفسير لا قطع في حريسة الجبل : أى ليس فيما يسرق من الجبل قطع ، في النهاية (٣٦٧/١) مادة حرس . وقال الفيومي : وحريسة الجبل : الشاة يدركها الليل قبل رجوعها إلى مأواها فتسرق من الجبل ، في المصباح المنير (١٢٤/١) . هذا الحديث : أخرجه مالك بمعناه مختصرا ، في الموطأ كتاب الحدود ، باب ما يجب فيه القطع (٨٣١/٢) ، الحديث (٢٢) ، وابن ماجه في السنن كتاب الحدود ، باب من سرق من الحرز (٨٦٥/٢ ، ٨٦٦) ، الحديث (٢٢) ، وابن ماجه في السنن كتاب الحدود باب من سرق من الحرز (٨٦٥/٢ ، ٨٦٦) ، الحديث (٢٥٩٦) ، والنسائي في المجتبى مطولا كتاب قطع السارق ، باب الثمر المعلق يسرق و باب الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين (٨/٨٤-٨٦) ، وأحمد في المسند ، في مسند عبد الله ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ومسند عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنهما (١٨٠/٢ ، ٢٠٣) .

(١) في (م) ، (ع) : [العسف] .
(٢) في (ع) : [في الوطء] .
(٣) في (ن) : [قالوا] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لم يسأل] .
(٥) في (م) ، (ع) : [العسف] .
(٦) في (م) ، (ع) : [أن يبن] .
(٧) في (ن) : [وجوبه] .

٦٥٣٥ - فإن قيل : إذا أكرهها [١] فلا مأثم عليها ، فلا يكون مهلكًا ، وإنما قال : [٢] أهلكتها وإن طاوعته ، بأنه [٣] السبب في هلاكها .

٦٥٣٦ - قلنا : إذا أكرهها توا بها [٤] ، فقال : أهلكتها لهذا المعنى وإن لم يجب عليها مأثم . وجواب آخر : [٥] وهو أن الأعرابي أقر على نفسه بمعصية وعليها ، فلم يصدقه عليه [الصلاة و] [٦] السلام عليها حتى يلزمه بيان حكمها .

٦٥٣٧ - ألا ترى : أنه يجوز أن تكون [٧] مريضة ، أو حائضًا ، أو مسافرة .

٦٥٣٨ - فإن قيل : أليس في قصة العسيف [٨] قد أقر على نفسه بالزنا وعليها ، فبين حكمها وصَدَّقَهُ عليها في المعصية ؟

٦٥٣٩ - قلنا : ما صَدَّقَهُ عليها ؛ لأنه أوقف الحد على اعترافها ، وسأل عن ذلك لأنه [٩] الخصم في إقامة الحد فأنفذ إليها ثبوت حقه ، وهذا لا يوجد في الكفارة .

٦٥٤٠ - قالوا : مال يختص وجوبه بالوطء ، فوجب على الواطئ دون الموطوءة قياسًا على مهر المثل .

٦٥٤١ - قلنا : لا نسلم الوصف في الفرع ولا في الأصل ؛ لأن مهر المثل يجب عندنا بالعقد تارة ، وبالوطء أخرى ، والكفارة تجب بهتك حرمة الشهر ، فتارة بالوطء ، وتارة بالأكل .

٦٥٤٢ - قالوا : المعنى أنه لا يجب بما دون الوطء من الاستمتاع .

٦٥٤٣ - قلنا : إذا كانت تجب بالوطء وغيره ، ولا تجب بكل استمتاع لم يوصف [١٠] باختصاصها بالوطء ، ألا ترى : أن ما تعلق بكل واحد من الأمرين لم يوصف أنه يختص بأحدهما ؛ لأنه لا يتعلق بمعنى ثالث ، وإن [١١] أرادوا أن الوطء سبب في وجوب المال بطل بكفارة اليمين إذا حلف [لا يقربها ، وحلفت هي على

---

(١) في (ع) : [إذا كرهها] .
(٢) في (م) ، (ع) : [وإن قال] .
(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لأنه] .
(٤) أي انفرد بها . راجع في لسان العرب ، مادة : [توى] (١/٤٥٧ ، ٤٥٨) .
(٥) في (ن) : [والجواب] .
(٦) الزيادة من (ع) .
(٧) في (م) ، (ن) : [يكون] .
(٨) في (م) ، (ع) : [العسف] .
(٩) في (ع) : [لأن] .
(١٠) في (ن) : [لم توصف] .
(١١) في (م) ، (ع) : [فإن] .

ذلك فوطئها ، فوجب على كل واحد منهما كفارة] [١] ، فأما المهر : فإنه يجب بدلًا عن منافعها ، فيستحيل أن يجب عليها ، الكفارة تجب بحق اللّٰه تعالى بسبب معصية اشتركا فيها ، فيصح أن تجب على كل واحد منهما .

٦٥٤٤ - فإن قيل : قد حصل لها الاستمتاع به كما حصل له الاستمتاع بها ، ثم اختص هو بوجوب المهر .

٦٥٤٥ - قلنا : لأن منافع الزوج غير مقومة في الوطء ، فلم يضمن قيمة ما ليس بمقوم ومنافعها مقومة فلذلك ضمنها [٢] وإن اشتركا في الاستمتاع .

٦٥٤٦ - قالوا : الوطء يتعلق به حق البدن ، وهو الحد ، وحق مال ، وهو الكفارة ، فوقع التحمل في حق مال [٣] دون حق البدن ، كالحد ، والمهر ، والنفقة .

٦٥٤٧ - قلنا : قد بينا أن الكفارة لا تتعلق بالوطء وإنما تتعلق [٤] بحرمة الشهر وإن كان الوطء سببا فيها ، كما هو سبب في كفارة اليمين ، فأما المهر ، فلا يقال : إنه عمله ، وإنما هو عوض وجب لها ، وأما النفقة فلا تلزمه [٥] على طريق التحمل ، وإنما تجب عندهم عوضًا عن الاستمتاع . فلا يقال : إنه تحملها [٦] .

٦٥٤٨ - قالوا : موطوءة فلم تجب عليها الكفارة كالوطء في الموضع المكروه . وإذا وطئت في يوم [٧] ردت شهادتها برؤية الهلال ، أو وطئت دفعة ثانية ولم يكفر عن الأولى .

٦٥٤٩ - قلنا : الوطء في الموضع المكروه غير مسلم على إحدى [٨] الروايتين ؛ لأن عليها الكفارة ، وعلى الرواية الأخرى : وطء لا يتعلق به ضمان مهر بحال ، كالوطء فيما دون الفرج . وأما إذا وطئت في اليوم الثاني فالكفارة تجب [٩] عندنا ، ثم تتداخل [١٠] وإذا وطئها بعد رد شهادتها ، فلأنه وطء في يوم مختلف في جواز صومه أو وطء في يوم لزمها [١١] في نفسها خاصة .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (ن) : [قيمتها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [المال] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يتعلق] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلا يلزم] .

(٦) في (ع) : [أنه تحملها] .

(٧) في (ن) : [نوم] .

(٨) في (ص) ، (ن) : [أحد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يتداخل] .

(١١) في (م) ، (ع) : [يلزمها] .

٦٥٥٠ – قالوا : كفارة فيها صوم له بدل فوجب أن يختص بها الزوج ، ككفارة الظهار [١] .

٦٥٥١ – قلنا : لا نسلم الأصل ؛ لأنه روى عن أبي يوسف أن المرأة لو ظاهرت من زوجها وجبت [٢] عليها كفارة الظهار ، وليس عن أبي حنيفة خلافه . ثم المعنى : إذا ظاهر إن المعصية التي تعلقت الكفارة بها وجدت منه خاصة ، ثم شارك فيها فاختص بكفارتها .

٦٥٥٢ – وفى مسألتنا : المعصية التي أوجبت الكفارة اشتركا فيها ، وهو هتك حرمة الشهر بالجماع .

٦٥٥٣ – فإن قيل : الظهار لا يصح إلا من مظاهر منها ، كما أن الجماع لا يصح إلا من مجامعة .

٦٥٥٤ – قلنا : ولكن هي محل للتحريم في الظهار غير فاعلة لشىء و [هي] [٣] في مسألتنا مشاركة في الفعل الذي هو الجماع ، كما بينا .

٦٥٥٥ – قالوا : تكفير تعلق بوطء أفسد صوم الواطئين ، فوجب أن يختص به الزوج أصله : إذا وطئها في يوم ولم تكفر [٤] هى ، ثم وطئها في اليوم الثاني .

٦٥٥٦ – قلنا : وجب عليها بهذا الوطء كفارة ثم تداخلت الأولى [٥] في الوجوب ، ولهذا لو سقطت الأولى بشبهة [٦] وجبت الثانية . ولأن الفعل المتكرر إذا لم يوجب حكمًا لا يدل أن الأولى فيه لا يوجب ذلك الحكم ، كالحدث بعد الحدث [٧] ، والزنا بعد الزنا ، والقذف بعد القذف .

* * *

(١) في (ص) ، (ن) : [الطهاره] .
(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وجب] .
(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) : [ولم يكفر] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فالأولى] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لشبهة] .
(٧) قوله : [بعد الحدث] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ٣٧٤

الوطء في الموضع المكروه فيه الكفارة

٦٥٥٧ - قال أصحابنا : الوطء في الموضع المكروه فيه الكفارة في إحدى الروايتين ، ولا كفارة فيه في الرواية الأخرى (١) .

٦٥٥٨ - وقال الشافعي : فيه الكفارة (٢) .

٦٥٥٩ - لنا : أنه وطء لا يثبت بجنسه النسب ، كوطء الميتة . ولأنه وطء لا يتعلق به وجوب مال بحال ، أو لا يثبت بجنسه الإحصان فيما دون الفرج .

٦٥٦٠ - احتجوا : بأنه هتك حرمة رمضان بالجماع ، فوجب أن يلزمه الكفارة كالوطء في الفرج . وربما قالوا : ترك صوم يوم من رمضان بجماع (٣) أثم فيه بحرمة الصوم ، فلزمه الكفارة .

٦٥٦١ - قلنا : الوطء في الفرج يتعلق بجنسه وجوب المال ، وثبوت النسب والإحصان وهذا الوطء بخلافه .

٦٥٦٢ - قالوا : وطء يتعلق به الاغتسال من غير إنزال .

٦٥٦٣ - قلنا : الغسل يجب (٤) على وجه الاحتياط ، والكفارة تسقط (٥)

---

(١) قال ابن الهمام نقلًا عن الكافي للحاكم : إن وطء في الدبر ، فعن أبي حنيفة رحمه الله لا كفارة عليها ، ولأنه لا يجعل هذا الفعل كاملا حتى لم يجب الحد ، ولا شبهة في جانب المفعول به إذ ليس فيه قضاء الشهوة . وعنه أن عليه كفارة ، وهو قولهما وهو الأصح ؛ لأن الجناية متكاملة . راجع تفصيل المسألة في المبسوط (٧٩/٣) ، تحفة الفقهاء (٣٦٢/١) ، بدائع الصنائع (٩٨/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٣٣٦/٢-٣٣٨) ، البناية مع الهداية (٦٥٧/٣ - ٦٥٩) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في الأم (١٠١/٢) ، مختصر المزني ص (٥٧) ، حلية العلماء (١٧٠/٣) ، المجموع مع المهذب (٣٤٠/٦ ، ٣٤١ ، ٣٤٢) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٤٤٧/٦) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما : مثل قول الحنفية في الأصح ، والشافعي ، الوطء في الموضع المكروه يوجب الكفارة . راجع تفصيل المسألة في الكافي لابن عبد البر (٤٣٢/١) ، الإفصاح (٢٤٥/١) ، المغني ، كتاب الصيام (١٢٢/٣) الكافي لابن قدامة ، (٣٥٦/١) .

(٣) لفظ : [بجماع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) وفي هامش (ص) ، من نسخة أخرى : [يثبت] ، مكان : [يجب] .

(٥) في (م) ، (ع) : [والكفارات يسقط] ، مكان المثبت .

بالشبهة ، فلا يجوز إيجابها على طريق الاحتياط .

٦٥٦٤ - وقولهم : إنه وطء يوجب الحد ، لا نسلمه ، وفساد الحج : فيه روايتان مثل وجوب الكفارة .

* * *

مسألة ٣٧٥

إذا جامع بهيمة فلا كفارة عليه

٦٥٦٥ - قال أصحابنا : إذا جامع بهيمة ، فلا كفارة عليه [١] .

٦٥٦٦ - وقال الشافعي : فيه الحد والكفارة على أحد القولين [٢] .

٦٥٦٧ - لنا : أنه وطء غير مقصود ، كوطء الميتة وما دون الفرج ؛ ولأنه وطء [٣] لا يتعلق المهر بجنسه ، كالوطء فيما دون الفرج . ولأن كل حكم لا يتعلق بالوطء فيما دون الفرج لا يتعلق بوطء البهيمة ، كإطعام ستين صاعًا وعكسه التعزير .

٦٥٦٨ - قالوا : وطء في فرج كوطء الآدمية .

٦٥٦٩ - قلنا : ذلك يتعلق بجنسه المهر والإحصان ، وهذا بخلافه .

* * *

(١) راجع تفصيل المسألة في المبسوط ، كتاب الصوم (٧٩/٣) ، تحفة الفقهاء ، كتاب الصوم (٣٥٨/١) ، بدائع الصنائع ، فصل وأما ركنه (٩٤/٢) ، البناية مع الهداية ، (٦٥٩/٣ ، ٦٦٠) ، العناية بذيل فتح القدير ، باب ما يوجب القضاء والكفارة (٣٣٨/٢) .

(٢) قال النووي في المجموع : وأما إتيان البهيمة في دبرها أو قبلها ، ففيه طريقان ، حكاهما المصنف والأصحاب أصحهما : القطع بوجوب الكفارة فيه ، وهذا هو المنصوص في المختصر وغيره ، وبه قطع البغوي وآخرون . والثاني : فيه خلاف مبني على إيجاب الحد به . راجع تفصيل المسألة في ، الأم (١٠١/٢) ، مختصر المزني ص (٥٧) ، حلية العلماء (١٧٠/٣ ، ١٧١) ، المجموع مع المهذب (٣٤١/٦) ، فتح العزيز في ذيل المجموع (٤٤٧/٦) . وقال مالك وأصحابه ، وأحمد في إحدى الروايتين عنه : مثل قول الشافعي في الأصح ، من وطء البهيمة في يوم من رمضان ، لزمته الكفارة ، وقال أحمد في رواية أخرى : مثل قول الحنفية ، ليس عليه كفارة . راجع تفصيل المسألة في الكافي لابن عبد البر (٣٤٢/١) ، الإفصاح (٢٤٥/١) ، المغني ، كتاب الصيام (١٢٣/٣) الكافي لابن قدامة (٣٥٦/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلا وطء] .

مسألة ٣٧٦

إذا كرر الوطء في رمضان فعليه كفارة واحدة ما لم يكفر للأول

٦٥٧٠ - قال أصحابنا : إذا كرر الوطء في رمضان فعليه كفارة واحدة ما لم يكفر للأول [(١)] .

٦٥٧١ - وروى زفر عن أبي حنيفة : أن [(٢)] عليه كفارة واحدة وإن كَفَّرَ ، وأما في رمضانين : فذكر محمد في الكيسانيات : أن عليه كفارة واحدة [(٣)] .

٦٥٧٢ - وقال الشافعي : تجب بالوطء في كل يوم كفارة كفر أو لم يكفر [(٤)] .

٦٥٧٣ - لنا : ما روي أن الأعرابي قال : « جامعت أهلي في رمضان ، فقال : أعتق رقبة » [(٥)] . وقوله : « جامعت » يحتمل مرة واحدة ، وما زاد عليها ، فلو اختلف الحكم لسأله .

٦٥٧٤ - قالوا : فقال له : « صم [(٦)] يوما مكانه » ، فدل على أنه فهم منه جماعًا واحدًا .

---

(١) في (ع) : [للأولى] . (٢) في (م) ، (ع) : [أنه] بزيادة الهاء .

(٣) راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل ، كتاب الصوم (٢٠٦/٢) ، مختصر الطحاوي ، كتاب الصيام ص٥٤ المبسوط ، كتاب الصوم (٧٤/٣) ، تحفة الفقهاء ، كتاب الصوم (٣٦٢/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما حكم فساد الصوم (١٠١/٢ ، ١٠٢) .

(٤) راجع تفصيل المسألة في الأم (٩٩/٢) ، حلية العلماء (١٦٨/٣) ، المجموع مع المهذب (٣٣٦/٦ ، ٣٣٧) . وقال مالك مثل قول الشافعي من جامع امرأته أياما في رمضان ، فعليه لكل يوم كفارة ، سواء كفر عن الأول أم لا . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، في الكفارة في رمضان (١٩١/١) ، الكافي لابن عبد البر ، (٣٤٣/١) ، بداية المجتهد ، القسم الثاني من الصوم المفروض (٣١٦/١) . قال القاضي أبو يعلى من الحنابلة : واختلف أصحابنا إذا وطء في يومين ، ولم يكفر عن اليوم الأول ، فقال أبو بكر في كتاب التنبيه : عليه كفارة واحدة ، ثم قال : وقال شيخنا أبو عبد الله : عليه كفارة ثانية ، وهو أصح . راجع تفصيل المسألة في المسائل الفقهية ، كتاب الصيام (٢٦١/١ ، ٢٦٢) ، الإفصاح ، (٢٤٣/١) ، المغني ، كتاب الصيام (١٣٢/٣ ، ١٣٣) ، الكافي لابن قدامة (٣٥٧/١) ، العدة مع العمدة ، باب أحكام المفطرين في رمضان ص١٥١ .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٣٧٣) ، كما أخرجه مالك في الموطأ ، في كتاب الصيام ، في كفارة من أفطر في رمضان (٢١٧/١ ، ٢١٨) . والشافعي من طريق مالك في المسند (ترتيب السندي) كتاب الصوم الباب الأول فيما يفسد الصوم وما لا يفسد (٢٦٠/١ - ٢٦٢) ، الحديث (٦٩٥ ، ٦٩٦) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فصم] .

٦٥٧٥ – قلنا : هذا لم ينقل في عامة الأخبار . رواه مالك ، وابن عيينة من غير تفصيل . ولأنه معنى يتعلق بالوطء على طريق العناد (١) فجاز أن يتكرر الموجب له ويقتصر على واحد ، كالحد .

٨٢/أ ٦٥٧٦ – ولا يلزم كفارة / الحج ؛ لأنها تتداخل (٢) إذا تكرر الوطء في مجلس واحد وإذا تكرر على وجه المرض . ولأن اليوم الثاني : إذا تقدمه جماع في اليوم الأول [حاله لوزنا في مثلها لم يستوف إلا حدا واحدا ، فإذا جامع فيه اكتفى بكفارة واحدة ، كاليوم الأول] (٣) . ولا يلزم رمضان الثاني لأن فيه روايتين . ولأنها حق لله تعالى تسقط بالشبهة فوجب أن يكون من جنسه ما يقع منه التداخل ، كالحد . ولأنها تجب على طريق العقوبة بدلالة أنها لا تجب على المعذور ، وتسقط بشبهة (٤) ، بدلالة من ظن أن الشمس قد غربت فجامع ، لا كفارة عليه ، فكان لاجتماع أسبابها تأثير في التداخل في الحد .

٦٥٧٧ – فإن قيل : هذا لا يصح على أصلكم ؛ لأن بالوطء الأول : انهتك الحرمة ، فالوطء الثاني يصادف زمانًا لا حرمة له ، فكيف يقولون : إن أسباب الكفارة اجتمعت ؟ فإن أردتم به أنه سبب تقدمه (٥) أو لم يتقدمه الأول .

٦٥٧٨ – قلنا : بموجب العلة في الوطء إذا تكرر في اليوم الواحد .

٦٥٧٩ – قلنا : نريد بقولنا : إنه سبب للكفارة ، أنه وطء أفسد به الصوم ، لو لم يتقدمه وطء أوجب كفارة ، وهذا موجود في اليوم الثاني ، ولا يوجد مثله في الوطء المتكرر في يوم واحد ؛ لأن الوطء الثاني ما أفسد الصوم .

٦٥٨٠ – ولأن معنى قولنا : (٦) إن الوطء الأول هتك حرمة الشهر ، إنما نعني به في حق الواطئ ، وإلا فحرمة (٧) الشهر بحالها قالوا وطء (٨) الثاني صادف حرمة الشهر ، ألا ترى : أن من قذف رجلا فحرمة (٩) المقذوف بحالها وإن كان القذف الثاني لا

---

(١) في (م) ، (ع) : [العبادة] . (٢) في (م) ، (ع) : [يتداخل] .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في (م) : [بالشبهة] ، وفى (ع) : [الشبهة] .

(٥) كلمة [تقدمه] ساقطة من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٦) لفظ : [قولنا] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [فحرمت] .

(٨) في (م) ، (ع) : [قالوا وطئ] ، مكان [فالواطئ] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فحرمت] .

يوجب حدًّا ؛ لأن حرمته في حق القاذف كالزائلة ؛ لأنها زائلة في الحقيقة .

٦٥٨١ – فإن قيل : المعنى في الحد أنه يجب لحق اللّٰه تعالى على طريق العقوبة ، والكفارة تجب على طريق الآدميين فلم تتداخل [١] .

٦٥٨٢ – قلنا : هذا الافتراق لم تمنع من تساويهما في تأثير السبب منها ، وإن كانت لا تؤثر [٢] في حقوق الآدميين إذا لم تكن [٣] عقوبة ؛ ولأن حد القذف عندهم حق لآدمي وإن تداخل ، كذلك الكفارة عقوبة لحق الآدمي فتتداخل [٤] . ولأن الشيء قد يجب لحق الآدميين فيتداخل ، كما أن الوطء في العقد [٥] الفاسد يتكرر ، ولا يجب به إلا مهر واحد .

٦٥٨٣ – قالوا : العلة تبطل [٦] بالقصاص في الأطراف فإنه لا يتداخل وجوبه على طريق العقوبة ، ويسقط بالشبهة .

٦٥٨٤ – قلنا : التعليل لجنس الكفارة والتعليل للجواز وجنس القصاص يتداخل ، والقصاص من الأطراف بعض النوع . ولأن عندنا يجوز أن يتداخل ؛ لأن من قطع أنملة رجل وقطع تلك الأصبع من آخر واجتمعا قطعت للأول وخير الثاني ، فإن اختار القطع يسقط حقه .

٦٥٨٥ – قالوا : الحدود تتداخل مع اختلاف المزني بها ، واختلاف أوقاته ، واختلاف المال المسروق وليس كذلك الكفارة ؛ لأنها لا تتداخل في صومي رمضانين .

٦٥٨٦ – قلنا : كذلك نقول في الكفارة : إنها تتداخل في شهر واحد أو شهرين على إحدى الروايتين .

٦٥٨٧ – ولو قلنا : إنها لا تتداخل ، فالفرق بينهما ظاهر ؛ لأن حرمة الزنا لا تتعلق [٧] بالمزني بها ولا بالأوقات بل بحرمة مؤبدة ، فالحرمة واحدة ، فلذلك تتداخل [٨] بكل حال فأما الكفارة فإنها تتعلق [٩] بحرمة الشهر ، فإذا انسلخ فقد انقضت تلك الحرمة

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلم يتداخل] . (٢) في (م) ، (ع) : [لا مؤثر] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يكن] ، مكان : [تكن] .
(٤) في (م) ، (ع) : [فيتداخل] . (٥) في (م) ، (ع) : [كما أن الوطء في الفعل] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يبطل] . (٧) في (م) ، (ع) : [لا يتعلق] .
(٨) في (م) ، (ع) : [فكذلك] ، مكان : [فلذلك] ، وفي (م) : [يتداخل] ، مكان : [تتداخل] .
(٩) في (م) : [يتعلق] .

وتتجدد بالشهر الثاني حرمة أخرى ، فلم تتداخل مع الأولى ، ولهذه العلة تتداخل الكفارة [١] في رمي الجمار من سنة واحدة ، ولا تتداخل من سنين . ولأن كل من كان [٢] لم يلزمه ابتداء كفارة ، فإذا جامع لم يلزمه كفارة العتق ، كالمسافر .

٦٥٨٨ - ولأن الكفارة إما أن تجب طهرة أو عقوبة أو جبران ، فإن كانت طهرة تداخلت ، كالطهارة إذا تكرر الحدث ، وإن كانت عقوبة جاز أن تتداخل [٣] ، كالحج وإن كانت جبرانا جاز أن تتداخل [٤] ، كالسهو في الصلاة ويدل على أن السهو في باب الكفارة حرمة واحدة ، بدلالة أنها عبادة هي ركن فكان لها حرمة واحدة ، كالصلاة والحج ؛ ولأنه يخرج منها بفعل واحد ، ولهذا يقال : الفطر من رمضان ، فصارت كالحج والصلاة . ولأن لها وقتا لا يتخللها [٥] فيه من جنسها كوقت الحج . ولأن إدراك بعض وقتها قد يوجب جميعها ، بدلالة المجنون عندنا ، والنفساء على الأصلين فصارت كالصلاة الواحدة .

٦٥٨٩ - فإن قيل : النفساء يجب عليها القضاء ، وإن لم تطهر [٦] في شيء من الوقت .

٦٥٩٠ - قلنا : هذا لا يمنع [٧] ما ذكرناه : أن الصلاة كما [٨] تجب على من لم يدرك شيئا من وقتها عندهم من بلغ في وقت العصر ، وعندنا في المغمى عليه ؛ لأن النبي ﷺ أخبر « أن الشياطين [٩] يقيدون » [١٠] وأنه يختص بليلة القدر ، وهي حرمة واحدة تعود إليه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولأن هذه العلة بتداخل الكفارة] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [من لو كان] بزيادة [لو] .

(٣) في (م) : [يتداخل] .

(٤) في (م) : [يتداخل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يتحللها] .

(٦) في (م) : [يطهر] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا يمتنع] .

(٨) لفظ [كما] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) في (ص) : [أن أشياء حين] ، وهو تصحيف .

(١٠) لعل المراد بالحديث ما رواه البخاري في الصحيح في فضل شهر رمضان ، من حديث أبي هريرة ، في باب هل يقال رمضان أو شهر رمضان (١/٣٢٥) ، ولفظه : إذا جاء شهر رمضان فتحت أبواب السماء ، وغلقت أبواب جهنم وسلسلت الشياطين ، وأخرجه مسلم في الصحيح ، بلفظ : إذا جاء رمضان فتحت أبواب الجنة وغلقت أبواب النار ، وصفدت الشياطين ، وفي رواية أخرى : إذا كان رمضان فتحت أبواب الرحمة وغلقت أبواب جهنم ، وسلسلت الشياطين ، في كتاب الصيام ، باب فضل شهر رمضان (١/ ٤٣٦) ، ومالك في الموطأ ، بلفظ : إذا دخل رمضان فتحت أبواب الجنة ، وغلقت أبواب النار ، وصفدت الشياطين في جامع الصيام (١/٢٢٧) وأحمد في =

٦٥٩١ – فإن قيل : الحج في [1] سنتين لا يتخلل بينهما حجة أخرى ، وهما عبادتان .

٦٥٩٢ – قلنا : فنحن قلنا : [2] العبادة خصت بوقت لا يتخللها [3] فيه أخرى من جنسها فلما لم تختص بوقت واحد عكسه فلا يلزمنا .

٦٥٩٣ – قالوا : إنه يتخلل [4] بين كل يومين ، يخرج من عبادة ويدخل في أخرى ، وما يفسد أحد الزمانين [5] لا يفسد الآخر .

٦٥٩٤ – قلنا : هذه المعاني تعود إلى حرمة الصوم ، وكل يوم له حرمة فيما يعود إلى الصوم ، وإن كان لجملة الشهر حرمة فيما يعود إلى الكفارة ، وهذا غير ممتنع ، كما أن صوم الشهرين له حرمة واحدة في باب التتابع . وإن كان لكل يوم حرمة فيما يعود إلى الصوم . ولأن الحج عبادة واحدة وقد يفسد الطواف عندهم بترك الترتيب والحدث ، ولا يفسد باقيها ، ويفسد الركن من الصلاة الذي سبقه الحدث فيه عندنا ، ولا يفسد باقي الصلاة وإن كانت عبادة واحدة ، وإذا ثبت أن للشهر حرمة واحدة في معنى الكفارة ، فإذا جامع [6] انهتكت تلك الحرمة في حقه ، فإذا عاد فقد صادف جماعة في حقه حرمة منهتكة ، والصوم الواجب إذا كان لا حرمة له فلا كفارة فيه ، كالوطء في قضاء رمضان .

٦٥٩٥ – ولهذا نقول في إحدى الروايتين : إذا كفر ثم وطئ وجب كفارة ؛ لأن حرمة الشهر انجبرت في حقه بالكفارة [فصار الوطء الثاني حرمة كاملة توجب بها الكفارة] [7] ، كالوطء الأول [8] .

= المسند (٣٥٧/٢) ، والترمذي ، في باب ما جاء في فضل شهر رمضان (٥٧/٣ ، ٥٨) ، الحديث (٦٨٢) والنسائي ، في باب فضل شهر رمضان (١٢٦/٤ ، ١٢٧) ، وابن ماجه ، في باب ما جاء في فضل شهر رمضان (٥٢٦/١) ، الحديث (١٦٤٢) .

(١) حرف : [في] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) قوله : [فنحن قلنا] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) في (ع) : [لا يتحللها] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يتحلل] .

(٥) في (م) : [في أحد الزمانين] ، وفى (ع) : [أحد الزمنين] بحذف [في] .

(٦) لفظ : [جامع] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [كالوطء الأولى] .

٦٥٩٦ – احتجوا : بأنه ترك صوم يوم [١] من رمضان بجماع أثم فيه لحرمة الصوم فلزمته الكفارة ، أصله : اليوم الأول ولأنه هتك حرمة صوم رمضان بالجماع فلزمته الكفارة ، أصلة اليوم الأول ، حاله : لو زنا وجب عليه الحد ، فإذا هتك حرمة الصوم جاز أن تجب الكفارة ، واليوم الثاني حاله : لو زنا فيها لم يجب الحد ، فلم تجب الكفارة ، كالجماع الثاني في اليوم الأول ؛ ولأن [٢] وجوب ما يجب على طريق العقوبة أو التطهير [٣] أو الجبران بالفعل الأول لا يدل على تكرار وجوبه بتكرار الفعل كالحد والطهارة [٤] وسجود السهو .

٦٥٩٧ – قالوا : أفسد كل واحد منهما على الانفراد وجبت به الكفارة . فإذا أفسدهما معا وجبت بكل واحد [٥] كفارة ، كيوم من رمضانين .

٦٥٩٨ – قلنا : الأصل ليس بمسلم [٦] على إحدى الروايتين وإن سلمناه ؛ لأن الكفارة يجوز أن تتداخل في عبادة تقع في سنة واحدة ، وإن لم تتداخل من سنتين [٧] ، كالكفارة التي تجب بترك رمى الجمار من سنة ، ولا تتداخل من سنتين .

٦٥٩٩ – ولأن الكفارة تجب لحرمة الزمان ، وكل واحد من الشهرين له حرمة ، بدلالة أن الخروج من أحدهما غير الخروج من الآخر ، بإدراك وقت أحدهما لا يجب الآخر [٨] ، فصار كالصلاتين . فجبرانهما لا يتداخل ، وأما الشهر الواحد فيخرج منه بمعنى واحد ويلزمه جميعه بإدراك بعض [٩] وقته عندنا في المجنون [١٠] ، فصار [١١] كالصلاة الواحدة ، فجبرانها يجوز أن يتداخل .

٦٦٠٠ – قالوا : فساد يتضمن التكفير ، فيكون التكفير بتكرره ، كما لو وطئ في العمرة ثم وطئ في عمرة أخرى .

٦٦٠١ – قلنا : إن أردتم أنه [١٢] يكون الإفساد الذي يتضمن التكفير لم نسلمه [١٣] ،

---

(١) لفظ : [يوم] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [ولأنه] .
(٣) في (م) ، (ع) : [والتطهير] .
(٤) في (م) ، (ع) : [والظهار] .
(٥) في (ص) : [واحدة] .
(٦) في (ع) : [بمسلم] .
(٧) في (م) ، (ع) : [سنين] .
(٨) في (م) ، (ع) : [على الآخر] بزيادة : [على] .
(٩) لفظ : [بعض] ساقط من (م) ، (ع) .
(١٠) في (ع) : [في المجنونة] .
(١١) لفظ : [فصار] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٢) في (م) ، (ع) : [أن] ، مكان : [أنه] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [لم يسئله] ، مكان : [لم نسلمه] .

وإن قلتم بتكرر الفساد بطل الصوم الثاني إذا جامع فيه وهو يظن أن الشمس قد غابت أو احتجم فيه فظن أن الحجامة تفطره (١) وأفتى بذلك (٢) فجامع ؛ ولأن العمرتين لا يخرج منهما بمعنى واحد ، فلم يتداخل جبرانها ، وأيام الصوم يخرج منهما بمعنى واحد ، فجاز أن يتداخل جبرانها ، كالصلاة الواحدة .

٦٦٠٢ - قالوا : صوم كل يوم من الشهر عبادة بانفراده ، فلا تتداخل كفارتها (٣) قياسا على (٤) من أفسد حجا . والدليل عليه : أنه لا يقف صحة صومه على صحة تقف الآخر ، ولا يفسد بفساده ويقطع بين كل يومين ليلة .

٦٦٠٣ - قالوا : ولو كان (٥) عبادة واحدة لكان إذا ابتدأه في الحضر لا يتعين باقيه بالسفر كالصلاة الواحدة .

٦٦٠٤ - قلنا : كل يوم من حيث كان صوم عبادة مفردة وليست [لكفارة واجبة فيه من حيث كان صوما ؛ لأن هذه الصفة يشاركه فيها سائر (٦) أنواع الصيام / ، وإنما تجب الكفارة فيه] (٧) من حيث كان شهرًا مختصًّا بحرمات هي فيها كالشيء الواحد . وإذا صار في المعنى الذي لم تتعلق الكفارة به شيئًا واحدًا لم يضر كونه عبادات مفردة (٨) في المعنى الذي لم تتعلق الكفارة به ، وهذا كصوم الشهرين لا يجب التتابع من حيث كان صومًا وإنما يجب من حيث كان كفارة ، فإذا أفسد يومًا فسد (٩) جميعه في معنى التتابع ، وإن لم يفسد باقيه في باب الصوم .

٨٣

* * *

(١) في (م) : [يفطره] .
(٢) في (ع) : [وأنسي ذلك] ، وفى (ص) ، (م) : [وأفتى بذلك] بالنون ، لعل الصواب ما أثبتناه بالتاء .
(٣) في (ع) : [كفارتها] .
(٤) حرف : [على] ساقطة من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) في (م) ، (ع) : [لو كان] بدون العطف .
(٦) لفظ : [سائر] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٧) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [منفرد] .
(٩) في (م) ، (ع) : [فسده] .

مسألة ٣٧٧

إذا أفطر الصائم بأكل ما يتداوى به ، أو يتغذى به أو يشرب كذلك ، فعليه الكفارة

٦٦٠٥ - قال أصحابنا : إذا أفطر الصائم بأكل ما يتداوى به (١) ، أو يتغذى به ، أو يشرب كذلك ، فعليه الكفارة (٢) .

٦٦٠٦ - وقال الشافعي : لا كفارة إلا في الجماع ، ومن أصحابه من قال : يجب بالأكل الكفارة الصغرى ، وإنما الخلاف في العظمى (٣) .

---

(١) لفظ : [به] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) راجع تفصيل المسألة في المبسوط ، كتاب الصوم (٧٣/٣ ، ٧٤) ، متن القدوري ، كتاب الصوم ص ٢٤، بدائع الصنائع (٩٨/٢ ، ٩٩) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٣٣٨/٢-٣٤٠) ، البناية مع الهداية (٦٦٢/٣- ٦٦٥) .

(٣) الكفارة الكبرى معروفة : هي إما عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكينًا . الكفارة الصغرى : لعل المراد بها ما حكى بعض الشافعية عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن ، أنه كان يقول : من أفطر يوما من رمضان صام اثنى عشر يوما . قول ربيعة : أخرجه الدارقطني في السنن باب طلوع الشمس بعد الإفطار (٢١١/٢) الأثر (٢٠) . وعن عمرو بن مرة ، عن عبد الوارث الأنصاري قال : سمعت أنس بن مالك يقول : قال رسول الله ﷺ : من أفطر يوما من شهر رمضان من غير رخصة ولا عذر كان عليه أن يصوم ثلاثين يوما ، ومن أفطر يومين عليه ستون يومًا ، ومن أفطر ثلاثة أيام كان عليه تسعين يوما وعن مندل بن على عن أبي هاشم ، عن عبد الوارث ، عن أنس بن مالك قال : قال رسول الله ﷺ - : من أفطر يوما من رمضان من غير عذر فعليه صيام شهر . أخرجهما الدارقطني في السنن باب القبلة للصائم (١٩١/٢) ، الحديث (٥٥/٥٦) ، قال النووي في فرع مذاهب العلماء فيمن أفطر بغير جماع من غير رخصة ولا عذر : إن مذهبنا أن عليه قضاء يوم بدله وإمساك بقية النهار ، وإذا قضى يومًا كفاه عن الصوم وبرئت ذمته منه ثم قال بعد سطر : وحكى ابن المنذر وغيره عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه يلزمه أن يصوم اثنى عشر يوما مكان كل يوم ؛ لأن السنة اثنى عشر شهرًا . وقال سعيد بن المسيب : يلزمه صوم ثلاثين يوما . وقال النخعي : يلزمه صوم ثلاثة آلاف يوم ، كذا حكاه عنه ابن المنذر وأصحابنا . راجع تفصيل المسألة في الأم (١٠٠/٢) ، حلية العلماء ، كتاب الصيام (١٦٥/٣ ، ١٦٦) ، المجموع مع المهذب كتاب الصيام (٣٢٨/٦ ، ٣٢٩ ، ٣٣٠) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٤٤٦/٦ ، ٤٤٧) . وقال مالك وأصحابه : مثل قول الحنفية ، تجب الكفارة على من أفطر متعمدًا بأكل أو شرب في نهار رمضان ، إلا أنهم لم يشترطوا التداوي أو التغذي في وجوب الكفارة . راجع تفصيل المسألة في الرسالة الفقهية ، باب في الصيام ص ١٦١ ، المنتقى (٥٢/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٣٤٢/١) ، بداية المجتهد (١٣١/١) ، ص ١١٧ ، شرح الزرقاني (٢٠٧/٢) . وقال الحنابلة : مثل قول الشافعي ، لا تجب الكفارة بغير الجماع . وعن أحمد : أن الكفارة تجب على من أنزل بلمس أو قبلة أو تكرار نظر .

٦٦٠٧ - لنا : ما روى مالك عن ابن شهاب ، عن حميد بن عبد الرحمن ، عن أبي هريرة ﷺ « أن رجلا أفطر في رمضان ، فأمره رسول الله ﷺ أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين متتاليين أو يطعم ستين مسكينًا » [١] ، والسبب إذا نقل تعلق الحكم به ، فكأنه عليه [الصلاة و] السلام قال : أعتق رقبة ؛ لأنك أفطرت .

٦٦٠٨ - فإن قيل : هذه قصة المجامع ، وقد رويت [٢] القصة مفسرة أن الرجل قال : « وقعت على أهلي » .

٦٦٠٩ - قلنا : هذا إسناد في الصحيح ، ذكره مالك في الموطأ ، وليس في شيء مما ذكروه ما يجري مجراه ، فهو أولى . ويجوز أن يكون السؤال وقع عن الفطر ، فأجابه ، ثم ذكر السائل الجماع . فنقل الراوي هذا مرة وهذا مرة ، وإلا فكيف يظن أن السؤال وقع عن أمر خاص قد ذكر النبي ﷺ حكمه ، فنقل الراوي شيئًا أعم وعلق الحكم عليه؟ وقد يجوز أن يقع السؤال عن سبب خاص فينقله [٣] الراوي متعلقًا ببعض ما يتناوله العموم ، وهذا لو تساوى [٤] الخبران ، كيف وليس [٥] في باب الكفارة [٦] خبر أصح من هذا ؟ فروى أبو معشر نجيح عن محمد بن كعب القرظي [٧] عن أبي هريرة

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الصوم ، باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتصدق عليه فليكفر (٣٣١/١ ، ٣٣٢) ، ومسلم في الصحيح كتاب الصيام ، باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم ، ووجوب الكفارة الكبرى فيه وبيانها (٤٥٠/١) ، مالك في الموطأ كتاب الصيام ، باب كفارة من أفطر في رمضان (٢١٧/١ ، ٢١٨) ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (٢٩٦/١ ، ٢٩٧) ، الحديث (٢٨) ، والشافعي في الأم كتاب الصيام الصغير باب الجماع في رمضان والخلاف فيه (٩٨/٢) ، وفي المسند كتاب الصوم ، الباب الأول فيما يفسد الصوم وما لا يفسد (٢٦٠/١ ، ٢٦١) ، الحديث (٦٩٥) ، وفى تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (٧٨١/٢- ٧٨٣) ، الحديث (٨١- ١١١١/٨٤) . راجع تخريجه الهداية في تخريج أحاديث البداية كتاب الصيام ، القسم الثاني من الصوم المفروض (١٨٣/٥- ١٨٧) ، الحديث (٨١٣ ، ٨١٤) ، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل كتاب الصيام ، فصل في المفطرات (٨٨/٤- ٩٠) ، الحديث (٩٣٩) .

(٢) في (م) ، (ع) : [روت] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فنقله] .

(٤) في (ص) : [لو تساى] .

(٥) قوله : [وليس] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (ع) : [الكفارات] .

(٧) في (ص) : [نحتج] ، وفى (م) ، (ع) : [يحتج] ، مكان : [نجيح] ، و [القرصي] ، مكان : [القرظي] كل ذلك خطأ هو محمد بن كعب ، أبو حمزة القرظي ، مدني ثقة . روي عن أبي هريرة ، وغيره من الصحابة ، وروي عنه محمد بن المنكدر ، وأبو معشر ، وغيرهما . راجع ترجمته في الجرح والتعديل (٦٧/٨) ، الترجمة (٣٠٣) ، التقريب (٢٠٣/٢) ، الترجمة (٩٥٩) .

ﷺ « أن رجلًا أكل في رمضان فأمره النبي ﷺ أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين أو يطعم ستين مسكينًا » (١) .

٦٦١٠ - قال الدارقطني : أبو معشر [هو] نجيح (٢) ، ليس بالقوي ، وهذا غلط ؛ لأنه (٣) صاحب المغازي ، وعليه وضع أحمد التاريخ ، وهو ثقة .

٦٦١١ - ويدل عليه : ما روى أبو هريرة ﷺ » أن النبي ﷺ قال : من أفطر في رمضان فعليه ما على أبو هريرة ﷺ « أن النبي ﷺ قال : من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر » (٤) .

٦٦١٢ - قالوا : المراد : المأثم ؛ لأن الكفارة إنما تجب على العامد .

٦٦١٣ - قلنا : المظاهر قد يلزمه المأثم ، وقد لا يلزمه ، والكفارة هي التي تختص (٥) به ، ألا ترى : أن من سبق اللسان على لسانه لا مأثم عليه ، وإنما يكون فيما يختص به المظاهر دون غيره . وروى حبيب بن أبي ثابت عن ابن عمر « أن رجلًا قال : يا رسول اللّٰه أفطرت في رمضان ، قال : أمن غير عذر (٦) ، ولا سفر ؟ قال : نعم ، قال : أعتق رقبة » (٧) .

٦٦١٤ - والجواب : (٨) إذا خرج على سؤال (٩) صار السؤال ، كالملفوظ به في الجواب والمشروط فيما يتعلق به حكم الجواب ، ومعلوم أن الذي يختلف في السفر والحضر هو الأكل ، فأما الجماع فلا يختلف .

٦٦١٥ - فإن قيل : كيف يقول (١٠) ﷺ لمن أفطر : « عليك الكفارة » ، وهي لا

---

(١) أخرجه الدارقطني بهذا الإسناد بلفظه في السنن كتاب الصيام ، باب القبلة للصائم (١٩١/٢) ، الحديث (٥٣) .

(٢) الزيادة من سنن الدارقطني ، وفي سائر النسخ : [يحتج] ، مكان المثبت : وهو خطأ .

(٣) في (م) ، (ع) : [لأن] .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٣٧٣) .

(٥) في (م) : [يختص] .

(٦) في (م) ، (ع) : [علل] ، مكان [عذر] .

(٧) أخرجه الدارقطني من طريق محمد بن عمر الواقدي - عن أبي بكر بن إسماعيل عن أبيه ، عن عامر بن سعد عن أبيه ، بلفظ : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : أفطرت يوما من شهر رمضان متعمدًا ، فقال ﷺ : اعتق رقبة ، أو صم شهرين متتابعين ، أو أطعم ستين مسكينًا . في السنن كتاب الصيام ، باب طلوع الشمس بعد الإفطار (٢٠٨/٢ ، ٢٠٩) ، الحديث (٢٢) .

(٨) في (م) ، (ع) : [الجواب] بدون العطف .

(٩) في (م) ، (ع) : [عن سوال] .

(١٠) لفظ : [يقول] مكرر في (م) .

تتعلق إلا بفعل (١) مخصوص ، والعموم متى ذكر ، والمراد به الخصوص لم يتأخر بيانه عن وقت الحاجة وعند السؤال وقت الحاجة ؟

٦٦١٦ - قلنا : حمل عليه [الصلاة و] (٢) السلام الفطر على المعتاد ، وذلك هو الأكل للطعام والشرب للشراب (٣) ، فإذا حصل ذلك من غير عذر ولا سفر أوجب الكفارة على العموم ، يبين ذلك : أن إطلاق الفطر يتناول ذلك قولهم : أفطر فلان عند فلان ، وفطر فلان (٤) الصائمين . وقال عليه [الصلاة و] (٥) السلام في دعائه : « أفطر عندكم الصائمون وأكل طعامكم الأبرار وصلت عليكم الملائكة » (٦) .

٦٦١٧ - ولأن الكفارة تجب بمأثم مخصوص ، بدلالة : أن (٧) كل من أوجبها اعتبر في وجوبها ضربا من المأثم ، وأجمعوا أن مأثم الجماع يوجبها ، ومأثم الأكل أكثر منه ، بدلالة أن النعمة في التمكين من الأكل أعظم والصبر عنه أشد ، فثواب الإمساك أعظم ، وهتك العبادة أبلغ فكان بإيجاب الكفارة أولى ، وهذا استدلال على موضع ، وهو طريق يثبت بها الكفارات على قول من لا يثبتها بالقياس .

٦٦١٨ - فإن قيل : إذا كانت الحاجة إلى الأكل أشد ، والنفس تدعو (٨) إليه أعظم ، كان معذورًا في فعله ، فالمأثم فيه أقل .

٦٦١٩ - قلنا : فيجب أن يكون وطء الميتة أعظم مأثمًا من وطء الحية ؛ لأن النفس لا تدعو إليه ، وكذلك كان يجب أن يكون سارق المال القليل أقل من مأثم سارق المال الكثير (٩) لأن النفس تدعو إلى سرقة الكثير (١٠) وتعاف القليل ، فعلم بذلك فساد تلك

---

(١) في (م) : [لا يتعلق إلا بفطر] ، وفي هامش (ص) : [لا تتعلق إلا بفطر] ، من نسخة أخرى .

(٢) الزيادة من (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [والشراب للشراب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولأن] ، مكان : [فلأن] .

(٥) الزيادة من (ع) .

(٦) هذا الحديث ، أخرجه أبو داود ، في آخر كتاب الأطعمة ، باب ما جاء في الدعاء لرب الطعام إذا أكل عنده (٣٦٠/٢) ، ابن ماجه ، في باب في ثواب من فطر صائما (٥٥٦/١) ، الحديث (١٧٤٧) ، الدارمي ، في كتاب الصوم ، باب دعاء الصائم لمن يفطر عنده (٢٥/٢) .

(٧) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) : [يدعوا] .

(٩) في سائر النسخ : [العظيم] ، مكان : [القليل] ، وفي (م) ، (ع) : [اليسير] ، مكان : [الكثير] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [المال الكثير] بزيادة [المال] .

الطريق ؛ ولأن الكفارة إنما وضعت للزجر عن الفعل ، فما كانت [١] النفس تدعوا إليه أشد ، كانت بالزجر عنه أولى .

٦٦٢٠ - قالوا : مأثم الجماع إذا وقع في ملك الغير أعظم منه من مأثم الأكل إذا حصل في طعام الغير .

٦٦٢١ - قلنا : [٢] لأنه يحصل فيه التصرف فيما لا يملك ، وإفساد السبب وإلحاق الشين بالمرأة والزوج لا لتأكد [٣] الوطء على الأكل .

٦٦٢٢ - فإن قيل : الردة في الصوم أعظم مأثما من الأكل والجماع .

٦٦٢٣ - قلنا : تتعلق [٤] بهما الكفارة ، ويسقط بإسلامه كما يسقط به سائر الواجبات [٥] . ولأنه أفطر بمتبوع فوجبت عليه الكفارة العظمى ، كالفطر بالجماع .

٦٦٢٤ - فإن قيل : [٦] الأكل ليس فيه متبوع وتابع .

٦٦٢٥ - قلنا : هذا يعلم بالمشاهدة فإن المقصود من الأكل ما ينتفع البدن به ، والمقصود من الجماع مايكون منه ولد .

٦٦٢٦ - فإن قيل : أكل الطعام المتغير كأكل الشهد في إيجاب الكفارة ، ووطء الشوهاء كوطء الحسناء ، وأحدهما متبوع والآخر تبع [٧] .

٦٦٢٧ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الأكل المتبوع هو الذي يتناول لتبقية النفس ، والتابع ما لا يقصد به لتبقية النفس ، كالحصى والحديد [٨] فجنس المأكولات متبوعة ، وإن كان بعضها آكل [٩] من بعض ، كما أن جنس الجماع في الفرج هو المتبوع من أنواع الجماع ، وإن كان بعضه أشهى من بعض .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فكان كانت] .

(٢) في (م) ، (ع) : [قلنا قال] بزيادة : [قال] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا لتأكيد] .

(٤) في سائر النسخ : [يتعلق] ، الصواب ما أثبتناه .

(٥) من قوله : [فإن قيل الردة في الصوم] إلى قوله : [كما يسقط به سائر الواجبات] مكرر في (م) ، (ع) وهو سهو .

(٦) قوله : [فإن قيل] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [واحد متبوع والآخر تبع ، وأحدهما متبوع والآخر تبع] .

(٨) في (م) : [الحديد] بدون العطف . (٩) في (ص) : [آكد] .

٦٦٢٨ - قالوا : يبطل بالردة .

٦٦٢٩ - قلنا : يتعلق بها الكفارة ، ويسقط [1] بالإسلام ؛ ولأن قولنا : « أبطل الصوم » نعني به : خصائص الصوم التي أمر بالإمساك عنها ، فأما الردة : فإنها تبطل [2] ثواب العمل فيبطل الصوم لهذا المعنى ؛ لأن الردة من خصائص الصوم .

٦٦٣٠ - قالوا : يبطل بما لو استقاء عمدًا .

٦٦٣١ - قلنا : القيء لا يبطل إلا بما يتراجع من أجزائه إلى جوفه وذاك من جنس الأكل وليس بمتبوعه [3] ، وإن احترزت عنه ، فقلت أفطر بمتبوع نوعه من غير شبهة ، والقيء سقطت الكفارة فيه للشبهة . قال علي ، وابن عباس ، وابن مسعود ﷺ : لا يفطر ، وحكى عن مالك [4] .

٦٦٣٢ - ولأنه أفطر بما لا قوام للعالمين إلا به ، أو بما يستبقي جنسه ، فجاز أن يتعلق به الكفارة العظمى ، كالجماع . ولأنه أحد الإمساكين فجاز أن تتعلق بتركه الكفارة العظمى [5] .

٦٦٣٣ - ولأن ما نص على إباحته في أحد الزمانين اعتبر الليل والنهار ، وحصل في الإحرام جنسه من وجوب الكفارة ، كالجماع . ولا يلزم الحصى ، [لأن النص لم يتناوله بالإباحة ، ولا الوطء فيما دون الفرج] [6] ؛ لأن النص يتناول وطءًا في الفرج . قال اللّه تعالى : ﴿ وَٱبۡتَغُواْ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمۡۚ ﴾ [7] ، يعني الولد ؛ ولأن الشرب معنى يتعلق بجنسه الحد ، فإذا أفطر به [8] جاز أن يلزمه كفارة العتق ، كالوطء .

٦٦٣٤ - فإن قيل : المعنى في الوطء أنه يستحق رقبته بجنسه ، فجاز أن يستحق رقبته والأكل بخلافه .

٦٦٣٥ - قلنا : علة الأصل تبطل [9] بالردة ، وعلة الفرع تبطل بالظهار والحنث [10]

---

(١) في (ص) : [يتعلق بها الكفارة وتسقط بالإسلام] .

(٢) في (م) : [يبطل] .

(٣) في (ع) : [من متبوعه] .

(٤) لعل المراد بالحديث : قوله عليه الصلاة والسلام : ثلاث لا يفطرون الصائم : القيء ، والحجامة ، والاحتلام .

(٥) في (م) ، (ع) : [الكفارة العظمى كالجماع] بزيادة : [كالجماع] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) سورة البقرة : الآية ١٨٧ .

(٨) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) في (م) : [يبطل] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [الجنب] ، وهو تصحيف .

وقتل الخطأ ؛ ولأنه ملك معتاد ، فجاز أن تجب الكفارة بترك الإمساك فيه ، كالفرج . ولا يلزم الدبر ؛ لأن الكفارة تجب بترك الإمساك فيه على إحدى الروايتين [١] .

٦٦٣٦ - فإن قيل : من مذهبكم أن الكفارات لا تثبت [٢] قياسًا .

٦٦٣٧ - قلنا : هذا مذهب بعض [٣] أصحابنا ، ومنهم من قال : إذا ورد النص في كفارة قسنا عليها بوجود المعنى ، كما قسنا الوطء بالزنا على وطء الأهل في إيجاب الكفارة ، وقاس مخالفنا على وطء البهيمة .

٦٦٣٨ - احتجوا : بأن الأصل براءة الذمة وإثبات الكفارة طريقة الشرع ولم يرد إلا في المجامع .

٦٦٣٩ - قلنا : قد بينا وروده في المجامع وغيره ثم لم يرد به الشرع نصًّا ، فقد ورد به تنبيها ، ولا دليل كالنص . ولأن الفطر لزمه بفطره [٤] معنى ، زعم مخالفنا أنه يسقط بالقضاء ولا دليل على ذلك ، فنحن نستصحب شغل الذمة حتى يبرئها بدليل .

٨/أ ٦٦٤٠ - قالوا : أفطر بغير جماع / ، فلا يجب به الكفارة العظمى ، كمن أفطر بالقيء ، أو لأنه أفطر بسبب لا يجب به الحد بحاله أو أفطر بسبب لا يفتقر وجوده إلى شخصين ، كابتلاع الحصى والجوز الصحيح [٥] اليابس .

٦٦٤١ - الجواب : إن قولكم أفطر بغير جماع [لا يصح] [٦] ؛ لأن الإمساك في الصوم عن الأكل والجماع بمثابة واحدة ، وهي العبادة التي تجب [٧] الكفارة فيها بالجماع لا يختص به كالحج ، فهذا التخصيص لا يصح . وقول الشافعي . أفطر بسبب لا يجب فيه الحد لا نسلمه [٨] لأن من أفطر بشرب الخمر فقد أفطر بسبب يوجب [٩] الحد .

٦٦٤٢ - وقولهم : معنى لا يفتقر وجوده إلى شخصين لا نسلمه في الأكل ؛ لأنه لا يصح إلا بآكل ومأكول ، والآكل شخص ، وإنما عدلوا عن العلة القديمة وهى قولهم : معنى غير مشترك ، لما لم نسلمه في الأكل إلى قولهم وجود شخصين طلبا منهم أن

---

(١) في (ص) : [أحد الروايتين] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لا يثبت] .
(٣) لفظ : [بعض] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [لفطره] .
(٥) في (م) ، (ع) : [كابتلاع الحصاة والجواز الصحيح] .
(٦) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٨) في (م) ، (ع) : [لا نسلّه] .
(٩) في (م) ، (ع) : [موجب] .

الشخص هو الحي خاصة والأجسام أشخاص وإن لم يكن فيها حياة . ثم أصلهم القيء وابتلاع الحصى ، والمعنى فيهما : أنه مختلف في إبطال الصوم بهما [١] . قال علي وابن عباس ، وابن مسعود ﷺ : القيء لا يفطر » [٢] .

٦٦٤٣ - وقال الحسن بن حي [٣] وغيره : ابتلاع الحصى لا يفطره ، فصار الاختلاف شبهة في وجوب الكفارة لأنها تسقط [٤] بالشبهة ، والأكل معنى به قوام البشر ، اتفق على وقوع الإفطار به فتعلقت به الكفارة .

٦٦٤٤ - ولا يلزم الإنزال بغير جماع ؛ لأنه لا يقع به قوام البشر إلا أن يكون مع الجماع . ولأن القيء إنما يفطر بما يتراجع منه إلى جوفه ، وهذا من جنس المأكول ، وفي نوعه ما يوجب الكفارة ، فإن وجد فيه [٥] ما لا يوجبها لم يستدل به على إسقاط الوجوب عن جنسها ، كما أن سقوط الكفارة عن الميتة فيما دون الفرج لا يسقط الكفارة عن جميع النوع ، فأما ابتلاع الحصى فنوعه لا تدعو إليه النفس فلا يحتاج إلى رجوعه ، والكفارة وضعت للزجر .

٦٦٤٥ - ولأنه أكل ما ليس بمأكول فسقوط الكفارة عنه لا توجب سقوطها في المأكول ، ألا ترى : أن من جامع الميتة لا كفارة عليه ؛ لأنه جامع غير مجامع . ثم لا يدل ذلك على أنه إذا جامع الحية لا كفارة عليه .

٦٦٤٦ - فإن قيل : قولكم : إن الفطر في القيء يقع بتراجعه محال ؛ لأن ذلك يعلم مشاهدة .

٦٦٤٧ - قلنا : بل المحال إنكار ذلك ؛ لأن الأشياء السيالة تنحدر [٦] بطبعها ، وإنما تتصاعد بدفع دافع ، وكيف ينكر قول : « إنها ترجع » ، وهو الأصل ؟ وهذا أمر يعلم بالحس .

٦٦٤٨ - فإن قيل : النبي ﷺ علق الإفطار بالقيء .

---

(١) في (ع) : [بها] .

(٢) في (م) ، (ع) : [والقيء لا يفطر] بالعطف تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(٣) في (م) ، (ع) : [الحسن منه حي] ، وهو تصحيف والصواب ما أثبتناه . هو الحسن بن صالح ابن مسلم بن حي ، أبو عبد الله الهمداني ، حافظ ثقة ، روى عنه ابن المبارك ، ووكيع ، وأبو نعيم وغيرهم . راجع ترجمته في الجرح والتعديل ، في باب الصاد (١٨/٣) ، الترجمة (٦٨) ، تقريب التهذيب ، (١٦٧/١) ، الترجمة (٢٨٤) .

(٤) في (م) : [يسقط] .

(٥) في (ع) : [فيها] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ينحدر] .

٦٦٤٩ - قلنا : نكر ولم يبين علته ، والمتراجع هو العلة ، إلا أن القيء لما لم يوجد منها علقه النبي ﷺ بالقيء . ولأن المتراجع إذا كان يوجد غالبا علق الفطر بالقيء كما علق نقض الوضوء بالنوم الذي لا يخلو من الحدث ، وإن لم يعلم الحدث .

٦٦٥٠ - قالوا : عبادة يحرم فيها الجماع وغيره ، فوجب أن يكون له مزية على غيره قياسا على الحج ، وكذلك العدة تحرم الوطء وغيره وللجماع مزية وهي الحرمة .

٦٦٥١ - قلنا : هذا يبطل بالاعتكاف ، فإنها عبادة يحرم فيها الوطء وغيره ، وليس للوطء على غيره من محظوراته مزية .

٦٦٥٢ - وقد احترزوا [1] ، فقالوا : ويتعلق بالجماع فيها الكفارة .

٦٦٥٣ - قلنا : المزية إن أردتم في الإفساد لم نسلمه في الأصل ؛ لأن الحج يفسد بالوطء والردة ، وهذه المزية لا توجد في الأصل ، وإن أردتم مزية في الكفارة لم نسلمه في الأصل ؛ لأن المزية عندنا تجب على من قتل نعامة ، ومن طاف جنبا ، ومن مات قبل أن يطوف ، وإن ذكروا مزية مجملة لم نسلمها إذا منعها تفصيل المزية ؛ لأنا نقلب العلة فنقول : فيستوي الجماع وغيره في كفارتها ، كالحج [2] . ولأن تحريم الجماع في الحج آكد من تحريم غيره ، ألا [ترى :] [3] أنه إذا رمى وحلق ، حل له كل شيء إلا النساء ، فلما تأكد تحريمه على غيره ، جاز أن تتأكد في أحكامه وتحريم الأكل والجماع في الصوم سواء ، ولهذا قامت كلمة جماع الناس على الأصل ، فلما تساويا في الحرمة تساويا في الكفارة .

٦٦٥٤ - قالوا : الأصل في الكفارة الجماع [4] التام في الصوم التام ، ثم ثبت أنه لو أتى بالجماع التام في صوم غير تام لا كفارة ، فكذلك إذا أفطر بغير جماع [5] في صوم تام لا كفارة .

٦٦٥٥ - قلنا : لا نسلم أن الأصل في الكفارة الجماع ؛ لأن النص ورد في المفطر وهذا هو الأصل ، ثم الجماع التام [6] في صوم غير تام لا كفارة فيه ، يدل على أن

---

(١) في (م) ، (ع) : [اخبروا] بدون نقط .

(٢) في (م) ، (ع) : [كفارتها] ، وقوله : [كالحج] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [للجماع] .

(٥) في (ع) : [إجماع] .

(٦) لفظ : [التام] ساقط من (ع) .

الوطء الذي ليس بتمام لا يتعلق به كفارة ، فأما أن يدل على أن غير الوطء لا كفارة فيه فلا ؛ لأن ما كان أصلا في حكم يجوز أن يساويه غيره فيه .

٦٦٥٦ – قالوا : لو تطاول زمان الحاجة حتى خاف على نفسه فأكل ، لم تجب الكفارة فالجزء من الزمان فيه شبهة ، ألا ترى : أن الملك في الجارية لما أسقط [الحد] [(١)] كان الجزء منه شبهة .

٦٦٥٧ – قلنا : الكفارة لا تسقط [(٢)] بالزمان الطويل ، وإنما تسقط [(٣)] لخوف التلف ، وهذا لا يتجزأ . ثم من اضطر إلى طعام غيره فأكله وأخذه ، ولو لم يضطر فقاتله وأخذه وجب عليه حد قطاع الطريق ، وإن كان قد وجد جزء من الزمان المبيح للأخذ [ولو هدده بالضرب المخوف ، فشرب الخمر لاحد عليه] [(٤)] . ولو هدده بسوط واحد [(٥)] فشرب حد وقد وجد جزء من المعنى المسقط للحد .

* * *

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [يسقط] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يسقط] .
(٤) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [وأخذ] ، مكان : [واحد] .

مسألة ٣٧٨

إذا أفطرت الحامل والمرضع خوفًا على أنفسهما أو على أولادهما فعليهما القضاء ولا فدية عليهما

٦٦٥٨ - قال أصحابنا : إذا أفطرت الحامل والمرضع خوفا على أنفسهما أو على أولادهما فعليهما القضاء ولا فدية عليهما [١] .

٦٦٥٩ - وقال الشافعي : المرضع إذا خافت على ولدها فأفطرت فعليها القضاء والفدية قولًا واحدًا ، والحامل إذا أفطرت خوفًا على حملها ، فعلى قولين : قال في القديم والجديد : عليها القضاء والكفارة . وقال في البويطي : عليها القضاء دون الكفارة [٢] .

٦٦٦٠ - لنا : أنه مفطر يرجى له القضاء فلم يلزمه فدية كالحائض . ولأن كل مفطر لزمه القضاء لم يلزمه فدية ، كالمريض والمسافر . ولأنها إما أن يجعل [٣] في حكم المفطر بعذر فلا يجتمع القضاء عليه والفدية ، كالمريض والمسافر ، أو كالمفطر لغير عذر فلا تجب عليه فدية ، كمن أكل متعمدًا أو ترك النية . ولأن من أفطر وهو يرى أن [٤]

---

(١) راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل ، كتاب الصوم (٢٤٥/٢) ، كتاب الحجة ، باب المرأة الحامل تخاف على ولدها فتفطر (٣٩٩/١ ، ٤٠٠) ، مختصر الطحاوي ، كتاب الطحاوي ص٥٤ ، المبسوط ، كتاب الصوم (٩٩/٣ ، ١٠٠) ، متن القدوري ، كتاب الصوم ص٢٥ ، بدائع الصنائع ، (٩٧/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٣٥٥/٢ ، ٣٥٦) ، البناية مع الهداية ، (٦٩٣/٣-٦٩٥) .

(٢) في (م) : [القضاء] ، مكان [الكفارة] . قال القفال في الحلية : فإن خافت الحامل أو المرضع على ولديهما من الصوم ، أفطرتا ولزمهما القضاء والكفارة عن كل يوم مد طعام في أصح الأقوال . راجع تفصيل المسألة في الأم ، باب أحكام من أفطر في رمضان (١٠٣/٢ ، ١٠٤) ، مختصر المزني ص٥٧ ، حلية العلماء ، كتاب الصيام (١٤٧/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٢٦٧/٦-٢٦٩) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٤٥٩/٦ ، ٤٦٠) . وقال مالك في إحدى الروايتين عنه ، وأحمد وأصحابه : مثل قول الشافعي في الأصح ، الحامل والمرضع إذا خافتا على ولديهما ، أفطرتا وعليهما القضاء والفدية . وقال مالك في رواية أخرى : مثل قول الحنفية ، عليهما القضاء دون الفدية . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، في صيام الحامل والمرضع والشيخ الكبير (١٨٦/١) ، الرسالة الفقهية ص (١٦٠) ، المنتقى ، في فدية من أفطر في رمضان من علة (٧٠/٢ ، ٧١) ، الكافي لابن عبد البر ، باب صوم المسافر والمريض ومن له عذر بإغماء أو غيره (٣٤٠/١) ، بداية المجتهد ، (٢١٤/٢) ، الإفصاح ، (٢٤٠/١ ، ٢٤١) ، المغني ، كتاب الصيام (١٣٩/٣ ، ١٤٠) ، الكافي لابن قدامة ، كتاب الصيام (٣٤٤/١ ، ٣٤٥) ، العدة مع العمدة ، ص (١٥٠) .

(٣) في (ع) : [أن تجعل] .

(٤) حرف : [أن] ساقط من (ع) .

الشمس قد غابت لم تجب عليه الفدية وقد أفطر بشبهة الإباحة ، ولئلا تجتمع الفدية مع القضاء في الحامل ، وقد أفطرت بتحقيق الإباحة أولى .

٦٦٦١ - قالوا : المريض فصل يقع فطره إلى شخص واحد فلزمه معنى واحد .

٦٦٦٢ - وفي مسألتنا : [1] فصل يقع فطره إلى شخصين ، أحدهما : يطيق القضاء ، والآخر : لا يطيقه ، فلزمه القضاء عمن يطيق ، والفدية عمن لا يطيق [2] .

٦٦٦٣ - قلنا : مخالفة الحامل والمرضع في صفة العذر ليس بأكثر من فقد العذر [فإذا كان العذر] [3] لو فقد لم يجب الفدية فإذا وجد بصفة دون صفة أولى . ولأنه لا فرق بين الفطر لعذر في نفسه أو غيره ، بدلالة : من أكره بقتل نفسه على الفطر فأكل بنفسه ، أو أكره بقتل ولده ، لم تجب [4] على كل واحد منهما فدية ؛ ولأن الفدية لا يجوز أن تجب [5] لأجل الصبي ، والصوم لا يصح منه ، ولو وجبت لأجله وجبت في ماله ، أو في مال من يلزمه نفقته .

٦٦٦٤ - قالوا : حكم ما فعله الإنسان بعذر منه ، مخالف لما فعله لغير عذر في غيره بدلالة : من قتل غيره دفعًا عن نفسه أو ماله لم يضمن ، ولو قتله دفعًا عن مال غيره ضمن .

٦٦٦٥ - قلنا : لا فرق فيهما عندنا .

٦٦٦٦ - قالوا : وهذا القياس يخالف قول الصحابي ، ومن أصلكم : تقديم قول الصحابي على القياس كما قلتم فيمن نذر نحر ولده .

٦٦٦٧ - قلنا : من قال من الصحابة : بالفدية لم يجمع بينهما وبين القضاء ، والذى يمتنع عندنا أن يجمع بين بدلين عن عبادة واحدة .

٦٦٦٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدۡيَةٌ ﴾[6] .

٦٦٦٩ - قالوا : فأوجب اللّه تعالى على من أفطر وهو يطيق الصوم ، فدية .

---

(١) في (م) ، (ع) : [في مسألتنا] بدون العطف .

(٢) في (م) : [عمن تطيق والفدية عمن لا يطيق] ، وفى (ع) : [لا تطيق] ، مكان : [لا يطيق] ، الصواب ما أثبتناه .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [لم يجز] ، مكان : [لم يجب] .

(٥) في (ع) : [لا تجوز أن يجب] .

(٦) سورة البقرة : الآية ١٨٤ .

٦٦٧٠ – الجواب : أنه روي عن سلمة بن الأكوع ، « أنه قال : لما نزلت هذه الآية [١] كان منا من أراد أن يفطر أفطر وافتدى ، حتى نزلت الآية التي بعدها فنسختها » [٢] .

٦٦٧١ – فإن قيل : كانت الآية عامة في الحامل والمرضع وغيرهما ، والنسخ فيمن لا يستضر بالصوم ، فبقى حكم الحامل والمرضع على الأصل .

٦٦٧٢ – قلنا : الحامل والمرضع لم يدخلا في الآية ؛ لأنه قال : ﴿ وَأَن تَصُومُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾ [٣] والحامل إذا خافت أثمت بالصوم ، والفطر خير لها . ولأن الحامل إذا خافت لا تخير بين الصوم والفطر ، وإنما يتحتم الفطر ، والآية تناولت من يخير [٤] بين الأمرين .

٦٦٧٣ – فإن قيل [٥] الآية عامٌّ ، وآخر هذه خاص .

٦٦٧٤ – قلنا : الظاهر أن الخطاب انصرف إلى جميع من تناوله الخطاب الأول ورجوعه إلى بعضه [٦] غير الظاهر . ولأن اللّٰه تعالى أوجب الفدية ، وهي في الظاهر بدل الشيء . قال اللّٰه تعالى : ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ ﴾ [الصافات : ١٠٧] ، وحمل الآية على الحامل ترك لظاهر الفدية إذ البدل [٧] الذي هو القضاء واجب .

٦٦٧٥ – قالوا : إنما كان في أول الإسلام لهم أن يفطروا ويفتدوا ويقضوا ، بدليل : أن القضاء أغلظ من الفدية ، ولهذا القادر على الصوم والكفارة لا يطعم ، فكيف يوجب على المريض / والمسافر مع العذر ، والقضاء وهو أغلظ ، ويوجب على الصحيح الفدية وهي أخف ، فدل على أنه أوجب الفدية والقضاء .

٦٦٧٦ – قلنا : هذا [٨] إثبات صفة واجبة كان بقياس ، والقياس ينصب الأحكام

---

(١) قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ ﴾ .

(٢) حديث سلمة بن الأكوع ﷺ ، أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الصيام ، باب بيان نسخ قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ ﴾ بقوله : ﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ (٤٦٢/١) ، وأبو داود ، في السنن كتاب الصيام ، باب نسخ قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ ﴾ (٥٨٦/١) ، والنسائي في المجتبى كتاب الصيام في تأويل قول اللّٰه ﷻ : ﴿ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ ﴾ (١٩٠/٤) ، والطحاوي في المشكل ، في باب مشكل ما روي عن ابن عباس ، وعن سلمة الأكوع (١٤٤/٣) .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٨٤ .

(٤) في (م) : [من تخير] .

(٥) في (م) ، (ع) : [قالوا] ، مكان : [فإن قيل] .

(٦) في (ص) : [إلى أول بعضه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [أو البدل] .

(٨) لفظ : [هذا] ساقط من (ب) .

الحادثة ، فأما أن تقيس لتعلم الأحكام التي كانت ويستحب فلا يصح . ثم قد روى هذه القصة : سلمة بن الأكوع ، وابن مسعود ، ومعاذ ، وابن عباس ، وأبو هريرة ﷺ ، كلهم [ذكروا التخيير بين الصوم والفطر والفدية ، ولم يذكر أحد منهم القضاء] [١] فكيف تثبته بقياس ، ثم هو قياس فاسد ؛ لأن الصحيح المقيم كان الصوم واجبًا عليه ، فقامت الفدية مقامه لأنها لا تقوم إلا مقام واجب ، وإنما كان بعد الصحة [٢] ، والإقامة يجب [٣] عليهما الصوم [فتقوم الفدية مقامه .

٦٦٧٧ - ولأن المريض والمسافر يشق عليهما الصوم] [٤] فرخص لهما في تأخيره إلى حالة لا يشق فيها ؛ لأن حاله عند القضاء في ارتفاع المشقة ، كحاله عند الأداء .

٦٦٧٨ - وجواب آخر عن الآية : وهو ما روى أن الآية نزلت في الشيخ الكبير ، قرأ ابن عامر ، وعائشة ﷺ ﴿ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ ﴾ [٥] يعني : من طوقه بالمال وهو غير مطيق ببدنه ، ويكون معنى القراءة الظاهرة : أن فيها اضمارا [٦] ، كأنه قال : وعلى الذين يطيقونه فدية فاضمر إحدى [٧] الفديتين ، وهذا التأويل يبنى حكم الآية من غير نسخ .

٦٦٧٩ - فإن قيل : ذكر أبو داود عن ابن عباس ﷺ أنها في الشيخ الكبير والمرأة الكبيرة ، أن يفطرا ويطعما ، والحامل والمرضع إذا خافتا [٨] .

٦٦٨٠ - قلنا : و [٩] ذكر أبو داود عن ابن عباس ﷺ أنها في الشيخ الكبير والحامل والمرضع أنهما إذا أفطرتا فعليهما الفدية ، ولا صيام عليهما ، دل أن الآية عندنا لم

---

(١) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (ص) : [بعد الصحية] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف كتاب الصيام باب الشيخ الكبير (٢٢١/٤ ، ٢٢٢) ، الحديث (٧٥٧٣-٧٥٧٧) ، والدارقطني ، في السنن كتاب الصيام ، باب طلوع الشمس بعد الأفطار (٢٠٥/٢٢) ، الحديث (٣ - ٧) والبيهقي في الكبرى كتاب الصيام ، باب الشيخ الكبير لا يطيق الصوم ويقدر على الكفارة يفطر ويفتدي (٢٧١/٤) .

(٦) في (ع) : [اضمار] .

(٧) في (م) ، (ع) : [احد] .

(٨) حديث ابن عباس هذا : أخرجه أبو داود ، في باب من قال هي مثبتة للشيخ ، والحبلى (٥٨٧/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب الحامل والمرضع (٢٣٠/٤) .

(٩) الزيادة من (ع) .

تتناول من يلزمه القضاء ، وعلى هذا التأويل قوله تعالى : ﴿ وَأَن تَصُومُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾ يرجع إلى أول الآية ، فمن يطيق الصوم بنفسه .

٦٦٨١ – قالوا : روي عن ابن عباس ، وابن عمر ﷺ أن الحامل والمرضع إذا أفطرتا أطعمتا [١] .

٦٦٨٢ – قلنا : روي عنهما الفدية دون القضاء ، والخلاف في اجتماع القضاء والفدية .

٦٦٨٣ – فإن قيل : الفدية ثابتة بقولهما ، والقضاء بالإجماع .

٦٦٨٤ – قلنا : القضاء والفدية يتنافيان ، فإذا اجتمعا على القضاء المنافي سقطت الفدية . وإذا قال الصحابي بوجوب الفدية [٢] مع اسقاط القضاء لم يكن في قوله دليل لمخالفنا ، وكان دلالة لنا من حيث منع الجمع بينهما .

٦٦٨٥ – قالوا : مقيمة صحيحة باشرت الفطر بعذر معتاد ، فكان عليها الكفارة ، كالشيخ الهرم والهرمة . ومقيمة صحيحة : احتراز من المريضة [٣] ، والمسافرة أفطرت بعذر : احتراز ممن أفطر بغير عذر ، معتاد احتراز ممن أجهده العطش .

٦٦٨٦ – قلنا : وقوع الفطر بعذر ، مخفف حكمه . فإذا كان الفطر بغير عذر لا كفارة فيه فالمعذور أولى ، وكون العذر معتادًا عندهم سبب للتخفيف ، بدلالة : أن من صلى مع النجاسة ، عليه الإعادة .

٦٦٨٧ - قالوا : لأن العذر غير معتاد ويبطل هذا إذا أفطرت خوفًا على نفسها ، فالمعنى في الأصل : أن القضاء سقط فلزمت [٤] ولما وجب القضاء في مسألتنا سقطت الفدية .

٦٦٨٨ – قالوا : أحد نوعي الفطر فجاز أن يجب فيه القضاء والكفارة ، أصله : الفطر بغير عذر .

٦٦٨٩ – قلنا : لأنا [٥] لا نسلم أن الفدية تسمى كفارة ؛ ولأن الفطر بعذر أخف ، فلم يجز أن يستوى الفطر لعذر ولغير عذر في الواجب [٦] ونقلب هذه العلة فنقول : فلا

---

(١) أخرجه الدارقطني ، في السنن كتاب الصيام ، باب طلوع الشمس بعد الإفطار (٢٠٦/٢ ، ٢٠٧) ، الحديث (٨ ، ١٠ ، ١١ ، ١٤) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الصيام (٢٣٠/٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يوجب الفدية] .

(٣) في (ع) : [في المريض] .

(٤) يعنى : [فلزمت الفدية] .

(٥) لفظ : [لأنا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) : [فالواجب] ، وفى (ع) : [بالواجب] .

يجتمع فيه الفدية مع القضاء .

٦٦٩٠ – قالوا : عبادة يجتمع فيها القضاء مع الكفارة الكبرى فاجتمع مع الصوم ، كالحج .

٦٦٩١ – قلنا : القضاء في الحج عندنا لا يجتمع مع الفدية ؛ ولأن الحج يجوز أن تجب الفدية فيه وإن فعل النسك في وقته ؛ فجاز أن تجب بتأخيره عن وقته ، والفدية لا تجتمع مع الصوم في وقته فلم يجز أن تجتمع مع القضاء بعد الوقت [1] .

* * *

(١) في (م) : [بعد القضاء لوقت] ، وفى (ع) : [بعد انقضاء الوقت] .

مسألة ٣٧٩

إذا نوى الصوم من الليل ثم أغمي عليه جميع النهار صح صومه

٦٦٩٢ – قال أصحابنا : إذا نوى الصوم من الليل ثم أغمي عليه جميع النهار صح صومه (١) .

٦٦٩٣ – وقال الشافعي : إذا أغمي عليه جميع النهار ، بطل صومه ، وإن أفاق بعضه صح صومه ، ذكر هذا في الصوم .

٦٦٩٤ – وقال في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى : إذا أغمي عليه في جزء من النهار بطل صومه ، وقال في كتاب الظهار (٢) : إذا أفاق في (٣) أوله صح صومه وإلا لم يصح ، ومن أصحابه من قال : يعتبر أن يفيق في طرفي النهار ، وأما النوم : فالصحيح أنه لا يؤثر . ومن أصحابه من قال : إن طلع الفجر « وهو نائم وبقى على ذلك إلى آخر النهار لم يصح صومه » (٤) .

٦٦٩٥ – لنا : أنها عبادة لا يبطلها الحدث ، فلا يبطلها الإغماء ، كالحج ولأن النية

---

(١) راجع تفصيل المسألة في ، كتاب الأصل (٢٠٣/٢) ، مختصر الطحاوي ص٥٣ ، متن القدورى ص (٢٥) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما شرائطها (٨٣/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٣٦٦/٢)، البناية مع الهداية (٧٠٧/٣ ، ٧٠٨) .

(٢) في جميع النسخ : [كتاب الطهارة] . الصواب ما أثبتناه من الأم .

(٣) حرف : [في] ساقطة من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٤) قال النووي في المجموع بعد أن بين طرق الشافعية فيمن أغمي عليه بعض النهار : فالأصح من هذا الخلاف كله : إن كان مفيقًا في جزء من النهار أي جزء كان ، صح صومه وإلا فلا . راجع تفصيل المسألة في الأم ، في الظهار ، في الكفارة بالصيام (٢٨٤/٥) ، مختصر المزني ص٥٧ ، حلية العلماء ، كتاب الصيام (١٧١/٣ ، ١٧٢) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٣٤٥/٦-٣٤٧) فتح العزيز مع الوجيز ، في القول في شرائط الصوم بذيل المجموع (٤٠٥/٦-٤٠٨) . وقال مالك وأحمد : مثل قول الشافعي : من أغمي عليه جميع النهار ، لم يصح صومه . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، في المغمي عليه في رمضان والنائم نهاره كله (١٨٥/١) ، الكافي لابن عبد البر ، (٣٤٠/١ ، ٣٤١) ، شرح الزرقاني (٢٠٣/٢) ، الإفصاح ، (٢٥٠/١) ، المغني ، كتاب الصيام (٩٨/٣ ، ٩٩) الكافي لابن قدامة ، كتاب الصيام (٣٤٥/١) .

صحت في وقتها ، فطرآن [١] الإغماء عليها لا يمنع [٢] صوم يومه ، قياسًا » عليه إذا أغمي عليه ليلا وأفاق قبل طلوع الفجر ، وإذا أغمي عليه نهارًا على أحد الأقوال . ولأنه مرض لا ينافي القضاء فلا يبطل الصوم كسائر الأمراض ، أو عذر لا ينفي القضاء ، فإذا وجد في الرجال لم يمنع صحة الصوم ، كالنوم والمرض .

٦٦٩٦ - احتجوا : بأنه معنى يسقط فرض الصلاة ، فمنع من صحة الصوم ، كالحيض والنفاس .

٦٦٩٧ - قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأن الإغماء قد يسقط فرض الصلاة [٣] ، وقد لا يسقط ؛ ولأن المعنى في الحيض : أنه خارج يوجب الغسل ، فأثر في الصوم ، كالإنزال ، والإغماء معنى يوجب الوضوء ، فلم ينف [٤] الصوم ، كسائر الأحداث .

* * *

(١) في سائر النسخ : [فريان] وهو خطأ . قال ابن منظور في لسان العرب : الطريان : الطبق . وقال ابن سيدة : الطريان : الذي يؤكل عليه ، مادة طرا (٢٦٧٠/٤) . وطرأ يطرأ طرآنا : حصل بغتة ، أى فجأة . الصواب بالهمزة . راجع في المغرب الطاء مع الراء المهملة ص٢٨٨ ، المصباح المنير مادة طرو (٣٥٠/٢) ، النهاية (١١٧/٣) مادة طرأ ، المعجم الوسيط (٥٥٨/٢) .

(٢) في (ص) : ما يمنع ، وفي (م) ، (ع) : [لا يمتنع] .

(٣) من قوله : [فمنع من صحة الصلاة] إلى قوله : [قد يسقط فرض الصلاة] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) : [فلم ينفي] .

مسألة ٣٨٠

الصوم في السفر إذا لم يستضر به أفضل من الفطر

٦٦٩٨ - قال أصحابنا : الصوم في السفر إذا لم يستضر به أفضل من الفطر [(١)] .

٦٦٩٩ - وحكى الطحاوي عن الشافعي : أن الفطر أفضل ، وأصحابه ينكرون هذا [(٢)] .

٦٧٠٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَن تَصُومُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾ [(٣)] ، وهذا بعد ذكر المسافر . وروى سلمة بن المحبق الهلالي « أن النبي ﷺ قال : من كانت له حمولة يأوي [(٤)] إلى شبع فليصم رمضان حيث أدركه » [(٥)] . ولأنه يؤدى العبادة في وقتها من غير أن يحصل ضرر ، فكان أفضل من تأخيرها عنه ، كالصلاة . ولا يلزم تأخير المغرب

(١) راجع تفصيل المسألة في الأصل ، كتاب الصوم (٢٣٤/٢) ، المبسوط ، كتاب الصوم (٩٢/٣) ، متن القدوري ، كتاب الصوم (٣٥٩/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما حكم فساد الصوم (٩٦/٢) ، فتح القدير وبذيله العناية ، (٣٥١/٢-٣٥٣) ، البناية مع الهداية (٦٨٨/٣ ، ٦٨٩) ، أحكام القرآن للجصاص ، باب الصيام في السفر (٢١٥/١) .

(٢) قال النووي في المجموع : قال الشافعي والأصحاب : إن تضرر بالصوم فالفطر أفضل وإلا فالصوم أفضل وذكر الخراسانيون قولا شاذًا ضعيفًا مخرجًا من القصر : إن الفطر أفضل مطلقًا . راجع تفصيل المسألة في حلية العلماء ، كتاب الصيام (١٤٥/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٢٦٠/٦ ، ٢٦١ ، ٢٦٥ ، ٢٦٦) ، فتح العزيز ، في القول في السنن بذيل المجموع (٤٢٨/٦-٤٣١) . قال مالك وجل أصحابه : مثل قول الحنفية والشافعية : الصوم في السفر أفضل من الفطر لمن قوي عليه . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، في الصيام في السفر (١٨٠/١) ، الرسالة الفقهية ص١٦١ ، المنتقى ، في ما جاء في الصيام في السفر (٤٨/٢، ٤٩) ، الكافي لابن عبد البر (٣٣٧/١) . وقال أحمد وأصحابه : الفطر للمسافر أفضل من الصوم . وبه قال ابن الماجشون من المالكية . راجع المسألة في الإفصاح ، (٢٤٧/١) ، المغني ، كتاب الصيام (٣/ ١٥٠) ، الكافي لابن قدامة ، كتاب الصيام (٣٤٦/١) ، العدة مع العمدة ، ص١٥٠ .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٨٤ .

(٤) في (م) ، (ع) : [من كانت حمولة تاوى] .

(٥) حديث سلمة بن المحبق ، أخرجه أبو داود ، في السنن كتاب الصيام ، باب من اختار الصيام (٦٠٩/٢-٦١٠) ، وأحمد في المسند ، في حديث سلمة بن المحبق رضي الله تعالى عنه (٤٧٦/٣) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب ما اختار الصوم في السفر إذا قوي على الصيام (٢٤٥/٤) ، ورواه أحمد في المسند (٧/٥) ، مصابيح السنة باب صوم المسافر (٨٥/٢ ، ٨٦) ، الحديث (١٤٤٤) .

بالمزدلفة ؛ لأن تقديمها لا يجوز ، فالتأخير في التقديم يقال في الجائزين . ولأن الصوم في وقته أصل الفرض ، والفطر (١) رخصة ، وفعل العزيمة من غير ضرر إذا لم يستدرك به عبادة أخرى أفضل ، كغسل الرجلين ومسح الخفين .

٦٧٠١ - ولا يلزم تقديم العصر بعرفة ؛ لأنه يستدرك بذلك عبادة ، وهو الوقت . فأما قوله عليه الصلاة و (٢) السلام « ليس من البر الصيام في السفر » (٣) مقصور على سبب (٤) ، وهو ما روى جابر « أن النبي ﷺ رأى رجلا يظلل عليه والزحام عليه وهو في السفر صائم ، فقال (٥) ليس من البر الصيام في السفر » ، يعني : على تلك الصفة .

* * *

---

(١) في (ع) : [ولأن الفطر] ، مكان : [والفطر] .

(٢) الزيادة من (ع) .

(٣) حديث جابر ﷺ أخرجه البخاري في الصحيح ، في باب قول النبي ﷺ : لمن ظلل عليه واشتد الحر (٣٣٣/١) ، ومسلم في الصحيح ، في باب جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر في غير معصية (٤٥٢/١) ، وأبو داود ، في باب اختيار الفطر (٦٠٩/١) ، والنسائي ، في العلة التي من أجلها قيل ذلك ، وذكر الاختلاف على محمد بن عبد الرحمن في حديث جابر بن عبد الله في ذلك (١٧٥/٤ ، ١٧٦) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في من كره صيام رمضان في رمضان (٤٣١/٢) ، والطيالسي في مسنده ص٢٣٨ الحديث (١٧٢١) ، والشافعي في المسند (٢٧١/١) ، الحديث (٧١٨) ، وأحمد في المسند (٢٩٩/٣ ، ٣١٧ ، ٣١٩) ، والطحاوي في المعاني ، باب الصيام في السفر (٦٢/٢) ، وابن خزيمة في صحيحه ، في باب ذكر السبب الذي قال النبي ﷺ : ليس من البر الصيام في السفر (٢٥٤/٣) ، الحديث (٢٠١٧) ، والدارمي في باب الصوم في السفر (٦٢/٢) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب تأكيد الفطر في السفر إذا كان يجهده الصوم (٢٤٢/٤ ، ٢٤٣) . وأما حديث ابن عمر ، وكعب بن عاصم ، أخرجهما ابن ماجه ، في باب ما جاء في الإفطار في السفر (٥٣٢/١) الحديث (١٦٦٤ ، ١٦٦٥) . راجع تخريج أحاديث البداية (١٦٨/٥ - ١٧١) ، الحديث (٨٠٢) ، وفي هامش رسوخ الأخبار ص٣٦٣ ، الحديث (٢٨٢) ، ومصابيح السنة (٨٤/٢) ، الحديث (١٤٣٩) . وتلخيص الحبير (٢٠٤/٢ ، ٢٠٥) ، الحديث (٩١٦) .

(٤) في (م) ، (ع) : [على سفره] .

(٥) في (ع) : [قال] .

مسألة ٣٨١

إذا طهرت الحائض في شهر رمضان أو قدم المسافر أو بلغ الصبي أو أفاق المجنون أو شهد الشهود بعد الزوال برؤية الهلال أمس أو أفطر الرجل متعمدًا أو صح المريض أو أسلم الكافر وجب عليهم الإمساك [في] بقية النهار عن الأكل والشرب والجماع

٦٧٠٢ – قال أصحابنا : إذا طهرت الحائض في شهر رمضان ، أو قدم المسافر أو بلغ الصبي ، أو أفاق المجنون ، أو شهد الشهود بعد الزوال برؤية الهلال أمس ، أو أفطر الرجل متعمدًا ، أو صح المريض ، أو أسلم الكافر ، وجب عليهم الإمساك [في] [١] بقية النهار عن الأكل والشرب والجماع [٢] .

٦٧٠٣ – وقال الشافعي في المسافر : إذا قدم ، والمريض إذا صح ، والحائض والنفساء إذا انقطع دمهما ، فليس عليهم الإمساك .

٦٧٠٤ – والصبي إذا بلغ والمجنون إذا أفاق والكافر إذا أسلم . قال في البويطي : ليس عليهم الإمساك . ومن أصحابه من قال : يلزمهم وأما المسافر إذا نوي الصوم من الليل فتقدم ، أو المريض تحمل [٣] المشقة فينوي الصوم ثم صح ، والصبي إذا نوي الصوم ثم بلغ ، هل يجوز لهم الأكل ، ظاهر قوله في البويطي أنه لا يلزم تمام الصوم . ومن أصحابه من قال : يلزم [٤] .

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل ، كتاب الصوم (١٩٥/٢ ، ٢٠٣ ، ٢٣٤) ، كتاب الآثار ، باب الصوم في السفر والإفطار ص٥٧ ، الجامع الصغير ، باب من أغمي عليه أو جن والغلام يبلغ والنصراني يسلم والمسافر يقدم ص١٣٩ ، مختصر الطحاوي ، كتاب الصيام ص٥٥ ، المبسوط ، كتاب الصوم (٥٧/٣ ، ٥٨) متن القدوري كتاب الصوم ص٢٥ ، تحفة الفقهاء ، كتاب الصوم (٣٦٤/١ ، ٣٦٥) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما حكم الصوم المؤقت إذا فات عن وقته (١٠٢/٢ ، ١٠٣) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، (٣٦٣/٢ ، ٣٦٤ ، ٣٧١ ، ٣٧٢) البناية مع الهداية ، (٧٠٣/٣-٧٠٦ ، ٧١٤ ، ٧١٥) ، أحكام القرآن للجصاص ، باب الغلام يبلغ والكافر يسلم في بعض رمضان (١٨٦/١ ، ١٨٧) .

(٣) في (م) : [يحمل] .

(٤) راجع تفصيل المسألة في البويطي ، في الصيام ، ورقة (٥٣أ ، ٥٤ب) ، حلية العلماء ، كتاب الصيام (١٤٥/٣ ، ١٤٦) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٢٥٥/٦-٢٥٧ ، ٣٢٩) ، فتح العزيز مع =

٦٧٠٥ - لنا : دليل يدل على أنه إذا ثبت الشهر قبل الزوال لم يجز الأكل ؛ لأنه يوم ثبت من رمضان ، فلا يجوز الأكل فيه من غير عذر ، [أصله : إذا ثبت قبل الفجر . ولأنه صوم مستحق في زمان بعينه فإذا ظهر نهارًا لم يجز الأكل] [١] ، أصله : يوم عاشوراء . ولأنه على صفة يصح منه الصوم ، فلم يجز له الأكل في نهار رمضان من غير عذر ، أصله : إذا أفطر متعمدًا . وإذا ثبت لنا أن الشهود إذا شهدوا بالشهر وجب الإمساك ، قسنا عليه أنه معنى لو وجد قبل الفجر وجب الصوم [فإذا وجد نهارًا مع تعذر [٢] الصوم وجب الإمساك في الصوم] [٣] المستحق العين ، أصله : إذا شهد الشهود بالرؤية للهلال .

٦٧٠٦ - ولأن الإقامة وجدت في أثناء نهار رمضان ، فلزمه الإمساك بقية نهاره ، كمن دخل في الصوم وهو مقيم ثم سافر فأفطر ثم أقام . ويدل على الكافر إذا أسلم ، فنقول : إن من أثم [٤] بترك الصوم في أول نهار رمضان لم يجز لها الأكل في نفسه مع عدم الأعذار [٥] ، كمن أكل متعمدا . والأولى أن يدل على أن المسافر والمريض إذا صاما ثم زال العذر ، لم يجز الأكل ؛ لأنه مقيم صحيح حكم بصحة صومه في / رمضان فلم يجز له الفطر ، كما لو كان مقيمًا في الابتداء . ولأن دخوله في الصوم صح

٨٥/أ

= الوجيز بذيل المجموع (٤٣٤/٦-٤٤٠) . وقال مالك مثل قول الشافعي : إذا قدم المسافر مفطرًا ، أو برء من المرض ، أو طهرت الحائض نهارًا ، لم يجب عليهم الإمساك في بقية اليوم . واختلف المالكية في الكافر إذا أسلم ، هل يجب عليه الإمساك أم لا ؟ فقال أكثرهم : يجب عليه ذلك ، وقال البعض : لا يجب . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، و في الجنب والحائض في رمضان (١٨١/١ ، ١٨٤) ، الرسالة الفقهية ص (١٦٠) ، المنتقى ، في ما يفعل من قدم من سفر أو أراده في رمضان ، وفي ما جاء في قضاء رمضان والكفارات (٥١/٢ ، ٥٢ ، ٦٧) ، الكافي لابن عبد البر ، (٣٤٠/١) ، بداية المجتهد ، كتاب الصيام ، القسم الثاني من الصوم المفروض (٣٠٧/١ ، ٣٠٨) ، شرح الزرقاني (١٩٧/٢) . وقال أحمد في أظهر روايتيه مثل قول الحنفية : يلزمهم الإمساك في بقية النهار . وقال في الثانية مثل قول الشافعي ومالك : لا يلزمهم الإمساك . راجع تفصيل المسألة في المسائل الفقهية ، كتاب الصيام (٢٦٢/١ ، ٢٦٣) ، مسألة (١٤) ، الإفصاح ، (٢٥١/١) المغنى ، كتاب الصيام (١٣٤/٣ ، ١٣٥) ، الكافي لابن قدامة ، كتاب الصيام (٣٤٣/١ ، ٣٤٤) .

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [بعذر] .

(٣) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [لأن من أتم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الاعتذار] .

وجاز الفطر للعذر ، فإذا زال لم يجز الفطر ، كالصحيح إذا دخل في الصوم ثم مرض ثم صح [١] .

٦٧٠٧ - احتجوا : بأن من حل له الأكل في أول النهار مع علمه باليوم لم يلزمه إمساك باقيه ، أصله : إذا نذر أن يصوم يوما بعينه فسافر فيه ، فأفطر ثم أقام .

٦٧٠٨ - قلنا : صوم النذر لو أفطر فيه مع الإقامة لم يلزمه الإمساك ، وكذلك إذا أفطر بعذر في رمضان ، أو أفطر بغير عذر لزمه الإمساك كذلك إذا أفطر لعذر ، وإنما كان كذلك لأن الصوم إذا وجب على عامة الناس ، فإذا أفطر مع عدم الموانع ، ألحق بنفسه تهمة ، وهذا لا يوجد في صوم النذر .

٦٧٠٩ - قالوا : كل من لزمه صوم أول النهار ظاهرًا وباطنًا لم يلزمه إمساك باقيه ، أصله إذا استدام السفر .

٦٧١٠ - قلنا : سقوط لزوم الصوم في الظاهر لا يمنع وجوب القضاء فلا يمنع من وجوب الإمساك ، ولأنه إذا استدام السفر والعذر باق ، فلا يلحقه تهمة بالأكل ، وإذا زال العذر ألحق بنفسه تهمة ؛ لأنه يأكل مع ارتفاع الأعذار .

٦٧١١ - قالوا : الأصل إباحة الفطر ؛ فمن ادعى الحظر يحتاج إلى دليل .

٦٧١٢ - قلنا : الإباحة سبب للعذر ، فمن زعم أنها تبقى [٢] مع زوال العذر فعليه الدليل .

* * *

(١) قوله : [ثم صح] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) في (م) : [يبقى] .

مسألة ٣٨٢

إذا رأى الرجل الهلال وحده فرد الإمام شهادته ، فصام ثم جامع لم تلزمه الكفارة

٦٧١٣ - قال أصحابنا : إذا رأى الرجل الهلال وحده فرد الإمام شهادته ، فصام ثم جامع لم تلزمه الكفارة (١) .

٦٧١٤ - وقال الشافعي : عليه الكفارة (٢) .

٦٧١٥ - لنا : أن كل (٣) من لو أكل لم تلزمه (٤) الكفارة ، إذا جامع لم تلزمه الكفارة ؛ أصله : من أخبره واحد بالهلال ، وقد رد الإمام شهادة المخبر . ولأنه يوم مختلف في وجوب (٥) صومه ، كيوم (٦) الشك . وقال الحسن ، وابن سيرين ، وعطاء : لا يجب عليه الصوم (٧) .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل ، كتاب الصوم (١٩٩/٢ ، ٢٠٠) ، المبسوط ، كتاب الصوم (٦٤/٣ ، ٦٥) تحفة الفقهاء ، كتاب الصوم (٣٤٦/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما شرائطها (٨٠/٢ ، ٨١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، فصل في رؤية الهلال (٣٢٠/٢ ، ٣٢١) ، البناية مع الهداية ، كتاب الصوم (٦٢٢/٣ - ٦٢٤) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في ، حلية العلماء ، كتاب الصيام (١٦٩/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٢٨٠/٦ ، ٣٣٧) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٤٤٩/٦ ، ٤٥٠) . وقال مالك وأحمد مثل قول الشافعي : إن جامع في اليوم الذي ردت شهادته فيه برؤية الهلال ، وجبت عليه الكفارة . راجع المسألة في المدونة ، في الذي يرى هلال رمضان وحده (١٤٧/١) ، المنتقى ، في ما جاء في رؤية الهلال للصوم والفطر في رمضان (٣٩/٢) ، المغني ، كتاب الصيام (١٥٦/٣ ، ١٥٧) .

(٣) لفظ : [كل] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [يلزمه] ، مكان : [لم تلزمه] وهو خطأ .

(٥) لفظ : [وجوب] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [كصوم] ، مكان : [كيوم] .

(٧) الحسن : هو الحسن بن أبي الحسن ، أبو سعيد البصري ، تابعي ثقة . قال قتادة : كان الحسن من أعلم الناس بالحلال والحرام . راجع ترجمته في تاريخ الثقات للعجلي ص١١٣ ، الترجمة (٢٧٥) ، الجرح والتعديل (٤٠/٣-٤٢) ، الترجمة (١٧٧) ، تقريب التهذيب (١٦٥/١) ، الترجمة (٢٦٣) . وابن سيرين : هو محمد بن سيرين ، مولى أنس بن مالك ، أبو بكر البصري ، تابعي ثقة ثبت . روى عنه الشعبي وقتادة ، وعوف وغيرهم . قال عوف : كان محمد حسن العلم بالتجارة ، حسن العلم بالقضاء ، حسن العلم =

٦٧١٦ – فإن قيل : هذا خلاف سقط بإجماع الفقهاء بعدهم .

٦٧١٧ – قلنا : إلا أن خلافهم شبهة ، ألا ترى : أن إباحة المتعة سقط بالإجماع بعد الخلاف وإن لم يترك الشبهة ؟

٦٧١٨ – قالوا : هذا يبطل بمن سافر أقل من ثلاثة أيام فجامع ، فعليه الكفارة وإن اختلف في وجوب الصوم .

٦٧١٩ – قلنا : [1] هذه المسألة غير منصوصة ، وظاهر المذهب أن الكفارة لا تجب [2] . ولأنه صوم لزم [3] الواحد خاصة ، كقضاء رمضان . ولأنه يوم محكوم بأنه من شعبان في حق الكافة ، فلم تلزم المجامع في الموضع المحكوم به الكفارة كما قبله ، أو يوم حكم الإمام بإباحة الفطر فيه ، فصار كآخر يوم من الشهر أنه من شوال .

٦٧٢٠ – احتجوا : بأنه يوم لزمه صيامه ظاهرًا وباطنًا من رمضان ، فوجب أن يتعلق بهتك حرمته الكفارة ، كما لو حكم به الحاكم .

٦٧٢١ – قلنا : إذا حكم الحاكم فقد زالت الشبهة ، وإذا لم يحكم يثبت ، ألا ترى : [4] أنه روي عن النبي ﷺ أنه قال : « صومكم يوم تصومون » [5] ، وهذا يقتضي وجوب الصوم على الواحد إذا صام الكافة ، وسقوطه إذا لم يصوموا ؟ فأوجب هذا الخبر شبهة ، فإن وجدت سقطت الكفارة ، وإن عدمت وجبت .

٦٧٢٢ – قالوا : إذا حكم الإمام بقول الواحد غلب على ظننا أنه من رمضان ، وإذا

= بالفرائض . راجع ترجمته في تاريخ الثقات ، ص٤٠٥ ، الترجمة (١٤٦٤) ، الجرح والتعديل (٧/٢٨٠) ، الترجمة (١٥١٨) تقريب التهذيب (٢/١٦٩) ، الترجمة (٢٩٥) . وعطاء : هو عطاء بن أبي رباح المكي ، تابعي ، ثقة ، مفتي أهل مكة في زمانه ، كان كثير الإرسال . روى عن عائشة وأبي هريرة والكبار ، وأخذ عنه أبو حنيفة ، وقال : ما رأيت مثله . راجع ترجمته في تاريخ الثقات ص٣٣٢ ، الترجمة (١١٢٧) ، الجرح والتعديل (٦/٣٣٠ ، ٣٣١) ، الترجمة (١٨٣٩) ميزان الاعتدال (٣/٧٠) ، الترجمة (٥٦٤٠)، تقريب التهذيب (٢/٢٢) ، الترجمة (١٩٠) .

(١) في (م) ، (ع) : [قلنا إذا حكم الحاكم فقد زالت الشبهة] ، بزيادة ما بعد : [قلنا] وهو سهو .

(٢) في (م) ، (ع) : [لا يجب] . (٣) في (م) ، (ع) : [لزمه] .

(٤) في (ص) : [ألا يرى] .

(٥) هذا الحديث : أخرجه الدارقطني ، في السنن كتاب الصيام (٢/١٦٤) ، الحديث (٣٤ ، ٣٥) والترمذي ، في باب ما جاء الصوم يوم تصومون ، والفطر يوم تفطرون ، والأضحى يوم تضحون (٣/٧١) ، الحديث (٦٩٧) ، أبو داود في باب إذا أخطأ القوم الهلال (١/٥٨٨) . راجعه أيضا في إعلاء السنن (٩/١١٠) .

رآه علم ، فكيف تجب [١] الكفارة عليه مع غلبة الظن ، وتسقط [٢] مع اليقين ؟ .

٦٧٢٣ - قلنا : الكفارة لا تجب بنفس الشهر حتى ترتفع الإباحة ، ولهذا لا تجب [٣] الكفارة على المسافر إذا أفطر ، والمريض ، وتوهم الإباحة كوجودها فيما يسقط وإن تحقق التحريم كوطء جارية الابن .

٦٧٢٤ - قالوا : الكفارة تعتبر [٤] به دون غيره ، بدلالة : أن في آخر الشهر لو رأى الهلال ورد الحاكم [٥] شهادته سقطت الكفارة عنه ، ولو رأى الفجر وحده وجبت عليه الكفارة بالجماع ، وإن كان الصوم لم يجب على جميع الناس إذا لم يشاهدوه . ومعلوم أن الشهر يثبت في حقه ، ولهذا حل ما عليه من دين . ولو كان علق طلاق امرأته باستهلاك الشهر طلقت ، ولهذا يجب عليه الصوم واعتباراته ، وإن لم يجب الصوم على غيره .

٦٧٢٥ - قلنا : وجوب الكفارة ، إذا أقرت السنة [٦] فيه اعتبر الجهة المسقطة لها ، سواء كانت في حقه أو في حق غيره ، ألا ترى : أنه لو غلب على ظنه صدق المخبر بالهلال فردَّه الناس ، لم تجب [٧] الكفارة اعتبارًا بغيره ، فأما آخر يوم من الشهر إذا رأى الهلال فقد حكم في رمضان من وجه دون وجه فلم تجب [٨] الكفارة ترجيحًا لجهة الإسقاط ، وإنما المعتبر [٩] بما عنده ، ألا ترى : أنه لو أخبره في آخر الشهر من غلب على ظنه صدقه فرد الإمام شهادته ، لزمته الكفارة ، وإن كانت عنده أن لا وجوب [١٠] ؟ فأما من طلع عليه الفجر فبعيد أن يطلع الفجر في بلد لا يراه إلا واحد حتى يلزمه الصوم دون الكافة . وأما قولهم : إن اليوم [١١] من رمضان عنده .

٦٧٢٦ - قلنا : وليس هو عند الإمام من رمضان ، فاعترف أنه رأى الهلال لم

---

(١) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ويسقط] .
(٣) في (م) : [لا يجب] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يعتبر]
(٥) في (ع) [ور الحاكم] ، وهو تصحيف .
(٦) في (ص) : [إذا ربب السنة] بدون نقط ، وفى (ع) : [إذا اترب السنة] أيضا بدون نقط ، وفى (م) : [إذا اترت السنة] ، لعل الصواب ما اثبتناه .
(٧) في (م) ، (ع) : [لم يجب] .
(٨) في (م) : [فلم يجب] .
(٩) في (م) ، (ع) : [وإن المعتبر] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [إلا وجوب] بحذف : [ن] ، ولفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١١) في (م) ، (ع) : [فأما قولهم إن الصوم] .

يحكم الحاكم عليه بتسليم الدين ، وإنما نقول له : إن كنت رأيت فعليك أن تسلم ، ولا يوجب ذلك عليه . ثم إنا لا نمنع [1] أن الشهر قد ثبت عنده ، إلا أن الكفارة لا تتعلق [2] بوجود الشهر حتى ترتفع [3] أسباب الإباحة والشبهة ، وما ذكرناه شبهة .

٦٧٢٧ - فإن قيل : اعتباركم وجوب الصوم في حق الكفارة ، لانسلم أنه يجب [4] على المريض ، والمسافر ، والحائض .

٦٧٢٨ - قلنا : نعني [5] به كل من كان من أهل الصوم ، ولا عذر له .

* * *

---

(١) في (م) : [لا يمنع] .

(٢) في (م) : [لا يتعلق] .

(٣) في (م) : [حتى يرتفع] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يجب] ، مكان : [يجب] .

(٥) في (م) : [يعني] .

مسألة ٣٨٣

إذا أخر قضاء رمضان حتى دخل رمضان الثاني فلا فدية عليه

٦٧٢٩ – قال أصحابنا : إذا أخر قضاء رمضان حتى دخل رمضان الثاني فلا فدية عليه [١] .

٦٧٣٠ – وقال الشافعي : إن أخره لغير عذر فعليه القضاء والفدية ، لكل يوم طعام مسكين . وإن أخره إلى رمضان ثالث ، لزمه فدية واحدة ، ومن أصحابه من قال : فديتان .

٦٧٣١ – قالوا هذا خطأ [٢] .

٦٧٣٢ – لنا : قوله تعالى : ﴿ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ [٣] ، وهذا عام في جميع العمر فإن [كان] [٤] القضاء تارة يسقط بالفرض ، وتارة لا يسقط إلا مع الفدية ،

---

(١) راجع تفصيل المسألة في كتاب الحجة ، باب الرجل يكون عليه صيام من شهر رمضان فيفرط فيه (١/٤٠١-٤٠٣) ، المبسوط ، كتاب الصوم (٣/٧٧) ، متن القدوري ، كتاب الصوم ص٢٥ ، بدائع الصنائع فصل : وأما حكم الصوم المؤقت (٢/١٠٤) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، باب ما يوجب القضاء والكفارة (٢/٣٥٤ ، ٣٥٥) ، البناية مع الهداية ، باب ما يوجب القضاء والكفارة (٣/٦٩٢ ، ٦٩٣) .

(٢) قال الشيرازي في المهذب بعد أن بين حكم تأخير القضاء إلى رمضان آخر : فإن أخره سنتين ، ففيه وجهان . أحدهما : يجب لكل سنة مد ؛ لأنه تأخير سنة ، فأشبهت السنة الأولى . والثاني : لا يجب للثانية شيء . قال النووي في المجموع : والأول أصح . راجع تفصيل المسألة في الأم ، باب أحكام من أفطر في رمضان (٢/١٠٣) ، مختصر المزني ، ص٥٨ ، حلية العلماء ، كتاب الصيام (٣/١٧٣ ، ١٧٤) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٦/٣٦٣ ، ٣٦٤ ، ٣٦٦) ، فتح العزيز مع الوجيز ، في ذيل المجموع (٦/٤٦٢، ٤٦٣) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما مثل قول الشافعي : من أخر قضاء رمضان مع الإمكان حتى أدركه رمضان آخر لزمته الفدية مع القضاء . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، في الكفارة في رمضان (١/١٩٢) ، الرسالة الفقهية ، ص (١٦١) ، المنتقى ، في فدية من أفطر في رمضان من علة (٢/٧١) ، الكافي لابن عبد البر ، باب صوم المسافر والمريض ومن له عذر بإغماء أو غيره (١/٣٣٨) ، بداية المجتهد ، (١/٣٠٩) ، شرح الزرقاني (٢/٢١٦) ، الإفصاح ، (١/٢٤٧) ، المغني كتاب الصيام (٣/١٤٤ ، ١٤٥) ، الكافي لابن قدامة ، باب القضاء (١/٣٥٩) ، العدة مع العمدة ، ص (١٥٢) .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٨٤ .

(٤) لفظ : [كان] ساقط من سائر النسخ ، أثبتناه لمقتضى السياق .

لبينه [١] وروى جابر ﷺ أن النبي ﷺ سئل عن تقطيع [قضاءِ] [٢] رمضان ، قال : ذلك إليك ، أرأيت لو كان على أحدكم دين فقضى الدرهم والدرهمين ، ألم يكن قضاء ؟ فاللَّه [٣] أحق أن يعفو ويغفر [٤] وهذا عام في السنة الأولى والثانية ، ولو كان الحكم يختلف لبينه [٥] ، ولأنه أخر القضاء فلم تلزمه فدية ، كمن [٦] لم يزل مريضًا ؛ ولأن من وجب عليه القضاء لم تلزمه فدية ، كما لو قضى في السنة الثانية . ولأن نفس رمضان لو أخره عن وقته [٧] بترك الصوم ، لم تجب به فدية [فإذا أخر قضاءه أولى .

٦٧٣٣ – فإن قيل : تأخير رمضان يجب به القضاء ، ولم تجب به فدية] [٨] ، وتأخير القضاء لا يجب به قضاء ؛ لأن القضاء يلزمه بترك الأصل ، فلذلك وجبت الفدية .

٦٧٣٤ – قلنا : تأخيره إلى شعبان لا يوجب قضاء ولا فدية .

٦٧٣٥ – فإن قالوا : الآية لم تؤخره عن وقته ، لم نسلم ؛ لأن القضاء مؤقت بشعبان ؛ ولأن إفساد الصوم آكد من تأخيره ، بدلالة : أن مفسد صوم رمضان يلزمه كفارة واحدة ، ولو أخره لم يجب بإفساد هذا الصوم [٩] الكفارة ، فتأخيره أولى .

٦٧٣٦ – فإن قيل : إنما لا تجب [١٠] الكفارة ؛ لأنه متى أفسده ليس هو قضاء رمضان .

٦٧٣٧ – قلنا : عندكم مؤقت ، فإذا تضايق الوقت فصام ، فهو صوم القضاء الذي يضيق وقته ، وإنها بالإفساد لم تجزئ ، كما أن الصوم في رمضان بالإفساد لا يجزئ ،

(١) في (ص) : [لسنه] ، وفى (م) ، (ع) : [لننه] بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٢) الزيادة من (م) ، (ع) . (٣) في (م) ، (ع) : [اللَّه] .
(٤) في (م) : [أن يعفو أو يغفر] ، وهو تصحيف . أخرجه الدارقطني ، في السنن كتاب الصيام ، باب القبلة للصائم (١٩٤/٢) الحديث (٧٨) ، وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، من قالوا في تفريق رمضان (٤٤٧/٢) ، راجعه في تلخيص الحبير (٢٠٦/٢) ، الحديث (٩١٩) .
(٥) في (م) : [لبينه] .
(٦) في (م) ، (ع) : [كما] ، مكان : [كمن] .
(٧) في (م) ، (ع) : [عنه] ، مكان : [عن وقته] ولفظ : [وقته] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٨) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٩) في (م) ، (ع) : [بافسادها اداء الصوم] .
(١٠) في (م) : [لا يجب] .

ولأنها عبادة فلا تجب [١] بتأخيرها إلى وقت مثلها فدية ، كما لو أخر الحج ، ولا يلزم تأخير الطواف ؛ لأن الفدية لا تجب [٢] بتأخيره إلى وقت مثله .

٦٧٣٨ – احتجوا : بحديث مجاهد عن أبي هريرة ﷺ « أن النبي ﷺ قال في رجل أفطر في [شهر] رمضان من مرض ، ثم صح ولم يصم حتى أدركه رمضان آخر ، قال : يصوم الذي أدركه ثم يصوم الشهر الذي أفطر فيه ويطعم مكان كل يوم مسكينًا » [٣] .

٦٧٣٩ – قلنا : رواه إبراهيم بن نافع [٤] ، وهو ضعيف ، عن عمر [٥] بن موسى بن وجيه وهو ساقط عندهم ، ولو ثبت هذا الخبر قلنا به .

٦٧٤٠ – قالوا : روي عن ابن عباس ، وابن عمر ، وأبي هريرة ﷺ : أن عليه الفدية [٦] ، ولا مخالف لهم في الصحابة . قال الطحاوي : سمعت ابن أبي عمران يقول : سمعت يحيى بن أكثم يقول : وجدته عن ستة من الصحابة ولا مخالف لهم [٧] .

٦٧٤١ – قلنا : أما ابن عمر فيوجب [٨] الفدية دون القضاء ، فروى عنه إيجاب هديين [٩] فديتين ، فلم يتفقوا على الجمع بين القضاء والفدية ، وعلى أنه روى عن أبي

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلا يجب] . (٢) في (م) ، (ع) : [لا يجب] .

(٣) في (م) : [مسكينا] ، وهو تصحيف ، وفى سائر النسخ : [في الرجل] ، مكان : [في رجل] ، ثم مرض ، مكان : [من مرض] ، [الذي أدرك] مكان [الذي أدركه] ، وما أثبتناه من سنن الدارقطني . أخرجه الدارقطني في السنن كتاب الصيام ، باب القبلة للصائم (١٩٧/٢) ، الحديث (٨٩) ، عبد الرزاق ، في المصنف ، باب المريض في رمضان وقضائه (٢٣٤/٤) ، البيهقي ، في الكبرى باب المفطر يمكنه أن يصوم ففرط حتى جاء رمضان آخر (٢٥٣/٤) . راجعه أيضًا في تلخيص الحبير (٢١٠/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [إبراهيم عن نافع] .

(٥) في سائر النسخ : [عمرو] ، المثبت من كتب الحديث .

(٦) أخرجه عبد الرزاق من حديث ابن عمر ، وأبي هريرة ﷺ (٢٣٤/٤ ، ٢٣٥) ، الحديث (٧٦٢١ ، ٧٦٢٣ ، ٧٦٢٤) والدارقطني (١٩٦/٢ ، ١٩٧) ، الحديث (٨٥ ، ٨٦ ، ٨٧ ، ٩٢) ، والبيهقي في الكبرى (٢٥٣/٤) . وأما حديث ابن عباس) ﷺ ، أخرجه الدارقطني من طريق أبي اسحاق ، عن مجاهد ، عن ابن عباس ، بلفظ : من فرط في صيام شهر رمضان حتى يدركه رمضان آخر ، فليصم هذا الذي أدركه ، ثم ليصم ما فاته ، ويطعم مع كل يوم مسكينًا (١٩٧/٢) ، الحديث (٩١) ، والبيهقي ، عن ابن عباس بلفظ : يصوم هذا ويطعم عن ذاك كل يوم مسكينًا ويقضيه في الكبرى (٢٥٣/٤) . راجعه أيضًا في تلخيص الحبير (٢١٠/٢) ، الحديث (٩٢٤) . (٧) حكاه الطحاوي في المعاني (٢١٠/٢) .

(٨) في (ص) : [فثوب] .

(٩) لفظ : [هديين] ساقط من (م) ، (ع) .

عبيدة ، ومعاذ أنهما قالا : « اقضه متفرقًا إذا أحصيت العدة » [1] ، وهذا من قولهما ، يدل على أنه لا فرق بين السنة الأولى والثانية ، ولو وُقّت عندهما لبينا ؛ ولأن هذا ليس بإجماع ؛ لأنا لا نعلم انتشاره [2] في الصحابة . وعلى قول الشافعي في الجديد : لا يجب تقليد الصحابي [3] وعلى أصلنا : متى روى عن النبي ﷺ عموم يخالف قوله ، لم يجب تقليده .

٦٧٤٢ - فإن قيل : هذا لا يدل على القياس ، فالظاهر أنهم قالوا / توقيفًا . ب

٦٧٤٣ - قلنا : لو كان كذلك لم يختلفوا فيه . وقد ذكر ابن المنذر عن الحسن والنخعي [4] مثل قولنا ، وعصر الصحابة لم ينقرض ، حتى جاء الحسن ، فخلافه معتد

---

(١) في (م) ، (ع) : [إذا أحصنت] . أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف بلفظ : أحصى العدة وصم كيف شئت في ما قالوا في تفريق رمضان في المصنف (٤٤٨/٢ ، ٤٤٩) .

(٢) في (م) ، (ع) : [لأنا لا يعلم إنسان] .

(٣) لفظ : [الصحابي] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) ابن المنذر : هو الإمام ، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري صاحب كتاب الإجماع والإشراف والإقناع والأوسط ، والمبسوط المتوفى سنة ثماني عشرة وثلاثمائة ، وقيل : في سنة تسع أو عشرة وثلاثمائة . راجع ترجمته في تهذيب الأسماء واللغات (١٩٦/٢ ، ١٩٧) ، الترجمة (٣٠١) ، طبقات الشافعية للأسنوي (١٩٧/٢) الترجمة (١٠١٤) ، سير أعلام النبلاء (٤٩٠/١٤-٤٩٢) ، الترجمة (٢٧٥) . والحسن : هو الحسن بن يسار ، أبو سعيد البصري ، تابعي ثقة . قال ابن حبان البستي : رأى الحسن عشرين ومئة من أصحاب رسول الله ﷺ ، وكان من علماء التابعين بالقرآن ، والفقه ، والأدب ، وكان من عباد أهل البصرة ، وزهادهم ، مات في شهر رجب ، سنة عشر ومئة ، وهو ابن تسع وثمانين سنة ، كان معرى عما قذف به من القدر على تدليس ، كان منه في الروايات . راجع ترجمته في تاريخ الثقات ص١١٣ ، الترجمة (٢٧٥) ، وعلل الحديث ومعرفة الرجال لابن المديني ص٦٠ وكتاب الجرح والتعديل (٤٠/٣-٤٢) الترجمة (١٧٧) ، مشاهير علماء الأمصار ص١٤٢ ، الترجمة (٦٤٢) ، وذكر أسماء التابعين ومن بعدهم (١٠١/١) ، الترجمة (١٨٨) ، تقريب التهذيب (١٦٥/١) ، الترجمة (٢٦٣) ، سير أعلام النبلاء (٥٦٣/٤ ، ٥٦٤) الترجمة (٢٢٣) . والنخعي : هو إبراهيم بن يزيد بن عمرو ، أبو عمران النخعي ، الكوفي ، ثقة ، إلا إنه كان يرسل كثيرًا . وقال ابن أبي حاتم : سمعت أبا زرعة يقول : إبراهيم النخعي علم من أعلام الإسلام ، وفقيه من فقهائهم . قال البستي : كان مولده سنة خمسين ، ومات سنة خمس أو ست وتسعين ، وهو متوار من الحجاج بن يوسف ، ودفن ليلًا . راجع ترجمته في علل الحديث ومعرفة الرجال ص (٤٦) ، تاريخ الثقات ص (٥٦ ، ٥٧) ، الترجمة (٤٥) ، مشاهير علماء الأمصار ص (١٦٣) ، الترجمة (٧٤٨) ، والجرح والتعديل (١٤٤/٢ ، ١٤٥) ، الترجمة (٤٧٣) ، وذكر أسماء التابعين ومن بعدهم (٥٣/١) ، الترجمة (١٦) ، تقريب التهذيب (٤٦/١) ، الترجمة (٣٠١) ، وسير أعلام النبلاء (٥٢٠/٤-٥٢٩) ، الترجمة (٢١٣) .

به على الصحابة .

٦٧٤٤ - قالوا : عبادة يجب في جبرانها المال [١] فإذا فرط بتأخيرها حتى عاد وقتها ، وجب عليه الكفارة ، أصله : إذا أفسد الحج .

٦٧٤٥ - قلنا : عندنا إذا أفسد الحج وجبت الكفارة بإفساده لا بتأخيره ، وكذلك الكفارة في مسألتنا يجوز أن تجب في رمضان بإفساده ؛ ولأن الحج لا تجب الكفارة [٢] بتأخيره قبل الدخول فيه ، فالصوم مثله .

٦٧٤٦ - قالوا : روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « إن كان ليكون عليَّ الأيام من رمضان فما أستطيع أن أقضيها حتى يأتي شعبان ؛ اشتغالا برسول اللَّه ﷺ » [٣] فدل على أن هذا آخر ما يجوز التأخير إليه .

٦٧٤٧ - قلنا : إنما أخرت ؛ لأن رسول اللَّه ﷺ كان يصوم شعبان فتقضيه [٤] في الزمان الذي يصوم فيه ، حتى لا يفوته الاستمتاع ، ولم تؤخر [٥] إلى ما بعد رمضان ؛ لأنه لا يصوم ، فتعود [٦] إلى خدمته . وإذا احتمل هذا سقط تعلقهم به . ثم قد روينا عن النبي ﷺ في قضاء رمضان ما يدل على التأخير مطلقا ، فكيف ثبت التوقيف مخالفًا له بخبر محتمل .

٦٧٤٨ - قالوا : أخر صوم رمضان عن وقته ، فإذا لم يتعلق [٧] بتأخيره وجوب القضاء وجب أن تتعلق [٨] به الفدية ، أصله : الشيخ الكبير .

---

(١) في (م) : [بالمال] .

(٢) لفظ : [الكفارة] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) حديث عائشة رضي الله عنها متفق عليه ، أخرجه البخاري مختصرًا ، في الصحيح باب متى يقضى قضاء رمضان (٣٣٤/١) ، ومسلم في الصحيح ، بلفظ : عن أبي سلمة قال : سمعت عائشة رضي الله عنها تقول : كان يكون على الصوم من رمضان فما أستطيع أن أقضيه إلا في شعبان من رسول اللَّه ﷺ أو برسول اللَّه ﷺ في باب قضاء رمضان في شعبان (٤٦٣/١) ، ومثله ابن أبي شيبة ، إلا أنه لم يذكر الجزء الأخير ، في المصنف ، في ما قالوا في قضاء رمضان وتأخيره (٥٠٩/٢) ، وأبو داود في السنن باب قضاء رمضان (٦٠٧/١) ، وأخرجه ابن خزيمة ، في صحيحه في باب ذكر الدليل على أن الحائض يجب عليها قضاء الصوم في أيام طهرها والرخصة لها في تأخير قضاء الصوم الذي أسقط الفرض عنها في أيام حيضها إلى شعبان (٢٦٩/٣ ، ٢٧٠) ، الحديث (٢٠٤٦- ٢٠٥١) ، والنسائي ، في المجتبي ، في وضع الصيام عن الحائض (١٩١/٤) .

(٤) في (م) : [فيقضيه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولم يوجب] .

(٦) في (م) : [فيعود] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

٦٧٤٩ - قلنا : وجب عليه [1] بتأخير رمضان قضاء .

٦٧٥٠ - وإن [2] قالوا : بتأخير القضاء لا يجب القضاء ، وإنما يجب بتأخير الأصل .

٦٧٥١ - قلنا : فالقضاء ليس هو رمضان ، فلم نسلم الوصف ، والمعنى في الشيخ : أن القضاء [3] سقط عنه ، فجاز أن تلزمه الفدية ، والقضاء في مسألتنا واجب ، فلم تجتمع [4] الفدية معه .

٦٧٥٢ - قالوا : الصلاة يتوسع فرضها في حق الصحيح ، ويتضيق في حق المعذور إذا زال عذره في آخر الوقت ، كما أن الصوم يتضيق في حق الصحيح ، ويتسع في حق المريض والمسافر ، فإذا كانت الصلاة المتصلة إلى وقت الوجوب مثلها ويبقى وقتها ، سواء دخل وقت مثلها أو لم يدخل ، فالصوم الموسع يجوز تأخيره عن وقته ، فلم يتأخر بما قبل الدخول وقت مثله ، ألا ترى : أن صلاة المسافر عندهم ، والمغرب عندنا بمزدلفة ، فلما جاز [5] تأخيرها ، بما قبل دخول وقت مثلها . ولأن قبل الصلاة الفائتة ليس هو بعدها ، وإنما مثلها إن كانت للظهر مثلها من الغد ، والوقت لا يتعذر بدخول تلك بإجماع .

* * *

---

(١) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) لفظ : [وإن] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [المعنى] ، مكان : [القضاء] وهو تصحيف .

(٤) في (م) : [فلم يجتمع] .

(٥) في هامش (ص) : [التي] من نسخة أخرى ، و [جا] ، مكان : [جاز] ، لعل حرف الزاء المعجمة سقطت سهوا .

مسألة ٣٨٤

إذا أخر الصوم مع الصحة حتى مات لم يجز لوليه أن يصوم عنه

٦٧٥٣ - قال أصحابنا : إذا أخر [1] الصوم مع الصحة حتى مات ، لم يجز لوليه أن يصوم عنه ، ويجوز الإطعام عنه [2] . وهو قول الشافعي في القديم والجديد وقال في أماليه : إن صح الخبر قلت به .

٦٧٥٤ - قالوا : والخبر قد صح [3] .

٦٧٥٥ - لنا : ما روى نافع عن بن عمر رضي الله عنهما ، عن النبي ﷺ أنه قال : « من مات وعليه صيام شهر رمضان فليطعم [4] عنه مكان كل يوم مسكينًا [5] . وروي عن ابن

(١) في (م) ، (ع) : [أخرج] ، وصوبه في هامش (ع) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل ، كتاب الصوم (٢/ ٢٣٠ ، ٢٣١) ، المبسوط كتاب الصوم (٨٩/٣) ، بدائع الصنائع ، (١٠٣/٢) ، العناية بذيل فتح القدير ، باب ما يوجب القضاء والكفارة (٢/ ٣٦٠) ، البناية مع الهداية (٦٩٨/٣ - ٧٠٠) .

(٣) قال الإمام الشافعي في الأم : من مات وقد فرط في القضاء ، أطعم عنه مكان كل يوم مسكين مدًّا من طعام . قال الإمام الشيرازي في المهذب : وهو الصحيح . وقال النووي في المجموع فيمن تمكن من صوم رمضان فلم يصمه حتى مات : ففيه قولان : أشهرهما وأصحهما عند المصنف والجمهور ، وهو المنصوص في الجديد : أنه يجب في تركه لكل يوم مد من طعام ، ولا يصح صيام وليه عنه . قال القاضي أبو الطيب في المجرد : هذا هو المنصوص للشافعي في كتبه الجديدة وأكثر القديمة . والثاني : وهو القديم وهو الصحيح عند جماعة من محققي أصحابنا وهو المختار : أنه يجوز لوليه أن يصوم عنه ويصح ذلك ، ويجزئه عن الإطعام ، وتبرء به ذمة الميت ولكن لا يلزم الولي الصوم ، بل هو إلى خيرته . راجع تفصيل المسألة في ، الأم (٢/ ١٠٤) ، مختصر المزني ص٥٨ ، حلية العلماء (١٧٤/٣ ، ١٧٥) ، المجموع مع المهذب (٣٦٧/٦- ٣٧١، ٣٧٢ ، ٣٧٣) ، فتح العزيز مع الوجيز بذيل المجموع (٤٥٦/٦ ، ٤٥٧) . وقال مالك وأصحابه مثل قول الحنفية : من كان عليه صيام فمات قبل أن يقضيه مع القدرة عليه ، لم يصم عنه أحد ، ويستحب للورثة أن يطعموا عنه إذا لم يوص به . راجع تفصيل المسألة في المنتقى ، في النذر في الصيام والصيام عن الميت (٦٣/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٣٣٨/١ ، ٣٣٩) ، بداية المجتهد (٣٠٩/١ ، ٣١٠) . وقال أحمد وأصحابه : إن كان صوم نذر ، صام عنه وليه ، وإن كان صوم رمضان ، أطعم عنه . راجع تفصيل المسألة في الإفصاح (٢٤٨/١) ، المغني ، كتاب الصيام (١٤٢/٣- ١٤٤)، الكافي (٣٥٩/١) ، العدة مع العمدة ، ص (١٥٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فليصم] وهو خطأ .

(٥) حديث ابن عمر رضي الله عنهما ، أخرجه الترمذي ، في الصحيح ، في باب ما جاء من الكفارة (٨٧/٣) ، الحديث (٧١٨) ، وابن ماجه ، في باب من مات وعليه صيام قد فرط فيه (٥٥٨/١) ، الحديث =

عباس رضي الله عنهما أنه قال : « لا يصوم أحد عن أحد ، ولا يصلي أحد عن أحد » [١] . ولا مخالف له ، ولأنها عبادة لا تجوز النيابة فيها ، كالصلاة ، ولأنها حالة ، لا تجوز النيابة في الصوم ، كحال الحياة .

٦٧٥٦ - فإن قيل : الصلاة لا يدخل في جبرانها المال [٢] .

٦٧٥٧ - قلنا : لا نسلم ؛ لأن من أصحابنا من قال : إذا مات وعليه صلوات فأوصى بها أطعم عنه [٣] لكل صلاة مسكين .

٦٧٥٨ - احتجوا : بما روى عروة ، عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [٤] « من مات وعليه صيام ، صام عنه وليه » [٥] .

٦٧٥٩ - قلنا : هذا الخبر رواه عبد الله بن أبي جعفر عن محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة [رضي الله عنها] [٦] . وقد روى عبد الله هذا الحديث عنها ، وحديثًا آخر أن

= (١٧٥٧) ، وابن خزيمة في صحيحه ، في باب من مات وعليه صوم لكل مسكين إن صح الخبر (٣/ ٢٧٣) ، الحديث (٢٠٥٦) ، وأخرجه البيهقي موقوفًا ، في الكبرى ، في باب من قال : إذا فرط في القضاء بعد الإمكان حتى مات أطعم عنه مكان كل يوم مسكينًا مد من طعام (٢٥٤/٤) ، وشرح السنة (٦/ ٣٢٧) ، والحديث (١٧٧٥) ، وتلخيص الحبير (٢٠٨/٢ ، ٢٠٩) الحديث (٩٢٢) .

(١) حديث ابن عباس رضي الله عنهما : أخرجه الطحاوي في المشكل ، في باب بيان مشكل ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الواجب (١٤١/٣) ، وابن حجر في تلخيص الحبير (٢٠٩/٢) ، وقال ابن التركماني بعد أن ذكره وهذا سند صحيح على شرط الشيخين خلا ابن عبد الأعلى ، فإنه على شرط مسلم في الجوهر النقي ، بذيل السنن الكبرى (٢٥٧/٤) .

(٢) في (م) : [لا تدخل في جبرانها المال] .

(٣) لفظ : [عنه] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) لفظ : [قال] ساقط من (ع) .

(٥) حديث عائشة رضي الله عنها ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في باب من مات وعليه صوم (٣٣٤/١) ، ومسلم في الصحيح ، في باب قضاء الصيام عن الميت (٤٦٣/١) ، وأبو داود ، في باب فيمن مات وعليه صيام (٦٠٧/١) ، وابن خزيمة في صحيحه ، في باب قضاء ولى الميت صوم رمضان عن الميت إذا مات (٢٧١/٣) الحديث (٢٠٥٢) ، والدارقطني ، في باب القبلة للصائم (١٩٥/٢) ، الحديث (٧٩ ، ٨٠) ، والبيهقي في الكبرى (٢٥٥/٤) . راجع تخريجه أيضا في شرح السنة (٣٢٤/٦) ، الحديث (١٧٧٣) ، مجمع الزوائد باب في قضاء الفائت من شهر رمضان (١٧٩/٣) ، تلخيص الحبير (٢٠٩/٢) ، الحديث (٩٢٣) ، مشكل الآثار ، (١٤٠/٣) الهداية في تخريج أحاديث البداية (١٨٠/٥) ، الحديث (٨١١) .

(٦) الزيادة من (م) ، (ع) .

النبي ﷺ قال : « من باع عبدًا وله مال تبعه ماله » [(١)] وأنكر هذين الخبرين . وقد روى محمد بن يمان ، عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « من مات وعليه صيام ، فيطعم [(٢)] عنه ولا يصام » [(٣)] ولو كان الحديث صحيحًا عندها لم تقل [(٤)] بخلافه ، ولأنه - إن ثبت - محمول [(٥)] على أنه يفعل عنه ما يقوم مقام الصيام ، بدلالة الخبر الآخر .

٦٧٦٠ - قالوا : روى ابن عباس رضي الله عنهما « ان امرأة قامت إلى النبي ﷺ فقالت : إن أختي ماتت وعليها صوم ، فقال لو كان عليها دين أكنت تقضينه ، فقالت : نعم . قال : « فَدينُ اللّه أحق أن يقضى » [(٦)] .

٦٧٦١ - قلنا : ذكر القضاء عنها ، والقضاء بعد الموت هو الإطعام عندنا ، يبين ذلك ، أن ابن المنذر قال : كان ابن عمر ، وابن عباس ، وعائشة رضي الله عنهم ، والحسن البصري والزهري [(٧)] يقولون : « لا يصام عنه ولكن يطعم » [(٨)] ، فدل أن [(٩)] ابن عباس فهم [(١٠)] من القضاء الإطعام .

٦٧٦٢ - قالوا : عبادة يدخل في جبرانها المال ، فجاز أن يدخلها النيابة ، كالحج .

---

(١) هذا الحديث ، أخرجه أبو داود ، في السنن كتاب البيوع ، باب في العبد يباع وله مال (٢٦٣/٢ ، ٢٦٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فليصم] .

(٣) أخرجه الطحاوي في المشكل في بيان مشكل ماروي عن النبي ﷺ في الواجب (١٤٢/٣ ، ١٤٣) .

(٤) لفظ : [تقل] ساقط من (م) ، (ع) . (٥) لفظ : [محمول] ساقط من (ع) .

(٦) هذا الحديث : أخرجه البخاري في الصحيح ، في باب من مات وعليه صوم (٣٣٤/١) ، ومسلم في الصحيح في باب قضاء الصيام عن الميت (٤٦٣/١ ، ٤٦٤) ، الدارقطني ، في باب القبلة للصائم (١٩٥/٢ ، ١٩٦) ، الحديث (٨٢-٨٤) ، والبيهقي في الكبرى ، باب من قال يصوم عنه وليه (٢٥٥/٤ ، ٢٥٦) . وأخرجه ابن خزيمة ، في صحيحه في باب ذكر من مات وعليه صيام من نذر (٥٥٩/١) ، الحديث (١٧٥٨) ، راجع تخريجه أيضا في شرح السنة (٣٢٤/٦ ، ٣٢٥) .

(٧) تقدمت ترجمة الحسن البصرى في مسألة (٣٨٣) . والزهري : هو محمد بن مسلم بن عبيد اللّه بن عبد اللّه بن شهاب الزهري ، أبو بكر القرشي ، المدني ، تابعي ثقة روى عنه عمرو بن شعيب ، ويحيى بن سعيد الأنصاري ، والأوزاعي ، وغيرهم من أئمة الحديث . قال مالك بن أنس : أول من أسند الحديث ابن شهاب . راجع ترجمته في تاريخ الثقات ص٤١٢ ، الترجمة (١٥٠٠) ، الجرح والتعديل (٧١/٨-٧٤) ، الترجمة (٣١٨) ، تقريب التهذيب (٢٠٦/٢) ، الترجمة (٦٨٦) .

(٨) أخرجه البيهقي في الكبرى بهذا المعنى ، في باب من قال : إذا فرط في القضاء بعد الإمكان حتى مات أطعم عنه مكان كل يوم مسكينا مد من طعام (٢٥٤/٤) ، أخرجه عبد الرزاق في المصنف ، في باب المريض في رمضان وقضائه (٢٣٧/٤) ، الحديث (٧٦٣٢ ، ٧٦٣٤) .

(٩) لفظ : [أن] ساقط من (م) . (١٠) في (م) ، (ع) : [يفهم] .

٦٧٦٣ - قلنا : الحج يقف وجوبه على المال ، فإذا عجز عن فعله لزمه تسليم ذلك المال إلى من يفعله ، والصيام لا يقف وجوبه على المال ، فلم يلزم فعله عنه . ولأنه لا فرق بينهما لأن وجوب الحج لما وقف على المال ، فلو حج عنه بغير مال دفع إلى الحاج لم يجز عنه عندنا ، كذلك الصوم لما لم يقع بتسليم مال صار نظيره من الحج أن يحج بغير شيء . ولأن الحج تصح [1] النيابة فيه حال الحياة ، والصوم بخلافه .

٦٧٦٤ - قالوا : النيابة تدخل في العبادات بحسب دخول الأموال فيها ، وتعلقها به ، بدليل : أن الزكاة مال محض ، فدخلت النيابة فيها بكل حال . والصلاة لا تعلق لها بالمال بوجه ، فلم تدخلها النيابة بوجه [2] ، والمال يتعلق بالحج في موضعين ، يجب بوجوده ، ويدخل في جبرانه ، فدخلت [3] النيابة في موضعين حال الحياة ، وبعد الوفاة ، والصيام يدخله المال في موضع [واحد ، وهو الجبر دون الوجوب ، فدخلته النيابة في موضع واحد] [4] .

٦٧٦٥ - قلنا : فالجهاد يقف وجوبه على وجود المال ، ولا تدخله [5] النيابة وركعتا الطواف تصح [6] النيابة فيها ، ولا مدخل للمال فيها .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يصح] .
(٢) في (م) : [فلم يدخلها النيابة لوجه] .
(٣) في (م) ، (ع) : [قد دخلت] .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) في (م) : [ولا يدخله] .
(٦) في (م) : [يصح] .

مسألة ٣٨٥

لا يجوز صوم يوم المتعة في أيام التشريق

٦٧٦٦ - قال أصحابنا : لا يجوز صوم يوم المتعة [١] في أيام التشريق [٢] .

٦٧٦٧ - وهو قول الشافعي في الجديد .

٦٧٦٨ - وقال في القديم : يجوز . وهل يجوز صومها عن غير المتعة ؟ فيه وجهان . أحدهما [٣] : لا يجوز ، والآخر : يجوز كل صوم له سبب من نذر وقضاء ، وكفارة ، وتطوع راتب [٤] .

٦٧٦٩ - لنا : ما روى أبو هريرة ﷺ « أن النبي ﷺ نهى عن صيام ستة أيام ، وذكر يوم النحر ، وأيام التشريق » [٥] وروي عن عبد الله بن خليفة [٦] « أن النبي ﷺ أمره أن

---

(١) في سائر النسخ : [يوم المتعة] بزيادة : [يوم] ، الصواب بدونها .

(٢) راجع المسألة في المبسوط ، في كتاب الصوم (٨١/٣) ، تحفة الفقهاء ، كتاب الصوم (٣٤٥/١) .

(٣) في (م) : [احديهما] .

(٤) قال الإمام الشافعي في مختصر المزني : وأنهى عن صيام يوم الفطر ويوم الأضحى وأيام التشريق لنهي النبي ﷺ عنها ، ولو صامها متمتع لا يجد هديا ، لم يجز عنه عندنا ، وقال النووي في المجموع : إن الأصح عند الأصحاب : هو القول الجديد : إنها لا يصح فيها صوم أصلا ، لا للمتمتع ولا لغيره ، والأرجح في الدليل : صحتها للمتمتع وجوازها له راجع تفصيل المسألة في مختصر المزني ، باب النهي عن صيام يوم الفطر والأضحى وأيام التشريق ص٥٩ حلية العلماء ، كتاب الصيام (١٧٨/٣ ، ١٧٩) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٤٤١/٦-٤٤٥) ، فتح العزيز مع الوجيز ، في القول في شرائط الصوم بذيل المجموع (٤٠٩/٦ ، ٤١٠-٤١٢) . وقال مالك ، وأحمد في إحدى روايتيه مثل قول الشافعي في القديم : يجوز صوم المتمتع في أيام التشريق . وقال أحمد في رواية أخرى مثل قول الحنفية ، والشافعي في الجديد : لا يجوز ذلك . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، في الذي ينذر صيامًا متتابعًا بعينه أو بغير عينه (١٩١/١) ، الرسالة الفقهية ص١٦١ ، الكافي لابن عبد البر ، باب ما لا يجوز صومه من الأيام (٣٤٦/١ ، ٣٤٧) ، بداية المجتهد ، كتاب الصيام الثاني (٣٢٠/١) ، الإفصاح (٢٤٨/١ ، ٢٤٩) ، المغني ، كتاب الصيام (١٦٤/٣ ، ١٦٥) ، المسائل الفقهية ، كتاب الصيام (٢٦٤/١ ، ٢٦٥) ، الكافي لابن قدامة ، باب صوم التطوع (٣٦٤/١) ، العدة مع العمدة ، باب صيام التطوع ص (١٥٨) .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٣٦٨) ، وأخرجه الطيالسي من حديث أنس ﷺ بلفظ : نهى رسول الله ﷺ عن صوم ستة أيام من السنة وذكر فيه أيام التشريق . في حديث يزيد بن أبان عن أنس ﷺ ص (٢٨١ ، ٢٨٢) ، الحديث (٢١٠٥) ، مجمع الزوائد باب ما نهى عن صيامه من أيام التشريق وغيرها (٢٠٣/٣) . راجع تخريجه أيضا في تلخيص الحبير (١٩٨/٢) ، الحديث (١٩٧) .

(٦) في سائر النسخ : عبد الله بن خليفة ، لعل الصواب : عبد الله بن حذافة . راجع ترجمته في تقريب =

ينادي في أيام التشريق : إنها أيام أكل وشرب »[١] وروى بشر بن سحيم ﷺ[٢] أن النبي ﷺ قال له : فأذن في الناس[٣] أنها أيام أكل وشرب في أيام منى »[٤] وروى قتادة[٥] عن أنس « أن النبي ﷺ نهى عن صيام خمسة أيام : يوم الفطر ، ويوم الأضحى ، وأيام منى الثلاثة »[٦] ، وروى أن عليًا ﷺ[٧] نادى بمنى على جمل[٨] أحمر ، أن النبي ﷺ قال : فيها « أيام أكل وشرب ، فلا يصم فيها أحد »[٩] ولأنه يوم

= التهذيب (٤٠٩/١) ، الترجمة (٢٥٢) ، وأما عبد الله بن خليفة الهمداني ، الكوفي ، فترجمته في الجرح والتعديل (٤٥/٥) ، الترجمة (٢١٢) ، وتقريب التهذيب (٤١٢/١) ، الترجمة (٢٧٦) .

(١) رواه الدارقطني ، في السنن ، باب طلوع الشمس بعد الإفطار (٢١٢/٢ ، ٢١٣) ، الحديث (٣٢ ، ٣٧) ، مسلم في الصحيح ، في باب تحريم صوم أيام التشريق (٤٦١/١) ، وأخرجه الطحاوي ، في المعاني باب المتمتع الذي لا يجد هدايا ولا يصوم في العشر (٢٤٤/٢-٢٤٦) . انظر مجمع الزوائد ، (٢٠٢/٣-٢٠٤) .

(٢) في (م) : [وروى سجم] ، وفي (ع) : [سحم] بالحاء ، وهو تصحيف ، ولفظ : [بشر بن] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . وبشر بن سحيم ، بمهملتين مصغرا ، الغفارى ، صحابي ، روى عنه نافع بن جبير بن مطعم . راجع ترجمته في الجرح والتعديل (٣٥٧/٢ ، ٣٥٨) ، الترجمة (١٣٦١) ، تقريب التهذيب (٩٩/١) ، الترجمة (٥٥) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فاذن الناس] بحذف : [في] .

(٤) حديث بشر بن سحيم ، أخرجه الطحاوي في المعاني باب المتمتع الذي لا يجد هَدْيًا ولا يصوم في العشر (٢٤٤/٢ ، ٢٤٥) ، الدارمي (٢٤/٢) . والبيهقي في الكبرى ، باب الأيام التي نهى عن صومها (٢٩٨/٤) ، وابن ماجه في سننه ، باب ما جاء في النهي عن صيام أيام التشريق (٥٤٨/١) الحديث (١٧٢٠) . قال البوصيري : هذا إسناد صحيح ، رواه النسائي في غير رواية ابن السني من طرق . في مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه (٢٦/٢ ، ٢٧) ، الحديث (٦١٩-١٧٢٠) .

(٥) قتادة بن دعامة السدوسي ، أبو الخطاب البصري ، الضرير ، المفسر ، تابعي ، ثقة ، روى عن أنس بن مالك وغيره . وروي عنه شعبة ، وهشام ، وسعيد ، وهمام . قال سعيد بن المسيب : ما أتاني عراقي أحفظ من قتادة وقال أحمد بن حنبل : كان قتادة أحفظ أهل البصرة ، لا يسمع شيئًا إلا حفظه . راجع ترجمته في تاريخ الثقات ص ٣٨٩ ، الترجمة (١٣٨٠) ، الجرح والتعديل (١٣٣/٧) ، الترجمة (٧٥٥) ، تقريب التهذيب (٢ - ١٢٣) ، الترجمة (٨١) .

(٦) حديث أنس ﷺ أخرجه الدارقطني من طريق بن أبي عروبة ، عن قتادة ، عن أنس ، بلفظ : أن النبي ﷺ نهى عن صوم خمسة أيام في السنة : يوم الفطر ، يوم النحر ، وثلاثة أيام التشريق (٢١٢/٢) الحديث (٣٤) .

(٧) في سائر النسخ : [عليه السلام] الأنسب ما أثبتناه .

(٨) في (م) : [حبل] ، مكان : [جمل] ، وهو تصحيف .

(٩) ذكر الهيثمي هذا الحديث ، عن أسامة الهذلي ، بلفظ : قال : بعث رسول الله ﷺ أيام منى رجلا على جمل أحمر فنادى أيها الناس إنها أيام أكل ، وشرب ، فلا تصوموا وعزاه إلى الطبراني في الأوسط وقال : وفيه =

نهى فيه عن صوم النفل المبتدأ ، فلم يصح فيه صوم التمتع ، كيوم النحر . ولأنه صوم لا يصح في يوم النحر ، فلم يصح في أيام التشريق ، أصله : قضاء رمضان . ولأنه صوم وجب بحكم التمتع ، كالسبع .

٦٧٧٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ ﴾ [1] .

٦٧٧١ - قالوا : نزلت هذه الآية يوم التروية ، فلم يبق للصوم وقت إلا يوم عرفة ، وأيام التشريق .

٦٧٧٢ - قلنا : نزلت لبيان الحكم في مستقبل الأيام ، فأما اليوم فكان معهم الهدى ، فلم يحتاجوا إلى الصوم في تلك السنة .

٦٧٧٣ - قالوا : روي أن عمر ﷺ قال : « رخص رسول الله ﷺ للمتمتع [2] إذا لم يجد الهدي ولم يصم الثلاثة في الحج ، أن يصوم أيام التشريق » [3] .

٦٧٧٤ - قلنا : رواه يحيى بن سلام [4] عن شعبة ، وهو ضعيف . ثم هذا الخبر يفيد الإباحة وما ذكرناه [5] يفيد الحظر ، فكان أولى . ولأن ما ذكرناه أكثر رواة وأشهر . ولأن بيانه وقع عامًّا ، فهو أولى مما لا يساويه في البيان ، وكذلك الجواب عن حديث الزهري عن عروة بن الزبير قال : قالت عائشة وعبد الله بن عمر ﷺ لم يرخص رسول الله ﷺ لأحد في صيام أيام التشريق إلا لمتمتع [6] أو محصر [7] . على أنه راوية [8]

= عبيد الله بن أبي حميد ، وهو متروك في مجمع الزوائد ، (٢٠٤/٣) ، وأخرجه الطحاوي في المعاني ، في باب المتمتع الذي لا يجد هديًا ولا يصوم في العشر (٢٤٥/٢ ، ٢٤٦) .

(١) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٢) في (م) ، (ع) : [للتمتع] ، وهو تصحيف .

(٣) أخرجه البخاري ، في الصحيح ، باب صيام أيام التشريق (٣٤١/١) ، وذكره ابن حجر في تلخيص الحبير من حديث عائشة ﷺ بهذا اللفظ ، خلا لفظ الحج ، مكان : العشر وعزاه إلى الدارقطني . راجعه في تلخيص الجبير (١٩٦/٢) ، الحديث (٨٩٢) . وأخرجه الدارقطني باب القبلة للصائم (١٨٦/٢) ، الحديث (٢٩) ، وأخرجه الطحاوي ، في المعاني ، باب المتمتع الذي لا يجد هديا ولا يصوم في العشر (٢٤٣/٢) .

(٤) في سائر النسخ : [يحيى بن مسلم] ، الصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) ، (ع) : [وما ذكرنا] . (٦) في (م) ، (ع) : [إلا التمتع] .

(٧) هذا الحديث ، أخرجه الدارقطني ، باب القبلة للصائم (١٨٦/٢) ، الحديث (٣١) ، الطحاوي في المعاني ، باب المتمتع الذي لا يجد هديا ولا يصوم في العشر (٢٤٣/٢) .

(٨) في (ع) : [على أنه رواية] ، وفى (م) : [على أن رواية] .

عبد الغفار بن القاسم ، عن الزهري ، وأخطأ في إسناده . وقد ذكر ابن المنذر عن ابن عمر ، وعائشة ، « أنه يصوم الثلاثة من حين يهل بالحج إلى يوم عرفة » (١) فلولا أنهما (٢) عرفا نسخ الرخصة ، لم يعتقدا خلاف ذلك ، وعلى أن عليًّا ﷺ يقول : « لا يجوز صيامها عن المتعة » .

* * *

(١) هذا الحديث ، أخرجه البيهقي ، في الكبرى باب من رخص للمتمتع في صيام أيام التشريق عن صوم التمتع (٢٩٨/٤) .

(٢) في (م) : [أنها] ، مكان : [أنهما] ، وهو تصحيف .

مسألة ٣٨٦

إذا تمضمض أو استنشق فوصل الماء إلى جوفه أو دماغه ، أفطر

٦٧٧٥ - قال أصحابنا : إذا تمضمض أو استنشق ، فوصل / الماء إلى جوفه ، أو دماغه أفطر [١] ، وهو قول الشافعي في القديم والأم .

٦٧٧٦ - وقال في البويطي ، والأمالي واختلاف العراقيين : لا يفطر [٢] ، ومن أصحابه من قال : لا فرق بين أن يبالغ ، ولا يبالغ في أنه لا يفطر ، ومنهم من قال : إن بالغ فوصل الماء إلى جوفه ، أفطر قولًا واحد [٣] .

٦٧٧٧ - لنا : قوله عليه [الصلاة و] [٤] السلام : « بالغ في المضمضة

---

(١) راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل ، كتاب الصوم (٢٠١/٢ ، ٢٣٧) ، كتاب الآثار ، باب ما ينقض الصوم ص٥٨ ، كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ، باب الصيام ص١٣٥ ، المبسوط ، كتاب الصوم (٦٦/٣ ، ٦٧) تحفة الفقهاء ، كتاب الصوم (٣٥٤/١) ، بدائع الصنائع ، كتاب الصوم فصل وأما ركنه (٩١/٢) .

(٢) قوله : [لا يفطر] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) قال الإمام النووي في المجموع : فحاصل الخلاف في المضمضة والاستنشاق إذا وصل الماء منهما جوفه أو دماغه ، ثلاثة أقوال : أصحها عند الأصحاب : إن بالغ أفطر وإلا فلا . والثاني : يفطر مطلقًا . والثالث : لا يفطر مطلقًا . والخلاف فيمن هو ذاكر للصوم عالم بالتحريم ، فإن كان ناسيًا أو جاهلًا لم يبطل بلا خلاف . راجع تفصيل المسألة في الأم ، باب الجماع في رمضان والخلاف فيه (١٠٢/٢) ، وباب الصيام من كتاب ما اختلف فيه أبو حنيفة وابن أبي ليلى عن أبي يوسف في الأم (١٤٥/٧) ، مختصر المزني ، باب النية في الصوم ص٥٨ ، مختصر البويطي ، في الصيام ، ورقة (٥٤أ) ، حلية العلماء ، كتاب الصيام (١٦٥/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٣٢٦/٦ ، ٣٢٧) ، فتح العزيز ، في الركن الثاني الإمساك عن المفطرات بذيل المجموع (٣٩٣/٦ ، ٣٩٤) . وقال المالكية مثل قول الحنفية : إن سبق الماء إلى حلقه في المضمضة والاستنشاق ، أفطر .قال مالك في المدونة : إن كان في رمضان أو في صيام واجب عليه فعليه القضاء ، ولا كفارة عليه ، وإن كان في تطوع ، فلا قضاء عليه . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، في المضمضة والسواك للصائم (١٧٩/١) . وقال أحمد : إذا سبق الماء إلى حلقه ولم يكن مبالغًا ، فلا يفسد صومه ، وإن كان مبالغا ، ففيه وجهان : أحدهما : لا يفطر . والثاني : يفطر . راجع تفصيل المسألة في الإفصاح ، (٢٤٠/١) ، المغني ، كتاب الصيام (١٠٨/٣) ، الكافي لابن قدامة ، باب ما يفسد الصوم وما يوجب الكفارة (٣٥٥/١) ، العدة مع العمدة ، باب ما يفسد الصوم ص١٥٤ .

(٤) الزيادة من (ع) .

والاستنشاق ، إلا أن تكون [١] صائمًا » [٢] ، رواه لقيط بن صبرة [٣] ، فلولا أن الماء إذا وصل أفطر ، لم يكن للنهى [٤] عن سببه معنى .

٦٧٧٨ - قالوا : نهى عن المشاتمة [٥] في الصوم ، وإن كانت لا تفطر [٦] .

٦٧٧٩ - قلنا : لأنها معصية نهى عنها ، حتى لا يبطل ثوابه ، والصيام فيه ، قربة ، لنا يجوز أن يكون النهي [٧] عنها حتى لا يقع بها الفطر [٨] ؛ ولأن المشروب وصل [٩] إلى جوفه مع ذكره للصوم ، كما لو شرب بنفسه .

٦٧٨٠ - فإن قيل : إذا [١٠] شرب فقد حصل الفطر بفعله ، وهذا مغلوب عليه ، وقد فرق بينهما ، بدلالة : من استقاء ، ومن ذرعه القيء [١١] ومن احتلم ، أو استمنى [١٢] .

٦٧٨١ - قلنا : هذا فاعل للسبب على وجه يمكن الاحتراز من المسبب . ألا ترى : أن الماء يصل بالنفس ، ويمكنه أن يتنفس ثم يتمضمض ، فصار كالمستقيء [١٣] ويبطل بمن قبّل فأنزل ؛ لأن القبلة توجد [١٤] بفعله ، ثم يصير مغلوبًا على تحرك [١٥] الشهوة ، ومع ذلك لا يمنع الإفطار . ولأنه عذر لا يوصف بالنسيان ، كالحيض ؛ وإن لم يكن

(١) في (م) : [يكون] .
(٢) حديث لقيط بن صبرة ، أخرجه أبو داود مطولًا ، وفيه : وبالغ في الاستنشاق إلا أن تكون صائما ، في كتاب الطهارة ، باب في الاستنثار (١/٤٠ ، ٤١) ، وبهذا اللفظ ، أخرجه الترمذي ، في الطهارة ، باب ما جاء في كراهية مبالغة في الاستنشاق (١/٦٦) ، وابن ماجه ، في الطهارة ، باب المبالغة في الاستنشاق والاستنثار (١/١٤٢) الحديث (٤٠٧) . وابن أبي شيبة في المصنف ، في الصيام ، في الصيام ، في من كره للصائم المبالغة في الاستنشاق (٢/٥١٢) ، راجع تخريجه أيضًا في هامش شرح السنة (١/٤١٥-٤١٧ ، ٦/٢٩٦) ، الحديث (٢١٣ ، ١٧٥٦) ، مصابيح السنة (٢/٨٠ ، ٨١) ، الحديث (١٤٣١) .
(٣) لقيط بن صبرة ، صحابي مشهور . راجع ترجمته في تقريب التهذيب (٢/١٣٨) ، الترجمة (٤) .
(٤) في (م) : [للمنهى] .
(٥) في (م) : [عن المسابمبه] ، وفي (ع) : [عن المسابمه] بدون نقط .
(٦) في (م) : [لا يفطر] .
(٧) في (م) ، (ع) : [المنهى] .
(٨) في (ص) : [لا يقع الفطر بها] بالتقديم والتأخير .
(٩) في (م) ، (ع) : [وقع] ، مكان : [وصل] .
(١٠) في (ع) : [فإذا] .
(١١) في (م) ، (ع) : [من استفاد من درعه الفى] .
(١٢) في (ع) : [ومن استمنى] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [كالمسعى] ، وهو تصحيف .
(١٤) في (م) : [يوجد] .
(١٥) في (م) ، (ع) : [علىتحريك] .

باختياره ، كالمقبل أنه مأذون في القبلة إذا أمن ، فإذا فعلها وهو ممن يأمن [١] فأنزل فهو مغلوب ، ومع ذلك يفطر .

٦٧٨٢ - فإن قيل : القبلة منهي عنها والمضمضة مأذون فيها .

٦٧٨٣ - قلنا : نحن قسنا على القبلة فيمن يأمن [٢] على نفسه ، وذلك مأذون ، وهذا الكلام هل يصح [٣] ممن يسوي [٤] بين المبالغة وغيرها ؟ لأن المبالغة منهي عنها ، وما يصل بها لا يفطر عنده .

٦٧٨٤ - فإن قيل : هذا يبطل إذا نظر فأنزل .

٦٧٨٥ - قلنا : لم يؤذن [٥] له في النظر على وجه يأمن ، بل أذن له فيها مطلقا .

٦٧٨٦ - احتجوا : بقوله عليه [الصلاة و] [٦] السلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه » [٧] .

٦٧٨٧ - قلنا : المراد : مأثم الخطأ ، وليس المراد به : حكم الخطأ ، وقد بينا ذلك فيما تقدم . ولأن المعنى المفطر ليس يقف على فعله ، وإنما يقف بوصول [٨] واصل إلى الجوف وذلك لا يوصف بعمد ولا خطأ ، فلا يتناوله [٩] الخبر .

٦٧٨٨ - قالوا : وصل إلى جوفه بغير اختياره ، فوجب أن لا يفطر ، أصله : الذباب وغبار الطريق والدقيق .

٦٧٨٩ - قلنا : الذباب يصل على وجه لا يفطر ؛ لأنه يخرج حيًّا على هيئته ، فلم يفطر وصوله ، والماء لا يصل على وجه لا يفطره ، ولأنه لا يخرج على هيئته ، فلذلك فطره وصوله . ولأن الذباب مختلف في بقاء الصوم مع عمده ، فجاز أن يخف حاله عند عدم القصد [١٠] ، والطعام والشراب لا يسوغ الاجتهاد في بقاء الصوم مع حال

---

(١) في (م) ، (ع) : [تأمن] . (٢) في (م) ، (ع) : [تأمن] .
(٣) في (ص) : [هل يصح] ، ولفظ : [يصح] ساقط من (ع) ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٤) في (م) ، (ع) : [سوى] . (٥) في (م) ، (ع) : [لم يأذن] .
(٦) الزيادة من (ع) .
(٧) راجع تخريج الحديث في الهداية في تخريج أحاديث البداية (١/١٦٧-١٦٩) ، الحديث (٢٣) .
(٨) في (م) ، (ع) : [موصول] ، وهو تصحيف .
(٩) في (م) ، (ع) : [ولا يتناوله] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [عند قصد العمد] ، وهو خطأ .

العمد ، فجاز أن يفطره عند عدم القصد . ولأن ما لا يقصد به الأكل ، والشرب ، حكمه أخف ممن يقصده فلم يجز إلحاق التبع [١] بالمتبوع ، فترتب الحكم ، فإذا تناول ما يقصد بالتناول باختياره أفطر ولزمته الكفارة . فإذا [وصل بغير اختياره ، فالقضاء ، دون الكفارة ، وما لا يقصد بالتناول إذا] [٢] وصل باختياره فطره ، ولم يلزمه الكفارة وإن وصل بغير اختياره ، لم يفطره .

٦٧٩٠ - قالوا : الفطر يقع بالواصل والخارج - وهو [٣] القيء - ثم ثبت أن الفطر بالخارج يقع في حق المختار ، دون المغلوب ، فكذا [٤] الواصل .

٦٧٩١ - قلنا : القيء يوجد سببه باختياره ، وقد يحصل المسبب ، ولا يحصل السبب ، وإذا حصل غلب وأفطر ، كذلك المضمضة تحصل [٥] باختياره ، وقد يصل منها وقد [٦] لا يصل ، فإذا وصل مغلوبًا أفطر ، فلا فرق بينهما .

٦٧٩٢ - قالوا : هذا أعذر من الناسي .

٦٧٩٣ - قلنا : بل الناسي أعذر منه [٧] ؛ لأن الإنسان لا يمكنه أن يحترز من النسيان ويمكنه الاحتراز من وصول الماء بالمضمضة .

* * *

---

(١) في (م) : [البيع] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في سائر النسخ : [وهى] والصواب ما أثبتناه .

(٤) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يحصل] .

(٦) أثبتنا الزيادة لمقتضى السياق .

(٧) لفظ : [منه] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٣٨٧

إذا أقطر في إحليله لم يفطر كالحجامة

٦٧٩٤ - قال أصحابنا : إذا أقطر في إحليله لم يفطر ، كالحجامة [١] ولأن ما يقطر في الإحليل لا يصل إلى الجوف ولا الدماغ ، فصار [٢] كالجراحة التي لا تنفذ [٣] .

٦٧٩٥ - احتجوا : بأنه مفسد يقع الفطر بالخارج منه ، فكذلك بالواصل ، كالفم .

٦٧٩٦ - قالوا : ولأن الفطر [٤] بالواصل أعظم ، بدلالة : الذي [٥] يفطر بالواصل منه دون الخارج ، فإذا أفطر في مسألتنا بالخارج [فالواصل [٦] أولى .

٦٧٩٧ - قلنا : إن أردتم أنه يفطر بالواصل منه دون الخارج ، فإذا أفطر في مسألتنا

---

(١) وفي كتاب الأصل : قال أبو حنيفة ومحمد : إن أقطر في إحليله ، فلا قضاء عليه . وقال أبو يوسف : عليه القضاء . ثم إن محمدا شك في ذلك ووقف فيه ، وقال السمرقندي في التحفة : وأما الإقطار في الإحليل : فلا يفسد الصوم عند أبي حنيفة ، وعندهما : يفسد ثم قال : وروى الحسن عن أبي حنيفة : مثل قولهما . وهو الصحيح . راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل ، كتاب الصوم (٢١٢/٢) ، مختصر الطحاوي ، كتاب الصيام ص٥٤ ، ٥٥ المبسوط ، كتاب الصوم (٦٧/٣ ، ٦٨) ، متن القدوري ، كتاب الصوم ص ٢٤، ٢٥ ، تحفة الفقهاء ، كتاب الصوم (٣٥٥/١ ، ٣٥٦) ، بدائع الصنائع (٩٣/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٣٤٤/٢) البناية مع الهداية (٦٧٤/٣ ، ٦٧٥) .

(٢) لفظ : [فصار] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) سقط من سائر النسخ قول الشافعي . قال الشافعي رحمه الله : يفطر . قال النووي في المجموع : وأما إذا أقطر في إحليله شيئًا ، ولم يصل المثانة ، أو زرق فيه ميلا : ففيه ثلاثة أوجه ، أصحها : يفطر ، وبه قطع الأكثرون ، ثم قال : والثاني : لا . والثالث : إن جاوز الحشفة أفطر ، وإلا فلا . راجع تفصيل المسألة في ، حلية العلماء كتاب الصيام (١٦٢/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٣١٢/٦ ، ٣١٤ ، ٣٢٠) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٣٧٠/٦ ، ٣٧١) . وقال المالكية ، والحنابلة : إن أقطر في إحليله شيئًا ، لم يبطل صومه . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، في القبلة والمباشرة والحقنة والسعوط ، والحجامة ، وصب الدهن في الأذن للصائم (١٧٧/١) ، شرح الزرقاني (٢١٢/٢) ، الإفصاح ، باب الصيام (٢٤٦/١) ، المغني ، كتاب الصيام (١١١/٣) الكافي لابن قدامة (٣٥٣/١) ، العدة مع العمدة ص١٥٤ ، ١٥٥ .

(٤) في (ع) : [المفطر] ، وهو تصحيف .

(٥) في (ص) : [المذى] .

(٦) في (م) : [فالوصل] .

بالخارج] [١] ، فالواصل إلى الجوف أولى [٢] وإن أردتم الواصل مطلقًا ، بطل بما وصل إلى الفم ، ولم يصل إلى الجوف [٣] لا يقع به الفطر .

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في سائر النسخ : [فالواصل أولى إلى الجوف] ، الصواب ما أثبتناه بتأخيره : [أولى] .
(٣) في سائر النسخ : [ولم يصل إلى الجوف] ، لعل الصواب : [ومالم يصل إلى الجوف لا يقع به الفطر] .

مسألة ٣٨٨

إذا اشتبهت الشهور فصام قبل رمضان لم يجزئه

٦٧٩٨ – قال أصحابنا : إذا اشتبهت الشهور فصام قبل رمضان ، لم يجزه [١] .

٦٧٩٩ – وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وله قول آخر : إنه يجزيه إذا علم بعد مضي رمضان ، فإن علم قبل مضيه لم يجزئه [٢] .

٦٨٠٠ – لنا : أنه أدى العبادة قبل وجوبها ، ووجود سبب وجوبها ، فصار كمن أداها مع العلم ، أصله : الصلاة قبل الوقت . ولا يلزم العصر بعرفة ؛ لأنه يؤدى قبل وقتها مع العلم ، ولأنه صام قبل وجوب الصوم ، فلم يجزئه ، كمن صام في الكفارة قبل الحرج . ولأنها عبادة مؤقتة ، فأداؤها قبل وقتها باجتهاد كأدائها مع العلم ، أصلها : الصلاة . ولأن كل عبادة تتعلق [٣] بأدائها وجوبها [٤] لم يتعين ذلك إذا علم بوقتها ، كالزكاة .

٦٨٠١ – احتجوا : بأنها عبادة تجب [٥] في إفسادها الكفارة ، فإذا أداها باجتهاد قبل وقتها أجزأه ، كالحج .

٦٨٠٢ – قلنا : هذا غير مسلم ؛ لأن عندنا إن وقفوا يوم النحر جاز [٦] ، وإن وقفوا

---

(١) راجع المسألة في الأصل ، كتاب الصوم (١٩٧/٢) ، المبسوط ، كتاب الصوم (٥٩/٣) ، بدائع الصنائع كتاب الصوم (٨٦/٢) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في الأم ، (١٠١/٢ ، ١٠٢) ، حلية العلماء ، كتاب الصيام (١٥٢/٣ ، ١٥٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٢٨٤/٦-٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٨٨) ، فتح العزيز ، في القول في ركن الصوم بذيل المجموع (٣٣٧/٦-٣٤٠) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما مثل قول الحنفية ، وأحد قولي الشافعية : من التبس عليه الشهور فصام قبل رمضان فإنه لا يجزئه . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، فيمن التبست عليه الشهور فصام رمضان قبل دخوله أو بعده (١٨٣/١) ، الكافي لابن عبد البر ، باب مايوجب الصيام وحكم النية فيه (٣٣٧/١) ، الإفصاح ، (٢٥٠/١) ، المغني ، كتاب الصيام (١٦١/٣ ، ١٦٢) ، الكافي لابن قدامة ، كتاب الصيام (٣٤٩/١) ، العدة مع العمدة ، كتاب الصيام ص١٤٩ ، ١٥٠ .

(٣) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

(٤) في (م) ، (ع) : [باداء وجوبها] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٦) لفظ : [جاز] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

يوم التروية لم يجز ، فالحج والصوم سواء .

٦٨٠٣ - فإن قالوا : في الحكم فوجب أن يجوز فيها حال الاشتباه [١] ما لا يجوز في غيرها .

٦٨٠٤ - قلنا : بموجبها [٢] في جواز الصوم عن رمضان قبل أن يعلم بدخول [٣] وقته .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [الأشتباه] .

(٢) في (م) : [بموجها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بدخول] .

مسألة ٣٨٩

إذا أفاق المجنون في شهر رمضان لزمه قضاء ما مضى منه

٦٨٠٥ - قال أصحابنا : إذا أفاق المجنون في شهر رمضان ، لزمه قضاء ما مضى منه ، وإن استوعب الجنون [١] الشهر لم يلزمه .

٦٨٠٦ - وذكر في المنتقى عن أبي يوسف : أن الجنون [٢] الأصلي والطارئ سواء . وروى ابن سماعة عن محمد : أن [٣] من بلغ مجنونًا ثم أفاق في بعض الشهر ، لم يلزمه القضاء ، كالصبى إذا بلغ [٤] .

٦٨٠٧ - وقال الشافعي : يصوم ما بقي ، ولا يقضي بعضه . ومن أصحابه من قال : يقضي ، وإذا طرأ الجنون على الصوم [٥] أبطله ، كالحيض [٦] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بدخول] .

(٢) في (م) ، (ع) : [المجنون] .

(٣) في (ص) ، (م) : [المجنون] .

(٤) راجع تفصيل المسألة في كتاب الأصل ، كتاب الصوم (٢٢٨/٢ ، ٢٢٩) ، الجامع الصغير ، باب من أغمي عليه أو جن والغلام يبلغ ، والنصراني يسلم ، والمسافر يقدم ص١٣٨ ، مختصر الطحاوي ، كتاب الصيام ص٥٥ المبسوط ، كتاب الصوم (٨٨/٣ ، ٨٩) ، متن القدوري ، كتاب الصوم ص٢٥ ، تحفة الفقهاء ، كتاب الصوم (٣٥٠/١) ، بدائع الصنائع ، كتاب الصوم ، فصل وأما شرائطها (٨٨/٢ ، ٨٩) ، فتح القدير وبذيله العناية (٣٦٦/٢-٣٦٩) ، البناية مع الهداية (٧٠٩/٣-٧١٢) .

(٥) في : [وإذا طرأ المجنون على المجنون على الصوم] ، وفى (ع) : [وإذا طرأ الجنون على المجنون على الصوم] ، الصواب ما أثبتناه .

(٦) قال الإمام النووي في المجموع : وإذا أفاق أي المجنون لا يلزمه قضاء ما فاته في الجنون ، سواء قل أو كثر وسواء أفاق بعد رمضان أو في أثنائه ، هذا هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع المصنف والجمهور ، وفيه وجه شاذ : أنه يلزمه مطلقا ، ثم قال : وفيه وجه ثالث : وهو مذهب أبي حنيفة والثوري : أنه إن أفاق في أثناء الشهر ، لزمه قضاء ما فاته ، وإن أفاق بعده ، فلا قضاء . راجع تفصيل المسألة في حلية العلماء ، كتاب الصيام (١٤٤/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٢٥٤/٦) ، فتح العزيز في القول في السنن بذيل المجموع (٤٣٢/٦ ، ٤٣٣) . وقال مالك : الجنون لا يسقط القضاء ، كالإغماء . قال ابن جزى الغرناطى من المالكية : فأما المجنون : فلا يصح صومه ، والقضاء يجب عليه مطلقا في المشهور . وقيل : لا يجب عليه قضاء ما كثر من السنين . وقيل : إن بلغ مجنونا لم يقض ، بخلاف من بلغ صحيحا ثم جن . راجع تفصيل المسألة في الكافي لابن عبد البر ، باب على من يجب الصوم ... إلخ (٣٣٠/١ ، ٣٣١) ، المقدمات الممهدات ، كتاب الصيام (٢٤٠/١) . وقال أحمد في رواية مثل قول الشافعي : إذا أفاق المجنون في أثناء الشهر لزمه =

٦٨٠٨ – لنا : قوله تعالى : ﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُۖ ﴾ [١] ، وهذا عامٌّ فيمن [٢] شهد بعضه أو كله ، يقال [٣] : شهدت الحرب ، وشهدت الجماعة . وإن أدرك بعضها ، فاقتضت الآية وجوب جميع الصوم على من شهد بعضه أو جميعه .

٦٨٠٩ – فإن قيل : المراد بالآية [٤] من شهده بالإفاقة [٥] .

٦٨١٠ – قلنا : والتكليف مراد ، فكأنه [٦] قال : من شهده بالإفاقة [٧] مكلفًا ، وهما لا يتنافيان ، وكذلك نقول [٨] .

٦٨١١ – فإن قيل : المراد بالآية : فمن شهد بعض الشهر ، فليصم ذلك البعض .

٦٨١٢ – قلنا : إذا كان قوله : ﴿ فَمَن شَهِدَ ﴾ عام ، فمن [٩] شهد البعض مثله ؛ لأن قوله : « فليصم » كناية واحدة ، ولا يراد بها أمران مختلفان .

٦٨١٣ – ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوۡ عَلَىٰ سَفَرٖ فَعِدَّةٞ مِّنۡ أَيَّامٍ أُخَرَۚ ﴾ [١٠] ، والجنون نوع مرض ، فاقتضت الآية وجوب القضاء على المجنون بكل حال إلا ما منع منه دليل .

٦٨١٤ – فإن قيل : الجنون عارض في العقل ، وليس [١١] بمرض .

٦٨١٥ – قلنا : هو عارض في البدن ، يغير العقل ، وهو فساد ، خلط السوء يبين ذلك : [١٢] أن من وقف على مداواة المرض [١٣] جاز صرف وصفه إلى مداواة المجانين ، ولأنه معنى لا ينافي حكم الحول ، فلا يمنع وجوب قضاء الصوم ، كالحيض ، والجنون ،

= صوم ما بقي من الأيام ، ولا قضاء عليه لما مضى . وفي رواية أخرى مثل قول الحنفية ومالك : يلزمه صوم ما بقى ، ويقضي ما مضى . أما إذا أفاق بعد مضي الشهر : ففي وجوب القضاء عنه روايتان ، في رواية : يجب القضاء ، وفي الأخرى : لا يجب . راجع تفصيل المسألة في الإفصاح ، باب الصيام (١/ ٢٥١، ٢٥٢) ، المغني ، كتاب الصيام (١٥٦/٣) ، الكافي لابن قدامة ، كتاب الصيام (٣٤٤/١) .

(١) سورة البقرة : الآية ١٨٥ .
(٢) في (م) ، (ع) : [فمن] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يقول] .
(٤) قوله : [بالآية] ساقط من (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [بالإقامة] .
(٦) في (م) ، (ع) : [وكأنه] .
(٧) في (م) ، (ع) : [بالإقامة] .
(٨) في (م) : [يقول] .
(٩) في (م) ، (ع) : [فيمن] .
(١٠) البقرة : ١٨٤ .
(١١) في (م) ، (ع) : [ليس] بدون العطف .
(١٢) في (م) ، (ع) : [خلط السوداوين ذلك] ، مكان المثبت .
(١٣) في (م) ، (ع) : [المريض] .

والإغماء وعكسه الكفر إذا كان سببه معصية . ولأنها عبادة لا تجب في السنة إلا [١] مرة . فإذا اعترض الجنون في وقتها لا يسقط فرضها عنه ، كالزكاة ، والحج . ولأنه ركن من أركان الشريعة مؤقت فإذا أدرَك بالإفاقة [٢] جزءا من أول الوقت ؛ لأن ذلك ليس بوقت للوجوب ولأن كل معنى إذا حصل بسبب معصية لم يقف القضاء ، كذلك إذا حصل بغير معصية كالنفاس .

٦٨١٦ - والدليل على أن النية إذا صحت من الليل لم يناف الجنون الصوم ؛ لأنه معنى ينقض الطهارة الصغرى دون الكبرى ، فلا ينافي [٣] الإمساك ، فصار كالنوم [٤] . ولأن الجنون لا ينقض الطهارة الكبرى ، ولا يحبط ثواب الأعمال ، ولا يضاد الإمساك ، ولا يبطل الصوم ، كالمرض والنوم . ولا يلزم القيء لأنه ينافي الإمساك مما يتراجع [٥] منه إلى الجوف .

٦٨١٧ - وإذا ثبت هذا قلنا : ما لا ينافي صحة الصوم لا ينافي القضاء ، كالنوم والإغماء . ولا يلزم إذا أطبق الشهر ؛ لأن المانع ليس هو الجنون [٦] ، وإنما المانع : أنه لم يدرك جواز وقت العبادة بالتكليف . ولأن اعتراض الجنون في بعض الشهر لا يمنع وجوب صومه ، أصله : إذا جن بالليالي .

٦٨١٨ - احتجوا : بقوله عليه / [الصلاة و] [٧] السلام : « رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق » [٨] . /٨٦

---

(١) لفظ : [إلا] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [بالإقامة] .

(٣) في (ع) : [فلا يناف] .

(٤) في (م) ، (ع) : [كاليوم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فيما يتراجع] .

(٦) في (ع) : [ليس الجنون] ، بحذف : [هو] ، وفي (م) : [المجنون] ، مكان : [الجنون] .

(٧) الزيادة من (ع) .

(٨) هذا الحديث ، أخرجه أصحاب السنن الأربعة وغيرهم بألفاظ متقاربة . أخرجه أبو داود من حديث عائشة وعلي رضي الله عنهما في كتاب الحدود ، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدًّا (٤٩٣/٢ ، ٤٩٤) ، والترمذي من حديث علي رضي الله عنه ، في كتاب الحدود ، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد (٣٢/٤) ، الحديث (١٤٢٣) ، والنسائي من حديث عائشة رضي الله عنها في كتاب الطلاق ، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج (١٥٦/٦) ، وابن ماجه من حديث عائشة ، وعلي رضي الله عنهما في كتاب الطلاق ، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم (٦٥٨/١ ، ٦٥٩) ، الحديث (٢٠٤١ ، ٢٠٤٢) ، وأحمد في المسند ، من حديث علي ، وعائشة رضي الله عنهما (١٥٨/١ ، ١٠٠/٦ ، ١٠١) ، وابن الجارود في المنتقى ، من حديث عائشة رضي الله عنها في باب الحدود ص٢٠٥ ، الحديث (٨٠٨) ، والحاكم في المستدرك من حديث علي ، وأبي قتادة (٢٥٨/١ ، ٣٨٩/٤) وأخرجه البخاري =

٦٨١٩ - قلنا : هذا يقتضي ارتفاع الخطاب عنه في حال جنونه [1] ، والكلام بيننا [2] في وجوب القضاء عند إفاقته ، والخبر لا يدل على هذا .

٦٨٢٠ - فإن قيل : إذا لم يخاطب بالأصل لا يخاطب [3] بالقضاء .

٦٨٢١ - قلنا : يبطل بالحائض ، والنفساء ، والمغمي عليه ، والمريض ، والنائم .

٦٨٢٢ - قالوا : معنى إذا وجد في جميع الشهر لم يجب قضاءه ، فإذا [4] وجد في بعضه لم يجب قضاؤه ، أصله : الصغر والكفر ، وعكسه النفاس .

٦٨٢٣ - قلنا : إذا جن بالليل فأفاق في كل يوم قبل الفجر ، فلم يبق هذا العارض [5] ، لو غم الشهر لم يجب القضاء ، وإذا [6] وجد في بعضه وجب القضاء ، ولأنه إذا وجد في جميع الشهر ، لم يدرك بالتكليف جزءا من وقت العبادة ، وإذا أفاق فقد أدرك جزءا منها ، وفرق في الأصول بينهما ، بدلالة الصلاة .

٦٨٢٤ - وقد بينا فيما مضى أن الصوم في الشهر عبادة واحدة وأن جزءا منها واحد [7] . ولأن البلوغ جعل في الشريعة حدًّا للخطاب ، فلم يجز أن يوجب ما تقدم عليه ؛ لأنه إبطال للحد الشرعي ، والإفاقة لم تجعل [8] في الشرع حدًّا للتكليف بدلالة : أن الخطاب قد يتقدم على الجنون ، فتثبت [9] التكليف ، ثم يسقط ويعود ، فلم تكن [10] الإفاقة جزءا ، وإيجاب ما تقدمها لا يمنع ، فأما الكفر فجميعه ينافي القرب ويبطلها ، فإذا زال لم يجز [11] إيجاب ما تقدم . ولأن الإسلام جعلته الشريعة مسقطًا

= في الصحيح تعليقا بقول علي ﷺ في كتاب الطلاق ، باب الطلاق في الإغلاق والمكره والسكران والمجنون (٢٧٢/٣) . راجع تخريجه أيضًا في هامش شرح السنة (٢٢٠/٩ ، ٢٢١) ضمن الحديث (٢٣٥٦) ، مصابيح السنة (٤٥٧/٢ ، ٤٥٨) ، الحديث (٢٤٥٦) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (٩٦/١-١٠٢ ، ١٧٧/٥ ، ١٧٨) ، الحديث (٨٠٩/٤) .

(١) في (م) ، (ع) : [في حال حياته] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ينافى] ، مكان : [بيننا في] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يخاطب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وإذا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلم ينو بهذا العارض] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وإن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [واحدا] .

(٨) في (م) : [لم يجعل] .

(٩) في (ع) : [فثبت] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فيعود فلم يكن] .

(١١) في (م) ، (ع) : [لم يجب] .

لما تقدم عليه في التفريط في القرب ، فلم يجز إيجاب القضاء مع وجود المعنى المسقط ؛ والإفاقة (١) ليس كذلك ، فإنها لا تسقط (٢) عن ذمة المجنون ماتقدم عليها فعلا له قضاء ما كان عليه قبل جنونه (٣) . ولأن الجنون له شبه بالإغماء ؛ لأنه يطول ويقصر ويؤثر في التمييز ، وله شبه بالصغر ؛ لأنه يستحق الولاية فأعطى الشبه .

٦٨٢٥ – فقلنا : إن استغرق الوقت ألحقناه بالصغر ، وإن لم يستغرق ألحقناه بالنوم .

٦٨٢٦ – قالوا : صوم فات في حالة (٤) جنونه ، فلا يجب قضاؤه ، أصله : إذا استغرق جميع الشهر ، وإذا أفاق المجنون الأصلى في بعض الشهر .

٦٨٢٧ – قلنا : قد بينا الفرق بين استغراق المدة بالجنون وبين الإفاقة في بعضها وقصرناه (٥) بوقت الصلاة . فأما إذا بلغ الصبى مجنونًا فأفاق في بعض الشهر ، فقد بينا أن عليه القضاء على ما روي عن أبي يوسف ، وهو الصحيح فأما على قول محمد فإن الجنون إذا تخلل بين التكليفين صار عارضا ، فمتى زال في الوقت فكأنه قال : لم يعرض فيه ، وإذا بلغ واستمر به (٦) الجنون ، فالبلوغ لم يؤثر في التكليف ، فصار حال الإفاقة كابتداء البلوغ .

* * *

(١) في (م) : [وإلا قاله] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لا يسقط] .
(٣) في (ع) : [جنون] .
(٤) في (م) ، (ع) : [حال] .
(٥) في (م) ، (ع) : [وكسرناه] ، وفى (ص) : [ولصرناه] ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٦) في (م) ، (ع) : [فيه] .

مسألة ٣٩٠

يستحب السواك للصائم أول النهار وآخره

٦٨٢٨ - قال أصحابنا : يستحب السواك للصائم أول النهار وآخره (١) .

٦٨٢٩ - وقال الشافعي : يستحب في أوله ، ويكره في آخره (٢) .

٦٨٣٠ - لنا : ما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « خير خصال الصائم السواك » (٣) . وهذا عامٌّ في أول النهار وآخره . ولأن (٤) السواك خير خصال غير الصائم ، فتخصيص الصائم لا فائدة له ، إلا أنه يزيل الرائحة حتى لا يتأذى به الناس والملائكة إذا قرأ القرآن .

٦٨٣١ - ويدل عليه : ما روى إبراهيم بن يوسف البلخي ، أخو عصام بن يوسف (٥) .

---

(١) راجع المسألة في الأصل ، كتاب الصوم (٢٤٤/٢) ، كتاب الحجة ، باب السواك للصائم (٤١١/١) ، الجامع الصغير ، باب فيما يوجب القضاء والكفارة وفيما لا يوجبه ص١٤١ ، مختصر الطحاوي ، كتاب الصيام ص٥٦ المبسوط ، كتاب الصوم (٩٩/٣) ، تحفة الفقهاء ، كتاب الصوم (٣٦٧/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان ما يسن ويستحب للصائم (١٠٦/٢) ، فتح القدير وبذيله العناية ، (٣٤٨/٢ ، ٣٤٩) ، البناية مع الهداية (٦٨٢/٣-٦٨٥) .

(٢) قال الإمام الشافعي في الأم : ولا أكره السواك بالعود الرطب واليابس وغيره يكره ، وأكرهه بالعشي لما أحب من خلوف فم الصائم ، وإن فعل ، لم يفطره . راجع المسألة في الأم ، (١٠١/٢) ، مختصر المزني ، ص٥٩ ، فتح العزيز بذيل المجموع (٤٢١/٦-٤٢٣) . وقال مالك مثل قول الحنفية : لا بأس بالسواك للصائم في أول النهار وآخره . قال الباجي في المنتقى : وهذا إذا كان السواك يابسا ، فإن كان رطبا له طعم ، فإنه يكره السواك به في جميع النهار . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، في المضمضة والسواك للصائم (١٧٩/١ ، ١٨٠) ، الرسالة الفقهية ص١٦٠ المنتقى ، في جامع الصيام (٧٥/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، باب جامع في الصيام (٣٥٢/١) ، شرح الزرقاني (٢١٢/٢ ، ٢١٣) . وقال أحمد في أصح روايتيه مثل قول الشافعي : يكره للصائم السواك بعد الزوال . وقال في رواية ثانية : لا يكره له ذلك . راجع تفصيل المسألة في المسائل الفقهية ، كتاب الصيام (٢٦٦/١ ، ٢٦٧) ، المغني ، كتاب الصيام (١١٠/٣) .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن ، في باب السواك للصائم (٢٠٣/٢) ، الحديث (٦) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب السواك للصائم (٢٧٢/٤) ، وابن ماجه من هذا الوجه ، بلفظ : من خير خصال الصائم السواك ، في السنن باب ما جاء في السواك والكحل للصائم (٥٣٦/١) ، الحديث (١٦٧٧) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لأن] بدون العطف .

(٥) إبراهيم بن يوسف بن ميمون : أبو إسحاق الباهلي ، البلخي ، الماكياني ، مفتي بلخ ، حدث عن مالك ، =

٦٨٣٢ - قال : حدثنا أبو إسحاق : قال سألت عاصمًا الأحول [١] أيستاك الصائم ؟ قال نعم [قلت : برطب السواك ويابسه ؟ قال : نعم ، قال : قلت : أول النهار وآخره ؟ قال : نعم] [٢] قلت : عمن ؟ قال : عن أنس بن [٣] مالك ، عن النبي ﷺ [٤] .

٦٨٣٣ - وقولهم : أبو إسحاق ضعيف ، ليس بشيء ؛ لأنه فقيه ، روى عنه إبراهيم ابن يوسف ، وهو فقيه . [وأصحاب الحديث [٥] يطعنون على من يكتب الفقه ويفتي بالرأي . ولأنه تطهير [٦] للفم لا يكره أول النهار ، فلا يكره [٧] آخره ، كالمضمضة] [٨] . أو نقول : تطهير للفم ، فلا يختلف بالغداة والعشى ؛ ولأن ما لا

= وحماد بن زيد ، وغيرهما ، وحدث عنه النسائي وخلق كثير ، صدوق ، وثقه النسائي ، وابن حبان ، كان فقيها بارعا ، شيخ زمانه تفقه على أبي يوسف ولزمه حتى برع . ذكر علي القاريء في ترجمته ، أنه إبراهيم بن يوسف روي عن أبي يوسف القاضي ، عن أبي حنيفة ، أنه قال : لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا ما لم يعرف ما أين قلنا . كان وفاته في جمادي الأول ، سنة تسع وثلاثين ومائتين . انظر ترجمته في الجرح والتعديل (١٤٨/٢) ، الترجمة (٤٨٨) ، سير أعلاء النبلاء (٦٢/١١ ، ٦٣) ، الترجمة (٢٥) المغني (٣١/١) ، الترجمة (٢١٥) ، الأنساب (٣٨٨/١) ، تقريب التهذيب (٤٧/١) ، الترجمة (٣٠٦) ، الفوائد البهية ص ١١، ١٢ . وعصام بن يوسف ، أبو عصمة البلخي ، كان هو وأخوه إبراهيم شيخا زمانهما . قال السمعاني : والمشهور- بهذه النسبة- عصام بن يوسف بن ميمون بن قدامة البلخي ، أخو إبراهيم بن يوسف ، يروى عن ابن المبارك ، روى عنه أهل بلده ، وكان صاحب حديث ثبتا في الرواية ، ربما أخطأ ، وكنيته : أبو عصمة ، وكان يرفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس منه ، وأخوه إبراهيم بن يوسف كان لا يرفع ، ومات عصام سنة عشر ومائتين ، هكذا ذكرهما أبو حاتم بن حبان في كتاب الثقات ، وقال الذهبي : روي عن سفيان ، وشعبة ، حدث عنه عبد الصمد بن سليمان وغيره ، ومات ببلخ سنة خمس عشرة ومائتين . قال القرشي : قال عصام كنت في مأتم ، وقد اجتمع فيه أربعة من أصحاب أبي حنيفة ، زفر ، وأبو يوسف ، وعافية ، وآخر . فأجمعوا على أنها لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا حتى يعلم من أين قلنا . راجع ترجمته في الكامل (٣٧١/٥) ، الترجمة (١٥٣٤/٥٦٦) ، الأنساب (٣٨٨/١) ، ميزان الاعتدال (٦٧/٣) الترجمة (٥٦٢٨) ، الجواهر المضية (٥٢٧/٢ ، ٥٢٨) ، الترجمة (٩٣٤) ، الفوائد البهية ص١١٦ .

(١) في (م) ، (ع) : [الاحوال] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وفى (ص) : [قال قلت] ، بزيادة : [قال] ، حذفها أفضل موافقا لكتب الحديث .

(٣) لفظ : [بن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) هذا الحديث : أخرجه الدارقطني ، في السنن ، في أول باب السواك للصائم (٢٠٢/٢) ، الحديث (١) ، والبيهقي في الكبرى ، باب السواك للصائم (٢٧٢/٤) .

(٥) في (م) : [الحدث] .

(٦) في (م) : [ولا يطهر] ، مكان المثبت .

(٧) لفظ : [يكره] ساقط من (م) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

يكره للصائم فعله قبل الزوال لا يكره بعده كالمضمضة ، وعكسه المبالغة . ولأنه تطهير شُنَّ (١) في أول النهار للصائم ، فلا يكره آخره ، كالاستنشاق .

٦٨٣٤ - احتجوا : بحديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : لخلوف فم (٢) الصائم أطيب عند الله من ريح المسك (٣) .

٦٨٣٥ - قلنا : هذا لا دلالة فيه ، فإن الله (٤) تعالى مدح الصائم ، فبين عليه [الصلاة و] (٥) السلام أن الرائحة التي تكره منه (٦) أفضل عند الله من الرائحة الطيبة . وهذا يدل على أنها لا تزال ، ألا ترى (٧) أن المضمضة تخففها ثم لا تكره (٨) ، والأكل بالليل يزيلها (٩) ولا يكره ، فكذلك لا تكره إزالتها بالسواك .

٦٨٣٦ - ولأن الخلوف الممدوح عليه ، هو رائحة الفم من خلو المعدة ، والسواك يزيل وسخ الأسنان ، ولا يزيل ما كان من المعدة ، فلم يصح استدلالهم .

٦٨٣٧ - احتجوا : بحديث ذكره الدارقطني ، عن أبي عمر كيسان (١٠) عن يزيد بن هلال عن علي ﷺ(١١) قال : « إذا صمتم فاستاكوا بالغداة (١٢) ولا تستاكوا (١٣) بالعشي فإنه ليس من صائم تيبس (١٤) شفتاه بالعشي إلا كانت نورا بين عينيه يوم

---

(١) في (م) ، (ع) : [نبين] .
(٢) في (م) : [ثم] ، مكان : [فم] .
(٣) هذا جزء من حديث أبي هريرة ﷺ ، أخرجه البخاري بطوله ، في الصحيح ، في باب هل يقول إني صائم إذا شتم ، (٣٢٦/١) ، ومسلم في الصحيح ، في باب فضل الصيام (٤٦٥/١ ، ٤٦٦) ، وعبد الرزاق في المصنف ، في باب فضل الصيام (٣٠٦/٤) ، الحديث (٧٨٩١) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في ما ذكر في فضل الصيام وثوابه (٤٢٣/٢) ، والترمذي في باب ما جاء في فضل الصوم (١٢٧/٣) ، الحديث (٧٦٤) والنسائي ، في ذكر الاختلاف علي أبي صالح في هذا الحديث (١٦٢-١٦٤) ، الدارمي ، في باب في فضل الصيام (٢٤/٢) ، والدارقطني ، (٢٠٣/٢) ، الحديث (٥) ، والبيهقي في الكبرى في باب من كره السواك بالعشي إذا كان صائما لما يستحب من خلوف فم الصائم (٢٧٣/٤ ، ٢٧٤) .
(٤) في (م) ، (ع) : [هذا دلالة فيه لأن الله] ، مكان المثبت .
(٥) الزيادة من (ع) .
(٦) في (م) : [يكره منه] .
(٧) في (ص) : [ألا يرى] وفى (ع) : [ألا ترى] وهو الذي اثبتناه في المتن .
(٨) في (م) ، (ع) : [يخففها ثم لا يكره] .
(٩) في (ع) : [لا يزيلها] .
(١٠) في (ص) : [عن أبي عمر بن كيسان] .
(١١) في سائر النسخ : [ﷺ] ، الأنسب ما أثبتناه .
(١٢) في (ع) : [بالغدة] .
(١٣) في (م) : [ولا يستاكوا] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [من صام تبلس] .

القيامة » [١] .

٦٨٣٨ - قال : ورواه كيسان أبو عمرو ، عن عمرو بن عبد الرحمن عن كتاب عن النبي ﷺ ، وهذا كتاب لا يحل أن يخلط بحديث رسول الله ﷺ ولا يغتر بها [٢] . فإن كيسان هو أبو عمرو ، الذي ينسب [٣] إليه الكيسانية ، وهو مشهور بالكفر ، ومن قال : بنبوة [٤] المختار ، وكان سادن [٥] الكرسي الذي زعم المختار ، أنه في هذه الأمة كالتابوت في بني [٦] إسرائيل ، وكيسان لعنه الله قتل محمد بن عمار بن ياسر [٧] بالسيف ؛ لأنه قدم عليهم وكذبوا على رسول الله ﷺ أحاديث وقالوا له : ترويها [٨] عن أبيك ، عن النبي ﷺ فأبى .

٦٨٣٩ - فقالوا : فنرويها [٩] وأنت حاضر ، فتمسك [١٠] فامتنع ، فقام له [١١] كيسان بالسيف فقتله ، فكيف يستحسن [١٢] ذكر هذا في كتاب العلماء ؟ ولولا خوفي [١٣] أن يغتر به [١٤] من لا يعرفه لم أتشاغل [١٥] بذكره لشهرة حاله .

٦٨٤٠ - قالوا : فقد روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما « أنه كان يستاك [١٦] ما بينه وبيني الظهر ، ولا يستاك بعد ذلك » [١٧] . وهذا لا يكون إلا توقيفًا .

---

(١) أخرجه الدارقطني ، في السنن في أول باب السواك للصائم (٢٠٤/٢) ، الحديث (٧) ، والبيهقي ، في الكبرى باب من كره السواك بالعشي إذا كان صائمًا لما يستحب من خلوف فم الصائم (٢٧٤/٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولا يعبر بها] ، وفى (ص) : [ولا يفتر بها] ، لعل الصواب : [لا يغتر به] .

(٣) في (م) ، (ع) : [نسب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بنيوة] بدون نقط .

(٥) قال ابن منظور : السادن : خادم الكعبة ، وبيت الأصنام ، والجمع : السدنة ثم قال : والسدنة : حجاب البيت وقومة الأصنام في الجاهلية . راجع في النهاية باب السين مع الدال (٣٥٥/٢) ، لسان العرب ، مادة سدن (١٩٧٧/٣) ، المصباح المنير (٢٥٦/١) .

(٦) لفظ : [بنى] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [وكيسان لعبد الله بن محمد] ، مكان المثبت .

(٨) في (م) ، (ع) : [يرويها] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فيرويها] .

(١٠) في (م) : [فيمسك] .

(١١) في (م) ، (ع) : [فقام إليه] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يستحل] .

(١٣) في (ع) : [ولا خوفى] ، بحذف : [لو] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [أن يعتبر به] .

(١٥) في (م) : [أشاغل] .

(١٦) في (م) : [يستان] .

(١٧) أخرجه عبد الرزاق ، في المصنف ، في باب السواك للصائم (٢٠٢/٤) ، الأثر (٧٤٨٨) ، وابن أبي شيبة ، في المصنف ، في من رخص في السواك للصائم (٤٥١/٢) ، الأثر (١٠) .

٦٨٤١ - قلنا : يجوز أن يكون تأول حديث أبي هريرة ﷺ إن ثبت هذا عنه .

٦٨٤٢ - قالوا : عبادة يتعلق عملها بالفم ، فكان للصوم تأثير فيها ، كالمضمضة .

٦٨٤٣ - قلنا : فلا يمنع الصوم من أصلها ، كالمضمضة . أو نقول : فإذا أمن منها إفساد الصوم لم يمنع منها ، كالمضمضة .

٦٨٤٤ - قالوا : أثر عبادة ، فوجب أن تكون إزالته ، كدم الشهيد .

٦٨٤٥ - قلنا : لما فارق دم الشهيد في جواز إزالته بالفطر ، ودم الشهيد لا يزال بحال ، دل على اختلافهما . ولأن دم الشهيد منع من إزالته ليكون علامة عليه [١] في الآخرة ، وهذا المعنى لا يوجد في الخلوف [٢] . ولأن الدم من أثار عبادة ظاهرة فجاز أن تشرع تبقيته [٣] والخلوف أثر عبادة باطنة فلم تشرع تبقيته أثرها [٤] .

* * *

---

(١) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) : [الحلول] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أن يشرع بنفسه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلم يشرع بنفسه أثرها] .

مسألة ٣٩١

إذا دخل في صوم التطوع وجب عليه بالدخول وإن أفسده لزمه القضاء

٦٨٤٦ - قال أصحابنا : إذا دخل في صوم التطوع وجب عليه بالدخول ، وإن أفسده لزمه القضاء ، وكذلك صلاة التطوع . وهل يكره له الفطر من غير عذر ؟ ذكر [١] في المنتقى عطفًا على قول أبي حنيفة : إذا أصبح صائمًا تطوعًا ، ثم بدا له [٢] أن يفطر ، فلا بأس بذلك ، ويقضيه . وكان أبو بكر الرازى [٣] يقول : إنه لا يكره له الفطر من غير عذر ؛ إلا أن العذر أخف من العذر في ترك الواجب ، فإن دعاه صديقه إلى طعامه ، فخاف أن يوحشه بالامتناع ، جاز أن يفطر [٤] .

٦٨٤٧ - وقال الشافعي : لا يجب عليه ذلك بالدخول ، فإن خرج منه لم يجب عليه القضاء [٥] . والكلام يقع في ذلك في ثلاثة فصول [٦] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ذكره] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ثم بدلا له] .
(٣) تقدم ترجمته ، هو صاحب أحكام القرآن ، أحمد بن على الجصاص .
(٤) راجع تفصيل المسألة في الأصل ، كتاب الصوم (٣٠٣/٢) ، كتاب الحجة ، باب الرجل يصيبه أمر يقطع صيامه (٣٩٥/١-٣٩٧) ، أحكام القرآن للجصاص باب لزوم صوم التطوع بالدخول فيه (٢٣٤/١-٢٤٠) ، المبسوط ، كتاب الصوم (٦٨/٣-٧٠) ، تحفة الفقهاء ، كتاب الصوم (٣٥١/١ ، ٣٥٢) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما حكم فساد الصوم (١٠٢/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، (٣٦٠/٢-٣٦٣) ، والبناية مع الهداية (٧٠٠/٣-٧٠٣) .
(٥) راجع تفصيل المسألة في الأم ، باب صيام التطوع (١٠٣/٢) ، مختصر المزني ، باب صوم التطوع ص٥٩ مختصر البويطي ، في الصيام ، ورقة (٥٣ب) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٣٩٢/٦-٣٩٨) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٤٦٤/٦ ، ٤٦٥) . وقال مالك : من دخل في صوم التطوع ، لزمه الإتمام ، فإن أفطر متعمدا فعليه القضاء ، وإن أفطر لضرورة فلا قضاء عليه . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، في الذي يصوم متطوعًا ويفطر من غير علة (١٨٣/١) ، الرسالة الفقهية ص (١٦٠) ، المنتقى ، في قضاء التطوع (٦٨/٢ ، ٦٩) ، الكافي لابن عبد البر ، باب صيام التطوع (٣٥٠/١) ، بداية المجتهد ، كتاب الصيام الثاني (٣٢٢/١ ، ٣٢٣) . وقال أحمد في رواية مثل قول الشافعي : من دخل في صيام تطوع استحب له إتمامه ولم يجب ، فإن خرج منه ، فلا قضاء عليه . وقال في الأخرى : عليه القضاء . قال ابن قدامة في الكافي : والأول المذهب . راجع تفصيل المسألة في الإفصاح ، (٢٤٩/١) ، المغني ، كتاب الصيام (١٥١/٣-١٥٣) ، الكافي لابن قدامة ، باب صوم االتطوع (٣٦٤/١) ، العدة مع العمدة ، باب صام التطوع ص (١٥٧) .
(٦) قوله : [في ذلك] ساقط من (م) ، (ع) . وفي سائر النسخ : [ثلاث فصول] ، الصواب ما أثبتناه .

٦٨٤٨ - أولها : وجوبه بالدخول .

٦٨٤٩ - والثاني : أنه ممنوع من إبطاله بغير عذر .

٦٨٥٠ - والثالث : وجوب القضاء بإبطاله .

٦٨٥١ - والدليل على وجوبه عليه : ما روى طلحة بن عبيد الله [ﷺ] (١) « أن رجلا أتى النبي ﷺ فسأله عن الفرائض » ، إلى أن قال : « فهل عَلَيّ غيرها ؟ قال : لا ، إلا أن تطوع » (٢) والاستثناء من النفي إثبات ، فصار تقديره : إلا أن تطوع فيجب عليك . ولأنها عبادة تجب (٣) بالدخول ، كالحج .

٦٨٥٢ - فإن قيل : الحج يمضى في فاسده (٤) ، والصوم بخلافه .

٦٨٥٣ - قلنا : هذا الاختلاف لا يمنع من تساويهما بالنذر .

٦٨٥٤ - فإن قيل : الحج لا يقدر على التحلل منه ، والصوم بخلافه .

٦٨٥٥ - قلنا : لو دخلت امرأة في حجة تطوع ، فحللها الزوج ، لم يسقط الوجوب مع إمكان الخروج منها ، وكذلك إذا فاته الحج خرج منه ولم يسقط الوجوب . ولأن ما جاز أن يجب به الحج / جاز أن يجب به الصوم ، كالنذر . ولا يلزم وجود الزاد والراحلة ، لأن الحج يجب عندنا بإيجاب الله ، فأما بها فلا . وإن شئت قلت : معنى من جهة يجوز أن يجب به الحج فجاز أن يجب فيه الصوم ، كالنذر .

٦٨٥٦ - قالوا : أوسع ، بدلالة : أن من نذر عشرين ركعة ، واعتكاف شهر ، يلزمه ، ولو دخل ينوى ذلك لم يجب عليه .

٦٨٥٧ - قلنا : الموجب هو المنذور ، وقد يتناول جميعه ، فوجب به ، والموجب في علتنا (٥) هو الدخول ، فما دخل فيه وجب ، ولا يصح الدخول في أكثر من ركعتين نافلة ، ولا في اعتكاف (٦) أكثر من يوم فما لم يوجد الدخول فيه ، وإنما وجد فيه النية دون الدخول فصار كمن وجد فيه نية النذر ، دون النذر ؛ ولأن الدخول معنى مقصود

---

(١) الزيادة من (ع) .

(٢) تقدم تخريج حديث طلحة بن عبيد الله ﷺ في مسألة (١٩١) راجع تخريجه أيضا في الهداية في تخريج أحاديث البداية ، في كتاب الصلاة (٢٤٧/٢) ، الحديث (٢٠٧) .

(٣) في (م) : [يجب] .

(٤) في (م) : [يجب] .

(٥) في (م) ، (ع) : [والموجوب في علينا] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولا اعتكاف] ، بحذف : [في] .

في القرب ، فجاز أن يجب به الصوم ، كالنذر . ولأن النذر يراد للمباشرة [١] ، فصارت هى المقصودة . فإذا وجب الصوم بالنذر ، فالمباشرة أولى .

٦٨٥٨ - وأما الدليل على أنه ممنوع من إبطاله : فلقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُبْطِلُوٓاْ أَعْمَٰلَكُمْ ﴾ [٢] .

٦٨٥٩ - وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « أخوف ما أخاف عليكم شيئان الرياء [٣] والشهوة الخفية ، قيل : وما الشهوة الخفية ؟ قال : أن [٤] يصبح أحدكم صائما ، يحب أن يفطر على طعام يشتهيه » [٥] ولأنه قربة صح الدخول فيها بنية [٦] النفل ، فلم يجز إفسادها ، كالحج [٧] .

٦٨٦٠ - قالوا : عندكم لو خلا بامرأته وهو صائم متطوع ، استقر المهر ، ولو كان حاجا متطوعا لم يجب المهر ، فدل : على أن صوم التطوع [٨] يجوز إبطاله .

٦٨٦١ - قالوا : ولو خلا بها في صوم النذر صحت الخلوة ، وإن كان واجبًا . ولأن صوم التطوع [٩] الخروج منه ، وثبوت حقها في تقدير المهر بالخلوة عذر . وأما الدليل على وجوب القضاء : فما روى عبد الله بن عمر العمرى عن ابن شهاب ، عن عروة ، عن عائشة [رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا] [١٠] قالت : « أصبحت أنا وحفصة صائمتين متطوعتين ، فأهدى لنا طعام [١١] فأفطرنا عليه ، فدخل علينا رسول الله ﷺ فسألناه ، فقال : اقضيا يوما مكانه » [١٢] .

---

(١) في (ص) : [المباشرة] وفى (م) ، (ع) : [للمباشرة] وهو الأنسب وقد أثبتناه في المتن .
(٢) سورة محمد : الآية ٣٣ .
(٣) في سائر النسخ : [الزنا] لعل الصواب ما أثبتناه من الكامل ، ولفظ : [شيئان] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) أخرجه ابن عدي في الكامل ، في ترجمة عبد الله بن بديل (٢١٣/٤) ، الترجمة (١٠٢٠/٥٣) ، وأخرجه ابن ماجه ، في السنن في كتاب الزهد باب الرياء والسمعة (١٤٠٦/٢) ، الحديث (٤٢٠٥) .
(٦) في (م) ، (ع) : [نية] .
(٧) قوله [كالحج] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٨) في (ع) : [المتطوع] .
(٩) في (م) : [ولان الصوم التطوع] .
(١٠) الزيادة من (م) ، (ع) .
(١١) في سائر النسخ : [طعاما] ، الصواب ما أثبتناه .
(١٢) هذا الحديث : أخرجه الطحاوي في المعانى بهذا الإسناد واللفظ ، في باب الرجل يدخل في الصيام تطوعا ثم يفطر (١٠٨/٢) . ورواه مالك عن ابن شهاب ، بلفظ : اقضيا مكانه يوما آخر وفي الموطأ ، في =

٦٨٦٢ – فإن قيل : رواه الزهري عن [١] عبد اللّه العمرى ، وهو ضعيف [٢] . ورواه مالك عن ابن شهاب ، « أن عائشة وحفصة أصبحتا متطوعتين » ، وقال سفيان بن عيينة : سئل الزهرى عن هذا الحديث فقيل له : أحدثك عروة ، قال : لا ، وقال ابن جريج : سألت الزهرى عن ذلك ، فقال : لم أسمع من عروة في ذلك شيئا ، ولكن حدثنى في خلافة سليمان بن عبد الملك أناس عن بعض من يسأل عائشة [٣] .

٦٨٦٣ – قلنا : هذا يقتضي إرسال الزهرى للحديث ، وذلك لا يقدح في الخبر عندنا . ثم أسنده غير الزهرى ، رواه الطحاوي عن أبي [٤] عمران ، عن أحمد بن عيسى المصرى ، قال : ثنا ابن وهب عن عمرة ، عن عائشة رضي الله عنها فذكر مثل حديث ابن شهاب ، غير أنه قال : « فبذرتنى حفصة بالكلام ، وكانت ابنة أبيها » [٥] ، فإذن قد روى هذا مقطوعا ومسندًا وكل واحد منهما حجة . وروت عائشة بنت طلحة ، عن عائشة زوج النبي ﷺ قالت [٦] : « دخل علي رسول اللّه ﷺ فقلت : إنا قد خبأنا لك

= كتاب الصيام قضاء التطوع (٢٢٣/١ ، ٢٢٤) ، ومحمد عن مالك ، عن الزهري ، بلفظ : اقضيا يوما مكانه ، في موطئه ، باب من صام تطوعا ثم أفطر ص (١٢٧) ، الحديث (٣٦٣) . ورواه الشافعي ، في المسند ، الباب الثاني فيما جاء في صوم التطوع (٢٦٦/١) ، الحديث (٧٠٥) ، وأخرجه أبو داود ، في باب من رأى عليه القضاء (٦٢١/١) ، والترمذي في باب ما جاء في ايجاب القضاء عليه (١٠٣/٣) ، الحديث (٧٣٥) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب من رأى عليه القضاء (٢٧٩/٤ ، ٢٨٠) . ورواه ابن أبي شيبة ، في المصنف ، في الرجل يصوم تطوعا ثم يفطر (٤٤٥/٢) وعبد الرزاق ، في المصنف (٢٧٦/٤) ، الحديث (٧٧٩٠ ، ٧٧٩١) . راجع تخريجه أيضا في شرح السنة ، باب المتطوع بالصوم يفطر (٣٧٢/٦ ، ٣٧٣) ، الحديث (١٨١٤) .

(١) حرف : [عن] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) هو عبد اللّه بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب ، أبو عبد الرحمن العمري ، المدني ، قال العجلي : لا بأس به . راجع ترجمته في تاريخ الثقات ص٢٦٩ ، الترجمة (٨٥٤) ، الأنساب (٢٤٠/٤) ، تقريب التهذيب (٣٤٣/١ ، ٤٣٥) الترجمة (٤٩٠) .

(٣) أخرجه مالك بطوله في الموطأ ، في كتاب الصيام ، في قضاء التطوع (٢٢٣/١ ، ٢٢٤) ، والبيهقي في الكبرى في باب من رأى عليه القضاء (٢٧٩/٤) . راجعه أيضا في معاني الآثار (١٠٨/٢ ، ١٠٩) .

(٤) لفظ : [أبي] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في سائر النسخ : [بنت] ، مكان : [ابنه] ، وفى (م) ، (ع) : [أنها] ، مكان : [أبيها] ، المثبت من معاني الآثار . أخرجه الطحاوي في المعاني ، (١٠٩/٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [قال] ، وهو خطأ .

حيسا ، فقال : أما إني كنت أريد الصوم ، ولكن قربة ، سأصوم يوما مكانه »[١] .

٦٨٦٤ - فإن قيل : قوله : « كنت أريد الصوم » ، يدل أنه لم يدخل فيه .

٦٨٦٥ - قلنا : ذاك لا يكون صومًا[٢] مبتدأ ، وهذا الحديث رواه الشافعي ، وذكر أنه لم يسمع قوله : « سأصوم يوما مكانه » من سفيان عامة مجالسه ، « فلما كان قبل موته بسنة عرضته عليه ، فأجاز لى[٣] سأصوم يومًا مكانه »[٤] .

٦٨٦٦ - فإن قيل : هذا فطر بغير عذر .

٦٨٦٧ - قلنا : يجوز أن يكون به حاجة إلى الطعام ، وهذا عذر عندنا ، ولأنه صوم شرعى فكان من جنسه ما يجب القضاء بإفساده ، كالفرض . ولأنها عبادة صح الدخول فيها بنية النفل ، فإذا أفسدها لزمه قضاؤها ، كالحج . ولا يلزم إذا ارتد في خلالها ؛ لأن القضاء وجب وسقط بالإسلام .

٦٨٦٨ - فإن قيل : تخصيص الدخول بنية النفل لا معنى له في الحج .

٦٨٦٩ - قلنا : واضع العلة[٥] له أن يضعها عامة ، وله أن يضعها خاصة ، وقد يكون الحكم في الأصل أعم منه في الفرع .

٦٨٧٠ - فإن قيل : الحج لا يخرج منه بالفساد .

٦٨٧١ - قلنا : وجوب القضاء في الحج والصوم ، إنما[٦] يكون بعد إفسادهما ، فقد

---

(١) في معاني الآثار : [مكان ذلك] ، بدل : [مكانه] . هذا الحديث أخرجه الطحاوي من طريق محمد ابن إدريس الشافعي (١٠٩/٢) ، وأخرجه الدارقطني في السنن باب الشهادة على رؤية الهلال (١٧٧/٢) ، والبيهقي بهذا الإسناد ، في الكبرى باب صيام التطوع ، والخروج منه قبل تمامه (٢٧٥/٤) ، وعبد الرزاق ، في المصنف ، باب إفطار التطوع (٢٧٧/٤) الحديث (٧٧٩٣) . راجعه في تلخيص الحبير (٢١٠/٢) ، ضمن الحديث (٩٢٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [لا يصوم صوما] .   (٣) في (م) ، (ع) : [عرضته فارلى] .

(٤) قال الطحاوي بعد أن أخرج هذا الحديث من طريق الشافعي : قال محمد بن إدريس : سمعت سفيان عامة مجالستي إياه ، لا يذكر فيه : سأصوم يوما مكان ذلك ، ثم إني عرضت عليه الحديث قبل أن يموت بسنة ، فأجاز فيه : سأصوم يومًا مكان ذلك . وقال الدارقطني بعد أن أخرجه من طريق الباهلي : لم يروه بهذا اللفظ عن ابن عيينة غير الباهلي ، ولم يتابع على قوله : وأصوم يوما مكانه ، ولعله شبه عليه ، والله أعلم لكثرة من خالفه عن ابن عيينة . راجع قول الشافعي ، والدارقطني أيضًا في السنن الكبرى ، (٢٧٥/٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : [العدة] ، مكان : [العلة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وإنما] بالعطف .

تساويا بعد الخروج منهما في الصوم بنفس الفساد ، وفي الحج بالفراغ من أفعاله . ثم الحج إذا كان يجب المضي فيه مع أنه أدنى الأفعال فلأن يجب [١] في الصوم ولم يأت بأفعاله أولى .

٦٨٧٢ - فإن قيل : فرض الحج ونفله سواء ، بدلالة : وجوب الكفارة في نفل الصوم لا يمنع من وجوب القضاء بإفساده ، كما أن فروض [٢] الصوم كلها سوى رمضان لا تجب كفارة بإفسادها ، وإن وجب إعادتها ، والنذر في يوم معين ، لا تجب الكفارة بإفساده ، ويجب القضاء .

٦٨٧٣ - فإن قيل : الحج لو دخل فيه على أنه عليه ثم أفسده ، وجب القضاء ، والصوم بخلافه .

٦٨٧٤ - قلنا : لا نسلم بأن الصوم يجب قضاؤه في إحدى الروايتين ، وعلى الرواية الأخرى : تأكد الحج على الصوم لم يمنع من وجوبهما [٣] بالنذر ، كذلك بالدخول . ولأنه أفسد صومه وهو قربة ، لا يثبت أداؤه في الذمة ، فوجب أن يلزمه قضاؤه ، كما لو أفطر في شهر رمضان ، ولا يلزم من دخل في صوم يوم النحر ؛ لأنه ليس بقربة . ولأنها عبادة تجب بإفسادها الكفارة ، فجاز أن يجب القضاء بإفساد نفلها ، كالحج .

٦٨٧٥ - احتجوا : بما روى عن أم هانئ : قالت : دخل عليّ رسول الله ﷺ [٤] : وأنا صائمة ، فناولني فضل شرابه فشربت ، فقلت يا رسول الله : إني كنت صائمة ، وإني كرهت أن أرد سؤرك ، فقال رسول الله ﷺ : « إن كان قضاء من رمضان فصومي يوما مكانه ، وإن كان تطوعا : فإن شئت فاقضيه ، وإن شئت فلا تقضيه » [٥] .

٦٨٧٦ - والجواب : إن هذا خبر مضطرب في إسناده ومتنه ، روى اللفظ الذي احتجوا به : حماد بن سلمة عن سماك بن حرب عن هارون بن أم هانئ ، أو ابن [٦]

---

(١) في (ع) : [فلا يجب] .

(٢) في (م) ، (ع) : [فرض] ، مكان : [الفروض] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وجوبها] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فقال ﷺ] ، المثبت من (ص) .

(٥) في (م) : [فلا يقضيه] ، وفي (ع) : [فلا تقضه] . هذا الحديث : أخرجه الدارقطني ، في السنن باب الشهادة على رؤية الهلال (١٧٤/٢ ، ١٧٥) ، الحديث (١٢) والطحاوي في المعاني ، (١٠٧/٢) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى (٣٤٣/٦ ، ٣٤٤) ، والدارمي ، في باب فيمن يصبح صائما تطوعا ثم يفطر (١٦/٢) . والطيالسي في مسنده ، في ما روت أم هانئ بنت أبي طالب رضي الله عنها عن النبي ﷺ ص٢٢٥ ، الحديث (١٦١٦) .

(٦) في (م) ، (ع) : [أو بن] ، مكان : [أو ابن] .

بنت أم هانئ [١] . ورواه أبو عوانة عن سماك بن حرب ، عن ابن أم هانئ ، عن جدته [٢] أم هانئ ، وقال فيه : « تقضين عنك شيئا . قالت : لا ، قال : لا يضرك » [٣] .

٦٨٧٧ - وروى قيس بن الربيع عن سماك بن حرب وذكر فيه : « هل تقضين يوما من رمضان ؟ فقالت : لا ، فقال : لا بأس » [٤] . ورواه أبو الأحوص عن سماك كذلك ، فهؤلاء ثلاثة [٥] . وروى الحسن عن سماك [٦] وخالفوا حمادا فيه ، وذكروا : أنه لا بأس بالفطر ولم يذكروا القضاء . وأبو الأحوص متصل عن حماد بن سلمة ، فأما أبو عوانه [٧] وقيس بن الربيع ، فهما [٨] في الصحيح ، ولم يخرج حمادا في الصحيح [٩] ، ورواية [١٠] هؤلاء أوفى . روى الحديث شعبة عن جعدة [١١] ، وهو ابن

---

(١) راجع سند هذا الحديث في المصادر السابقة التي تقدمت آنفا .

(٢) في (ص) ، (ع) : [جدة] ، وفى (م) : [حدث] ، وهو تصحيف ، الصواب ما أثبتناه .

(٣) هذا الحديث أخرجه الطحاوي من هذا الوجه ، وبهذا اللفظ ، في المعاني باب الرجل يدخل في الصيام تطوعًا ثم يفطر (١٠٧/٢) ، والدارقطني ، في السنن باب الشهادة على رؤية الهلال (١٧٤/٢) ، والبيهقي ، في الكبرى (٢٧٧/٤) ، وأخرجه الترمذي في باب ما جاء في إفطار الصائم المتطوع (٣/ ١٠٠) ، الحديث (٧٣١) . راجع تخريجه أيضا في شرح السنة ، في باب المتطوع بالصوم يفطر (٦/ ٣٧٠، ٣٧٠) ، الحديث (١٨١٣) .

(٤) أخرجه الطحاوي ، في المعاني باب الرجل يدخل في الصيام تطوعًا ثم يفطر (١٠٧/٢ ، ١٠٨) ، والترمذي باب ما جاء في إفطار الصائم المتطوع (١٠١/٣) ، في تلخيص الحبير (٢١٠/٢ ، ٢١١) ، الحديث (٩٢٥) ، في الجوهر النقي ، بذيل السنن الكبرى (٢٧٨/٤ ، ٢٧٩) .

(٥) في (م) ، (ع) : [بينه] ، مكان : [ثلاثة] .

(٦) وردت في (م) ، (ع) ، مكان : كل كلمة : [سماك] كلمة : [شمال] ، وهو تصحيف .

(٧) في (م) : [اعوانه] ، مكان : [عوانه] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فيهما] .

(٩) ورد في هامش (ص) ، هذه العبارة : [حاشية] : يريد صحيح البخاري ؛ لأن حمادًا من رجال مسلم .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ورواته] .

(١١) في (ص) : [عن جده] ، وفى (م) ، (ع) : [عن جدى لدا] ، وهو تصحيف ، الصواب ما أثبتناه . هو جعدة بن هبيرة بن أبي وهب المخزومي ، وهو ابن أم هانئ بنت أبي طالب ، وروى عن خاله ابن أبي طالب ﷺ . قال العجلي : تابعي مدني ، ثقة ، وفي التقريب : صحابي صغير . وقال يحيى بن معين : جعدة بن هبيرة لم يسمع من النبي ﷺ شيئا . ترجمته في تاريخ الثقات ص٩٦ ، الترجمة (٢٠٧) ، والجرح والتعديل (٥٢٦/٢) ، الترجمة (٢١٨٧) ، وتقريب التهذيب (١٢٩/١) ، الترجمة (٦٧) .

أم هانئ [الذى روى عنه سماك . قال شعبة : قلت لجعدة : سمعت أم هانئ ،] (١) قال : لا ، حدثناه أهلنا . قال (٢) شعبة : وكان سماك يرويه عن ابن أم (٣) هانئ فلقيت (٤) أفضلهما فحدثنى به (٥) ، فقد بين شعبة : أنه مرسل ، فلا يصح التعلق به على أصلهم . وقد روى ابن أم هانئ القصة بعينها وقال فيها : قال النبي ﷺ : « الصائم المتطوع أمير نفسه ، إن شاء صام ، وإن شاء أفطر » (٦) . وهذا اضطراب في السند والمتن . ثم أم هانئ أسلمت يوم الفتح ، وكان (٧) الفتح في رمضان ، فكيف تكون (٨) صائمة عن قضائه (٩) ، وكيف يلزمها القضاء إن أسلمت ؟ فبان (١٠) بهذا فساد الخبر واضطرابه .

٦٨٧٨ – فإن قيل : في خبرنا إنى دخلت على رسول اللّٰه (١١) ﷺ ، ولم تقل : (١٢) يوم الفتح .

٦٨٧٩ – قلنا : الراوى للخبر سماك بن حرب ، وهذا يدل : أن القصة واحدة ، وإنما ذكر إحدى الراويتين (١٣) عنه يوم الفتح ، وسكت الراوى الآخر عن ذلك .

٦٨٨٠ – فإن قيل : قد أقام رسول اللّٰه ﷺ بمكة إلى شوال ، فيجوز أن يكون هذا في شوال . وقوله : « يوم الفتح » يعنى : (١٤) أيام الفتح .

٦٨٨١ – قلنا : يوم الفتح ظاهره اليوم الذي وقع الفتح فيه ، وما بعده يقال : عام الفتح . ثم إن أصل الخبر (١٥) إن كان قوله : « الصائم أمير نفسه » ، فهذا لا دلالة فيه على إسقاط القضاء ، فإن استدلوا به في إباحة الفطر .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [عن] ، مكان : [قال] .

(٣) لفظ : [أم] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلقت] .

(٥) في (م) : [محدينى] .

(٦) أخرجه أحمد في المسند (٣٤٣/٦) ، والدارقطني (١٧٣/٢ ، ١٧٤) ، الحديث (٧) ، وأخرجه الترمذي ، في باب ما جاء في إفطار الصائم (١٠٠/٣ ، ١٠١) ، والبيهقي ، في الكبرى (٢٧٦/٤ ، ٢٧٧) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب الصوم ، في صوم التطوع (٤٣٩/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [فكان] .

(٨) في (م) : [يكون] .

(٩) في (ع) : [عن قضاء] .

(١٠) في (ص) : [فبانا] .

(١١) في (م) ، (ع) : [على النبي] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [ولم يقل] .

(١٣) في سائر النسخ : [أحد الروايتين] ، الصواب ما أثبتناه .

(١٤) لفظ : [يعنى] و [أن] ، ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٥) لفظ : [أن] و [الخبر] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

٦٨٨٢ - قلنا : عندنا [1] بعد الدخول وجب [2] ، فلا يكون متطوعًا . ولأن قوله : « الصائم » ظاهره يقتضي من دخل في الصوم ، وظاهر قوله : « إن شاء صام » يقتضي ابتداء الصوم فنحن نحمل اللفظ / الأول على المريد للصوم ، وذلك مجاز ، فتساويا ، على أن [3] ما قلناه أولى ؛ لأن المريد لصوم النافلة هو بالخيار بين أن يصوم ، أو لا يصوم على وجه سواء ومن دخل في النفل لا يخير بين البقاء عليه والخروج منه على وجه واحد [4] ؛ لأن البقاء أفضل منه بإجماع .

٦٨٨٣ - وأما قوله : « فإن كان تطوعًا فلا بأس » فليس فيه دليل على إسقاط القضاء .

٦٨٨٤ - فإن استدلوا به على إباحة الفطر ، قلنا : أمرها عليه [الصلاة و] [5] السلام ، فصار ذلك عذرًا أباح به الخروج من الصوم ، وإن ثبت لفظ حديث حماد بن سلمة ، وهو قوله : « إن كان تطوعًا فلا بأس ، فإن شئت فاقضه [6] وإن شئت فلا » .

٦٨٨٥ - والجواب عنه : أن النبي ﷺ أمرها بالشرب ، فوجب عليها الفطر ومتى وجب الفطر لم يجب قضاء التطوع ، كمن دخل في صوم يوم النحر ثم أفطر [7] .

٦٨٨٦ - قالوا : روى مثل قولنا عن عمر ، وابن عمر ، وابن عباس ، وابن مسعود ﷺ [8] .

٦٨٨٧ - قلنا : ذكر الطحاوي بإسناده ، عن ابن سيرين أنه قال : « صمت يوم عرفة فجهدني الصوم فأفطرت ، فسألت عن ذلك ابن عباس وابن عمر فقالا : اقض يوما مكانه » [9] .

---

(١) لفظ : [عندنا] ، ساقط من (م) ، (ع) . (٢) لفظ : [وجب] ساقطان من (م) ، (ع) .
(٣) لفظ : [أن] ، ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٤) لفظ : [واحد] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) الزيادة من (ع) . (٦) في (م) : [ماضه] .
(٧) في (م) ، (ع) : [يوم التحريم] ، مكان المثبت ، وقوله : [ثم أفطر] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٨) أثر ابن عمر ، وابن عباس ، ونحوه ، عن علي ، وجابر ﷺ : أخرجه عبد الرزاق ، في المصنف (٤/ ٢٧١، ٢٧٢ ، ٢٧٥) ، الأثر (٧٧٦٧ ، ٧٧٦٩- ٧٧٧٢ ، ٧٧٨٥) ، وأثر ابن عباس : أخرجه ابن أبي شيبة ، في المصنف ، في من كان يفطر من التطوع ولا يقضى (٤٤٦/٢) .
(٩) أثر أنس بن سيرين : أخرجه الطحاوي ، في المعاني (١١١/٢) . وأخرجه ابن أبي شيبة من هذا الوجه ، بلفظ أنه صام يوم عرفة فعطش عطشًا شديدًا فأفطر ، فسأل عدة من أصحاب النبي ﷺ فأمروه أن يقضي يوما مكانه ، في المصنف ، في الرجل يصوم تطوعًا ثم يفطر (٤٤٥/٢) ، والبيهقي في الكبرى ، في آخر باب من رأى عليه القضاء (٢٨١/٤) . راجع في الجوهر النقي ، بذيل السنن الكبرى (٢٧٧/٤) .

٦٨٨٨ - قالوا : عبادة يخرج منها بالفساد ، فلم يلزمه الدخول فيها ، كمن أحرم بالظهر يعتقد أن الشمس قد زالت ، أو صام يوما فظنه من رمضان فإذا هو من شعبان .

٦٨٨٩ - قلنا : خروجه منها بالفساد لا يمنع وجوبها بالدخول ، كما لا يمنع بالنذر . وعلى أن [١] من دخل في صوم ، أو صلاة على أنها عليه ، فيه روايتان . إحداهما : أنه يجب [٢] . عليه بالدخول ، فعلى هذا لا فرق بينهما ، وعلى الرواية الأخرى : إذا دخل بنية الواجب فلم يبتدئ التقرب به وإنما قصد أن يسقط [٣] الواجب ، فإذا بان أنه لا واجب اشتبهت [٤] القربة فلم يلزمه المعنى ، والداخل في النفل ملتزم القربة ابتداء فلزمه ما التزمه كما لو نذر الحج ولا يعترض على هذا .

٦٨٩٠ - قلنا حج الإفراد إذا دخل يظن أنه عليه لا يجب عندنا بالدخول وإنما يجب بمعنى آخر قالوا : كل صوم إذا أتمه كان تطوعًا وإذا لم يتمه لم يجب قضاؤه قياسًا على من دخل في صوم يظن أنه عليه .

٦٨٩١ - قلنا لا نسلم أن هذا الصوم إذا أتمه كان متطوعًا لأنه يجب بالدخول . فإذا أتمه أدى ما وجب عليه والكلام على الأصل ما مضى .

٦٨٩٢ - فإن قيل : فإذا دخل على أنه واجب ، فقد اعتقد الوجوب في الحال [٥] ، واعتقد وجوب المضي [٦] ، فهو بالإيجاب أولى .

٦٨٩٣ - قلنا : لم يعتقد إيجاب شيء ، وإنما اعتقد إسقاط الواجب [٧] عنه ، فإذا سقط الوجوب لم يبق التزام . وفى الصوم المبتدأ التزم ، فلزمه بالتزامه .

٦٨٩٤ - فإن قيل : لو صح هذا ، لم يجب المضي على الحج إذا دخل على أنه عليه .

٦٨٩٥ - قلنا : فرقنا في الوجوب بالدخول ، وهناك لا يجب بالدخول ، وإنما يجب لابتداء الحج ، لا ينفرد بنفسه ، فإذا دخل فيه ثم تبين أن لا وجوب ، لم يصح أن يكون

---

(١) في (م) ، (ع) : [على] ، مكان : [وعلى ان] .
(٢) في (م) ، (ع) : [إحدهما يجب] ، وفى (ص) : [إحديهما] ، مكان المثبت .
(٣) حرف : [على] ساقط من (ع) .
(٤) في (م) ، (ع) : [اذا] .
(٥) في (م) ، (ع) : [في الخلاف] .
(٦) في (م) : [وجوب القيء] ، وفى (ع) : [وجوب الشيء] .
(٧) في (م) ، (ع) : [الوجوب] .

الإحرام فيه قربة في نفسه ، حتى تقضى عليه [١] فلم يكن بد من إتمامه ، والجزء الأول من الإمساك : يجوز أن يكون قربة وإن [٢] لم يتم به صومًا ، بدلالة وجوب الإمساك على الفطر في رمضان ، واستحباب الإمساك عن الأكل يوم النحر حتى يعود من المصلى ، فإذا النهى [٣] ما دخل ، اقتصر عليه ، فكان قربة في نفسه وكذلك الجزء الأول من الصلاة ثم بان أنها ليست عليه [٤] اقتصر على جزء ، وهو قربة ، وفى الإحرام بخلافه ؛ ولأن الحج يجوز أن يفعل قبل وجوبه ، فيقع عنه الواجب ، كالفقير إذا حج ، فجاز أن يفعله على أنه قد وجب عليه ، فيلزمه ، وأما الصوم والصلاة ، فإذا فعلت قبل سبب وجوبها لم يقع عن الواجب ، فإذا فعلت على أنها واجبة ولا وجوب ، لم يجب عليه .

٦٨٩٦ - قالوا : أفسد صوم التطوع ، فلم يجب عليه قضاؤه ، كمن ارتد .

٦٨٩٧ - قلنا : المرتد وجب عليه القضاء ، وسقط عنه بالإسلام ، كما يسقط عنه [٥] سائر الواجبات ، وقد قاسوا على من دخل في الإسلام ، وهذا لا يصح . لأن في إحدى الروايتين يصح قليل الاعتكاف وكثيره ، فعلى هذا لم يدخل إلا في الجزء الذي فعله ، وعلى الرواية الأخرى : لا يصح الاعتكاف أقل من يوم ، فعلى هذه الرواية إذا دخل فيه ثم أفسده وجب عليه القضاء ، وإن قاسوا على الطهارة فكل جزء منها ينفرد بالتقرب به [٦] ، فلم يكن داخلا في جملته . ولأن من دخل في الطهارة ثم أفسدها وجبت عليه الطهارة لأداء الصلاة ، وقاسوا على من دخل في الطواف [٧] وعندنا يجب عليه [٨] بالدخول سبعة أشواط ، ذكر ذلك محمد في الرقيات [٩] .

* * *

---

(١) في (ع) : [حتى تقتضى علته] ، وفى (م) : [حتى يقتضى علته] .

(٢) في (م) ، (ع) : [إن] بدون العطف . (٣) في (م) ، (ع) : [فإذا انتهى] .

(٤) لفظ : [عليه] ، ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) لفظ : [عنه] ، ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) لفظ : [به] ، ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) رواه عبد الرزاق ، في المصنف ، في أول باب إفطار التطوع وصومه إذا لم يبيته (٢٧١/٤) ، الحديث (٧٧٦٧) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب صيام التطوع والخروج منه قبل تمامه (٢٧٧/٤) .

(٨) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) راجع في مصادر الحنفية السابقة في أول المسألة ، في قضاء التطوع (٢٢٤/١) .

مسألة ٣٩٢

إذا أصبح المقيم صائمًا ثم سافر فجامع لم تجب الكفارة

٦٨٩٨ – قال أصحابنا : إذا أصبح المقيم صائمًا ثم سافرفجامع ، لم تجب الكفارة [١] .

٦٨٩٩ – وقال الشافعي : تجب الكفارة [٢] .

٦٩٠٠ – لنا : أن السفر معنى [٣] مبيح للفطر في الجملة ، وسبب الإباحة إذا قارن مايسقط بالشبهة سقط وإن لم يبح ، كوطء الجارية المشتركة ، والوطء بعقد فاسد .

٦٩٠١ – فإن قيل : الكفارة آكد وجوبًا من الحد ؛ لأن من جامع ملكه لم يحد وتجب [٤] الكفارة .

٦٩٠٢ – قلنا : ذاك ليس لتأكدها ، لكن الملك [ليس بسبب لإباحة الوطء في الصوم ، فمقارنة الوطء لا يسقط ، والملك] [٥] سبب للإباحة في غير العادات ، فإذا وجد أسقط الحد . ولأنه وطء في حال السفر ، كمن كان مسافرًا [٦] في أول النهار .

٦٩٠٣ – قالوا : هناك الفطر مباح ، وفى مسألتنا بخلافه .

٦٩٠٤ – قلنا : حظر الفطر الأول ، لا يدل على وجوب الكفارة ، كمن جامع في صيام واجب من غير رمضان ، وكمن جامع بعد أن أكل ناسيًا فظن أنه يفطره . لأنه

---

(١) راجع المسألة في الأصل ، كتاب الصوم (٢٣٤/٢) ، المبسوط ، كتاب الصوم (٦٨/٣) .

(٢) لفظ : [الكفارة] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . راجع تفصيل المسألة في مختصر البويطي ، في الصيام ، ورقة (٥٣ب) ، حلية العلماء ، كتاب الصيام (١٦٩/٣) المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٢٦٠/٦ ، ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٣٣٨ ، ٣٤٠) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٤٢٦/٦) راجع تفصيل المسألة في المدونة ، في الصيام في السفر (١٨٠/١) ، المنتقى ، في ما يفعل من قدم من سفر أو أراده في رمضان (٥١/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، باب صوم المسافر والمريض ومن له عذر بإغماء أو غيره (٣٣٨/١) ، شرح الزرقاني (٢١١/٢) .

(٣) في (م) : [يعنى] .

(٤) في (م) : [ويجب] .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (م) : [كمن مسافر] ، وفى (ع) : [كمن سافر] بحذف : [كان] .

معنى : لو وجد في أول النهار أسقط الكفارة عن الواطئ [١] ، كذلك إذا وجد في أثنائه ، أصله : الإغماء والمرض . ولأن كل حالة لو أفطر فيها بالأكل لم تجب [٢] الكفارة ، فإذا أفطر بالجماع مثله ، كما لو سافر في أول النهار .

٦٩٠٥ – قالوا : معنى طرأ على الصوم ، لم يؤثر في وجوبه ، فوجب أن لا يمنع تعلق الكفارة به ، أصله : إذا سافر مسيرة ستة عشر فرسخًا ، وربما قالوا : سفر لا يبيح الفطر .

٦٩٠٦ – قلنا : لا يمتنع أن يجب الصوم ، وتسقط الكفارة بشبهة [٣] مقارنة ، كمن أكل ناسيًا ثم جامع . وأصلهم : لا تعرف [٤] الرواية فيه ويجوز أن يقول : إنه شبهة ، وإن لم يبح [٥] الفطر فتسقط [٦] الكفارة ، ولا نسلم الأصل . وإن قلنا : الكفارة واجبة ، فالمعنى فيه : أنها مدة لا يستوفى فيها رخصة مسح المسافر ، فلا يكون طرآنها [٧] شبهة في سقوط الكفارة ، والسفر الطويل بخلافه .

* * *

(١) في (م) : [عن الوطى] ، وفى (ع) : [عن الوطء] .
(٢) في (م) : [لم يجب] .
(٣) في (م) ، (ع) : [وسقط الكفارة شبهة] .
(٤) في (م) : [لا يعرف] . (٥) في (ع) : [لم يبيح] .
(٦) في (م) : [فيسقط] ، وفى (ع) : [فنسقط] .
(٧) في سائر النسخ : [طريانها] ، وتصويبه ما أثبتناه .

مسألة ٣٩٣

إذا جومعت المرأة النائمة أو أكرهت ، أو صب في حلق النائم الشراب ، أو أوجر المستيقظ مكرها أفطر

٦٩٠٧ - قال أصحابنا (١) : إذا جومعت [المرأة] (٢) النائمة ، أو أكرهت ، أو صب في حلق النائم الشراب أو أوجر (٣) المستيقظ مكرها أفطر (٤) .

٦٩٠٨ - وقال الشافعي : لا يفطر ، وإن أكرهت فشربت بنفسها ، فيه قولان (٥) .

٦٩٠٩ - لنا : أنها جومعت ذاكرة للصوم ، فصارت كالمطاوعة . ولأنه عذر لا يوصف بالنسيان ، فلا يمنع وقوع الفطر بالإجماع ، كالمريض . ولأن ما يفسد الصوم حال اليقظة يفسده حال النوم ، كالحيض ، وعكسه الغبار .

٦٩١٠ - فإن قيل : الحيض لا يبطل الصوم ، ولكن يخرج الزمان من أن يكون زمانًا

---

(١) قوله : [قال أصحابنا] ساقط من (م) ، (ع) . (٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) الوجر : بفتح الواو : صب الدواء في الحلق . وفي لسان العرب : الوجر : أن توجر ماء أو دواء في وسط حلق صَبيٍّ راجع في لسان العرب مادة : [وجر] (٤٧٧١/٦) .

(٤) راجع تفصيل المسألة في المبسوط ، كتاب الصوم (٩٨/٣ ، ٩٩) ، تحفة الفقهاء ، كتاب الصوم (٣٥٤) ، بدائع الصنائع ، كتاب الصوم فصل : وأما ركنه (٩١/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، (٣٨٠/٢) ، البناية مع الهداية ، (٧٢٨/٣ ، ٧٢٩) .

(٥) قال النووي في المجموع : لو أكره الصائم على أن يأكل بنفسه أو يشرب ، فأكل أو شرب أو أكرهت على التمكين من الوطء فمكنت ، ففي بطلان الصوم به قولان مشهوران أقل من بين الأصح منهما ، والأصح : لا يبطل . راجع تفصيل المسألة في حلية العلماء ، كتاب الصيام (١٦٤/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٣٢٣/٦ ، ٣٢٤- ٣٢٦) ، فتح العزيز ، في الركن الثاني الإمساك عن المفطرات ، بذيل المجموع (٣٨٦/٦ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩) . وقال مالك وأحمد مثل قول الحنفية : إذا وطئت المرأة مكرهة أو نائمة ، فسد صومها وعليها القضاء . وكذلك الحكم فيمن أكره أو كان نائمًا فصب في حلقه ماء في رمضان ، عند مالك وأصحابه . قال ابن قدامة في المغني : ويخرج من قول أحمد في رواية ابن القاسم : كل أمر غلب عليه الصائم ، ليس عليه قضاءه ولا غيره ، أنه لا قضاء عليها إذا كانت ملجأة أو نائمة ؛ لأنها لم يوجد منها فعل ، فلم تفطر ، كما لو صب في حلقها ماء بغير اختيارها . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، فيمن أكل أو شرب في صيامه مكرها ، في الكفارة في رمضان (١٨٦/١ ، ١٩١) ، المنتقى ، في ما جاء في قضاء رمضان والكفارات (٦٥/٢) ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (٢٠٢/٢) ، الإفصاح ، (٢٣٨/١ ، ٢٣٩) ، المغني ، كتاب الصيام (١٢٣/٣ ، ١٢٤) .

للصوم ، كزمان الليل .

٦٩١١ – قلنا : هو معنى ينافي الصوم فيبطله ؛ لأن خروج ما ينقض الطهارة الكبرى يبطل الصوم ، كالمنى .

٦٩١٢ – احتجوا : بحديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « إن اللّٰه تجاوز (١) لأمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » (٢) .

٦٩١٣ – الجواب : ما قدمناه ، أن نفس الفعل غير مرتفع ، فاحتمل أن يكون معناه : رفع عن أمتى حكم الخطأ وما استكرهوا عليه ، ويحتمل مأثمه ، وليس أحدهما أولى من الآخر فسقط التعلق به .

٦٩١٤ - قالوا : معنى حرمة الصوم طرأ بغير اختيار الصائم ، فصار كما لو ذرعه القيء (٣) .

٦٩١٥ – قلنا : القيء معنى لا ينقض (٤) الطهارة الكبرى ، فإذا وجد بغير اختياره لم يفطره (٥) ، كأكل الناسى . وفى مسألتنا : معنى نادر ، فاستوى فيه الاختيار وغيره ، كمن جامع فأولج في الموضع المكروه وقد قصد غيره .

٦٩١٦ – قالوا : كل معنى إذا فعله الصائم باختياره فطره ، فإذا وجد بغير اختياره لم يفطره (٦) ، كالذباب ، والغبار .

٦٩١٧ – قلنا : ليس بمقصود للتناول ، فاختلف فيه الاختيار وغيره . وفى مسألتنا : هى مقصود بالتناول ، فاستوى الأمران . ولأن الذباب وصوله لا يفطر ؛ فجاز أن يختلف بالقصد وعدم القصد ، وفى مسألتنا : الواصل يفطر بوصوله ، فاستوى فيه القصد وغيره ، ولا يجوز اعتبار هذا بالنسيان ؛ لأن النسيان معنى معتاد متكرر لا يمكن التحفظ منه ، وهذه أمور نادرة . وقد يمكن التحفظ منها ولم يجتمع فيها الوصفان المجتمعان في أكل الناسي .

---

(١) في (م) : [يجاوز] .

(٢) تقدم تخريج هذا الحديث من وجوه بألفاظ مختلفة في مسألة (٣٨٦) .

(٣) ذرعه القيء : ذرعا ، أي : غلبه وسبقه . وفي لسان العرب : وذرعه القيء ، إذا غلبه وسبق إلى فيه ، وقد أذرعه الرجل ، إذا أخرجه . وفي الحديث : من ذرعه القيء فلا قضاء أي سبقه وغلبه في الخروج . راجع في لسان العرب ، مادة ذرع (١٤٩٧/٣) ، المصباح المنير (١٩٦/١) .

(٤) في (م) : [القيء منهى معتاد لا ينقض] ، مكان المثبت .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يفطر] .

(٦) في (ص) : [فطره] ، مكان : [لم يفطره] ، وهو خطأ .

مسألة ٣٩٤

إذا جامع في رمضان ثم مرض مرضًا لا يقدر معه على الصوم ، أو جن أو حاضت المجامعة ، أو نفست ، فلا كفارة عليهم

٦٩١٨ - قال أصحابنا : إذا جامع في رمضان ثم مرض مرضًا لا يقدر معه على الصوم / ، أو جن [(١)] ، أو حاضت المجامعة ، أو نفست ، فلا كفارة عليهم [(٢)] . ٨٨/أ

٦٩١٩ - وقال الشافعي : عليهم الكفارة [(٣)] .

٦٩٢٠ - لنا : أن الحيض يخرج اليوم أن يكون مستحق العين للصوم ، فصار كما لو جامع في آخر يوم [(٤)] من رمضان ، ثم شهد الشهود أنه من شوال [(٥)] .

٦٩٢١ - فإن قيل : هناك تبيَّنَّا [(٦)] : أنه لم يكن صائمًا .

٦٩٢٢ - قلنا : والحيض في آخر اليوم ، تبين به أنها لم تكن [(٧)] صائمة ؛ لأن صوم بعض يوم لا يصح . ولأنه جماع في يوم حيضها ، كما لو جامعها بعد الحيض . ولأنه

---

(١) في (م) ، (ع) : [اوجز] ، وهو تصحيف .

(٢) وقال زفر من الحنفية : تسقط الكفارة بعذر الحيض ، دون المرض . راجع تفصيل المسألة في الأصل ، كتاب الصوم (٢٣٤/٢) ، وفي كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص١٣٣ ، المبسوط ، كتاب الصوم (٥٧/٣ ، ٧٦) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما حكم فساد الصوم (١١٠/٢ ، ١٠١) .

(٣) قال الشافعي وأصحابه : إن جامع الصائم ثم مرض : ففيه قولان : أحدهما : لا تسقط عنه الكفارة . وهو الأصح . والثاني : تسقط . وأما إذا طرأ بعد الجماع جنون أو حيض فلهم فيه قولان أيضا : أصحهما : أنها تسقط . والآخر : لا تسقط . راجع تفصيل المسألة في باب الصيام من كتاب ما اختلف فيه أبو حنيفة وابن أبي ليلى عن أبي يوسف في الأم (١٤٥/٧) ، حلية العلماء ، كتاب الصيام (١٧٠/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٣٣٨/٦ ، ٣٤٠) ، فتح العزيز ، في القول في السنن بذيل المجموع (٤٥١/٦) . وقال مالك وأحمد : لا تسقط الكفارة بطرآن الجنون والمرض والحيض والنفاس . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، فيمن أكل في رمضان ناسيًا ، في الكفارة في رمضان (١٨٥/١ ، ١٩١ ، ١٩٢ ١٩٣) ، بداية المجتهد ، في القسم الثاني من الصوم المفروض (٣١٧/١ ، ٣١٨) ، الإفصاح ، (٢٤٩/١) ، المغني كتاب الصيام (١٢٥/٣ ، ١٢٦) ، الكافي لابن قدامة ، باب ما يفسد الصوم وما يوجب الكفارة ، (٣٥٧/١) .

(٤) لفظ : [يوم] ساقط من (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [من سال] ، مكان : [شوال] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بينا] .

(٧) في (م) : [لم يكن] .

معنى : لو تقدمه الأكل لم يخاطب بالكفارة ، كالمسافر إذا أقام . ولأن الكفارة لا تجب [١] إلا بإفساد صوم يوم كامل الحرمة ، ووجود هذه المعاني في آخر النهار تؤثر في حرمة اليوم ، فتمتنع الكفارة ، كما لو جامع في غير رمضان .

٦٩٢٣ - احتجوا : بأن النبي ﷺ قال للأعرابي : « أعتق رقبة » [٢] ، ولم يقل له : إن لم يمرض .

٦٩٢٤ - قلنا : ليس في الخبر أنه جامع في ذلك اليوم ، فيجوز أن يكون الجماع تقدمه ، وعلم النبي ﷺ ذلك . ولأن الصحة موجودة ، وليس للمرض أمارة ، والإيجاب على الاطلاق . وإن جاز أن يحدث شبهة ، كما أن الزاني يجب عليه الحد ، وإن جاز أن يدعى شبهة تسقط [٣] الحد عنه ، أو يرجع عن إقراره [٤] ، ولا يمنع ذلك الأمر بجلده [٥] .

٦٩٢٥ - قالوا : معنى طرأ بعد وجوب الكفارة في الحقيقة ، وإنما وجبت في الظاهر .

٦٩٢٦ - وكيف يقال : لا يسقطها ، وكيف نسلم إطلاق قوله : « وجبت » ؟ فإن أرادوا الوجوب الظاهر ، انتقض بشهادة الشهود أن اليوم من شوال ؛ ولأن المرض بالليل لا يتصل بصوم النهار حتى يصير شبهة فيه ، والمرض بالنهار يتصل ببعض النهار في سقوط استحقاق الصوم ببعض ، فيصير تأخر [٦] المرض ، وتقدمه سواء .

٦٩٢٧ - فإن قيل : الصوم فسد بالوطء ، فحصل المرض ولا صوم ، فلا يؤثر في اليوم ، ألا ترى : أن الجنب إذا جامع لم يؤثر الجماع الثاني ؛ لأن الطهارة أسقطت بالأول ، فلم يؤثر الثاني فيها .

٦٩٢٨ - قلنا : لسنا نعني بقولنا : « أن المرض في آخر النهار يتصل بأوله » بمعنى : أنه يؤثر في الصوم ، ولكن اليوم لا يتبعض في الصوم ، فإذا كان لبعضه صفة زوال الاستحقاق حصلت تلك الصفة لنا فيه .

٦٩٢٩ - فإذا قاسوا بهذه العلة على السفر . قلنا : السفر لا يبيح الفطر من أن يكون مستحقا ، فلم يؤثر في الكفارة .

---

(١) في (م) : [لا يجب] .

(٢) تقدم تخريجه في مسألة (٣٧٣) ، ومسألة (٣٧٦) .

(٣) في (م) ، (ع) : [سقط] .

(٤) في (م) : [أو يرجع بس عن اقراره] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بخلافه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [باخر] .

٦٩٣٠ - فإن قيل : لا فرق بينهما ؛ لأن السفر لو تقدم الوطء أسقط الكفارة ، وإن لم يبح الفطر ، ثم يتأخر ولا يكون شبهة .

٦٩٣١ - قلنا : إذا تقدم السفر سقطت الكفارة ، فيقارنه [1] سبب الإباحة والوطء ؛ وإن لم يبح ، فإذا تأخر السفر لم يوجد هذا المعنى ، والحيض : إذا تقدم أخرج اليوم من أن يكون مستحقًّا ، كذلك إذا تأخر .

٦٩٣٢ - وجواب آخر : أن الجنون والمرض كل واحد منهما يوجد بغير فعله ، ولا فعل من هو من جنسه . وكذلك الحيض يلحقه تهمة في حق اللَّه تعالى والسفر يوجد بفعله ، فاتهم في حق اللَّه تعالى وإذا سوفر به مكرها ، فالسفر بفعل من هو من جنسه وذلك لا يسقط العبادات عندكم ، كما لا يسقط العبد فرض الصلاة قائمًا عنه .

٦٩٣٣ - فإن قيل : المرض المتأخر شبهة فلم يقارن الفعل ، فصار كمن زنا بامرأة ثم تزوجها [2] .

٦٩٣٤ - قلنا : يسقط [3] الحد عندنا في إحدى الروايتين . وفى الرواية الأخرى : لا يسقط . فالفرق على هذه الرواية : أن الملك الطارئ لا يتصل بالفعل الموجب للحد ، حتى يؤثر فيه ، وفى مسألتنا : ما وجد في آخر النهار مما يبيح الفطر يتصل بالزمان الذي وجبت الكفارة بهتكه ، فصار شبهة فيه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [بمقارنه] .

(٢) في (م) : [ثم زوجها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [سقط] .

مسألة ٣٩٥

إذا نوى في الصوم الفطر أو الخروج من الصوم لم يفسد صومه

٦٩٣٥ – قال أصحابنا : إذا نوى في الصوم الفطر ، أو الخروج من الصوم ، لم يفسد صومه [(١)] .

٦٩٣٦ – وقال أصحاب الشافعي : يفسد [(٢)] .

٦٩٣٧ – لنا : قوله عليه [الصلاة و] السلام : « إن اللّٰه تجاوز [(٣)] عن أمتى الخطأ والنسيان » [(٤)] و [قال] : [(٥)] « عما حدثت به أنفسها ما لم يقولوا ، أو يفعلوا » [(٦)] .

---

(١) راجع المسألة في المبسوط ، كتاب الصوم (٨٦/٣) ، بدائع الصنائع ، كتاب الصوم ، فصل : وأما ركنه (٩٢/٢) .

(٢) لفظ : [يفسد] ساقط من (م) ، (ع) . ذكر الشافعية فيمن نوى الإفطار بعد أن شرع في الصوم قولين: أحدهما : يبطل صومه . والثاني : لا يبطل . قال الشيرازي : والأول أظهر ، وقال النووي في المجموع : أصحهما عند المصنف والبغوي وآخرين : بطلانه وأصحهما عند الأكثرين : لا يبطل . راجع تفصيل المسألة في حلية العلماء ، كتاب الصيام المجموع مع المهذب ، كتاب الصيام (٢٩٧/٦ ، ٢٩٨) . وللمالكية في هذه المسألة أقوال . قال ابن عبد البر : فقيل : عليه القضاء والكفارة . وقيل : عليه قضاء دون كفارة . وقيل : لا قضاء ولا كفارة حتى يفعل شيئًا من الأكل والشرب – وإن قل – عامدًا ذاكرًا لصومه ، وهذه أصحها . راجع تفصيل المسألة في الكافي لابن عبد البر ، باب ما يحرم على الصائم ويفسد صومه وما لا يفسده (٣٤٣/١) شرح الزرقاني ، (٢٠٧/٢) . قال الخرقي من الحنابلة : من نوى الإفطار ، فقد أفطر . قال ابن قدامة : هذا الظاهر من المذهب . راجع المغني ، كتاب الصيام (١١٨/٣ ، ١١٩) .

(٣) في (م) : [يجاوز] .

(٤) تقدم تخريجه هذا الحديث في مسألة (٣٨٦) .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لنفسها] ، مكان : [انفسها] . هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة ، وأحمد من حديث أبي هريرة ﷺ . وأخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب العتق ، باب الخطأ والنسيان في العتاقة والطلاق ونحوه (٨٠/٢) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الإيمان باب تجاوز اللّٰه عن حديث النفس والخواطر بالقلب إذا لم تستقر (٦٥/١ ، ٦٦) ، والترمذي ، في كتاب الطلاق باب ما جاء فيمن يحدث نفسه بطلاق امرأته (٤٨٠/٣) ، الحديث (١١٨٣) ، النسائي في السنن ، في كتاب الطلاق باب من طلق في نفسه (١٥٦/٦ ، ١٥٧) ، وابن ماجه في كتاب الطلاق ، باب من طلق في نفسه ولم يتكلم به (٦٥٨/١) ، الحديث (٢٠٤٠) ، والدارقطني في السنن ، في آخر النذور (١٧١/٤) ، الحديث (٣٤) ، بلفظ : إن اللّٰه يجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ، وما أكرهوا عليه ، ألا أن يتكلموا به ، ويعملوا به . قال الترمذي بعد أن أخرجه : هذا حديث حسن صحيح .

٦٩٣٨ - ولأنها عبادة تجب [١] بإفسادها الكفارة ، فلا يخرج منها بنية [٢] الإفساد ، كالحج ؛ ولأنها عبادة شرعية فلا يخرج منها بنية [٣] الإفساد كالحج . ولأنه نوى إفساد الصوم فلم يفسد ، كما لو نوى أن يسافر ويفطر .

٦٩٣٩ - احتجوا : بأن الصوم ليس هو أكثر من النية ، فإذا نوى إفسادها زالت النية ، فيفسد الصوم .

٦٩٤٠ - والجواب : أن الصوم هو الإمساك [٤] ، والنية من شرطه ليصير قربة ، فإذا تركها فكأنما عزبت عنه [٥] بعد صحتها ، وسها عنها ، فلا يقدح ذلك في صومه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٢) في (م) ، (ع) : [نية] في الموضعين .
(٣) في (م) ، (ع) : [في الموضعين] .
(٤) قوله : [هو الإمساك] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) عزبت عنه : أى غابت عنه . عزب : بفتح الزاى المعجمة ، غاب وخفي ، وعزبت النية : غاب عنه ذكرها . راجع في لسان العرب مادة : [عزب] (٢٩٢٣/٤ ، ٢٩٢٤) ، المصباح المنير (٣٨٤/٢) .

مسألة ٣٩٦

إذا قال : لله علي أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان ، فقدم قبل الزوال ولم يأكل الموجب ، لزم الصوم

٦٩٤١ - قال أصحابنا : إذا قال : للَّه عليّ [١] أن أصوم اليوم الذي يقدمه فيه فلان ، فقدم قبل الزوال ولم يأكل الموجب ، لزم الصوم [٢] .

٦٩٤٢ - وهذا أحد قولي الشافعي . وقال في قول آخر : لا يلزمه . ولو قال : اعتكاف اليوم الذي يقدم فيه فلان [٣] لزمه قولًا واحدًا [٤] .

٦٩٤٣ - لنا : أن النذر المعلق بالشرط ، كالموجب عند وجود [٥] الشرط حكمًا ، فكأنه قال : بعد قدوم فلان للَّه عليَّ [٦] أن أصوم هذا اليوم . ولأنه شرط ، لو علق به الاعتكاف صح فكأنه [٧] إذا علق به الصوم صح ، أصله : إذا قال : إن شفى اللَّه مريضي .

٦٩٤٤ - احتجوا : بأن فلانا إذا قدم نهارًا استحال أن يصوم ، فيكون في أول النهار

---

(١) في (م) ، (ع) : [اللَّه على] ، وهو تصحيف .

(٢) راجع المسألة في الأصل ، كتاب الصوم (٢٤٢/٢) ، المبسوط ، كتاب الصوم (٩٧/٣) .

(٣) لفظ : [فلان] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) قال الشيرازي في المهذب : وإن نذر أن يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان ، ففيه قولان : أحدهما : يصح نذره لأنه يمكنه أن يتحرى اليوم الذي يقدم فيه ، فينوي صيامه من الليل ، فإذا قدم صار ما صامه قبل القدوم تطوعًا ، وما بعده فرضًا ، وذلك يجوز ، كما لو دخل في صوم تطوع ثم نذر إتمامه . والثاني : لا يصح نذره ، لأنه لا يمكنه الوفاء بنذره ؛ لأنه إن أقدم بالنهار فقد مضى جزء منه ، وهو فيه غير صائم . راجع تفصيل المسألة في الأم ، باب أحكام من أفطر في رمضان ، وكتاب الاعتكاف (١٠٤/٢ ، ١٠٧) ، مختصر المزني ، باب الاعتكاف ص (٦١) ، وحلية العلماء ، باب النذر (٣٤٤/٣ ، ٣٤٥) ، المجموع مع المهذب ، باب النذر (٤٨٤/٨-٤٨٦ ، ٤٨٨) . قال ابن قدامة : وإن نذر صوم يوم يقدم فلان ، فقدم ليلا ؛ لأنه لم يتحقق شرطه فلم يجب نذره ، وإن قدم نهارًا ، لم يخل من ثلاثة أحوال .راجع تفصيل المسألة في المغني كتاب النذر (٢١/٩- ٢٣) ، الكافي لابن قدامة باب النذر (٤٢٧/١ ، ٤٢٨) .

(٥) في (م) ، (ع) : [عند وجوب] .

(٦) في (م) ، (ع) : [اللَّه على] ، وهو تصحيف .

(٧) في هامش (ص) : [كالموجد] ، [فكأنه] من نسخة أخرى .

مفطرًا وفي [١] آخره صائمًا .

٦٩٤٥ – قلنا : يبطل إذا نذر الصوم نهارًا ؛ ولأن ما تقدم [٢] ليس بفطر وإنما هو إمساك مراعي [٣] ، فإذا وجدت النية صار صومًا ، ولهذا يصح التطوع بنية [٤] من النهار ، وقد بينا فيما تقدم : أنه لا يصح أن يكون صائمًا بعض النهار دون بعض .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [أو في] .
(٢) في (ص) ، (م) : [مراعا] .
(٣) في (م) ، (ع) : [نيته] .
(٤) في (م) ، (ع) : [نيته] .

مسألة ٣٩٧

إذا نذر صوم يوم الفطر ، والنحر ، وأيام التشريق ، لزمه النذر

٦٩٤٦ - قال أصحابنا إلا زفر : إذا نذر صوم [يوم] (١) الفطر ، والنحر ، وأيام التشريق ، لزمه النذر ، وقيل له : أوقع الصوم في غيرها ، فإن صام فيها سقط موجب النذر (٢) .

٦٩٤٧ -وقال الشافعي : لا يلزمه بنذره شيء ، وإن نذر صوم كل خميس ، فوافق يوم الأضحى لزمه القضاء في أحد القولين (٣) . والكلام في هذه المسألة يقع في فصلين :

٦٩٤٨ - أحدهما : أن صوم هذه الأيام يصح .

٦٩٤٩ - والثاني : أن الصوم يجب (٤) بإضافة النذر إليها .

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في الجامع الصغير ، باب من يوجب الصيام على نفسه ص١٤١ ، ١٤٣ ، مختصر الطحاوي ، كتاب الكفارات والنذور والأيمان ص٣٢٤ ، ٣٢٥ ، المبسوط ، كتاب الصوم (٣/٩٥-٩٧) ، بدائع الصنائع ، كتاب الصوم (٢/٧٨ ، ٧٩ ، ٨٠) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، فصل فيما يوجبه على نفسه (٢/٣٨١-٣٨٧) ، البناية مع الهداية ، فصل فيما يوجبه على نفسه (٣/٧٣٠-٧٣٧) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في الأم (٢/١٠٤) ، حلية العلماء ، (٣/٣٣٥) ، المجموع ، كتاب الصيام وباب النذر (٦/٤٤٠) ، (٨/٤٥٧ ، ٤٨٢ ، ٤٨٩) . وقال المالكية مثل قول الشافعي : من نذر صوم يوم الفطر أو النحر أو التشريق لم ينعقد نذره . قال ابن عبد البر : ومن نذر صيام يوم الفطر أو يوم الأضحى لم يجز له صيامها ، لنهيه ﷺ عن ذلك ، ولزمه الفطر ولا قضاء عليه ؛ لأنه لا نذر في معصية . وكذلك من نذر صيام أيام التشريق ، أفطرها ، ولا قضاء عليه أيضا . وقد روي عن مالك : أنه عليه القضاء عنهما ، وليس ذلك بصحيح . ومذهب مالك في اليوم الثالث من أيام التشريق : أنه يصومه من نذره . راجع تفصيل المسألة في المدونة (١/١٩٠ ، ١٩١) ، الكافي لابن عبد البر ، كتاب الصيام ، باب جامع النذر وكتاب الأيمان والنذور ، باب النذور (١/٣٤٨ ، ٣٤٩ ، ٤٦٠) . وقال ابن قدامة في المغني : وإن قال : لله عليّ صوم يوم العيد ، فهذا نذر معصية ، على ناذره الكفارة لاغير ، نقلها حنبل عن أحمد . وفيه رواية أخرى : أن عليه القضاء مع الكفارة . ثم قال : والأولى الصحيحة ، قاله القاضي . وأما أيام التشريق : ففيه روايتان عن أحمد ، في رواية : يجوز صومها عن النذر . وفي الأخرى : لا يجوز . راجع تفصيل المسألة في المسائل الفقهية ، كتاب الصيام (١/٢٦٤ ، ٢٦٥) ، الإفصاح ، باب الصيام (١/٢٤٨) المغني ، كتاب النذور (٩/٢٣ ، ٢٤) .

(٤) لفظ : [يجب] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

٦٩٥٠ - والدليل على الفصل الأول : أن النبي ﷺ : « نهى عن صومها » [١] ، فلولا أن الصوم فيها يوجد لم يصح النهي . ولأنه زمان يصح الصيام [٢] في أمثاله ، فيصح [٣] الصوم فيه ، كيوم الشك .

٦٩٥١ - فإن قيل : أمثال يوم الفطر والنحر .

٦٩٥٢ - قلنا : أمثاله الأيام كلها ، والفطر والنحر أفعال يوقع فيها كالصلوات والحج فلا يخرج سائر الأيام أن يكون مثلا له ، ولأنه زمان نهي عن الصوم فيه فلم يمنع [٤] ذلك وقوع الصوم فيه كيوم الشك ، ولا يلزم زمان الحيض ؛ لأن الصوم يصح فيه من غيرها والتعليل للوقت لا للشخص . ولأن أيام التشريق اختلف في صومها عن واجب ، كيوم الشك .

٦٩٥٣ - قالوا : المعنى في سائر الأيام : أنه لم يخرج الصوم فيها ، فكانت قابلة للنذر ، وهذه الأيام بخلافه .

٦٩٥٤ - قلنا : الصلاة في الأوقات الثلاثة محرمة ، ولا يمنع ذلك من جواز الصلاة فيها [ولأن الصوم إنما منع منه في هذه الأيام ؛ لأن الفطر وجب فيها] [٥] ، فكان تقديم الفطر أولى من الصوم ، وهذا كما يقول : إن الصوم واجب في رمضان ، فإذا مرض وجب الفطر ، فنهى عن الصوم ، ولا يمنع ذلك جوازه .

٦٩٥٥ - وأما الدليل على الفصل الثاني : فقوله عليه [الصلاة و] [٦] السلام « من نذر نذرًا سماه ، فعليه الوفاء به » [٧] .

٦٩٥٦ - فإن قيل : هذا لا يجب عليه الوفاء ، وإنما سمى بإجماع .

٦٩٥٧ - قلنا : سمى الصوم ، وهذا يقدر على الوفاء به وإن منع منه في الزمان

---

(١) راجع ما تقدم في مسألة (٣٦٤) ، وفى مسألة (٣٨١) .

(٢) في (ع) : [الصوم] . (٣) في (م) ، (ع) : [فصح] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلا يمنع] .

(٥) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) الزيادة من (ع) .

(٧) أخرجه أبو داود ، في السنن ، كتاب الأيمان والنذور ، باب ما يؤمر به من الوفاء عن النذر (٢٣٣/٢) وأخرجه الطحاوي ، في المعاني في كتاب الأيمان والنذور ، باب الرجل ينذر وهو مشرك نذر ثم يسلم (١٣٣/٣) وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الأيمان والنذور والكفارات ، في من قال : لا نذر في معصية اللَّه ولا فيما لا يملك (٤٦٩/٣) .

المسمى كما أن من نذر أن يصلي [١] في الدار المغصوبة يلزمه أن يفى بالصلاة ، وإن لم يلزمه بالصفة المعينة .

٦٩٥٨ - وروى أن رجلا سأل ابن عمر فقال : إنى نذرت صوم [يوم] [٢] النحر فقال : « إن النبي ﷺ نهى عن صيام يوم النحر ، وأمر اللّٰه تعالى بالوفاء بالنذر » ، فأعاد السائل سؤاله ثلاثًا ، فأعاد الجواب ثلاثًا [٣] .

٦٩٥٩ - وهذا يدل : أنه يجب عليه الوفاء بالنذر في عين هذا اليوم ، وإلا فلا معنى لهذا الكلام ، ولأنه زمان يصح الصيام في أمثاله . فجاز أن ينعقد النذر بإيجاب صومه ، كسائر الأيام [٤] ، ولا يلزم أيام الحيض . ولأنه يصح انعقاد نذرها من غيرها ، والتعليل للزمان لا للشخص . ولأنه يوم يجاوز رمضان ، فصح صومه ابتداء ، كيوم الشك . ولأن أيام التشريق زمان ، يختلف في صومه عن الواجب فجاز أن يلزم الصوم بنذر صومه ابتداء ، كيوم الشك ، ولا يمكن القول بموجب العلة فيمن [٥] نذر صوم كل خميس ؛ لأنا قلنا : ابتداء . احتج المخالف في بطلان النذر ، بقوله عليه [الصلاة و] [٦] السلام : « لا نذر في معصية » [٧] .

٦٩٦٠ - قالوا : ونذره في مسألتنا يتناول هذا اليوم ، وهو معصية . ولا يجوز إفراد النذر بالإيجاب عن الزمان ، كما لو قالت : لله عليّ أن أصوم أيام حيضى ، لم يجز لنا : إيجاب الصوم وإسقاط الزمان الذي عينته [٨] .

---

(١) لفظ : [يصلى] ساقط من (ع) . (٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة بلفظ : عن زياد بن جبير قال : جاء رجل إلى ابن عمر فسأله عن رجل نذر أن يصوم يوما فوافق يوم فطر أو أضحى ، فقال ابن عمر : أمر اللّٰه وفاء النذر ، ونهى رسول اللّٰه ﷺ عن صوم هذا اليوم ، في المصنف كتاب الأيمان ، في الرجل يجعل عليه نذرًا أن يصوم فيأتي ذلك على فطر أو أضحى (٤٧٢/٣) .

(٤) قوله : [كسائر الأيام] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [فمن] . (٦) الزيادة من (ع) .

(٧) هذا الحديث أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الأيمان (٤٧٠/٣) ، وأخرجه عبد الرزاق من حديث أبي هريرة في كتاب الأيمان والنذور ، باب لا نذر في معصية اللّٰه (٤٣٣/٨) . وأبو داود في السنن باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية (٢٢٨/٢ ، ٢٢٩) ، والترمذي في السنن كتاب النذور والأيمان (١٠٣/٤) (١٥٢٤ ، ١٥٢٥) ، والنسائي في المجتبي كتاب الأيمان والنذور ، في النذر فيما لا يملك (١٩/٧) وابن ماجه في السنن كتاب الكفارات ، باب النذر في المعصية (٦٨٦/١) ، الحديث (٢١٢٤ ، ٢١٢٥) . راجع تخريجه أيضا في الهداية في تخريج أحاديث البداية (٨١/٦) ، الحديث (١٠٧٢) .

(٨) في (م) ، (ع) : [عينه] .

/ب ٦٩٦١ - والجواب : أنه نذر صومًا يوقعه على وجه منهى ، وهو يملك إيجاب / الصوم ، ولا يملك إيجاب المنهى فيجب بالنذر الطاعة ، ويسقط بالمعصية ، كما لو قال : للّه [١] عليّ حجة أجامع فيها ، وصوم يوم أغاب فيه ، أو أباشر [٢] النساء .

٦٩٦٢ - فأما قولها : « يوم حيضي » فالحيض معنى ينافي الصوم ، بدلالة : أنه يعترض الصوم ويبطله ، كالأكل ، فلم يتضمن نذرها ، كمن قال : لله عليَّ أن أصوم بعد الأكل . يبين ذلك : أن قربة [٣] الأوقات وفضائلها لا تتعين [٤] بالنذر ، بدلالة : أن من نذر صوم يوم [٥] عاشوراء ، فقدمه عليه ، جاز عندنا . وعلى المذهبين : إن لم يصم جاز الصوم بعده ، ولا يلزم تأخير الصوم إلى اليوم [٦] من السنة الثانية ، وكذلك النهى المتعلق بالأوقات لا يتعين بالنذر .

٦٩٦٣ - قالوا : يوم لا يحل صومه ، فإذا نذر صومه لم ينعقد نذره ، أصله : يوم الحيض .

٦٩٦٤ - قلنا : كون الوقت لا تحل [٧] العبادة فيه ، لا يمنع لزوم النذر المضاف إليه كالأوقات المنهى عن الصلاة فيها ، وكمن نذر الصلاة في الدار المغصوبة . والمعنى في الأصل أن الحيض ينافي الصوم منها ، فكأنها قالت : لله عليّ الصوم إذا أكلت ؛ ولهذا نقول : إنها إذا أضافت النذر إلى الغد [٨] ، وكان يوم حيضها ، وجب عليها القضاء ؛ لأن نذرها أفاد الصوم من غير شرط ما ينفيه ، فتعلقه [٩] بزمان الحيض لا يمنع وجوبه .

٦٩٦٥ - فإن جعلوا أصل هذه العلة زمان الليل قلنا : الليل معنى يوجب الخروج من الصوم . قال النبى ﷺ [١٠] : « إذا أقبل الليل من ها هنا ، أفطر الصائم » [١١] . وما أوجب الخروج من الصوم لم يجب إضافة نذر الصوم إليه . واستدلوا على أن صوم هذه

---

(١) لفظ : [للّه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وأباشر] .

(٣) في (ع) : [مزية] ، مكان : [قربة] .

(٤) في (م) : [لا يتعين] .

(٥) لفظ : [يوم] ساقط من (م) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الصوم] ، مكان : [اليوم] .

(٧) في (م) : [لا يحل] .

(٨) في (م) ، (ع) : [إضافة النذر إلى العذر] .

(٩) في (م) : [فيعلقه] .

(١٠) في (ص) : [قال عليه السلام] ، مكان المثبت .

(١١) أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الصيام ، باب الصوم في السفر والإفطار ، وفي باب تعجيل الإفطار ، وفي باب يفطر بما تيسر عليه بالماء وغيره (٣٣٢/١ ، ٣٣٥) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الصيام باب بيان وقت إنقضاء الصوم وخروج النهار (٤٤٤/١ ، ٤٤٥) ، وأخرجه الدارمي ، في السنن كتاب الصوم باب في تعجيل الإفطار (٧/٢) .

الأيام لا يجوز : بنهيه عليه [الصلاة و] السلام عن صوم [يوم] [(١)] الفطر ، ويوم الأضحى ، ونهى عن صيام [(٢)] خمسة أيام [(٣)] .

٦٩٦٦ - والجواب : أن النهي لا يصح إلا عما يتصور وجوده ، فأما ما لا يوجد فلا ينهى [(٤)] عنه ، فلا يدل [(٥)] هذا النهى على وجود الصيام على وجه منهى عنه كالصلاة [(٦)] عند الطلوع والزوال .

٦٩٦٧ - فإن قيل : روى أن النبي ﷺ « نهى عن الوصال » [(٧)] ، ولم يدل ذلك على انعقاد الصوم بالليل .

٦٩٦٨ - قلنا : إنما نهى عن صيام النهار ، إذا لم يأكل بالليل ، ولم ينه عن صيام الليل ، حتى يدل على انعقاد الصوم فيه .

٦٩٦٩ - فإن قيل : النهي يقتضي فساد المنهي عنه [(٨)] .

٦٩٧٠ - قلنا : ليس الفساد عدم الانعقاد خاصة ، بل يقال : فسد إذا لم يجزئ عن صوم عليه مطلقا ، فهذا فاسد من هذا الوجه ، وإن كان منعقدًا . كما أن الحج يفسد بالجماع وإن بقى عقده ، إلاأنه لا يجزئ عما وجب .

٦٩٧١ - قالوا : زمان لا يصح عن قضاء رمضان بكفارة ، أو نذر مطلق ، فوجب أن لا يصح فيه صوم نذر [(٩)] معين ، كزمان الليل ، وأيام الحيض .

٦٩٧٢ - قلنا : الصيام الواجب في ذمته مطلقا ، وجب على وجه كامل ، فإن أداه ناقصًا لم يجز [(١٠)] ، وفى مسألتنا : أوجبه ناقصًا ، فجاز عما أوجب . وهذا ، كمن

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) لفظ : [صيام] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) سبق تخريجهما في مسألة (٣٦٤) ، وفى مسألة (٣٨١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلا نهى] . (٥) في هامش (ص) : [ندل] من نسخة أخرى .

(٦) في (م) ، (ع) : [فالصلاة] ، مكان [كالصلاة] .

(٧) أخرجه البخاري في الصحيح من حديث أبي هريرة في كتاب الصيام باب الوصال إلي السحر (٣٣٦/١) ومسلم في الصحيح ، كتاب الصيام باب النهي عن الوصال في الصوم (٤٤٥/١ ، ٤٤٦) ، والدارمي في السنن باب النهي عن الوصال في الصوم (٨/٢) .

(٨) لفظ : [عنه] ساقط من (م) .

(٩) لفظ : [نذر] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لم يجز عنه] بزيادة : [عنه] .

وجب عليه عتق رقبة ، لم يجز فيها الأعمى ، ولو عين إيجابه بالنذر ، ثم أعتقه ، جاز .

٦٩٧٣ - قالوا : القضاء [١] يجزي فيه الناقص عن الكامل ، كمن فاته في رمضان قضاه في غيره ، وإن أنقص منه . ومن فاتته [٢] صلاة في حال الصحة فقضاها في حال المرض بإيماء [٣] جاز .

٦٩٧٤ - قلنا : من فاته رمضان ، لم يثبت في ذمته نفس رمضان ؛ لأن ذلك لا سبيل إلى فعله ، وإنما يثبت في ذمته [٤] القضاء ، ولذلك [٥] يقف على الوجوب على إدراك الصلاة ، ففي أي زمان فعله جاز [٦] ، فلم يوقعه أنقص [٧] مما وجب .

٦٩٧٥ - وأما صلاة المريض [فهي ناقصة في حق الصحيح ، كاملة في حق المريض ، بدلالة : أن من فاتته صلاة] [٨] حال المرض ، لم يجز قضاؤها في حال الصحة بالإيماء ، لأن صلاة المريض ناقصة [٩] في هذه الحال ، فلا يقيمها مقام صلاة الإيماء ، وقد كانت كاملة في ذلك الوقت ، والمعنى في زمان الليل إذا طرأ على صوم صحيح ، أوجب الخروج منه فمنع من انعقاد الصوم . ويوم النحر وجد فيه الإمساك مع النية ، وليس هناك معنى يطرأ على الصوم ، فوجب الخروج منه ، فلذلك [١٠] انعقد .

* * *

---

(١) لفظ : [القضاء] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [فاته] .

(٣) في (م) ، (ع) : [نائمًا] ، مكان : [بإيماء] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ذمة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(٦) لفظ : [جاز] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) : [فلم يرفعه انقص] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [وأما صلاة المرض فهي ناقصة] ، مكان : [وأما صلاة المريض] إلى قوله : [لأن صلاة المريض ناقصة] .

(١٠) لفظ : [منه] ساقط من (ع) وفي (م) ، (ع) : [فكذلك] ، مكان المثبت .

مسائل الاعتكاف [٣٩٨ - ٤٠٧]

مسألة ٣٩٨

اعتكاف المرأة في مسجد بيتها أفضل

٦٩٧٦ - [قال أصحابنا] (١) : اعتكاف المرأة في مسجد بيتها أفضل ، ويكره اعتكافها في المسجد (٢) .

٦٩٧٧ - وقال الشافعي في القديم : يكره لها أن تعتكف (٣) في المسجد ، وإن اعتكفت في مسجد بيتها صح ، وكان أفضل ، وقال في الجديد : لا يصح اعتكافها في مسجد البيت (٤) .

٦٩٧٨ - لنا : أن المرأة ممنوعة من الاعتكاف في المسجد ، والدليل عليه : ما روى يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة رضي الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد أن يعتكف صلى الفجر ، ثم دخل معتكفه ، قالت : وإنه أراد مرة أن يعتكف في (٥) العشر

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من سائر النسخ ، أثبتناه تمشيًا بمنهج المصنف .

(٢) راجع تفصل المسألة في الأصل ، باب الاعتكاف (٢/٢٧٤) ، مختصر الطحاوي باب الاعتكاف ص٥٨ المبسوط باب الاعتكاف ، (٣/١١٩) ، تحفة الفقهاء باب الاعتكاف (١/٣٧٢ ، ٣٧٣) ، بدائع الصنائع كتاب الاعتكاف (٢/١١٣) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية باب الاعتكاف (٢/٣٩٤) ، البناية مع الهداية باب الاعتكاف (٣/٧٤٧) .

(٣) في (م) : [يعتكف] .

(٤) قال النووي في المجموع : لا يصح الاعتكاف من الرجل ولا من المرأة إلا في المسجد ، ولا يصح في مسجد بيت المرأة ولا مسجد بيت الرجل ، وهو المعتزل المهيأ للصلاة ، هذا هو المذهب . راجع تفصيل المسألة في الأم كتاب الاعتكاف (٢/١٠٨) ، حلية العلماء كتاب الاعتكاف (٣/١٨١) ، المجموع مع المهذب كتاب الاعتكاف (٦/٤٧٨ ، ٤٧٩ ، ٤٨٠ ، ٤٨٤) ، فتح العزيز مع الوجيز ، في باب الاعتكاف بذيل المجموع (٦/٥٠١-٥٠٣) ، وقال مالك وأحمد وأصحابهما مثل قول الشافعي في الجديد : لا يصح اعتكاف المرأة في بيتها . راجع المدونة في اعتكاف العبد والمكاتب والمرأة تطلق أو يموت عنها زوجها (١/٢٠٠) ، المقدمات الممهدات كتاب الاعتكاف (١/٢٥٦) ، بداية المجتهد كتاب الاعتكاف (١/٣٢٤ ، ٣٢٥) ، شرح الزرقاني باب الاعتكاف نافلة (٢/٢٢٠) ، الإفصاح باب الاعتكاف (١/٢٥٦) ، المغني كتاب الاعتكاف (٣/١٨٩ ، ١٩٠) ، الكافي لابن قدامة كتاب الاعتكاف (١/٣٦٨) ، العدة مع العمدة باب الاعتكاف ص١٥٩ .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

الأواخر من رمضان ، قالت : فأمر ببنائه فضرب ، فلما رأيت ذلك أمرت ببنائي ، فضرب ، قالت : وأمر [١] غيري من أزواج النبي ﷺ ببنائه فضرب ، فلما صلى الفجر نظر إلى [٢] الأبنية . فقال : ما هذه [آلبر تردن ؟] [٣] وأمر ببنائه [٤] فقوض [٥] وأمر أزواجه بأبنيتهن فقوضت ، ثم أخر الاعتكاف إلى العشر الأول » [يعني] [٦] من شوال [٧] .

٦٩٧٩ - وروى أنه قال : « آلبر تردن ؟ » ، وهذا الإنكار يدل على كراهة [اعتكاف النساء في المسجد . ولا يجوز حمل النهي على خروجهن بغير أمره ؛ لأن ذلك لا يضر بهن . ولأن] [٨] الاعتكاف يمتد ، وتختلف [٩] فيه أحوال المعتكف من النوم [١٠] إلى الجلوس إلى القيام ، والأكل . وهذا لا يؤمن فيه إلى الاطلاع عليها فيكره لها ذلك ، وليس هذا كالطواف . لأنه مشى من غير اختلاف حال ، فهو كالمشي في الطرق [١١] ، وكذلك الوقوف بعرفة هو لبث لا يمتد على صفة واحدة ، فيؤمن الاطلاع عليها . ولأن الصلاة أخص بالمساجد من الاعتكاف ؛ لأنها بنيت لها ، فإذا كره لها الصلاة في المسجد فالاعتكاف أولى ، وإذا ثبت كراهة الاعتكاف فيه ، وهذه العبادة يستوي فيها النساء والرجال ، فلابد أن تكون لها حالة لا تكره لها وما ذلك إلا إذا اعتكفت في مسجد بيتها [١٢] .

---

(١) في سائر النسخ : [فامر] ، المثبت من سنن أبي داود .

(٢) في سائر النسخ : [في] ، المثبت من سنن أبي داود .

(٣) الزيادة من سنن أبي داود .

(٤) في سنن أبي داود : [قالت] فأمر ببنائه ، مكان المثبت .

(٥) في (م) ، (ع) : فنقض . (٦) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٧) أخرجه البخاري بألفاظ أخرى في الصحيح ، في باب اعتكاف النساء ، وفي باب الأبنية في المسجد (٣٤٥/١ ، ٣٤٦) ، مسلم بألفاظ متقاربة ، في الصحيح في كتاب الاعتكاف ، باب متى يدخل من أراد الاعتكاف في معتكفه (٤٨٠/١) وأبو داود في السنن في باب الاعتكاف (٦٢٣/١) ، الترمذي ، في باب ما جاء في الاعتكاف (١٤٨/٣) ، الحديث (٧٩١) ، ابن ماجه في باب ما جاء فيمن يبتدئ الاعتكاف (٥٦٣/١) ، الحديث (١٧٧١) .

(٨) في سائر النسخ : [بهم] والصواب ما أثبتناه ، وما بين القوسين : ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . (٩) في (م) ، (ع) : [ويختلف] .

(١٠) في (م) : من اليوم ، وهو تصحيف .

(١١) في (م) ، (ع) : [في الطواف] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [غيرها] ، مكان : [بيتها] .

٦٩٨٠ - فإن قيل : الصلاة تكره [١] في المسجد ؛ لأنها تقوم [٢] مع الناس فيطلعون عليها ، والمعتكفة تنفرد [٣] في ناحية من المسجد وتصلي [٤] بصلاة الإمام ، فلا يطلعون عليها .

٦٩٨١ - قلنا : هذا موجود في الصلاة ؛ لأنها تقدر أن تنفرد [٥] في ناحية من المسجد وتصلي [٦] بصلاة الإمام ، ومع ذلك يكره لها . ولأن كل ناحية من المسجد تنفرد [٧] فيها لا تأمن من حضور [٨] الرجال فيها .

٦٩٨٢ - فإن قيل : الجمعة لا تصح إلا في مسجد [٩] وتكره لها [١٠] حضورها ، ولا تجوز منها في غير المسجد [١١] .

٦٩٨٣ - قلنا : هي غير مخاطبة بها ، فلم تساوى الرجل [١٢] فيها . ولأن الجمعة [١٣] تصح منها في دار يتصل بالمسجد من غير كراهة ، وفي نفس المسألة أنه موضع لمسنون صلاة شخص ، فكان موضعًا لمسنون اعتكافه ، كالمساجد في حق الرجال . ولا يلزم المصلي ؛ لأنه يجوز الاعتكاف فيه إذا كان له مؤذن راتب .

٦٩٨٤ - فإن قيل : البيت موضع لصلاة الرجل النافلة ، ولا يجوز اعتكافه فيه ، واعتبار الاعتكاف الذي هو سنة بسنن [١٤] الصلاة أولى .

٦٩٨٥ - قلنا : الاعتكاف عبادة مقصودة [١٥] بنفسها ، فالواجب اعتبارها بالصلاة المقصودة ، وهي الفريضة دون النافلة التي هي تبع لها [و] [١٦] لأن كل عبادة كان محل مسنونها في حق الرجل المساجد ، كان مسنونها في حق المرأة البيت ، كالصلاة . ولأنها عبادة لا تختص [١٧] بمسجد بعينه ، ففعل المرأة لها في بيتها أفضل من فعلها في المسجد كالصلاة .

---

(١) في (م) : [يكره] .
(٢) في (م) : [يقوم] .
(٣) في (م) ، (ع) : [قلنا والمعتكف ينفرد] ، مكان : « والمعتكفة تنفرد » .
(٤) في (م) ، (ع) : [ويصلي] .
(٥) في (م) : [أن ينفرد] .
(٦) في (م) : [ويصلي] .
(٧) في (م) : [ينفرد] .
(٨) في (ع) : [لا تأمن] حضور بحذف : [من] .
(٩) في (م) : [في المسجد] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ويكره له] .
(١١) في (م) ، (ع) : [المساجد] .
(١٢) في (م) : [الرجال] .
(١٣) لفظ : [الجمعة] ساقط من (م) ، (ع) .
(١٤) في (م) ، (ع) : [سنن] .
(١٥) في (م) ، (ع) : [مقصود] .
(١٦) الزيادة من (م) ، (ع) .
(١٧) في (م) : [لا يختص] .

٦٩٨٦ - احتجوا : بأن كل موضع لا يصح للرجل أن يعتكف فيه ، لم يصح للمرأة ، كالشارع .

٦٩٨٧ - قلنا : الشوارع لم تسن [١] لها الصلاة فيها ، ولما كان مسجد بيتها موضعًا لفضيلة صلاتها [٢] جاز اعتكافها فيه .

٦٩٨٨ - قالوا : موضع لم يبن [٣] للصلاة والجماعات ، فلم يصح فيه [٤] الاعتكاف ، أو موضع يجوز للجنب اللبث فيه .

٦٩٨٩ - قلنا : هذه المعاني لم تمنع [٥] أن يكون موضعًا مسنون للصلاة ، ويخالف الشوارع ، والصلاة أفضل من الاعتكاف ولأن لا يمنع [٦] ذلك الاعتكاف فيه أولى .

٦٩٩٠ - قالوا : عبادة لا تصح [٧] من الرجل إلا في المسجد ، فكذلك من المرأة ، كالطواف ، أو قربة تختص [٨] في حق الرجل بمكان ، فوجب أن تختص [٩] [في حق المرأة بذلك المكان ، كالوقوف .

٦٩٩١ - قلنا : الطواف والوقوف يختص] [١٠] بمكان واحد لا يجوز في غيره ، فلم يختلف الرجل [و] المرأة [١١] في حكمه . والاعتكاف لا يختص بمكان واحد ، فاختلف المرأة والرجل في مكان فضيلته ، كالصلاة . ولأن الطواف والوقوف يتعلق ببقعة [١٢] بعينها ، لا يختلف أحوال المرأة في أداء العبادة فيها ، فلهذا ساوت الرجال ، وأما الاعتكاف فلابد فيه من التنقل من حال إلى حال [١٣] لا يؤمن في مثلها زوال السبب ، فاختلف الرجل والمرأة [١٤] فيها .

---

(١) في (م) : [لم يسن] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لفضله] ، وفي (ع) : [صلاته] ، مكان المثبت .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يبين] .

(٤) في (م) ، (ع) : [منه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يمنع] .

(٦) في (م) : [وإن لا يمنع] .

(٧) في (م) : [لا يصح] .

(٨) في (م) : [يختص] .

(٩) في (م) : [يختص] .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١١) الزيادة من (م) ، (ع) ، ولفظ : [المرأة] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٢) لفظ : [ببقعة] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٣) في (م) : [من حال الرجال] ، مكان المثبت .

(١٤) في (ص) ، (م) : [المرأة والرجل] بالتقديم والتأخير .

٦٩٩٢ - الدليل عليه : أنهما لما اختلفا في أحكام السنن وجب على الرجل في الإحرام نزع المخيط ، وخالفته / المرأة في ذلك لمعنى [1] يعود إلى السنن ، وكذلك في كشف الرأس ، ومنعت من الرمل ، والسعي في بطن الوادي ، وإن كان سنة في حق الرجل ، لما في ذلك من الستر عليها ، فالاعتكاف مثله .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [إلى معنى] : مكان [لمعنى] .

مسألة ٣٩٩

لا يصح الاعتكاف إلا بصوم

٦٩٩٣ - قال أصحابنا : لا يصح الاعتكاف إلا بصوم [١] .

٦٩٩٤ - وقال الشافعي : يصح بغير صوم ، وهو بصوم أفضل ، وإن نذر اعتكافًا بصوم : اختلف أصحابه ، فمنهم من قال : لابد أن يجمع بينهما ، فإن اعتكف بغير صوم لم يجز .

٦٩٩٥ - ومنهم من قال : يجوز أن يأتي بالصوم على الانفراد ، والاعتكاف على الانفراد ، كما لو نذر الصوم والصلاة . فعلى قول هذا القائل إن أفطر في الاعتكاف أعاد الصوم دون الاعتكاف .

٦٩٩٦ - ونص الشافعي أنه إذا أفطر استأنف ، ولم يبين ما الذي استأنف [٢] .

٦٩٩٧ - لنا : ما روى الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها « أن النبي ﷺ قال : لا اعتكاف إلا بصوم » [٣] .

---

(١) راجع المسألة في كتاب الحج باب لا اعتكاف إلا بصوم (٤٢٠/١) ، مختصر الطحاوي ص٥٧ المبسوط (١١٥/٣ ، ١١٧) ، تحفة الفقهاء (٣٧١/١ ، ٣٧٢) ، بدائع الصنائع كتاب الاعتكاف (١٠٩/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٣٩٠/٢-٣٩٢) ، البناية مع الهداية (٧٤٣/٣-٧٤٥) .

(٢) في سائر النسخ : ما الذي استأنف ، لعل الصواب : ما الذي يستأنف . قال الشافعي في مختصر البويطي : والصيام في الاعتكاف أحب إليَّ ، فإن أفطر ، فلا شي عليه . راجع تفصيل المسألة في الأم كتاب الاعتكاف (١٠٥/٢٢ ، ١٠٧) ، مختصر البويطي ، في السنة في الاعتكاف ، ورقة (٥٤ب) ، مختصر المزني باب الاعتكاف ص٦٠ ، حلية العلماء كتاب الاعتكاف (١٨٢/٣) ، المجموع مع المهذب كتاب الاعتكاف (٤٨٤/٦-٤٨٦ ، ٤٨٧ ، ٤٨٨) ، فتح العزيز مع الوجيز في ذيل المجموع (٤٨٣/٦ ، ٤٨٤-٤٨٦) ، الموطأ في ما لا يجوز الاعتكاف إلا به (١/ ٢٣١) ، وفي المدونة كتاب الاعتكاف بغير صوم (١٩٥/١ ، ١٩٦) ، الرسالة الفقهية باب في الاعتكاف ص١٦٣ ، المنتقى في ما لا يجوز الاعتكاف إلا به (٨١/٢ ، ٨٢) ، الكافي لابن عبد البر باب الاعتكاف (٣٥٢/١) ، المقدمات الممهدات كتاب الاعتكاف (٢٥٧/١ ، ٢٥٨) ، بداية المجتهد كتاب الاعتكاف (٣٢٧/١) ، والمسائل الفقهية كتاب الصيام (٢٦٧/١، ٢٦٨) ، مسألة (٢٢) ، الإفصاح (٢٥٥/١ ، ٢٥٦) ، المغني كتاب الاعتكاف (١٨٥/٣-١٨٧) ، الكافي لابن قدامة كتاب الاعتكاف (٣٦٨/١) .

(٣) أخرجه الدارقطني بهذا الإسناد واللفظ ، في السنن باب الاعتكاف (١٩٩/٢ ، ٢٠٠) ، الحديث (٤) ، والحاكم في المستدرك في كتاب الاعتكاف (٤٤٠/١) ، والبيهقي في الكبرى في باب المعتكف يصوم (٤١٧/٤) .

٦٩٩٨ - قالوا : انفرد به سفيان بن الحسين عن الزهري .

٦٩٩٩ - قلنا : قد عولتم على خبره في الزيادة على مائة وعشرين من الإبل . وقد وافقه عليه يحيى بن أحمد بن الصلت بن هاشم السمسار ، عن هاشم بن مروة ، عن أبيه ، عن عائشة ، ولا يجوز أن يحمل على نفي الاستحباب والفضيلة ؛ لأن ظاهر النفي عندهم يقتضي نفي الجواز . ولأنه إنما يحمل على نفي الفضيلة إذا كانت العادات بانتفاء النفي (١) ناقصة ، وعندهم الاعتكاف بغير صوم ليس بناقص ، وإن كان غيره أفضل منه عند بعض أصحابهم ، فلا يجوز نفيه (٢) إذا كان كاملًا ؛ لأن غيره أكمل منه .

٧٠٠٠ - ويدل عليه : ما روى ابن جريج عن محمد بن شهاب ، عن سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير ، عن عائشة ، أنها (٣) أخبرتهما « أن رسول الله ﷺ كان يعتكف العشر الأواخر من شهر رمضان (٤) حتى توفاه الله ، [ثم اعتكفهن أزواجه من بعده] (٥) . وإن السنة للمعتكف أن لا يخرج إلا لحاجة الإنسان ، ولا يتبع جنازة ، ولا يعود مريضًا ، ولا يمس امرأة ، ولا يباشرها ، ولا اعتكاف إلا في مسجد جماعة ويأمر (٦) من اعتكف أن يصوم » (٧) .

٧٠٠١ - وفي سنن أبي داود : « ولا اعتكاف إلا بصوم » (٨) ، وقول الدارقطني : يقال : إن قوله : « وإن السنة للمعتكف » إلى آخره من كلام الزهري ، أدرج في الحديث ليس بصحيح ؛ لأن أبا داود ذكره ولم يعترضه ، وإنما استدل الدارقطني على هذا ، بأن هشام بن سليمان لم يذكره (٩) ، وقد ذكره عن ابن جريج القاسم بن معن ،

(١) في (م) ، (ع) : [إذا كانت العادة بانتفاء المنفي] .
(٢) في (م) : [بفيه] . (٣) في (م) : [أنهما] .
(٤) لفظ : [رمضان] ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) الزيادة من سنن الدارقطني ، وفي سائر النسخ مكانها لفظ تعالى .
(٦) في (ع) : [ويؤمر] .
(٧) أخرجه البخاري في الصحيح باب الاعتكاف في العشر الأواخر والاعتكاف في المسجد (٤٧٩/١) ، ومسلم في الصحيح كتاب الاعتكاف ، باب اعتكاف العشر الأواخر من رمضان (٤٧٩/١) ، وأبو داود في السنن باب الاعتكاف (٦٢٢/١) ، والترمذي في السنن باب ما جاء في الاعتكاف (١٤٨/٣) ، الحديث (٧٩٠) ، الدارقطني في السنن باب الاعتكاف (٢٠١/٢) ، الحديث (١١ ، ١٢) ، والبيهقي في الكبرى في باب الاعتكاف في المسجد (٣٢٥/٤ ، ٣١٦) .
(٨) أخرجه أبو داود في السنن باب المعتكف يعود المريض (٦٢٥/١) .
(٩) في سائر النسخ : [لم ينكره] ، المثبت من سنن الدارقطني .

وعبد الرحمن بن إسحاق ، والاثنان أقرب إلى الحفظ من الواحد . ولأنه لم يقل : من الذي قال ذلك ؟ فلا يلتفت إلى قوله . ولأنه إمساك يجب في الصوم ، فجاز أن يجب بمطلق الاعتكاف ، كالإمساك عن الوطء ، [أو لأنه أحد إمساكى (١) الصوم] (٢) . ولأن الأكل معنى يفسد الصوم ، فجاز أن يفسد الاعتكاف المطلق ، كالجماع . ولأنه لبث في مكان مخصوص ، فلا يصير قربة بانضمام نية إليه إلا بمعنى آخر ، كالوقوف بعرفة .

٧٠٠٢ - ولا يقال : (٣) إن الوقوف يصير قربة بانضمام الإحرام ، وهو مجرد النية عندنا ؛ لأنه ليس بنية الوقوف خاصة ، وإنما هو نية لجملة (٤) الحج .

٧٠٠٣ - فإن قيل : الوقوف ليس بلبث لأنه لو اجتاز بعرفة صح وقوفه .

٧٠٠٤ - قلنا : الوقوف اسم اللبث (٥) فهو الفرض (٦) ، فكذلك (٧) الاعتكاف فللبث ، فهو القربة ، وإنما يقوم الاجتياز (٨) مقام الوقوف الواجب كما يقوم الطواف في المسجد مقام اللبث الذي هو الاعتكاف . لأن الواجب من الوقوف جزء غير مقدر ، وذلك حاصل في أول قدم يضعه وما بعده ليس بواجب ، فصار الوقوف لبثا (٩) في الحقيقة .

٧٠٠٥ - فإن قيل : (١٠) فلا يكون من شرطه الصوم ، انتقض بمن نذر اعتكافًا بصوم .

٧٠٠٦ - قالوا : ليس من شرط الاعتكاف هناك الصوم ؛ لأنه لو ترك الصوم كان اعتكافًا وإن لم يجز عن النذر .

٧٠٠٧ - قلنا : فهو من شرط النذر الذي هو الاعتكاف ، فإن تركه عندهم لا يكون الاعتكاف الذي أوجب ، وإنما يكون اعتكافًا مبتدأ .

٧٠٠٨ - فإن قيل : يبطل بالمرابطة .

٧٠٠٩ - قلنا : لا يكون قربة بنفسها (١١) حتى ينوي أن يقيم ليقابل العدو ، أو لحراسة المسلمين . ولأنها عبادة مقصودة يخرج منها بالجماعة ، فخرج منها بالأكل ،

---

(١) في (م) : [إمساك] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [فلا يقال] .
(٤) في (ص) : [بحمله] .
(٥) في (م) ، (ع) : [للبث] .
(٦) في (ع) : [الغرض] .
(٧) في (م) ، (ع) : [فلذلك] .
(٨) في (م) : [الاختيار] .
(٩) في (م) ، (ع) : [لنا] .
(١٠) في (م) : [فإن قالوا] .
(١١) في (م) : [سنها] .

كالصوم والصلاة .

٧٠١٠ - احتجوا : بما روى طاووس عن ابن عباس ﷺ ، أن النبي ﷺ قال : ليس على المعتكف صيام ، إلا أن يجعله على نفسه » (١) .

٧٠١١ - قلنا : هذا الخبر ذكره الدارقطني بإسناد لا يعرف ، ولكن لم يرفعه إلا الشيخ الذي رواه عنه ، وهو محمد بن إسحاق السوسي (٢) ، والصحيح أنه موقوف على ابن عباس ، فإذا أسنده من لا يعرف لم يلتفت إلى قوله ، وكيف يصح هذا عن ابن عباس ، وقد صح عنه أنه قال : « لا اعتكاف إلا بصوم » (٣) ؟

٧٠١٢ - وقد روى فيه : أن يوجب ذلك على نفسه [، وذلك كناية عما يعد ، فكأنه قال : إلا أن يوجب الاعتكاف على نفسه] (٤) . ولأنه محمول على نفي صوم لأجل الاعتكاف (٥) وعندنا أن من شرطه وجود صوم إن كان له ، أو آخره .

٧٠١٣ - قالوا : روى نافع عن ابن عمر ﷺ ، قال : « كان عمر نذر اعتكاف ليلة في المسجد الحرام في الجاهلية ، فسأل النبي ﷺ ، فأمره أن يعتكف ويفي بنذره » (٦) .

---

(١) رواه الدارقطني في السنن باب الاعتكاف (١٩٩/٢) ، الحديث (٣) ، والحاكم في المستدرك ، في الاعتكاف (٤٣٩/١) ، والبيهقي في الكبرى باب من رأى الاعتكاف بغير صوم (٣١٨/٤ ، ٣١٩) .

(٢) في (م) : [السوى] ، وهو خطأ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الصيام ، وفي من قال : لا اعتكاف إلا بصوم (٤٩٩/٢) ، وعبد الرزاق في المصنف بهذا اللفظ في باب لا اعتكاف إلا بصيام (٣٥٣/٤ ، ٣٥٤) ، الأثر (٨٠٣٣ ، ٨٠٣٦ ، ٨٠٣٧) ، والبيهقي من هذه الوجوه في الكبرى باب المعتكف يصوم (٣١٧/٤ ، ٣١٨) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (ع) : [الشرط] ، وفي (م) : [الشرحاقف] ، مكان : [الاعتكاف] .

(٦) في (ص) : وأن يفي بنذره . أخرجه البخاري في الصحيح ، في الاعتكاف ، في باب الاعتكاف ليلا ، وفي باب من لم ير عليه صومًا إذا اعتكف ، وفي باب إذا نذر في الجاهلية أن يعتكف ثم أسلم (٣٤٥/١ ، ٣٤٨) ، وفي كتاب الجهاد والسير ، باب ما كان النبي ﷺ يعطي المؤلفة قلوبهم وغيرهم من الخمس (١٩٨/٢) ، وفي كتاب المغازي باب قول اللّه تعالى : ويوم حنين إذ أعجبتكم كثرتكم (٦٧/٣) ، وفي كتاب الأيمان والنذور ، باب إذا نذر أو حلف أن لا يكلم إنسانًا في الجاهلية ثم أسلم (١٥٩/٤) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب النذور ، باب نذر الكافر وما يفعل فيه إذا أسلم (٢٦/٢ ، ٢٧) ، وأبو داود ، في آخر كتاب الأيمان والنذور ، باب من نذر في الجاهلية (٢٣٧/٢) ، والترمذي ، في كتاب النذور والأيمان ، باب ما جاء في وفاء النذر (١١٢/٤ ، ١١٣) ، الحديث (١٥٣٩) ، والنسائي ، في كتاب الأيمان والنذور ، في إذا نذر ثم أسلم قبل أن يفي (٢١/٧ ، ٢٢) ، وابن ماجه ، في كتاب الصيام ، باب في اعتكاف يوم أو ليلة (٥٦٣/١) ، الحديث (١٧٧٢) .

٧٠١٤ – قلنا : هذا رواه سفيان بن عيينة [١] ، وخولف فيه . فروى جرير بن حازم عن أيوب في الخبر ، وقال فيه : « إني نذرت أن اعتكف يوما » [٢] . ورواه علي بن مسهر ، عن عبيد اللّٰه بن عمر ، عن نافع عن ابن عمر ﷺ « أنه نذر في الجاهلية أن يعتكف يوما في المسجد الحرام » [٣] .

٧٠١٥ – فإذا كانت الرواية متناقضة ، والقصة واحدة ، لم يصح التعلق بها على أن رواية الاثنين أولى من رواية الواحد .

٧٠١٦ – فإن قيل : يجوز أن يكون نذر نذرين ، فيستعمل الخبرين .

٧٠١٧ – قلنا : ويجوز أن يكون نذر يومًا وليلة ، فمن نقل يوما فهو صادق ، ومن روى ليلة فهو صادق ، فيتساوى في الاحتمال ويسقط تعلقهم بالخبر ، على أنه قد [٤] روى : أنه نذر يوما وليلة [٥] .

٧٠١٨ – فإن قيل : قال النيسابوري : هذا حديث منكر . لأن الثقات من أصحاب عمرو بن دينار لم يذكروه منهم : ابن جريج ، وابن عيينه ، وحماد بن سلمة ، وحماد ابن زيد ، وإنما تفرد به ابن بديل [٦] ، وهو ضعيف الحديث [٧] .

---

(١) أخرجه النسائي ، في كتاب الصيام ، في باب في اعتكاف يوم أو ليلة (٥٦٣/١) ، الحديث (١٧٧٢) .

(٢) أخرجه البخاري في الصحيح ، في الاعتكاف ، في باب الاعتكاف ليلا ، وفي باب من لم ير عليه صومًا إذا اعتكف ، وفي باب إذا نذر في الجاهلية أن يعتكف ثم أسلم (٣٤٥/١ ، ٣٤٨) ، مسلم في الصحيح ، في كتاب النذور ، باب نذر الكافر وما يفعل فيه إذا أسلم (٢٦/٢ ، ٢٧) .

(٣) أخرجه الدارقطني ، في السنن باب الاعتكاف (١٩٩/٢) ، الحاكم في المستدرك ، في الاعتكاف (٤٣٩/١) . راجع في الجوهر النقي ، في ذيل السنن الكبرى (٣١٨/٤) ، الموطأ ، كتاب الصيام ، ما يجوز الاعتكاف إلا به (٢٣١/١) .

(٤) لفظ : [قد] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) أخرجه أبو داود ، في السنن باب المعتكف يعود المريض (٦٢٥/١) .

(٦) في سائر النسخ : [ابن زيد] والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٧) قال الدارقطني بعد أن روى الحديث الذي تقدم تخريجه في نفس المسألة : تفرد به ابن بديل عن عمرو ، وهو ضعيف الحديث ، ثم قال : سمعت أبا بكر النيسابوري يقول : هذا حديث منكر ؛ لأن الثقات من أصحاب عمرو بن دينار لم يذكروه ، منهم : ابن جريج ، وابن عيينة ، وحماد بن سلمة ، وحماد بن زيد وغيرهم ، وابن بديل ضعيف الحديث ، في السنن (٢٠٠/٢ ، ٢٠١) ، الحديث (٨ ، ٩) ؛ وهكذا ذكره البيهقي عن الدارقطني في باب المعتكف يصوم (٣١٦/٤ ، ٣١٧) .

٧٠١٩ - قلنا : الذي روى ابن بديل [١] أن النبي ﷺ ، قال لعمر : « اعتكف وصم » [٢] ولم يحتج بهذا ، على أن طعن النيسابوري لا يصح ؛ لأنه لم يقل : إن الثقات [٣] خالفوا ابن بديل [٤] ، وإنما قال : لم يرووه [٥] ، وليس من شرط صحة خبر الواحد أن يرويه الجماعة .

٧٠٢٠ - احتجوا بحديث عائشة رضي الله عنها « أن النبي ﷺ لما أخر الاعتكاف من شهر رمضان اعتكف العشر الأول من شوال » [٦] .

٧٠٢١ - قالوا : وهذا يدل على جواز الاعتكاف من غير صوم ؛ لأن يوم الفطر لا يصح صومه .

٧٠٢٢ - قلنا : إنما اعتكف من العشر بعد يوم الفطر ، بدلالة : أنه لم ينقل ترك [٧] النبي ﷺ للخروج إلى المصلى يوم العيد منذ [٨] دخل المدينة ، ولو فعل ذلك لنقل .

٧٠٢٣ - فإن قيل : إنه صلى العيد في المسجد لأجل المطر ، فيحتمل أن يكون اعتكف هذا اليوم .

٧٠٢٤ - قلنا : هذا لا يعرف ، ولو كان صحيحًا لنقل نقلًا عامًا ، فكيف يصح هذا ، وهو يحتاج إلى أن يبتدئ بالاعتكاف من الليل ، فلا يجوز [٩] أن يفعل ما يمنع من الخروج والمسنون قبل أن يعلم بدوام المطر ، وبعذر الخروج عليه . ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوم في يوم العيد ليتوفر على الأكل [١٠] والشرب ، والجماع . فكيف يعتكف فيه ومعنى النهي قائم فيه ؟ [١١] .

---

(١) في (م) : [رواه] ، مكان : [روى] ، وفي سائر النسخ : [ابن زيد] وهو خطأ كما تقدم .
(٢) أخرجه الدارقطني ، في السنن باب الاعتكاف (١٩٩/٢) والحاكم في المستدرك ، في الاعتكاف (٤٣٩/١) ، البيهقي في باب المعتكف يصوم (٣١٦/٤ ، ٣١٧) .
(٣) في (م) : [الالتفات] ، مكان : [الثقات] ، وهو تصحيف .
(٤) في سائر النسخ : [ابن زيد] ، وهو خطأ .
(٥) في سائر النسخ : [لم يرووه] ، وفي سنن الدارقطني ، والبيهقي ، والجوهر النقي لم يذكروه مكانه ، والجوهر النقي بذيل السنن الكبرى (٣١٦/٤ ، ٣١٧) .
(٦) تقدم تخريجه في المسألة رقم (٣٩٨) .
(٧) في (م) : [نزل] .
(٨) في (م) : [مد] .
(٩) في (ص) : [ولا يجوز] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [من يوم العيد السوفر عن الأكل] .
(١١) في (ع) : [في الأعتكاف] ، مكان : [فيه] .

٧٠٢٥ - قالوا : عبادة يصح أن يفتتحها ليلًا ، فلم يكن من شرطها الصوم ، كالحج والعمرة .

٧٠٢٦ - قلنا : يبطل بمن نذر اعتكافًا بصوم .

٧٠٢٧ - فإن قالوا : إن ترك الصوم لم يبطل اعتكافه .

٧٠٢٨ - قلنا : يبطل عما نذر لعقد الصوم . ولأن الشيء [غير مشروط في عبادة لا يدل على أنه لم يشرط في غيرها ، ألا ترى : أن القراءة شرط في الصلاة دون الصوم] [١] والحج ، والطهارة شرط في الطواف عندهم والصلاة ، ولم تشترط [٢] في الصوم والوقوف ، والزاد والراحلة شرط في وجوب الحج دون غيره ، فكذلك لا يمتنع أن يشترط الصوم في الاعتكاف دون غيره من العبادات .

٧٠٢٩ - والمعنى فيما قاسوا عليه : أن كل عبادة منها يجب جنسها بالشرع ، فلم تقف صحتها على انضمام عبادة أخرى إليها . ولما كان الاعتكاف لا يجب جنسه بالشرع ، وقف كونه قربة على انضمام عبادة مقصودة إليه .

٧٠٣٠ - قالوا : كل زمان صح فيه الاعتكاف ، صح إفراده به ، كالنهار .

٧٠٣١ - قلنا : عندنا الليل لا يصح الاعتكاف فيه ، وإنما [٣] يوجد فيه اللبث ، وحكمه مراعى [٤] ، فإن انضم إليه النهار كان اعتكافًا ، وإلا بطل [٥] ، وهذا كما يقول : لي الإمساك [٦] في جزء من نهار ، أنه مراعى [٧] ، فإن انضم إليه بقية النهار ، كان جميعه صومًا ، وإن انفرد ذلك الجزء بطل حكمه ، ولا يصح بالصيام . ولأن النهار زمان شرع فيه [الإمساكان ، فجاز أن ينفرد بالاعتكاف ، والليل زمان شرع / فيه] [٨] أحد الإمساكين دون الآخر ، فلم ينفرد بالاعتكاف .

٧٠٣٢ - قالوا : كل عبادة ليس من شرطها في افتتاحها بالصوم ، وجب أن لا يكون من شرطها الصوم ، كالصلاة .

٧٠٣٣ - قلنا : قد يكون من شرط [٩] افتتاحها الصوم ، وقد لا يكون ؛ لأنه إن نذر

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) في (م) ، (ع) : [والصلاة لم يشترط] .
(٣) في (م) ، (ع) : [إنما بدون العطف] .
(٤) في (ص) ، (م) : [مراعا] .
(٥) قوله : [وإلا بطل] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [في الإمساك] .
(٧) في (ص) ، (م) : [مراعا] .
(٨) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٩) في (م) ، (ع) : [من شرطها] .

اعتكاف يوم لم يصح افتتاحه إلا بصوم ، وإن نذر اعتكاف يوم وليلة افتقر افتتاحه إلى الصوم ، فالوصف غير مسلم على إطلاقه . ولأنه قد يشترط [1] في ابتداء العبادة ما لا يشترط في إثباتها [2] ، ألا ترى : أن الطهارة شرط [3] في الطواف عندهم دون افتتاح الإحرام ، ودون الوقوف .

٧٠٣٤ – ولأن من شرط افتتاحها الصوم [4] عندنا ، ألا ترى : أن الصوم متى لم يوجد لم يكن لبثه بالليل اعتكافًا ، فأداء الصوم شرط وإن لم يقارن ، كما أن الخطبة شرط في الجمعة وإن لم يقارن أولها . والإيمان شرط من العبادات وإن تقدم عليها . والمعنى في الصلاة : ما ذكرنا في الحج والعمرة .

٧٠٣٥ – قالوا : عبادة لا تصح [5] إلا في المسجد ، فلم يكن الصوم من شرطها كالطواف .

٧٠٣٦ – قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأن اعتكاف المرأة يصح في بيتها .

٧٠٣٧ – وقولهم : لا يصح إلا في المسجد ، لا تقف صحة الصوم على ذكره ، فلا معنى له .

٧٠٣٨ – قالوا : عبادة مقصودة ، فلم تكن [6] شرطًا في عبادة أخرى ، أصله : سائر العبادات .

٧٠٣٩ – قلنا : العبادة عندنا هي الصوم ، والاعتكاف تابع له ، وصفة من صفاته ، فهو كالتابع مع الصوم . ولأن قراءة القرآن عبادة مقصودة في نفسها ، وهي شرط في جميع العبادات .

٧٠٤٠ – قالوا : ما لم يكن شرطا في صحة الاعتكاف بالليل لم يكن شرطا [7] فيه بالنهار قياسا على كل [8] ما ليس بشرط .

---

(١) في (م) ، (ع) : [قد يشرط] .
(٢) في (م) ، (ع) : [وما لا يشترط] ، وفي سائر النسخ : [إثباتها] ، لعل الصواب : [أثنائها] .
(٣) في (م) ، (ع) : [تشترط] .
(٤) لفظ : [الصوم] ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) : [لا يصح] .
(٦) في (م) : [فلم يكن] .
(٧) لفظ : [شرطا] ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) لفظ : [كل] ساقط من (م) ، (ع) .

٧٠٤١ - قلنا : الصوم عندنا شرط في الاعتكاف بالليل على ما قررنا ، والشرط قد يتقدم العبادة ، فكذلك يتأخر عنها ، ألا ترى [(١)] أن من شرط افتتاح الظهر إتمامها عددًا مخصوصًا ، حتى إن لم يتمم ذلك العدد لم يكن ظهرًا ، وهذا الشرط يتأخر عن افتتاحها .

٧٠٤٢ - قالوا : عبادة توجد ليلًا ونهارًا ، فلم يكن شرطًا في صحتها بالنهار ، كالحج .

٧٠٤٣ - قلنا : قد بينا أن الصوم شرط في اعتكاف [(٢)] الليل . ولأن الإمساك عن الأكل والشرب لم يشرع ليلا ، ولا يجوز شرطه ، وقد شرع نهارًا ، فجاز أن يشرط [(٣)] ، ولأنه يتعذر شرط ترك الأكل ليلًا ونهارًا ، فلم يشرط منه ما تعذر ، وشرط الليل [(٤)] ، ولا يتعذر بشرط ترك الجماع والخروج من المسجد ليلًا ونهارًا ، فاستوى فيه الزمانان [(٥)] .

* * *

(١) في (ص) : [ألا يرى] وفي (م) ، (ع) : [ألا ترى] . وهو الأنسب وقد أثبتناه في المتن .

(٢) لفظ : [اعتكاف] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (ص) : [أن شرط] .

(٤) في (ص) : [وشرط لليل] ، وفي (م) ، (ع) : [وشرط الليل] ، لعل الصواب : [في شرط الليل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الزمان] .

مسألة ٤٠٠

إذا خرج المعتكف إلى الجمعة ، لم يبطل اعتكافه

٧٠٤٤ - قال أصحابنا : إذا خرج المعتكف إلى الجمعة لم يبطل اعتكافه (١) .

٧٠٤٥ - وقال الشافعي : إن أوجب اعتكافًا غير متتابع فخرج (٢) عاد وبنى (٣) ، وإن أوجب اعتكافًا متتابعًا ستة أيام أو نحوها اعتكف في غير يوم الجمعة فإن اعتكف فوقعت الجمعة في خلال اعتكافه استقبل وإن أوجب اعتكافًا أكثر من ذلك ثم خرج إلى الجمعة بطل اعتكافه ، ويقال له : استقبله في الجامع (٤) .

٧٠٤٦ - لنا : أن ما لا يوجب إبطال الاعتكاف المطلق لا يوجب إبطال الاعتكاف المقيد بالتتابع ، [أصله : البيع والشراء ، والبيات ، وعكسه الجماع .

٧٠٤٧ - ولأنه خرج من معتكفه إلى الجامع للجمعة فلم يبطل اعتكافه] (٥) ، أصله : إذا كان مطلقًا . ولأن ما لابد له منه (٦) و لا يمكن فعله في معتكفه إذا خرج إليه لم يبطل اعتكافه قياسًا على حاجة الإنسان .

---

(١) راجع المسألة في كتاب الأصل (٢/٢٧٣) ، كتاب الحج باب الاعتكاف (٤١٣/١) ، مختصر الطحاوي ص٥٨ ، المبسوط (١١٧/٣ ، ١١٨) ، متن القدوري باب الاعتكاف ص٢٥ ، تحفة الفقهاء (٣٧٣/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما ركن الاعتكاف (١١٤/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٣٩٤/٢ ، ٣٩٥) ، البناية مع الهداية (٧٤٧/٣-٧٤٩) .

(٢) لفظ : [فخرج] : ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) في (م) : [ومتى] ، وهو تصحيف .

(٤) راجع تفصيل المسألة في مختصر البويطي ، ورقة (٥٤ب) ، حلية العلماء ، كتاب الاعتكاف (١٨٦/٣) ، المجموع مع المهذب كتاب الاعتكاف (٥١٣/٦ ، ٥١٤) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٥٤٠/٦) . وقال مالك في رواية : إن خرج إلى الجمعة ، بطل اعتكافه على الإطلاق . قال الباجي في المنتقى : وهو المشهور من مذهب مالك . وقال في رواية أخرى مثل قول الحنفية : لا ينتقض الاعتكاف بذلك ، وبه قال أحمد ، وابن الماجشون من المالكية . راجع تفصيل المسألة في المنتقى ، في ذكر الاعتكاف (٧٨/٢ ، ٧٩) ، الكافي لابن عبد البر (٣٥٣/١) ، الإفصاح (٢٥٦/١ ، ٢٥٧) ، المغني ، كتاب الاعتكاف (١٩٢/٣) ، كتاب الاعتكاف (٣٧١/١) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) : [ما لابد منه] ، بحذف : [له] .

٧٠٤٨ - فإن قيل : ذلك لا يمكن الاحتراز من الخروج [(١)] إليها ، وهذا يمكن الاحتراز منه ، فإنه يعتكف في الجامع .

٧٠٤٩ - قلنا : لو أمكنه أن يعتكف في موضع قريب من منزله ، فاعتكف في موضع بعيد فله [(٢)] الخروج إلى منزله للحاجة ، كأن يمكنه أن يحترز عن بعد المسافة ، ثم لا يبطل الاعتكاف ، ولأن الاعتكاف وجب بإيجابه [(٣)] ، والجمعة فرض متعين ، وجب بإيجاب اللّه تعالى ، والإنسان لا يوجب على نفسه ما يتقرب به ليسقط الفرض عن نفسه ؛ فصار مقدار الخروج للجمعة مستثنى من اعتكافه ، فلا يبطله . ولأنا لو لم يستثن الخروج للجمعة بطل إذا دخل في صوم الشهرين في شعبان قطع التتابع شهر رمضان . وإذا كان الإنسان لا يصوم الكفارة على وجه لا يترك الفرض ، ثم لا يصير كالمستثنى من صوم الشهرين .

٧٠٥٠ - قلنا : هناك لا يجب الصوم بإيجابه وإنما وجب بإيجاب اللّه تعالى ، ويتعين بتعيينه ، وقد كان يقدر على تعيينه [(٤)] في غير هذا الزمان وفي مسألتنا ، الإيجاب حصل بإيجابه [(٥)] فيستثنى منه شرعًا ما لو استثنى لفظًا لم يبطل الاعتكاف . وفي صوم الشهرين لو [(٦)] استثنى شهر رمضان لفظًا لبطل صومه ، كذلك إذا استثناه الشرع ، على أن استثناء الشرع أولى ، ألا ترى : أنه لو نذر اعتكافًا على أن يبول [(٧)] في المسجد فخرج لم يبطل اعتكافه ، وصار استثناء الشرع أولى من إيجابه .

٧٠٥١ - احتجوا : بأنها عبارة من شرطها التتابع ، فإذا فرضها حيث يخرج منها قبل إتمامها وأمكن التحرز منه لم يجز ، أصله : إذا دخل في صوم الشهرين المتتابعين في أول شعبان ، أو في أول ذي الحجة .

٧٠٥٢ - قلنا : هناك وجب التتابع على وجه لو استثنى منه هذه الأيام إذا عينه لم يصح ، فإذا استثنت بالشرع لم يصح ، وفي مسألتنا : التتابع يتعلق بإيجابه ، فلو استثنى

---

(١) في (م) : [من الوقوف الخروج] ، بزيادة : [الوقوف] .
(٢) قوله : [بعيد فله] ، ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [بإيجاب] .
(٤) في (م) ، (ع) : [نفسه] .
(٥) قوله : [بإيجابه] : ساقط من (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [الشهر] ، ولفظ : [لو] ، ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٧) في (م) ، (ع) : [رسول] ، مكان : [يبول] .

الجمعة بلفظ لم يبطل اعتكافه ، كذلك إذا [(١)] استثنى له الشرع الخروج إليها لم يبطل .

٧٠٥٣ - قالوا : خروج لإقامة الصلاة فبطل اعتكافه ، كما لو خرج للصلاة على الجنازة .

٧٠٥٤ - قلنا : صلاة الجنازة فرض لم يتوجه عليه [(٢)] فلم يستثنه بلفظه ولا بالشرع فصار كالخروج لسائر الحوائج ، وفي مسألتنا : تعين فرض الجمعة عليه ، وزانه أن يخرج للصلاة [(٣)] على ميت ، ليس هناك من يصلي عليه سواه ، فلا يبطل اعتكافه بالخروج للصلاة عليه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لما] ، مكان : [إذا] .

(٢) في (ع) : [إليه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [إلى الصلاة] .

مسألة ٤٠١

إذا باشر المعتكف امرأته أو قبلها بشهوة فلم ينزل لم يبطل اعتكافه

٧٠٥٥ – قال أصحابنا : إذا باشر المعتكف امرأته أو قبلها بشهوة ، فلم ينزل ، لم يبطل اعتكافه [١] .

٧٠٥٦ – وقال الشافعي : لا يفسد الاعتكاف من الجماع إلا ما يوجب الحد ، وقال في الإملاء : إذا باشر المعتكف ولم ينزل ، بطل اعتكافه [٢] .

٧٠٥٧ – لنا : أنها مباشرة لا يفسد عمومها الصوم ، فلا يفسد الاعتكاف ، كاللمس [٣] بغير شهوة . ولأنها مباشرة عريت عن الإنزال ، فإذا لم يبطل الصوم لم يفسد [٤] الاعتكاف ، كما لو كانت من وراء ثوب . ولأنه استمتاع أبيح في الصوم ،

---

(١) وقال محمد في كتاب الأصل : ولو كانت مباشرة دون الجماع أنزل فيها فأوجب عليه فيه الغسل ، كان ذلك بمنزلة الجماع . وكذلك المرأة يكون منها ما يكون من الرجل من الدفق ، وإن لم يكن أنزل ولا أنزلت ، فقد أساءا جميعا في ذلك ، ولا يفسد ذلك عليهما اعتكافهما في قول أبي يوسف ، وأما أبي حنيفة : فإن كان خرجا من المسجد ، فقد فسد اعتكافهما . راجع تفصيل المسألة في السابقة ، في كتاب الأصل (٢٨٠/٢) ، المبسوط (١٢٣/٣) ، بدائع الصنائع (١١٦/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٤٠٠/٢) ، البناية مع الهداية (٧٥٧/٣ ، ٧٥٨) .

(٢) قال الإمام الشافعي في الأم : ولا يفسد الاعتكاف من الوطء إلا ما يوجب الحد ، لا تفسده قبلة ولا مباشرة ونظرة ، أنزل أو لم ينزل . قال الشيرازي في المهذب : وإن باشر فيما دون الفرج بشهوة أو قبل بشهوة ، ففيه قولان : قال في الإملاء : يبطل ، وهو الصحيح ؛ لأنها مباشرة محرمة في الاعتكاف ، فبطل بها كالجماع . وقال في الأم : [لا يبطل] . راجع تفصيل المسألة في الأم ، كتاب الاعتكاف (١٠٥/٢) ، مختصر المزني ص٦١ ، حلية العلماء ، كتاب الاعتكاف (١٨٩/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الاعتكاف (٥٢٣/٦-٥٢٦) . وراجع في المدونة ، في المعتكف يقبل أو يباشر أو يلمس أو يعود مريضا أو يتبع جنازة (١٩٧/١) ، والمنتقى في قضاء الاعتكاف (٨٥/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٣٥٤//١) ، المقدمات الممهدات ، كتاب الاعتكاف (٢٥٧/١) ، بداية المجتهد ، كتاب الاعتكاف (٣٢٧/١ ، ٣٢٨) ، الإفصاح (٢٥٨) ، المغني ، كتاب الاعتكاف (١٩٩/٣ ، ٢٠٠) ، الكافي لابن قدامة ، كتاب الاعتكاف (٣٧٣/١ ، ٣٧٤) .

(٣) في (م) : [كاالملس] ، وفي (ع) : [كالمس] .

(٤) في (ع) : [لم تفسد] .

فلم يبطل الاعتكاف ، كالطيب .

٧٠٥٨ – ولا يقال : هذه المعاني لا يحرمها الاعتكاف فلم تفسدها ، والمباشرة بشهوة يحرمها الاعتكاف فأفسدته ، وذلك لأن تحريم المباشرة في العبادة لا يقتضي فسادها ، بدليل : أنها محرمة على المحرم ولا تفسد [١] الحج . ولأنها عبادة لا يبطلها كثير العمل فلا تبطلها [٢] المباشرة ، كالصوم .

٧٠٥٩ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِي ٱلْمَسَٰجِدِ ﴾ [٣] .

٧٠٦٠ – الجواب : إن [٤] الظاهر من الآية : الوطء ؛ لأنه قال في الآية ﴿ فَٱلْـَٰٔنَ بَٰشِرُوهُنَّ وَٱبْتَغُوا۟ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ ﴾ [٥] ، والمراد به : الوطء ، بدلالة : أنه قيل في التفسير : وابتغوا الولد . وبدلالة : تخصيص الإباحة بالليل ، وذلك إنما يكون في الجماع خاصة ، فلما قال : ﴿ وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِي ٱلْمَسَٰجِدِ ﴾ نفى [٦] ما أثبتنا ، فاقتضت الآية : النهي عن الجماع دون اللمس .

٧٠٦١ – قالوا : مباشرة يحرمها [٧] الاعتكاف ، فوجب أن يفسد ، كالوطء ؛ ولأنها مباشرة : يفسد [٨] الاعتكاف إذا كان معها إنزال ، فوجب أن يفسدها إذا لم يكن معها إنزال ، أصله : الوطء .

٧٠٦٢ – قلنا : المعنى في الوطء : أن عمده يفسد الصوم ، فأفسد الاعتكاف ، والمباشرة استمتاع عمده لا يفسد الصوم ، فلم يبطل الاعتكاف .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولا يفسد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فلا يبطلها] .
(٣) سورة البقرة : الآية ١٨٧ .
(٤) لفظ : [أن] ساقط من (ع) .
(٥) سورة البقرة : الآية ١٨٧ .
(٦) لفظ : [نفى] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) : [تحرمها] .
(٨) في (ع) : [تفسد] .

مسألة ٤٠٢

إذا باشرها أو جامعها فيما دون الفرج فأنزل بطل اعتكافه

٧٠٦٣ - قال أصحابنا : إذا باشرها أو جامعها فيما دون الفرج فأنزل (١) بطل اعتكافه (٢) .

٧٠٦٤ - وقال الشافعي في الأم : لا يفسد الاعتكاف من الجماع إلا ما يوجب الحد (٣) .

٧٠٦٥ - لنا : أنه إنزال عن مباشرة ، كالوطء في الفرج ، ووطء البهيمة ، والوطء في الموضع المكروه . ولأن ما أبطل (٤) الصوم أبطل الاعتكاف ، كالوطء . ولأنها عبادة يخرج منها بالوطء ، فجاز أن يبطلها الإنزال من غير وطء ، كالصلاة والصوم .

٧٠٦٦ - احتجوا : بأنها عبادة تختص (٥) بمكان ، فلم يفسدها غير الجماع (٦) في الفرج ، كالحج .

٧٠٦٧ - قلنا : يبطل بالطواف ، فإنها عبادة تختص (٧) بمكان ، فتبطل بالمباشرة . قالوا : تبطل (٨) بالطهارة ، فيبطل (٩) الطواف ببطلانها .

٧٠٦٨ - قلنا : فقد بطل بها وإن كان بواسطة وإن كان الحج أقوى ، بدلالة : أن المحرمات سوى الجماع لا يفسد ولا يخرج منه بالفساد ، والاعتكاف بخلافه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أنزل] .
(٢) وقال محمد في كتاب الأصل : ولو كانت مباشرة دون الجماع أنزل فيها فأوجب عليه فيه الغسل ، كان ذلك بمنزلة الجماع . وكذلك المرأة يكون منها ما يكون من الرجل من الدفق ، وإن لم يكن أنزل ولا أنزلت ، فقد أساءا جميعا في ذلك ، ولا يفسد ذلك عليهما اعتكافهما في قول أبي يوسف ، وأما أبي حنيفة : فإن كان خرجا من المسجد ، فقد فسد اعتكافهما . راجع تفصيل المسألة في ، كتاب الأصل (٢٨٠/٢) ، المبسوط (١٢٣/٣) ، بدائع الصنائع (١١٦/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٤٠٠/٢) ، البناية مع الهداية (٧٥٧/٣ ، ٧٥٨) .
(٣) سبق ذكرها في المسألة (٤٠١) .
(٤) في (ع) : [أما أبطل] .
(٥) في (م) : [يختص] .
(٦) في (م) ، (ع) : [عن الجماع] .
(٧) في (م) : [يختص] .
(٨) في (م) : [يبطل] .
(٩) في (م) ، (ع) : [فبطل] .

٧٠٦٩ - قالوا : كل ما حرم الوطء ودواعيه كان للوطء مزية على ما حرم معه ، كالصوم والحج .

٧٠٧٠ - قلنا : له مزية عندنا ؛ لأن الوطء يفسد الاعتكاف بغير إنزال ، والمباشرة لا تفسد إلا بإنزال .

* * *

مسألة ٤٠٣

إذا جامع المعتكف ناسيًا بطل اعتكافه

٧٠٧١ – قال أصحابنا : إذا جامع المعتكف ناسيًا بطل اعتكافه [١] .

٧٠٧٢ – [وقال الشافعي : لا يبطل [٢] .

٧٠٧٣ – قالوا : وإذا خرج من المسجد ناسيًا لم يبطل اعتكافه] [٣] ؛ لأن الشافعي قال : لو أخرجه السلطان مكرهًا لم يبطل ، فالناسي مثله .

٧٠٧٤ – لنا : أنه وطء في الفرج ، فوجب أن يبطل الاعتكاف ، كما لو اعتمده . ولأنه وطء يوجب الحد فيفسد الاعتكاف ، كالعمد . ولأن المعتكف له أمارة ظاهرة يستدل بها على الاعتكاف فعمد وطئه وسهوه سواء كالمصلي .

٩٠/أ ٧٠٧٥ – احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام / « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » [٤]

---

(١) وقال محمد في كتاب الأصل : ولو كانت مباشرة دون الجماع أنزل فيها فأوجب عليه فيه الغسل ، كان ذلك بمنزلة الجماع . وكذلك المرأة يكون منها ما يكون من الرجل من الدفق ، وإن لم يكن أنزل ولا أنزلت ، فقد أساءا جميعا في ذلك ، ولا يفسد ذلك عليهما اعتكافهما في قول أبي يوسف ، وأما أبي حنيفة : فإن كان خرجا من المسجد ، فقد فسد اعتكافهما . راجع تفصيل المسألة في ، كتاب الأصل (٢٨٠/٢) ، المبسوط (١٢٣/٣) ، بدائع الصنائع (١١٦/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٤٠٠/٢) ، البناية مع الهداية (٧٥٦/٣ ، ٧٥٧) .

(٢) قال الإمام الشافعي في الأم : ولا يفسد الاعتكاف من الوطء إلا ما يوجب الحد ، لا تفسده قبلة ولا مباشرة ونظرة ، أنزل أو لم ينزل . قال الشيرازي في المهذب : وإن باشر فيما دون الفرج بشهوة أو قبل بشهوة ، ففيه قولان : قال في الإملاء : يبطل ، وهو الصحيح ؛ لأنه مباشرة محرمة في الاعتكاف ، فبطل بها كالجماع . وقال في الأم : [لا يبطل] . راجع تفصيل المسألة في الأم ، كتاب الاعتكاف (١٠٥/٢) ، مختصر المزني ، ص٦١ ، حلية العلماء ، كتاب الاعتكاف (١٨٩/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الاعتكاف (٥٢٣/٦-٥٢٦) . وراجع في المدونة ، في المعتكف يقبل أو يباشر أو يلمس أو يعود مريضا أو يتبع جنازة (١٩٧/١) ، المنتقى في قضاء الاعتكاف (٨٥/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٣٥٤/١) ، المقدمات الممهدات ، كتاب الاعتكاف (٢٥٧/١) ، بداية المجتهد ، كتاب الاعتكاف (٣٢٧/١ ، ٣٢٨) ، الإفصاح (٢٥٨/١) ، المغني ، كتاب الاعتكاف (١٩٩/٣ ، ٢٠٠) ، الكافي لابن قدامة ، كتاب الاعتكاف (٣٧٣/١ ، ٣٧٤) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) تقدم تخريجه في المسألة رقم (٣٨٢) .

وقد يكون جوابًا عن الاستدلال بهذا الخبر .

٧٠٧٦ - قالوا : استمتع ناسيًا فوجب أن لا يفسد اعتكافه ، كما لو قبلها .

٧٠٧٧ - قلنا : القبلة عمدها لا يبطل الصوم ، فلم يبطل الاعتكاف ، والوطء استمتاع يفسده عمد الصوم ، فأفسد جنسه الاعتكاف .

٧٠٧٨ - قالوا : الناسي لا يدخل في الأمر والنهي ؛ لأنه يستحيل أن يقول : افعل أو لا تفعل وأنت ناسي ؛ لأنه تعلق الأمر والنهي بشرط لا يوجد [1] ؛ لأن الناسي لا يعلم أنه ناسي .

٧٠٧٩ - قلنا : النهي لا يتعلق بشرط النسيان ، لكنه يمنع من جنس فعل ، أو تعلق على جنس فعل حكم ، يستوي فيه النسيان والعمد . ألا ترى : أن الحد يتعلق بالوطء ، ثم لو نسى أنه طلق ثلاثا ، فجامع حدَّ ، ولو نسى أنه تطهر فأحدث ، بطلت طهارته ، كذلك هذا .

* * *

(١) في (ع) : [أن لا يوجد] .

مسألة ٤٠٤

إذا أوجب على نفسه اعتكاف أيام بغير عينها لزمته متتابعة

٧٠٨٠ - قال أصحابنا إلا زفر (١) : إذا أوجب على نفسه اعتكاف أيام بغير عينها لزمته متتابعة (٢) .

٧٠٨١ - وقال الشافعي : إذا لم يوجبه (٣) متتابعًا ، فالأحسن أن يتابع .

٧٠٨٢ - قال أصحابه : وفيه دليل ، أنه إن لم يتابع جاز ، وأما إذا أوجب اعتكاف يوم (٤) فالصحيح من المذهب أن يتابعه فيعتكف من طلوع الفجر إلى غروب الشمس . ومن أصحابه من قال : إن دخل في الاعتكاف في أي وقت (٥) شاء إلى مثله من الغد جاز (٦) .

---

(١) الزيادة : أثبتناها من كتب الحنفية تمشيا بمنهج المصنف .

(٢) قال السرخسي : وقال زفر رحمه الله : هو بالخيار ، إن شاء تابع ، وإن شاء فرق . راجع تفصيل المسألة في الجامع الكبير ، باب الصيام والاعتكاف ص١٤ ، الأصل ، باب في الصيام والاعتكاف من الجامع الكبير (٢٩٦/٢ ، ٢٩٧) ، مختصر الطحاوي ، ص٥٨ ، المبسوط ، (١١٩/٣ ، ١٢٠) ، متن القدوري ، باب الاعتكاف ص٢٦ ، بدائع الصنائع ، كتاب الاعتكاف (١١/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، (٤٠٠/٢ ، ٤٠١) ، البناية مع الهداية ، (٧٥٨/٣ ، ٧٥٩) .

(٣) في (م) : [إذا لم يوجد] .

(٤) في (م) ، (ع) : [اوجب الاعتكاف يوم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فاي وقت] ، مكان : [في اي وقت] .

(٦) قال الإمام الشافعي في الأم : وإذا جعل لله عليه شهرًا ، ولم يسم شهرًا بعينه ، ولم يقل متتابعًا ، اعتكف متى شاء وأحب إلي أن يكون متتابعًا . راجع تفصيل المسألة في الأم ، كتاب الاعتكاف (١٠٥/٢) ، مختصر المزني ، ص ٦١، حلية العلماء ، كتاب الاعتكاف (١٨٤/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الاعتكاف (٤٩٢/٦- ٤٩٥) ، فتح العزيز مع الوجيز ، في بذيل المجموع (٥٠٨/٦ ، ٥٠٩) . وقال مالك وأصحابه مثل الحنفية : من نذر اعتكاف أيام مطلقة ، لزمه أن يأتي بها متتابعة . راجع المسألة في المدونة ، في نذر الاعتكاف (٢٠٢/١) ، الرسالة الفقهية ، ص١٦٣ ، الكافي لابن عبد البر (٣٥٢/١ ، ٣٥٣) ، بداية المجتهد ، كتاب الاعتكاف (٣٢٨/١) . وللحنابلة في لزوم التتابع وجهان : أحدهما : مثل قول الشافعي : لا يلزمه التتابع . والثاني : مثل قول الحنفية والمالكية : يلزمه التتابع . راجع تفصيل المسألة في الإفصاح ، (٢٥٧/١) ، المغني ، كتاب الاعتكاف (٢١٢/٣) ، الكافي لابن قدامة ، كتاب الاعتكاف (٣٦٩/١ ، ٣٧٠) .

٧٠٨٣ – لنا : أنه حكم علقه بمدة يصح في جميعها ، فكان إطلاقه كشرطه متتابعًا ، كترك الكلام .

٧٠٨٤ – ولا يقال : إن اليمين يختص تعقيب السبب ، وذلك لأنه لو حلف على شهر بعد شهور ، لزمه متتابعًا وإن [لم] [١] تختص تعقيب السبب .

٧٠٨٥ – ولا يقال : العادة أن الهجرة تكون [٢] متوالية ، وبهذا وردت السنة في هجرة [٣] أكثر من ثلاثة أيام ؛ لأن العادة أيضًا في الاعتكاف المتابعة ، ولم يفعل رسول اللّه ﷺ الاعتكاف إلا في مدة متتابعة . ولأنه نذر اعتكاف مدة ، فلا يجوز أن يفرقه ما لم يشرط التفريق ، أصله : إذا نذر شهرًا بعينه . ولأنها عبادة أوجبها في مدة تصح [٤] في جميعها ، فلم يجز تفريقها مع الإمكان ، أصله : اليوم الواحد إذا شرط التتابع .

٧٠٨٦ – فإن قيل : اليوم الواحد عبارة عن بياض النهار ، وعشرة أيام : عبارة عن المجتمع والتفرق بطل اليمن .

٧٠٨٧ – احتجوا : بأنها عبادة يجوز تفريقها ، فلا يجوز التتابع بمطلق النذر ، أصله : إذا نذر صوم ثلاثين يومًا .

٧٠٨٨ - قالوا : وما جاز تفريقه بشرط [٥] التفرق ، جاز بمطلق النذر ؛ أصله : الصوم .

٧٠٨٩ – والجواب : أن الصوم في المدة قد اقتضى نذره التفريق ؛ لأنه لا يصح في جميع المدة ، فلم يجز إيجاب التتابع بمطلق اللفظ ، وفي مسألتنا : بخلافه .

٧٠٩٠ – فإن قيل : متابعة الصوم هى المتابعة بين أيامه ، بدلالة : أنه إذا شرط التتابع وجب أن يتابع الأيام دون الليالي .

٧٠٩١ – قلنا : فهذا هو الدليل ؛ لأن اسم عشرة أيام : عبارة عن الليالي والأيام ، واللفظ يتناولهما [٦] ، وما أوجبه يصح في بعضها ، فلم يوجب نذره الاتصال [٧] ؛ لأن

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) : [يكون] .
(٣) في (ع) : [في تنجز] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يصح] .
(٥) في (م) ، (ع) : [شرط] .
(٦) في (ص) : [يناولهما] .
(٧) في (م) ، (ع) : [الايصال] .

التتابع ما لا يفرق فيه وتتابع الصوم ، هو توالي الأيام ، وذلك تفريق من وجه ، فلم يلزمه بموجب اللفظ ما يشرطه [1] .

* * *

---

(١) في (م) : [ما شرطه] .

مسألة ٤٠٥

إذا نذر اعتكاف يومين لزمه يومان بليلتيهما

٧٠٩٢ - قال أبو حنيفة ومحمد [(١)] إذا نذر [(٢)] اعتكاف يومين ، لزمه يومان بليلتيهما وعنه [(٣)] : أنه يلزمه يومان والليلة التي بينهما ، فأما إذا أوجب اعتكاف ثلاثة أيام لزمه ثلاثة أيام وثلاث ليالي [(٤)] .

٧٠٩٣ - وقال الشافعي : إذا أوجب اعتكاف يومين متتابعين ، لزمه بليلة بينهما . واختلف أصحابه إذا لم يشترط [(٥)] التتابع ، فمنهم من قال : يلزمه بياض يومين ، ومنهم من قال : يلزمه يومان وليلة [(٦)] .

٧٠٩٤ - لنا : أن ذكر أحد العددين على طريق الجمع يفيد دخول ما بإزائه من العدد الآخر . الدليل عليه : قوله تعالى : ﴿ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا ﴾ [(٧)] . وقال : ﴿ ثَلَٰثَ لَيَالٍ سَوِيًّا ﴾ [(٨)] .

٧٠٩٥ - والقصة واحدة ، عبر عنها تارة بالأيام ، وتارة بالليالي [(٩)] ، فدل أن ذكر أحد الأمرين يفيد الآخر . ولا يقال : إن هذا عرف بدليل ، وهو ذكره الليالي مرة ،

---

(١) في (ص) : [رحمهما الله] .

(٢) في (م) ، (ع) : [أوجب] ، مكان [نذر] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وروى عنه] بزيادة [روى] الصواب : وعن أبي يوسف ، والدليل على ذلك : أن هذه الرواية لم يذكرها أحد عن أبي حنيفة ، وإنما ذكرها عن أبي يوسف .

(٤) راجع تفصيل المسألة في ، الجامع الكبير ص١٤ ، كتاب الأصل (٢٩٨/٢) ، المبسوط (١٢٢/٣ ، ١٢٣) ، بدائع الصنائع (١١٠/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٤٠٢/٢ ، ٤٠٣) ، البناية مع الهداية (٧٥٩/٣ ، ٧٦٠) مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب الاعتكاف (٣٥٨/١) .

(٥) في (م) : [لم يشرط] .

(٦) راجع تفصيل المسألة في ، الأم (١٠٧/٢) ، مختصر المزني ص٦١ ، حلية العلماء (١٨٤/٣) ، المجموع مع المهذب (٤٩٦/٦ ، ٤٩٧) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٥١٤/٦-٥١٦) .راجع المغني ، كتاب الاعتكاف (٢١٣/٣) .

(٧) سورة آل عمران : الآية ٤١ .

(٨) في (م) ، (ع) : [ثلاثة] ، مكان : [ثلاث] ، وهو خطأ سورة مريم : الآية ١٠ .

(٩) في (م) ، (ع) : [تارة بالأيام خاصة ، وتارة بالليالي خاصة] .

والأيام أخرى ، وذلك لأن كل واحدة من الآيتين أفادت بيان الأمرين ؛ لأنها حكاية قصة اقتضت الامتناع من الكلام في اليومين ، ولو كان كما قالوا ، لم تكن كل آية مقيدة بحكاية القصة على حالها . ولأنه أوجب الاعتكاف (١) في أحد الزمانين على طريق ، فصار كما لو قال : العشر الأواخر . ولأنه علق بيومين ما يصح في الزمانين فوجب أن يدخل فيهما (٢) ليلتهما ، كاليمين .

٧٠٩٦ - احتجوا : بأن اليوم : عبارة عن بياض النهار (٣) ، بدلالة : أنه إذا نذر اعتكاف يوم لم يتناول إلا ذلك ، فإذا ثنى وجمع تناول (٤) لضعف ما يتناوله على الانفراد .

٧٠٩٧ - قلنا : وإذا قال : العشر الأواخر ، فقد جمع اليوم الواحد ، ومع ذلك يتناول عند الجمع ما لا يتناوله عند الانفراد ، وكذلك اليومان والليلة ؛ يبين هذا أنه لو قال : لا أكلمه يوما وهو عند طلوع الفجر يتناول (٥) بياض النهار ، ولو ثنى يتناول (٦) الليل والنهار ، فكذا هذا مثله .

٧٠٩٨ - وقالوا : على الطريقة التي قالوا يدخل الليلة التي بين (٧) اليومين ، بأن الليلة التي (٨) قبل النهار زمان لا يتناوله لفظ الناذر ولا تتخلل (٩) ما يتناوله لفظه ، ولا يلزمه اعتكافه أصله : ما قبل الليلة الأولى .

٧٠٩٩ - قلنا : لا نسلم أن الليلة لا تتناول ما لفظه لما دللنا عليه أن ذكر أحد العددين يتناول الآخر . ولأن الليلة التي فيها لا تدخل (١٠) في اليمين ولا تدخل (١١) في

---

(١) لفظ : [الاعتكاف] ساقط من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فيه] ، مكان : [فيهما] .

(٣) لفظ : [النهار] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) : [يناول] .

(٥) في (ص) ، (م) : [يناول] .

(٦) في (ص) ، (م) : [يناول] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بعد] ، مكان : [بين] .

(٨) لفظ [التي] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا يتناول] ، مكان : [ولا تتخلل] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يدخل] .

(١١) في (م) ، (ع) : [يدخل] .

الاعتكاف ، والليلة المختلف فيها تدخل [١] في اليمين ، كذلك فى الاعتكاف .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يدخل] .

مسألة ٤٠٦

إذا أذن لزوجته في الاعتكاف فدخلت فيه فليس له منعها منه

٧١٠٠ - قال أصحابنا : إذا أذن لزوجته في الاعتكاف (١) فدخلت فيه ، فليس له منعها منه ، وإن أذن لأمته فدخلت ، فله منعها (٢) .

٧١٠١ - وقال الشافعي : له المنع فيهما (٣) .

٧١٠٢ - لنا : أن الزوجة تملك بالتمليك ، فإذا أذن لها أسقط حقه عن منافعها ، وأذن لها في استيفائها ، فصار كما لو ملكها شيئا لم يرجع (٤) فيه ، وليس كذلك الأمة ، لأنها لم تملك (٥) بالتمليك وإنما يتلف منافعها على ملكه ، فصار كالمعير (٦) .

٧١٠٣ - ولأنه أذن لزوجته الحرة في الاعتكاف فلم يكن له الرجوع ، كما لو أذن لها في النذر والدخول فيه . ولأنها حرة (٧) دخلت في عبادة بإذن زوجها فلم يكن له منعها كما لو دخلت في الحج بإذنه . ولأنه لا يملك منافعها ، بدلالة : أنها لو وطئت بشبهة كان المهر لها ، وإنما له حق ، فإذا أذن فقد أسقط حقه فلم يكن له الرجوع ، كما لو أبرأها من دينه ، أو عفا عن القصاص .

---

(١) قوله : [في الاعتكاف] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في الأصل ، كتاب الصوم ، باب الاعتكاف (٢٨٦/٢) ، المبسوط ، باب الاعتكاف (١٢٥/٣) ، تحفة الفقهاء باب الاعتكاف في بيان ما يفسد الاعتكاف (٣٧٥/١) ، بدائع الصنائع كتاب الاعتكاف في فصل شرائط صحته (١٠٩/٢) .

(٣) راجع المسألة في الأم ، كتاب الاعتكاف (١٠٨/٢) ، حلية العلماء ، كتاب الاعتكاف (١٨٠/٣) ، فتح العزيز باب الاعتكاف في ذيل المجموع (٤٩٢/٦ ، ٤٩٣) ، المجموع مع المهذب ، "كتاب الاعتكاف . (٤٧٦/٦-٦٧٨) .
قال مالك : من أذن لعبده ، أو لامرأته ، أو لأمته في الاعتكاف ، وشرعوا فيه ، فليس له أن يخرجهم منه . راجع المسألة في المدونة ، كتاب الاعتكاف بغير صوم ، في اعتكاف العبد ، والمكاتب ، والمرأة تطلق أو يموت عنها زوجها (٢٠٠/١) .
وقال أحمد وأصحابه في التطوع مثل الشافعية : يجوز لهما إخراجهما وإن كان بإذنهما . وإن كان منذورًا مأذونًا فيه ، لم يجز لهما إخراجهما منه سواء كان معينًا أو مطلقًا . راجع المسألة في الإفصاح باب الاعتكاف (٣٦٧/١) ، الكافي لابن قدامة كتاب الاعتكاف (٣٦٧/١) ، المغني كتاب الاعتكاف (٣٠٧/٣ ، ٣٠٨) .

(٤) في (ص) : [لم ترجع] .

(٥) في (م) : [لم يملك] .

(٦) في (م) ، (ع) : [كالعين] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ولا بفاجرة] ، مكان : [ولانها حرة] .

٧١٠٤ - فإن قيل : في القصاص أسقط حقًّا قد وجب ، وفى مسألتنا : أسقط حقًّا يجب له في الثاني .

٧١٠٥ - قلنا : يبطل إذا أذن لها في الصوم ، فدخلت فيه أو الحج .

٧١٠٦ - احتجوا : بأن كل من ملك منع غيره من الاعتكاف ، لم يسقط المنع بإذنه ، كالأمة .

٧١٠٧ - قلنا : لم يسقط حقه بالإذن عندنا حتى تدخل (١) في العبادة ، فهو كما لو أذن لها في الحج فدخلت فيه ولأن الأمة لا تملك بالتمليك ، فلم يسقط حقه بالإذن لها ، والحرة بخلافها (٢) .

٧١٠٨ - قالوا : الزوج يملك منافعها ، بدليل : أنه لو (٣) أعطى العوض عنها ، ويزيل ملكه عنها بعوض .

٧١٠٩ - فإذا أذن : فإما أن يكون عارية أو هبة ، وأيهما كان (٤) فله أن يرجع قبل الإقباض .

٧١١٠ - قلنا : يبطل به إذا أذن لها في النذر ، وأذن لها في الدخول . ولأن إسقاط الحقوق لا يفتقر إلى القبض (٥) ، كالبراءة والعفو عن القصاص (٦) .

٧١١١ - قالوا : لم يجب له الحق فقد أسقط حقًّا لم يجب .

٧١١٢ - قلنا : لا يمكن إسقاط هذا الحق بعد وجوده ، فجاز إسقاطه قبل وجوده إذا وجد سببه ، ألا ترى : أن المنافع لما لم يجز أن يملك بعد وجودها جاز أن يعتمد عليها قبل وجودها .

* * *

(١) في سائر النسخ : [يدخل] .

(٢) في سائر النسخ : [بخلافه] الصواب ما أثبتناه ؛ لأن الضمير راجع إلى الأمة .

(٣) لفظ : [لو] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) في (ص) : [وأنهما كان] ، وفى (م) ، (ع) : [وأيهما كان] لعل الصواب : [أيتهما كانت] ، أي العارية ، والهبة .

(٥) في (م) ، (ع) : [إلى البعض] .

(٦) في (ع) : [من القصاص] .

مسألة ٤٠٧

إذا هلك زوج المعتكفة في المسجد عادت إلى منزله فقضت العدة وتمت الاعتكاف

٧١١٣ – قال أصحابنا : إذا هلك زوج المعتكفة [١] في المسجد ، عادت إلى منزله ، فقضت العدة وتمت الاعتكاف .

٧١١٤ – وقال الشافعي : تعود إلى المنزل . واختلف أصحابه [٢] ، فمنهم من قال : تستأنف الاعتكاف قولًا واحدًا .

٧١١٥ – ومنهم من قال : على قولين [٣] . وهذه مبنية على أصلنا : إن ابتداء الاعتكاف يجوز في منزلها ، فكذلك يجوز البناء ، وخروجها من المسجد لا يبطل اعتكافها ؛ لأنه خروج بغير اختيارها ، فهو كما لو أخرجها السلطان إلى مسجد آخر . ولأنها خرجت لإقامة عبادة لا يمكن مثلها [٤] في المسجد ، كما لو خرجت للجمعة .

٧١١٦ – فإن قيل : أوجبت في المسجد .

٧١١٧ – قلنا : المسجد لا يتعين بالإيجاب وإن عينته ، بدليل : أنها لو نذرت أن تعتكف في المسجد الجامع جاز أن تعتكف في غيره [٥] .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [المعتكف] .

(٢) في سائر النسخ : [واختلف أصحابنا] الصواب ما أثبتناه .

(٣) قال الإمام الشافعي في مختصر المزني : وإن هلك زوجها ، خرجت فاعتدت ثم بنت راجع المسألة في مختصر المزني ، في آخر باب الاعتكاف ص٦١ ، حلية العلماء ، كتاب الاعتكاف (١٨٧/٣) فتح العزيز ، في ذيل المجموع (٥٣٨/٦) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الاعتكاف (٥١٤/٦ ، ٥١٦) . راجع المسألة في المدونة (٢٠٠/١) . وقال الحنابلة : المتوفى عنها زوجها تخرج لقضاء العدة ، إن كان منذورًا ، ترجع إلى معتكفها بعد قضاء العدة ثم تبنى على ما مضى من اعتكافها . راجع المسألة في الإفصاح ، (٢٥٩/١) ، الكافي لابن قدامة ، (٣٧٢/١ ، ٣٧٣) ، المغني ، (٢٠١/٣ ، ٢٠٢ ، ٢٠٧) .

(٤) في هامش (ص) : [فعلها] ، مكان : [مثلها] من نسخة أخرى .

(٥) ورد في سائر النسخ في آخر المسألة : [والله تعالى أعلم بالصواب] .

فهرس المجلد الثالث

الموضوع الصفحة

مسائل الجنائز [٢٦٧ - ٢٩٥]

كتاب الزكاة

كتاب الصيام

مَوْسُوعَة
القواعد الفقهية المقارنة
المسمّاة
التجريد

لِلإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري
(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج
أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد
أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

المجلد الرابع

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى

١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م، ٢٠٠٠م، ٢٠٠١م هي عمر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

القاهرة - جمهورية مصر العربية
الإدارة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)
بريديًا : ص.ب ١٦١ الغورية الرمز البريدي ١١٦٣٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسَمَّاة

التجريد

كتاب الحج [1]

(١) ورد في (ع) : [بسم الله الرحمن الرحيم] قبل قوله [كتاب الحج] .

مسألة ٤٠٨

الزمن المعسر لا يجب عليه الحج ببذل غيره له الطاعة

٧١١٨ - قال أصحابنا : الزَّمِن المعسر لا يجب عليه الحج ببذل [1] غيره له طاعة [2] .

٧١١٩ - وقال الشافعي : إذا قدر على من يطيعه إذا أمره ، وجب عليه الحج .

٧١٢٠ - قالوا : ولا يعتبر البذل [3] [وإنما يعتبر علمه أنه يطيعه] [4] وإن لم يبذل [5] .

٧١٢١ - ويعتبر المطيع أن يكون واجدًا [6] للزاد والراحلة ، وقد حج عن نفسه وهو على صفة لو [7] لم يحج ، وجب عليه الحج ، وأن يكون ثقة فيما يلتزمه ، ومتى بذل [8] له المال فيه وجهان :

٧١٢٢ - واختلفوا في الباذل هو الآخر فمنهم من قال : يختص الأولاد ، ومنهم من قال : الابن والأجنبي سواء . وللباذل [9] أن يمتنع ، وإذا أحرم لم يجز له الامتناع .

٧١٢٣ - ولا يجزئ الحج حتى يأذن فيه ، فإذ امتنع أحدهم من الإذن [10] لم يقم السلطان مقامه في الإذن في الصحيح من المذهب .

---

(١) في (ص) ، (م) : [يبدل] . بذله بذلًا : سمح به وأعطاه ، وبذله أباحه عن طيب نفس . انظر : المصباح المنير بذل (٢٤/١) .

(٢) اختلف الأحناف في هذه المسألة على قولين : فروى الحسن عن أبي حنيفة في الأعمى والمقعد والزمن أن عليهم الحج بأنفسهم . أما أبو يوسف ومحمد فقالا : يجب على الأعمى الحج بنفسه إذا وجد زادًا وراحلة ومن يكفيه مؤنة سفره في خدمته ، ولا يجب على الزمن والمقطوع . انظر تفصيل المسألة في : بدائع الصنائع (١٢١/٢ ، ١٢٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر كتاب الحج (٢٦٠/١ ، ٢٦١) .

(٣) في (ع) : [فلا يعتبر] ، وفي (ص) ، (م) : [البدل] .

(٤) في (ص) : [وإما لغير علمه] ، وفي (ع) : [وإنما لغير علمه أنه] مكان المثبت ، وما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (ص) ، (م) : [لم يبدل] .

(٦) في (ع) : [واحد] .

(٧) المثبت من (م) ، (ع) .

(٨) في (ص) ، (م) : [بدل] .

(٩) في (ص) ، (م) : [وللبادل] .

(١٠) زيادة من (م) ، (ع) .

٧١٢٤ - ومنهم من قال : يقوم إذن السلطان مقام إذنه [(١)] .

٧١٢٥ - لنا قوله تعالى ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ [(٢)] .

٧١٢٦ - وقال عليه الصلاة والسلام : « الاستطاعة الزاد والراحلة » [(٣)] ، ظاهر الآية يقتضي تعلق الوجوب بذلك .

٧١٢٧ - فإن قيل : إن كان ممن يؤمر قيل له مستطيع ، ألا ترى أن الإنسان يقول : أنا أستطيع أن أبني دارًا [(٤)] ، يعني : أنه يبني مثلها .

---

(١) خلاصة آراء الفقهاء في المسألة أن المستطيع بغيره اثنان (أحدهما) من لا يقدر على الحج بنفسه لزمانة أو كبر ، وله مال يدفعه إلى من يحج عنه فيجب عليه فرض الحج ؛ لأنه يقدر على أداء الحج بغيره كما يقدر على أدائه بنفسه فيلزمه فرض الحج . (والثاني) من لا يقدر على الحج بنفسه وليس له مالٌ ولكن له ولد يطيعه إذا أمره بالحج ، فينظر فيه : فإن كان الولد مستطيعًا بالزاد والراحلة وجب على الأب الحج ويلزمه أن يأمر الولد بأدائه عنه لأنه قادر على أداء الحج بولده كما يقدر على أدائه بنفسه . وإن لم يكن للولد مال ففيه قولان : (أحدهما) يلزمه لأنه قادر على تحصيل الحج بطاعته . (الثاني) لا يلزمه ؛ لأن الصحيح لا يلزمه فرض الحج من غير زاد ولا راحلة فالمريض أولى أن لا يلزمه . وإن كان الذي يطيعه غير الولد ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه الحج بطاعته لأن الولد إنما وجب عليه لأنه بضعة منه ، فنفسه كنفسه وماله كماله في النفقة وغيرها ، وهذا المعنى لا يوجد في غيره فلم يجب الحج بطاعته (الثاني) يلزمه وهو ظاهر النص لأنه واجد من يطيعه فأشبه الولد . وإن كان من يجب الحج عليه بطاعته فلم يأذن له ففيه وجهان : (أحدهما) أن الحاكم ينوب عنه في الأذن كما ينوب عنه إذا امتنع من إخراج الزكاة . (الثاني) لا ينوب عنه كما إذا كان له مال ولم يجهز من يحج عنه لم ينب الحاكم عنه في تجهيز من يحج عنه . وإن بذل له الطاعة ثم رجع الباذل ففيه وجهان : (أحدهما) أنه لا يجوز لأنه لما لم يجز للمبذول أن يرد لم يجز للباذل أن يرجع . (الثاني) أنه يجوز وهو الصحيح لأنه متبرع بالبذل فلا يلزمه الوفاء بما بذل . وأما إذا بذل له مالًا يدفعه إلى من يحج عنه ففيه وجهان : (أحدهما) أنه يلزمه قبوله كما يلزمه قبول الطاعة . (الثاني) لا يلزمه وهو الصحيح لأنه إيجاب كسب لإيجاب الحج فلم يلزمه كالكسب بالتجارة . انظر المسألة في المجموع شرح المهذب (٩٣/٧ ، ١٠٢) الأم (١١٣/٢ ، ١٢١) ، مختصر المزني كتاب الحج (صـ٦٢) ، حلية العلماء كتاب الحج (٢٠٢/٣ ، ٢٠٣) ، المغني كتاب الحج (٢٢٠/٣) ، الكافي لابن قدامة كتاب الحج (٣٨٠/١) . وانظر : المنتقى في الحج عمن يحج عنه (٢٦٩/٢- ٢٧٠) ، بداية المجتهد (٣٣١/١) ، الإفصاح (٢٦٥/١) ، المغني (٢٢٠/٣) ، الكافي لابن قدامة (٣٨٠/١) .

(٢) سورة آل عمران : الآية ٩٧ .

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب المناسك ، في باب السبيل الزاد والراحلة (٤٤٢/١) ، والشافعي في المسند في كتاب الحج الباب الأول (٢٨٤/١) ، والترمذي في السنن في كتاب الحج (١٦٨/٣) ، والدارقطني في السنن في كتاب الحج (٢١٥/٢ ، ٢١٨) .

(٤) في (م) : [دار] وهو خطأ .

٧١٢٨ – قلنا : إنا نقول ذلك إذا كان يأمر من يجب عليه أن يفعل ، فأما إذا قدر على أمر من لا يجب عليه العمل ، قيل : إنه مستطيع للأمر لا للبناء [١] . وعندهم للآمر أن يرجع بما بذل ما لم يدخل في المأمور [٢] ، وكيف يكون الآمر مستطيعًا للحج والمأمور لا يجب عليه فعله ؛ ولأن ما كان الغالب أن الإنسان يفعله بنفسه لا يقال : إنه مستطيع إلا أن يقدر على فعله .

٧١٢٩ – وما كان الغالب فيه [٣] الاستنابة ، قيل : إنه مستطيع بمعنى أنه يقدر أن يأمر به ؛ ولأن البذل وجد ممن لا يلزمه أن يحج عنه ، فلم يلزمه الحج ، كما لو بذل الضرورة [٤] ؛ ولأنه معنى لا يملك به الزاد والراحلة فلا يجب فيه الحج على الزمِن كبذل المال قبل القبول ، أو فلا يصير الزَّمِن به مستطيعًا ؛ ولأنها عبادة تجب [٥] بوجود المال ، فلا يجب بالطاعة ، كالعتق في الكفارة والزكاة .

٧١٣٠ – فإن قيل : بطل كالوضوء [٦] .

٧١٣١ – قلنا : لا يجب بالطاعة ، وكما يجب عليه طلب الماء من المستطيع ، فإن بذله وجب الوضوء بالبذل .

٧١٣٢ – فإن قيل : العتق وجب بملك الرقبة وبالبذل لا يصير مالكًا .

٧١٣٣ – قلنا : وكذلك الزَّمِن يلزمه الحج إذا وجد ما لا يحصل له ثوابه بإنفاقه [٧] ، وهذا المعنى لا يوجد إذا بذل للطاعة .

٧١٣٤ – فإن قيل : لا يجب عليه أن يتسبب إلى تحصيل الرقبة ليعتقها بدلالة أنه لا يلزمه أن يستوهب ويستدين .

٧١٣٥ – قلنا : ولا يلزمه أن يكتسب [٨] مالًا يحج به ، ويلزمه أن يتسبب إلى تحصيل الرقبة إذا كان له مال بأن يبتاعها .

٧١٣٦ – قالوا : المكفر الفقير شرطه الصوم ؛ فلو أوجبنا العتق بالبذل نقلناه من فرض

---

(١) في (م) ، (ع) : [للأمر لا للبناء وعندهم للأمر لا للبناء] .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) . (٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) : [بدل الدورة] . (٥) في (م) : [يجب] .

(٦) في (م) ، (ع) : [إن قبل بطل الوضوء] .

(٧) في (م) : [باتفاقه] ، وفي (ع) : [باتفاق] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يكسب] .

إلى فرض .

٧١٣٧ - قلنا : إذا جاز أن ينقل بالبذل من حالة عدم الوجوب إلى الوجوب ، فأولى أن يُنْقل من الصوم إلى بدله ؛ ولأنه معضوب (١) معسر ، فلم يلزمه حجة الإسلام ، كما لو لم يجد من يطيعه ؛ ولأنها أحد العبادات الخمس ، فلا يؤثر فيها بذل الطاعة كالصوم .

٧١٣٨ - فإن قيل : الصوم لا تصح النيابة فيه .

٧١٣٩ - قلنا : الزكاة تصح النيابة فيها ، ولا تجب بالبذل ، والحج عندنا لا تصح النيابة فيه (٢) فلا فرق بينهما .

٧١٤٠ - فإن قيل : الصوم لا يجب بوجود مال بسبب يدفعه (٣) إلى من يفعله عنه .

٧١٤١ - قلنا : فالحج يجب بوجود مال يستعين به على من يحج ، فيحصل له ثواب ذلك المال ، وهذا المعنى لا يوجد في الطاعة .

٧١٤٢ - احتجوا : بحديث الخثعمية أنها قالت للنبي ﷺ : إن فريضة اللَّه على عباده الحج ، أدركت أبي شيخًا كبيرًا (٤) لا يستطيع الثبوت على الراحلة أفأحج عنه » ؟ (٥) ، فذكرت الطاعة ، ففرض الحج يدل أن الوجوب تعلق بالبذل .

٧١٤٣ - والجواب : أن الخثعمية ذكرت فرضًا يسند لها ، فالظاهر : أنه فرض تعلق بالأمر الظاهر في الشرع ، وهو وجود المال ، وبذل (٦) الفعل حصل بعد ذلك ، فلم يكن فيه دليل ؛ ولأن الخثعمية لم تعلم أن النيابة في الحج تجوز (٧) ، فكيف تعلم (٨) أن بذل النيابة يجب الحج ؟ .

٧١٤٤ - ولا يقال : إن الأصل : عدم المال ؛ لأن الأصل أن وجوب الحج يتعلق بالمال ، وهذا هو الأمر الظاهر فحمل أمرها - عليه الصلاة والسلام - عليه (٩) ولأنا لا

---

(١) في (م) ، (ع) : [مغصوب] وهو تصحيف .

(٢) من قوله : [عندنا] إلى قوله : [فلا فرق] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [تسبب فيه] .

(٤) ساقط من (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الحج باب وجوب الحج وفضله (٢٦٤/١) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الحج ، باب الحج عن العاجز لزمانة وهرم ونحوهما أو للموت (٩٧٣/٢ ، ٩٧٤) .

(٦) في (م) : [بدل] .

(٧) في (م) : [يجوز] .

(٨) وفي (م) ، (ع) : [يعلم] .

(٩) ساقطة من (ع) .

نعلم ببذل الطاعة منها فيما سبق ، وكيف نحمل الأمر على أن الوجوب تعلق بذلك ، وأقل الأحوال أن يكون الأمر محتملًا ، ويجوز أن يكون الفريضة أدركته بالمال ، ويجوز أن يكون بالطاعة فلا يصح التعلق به مع الاحتمال .

٧١٤٥ - فإن قيل : قوله « حجي عن أبيك » يقتضي الوجوب عليها بالبذل .

٧١٤٦ - قلنا : فهي مخيرة عندكم وإن بذلت . فكيف نحمل الأمر على الوجوب ؟ ولأنها سألت عن جواز [١] الأداء ، فبين لها ما سألت عنه ، ولو بدا لم يسأل [٢] عن مال الأب ، وعن أمره لها بالحج .

٧١٤٧ - قالوا : إذا كان له مال وجب الحج ؛ لأنه يحصل به من يحج عنه ، فإذا حصلت الطاعة حصل المبتغى بالمال فوجب الحج ، ألا ترى : أن الصحيح يجب عليه الحج بوجود المال ، فإذا حصل بمكة لم يحتج إليه ؛ لأنه حصل له ما يطلب به .

٧١٤٨ - قالوا : ولأن وجود الطاعة أبلغ من وجود المال وأبلغ من وجود ثمنه ، ووجود الرقبة أبلغ من ثمنها ، فإذا وجب الحج بالمال صار طاعة .

٧١٤٩ - وإن قلنا : لا نسلم أنه يحصل بالطاعة ما يبتغي بالمال ؛ لأن هذه عبادة مالية عندنا ، فإذا بذل له المال حصل له [٣] ثوابه ، وإذا لم يحصل لم يوجد ذلك ، فلم نسلم لهم أن المطلوب [٤] بالمال يحصل بالطاعة ؛ ولأن بملك المال يحصل من يجب عليه النيابة ، وبالطاعة يحصل له من يجوز له النيابة ، وهو بالخيار إن شاء وفى بها ، وإن شاء انتفع ، فكيف يقال : حصل له بأحد الأمرين ما يحصل بالآخر ؟ فأما المال والرقبة فالفرض يتعلق بهما ، فوجودهما أبلغ من وجود ثمنهما ، والفرض ههنا عنده هو دفع المال ليحصل الثواب بإنفاقه في سفر الحج ، وبالطاعة لا يحصل هذا ، فكيف تكون الطاعة أبلغ من المال ؟ ولأن الصحيح يجب عليه الحج بوجود الزاد والراحلة ليتوصل [٥] بهما إلى مكة ، فإذا وجد طاعة الجمال [٦] لم يجب عليه الحج ، ولم يكن وجود ذلك كوجود الزاد والراحلة ، كذلك ههنا .

---

(١) في (ص) : [وجوب] ، مكان جواز . (٢) في (م) : [لم سئل] .

(٣) ساقط من (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ص) : [المط] مكان [المطلوب] . (٥) في (م) : [لتوصل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الحمالي] ، والمثبت هو الصحيح ، والمعنى أن طاعة الجمال لا توجب الحج إذا لم يتحقق ملك الزاد والراحلة .

٧١٥٠ - قالوا : عبادة يجب بإفسادها الكفارة ، فجاز أن يجب على المعضوب المعسر كالصوم .

٧١٥١ - قلنا : نقلب فنقول : فوجود المطيع لا يوجبها عليه ليس له تأثير في أداء الصوم ، والصحيح والمعضوب [١] سواء ، ولما كان العَضْب يمنع من وجوب الحج مع الفقير [٢] لم تؤثر [٣] الطاعة إيجابه كما لا تؤثر في الإيجاب على الشيخ الهرم الفقير .

* * *

(١) في سائر النسخ : [والصحيح المعضوب] . (٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (ص) ، (م) : [لم يؤثر] .

مسألة ٤٠٩

إذا كان المريض لا يقدر على أداء الحج فأحج عن نفسه جاز

٧١٥٢ - قال أصحابنا : إذا كان المريض لا يقدر على أداء الحج فأحج عن نفسه جاز ، فإن صح لزمه الأداء•بنفسه ، وإن مات على حالة العجز أجزأه (١) .

٧١٥٣ - وقال الشافعي إن كان المرض يرجى زواله لم يجز أن يُحِجَّ عن نفسه ، فإن خالف وأحج ثم مات على تلك الحال ففيه قولان ، الصحيح أنه لا يجزيه ، وقال في قول آخر : إنه يجزيه (٢) .

٧١٥٤ - لنا : أنه غير قادر على أداء الحج بنفسه ، فإذا أحج (٣) جاز ، كالمرض الذي لا يرجى برؤه ؛ ولأن ما أشبه (٤) المرض في تغير صفة وجوبه استوى فيه المرض الذي يرجى زواله والذي لا يرجى كالصلاة ؛ ولأنه عجز يجوز أن يزول ، ويجوز أن لا يزول فصار كالعضب ؛ ولأنه أحج عن نفسه لعجزه أن يحج بنفسه ، فإذا مات على حال العجز (٥) من غير برء أجزأه كالمعضوب .

٧١٥٥ - احتجوا : بأنه غير ميئوس (٦) ، من الحج بنفسه ، فلا يجوز أن يحج عنه

(١) يشترط في صحة الحج عن الغير الموت ، أي موت المحجوج عنه أو العجز الدائم إلى الموت ، وإذا كان العجز يرجى زواله غالبًا كالمرض والحبس وغيرهما فأحج ؛ فإن استمر العجز إلى الموت سقط الفرض عنه ، فلو زال عجزه صار ما أدى تطوعًا للآمر وعليه الحج ، وعند أبي يوسف : إن زال العجز بعد فراغ المأمور عن الحج يقع عن الفرض ، وإن زال قبله فعن النفل كما في المحيط . وإن كان لا يرجى زواله كالعمى والزمانة سقط عنه الفرض ويجب عليه الإحجاج سواء استمر ذلك العذر أو لا . انظر : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٣٠٧/١ ، ٣٠٨) ، بدائع الصنائع (٢١٣/٢) ، والمغني لابن قدامة (٢٢٨/٣) .

(٢) يرى الشافعية أن الزَّمِن والزمانة التي لا يرجى البرء منها والهرم في هذا المعنى ، ثم يفارقهم المريض فلا يلزمه أن يبعث أحدًا يحج عنه ، ويلزم الهرم والزمن أن يبعثا من يحج عنهما ؛ فإن بعث المريض من يحج عنه ثم لم يبرأ حتى مات ففيه قولان : أحدهما : أن ذلك لا يجزئ عنه لأنه قد بعث في الحال التي ليس له أن يبعث فيها وهذا أصح القولين في المذهب . والثاني : أنها مجزية عنه لأنه قد حج عن حر بالغ وهو لا يطيق ثم لم يصر إلى أن يقوى على الحج بعد أن حج عنه غيره فيحج عن نفسه . انظر : الأم ١٠٤/٢ ، ١٠٥ ، المجموع شرح المهذب ١١٢/٧ - ١١٦ .

(٣) في (م) ، (ع) : [حج] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولا ما أشبه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الحج] .

(٦) في سائر النسخ : [مأيوس] وما أثبتناه أصح .

غيره [1] كالصحيح .

٧١٥٦ – ومن وجب عليه الحج فلم يحج حتى هلك ماله ، قلنا : الصحيح لزمه الحج بنفسه فلم يجز له أن يستنيب [2] في أدائه ، والمريض لا يلزمه الحج بنفسه ، فأما من هلك ماله بعد وجوب الحج وهو صحيح البدن ؛ فالفرض متعلق ببدنه فلا يجوز [3] ، وهي مسألتنا [4] .

٧١٥٧ – وقاسوا على المحبوس وهو غير مسلَّم [5] ؛ لأنه إن أحج [6] عن نفسه جاز .

* * *

(١) في (ص) ، (م) : [أن يحج غيره عنه] بالتقديم والتأخير .

(٢) في (م) ، (ع) : [يتسبب] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ببدله] مكان [ببدنه] ، ومن قوله فلا يجوز إلى آخر النقط ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [وفي مسألتنا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [غير المسلم] .

(٦) في (ع) : [حج] .

مسألة ٤١٠

إذا حج المعضوب عن نفسه أو الصحيح حجة نافلة أو أوصى بذلك جاز

٧١٥٨ - قال أصحابنا : إذا أحج المعضوب [١] عن نفسه ، أو الصحيح حجة نافلة ، أو أوصى بذلك جاز ، ولزم الوصي إخراج ما أوصى به [٢] .

٧١٥٩ - وقال الشافعي : لا يجوز للصحيح أن يستنيب في حجة التطوع [٣] قولا واحدا ، وأما المعضوب والميت فيه قولان [٤] .

٧١٦٠ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة » [٥] ، ولم يفصل ؛ ولأنها عبادة تجوز [٦] النيابة في فرضها ، فجاز في نفلها بكل حال كالصدقة والعتق .

٧١٦١ - فإن قيل : المعنى فيه أن النيابة تجوز فيه مع القدرة .

٧١٦٢ - قلنا : حكم الحج [٧] في حق العاجز في جواز النيابة كحكم الجواز في حق القادر ؛ ولأنها حجة لا يلزمه فعلها بنفسه ، فجاز أن يستنيب فيها كالفرض في حق

---

(١) في (م) ، (ع) : [حج] وفي سائر النسخ : [المغصوب] والصواب ما أثبتناه .

(٢) الحج التطوع جائز عن الصحيح بمعنى أن صحيح البدن إذا أحج رجلًا بماله على سبيل التطوع عنه فهو جائز لأن هذا إنفاق المال في طريق الحج ولو فعله بنفسه كان طاعة عظيمة . (انظر : المبسوط ١٥٢/٤ ، الهداية ١٤٤/١ ، البناية على شرح الهداية ٤٢٨/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الوداع] مكان [التطوع] .

(٤) في حج التطوع في مذاهب العلماء قولان : أحدهما : لا يجوز لأنه غير مضطر إلى الاستنابة فيه ، فلم تجز الاستنابة فيه كالصحيح . والثاني : أنه يجوز وهو الصحيح . فأما الصحيح الذي يقدر على الثبوت على الراحلة فلا تجوز النيابة عنه في الحج ؛ لأن الفرض عليه في بدنه فلا ينتقل الفرض إلى غيره إلا في الموضع الذي وردت فيه الرخصة . انظر تفصيل المسألة في : المجموع شرح المهذب (١١٢/٧) ، الأم (١٢٢/٢) حلية العلماء (٢٠٥/٣ ، ٢٠٦) . وانظر أيضًا : المنتقى (٢٧١/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص١٢٣) ، المغني لابن قدامة (٢٣٠/٣) ، الكافي لابن قدامة (٣٨١/١) .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن في كتاب المناسك باب الرجل يحج عن غيره (٤٥٨/١) ، وابن ماجه في السنن في كتاب المناسك باب الحج عن الميت (٩٦٩/٢) ، وابن الجارود في المنتقى في باب المناسك (ص١٣٢) .

(٦) في (م) : [ويجوز] بالعطف .

(٧) في (ص) : [حكم الحكم] .

المعضوب ؛ ولأنه أحد نوعي الحج ، فجاز النيابة فيه كالفرض ؛ ولأنها عبادة يلزمه إخراج فرضها بعد الموت فجاز [أداء نفلها] (١) بالوصية كالصدقات .

٧١٦٣ – احتجوا : بأن الحج عبادة بدنية ، وإنما جازت النيابة فيها للحاجة ، بدلالة أن الصحيح لا يستنيب فيها ، ولا حاجة إلى الاستنابة في التطوع ، فلم يجز النيابة فيه .

٧١٦٤ – والجواب : أن النيابة إنما جازت / لأن فعلها بنفسه غير واجب ، فجاز أن ينتقل إلى المال ، وهذا المعنى موجود في النفل ؛ ولأنا لا نسلم أنه لا حاجة إلى النفل ؛ لأن الإنسان به حاجة إلى فعل الطاعات عنه بعد موته ، كما أن به حاجة إلى إسقاط الفرض ؛ ولأن ما قالوه ينكر بصلاة (٢) النافلة قائمًا ، ومع هذا إذا فعلها جاز . /٩١

٧١٦٥ – قالوا : لم ييأس من قضاء (٣) الحج بنفسه ، فلم يجز أن يحج عن غيره ، [وحجه للتطوع] (٤) ، كالصحيح في الواجب .

٧١٦٦ – قلنا : هناك يجب [أن يحج بنفسه] (٥) فلم يجز أن يحج عنه غيره ، وحجة التطوع لا يلزمه بنفسه ، فصارت كفرض المعضوب والميت (٦) .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [إذا نلفها] .
(٢) في (ص) : [لصلاة] .
(٣) في هامش (ص) : [أداء] .
(٤) زيادة من (م) ، (ع) .
(٥) في (ع) : [بنفسه أن يحج] .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .

مسألة ٤١١

لا يجب الحج على الأعمى بنفسه

٧١٦٧ – قال أبو حنيفة : لا يجب الحج على الأعمى بنفسه ، وروى الحسن عنه : أنه يجب عليه إذا وجد قائدًا [١] .

٧١٦٨ – وهو قول أبي يوسف ، ومحمد ، والشافعي [٢] .

٧١٦٩ – لنا : أن كل من لا يلزمه أداء الحج بنفسه لوجود الزاد والراحلة بحال [٣] لا يلزمه وإن وجد غيرهما ، كالزَّمِن ، ولا يلزم المرأة ؛ لأن الحج يلزمها [٤] ، بوجود الزاد [٥] ، والراحلة بمكة من غير محرم .

٧١٧٠ – ولأنه لا يتوصل إلى أداء الحج بنفسه بوجود الزاد والراحلة إلا بثالث ، كالزَّمِن .

٧١٧١ – ولأنها عبادة [لا تجب على المعضوب بنفسه ، فلا تجب على الأعمى بنفسه كالجهاد ، وعكسه الصلاة ، ولا يلزمه الهجرة ؛ ولأنها] [٦] لا تجب [٧] على المعضوب والأعمى .

٧١٧٢ – فإن قيل : المقصود بالجهاد القتال [٨] ، وهذا المعنى لا يوجد من الأعمى .

٧١٧٣ – قلنا : والمقصود من الحج أداء المناسك ، وهذا لا يوجد من الأعمى إلا بمشقة ؛ ولأن القتال قد يجب بحضوره على من لا يقاتل [٩] ، للقيام بمنفعة المقاتلين

---

(١) ذكر محمد بن الحسن في الأصل عن أبي حنيفة أنه لا حج على الأعمى بنفسه ، وإن وجد زادًا وراحلة وقائدًا ، وإنما يجب في ماله إذا كان له مال . وروى الحسن عن أبي حنيفة في الأعمى والمقعد والزَّمِن أن عليهم الحج بأنفسهم ، وقال أبو يوسف ومحمد يجب على الأعمى الحج بنفسه إذا وجد زادًا وراحلة ومن يكفيه مؤنة سفره ، ولا يجب على الزَّمِن والمقعد والمقطوع . انظر المسألة في : بدائع الصنائع (١٢١/٢ ، ١٢٢) ، المبسوط (١٥٤/٤) ، مختصر الطحاوي (ص٥٩) ، تحفة الفقهاء (٣٨٤/١ ، ٣٨٥) .

(٢) وإن كان أعمى لم يجب عليه إلا أن يكون معه قائد ؛ لأن الأعمى من غير قائد كالزَّمِن ومع القائد كالبصير . انظر المسألة في : المجموع شرح المهذب (٨٥/٧) ، فتح العزيز بذيل المجموع كتاب الحج (٢٧/٧) . وانظر أيضًا : المنتقى (٢٧٠/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص١٢٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [محال] .

(٤) مكرر في (ص) .

(٥) في (ص) : [للزاد] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) : [لا يجب] .

(٨) في (م) ، (ع) : [والقتال] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا يقال] .

كالنساء [١] ومع ذلك لا يجب على الأعمى. ولأنه عضو يلحقه لفقده مشقة في أداء الحج زائدة على المعتاد كعقد الرجلين [٢] .

٧١٧٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ [٣] .

٧١٧٥ - قال ابن عمر : قام رجل فقال : ما السبيل ، قال : الزاد والراحلة [٤] ، ولم يفصل .

٧١٧٦ - والجواب : أن الأعمى لم يدخل في هذه الجملة ، بدلالة : أن استطاعته لا تكون لوجود الزاد والراحلة حتى يجد قائدًا ، فدل أن الآية لم تتناوله .

٧١٧٧ - قالوا : كل من لا يلحقه مشقة غير محتملة في الكون على الراحلة ، جاز أن يلزمه الحج بنفسه كالبصير .

٧١٧٨ - قلنا : لا نسلم هذا ، فإنه يلحقه [٥] مشقة زائدة على المعتاد في الركوب والنزول والانتقال ، والمعنى في [٦] البصير : أن الحج يجب عليه لوجود الزاد والراحلة ، ولما لم يجب على الأعمى الحج بوجود الزاد والراحلة بحال ، لم يجب عليه بوجود ثالث أيضًا .

٧١٧٩ - قالوا : الأعمى لم يفقد [٧] أكثر من هداية الطريق فصار كالصحيح الضال .

٧١٨٠ - قلنا : الضال يباشر أداء المناسك بنفسه والأعمى لا يتمكن من مباشرة أدائها بنفسه ، فصار كالزَّمِن .

٧١٨١ - قالوا : عبادة يجب في إفسادها الكفارة ، فوجب أن يجب على الأعمى كالصيام.

٧١٨٢ - قلنا : لا يفتقر في أدائه إلى شرط [٨] يخالف شرط الصحيح فتساويا ، ولما لم يجب الحج على الأعمى بالشرط الذي يجب على البصير بحال لم يجب عليه بنفسه كالزَّمِن .

* * *

(١) ساقطة من (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [الرحلين] .
(٣) سورة آل عمران : الآية ٩٧ .
(٤) تقدم تخريجه في المسألة ٤٠٨ .
(٥) في (ع) : [يلزمه] .
(٦) في (ص) : [من] .
(٧) في (م) : [لم يعقد] .
(٨) في (م) ، (ع) : [الشرط] .

مسألة ٤١٢

الحج يسقط بالموت

٧١٨٣ - قال أصحابنا : الحج يسقط بالموت ، وإن أوصى به لزم الورثة إخراجه من الثلث ، وإن لم يوص به لم يلزمهم (١) .

٧١٨٤ - وقال الشافعي : يجب عليهم إخراج حجة من الميقات ، أوصى بها أو لم يوص (٢) .

٧١٨٥ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴾ (٣) وهذا يمنع سقوط فرض عبادة بغير فعله ولا أمره .

٧١٨٦ - يدل عليه : ما روى في حديث أبي أمامة أن النبي ﷺ قال : « من مات ولم يحج حجة الإسلام لم تمنعه (٤) حاجة ظاهرة ، أو مرض حابس أو سلطان جائر ، فليمت على حاله إن شاء يهوديًا أو نصرانيًا » (٥) ، ولو كان الفرض يسقط عنه بعد موته ويستدرك هذا التفريط له ، لم يستحق هذا الوعيد ؛ ولأن تشبيهه باليهودي يمنع من (٦) صحة أداء الحج عنه ؛ لأن الكفر يمنع الأداء .

---

(١) وأما إذا مات الرجل فأوصى بأن يحج عنه فعلى الوصي أن يحج بماله لأن بموته تحقق العجز عن الأداء بالبدن والوصي قائم مقامه ، فكما أنه بعد وقوع اليأس يحج بماله في حياته فكذا وصيته تقوم مقامه بعد موته . انظر المسألة في : المبسوط (١٥٤/٤ ، ١٥٥) ، بدائع الصنائع (٢٢١/٢ ، ٢٢٢) ، مختصر الطحاوي (ص٥٩) ، تحفة الفقهاء (٤٢٦/١ ، ٤٢٧) .

(٢) من وجب عليه الحج فلم يحج حتى مات ففيه تفصيل آراء الفقهاء إن مات قبل أن يتمكن من الأداء سقط فرضه ولم يجب القضاء. والدليل على أنه يسقط : أنه هلك ما تعلق به الفرض قبل التمكن من الأداء فسقط الفرض ، كما لو هلك النصاب قبل أن يتمكن من إخراج الزكاة . وإن مات بعد التمكن من الأداء لم يسقط الفرض ويجب قضاؤه من تركته . انظر المسألة في : الأم (١٠٧/٢ ، ١٠٨) ، مختصر المزني (ص٦٢) ، حلية العلماء (٢٠٥/٣) ، المجموع شرح المهذب (١٠٩/٧ ، ١١٢ ، ٢٢٢) . وانظر أيضًا : المدونة (٣٦٠/١) ، المنتقى (٢٧١/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٣٥٧/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص١٢٣ ، الكافي لابن قدامه (٣٨٥/١ ، ٣٨٦) ، المغني (٢٤٢/٣ ، ٢٤٣) .

(٣) سورة النجم : الآية ٣٩ . (٤) في (م) : [لم يمنعه] .

(٥) أخرجه الترمذي في السنن في كتاب الحج ، باب ما جاء في التغليظ في ترك الحج (١٦٧/٣) ، الحديث (٨١٢) ، وابن أبي شيبه في المصنف في كتاب الحج في الرجل يموت ولم يحج وهو موسر (٣١٢/٤) .

(٦) ساقطة من صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .

٧١٨٧ - وروى أن النبي ﷺ قال (١) : «إذا مات المرء المسلم انقطع عمله إلا من ثلاث » (٢) ، ولم يذكر الحج ؛ ولأن أداء الحج عنه بغير أمره لا يسقط ما لزمه كحال حياته ؛ ولأن من لا يجوز له النيابة في الحج حال الحياة بغير أمره لا يجوز له أن يؤديه بعده بغير إذنه كالأجنبي ، وعكسه أداء الدين ؛ ولأن كل عبادة وجبت عليه قبل موته لا يلزم الغير أداؤها عنه بعد موته كالصلاة والصوم ، ولا يلزم المعسر ؛ لأنه يسقط بالموت في إحدى الروايتين ، وعلى الرواية الأخرى وجوبه .

٧١٨٨ - ألا ترى : أنه يجب ولا يتعبد ولا يلزم إذا استشهد جنبًا ؛ لأن الغسل لا يفعل عنه ، لكن وجبت الصلاة عليه ، ومن شرطها طهارته .

٧١٨٩ - فإن قيل : المعنى في الصلاة : أن النيابة لا تصح فيها حال الحياة .

٧١٩٠ - قلنا : والنيابة في الحج بغير أمر المحجوج عنه لا تصح في حال الحياة ، [ولأن النيابة تصح في مال المكاتبة في حال الحياة] (٣) ، وإن كان يسقط بالموت عنهم .

٧١٩١ - فإن قيل : المعنى في الصلاة : أنه لو أوصى بها لم تصح .

٧١٩٢ - قلنا : لا نسلم بصحة (٤) أن يوصي بالصلاة ويطعم وليه عنه لكل صلاة مسكينًا. ولأنها عبادة بدنية يعتبر في وجوبها المال ، فسقطت بالموت كالجهاد .

٧١٩٣ - فإن قيل : الجهاد لا تصح النيابة فيه .

٧١٩٤ - قلنا : لا فرق بينه وبين الحج ؛ لأن من لا يقدر على الجهاد بنفسه لا يلزمه بجهة النيابة (٥) ، أن يجهز بماله ، كما لا يلزم المعضوب الإنفاق على من يحج .

٧١٩٥ - فإن قيل : [لو بقى] (٦) وجوب الجهاد بعد الموت ، وجب بذل المال لكف عادية المشركين ، فإن كانت شوكتهم باقية فعلة الوجوب باقية لم تزل ، فلما سقط الوجوب علم أن المسقط له هو الموت ؛ ولأنه حج عنه بغير أمره فلم يقع عن حجة الإسلام ، كما لو لم يوص فيحج عنه وليه ؛ ولأنها أحد أركان الشريعة فلا يفعل عنه

---

(١) ساقطة من صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش

(٢) قوله : [إلا من ثلاث] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش . وراجع تخريج الحديث في مسألة ٢٧١ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . ومن صلب (ص) ، واستدركها المصنف في الهامش .

(٤) في (ص) ، (م) : [لصحة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [النيابة فيه قلنا] .

(٦) في (م) : [لو نفى] .

بعد موته كالصوم والصلاة .

ولأن الحج عبادة بدنية ، وإنما يحتاج إلى المال ليتوصل به إلى عمل البر ، وهذا المعنى قد سقط بالموت ، وإنما يجب عند مخالفنا عبادة مالية ، وهذا عين الواجب الأول فقد ثبت سقوط الحج - الذي كان واجبًا عليه - بموته باتفاق .

٧١٩٦ - احتجوا : بحديث الخثعمية [١] ولا دليل فيه ؛ لأنه يقتضي جواز الأداء عنه ، وعندنا إذا حج الوارث كان الحج عنه ووصل ثوابه إلى الميت والكلام في الوجوب .

٧١٩٧ - فإن قيل : قوله [٢] : « حجي عن أبيك » أمر فيفيد الوجوب .

٧١٩٨ - قلنا : لو أراد الوجوب لسأل عن أمره إن [٣] كان حيا ، وعن تركته إن [٤] كان ميتًا ، فكيف يكون على الوجوب وليس على الوارث أن يحج بنفسه ؟

٧١٩٩ - قالوا : شبه - عليه الصلاة والسلام - ذلك بالدَّين ، فقال : أرأيت لو كان عليه دين فقضيته » [٥] .

٧٢٠٠ - قالوا : ومعلوم أن منفعة الدَّيْن براءة الذمة منه ، وزوال الإثم سقوطه [٦] .

٧٢٠١ - قلنا : الشبه لا يقتضي [٧] تساوي الشيئين [من كل وجه ، والحج عنه يشبه الدين من حيث الانتفاع بأدائه ، ألاترى أنها قالت : « وهل ينفعه ذلك ؟ فقال : نعم » كما لو كان عليه دين ، فهذا يقتضي التساوي في انتفاع الميت ، وليس يقتضي التساوي] [٨] في كيفية الانتفاع .

٧٢٠٢ - احتجوا : بحديث ابن عباس ﷺ : « أن امرأة سألته أن يسأل لها رسول الله ﷺ أن أمها ماتت ولم تحج ، أيجزئ أن تحج عنها ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : لو كان على أمها دين فقضته ، أما كان يجزئ ، فلتحج عن أمها » [٩] .

٧٢٠٣ - قالوا : والمسألة وقعت عن الجواز ، فجوز لها ولم يسأل هل قضت أم لا ،

---

(١) تقدم تخريجه في المسألة (٤٠٨) .

(٢) ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش

(٣) في (م) ، (ع) : [وإن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وإن] .

(٥) في (ص) : [فقضيتيه] .

(٦) في (م) : [سقوطه] .

(٧) في (م) : [لا يقتضي] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط نمن (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) أخرجه النسائي في السنن في كتاب مناسك الحج في الحج عن الميت الذي لم يحج (١١٦/٥) .

وشبهه بالدين وأمرها بالفعل .

٧٢٠٤ – قلنا : قوله : إن أمي ماتت ولم تحج أفيجزئ [١] أن أحج [٢] عنها ، يقتضي جواز حجها عنها ، ولم يقل : هل يجوز [٣] عن حجة الإسلام ، والجواز مسلم ، لكنه عما وجب لها غير مسلم ، فأما تشبيهه بالدين وأمرها بالحج فقد أجبنا عنه .

٧٢٠٥ – قالوا : روى في حديث ابن عباس : « أن رجلًا أتى النبي ﷺ فقال : إن [٤] أختي نذرت أن تحج ، وأنها ماتت ولم تحج ، فقال : لو كان على أختك دين أكنت قاضيه ، قال : نعم ، قال : فاقض [٥] دين اللّٰه ، فهو أحق بالقضاء » [٦] .

٧٢٠٦ – قالوا : فأمر بالقضاء ، والأمر يدل على الوجوب ، وشبهه بالدَّين الذي [٧] يجب قضاؤه .

٧٢٠٧ – وقوله : فهو [٨] يدل على أنه مقدم في القضاء على الدين .

٧٢٠٨ – قلنا : الوجوب عندهم لا يكون إلا في تركة ، ولم يسأل النبي ﷺ عن تركته ، فعلم أنه أراد الجواز وشبهه بالدين في الجواز ؛ لأن الشبه لا يقتضي [٩] الاشتراك من كل الصفات .

٧٢٠٩ – وقوله : فاللّٰه أحق [أن تقضوه معناه : اللّٰه] [١٠] أحق بقبول ما تقضونه لعفوه وكرمه ، ألا ترى : أنه إذا لم يعلم أن الميت ترك مالًا ، فليس الدين أولى من الحج ، ولا الحج أولى من الدين ، بل الدين أولى بالقضاء ؛ لأن الآدمي أشح [١١] بحقوقه وأحوج إليها ، واللّٰه تعالى غني عنها مأمول العفو عن التفريط فيها .

٧٢١٠ – قالوا من طريق المعنى : حق يدخله النيابة استقر عليه في حال حياته ، [فوجب أن] [١٢] لا يسقط عنه بوفاته كالدين .

---

(١) في (ع) : [أفتجزئ] .
(٢) في (م) ، (ع) : [حج] .
(٣) في (ع) : [تجوز] .
(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [فاقضوا] .
(٦) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الأيمان والنذور ، باب من مات وعليه نذر (١٥٩/٤) ، وأحمد في المسند (٣٤٥/١) ، وابن الجارود في المنتقى في باب المناسك (ص١٣٣) .
(٧) في (م) ، (ع) : [الذي هو] .
(٨) في (م) ، (ع) : [فهل] .
(٩) في (م) ، (ع) : [لا يقتضي] .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ع) .
(١١) غير واضحة في (م) ، والشح حرص النفس على ما ملكت وبخلها به. انظر مختار الصحاح ص٣٣١ مادة ش ح ح.
(١٢) قوله : [فوجب أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

٧٢١١ - قلنا : قولكم : استقر عليه ويدخله النيابة غير مسلَّم ؛ لأن الحج عندنا يقع عن فاعله ، والحكم لا يصح ؛ لأن الحق الذي استقر عليه كان حق بدنه [١] ، فسقط ذلك بالموت بالإجماع .

٧٢١٢ - ثم المعنى في الدين : أنه يجب لحق الآدمي فاجتمع حقان : أحدهما : وجب على وجه المعاوضة ، والآخر وجب بغير المعاوضة ، فكان تقديم ما وجب بالمعاوضه أولى ؛ فالحج يجب لحق اللّٰه تعالى / ، فإذا اجتمع في المال مع حق الوارث قدم حق الوارث ؛ لأن حق لله تعالى وحق الآدمي إذا تعلقا بعين واحدة قدم حق الآدمي ، لافتقاره إلى حقه ، كالقتل قصاصًا ، ورد ما في حق شخص واحد فقطع اليد في السرقة والقصاص ؛ ولأن الدين يبقى على الوجه الذي وجب فلم يؤثر الموت فيه ، والحج لو أبقيناه بقى على غير الوجه الذي وجب ، ألا ترى أنه وجب عبادة بدنية فصارت عبادة مالية ، فلما تغير عما وجب عليه بالموت وجب أن يسقط ؛ ولأن الدين في حال الحياة يليه عنه غيره بإذنه ، كالوكيل والضامن والمحال عليه وبغير أمره كالمتبرع ويسقط عنه ، فجاز بعد الموت أيضًا ، كذلك الحج لا يجوز أن يؤدى عنه في حال الحياة بغير إذنه ، ولا يؤديه الكفيل والوكيل والمحال عليه ، وكذلك بعد الموت لا يؤديه الوارث بغير أمره .

٧٢١٣ - قالوا : حق واجب تصح الوصية به [٢] ، فوجب أن لا يسقط [٣] قضاؤه بموته ، أصله دين الآدمي .

٧٢١٤ - قلنا : الحق الواجب لا تصح الوصية به ، وإنما يوصي بأن يفعل ما كان لا يسقط الفرض في حال الحياة ، وكيف يقال : تصح الوصية به [٤] ؟

٧٢١٥ - وقولهم : لا يسقط قضاؤه بموته ، لا يصح لأن قضاء الواجب يسقط بالموت بالإجماع ، ألا ترى : أن قضاء الواجب كان أن يفعله بنفسه ، وقد تعذر ذلك ؟ والمعنى في الدين [٥] ما قلناه .

٧٢١٦ - قالوا : القادر على الحج لا يجوز النيابة عنه بأمره ولا بغير أمره ؛ لأنه قادر على الفعل والأمر ، والعاجز عن فعله بردته [٦] إذا قدر على الأمر ، لا يجوز أن يحج عنه

---

(١) في (م) ، (ع) : [بدن] .
(٢) ساقط من (ع) .
(٣) في (م) : [أن لا سقط] .
(٤) في (م) ، (ع) : [تصح الوصية به وإنما يوصي] .
(٥) في (ص) : [المدين] .
(٦) في (م) ، (ع) : [مردته] .

بغير أمره ؛ لأنه قادر على الأمر غير قادر على الفعل ، والميت عاجز عن الأمر والفعل ، فجازت النيابة عنه بغير أمره .

٧٢١٧ - قلنا : يبطل هذا [١] بالجهاد ؛ لأنه يفعله بنفسه إن قدر ويحرض الشخص إن عجز ، وإذا مات تعذر [٢] الأمر والفعل ، ثم لم يجب واحد من الأمرين . ولأن القادر على الأمر العاجز عن الفعل لا يسقط العبادة عنه ؛ لأن سعيه فيها ممكن ، والفوت يحصل للإنسان بسعيه ، فإذ عجز عن الأمر فلا سعي له ، فلم يجز أن يؤدِّي العبادة عنه ، كما لا يؤدي الحج عن المجنون وإن عجز عن الأمر به بعد وجوبه عليه .

٧٢١٨ - قالوا : كل مسلم لابد من أن يقدم على فعل الحج بنفسه إن قدر وبغيره إن عجز ، فإذا أدى عنه بعد موته فكأنه أمر به .

٧٢١٩ - قلنا : قد يعتقد المسلم أن لا يحج أبدًا مع وجوب الحج ، فلا بأس به اعتمادًا على عفو اللَّه ولا يخرج بذلك من الإسلام . ثم لو صح ما قالوا لوجب إذا عجز عنه أجنبي أن يجوز لأنه ينوي أن يحج عن نفسه من ينوب [٣] وليس يختص ذلك بوارثه ، وكان يجب أن يكون نيابة الأجنبي كأنها [٤] وقعت بإذنه .

* * *

(١) في (ص) : [تبطل] .
(٢) في (م) : [بعذر] .
(٣) غير واضح في (م) ، (ع) .
(٤) في (م) ، (ع) : [فكأنها] .

مسألة ٤١٣

إذا كان البحر بينه وبين مكة والغالب عليه السلامة فعليه الحج

٧٢٢٠ - قال أصحابنا : إذا كان البحر بينه وبين مكة ، والغالب عليه السلامة فعليه الحج (١) .

٧٢٢١ - وقال الشافعي : كلامًا محتملًا اختلف أصحابه (٢) في تأويله ، فمنهم من قال : إذا كان الغالب السلامة وجب ، وإلا لم يجب ، ومنهم من قال : إذا كان الغالب السلامة فعلى قولين (٣) .

٧٢٢٢ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يركب البحر إلا حاج أو معتمر ، أو غاز » (٤) .

٧٢٢٣ - ولأنه طريق الغالب عليه السلامة فصار كالبر ؛ ولأنه طريق يجوز سلوكه للتجارة ، فوجب سلوكه للحج كالبر .

٧٢٢٤ - ولأنه أحد الركبين فجاز وجوب الحج بالقدرة عليه كالإبل .

٧٢٢٥ - احتجوا (٥) : بأن الغالب على البحر الخطر (٦) ؛ لأنه لا يخلو من هبوب

---

(١) رجحان السلامة في الطريق هو المعنى الذي يدور عليه الحكم ؛ فلو كان الطريق بحرًا لا تؤمن السلامة في ركوبه لا يجب الحج ، ولو كان نهرًا كسيحون والفرات يجب ، وقال الكرماني إن كان الغالب في البحر السلامة في موضع جرت العادة بركوبه يجب . راجع المسألة في : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر كتاب الحج (٢٦٢/١) ، شرح القدير مع الهداية (٤١٨/٢) ، البناية (١٥/٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [أصحابنا] .

(٣) إن لم يكن إلا في البحر فقد قال في الأم : لا يجب عليه ، وقال في الإملاء : إن كان أكثر معاشه في البحر لزمه . فمن أصحابنا من قال فيه قولان : احدهما : يجب لأنه طريق مسلوك فأشبه البر ، والثاني لا يجب لأن فيه تغريرًا بالنفس والمال . راجع المسألة في : المجموع شرح المهذب (٨٣/٧ - ٨٥) ، حلية العلماء (١٩٩/٣) ، ٢٠٠ ، فتح العزيز بذيل المجموع كتاب الحج (١٧/٧ - ١٩) ، المنتقى (٢٧٠/٢) ، قوانين الاحكام الشرعية (ص ١٢٢) ، المغني (٢١٩/٣) الكافي لابن قدامة (٣٨٠/١ ، ٣٨١) .

(٤) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الجهاد » باب ركوب البحر في الغزو « (٦/٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الحج » باب ركوب البحر لحج أو عمرة أو غزو » (٣٣٤/٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : [احتجا] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الخلط] .

الريح والعوارض .

٧٢٢٦ – قلنا : إنما يشترط في الوجوب أن يغلب السلامة ، وما يعرض غير غالب لا يعتد به ، كالبر .

٧٢٢٧ – قالوا : عوارض البر من جهة الآدمي ممكن دفعها ، وأعراض البحر من جهة اللَّه تعالى ، ولهذا قال اللَّه تعالى ، ﴿ فَإِذَا رَكِبُوا فِي الْفُلْكِ دَعَوُا اللَّهَ مُخْلِصِينَ ﴾ [1] الآية .

٧٢٢٨ – قلنا : قد يتفق في [2] البر عوارض من جهة اللَّه ، كالعطش والحر والبرد [3] والسَّمُوم .

* * *

(١) سورة العنكبوت : الآية ٦٥ .

(٢) في (م) ، (ع) : [من] .

(٣) في (ص) : [البرد والحر] ، وقوله : [الحر] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٤١٤

الحاج إذا حج عن غيره يقع الحج عن نفسه

٧٢٢٩ - قال محمد : الحاج إذا حج عن غيره يقع الحج عن نفسه ، ويلحق المحجوج عنه أجر [١] النفقة ، وهو ظاهر الأصل ، والصحيح أن يقع عن المحجوج عنه [٢] .

٧٢٣٠ - وهو قول الشافعي [٣] .

٧٢٣١ - والدليل على الطريقة الأولى : أن الحاج يلزمه أداء موجب التحريم ، فكانت الحجة له ، كالصرورة [٤] إذا حج عن غيره .

٧٢٣٢ - [فإن قيل : يلزمه بالأمر ، وإن كان الحج عن غيره] [٥] ، كما يلزم الذباح أن يذبح وإن كان الهدي عن غيره .

٧٢٣٣ - قلنا : هناك ما وجب عليه أن يفعل ذلك بنفسه ، وإنما خير [٦] ، والنائب [٧] فعل ما وجب ، وها هنا الوجوب تعلق في الأصل بفعله ، فإذا فعل غيره لم يكن فاعلًا لما وجب وإنما سقط [٨] الواجب بفعله [٩] . ولأن هذا الدخول لو فعله للصرورة وقع الحج عنه ، فإذا فعله من حج عن نفسه وقع عنه كالدخول بنية مطلقة .

---

(١) في (م) : [أجزاء] .

(٢) هذه المسألة تدل على أن الصحيح من المذهب فيمن حج عن غيره أن الأصل الحج يكون عن المحجوج عنه ، وأن إنفاق الحاج من مال المحجوج عنه كإنفاق المحجوج عنه من مال نفسه أن لو قدر على الخروج بنفسه . انظر المسألة في المبسوط (١٤٧/٤ ، ١٤٨) ، فتح العزيز مع الهداية (١٤٤/٣ ، ١٤٦) ، بدائع الصنائع (٢١٢/٢) ، البناية مع الهداية وبذيله العناية (١٤٤/٣ - ١٤٦) .

(٣) انظر المسألة في : حلية العلماء كتاب الحج (٢١٠/٣ ، ٢٠٢) ، المغني لابن قدامة كتاب الحج (٣٤٥/٣) ، الكافي لابن قدامة (٣٨٧/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [الضرورة] وهو تصحيف ، وتصويبه بالصاد المهملة والصَّرورة الرجل الذي لم يحج قط كما سيأتي . وقال ابن الأثير : قال أبو عبيد : هو في الحديث التبتل وترك النكاح والصرورة أيضًا الذي لم يحج قط وأصله من الصر ، الحبس والمنع . راجع في النهاية « باب الصاد مع الراء » (٢٢/٣) ، المغرب ، مادة « الصر » ص ٢٦٦ ، المصباح المنير مادة « الصر » (٣١٨/١) .

(٥) ما بين المعكوفتين سقط من (م) ، (ع) . (٦) في (م) ، (ع) : [حر] .

(٧) في (ص) : [الثابت] . (٨) في (م) ، (ع) : [يسقط] .

(٩) في (ص) ، (م) : [لفعله] .

٧٢٣٤ - ولأنها عبادة لو أداها العبد عن غيره وقعت عن نفسه ، كذلك الخبر ؛ أصله : الجهاد وعكسه الزكاة .

٧٢٣٥ - ولأن الكفارات بالطيب وارتكاب المحظورات تجب في ماله فكان الحج [1] واقعًا عن نفسه ، كالحاج عن نفسه .

٧٢٣٦ - فإن قيل : إنما وجبت عليه ؛ لأنها وجبيت بجنايته ، ولهذا نقول إن دم الإحصار يجب في مال المحجوج عنه ؛ لأنه لا جناية للتائب فيه .

٧٢٣٧ - قلنا : لو لم يكن الإحرام عنه لا يلزمه الكفارة وإن كان جانيًا ، كالحلال إذا طيب محرمًا لم يلزمه الكفارة ؛ ولأن من يلزمه القضاء بإفساد الإحرام ، فكذلك وجب أن يقع الإحرام عنه كالعبد .

٧٢٣٨ - فإن قيل : إذا أفسد بينا [2] إن أراد الإحرام وقع عنه ؛ لأنه لم يأمره بإحرام [3] فاسد ، فهو كالوكيل إذا خالف لزم العقد .

٧٢٣٩ - قلنا الإحرام في الابتداء وقع بغير مخالفة ، فوقع عن المحجوج عنه عندكم ، فلا ينقلب فيصير عن غيره ، وإن خالف . وأما المشتري فإنه ينتقل إلى الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل بالأمر ، فإذا خالف يقر على ما يوجبه العقد . وعندكم الإحرام وقع عن المحجوج عنه فلا ينقلب مخالفة عقد الإحرام كما لا يتعين مخالفة العقد بعد انعقاده .

٧٢٤٠ - ولأن البيع يلزم الوكيل متى خالف العقد . فأما المخالفة بعد الإحرام فلا تغيره عما وقع عليه .

٧٢٤١ - احتجوا : بالأخبار [4] التي فيها الأمر بالحج عن المعين ، ولا دلالة فيها .

٧٢٤٢ - لأنه - عليه الصلاة والسلام - أمر بالحج عنه ؛ فالحج في الحقيقة فعل الحاج [5] وإنما يكون عنه بمعنى أن ثوابه يلحقه ، وعندنا يلحقه الثواب وأفعال الحاج عن غيره ، فكما يلحقه ثواب الجهاد بدفع المال إلى الشخص وإن كان الجهاد له ، وأمره عليه الصلاة والسلام بالقضاء عنه أمر بإسقاط ما لزمه .

٧٢٤٣ - واللازم عندنا مع العجز أن يأمر بالفعل فيحصل له ثواب الأمر إذا تحصل

---

(١) قوله : [فكان الحج] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركها الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [بإخراج] .

(٤) في (ص) : [بأن الأخبار] .

(٥) في (م) : [الخارج] .

ذلك بقصد [١] وارثه ، وما صح فيه الاستنابة [صح فيه النيابة ؛ أصله القضاء .

٧٢٤٤ - قالوا : وما صح فيه الاستنابة] [٢] ، فإذا فعله المستناب وقع عن المستنيب أصله : ما ذكر .

٧٢٤٥ - والجواب : أن هذا بعد تسليم المسألة منا في الوصف ؛ لأنا إذا قلنا : لم تصح [٣] النيابة : قلنا : لا تصح [٤] الاستنابة فكيف طلبوا أنا نقول : جازت [٥] الاستنابة ، ولم تجز [٦] النيابة ؟ وإنما يجوز عندنا أن يأمره بالحج بمال يدفعه إليه ، فيكون مستنيبًا [٧] ، له في الإنفاق في أداء الحج الذي يقع عن الحاج ، ويعود إلى المحجوج عنه ثواب الأمر والمال ، كما يقول في القاعد يقدر إذا جهز الشخص ، فإذا الاستنابة لا نسلم إلا على هذا التفسير . ثم المعنى في الأصل : أن صفات المؤدى غير معتبرة ؛ ألا ترى : يجوز [٨] أن يستناب في تفرقة [٩] الزكاة من ليس من أهلها ، كالعبد ، والكافر ، والمكاتب ؛ فدل أنها تقع [١٠] عن غيره ، والحج [١١] يعتبر فيه صفات المؤدى ؛ فعلم أن الحج يقع عنه ، فوجب أن يقع على المنوي كما لو حج عن نفسه .

٧٢٤٦ - قلنا : لو لم ينو عنه لم يستحق ، وإنما ينصرف إليه الثواب بالنية عنه ، لتكون النفقة من ماله ، ومتى لم ينو عنه وقع مطلق الحج عن الفاعل بكل وجه ، فضمن النفقة ، ولا يجوز أن يستحق الدافع ثوابها مع وجوب عوضها [١٢] .

٧٢٤٧ - قالوا : إذا أمرتموه بأن ينوي عن غيره ويلبي عن غيره والحج عنه ، كان ذلك [١٣] أمرًا بالكذب عن غيره ضرورة .

٧٢٤٨ - قلنا : ليس بكذب ؛ لأنه ينوي عنه ويلبي عنه ليستحق [١٤] ثواب ما بذل من المال ، فأما أن يقع الحج عنه فمحال أن يكون فعل الإنسان فعل غيره ، وإنما يستحق ثوابه عندهم ، وعندنا يستحق ثواب النفقة التي يتوصل بها كما جاز عندهم أن يلبي عن

---

(١) في (ص) : [يقصد] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يصح] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يصح] .

(٥) في (ص) : [جاز] .

(٦) في (ص) ، (م) : [لم يجز] .

(٧) في (ص) : [مستتيبًا] .

(٨) ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) : [يقع] .

(١٠) في (م) : [يقع] .

(١١) في (م) ، (ع) : [فالحج] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [عرضها] .

(١٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(١٤) في (م) ، (ع) : [يستحق] .

غيره ، والأفعال أفعاله كذلك ، يلبي عن غيره وإن كان أحكام الأفعال له [1] .

٧٢٤٩ - فإن قيل : لو وقعت الحجة عن الحاج سقط بها فرضه .

٧٢٥٠ - قلنا : الفرض لا يسقط عندنا إلا بنية / معينة ، أو [2] بنية مطلقة ، ولم يوجد أحد الأمرين . ٩٢/

* * *

(١) في (ع) : [وإن كان أفعاله الأحكام له] .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

مسألة ٤١٥

يجوز حج الصرورة [1] عن غيره ومن حج أولًا

٧٢٥١ - قال أصحابنا : يجوز حج الصرورة [2] عن غيره ، ومن حج أولًا [3] .

٧٢٥٢ - وقال الشافعي : من عليه فرض الحج أو نذر الحج لا يجوز حجه عن غيره [4] .

٧٢٥٣ - لنا : ما روى عن أبي رزين [5] قال : قلت يا رسول اللّٰه إن أبي [6] شيخ كبير لا يستطيع الحج والعمرة ولا الظعن [7] قال : « حج عن أبيك واعتمر » [8] .

٧٢٥٤ - وروى عن عبد اللّٰه بن الزبير قال : « جاء رجل من خثعم إلى رسول اللّٰه ﷺ فقال [9] : إن أبي أدرك الإسلام وهو شيخ كبير ، لا يستطيع ركوب الرحل ، والحج مكتوب عليه ، أفأحج عنه ؟ قال : وأنت أكبر ولده ؟ قال نعم ، قال [لو كان

---

(١) الرجل الصرورة هو الذي لم يحج ، ومثله رجل صرور ، وصرارة ، وصارورة ، وصارور ، وصروري ، وصاروراء ، بمعنى أنه لم يسبق له الحج . انظر باب الراء فصل الصاد في القاموس المحيط .

(٢) في (م) ، (ع) : [الضرورة] .

(٣) إذا أراد الرجل أن يحج عن نفسه فقد استحسن جمهور الأحناف أن يحج رجلًا قد حج عن نفسه ؛ لأنه أبعد عن اختلاف العلماء رحمهم اللّٰه تعالى ؛ ولأنه أهدى في إقامة أعمال الحج لصيرورتها معهودة عنده ، فإن أحج صرورة عن نفسه يجوز عندنا . انظر : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٠٨/١) ، المبسوط (٤/ ١٥١) ، تحفة الفقهاء (٤٢٩/١) ، بدائع الصنائع (٢١٣/٢) .

(٤) رأى الشافعية لايحج عن الغير من لم يحج عن نفسه ، ولا يجوز أن يعتمر عن غيره من لم يعتمر عن نفسه قياسًا على الحج ، ولا ينتقل بالحج والعمرة وعليه فرضهما ولا يحج ويعتمر عن النذر وعليه فرض حجة الإسلام . انظر المسألة في : المجموع شرح المهذب (١١٧/٧ ، ١١٩) ، الأم (١٠٥/٢ ، ١٠٦) ، مختصر المزني (ص ٦٢) ، فتح العزيز (٣٣/٧ ، ٣٤) ، حلية العلماء (٣/ ٢٠٨) . وانظر أيضًا : المدونة (١/ ٢٦٠) ، الكافي لابن عبد البر (٣٥٧/١) ، بداية المجتهد (١/ ٣٣٢) المنتقى (٢٧١/٢) المسائل الفقهية (٢٧٣/١ ، ٢٧٤) .

(٥) في (ص) : [ابن رزين] وما أثبتاه من كتب الحديث .

(٦) في (ع) : [إني] ، مكان [إن أبي] وهو تصحيف .

(٧) في (م) ، (ع) : [ولا الطعن] وهو تصحيف والظعن : السير .

(٨) أخرجه أبو داود في السنن في كتاب المناسك (٤٥٨/١) ، والترمذي في السنن في كتاب المناسك (٢٦٠/٣ ، ٢٦١) ، والنسائي في السنن في كتاب مناسك الحج (١١١/٥) ، وابن ماجه في السنن في كتاب المناسك (٩٧٠/٢) ، وأحمد في المسند (١٠/٤ ، ١١ ، ١٢) .

(٩) في (ع) : [قال] .

على أبيك دين فقضيته عنه أكان يجزئ ؟ قال نعم ، قال] : فحج عنه [1] .

٧٢٥٥ - ويدل عليه حديث الخثعمية ، رواه الثوري عن عبد الرحمن بن الحارث بن عياش بن أبي ربيعة ، عن زيد بن علي ، عن أبيه ، عن عبد اللّه بن أبي رافع ، عن علي ، وروى مالك عن ابن شهاب ، عن سليمان بن يسار عن عبد اللّه بن عباس ، أنه قال : كان الفضل بن عباس رديف رسول اللّه ﷺ فجاءته امرأة من خثعم تستفتيه ، فجعل الفضل ينظر إليها وتنظر إليه ، فجعل رسول اللّه ﷺ يصرف وجه الفضل إلى الشق الآخر ، فقالت يا رسول اللّه إن فريضة اللّه على عباده الحج ، أدركت أبي شيخًا كبيرًا لا يستطيع أن يثبت على الراحلة ، أفأحج عنه ؟ قال : نعم « وذلك في حجة الوداع » [2] .

٧٢٥٦ - ووجه الدليل من هذه الأخبار : أن النبي ﷺ أجاز الحج عن الغير [3] .

٧٢٥٧ - والثاني أنه شبه جواز الحج عن الغير بقضاء الدين ، ثم لا فرق أن يكون قاضي الدين عن غيره قضى الدين عن نفسه أو لم يقض .

٧٢٥٨ - فإن قيل : الخثعمية لقيت النبي ﷺ منصرفة من المزدلفة ، والظاهر : أن من حج هناك فقد حج ؛ ولأنها كانت محرمة [4] بدلالة : أنه لوى عنق الفضل [حتى لا ينظر إليها ، ولولا ذلك لأمرها بتغطية وجهها ولم يلو عنق الفضل] [5] .

٧٢٥٩ - والجواب : أن العرب تحضر [6] المزدلفة للحج وتحضر [7] لغيره ؛ لأن ذلك الموضع [8] مساكنها ومياهها ، فليس الظاهر ممن [9] كان منهم هناك أنه حج .

٧٢٦٠ - وأما كشف [10] الوجه : فقد يكون لإحرام الحج وقد يكون لإحرام العمرة ، وقد يكون لغير إحرام ، ولم يأمرها بتغطية الوجه ؛ لأنه لم يكن معها ما تغطي به وجهها ، ألا ترى أنها لو كانت كشفت وجهها للإحرام لأمرها أن تسدل الثوب على وجهها للإحرام وتجافيه [11] كما كانت عائشة رضي الله عنها تفعل .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . والحديث أخرجه النسائي بمعناه في السنن كتاب مناسك الحج ، في تشبيه قضاء الحج بقضاء الدين (١١٧/٥) ، ١١٨) الدارمي في السنن في كتاب المناسك باب الحج عن الميت (٤١/٢) ، أحمد في المسند (٥/٤) .

(٢) تقدم تخريجه في المسألة (٤٠٨) .

(٣) في (ص) : [عن غيره] .

(٤) في (م) ، (ع) : [حرمة] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) : [يحضر] .

(٧) في (م) : [يحضر] .

(٨) في (م) ، (ع) : [المواضع] .

(٩) في (ص) : [فمن] ..

(١٠) في (م) ، (ع) : [يكشفه] .

(١١) في (م) ، (ع) : [يجافيه] .

٧٢٦١ - ولأنه لم يأمرها بتغطية وجهها لأنه ينظر إلى عينها ، ولوى وجهه حتى لا ينظر إلى شيء منها ؛ ولأنها نظرت إليه ونظر [(١)] إليها ، فإذا لوى عنقه انقطعت الفتنة عنهما [(٢)] ، وإذا سترت وجهها نظرت إليه فلوى عنقه حتى يأمن [(٣)] النظر من الجهتين ، ثم لو ثبت أنها حجت عن نفسها جاز أن يكون عليها حجة منذورة ، ولا يجوز أن تحج عن أبيها ولم يسألها عن ذلك ، ثم لم يشهد قضاء الدين ، فوجب اعتبار ذلك لعموم جزاء [(٤)] قضاء الدين وإن كان السبب خاصًا .

٧٢٦٢ - فإن قيل : شبه قضاء الحج عن أبيها بقضاء الدين ، فوجب أن يثبت هذا حتى يشبه الدين .

٧٢٦٣ - قلنا : أمرنا بالحج أمرًا عامًّا ، فعموم الحج يقتضي : أنه في كل أحواله يشبه الدين .

٧٢٦٤ - فإن قالوا : لم يثبت أن هذا قضاء الحج .

٧٢٦٥ - قلنا : ثبت لعموم اللفظ ، ومن [(٥)] جهة المعنى أن ما صحت النيابة فيه إذا سقط [(٦)] فرضه بنفسه صحت النيابة وإن بقي عليه ، كالزكاة وذبح الهدايا وعكسه الصلاة .

٧٢٦٦ - ولأن من يصح إحرامه [(٧)] ، عن نفسه يصح إحرامه عن غيره ؛ أصله : من حج نفسه .

٧٢٦٧ - ولأنه مسلم مكلف أحرم عن غيره بأمره فصح إحرامه ، أصله ما ذكرناه .

٧٢٦٨ - ولأن ما جاز [(٨)] للحر النيابة فيه عن غيره ، جاز للعبد النيابة فيه ، أصله ما ذكرناه وأداء الزكاة .

٧٢٦٩ - فإن قيل : المعنى في الزكاة : أن النيابة تصح فيها [(٩)] مع القدرة على

---

(١) في (م) : [ينظر] .
(٢) في (م) : [عنها] .
(٣) في (ص) : [يؤمن] .
(٤) في (م) ، (ع) : [جزء] .
(٥) في (م) ، (ع) : [وسقطت] مكان [سقط] .
(٦) لفظ [فيه] ساقط من (م) (ع) ، [وسقطت] مكان [سقط] .
(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [ولما جز] بدل من [ولأن ما جاز] .
(٩) في (م) ، (ع) : [يصح ، ولفظ [فيها] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

أدائها ، فلهذا لم يعتبر في أدائها صفة المؤدى عنه ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنه لا يجوز النيابة في أدائها مع القدرة على فعلها ؛ فجاز أن يعتبر صفات المؤدي .

٧٢٧٠ - قلنا : لا فرق لنفيها ؛ لأن النيابة تصح عندنا في الحج [١] مع القدرة ، إلا أن الإحرام ينعقد فعلًا ، فقد تساويا في جواز النيابة فيهما مع القدرة ، وإن اختلفا في صفة ما يؤديه بالنيابة ، وإنما افترقا لأن الزكاة عبادة مالية ، فالنيابة فيها مع العجز والقدرة على وجه واحد ، وأما فرض الحج : فهو مع القدرة عبادة بدنية ، وعندنا النيابة مالية ، فلم يجز فيها ، فإذا عجز صارت العبادة مالية ، فجازت [٢] النيابة فيها ، كالزكاة .

٧٢٧١ - فإن قيل : لما جازت النيابة في أداء الزكاة إذا بقى عليه بعض فرضها ، جاز مع بقاء جميعه ، ولما لم تجز النيابة [في الحج] [٣] إذا بقى عليه بعض فرضه جاز وهو الطواف كذلك إذا بقى كله .

٧٢٧٢ - قلنا : لو أحرم عن العبد بالحج وعليه طواف الزيارة عن نفسه انعقد إحرامه فلسنا نسلم هذا .

٧٢٧٣ - فإن قلنا [٤] : تجوز النيابة في الزكاة مع بقاء ذلك النقص عليه .

٧٢٧٤ - قلنا [٥] : وكذلك الحج ، فإن الصَّرورة ينعقد إحرامه عن غيره وعليه جميع الحج وأبعاضه ، والطواف واجب عليه كجميع الأركان ، ويجوز أن يؤدي الطواف عن غيره .

٧٢٧٥ - فإن قيل : كيف عللتم جواز النيابة ، وقد منعتم منها .

٧٢٧٦ - قلنا [٦] : قد ذكرنا أن ظاهر المذهب جوازها ، وإنما نصرنا [٧] ما ذكر محمد .

٧٢٧٧ - احتجوا : بحديث ابن عباس ﷺ « أن النبي ﷺ سمع رجلًا يلبي عن شبرمة ، فقال : من شبرمة ؟ فقال : أخ لي أو قريب ، وفي بعض الأخبار أو نسيب ، فقال أحججت عن نفسك ؟ قال : لا . قال : حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة ،

---

(١) في (ع) : [في الحج عندنا] بالتقديم والتأخير .
(٢) في (م) : [فجازة] . (٣) زيادة من (م) ، (ع) .
(٤) في سائر النسخ : [فإن قلنا] ، ولعل الصواب : [فإن قيل] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يجوز النيابة في الزكاة] مكان [قلنا] .
(٦) في (م) ، (ع) : [قلنا إنما] . بزيادة [إنما] .
(٧) في (م) : [ليس] ، مكان : [إنما نصرنا] .

وفي بعض الأخبار « هذه عنك ثم حج عن شبرمة » ، وفي بعضها : « لب عن نفسك ثم لب عن شبرمة » وفي بعضها : « إن كنت حججت عن نفسك فلب عنه » وفي بعضها : « وإلا فلب عنه » [١] .

٧٢٧٨ - قالوا : فرتب النبي ﷺ حجَّه حجة الغير على حجة نفسه ، وأمره بأن يبدأ بالحج عن نفسه ثم يحج عن غيره .

٧٢٧٩ - والجواب : أن هذا خبر مضطرب عند أصحاب الحديث رواه مسندًا عنه [٢] ابن سليمان الكلابي ، عن قتادة عن عزرة ، عن سعيد بن جبير ، عن ابن عباس ، ورواه ابن وهب ، قال : أخبرني عمرو بن الحارث أن قتادة بن دعامة [٣] حدثه عن سعيد بن جبير ، أنه حدثه أن عبد اللّٰه بن عباس مر برجل يهلُّ فقال : لبيك بحجة عن شبرمة ، وذكر الحديث ، رواه حماد بن سلمة ، وحماد بن زيد عن أيوب عن أبي قلابة ، أن ابن عباس سمع رجلًا يقول : لبيك عن شبرمة . رواه خالد عن أبي قلابة ، وإذا أوقف الخبر جماعة وأسنده واحد كان الصواب إلى قول الجماعة أقرب .

٧٢٨٠ - وقال يحيى بن معين رفعه عبد اللّٰه وحده ، ثم معلوم أنه مستحيل في العادة أن يتفق للنبي [٤] ﷺ رجل يلبي عن رجل اسمه شبرمة ، وهو قريبه أو نسيبه ، ولم يحج عن نفسه ، ويتفق لابن عباس فعل [٥] ذلك ، واتفق اسم المحجوج عنه وصفة الحاج ، فدل ذلك أن أحد الأمرين غلط ، وأن الصحيح إما الإسناد أو الوقف ، فإثبات الوقف وهو الاتفاق أولى .

٧٢٨١ - فإن قيل : قد روته عائشة رضي الله عنها مسندًا [٦] ، وذلك جائز .

٧٢٨٢ - قلنا : أما حديث عائشة فرواه ابن أبي ليلى [٧] عن عطاء عن عائشة ، وهو

---

(١) تقدم تخرجه في مسألة (٤٠٦) .

(٢) في سائر النسخ : [عنده] ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (ع) : [قتادة بن دمامة] هو تصحيف . هو : أبو الخطاب قتادة بن دعامة السدوسي البصري ثقة ثبت مات سنة بضع وعشرة . راجع تقريب التهذيب ١٢٣/٢ ، الترجمة ٨١ .

(٤) في (م) : [للنبي] .

(٥) لفظ : [فعل] ، وفي (ص) : غير واضح .

(٦) أخرجه الدارقطني في السنن في كتاب باب المواقيت (٢٧٠/٢) الحديث (١٥٦) .

(٧) ابن أبي ليلى هو : محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي ، قال العجلي عنه : صدوق ثقة ، وكان فقيهًا ، صاحب سنة ، قارئًا للقرآن عالمًا به ، وقال ابن حبان كان رديء الحفظ كثير الوهم فاحش الخطأ ، مات =

معروف بفساد الحفظ .

٧٢٨٣ - قال شعبة ما رأيت أسوأ حفظًا منه ، وقد ذكره الدارقطني عن أبي الزبير ، عن جابر [١] عن النبي ﷺ بإسناد مجهول [٢] ذكر فيه ثمامة بن عبيدة عن أبي الزبير [٣] لا يعرف [٤] ثم قد [٥] عارض هذا الخبر ما رواه الحسن بن عمارة عن عبد الملك بن ميسرة ، عن طاووس [٦] عن ابن عباس أن النبي ﷺ سمع رجلًا يلبي عن نبيشة [٧] ، فقال : أيها الملبي عن نبيشة ، هذه عن نبيشة واحجج عن نفسك [٨] ، قال الدارقطني : تفرد به الحسن بن عمارة ، وهو ضعيف ، وهذا غلط ؛ لأن الحسن عدله أصحابنا .

٧٢٨٤ - وروى عنه ، إنما قال شعبة : أفادني عن الحكم أحاديث مقلوبة ، ويجوز أن يغلط فيما رواه عن الحكم ولا يغلط عن غيره [٩] .

٧٢٨٥ - ثم ذكر الدارقطني : أن الحسن بن عمارة روى حديث شبرمة ، وقال : قد قيل : إنه وهم ثم رجع إلى الصحيح ، وليس إذا روى الحسن الخبرين دل أنه وهم في أحدهما .

٧٢٨٦ - ثم لسنا نمنع أن يكون هذا الحديث ليس بالقوي ، وحديث شبرمة من الوجه الذي بيناه .

= رحمه الله سنة ثمان وأربعين ومائة . انظر : تاريخ الثقات (ص٤٠٧ - ٤٠٩) ، المجروحين (٢٤٣/٢ - ٢٤٥) ، الجرح والتعديل (٣٢٢/٧ ، ٣٢٣) ، ميزان الاعتدال (٦١٣/٣ - ٦١٦) ، تقريب التهذيب (١٨٤/٢) .

(١) قوله : [عن جابر] ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن في كتاب الحج باب المواقيت (٢٦٩/٢ ، ٢٧٠) ، الحديث (١٥٥) .

(٣) في جميع النسخ : [ثمامة بن عبيدة بن الزبير] ، والصواب ما أثبتناه من سنن الدارقطني .

(٤) هو ثمامة بن عبيدة العبدي البصري أبو خليفة ، قال الرازي : روى عن أبي الزبير ، وثابت ، وروى عنه : زيد بن حباب ، والحسن بن الربيع ، وأحمد بن عبدة ، ومحمد بن سلمة الطوريني ، ضعفه علي بن المديني ونسبه إلى الكذب ، وهو منكر الحديث . انظر : الجرح والتعديل (٤٦٧/٢) ، المغني (١٢٣/١) .

(٥) لفظ : [قد] : ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) زيادة من سنن الدارقطني ، وسنن البيهقي .

(٧) في (م) ، (ع) : [نفسه] وهو خطأ .

(٨) أخرجه الدارقطني في السنن في كتاب الحج باب المواقيت (٢٨٦/٢) ، الأحاديث (١٤٥ - ١٤٧) والبيهقي في الكبرى في كتاب الحج ، باب من ليس له أن يحج عن غيره » (٣٣٧/٤) .

(٩) الحسن بن عمارة ، أبو محمد الكوفي مات سنة ثلاث وخمسين ومائة . انظر : الكامل (٢٨٣/٢ ، ٢٩٥) ، المغني (١٦٥/١) ، تقريب التهذيب (١٦٩/١) .

٧٢٨٧ - ثم إن متن هذا الحديث مختلف ، وإن كان في [(١)] أصل الحديث : « افعل هذه عنك » / فهذا يدل أنها لم تقع عنه لاستحالة أن يأمره بفعل ما قد وقع ، فدل على أن الإحرام انعقد عن شبرمة ، فأمره رسول اللّٰه ﷺ بفسخه ؛ لأن ذلك العام كان يجوز فسخ الحج ، فأمره بفسخ ما وقع على وجه مكروه ، وبفعل الحج الذي لايكره .

٧٢٨٨ - فإن قيل : قوله اجعل [(٢)] هذه : يعني التلبية ؛ لأن الكناية ترجع إلى المذكور .

٧٢٨٩ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن في الخبر : « أنه سمع رجلًا يلبي عن شبرمة ، قال : فهل حججت قط ، قال : لا ، قال : اجعل هذه عنك ، والكناية ترجع إلى الأقرب ، يبين ذلك : أن قوله : « اجعلها » أمر فيحمل على الوجوب .

٧٢٩٠ - وعندهم التلبية غير واجبة ، وعلى أنا نردُّ الكناية إلى جميع ما تقدم ، وقد تقدم ذكر التلبية وذكر الحج .

٧٢٩١ - فإن قيل : لا نسلم لكم جواز الفسخ .

٧٢٩٢ - قال الشافعي : كان القوم قد أحرموا إحرامًا مطلقًا ، وانتظر النبي ﷺ [(٣)] القضاء ، فنزل جبريل عليه السلام وهو بين الصفا والمروة ، وأمره بأن من ساق الهدي فليجعله حجًّا ، ومن لم يسق الهدي فليجعله عمرة [(٤)] .

٧٢٩٣ - قلنا : هذا غلط ، وروى ربيعة عن [الحارث بن بلال] [(٥)] بن الحارث عن أبيه قال : قلت يا رسول اللّٰه فسخ الحج لنا أو لمن بعدنا ؟ قال : بل لنا [(٦)] وعن أبي ذر

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يفعل] ، مكان : [اجعل] .

(٣) في (م) ، (ع) : [عليه السلام] .

(٤) رواه البيهقي في الكبرى في كتاب الحج باب ما يدل على ان النبي ﷺ أحرم إحرامًا مطلقًا ينتظر القضاء (٦/٥) ، الشافعي في المسند في كتاب الحج الباب السابع في الإفراد والقران والتمتع (٣٧٢/١) الحديث (٩٦٠) .

(٥) في (ع) : [الحارث بن هلال] . وفي جميع النسخ شعبة بدل ربيعة والتصويب من كتب الحديث .

(٦) أخرجه أبو داود في السنن في كتاب المناسك باب الرجل يهل بالحج ثم يجعلها عمرة (٤٥٧/١) ، والنسائي في السنن في كتاب مناسك الحج ، في إباحة فسخ الحج بالعمرة لمن لم يسق الهدى (١٧٩/٥) ، وابن ماجه في السنن في كتاب المناسك ، باب من قال كان فسخ الحج لهم خاصة (٩٩٤/٢) والحديث (٢٩٨٤) ، الدارقطني في السنن في كتاب الحج باب المواقيت (٢٤١/٢) ، الحديث (٢٤) ، وأحمد في المسند (٤٦٩/٣) .

قال : « واللَّه ما كانت المتعة إلا لنا خاصة أصحاب محمد ﷺ وليست لسائر الناس إلا المحصر » [١] ، وهذا النص في [٢] الفسخ ، وكيف يكون الأمر كما قال الشافعي ؟ والنبي ﷺ [٣] يقول : « لو استقبلت من أمري ما استدبرت لما سقت [٤] الهدي ولجعلتها عمرة » [٥] ، فلو كان أحرم إحرامًا مطلقًا لجاز أن يجعلها عمرة بكل حال .

٧٢٩٤ - فإن قيل : إنما أمرهم بفسخ الحج بعمرة ؛ لأن العرب في الجاهلية كانت تعتقد [٦] أن العمرة لا تجوز في أشهر الحج ، فأما فسخ حج بحج فلم ينقل .

٧٢٩٥ - قلنا : إذا ثبت جواز فسخ الإحرام بعمرة للتخفيف والتسهيل ، ومخالفة المشركين ، جاز فسخه بحجة أخرى [٧] ليقع الفعل مستحقًا عن مكروه .

٧٢٩٦ - ألا ترى : أن فسخ الصلاة [إذا] جاز بنقل جاز بفريضة [٨] فهذا من حيث الاستدلال ، وأما [٩] من حيث النقل [١٠] ، فهذا الخبر قد اقتصر على فسخ الحج بحج والخبر الآخر اقتضى فسخه بعمرة ، فبينا [١١] جميعًا بالنقل [١٢] وكذلك قوله : « حج عن نفسك » كما يقال للمصلي : صلِّ بمعنى انو على صلاتك .

٧٢٩٧ - قلنا : هذا مجاز ، وحقيقة الكلام يتناول الابتداء ، ويمنع لتناول الأمر بالفعل الموجود .

٧٢٩٨ - فإن قيل : فعلام تحملون [١٣] بقية الألفاظ ؟

٧٢٩٩ - قلنا : لم يتكلم عليه الصلاة والسلام بجميعها وإنما تكلم بأحدها ، فإذا لم يكن في بعضها دليل توقفنا [١٤] حتى نعلم أصل الخبر ، والظاهر : أن أصل الخبر قوله :

---

(١) أخرجه مسلم في الصحيح في كتاب الحج ، باب جواز التمتع (٨٩٧/٢) ، الحديث (١٦٠ /١٢٢٤) ، بلفظ : كانت المتعة في الحج لأصحاب محمد ﷺ خاصة ، والدارقطني في السنن في كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٤١/٢) الحديث (٢٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [من] .

(٣) في (م) : [ﷺ] .

(٤) في (م) : [لما سبقت] .

(٥) أخرجه مسلم في الصحيح في كتاب الحج باب حجة النبي ﷺ (٨٨٨/٢) ، الحديث (١٤٧ / ١٢١٨) ، وأبو داود في السنن في كتاب المناسك باب صفة حج النبي ﷺ (١٠٢٣/٢) ، والحديث (٣٠٧٤) .

(٦) في (م) : [يعتقد] .

(٧) ساقطة من (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [يفرضه] .

(٩) ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (ط) : [النفل] .

(١١) في (م) ، (ع) : [فثبتنا] .

(١٢) ساقطة من (ع) .

(١٣) ساقط من (ع)، وفي (م)، (ع) : [يحملون] .

(١٤) في (م) : [فوقعنا] ، وفي (ع) : [فوقفنا] .

« حج عن نفسك » ؛ لأنه لفظ ، فصلح للابتداء حقيقة ، وللمضي [١] مجازًا ، والخبر العام قد ينقله الراوي خاصًّا .

٧٣٠٠ - ومن أصحابنا من قال : الإحرام لا ينعقد بالتلبية حتى ينضم إليها النية ، فيحتمل أن يكون الرجل [لبى بغير نية ، وعرض] [٢] ذلك على رسول الله ﷺ فأمره رسول الله ﷺ بتقديم الحج عن نفسه ؛ ولأن خبر الخثعمية أصح [٣] إسنادًا ؛ لأنه لم يختلف في إسناده واتصاله [٤] ولا في لفظه ، فالرجوع إليه أولى .

٧٣٠١ - قالوا : الخبرُ يقتضي وجوب تقديم الحج عن نفسه .

٧٣٠٢ - قلنا [٥] كذلك نقول ، إلا إذا أحرم عن غيره انعقد ، وإن ترك واجبًا .

٧٣٠٣ - فإن قيل : فإذا ثبت لكم أن الخبر موقوف على ابن عباس فألا قلدتموه .

٧٣٠٤ - قلنا : روى عن علي ، وابن مسعود جواز حج الصرورة [٦] على [٧] أنا قد بينا أن تقليد الصحابة عندنا لا يلزم إذا روى عن النبي ﷺ ما يخالف قوله .

٧٣٠٥ - قالوا : من طريق المعنى لم يحج عن نفسه ، فلم يجز حجه عن غيره ، كالصبي .

٧٣٠٦ - قلنا : لا فرق في الصبي أن يحج عن نفسه أو لا يحج في امتناع حجه [٨] عن غيره .

٧٣٠٧ - والمعنى في الصبي أنه لا يصح أن يؤدي حجًا واجبًا عن نفسه ، فلم يؤد واجبًا عن غيره ، والبالغ بخلافه ، ولا يلزم العبد ؛ لأنه لا يؤدي حجًا واجبًا عن نفسه ، أو نقول : إن الصبي ليس من أهل الوجوب ، بدلالة أنه لو نوى الواجب عن نفسه لم يقع ، والبالغ بخلافه .

---

(١) في (م) : [للموصي] ، وفي (ع) : [للوصي] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لبى بغير نية بتقديم الحج عن نفسه ؛ ولأن خبر الخثعمية فرض] وهو سهو .
(٣) في (ع) : [أصبح] . (٤) في (ص) : [إيصاله] .
(٥) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٦) في (م) ، (ع) : [الضرورة] وهو خطأ ، والخبر أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الحج ، في الرجل يحج عن الرجل ولم يحج قط (٢٧٢/٤) ، الأثر (٤) .
(٧) في (ص) : [على بدون العطف] . وهو الأنسب وقد أثبتناه في المتن .
(٨) ساقطة من (ع) .

٧٣٠٨ - فإن قيل : من حج عن نفسه لا يجوز [1] أن ينوي واجبًا عن غيره .

٧٣٠٩ - قلنا : الفرق وقع بين حالتي البلوغ وما قبلها ، والبالغ في الجملة ممن يصح أن ينوي الواجب ، ومن حج عن نفسه يجوز أن ينوي الواجب ، بأن يوجبه على نفسه في الحال .

٧٣١٠ - قالوا : ركن من أركان الحج ، فلم يجز أن يفعله عن الغير وعليه فرضه ، كالطواف ، أو نسك لا يتم الحج إلا به .

٧٣١١ - قلنا : لا نسلم الحكم في الأصل ؛ لأن الصرورة عليه فرض جميع الأحكام والأركان ، فإذا حج عن غيره [فهو يكون عن غيره] [2] ، وفرض الطواف عليه ؛ ولأن الطواف بغير فرضه في الوقت حتى لا يجوز تقديمه عليه ولا تأخيره ، فوقع عن مستحقه ، وهذا المعنى لا يوجد فيما قبل الدخول ؛ ولأنه إذا دخل في الحج ترتب فعلُ النفل بالتحريمة حتى لا يصح أن يقع عن غيره ، ألا ترى : أن طواف القدوم يتعين حتى لو طاف عن غيره وقع عنه ، فلما جاز أن يتعين بالدخول نفل العبادة حتى يصير مستحقا ، جاز أن يتعين فرضها [3] ، وقبل الدخول لا يتعين فعل الحج بالحج بالفعل ، وكذلك لا يتعين فرضه ، على أن من أصحابنا من قال : « إن الحاج إذا أخر طواف الزيارة حتى أحرم عن غيره صح إحرامه ، فإن لم يطف حتى وقف للحجة الثانية ثم طاف لها جاز ، وإن كان عليه طواف الحج عن نفسه .

٧٣١٢ - قالوا [4] : عبادة تتعلق بقطع مسافة ، فلم يجز أن يفعلها [5] عن الغير وعليه فرضها ، كالجهاد .

٧٣١٣ - قلنا : الجهاد لما لم يجز أن يفعل عن غيره بعد أداء فرضه ، كذلك لا يجوز قبل الأداء ، وفي مسألتنا بخلافه .

٧٣١٤ - فإن قيل : الجهاد كلما حضر تعين عليه .

---

(١) في (م) ، (ع) ، (يصح) والمثبت من (ص) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [فرضًا] .

(٤) توجد في (ص) : بعد قوله : [عن نفسه] عبارة مطموسة ولن نستطيع إثباتها وهي في (م) ، (ع) : [عن نفسه] ، قلنا : صوابه قالوا : لأنه ذكر الجواب بعده بقوله قلنا : وفيهما قلنا مكان قالوا .

(٥) في (م) : [أن يفصلها] .

٧٣١٥ - قلنا : ليس كذلك ؛ لأن فرض الجهاد على الكفاية ، فإذا حضر الوقعة ، وبالمسلمين عنه غنى لم يتعين [1] الوجوب عليه ، ولا تجوز [2] له النيابة عن غيره ، وإنما تصح [3] النيابة إذا دفع [4] المال إلى الشخص ليجاهد وهذا يجوز أن يسقط المجاهد فرضه أو لم يسقط ، مثل مسألتنا .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم يتعين ليجاهد وهذا يجوز أن يسقط المجاهد فرضه أو لم يسقط] بزيادة بعد لم يتعين .

(٢) في (م) ، (ع) : [لا يجوز] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يصح] .

(٤) في (م) : [وقع] .

مسألة ٤١٦

إذا نوى الحجة النافلة قبل أن يحج حجة الإسلام وقع إحرامه عن النفل

٧٣١٦ - قال أصحابنا : إذا نوى الحجة النافلة قبل أن يحج حجة الإسلام ، وقع إحرامه عن النفل .

٧٣١٧ - وروى ابن أبي مالك (١) ، عن أبي يوسف ، أنه يقع على الفرض (٢) .

٧٣١٨ - وبه قال الشافعي (٣) .

٧٣١٩ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام (٤) : « ولكلّ امرئٍ ما نوى » (٥) .

٧٣٢٠ - قالوا : معناه أن يصير العمل قربة بالنية .

٧٣٢١ - قلنا : ومعناه العمل متعين [بما نواه] (٦) ، بدلالة الصلاة .

---

(١) هو : الحسن بن أبي مالك ، تفقه على أبي يوسف وبرع ، وتفقه على محمد بن شجاع الثلجي ، قال القرشي : قال الصيمري ثقة في روايته ، غزير العلم ، واسع الرواية ، كان أبو يوسف يشبهه بجمل حمل أكثر مما يطيق ، توفي رحمه الله في السنة التي مات فيها الحسن بن زياد سنة أربع ومائتين . انظر : الجواهر البهية (٢/٩٠ ، ٩١) ، الفوائد البهية (ص٦٠) .

(٢) قال الكاساني : قال أصحابنا : إن الصرورة إذا حج بنية النفل أنه يقع على النفل ؛ لأن الوقت لم يتعين للفرض بل يقبل الفرض والنفل ، فإذا عينه للنفل تعين له انظر : بدائع الصنائع (٢/٢١٣) ، المبسوط (٤/١٥١ ، ١٥٢) تحفة الفقهاء (١/٤٢٩) .

(٣) قال الشافعي رحمه الله : أحب أن ينوي الرجل الحج والعمرة عند دخوله فيهما ، كما أحب له في كل واجب عليه غيرهما . فإن أهل بالحج ولم يكن حج حجة الإسلام ينوي أن يكون تطوعًا أو ينوي أن يكون عن غيره ، أو أحرم فقال : إحرامي كإحرام فلان ، لرجل غائب عنه ، كان في هذا كله حاجًا ، وأجزأ عنه من حجة الإسلام انظر : الأم (٢/١٠٨) ، مختصر المزني (ص٦٢) ، حلية العلماء (٣/٢٠٩) ، المجموع مع المهذب (٧/١١٧ - ١١٩) . وانظر : الكافي لابن عبد البر (١/٣٥٧) ، الكافي لابن قدامه (١/٣٨٧) ، المغني (٣/٢٤٦ ، ٢٤٧) ، العدة مع العمدة (ص١٦٤) .

(٤) ساقط من (م) .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح باب كيف كان بدء الوحي إلى الرسول ﷺ (١/٥ ، ٦) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الإمارة ، باب قوله ﷺ إنما الأعمال بالنيات وأنه يدخل فيه الغرر وغيره من الأعمال (٣/١٥١٥ ، ١٥١٦) .

(٦) في (م) : [بما قواه] .

٧٣٢٢ - ولأن من انعقد إحرامه بعمرة ، جاز أن ينعقد إحرامه نفلًا ، كمن حج عن نفسه .

٧٣٢٣ - أو نقول [١] : وقت يصلح لإحرام العمرة ، فإذا نوى نفل الحج لم ينعقد إحرامه عن فرضه كمن نوى الحج قبل الأشهر .

٧٣٢٤ - ولأن الوقت يصلح للنفل من المكلفين ، ألا ترى : أن غيره ممن حج عن نفسه يحرم فيه النفل ، فجاز أن ينعقد إحرامه نفلًا فيه وفرضًا ، كوقت الصلاة .

٧٣٢٥ - ولأنها عبادة يتنفل بجنسها ، فجاز التنفل بها [٢] مع بقاء فرضها في الذمة ، كالصلاة والصوم . ولا يلزم التنفل في رمضان ؛ لأنه فرضه ليس فيه الذمة ، وإنما يصير في الذمة بعد فواته [٣] ، ويجوز له أن يتنفل .

٧٣٢٦ - ولأنها عبادة لها تحريم وتحليل [٤] ، فإذا نوى به التنفل لم يقع عن الفرض ، كالصلاة .

٧٣٢٧ - احتجوا : بأنه ركن من أركان الحج ، فلم يجز أن يتنفل [٥] به وعليه فرضه كالطواف .

٧٣٢٨ - قلنا : يبطل بمن طاف قبل الإحرام ، وأنه متنفل بالطواف وعليه فرضه ؛ لأن من عليه الحج فعليه فرض أركانه ، وكذلك من أحرم بالحج صح طواف القدوم فيه [٦] ، وهو نفل وطواف الفرض عليه ، وأما إذا وقف فالتحريمة اقتضت تقديم طوافها على غيره ، فوقع طوافه عما اقتضت التحريمة لا لوجوبه ، بدلالة أن بعد الإحرام لو تنفل بالطواف لم يجز ووقع عن طواف القدوم ؛ لأن التحريمة اقتضت ترتيبه وتقديمه على غيره .

٧٣٢٩ - يبين ذلك : أنه لو افتتح صلاة التطوع في وقت الفرض جاز ، ولو افتتح الفرض فأراد أن يأتي بركوع نافلة وقع عما اقتضت التحريمة ، كذا [٧] ههنا .

٧٣٣٠ - قالوا : عبادة تجب بإفسادها الكفارة ، فلم يجز أن يتنفل بها في وقت

---

(١) في (م) : [يقول] . (٢) في (م) ، (ع) : [بما] .
(٣) في (م) ، (ع) : [وفاته] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لها تحليل وتحريم] بالتقديم والتأخير .
(٥) في (م) : [أن ينتقل] . (٦) ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

فرضها كالصوم .

٧٣٣١ - قلنا : وقت الصلاة مع وجوب الصوم لا يحتمل ما أحرم ، فلم ينعقد عن النفل ووقت الحج لنسك من جنس الحج وهو العمرة ، فلذلك جاز أن ينعقد فيه النفل .

٧٣٣٢ - قالوا : الصوم وقته محصور [١] لا يتسع لفعل صومين ، كما أن وقت الحج لا يتسع لنسكين ، فلما ثبت أنه لا يجوز أن يتنفل [٢] بالصوم في وقت الصوم وعليه فرضه كذلك في الحج مثله .

٧٣٣٣ - قلنا : سائر أيام السنة لا يتسع لصومين ، ثم كل يوم ينعقد فيه / صوم النفل ، كذلك وقت الإحرام وإن لم يتسع لنسكين جاز أن يحرم فيه بالنفل ؛ ولأن وقت الصوم في حق كُلِّفه لم يصح لصوم آخر ، فلم يصح للنفل ، ووقت الحج يصلح لنفل آخر وهو العمرة فصلح أيضًا للنفل ، كوقت الصلاة .

/٩٣

٧٣٣٤ - قالوا : الأصول مبنية على أن [٣] الدخول في العبادة بنية [النفل تجري مجرى الدخول فيها] [٤] بنية مطلقة ، فوجب أن يكون الدخول في الحج بنية النفل ، كالدخول فيها بنية مطلقة فيقع عن الفرض ويجزيه ، فإن من كان عليه فرض الحج فنوى نافلة فقد أحرم بالحج وعليه فرضه فانصرف إحرامه إلى الواجب ، كما لو أحرم بنية مطلقة .

٧٣٣٥ - قلنا : روى الحسن عن أبي حنيفة : أنه إذا نوى بنية مطلقة وأطلق النية ، وقع عن النفل ، فعلى هذه الرواية يسقط [٥] كلامهم .

٧٣٣٦ - وأما على رواية الأصل وهو الاستحسان : فإنه يحمل مطلق الإحرام على الفرض بالعبادة ؛ لأنه لم يجز العبادة بأن ينفق الإنسان ماله ويتكلف السفر ويتنفل بالحج ويترك الفرض في ذمته ، فإذا عين الفعل حمل على ما عينه ، كمن سمى في العقد غير نقد البلد فإنا [٦] نحمل إطلاق الثمن على نقد البلد تصحيحًا للعقد ، وإذا عين هنا حمل على ما عينه ، كذلك هذا .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الصوم وقت محظور] ، وفي (ص) : [الصوم وقت] والكلمة الثانية غير واضحة لعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (م) : [أن ينتقل] .

(٣) ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (ع) : [سقط] .

(٦) في (م) ، (ع) : [إنا] .

٧٣٣٧ - فإن قيل : لم تجر [١] العادة بأن يتطوع الإنسان قبل الغروب ، ومع ذلك لو صلى قبلها بنية مطلقة لم يحمل على الواجب .

٧٣٣٨ - قلنا : قد اختلف الناس في ذلك ، فمنهم من قال : يستحب التنفل قبلها ، فلم يحمل ما يفعله على الفرض ؛ لجواز أن يكون [٢] اعتقد ذلك المذهَبَ ؛ ولأنه لم يتكلف الفرض مشقة حتى يحمل مطلقه على الفرض لحسن ظنه ؛ ولأن الصلاة يصح أن تنعقد ابتداء نفلًا ، ويجوز أن تنعقد فرضًا وتنقلب نفلًا ، فيغلب حكم النفل فيها ، فانصرف مطلقها إلى الغالب ، والحج يصح [٣] [فيه] ابتداء الإحرام للفرض والنفل ولا ينقلب فرضه نفلًا [٤] فلم ينقل النفل فيه على الفرض .

* * *

(١) في (م) : [لم يجز] .
(٢) في (م) : [أن تكون] .
(٣) زيادة من (م) ، (ع) .
(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

مسألة ٤١٧

الحج يجب على الفور

٧٣٣٩ - روى عن أبي يوسف ما يدل على وجوب الحج على الفور [١] .

٧٣٤٠ - وعلى ظاهر قول أبي حنيفة وقول الشافعي : إن شاء قدم ، وإن شاء أخر ، والتقديم أفضل ، وإن مات قبل أن يحج أثم . ، ومتى يأثم ؟ من أصحابه [٢] من قال : بتأخيره عن السنة الأولى ، ومنهم من قال بتأخيره عن السنة الأخيرة [٣] .

٧٣٤١ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « من كُسِرَ أو عَرَجَ فقد حلَّ وعليه الحج من قابل » [٤] .

٧٣٤٢ - وقال - عليه الصلاة والسلام - للمجامع في الحج : « اقضيا نسككما ، واحججا من قابل » [٥] ، فأوجب القضاء في الخبرين على الفور .

---

(١) ذكر أبو سهل الزجاجي الخلاف في المسألة بين أبي يوسف ، ومحمد فقال : في قول أبي يوسف : يجب على الفور ، وفي قول محمد : على التراخي ، وروى عن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف ، وروى عنه مثل قول محمد ، قال العيني في البناية : إن أصح الروايتين عن أبي حنيفة : أنه على الفور . انظر : المبسوط (١٦٣/٤ - ١٦٥) ، بدائع الصنائع (١١٩/٢ ، ١٢٠) ، البناية (٦/٤-٨) ، فتح القدير مع الهداية (٤١٣/٢ ، ٤١٤) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٥٩/١ ، ٢٦٠) ، حاشية ابن عابدين (١٤٤/٢) .

(٢) في (ص) : [أصحابنا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الأخيرة] . قال النووي : والمستحب لمن وجب عليه الحج - بنفسه ، أو بغيره - أن يقدمه ، لقوله تعالى ﴿ فَٱسْتَبِقُوا۟ ٱلْخَيْرَٰتِ ﴾ ؛ ولأنه إذا أخره عرضه للفوات بحوادث الزمان ، ويجوز أن يؤخره من سنة إلى سنة ؛ لأن فريضة الحج نزلت سنة ست وأخر النبي ﷺ الحج إلى سنة عشر من غير عذر ، فلو لم يجز التأخير لما أخره . انظر : المجموع شرح المهذب (١٠٢/٧-١٠٩) ، الأم (١٠٠/٢) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٣٠/٧؟٣١) . وانظر : المنتقى (٢٨٦/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٣٥٨/١) ، المقدمات الممهدات (٣٨١/١؟٣٨٢) ، بداية المجتهد (٣٣٣/١؟٣٣٤) ، قوانين الأحكام الشرعية (ص١٢٢) ، الكافي لابن قدامة (٣٨١/١؟٣٨٢) ، المغني (٢٤١/٣؟٢٤٢) .

(٤) أخرجه أبو داود في السنن كتاب المناسك ، باب الإحصار (٤٦٩/١) ، والترمذي في السنن كتاب المناسك باب ما جاء في الذي يهل بالحج فيكسر أو يعرج (٢٨٦/٣) ، وابن ماجه في السنن كتاب المناسك ، باب المحصر (١٠٢٨/٢) .

(٥) رواه أبو داود بلفظ قريب في باب ما جاء في الحج ص١٨ ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الحج ، باب ما يفسد الحج (١٦٧/٥) .

٧٣٤٣ - كل عبادة لا يضيق أداؤها لا يتضيق قضاؤها [١] ، فلما تعين القضاء دل على أن الأداء أسبق [٢] .

٧٣٤٤ - وروى أنه - عليه الصلاة والسلام - قال : « من وجد زادًا وراحلة تبلغه إلى بيت اللَّه تعالى ولا يحج : فلا عليه أن يموت يهوديًا أو نصرانيًا » .

٧٣٤٥ - وذلك أن اللَّه تعالى يقول في كتابه ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ۚ وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴾ [٣] ، وكذا رواه الترمذي من حديث علي ﷺ [٤] .

٧٣٤٦ - فإن قيل : إذا أخره حتى مات أثم بالاتفاق .

٧٣٤٧ - قلنا : لو كان له التأخير لم يأثم بالموت إذا جاءه من غير أمارة ولا غلبة ظن والخبر يقتضي أنه أثم بكل حال .

٧٣٤٨ - ويدل عليه حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « من أراد الحج فليتعجل » [٥] .

٧٣٤٩ - فإن قيل : علقه بإرادته .

٧٣٥٠ - قلنا : هذه الإرادة هي التي تخرجه من حيز الساهي إلى حيز [٦] القاصد ، فأما إرادة التخيير : فلا يتعلق الأمر بها ، وهذا كقوله - عليه الصلاة والسلام - : « من أراد الجمعة فليغتسل » [٧] ، وكقولنا : من أراد الصلاة فليتوضأ ؛ ولأنها عبادة بدنية مؤداة ، فيضيق فعلها بوقت وجوبها ، كالصلاة ؛ ولأنها عبادة تجب [٨] بإفسادها الكفارة ، فكان وجوبها بابتداء الشرع على الفور .

٧٣٥١ - دليله : الصوم ، أو لأنها عبادة بدنية لا تفعل في الحول إلا مرة ، ودليله ما بيَّناه .

---

(١) قاعدة : كل عبادة لا يضيق أداؤها لا يتضيق قضاؤها .

(٢) في (ع) : [سبق] .

(٣) سورة آل عمران : الآية ٩٧ .

(٤) أخرجه الترمذي في السنن ، في كتاب المناسك ، باب ما جاء في التغليظ في ترك الحج (١٦٧/٣) ، الحديث ٨١٢ . وانظر : تخريجه في مسألة ٤١٢ .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن كتاب المناسك ، باب بعد باب التجارة في الحج (٤٣٨/١) ، وابن ماجه في السنن في كتاب المناسك ، باب الخروج إلى الحج (٩٦٢/٢) .

(٦) في (م) : [يخرجه من خبر الساهي إلى خبر] وليس صحيحًا .

(٧) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الجمعة ، باب فضل الغسل يوم الجمعة (١٥٧/١) ، وفي باب هل على من لم يشهد الجمعة غسل (١٦٠/١) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الجمعة (٥٧٩/٢ ، ٥٨٠) ، الحديث (١ ، ٢ ، ٨٤٤) .

(٨) في (م) : [يجب] .

٧٣٥٢ - فإن قيل : المعنى في الصوم أنه لا يجوز تأخير الدخول فيه عن حال الإمكان ، فلم يجز تأخير جوازه ، والحج وقت الدخول فيه موسع يجوز تقديمه وتأخيره ، فجاز تأخير [١] جملته .

٧٣٥٣ - قلنا : الصوم لا يجوز تأخيره عن أول أحوال الإمكان إذا وجب ، بدلالة أن المسافر والمريض يجوز لهما التأخير ، والحج عندنا بأول الأشهر لم يجب ، فجاز تأخيره فإذا وجب فهو كالصوم لا يجوز تأخير الدخول فيه ، وعلة الفرع تبطل بالنية التي يخاف الفوات فيها ؛ فإن الدخول فيه موسع [٢] ، ولا يجوز تأخيره عن جميع الوقت .

٧٣٥٤ - ولأنه فرض لا يجب في العمر إلا مرة واحدة ، فلم يجز تأخيره عن وقت وجوبه ، كالإيمان .

٧٣٥٥ - واحتج أبو الحسن الكرخي ، فقال : لا يخلو إما أن يجب تقديم الحج [٣] ، أو تأخيره ، ليس لأحد أن يقول : يجب تقديمه ، ولا يجوز أن يكون مخيرًا ؛ لأنه [٤] إن أخره حتى مات : لم يخل من أن يأثم أو لا يأثم ، فإن لم يأثم خرج من أن يكون واجبًا ، ولئن أثم دل على أنه ليس له التأخير .

٧٣٥٦ - فإن قيل : يجوز التأخير [إذا غلب على ظنه] [٥] أنه لا يعجز ، كما يجوز ضرب الزوجة والابن ضربًا يغلب على الظن أنه لا يموت .

٧٣٥٧ - قلنا : إذا مات من لا أمارة لموته ولا هرم ، إن قلت : إنه يأثم بطل [اعتبار أمارة] [٦] العجز ، وإن قلت : لا يأثم ، خرج الحج من الوجوب ، فأما [٧] الضرب : فيضربها عندنا بآلة [لا تقتل] [٨] في الغالب على غير مقاتلها فيباح ذلك ولا يعتبر غالب الظن فيه .

٧٣٥٨ - وقد قالوا : إنه يأثم إذا مات بتأخير الحج عن السنة الأولى ، وكيف يأثم بالتأخير عنها ؟ وقد أباح اللَّه - تعالى - له [٩] التأخير .

---

(١) في (ص) : [تقديم] ، مكان [تأخير] .

(٢) في (م) : [فإن الدخول فيه وعلة الفرع موسع] ، وفي (ع) : [فإن علة الدخول فيه وعلة الفرع موسع] .

(٣) ساقطة من (ع) .

(٤) في (ع) : [إلا] بدل [لأنه] .

(٥) في (م) ن (ع) : [إذا غلب ظنه] .

(٦) في (ص) : [أمارة اعتبار] .

(٧) في (ع) : [أما] .

(٨) في (م) : [لا يقتل] .

(٩) ساقطة من (ع)

٧٣٥٩ - ومنهم من قال : يأثم بتأخيره ، وهذا يؤدي إلى أن يأثم بتأخيره العبادة عن وقت مجهول لم يطلعه اللَّه - تعالى - عليه ، وهذا تكليف بما لا يطاق .

٧٣٦٠ - وقد التزم أبو الحسن على هذه الطريقة (١) أن الزكاة ، والنذور ، والكفارات وقضاء رمضان مؤقت ، ولزوم الوصية في ابتداء الإسلام .

٧٣٦١ - والجواب عنها : أن وجوبها كان على الفور ، وكان على (٢) الإنسان أن يوصي عاجلًا ، كما يوجبها عند حضور الموت ، [فأما أن تقف الوصية على حضور الموت] (٣) فلا ، ولهذا قال - عليه الصلاة والسلام - : « لا يحل لرجل أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عند رأسه » (٤) .

٧٣٦٢ - وقيل : إن قوله تعالى : ﴿ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ ﴾ (٥) ، يعني بسبب الموت الذي هو المرض ، وهذا تعليق العبادة (٦) بشرط معلوم .

٧٣٦٣ - احتجوا : بما روى أن فريضة الحج نزلت سنة ست من الهجرة ، فأخر النبي ﷺ وأزواجه ، ومياسير أصحابه الحج إلى سنة عشر (٧) من الهجرة (٨) ولو كان على الفور ما أخره بعد (٩) وجوبه ، ولا أقر على التأخير .

٧٣٦٤ - قالوا : والوجوب نزل سنة (١٠) ست ؛ لأن النبي ﷺ خرج معتمرًا ، فَصُدَّ (١١) ، فنزلت الآية .

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركها الناسخ في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ومن صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .

(٤) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الوصايا ، باب الوصايا (١٢٤/٢) ، وأبو داود في السنن في أول كتاب الوصايا ، باب ما جاء فيما يؤمر به من الوصية (١١١/٢) ، وأحمد في المسند (٨٠/٢) .

(٥) سورة البقرة : الآية ١٨٠ .

(٦) في (م) ، (ع) : [العبادات] .

(٧) ساقطة من صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش . وفي (م) ، (ع) : [ست] .

(٨) أجمع العلماء على أن النبي ﷺ حج في السنة العاشرة من الهجرة ، واختلفوا في وقت فريضة الحج : فقيل : سنة خمس ، وقيل : سنة سبع ، وقيل : سنة تسع . انظر : تفسير القرطبي (١٤٤/٤) ، كتاب المغازي للواقدي حجة الوداع (١٠٨٨/٣ ، ١٠٨٩) ، البداية والنهاية (١٠٩/٥ ، ١١٢) ، شذرات الذهب (١١/١ ، ١٣ ، ١٤) .

(٩) في (ع) : [عند] .

(١٠) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركها الناسخ في الهامش .

(١١) في (م) [قصد] .

٧٣٦٥ - والجواب عنه : أن وجوب الحج نزل [1] بقوله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ ﴾ [2] ، وهذه الآية قيل : إنها نزلت في [3] سنة تسع ، فيجوز أن يكون نزولها في وقت [4] جاز فيه القصد والتوجه .

٧٣٦٦ - وإن كان نزولها في سنة عشر ، فلم يؤخر النبي [5] ﷺ الأداء .

٧٣٦٧ - فأما قوله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا [6] ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ [7] ، فحقيقة الإتمام فعل بقية شيء تلبس به ، وليس [8] إذا وجب المعنى وجب [9] الابتداء فلم تدل [10] الآية على ابتداء الوجوب .

٧٣٦٨ - فإن قيل : القوم كانوا محرمين ، فأمرهم بإتمام الحج على الابتداء .

٧٣٦٩ - قلنا : الأمر بإتمام العبادة يدل [11] على وجوب المضي فيها إذا [12] فعلها الإنسان ، وإن لم يكن تلبس بها كما تقول : إذا دخلت في حجة التطوع فتمها .

٧٣٧٠ - فإن قيل : روى عن عمر ، وعليٍّ أنهما قالا : إتمامهما أن يحرم بهما من دويرة أهله » [13] ، فهذا يدل على أن المراد بالآية الابتداء وحقيقتها لا تدل [14] على ذلك ، وعلى ما قالوه لا يجوز أن يعدلوا عن الحقيقة إلا بتوقيف .

٧٣٧١ - قلنا : الإحرام من دويرة [15] الأهل مستحب ، فكأنهما حملا الأمر على الاستحباب دون الوجوب ، وهذا ترك الظاهر فلم يعلم إلا بتوقيف ؛ فصار هذا دليلا على مخالفنا .

---

(١) في (ص) : [دخل] .
(٢) سورة آل عمران : الآية ٩٧ .
(٣) زيادة من (م) ، (ع) .
(٤) ساقطة من (ص) ، واستدركها الناسخ في الهامش .
(٥) في (م) ، (ع) : [رسول الله] .
(٦) في (ع) : [فأتموا] .
(٧) البقرة : ١٩٦ .
(٨) غير واضح في (ص) .
(٩) ساقطة من (ع) ، (م) .
(١٠) في (ص) : [تدل] ، وفي (ع) : [تجب] .
(١١) ساقطة من (م) ، (ع) .
(١٢) في (ص) : (فإذا) وفي (م) ، (ع) : [إذا] . وهو الأنسب وقد أثبتناه في المتن .
(١٣) في (م) ، (ع) : [دورة أهله] . أخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب التفسير (٢٧٦/٢) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الحج ، باب من استحب الإحرام من دويرة أهله (٣٠/٥) ، ابن أبي شيبه ، في المصنف كتاب الحج ، في تعجيل الإحرام من رخص أن يحرم من الموضع البعيد (١٩٥/٤) .
(١٤) في (م) ، (ع) : [لا يدل] .
(١٥) في (ع) : [دورة] .

٧٣٧٢ – فإن قيل : روى أن ضمام بن ثعلبة قال : يا رسول الله هل فرض علينا أن نحج هذا البيت ؟ ، قال : نعم [١] ، وهذا في سنة ست .

٧٣٧٣ – قلنا : ذكر ابن جريج أن ضمامًا وفد على رسول الله ﷺ في سنة تسع ، فقال ذلك ، ولو ثبت ما قالوه : احتمل أن يكون النبي ﷺ مأمورًا بشريعة إبراهيم عليه السلام .

٧٣٧٤ – فإن قيل : فقد أخره .

٧٣٧٥ – قلنا : لا نعلم أنه وجب في شريعة إبراهيم عليه السلام على الفور .

٧٣٧٦ – على أنه – عليه الصلاة والسلام – حج قبل الهجرة حجتين ، فلم يوجب ذلك ، ولو ثبت أنه أخر فعل الحج : احتمل أن يكون أخره لعذر ؛ لأنه لا يترك الأفضل إلا لعذر ، ولسنا نحتاج إلى تعيين العذر ، بل عليهم أن يثبتوا [٢] عدم الأعذار .

٧٣٧٧ – فإن قيل : أخره عندنا ليبين [٣] جواز التأخير .

٧٣٧٨ – قلنا : كان يكفي أن يؤخره سنة واحدة ، ليحصل البيان .

٧٣٧٩ – قالوا : في قراءة ابن مسعود وأقيموا الحج والعمرة .

٧٣٨٠ – قلنا : / الإقامة تحتمل [٤] الابتداء ، وتحتمل الأمر بعد الدخول ، وترتب على ما لا تحتمل من القراءة الأخرى ، ثم إذا وجب في سنة ست فلوجوبه شرائط لا نعلم أنها حصلت له ، ألا ترى : أن الحج يحتاج في وجوبه إلى الزاد والراحلة ونفقة الأهل وأمن الطريق ويحتاج إلى أصحاب يكفونه عذر الطريق ، فيجوز أن تكون هذه الشرائط التي بها [٥] يحصل الاستطاعة لم تكمل [٦] في سنة ست ولابد [٧] أن تكون له الشرائط التي ذكرتم وكان معه عام الحديبية سبعون بدنة ، وفي سنة ثمان أو تسع من سبى هوازن حتى قال صفوان بن أمية حين أعطاه : هذا عطاء من لا يخاف الفقر ، وفي سنة ثمان فتح مكة وفرغ من هوازن والطائف ، ولم يبق له مانع يجوز أن يكون هنا .

٧٣٨١ – فإن قالوا : إذا كان من شرط الوجوب عليه حصول [٨] الاستطاعة لمن

---

(١) أخرجه البخاري مطولًا في الصحيح في كتاب العلم باب ما جاء في العلم (٢٢/١) ، وأحمد في المسند (٢٦٤/١) .

(٢) في (ص) : [أن يبينوا] .

(٣) في (م) : [لبين] ، وفي (ع) : [لتبين] .

(٤) في (م) : [يحتمل] .

(٥) زيادة في (م) ، (ع) .

(٦) في (م) : [لم يكمل] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا يدل] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .

يسير معه لم يكن دعوى ذلك .

٧٣٨٢ - قلنا : يجوز أن تكون الاستطاعة تحصل [١] له في وقت العمرة ، وتزول في وقت الحج ؛ لأن [٢] قريشًا صالحوه في عمرة القضاء على العمرة ، ولسنا نعلم أنهم مكّنوه [٣] من الحج وقد كانوا صالحوه على ثلاثة أيام فأراد أن يقيم بها ... [٤] ، لهم فمنعوه ، فيجوز أن تكون شرائط الاستطاعة لم توجد [٥] بعد ذلك .

٧٣٨٣ - فإن قيل : فقد كان في أصحابه أغنياء .

٧٣٨٤ - قلنا : شرط الاستطاعة ليس هو مجرد الغناء ، بل يحتاج إلى ما ذكرنا من الشروط .

٧٣٨٥ - وقد قيل : إنما أخر [٦] بعد الوجوب لأنهم كانوا يؤخرون الحج تارة ، ويقدمونه تارة أخرى ، فيقع في غير وقته ، فأراد - عليه الصلاة والسلام - أن يحج في وقت الحج ، قال رسول الله ﷺ : « ألا إن الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق الله [٧] السموات والأرض » [٨] ، ولهذا فعل العمرة دون الحج [٩] ؛ لأن وقتها لا يتخصص .

٧٣٨٦ - فإن قيل : أمر أبا بكر بالحج في سنة [١٠] تسع .

٧٣٨٧ - قلنا : من حج على ما كانوا عليه كان يسقط فرضه إلا أن النبي ﷺ أراد أن يحج [١١] على وجه يقع في الآخر ، أو يكون في المستقبل إمامًا في الاقتداء .

٧٣٨٨ - وقد قيل : إنهم كانوا يطوفون بالبيت عراة ، ويظهرون الكفر في التلبية ، فيقولون : « لبيك لا شريك لك إلا شريك هو لك تملكه وما ملك » [١٢] . فلما بعث النبي ﷺ أبا بكر في سنة تسع ونبذ إلى المشركين عهدهم ، ونادى : « أَلاْ لا يطوف

---

(١) في (م) : [يحصل] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ولأن] .
(٣) في (ع) : [أنها مكتوبة] .
(٤) في سائر النسخ بياض مكان النقط ، والعبارة ناقصة .
(٥) في (م) : [لم يوجد] .
(٦) في (م) : [أخرا] .
(٧) لفظ : [الجلالة] ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) أخرجه البخاري مطولًا في كتاب التفسير في سورة براءة (١٣٥/٣) ، ومسلم في الصحيح في كتاب القسامة ، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال (١٣٠٥/٣) .
(٩) في صلب (ص) : [فعل الحج دون العمرة] .
(١٠) في (م) : [ست] .
(١١) في (م) ، (ع) : [أن الحج] .
(١٢) أخرجه مسلم في الصحيح في كتاب الحج ، باب التلبية وصفتها ووقتها (٨٤٣/٢) .

بالبيت مشرك ولا عريان »[١] ، وحج من قابل[٢] .

٧٣٨٩ - فإن قيل : كيف يأمر أبا بكر بالحج ؟ .

٧٣٩٠ - قلنا : لأن حرمته لا تضاهي[٣] حرمة رسول الله ﷺ فلم يتساويا في هذا المعنى .

٧٣٩١ - وقد قيل : أَخَّر حتى أمن[٤] كيد الأعداء .

٧٣٩٢ - فإن قيل : كيف اعتمر؟

٧٣٩٣ - قلنا : لما اعتمر أخلوا له مكة .

٧٣٩٤ - احتجوا : بما روى أن النبي ﷺ أمر من الصحابة من لا هدى معه أن يتحلل[٥] من الحج بعمرة[٦] ، فلو كان على الفور : لم يجز التحلل منه .

٧٣٩٥ - قالوا : روى أنه قال : من « أراد الحج فليقم معنا » وروى أنه قال : « ومن شاء فلينصرف » .

٧٣٩٦ - قلنا : إنه أمرهم بالحج قبل التروية ، فإذا ثبت ما قالوه : احتمل أن يكون قاله لمن حج .

٧٣٩٧ - قالوا : كل عبادة كان وقت الدخول فيها موسعًا : كان يفعل فيها موسعًا كالصلاة .

٧٣٩٨ - قلنا : ينتقض بالحج في السنة التي يغلب على ظنه العجز بعدها ، ونقلبه فنقول : فيتضيق فعلها بوقت وجوبها ، كالصلاة ، أو : فلا يجوز تأخيرها عن آخر وقتها ، كالصلاة ؛ ولأن الصلاة تجب بأول الوقت وجوبًا موسعًا على قول ابن شجاع ، ويتضيق بآخره ويتضيق فعل وقتها ما لم يتضيق فالحج مثله .

٧٣٩٩ - قالوا : لو أخر الحج إلى السنة الثانية لم يكن قاضيًا ولم يضيق وجوبه ،

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الصلاة ، باب ما يستر العورة ،في كتاب الحج ، باب لا يحج مشرك ، ولا يطوف بالبيت عريان وبيان يوم الحج الأكبر (٩٨٢/٢) ، وأحمد في المسند (٣/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [حج من قابل] . (٣) في (م) : [لا يضاهي] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أمر] . (٥) في (ص) : [أن يحلل] .

(٦) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الحج ، باب قول الله تعالى : ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ ﴾ (١/ ٢٧١، ٢٧٢) و باب التمتع والإقران والإفراد بالحج (٧٢٧/١) ، ومسلم في الصحيح : كتاب الحج ، باب وجوه الإحرام (٨٧٥/٢ ٨٧٦ ، ٨٨١ ، ٨٨٢) ، وأبو داود في السنن في كتاب المناسك ، باب صفة حجة النبي ﷺ (٤٧٩/١) وابن ماجه في السنن في كتاب المناسك ، باب فسخ الحج (٩٩٣/٢) .

فالسنة الأولى كان بتأخيره عن وقته قاضيًا ، وتحريره : كل من أدى حجًا كان مؤديًا ، وجب أن يكون بتأخيره إلى وقت أدائه ، كالعام الأول .

٧٤٠٠ - قلنا : هذا يبطل بمن غلب على ظنه أن يعجزه ؛ فإنه بالتأخير عنه لا يصير قاضيًا ، ويأثم بالتأخير ولأنه إذا أخر سقط ما اقتضاه الأمر الأول ، وفعله في السنة الثانية يقتضي أمرًا آخر .

٧٤٠١ - فقد قلنا بمعنى القضاء ، وأَنَّا لا نسميه قضاء ؛ لأن هذه تسمية شرعية ، فتستعمل حيث أطلقت الشريعة .

٧٤٠٢ - ولأن الزكاة عند مخالفنا مضيقة الوجوب ، وإن أخرها أثم ، ولم يسم قاضيًا إلا أن يهلك المال ، وقد سمى ما يفعل بعد الوقت أداء ، وإن كان قضاء . قال النبي ﷺ : « فليصلها إذا ذكرها » ، « فليؤدها إذا ذكرها » [١] وسمى ما يفعل في الوقت قضاء ، كقوله « ما فاتكم فاقضوا » [٢] .

٧٤٠٣ - فدل على أن تسمية الأداء والقضاء لا يستدل بها على الوقت ؛ فإن القضاء إنما يقال في عبادة مؤقتة يشترك في وجوبها عند وقتها غلبة الناس ، فإذا أخر الفعل عنها سمى قاضيًا ، أثم بالتأخير أو لم يأثم ، ألا ترى : أن تأخير المريض والمسافر الصوم لا يأثما فيه ويسمى المفعول قضاء ، والحائض لا يصح لها فعل الصوم ، ولا تكون عاصية [٣] ، وما تفعله في الثاني يكون قضاء ، فأما الحج فوجوبه في هذا الوقت يختلف فيه الناس باختلاف حصول الشرط ، فالسنة الثانية وقت الأداء في حق من وجد شرطه فيه ، فلذلك لم يسم ما يفعله قضاء كالزكاة ، لما كان وجوبها يقف على وجود الحول كالقضاء [٤] وبذلك يختلف فيه الناس ثم بتأخير الأداء إلى وقت ثان يكون قاضيًا [٥] .

٧٤٠٤ - قالوا : لو وجب على الفور لأدى إلى خراب البلاد ، وهلاك الحرث .

٧٤٠٥ - قلنا : لا يؤدي إلى ذلك ؛ لأن شرائط الوجوب لا تحمل لجميع الناس في سنة واحدة ، ومن يتفق له شرائط الوجوب قد يعتبر من ذوى الأعذار ، وإنما يحج من وجب عليه مع وجود الشرائط ، ولا عذر له دون غيره ، ويقوم بمصالح الدنيا من لا يحج .

* * *

(١) تقدم تخريجه في مسألة (١٣٢) .

(٢) تقدم تخريج الحديث في مسألة (١٤٢) .

(٣) في (ص) : [غير واضحة] .

(٤) في (ص) : [غير واضحة] .

(٥) في (ص) : [يأتي قاضيًا] .

مسألة ٤١٨

إذا أحرم بالحج قبل أشهر الحج انعقد إحرامه حجة

٧٤٠٦ - قال أصحابنا : إذا أحرم بالحج قبل أشهر الحج انعقد إحرامه حجة ، وإن أمن مواقعة المحظورات لم يكره [١] .

٧٤٠٧ - وقال الشافعي : ينعقد إحرامه عمرة [٢] .

٧٤٠٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ ۖ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ ﴾ [٣] فجعل جنس الفعل لأمرين [٤] ، ومتى يضف إلى الزمان لا يتضيق عنه ، كأنه كله يكون وقتًا له ، كما لو قلت : أصله [٥] أَجَلُ الديون كان جميعًا أجلًا لكل دين على الانفراد .

٧٤٠٩ - فإن قالوا : إضافة الأمرين إلى الأشهر تقتضي انقسامًا بينهما .

٧٤١٠ - قلنا : هذا يكون فيما يتضايق كقولنا : جاء زيد وعمر فأما [٦] ما لا يتضايق : فكل واحد يضاف إلى الجميع ، ولو اقتضى الانقسام لتساويا في الإضافة ،

---

(١) قال المرغيناني : فإن قدم الإحرام بالحج على أشهر الحج جاز إحرامه وانعقد حجًا . انظر : فتح القدير على الهداية (١٩/٣) ، المبسوط (٦٠/٤ ، ٦١) ، مجمع الأنهر كتاب الحج (٢٦٤/١ ، ٢٦٥) .

(٢) قال النووي : إذا أحرم بالحج في غير أشهر الحج لم ينعقد حجًا بلا خلاف ، وفي انعقاده عمرة ثلاثة طرق الصحيح : أنه ينعقد عمرة مجزئة عن عمرة الإسلام ، وهو نص الشافعي في القديم ، والثاني : أنه يتحلل بأفعال عمرة ، ولا يحسب عمرة كمن فاته الحج ، والثالث : أنه ينعقد إحرامه بها ، فإن صرفه إلى عمرة كان عمرة صحيحة وإلا تحلل بعمل عمرة ، ولا يحسب عمرة . انظر : المجموع شرح المهذب كتاب الحج (١٤٠/٧ - ١٧٣) ، الأم كتاب الحج ، باب الوقت الذي يجوز فيه الحج والعمرة (١١٥/٢ ، ١١٦) ، مختصر المزني كتاب الحج ص٦٣ ، حلية العلماء كتاب الحج ص٩٧ . وانظر : المدونة (٢٩٦/١) ، الكافي لابن عبد البر (٣٥٧/١ ، ٣٥٨) ، بداية المجتهد (٣٣٨/١) ، شرح الزرقاني (٢٤٩/٢) ، مسائل الإمام أحمد بن حنبل (٧٨٢/٢) ، المغني (٢٧١/٣) ، الكافي لابن قدامه (٣٩١/١) .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٨٩ .

(٤) في (ص) : [فجعله جنس الفعل لأمرين] .

(٥) في (ص) : [ومتى يصيف إلى الزمان لا تطيق عنه كأنه كله وقتًا له كما لو تلت أهله] ، وهو غير واضح ، ولعل تصويبه كما أثبتناه .

(٦) المثبت من هامش نسخة (ص) .

فصار لكل واحد منهما نصف الشهور ، فدل على جواز الإحرام قبل الوقت .

٧٤١١ - فإن قيل : يبين ذلك بقوله تعالى : ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ ﴾ [(١)] .

٧٤١٢ - قلنا : هذا نتكلم عليه في دلائلكم .

٧٤١٣ - قالوا : اللَّه تعالى جعل الأهلة للحج وهو الأفعال ، وأنتم تجعلونها وقتًا للأفعال وليس للحج .

٧٤١٤ - قلنا : إذا قلنا جميع الأشهر لا تصلح للأفعال : لم يبق إلا أن نحمل [(٢)] الآية على الإحرام بالحج ، أو نقول : ظاهر الآية يقتضي الأفعال ، والإحرام الذي لا تتم الأفعال إلا به ، فنحملها على جميع [الأفعال] [(٣)] .

٧٤١٥ - فإن قيل : حمله على الإحرام مجاز ، ونحن نحمله على العمرة ، وهي الحجة الصغرى ، فلماذا حملها على المجاز ونحمله على الطواف وهو ركن منه .

٧٤١٦ - قلنا : نحن نحمل الآية على أفعال الحج ، وإحرامه ، والعمرة ، وجميع ذلك يتناوله اسم الحج ، ومن حمل على جميع ما يتناوله الاسم كان أولى من حمله على بعضها [(٤)] .

٧٤١٧ - قالوا : إذا شرع اللَّه تعالى التوقيت : اقتضى الجواز ، أو الإباحة ، فأما الكراهة : فلا ، وعندكم يكره الإحرام في غير أشهر الحج ... [(٥)] .

٧٤١٨ - قلنا : لا يكره عندنا إذا أمن مواقعة المحظور ، [فإن لم يأمن كره له ذلك ، كما يكره الإحرام في أول الشهر إذا لم يؤمن مواقعة المحظور] [(٦)] .

٧٤١٩ - فيدل عليه قوله - عليه الصلاة والسلام - : « من أراد الحج فليتعجل » [(٧)] .

٧٤٢٠ - روى عن علي وابن مسعود ﷺ أنهما قالا : « إتمامهما أن تحرم بهما [(٨)]

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٩٧ .

(٢) في (ص) : [قلت] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) غير واضحة في (ص) ولعل ما أثبتناه صحيح .

(٤) من قوله [على جميع] ، إلى قوله [على بعضها] غير واضحة في (ص) .

(٥) في (ص) : [وعندكم الإحرام يكره في غير لا شهر حج يليه] ، ومن قوله : [قلنا : أنه أمر هم] في المسألة السابقة إلى قوله : [حج يليه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .

(٧) تقدم تخريجه في المسألة (٤١٧) .

(٨) في (م) ، (ع) : [يحرم] ، ولفظ [بهما] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

من دويرة [١] أهلك » ، ومن بَعُدَ عن مكة لم يمكنه الإحرام [٢] من أهله إلا قبل الأشهر ، وقال للخثعمية : « حجي عن أبيك » [٣] ، ولم يقل في الأشهر ، وقال : « هن لأهلهن ولمن مر بهن من غير أهلهن ممن أراد الحج والعمرة » [٤] .

٧٤٢١ - ولأنها أحد نسكي [القِران : فجاز] [٥] الإحرام به قبل الأشهر كالعمرة .

٧٤٢٢ - ولأنه أحد نوعي الإحرام : فجاز أن ينعقد قبل الأشهر كالعمرة .

٧٤٢٣ - قالوا : المعنى في العمرة : أن أركانها لا تتأقت [٦] فلم يتأقت إحرامها ، ولما تأقت أركان الحج تأقت إحرامه .

٧٤٢٤ - قلنا : في أركان الحج ما يتأقت منها [٧] ، ولم يعتبر من المؤقت .

٧٤٢٥ - ولأنا لا نسلم أن أركان العمرة لا تتوقت [٨] ؛ لأن عندنا يمنع من فعلها في خمسة أيام من السنة [٩] .

٧٤٢٦ - ولأنه وقت لركن [١٠] يقع في الحج [فكان وقتًا لإحرامه ، كأشهر الحج .

٧٤٢٧ - ولأنه ركن لأحد طرفي الحج] [١١] فجاز في غير الأشهر كالطواف .

٧٤٢٨ - ولا يلزم الوقوف ؛ لأنه يجوز عندنا في يوم النحر عند الاشتباه ، ويوم النحر ليس من الأشهر عندنا [١٢] على ما روى عن أبي يوسف .

٧٤٢٩ - ولأن كل وقت يصح الإحرام فيه بالعمرة يصح الإحرام فيه [١٣] ، بالحج ، كأشهر الحج .

---

(١) في (م) ، (ع) : [دورة] ، مكان [دويرة] . تقدم تخريجه في المسألة (٤١٧) .
(٢) في (م) ، (ع) : [لم يمليه الإحرام] . (٣) تقدم تخريجه في مسألة (٤٠٨) .
(٤) تقدم تخريجه في المسألة (٥١٢) .
(٥) ساقطة من صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .
(٦) في (م) : [لا يتأقت] .
(٧) في سائر النسخ : [ما يتأقت منهما] ولعل الصواب : [في أركان الحج يعتبر ما يتأقت منها] . وقد أثبتناه في المتن . (٨) في (م) : [لا يتوقت] .
(٩) يعني : يكره الإحرام في خمسة أيام وهي : يوم عرفة ، ويوم النحر ، وأيام التشريق ، راجع المسألة (٤٢٠) . (١٠) في (ع) : [ولأنه ركن] .
(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .
(١٢) ساقط من (م) ، (ع) .
(١٣) في (م) ، (ع) : [يصح فيه الإحرام] .

٧٤٣٠ - فإن قيل : المعنى في أشهر الحج : أنه زمان للتمتع [١] فلذلك انعقد الإحرام فيه بالحج وليس كذلك غيرها ؛ لأنه ليس بزمان للتمتع قبل الأشهر ثم يصير به متمتعًا ، وهذا لا تعلق له بإحرام الحج .

٧٤٣١ - ولأن التمتع هو الجمع بين العبادتين ، وليس إذا لم يصلح الوقت للجمع لم يصلح للإفراد كوقت الصلاة ؛ لأن الإحرام يختص [٢] بمكان وزمان ، فإذا جاز تقديمه على المكان المؤقت كذلك يجوز تقديمه على الزمان المؤقت له .

٧٤٣٢ - فإن قيل : لما جاز تقديم الإحرام على المكان لم يجز تأخيره ، ولما جاز تأخير الإحرام [على المكان [٣] لم يجز تأخيره ، ولما جاز تأخير الإحرام] [٤] ، عن أول الشهر لم يجز تقديمه .

٧٤٣٣ - قلنا : لا فرق بينهما ، أنه يجوز تقديم الإحرام على الميقات وتأخيره عن أول حدود الميقات إلى آخره ، ولا يجوز تأخيره عن جميع [٥] حدوده ، وكذلك يجوز تقديمه على الأشهر وتأخيره عن أولها ، ولا يجوز أن يتأخر لهذه السنة عن أولها ؛ ولأن الأفعال يجوز أن تؤدى [٦] متراخية عنه ، فجاز أن تتقدم [٧] على وقتها كالطهارة لما جاز أن تؤدى [٨] بها الصلاة متراخية جاز تقديم الطهارة على الوقت .

٧٤٣٤ - والدليل على أن الصلاة مؤداة بالطهارة : لابد من [٩] بقاء الطهارة إلى وقت أداء الصلاة كما لابد من [١٠] بقاء الإحرام إلى حين الأداء .

٧٤٣٥ - ويفارق طهارة خطبة الجمعة ؛ لأنها [١١] شرط فيها وليست مؤداة بها ، بدلالة أنه [١٢] لا يعتبر بقاؤها إلى حين أداء الجمعة .

٧٤٣٦ - قالوا : والدليل على أن إحرامه لا ينعقد عمرة : قوله عليه الصلاة والسلام : « وإنما لكل امرئ ما نوى » [١٣] ، فهذا لم ينو العمرة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [للمنع] .
(٢) في (ع) : [لا يختص] .
(٣) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركها الناسخ في الهامش .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .
(٥) في (م) : [جمع] .
(٦) في (م) : [يؤدي] .
(٧) في (م) ، (ع) : [يتقدم] وفي (ص) بدون نقط .
(٨) في (م) : [يؤدي] .
(٩) في سائر النسخ [في] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [في] .
(١١) في سائر النسخ : [لأنه] .
(١٢) في سائر النسخ : [أنه] وصوابها : [أنها] .
(١٣) تقدم تخريجه في مسألة (١٣) .

٧٤٣٧ - ولأنه إحرام [(١)] بنية الحج انعقد ، فلم يكن عمرة ، كما لو انعقد في الأشهر ؛ ولأنه أحد نوعي الإحرام ، فإذا دخل فيه لم ينعقد كالعمرة .

٧٤٣٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ ﴾ [(٢)] ، والحج أفعال ، والزمان لا يكون تبعًا للأفعال فلابد من إضمار ، قال الفراء [(٣)] : الحج من أشهره ، وقال غيره : وقت الحج أشهر معلومات [(٤)] . فعلى قول الفراء معناه : أفعال الحج في أشهر ، ومعلوم [(٥)] أن الأفعال تقع من جهة الأيام ، يعني [(٦)] أن من يريد الإحرام في أشهر تبين أنه أراد به الإحرام .

٧٤٣٩ - وقوله : ﴿ فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي ٱلْحَجِّ ﴾ [(٧)] .

٧٤٤٠ - وعلى قول من قال : وقت أشهر ، قال : فالوقت [المحدود للعبادة وقت لإحرامها ، كوقت الصلاة ، فمن زعم أنه يقع قبلها ، أخرج الوقت] [(٨)] من أن يكون وقتًا .

٧٤٤١ - والجواب : أنه متروك بالإجماع ، على ما يرى أن الزمان لا يكون وقتًا للأفعال . فقال الفراء : « الحج أشهر » معناه : أن الوقت معتبر لا يدور كما كانت العرب تفعل [(٩)] من السر ، وليس إذا كانت الأفعال تقع [(١٠)] في بعضها لم يجز أن تضاف إلى جميعها لما كان من الأفعال ما يفعل في جميعها ، وهو السعي عقيب طواف القدوم ، فإذن كان جميع [(١١)] الأشهر تصلح لهذا الفعل ، فلذلك أضاف الحج إلى جميعها .

٧٤٤٢ - وقيل : معنى الآية : ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ ﴾ معناه : أن الحج المقصود المأمور به هو ما يقع في هذه الأشهر كما يقال : القتال قتال العرب ، ولا ينفي ذلك وجوب القتال في غيرهم .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أحرم] .

(٢) سورة البقرة : الآية ١٩٧ .

(٣) هو : العلامة أبو زكريا يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الأسدي ، الكوفي ، النحوي ، صاحب الكسائي مات رحمه الله سنة سبع ومائتين عن ثلاث وستين سنة . انظر : الأنساب (٣٥٢/٤) ، سير أعلام النبلاء ١١٨/١٠- ١٢١) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [ومعناه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [من جهة أيام بقى] . وفي (ص) ، بدون نقط .

(٧) سورة البقرة : الآية ١٩٧ .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) : [يفعل] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يقع] .

(١١) في (ع) : [جمع] .

٧٤٤٣ - ويمكن أن تستعمل الآية من غير حذف ، ويكون قوله : « الحج أشهر » كقولهم : الشعر زهير ، معناه : أنه (١) أفضل الشعر وأحسنه ، ولا ينفي ذلك شعر غيره ، [ومن استعمل الآية من غير تقدير حذف أولى] (٢) .

٧٤٤٤ - ومن أصحابنا من قال (٣) : إن المراد بالآية وقت الحج أشهر ، إلا أن الحج هو الأفعال فقد جعل اللّٰه تعالى جميع الأشهر وقتًا للأفعال ، ولا تصح الأفعال إلا بتقديم الإحرام عليها ، فاقتضت الآية جواز تقديمه على الأشهر حتى يكون جميعها وقتًا للأفعال ، وإلا صار بعضها وقتًا له ، وهذا خلاف الظاهر .

٧٤٤٥ - ومن أصحابنا من قال : إن اللّٰه ذكر التمتع بقوله تعالى ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ ﴾ (٤) ثم قال بعد ذلك : ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ ﴾ يعني الحج الذي يكون به التمتع ، وعندنا أن إحرام الحج لا يكون به متمتعًا ما وقع في الأشهر ، وإنما وقع بعده .

٧٤٤٦ - فإن قيل : قوله تعالى ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ ﴾ مستقل بنفسه ، فلم يحمل على ما تقدمه .

٧٤٤٧ - قلنا : ذَكَرَ الحج المعروف ، والواجب صرفه إلى ما تقدم ذكره حتى يصح التعريف .

٧٤٤٨ - قالوا : روي عن ابن عباس أنه قال : « لا يُحرم بالحج إلا في أشهر الحج ، فإن من سنة الحج أن تحرم بالحج (٥) في أشهر الحج » (٦) .

٧٤٤٩ - وقول الصحابة : / السنة كذا يقتضي سنة النبي ﷺ . ٩٤/أ

٧٤٥٠ - قلنا : ليس كذلك ؛ لأنهم يذكرون السنة ويريدون بها سنة الأئمة ، أو سنة بعضهم ممن يقتدون به .

---

(١) يعني : أن شعر زهير أفضل الشعر وأحسنه بلاغة وفصاحة .

(٢) قوله : [ومن استعمل الآية من غير تقدير حذف أولى] هذه العبارة ناقصة .

(٣) في (ص) : [من قال لكم] . (٤) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٥) في سائر النسخ : [به] والمثبت من كتب الحديث .

(٦) أخرجه البخاري معلقا في الصحيح كتاب الحج ، باب قول اللّٰه تعالى الحج أشهر معلومات (٢٧١/١) ، ابن خزيمة في صحيحه كتاب المناسك ، باب النهي عن الإحرام بالحج في غير أشهر الحج (١٦٢/٤) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الحج ، باب لا يهل بالحج في غير أشهر الحج (٣٤٣/٤) ، والحاكم في المستدرك كتاب المناسك في لا يحرم بالحج إلا في أشهر الحج (٤٤٨/١) ، وابن أبي شيبه في المصنف في كتاب الحج في كره أن يهل بالحج في غير أشهر الحج (٤٤١/٤) .

٧٤٥١ - قالوا : روى هذا عن ابن عباس . وعن جابر ﷺ أنه سئل : أيهل بالحج قبل أشهر الحج [١] ؟ قال : لا .

٧٤٥٢ - قلنا : روى علي ، وابن مسعود ﷺ أنهما قالا : إتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك [٢] ، ومن بَعُدَ عن مكة لا يحرم من دويرة [٣] أهله في الأشهر .

٧٤٥٣ - قالوا : روي عن عثمان أنه أنكر على عبد الله بن عامر تجريد الإحرام من مسكنه [٤] .

٧٤٥٤ - قلنا : إنما كان لأنه أحرم بالعمرة ، وهذه القصة [٥] مشهورة ، فلا نقلب القصة إلى الحج .

٧٤٥٥ - قالوا : عبادة يلحقها الفوات ، فوجب أن يكون وقت الإحرام بها كالجمعة .

٧٤٥٦ - قلنا : نقلب فنقول : فجاز أن تؤدى بشرط يختصها فيقدم على وقتها كالجمعة ولأن تحريمة الجمعة يفصل أفعالها بها ، ولا يتراخى عنها ، فلم يجز أن يتقدم على وقت الأفعال ، وأفعال الحج موضوعها أن يتأخر عن الإحرام فجاز أن تُفْعَلَ متقدمة على الوقت كالطهارة .

٧٤٥٧ - فإن قيل : أفعال الحج سبعة منها [٦] الإحرام ، وهو وجوب تجنب المحظورات .

٧٤٥٨ - قلنا : معنى قولنا : أفعال الإحرام ليس هو [٧] ما يتجنبه ويجب تجنبه [٨] ، وإنما هو ما يسقط الوجوب بإيقاعه ، وفرض الحج لا يسقط بتجنب المحظورات .

---

(١) أخرجه الدار قطني في السنن كتاب الحج الأثر (٧٨) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الحج باب لا يهل بالحج في غير أشهر الحج (٣٤٣/٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الحج في من كره أن يهل بالحج في غير أشهر الحج الأثر (٣؟٢) .

(٢) تقدم تخريجه في المسألة (٤١٧) .

(٣) في (ع) : [في المكانين دورة] .

(٤) لم نعثر على هذه القصة .

(٥) في (م) ، (ع) : [قصة] .

(٦) أثبتنا الزيادة لمقتضى السياق ، لعل مراد المصنف أفعال الحج السبعة هي : الإحرام ، النية ، الوقوف بعرفة الطواف ، والسعي ، ورمي الجمار ، والحلق فعند الشافعية : الخمس الأول أركانه ، والأخيران واجبان ، فبالجملة تكون هذه السبعة من أفعال الحج . انظر : الأم للإمام الشافعي ، في باب الوقت الذي يجوز فيه الحج والعمرة (١٥٠/٢ ، ١٥١ ، ١٥٢) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [مجنبه] .

٧٤٥٩ - فإن قيل : أفعال الصلاة تتراخى أيضًا ؛ لأنه إذا كبر لم يجز أن يسجد .

٧٤٦٠ - قلنا : لابد أن يتعقب [١] الإحرام فعل يسقط الفرض ، والإحرام بالحج يقع فلا يتعقبه فعل الفرض .

٧٤٦١ - قالوا : يوم النحر وقت لفوات العبادة ، فلم يتعذر فيه كالجمعة في وقت العصر .

٧٤٦٢ - قلنا : لأن الجمعة لا يجوز أن تبقى ببقاء [٢] أركانها إلى وقت العصر ، فلم ينعقد إحرامها فيه ، والحج موضوع ركنه أن يفعل يوم النحر ، فكذلك انعقد الإحرام فيه .

٧٤٦٣ - قالوا : نسك لا يتم الحج إلا به ، وكان وقته محدودًا ، كالوقوف والطواف .

٧٤٦٤ - قلنا : الوقوف لما اختص بمكان لا يجوز التقدم عليه [كذلك يختص بوقت لا يجوز التقدم عليه] [٣] ، وإنما شرع الإحرام في مكان يجوز التقدم عليه : جاز أن يتقدم على وقته أيضًا .

٧٤٦٥ - قالوا : لو أنه أحرم بالعمرة وفرغ منها قبل الأشهر : لم يلزمه دم التمتع ، فلو كان جميع السنة وقتًا للحج جاز أن يتمتع في جميعها .

٧٤٦٦ - قلنا : التمتع هو الجمع بين العبادتين في زمان أحدهما ، ووقت أفعال الحج الأشهر خاصة ، فلم يصح التمتع قبلها ؛ لأنه ليس بوقت لأفعال الحج .

٧٤٦٧ - قالوا : عبادة لا يتأقت أركانها : فوجب أن يتأقت إحرامها كالصلاة ، وعكسه العمرة .

٧٤٦٨ - قلنا : نقلب فنقول : فجاز إحرامها في وقت جواز ركنها كالصلاة [٤] ؛ ولأن الصلاة يراد إحرامها لإيقاع إحرامها [٥] متصلة به : فلم يتأقت بوقت الأفعال فيه ، والإحرام يراد لإيجاب [٦] الأفعال وتصحيحها دون إيقاعها فيه : فلم يتأقت بوقت الأفعال كالنذر .

---

(١) في (ص) ، (م) : [يتعقبه] .

(٢) في (ص) : [لا تجوزان تبقا] مكان المثبت والزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .

(٦) في سائر النسخ : [وللإحرام] وفي (ع) : [الإيجاب] .

٧٤٦٩ - قالوا : عبادة لا تفعل [١] في السنة إلا مرة واحدة : فكان وقت التلبس بها محدودًا كالصوم .

٧٤٧٠ - قلنا : فجاز أن ينعقد قضاؤها في وقت فواتها كالصوم ؛ ولأن الصوم لا يتراخى أفعاله عن وقت الدخول ، فلم يجز التلبس به إلا في وقت فعله .

٧٤٧١ - والإحرام يتأخر أفعاله عن الدخول فيه ، فلم يختص بوقت فعله ، وصار كنية الصوم .

٧٤٧٢ - قلنا : إنه لما لم يقارن [٢] التلبس به : جازت في غير وقت الفعل ، وكذلك الإحرام مثله .

٧٤٧٣ - قالوا : الأشهر جُعلت وقتًا للحج ، والتوقيت يضرب حتى لا يتقدم عليه ، وحتى لا يتأخر عنه ، فلما جاز أن يتأخر الإحرام عن أول الشهر : لم يجز التقدم ، وإلا لم يكن للتوقيت فائدة .

٧٤٧٤ - قلنا : وهذا وقت حُدَّ لأفعال ؛ لأنها لا تتعقبه ، فيصير كَنِيَّة الصوم ، والوضوء للصلاة ، والنذر للعبادات ؛ ولأن الإحرام يتقدم على الأشهر ، ولا يجوز أن يتأخر عنها لهذه السنة فهذا فائدة التوقيت ، وهذا كميقات المكان يجوز التقدم عليه والتأخر عن أوله ولا يجوز التأخير عن جميعه .

٧٤٧٥ - فإن قيل : لو أحرم وأَخَّر أفعاله لم يجز أن يؤدي بهذا الإحرام الحج في السنة الثانية ، وما ذاك إلا أنه قدمه على الأشهر فيها .

٧٤٧٦ - قلنا : لأنه أوجب أركانًا تؤدى في هذه السنة ، فلو أدى به أركانًا في سنة ثانية : كان قاضيًا للأركان ، وما لا يصح التنفل بجنسه لا يقضي [٣] كالجمعة ، ولهذا جاز قضاء الحج ؛ لأن التنفل به جائز ؛ ويصح قضاء الطواف ؛ لأنه يتنفل .

* * *

(١) في (ع) : [لا تفعل] ، وهو الصواب وقد أثبتناه في المتن وهي في (ص) : [يفعل] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لنا] وفي (ع) : [لم يقارنه] .
(٣) في (م) : [لا يقتضي] .

مسألة ٤١٩

أشهر الحج شوال وذو القعدة والعشر الأول من ذي الحجة

٧٤٧٧ - ذكر الطحاوي في مختصره أن أشهر الحج : شوال ، وذو القعدة ، والعشر الأول من ذي الحجة .

٧٤٧٨ - وأومأ أبو بكر الرازي في أحكام القرآن إلى أن [١] يوم النحر منها ، وكذلك كان يقول الشيخ أبو عبد الله الجرجاني .

٧٤٧٩ - وقال أبو يوسف في الجوامع : عشر ليال وتسعة أيام من ذي الحجة [٢] .

٧٤٨٠ - وقال الشافعي رحمه الله : يوم النحر ليس من الأشهر [٣] .

٧٤٨١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يَوْمَ ٱلْحَجِّ ٱلْأَكْبَرِ ﴾ [٤] قال ابن عباس : يوم النحر [٥] ، فدل أنه من الأشهر .

٧٤٨٢ - وروى عن العبادلة [٦] : أنهم قالوا في أشهر الحج : « وعشر ليال من ذي

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) : ومن صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .

(٢) « وأشهر » أي أشهر الحج التي لا يصح شيء من أفعاله إلا فيها شوال وذو القعدة ، والعشر الأول من ذي الحجة وهو المراد من قوله تعالى : ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ ﴾ وهو مروي عن العبادلة وعبد الله بن الزبير. انظر : مجمع الأنهر كتاب الحج (٢٦٤/١) ، المبسوط باب الخروج إلى منى (٦٠/٤ ، ٦١) ، فتح القدير مع الهداية (١٧/٣ ، ١٨) ، مختصر الطحاوي باب ذكر الحج والعمرة (ص٦١) ، أحكام القرآن للجصاص في ذكر اختلاف الفقهاء فيمن دخل في صوم المتعة ثم وجد الهدي (٢٩٩/١) .

(٣) أشهر الحج عند الشافعية هي شوال وذو القعدة وتسع من ذي الحجة وهو يوم عرفة فمن لم يدركه إلى الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج . انظر : مختصر المزني باب وقت الحج والعمرة (٤٦/٢) ، المجموع شرح المهذب (١٤٠/٧ - ١٤٦) ، حلية العلماء (٢١١/٣) . وانظر : المنتقى فيما جاء في التمتع (٣٥٧/١) ، المقدمات الممهدات كتاب الحج (٣٨٤/١) ، بداية المجتهد في القول في ميقات الزمان (٣٣٨/١) ، أحكام القرآن لابن العربي (١٣١/١ ، ١٣٢) ، تفسير القرطبي (٢١٣/٢) ، الكافي لابن قدامة باب المواقيت (٣٩٠/١ ، ٣٩١) ، المغني لابن قدامة باب ذكر الإحرام ٢٩٥/٣ ، المحلى كتاب الحج (٥١/٥) .

(٤) سورة التوبة : الآية ٣ .

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن في كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٨٥/٢) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الحج ، باب من قال بوجوب العمرة (٣٥٢/٤) ، ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الحج في يوم الحج الأكبر (٤٧٠/٤) ، الأثر (١٠) .

(٦) العبادلة قال العيني : العبادلة عند الفقهاء ثلاثة : عبد الله بن مسعود ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن =

الحجة » .

٧٤٨٣ – وذكر أحد العددين على الجميع يفيد دخول ما بإزائه من العدد بدلالة قول الله تعالى : ﴿ ثَلَٰثَ لَيَالٍ سَوِيًّا ﴾ (١) .

٧٤٨٤ – ولأنه يوم ليلته من الشهر فكان منها كما قلته ؛ ولأنه أول وقت وركن من أركان الحج ، كيوم عرفة .

٧٤٨٥ – ولأن أركان العبادة لا تتوقف بما بعد وقتها ، كأول الصلاة فلما توقت ابتداء الطواف بيوم النحر ، دل على أنه من وقت العبادة ولا يتوقف إلا بخروج الوقت .

٧٤٨٦ – قلنا : إنه يفوت الوقت بفوات العبادة ؛ لأنها لم تصح به ، وأما [أن تفوت بخروج] (٢) الوقت فلا .

* * *

= عباس رحمهم الله ، وفي اصطلاح المحدثين أربعة : فأخرجوا عبد الله بن مسعود وأدخلوا عبد الله بن عمرو بن العاص وزادوا عبد الله بن الزبير ، قاله الإمام أحمد وغيره : وغلطه الجوهري إذ أدخل ابن مسعود وأخرج ابن العاص . انظر : البناية في شرح الهداية (٤/٢٢٩؟٢٣٠) . وحديث ابن مسعود أخرجه : الدارقطني في السنن في كتاب الحج (٢/٢٢٦) ، وابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الحج ، في قوله تعالى ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ ﴾ (٤/٣٠٣) . وحديث ابن عمر أخرجه : الحاكم في المستدرك كتاب التفسير في الحج أشهر معلومات (٢/٢٧٦) ، الدارقطني في السنن (٢/٤٥ ، ٤٦) ، وابن أبي شيبة (٤/٣٠٢) .

(١) سورة مريم : الآية ١٠ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٤٢٠

يكره الإحرام بالعمرة يوم عرفة ويوم النحر ، وأيام التشريق

٧٤٨٧ - قال أصحابنا : يكره الإحرام بالعمرة يوم عرفة ، ويوم النحر ، وأيام التشريق [١] .

٧٤٨٨ - وقال الشافعي [٢] : لا يكره .

٧٤٨٩ - واختلف أصحابه في إدخال [٣] العمرة على الحج في هذه [٤] الأيام . فمنهم : من كره ذلك ، ومنهم من قال : لا يكره ما لم يأخذ في الرمي [٥] .

٧٤٩٠ - لنا قوله تعالى ﴿ يَوْمَ الْحَجِّ الْأَكْبَرِ ﴾ [٦] قال ابن عباس : يوم النحر [٧] .

٧٤٩١ - وقيل : يوم عرفة [٨] ، ولو كان لا يكره غير الحج من جنسه فيه : لم يكن لتخصيصه بالحج معنى .

٧٤٩٢ - وروى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « تتم العمرة في السنة كلها إلا

---

(١) المنصوص عليه عند الأحناف أن جميع السَّنَة وقت عمرة عندنا ، ولكن يكره أداؤها في خمسة أيام : يوم عرفة ، ويوم النحر ، وأيام التشريق. انظر : المبسوط (١٧٨/٤) ، بدائع الصنائع (٢٢٧/٢) ، فتح القدير مع الهداية (١٣٦/٣ ، ١٣٩) .

(٢) زيادة من (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أفعال] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وهذه] .

(٥) قال الشافعي رحمه الله : « يجوز أن يهل الرجل بعمرة في السنة كلها ، ويوم عرفة وأيام منى وغيرها من السنة ، إذا لم يكن حاجًا ولم يطمع بإدراك الحج ، وإن طمع بإدراك الحج أحببت له أن يكون إهلاله بحج دون عمرة ، أو حج مع عمرة ، وإن لم يفعل واعتمر جازت العمرة وأجزأت عمرة الإسلام . انظر : الأم باب هل تجب العمرة وجوب الحج (١١٥/٢) ، المجموع شرح المهذب كتاب الحج (١٤٧/٧؟١٤٩) مختصر المزني ص٦٣ ، حلية العلماء (٢١٢/٣ ، ٢١٣) . وانظر : المدونة في رفع اليدين عند استلام الحجر الأسود (٣٠٥/١) ، المنتقى في قطع التلبية (٢١٨/٢) ، الكافي لابن عبد البر باب العمرة (٤١٦/١) ، بداية المجتهد (٣٣٨/١) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب التاسع في العمرة (١٣٦) ، شرح الزرقاني (٢٥٠/٢) ، الإفصاح باب العمرة (٢٧٤/١ ، ٢٧٥) ، الكافي لابن قدامة (٣٩١/١) ، المحلى كتاب الحج (٤٥/٥ ، ٤٨ ، ٥٠) مسألة (٨١٩) .

(٦) سورة التوبة : الآية ٣ .

(٧) تقدم تخريج الأثر في المسألة ٤١٩ .

(٨) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٨٠/٣) ، وأحكام القرآن لابن العربي (٨٩٨/٢) وتفسير القرطبي (٦٩/٨ ، ٧٠) .

خمسة أيام : يوم عرفة ، ويوم النحر ، وأيام التشريق [١] وتخصيص العبادات بوقت لا يعلم إلا من جهة التوقيف .

٧٤٩٣ - وروى هذا الخبر بإسناد عن الأوزاعي ، عن عطاء ، عن عائشة رضي الله عنها وذكر عن قتادة ، عن معاذة العدوية ، عن عائشة ، وذكرت فيه ثلاثة أيام : يوم النحر ، ويومان بعده [٢] .

٧٤٩٤ - فإن قيل : نحمله [٣] على الحاج .

٧٤٩٥ - قلنا : ظاهر النهي أنه يعود إلى الوقت ، وهذا التأويل يجعل النهي آخر الوقت ولأنه تخصيص بغير دليل .

٧٤٩٦ - فإن قيل : معناه إن فِعْلَ الحج فيها أفضل .

٧٤٩٧ - قلنا : ظاهر الخبر يقتضي المنع منهما ، وكون غيرها أفضل منها لا يوجب النهي عنها .

٧٤٩٨ - قالوا : فظاهر الخبر يقتضي المنع بكل حال ، وعندكم يكره ، فقد تركتم الظاهر .

٧٤٩٩ - قلنا : الخبر اقتضى النهي عن فعلها ، وكذلك [٤] نحن ، إلا أن مقارنة النهي للإحرام لا يمنع انعقاده.

٧٥٠٠ - ولأنها عبادة لها تحريم وتحليل ، فكان لها وقت يكره فعلها فيه في حق الكافة كالصلاة فنقلب فنقول : فاستوى فعلها في هذه الأيام ، وفي غيرها كالصلاة .

٧٥٠١ - قلنا : تبطل بصلاة العيد ، وبالحج ، وأنه يجوز الإحرام به يوم عرفة ، ولا يجوز في غيرها .

٧٥٠٢ - قالوا : الصلاة يختص بعض أفعالها بوقت ، وكذلك [٥] الشروع فيها .

٧٥٠٣ - قلنا : الطواف بعض أفعال الحج ، وهو غير مخصوص بوقت ، وإذا كان الدخول فيه يختص بوقت ؛ ولأنه أحد نوعي النسك ، وأحد نوعي القران ، فكان له وقت يمنع الكافة عن الإحرام به .

---

(١) انظر : البيهقي في الكبرى كتاب الحج باب العمرة في أشهر الحج (٣٤٦/٤) .
(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الحج ، في العمرة من قال في كل شهر ومن قال متى شئت . (١٩٩/٤) ، الأثر (١) .
(٣) في (م) : [فحمله] .
(٤) في (ص) : [ولذلك] .
(٥) في (ص) : [ولذلك] .

٧٥٠٤ - أصله : الحج ؛ ولأنها عبادة مقصودة (١) يتنفل بها ، فكان لها وقت يمنع الكافة فعلها منه كالصوم والصلاة ، ولا يلزم الزكاة ؛ لأنها مالية ، ولا الطهارة ؛ لأنها ليست بمقصودة ، ولا الإيمان ؛ لأنه لا يتنفل بها .

٧٥٠٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ (٢) .

٧٥٠٦ - قلنا : هذا يقتضي ما بعد الدخول ، وعندنا إذا دخل فيها جاز إتمامها ، والكلام في الابتداء .

٧٥٠٧ - وأما قراءة ابن مسعود : « وأقيموا الحج » ، فقد بينا أنه محمول على الإتمام ، حتى يوافق القراءة الأخرى ؛ ولأن الحج والعمرة اسم للأفعال دون الإحرام ، والخلاف في أفعالها .

٧٥٠٨ - وقول علي : « العمرة إلى العمرة كفارة لما بينهما » (٣) بيان لفعل العمرة (٤) .

٧٥٠٩ - قلنا : الطواف ركن من هذه العبادة ، وقد يصلح الوقت لركن ، ولا يصلح للإحرام (٥) ، كيوم النحر عندهم لا يجوز الإحرام بالحج فيه ، وعندنا يكره ؛ لأن سائر الأوقات لا يختص بأفعال الحج ، ولا يكره العمرة فيها ، وفي مسألتنا بخلافها .

٧٥١٠ - قالوا : كل وقت صلح لجميع العبادة ، صلح للإحرام بها قياسًا على آخر وقت الصلاة .

٧٥١١ - قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأن عندنا القارن ممنوع من الطواف والسعي إذا زالت الشمس يوم عرفة .

٧٥١٢ - قالوا : زمان لا يكره الإحرام بالحج فيه ، فلا يكره الإحرام بالعمرة فيه ، قياسًا على ما سوى هذه الأيام .

٧٥١٣ - قلنا : إذا لم يكره الإحرام بالعبادة في وقتها المختص بأفعالها فليس ينتفى ألا يكره (٦) الإحرام بالعبادة في غير وقتها المختص بأفعالها (٧) .

---

(١) في (م) : [مقصود] .
(٢) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .
(٣) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الحج ، باب العمرة ، الحديث (٤٣٧ / ١٣٤٩) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الحج باب في فضل الحج والعمرة ويوم عرفة (٩٨٣/٢) ، الحديث (٢٦٣/٣) ، والنسائي في كتاب مناسك الحج في فضل الحج المبرور (١١٢/٥) ، وفي فضل العمرة (١١٥/٥) ، وابن ماجه في كتاب المناسك باب فضل الحج والعمرة (٩٦٤/٢) .
(٤) في (م) ، (ع) : [بيان الفعل والعمرة] .
(٥) في (م) ، (ع) : [الإحرام] .
(٦) في (م) ، (ع) : [ينبغي أن يكره] .
(٧) في سائر النسخ جميعها جريان العبارة على هذا النحو : « قلنا : ليس إذا لم يكره الإحرام بالعبادة في وقتها المختص بأفعالها ينتفي ألا يكره الإحرام بالعبادة في وقتها المختص بأفعالها ينفى ألا يكره فعل غيرها فيه » ، وهو اضطراب واضح ولعل الأقرب للصواب هو ما أثبتناه في المتن .

مسألة ٤٢١

يجوز إدخال العمرة على الحج ويكره

٧٥١٤ - قال أصحابنا : يجوز إدخال العمرة على الحج ، ويكره [١] .

٧٥١٥ - وهو قول الشافعي في / القديم ، وقال في الجديد : لا يجوز [٢] . /ب

٧٥١٦ - لنا : أنه أحد الإحرامين فجاز إدخاله على الآخر [٣] ، كما يجوز إدخال الحج على العمرة ؛ ولأن ما جاز إدخال الحج عليه جاز إدخاله على الحج كالاعتكاف .

٧٥١٧ - وهذه المسألة مبنية على أن القارن يطوف طوافه ، فهو يستقل بالعمرة وعمل نسك لم يكن ، فصار كإدخال الحج على العمرة .

٧٥١٨ - احتجوا : بأن الحج أقوى من العمرة ، بدلالة افتقاره إلى الوقوف والرمي ، والأقوى يدخل على الأضعف كنكاح الحرة على الأمة. ولا يدخل الأضعف على الأقوى ، كما لا يدخل نكاح الأمة على الحرة .

٧٥١٩ - قلنا : نكاح الأمة والحرة لو جمع بينهما لم يصح ، فإذا أدخل الأضعف على الأقوى لم يصح ، والعمرة والحج يصح أن يجمعهما في الدخول ، فجاز أن يدخل كل واحد منهما على الآخر .

* * *

---

(١) من أضاف العمرة إلى الحج كان فعله مخالفًا للسنة فكان مسيئًا من هذا الوجه ، ولكن مع هذا هو قارن ، فإن القران هو الجمع بين العمرة والحج ، وهو جامع بينهما على كل حال . انظر : المبسوط باب الجمع بين الإحرامين (١٨٠/٤) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٠٤/١) ، فتح القدير مع الهداية (١٢٠/٣) ، مختصر الطحاوي (صـ١٦) ، بدائع الصنائع كتاب الحج فصل وأما بيان ما يحرم به (٤١١/١) .

(٢) لا وجه لأن ينهي أحد أن يعتمر يوم عرفة ولا ليالي منى إلا أن يكو ن حاجًا فلا يُدْخِل العمرة على الحج ولا يعتمر حتى يكمل عمل الحج كله ، فإن اعتمر وهو في بقية من إحرام حجه أو خارجًا من إحرام حجه وهو مقيم على عمل من عمل حجه فلا عمرة له ، ولا فدية عليه. انظر : الأم (١١٥/٢) ، المجموع شرح المهذب كتاب الحج (١٧٠/٧ ، ١٧١) ، حلية العلماء كتاب الحج (٢١٩/٣) . وانظر : المدونة (٢٩٩/١ - ٣٠٢) ، المنتقى في إفراد الحج (٢١٢/٢) ، الكافي لابن عبد البر باب الإفراد والتمتع والقران (٣٨٤/١) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣٧٥/٢) ، المغني باب صفة الحج (٤٨٤/٣) ، الكافي لابن قدامه باب الإحرام (٣٩٥/١) ، العدة مع العمدة باب الإحرام (ص١٦٩) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الإحرام] .

مسألة ٤٢٢

العمرة سُنّة

٧٥٢٠ - قال أصحابنا : العمرة سنة [١] .

٧٥٢١ - وقال الشافعي : واجبة بوجود الزاد والراحلة ، كالحج [٢] .

٧٥٢٢ - لنا : أن العمرة لو وجبت كوجوب الحج : كان بيان النبي ﷺ لأحدهما كبيانه [٣] للآخر ، لتساويهما [٤] في الوجوب ، وفي الحاجة إليهما .

٧٥٢٣ - فلما بين النبي ﷺ وجوب الحج حتى العلم به ، ولم ينقل في وجوب العمرة ما يقارنه ، دل على اختلاف حكمها .

٧٥٢٤ - ويدل عليه : حديث ثابت عن أنس قال : « جاء رجل ، فقال : يا محمد أتانا رسولك فزعم أنك تزعم [٥] أن اللّٰه تعالى أرسلك ؟ قال [٦] صدق ، قال : وزعم أن علينا خمس صلوات في يومنا وليلتنا ، قال : صدق ، قال : وزعم رسولك أن علينا زكاة أموالنا ، قال : صدق ، قال : وزعم أن علينا صوم رمضان في سنتنا ؟ قال :

---

(١) اختلف فيها ، فقال الأحناف : إنها واجبة كصدقة الفطر والأضحية والوتر ، ومنهم من أطلق اسم السنة وهذا الإطلاق لا ينافي الوجوب . انظر : بدائع الصنائع فصل وأما العمرة (٢٢٦/٢) ، فتح القدير مع الهداية (١٣٩/٣- ١٤١) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر كتاب الحج (٢٦٥/١) ، مختصر الطحاوي باب وجوب الحج ص٥٩ أحكام القرآن للجصاص باب العمرة ، فرض أم تطوع (٢٦٤/١ - ٢٦٨) ، تحفة الفقهاء كتاب المناسك (٣٩١/١ ، ٣٩٢) ، البناية باب الفوات (٤١٧/٤ ، ٤٢١) ، حاشية ابن عابدين مطلب أحكام العمرة (١٥٥/٢٢) .

(٢) في العمرة قولان عن الشافعي : قال في الجديد : هي فرض ، ثم في القديم : ليست بفرض. انظر : الأم (١١٣/٢) . قال النووي في المجموع : إن الصحيح من مذهبنا أنها فرض. انظر : المجموع شرح المهذب (٣/٧ ، ٤ ، ٧) ، الأم باب هل تجب العمرة وجوب الحج (١١٣/٢) ، المهذب (٣/٧ ، ٤ ، ٧) . وانظر : الموطأ في جامع ما جاء في العمرة (٢٥٢/١ ، ٢٥٣) ، المنتقى في جامع ما جاء في العمرة (٢٣٥/٢) الرسالة الفقهية باب الحج مع العمرة ص١٨٢ ، الكافي لابن عبد البر باب العمرة (٤١٦/١) ، بداية المجتهد كتاب الحج في الجنس الأول (٣٣٤/١ ، ٣٣٥) ، أحكام القرآن لابن العربي (١١٨/١ ، ١١٩) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣٤٥/٢ ، ٣٤٧) ، قوانين الأحكام الشرعية ص١٣٦ ، شرح الزرقاني (٢٣٠/٢) ، الإفصاح (٢٧٤/١) المغني لابن قدامة كتاب الحج (٢٢٣/٣ ، ٢٢٤) ، والمحلى بالآثار كتاب الحج (٣/٥-١٣) .

(٣) في (ع) : [كبيان] .
(٤) في (م) : [ليساويهما] .
(٥) في (م) : [تزعم أنك تزعم] .
(٦) ساقطة من (م) .

صدق ، قال [١] : وزعم أن علينا حج البيت من استطاع إليه سبيلًا ؟ قال : صدق ، قال : فوالذي بعثك بالحق لا أزيد عليهن [٢] شيئًا ، ولا أنقص منهن شيئًا ، فقال [٣] رسول الله ﷺ : والله لئن صدق ليدخلن الجنة » [٤] ، وهذا ينفي وجوب العمرة .

٧٥٢٥ – وروى طلحة بن [٥] عبيد الله ، وعبد الله بن عباس أن النبي ﷺ قال : « الحج جهاد ، والعمرة تطوع » ، ورواه أبو صالح عن النبي ﷺ مرسلًا ، ورواه أبو صالح عن أبي هريرة عن النبي ﷺ [٦] .

٧٥٢٦ – قالوا : كيف يشبه الحج بالجهاد ، والحج من فرائض الأعيان والجهاد من فرائض الكفاية ، فعلم مع التشبيه أن الحج شاق [٧] كالجهاد ، والعمرة سهلة [٨] كالتطوع .

٧٥٢٧ – قلنا : قد يكون أشق من الفريضة ، وقد يكون مثلها ، فكيف يكون أنه [٩] أخف من الفرض ؟ .

٧٥٢٨ – قلنا : قوله : « الحج جهاد » معناه [١٠] : أنه واجب ، فأجراه مجرى الجهاد في الوجوب ، وإن [١١] اختلفا في كيفية الوجوب ، [كما سمى النبي ﷺ المصلى مجاهدًا وإن فارقت الصلاة الجهاد في كيفية الوجوب] [١٢] .

---

(١) ساقطة من (م) .
(٢) في جميع النسخ : [عليهم] والمثبت من صحيح مسلم .
(٣) في (م) ، (ع) : [وقال] .
(٤) أخرجه مسلم في الصحيح في كتاب الإيمان ، باب السؤال عن أركان الإسلام (٤١/١ ، ٤٢) ، والترمذي في كتاب الزكاة باب ما جاء إذا أديت الزكاة فقد قضيت ما عليك (٥/٣ ، ٦) ، والنسائي في كتاب الصيام باب وجوب الصيام (١٢١/٤ ، ١٢٢) .
(٥) في (م) ، (ع) : [أن] .
(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الحج (٣٠٤/٤) ، وحديث ابن عباس أخرجه الطبراني في الكبير (٣٥٠/١١) ، ابن ماجه في كتاب المناسك ، باب العمرة (٩٩٥/٢) ، الجصاص في أحكام القرآن (٢٦٦/١) والمسند كتاب الحج ، الباب الأول فيما جاء في شرط الحج ووجوبه (٢٨١/١) ، والشافعي في الأم (١٣٢/١) .
(٧) في (ص) : [ميثاق] ، وفي (م) : [مشاق] .
(٨) في (ص) : [مستهلة] ، وفي (م) : [مسهلة] .
(٩) ساقطة من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .
(١٠) في (م) ، (ع) : [فمعناه] .
(١١) في (م) ، (ع) : [وإذا] .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

٧٥٢٩ - وروى محمد بن المنكدر عن جابر ، قال : « سأل رجل رسول الله ﷺ عن الصلاة ، والزكاة ، والحج أواجب هو ، قال : نعم ، فسأله عن العمرة أواجبة هي ؟ قال : لا ، وإن اعتمر خير له » [١] .

٧٥٣٠ - قالوا : رواه الحجاج بن أرطاة ، عن محمد بن المنكدر عن جابر .

٧٥٣١ - قلنا : الحجاج ثقة ، وروى عنه أبو يوسف ، واحتج بقوله ، وأكثر [٢] ما قيل فيه : إنه مدلس [٣] ، والتدليس ليس [٤] بكذب ، ولا يجرح [٥] الراوي .

٧٥٣٢ - وقد رواه يحيى بن أيوب ، عن عبيد الله بن المغيرة [٦] ، عن ابن الزبير عن جابر قال : قلت يا رسول الله العمرة واجبة ، فريضتها كفريضة الحج ؟ قال : لا ، وأن تعتمر [٧] خير لك » [٨] .

٧٥٣٣ - فإن قيل : السائل سأله عن حكم نفسه ، فيجوز أن يكون النبي ﷺ ظن [٩] أنه اعتمر ، فقال : لا ، ثم بين له حكم نفسه فقال : « وأن تعتمر خير لك » .

٧٥٣٤ - قلنا : السؤال وقع عن جنس العبادة وحكمها ، لا [١٠] عن حال السائل ، واللفظ الآخر : قال جابر : قلت : العمرة واجبة في وقتها كفريضة الحج ؟ قال : لا ، وهذه مسألة عن حال العمرة ، وعن نفسها ، وعن وجوبها بأصل الشرع .

٧٥٣٥ - ويدل عليه : ما روى عمرو بن حزم أن النبي عليه الصلاة والسلام كتب

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٣١٦/٣) ، والترمذي في السنن كتاب الحج ، باب ما جاء في العمرة أواجبة هي أم لا ؟ (٢٦١/٣) ، وابن خزيمة في كتاب المناسك ، باب ذكر البيان أن العمرة فرض (٣٥٦/٤ ، ٣٥٧) ، والدارقطني في السنن في كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٨٥/٢ ، ٢٨٦) ، والبيهقي في الكبرى (٤٣٩/٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [أكبر] .

(٣) هو : الحجاج بن أرطاة بن ثور النخعي ، المتوفى سنة خمس وأربعين قال أبو زرعة : صدوق مدلس ، وقال عنه ابن معين صدوق ليس بالقوي . انظر : تاريخ الثقات ص١٠٧ ، ١٠٨ ، الجرح والتعديل (١٥٤/٣ ، ١٥٦) ، تقريب التهذيب (١٥٢/١) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) : [لا يخرج] .

(٦) في سائر النسخ : [عبيد الله بن العمرة] المثبت من سنن الدارقطني ، والسنن الكبرى للبيهقي .

(٧) في (م) : [أن يعتمر] .

(٨) أخرجه الدارقطني في السنن في كتاب الحج باب المواقيت (٢٨٦/٢) ، والبيهقي في الكبرى (٤٣٩/٤) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في (م) : [إلا] .

معه كتابًا في أهل اليمن وفيه : « أن العمرة الحج الأصغر ، ولا يمس القرآن إلا طاهر » [١] ، وإذا ثبت أنها تسمى الحج الأصغر : ثبت ما قلناه .

٧٥٣٦ – وقد ذكر أبو داود عن ابن عباس : « أن الأقرع بن حابس أتى رسول الله [٢] ﷺ ، فقال : الحج في كل سنة [٣] ، أو مرة واحدة ؟ ، فقال : بل مرة واحدة فمن زاد فتطوع » [٤] فانتقي بذلك وجوب العمرة [لأنها لا تسمى حجًا] [٥] .

٧٥٣٧ – ولا يقال : إن الاسم يتناولها مقيدًا ، إلا أن النفي يتناول المطلق والمقيد ؛ لأنه إذا ثبت أن [٦] النبي ﷺ سمّاها الحجة الصغرى ، دل علي أنها ليست بواجبة ، ألا ترى : أنها لو ساوت [الحج في] [٧] الوقوف [لم تسم] [٨] صغرى ، لنقصان أفعالها ، كما لا يقال للفجر : صلاة المغرب ، وإن كانت أقل عددًا من الظهر والعصر .

٧٥٣٨ – ولأنه نسك غير مؤقت مفرد بنفسه : فلم يكن واجبًا بأصل الشرع كالطواف .

٧٥٣٩ – ولا يلزم طواف الصدر ؛ لأنه لا ينفرد بنفسه ، وإنما هو من توابع الحج .

٧٥٤٠ – قالوا : المعنى في الطواف أن مثله على صورته واجب بأصل الشرع وهو طواف الزيارة ، ولهذا لم يكن واجبًا في نفسه منفردًا ، والعمرة نسك ليس مثلها على صورتها ما هو واجب بأصل الشرع [وهو طواف الحج] [٩] ، فلهذا كانت واجبة في نفسها .

٧٥٤١ – قلنا : وبمثل العمرة على صورتها واجب بأصل الشرع] [١٠] ، وهو طواف الحج والسعي وقد تقدمه إحرام ، فإن جاز أن يقال : إن طواف الحج لما وجب الحج ، منع

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٨٥/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الحج ، باب من قال بوجوب العمرة (٣٥٢/٤) .

(٢) في (ع) : [النبي] .

(٣) في (م) ، (ع) : [كل مرة سنة] .

(٤) أخرجه أبو داود في السنن في كتاب المناسك ، باب فرض الحج (٤٣٦/١) ، وابن ماجه في كتاب المناسك باب فرض الحج (٩٦٣/٢) الحديث (٢٨٨٦) ، وأحمد في المسند (٣٥٢/١) ، والحاكم في المستدرك ، في أول كتاب المناسك ، والدارقطني في السنن في كتاب الحج والمواقيت (٢٧٩/٢ – ٢٨٠) الحديث (١٩٨ – ٢٠٠) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لأنها تسمى حجا] ، بزيادة [لأنها] وحذف [لا] .

(٦) لفظ : [أن] ساقط من (م) .

(٧) ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) قوله : [الحج في] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش وفي (ص) ، (م) : [لم تسمى] وهو خطأ .

(٩) الزيادة من (م) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

من وجوب طواف ، كذلك طواف الحج وسعيه وقد تقدمه إحرام واجب بأصل الشرع ، فمنع من وجوب مثله مثل وجوب الشيء لا يدل على إسقاط وجوب طواف الصدر إن كان مثله وعلى صفته ، كذلك وجوب طواف الزيارة لا يمنع من وجوب طواف مفرد .

٧٥٤٢ - ولأن ما شرع تقدمه على الفرض في وقته من جنسه فهو سنة كنافلة الصلاة .

٧٥٤٣ - ولأن بعض أفعال الحج لا يفرد بأصل حج [١] أوجبه الشرع منفردًا عن الوقوف في الزمن .

٧٥٤٤ - ولأن السعي والطواف يتحلل بهما من الإحرام .

٧٥٤٥ - قال : وما وقع [٢] به التحلل من الإحرام ، لم يكن فرضًا بنفسه بأصل الشرع وإن انضم إليه إحرام ، كالرمي عندهم ، والذي عندنا وعندهم فى المحصر .

٧٥٤٦ - ولأنها عبادة بدنية يصح أداؤها بنية غيرها مع اتساع الوقت ، كالصلاة النافلة .

٧٥٤٧ - ومعنى هذا : إن فاتت الحج يتحلل عنها بالطواف والسعى ، كما أن من فعل صلاته يظنها عليه كانت نفلا مؤداة بنية الفرض .

٧٥٤٨ - قالوا : عندكم لا يتحلل بعمرة ، وإنما هو عمل غيره .

٧٥٤٩ - قلنا : تعليلًا للطواف والسعي مع الإحرام .

٧٥٥٠ - فإن قيل : الصلاة عندنا لا تؤدى بنية غيرها ، وإنما تؤدى بنيتها ؛ لأنه نوى صلاة الفرض ، وإن لَغِيَ ذكر الفرض ، وصار مؤديا بنية صلاة أدى بعضها ، وإنما تؤدى تلك النية بعض ما اقتضته من طريق الحكم ، وهذا معنى قولنا : إنما تؤدى بنيتهما [٣] ، يبين هذا : أن من سلم في ركعتي الظهر عامدًا كان ما فعل [٤] نفلًا .

٧٥٥١ - ولا يصح أن يقال إنه أداه بنية الصلاة خاصة ، بل أداه بنية الفرض ، ولهذا لو تم كان فرضًا .

٧٥٥٢ - ولأن ما وجب بأصل الشرع ، لم يجز أن يضم إلى واجب آخر ، فيؤديان [٥] بتحريمة ، كالظهر والعصر .

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) فى (م) ، (ع) : [ما وقع] .
(٣) في (م) ، (ع) : [تؤدى لعين بينهما] .
(٤) في (ص) ، (م) : [ما فعلا] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يوديان] .

٧٥٥٣ - قلنا لما صح ضم (١) العمرة إلى الحج في الإحرام ، علم أن أحدهما غير واجب .

٧٥٥٤ - ولأنها عبادة يجب بإفسادها الكفارة ، فلم يجب بأصل الشرع بعضها مضافًا إليها كصوم رمضان .

٧٥٥٥ - ولأن الحج يجب بوجود الزاد والراحلة ، والعبادة إذا شرط في وجوبها المال لم يجب بوجوده عبادتان من جنس واحد ، كالنصاب في الزكاة ، ومعلوم أن الحج وجب بوجود الزاد والراحلة ، فلا يجب بوجودهما العمرة (٢) .

٧٥٥٦ - احتجوا (٣) بقوله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ (٤) .

٧٥٥٧ - قلنا : قد بينا أن حقيقة الإتمام (٥) يتناول ما بعد الدخول ، وهذا لا يدل على وجوب الابتداء .

٧٥٥٨ - وقول عليٍّ ﷺ (٦) : « إتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك » (٧) ، لا يدل على ما قالوا ؛ لأن هذا المعنى إذا لم يكن واجبًا ، فكأنه قال : الإتمام المراد بالآية هو استحباب فعل الإحرام على وجه كذا ، والإتمام قد يكون بصفة مستحبة ، فكيف يحمل هذا على وجوب الابتداء ؟

٧٥٥٩ - فإن قيل : في قراءة ابن مسعود : ﴿ وأقيموا الحج ﴾ .

٧٥٦٠ - قلنا : قرأ الشعبي فيها : ﴿ وَالعُمْرَةُ لِلَّهِ ﴾ بالرفع فالحج مفعول ، والعمرة مبتدأ ، وخبر المبتدأ لا تعلق له بالأمر الأول .

٧٥٦١ - قالوا : روى ابن سيرين عن عمران بن حِطَّان (٨) ، عن عائشة قالت : « قلت يا رسول الله : هل على النساء جهاد ؟ قال نعم ، جهاد لا قتال فيه ، الحج ،

---

(١) أثبتنا الزيادة لمقتضى السياق ؛ لأن المعنى لا يستقيم بدون هذه الزيادة .

(٢) في (م) ، (ع) [بوجود العمرة] ، وهو خطا .

(٣) في (م) ، (ع) : [واحتجوا] بالعطف .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٥) في (م) ، (ع) : [أن الإتمام] .

(٦) زيادة من (م) ، (ع) .

(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٤١٧) .

(٨) في (م) ، (ع) : [خطل] ، مكان : [حطان] ، وهو تصحيف . وهو عمران بن حطان - بكسر الحاء وتشديد الطاء المهملتين - السدوسي ، صدوق ، أنه كان على مذهب الخوارج ، يقال : رجع عن ذلك ، مات سنة أربع وثمانين . سمع عائشة ، وابن عباس ، وروى عنه محمد بن سيرين ، ويحيى بن كثير ، وصالح بن سرح . انظر ترجمته في الجرح والتعديل (٢٩٦/٦) ، الترجمة (١٦٤٣) ، تقريب االتهذيب (٨٢/٢ ، ٨٣) ، الترجمة (٧٢٢) .

والعمرة [١] » .

٧٥٦٢ - قلنا : ذكره [٢] الدارقطني في رسالة تكلم فيها على من أخرجه البخاري في الصحيح ، وكان يجب أن لا يخرج عمران بن حِطّان [٣] وقال : لا يجوز إخراجه في الصحيح ، لسبه [٤] السلف .

٧٥٦٣ - وعند مخالفنا قول الدارقطني حجة معتمدة.

٧٥٦٤ - ولأن عليهن الحج والعمرة عندنا ، إلا أنا اختلفنا في العمرة المعروفة ، فعندهم أنها عمرة الإسلام ، وعندنا في الشريعة عمرة معروفة ، إلا أن العمرة التي تكون على المحصر فاحتاجوا أن يبينوا [٥] أن ههنا / عمرة أخرى معروفة [٦] ينصرف اللفظ إليها . ٩٥/أ

٧٥٦٥ - قالوا : روى ابن سيرين عن زيد بن ثابت « أن النبي ﷺ قال : « الحج والعمرة فريضتان لا يضرك بأيهما بدأت » [٧] .

٧٥٦٦ - قالوا : هذا الخبر رواه إسماعيل بن مسلم ، عن محمد بن مسلم ، عن محمد بن سيرين [٨] ، ورواه هشام بن حسان عن ابن سيرين ، عن زيد بن ثابت سئل عن العمرة قبل الحج قال : هي صلاتان لا يضرك بأيهما بدأت [٩] وهشام بن حسان [١٠] أوثق وأضبط. والصحيح ما رواه ، والعجب أن مخالفنا يرد في هذه المسألة رواية الحجاج ويعتمد رواية إسماعيل بن مسلم ، والحجاج أوثق منه ، ولو ثبت لاقتضى وجوب عمرة معروفة ، وقد بينا أن العمرة المعروفة [١١] عندنا هي عمرة المحصر دون غيرها .

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب جهاد النساء (١٤٩/٢) ، وابن ماجه في كتاب المناسك باب الدليل على جهاد النساء (٩٦٨/٢) ، وابن خزيمة في صحيحه في كتاب المناسك باب الدليل على أن جهاد النساء الحج والعمرة (٣٥٩/٤) والدارقطني في السنن في كتاب الحج باب المواقيت (٢٨٤/٢) .

(٢) في (ع) : [روى] . (٣) في (م) ، (ع) : [عمر بن خطل] وليس صحيحًا .

(٤) في (م) ، (ع) : [لسنة] . (٥) في (م) ، (ع) : [يثبتوا] .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) ، وفي (ص) : [معرفة] .

(٧) أخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب المناسك في الحج والعمرة فريضتان (٤٧١/١) ، الدارقطني في السنن (٢٨٤/٢) ، الحديث (٢١٧) ، والبيهقي قي الكبرى (٣٥٠/٤) .

(٨) تقدم تخريجه .

(٩) أخرجه الدارقطني (٢٨٥/٢) ، الحاكم (٤٧١/١) .

(١٠) هو : هشام بن حسان أبو عبد الله الفردوسي البصري ثقة ، ذكر أنه من أثبت الناس في ابن سيرين ، وفي روايته عن الحسن وعطاء مقال ، مات سنة سبع أو ثمان وأربعين ومائة. انظر : تقريب التهذيب (٣١٨/٢) .

(١١) في (م) : [معرفة] .

٧٥٦٧ - قالوا : روى ابن [١] عمر ، عن عثمان ، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه [٢] أن أعرابيًا أتى النبي ﷺ ، فسأله عن الإسلام ، فقال : « أن تشهد أن لا إله إلا اللَّه وأن محمد رسول اللَّه ، وأن تقيم الصلاة ، وتؤتي الزكاة ، وتحج وتعتمر وتكمل الوضوء ، وتصوم رمضان ، قال [٣] : فإذا فعلت هذا فأنا مسلم ، قال : نعم [٤] » .

٧٥٦٨ - قلنا : المشهور من هذا الخبر ذكر الحج دون العمرة وهو الصحيح ؛ لأنه يوافق الخبر المشهور ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « بني الإسلام على الفرائض والسنن » [٥] كما قال عليه الصلاة والسلام : « الإيمان بضع وسبعون خصلة أدناها إماطة الأذى عن الطريق » [٦] يبين ذلك : أنه ذكر فيها كمال الوضوء ، وليس ذلك بفرض ، وليس إذا قرنها بالفرائض اقتضى أن يكون مثلها ؛ لأن اللَّه تعالى قد قرن بين شيئين مختلفين فقال : ﴿فَلَا رَفَثَ [٧] وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي ٱلْحَجِّ﴾ [٨] فسوى بين هذه الأشياء ومنها : ما بعد الحج ، ومنها : ما لا يأتي بعده ، وقال النبي ﷺ في خبر « لا يستام [٩] الرجل على سوم أخيه ، ولا يخطب على خطبته ، ولا ينكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولا تناجشوا ولا تدابروا [١٠] وكونوا عباد اللَّه إخوانًا » [١١] ، وهذه أمور مختلفة ، منها [١٢] واجبة ، ومنها محرمة ، ومنها : ندب ، وأن الحج اسم

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) .

(٢) زيادة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) أخرجه البخاري تعليقًا في الصحيح كتاب الإيمان (١٠/١) وابن خزيمة في صحيحه في كتاب الوضوء باب ذكر الخبر الثابت عن النبي ﷺ بأن إتمام الوضوء من الإسلام (٣/١ ، ٤) ، والدارقطني (٢٨٢/٢ ، ٢٨٣) ، والبيهقي في الكبرى (٣٤٩/٤ ، ٣٥٠) .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبه في المصنف في كتاب الإيمان والرؤيا (٢٢٩/٧) ، وذكره البخاري تعليقًا في الصحيح كتاب الإيمان (١٠/١) .

(٦) تقدم تخريجه في المسألة (٢٦٦) .

(٧) في (ص) : [رث] .

(٨) سورة البقرة : الآية ١٩٧ .

(٩) في (ع) : [لا يسام] .

(١٠) في (ع) : [ولا تفاحشوا] ، مكان : [ولا تناجشوا] ، وفي سائر النسخ [ولا تدانسوا] ولعل الصواب ما أثبتناه .

(١١) أخرجه مسلم في الصحيح كتاب النكاح ، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك (١٠٣٣/٢) بلفظ : لا يسم الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبته ، والنسائي في السنن (٢٥٧/٧) ، وأحمد في المسند (٤٨٩/٢) .

(١٢) ساقطة من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .

للوقوف قال النبي ﷺ : « الحج عرفة » (١) ، والعمرة اسم للزيادة فقوله : « وأن تحج (٢) وتعتمر » . معناه : يقف ويطوف ويسعى .

٧٥٦٩ – فان قيل : [هذا فهم من قوله : وتحج] (٣) .

٧٥٧٠ – قلنا : لا يمتنع (٤) أن يذكره في جملة الحج ، ثم يفرده ، كما قال تعالى : ﴿ وملائكته وكتبه ورسله وجبريل وميكال ﴾ (٥) ، وكقوله تعالى : ﴿ حَـٰفِظُوا۟ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلْوُسْطَىٰ ﴾ (٦) .

٧٥٧١ – قالوا : روى جابر بن عبد الله ، عن سراقة بن مالك ، قال : « قلت : [يا رسول الله] (٧) عمرتنا هذه لعامنا [هذا] (٨) أم للأبد ، قال : بل للأبد ، دخلت العمرة في الحج إلى القيامة (٩) .

٧٥٧٢ – قالوا : وهذا يفيد الوجوب ؛ لأن الاستحباب لا يختص بذلك العام .

٧٥٧٣ – قلنا : إنما أراد بهذه العمرة التي فسخوا بها الحج ، والمشهور : « أمتعتنا هذه

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن في كتاب المناسك ، باب من لا يدرك عرفة (٤١/١) ، والترمذي في كتاب الحج ، باب ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع (٢٢٨/٣) ، والنسائي في كتاب مناسك الحج في فرض الوقوف بعرفة (٢٥٦/٥) ، وابن ماجه في كتاب المناسك ، باب من أتى عرفة قبل الفجر ليلة جمع (١٠٠٣/٢) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [هذا قد فهم بقوله ويحج] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .

(٥) لا توجد آية قرآنية بهذا اللفظ ، لعل الناسخ قد اشتبه عليه لفظ الآيتين ، فجمع في آية واحدة ، الآية الصحيحة : قوله تعالى ﴿ مَن كَانَ عَدُوًّا لِّلَّهِ وَمَلَـٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَىٰلَ فَإِنَّ ٱللَّهَ عَدُوٌّ لِّلْكَـٰفِرِينَ ﴾ . (سورة البقرة : ٩٨) . ولفظ : [كتبه] ، اشتبه عليه من آيات أخرى ، منها قوله تعالى : ﴿ ءَامَنَ ٱلرَّسُولُ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيْهِ مِن رَّبِّهِۦ وَٱلْمُؤْمِنُونَ ۚ كُلٌّ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَمَلَـٰٓئِكَتِهِۦ وَكُتُبِهِۦ وَرُسُلِهِۦ لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِّن رُّسُلِهِۦ ﴾ . (سورة البقرة : ٢٨٥) .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٣٨ .

(٧) ساقط من (ع) .

(٨) الزيادة من (ع) .

(٩) أخرجه مسلم في الصحيح كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام (٨٨٣/٢ ، ٨٨٤) ، والنسائي في كتاب مناسك الحج ، في إباحة فسخ الحج بعمرة لمن لم يسق الهدي (١٧٩/٥) ، وابن ماجه في كتاب المناسك ، باب التمتع بالعمرة إلى الحج (٩٩١/٢) الحديث (٢٩٧٧) ، والدارقطني (٢٨٣/٢) الحديث (٢٠٨) ، والطيالسي في المسند في ما أسند جابر بن عبد الله الأنصاري ﷺ (٢٣٢ ، ٢٣٣) الحديث (١٦٦٨) ، وأحمد في المسند (٣٢٠/٣) ، والطحاوي في المعاني في كتاب مناسك الحج ، باب من أحرم بحجة فطاف لها قبل أن يقف بعرفة (١٩٠/٢ ، ١٩١) .

لعامنا أم للأبد ؟ » [١] يبين هذا سياق الخبر .

٧٥٧٤ - قال جابر : « أهللنا مع رسول الله ﷺ بالحج خالصًا ، لا يخالطه شيء ، فقدمنا مكة لأربع ليال خلون [٢] من ذي الحجة ، فطفنا وسعينا ، ثم أمرنا رسول الله ﷺ أن نحل ، قال : لولا هديي لأحللت ، فقام سراقة ، وقال : يا رسول الله أرأيت متعتنا [٣] هذه لعامنا أم للأبد ؟ ، فقال : بل للأبد » [٤] .

٧٥٧٥ - هكذا ذكره أبو داود وقوله : « دخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة » ، معناه : دخل [٥] وجوبها في وجوب الحج ، ويحتمل أن يكون دخل وقتها في وقت الحج ؛ لأن قريشًا كانت تعتقد [٦] أن العمرة لا تجوز [٧] في أشهر الحج .

٧٥٧٦ - قالوا : روى عن أبي رزين : أنه سأل النبي ﷺ فقال : « إن أبي شيخ كبير ، أدرك [٨] الإسلام لا يستطيع الحج والعمرة ولا الظعن قال : حج عن أبيك واعتمر » [٩] .

٧٥٧٧ - قالوا : والأمر يقتضي الوجوب .

٧٥٧٨ - قلنا : بين [١٠] له النبي ﷺ ما يستحب [١١] له فعله عن أبيه ، وتجوز [١٢] النيابة فيه ، ولم يبين [١٣] له الوجوب ، ألا ترى : أنه لم يدرك استطاعة أبيه ، ولا أمره له بالحج ، ولا تدل [١٤] الطاعة على قولهم : إن الخبر ورد يفيد بيان [١٥] ما يجوز [أن ينوب فيه عن أبيه لا ما لا يجب عليه] [١٦] .

٧٥٧٩ - قالوا : من طريق المعنى أخذ نسك الْقِرَانِ ، فكان واجبًا بأصل الشرع ، أو

---

(١) في (م) : [أمتعتنا] .
(٢) الزيادة من سنن أبي داود ، وسنن ابن ماجه .
(٣) في (م) : [متعتا] .
(٤) أخرجه مسلم بمعناه في (٢/٨٨٣ ، ٨٨٤) ، الحديث (١٤١/١٢١٦) ، أبو داود بهذا اللفظ ، في السنن ، في كتاب المناسك ، باب في إفراد الحج (١/٤٥٢) ، وابن ماجه بألفاظ متقاربة ، في كتاب المناسك ، باب فسخ الحج (٢/٩٩٢) ، الحديث (٢٩٨٠) ، وعزاه الشوكاني إلى البخاري ، في نيل الأوطار (٤/٣٢٤) .
(٥) في (م) ، (ع) : وحل .
(٦) في (م) : [كان يعتقد] .
(٧) في (م) : [لا يجوز] .
(٨) في (م) : [فأدرك] .
(٩) تقدم تخريجه في مسألة (٤١٥) .
(١٠) في (م) : [تبين] ، وفي (ع) : [فبين] .
(١١) في (ع) : [استحب] ، وهو غير واضح في (م) .
(١٢) في (م) ، (ع) : [يجوز] .
(١٣) في (م) : [لم نبين] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [لا بدل] .
(١٥) ساقط من (م) ، (ع) .
(١٦) في (م) ، (ع) : [أن ينوب عن أبيه مالا يجب عليه] .

نوع عبادة من شرطها الطواف ، فكان منها ما وجب بأصل الشرع ، كالحج .

٧٥٨٠ - قلنا : الحج دلالة لنا ؛ لأنه لما كان نسكًا مؤقتًا : وجب من جنسه بالشرع ، ولما كانت العمرة نسكًا غير مؤقت حل محل الطواف .

٧٥٨١ - ولأن الحج نسك يتضمن الوقوف ، والعمرة نسك على البدن لا يتضمن الوقوف فلم يجب بأصل الشرع .

٧٥٨٢ - ولأن المعنى في الحج : أنه أدى بنية غيره : فكان فرضًا ، كالظهر والعصر ، ولما جاز أن تؤدى [1] العمرة بنية غيرها مع اتساع الوقت وعدم تعلقها بغير دليل دلّ على أنها ليست بواجبة .

٧٥٨٣ - ولأن [2] الحجَّ عبادةُ بدنيةُ تختصُّ [3] بوقتٍ ، فكان فيها ما هو واجب ، كالصوم والصلاة .

٧٥٨٤ - ولما كانت العمرة عبادة شرعية بدنية يصح أداؤها في عموم الأوقات لم تكن [4] واجبة ، كصلاة التطوع .

٧٥٨٥ - قالوا : عبادة تجب بإفسادها الكفارة ، فوجب أن تتنوع [5] نفلًا وفرضًا ، دليله : الصوم والصلاة ، والحج .

٧٥٨٦ - قلنا : نحن نقول بموجبه ؛ لأن من جنس العمرة ما هو فرض ، وهو العمرة التى يجب على المحصر .

٧٥٨٧ - والمعنى في الصوم والصلاة : أن كل واحدة منهما لا يجوز أداؤها بنية غيرها مع اتساع وقتها ، أو أنها عبادة بدنية اختصت بوقت بعينه ، وفي مسألتنا بخلافه .

٧٥٨٨ - قالوا : موضوع الأصول ، أن كل من نذر نذرًا سقط فرض [6] نذره بأقل ما وجب بأصل الشرع من جنسه ، بدلالة الصيام ، والصلاة ، والصدقة ، فلما ثبت أنه نذر نسكًا سقط فرض نذره بالعمرة ، ثبت أنها أصل ما وجب بالشرع من جنسه .

٧٥٨٩ - قلنا [7] : الواجب على الإنسان بالنذر المطلق أقل ما يصح التقرب به من ذلك الجنس ، والعمرة أقل ما يتقرب بها من النسك ؛ فخرج بها من مطلق النذر كما

---

(١) في (م) ، (ع) : [يؤدى] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فلأن] .
(٣) في (م) : [يختص] .
(٤) في (م) : [لم يكن] .
(٥) ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [عن فرض] .
(٧) في (م) ، (ع) : [قالوا] .

يخرج من نذر الصوم بيوم واحد ، وكذلك لو نذر الاعتكاف خرج من النذر بأقل ما يصح أن يأتي به من الاعتكاف ، وإن لم يكن الاعتكاف واجبًا بأصل الشرع ، وكذلك من نذر صدقة خرج من نذره بأقل ما يتناوله الاسم ، ولم يشرع ما يتناوله الاسم .

* * *

مسألة ٤٢٣

القِران أفضل من التمتع والإفراد

٧٥٩٠ – قال أصحابنا : القِران أفضل من التمتع والإفراد ، وذكر الطحاوي : أن التمتع أفضل من الإفراد . وأصحابنا يقولون : هذا مذهبه خاصة [١] .

٧٥٩١ – وقال الشافعي : الإفراد والتمتع ، فقال في عامة كتبه : الإفراد أفضل ، وقال في اختلاف الحديث : التمتع أفضل .

٧٥٩٢ – والقِران أفضل من حجة مفردة ، وأما إفراد الحج أو العمرة : بأن يأتي بالحج ثم يعتمر بعد الأشهر فذلك أفضل من القِران [٢] . والكلام في هذا [٣] يقع في فصول :

٧٥٩٣ – أولها : أن القِران أفضل .

٧٥٩٤ – والثاني : أن النبي ﷺ حج حجة الإسلام التمام [٤] قارنًا .

٧٥٩٥ – والثالث : أن دم القِران دم النسك .

٧٥٩٦ – فأما الدليل في نفس المسألة : فما روى الأوزاعي ، وعلي بن المبارك ، عن يحيى بن أبي كثير ، عن عكرمة ، عن ابن عباس عن عمر قال : سمعت رسول اللَّه [٥] ﷺ وهو بالعقيق يقول : « أتاني الليلة آت من ربي ، فقال : صل في هذا الوادي المبارك ، وقال : قل : لبيك بعمرة في حجة » [٦] فأقل أحوال الأمر : أنه [٧] يحمل على الفضيلة .

---

(١) أما بيان أفضل أنواع ما يحرم به. فظاهر الرواية في المذهب الحنفي أن القران أفضل ثم التمتع ثم الإفراد . وروى عن أبي حنيفة أن الإفراد أفضل من التمتع . راجع المسألة في : بدائع الصنائع فصل (١٧٤/٢؟١٧٥) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية باب القران (٥١٨/٢-٥٢٥) ، المبسوط باب القران (٢٥/٤-٢٧) .

(٢) أما الأفضل من هذه الأنواع الثلاثة الأولى ففيه طرق وأقوال منتشرة (الصحيح) منها الإفراد ثم التمتع ثم القِران هذا هو المنصوص للشافعي رحمه الله تعالى في عامة كتبه والمشهور من مذهبه. راجع المسألة في : المجموع شرح المهذب كتاب الحج (١٥٠/٧-١٦٠) ، مختصر المزني باب إفراد الحج عن العمرة وغير ذلك بهامش الأم (٥٢/٢) .

(٣) في (ص) :في هنا . (٤) لفظ : التمام ساقط من (م) . (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : النبي ، مكان : رسول اللَّه .

(٦) أخرجه البخاري ، في الصحيح في كتاب الحج،باب قول النبي ﷺ العقيق واد مبارك(٢٦٧/١) ، وأبو داود في السنن كتاب المناسك ، باب في القران (٤٥٥/١) ، وأخرجه ابن ماجه في كتاب المناسك ، باب التمتع بالعمرة إلى الحج (٩٩١/٢) ، الحديث (٢٩٧٦) .

(٧) في (م) : [أن] .

٧٥٩٧ - فإن قيل : ذكر هذا البخاري في الصحيح وفيه : « قال : عمرة في حجة »[١] .

٧٥٩٨ - قلنا : ذكر أبو داود اللفظين جميعًا ، وذكرهما الطحاوي من الطرفين اللذين[٢] ذكرناهما ، وفيه قل[٣] .

٧٥٩٩ - ولأن قوله : « وقال »[٤] اختصار الحديث ، وإلا فالملك لا يلبي ، وإنما يعلم التلبية فأصل الخبر فقال : « قل » .

٧٦٠٠ - ولأنه زائد ، والزائد من الخبر أولى .

٧٦٠١ - وروت أم سلمة ، قالت[٥] : « سمعت رسول اللَّه ﷺ يقول : أَهِلُّوا يا آل محمد بعمرة في حجة »[٦] وهذا أمر .

٧٦٠٢ - ويدل عليه : قول علي ﷺ : « إتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك »[٧] ، والإحرام بهما هو القران ، وقد جعل ذلك من صفة التمام ، فهي أفضل من غيرها .

٧٦٠٣ - ولأن كل عبادتين أبيح الجمع بينهما ، فإفراد كل واحد منهما لا يكون أفضل من جمعهما ، كالصوم ، والاعتكاف ، والحرس في سبيل اللَّه مع الصلاة ، ودفع الصدقة في الصلاة .

٧٦٠٤ - ولأن كل من أبيح له القران ، فالأصل له القران ، أصله : من أحرم بشيء ثم نسيه .

٧٦٠٥ - ولأن من نذر القِران لم يسقط نذره بالإفراد ، ولو كان أفضل ، سقط به فرض النذر ، كمن نذر أن يصلى قاعدًا فصلى قائمًا ، فإن أوجب نوع نسك ، فلا يسقط[٨] فرضه بما لا يتناوله اسمه ، كمن نذر حجة فأتى بعمرة .

٧٦٠٦ - ولا يلزم على هذا : من نذر حجة وعمرة فأتى بالقِران ؛ لأن القران حج وعمرة ؛ ولأنه إذا ثبت القِران ، فقد أوجب الحج والعمرة والدم ، فإذا أفرد فعل الحج والعمرة دون الدم لم يحرم .

---

(١) تقدم تخريجه من صحيح البخاري بلفظ قل .

(٢) في (م) ، (ع) : [الذي] .

(٣) في (م) ، (ع) : [قال] .

(٤) في (م) ، (ع) : [قال] .

(٥) في (م) : [قال] .

(٦) أخرجه أحمد في المسند (٢٩٧/٦ ، ٢٩٨) ، وابن أبي شيبة ، في المصنف في كتاب الحج ، فيمن قرن بين الحج والعمرة (٣٧٥/٤) الحديث (٦) ، والطحاوي في المعاني (١٥٤/٢) .

(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٤١٧) .

(٨) في (ع) : [فلم يسقط] .

٧٦٠٧ - فأما الدليل على أن النبي ﷺ كان في حجة التمام قارنًا : فما روى حميد عن أنس ، عن النبي ﷺ « أنه أتى بعمرة وحجة ، وقال : لبيك بعمرة وحجة » [(١)] .

٧٦٠٨ - وروى أبو قلابة عن أنس : « أن النبي ﷺ لما استوت به راحلته على البيداء جمع بينهما » [(٢)] . /

/٩٥

٧٦٠٩ - وروى أبو قلابة وحميد بن هلال عن أنس قال : « كنت ردف أبي طلحة [(٣)] ، وكانت ركبتي تمس [(٤)] ركبة النبي ﷺ فلم يزالوا يصرخون بهما جميعًا بالحج والعمرة » [(٥)] .

٧٦١٠ - قالوا : ذكر قول أنس لابن عمر ، فقال ابن عمر : « إن أنسا كان [(٦)] يلج على النساء وهن مكشفات ، وكنت تحت ناقة رسول اللَّه ﷺ يسيل عَلَيّ لعابها [(٧)] .

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب المغازي ، فيبعث علي بن أبي طالب ﷺ وخالد بن الوليد ﷺ إلى من قبل حجة الوداع (٧٤/٣) ، ومسلم في الصحيح في كتاب الحج ، باب الإفراد والقران بالحج والعمرة (٩٠٥/٢) ، الحديث (١٢٣٢/١٨٥) ، وأبو داود في السنن كتاب المناسك ، باب في الإقران (١/ ٤٥٤) ، والنسائي في السنن في كتاب مناسك الحج ، في القران(١٥٠/٥) ، والترمذي في السنن كتاب الحج ، باب ما جاء في الجمع بين الحج والعمرة (١٧٥/٣) ، الحديث (٨٢١) ، وابن ماجه في السنن في كتاب المناسك ، باب من قرن الحج والعمرة (٩٨٩/٢) الحديث (٢٩٦٨ ، ٢٩٦٩) ، وأحمد في المسند (٩٩/٣) والبيهقي في الكبرى (٩/٥) ، ، والطحاوي (١٥٢/٢ ، ١٥٣) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في من قرن بين الحج والعمرة (٣٧٥/٤ ، ٣٧٦) .

(٢) أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الحج ، باب التحميد والتسبيح والتكبير قبل الإهلال عند الركوب على الدابة (٢٦٩/١ ، ٢٧٠) ، وأبو داود في السنن كتاب المناسك ، باب في الإقران (٤٥٤/١) ، كما أخرجه النسائي في السنن ، في كتاب مناسك الحج ، في البيداء ، وفي كيف يفعل من أهل بالحج والعمرة ولم يسق الهدي (١٢٧/٥ ، ٢٢٥) ، الطحاوي بهذا اللفظ في المعاني (١٥٣/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ابن طلحة] . (٤) في (م) : يمس .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الجهاد ، باب الارتداف في الغزو والحج (١٦٧/٢) ، وبلفظ سمعتهم يصرخون بهما جميعا ، في كتاب الحج ، باب رفع الصوت بالإهلال (٢٦٩/١) ، وفي الجهاد ، باب الخروج بعد الظهر (١٦٢/٢) ، والطحاوي في المعاني في كتاب مناسك الحج ، باب ما كان النبي ﷺ به محرمًا في حجة الوداع (١٥٣/٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [أنس] ، وهو خطأ ، والزيادة من (ع) .

(٧) أخرجه البيهقي بلفظ أن رجلا أتى ابن عمر ﷺ ، فقال : بم أهل رسول اللَّه ﷺ ، قال ابن عمر : أهل بالحج فانصرف ثم أتاه من العام المقبل ، فقال : بم أهل رسول اللَّه ﷺ ، قال : ألم تأتني عام أول ؟ قال : بلى ، ولكن أنس بن مالك يزعم : أنه قرن . قال ابن عمر : إن أنس بن مالك كان يدخل على النساء ، وهن مكشفات الرؤس ، وأني كنت تحت ناقة رسول اللَّه ﷺ يمسني لعابها ، اسمعه يلبي بالحج. في الكبرى كتاب الحج ، باب من اختار القران (٩/٥) .

٧٦١١ – قلنا : قد ذكر لأنس قول ابن عمر فقال : ما يعدونا إلا صبيانًا [١] ، بل سمعت النبي ﷺ يقول : لبيك بحجة وعمرة معا » [٢] .

٧٦١٢ – وعن علي [٣] : أن سن أنس وابن عمر [٤] بمتفاوت حتى يقدح في روايته لصغره وإنما بينهما ثلاث سنين ، وقد دخل النبي ﷺ المدينة [٥] ولأنس عشر سنين ، فكيف يكون في حجة الوداع يلج على النساء ؟ .

٧٦١٣ – وذكر أبو الحسن بأسانيده عن أبي بكر ، وعمر ، وأبي طلحة [٦] ، وابن عباس ، وعائشة ، والهرماس بن زياد ، وأم سلمة ، وعبد الله بن أبي أوفى [٧] ، وذكر أبو داود حديث أنس وعمران بن الحصين ، أن النبي ﷺ كان قارنا [٨] .

٧٦١٤ – وذكر الطحاوي القران عن سراقة بن مالك [٩] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [صنبا] .

(٢) أخرجه مسلم في الصحيح في كتاب الحج ، باب في الإفراد والقران بالحج والعمرة (٩٠٥/٢) ، الحديث (١٢٣٢/١٨٥) ، بلفظ :سمعت النبي ﷺ يلبي بالحج والعمرة جميعا . قال بكر : فحدثت بذلك ابن عمر ، فقال : لبي بالحج وحده ، فلقيت أنسًا ، فحدثته بقول ابن عمر ، فقال أنس : ما تعدوننا إلا صبيانًا ، سمعت رسول الله ﷺ يقول : لبيك عمرة وحجًا ، والنسائي في السنن في كتاب مناسك الحج ، في القران (١٥٠/٥) ، والطحاوي (١٥٢/٢) .

(٣) في (ع) : [على] بدون العطف. وما أثبتناه في المتن ؛ لأنه الأنسب .

(٤) ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (ص) ، (م) : [بالمدينة] . وأضفنا ﷺ للتوقير .

(٦) في (م) ، (ع) [وابن طلحة] ، وهو خطأ .

(٧) أخرجه ابن ماجه في السنن ، في كتاب المناسك ، باب من قرن الحج والعمرة (٩٩٠/٢) ، الحديث (٢٩٧١) أحمد في المسند (٢٨/٤) ، بلفظ : أن رسول الله ﷺ جمع بين الحج والعمرة، والطبراني في الكبير (٩٤/٥) ، الحديث (٤٦٩٣؟٤٦٩٤) ، والطحاوي (١٥٤/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف في كتاب الحج ، في من قرن بين الحج والعمرة (٣٧٤/٤) .وحديث الهرماس أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط ، في مجمع الزوائد (٢٣٥/٣) .

(٨) سبق تخريج حديث أنس ﷺ من هذه المسألة . وحديث عمران بن الحصين : قد أخرجه مسلم بلفظ : إن رسول الله ﷺ جمع بين حجة وعمرة ثم لم ينه عنه حتى مات في الصحيح في كتاب الحج ، باب جواز التمتع (٨٩٩/٢) ، الحديث (١٦٧-١٢٢٦/١٦٩) وأحمد في المسند (٤٢٧/٤ ، ٤٢٨) ، وابن أبي شيبة (٣٧٥/٤) ، والطبراني في الكبير (١١٧/١٨-١١٩ ، ١٢٣) ، الحديث (٢٣٢ ، ٢٣٤-٢٣٦ ، ٢٤٨) ، والدارقطني في كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٦٤/٢ ، ٢٦٥) ، الحديث (١٣٣ ، ١٣٤) .

(٩) أخرجه أحمد في المسند (١٧٥/٤) ، والطحاوي في المعاني (١٥٤/٢) .

٧٦١٥ - وذكر الدارقطني عن ابن مسعود وأبي سعيد وابن عمر ، وأبي قتادة ، وقال أبو قتادة : « إنما جمع رسول اللَّه ﷺ بين الحج والعمرة ؛ لأنه علم أنه ليس بحاج بعدها » [١] .

٧٦١٦ - ويدل عليه : حديث البراء بن عازب ، قال : « كنت مع علي [ﷺ] [٢] حين أَمَّرَه رسول اللَّه ﷺ [٣] ، فأصبت معه أواقي ، فلما قدم على رسول اللَّه ﷺ قال : وجدت فاطمة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا [٤] قد لبست ثيابًا صبيغًا [٥] ، وقد نضحت البيت بنضوح . قال : فقالت [٦] : مالك ، فإن رسول اللَّه ﷺ أمر أصحابه فأحلوا ، قال [٧] : قلت لها : إني أهللت بإهلال النبي ﷺ فأتيت النبي ﷺ فقال لي : كيف صنعت ؟ قلت : أهللت بإهلال النبي ﷺ قال : فإني سقت الهدي وقرنت [٨] ، فقال لي : انحر من البدن تسعًا وستين ، أو ستا وستين ، وأمسك لنفسك ثلاثا وثلاثين ، أو أربعًا وثلاثين » [٩] .

٧٦١٧ - فإن قيل : روى ابن خزيمة في هذا الحديث « أما [أنا فسقت] [١٠] الهدي وأفردت » [١١] .

٧٦١٨ - قلنا : الصحيح من الخبر ما ذكرناه ، وهو مذهب علي ﷺ ، وهكذا رواه أبو داود وغيره ، ولعل ما ذكره تصحيف [١٢] على القارئ من كتاب ابن خزيمة .

٧٦١٩ - ولو كان لهذا [١٣] أصل صحيح ، أو فاسد ، لم يتركه الدارقطني مع تتبعه

---

(١) في (م) ، (ع) : [بخارج] ، مكان [بحاج] . والحديث أخرجه الدارقطني (٢٦١/٢) ، الحديث (١١٩) . وأما حديث ابن عمر : فأخرجه النسائي في السنن في كتاب مناسك الحج ، في طواف القارن (٢٢٥/٥ ، ٢٢٦) ، والدارقطني (٢٦١/٢) ، الحديث (١١٥) .

(٢) زيادة من (م) ، (ع) .

(٣) الزيادة الأولى من كتب الحديث .

(٤) زيادة من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [صنعا] .

(٦) في سائر النسخ : [فقال] ، الصواب ما أثبتنا من كتب الحديث .

(٧) في (ص) : [فقال] .

(٨) في (م) ، (ع) : [قربت] .

(٩) أخرجه أبو داود بهذا اللفظ في السنن في كتاب المناسك ، باب في الإقران (٤٥٤/١) ، والنسائي مختصرا في السنن في كتاب مناسك الحج ، في القران (١٤٩/٥) ، وفي الحج بغير نية يقصده المحرم (١٥٧/٥ ، ١٥٨) والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب من اختار القران (١٥/٥) .

(١٠) في (م) : [إني سقت] ، مكان : [أنا فسقت] .

(١١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(١٢) في (م) ، (ع) : [تصحيف] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [هذا] .

لما يقوي مذهب مخالفنا صحيحًا أو فاسدًا ، معروفًا أو شاذًا .

٧٦٢٠ - ويدل عليه : ما روى ابن عباس قال : « اعتمر رسول اللَّه ﷺ أربع عمر : عمرة الجُحْفة (١) ، وعمرته من العام المقبل ، وعمرته بالجعرانة ، وعمرته مع حجته ، وحج حجة واحدة » (٢) . ذكره الطحاوي (٣) .

٧٦٢١ - وذكر أبو داود عن عائشة رضي الله عنها (٤) قالت : « اعتمر رسول اللَّه ﷺ ثلاث عمر سوى عمرته التي قرنها بحجة الوداع » (٥) .

٧٦٢٢ - ويدل عليه ما روى : أن حفصة قالت للنبي ﷺ « ما شأن الناس حلوا ولم تحل أنت من عمرتك ؟ ، فقال : إني قَلَّدت (٦) هديي (٧) ، ولَبَّدْتُ (٨) رأسي ، فلا أحل حتى أنحر » (٩) .

---

(١) الجُحْفة : موضع بين مكة والمدينة ، وهي ميقات أهل الشام ، وكان اسمها (مَهْيَعَة) فأجحف السيل بأهلها فسميت جحفة. مختار الصحاح ص٩٣ .

(٢) أخرجه البخاري ، في الصحيح في كتاب المغازي ، باب غزوة الحديبية (٤٢/٣) ، ومسلم في الصحيح كتاب الحج ، باب بيان عدد عمر النبي ﷺ وزمانهم (٩١٦/٢) الحديث (١٢٥٣/٢١٧) (تحقيق عبد الباقي) ، وأبو داود بلفظ : اعتمر رسول اللَّه ﷺ أربعة عمر : عمرة الحديبية ، والثانية حين تواطئو على عمرة من قابل ، والثالثة : من الجعرانة ، والرابعة : التي قرن مع حجته . في السنن في كتاب المناسك باب العمرة (٥٠٠/١) ، والترمذي في السنن في كتاب الحج ، باب ما جاء كم اعتمر النبي ﷺ(١٧١/٣) ، الحديث (٨١٦) ، وابن ماجه في السنن في كتاب المناسك ، باب كم اعتمر النبي ﷺ(٩٩٩/٢) ، الحديث (٣٠٠٣) ، وأخرجه الطحاوي في المعاني في كتاب مناسك الحج ، باب ما كان النبي ﷺ به محرما في حجة الوداع (١٥٠/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [وذكر الطحاوي] . (٤) زيادة من (م) ، (ع) .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) . وحديث عائشة هذا : أخرجه أبو داود في السنن كتاب المناسك ، باب العمرة (٤٩٩/١) ، وأحمد في المسند ، في مسند عبد اللَّه بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما (٧٠/٢) .

(٦) قال الرازي في مختار الصحاح ص٤٥٨ : تقليد البدنة أن يُعَلَّق في عنقها شيء ، ليُعْلَم أنها هدى اهـ .

(٧) في (م) : [هدي] .

(٨) التَّلْبيد : أن يجعل المُحرِم في رأسه شيئًا من صَمْغ ، ليتلبد شعره بُقْيا عليه لئلا يَشْعَث في الإحرام . مختار الصحاح ص٥٨٩ .

(٩) أخرجه البخاري بهذا اللفظ في الصحيح في كتاب الحج ، باب التمتع والإقران والإفراد بالحج (٢٧٣/١) ، وفي باب من لبد رأسه عند الإحرام وحلق (٢٩٨/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب بيان أن القارن لا يتحلل إلا في وقت تحلل الحاج المفرد (٩٠٢/٢ ، ٩٠٣) ، الحديث (١٧٦ /١٢٢٩/١٧٩) ، وأبو داود في السنن في كتاب المناسك ، باب في الإقران (٤٥٧/١) ، وابن ماجه ، في كتاب المناسك ، باب من لبد رأسه (١٠١٢/٢ ، ١٠١٣) ، الحديث (٣٠٤٦) .

٧٦٢٣ - وروى عنه [١] : أنه قال : « لو استقبلت من أمري ما استدبرت ، لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وحللت كما حلوا » [٢] .

٧٦٢٤ - ومعلوم أنه إذا كان مفردًا ، فهديه [٣] تطوع ، وذلك لا يمنع التحلل عند أحد ، وهدي المتعة والقِران عندنا يمنع التحلل ، وحمل خبر النبي ﷺ على وجه قال به أهل العلم أولى من حمله على ما يخالف إجماعهم ، وإذا ثبت أنه كان قارنا وهو لا يختار من القُرَبِ إلا أفضلها إذا لم يكن له [٤] عذر ، ولا عذر له في ترك الإفراد ، لا سيما وقد حج معه مائة ألف .

٧٦٢٥ - وقال : « خذوا عني مناسككم » [٥] وعلم أنها حجة حجها ، وكيف يترك [٦] الأفضل ، ويعدل إلى الأنقص من غير عذر ؟ .

٧٦٢٦ - وأما الدليل على أن دم القِران دم نسك : فإنه دم وجب لا [٧] لارتكاب محظور ، كالأضحية المنذورة ولا يلزم الدم الذي يجب بحلق الرأس من أدنى ؛ لأن الحلق في الجملة محظور ، وإن رخص فيه للعذر. ولأنه دم يراد لا لارتكاب محظور ، ولا لفعل حظره للإحرام ، كدم الأضحية .

٧٦٢٧ - ولأنه مؤقت ، بدلالة أنه لا يجوز إلا بعد دخول أشهر الحج ووجود الإحرامين ، فكان [٨] دم نسك ، كالأضحية .

٧٦٢٨ - ولأن سبب [٩] هذا الدم أبيح لغير عذر ، كدم النذر ، وعكسه سائر الدماء في الحج ، وإذا ثبت أنه دم نسك ، ثبت أن القران أفضل ؛ لأن أحدا لم يفصل بينهما .

٧٦٢٩ - ولأنه يأتي بالإحرامين مع دم نسك ، وزيادة النسك أولى .

---

(١) لفظ : [عنه] ساقط من (م) ، (ع) . (٢) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٤١٥) .
(٣) في (م) ، (ع) : [فهديته] .
(٤) ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) أخرجه مسلم ، في الصحيح في كتاب الحج ، باب استحباب جمرة العقبة يوم النحر (٩٤٣/٢) ، الحديث (١٢٩٧) ، أبو داود في كتاب المناسك ، باب في رمي الجمار (٤٩٥/١) .
(٦) في (م) ، (ع) : [ترك] .
(٧) في سائر النسخ : [وانه] ، الصواب ما أثبتناه ، وحرف : [لا] ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [وكان] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ولا سبب] .

٧٦٣٠ - ولأن النبي ﷺ قال : « أفضل الحج العج والثج » [(١)] .

٧٦٣١ - فدل على أن الإحرام الذي ينضم إليه إراقة الدم أفضل وأولى بالفعل .

٧٦٣٢ - احتجوا بما روى عبد الرحمن بن القاسم [(٢)] ، عن أبيه القاسم بن محمد ، عن عائشة رضي الله عنها « أن رسول الله ﷺ أفرد الحج » [(٣)] .

٧٦٣٣ - قلنا : قد روى ابن شهاب ، قال : أخبره ابن عروة ، عن عائشة ، أخبرته : « أنها كانت مع رسول الله - ﷺ - في تمتعه بالحج إلى العمرة ، وتمتع الناس معه » [(٤)] .

---

(١) هذا الحديث أخرجه ابن أبي شيبة من حديث ابن عمر بهذا اللفظ ، في المصنف ، في كتاب الحج ، في من كان يرفع صوته بالتلبية (٤٦٤/٤) ، الحديث (١٢) ، وأخرجه الترمذي ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في فضل التلبية والنحر (١٨٠/٣) من حديث أبي بكر الصديق ، بلفظ : أن النبي ﷺ سئل أي الحج أفضل ، قال : العج والثج ، وأخرجه ابن ماجه بلفظ : أي الأعمال أفضل ؟ قال : العج والثج في السنن ، في كتاب المناسك ، باب رفع الصوت بالتلبية (٩٧٥/٢) ، الحديث (٢٩٢٤) ، وابن خزيمة ، في الصحيح . في كتاب المناسك (١٧٥/٣) الحديث (٢٦٣١) ، الحاكم في المستدرك كتاب المناسك (٤٥١/١) ، قال الترمذي بعد أن أخرجه : « حديث أبي بكر حديث غريب » ، وقال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه اهـ . انظر : التلخيص الحبير (٢٣٩/٢ ، ٢٤٠) ، الحديث (١٠٠٣) ، نصب الراية (٣٣/٣ - ٣٥) ، مصابيح السنة (٢٢٩/٢ ، ٢٣٠) الحديث (١٨٢٢) .

(٢) في سائر النسخ : عبد الله بن القاسم ، الصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . وعبد الرحمن بن القاسم : هو عبد الرحمن بن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، روى عن أبيه ، ونافع . روى عنه سماك بن حرب ، وهشام بن عروة والثوري ، وشعبة ، ومالك بن أنس . انظر ترجمته في : الجرح والتعديل (٢٧٨/٥ ، ٢٧٩) ، الترجمة رقم (١٣٢٤) .

(٣) حديث عائشة رضي الله عنها : رواه البخاري ، في الصحيح ، كتاب الحج ، باب التمتع والإقران والإفراد بالحج (٢٧٢/١) مطولا ، وفيه : خرجنا مع النبي ﷺ ولا نرى إلا أنه الحج ، وفي رواية : وأهل رسول الله ﷺ بالحج ، مسلم في الصحيح في كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام (٨٧٥/٢) الحديث (١٢١١/١٢٢) ، وأبو داود في السنن ، كتاب المناسك ، باب في إفراد الحج (٤٤٨/١) ، والترمذي في كتاب الحج ، باب ما جاء في إفراد الحج (١٧٤/٣) ، الحديث (٨٢٠) ، والنسائي في كتاب مناسك الحج ، في إفراد الحج (١٤٥/٥) ، وابن ماجه في كتاب المناسك ، باب الإفراد بالحج (٩٨٨/٢) ، الحديث (٢٩٦٤) ، والشافعي في المسند في كتاب الحج ، الباب السابع في الإفراد والقران والتمتع (٣٧٦/١) ، الحديث (٩٦٧ ، ٩٦٨ ، ٩٦٩) والدارمي في السنن كتاب المناسك ، باب في إفراد الحج (٣٥/٢) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الحج ، باب من اختار الإفراد ورآه أفضل (٣/٥) .

(٤) حديث عروة ، عن عائشة رضي الله عنها : أخرجه البخاري تعليقا ، في الصحيح ، كتاب الحج ، باب من ساق البدن معه (٢٩٤/١) ، وأخرجه مسلم في الصحيح ، كتاب الحج ، باب وجوب الدم على المتمتع (٩٠٢/٢) الحديث (١٢٢٨/١٧٥) ، (تحقيق عبد الباقي) ، والبيهقي في الكبرى ، كتاب الحج ، باب من اختار التمتع بالعمرة إلى الحج (١٧/٥ ، ١٨) ، وأحمد في المسند ، في مسند عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (١٤٠/٢) =

٧٦٣٤ - وهذا يدل على أنه كان متمتعًا بخلاف ما روى عنها القاسم بن محمد . وروى مجاهد ، قال : سئل ابن عمر : كم اعتمر رسول الله ﷺ ؟ قال : مرتين ، فقالت عائشة : لقد علم ابن عمر أن رسول الله ﷺ اعتمر ثلاثا سوي عمرته التي قرن بها حجه (١) .

٧٦٣٥ - وقد (٢) اختلفت الرواية عن عائشة ، فروى عنها الإفراد والتمتع والقران ، وخبر أنس ومن روينا عنه لم يتعارض ، فكان أولى .

٧٦٣٦ - فالوا : ذكر أبو داود عن جابر : أنه قال : أهللنا مع رسول الله ﷺ بالحج خالصًا لا يخالطه شيء (٣) .

٧٦٣٧ - قلنا : ذكر الثوري ، عن جعفر بن محمد ، حكايته عن جابر ، « أن النبي ﷺ حج حجتين قبل أن يهاجر ، وحج بعد الهجرة حجة ، قرن بها عمرة » (٤) .

٧٦٣٨ - وروى أبو نضرة (٥) عن جابر ، قال : « متعتان فعلناهما على عهد رسول الله ﷺ فنهانا عنهما عمر ، فلم نعد إليهما » (٦) .

٧٦٣٩ - قالوا : روي عن ابن عمر أنه قال : « أهللنا مع رسول الله (٧) ﷺ بالحج

= والطحاوي (١٤٢/٢) ، كلهم بنحو لفظ حديث سالم بن عبد الله ، عن عبد الله بن عمر ، الذي سيأتي تخريجه في من هذه المسألة .

(١) تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٤٢٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : عمرة قرن بها عمرة .حديث جابر ﷺ : أخرجه الترمذي ، في كتاب الحج ، باب ما جاء كم حج النبي ﷺ ؟ (١٦٩/٣ ، ١٧٠) ، الحديث (٨١٥) ، وابن ماجه ، في كتاب المناسك ، باب حجة رسول الله ﷺ (١٠٧٢/٢) ، الحديث (٣٠٧٦) ، وابن خزيمة ، في صحيحه ، في كتاب المناسك ، باب ذكر عدد حجج النبي ﷺ (٣٥٢/٤) ، والدارقطني في السنن ، في كتاب الحج ، باب المواقيت (٢/ ٢٧٨) ، الحديث (١٩٥) ، والحاكم في المستدرك ، كتاب المناسك (٤٧٠/١) ، والبيهقي في الكبرى ، كتاب الحج ، باب من اختار القران (١٢/٥) . قال الترمذي بعد أن أخرجه : هذا حديث غريب ، ثم قال : وسألت محمدًا أي الإمام البخاري عن هذا ، فلم يعرفه من حديث الثوري ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن جابر ، عن النبي ﷺ ورأيته لم يعد هذا الحديث محفوظًا وقال : إنما يروى عن الثوري . عن أبي إسحق عن مجاهد مرسلًا ، وقال الحاكم هذا حديث صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه ووافقه الذهبي .

(٥) في جميع النسخ : أبو النصرة بالصاد المهملة ، لعل الصواب ما أثبتناه بالضاد المعجمة ، من معاني الآثار .

(٦) أخرجه الطحاوي في المعاني في كتاب مناسك الحج ، باب ما كان النبي ﷺ به محرمًا في حجة الوداع (١٤٤/٢) .

(٧) في (ص) : [النبي] ، مكان : [رسول الله] .

مفردًا » [١] .

٧٦٤٠ – قلنا : روى الزهري ، عن سالم ، قال : « إني لجالس مع ابن عمر في المسجد ، إذ جاءه رجل من أهل الشام ، فسأله [٢] عن التمتع بالعمرة إلى الحج ، فقال ابن عمر : حسن جميل ، فقال : إن أباك ينهى عن ذلك ، فقال : ويلك! فإن كان أبي [٣] نهى عن ذلك ، وقد فعله رسول اللّٰه ﷺ ، وأمر به [٤] ، فقال : بأبي نأخذ أم بأمر رسول اللّٰه ﷺ ، قال : بأمر رسول اللّٰه ﷺ ، قال : فقم عني » [٥] .

٧٦٤١ – وروى ابن شهاب ، عن سالم بن عبد اللّٰه : أن عبد اللّٰه بن عمر قال : « تمتع رسول اللّٰه ﷺ من حجة الوداع بالعمرة إلى الحج وأهدى ، فساق معه الهدي من ذي الحليفة ، وسار رسول اللّٰه ﷺ وأهلَّ بالعمرة ، ثم أهلَّ بالحج ، وتمتع الناس مع رسول اللّٰه ﷺ بالعمرة إلى الحج » [٦] .

٧٦٤٢ – وروى سفيان عن صدقة بن يسار « أنه سمع ابن عمر يقول : عمرة [٧] في العشر الأول من ذي الحجة أحب إلي من عمرة في العشر البواقي » [٨] .

---

(١) حديث ابن عمر رضي الله عنهما : أخرجه مسلم ، في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب في الإفراد والقران بالحج والعمرة (٩٠٤/٢ ، ٩٠٥) ، الحديث (١٨٤ ، ١٢٣١) ، (تحقيق عبد الباقي) ، بهذا اللفظ ، وبلفظ : أن رسول اللّٰه ﷺ أهلَّ بالحج مفردًا وأخرجه الترمذي ، في السنن كتاب الحج ، باب ما جاء في إفراد الحج (١٧٤/٣) ، ضمن الحديث (٨٢٠) بلفظ : أن النبي ﷺ أفرد الحج ، وأفرد أبو بكر وعمر ، وعثمان وعزاه الزيلعي في نصب الراية أيضًا إلى البخاري ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج،باب من اختار الإفراد ورآه أفضل (٤/٥) ، والدارقطني في السنن ، في كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٣٨/٢) ، الحديث (١٣) وأحمد بلفظه ، في المسند ، في مسند عبد اللّٰه بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما (٩٧/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [في المجلس إذ جاءه رجل من الشام يسأله] ، مكان المثبت ، وقوله : [إذ جاءه] : ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) في (ص) : إن كان ولفظ : [أبي] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) ، مكانه : [أي] .

(٤) الزيادة من معاني الآثار .

(٥) هذا الحديث أخرجه الترمذي في سننه بمعناه ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في التمتع (١٧٦/٣ ، ١٧٧) الحديث (٨٢٤) ، البيهقي في الكبرى كتاب الحج ، باب كراهية القران والتمتع ، الطحاوي من هذا الوجه بهذا اللفظ ، في المعاني في كتاب مناسك الحج ، باب ما كان النبي ﷺ به محرمًا في حجة الوداع (١٤٢/٢) .

(٦) أخرجه البخاري ، في الصحيح فيكتاب الحج،باب من ساق البدن معه(٢٩٣/١) .

(٧) لفظ : [عمرة] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) حديث ابن عمر رضي الله عنه : أخرجه الطحاوي فيكتاب مناسك الحج،باب ما كان النبي ﷺ به محرمًا في حجة الوداع (١٤٨/٢) ، وأخرجه محمد ، في كتاب الحج ، باب القران بين الحج والعمرة (٣٦/٢ ، ٣٧) من =

٧٦٤٣ - وروى عطاء بن السائب ، عن كثير بن جهمان ، قال : « حججنا وفينا رجل أعجمي [(١)] يلبي بالعمرة والحج ، فعبنا [(٢)] ذلك عليه ، فسألنا ابن عمر ، فقلنا : إن رجلا يلبي بالعمرة والحج ، فما كفارته ؟ قال : يرجع بأجرين ، وترجعون أنتم بأجر واحد » [(٣)] .

٧٦٤٤ - فهذا ابن عمر يروى عن النبي ﷺ ويقي بفضيلة القران .

٧٦٤٥ - قالوا : روى نافع ، عن ابن عمر : « أن النبي ﷺ استعمل عتَّاب بن أَسِيد [(٤)] على الحج ، فأمره ، ثم استعمل أبا بكر سنة تسع وأفرد ، ثم حج النبي ﷺ سنة عشر ، فأفرد الحج ، ثم توفي [(٥)] رسول اللّٰه ﷺ ، واسَتُخْلِفَ أبو بكر ، فبعث عمر وأفرد الحج ، ثم أنه حج فأفرد الحج ، وتوفي أبو بكر ، واسَتُخْلِفَ عمرُ ، فبعث عبد الرحمن بن عوف فأفرد الحج ، ثم حج عمر سنيه كلها [(٦)] وأفرد الحج ثم توفي عمر ، واسَتُخْلِفَ عثمان ، فأفرد الحج ، ثم حصر [(٧)] عثمان ، فأقام عبد اللّٰه بن عباس بالناس ، فأفرد بالحج » [(٨)] .

٧٦٤٦ - قلنا : روى عن ابن عباس أنه قال [(٩)] تمتع رسول اللّٰه ﷺ حتى مات ،

= طريق سفيان ، بلفظ عمرة في الحج أحبُّ إليَّ من عمرة في العشرين البواقي ، ومن طريق مالك بنحو لفظ الطحاوي ، في موطئه ، باب الرجل يعتمر في أشهر الحج الحديث (٤٤٨) .

(١) في سائر النسخ : [أعمى] ، والمثبت من معاني الآثار .

(٢) في (م) ، (ع) : [فعيبنا] .

(٣) حديث كثير بن جهمان : أخرجه ابن أبي شيبة بمعناه في المصنف ، في كتاب الحج ، فيمن قرن بين الحج والعمرة(٣٧٦/٤) ، الحديث (١٣) ، والطحاوي من طريق عطاء بن السائب ، بهذا اللفظ في المعاني (١٤٨/٢) .

(٤) في (م) : [أسد] ، مكان : [أسيد] وهو تصحيف .

(٥) في سائر النسخ : [جمع] ، مكان : [حج] ، الصواب ما أثبتناه .

(٦) في (م) ، (ع) : [سنة له كلها] .

(٧) في (م) ، (ع) : [حضر] ، بالضاد المعجمة ، وهو تصحيف .

(٨) الزيادة من سنن الدارقطني . وقد أثبتناه عبارة قلنا : روى عن ابن عباس أنه ليستقيم المعنى . هذا الحديث : أخرجه الترمذي ، في السنن ،باب ما جاء في إفراد الحج (١٧٤/٣) بلفظ : أن النبي ﷺ أفرد الحج ، وأفرد أبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، والدارقطني في السنن ، فيكتاب الحج ، باب المواقيت (٢٣٩/٢) ، الحديث (١٤) ، من طريق عبد اللّٰه بن نافع ، عن عبيد اللّٰه ابن عمر ، عن نافع ، عن ابن عمر ، بهذا اللفظ .

(٩) واضح أن العبارة هنا ناقصة ، سقطت من سائر النسخ مع الزيادة التي أثبتناها في حديث ابن عمر ، عبارة أخرى ، لعلها : قلنا : روى عن ابن عباس أنه ؛ لأن العبارة لا تستقيم بدون هذه الزيادة ، كما أن قوله : تمتع رسول اللّٰه ﷺ إلى آخره ، ليس جزءا من حديث ابن عمر ، بل هو جزء من حديث ابن عباس ﷺ .

وأبو بكر حتى مات ، وعمر حتى مات [١] ، وأول ما نهي عنها معاوية [٢] .

٧٦٤٧ - قالوا : روى جابر قال : خرج رسول الله ﷺ لم يسم حجًا ولا عمرة ، حتى كان بين الصفا والمروة ، ونزل عليه عبد الرحمن ، فأهلَّ بالحج » [٣] .

٧٦٤٨ - قلنا : روي عن عائشة ، أنها قالت : إنه أفرد بالحج » [٤] .

٧٦٤٩ - وروي عن ابن عمر : « أنه أفرد بالحج » [٥] .

٧٦٥٠ - وروينا عن علي ، وأنس ، والجماعة : « أنه قرن » ، فعارض [٦] هذا ما رواه جابر .

٧٦٥١ - قالوا : روى جابر أن النبي ﷺ قال : « لو استقبلت من أمري ما استدبرت ، لما سقت الهدي ، ولجعلتها عمرة » [٧] ، ثبت أنه كان محرمًا بالحج ، إذ لو كان محرمًا بالحج والعمرة لقال : ولجعلتها عمرة .

٧٦٥٢ - قالوا : دخل مكة فقضى العمرة ، ثم قال : « لو استقبلت من أمري ما استدبرت لجعلت الحجة عمرة » بالفسخ ، وأما العمرة فقد قضاها ، فلذلك [٨] لم يكرهها . وإذ قد تعارضت / الأخبار فأخبارنا أولى ؛ لأن رواتها أكثر ؛ ولأنَّا روينا عن جماعة لم تختلف [٩] الرواية عنهم ، [فكان من روى ولم تختلف الرواية عنهم] [١٠] أولى .

٩/أ

٧٦٥٣ - ولأنا نجمع بين الأخبار ونستعمل جميعها ، فنقول : يجوز أن يكون النبي ﷺ أحرم ابتداءً بالعمرة ، فسمعه قوم [١١] يحرم بها ، ثم أدخل الحج عليها ، فمن قال : أفرد الحج ، سمعه يحرم بالحج ، ولم يكن عرف تقدم إحرامه بالعمرة ، ومن قال :

---

(١) قوله :وأبو بكر حتى مات ، وعمر حتى مات ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) هذا الحديث : أخرجه الطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب ما كان النبي ﷺ به محرمًا في حجة الوداع (١٤١/٢) من طريق ليث ، عن طاووس ، عن ابن عباس ﷺ بهذا اللفظ وزاد فيه : وعثمان حتى مات .

(٣) لم نعثر على هذا الحديث من وجه جابر ﷺ ، وقد تقدم تخريجه من حديث طاووس مرسلا ، بلفظ آخر في مسألة (٤١٥) .

(٤) تقدم تخريجه .

(٥) تقدم تخريجه .

(٦) في (م) ، (ع) ، [يعارض] .

(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٤١٥) .

(٨) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(٩) في (م) : [لم يختلف] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١١) في (م) : [يوم] ، مكان : [قوم] .

تمتع ، سمع إحرامه ابتداء بالعمرة ، ثم رآه يُلَبّي بالحج ، فقال : تمتع ، ومن قال : قَرَنَ ، عرف أنه أدخل إحرام الحج على إحرام العمرة قبل الطواف ، فقال : قرن .

فتحمل رواية الجماعة على وجه صحيح ، ولهذا روت عائشة رضي الله عنها « أنه أفرد الحج » ، وروت : « أنه قرن » ؛ بمعنى : أفرد الحج حين أحرم بهما وقولها [١] : « قرن » لأن من أهلَّ بعمرة [٢] ، ثم أدخل الحج على عمرته قبل الطواف كان قارنًا .

٧٦٥٤ - وتأويل آخر : وهو الإحرام يستدل عليه بالتلبية ، والقارن يجوز أن يلبي بهما ، ويجوز أن يقول : لبيك بحجة ويسكت [٣] عن العمرة ، ويجوز أن يقول : لبيك بعمرة ويسكت [٤] عن الحجة ، كما يجوز [٥] أن يقول : لبيك ويسكت [٦] عنهما .

٧٦٥٥ - فمن روى : أنه أفرد الحج ، سمع رسول الله ﷺ يقول : لبيك بحجة ، [ومن روى القران سمعه يقول : « لبيك بهما » ومن روى التمتع سمعه يقول : لبيك بعمرة ، ثم سمعه يقول : لبيك بحجة] [٧] فقد تأولنا جميع الروايات ، ولا يمكنهم تأويل رواية من روى ، ومن قال : سمعه يقول : لبيك بعمرة في حجة ، فكان من أمكنه تأويل جميع الأخبار أولى .

٧٦٥٦ - قالوا : قال الشافعي : تأويل رواية عائشة أولى ، لحفظها وعلمها وقربها من رسول الله ﷺ ، وابن عباس من الأهل ، وابن عمر أنكر على أنس ، وجابر نقل الحج من أوله إلى آخره ، وساق القصة ، فكان أولى .

٧٦٥٧ - قلنا : فهؤلاء رووا تمتعًا وقِرانًا وإفرادًا [٨] ، فقد بينا تعارض الروايات عنهم ، وقد روينا عمن لم تتعارض الرواية عنه . فأما إنكار ابن عمر رواية أنس فقد أنكر

---

(١) في (م) ، (ع) : [قولهما] .

(٢) زيادة [ثم أهل بعمرة] ، وفي (ع) وهامش (م) ولا وجه لها .

(٣ ، ٤) في (م) : [نسكت] .

(٥) في (م) ، (ع) : [نقول] ، مكان : [يجوز] .

(٦) في (م) : [نسكت] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (ص) : [تمعنا] بدون نقطة في أوله وفي (م) ، (ع) : [تمتعا] ، كلمة : [فهؤلاء] سقطت كما سقطت كلمة : [تمتعًا] لعل تصويب العبار يكون هكذا [فهؤلاء] . رووا تمتعا ، وقرانا ، [وإفرادا] ؛ لأن المعنى لا يستقيم بدون هذه الزيادة بدلالة السياق . وقد أثبتناها في المتن ليستقيم السياق .

رد ابن عمر ، وأقام على روايته إلى أن مات ، وقال : « من باهلني باهلته » .

٧٦٥٨ - قالوا : فقد تساوينا في نقل الفعل ، وانفردنا بالقول ، وهذا ما روت عائشة [1] قالت : « كان رسول الله ﷺ بذي الحليفة ، قال : من أحب أن يهلَّ بالحج فليفعل [2] ، ومن أحب أن يهلَّ بهما ، فليفعل وإنما أهلَّ بالحج » [3] .

٧٦٥٩ - قلنا : قوله : إنما أهلَّ بالحج » يجوز أن يكون قبل أن يؤمر من جهة الله تعالى بالقران ، ثم القول معنا ؛ لأن في الحديث : أن النبي ﷺ قال : « أما أني سقت الهدي وقرنت » [4] ، وهذا أولى ؛ لأنه إخبار عما فعل ، وذلك إخبار عما سيفعل ويجوز أن يغير الله تعالى .

٧٦٦٠ - قالوا : لم يُنقل عن أحد من السلف كراهةُ الإفراد ، وقد نقل عنهم كراهة التمتع والقِران .

٧٦٦١ - وأما التمتع فأنكره عمر ، وقال : « متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ أنا أنهى عنهما » [5] ، وأنكر ذلك عثمان [6] .

٧٦٦٢ - وأما القِران : فأنكره سلمان بن ربيعة ، وزيد بن صوحان [7] ؛ قال

---

(١) لفظ : [عائشة] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) حديث عائشة ﷺ : متفق عليه . أخرجه البخاري في الصحيح في كتاب الحج ، باب التمتع والإقران والإفراد بالحج (٢٧٢/١) من طريق مالك ، عن أبي الأسود ، عن عروة ، عن عائشة ، بلفظ : خرجنا مع رسول الله ﷺ عام حجة الوداع ، فمنا من أهل بعمرة ، ومنا من أهل بالحج ، وأهل رسول الله ﷺ بالحج ، ومسلم في الصحيح في كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام (٨٧١/٢٢ ، ٨٧٣) الحديث (١١٤ ، ١١٨ ، ١٢١١) ، من طريق مالك ، بنحو لفظ البخاري ، ومن طريق سفيان ، عن الزهري ، عن عروة عن عائشة ، بلفظ :خرجنا مع رسول الله ﷺ فقال : من أراد منكم أن يهلَّ بحج وعمرة ، فليفعل . ومن أراد أن يهل بحج ، فليهلَّ . ومن أراد أن يهل بعمرة فليهلَّ ، فأهل رسول الله ﷺ بحج (تحقيق عبد الباقي) . انظر تخريجه أيضا في الهداية ، في تخريج أحاديث البداية (٣٣٧/٥) ، الحديث (٩١٠) .

(٤) في (ع) : [قربت] . هذا جزء من حديث البراء بن عازب ، الذي تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(٥) أثر عمر ﷺ : أخرجه الطحاوي ، في المعاني (١٤٦/٢) ، من طريق مالك ، عن نافع ، عن ابن عمر ، بهذا اللفظ ، وزاد فيه : وأعاقب عليهما متعة النساء ، ومتعة الحج ، وعزاه الغماري في الهداية في تخريج البداية (٣٣٤/٥- ٣٣٦) إلى سعيد بن منصور في سننه ، من طريق آخر .

(٦) سيأتي تخريج حديث عثمان في هذه المسألة .

(٧) في (م) ، (ع) . [سالم بن ربيعة وزيد بن صوخان] .

الصبيُّ [١] بن معبد : « كنت رجلًا أعرابيا نصرانيا فأسلمت ، فأتيت رجلا من عشيرتي ، يقال له : هذيم [٢] بن عبد اللَّه ، فقلت : يا هذيم [٣] ! إني حريص على الجهاد ، وإني وجدت الحج والعمرة مكتوبين عليَّ ، فكيف لي أن أجمعهما ؟ فقال : اجمعهما واذبح ما استيسر من الهدي فأهللت [٤] بهما ، فلما أتيت العذيب [٥] لقيني سلمان بن ربيعة ، وزيد بن صوحان ، وأنا أُهلُّ [٦] بهما ، فقال أحدهما للآخر : ما هذا بأفقه من بعيره .

٧٦٦٣ – قال : فكأنما أُلقي عليَّ جبل ، حتى أتيت عمر بن الخطاب ﷺ فقصصت عليه القصة ، فقال عمر [٧] هديت لسنة نبيك ﷺ » [٨] .

٧٦٦٤ – قلنا : القران عندنا وعندكم جائز غير مكروه ، وإنكار من أنكر خطأ ، وكيف ترجحون بما لا يصح بالاتفاق .

٧٦٦٥ – فأما إنكار غير المتمتع : فإنما نهى عن المتعة التي فسخ بها الحجة وحجة الوداع ، فأما أن تظن به أنه نهى عن متعة دل القرآن عليها ، وفعلها وجوه أصحاب النبي ﷺ ؛ فلا .

---

(١) وهو صُبي بن معبد التغلبي الكوفي روى عن : عمر بن الخطاب في الجمع بين الحج والعمرة ، وروى عنه : إبراهيم النخعي ، وغيره. ذكره ابن حبان في كتاب الثقات . انظر : تهذيب الكمال (١١٤/١٣) .

(٢) في سائر النسخ : مريم ، مكان : هذيم ، وهو تصحيف ، وما أثبتناه من سنن أبي داود ، والسنن الكبرى للبيهقي ، وتقريب التهذيب ، وفي سنن النسائي : هريم . قال ابن حجر : هو هذيم بن عبد اللَّه التغلبي . ويقال : أبوه ثرملة ، بضم المثلثة والميم بينهما راء ساكنة ، وربما قيل له : أذيم ، تبدل الهاء همزة ، مخضرم ، مقبول .

(٣) في (م) ، (ع) : [يا أخي] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وأهللت] .

(٥) الزيادة من كتب الحديث .

(٦) في (م) ، (ع) : [سليمان بن ربيعة ، وزيد بن صوخان ، وأنا أهلل] .

(٧) لفظ : [عمر] ساقط من (ع) .

(٨) الزيادة من سنن أبي داود . حديث الصبي بن معبد : أخرجه أبو داود بهذا اللفظ ، في السنن كتاب المناسك ، باب في الإقران (٤٥٥/١) والبيهقي في الكبرى كتاب الحج ، باب القارن يهريق دما (٣٥٤/٤) ، وأخرجه النسائي بهذا اللفظ باختلاف يسير في السنن كتاب مناسك الحج ، في القران(١٤٦/٥ – ١٤٨) ، وابن ماجه في السنن كتاب المناسك ، باب من قرن الحج والعمرة(٩٨٩/٢ ، ٩٩٠) ، الحديث (٢٩٧٠) ، وابن خزيمة في صحيحه كتاب المناسك ، باب ذكر البيان : أن العمرة فرض(٣٥٧/٤) ، الحديث (٣٠٦٩) ، والطحاوي في المعاني كتاب مناسك الحج ، باب ما كان النبي ﷺ به محرما في حجة الوداع (١٤٥/٢ ، ١٤٦) ، وأخرجه ابن أبي شيبة مختصرا في المصنف كتاب الحج ، فيمن قرن بين الحج والعمرة (٣٧٥/٤) ، =

٧٦٦٦ - وقد روى طاووس ، عن ابن عباس قال : يقولون [١] : إن عمر نهى عن المتعة ، قال عمر : لو اعتمرت في عام مرتين ، ثم حججت لجعلتهما مع حجتي [٢] .

٧٦٦٧ - وأما إنكار سلمان بن ربيعة ، وزيد بن صوحان - صحابيين [٣] - فقد رد عليهما عمر بن الخطاب [ﷺ] [٤] .

٧٦٦٨ - ذكر الطحاوي بإسناده عن الصبي بن معبد ، قال : « قدمت على عمر فقصصت عليه ، فقال : إنهما لم يقولا شيئًا ، هديت لسنة نبيك [ﷺ] [٥] .

٧٦٦٩ - والذي روى عن عمر ، أنه قال : « فأفردوا الحج » [٦] ، فإنما أراد أن ينكر قصة الناسي الموسم في أشهر الحج ، وغيرها فحلوا مكة من قاصد [٧] ، وليس هذا المعنى يعود إلى النسك .

٧٦٧٠ - والذي روى عن [٨] عثمان ، أنه نهى عن المتعة ، فقد روى عن مروان بن الحكم ، قال : « كنا نسير مع عثمان ، فإذا رجل يلبي بالحج والعمرة ، فقال عثمان : من

= ومحمد في كتاب الحجة ، كتاب المناسك ، باب القران بين الحج والعمرة (١٧/٢ - ١٩ ، ٢٢ ، ٢٣) ، والجصاص في أحكام القرآن ، في باب التمتع بالعمرة إلى الحج (٢٨٦/١) . قال الزيلعي نقلا عن الدارقطني : وحديث الصبي بن معبد هذا حديث صحيح ، وأصحه إسنادا حديث منصور ، عن الأعمش ، عن أبي وائل ، عن الصبي ، عن عمر. في نصب الراية ، باب القران(١٠٩/٣ ، ١١٠) .

(١) في سائر النسخ : [يقول] ، المثبت من معاني الآثار .

(٢) في سائر النسخ : [مع عمرة] ، المثبت من المتن من معاني الآثار . أخرجه الطحاوي في المعاني ، الباب السابق (١٤٧/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [سليمان بن ربيعة] ، وزيد بن صوخان قلنا : [صحابين] ، والصواب [وهما صحابيان] .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) الزيادة من معاني الآثار . قال الطحاوي بعد أن أخرجه بهذا اللفظ : فدل قوله : هديت لسنة نبيك بعد قوله : أيهما يقولا شيئًا ، أن ذلك كان منه على التصويب منه لا على الدعاء ، في المصدر السابق (١٤٦/٢) .

(٦) أثر ابن عمر ﷺ أخرجه الطحاوي من طريق إبراهيم بن عبد الأعلى ، عن سويد ، بلفظ :سمعت عمر ﷺ يقول أفردوا بالحج ، في المصدر السابق (١٤٧/٢) .

(٧) هذه العبارة غامضة ، وقد قال الطحاوي بعد أن أخرج أثر عمر :ليس ذلك عندنا على كراهته ، لما سوى الإفراد من التمتع والقران ، ولكنه لإرادته معنى آخر سوى الإفراد ، قد بينه عبد اللّه بن عمر رضي اللّه عنهما، ثم أخرج حديث ابن عمر عن أبيه ، بلفظ :افصلوا بين حجكم وعمرتكم ، فإنه أتم لحج أحدكم ، وأتم لعمرته أن يعتمر في غير أشهر الحج ، في نفس المصدر (١٤٧/٢) .

(٨) حرف : [عن] ساقطة من (م) .

هذا ؟ ، فقالوا : علي ، فأتاه ، فقال : ألم تعلم أني نهيت عن هذا ، فقال : بلى ، ولكني لم أدع قول النبي ﷺ بقولك »[1] ، فهذا علي قد رد ذلك[2] ، وروى خلافه . على أن نهي عثمان محمول على ما قدمناه من قصد تكرار دخول مكة .

٧٦٧١ – فإن قيل : يحمل قول من روى « أن النبي ﷺ قرن » : على قرانٍ من ترادف ومتابعة ، وهو واحد بعد الآخر ، ولم يُرد قِران الضم . كما روى : « أن النبي ﷺ جمع بين الصلاتين »[3] .

٧٦٧٢ – قلنا : القِران سُمع[4] في الشرع قد استقر لنسك[5] معلوم ، وفعل الحج بعد العمرة لا يتناوله هذا الاسم ، فلا يجوز العدول عن الاسم الشرعي إلى غيره .

٧٦٧٣ – على أنه لم ينقل أحد أن النبي ﷺ اعتمر بعد التحلل من الحج ، فكيف يتأول ذلك على أمر لم يثبت وجوبه ؟

٧٦٧٤ – وعلى أن هذا التأويل لا يصح ، وقد روى أنس : أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول : « لبيك بعمرة في حجة »[6] .

٧٦٧٥ – فإن قيل : يحتمل أن يكون « قرن » بمعنى : أنه أمر بذلك ، كما روى : أنه رجم ماعزًا .

٧٦٧٦ – قلنا : حقيقة الإضافة تقتضي فعله الشيء بنفسه ، فمن حمله على الأمر ،

---

(١) حديث مروان بن الحكم أخرجه البخاري ، في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب التمتع والإقران والإفراد بالحج (٢٧٢/١ ، ٢٧٣) بلفظ :شهدت عثمان وعلي رضي الله عنهما وعثمان ينهى عن المتعة ، وأن يجمع بينهما فلما رأى عليا ، أهل بهما لبيك بعمرة وحجة ، قال : ما كنت لأدع سنة النبي ﷺ لقول أحد ، والنسائي بنحو لفظ البخاري ، في كتاب مناسك الحج ، في القران (١٤٨/٥) ، وابن أبي شيبة نحوه في المصنف في كتاب الحج ، فيمن قرن بين الحج والعمرة (٣٧٤/٤ ، ٣٧٥) ، الحديث (٢) ، والبيهقي في الكبرى ، كتاب الحج ، باب كراهية من كره القران والتمتع (٢٢/٥) ، الطحاوي بهذا اللفظ ، في المصدر السابق (١٤٩/٢) ، وأحمد في المسند ، في مسند علي بن أبي طالب رضي الله عنه (١٣٦/١) ، والطيالسي في المسند ، في أحاديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه ص٦ .

(٢) في (م) ، (ع) : [قدره] .

(٣) حديث الجمع بين الصلاتين : أخرجه البخاري ، في الصحيح ، في التقصير ،باب الجمع في السفر بين المغرب والعشاء (١٩٤/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب صلاة المسافرين وقصرها،باب جواز الجمع بين الصلاتين في السفر(٤٨٨/٢) ، (تحقيق عبد الباقي) . انظر تخريجه أيضًا في نصب الراية ، باب صلاة المسافر (١٩٢/١ ، ١٩٣) .

(٤) في (م) ، (ع) : [اسمع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [كنسك] .

(٦) تقدم تخريج هذا الحديث في هذه المسألة .

فقد عدل عن الحقيقة إلى المجاز .

٧٦٧٧ – وهذا لا يصح مع قول الراوي : « أنه أتى بهما » ؛ ولأن مثل هذا التأويل يمكن فيما روى : « أنه أفرد » بمعنى : أنه أمر بذلك .

٧٦٧٨ – فإن قيل : قول أنس : « سمعه يلبي ويقول : عمرة في حجة » يحتمل أنه سئل عن القران ، فعلَّم السائل كيف التلبية ، فظن أنس : أنه يلبي بذلك لنفسه .

٧٦٧٩ – قالوا : ويحتمل أن يكون سمعه مرة (١) يلبي بالحج ، ومرة يلبي بالعمرة .

٧٦٨٠ – قلنا : هذا غلط ؛ لأن أنسًا قال : « فلما استوى النبي ﷺ على البيداء جمع بينهما » (٢) .

٧٦٨١ – وروى في حديثه ، قال : « كنت رديف أبي طلحة وركبتي تمس ركبة النبي ﷺ فما زالوا يصرخون بهما » (٣) ، يعني : النبي ﷺ وأبا طلحة (٤) ، وهذا يقتضي المداومة ، وإجماع التلبية لهما في وقت واحد .

٧٦٨٢ – احتجوا في نفس المسألة : بأن المُفْرِدَ يأتي بإحرامين وتلبيتين ، وقطع مسافة (٥) وحَلْقَيْن ، فإذا قرن : اقتصر (٦) من كل واحد من هذا على واحد ، وكان ما كثر (٧) عمله ، أكثر ثوابًا وأعظمَ (٨) أجرًا .

٧٦٨٣ – قلنا : إذا اعتبر (٩) الإحرامين والتلبيتين : أنه إذا أحرم بالعمرة ثم أدخل عليها الحج (١٠) . وقد أتى بإحرامين وتلبيتين ، ومع هذا الإفراد عندهم أفضل منه (١١) .

٧٦٨٤ – وأما السفرين (١٢) : فلا يعتبرونه ؛ لأن عندهم إذا فرغ من الحج واعتمر ، فهو أفضل من القِران ، والسفر واحد .

٧٦٨٥ – وأما الحلق : فعندهم ليس بنسك ، فلا معنى للترجيح به .

---

(١) لفظ : [مرة] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) تقدم تخريج هذا الحديث في هذه المسألة .
(٣) تقدم تخريجه في هذه المسألة .
(٤) في (م) ، (ع) : [وأبي طلحة] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ساقة] .
(٦) في (م) ، (ع) : [اقتضى] .
(٧) في (م) ، (ع) : [بأكثر] ، مكان : [ما أكثر] .
(٨) في (م) : [وعظم] .
(٩) لفظ : [اعتبار] ساقط من (م) ، (ع) .
(١٠) في (م) : [الحاج] .
(١١) لفظ : [منه] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٢) لفظ : [السفرين] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

٧٦٨٦ - وعلى أصلنا : وإن كان نسكا [١] ، فليس بمقصود لنفسه ، وإنما يراد ليخرج من العبادة ، ويصح أن يخرج من العبادتين بمعنى واحد ، كما يخرج من الاعتكاف والصوم بالجماع .

٧٦٨٧ - وقالوا : إذا أفرد ، أتى بكل واحد من النسكين في وقته ، فإذا أقرن بالعمرة في أشهر الحج وهو لها وقت رخصة ، والقوم ما كانوا يعتمرون في أشهر الحج حتى رخص النبي ﷺ في ذلك ، والعزيمة أولى من الرخصة .

٧٦٨٨ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن فعل العمرة في أشهر الحج [ليس برخصة ، وإنما أمرهم مخالفة للمشركين .

٧٦٨٩ - قال ابن عباس : « كانوا يرون العمرة في أشهر الحج من] [٢] أفجر الفجور ، وكانوا يسمون المُحَرَّمَ صفرًا [٣] ويقولون : « إذا برأ [٤] الدبر ، وعفى الأثر ، وانسلخ صفر ، حلت العمرة لمن اعتمر » ، وقال ابن عباس [٥] : « فقدم رسول الله [٦] ﷺ وأصحابه صبيحة رابعة ، وهم مُلَبُّون [٧] بالحج ، فأمرهم أن يجعلوها عمرة » [٨] .

فهذا يدل : أن النبي صلى الله تعالى عليه [٩] وسلم أمر بذلك مخالفة للمشركين ، وكلما فعله في المناسك مخالفة لهم : فهو واجب أو فضيلة ؛ لأنه خصه بدليل الدفع من

---

(١) في (م) : [نسك] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٣) في (م) ، (ع) : [صفر] . (٤) في (م) ، (ع) : [إذا أبر] .
(٥) في (ص) : [قال] بدون العطف ، قوله : [وقال ابن عباس] زيادة من المصنف .
(٦) في (ص) ، (م) : [قدم] وفي (ع) : وقدم [وفي سائر النسخ] ، [النبي] ، مكان : [رسول الله] ، المثبت من معاني الآثار .
(٧) في سائر النسخ : [يقولون] ، مكان : [ملبون] ، المثبت من معاني الآثار .
(٨) هذا الحديث : أخرجه البخاري باختلاف يسير في الصحيح ، في كتاب الحج ،باب التمتع ، والإقران والإفراد بالحج (٢٧٣/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب جواز العمرة في أشهر الحج (٩٠٩/٢ ، ٩١٠) ، الحديث (١٢٤٠/١٩٨) ، والنسائي في السنن ، في كتاب مناسك الحج، في إباحة فسخ الحج بعمرة لمن لم يسق الهدي (١٨٠/٥ ، ١٨١) ، والبيهقي في الكبرى ، في باب العمرة في أشهر الحج (٣٤٥/٤) ، وأحمد في المسند ، في مسند عبد الله بن عباس ﷺ (٢٥٢/١) ، الطحاوي في المصدر السابق (١٥٨/٢) بهذا اللفظ ، وزاد فيه : [قالوا : يا رسول الله أي حل نحل ، قال : الحل كله] . انظر تخريجه أيضًا في : نصب الراية ، باب القِران (١٠٣/٣) .
(٩) الزيادة من (م) ، (ع) ، وما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

عرفة بعد غروب الشمس ، والدفع من مزدلفة قبل طلوعها ، والوقوف بعرفة خارج الحرم ، وكانت قريش [(١)] تقف في الحرم وتنزل المحصب [(٢)] . ولو سلمنا أنه رخصة : لم يمنع أن يكون أفضل ، كما أن جمع الصلاتين أفضل من فعلهما في وقتهما .

٧٦٩٠ - وقال الشافعي : القضاء رخصة ، وهو أفضل من الإتمام ، وأكل الميتة عند / الضرورة رخصة ، حتى إن من لم يأكل حتى مات كان آثمًا .

٧٦٩١ - قالوا : إفراد الحج عن العمرة أفضل من الجمع بينهما ، أصله : المكي إذا أحرم بكل واحد منهما من الكوفة .

٧٦٩٢ - قلنا : ينتقض بمن أحرم بشيء ونسيه ، فإن القران أفضل من الإفراد مع وجود أوصافهم .

٧٦٩٣ - فأما الحجة الكوفية ، والعمرة الكوفية [(٣)] : فالقران أفضل منهما ، وإنما ذاك قول محمد .

٧٦٩٤ - وأما المكي فميقاته بالحج [(٤)] ، والعمرة يختلف ، يحرم بالحج [(٥)] من مكة ، فلو أحرم بها من الحرم : لزمه دم ، وموضوع [(٦)] القران أنه يقترن الدخول ، فإذا تعذر لاختلاف الميقات لم يصح .

٧٦٩٥ - وأما الآفاقي فإنما من حقه ميقات واحد معين شرعًا ، فأمكنه الجمع من ذلك الميقات ، فكان أفضل .

٧٦٩٦ - فإن قيل : من كان أهله بين [(٧)] الميقات ومكة فلا تمتع [(٨)] له ولا قِران عندكم ، وميقات حجه [(٩)] وعمرته واحد .

٧٦٩٧ - قلنا : كما يمنع [(١٠)] ذلك من أهل مكة ، وهؤلاء في حكمهم أجري عليهم الحكم المتعلق بهم ، وإن أمكنهم الإحرام بهما من ميقات واحد . ألا ترى : أن

---

(١) في (ص) : [قريشا] .
(٢) في (م) : [يقف في الحرم وينزل المحصب] .
(٣) قوله : [والعمرة الكوفية] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [الحج] بدون الباء .
(٥) في (م) ، (ع) : [امنع] ، مكان : [يمنع] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يخرج بالحج] ، وقوله : [بالحج] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) في (م) ، (ع) : [ومن صوع] .
(٨) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [بين] .
(٩) في (م) ، (ع) : [فلا يمتنع] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [حجته] .

المكي إذا خرج للاحتطاب وغيره ثم عاد : لم يلزمه إحرام ؛ لأنه لم يكن حرمه عليهم لكونه من أهله ، وأجري [١] من بعد المواقيت في ذلك مجراهم ، وإن حصل لهم بالدخول التحرم بحرمة الحرم ، كما يحصل لأهل آفاق .

٧٦٩٨ - فإن قيل : فالمكي عندكم لا تمتع [٢] له ، وإن كان يأتي بالعمرة من الحل والحج من الحرم .

٧٦٩٩ - قلنا : إذا لم يصح قرانه لِمَا قدمنا لم يصح تمتعه ؛ لأن حكم أحد الأمرين حكم الآخر [٣] .

٧٧٠٠ - وفرق آخر وهو : أن القِران والتمتع سقط بكل واحد منهما أحد الميقاتين ؛ لأن المتمتع يُحرم بالحج من مكة ، والقارن يجوز له ذلك أيضا قبل الطواف ، فلو صح تمتع المكي وقِرانه : لم يسقط بذلك حكم أحد الوقتين في حقه ، بل يلزمه في حكم الوقتين ، فلم يلزمه [٤] حال الإفراد ، فكذلك لم يصح لهم التمتع والقِران ، وكذلك من بعد المواقيت لا يسقط [٥] حكم الوقت في ضمهم بالقِران ؛ لأنهم لو أفردوا بالحج المفرد من مكة : جاز ، فصاروا في ذلك [٦] كأهل مكة .

٧٧٠١ - قالوا : الدليل على أن دم [٧] التمتع دم جبران : أنه دم له بدل هو الصوم [٨] : فكان دم جبران ، كالدم الواجب بالحلق والطيب .

٧٧٠٢ - قلنا : لا نسلم الحكم في الأصل ؛ لأنه إن حلق بغير عذر : فلا بدل للهدي ، وإن حلق بعذر : فالصوم ليس ببدل ، وإنما يخير بينه وبين الصوم .

٧٧٠٣ - والمعنى [٩] فيه : أنه تعلق سنة لا يباح من غير عذر ، ودم القِران بخلافه .

٧٧٠٤ - قالوا : [دم له تعلق بالإحرام ، فكان نقصًا بالفدية إلا دين .

٧٧٠٥ - قلنا] [١٠] : تعلق الشيء بالإحرام لا يخرجه أن يكون نسكا ؛ لأن

---

(١) في (م) : [واحرين] ، وفي (ع) : [واحرسي] .

(٢) في (م) ، (ع) : [عندهم لا يمنع] . (٣) في (م) ، (ع) : [حكم آخر] .

(٤) لفظ : [فلم] ، غير واضح في (ص) ، وفي (م) ، (ع) : [فلم يلزم] بدون الهاء .

(٥) في (ع) : [لم يسقط] . (٦) في (م) ، (ع) : [هذا] ، مكان : [ذلك] .

(٧) لفظ : [دم] : ساقط من (م) ، (ع) . (٨) في (م) ، (ع) : [هو صوم] .

(٩) في (م) ، (ع) : [المعنى] بدون العطف .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

موضوع المناسك أن يتعلق بالإحرام ، والمعنى في كفارة الأذى ما قدمناه

٧٧٠٦ - قالوا : لا خلاف أن المتمتع إذا أحرم بالحج من جوف مكة : يلزمه دم التمتع .

٧٧٠٧ - فإن حمل على نفسه وأتى الميقات [١] ، فأحرم بالحج من الميقات : فهو متمتع وعليه دم للجمع بين النسكين في الأشهر .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [بالميقات] بزيادة : [الباء] .

مسألة ٤٢٤

إذا جمع بين أكثر طواف العمرة وإحرام الحج في أشهر الحج من غير إلمام بأهله ، فهو متمتع

٧٧٠٨ - قال أصحابنا : إذا جمع بين أكثر طواف العمرة وإحرام الحج في أشهر الحج من غير إلمام بأهله : فهو متمتع [١] .

٧٧٠٩ - وقال الشافعي في القديم ، والإملاء : إذا أحرم قبل الأشهر ، وطاف في الأشهر : فهو متمتع ، وعليه دم .

٧٧١٠ - وقال في الجديد : إذا أحرم بالعمرة قبل الأشهر : فليس بمتمتع [٢] .

٧٧١١ - لنا : أنه جمع بين أكثر طواف العمرة ، وإحرام الحج في أشهر الحج من غير إلمام بأهله : فصار كما لو أحرم بها فيها ، ولا يلزم إذا رجع إلى أهله ؛ لأنا علّلْنا التسوية ، ولأنه ركن في أحد طرفي التمتع ، ولا يختص بالأشهر كطواف الحج .

٧٧١٢ - فإن قيل : المعنى فيه : أنه لا يصح في الأشهر ، لم نسلم ؛ لأنه يصح في يوم النحر ، ومن هو في الأشهر عندنا .

٧٧١٣ - وأما الكلام على قوله القديم ؛ لأنه لا يتعين فعل جميع [٣] الطواف في الأشهر ، فهو مبني على : أن الركن أكثر أشواط الطواف ، فإذا حصل الركن في الأشهر ، فكأنه طاف جميعه .

٧٧١٤ - ولأنه أحد طوافي التمتع ، فلم يكن من شرطه التمتع وفرع جميعه في الأشهر ، أصله : طواف الحج .

٧٧١٥ - احتجوا : بأنه نسك لا يتم العمرة إلا به ، فوجب أن يكون فعله في

---

(١) [صورة التمتع وهو أن يعتمر في أشهر الحج ويحج من عامه ذلك من غير أن يلم بأهله بين النسكين إلمامًا صحيحًا]. راجع المسألة في المبسوط (٣٠/٤ ، ٣١) ، بدائع الصنائع (١٦٨/٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٩٠/١ ، ٢٩١) .

(٢) [وإذا أحرم بالعمرة في غير أشهر الحج وفعل أفعالها في أشهره فالأصح عندنا : أنه ليس عليه دم تمتع] . راجع المسألة في المجموع مع المهذب (١٤٧/٧ ، ١٧٦ ، ١٨٢) .

(٣) لفظ : [فعل] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش وفي (م) ، (ع) : [جمع] ، مكان : [جميع] .

الأشهر شرطًا في وجوب التمتع ؛ أصله : الطواف والسعي .

٧٧١٦ - قلنا : المعنى في الطواف : أنه إذا تقدم صحت العمرة في غير وقت الحج. ومعنى التمتع : الجمع بينهما في وقت أحدهما .

٧٧١٧ - وإذا صحت في غير الوقت ، لم يكن جامعًا ، وليس كذلك الإحرام ؛ لأن بفعله لا تصح العمرة ، وإنما تصح [1] في أشهر الحج ، وكان بهما جامعًا بين القِران . بيانهما أن مخالفنا لو أحرم بالعمرة ولم يطف [2] حتى بلغ وأعتق : أجزأت عن الواجب ، ولو طاف ثم بلغ : لم يجزئه عن الواجب ، فدل على الفرق بين الموضعين .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يصح] .
(٢) في (ع) : [ولم يطف قط] بزيادة : [قط] .

مسألة ٤٢٥

إذا فرغ من العمرة ثم خرج ، فأهل من الميقات بالحج كان متمتعا

٧٧١٨ - قال أصحابنا : إذا فرغ من العمرة ، ثم خرج فأهلَّ من الميقات بالحج : كان متمتعًا ، ولم يذكر في الأصل خلافًا .

٧٧١٩ - ومن أصحابنا من قال : هذا قول أبي حنيفة ، فأما على قولهما : فمتى رجع إلى موضع إهلاله التمتع أو القرآن : لم يكن متمتعًا [١] .

٧٧٢٠ - وقال الشافعي : يسقط عنه دم التمتع [٢] .

٧٧٢١ - لنا : ما روي عن يزيد العقبة قال : « دخلنا مكة عمَّارا ، ثم زرنا قبر النبي ﷺ وحججنا من عامنا ، فسألنا ابن عباس ، فقال : أنتم متمتعون » [٣] ، ولا مخالف له .

٧٧٢٢ - ولأنه جمع بين أكثر طواف العمرة ، وإحرام الحج في أشهر الحج من غير إلمام ، فصار كما لو أحرم بالحج من الحرم .

٧٧٢٣ - ولأنه لم ينقض سفره بالعود إلى الميقات ، فصار كما لو أحرم (بالحج) من الحرم [٤] .

٧٧٢٤ - احتجوا : بأن ميقاته ما بين بلده والميقات ، فإذا حصل في الميقات محرمًا ، فكأنه عاد إلى بلده .

٧٧٢٥ - قلنا : إذا عاد إلى بلده قطع سفره الإحرام ، وحصل له التفرقة ، وعوده إلى

---

(١) إذا جاوز الميقات بعد الفراغ من العمرة فأتى بلدة أخرى غير بلدته بأن يكون كوفيًا فأتى البصرة ثم عاد وحج من عامه ذلك كان متمتعًا في قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يكن متمتعًا في قولهما . راجع المسألة في المبسوط (٣١/٤) ، بدائع الصنائع (١٧١/٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٩١/١) .

(٢) إذا رجع لإحرام الحج إلى الميقات وأحرم فلا يلزمه دم في مذهب الشافعية . راجع المسألة في المهذب مع المجموع ، كتاب الحج (١٧٤/٧ ، ١٨٢) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ، في المصنف ، في من قال : هو متمتع وإن رجع (٢٣١/٤) ، الحديث (٢) من طريق سفيان ، عن حماد بن أبي سليمان ، عن عبد الكريم ، عن يزيد الفقير ، بلفظ : أن قوما من أهل الكوفة تمتعوا ، ثم خرجوا إلى المدينة ، فأقبلوا منها بحج ، فسألوا ابن عباس ، فقال : إنهم متمتعون .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) وفيهما بعد قوله : [من الحرم] هذه العبارة : [ولأنه لم ينقص سفره من الحزم] .

غير بلده لا يقطع سفره ، ولا يحصل له التفرقة .

٧٧٢٦ - قالوا : بلده موضع لا يستحق منه الإحرام بالشرع ، فلم يسقط دم التمتع بالعود إليه ، أصله : سائر البلاد .

٧٧٢٧ - قلنا : هذا الكلام في غير المسألة ؛ لأن الخلاف أن في عوده إلى الميقات ، ثم بلده (١) لا يستحق الإحرام [والميقات لا يستحق الإحرام] (٢) منه ، وإنما يستحق الإحرام من الميقات إذا لم يحرم قبله ، كما يستحق الإحرام من بلده إذا لم يرد أن يحرم مما بعده ، والمعنى في سائر البلاد : أن سفره لا ينقطع بالعود إليها ، وفي بلده بخلافه .

٧٧٢٨ - قالوا : المتمتع إنما يلزمه الدم ؛ لأنه ترك (٣) ميقات الحج ، فإذا عاد إلى الوقت فأحرم بالحج لم يجب الدم .

٧٧٢٩ - قلنا : القارن يجب عليه الدم ، فلم يترك (٤) وقتا آخر لإحرامين . ولأن المستحق لحرمة الميقات إحرام واحد ، وقد أتى به ، فصار بدخوله مكة في حكم أهلها ، فلما أحرم بالحج منها لم يزل الوقت .

٧٧٣٠ - قالوا : لما حصل في الميقات في أشهر الحج التي حصلت وقتًا للحج ، ثم عدل عن الإحرام المتعلق (٥) بالوقت إلى غيره : لزمه الدم ، كذلك ههنا .

٧٧٣١ - قلنا : من حج حجة الإسلام يتعين عليه بحضور الأشهر إحرام الحج ، ومع هذا عليه دم التمتع .

٧٧٣٢ - ولأن حرمة الشرع توجب (٦) إحرام الحج بحسب حال المحرم ، فإذا كان هذا في حال الإحرام في حكم أهل مكة ؛ لأنه لم يترك حرمة الوقت ، فقد فعل المستحق عليه في الأشهر ، فلا يجوز أن يلزمه دم لترك وقت لم يستحق عليه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [بلد] بدون الضمير .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٣) في (م) : [نزل] ، مكان : [ترك] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يزل] ، مكان : [يترك] .
(٥) في (م) ، (ع) : [التعلق] ، مكان : [المتعلق] .
(٦) في هامش (ص) : [الأشهر] ، مكان : [الشرع] وفي (م) ، (ع) : [فوجب] .

مسألة ٤٢٦

حاضرو المسجد الحرام أهل المواقيت

٧٧٣٣ - قال أصحابنا : حاضرو المسجد الحرام أهل المواقيت ، وَمَنْ وراءها إلى مكة (١) .

٧٧٣٤ - وقال الشافعي : أهل مكة ومن حولها ، على مسافة لا تقصر (٢) فيها الصلاة (٣) .

٧٧٣٥ - لنا : أنه من أهل أحد المواقيت ، فصار كالميقات الذي بينه وبين مكة أقل من ليلتين وهم أهل قرن .

٧٧٣٦ - ولأن كل من له دخول مكة بغير (٤) إحرام ، كان من حاضري المسجد الحرام (٥) ، كأهل السيارة .

٧٧٣٧ - ولأن من بينه وبين مكة إحدى المواقيت ليس من حاضري المسجد ، كأهل المدينة .

٧٧٣٨ - ولأنه لو أراد الحج ، لم يجز له الدخول إلا بإحرام ، كأهل الكوفة .

٧٧٣٩ - احتجوا : بأنه من الحرم على مسافة تقصر فيها الصلاة ، فصار كمن بَعُد ، وفي الميقات القريب (٦) ؛ لأن بينه وبين مكة مسافة لا تقصر فيها الصلاة ، كمن في المواقيت .

٧٧٤٠ - قلنا : اعتبرنا جواز دخول مكة بغير إحرام ، واعتبرتم حكم القصر ، وأحكام الإحرام متعلقة بالمناسك ، والقصر والإتمام لا تعلق له بالمناسك : فكان ما اعتبرناه أولى .

---

(١) « حاضرو المسجد الحرام هم أهل مكة ، وأهل الحل الذين منازلهم داخل المواقيت الخمسة » . راجع المسألة في بدائع الصنائع (١٦٩/٢) ، المبسوط ، باب المواقيت (١٦٩/٤) ، العناية بذيل فتح القدير ، باب التمتع (١٣/٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [لا يقضي] ، بمكان : [لا تقصر] ، وهو تصحيف .

(٣) « حاضروا المسجد الحرام أهل الحرم ومن بينه وبينه مسافة لا تقصر فيها الصلاة » . راجع المسألة في المجموع مع المهذب ، كتاب الحج (١٧٤/٧ ، ١٨٢) .

(٤) في (ع) : [من غير] .

(٥) الزيادة من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [القربه] ، مكان : [القريب] .

٧٧٤١ - فإن قيل : قال الله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُۥ حَاضِرِى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ﴾ (١) والحاضر ضد المسافر .

٧٧٤٢ - قلنا : الحاضر ضد الغائب ، فحقيقة الآية تقتضي (٢) سكان الحرام ، وقد أجمعنا أن الظاهر متروك ، فليس ما يقولونه من بعد بأولى من قول مخالفهم (٣) .

* * *

(١) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٢) في (م) : [يقتضي] .

(٣) في (ص) : [مخالفنا] .

مسألة ٤٣٧

ليس لأهل مكة وأهل المواقيت تمتع ولا قران

٧٧٤٣ - قال أصحابنا : ليس لأهل مكة ، ومَنْ بينها وبين مكة في [١] المواقيت تمتع ولا قران [٢] .

٧٧٤٤ - وقال الشافعي : لهم ذلك ؛ لأنه لا دم عليه [٣] .

٧٧٤٥ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى [٤] ٱلْحَجِّ ﴾ إلى قوله : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُۥ حَاضِرِي ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ﴾ [٥] .

٧٧٤٦ - وقوله : « ذلك » إشارة ، فيرجع إلى جميع ما تقدم ؛ لأن الإشارة بذلك تصلح لما بعد .

٧٧٤٧ - قال المفضل بن سلمة [٦] في « ضياء القلوب » : تقديره : ذلك التمتع [٧] لمن لم يكن ، وقد دل على المصدر [٨] الفعل في قوله : « فمن تمتع » .

٧٧٤٨ - وقيل : إن ذلك عبارة إلى المشار إليه ، والمشار إليه إما أن يكون حاضرا ، أو مذكورًا في حكم الحاضر ، والمذكور هو التمتع وأحكامه فذلك عبارة عنه .

٧٧٤٩ - قالوا : قيل : قوله : ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ ﴾ شرط ، وقوله : ﴿ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ ﴾

---

(١) حرف الجر ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) « ولا تمتع ولا قران لأهل مكة » لقوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُۥ حَاضِرِي ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ﴾ . راجع المسألة في مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٩٠/١) المبسوط (١٦٩/٤) ، بدائع الصنائع (١٦٩/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (١٠/٢ - ١٤) .

(٣) مذهب الشافعية أن المكى لا يكره له التمتع والقران ، وإن تمتع لم يلزمه دم . راجع المسألة في المجموع ، كتاب الحج (١٦٩/٧ ، ١٧٠) ، الحاوى الكبير (٧٩/٥) .

(٤) حرف الجر : ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٦) في (م) ، (ع) : [وقال ابن سلمة] ، وهو خطأ. هو الأديب اللغوي ، أبو طالب ، المفضل بن سلمة بن عاصم قال الذهبي : له تصانيف في معاني القرآن والآداب ، أخذ عن ابن الأعرابي ، وغيره من مشاهير العلماء ، أخذ عنه الصولي وغيره ، ومات بعد التسعين ومائتين . سير أعلام النبلاء (٣٦٢/١٤) ، الترجمة (٢١٢) .

(٧) في (م) : [المتمتع] ولفظ : [ذلك] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ص) : [المصدر على] بالتقديم والتأخير .

جزاء ، وقوله : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَن ﴾ استثناء ، فيرجع إلى الجزاء دون الشرط ، كقوله : من دخل داري فعليه كذا ، إلا بني [١] فلان / .

٩٧/أ

٧٧٥٠ - قلنا : « ذلك » إشارة وليس باستثناء ، وقوله : « فمن تمتع » إباحة للمتمتع فوزانه [٢] أن يقول : أبحت دخول [٣] داري ، فمن دخلها فعليه درهم ، ذلك لمن لم يكن من أهل مكة . فينصرف ذلك إلى إباحة الدخول . يبين [٤] ذلك : أنه لو رجع إلى الهدي حاضرًا ، لقال ذلك على من لم يكن .

٧٧٥١ - وقولهم : إن هذه مقام بعضها ، فيقام لبعض ، لقوله تعالى : « لمن » لا يجوز أن يكون خبرا ؛ لقوله [٥] : ﴿ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ ﴾ ، فإنما جمع بينهما كل خبر بجنس أن يكون خبرا له عند الانفراد .

٧٧٥٢ - قلنا : قوله تعالى : ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ ﴾ شرط ، فما لم يوجد الجزاء لا يتم [٦] الكلام ، فلا يصح أن يأتي بالخبر ، فإذا صح وتم الكلام [٧] من الجزاء وأول الشرط [٨] انصرفت الإشارة إليهما .

٧٧٥٣ - ويدل عليه [٩] : ما روي عن عمر أنه قال [١٠] : « ليس لأهل مكة تمتع ولا قران [١١] ، » وتخصيص العبادات بقبيل من الناس لا يعلم إلا من طريق التوقيف .

٧٧٥٤ - ولأنه لا يلزمه دم المتمتع : فلم يكن [١٢] متمتعًا ؛ كالصبي والمجنون .

٧٧٥٥ - فإن قيل : المعنى فيه : أنه لا يصح منهما الإفراد .

٧٧٥٦ - قلنا : إنما لا يصح إفراده ؛ لأن موجبه لا يلزمه ، فوزانه [١٣] المكي إذا صح

---

(١) في (م) : [لا بنى] ، مكان [إلا بنى] . (٢) في (م) : [لو أنه] وهو تصحيف .
(٣) الزيادة من (م) ، (ع) . (٤) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(٥) في (م) ، (م) : [كقوله] . (٦) في (م) : [الجزء إلا يتم] .
(٧) في (م) ، (ع) : [فإذا تم الكلام] ، مكان المثبت .
(٨) في (ص) : [الجز أول الشرط] وفي (م) : [الجز] ، مكان [الجزاء] .
(٩) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٠) لفظ : [قال] ساقط من (م) ، (ع) .
(١١) لم نهتد إلى أثر عمر ﷺ في كتب الحديث بعد ، وقد ذكره الكاساني في بدائع الصنائع ، الفصل السابق (١٦٩/٢) ، وابن الهمام في فتح القدير ، الباب السابق (١١/٣) .
(١٢) في (م) ، (ع) : [فكان] ، مكان : [فلم يكن] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [إنما التمتع بوزانه] ، مكان : [إنما لا يصح فوزانه] ، وما بين المعكوفتين ساقط =

منه الإفراد صح ذلك منه ، ولما لم يصح منه موجب التمتع : لم يصح منه التمتع .

٧٧٥٧ - ولأنه حصل له إلمام صحيح بأهله بين الإحرامين : فلم يكن متمتعًا ، كما لو أحرم بعمرة قبل الأشهر وطاف يومًا ثلاثة أشواط ثم تممها في الأشهر وحج من عامه ذلك .

٧٧٥٨ - ولا يلزمه [١] إذا ساق الهدي [٢] ، ثم أَلَمَّ بأهله ؛ لأن إلمامه لا لم يصح [٣] بدلالة أنه يجب العود عليه ؛ ولأن [٤] ميقات المكي في الحج والعمرة مختلف ، فإذا أحرم فقد ترك أحد الميقاتين ، فلزمه دم الجبران ، كما لو أحرم بعمرة لله .

٧٧٥٩ - قلنا : لم يتناول أهل مكة ؛ لأنه قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَحۡلِقُواْ رُءُوسَكُمۡ [٥] حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡهَدۡيُ مَحِلَّهُۥۚ ﴾ [٦] فدل : أن الآيه تناولت [٧] مَنْ ليس هو في محل الهدي .

٧٧٦٠ - قالوا : كل نسك جاز لأهل الآفاق جاز لأهل مكة ، أصله : الإفراد .

٧٧٦١ - قلنا : طواف الصدر نسك يجوز لأهل الآفاق ، ولا يجوز للمكي ؛ لأنه لا يتصور منه .

٧٧٦٢ - والمعنى في الإفراد : أنهم يساوون أهل الآفاق في موجبه ، فساووهم في صحته . ولما خالفوا أهل الآفاق في موجب المتعة والقران ، كذلك في الموجب لهم أيضًا .

٧٧٦٣ - قالوا : من جاز أن يفرد : جاز أن يتمتع ويقرن دليله غير [٨] أهل مكة .

٧٧٦٤ - قلنا : إن كان التعليل للشخص : فيجوز عندنا للمكي إذا استوطن بلدا آخر ، وإن كان التعليل للفقه : لم يجز ؛ لأن المسافر يجوز له القران من بلده ، والمكي لا يجوز له ذلك ؛ لأنه يترك أحد الميقاتين .

٧٧٦٥ - قالوا : ما لا يكره لغير أهل مكة ، لا يكره لأهل مكة ، كسائر الطاعات .

٧٧٦٦ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأنه يكره الوقت ؛ ولأنه لا يكره لغير أهل مكة

= من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . ويقصد يوازنه المكى ، أي يحاذيه .

(١) في (م) ، (ع) [لايلزمه] بدون العطف . (٢) لفظ : [الهدي] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ما لم يصح] . (٤) في (م) ، (ع) [ولا] ، مكان : [ولأن] .

(٥) لفظ : [رؤوسكم] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) سورة البقرة : الآية ١٩٦ . (٧) في (م) ، (ع) : [تناول] .

(٨) قوله : [ويقرن] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه في الهامش وفي (م) ، (ع) [عن] ، مكان : [غير] .

اصطياد صيدهم ، واحتشاش حشيشهم ، ويكره ذلك لأهل مكة ، وقد يكره لغير المكي ما لا يكره للمكي ، كترك طواف الصدر .

٧٧٦٧ - قالوا : ما كان طاعة لأهل الآفاق ينالون به رضا اللّٰه تعالى ويستحقون ثوابه ، فهو لأهل مكة أولى ؛ لأنهم سكان حرم اللّٰه تعالى وحاضرو مسجده .

٧٧٦٨ - قلنا : إنما يكون التمتع لأهل الآفاق طاعة إذا لم يتخلل بينهما إلمام صحيح ، وإذا ألموا بطل معنى التمتع منهم ، وهذا المعنى يحصل لأهل مكة لجمعهم التمتع .

٧٧٦٩ - وأما القران : فهو قربة لجميع الناس ؛ لأنهم لا يتركون به الوقت ، والمكي يترك [بالقِران] [1] حرمة أحد الميقاتين ، فإن خرج إلى موضع لأهله [2] التمتع والقِران : فقد صح قِرانه ؛ لأنه لم يترك الوقت .

٧٧٧٠ - قالوا : اعتبار الإلمام لم يدل عليه نص ولا قياس .

٧٧٧١ - قلنا : غلط ؛ لأن الجمع بين الإحرامين جُوِّز لأهل الآفاق ؛ ليستدركوا فضيلة الحج والعمرة ، ويسقط عنهم سفر أحدهما ، فإذا ألموا إلمامًا صحيحًا بينهما ، فقد زال المعنى الذي به جاز الجمع .

٧٧٧٢ - وأهل مكة يستدركون المعنى إلى أي وقت [3] شاءوا ، فلم يفتقروا إلى الجمع ، فلم يثبت حكمه في حقهم مع تخلف معناه .

* * *

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فإن خر أحد الميقاتين لأهله] ، مكان المثبت .

(٣) في (ع) : [المضي إلى وقت] .

مسألة ٤٢٨

لا يجزئه دم هدي المتعة والقران قبل يوم النحر

٧٧٧٣ – قال أصحابنا : لا يجزيه دم هدي المتعة والقران قبل يوم النحر (١) .

٧٧٧٤ – وقال الشافعي : إذا أحرم بالحج : جاز الدم قولًا واحدًا ، وقبل الفراغ من العمرة : لا يجوز قولًا واحدًا ، وإذا فرغ من العمرة ولم يحرم بالحج : فيه قولان (٢) .

٧٧٧٥ – لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا ﴾ (٣) . ﴿ وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ ﴾ ، ﴿ ثُمَّ لْيَقْضُوا تَفَثَهُمْ ﴾ (٤) . فرتب الحلق على الذبح ، فدل على أن وقت النحر (٥) وقت الحلق .

٧٧٧٦ – ويدل عليه : حديث حذيفة ﷺ : « أن النبي ﷺ ، قال : إني لبدت رأسي وقلدت الهدي ، فلا أحلُّ حتى أنحر (٦) ، وقال : « لو استقبلت من أمري ما استدبرت ، لما سقت الهدي ، ولجعلتها عمرة » (٧) .

٧٧٧٧ – ولو كان يجوز ذبح الهدي قبل يوم النحر لذبحه ، وصار كمن لا هدي معه .

---

(١) [لا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران إلا في يوم النحر] . جاء في الأصل : يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر ، وذبحه يوم النحر أفضل وهذا هو الصحيح راجع المسألة في شرح فتح القدير (١٦٢/٣) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣١٠/١) .

(٢) إذا ساق المتمتع الهدي معه أو القارن لمتعته أو قرانه فلو تركه حتى ينحره يوم النحر فهو الأفضل في المذهب الشافعي ، وإن قدم فنحره في الحرم أجزأ عنه . راجع المسألة في : الأم (١٨٣/٢) ، المجموع شرح المهذب (١٨٣/٧ ، ١٨٤) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما : مثل قول الحنفية ، لا يجوز ذبح هدي المتعة والقران قبل يوم النحر . قال ابن قدامة في المغني : وقال أبو طالب : سمعت أحمد قال في الرجل يدخل مكة في شوال ومعه هدي ، قال : ينحر بمكة ، وإن قدم قبل العشر نحره : لا يضيع أو يموت أو يسرق . راجع المسألة في المنتقى ، العنوان السابق (٢٢٩/٢ ، ٢٣٠) ، بداية المجتهد ، في القول في الهدي (٣٩٤/١) ، المغني ، الباب السابق (٤٧٥/٣ ، ٤٧٦) ، الكافي لابن قدامة ، باب الإحرام (٣٩٨/١) . وقال ابن حزم مثل قول الشافعي : يجوز الهدي إذا أحرم ، المحلى بالآثار ، كتاب الحج (١٥٨/٥ ، ١٥٩) .

(٣) في (ص) : [منهما] ، وهو خطأ . سورة الحج ، الآية (٣٦) .

(٤) سورة الحج : الآية ٢٨ ، ٢٩ .

(٥) قوله : وقت النحر مكرر في (م) .

(٦) تقدم تخريج حديث حفصة في مسألة (٤٢٣) .

(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٤١١) .

٧٧٧٨ – فإن قيل : النبي ﷺ كان مفردًا ، والهدي تطوع ، فلا يجوز ذبحه قبل يوم النحر .

٧٧٧٩ – قلنا : هذا تطوع ، لا تأثير [(١)] له في المنع من التحلل بالاتفاق .

٧٧٨٠ – فإن قيل : عندكم كان قارنًا ، فكيف يتحلل من العمرة بالذبح ؟

٧٧٨١ – قلنا : كان الفسخ في تلك السنة جائزًا ، ولو جاز ذبح الهدي فسخ الحج وتحلل ، وإن كان وقت لا يجوز فيه طواف الزيارة .

٧٧٨٢ – ولا يجوز ذبح الهدى للمتعة . أصله : قبل الفراغ من العمرة يجوز الذبح فيه عندنا لمن فرغ من العمرة .

٧٧٨٣ – قلنا : قياسًا على الذبح في حق من لم يفرغ ؛ ولأنه وقت لا يجوز تقديم ذبح الأضحية عليه : فلم يجز ذبح هدى المتعة فيه ، كما قبل الفراغ من الفراغ .

٧٧٨٤ – قالوا : المعنى فيه أنه بقى [(٢)] لوجوبه أكثر من سبب واحد ، وهو التحلل من العمرة ، وإحرام الحج بعد الفراغ بقي سبب واحد ، فجاز تقديمه عليه ، كما يجوز تقديم الزكاة على الحول ، وكفارة القتل على الموت .

٧٧٨٥ – قلنا : لا نسلم أن التحلل من العمرة بسببه ؛ لأنه لو لم يتحلل من العمرة حتى أحرم بالحج ، وجب الهدي .

٧٧٨٦ – ففي الموضعين لم يبق إلا سبب واحد ، وأن الزكاة صدقة والكفارة عتق أو صوم [(٣)] ، وجميع ذلك يكون قربة في جميع الأوقات ، فإذا وجد سببه ، جاز تقديمه .

٧٧٨٧ – وأما الهدى : فهو إراقة دم ، وذلك موضوعه يختص بأوقات لا [يجوز] [(٤)] تقديمه عليها ، كالأضحية .

٧٧٨٨ – وعليه الذبح يبطل [(٥)] بمن قال : إن شفى اللَّه مريضى فلله عليَّ أن أضحي ، فوجد الشرط ، فقد نفى الوجوب سبب واحد لا يُجَوِّزُ الذبح .

٧٧٨٩ – ولأنه دم ليس حصر ولا جناية ، ولا أوجبه بنذره ، فلم يجز ذبحه قبل يوم

---

(١) في (م) ، (ع) : [ما لا تأثير] بزيادة : [ما] .

(٢) في (ع) [يبقي] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وصوم] ، مكان : [أو صوم] .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [وعليه الذبح يبطل] . وهو الأنسب وقد أثبتناه في المتن .

النحر ، كالأضحية .

٧٧٩٠ - فإن قيل : المعنى فيه : أنه لايجوز تأخيره : فلم يجز تقديمها ، وهدي المتعة يجوز [1] تأخيره عن الأيام : فجاز أن تتقدم عليه .

٧٧٩١ - قلنا : يبطل بالرمي ، وأنه يجوز تأخيره عن الأيام الثلاثة ، ولا يجوز تقديمه عليها ، وكذلك [2] الطواف .

٧٧٩٢ - ولأن الهدي سبب على الرمي ، فإذا جاز تأخير الرمي جاز [3] تأخير ما ترتب عليه ، والأضحية لا يترتب عليها ما لايجوز تأخيره ، فلذلك لم يجز [تأخرها .

٧٧٩٣ - فإن قيل : الرمي لا يفعل بعد أيامه ويجوز فعل الهدي .

٧٧٩٤ - قلنا : الرمي يفوت] [4] بمضي الأيام ، فيقوم الدم مقامه ، فلو اعتبر الهدي ففات ، فقام [5] الهدي مقامه ، فلا معنى لمقام هدي ، فكذلك [6] فارق الرمي .

٧٧٩٥ - ولأن هدي التطوع يختص بيوم النحر ، فالواجب من جنس ما يقع به التحلل ، بدلالة المحصر .

٧٧٩٦ - فإذا تعلق وجوبه بعقد الإحرام : لم يجز أن يتقدم على يوم النحر ، كالرمي ، والطواف والحلق .

٧٧٩٧ - ولا يتعلق بلزوم دم الجنايات ؛ لأن وجوبه لا يتعلق بالإحرام ما لم يوجد فعل منه .

٧٧٩٨ - فأما دم القران : فتعلق بنفس الإحرام من غير أن ينضم إليه معنى آخر .

٧٧٩٩ - ولأنه حكم يتعلق [7] بالتمتع ، فإذا صح بعد يوم النحر ، لم يجز قبله ، كصوم السبعة .

٧٨٠٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلۡعُمۡرَةِ إِلَى ٱلۡحَجِّ فَمَا ٱسۡتَيۡسَرَ مِنَ ٱلۡهَدۡيِ ﴾ [8] .

٧٨٠١ - قالوا : وقد قيل فى تقديرها : « فعليكم ما استيسر » وهذا نص في جواز الذبح .

---

(١) في (م) : [تجوز] . (٢) في (ص) : [ولذلك] .
(٣) لفظ : [جاز] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) في (ع) : [مقام] بدل : [فقام] . (٦) في (ص) : [فلذلك] .
(٧) في (م) ، (ع) : [تعلق] . (٨) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

٧٨٠٢ - قلنا : الحج عبارة عن الأفعال ، فقد جعل الغاية [1] وجود أفعال الحج ، وذلك لا يكون قبل الوقوف والرمي .

٧٨٠٣ - ولأن الآية تحتمل ، فعليه ما استيسر ، وتحتمل [2] : [وليذبح ما استيسر ، ويحتمله] [3] وليعتد ما استيسر .

٧٨٠٤ - وعندنا : إذا عين : جاز التعين ، وتعلق به حكم التمتع ، ويحتمل : فليتحلل بما استيسر من الهدي ، فيقف على وقت التحلل .

٧٨٠٥ - ولأن قوله : ﴿ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ ﴾ إذا كان المراد به الوجوب والأفعال المختصة بالإحرام يقف على أوقات مخصوصة ، مثل [4] : الوقوف ، والطواف : لم يدل وجوب هذا على جواز الفعل ، ولم يمتنع أن يختص بوقت يبين [5] ذلك إلا أن الآية يذكر فيها الزمان ولا يذكر فيها [6] المكان ، ثم وقف على مكان مخصوص ، كذلك يجوز أن يقف على زمان مخصوص .

٧٨٠٦ - قالوا : روى في حديث ابن عمر ﷺ قال : تمتع الناس على عهد رسول الله ﷺ : فقال رسول الله ﷺ : « من كان معه هدي فليصم ثلاثة أيام في الحج ، وسبعة إذا رجع إلى أهله » [7] .

٧٨٠٧ - قلنا : إن ثبت هذا اللفظ ، فمعناه : من كان معه هدي ، فإذا أهلَّ فليعين الهدي بوجه . يبين [8] ذلك قوله ، فليس معناه : فليذبح ، وإنما معناه : السوق والحمل .

٧٨٠٨ - قالوا : عبادتان مؤدتان ، فوجب أن يتأخر وقت جواز فعلها عن وقت البدل ، أصله : العتق في كفارة القتل ؛ ولأنه حيوان له بدل صوم ، فجاز إخراجه في وقت جواز فعل الصوم والوقت في الطهارة / . /ب

٧٨٠٩ - قلنا : وقت البدل والمبدل قد يتفقان وقد يختلفان ، بدلالة أن الصوم

---

(١) في (م) (ع) : [فقد حصل الفائت] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) : [يحتمل فعليه استيسر ويحتمل] .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [قبل] ، مكان : [مثل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [تبين] .   (٦) لفظ : [فيها] ساقط من (م) .

(٧) وهذا جزء من حديث ابن عمر ﷺ ، أخرجه البخاري ، ومسلم ، وأبو داود مطولا ، تقدم تخريجه في مسألة (٤٢٣) .

(٨) في (م) (ع) [تبين] .

يختص بالنهار [١] ، ويجوز العتق ليلا ، فعلم أن وقت أحدهما يجوز أن يفارق وقت الآخر .

٧٨١٠ - وقولهم : إنما لا يجوز الصوم بالليل ؛ لأنه لا يحتمل الصوم ، فكذلك نقول [٢] . وما قبل يوم النحر [وقت] [٣] لا يحتمل الذبح الذي هو نسك .

٧٨١١ - ولأن العتق والصوم يرادان [٤] للتحلل يوم النحر ، والصوم لا يصح الذي هو المقصود فقدم عليه ، والذبح يصح فيه ، فلم يتقدم عليه .

٧٨١٢ - قالوا : كل وقت صلح لجنس البدل ، والمبدل وصح فيه البدل يصح فيه المبدل ، أصله : الوضوء والتيمم .

٧٨١٣ - قلنا : لا نسلم أن ما [٥] قبل يوم النحر وقت الهدي الذي هو نسك ، وهذا جنس غير الهدي عندنا .

٧٨١٤ - والمعنى في الوضوء ، والعتق : أن فعل [٦] كل واحد منهما لا يختص [٧] بوقت [وواجبهما لا يختص بوقت ، ونقل [٨] الهدي يختص بوقت ، فالواجب منه يجوز أن [٩] يختص بوقت .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يتخصص النهار] مكان المثبت .

(٢) في (ص) : [فلذلك] ولفظ : [نقول] ساقط من (ع) .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يردان] وهو تصحيف.

(٥) حرف : [ما] ساقطة من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ص) : [نفل] ، مكان : [فعل] .

(٧) في (ص) : [لا تختص] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) قوله : [يجوز أن] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٤٢٩

إذا أحرم بالعمرة ، جاز أن يصوم للمتعة وإن لم يحرم بالحج

٧٨١٥ - قال أصحابنا : إذا أحرم بالعمرة ، جاز أن يصوم للمتعة وإن لم يحرم بالحج [١] .

٧٨١٦ - وقال الشافعي : لا يجوز ما لم يحرم بالحج [٢] .

٧٨١٧ - لنا : أن النبي ﷺ « أمر أصحابه أن يحرموا بالحج يوم التروية ، وقد كانوا فسخوا الحج بعمرة [٣] .

٧٨١٨ - ولا يخلو أن يكون فيهم من لا هدي له ، فلابد أن يكون صام من لا هدي معه قبل إحرام الحج .

٧٨١٩ - ولا يقال : لا نعلم فيهم من لا هدي معه ؛ لأنا نقطع أن العدد العظيم لابد فيهم من لا يجد ومن يقدر على الثمن ولا يتمكن من الابتياع .

٧٨٢٠ - فإن قيل : يجوز أن يصوموا بعد يوم النحر .

٧٨٢١ - قلنا : ذاك قضاء عندكم ، فكان يجب أن يبين جواز فعله ؛ لأنه يشتبه ويختلف فيه . ولأنه أحد ركني التمتع ، فجاز أداء الصوم عقيب الثلاثة ، كإحرام الحج .

٧٨٢٢ - ولا يلزم على هذا إذا أحرم بالعمرة قبل الأشهر ؛ لأن التعليل للجواز .

٧٨٢٣ - ولا يلزم إذا قدم إحرام الحج ، ومن يلزمه أن يتمتع ؛ لأنه روي عن أبي

---

(١) هل يجوز له بعد ما أحرم بالعمرة في أشهر الحج قبل أن يحرم بالحج ؟ قال الأحناف : يجوز سواء طاف لعمرته أو لم يطف بعد أن أحرم بالعمرة . راجع المسألة في : بدائع الصنائع (١٧٣/٢) ، المبسوط (١٨١/٤) ، فتح القدير مع الهداية (٦/٣ ، ٧) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٨٩/١) .

(٢) المتمتع العادم للهدي يلزمه صوم عشرة أيام بنص القرآن ويجعلها قسمين ثلاثة وسبعة ، أما الثلاثة فيصومها في الحج ولا يجوز تقديمها على الإحرام . راجع المسألة في : فتح العزيز بذيل المجموع (١٧١/٧ ، ١٧٢) ، المجموع شرح المهذب (١٨٥/٧ - ١٩٣) .

(٣) أخرجه البخاري ، في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب التمتع والإقران والإفراد بالحج (٢٧٣/١ ، ٢٧٤) بهذا المعني مطولا ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب وجوه الإحرام (٨٨٤/٢) ، الحديث (١٢١٦/١٤٣) ، (تحقيق عبد الباقي) .

يوسف : أنه يجوز الصوم ؛ ولأن كل صوم [1] جاز في إحرام الحج : جاز في إحرام العمرة وحده ، أصله : سائر أنواع الصيام .

٧٨٢٤ - ولأن الإحرام ركن من أركان الحج ، فلا يجوز صوم الثلاثة [2] فيه ، كالوقوف .

٧٨٢٥ - ولأنه عبادة تتعلق بشيئين [3] لا يتنافيان ، وكل وقت لو وجد البيان ، جاز أداؤها ، فإذا وجد أحد الشيئين ، وجب أن يجوز أداؤها قياسًا على التكفير [4] بعد الجرح [5] قبل الموت .

٧٨٢٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِي ٱلْحَجِّ ﴾ [6] .

٧٨٢٧ - فأمر بالصوم بشرطين : التمتع [7] ، ووجوب الحج .

٧٨٢٨ - قلنا : من أصحابنا من أجاب عن الآية بأن المراد منها : فمن أراد التمتع بالعمرة إلى الحج ؛ فتعين ما استيسر من الهدي ، فمن لم يجد : فصيام ثلاثة أيام في الحج ، بمعنى وقت الحج ؛ لأن الحج هو [8] الأفعال ، وذلك لا يكون [9] طرفًا للصوم ، فلم يبق إلا أن يحمل على الوقت .

٧٨٢٩ - فإن قالوا : نحمله على حال الحج .

٧٨٣٠ - قلنا : هذا عبارة عن وقت بصفة ، وإضمار الوقت أولى من إضماره وزيادة عليه .

٧٨٣١ - قالوا : إذا [10] أضمرتم وقت الحج احتجتم إلى تخصيصه بما بعد إحرام العمرة ، وإذا حملت الآية على حال الحج لم يحتج إلى التخصيص .

٧٨٣٢ - قلنا : الذي هو [11] يريد التمتع بالعمرة ، هو الذي فعلها ناويًا بضم الحج

---

(١) في (م) ، (ع) [ولا كل من صوم] مكان : [ولأن كل صوم] .
(٢) في (م) ، (ع) : [التلبية] .
(٣) في (ص) : [بسببين] .
(٤) في (م) ، (ع) : [التكفين] .
(٥) في (م) : [الخرح] .
(٦) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .
(٧) في (ص) : [لتمتع] .
(٨) في (م) ، (ع) : [بعض] مكان : [هو] .
(٩) في (م) ، (ع) : [لا يجوز] .
(١٠) لفظ : [إذا] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(١١) لفظ : [هو] ساقط من (م) ، (ع) .

إليها ، فلا يحتاج في إضمارها إلى تخصيص . ومن أصحابنا من قال : الآية تفيد وجوب الصوم والكلام في الجواز .

٧٨٣٣ - ومنهم من أجاب فقال : التمتع هو أن يسقط سفر الحج ، وهذا المعنى يحصل بإحرامها ، فقد صار متمتعًا بالعمرة إلى الحج بنفس الإحرام ، فيجوز له الصوم في الأشهر .

٧٨٣٤ - قالوا : الهدي عبادات بدل ، فلا يبقى (١) وقت البدل وقت المبدل (٢) ، أصله : الكفارات .

٧٨٣٥ - قلنا : الصوم ليس ببدل عن الذبح ، ألا ترى أن عندنا وقت الذبح يوم النحر ، فإن تعذر فلا طريق إلى الصوم ، فكيف يجوز بدلا عنه ؟ وإنما هو بدل عن الهدي ، وذلك يجوز عندنا إذا (٣) أحرم بالعمرة ، وذلك بدلالة .

٧٨٣٦ - يبين (٤) ذلك : أنه يهدي ، فيكون مراعىً إلى حين الذبح ، ويصوم فيكون صومه مراعىً إلى حين النحر ، فدل : أن الإهداء والصوم حكمهما (٥) واحد .

٧٨٣٧ - ولأن الصوم والذبح يختلفان في الوقت ، ألا ترى : أن عندهم على أحد القولين : يجوز الذبح قبل إحرام الحج ، ولا يجوز الصوم. وعندنا : يجوزالصوم قبل يوم النحر ، ولا يجوز الذبح قبله .

٧٨٣٨ - وبالاتفاق : يستحب تقديم الصوم ، ويستحب (٦) تأخير الذبح ، فبان بهذا اختلافهما في الوقت .

٧٨٣٩ - فأما الصوم في الكفارة : فهو بدل العتق ، فلا يسبق وقت العتق. وفي مسألتنا : بدل (٧) الإهداء ، فلا يسبق وقت الإهداء .

٧٨٤٠ - قالوا : جبران التمتع ، فلا يجوز الإتيان به قبل الإحرام بالحج ، كالهدي .

٧٨٤١ - قلنا : الوصف غير مسلَّم ؛ لأنه ليس بجبران ، والمعنى في الذبح : أنه يقع التحلل ، فأحصر وقت التحلل ، والصوم لا يفعل للتحلل ، فجاز فرعه وقت التحلل .

---

(١) في سائر النسخ : [عبادات] تصوبيه [عبادة] وفي (م) ، (ع) : [فلا يبق] .

(٢) قوله : [وقت المبدل] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (ص) : [وإذ] بالعطف .

(٤) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٥) في (م) ، (ع) : [حكمها] .

(٦) في (م) : [مستحب] .

(٧) في (م) ، (ع) : [نقل] بدون نقطه ، مكان : [بدل] .

٧٨٤٢ - قالوا : صوم واجب ، فلا يجوز تقديمه على وقت وجوبه ، أصله : صوم رمضان .

٧٨٤٣ - قلنا : المعنى في صوم رمضان : أن لا يوجد سببه قبل وقته ، فلم يجز تقديمه عليه ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأن سببه يوجد ، فجاز تقديمه عند سببه .

٧٨٤٤ - قالوا : وقد احتج الطحاوي في المنع من تقديم الصوم بما روي [(١)] عن عائشة وابن عمر ﷺ : « أن الصيام لمن تمتع [(٢)] بالعمرة إلى الحج إن لم يجد هديًا [(٣)] ، ما بين أن يهل بالحج إلى يوم عرفة » [(٤)] .

٧٨٤٥ - قلنا : قد روي عن ابن عباس ﷺ أنه قال : « ما بين الهلال إلى يوم عرفة » [(٥)] فإن أراد هلال شوال ، وهلال ذي الحجة ، اقتضى ذلك جوازه وإن لم يكن محرمًا .

٧٨٤٦ - وعن علي ﷺ أنه قال : « يصوم قبل يوم التروية بيوم ، ويوم التروية ، ويوم عرفة » [(٦)] . ولم يشرط إحرام الحج فيه [(٧)] .

٧٨٤٧ - وقال عطاء : وقد قيل له : لم جعل الصوم من عشر [(٨)] ذي الحجة ؟ قال : ربما يتيسر له الهدي ، فقيل له : أيصومهن [(٩)] حرامًا أحب إليك أم يصومهن [(١٠)] حلالًا بعدما اعتمر [(١١)] ، وهذا يدل : أن تأخير الصوم استحباب [(١٢)] .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [صوم فما روي] . (٢) في (م) ، (ع) : [لم يمنع] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لم يوجد هديا] .
(٤) أخرجه مالك في الموطأ ، في كتاب الحج في صيام التمتع (٢٩٤/١) بهذا اللفظ ، وزاد فيه : [فإن لم يصم ، صام أيام منى] .
(٥) لم نعثر على أثر ابن عباس ﷺ .
(٦) أثر علي ﷺ : أخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب الإعواز من هدي المتعة ووقت الصوم (٢٥/٥) من طريق جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن على ، بهذا اللفظ ، وابن أبي شيبة ، في المصنف ، في كتاب الحج ، في قوله تعالى : فصيام ثلاثة أيام في الحج (٤٧٥/٤) .
(٧) لفظ : [فيه] ، [عشر] ساقطان من (م) ، (ع) .
(٨) لفظ : [فيه] ، [عشر] ساقطان من (م) ، (ع) .
(٩) في (م) ، (ع) : [تصومهن] مكان : [يصومهن] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [تصومهن] مكان : [يصومهن] .
(١١) قوله عطاء : ذكره الجصاص في أحكام القرءان ، في باب صوم التمتع (٢٩٣/١) .
(١٢) في سائر النسخ : [استحبابا] بالنصب وهو خطأ الصواب : رفعه ، كما أثبتنا ؛ لأنه وقع خبر [أن] .

مسألة ٤٣٠

صوم السبعة ليس ببدل عن الهدي

٧٨٤٨ - قال شيخنا أبو عبد الله الجرجاني [١] : صوم [٢] السبعة ليس ببدل عن الهدي ، والثلاثة هي البدل ، ووجه السبعة ليكمل بها الثواب .

٧٨٤٩ - وذكر الشيخ أبو بكر الرازي [٣] في أحكام القرآن أنها بدل [٤] .

٧٨٥٠ - وقال الشافعي : صوم السبعة بدل [٥] .

٧٨٥١ - لنا : أن الله تعالى فرق بين الصومين في وقتهما ، إذا كانا بدلًا لمبدل واحد : لم يختلف وقته ، كالبدل [٦] في سائر الكفارات .

٧٨٥٢ - ولأنه صوم لا يبطل بوجود الهدي : فلم يكن بدلًا عنه ، كصوم النذر وكفارة الأذى .

٧٨٥٣ - ولأنه صوم يجوز فعله بعد التحلل ، كالصوم في فدية الأذى .

٧٨٥٤ - ولأن وجوب الهدي لايمنع ابتداؤه ، فلم يكن بدلا عنه ، أصله : ما ذكرنا ، وعكسه : صوم الثلاثة .

٧٨٥٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِى ٱلْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ ﴾ [٧] فشرط عدم الهدي بينهما ، وعَطَفَ أحدهما على الآخر ، وحكم العطف حكم المعطوف عليه ، ثم قال تعالى : ﴿ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ ﴾ فجعلهما شيئًا واحدًا .

---

(١) تقدمت ترجمته في مسأله (٤١٩) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يوم صام] مكان : [صوم] وهو تصحيف وفي (ص) : [صوم يوم] بزيادة : [يوم] ، إلا أن لفظ : [يوم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، الصواب كما أثبتناه بحذف [يوم] ، أو بتبديله بالأيام فتكون العبارة : [صوم الأيام السبعة] .

(٣) تقدمت ترجمته في مسألة (٢٠٦) .

(٤) [وأما صوم السبعة ليس ببدل فيما هو المقصود وهو التحلل] راجع المسألة في المبسوط (١٨١/٤ ، ١٨٢) بدائع الصنائع (١٧٤/٢) .

(٥) [فإذا فرغ من طوافه وسعيه فليحلق أو يقصر ثم ليرجع إلى أهله فإن أدركه الحج قابلا فليحجج إن استطاع وليهد في حجه فإن لم يجد هديا فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله] . راجع المسألة في : الأم (١٤١/٢) ، والمجموع شرح المهذب (١٨٥/٧-١٩٠) .

(٦) في (م) ، (ع) : [كالمبدل] .

(٧) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

٧٨٥٦ - قلنا : قد شرط في صحة الشرط ، أو في وجوبه عدم [١] غيره ، ولا يكون بدلًا عنه ، كما شرط عدة [٢] الأمة في جواز نكاح الحرة ، وكما شرط مخالفنا عدم الطول ، فعطف أحدهما على الآخر ، فقد دل على وجوبهما وعلى تعلقهما بشرط واحد ، وليس من شرط العطف أن يكون مثل المعطوف في كل حال ، يبين [٣] ذلك : أنهما اختلفا في وقت فعلهما ، وإن عطف أحدهما على الآخر .

٧٨٥٧ - فأما قوله : ﴿ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ ﴾ فيدل على أن بالسبعة يكمل ثواب الصوم ، لأن البدل يقضي عن ثواب المبدل ، فكمل اللّٰه الثواب بضم صوم السبعة إلى الثلاثة .

* * *

(١) في (ص) : [عند عدم] بزيادة : [عند] .
(٢) في (ص) : [عدد] وفي (م) ، (ع) : [عدة] ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٣) في (م) ، (ع) : [تبين] .

مسألة ٤٣١

سقوط صوم الثلاثة إذا وجد الهدي ولزوم الهدي متى وجده

٧٨٥٨ – قال أصحابنا : إذا وجد الهدي في صوم الثلاثة : لزمه الهدي ، وسقط عنه الصوم .

٧٨٥٩ – وإن وجد الهدي بعد الفراغ من الثلاثة قبل يوم النحر : لزمه الهدي [١] .

٧٨٦٠ – وقال الشافعي : يجوز الصوم ، فإن أهدى : فحسن ، وإن وجد الهدي قبل الدخول فيه : ففيه قولان [٢] .

٧٨٦١ – لنا : قوله تعالى [٣] : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ ﴾ [٤] ، وهذا يدل على أنه لا يجوز الصوم ابتداء مع وجود الهدي .

٧٨٦٢ – ولأن ما شرط فرعه الصوم في اليوم الأول ، كان شرطًا في الثاني [٥] ، أصله : النية وترك [٦] الأكل .

٧٨٦٣ – فإن قيل : لا نسلِّم ذلك في اليوم الأول .

٧٨٦٤ – قلنا : إذا أحرم بالحج قبل طلوع الفجر ، ونوى الصوم ، من شرطه عدم الهدي فلا خلاف ؛ لأنها حالة الوجوب .

٧٨٦٥ – ولأن المقصود من الصوم والهدي التحلل بهما ، بدلالة حديث حفصة [٧] أنها قالت : « ما بال الناس قد حلوا وأنت لم تحل ؟ فقال رسول الله ﷺ : إني قلدت

---

(١) عند الأحناف أنه لو وجد الهدي بعد صوم يومين من الثلاثة كان عليه الهدي . راجع المسألة في المبسوط (٤/١٨١) ، شرح فتح القدير (٢/٥٣٠) ، بدائع الصنائع (٢/١٧٤) .

(٢) عند الشافعية إنه دخل في الصوم ثم وجد الهدي فالأفضل أن يهدي ولا يلزمه . راجع المسألة في : المجموع شرح المهذب (٧/١٩٠) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٧/١٧٣ ، ١٧٤) .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٥) قوله : [في الثاني] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ص) : [يدل] مكان : [ترك] .

(٧) في (م) : [صفة] وفي (ع) : [صفية] مكان : [حفصة] .

هديي ولبدت رأسي ، فلا أحل حتى أنحر وأحل منهما جميعًا » [١] ؛ فدل [على أن الهدي للإحلال . وإذا ثبت هذا ، قلنا : قدر] [٢] المبدل قبل حصول المقصود بالبدل ، فصار كالمتيمم إذا وجد الماء قبل الدخول في الصلاة .

٧٨٦٦ - احتجوا : بأنه صوم تلبس به لعدم الهدي ، فوجب أن لايبطل بوجوبه ، أصله : صوم السبعة الأيام .

٧٨٦٧ - قلنا : الحكم ضد الوصف ؛ لأن ما تلبس به للعدم يدل على تأثير الوجود فيه ، فلم تصح هذه العلة .

٧٨٦٨ - ولأن صوم السبعة تقدر فيه على الهدي ، والمقصود بالبدل قد حصل / فصار كوجود الماء [بعد الفراغ من الصلاة ، وفي مسألتنا : قد وجده قبل حصول المقصود فصار كوجود الماء] [٣] قبل فعل الصلاة .

٧٨٦٩ - فإن قيل : التيمم ليس بمقصود في نفسه .

٧٨٧٠ - قلنا : وصوم التمتع ليس مقصودا لنفسه ، وإنما يقصد به غيره وهو التحلل على ما بيناه .

٧٨٧١ - قالوا : ينقل إلى الصوم ، للعجز عن أصله . فإذا وجده بعد الفراغ من الصوم : لم يبطل الصوم ، كالصوم في كفارة القتل والظهار إذا وجد الرقبة بعد الفراغ منه .

٧٨٧٢ - قلنا : صوم الكفارة يفعل لمعنى تقدمه ، فإذا فرغ منه تم المعنى بالصوم ، فوجود البدل لا يؤثر فيه ، وفي مسألتنا : الصوم يراد لمعنى يتأخر عنه وهو التحلل ، فوجب اعتبار الحالة المقصودة دون ما تقدمها .

٧٨٧٣ - ولأن هذا لا يصح على أصلهم ؛ لأن صوم العشرة كلها بدل ، فإذا وجد الهدي بعد الثلاثة [٤] ، فقد وجد قبل الفراغ من الصوم .

* * *

(١) تقدم تخريجه في مسألة (٤٢٣) .

(٢) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) ، (ع) ولفظ : [قلنا] ساقط منهما وكذلك من صلب (ص) واستدركه في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [التلبيه] .

مسألة ٤٣٢

إذا لم يصم حتى حضره يوم النحر ، عاد فرضه إلى الهدي

٧٨٧٤ - قال أصحابنا : إذا لم يصم حتى حضره (١) يوم النحر : عاد فرضه إلى الهدي ، وثبت في ذمته إلى حين القدرة (٢) .

٧٨٧٥ - وقال الشافعي : إذا فات وقت الصوم : لم يسقط ، فيصومه في أيام التشريق ، على أحد القولين ، ويصومها بعد ذلك قولًا واحدًا (٣) .

٧٨٧٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ ﴾ (٤) ، وهذا يقتضي وجوب الهدي ، ثم نقلنا عنه إلى الصوم في وقت الحج ، فإذا فات : عاد إلى فرض الأصل .

٧٨٧٧ - ولأن الله تعالى (٥) أوجب هذا الصوم ابتداء مع السفر ، وأسقط صوم رمضان عن المسافر إلى القضاء ، فلو جاز القضاء في هذا الصوم : لم يوجبه ابتداء مع مشقة السفر .

٧٨٧٨ - وروي عن ابن عباس ﷺ أنه قال : « المتمتع يصوم قبل يوم النحر ، فإذا لم يصم (٦) إلى يوم النحر فعليه الهدي » (٧) .

٧٨٧٩ - وعن ابن عمر ﷺ : « أن رجلا أتاه وهو متمتع يوم النحر ، ولم يصم (٨) ،

---

(١) في (ص) : [لم تصح] وفي (م) ، (ع) : [لم يصح] و[حصره] بالصاد المهملة ، الصواب ما أثبتناه .
(٢) مذهب الأحناف أنه إن لم يصم حتى جاء يوم النحر تعين عليه الهدي عندنا . راجع المسألة في : المبسوط (١٨١/٤) ، فتح القدير مع الهداية (٥٣٠/٢-٥٣٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢٨٨/١ ، ٢٨٩) .
(٣) مذهب الشافعية أنه إذا فات صوم الثلاثة في الحج لزمه قضاؤها ولا دم عليه . وخرَّج ابن سريج وأبو إسحاق المروزي قولًا : أنه يسقط الصوم ويستقر الهدي في ذمته . حكاه الشيخ أبو حامد والماوردي وآخرون عن أبي إسحاق ، وحكاه المحاملي وابن الصباغ وآخرون عن ابن سريج ، وحكاه صاحب البيان وآخرون عنهما والمذهب الأول . راجع المسألة في : المجموع شرح المهذب (١٨٦/٧ - ١٨٩) .
(٤) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .
(٥) قوله : [ولأن الله تعالى] غير واضح في (ص) .
(٦) في سائر النسخ : [لم يصح] ، والصواب ما أثبتناه .
(٧) لم نعثر على أثر ابن عباس ﷺ بهذا اللفظ . وقد أخرجه ابن أبي شيبة ، في المصنف ، في كتاب الحج ، في المتمتع إذا فاته الصوم (٢٨٨/٤) . من طريق إسماعيل بن علية ، عن أيوب ، عن ابن عباس قال : إذا لم يصم المتمتع فعليه الهدي .
(٨) في سائر النسخ : [لم يصح] .

فقال : له ابن عمر : اذبح شاة ، فقال : [١] لا أجد ، فقال : سل قومك ، فقال : ليس ههنا أحد [٢] من قومي ، فأعطاه ابن عمر شاة « [٣] ، ولو جاز الصوم لبينه .

٧٨٨٠ - وذكر أبو الحسن عن ابن عمر ، وابن جعفر - محمد بن علي - مثل قولنا ، وهذا التخصيص إنما يعلم من طريق التوقيف ، فكأنهم رووه عن النبي ﷺ [٤] .

٧٨٨١ - ولأنه وقت يصح فيه ذبح هدي التمتع : فلا يجوز صوم الثلاثة ، أصله : يوم النحر ورمضان .

٧٨٨٢ - ولأنه [٥] صوم هو بدل : فلا يقضى كالبدل في الكفارات .

٧٨٨٣ - ولأنه وقت لأحد صومي التمتع : فلا يجوز صومه لآخر فيه ، كما لا يجوز صوم السبعة قبل يوم النحر .

٧٨٨٤ - احتجوا بحديث ابن عمر ، قال : « رخّص رسول الله ﷺ للمتمتع إذا لم يجد الهدي أن يصوم أيام التشريق » [٦] .

٧٨٨٥ - هذا الخبر رواه [٧] عبد الغفار ، عن الزهري وغلط في إسناده ، والصحيح وقوفه على ابن عمر ، وقد روينا عنه خلاف ذلك .

٧٨٨٦ - قالوا : صوم يختص بوقت : فجاز أن يؤدى ويقضى ، كصوم رمضان ، فصوم رمضان موضوع على القضاء ، بدلالة أنه يجب [٨] على المسافر ابتداء ، وإنما أسقط إلى القضاء ، وهذا الصوم لما أوجب مع وجود السعي ولم يوجد إلى القضاء : دل على أنه موضوع على الأداء دون القضاء .

---

(١) لفظ : [فقال] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (ص) : [أحدا] .

(٣) لم نهتد إلى هذا الأثر من وجه ابن عمر ﷺ بعد ، وقد أخرجه محمد في الحجة ، الباب السابق (٣٩٠/١ ، ٣٩١) ، وابن أبي شيبة نحوه ، في المصدر السابق (٢٢٨/٤) .

(٤) قال الكاساني بعد أن ذكر أثر ابن عمر ﷺ : والظاهر أنه قال ذلك سماعا من رسول الله ﷺ ؛ لأن مثل ذلك لا يعرف رأيا واجتهادا .

(٥) في (م) ، (ع) : [لأنه] بدون العطف .

(٦) هذا الحديث : أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب الصوم ، باب صيام أيام التشريق (٣٤١/١) ، والدارقطني في السنن ، في كتاب الصيام ، باب القبلة للصائم (١٨٦/٢) ، الحديث (٢٩ ، ٣١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [يرويه] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لم يجب] بزيادة : [لم] .

٧٨٨٧ - ولأن صوم رمضان موضوع [(١)] بنفسه في وقت ، فإذا فات جاز أن يقضي ، وهذا الصوم أقيم مقام فرض آخر ، وجعل له وقت ، فإذا فات عاد إلى الأصل ، ولم يصح فيه القضاء كالجمعة .

٧٨٨٨ - قالوا : صوم تعلق بشرط فجاز فعله بعد وجود الشرط ، كصوم الظهار ، وإذا وطئ [(٢)] قبله .

٧٨٨٩ - قلنا : عدم اللمس شرط في الأصل والبدل ، فإذا مسها فقد الشرط المأمور به فيهما .

٧٨٩٠ - فلو قلنا : يعود إلى العتق . ولو أداه مع فقد الشرط في الصوم عاد إلى الهدي ، فلم يفت شرطه ، فلذلك لزمه العود إليه ؛ ولأنه شرط في كفارة الظهار أن يتقدم الشرط على المسيس ولا يتخلله مسيس ، فإذا قرنها قدر على الإتيان بأحد الشرطين ، وهو صوم لا مسيس فيه ، وفي مسألتنا : شرط للتوقف بالحج ، فإذا فات لم يقدر على إتيانه بشرط فيه ولذلك [(٣)] سقط .

٧٨٩١ - قالوا : صوم لزمه بإعواز الهدي : فجاز فعله بعد النحر ، كصوم السبعة .

٧٨٩٢ - قلنا : فنقول : فلا يجوز [(٤)] فعله في وقت القسم الآخر منه ، كصوم السبعة .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [فرضه] ، مكان : [موضوع] .

(٢) في (م) ، (ع) : [وصي] ، مكان : [وطئ] .

(٣) في (م) ، (ع) : [إتيان لشرط فيه ، وكذلك] .

(٤) في (ع) : [لا يجوز] بدون الفاء .

مسألة ٤٣٣

إذا فرغ من أفعال الحج ، كان له صوم السبعة بمكة

٧٨٩٣ - قال أصحابنا : إذا فرغ من أفعال الحج ، كان له صوم السبعة بمكة ، وفي الطريق ، وإذا رجع إلى وطنه (١) .

٧٨٩٤ - وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يجوز حتى يرجع إلى وطنه ، أو ينوي الإقامة بمكة .

٧٨٩٥ - وفي القول الآخر : يجوز إذا خرج من مكة متوجها إلى وطنه (٢) .

٧٨٩٦ - لنا : قوله تعالى (٣) : ﴿ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ ﴾ (٤) ، يحتمل :

---

(١) راجع المسألة في المبسوط ، الباب السابق (١٨١/٤ ، ١٨٢) ، تحفة الفقهاء ، باب الإحرام (٤١٢/١) ، بدائع الصنائع (١٧٤/٢) ، أحكام القرآن للجصاص ، في ذكر اختلاف الفقهاء فيمن دخل في صوم المتعة ثم وجد الهدي (٢٩٨/١ ، ٢٩٩) ، فتح القدير مع الهداية ، (٥٣٠/٢) ، البناية مع الهداية (٢٠٠/٣ ، ٢٠١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٨٨/١) .

(٢) قال القفال في الحلية : وأما صوم السبعة ففي وقته قولان ، أصحهما : أن وقته إذا رجع إلى أهله ، وهو قول سفيان وأحمد . والثاني : نص عليه في الإملاء : أنه يجوز فعله قبل الرجوع إلى أهله ، فعلى هذا في وقت جوازه وجهان ، أحدهما : يجوز إذا أخذ في السير خارجا من مكة ، فعلى هذا لا يجوز صوم السبعة ، وهو بمكة ، وهو قول مالك . والثاني : يجوز إذا فرغ من الحج سواء كان مقيما ، أو أخذ في السير . راجع المسألة في حلية العلماء ، كتاب الحج (٢٢٥/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الحج (١٨٥/٧ ، ١٨٧ ، ١٨٨) . وقال المالكية : مثل الحنفية ، يجوز صوم السبعة قبل الرجوع إلى أهله ، بمكة أو في الطريق . وفي المدونة : قال مالك : قال الله تبارك وتعالى : ﴿ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ ﴾ ، فإذا رجع من منى ، فلا بأس أن يصوم . قال ابن القاسم : يريد أقام بمكة أو لم يقم . راجع المسألة في المدونة ، في القراءة وإنشاد الشعر والحديث في الطواف (٣٢٢/١) ، المنتقى ، في ما جاء في التمتع (٢٣٠/٢٢ ، ٢٣١) ، الكافي لابن عبد البر (٣٨٣/١) ، بداية المجتهد (٣٨٥/١) ، أحكام القرآن لابن العربي (١٣١/١) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣٧٨/٢ ، ٣٧٩) قال ابن قدامة في المغني بعد أن بين وقت اختيار الصوم السبعة . وأما وقت الجواز : فمنذ أيام التشريق ، قال الأثرم : سئل أحمد هل يصوم في الطريق أو بمكة ، قال : كيف شاء . وقال بهاء الدين في العدة : وأما وقت الجواز : فظاهر كلام أحمد : أنه إذا رجع من مكة ، ويكون معنى الآية : إذا رجعتم من الحج . راجع المسألة في الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٣٩٨/١) ، المغني ، الباب السابق (٤٧٧/٣ ، ٤٧٨) ، العدة ، باب ما يفعله بعد الحل ص٢٠٢ .

(٣) قوله : [تعالى] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

إن فرغتم [١] من أفعال الحج ، ويحتمل : رجعتم إلى الوطن ولا يجوز أن يكون المراد به : الرجوع إلى وطنه ؛ لأن الوطن لم يَجْرِ له ذكر ، والحج تقدم له ذكر ، فَحَمْلٌ على ما جرى له ذكر الرجوع أولى .

٧٨٩٧ - فإن قيل : لا يقال للصائم : إذا غربت الشمس رجع عن الصوم .

٧٨٩٨ - قلنا : يقال لمن أفطر : رجع إلى الفطر ؛ ولأن الصوم ، والزكاة لا يختصان [٢] بمكان ، فلا يقال لمن فعلهما : رجع ، والحج يفعل في أماكن مخصوصة ، فيجوز أن يقال لمن فرغ منه وانتقل عنها : رجع .

٧٨٩٩ - ولا يصح أن يقال لمن فرغ من الحج : رجع إلى الإحلال ، وكل متلبس قام إذا فرغ منه إلى ما كان عليه قبل التلبس .

٧٩٠٠ - يبين [٣] ذلك : أن أفعال الحج تقدم ذكرها ، والسفر والخروج من الوطن لم يجر له ذكر حتى يحمل الرجوع عليه [٤] .

٧٩٠١ - فإن قيل : كيف يقال : رجع إلى حالته الأولى من الإحلال ، وإن كان في مكان النسك ، فإذا ثبت أن الإحلال رجوع ، والعود إلى الأصل رجوع ، تعلق جواز الصوم بأولهما [٥] .

٧٩٠٢ - ولأن الرجوع إلى الإحلال مراد بالاتفاق ؛ ولأنه لو رجع إلى وطنه ولم يطف [٦] : لم يجز الصوم ، ولابد من اعتبار الرجوع الذي نقوله ، ويضمون إليه الرجوع إلى الأهل ، فما ذكرناه متفق على [٧] اعتباره ، فحمل الآية عليه ، والعود إلى أهله كقضاء رمضان .

٧٩٠٣ - ولأنه أحد صومي التمتع ، فجاز بمكة قبل العودة والإقامة ، كصوم الثلاثة .

٧٩٠٤ - احتجوا : بحديث جابر أن النبي ﷺ قال : « لو استقبلت من أمري ما

---

(١) في سائر النسخ : [أن يعتمر] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) في سائر النسخ : [لا يختص] ، الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [التلبيس تبين] .　　(٤) في (ع) : [إليه] .

(٥) في (م) : [الصلوم بأولهما] وفي (ع) : [الصلاة بأولها] .

(٦) في سائر النسخ : [لم يعطف] ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) في (م) ، (ع) : [عليه] ، مكان : [على] ، وهو تصحيف .

استدبرت ، ما سقت [١] الهدي ولجعلتها عمرة ، فمن ساق الهدي فليذبح ، ومن لم يسق فليصم ثلاثة أيام [٢] ، وسبعة إذا رجع إلى أهله » [٣] .

٧٩٠٥ - قلنا : النبي ﷺ في حجة الوداع منع أن يقيموا بمكة أكثر من ثلاثة أيام [٤] .

٧٩٠٦ - وكيف يأمرهم بصوم سبعة أيام بهذا [٥] الصوم ، ولم يأمرهم بفعله في الطريق ؛ لأن المسافر يخفف عنه الصوم ، وقد اختار لهم في تلك السنة الأسهل دون الأثقل ، والأشق .

٧٩٠٧ - قالوا : فليس الصوم للسبعة قد خصوا له موضع استيطانه [٦] فلم يصح ، كما لو تلبس بها [٧] قبل الفراغ من أفعال الحج .

٧٩٠٨ - قلنا : ما قبل الفراغ لو استوطن أو رجع إلى الوطن لم يجز الصوم ، فكذلك قبل أن يستوطن .

٧٩٠٩ - قالوا : جعل الله السفر عدتها في تأخير صوم واجب محتوم ، فلم يجزم أن يجعله سببًا في ابتداء إيجاب صوم .

٧٩١٠ - قلنا : ليس السفر هو السبب ، وإنما السبب يوجد فيه ، وهذا غير ممتنع ، كصوم الثلاثة .

---

(١) في (م) : [ما سبقت] بزيادة الباء ، وهو تصحيف .

(٢) قوله : [أيام] ساقط من (ع) .

(٣) أخرجه الشيخان في صحيحيهما الجزء الأول ، من حديث جابر ، وقد سبق تخريجه في مسألة (٤١١) ، وتكرر ذكره في مسألة (٤٢٣) . والجزء الثاني : أخرجه الشيخان أيضا من حديث ابن عمر مطولا ، وفيه هذا اللفظ . راجع الحديث بطوله في المراجع التي تقدمت في مسألة (٤٢٣) .

(٤) والدليل على ذلك : ما أخرجه الشيخان من حديث العلاء بن الحضرمي ، بلفظ : سمعت رسول الله ﷺ يقول : للمهاجر إقامة ثلاث بعد الصدر بمكة . أخرجه البخاري في الصحيح ، في مناقب الأنصار ﷺ ، في باب إقامة المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه (٣٣٩/٢) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج باب جواز الإقامة بمكة (٩٨٥/٢ ، ٩٨٦) ، الحديث (٤٤١ - ١٣٥٢/٤٤٤) ، والترمذي في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء أن يمكث المهاجر بمكة بعد الصدر ثلاثا (٢٧٥/٣) ، الحديث (٩٤٩) .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلهذا] .

(٦) في (ص) ، (م) : [استطابة] .

(٧) من قوله : [فليس يصوم] ، أو [فليس بصوم] ، بالباء بدل الياء إلى قوله : [كما لو تلبس بها] ، ليس بمفهوم لعل المراد من هذه العبارة هو : لا يصح أن يصوم السبعة قبل أن يرجع إلى وطنه ، كما لا يصح أن يصوم بها قبل الفراغ من أفعال الحج .

مسألة ٤٣٤

الأفضل للمتمتع تقديم الإحرام على يوم التروية

٧٩١١ - قال أصحابنا : الأفضل للمتمتع تقديم الإحرام على يوم التروية (١) .

٧٩١٢ - وقال الشافعي : لمن كان معه هدي ، فالمستحب أن يحرم يوم التروية بعد الزوال .

٧٩١٣ - فإن لم يجد الهدي ، فالمستحب أن يحرم ليلة السادس من ذي الحجة ، والمستحب للمكي أن يحرم إذا توجه (٢) .

٧٩١٤ - لنا : ما روي أن عمر [ﷺ] (٣) ، قال : « يا أهل مكة إذا أهلَّ ذو الحجة فأهلوا (٤) بالحج ، فلا يحسن أن نجد الناس (٥) يلبون وأنتم سكوت » (٦) .

٧٩١٥ - وقال عليه الصلاة والسلام : « من أراد الحج فليتعجل » (٧) .

٧٩١٦ - ولأنه إحرام بالحج في وقته : فكل ما قدم كان أفضل ، كغير المتمتع .

---

(١) راجع المبسوط ، باب القِران (٣٢/٤) ، تحفة الفقهاء (٤١١/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان سنن الحج إلخ (١٥٠/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، باب التمتع (٩/٣ ، ١٠) ، البناية مع الهداية ، باب التمتع (٢٢٣/٤ ، ٢٢٤) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٨٩/١) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في المجموع ، كتاب الحج (١٨١/٧ ، ١٨٢ ، ١٨٦) .وقال مالك : الأفضل للمتمتع أن يحرم بالحج من أول ذي الحجة . راجع المسألة في المدونة ، في رفع اليدين عند استلام الحجر الأسود (٣٠٦/١) . وقال أحمد وأصحابه : الأفضل أن يحرم يوم التروية حين يتوجه إلى منى . وهو قول ابن حزم . راجع المسأله في الإفصاح ، باب العمرة (٢٨١/١) ، المغني (٤٠٤/١ ، ٤٠٥) ، العدة ، باب صفة الحج ص ١٨٩ . انظر رأي الظاهرية و أرآء الفقهاء ، في المحلى بالآثار ، كتاب الحج (١١٩/٥ ، ١٢٠) .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [وأهلوا] .

(٥) في (ص) : [الحر الناس] وفي (م) : [ان نحر الناس وفي (ع) : كما أثبتناه ، ولا يستقيم المعني باثبات لفظ : الحر ، أو نحر أو نجز ولعل الصواب (نجد) أن الناس يلبون بإسقاط اللفظ الذي بعد أن أو بإثبات لفظ آخر مكانه .

(٦) لم نعثر على هذا الأثر بهذا اللفظ بعد . وقد أخرجه ابن أبي شيبة ، من طريق عبد الرحمن ابن القاسم ، عن أبيه ، بلفظ : قال عمر : يا أهل مكة ما لي أراكم مدهنين ، والحاج شعثا غبرا ، إذا رأيتم هلال ذي الحجة ، فأهلوا . في المصنف ، في كتاب الحج ، في الرجل المقيم بمكة متى يهل (٤٥٩/٤) ، الأثر (٣) . ومالك ، في الموطأ ، كتاب الحج ، باب إهلال أهل مكة ومن بها من غيرهم (٣٣٩/١) ، الأثر (٤٩) .

(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٤١٧) .

٧٩١٧ - ولأنه وقت يستحب لغير المتمتع تقديم الإحرام عليه ، فيستحب للمتمتع ذلك ، أصله : غروب الشمس .

٧٩١٨ - أو لأنه وقت يستحب تقديم الإحرام عليه لمن لا يجد الهدي ، فيستحب لمن وجده . احتجوا بحديث جابر ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « إذا توجهتم إلى منى رايحين ، فأهلوا بالحج [١] » .

٧٩١٩ - قلنا لهم [٢] : اختار لهم في تلك السنة الأخف والأسهل ، ولهذا أمرهم بالتحلل ، والأسهل أن يؤخر وقت الإحرام ، وجواز التعجيل قد بينه لهم بقوله : « من أراد الحج فليتعجل » .

٧٩٢٠ - قالوا : إذا أهل رايحا فليس بإعمال الأعمال عقيب إحرامه : فكان أفضل ، ولهذا يستحب لغير المتمتع التقديم ؛ لأنه يطوف عقيب الإحرام .

٧٩٢١ - قلنا : إذا أحرم من دويرة أهله ، كان [٣] أفضل ، ولا ينعقد إحرامه .

٧٩٢٢ - فإن قيل : يتعقبه التوجه .

٧٩٢٣ - قلنا : التوجه لا يسقط به موجبات الإحرام ، فلا يقال : إنه من أعماله ، ومثل هذا عندنا يتعقب الإحرام ، وهو اجتناب المحرمات .

* * *

(١) أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب وجوه الإحرام (٨٨٢/٢) ، الحديث (١٣٩/ ١٢١٤) ، بلفظ : أمرنا النبي ﷺ لما أحللنا ، أن نحرم إذا توجهنا إلى منى ، وابن خزيمة في صحيحه ، كتاب المناسك ، باب إهلال المتمتع بالحج يوم التروية من مكة (٢٤٥/٤) ، وأحمد في المسند ، في مسند جابر بن عبد الله ﷺ (٣١٨/٣ ، ٣٧٨) ، الشافعي في المسند ، في كتاب الحج الباب الثاني في مواقيت الحج والعمرة الزمانية والمكانية (٢٩٤/١) ، الحديث (٧٦٨) . انظر تخريجه أيضا في تلخيص الحبير باب وجوه الإحرام وآدابه وسننه (٢٣٤/٢) .

(٢) في (ص) : [قلناهم] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فهو] ، مكان : [كان] ، وكذا في هامش (ص) .

مسألة ٤٣٥

يستحب للمتمتع أن يصوم قبل التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة

٧٩٢٤ – قال أصحابنا : يستحب للمتمتع أن يصوم قبل التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة (١) .

٧٩٢٥ – وقال الشافعي : المستحب أن يكون آخر الصيام يوم التروية (٢) .

٧٩٢٦ – لنا : أن يوم عرفة لا يكره للحاج صيامه ، بدلالة حديث قتادة أن النبي ﷺ / قال : « صيام يوم عرفة كفارة السنة التي تليها » (٣) .

/ب

(١) راجع المسألة في المبسوط ، في باب الجمع بين الإحرامين (١٨١/٤) ، أحكام القرآن ، باب صوم التمتع (٢٩٣/١) ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (٤١٢/١) ، بدائع الصنائع فصل : وأما بيان ما يجب على المتمتع والقارن (١٧٣/٢) ، الهداية باب القران (١٢٠/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، الباب السابق (٢٨٨/١) .

(٢) راجع المسألة في المجموع مع المهذب ، كتاب الحج (١٨٥/٧ ، ١٨٦) . اختار مالك تقديم الصيام في أول الإحرام بالحج . قال الباجي في المنتقى : ووقت هذا الصوم من حين يحرم بالحج إلى آخر أيام التشريق . والاختيار تقديمه في أول الاحرام ، رواه الشيخ أبو القاسم . راجع المنتقى (٢٣٠/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٣٨٣/١) ، أحكام القرآن لابن العربي (١٣٠/١) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣٧٦/٢ ، ٣٧٧) . وقال أحمد : مثل قول الحنفية ، الأفضل أن يكون آخر الصيام يوم عرفة . قال بهاء الدين المقدسي في العدة : فأما وقت الصيام : فالاختيار في الثلاثة : أن يصومها في ثامن الإحرام بالحج ويوم النحر ، لقوله سبحانه : ﴿ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِي ٱلْحَجِّ ﴾ . وكان ابن عمر وعائشة وأحمد يقولون : يصومهن ما بين إهلاله بالحج ويوم عرفة ، فإن لم يحرم إلا يوم التروية صام ثلاثة أيام ، آخرها يوم عرفة ، ثم قال : وذكر القاضي في المجرد : أنه يكون آخرها يوم التروية ، والمنصوص عن أحمد فيما وقفت عليه من نصوصه : أن يكون آخرها يوم عرفة ، ولا خلاف في جواز ذلك ، وإنما الخلاف في استحبابه . راجع المسألة في المغني ، الباب السابق (٤٧٦/٣ ، ٤٧٧) ، الكافي لابن قدامة (٣٩٨/١) ، العدة ، باب ما يفعله بعد الحل ص٢٠١ ، ٢٠٢ .

(٣) في (م) : [يليها] . وحديث قتادة أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الصيام ، باب استحباب صيام ثلاثة أيام من كل شهر وصوم يوم عرفة وعاشوراء والاثنين والخميس (٨١٨/٢ ، ٨١٩) ، الحديث (١١٦٢/١٩٦) ، وأبو داود في السنن ، كتاب الصوم ، باب في صوم الدهر تطوعا (٦١٣/١) ، وأخرجه الترمذي في السنن ، في كتاب الصوم ، باب ما جاء في فضل صوم عرفة (١١٥/٣) ، الحديث (٧٤٩) ، وابن ماجه في السنن ، في كتاب الصيام ، باب صيام يوم عرفة (٥٥١/١) ، الحديث (١٧٣٠ ، ١٧٣١) .

٧٩٢٧ - ولأنه زمان لا يكره لغير الحاج الصوم فيه ، فلم يكره للحاج ، كيوم التروية [1] ، وإذا ثبت هذا فيوم عرفة أفضل ، ولم ينه عن الصوم فيه ، فكان أداؤه فيه أولى .

٧٩٢٨ - ولأن يوم السادس لايسن الخروج إلى منى فيما يليه ، فلم يستحب فيه ابتداء الصوم الثلاثة ؛ أصله : ما قبله .

* * *

(١) في (ص) : [للتروية] .

مسألة ٤٣٦

المتمتع إذا ساق الهدي ، لم يتحلل من العمرة إلى يوم النحر

٧٩٢٩ – قال أصحابنا : المتمتع إذا ساق الهدي ، لم يتحلل من العمرة إلى يوم النحر (١) .

٧٩٣٠ – وقال الشافعي : إذا فرغ من العمرة ، تحلل (٢) .

٧٩٣١ – لنا : ما روي في حديث أبي موسى ﷺ أن النبي ﷺ قال : « من ساق منكم الهدي ، فليتحلل معنا يوم النحر » (٣) .

---

(١) لفظ : [يوم] ساقط من (م) ، (ع) . راجع المسألة في مختصر الطحاوي ، باب حكم المتمتع في سياقه الهدي عند إحرامه وفي ترك سياقه ص٧٤ ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (٤١١/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان ما يحرم به (١٦٨/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، باب التمتع (٩/٣ ، ١٠) ، البناية مع الهداية باب التمتع (٢٢٢/٤ ، ٢٢٣) ، الاختيار باب التمتع (١٥٩/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر، الباب السابق (٢٩٠/١) .

(٢) راجع المسألة في النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١٠٣ أ ، ب) ، حلية العلماء ، كتاب الحج (٣/ ٢٢٦، ٢٢٧) ، المجموع ، كتاب الحج (١٨٠/٧ ، ١٨١) . وقال مالك : مثل قول الشافعي ، إذا فرغ المتمتع من أفعال العمرة تحلل ، ساق الهدي أو لم يسق . راجع المدونة ، العنوان السابق (٣٠٦/١) ، المنتقى ، العنوان السابق (٢٢٩/٢) . وعن أحمد في ذلك ثلاث روايات : إحداها : مثل قول الحنفية ، المتمتع الذي ساق الهدي لايحل قبل يوم النحر . والثانية : يحل بقدر التقصير فقط . والثالثة : إن قدم قبل العشر حلَّ، وإن قدم في العشر لم يحلَّ . قال ابن قدامة في المغني : والرواية الأولى أولى ، لما فيها من الحديث الصحيح الصريح ، وهو أولى بالاتباع . راجع تفصيل المسألة في المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٣٠٥/١ ، ٣٠٦) ، مسألة (٥١)، المغني ، باب ذكر الحج ودخول مكة (٣٩١/٣ ، ٣٩٢) ، الكافي لابن قدامة ، باب دخول مكة وصفة العمرة (٤٣٩/١) ، العدة مع العمدة ، باب دخول مكة ١٨٧.

(٣) لم نعثر على حديث أبي موسى ﷺ ، وله شواهد ، منها : ما أخرجه مسلم ، في الصحيح في كتاب الحج ، باب ما يلزم ، من طاف بالبيت وسعى ، من البقاء على الإحرام وترك التحلل (٩٠٧/٢) ، الحديث (١٢٣٦/١٩١) وحديث أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما ، بلفظ : قالت : خرجنا محرمين ، فقال رسول الله ﷺ : من كان معه هدي ، فليقم على إحرامه ، ومن لم يكن معه هدي فليحلل ، فلم يكن معي هدي فحللت ، وكان مع الزبير هدي فلم يحلل ، ومنها : ما أخرج ابن خزيمة في صحيحه كتاب المناسك ، باب مقام القارن والمفرد بالحج والإحرام إلى يوم النهار (٢٤٣/٤ ، ٢٤٤) عن عائشة رضي الله عنها ، بلفظ : قال رسول الله ﷺ : من كان معه هدي ، فليهلَّ بالحج مع العمرة ، ثم لا يحل حتي يحل منهما جميعا ، في صحيحه ، كتاب المناسك ، باب مقام القارن والمفرد بالحج والإحرام إلى يوم النهار (٢٤٣/٤ ، ٢٤٤) ، الحديث (٢٧٨٩) .

٧٩٣٢ - وفي حديث حفصة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « إني قلدت هديي [١] ولبدت رأسي ، فلا أحل حتى أنحر » [٢] .

٧٩٣٣ - وهذا يدل على أن الهدي يمنع التحلل ، وقولهم : إن النبي ﷺ كان إحرامه إحراما مبهما فجعله حجة لا يصح ؛ لأنا روينا : أنه كان قارنا ، وروي : أنه كان متمتعا [٣] .

٧٩٣٤ - ولأن المفرد لايمنعه الهدي من [٤] التحلل بالإجماع .

٧٩٣٥ - ولأنه أحد نوعي الجمع بين الإحرامين ، فجاز أن يقف المتحلل منه على يوم النحر ، كالقران .

٧٩٣٦ - فإن قيل : ذكر الجواز في الأقل لا معني له .

٧٩٣٧ - قلنا : بل له معنى ؛ لأنه يجوز أن يتحلل قبل يوم النحر بالإحصار .

٧٩٣٨ - ولأنه تحلل من عمرته قبل فوات وقت الوقوف مع القدرة على المضي ، فلم يجز ذلك مع سوق الهدي ، كما لو طاف لها أكثر الطواف .

٧٩٣٩ - [احتجوا : بأنه مفرد بالعمرة ، وإذا فرغ من أعمالها ، جاز له التحلل ، كمن ليس له هدي] [٥] .

٧٩٤٠ - قلنا : إذا لم يكن له هدي ، لم يوجد الجمع .

٧٩٤١ - ولأنه موجب الجمع فإذا لم يبق له عمل تحلل ، وفي مسألتنا : قد وجد موجب الجمع ، فصار وجوده كوجود الجمع . فإذا لم يبق له تحلل فيمنع التحلل مع الموجب .

٧٩٤٢ - فإن قيل : هذا يبطل به إذا صام للعمرة بعد إحرامها ، وكان له التحلل إذا فرغ منها وإن كان وجد الصوم الموجب للجمع .

٧٩٤٣ - قلنا : الصوم بعض موجب الجمع ويصير وجوده كوجود الجمع ؛ ولأنه إذا ساق الهدي فقد بقى عليه نسك يجب فعله في إحرام الحج .

* * *

---

(١) في (م) : [هدي] .
(٢) تقدم تخريجه في مسألة (٤٢٣) .
(٣) تقدم تخريج الروايات التي تدل على صفة حج النبي ﷺ في مسألة (٤٢٣) .
(٤) في (م) ، (ع) : [مع] ، مكان : [من] .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٤٣٧

إذا قدم الإحرام على الميقات كان أفضل

٧٩٤٤ – قال أصحابنا : إذا قَدَّم الإحرام على الميقات ، كان أفضل (١) .

٧٩٤٥ – وهو قول الشافعي : في الإملاء ، وفي مختصر الحج الكبير : استحب أن لايحرم إلا من الميقات (٢) .

٧٩٤٦ – لنا : حديث أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « من أحرم من المسجد الأقصى إلى المسجد الحرام بحج أو عمرة : غفر اللّٰه له ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، ووجبت له الجنة » (٣) .

---

(١) قال الكاساني في بدائع الصنائع : وروي عن أبي حنيفة ، أن ذلك أفضل إذا كان يملك نفسه أن يمنعها ما يمنع منه الإحرام . راجع المسألة في كتاب الأثار ، باب الإحرام والتلبية ص٦٧ ، حديث (٣٢٨) ، كتاب الحجة باب القران بين الحج والعمرة (٢/١ ، ٢ ، ٩-١٤) ، المبسوط ، باب المواقيت (١٦٦/٤ ، ١٦٧) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان مكان الإحرام (١٦٤/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، كتاب الحج (٤٢٧/٢ ، ٤٢٨) ، البناية مع الهداية ، كتاب الحج (٣٣/٤ ، ٣٤) .

(٢) قال النووي في المجموع : واختلف أصحابنا في الأصح من هذين القولين ، فصححت طائفة : الإحرام من دويرة أهله ، وممن صرح بتصحيحه القاضي أبو الطيب في كتابه المجرد ، والروياني في البحر ، والغزالى والرافعي في كتابيهما . وصحح الأكثرون والمحققون : تفضيل الإحرام من الميقات ، ثم قال : والأصح على الجملة : أن الإحرام من الميقات أفضل . راجع المسألة في : النكت ، في مسائل الإحرام ، ورقة (١٠٣ ب) اختلاف العلماء ، باب الحج ص٨٣ ، ٨٤ ، حلية العلماء ، باب المواقيت (٢٣٠/٣) ، المجموع مع المهذب باب المواقيت (١٩٩/٧-٢٠٢) ، فتح العزيز مع الوجيز ، كتاب الحج ، بذيل المجموع (٨٩/٧ ، ٩٣-٩٦) .
وقال مالك وأحمد وهو أحد قولي الشافعي : الأفضل أن يحرم من الميقات . قال ابن عبد البر في الكافي : ولا يحب مالك لأحد أن يحرم قبل ميقاته ، فإن فعل لزمه ، وكره ذلك له ، وغيره من أهل العلم بالمدينة وغيرها لا يكرهه . راجع المسألة في المدونة ، في ما يجوز للمحرم لبسه (٢٩٦/١) ، المنتقى ، في مواقيت الإهلال (٢٢٠٥/٢) ، الكافي لابن عبد البر باب المواقيت في الحج وحكمها (٣٨٠/١) . بداية المجتهد ، في القول في شروط الإحرام (٣٣٧/١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣٤٣/٢ ، ٣٤٤) . والإفصاح ، كتاب الحج (٢٦٨/١) ، الكافي لابن قدامة ، باب المواقيت (٣٩٠/١) ، المغني ، باب ذكر المواقيت (٢٦٤/٣-٢٦٦) ، العدة مع العمدة ، باب المواقيت ص١٦٦ . وقال ابن حزم : لا يحل لأحد أن يحرم قبل الميقات . راجع المحلى ، كتاب الحج (٥٢/٥ ، ٥٨ - ٦٣) ، مسألة (٨٢٢) .

(٣) أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب المناسك ، باب في المواقيت (٤٤٠/١) ، ابن ماجه في كتاب المناسك باب من أهلَّ بعمرة من بيت القدس (٩٩٩/٢) ، الحديث (٣٠٠١ ، ٣٠٠٢) ، الدارقطني في =

٧٩٤٧ - فإن قيل : هذا لا يدل على أنه أفضل من غيره ، كما لم يدل على أن إحرامه منه أفضل مما تقدم .

٧٩٤٨ - قلنا : إذا أحرمْ مما تقدم ، فقد حصل الإحرام منه وزيادة ، وقولهم : لا يدل على الفضيلة ، غلط ؛ لأن هذه المبالغة هي غاية ، وإنما يذكر المبالغة على طريق ما هو أولى من غيره للحث عليه .

٧٩٤٩ - ويدل عليه : ما روي عن علي ، وعمر ، وابن مسعود ﷺ في تأويل قول الله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ (١) .

٧٩٥٠ - قالوا : إتمامهما « أن تحرم بهما (٢) من دويرة أهلك » (٣) ، ويستحيل أن يكلف زيادة المشقة ؛ ليكون (٤) أنقص من غيره .

٧٩٥١ - فإن قيل : فعل النبي ﷺ أولى من قول الصحابي .

٧٩٥٢ - قلنا : هذا القول لا يعلمونه إلا توقيفًا ، فصار كما لو قاله النبي ﷺ ، وقوله ﷺ أولى من فعله (٥) .

٧٩٥٣ - وقد روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « تمام الحج والعمرة أن تحرم (٦) بهما من دويرة أهلك » (٧) .

٧٩٥٤ - ولأن ما [لا] (٨) يجوز تأخير الإحرام عنه كان الإحرام عليه أفضل ، أصله : ليلة النحر .

٧٩٥٥ - احتجوا : بأن النبي ﷺ أحرم بحجة الوداع من الميقات (٩) . وهو لا يفعل إلا ما (١٠)

= السنن ، في كتاب الحج باب المواقيت (٢٨٣/٢ ، ٢٨٤) ، الحديث (٢١٠ ، ٢١١ ، ٢١٢) .

(١) سورة البقرة : الآية ١٩٦ . (٢) في (ع) : [بها] .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٤١٧) .

(٤) لفظ : [ليكون] مكرر في (م) .

(٥) في (م) ، (ع) : [وقوله عليه السلام أولى من غيره] .

(٦) الزيادة : من (م) ، (ع) وفي (م) : [أن يحرم] .

(٧) سبق تخريجه في مسألة (٤١٧) . (٨) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٩) قال ابن حجر في تلخيص الحبير (٢٢٩/٢) ، الحديث (٩٧٣) بعد أن ذكر هذا الحديث بنحو لفظ المصنف : هذا لم أجده مرويًا هكذا عند أحد ، وكأنه أخذ بالاستقراء من حجته ، ومن عمراته ، وفيه نظر كبير .

(١٠) في (م) : [من] ، مكان : [ما] .

هو الأفضل ، وكذلك : « أحرم بالعمرة [١] من ذي الحليفة [٢] » .

٧٩٥٦ - قلنا : أراد أن يبين عامة الميقات ، وبيانه بالفعل أقوى من بيانه بالقول .

٧٩٥٧ - ولأنه اختار في حجة الوداع الأسهل ، ولهذا أمرهم بالفسخ .

٧٩٥٨ - فإن قيل : إنما يفعل غير [٣] الأفضل مرة ، ويداوم على الأفضل .

٧٩٥٩ - قالوا [٤] : لم يفعله إلا مرة ، فلا يترك الفضيلة فيه .

٧٩٦٠ - قلنا : الإحرام من الميقات لا نقص فيه ، وإنما غيره أفضل بشرط أن يؤمن مواقعة المحظور ، فيجوز أن يكون لم يأمن عليهم .

٧٩٦١ - قالوا : تقديم العبادة على الوقت تقرير بها من مواقعة المحظور ، والغالب أن من يحرم من بلده لا يسلم من محظوراتها .

٧٩٦٢ - قلنا : إذا لم يأمن ، فالأفضل [٥] ترك التقديم ، وكلامنا فيمن يأمن من [٦] ذلك ، ثم هذا يقتضي أن يكون الإحرام بالحج من يوم عرفة أفضل ؛ لأن ما قبله [٧] لا يأمن من مواقعة المحظورات .

* * *

(١) في (م) : [ولذلك إحرام بالعمرة]. وقوله : [بالعمرة] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) الدليل على ذلك : ما أخرجه البخاري ، في الصحيح كتاب الحج ، باب من أشعر وقلد بذي الحليفة ثم أحرم (٢٩٤/١) ، من حديث المسور بن مخرمة ، ومروان ، بلفظ : قالا : خرج النبي ﷺ من المدينة في بضع عشرة مائة من أصحابه حتى إذا كانوا بذي الحليفة ، قلد النبي ﷺ الهدي ، وأشعر ، وأحرم بالعمرة . في الصحيح ، كتاب الحج ، باب من أشعر وقلد بذي الحليفة ثم أحرم (٢٩٤/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [عن] ، مكان : [غير] .

(٤) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [قالوا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فالأصل] ، مكان : [فالأفضل] .

(٦) في (م) : [فيها] ، مكان : [فيمن] ، وحرف الجر : ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [لأن قبله] بحذف : [ما] .

مسألة ٤٣٨

الأفضل أن يلبي عقيب الصلاة

٧٩٦٣ - قال أصحابنا : الأفضل أن يلبي عقيب الصلاة [١] ، وهو قول الشافعي في القديم .

٧٩٦٤ - وقال في الأم والإملاء : الأفضل أن يلبي إذا انبعثت به ناقته إن كان راكبًا ، وإن أخذ [٢] في السير إن كان راجلًا [٣] .

٧٩٦٥ - لنا : حديث عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « أتاني آت من ربي ، وأنا بالعقيق ، فقال : صل في هذا الوادي المبارك ركعتين ، وقل : لبيك بعمرة وحجة » [٤] ، ولم يجعل بين الصلاة والتلبية أمرًا فاصلًا .

٧٩٦٦ - ويدل عليه : حديث سعيد بن جبير ، قال : قيل لابن عباس ﷺ : كيف اختلف الناس في إهلال رسول الله ﷺ ؟ فقالت طائفة : أهلَّ في مصلاه ، وقالت

(١) راجع المبسوط ، كتاب المناسك (٥/٤) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان سنن الحج الخ (١٤٥/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، باب الإحرام (٤٣٢/٢-٤٣٤) ، البناية مع الهداية ، باب الإحرام (٤٤/٤) ، الإختيار ، كتاب الحج (١٤٣/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٦٧/١ ، ٢٦٨) .

(٢) في (م) ، (ع) [إذا نبعث به ناقلته اذا كان راكبا واذا وجد] ، وهو تصحيف .

(٣) قال النووي في المجموع في فرع مذاهب العلماء : إن الأصح عندنا أنه يستحب إحرامه عند ابتداء السير وانبعاث الراحلة . راجع المسألة في مختصر المزني ، في باب الإحرام والتلبية ص٦٥ ، النكت ، العنوان السابق ورقة (١٠٣ ب ، ١٠٤ أ) ، حلية العلماء ، في باب الإحرام وما يحرم فيه (٢٣٥/٣ ، ٢٣٦) ، المجموع مع المهذب باب الإحرام وما يحرم فيه (٢١٤/٧ ، ٢١٥ ، ٢٢١ ، ٢٢٣) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الفصل الثاني في سنن الإحرام بذيل المجموع (٢٥٧/٧-٢٥٩) . وقال مالك : المستحب أن يهلَّ إذا استوت به راحلته قائمة إن كان راكبا ، وإذا أخذ في المشي إن كان ماشيا . راجع المدونة ، في ما جاء في التلبية ، وفي تفسير ما يبدأ به الرجل إذا دخل في الطواف (٢٩٥/١ ، ٣١٥) المنتقى ، في العمل في الإهلال (٢٠٨/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، باب العمل في الحج (٣٦٤/١) . وقال أحمد في رواية : مثل قول الحنفية والشافعي في القديم ، المستحب أن يحرم عقيب الصلاة ، وقال في رواية أخرى : إن الإحرام عقيب الصلاة ، إذا استوت به راحلته ، وإذا بدأ بالسير سواء . وقال ابن قدامة في الكافي : ويستحب البداءة بالتلبية إذا ركب راحلته . راجع المسألة في المغني ، باب ذكر الإحرام (٢٧٥/٣) ، الكافي لابن قدامة ، باب الإحرام (٤٠١/١) ، العدة مع العمدة ، باب الإحرام ص١٦٧ ، ١٦٨.

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٤٢٣) .

طائفة : [حين استوت به راحلته ، وقالت طائفة] (١) : حين علا على البيداء ، فقال : سأخبركم عن ذلك : إن رسول الله ﷺ أهلَّ في مصلاه ، فشهده قوم فأخبروا (٢) بذلك ، فلما استوت به راحلته أهلَّ ، فشهده قوم (٣) لم يشهدوه في المرة الأولى فقالوا : أهلَّ رسول الله ﷺ [الساعة] (٤) وأخبروا بذلك ، فلما علا على البيداء أهل ، فشهده قوم لم يشهدوه في المرتين الأوليين ، فقالوا : أهل رسول الله ﷺ [الساعة] (٥) فأخبروا بذلك ، وإنما كان إهلال النبي ﷺ في مصلاه (٦) ؛ فروي عن ابن عباس ﷺ التلبية ، وبين (٧) اشتباه الأمر على الرواة ما لم يعرفه غيره ، وهو تقدم تلبية رسول الله ﷺ التي شاهدها غيره ، فكان الرجوع إلى روايته أولى . ولأنه روي عن ابن عباس ﷺ أنه قال : « أهلَّ رسول الله ﷺ في مسجد ذي الحليفة ، وأنا معه ، وناقة رسول الله ﷺ عند باب المسجد وابن عمر معها ، ثم خرج وركب وأهلَّ ، فظن ابن عمر أنه أهلَّ في ذلك الوقت » (٨) .

٧٩٦٧ - ولأنه ذكر بتقديم (٩) الصلاة عليه ، فكان فعله عقيبها أفضل من تأخيره (١٠) عنها ، كتكبيرات التشريق ، وخطبة العيد .

٧٩٦٨ - احتجوا : بما روي عن أنس ﷺ « أن النبي ﷺ أهلَّ لما استوت به راحلته في البيداء » (١١) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) : [فأخبروه] .

(٣) في (م) : [فشهدت قوما] ، وفي (ع) : [فشهدت قوم] .

(٤ ، ٥) الزيادة من معاني الآثار للطحاوي .

(٦) في (م) : [مصلا] بدون الهاء . والحديث أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب في وقت الإحرام (٤٤٦/١ ، ٤٤٧) ، والحاكم في المستدرك في كتاب المناسك (٤٥١/١) ، وأحمد في المسند ، في مسند عبد الله بن العباس ﷺ (٢٦٠/١) ، والبيهقي في الكبرى ، كتاب الحج ، باب من قال يهل خلف الصلاة (٣٧/٥) ، الطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب الإهلال من أين ينبغي أن يكون (١٢٣/٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [وابن] ، مكان : [وبين] .

(٨) لم نعثر على حديث ابن عباس ﷺ بعد .

(٩) في (ص) : [بتقدم] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [تأخرة] .

(١١) تقدم تخريجه في مسألة (٤٢٣) . كما أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج باب من بات بذي الحليفة حتى أصبح (٢٦٩/١) ، وأبو داود ، في المصدر السابق (٤٤٨/١) .

٧٩٦٩ - وروت عائشة بنت سعد ، قالت : قال سعد : كان نبي اللَّه ﷺ إذا أخذ طريق الفرع أهلَّ إذا استوت به راحلته ، وإذا [١] أخذ في طريق آخر ، أهلَّ إذا استقر [٢] على جبل البيداء [٣] .

٧٩٧٠ - وروى جابر ﷺ « أن النبي ﷺ لما أتي البيداء أحرم » [٤] .

٧٩٧١ - وروى نافع [٥] عن ابن عمر ﷺ ، قال : « كان رسول اللَّه ﷺ إذا وضع رجله في الغرز [٦] وانبعثت به راحلته ، أو ناقته قائمة ، أهلَّ من ذي الحليفة » [٧] .

٧٩٧٢ - قلنا : هذا لا يعارض خبرنا ؛ لأن الجماعة رووا الإهلال في وقت عرفوه عن ابن عباس فساواهم ، وانفرد هو [٨] بمعرفة الإهلال في وقت لم يعرفوه ، فخبره زائد ، فهو أولى .

٧٩٧٣ - وقولهم : إنهم جماعة وهو وحده لا يصح ؛ لأن المُثْبِت أولى من النافي ، [وإن] كان التفريق روته [٩] الجماعة .

٧٩٧٤ - وقولهم : إنَّا روينا عن الرجال وابن عباس ممن غلط ؛ لأن أحدًا لم يقدح في خبر غيره [١٠] بهذه العلة ، وما أقبح مناقضتهم ، وأنهم رجحوا خبره في مسألة القران ، فقالوا : لأنه من الأهل ، والآن أسقطوا هذا الترجيح وطعنوا في روايته لصغر سنه .

٧٩٧٥ - قالوا : قد تعارضت الرواية عن ابن عباس ، فإن قتادة روى عن ابن

---

(١) قوله : [وإذا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [أسفر] .

(٣) أخرجه أبو داود في السنن ، في الباب السابق (٤٤٨/١) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك ، في كتاب المناسك (١١٣/١) ، والبيهقي في الكبرى في الباب السابق (٣٩/٥)) .

(٤) أخرجه الترمذي في كتاب الحج ، باب ما جاء من أي موضع أحرم النبي ﷺ (١٧٢/٣) الحديث (٨١٧) .

(٥) لفظ : [نافع] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [وقع رجله في الفرن] ، مكان : [وضع رجله في الغرز] . الغرز : هو ركاب الرحل ، وكل ما كان مساكًا للرجلين في المركب غرز. انظر : لسان العرب مادة غرز .

(٧) أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب الإهلال من حيث تنبعث الراحلة (٨٤٥/٢) ، الحديث (١١٨٧/٢٧) ، ابن ماجه بألفاظ متقاربه ، في كتاب المناسك ، باب الإحرام (٩٧٣/٢) ، الحديث (٢٩١٦) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في من كان يقول يلبي إذا انبعثت به راحلته (٤٩٣/٤) ، الحديث (٨) .

(٨) لفظ : [هو] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) الزيادة من (م) ، (ع) وفي (ص) : [رواية] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لأن أحدهم لم يقدح بخبر غيره] ، مكان المثبت .

حسان ، عن ابن عباس ﷺ : أن النبي [١] ﷺ صلى بذي الحليفة ، ثم أتي براحلته [٢] فركبها ، فلما استوت به على البيداء أهل [٣] » .

٧٩٧٦ – قلنا : هذا ليس يعارضه ، وإنما هو بعض خبر سعيد بن جبير ؛ لأنه بيَّن في ذلك الخبر : أنه أهل عقيب الصلاة ، وحين [٤] استوت على البيداء ، فهذا بعض ذلك الخبر .

٧٩٧٧ – قالوا : روى الشافعي عن مسلم بن خالد ، عن ابن جرير ، عن أبي الزبير ، عن جابر ﷺ : أن النبي ﷺ قال لهم : إذا رحتم إلى منى متوجهين فأهلوا بالحج [٥] . وهذا بعد إهلاله بذي الحليفة ، فيكون نسخًا .

٧٩٧٨ – قلنا : معناه : إذا أردتم الرواح ، بدلالة : أنه لم يذكر الصلاة ، ولا خلاف أن الصلاة تقدم على الإحرام ، فعلم أنه قصد بها وقت الدخول ، وما ذكرناه أولى ؛ لأن الملبي عقيب الصلاة ، وليس فيها ذكر يتعلق بالتوجه ، وإنما الإشراف على البيداء ، فكان إثبات ماله نظير أولى .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [رسول اللَّه] ، مكان : [النبي] .
(٢) في (م) ، (ع) : [راحلته] .
(٣) أخرج البخاري نحوه في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب ما لا يلبس المحرم من الثياب (٢٦٨/١ ، ٢٦٩) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب تقليد الهدي وإشعاره عند الإحرام (٩١٢/٢) ، الحديث (١٢٤٣/٢٠٥) ، وأبو داود في كتاب المناسك ، باب في الإشعار (٤٤٣/١) ، والنسائي في كتاب مناسك الحج ، في باب سلت الدم عن البدن (١٧٠/٥ ، ١٧١) .
(٤) في (م) ، (ع) : [حتى] ، مكان : [وحين] .
(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٤٣٤) .

مسألة ٤٣٩

لا ينعقد الإحرام بمجرد النية حتى ينضم إليها التلبية أو سوق الهدي

٧٩٧٩ - قال أصحابنا : لا ينعقد الإحرام بمجرد النية حتى ينضم إليها التلبية أو سوق الهدي (١) .

٧٩٨٠ - وقال الشافعي : ينعقد [الإحرام بمجرد النية] (٢) .

٧٩٨١ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « أتاني آت من ربي بالعقيق ، فقال : صل (٣) في هذا الوادي / المبارك ركعتين ، وقل (٤) : لبيك بعمرة في حجة » (٥) . /٩٩

(١) قال الكاساني في بدائع الصنائع وروي عن أبي يوسف ، أنه يصير محرما بمجرد النية ، وقال العيني في البناية : وروى أبو عوانة البصري عنه : أن قوله كمذهبنا . راجع تفصيل المسألة في المبسوط ، باب النذر (١٣٨/٤ ، ١٣٩) ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (٣٩٩/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان ما يصير به محرما (١٦١/٢ ، ١٦٣) ، فتح القدير مع الهداية ، الباب السابق (٤٣٧/٢ ، ٤٣٨) ، البناية مع الهداية، الباب السابق (٤٩/٤ ، ٥٠) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٤٤/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٦٨/١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . قال النووي في المجموع : فإن نوى ولم يلب ففيه أربعة أوجه أو أقوال : الصحيح المشهور من نصوص الشافعي وبه قطع جمهور أصحابنا المتقدمين والمتأخرين : ينعقد إحرامه ، والثاني : لاينعقد ، وهو قول أبي عبد اللّٰه الزبير وأبي علي بن خيران ، وأبي علي بن أبي هريرة ، وأبي العباس بن القاص ، وحكاه إمام الحرمين وغيره قولًا قديمًا ، والثالث : حكاه الشيخ أبو محمد الجويني وغيره قولا للشافعي : أنه لا ينعقد إلا بالتلبية ، أو سوق الهدي وتقليده والتوجه معه ، والرابع : حكاه الحناطي قولا للشافعي : أن التلبية واجبة ، وليست بشرط للانعقاد ، فإن نوى ولم يلب انعقد وأثم ولزمه دم ، والمذهب الأول . راجع المسألة : في مختصر المزني ، الباب السابق ص٦٥ ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٣٦/٣) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٢٢٣/٧-٢٢٥) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع ، كتاب الحج (٢٠٠/٧-٢٠٢) ، وقال مالك وأحمد : مثل قول الشافعي ، ينعقد الإحرام بمجرد النية وقال ابن حبيب من أصحاب مالك : لا ينعقد بمجرد النية حتى تنضاف إليها التلبية. راجع المسألة في المدونة ، في تفسير ما يبدأ به الرجل إذا دخل في الطواف (٣١٥/١) ، بداية المجتهد في القول في الإحرام (٣٥٠/١) أحكام القرآن لابن العربي (١٣٣/١) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣٨٣/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب الرابع في أعمال الحج ص١٢٥ ، المغني ، الباب السابق (٢٨١/٣ ، ٢٨٢) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٣٩٢/١) .

(٣) في (ص) : [صلى] .

(٤) في (م) : [قيل] ، مكان : [قل] .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٤٢٣) .

٧٩٨٢ - فإن قيل : النبي ﷺ [كان] (١) قد ساق الهدي ، والتلبية ليست واجبة.

٧٩٨٣ - قلنا : ليس معناه (٢) : أنه نوى الإحرام مع السوق ، وإذا لم ينو ، فالتلبية واجبة .

٧٩٨٤ - قالوا : العمرة عندكم (٣) ليست بواجبة ، فكيف تجب (٤) التلبية ؟ .

٧٩٨٥ - قلنا : إذا أراد العمرة وجب أن يلبي ، كما أنه (٥) إذا أراد صلاة النافلة كبر .

٧٩٨٦ - وروت أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : يا آل محمد أهلوا بحجة وعمرة (٦) ، والإهلال يكون باللسان ؛ لأنه مأخوذ من الظهور ؛ وروي عن ابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر ، وعائشة رضي الله عنهم أنهم قالوا : « لا حج إلا (٧) لمن أهلَّ ولبى » (٨) .

٧٩٨٧ - ولأنها عبادة لها تحليل وتحريم ، [فوجب الذِّكْر في ابتدائها كالصلاة ، كما أن الصوم له تحليل وتحريم] (٩) ؛ لأنه يدخل فيه ، فيحرم عليه أشياء فإذا خرج منه حلت ومع هذا لا يجب في ابتدائه ذكر .

٧٩٨٨ - قلنا : معنى قولنا : « تحليل وتحريم » : أن محرمات العبادة تقف على فعل (١٠) يأتي به محرم (١١) بمحرماتها عقيبه ، وهذا موجود في تكبير الصلاة ، وما يدخل في الحج (١٢) من التلبية عندنا ، والنية عندهم .

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [معنى] بدون الهاء .

(٣) قوله : [عندكم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) : [يجب] .

(٥) لفظ : [أنه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) تقدم تخريجه في مسألة (٤٢٣) .

(٧) لفظ : [إلا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) لم نهتد إلى أثر ابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر رضي الله عنهم بهذا اللفظ بعد . وقد روى ابن أبي شيبة ، عن شريك ، عن أبي إسحاق ، عن ابن عباس ، بلفظ : فمن فرض فيها الحج قال : التلبية في المصنف ، كتاب الحج ، في قوله تعالى : ﴿ فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ ﴾ (٣٠٣/٤) . الأثر (١) . وأثر عائشة رضي الله عنها : أخرجه مالك في الموطأ ، في كتاب الحج ، في ما لا يوجب الإحرام من تقليد الهدي (٢٤٩/١) وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في الرجل يبعث بهديه ويقيم ، هل يجب عليه الإحرام أم لا ؟ (١٩٨/٤) ، الأثر (٥) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) لفظ : [فعل] ساقط من (م) وفي (ع) : [ما] ، مكان : [فعل] .

(١١) في (ص) ، (م) : [يحرم] . (١٢) لفظ : [الحج] ساقط من (ع) .

٧٩٨٩ - والمحلل معناه : أن محرمات العبادة [١] ؛ لأنه لا يفعل بوجه [٢] في جهته كالتسليم [٣] عندهم والطواف .

٧٩٩٠ - فأما الصوم : فحرماته تُحرم بطلوع الفجر ، وليس ذلك من فعله ، ويرتفع بغروب [٤] الشمس ، فلا يقال : لها تحليل وتحريم .

٧٩٩١ - ولأنه ذكرٌ شُرِعَ في ابتداءِ عبادةٍ يتكرر في انتهائها [٥] فكان شرطًا في ابتدائه [٦] ، كالصلاة والتكبير فيهما ، ولا يكره التكبير في ابتداء الأذان ؛ لأنه شرط في صحة الأذان .

٧٩٩٢ - ولأنه ذِكْرٌ في ابتداء الفريضة [٧] سُنَّ تكراره في انتهائها [ذكر واجب ؛ لأن السلام عندنا] [٨] كتكبيرة الصلاة .

٧٩٩٣ - فإن قيل : المعنى في الصلاة : أن في ابتدائها [٩] ذكرٌ واجب ، وفي آخرها ذكر واجب .

٧٩٩٤ - قلنا : لا نسلم أنه في آخرها ذكْرٌ واجب ؛ لأن السلام [١٠] عندنا ليس بواجب في ابتدائها [١١] ؛ لأنا جعلنا كون الذكر في ابتدائها [١٢] العلة .

٧٩٩٥ - فإذا قالوا : العلة فيه كونه واجبًا ، فقد عارضونا بوصفنا وزيادة وصف معه .

٧٩٩٦ - ولأنه ذكر شرع في ابتدائه الوضوء ؛ لأن من نوعها ما يجب على الذبيحة .

٧٩٩٧ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًاۚ ﴾ [١٣] ، والحج القصد .

---

(١) هكذا في سائر النسخ ، والسياق يدل على أن عبارة ما سقطت من هذا المكان .

(٢) في (ص) ، (م) : [يوجد] .

(٣) في (م) ، (ع) : [كالسلام] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بعد غروب] .

(٥) قوله : [انتهائها] غير واضح في (ص) ، وفي (ع) بدون نقط .

(٦) قوله : [ابتدائه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [فريضة] بدون [ال] .

(٨) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [انتهائها] .

(١٠) في (ص) : [السلم] .

(١١) في (ص) : [قولهم في ابتدائها] بزيادة [قولهم] ، في (م) ، (ع) : [انتهائها] ، مكان : [ابتدائها] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [انتهائها] .

(١٣) سورة آل عمران : الآية ٩٧ .

٧٩٩٨ - قلنا : الآية مجملة ، بدلالة أنه ليس فيها بيان الأركان والشرائط ، وإنما يرجع في بيانها إلى فعل رسول الله ﷺ وقد أحرم كما قلنا ، فكان ذلك بيانًا له .

٧٩٩٩ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » (١) .

٨٠٠٠ - قلنا : لا دلالة فيه ؛ لأنه جعل العمل عملًا بالنية (٢) ، فيقتضي أن ينضم إلى نية الحج عمل حتى يكون نية له .

٨٠٠١ - وقوله : « وإنما لكل (٣) امرئ ما نوى » معناه : وإنما له من الأعمال ما نوى ، فإذا نوى الإحرام ، ولم تصح (٤) النية فعلًا : لم يوجد من العمل ما يكون له بالنية .

٨٠٠٢ - ولا يقال : قد وجد تجنب (٥) المحرمات ؛ لأن ذلك ليس بعمل ينضم إليه النية ، بدلالة أنه لا يسقط به الفرض .

٨٠٠٣ - ولأنه لو (٦) نوى الإحرام عندهم وهو مرتكب لجميع محظورات الحج انعقد إحرامه بالنية ، فبطل أن يكون الانعقاد بالنية وبترك المحرمات .

٨٠٠٤ - قالوا : روى جابر ﷺ « أن النبي ﷺ قال : » إذا توجهتم إلى منى فأهلوا بالحج » (٧) .

٨٠٠٥ - قلنا : الإهلال قد بينا أنه عبارة عن الظهور ، ولذلك سُمي الهلال هلالًا لظهوره ، وصراخ المولود استهلالًا ، والظهور إنما يكون بالتلبية (٨) .

٨٠٠٦ - قالوا : عبادة ليس في أثنائها نطق (٩) واجب ، فوجب أن لا يكون في أولها نطق (١٠) واجب ، كالصوم وعكسه الصلاة .

---

(١) في (ص) : [ولكل امرئ ما نوى] وفي (م) : [ولا مرئ ما نوى] ، والمثبت من (ع) . تقدم تخريج هذا الحديث مفصلا في مسألة (١٣) .

(٢) قوله : [بالنية] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) لفظ : [لكل] ساقط من (م) . (٤) في (م) : [ولم يصح] .

(٥) لفظ : [قد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) : [بحيث] ، مكان : [تجنب] .

(٦) لفظ : [لو] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ع) : [إذا] ، مكان : [لو] .

(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٤٣٤) . (٨) في (م) : [بالثلثة] .

(٩) في (م) ، (ع) : [وطف] ، مكان : [نطق] .

(١٠) لفظ : [نطق] غير واضح في (ص) ، وفي (م) : [لطف] ، وفي (ع) : [وطف] .

٨٠٠٧ - قلنا : سجود التلاوة على أحد الوجهين ، ويلبي ... [١] الضعيف ، ويقولون : يجب في السجدة التشهد ، وربما قالوا : عبادة لا يجب النطق في آخرها ، فوجب أن لا يجب في أولها [٢] ، قياسًا على الصوم ، أو عبادة لا يفتقر آخرها إلى النطق ، فلا يفتقر أولها إلى النطق ، كالصوم .

٨٠٠٨ - قلنا : الصوم يرتفع الخروج منه بمضي النهار ، والوقت [٣] لا يفصله ، فالدخول فيه لا يقف على فعل ، والحج يقف الخروج منه على فعله بالاتفاق وإن اختلفا في ذلك الفعل . فالدخول يقع بفعل ينضم إلى النية ، كالصلاة .

٨٠٠٩ - ولأن الصوم فعل واحد ، فالدخول فيه لا يقف على ذكر ، والاعتكاف كالحج يقف على أركان مختلفة ، فالدخول فيه يجوز أن يقف على ذكر ، كالصلاة .

٨٠١٠ - ولأن الصوم دليلنا أنه لا يصح الشروع فيه حتى ينضم إليه فعل من خصائصه ، وهو الإمساك مع الذكر ، وكذلك لا يصح الشروع في الحج بمجرد النية حتى ينضم إليه فعل من خصائص الحج. وهو التلبية ، أو سوق [٤] الهدي .

٨٠١١ - فإن قيل : يصح الدخول في الصوم ، وهو آكل - إذا كان ناسيًا - [٥] ، وكذلك الإمساك المعتبر في الصوم ، هو الإمساك مع الذكر ، وهذا الإمساك شرط في الأول .

٨٠١٢ - قالوا : لو كان النطق شرطًا في الإحرام ، لم يسقط بغيره مع القدرة عليه .

٨٠١٣ - قلنا : يبطل بالقراءة ، فإنها شرط يسقط بالنطق بمتابعة غيره ، وهو الإمام إذا أدركه في الركوع .

٨٠١٤ - ولأن فرائض الصلاة لا يقوم مقامها ما ليس من جنسها ، فلذلك افترقا .

* * *

---

(١) مكان النقط بياض في سائر النسخ .

(٢) في (م) ، (ع) : [آخرها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الوقت] بدون العطف .

(٤) في (م) ، (ع) : [وسوق] .

(٥) هكذا في سائر النسخ ، يظهر أن عبارة ما سقطت بعد قوله : [في الصوم] ؛ لأن العبارة لا تقيم معنى بدون إضافة ولعلها [آكل] بدلًا من [أكل] .

مسألة ٤٤٠

لا تكره الزيادة على تلبية رسول الله ﷺ

٨٠١٥ - قال أصحابنا : لا تكره (١) الزيادة على تلبية رسول الله (٢) ﷺ فإن زاد فحسن (٣) .

٨٠١٦ - وقال الشافعي : إن زاد فلا بأس به ، فجعل الزيادة مباحة .

٨٠١٧ - ومن أصحابه من قال : يكره (٤) .

٨٠١٨ - لنا (٥) : ما روي في حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : لبيك إله الخلق » (٦) .

٨٠١٩ - وقد روي عن (٧) عمر ﷺ أنه زاد : « لبيك وسعديك والخير بيديك

(١) في (م) : [لا يكره] .

(٢) في (م) ، (ع) : [النبي] ، مكان : [رسول الله] .

(٣) راجع المسألة : في الأصل ، باب التلبية (٥٤٣/٢ - ٥٤٥) ، كتاب الآثار ، الباب السابق ص٦٦ ، الحديث (٣٢٣) ، المبسوط ، باب التلبية (١٨٧/٤) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان سنن الحج (١٤٥/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، الباب السابق (٤٣٦/٢ ، ٤٣٧) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (٤٧/٤ - ٤٩) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٦٨/١) .

(٤) راجع المسألة في : الأم ، باب كيف التلبية (١٥٥/٢ ، ١٥٦) ، مختصر المزني ، الباب السابق ص٦٥ ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٨٣ ب ، ١٨٤ أ) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٢٤١/٧ ، ٢٤٥) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٢٦٣/٧ ، ٢٦٤) . وقال المالكية والحنابلة : مثل قول الشافعي ، تجوز الزيادة على تلبية رسول الله ﷺ ، ولا تستحسن. قال ابن عبد البر في الكافي : وإن زاد ، فقال : لبيك إله الحق ، أو زاد ما كان ابن عمر يزيده في التلبية ، وهو قوله : لبيك لبيك ، وسعديك ، والخير بيديك ، والرغباء إليك ، والعمل ، فلا بأس . قال ابن قدامة في المغني : ولا تستحب الزيادة على تلبية رسول الله ﷺ ولا تكره ، وقال ابن هبيرة في الإفصاح : إن أحمد كان يكره الزيادة . راجع المسألة في المنتقى ، العنوان السابق (٢٠٧/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٦٤/١) ، والإفصاح ، كتاب الحج (٢٦٨/١) ، المغني ، الباب السابق (٢٩٠/٣) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٠٠/١) .

(٥) في (م) : [ولنا] بزيادة الواو .

(٦) أخرجه النسائي ، في كتاب مناسك الحج ، في كيف التلبية ، (١٦١/٥) ، وابن خزيمة في صحيحه ، في كتاب المناسك ، باب ذكر البيان أن الزيادة في التلبية على ما حفظ ابن عمر عن النبي ﷺ جائز (١٧٢/٤) ، والدارقطني في كتاب الحج (٢٢٥/٢) ، الحديث (٣٨) ، وأخرجه ابن ماجه في كتاب المناسك باب التلبية (٩٧٤/٢) ، الحديث (٢٩٢٠) .

(٧) حرف : [الجر] ساقط من (م) ، (ع) .

والرغباء إليك »[١] .

٨٠٢٠ - وروي عن عمر ﷺ[٢] : « لبيك مرهوبًا منك مرغوبًا إليك »[٣] ، وعن ابن مسعود ﷺ « لبيك عدد التراب لبيك »[٤] .

٨٠٢١ - ولأن التلبية يستحب فيها نفي الشريك ، فيستحب فيها نفي التشبيه ، وإتيان[٥] الثناء كالخطبة .

٨٠٢٢ - ولأنه زاد على التلبية المشهورة ، فصار كما لو قال : لبيك إن العيش عيش الآخرة.

٨٠٢٣ - ولأنه ذكر يقصد به تحميد اللّه والثناء عليه ، فلا يكره الزيادة عليه بعد استيفائه ، كالتشهد .

٨٠٢٤ - ولأنه ذِكْرٌ شرع تكراره بعد تمامه ، فإذا أبيح بعده الذكر المباح ، كان الذكر من جنسه أولى .

٨٠٢٥ - احتجوا : بما روي : أن[٦] ابن عمر ﷺ روى تلبية رسول اللّه ﷺ المشهورة[٧] ، وكذلك جابر ﷺ[٨] .

---

(١) في (ع) : [الرغب إليك] . أخرج مسلم حديث التلبية المشهورة بهذه الزيادة من قول عمر ، وعبد اللّه ابن عمر ﷺ في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب التلبية ، وصفتها ، ووقتها (٨٤١/٢ - ٨٤٣) ، الحديث (١٩ ، ٢٠ ، ١١٨٤/٢١) ، وأبو داود ، من قول ابن عمر ﷺ ، في السنن ، في كتاب المناسك ، باب كيف التلبية ، (٤٥٨/١) ، والترمذي ، في السنن كتاب الحج ، باب ما جاء في التلبية (١٧٩/٣) ، الحديث (٨٢٦) والنسائي في السنن ، في كتاب مناسك الحج ، في كيفية التلبية (١٦٠/٥ ، ١٦١) .

(٢) في (ص) : [وعن حديث عمر] ، وفي (م) ، (ع) : [وعن ابن مسعود حديث عمر] ، وتصويبه كما أثبتناه .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في العنوان السابق (٢٨٣/٤) ، الحديث (١١) .

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب من فصل بين الصلاتين بتطوع (١٢١/٥) ، والطحاوي في كتاب مناسك الحج ، باب التلبية متى يقطعها الحاج (٢٢٧/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [السنة روايتان] ، مكان : [التشبيه وإتيان] .

(٦) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) رواية ابن عمر ﷺ : متفق عليها ، أخرجها البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب التلبية (٢٦٩/١) ، ومسلم في الصحيح ، في الباب السابق (٨٤١/٢) ، الحديث (١١٨٤/١٩) . وكذلك أخرجها أصحاب السنن الأربعة وغيرهم .

(٨) رواية جابر ﷺ : أخرجها أبو داود في كتاب المناسك ، باب كيف التلبية ، (٤٥٨/١ ، ٤٥٩) ، وابن أبي شيبة ، في المصنف ، في العنوان السابق (٢٨٢/٤) ، الحديث (٣) ، الشافعي في المسند ، في الباب السابق (٣٠٤/١) ، الحديث (٧٩٠) .

٨٠٢٦ - ولأنه ﷺ قال : « خذوا عَنّي مناسككم » [١] .

٨٠٢٧ - قلنا : هذا يدل على وجوب أخذ المذكور ، ولا ينفي غيره ، ولهذا زاد ابن عمر على ذلك ، على ما روينا .

٨٠٢٨ - قالوا : روى « أن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه سمع بعض بني أخيه وهو يلبي : « لبيك ذا المعارج » ، فقال سعد : إنه لذو المعارج ، وما هكذا كنا نلبي على عهد رسول الله ﷺ » [٢] .

٨٠٢٩ - قلنا : يحتمل أنه اقتصر على ذلك ، وعندنا يكره ترك التلبية المشهورة ، وإنما يأتي بالزيادة بعد أن يستوفيها [٣] .

٨٠٣٠ - قالوا : التكرار [٤] شعار لهذه العبادة ، كالأذان وتكبيرة الصلاة .

٨٠٣١ - قلنا : الأذان والتكبير لا يسن تكرارها بعد تمامها ، فلم تجز الزيادة عليها ولا النقصان ، ولما شُرِع تكرار التلبية بعد تمامها جاز الزيادة عليها .

٨٠٣٢ - فإن ألزم على هذا تكبيرات الجنازة والعيد .

٨٠٣٣ - قلنا : هناك [٥] لم يشرع تكرارها بعد تمامها ، فلذلك [٦] لم يزد عليها .

* * *

---

(١) تقدم تخريجه في مسالة (٤٢٣) .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب من استحب الاقتصار (٤٥/٥) ، وأحمد في المسند ، في مسند أبي إسحق سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه (١٧٢/١) ، وابن أبي شيبة ، في المصدر السابق (٢٨٢/٤) الحديث (٦) ، الشافعي في المصدر السابق (٣٠٥/١) ، الحديث (٧٩٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أن يستوفيها ذاك] بزيادة : [ذاك] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الركن] ، مكان : [التكرار] ، وكذلك في هامش (ص) ، من نسخة أخرى .

(٥) في (م) : [هذاك] .   (٦) في (م) : [فكذلك] .

مسألة ٤٤١

يجوز للمحرمة لبس القفازين

٨٠٣٤ – قال أصحابنا : يجوز للمحرمة لبس القفازين [١] ، وهو قول الشافعي في مختصر الحج الأوسط [٢] .

٨٠٣٥ – وقال في الإملاء والأم [٣] : ليس لها ذلك [٤] .

٨٠٣٦ – لنا : ما روي في حديث ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « إحرام المرأة في وجهها » [٥] ، وهذا يقتضي أن وجوب الكشف يختص بهذا العضو.

---

(١) راجع المسألة في : الأصل ، باب القران (٣٨٣/٢) ، المبسوط ، باب ما يلبسه المحرم من الثياب (١٢٨/٤) بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان ما يحظره الإحرام (١٨٦/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، الباب السابق (٥١٤/٢) حاشية ابن عابدين ، فصل في الإحرام (١٩٥/٢) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (١٧٣/٤ ، ١٧٤) .

(٢) قال الشافعي في مختصر المزني : وأن لها أن تلبس القميص والقباء والدرع والسراويل والخمار والخفين والقفازين . راجع مختصر المزني ، باب الإحرام والتلبية ص٦٥ .

(٣) في (م) ، (ع) : [في الأم والإملاء] بالتقديم والتأخير .

(٤) قال النووي في المجموع : وهل يحرم عليها لبس القفازين ، فيه قولان مشهوران : أصحهما عند الجمهور : تحريمه ، وهو نصه في الأم والإملاء ، ويجب فيه الفدية. والثاني : لا يحرم ، ولا فدية . راجع المسألة في الأم باب ما تلبس المرأة من الثياب (١٤٨/٢) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٤٤/٣) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٢٥٠/٧ ، ٢٦٣ ، ٢٦٩) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع ، الباب الثالث في محظورات الحج والعمرة (٤٥٤/٧ ، ٤٥٥) ، شرح السنة للبغوي ، في كتاب الحج ، باب ما يجتنب المحرم من اللباس (٢٤١/٧ ، ٢٤٢) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما : مثل قول الشافعي في الأم والإملاء ، يحرم على المرأة لبس القفازين في حال إحرامها ، وبه قال ابن حزم. راجع المسألة في : المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٤٣/١) ، المنتقى ، في تخمير المحرم وجهه (٢٠٠/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، باب جملة ما على المحرم اجتنابه مما لا يفسد حجته والحكم في ذلك (٣٨٨/١) ، بداية المجتهد ، في القول في التروك (٣٤٠/١) ، المغني ، باب ما يتوقى المحرم وما أبيح له (٣٢٩/٣) ، الكافي لابن قدامة ، باب محظورات الإحرام (٤٠٥/١) ، المحلى بالآثار ، كتاب الحج (٦٣/٥) مسألة (٨٢٣) .

(٥) هذا الحديث : أخرجه الدارقطني في السنن ، في كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٩٤/٢) ، الحديث (٢٥٩ ، ٢٦٠) من طريق هشام بن حسان ، عن عبيد الله بن عمر ، عن نافع ، عن ابن عمر مرفوعا ، بهذا اللفظ وزاد فيه : وإحرام الرجل في رأسه ، ومن طريق أيوب بن محمد أبي الجمل عن عبيد الله بن عمر ، عن نافع ، عن ابن عمر ، مرفوعا ، بلفظ : ليس على المرأة إحرام إلا في وجهها ، والبيهقي ، في الكبرى ، في =

٨٠٣٧ - ولأنه عضو يجوز أن تستره [١] ببعض المخيط ، فجاز أن تستره [٢] بكل المخيط ، أصله : سائر أعضائها ، وعكسه الوجه .

٨٠٣٨ - ولأنها حالة يجوز لها لبس الخفين ، فجاز لها لبس [٣] القفازين ، كما بعد الرمي .

٨٠٣٩ - ولأنها مخيط ، فجاز أن تغطي [٤] به بدنها ، كيديها .

٨٠٤٠ - احتجوا : بما روى الليث بن سعد [٥] ، [عن نافع ، عن ابن عمر] [٦] ، عن النبي ﷺ « أنه نهى النساء في إحرامهن عن القفازين والنقاب وما مسه الوَرْس [٧] من الثياب » [٨] .

٨٠٤١ - قلنا : ذكر ابن المنذر هذا الخبر في كتابه ، وقال فيه : قد قيل : [إن] [٩] هذا من قول ابن عمر ، [وهذا يدل على الشك في إسناده . وقول ابن عمر] [١٠] ليس بحجة ، لأن ابن المنذر ذكر عن سعد بن أبي وقاص ﷺ أنه يلبسه بناته [١١] وهن محرمات القفازين [١٢] .

٨٠٤٢ - ورخصت فيه عائشة [كالرجل] [١٣] فيعارض [١٤] قولها قول ابن عمر .

= كتاب الحج ، باب المرأة لا تنتقب في إحرامها ولا تلبس القفازين (٤٧/٥) ، وابن عدي في الكامل ، في ترجمة أيوب بن محمد (٣٥٧/١) ، الترجمة (١٨٧/١٨٧) .

(١) في (م) ، (ع) : [أن يستره] .
(٢) في (م) ، (ع) : [أن يستره] .
(٣) لفظ : [لبس] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) ، (ع) : [أن يغطي] .
(٥) في (م) : [الليث بن سور] .
(٦) الزيادة من كتب الحديث .
(٧) الوَرْس : نبت أصفر يكون باليمن تطلى به المرأة وجهها ليصفو لونها. انظر : مختار الصحاح ص٧١٦ .
(٨) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الحج باب ما ينهى من الطيب للمحرم والمحرمة (٣١٦/١) ، وأبو داود في السنن ، كتاب المناسك ، باب ما يلبس المحرم (٤٦١/١) ، والترمذي في السنن ، كتاب الحج ، باب ما جاء فيما لا يجوز للمحرم لبسه (١٨٥/٣ ، ١٨٦) ، الحديث (٨٣٣) ، والنسائي ، في السنن كتاب مناسك الحج في النهي عن أن تنتقب المرأة الحرام (١٣٣/٥) .
(٩) الزيادة من (م) ، (ع) .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .
(١١) في (م) ، (ع) : [يلبسه ثيابه] .
(١٢) هكذا ذكره الكاساني في بدائع الصنائع ، في الفصل السابق (١٨٦/٢) ، والعيني في البناية ، في الباب السابق (١٧٣/٤ ، ١٧٤) .
(١٣) هكذا ذكره ابن الأثير في النهاية ، في باب القاف مع الفاء (٩٠/٤) ، والعيني في المصدر السابق (١٧٤/٤) .
(١٤) في (م) ، (ع) : [قلنا الرجل فتعارض] ، بزيادة : [قلنا الرجل] .

٨٠٤٣ – ولأن ابن عمر ﷺ كان يرى أن المحرمة لا تلبس الخف حتى تقطعه [١] ، فعل هذا القول / منعها من القفازين . ورخصت فيه عائشة ﷺ ، كالرجل .

/٩٩

٨٠٤٤ – قلنا : الرجل لا يجب تغطية سائر بدنه بالمخيط ، فكذلك لا يغطي يديه [٢] ، والمرأة يجوز لها تغطية سائر بدنها بالمخيط ، فكذلك تغطي يديها [٣] بالقفازين .

٨٠٤٥ – أو نقول : المرأة يجوز لها لبس الخف ، فلا يجوز لبس القفازين [٤] .

٨٠٤٦ – قالوا : عضو ليس نعهده منها [٥] ، فوجب أن يتعلق به الإحرام في باب التلبس ، كالوجه .

٨٠٤٧ – قلنا : الوجه لم يجز أن تغطيه [٦] بما لا يختص بتغطيته ، وهو النقاب و [٧] البرقع ، ولما جاز أن تغطي هي يديها [٨] بالمخيط الذي يعد لها مختصًّا بها ، وهو طرف كمها ، جاز لها أن تغطيه بما اتخذ لليد واختص [٩] لها ، وهو القفازان .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يغطه] بدون نقط . وهذا الأثر : أخرجه الشافعي في المسند ، في كتاب الحج ، الباب الرابع فيما يلزم المحرم عند تلبسه بالإحرام (٣٠٢/١) ، الحديث (٧٨٧) .

(٢) في (ص) ، (م) : [بدنه] .

(٣) في (م) : [بدنها] .

(٤) في سائر النسخ : [فلا يجوز لبس القفازين] ، لعل الصواب : [فيجوز لبس القفازين] .

(٥) في سائر النسخ : [نعهده] ، ربما الصواب : [نعده] وفي (ع) : [منا] ، مكان : [منها] .

(٦) في (م) : [أن يغطيه] .

(٧) قوله : [النقاب و] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [بدنها] ، بالباء والنون .

(٩) في (م) : [واختصر] ، مكان : [واختص] ، وهو تصحيف .

مسألة ٤٤٢

إذا لم يجد المحرم إزارًا ، وأمكنه فتق السراويل وأن يتزر به وجب فتقه

٨٠٤٨ - قال أصحابنا : إذا لم يجد المحرم إزارا وأمكنه فتق السراويل وأن يتزر به : وجب فتقه ، ولم يجز لبسه كما هو ، [وإن كان إذا فتق لم يستر عورته : لبسه كما هو] ، وافتدى [١] .

٨٠٤٩ - وقال الشافعي : لا يلزمه فتقه ، بل يلبسه كما هو ، ولا شيء عليه [٢] .

٨٠٥٠ - والكلام في هذه المسألة يقع في فصول ثلاثة .

٨٠٥١ - أولها : أنه لا يجب فتقه إذا أمكنه أن يتزر به بعد الفتق .

٨٠٥٢ - والدليل عليه : حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال في المحرم لا يجد

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش. راجع المسألة في : مختصر الطحاوي ، باب ما يتجنبه المحرم ص٦٩ ، المبسوط ، الباب السابق (١٢٦/٤) ، تحفة الفقهاء ، كتاب المناسك ، باب آخر (٤٢١/١) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (١٨٤/٢ ، ١٨٨) .

(٢) راجع المسألة في : الأم ، باب ما يلبس المحرم من الثياب (١٤٧/٢) ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١٠٦ أ) ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٨٤ ب ، ١٨٥ أ) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٤٣/٣) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٢٤٩/٧-٢٥٧) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٤٥١/٧-٤٥٣) . وقال مالك : لا يجوز لبس السراويل لمن لم يجد إزارا ، فإن لبسها افتدى. وفي الموطأ : سئل مالك عما ذكر عن النبي ﷺ أنه قال : ومن لم يجد إزارا فليلبس سراويل ، فقال : لم أسمع بهذا ، ولا أري أن يلبس المحرم سراويل ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن لبس السراويل فيما نهى عنه من لبس الثياب التي لا ينبغي للمحرم أن يلبسها . راجع المسألة في الموطأ ، في ما ينهى عنه من لبس الثياب في الإحرام (٢٣٩/١) المنتقى ، في ما ينهي عنه من لبس الثياب في الإحرام (١٩٦/٢ ، ١٩٧) ، بداية المجتهد ، في العنوان السابق ، وفي القول في الكفارات المسكوت عنها (٣٣٩/١ ، ٣٨٩) . وقال أحمد : مثل قول الشافعي إن لم يجد إزارا لبس السراويل كما هي ولا فداء عليه . راجع المسألة في : المغني ، الباب السابق (٣٠٠/٣ ، ٣٠١) ، العدة مع العمدة ، باب محظورات الإحرام ص١٧٢ ، ١٧٣ ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٠٤/١) .

النعلين : « إنه [١] يقطع الخفين أسفل الكعبين » [٢] ، والضرر [٣] بقطع الخف أشد من الضرر بقطع السراويل ؛ لأن إعادة السراويل أسهل ، فإذا وجب قطع الخف حتى لا يلبس ما حظره الإحرام ، فلأن يجب قطع السراويل أولى وأحرى .

٨٠٥٣ - ولأنه عادم [٤] لما جاز لبسه ، قادر على التوصل إليه بالفتق ، فوجب أن يلزمه فتقه إذا لم يجد غيره ، أصله : من خاط الإزار سراويل من غير قطع .

٨٠٥٤ - والفصل الثاني : أنه إذا تمكن من فتقه حتى يصير إزارًا : لم يجز لبسه ، لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « لا يلبس المحرم قميصًا ولا سراويل » [٥] .

٨٠٥٥ - ولا يقال : هذا محمول على من يجد الإزار ؛ لأن ههنا يقدر على الإزار بالفتق .

٨٠٥٦ - ولأنه ، لبس [٦] مخيطًا يمكنه أن يتزر به ، فوجب أن يمنع منه [٧] حال إحرامه ، أصله : القميص .

٨٠٥٧ - ولأنها حالة لا تجوِّز لبس الخفين ، فلا يجوز في مثلها لبس السراويل ، أصله : من وجد النعل والإزار .

٨٠٥٨ - والفصل الثالث [٨] : وجوب الكفارة إذا لبسه وقد أمكنه فتقه أو لم يمكنه [٩] .

٨٠٥٩ - ولأن كل لبس يتعلق به الفدية مع القدرة على غيره : تعلق به وإن لم يجد غيره ، كالخف .

٨٠٦٠ - ولأنه لبس [١٠] لأجل العذر وجبت الفدية ، كلبس العمامة والقميص .

٨٠٦١ - ولأن محظورات الإحرام إذا أبيحت للعذر ، وجبت فيها الفدية ، أصله :

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن] ، مكان : [إنه] .

(٢) متفق عليه ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في باب ما لا يلبس المحرم من الثياب (٢٦٨/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة ، وما لا يباح ، وبيان تحريم الطيب عليه (٨٣٤/٢ ، ٨٣٥) ، الحديث (١ ، ٢ ، ١١٧٧/٣) . كما رواه مالك في الموطأ ، وأصحاب السنن الأربعة في كتبهم .

(٣) في (م) ، (ع) : [الضرورة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أنه عام] ، مكان : [ولأنه عادم] .

(٥) في سائر النسخ : [ولا سراويلا] ، الصواب ما أثبتناه . وهذا جزء من حديث ابن عمر الذي سبق تخريجه آنفا في المسألة وفي المسألة السابقة .

(٦) في (م) ، (ع) : [ليس] بالياء .

(٧) في (ع) : [من] ، مكان : [منه] .

(٨) في (ص) : [الفصل الثالث] بدون العطف ، وفي (م) : [الفصل الثالث] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لو لم يمكنه] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ليس] بالياء .

حلق الرأس من أذى .

٨٠٦٢ - ولا يلزمه [١] إذا صال الصيد عليه ؛ لأن الضمان لا يُسقط العذر ؛ لأن الضمان بدل عنه [٢] ، فإذا أذن مالكه في إتلافه ، سقط وجوب البدل لحقه .

٨٠٦٣ - احتجوا بحديث ابن عباس ﷺ أنه سمع رسول الله ﷺ يخطب يقول : « إذا لم يجد المحرم نعلين لبس الخفين ، فإذا لم يجد إزارًا لبس السراويل » [٣] ، وكذلك رواه ابن الزبير ، عن جابر ﷺ [٤] ، وأباح لبس السراويل عند عدم الإزار .

٨٠٦٤ - قلنا : إن كان يقدر أن يفتقه فيتزر به ، فهو واجد للإزار ، فلا يجوز لبسه بهذا الخبر ، ولهذا توافقنا : أنه إن [٥] كان كبيرًا يمكن أن يتزر به من غير فتق لم يجز لبسهما ؛ لأنه واجد للإزار .

٨٠٦٥ - وكذلك من خاط إزاره سراويل [٦] ، وهو قطعة واحدة لا يجوز لبسه ، وإن لم يجد غيره ؛ لأنه إزار في نفسه إذا فتقه ، [كذلك في مسألتنا ، وإذا لم يقدر على الاتزار به إذا فتقه] [٧] فالخبر يقتضي إباحة لبسه [٨] .

٨٠٦٦ - قالوا : النبي ﷺ قصد البيان في لباس المحرم ، ومعلوم أن من جهل لباس السراويل كما يحكم الواجب بلبسه أنه يعتبر جهلا [٩] ، وكانت حاجته إلى معرفة

---

(١) في (ص) : [ولا يلزم عليه] وفي (م) : [ولا يلزمه عليه] ، مكان : [ولا يلزمه] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لكن لأن ضمانه يدل عليه] ، مكان المثبت .

(٣) أخرجه مسلم في الصحيح ، في الباب السابق كتاب الحج ، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة ، وما لا يباح وبيان تحريم الطيب عليه (٨٣٥/٢) ، الحديث (١١٧٨/٤) ، وأبو داود في كتاب المناسك ، باب ما يلبس المحرم (٤٦٢/١) ، والنسائي في كتاب مناسك الحج ، في الرخصة في لبس السراويل لمن لا يجد الإزار (١٣٢/٥ ، ١٣٣) .

(٤) هذا الحديث : أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب ما يباح للمحرم بحجة أو عمرة ، وما لا يباح وبيان تحريم الطيب عليه (٨٣٦/٢) ، والطحاوي في المصدر السابق (١٣٤/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يوافقونا أنه لو] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [إزار] ، مكان : [للإزار] وفي (م) : [خاطه] ، مكان : [خاط] وفي (م) ، (ع) ، [سراويلا] بزيادة : [الألف] ، الصواب ما أثبتناه .

(٧) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) .

(٨) في (م) ، (ع) : [لبسه لذلك] بزيادة : [لذلك] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يلبسه أنه يد جهلا] وفي (ص) : [يلبسه أنه جهلا] بدون نقطة الأولى ، لعل الصواب : [كما يحكم الواجب بلبسه أنه يعتبر جهلا] ، بزيادة : [يعتبر]. وقد أثبتناها في المتن وكلمة [يعتبر] ساقطة من جميع النسخ وقد أثبتناها ليستقيم السياق .

حكمه أشد من حاجته إلى جواز لباسه ، فلا يجوز [١] أن يترك البيان وقت الحاجة ، فلما لم يبين [٢] ما يجب به ، دل على سقوط الواجب .

٨٠٦٧ - قلنا : الحاجة إلى جواز لبسه أهم من الحاجة إلى بيان الواجب ؛ ولأن الإباحة سبق [٣] الحاجة إليها أقل ، فكيف يقال : الحاجة إلى معرفة الأصل ، وإذا لم يكن بد من الكفارة ؛ لأنه استقر في الشرع : أن محظورات الإحرام إذا لم يكن على طريق البدل ، لا تسقط [٤] الكفارة فيها بالإذن والإباحة ، فلم يبين ذلك ؛ لأن القرآن نطق بفدية [٥] في كفارة الأذى وبين ما لم يسبق [٦] دليل على إباحته في الشرع .

٨٠٦٨ - قالوا : فالنبي ﷺ نص على اللباس في حديث ابن عمر رضي الله عنهما [٧] ، فمنع القميص والعمامة والبرنس والسراويل ، ثم استثناه في حديث ابن عمر ؛ فلا يخلو أن يريد بتخصيصه : جواز اللبس ، أو خصه بسقوط الفدية ، فبطل أن يكون يريد به جواز اللبس ؛ لأنه [ما] [٨] من لباس إلا وله لبسه عند العذر فثبت أنه خصه بالذكر لفائدة يختص به وهو سقوط الفدية .

٨٠٦٩ - قلنا : إنما خص هذا لأن سائر الملبوسات يدعو إلى لبسها وجوب الستر [٩] ، فأراد النبي ﷺ أن يبين العذر من حيث العذر الذي هو الضرر .

٨٠٧٠ - قالوا : رخص في لباسه عند عدم غيره ، فوجب أن لا يجب [١٠] فيه الفدية ، أصله : الخف إذا قطعه أسفل الكعب .

٨٠٧١ - قلنا : لا نسلِّم أن ذاك أبيح عند عدم النعل ، بل يجوز لبسه مع وجودها ، وإنما أمر عند عدم النعل بالقطع ليصير في حكم [١١] ما يجوز لبسه ، ثم المعنى فيه : أن المخيط لا يستعمل على عضو كامل ، فهو كما لبس الخف .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولا يجوز] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فلما تبين] .
(٣) في (ص) : [تسبق] وفي (م) ، (م) : [سبق] وهو الصواب .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا يسقط] .
(٥) في (م) ، (ع) : [تقدمه] ، مكان : [بفدية] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يسق] ، مكان : [يسبق] .
(٧) يعني الحديث الذي سبق تخريجه في هذه المسألة ، وفي المسألة السابقة .
(٨) الزيادة من (ع) .
(٩) في (م) ، (ع) : [السنن] ، مكان : [الستر] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [أن يجب] ، مكان : [ان لا يجب] .
(١١) قوله : [ليصير في حكم] مكرر في (ع) .

٨٠٧٢ - قالوا : ستر عورته بما لا يمكنه سترها [١] إلا به ، فلم يلزمه الفدية ، كالإزار .

٨٠٧٣ - قلنا : إن كان يمكنه إذا فتقه لبسه ، فلا نسلّم أنه لا يقدر على الستر إلا به .

٨٠٧٤ - ثم المعنى في الإزار ليس من المحظورات ، فلم يتعلق بلبسه فدية ، والسراويل من المحظورات ، فإذا ستر عورته به وجب الجزاء ، وإن لم يقدر على غيره كالقميص الضيق الذي لا يقدر أن يتزر به .

٨٠٧٥ - قالوا : لُبْسٌ أباحه [٢] الشرع مطلقًا ، فلم يجب به الفدية كالإزار .

٨٠٧٦ - قلنا : ما يبيحه الشرع [٣] قطعًا ، كذلك يبيحه استدلالا في أحكام لاسيما إذا كان طريقهما الظن ، فلم يكن لهذا الوصف معنى ، فإذن انتقض بمن [٤] احتاج إلى اللبس لدفع الحر والبرد .

٨٠٧٧ - والمعنى في الإزار : أنه لو لبسه مع وجود غيره لم يوجب [٥] الجزاء ، وليس كذلك في السراويل ؛ لأنه لو لبسه مع وجود غيره أوجب الجزاء ، كذلك إذا لبسه مع عدمه ، كالقميص .

٨٠٧٨ - قالوا : لبس أبيح ندبًا لا توقفًا ، فأشبه لبس الإزار .

٨٠٧٩ - قلنا : إذا خاف على نفسه الحر والبرد فاللبس مرتب ، ومع هذا لا يسقط الجزاء .

٨٠٨٠ - وكذلك من لم يجد إلا ثوبًا مصبوغًا بزعفران ، فقد أبيح لنفسه ندبًا لا توقفًا ، ومع ذلك يجب الجزاء .

٨٠٨١ - قالوا : لبس السراويل واجب كستر العورة ، وكل أمر ألجأه الشرع إليه ، وجب أن لا يتعلق به الفدية ، أصله : بدل الحائض لطواف الصدر .

٨٠٨٢ - قلنا : الحائض ما ألجأها الشرع إلى ترك الطواف ؛ لأنها تقدر أن تقيم حتى تطهر وتطوف ، وإنما خفف الشرع عنها ذلك .

٨٠٨٣ - والفرق بينهما : أن مناسك الحج إذا أبيح تركها للعذر ، لم يجب بتركها شيء ، وفي مسألتنا : أبيح المحظور للعذر ، فلذلك لا تسقط [٦] الفدية كمن حلق رأسه في الأذى .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يمكن سترها] .   (٢) في (م) ، (ع) : [ليس إباحة] .
(٣) في (ص) : [للشرع] ، مكان : [الشرع] . (٤) في (ص) : [من] ، مكان : [بمن] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ثم يوجب] ، مكان : [لم يوجب] .
(٦) في (م) : [لا يسقط] .

مسألة ٤٤٣

حكم دخول المنكبين في القباء دون الكمين

٨٠٨٤ – قال أصحابنا : إذا أدخل [١] منكبيه في القباء ، ولم يدخل في كميه : جاز ، ولا فدية عليه [٢] .

٨٠٨٥ – وقال الشافعي : عليه الفدية [٣] .

٨٠٨٦ – لنا : أنه ليس يحتاج في حفظه إلى تكلف ، كما إذا ارتدى بالقميص .

٨٠٨٧ – ولأنه لبس [٤] لو كان ناسيًا ، لم تجب [٥] به الفدية ، كذلك إذا كان عامدًا ، أصله : إذا طرحه على كتفه طرحًا .

٨٠٨٨ – احتجوا : بحديث ابن عمر ﵄ : « أن رجلا سأل النبي ﷺ ما الذي يلبس المحرم ؟ فقال : لا يلبس القميص ولا الأقبية » [٦] .

---

(١) في (ص) : إذا لم يدخل ، مكان : إذا أدخل .

(٢) قال الكاساني في بدائع الصنائع : ولو أدخل منكبيه في القباء ، ولم يدخل يديه في كميه جاز ذلك في قول أصحابنا الثلاثة ، وقال زفر : لا يجوز . راجع المسألة في : المبسوط ، الباب السابق (١٢٥/٤) ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (٤٢١/٤٢٠/١) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (١٨٤/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، باب الجنايات (٣٠/٣) ، البناية مع الهداية ، باب الجنايات (٢٤٩/٤) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٤٤/١) ، حاشية ابن عابدين ، الفصل السابق (١٦٧/٢) .

(٣) راجع المسألة في النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١٠٥ ب) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٤٣/٣) ، المجموع الباب السابق (٢٦٦/٢٥٤/٧) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٤٤١/٤٤٠/٧) . وقال مالك وأصحابه : مثل قول زفر والشافعي ، ليس له أن يدخل منكبيه داخل القباء ، فإن فعل ذلك افتدى . راجع : المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٤٣/١) ، المنتقى ، العنوان السابق (١٩٦/٢) . وقال أكثر الحنابلة : مثل قول الحنفية ، يجوز لبس القباء ما لم يدخل يديه في كميه . قال ابن قدامة : وقال القاضي : إذا أدخل كتفيه في القباء ، فعليه الفديه وان لم يدخل يديه في كميه . راجع المسألة في : الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٠٤/١) ، المغني ، الباب السابق (٣٠٧/٣) .

(٤) لفظ : [لبس] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) : [لم يجب] .

(٦) لم نعثر علي هذا الحديث بهذا اللفظ ، وقد أخرجه ابن خزيمة في صحيحه في كتاب المناسك ، باب الزجر عن لبس الأقبية في الإحرام (١٦٣؟١٦٢/٤) الحديث (٢٥٩٨) من طريق حفص بن غياث ، عن عبيد الله ، عن نافع عن ابن عمر مطولا ، بلفظ : نهى رسول الله ﷺ أن يلبس المحرم القمص أو الأقبية ، أو =

٨٠٨٩ - قلنا : أراد به اللبس المعتاد ، وذلك [١] بإدخال اليد في الكم . يبين [٢] ذلك : أنه جمع بينهما [٣] وبين القميص ، وإنما يمنع القميص اللبس المعتاد دون غيره .

٨٠٩٠ - قالوا : لُبِس المخيط على الوجه [٤] الذي يلبس عليه في العادة ، فجاز أن تجب [٥] به الكفارة ، أصله : إذا أدخل يديه في كميه .

٨٠٩١ - قلنا : لا نسلِّم أن هذا هو اللبس المعتاد ؛ ولأنه إذا أدخل يديه في كميه وكلف حفظه وإمساكه ، فصار كالسلاح له والقميص .

= الخفين إلا أن يجد نعلين ، أو السراويلات ، أو يلبس شيئا مسه وَرْس أو زعفران . في صحيحه ، في كتاب المناسك باب الزجر عن لبس الأقبية في الإحرام (١٦٣/١٦٢/٤) ، الحديث (٢٥٩٨) ، والدارقطني في السنن ، في كتاب الحج (٢٣٢/٢) ، الحديث (٦٨) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب ما يلبس المحرم من الثياب (٥٠/٤٩/٥) .

(١) في (ع) : [وكذلك] ، مكان : [وذلك] .

(٢) في (م) ، (ع) : [تبين] . (٣) في (ع) : [بينها] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وجه] ، مكان : [الوجه] .

(٥) في (م) : [أن يجب] .

مسألة ٤٤٤

إذا اختضبت المحرمة أو المحرم بالحناء فعليهما الفدية

٨٠٩٢ - قال أصحابنا : إذا اختضبت [١] المحرمة أو المحرم بالحناء : فعليهما الفدية [٢] .

٨٠٩٣ - وقال الشافعي : لا شيء فيه إلا أن تشد على يديها [٣] خرقة ، فيجب الجزاء في أحد القولين ، كالقفازين [٤] .

٨٠٩٤ - لنا : ما روي / في حديث [٥] أم سلمة « أن النبي ﷺ نهى المعتدة أن تخضب الحناء ، وقال : الحناء طيب » [٦] . ولأن له [٧] رائحة ملتذة ويصبغ الثوب ، فصار كالوَرْس .

٨٠٩٥ - احتجوا : بما روى عكرمة ﷺ : « أن عائشة وأزواج النبي ﷺ كنَّ يختضبن بالحناء وهن مُحْرمات » [٨] .

---

(١) في سائر النسخ : [اختضب] .

(٢) راجع المسألة في : الأصل ، باب الدهن والطيب (٤٨٠/٤٧٩/٢) ، الجامع الصغير ، باب المحرم إذا قلم أظافيره أو حلق شعره ص١٥٦ ، المبسوط ، باب الدهن والطيب (١٢٥/٤) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما الذي يرجع إلى الطيب (١٩٢/١٩١/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، الباب السابق (٢٦/٣) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (٢٤٤/٢٤٣/٤) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب الجنايات (٢٩٢/١) ، حاشية ابن عابدين ، باب الجنايات (٢٠٧/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بدنها] ، مكان : [يديها] .

(٤) راجع المسألة في : الأم ، باب ما تلبس المرأة من الثياب (١٥٠/٢) ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١٠٦ أ ، ب) ، المجموع ، الباب السابق (٢٨٢/٢٧٨/٢٢٠/٢١٩/٧) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٤٥/٢٤٤/٣) ، فتح العزيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٤٥٥/٧) . وقال مالك : مثل قول الحنفية ، إذا اختضبت المحرمة بالحناء ، فعليها الفدية. راجع المدونة ، العنوان السابق (٣٤٣/١) . وقال أكثر الحنابلة : لا تجب عليها فدية ، قال ابن قدامة في المغني : ولا بأس بالخضاب في حال إحرامها ، وقال القاضي : يكره ، لكونه من الزينة ، فأشبه الكحل بالإثمد ، فإن فعلته ولم تشد يديها بالخرق ، فلا فدية . راجع المغني ، الباب السابق (٣٣١/٣) .

(٥) في (م) : [حدث] ، ولفظ : [حديث] ساقط من (ع) .

(٦) لم نهتد إلى حديث أم سلمة بعد ، وقد قال عنه الزيلعي في نصب الراية (١٢٤/٣) : عزاه السروجي في الغاية إلى النسائي ، ولفظه : نهى المعتدة عن التكحل ، والدهن ، والخضاب بالحناءَ ، وقال : الحناء طيب .

(٧) في (م) ، (ع) : [لها] .

(٨) لم نهتد إلى هذا الأثر ، وقد عزاه الهيثمي إلى الطبراني في مجمع الزوائد ، في كتاب الحج ، باب ما للنساء لبسه وما ليس لهن (٢١٩/٣) .

٨٠٩٦ - قلنا : يحتمل أن يكون ذلك لعذر ، وقد روي « أنهن كن إذا أردن الإحرام ، اختضبن » (١) ، فيعارض ذلك .

٨٠٩٧ - قالوا : الحناء يقصد لونه دون رائحته ، فأشبه الخضاب الأسود .

٨٠٩٨ - قلنا : ذلك ليس في معنى الطيب ، ولهذا لا يمنع المعتدة منه ، ولما كان الخضاب في مسألتنا مما يمنعه لما فيه من معنى الطيب ، منعه الإحرام .

٨٠٩٩ - قالوا : لو حلف أن لا يطَّيَّب ، فاختضب لم يحنث .

٨١٠٠ - قلنا : لأن الحناء ليس بطيب (٢) وإنما فيه معناه ، واليمين يقتضي نفس الطيب دون معناه .

* * *

---

(١) لم نقف على هذه الرواية بعد .

(٢) في (م) : [لأن الحناء بطيب] بحذف [ليس] وفي (ع) : [الحناء ليس تطيب] بحذف [لأن] ، الصواب ما أثبتناه .

مسألة ٤٤٥

وإذا لبس المبخر ، لا يلزمه الفدية

٨١٠١ - [قال أصحابنا] [(١)] : وإذا لبس المُبَخَّر ، لا يلزمه الفدية [(٢)] .

٨١٠٢ - وقال الشافعي : عليه الفدية [(٣)] .

٨١٠٣ - لنا : أن الثوب ليس عليه عين الطيب ، وإنما فيه [(٤)] رائحته ، ومجرد الرائحة لا يمنعها الإحرام ، كما لو جلس في سوق العطارين ، فشم روائح الطيب ، وكما لو شم طيب الكعبة .

٨١٠٤ - ولأنه إذا تطيب قبل الإحرام وبقي الطيب عليه لا يمنع منه ، وتعلق الاستمتاع برائحتها لا يوجب الفدية ، فإذا تجردت الرائحة [(٥)] من غير تجرد [(٦)] الطيب أولى وأحرى أن لا يجب .

٨١٠٥ - احتجوا : [(٧)] بما روي « أن النبي ﷺ نهى المحرم عن الثوب الذي مسه الوَرْسُ والزعفران [(٨)] » .

٨١٠٦ - قلنا : هناك عين الرائحة [(٩)] تابعة له ، فنظيره : أن يصبغ الثوب بالمسك أو الكافور فيمنع منه .

٨١٠٧ - قالوا : نوع طيب في العادة ، فوجب أن يمنع الإحرام منه من غير عذر ،

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من سائر النسخ ، أثبتناه تمشيًا بمنهج المصنف .

(٢) لم نهتد إلى هذه المسألة في كتب الحنفية والمالكية بعد .

(٣) لفظ : [الفدية] ساقط من (م) ، (ع) . راجع المسألة في : النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١٠٦ ب) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٣/٢٤٥؟٢٤٦) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٢٨١/٢٦٩/٧) ، فتح العزيز ، الباب السابق (٤٦٠/٧) . وقال الحنابلة : مثل قول الشافعي : لا يجوز للمحرم لبس ثوب مبخر بالطيب . راجع الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٠٧/١) .

(٤) لفظ : [فيه] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) لفظ : [الرائحه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [نحو] ، وهو غير واضح في (ص) ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٧) في (م) ، (ع) : واحتجوا بالعطف .

(٨) تقدم تخريجه في مسألة (٤٤١) ، وفي مسألة (٤٤٢) ، وفي مسألة (٤٤٣) .

(٩) في (م) ، (ع) : غير الرائحة .

كاستعمال الكافور والغالية .

٨١٠٨ - قلنا : العادة هو أن يبخر الإنسان ثيابه ، تطيبًا [١] . والمعنى فيما ذكروه [٢] : أنه عين استعمال الطيب [٣] ، لا ينتفي بها إلا الرائحة ، ألا ترى : أن ما يقطع منها لا يمنع منه .

٨١٠٩ - قلنا : هناك خرج عن أن يكون طيبًا ، فأما إذا ثبتت الرائحة ، فالمقصود العين الذي يتضوع [٤] الرائحة منها ، وليس المقصود مجرد الرائحة ، كما أن رائحة النجاسة لو علقت بالثوب [٥] لم تمنع الصلاة وإن كانت العين تمنع [٦] .

* * *

(١) في سائر النسخ : [وأما هذا تطيبا] وليس في هذه الزيادة فائدة .

(٢) في (ص) : [ذكره] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أنه استعمال عن التطيب] ، مكان المثبت .

(٤) في (م) : [يتصوع] .

(٥) قوله : [بالثوب] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) : [في] ، المكانين : [يمنع] بالياء .

مسألة ٤٤٦

يجب على الرجل كشف وجهه

٨١١٠ - قال أصحابنا : يجب على الرجل كشف وجهه [١] .

٨١١١ - وقال الشافعي : لا يجب [٢] .

٨١١٢ - لنا : ما روى ابن عمر رضي الله عنهما : « أن النبي ﷺ قال في المحرم : لا يغطي اللحية فإنها من الوجه » [٣] .

٨١١٣ - وروي « أن عثمان رضي الله عنه اشتكى عينه ، فرخص له النبي ﷺ في ضمادها » [٤] ، ولو جاز له تغطية وجهه لم يحتج إلى رخصة في ضماد العين .

---

(١) في (م) يجب الرجل بحذف على ، وفي (ع) : يجب للرجل ، مكان المثبت. قال في الأصل : وإن غطى المحرم ربع رأسه أو وجهه يوما ، فعليه دم ؟و إن كان أقل من ذلك ، فعليه صدقة .راجع المسألة في الأصل باب اللبس (٤٨٢/٢) ، المبسوط ، كتاب المناسك و باب ما يلبسه المحرم من الثياب (٧/٤ ، ١٢٧) ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (٤٢٠/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان ما يحظره الإحرام (١٨٥/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، باب الإحرام (٤٤١/٢ ، ٤٤٢) ، البناية مع الهداية ، باب الإحرام (٥٧/٤ - ٥٩) مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٦٩/١) ، حاشية ابن عابدين ، فصل في الإحرام (١٦٦/٢) .

(٢) راجع المسألة في الأم ، الباب السابق (١٤٨/٢ ، ١٤٩) ، مختصر المزني ، باب فيما يمتنع على المحرم من اللبس ص٦٦ ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٤٤/٣) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٢٥٠/٧ ، ٢٦٨) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٤٣٩/٧ ، ٤٤٦) . وقال مالك : مثل قول الحنفية ، لا يجوز للمحرم تغطية وجهه . وقال ابن القاسم في المدونة : وكره مالك للمحرم أن يغطي ما فوق الذقن واختلف أصحاب مالك في ذلك على قولين : فقال بعضهم : بأنه مكروه ، وقال البعض الآخر : هو حرام. قال الباجي في المنتقى : قال القاضي أبو الحسن : إنما ذلك مكروه ، وليس بحرام ، وحكى القاضي أبو محمد : أن لمتأخري أصحابنا في ذلك قولين : الكراهية والتحريم . راجع المسألة في المدونة ، في ما يجوز للمحرم لبسه وفي كتاب الحج الثاني (٢٩٦/١ ، ٣٤٤) ، المنتقى ، في تخميرالمحرم وجهه وفي ما يحل للمحرم أكله من الصيد (١٩٩/٢؟٢٤٨) ، بداية المجتهد ، في القول في التروك (٣٤٠/١) . وقال أحمد في رواية : مثل قول الشافعي ، يجوز للمحرم ستر وجهه . وقال في رواية أخرى : مثل قول الحنفية لا يجوز. راجع في المغني الباب السابق (٣٢٥/٣) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٠٦/١) .

(٣) لم نهتد إلى هذا الحديث .

(٤) أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب جواز مداواة المحرم عينيه (٨٦٣/٢) ، الحديث (٨٩، ١٢٠٤/٩٠) ، وأبو داود نحوه ، في كتاب المناسك ، باب يكتحل المحرم (٤٦٤/١) ، والترمذي ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في المحرم يشتكي عينه فيضمدها بالصبر (٢٧٨/٣) ، الحديث (٩٥٢) ، =

٨١١٤ - ولأنه عضو يتعلق بمفروض الطهارة أو مسنونها عن التكرار ، فصار كالرأس ، ولا يلزم اليدان والرجلان ، لأنه لا يتعلق بها سنة إلا التكرار .

٨١١٥ - ولأنه ممنوع من الطيب لأجل الإحرام ، فمنع من تغطية وجهه كالمرأة ، ولأن المرأة أضعف في أحكام التغطية من الرجل ، بدلالة جواز تغطية بدنها بالمخيط ، فإذا وجب كشف وجهها ، فلأن يجب ذلك على الرجل أولى . ولا يقال : إن المرأة لا يلزمها كشف عضو آخر ، فلزمها كشف هذا العضو ، لأنا بينا أن المرأة أضعف في حال الكشف ، فلهذا اختص بعضو واحد ، وخالفها الرجل فيه ... [(١)] .

٨١١٦ - قلنا : يبطل بالمرأة ، فإنه يلزمها كشف وجهها وإن لم يتعلق بالنسك أخذ [(٢)] شعره ، والمعنى في اليد : أنه يجوز للمرأة كشفها. وإذا لم يجب على المرأة كشفه في الإحرام ، وجب على الرجل أيضًا .

٨١١٧ - قالوا : وجب كشفه ، لأنه أحد الجنسين ، فلم يجب كشفه [(٣)] في الجنس الآخر كالرأس .

٨١١٨ - قلنا : الرأس يصح من المرأة كشفه ؛ لأنه غيره ، والوجوب فرع على الجواز .

٨١١٩ - ولأن [(٤)] موضوع هذا القياس فاسد .

٨١٢٠ - ولأن [حكم الجنسين يتساوى في الإحرام إلى ما عاد إلى الستر أو المثلة [(٥)] ، وإذا وجب كشفه على المرأة مع تأكد] [(٦)] حكمها في الستر ، فوجوبه في الرجل أولى .

٨١٢١ - ولأن المناسك كلها على قسمين ، منها : ما يتساوى الرجل والمرأة في حكمها ، ومنها ما يختلفان فيه ، وكل حكم اختلفا فيه غُلِّظَ [(٧)] حكم الرجل وخُفِّفَ حكمها في التساوي ، فوجب أن يلزم الرجل كشفه ، كما يلزمها ، وإن كان من قبيل الاختلاف ، فيجب أن يتغلظ حكمه فيه ، فأما أن يخفف [(٨)] عنها ، فهذا مخالف للأصول .

= والنسائي ، في كتاب مناسك الحج ، في الكحل للمحرم (١٤٣/٥) ، وأحمد في المسند (٥٩/١ ، ٦٠ ، ٦٨ ، ٦٩) .

(١) زيادة [وأن الطهارة] في (ص) دون (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [بأخذ] بزيادة الباء .

(٣) في (م) ، (ع) : [لإحدى الجنسين] ، وفي (ص) ، (م) : [لم يجب] ، ولفظ : كشفه ساقط من (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولأنه] . (٥) في (ص) : [المله] بدون نقط .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (ص) : [فلعط] ، وهو تصحيف . (٨) في (ص) ، (م) : [أن يخف] .

مسألة ٤٤٧

إذا كرر الجناية من جنس واحد في مجلس واحد فعليه كفارة واحدة إلا في قتل الصيد

٨١٢٢ - قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : إذا كرر الجناية من جنس واحد في مجلس واحد مثل : الطيب أو اللبس أو القبلة (١) ، أو قص الأظفار (٢) ، أو حلق مواضع من البدن : فعليه كفارة واحدة ، إلا في قتل الصيد ، وإن كان في مجلسين من بدنه رفض الإحرام ففيه كفارة (٣) .

٨١٢٣ - وقال الشافعي في قتل الصيد : عليه بكل صيد قيمة ، [وأما الحلق] (٤) وتقليم الأظفار ، فعليه لكل مرة كفارة ، [وإن فرق الحلق وتقليم الأظفار : فعليه لكل مرة كفارة] (٥) .

٨١٢٤ - وأما اللبس والطيب والقبلة : فإن كرر جنسها فيها في حالة واحدة : فعليه كفارة واحدة ، وإن فرقها في أوقات متفرقة ، فإن كان الثاني بعد أن كفر عن (٦) الأول : فعليه بالثاني كفارة قولًا واحدًا . وإن كرره ولم يتخلله تكفير ففيه (٧) قولان ، قال في القديم يتداخل ، وقال في الأم والإملاء : عليه بكل فعل كفارة (٨) .

---

(١) في (م) : [واللباس أو القبلة] ، وفي (ص) : [أو اللبس أو القبل] وما أثبتناه من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الأظافير] .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، باب كفارة قص الأظفار ، و باب جزاء الصيد (٤٣٦/٢ ، ٤٥٦) المبسوط باب كفارة قص الأظفار (٧٨/٤ ، ٧٩) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما الكلام في عدد الجمار ، وفصل : وأما بيان ما يحظره الإحرام و فصل : وأما ما يجري مجرى الطيب (١٣٩/٢ ، ١٩٠ ، ١٩٤ ، ١٩٥) ، فتح القدير مع الهداية ، باب الجنايات (٣٧/٣-٣٩) ، البناية مع الهداية ، باب الجنايات (٢٦١٠/٤ - ٢٦٣) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب الجنايات (٢٩٢/١) .

(٤) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) و [قيمته] ، مكان : [قيمة] ، وما بين المعكوفتين زيادة من (م) ، (ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ع) : [من] ، مكان : [عن] .

(٧) في (ص) : [خفيه] وفي (م) : [فعليه] ، مكان : [ففيه] .

(٨) راجع تفصيل المسألة : في ، حلية العلماء ، باب ما يجب بمحظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٢٦٣/٣ - ٢٦٥) ، المجموع مع المهذب ، باب ما يجب في محظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٣٧٦/٧ ، ٣٧٧ ، =

٨١٢٥ - ومن أصحابه [١] من قال : اعتبر اتفاق السبب ، فإن [٢] لبس وتطيب لمرض واحد .

٨١٢٦ - قالوا : [٣] وهذا ليس بمذهب ، وأما إذا قصد به الرفض فلأنه فعل [٤] ما يحظره الإحرام على جهة واحدة ، فصار كمن حلق الرأس والبدن في حالة واحدة .

٨١٢٧ - ولأنه قصد الرفض بفعل ما يحظره الإحرام [فلزمه كفارة واحدة ، كما لو جامع .

٨١٢٨ - وأما تكرار اللبس أو الطيب في مجالس فلأن كفارة الإحرام] [٥] لا تسقط بالشبهة ، فإذا تكررت : لم يكن اجتمع في أسبابها [٦] شبهة في تداخلها ، ككفارة اليمين ، فلا يلزم المجلس الواحد لأن الاجتماع ليس بشبهة ، ولكن وقع على وجه واحد ، ولأنه يشبه [٧] كفارة الإحرام ، وإذا تكرر استوى بين أن يكون كفَّر عن

= ٣٧٨ - ٣٨٢) ، فتح العزيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٤٨١/٧-٤٨٥) . قال في المدونة : وقال مالك في رجل لبس الثياب ، وتطيب ، وحلق شعر رأسه ، وقلم أظفاره في فور واحد : لم يكن عليه إلا فدية واحدة لذلك كله ، فإن فعل شيئا بعد شيء ، كان عليه في كل شيء فعله من ذلك كفارة . وقال في الجماع : ليس عليه في الجماع إلا دم واحد ، وإن أصاب النساء مرة بعد مرة ، امرأة واحدة كانت أو عددا من النساء فليس عليه في جماعه إياهن إلا كفارة واحدة دم واحد . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، في رفع اليدين عند استلام الحجر الأسود ، وفي كتاب الحج الثاني (٣٠٤/١ ، ٣٠٥ ، ٣٢٩) . قال ابن قدامة في الكافي : وإن كرر محظورًا واحدا فلبس ثم لبس ، أو تطيب ثم تطيب ، أو حلق ثم حلق ، ففدية واحدة ، ما لم يكفر عن الأول قبل فعل الثاني . وعنه : إن فعله لأسباب ، مثل من لبس أول النهار للبرد ، ووسطه للحر ، وآخره للمرض ، ففديات . وأما قتل الصيد : فقد قال ابن قدامة في المغني : في هذه المسألة عن أحمد ثلاث روايات . إحداهن : أنه يجب في كل صيد جزاء ، وهو ظاهر المذهب ، ثم قال : والثانية : لا يجب إلا في المرة الأولى ، ثم قال : والثالثة : إن كفر عن الأول فعليه كفارة ، وإلا فلا شيء عليه للثاني . راجع تفصيل المسألة في المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٧٥/١ - ٢٧٧ ، ٢٩٤ - ٢٩٥) ، الإفصاح ، باب العمرة (٢٨٥/١) ، الكافي لابن قدامة ، باب الفدية (٤١٧/١) ، المغني ، باب الفدية وجزاء الصيد (٤٩٥/٣ ، ٤٩٦ ، ٥٢٢ ، ٥٢٣) ، العدة مع العمدة ، باب الفدية ص١٨٠ .

(١) في سائر النسخ : أصحابنا ، والصواب ما أثبتناه من كتب الشافعية .

(٢) في جميع النسخ : فإن ، لعل الصواب : كأن .

(٣) في (ص) : [قالوا] ، مكان : [قلنا] .

(٤) في (ع) : [بفعل] ، مكان : [فلأنه فعل] .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) : [اجتماع في أسلتها] ، وفي (ع) : [اجتماع في أشتاتها] .

(٧) في (م) ، (ع) : [شبه] .

الأول أو لم يكفِّر ، كالخلوة [١] .

٨١٢٩ - احتجوا : بأنه تكرار [٢] استمتاع لم يتخلله تكفير : فلم يجب فيه إلا كفارة واحدة ، كما لو فعله دفعة واحدة ، أنه لو كان ذلك في الحلق وجبت كفارة واحدة ، كذلك في اللبس وجبت كفارتان .

٨١٣٠ - قالوا : الكفارات تجري مجرى الحد ، ولأن النبي ﷺ قال : « الحدود كفارات لأهلها » [٣] ، والحدود إذا ترادفت تداخلت .

٨١٣١ - قلنا : الحدود تسقط بالشبهة ، واجتماعها يوجب الشبهة ، وكفارات الإحرام لا تسقط [٤] بالشبهة بدلالة وجوبها على المعذور ، واجتماعها لا يكون شبهة في التداخل .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [كالحلق] ، مكان : [كالخلوة] .
(٢) في (ص) : [تكرر] ، مكان : [تكرار] .
(٣) أخرجه مسلم ، من حديث عبادة بن الصامت ، عن النبي ﷺ مطولا ، وفيه : ومن أتى منكم حدًّا ، فأقيم عليه ، فهو كفارته . في الصحيح ، في كتاب الحدود ، باب الحدود كفارات لأهلها (١٣٣٣/٣) ، الحديث (١٧٠٩/٤٣) ، وابن ماجه في كتاب الحدود ، باب الحد كفارة (٨٦٨/٢) ، الحديث (٢٦٠٣) .
(٤) في (م) : [لا يسقط] .

مسألة ٤٤٨

إذا تطيب ناسيًا أو جاهلًا أو لبس ، فعليه الفدية

٨١٣٢ - قال أصحابنا : إذا تطيب ناسيًا أو جاهلًا أو لَبِسَ فعليه الفدية (١) .

٨١٣٣ - وقال الشافعي : إذا لبس ناسيًا أو جاهلًا بالتحريم فلا شيء عليه ، ونص (٢) في الحلق والصيد : أن فيه الجزاء .

٨١٣٤ - قالوا : إلا أنه قال في وطء الناسي قولان ، وإن تذكر فنزع في الحال ، وأزال الطيب فلا شيء عليه ، وإن بقي كما هو : ففيه الجزاء (٣) .

٨١٣٥ - لنا : أنه لبس في إحرامه ما حظره الإحرام عليه : فلزمته (٤) الفدية كالعامد .

٨١٣٦ - [ولأنه استمتاع بالطيب يجب الفدية بالبقاء عليه : فوجب بابتدائه ،

(١) راجع تفصيل المسألة في بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان ما يحظره الإحرام و فصل : وأما الذي يرجع إلي الطيب (١٨٨/٢؟١٩٢؟) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، الباب السابق (٢٩٢/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يصير] ، مكان : [نص] .

(٣) راجع المسألة في : الأم ، باب لبس المحرم وطيبه جاهلا (١٥٤/٢) ، مختصر المزني ، الباب السابق ص٦٦ ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٨٥ أ) ، حلية العلماء ، باب الإحرام وما يجري فيه (٢٥٦/٣ ، ٢٥٧) ، المجموع مع المهذب ، باب الإحرام وما يجري فيه (٣٣٨/٧ - ٣٤٣) ، اختلاف العلماء ، باب الحج ص٩٤ ، ٩٥ ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٤٦١/٧) . وقال مالك : مثل قول الحنفية ، إذا تطيب المحرم ، أو لبس ناسيا أو جاهلا ، لزمته الفدية .قال ابن عبد البر في الكافي بعد أن بين ما يجب على المحرم اجتنابه : فإن فعل ذلك كله أو شيئا منه ناسيا أو جاهلا أو مضطرا في فور واحد فعليه في جميعه فدية واحدة ، وإن فرقه في مواطن كثيرة : فعليه لكل شيء فدية ، إلا أن يكون في مرض واحد . راجع الكافي لابن عبد البر ، باب جملة ما على المحرم اجتنابه مما لا يفسد حجه والحكم في ذلك (٣٨٩/١) . وقال أحمد في رواية : مثل قول الشافعي : من تطيب أو لبس ناسيًا أو جاهلًا ، فلا فدية عليه . وقال في رواية أخرى : مثل قول الحنفية ومالك ، عليه الفدية . قال القاضي أبو يعلى في المسائل الفقهية : واختلف إذا تطيب أو لبس ناسيا أو جاهلا بتحريمه ، هل تجب عليه الكفارة ، فنقل ابن منصور : عليه الكفارة ، ثم قال : ونقل أبو طالب وابن القاسم : لاكفارة عليه . وهو اختيار الخرقي ، وهو أصح . راجع المسألة في المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٧٨/١) ، مسألة (٧) ، الكافي لابن قدامة ، باب محظورات الإحرام (٤١٤/١ ، ٤١٥) ، المغني الباب السابق (٥٠١/٣ ، ٥٠٢) .

(٤) في (ص) ، (م) : [فلزمه] .

كالعامد] [١] العالم ، وعكسه : إذا تطيب قبل الإحرام ونعني بالإبقاء إذا تذكر .

٨١٣٧ - ولأن كل معنى إذا فعله [٢] عالمًا بتحريمه ذاكرًا وجب الدم ، إذا فعله جاهلًا أو ناسيًا أوجبه ، كمن جاوز الميقات فأحرم ولم يعد.

٨١٣٨ - ولأن ما يوجب الدم يستوي [٣] فيه النسيان والعمد ، كمجاوزة الميقات .

٨١٣٩ - فإن قيل : هذا من المأمور به فيستوي عمده وسهوه ، وذلك من المنهي فيختلف عمده وسهوه .

٨١٤٠ - قلنا : إن المأمور به فرض عليه ، كما أن تجنب المحظورات فرض عليه ، فحكم أحدهما حكم الآخر .

٨١٤١ - ولأن الجهل بأحكام الشرع مع التمكن من العلم بها لا يسقط أحكامها عن الجاهل ، كمن جهل تحريم الزنا ووجوب العبادات .

٨١٤٢ - احتجوا : بقوله ﷺ « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » [٤] .

٨١٤٣ - قالوا : ومعلوم أنه لم يرد به رفع القلم ؛ لأنه إذا وقع لم يمكن رفعه ، فثبت : أنه أراد به حكم [٥] الخطأ ، وإذا ارتفع حكمه لم يجب [٦] شيء.

٨١٤٤ - قلنا : المراد به مأثم الخطأ ، بدلالة أن حكم الخطأ ثابت بالإجماع في عامل [٧] الخطأ ، فلم يجب إضمار ما اتفقوا على خلافه .

٨١٤٥ - فإن قيل : إضمار الحكم يدخل فيه .

٨١٤٦ - قلنا : الإضمار لو استقل اللفظ دونه : لم يحتج إليه ، فإذا استقل بالأخص : لم يصر إلى الأعم منه ، لأن الزيادة استغنى اللفظ في الفائدة عنها ، كما لو استغنى عن الإضمار كله .

٨١٤٧ - احتجوا : بحديث صفوان بن يعلى بن أمية ، عن أبيه قال : « كنا عند رسول

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) وكذلك من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) لفظ : [فعله] ساقط من صلب (ص) واستدركه في الهامش .

(٣) في (ص) : [استوى] .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٣٨٢) ، وفي مسألة (٣٨٥) .

(٥) لفظ : [حكم] ، و [يجب] ساقطان من صلب (ص) واستدركهما الناسخ في الهامش .

(٦) لفظ : [حكم] ، ويجب ساقطان من صلب (ص) واستدركهما الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [الخطابات بالإجماع في قاتل] ، مكان المثبت .

١/ب اللَّه ﷺ بالجعرانة ، فأتاه رجل وعليه مقطعة يعني جبته ، وهو متضمخ [١] بالخلوق / [٢] ، وقال : يا رسول اللَّه أحرمت بالعمرة ، وهذه عليَّ ، فقال عليه الصلاة والسلام : ما كنت تصنع في حجك [٣] ؟ ، قال : كنت أنزع هذه المقطعة وأغسل هذا الخلوق [٤] ، فقال : رسول اللَّه ﷺ [٥] : ما كنت صانعًا في حجك فاصنعه في عمرتك » [٦] .

٨١٤٨ - قالوا : ومعلوم أن من جهل جواز اللبس : كان لوجوب الفدية أجهل .

٨١٤٩ - قالوا : أفتاه بالنزع ، ولم يذكر الفدية : فدل أنها لا تجب ، لأنه لا يؤخر البيان عن وقت الحاجة .

٨١٥٠ - قلنا : هذه الحالة كانت ابتداء تحريم اللبس [في العمرة] [٧] ، بدلالة : ما روى همام ، عن عطاء ، عن صفوان ، [عن أبيه] [٨] قال : « قال له : كيف تأمرني أن أصنع في عمرتي ؟ قال : فأنزل على النبي ﷺ الوحي ، فستر بثوب ، فنظرت [٩] إليه ، فإذا له غطيط كغطيط [١٠] البَكْر [١١] ، فلما سري عنه قال : أين السائل عن العمرة ، اخلع عنك الجبة واغسل عنك أثر الصفرة ، واصنع في عمرتك ما صنعته في حجتك [١٢] » .

---

(١) يقال : [تضمخ بالطيب] ، أي : [تلطخ به] . انظر : مختار الصحاح ص ٣٨٣ .

(٢) [الخَلُوق] : بفتح الخاء ضرب من الطِّيب . انظر : مختار الصحاح ص١٨٧ .

(٣) في (م) ، (ع) : [حجتك] .

(٤) في (م) ، (ع) : [اغتسل] ، مكان : [اغسل] وفي (ص) ، (ع) : [الخلق] وفي (م) : [الحلق] ، وما أثبتناه من كتب السنة .

(٥) قوله : [ﷺ] ساقط من (م) .

(٦) أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة ، وما لا يباح ، وبيان تحريم الطيب عليه (٨٣٦/٢ ، ٨٣٧) ، الحديث (١١٨٠/٧) ، والشافعي في المسند ، في كتاب الحج ، في الباب الخامس فيما يباح للمحرم وما يحرم وما يترتب عليه من ارتكابه من المحرمات من الجنايات (٣١٢/١ ، ٣١٣) ، الحديث (٨١٢) .

(٧) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٨) الزيادة من صحيح مسلم ، وسنن أبي داود .

(٩) في (م) ، (ع) : فنظر .

(١٠) في (م) : [غظيظ كغظيظ] بالظاء المعجمة ، وهو تصحيف . الغطيط : الصوت الذي يخرج مع نفس النائم ، وغط يغط غطا وغطيطا : تردد نفسه صاعدا إلى حلقه حتى يسمعه من حوله. راجع : النهاية باب الغين مع الطاء (٣٧٢/٣) ، المصباح المنير ، مادة : غطو (٤٢٥/٢) .

(١١) البكر : [بفتح] الباء ، الفَتِيُّ من الإبل ، والأنثى بكرة . انظر : مختار الصحاح ص٦١ .

(١٢) أخرجه البخاري من هذا الوجه بلفظ آخر ، في الصحيح ، في فضائل القرآن ، باب نزل القرآن بلسان قريش (٢٢٥/٣) ، مسلم في الصحيح ، في الباب السابق (٨٣٦/٢) ، الحديث (١١٨٠/٦) ، وأبو داود ، في كتاب المناسك ، باب الرجل يحرم في ثيابه (٤٦٠/١) .

٨١٥١ - فلولا أن الحكم ابتدئ في ذلك الوقت لم يكن لتأخير الجواب إلى حين الوحي معنى .

٨١٥٢ - فإن [١] قيل : أخره لأن تحريم التزعفر لم يكن نزل [٢] .

٨١٥٣ - قلنا : كان ذلك ليبين [٣] له تحريم اللبس المختص بالإحرام ، وأما [٤] التزعفر : فلا يختص تحريمه بالإحرام ، لأنه لو استعمله قبل الإحرام لا يمنع من البقاء عليه لأجل الإحرام ، وإنما منع من الزعفران لمعنى فيه .

٨١٥٤ - قلنا لما لم يبين حكم اللبس : دل على ابتداء التحريم في ذلك الوقت [٥] فلهذا لم يوجب عليه الفدية فيما مضى ؛ لأنه [٦] لم يكن محرما .

٨١٥٥ - فإن قيل : هذه القصة كانت بالجعرانة في سنة ثمان ، وتحريم اللباس نزل في عام الحديبية بقوله تعالى : ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ ﴾ [٧] .

٨١٥٦ - قلنا : هذا دل على تحريم الحلق والطيب ، وليس فيه اللباس .

٨١٥٧ - فإن قيل : قد عرف السائل تحريم اللبس في الحج .

٨١٥٨ - قلنا : يجوز أن يكون أحرم في الحج ولم يحرم بالعمرة إلى هذه الحالة .

٨١٥٩ - قالوا : روي أن الرجل قال : « أحرمت وهذه عليَّ والناس يسخرون مني » [٨] ، فدل على أن تحريم اللبس كان مستقرًا عندهم .

٨١٦٠ - قلنا : هذا الخبر ذكره الأئمة ، وليس فيه هذه الزيادة ، ويجوز أن يكونوا [٩] اعتقدوا أن العمرة محمولة على الحج قياسًا ، والنص إنما علم بالوحي ، وما ظنوه قبل ذلك لا حكم له ، ولو ثبت أن تحريم اللبس في العمرة ؛ وقد استقر عنده في الشرع أن محظورات الإحرام يتعلق بها الفدية .

٨١٦١ - فلما عرفه رسول الله [١٠] ﷺ حظر اللبس ، فقد عرف وجوب الجزاء ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [وإن] .

(٢) في (م) : [ترك] ، مكان : [نزل] ، وهو تصحيف .

(٣) في (ع) : [يبين] بدون اللام . (٤) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(٥) لفظ : [الوقت] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ص) : [فإنه] ، مكان : [لأنه] . (٧) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٨) أخرجه الطحاوي في كتاب مناسك الحج ، باب التطيب عند الإحرام (١٢٧/٢) ، والبيهقي في الكبرى ، في الباب السابق (٥٦/٥) . (٩) في (ص) : [أن يكون] .

(١٠) قوله : [رسول الله] ساقط من (ع) .

ولو كان للجهل تأثير لبينه ، فلما لم يبينه ، كان حكمه حكم سائر المحظورات.

٨١٦٢ - ولأن قوله عليه الصلاة والسلام : « ما كنتَ صانعًا في حجتك فاصنع في عمرتك » لا يجوز أن يكون عمومًا في كل عمل ؛ لاختلاف العبادتين في أعمالهما ، ولا يجوز أن يكون ذلك لاجتناب المحظورات ؛ لأن ذلك ليس بعمل : فيقر (١) أن ينصرف إلى النوع والفدية ؛ لأنه يعلم حكم ذلك في الحج ، ولم يكن جاهلًا به ، فلابد أن تجب به الفدية ، وقد أمره أن يصنع مثل ذلك ، فقد أمره بالفدية .

٨١٦٣ - ولأن حكم الخبر على قولهم يفيد حكم الجاهل ، فَلِمَ وجب حكم الناسي عليه؟ ، وحكمهما (٢) مختلف في الأصول ، بدلالة : أن الأكل ناسيًا لا يفسد الصوم ، ولو جهل طلوع الشمس أو غروبها أو جهل تحريم الأكل (٣) فسد صومه ، وإذا اختلف حكمهما (٤) في الأصل لم يكن ثبوت حكم أحدهما (٥) دلالة على الآخر .

٨١٦٤ - قالوا : فَعَلَ محرمًا ناسيًا إذا ذكره أمكنه في المستقبل تلافيه : فوجب أن لا يجب الفدية . أصله : إذا لبس أقل من يوم .

٨١٦٥ - قلنا : الأصل غير مسلَّم ؛ لأن عندنا عليه الفدية .

٨١٦٦ - قالوا : تعليل لنفي وجوب الدم .

٨١٦٧ - قلنا : ليس كل ما لا يتعلق به الدم لا يتعلق به الكفارة ، كقص ظفر واحد ، وشعرة واحدة .

٨١٦٨ - ولأن المعنى في لبس أقل من يوم : أنه استمتاع ناقص ، فلم يكمل فيه الكفارة وليس كذلك إذا لبس يومًا تامًّا ؛ لأن الاستمتاع كامل ، فتعلق به الكفارة .

٨١٦٩ - قالوا : عبادة تجب بإفسادها الكفارة ، فوجب أن يكون من المنهي عنه فيها ما يفرق بين عمده وسهوه في غير المأثم ، كالصوم .

٨١٧٠ - قلنا : المعنى في الصوم : أنه ليس للصائم أمارة تدل على كونه صائمًا (٦) ، وهو التجرد والتلبية وأعمال النسك ، فلم يعذر بالنسيان ، فلذلك استوى حكم الناسي والعامد فيها ؛ ولأن النسيان لما لم يكن عذرًا في بعض المحظورات للحج ، وهو قتل

---

(١) لفظ : [فيقر غير واضح] ، في (ص) . (٢) في (م) ، (ع) : [حكمها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [تحريم الصوم الأكل] ، بزيادة : [الصوم] .

(٤) في (م) ، (ع) : [حكمها] . (٥) في (م) ، (ع) : [وأحدهما] بالعطف .

(٦) في (م) ، (ع) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى : [محرما] ، مكان : [صائما] .

الصيد والحلق ، كذلك بقية محظوراته .

٨١٧١ - قالوا : عبادة لها تحليل وتحريم ، فوجب أن يكون بين المنهي عنه فرق بين عمده وسهوه ، كالصلاة .

٨١٧٢ - قلنا : لا نسلّم الحكم في الصلاة ؛ لأن العلم يستوي فيه العمد والسهو ، ولا يفسد السهو الصلاة بهما ، وإنما يفسد إذا قصدنا بالخروج السلام ، فأما إذا لم يقصد الخروج لم تبطل [1] صلاته .

٨١٧٣ - قالوا : تطيب ناسيًا لإحرامه ، فأشبه إذا تبخر .

٨١٧٤ - قلنا : إذا تبخر فعليه الكفارة ، وإنما قالوا : إذا لبس ثوبًا مبخرًا ، فلا كفارة عليه .

* * *

---

(١) في (م) : [لم يبطل] .

مسألة ٤٤٩

إذا لبس المخيط يومًا أو ليلة فعليه دم

٨١٧٥ - قال أصحابنا : إذا لبس المخيط يومًا أو ليلة [(١)] : فعليه دم ، وإن لبس أقل من ليلة : فعليه صدقة [(٢)] .

٨١٧٦ - وقال الشافعي : إذا لبس ونزع في الحال : لزمه دم [(٣)] ؛ لنا : ما روي عن أبي بن كعب : أنه قال : « إذا لبس المحرم المخيط يومًا تامًّا : فعليه دم » ، ولا يعرف له مخالف .

٨١٧٧ - ولأنه لبس بعض أحد الزمانين ، فلم يجب عليه دم [(٤)] ، كما لو لبسه ناسيًا .

٨١٧٨ - ولأنه لبس لو فعله [(٥)] ناسيًا ، لم يتعلق به دم ، فإذا فعله ذاكرًا لم يتعلق به الدم ، كلبس السراويل لمن لا يجد الإزار .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يوما وليلة] .

(٢) قال الكاساني في بدائع الصنائع : كان أبو حنيفة يقول أولا : إن لبس أكثر اليوم فعليه دم ، وكذا روي عن أبي يوسف ، ثم رجع وقال : لا دم عليه حتى يلبس يوما كاملا ، وروي عن محمد : أنه إذا لبس أقل من يوم ، يحكم عليه بمقدار ما لبس من قيمة الشاة راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، باب اللباس (٤٨١/٢) ، المبسوط باب ما يلبسه المحرم من الثياب (١٢٥/٤ ، ١٢٦) ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (٤١٩/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان ما يحظره الإحرام (١٨٦/٢ ، ١٨٧) ، فتح القدير مع الهداية ، الباب السابق (٢٨/٣؟٣٠) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (٢٤٧/٤ ، ٢٤٩) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، الباب السابق (٢٩٢/١) ، حاشية ابن عابدين ، الباب السابق (٢٠٨/٢) ، متن القدوري ، باب الجنايات ص٣٠ ، الاختيار ، باب الجنايات (١٦١/١ ، ١٦٢) .

(٣) راجع المسألة في : النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١٠٦ أ) ، المجموع مع المهذب ، باب ما يجب في محظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٣٧٦/٧ - ٣٧٨ ، ٣٨٣ ، ٣٨٤) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٤٣٩/٧ - ٤٤١) . قال الباجي في المنتقى : ومقدار ما تجب فيه الفدية في لبس المخيط أن ينتفع بذلك فأما أن يحرمه ثم يزيله فلا شيء عليه . المنتقى ، في ما ينهى عنه من لبس الثياب في الإحرام (١٩٦/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٨٨/١) . وقال أحمد وأصحابه : مثل قول الشافعي ، إذا لبس المحرم مخيطا ، لزمته الفدية ، سواء لبس قليلا أو كثيرا . راجع المغني ، الباب السابق (٤٩٩/٣ ، ٥٠٠) .

(٤) في (م) : [ذما] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لبسه] ، مكان : [فعله] .

٨١٧٩ - ولأن ما يبيحه التحلل الأول يجوز أن يوجب جنسه غير موجب الدم ، كالحلق وقص الأظفار ، وعكسه : الوطء .

٨١٨٠ - ولأن ما يتجزأ من المحظورات ينقسم ، منه : ما يوجب الدم ، ومنه : ما يوجب الصدقة ، كالحلق ، ولا يلزم الوطء (١) ، لأنه لا يقبل التجزئة (٢) .

٨١٨١ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ ﴾ (٣) ، تقديره : فلبس ففدية (٤) ، ولم يفصل بين اللبس القليل والكثير .

٨١٨٢ - قلنا : ذكر اللبس الذي (٥) يرفع الأذى ، إما من مرض أو حر أو برد ، وذلك (٦) اللبس لا يكون (٧) أقل من يوم ، فيخرج الكلام على المعتاد .

٨١٨٣ - قالوا : كل ما أوجب الفدية أوجب مجرد فعله ، أصله : الطيب.

٨١٨٤ - قلنا : كمال (٨) الاستمتاع بالطيب متى طيب عضوًا أو أكثر منه ، ومتى وجد المقصود من الاستمتاع ، لم يعتبر بما عنده ، وأما اللبس فلا يحصل الاستمتاع المقصود منه بوضع الثوب عليه ، فهو كما لو طيب أقل من عضو .

٨١٨٥ - قالوا : الاستمتاع يتعلق بمجرد الدم ، فصار كالقبلة .

٨١٨٦ - قلنا : القبلة توجب (٩) الدم متي كمل بها الاستمتاع ، وإن نقص لم يجب ، كما لو قبلها وراء الثوب .

٨١٨٧ - قالوا : فعل حرمة الإحرام ، فوجب أن لا يتقدر فديته بالزمان ، أصله : سائر المحظورات .

٨١٨٨ - قلنا : لا يتقدر عندنا بالزمان ، وإنما يتقدر بكمال الاستمتاع ، وكذلك (١٠) يتقدر عندنا بسائر المحظورات ، يبين (١١) ذلك : أنه لو (١٢) لبس مقدار يوم من أيام مختلفة لم يجب الدم وإن كان مقدار الزمان قد وجد . وإذا لم

---

(١) في (م) ، (ع) : [الحلق] ، مكان : [الوطء] .

(٢) في (م) ، (ع) : [التحريمة] ، مكان : [التجزئه] .

(٣) سورة البقرة : الآيه ١٩٦ .

(٤) في (م) ، (ع) : [فليس فدية] .

(٥) لفظ : [الذي] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(٧) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [كما] ، مكان : [كمال] .

(٩) في (م) ، (ع) : [موجب] .

(١٠) في (ص) : [لذلك] .

(١١) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(١٢) لفظ : [لو] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

يقدر [١] بالزمان ، استوى الاجتماع والتفريق .

٨١٨٩ - قالوا : ما حرم من [٢] جهة الاستمتاع استوى حكم [٣] قليله وكثيره ، كالوطء .

٨١٩٠ - قلنا : الوطء لا يتجزأ ، فالحكم المتعلق بجميعه يوجد بالجزء منه. يدل [٤] عليه : الأحكام المتعلقة به ، كالحد ، والتحليل للزوج الأول ، وتحريم الأمهات ، والبنات .

٨١٩١ - وأما اللبس : فهو أمر يتجزأ ويتبعض [٥] ، فانقسم ، فمنه [٦] : ما يوجب الدم ، ومنه : ما لا يوجب الدم [٧] كالحلق ، وقص الأظفار .

٨١٩٢ - قالوا : ما يقولونه يؤدي إلى أن تجب [٨] الكفارة في اللبس بالزمان القليل ، ولا يجب بأكثر منه ، بدلالة : أنه لو لبس نهار الشتاء [وجب الدم ، ولو لبس نهار الصيف لم يجب الدم وإن كان أكثر من مقدار نهار الشتاء] [٩] .

٨١٩٣ - قلنا : قد ثبت : أنه لا يقدره بالزمان لمعنى يرجع إليه ، وأن يعتبر كمال الاستمتاع في وجوب الدم ، وذلك موجود في نهار الشتاء وإن قل ، ولا يوجد في أكثر نهار الصيف وإن كثر .

٨١٩٤ - فإن قالوا : الإنسان قد يلبس طرفي النهار ويكون استمتاعًا كاملًا .

٨١٩٥ - قلنا : فلا يتعدى فيما بين ذلك ، وإنما يعتبر ملبوسًا بملبوس ، فيصير لابسًا في جميع اليوم وإن اختلف ما لبسه .

٨١٩٦ - قالوا : ليس المعتبر بالعادة ، لأنه لو لبس الجوربين في اليدين [١٠] وغطى رأسه بما لا يغطى به في العادة ، وجب الدم .

٨١٩٧ - قلنا : هناك هو استمتاع كامل من حيث التغطية وإن كان [١١] غيره أكمل منه ، ألا ترى : أن القُبْلة يجب فيها الدم للاستمتاع ، ثم يجب بقبلة العجوز التي لا يشتهيها ولا يستمتع بها [١٢] ، كذلك اللبس / . ١٠/أ

---

(١) في (م) ، (ع) : ولم يقدر بحذف : [إذا] . (٢) في (ص) ، (م) : [منه] .
(٣) لفظ : [حكم] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [بدل] بالباء ، وهو تصحيف . (٥) في (م)،(ع): [وينتقض] ، مكان : [ويتبعض] .
(٦) في (م) ، (ع) : [فيه] ، مكان : [فمنه] .
(٧) الزيادة من (م) ، (ع) . (٨) في (م) : [يجب] .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٠) في (ع) : [اليد] ، مكان : [اليدين] . (١١) لفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) .
(١٢) في (ص) : [لا تشتها] وفي (م) : [لا تشتهيها] ، ولفظ : [بها] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٤٥٠

إذا طيب عضوًا كاملًا ، فعليه دم

٨١٩٨ - قال أصحابنا : إذا طيَّب عضوًا كاملًا ، فعليه دم ، وإن طيَّب أقلَّ من عضو : فعليه صدقة .

٨١٩٩ - قال في المنتقى : مثل بعض الشارب (١) ، أو بقدره من اللحية والرأس . وذكر أبو الحسن عن محمد : مثل العَجُز (٢) ، والساق ، أو الرأس (٣) .

٨٢٠٠ - وقال الشافعي : في قليله وكثيره دم (٤) .

٨٢٠١ - لنا : أن ما يتعلق به الفدية من محظورات الإحرام كان فيه كفارة أعلى وأدنى ، كالحلق ، ولا يلزم وطء ؛ لأنه تارة يوجب بدنة ، وتارة يوجب الشاة ، ولأنه لو فعله ناسيًا لم يجب به دم ، كذلك إذا فعله عامدًا ، كاستعمال المعصفر (٥) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بقص الشارب] .

(٢) في (م) ، (ع) : [العجوز] ، وهو تحريف . والعَجُزُ : من الرجل والمرأة ، ما بين الوركين .

(٣) قال الكاساني في بدائع الصنائع : وقال محمد : يقوم ما يجب فيه الدم ، فيتصدق بذلك القدر ، حتى لو طيب ربع عضو فعليه من الصدقة قدر قيمة ربع شاة ، وإن طيب نصف عضو تصدق بقدر قيمة نصف شاة هكذا . وذكر الحاكم في المنتقى في موضع : إذا طيب مثل الشارب ، أو بقدره من اللحية ، فعليه صدقة ، وفي موضع : إذا طيب مقدار ربع الرأس ، فعليه دم . راجع المسألة في : المبسوط ، باب الدهن والطيب (١٢٢/٤) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما الذي يرجع إلى الطيب (١٨٩/٢ ، ١٩٠) ، فتح القدير مع الهداية ، الباب السابق (٢٥/٣) البناية مع الهداية ، الباب السابق (٢٤٠/٤-٢٤٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، الباب السابق (٢٩٢/١) حاشية ابن عابدين ، باب الجنايات (٢٠٦/٢) ، متن القدوري ، الباب السابق ص٣٠ ، الاختيار ، الباب السابق (١٦١/١) .

(٤) قال الشافعي في الأم باب الطيب للإحرام (١٥١/٢) : إذا أحرم فمس من الطيب شيئا ، قل أو كثر بيده ، أو أمسه جسده ، وهو ذاكر لحرمته غير جاهل بأنه لا ينبغي له ، افتدى . راجع : الأم ، باب الطيب للإحرام (١٥١/٢) المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٣٧٦/٧-٣٧٨ ، ٣٨٣ ، ٣٨٤) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٤٦٠/٧) . قال مالك وأحمد وأصحابهما : مثل قول الشافعي ، إذا تطيب المحرم ، فعليه الفدية ، سواء طيب عضوًا كاملًا أو بعضه . قال مالك في المدونة : إذا مس الطيب فعليه الفدية . راجع المسألة في : المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٤٢/١) ، والمغني ، الباب السابق (٤٩٩/٣ ، ٥٠٠) .

(٥) العُصْفُر : بضم العين والفاء ، صِبْغٌ ، وقد عَصْفَر الثوب ، فَتَعصَفَرَ . انظر : مختار الصحاح ص ٤٣٧ ، لسان العرب (٢٩٧٣/٤) ، المصباح المنير (٣٩١/٢) .

٨٢٠٢ - قالوا : تطيب ذاكرًا لإحرامه : فلزمه فدية [كاملة] [1] قياسًا على العضو الكامل .

٨٢٠٣ - قلنا : إذا طيب عضوا كاملا فقد استمتع بالطيب استمتاعًا مقصودًا كاملًا ، فكملت الكفارة ، وإذا طيب اليسير ، فلم يوجد هذا المعنى .

٨٢٠٤ - قالوا : لو طيب عضوًا كاملًا ثم غسله في الحال : وجب الدم وإن كان الاستمتاع لم يكمل .

٨٢٠٥ - قلنا : غلط ، بل كمل الاستمتاع إلا أنه لم يستدم الكمال ، وليس المعتبر استدامة الاستمتاع بعد وجوده .

* * *

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

مسألة ٤٥١

يكره للمحرم شم الريحان والخيري والورد

٨٢٠٦ - قال أصحابنا : يكره للمحرم شم الريحان ، والخيريّ [١] ، والورد ، فإن فعل ذلك فلا فدية عليه [٢] . وقال الشافعي : إذا شم الورد ، والنيلوفر [٣] ، والياسمين والخيري [٤] : فعليه الجزاء .

٨٢٠٧ - واختلف قوله في الريحان والبنفسج [٥] قولان [٦] .

(١) في (ص) ، (م) : [الحيرين] وفي (ع) : [الخبيرين] ، والصواب ما أثبتناه . الخِيرِيّ : هو نبات معروف ، وله زهر مختلف ، وهو نوعان : أسود ، وأصفر والأصفر منه ذكي الرائحة إذا شم ينفع من برودة الدماغ وثقله انظر : المعتمد لابن رسول ص١٤٤ . قال الفيومي : الخيري : هو أذكى نبات البادية ريحا. المصباح المنير (١٧٥/١) .

(٢) راجع المسألة في الأصل ، باب الدهن والطيب (٤٧٦/٢) ، المبسوط ، الباب السابق (١٢٣/٤) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (١٩١/٢) .

(٣) النيلوفر : قال الفيومي : النيلوفر - بكسر النون وضم اللام- : نبات معروف ، كلمة عجمية ، قيل : مركبة من نيل الذي يصبغ به ، اسم الجناح ، فكأنه قيل : مجنح بنيل ، لأن الورقة كأنها مصبوغة الجناحين ، ومنهم من يفتح النون مع ضم اللام ، في المصباح المنير ، مادة : نيل (٦٠٣/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [الخبيرين] .

(٥) البنفسج : نبات من ذوات الفلقتين ، كثير التويجيات ، له زهر سمنجوني اللون ، طيب الرائحة . راجع المعجم الوسيط (٧١/١) .

(٦) قال الشيرازي في المهذب : وفي الريحان الفارسي والمرزنجوش والنيلوفر والنرجس قولان : أحدهما : يجوز شمها ، ثم قال : والثاني : لا يجوز . قال النووي في المجموع في فرع مذاهب العلماء : إن في تحريم الرياحين قولين : الأصح : تحريمه ، ووجوب الفدية . وقال القفال في الحلية : وأما البنفسج : فقد قال الشافعي : ليس بطيب ، فمن أصحابنا من قال : هو طيب قولًا واحدًا ، ومنهم من قال : ليس بطيب قولا واحدا. ومنهم من قال : فيه قولان كالنرجس . قال النووي : الأصح أنه طيب . راجع المسألة في : الأم ، الباب السابق (١٥٢/٢) ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١٠٦ ب) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٤٧/٣) ، المجموع مع المهذب ، باب الإحرام وما يحرم فيه (٢٧٤/٧ ، ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، ٢٨٣) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٤٥٦/٧ ، ٤٥٧) . وقال مالك : مثل قول الحنفية يكره للمحرم شم الريحان والياسمين والورد والخيري والبنفسج ، وما أشبه هذا ، فإن فعل ذلك ، فلا شيء عليه. وفي المدونة : كان مالك يكره للمحرم شم الرياحين ، وهذا كله من الرياحين ، ويقول : من فعله فلا فدية عليه فيه ، وفي موضع آخر قال مالك في المحرم يشم الريحان : أكره ذلك له ، ولا أرى فيه فدية إن فعل . راجع المدونة ، العنوان السابق (٣٤١/١ ، ٣٤٣) . وقال ابن قدامة في المغني - بعد أن قسم النبات الذي تستطاب رائحته على =

٨٢٠٨ – لنا : أن النبي ﷺ « تطَّيب عند إحرامه ، وبقي عليه الطيب »[١] . ومعلوم أنه كان يجد[٢] ريحه إلا أنه لما لم يوجد عينه ، لم يتعلق به حكم بمجرد الرائحة ، وليس[٣] في مسألتنا أكثر من ريحه .

٨٢٠٩ – ولأنه لو شمه ناسيًا لم يجب الجزاء ، كذلك إذا تعمد ، كشم الأُتْرُجّ[٤] والنَّارِنج[٥] ووردهما .

٨٢١٠ – ولأنه شم الرائحة المجردة[٦] من غير أن يلصق ببدنه شيء من الطيب ، فصار كما لو جلس عند العطار ، أو عند الكعبة وهي تبخر[٧] .

٨٢١١ – قالوا : الشم تَطَيُّبٌ[٨] في العادة ، فجاز أن تجب[٩] به الفدية ، أصله : استعمال الغالية[١٠] ، والكافور[١١] في جسمه .

٨٢١٢ – قلنا : الشم لا يقصد به التطيب ؛ لأن التطيب يوجد فيه أمران : استعمال العين في

= ثلاثة أضرب– : الثالث : ما ينبت للطيب ويتخذ منه طيب ، كالورد والبنفسج والياسمين والخيري ، فهذا إذا استعمله وشمه : ففيه الفدية ، لأن الفدية تجب فيما يتخذ منه ، فكذلك في أصله . وعن أحمد رواية أخرى في الورد : لا فدية عليه في شمه ، لأنه زهر شمه على جهته ، أشبه زهر سائر الشجر . وذكر أبو الخطاب في هذا والذي قبله روايتين ، والأولى : تحريمه. وقال في الكافي : وفي الريحان الفارسي روايتان . إحداهما : ليس بطيب ، ثم قال : والثانية : هو طيب .راجع المسألة في : المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٧٨/١) ، مسألة (٨) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٠٧/١؟٤٠٨) ، المغني ، باب ما يتوقى المحرم وما أبيح له (٣١٥/٣ ، ٣١٦) .

(١) يدل على ذلك حديث عائشة رضي الله عنها الذي أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب الطيب عند الإحرام (٢٦٨/١) بلفظ : كأني أنظر وبيض الطيب في مفارق رسول الله ﷺ وهو محرم ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب الطيب للمحرم عند الإحرام (٨٤٧/٢-٨٤٩) ، الحديث (٣٩-١١٩٠/٤٦) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يوجد] .

(٣) لفظ : [ليس] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) الأترج : شجر يعلو ، ناعم الأغصان والورق والثمر ، وثمره كالليمون الكبار ، وهو ذهبي اللون ، ذكي الرائحة ، حامض الماء. راجع المعجم الوسيط (٤/١) .

(٥) النارنج : شجرة مثمرة من الفصيلة البرتقالية ، دائمة الخضرة ، لها رائحة عطرية ، وأزهارها بيض عبقة الرائحة تظهر في الربيع ، تستعمل أزهارها في صنع ماء الزهر . انظر المعجم الوسيط (٩٢٠/٢) .

(٦) في (ص) : [مجردة] .

(٧) في (م) ، (ع) : [وهو يبخر] .

(٨) في (ص) : [بطيب] .

(٩) في (م) : [أن يجب] .

(١٠) نوع من الطيب ، قيل : أول من سماه بذلك سليمان بن عبد الملك. انظر : مختار الصحاح ص٤٨٠ .

(١١) الكافور : نوع من الطيب. انظر : مختار الصحاح ص٥٧٤ .

البدن ، وهو معنى مقصود ، والرائحة بمجرد الشم لا تكون [1] تطيبًا ؛ ألا ترى : أنه موجود في الجالس عند العطار ، وفي مبتاع [2] الطيب وإن اشتدت الرائحة وقصدها ولا يلزمه شيء .

٨٢١٣ - قالوا : قال الشافعي : الرائحة عادة الطيب .

٨٢١٤ - قلنا : ليس كذلك ، لأن عادته الاستعمال ، ألا ترى : أن الجالس في صف العطارين لا يحصل له من ذلك الاستمتاع ما يحصل عند الاستعمال ، وكيف يظن ذلك واستعماله بالبدن يحصل به الرائحة ، ومعنى آخر من إصلاح الجنس ومنفعته ، ثم هذا لا يوجد في شم الريحان ؛ لأن ذلك ليس بطيب وإن التذ برائحته ، وكما أنه يلتذ بشم ورد الأترج والنارنج ولا يكون طيبًا .

٨٢١٥ - وقولهم : إن هذا لا يتخذ منه طيب غلط ؛ لأن دهن الأترج كدهن الخيريِّ والياسمين يتخذ من أحدهما كالآخر ، وورد النارنج يتخذ منه الدهن ، كما يتخذ من الزَّنْبَق [3] ، فلا فرق بينهما .

٨٢١٦ - فإن قيل : روى عن جابر « أنه سئل عن المحرم أيشم الريحان ، قال : لا » [4] . وعن ابن عمر رضي الله عنهما : « أنه كان يكره شم الريحان للمحرم » [5] .

٨٢١٧ - قلنا : لا دلالة فيه ، لأنه يقتضي كراهة الشم ، ونحن كذلك نقول ، والخلاف في الفدية ولم يرد عنهما .

٨٢١٨ - ولأن هذه مسألة خلافية [6] معروفة ، وروى أبان بن عثمان : « أن عثمان رضي الله عنه سئل عن المحرم يدخل البستان ، قال : نعم ، ويشم الريحان » [7] .

---

(١) في (م) : [لا يكون] .
(٢) في (م) ، (ع) : [متاع] .
(٣) في (م) : [منه] ، مكان : [من] . الزَّنْبَق نبات له زهر ، طيب الرائحة طويل ، كالحربة ، يغلب عليه اللون الخمري ، ويطلق على دهن الياسمين . راجع المعجم الوسيط (٤٠٤/١) .
(٤) أخرجه الشافعي في المسند ، في : كتاب الحج ، الباب الخامس فيما يباح للمحرم وما يحرم وما يترتب على ارتكابه من المحرمات من الجنايات (٣١٢/١) ، الحديث (٨١١) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب من كره شمه للمحرم (٥٧/٥) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في من كره للمحرم أن يشم الريحان (٤١٠/٤) .
(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصدر السابق (٤١٠/٤) ، والبيهقي في الكبرى ، الباب السابق (٥٧/٥) .
(٦) في (م) ، (ع) : [خلاف] .
(٧) لم نهتد إلى هذا الأثر بعد ، وقد عزاه الهيثمي إلى الطبراني في الصغير ، في مجمع الزوائد ، في كتاب الحج باب في المحرم يربط الهميان ويدخل البستان ويشم الريحان (٢٣٢/٣) .

مسألة ٤٥٢

حكم دَهْن المحرم

٨٢١٩ - قال أبو حنيفة : إذا دهن المحرم بالزيت أو الخل : لزمه دم [1] .

٨٢٢٠ - وقال الشافعي : إذا دهن رأسه ولحيته فعليه دم ، وإن دهن بقية بدنه : فلا شيء عليه [2] .

٨٢٢١ - لنا : حديث أم حبيبة رضي الله عنها أنها دهنت من دَبَّة [3] الزيت ، وقالت : ما

(١) قال السرخسي في المبسوط : فأما إذا ادهن بزيت ، وبخلٍّ غير مطبوخ : فعليه الدم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : عليه الصدقة . راجع المسألة في : الأصل ، الباب السابق (٤٧٦/٢) ، الجامع الصغير ، باب المحرم إذا قلم أظافيره أو حلق شعره ص١٥٤ ، مختصر الطحاوي ، باب ما يجتنبه المحرم ص٧٠ ، المبسوط ، الباب السابق (١٢٢/٤) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (١٩٠/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، الباب السابق (٢٦/٣ ، ٢٧) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (٢٤٥/٤-٢٤٧) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، الباب السابق (٢٩٢/١) ، حاشية ابن عابدين ، الباب السابق (٢٠٧/٢) .

(٢) قال الشيرازي في المهذب : فإن استعمله في رأسه وهو أصلع : جاز ، وإن استعمله في رأسه وهو محلوق : لم يجز ؛ لأنه يحسن الشعر إذا نبت . راجع المسألة في : الأم ، الباب السابق (١٥٢/٢) ، مختصر المزني ، الباب السابق ص٦٦ ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٨٥ أ) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٤٩/٣) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٢٧٤/٧ ، ٢٧٥ ، ٢٧٩ ، ٢٨٢) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٤٦٢/٧ ، ٤٦٣) . قال الباجي في المنتقى : إن استعمال الدهن الذي ليس بمطيب يكون في ثلاثة مواضع ، أحدها : أن يستعمله في باطن جسده بأن لا يظهر منه ، كتقطيره في الأذن ، والاستسعاط به والمضمضة ، فإن هذا كله جائز للمحرم أن يفعله ، ولا شيء عليه فيه ، لأنه بمنزلة أكله إياه ، وهو الذي ذكره مالك . الثاني : أن يستعمله في ظاهر جسده ، غير باطن يديه وقدميه ، فإن فعل هذا فممنوع ، فعليه الفدية عند مالك ، وجميع أصحابه . قال ابن حبيب : وقد روي إباحة ذلك ، وبه أخذ الليث . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، العنوان السابق (٣٤١/١ ، ٣٤٢) ، المنتقى ، في ما جاء في الطيب في الحج وفي ما يجوز للمحرم أن يفعله (٢٠٤/٢ ، ٢٦٧) . وقال القاضي أبو يعلى : واختلف ، هل يجوز للمحرم أن يدهن بدنه ورأسه بما لا طيب فيه ، كالزيت والشيرج والسمن والزبد ، فنقل الأثرم وأبو داود : جواز ذلك . ثم قال : وقال الخرقي : ولا يدهن بما فيه طيب ، وما لا طيب فيه. فظاهر هذا المنع يقتضي وجوب الفدية . راجع تفصيل المسألة في : المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٧٨/١ ، ٢٧٩) ، مسألة (٩) ، المغني ، الباب السابق (٣٢٢/٣) .

(٣) في (ص) : دبية ، وهو تصحيف. والدَّبَّةُ : بتشديد الدال المهملة والباء ، وفتحهما ، قارورة الزيت وما أشبهها . قال ابن منظور عن سيبويه : التي يجعل فيها الزيت والبزر والدهن ، والجمع : دباب . راجع في لسان العرب ، مادة دبب (١٣١٦/٢) ، المعجم الوسيط (٢٦٨/١) .

لي من طيب ، ولكني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد [على ميت أكثر من ثلاثة أيام إلا امرأة] (١) على زوجها (٢) ، فسمت ذلك طيبًا .

٨٢٢٢ - ولأن كل دهن إذا استعمله في شعر رأسه ولحيته : وجبت به الفدية ، كما إذا استعمله في سائر بدنه ؛ أصله : الدهن المطيب (٣) . ولأنه استعمل الزيت في ظاهر بدنه ، فصار كما لو دهن لحيته .

٨٢٢٣ - ولأنه أصل الطيب ، وإنما يكسبه الرائحة ، ومجرد الرائحة : قد بينا أن الفدية لا تجب بها ، فعلم أن الحكم متعلق بالعين .

٨٢٢٤ - قالوا : استعمله (٤) في رأسه ولحيته : فوجبت (٥) الفدية ، كترجيل (٦) الشعر ، وذلك لا يوجد في بقية البدن .

٨٢٢٥ - قلنا : تحسين الشعر يوجد بدخول الحمام ، ولا فدية فيه ، ودهن البدن يزول به الشعر عنه وتحسين بدنه فيهما .

٨٢٢٦ - احتجوا : بما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ « ادهن بزيت غير مفتت (٧) وهو محرم (٨) » .

٨٢٢٧ - قلنا : هذا الخبر ذكره أبو عبيد عن محمد بن كثير ، عن حماد بن سلمة ، عن فرقد السبخي (٩) عن الحسن ، أو سعيد بن جبير ، عن ابن عمر ، وفرقد السبخي

---

(١) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) .

(٢) لم نعثر على حديث أم حبيبة رضي الله عنها بهذا اللفظ بعد ، وقد أخرجه البخاري بلفظ قريب منه ، في الصحيح ، في الجنائز ، باب حدِّ المرأة على غير زوجها (٢٢٢/١) ، وأبو داود في كتاب الطلاق ، باب إحداد المتوفى عنها زوجها (٥٨٠/١ ، ٥٨١) . (٣) في (م) ، (ع) : [الطيب] .

(٤) في (ع) : [لو استعمله] بزيادة : [لو] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وجبت] .

(٦) ترجيل الشعر : تجعيده - أيضًا - إرساله بمَشْطه . انظر : مختار الصحاح ص٢٣٦ .

(٧) في (م) ، (ع) : [معقب] .

(٨) أخرجه الترمذي باختلاف يسير ، في كتاب الحج ، باب بعد باب ما جاء في الحجر الأسود (٢٨١/٣) الحديث (٩٦٢) ، وابن ماجه في كتاب المناسك ، باب ما يدهن به المحرم (١٠٣٠/٢) ، الحديث (٣٠٨٣) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في من كان يدهن بالزيت (٤٣٩/٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [فرقد الشجي] ، وهو تصحيف. وفرقد السبخي : هو فرقد بن يعقوب السبخي ، =

ضعيف [1] ، وشك فيه بين الحسن وسعيد ، والحسن لم يسمع من ابن عمر ، ولو ثبت احتمل أن يكون بعد ما تحلل التحلل [2] الأول ، فحل الطيب ، وهو محرم على النساء .

٨٢٢٨ - فإن قيل هناك : لو تطيب بالطيب الخالص يجوز ، فلا معنى للزيت .

٨٢٢٩ - قلنا : اتفق أنه فعل أدنى الجائز ، ولأنه يعلم [3] أنه لم يستعمله في كل بدنه ، فبقي أن يكون في بعضه ، فيجوز أن يكون دهن به شقوق رجليه أو قرحًا به ، وذلك لا فدية فيه عندنا .

٨٢٣٠ - قالوا : ليس له رائحة مستطابة ، فوجب أن لا يكون [4] من الطيب ، أصله : السمن .

٨٢٣١ - قلنا : عندنا ليس هو نفس الطيب ، ولكنه في حكمه ، ثم المعنى في السمن : أنه ليس بطيب ، ولا هو [5] أصل الطيب ، والزيت بخلافه .

٨٢٣٢ - قالوا : لو حلف لا يتطيب فادهن بزيت : لم يحنث .

٨٢٣٣ - قلنا : فهذا يدل على أنه في حكمه ، والكفارة تجب بما هو في حكم الطيب وإن لم يطلق عليه اسم الطيب ، كالوَرْس والعُصْفُر عندنا ، والريحان عندهم .

٨٢٣٤ - وأنه إذا شمه واستعمله في بدنه وجبت الفدية ، ولو حلف لا يشتري طيبًا ، فاشترى [6] ريحانًا أو خيريًّا أو ياسمينًا ، لم يحنث ، فسقط هذا .

* * *

= البصري ، من الخامسة ، قال عنه أبو حاتم : ليس بقوي ، وقال ابن معين : ثقة ، وقال البخاري : في حديثه مناكير ، وقال النسائي : ليس بثقة. مات سنة إحدى وثلاثين ومائة. انظر ترجمته في : ميزان الاعتدال (٣/٣٤٥ ، ٣٤٦) ، الترجمة (٦٦٩٩) تقريب التهذيب (٢/١٠٨) ، الترجمة (١٦) .

(١) في (م) ، (ع) : [فرقد الشجي] ، وهو تصحيف .

(٢) لفظ : [التحلل] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (ص) : [ولا يعلم] .

(٤) في (ع) : [أن يكون] بحذف : [لا] .

(٥) لفظ : [هو] ، ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) لفظ : [فاشترى] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٤٥٣

لا يجوز للمحرم أن يلبس ثوبًا مصبوغًا بعصفر

٨٢٣٥ - قال أصحابنا : لا يجوز للمحرم أن يلبس ثوبًا مصبوغًا بِعُصْفُر [١] إذا كان ينفض [٢] ، وإن لبسه : فعليه الفدية [٣] .

٨٢٣٦ - وقال الشافعي : يجوز للمحرم لبس المعصفر [٤] ؛ لنا : ما روي عن أبي هريرة : أن عثمان ﷺ خرج حاجًّا ومعه علي ، وجاء محمد بن جعفر وقد كان دخل بأهله في تلك الليلة ، فلحقهم وعليه معصفر ، فلما رآه عثمان ، انتهره وأفف به [٥] ، وقال : « أَوَ مَا علمت أن النبي ﷺ نهى عن لبس المعصفر » [٦] ؛ وهذا عامٌّ في الحلال والمحرم ، وكل لباس منع المحرم منه تعلق به الفدية .

٨٢٣٧ - وفي حديث أم سلمة رضي الله عنها : « أن النبي ﷺ نهى المعتدة أن تختضب [٧]

(١) قوله : [بعصفر] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [ينقص] بالقاف ، والصاد المهملة ، وهو تصحيف .
(٣) راجع المسألة في : الأصل ، كتاب المناسك (٣٤٧/٢) ، مختصر الطحاوي ، الباب السابق ص٦٧ ، ٦٨ المبسوط ، باب ما يلبسه المحرم من الثياب (١٢٦/٤) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان ما يحظره الإحرام (١٨٥/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، باب الإحرام (٤٤٢/٢ ، ٤٤٣) ، البناية مع الهداية ، باب الإحرام (٦١/٤ - ٦٣) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٦٩/١) ، متن القدوري ، كتاب الحج ص٢٦ ، وموطأ مالك ، كتاب الحج ، باب ما يكره للمحرم أن يلبس من الثياب ص١٤٦ .
(٤) راجع المسألة في : الأم ، باب ماتلبس المرأة من الثياب (١٤٨/٢ ، ١٥٠) ، مختصر المزني ، الباب السابق ص٦٦ ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١٠٦أ) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٤٧/٣ ، ٢٤٨) ، المجموع ، باب الإحرام وما يحرم فيه (٢٧٨/٧ ، ٢٨٢) ، شرح السنة للبغوي ، كتاب الحج ، باب ما يجتنب المحرم من اللباس (٢٤٤/٧ ، ٢٤٥) . قال مالك في المدونة : أكره الثوب المفدّم بالعصفر للرجال والنساء أن يحرموا في ذلك ، لأنه ينتفض . وقال ابن رشد القرطبي : واختلفوا في المعصفر ، فقال مالك : ليس به بأس ، فإنه ليس بطيب . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، في ما يكره من اللباس للمحرم وفي كتاب الحج الثاني (٢٩٥/١ ، ٢٩٦ ، ٣٤٣) ، المنتقى ، في لبس الثياب المصبغة في الإحرام (١٩٧/٢) ، بداية المجتهد ، في القول في التروك (٣٤٠/١) . وقال أحمد وأصحابه : مثل قول الشافعي ، إذا لبس المحرم ثوبا معصفرا ، فلا شيء عليه ، والعصفر ليس بطيب . راجع : المغني ، الباب السابق (٣١٨/٣) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٠٨/١) .
(٥) في (م) ، (ع) : أنهره واقف به .
(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب كراهية لبس المعصفر للرجال وإن كانوا غير محرمين (٦١/٥) .
(٧) في (م) : [أن يختصب] .

بالحناء ، وقال : إن الحناء طيب (١) .

٨٢٣٨ - ومعلوم : أن رائحة العصفر أطيب من رائحة الحناء ، فلأن يكون في حكم الطيب أولى .

٨٢٣٩ - ولأنه صبغ له رائحة مستلذة ، فلا يجوز للمحرم لبس ما صبغ به إذا نفض(٢) ، كالوَرْس والزعفران ، أو صبغ له رائحة مستلذة (٣) ، فجاز أن تجب فيه الفدية على المحرم لأجله .

٨٢٤٠ - احتجوا بحديث ابن عمر رضي الله عنهما : « أن النبي ﷺ نهى النساء في إحرامهن عن القفازين والنقاب وما مسه (٤) الورس من الثياب ، ولتلبس بعد ذلك ما أحبت من ألوان الثياب من معصفر أو خز (٥) أو سراويل أو قميص أو خف » (٦) .

٨٢٤١ - قلنا : هذا الخبر ذكره أبو داود ، عن ابن إسحاق ، عن نافع ، وقد ضعف الدارقطني في كتابه ابن إسحاق (٧) ، وقد رواه مالك .

٨٢٤٢ - وصحت الرواية عن ابن عمر : أنه كان يأمر بناته بقطع الخفاف حتى حدثته عائشة (٨) ، فكيف يكون عنده من رسول الله ﷺ إباحة لبس الخف ، وينهي بناته عن

---

(١) تقدم تخريجه في مسألة (٤٤٠) . (٢) في (م) ، (ع) : [نقص] بالصاد المهملة .

(٣) في (م) ، (ع) : [برائحة] ، ولفظ : [مستلذة] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . (٤) في (م) ، (ع) : [وما يشبه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [أو حر] بالحاء والراء المهملتين ، وهو تصحيف .

(٦) أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب ما يلبس المحرم (٤٦٢/١) ، والحاكم في المستدرك في كتاب المناسك ، في منهيات النساء في الإحرام (٤٨٦/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب ما تلبس المرأة المحرمة من الثياب (١٣/٥) ، وأحمد في المسند مختصرا ، في مسند عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما (٢٢/٢) .

(٧) ابن إسحاق هو : محمد بن إسحاق ، أبو بكر بن يسار ، المدني ، نزيل العراق ، إمام المغازي. قال الإمام أحمد : هو حسن الحديث. وقال يحيى بن معين : ثقة ، وليس بحجة. وقال ابن المديني : حديثه عندي صحيح . وقال النسائي : ليس بالقوي. وقال الدارقطني : لا يحتج به. مات سنة خمسين ومائة ، وقيل : بعدها بسنة . انظر ترجمته في : التاريخ الصغير (١٠٤/٢) ، تاريخ الثقات ص٤٠٠ ، الترجمة (١٤٣٣) ، الجرح والتعديل (١٩١/٧-١٩٤) ، الترجمة (١٠٨٧) ، ميزان الاعتدال (٤٦٨/٣ - ٤ ٧٥) ، الترجمة (٧١٩٧) ، تقريب التهذيب (١٤٤/٢) الترجمة (٤٠) .

(٨) لم نعثر علي هذه الرواية بهذا اللفظ بعد ، وقد روى الشافعي عن ابن عيينة ، عن الزهري ، عن سالم ، عن أبيه عن ابن عمر : بلفظ : أنه كان يفتي النساء إذا أحرمن أن يقطعن الخفين حتى أخبرته صفية عن عائشة : أنها كانت تفتي النساء ألا يقطعن ، فانتهى . في المسند ، في كتاب الحج ، الباب الرابع فيما يلزم المحرم عند تلبسه بالإحرام (٣٠٢/١) ، الحديث (٧٨٧) ، والبيهقي في الكبرى ، في الباب السابق (٥٢/٥) .

ذلك ؟ ، ولو ثبت ذلك حملناه على ما غسل حتى لا ينفض [(١)] ، أو على المصبوغ بالمدر .

٨٢٤٣ - قالوا : روى عكرمة « أن عائشة ، وأزواج النبي ﷺ كن يحججن في المعصفرات » [(٢)] .

٨٢٤٤ - وروى القاسم بن محمد : « أن عائشة كانت تلبس الأحمر من الذهب والمعصفر ، وهي مُحْرِمة » [(٣)] ، وروى هشام بن عروة ، عن أبيه : « أن أسماء كانت تلبس المعصفرات المصبغات [ليس فيها زعفران ، وهي محرمة » [(٤)] ، وروى نافع : أن ابن عمر كان يُلْبِس نساؤه المعصفرات] [(٥)] والإبريسم والحلل ، وهن محرمات » [(٦)] . وروى أبو الزبير ، عن / جابر ، قال : « لا تلبس المرأة ثياب الطيب ، وتلبس الثياب المعصفرة ، لا أرى المعصفر طيبا » [(٧)] . ٠١

٨٢٤٥ - قلنا : قد روى الأسود ، عن عائشة رضي الله عنها قالت [(٨)] : « تلبس المحرمة ما شاءت من الثياب إلا المتورد بالزعفران » [(٩)] .

---

(١) في (ص) : [على ما إذا غسل حتى لا ينقص] بزيادة : [إذا] .

(٢) في (م) : [تحجن] ، مكان : [يحججن]. ولم نهتد إلى هذه الرواية من هذا الوجه بعد وقد أخرجها البخاري معلقا في الصحيح ، في كتاب الحج ، في باب ما يلبس المحرم من الثياب (٢٦٨/١) ، وذكر الهيثمي من حديث ابن عباس رضي الله عنه بلفظ : كان أزواج النبي ﷺ يختضبن بالحناء وهن محرمات ، ويلبسن المعصفر وهن محرمات في مجمع الزوائد ، في كتاب الحج ، باب ما يلبس المحرم (٢١٩/٣ ، ٢٢٠) .

(٣) لم نعثر على هذه الرواية . وقد أخرج البيهقي من طريق أبي عامر الخراز ، عن ابن أبي مليكة أن عائشة رضي الله عنها كانت تلبس الثياب الموردة بالعصفر الخفيف ، وهي محرمة . في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب العصفر ليس بطيب (٥٩/٥) .

(٤) هذا الأثر أخرجه مالك ، في الموطأ ، كتاب الحج ، في لبس الثياب المصبغة في الإحرام (٢٤٠/١) ، بهذا الإسناد باختلاف يسير في اللفظ ، والبيهقي في المصدر السابق (٥٩/٥) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في من رخص في المعصفر للمحرمة (٢١٦/٤) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في نفس المصدر السابق (٢١٦/٤) والبيهقي في الكبرى ، في الباب السابق (٥٩/٥) .

(٧) أثر جابر رضي الله عنه : أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب الحج ، باب ما يلبس المحرم من الثياب (٢٦٨/١) ، والبيهقي في نفس المصدر السابق (٥٩/٥) ، الشافعي في المسند ، في كتاب الحج ، الباب الخامس فيما يباح للمحرم (٣١٠/١) ، الحديث (٨٠٤) .

(٨) في سائر النسخ : [قال] ، الصواب ما أثبتناه .

(٩) أثر عائشة رضي الله عنها : أخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب المرأة لا تنتقب في إحرامها ولا تلبس القفازين (٤٧/٥) ، ابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في من رخص في المعصفر للمحرمة (٢١٦/٤) .

٨٢٤٦ - وقد روينا عن عثمان ﷺ كراهته [١] . وروي عن عمر ﷺ [٢] : أنه رأى على عبد اللّٰه بن جعفر ثوبين مصبوغين بعصفر فأنكره [٣] .

٨٢٤٧ - وروي : أنه رأى على عقيل ثوبين ورديين ، فقال : ما هذا » ؟ [٤] .

٨٢٤٨ - فصارت مسألة خلاف ، وقد روي كراهة ذلك عن عطاء ، وإبراهيم ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن [٥] .

٨٢٤٩ - فإن قيل : إنما كره عمر الثوب الملون مخافة أن يراه الجاهل فيظن أن جميع الصبغ واحد ؛ ولهذا روي : أنه أنكر على عقيل ، فقال عليّ : « ليس لأحد أن يعلمنا السنة [فسكت عنه. ولو كان [٦] عنده لا يجوز ، لم يمسك عن تعليم السنة] [٧] .

٨٢٥٠ - وقد روى أسلم مولى عمر [٨] ، عن عبد اللّٰه بن عمر [٩] » أن عمر بن الخطاب ﷺ رأى على طلحة بن عبيد اللّٰه ثوبًا مصبوغًا بالمَشْقِ [١٠] وهو محرم [١١] فقال عمر : ما هذا المصبوغ يا طلحة ، فقال : يا أمير المؤمنين : إنما هو مدر ، فقال عمر : إنكم أيها الرهط أئمة يقتدي بكم الناس » [١٢] .

---

(١) تقدم تخريجه في هامش (٦) .
(٢) في سائر النسخ : [عثمان] ، والصواب ما أثبتناه .
(٣) هذا الأثر : رواه الشافعي في المسند ، في الباب السابق (٣٠٩/١ ، ٣١٠) ، الحديث (٨٠٣) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب العصفر ليس بطيب (٥٩/٥) .
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في المحرم يلبس المورد (٢١٤/٤) .
(٥) أخرج ابن أبي شيبة عن هؤلاء كراهية المصبوغ للمحرم ، في المصنف ، في كتاب الحج ، في من كره المصبوغ للمحرم وفي من رخص في المعصفر للمحرمة (٢١٥/٤ ، ٢١٦) .
(٦) في (م) ، (ع) : عنده وإن كان ، مكان : عنه ولو كان .
(٧) في (م) ، (ع) : [لم تمسك السنة] ، وما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في سائر النسخ : [مولى ابن عمر] ، الصواب ما أثبتناه من موطأ مالك. أسلم العدوي مولى عمر بن الخطاب ﷺ مدني من كبار التابعين ، ثقة. راجع ترجمته في تاريخ الثقات ص٦٣ ، الترجمة (٧٨) ، تقريب التهذيب (٦٤/١) ، الترجمة (٤٦٥) ، أسد الغابة (٧٧/١ ، ٧٨) .
(٩) في (ص) : [عبيد اللّٰه بن عمر] .
(١٠) المَشْقُ : وهو المَغْرَةُ : وهو صبغ أحمر .
(١١) في (م) ، (ع) : [بالممشق وهو يحرم] ، مكان المثبت .
(١٢) في سائر النسخ : [أنهاكم أيها الرهط أنه لا يقتدي بكم الناس] ، وفي (م) : [أنها] ، مكان : [أيها] ، والصواب ما أثبتناه من موطأ مالك . وهذا الأثر : رواه مالك في الموطأ في كتاب الحج ، في لبس الثياب المصبغة في الإحرام (٢٣٩/١ ، ٢٤٠) البيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب من كره لبس المصبوغ بغير طيب في الإحرام (٦٠/٥) ، ومحمد في موطئه ، في كتاب الحج ، باب ما يكره للمحرم أن يلبس من الثياب ص ١٤٦ .

٨٢٥١ - قلنا : إنما أنكر عمر المُمَشَّق حتي لا يطرأ عليه المعصفر ، لأنه يشبهه .

٨٢٥٢ - فأما سكوته [١] عن علي : فقد روي أنه بان له أنه ممشق ، ويجوز أن يكون من روى عنه لبس المصبوغ ؛ ليبين منه ما لا ينفض [٢] ، وعندنا أن ما لا يَنْفَضُ [٣] لا يمنع منه .

٨٢٥٣ - قالوا : ثوب يجوز للمحرم لبسه إذا لم ينفض عليه ، فجاز [٤] لبسه وإن نفض [٥] عليه ، أصله : الممشق ، والمصبوغ بالصبغ الأسود .

٨٢٥٤ - قلنا : هذا يبطل بالزعفران ، فإن المصبوغ به إذا كان غسيلا لا ينفض [٦] : جاز . وإن كان مما لم ينفض [٧] : لم يجز ، وقد دل على ذلك حديث نافع ، عن ابن عمر ﷺ قال : « قال رسول الله ﷺ : « لا تلبسوا في الإحرام ثوبًا مسه ورس أو زعفران إلا أن يكون غسيلا » [٨] .

٨٢٥٥ - وروى عكرمة ، عن ابن عباس ﷺ » أن النبي ﷺ رخص للمحرم في الثوب المصبوغ ما لم يكن له نفض ولا رَدَع » [٩] .

٨٢٥٦ - قالوا : لو منع منه إذا نفض [١٠] ، منع إذا لم ينفض منه في كونه [١١] كالنجاسة ، ولأن الطيب ممنوع منه في الثوب والبدن جميعًا .

٨٢٥٧ - قلنا : اعتراض على رسول الله ﷺ وهو غلط ، لأن النجاسة إذا غسلت [١٢] فبقي في الثوب أثرها لم يمنع ، فالصبغ مثله .

---

(١) في (م) : [شكونه] ، وفي (ع) : [سكونه] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لا ينقص] ، وقوله : وعندنا أن ما لا ينفض ساقط من صلب (م) واستدركه المصنف في الهامش ، و (ينفض) : أي يتغير لونه أو يزول أكثرُ جِرْمِهِ .
(٣) في (م) ، (ع) : [لا ينقض] ، وقوله : [وعندنا أن ما لا ينفض] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [لم ينقص] وفي (ع) : [جاز] ، مكان : [فجاز] .
(٥) في (م) ، (ع) : [وإن نقص] بالصاد المهملة . (٦) في (م) ، (ع) : [عسلا لا ينقص] .
(٧) في (ص) : [وإن كان مما لم ينفض] ، وفي (م) ، (ع) : [مما لا ينقص] ، ولعل الصواب : [مما ينفض] .
(٨) أخرجه الطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب لبس الثوب الذي قد مسه ورس أو زعفران في الإحرام (١٣٦/٢ ، ١٣٧) .
(٩) في (م) ، (ع) : [نقص] ، مكان : [نفض]. وهذا الحديث : أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج في المحرم يلبس المورد (١٤/٤) . و (ردع) معطوف على (نفض) المنفى والتقدير : ما لم يكن له نَفَض ولا رَدَع فلا يرخص للمحرم .
(١٠) في (م) ، (ع) : [إذا نقص] .
(١١) في (م) ، (ع) : [إذا لم ينقص منه في لونه] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [إذا خلطت غسلت] بزيادة : [خلطت] .

مسألة ٤٥٤

إذا حلق أقل من ربع الرأس لم يجب عليه دم

٨٢٥٨ - قال أصحابنا : إذا حلق أقل من ربع الرأس : لم يجب عليه دم (١) .

٨٢٥٩ - وقال الشافعي : إن حلق ثلاث شعرات من بدنه أو رأسه : لزمه دم ، واختلف قوله فيما دون ذلك ، فقال : في كل شعرة ثلث شاة ، وفي قول آخر : في كل شعرة مد .

٨٢٦٠ - قالوا : ونحن نقول بقول ثالث (٢) : إن فيها درهما (٣) . لنا : أنه حلق أقل

---

(١) قال الكاساني في بدائع الصنائع : وإن حلق ثلثه أو ربعه فعليه دم ، وإن حلق دون الربع فعليه صدقة ، كذا ذكر في ظاهر الرواية ، ولم يذكر الاختلاف . وحكى الطحاوي في مختصره الاختلاف ، فقال : إذا حلق ربع رأسه يجب عليه الدم في قول أبي حنيفة ، وفي قول أبي يوسف ومحمد : لا يجب ما لم يحلق أكثر رأسه ، وذكر القدوري في شرحه مختصر الحاكم : إذا حلق ربع رأسه يجب عليه دم في قول أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف : إذا حلق أكثره يجب ، وعند محمد : إذا حلق شعره يجب ، قال ابن عابدين فيما ذهب إليه أبو حنيفة.: هذا هو الصحيح المختار الذي عليه جمهور أصحاب المذهب . راجع المسألة في : الجامع الصغير ، الباب السابق ص١٥٥ ، المبسوط ، باب الحلق (٧٣/٤) ، مختصر الطحاوي الباب السابق ص٦٩ ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (٤٢١/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما الذي يجري مجرى الطيب (١٩٢/٢ ، ١٩٣) ، فتح القدير مع الهداية ، باب الجنايات (٣١/٣ ، ٣٢) ، البناية مع الهداية ، باب الجنايات (٢٥٠/٤- ٢٥٢)، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب الجنايات (٢٩٢/١) ، حاشية ابن عابدين ، الباب السابق (٢٠٩/٢) ، متن القدوري ، الباب السابق ص٣٠ ، الاختيار ، الباب السابق (١٦٢/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [بقول آخر ثالث] بزيادة : [آخر] .

(٣) في سائر النسخ : [درهم] . قال النووي في المجموع : أما إذا حلق شعرة واحدة أو شعرتين ، ففيه أربعة أقوال : أصحها : وهو نصه في أكثر كتبه : يجب في شعرة مد ، وفي شعرتنا مدان. والثاني : يجب في شعرة درهم ، وفي شعرتين درهمان . والثالث : في شعرة ثلث دم ، وفي شعرتين ثلثاه. والرابع : في الشعرة الواحدة دم كامل . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في ما ليس للمحرم أن يفعله (٢٠٦/٢) ، مختصر المزني ، الباب السابق ص٦٦ ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١٠٧أ ، ب) ، حلية العلماء ، باب ما يجب بمحظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٢٦٢/٣ ، ٢٦٣) ، المجموع مع المهذب ، باب ما يجب في محظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٣٦٤/٧-٣٧١ ، ٣٧٤) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب الثالث في محظورات الحج والعمرة ، وهي سبعة أنواع ، بذيل المجموع (٤٦٦/٧ ، ٤٦٧) . قال مالك في المدونة : من نتف شعرة أو شعرات يسيرة ، عليه أن يطعم شيئا من طعام ، ناسيا كان أو جاهلا ، وإن نتف من شعره ما أماط به عنه الأذى ، فعليه الفدية . راجع : المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٢٩/١) ، بداية المجتهد في =

من ربع رأسه : فلا يلزمه دم ، كما لو حلق شعرة واحدة ، ولأنه مقدار لا يستمتع به ، كالشعرة الواحدة .

٨٢٦١ - ولأن كل حكم لا يتعلق بثلاثة إلا كمسح الرأس ، وتقدير الموضحة ، وعكسه : وجوب الضمان بالحلق .

٨٢٦٢ - ولأنه قَدْرٌ من الشعر ، لواحدة أخذه الناسي لم يجب عليه دم ، فكذلك[1] العامد ، كالشعر إذا نبت في العين .

٨٢٦٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ ﴾[2] [معناه : فحلق ففدية][3] .

٨٢٦٤ - قلنا : لابد من إضمار ، فإذا أضمرنا « فحلق ففدية » ، فإطلاق الحلق لا نسلم أنه يتناول ثلاث شعرات ، وإن أضمر : « فاستمتع ففدية » ، فهذا القدر لا يحصل به الاستمتاع ، ولا يتناوله الظاهر .

٨٢٦٥ - قالوا : أخذ من شعره الممنوع منه بحرمة الإحرام دفعة بما يقع عليه اسم الجمع المطلق ، فوجب عليه الفدية ، أصله : حلق ربع الرأس .

٨٢٦٦ - وقولهم : « من شعره » احتراز من شعر الصيد ، « الممنوع منه » احتراز من شعر العين و « بحرمة الإحرام » احتراز منه إذا دخل في العشر[4] وأراد أن يضحي

= القول في فدية الأذى وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق (٣٨٢/١) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٨٩/١) . وعن أحمد في القدر الذي يجب به الدم روايتان. إحداهما : أربع شعرات. والثانية : مثل قول الشافعي ، ثلاث شعرات. قال ابن قدامة في الكافي : وفي حلق أربع شعرات ما في حلق الرأس كله ؛ لأنها كثيرة ، فتعلقت بها الفدية كالكل ، وفي الثلاث : روايتان. إحداهما : هي كالكل : قال القاضي: هو المذهب ؛ لأنها يقع عليها اسم الجمع المطلق فهي كالأربع ، والثانية : لا يجب فيها ذلك. وهي اختيار الخرقي ، ثم قال : وفيما دون ذلك ثلاث روايات ، إحداهن : في كل شعرة مد من طعام ، والثانية : قبضة من طعام ، والثالثة : درهم . راجع تفصيل المسألة في : المسائل الفقهية كتاب الحج (٢٧٩/١ ، ٢٨٠) ، مسألة (١٠) ، الإفصاح باب العمرة (٢٨٥/١ ، ٢٨٦) ، الكافي لابن قدامة ، باب الفدية (٤١٦/١) ، المغني ، باب الفدية وجزاء الصيد (٤٩٣/٣ ، ٤٩٤) ، العدة مع العمدة ، باب محظورات الإحرام ص١٧١ ، ١٧٢ .

(١) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(٢) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالعشر] .

فالمستحب أن لا يأخذ من شعره . دفعة » احتراز من دفعة بعد دفعة « اسم الجمع المطلق » احتراز من الشعرة والشعرتين .

٨٢٦٧ - ومنهم من قال : إنه شعر آدمي يقع عليه اسم [1] الجمع المطلق ، فجاز أن يتعلق بحلقه ، أصله : إذا حلق به رأسه .

٨٢٦٨ - قلنا : المعنى في الربع : أنه مقدار يقع عليه بحلقه الاستمتاع بحال ، لأن من الناس من يقتصر على حلق هذا المقدار [2] من رأسه معتادًا ، والثلاث شعرات بخلافه .

٨٢٦٩ - فإن قيل : حلق بعض الرأس دون بعض مثله .

٨٢٧٠ - قلنا : إذا كان استمتاعًا لبعض الناس وجب به الفدية وإن كان في [3] الآخرين مثله ، كما أن حلق الرأس جميعه مثله لبعض الناس ، ومع ذلك [4] يتعلق به الدم ، لأنه استمتاع لبعضهم .

٨٢٧١ - قالوا : فالشعرات [5] قد يكون استمتاعًا إذا طالت ونزلت على عين الإنسان .

٨٢٧٢ - قلنا : هذا إزالة ضرر ، ولا يختص بثلاث [6] ؛ لأنه موجود في الشعرتين .

٨٢٧٣ - قالوا : فالتقدير بالربع لا دليل عليه ، ولأنه يتعلق به حكم في الشرع ، والثلاث تعلق بها حكم ، وفي مدة الخيار [7] ، ومدة المسح ، وصوم كفارة اليمين ، وصوم التمتع في الحج ، وقال تعالى : ﴿ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ﴾ [8] .

٨٢٧٤ - قلنا : والربع قد تعلق به جزء الزوج [9] في المواريث ، ومسح النبي ﷺ [10] على ناصيته ، وبقي أحد جوانب الرأس الأربعة .

٨٢٧٥ - فأما ما ذكروه [11] من التقدير بالثلاث ، فَلِمَ وجب أن يقدر بثلاث شعرات ، ولا يقدر بحلق مقدار ثلاثة أصابع ، والشعرات أدنى ما يقدر به ، ومعلوم أن

---

(١) في (م) ، (ع) : [الاسم] .
(٢) في (م) ، (ع) : [القدر] .
(٣) حرف : [الجر] ساقطة من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) : [ومنع ذلك] .
(٥) في (م) ، (ع) : [بالشعرات] .
(٦) في (م) ، (ع) : [بثلاث] .
(٧) في (م) ، (ع) : [ضده الخيار] .
(٨) سورة هود : الآية ٦٥ .
(٩) في (ع) : [حق الزوج] .
(١٠) الزيادة : من عندنا .
(١١) في (م) ، (ع) : [ذكره] .

المواضع التي استشهدوا بها لم يتقدر شيء منها بثلاث ساعات ، ولا بثلاث لحظات التي [١] هي أدنى مقادير الزمان ! فسقط بهذا ما قالوه .

٨٢٧٦ - وقد ذكر أصحابنا : أن الربع يجري مجرى الجميع ، لأن من رأى أحد جوانب الشخص الأربعة قال : رأيته .

٨٢٧٧ - واعترض بعضهم على هذا ، وقال : الآدمي مسطح ، فليس له جوانب أربعة ، وهذا سهو ، وإن كل جسم ذاهب في أربع جهات ، فإن أشكل على هذا القائل الآدمي ، فالجسم المربع إذا استقبل الإنسان جهته ، قال : إني رأيته ، فيصح .

٨٢٧٨ - قالوا [٢] : هذا القائل إنما يقول : رأيته إذا عرفه ، ألا ترى : أنه لو رأى وجهه خاصة قد أطلقه [٣] من حائل جدار ، قال : رأيته .

٨٢٧٩ - قلنا : المعرفة هي إدراك القلب ، والرؤية إدراك [٤] البصر ، فليس أحدهما من الآخر في شيء .

٨٢٨٠ - فأما إذا رأى [٥] وجه الإنسان ، فقال : رأيته ، فيدل على [٦] أن الوجه أجري مجرى الجميع ، ولهذا لا يمنع أن يكون الربع أقيم مقام الجميع فسقط هذا .

* * *

(١) في سائر النسخ : [الذي] والصواب ما أثبتناه .

(٢) في (م) ، (ع) : [قال] .

(٣) قوله : [أطلقه] غير واضح في (ص) .

(٤) في (م) ، (ع) : [إذ ذاك] .

(٥) في (م) ، (ع) : [أراي] ، مكان : [رأى] .

(٦) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٤٥٥

إذا قص ثلاثة أظافير لم يجب عليه بها دم

٨٢٨١ - قال أصحابنا : إذا قص ثلاثة أظافير لم يجب عليه بها دم ، فإن قص خمسة أظافير مجتمعة في يد واحدة : فعليه دم [١] .

٨٢٨٢ - وقال الشافعي : إن قص ثلاثة أظافير من يد واحدة ، أو من يدين ورجل : فعليه دم .

٨٢٨٣ - واختلف قوله في الظفر الواحد [٢] ، كما اختلف قوله [٣] في الشعرة الواحدة [٤] .

---

(١) في الأصل : وإن قص ثلاثة أظافير ، فعليه دم استحسانا في قول أبي حنيفة الأول ، ثم رجع عنه وقال : لا أرى عليه دما حتى يقص أظافير يد كاملة ، أو رجل كاملة ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ، إلا أن محمدا قال : إذا قص خمسة أظافير متفرقة من يدين أو رجلين ، أو يد ورجل : فعليه دم . قال الكاساني في بدائع الصنائع : وقال زفر : إذا قلم ثلاثة أظافير : فعليه دم . راجع تفصيل المسألة في : الأصل باب كفارة قص الأظفار (٤٣٥/٢ ، ٤٣٦) ، الجامع الصغير ، الباب السابق ص١٥٤ ، ١٥٥ ، مختصر الطحاوي الباب السابق ص ٦٩ ، المبسوط ، باب كفارة قص الأظفار (٧٧/٤ ، ٧٨) ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (٤٢١/١) بدائع الصنائع ، الفصل السابق (١٩٤/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، الباب السابق (٣٩/٣ ، ٤٠) ، البناية مع الهداية الباب السابق (٢٦٣/٤-٢٦٥) ، مجمع الأنهر مع ملتقي الأبحر ، الباب السابق (٢٩٣/١) ، متن القدوري ، الباب السابق ص٣٠ ، الاختيار ، الباب السابق (١٦٢/١) .

(٢) في (ص) : [الظفر الواحدة] ، وفي (م) : [الطهر الواحد] .

(٣) في (م) ، (ع) : [في قوله] بزيادة : [في] .

(٤) راجع تفصيل المسألة في المصادر السابقة ، والأم (٢٠٦/٢) ، مختصر المزني ص٦٦ ، النكت ، ورقة (١٠٧ ب) ، المجموع مع المهذب (٣٦٧/٧ ، ٣٦٩ ، ٣٧١) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٤٦٦/٧ ، ٤٦٧) . قال الباجي في المنتقى : ومن قلم ظفر يديه افتدى . قال القاضي أبو الوليد : وذلك عندي من قلم أظفار رجليه . قال ابن القاسم : ومن قلم ظفر يد واحدة فعليه الفدية ، وكذلك قال مالك فيمن قص ظفرين ، وإن قص ظفرا من كل يد افتدى . قال أشهب ، وإن قلم ظفرا واحدا ففي المدونة : إن أماط به عنه الأذى فليفتد ، وإلا فليطعم شيئا من طعام . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، العنوان السابق (٣٢٩/١) ، المنتقى ، في ما يجوز للمحرم أن يفعله (٢٦٦/٢ ، ٢٦٧) الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٨٩/١ ، ٣٩٠) ، بداية المجتهد ، العنوان السابق (٣٨٢/١) . وقال ابن قدامة في المغني : والحكم في فدية الأظفار كالحكم في فدية الشعر ، سواء في أربعة منها دم ، وعنه : في ثلاثة : دم ، وفي الظفر الواحد : مد من طعام ، وفي الظفرين : مدان . راجع المسألة في المصادر السابقة ، المغني (٤٩٨/٣ ، ٤٩٩) ، الكافي لابن قدامة =

٨٢٨٤ – لنا : أنه لم يستكمل بقص الأظفار الثلاثة استمتاعًا تامًّا ولا زينة [١] ، فصار كالظفر الواحد وكالكثرة ، يبين [٢] ذلك : أن الإنسان لا يتجمل [٣] بتقليم بعض يده دون بعض ولا ينتفع بذلك ، فإن الظفر يقوى بتساوي الأصابع ، ويضعف باختلافها [٤] .

٨٢٨٥ – ولأنه لم يستكمل أحد الأطراف الأربعة ، فصار كقص الظفر الواحد .

٨٢٨٦ – ولأنه لم يترفَّه بقص أظفار عضو : فلا يلزمه دم ، كما لو قص ظفرين .

٨٢٨٧ – ولأنه حق يجب بإيقاع فعل من خمس أصابع ، فلم يجب بإيقاعه في ثلاث منها ؛ أصله : ضمان نصف الدية بقطعها .

٨٢٨٨ – احتجوا : بأنه قدر ظفر لآدمي يقع عليه اسم الجمع المطلق : فجاز أن يتعلق بتقليمه الدم ، كأصابع [٥] الكف والقدم .

٨٢٨٩ – قلنا : المعنى هناك : أن الاستمتاع والمنفعة كملت في طرف واحد ، وهذا إنما قص بعضه على ما قررنا .

٨٢٩٠ – قالوا : وكيف توجبون [٦] الدم بتقليم خمسة أصابع ، ولا توجبون [٧] ستة عشر متفرقة في الأطراف .

٨٢٩١ – قلنا : لأن المنفعة تكمل في المجتمع ، وتعدم في المتفرق ، وليس يمنع أن يختلف الحكم في الأعداد في باب الفدية ، كما أن الدم يجب بترك رمي جمرة العقبة في اليوم الأول ، ولا يتعلق بتركها وترك أكثر منها في بقية أيام الرمى ، فيجب في تسع حصيات دم ، ثم لا يجب في ضِعْفها إذا كان متفرقًا [٨] في الأيام .

٨٢٩٢ – قالوا : مقتضى الأصول يقتضي ضم بعض الأصابع إلى بعض ، كما ضم في الحلق ، وكما ضم في النجاسة وخرق [٩] الخفين .

= (٤١٦/١) ، العدة ص١٧١ ، ١٧٢. وقال ابن حزم : يجوز للمحرم قلم أظفاره كلها ، ولا فدية عليه. راجع المحلى ، كتاب الحج (٢٧٨/٥-٢٨١) ، مسألة (٨٩١) .

(١) في (م) ، (ع) : [ولا رتبة] .
(٢) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لا يحتمل] .
(٤) في (م) : [باختلافهما] .
(٥) في (م) : [كالصابع] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يوجبون] .
(٧) في (م) ، (ع) : [ولا يوجبون] .
(٨) في (م) ، (ع) : [منفردا] .
(٩) في (م) ، (ع) : [حلق] .

٨٢٩٣ - قلنا : وقد لا يصح الحكم المتعلق بعضه إلى غيره ، كما أن الجنب في حكم العضو الواحد في جواز نقل الماء من بعضه إلى بعض ، ثم في أعضاء الطهارة لا يجوز نقل الماء من بعضها إلى بعض ، كما لو أخذ / من كل ظفر سنه حتى لو اجتمع ما يزيد على ثلاثة أظافير ، لم يجب دم ، ولم يضم بعضها إلى بعض .

/ب

٨٢٩٤ - قالوا : لو كان له ستة أصابع فقلم خمسة منها ، وجب الدم وإن لم يستكمل [(١)] منفعة الكف .

٨٢٩٥ - قلنا : لا نسلم هذا ، ويجب أن لا يلزمه دم حتى يقص السادس أيضا فتكمل [(٢)] الزينة في اليد .

٨٢٩٦ - قالوا : فعلى هذا من لم يخلق له إلا ثلاثة أصابع ، أو قطع من كفه أُصْبَعان : يجب أن يلزمه بتقليمهما [(٣)] دم ، لأنه استكمل منفعة إحدى يديه .

٨٢٩٧ - قلنا : هذه المسألة ليست بمعروفة ، والذي يجري على قواعد [(٤)] المذهب : أنه يجب بقصها دم .

* * *

(١) حرف : [لم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [فكمل] .　　(٣) في (ع) : [تقليمها] .

(٤) لفظ : [قواعد] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٤٥٦

لا يجوز للمحرم حلق رأس حلال ، وإن فعل فعليه صدقة

٨٢٩٨ - قال أصحابنا : لا يجوز للمحرم حلق رأس حلال ، وإن فعل فعليه صدقة [١] .

٨٢٩٩ - وقال الشافعي : يجوز له ذلك ، وإن فعل فلا شيء عليه [٢] .

٨٣٠٠ - لنا : أنه محرم أزال شعر آدمي قبل إباحة التحليل فلزمه الكفارة ، كما لو أزال شعر رأسه ؛ ولأنه استمتاع حظر لأجل الإحرام من جميع الوجوه ، فإذا فعله المحرم بالحلال لزمه الكفارة ، كالوطء .

٨٣٠١ - ولا يلزم على اللبس لأنه يباح للمرأة ، ولا للطيب ؛ لأنه يجوز البقاء على ما استعمله عند الإحرام .

٨٣٠٢ - ولأنه حلق رأس آدمي [٣] حال إحرامه قبل إباحة التحليل ، فلزمه الكفارة كما لو حلق رأس محرم مكرهًا . فإن قيل : المعنى في شعر المحرم : أن منبته تعلق به الإحرام ، والحلال بخلافه .

٨٣٠٣ - قلنا : شعر الصيد يجب بإزالته الكفارة ، ولم يتعلق بمنبته حرمة الإحرام .

٨٣٠٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ ﴾ [٤] ، وهذا خطاب

---

(١) راجع المسألة في : الأصل ، باب الحلق (٤٣٢/٢) ، المبسوط ، باب الحلق (٧٢/٤ ، ٧٣) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (١٩٣/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، الباب السابق (٣٧/٣) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (٢٥٩/٤ ، ٢٦٠) ، حاشية ابن عابدين ، الباب السابق (٢١٥/٢) .

(٢) راجع المسألة في : الأم ، الباب السابق (٢٠٦/٢) ، مختصر المزني ، الباب السابق ص٦٦ ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١٠٧ب ، ١٠٨أ) ، حلية العلماء ، باب الإحرام وما يحرم فيه (٢٥٩/٣) ، المجموع مع المهذب ، باب الإحرام وما يحرم فيه (٢٤٧/٧ ، ٢٤٨ ، ٣٥٠) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع ، الباب السابق (٤٦٩/٧) . وقال مالك : لا يحلق المحرم رأس الحلال ، فإن فعل ذلك افتدى. وقال ابن القاسم في المدونة : وأما أنا فأرى أن يتصدق بشيء من طعام . راجع المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٢٨/١) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٨٨/١) . وقال أحمد وأصحابه : مثل قول الشافعي ، لو حلق المحرم رأس الحلال جاز ، ولا فدية عليه. راجع المغني ، الباب السابق (٤٩٦/٣) ، الكافي لابن قدامة ، باب محظورات الإحرام (٤٠٣/١) .

(٣) ورد في (م) بعد قوله : [حلق رأس آدمي] ، [حال رأس آدمي] ، وهو سهو .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

للمُحْرمين ، فدليله إن لم [1] يحلقوا رءوس المحلين .

٨٣٠٥ - قلنا : دل الخطاب أن الحكم المتعلق بوصف لايدل على أن [2] ما عداه بخلافه ، وفي مسألتنا : لم يتعلق حكمان بوصف ، فكيف يعتبر دليله ، ولو اعتبر خرج منه أن غير المحرم يجوز لهم الحلق ، فأما أن يدل على أن المحرم يجوز له حلق حلال [3] فلا .

٨٣٠٦ - قالوا : حلق شعرَ مُحل : فلم يلزمه فدية ، أصله : إذا كان الحالق حلالا .

٨٣٠٧ - قلنا [4] : إذا كان الحالق مُحلًّا ، فحرمة الإحرام لم تثبت للحالق ولا للمحلوق ، فلم يتعلق بالحلق ، وفي مسألتنا : حرمة الإحرام تثبت لأحدهما [5] ، فلم يحل الحلق ، كما لو حلق رأس محرم بأمره .

٨٣٠٨ - ولأن الحالق الحلال لم يمنع ما يختص به من إزالة الشعر ، فلم يمنع مما لا يختص به إذا ثبت له حرمة ، وفي مسألتنا : منع مما يختص [6] به ، فمنع مما لا يختص به ، كما يمنع من إزالة شعر الصيد .

٨٣٠٩ - قالوا : شعر لا يتعلق بمنبته حرمة الإحرام ، فلا يجب على المحرم بحلقه فدية ، أصله : شعر البهائم .

٨٣١٠ - قلنا : يبطل بشعر [7] الصيد .

٨٣١١ - قالوا : حرمة الإحرام تتعلق بمنبته ؛ لأنه لا يجوز إيقاع الفعل فيه .

٨٣١٢ - قلنا : غلط ؛ لأن حرمة الإحرام تعلقت بالمحرم لا بالصيد ، بدلالة أن لغير المحرم إتلافه .

٨٣١٣ - ولأن شعر البهائم لا يمنع من إتلافه في ملكه ، فلم يمنع من ملك غيره ، وفي شعر الآدمي بخلافه ، فصار كشعر الصيد .

٨٣١٤ - قالوا : لو رَفهَّ المحل باللباس والطيب لم يلزمه شيء ، كذلك إذا رفه بإزالة الشعر .

---

(١) لفظ : [لم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [على نفى] ، مكان : [على أن] .

(٣) لفظ : [حلال] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) قوله : [حلالا قلنا] غير واضح في (ص) .

(٥) في (م) ، (ع) : [بأحدهما] .

(٦) في (م) : [ما يختص] .

(٧) في (م) ، (ع) : [شعر] بدون الباء .

٨٣١٥ - قلنا : اللباس والطيب لم يمنع منهما جميع الجهات على ما قدمنا ، وإذا جاز أن يستمتع بهما مع حرمة الإحرام ، فلأن (١) لا يجب إذا فعلهما في غيرها أولى وأحرى ، وإزالة الشعر لما منع المحرم منها بكل حال ، صار كالوطء .

٨٣١٦ - قالوا : غير (٢) على المحل حرمة المحرمين ، أو هيئة المحرمين فلا يلزمه الفدية ، أصله : إذا ألبسه المخيط أو عممه .

٨٣١٧ - قلنا : إذا ذبح الصيد يعني صيده فقد غير عليه هيئة المحرمين ، فكذلك إذا جامع المرأة المحلة ، ومع ذلك عليه الجزاء ، والمعنى فيه : أن الفدية تجب بالاستمتاع ، متى فعله في غيره ، ولا استمتاع له فيه ، وأما الشعر : فإنه تجب الفدية فيه تارة بالاستمتاع ، وتارة بالإتلاف وإن لم يستمتع به ، كنتف الأشفار (٣) والحاجب ، والإتلاف موجود في حق غيره وشعر غيره .

٨٣١٨ - وأما قولهم : لو وجبت الفدية لوجب الدم ليس بصحيح ؛ لأن الدم يجب بكمال الاستمتاع ، ولا يجب بالناقص ولا استمتاع في أخذ شعرة العين .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولأن] .
(٢) في (م) ، (ع) : [غيره] بزيادة : الهاء .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يتمتع به كشف الاسفار] ، وهو تصحيف . والأشفار : جمع شُفْر - بضم الشين وسكون الفاء - ، وهو حرف كل شيء ، والمراد بالأشفار هنا : حروف أجفان العيون التي ينبت عليها الشعر ، وهو الهدب . راجع : مختار الصحاح ص٣٤١ ، المصباح المنير (٢٩٨/١ ، ٢٩٩) ، المعجم الوسيط (٤٨٩/١) .

مسألة ٤٥٧

إذا حلق شعر محرم مكرهًا أو نائمًا ، فعلى المكره الجزاء

٨٣١٩ - قال أصحابنا : إذا حلق شعر محرم مكرهًا أو نائمًا : فعلى المكره الجزاء [١] .

٨٣٢٠ - وقال الشافعي : الشعر كالوديعة ، فيجب ضمانه على متلفه في أحد قوليه ، وفي القول الآخر : كالعارية ، فيجب الضمان على المحرم ، وأما [٢] إذا حلق وهو ساكت : فمنهم من قال : فيه ، قول واحد [٣] .

٨٣٢١ - لنا : أن الترفه بالحلق حصل له حال إحرامه : فلزمه الفدية ، كما لو حلق بإذنه .

٨٣٢٢ - ولا يلزم على هذا إذا تمعط [٤] بالمرض ، أو احترق بالنار ؛ لأن ذلك ليس باستمتاع ولا ترفه .

٨٣٢٣ - ولأنه حلق يتعلق به دم : فوجب على من وقع له الترفه ، كما لو حلق بأمره ، ولأن إزالة التفث حصل على وجه هو معذور فيه ، كما لو حلق من آدمي .

---

(١) راجع المسألة في المصادر السابقة ، الأصل (٤٣٢/٢) ، المبسوط (٧٣/٤) ، بدائع الصنائع (١٩٣/٢) ، فتح القدير مع الهداية (٣٥/٣ ، ٣٦) ، البناية مع الهداية (٢٥٧/٤ ، ٢٥٨) .

(٢) في (ع) : [فأما] .

(٣) قال النووي في المجموع عن الجزء الأول من المسألة : اتفق الأصحاب في الأصح من القولين : أن الفدية تجب على الحالق ، ولا يطالب المحلوق أبدا ، وقال الشيرازي في المهذب عن الجزء الثاني : وإن حلق رأسه وهو ساكت ففيه طريقان . أحدهما : أنه كالنائم والمكره ، والثاني : أنه بمنزلة ما لو أذن فيه . راجع المسألة في المصادر السابقة ، الأم (٢٠٦/٢) ، مختصر المزني ص٦٦ ، النكت ، ورقة (١٠٨ أ) ، حلية العلماء (٣/ ٢٥٧ ، ٢٥٨) ، المجموع مع المهذب (٣٤٤/٧-٣٤٨ ، ٣٥٠) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٤٦٩/٧ ، ٤٧٠) . وقال المالكية والحنابلة : مثل قول الشافعي في الأصح ، إن حلق رأس محرم مكرها أو نائما ، فالفدية علي الحالق . راجع المسألة في : المدونة ، في لبس المحرم الجوربين والنعلين والخفين وحمله علي رأسه وتغطية رأسه وهو نائم (٣٤٦/١) ، والكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤١٥/١) ، المغني ، الباب السابق (٤٩٦/٣ ، ٤٩٧) .

(٤) في (ع) : [سقط] ، وتمعط : أي تساقط ، يقال : إذا سقط الشعر من داء . راجع في لسان العرب ، مادة : معط (٤٢٣٣/٦) ، المصباح المنير (٥٤٨/٢) .

٨٣٢٤ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » (١) ، وقد ثبت (٢) أن معناه : رفع المأثم دون الحكم .

٨٣٢٥ - قالوا : شعر زال عنه بغير (٣) اختياره ، فصار كما لو ذهب بالنار أو تمعَّط بالمرض .

٨٣٢٦ - قلنا : هناك لم يتلفه ولم يحصل به استمتاع ، وفي مسألتنا بخلافه .

* * *

(١) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٣٨٢) وتكرر ذكره في مسألة (٣٨٥)

(٢) قوله : [وقد ثبت] ساقط من (ع) .

(٣) في (ع) : [بدون] ، مكان : [بغير] .

مسألة ٤٥٨

إذا وجبت الفدية على المحرم المكره على الحلق لم يرجع بها على المكره

٨٣٢٧ - قال أصحابنا : إذا وجبت الفدية على المحرم المكره على الحلق، لم يرجع بها على المكره [١] .

٨٣٢٨ - وقال الشافعي في أحد قوليه : إن كفر بالدم والإطعام رجع عليه [٢] ، لنا : أن الاستمتاع حصل للمحرم ، فلا يرجع به على غيره كما لو حلق بأمره ؛ ولأنه حلق رأس محرم ، فلم يجب عليه شيء ، كما لو غره إنسان فقال : هذا حلال ، فحلق رأسه .

٨٣٢٩ - احتجوا : بأن المكره لا يلزمه حكم الفعل ، وإنما يلزم المكرِه ، فإذا أخرج ما على غيره رجع عليه .

٨٣٣٠ - قلنا : لو كان كذلك لوجب أن لا يلزم المحرم الإخراج ، حاضرًا كان الحالق أو غائبًا ، وإذا أخرج ما على غيره بغير أمره : لم يرجع عليه به ، كمن قضى دين غيره .

* * *

(١) راجع المسألة في المصادر السابقة ، المبسوط (٧٣/٤) ، بدائع الصنائع (١٩٣/٢) ، فتح القدير مع الهداية (٣٥/٣ - ٣٧) ، البناية مع الهداية (٢٥٧/٤-٢٥٩) .

(٢) قال الرافعي في فتح العزيز : وإن فدى بالصوم فهل يرجع ، فيه وجهان : أظهرهما : لا ، وعلى الثاني بما يرجع فيه وجهان : أظهرهما : بثلاثة أمدد من طعام ؛ لأن صوم كل يوم مقابل بمد ، والثاني : بما يرجع به لو فدى بالهدي أو الطعام . راجع المسألة في المصادر السابقة ، الأم (٢٠٦/٢) ، مختصر المزني ص٦٦ ، النكت ، ورقة (١٠٨/أ) ، حلية العلماء (٢٥٧/٣ - ٢٥٩) ، المجموع مع المهذب (٣٤٤/٧ ، ٣٤٥ ، ٣٤٨ ، ٣٤٩) ، فتح العزيز في ذيل المجموع (٤٧٠/٧) . وقال المالكية والحنابلة : لا تجب الفدية على المحرم المكره ، فلا يترتب عليهم هذه المسألة. راجع المصادر السابقة للمذهبين .

مسألة ٤٥٩

إذا حلق المحرم رأس محرم ، فعلى الحالق صدقة

٨٣٣١ – قال أصحابنا : إذا حلق المحرم رأس محرم : فعلى الحالق صدقة (١) .

٨٣٣٢ – وقال الشافعي : إذا كان المحرم : لزمه الفدية ، كشعر الصيد ؛ ولأنه أزال شعر آدمي : فلزمه الدم أو الفدية ، كما لو أزاله بغير إذنه .

٨٣٣٣ – ولأنه لو حلق نفسه لزمه الفدية ، فإذا حلق شعر غيره : لزمه الفدية ، كما لو أكرهه (٢) .

٨٣٣٤ – احتجوا : بأنه شعر زال عنه بإذنه ، فوجب أن لا يجب على مزيله شيء ، أصله : إذا كانا محلين .

٨٣٣٥ – قلنا : هناك لم يزل ما حرمه الإحرام : فلم تلزمه الفدية ، وههنا بخلافه .

٨٣٣٦ – قالوا : معنى رَفَّه المحرم بإذنه ، فوجب أن لا يكون على الفاعل شيء ، أصله : إذا طيبه وألبسه .

٨٣٣٧ – قلنا : الطيب واللبس لا يجب الكفارة بهما إلا باستمتاع ، والفاعل بغيره ما استمتع ، وفي مسألتنا يجب بالإتلاف على ما بيناه ، وقد أتلف فلزمه الفدية .

* * *

---

(١) راجع المسألة في الأصل ، الباب السابق (٤٣٢/٢) ، المبسوط ، الباب السابق (٧٣/٤) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (١٩٣/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٣٥/٣) ، حاشية ابن عابدين، الباب السابق (٢١٥/٢) .

(٢) قال النووي في المجموع بعد أن قسم أحوال الحالق والمحلوق إلى أربعة أقسام : الثالث : أن يكونا محرمين . الرابع : أن يكون المحلوق محرما دون الحالق ، وفي هذين الحالين يأثم الحالق ، ثم إن كان الحلق بإذن المحلوق أثم أيضا ، ووجبت الفدية على المحلوق ، ولا شيء على الحالق بلا خلاف عندنا. راجع المجموع ، الباب السابق (٣٤٥/٧) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٤٦٩/٧) . قال ابن عبد البر في الكافي : ولا يحلق المحرم رأسه ولا رأس غيره من محرم أو حلال ، ثم قال : فإن فعل شيئا مما ذكر في هذا الباب افتدى . راجع : الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٨٨/١) .

مسألة ٤٦٠

إذا غسل المحرم رأسه بالخطمي : فعليه الفدية

٨٣٣٨ – قال أبو حنيفة : إذا غسل المحرم رأسه بالخَطْمِي : فعليه الفدية [١] .

٨٣٣٩ – وقال الشافعي : لا شيء عليه [٢] ، لنا : أن هذا يزيل التفث ويقتل الدواب ، كالحلق .

٨٣٤٠ – ولأنه مما يعتاد استعماله [٣] في الشعر وله رائحة ملذة ، كالدهن .

٨٣٤١ – ولأن الشعر تارة يستصلح بما يغسل به [٤] ، وتارة بما يدهن به ، فإذا وجبت الفدية بأحدهما : جاز أن يجب بالآخر .

٨٣٤٢ – احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال في المحرم الذي وقصت به ناقته :

---

(١) الخَطْمِيُّ : بفتح الخاء وسكون الطاء وكسر الميم وتشديد الياء : ضرب من النبات ، يغسل به الرأس. انظر في لسان العرب ، مادة خطم (١٢٠٤/٢ ، ١٢٠٥) ، في الأصل : فإن غسل رأسه ولحيته بالخطمي ، قال : عليه دم في قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : عليه صدقة ، وفي مجمع الأنهر : وعن أبي يوسف روايتان أخريان ، إحداهما : أنه لا شيء عليه . والأخرى : أنه يجب عليه دمان . راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، باب الدهن والطيب (٤٧٩/٢) ، المبسوط ، باب الدهن والطيب (١٢٤/٤ ، ١٢٥) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما الذي يرجع إلى الطيب (١٩١/٢) ، فتح القدير ، باب الجنايات (٢٨/٣) ، مجمع الأنهر ، كتاب الحج (٢٦٩/١) ، حاشية ابن عابدين ، فصل في الإحرام (١٦٧/٢) .

(٢) قال الشافعي في الأم : ولا يغسل رأسه بسدر ولا خطمي ؛ لأن ذلك يرجله ، فإن فعل أحببت لو افتدى ، ولا أعلم ذلك واجبا راجع المسألة في : الأم ، باب الغسل بعد الإحرام (١٤٦/٢) ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٨٥أ) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٦٠/٣) ، المجموع ، الباب السابق (٣٥٥/٧) . وقال مالك وأصحابه : مثل قول أبي حنيفة ، إذا غسل المحرم رأسه بالخطمي فعليه الفدية. وفي المدونة : قلت لابن القاسم : أرأيت من غسل رأسه بالخطمي وهو محرم أعليه الفدية في قول مالك ، قال : نعم . راجع المسألة في المدونة ، في تفسير فدية الأذى والمتداوي ومن لبس الثياب ، وفي كتاب الحج الثاني (٣٠٩/١ ، ٣٤٣) ، المنتقى في غسل المحرم (١٩٤/٢) ، بداية المجتهد ، في القول في التروك ، وفي القول في الكفارات المسكوت عنها (٣٤٢/١ ، ٣٨٩) . وقال أحمد في رواية : مثل قول الشافعي ، لا فدية عليه. وقال في رواية أخرى : عليه فدية. قال ابن قدامة في الكافي : والأول أصح . راجع المسألة في : الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤١٣/١ ، ٤١٤) ، المغني ، باب ما يتوقى المحرم وما أبيح له (٢٩٩/٣ ، ٣٠٠) .

(٣) في (ص) : [واستعماله] بزيادة الواو .

(٤) في (م) : [له] ، مكان : [به] .

« اغسلوه بماء وسدر » [١] .

٨٣٤٣ - قلنا : حكم [٢] الإحرام بعد الموت أخف من حكمه حال الحياة ، فلذلك جاز استعماله ؛ ولأن الحاجة تدعو إليه في الميت ؛ لأنه لا ينقيه [٣] غيره فجاز للحاجة .

٨٣٤٤ - وهذا المعنى غير موجود في الحي ؛ لأنه يزيل الدرن عن غيره قبل التحلل [٤] ، فلم يحتج إليه حال الإحرام .

* * *

---

(١) في (م) : [وقصب] ، مكان : [وقصت] ، هذا جزء من حديث ابن عباس ﷺ ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في الجنائز ، باب كيف يكفن المحرم (٢٢٠/١) ، وفي المختصر ، باب سنة المحرم إذا مات (٣١٨/١) ، ومسلم ، في الصحيح ، في كتاب الحج » باب ما يفعل بالمحرم إذا مات (٩٣/٢ ، ٩٤ ، ٩٦ ، ٩٨ ، ١٢٠٦/٩٩) .

(٢) لفظ : [حكم] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ينفيه] ، مكان : [لا ينقيه] .

(٤) في (م) : [التحليل] .

مسألة ٤٦١

يجوز للمحرم أن يزوج ، ويتزوج

٨٣٤٥ - قال أصحابنا : يجوز للمحرم أن يُزوِّج ، ويتزوج [١] .

٨٣٤٦ - وقال الشافعي : لا يجوز أن يتزوج ، ولا يزوج وليته [٢] ، ولا يكون وكيلًا للولي ولا للزوج ، ولا يوكل بالتزويج .

٨٣٤٧ - وإذا زوج الإمام بالإمامة [٣] ، فله فيه وجهان ، الصحيح من المذهب : أنه يجوز أن يكون شاهدًا .

٨٣٤٨ - ومن أصحابه من قال : لا تنعقد شهادته .

٨٣٤٩ - ويجوز أن يراجع قولًا واحدًا .

٨٣٥٠ - ولو وكل المحرم من يزوجه فزوجه بعد ما تحلل جاز [٤] . لنا : قوله تعالى :

---

(١) راجع المسألة في كتاب : الآثار ، باب تزويج المحرم ص٧٦ ، حديث (٣٧٠) ، مختصر الطحاوي ، باب ما يجتنبه المحرم ص٦٨ ، المبسوط ، باب الصيد في الحرم (١٩١/٤ ، ١٩٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية كتاب النكاح ، فصل في بيان المحرمات (٢٣٢/٣ - ٢٣٤) ، البناية مع الهداية كتاب النكاح ، فصل في بيان المحرمات (٥٤٥/٤ - ٥٤٩) .

(٢) المثبت من (ص) ، (م) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالإنابة] .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب حج المرأة والعبد ، و كتاب الشغار في نكاح المحرم (١٢٠/٢) (٧٨/٥) ، مختصر المزني ، الباب السابق ، ص٦٦ ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١٠٨أ ، ب) ، مختصر الخلافيات العنوان السابق ، ورقة (١٨٥أ ، ب ، ١٨٦أ) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٤٩/٣ ، ٢٥١) ، المجموع مع المهذب الباب السابق (٢٨٣/٧ ، ٢٨٧ - ٢٨٩) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع ، الباب السابق (٤٨٠/٧ ، ٤٨١) ، شرح السنة للبغوي ، كتاب الحج ، باب نكاح المحرم (٢٥٠/٧ ، ٢٥١) . وقال مالك وأحمد : مثل قول الشافعي ، لا يصح تزوج المحرم ولا تزويجه ، وبه قال ابن حزم ، قال ابن قدامة في الكافي : عقد النكاح : لا يجوز للمحرم أن يعقده لنفسه ولا لغيره . وقال القاضي أبو يعلى : واختلف في المحرم هل يصح أن يكون وكيلا في عقد النكاح ، فنقل عبد اللّه : لا يتزوج ولا يزوج ، ونقل الميموني : إن نكح فالنكاح باطل ، وإن زوج لم أفسخه ، فظاهر هذا : أن النكاح في حقه باطل رواية واحدة ، وفي حق غيره على روايتين : إحدهما : تبطل ، وهو أصح ، ثم قال : والثانية : جواز العقد . راجع المسألة في : المنتقى ، نكاح المحرم (٢٣٨/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٩٠/١) ، بداية المجتهد ، في القول في التروك (٣٤٤/١) ، والمسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٨١/١) ، مسألة (١٢) ، الإفصاح ، باب العمرة (٢٨٤/١) ، المغني ، الباب السابق (٣٣٢/٣ ، ٣٣٣) الكافي لابن قدامة (٤٠٢/١) ، العدة مع العمدة ، =

﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ [(١)] وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ ﴾ [(٢)] . وقال تعالى : ﴿ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [(٣)] / . وروى مسروق ، عن عائشة رضي الله عنها : قالت : « تزوج رسول الله ﷺ ببعض نسائه ، وهو محرم » [(٤)] . روى سفيان بن عيينة ، عن عمرو بن دينار ، عن جابر بن زيد ، عن ابن عباس رضي الله عنه : « أن النبي ﷺ تزوج ميمونة بنت الحارث ، وهو محرم » [(٥)] .

١٠٢

٨٣٥١ – فإن قيل : روى سليمان بن يسار ، عن أبي رافع ، قال : « تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو حلال ، وبنى بها وهو حلال وكنت أنا الرسول بينهما » [(٦)] .

٨٣٥٢ – وروى يزيد بن الأصم [(٧)] ابن أخت ميمونة عنها قالت : « تزوجني رسول الله ﷺ بِسَرِفَ [(٨)] ، ونحن حلالان » [(٩)] .

٨٣٥٣ – قالوا : وروى ميمون بن مهران ، عن صفية بنت شيبة « أن النبي ﷺ

= باب محظورات الإحرام ص١٧٤ ، والمحلى بالآثار ، كتاب الحج (٢١١/٥ – ٢١٦) ، المسألة (٨٦٩) .

(١) في (ع) : [والأيامى منكم] بزيادة الواو ، ولفظ : [منكم] ساقط من (م) .

(٢) سورة النور : الآية ٣٢ . (٣) سورة النساء : الآية ٣ .

(٤) أخرجه الطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب نكاح المحرم (٢٦٩/٢) . وعزاه ابن الهمام في فتح القدير ، في الفصل السابق (٢٣٣/٣) إلى البزار .

(٥) متفق عليه ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في المحصر ، باب تزويج المحرم (٣١٦/١) ، مسلم في الصحيح في كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح المحرم (١٠٣١/٢) ، الحديث (٤٦ ، ١٤١٠/٤٧) ، والأربعة في السنن .

(٦) في (م) ، (ع) : [فيما بينهم] ، مكان : [بينهما]. هذا الحديث : أخرجه الترمذي في السنن ، كتاب الحج ، باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم (١٩١/٣) ، الحديث (٨٤١) ، وأحمد في المسند (٣٩٢/٦ ، ٣٩٣) ، والدارقطني في السنن ، في كتاب النكاح ، باب المهر (٢٦٢/٣ ، ٢٦٣) ، الحديث (٦٧ ، ٦٨)، البيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج » باب المحرم لا ينكح (٦٦/٥) ، والدارمي في السنن، في كتاب المناسك ، باب في تزويج المحرم (٣٨/٢) والطحاوي في المعاني ، كتاب مناسك الحج ، باب نكاح المحرم (٢٧٠/٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [زيد بن الأصم] ، وهو خطأ .

(٨) في (ص) : [بشرف] ، ومكانه بياض في (ع) .

(٩) أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح المحرم (١٠٣٢/٢) ، الحديث (١٤١١/٤٨) أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب المحرم يتزوج (٤٦٥/١) ، الترمذي في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في الرخصة في ذلك (١٩٤/٣) الحديث (٨٤٥) ، وابن ماجه في السنن ، في كتاب النكاح ، باب المحرم يتزوج (٦٣٢/١) ، الحديث (١٩٦٤) .

ملك ميمونة وهو حلال ، وخطبها وهي حلال » (١) .

٨٣٥٤ - قلنا : حديث عائشة ، وأبي هريرة ﷺ (٢) ، ليس فيه ذكر (٣) ميمونة فيعارضه ما يقولونه (٤) ، وإنما هذا من حديث ابن عباس ، وحديثه أثبت من حديث يزيد بن الأصم ، وأبي رافع ؛ لأن سليمان بن يسار لم يلق أبا رافع ، مات أبو رافع في خلافة عثمان ، وسن سليمان (٥) لا يحتمل أن يشاهده .

٨٣٥٥ - وروى مالك ابن أنس ، عن سليمان بن يسار : أن رسول الله ﷺ بعث أبا رافع مولاه ، ورجلا من الأنصار ، فزوجاه ميمونة ، وهو بالمدينة قبل أن يخرج (٦) ، فهذا مالك يرويه موقوفًا ، ويرويه مرفوعًا مطر الوراق (٧) ، وليس هو في منزلته في الضبط والإتقان (٨) .

٨٣٥٦ - وأما (٩) حديث يزيد بن الأصم ، عن ميمونة ، فأصله : عن يزيد بن الأصم : « أن النبي ﷺ تزوج ميمونة وهو حلال » (١٠) ، وليس فيه : عن ميمون بن

---

(١) لم نقف على هذا الحديث ، وقد عزاه الزيلعي إلى الطبراني في معجمه في : نصب الراية ، الفصل السابق (١٧٣/٣) ، وابن حجر ، في الدراية في كتاب النكاح ، فصل في بيان المحرمات (٥٧/٢) ، ضمن الحديث (٥٣٧) .

(٢) حديث عائشة ﵂ : تقدم تخريجه في هذه المسألة. أما حديث أبي هريرة ﵁ : فقد أخرجه الدارقطني في السنن ، في كتاب النكاح ، باب المهر (٢٦٣/٣) ، الحديث (٧١) ، والطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب نكاح المحرم (٢٧٠/٢) . (٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في سائر النسخ : [ما يقولوه] بحذف نون الجمع ، والصواب إثباتها كما قيدناها .

(٥) في (م) ، (ع) : [وسنن سليمان] .

(٦) رواه مالك في الموطأ ، في كتاب الحج ، في نكاح المحرم (٢٥٣/١) ، والشافعي في المسند ، في كتاب الحج ، الباب الخامس فيما يباح للمحرم وما يحرم (٣١٧/١) ، الحديث (٨٢٦) ، والطحاوي في المعاني ، في الباب السابق (٢٧٠/٣) . (٧) تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(٨) مطر الوراق : هو مطر بن طهمان الوراق ، أبو رجاء الخراساني ، سكن البصرة . قال ابن سعد : فيه ضعف في الحديث ، وقال النسائي : ليس بالقوي ، وقال العجلي : صدوق ، وقال مرة : لا بأس به ، مات ﵀ سنة خمس وعشرين ومائة. وقيل : سنه تسع وعشرين ومائة. انظر ترجمته في : تاريخ الثقات ص٤٣٠ ، الترجمة (١٥٨٤) الجرح والتعديل (٢٨٧/٨ ، ٢٨٨) ، الترجمة (١٣١٩) ، ميزان الاعتدال (١٢٦/٣ ، ١٢٧) ، الترجمة (٨٥٨٧) ، تقريب التهذيب (٢٥٢/٢) ، الترجمة (١١٦٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(١٠) أخرجه الدارقطني في السنن ، في الباب السابق (٢٦٢/٣) ، الحديث (٦٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج في من كره أن يتزوج المحرم (٢٢٦/٤) ، الحديث (٣ ، ٤) ، الشافعي في المسند ، في الباب السابق (٣١٨/١) ، الحديث (٨٣١) .

مهران ، وهو أعلم الناس بالحديث ، يعني : بحديثه .

٨٣٥٧ - وروى عمرو بن دينار ، عن جابر بن زيد ، عن ابن عباس ﷺ : « أن النبي ﷺ تزوج ميمونة ، وهو محرم ، قال عمرو : فحدثني ابن شهاب عن يزيد بن الأصم : « أن النبي ﷺ نكح ميمونة ، وهي خالته [١] ، وهو حلال » ، قال [٢] عمرو : فقلت للزهري وما يدري يزيد بن الأصم ؟ أعرابي بوّال على عقبيه ، أتجعله [٣] مثل ابن عباس ؟ » [٤] ، فلم ينكر الزهري ذلك ، ولا رفعه عنه ، فكيف يجوز أن يقابل بهذه [٥] الأحاديث حديث ابن عباس وعائشة ؟ .

٨٣٥٨ - أما حديث صفية بنت شيبة : فلا يعرف ، ولا يرويه ميمون بن مهران عنها ، وإنما يرويه عن يزيد .

٨٣٥٩ - قالوا : وقد روى مطر الوراق [٦] ، عن عكرمة ، عن ابن عباس ، وعائشة ﷺ : « أن النبي ﷺ تزوج ميمونة وهو حلال » [٧] .

٨٣٦٠ - قلنا : رواه سلام أبو المنذر [٨] ، عن مطر الوراق وسلام [٩] متروك الحديث .

٨٣٦١ - قالوا : ذكر أبو داود عن سعيد بن المسيِّب : أن ابن عباس وهم في الحديث [١٠] .

٨٣٦٢ - قلنا : لا يقبل هذا من ابن المسيِّب ، فإن [١١] رتبة ابن عباس فوق هذا [١٢] .

---

(١) في (ع) : [تزوج ميمونة وهي حالة] ، مكان المثبت .

(٢) في (ع) : [فقال] بزيادة الفاء. (٣) في (م) : [أيجعله] ، وفي (ع) : [أنجعله] .

(٤) أخرجه الطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب نكاح المحرم (٢٦٩/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [هذه] .

(٦) لفظ : [الوراق] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن ، في كتاب النكاح ، باب المهر (٢٦٣/٣) ، الحديث (٧٠) .

(٨) في سائر النسخ : سليمان بن النذر ، وما أثبتناه من سنن الدارقطني. وأبو المنذر : هو سلام بن سليمان أبو المنذر المزني ، البصري. قال ابن معين : ليس بذاك ، وقال البستي : لا يجوز الاحتجاج به إذا انفرد . وقال ابن عدي : وهو عندي منكر الحديث. انظر ترجمته في كتاب : من كلام أبي زكريا يحيي بن معين ص١١٧ ، الترجمة (٣٧٩) ، الجرح والتعديل (٢٥٩/٤) ، الترجمة (١١١٩) ، المجروحين (٣٣٨/١) ، الكامل (٣٠٩/٣) ، الترجمة (٧٧٢/٤٠) ، المغني (٢٧٠/١) ، الترجمة (٢٤٩٧) ، تقريب التهذيب (٣٤٢/١) ، الترجمة (٦١٤) . (٩) في (ع) : [سليمان] ، مكان : [سلام] .

(١٠) أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب المحرم يتزوج (٤٦٥/١) .

(١١) في (ع) : [لأن] ، مكان : [فان] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [ذلك] ، مكان : [هذا] .

٨٣٦٣ - وكيف هذا وهو لما رد على [١] ابن عمر قوله : « إن المحرم لا يزوج » [٢] ، روى هذا الخبر محتجًا به عليه ، وقد وافقته [٣] عليه عائشة ، ووافقها أبو هريرة [٤] .

٨٣٦٤ - وقد روى هذا الحديث سعيد بن جبير ، وطاووس ، وجابر بن زيد ، وهم فقهاء يحتج بقولهم ، ورواه عن هؤلاء أئمة ، مثل : عمرو بن دينار ، وأبو أيوب السجستاني ، وعبد اللَّه بن أبي نجيح ، وأبان بن صالح ، ثم لو تساوت الروايات كان ما ذكرناه أولى ؛ لأن ابن عباس ، وعائشة أضبط من يزيد بن الأصم ، وحديث أبي رافع غير متصل ، والحديث عن ميمونة لا يصح ، وإنما هو عن يزيد ، وقد بينا كلام عمرو بن دينار عليه .

٨٣٦٥ - فإن قيل : ابن عباس كان في ذلك الوقت صبيًّا ، والرجوع إلى رواية الرجال أولى .

٨٣٦٦ - قلنا : لم يرجح أحد رواية الكبير على رواية الصغير ؛ لأنه يضبط ما يشاهده [٥] ، وما لكم تقولون إذا احتججتم [٦] بحديثه في التشهد وفي تفسير القرآن ؟ كيف وقد انضم إليه رواية عائشة وأبي هريرة ؟ .

٨٣٦٧ - قالوا : أبو رافع كان السفيرَ [٧] بينهما .

٨٣٦٨ - قلنا : الرسول يكون أعلم بالرسالة من غيره ، فأما بصفات المرسل فلا ، وأبو رافع يجوز أن يكون فارق النبي ﷺ وهو حلال ، فأحرم بعده ، فمن كان معه وقد فارقه أعلم بحاله .

٨٣٦٩ - قالوا : فميمونة أعرف ؛ لأنها هي المعقود عليها .

٨٣٧٠ - قلنا : قد بينا أن الحديث لا يصح عنها ، ويبين [٨] ذلك : ما روي أن عمر ابن عبد العزيز كتب إلى ميمون بن مهران ، يأمره أن يسأل يزيد بن الأصم عن ذلك ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [عن] ، مكان : [على] .

(٢) أثر ابن عمر ﷺ : أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في من كره أن يتزوج المحرم (٢٢٧/٤) ، الأثر (٨) .

(٣) في (م) : [رافعته] بالراء والعين المهملتين ، وهو تصحيف .

(٤) في (ص) : [أبو هرة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [شاهده] .

(٦) في سائر النسخ : [احتجتم] ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) في (ص) ، (م) : [كان في السفر] .

(٨) في (م) : [تبين] .

فقال يزيد : « تزوجها وهو حلال » ، فقال عطاء : « ما كنا نأخذ هذا إلا عن ميمونة ، وكنا نسمع أن النبي ﷺ تزوجها وهو محرم » [١] ، فلو كان الحديث عند يزيد بن الأصم عن ميمونة ، لذكره عطاء [٢] حين قال : « ما كنا نأخذ إلا عنها » [٣] .

٨٣٧١ - قالوا : وقد روى مالك بن أنس [٤] ، عن سليمان بن يسار : « أن النبي ﷺ بعث أبا رافع ورجلا من الأنصار ، فزوجاه [٥] ميمونة قبل أن يخرج من المدينة » [٦] ، ومعلوم : أن النبي ﷺ ما أحرم قط إلا من الميقات بذي الحليفة ، فعلم : أنه خفي على ابن عباس رضي الله عنه وقت العقد .

٨٣٧٢ - قلنا : ففي حديث يزيد بن الأصم الذي رجعتم إليه عن ميمونة : أن النبي ﷺ تزوج بها بِسَرِفَ [٧] ، وهو بقرب مكة ، وهو كان لا يؤخر الإحرام عن الميقات ، فعلم : أنه كان محرمًا ، فيجوز أن يكون إيفاد النبي ﷺ من المدينة ، والعقد وقع بعد مسيرة منها ، وحصوله بِسَرِفَ [٨] ، ثم إن خبرنا أولى ؛ [لأن راوينا عرف الإحرام عند العقد ، ولم يعرف ذلك راويهم ، فالمثبت أولى] [٩] ، ويجوز أن يكون عقد عليها عقدين ، أحدهما بعد الآخر ، صادف أحد العقدين : الإحرام [١٠] ، والآخر : الإحلال [١١] ؛ ولأن هذا : من أثبت الإحرام عند العقد استفيد بروايته ، حكم شيء محرم [١٢] ، لا يستفاد بالخبر الآخر حكمه ، وما استفيد به حكم أولى .

٨٣٧٣ - قال مخالفونا : ما نقلتموه محمول على اعتقاد الراوي ، أنه كان محرمًا ،

---

(١) أخرجه الطحاوي في المعاني ، في الباب السابق (٢٧٠/٢ ، ٢٧١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [لفظا] ، مكان : [عطاء] .

(٣) في (ص) : [منها] .

(٤) في سائر النسخ : [مالك بن سعيد] ، والصواب ما أثبتناه .

(٥) في (ص) : [فيزوج له] ، وفي (م) ، (ع) : [فتزوج له] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٦) تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(٧) لفظ : [بسرف] ساقط من (ع) ، ومكانه فراغ في المكانين. حديث يزيد بن الأصم هذا ، تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(٨) لفظ : [بسرف] ساقط من (ع) ، ومكانه فراغ في المكانين . حديث يزيد بن الأصم هذا ، تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ع) : [للإحرام] . (١١) في (ع) : [الحلال] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يحرم] .

فإن ابن عباس ذهب إلى : أن [١] من قلد الهدي صار محرمًا [٢] ، ورسول الله ﷺ قلد الهدي بالمدينة ، واعتقد : أنه كان محرمًا بالتقليد .

٨٣٧٤ – قلنا : ابن عباس اعتقد : أن من قلد اجتنب ما يجتنبه المحرم ، فأما أن يقول : إنه محرم فلا .

٨٣٧٥ – ثم قد علم أن ابن عباس ما خالف غيره في هذه المسألة ، وإنما هي مسألة اجتهاد ، فكيف يقطع بأن رسول الله ﷺ يعتقد ما يعتقده هو ، ثم هو [٣] احتج على ابن عمر بهذا الحديث مع علمه أن [٤] ابن عمر يخالفه في التقليد .

٨٣٧٦ – قالوا : رويتم : أنه فعل ، وروينا : أنه نهى ، فإذا ثبت لكم الفعل [٥] ، فيكون هو مختصًا به .

٨٣٧٧ – قلنا : الصحابة رجعوا في هذا الحكم إلى قوله وفعله هل كان حلالًا أو حرامًا ؟ [٦] ، فدل : أنهم اعتقدوا أن حكم غيره وحكمه سواء في ذلك .

٨٣٧٨ – ولأنا لا نعلم أن نهيه بعد فعله ، فيجوز أن يكون فعل بعد ما [٧] نهى عنه ، فيكون ناسخًا لما قالوا [٨] في استقبال القبلة : إنه لما حول مقعدته بعد ما نهى ، كان ذلك نسخا للتوجه في البيوت [٩] .

٨٣٧٩ – قالوا : من روى أنه كان حلالًا أولى ؛ لأنه يفيد أنه تحلل من إحرامه .

٨٣٨٠ – قلنا : هذا غلط ؛ لأن النبي ﷺ لما فرغ من العمرة بمكة ، أراد أن يولم لتزويج ميمونة ، فمنعته [١٠] قريش من ذلك ، فكيف يحمل الخبر على المحلل من الإحرام عند العقد ؟ .

---

(١) في (ص) : [يذهب إلى أن] ، ولفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) والدليل على ذلك : ما أخرجه ابن أبي شيبة ، بإسناده عن ابن عباس ﷺ ، أنه قال : [إذا قلد الهدي وصاحبه يريد العمرة أو الحج ، فقد أحرم ، في المصنف ، في كتاب الحج ، في الرجل يقلد أو يجلل أو يشعر وهو يريد الإحرام (١٩٦/٤ ، ١٩٧) ، الأثر (١ ، ٧ ، ٨) .

(٣) لفظ : [هو] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [النقل] .

(٦) في (م) : [حراما أو حلالا] بالتقديم والتأخير .

(٧) في (ص) : [ما بعد] .

(٨) في (م) ، (ع) : [كما قالوا] بزيادة : [لو] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الثبوت] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فيمنعه] .

٨٣٨١ - قالوا : من نقل أنه كان حلالا نقل العقد وسببه ؛ لأن صحة العقد تتعلق [١] بالإحلال .

٨٣٨٢ - ومن روى : أنه كان محرمًا ، لم ينقل سبب العقد ؛ لأن جوازه لم يكونه محرمًا .

٨٣٨٣ - قلنا : لا نسلم أن الإحلال سبب لجواز العقد ، وهو جائز عندنا في حالتي الإحرام والإحلال .

٨٣٨٤ - قالوا : من روى : أنه كان محرمًا ، وكيف كان يحتج ابن عباس به على ابن عمر ويقابله بمثله؟ ، فيقول من روى : أنه كان حلالا ، أي أنه كان في الحل .

٨٣٨٥ - ومن روى : أنه كان محرمًا ، يعني : أنه كان عقد الإحرام فقط هذا ، ومن [٢] طريق المعنى هو : أن هذه عبادة لا تمنع [٣] الرجعة ، فلا تمنع [٤] ابتداء التزويج ، كالصوم والاعتكاف .

٨٣٨٦ - قالوا : المعنى في الصوم : أنه [٥] لا يمنع دواعي الجماع .

٨٣٨٧ - قلنا : الاعتكاف يمنع دواعي الجماع ، ولا يمنع العقد ، والصلاة تمنع وتحرم دواعي الجماع ، ولا تمنع النكاح ؛ ولأن كل حالة جاز أن يعقد فيها البيع ، جاز أن يعقد فيها النكاح ، كحال [٦] الإحلال .

٨٣٨٨ - ولا يلزم من له أربع نسوة حال العقد ؛ لأنه يعقد في هذه الحالة لغيره .

٨٣٨٩ - ولأنه يجوز له شراء [٧] الجارية للوطء : فجاز أن يتزوج ، / كالحلال . أو سبب يتوصل به إلى استباحة الوطء ، كشراء [٨] الجارية ، واستبرائها ، ومسها . ١٠٣

٨٣٩٠ - فإن قيل : الشراء يقصد به ملك الرقبة والإحرام لا يمنع منه ، والنكاح يقصد منه تملك [٩] الاستباحة والإحرام يمنع منها .

٨٣٩١ - قلنا : لا فرق بينهما ، فإن البيع يملك [١٠] به الرقبة ويستبيحها بالملك ،

---

(١) في (م) : [صحت] ، مكان : [صحة] ، وفي (م) ، (ع) : [يتعلق] ، بدل : [تتعلق] .

(٢) في (م) ، (ع) : [هذا من] بحذف الواو.

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلا يمنع] .

(٥) في (م) : [لأنه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بحال] .

(٧) في (م) ، (ع) : [شرى] .

(٨) في (ع) : [كشرى] .

(٩) في (م) : [يقصد به بملك] ، وفي (ع) : [يقصد به تملك] .

(١٠) في (م) : [بملك] بالباء .

والنكاح يملك [١] به الاستباحة ، ويستوفى بالملك [٢] ، والإحرام لا ينافي ملكه الرقبة ، ولا يملك [٣] الاستباحة ، ويمنع من الاستمتاع بهما فاستويا.

٨٣٩٢ - ولأنه نوع عقد ، فلم يمنع الإحرام ، كعقد البيع ، ولا يلزم شراء الصيد ؛ لأنه بعض [٤] النوع .

٨٣٩٣ - قالوا : المعنى في البيع : أن الإحرام لا يمنع [٥] من استيفاء مقاصده ؛ لأن المقصود منه التملك ، بدلالة : أن يشتري ممن لا يحل له ، والنكاح يمنع الإحرام استيفاء مقاصده .

٨٣٩٤ - قلنا : [٦] المقصود بالنكاح استيفاء الاستباحة [٧] ؛ بدلالة أنه يتزوج الطفلة ، والإحرام ينفي أحدهما دون الآخر ، كما أن المقصود بالشراء الملك والانتفاع بالمملوك ، والإحرام يمنع أحدهما فلا يمنع الآخر .

٨٣٩٥ - وعلة الفرع تبطل [٨] بالرجعة ؛ لأن الإحرام ينافي مقاصدها ، ولا يمنع نفسها .

٨٣٩٦ - قالوا : البيوع لا يقع فيها [٩] التحريم ؛ بدلالة أنه يشتري من لا يحل له وطؤها ، فلهذا لم يمنع الآخر [١٠] ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأن النكاح يمنع [١١] منه التحريم ، بدليل : أنه لا يتزوج من لا تحل [١٢] له ، فلهذا يمنع الإحرام .

٨٣٩٧ - قلنا : البيع قد يؤثر فيه التحريم ؛ بدلالة الخمر والخنزير ، والنكاح لا يمنعه التحريم ، بدلالة تزويج الحائض والصائم والمعتكف .

٨٣٩٨ - ولأن الولاية شرط من شرائط النكاح : فلا ينفيه الإحرام ، كالشهادة ، وهذا أصل مجمع عليه ، وإنما خالف فيه الاصطخري [١٣] ، وخلافه لا يعتد به على الإجماع .

---

(١) في (م) : [وبملك] بزيادة الواو .
(٢) في (ع) : [الملك] .
(٣) في (ع) : [تملك] .
(٤) لفظ : [لأبعض] ساقط من (ع) .
(٥) قوله : [لا يمنع] ساقط من (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [قلت] .
(٧) في (ع) : [الإباحة] .
(٨) في (م) : [يبطل] .
(٩) في (م) ، (ع) : [منها] .
(١٠) في هامش (ص) : [الإحرام] ، مكان : [الآخر] ، من نسخة أخرى .
(١١) في (ص) : [منع] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [لا يحل] .
(١٣) الاصطخري : هو أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد الاصطخري ، كان شيخ الشافعية بالعراق ، توفي رحمه الله ببغداد سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة. راجع ترجمته في : الأنساب (١٧٦/١ ، ١٧٧) ، تهذيب =

٨٣٩٩ - قالوا : الشاهد ليس له فعل في العقد في حال إحرامه ، ومع ذلك فلا يجوز ، والصغيرة [١] المحرمة لا يجوز [٢] تزويجها ، وليس لها [٣] في العقد فعل ؛ ولأن من جاز أن ينعقد النكاح بشهادته : جاز [٤] أن يعقد النكاح ، كالحلال .

٨٤٠٠ - احتجوا بما روى مالك [٥] ، عن نافع ، عن نبيه بن وهب عن أبان بن عثمان ، عن عثمان بن عفان [ﷺ] [٦] عن النبي ﷺ أنه قال : « لا ينكح المحرم ولا ينكح فيها أن ينكح أو ينكح غيره » [٧] .

٨٤٠١ - قلنا : نبيه بن وهب [٨] لا يجري مجرى الفقهاء الذين رفعوا عن رسول الله ﷺ ، وعن ابن عباس ﷺ ، فلا يعارض [٩] برواية مثله رواياتهم ، ولا له موضع في العلم ، ولا أخرجه أحد في الصحيح ، وكان الرجوع إلى ما قاله الفقهاء وأئمة الحديث أولى .

٨٤٠٢ - على أن حقيقة النكاح الوطء لكنه يقضى ، كأنه قال : لا يطأ المحرم ، ولا تمكن [١٠] المحرمة من نفسها لتوطأ ، والتمكين في الوطء النكاح ، وقال الشاعر :

= الأسماء واللغات (٢٣٧/٢ - ٢٣٩) ، الترجمة (٣٥٦) ، سير أعلام النبلاء (٢٥٠/١٥ - ٢٥٢) ، الترجمة (١٠٤) ، طبقات الشافعية (٣٤/١) ، الترجمة (٢٧) ، شذرات الذهب (٣١٢/٢) .

(١) في (م) ، (ع) : [الصغيرة] بدون الواو . (٢) في (م) ، (ع) : [ولا يجوز] بزيادة الواو .

(٣) لفظ : [لها] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ع) : [وجاز] بزيادة الواو . (٥) في (م) ، (ع) : [عن مالك] بزيادة : [عن] .

(٦) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٧) لم نعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ بعد. وقد أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح المحرم (١٠٣٠/٢) ، الحديث (١٤٠٩/٤١) ، وأبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب المحرم يتزوج (٤٦٥/١) ، كما أخرجه النسائي في السنن ، في كتاب مناسك الحج ، في النهي عن ذلك (١٩٢/٥) ، وابن ماجه في السنن ، في كتاب النكاح ، باب المحرم يتزوج (٦٣٢/١) ، الحديث (١٩٦٦) ، مالك في الموطأ ، في : كتاب الحج في نكاح المحرم (٢٥٣/١ ، ٢٥٤) بلفظ : أن عمر بن عبيد الله أرسل إلى أبان بن عثمان وأبان يومئذ أمير الحاج وهما محرمان : إني قد أردت أن أُنكح طلحة بن عمر بنت شيبة بن جبير وأردت أن تحضر ، فأنكر ذلك عليه أبان وقالت : سمعت عثمان بن عفان يقول : قال رسول الله ﷺ : لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب .

(٨) هو نبيه بن وهب بن عثمان بن أبي طلحة ، العبدري ، المدني ، ثقة ، مات ﷺ سنة ست وعشرين ومائة هجرية. راجع ترجمته في : الجرح والتعديل (٤٩١/٨) ، الترجمة (٢٢٥٠) ، تقريب التهذيب (٢٩٧/٢) ، الترجمة (٤٢) .

(٩) في (ص) : [فلا تعارض] وما أثبتناه من (م) ، (ع) وهو الصواب .

(١٠) في (م) : [ولا يمكن] .

ومن أيم قد أنكحتها [(١)] رماحنا

٨٤٠٣ - فإن قيل : ففي الخبر : « ولا يخطب » [(٢)] .

٨٤٠٤ - قلنا : لا يلتمس الوطء ولا يراجع بِذِكْرِه ، فسمى فعله [(٣)] خطبة ، كما سمى المراجعة في ذكر العقد خطبة .

٨٤٠٥ - فإن قيل : النكاح في الشرع : هو العقد ؛ قال اللّه تعالى : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [(٤)] .

٨٤٠٦ - قلنا : وقد عبر بالنكاح [(٥)] عن الوطء ؛ قال اللّه تعالى : ﴿ وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ﴾ [(٦)] .

٨٤٠٧ - فإن قيل : الاسم يتناولها ، فيجب أن يحمل عليها .

٨٤٠٨ - قلنا : لا يجوز أن يحمل على العقد ، وقد عقد [(٧)] رسول اللّه ﷺ في حال الإحرام ، فلم يبق إلا أن يحمل على الوطء .

٨٤٠٩ - قالوا : فقد روى أنس : أن النبي ﷺ قال : [(٨)] « لا يتزوج المحرم ، ولا يزوج » [(٩)] .

٨٤١٠ - قلنا : رواه أبان بن أبي عياش [(١٠)] ، عن أنس ﷺ ، وقال شعبة : لأن

---

(١) في (م) : [انكحها] ، بحثنا عن قائل هذا البيت فلم نهتد إليه .

(٢) في (ع) : [ولا تخطب] .

(٣) قوله : [فعله] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) سورة النساء : الآية ٣ .

(٥) في (ص) ، (م) : [النكاح] بدون الباء .

(٦) سورة النور ، الآية (٣) .

(٧) في (م) ، (ع) : [قد عقد] بدون الواو .

(٨) لفظ : [قال] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) أخرجه الدارقطني مرفوعا ، في السنن ، في كتاب النكاح ، باب المهر (٢٦١/٣) ، الحديث (٦١) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [أبان ابن عباس] ، ولفظ : [أبي] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، أبان بن أبي عياش : هو ابن فيروز ، أبو إسماعيل العبدي ، تابعي صغير ، وهو أحد الضعفاء ، قال أحمد والنسائي : هو متروك الحديث. انظر ترجمته في : الضعفاء الصغير ، باب ما اسمه أبان ص٢٠ ، الترجمة (٣٢) ، الضعفاء والمتروكين ص٤٥ ، الترجمة (٢١) ، الجرح والتعديل (٢٩٥/٢ ، ٢٩٦) ، الترجمة (١٠٨٧) ، المجروحين (٩٦/١ ، ٩٧) الكامل (٣٨١/١ - ٣٨٧) ، الترجمة (٢٠٣) ، المغني ص٧ ، تقريب التهذيب (٣١/١) ، الترجمة (١٦٤) .

أزني [١] سبعين مرة [٢] أحب إلي من أن [٣] أروي عن أبان [٤] .

٨٤١١ - ومن أصحابنا من قال : الخبر محمول على العقد إذا لم تدعه نفسه إلى الوطء ولا يحل له ، كما أن القُبلة في حال الصوم محرمة على من لا يأمن على نفسه ؛ ولهذا عقد رسول اللّٰه ﷺ ؛ لأنه أمن على نفسه ، وهذا كما قالت عائشة : « وأيكم [٥] أملك لإرْبه من رسول اللّٰه ﷺ » [٦] .

٨٤١٢ - ومنهم من قال : إن الخبر أن المحْرِم يجب أن يكون تشاغله [٧] بالعبادة يمنعه [٨] من تشاغله [٩] بالنكاح . وهو كقوله عليه الصلاة والسلام : « المحرم الأشعث الأغبر » [١٠] .

٨٤١٣ - ومعلوم : أنه لايحرم الغسل عليه وإن أزال ذلك شعثه ، [لكن تشاغله بالعبادة يمنعه من إزالة شعثه] [١١] .

٨٤١٤ - وقد ذكر الدارقطني أخبارًا لا يتشاغل بمثلها ، لكن ذكرناها لتعلم [١٢] صورتها ، فمنها : حديث عكرمة بن خالد ، قال : « سألت عبد اللّٰه بن عمر عن امرأة أراد أن يتزوجها [١٣] رجل ، وهو خارج من مكة [١٤] وأراد أن يعتمر أو يحج ، فقال :

---

(١) في (ع) : [أربي] .

(٢) في (ص) : [زنيه] ، وفي (م) ، (ع) : [رتبه] ، المثبت من الكامل لابن عدي .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) قول شعبة : أخرجه البستي في المجروحين (٩٧/١) ، وابن عدي في الكامل (٣٨١/١) . في ترجمته أبان بن أبي عياش .

(٥) في (م) : [أنكم] .

(٦) متفق عليه أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الصوم ، باب المباشرة للصائم (٣٢٩/١ ، ٣٣٠) ومسلم في الصحيح ، في كتاب الصيام ، باب بيان أن القبلة في الصوم ليست محرمة (٧٧٧/٢ ، ٧٧٨) ، الحديث (٦٤ ، ٦٥ ، ١١٠٦/٦٨) .

(٧) في (م) ، (ع) : [شاغله] .

(٨) في (ص) : [تمنعه] .

(٩) في (م) : [يشاغله] .

(١٠) لم نعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ . وقد أخرجه الترمذي في السنن ، في كتاب تفسير القرآن ، باب ومن سورة آل عمران (٢٢٥/٥) ، الحديث (٢٩٩٨) مطولا بمعناه ، وفيه : فقال : من الحاج يارسول الله ؟ قال : الشعث التفل ، وابن ماجه في السنن ، في كتاب المناسك ، باب ما يوجب الحج (٩٦٧/٢) ، الحديث (٢٨٩٦) .

(١١) في (م) : [شعبه] ، وما بين المعكوفتين : مكرر في (م) .

(١٢) في (م) : [لنعلم] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [أن يزوجها] .

(١٤) في سائر النسخ : [وهي خارجة مكة] ، والمثبت من سنن الدارقطني .

لا تتزوجها (١) وأنت محرم ، نهى رسول الله ﷺ عن ذلك » (٢) ، رواه ابن عتبة (٣) قاضي اليمامة ، وهو ضعيف .

٨٤١٥ - وذكر حديث نافع ، عن ابن عمر ﵄ ، عن النبي ﷺ قال : « المحرم لا ينكح [ولا ينكح ولا يخطب] (٤) ، ولا يخطب على غيره » (٥) رواه الضحاك بن عثمان الحزامي (٦) ، عن نافع ، وهو ضعيف ، وقد شك في إسناده .

٨٤١٦ - والعجب من الدارقطني وهو أعلم بهذه الأحاديث ، وأن هذه الأحاديث لا يلتفت إليها ، ولا يخرج مثلها ، يرويها (٧) ويمسك عن الطعن فيها تلبيسا على من يعنى بقوله ، ولا يكشف ما مورده .

٨٤١٧ - قالوا : روى مثل قولنا عن عمر ، وعلي ، وابن عمر ، ويزيد بن ثابت (٨) ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا تزوجها] .

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن ، في كتاب النكاح ، باب المهر (٢٦٠/٣) ، الحديث (٥٨) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ابن عيينة] ، وهو تصحيف . ابن عتبة : هو أيوب بن عتبة أبو يحيى ، قاضي اليمامة ، ضعفه أحمد ، وابن معين ، وأبو زرعة ، وغيرهم ، وقال البخاري : هو عندهم لين ، وقال النسائي : مضطرب الحديث ، وقال ابن عدي : مع ضعفه يكتب حديثه. انظر ترجمته في : الضعفاء الصغير ص١٨ ، الترجمة (٢٥) ، الضعفاء والمتروكين ص٤٦ ، الترجمة (٢٤) ، الجرح والتعديل (٢٥٣/٢) ، الترجمة (٩٠٧) ، المجروحين (١٦٩/١ ، ١٧٠) ، الكامل (٣٥١/١ - ٣٥٣) ، تقريب التهذيب (٩٠/١) الترجمة (٧٠٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش.

(٥) أخرجه مالك في الموطأ ، في كتاب الحج ، في نكاح المحرم (٢٥٤/١) ، الدارقطني في المصدر السابق (٢٦١/٣) ، الحديث (٥٩ ، ٦٠) ، الشافعي في المسند ، في كتاب الحج ، الباب الخامس فيما يباح للمحرم وما يحرم (٣١٦/١) ، الحديث (٨٢٣) .

(٦) في سائر النسخ : الضحاك بن عمرو الحرامي ، والصواب ما أثبتناه من سنن الدارقطني . الضحاك بن عثمان بن عبد الله بن خالد بن حزام ، الأسدي الحزامي ، أبو عثمان المدني. روى عن نافع وغيره ، وروى عنه الثوري ويحيى القطان ، وغيرهما. وثقه أحمد ، ويحيى بن معين . وقال العجلي : جائز الحديث. وقال يعقوب بن شيبة : صدوق ، في حديثه ضعف ، لينه القطان. وفي التقريب : صدوق يهم ، من السابعة . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص٢٣١ ، الترجمة (٧٠٩) ، تاريخ عثمان بن سعيد الدارمي ص١٣٥ ، الترجمة (٤٤٢) ، الجرح والتعديل (٤٦٠/٤) ، المغني ص٣١٢ ، الترجمة (٢٩١١) ، تقريب التهذيب (٣٧٣/١) الترجمة (١١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [مرويها] .

(٨) تخريج آثار هؤلاء الصحابة ﵃ في عدم جواز نكاح المحرم : أثر عمر : أخرجه مالك في الموطأ ، في العنوان السابق (٢٥٤/١) ، والدارقطني ، في السنن ، في الباب السابق (٢٦٠/٣) ، الأثر (٥٦) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب المحرم لا ينكح ولا ينكح (٦٦/٥) . وأثر علي : أخرجه ابن =

ولا مخالف لهم .

٨٤١٨ - قلنا : روى جرير بن حازم ، عن سليمان الأعمش ، عن إبراهيم [(١)] « أن ابن مسعود كان لا يرى بأسًا أن يتزوج المحرم » [(٢)] .

٨٤١٩ - [وروى عطاء ، عن ابن عباس ﷺ : « أنه كان لا يري بأسًا أن يتزوج المحرمان »] [(٣)] ، وروى ابن أبي فديك ، عن عبد اللّٰه بن محمد بن أبي بكر ، قال : سألت أنس بن مالك عن نكاح المحرم ، فقال : « وما بأس به ، وهل هو إلا كالبيع » [(٤)] .

٨٤٢٠ - قالوا : [(٥)] معنى يثبت به تحريم المصاهرة : فوجب أن يمنع منه الإحرام ، كالوطء بملك اليمين ، أو بالشبهة ، أو بنكاح فاسد .

٨٤٢١ - قلنا : ذلك الفعل ، فلا يعتبر أحدهما بالآخر ؛ فإن وطء الجارية محرم ، ولا يحرم العقد عليها ، وإيقاع الفعل في الطيب والمخيط ممنوع منه ، ولا يحرم العقد عليهما [(٦)] ، كذلك في مسألتنا.

٨٤٢٢ - ولأن الوطء بجنسه [(٧)] في إفساد العبادة ، فلذلك منع منه فيها ، والنكاح نوع عقد ليس له مدخل في إفساد ما دخل عليه ، فصار كعقد البيع والإجارة .

٨٤٢٣ - قالوا : عبادة تُحَرِّم الوطء والطيب : فوجب أن تمنع النكاح [(٨)] ، كالعدة .

٨٤٢٤ - قلنا : الوصف غير مؤثر في الأصل ، فإن العدة التي تحرم الطيب والتي لا تحرمه ، هي وعدة الرجعة سواء في تحريم النكاح .

= أبي شيبة ، والبيهقي في نفس المصدرين السابقين . وأثر ابن عمر : سبق تخريجه آنفا في هذه المسألة ، وأما أثر زيد بن ثابت : فأخرجه البيهقي في المصدر السابق (٥/٦٦) ، وابن أبي شيبة ، في المصنف ، في كتاب الحج ، في من كره أن يتزوج المحرم (٤/٢٢٦) ، الأثر (٦) .

(١) في (م) : [ابن إبراهيم] ، بزيادة : [ابن] .

(٢) أثر ابن مسعود ﷺ : أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في المحرم يزوج من رخص في ذلك (٤/٢٢٥) ، الأثر (٣) ، الطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب نكاح المحرم (٢/٢٧٣) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . وأثر ابن عباس ﷺ : أخرجه الطحاوي في المصدر السابق (٢/٢٧٣) ، وابن أبي شيبة ، بمعناه ، في المصدر السابق (٤/٢٢٦) ، الأثر (٨) .

(٤) أثر أنس ﷺ : أخرجه الطحاوي ، بهذا الاسناد ، واللفظ ، في نفس المصدر السابق (٢/٢٧٣) .

(٥) في (م) ، (ع) : [وقالوا] بزيادة الواو . (٦) في (م) ، (ع) : [عليها] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لجنسه] .

(٨) في (م) : [أن يمنع الوطء] ، مكان المثبت ، وفي (ع) : [الوطء] ، بدل : [النكاح] .

٨٤٢٥ - وقد عدل [1] بعضهم عن هذا الوصف ، فقالوا : محرمة الوطء والقبلة ، فوجب أن لا يحل عقد النكاح عليها ، أصله : المعتدة .

٨٤٢٦ - وهذا يبطل بالمصلية ، والمعتكفة . ثم المعنى في المعتدة : أن المعقود [2] عليها على حكم ملك غيرها ، فلم يجز عقده عليها ، كما لا يجوز بيع [3] الرهن ، وفي مسألتنا : لم يتعلق بالمعقود عليها حق غير العاقد ، فصارت قبل الإحرام كهي [4] بعده .

٨٤٢٧ - قالوا : العقد من دواعي الجماع : فوجب أن يمنع الإحرام منه ، كاللمس للشهوة [5] والقبلة .

٨٤٢٨ - قلنا : يبطل بشراء الجارية ؛ ولأن اللمس والقبلة استمتاع والإحرام يحرم الاستمتاع ، والعقد ليس باستمتاع ، وإنما هو تملك [6] لما دونه يستمتع [7] به ، فصار كشراء الطيب .

٨٤٢٩ - فإن [8] قالوا : المقصود بالنكاح الاستمتاع ، والنكاح مقصوده هذا ، والإحرام يمنع الاستباحة والاستمتاع : فوجب أن يمنع العقد ؛ أصله : الصيد .

٨٤٣٠ - قلنا : يبطل بشراء الطيب والجارية

٨٤٣١ - فإن قالوا : المقصود من شراء الطيب الملك .

٨٤٣٢ - قلنا : والمقصود من النكاح الملك ، بدلالة أنه يعقد على من لا يصح الاستمتاع بها ، وهي الصغيرة . ثم المعنى في الصيد : أن عقد البيع لا يتم إلا بالقبض ، والصيد لا يصح قبضه عقيب العقد ، فلم يصح العقد عليه ، والنكاح لا يقف صحته على القبض ، ولا الاستمتاع عقيب العقد ، بدلالة نكاح الصغيرة .

٨٤٣٣ - ولأن الصيد منع من إيقاع الفعل في حال الإحرام من جميع الجهات ، فمنع من العقد عليه ، والمرأة لم يمنع من إيقاع الفعل [9] فيها بكل وجه ، بدلالة : أنه يجوز أن يقبلها ويلمسها بغير شهوة ويسافر بها / ويرفعها إلى الراحلة ويحطها ، فصارت كالطيب الذي لا يمنع [10] من إيقاع الفعل فيه من كل وجه ، فيجوز العقد عليها .

١/ب

---

(١) في (م) ، (ع) : [علل] .
(٢) في (م) : [العقود] .
(٣) في (م) ، (ع) : [منع] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يكفي] .
(٥) في (م) ، (ع) : [والشهوة] .
(٦) في (م) : [بملك] .
(٧) في (ع) : [يتمتع] .
(٨) لفظ : [فإن] ساقط من (م) ، (ع) .
(٩) لفظ : [الفعل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٠) في (ص) ، (م) : [لم يمنع] .

مسألة ٤٦٢

حكم استلام الركن اليماني

٨٤٣٤ - قال أبو يوسف : قلت لأبي حنيفة : أرأيت الركن اليماني ، أترى للرجل أن يستلمه ؟ قال : إن فعل : فحسن ، وإن ترك : لم يضره . وروى الحسن عن أبي حنيفة : أنه يستلمه ولا يقبله ولا يقبل يده .

٨٤٣٥ - وروى هشام عن محمد قال : يقبله [١] وإن شاء مسحه بيده ، ثم قبل يده [٢] .

٨٤٣٦ - وقال الشافعي : يستلمه ، ويضع يده على فيه ويقبلها ، ولا يقبله [٣] .

(١) في (م) : [تقبله] . وهشام : هو هشام بن عبيد الله الرازي تفقه على أبي يوسف ، ومحمد ، وروى عن مالك ، وابن أبي ذئب وغيرهما وأخذ عنه أبو حاتم وجماعة. قال أبو حاتم : صدوق . وقال ابن حبان : كان يهم في الروايات ويخطئ إذا روى عن الأثبات ، ولينه الصميري في الرواية . راجع ترجمته في : الجرح والتعديل (٦٧/٩) ، الترجمة (٢٥٦) ، المجروحين (٩٠/٣) ، أخبار أبي حنيفة وأصحابه ، في ذكر أصحاب أبي يوسف وزفر ، ومحمد بن الحسن ص١٦٢ ، ميزان الاعتدال (٣٠٠/٤ ، ٣٠١) ، الترجمة (٩٢٣٠) ، الجواهر المضية (٥٦٩/٣ ، ٥٧٠) ، الترجمة (١٧٧٥) ، الفوائد البهية ص٢٢٣ .

(٢) راجع المسألة في الأصل ، باب الطواف (٤٠٥/٢) ، مختصر الطحاوي ، باب ذكر ما يعمل عند الميقات ص٦٣ ، المبسوط ، باب الطواف (٤٩/٤) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان سنن الحج (١٤٧/٢ ، ١٤٨) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٧٣/١) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٤٧/١) ، تحفة الفقهاء ، باب الإحرام (٤٠٢/١) .

(٣) راجع المسألة في : الأم ، باب ما يفتتح به الطواف وما يستلم من الأركان (١٧٠/٢) ، النكت ، في مسائل الطواف ، ورقة (١٠٩أ) ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٨٦أ ، ب) ، حلية العلماء ، باب صفة الحج والعمرة (٢٨٣/٣) ، المجموع مع المهذب باب صفة الحج (٣٤/٨ ، ٣٥ ، ٣٦ ، ٥٨) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الفصل الرابع في الطواف ، بذيل المجموع (٣١٦/٧ ، ٣١٩ ، ٣٢٠) . وقال مالك في المدونة : يستلم الركن اليماني باليد ، ويضع اليد التي استلم بها على الفم من غير أن يقبل يده ولا يقبل الركن اليماني بفيه ، وقال الباجي في المنتقى : وروى في كتاب ابن المواز عن مالك : أنه كان يرى تقبيل اليد بعد مسح الركن اليماني . راجع المسألة في : المدونة ، في ما يجوز للمحرم لبسه (٢٩٦/١) ، المنتقى ، في تقبيل الركن الأسود في الطواف (٢٨٧/٢ ، ٢٨٨) . وقال الخرقي : ولا يستلم ، ولا يقبل من الأركان إلا الأسود واليماني .قال ابن قدامة : والصحيح عن أحمد : أنه لا يقبله . راجع المسألة في : الإفصاح ، باب العمرة (٢٧٨/١) ، المغني باب ذكر الحج ودخول مكة (٣٧٩/٣) ، الكافي لابن قدامة ، باب دخول مكة وصفة العمرة (٤٣٥/١) .

٨٤٣٧ - فإذا دللنا على رواية الأصل [١] ، فلأنه ركن لا يبتدئ منه الطواف ، فلا يسن استلامه ، كالشامي . ولأن تقبيله [٢] ليس بمسنون ، واستلامه لا يكون سنة ، كالركنين الآخرين . ولأنه فارق الحجر باتفاق ، بدلالة : أنه لا يعود إليه إذا ختم الطواف ولا يقبله ، وإن تساويا في الاستلام لا يستويان في سائر الأحكام .

٨٤٣٨ - فإن قيل : المعنى في الركنين : أنهما ليسا على [٣] قواعد إبراهيم عليه السلام [فلا يسن استلامهما ، والركن اليماني على قواعد إبراهيم] [٤] عليه السلام يسن استلامه .

٨٤٣٩ - قلنا : هذا أكثر أحواله أن يكون فضله للبقعة [٥] ، وهذا لا يقتضي الاستلام ، كسائر بقاع البيت .

٨٤٤٠ - والدليل على أنه لا يقبل يده : ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه « أن النبي [٦] صلى الله عليه وسلم استلم الركن اليماني ولم يقبله [٧] » ، فبهذا قد اتفقنا على ترك [٨] تقبيل اليد .

٨٤٤١ - ولأنه أحد أركان البيت ، فلا يسن تقبيل اليد عنده ، كركن الحجر .

٨٤٤٢ - احتجوا بما روي في حديث ابن عمر رضي الله عنه : « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يستلم الركن اليماني [٩] والأسود في كل طوافه » [١٠] .

---

(١) لفظ : [الأصل] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) أي كالركن الشامي ، وفي (م) ، (ع) : [تقبله] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أنها ليست من] ، مكان : [أنهما لىسا عن] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) : [للنفقة] ، وفي (ع) : [أن تكون فضله للنفقة] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [رسول الله] ، مكان : [النبي] .

(٧) لفظ : [اليماني] ساقط من (ع) . لم نعثر على حديث ابن عباس رضي الله عنه بعد . وقد ذكره الكاساني ، من حديث جابر رضي الله عنه ، بهذا اللفظ ، في بدائع الصنائع ، في الفصل السابق (١٤٨/٢) .

(٨) في (م) ، (ع) : [اتفقا] ، مكان : [اتفقنا] ، والزيادة : منهما .

(٩) لفظ : [اليماني] ساقط من (ع) .

(١٠) لفظ : [كل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش . حديث ابن عمر رضي الله عنهما متفق عليه . أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب من لم يستلم إلا الركنين اليمانيين (٢٨٠/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب استحباب استلام الركنين اليمانيين في الطواف (٩٢٤/٢) ، الحديث (٢٤٢ ، ٢٤٣ ، ١٢٦٧/٢٤٤) ، وأخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب استلام الأركان (٤٧١/١) ، والنسائي في السنن ، في كتاب مناسك الحج ، في استلام الركنين في كل طواف (٢٣١/٥) .

٨٤٤٣ - قلنا : عندنا يستلم الركن ، والكلام في أنه سنة [١] لا يترك ، السنة استلام الحجر ، وليس في الفعل ما يدل على التساوي .

٨٤٤٤ - قالوا : روي عن ابن عمر ، وجابر ، وأبي هريرة ، وأبي سعيد الخدري ، وعبد الله بن عباس ﷺ : « أنهم استلموا الركن اليماني وقبلوا أيديهم » [٢] ، ولا يعرف لهم مخالف .

٨٤٤٥ - قلنا : إن استدللتم بهذا على الاستلام ، فعندنا يستحب ، وفعلهم يدل على هذا ، فأما مساواته للحجر : فلا ، وإن استدللتم به في تقبيل اليد : فقد روى ابن عباس ﷺ : « أن النبي ﷺ قَبَّله ، فوضع خده عليه » [٣] .

٨٤٤٦ - وهذا خلاف قولكم ، والرجوع إلى فعل رسول الله عليه الصلاة والسلام أولى .

٨٤٤٧ - قالوا : ركن مبني على قواعد إبراهيم عليه السلام ، فوجب أن يكون استلامه مسنونًا ؛ قياسًا على ركن الحجر .

٨٤٤٨ - قلنا : تقبيل المواضع الشريفة خلاف القياس ، ولهذا [٤] قال عمر ﷺ : «أما إنك لا تضر ولا تنفع » [٥] ، فلم يجز القياس في نفس القياس ؛ ولأن الحجر

---

(١) في (م) : [في انه يليه ، وفي (ع) : في ان يليه بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه ، أو أن عبارة ما سقطت من هنا ؛ لأن المعني غير مستقيم .

(٢) روى الشافعي عن سعيد ، عن ابن جريج ، قال : قلت لعطاء : هل رأيت أحدا من أصحاب رسول الله ﷺ إذا استلموا قبلوا أيديهم ، فقال : نعم ، رأيت جابر بن عبد الله ، وابن عمر : وأبا سعيد الخدري ، وأبا هريرة ﷺ إذا استلموا قبلوا أيديهم ، قلت : وابن عباس قال : نعم . وحسبت كثيرا ، قلت هل تدع أنت إذا استلمت أن تقبل يدك ؟ قال : فلم استلمه إذا ، في المسند ، في كتاب الحج ، الباب السادس فيما يلزم الحاج بعد دخول مكة (٣٣٨/١) ، الحديث (٨٨٦) ، وعبد الرزاق في كتاب الحج ، باب تقبيل اليد إذا استلم (٤٠/٥) ، الحديث (٨٩٢٣) ، والدارقطني في السنن ، في كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٩٠/٢) ، الحديث (٢٤١) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب تقبيل اليد بعد الاستلام (٧٥/٥) .

(٣) أخرجه الدارقطني في المصدر السابق (٢٩٠/٢) ، الحديث (٢٤٢) ، الحاكم في المستدرك ، في كتاب المناسك ، في تقبيل الركن اليماني ووضع الخد عليه (٤٥٦/١) ، والبيهقي في الكبري ، في كتاب الحج ، باب استلام الركن اليماني بيده (٧٦/٥) . (٤) في (م) ، (ع) : [هذا] ، مكان : [ولهذا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لايضر ولا ينفع] . متفق عليه أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب ما ذكر في الحجر الأسود وفي باب الرمل في الحج والعمرة (٢٧٨/١ ، ٢٧٩) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب استحباب تقبيل الحجر الأسود في الطواف (٩٢٥/٢) ، الحديث (١٢٧٠/٢٥٠) ، وأبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب في تقبيل الحجر (٤٧١/١) .

اختص بأحكام ، منها : التقبيل ، ووجوب الافتتاح به ، والعود [1] إليه ، وهذه الأحكام لا توجد في الركن اليماني ، فلذلك يجوز أن يخالفه في سنة الاستلام .

* * *

(١) في (م) : [والعدد] ، مكان : [والعود] .

مسألة ٤٦٣

إذا طاف جُنبًا ، أو على غير وضوء ، أو عليه نجاسة أو عريانًا ، أجزأه

٨٤٤٩ - قال أصحابنا : إذا طاف جنبًا ، أو على غير وضوء ، أو عليه نجاسة ، أو عريانًا أجزأه .

٨٤٥٠ - وذكر ابن شجاع [١] : أن الطهارة من سنة الطواف .

٨٤٥١ - وكان أبو بكر الرازي يقول : إنها واجبة . ولا يجزئ إلا بها لكنها ليست بشرط [٢] . لنا : حديث جابر : « أن النبي ﷺ قال : طوافك بالبيت يكفيك لحجك

(١) تقدمت ترجمة ابن شجاع ، في مسألة (٧٩) وتكرر ذكره في أماكن أخرى من هذا الكتاب .

(٢) في (م) ، (ع) : [لكنه] ، مكان : [لكنها] . وقد أشار إلى الخلاف في مذهب الشافعي بالإشارة إلى ما رجحه ابن شجاع في اعتبار الطهارة من سنن الطواف . وقد رجح أبو بكر الرازي الحكم بوجوب الطهارة في الطواف ، وهو مذهب الشافعي الذي كان يرى أن الطواف سقط بعد قوله : [ليست بشرط] قول الشافعي من سائر النسخ ، وقال الشافعي : إنها واجبة لا يجزئ إلا بها . راجع تفصيل المسألة في : أحكام القرآن للجصاص ، باب طواف الزيادة (٢٤٠/٣) ، مختصر الطحاوي الباب السابق ص٦٤ ، المبسوط ، الباب السابق (٣٨/٤-٤٠) ، متن القدوري ، باب الجنايات ص٣٠ ، تحفة الفقهاء كتاب المناسك (٣٩١/١) ، بدائع الصنائع ، فصل في شرط الحج ووجباته (١٢٩/٢ ، ١٣٠) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، باب الجنايات (٤٩/٣) وما بعدها ، البناية مع الهداية ، باب الجنايات (٢٧٩/٤ - ٢٨٥) ، الاختيار باب الجنايات (١٦٢/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب الجنايات (٢٩٤/١) . وقال الشافعي في مختصر المزني : ولا يجزئ الطواف إلا بما تجزئ به الصلاة من الطهارة من الحدث وغسل النجس ، قال القفال في الحلية : ومن شرط الطواف : الطهارة ، وستر العورة . راجع المسألة في : الأم ، باب الخلاف في الطواف على غير طهارة و باب الطواف في الثوب النجس والرعاف والحدث والبناء على الطواف (١٧٨/٢ ، ١٧٩) ، مختصر المزني ، باب ما يلزم عند الإحرام وبيان الطواف والسعي وغير ذلك ص٦٧ ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١٠٩أ ، ب) ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٨٦ب) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٨٠/٣ ، ٢٨١) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (١٤/٨ - ١٦ ، ١٧ - ١٩) فتح العزيز مع الوجيز ، الفصل السابق ، بذيل المجموع (٢٨٥/٧-٢٨٧) . وقال مالك ، وأحمد في أصح الروايتين عنه : مثل قول الشافعي : إن من شرائط صحة الطواف : الطهارة ، وستر العورة ، فلا يجزئ الطواف بغيرهما . وعن أحمد رواية أخرى : مثل قول الرازي ، الطهارة ليست بشرط وإنما هي واجبة . راجع المسألة في : المنتقى في ركعتي الطواف بداية المجتهد (٢٩٠/٢) ، وفي القول في الطواف بالبيت والكلام في الطواف (٣٥٦/١) ، قولان الأحكام الشرعية ، الباب الرابع في أعمال الحج ص ١٢٦ =

إذا طاف جُنبًا ، أو على غير وضوء ، أو عليه نجاسة أو عريانًا ، أجزأه
وعمرتك » [١] .

٨٤٥٢ - وروي : أنه عليه الصلاة والسلام صلى صلاة الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالأبطح ، ثم هجع هجعة [٢] ، ثم دخل مكة فطاف بالبيت [٣] . ولم يذكر الطهارة .

٨٤٥٣ - ولأنه ركن من أركان الحج ، فلم تكن [٤] الطهارة من شرطه ، كالإحرام والوقوف .

٨٤٥٤ - قالوا : المعنى فيه : أن الطهارة معتبرة ، ولما اعتبرت الطهارة : وجبت .

٨٤٥٥ - قلنا : إن أردتم به أنها معتبرة في الكمال والفضيلة ، فلذلك هي في الإحرام والوقوف ، وإن أردتم في الجواز ، فهو موضع الخلاف .

٨٤٥٦ - ولأنها عبادة لا يبطلها حدث العمد ، فلم تكن [٥] الطهارة من شرطها ، كالاعتكاف ، وعكسه الصلاة .

٨٤٥٧ - فإن قيل : ينتقض بالصلاة ، في بدء الإسلام كان الكلام مباحًا فيها والطهارة شرط .

٨٤٥٨ - قلنا : النقض لا يكون بناسخ في الأحكام ، وإنما يقع التعليل للأحكام المستقرة ، والنقض يقع بها .

٨٤٥٩ - ولأن ما شرط في ركن واحد من أركان الحج فتركه لا يوجب فساده ، كنزع المخيط وترك الطيب إذا فارق الإحرام .

٨٤٦٠ - فإن قيل : هذا شرط في جميع الأركان .

= شرح الزرقاني ، باب فرض الحج (٢٦٢/٢) ، والمسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٨٢/١ ، ٢٨٣) ، مسألة (١٥) ، الإفصاح ، الباب السابق (٢٧٧/١) المغني ، الباب السابق (٣٧٧/٣) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٣٣/١ ، ٤٣٤) .

(١) لم نقف على هذا الحديث من وجه جابر ﷺ بعد ، وسيأتي تخريجه من جهة عائشة ﷺ في مسألة (٤٧٤) .

(٢) في سائر النسخ : يجمع بحعه بدون نقط ، وهو تصحيف . هجع : أي نام بالليل . قال ابن الأثير : الهجع ، والهجعة ، والهجيع : طائفة من الليل ، الهجوع النوم ليلا ، وقال ابن منظور : ويقال : أتيت فلانا بعد هجعة ، أي : بعد نومة خفيفة من أول الليل . راجع في النهاية باب الهاء مع الجيم (٢٤٧/٥) ، لسان العرب ، مادة : هجع (٤٦٢١/٦) ، المصباح المنير (٦٠٥/٢) .

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب طواف الوداع (٣٠٢/١) ، والدارمي في السنن ، في كتاب المناسك (٥٥/٢) ، أحمد في المسند ، في مسند عبد الله بن عمر ﷺ (١١٠/٢) .

(٤) في (م) : [فلم يكن] .

(٥) في (م) : [فلم يكن] .

٨٤٦١ - قلنا : هو شرط في الإحرام خاصة ، بدلالة : أنه إذا وقف بعرفة لابسًا أو متطيبًا ؛ لم يجب عليه إلا دم واحد .

٨٤٦٢ - ولأنها عبادة تختص [١] بالمسجد ، فلم تفسد [٢] بترك الطهارة ، كالاعتكاف .

٨٤٦٣ - احتجوا : بحديث ابن عباس ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « الطواف بالبيت صلاة ، إلا أن اللّه تعالى أباح فيه النطق ، فمن نطق فلا ينطق إلا بخير » [٣] .

٨٤٦٤ - قالوا : والصلاة في اللغة دعاء ؛ لأن [٤] الطواف صلاة شرعية ، فيدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام : « لا صلاة إلا بطهور » [٥] .

٨٤٦٥ - والثاني : أنه قال : « إن اللّه تعالى أحل فيه النطق » ، وظاهره يقتضي : أنه كالصلاة بكل حال إلا فيما استثناه .

٨٤٦٦ - قلنا : هذا خبر لا يصح الاحتجاج به على طريق أصحاب الحديث ؛ لأنه لم يروه إلا الفضيل بن عياض [٦] ، عن عطاء بن السائب ، عن طاووس ، عن ابن عباس ، وسماع الفضيل بن عياض [٧] وأمثاله من عطاء بن السائب ضعيف [لا يحتج به ، وإنما يحتج من حديث عطاء بن السائب] [٨] بما رواه المتقدمون عنه ، كالثوري ، وشعبة ، وحماد بن سلمة .

---

(١) في (م) : [يختص] . (٢) في (م) ، (ع) : [لم يفسد] .

(٣) أخرجه الدارمي في السنن ، في باب الكلام في الطواف (٤٤/٢) ، وأخرجه الترمذي في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في الكلام في الطواف (٢٨٤/٣) ، الحديث (٩٦٠) ، وابن خزيمة في صحيحه، في كتاب المناسك ، باب الرخصة في التكلم بالخير في الطواف (٢٢٢/٤) ، الحديث (٢٧٣٩) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب المناسك ، في أن الطواف مثل الصلاة (٤٥٩/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [الكعبة] ، مكان : [اللغة ، وأن] ، مكان : [لأن] .

(٥) لم نقف على هذا الحديث بهذا اللفظ بعد. وقد أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الطهارة ، في باب وجوب الطهارة للصلاة (٢٠٤/١) الحديث (٢٢٤/١) بلفظ : لا تقبل صلاة بغير طهور ، وأبو داود في السنن ، في كتاب الطهارة ، باب فرض الوضوء (٢٣/١) ، والترمذي ، في السنن ، في أبواب الطهارة ، باب ما جاء لا تقبل صلاة بغير طهور (٥/١) ، الحديث (١) ، وابن ماجه ، في السنن ، في كتاب الطهارة وسننها ، باب لا يقبل اللّه صلاة بغير طهور (١٠٠/١) ، الحديث (٢٧١ ، ٢٧٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الفضل بن عياض] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الفضل بن عياض] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

٨٤٦٧ - وأصل هذا الحديث إنما رواه ابن مالك ، عن ابن جريج ، عن الحسن بن مسلم ، عن طاووس ، عن رجل أدرك النبي ﷺ من قول ذلك الرجل ، لا عن النبي ﷺ [١] .

٨٤٦٨ - ولو ثبت فقوله : « الطواف بالبيت صلاة » لا يجوز أن يكون بيانًا للاسم ؛ لأن الطواف لا يسمى صلاة ، لا لغة [٢] ، ولا شرعًا .

٨٤٦٩ - أما اللغة : فالصلاة فيها الدعاء ، وأما الشرع : فلا يقول أحد من أهله : إن الطواف صلاة ، ولهذا لو نذر أن يصلي فطاف لم يجزئه .

٨٤٧٠ - ولا يقال : صلاة الجنازة صلاة ، ولو أطلق نذر الصلاة ، لم يسقط نذره صلاة الجنازة ؛ ولأن صلاة الجنازة يتعبد فيها ما لا يسقط بها النذر المطلق . وإذا بطل أن يكون هذا بيانًا للاسم : لم يدخل في قوله عليه الصلاة والسلام : « لا صلاة إلا بطهور » ، فبقي [٣] أن يكون بيانًا للحكم ، فكأنه قال : حكم الطواف حكم الصلاة ، ونحن نعلم : أنهما لا يتفقان في كل الأحكام . لأن الصلاة يبطلها المشيُ والانحرافُ عن القبلة مع القدرة ، والكلامُ وحدثُ العمد ، ولا يبطل ذلك الطوافَ ، فبقي أن يكون شبيها [٤] بها في حكم واحد ، فاحتمل أن يكون تعلقه بالبيت ثواب الصلاة .

٨٤٧١ - فإن قيل : قوله : « الطواف بالبيت صلاة » معناه : مثل الصلاة ، وحذف (مثل) .

٨٤٧٢ - قولنا : المماثلة ، لا تقتضي التماثل في كل الصلاة ، فليس ما تقولونه بأولى مما نقوله .

٨٤٧٣ - فأما قوله : « إلا أنه أبيح فيه الكلام » فليس المقصود منه بيان ما استثني من التشابه ، وأما الغرض : فكان الكلام ، وإذا صح فيه فيجب أن ينعقد جواز الكلام كله ، وإنما يتكلم بما فيه [٥] القربة والثواب خاصة .

٨٤٧٤ - قالوا : روت عائشة رضي الله عنها [٦] : « أن النبي ﷺ لما أن كان يطوف

---

(١) أخرجه النسائي في السنن ، في كتاب مناسك الحج ، في إباحة الكلام في الطواف (٢٢٢/٥) ، وأخرجه أحمد في المسند ، في حديث رجل ﷺ (٣٧٧/٥) .
(٢) في (ع) : [لغة] بحذف : [لا] . (٣) في (م) ، (ع) : [فنفي] .
(٤) في (م) ، (ع) : [فيبقي أن يكون شبهة] .
(٥) في (م) ، (ع) : [في] ، مكان : [فيه] .
(٦) الزيادة من (م) ، (ع) .

توضأ »[١] ، وفعله بيان ، وقال : « خذوا عني مناسككم »[٢] .

٨٤٧٥ - قلنا : قوله تعالى ﴿ وَلْيَطَّوَّفُوا ﴾[٣] ليس بمجمل حتى يكون فعله عليه الصلاة والسلام بيانًا ، أنه طاف بعد ما هجع ، ولم ينقل : أنه توضأ .

٨٤٧٦ - قالوا : روي أنه عليه الصلاة والسلام قال لعائشة رضي الله عنها : « اصنعي ما يصنع الحاج ، غير أنك لا تطوفي بالبيت »[٤] .

٨٤٧٧ - قلنا : يجوز أن يكون النهي للطواف ، ويجوز أن يكون للمنع من دخول المسجد مع الحيض ؛ ولأنها عبادة [منهن مُتَمَّمَةٌ][٥] إلا أن ما نهى عنه في ركن من الحج لا يوجب فساده ، كما ذكرنا .

٨٤٧٨ - قالوا : روي عن النبي ﷺ : أنه قال : « لا يطوفن بالبيت بعد اليوم مشرك ولا عريان »[٦] .

٨٤٧٩ - قلنا : نهى عن الطواف ، وقد بينا : أن أركان النهي إذا اختص بركن لا يمنع وقوعه ، كالإحرام مع اللبس .

٨٤٨٠ - ولأن من المنهيات في الحج الوطء ؛ لأنه يفسده ، ومعلوم : أنه إذا[٧] صادف الوطء ، لم يجعل وجوده وعدمه سواء ، حتى يصير كأنه لم يفعل ، بل لا يمنع

---

(١) لم نقف على هذا الحديث ، بهذا اللفظ بعد. وقد أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب من طاف بالبيت ، وفي باب الطواف على وضوء (٢٨٠/١ ، ٢٨٤ ، ٢٨٥) ، بلفظ إن أول شيء بدأ به حين قدم ﷺ أنه توضأ ، ثم طاف ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب ما يلزم من طاف بالبيت وسعى (٩٠٦/٢ ، ٩٠٧) ، الحديث (١٢٣٥/١٩٠) .

(٢) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٤٢٣) . (٣) سورة الحج : من الآية ٢٩ .

(٤) هذا جزء من حديث عائشة رضي الله عنها المتفق عليه ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحيض » باب كيف كان بدء الحيض ، وفي باب تقضي الحائض المناسك كلها إلا الطواف بالبيت (٦٣/١ ، ٦٥) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام (٨٧٣/٢ ، ٨٧٤) ، الحديث (١١٩ ، ١٢١١/١٢٠) ، وأبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب في إفراد الحج (٤٥١/١ ، ٤٥٢) ، والترمذي بمعناه في السنن ، في كتاب الحج باب ما جاء ما تقضي الحائض من المناسك (٢٧٢/٣) ، الحديث (٩٤٥) ، والنسائي في السنن ، في كتاب الحيض باب بدء الحيض (١٨٠/١) ، وابن ماجه في السنن ، في كتاب المناسك ، باب الحائض تقضي المناسك إلا الطواف (٩٨٨/٢) ، الحديث (٢٩٦٣) .

(٥) في (ص) : [منهم متهمه] ، بدون نقطة الأول ، ونحوه في (ع) بدون نقط ، وفي (م) و (ن) [منهم متهمة] ولعل الصواب ما أدرجناه . (٦) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٤١٧) .

(٧) لفظ : [إذا] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

اعتداد بالفعل ، وإذا [1] أفسد فما دونه مما لا يفسد الإحرام أولى أن لا يوجد بجعل وجود المفعول / وعدمه سواء .

١/أ

٨٤٨١ – قالوا : كل ما اعتبرت فيه الطهارة ، [لا يقوم غيرها مقامها ، كالصلاة .

٨٤٨٢ – قلنا : عندنا لا يقوم مقام الطهارة] [2] غيرها ، وإنما يدخل ، ففقدها [3] يقصر في الطواف ، ويقوم الدم مقام ذلك البعض ، فأما أن يقوم مقام الطهارة ، فلا .

٨٤٨٣ – ومن أصحابنا من قال : يجب بفقد الطهارة الإعادة ، فإن لم يعد قام الدم مقام الطواف [4] الواجب ، كما يقوم مقام العذر [5] .

٨٤٨٤ – ولأن الصلاة مؤداة بتحريم ، والطهارة شرط فيها ، فكانت شرطًا فيما تؤدى فيه [6] الأركان بها ، وأفعال الحج مؤداة بها .

٨٤٨٥ – قالوا : عبادة تجب الطهارة لها ، فكانت شرطًا فيها ، كالصلاة.

٨٤٨٦ – قلنا : الوصف غير مسلَّم على ما بيناه ، ولو سلمناه لم تصح [7] العلة ؛ لأن الطهارة من شرط الاعتداد بالطواف ، كما أنها شرط في الاعتداد بصلاة النافلة ، فإذا عدمت لم يعتد بالصلاة ، كذلك عندنا لا يعتد بالطواف ، بمعنى : أنه لا يقع موقع الواجب عليه حتى ينضم إليه غيره .

٨٤٨٧ – ولأن الطهارة لما شرطت في الصلاة أبطلها حدث العمد ، ولما لم يبطل [8] حدث العمد الطواف لم تكن [9] الطهارة شرطًا فيه .

٨٤٨٨ – قالوا : كل عبادة وجب بترك الطهارة فيها معنى ، كان ذلك المعنى للإعادة ، كالصلاة [10] .

٨٤٨٩ – قلنا : تجب الإعادة عندنا ويقوم الدم مقام الواجب ، وينتقض هذا بمن قرأ القرآن مع الجنابة ، فقراءة القرآن [11] عبادة ، وجب عليه بترك الغسل فيها معنى ، وهو

---

(١) في (م) ، (ع) : [وإن] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٣) في (ص) ، (م) : [فعقدها] .
(٤) في (م) ، (ع) : [عاد الدم مقام الواطف] ، مكان المثبت .
(٥) في (م) ، (ع) : [مقام القدر] .
(٦) في (ص) : [في] ، مكان : [فيه] .
(٧) في (م) : [لم يصح] .
(٨) في (م) : [لم تبطل] .
(٩) في (م) : [لم يكن] .
(١٠) في (م)، (ع): [الصلاة]، مكان: [كالصلاة].
(١١) في سائر النسخ : [فالقرآن] ، وما أثبتناه زيادة لاقتضاء السياق ذلك .

الإثم ، وليس هو الإعادة . قالوا : وما افتقر إلى البيت ، بدلالة : أن صلاة الخائف والمتنفل على الراحلة لا يشترط فيها التوجه إلى البيت ، فالطهارة شرط فيها .

٨٤٩٠ - ولأن الصلاة منهياتها تفسدها [١] ، وترك الطهارة منهي فأفسدها ، ومنهيات الإحرام كلُّها لا تفسده [٢] إلا الجماع ، والنهي بترك الطهارة لا يفسد الطواف .

٨٤٩١ - قالوا : طواف على غير طهارة ، فلم لا يكره ؟ كما لو كان بمكة .

٨٤٩٢ - قلنا : هذا غير مسلم ، فإنه إذًا كان بمكة . قلنا : بإعادة الطواف [٣] فإن لم يعد [٤] ، قامت الفدية مقامه ، كما تقوم [٥] فيمن خرج من مكة .

* * *

---

(١) في (م) : [يفسدها] .

(٢) في (ص) : [لا تفسد] ، بدون ضمير المفعول ، وفي (م) : [لا يفسده] .

(٣) في (ص) : [فوائد الطواف]. وما أثبتناه هو الصواب .

(٤) في (ص) : [فإن لم يأت به] بدل : [فإن لم يعد] .

(٥) في (م) : [كما يقوم] .

مسألة ٤٦٤

إذا سلك في الطواف الحجر ، فالأولى أن يستأنف الطواف

٨٤٩٣ – قال أصحابنا : إذا سلك [١] في الطواف الحِجر [٢] : فالأولى أن يستأنف الطواف ، ويمر خارج الحجر ، فإن لم يفعل وطاف على الحجر خاصة : أجزأه ، ولزمه دم [٣] .

٨٤٩٤ – وقال الشافعي : لا يجزئه إلا أن يستأنف الطواف ، فيبني على الموضع الذي دخل منه الحجر [٤] .

٨٤٩٥ – وهذه مبنية على [٥] أن الدم يقوم مقام أقل الطواف ، ومبنية على أن [٦] الترتيب في الطواف ليس بشرط [٧] ، وفي طواف المنكوس ، وسيأتي الكلام فيهما .

---

(١) في (م) : [سئلك] ، وهو تصحيف .

(٢) الحجر ، بكسر الحاء المهملة وسكون الجيم : هو ما حواه الحطيم المدار بالبيت الحرام ، جانب الشمال مما يلي الميزاب. وقال ابن الأثير : الحجر بالكسر : اسم الحائط المستدير إلى جانب الكعبة الغربي . راجع في المغرب ، مادة : الحجر ص ١٠٣ ، النهاية (٣٤١/١) ، لسان العرب (٧٨٥/٢) ، المصباح المنير (١١٧/١) .

(٣) قال في الأصل : وإذا طاف الطواف الواجب في الحج أو العمرة في جوف الحطيم ، قضى ما ترك منه إن كان بمكة ، وإن كان قد رجع إلى أهله ، فعليه دم . راجع المسألة في : الأصل ، الباب السابق (٤٠٠/٢) ، الجامع الصغير ، باب في الطواف والسعي ص١٦٠ ، المبسوط ، الباب السابق (٤٦/٤) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما مكان الطواف (١٣٢/٢) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (٢٨٦/٤ ، ٢٨٧) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٤٧/١) .

(٤) راجع المسألة في الأم ، باب كمال الطواف (١٧٦/٢) ، مختصر المزني ، الباب السابق ص٦٧ ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٨٦ب ، ١٨٧أ) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٨٦/٣) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٢٢/٨-٢٦) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما : مثل قول الشافعي ، إن سلك الحجر في طوافه ، لم يجزه . راجع المسألة في : المنتقى ، في ما جاء في بناء الكعبة (٢٨٣/٢) ، بداية المجتهد ، العنوان السابق (٣٥٥/١ ، ٣٥٦) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق ص١٢٦ ، شرح الزرقاني ، الباب السابق (٢٦٣/٢) ، والكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٣٤/١) ، المغني ، الباب السابق (٣٨٢/١) .

(٥) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [وسنته على] ، مكان : [ومبنية على] ، ولفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [وليس شرط] بدل : [ليس بشرط] .

٨٤٩٦ – ويدل في نفس المسألة : أنه مكان لا يقطع عن كونه من البيت ، فالطواف عليه ليس بشرط [(١)] ، أصله : سائر البقاع . ولأن فرض الصلاة لا يسقط بالتوجه إليه ، كسائر بقاع المسجد .

٨٤٩٧ – ولأنه ركن يتعلق بمكان ، فلا يكون من شرطه استغراق جميع المكان بالكون [(٢)] فيه ، كالوقوف بعرفة ، والذي روى : « أنه عليه الصلاة والسلام طاف من وراء الباب » [(٣)] .

٨٤٩٨ – وكذلك نقول . والكلام في صفة فعله هل كان لأنه شرط ، أو لأنه الأولى ؟ . ولأنه لو ثبت أنه [(٤)] من البيت ، لم يكن تركه للأقل مما يمنع الاعتداد بالأكثر عندنا [(٥)] .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [علة ليس شرط] .

(٢) في (م) : [باللون] .

(٣) لم نعثر على هذه الرواية بهذا اللفظ بعد . وقد أخرجها الشافعي بلفظ : أنه قال : الحجر من البيت ، وقال الله ﷻ : ﴿ وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴾ ، وقد طاف رسول الله ﷺ من وراء الحجر ، في المسند ، في كتاب الحج ، الباب السادس فيما يلزم الحج (٣٤٩/١) ، الحديث (٩٠٢) ، والحاكم نحوه في المستدرك ، في كتاب الحج ، في الحجر من البيت (٤٦٠/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب موضع الطواف (٩٠/٥) .

(٤) لفظ : [أنه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) قوله : [عندنا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٤٦٥

إذا طاف منكوسًا ، جاز وعليه دم

٨٤٩٩ – قال أصحابنا : إذا طاف منكوسًا (١) : جاز وعليه دم ، وإن ابتدأ بالطواف من غير ركن الحجر .

٨٥٠٠ – وذكر محمد في الرقيات : أنه [لا يعتد بطوافه حتى ينتهي إلى الركن .

٨٥٠١ – ومن أصحابنا من قال : يجوز (٢) .

٨٥٠٢ – وقال الشافعي] (٣) : لا يعتد بطواف المنكوس (٤) .

٨٥٠٣ – دليلنا : أنه حصل في أماكن الطواف مع النية ، كما لو رتبه ؛ ولأنه سبب (٥) للطواف فلا يمنع الاعتداد به ، كما لو طاف راكبًا أو ترك الرَمَل .

٨٥٠٤ – فإن قيل : المعنى فيه : أنه ترك هيئة تسقط (٦) الركنين ، وإذا ترك المشي أنه يسقط الركنين إلى غير بدل ؛ لأنه إذا ترك المشي من غير عذر (٧) لزمه دم .

٨٥٠٥ – وعلة الفرع باطلة ؛ لأنه ليس إذا كان الستر لا يسقط الركنين إلى بدل (٨)

---

(١) في (ع) : [منكوما] . قال المطرزي : الطواف المنكوس : أن يستلم الحجر الأسود ثم يأخذ عن يساره ، سمي بذلك ؛ لأنه نكس ، أي قلب عما هو السنة في المغرب ص٤٦٥ .

(٢) راجع المسألة في : الأصل ، الباب السابق (٣٩٨/٢ ، ٣٩٩) ، المبسوط ، الباب السابق (٤٤/٤) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما شرطه وواجباته (١٣٠/٢ ، ١٣١) ، فتح القدير ، باب الإحرام (٤٩٥/٢) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٥٤/١) ، مجمع الأنهر ، كتاب الحج (٢٧١/١) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) (ع) .

(٤) راجع المسألة في : الأم ، باب كمال الطواف و باب في الطواف متى يجزئه ومتى لا يجزئه (١٧٦/٢ ، ١٧٧ ١٧٨) ، مختصر المزني ، الباب السابق ص٦٧ ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١٠٩ب) ، المهذب مع المجموع ، الباب السابق (٣٠/٨ ، ٣٢ ، ٣٣) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما : مثل قول الشافعي ، إذا طاف منكوسا لم يعتد به . راجع المسألة في : المدونة ، في تفسير ما يبدأ به الرجل إذا دخل في الطواف (٣١٧/١) ، المنتقى ، في الرمل في الطواف (٢٨٣/٢ ، ٢٨٤) ، بداية المجتهد ، في القول في الكفارات المسكوت عنها (٣٨٩/١ ، ٣٩٠) ، والمغني ، الباب السابق (٣٨٣/٣) .

(٥) في سائر النسخ : [سببا] ، والصواب ما أثبتناه .

(٦) في (م) : [هئة يسقط] .

(٧) في (ع) : [بغير عذر] .

(٨) في (ع) : [يدل] .

لم يقم غيره مقامه ، كطواف [الإفاضة] [١] ، ورمي الجمار ؛ ولأنه أحد أركان حج البيت ، فجاز أن يبتدئ منه ، أصله : ركن الحج .

٨٥٠٦ – ولأنها عبادة شرط فيها التيامن ، فلا تبطل [بنكس] التيامن [٢] ، كالوضوء .

٨٥٠٧ – احتجوا : بأنه عليه الصلاة والسلام « طاف مرتبًا » [٣] ، وفعله بيان ؛ ولأنه قال : « خذوا عني مناسككم » [٤] .

٨٥٠٨ – قلنا : هذا ليس ببيان [٥] ؛ لأن الآية [٦] ليست بمجملة .

٨٥٠٩ – وقوله : « خذوا عني مناسككم » يدل [٧] على وجوب الأخذ ، وقد بينا أن ذلك لا يدل على وجوب المأخوذ .

٨٥١٠ – ومن أصحابنا من قال : الترتيب واجب ، وإذا تركه عندنا قام مقامه الدم .

٨٥١١ – فإن قيل : إذا ثبت أنه واجب ، لم يسقط الفرض إلا بفعله .

٨٥١٢ – قلنا [٨] : هذا لا يكون فيما ينفرد بنفسه ، فأما الصفة التي تنفرد [٩] بنفسها : [فلا يصح أن تقضي حتى تبقي في ذمته .

٨٥١٣ – قالوا : عبادة تفتقر إلى البيت] [١٠] ، فكان الترتيب فيها شرطًا ، كالصلاة .

٨٥١٤ – قلنا : الصلاة أفعال مختلفة ، فالترتيب يجوز أن يكون شرطًا فيها ، والطواف فعل واحد ، والفعل الواحد لا يشترط فيه ، كالابتداء بغسل اليد من

---

(١) في سائر النسخ ، مكان [الإفاضة] : بياض .

(٢) في سائر النسخ : [بالتيامن] ، لعل الصواب : [بالتياسر] .

(٣) لم نعثر على هذه الرواية بهذا اللفظ ، وقد أخرجها مسلم ، في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب ما جاء أن عرفة كلها موقف (٨٩٣/٢) ، الحديث (١٢١٨/١٥٠) ، بلفظ : أن رسول الله ﷺ لما قدم مكة أتى الحجر فاستلمه ، ثم مشى على يمينه ، فرمل ثلاثا ومشى أربعا . والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب الدليل على أنه يمضي في الطواف بعد الاستلام على يمينه (٩٠/٥) .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٤٢٣) .

(٥) في (ع) : [بيان] ، مكان : [ببيان] .

(٦) أي قوله تعالى : ﴿ وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴾ .

(٧) في (ص) : [لا يدل] بزيادة : [لا] .

(٨) في (ص) : [قالوا] ، بدل : [قلنا] .

(٩) في (م) : [ينفرد] .

(١٠) في (م) : [يفتقر إلى البيت] ، وما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

المرفق [١] ، أو من الأصابع ، أو كغسل اليدين ، لما أجريا مجرى العضو الواحد [٢] ، أو كجميع الأعضاء في الجنابة .

٨٥١٥ - ولأن الصلاة تجب [٣] ابتداء ، ويؤمر بالفعل ابتداء ، ثم لا يعتد به ؛ لأنه يجب ترتيبه على غيره ، كما يقال في المدرك للإمام في الركوع والسجود ، وفي القَعْدة ، فعلم أن الترتيب فيها شرط ، والطواف لا يؤمر أن يبتدئ بشيء [٤] منه لا يعتد به لترك ترتيبه على غيره ، فدل : أن الترتيب فيه ليس بشرط .

٨٥١٦ - ولأن الصلاة لا تشتمل على فروض يقوم [٥] غيرها مقامها ، والحج يشتمل على واجبات يقوم الدم مقامها ، فجاز أن يقوم مقامه هيئة أركانه [٦] .

٨٥١٧ - قالوا : ترك في الطواف ما لا يسقط إلى غير بدل [٧] ، فصار كمن ترك أربعة أشواط .

٨٥١٨ - قلنا : هناك ترك أكثر العبادة فيها ، وههنا ترك هيئة فيها [٨] فصار كترك غسل اليدين المانع من صحة الطهارة ، ولو ترك الترتيب فيها لم يمنع صحة الطهارة .

٨٥١٩ - ولأن كونه لا يسقط إلى غير بدل لا يمنع من مقام الدم مقامه ، كما ذكرنا في الرمي .

٨٥٢٠ - قالوا : ما وجب [٩] عليه إعادة طواف الزيارة إذا كان بمكة أوجب ، وإن رجع ، كما لو طاف منكسًا [١٠] قبل طلوع الفجر .

٨٥٢١ - قلنا : لا نسلم وجوب الإعادة إذا كان بمكة ، وإنما الأولى عندنا أن يعيد [١١] ، وإن أقيم الدم مقامه جاز .

٨٥٢٢ - ولا يجوز في القياس على من افتتح الطواف من غير الركن ؛ لأن من أصحابنا من جوز ، وإن سلمنا ذلك على ما روي عن محمد ، فلأن تنفسخ هذه العبادة من الركن ، فإذا لم يأت بافتتاحها [١٢] لم يعتد به [كما لو لم يفعله . وإن قاسوا على

(١) في (م) ، (ع) : [المرافق] .
(٢) في (م) ، (ع) : [العقد الواحد] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يجب] .
(٤) في (م) ، (ع) : [شيء] .
(٥) في (م) : [يقدم] .
(٦) في (ص) : [أركانها] .
(٧) لفظ : [بدل] ساقط من (ع) .
(٨) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٩) هكذا في جميع النسخ ، لعل الصواب : [لما أوجب] .
(١٠) في (م) : [منكسا] .
(١١) في (م) ، (ع) : [أن يعتمد] .
(١٢) في (م) : [باشاحها] .

من ابتدأ السعي من المروة لم نسلم أن ذلك لا يعتد به] [١] ، ورواه ابن شجاع عن أبي حنيفة .

٨٥٢٣ – وإن سلمنا لم يكن المانع ترك الترتيب ، لكن لأنه لا ينفسخ [٢] السعي ؛ لأن افتتاحه من الصفا أولى به ، إنما لا يجوز لأنه يقضي في الفعل [٣] ؛ لأنه إذا بدأ من الصفا وقف [٤] أربع وقفات على الصفا ، وإذا بدأ من [٥] المروة وقف ثلاث وقفات [٦] ، فنقصان الفعل هو المانع ، وفي مسألتنا : لم ينقص من أفعال الطواف شيء إنما [٧] ترك هيئة .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يفسخ] .

(٣) قوله : [لأنه يقضي في الفعل] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) : [وقت] .

(٥) في (ع) : [وقف على] ، مكان : [بدأ من] .

(٦) الزيادة من (ع) .

(٧) في (ع) : [وإنما] بالعطف .

مسألة ٤٦٦

إذا طاف أربعة أشواط و تحلل ، وقع التحلل ، ويقوم الدم مقام الباقي

٨٥٢٤ – قال أصحابنا : إذا طاف أربعة أشواط و تحلل : وقع التحلل ، ويقوم الدم مقام الباقي ، وحكى ابن الحسن : أنه لو طاف ثلاثة أشواط وأكثر الرابع : جاز التحلل [1] .

٨٥٢٥ – وقال الشافعي : إن ترك خطوة من الطواف : لم يتحلل من إحرامه [2] .

٨٥٢٦ – والكلام يقع في مواضع :

٨٥٢٧ – أولها : أن الركن هو الأكثر ، والدليل عليه : أنه ركن من أركان الحج ، فالمداومة إلى آخره لا يكون ركنًا ، كالوقوف .

٨٥٢٨ – ولأنه مفعول بعد أكثر الطواف : فلم يكن ركنًا ، كالوقوف ، وركعتي الطواف .

٨٥٢٩ – ولأنه يأتي بأكثر الأشواط ، فصار كما لو طاف وسعى وترك الرمل .

٨٥٣٠ – والدليل على جواز التحلل بعد أكثر الطواف : أن الجماع معنى يحظره الإحرام ، فصار استباحته قبل استيفاء [طواف الحج من غير عذر ، كالطيب ،

---

(١) قوله : وأكثر الرابع ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش راجع المسألة في : المبسوط ، الباب السابق (٤/٤٢ ، ٤٣) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما مقداره (٢/١٣٢) ، متن القدوري ، باب الجنايات ص٣٠ ، فتح القدير مع الهداية ، باب الجنايات (٣/٥٤-٥٦) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (٤/٢٨٥ ، ٢٨٦) .

(٢) راجع المسألة في : الأم ، باب كمال عمل الطواف (٢/١٧٨) ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١٠٩ب) ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ورقة (١٨٦ب ، ١٨٧أ) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٨/٢١ ، ٢٢) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع ، الفصل السابق (٧/٣٠٣ ، ٣٠٤) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما : مثل قول الشافعي ، إذا بقي شيء من الأشواط السبعة ، لم يصح طوافه ، سواء قلّت البقية أو كثرت . راجع المسألة في : المنتقى ، في ركعتا الطواف (٢/٢٨٩) ، الكافي لابن عبد البر ، باب ما لا يجبر بالدم دون الإتيان به (١/٤٠٧) ، والمغني ، باب صفة الحج (٣/٤٦٤ ، ٤٦٥) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (١/٤٣٤) .

واللمس ، والحلق . ولأنه أحد التحللين ، فجاز أن يقع قبل استيفاء] [١] الطواف ، كالأول .

٨٥٣١ – ولأنه أتى [٢] بأكثر الطواف : فجاز له التحلل ، كما لو طاف راكبًا [٣] .

٨٥٣٢ – ولأنه لو خالف في وقت الإحرام صح إحرامه ، فإذا خالف في وقت التحلل جاز أن يصح ؛ لأن كل واحد منهما ركن في أحد طرفي الحج .

٨٥٣٣ – ولأن ما يقع به التحلل يجوز أن يقوم الأكثر مقام جميعه في جواز التحلل ، كذبح دم الإحصار إذا قطع أكثر العروق .

٨٥٣٤ – فإن قيل : الواجب هناك هو [٤] الجميع ، وما زاد على الواجب لا يجوز قطعه .

٨٥٣٥ – والفصل الثالث / أن الدم يقوم مقام بعض الأشواط ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « من ترك نسكًا فعليه دم » [٥] . ولا نسك ذو عدد [٦] فجاز أن يقوم الدم مقام بعض أفعاله ، كالرمي وطواف الصدر .

٨٥٣٦ – ولأنه ركن من أركان الحج : فجاز أن يقوم الدم مقام الجزء منه ، كطواف الصدر.

٨٥٣٧ – ولأنه ركن من أركان الحج [٧] ، فجاز أن يكون لجبرانه بغير جنسه مدخل فيه ، كالإحرام والوقوف .

٨٥٣٨ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴾ [٨] وهذا مبهم ، وقد بينه رسول الله ﷺ بفعله ، فطاف سبعًا ، فصار ذلك بيانًا للآية ، فصار كأنه قال :

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (ص) : [يأتي] . (٣) في (ص) : [ركنا] ، مكان : [راكبا] .

(٤) لفظ : [هو] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) لم نقف على هذا الحديث مرفوعا بعد. وقد أخرج مالك من حديث ابن عباس ﷺ موقوفا عليه في الموطأ ، في كتاب الحج ، باب ما يفعل من نسي من نسكه شيئا (٤١٩/١) ، الحديث (٢٤٠) بلفظ : من نسي من نسكه شيئا ، أو تركه فليهرق دما ، والدارقطني في السنن ، كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٤٤/٢) ، الحديث (٣٧) ، والبيهقي في الكبرى ، كتاب الحج ، باب من ترك شيئا من الرمي حتى يذهب أيام منى (١٥٢/٥) . انظر تخريجه أيضا في الهداية في تخريج أحاديث البداية (٤١٦/٥ ، ٤١٧) ، الحديث (٩٧٦) .

(٦) في (م) : [ذوا عدد] ، وفي (ع) : [لا نسك ذو عدد] بدون العطف .

(٧) لفظ : [الحج] ساقط من (ع) . (٨) سورة الحج : الآية ٢٩ .

وليطوفوا بالبيت سبعة أشواط .

٨٥٣٩ - وهذا كقوله تعالى : ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ [١] ، وبينه عليه الصلاة والسلام بعدد الركعات ، وهذا وقد قال : « خذوا عني مناسككم » [٢] .

٨٥٤٠ - قلنا : أما الآية فتقتضي وجوب شوط [٣] أوجبناه بالإجماع ، فلم نسلم أن فعله بيان ، ولو سلمنا ذلك اقتضى وجوب الأشواط السبعة ، وكذلك نقول [٤] .

٨٥٤١ - وليس في الوجوب ما يدل على أنها ركن ، وكذلك الجواب عن قوله : « خذوا عني مناسككم » ، فأكثر [٥] الأحوال أن يدل على وجوب الأشواط ، وليس ما كان واجبًا كان ركنًا [٦] على أنا بينا : أن وجوب الأخذ لا يقتضي وجوب المأخوذ [٧] .

٨٥٤٢ - فإن قيل : إذا ثبت وجوب الأشواط لم يسقط إلا بفعلها .

٨٥٤٣ - قلنا : واجبات الحج منقسمة ، منها : ما لا يسقط الفرض إلا بفعلها ، ومنها : ما يسقط فرضها بفعل ما يقوم مقامها ، مثل : رمي الجمار ، والإحرام من الميقات [٨] ، والمداومة على الوقوف ، والوقوف بالمزدلفة ، وطواف الصدر .

٨٥٤٤ - قالوا : إنها عبادة تفتقر إلى النية فإذا أخل [٩] بعددها : لم يقم غيرها مقامها ، كالصلاة .

٨٥٤٥ - قلنا : هذا يبطل بمسألتين ، أحدهما : إذا صلى المسافر ركعتين ، قامت [١٠] نية القصر مقام ما أخل به من الظهر ، والجمعة عندهم ظهر تقوم الخطبة مقام ما أحل به منها .

٨٥٤٦ - ويبطل بطواف الصدر .

٨٥٤٧ - والمعنى في الصلاة : أنه إذا أتى ببعض ركعاتها وتراخى الباقي عن المفعول : بطل ، فاستحال أن يقوم غيره مقامه ، فلم يجز أن يقوم عن بعض واجباتها غيرها ،

---

(١) ورد قوله تعالى : ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ في سورة البقرة ، الآية (٤٣ ، ٨٣ ، ١١٠) ، وسورة النساء ، الآية (٧٧) ، وسورة الروم ، الآية (٣١) ، وسورة النور ، الآية (٥٦) ، وسورة المزمل ، الآية (٢٠) .

(٢) تقدم تخريجة في مسألة (٤٢٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [شرط] .

(٤) في (م) : [يقول] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بأكثر] .

(٦) لفظ : [ركنا] ساقط من (ع) .

(٧) قاعدة : وجوب الأخذ لا يقتضي وجوب المأخوذ .

(٨) قوله : [من الميقات] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [فإذا دخل] .

(١٠) لفظ : [قامت] ساقط من (ع) .

وجنس المناسك فيها ما يقوم الدم مقام جميعها ، كالرمي والوقوف بالمزدلفة ، فجاز أن يقوم مقام بعض الواجب (١) منها .

٨٥٤٨ - قالوا : ترك من الطواف ما لا يسقط إلى غير بدل ، كما لو ترك أربعة أشواط . ولأنه لم يستوف عدد طوافه ، فوجب أن لا يخرجه ؛ أصله : إذا طاف ثلاثا .

٨٥٤٩ - قلنا : الأقل (٢) لا يقوم مقام الجميع في الأصول ، والأكثر يقوم مقامه ، بدلالة استصحاب النية في أكثر نهار الصوم يقوم مقام استصحابها في الجميع في النافلة عندنا وعندهم ، وفي رمضان عندنا ، والصوم في أكثر الحول كالصوم في جميعه ، والمدرك في كل الركعة ولأكثر الرابعة (٣) وأفعالها سواء (٤) ، وقطع أكثر العروق في الذكاة (٥) يقوم مقام جميعها ، والأول يقوم مقام الجميع . وكذلك يجوز أن يكون أكثر فعل الأشواط في وقوع التحلل يقوم مقام الجميع ، وإن كان فعل الأكثر لا يقوم مقام الجميع ، يبين (٦) ذلك : أن من أحرم ووقف ورمى [لم يلحقه فساد فعل الركن الواحد ، كفعل الركنين والرمي] (٧) في منع الفساد ، واختلف في ذلك حكم القلة والكثرة ، كذلك في مسألتنا .

٨٥٥٠ - فإن قيل : قيام الأكثر مقام [الجميع نادر (٨) ، وأكثر الأصل على خلاف ذلك وإن كثر عدد الركعات لا يقوم مقام] (٩) الجميع ، وكذلك أكثر أعضاء الوضوء ، وأكثر غسل البدن من الجنابة (١٠) ، وأكثر الأذان والإقامة ، وأكثر صيام (١١) رمضان ، وسائر صيام الكفارات ، وأكثر النصاب ، وأكثر الزكاة .

٨٥٥١ - قلنا : نحن لا نستدل بأصول على جواز قيام الأكثر مقام الجميع ، وإنما دللنا بما ذكرنا على أن حكم الإتيان بالأقل مخالف للإتيان بالأكثر في الأصول (١٢) ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [الواجبة] .
(٢) في (م) ، (ع) : [الأول] .
(٣) في (م) ، (ع) : [الركعة] .
(٤) في (م) : [سواد] .
(٥) في (ع) : [المذكاة] .
(٦) في (م) ، (ع) : [فتبين] .
(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (م) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (ص) : [ناذر] بالذال المعجمة ، قاعدة : قيام الأكثر مقام الجميع نادر .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٠) قوله : [من الجنابة] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(١١) في (م) ، (ع) : [قيام] ، مكان : [صيام] .
(١٢) قاعدة : حكم الإتيان بالأقل مخالف للإتيان بالأكثر في الأصول .

فإذا بين أصولًا أُخَرَ لا يقوم الأكثر فيها [1] مقام الجميع ؛ لم يمنع ذلك فساد ما اعتبروه وذكروه من الاعتبار .

٨٥٥٢ - ثم الأصول إذا انقسمت : كان اعتبار مسألتنا بما ذكرنا أولى [2] ؛ لأنا بينا : أن في جنسها ما يقوم البدل عنه مقام جميعه [3] ، فأولى في مثله الخلاف أن يقوم مقام بعضه .

٨٥٥٣ - فإن قيل : لو قام الأكثر مقام الجميع ، لم يحتج إلى الجبران .

٨٥٥٤ - قلنا : إنما يقوم مقام الجميع في وقوع التحلل ، ويقوم الدم مقام ما بقي من الأشواط .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [منها] ، مكان : [فيها] .

(٢) لفظ : [أولى] ساقط من (ع) .

(٣) في (ع) : [جميعها] .

مسألة ٤٦٧

إذا طاف طواف الفرض راكبا من غير عذر لزمه الإعادة

٨٥٥٥ - قال أصحابنا : إذا طاف طواف الفرض راكبًا من غير عذر : لزمه الإعادة ، فإن لم يعد : فعليه دم (١) .

٨٥٥٦ - وقال الشافعي : الأفضل أن يطوف ماشيًا ، فإن طاف راكبًا من غير عذر : فلا شيء عليه ، وإن نذر أن يحج ماشيًا فطاف راكبًا ؛ فمنهم من قال : يجب عليه [الدم ، ومنهم (٢) من قال : يجب] (٣) بمعنى الاستحباب (٤) .

٨٥٥٧ - لنا : أنه قد ترك المشي في الطواف من غير عذر : فكان تاركا لواجب ، كما لو طاف زحفًا .

٨٥٥٨ - ولأنه فرض يجب بالطهارة ، فلا يجوز أداؤه راكبًا من غير عذر ، كالصلاة .

---

(١) راجع المسألة في : الأصل ، الباب السابق (٣٩٨/٢ ، ٣٩٩) ، أحكام القرآن للجصاص ، باب طواف الراكب (٩٩/١) ، المبسوط ، الباب السابق (٤٤/٤ ، ٤٥) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما شروطه وواجباته (١٣٠/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، باب الإحرام (٤٩٥/٢) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٥٤/١) .

(٢) قوله : [ومنهم] ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لمعنى الاستحباب] . راجع المسألة في : الأم ، في : الطواف راكبًا (١٧٣/٢ ، ١٧٤) ، النكت العنوان السابق ، ورقة (١١٠أ) ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٨٧أ) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٨٢/٣) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٢٦/٨ ، ٢٧) . قال الباجي في المنتقى : وأما من طاف راكبًا أو محمولًا لغير عذر : فقد قال القاضي أبو محمد في إشرافه : لا يكره له ذلك ، وقال محمد عن مالك : لا يجزئه ، وإنما يريد بذلك نحوًا مما ذهب إليه أبو محمد ؛ لأنه روى عن مالك : أنه قال : يعيد طوافه ، فإن لم يفعل فليبعث بهدي . راجع المسألة في : المدونة ، العنوان السابق (٣١٧/١) ، المنتقى ، في جامع الطواف (٢٩٥/٢) ، بداية المجتهد ، العنوان السابق (٣٩٠/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق ص١٢٦ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٦٨/٢ ، ١٦٩) . وقال ابن قدامة في المغني : أما الطواف راكبًا أو محمولًا لغير عذر : فمفهوم كلام الخرقي : أنه لا يجزئ ، وهو إحدى الروايات عن أحمد ، ثم قال : والثانية : يجزئه ويجبره بدم ، ثم قال : والثالثة : يجزئه ، ولا شيء عليه ، اختارها أبو بكر . راجع تفصيل المسألة في : المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٨٣/١) ، مسألة (١٧) ، المغني باب ذكر الحج ودخول مكة (٣٩٧/٣ ، ٣٩٨) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٣٥/١ ، ٤٣٦) .

٨٥٥٩ - أو نقول : فلزمه بأدائه راكبًا مع القدرة ما يلزمه بأدائه قاعدًا ، كالصلاة .

٨٥٦٠ - وإذا ثبت أنه لا يجوز فعلها قاعدًا من غير عذر ، [فلا يجوز راكبًا على الراحلة من غير عذر] [١] ، كالصلاة المكتوبة .

٨٥٦١ - ولأنها عبادة مفروضة معلقة [٢] بالبيت ، كالصلاة .

٨٥٦٢ - وإذا ثبت أنه لا يجوز فعلها راكبًا : ثبت وجوب الدم ؛ لأن أحدًا لا يفصل بينهما .

٨٥٦٣ - فإن قيل : حكم الطواف مفارقٌ للصلاة ، بدلالة أن صلاة الراكب في الفرض لا يعتد بها من غير عذر .

٨٥٦٤ - قلنا : لا فرق بينهما عندنا ؛ لأن الإعادة واجبة عندنا ، إلا أنه إذا ترك القضاء في الصلاة لم يقم غيرها مقامها ، وإذا ترك الإعادة في الطواف قام الدم مقامه .

٨٥٦٥ - وهذا الاختلاف يعود إلى أن المناسك لها بدل ، والصلاة لا بدل لها .

٨٥٦٦ - فإن قيل : فلِمَ لم يقم [٣] الدم مقام الطواف في الأصل ؟

٨٥٦٧ - قلنا : لو قام مقامه : لوقع التحلل به ، والدم لا يتحلل به في غير الإحصار ، وإذا طاف على وجه منهي عنه : وقع التحلل ، وبقي [٤] طواف واجب بعد التحلل ، فيقوم الدم مقامه ، كما يقوم الدم مقام طواف الصدر

٨٥٦٨ - احتجوا : بما روى جابر ﷺ قال : « طاف رسول الله ﷺ في حجة الوداع على راحلته بالبيت ، وبين الصفا والمروة ، كي يراه الناس وليشرف عليهم ، ويسألوه ، فإن الناس غَشَوْه » [٥] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش.

(٢) في (م) ، (ع) : [مكتوبة مفروضة] ، مكان : [مفروضة معلقة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلم لا يقم] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وهو] ، مكان : [وبقي] .

(٥) في (ص) : [عشيرة] ، وفي (م) ، (ع) : [عشيرته] ، مكان : [غشوه] ، والمثبت من كتب السنة . أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، في باب جواز الطواف على بعير وغيره (٩٢٦/٢ ، ٩٢٧) ، الحديث (٢٥٤ ، ١٢٧٣/٢٥٥) ، وأبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب الطواف الواجب (٤٧٢/١) ، والنسائي في المجتبى ، في كتاب مناسك الحج ، في الطواف بين الصفا والمروة على الراحلة (٢٤١/٥) .

٨٥٦٩ - قلنا : قد بين جابر العذر الذي لأجله فعل ذلك ، وهو حاجته إلى البيان لعشيرته [١] وعندنا لو فعله لعذر جاز ، وقد روى عكرمة ، عن ابن عباس ﷺ : « أن رسول الله ﷺ قدم مكة وهو يشتكي ، فطاف على راحلته » [٢] ، فدلَّ : أنه فعل ذلك لعذر .

٨٥٧٠ - قالوا : قال [٣] الشافعي : لا يُعْرَفُ هذا .

٨٥٧١ - قلنا : يجب أن يعرف فإن أبا داود ذكره بإسناد صحيح ، وذكر عن أم سلمة : أنها قالت : « شكوت إلى رسول الله ﷺ أني أشتكي ، فقال : طوفي من وراء الناس ، وأنت راكبة » [٤] ، فذكرت الحكم والسبب .

٨٥٧٢ - قالوا : فجابر ﷺ نقل سببًا آخر .

٨٥٧٣ - قلنا : لا يمتنع أن يجتمع السببان [٥] .

٨٥٧٤ - قالوا : فقد طاف راكبًا حين اعتمر من الجعرانة ، وفي حجة الوداع ، فلابد أن يكون أحدهما لغير عذر .

٨٥٧٥ - قلنا : ما الذي يمنع من اتفاق العذر في الحالتين ، ويكفي تجويز العذر وإن لم ينقل .

٨٥٧٦ - قالوا : ركن من أركان الحج ، فجاز راكبًا وماشيًا [٦] ، كالوقوف .

٨٥٧٧ - قلنا : نقلب ، فنقول [٧] : فكان حكم المؤدى له [راكبا حكم المؤدي له] [٨] قاعدًا .

٨٥٧٨ - ولأن الوقوف لما جاز قاعدًا من غير عذر ، جاز راكبًا ، والطواف بخلافه .

---

(١) في (ص) ، (م) : [عشرة] ، بدل : [لعشيرته] .

(٢) هذا جزء من حديث ابن عباس ﷺ ، أخرجه أبو داود في نفس المصدر السابق (٤٧٢/١) ، البيهقي في الكبرى ، في الباب السابق (٩٩/٥ ، ١٠٠) ، وأحمد في المسند في مسند عبد الله بن عباس ﷺ (٣٠٤/١) .

(٣) لفظ : [قال] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) متفق عليه أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب المريض يطوف راكبا (٢٨٣/١) ، ومسلم في المصدر السابق (٩٢٧/٢) ، الحديث (١٢٧٥/٢٥٧) ، وأبو داود في نفس المصدر السابق (٤٧٢/١) ، والنسائي في السنن ، في كتاب مناسك الحج ، في كيف طواف المريض (٢٢٣/٥) .

(٥) قاعدة : لا يمتنع أن يجتمع السببان .

(٦) في (م) ، (ع) : [ماشيا] بدون العطف .

(٧) قوله : [فنقول] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) مابين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

ولأن حكم الركنين (١) مختلف ؛ لأنه يستحب للإمام الوقوف على راحلته في الوقوف ، ويستحب للطائف أن لا يفعل ذلك .

٨٥٧٩ – قالوا : ركن لو أتى به المريض (٢) على صفته لم يَجْبره بدم ، فكذلك الصحيح ، كما لو ترك الرمل والاضطباع .

٨٥٨٠ – قلنا : حكم النسك إذا ترك لعذر مخالف لحكمه إذا ترك لغير عذر (٣) ، بدلالة طواف الصدر .

٨٥٨١ – ولأن الرمل عند الركن والمشي نفس الفعل (٤) ، بدلالة أن الناذر للرمل إذا تركه لم يجب به شئ ، والناذر للمشي إذا تركه وجب عليه الدمُ ، فدلَّ على افتراقهما .

* * *

(١) في (ع) : [الركن] . (٢) في (م) ، (ع) : [للمرض] .

(٣) قاعدة : حكم النسك إذا ترك لعذر مخالف لحكمه إذا ترك لغير عذر .

(٤) لفظ : [الفعل] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة / ٤٦٨

إذا طاف حاملًا لغيره ونوى كل واحد منهما الطواف ، أجزأهما

٨٥٨٢ - قال أصحابنا : إذا طاف حاملًا لغيره ونوى كل واحد منهما الطواف : أجزأهما (١) .

٨٥٨٣ - وقال الشافعي : الطواف للحامل دون المحمول ، وقال في قول آخر : الطواف للمحمول دون الحامل (٢) .

٨٥٨٤ - لنا : أنه ركن من أركان الحج فإذا فعله حاملًا لغيره : سقط فرضه ، كالوقوف ؛ ولأن كل واحد منهما كائنٌ في مواضع الطواف مع النيَّة ، فكأنه طاف بنفسه .

٨٥٨٥ - ولأن الحامل فاعلٌ للطواف ، وحمله لغيره كحمله لمتاع ، فلا يمنع ذلك من صحة طوافه ، والمحمول حاصل في أماكن الطواف ، كالراكب .

٨٥٨٦ - احتجوا : بأن الفعل للحامل ، فلا يجوز أن يتأدى بفعل واحد طوافان ، وقد جاز فعله عن طواف نفسه ، فلم يجز عن طواف المحمول .

٨٥٨٧ - قلنا : هذا يبطل بمن وقف بعرفة وهو حاملٌ لغيره .

٨٥٨٨ - ولأن هذه دعوى لا دلالة عليها ؛ لأن الفعل الواحد يجوز أن يسقط به (٣)

---

(١) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي ، باب وجوب الحج ص٦٠ ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما ركنه (١٢٨/٢) .

(٢) قال النووي في المجموع : قال القاضي أبو الطيب في كتابه التعليق : نص الشافعي في الإملاء : أن الطواف للحامل ، ونص في مختصر الحج : أنه للمحمول ، والأصح : أنه للحامل . راجع المسألة في : الأم ، في الرجل يطوف بالرجل يحمله (٢١١/٢) ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١١٠أ) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٨٢/٣) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٢٨/٨ ، ٢٩) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الفصل السابق ، بذيل المجموع (٣٣٩/٧-٣٤١) . قال الباجي في المنتقى : وأما إن كان محمولًا فيجب أن يكون الطائف به لا طواف عليه ؛ لأن الطواف صلاة ، فلا يصلى عن نفسه وعن غيره . راجع المنتقى ، العنوان السابق (٢٩٥/٢) . وقال الحنابلة : من طِيفَ به محمولًا ، كان الطواف له دون غيره. راجع المغني ، كتاب الحج (٢٥٦/٣) .

(٣) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

فرضان [1] ، كمن وقف وهو يصلي يسقط فرض الصلاة والوقوف ، كذلك يسقط بالفعل فرضه وفرض غيره .

٨٥٨٩ – ولأن الراكب يجوز طوافه لحصوله في أماكن الطواف ، لا لأن فعل الدابة قائم مقام فعله ، ألا ترى : أن فعل البهائم لا تسقط [2] به العبادة ، فإذا لم يعتبر فعل الحامل في إسقاط فرض المحمول ، فالحامل أسقط فرضه بفعله ، والمحمول أيضًا ، لحصوله في أماكن الطواف ، فبطل ما قالوه .

* * *

(١) قاعدة : الفعل الواحد يجوز أن يسقط به فرضان .

(٢) في (م) : [لا يسقط] .

مسألة ٤٦٩

ركعتا الطواف واجبتان

٨٥٩٠ – قال أصحابنا : ركعتا الطواف واجبتان [١] . وهو [٢] أحد قولي الشافعي رحمه الله ، وقال في قول آخر : إنهما نافلتان [٣] .

٨٥٩١ – لنا : حديث جابر قال لما طاف رسول الله ﷺ بالبيت قرأ : ﴿ وَٱتَّخِذُواْ مِن مَّقَامِ إِبْرَٰهِـۧمَ مُصَلًّى ﴾ [٤] ، فصلى ركعتين خلف المقام » [٥] ، وهذا يدل : أنها مؤداة بالآية ، وهو أمر بها ، فاقتضت الوجوب .

٨٥٩٢ – قالوا : هذا أمر باتخاذ البقعة مصلى .

٨٥٩٣ – قلنا : البقعة متخذة مصلى قبل شريعتنا ، وهو أمر لنا ، فلا يجوز أن يحمل

---

(١) راجع المسألة في : تحفة الفقهاء ، باب الإحرام (٤٠٢/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان سنن الحج (١٤٨/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، الباب السابق (٤٥٦/٢) ، البناية مع الهداية ، باب الإحرام (٧٨/٤-٨٠) الاختيار ، كتاب الحج (١٤٨/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٧٣/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وهذا] .

(٣) قال النووي في المجموع : اتفق الجمهور على أن الأصح من القولين : أن ركعتي الطواف سنتان ، راجع المسألة في : النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١١٠ أ) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٨٧/٣) ، المجموع مع المهذب الباب السابق (٤٩/٨ ، ٥١) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع ، (٣٠٥/٧-٣٠٨) . اختلف أصحاب مالك في حكم ركعتي الطواف ، قال الباجي في المنتقي : قال القاضي أبو محمد : إنها سنَّة ، ويجبُ بفواتها الدمَ ؛ قال القاضي أبو الوليد : والأظهر عندي أنها واجبة في الطواف الوجب ويجب بالدخول في التطوع . راجع المسألة في : المنتقى ، في إهلال أهل مكة ومن بها من غيرهم . وفي ركعتي الطواف (٢٢١/٢ ، ٢٨٨) ، بداية المجتهد ، في القول في الطواف بالبيت والكلام في الطواف (٣٥٥/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق ص١٢٦ . وقال أحمد وأصحابه : ركعتا الطواف سنة مؤكدة ، غير واجبة . راجع المسألة في : الإفصاح ، كتاب الحج (٢٧٢/١ ، ٢٧٣) ، المغني ، باب ذكر الحج ودخول مكة (٣٨٤/٣) ، الكافي لابن قدامة الباب السابق (٤٣٥/١) .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٢٥ .

(٥) هذا جزء من حديث جابر رضي الله عنه ، أخرجه مسلم بطوله ، في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ (٨٨٧/٢ ، ٨٨٨) ، الحديث (١٢١٨/١٤٧) ، وأبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب صفة حجة النبي ﷺ (٤٧٩/١) ، والترمذي مختصرًا ، في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء أنه يبدأ بالصفا قبل المروة (٢٠٧/٣) ، الحديث (٨٦٢) ، والنسائي مختصرًا ، ومطولًا ، في المجتبى ، في كتاب مناسك الحج ، القول بعد ركعتي الطواف (٢٣٥/٥ ، ٢٣٦) .

إلا على فعل الصلاة .

٨٥٩٤ - ولأنه ركن من أركان الحج يعني الطواف ، فكان من توابعه ما هو واجب ، كالوقوف .

٨٥٩٥ - فإن قيل : المعنى في الرمي : أنه يختص بوقت ، فلذلك كان واجبًا ، فالصلاة في مسألتنا ليس لها وقت راتب .

٨٥٩٦ - قلنا : واجبات الحج منها : (١) ما له وقت راتب ، ومنها : ما يتقدم فعله (٢) عليه ، ولا يختص بنفسه في وقت ، كالسعي .

٨٥٩٧ - ولأنها قربة لا يجوز تقديمها على فعل الطواف ، كالسعي ؛ ولأنها عبادة .

٨٥٩٨ - ولا يلزم صلاة الجنازة ؛ لأن الصلاة المعهودة من جنسها ما يجب في الحج والعمرة ؛ كالطواف ، وقد أوجبناها .

٨٥٩٩ - احتجوا : بحديث طلحة بن عبيد اللّه » أن النبي ﷺ قال للأعرابي : خمس صلوات في اليوم والليلة ، فقال : هل عَليَّ غيرها ؟ قال (٣) : لا ، إلا أن تطوع » (٤) .

٨٦٠٠ - قلنا : خمس كتبهن اللّه تعالى ، فقال : هل على غيرها مكتوبة ؟ فركعتا الطواف واجبة (٥) غير مكتوبة .

٨٦٠١ - ولأنها وجبت عندنا بالآية ، فيجوز أن يكون قبل نزول الآية .

٨٦٠٢ - قالوا : صلاة ذات ركوع ليس لها وقت راتب : فلم تكن واجبة بأصل الشرع ، كصلاة الكسوف .

٨٦٠٣ - قلنا : إن كان التعليل للجملة : فلا نسلم الوصف ؛ لأن طواف الحج عندنا موقت (٦) بأيام النحر ، والركعتان تتعقبها ، فهي مؤقتة بتوقيته (٧) .

٨٦٠٤ - ولأن المعنى في صلاة الكسوف : أنها لا ترتب على فعل هو (٨) [نسك] فلم تكن واجبة بحكم النسك ، ولما كانت هذه الصلاة مرتبة على نسك وترتب عليها ،

---

(١) لفظ : [منها] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [فعل] بدون الهاء .

(٣) في (م) ، (ع) : [فقال] .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (١٤٩) .

(٥) لفظ : [واجبة] ساقط صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [يوقت] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بوقته] .

(٨) لفظ : [هو] ساقط من (ع) .

جاز أن يجب [١] بحكم النسك .

٨٦٠٥ - قالوا : الصلاة الواجبة بأصل الشرع ما كانت أصلًا بنفسها [٢] غير تبع لغيرها ، كالصلاة الراتبة ، فلما كانت هذه تبعًا لغيرها ثبت أنها غير واجبة بأصل الشرع .

٨٦٠٦ - قلنا : سائر التوابع لما كان تبعًا لغيرها ولا ترتب عليها واجب لم يجب [٣] ، ولما كان هاهنا يترتب عليها ، كانت الركعتان واجبتين [٤] وتبعها واجب ؛ دل أن [٥] التفرقة بينهما ومفارقتهما لتوابع الصلوات [٦] .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [أن يحكم] ، مكان : [أن يجب] .
(٢) في (م) ، (ع) : [في نفسها] .
(٣) قاعدة : ما كان تبعا لغيره ولا يترتب عليه واجب لا يكون واجبًا .
(٤) في سائر النسخ : [واجبتان] ، والصواب ما أثبتناه .
(٥) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [الصلاة] .

مسألة ٤٧٠

السعي بين الصفا والمروة ليس بركن بل هو واجب

٨٦٠٧ - قال أصحابنا : السعي بين الصفا والمروة ليس بركن ، بل هو واجب ، فإن تركه ، فعليه دم [١] .

٨٦٠٨ - وقال الشافعي : هو ركن ، وإن ترك شوطًا [٢] منه لم يتحلل أبدًا [٣] .

٨٦٠٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَاۚ ﴾ [٤] وهذا اللفظ يقتضي الإباحة .

---

(١) راجع المسألة في : الأصل ، باب السعي بين الصفا والمروة (٤٠٧/٢ ، ٤٠٩) ، أحكام القرآن للجصاص باب السعي الخ (٩٦/١ - ٩٨) ، المبسوط ، باب السعي إلخ (٥٠/٤ ، ٥١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما واجبات الحج (١٣٣/٢ ، ١٣٤) ، فتح القدير مع الهداية ، الباب السابق ، وباب الجنايات (٤٦٠/٢ - ٤٦٢) ، (٥٩/٣) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق وباب الجنايات (٨٧/٤ - ٨٩ ، ٢٩٠) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب الجنايات (٢٩٤/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [شرطا] ، مكان : [شوطا] .

(٣) لفظ : [أبدا] ساقط من (ع) . راجع تفصيل المسألة في : النكت ، الباب السابق ، ورقة (١١١أ) ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٨٧أ ، ب) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٨٨/٣) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٦٣/٨ ، ٧٧ ، ٧٨) ، فتح العزيز بذيل المجموع ، الفصل الخامس في السعي (٣٤٨/٧) ، معالم السنن ، في ومن باب الطواف بين الصفا والمروة (١٩٥/٢ ، ١٩٦) ، شرح السنة للبغوي كتاب الحج ، السعي بين الصفا والمروة (١٤٠/٧) . وقال مالك وأصحابه : مثل قول الشافعي ، إن السعي بين الصفا والمروة ركن من أركان الحج ، لا ينوب عنه دم ، راجع المنتقى ، فى جامع السعي (٣٠١/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، باب فرض الحج ومن يجب عليه ... الخ (٣٥٩/١) ، بداية المجتهد ، في القول في السعي بين الصفا والمروة (٣٥٨/١) ، شرح الزرقاني (٢٦٦/٢) ، أحكام القرآن لابن العربي (٤٨/١) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٦٧/٢ ، ١٦٨) . قال أحمد في أظهر روايتيه ، مثل قول الشافعي ومالك : إنه ركن لا يتم الحج إلا به ، وقال في الثانية : إنه سنة ، لا شيء على تاركه . قال ابن قدامة : قال القاضي : الصحيح أنه واجب ، يجبره الدم . راجع المسألة فى : المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٨٤/١) ، مسألة (١٨) ، الإفصاح ، كتاب الحج (٢٦٩/١) ، المغني ، الباب السابق (٣٨٩/٣ ، ٣٩٠) ، الكافي لابن قدامه ، الباب السابق (٤٣٩/١ ، ٤٤٠) ، العدة ، باب أركان الحج والعمرة ص٢٠٦ ، ٢٠٧ .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٥٨ .

٨٦١٠ - وفي قراءة ابن مسعود، وابن عباس ﷺ: « فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما »[(١)]، وهذا[(٢)] ينفي الوجوب.

٨٦١١ - فإن قيل: الآية خرجت على سبب، وهو أنه كان عليه أصنام إساف، ونائلة[(٣)]، وكانت الجاهلية تطوف[(٤)] بكل واحد منهما، فلما جاء الإسلام تحرج[(٥)] الناس عن الطواف، فنزل القرآن بإباحة ذلك.

٨٦١٢ - قلنا: خروجه علي هذا السبب لا يمنع الاستدلال بالظاهر على نفي الوجوب؛ لأن السعي لو كان واجبًا لم يذكر لفظ الإباحة، بل يذكر الوجوب، فيفهم الإباحة بمضمونه.

٨٦١٣ - فإن قيل: قد اتفقنا على ترك ظاهرها؛ إذ السعي عندكم واجب، وليس بمباح.

٨٦١٤ - قلنا: قد دلت الآية على نفي الوجوب ومنعه من كونه ركنًا، فإن الدليل على غير الوجوب نفي المعنى الآخر، وهو الركن على ظاهره.

٨٦١٥ - قالوا: قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ حَجَّ ٱلْبَيْتَ أَوِ ٱعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ ﴾[(٦)]، كلام تام دل على جواز الإفراد والتمتع، وقوله: ﴿ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَاۚ ﴾ ابتداء كلام، كأنه قال: عليه أن يطوف بهما.

٨٦١٦ - قلنا: هذا غلط؛ لأن قوله: ﴿ فَمَنْ حَجَّ ٱلْبَيْتَ ﴾ جواب الشرط في قوله: ﴿ إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ ﴾، فلا يجوز أن يحمل على إباحة الإفراد، والتمتع؛ لأنه ينقطع عن الشرط.

٨٦١٧ - ثم قوله: ﴿ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَاۚ ﴾ لا يصح الابتداء به، فلابد أن تعلق بقوله: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ ﴾ حتى يستقل.

٨٦١٨ - قالوا: فالآية نزلت في الطواف بهما، والخلاف في الطواف بينهما.

٨٦١٩ - قلنا: لم يثبت في الإسلام طواف يتعلق بالصفا والمروة، إلا الطواف بينهما، يبين ذلك: ما روى ابن شهاب، عن عروة، قال: سألت عائشة

---

(١) ذكرها القرطبي، في الجامع لأحكام القرآن، في سورة البقرة (١٦٧/٢).

(٢) قوله: [وهذا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش.

(٣) في (ع): [ناهلة].

(٤) في (م): [يطوف].

(٥) في (م) ، (ع): [يخرج].

(٦) سورة البقرة: الآية ١٥٨.

[رضي الله عنها] [(١)] ، فقلت : أرأيت قول الله ﷻ : ﴿ إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ فَمَنْ حَجَّ ٱلْبَيْتَ أَوِ ٱعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَا ﴾ ؟ قال : فقلت لعائشة : والله ما على أحد جناح أن لا يطوف بين الصفا والمروة ، قالت عائشة : بئس ما قلت يا ابن أخي ، لو كان [(٢)] كذا ، لكانت الآية : فلا جناح عليه [(٣)] أن لا يطوف [(٤)] بهما إلى أن قالت : « ثم قد بين رسول الله ﷺ الطواف بهما ، فليس لأحد أن يترك الطواف بهما » [(٥)] ؛ فقد فهمت عائشة ، وعروة أن المراد بالآية : الطواف بينهما ، وجعلت عائشة ذلك بيانًا [(٦)] .

٨٦٢٠ - فإن قيل : قوله تعالى : - ﴿ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ ﴾ ، ثم قال : ﴿ لَا تُحِلُّواْ شَعَٰٓئِرَ ٱللَّهِ ﴾ [(٧)] يدل [(٨)] على الوجوب ؛ قلنا : الشعائر العلامات ، ومنه : الشعائر في الحرب ، فجعلها [(٩)] من علامات الدين بقوله : ﴿ لَا تُحِلُّواْ شَعَٰٓئِرَ ٱللَّهِ ﴾ ، معناه : لا تتجاوزوا حدوده ، ولا تضيعوها ، وهذا يدل على الوجوب ، لا على ما اختلفنا فيه .

٨٦٢١ - وقد روى الفريابي ، عن سفيان ، عن عاصم ، قال : « سألت أنس بن مالك عن الصفا والمروة ، فقال : كانا [(١٠)] من مشاعر الجاهلية ، فلما جاء الإسلام أمسكنا عنهما ، فأنزل الله ﷻ ﴿ إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ فَمَنْ حَجَّ ٱلْبَيْتَ أَوِ ٱعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَا وَمَن تَطَوَّعَ خَيْرًا فَإِنَّ ٱللَّهَ شَاكِرٌ عَلِيمٌ ﴾ [(١١)] .

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) لفظ : [كان] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [أن يطوف] ، بدون : [لا] .

(٥) متفق علي صحته ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب وجوب الصفا والمروة وجُعِلَ من شعائر الله (٢٨٥/١) ، وفي كتاب التفسير ، في سورة البقرة (١٠١/٣) / ومسلم ، في الصحيح ، في كتاب الحج باب بيان أن السعي بين الصفا والمروة ركن (٩٢٨/٢-٩٣٠) ، الحديث (٢٥٩ - ١٢٧٧/٢٦٢) ، وأبو داود ، في السنن ، في كتاب المناسك ، باب أمر الصفا والمروة (٤٧٧/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [سنَّة] ، مكان : [بيانًا] .

(٧) سورة المائدة : الآية ٢ .

(٨) لفظ : [يدل] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [يجعلها] .

(١٠) في (ص) ، (م) : [كان] .

(١١) أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب التفسير ، في سورة البقرة (١٠١/٣ ، ١٠٢) ، وأخرجه مسلم في الصحيح ، في الباب السابق (٩٣٠/٢) ، الحديث (١٢٧٨/٢٦٤) ، والترمذي ، في السنن ، في كتاب تفسير القرآن (٢٠٩/٥) .

٨٦٢٢ - ولأنها قربة لا يجوز تقديمها على الطواف : فلم يكن ركنًا ، كالركعتين .

٨٦٢٣ - ولأنه نسك ذو عدد [1] لا يتعلق بالبيت كالرمي .

٨٦٢٤ - ولأنه نسك لا يتكرر في الإحرام ، فلم يكن ركنًا فيه ، كالحلق .

٨٦٢٥ - ولأنه لو كان ركنًا ، لتكرر من جنسه ما هو واجب ليس بركن ، كالوقوف بعرفة والطواف ، فلما لم يتكرر في الإحرام ، لم يكن ركنًا .

٨٦٢٦ - ولا يلزم [2] على هذا الإحرام ؛ لأنا قلنا : ركن في الإحرام .

٨٦٢٧ - ولأنه يقع عندنا بالتلبية ، وهي تتكرر [3] .

٨٦٢٨ - ولأنه نسك يفعل بعد طواف الزيارة وقبله ، فلم يكن ركنًا ، كالرمي .

٨٦٢٩ - ولأنهما نسكان اتفقا في الاسم واختلفا في المكان ، فكان أحدهما ركنًا ، والآخر ليس بركن ، كالوقوف بعرفة والمزدلفة .

٨٦٣٠ - قالوا : المعنى في الوقوف والرمي : أنه من توابع الوقوف [4] بعرفة ، بدلالة أنه يسقط بسقوطه ، فرمي به الحج [5] ، وليس كذلك / السعي ، فإنه أصل في نفسه غير تابع لغيره ، ألا ترى : أنه يصح بعد طواف القدوم وبعد طواف الزيارة . ٥٠

٨٦٣١ - قلنا : والسعي إنما هو [6] تابع ، بدلالة : أنه لا يفعل إلا بعد تقدم طواف عليه ، إما طواف] [7] القدوم ، أو طواف الزيارة ، وإذا كان تبعًا : لم يكن ركنًا ، يبين [8] ذلك : أنه لا يصح فعله إلا بعد تقدم طواف [9] ، فلمّا انفرد الطواف عنه لم يصح إلا بتقدمه ، ويجوز أن يكون الطواف المتقدم عليه فرضًا [10] ، ويجوز أن يكون نفلًا ، فلو كان نفلًا ، لم يقف على تقدم ما ليس بفرض عليه .

---

(١) في (م) : [ذوا عدد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فلا يلزم] .
(٣) في (م) : [يتكرر] .
(٤) في (م) ، (ع) : [الوقوف والرمي] بزيادة : [الرمي] .
(٥) لفظ : [الحج] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٦) لفظ : [هو] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(٩) في (م) ، (ع) : [طواف القدوم] بزيادة : [القدوم] .
(١٠) لفظ : [فرضًا] ساقط من (ع) .

٨٦٣٢ - فإن قيل : [الطواف لا يصح بتقدم الوقوف وإن كان ركنًا .

٨٦٣٣ - قلنا : تقدم الوقوف يفسد التحريمة التي بها يصح الطواف ، فيسقط الطواف لذلك .

٨٦٣٤ - فإن قيل] (١) : السجود لا يصح إلا بعد تقدم الركوع ، وهو ركن .

٨٦٣٥ - قلنا : صحة كل واحد منهما تتعلق (٢) بصحة الآخر ، فجريا مجرى واحدًا ، وصحة الطواف لا تقف (٣) على السعي .

٨٦٣٦ - ولأن عدم كل واحد من الركوع والسجود بعد التحريمة التي بها يصح الآخر ، فلذلك لا يصح ، وهذا لا يوجد في الطواف والسعي .

٨٦٣٧ - وأما الدليل علي أن الدم يقوم مقام السعي ؛ لأنه نسك ذو عدد لا يتعلق بالبيت ، فجاز أن يقوم الدم مقامه ، [كالرمي .

٨٦٣٨ - ولأنه نسك يختص بالحرم لا يجب فيه (٤) الطهارة : فجاز أن يقوم الدم مقامه] (٥) ، كالوقوف بالمزدلفة .

٨٦٣٩ - ولأنه نسك في الإحرام ، وكان من جنسه ما يقوم مقامه ، كالوقوف (٦) والطواف .

٨٦٤٠ - احتجوا : بحديث عطاء بن أبي رباح ، عن صفية بنت شيبة ، عن حبيبة بنت أبي تِجْرَاةَ (٧) ، إحدى نساء بني عبد الدار ، قالت : « دخلت مع نسوة من قريش دار آل أبي حسين ننظر (٨) إلى رسول الله ﷺ وهو يسعى بين الصفا والمروة ، فرأيته يسعى ، وإن مئزره ليدور من شدة السعي ، حتى لأقول : إني لا أرى (٩) ركبتيه وسمعته يقول : « اسعوا ، فإن الله كتب عليكم السعي » (١٠) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش.

(٢) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

(٣) في (م) : [وصحته الطواف لا يقف] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فيها] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) : [كالموقوف] .

(٧) قال في الفتح بكسر المثناة وسكون الجيم بعدها راء ثم ألف ساكنة ثم هاء !

(٨) في (ص) : [آل بني حسن] ، وفي (م) ، (ع) : [فلا زال بني حسن ينظر] ، مكان المثبت ، والتصحيح من كتب الحديث .

(٩) في (ص) : [لا أدري] ، وفي (م) ، (ع) : [لا أرى] .

(١٠) رواه الحاكم في المستدرك ، في كتاب معرفة الصحابة (٧٠/٤) ، والدارقطني في السنن ، في كتاب =

٨٦٤١ - قلنا : مدار هذا الحديث على عبد اللَّه بن المؤمل ، قال ابن المنذر : وقد تكلم فيه [١] ، فرواه عن صفية [٢] بنت شيبة مرةً ، ومرةً يرويه عن امرأة أدركت النبي ﷺ ، ومرةً عن نسوة من بني عبد الدار ، ومرة عن صفية بنت أبي تجراة ، وفي بعض الأخبار حبيبة بنت أبي تجراة ، فهذا اضطرب في إسناده ، وفي متنه أيضا ؛ لأنها مرةً تقول : دخلت دار آل أبي حسين [٣] ومرةً تقول : كنت في خوخة ، وعامةُ الأخبار فيها : أن النبي ﷺ لما انتهي إلى السعي قال : « اسعوا ، فإن اللَّه كتب عليكم السعي » .

٨٦٤٢ - وفي بعض [٤] الأخبار عن عطاء بن أبي رباح ، قال : حدثتني صفية بنت شيبه عن امرأة ، يقال لها حبيبة بنت أبي تجراة ، قالت : دخلت دار آل أبي حسين [٥] ومعي نسوة من قريش ، والنبي ﷺ يطوف بالبيت ، حتى إن ثوبه ليدور به ، وهو يقول لأصحابه : « اسعوا ، فإن اللَّه كتب عليكم السعي » ، وهذا يقتضي السعي الذي في الطواف ، فهذا اضطراب في [٦] المتن ، ثم هذه المرأة مجهولة لا تُعرف ، وكيف يقول [٧] رسول اللَّه ﷺ ذلك لأصحابه : « اسعوا ، فإن اللَّه كتب عليكم السعي » ، ولا ينقله أحد منهم حتى تنقله امرأة لا تعرف ، ولا ينقله عنها إلا امرأة ، ثم لو ثبت اقتضى [وجوب السعي في بطن الوادي الذي أشار عليه الصلاة والسلام إليه ، وذلك

= الحج باب المواقيت (٢/٢٥٥ ، ٢٥٦) ، الحديث (٨٤-٨٩) والبيهقي في الكبرى ، الباب السابق (٥/٩٧ ، ٩٨) ، أحمد في المسند ، في حديث حبيبة بنت أبي تجراة ﵁ (٦/٤٢١ ، ٤٢٢) ، وابن عدي في الكامل ، في ترجمة عبد اللَّه بن المؤمل (٤/١٣٧ ، ١٣٨) الترجمة (١/٩٧٤) ، الشافعي في المسند ، في كتاب الحج ، الباب السادس فيما يلزم الحاج بعد دخول مكة إلى فراغه من مناسكه (١/٣٥١ ، ٣٥٢) الحديث (٩٠٧) .

(١) هو : عبد اللَّه بن المؤمل المخزومي المكي ، ضعفه يحيي بن معين ، والنسائي والدارقطني وغيرهم . وقال يحيي مرةً : ليس به بأس ، عامةُ حديثه منكر ، ومرةً ، صالحُ الحديث . وقال أحمد : أحاديثه مناكير . وقال ابن عدي : وعامة ما يرويه الضعف عليه بين . راجع ترجمته في : تاريخ عثمان بن سعيد الدارمي ص١٤٢ ، الترجمة (٤٧٦) ، كتاب الضعفاء والمتروكين ص١٤٨ ، الترجمة (٣٤٧) ، المجروحين (٢/٢٧ ، ٢٨) ، الكامل (٤/١٣٥-١٣٨) ، الترجمة (٧/٩٧٤) ، المغني ص (٣٥٩) ، الترجمة (٣٣٩٠) ، تقريب التهذيب (١/٤٥٤) ، الترجمة (٦٧٣) .

(٢) لفظ : صفية ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في سائر النسخ : [آل بني حسين] ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، كما ورد في كتب الحديث التي تقدم تخريجه منها آنفًا .

(٤) لفظ : [بعض] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (ص) : [آل بني حسين] .

(٦) الزيادة من (ع) .

(٧) في (م) : [تقول] .

السعي ليس بواجب بالاتفاق ، فإذا سقط وجوب النظر سقط] [1] وجوب ما دل عليه .

٨٦٤٣ - ولأن أكثر ما فيه أنه يدل على الوجوب ، وقد بينا : أن واجبات الحج تنقسم [2] ، فمنها : ما يقوم الدم مقامه ، ومنها : ما لا يقوم الدم مقامه ، فليس في ثبوت الحج ووجوبه ما يدل على أن الدم لا يقوم مقامه .

٨٦٤٤ - قالوا : مشي ذو عدد ، أو مشي [3] متكرر في مكان واحد ، فكان ركنًا في الحج ، كالطواف .

٨٦٤٥ - قلنا : المعنى في الطواف : أنه متعلق بالبيت ، أو يجب له الطهارة ، [فلما كان السعي نسكًا متكررًا ، أو لا يتعلق بالبيت ، أو نسكًا متكررًا لم تجب له الطهارة] [4] ، لم يكن ركنًا ، كالرمي .

٨٦٤٦ - أو نقول [5] : المعنى في الطواف : أن صحته لا تقف [6] على تقدم ما ليس بواجب عليه ، فجاز أن يكون ركنًا [7] ، ولما كان صحة السعي موقوفة على تقدم نُسُك تامة يكون ركنًا وتارةً يكون عند ركن لم يكن في نفسه ركنًا .

٨٦٤٧ - ولأن السعي لو كان ركنًا كالطواف ، صار أفعال العمرة كلها أركانًا ، وكل عبادة لها تحليل وتحريم ، فإنها تشتمل : على بعضها ركن وبعضها ليس بركن ، كالصلاة وغيرها . ولأن الطواف لمَّا كان ركنًا في الحج يكون من جنسه ما هو واجب ليس بركن ، ولمَّا لم يتكرر في الحج سعيٌ ليس بركن ، [دل : أنه ليس بركن] [8]

٨٦٤٨ - قالوا : نسك في الحج والعمرة على صفة واحدة ، فوجب أن لا ينوب عنه ، [الدم ، كالإحرام .

٨٦٤٩ - وربما قالوا : نسك يدخل في الحج والعمرة ، فوجب أن لا ينوب عنه] [9] ؛

---

(١) في (ص) : [وسقط] بالعطف ، وما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) لفظ : [الحج] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [ينقسم] مكان المثبت .

(٣) في (م) : [ذوا عدد ومشى] وفي (ع) : [ذو عدد ومشى] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [أو يقول] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يقف] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ركنا كالرمي] بزيادة : [كالرمي] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش.

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

أصله : الطواف .

٨٦٥٠ - قالوا : ولا يلزم الحلق ؛ لأنه ليس بنسك على أحد القولين ، وعلى القول الآخر : لا يقوم مقامه الدم ، ولا يتحلل إلا بالحلق أو التقصير [١] .

٨٦٥١ - قلنا : الإحرام والطواف كل واحد منهما نوع لا يفعل على طريق التبع لغيره ، وليس كذلك السعي ؛ لأنا بيَّنَّا : أنه تابع للطواف ، فلم يجز أن يسوي بين التابع والمتبوع ؛ ولأن استلام الركن نسك في الحج والعمرة على هيئة واحدة ثم سقط من غير أن يقوم مقامه شئ آخر ، فلا يمنع أن يكون هذا نسكًا يدخل في الإحرامين ويقوم مقامه الدم .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [بالحلق والتقصير] .

مسألة ٤٧١

الحلق نسك يقع به التحلل

٨٦٥٢ - قال أصحابنا : الحلق نسك يقع به التحليل من الإحرام [١] .

٨٦٥٣ - وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في قول آخر : الحلق محظور [٢] ، وليس بنسك [٣] .

٨٦٥٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ لَتَدْخُلُنَّ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ إِن شَآءَ ٱللَّهُ ءَامِنِينَ [٤] مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ وَمُقَصِّرِينَ ﴾ [٥] ، فعبر عن الإحرام بالحلق والتقصير ، ولا يعبر [٦] عن العبادة إلا بما هو من أفعالها ومقصوده فيها ، كقوله تعالى : ﴿ وَقُرْءَانَ ٱلْفَجْرِ ﴾ [٧] .

٨٦٥٥ - وروى مالك ، عن نافع ، عن ابن عمر : « أن النبي ﷺ قال : اللَّهم ارحم المحلقين ، قالوا : يا رسول اللَّه والمقصرين ؟ [قال : اللَّهم ارحم المحلقين ، قالوا : يا رسول اللَّه والمقصرين ؟ قال : اللَّهم ارحم المحلقين ، قالوا : يا رسول اللَّه والمقصرين ؟] [٨] قال :

---

(١) راجع المسألة في أحكام القرآن للجصاص ، في سورة الفتح ، باب رمي المشركين مع العلم بأن فيهم أطفال المسلمين وأسراهم (٣٩٦/٣ ، ٣٩٧) .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) وقوله : [الحلق] محظور يعني استباحة محظور .

(٣) قال الشيرازي في المهذب : هل الحلق نسك أو استباحة محظور ، فيه قولان : أحدهما : أنه ليس بنسك ؛ لأنه محرم في الإحرام ، فلم يكن نسكا ، كالطيب ، والثاني : أنه نسك ، وهو الصحيح . راجع المسألة في النكت ، في مسائل التحلل ، ورقة (١٢٢أ ، ب) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (١٩٤/٨ ، ٢٠٥ ، ٢٠٨) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع ، الفصل السابع في أسباب التحلل (٣٧٣/٧-٣٧٥) . وقال مالك وأصحابه : مثل قول الحنفية ، إن الحلق نسك . راجع المسألة في : المنتقى ، في الحلاق ، الباب السادس هل هو نسك أو تحلل (٣١/٣) ، الكافي لا بن عبد البر ، باب فيمن فاته الحج بحصر مرض أو عدو أو خطأ في عدة أيام العشر (٤٠٠/١) ، بداية المجتهد ، في القول في فدية الأذي ، وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق (٣٨٣/١) . وعن أحمد مثل قول الشافعي : روايتان : إحداهما : أنه نسك ، والثانية : ليس بنسك ، وإنما هو إطلاق محظور . قال ابن قدامه في المغني : والرواية الأولى : أصح . راجع المسألة في : المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٨٨/١) ، مسألة (٣٢) ، الإفصاح ، باب العمرة (٢٧٩/١ ، ٢٨٠) ، الكافي لابن قدامة ، باب صفة الحج (٤٤٨/١) ، المغني ، باب صفة الحج (٤٣٥/٣ ، ٤٣٦) .

(٤) لفظ : [آمنين] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) سورة الفتح : الآية ٢٧ .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يعبر] بدون العطف .

(٧) سورة الإسراء : الآية ٧٨ .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

اللَّهم ارحم المقصرين » [١] ، والدعاء لا يستحب إلا بفعل مباح .

٨٦٥٦ - فإن قيل : إنما دعا ؛ لأن الحلق ترفُّهٌ ، وهو بطانة [٢] الطواف .

٨٦٥٧ - قلنا : هذا المعنى لا يوجد في المقصرين ، وقد دعا لهم .

٨٦٥٨ - ولأنها عبادة لها تحليل وتحريم ، فوجب أن يقع التحليل منها بمعنى محظور عليه فيها ، كالصلاة .

٨٦٥٩ - ولأن الإحرام أحد نوعي النسك : فوجب أن يكون فيها واجب ليس بركن لإحرام [٣] . ولأن العمرة والحج [٤] يتساويان فيما يقع به التحريم : فوجب أن يتساويا فيما وقع به التحليل [٥] كالصلاة. ولو قلنا : إن الحج يقع التحليل [٦] منه بالرمي ، اختلفا فيما يقع به التحليل [٧] .

٨٦٦٠ - احتجوا : بأن الحلق فعل حرمه الإحرام ويجب به الفدية ، فإذا استباحه وجب أن لا يكون نسكًا ؛ أصله : الطيب ، واللباس ، والاستمتاع .

٨٦٦١ - قلنا : ليس إذا لم يشرع بعض محظورات العبادة التحلل [٨] منها لم يشرع جميعها ، كما أن الصلاة وضع للتحليل [٩] منها السلام ، وهو محظور قبل موضوعه ، - ثم لم [يدل ذلك على أن جميع محظوراتها مشروعة للتحلل .

٨٦٦٢ - والمعنى فيما ذكروه : أن الشرع لم] [١٠] يرد باستحقاق الثواب عليه [١١] : فلم يكن نسكًا ، ولما ورد الشرع باستحقاق الثواب على الحلق والتقصير :

(١) حديث ابن عمر (ﷺ) : متفق على صحته أخرجه البخاري ، نحوه في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب الحلق والتقصير عند الإحلال (٢٩٨/١) ، ومسلم في الصحيح ، كتاب الحج ، باب تفضيل الحلق على التقصير وجواز التقصير (٩٤٥/٢) ، الحديث (١٣٠١/٣١٧) .

(٢) في (ع) : [بطان] ، البطانة : السريرة ، قال الزجاج في تفسير قوله تعالى : ﴿ لَا تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ ﴾ : البطانة الدخلاء الذين ينبسط إليهم ويستبطنون ، أي يؤنسون . راجع في لسان العرب ، مادة بطن (٣٠٤/١ ، ٣٠٥)

(٣) في (م) ، (ع) : [لإحرام أو العمرة] بزيادة : [أو العمرة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الحج و العمرة] ، بالتقديم والتأخير .

(٥ - ٧) في (م) ، (ع) : [التحلل] .

(٨) في (ص) : [التحليل] وما أثبتناه من (م) ، (ع) . وهو الصواب .

(٩) في (م) ، (ع) : [للتحلل] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١١) قوله : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

دل على أنه نسك .

٨٦٦٣ - قالوا : لو كان الحلق نسكًا ، كان [1] إذا فعله قبل وقته : لا يوجب الفدية ، ولكان لا يُعتد به كسائر المناسك ، وكنسك أفعال الصلاة إذا قدمها على موضعها ، إما أن يفسدها ، أو لا يجب الجبران.

٨٦٦٤ - قلنا : سائر المناسك الحظر [2] فيها قبل وقتها ، فأما الحلق فهو محظور قبل وقته ، فإذا فعله [3] : [تعلق به الجبران ، وأما الصلاة] [4] فقد حظر [فيها فعل ما ليس منها ، أو فعل ما هو منها قبل وقته] [5] ، فإذا فعله : وجب الجبران .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [كما] ، مكان : [كان] .

(٢) في (م) ، (ع) : [بالحظر] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فإذا فعله قبل وقته] بزيادة : [قبل وقته] .

(٤ ، ٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

مسألة ٤٧٢

مقدار الحلق الذي يقع به التحليل

٨٦٦٥ - قال أصحابنا : لا يقع التحليل [١] بحلق أقل من ربع الرأس [٢] .

٨٦٦٦ - وقال الشافعي على القول الذي يقول : إن الحلق نسك ، إذا حلق ثلاث شعرات ، أجزأه [٣] .

٨٦٦٧ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « أول نسكنا [٤] في هذا اليوم الرمي ، ثم الذبح ، ثم الحلق » [٥] .

٨٦٦٨ - وقد [٦] روي : أنه قال لأصحابه : « اذبحوا واحلقوا » [٧] ، وإطلاق اسم الحلق لا يتناول ثلاث شعرات .

(١) في (م) ، (ع) : [التحلل] .
(٢) راجع المسألة في : بدائع الصنائع ، فصل : وأما مقدار الواجب (١٤١/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، باب الإحرام (٤٩٠/٢ ، ٤٩١) ، البناية مع الهداية ، باب الإحرام (١٣٨/٤ ، ١٣٩) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٥٣/١) .
(٣) راجع المسألة في : الأم ، في ما يفعل المرء بعد الصفا والمروة (٢١١/٢) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٩٦/٣) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (١٩٣/٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٠) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع ، الفصل السابق (٣٧٣/٧ ، ٣٧٨) . قال الباجي في المنتقى : لا يجزىء حلق الرأس دون استيعابه ، حكاه أبو بكر وغيره عن مالك . راجع المسألة في : المنتقى ، في الحلاق ، الباب الثاني في صفة الحلق والتقصير (٢٩/٣) ، الكافي لابن عبد البر ، باب العمل في الحج (٣٧٥/١) . قال ابن قدامة في الكافي : إن قلنا : هو. أي الحلق. نسك ، فعليه الحلق ، أو التقصير من جميع رأسه ، ثم قال : وعنه : يجزئه بعضه ، كالمسح . راجع المسألة في الكافي لابن قدامه ، الباب السابق (٤٤٨/١) ، المغني ، باب ذكر الحج ودخول مكة (٣٩٣/٣) .
(٤) في سائر النسخ : [نسكًا] ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، ولفظ : [أول] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) لم نعثر علي هذا الحديث بعد ، وقد قال الزيلعي بعد أن ذكره ، بلفظ : إن أول نسكنا هذا أن نرمي ثم نذبح ثم نحلق أو نقصر : غريب ، في نصب الراية ، باب الإحرام (٧٩/٣) ، الحديث الثاني والستون .
(٦) لفظ : [قد] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (ع) : [احلقوا واذبحوا] ، بالتقديم والتأخير. هذا جزء من حديث المسور بن مخرمة ، ومروان ، أخرجه البخاري بطوله ، وفيه : قال رسول اللّه ﷺ لأصحابه : قوموا فانحروا ، ثم احلقوا ، في الصحيح ، في كتاب الشروط ، باب الشروط في الجهاد والمصالحة (١٢٢/٢) .

٨٦٦٩ - ولأنه قَدْرٌ لو غطاه المسلم [١] من رأسه : لم يجب به الدم ، فلا يقع التحليل [٢] بحلقه ، أصله : الشعرتان .

٨٦٧٠ - ولأنه حكم يتعلق بالرأس : فلا يتعلق بثلاث شعرات ، أصله [المُوضحة ، والمسح .

٨٦٧١ - ولأن كل حكم لا يتعلق بحلق الرأس ، لا يتعلق بثلاث شعرات ؛ أصله] [٣] : وجوب الدَّمَينِ .

٨٦٧٢ - ولا يقال : المعنى فيه : أنه لا تعلق بحلق الربع ؛ لأن عندنا يجب على القارن بحلق ربع رأسه دمَانِ .

٨٦٧٣ - ولم يذكروا في هذه المسألة ما يجوز ؛ لأنه أصلية [٤] ؛ لأنهم قالوا : إن اسم الحلق يقع على هذا ، وهذا موضع لا نسلمه ، اللَّهم إلا أن يقولوا قوله تعالى : ﴿ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ وَمُقَصِّرِينَ ﴾ [٥] المراد به : شعر رءوسكم ، فيجب أن يحلق ما هو جميع .

٨٦٧٤ - قلنا : إذا أضاف النكرة ، تُعَرَّفت [٦] بالإضافة ، وكأنه قال : جميع شعر رءوسكم ، فيقتضي ذلك وجوب الجميع إلا ما منع منه مانع .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لو أعطاه المسلم] ، والمراد بالمسلم : [المحرم] .

(٢) في (م) ، (ع) : [التحلل] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ص) : [لأن أصلية] ، وهو ساقط من (ع) ، ولعل الصواب : [لأنها أصلية] .

(٥) سورة الفتح : الآية ٢٧ .

(٦) في (ص) : [تعرف] ، وما أثبتناه هو الصواب .

مسألة ٤٧٣

٨٦٧٥ - قال أصحابنا : من لم يكن على رأسه شعر ، له أن يجري الموسى على رأسه / [١] .

١٠٦

٨٦٧٦ - وقال الشافعي : إن كان على رأسه ولو شعرة لزمه حلقها أو نتفها ، وإن لم يكن فليس عليه [٢] إمرار الموسى [٣] .

٨٦٧٧ - لنا : ما روى ابن عمر ﷺ : أن النبي ﷺ قال في المحرم « إذا حضره وجوب الحلق أو التقصير وليس على رأسه شعر ، أجرى الموسى على رأسه » [٤] .

٨٦٧٨ - وقولهم : إنه موقوف على ابن عمر : فقد رواه الدارقطني مسندا ، ولو ثبت أنه موقوف : فلا يعرف لابن عمر في ذلك مخالف [٥] .

٨٦٧٩ - فإن قيل : نحمله على من بقي على [٦] رأسه شعرات ؛ لأن في العادة لابد [٧] أن يبقى .

---

(١) راجع المسألة في : الأصل ، باب الحلق (٤٣٠/٢) ، المبسوط ، باب الحلق (٧٠/٤) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما الحلق أو التقصير (١٤٠/٢) ، فتح القدير ، الباب السابق (٤٨٩/٢) ، البناية ، الباب السابق (١٣٨/٤) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٥٣/١) ، مجمع الأنهر ، كتاب الحج (٢٨٠/١) .

(٢) في (ع) : [له] .

(٣) قال الشافعي في الأم : [وإن كان الرجل أصلع ، ولا شعر على رأسه أو محلوقًا ، أَمَرَّ الموسى على رأسه ، وأحب إليّ لو أخذ من لحيته وشاربيه حتى يضع من شعره شيئًا لله ، وإن لم يفعل ، فلا شيء عليه . قال الشيرازي في المهذب : [إن كان أصلع ، فالمستحب أن يمرَّ الموسى على رأسه] . قال النووي في المجموع : [ونقل ابن المنذر إجماع العلماء على أن الأصلع يمر الموسى على رأسه] . راجع المسألة في : الأم ، العنوان السابق (٢١١/٢) ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١١٢ب) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٣/ ٢٩٦) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (١٩٣/٨ ، ١٩٤ ، ٢٠٠ ، ٢٠١ ، ٢١٢ ، ٢١٣) ، فتح العزيز مع الوجيز ، في بذيل المجموع ، الفصل السابق (٣٧٣/٧ ، ٣٧٨ ، ٣٧٩) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما : مثل قول الشافعي : يستحب للأصلع أن يمر الموسى على رأسه . في المدونة : قال مالك في الأقرع الذي ليس علي ر أسه شعر : يمر الموسي علي رأسه . راجع المسألة في المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٢٧/١) ، والكافي لابن قدامه ، الباب السابق (٤٤٧/١) ، المغني ، باب صفة الحج (٤٣٧/٣) ، العدة مع العمدة ، باب ما يفعله بعد الإحرام ص٢٠٠ .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن ، في كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٥٦/٢ ، ٢٥٧) ، الحديث (٩٠ ، ٩١) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب الأصلع أو المحلوق يمر الموسى على رأسه (١٠٣/٥) .

(٥) لفظ : [مخالف] ساقط من (م) ، (ع) . (٦) في (ع) : [في] ، مكان : [على] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ولابد] بالعطف .

٨٦٨٠ - قلنا : ذلك حلق وإجراء [١] والحلق يقتضي وجوب الإجراء [٢] .

٨٦٨١ - ولأن كل قربة تتعلق [٣] بشعر الرأس عند وجوده ، تتعلق [٤] بالبشرة حال عدمه كالمسح .

٨٦٨٢ - فإن قيل : المسح يتعلق بالبشرة [٥] لا بالشعر ، بدلالة :أنه لو أجرى على موضع الحلق وهناك شعر عدل عنه ، لم يجز .

٨٦٨٣ - قلنا : الحكم الذي [٦] يؤيده في الأصل الجواز ، وهو حكم يتعلق [٧] بالشعر عند وجوده ، بدلالة : [أنه لو مسح على الشعر] [٨] وبعض رأسه أصلع ، جاز .

٨٦٨٤ - وهذا الحكم الذي هو الجواز تعلق بالبشرة إذا عدم الشعر ، ويؤيد [٩] الحكم في الفرع الوجوب ، وهو حكم متعلق بالشعر ، فوجب أن يتعلق بالبشرة إذا عدم الشعر .

٨٦٨٥ - ولأنه محرم ، فلا يتحلل إلا بالحلق ، أو ما يقوم مقامه ، كمن على رأسه شعر .

٨٦٨٦ - ولأنها عبادة يجب بإفسادها الكفارة ، فجاز أن يؤمر بالسنَّة ببعض أفعالها ، كالصوم

٨٦٨٧ - احتجوا : بأنه فرض يتعلق بجزء من بدنه ، فإذا عدم الجزء : وجب أن يسقط الفرض ؛ [أصله : إذا قُطِعَ عضوٌ من أعضاء الطهارة .

٨٦٨٨ - قلنا : هناك زال ما يتعلق به الفرض] [١٠] : فلم يبق له محل ، أما هنا ما يتعلق به الفرض باق : فتعلق [١١] الفرض بالمحل ، كمن ستر جلده في موضع الطهارة ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [واجزأه] .
(٢) في (م) ، (ع) : [الإجزاء] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يتعلق بالبشرة عند وجوده بدلاله] ، مكان : [يتعلق بالبشرة] .
(٦) لفظ : [الذي] ساقط من (ع) .
(٧) في (ص) : [حكمه متعلق] ، وفي (م) : [حكمه يتعلق] .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) في (ص) : [يريد] .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(١١) في (م) : [متعلق] .

فإنه يتعلق الفرض بمحل الجلد .

٨٦٨٩ - قالوا : الشعر محرم [١] أخذه في أثناء الإحرام ، ويجب أخذه في آخره [٢] ، فإذا حرمناه ، لم يقم إمرار الموسى من غير حلق مقامه في [التحريم ، وكذلك إذا أوجبناه ، وجب أن لا يلزم إمرار الموسى من يأمر حلق مقامه في] [٣] الوجوب .

٨٦٩٠ - قلنا : لا نسلم أن المحرم أبيح له إجراء [٤] الموسى في حال الإحرام إذا كان أصلعًا بل يحرم ذلك عليه .

٨٦٩١ - فإن قيل : لا يلزمه به فدية .

٨٦٩٢ - قلنا : لأنها تتعلق [٥] بالترفُّه الذي يحصل بالحلق أو يتعلق بإتلاف الشعر ، وهذا لا يوجد في إمرار الموسى .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يحرم] . (٢) في (ع) : [أخرى] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) : [إجزاء] . (٥) في (م) : [يتعلق] .

مسألة ٤٧٤

طواف القارن وسعيه

٨٦٩٣ - قال أصحابنا : القارن يطوف طوافين ويسعى سعيين [١] .

٨٦٩٤ - وقال الشافعي : طوافًا « واحدًا » ، وسعيًا « واحدًا » [٢] .

٨٦٩٥ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ [٣] ، والحج يشتمل على أفعال معروفة ، والعمرة كذلك فإتمامهما أن يستوفي أفعالهما [٤] والأمر على الوجوب .

---

(١) راجع المسألة في كتاب الحجة ، باب القران بين الحج والعمرة (٢/١ - ٧) ، كتاب الآثار ، باب القران وفضل الإحرام ص٦٧ ، حديث (٣٢٥) ، مختصر الطحاوي ، باب ذكر الحج ص٦٦ ، المبسوط ، باب القران (٢٧/٤ ، ٢٨) ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (٤١٣/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان سنن الحج (١٤٩/٢ ، ١٥٠) ، الهداية ، باب القران (١١٩/١) ، البناية مع الهداية ، باب القران (١٨٨/٤ ، ١٨٩) ، فتح القدير مع الهداية ، باب القران (٥٢٥/٢) .

(٢) قوله : [وسعيًا واحدًا] ساقط من (م) ، (ع) . قال النووي في المجموع : قال أصحابنا : ويستحب أن يطوف القارن للإفاضة طوافين ، ويسعى سعيين ليخرج من خلاف العلماء . راجع المسألة في مختصر المزني ، باب ما يلزم عند الإحرام وبيان الطواف والسعي وغير ذلك ص٦٧ ، اختلاف العلماء ، باب الحج ص٨٦ ، ٨٧ ، النكت ، في مسائل الطواف ، ورقة (١١٠أ ، ب) ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٨٧ب - ١٨٨ب) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٦١/٨ ، ٦٢ ، ٢٦٢-٢٦٤) ، شرح السنة للبغوي ، كتاب الحج ، باب القران (٨٣/٧ ، ٨٤) ، ضمن الحديث (١٨٨٨) . وقال مالك وأصحابه : مثل قول الشافعي ، يجزىء القارن طوافًا واحدًا وسعيًا واحدًا ، وبه قال ابن حزم . راجع المسألة في المدونة ، في تفسير ما يبدأ به الرجل إذا دخل في الطواف (٣١٤/١) ، المنتقى ، في ما جاء فيمن أحصر بعدو (٢٧٦/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، باب الإفراد والتمتع والقران (٣٨٥/١) ، بداية المجتهد ، في القول في الطواف بالبيت والكلام في الطواف (٣٥٧/١ ، ٣٥٨) ، والمحلى بالآثار ، كتاب الحج (١١٣/٥ ، ١٧٤ ، ١٨٠-١٨٧) . المسألة (٨٣٥ ، ٨٣٦) . وقال أحمد في رواية : مثل قول الشافعي ومالك ، القارن يطوف طوافًا واحدًا ، ويسعى سعيًا واحدًا . قال القاضي أبو يعلى : وهو اختيار الخرقي ، وهو أصح ، وقال في رواية أخرى : مثل قول الحنفية ، عليه أن يطوف طوافين وسعيين ، قال ابن هبيرة في الإفصاح : والفرق بين هذه الرواية عن أحمد ومذهب أبي حنيفة المذكور : أن أبا حنيفة قال : يجزيه ذلك بإحرام واحد ، وقال أحمد [في هذه الرواية الثانية] : لا يجزيه حتى يفرد للعمرة إحراما . راجع المسألة في : المسائل الفقهيه ، كتاب الحج (٢٨٤/١ ، ٢٨٥) ، مسألة (١٩) ، الإفصاح ، كتاب الحج (٢٧٠/١) ، المغني ، الباب السابق (٤٦٥/١-٤٦٧) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٥٦/١) .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٤) في (ص) : [وإتمامها] ، وفي (م) ، (ع) : [أن يستوفي في أفعالهما] بزيادة : [في] .

٨٦٩٦ - فإن قيل : روى عن عمر ، وعليٍّ : « إتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك » (١) .

٨٦٩٧ - قلنا : ذكرا ما لا يدل ظاهر (٢) الآية عليه ، وسكتا عما يدل عليه الظاهر من الإتمام ، ويدل عليه : ما روى عمر ، وعلي ، وابن مسعود ، وعمران بن الحصين : « أن النبي ﷺ قرن بين الحج والعمرة ، فطاف لهما طوافين وسعى سعيين » (٣) .

٨٦٩٨ - قالوا : ذكر الدارقطني أن حديث علي ، يرويه حفص بن أبي داود ، وهو ضعيف ، وابن أبي ليلى رديء الحفظ .

٨٦٩٩ - قلنا : حفص بن أبي داود ، وهو حفص بن سليمان المقرئ ، إمام القراء(٤) ، قال يحيي بن معين : ثقة (٥) ؛ فلا يلتفت إلى طعن الدارقطني (٦) معه ، فأما ابن أبي ليلى : فهو فقيه ثقة (٧) ، يروي أصحابنا عنه .

---

(١) تقدم تخريجه في مسألة (٤١٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [على ظاهر] ، بزيادة : [على] .

(٣) حديث علي ﷺ : أخرجه الدارقطني في السنن ، في كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٦٣/٢) ، الحديث (١٢٩ ، ١٣٠ ، ١٣١) . أما حديث ابن مسعود ﷺ : فأخرجه الدارقطني أيضا في المصدر السابق (٢٦٤/٢) ، الحديث (١٣٢) وأما حديث عمران بن الحصين ﷺ أخرجه أيضا الدارقطني في المصدر السابق (٢٦٤/٢) ، الحديث (١٣٣) ، وأما حديث عمر ﷺ : فلم نعثر عليه بعد . وقد أخرج الدارقطني عن ابن عمر ﷺ ، أنه جمع بين حجته وعمرته معًا ، وقال : سبيلهما واحد ، قال : فطاف لهما طوافين ، وسعى لهما سعيين . وقال : هكذا رأيت رسول الله ﷺ صنع كما صنعت ، في المصدر السابق (٢٥٨/٢) ، الحديث (٩٩) .

(٤) في (م) ، (ع) : [القرى] .

(٥) قال الدارمي عن يحيى بن معين : حفص بن سليمان ليس بثقة . وقال البخاري : تركوه . وقال البستي : كان يقلب الأسانيد ويرفع المراسيل ، وكان يأخذ كتب الناس فينسخها ويرويها من غير سماع . وفي المغني : وقد وثقه وكيع وأحمد في قول . انظر ترجمته في : الضعفاء الصغير ص٣٢ ، الترجمة (٧٣) ، تاريخ الدارمي ص٩٨ ، الترجمة (٢٦٩) ، الضعفاء والمتروكين ص٨٢ ، الترجمة (١٣٦) ، الجرح والتعديل (١٧٣/٣ ، ١٧٤) ، الترجمة (٧٤٤) ، المجروحين (٢٥٥/١) ، الكامل لابن عدي (٣٨٠/٢) ، الترجمة (٥٠٥/١٣٦) ، المغني ص (١٧٩) ، الترجمة (١٦١٥) ، تقريب التهذيب (١٨٦/١) ، الترجمة (٤٤٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلا يلتفت إلى طعن الدارقطني في حديث عمران بن الحصين] ، مكان المثبت .

(٧) هو : محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، مات سنة ثمان وأربعين ومائة ، تكلم الناس في حفظه ، وقال العجلي : صدوق ثقة ، وقال أيضًا وكان ابن أبي ليلى صدوقًا جائز الحديث ، وقال ابو زرعة : هو صالح ، ليس بأقوى ما يكون . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص٤٠٧-٤٠٩ ، الترجمة (١٤٧٦) ، الجرح والتعديل (٣٢٢/٧ ، ٣٢٣) ، الترجمة (١٧٣٩) ، سير أعلام النبلاء (٣١٠/٦-٣١٦) ، تقريب التهذيب (١٨٤/٢) ، الترجمة (٤٦٠) .

٨٧٠٠ - قال الدارقطني في حديث عمران بن الحصين : رواه محمد بن يحيى الأزدي من [١] حفظه ، فوهم فيه ، والصواب بهذا الإسناد : أن النبي ﷺ قرن الحج والعمرة ، وقد حدث به محمد بن يحيى الأزدي على الصواب [٢] .

٨٧٠١ - قلنا : هذا حديث صحيح ، فلما لم يجد [٣] طريقًا يطعن به في رجاله جاء بشئ من عنده ليس بطعن ، فإنه ذكرَ : أنه رواه مرةً بهذه الزيادة ، وسكت عنها مرة .

٨٧٠٢ - وهذه رواية بعض الحديث تارة ، وتمامه أخرى ، والحديث إسناده أحسن إسناد روي في هذا الباب ؛ لأنه يرويه شعبة ، عن حميد بن هلال [٤] ، عن مطرف ، عن عمران بن الحصين ، وهذا إسناد لا مزيد عليه .

٨٧٠٣ - فإن قيل : فعله عليه [٥] الصلاة والسلام لا يدل على الوجوب .

٨٧٠٤ - قلنا : فعله ورد مورد البيان ؛ لأن القرآن مجمل .

٨٧٠٥ - ولأنه إنما يصح هذا السؤال لو كان عندهم مخيرًا بين الأمرين ، فأما الطواف والسعي ، فلا يجوز أن ينتقل به ، فمن فعله لم يقع فعله إلا واجبًا .

٨٧٠٦ - قالوا : قرن بمعنى : أتى بأحد الإحرامين بعد الآخر [٦] .

٨٧٠٧ - قلنا : اسم القران في الشرع موضوع للجمع بين الإحرامين ، فلم يجز حمل الاسم على ما لم يوضع له في الشرع .

٨٧٠٨ - ولأنه محرم بالحج والعمرة ، فوجب أن يلزمه لكل واحد منهما طواف وسعي مفرد ، كالتمتع .

٨٧٠٩ - ولأنه أحد نوعي [٧] التمتع ، فكان فيه طوافان ركنان ، كالتمتع الآخر .

---

(١) في صلب (ص) ، (م) ، (ع) : [يحيي بن محمد] ، وما أثبتناه من هامش (ص) وهو الصواب ، والزيادة : [من سنن الدارقطني] .

(٢) تقدم قول الدارقطني عند تخريج حديث عمران بن الحصين من هذه المسألة .

(٣) في (ص) : [فلما يجد] ، بحذف : [لم] .

(٤) في (م) ، (ع) : [محمد بن هلال] ، مكان المثبت .

(٥) قوله : [عليه] ساقط من (م) .

(٦) في (م) ، (ع) : [أن نأخذ] ، مكان : [أتى بأحد] ، وفي سائر النسخ : [الاخرين] ، مكان : [الآخر] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٧) في (م) ، (ع) : [نوع] .

٨٧١٠ - واحتج محمد بن الحسن ، فقال : هذا [١] القول يوجب أن يحرم الإنسان بعبادة ، ولا يعمل لها عملًا حتى يتحلل منها ، ثم يأتي بأفعالها ، وهذا لا يصح كسائر العبادات ، يبين ذلك : أنه يحرم بالعمرة ثم يتحلل منها ، ويقع في أعمالها بعد التحلل ، وهذا الطواف والسعي .

٨٧١١ - ولأن بقاء طواف العمرة يمنع التحلل ، [وبقاء طواف الحج لا يمنع التحلل ، فلو قام طواف الحج مقام طواف العمرة : لم يصح التحلل] [٢] من الطيب والمخيط .

٨٧١٢ - ولأن الوطء متى حصل في العمرة قبل الطواف أفسدها ، والوطء قبل طواف الحج لا يفسده ، فلما اختلف وقت الطوافين وحكمهما : لم يقم أحدهما مقام الآخر .

٨٧١٣ - فإن قيل : هذه الأحكام تثبت للعمرة إذا انفردت ، فإذا أتى [٣] الحج ، صارت تبعًا ، فتعين ترتيبها [٤] الذي ثبت لها في حال الانفراد ، وصار الحكم لترتيب [٥] المتبوع ، كما نقول في الوضوء والغسل ، إذا اجتمعا ، تداخلا ، وسقط ترتيب الوضوء .

٨٧١٤ - قلنا : عندكم لا يتبع أحد الإحرامين ، فلم يقع الطواف والسعي للعمرة كما يقع للحجة ، وإذا لم يتبع أحدهما ، لم يجز أن يتعين ترتيبهما .

٨٧١٥ - وأما الوضوء فيسقط مع الغسل ، وتسقط أحكامه لسقوطه .

٨٧١٦ - ولأن القِران جمع الحج إلى العمرة ، فإذا لم يتعين ترتيب أفعال أحدهما بالجمع ، كذلك [٦] لا يتعين ترتيب أفعال الآخر .

٨٧١٧ - ولأن كل ما أسقط به وجوب الحج والعمرة ، كان الركن [٧] فيها طوافين ، أصله : الإفراد .

٨٧١٨ - وهذه المسألة مبنية على : أن القارن إذا وقف بعرفات قبل أن يطوف : صار رافضًا العمرة ، فلا يجوز أن يقوم طواف الحج مقام العمرة التي قد بطلت .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فهذا] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٣) في (ص) : [إلى] . (٤) في (ص) : [ترتبها] .
(٥) في (ص) : [لترتب] .
(٦) في (م) ، (ع) : [فالجمع كذلك] ، وفي (ص) : [لذلك] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .
(٧) في (م) ، (ع) : [كالركن] ، مكان : [كان الركن] .

٨٧١٩ - احتجوا : بما روى سفيان بن عيينة ، عن ابن [١] أبي نجيح ، عن عطاء ، عن عائشة [رضي الله عنها] [٢] « أن النبي ﷺ قال لها : طوافك بالبيت وبين الصفا والمروة يكفيك لحجتك وعمرتك » [٣] .

٨٧٢٠ - قلنا : عائشة رضي الله عنها كانت مفردة بالحج ؛ بدلالة : أنها لما حاضت « أمرها رسول الله ﷺ أن تنقض رأسها ، وتمتشط ، وترفض العمرة ، وتقصر الرأس » ، والامتشاط يمنع منه الإحرام ، وأنه لا يخلو [٤] من قطع الشعر ، يبين ذلك : أنه لو لم يكن الرفض ، لم يكن للأمر معنى .

٨٧٢١ - ولا يقال : قوله : « ارفضي عنك العمرة » بمعنى أخِّري أفعالها ؛ لأن هذا ليس [برفض ولا يقال : قد قال الشافعي : لا يعرف في الشرع رفض العمرة بالحيض] [٥] .

٨٧٢٢ - قلنا : ما رفضت بالحيض ، لكن أفعالها تعددت وأرادت الإحرام بالحج ، وكانت تصير رافضة بالوقوف [٦] ، وأمرها بتعجيل الرفض ، حتى لا تدخل [٧] في الوقوف لوقوع الرفض .

٨٧٢٣ - فإن قيل : لو كان كذلك ، لأمرها بالقضاء من الميقات ، وأمرها بالدم .

٨٧٢٤ - قلنا : لا يجب القضاء عندنا من الميقات ، وأما الذبح : « فقد ذبح النبي ﷺ عن نسائه في ذلك العام » [٨] ؛ فإذًا قد ذبح عنها .

---

(١) في سائر النسخ : [سعيد بن عيينة] ، وما أثبتناه من سنن أبي داود ، ولفظ : [ابن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بحجك وعمرتك] . وحديث عائشة رضي الله عنها : أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب طواف القارن (٤٧٦/١) ، والدارقطني في السنن ، في كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٦٢/٢) ، الحديث (١٢٦) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب المفرد والقارن يكفيهما طواف واحد (١٠٦/٥) ، والطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب القارن كم عليه من الطواف لعمرته ولحجته (٢٠٠/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلا يخلوا] ، مكان المثبت ، وقوله : [وأنه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) : [بالموقوف] .

(٧) في (م) : [لا يدخل] .

(٨) في (م) ، (ع) : [عن عائشة] ، مكان : [عن نسائه] . والدليل على ذلك : ما أخرجه مسلم بلفظ : نحر رسول الله ﷺ عن نسائه بقرة في حجته ، في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب الاشتراك في =

٨٧٢٥ - فإن قيل : روى الليث ، عن أبي الزبير ، عن جابر ، القصة بطولها ، وذكر فيها : أن النبي ﷺ دخل على عائشة يوم التروية ، فوجدها تبكي ، فقال : ما شأنك ؟ فقالت : شأني أني قد حضت ، وقد حل الناس ولم أحلل ، ولم أطف [1] بالبيت ، والناس يذهبون إلي البيت الآن وإلي الحج . فقال عليه الصلاة والسلام : فإن هذا أمر كتبه اللَّه تعالى [2] على بنات آدم فاغتسلي ، ثم أهِلِّي بالحج ، ففعلت ، ووقفت المواقف حتى إذا طهرت طافت بالكعبة وبالصفا والمروة ، ثم قال : « قد حللت من حجك [3] وعمرتك جميعًا ، فقالت : يا رسول اللَّه إني أجد من نفسي أني لم أطف بالبيت حتى حججت ، قال : فاذهب بها يا عبد الرحمن فأعمرها من التنعيم وذلك ليلة الحصبة » [4] ، فلم يذكر هذا الحديث للرفض ، وذكر التحليل بالطواف منهما [5] .

٨٧٢٦ - قلنا : قد روى هذا الحديث عطاء بن أبي رباح ، عن جابر ، وخالف [6] أبا الزبير فيه ، فقال : « لما طهرت وأفاضت [7] ، قالت : يا رسول اللَّه أتنطلقون [8] بحجة وعمرة ، وأنطلق بالحج ، فأمر عبد الرحمن بن أبي بكر : أن يخرج معها إلى التنعيم ، فاعتمرت بعد الحج في ذي الحجة » [9] ، وهذا يدل على رفضها لعمرتها ، حتى قالت : « أرجع بحجة واحدة ، فإذا ثبت أنها رفضت عمرتها ، فقوله عليه الصلاة والسلام » طوافك [10] بالبيت يكفيك بحجك وعمرتك » ، يعني : لعمرتك المرفوضة ، فإنه لا

= الهدي (٢/٩٥٦) ، الحديث (٣٥٦ ، ١٣١٩/٣٥٧) .

(١) في سائر النسخ : [النساء] ، مكان : [الناس] ، وما أثبتناه ، والزيادة : من كتب الحديث ، وفي (ص) : [وإني لم أطف] ، مكان : [ولم أطف] .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [حجتك] .

(٤) أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام (٢/٨٨١) ، الحديث (١٢١٣/١٣٦) ، وأبو داود ، في السنن في كتاب المناسك ، باب في إفراد الحج (١/٤٥١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [للتحلل بالطواف منها] .

(٦) في (ص) ، (م) : [خلف] .

(٧) في (م) ، (ع) : [وأفاضت فيه] بزيادة : [فيه] ، وهو مشطوب في (ص) .

(٨) في (م) ، (ع) : [أينطلقون] .

(٩) في (ص) : [بالحج في ذي الحجة] . وحديث عطاء عن جابر ﷺ : أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب تقضي الحائض المناسك كلها إلا الطواف (١/٢٨٦ ، ٢٨٧) ، وأخرجه مسلم في الصحيح ، في الباب السابق (٢/٨٧٣ ، ٨٧٤ ، ٨٧٧) ، الحديث (١٢٠ ، ١٢١١/١٢٨) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [طواف] ، مكان : [طوافك] .

يجب للرفض طواف .

٨٧٢٧ - ويحتمل : طوافك بحجك وعمرتك في الثواب ، فجعل ثواب هذا الطواف / والسعي كطواف الحج وثواب طواف العمرة ؛ لأنها قصدت النسكين ، [وإنما رفضت بغير [1] اختيارها .

٨٧٢٨ - فإن قيل : قولها « أكل نسائك يرجعن بنسكين » ، يعني نسكين] [2] مفردين : لم يصح ؛ لأنا قد روينا : أنها أحرقت بحجة وعمرة وإنما أرجع بحج .

٨٧٢٩ - قالوا : روى مالك عن ابن عمر ﷺ : « أن رسول الله ﷺ قال : « من أحرم بالحج والعمرة أجزأه طواف ، وسعي واحد ، ولا يحل من واحد منهما حتى يحل منهما جميعًا » [3] .

٨٧٣٠ - قلنا : هذا الحديث رواه عبد العزيز بن محمد [4] الدراوردي ، عن عبيد الله بن عمر [5] ، عن نافع ، عن ابن عمر .

٨٧٣١ - وقد أجمع أهل العلم بالحديث ، على أن حديث الدراوردي [6] مضطرب ، ولا يحتج به ، ولا يلتفت إليه .

٨٧٣٢ - وقد روي هذا الحديث من لا طعن في روايته من أصحاب عبيد الله بن

---

(١) في (م) ، (ع) : [لغير] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) أخرجه الترمذي في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء أن القارن يطوف طوفا واحدا (٢٧٥/٣) ، الحديث (٩٤٨) ، وابن ماجه في كتاب المناسك ، باب طواف القارن (٩٩٠/٢) ، الحديث (٢٩٧٥) ، الدارقطني في المصدر السابق (٢٥٧/٢) ، الحديث (٩٥) ، والبيهقي في الكبرى ، كتاب الحج ، باب المفرد والقارن يكفيهما طواف واحد وسعي واحد (١٠٧/٥) الطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب القارن كم عليه من الطواف لعمرته ولحجته (١٩٧/٢) .

(٤) قوله : [ابن محمد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [الدرادي ، عن عبد الله بن عمر] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [الدرادي] ، وقوله : [على أن حديث] مكرر في (م) . والدراوردي : هو عبد العزيز بن محمد بن عبيد الدراوردي ، أبو محمد ، المدني . قال ابن معين : لا بأس به . وقال أبو زرعة : سيئ الحفظ ، فربما حدث من حفظه الشيء ، فيخطئ ، وقال العجلي : ثقة ، وفي التقريب : صدوق ، كان يحدث من كتب غيره ، فيخطئ ، قال النسائي : حديثه عن عبيد الله العمري منكر . انظر ترجمته في : تاريخ الثقات ص٣٠٦ ، الترجمة (١٠١٦) ، تاريخ الدارمي ص١٧٥ ، الترجمة (٦٢٩) ، الجرح والتعديل (٣٩٥/٥ ، ٣٩٦) ، الترجمة (١٨٣٣) ، تقريب التهذيب (٥١٢/١) ، الترجمة (١٢٤٨) .

هشيم ، وأوقفه على ابن عمر .

٨٧٣٣ - وقول ابن عمر ليس بحجة ؛ لأنه [1] خالفه علي ، وابن مسعود ، وعمران ابن الحصين ، ثم لو ثبت ، احتمل أن يكون طوافًا على صفة واحدة ، وسعيًا على صفة واحدة ، كما تقول [2] : « أكرمتكما إكرامًا واحدًا ، وخلع الأمير على فلان خلعة واحدة ، معناه : أنها واحدة في الصفة والمقدار [3] وإن كانت أكثر من واحدة في العدد .

٨٧٣٤ - ولأن طواف القارن يتأخر عن التحلل ، والنبي ﷺ [4] ذكر طوافًا وسعيًا يتقدم على التحلل ، وذلك طواف القدوم ، وعندنا لا يجب على القارن إلا واحد [5] للقدوم .

٨٧٣٥ - فإن قيل : ذلك الطواف للحج ، والنبي ﷺ ذكر طوافًا لهما .

٨٧٣٦ - قلنا : يجوز أن يقول لهما ويريد أحدهما ، كقوله تعالى ﴿ يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ وَٱلْمَرْجَانُ ﴾ [6] .

٨٧٣٧ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « أُدخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة » [7] .

٨٧٣٨ - قلنا : يحتمل أنه أراد : أنه [8] دخل وجوبها في وجوب الحج ، ويحتمل : دخل وقت العمرة في وقت [9] الحج ؛ لأن المشركين كانوا لا يرون العمرة في أشهر الحج .

٨٧٣٩ - ويجوز أن يذكر العمرة والحج ويريد وقتهما ، كما قال تعالى : ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ ﴾ [10] ، معناه : وقت الحج أشهر ، فلا يجوز أن يكون المراد به : دخل

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولأنه] بالعطف . (٢) في (م) : [يقول] .

(٣) في (م) ، (ع) : [المقدرات] .

(٤) في (م) ، (ع) : [عليه السلام] ، مكان المثبت .

(٥) في (ص) : [واحدا] . (٦) سورة الرحمن ، الآية (٢٢) .

(٧) أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب جواز العمرة في أشهر الحج (٩١١/٢) ، الحديث (١٢٤١/٢٠٣) ، وأبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب في إفراد الحج (٤٥٣/١) ، والترمذي في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في العمرة أواجبة هي أم لا ، (٢٦٢/٣) ، الحديث (٩٣٢) .

(٨) لفظ : [أنه] ساقط من (ع) .

(٩) قوله : [العمرة في وقت] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) سورة البقرة : الآية ١٩٧ .

أفعال العمرة في أفعال الحج ؛ لأن الطواف يقع لهما ، فليس بأن يقال : دخلت العمرة في الحج بأولى من أن يقال : دخلت الحجة [1] والعمرة .

٨٧٤٠ - قالوا : يكفيه حلق واحد ، فوجب أن يكفيه طواف واحد وسعي واحد ، كالمفرد للحج والعمرة .

٨٧٤١ - قلنا : المتمتع إذا ساق الهدي لا يجوز عندنا أن يتحلل إلى يوم النحر ، وعندهم إن أحرم بالحج ولم يتحلل ، كفاه [2] حلق واحد ، ولم يكفه [3] طواف واحد .

٨٧٤٢ - ولأن الحلق إنما تداخل للضرورة ؛ بدلالة : أنه إذا حلق عند فراغه من العمرة صار جنسًا في إحرام الحج ، فلم يكن بد من [4] ، تأخر الحلق ، حتى يصح التحلل منهما ، وإذا حلق تحلل من كل واحدة من العبادتين ، فالحلق الثاني لا يقع به التحلل ، فلذلك لم يؤمر به .

٨٧٤٣ - وأما [5] الطواف : فإنه إذا طاف للعمرة لم يصر جانيًا في إحرام الحج ، فلم يكن بنا ضرورة إلى التداخل .

٨٧٤٤ - والمعنى في المفرد : أنه يكتفي بنيَّة واحدة ، فكفاه طواف واحد ، والقارن يلزمه نيتانِ ، فلزمه طوافان ، كالمتمتع .

٨٧٤٥ - قالوا : نسك من كل واحد من النسكين ، فوجب أن يكتفي القارن بواحد منهما ، كالحلق .

٨٧٤٦ - قلنا : المعنى في الحلق : أن وقت الإحرامين وقت واحد ، فلذلك [6] جاز أن يقع فيه التداخل ، ووقت طواف العمرة [غير طواف الحج ، ووقت طواف الحج] [7] غير وقت طواف العمرة ، بدلالة ما قدمنا ، فلما اختلف وقتهما لم يتداخلا .

٨٧٤٧ - ولأن الحلق خروج من العبادتين بفعل واحد ، كما يخرج بالأقل من الصلاة والصوم ، ولم يوجب ذلك تداخل أفعالهما .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الحج] .

(٢) في (م) ، (ع) : [بالحج لم يتحلل كفارة] ، مكان المثبت .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولم يكفر] . (٤) في (م) : [تذمن] .

(٥) لفظ : [أما] ساقط من (م) ، (ع) ، وقوله : [وأما] ، ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . (٦) في (م) : [فكذلك] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

٨٧٤٨ - ولأن الحلق اختلف في كونه نسكًا ، فضعف حكمه ، فتداخل ، والطواف أجمع على كونه ركنًا ، فقوي حكمه ، فلم يتداخل .

٨٧٤٩ - قالوا : القارن يكتفي بقطع مسافة واحدة لهما ، وإذا أفرد افتقر إلى قطع مسافتين ، ويقتصر على إحرام واحد [وحلق واحد] (١) ، فثبت أنه على التداخل .

٨٧٥٠ - قلنا : لو أفرد لم يحتج إلى قطع مسافتين ؛ لأنه يحرم بالعمرة من الميقات ، وبالحج من مكة ، فإذا اجتمع قدم إحرام الحج ، فلم يتداخل بالمسافة.

٨٧٥١ - وأما الإحرام : فعندنا لا يتداخل ، وإنما يحرم بإحرامين ؛ لأن قوله : « لبيك بحجة وعمرة » اختصار ، وتقديره : لبيك بعمرة ولبيك بحجة ، فهو كقوله : رأيت الزيدين معناه : رأيت زيدًا ، ورأيت زيدًا ، وإنما اختصرت كذلك التلبية.

٨٧٥٢ - ولأن التلبية (٢) إجابة دعوة إبراهيم عليه السلام ، ويصح أن يجيب لجماعة بلفظ واحد عن شيئين استدعاهما منه.

٨٧٥٣ - على : أن (٣) القارن قد يأتي بإحرامين بالاتفاق ، وإن أحرم بالعمرة ثم أدخل الحج عليها . ومع هذا لم يلزمه عندهم إلا طواف واحد ؛ فلو كان التداخل كما ذكروه ، لاحتاج ههنا إلى طوافين .

٨٧٥٤ - وأما الحلق فقد بينا : أن تداخله ضرورة ، وهذه الضرورة لا توجد (٤) في الطواف .

٨٧٥٥ - قالوا : ولو لم يكن على التداخل ، لما صح أن يتلبس (٥) بهما ، ألا ترى : أن الصلاتين لما لم تتداخلا (٦) ، لم يصح أن يتلبس بهما معا ، كذلك الصوم والصلاة معا ، فلما ثبت أنه يتلبس (٧) بهما ، دل على أنهما يتداخلان ، كما قلنا في الوضوء والغسل .

٨٧٥٦ - قلنا : هذا دليل العكس ، ومخالفنا لا يقول به ، ثم هذا هو الدليل عليه ؛ لأن الأمة اجتمعت على أن المضي (٨) في حجتين أو عمرتين لا يصح ، وإن اختلفوا في

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٢) قوله : [ولأن التلبية] ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) : [لا يوجد] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ن يلبس] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لم تتداخلا] .
(٧) في (ص) : [يلتبس] .
(٨) الزيادة من (م) ، (ع) ، و [المعنى] ، مكان : [المضي] فيهما .

انعقادهما .

٨٧٥٧ - وإنما لم يصح المضي [1] ؛ لأنه لو صح : تداخلت الأفعال ، فوقع الوقوف عن الحجتين ، والطواف عن العمرتين ، ثم لا يصح ذلك ، على أن موجب الجمع أن لا يتدخلا بخلاف ما نحن فيه . ولهذه العلة نقول : إنه لا يصح الدخول في ظهر وعصر ، وفرض ونفل ؛ لأنه لو صح الدخول فيهما : تداخلت أفعالهما ؛ لأن القيام والقراءة لكل واحد من الصلاتين ينعقد بالتحريم ، فركوعهما [2] يتعقب القيام ، ولهذا نقول لو أتى ينوي [3] الصلاة والحج ، دخل بالتلبية فيهما جميعا ؛ لأن أفعالهما لا تتداخل [4] .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [المعنى] .

(٢) في (م) ، (ع) : [فركوعها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لو أنا ننوي] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يتداخل] .

مسألة ٤٧٥

لا يجوز الجمع بين الظهر والعصر بعرفة إلا مع الإمام

٨٧٥٨ - قال أبو حنيفة : لا يجوز الجمع بين الظهر والعصر بعرفة ، إلا مع الإمام ، ويجوز للمقيم والمسافر مع الإمام (١) .

٨٧٥٩ - وقال الشافعي : يُجمع بينهما مع الإمام ومفردًا ، فأما إذا لم يكن مسافرًا (٢) سفرًا صحيحًا ؛ ففيه قولان (٣) .

٨٧٦٠ - لنا : أن فرض العصر ثبت في وقتها بالإجماع ، ولا يجوز إسقاطها أو إسقاط فرضها إلا بمثله .

٨٧٦١ - وقد أجمعوا : أنه إذا جمع مع الإمام جاز ، واختلفوا فيه إذا انفرد ، فلم يجز إسقاط فرض الوقت إلا باليقين .

٨٧٦٢ - ولأنها (٤) صلاة يدخل وقتها بالزوال ؛ فجاز أن يشترط فيه الإمام ، كالجمعة .

٨٧٦٣ - ولأن الظهر والعصر كل واحد منهما فرض نهار مقصود ، فجاز أن يشترط

---

(١) وقال أبو يوسف ومحمد : الإمام ليس بشرط أصلًا ، وبه أخذ الطحاوي . وقال زفر : الإمام شرط في العصر خاصة . قال الكاساني في بدائع الصنائع : الصحيح قول أبي حنيفة . راجع تفصيل المسألة في : كتاب الآثار ، باب الصلاة بعرفة وجمع ص٧٠ ، الحديث (٣٤٣) ، مختصر الطحاوي ، الباب السابق ص٦٤ ، المبسوط ، كتاب المناسك (١٥/٤ ، ١٦) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (١٥٣/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، باب الإحرام (٤٧٠/٢-٤٧٢) ، البناية مع الهداية ، باب الإحرام (١٠١/٤ ، ١٠٢) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٥٠/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٧٦/١) .

(٢) في (ع) : [مسافر] ، بالرفع ، وهو خطأ .

(٣) المراد بالسفر الصحيح : هو السفر الذي تقصر فيه الصلاة ، وأما السفر غير الصحيح : فهو السفر القصير الذي لا تقصر فيه الصلاة . وقد اختلف الشافعية في جواز الجمع للمقيم بين هاتين الصلاتين بعرفة على القولين ، بناء على اختلافهم في السفر القصير : أحدهما : يجوز له الجمع . والثاني : لايجوز . قال الشيرازي : والقول الثاني هو الصحيح . راجع المسألة في : النكت ، في مسائل الوقوف ورقة (١١١ب) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٩٠/٣) ، المجموع مع المهذب ، باب صلاة المسافر ، و باب صفة الحج (٣٧٠/٤) ، (٩٢/٨) . وقال مالك وأحمد : مثل قول الشافعي ، يجوز الجمع بعرفة من غير إمام . راجع المسألة في : المغني ، باب صفة الحج (٤٠٧/٣ ، ٤٠٨) ، الكافي ، الباب السابق (٤٤١/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولأنه] .

فيه الإمام ، كالجمعة .

٨٧٦٤ - ولأنه جمع بين صلاتي عرفة بغير إذن الإمام ، كما لو صلاهما بنيَّة مطلقة .

٨٧٦٥ - ولأن الصلاة على هذه الصفة اختصتْ بمكان وزمان في الشرع ، فكان الإحرام شرطًا فيها [1] ، كالجمعة .

٨٧٦٦ - والدليل على أن الإمام يجمع بالمسافر والمقيم : « أن النبي ﷺ جمع بينهما ، ولم يأمر أهل مكة أن يصلوا كل واحدة في وقتها » ، ولو خالف حالهم فيها حاله لبين لهم [2] ، كما بين لهم وجوب الإتمام ، كقوله عليه الصلاة والسلام : « أتموا صلاتكم ، فإنا قوم سَفْر » [3] .

٨٧٦٧ - ولأن كل جمع لا يجوز للمقيم لا يجوز للمسافر ، كالجمع بين الفجر والظهر .

٨٧٦٨ - ولأنه يحرم بالحج [4] ، فجاز له الجمع ، كالمسافر .

٨٧٦٩ - احتجوا : بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما : « أنه جمع بينهما مع الإمام على الانفراد » [5] ، ولا مخالف له .

٨٧٧٠ - قلنا : يجوز أن يكون لأجل السفر ، وخلافًا للجمع [6] المتعلق بإحرام الحج دون السفر .

٨٧٧١ - قالوا : كل صلاتين جاز الجمع بينهما بإمام ، جاز بغير إمام [7] ، كالمزدلفة .

٨٧٧٢ - قلنا : هذا لا يسقط فرضًا من فروضها ؛ لأن المغرب قد مضى وقتها

---

(١) في (م) ، (ع) : [منها] .

(٢) في (م) : [لتبين لهم] ، وقوله : [لبين لهم] ساقط من (ع) .

(٣) أخرجه أبو داود ، بلفظ : صلوا أربعًا ، فإنا قوم سفر ، في السنن ، في كتاب الصلاة ، باب متي يتم المسافر (٣٠٧/١) ، مالك في الموطأ ، في كتاب قصر الصلاة في السفر ، باب صلاة المسافر إذا كان إمامًا أو كان وراء الإمام (١٤٩/١) وأحمد في المسند في المعاني ، في كتاب الصلاة ، في باب صلاة المسافر (٤١٧/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الصلاة ، في المقيم يدخل في صلاة المسافر (٤١٩/١) ، الحديث (١) .

(٤) قوله : [بالحج] ساقط من (ع) .

(٥) لم نعثر على أثر ابن عمر رضي الله عنه بهذا اللفظ بعد . وقد أخرجه ابن أبي شيبة بلفظ : أنه كان إذا فاتته الصلاة مع الإمام بعرفة ، جمع بين الظهر والعصر في رحله ، في المصنف ، في كتاب الحج ، في الرجل يصلي بعرفة في رحله (٣٤٦/٤) ، الأثر (١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [أن يكون لأهل السفر] ، وخلافًا في الجمع ، مكان المثبت .

(٧) قاعدة : كل صلاتين جاز الجمع بينهما بإمام جاز الجمع بينهما بغير إمام .

والعشاء في وقتها ، فلما لم يُسقط فرضًا من فروضها ؛ لم يفتقر إلى الإمام ، وفي مسألتنا : سقط فرض من فروضها ، وهو الوقت ، فافتقر إلى الإمام ، كالجمعة .

٨٧٧٣ - قالوا : كل صلاتين جازتا مع الإمام على صفة ، جازتا منفردتين على تلك الصفة ، كالمنفرد [١] .

٨٧٧٤ - قلنا : لا يمتنع أن يجوز مع الإمام من الصلاة ما لا يجوز مع [٢] الانفراد ، كالجمعة ، والمعنى في الصلاة المنفردة : أنه لم يسقط فرض من فروضها ، فلم يفتقر إلى الإمام ، وفي مسألتنا بخلافه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [كالأنفراد] ، ولعل الصواب : [كالمنفردة] ، أي الصلاة المنفردة .

(٢) الزيادة من (ع) .

مسألة / ٤٧٦

لا يجوز الجمع إلا لمحرم بالحج

٨٧٧٥ - قال أصحابنا : لا يجوز الجمع إلا لمحرم بالحج (١) .

٨٧٧٦ - وقال الشافعي : يجوز للمحرم ، والمحل بالعمرة إذا كان مسافرًا (٢) .

٨٧٧٧ - وهذه المسألة (٣) مبنية على : أن الجمع بين الصلاتين لأجل السفر لا يجوز .

٨٧٧٨ - ولأنهما صلاتا فرض ؛ فلا يجوز الجمع بينهما في وقت إحداهما لغير الحاج ، كالعشاء والفجر .

٨٧٧٩ - ولأن كل جمع لا يجوز للمقيم لا يجوز للمسافر ، كالفجر والظهر .

٨٧٨٠ - قالوا : كل مسافر جاز له القصر ، جاز له الجمع ، كالمحرم (٤) .

٨٧٨١ - قلنا : المحرم يجوز له الجمع لِيَصِلَ الوقوف والدعاء من غير فصل ، وهذا لا يوجد في المحرم بالعمرة .

* * *

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : بدائع الصنائع ، الفصل السابق (١٥٣/٢) ، فتح القدير ، وبذيله العناية ، الباب السابق (٤٧٢/٢ ، ٤٧٣) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (١٠٢/٤ ، ١٠٣) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٧٦/١) .

(٢) راجع المسألة في نفس المصادر السابقة في مسألة (٢٢٢) ، للمذاهب الثلاثة ، الشافعي ، والمالكي ، والحنبلي .

(٣) لفظ : [المسألة] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) قاعدة : كل مسافر جاز له القصر جاز له الجمع .

مسألة ٤٧٧

إذا أفاض من عرفة قبل غروب الشمس فعليه دم

٨٧٨٢ - قال أصحابنا : إذا أفاض من عرفة قبل غروب الشمس : فعليه دم . فإن عاد والإمام واقف فوقف معه : سقط عنه الدم . وإن عاد بعد مجاوزة الإمام عرفة : لم يسقط عنه الدم في إحدى [1] الروايتين .

٨٧٨٣ - وذكر [2] ابن شجاع عن أصحابنا : أنه يسقط [3] . فمن أصحابنا من قال : إن الركن هو جزء من وقوف ، نهارًا أو ليلًا [4] ، فإن عينه بالنهار فجزء من الليل واجب [5] .

٨٧٨٤ - ومن أصحابنا من قال : استدامة الوقوف إلى الليل أحب [6] .

٨٧٨٥ - وقال الشافعي في القديم ، والأم [7] : إذا دفع قبل غروب الشمس : فعليه دم .

٨٧٨٦ - وقال في الإملاء [8] : يستحب له الهدي ، ولا يجب عليه [9] .

---

(١) في (ص) ، (م) : [أحد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ذكره] .
(٣) في (م) ، (ع) : [سقط] .
(٤) في (م) ، (ع) : [هو الوقوف نهارا وليلا] ، مكان المثبت .
(٥) لفظ : [واجب] ساقط من (ع) .
(٦) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي ، باب الفدية وجزاء الصيد ص٧٠ ، المبسوط ، باب الخروج إلى منى (٥٥/٤ ، ٥٦) ، أحكام القرآن للجصاص ، باب الوقوف بعرفة (٣١١/١ ، ٣١٢) ، تحفة الفقهاء ، باب الإحرام (٤٠٥/١ ، ٤٠٦) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما ركن الحج (١٢٧/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، باب الجنايات (٥٩/٣ ، ٦٠) ، البناية مع الهداية ، باب الجنايات (٢٩٠/٤-٢٩٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب الجنايات (٢٩٤/١) .
(٧) في (م) ، (ع) : [الإمام] .
(٨) في سائر النسخ : الأم ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، ويدل عليه نص الرافعي التالي .
(٩) قال القفال في حلية العلماء : فان دفع قبل غروب الشمس وعاد قبل طلوع الفجر إلى الموقف فلا شيء عليه ، وإن عاد بعد طلوع الفجر ، جبره بدم ، وقال الرافعي في فتح العزيز : وهل هو أي الدم واجب أو مستحب ؟ أشار في المختصر والأم إلى وجوبه ، ونص في الإملاء على الاستحباب ، وللأصحاب ثلاثة طرق . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في ما يفعل الحاج والقارن (٢١٢/٢) ، النكت ، في مسائل الوقوف ، ورقة (١١١ب) ، حلية العلماء ، باب صفة الحج والعمرة (٢٩٢/٣) ، المجموع مع المهذب ، باب صفة الحج =

٨٧٨٧ - والدليل على وجوب الوقوف في جزء من الليل : ما روي في حديث محمد بن قيس بن مخرمة : « أن رسول الله ﷺ قال وهو بعرفة : أيها الناس ، إن هذا يوم الحج الأكبر ، وإن أهل الجاهلية كانوا يفيضون من عرفات قبل أن تغيب الشمس حتى تعمم [(١)] علي رؤوس الجبال ، كأنها عمائم الرجال في [(٢)] وجوههم ، فلا تعجلوا ، فإنا ندفع بعد غيوبها ، هدينا يخالف هدي أهل الشرك والأوثان » [(٣)] .

٨٧٨٨ - ولأن « النبي ﷺ وقف إلى غروب الشمس ثم دفع » [(٤)] ، وفعله بيان .

= (٩٤/٨ ، ٩٥ ، ١٠٢) ، فتح العزيز مع الوجيز في ذيل المجموع ، الفصل السادس في الوقوف بعرفة (٣٦١/٧ ، ٣٦٣ ، ٣٦٤) ، معالم السنن ، في باب من لم يدرك عرفة (٢٠٨/٢) . وقال الباجي في المنتقى : إن دفع قبل الغروب إلا أنه لم يخرج من عرفة إلا بعد الغروب ، ففي كتاب ابن المواز عن مالك : عليه الهدي ، وإن خرج من عرفة قبل الغروب ، ثم رجع إلى عرفة قبل طلوع الفجر ، فقد أدرك الحج . وإن لم يرجع فقد فاته الحج ، وعليه حج من قابل والهدي . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، في تفسير ما يبدأ به الرجل إذا دخل في الطواف ، وفي القرآن وإنشاد الشعر والحديث في الطواف (٣١٥/١ ، ٣٢١) ، المنتقى ، في وقوف من فاته الحج بعرفة (٢٠/٣) ، الكافي لابن عبد البر ، باب العمل في الحج (٣٧٢/١ ، ٣٧٣) ، بداية المجتهد ، في الوقوف بعرفة وفي القول في الكفارات المسكوت عنها (٣٦٢/١ ، ٣٦٣ ، ٣٩٠) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب الرابع في أعمال الحج ص١٢٧ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، سورة البقرة (٣٩٣/٢) . وقال أحمد : مثل قول الحنفية ، إن دفع من عرفة قبل الغروب ، ولم يعد حتى غربت الشمس ، فعليه دم . راجع المسألة في الإفصاح ، كتاب الحج (٢٧١/١) ، المغني ، باب صفة الحج ، و باب الفدية وجزاء الصيد (٤١٤/٣ ، ٤١٥ ، ٥٠٢ ، ٥٠٣) .

(١) في سائر النسخ : [حتى يعلم] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) الزيادة من كتب الحديث .

(٣) في (ص) ، (م) : [والأديان] ، وهو ساقط من (ع) والمثبت من كتب الحديث . حديث محمد بن قيس بن مخرمة أخرجه أبو داود في المراسيل ، في باب ما جاء في الحج ص١٨ ، ١٩ ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الحج ، باب الدفع من المزدلفة قبل طلوع الشمس (١٢٥/٥) ، وابن أبي شيبة ، في المصنف ، في كتاب الحج في وقت الإفاضة من عرفة (٤٧٩/٤) ، الحديث (٤) ، الشافعي في المسند ، في كتاب الحج ، باب فيما يلزم الحاج (٣٥٥/١) ، الحديث (٩١٦ ، ٩١٧) .

(٤) فيه أحاديث ، منها : حديث جابر في صفة حجة النبي ﷺ ، أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ (٨٨٦/٢-٨٩٢) ، الحديث (١٢١٨/١٤٧) ، وأبو داود ، في السنن ، في كتاب الحج ، باب صفة حجة النبي ﷺ (٤٨١/١) ، وابن ماجه في السنن ، في كتاب المناسك ، باب حجة رسول الله ﷺ (١٠٢٥/٢ ، ١٠٢٦) ، الحديث (٣٠٧٤) وحديث علي ﷺ أخرجه الترمذي في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء أن عرفة كلها موقف (٢٢٣/٣ ، ٢٢٤) ، الحديث (٨٨٥) وحديث أسامة ﷺ ، أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب الدفع من عرفة (٤٨٦/١) .

٨٧٨٩ - ولأن الحج يشتمل على أركان وغير أركان ، فإذا كان في غير الأركان ، كما يختص الليل وهي البيتوتة ليلة المزدلفة وليالي منى ، وجب أن يكون في الأركان ، كما يختص الليل أيضًا .

٨٧٩٠ - ولأنه أحد الزمانين ، فوجب فيه الوقوف ، كالآخر .

٨٧٩١ - والدليل على الطريقة الأخرى : وهو أن المداومة واجبة ، أن [١] ما ترتب على ركن في الحج كان واجبًا ، كالسعي .

٨٧٩٢ - ولأنه ركن في الإحرام ، فوجب امتداده ، كالطواف .

٨٧٩٣ - وإذا ثبت وجوب الوقوف ليلًا ، أو وجوب المداومة إلى الليل ، فإذا ترك ذلك : لزمه دم ؛ لحديث ابن عباس ﷺ : « أن النبي ﷺ قال : من ترك نسكًا فعليه دمٌ » [٢] .

٨٧٩٤ - ولأنه ركن من أركان الحج ، فجاز أن يجب الدم متى أخل به في المكان المأمور به فيه [٣] ، كالإحرام إذا تجاوز به الوقت .

٨٧٩٥ - ولأنه دم مأمور بإراقته لترك فعل في الإحرام ، فكان واجبًا ، كدم المأمور به لترك الإحرام في الوقت ، وترك [٤] الرمي .

٨٧٩٦ - احتجوا : بأن الوقوف شرع نهارًا ، والليل تابع ، فإذا كان من وقف ليلًا لم يدرك النهار ، لم يلزمه شئ ، فإذا ترك الليل ووقف النهار أولى أن لا يجب .

٨٧٩٧ - قلنا : الركن إما أن يقف بالنهار أو الليل ، والواجب جزء من الليل ، فإذا وقف نهارًا ، فقد فعل الركن وترك الواجب ، وإذا وقف ليلًا ، فالجزء الأول هو الركن ، والثاني هو الواجب ، فقد أتى بالأمرين .

٨٧٩٨ - تبين الفرق [٥] بينهما : أنه يُستحب الدم عندهم في مسألتنا ، فلا يُستحب عندهم إذا وقف ليلًا ، فكل فرق يفرقون في معنى الاستحباب ، فهو فرقنا في الوجوب .

---

(١) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٤٦٢) .

(٣) قوله : [فيه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [وكترك] بزيادة الكاف .

(٥) في (ص) : [فرق] بحذف الألف واللام .

٨٧٩٩ – قالوا : دفع من موقف قبل الإمام ، كما لو دفع من مزدلفة قبل الإمام .

٨٨٠٠ – قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأنه لو دفع من عرفة قبل الإمام وقد وقف حتى غربت الشمس ، لم يجب عليه شئ ؛ لأنه فعل الوقوف الواجب ، وكذلك [1] إذا وقف بمزدلفة بعد الفجر ثم دفع قبل الإمام ، فقد دفع بعد الوقوف فالواجب لا يلزمه شئ ، وإن أفاض قبل غروب الشمس ، فعليه دم ؛ لأنه ترك وقوفًا واجبًا ، فهو كما لو دفع من المزدلفة قبل وقت الوقوف بالمزدلفة ، يقوم الدم مقام جميعه ، فلا يجوز أن يقوم مقامه شبه [2] الدم منه ، والوقوف بعرفة لا يقوم الدم مقامه ، فجاز أن يقوم مقامه شبه الدفع منه [3] .

* * *

(١) في (ص) : [ولذلك] .

(٢) في (م) ، (ع) : [سنة] .

(٣) قوله : [منه] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٤٧٨

يجمع بين المغرب والعشاء بأذان وإقامة

٨٨٠١ - قال أصحابنا : يجمع بين المغرب والعشاء بأذان وإقامة [١] .

٨٨٠٢ - وقال الشافعي في القديم : بأذان وإقامتين ، وقال في الجديد : يجمع بينهما بإقامتين من غير أذان [٢] .

٨٨٠٣ - لنا : ما روى الزهري ، عن سالم ، عن ابن عمر ﵄ : « أن النبي ﷺ جمع بينهما بإقامة واحدة » [٣] ، وهذا خلاف قرانه [٤] ، ذكر هذا أبو داود عن مسدد [٥] .

(١) وقال زفر من الحنفية : مثل قول الشافعي في القديم : يجمع بينهما بأذان وإقامتين ، وبه قال الطحاوي . راجع المسألة في : كتاب الأصل ، باب الخروج إلى منى (٤٢٠/٢) ، مختصر الطحاوي ، باب ذكر الحج ص٦٥ ، المبسوط ، كتاب المناسك ، وفي باب الخروج إلى منى (١٩/٤ ، ٦٢) ، متن القدوري ، كتاب الحج ص٢٧ ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (٤٠٧/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان سنن الحج (١٥٤/٢ ، ١٥٥) ، فتح القدير مع الهداية ، باب الإحرام (٤٧٨/٢ ، ٤٧٩) ، البناية مع الهداية ، باب الإحرام (١١٥/٤ ، ١١٦) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٥١/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٧٨/١) .

(٢) قال النووي في المجموع : إن الأصح في مذهبنا : أنه يؤذن للأولى ، ويقيم لكل واحدة . راجع المسألة في : الأم ، باب ما يفعل من دفع من عرفة (٢١٢/٢) ، مختصر المزني ، باب ما يلزم عند الإحرام وبيان الطواف والسعي وغير ذلك ص٦٨ ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٨٩أ) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٩٢/٣) ، المهذب مع المجموع ، باب الأذان و باب صفة الحج (٨٦/٣ ، ٨٧) ، (١٤٩/٨) ، معالم السنن ، في ومن باب الصلاة بجمع (٢٠٤/٢ ، ٢٠٥) ، شرح السنة للبغوي في كتاب الحج ، باب الجمع بين المغرب والعشاء بالمزدلفة (١٦٨/٧ ، ١٦٩) ، ضمن الحديث (١٩٣٨) . وقال مالك : يصليهما بأذانين وإقامتين . راجع المسألة في المدونة ، في القرآن وإنشاد الشعر والحديث في الطواف (٣٢٠/١) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٧٣/١) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، في سورة البقرة (٣٩٩/٢-٤٠١) . قال الخرقي في مختصره : يصلي معي الإمام المغرب وعشاء الآخرة بإقامة لكل صلاة ، فإن جمع بينهما بإقامة واحدة ، فلا بأس . وقال ابن قدامة : وإن أذن للأولى ، وأقام ، ثم أقام للثانية ، فحسن ، ثم قال : والذي اختار الخرقي : إقامة لكل صلاة من غير أذان ، قال ابن المنذر : وهو آخر قولي أحمد . راجع تفصيل المسألة في المغني ، باب صفة الحج (٤١٨/٣ ، ٤١٩) .

(٣) لفظ : [واحدة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش . وحديث ابن عمر ﵄ : أخرجه النسائي في السنن ، في كتاب مناسك الحج ، في الجمع بين الصلاتين بالمزدلفة (٢٦٠/٥) ، وأخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب الإفاضة من عرفات إلى المزدلفة (٩٣٨/٢) ، الحديث (٢٩٠/ ١٢٨٨) ، والطحاوي في المعاني ، في باب الجمع بين الصلاتين بجمع كيف هو ؟ (٢١٢/٢) ، وأخرجه الترمذي في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في الجمع بين المغرب والعشاء بالمزدلفة (٢٢٦/٣) ، الحديث (٨٨٧ ، ٨٨٨) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قران] بدون الهاء ، والمثبت من (ص) ، ولعل الصواب : [قوليه] ، أي قولي الشافعي المذكورين.

(٥) أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب الصلاة بجمع (٤٨٧/١) .

٨٨٠٤ - وذكر أبو الأحوص قال : حدثنا أشعث بن سليم [١] ، عن أبيه ، قال : أقبلت مع ابن عمر من عرفات إلى المزدلفة ، فلم يكن يفتر [٢] من التكبير والتهليل [٣] ، حتى أتيت المزدلفة ، فأذَّن وأقام ، فصلى [٤] بنا المغرب ثلاث ركعات ، ثم التفت إلينا ، فقال : الصلاة ، فصلى بنا العشاء ركعتين ، قال : وأخبرني علاج بن عمرو [٥] بمثل هذا الحديث أي حديث ابن عمر ، فقيل لابن عمر في ذلك ، فقال : « صليت مع النبي ﷺ هكذا » [٦] .

٨٨٠٥ - وروى أبو أيوب : « أن النبي ﷺ صلى بنا المغرب والعشاء بالمزدلفة بأذان وإقامة » [٧] .

٨٨٠٦ - وروي سعيد بن جبير قال : « أفضنا مع عبد الله بن عمر من عرفات ، فصلى بنا المغرب والعشاء بإقامة واحدة ، والتفت إلينا ، فقال : هكذا صلى بنا رسول الله ﷺ » [٨] .

٨٨٠٧ - ولأنه جمع بين الصلاتين في وقت إحداهما ، فوجب أن يؤديهما كصلاتي عرفة .

٨٨٠٨ - ولأنه وقت يجمع صلاتين : شفع ووتر ؛ فوجب أن يؤذن فيه ، كالعشاء والوتر .

٨٨٠٩ - ولأن الثانية مفعولة في وقتها ، فإذا لم تفرد بالأذان لم تفرد [٩] بالإقامة ، كالوتر [١٠] .

---

(١) في سائر النسخ : [شعبة بن سليم] ، والمثبت من سنن أبي داود .

(٢) في (م) ، (ع) : [يغير] .

(٣) في (ع) : [التهليل والتكبير] ، بالتقديم والتأخير .

(٤) في سائر النسخ : [قام] ، مكان : [أقام] ، والصواب ما أثبتنا من كتب الحديث ، وفي (ع) : [ثم صلى] بدل : [فصلى] .

(٥) في (ص) ، (م) : [ابن فلاح بن عمرو] ، وفي (ع) : [ابن فلاح بن عمر] ، والمثبت من سنن أبي داود .

(٦) أخرجه أبو داود في المصدر السابق (٤٨٧/١ ، ٤٨٨) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في من قال : لا يجزيه الأذان بجمع وحده ، أو يؤذن أو يقيم (٣٤٧/٤) ، الحديث (٢) ، الطحاوي في الباب السابق (١٣/٢) .

(٨) أخرجه مسلم في الصحيح ، في الباب السابق (٩٣٨/٢) ، الحديث (١٢٨٨/٢٩١) ، وأبو داود في السنن ، في الباب السابق (٤٨٧/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في العنوان السابق (٣٤٧/٤ ، ٣٤٨) ، الحديث (٤٠٣) .

(٩) في (م) ، (ع) : [فإذا لم يفرد بالأذان لم يفرد] ، مكان المثبت .

(١٠) قوله : [كالوتر] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

٨٨١٠ - احتجوا : بحديث ابن عمر رضي الله عنهما « أن النبي ﷺ جمع بين المغرب والعشاء بالمزدلفة بإقامتين » [١] .

٨٨١١ - قلنا : قد [٢] ذكر أبو داود عنه إقامة واحدة ، ورواه عن النبي ﷺ قولًا وفعلًا مفردًا [٣] ، فإن ثبت ما قالوه عنه فيريد [٤] به أذانًا وإقامةً ، ويكون قد سمى الأذان إقامة ، كما يسمى الإقامة أذانًا ؛ قال عليه الصلاة والسلام : « بين كل أذانين صلاة » [٥] ، أي : بين كل أذان وإقامة .

٨٨١٢ - قالوا : روى جابر رضي الله عنه « أن النبي ﷺ جمع بين المغرب والعشاء بالمزدلفة بأذان وإقامتين لم يسبح بينهما » [٦] .

٨٨١٣ - قلنا : قد عارضه حديث أبي أيوب ، وابن عمر ، ورواية الاثنين أولى ، وقد وافق حديثُ ابن عمر عمل الصحابة . روى أبو الأحوص ، عن أبي إسحاق ، عن أبي جعفر ، قال : « اتفق علي وعبد الله بن [٧] مسعود : أن صلاة الجمع بأذان وإقامة » [٨] ، وروي الأسود ، عن عمر بن الخطاب مثله [٩] ، وقد بيَّنَّا ذلك من [١٠] فعل

(١) أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب من جمع بينهما ولم يتطوع (١/٢٩٠) ، وأبو داود ، في المصدر السابق (١/٤٨٧) .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) في هامش (ص) : [مفسرا] ، مكان : [مفردا] الثاني ، من نسخة أخرى ، وهو ساقط من (م) .

(٤) في (م) : [فيزيد] بالزاء المعجمة .

(٥) هذا جزء من حديث عبد الله بن المغفل ، المتفق عليه أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الأذان ، باب بين كل أذانين صلاة (١/١١٧) ومسلم ، نحوه في الصحيح ، في كتاب صلاة المسافرين ، باب بين كل أذانين صلاة (١/٥٧٣) ، الحديث (٣٠٤ ، ٨٣٨) .

(٦) في (م) ، (ع) : [يسبح بينهما] بحذف : [لم] . وهذا جزء من حديث جابر الطويل أخرجه مسلم مطولا ، في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ (٢/٨٩١) ، الحديث (١٤٧/١٢١٨) ، وأبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب صفة حجة النبي ﷺ (١/٤٨١) ، وابن ماجه في السنن ، في كتاب المناسك ، باب حجة رسول الله ﷺ (٢/١٠٢٦) ، الحديث (٣٠٧٤) .

(٧) قوله : [عبد الله بن] مكرر في (م) ، (ع) .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في المصدر السابق (٤/٣٤٨) ، الحديث (٥) .

(٩) أثر عمر بن الخطاب أخرجه الطحاوي في المعاني ، في الباب السابق (٢/٢١١) . وهذا الأثر يخالف حديث أبي جعفر السابق ، وليس كما قال المصنف بأنه مثله .

(١٠) في (م) ، (ع) : [عن] .

ابن عمر ، ومتى [١] تعارض عن النبي ﷺ خبران ، كان الذي وافقه عمل الصحابة لي [٢] ، أو عمل السلف منهما أولى .

٨٨١٤ - قالوا : صلاتان مفعولتان في وقت إحداهما ؛ فوجب أن يكون بأذان وإقامتين ، كصلاتي عرفة .

٨٨١٥ - قلنا : الثانية هناك مقدمة علي وقتها ، فاحتاجت إلى إعلام نيته بها على تقديمها ، وفي مسألتنا : الثانية مفعولة في وقتها ؛ فلم يحتج إلى تجديد إعلام لها ، والحال حال التخفيف ، فما كان أقرب إليه ، كان أولى .

٨٨١٦ - وفرق آخر : وهو أن الظهر بعرفة يصليها وهو مسافر ، ثم ركعتين يقدم إلى العصر بعدها ، فلو لم يقم [٣] ، لظن الناس أنه يتم الظهر ، واختلطت صلاتهم ، وهذا المعنى لا يوجد في مسألتنا ؛ لأنه يصلي المغرب صلاة الإقامة [٤] ، فإذا قام بعدها إلى الصلاة [٥] لم يشكل أنه يصلي الصلاة [٦] الثانية ، فلم يحتج إلى الإقامة .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [وهو] ، مكان : [ومتى] .
(٢) قاعدة : متى تعارض عن النبي ﷺ خبران كان الذي وافقه عمل الصحابة أولى .
(٣) في (ص) : [لم يقل] .
(٤) في (م) ، (ع) : [للاقامة] أي أنها لا تقصر .
(٥) في (ع) : [للصلاة] ، مكان : [إلى الصلاة] .
(٦) في (م) ، (ع) : [أنه صلى الصلوات] .

مسألة ٤٧٩

إذا صلى المغرب بعرفة أو في طريق المزدلفة لم يجز

٨٨١٧ - قال أبو حنيفة : إذا صلى المغرب بعرفة أو في طريق المزدلفة ، لم يجز ، إلا أن يخاف طلوع [1] الفجر ، فيصليها قبل المزدلفة ، ولا يلزمه الإعادة ، فإن صلى بعرفة فعليه الإعادة ، وإن طلع الفجر أجزأ عنه في رواية الأصل .

٨٨١٨ - وذكر أبو الحسن في الجامع : أنه لا يجزيه ، وإنْ طلع الفجر . قال في الأصل : إنْ صلاها بعد نصف الليل ، أجزاه [2] .

٨٨١٩ - وقال الشافعي : يجوز أن يصلي بعرفة ، وفي الطريق [3] .

٨٨٢٠ - والدليل على اختصاص هذه الصلاة بالمزدلفة : ما روى أسامة بن زيد : « أنه عليه الصلاة والسلام دفع من عرفات ، وكنتُ رديفه ، فلما أتى الشعب فنزل فبال وتوضأ

---

(١) في (م) ، (ع) : [لطلوع] ، مكان : [طلوع] .

(٢) قال السرخسي في المبسوط : إن صلى المغرب بعرفات بعد غروب الشمس أو صلاها في طريق المزدلفة قبل غيبوبة الشفق أو بعده ، فعليه أن يعيدها بمزدلفة في قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : يكره ما صنع ، ولا يلزمه الإعادة . راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، الباب السابق (٤٢١/٢) ، المبسوط ، باب الخروج إلى منى (٦٢/٤ ، ٦٣) ، أحكام القرآن للجصاص ، باب الوقوف بجمع (٣١٣/١) ، متن القدوري ، كتاب الحج ص٢٧ ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (١٥٥/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيلة العناية ، الباب السابق (٤٧٩/٢-٤٨١) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (١١٨/٤-١٢١) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٥٢/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٧٨/١) .

(٣) راجع المسألة في : النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١١١ب ، ١١٢أ) ، المجموع مع المهذب ، باب صفة الحج (١٢٣/٨ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٤٨) ، فتح العزيز بذيل المجموع ، الفصل السابق (٣٦٠/٧) . قال مالك في المدونة : أما من لم تكن به علة ولا بدابته ، وهو يسير بسير الناس ، فلا يصلي إلا بالمزدلفة . قال ابن القاسم : فإن صلى قبل ذلك ، فعليه أن يعيد إذا أتى المزدلفة . وقال الباجي في المنتقى : فمن صلى قبل أن يأتي المزدلفة دون عذر ، فقد قال ابن حبيب : يعيد ، ثم قال : وقال أشهب : بئس ما صنع ، ولا إعادة عليه ، إلا أن يصليهما قبل مغيب الشفق ، فيعيد العشاء وحدها أبدا . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، العنوان السابق (٣٢٢/١) ، المنتقى ، في صلاة المزدلفة (٣٩/٣) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٧٣/١) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، سورة البقرة (٣٩٨/٢) . وقال أحمد وأصحابه : إن صلى المغرب قبل أن يأتي مزدلفة فقد ترك السنة ، وصحت صلاته . راجع المغني ، الباب السابق (٤٢٠/٣) ، الكافي لابن قدامة ، باب صفة الحج (٤٤٣/١) .

ولم يسبغ الوضوء ، فقلت : يا رسول اللّٰه ، الصلاة ، فقال : « الصلاة أمامك » [١] . وفي حديث موسى بن عقبة : « المصلى أمامك » [٢] . ومعلوم : أن هذه اللفظة صورة [٣] الخبر ، والمراد به : الأمر ، لاستحالة أن يوجد خبره بخلاف ما أخبر به ، ولو حملناه على الخبر لاقتضى أن الصلاة لا يعتد بها في ذلك المكان .

٨٨٢١ - ولا يحمل على استحباب الصلاة ؛ / لأن اللفظ إن كان خبرًا ، اقتضى أن الصلاة لا توجد قبل المزدلفة ، وإن كان أمرًا ؛ فهو على الوجوب .

٨٨٢٢ - فقد قيل : إن قوله : « الصلاة أمامك » يحتمل وقت الصلاة ؛ لأن [٤] الصلاة يعبر بها عن وقت ، ويحتمل مكان الصلاة ؛ لأن ذلك يسمي صلاة ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَصَلَوَٰتٌ وَمَسَٰجِدُ ﴾ [٥] .

٨٨٢٣ - ولأنها عبادة أمر بتأخيرها [٦] إلى مكان بعد دخول وقتها ؛ فكان فعلها فيه واجبًا ، كرمي الجمار .

٨٨٢٤ - ولأنها عبادة لها تحليل وتحريم ؛ فكان فيها ما يختص بمكان ، كالحج .

٨٨٢٥ - ولأنها قربة مشروع [٧] فعلها في مكان بعينه في حال النسك ؛ فصار كسائر المناسك .

٨٨٢٦ - ولأنها صلاة أمر بأدائها بعد السفر ، فلم يجز قبله ؛ أصله العشاء و [٨] العتمة .

٨٨٢٧ - احتجوا : بأن كل ما كان وقتًا لفعل صلاة الفريضة في غير النسك ، كان وقتًا لغيرها في النسك ، أصله سائر الأوقات للصلاة .

---

(١) قوله : [فقال الصلاة] ساقط من (م) ، (ع) . وحديث أسامة متفق عليه أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الوضوء ، باب إسباغ الوضوء (٣٩/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب الإفاضة من عرفات إلى المزدلفة (٩٣٤/٢) ، الحديث (١٢٨٠/٢٧٦) .

(٢) متفق عليه ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الوضوء ، باب الرجل يوضئ صاحبه (٤٦/١) ، ومسلم في المصدر السابق (٩٣٤/٢) ، الحديث (١٢٨٠/٢٧٧) .

(٣) في (م) ، (ع) : [صورته] ، مكان : [صورة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولأن] بالعطف .

(٥) سورة الحج : الآية ٤٠ .

(٦) في (ص) : [بتأخير] ، مكان : [بتأخيرها] .

(٧) في (م) : [مشروعة] .

(٨) لفظ : [العشاء] ساقط من (م) ، وقوله : [العشاء] ساقط من (ع) .

٨٨٢٨ - قلنا : هو وقت لها ؛ بدلالة : أن من وصل إلى مزدلفة قبل غيبوبة الشفق فصلى المغرب : جاز ، ولكن من شروطها : المكان ، فإذا صلاها في وقتها من غير كمال شيء أبطلها لم يجز .

٨٨٢٩ - قالوا : صلاتي جمع ، فجاز فعلها في وقتها ، أصله صلاة عرفة .

٨٨٣٠ - قلنا : بموجبها ؛ لأن عندنا يجوز صلاة المغرب في وقتها ، وهو إذا وصل إلى المزدلفة (١) .

٨٨٣١ - قالوا : كل مكان يجوز أن يصلي فيه المغرب في نصف الليل أو بعد نصف الليل ، جاز قبله . أصله : سائر الأماكن .

٨٨٣٢ - قلنا : لا نسلم هذا على إحدى (٢) الروايتين ، وإن سلمنا فلأن التأخير وقت الجمع عن كراهة ، فجاز فعلها .

٨٨٣٣ - ولأنه مأمور بترك هذه الصلاة بفعل صلاة يختص بمكان هو أولى منها .

٨٨٣٤ - وإذا فعل المأمور بتأخيرها ، كان مأمورًا ببعضها بفعل الأولى ، فإن لم يفعل حتى يجاوز (٣) الوقت ؛ أجزأت الأولى ، كما في وقت الظهر (٤) والجمعة ، فإذا تقرر هذا ، فمتي يجاوز نصف الليل ، فقد ذهب الأولى ، فلم يمنع من فعل الصلاة ، فجاز .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [مزدلفة] بدون الألف واللام .

(٢) في سائر النسخ : [احد] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) في (ع) : [جاوز] .

(٤) في (م) ، (ع) : [كالوقت كالظهر] ، مكان : [كما في وقت الظهر] .

مسألة ٤٨٠

الوقوف بالمزدلفة واجب

٨٨٣٥ – قال أصحابنا : الوقوف بالمزدلفة واجب ، ووقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر ما لم تطلع الشمس [١] .

٨٨٣٦ – وقال الشافعي : الوقوف مستحب [٢] بعد طلوع الفجر ، فإذا [٣] دفع من المزدلفة في النصف الأول من الليل ، ففيه قولان ، أحدهما : لا دم عليه ، والآخر : عليه دم .

٨٨٣٧ – فإن دفع في النصف الأخير قبل الفجر ، أجزأه قولًا واحدًا [٤] .

---

(١) في (م) : [لم يطلع] ، مكان : [لم تطلع] . راجع المسألة في : أحكام القرآن للجصاص ، الباب السابق (٣١٣/١ – ٣١٥) ، المبسوط ، الباب السابق (٦٣/٤) ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (٤٠٧/١) ، بدائع الصنائع ، في فصل : وأما الوقوف بمزدلفة وفي فصل : وأما زمانه (١٣٥/٢ ، ١٣٦) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، الباب السابق (٤٨٢/٢ – ٤٨٤) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (١٢٣/٤ – ١٢٦) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٦٣/١) .

(٢) في سائر النسخ : [المستحب] ، الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [فان] .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، الباب السابق (٢١٢/٢) ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١١٢أ) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (١٢٤/٨ ، ١٢٥ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ١٥٠ ، ١٥١) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع ، الفصل السابع في أسباب التحلل (٣٦٧/٧-٣٦٩) ، شرح السنّة (١٧٥/٧ ، ١٧٦) .
وقال مالك وأصحابه : المبيت بالمزدلفة سنّة مؤكدة . قال مالك في المدونة : من مر بالمزدلفة مارًا ، ولم ينزل بها ، فعليه الدم ، ومن نزل بها ، ثم دفع منها بعد ما نزل بها وإن كان دفعه منها في وسط الليل أو في آخره وترك الوقوف مع الإمام ؛ فقد أجزأه ، ولا دم عليه . قال الباجي في المنتقى : ولا يدفع أحد قبل الفجر ، قاله مالك . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، العنوان السابق (٣٢٢/١ ، ٣٢٣) ، المنتقى ، في تقديم النساء والصبيان ، وفي السير في الدفعة (٢١/٣ ، ٢٣) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٧٣/١) ، بداية المجتهد في القول في أفعال المزدلفة (٣٦٣/١ ، ٣٦٤) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، سورة البقرة (٤٠١/٢ – ٤٠٣) . وقال أحمد في رواية : المبيت بمزدلفة واجب ، يجب بتركه دم ، ويجوز الدفع منها بعد نصف الليل ، ولا يجوز قبله . وقال في رواية أخرى : المبيت بمزدلفة غير واجب . قال ابن قدامة : والأول المذهب . راجع المسألة في : الإفصاح باب العمرة (٢٧٥/١) ، المغني ، الباب السابق ، و باب الفدية وجزاء الصيد (٤٢١/٣-٤٢٣ ، ٥٠٣ ، ٥٠٤) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٤٤/١ ، ٤٤٥) ، العدة ، باب أركان الحج والعمرة ص٢٠٥ ، ٢٠٦ .

٨٨٣٨ – لنا : حديث عروة بن مضرس الطائي : « أن النبي ﷺ قال : من شهد معنا هذه الصلاة ، ووقف معنا حتى نفيض ، وقد كان [١] وقف قبل ذلك بعرفة ساعةً من ليل أو نهار فقد تم حجه » [٢] ، فعلق بذلك تمام الحج .

٨٨٣٩ – ولأنه وقت للوقوف بعرفة ، فلم يكن وقتًا للوقوف بالمزدلفة ، أصله : ما قبل العشاء والنهار .

٨٨٤٠ – ولأنه ليس بوقت لصلاة الفجر ، فلم يكن وقتًا للوقوف بالمزدلفة ، أصله : ما بعد طلوع الشمس .

٨٨٤١ – احتجوا : بما روى عن عائشة رضي الله عنها : قالت : « كانت سودة امرأة [٣] ثبطة استأذنت رسول الله ﷺ أن تفيض من المزدلفة بليل ، فأذن لها » [٤] .

٨٨٤٢ – وروت [٥] عائشة رضي الله عنها : « أن النبي ﷺ أرسل أم سلمة ليلة النحر ،

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) ، وفي (م) : [يفيض] ، مكان : [نفيض] .

(٢) حديث عروة بن مضرس ﷺ : أخرجه وأبو داود ، بلفظ : من أدرك معنا هذه الصلاة ، وأتى عرفات قبل ذلك ليلًا أو نهارًا ، فقد تم حجه ، وقضى تفثه ، في السنن ، في كتاب المناسك ، باب من لم يدرك عرفة (٤٩١/١) ، أحمد مطولًا ، باختلاف يسير في اللفظ ، في المسند ، في حديث عروة بن مضرس (ﷺ) (١٥/٤) ، والطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب حكم الوقوف بالمزدلفة (٢٠٨/٢) ، وأخرجه الترمذي بألفاظ متقاربة ، في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في من أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج (٢٢٩/٣ ، ٢٣٠) ، الحديث (٨٩١) ، والنسائي في السنن ، في كتاب مناسك الحج ، فيمن لم يدرك صلاة الصبح مع الإمام بالمزدلفة (٢٦٣/٥ ، ٢٦٤) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب المناسك ، في من أتى عرفات ولم يدرك الإمام (٤٦٣/١) ، والدارمي في السنن ، كتاب المناسك ، باب بما يتم الحج (٥٩/٢) ، وابن ماجه في كتاب المناسك في باب من أتى عرفة قبل الفجر ليلة جمع (١٠٠٤/٢) ، الحديث (٣٠١٦) ، بلفظ : من شهد معنا الصلاة ، وأفاض من عرفات ، ليلًا أو نهارًا ، فقد قضى تفثه وتم حجه ، وأخرجه الدارقطني في السنن ، والبيهقي في الكبرى ، وابن حبان في صحيحه . قال الترمذي بعد أن أخرجه : هذا حديث حسن صحيح ، وقال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط كافة أئمة الحديث ، وهي قاعدة من قواعد الإسلام ، وقد أمسك عن إخراجه الشيخان . انظر تخريجه أيضًا ، في : نصب الراية ، باب الإحرام (٧٣/٣) ، الحديث الخامس والخمسون ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (٣٩٨/٥ ، ٣٩٩) ، الحديث (٩٦٢) .

(٣) لفظ : [امرأة] ساقط من (ع) أي : امرأة ثقيلة بطيئة . راجع في النهاية مادة : [ثبط] (٢٠٧/١) ، لسان العرب (٤٧٠/١) .

(٤) متفق عليه أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب من قدم ضعفة أهله بليل (٢٩١/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب استحباب تقديم دفع الضعفة من النساء وغيرهن (٩٣٩/٢) ، الحديث (٢٩٣ ، ١٢٩٠/٢٩٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : روت بدون العطف .

فرمت الجمرة قبل الفجر ، ثم مضت فأفاضت ، وكان ذلك اليوم الذي يكون رسول الله ﷺ عندها » [١] .

٨٨٤٣ - و « قال ابن عباس ﵄ : قدمنا رسول الله ﷺ أغيلمة من بني عبد المطلب » [٢] .

٨٨٤٤ - قلنا : هذه كلها أعذار ، وترك الوقوف بها ليس بعذر في ترك الوقوف بعرفة غلط ؛ لأن الأركان لا تُترك [٣] بالأعذار ، والتوابع تُترك [٤] .

٨٨٤٥ - وقولهم : إن الزحام في الطواف أشد ، ولم يرخص فيه : غلط ؛ لأن الطواف والسعي لا يتفق في وقت واحد .

٨٨٤٦ - والكلام في كيفية الأعذار ، لا يصح ؛ لأنها تختلف [٥] باختلاف الأحوال وأحوال الناس ، ومن جاز له ترك نسك لعذر ، لم يدل على جواز تركه لغير عذر .

* * *

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب التعجيل من جمع (٤٨٩/١) ، والدارقطني في السنن ، في كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٧٦/٢) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب المناسك (٤٦٩/١) .

(٢) أخرجه أبو داود في نفس المصدر السابق (٤٨٩/١) ، والنسائي في المجتبى ، في كتاب مناسك الحج ، في النهي عن رمي جمرة العقبة قبل طلوع الشمس (٢٧٠/٥ ، ٢٧٢) ، وابن ماجه ، في كتاب المناسك ، باب من تقدم من جمع إلى منى لرمي الجمار (١٠٠٧/٢) ، الحديث (٣٠٢٥) ، كما أخرجه أحمد في المسند ، في مسند عبد الله بن العباس ﵁ (٢٣٤/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في الإفاضة من جمع متى هي (٣١٥/٤) ، الحديث (٣) .

(٣) في (م) : [لا يترك] .

(٤) في (م) : [يترك] ، قاعدة : الأركان لا تترك بالأعذار والتوابع تترك .

(٥) في (م) : [يختلف] .

مسألة ٤٨١

يجوز الرمي بما كان من جنس الأرض

٨٨٤٧ - قال أصحابنا : يجوز الرمي بما كان من جنس الأرض [١] .

٨٨٤٨ - وقال الشافعي : لا يجوز إلا بالحجر [٢] .

٨٨٤٩ - لنا : حديث عائشة رضي الله عنها [٣] : أن النبي ﷺ قال : « إذا رميتم وحلقتم ، فقد حلَّ لكم كل شيء إلا النساء » [٤] ، ولم يفرق .

٨٨٥٠ - ولأنه من جنس الأرض ؛ فجاز الرمي به ، كالحجر .

٨٨٥١ - ولأن كل حكم تعلق بالحجر ؛ جاز أن يتعلق بالمدر [٥] ، كسقوط الخمس ، وجواز الاستنجاء .

---

(١) راجع المسألة في المبسوط ، باب رمي الجمار (٦٦/٤) ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (٤٠٨/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان سنن الحج (١٥٧/٢ ، ١٥٨) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، الباب السابق (٤٨٨/٢ ، ٤٨٩) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (١٣٥/٤ ، ١٣٦) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٥٣/١) ، مجمع الأنهر ، كتاب الحج (٢٨٠/١) .

(٢) راجع المسألة في : الأم ، في دخول منى (٢١٣/٢) ، مختصر المزني ، باب فيما يمتنع على المحرم من اللبس ص٦٨ ، النكت ، في مسائل التحلل ، ورقة (١١٣أ) ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٨٩أ) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٩٣/٣) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (١٥٤/٨ ، ١٧٠، ١٧١ ، ١٨٦) ، فتح العزيز مع الوجيز ، في ذيل المجموع ، الفصل التاسع في الرمي (٣٩٧/٧ ، ٣٩٨) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما : مثل قول الشافعي ، لا يجوز الرمي بغير الحجارة . راجع المسألة في : الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٧٧/١) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٤٦/١) ، المغني ، باب صفة الحج (٤٢٥/٣ ، ٤٢٦) .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب في رمي الجمار (٤٩٦/١) ، والطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب اللباس والطيب متي يحلان للمحرم (٢٢٨/٢) ، وأحمد في المسند ، في حديث السيدة عائشة رضي الله عنها (١٤٣/٦) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج باب ما يحل بالتحلل الأول من محظورات الإحرام (١٣٦/٥) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في الرجل إذا رمي الجمرة ما يحل له (٣٢٠/٤) ، الحديث (٣) .

(٥) المدر : جمع مدرة ، وهو التراب المتلبد ، وقال الأزهري : المدر قطع الطين ، وقيل : الطين العلك الذي لا يخالطه رمل . راجع في لسان العرب ، مادة مدر (٤١٥٩/٥) ، المصباح المنير (٥٣٩/٢) .

٨٨٥٢ - ولأنها عبادة ورد بها الشرع بالحجر ، فجازت بالمدر ، والخذف [١] ، كالرمي .

٨٨٥٣ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « عليكم بحصى الخذف » [٢] .

٨٨٥٤ - قلنا : لأن ذلك الموضع الغالب عليه الحصى ، فلم يأمرهم بما يعز وجوده .

٨٨٥٥ - ولأن الحكم لا يقف على الحصى بالاتفاق ، بدلالة : جوازه من أنواع الحجارة مما لا يسمى حصى .

٨٨٥٦ - قالوا : روي ، أنه عليه الصلاة والسلام قال لابن عباس : « ائتني بسبع حصياتٍ ، ثم قال : بمثلهن » [٣] ، وهذا يقتضي الجنس والصفة [٤] .

٨٨٥٧ - قلنا : أراد بمثل قدرهن ؛ لأن المثل لا يقتضي التشابه في كل الصفات ، يبين [٥] ذلك : أنه قال : « بمثل حصى الخذف ، ولو أراد المماثلة من كل وجه [٦] ، لقال : عليكم بحصى الخذف .

٨٨٥٨ - قالوا : رمى بغير حجر ، فصار كما لو رمى بالذهب والفضة .

٨٨٥٩ - قلنا : من أصحابنا من قال : يجوز ، ومنهم من منع ذلك ؛ لأنه ليس من جنس الأرض ، وفي مسألتنا : من جنسها ، فصار كالحجر .

٨٨٦٠ - قالوا : الرمي عبادة لا يعرف معناها ؛ لأنه إن كان المقصود التعظيم ؛

---

(١) في (ع) : الخزف بالزاي المعجمة ، وهو تصحيف . الخذف : حصى الرمي . قال الأزهري : الخذف بالخاء ، فإنه الرمي بالحصى الصغار بأطارف الأصابع ، يقال : خذفه بالحصى خذفًا ، رمى به . راجع في المغرب ، مادة حذف ص١٤١ ، لسان العرب (١١١٧/٢ ، ١١١٨) ، المصباح المنير (١٥٧/١)

(٢) أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب استحباب إدامة الحاج التلبية (٩٣١/٢ ، ٩٣٢) ، الحديث (١٢٨٢/٢٦٨) ، وأبو داود (٤٩٤/١ ، ٤٩٥) ، وابن ماجه في كتاب المناسك ، باب قدر حصى الرمي (١٠٠٨/٢) ، الحديث (٣٠٢٨) .

(٣) لم نعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ بعد . وقد أخرجه النسائي بلفظ : قال لي رسول الله ﷺ غداة العقبة ، وهو على راحلته : هات ، القطْ لي ، فلقطت له حصيات ، هي حصى الخذف ، فلما وضعتهن في يده ، قال : بأمثال هؤلاء . الحديث في السنن ، في كتاب مناسك الحج ، في التقاط الحصى (٢٦٨/٥) ، وابن ماجه ، نحوه ، في المصدر السابق (١٠٠٨/٢) ، الحديث (٣٠٢٩) ، وأحمد في المسند ، في مسند عبد الله بن العباس ﷺ (٣٤٧/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [الصفات] .

(٥) في (م) : [تبين] .

(٦) في هامش (ص) : [من جميع الجهات] مكان المثبت ، من نسخة أخرى .

فيجب أن يكون بالذهب والفضة ، وإن كان المقصود الرهب [١] : فيجب أن يكون بالسلاح .

٨٨٦١ - قلنا : يجوز على قول بعض أصحابنا بالذهب والفضة .

٨٨٦٢ - وإن قلنا : إنه لا يجوز ، خصصناها بجنس الأرض ، فالمعنى فيه : أنه تعلق بما جرت العادة أن يرمي الناس به [٢] ، ولم يكن عادتهم أن يتراموا بالذهب ، والفضة [٣] ، ولا بالسكر ، وإنما يترامون بالحجر ، والخذف ، والطين .

* * *

(١) في (ص) : [الوهن] ، وفي (م) : [الرهن] ، مكان : [الرهب] .

(٢) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) قوله : [والفضة] مشطوب في (ص) ، وهو ساقط من (م) .

مسألة ٤٨٢

وقت الرمي من طلوع الفجر إلى غروب الشمس

٨٨٦٣ - قال أصحابنا : وقت الرمي من طلوع الفجر إلى غروب الشمس [١] .

٨٨٦٤ - وقال الشافعي : أول وقت الجواز إذا انتصف الليل ، وأول وقت الوجوب إذا طلعت الشمس [٢] .

٨٨٦٥ - لنا : حديث مقسم ، عن ابن عباس رضي الله عنه « أن النبي ﷺ قال : لا ترموا [٣] جمرة العقبة حتى تطلع الشمس » [٤] .

---

(١) راجع المسألة في المبسوط ، في كتاب المناسك (٢١/٤) ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (٤٠٨/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما وقت الرمي (١٣٧/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، الباب السابق (٤٩٩/٢-٥٠١) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (١٥٣/٤-١٥٦) ، مجمع الأنهر ، كتاب الحج (٢٨٠/١) .

(٢) قال الشافعي في الأم : أحب أن لا يرمي أحد حتى تطلع الشمس ، ولا بأس عليه أن يرمي قبل طلوع الشمس وقبل الفجر إذا رمي بعد نصف الليل . راجع المسألة في : الأم ، العنوان السابق (٢١٣/٢) ، مختصر المزني ، الباب السابق ص٦٨ ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١١٢أ) ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٨٩أ ، ب) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٩٤/٣ ، ٢٩٥) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (١٥٣/٨ ، ١٨٠ ، ١٨١) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع ، الفصل السابع في أسباب التحلل (٣٨١/٧) . معالم السنن ، في ومن باب يتعجل من جمع (٢٠٦/٢) ، شرح السنة للبغوي ، باب تقديم الضعفة من جمع بليل (١٧٦/٧) ، ضمن الحديث (١٩٤٣) . وقال مالك وأصحابه : مثل قول الحنفية ، لا يجوز الرمي إلا بعد طلوع الفجر من يوم النحر ، وفي المدونة : قال مالك : وإن رمى قبل أن يطلع الفجر ، أعاد الرمي . راجع المسألة في : المدونة ، العنوان السابق (٣٢٣/١) ، المنتقى ، في تقديم النساء والصبيان (٢١/٣ ، ٢٢) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٧٤/١) ، بداية المجتهد ، في القول في رمي الجمار (٣٦٤/١ ، ٣٦٥) . وقال أحمد في رواية : مثل قول الشافعي ، المستحب : أن يرمي بعد طلوع الشمس ، فإن رمى قبل طلوع الفجر وبعد نصف الليل ، أجزأه ، وقال في رواية : أنه يجزئ بعد الفجر قبل طلوع الشمس . راجع المسألة في : الإفصاح ، في كتاب الحج (٢٧٢/١) ، المغني ، الباب السابق (٤٢٨/٣ ، ٤٢٩) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٤٥/١) .

(٣) في (ص) : [لا ترجموا] .

(٤) أخرجه الترمذي في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في تقديم الضعفة من جمع بليل (٢٣١/٣) ، والبيهقي في الكبرى في كتاب الحج ، باب الوقت المختار لرمي جمرة العقبة (١٣٢/٥) ، وابن أبي شيبة ، في المصنف ، في كتاب الحج ، في الإفاضة من جمع متى هي ، (٣١٥/٤) ، الحديث (٥) ، والطحاوي في =

٨٨٦٦ – وروي أنه قال : مر بنا رسول الله ﷺ ليلة النحر ، وعلينا سواد من الليل ، فجعل يضرب [١] أفخاذنا ، ويقول : أبنيّ [٢] أفيضوا ، ولا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس » [٣] .

٨٨٦٧ – وروى كريب عن ابن عباس ﷺ « أن النبي ﷺ كان يأمر نساءه والثقلة صبيحة جمع [٤] : أن يفيضوا مع أول الفجر بسواد ، ولا يرموا [٥] الجمرة إلا مصبحين » [٦] ، ذكره الطحاوي .

٨٨٦٨ – ولأنه وقت يصح فيه الوقوف بعرفة ؛ فلم يصح فيه رمي الجمار ليوم عرفة .

٨٨٦٩ – ولأنها قربة لا يجوز أداؤها في النصف الأول من الليل ؛ فلم يجز أداؤها في النصف الثاني منها ، كالإقامة لصلاة الفجر ، وعكسه : العشاء .

٨٨٧٠ – ولأنه نسك أمر به في يوم النحر ، فلا يجوز قبله ، كالأضحية ، والحلق ، وصلاة العيد .

٨٨٧١ – احتجوا : بحديث هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة رضي الله عنها [٧] أنها قالت : « أرسل رسول الله ﷺ بأم سلمة ليلة النحر ، فرمت الجمرة قبل الفجر ، ثم مضت فأفاضت ، وكان ذلك اليوم الذي يكون رسول الله ﷺ » ، قال أبو داود : يعني عندها [٨] .

٨٨٧٢ – قلنا : هذا خبر مضطرب ، فمرةً يرويه هشام ، عن أبيه : « أن يوم أم سلمة دار إلى يوم النحر » [٩] ، ومرةً يرويه عروة ، عن أم سلمة : « أن النبي ﷺ أمرها أن

= المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب وقت رمي جمرة العقبة (٢١٧/٢) .

(١) لفظ : [يضرب] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [ائتني] ، وهو خطأ .

(٣) أخرجه أحمد في المسند في [مسند عبد الله بن العباس ﷺ] (٣٢٦/١) .

(٤) الزيادة : من المعاني للطحاوي ، والسنن الكبرى للبيهقي .

(٥) في (م) ، (ع) : [من أول الفجر سواد ولا ترموا] ، مكان المثبت .

(٦) أخرجه الطحاوي في المعاني ، في الباب السابق (٢١٦/٢) ، والبيهقي في نفس المصدر السابق (١٣٢/٥) .

(٧) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٨) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٤٨٠) .

(٩) حديث هشام بن عروة ، عن أبيه : أخرجه البيهقي ، في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب ما أجاز رميها بعد نصف الليل (١٣٣/٥) بلفظ : دار رسول الله ﷺ إلى أم سلمة يوم النحر ، فأمرها أن تعجل الإفاضة من جمع ، حتى تأتي مكة ، فتصلي بها الصبح ، وكان يومها فأحب أن توافقه ، الطحاوي ، بهذا اللفظ ، وزاد : فأمرها رسول الله ﷺ ليلة جمع أن تفيض ، فرمت جمرة العقبة ، وصلت الفجر بمكة ، المعاني في الباب السابق (٢١٨/٢) .

توافي معه صلاة الصبح بمكة » [١] .

٨٨٧٣ – وهذا يدلّ على أنه يوم من أيام النحر ، يجوز أن يكون النبي ﷺ يصلي صلاة الصبح بمكة .

٨٨٧٤ – وقد [٢] روى سعيد بن منصور ، عن الأوزاعي ، عن هشام بن عروة ، عن عائشة رضي الله عنها « أن النبي ﷺ أمر أم سلمة أن تصلي الصبح يوم النحر بمكة » [٣] ، وهذا خبر مضطرب معترض ، فكيف يجوز أن يترك خبر ابن عباس وليس فيه تعارض ؟ ، وهذا نص على وقت الرمي ، ويعدل إلى هذا الخبر . على أن فيه : أن النبي ﷺ قدمها ، فيجوز أن يكون جوّز لها ترك الرمي للعذر فرمته هي ، وليس في الخبر أن النبي ﷺ أمرها بالرمي قبل الفجر .

٨٨٧٥ – فإن قيل : كيف يجوز أن يأمرها بالدفع على وجه لا يفعل [٤] شيئًا ؟ فلم يبين لها ، ولو كان يجب عليها رمي ، لبينه لها .

٨٨٧٦ – ولا يجوز أن يقال : كان يوم النبي ﷺ ، فأي عذر في هذا ؟ .

٨٨٧٧ – قلنا : القيام بخدمة [٥] النبي ﷺ والاستعداد له واجب ، فجاز أن يترك التتابع لأجل ذلك .

٨٨٧٨ – قالوا : ما كان وقتًا للدفع من مزدلفة ، كان وقتًا / للرمي كما بعد الفجر. ١٠/أ

٨٨٧٩ – قلنا : لا نسلم أن الدفع لا يجوز إلا في حال العذر ، والمعنى فيما بعد الفجر : أنه خرج وقت الوقوف [٦] بعرفة ، فدخل وقت الرمي .

* * *

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢٩١/٦) ، والطحاوي المصدر السابق (٢١٩/٢ ، ٢٢١) ، والبيهقي في نفس المصدر السابق (١٣٣/٥) .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) لم نعثر على هذا الحديث من هذا الطريق بعد .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يعقل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بحرمة] .

(٦) في (م) ، (ع) وصلب (ص) : [الخروج] ، مكان : [الوقوف] ، وما أثبتناه من هامش (ص) ، من نسخة أخرى .

مسألة ٤٨٣

لا يجوز للقارن والمتمتع أن يحلق حتى يذبح

٨٨٨٠ - قال أصحابنا : لا يجوز للقارن والمتمتع أن يحلق حتى يذبح ، فإن قدم الحلق على الذبح : فعليه دم [1] .

٨٨٨١ - وقال الشافعي : يستحب تقديم الذبح وليس بواجب ، فإن حلق قبله : لم يلزمه شيء .

٨٨٨٢ - وأما إذا حلق قبل الرمي ، فعلى القول الذي قالوا - الحلق نسك - لا شيء عليه ، وعلى القول الذي قالوا : الحلاق من حظر [2] ، عليه دم ، وعلى المحصر ، فعلى القول الذي قالوا : حلاق [3] من حظر : لا يجوز تقديمه على الذبح ، وإن قالوا : إنه نسك : فإن التحلل يقع بالهدي والحلق ، وله تقديم أيهما شاء على الآخر [4] .

---

(١) في الجامع الصغير : قارن حلق قبل أن يذبح ، فعليه دمان ، وقال أبو يوسف ومحمد : دم واحد . وقال الكاساني في بدائع الصنائع : وإن كان قارنًا أو متمتعًا يجب عليه أن يذبح ويحلق ، ويقدم الذبح على الحلق ، ثم قال : فإن حلق قبل الذبح من غير إحصار ، فعليه لحلقه قبل الذبح دم في قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد وجماعة من أهل العلم : إنه لا شيء عليه . راجع المسألة : في الجامع الصغير ، باب في الحلق والتقصير ص١٦٥ ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (٤٠٨/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان سنن الحج (١٥٨/٢٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، باب الجنايات (٦٥/٣ ، ٦٦) ، البناية مع الهداية ، باب الجنايات (٣٠٠/٤ ، ٣٠١) .

(٢) في سائر النسخ : الخلاف من حصر ، مكان : الحلاق من حظر ، و خلاف بالخاء المعجمة والفاء ، مكان : حلاق كل ذلك تصحيف ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) في سائر النسخ : الخلاف من حصر ، مكان : الخلاق من حظر ، و خلاف بالخاء المعجمة والفاء ، مكان : حلاق كل ذلك تصحيف ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) راجع المسألة : في الأم ، في ما يفعل المرء بعد الصفا والمروة (٢١١/٢) ، النكت ، العنوان السابق (١١٢ب) ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٨٩/ب ، ١٩٠/أ) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٩٥/٣ ، ٢٩٦) ، المجموع ، الباب السابق (٢٠٧/٨ ، ٢١٦) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع ، الفصل السابق (٣٨٠/٧ ، ٣٨١) ، معالم السنن ، في ومن باب من قدم شيئًا قبل شيء في حجه (٢١٧/٢) ، شرح السنة ، باب من ترك ترتيب أعمال يوم النحر (٢١٣/٧ ، ٢١٤) . قال مالك في : المدونة فيمن حلق قبل أن يذبح : لا شيء عليه ، وهو يجزئه ، وفيمن حلق قبل أن يرمي الجسرة : عليه الفدية . وقال في الموطأ : لا يجوز لأحد أن يحلق رأسه حتى ينحر هديه . قال الباجي في المنتقى : فمن خالف هذا ، فقدم الحلاق قبل النحر ، فلا يخلو أن يقدم الحلاق خطأ وجهلا وعمدا أو قصدا ، فإن كان ذلك خطأ وجهلا ، فلا شيء عليه ، رواه ابن =

٨٨٨٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ ۝ ثُمَّ لْيَقْضُوا تَفَثَهُمْ ﴾ [١] ، [٢] ، فرتب التفث على الذبح ، وليس ههنا دم يجب ترتيب الحلق عليه إلا دم المتعة ، فاقتضت الآية وجوبه وتقديمه [٣] .

٨٨٨٤ - ولأنه يجوز عن الذبح .

٨٨٨٥ - فإن قيل : الظاهر متروك ؛ لأنه يقال : رتب قضاء [٤] التفث على الأكل .

٨٨٨٦ - قلنا : الظاهر يقتضي وجوب تقديم الذبح والأكل ، دلت الأدلة على إسقاط أحدهما ، ويدل عليه : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ ﴾ [٥] ظاهره أسقط [٦] ما يقولونه : إن شاء قدم الذبح ، وإن شاء الحلق . ويدل عليه : قوله تعالى : ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَفِدْيَةٌ ﴾ [٧] ظاهره يقتضي : أنه إذا حلق قبل الذبح من أذي ، فعليه الفدية . وروي عن ابن عباس ﷺ : أنه قال : « من قدم على نسكه شيئًا أو أخَّره ، فليهرق دمًا » [٨] .

= حبيب عن ابن القاسم ، وهو المشهور من مذهب مالك ، وقال ابن الماجشون : عليه الهدي . ثم قال : وأما إن كان على وجه العمل : فقد روى القاضي أبو الحسن أنه يجوز تقديم الحلق على النحر ، قال : وبه قال الشافعي ، والظاهر من المذهب : المنع ، والترتيب مشروع مستحب . راجع المسألة في : الموطأ ، في العمل في النحر (٢٧٨/١) ، المدونة ، العنوان السابق (٣٢٣/١) ، المنتقى ، في العمل في النحر (٢٨/٣) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٧٤/١) ، بداية المجتهد ، العنوان السابق (٣٦٦/١) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، سورة البقرة (٣٥٩/٢ ، ٣٦٠) . وقال أحمد وأصحابه : إن قدم الحلق على الذبح أو الرمي جاهلا أو ناسيا ، فلا شيء عليه ، وإن كان عامدا ، ففي وجوب الدم عنه روايتان : إحداهما : لا دم عليه . والثانية : عليه دم . راجع المسألة ، في : المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٨٥/١ - ٢٨٨) ، المغني ، الباب السابق (٤٤٦/٣ - ٤٤٨) .

(١) قال الرازي في مختار الصحاح : التَّفَثُ : في المناسك ما كان من نحو قص الأظفار والشارب ، وحلق الرأس ، والعانة ، ورمي الجمار ، ونحر البُدن ، وأشباه ذلك . انظر : مختار الصحاح ص٧٨ .

(٢) سورة الحج : الآية ٢٨ ، ٢٩ .

(٣) في (م) : [وجوبه تقديمه] ، وفي (ع) : [وجوب تقديمه] ، مكان : وجوبه وتقديمه .

(٤) في (م) ، (ع) : [فصار] .

(٥) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٦) في (م) ، (ع) : [سقط] .

(٧) نفس الآية السابقة .

(٨) أثر ابن عباس ﷺ : أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في الرجل يحلق قبل أن يذبح (٤٥٣/٤) ، الأثر (٢) ، والطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب من قدم من حجه نسكا قبل نسك (٢٣٨/٢٢) ، وابن حزم في المحلى بالآثار ، كتاب الحج (١٩٣/٥) ، المسألة (٨٤٥) .

٨٨٨٧ - [وذكر محمد في النوادر ، عن سعيد بن جبير مثله (١) ، ولا مخالف لهم ، أو نقول : هذا لا يعلم إلا من طريق التوقيف ، فكأنهم رووه عن رسول الله ﷺ] (٢) . و « عن ابن مورق ، قال : سألت ابن عمر : حلق قبل الذبح ، فقال : إنك لضخم اللحية ، فليهرق دمًا » (٣) .

٨٨٨٨ - ولأنه قدم الحلق على (٤) الذبح ، فصار كما لو حلق في النصف الأول من الليل .

٨٨٨٩ - ولأنه أزال التفث قبل الرمي ، فصار كما لو قلم أظفاره .

٨٨٩٠ - ولأنه نسك شرع تقديمه على الحلق ، فإذا قدم الحلق عليه ، لزمه دم ، كالوقوف بالمزدلفة ، والوقوف بعرفة .

٨٨٩١ - احتجوا (٥) : بحديث عبد الله بن عمر (٦) ، قال : رأيت النبي ﷺ بمني (٧) ، وهو على ناقته ، فجاءه رجل ، وقال : يا رسول الله إني كنت أظن الحلق قبل النحر فحلقت قبل أن أنحر ، فقال : انحر ، ولا يُسئل يومئذ عن شيء ، قُدِّم ولا أُخِّر إلا قال : « افعل ولا حرج » (٨) .

٨٨٩٢ - قلنا : السائل كان جاهلًا ؛ لأنه لم يبلغه وجوب الترتيب ، فلذلك لم يجب عليه بتركه شيء .

٨٨٩٣ - ولا يقال : إن الحكم لا يسقط بالجهل ؛ لأن أحكام الشرع لا تجب إلا

---

(١) أثر سعيد بن جبير : أخرجه ابن أبي شيبة ، في المصدر السابق (٤٥٣/٤) ، الأثر (٣) ، وابن حزم في نفس المصدر السابق (١٩٣/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) .

(٣) لم نعثر على هذا الأثر بهذا اللفظ ، وقد أخرجه ابن حزم بلفظ : قلت لابن عمر : رجل حلق قبل أن يذبح ، قال : خالف السنة ، قلت : ماذا عليه ، قال : إنك لضخم اللحية ، ولم يجعل عليه شيئا ، في المحلى بالآثار ، في كتاب الحج (١٩٢/٥) ، المسألة (١٩٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [عن] ، مكان : [على] .

(٥) في (م) ، (ع) : [واحتجوا] بالعطف .

(٦) في (م) ، (ع) : [ابن عمر] ، بحذف : [عبد الله] .

(٧) في (م) : [منى] بحذف الباء .

(٨) لم نعثر على هذا الحديث من رواية عبد الله بن عمر رضي الله عنهما بعد . وقد أخرجه جماعة غير النسائي ، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أخرج البخاري نحوه ، في الصحيح ، في كتاب الحج ، في باب الفتيا على الدابة عند الجمرة (٢٩٩/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب من حلق قبل النحر (٩٤٨/٢) ، الحديث (١٣٠٦/٣٢٧) . وأبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه في سننهم .

بالسماع ، ولم يكن بلغه [١] وجوب الترتيب ، فلذلك لم يجب عليه ، ولا يمكن [٢] منه ، ويجوز أن يكون علم من حال السائل : أنه كان مفردًا بالحج ، والمفرد بالحج إذا قدم الحلق على الذبح ، لم يلزمه شيء .

٨٨٩٤ - قالوا : ذبح يجوز الحلق عقيبه ، فجاز قبله ، أصله : دم الطيب.

٨٨٩٥ - قلنا : تلك الدم ما لم يبح سببها [٣] من غير عذر ، فلم يجب تقديمها على الحلق ، وفي مسألتنا سبب هذا الدم أبيح من غير عذر ، فإذا اجتمع مع الحلق في وقت واحد ؛ جاز أن يجب تقديمه عليه .

٨٨٩٦ - قالوا : كل حالة جاز للمفرد أن يحلق رأسه فيها ؛ جاز للقارن . أصله : بعد الذبح .

٨٨٩٧ - قلنا : المفرد بالعمرة إذا طاف لها جاز له الحلق ، والقارن إذا طاف وسعى للعمرة ، لم يجز له الحلق ، يدل على اختلاف حالهما في التحلل .

* * *

---

(١) في (ع) : [إنما تجب بالسماع ولم يكن يبلغه] ، وكذلك في (م) ، غير أن فيها : [يجب] ، مكان : [تجب] .

(٢) في (ع) : [ولا تمكن] ، وقوله : [فلذلك لم يجب عليه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (ع) : [بسببها] بزيادة الباء .

مسألة ٤٨٤

إذا حلق المفرد حلَّ له كل شيء إلا النساء

٨٨٩٨ - قال أصحابنا : إذا حلق المفرد حل له كل شيء إلا النساء ، وكذلك إذا ذبح المتمتع والقارن وحلقا [١] .

٨٨٩٩ - وقال الشافعي : في اللباس وترجيل الشعر والحلق والتقليم [٢] قولًا واحدًا .

٨٩٠٠ - وأما عقد النكاح واللمس والوطء فيما دون الفرج والاصطياد وقتل الصيد ، فعلى قولين : أحدهما : لا يحل له ذلك. والثاني : يحل له ذلك .

٨٩٠١ - واختلف أصحابه في الطيب على طريقين : منهم من قال : على قولين ، ومنهم من [٣] قال : يحل قولًا واحدًا [٤] .

---

(١) راجع المسألة في : الأصل ، باب السعي بين الصفا والمروة (٤٠٩/٢) ، كتاب الآثار ، باب من نحر فقد حل ص٧٢ ، حديث (٣٥٠) ، مختصر الطحاوي ، الباب السابق ص٦٥ ، متن القدوري ، كتاب الحج ص٢٧ ، المبسوط ، كتاب المناسك (٢٢/٤) ، تحفة الفقهاء (٤٠٨/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما حكم الحلق (١٤٢/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، باب الإحرام (٤٩٠/٢ - ٤٩٢) ، البناية مع الهداية ، باب الإحرام (١٤٠/٤ ، ١٤١) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٥٣/١) ، مجمع الأنهر ، كتاب الحج (٢٨٠/١ ، ٢٨١) .

(٢) في (م) ، (ع) : ورجل الشعر والحلق وتقليم الأظفار ، مكان المثبت .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يحل قولًا واحدًا] ، بزيادة : [لا] . راجع تفصيل المسألة في : حلية العلماء ، الباب السابق (٢٩٧/٣ - ٢٩٩) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٢٢٤/٨ - ٢٣١ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤) ، شرح السنة للبغوي كتاب الحج ، باب الحلق والتقصير (٢٠٩/٧ ، ٢١٠) . قال الباجي في المنتقى : فإذا حلق فقد حل له كل شيء حرم عليه من إلقاء التفث ، وجاز له أن يدهن ويقص شاربه ويلبس المخيط ، وقد تقدم من قول مالك : أن ذلك كله حل له بالرمي قبل الحلاق ، وأنه إذا حلق فقد حل له كل شيء إلا النساء والطيب حتى يفيض من منى إلى مكة . قال ابن حبيب : وفي الطيب اختلاف . راجع تفصيل المسألة في : المنتقى ، في الحلاق (٣٠/٣) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٧٤/١) ، بداية المجتهد ، في القول في كفارة المتمتع (٣٨٦/١) . قال ابن قدامة في المغني : إن المحرم إذا رمى جمرة العقبة ثم حلق ، حل له كل ما كان محظورًا بالإحرام إلا النساء ، هذا الصحيح من مذهب أحمد ، ثم قال : وعن أحمد : أنه يحل له كل شيء إلا الوطء في الفرج . راجع تفصيل المسألة في : الإفصاح ، باب العمرة (٢٩٧/١) ، المغني ، الباب السابق (٤٣٨/٣ ، ٤٣٩) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٤٨/١) ، العدة مع العمدة ، باب صفة الحج ص١٩٥ .

٨٩٠٢ - لنا : ما روت عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : « أن رسول اللّه ﷺ قال : إذا رمى أحدكم وحلق : فقد [١] حل له كل شيء إلا النساء » [٢] .

٨٩٠٣ - ولأن الاصطياد ليس من جنس ما يفسد الإحرام والحج ، ولا من توابعه ، فلا يقف [٣] استباحته على التحلل الثاني ، كاللبس .

٨٩٠٤ - ولا يلزم على هذا القبلة [٤] ؛ لأنها من توابع ما يفسد الإحرام .

٨٩٠٥ - ولأن كل حالة تحل [٥] للمحرم في اللبس ، تحل له [٦] في الصيد ، كما بعد الطواف .

٨٩٠٦ - وأما الطيب فروى مالك ، وشعبة ، وسفيان بن عيينة ، عن عبد الرحمن ابن القاسم ، عن أبيه ، عن [٧] عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا [٨] ، قالت : « طيب رسول اللّه ﷺ طلحة حين حل قبل أن يطوف بالبيت » [٩] .

٨٩٠٧ - ولأنه محظور يستباح بعد ، فلا يقف استباحته على التحلل الثاني ، كاللبس .

٨٩٠٨ - وأما القبلة واللمس بشهوة ، [فلا يحل له ، لحديث عائشة : « حَلَّ لكم كل شيء إلا النساء » .

٨٩٠٩ - ولأنه استمتاع بالنساء] [١٠] ، فوقف استباحته على التحلل الثاني ، أصله : الجماع في الفرج .

٨٩١٠ - ولأنها حالة تمنع [١١] الحاج من الوطء في الفرج ، فتمنع من القبلة

---

(١) لفظ : [فقد] ساقط من (م) ، (ع) . (٢) تقدم تخريجه في مسألة (٤٧٧) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يقف] بدون الفاء .

(٤) في هامش (ص) : [الصيد] ، مكان : [القبلة] ، من نسخة أخرى .

(٥) في (م) : [يحلل] . (٦) في (م) : [يحلل] .

(٧) قوله : [أبيه عن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٩) لم نقف على حديث عائشة رضي الله عنها بهذا اللفظ ، وقد أخرج البخاري نحوه ، في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب الطيب عند الإحرام (٢٦٨/١) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب الطيب للمحرم عند الإحرام (٨٤٦/٢) ، الحديث (١١٨٩/٣٣) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١١) في (م) : [يمنع] .

واللمس ، كما قبل الرمي .

٨٩١١ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لَا تَقْتُلُوا [١] الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾ [٢] .

٨٩١٢ - قلنا : إطلاق المحرم : من حظر عليه [٣] جميع المحظورات ، وهذا لا نسلمه بعد التحلل . ولأن من أصلهم : أن بالتحلل الأول يخرج من الإحرام. وكيف يصح هذا الاستدلال ؟

٨٩١٣ - قالوا : روي ابن عمر ﷺ : أنه خطب فقال : « إذا ذبحتم فقد حل لكم كل شيء ، إلا النساء والطيب » [٤] ، ولم ينكر ذلك أحد عليه.

٨٩١٤ - قلنا : لم ينكروه ؛ لأنهم لم يعرفوا خبر عائشة ، وقد روي عن ابن عمر : أنه ذكر هذا عن عمر ، ثم ذكر مذهب عائشة ، وقالت : سنة رسول الله ﷺ أحق أن يؤخذ [٥] بها من سنة عمر [٦] .

٨٩١٥ - قالوا : الطيب من توابع الوطء ودواعيه ، كالقبلة ، فلو كان ذلك يحرم في الاعتكاف كما يحرم دواعي الجماع .

* * *

---

(١) في سائر النسخ : [ولا تقتلوا] ، بزيادة الواو ، وهو خطأ ، الصواب حذفه .

(٢) سورة المائدة : الآية ٩٥ .　　　　(٣) قوله : [عليه] ساقط من (ع) .

(٤) عزاه الحافظ في التلخيص ، في كتاب الحج ، باب دخول مكة (٢٦٠/٢) إلى النسائي بلفظ : قال : إذا رمى وحلق : حل له كل شيء إلا النساء والطيب ، وأخرج الطحاوي عن ابن عمر : أن عمر بن الخطاب ﷺ قال : إذا حلقتم ورميتم ، فقد حل لكم كل شيء إلا النساء والطيب في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب اللباس والطيب متى يحلان للمحرم (٢٣١/٢) .

(٥) في (ع) : [أن نأخذ] .

(٦) أخرجه الطحاوي في نفس المصدر السابق (٢٣١/٢) والشافعي في المسند ، في كتاب الحج ، الباب الرابع فيما يلزم المحرم عند تلبسه بالإحرام (٢٩٩/١) ، الحديث (٧٧٩) ، وابن حزم في المحلى بالآثار ، كتاب الحج (١٣٨/٥) .

مسألة ٤٨٥

ليس في يوم النحر خطبة تختص بالحج

٨٩١٦ - قال أصحابنا : ليس في يوم النحر خطبة تختص بالحج (١) .

٨٩١٧ - وقال الشافعي : يخطب الإمام يوم النحر بمنى (٢) .

٨٩١٨ - لنا : أنه خطب في اليوم الذي قبله ؛ فَلِمَ يخطب فيه ، كيوم التروية .

٨٩١٩ - ولأن خطب (٣) الحج موضوعة لتعليم المناسك ، وأن حكمه : أن يعلم الناس ما يفعلونه بعد يوم الخطبة ، ليتدارسوه (٤) ، وليبلغ الشاهد الغائب ، ولهذا يخطب ابتداء قبل يوم التروية ، ليعلمهم حكم يوم التروية ، وقد أعلمهم (٥) أحكام يوم النحر في

(١) في (م) : [يختص] . قال السرخسي في المبسوط : إن في الحج عندنا ثلاث خطب إحداها : قبل التروية بيوم ، والثانية : يوم عرفة بعرفات ، والثالثة : في الغد بيوم النحر بمني . قال السمرقندي في تحفة الفقهاء : وقال زفر : يخطب في الحج ثلاث خطب متواليات : يوم التروية ، ويوم عرفة ، ويوم النحر . راجع المسألة في : المبسوط ، باب الخروج إلى منى (٥٣/٤) ، تحفة الفقهاء ، باب آخر (٤٣٢/١) ، فتح القدير مع الهداية ، الباب السابق (٤٦٦/٢) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (٩٢/٤-٩٤) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٧٤/١-٢٧٥) .

(٢) قال النووي في المجموع : الخطب المشروعة في الحج أربعة ، إحداهن : يوم السابع من ذي الحجة بمكة عند الكعبة ، ثم قال : الثانية : يوم عرفة بقرب عرفات ، الثالثة : بمنى . الرابعة : يوم النفر الأول بمنى أيضًا ، وهو الثاني من أيام التشريق . راجع المسألة في : مختصر المزني ، الباب السابق ص٦٨ ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١١٢ب ، ١١٣أ) ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٩٠أ ، ب) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٧٩/٨ ، ٨٠ ، ٨٢ ، ٧٩-٩١) ، فتح العزيز ، في الفصل السادس في الوقوف بعرفة ، بذيل المجموع (٣٥٦/٧) . قال مالك وأصحابه : مثل قول الحنفية : خطب الحج ثلاث : أولها : قبل يوم التروية بيوم ، والثانية : بعرفة يوم عرفة ، والثالثة : بمنى ثاني أيام النحر . قال ابن عبد البر في الكافي : ولا خطبة عند مالك وأصحابه يوم النحر . راجع تفصيل المسألة في : المنتقي ، في الصلاة في البيت وقصر الصلاة وتعجيل الخطبة بعرفة (٣٦/٣) ، الكافي لابن عبد البر ، باب خطب الحج (٤١٥/١ ، ٤١٦) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب الرابع في أعمال الحج ص١٢٧ . وقال ابن قدامة في المغني : ويسن أن يخطب الإمام بمنى يوم النحر خطبة ، يعلم الناس فيها مناسكهم من النحر والإفاضة والرمي ، نص عليه أحمد ، وهو مذهب الشافعي وابن المنذر ، وذكر بعض أصحابنا : أنه يخطب يومئذ . راجع المسألة في : الإفصاح ، الباب السابق (٢٧٦/١) ، المغني ، الباب السابق (٤٤٥/٣ ، ٤٤٦) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٤٩/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولا خطب] .

(٤) في سائر النسخ : [ما يفعلوه بعد يوم الخطبة ليتدارسون] ، والصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) ، (ع) : [علمهم] .

يوم عرفة ، وأحكام النفر بذكرها في يوم النفر الأول ، فلا معنى لخطبة يوم النحر .

٨٩٢٠ - ولأنه يوم شرع موضوعه خطبة بعد الصلاة ، فلا يشرع فيه خطبة تتعلق [١] بالحج ، أصله : يوم الفطر .

٨٩٢١ - ولأن يوم عرفة سن فيه خطبة ، ولا يسن في اليوم الذي يليه ، أصله : يوم السابع .

٨٩٢٢ - احتجوا بحديث الهرماس بن زياد الباهلي : أنه قال : « رأيت رسول الله ﷺ يخطب الناس على ناقته العضباء يوم النحر بمنى » [٢] . وعن أبي أمامة [٣] الباهلي قال : « سمعت خطبة رسول الله ﷺ بمنى يوم النحر » [٤] .

٨٩٢٣ - قلنا : يجوز أن يكون خطب لبيان حكم شرعي ليس له تعلق بالنسك ، وأتبع ذلك بذكر النسك ، وكان النبي ﷺ يخطب لبيان الأحكام إذا [٥] وفد عليه الوفود ، يبين ذلك : أنه لم يبين في هذه الخطبة أحكام الحج ، وإنما قال : « أتدرون أي يومكم هذا ؟ قالوا [٦] : يوم النحر الأكبر ، قال : صدقتم ، قال : أي شهركم هذا ؟ قالوا : ذو الحجة ، قال : صدقتم ، شهر الله الأصم ، قال : أتدرون أي بلد هذا ؟ قالوا : نعم ، المشعر الحرام ، أو البلد الحرام ، قال : صدقتم ، فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام ، كحرمة يومكم هذا ، في شهركم هذا ، في بلدكم هذا ، ألا وإني فرطكم على الحوض ، وإني مكاثر بكم [٧] الأمم والناس ، فلا تسودوا وجهي ، ألا وقد رأيتموني ، وسمعتم مني ، وستسألون عني ، فمن كذب عليَّ [٨] ، فليتبوأ مقعده من النار ، ألا

---

(١) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الغضا] ، مكان : [العضباء] . وحديث الهرماس بن زياد ﷺ : أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب أي يوم يخطب بمنى ، (٤٩٢/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب الخطبة يوم النحر (١٤٠/٥) ، أحمد في المسند ، في حديث الهرماس بن زياد ﷺ (٤٨٥/٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أبي أسامة] ، وهو خطأ .

(٤) أخرجه أبو داود والبيهقي بهذا اللفظ في نفس مصدريهما السابقين .

(٥) في (م) ، (ع) : [وإذا] بالعطف .

(٦) لفظ : [قالوا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [مكاثركم] .

(٨) في صلب : [وسيكذبون عليَّ] ، وفي (م) ، (ع) وهامش (ص) من نسخة أخرى وسيكون علي ، مكان : [وستسألون عني] ، وما أثبتنا من مسند أحمد ، وفي (م) ، (ع) : [عليَّ متعمدًا] بزيادة متعمدًا .

وإني مستنقِذُ رجالًا ونساءً ، ومستنقَذ مني آخرون ، فأقول : أصحابي ، فيقال : إنك لا تدري ما أحدثوا بعدك » (١) ، وليس في هذه الخطبة كلمات (٢) تتعلق بالإحرام .

٨٩٢٤ - فإن قيل : هذا يلزم في بقية خطب الحج .

٨٩٢٥ - قلنا : هذا الاحتمال موجود فيها لولا الإجماع .

٨٩٢٦ - قالوا : يوم معين شرع فيه ركن من أركان الحج ؛ فوجب أن يسن فيه الخطبة ، أصله : يوم عرفة .

٨٩٢٧ - قلنا : المعنى فيه : أنه يوم من أيام الحج لم يخطب (٣) في اليوم الذي قبله ، وليس كذلك في مسألتنا .

٨٩٢٨ - ولأنه يوم من أيام الحج خطب قبله خطبة تختص (٤) بالحج ، فلم يخطب فيه .

٨٩٢٩ - ولأن (٥) يوم عرفة / يختص الركن به ، ويوم النحر لا يختص الركن به ، بل يتعلق بجملة الأيام ، فضعف عمله في باب الركن ، فلم يخطب فيه .

٨٩٣٠ - قالوا : يوم النحر يخطب فيه في سائر الأمصار ، بل يخطب في الحج أولى .

٨٩٣١ - قلنا : يخطب في سائر الأمصار ليعلم ما يفعل فيه ، وفيما بعده من الأضحية ، وهذا اليوم قد علمتم ما فعل فيه ، فلم يحتج إلى إعادة الخطبة فيه .

* * *

(١) أخرجه ابن ماجه في السنن ، في كتاب المناسك ، باب الخطبة يوم النحر (١٠١٦/٢) ، الحديث (٣٠٥٧) ، أخرجه أحمد في المسند ، في حديث رجل ﷺ (٤١٢/٥) .

(٢) في (ص) ، (م) : [كلما] ، مكان : [كلمات] ، وهو تصحيف .

(٣) في (ع) : [يخطب] ، مكان : [لم يخطب] ، وهو خطأ .

(٤) في (م) ، (ع) : [مثله حطبة يختص] ، مكان المثبت .

(٥) في (ع) : [ولأنه] .

مسألة ٤٨٦

آخر وقت الطواف آخر أيام النحر

٨٩٣٢ - قال أبو حنيفة : آخر وقت الطواف آخر أيام النحر ، فإن أخّره عن ذلك : طاف ولزمه دم .

٨٩٣٣ - وقال أبو يوسف ومحمد : لا شيء عليه بالتأخير [١] .

٨٩٣٤ - وقال الشافعي : آخره ليس بمؤقت [٢] .

٨٩٣٥ - لنا : أنه ذكر يجب فعله بعد إحرام الحج ؛ فوجب أن يتوقت بوقت لا يؤخر عنه ، كالرمي والوقوف بالمزدلفة [٣] .

٨٩٣٦ - ولأنه نسك من مقتضى الإحرامِ يتوقت أول وقته ؛ فيتوقت آخر وقته ، كالوقوف ، والرمي .

---

(١) يعني الطواف المفروض في الحج ، يسميه أهل الحجاز : طواف الإفاضة : وأهل العراق : طواف الزيارة. ويسمى أيضًا : طواف الركن ؛ لأنه ركن من أركان الحج ، كما يسمى : طواف النحر ؛ لأن وقته أيام النحر ، وهي ثلاثة أيام ، اليوم العاشر ، والحادي عشر ، والثاني عشر. راجع تفصيل المسألة في : متن القدوري كتاب الحج ص ٢٨، المبسوط ، باب الطواف (٤١/٤ ، ٤٢) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما زمان هذا الطواف (٢/ ١٣٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، باب الإحرام و باب الجنايات (٤٩٦/٢ ، ٤٩٧ - ٦١/٣ - ٦٣) ، البناية مع الهداية باب الإحرام ، وباب الجنايات (١٤٥/٤ ، ١٤٦ ، ٢٩٤ - ٢٩٧) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٥٤/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج ، وفي باب الجنايات (٢٨١/١ ، ٢٩٦) .

(٢) قال النووي في المجموع : قال أصحابنا : ويكره تأخير الطواف عن يوم النحر ، وتأخيره عن أيام التشريق أشد كراهةً ، وخروجه من مكة بلا طواف أشد كراهةً ، ومن لم يطف لا يحل له النساء وإن مضت عليه سنون . راجع المسألة في : النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١١٢ب) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٩٧/٣) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٢٢٠/٨ ، ٢٢٤ ، ٢٨٢) ، فتح العزيز ، في ذيل المجموع ، الفصل السابع في أسباب التحلل (٣٨١/٧ ، ٣٨٢) ، شرح السنَّة ، باب الحلق والتقصير (٢٠٨/٧ ، ٢٠٩) ، ضمن الحديث (١٩٦٢) . قال مالك في المدونة فيمن أخر طواف الزيارة حتى مضت أيام التشريق : إن عجَّله فهو أفضل ، وإن أخره ، فلا شيء عليه . وقال ابن عبد البر في الكافي : ولا بأس بتأخير الإفاضة إلى آخر أيام التشريق ، والفضل في تعجيلها ، فإن أخرها حتى ينسلخ ذو الحجة ، فعليه دم . راجع المدونة ، في تفسير ما يبدأ به الرجل إذا دخل في الطواف (٣١٧/١) ، الكافي لابن عبد البر ، باب العمل في الحج (٣٧٦/١) .

(٣) في (ع) : [والمزدلفة] ، مكان : [بالمزدلفة] .

٨٩٣٧ - ولا يلزم طواف الصدر على غير أهل الآفاق [١] ؛ لأنه لا يجب حكم الإحرام ، ولهذا لا يلزم أهل مكة .

٨٩٣٨ - فإن قيل : المعنى فيما ذكرتموه : أنه لما توقت آخره ؛ لم يجب فعله بعد مضي وقته ، ولَمَّا جاز فعل الطواف دلَّ : أنه غير موقت .

٨٩٣٩ - قلنا : العبادات المؤقتة ، منها : ما يفعل بعد فوات وقتها ، كالصلوات الخمس ، والصوم . ومنها : ما يسقط [٢] بمضي الوقت ، كالجمعة بافتراق الوقت ، والطواف في فعل أحدهما بعد وقته ، وسقوط فعل الآخر لا يمنع ، لتساويهما [٣] في الوقت ، وإذا ثبت أنه مؤقت ، فإذا أخره عن وقته ، دخله [٤] نقص ، فافتقر إلى الجبران .

٨٩٤٠ - ولأنه نسك عدد ؛ فيجب فعله مع بقاء ما حظره الإحرام ، فإذا أخَّره عن أيام التشريق ؛ جاز أن يلزمه فديةٌ ، كرمي الجمار .

٨٩٤١ - ولا يلزم عليه السعي ؛ لأنه لا يلزمه فعله مع بقاء المحظورات .

٨٩٤٢ - ولأنه ركن من أركان العمرة ؛ فجاز [٥] أن يجب الجبران بتأخيره ، كالإحرام إذا أخَّره [٦] عن الميقات .

٨٩٤٣ - ولأنه نسك مؤقت بأيام التشريق ، فإذا أخره عنها ، وجب الجبران ، كالرمي .

٨٩٤٤ - والدليل على أنه مؤقت بها : أن اللّٰه تعالى أباح أن يتعجل النفر ، ولا يجوز أن يتعجل إلا بعد الطواف ، فدل أن وقته يتقدم على النفر .

٨٩٤٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴾ [٧] ، ولم يخصه بوقت .

٨٩٤٦ - قلنا : قد أريد به متعين بلا خلاف ، والوقت مجمل ، فبينه رسول اللّٰه

---

(١) لفظ : الصدر ساقط من (م) ، (ع) ، وفي سائر النسخ : على العلمين ، ومعناها أهل الآفاق ، وقد أثبتناها بمعناها لأنه الأكثر استعمالا ، فيكون المراد : الصاحبين ، أو القولين ، وطواف الصدر : هو طواف الوداع ، ويسمى أيضا : طواف آخر العهد بالبيت ، وهو واجب عند الحنفية والحنابلة للغرباء . راجع حكمه بالتفصيل في مسألة (٤٩٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ما سقط] .

(٣) في (م) ، (ع) : [تساويهما] بحذف اللام .

(٤) في (ص) : [دخل] ، مكان : [دخله] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فوجب] ، مكان : [فجاز] ، وكذا في صلب (ص) والصواب ما أثبتناه من هامش (ص) من نسخه أخرى .

(٦) قوله : [إذا أخره] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) سورة الحج : الآية ٢٩ .

ﷺ بفعله ، فاقتضى ذلك الوجوب .

٨٩٤٧ - قالوا : نسك أخره عن وقت الفضيلة إلى وقت الجواز ، فوجب أن لا يجب بتأخيره دم ، أصله : إذا أَخَّر الوقوف إلى الليل .

٨٩٤٨ - قلنا : الإحرام إذا أَخَّره عن الميقات ، فقد أخره عن وقت الفضيلة إلى وقت الجواز ، فيلزمه [١] دم ، والتوقيت يدخل في الزمان والمكان .

٨٩٤٩ - ولأنه إذا وقف بالليل ، فقد فعل الركن في زمان لو فعله قبله واقتصر عليه ، لكان ناقصًا ؛ ألا ترى : أن عند مالك : لا يجوز الوقوف بالنهار .

٨٩٥٠ - وعندنا : إذا اقتصر عليه : يلزمه دم [٢] ، وهو أحد قولي الشافعي ، وفي القول الآخر : يستحب الدم ، فإذا كان كذلك : لم يجز أن يجب بالتأخير إلى حال بها [٣] يكمل الركن جبران [٤] .

٨٩٥١ - وأما الطواف : فإن أخره [٥] عن وقت كماله إلى حالة ليست حال الكمال ، أوجب ذلك نقصًا ، كما لو أخر الإحرام عن موضعه .

٨٩٥٢ - قالوا : وقتًا صح فيه الطواف ، فلا يجب [٦] الدم بتأخيره إلي آخره إلى اليوم الثاني .

٨٩٥٣ - قلنا : المعنى فيه : أنه أخره إلى وقت لم يبح فيه النحر ، فلم يلزمه شيء ، وفي مسألتنا : أَخَّره إلى وقت أبيح فيه النفر قبله ، ولذلك [٧] لزمه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ويلزمه] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لزمه] ، مكان : [يلزمه دم] .

(٣) لفظ : [بها] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) قوله : [إلى حال بها يكمل الركن جبران] مكرر في (م) .

(٥) في (م) ، (ع) : [أخر] ، مكان : [أخره] ، ولفظ : [فإن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلا يجوز] .

(٧) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

مسألة ٣٨٧

حكم رمي الجمار يوم الرابع قبل الزوال

٨٩٥٤ - قال : أبو حنيفة : إذا رمى الجمار يوم الرابع قبل الزوال : جاز ، وقالا (١) : إذا رمى في اليوم الرابع : لا يجوز (٢) . وبه قال الشافعي (٣) .

٨٩٥٥ - لنا : ما رواه هشام بن عبد الله في نوادره بإسناده ، عن ابن عباس ﷺ « قال : إذا انفتح النهار من آخر أيام الرمي ، فارم » (٤) ، ولا يُعرف له مخالف .

٨٩٥٦ - ولأن هذا اليوم حقكم (٥) الرمي فيه ؛ بدلالة : أنه [يجوز تركه ، كما ان يوم النحر حقكم الرمي فيه ، بدلالة : أنه] (٦) لا يرمي إلا جمرة واحدة ، فإذا جاز الرمي في أحدهما قبل الزوال كذلك الآخر .

٨٩٥٧ - ولأنه يوم من أيام الرمي ؛ فكان وقت الرمي فيه أكثر من نصف يوم ، أصله : سائر الأيام . يبين (٧) ذلك : أن يوم النحر يجوز قبل الزوال ، وبقية الأيام يجوز

---

(١) صاحبا أبي حنيفة .

(٢) أي لا يجوز عندهما الرمي في اليوم الرابع قبل الزوال. راجع تفصيل المسألة في الأصل ، باب رمي الجمار (٤٢٩/٢) ، المبسوط ، باب رمي الجمار (٦٨/٤ ، ٦٩) ، متن القدوري ، كتاب الحج ص٢٨ ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما وقت الرمي (١٣٨/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، باب الإحرام (٤٩٩/٢) ، البناية مع الهداية ، باب الإحرام (١٥١/٤-١٥٣) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٥٥/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٨٢/١) .

(٣) راجع المسألة في : الأم ، في دخول منى (٢١٣/٢) ، النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١١٣أ ، ب) ، مختصر الخلافيات ، العنوان السابق ، ورقة (١٩٠ب) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع ، الفصل التاسع في الرمي (٣٩٥/٧ ، ٣٩٦ ، ٣٩٧) . وقال مالك ، وأحمد في رواية ، مثل قول الصاحبين والشافعي : لا يجوز الرمي في اليوم الرابع إلا بعد الزوال ، وقال أحمد في رواية أخرى : مثل قول أبي حنيفة ، يجوز ذلك. راجع المسألة في المدونة ، في القراءة وإنشاد الشعر والحديث في الطواف (٣٢٥/١) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٧٦/١) ، بداية المجتهد ، في القول في رمي الجمار (٣٦٧/١) والمغني ، الباب السابق (٤٥٢/٣) .

(٤) أثر ابن عباس ﷺ : أخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب من غربت له الشمس يوم النفر الأول بمنى (١٥٢/٥) .

(٥) في (م) ، (ع) : [حكم] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [تبين] .

بعد الزوال والليل ، وهذا اليوم لا يجوز الرمي في الليلة التي تليه ، فلو لم يجز قبل الزوال ، لكان وقته أقل من نصف يوم ، وهذا مخالف لسائر الأيام ؛ لأنه يوم شرع فيه الرمي ، فجاوز [١] يومًا لا رمي فيه ، فصار كيوم النحر .

٨٩٥٨ - ولأنه وقت يجوز فيه الرمي في الأول ؛ فجاز في اليوم الرابع ، أصله : بعد الزوال . ولأنه أحد طرفي أيام الرمي ، كيوم النحر . ولأنه بعد طلوع الفجر قد وجب الرمي ، بدلالة : أنه لا يجوز له النفر ، وما كان وقتًا لوجوب العبادة ، كان وقتًا لجوازها .

٨٩٥٩ - فإن قيل : عندنا وقت الوجوب ليلة اليوم الرابع ؛ لأنه لا يحل النفر فيها ، فإذا قد سلمتم : أن الوقوف حاصل بعد الفجر ، وادعيتم حصوله فيما قبل ، وهذا لا يضرنا مع تسليم موضع الاستدلال .

٨٩٦٠ - احتجوا بحديث جابر ﷺ : « أن النبي ﷺ رمى الجمرة يوم النحر ضحىً ، وبقية [٢] الأيام بعد الزوال » [٣] .

٨٩٦١ - وبحديث عائشة رضي اللَّه تعالى عنها [٤] : « أن النبي ﷺ رمي الجمار في أيام التشريق بعد الزوال » [٥] ، قالوا : وفعله [٦] بيان .

٨٩٦٢ - قلنا : الرمي يقع بعد التحلل ، فلا يشتمل على قوله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ [٧] ، فلم يكن فعله ﷺ بيانًا .

---

(١) في (ع) : [فجاز] .

(٢) في (م) ، (ع) : [وضحي بقية] بتقديم الواو .

(٣) أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب بيان وقت استحباب الرمي (٩٤٥/٢) ، الحديث (١٢٩٩/٣١٤) ، وأبو داود نحوه ، (٤٩٥/١) ، والترمذي في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في رمي يوم النحر ضحىً (٢٣٢/٣) ، الحديث (٨٩٤) ، وابن ماجه في السنن ، في كتاب المناسك ، باب رمي الجمار أيام التشريق (١٠١٤/٢) ، الحديث (٣٠٥٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفيه : [ولحديث] ، مكان : [وبحديث] ، والزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب في رمي الجمار (٤٩٦/١) ، أحمد في المسند ، في حديث عائشة ﷺ (٩٠/٦) ، بلفظ : قالت : أفاض رسول اللَّه ﷺ من آخر يومه حين صلى الظهر ، ثم رجع إلى منى ، فمكث بها ليالي أيام التشريق ، يرمي الجمرة إذا زالت الشمس ، كل جمرة بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ، ويقف عند الأولى ، وعند الثانية ، فيطيل القيام ، ويتضرع ، ويرمي الثالثة لا يقف عندها .

(٦) في (ع) : [وقالوا فعله] بتقديم الواو .

(٧) الزيادة من (م) ، (ع) ، سورة آل عمران : الآية ٩٧ .

٨٩٦٣ - ولأن فعله قد دل على وقت الفضيلة عندنا .

٨٩٦٤ - قالوا : رمي لا يجوز تقديمه على طلوع الفجر ، فلا يجوز تقديمه على زوال الشمس ، كاليومين الأولين .

٨٩٦٥ - قلنا : المعنى فيهما : أنه يؤخر حكم الرمي فيهما ، ويوم الرابع خف حكم الرمي فيه ، فصار كيوم النحر .

٨٩٦٦ - قالوا : رمي يشتمل على رمي الجمار الثلاثة ، أو رمي يوم من أيام التشريق ، فصار كاليومين .

٨٩٦٧ - قلنا : نقلب فنقول : فكان وقت جوازه أكثر من نصف يوم ، كاليومين .

٨٩٦٨ - قالوا : اعتبار هذا اليوم بما [1] قبله أولى من اعتباره بيوم النحر ؛ لأنه يتعلق بالجمار الثلاث ، ويقع خارج الإحرام ، ولا يقع به التحلل ، واعتبار الشيء بنظيره أولى [2] .

٨٩٦٩ - قلنا : اعتباره بما خف الرمي فيه أولي من اعتباره بما تأكد حكم الرمي فيه [3] ؛ لأن الخلاف في حكم التخفيف ، فرده إلى ما خف حكمه أولى .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [كما] .

(٢) قاعدة : اعتبار الشيء بنظيره أولى .

(٣) قوله : [فيه] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٤٨٨

حكم تقديم الجمرة الأخيرة على الأولى

٨٩٧٠ – قال أصحابنا : إذا قدّم الجمرة الأخيرة على الأولى ، أعاد الرمي على ترتيبه ، فإن لم يفعل : أجزأه [١] .

٨٩٧١ – وقال الشافعي : لا يجوز ، والترتيب مستحق ، ولو ترك حصاة من الأولى ، لم يكن الثانية والثالثة [٢] .

٨٩٧٢ – لنا : أن الجمرة الأخيرة تنفرد [٣] بنفسها عما قبلها ، وتكون قربة ، وترتيبها [٤] عليها لا يكون واجبًا ، كالطواف ، والرمي .

٨٩٧٣ – ولا يلزم عليه الرمي ؛ لأنه لا ينفرد قربة عن الطواف ؛ ولأنه يوم من أيام الرمي [٥] ؛ فجاز أن يبتدئ فيه بجمرة العقبة ، كاليوم الأول .

٨٩٧٤ – ولأنها مناسك جمعها وقتٌ واحد تعلق [٦] بأمكنة بعينها ، ينفرد أحدها عما قبله ، فلم يستحق الترتيب ، كالطواف والرمي .

٨٩٧٥ – ولا يلزم الرمي والوقوف ؛ لأن الرمي لا ينفرد عن الوقوف .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : الجامع الصغير ، في مسائل لم تدخل في الأبواب ص١٦٨ ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان حكمه إذا تأخر عن وقته (١٣٩/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، في مسائل منثورة (١٧٠/٣ ، ١٧١) ، البناية مع الهداية ، في مسائل منثورة (٤٦٣/٤ ، ٤٦٤) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، في مسائل منثورة (٣١٢/١) .

(٢) راجع المسألة في : النكت ، العنوان السابق ، ورقة (١١٣ب) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٣٠٠/٣) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٢٣٥/٨ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، ٢٨٢) ، فتح العزيز في الفصل التاسع في الرمي ، بذيل المجموع ، (٤٠٤/٧ ، ٤٠٥) . قال ابن عبد البر في الكافي : ومن نكس الجمار فرمى الأخيرة ثم الوسطى ثم الأولى ، أعاد الوسطى ثم الأخيرة ، ثم قال وقد قيل : إن الترتيب في رمي الجمار مستحب ، غير واجب عند مالك . راجع الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٧٧/١ ، ٣٧٨) . وقال أحمد مثل قول الشافعي : الترتيب واجب في رمي الجمار. قال ابن قدامة في المغني : فإن نكس فبدأ بجمرة العقبة ثم الثانية ثم الأولى ، أو بدأ بالوسطى ورمي الثلاث لم يجزه إلا الأولى ، وأعاد الوسطى والقصوى. نص عليه أحمد . راجع المغني ، الباب السابق (٤٥٢/٣ ، ٤٥٣) .

(٣) في (م) : [ينفرد] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ويكون قربة ترتيبها] .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) قوله : [واحد تعلق] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

٨٩٧٦ - ولأن الجمرة التي تلي المسجد ليست بركن ، فلا يترتب عليها [١] ، كالذبح والحلق .

٨٩٧٧ - ولأنها إحدى الجمار ، فجاز أن يبتدئ بها ، كالأولى ، وكجمرة العقبة .

٨٩٧٨ - احتجوا : بما روي : « أن النبي ﷺ بدأ بالجمرة الأولى ، ثم بالثانية ثم بجمرة العقبة » [٢] .

٨٩٧٩ - والجواب : أن فعله بمجرده لا يدل على الوجوب ، فإنهم قالوا : إنه خرج مخرج البيان ، فلما [٣] وفي الجمار الثلاث يقع بعد التحلل ، فلم يكن ذلك من نفس الحج حتى يقع فعله بيانًا .

٨٩٨٠ - قالوا : معنى هذه العبادة لا يعقل [٤] ، فجاز أن يقتصر على ما ورد به الشرع .

٨٩٨١ - قلنا : قد عقلنا معناها ؛ لأنها [٥] مناسك المقصود منها فعلها ، فإذا جاز أن ينفرد الآخر منها بنفسه لم يترتب على ما قلناه .

٨٩٨٢ - قالوا : بل [٦] مبني على التكرار ؛ فوجب أن يكون موضع البداية به مستحقا معينًا [٧] ، أصله : الطواف .

٨٩٨٣ - قلنا : لا نسلم الأصل على ما قدمنا ، ولو سلمنا على ظاهر الرواية .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلا يترتب عليها الرمي] ، بزيادة : [الرمي] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ثم بالثانية] ، ثم بالثالثة ، ثم بجمرة العقبة ، بزيادة : ثم بالثالثة ، وهي مشطوبة في (ص) . والحديث أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب الدعاء عند الجمرتين (٣٠٢/١) ، بلفظ : أن رسول الله ﷺ كان إذا رمى الجمرة التي تلي مسجد منى يرميها بسبع حصياتٍ يكبر كلما رمي بحصاة ، ثم تقدم أمامها ، فوقف مستقبل القبلة رافعًا يديه يدعو ، وكان يطيل الوقوف ، ثم يأتي الجمرة الثانية ، فيرميها بسبع حصياتٍ ، يكبر كلما رمي بحصاة ، ثم ينحدر ذات اليسار ، مما يلي الوادي ، فيقف مستقبل القبلة رافعًا يديه يدعو ، ثم يأتي الجمرة التي عند العقبة فيرميها بسبع حصيات ، يكبر عند كل حصاة ، ثم ينصرف ولا يقف عندها . قال الزهري : سمعت سالم بن عبد الله يحدث مثل هذا عن أبيه ، عن النبي ﷺ وكان ابن عمر يفعله ، والنسائي ، في السنن ، في كتاب مناسك الحج ، في الدعاء بعد رمي الجمار (٢٧٦/٥ ، ٢٧٧) ، وأحمد في المسند ، في مسند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما (١٥٢/٢) .

(٣) في (ع) : [فأما] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يفعل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لأنه] ، ولفظ : [معناها] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) لفظ : [بل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [معناه] ، مكان : [معينا] .

٨٩٨٤ – ولأن الطواف عبادة واحدة ، جُعِلَ لها استفتاح [١] ، فما لم يأتِ بافتتاحها وهو البداية ، فالركن لم يعتد به [٢] والرمي في الجمار عبادات ، والثانية منها نسك ينفرد عما قبله ، فلم يترتب [٣] عليها فرضًا .

٨٩٨٥ – ولأن الترتيب دلالة لنا : أن موضع الابتداء فيه لما تعين ، لم يوجد الطواف [٤] فيه إلا على هذه الصفة ، ولما جاز أن يوجد الرمي يوم النحر لا يقع الابتداء بما قبله ، دل أن يكون الترتيب للشروع شرطًا [٥] في صحته قياسًا على ترتيب السعي على الصفا وعلى الطواف .

٨٩٨٦ – ولما أن قلتم : نسك واحد ، لم نسلمه [٦] في الفرع ولا في الأصل ، وإن قلتم : انتقض بالطواف / والرمي ... [٧] .

٨٩٨٧ – ولأن المعنى في السعي : أنه لا ينفرد [عن الطواف بحال ، فلهذا وجب أن يترتب عليه ، ولما جاز أن تنفرد] الجمرة [٨] الأخيرة عما قبلها ، لم يجب ترتيبها .

٨٩٨٨ – قالوا : وجوب الرمي ثبت [٩] باسم يقتضي الترتيب ؛ لأنه قبل الأولى والوسطى .

٨٩٨٩ – قلنا : وجوب الصلاة بلفظ يقتضي الترتيب [١٠] ؛ لأن الظهور يتعلق بالظهر ، والمغرب بغروب الشمس ، ثم إذا جمعها وقت واحد ، لم يجب الترتيب فيها عندهم .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [حصل له افتتاح] مكان المثبت ، وفي (ع) : [واحد] ، مكان : [واحدة] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لا يعتد بها] . (٣) في (م) ، (ع) : [فلم يترتب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [للطواف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فيه شرطا] بزيادة : [فيه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لم ينسكه] ، وفي سائر النسخ : [ولما أن قلتم] ، بزيادة [لما] ، والصواب بحذفها ؛ لأن المعنى لا يستقيم بها .

(٧) هكذا في سائر النسخ ، ويبدو أن عبارة ما سقطت من هنا ؛ لأن المعنى غير مستقيم .

(٨) في (م) ، (ع) : [بالجمرة] ، وما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . (٩) لفظ : [ثبت] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يقتضي الترتيب لأنه قبل الأولى] ، بزيادة الجزء الثاني ، وهو سهو .

مسألة ٤٨٩

حكم تأخير رمي يوم إلى الليل

٨٩٩٠ - قال أبو حنيفة : إذا أخَّر رمي يوم إلى الليل : رماه ولا شيء عليه ، وإن أخره إلي الغد رماه وعليه دم (١) .

٨٩٩١ - وقال الشافعي في أحد قوليه : إذا غربت الشمس خرج وقت الرمي ، وما الذي يلزمه ؟ فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : يرمي ولا شيء عليه ، والثاني : لا يرمي وعليه دم ، والثالث : يرمي ويهرق دمًا (٢) .

٨٩٩٢ - والقول في أصل الرمي : أن الأيام الثلاثة كاليوم الواحد ، لا يفوت الرمي بتأخره من يوم إلى يوم ، ولا يلزمه شيء إذا ما أخر رمي يوم [من الثلاثة إلى اليوم الذي بعده (٣)] ، فلا شيء عليه في قول أصحابنا جميعًا ؛ لأن النبي ﷺ رخص للرعاء أن يرموها ليلًا (٤) ، فدل : أنه وقت الرمي .

---

(١) قال الكاساني في بدائع الصنائع : فإن أخر الرمي حتى طلع الفجر من اليوم الثاني ، رمى ، وعليه دم للتأخير في قول أبي حنيفة ، وفي قول أبي يوسف ومحمد : لا شيء عليه . راجع تفصيل المسألة في المبسوط (٦٤/٤ ، ٦٥) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما وقت الرمي (١٣٧/٢) ، الهداية ، باب الإحرام (١١٦/١) ، البناية مع الهداية ، باب الإحرام (١٥٦/٤) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : حلية العلماء (٣٠١/٣) ، المجموع مع المهذب (٢٣٥/٨ ، ٢٣٦ ، ٢٤٠) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٤٠٢/٧-٤٠٤) . قال ابن عبد البر في الكافي : ومن نسي رمي يوم من أيام منى ، أو أخره إلى الليل رمي ليلًا ، ولا شيء عليه ، هذا قوله في موطئه . وقد روي عنه : أن عليه دمًا . قال ابن القاسم في المدونة : قد اختلف قول مالك ، مرة يقول : من نسي رمي الجمار حتى تغيب الشمس ، فليرم ولا شيء عليه ، ومرةً قال لي : وعليه دم . راجع تفصيل المسألة في المدونة (٣٢٣/١ ، ٣٢٤) ، المنتقى ، في الرخصة في رمي الجمار (٥٢/٣-٥٥) ، الكافي لابن عبد البر ، باب رمي الجمار (٤١٠/١) ، بداية المجتهد (٣٦٥/١) . وقال ابن قدامة في المغني : إذا أخر رمي يوم إلي ما بعده ، أو أخر الرمي كله إلي آخر أيام التشريق ، ترك السنّة ، و لا شيء عليه إلا أن يقدم بالنية رمي اليوم الأول ثم الثاني ثم الثالث . راجع المغني (٤٥٥/٣ ، ٤٥٦) ، الكافي لابن قدامة (٤٥٣/١) .

(٣) الموجود في النسخ جميعها : [كل يوم إلى الثلاثة التي قبلها] والأقرب إلى مقصود المؤلف ما أثبتناه فيما يغلب على الظن .

(٤) روى هذا من حديث ابن عمر ، ومن حديث عمرو بن العاص ، ومن حديث ابن عباس رضي الله عنهم فحديث ابن عمر : أخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب الرخصة في أن يدعوا نهارًا ويرموا ليلًا إن شاءوا =

٨٩٩٣ - ولأنه نسك ، فإذا فعله بالليل ؛ جاز أن يقع موقعه من غير دم ، كالوقوف ، والطواف ، والتعليل لرمي يوم الثاني والثالث .

٨٩٩٤ - ولأن رمي كل يوم مؤقت بيوم ، فإذا أخره إلى الليل [١] ، لم يلزمه شيء ، كالوقوف .

٨٩٩٥ - ولا يلزم إذا أخر الطواف عن آخر أيام التشريق إلى الليل [٢] ؛ لأن الطواف مؤقت بأيام .

٨٩٩٦ - ولأنه بالتأخير في أيام الرمي لم يبلغ إلى وقت مثله ، فصار كما لو رمى قبل الغروب .

٨٩٩٧ - وأما إذا أخر الرمي إلى الغد ؛ فوجه قول أبي حنيفة أنه أخَّر رمي يوم كامل عن يوم وليلة ؛ فوجب أن يلزمه دم ، أصله : إذا أخره عن أيام التشريق .

٨٩٩٨ - ولأن كل يوم وجب فيه الرمي تعلق بتأخيره إلى غده [٣] دم ، أصله : اليوم الرابع .

٨٩٩٩ - احتجوا : بحديث ابن الدَّراج [٤] ، عن أبيه عاصم بن عدي ﷺ : « أن النبي ﷺ رخَّص للرعاء أن يرموا يومًا [٥] ، ويدعوا يومًا » [٦] .

٩٠٠٠ - وفي لفظ آخر : « أن يرموا يوم النحر ، ثم يرموا يوم النفر » [٧] . قلنا [٨] :

= (١٥١/٥) ، وحديث عمرو : أخرجه الدارقطني ، في السنن ، في كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٧٦/٢) ، الحديث (١٨٤) . وأما حديث ابن عباس : فأخرجه البيهقي نفس المصدر السابق (١٥١/٥)

(١) في (ص) ، (م) : [الليلة] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الليلة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [عدوه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أبي الدراج] .

(٥) في (ص) ، (ع) : ليلا ، وفي (م) : البلاد ، مكان : يوما ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٦) أخرجه أبو داود ، في كتاب المناسك ، باب في رمي الجمار (٤٩٦/١) ، والترمذي في كتاب الحج ، باب ما جاء في الرخصة للرعاء أن يرموا يومًا ويدعوا يومًا (٢٨٠/٣) ، الحديث (٩٥٤) ، والنسائي في كتاب مناسك الحج ، في رمي الرعاة (٢٧٣/٥) ، وابن ماجه ، في كتاب المناسك ، باب تأخير رمي الجمار من عذر (١٠١٠/٢) ، الحديث (٣٠٣٦) أخرجه أصحاب السنن الأربعة ، في كتبهم .

(٧) هذا جزء من حديث عاصم ، أخرجه أبو داود في السنن في كتاب المناسك ، باب في رمي الجمار (٤٩٦/١) ، والترمذي (٢٨٠/٣ ، ٢٨١) ، الحديث (٩٥٥) ، أخرجه مالك ، في الموطأ ، في كتاب الحج ، باب الرخصة في رمي الجمار (٤٠٨/١) ، الحديث (٢١٨) بلفظ : أن رسول الله ﷺ أرخص لرعاء الإبل في البيتوتة ، خارجين عن منى ، يرمون يوم النحر ، ثم يرمون الغد ، ومن بعد الغد ليومين ، ثم يرمون يوم النفر ، وابن ماجه ، في السنن في كتاب المناسك ، باب تأخير رمي الجمار من عذر (١٠١٠/٢) .

(٨) في سائر النسخ : [قلنا] ، العبارة التالية تدل على أن الصواب : [قالوا] .

هذا قاله في الرعاء الذين لا يتمكنون [(١)] من الحضور ، فجعل ذلك عذرًا لهم ، وأسقط الوقتَ في حقهم العذرُ ، كما قدم ضعفة أهله ، فتركوا الوقوف بالمزدلفة ، والمناسك إذا تركت لعذر لا شيء فيها عندنا ، أصله : إذا أخَّر الوقوف من النهار إلي الليل . قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأنه أخَّر الرمي عن وقت الوقوف ، والمعنى في تأخير الوقوف إلى الليل : أنه أخره إلى وقت يكمل النسك بفعله فيه . وفي مسألتنا خلاف .

٩٠٠١ - فإن قاسوا على تأخير الرمي إلى الليل ، قلنا : النسك المؤقت بيوم فالليلة التي تليه وقته [(٢)] ، وما بعد ذلك ليس بوقت له ، كالوقوف .

٩٠٠٢ - قالوا : لو كان ما بعد اليوم الأول ليس بوقت ، وجب أن لا يفعل ، كسائر الأيام .

٩٠٠٣ - قلنا : هو وقت لمثله وإن لم يكن وقتًا له ، فيجب عليه فعله لهذا المعنى ، كما أن تكبير التشريق إذا فاتت صلاة فيذكرها في الأيام كبَّر وإن كانت فائتة ، إلا أن الوقت وقت مثلها ، أعنى من صلوات التكبير فيكبِّر ، ولو فاتت حتى خرجت الأيام : قضاها ، ولم يكبر عقيبها .

* * *

(١) لفظ : [لا] يتمكنون ساقط من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وفيه] ، مكان : [وقته] .

مسألة ٤٩٠

إذا ترك حصاة واحدة فعليه إطعام مسكين ، نصف صاع من حنطة

٩٠٠٤ – قال أصحابنا : إذا ترك حصاة واحدة : فعليه إطعام مسكين ، نصف صاع من حنطة ، وفي حَصَاتين : صاع ، وفي ثلاثة : صاع و نصف .

٩٠٠٥ – فإن بلغ ذلك دمًا ، كان بالخيار ، ولا يجب الدم عندنا حتى يترك رمي يوم كامل والأكثر من كل جمرة [١] .

٩٠٠٦ – وقال الشافعي : إذا ترك ثلاثًا ، ففيها دم ، واختلف فيما دون الثلاث ، كما اختلف في الأظفار والشعر ، فقال في أحد أقاويله : في حصاة واحدة : [٢] مد ، وفي قول آخر : في [٣] ثلاث دم ، وفي قول : درهم [٤] .

٩٠٠٧ – ويتصور الخلاف في المسألة : إذا ترك حصاة من جمرة العقبة في اليوم الآخر ، لزمه [٥] في أحد الأيام على القولين .

٩٠٠٨ – أما الكلام في الحصاة الواحدة ، فلأنه إطعام مقدر تعلق بالحج ، فلا يتقدر بأقل من نصف صاع ، ككفارة الأذى ؛ ولأن ما يتقدر به صدقة الفطر لا يتقدر به

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : متن القدوري ، باب الجنايات ص٣٠-٣١ ، فتح القدير مع الهداية ، باب الجنايات (٦١/٣) ، البناية مع الهداية ، باب الجنايات (٢٩٣/٤ ، ٢٩٤) ، الاختيار ، باب القران (١٦٣/١) ، مجمع الأنهر ، باب الجنايات (٢٩٤/١ ، ٢٩٥) .

(٢) لفظ : [واحدة] ساقط من (ع) .

(٣) الزيادة أثبتناها لمقتضي السياق .

(٤) راجع تفصيل المسألة : في الأم (٢١٤/٢) ، مختصر المزني ص٦٩ ، حلية العلماء (٣٠١/٣) ، المجموع مع المهذب (٢٣٦/٨ ، ٢٤١ ، ٣٨٣) ، فتح العزيز وبذيل المجموع (٤٠٨/٧-٤١٠) ، شرح السنة ، كتاب الحج ، باب رمي أيام التشريق والبيتوتة بمني لياليها (٢٢٦/٧ ، ٢٢٧) . قال مالك في المدونة : إن ترك حصاة من الجمار أو جمرة فصاعدًا ، أو الجمار كلها حتى تمضي أيام مني ، قال أما في حصاة : فليهرق دمًا ، وأما في جمرة أو الجمار كلها : فبدنة ، فإن لم يجد فبقرة . راجع تفصيل المسألة في : المدونة (٣٢٤/١) ، الكافي لابن عبد البر (٤١٠/١) ، بداية المجتهد (٣٦٧/١ ، ٣٦٨) . وقال أحمد في رواية : من ترك رمي حصاة من حصى الجمار فعليه مد ، وفي رواية أخرى : قبضة من طعام. وفي الثالثة : لا شيء عليه . راجع الإفصاح ، باب العمرة (٢٨٦/١) .

(٥) في (ص) : [لزمها] .

الإطعام الواجب بترك حصاة ، كنصف المد . ولأن الدم لا يتبعض ، فلا يجوز إيجاب بعضه ، كالعتق [1] . ولأنها كفارة ، فلا يجب فيها الدراهم ، [كسائر الكفارات ، أو كفارة لحرمة عبادة] [2] فلا يتقدر بالدراهم ، ككفارة رمضان .

٩٠٠٩ – وإذا بطل تبعيض الدم وإيجاب الدرهم ، لم يبق إلا وجوب الإطعام ، ومن أصلنا : أن الإطعام في الكفارة يتقدر لكل مسكين بنصف صاع على كليته في موضعه .

٩٠١٠ – احتج المخالف : بأنها كفارة تتعلق بترك [3] فعل ما يؤمر به ، فوجب أن يكون حق المسكين الواحد مقدرًا بمد ، قياسًا على ما ثبت بالشرع في كفارة اليمين .

٩٠١١ – قلنا : الأصل غير مسلَّم ؛ لأن عندنا كفارة الجماع مقدرة لكل مسكين بنصف [4] صاع ، ثم إنهم احترزوا بهذا الوصف عن كفارة الأذى [5] .

٩٠١٢ – قالوا : لأنها وجبت كما وجبت به كفارة الصوم ؛ لأنه أمر في كل واحد من العبادتين بتجنب [6] المحظورات ، ففي الصوم بفعل ما حظر فيه ، وفي الحج بفعل الحلق المحظور بترك كل واحد منهما ما أمر به من تجنب المحظورات .

٩٠١٣ – وهذا الاحتراز الذي ذكروه -مع أنه لم يدفع التقصير- فاسد ؛ لأن سبب كفارة الأذى [7] أُبيح في الشرع ، وسبب كفارة الصوم لا يبيح ، وكذلك [8] ما يجب بترك الرمي ، فإذا تقدر أخف الأمرين بنصف الصاع ، فأعظمها شيئًا [9] أولى .

٩٠١٤ – وهذا مقدار المد واجب بالإجماع ، وما زاد عليه مختلف فيه فمن ادعى وجوبه فعليه الدلالة .

٩٠١٥ – قلنا : هذا استصحاب الحال ، ونحن لا نقول به ، ونقابله بمثله فنقول : أجمعنا أن فرض الدم لم يسقط ، فمن زعم أنه سقط عنه بالحد ، فعليه الدليل .

---

(١) قوله : [كالعتق] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٢) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) .
(٣) في (م) : [يتعلق كل يترك] ، ولفظ : [تعلق] ساقط من (ع) ، ولعل الصواب : [بأنها كفارة تتعلق بترك] ، بحذف : [كل] ؛ لأن المعنى لا يستقيم به .
(٤) في (ص) : [نصف] بدون الباء .
(٥) في (م) ، (ع) : [الآدمي] ، وكذلك في صلب (ص) ، والمثبت من هامش (ص) من نسخة أخرى .
(٦) في (م) ، (ع) : [بحسب] . (٧) في (م) ، (ع) : [الآدمي] .
(٨) في (ص) : [ولذلك] .
(٩) قوله : [بمثله] ساقط من (م) ، (ع) .

٩٠١٦ – وأما الدليل على أن الثلاث حصيات لا دم فيها : أنه أتى بأكثر الرمي ، فلم يجب عليه بأقله دم ، كما لو ترك حصاتين .

٩٠١٧ – ولأنه نسك ذو عدد لا يتعلق بالثلاث ، فلم يجب بترك أقله دم ، كالسعي .

٩٠١٨ – احتجوا : بأنه ترك من عدد الحصيات ما يقع عليه اسم الجمع المطلق ، فوجب أن يكون فيه دم ، أصله : إذا كانت قيمة الطعام أكثر من قيمة الشاة .

٩٠١٩ – قلنا : لا نسلم ؛ لأن الواجب الإطعام ، فإذا اختار إخراج الشاة ، وجبت باختياره ليسقط به الزيادة عن نفسه ، فأما أن يؤخر ما عليه : فلا .

* * *

مسألة ٤٩١

خطبة الإمام ثاني (أيام) النحر

٩٠٢٠ - قال أصحابنا : يخطب الإمام ثاني أيام [١] النحر خطبة ، يعلمهم فيها النفر ، وطواف الصدر [٢] .

٩٠٢١ - وقال الشافعي : يخطب يوم النفر الأول [٣] .

٩٠٢٢ - لنا : أنه يوم نحر أُبيح فيه النفر ، فلا يخطب فيه للحج ، كاليوم الآخر .

٩٠٢٣ - ولأن الخطبة لتعليم المناسك ، وإنما يفعل قبل يوم النسك ، ليبلغ الناس بعضهم بعضًا ، وهذه الخطبة لتعليم جواز النفر ، فيجب أن يتقدم عليهم .

٩٠٢٤ - احتجوا : بما روى ابن أبي نجيح عن أبيه ، عن رجلين [٤] من بني بكر ، قالا : « رأينا رسول الله ﷺ يخطب بمنى أوسط أيام التشريق » [٥] ، وكذلك سراء بنت نبهان .

---

(١) الزيادة : [أثبتناها] لمقتضى السياق .

(٢) النفر : [هو الدفع] . نفر ينفر نفرًا : فر ، وذهب. ويوم النفر : هو اليوم الذي ينفر الحجاج فيه من منى. قال المطرزي : ويوم النفر : الثالث من يوم النحر ؛ لأنهم ينفرون من منى ، وقال الفيومي : نفر الحجاج من منى دفعوا ، وللحاج نفران. فالأول : هو اليوم الثاني من أيام التشريق ، والنفر الثاني : هو اليوم الثالث منها . راجع : المغرب ص٤٦٠ ، النهاية (٩٢/٥) ، لسان العرب (٤٤٩٨/٦) ، مختار الصحاح ص٦٧٢ ، المصباح المنير (٥٨٨/٢) . وطواف الصدر : هو طواف الوداع ، سيأتي تعريفه وحكمه ، في مسألة (٤٩٥). راجع نفس المصادر التي سبقت في مسألة (٤٨٥) ، هامش (١) .

(٣) في سائر النسخ : [يجب] ، مكان : [يخطب] ، وهو تحريف ، والصواب ما أثبتناه ، ولفظ : الأول ساقط من (ع) . راجع المسألة في : مختصر المزني ص٦٩ ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٨٢/٨ ، ٨٩ - ٩١ ، ٢٤٩) ، فتح العزيز ، في الفصل السادس في الوقوف بعرفة ، بذيل المجموع (٣٥٦/٧) . وقال مالك وأصحابه : مثل قول الحنفية ، يخطب الإمام بمنى ثاني أيام النحر ، ولا خطبة يوم النفر الأول. راجع نفس المصادر التي سبقت للمالكية في مسألة (٤٨٥) ، هامش (٢) . وقال أحمد وأصحابه : مثل قول الشافعي ، يستحب أن يخطب الإمام يوم النفر الأول. راجع المسألة في المغني ، (٤٥٦/٣) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٥٤/١) .

(٤) في سائر النسخ : [رجل] ، والمثبت من سنن أبي داود ، والسنن الكبرى للبيهقي .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب أي يوم يخطب بمنى (٤٩٢/١) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب خطبة الإمام بمنى أوسط أيام التشريق (١٥١/٥) .

٩٠٢٥ - قلنا : يجوز أن تكون هذه الخطبة لبيان أحكام المناسك ، ويجوز أن تكون لغيرها ، كما بينا في خطبة يوم النحر ، والخلاف في خطبة تختص [١] الحج .

٩٠٢٦ - قالوا : يوم فيه نسك ، ويحتاج إلى تعليم الناس تعجيل [٢] النفر وتأخيره .

٩٠٢٧ - قلنا : إنما يعلمهم جواز النفر قبل يومه ليتأهبوا له ، فأما إذا خطب بعد الظهر ليعلمهم النفر وهم يرمون لم يقع ذلك موقعه .

* * *

(١) في (م) : [يختص] .

(٢) في (م) ، (ع) : [تعجل] .

مسألة ٤٩٢

حكم من ترك المبيت بمنى من غير عذر

٩٠٢٨ - قال أصحابنا : إذا ترك المبيت بمنى من غير عذر فقد أساء : ولا شيء عليه (١) .

٩٠٢٩ - وقال الشافعي في أحد قوليه : إذا ترك الليالي الثلاث : فعليه دم ، وفي القول الآخر : الدم عليه استحبابًا .

٩٠٣٠ - وأما إذا ترك ليلة واحدة : ففيها مد في أحد أقواله ، وفي قول آخر : ثلث درهم (٢) ، وفي قول آخر : درهم (٣) .

---

(١) في (م) ، (ع) : فلا شيء عليه . راجع المسألة في : الأصل ، باب رمي الجمار (٤٢٨/٢) ، مختصر الطحاوي ، باب الفدية وجزاء الصيد ص٧٠ ، المبسوط ، كتاب المناسك و باب رمي الجمار (٢٤/٤ ، ٢٥ ، ٦٧ ، ٦٨) ، تحفة الفقهاء ، باب الإحرام (٤٠٨/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان سنن الحج (١٥٩/٢) ، فتح القدير مع الهداية وفي ذيله العناية ، باب الإحرام (٥٠١/٢ ، ٥٠٢) ، البناية مع الهداية ، باب الإحرام (١٥٧/٤ ، ١٥٨) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٨٢/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وفي آخر ثلث] ، مكان : [وفي قول] آخر : [ثلث درهم] .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في ما يكون بمنى غير الرمي (٢١٥/٢) ، مختصر المزني ص٦٩ ، حلية العلماء (٣٠٢/٣) ، معالم السنن ، في ومن باب يبيت بمكة ليالي منى (٢٠٩/٢) ، المجموع مع المهذب (٢٤٥/٨-٢٤٨) ، فتح العزيز مع الوجيز ، في الفصل الثامن في المبيت ، بذيل المجموع (٣٨٧/٧- ٣٩١) ، شرح السنة للبغوي (٢٢٦/٧) . قال مالك في المدونة : إن بات ليلةً كاملةً في غير منى ، أو جلها في ليالي منى ، فعليه دم ، وإن كان بعض ليلة ، فلا أرى عليه شيئًا . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، في القراءة وإنشاد الشعر والحديث في الطواف (٣٢٠/١) ، المنتقى ، في البيتوتة بمكة ليالي منى (٤٥/٣) ، الكافي لابن عبد البر ، باب العمل في الحج (٣٧٥/١ ، ٣٧٦) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، سورة البقرة (٧/٣) . ونقل عن أحمد بن حنبل فيمن ترك المبيت بمنى روايات مختلفة . قال ابن هبيرة في الإفصاح : إحداها : عليه دم مع الإساءة ، وعنه رواية أخري : لا شيء عليه ، وأخرى : عليه لكل يوم صدقة ، قدرها درهم ونصف درهم . قال ابن قدامة في الكافي : وعنه : في ليلة مد ، وفي ليلتين : مدان ، وعنه : في ليلة درهم ، وفي ليلتين : درهمان . ثم قال : وعنه : في ليلة : نصف درهم ، فأما الليلة الثالثة : فلا شيء في تركها ؛ لأنها لا تجب إلا على من أدركه الليل بها ، فإن تركها في هذه الحال مع الليلتين الأوليين ، فعليه في الثلاث دم في إحدى الروايتين . راجع تفصيل المسألة في المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٨٥/١) ، الإفصاح (٢٧٨/١ ، ٢٧٩ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧) ، المغني (٤٤٩/٣ ، ٤٥٠) ، الكافي لابن قدامة (٤٥١/١) ، العدة مع العمدة ، باب ما يفعله بعد الحل ص٩٧ ، ٩٨ .

٩٠٣١ – لنا : أن منى ليست مقصودة في نفسها ، بدلالة المقام في غير هذه الأيام ، وإنما يقيم للنسك المفعول في العدد ، فصار كما لو بات ليلة عرفة بمكة .

٩٠٣٢ – ولأن المقام بها في الأيام هو المقصود ، والثاني : تبع ، بدلالة : أن الله تعالى نص على الأيام بقوله : ﴿ وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ فِىٓ أَيَّامٍ مَّعْدُودَٰتٍ ﴾ (١) . فإن كان أقام بها ، أو ترك المقام بها نهارًا ، أو جاء (٢) وقت الرمي فرمى : لم يلزمه شيء ، فإذا ترك الليالي الذي هو تبعَ : أولى وأحرى .

٩٠٣٣ – ولأنه ترك البيتوتة في مكان النسك ، فلم يلزمه دم . أصله : إذا ترك البيتوتة بعرفة .

٩٠٣٤ – ولا يلزمه إذا ترك البيتوتة بالمزدلفة ؛ لأنه مثله . ولأنه نسك لو تركه للتشاغل بالسقاية ، لم يلزمه دم ، فإذا تركه من غير عذر ، لم يلزمه دم ، أصله : طواف القدوم / .

٩٠٣٥ – احتجوا : بحديث ابن عمر ﷺ : « أن العباس بن عبد (٣) المطلب استأذن رسول الله ﷺ أن يبيت بمكة ليالي منى من أجل سقايته ، فأذن له » (٤) ، فدلَّ : أن هذا لا يجوز تركه لغير عذر .

٩٠٣٦ – قلنا : التشاغل بالسقاية هو ترك للمبيت بالحاجة ، والمناسك الواجبة لا يجوز تركها للحاجة .

٩٠٣٧ – ولأنه يجوز تركها للضرورة والمشقة . يبين ذلك : أن العباس لا يسقي بنفسه ، وإنما يأمر به ، وهذا يمكنه وإن لم يحضر .

٩٠٣٨ – وليس هذا كترك الوقوف بالمزدلفة ؛ لأن النبي ﷺ قدَّم ضَعَفَةَ أهله (٥) ،

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٠٣ . (٢) في (م) ، (ع) : [أو جاز] .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) لفظ : [له] ساقط من (م) . والحديث متفق عليه أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب سقاية الحج (٢٨٣/١) ، ومسلم في كتاب الحج ، باب وجوب المبيت بمنى ليالي أيام التشريق (٩٥٣/٢) ، الحديث (١٣١٥/٣٤٦) ، وأبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب يبيت بمكة ليال منى (٤٩٣/١) ، وابن ماجه ، في السنن ، في كتاب المناسك ، باب البيتوتة بمكة ليالي منى (١٠١٩/٢) .

(٥) روي هذا الحديث من وجوه ، منها : حديث ابن عباس ﷺ ، أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب ما قدم ضعفة أهله بليل (٢٩١/١) ، ومسلم ، نحوه ، في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب استحباب تقديم دفعة الضعفة من النساء وغيرهن (٩٤١/٢) ، الحديث (٣٠١ ، ١٢٩٣/٣٠٢) ، وأخرجه =

خوفًا عليهم من الزحام ، وهذه مشقة ، وليست بحاجة .

٩٠٣٩ - وكذلك الحائض في طواف الصدر إنما يجوز لها ترك الطواف للضرورة ؛ لأنها لا تقدر أن تطوف من الحيض ، ولا يمكنها المقام ، والانقطاع عن الرفقة .

٩٠٤٠ - قالوا : نسك مشروع بعد كمال التحلل ؛ فوجب أن يكون واجبًا يتعلق بتركه دم ، كالرمي [١] .

٩٠٤١ - قلنا : لا نسلم أنه نسك ، وإنما يفعل على طريق التبع للنسك ، ويبطل هذا على قولهم من ترك المقام بمنى [٢] نهارًا .

* * *

= الترمذي في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في تقديم الضعفة من جمع بليل (٣/٢٣١) ، الحديث (٨٩٣) . وحديث أم حبيبة رضي الله عنها أخرجه مسلم (٢/٩٤٠) ، الحديث (١٢٩٢/٢٩٩/٢٩٨) . وحديث ابن عمر رضي الله عنهما أخرجه أحمد في المسند في مسند عبد الله بن عمر رضي الله عنه (٢/٣٣) .

(١ ، ٢) لفظ : [كالرمي] ، وبمنى ساقطان من صلب (ص) واستدركهما الناسخ في الهامش .

مسألة ٤٩٣

حكم تعجيل النفر حتى غروب اليوم الثالث

٩٠٤٢ - قال أصحابنا : إذا لم يتعجل النفر حتى غربت الشمس من اليوم الثالث ، فالأولى أن يقيم حتى يرمي اليوم الرابع ، فإن نفر قبل طلوع الفجر : جاز (١) .

٩٠٤٣ - وقال الشافعي : إذا غربت الشمس : لم يجز النفر (٢) .

٩٠٤٤ - لنا : أنه نفر قبل دخول وقت الرمي في اليوم الرابع وقد رمى قبله ، فصار كما لو نفر قبل غروب الشمس .

٩٠٤٥ - ولأنه يوم يجوز النفر من نهاره ، فجاز في الليلة التي تليه ، كاليوم الرابع .

٩٠٤٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَاذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ فَمَن تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ (٣) ، واليوم عبارة عن بياض النهار ، فدل : أن التعجيل يختص النهار .

٩٠٤٧ - وروي : « أن النبي ﷺ أمر رجلًا ، فنادى (٤) أيام منى ثلاثة : ﴿ فَمَن تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ وَمَن تَأَخَّرَ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ » (٥) .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي ، باب ذكر الحج ص٦٥ ، المبسوط ، باب رمي الجمار (٦٨/٤) ، أحكام القرآن للجصاص ، باب أيام منى والنفر فيها (٣١٦/١ ، ٣١٧) ، تحفة الفقهاء (٤٠٩/١) ، بدائع الصنائع (١٥٩/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٤٩٨/٢ ، ٤٩٩) ، البناية مع الهداية (١٥٠/٤ ، ١٥١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٨٢/١) .

(٢) راجع المسألة في : الأم (٢١٥/٢) ، حلية العلماء (٣٠٣/٣) ، المجموع مع المهذب (٢٤٩/٨ ، ٢٥٠ ، ٢٨٣ ، ٢٨٤) ، فتح العزيز مع الوجيز ، في الفصل التاسع في الرمي ، بذيل المجموع (٣٩٥/٧ ، ٣٩٦) ، شرح السنة للبغوي ، باب رمي أيام التشريق والبيتوتة بمنى لياليها (٢٢٦/٧) . وقال المالكية والحنابلة : مثل قول الشافعي ، إن غربت الشمس من اليوم الثالث وهو بمنى ، لزمته البيتوتة بها ، والرمي من الغد . راجع تفصيل المسألة في المنتقى ، في رمي الجمار (٤٧/٣ ، ٤٨) ، والمغني (٤٥٤/٣ ، ٤٥٥) ، الكافي لابن قدامة (٤٥٤/١) ، العدة ص١٩٩ .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٠٣ .

(٤) الزيادة من كتب الحديث .

(٥) هذا جزء من حديث عبد الرحمن بن يعمر الديلي ﷺ . أخرجه أبو داود بطوله ، في كتاب المناسك ، باب من لم يدرك عرفة (٤٩١/١) والترمذي ، في كتاب الحج ، باب ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع (٢٢٨/٣) ، الحديث (٨٨٩ ، ٨٩٠) ، وابن ماجه في كتاب المناسك ، باب من أتى عرفة قبل الفجر ليلة جمع (١٠٠٣/٢) ، الحديث (٣٠١٥) .

٩٠٤٨ - قلنا : الظاهر متروك بالاتفاق ؛ لأن التعجيل في يومين ، وإنما يجوز في آخر اليوم الثاني منهما .

٩٠٤٩ - وعندنا تقديره : فمن تعجل برمي يومين فلا إثم عليه ، وهذه الحروف يقوم بعضها مقام بعض .

٩٠٥٠ - على أنه روى عن ابن مسعود ﷺ في تأويل الآية : ﴿ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ بمعنى [1] : غفرت أيامه بالحج المنذور [2] ، وهذا لا تعلق له بمسألتنا .

٩٠٥١ - قالوا : روى عن ابن [3] عمر ﷺ : أنه قال : « من أدركه المساء في اليوم الثاني بمنى ، فليقم حتى ينفر مع الناس » [4] ، ولا يعرف له مخالف .

٩٠٥٢ - قلنا : هذا محمول عندنا على بيان الأَوْلى والأفضل ؛ بدلالة ما بينا .

٩٠٥٣ - قالوا : لم يتعجل في يومين ، فلزمه المقام حتى يرمي قياسًا على من لم يرم حتى طلع الفجر .

٩٠٥٤ - قلنا : حكم الثلاثة التي تتوسط [5] أيام الرمي حكم اليوم الذي قبلها ، بدلالة : أنها وقت لذلك ، كرمي ذلك اليوم . واليوم الثاني ليس حكمه حكم اليوم الذي قبله ، بدلالة : أنه يجب فيه رمي آخر ، وإذا فعل في [6] الليل ، فحكم الليلة حكم النهار ، وإذا طلع الفجر ، فقد زال حكم ذلك اليوم ، ويجدد حكم الرمي في اليوم الآخر ، فلذلك [7] اختلفا .

* * *

(١) في (ع) : [بمعنى أنه] ، بزيادة : [أنه] .

(٢) رواه ابن أبي شيبة في قوله : فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه فقال : مغفور له . ومن تأخر فلا إثم عليه . قال : مغفور له ، في المصنف ، في كتاب الحج ، في قوله تعالى : ﴿ فَمَن تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ (٥١٤/٤) .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) أثر ابن عباس ﷺ رواه مالك في الموطأ ، في كتاب الحج ، باب رمي الجمار (٤٠٧/١) ، الأثر (٢١٤) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب من غربت له الشمس يوم النفر الأول بمنى (١٥٢/٥) وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في الرجل يدركه المساء في اليوم الثاني (٢٠٨/٣) ، الأثر (٥) .

(٥) في (م) : [يتوسط] .

(٦) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق .

(٧) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

مسألة ٤٩٤

حكم نزول المحصب

٩٠٥٥ - قال أصحابنا (١) : نزول المُحصب سنة (٢) .

٩٠٥٦ - وقال الشافعي : إن شاء نزل (٣) فيه ، وإن شاء لم ينزل فيه (٤) .

(١) قوله : [قال أصحابنا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) المُحَصَّب : موضع بين مكة ومنى . قال النووي : وهو اسم لمكان متسع بين مكة ومنى . قال صاحب المطالع وغيره : وهو إلى منى أقرب ، وهو اسم لما بين الجبلين إلى المقبرة ، ويقال له : الأبطح ، والبطحاء ، وخيف بني كنانة ، وقال ابن منظور : المحصب : موضع رمي الجمار بمنى ، وقيل : هو الشعب الذي مخرجه إلى الأبطح ، بين مكة ومنى ، ينام فيه ساعة من الليل ، ثم يخرج إلى مكة ، سميا بذلك للحصى الذي فيهما ... قال الأزهري : التحصيب النوم بالشعب الذي مخرجه إلى الأبطح ساعة من الليل ، ثم يخرج إلى مكة ، وكان موضعا نزل به رسول الله ﷺ من غير أن يسنه للناس ، فمن شاء حصب ، ومن شاء لم يحصب . راجع في المغرب الحاء مع الصاد المهملة ص١١٧ ، المجموع (٢٥٣/٨) ، النهاية (٣٩٣/١) ، لسان العرب ، مادة : حصب (٨٩٣/٢) ، المصباح المنير (١٣٢/١) . راجع المسألة في : تحفة الفقهاء (٤١٠/١) ، بدائع الصنائع (١٦٠/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٥٠٢/٢ ، ٥٠٣) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٥٥/١) ، البناية مع الهداية (١٥٨/٤-١٦٠) مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٨٢/١) .

(٣) في (م) : [ترك مكان] ، نزل ، وهو تصحيف .

(٤) في (م) : [لم يترك فيه] . قال النووي بعد أن عرف المحصب : أما الأحكام : فقال أصحابنا : إذا فرغ الحاج من الرمي ونفر من منى استحب له أن يأتي المحصب وينزل به ، ويصلي به الظهر ، والعصر ، والمغرب والعشاء ، ويبيت به ليلة الرابع عشر ، ولو ترك النزول به فلا شيء عليه ، ولا يؤثر في نسكه ؛ لأنه سنة مستقلة ليست من مناسك الحج ، ثم قال : قال القاضي عياض : النزول بالمحصب مستحب عند جميع العلماء ، قال : وهو عند الحجازيين أوكد منه عند الكوفيين . قال : وأجمعوا على أنه ليس بواجب راجع المسألة في : حلية العلماء (٣٠٢/٣) ، المجموع مع المهذب (٢٥٢/٨ ، ٢٥٣) . وقال مالك ، وبعض الحنابلة : مثل قول الشافعي ، يستحب النزول بالمحصب . قال الباجي في المنتقى : وقد روى ابن المواز عن مالك : أنه قال : إني لأستحب النزول بالمحصب إذا فرغ الإمام من أيام الرمي وصدر ، وإن لم يفعل ، فلا بأس . وروى ابن وهب عن مالك : أن ذلك حسن للرجال والنساء ، وليس ذلك بواجب ، ثم قال : وقد قال مالك : أستحب للأئمة ولمن يقتدي به لا يجاوزه حتى ينزلوا به . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، في تفسير ما يبدأ به الرجل إذا دخل في الطواف (٣١٤/١) ، المنتقي ، في صلاة المعرس والمحصب (٤٤/٣) ، الكافي لابن عبد البر ، باب جامع الحج (٤١٥/١) . قال ابن قدامة في المغني : قال بعض أصحابنا : يستحب لمن نفر أن يأتي المحصب وهو الأبطح ، وحدُّه : ما بين الجبلين إلى المقبرة فيصلي به الظهر ، والعصر ، والمغرب ، والعشاء ، ثم يضطجع يسيرا ، ثم يدخل مكة . راجع المسألة في : الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٥٤/١) ، المغني (٤٥٧/٣) .

٩٠٥٧ - لنا : ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما « أنه صلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالبطحاء ، ثم هجع بها [(١)] هجعة ، ثم دخل مكة ، وزعم أن رسول الله ﷺ كان يقول ذلك » [(٢)] .

٩٠٥٨ - وروى ابن شهاب ، عن أبي سلمة ، عن أبي هريرة رضي الله عنه « أن رسول الله ﷺ لما أراد أن ينفر من منى ، قال : نحن نازلون غدًا إن شاء الله بخَيْف [(٣)] بني كنانة حيث [(٤)] تقاسموا على الكفر » [(٥)] ، ومعنى ذلك : أن بني كنانة وقريشًا اجتمعوا بالمحصب ، فتحالفوا أن لا يخالطوا بني هاشم ، ولا يزوجوهم حتى يسلموا [(٦)] رسول الله ﷺ ، وما أخبره عليه الصلاة والسلام ، أنه يفعله في حال النسك مخالفة للكفار ، فهو نسك ، كدفعه من عرفة بعد غروب الشمس .

٩٠٥٩ - احتجوا : بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه : أنه قال : إنما هو منزل [(٧)] . وقالت عائشة رضي الله عنها : « إنما نزل رسول الله ﷺ المحصب ؛ ليكون أسمح لروحه وليس بسنة ، من شاء نزل ، ومن شاء لم ينزل » [(٨)] . وروى سليمان بن يسار قال : قال أبو رافع : « لم

---

(١) في سائر النسخ : [فيهما] ، والمثبت من سنن أبي داود ، وهو الصواب .
(٢) تقدم تخريجه من حديث أنس بن مالك في مسألة (٤٦٣) ، وأخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، في آخر باب التحصيب (٥٠٤/١) .
(٣) في (م) : [بحفت] ، وفي (ع) [بحنث] .
(٤) في (م) ، (ع) : [حين] .
(٥) أخرجه البخاري باختلاف يسير في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب نزول النبي ﷺ مكة (٢٧٧/١) ، ومسلم بمعناه ، في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب استحباب النزول بالمحصب يوم النحر والصلاة (٩٥٢/٢) ، الحديث (١٣١٤/٣٤٤) ، وأبو داود مختصرا (٥٠٤/١) .
(٦) في سائر النسخ : [ولا يرجوهم] ، وفي (م) ، (ع) : [حين سلموا] ، والصواب ما أثبتناه .
(٧) لفظ : [إنما] ساقط من (م) ، (ع) . وهذا جزء من أثر ابن عباس رضي الله عنه . أخرجه البخاري بلفظه ، في الصحيح ، في باب المحصب (٣٠٣/١) ، ومسلم الصحيح في كتاب الحج ، باب استحباب النزول بالمحصب يوم النحر والصلاة (٩٥٢/٢) ، الحديث (٣٤١ - ١٣١٢) .
(٨) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الحج باب المحصب (٣٠٣/١) ، بلفظ : إنما كان منزل نزله النبي ﷺ ليكون أسمح لخروجه ، يعني بالأبطح ، ومسلم ، بلفظ : نزول الأبطح ليس بسنة ، إنما نزله رسول الله ﷺ لأنه كان أسمح لخروجه في الصحيح كتاب الحج ، باب استحباب النزول بالمحصب يوم النحر والصلاة (٩٥١/٢) ، الحديث (١٣١١/٣٣٩) ، وابن ماجه بنحو لفظ مسلم في السنن ، باب نزول المحصب (١٠١٩/٢) ، الحديث (٣٠٦٧) .

يأمرني رسول الله ﷺ أن أنزله ، ولكن ضربت قبته [١] ، فنزله » ، يعني : بالأبطح [٢] .

٩٠٦٠ – قلنا : أما قول ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما ، فمعارَض [٣] بقول ابن عمر ؛ ولأنها ظنت ذلك وكذلك أبو رافع ، وقد بينا أن النبي ﷺ قصد النزول فيه وأخبر أنه يفعل ذلك مخالفة لأهل الشرك .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [فيه قبه] ، بزيادة : [فيه] .

(٢) أخرجه أبو داود من هذا الوجه ، بهذا اللفظ ، في السنن في كتاب المناسك في آخر باب التحصب (٣٠٥/١) ، ومسلم ، بلفظ قريب : في (٩٥٢/٢) ، الحديث (١٣١٣/٣٤٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [معارض بدون الفاء] .

مسألة ٤٩٥

حكم طواف الصدر

٩٠٦١ - قال أصحابنا : طواف الصَّدَر [1] واجب على الغرباء ، فمن تركه لغير عذر ، فعليه دم [2] .

٩٠٦٢ - وقال الشافعي في الأم والقديم : مثل قولنا. وقال في الإملاء : لا دم عليه [3] .

(١) الصدر : بفتحتين ، الرجوع . يقال : صَدَر القومُ عن المكان ، أي : رجعوا عنه . قال ابن منظور : الصدر ، بالتحريك : رجوع المسافر من مقصده ، والشاربة من الورد ، وقال عن الليث : الصدر : الانصراف عن الورد ، وعن كل أمر ، كما قال : الصدر : اليوم الرابع من أيام النحر ؛ لأن الناس يصدرون فيه عن مكة إلى أماكنهم ، وطواف الصدر : هو طواف الرجوع ؛ لأن الحجاج يرجعون بهذا الطواف إلى أوطانهم . وقال صاحب الهداية : ويسمى طواف الوداع ، وطواف آخر عهد بالبيت ؛ لأنه يودع البيت ويصدر به عنه ، وهو واجب عندنا ، خلافا للشافعي . راجع في لسان العرب ، مادة : صدر (٢٤١٣/٤) ، والهداية مع البداية (١٦١/٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : لعذر ، مكان : لغير عذر ، وهو خطأ وتحريف . راجع المسألة في مختصر الطحاوي ص٦٦ ، متن القدوري ، كتاب الحج ص٢٨ ، المبسوط ، باب الطواف (٣٤/٤ ، ٣٥) ، تحفة الفقهاء (٤١٠/١ ، ٤١١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما حكم تأخيره (١٤٢/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٥٠٣/٢ ، ٥٠٤) ، البناية مع الهداية (١٦٠/٤-١٦٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٨٣/١) .

(٣) ذكر الشافعيةُ في طواف الوداع قولين مشهورين . قال النووي : أصحهما : أنه واجب ، والثاني : سنة . وحُكي طريق آخر ، أنه سنة قولا واحدا حكاه الرافعي ، وهو ضعيف غريب ، والمذهب أنه واجب . قال القاضي أبو الطيب والبندنيجي وغيرهما : هذا نصه في الأم والقديم ، والاستحباب هو نصه في الإملاء ، فإن تركه أراق دما ، وقال : فإن قلنا : هو واجب ، فالدم واجب ، وإن قلنا : سنة ، فالدم سنة . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب الطواف بعد عرفة (١٧٩/٢ ، ١٨٠) ، مختصر المزني ص٦٩ ، المجموع مع المهذب (٢٥٣/٨-٢٥٦) ، فتح العزيز ، في الفصل العاشر في طواف الوداع (٤١١/٧-٤١٧) . وقال مالك : طواف الصدر مستحب ، وليس بواجب ولا مسنون . قال ابن عبد البر في الكافي : ولا ينصرف أحد إلى بلده حتى يودع البيت بالطواف سبعا ، فإن ذلك سنة ونسك ، لا يسقط إلا عن الحائض وحدها ، وهو عند مالك مستحب ، لا يرى فيه دما ، وعند غيره سنة ، يجبر بالدم . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، في باب في الوصية بالحج (٣١٥/١ ، ٣٦٥) ، المنتقى ، في وداع البيت (٢٩٢/٢ ، ٢٩٣) ، الكافي لابن عبد البر ، باب العمل في الحج و باب ما لا يجبر بالدم دون الإتيان به (٣٧٨/١ ، ٤٠٦) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب الرابع في أعمال الحج ص١٢٩ . وقال أحمد وأصحابه : مثل قول الحنفية ، طواف الصدر واجب ، إذا تركه لغير عذر ، لزمه الدم . راجع المسألة في : الإفصاح (٢٧٦/١) ، المغني (٤٤٤/٣ ، ٤٥٨) ، العدة مع العمدة باب أركان الحج والعمرة ص٢٠٣ ، ٢٠٤ ، ٢٠٧ .

٩٠٦٣ - لنا : ما (١) روى سفيان ، عن سليمان بن يسار ، عن طاووس ، عن ابن عباس ﷺ قال : « كان الناس ينفرون في (٢) كل وجه ، فقال النبي ﷺ (٣) : لا ينفرنَّ أحد حتى يكون آخر عهده الطواف بالبيت » (٤) .

٩٠٦٤ - ولأنه طواف شرع بعد الوقوف ، فكان (٥) واجبًا كطواف الزيارة .

٩٠٦٥ - ولأنه نسك يتكرر بفعل بعد الإحلال ، كرمي الجمار . الدليل على وجوب الدم بتركه : حديث ابن عباس ﷺ « أن النبي ﷺ قال : من ترك نسكا فعليه دم » (٦) .

٩٠٦٦ - ولأنه نسك ذو عدد ، فجاز أن يجب بسببه (٧) دم ، أصله : الرمي .

٩٠٦٧ - ولا يلزم على هذا طواف القدوم (٨) ؛ لأن التعليل لجنس الطواف (٩) ؛ ولأن المناسك على ضربين ، منها : ما يتعلق بالبيت ، ومنها : ما لا يتعلق بالبيت ، فإذا كان في أحدهما ما يجب به الدم ، وجب أن يكون في الآخر مثله (١٠) .

٩٠٦٨ - احتجوا : بأنه إخلال لطواف (١١) ؛ فلم يجب به دم ، كطواف القدوم .

٩٠٦٩ - قلنا : طواف القدوم مقدم على الوقوف ، كطواف النفل ، وهذا الطواف

---

(١) في (م) : [بما] .
(٢) في سائر النسخ : [من] ، المثبت من صحيح مسلم ، وسنن أبي داود .
(٣) في (م) ، (ع) ، وهامش (ص) : [رسول الله] ، مكان : [النبي] .
(٤) أخرجه مسلم بمعناه ، في الصحيح ، في باب وجوب طواف الوداع وسقوطه عن الحائض (٩٦٣/٢) ، الحديث (١٣٢٧/٣٧٩) ، وأخرجه أبو داود في السنن في باب الوداع (٥٠٢/١) ، و ابن ماجه في السنن ، في باب طواف الوداع (١٠٢٠/٢) ، الحديث (٣٠٧٠) .
(٥) في (م) ، (ع) : [وكان] . (٦) تقدم تخريجه في مسألة (٤٦٢) .
(٧) في (م) : [سببه] .
(٨) طواف القدوم : هو طواف التحية ، قال العيني : ويسمى أيضًا طواف اللقاء ، وطواف إحداث العهد بالبيت ، وقال النووي بعد أن ذكر طواف الحج الثلاثة : فأما طواف القدوم فله خمسة أسماء : طواف القدوم ، والقادم ، والورود ، والوارد ، وطواف التحية ، وحكم طواف القدوم : سنة عند الأئمة الثلاثة ، قال مالك : هو واجب ، لقوله عليه الصلاة والسلام : من أتى البيت فليحيه بالطواف ، قال الزيلعي عن هذا الحديث : غريب جدا ، في نصب الراية (٥١/٣) ، و قال ابن حجر : لم أجده ، في الدراية (١٧/٢) ، الحديث (٤٢٥) . راجع في المجموع باب صفة الحج (١١/٨ ، ١٢) ، البناية مع الهداية ، باب الإحرام (٨١/٤) .
(٩) في (م) ، (ع) : [بجنس الطواف] .
(١٠) لفظ : مثله ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(١١) في (م) : [الطواف] ، وفي (ع) : [إحلال الطواف] .

يتأخر عن الوقوف بمقتضى الإحرام ، فصار كطواف الزيارة .

٩٠٧٠ - قالوا : كل ما [١] لم يكن نسكًا في حق المبكر [٢] ؛ لم يكن نسكًا في حق غيره ، كالتحصيب .

٩٠٧١ - قلنا : هو نسك في حق المبكر [٣] بالإجماع ، والخلاف في الوجوب .

٩٠٧٢ - ولأن أهل مكة وغيرهم يختلفون في واجبات الإحرام ، بدلالة دم التمتع .

٩٠٧٣ - ولأنه يجب لتوديع البيت ، والمبكر [٤] غير مفارق للبيت ، فلذلك لم يجب عليه توديعه ، والغريب [٥] يفارق البيت ، فجاز أن يجب توديعه .

٩٠٧٤ - قالوا : لو كان نسكًا يجب على تاركه الدم ؛ لوجب على تاركه بالعذر ، كترك اللباس .

٩٠٧٥ - قلنا : المناسك التي ليست بأركان إذا تركها من غير عذر : وجب عليه دم ، والمحظورات إذا فعلها لعذر : وجب بها الفدية ، فلذلك افترقا .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [ما] .

(٢ - ٤) في (م) ، (ع) : [المنكر] .

(٥) في (ص) : [الغرب] ، وفي (م) : [العرب] ، مكان : [الغريب] .

مسألة ٤٩٦

حكم من طاف بعد الإفاضة

٩٠٧٦ - قال أصحابنا : إذا طاف بعد الإفاضة : وقع عن طواف الصدر ، وإن أقام بعد ذلك لحاجة ثم خرج : لم يجب عليه طواف ، والمستحب أن يطوف حتى يخرج من الخلاف [١] .

٩٠٧٧ - وقال الشافعي : يعيد الطواف [٢] .

٩٠٧٨ - لنا : أنه طواف يجب بعد الوقوف ، ولا يتكرر ، كطواف الزيارة .

٩٠٧٩ - ولأن الطواف وقع موقعه ، بدلالة : أنه لو خرج في الحال جاز ، وكل طواف وقع عن المستحق ، لم يتعين حكمه بالإفاضة ، كطواف الزيارة .

٩٠٨٠ - ولأنه فعل النسك في وقته بكماله ، فلم يلزمه إعادته . أصله : سائر المناسك .

٩٠٨١ - ولأنها إقامة لغير طواف الصدر ، فإذا عزم بعدها على الانتقال ، لم يجب عليه طواف من غير تجديد إحرام ، أصله : إذا طاف ثم جعل مكة دارًا ، ثم أراد الخروج منها لبعض حاجاته .

٩٠٨٢ - احتجوا : بحديث ابن عباس ﷺ : « أن النبي ﷺ قال : لا ينفرن [٣] أحدكم حتى يكون آخر عهده بالبيت الطواف » [٤] .

---

(١) راجع المسألة في : الأصل ، باب القران (٣٧٨/٢ ، ٣٧٩) ، المبسوط ، باب القران (٢٩/٤) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما وقته (١٤٣/٢) ، فتح القدير (٥٠٣/٢) ، مجمع الأنهر ، كتاب الحج (٢٨٢/١) .

(٢) راجع المسألة ، المجموع مع المهذب (٢٥٣/٨ ، ٢٥٥ ، ٢٨٥) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٤١٢/٧ ، ٤١٣) . قال الباجي في المنتقى : حكم طواف الوداع اتصاله بالخروج ؛ لأن حكم الوداع أن يكون متصلا بفراق من يودع ، وليس شراؤه أو بيعه جهازا أو طعاما ساعة من نهار فاصلا بين وداعه وسفره ، وإنما يفصل بينهما مقام يوم وليلة بمكة على ما في المدونة . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، باب في الوصية بالحج (٣٦٥/١) ، المنتقى (٢٩٣/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، باب العمل في الحج (٣٧٨/١) . وقال أحمد : مثل قول الشافعي : إن طاف للوداع ثم اشتغل بتجارة أو إقامة ، فعليه إعادته . راجع : الإفصاح (٢٧٦/١) ، المغني (٤٥٩/٣ ، ٤٦٠) ، الكافي لابن قدامة (٤٥٥/١) ، العدة مع العمدة ، باب ما يفعله بعد الحل ص ٢٠٣ .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا ينفر] ، بدون نون التوكيد .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٤٩٠) .

٩٠٨٣ – قلنا : معناه : حتى يكون آخر مناسكه الطواف ؛ بدلالة : أنه لو طاف ثم أقام متهيئا (١) للخروج ، لم يلزمه طواف آخر ، وإن لم يكن ما أورد (٢) آخر عهده بالبيت .

٩٠٨٤ – قالوا : هذا الطواف يسمى طواف الصدر وطواف الوداع ، فإذا أقام بعده ولم يصدر : زال عنه الاسم ؛ لأن الأفضل أن يفعله عند التوديع .

٩٠٨٥ – قلنا : زوال هذا الاسم لا يمنع وقوعه موقع الوجوب . ألا ترى : أن طواف الزيارة سمي طواف الإفاضة والزيارة ، ثم لو (٣) أفاض ولم يطف حتى مضى عليه وهو بمكة شهر أو أكثر ، ثم طاف وقع موقع الواجب ، وإن زال الاسم عنه ، وكذلك طواف القدوم لو أخره بعد قدومه شهرًا أو أكثر ، ثم طاف وقع موقعه وإن كان الاسم زال عنه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [متاهبا] ، وكذلك في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٢) في (م) ، (ع) : [ابدر] ، وما أثبتناه من (ص) يبدو أنه مصحّف .

(٣) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٤٩٧

إذا أحرم الصبي أو أحرم عنه وليه

٩٠٨٦ – قال أصحابنا : إذا أحرم الصبي ، أو أحرم عنه وليه : لم يكن ذلك الإحرام فرضًا ولا نفلًا .

٩٠٨٧ – ثم اختلف أصحابنا / المتأخرون ، فمنهم من قال : لا ينعقد أصلا ، ومنهم من قال : ينعقد ، ولكنه لا يكون نفلًا ولا فرضًا بل يكون حج اعتبار ، وتمرين ، وتعليم . ١٠

٩٠٨٨ – وقال أبو حنيفة : يجتنب ما يجتنب البالغ من المحظورات ، فإن فعلها : فلا شيء عليه .

٩٠٨٩ – وروى ابن شجاع عن أبي مالك ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة : أنه [1] قال : يجتنب الطيب ، ولا يجتنب اللبس [2] [وقد] [3] أبيح لبعض المحرمين [4] .

٩٠٩٠ – وقال الشافعي : إن لم يكن مميزا : صح إحرامه بإحرام وليه عنه ، وإن كان مميزًا ؛ صح إحرامه بإذن وليه ، وإن أحرم بغير إذن الولي ، ففيه وجهان .

٩٠٩١ – والولي الذي يصح بإذنه إحرامه [5] من أولي العصبة إذا كان وصيًا ، وأما الأخ ، والعم إذا لم يكونا وصيين ، ففيه : وجهان .

٩٠٩٢ – وأما الإحرام : فالصحيح أنه لا يلبي في الإحرام [6] .

---

(١) لفظ : [أنه] ساقط من (م) ، (ع) . (٢) في (ع) : [لبس] بحذف الألف واللام .

(٣) [وقد] إدراج اقتضاه البيان .

(٤) راجع تفصيل المسألة في كتاب : الحجة ، باب الصبي الصغير يحج به (٤١١/٢-٤١٤) ، مختصر الطحاوي ، باب وجوب الحج ص٦٠ ، شرح معاني الآثار ، باب حج الصغير (٢٥٦/٢-٢٥٨) ، المبسوط ، باب رمي الجمار و باب ما يلبسه المحرم من الثياب (٦٩/٤ ، ١٣٠) ، حاشية ابن عابدين ، كتاب الحج (١٥٠/٢ ، ١٥١) .

(٥) في (ص) : [إذنه وإحرامه] ، وفي (م) : [بإذنه وإحرامه] ، مكان المثبت .

(٦) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب تفريع حج الصبي والمملوك (١١٠/٢ ، ١١١) ، حلية العلماء ، كتاب الحج (١٩٥/٣ ، ١٩٦) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الحج (٢١/٧-٣٧ ، ٣٩-٤٢) ، فتح العزيز مع الوجيز ، في الفصل الحادي عشر في حكم الصبي ، بذيل المجموع (٤١٨/٧-٤٢١) . وقال مالك وأحمد : مثل قول الشافعي ، يصح حج الصبي ، فإن كان مميزا ؛ أحرم بإذن وليه ، وإن كان غير مميز ، أحرم عنه وليه . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، في رفع اليدين عنه استلام الحجر الأسود (٢٩٨/١) ، المنتقى ، =

٩٠٩٣ - ومن أصحابنا من قال في مال الصبي : وما أمكنه فعله من المناسك : فعلها بنفسه ، وما لم يمكنه : فعله الولي عنه ، وإن زوجه وليه : لم ينعقد النكاح [١] ، وإن تطيب ، أو لبس ، أو قبل بشهوة ، أو وطئ فيما دون الفرج : ففي وجوب الفدية وجهان .

٩٠٩٤ - وأما حلق الشعر ، وتقليم الأظفار ، وقتل الصيد ، ففيه الفدية على المذهب الصحيح .

٩٠٩٥ - ومنهم من قال : فيه قولان ، ثم إذا وجبت الفدية نص الشافعي على : أنها تجب [٢] على الولي . قالوا : ففيها قول آخر : أن الفدية في مال الصبي ، وإذا جامع عامدا ، فقد أفسد الحج . إذًا قالوا : إن عمد الصبي عمد ، وعليه بدنة .

٩٠٩٦ - وفي وجوب القضاء بالإفساد قولان ، فعلى القول الأول [٣] الذي قال : يجب القضاء فهل يصح منه وهو صغير ؟ المنصوص : أنه يصح منه ، ومن أصحابه [٤] من قال : لا يصح منه حتى يبلغ .

٩٠٩٧ - لنا : قوله ﷺ : « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم » [٥] .

٩٠٩٨ - فإن قالوا : الخبر يمنع وجوب العبادات عليه ، وعندنا الحج له وليس عليه .

٩٠٩٩ - قلنا : وعندكم إذا دخل فيه ، كان عليه المضي في جميع أحكامه ، وهذا ينفيه الخبر .

٩١٠٠ - ولأن الإحرام سبب يجب الحج به ؛ فلا ينعقد للصبي وإن أذن وليه فيه ، كالنذر .

= في جامع الحج (٧٨/٣) ، الكافي لابن عبد البر ، باب حج الصبيان (٤١١/١ ، ٤١٢) ، بداية المجتهد ، كتاب الحج في الجنس الأول (٣٣٠/١ ، ٣٣١) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب الأول في المقدمات ص١٢٢ ، شرح الزرقاني (٢٣١/٢) ، الإفصاح ، كتاب الحج (١٦٦/١) ، المغني ، كتاب الحج (٢٥٢/٣ ، ٢٥٣) ، الكافي لا بن قدامة ، كتاب الحج (٣٨٢/١ ، ٣٨٣) .

(١) في (ع) : [نكاحا] .
(٢) في (ص) : [لا تجب] بزيادة : [لا] .
(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) ، (ع) : [أصحابنا] .
(٥) هذا جزء من حديث طويل أخرجه النسائي مطولا في السنن ، في كتاب الطلاق ، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج (١٥٦/٦) وابن ماجه في السنن ، في كتاب الطلاق ، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم (٦٥٨/١) ، الحديث (٢٠٤١) ، والحاكم في المستدرك ، في كتاب الصلاة (٢٥٨/١) . انظر تخريجه أيضا في مسألة (٣١٣) .

٩١٠١ – ولأن النذر تأكد في الإيجاب ، بدلالة : أن العبادات تجب [١] على البالغ بنية .

٩١٠٢ – واختلفوا في الدخول ، فإذا لم يجب بنذر الصبي فلا يجب بدخوله أولى .

٩١٠٣ – فإن قيل : الدخول قد يجب بما لا يجب عليه بالنذر ، يدل عليه : أن من حج حجة الإسلام ونسيها فنذر حجة الإسلام : لم يتعلق بنذره حكم ، ولو دخل فيها ينوي حجة الإسلام : وجبت عليه .

٩١٠٤ – قلنا : لأن نذر ما أوجبه اللّٰه تعالى [لا يصح ، والنذر لا يجب به غير الموجب ، وأما الدخول فيصح أن يقع المعنى من غير ما دخل فيه ؛ بدلالة : أن] [٢] من افتتح الظهر ، فأقام الإمام لها ، قطع على شفع ، وصارت نافلة ، ودخل في الفرض .

٩١٠٥ – ولأنه غير مكلف ؛ فلم يصح عقده الإحرام ، كالمجنون .

٩١٠٦ – ولأن من لا يلزمه الحج بالنذر لا ينعقد إحرامه ، كالمجنون.

٩١٠٧ – ولا يلزم المغمى عليه ؛ لأن إحرامه لا يتعذر لعقله ، وإنما يعقد له .

٩١٠٨ – فإن قيل : المعنى في المجنون : أنه لا يجتنب ما يجتنبه المحرم ، ولا يقبل قوله في الإذن [٣] والهدية .

٩١٠٩ – قلنا : لمَّا تبعَه فيما يُمْنَعُ منه المحرم لا نُسلِّمُه ؛ لأنه إن [٤] عدَّدَ الإحرام ؛ جاز ، ويجب .

٩١١٠ – وأما قبول قوله في الهدية فيدل على أن المعنى قول صحيح ، وهذا المعنى لا يدل على وجوب الحج بقوله الذي هو النذر ، فالأولى أن لا يدل على وجوبه لفعله ونيته حجة الإسلام ، أو لا يسقط بمجرد أو بمطلق إحرامه حجة الإسلام قبل أدائها ، فلا ينعقد إحرامه عن الحج أو بالصبي ، كالصبي إذا أحرم بالحج قبل أشهر الحج ، وعكسه البالغ الفقير . والدليل عليه : أنه لا يصير محرمًا بإحرام الولي لأن إحرام وليه يتضمن إيجاب الحج عليه ، فصار كنذره .

٩١١١ – ولا يلزم المغمى عليه يهل عنه أصحابه [٥] ؛ لأنه لا يصير مُحْرِمًا بفعلهم ، بدلالة أنه لو أفاق ، وقال : ما قصدت الحج ، أو ما نويت ، أو منعت أن يحرم عني

---

(١) في (م) : [يجب] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [الأذان] .

(٤) في (م) ، (ع) : [إذا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [أصحائه] بالهمزة مكان الباء .

غيري ، لم يكن محرمًا .

٩١١٢ - ولأن الصبي لم يوجد منه قصد الحج ؛ فلم يصر محرمًا بإحرام غيره ، كالبالغ . ولأنه يلي عليه ، فلم يصر محرمًا بإحرامه عنه ، كالولي إذا أحرم عنه .

٩١١٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ ﴾ [١] .

٩١١٤ - قلنا : هذا خطاب المكلفين ؛ بدلالة : أنه خيرهم بين المثل والإطعام ؛ والصبي [٢] لا يدخل في الصوم بالاتفاق .

٩١١٥ - وقال تعالى : ﴿ لِّيَذُوقَ [٣] وَبَالَ أَمْرِهِ ﴾ ، ﴿ وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ ﴾ [٤] ، وهذا لا يتناول الصبي .

٩١١٦ - فإن قيل : الآية تناولت العبد وإن كان لا يصح منه المثل والإطعام .

٩١١٧ - قلنا : ما تناولته الآية ، وإنما أوجبناه عليه [٥] بدليل آخر.

٩١١٨ - احتجوا : بحديث ابن عباس ﷺ : « أنه قال : مر رسول الله ﷺ بإمرأة ، وهي في محفتها ، فقيل لها : هذا رسول الله ﷺ فأخذت بعضد صبي ، فقالت : ألهذا حج ؟ ، قال : نعم ، ولك أجر » [٦] . وروي : « فرفعت صبيًا من محفتها » [٧] .

٩١١٩ - قلنا : عندنا له حج اعتبار وتمرين وتعليم ؛ فقد قلنا بظاهر الخبر ، والخلاف في حج الفرض والنفل ، وليس في الخبر دلالة على ذلك .

٩١٢٠ - فإن قيل : هذا لا يخفى حتى تسأل عنه .

---

(١) سورة المائدة : الآية ٩٥ .

(٢) في (م) ، (ع) وهامش (ص) : [والصيام] ، مكان والصبي .

(٣) في سائر النسخ : [وليذوق] بالعطف ، وهو خطأ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٩٥ .

(٥) لفظ : [عليه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [أحياه عليه] .

(٦) أخرجه مسلم بمعناه ، في الصحيح ، في باب صحة حج الصبي وأجر من حج به (٩٧٤/٢) ، الحديث (١٣٣٦/٤٠٩) ، وأبو داود بألفاظ متقاربة ، في السنن ، في باب في الصبي يحج (٤٣٩/١) ، والطحاوي في المعاني ، في باب الصغير (٢٥٦/٢) .

(٧) أخرجه الترمذي في باب ما جاء في حج الصبي (٢٥٥/٣ ، ٢٥٦) ، الحديث (٩٢٤) ، النسائي في المجتبى في الحج بالصغير (١٢٠/٥) ، وابن ماجه في باب حج الصبي (٩٧١/٢) ، الحديث (٢٩١٠) .

٩١٢١ – قلنا : جواز هذا لا نعلمه إلا من طريق الشرع ، فلأنه إلحاق لصبي عارٍ عن التكليف [١] ، فلولا الشرع ، لم يجب أن نعرضه [٢] لذلك . يبين ذلك [٣] : أنه أضاف الأجر [٤] إليها ، ولو كان نفلًا لكان أجره له ، وإنما يجوز أن يحصل لغيره على طريق التبع ، فلما أضاف الأجر [٥] إليها وسكت عن الصبي ، دل على ما قلناه .

٩١٢٢ – ومن أصحابنا من قال : يحتمل أن يكون [٦] هو بلغ أو لم يبلغ ، فقال رسول الله [٧] ﷺ : له حج ، فإنه حكم ببلوغه .

٩١٢٣ – فإن قيل : في الخبر : « إنها رفعت صبيًّا » .

٩١٢٤ – قلنا : إذا أشكلت [٨] حالُهُ ، فهو صبي حتى يُعْلَمَ حالُه ، وقولهم : إنها رفعت بعضده [٩] ، وهذا لا يكون إلا في الطفل .

٩١٢٥ – قلنا : رفعت يدًا منه ، كما يقال : رفعت [١٠] فلانا إلى الحاكم .

٩١٢٦ – ولا يقال : في الخبر : إنها رفعته من محفة لها ، ومحفة العرب لا تسع اثنين [١١] .

٩١٢٧ – قلنا : رفعته من مِحَفَّتها لا يقتضي : أنها كانت هي في [١٢] المحفة ، فجاز أن يكون هو فيها دونها فرفعته إليه .

٩١٢٨ – قالوا : فكيف يشكل في [١٣] البالغ أنه يجوز حجه ؟

٩١٢٩ – قلنا : لا يشكل في البالغ ، وإنما أشكل الشك في بلوغه .

٩١٣٠ – قالوا : روي عن ابن عباس رضي الله عنهما « أن النبي ﷺ قال : أيما صبي حج

---

(١) في (م) ، (ع) : [التكلف] . (٢) في (ع) : [أن نفرصه] .
(٣) قوله : [يبين ذلك] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤ ، ٥) في (م) : [الآخر] . (٦) لفظ : [يكون] ساقط من (ع) .
(٧) قوله : [رسول الله] ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (ص) : [استكملت] . (٩) في (م) ، (ع) : [بعده] .
(١٠) في (م) ، (ع) : بدنه كما تقول رفعت بعده وهذا لا يكون إلا في الطفل قلنا ، وهو سهو ، وفي (ص) : [يد] ، مكان : [يدا] ، وهو خطأ .
(١١) [المحفة] : بكسر الميم ، مركب ، كالهودج ، تركب فيه النساء ، إلا أن الهودج يقبب ، [والمحفة] : لا تقبب . راجع في لسان العرب ، مادة حفف (٩٣٠/٢) ، المصباح المنير (١٣٦/١) .
(١٢) حرف : [الجر] ساقطة من (م) ، (ع) .
(١٣) في (م) ، (ع) : [كيف] ، وفي (ع) : [على] ، مكان : [في] .

عشر[(١)] حجج ، ثم بلغ ، فعليه حجة الإسلام »[(٢)] .

٩١٣١ – قلنا : هذا يدل على : أنه يحج ، وعندنا : الحج على[(٣)] ثلاثة أضرب : فرض ، ونفل ، وحج اعتبار[(٤)] وتمرين ، فإضافة[(٥)] الحج إليه صحيحة .

٩١٣٢ – قالوا : روى ابن عباس رضي الله عنهما « أنه قال : حججنا مع رسول اللّه ﷺ ومعنا النساء والصبيان »[(٦)] . وعن السائب بن يزيد « قال : حج بي أبي مع رسول اللّه ﷺ وأنا ابن سبع سنين »[(٧)] ، فكان من فِعْل رسول اللّه ﷺ .

٩١٣٣ – قلنا : الحج بالصبي لا يمنع منه ، فليس من فعل ذلك دلالة . وقول[(٨)] ابن عباس : « أحرمنا عن الصبيان » ، ليس معناه[(٩)] : أن النبي ﷺ عرفه ، فأقر عليه ، وقد قال : « أحرمنا عن النساء » ، وذلك لا يجوز بالإجماع .

٩١٣٤ – قالوا : يجتنب ما يجتنبه المحرم على الإطلاق[(١٠)] ، فكان محرمًا ، كالمغمى عليه إذا أُهِلَّ عنه[(١١)] .

٩١٣٥ – قلنا : لا نسلم ، بل إنه يجتنب ما يحظره الإحرام على الإطلاق ، ولا

---

(١) في سائر النسخ : [حج عنه] ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، أو : [حج به أهله] .

(٢) أخرجه الحاكم ، في المستدرك ، في كتاب المناسك ، في حج الصبي والأعرابي (٤٨١/١) من حديث ابن عباس مرفوعًا بلفظ : إذا حج الصبي فهي له حجة حتى يعقل ، وإذا عقل فعليه حجة أخرى ، وإذا حج الأعرابي فهي له حجة ، فإذا هاجر فعليه حجة أخرى ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب إثبات فرض الحج (٣٢٥/٤) وابن عدي في الكامل ، في ترجمة الحارث بن سريج النقال (١٩٧/٢) ، الترجمة (٣٨٤/١٥) .

(٣) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [اعتقاد] .

(٥) في (ع) : [بإضافة] .

(٦) أخرجه ابن ماجه في السنن في باب الرمي عن الصبيان (١٠١٠/٢) ، الحديث (٣٠٣٨) ، والترمذي في السنن ، باب ما جاء في حج الصبي (٢٥٧/٣) ، الحديث (٩٢٧) بلفظ : كنا إذا حججنا مع النبي ﷺ ، فكنا نلجأ عن النساء ونرمي عن الصبيان .

(٧) أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب الحج ، باب حج الصبيان (٣١٩/١) ، والترمذي في السنن ، في باب ما جاء في حج الصبي (٢٥٦/٣) ، الحديث (٩٢٥) .

(٨) في (م) ، (ع) : [وقال] .

(٩) في (م) : [معنا] بحذف الضمير .

(١٠) الزيادة من (م) ، (ع) .

(١١) قوله : [كالمغمى عليه إذا أهل عنه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، ومن قوله : [فكان محرما] إلى قوله : [أهلَّ عنه] ساقط من (م) ، (ع) .

يجتنب المخيط ، فلا يجتنب ما يشق عليه اجتنابه .

٩١٣٦ - ولأنا قلنا : إنه محرم إلا أنه إحرام لا يلزم المضي فيه [١] ، فقد قلنا بموجبها ، وأصلهم : المغمى عليه ، وهو ممن يلزمه العبادات ، فجاز أن يتقدم بفعل غيره إذا انضم إليه قصده ونيته ، وهذا لا يوجد في الصبي .

٩١٣٧ - ولأن المغمى عليه أنه متفق على وجوب الكفارة عليه بجناياته ، فلمّا اختلف في وجوب الكفارة على الصبي بجنايته [٢] ، دل على أنه [٣] ليس بمحرم .

٩١٣٨ - قالوا : قربة للّٰه ! بل لها [٤] ، فانعقدت للصبي ، كالطهارة .

٩١٣٩ - قلنا : قد بينا أنه ينعقد ، والخلاف [٥] فيما بعد الانعقاد ؛ لأن الطهارة لا يقال لها : انعقدت ؛ لأن العقد يقال فيما يشتمل على جملة تتعلق بعينها في الصحة ببعض ، وهذا لا يوجد في الطهارة .

٩١٤٠ - ولأن الطهارة لمّا صحت منه ، لم يكن لوليه فيها مدخل ، ولما لم يصح دخوله في الإحرام بنفسه دون الولي ، دل على : أنها عبادة لا تنعقد له .

٩١٤١ - قالوا : من صحت طهارته ، انعقد إحرامه ، كالبالغ .

٩١٤٢ - قلنا : انعقاد صلاته كانعقاد إحرامه ؛ لأن من أصحابنا من يقول : لا ينعقد كل واحد منهما ، ومنهم من يقول : ينعقد انعقاد تمرين [٦] واعتبار ، انعقادا لا يجب المضي فيه [٧] ، ولا القضاء بإفساده . والمعنى في البالغ : أنه ممن يلزمه الحج بنذره [٨] ، فلزمه بعقده ، والصبي بخلافه .

٩١٤٣ - فإن قيل : إذا قلتم : إحرامه قد انعقد ، فكيف لا توجبون [٩] الكفارات عليه ؟ .

٩١٤٤ - قلنا : إحرامه قد انعقد على وجه لا يلزمه إتمامه ولا المضي فيه . والكفارات تجب لجبران [١٠] معنى آخر من العبادة ومن الإحرام / ومن كان ذلك [١١] لا يجب عليه ١٠

---

(١) في جميع النسخ : [فيها] ، والصواب ما أثبتناه ، وفي (م) ، (ع) : [المعنى] ، مكان : [المضي] .

(٢) في (م) ، (ع) : [بجناية] بحذف الضمير .

(٣) في (م) ، (ع) : [أنها] .

(٤) [أي] : أم الصبي .

(٥) في (م) ، (ع) : [الخلاف] بدون العطف .

(٦) في (م) ، (ع) : [ينعقد مرتين] ، مكان : [ينعقد انعقاد تمرين] .

(٧) لفظ : [فيه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) قوله : [بنذره] ساقط من (ع) .

(٩) لفظ : [لا توجبون] ساقط من (م) .

(١٠) في (م) (ع) : [كجبران] .

(١١) في (م) ، (ع) : [ذلك الحد] بزيادة : [الحد] .

حكم غير الذي هو في حكمه [١] !

٩١٤٥ - فإن قيل : إذا افتتح الصلاة لزمه جبرانها بسجود السهو ، وكذلك [٢] يجب عليه جبران الإحرام .

٩١٤٦ - قلنا : جبران الصلاة من جنسها ، ويجوز أن نكلفه أعمال البدن تمرينًا واعتبارًا [وجبران الحج مال ، والصبي لا يجوز أن تكلفه حقوق المال تمرينًا واعتبارًا] [٣] ، يدل على الفرق بينهما : أن جبران الصلاة عمل بدن ، وهو مأمور به ، وجبران الحج من [خلل] [٤] كان عمل به ، والصوم لم يؤمر به ، فالمال أولى وأحرى أن لا يؤمر به .

* * *

---

(١) في النسخ جميعها : « فحكم حتى أنه هو الذي في حكمه » وليس له معنى ، والأقرب إلى مقصود المؤلف ما أثبتناه .

(٢) في (ص) : [ولذلك] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) [خلل] مزيدة ليستقيم المعنى ، وحذفت كلمة هو قبل الصوم في العبارة .

مسألة ٤٩٨

حكم المغمى عليه في الميقات

٩١٤٧ - قال أبو حنيفة : إذا خرج الرجل حاجًا فأغمي عليه في الميقات ، فإن أهل رفقته يحرمون عنه ، [ويصير بفعلهم محرمًا ، وكان أصحابنا يقولون : وليس في غير أهل رفقته رواية] (١) .

٩١٤٨ - قياس قوله يقتضي جواز ذلك لهم ، وإن أمر الصحيح رجلا يلبي عنه ، فليس فيه نص ، لكنهم قالوا : لو اشترى تسعة نفر بدنة ، فقلدها أحدهم بأمرهم وهم نووا ، صاروا محرمين ، والتقليد مع النية ، كالتلبية مع النية (٢) .

٩١٤٩ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يصير بفعل الغير محرمًا (٣) .

٩١٥٠ - لنا : أنه ركن من أركان الحج ، فجاز أن يتعلق بفعل الغير حال الإغفال ، أصله : إذا طافوا به ، ودفعوا (٤) عن عرفة ، فإن فِعْل هذا هو الطواف والوقوف .

٩١٥١ - قلنا : بل هم الفاعلون ذلك فيه ؛ بدليل : أنه لو أعثر به (٥) إنسان فمات ، ضمنوا دون المغمى عليه ، ولو صدم إنسانًا ، لزمهم الضمان .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) قوله : [كالتلبية مع النية] ساقط من صلب (م) ، واستدركه الناسخ في الهامش . قال السرخسي في المبسوط : وإذا أم الرجل البيت ، فأغمي عليه ، فأهل عنه أصحابه بالحج ، ووقفوا في المواقف وقضوا له النسك كله ، قال : يجزيه ذلك عن حجة الإسلام في قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجزيه . والقياس قولهما . راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، باب الحج عن الميت وغيره (٥١١/٢) ، الجامع الصغير ، كتاب الحج ص١٤٤ ، المبسوط ، كتاب الحج (١٦٠/٤ ، ١٦١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان ما يصير به محرما (١٦١/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٥١٠/٢-٥١٣) ، البناية مع الهداية (١٦٩/٤-١٧١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٨٥/١) .

(٣) في (م) : [الجبر] ، مكان : [الغير] . راجع المسألة في : حلية العلماء ، كتاب الحج (١٩٧/٣) ، المجموع ، كتاب الحج (٣٨/٧) ، فتح العزيز ، وبذيله المجموع (٤٢١/٧) . وقال مالك في المدونة فيمن أغمي عليه عند الميقات فأحرم عنه أصحابه : إذا أفاق المغمى عليه فأحرم قبل أن يقف بعرفات ، أجزأه حجه ، وإن لم يقف حتى وقفوا به بعرفات وأصبحوا من ليلتهم ، لم يجزئه . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، في القراءة وإنشاد الشعر والحديث في الطواف (٣٢١/١) . وقال الحنابلة : مثل قول الصاحبين والشافعي : والمغمى عليه لا يصح إحرام رفيقه عنه . راجع المسألة في المغني ، كتاب الحج (٢٥٥/٣ ، ٢٥٦) .

(٤) في (م) : [ورفعوا] .

(٥) في (م) : [اعتبر] .

٩١٥٢ - ولأنهم لو وضعوا الحمل في يده وألقوها فأتلفت مالًا ، ضمنوه [١] دونه ، فدل على [٢] : أنهم الفاعلون لذلك .

٩١٥٣ - ولأنه لو أمرهم بذلك الأغْميّ [٣] ، صح إحرامهم [له] [٤] . يدل عليه : أن كل ما ملك الأب على [٥] ابنه بالولاية ملك الأجنبي على الأجنبي [٦] [بالإذن والأمر] [٧] ، كسائر العقود ، وإذن ثبت : أنه يملك الإحرام عنه بالأمر ، ومعلوم : أن من خرج حاجًا وأنفق ماله وبلغ الميقات فهو لا يختار أن يضيع قصده بل يؤثر أن يحرز [٨] له نفقته بفعل الإحرام عنه ، والأمر بالعادة [٩] كالأمر بالنطق ، بدلالة من ذبح أضحية غيره .

٩١٥٤ - احتجوا : بأنه بالغ ؛ فوجب أن لا يصير محرمًا بعقد غيره عليه ، أصله : النائم .

٩١٥٥ - قلنا : النائم لا ينعقد إحرامه بنفسه ؛ لأنه يوقَظ فيحرم ، والمغمى عليه يتعذر [١٠] عليه ذلك ، فيقوم الركن مع قصده ، فصار كما لو خافوا أن يفوته الوقوف .

٩١٥٦ - قالوا : عقد للإحرام على المغمى عليه ؛ فوجب أن لا يجوز ، أصله : إذا كان في بلده .

٩١٥٧ - قلنا : ليس لهم إخراجه وحمله إلى مكة ، فجاز لهم الإحرام عنه إذا تقدم القصد إلى الإحرام .

* * *

---

(١) في (ع) : [ضمنوها] .
(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٣) في (ص) : [الأغمى] بالغين المعجمة . وفي (م) ، و (ن) ، و (ع) : [الاعمى] ولعل الصواب ما أثبتناه ؛ لأنه لا مانع للأعمى أن يحرم بنفسه والشاهد هنا هو أمر المغمِيّ عليه لهم دون الآخر الذي هو مناط المسألة . والأغميّ من غَمِيَ فهو أغميَ (أفعل) وهو المنسوب للإغماء فهو مشهور بذلك ويعرف بكثرة طروئه عليه .
(٤) إدراج اقتضاه البيان .
(٥) في (م) ، (ع) : [عن] ، مكان : [على] .
(٦) قوله : [على الأجنبي] ساقط من (م) ، (ع) ، وقد زدنا بالإذن والأمر لاقتضاء دقة المعنى .
(٧) قاعدة : كل ما ملك الأب على ابنه بالولاية ملك الأجنبي على الأجنبي بالإذن والأمر .
(٨) في (ص) : [يؤتر] ، مكان : [يؤثر] ، وفي (ع) : [أن يجوز] ، مكان : [أن يحرز] .
(٩) في (ص) : [بالعادة] .
(١٠) في (م) : [تتعذر] .

مسألة ٤٩٩

إذا جامع امرأته قبل الوقوف بعرفة

٩١٥٨ - قال أصحابنا : إذا جامع امرأته قبل الوقوف بعرفة ، فسد حجه ، وعليه شاة [١] .

٩١٥٩ - وقال الشافعي : عليه بدنة [٢] .

٩١٦٠ - لنا : أنه سبب لوجوب القضاء [٣] ؛ فلا يجب به بدنة ، أصله : الفوات [٤] ، والإحصار .

٩١٦١ - فإن قيل : الفوات أخف ؛ لأنه يحصر [٥] بسبب فيه تفريط .

٩١٦٢ - قالوا : ولأن من فاته [٦] الحج لا دم عليه عندكم ؟! والمفسد يجب عليه هدي بالإجماع ، ومفسد الصوم يجب عليه الكفارة ، وبفواته عن وقته لا كفارة عليه !

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، باب الخروج إلى منى ، و باب الجماع (٤١٧/٢ ، ٤١٨ ، ٤٧١) ، مختصر الطحاوي ، باب ذكر الحج ص٦٧ ، متن القدوري ، باب الجنايات ص٣٠ ، المبسوط ، باب الخروج إلى منى ، و باب الجماع (٥٧/٤ ، ١١٨) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان ما يفسد الحج (٢١٧/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، باب الجنايات (٤٤/٣-٤٦) ، البناية مع الهداية ، باب الجنايات (٢٧١/٤ - ٢٧٣) ، الاختيار ، باب الجنايات (١٦٤/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب الجنايات (٢٩٥/١) .

(٢) راجع المسألة في : مختصر المزني٦٩ ، حلية العلماء ، باب ما يجب بمحظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٢٦٦/٣) ، المجموع مع المهذب ، باب ما يجب في محظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٣٨٤/٧ ، ٤١٤) ، فتح العزيز مع الوجيز ، في الباب الثالث في محظورات الحج والعمرة (٤٧١/٧ ، ٤٧٢) . وقال مالك وأحمد : مثل قول الشافعي ، إذا جامع قبل الوقوف ، وجبت عليه بدنة . ونقل ابن رشد في البداية عن مالك : مثل قول الحنفية ، تجزيه شاة . راجع تفصيل المسألة في : المنتقى ، في هدي المحرم إذا أصاب أهله (٣/٣ ، ٤) ، بداية المجتهد ، في القول في كفارة المتمتع (٣٨٥/١ ، ٣٨٧) ، الإفصاح ، باب العمرة (٢٨٧/١ ، ٢٨٨) ، المغني ، باب ما يتوقى المحرم وما أبيح له و باب صفة الحج (٣٣٤/٣ ، ٣٣٥ ، ٤٨٥ ، ٤٨٦) ، الكافي لابن قدامة ، باب محظورات الإحرام (٤١٤/١) ، العدة مع العمدة ، باب محظورات الإحرام ص١٧٤ ، ١٧٥ .

(٣) في (م) ، (ع) : [أن سبب الوجوب للقضاء] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الوقوف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يحصره] .

(٦) في ص وسائر النسخ [ولأن] ولعل الصواب [ولإن] ويجوز أن يكون الأسلوب على طريقة الاستفهام التقريري ! وهو ما رجحناه إثباتًا للأصل .

٩١٦٣ – قلنا : لا فرق بين الفساد والفوات ؛ لأن كل واحد منهما يجوز أن يحصل بسبب لا تفريط فيه ، كالمرأة إذا أكرهت على الوطء .

٩١٦٤ – فأما الدم فلا يجب على من فاته الحج ؛ لأنه لزمه طواف وسعي فقام مقام الدم .

٩١٦٥ – وأما الصوم فخالف الحج في الكفارة ؛ لأن الكفارة تجب في الحج من غير إفساد ، ولا تجب كفارة الصوم إلا بالإفساد ، فلذلك اختلف [الفوات والإفساد فيه. ولأنه وطء] (١) في حال لا يؤمن فيها الفوات ، فلم يلزمه بدنة ، كما لو (٢) وطئ ناسيًا .

٩١٦٦ – ولأنه من محظورات الإحرام ، فلم يجب فيه القضاء مع الفدية ، أصله : قتل النعامة (٣) ، وسائر محظورات الإحرام .

٩١٦٧ – احتجوا : بما روى عبد العزيز بن رافع ، قال : « سأل رجل ابن عباس عن محرم جامع امرأته ؟ ، فقال : يمضيان في حجهما وينحر بدنة ، وعليهما الحج من قابل » (٤) .

٩١٦٨ – قلنا : هذا الخبر ذكره الطحاوي بإسناده عن حماد بن سلمة ، عن جعفر بن أبي وحشية (٥) ، عن سعيد بن جبير « أن رجلا سأل ابن عباس عن رجل وقع بامرأته ، وهما محرمان ؟ ، فقال : يقضيان نسكهما ، فإذا كان عامًا قابلًا حجًا وعليهما هدي » (٦) . وكذلك رواه شعبة ، عن أبي بشير ، عن رجل من بني عبد الدار (٧) ، وكذلك رواه هشيم عن أبي بشير .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [قبل العامة] .

(٤) أخرجه مالك بلفظ : أنه سئل عن رجل وقع بأهله وهي بمنى قبل أن يفيض ، فأمره أن ينحر بدنة ، في الموطأ ، في باب من أصاب أهله قبل أن يفيض (٣٨٤/١) ، الأثر (١٥٥) ، ومحمد في موطئه ، في باب الرجل يجامع بعرفة قبل أن يفيض ص١٧٢ ، الأثر (٥١٣) .

(٥) في (م) ، (ع) : [وحشة] .

(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب ما يفسد الحج (١٦٧/٥ ، ١٦٨) عن ابن عباس رضي الله عنهما في رجل وقع على امرأته وهو محرم ، قال : اقضيا نسككما وارجعا إلى بلدكما ، فإذا كان عام قابل فاخرجا حاجين ، فإذا أحرمتما فتفرقا ولا تلتقيا حتى تقضيا نسككما واهديا هديا ، كما أخرجه مالك في الموطأ ، في كتاب الحج ، باب هدي المحرم إذا أصاب أهله (٣٨١/١ ، ٣٨٢) ، الأثر (١٥١) .

(٧) أخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب ما يفسد الحج (١٦٨/٥) .

٩١٦٩ - كل هذه الأخبار إيجاب الهدي، ولذلك [1] يتناول شاة، والمعروف من قول ابن عباس: أنه قال: لا يجب البُدن في الحج إلا في موضعين: من وصل بعد الوقوف، ومن طاف طواف الزيارة جنبًا، فأقل الأحوال أن تتعارض الرواية.

٩١٧٠ - قالوا: وطء عمد صادف إحرامًا لم يتحلل منه شيء، أو إحرامًا تاما؛ فوجب به بدنة، كما لو كان بعد الوقوف؛ لأنه قبل الوقوف [2] أجمعوا على أنه يفسد [3] حجه، واختلفوا بعده، فإذا وجبت البدنة، في أحسن حالتيه، فلأن تجب [4] في أسوأ حالتيه أولى.

٩١٧١ - قلنا: لا نسلم أن الوقوف للإحرام تام - لم يتم بعد - وإنما يتم ويكتمل بانضمام الوقوف إليه بذلك. على أن هذا [5] قبل الوقوف إذا كان الإحرام منهما يجوز أن يصير حجة، ويجوز أن يصير عمرة، فإذا وقف لم تصر [6] أبدا، وقبل الوقوف يجوز أن يسقط أفعاله، ويتحلل منه بطواف وسعي، وبعد الوقوف لا يجوز أن يتحلل منه إلا بجميع أفعاله. وعلى أصلهم: إذا بلغ الصبي قبل الوقوف انقلب إحرامه فرضًا، وبعد الوقوف لا يجزئ عن الفرض، وعلى هذا: عقد البيع يقوى بانضمام القبض له، وهو ضعيف قبله، ولهذا يفسده قبل القبض مالا يفسده بعده، وتحريم الصلاة كذا بانضمام الأفعال إليها، فهي ضعيفة قبل ذلك، بدلالة: أن الإمام إذا افتتح الجمعة عندنا ثم نفر الناس عنه، بطلت صلاته، ولو نفروا بعد انضمام الأركان إليها لم يقدر عند مخالفنا، المدرك للإمام إذا أدرك مقدار التحريمة أن يبني عليها الجمعة. وإن أدرك معه الأركان بنى؛ فدل هذا كله على: أن الإحرام يتأكد بعد الوقوف غير تام قبله، فإذا صادف الوطء إحرامًا تامًا [7]: تأكدت الكفارة، وإن صادف إحرامًا لم يتم ولم يكمل: ضعف حكمه، كما لو حصل الوطء بعد التحلل.

٩١٧٢ - ولأن الوطء قبل الوقوف يجب به القضاء، فلما تأكد حكمه في إيجاب القضاء لم يتغلظ بالكفارة، والوطء بعد الرمي لما لم يتغلظ حكمه في إيجاب القضاء جاز أن يتغلظ بإيجاب الكفارة.

---

(١) قوله: [ولذلك] ساقط من (م)، (ع).

(٢) قوله: [لأنه قبل الوقوف] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش.

(٣) في (م)، (ع): [مفسد].

(٤) في (م): [يجب].

(٥) في (م)، (ع): [أن هذا] بزيادة: [هذا]، وهو مشطوب في (ص).

(٦) في (ع): [لم يصر].

(٧) في (م)، (ع): [تاما بتام]، بزيادة: [بتام].

٩١٧٣ - قالوا : كل ما أوجب بدنة إذا فعله بعد الوقوف ، فإذا فعله قبل الوقوف ، وجبت تلك الفدية ، كاللباس ، والطيب ، وقتل الصيد .

٩١٧٤ - وربما قالوا : فعل حَرُم بالإحرام ، فوجب [١] أن يكون حكمه قبل الوقوف وبعده سواء قياسًا على سائر المحظورات .

٩١٧٥ - قلنا : هذه المعاني التي ذكروها تجب بها كفارة الصغرى ، فيستوي حكمها في الحالتين ، فهذا الفعل يوجب الكفارة الكبرى فيجوز أن يختلف أحواله .

٩١٧٦ - ولأن سائر المحظورات لم تتغلظ [٢] قبل الوقوف وبعده بمعنى غير الدم ، فلم تختلف صفة الدم ، والوطء يتغلظ في إحدى الحالتين ، فوجب القضاء . ويخفف في باب القضاء إذا حصل بعد الرمي بالإجماع ؛ فجاز أن يغلظ إذا خف حكمه في معنى القضاء .

٩١٧٧ - قالوا : كفارة وجبت بإفساد عبادة ، فكانت العظمى ، كالتي يجب بإفسادها الصغرى .

٩١٧٨ - قلنا : الصوم يجب جبرانه بجنسه ، والكفارة لا تجب لجبرانه [٣] ، بدلالة : أنها لا تجب [٤] مع الفساد ، وليس كذلك الحج ؛ لأن جبرانه تارة يقع بجنسه ، مثل : مجاوزة الميقات ، فأحرم ثم عاد إليه وأحرم ، ومن دفع من عرفات عاد إليه ، ويقع جناية لغير جنسه أيضًا ، فمتي وجب الجبران بجنسه خف جبرانه بالمعنى الآخر حتى لا يتغلظ جبرانه من وجهين . وهذا المعنى لا يوجد في الصوم ؛ لأن الكفارة لا تكون جبرانًا ، بدلالة : أنها لا تنفرد [٥] عن القضاء ، فلم يكن التغليظ بالقضاء مؤثرًا في قضائها .

* * *

(١) قوله : [فوجب] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) : [لم يتغلظ] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يجب بجبرانه] .

(٤) في (م) : [لا يجب] .

(٥) في (م) : [لا ينفرد] .

مسألة ٥٠٠

حكم من وطئ بعد الوقوف بعرفة

٩١٧٩ – قال أصحابنا : إذا وطئ بعد الوقوف بعرفة ، لم يفسد حجه ، وعليه بدنة [(١)] .

٩١٨٠ – وقال الشافعي : يفسد حجه إذا وطئ قبل الرمي [(٢)] .

٩١٨١ – لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « الحج عرفة ، فمن أدرك عرفة ، فقد أدرك الحج » [(٣)] ، ظاهره يقتضي أنه لم يبق وإن جامع .

٩١٨٢ – وقال عليه الصلاة والسلام : « الحج عرفة ، فمن أدرك عرفة ، فقد تم حجه ، وقضى تفثه » [(٤)] ، ووصفه بالتمام يقتضي : أنه لم يبق عليه فرض من فروضه ،

(١) راجع تفصيل المسألة في : كتاب الآثار ، باب من واقع أهله وهو محرم ص٧١ ، حديث (٣٤٧ ، ٣٤٨) ، مختصر الطحاوي ص٦٧ ، متن القدوري ص٣٠ ، المبسوط ، باب الخروج إلى منى (٥٧/٤ ، ٥٨) ، بدائع الصنائع (٢١٧/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٤٦/٣ ، ٤٧) ، البناية مع الهداية (٢٧٥/٤ ، ٢٧٦) ، الاختيار (١٦٤/١ ، ١٦٥) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٩٦/١) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في المصادر السابقة ، مختصر المزني ص٦٩ ، حلية العلماء (٢٦٦/٣) ، المجموع مع المهذب (٣٨٤/٧ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٤١٤) ، فتح العزيز مع الوجيز (٤٧١/٧ ، ٤٧٢) . وقال مالك في المشهور عنه ، وأحمد : مثل قول الشافعي ، من وطئ قبل رمي جمرة العقبة ، فقد فسد حجه ، وعليه بدنة . قال الباجي في المنتقى : ولم ينص على من وطئ بعد الوقوف وقبل الرمي ، وقد روى القاضي أبو محمد عنه في ذلك روايتين ، إحداهما وهي المشهورة : أنه قد أفسد حجه ، وبها قال الشافعي ، والثانية : أنه لا يفسد حجه . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٤٠/١) ، المنتقى (٤/٣) ، الكافي لابن عبد البر ، باب ذكر ما يفسد الحج والعمرة والحكم في ذلك (٣٩٦/١) ، بداية المجتهد (٣٨٥/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السادس في الفدية والنسك والهدي ص١٣٢ ، ١٣٣ ، الإفصاح (٢٨٨/١) ، المغني (٣٣٤/٣ ، ٣٣٥ ، ٤٨٥ ، ٤٨٦) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وأخرجه النسائي في السنن ، في فرض الوقوف بعرفة (٢٥٦/٥) ، وابن ماجه في السنن ، باب من أتى عرفة قبل الفجر ليلة جمع (١٠٠٣/٢) .

(٤) في (ع) : [نعته] ، وهو تصحيف . ولعل المصنف جمع روايتين في حديث واحد . الجزء الأول قوله عليه الصلاة والسلام الحج عرفة ، فمن أدرك عرفة تقدم تخريجه آنفا ، في مسألة (٤١٨) ، والجزء الثاني : قوله عليه الصلاة والسلام : فقد تم حجه وقضى تفثه ، وأخرجه أبو داود في باب من لم يدرك عرفة (٤٩١/١) ، والترمذي في باب ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج (٢٣٠/٣) ، الحديث (٨٩١) ، والنسائي في السنن ، كتاب المناسك في فرض الوقوف بعرفة (٢٥٦/٥) ، وابن ماجه في باب من أتى عرفة قبل الفجر ليلة جمع (١٠٠٣/٢) ، الحديث (٣٠١٥) .

وأن الفوات لا يلحقه .

٩١٨٣ - ولا يقال : المراد به : مقاربة [١] ؛ لأنه قال هذا بعد ما بين أفعال الحج ، ومقاربة [٢] التمام لمن عرف المناسك معلومة بالمشاهدة .

٩١٨٤ - ولأن ذلك مجاز لا يصار إليه إلا بدليل . ولا يقال : نحمله [٣] على أنه أمر الفوات ؛ لأن الظاهر يقتضي أنه أمر الأمرين جميعًا [٤] ، فحمله على أحدهما تخصيص .

٩١٨٥ - فإن قيل : قد قال عليه الصلاة والسلام : « إذا رفعت رأسك من آخر السجدة / وقعدت ، فقد تمت صلاتك » [٥] ، ولم يمنع ذلك ورود الفساد . ١/أ

٩١٨٦ - قلنا : التمام أراد به هناك : أنه لم يبق عليه فرض من فروضها ، ولا يجوز أن يكون هذا هو المراد به ههنا ؛ لأنه بقي عليه فرض ، فعلم أنه أراد به الأمن من فسادها ، كما تقول : تم هذا الشيء إذا استقر وتأكد.

٩١٨٧ - ولأنه وطئ بعد الوقوف ، فلا يفسد الحج ، كوطء المكره .

٩١٨٨ - ولأن ما تعلق به وجوب الفدية ، لم يفسد الحج ، كقتل النعامة .

٩١٨٩ - ولأنه معنى يوجب القضاء ؛ فلا يثبت [٦] بعد الوقوف ، كالفوات .

٩١٩٠ - ولا يلزم الرِّدَّة ؛ لأنها [لا] توجب [٧] القضاء وإنما توجب الأداء.

٩١٩١ - ولأنه أمن من فوات الحج ؛ فوجب أن يأمن من فساده ، كما بعد الرمي .

٩١٩٢ - فإن قالوا : فعل العمرة قد أمن فواتها ولا يأمن فسادها .

٩١٩٣ - قلنا : الفساد يعتبر بالفوات فيما يلحقه الفوات ، فأما ما لا يلحقه الفوات ، فهو يعتبر بأصل آخر [٨] .

٩١٩٤ - قالوا : إذا نوى [٩] الصوم فقد أمن فواته ، ولا يأمن فساده .

٩١٩٥ - قلنا : الصوم لا يلحقه فوات بعد الدخول فيه ، وإنما يلحقه الفوات [قبل

(١ ، ٢) في (م) ، (ع) : [مقارنة] . (٣) في (ص) : [حمله] ، مكان : [فحمله] .
(٤) في (م) ، (ع) : [جمعا] ، مكان : [جميعا] .
(٥) أخرجه أبو داود بلفظ : أن رسول الله ﷺ قال : إذا قضى الإمام الصلاة وقعد ، فأحدث قبل أن يتكلم ، فقد تمت صلاته ، ومن كان خلفه ممن أتم الصلاة ، في السنن ، في كتاب الصلاة ، باب الإمام يحدث بعد ما يرفع رأسه من آخر الركعة (١٦٢/١) . (٦) في (م) : [فلا تثبت] .
(٧) في (ص) ، (م) ، (ن) (ع) [توجب] وقد ادرجنا [لا] اقتضاء لدلالة التركيب اللغوي والدلالة الشرعية ! .
(٨) في سائر النسخ : اخره ، والصواب ما أثبتناه . (٩) في (م) ، (ع) : [ينوي] .

الدخول فيه قصدًا منه ، وهو بحيث لا يلحقه الفوات] [١] ، ولا يعتبر الفساد به .

٩١٩٦ - ولأنه جامع في إحرام تأكد بفعل معظم أركانه ، فصار كالوطء بعد الرمي ، يبين [٢] ذلك : بمن قدم السعي حتى سلم أكثر الأفعال للأركان .

٩١٩٧ - ولأن الجماع يمنع ما بقي من العبادة على ما تقدم ، ومعلوم : أن ترك الرمي لا يمنع من صحة ما تقدم ، وتعلق حكم الجواز به إفساده بالوطء مثله .

٩١٩٨ - ولأنه بقي عليه بعد الوقوف ركن ، وهو الطواف والرمي [٣] ، فإذا كان الوطء مع بقاء الركن لا يفسد ، فمع بقاء المنع أولى أن لا يفسد .

٩١٩٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي ٱلْحَجِّ ﴾ [٤] ، والنهي [٥] يفيد الفساد .

٩٢٠٠ - [قلنا : قد قيل : المراد بالرفث : الكلام الفاحش ، وهذا هو الظاهر ؛ لأنه قرنه بالجدال ، ولو ثبت أن المراد به : الجماع ، حملناه على ما قبل الوقوف بدليل .

٩٢٠١ - قالوا : وطء عمد صادف إحراما لم يحل فيه شيء ؛ فوجب أن يفسد الحج ، كما لو كان قبل الوقوف] [٦] .

٩٢٠٢ - قلنا : المعنى في الوطء قبل الوقوف : أن الوقوف لا يمكن أداؤه بما يوجب الإحرام على الوجه الذي اقتضاه [٧] التحريم ، وعدم فعل الوقوف يمنع تمام الحج ، وبعد الوقوف لا يجوز أن يفسد الإحرام لنقل فعل الطواف على الوجه الذي أوجبه الإحرام [٨] ؛ [لأن بقاء الطواف لا يوجب الفساد ، فلم يبق من الأفعال إلا الرمي ، وتعذر فعله على الوجه الذي أوجبته التحريمة] [٩] يجري مجرى تركه ، وذلك [١٠] لا يمنع من صحة الحج .

٩٢٠٣ - ولأن ما قبل الوقوف حالة يجوز أن يجب فيها الحج بفواته ، فجاز أن يجب

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [ويبين] بالعطف .

(٣) في (م) ، (ع) : [وهو الرمي] بزيادة : [هو] .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٩٧ .

(٥) قوله : [والنهي] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [قضاة] .

(٨) في (م) ، (ع) : [التحريم] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في (م) : [ذلك] بدون العطف .

بفساده ، [وبعده لا يجوز أن يجب القضاء بفواته ، فلا يجوز أن يجب بفساده] (١) .

٩٢٠٤ - ولأن قبل الوقوف الإحرام ضعيف ؛ [بدلالة : أنه لم يتأكد بانضمام معظم الأركان إليه ، وإذا صادف الوطء إحرامًا ضعيفًا] (٢) لم يتأكد فسد ، وبعد الوقوف يصادف إحرامًا متأكدًا بانضمام أكثر الأركان إليه ، فتأكده يمنع من طرآن الفساد عليه .

٩٢٠٥ - قالوا : الحج عبادة يلحقها (٣) الفساد بغير حق ، فجاز أن يلحقها ما لم يخرج منها ، كالصيام .

٩٢٠٦ - قلنا : الصوم يلحقه الفساد متى بقي منه جزء لا يجوز أن ينفرد ما تقدم عنه ، فإذا فسد الجزء فسد (٤) بما مضى . وليس كذلك الحج ؛ لأن ما مضى منه منفرد بالصحة عما بقي ، ففساد (٥) ما بقي بالوطء لا يوجب (٦) فساد ما يضاف إليه .

٩٢٠٧ - قالوا : عبادة لها تحليل وتحريم يلحقها الفساد بما بينهما (٧) ، كالصلاة .

٩٢٠٨ - قلنا : الصلاة لا يجوز أن يبقى ركن من أركانها ، ثم لا تفسد بالمعاني المفسدة . ولما كان الحج لا يفسد بالوطء مع بقاء ركن من أركانها ؛ جاز أن لا يلحقه فساد مع بقاء تابع من توابعه .

٩٢٠٩ - قالوا : أحد محظورات الإحرام ؛ فوجب أن يكون حكم ما بعد الوقوف وقبله سواء ، كاللباس ، والطيب ، وحلق الشعر .

٩٢١٠ - قلنا : هذه المحظورات لا تفسد (٨) الإحرام ، وإنما توجب (٩) الجبران ، والعبادة إذا وجب جبرانها قبل تأكدها ، فعند تأكدها أولى ، والوطء يوجب (١٠) الفساد ، ولا يجوز أن يقال : إذا فسدت العبادة قبل تأكدها ، يجب أن تفسد (١١) بعد تأكدها .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) . (٣) في (ع) : [يلزمها] .

(٤) قوله : [الجزء فسد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [بالوطء بفساد] بزيادة : [بالوطء] .

(٦) في (ع) : [ولا يوجب] بالعطف . (٧) في (م) ، (ع) : [باسها] .

(٨) في (م) : [لا يفسد] . (٩) في (م) : [يوجب] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [موجب] . (١١) في (م) : [أن يفسد] .

٩٢١١ - قالوا : العبادات كلها تفسد ما لم يخرج منها ، وكذلك هذه العبادة تفسد[١] ما لم يخرج منها يلحقها الفساد ، والدليل على أنه إذا رمى خرج منها : أنه يقطع [٢] التلبية ، وهي من [٣] شعارها .

٩٢١٢ - قلنا : هذه العبادة قد فارقت سائر العبادات ، بدلالة أن سائر العبادات يلحقها الفساد ما بقي فرض من فروضها ، وهذه العبادة يبقى أحد أركانها ، فلا يفسده ، وذلك يجوز أن لا يفسد وإن لم يخرج منها .

٩٢١٣ - وعلى أنا لا نسلم أنه بالرمي خرج من العبادة ، بل هو فيها إلى أن يتحلل بالحلق عندنا ، ثم يتحلل بالطواف .

٩٢١٤ - فأما استدلالهم بقطع التلبية ؛ فلا يدل على ما قالوه .

٩٢١٥ - ولأنه يقطع التلبية مع أول حصاة يرميها ، ثم يلحقها الفساد عندهم ما لم يتم [٤] الرمي ؛ فسقط هذا .

* * *

---

(١) في (م) : [يفسد] .

(٢) في (م) ، (ع) : [أن يقطع] .

(٣) لفظ : [من] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ما لم يتمم] .

مسألة ٥٠١

حكم تعدد الوطء ، بعد الوقوف بعرفة

٩٢١٦ - قال أصحابنا : إذا وطئ ثم وطئ : فعليه في الثاني شاة [١] .

٩٢١٧ - وقال الشافعي : إذا لم يكفر عن الأول ، ففيه قولان ، أحدهما : شاة ، والآخر : بدنة [٢] .

٩٢١٨ - لنا : أنه وطء ، صادف إحرامًا ، نقضت حرمته بالوطء ؛ فصار [٣] كالوطء بعد التحلل .

٩٢١٩ - ولأن الوطء معنى [٤] يوجب القضاء ، فإذا وجد بعد الوطء لم يتعلق به فدية ، كالفوات .

(١) قال الكاساني في بدائع الصنائع : ولو جامع بعد الوقوف بعرفة ثم جامع ، إن كان في مجلس واحد لا يجب عليه إلا بدنة واحدة ، وإن كان في مجلسين تجب عليه بدنة للأول ، وللثاني شاة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وعلى قول محمد : إن كان ذبح للأول بدنة يجب للثاني شاة ، وإلا فلا يجب . وقال الطحاوي : ومن جامع في حجه مرارا قبل وقوفه بعرفة ، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا : إن كان ذلك في موطن واحد ، كان عليه دم واحد ، وإن كان في مواطن ، كان عليه لكل موطن دم ، وقال محمد:عليه دم واحد ما لم يهد ، ثم يجامع بعد ذلك ، فإنه إن أهدى ثم جامع بعد ذلك كان عليه دم آخر . راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، باب الجماع (٤٧٢/٢) ، مختصر الطحاوي ص٦٧ ، المبسوط ، باب كفارة قص الأظفار ، و باب الجماع (٧٩/٤ ، ١١٩) ، بدائع الصنائع (٢١٧/٢ ، ٢١٨) ، الاختيار (١٦٥/١) ، مجمع الأنهر (٢٩٦/١) .

(٢) قال الشيرازي في المهذب : وإن وطئ ، ثم وطئ ، ولم يكفر عن الأول ، ففيه قولان ، قال في القديم : يجب عليه بدنة واحدة ، كما لو زنى ثم زنى ، كفاه لهما حد واحد ، وقال في الجديد : يجب عليه للثاني كفارة أخرى ، وفي الكفارة الثانية قولان ، أحدهما : شاة ...... والثاني : يلزمه بدنة . راجع تفصيل المسألة في : حلية العلماء (٢٦٨/٣ ، ٢٦٩) ، المجموع مع المهذب (٤٠٥/٧ ، ٤٠٦ ، ٤٠٧) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٤٧٢/٧ ، ٤٧٣) . وقال مالك : إذا وطئ المحرم مرارا ، فليس عليه إلا هدي واحد. راجع المسألة في الكافي لابن عبد البر (٣٩٩/١) ، بداية المجتهد (٣٨٦/١) . قال ابن قدامة في المغني : إذا تكرر الجماع ، فإن كفر عن الأول ، فعليه للثاني كفارة ثانية ، كالأول ، وإن لم يكن كفر عن الأول ، فكفارة واحدة . وعنه : إن لكل وطء كفارة ؛ لأنه سبب لكفارة فأوجبها كالأول ، والمذهب الأول . راجع تفصيل المسألة في المغني ، باب ما يتوقى المحرم وما يباح له (٣٣٦/٣ ، ٣٣٧) .

(٣) قوله : [بالوطء فصار] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ص) : [معناه] .

٩٢٢٠ – ولأنها عبادة تجب بالوطء فيها الكفارة العظمى ، ولا تتكرر بالوطء ؛ أصله : الصوم .

٩٢٢١ – ولأنه هدي لا تجب في الطيب واللباس ، ولم تجب في الوطء الثاني ، كالتدبير .

٩٢٢٢ – ولأن الوطء الثاني لو حصل قبل الوقوف لم يفسد به الحج .

٩٢٢٣ – قالوا : وطء [١] حصل بعد الوقوف لم يجب به بدنة ، كالوطء فيما دون الفرج .

٩٢٢٤ – احتجوا : بأنه وطء عمد ، صادف إحرامًا لم يتحلل منه ، فوجبت [٢] به الكفارة ، كالأول .

٩٢٢٥ – قلنا : اعتبار الوطء الثاني بالأول لا يصح ؛ لأن الأول صادف إحرامًا لم يهتكه [٣] ، والثاني صادف إحرامًا قد نقض بالوطء ، وحكم الأمرين مختلف بالاتفاق ، ألا ترى : أن اللبس الثاني والطيب لا يتعلق به الكفارة عندهم إذا لم يكفر ، وكذا [٤] الجماع على أحد القولين ، وكذلك [٥] يجوز أن يختلف عندنا في مقداره .

٩٢٢٦ – قالوا : كل ما لم تقدم [٦] فيه الكفارة فإذا كرره [٧] بعد التكفير عن الأول : فيه الكفارة ، كاللباس ، والطيب .

٩٢٢٧ – قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن عندنا فيه الكفارة ، وإنما الخلاف في قدرها – وإن عللوا القدر – والطيب .

٩٢٢٨ – قلنا : اللباس والطيب لا يختلف قدر الكفارة فيهما [٨] ، والأول والثاني سواء ، والوطء مختلف مقدار الكفارة فيه ، تارة تجب بدنة ، وتارة تجب شاة ، فكذلك [٩] جاز أن يختلف الأول والثاني .

* * *

---

(١) لفظ : [وطء] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (ص) : [فوجب] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يتهتكه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(٥) في (ص) : [ولذلك] .

(٦) في (ص) ، (م) : [ما لم يبدي] بدون نقط .

(٧) في (م) ، (ع) : [كرر] بحذف الضمير .

(٨) في (م) ، (ع) : [منها] .

(٩) في (ص) : [فلذلك] .

مسألة ٥٠٢

إذا جامع امرأته ففسد حجهما

٩٢٢٩ - قال أصحابنا : إذا جامع امرأته ففسد حجهما : وجب [1] عليهما القضاء، ولا يلزمهما الافتراق [2] .

٩٢٣٠ - وقال الشافعي : إذا بلغا إلى الموضع الذي جامعها فيه : فرق بينهما .

٩٢٣١ - ومن أصحابنا [3] من قال : التفرقة بينهما واجبة ، ومنهم من قال : مستحبة [4] .

٩٢٣٢ - لنا : أن التفرق ليس بنسك في الابتداء ، فلا يكون [5] نسكًا في القضاء ، كالافتراق في دفعتين . ولأنها عبادة تجب في إفسادها [6] الكفارة بالوطء ، فلم يؤمر بمفارقتها في القضاء ، كالصوم ؛ لأنه من محظورات الإحرام ، فإذا فعله لم يلزمه مفارقته ، كالثوب المخيط [7] .

٩٢٣٣ - ولأنه قضاء عبادة أفسدها بالجماع ، فلا يؤمر بالافتراق فيها ، أصله :

---

(١) في (م) ، (ع) : [يفسد حجهما ووجب] ، مكان المثبت .

(٢) راجع المسألة في : الأصل (٤٧١/٢ ، ٤٧٢) ، الجامع الصغير ، باب المحرم إذا قلم أظفاره أو حلق شعره ص ١٥٦ ، مختصر الطحاوي ص٦٧ ، متن القدوري ، باب الجنايات ص٣٠ ، المبسوط ، باب الجماع (١١٨/٤ ، ١١٩) ، بدائع الصنائع (٢١٨/٢ ، ٢١٩) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٤٥/٣ ، ٤٦) ، البناية مع الهداية (٢٧٣/٤ - ٢٧٥) ، الاختيار (١٦٤/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٩٦/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أصحابنا] .

(٤) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق . اتفق الشافعية ، والمالكية ، والحنابلة ، وزفر من الحنفية في التفريق بينهما ، واختلفوا في موضع الافتراق ، قال النووي في المجموع : وهل التفريق واجب أم مستحب ، فيه قولان ، أو وجهان عندنا : أصحهما : مستحب . راجع تفصيل المسألة في : حلية العلماء (٢٦٧/٣) ، المجموع مع المهذب (٣٨٤/٧ ، ٣٨٥ ، ٣٩٩ ، ٤١٥) . وقال مالك في المدونة : إذا حجا قابلا افترقا من حيث يحرمان حتى يحلا . راجع المسألة في : المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٤٠/١) ، المنتقى (٣/٣) ، الكافي لابن عبد البر (٣٩٨/١) ، بداية المجتهد (٣٨٧/١) . قال ابن قدامة في المغني : وإذا قضيا تفرقا من موضع الجماع حتى يقضيا حجهما ، ثم قال : وروي عن أحمد : أنهما يتفرقان من حيث يحرمان حتى يحلا . راجع تفصيل المسألة في المغني (٣٦٦/٣ ، ٣٦٧) ، الكافي لابن قدامة ، باب ما يفسد الحج وحكم الفوات والإحصار (٤٥٨/١ ، ٤٥٩) .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولا يكون] .

(٦) في (ص) ، (م) : [إفسادها] .

(٧) في (م) ، (ع) : [والمخيط] بالعطف .

الصوم ، والاعتكاف .

٩٢٣٤ - احتجوا : بما روي عن عمر ، وابن عباس رضي الله عنهما : أنهما يفترقان [١] ، ولا مخالف لهما في الصحابة .

٩٢٣٥ - قلنا : هذا إنما قالاه على طريق الاستحباب مخافة أن يواقعها ، فيفسد حجه ثانيا ، لا أن [٢] ذلك واجب ، وهذا كما منع النبي ﷺ الرجل أن يخلو بامرأة [٣] ، مخافة أن يواقعها وإن لم تكن الخلوة محرمة .

٩٢٣٦ - قالوا : إذا وصل إلى ذلك المكان تذكر ما كان منهما ، فلم تؤمن المعاودة .

٩٢٣٧ - قلنا : لو كان كذلك لكان الافتراق عقيب الوطء في السنة الأولى ، وكان يجب مثل ذلك في أيام الصوم ، ويجب على المظاهر إذا جامع امرأته أن يفارقها مخافة أن يتذكر فيعاود وطأها .

* * *

---

(١) أثر عمر رضي الله عنه : أخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب ما يفسد الحج (١٦٧/٥) ، وأثر ابن عباس : قد تقدم تخريجه في مسألة (٤٩٤) ، كما أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٣٩/٤) ، الأثر (٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في الرجل يواقع أهله وهو محرم (٢٣٨/٤ ، ٢٣٩) ، الأثر (١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [لأن] ، مكان : [لا أن] .

(٣) أخرجه البخاري من حديث ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعا ، بلفظ : لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم مختصرا ، في الصحيح ، في كتاب الحج ، في باب لا يخلون رجل بامرأة (٢٦٦/٣) ، ومسلم نحوه ، في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره (٩٧٨/٢) ، الحديث (١٣٤١/٤٢٤) .

مسألة ٥٠٣

وطء الناسي والجاهل والمكره

٩٢٣٨ - قال أصحابنا : وطء الناسي والجاهل والمكره يفسد الحج [(١)] .

٩٢٣٩ - وهو أحد قولي [(٢)] الشافعي ، وقال في قول آخر : لا يفسد ، قالوا : وهو الصحيح [(٣)] .

٩٢٤٠ - لنا : ما روي أن [(٤)] ابن عباس رضي الله عنهما « سأله رجل ، فقال : واقعت أهلي ؟ ، فقال : يقضيان ما بقي [(٥)] من نسكهما ، فإذا كان عامًا مقبلًا فإذا أتيا على المكان الذي أصابا فيه تفرقا في وقتين ، ولا يجتمعا حتى يقضيا نسكهما وعليهما هدي » [(٦)] ، وكان هذا الجواب بمشهد من / ابن عمر ، وجبير بن مطعم ، ولم يستفسر ، فلو كان الحكم يختلف لسأل عنه .

/ب

٩٢٤١ - ولأنه وطء قبل الوقوف ؛ فوجب أن يفسد الحج ، كالعمد .

٩٢٤٢ - ولأنه معنى يوجب قضاء الحج ؛ فاستوى سهوه وعمده [(٧)] ، كالفوات .

---

(١) راجع المسألة في : الأصل (٤٧٣/٢) ، متن القدوري ص٣٠ ، المبسوط (١٢١/٤) ، بدائع الصنائع (٢١٧/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٤٨/٣ ، ٤٩) ، البناية مع الهداية (٢٧٧/٤ ، ٢٧٨) ، الاختيار (١٦٥/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٩٥/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [قول] ، مكان : [قولي] .

(٣) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [قالوا] . راجع تفصيل المسألة في : حلية العلماء ، باب الإحرام وما يحرم فيه (٢٥٧/٣) ، المجموع مع المهذب ، باب الإحرام وما يحرم فيه (٣٣٩/٧ ، ٣٤١-٣٤٣) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٤٧٨/٧) . وقال مالك وأحمد : مثل قول الحنفية ، والشافعي في القديم ، والعمد والنسيان في الوطء سواء . قال ابن قدامة في المغني : والجاهل بالتحريم والمكره في حكم الناسي ؛ لأنه معذور . راجع المسألة في المنتقى (٣/٣ ، ٥) ، الكافي لابن عبد البر (٣٩٦/١) ، بداية المجتهد (٣٨٦/١) ، المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٩٠/١ ، ٢٩١) ، الإفصاح (٢٨٨/١) ، المغني (٣٤٠/٣ ، ٣٤١) ، الكافي لابن قدامة ، باب محظورات الإحرام (٤١٤/١ ، ٤٥٨) ، العدة ، باب الفدية ص١٨١ .

(٤) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) قوله : [ما بقي] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [تقضيان] ، مكان : [يقضيان] .

(٦) تقدم تخريجه بألفاظ متقاربة في مسألة (٤٩٩) ، وفي مسألة (٥٠٢) .

(٧) في (ع) : [عمده وسهوه] ، بالتقديم والتأخير .

٩٢٤٣ - وقالوا : المعنى في الفوات : أنه ترك المأمور به في العبادة ، فاستوى سهوه وعمده ، وفي مسألتنا : فعل المنهي عنه ، فصار كالمجامع في الصوم ، والأول كمن ترك النية .

٩٢٤٤ - قلنا : إن كان النسيان عذرًا ؛ فوجب أن يؤثر في الأمرين ، وإن لم يكن عذرًا ؛ لم يؤثر فيهما .

٩٢٤٥ - ولأن الاحتراز من فعل المنهي عنه يمكن ما لا يمكن من ترك المأمور به ، فإذا استوى عمد الترك وسهوه ، فعمد الفعل وسهوه أولى ، فأما الصوم فلم يختلف لما قالوه ، وإنما اختلف لأنه ليس للصائم أمارة تدل [1] على كونه صائمًا ، فعذر في فعل ما نهي عنه ناسيًا ؛ ولأنه معنى يوجب الهدي فاستوى سهوه وعمده ، كمجاوزة الميقات .

٩٢٤٦ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتي الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهوا عليه » [2] ، وقد تكرر جوابنا عنه .

٩٢٤٧ - قالوا : عبادة يفسدها الوطء ، فلم يفسدها على وجه السهو ، كالصيام .

٩٢٤٨ - قلنا : الصوم يصح الدخول فيه بغير قصد منه ، فما يفسده [3] يجوز أن يختلف بالقصد وعدمه ، والحج لا يجوز الدخول فيه بغير قصده ، فما يفسده لا يختلف .

٩٢٤٩ - ولا يلزم المغمى عليه [4] ؛ لأنه لا يدخل في الإحرام ، ولكنه يدخل فيه .

٩٢٥٠ - ولأنه ليس للصوم أمارة [5] تدل عليه ؛ فكان معذورًا في النسيان ، والحج له أمارة تدل عليه ، وهو التجرد ، والتلبية ، فلم يكن معذورًا فيه .

٩٢٥١ - قالوا : استمتاع لا يفسد الصوم ، فلا يفسد الإحرام ، كالوطء فيما دون الفرج .

٩٢٥٢ - قلنا : المعنى في الأصل : أن عمده لا يفسد الحج ، فخطؤه مثله ، ولما كان عمد الوطء مؤثرًا في الحج كذلك خطؤه ، كقتل الصيد ، ومجاوزة الميقات .

٩٢٥٣ - قالوا : لو ألزمناه القضاء لم يأمن ذلك في القضاء .

٩٢٥٤ - قلنا : يبطل بالفوات وبإيجاب الكفارة في قتل الصيد ومجاوزة الميقات .

---

(١) في (م) : [يدل] .
(٢) تقدم تخريجه في مسألة (١٤٠) .
(٣) في (م) ، (ع) : [فما يفسد] بحذف الضمير .
(٤) في (م) ، (ع) : [المعنى عليه] .
(٥) في (م) : [ولأن الصوم ليس أمارة] ، وفي (ع) : [ولأن الصوم ليس له أمارة] .

مسألة ٥٠٤

إذا وطئ في العمرة فأفسدها

٩٢٥٥ - قال أصحابنا : إذا وطئ في العمرة فأفسدها : فعليه شاة [١] .

٩٢٥٦ - وقال الشافعي : إذا أفسدها : فعليه بدنة [٢] .

٩٢٥٧ - لنا : أنها عبادة تجب بإفسادها الكفارة العظمى ؛ فلم تجب [٣] الكفارة بإفساد جميع نوعها ، كالصوم .

٩٢٥٨ - ولأن حرمة العمرة أنقص من حرمة الحج ؛ بدلالة : نقصان أركانها ، ونقصان حرمة الإحرام يمنع من كمال الكفارة ، أصله : الوطء بعد التحلل الأول ؛ لأنه وطء أفسد به العمرة ، فلم تجب لأجلها بدنة ، كالقارن .

٩٢٥٩ - احتجوا : بأنها كفارة [٤] وجبت لإفساد عبادة ، فوجب أن تكون [٥] الكفارة العظمى ، كالصوم .

---

(١) قال الطحاوي في مختصره : ومن جامع في عمرته ولم يطف لها أربعة أشواط من طوافها ، فقد أفسدها ، وعليه دم لإفساده إياها ، وعليه عمرة مكانها . فإن كان ذلك منه بعد ما طاف لها أربعة أشواط ، كان عليه دم ، ويجزئه منه شاة ، وأجزأته عمرته ، ولم يجب عليه لها قضاء . راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي ص٦٧ ، متن القدوري ص٣٠ ، المبسوط ، باب الخروج إلى منى (٥٨/٤) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما العمرة (٢٢٨/٢) ، البناية مع الهداية (٢٧٦/٤ ، ٢٧٧) ، الاختيار (١٦٥/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٩٦/١) .

(٢) قال القفال في حلية العلماء : « إن وطئ المعتمر قبل تحلله فسدت عمرته وعليه القضاء وبدنة » . راجع تفصيل المسألة في : حلية العلماء ، باب ما يجب بمحظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٢٧٠/٣ ، ٢٧١) ، المجموع مع المهذب ، باب ما يجب في محظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٣٨٤/٧ ، ٣٨٥ ، ٣٨٩) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٤٧١/٧ ، ٤٧٢) . قال ابن عبد البر في الكافي : « وإن جامع المعتمر قبل تمام الطواف والسعي ، فقد أفسد عمرته ، وإن جامع بعد تمام السعي وقبل الحلاق ، فعليه دم وعمرته تامة ، ومن أفسد عمرته مضى فيها حتى يتمها ثم يبدلها ويهدى هديا » . راجع تفصيل المسألة في : المنتقى ، في جامع ما جاء في العمرة (٢٣٦/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٣٩٨/١ ، ٣٩٩) . وقال أحمد وأصحابه : من وطئ قبل التحلل من العمرة ، فسدت عمرته ، وعليه شاة مع القضاء . راجع المسألة في : الإفصاح (٢٩٠/١) ، المغني ، باب صفة الحج (٤٨٦/٣) ، الكافي لابن قدامة ، باب الفدية (٤١٨/١) .

(٣) في (م) : [فلم يجب] .

(٤) في (ع) : [عبادة] .

(٥) في (م) : [أن يكون] .

٩٢٦٠ – قلنا : الصوم دلالة لنا ؛ لأن الكفارة العظمى [1] [كلما [2] وجبت بإفساده [3] اختص من بين نوعه بها ، ولما وجبت الكفارة العظمى] [4] بالوطء في الحج ، وجب [5] أن يختص من بين نوع الإحرام به ، ونقلب فنقول : فلا تجب الكفارة العظمى بإفساد ما هو أنقص منه ، كالصوم .

٩٢٦١ – قلنا : العمرة تشبه الحج ؛ بدلالة : أنه يحرم لكل واحد منهما من الميقات ويلزم الدخول ، ويجب المضي في فاسدها ويؤدى بها مطلق النذر

٩٢٦٢ – قلنا : فعلى [6] أصولنا : الوطء الذي يفسد به الحج لا تجب به بدنة ، وقد دللنا على ذلك ؛ لأن العمرة وإن ساوت الحج فيما ذكروه ، فقد نقصت حرمتها عنه ؛ بدلالة : نقصان أركانها ، فإنها تجمع [7] معه في إحرامه ، وتدخل [8] أفعالها في أفعاله عند مخالفنا . وعندنا يقوم الدم مقام جميعها في المحصر ، وإذا نقصت عن الحج في هذه الأحكام نقصت في باب الكفارة .

* * *

(١) لفظ : [العظمى] ساقط من (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [قد] ، مكان : [كلما] .
(٣) في (ع) : [بإفساد ما] ، مكان : [بإفساده] .
(٤) لفظ : [العظمى] ساقط من (ع) ، وما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) لفظ : [وجب] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٦) في (م) : [فعل] .
(٧) في (م) : [يجمع] .
(٨) في (م) : [يدخل] .

مسألة ٥٠٥

إذا وطئ الحاج في الموضع المكروه أو ذكرًا أو بهيمة

٩٢٦٣ – قال أبو حنيفة : إذا وطئ الحاج في الموضع المكروه أو ذَكَرًا ، أو بهيمة [١] : لم يفسد حجه في إحدى الروايتين [٢] .

٩٢٦٤ – وقال الشافعي : يفسد حجه ، وعليه بدنة [٣] .

٩٢٦٥ – لنا : أنه وطء في موضع لا يجب بالوطء فيه مهر يحلل ، كالوطء فيما دون الفرج .

٩٢٦٦ – ولأن جنسه لا يستباح [٤] بعقد النكاح ، فلا يفسد الحج مع الحرمة ، كالوطء الذي يحصل في الذكر فيما دون الفرج .

٩٢٦٧ – ولأنه حكم لا يتعلق بالإنزال مع المباشرة ، فلا يتعلق بالوطء في الموضع المكروه لوجود المهر ، والإباحة [٥] للزوج الأول ، والإحصان .

٩٢٦٨ – احتجوا : بأنه وطء في الفرج ، أو وطء يوجب الغسل ؛ فجاز أن يفسد الحج قياسًا على الوطء في الفرج .

٩٢٦٩ – قالوا : ولأنه أغلظ ؛ لأنه لا يستباح بحال .

٩٢٧٠ – قلنا : المعنى في الوطء في الفرج : أن أحكام الوطء تتعلق [٦] به من المهر ، والتحليل ، والإحصان ، وهذه المعاني لا توجد [٧] في مسألتنا .

٩٢٧١ – وقولهم : إنه أغلظ ؛ لأنه لا يستباح ولا يتعلق به الإفساد ؛ ولأن كونه لا

---

(١) في (م) ، (ع) : [أو بهيمة وطأها] ، بزيادة : [وطأها] .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان ما يفسد الحج (٢١٦/٢ ، ٢١٧) ، البناية مع الهداية ، (٢٧٣/٤) ، الاختيار (١٦٥/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٩٥/١) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : حلية العلماء (٢٧٠/٣) ، المجموع مع المهذب (٤٠٩/٧ ، ٤٢١) ، فتح العزيز ، بذيل المجمع (٤٧١/٧) . قال ابن قدامة في المغني : ولا فرق بين الوطء في القبل والدبر ، من آدمي أو بهيمة ، وبه قال الشافعي وأبو ثور ، ويتخرج في وطء البهيمة أن الحج لا يفسد به ، وهو قول مالك . راجع في المغني (٣٣٦/٣) ، الكافي لابن قدامة ، و باب ما يفسد الحج وحكم الفوات والإحصار (٤١٨/١ ، ٤٥٨) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا ستباح].

(٥) في (م) : [الإباحته] بزيادة الهاء .

(٦) في (م) ، (ع) : [متعلق] .

(٧) في (م) : [لا يوجد] .

يستباح بعقد على أنه غير مقصود في البيوع ؛ لأن المعقود [1] يتعلق به مهر ، فإن صحت هذه الممانعة من وطء المرأة ، لم يمكن المنع إذا فرضنا الدلالة في وطء البيهمة والذكر ، وقد سلموا أن الوطء في الموضع المكروه لا يتعلق به إحصان ، ولا يبيحها للزوج الأول ، ولا يقع بها ، ولا يبطل خيار العنة ، ولا يغير [2] إذن البكر .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [العقود] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ولا يعتبر] .

مسألة ٥٠٦

إذا وطئ القارن وجب عليه دمان

٩٢٧٢ – قال أصحابنا : إذا وطئ القارن : وجب عليه دمان ، فإن كان قبل الوقوف سقط دم القِران عنه [١] .

٩٢٧٣ – وقال الشافعي : عليه دم واحد ، ولا يسقط دم القِران عنه [٢] .

٩٢٧٤ – لنا : أنهما عبادتان ؛ لموافقة كل واحد منهما بالوطء ، فتلزمه كفارتان كالصائم في رمضان إذا كان محرمًا بعمرة فوطئ .

٩٢٧٥ – ولأن وَطْأَه صادف ما يسقط به الحج والعمرة ، فوجب أن يلزمه دمان [٣] ، كالمتمتع إذا وطئ في العمرة ثم في الحج .

٩٢٧٦ – ولأنه صادف العمرة ، فلزمه دم لأجلها ، كالمفرد .

٩٢٧٧ – والدليل على سقوط دم القران : أنه لم يجمع بين الإحرامين على وجه القربة ، فلم يلزمه ، كالمكره إذا جامع .

٩٢٧٨ – احتجوا : بأنه يقتصر على خلاف واحد ، فلزمه بالوطء دم واحد ، كالمفرد .

٩٢٧٩ – قلنا : المفرد صادف وطؤه عبادة واحدة ، وفي مسألتنا صادف عبادتين ، كل واحدة منهما توجب كفارة على الانفراد .

٩٢٨٠ – قالوا : كل ما وجب فعله من القران الصحيح ، كذلك في الفاسد ، كالوقوف والطواف موجب [٤] الإحرام ، وإنما يجب الجمع بين الفريقين فإذا أفسدها لم يحصل الجمع على وجه القربة ، فصار كالمكره إذا جامع .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، باب الخروج إلى منى و باب الجماع (٤١٧/٢ ، ٤٧٢) ، المبسوط ، باب الخروج إلى منى و باب الجماع (٥٩/٤ ، ١١٩) ، بدائع الصنائع (٢١٩/٢) ، الاختيار (١٦٥/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : فلا يسقط ، مكان : ولا يسقط . راجع المسألة في المهذب مع المجموع (٤٠٥/٧) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٤٧٦/٧ ، ٤٧٧) . وقال مالك ، وأحمد في أظهر الروايتين عنه : مثل قول الشافعي ، إذا أفسد القارن نسكه بالوطء ، فعليه فداء واحد ، ولا يسقط عنه دم القران ، وقال أحمد في رواية أخرى : يسقط عنه دم القران . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، في القران وإنشاد الشعر والحديث في الطواف (٣٢١/١) ، الكافي لابن عبد البر (٣٩٨/١) ، الإفصاح (٢٩٠/١) ، المغني ، باب صفة الحج (٤٦٧/٣ ، ٤٨٦ ، ٤٨٧) .

(٣) في سائر النسخ : [دما] والصواب ما أثبتناه . (٤) في (م) ، (ع) : [يوجب] .

مسألة ٥٠٧

حكم الكفارة إن كانت لعدم عذر

٩٢٨١ - قال أصحابنا : الكفارة التي تجب [1] بالحلق ، واللبس ، والطيب ، إن كانت لعدم عذر : وجب فيها الدم ولا يُخَير فيه ، وإن كانت بعذر : خُير بين الدم والإطعام والصوم [2] .

٩٢٨٢ - وقال الشافعي : خُيِّر في الوجهين ، وكذلك يخير عنده فيما يجب بالقبلة بشهوة ، وتقليم الأظفار ، والوطء فيما دون الفرج . وأما في الدماء كلها : أبدال مرتبة [3] .

٩٢٨٣ - لنا : أنها كفارة وجبت بجناية في الإحرام لا على طريق العِوض [4] ، فوجب أن لا يخير فيها بين الدم ، والصوم ، والإطعام ، أصله : الكفارة التي تجب [5] بالوطء .

٩٢٨٤ - ولا يلزم جزاء الصيد ؛ لأنه عوض ، ولا الحلق من أذى ؛ لأنه ليس بجناية .

---

(١) في (م) : [يجب] .

(٢) قال محمد في الأصل : وكذلك كل ما اضطر إليه مما لو فعله غير مضطر كان عليه دم ، فإذا فعله مضطرا ، فعليه أي هذه الكفارات شاء . راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، باب الحلق وباب الدهن والطيب وباب اللبس (٤٣٣/٢ ، ٤٧٨ ، ٤٨٣) ، المبسوط ، باب الحلق ، و باب الدهن والطيب ، و باب ما يلبسه المحرم من الثياب (٧٤/٤ ، ٧٥ ، ١٢٤ ، ١٢٨) ، متن القدوري ص٣٠ ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما ما يجري مجرى الطيب (١٩٢/٢) ، فتح القدير مع الهداية (٤٠/٣) ، البناية مع الهداية (٢٦٦/٤ ، ٢٦٧) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (٢٩٣/١) ، حاشية ابن عابدين ، باب الجنايات (٢١٥/٢) .

(٣) قال الرافعي في فتح العزيز : دم التطيب والتدهن واللباس ، ومقدمات الجماع دم ترتيب أو تخيير ، فيه قولان ، أو وجهان : أحدهما : أنه دم ترتيب ، ثم قال : وأظهرهما وبه قال أبو إسحاق أنه دم تخيير تشبيها بفدية الأذى . راجع تفصيل المسألة في : حلية العلماء (٢٦٢/٣) ، المجموع مع المهذب (٣٦٤/٧ ، ٣٦٧-٣٦٩ ، ٣٧٦ ، ٣٧٧ ، ٣٧٨) ، فتح العزيز مع الوجيز ، في الباب الثاني في الدماء ، بذيل المجموع (٦٤/٨ ، ٦٩ ، ٧٣) . وقال مالك وأحمد في رواية : مثل قول الشافعية في المشهور ، فدية الحلق واللبس والطيب على التخيير ، ولا فرق في ذلك بين المعذور وغيره ، وقال أحمد في رواية أخرى : مثل قول الحنفية ، إذا حلق لغير عذر فعليه الدم من غير تخيير . راجع تفصيل المسألة في : قوانين الأحكام الشرعية الباب السابع في الفدية والنسك والهدي ص١٣٢ ، والمغني ، باب الفدية وجزاء الصيد (٤٩٣/٣) ، الكافي لابن قدامة ، باب الفدية (٤١٥/١ ، ٤١٦) ، العدة مع العمدة ، باب الفدية ص١٧٦ ، ١٧٧ .

(٤) في (م) ، (ع) : [العرض] . (٥) في (م) : [يجب] .

٩٢٨٥ - ولأن الوطء فيما دون الفرج والقبلة استمتاع يفسد جنسه الحج ، كالوطء في الفرج .

٩٢٨٦ - ولأنه دم يتعلق بمحظور يختص الإحرام ، فلا يخير بينه وبين الصوم . أصله : الدم الذي [١] يجب بترك الرمي ، ومجاوزة الميقات .

٩٢٨٧ - ولا يلزم جزاء الصيد ؛ لأنه لا يختص الإحرام ، بدلالة : أنه محظور في الحرم .

٩٢٨٨ - احتجوا : بأنها كفارة يثبت [٢] فيها التخيير إذا كان سببها مباحًا ؛ فوجب أن يثبت فيها التخيير إذا كان سببها محظورًا ، كما [٣] في جزاء الصيد .

٩٢٨٩ - قلنا : تلك الكفارة وجبت على سبيل العوض ، وكيفية العوض يستوي فيها الحظر والإباحة ، وهذه الكفارة تجب ، لا [٤] على طريق العوض ، فإذا خف سببها بالإباحة خف [٥] حكمها ، وإذا تغلظ سببها بالحظر ، تغلظ [٦] حكمها ؛ لأن اللّٰه تعالى نص على التخيير ، وقتل الصيد في أغلظ الأحوال [عمدٌ ؛ فلما أوجب الكفارة على المحرم [٧] في أغلظ أحوال] [٨] قتل الصيد كان ذلك تنبيها على تخفيف حكمها فيما لم يتغلظ ، وهو الخطأ ، والقتل بعذر [٩] .

٩٢٩٠ - وأما كفارة اللبس والحلق : فنص اللّٰه تعالى على حكمها مخففة عند أخف أسبابها ، فلم يجزأن يستدل بذلك على ثبوت حكم التخفيف في أغلظ أحوالها .

* * *

---

(١) لفظ : [الذي] ساقط من (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٣) في (م) ، (ع) : [أما] ، مكان : [كما] .
(٤) حرف : [لا] ساقط من (م) ، (ع) . (٥) لفظ : [خف] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) : [يغلظ] .
(٧) في سائر النسخ : [الفقيه بدون نقط] ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، أو يكون مكانها : [التخيير] .
(٨) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) في (م) : [القبل بقدره] ، مكان : [القتل بعذره] ، وفي (ع) : [بقدره] ، مكان : [بعذره] .

مسألة ٥٠٨

يجوز تفريق لحم الهدايا على غير فقراء الحرم

٩٢٩١ – قال أصحابنا : يجوز تفريق لحم الهدايا على غير فقراء الحرم ، وكذلك الإطعام في الجزاء والفدية (١) .

٩٢٩٢ – وقال الشافعي : لا يجوز إلا في دم الإحصار ، والإطعام غير دم الإحصار (٢) .

٩٢٩٣ – لنا : قوله تعالى : ﴿ أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ ﴾ (٣) .

٩٢٩٤ – ولا يقال : إنه عطفه على : بالغ الكعبة ؛ لأنه عطف على قوله : « فجزاءٌ مثل » ، ولهذا كان مرفوعًا ، فكأنه (٤) عطف أولى ، ولو كان عطفًا على ما قالوه ،

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : كتاب الأصل ، باب النذر (٤٩٠/٢٢) ، أحكام القرآن للجصاص ، باب المحرم يصيبه أذى من رأسه أو مرض (٢٨٢/١ ، ٢٨٣) ، المبسوط ، باب الحلق ، و باب النذر (٧٥/٤ ، ١٣٦) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان حكم ما يحرم على المحرم ، و فصل : ثم الحج كما هو واجب (٢٠٠/٢ ، ٢٢٤) ، فتح القدير مع الهداية ، و باب الهدي (٧٨/٣ ، ١٦٣ ، ١٦٤) ، البناية مع الهداية ، و باب الهدي (٣٢١/٤ ، ٤٤٩ ، ٤٥٠) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب الهدي (٣١٠/١) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب الصيد للمحرم (٢٠٧/٢) ، مختصر المزني ، وباب كيفية الجزاء ص ٦٩ ، ٧١ ، حلية العلماء (٢٧٧/٣ ، ٢٧٨) ، المجموع مع المهذب ، و باب الفوات والإحصار (٤٩٨/٧ – ٥٠٠ ، ٣٠٣/٨) . وقال مالك : مثل قول الحنفية ، يجوز أن يفرق لحم الهدايا على غير مساكين الحرم ، وكذلك الحكم في الإطعام . قال الباجي في المنتقى بعد أن بين موضع نحر الهدي : فإن نحره بمنى أو بمكة فأراد أن يطعم منه مساكين الحل بأن ينقل ذلك إليهم جاز ذلك فيما حكاه القاضي أبو الحسن عن مالك ، ثم قال : وأما الإطعام : فقد قال مالك في الموطأ وغيره : إن ذلك يكون بغير مكة حيث شاء صاحبه . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٢٩/١) ، المنتقى ، في جامع الهدي (١٤/٣ ، ١٥) ، بداية المجتهد ، في القول في فدية الأذى وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق (٣٨٢/١ ، ٣٨٣) . قال الخرقي : وكل هدي أو إطعام فهو لمساكين الحرم ، إن قدر على إيصاله إليهم ، إلا من أصابه أذى من رأسه ، فيفرقه على المساكين في الموضع الذي حلق فيه . قال ابن قدامة : وقال القاضي : في الدماء الواجبة بفعل محظور كاللباس والطيب هي كدم الحلق ، وفي الجميع روايتان . إحداهما : يفدي حيث وجد سببه ، والثانية : محل الجميع الحرم ، وأما جزاء الصيد : فهو لمساكين الحرم ، نص عليه أحمد ، فقال : أما إذا كان بمكة ، أو كان من الصيد فكل بمكة . راجع تفصيل المسألة في : الإفصاح ، باب العمرة (٢٩١/١) ، المغني (٥٤٥/٣ ، ٥٤٦) ، الكافي لابن قدامة ، باب جزاء الصيد (٤٢٨/١ ، ٤٢٩) ، العدة مع العمدة ص١٨١ .

(٣) سورة المائدة : الآية ٩٥ .

(٤) في (ص) : [فكأنه] .

لكان منصوبًا ، وليس بصحيح [فـ] كان معطوفًا على قوله : « هديًا بالغ الكعبة » ؛ لأن الموصوف / يعطف على الموصوف ، ويدل عليه : قوله تعالى : ﴿ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ﴾ [١] ، وهذا عامٌّ . ١/أ

٩٢٩٥ – ولا يقال : إن النسك يخص الحرم ، كذلك الصدقة ؛ لأن هذه دعوى ، ألا ترى : أن أحد المذكورين إذا اختص بحكم لا يدل اللفظ عليه لم يجز أن يكون للآخر مثله بغير دليل . ويدل عليه : قوله عليه الصلاة والسلام لكعب بن عجرة [٢] : « تصدق على ستة مساكين بثلاثة آصع من طعام » [٣] ، ولم يفصل .

٩٢٩٦ – ولأن كل موضع يجوز أن يجب فيه الهدي ؛ يجوز أن يفرق فيه الهدي ، أصله : الحرم .

٩٢٩٧ – فإن قيل : المعنى فيه ، أنه موضع الذبح .

٩٢٩٨ – قلنا : تعليله بما ذكرنا ؛ لأنه يثبت [٤] حكمًا عامًّا .

٩٢٩٩ – ولأن الواجب إذا تغير [٥] ، فإن وجوب الشيء دلالة على جوازه ، وليس الذبح علمًا للإحرام ؛ لأنه قد يجب ذبح ما لا يلزم إخراجه ، وهو الأضحية ، ويخرج ما لا يذبح ، وهو الإطعام .

٩٣٠٠ – ولأنه هدي يجوز تفريق لحمه في الحرم ، فجاز في غير الحرم ، أصله : دم الإحصار .

٩٣٠١ – فإن قالوا : المعنى فيه ، أنه يجوز ذبحه في غير الحرم ، لم نسلم ؛ لأنه أحد ما يقع به التكفير ، فلا يختص فعله بالحرم ، أصله : الصوم .

٩٣٠٢ – ولا يلزم ؛ لأن التكفير لا يقع به ، وإنما يقع بالإحرام به .

٩٣٠٣ – فإن قيل : المعنى في الصوم : أنه لا منفعة لمساكين [٦] الحرم فيه ، فلهذا لم

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٢) وهو كعب بن عجرة الأنصاري ، صاحب النبي ﷺ من بني سالم بن عوف ، قيل : وهو كعب بن عجرة الأنصاري ، صاحب النبي ﷺ من بني سالم بن عوف ، قيل : إنه شهد بيعة الرضوان ، توفي سنة إحدى وخمسين . انظر : تهذيب الكمال (١/٢٤) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٣٦٣) .

(٤) في (م) : [تثبت] .

(٥) في (م) ، (ع) : [إذا لا يفترقان] ، مكان : [إذا تغير] .

(٦) في (ع) : [مساكين] بحذف اللام .

يختص به .

٩٣٠٤ - قلنا : يبطل بالطواف ، والرمي ، والسعي ؛ ولأنها صدقة في كفارة ، ولا يختص بمكان ككفارة الظهار ، واليمين .

٩٣٠٥ - قالوا : روى الشافعي عن عبد اللّه بن عباس ﵄ : أنه قال : « الهدي والإطعام بمكة والصوم حيث شاء » .

٩٣٠٦ - قلنا : عند الشافعي القياس مقدم على قول الصحابي ، وعندنا لا يجب تقليده إذا خالف عموم القرآن ، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام .

٩٣٠٧ - قالوا : قال اللّه تعالى : ﴿ هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ ﴾ (١) .

٩٣٠٨ - وأجمعوا أن ظاهرها ليس بمراد ؛ لأنه لو بلغ من غير ذبح لم يجزئه ، فلا يخلو إما أن يريد به النحر ، أو تفرقة اللحم ، أو هما ، فبطل أن يكون (٢) التفرقة دون النحر ؛ لأنه لو اشترى لحمًا وفرقه : لم يجز ، وبطل أن يكون القصد [النحر] (٣) ؛ لأن الحرم بقعة شريفة ، والبقاع الشريفة تنزه عن القاذورات ، فثبت أن المراد : النحر ، والتفرقة معًا (٤) .

٩٣٠٩ - قلنا : ظاهر الآية يقتضي أن الواجب بلوغ (٥) الهدي . دلت الدلالة على إيجاب الذبح هناك ، فأوجبناه ، ولم تذكر (٦) دلالة على تخصيص التفرقة بتلك الأبقعة ، فأما قولهم : إن الحرم بقعة شريفة ، فكان يجب أن تنزه عن القاذورات غلط ؛ لأن شرفها لم يوجب أن تنزه عما هو نجس (٧) من الدم ، والغائط والبول والجماع ودخول الجنب والحائض ، وكذلك (٨) لا تنزه عن إراقة الدماء .

٩٣١٠ - ولأن تخصيص الذبح لو كان لتفرقة اللحم طريًّا على ما يقوله الشافعي ، لجاز أن يذبح في أول الحل ، ويفرق في طرف الحرم .

٩٣١١ - قالوا : أحد مقصودين (٩) ، فاختص بالحرم ، كالذبح .

٩٣١٢ - قلنا : التعيين ، والتقليد ، والسوق مقصود أيضا ، ولا يختص الحرم .

---

(١) سورة المائدة : الآية ٩٥ .

(٢) في (م) : [أن يكون] .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في (م) : [معنا] .

(٥) في (ع) : [بلاغ] .

(٦) في (م) : [ولم يذكر] .

(٧) في (م) ، (ع) : [جنس] .

(٨) في (ص) : [ولذلك] .

(٩) في (م) ، (ع) : [مقصودي] .

٩٣١٣ - ولأن الدم عبادة [١] بدنية ، وعبادات الأبدان تختص [٢] ، [بمكان ، وتفرقة اللحم من حقوق المال ، ولذلك لا يختص بمكان ؛ ولأن الذبح إنما يختص] [٣] بزمان ، لا يختص تفريق اللحم به ، كذلك ما اختص بمكان لا يختص تفريق اللحم به .

٩٣١٤ - قالوا : ما تعلق بالإحرام ؛ اختص بعضه بالحرم ، أصله : الطواف ، والسعي ، والرمي . وربما قالوا : كل ما لم يكن من شرطه الجمع بين الحل والحرم [٤] ، فإذا اختص بعضه ، اختص كله به [٥] ، كالطواف ، والسعي ، وإن اختص بالحل اختص كله ، كالوقوف .

٩٣١٥ - قلنا : ليست بعض الهدي ، بل الذبح عبادة ، والصدقة عبادة [٦] ، فتخصيص إحدى [٧] العبادتين الحرم ، والأخرى كالوقوف بعرفة ، والوقوف بالمزدلفة ، وكلما جاز أن يختص الذبح بزمان ولا تختص التفرقة به ، [كذلك لا يجوز أن يختص بمكان ولا تختص التفرقة به] [٨] .

٩٣١٦ - قالوا : الحقوق التي تتعلق بالقُرَب من ضربين : ضرب من المال ، وضرب على البَدَن ، فالذي على البَدَن فيه ما يختص بمكان دون مكان ، فيجب أن يكون الذي في المال ما يختص بمكان دون مكان .

٩٣١٧ - قلنا : موضوع العبادات المالية أن لا تتعلق بمكان ، وإذا كانت العبادة [٩] البدنية -وهي الصوم في الفدية- لا تختص ، فالمالية أولى أن لا تختص [١٠] .

* * *

---

(١) في (ص) : [عبارة] .
(٢) في (م) : [يختص] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (ع) : [والحرام] .
(٥) لفظ : [به] ساقط من (ع) .
(٦) لفظ : [عبادة] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) في (ص) : [أحد] .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٩) في (ع) : [أن لا تتعلق بمكان وإذا كانت العبادات] ، مكان المثبت .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لا يختص بالمالية أولى أن لا يختص] .

مسألة ٥٠٩

ما يعرض للهدى بعد ذبحه

٩٣١٨ – قال أصحابنا : إذا ذبح الهدي ثم سُرق أو هلك : سقط الوجوب [١] .

٩٣١٩ – وقال الشافعي : يجب عليه ذبح آخر [٢] .

٩٣٢٠ – لنا : أن القُرْبة [٣] تعينت فيه بالذبح ، ووجب أن يتصدق بعينه ، والصدقة إذا وجبت في عين ؛ سقطت بهلاكها [٤] ، كمن قال : لله عليّ أن أتصدق بهذا المال ثم هلك .

٩٣٢١ – قالوا : المعنى فيه : أنه لم يتعين عما في الذمة ، وإنما وجب في عين ، وفي مسألتنا : وجبت في الذمة ، فإذا عينه فيها فهلكت قبل الأداء عاد [٥] الحق إلى الذمة .

٩٣٢٢ – قلنا : لا نسلم أنه كان في ذمته صدقة ، وإنما كان في ذمته هدي ، وقد تعين الواجب بالذبح .

٩٣٢٣ – وأما الصدقة : فلم تكن [٦] في الذمة ؛ وإنما تعينت ابتداء بعد الذبح ، فصار كما لو [٧] تعين بالنذر .

٩٣٢٤ – ولأن الذبح قد سقط فرضه ، فإذا هلك اللحم [٨] ؛ تعذرت الصدقة ، فلا معنى لإيجاب الذبح .

---

(١) راجع المسألة في : الأصل ، باب الحلق (٤٣٤/٢) ، المبسوط ، باب الحلق (٧٥/٤) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان حكم ما يحرم على المحرم (٢٠٠/٢) ، فتح القدير ، باب الجنايات (٧٨/٣) ، حاشية ابن عابدين ، (٢١٥/٢) .

(٢) راجع المسألة في ، حلية العلماء ، (٢٧٧/٣ ، ٢٧٨) ، المجموع ، باب ما يجب في محظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٥٠١/٧) . وقال مالك : مثل قول الحنفية ، إن ذبح الهدي ، فسرق ، أجزأه ، ولا إعادة عليه . راجع المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٣٦/١ ، ٣٣٧) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الفدية] ، مكان : [القربة] .

(٤) قوله : [بهلاكها] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) : [وعاد] بالعطف.

(٦) في (م) : [فلم يكن] .

(٧) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) لفظ : [اللحم] ساقط من (ع) .

٩٣٢٥ - ولأنهما فرضان مختلفان ، أحدهما على البدن ، والآخر في المال ، فإذا أدى فرض البدن ؛ لم يلزمه الإعادة بتعذر فرض المال .

٩٣٢٦ - احتجوا : بأنه معين عمّا في الذمة [1] ، فإذا لم يسلم سقط العدم وعاد الحق إلى الذمة ، كما لو [2] كان في ذمة رجل دين ، فاشترى به ثوبًا ، وتلف في يد البائع قبل التسليم .

٩٣٢٧ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأنه لما ذبح الهدي تصرف بعد تعيينه فيه بأمر اللّه تعالى ، فصار كما لو باع ثوبًا بدين عليه وأمره صاحب الدين بقطعه أيضًا ، ثم تلف قبل قبضه من يده ، فلم يلزم الدين .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [في ذمته] .

(٢) لفظ : [لو] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٥١٠

حكم من أفسد حجته أو عمرته

٩٣٢٨ - قال أصحابنا : إذا أفسد حجة أو عمرة : لزمه القضاء من ميقاته الذي يحرم منه لو أراد أن يبتدئ الإحرام عند القضاء ، سواء كان ذلك أبعد من الميقات الأول أو أقرب . ذكر الطحاوي ذلك (١) في الاختلاف عن أبي حنيفة (٢) .

٩٣٢٩ - وقال الشافعي : عليه أن يقضي أغلظ الأمرين ، فإن كان أحرم بها [من الميقات أو دونه ، فعليه القضاء من الميقات ، وإن كان أحرم بها] (٣) قبل الميقات ، مثل : أن أحرم بها من الكوفة ؛ فعليه أن يقضي من الكوفة (٤) .

٩٣٣٠ - لنا : ما روى مالك عن ابن شهاب ، عن عروة ، عن عائشة (رضي الله عنها) ، قالت : « خرجنا مع رسول الله ﷺ في حجة الوداع ، فأهللنا بعمرة ، فقدمت مكة وأنا حائض ، فشكوت ذلك إلى رسول الله ﷺ ، فقال : انقضي رأسك ، امتشطي وأهلي بالحج ، ودعي العمرة (٥) ، فلما قضيت الحج أرسلني رسول الله ﷺ مع عبد الرحمن

---

(١) المثبت بدون حرف العطف من (م) ، (ع) .

(٢) قال أبو يوسف في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى : إذا أهل الرجل بعمرة فأفسدها ، فقدم مكة قضاها ، فإن أبا حنيفة كان يقول : يجزيه أن يقضيها من التنعيم ، وبه نأخذ . كان ابن أبي ليلي يقول : لا يجزئه أن يقضيها إلا من ميقات بلاده . راجع اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي ص١٣٦ ، ١٣٧ ، مطبعة الوفاء .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : مختصر المزني ، باب ما يلزم عند الإحرام وبيان الطواف والسعي وغير ذلك ص٦٩، حلية العلماء ، (٢٦٦/٣) ، المجموع مع المهذب ، (٣٨٤/٧ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٤١٥ ، ٤١٦) ، فتح العزيز ، الباب الثالث في محظورات الحج والعمرة ، بذيل المجموع (٤٧٤/٧ ، ٤٧٥) . وقال مالك في المدونة فيمن أفسد حجه أو عمرته : يحرم في القضاء من حيث أحرم بهما إلا أن يكون إحرامه الأول من أبعد من الميقات فليس عليه أن يحرم الثانية إلا من الميقات . راجع تفصيل المسألة : في المدونة ، في تفسير من أفسد حجه من أين يقضيه والعمرة كذلك (٣١١/١) ، المنتقى ، في جامع ما جاء في العمرة وفي هدي المحرم إذا أصاب أهله (٢٣٦/٢ ، ٢٣٧) ، (٢/٣) ، الكافي لابن عبد البر ، (٣٩٨/١) . وقال أحمد : مثل قول الشافعي : يجب الإحرام في القضاء من أبعد الموضعين : الميقات أو موضع إحرامه الأول . راجع المسألة في : المغني ، باب ما يتوقى المحرم وما أبيح له (٣٦٦/٣) ، الكافي لابن قدامة ، باب ما يفسد الحج وحكم الفوات والإحصار (٤٥٨/١) .

(٥) لفظ : [العمرة] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

ابن أبي بكر إلى التنعيم ، فاعتمرت ، فقال : هذه مكان عمرتك » (١) ، ومعلوم : « أن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أحرمت (٢) من ذي الحليفة ، وقد أمرها رسول الله ﷺ أن تقضي من أدنى الحل (٣) » .

٩٣٣١ - فإن قيل : روى ابن أبي نجيح عن عطاء ، عن عائشة : أن النبي ﷺ قال لها : « طوافك بالبيت يكفيك لحجتك وعمرتك » (٤) .

٩٣٣٢ - قلنا : قد خالفه في ذلك عروة ، والقاسم ، والأسود ، فرووا عن عائشة مثل الذي (٥) ذكرناه ، وما دل عليه في تحللها من العمرة والتلبية أولى من الواحد .

٩٣٣٣ - وقد خالف ابنَ أبي نجيح في ذلك عبدُ الملك بن أبي سليمان ، فروى عن عطاء ، عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أنها قالت : قلت : يا رسول الله ، أكل أهلك يرجع بحج وعمرة غيري ؟ قال : انفري ، فإنه يكفيك (٦) ، وهذا يدل على رفضها لعمرتها .

٩٣٣٤ - ولأنه قضاء عبادة ، فوجب أن يكون الإحرام بها من كل موضع يجوز الإحرام (٧) لأدائها ، أصله : الصلاة .

٩٣٣٥ - ولأنه موضع يصلح لابتداء إحرامه ، فصلح لقضاء الإحرام ما أفسده منه من غير دم ، كالمكان الذي أحرم منه .

٩٣٣٦ - وكذلك لو أحرم من الموضع الأبعد ؛ ولأنه أحرم من ميقات ، فإذا أراد قضاءه جاز أن يحرم من ميقات أقرب منه ؛ أصله : إذا أحصر من حجة النفل ، وقد

---

(١) متفق عليه . أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب الحج ، باب كيف تهل الحائض والنفساء (٢٧٠/١) ، ومسلم ، في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام (٨٧٠/٢) ، الحديث (١٢١١/١١١) ، وأبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب في إفراد الحج (٤٥٠/١) ، والنسائي في السنن ، في كتاب مناسك الحج ، في المهلة بالعمرة تحيض وتخاف فوات الحج (١٦٥/٥ ، ١٦٧) .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) وفي (ع) : [اعتمرت] ، مكان : [احرمت] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الجبل] ، مكان : [الحل] .

(٤) في (ص) : [لحجك] مكان [لحجتك] . وتقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٤٧٤) .

(٥) في (ع) : [مثل ما ذكرناه] .

(٦) في سائر النسخ : [يرجعن] ، مكان : [يرجع والذي] أثبتناه من معاني الآثار ، وفي (م) ، (ع) : [أو عمرة] ، مكان : [وعمرة] ، وما بين المعكوفتين أثبتناه من معاني الآثار . هذا الحديث : أخرجه الطحاوي بلفظه ، في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب القارن كم عليه من الطواف لعمرته وحجته (٢٠١/٢) .

(٧) لفظ : [الإحرام] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

أحرم من دويرة أهله .

٩٣٣٧ - احتجوا : بأن كل ما لزمه المضي فيه محرمًا ، فإذا أفسده ، لزمه قضاؤه ، أصله : حجة التطوع [١] يلزمه بإفسادها ما لو أراد [الإحرام ابتداء ؛ لزمه ذلك وقضاه ، فعلى هذا الميقات يلزمه منه ما لو أراد] [٢] ابتداء الإحرام لزمه ، وما زاد على ذلك لا يلزمه . ألا ترى أنه لو طاف للقدوم ثم [٣] أفسد لم يلزمه ذلك القضاء . ولو أحرم في ابتداء الأشهر ثم أفسد ، لم يلزمه / القضاء من أول الأشهر ؛ لأن ذلك إذا أراد ابتداء الإحرام ، كذلك هذا . ١٢

٩٣٣٨ - قالوا : ما لزمه فيه الحج إذا لزم المضي فيه قضى ، أصله : إذا أحرم من الميقات .

٩٣٣٩ - قلنا : الأصل غير مسَلم ؛ لأنه لو أحرم من الميقات ثم أفسد ، جاز له أن يقضي من ميقات أهل مكة ؛ لأنه يجوز أن يبتدئ الإحرام منه .

٩٣٤٠ - قالوا : الشروع في الحج والعمرة سبب لوجوبه ؛ فجاز أن يتعين به موضع الإيجاب ، أصله : النذر .

٩٣٤١ - قلنا : لا نسلِّم ، فإن من أوجب حجة من دويرة أهله جاز أن يحرم بها من الميقات ؛ لأن النذر [٤] عندنا فرض للفروض ، فإذا لم يجب على الإنسان حجة من قبل الميقات لم يصح إيجابها .

٩٣٤٢ - فإن قالوا : لم يلزمه الحج ماشيًا ؛ وإن لم يجب بأصل الشرع .

٩٣٤٣ - قلنا : إنما وجب بنذره ؛ لأنه يصح أن يجب بالشرع في حق المكي ، ولو سلمنا فالفرق بينهما : أن النذر يجب الدخول فيه أدنى ما يصح أن يتقرب من ذلك النوع ، ولهذا لايجب بالإحرام إلا عمرة ، ولا يجب بالتكبير أكثر [٥] من ركعتين . ولهذا قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ : لو افتتح الصلاة قائمًا لم يجب [٦] عليه القيام ، وجاز له أن يقعد ؛ لأن صلاة القاعد أقل ما يصح أن يتنفل به .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الوداع] ، مكان : [التطوع] .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) لفظ : [ثم] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [النذور] ، مكان : [النذر] .

(٥) في (ص) : [بالتكبير وأكثر] بزيادة [الواو] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلم يجب] ، مكان المثبت .

مسألة ٥١١

حكم من يفوته الحج بعد الشروع

٩٣٤٤ - قال أصحابنا : فائت الحج يتحلل بطواف وسعي ، ولا هدي عليه (١) .

٩٣٤٥ - وقال الشافعي : عليه شاة .

٩٣٤٦ - واختلف قوله ، فقال في أحد القولين : يجوز إخراجها في سنته ، وفي القول الآخر : لا يجوز إلا مع القضاء للسنة الثانية .

٩٣٤٧ - وقال في القارن : إذا فاته الحج فاتت العمرة بفواته ، وعليه دم القِران ودم الفوات ، ويقضي قارنًا ، وعليه دم القران للسنة الثانية . فإن قضى (٢) مفردًا أجزأه ، ولا يسقط عنه دم القِران والقضاء (٣) .

٩٣٤٨ - لنا : ما روى ابن أبي ليلى عن عطاء ، ونافع ، عن ابن عمر ﵄ : « أن رسول اللَّه ﷺ قال : من وقف بعرفات بليل ، فقد أدرك الحج ، ومن فاته عرفات بليل ،

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : كتاب الحجة ، باب الذي يفوته الحج (٢/٣٣٠-٣٣٥) ؛ مختصر الطحاوي ، باب الفدية وجزاء الصيد ص٧٢ ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان ما يفوت الحج بعد الشروع (٢/٢٢٠ ، ٢٢١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، باب الفوات (٣/١٣٥-١٣٧) ، البناية مع الهداية ، باب الفوات (٤/٤١٣) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (١/٢٨٤ ، ٢٨٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [مضى] ، مكان : [قضى] .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب فوت الحج بلا حصر عدو ولا مرض وغلبة على العقل (٢/١٦٦) ، مختصر المزني ، باب من لم يدرك عرفة ص٧٠ ، حلية العلماء ، باب الفوات والإحصار (٣/٣٠٥ ، ٣٠٦) ، المجموع مع المهذب ، باب الفوات والإحصار (٨/٢٨٥-٢٨٧ ، ٢٩٠ ، ٢٩١) . وقال مالك ، وأحمد في أصح الروايتين عنه : مثل قول الشافعي ، إن الهدي يلزم من فاته الحج ، وقال أحمد في رواية أخرى : مثل قول الحنفية ، لا هدي عليه . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، باب في الوصية بالحج (١/٣٦٤) ، الكافي لابن عبد البر ، باب فيمن فاته الحج بحصر مرض أو عدو أو خطأ في عدة أيام العشر (١/٤٠١) ، بداية المجتهد ، في القول في الإحصار ، وفي القول في كفارة التمتع (١/٣٧١ ، ٣٨٥ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب الثامن موانع الحج ص١٣٥ ، المسائل الفقهية ، كتاب الحج (١/٢٩٥ ، ٢٩٦) ، مسألة (٣٦) ، المغني ، باب الفدية وجزاء الصيد (٣/٥٢٦-٥٢٩) ، الكافي ص٤٦٠ ، العدة مع العمدة ، باب أركان الحج والعمرة ص٢٠٨ ، ٢٠٩ .

فقد فاته الحج ، فليتحلل [1] بعمرة ، وعليه الحج من قابل » [2] ، ذكره [3] الدارقطني ، وظاهره يقتضي : أنه جمع الحكم المتعلق بالفوات . ويدل عليه : ما روي « أن النبي ﷺ أمر من لم يكن معه هدي ، يفسخ الحج بعمرة » [4] ، ولم يأمرهم بالهدي ، فدل ذلك على : أن من تحلل بطواف وسعي : لم يلزمه هدي ؛ ولأنه سبب للتحلل قبل استيفاء واجبات الإحرام ، فإذا تحلل بشيء [5] وجب أن لا يلزمه معه شيء آخر ، كالمحصر . ولا يقال : فوجب أن يلزمه [6] دم ؛ لأنه يبطل بمن شرط التحلل إذا حبس .

٩٣٤٩ - ولأنهم لا يحتاجون إلى قولهم قبل استيفاء موجب الإحرام .

٩٣٥٠ - ولأنها عبادة ؛ فوجب أن لا تجب بفواتها مع قضائها كفارة ؛ أصله : الصوم إذا [أخره عن رمضان .

٩٣٥١ - ولا يلزم إذا] [7] أخر الطواف عن أيام النحر ؛ لأن الكفارة لا تجب [8] بالفوات ، وإنما تجب [9] لبعض الطواف المفعول .

٩٣٥٢ - ولا يلزم رمي الجمار ؛ لأنه [10] من العبادة .

٩٣٥٣ - ولأن الدم لا يخلو إما أن يجب عليه للتحلل أو لنقص [11] دخل في العبادة ، أو لفواتها .

٩٣٥٤ - ولا يجوز أن يجب للتحلل أن [12] ذلك يقع بالطواف ، ولا يجوز أن يكون [لنقص ؛ لأن القران ليس بجناية منه على الإحرام ، ولا يجوز أن يكون] [13] للفوات ؛ لأنه ليس بجناية ، ولا يجوز أن يكون لترك الأفعال ؛ لأن [14] [القضاء قام

---

(١) في (ص) ، (م) : [فيتحلل] .

(٢) أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ في السنن ، في كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٤١/٢) ، الحديث (٢١) وابن عدي في الكامل ، في ترجمة محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلي (١٨٦/٦) ، الترجمة (١٦٦٣/٤٢) . انظر تخريجه أيضا في نصب الراية ، كتاب الحج ، باب الإحرام (٩٢/٣) .

(٣) في (ص) ، (م) : [ذكرهما] .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٤١٧) .

(٥) في (م) ، (ع) : [شيء] بدون الباء.

(٦) في (ع) : [أن لا يلزمه] بزيادة : [لا] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) : [لا يجب] .

(٩) في (ع) : [يجب] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ولأنه] بالعطف .

(١١) في (م) ، (ع) : [لبعض] .

(١٢) في سائر النسخ : [أن] ولعل الصواب : [لأن] .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٤) في (ع) : [ولأن] بالعطف .

مع ترك الأفعال .

٩٣٥٥ - ولأن] [١] فوات الحج مع السنة التي أحرم فيها ، وجب [٢] به على المحصر دمان : دم التحلل ، ودم الفوات .

٩٣٥٦ - فإن قيل : [لم يتحلل حتى فاته الحج ؛ كذلك نقول وإن تحلل قبل الفوات لم يفت حجه .

٩٣٥٧ - قلنا] [٣] : إذا تحلل قبل الفوات ، ثم لم يؤد الحج من هذه السنة ، لم يجب عليه الدم بالاتفاق . ومعنى الفوات قد حصل ، وهو تأخير الأفعال عن السنة التي أحرم فيها ؛ لأنه بحال من الإحرام بأحد موجِبَيْه ، فصار كما لو أتى بأفعاله . بيان ذلك : أن الإحرام المطلق إما حجة ، أو عمرة .

٩٣٥٨ - احتجوا : بما روى مالك ، عن يحيى بن سعيد ، عن سليمان بن يسار ، أن أبا أيوب خرج حاجًا [٤] حتى إذا كان بالبادية من طريق مكة [٥] أضل رواحله ، فقدم على عمر بن الخطاب يوم النحر ، فذكر ذلك له ، فقال له : اصنع كما يصنع المعتمر ، ثم احلل ، فإذا أدركت الحج قابلا [٦] ، حج واهد ما استيسر من الهدي [٧] .

٩٣٥٩ - وروى مالك ، عن [٨] نافع ، عن سليمان بن يسار : أن هبار [٩] بن الأسود جاء يوم النحر ، وعمر بن الخطاب ينحر هديه ، فقال : يا أمير المؤمنين ، إنا [١٠] أخطأنا العدة ، وكنا نرى أن [١١] اليوم يوم عرفة ، فقال عمر : « اذهب إلى مكة ، وطف بالبيت أنت ومن معك ، وانحروا هديًا [١٢] إن كان معكم ، ثم احلقوا ، أو

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [لو وجب] . (٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) الزيادة : [من موطأ مالك] ، ولفظ : [أيوب] ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . (٥) قوله : [من طريق مكة] ساقط من (ع) .

(٦) في (ص) ، (م) : [فإذا أدرك قابل] ، وفي (ع) : [فإذا أدركت قابل] ، والمثبت من الموطأ .

(٧) هذا الأثر : أخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب ما يفعل من فاته الحج (١٧٤/٥) ، مالك في الموطأ ، في كتاب الحج ، باب هدي من فاته الحج (٣٨٣/١) ، الأثر (١٥٣) ، وفي المسند ، في كتاب الحج ، الباب التاسع في أحكام المحصر ومن فاته الحج (٣٨٤/١) ، الأثر (٩٩٠) ، والشافعي ، في الأم (١٦٦/٢) . (٨) حرف : [الجر] مكرر في (ص) .

(٩) في (م) ، (ع) وصلب (ص) : هشام ، مكان : هبار ، والصواب ما أثبتناه من هامش (ص) من نسخة أخرى .

(١٠) في (ص) ، (م) : [إذا] ، مكان : [إنا] .

(١١) الزيادة من (م) ، (ع) . (١٢) في (م) : [هدنا] .

قصروا وارجعوا ، فإن كان عام قابل فحجوا واهدوا [١] ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع » [٢] .

٩٣٦٠ - وروى نافع عن ابن عمر مثله [٣] .

٩٣٦١ - قلنا [٤] : هذا الحديث منقطع عن عمر ؛ لأن سليمان بن يسار لم يسمع من عمر . وقد روي عنه متصلا خلاف ذلك . فروى مغيرة ، عن إبراهيم ، عن الأسود ، عن عمر في [٥] رجل فاته الحج ، وقال : « يهلُّ بعمرة ، وعليه الحج من قابل ، ولا هدي عليه » . وقال الأسود : « فمكثت [٦] بعد ذلك عشرين سنة ، ثم سألت زيد بن ثابت ، فقال : مثل ذلك [٧] » ، فهذا حديث [٨] متصل عن عمر ، بخلاف ما رووه عن زيد بن ثابت أيضًا بخلافه ، فلو ثبت ما نقلوه لَعَارضه قول زيد ، ولم يكن لهم فيه حجة ، وقد وافق الأسود على [٩] ذلك سعيد بن جبير ، فروى عن عمر ﷺ مثل قولنا [١٠] .

٩٣٦٢ - قالوا : سبب يجب فيه قضاء النسك ؛ فجاز أن يلزمه هدي ، كالإفساد .

٩٣٦٣ - قلنا : المعنى في الإفساد : أنه أدخل بالجناية نقصًا في إحرامه ؛ فلزمه الدم لجبرانها [١١] ، وإلا كان في مسألتنا لم يدخل نقصًا فيه ، ولا وقف التحلل على الدم ؛ [فـ] لم يجب .

---

(١) في (م) : [أو أهدو] ، مكان : [وأهدوا] .

(٢) هذا الأثر : أخرجه مالك في الموطأ (٣٨٣/١) ، أثر (١٥٤) ، ومحمد ، في موطئه ، في كتاب الحج ، باب الرجل المحرم يفوته الحج ص١٤٧ ، الأثر (٤٣١) ، والبيهقي (١٧٤/٥) ، والشافعي مختصرا ، في الأم (١٦٦/٢) .

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٧٤/٥) ، الشافعي في الأم (١٦٦/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قلت] ، مكان : [قلنا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [عن] ، مكان : [في] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فمكث] .

(٧) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٧٥/٥) .

(٨) لفظ : [حديث] وعلى ساقطان من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركهما الناسخ في الهامش ، وفي (ع) : [ذلك الأسود] ، مكان قوله : [الأسود على ذلك] .

(٩) لفظ : [حديث] وعلى ساقطان من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركهما الناسخ في الهامش ، وفي (ع) : [ذلك الأسود] ، مكان قوله : [الأسود على ذلك] .

(١٠) أخرجه البيهقي ، في الكبرى (١٧٥/٥) من طريق سعيد بن جبير ، عن الحارث بن عبد اللّٰه بن أبي ربيعة ، قال : سمعت عمر ﷺ وجاءه رجل في وسط أيام التشريق ، وقد فاته الحج ، فقال له عمر : طف بالبيت وبين الصفا والمروة ، وعليك الحج من قابل ، ولم يذكر هديا .

(١١) في (م) ، (ع) : [يجبرانها] .

مسألة ٥١٢

من أراد دخول مكة لم يجز أن يجاوز الميقات إلا بالإحرام

٩٣٦٤ - قال أصحابنا : من أراد دخول مكة ؛ لم يجز أن يجاوز الميقات ، إلا بالإحرام (١) .

٩٣٦٥ - وقال الشافعي : إذا أراد دخولها بنسك لم يجز مجاوزة الميقات ، إلا بالإحرام . وإن دخلها لقتال ، جاز دخولها حلالا . وأما إذا دخلها لحاجة لا تتكرر ، كالتجارة ، والزيارة ، والرسالة ، أو كان مكيًا ، فخرج في تجارة ، ثم عاد إلى وطنه أو دخلها للمقام بها ، فعلى قولين : قال في عامة كتبه : مستحب [وليس بـ] واجب (٢) ، وأومأ في الأم (٣) إلى قول آخر : أن لا يدخلها إلا محرمًا .

٩٣٦٦ - فأما من يتكرر (٤) دخوله ، كالرعاة ، والحطابين ، ومن ينقل الميرة (٥) ، فالمذهب : أن لا يلزم أحدًا منهم الإحرام بالدخول ، قالوا : وله قول آخر : يلزمه في السنة مرة واحدة (٦) .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، باب المواقيت (٥١٨/٢) ، المبسوط ، باب المواقيت (١٦٧/٤) ، تحفة الفقهاء ، باب الإحرام (٣٩٤/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان مكان الإحرام (١٦٤/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، كتاب الحج (٤٢٤/٢ - ٤٢٧) ، البناية مع الهداية ، كتاب الحج (٢٦/٤ - ٣٢) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٤١/١) .

(٢) الزيادة من كتب الشافعية ، وبدون هذه الزيادة لا يستقيم المعنى .

(٣) في (م) ، (ع) : [الإمام] . (٤) في (م) ، (ع) : [أن يتكرر] .

(٥) الميرة : جلب الطعام للبيع . راجع في لسان العرب ، مادة : مير (٤٣٠٦/٦) ، المعجم الوسيط (٨٩٣/٢) .

(٦) قال في الوجيز : وكل من دخل مكة غير مريد نسكا ، لم يلزمه الإحرام على أظهر القولين ، ولكنه يستحب ، كتحية المسجد . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب دخول مكة لغير إرادة حج ولا عمرة (١٤١/٢ ، ١٤٢) ، مختصر المزني ، باب ما يلزم عند الإحرام وبيان الطواف والسعي وغير ذلك ص٦٩ ، حلية العلماء ، كتاب الحج ، وباب المواقيت (١٩٤/٣ ، ١٩٥ ، ٢٣١ ، ٢٣٢) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الحج (١٠/٧ - ١٦) ، فتح العزيز مع الوجيز ، في الفصل الثالث في سنن دخول مكة ، بذيل المجموع (٢٧٦/٧-٢٨٠) . قال مالك في المدونة : لا أحب لأحد من الناس أن يقدم من بلده إلى مكة ، فيدخلها من غير إحرام ، قال الباجي في المنتقى بعد أن بين عدم جواز تأخير الإحرام عن الميقات لمن يريد النسك : وأما من لم يرده وأراد دخول مكة فإنه على ضربين : أحدهما : أن يكون دخوله مكة يتكرر ، كالأكرياء والحطابين ، فهؤلاء لا بأس بدخولهم مكة بغير إحرام ، =

٩٣٦٧ - وأما إذا دخلها (١) للقتال ، فالدليل على أنه لا يجوز إلا بالإحرام : ما روي في حديث أبي (٢) شريح الكعبي : « أن النبي ﷺ قال : إن مكة حرمها الله تعالى (٣) ولم يحرمها الناس ، ولا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك فيها دمًا ، ولا يعضد بها شجرًا ، فإنْ أَحَدٌ ترخص بقتال رسول الله ﷺ فقولوا : إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم ، وإنما أذن لي ساعة من نهار ، وقد عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالأمس ، فليبلغ (٤) الشاهد الغائب » (٥) . ومعلوم : أنه لم يرد الرخصة في القتال ؛ لأن هذا مباح أبدًا إذا كان الحال تلك ، فلم يبق إلا أن يكون المراد الدخول بغير إحرام .

٩٣٦٨ - ولأنه مكلف يريد دخول مكة ؛ فلا يجوز له مجاوزة الميقات بغير إحرام ، كالمريد للحج . ولا يلزم الكافر ؛ لأنه ممنوع من مجاوزة الميقات بغير إحرام ، كالمسلم .

٩٣٦٩ - ولأن كل من صح إحرامه لا يجوز له (٦) مجاوزة الميقات لدخول مكة إلا بإحرام ، أصله : المريد للنسك .

٩٣٧٠ - [ولأن القتال عبادة ، فإن أراد دخول مكة ، لم يجز أن يتجاوز إلا بإحرام ، كما لو (٧) أراد الدخول للنسك] (٨) .

= ثم قال : والضرب الثاني : أن يندر دخوله مكة ، فهذا قد اختلف الناس فيه ، فقال مالك : لا يجوز ﷺ دخول مكة بغير إحرام . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، في رفع اليدين عند استلام الحجر الأسود (٣٠٣/١) ، المنتقى ، في مواقيت الإهلال (٢٠٥/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، باب المواقيت في الحج وحكمها (٣٨١/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب الثالث في المواقيت ص١٢٥ . وقال ابن قدامة في العمدة : ولا يجوز لمن أراد دخول مكة تجاوز الميقات غير محرم إلا لقتال مباح وحاجة تكرر ، كالحطاب ونحوه واختلفت الرواية عن أحمد فيمن يدخل مكة لحاجة لا تكرر ، فقال في رواية : يجوز له الدخول بغير إحرام ، وفي الأخرى : لا يجوز إلا بإحرام . راجع تفصيل المسألة في : المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٩٨/١ ، ٢٩٩) ، مسألة (٤٠) ، المغني ، باب ذكر المواقيت (٢٦٨/٣ ، ٢٦٩) ، الكافي ، كتاب الحج (٣٧٧/١) ، العدة مع العمدة ، باب المواقيت ص١٦٥ .

(١) في (ص) : [دخل] بدون الهاء .

(٢) الزيادة من كتب الحديث ، وهي ساقطة من (ص) ، (م) ، (ع) : [ابن] مكان المثبت ، وهو خطأ .

(٣) لفظ : [تعالى] ساقط من (م) ، (ع) . (٤) في (م) : [فليبيع] .

(٥) أخرجه مسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها إلا لمنشد على الدوام (٩٨٧/٢ ، ٩٨٨) ، الحديث (١٣٥٤/٤٤٦) ، والترمذي في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في حرمة مكة (١٦٤/٣ ، ١٦٥) ، الحديث (٨٠٩) ، والنسائي في السنن ، في كتاب مناسك الحج ، (٢٠٥/٥ ، ٢٠٦) . (٦) لفظ : [له] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [يجاوز] ، مكان : [يتجاوز] ، ولفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

٩٣٧١ - فأما الكلام فيمن دخلها لحاجة ، فلما روي [عن] [١] ابن عباس رضي الله عنهما : أنه قال : « لا يحل دخول مكة لأحد بغير إحرام ، ورخص للحطابين » [٢] ، والحظر والرخصة لا يملكها إلا صاحب الشرع [٣] ، فكأنه روي عن النبي ﷺ . وذكر أبو الحسن ، عن علي رضي الله عنه[٤] ، قال : « لا يدخل أحد منكم إلا بإحرام » [٥] ، ولا مخالف لهما .

٩٣٧٢ - قالوا : روي عن ابن عمر رضي الله عنهما : « أنه دخل مكة بغير إحرام » [٦] .

٩٣٧٣ - قلنا : يجوز أن يكون قَصَدَ ما قبل الحرم ، فلما حصل هناك دخل مكة .

٩٣٧٤ - وقد روى خصيف عن سعيد بن جبير قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يجاوز أحد الميقات إلا وهو محرم ، إلا من كان أهله دون الميقات » [٧] ، ذكره أبو طاهر الدباس [٨] في شرح الجامع بإسناده .

---

(١) الزيادة أثبتناه لمقتضى السياق .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في من كره أن يدخل مكة بغير إحرام (٢٨٨/٤) ، الأثر (١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الشريعة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [عليه السلام] .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٨٩/٤) ، الأثر (٢) .

(٦) أخرجه مالك في الموطأ ، في كتاب الحج ، باب جامع الحج (٤٢٣/١) ، الأثر (٢٤٨) ، والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب من رخص في دخولها بغير إحرام وإن لم يكن محاربا (١٧٨/٥) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في من رخص أن يدخل مكة بغير إحرام (٢٨٩/٤) ، الأثر (١) ، والطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب دخول الحرم ، هل يصلح بغير إحرام ، (٢٦٣/٢) ، ومحمد في موطئه ، في كتاب الحج ، باب دخول مكة بغير إحرام ص١٥٥ ، الأثر (٤٦٠) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة بلفظ : أن النبي ﷺ قال : لا يجاوز أحد الوقت إلا المحرم ، في المصنف ، في كتاب الحج ، في من قال لا يجاوز أحد الوقت إلا محرم (٥٠٩/٤) ، الحديث (١) .

(٨) في (م) ، (ع) : [ابن طاهر الدباس] ، أبو طاهر الدباس : هو الفقيه محمد بن محمد بن سفيان ، وقال الصيمري : إنه كان من أقران أبي الحسن الكرخي ، وكان أكثر أخذه عن القاضي أبي خازم ، ويوصف بالحفظ ومعرفة الروايات ، بخيلا بعلمه ، ضنينا به ، وولي القضاء بالشام ، وخرج إلى هناك فمات بها ، وقال القرشي : قال ابن النجار : وذكر بعض العلماء أنه ترك التدريس في آخر عمره ، وسافر إلي الحجاز ، وجاور بمكة ، وفرغ نفسه للعبادة إلى أن أتاه أجله ، وذكر ابن نجيم وغيره حكايته المشهورة مع أبي سعيد الهروي الشافعي ، وقال فيها : وكان أبو طاهر ضريرا . راجع : أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص١٦٨ ، الجواهر المضية (٣٢٣/٣ ، ٣٢٤) ، الترجمة (١٤٨٩) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ، مقدمة ص١٥ ، ١٦ ، الفوائد البهية ص١٨٧ .

٩٣٧٥ - ولأن كل معنى إذا فعله المريد للنسك ، أوجب دمًا [١] ، جاز أن يوجبه إذا لم يرده [٢] ، أصله : قتل صيد الحرم .

٩٣٧٦ - ولأنه مسلم مكلف جاز الميقات لدخول مكة غير محرم ، فجاز أن يلزمه إذا نسيه [٣] دم ، أصله : المريد للحج .

٩٣٧٧ - احتجوا : بحديث ابن عباس ﵄ : « أن النبي ﷺ / قال : هذه المواقيت لأهلها ، ولكل آت أتى عليها من غير أهلها ممن أراد حجًا أو عمرة » [٤] . ١٣

٩٣٧٨ - [و] قالوا : فمن لم [يرد] [٥] [حجًا ولا عمرة ؛ فليست بميقات له .

٩٣٧٩ - قلنا : يعلمه أنه ميقات لمن أراد النسك ، ومن لم] [٦] يرده موقوف على الدليل .

٩٣٨٠ - وفائدة التخصيص : أن المريد للنسك يلزمه الإحرام بكل حال ، ومن لا يريد النسك تارة يلزمه الإحرام إذا أراد مجاوزة الميقات إلى البستان وما قبله ، فهذه فائدة التخصيص .

٩٣٨١ - ولأن قوله : « ممن أراد الحج أو العمرة » معناه : من أراد مكان الحج والعمرة ، وقد سمى مكان العبادة باسمها ، كقوله [٧] تعالى : ﴿ وَصَلَوَٰتٌ وَمَسَٰجِدُ ﴾ [٨] .

٩٣٨٢ - فإن قيل : هذا مجاز [٩] لا يحمل اللفظ عليه .

٩٣٨٣ - قلنا : قوله : « ممن أراد الحج والعمرة » يقتضي شرط إرادتهما ، وذلك غير معتبر بالاتفاق ، فكل منا قد ترك الظاهر من وجه .

٩٣٨٤ - قالوا : روى الأقرع بن حابس ، قال : قلت : يا رسول الله الحج مرة أو أكثر ؟ ، قال : بل [١٠] مرة ، وما زاد فهو تطوع » [١١] .

---

(١) في (ع) : [وما] ، مكان : [دما] .
(٢) قاعدة : كل معنى إذا فعله المريد للنسك أوجب دما جاز أن يوجبه إذا لم يرده .
(٣) في (م) ، (ع) : [أن يلزم إذا بسنة] .
(٤) أخرجه البخاري في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب مهل أهل مكة للحج والعمرة (٢٦٥/١ ، ٢٦٦) ، ومسلم نحوه ، في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب مواقيت الحج والعمرة (٨٣٨/٢ ، ٨٣٩) ، الحديث (١١ ، ١١٨١/١٢) .
(٥) الزيادة الأولى من (م) ، (ع) والثانية : لمقتضى السياق .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، إلا أن قوله : [يعلمه غير واضح فيها] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .
(٧) في (ص) : [لقوله] .
(٨) سورة الحج : الآية ٤٠ .
(٩) في (م) ، (ع) : [مجاوز] .
(١٠) لفظ : [بل] ساقط من (م) ، (ع) .
(١١) تقدم تخريجه في مسألة (٤٢٢) .

٩٣٨٥ - قلنا : لا نوجب [١] الحج ، وإنما يجب إحرام ، فإن أدى به عمرة جاز ، وإن أدى حجًا جاز .

٩٣٨٦ - ولأن السؤال وقع عما وجب بإيجاب اللّٰه تعالى ، وكلامنا وقع فيما وجب بسبب من جهة المكلف ، والخبر لا يفيد نفي ذلك ، ولهذا لم يفهم سقوط وجوب الحج المنذور .

٩٣٨٧ - قالوا : روى سراقة بن مالك قال : « قلت : يا رسول اللّٰه : عمرتنا هذه لعامنا هذا أم [٢] للأبد ؟ ، فقال : بل للأبد » [٣] .

٩٣٨٨ - قلنا : هذا [٤] إشارة إلى العمرة التي فسخوا الحج بها ، وذلك للأبد ، بمعنى [٥] : أنه لا يجوز الفسخ لأحد سواهم .

٩٣٨٩ - قالوا : تحية مشروعة لدخول بقعة شريفة ، فوجب أن تكون مستحبة كتحية المسجد .

٩٣٩٠ - قلنا : يبطل بمن أراد دخولها للنسك ، والمعنى في تحية المسجد : أنه لو أراد دخول المسجد [لعمرانه لم تجب التحية] [٦] كذلك إذا دخله لحاجة ، وفي مسألتنا : لو أراد دخولها للنسك وجب الإحرام ، كذلك إذا دخلها للحاجة .

٩٣٩١ - قالوا : دخول الحرم بغير نسك ؛ فوجب أن لا يلزمه الإحرام للدخول ، أصله : إذا كان داره في المواقيت ووراءها .

٩٣٩٢ - قلنا : وجوب الإحرام من الميقات لو كان للنسك لوجب على أهل مكة إذا أرادوا الإحرام أن يخرجوا إلى الوقت ، فلما لم يلزمهم علم أن ذلك ليس هو لحرمة النسك ، فلم يبق إلا أن يكون لحرمة الميقات في حق قاصد دخول الحرم .

٩٣٩٣ - والمعنى في أهل المواقيت ومن بعدهما : أنه يتكرر دخولهم الحرم ؛ لأن مصالح أهل مكة تتعلق بهم ، ومصالحهم تتعلق [٧] بالدخول ، فلو كلفناهم الإحرام لشق ذلك عليهم ، واستضر أهل الحرم بذلك ، وهذا لا يوجد في حق من بعد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يوجب] .
(٢) في (م) ، (ع) : [أو] ، مكان : [أم] .
(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٤٢٢) .
(٤) في (م) : [أهذا بالأستفهام] .
(٥) في (م) : [وبمعنى] بالعطف .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه في الهامش ، إلا أن قوله : لعمرانه غير مقروء لسوء التصوير ، ربما الصواب ما أثبتناه .
(٧) في (م) : [يتعلق] .

مسألة ٥١٣

حكم من جاوز الميقات دون إحرام

٩٣٩٤ – قال أصحابنا [١] : إذا جاوز الميقات غير محرم : لزمه إحرام . فإن أدى به حجة الإسلام في سنته [٢] : سقط عنه . وإن أخره إلى السنة الثانية : لم تجزه [٣] حجة الإسلام ، ولزمه حجة أو عمرة [٤] .

٩٣٩٥ – وقال الشافعي على القول الذي قال : إن الإحرام من الميقات واجب : لا يلزمه شيء إذا تجاوزه ودخل مكة [٥] .

٩٣٩٦ – لنا : أنه سبب لوجوب إحرام ، فإذا وجد : لزمه إحرام ، ولم يسقط بمضي الوقت ، كوجوب الزاد ، والراحلة ، والنذر .

٩٣٩٧ – فإن قيل : المعنى في الأصل : أن الوجوب لا يسقط بحجة الإسلام .

٩٣٩٨ – قلنا : إن كان الأصل وجود الزاد والراحلة : فهذه المعارضة لا تصح [٦] . وإن كان الأصل النذر ، قلنا : ليس إذا سقط الوجوب بفعل واجب آخر ما يدل على سقوط الوجوب ، كما أن الطهارة واجبة لصلاة الفرض ، فلو توضأ لصلاة الجنازة سقط بذلك ما وجب عليه ، ولم يدل على أن الطهارة لم تكن [٧] واجبة .

---

(١) قوله : [قال أصحابنا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) قوله : [في سنته] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يجزه] .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : الجامع الصغير ، باب فيمن جاوز الميقات أو دخل مكة بغير إحرام ص١٤٧ ، ١٤٨، تحفة الفقهاء (٣٩٦/١) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، باب مجاوزة الميقات بلا إحرام (٣٠٣/١ ، ٣٠٤) ، حاشية ابن عابدين ، باب الجنايات (٢٣٤/٢) .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : مختصر المزني ص٦٩ ، حلية العلماء ، باب المواقيت (٢٣٢/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الحج (١٠/٧ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٦-١٨) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما : مثل قول الشافعي ، من دخل مكة بغير إحرام ممن يجب عليه الإحرام ، لم يلزمه القضاء ، وفي المدونة : قال مالك : لا يكون عليه شيء ولكنه رجل عصى ، وفعل ما لم يكن ينبغي له . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، في القراءة وإنشاد الشعر والحديث في الطواف (٣٠٤/١ ، ٣٢٢) ، المنتقى (٢٠٥/٢) ، الإفصاح (٢٦٩/٣ ، ٢٧٠) ، الكافي لابن قدامة ، كتاب الحج (٣٧٨/١) .

(٦) في (م) : [لا يصح] .

(٧) في (م) : [لم يكن] .

٩٣٩٩ - ولأنه إحرام واجب ؛ فجاز أن يلزمه فعله بعد مضي وقته ، كإحرام حجة الإسلام .

٩٤٠٠ - ولأن كل من وجب عليه إحرام لم يسقط عنه مع بقاء الحياة والإسلام إلا بفعله ، أصله : من وجد [1] الزاد والراحلة ، أو نذر .

٩٤٠١ - احتجوا : بالخبرين .

٩٤٠٢ - قلنا : أما حديث الأقرع بن حابس [2] : فنفى وجوب أكثر من حجة واحدة ، وقد بينا : أنه لا يوجب حجة .

٩٤٠٣ - وأما الخبر الآخر [3] : فهو محمول على عمرة الفسخ ، فلو أقَرَّبه مفعوله لحرمة [4] المكان ؛ فوجب أن لا يقضي . أصله [5] : تحية المسجد ليست بواجبة ، فلم يجب قضاؤها ، والإحرام في مسألتنا قد وجب [6] ، فإذا لم [7] يفعله لم يسقط وجوبه .

٩٤٠٤ - فإن قيل : النوافل التي في خلال الفرض كالاستفتاح تقضي وإن لم تكن [8] واجبة ؛ فانتقضت علة الأصل .

٩٤٠٥ - قلنا : غلط ؛ لأن [9] تحية المسجد لما لم تكن [10] واجبة ، لم يجب قضاؤها ، وما في خلال الفرض [11] من السنن لا يجب أن يقضى ، كما لم يجب في الأصل ، وإنما يجوز أن يقضي ، وكلامنا وتعليلنا للوجوب ، فما ذكروه طرد العلة .

٩٤٠٦ - قالوا : دخل الحرم على صفة لو حج من سنته لم يبق عليه القضاء ، فكذلك [12] وإن لم يحج من سنته ، أصله : من كان من أهل المواقيت .

٩٤٠٧ - قلنا : يبطل بمن دخل مُهلا بحجته ؛ ولأنه إذا حج فقد فعل المأمور به ، وليس إذا لم يكن القضاء من أداء الفعل وجب أن لا يلزم من لم يفعل شيئا .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وجود] .
(٢) وقد تقدم تخريج حديث الأقرع بن حابس في مسألة (٤٢٢) .
(٣) وهو حديث ابن عباس ﷺ ، الذي تقدم تخريجه في مسألة (٥١٢) .
(٤) قوله : [لحرمة] ساقط من (م) ، (ع) . (٥) في (ع) : [أصلا] .
(٦) في (م) ، (ع) : [وجبت] .
(٧) حرف : [لم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) : [يقضى وإن لم يكن] . (٩) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [لأن] .
(١٠) في (م) : [لم يكن] . (١١) في (ص) : [في الفرض] بزيادة : [في] .
(١٢) في (ص) : [فلذلك] .

٩٤٠٨ - ولأن أهل المواقيت ومن دونها : فقدمنا أن مصالحهم متعلقة بدخول مكة ، وكذلك مصالح أهل مكة بهم ، ففي إيجاب الإحرام عليهم إلحاق مشقة ، وهذا المعنى لا يوجد فيمن بعد .

٩٤٠٩ - قالوا : كل من لا يستقر علمه بدخول الحرم مهلا إذا كان من أهل المواقيت ، فكذلك [1] إذا كان من غير أهلها . أصله : إذا حج من سنته .

٩٤١٠ - قلنا : إذا حج من سنته فيه فعل ما اقتضاه الأمر ، وإذا أخر الحج فلم يفعل ما يقتضيه الأمر . وفرق بين الأمرين في إيجاب القضاء ، بدلالة : من أحرم بحجة الإسلام فأداها : سقط عنه مقتضى الأمر ، ولو أفسدها لم يفعل مقتضى الأمر ، واستقر عليه القضاء .

٩٤١١ - قالوا : الإحرام لا يجب عليه بالدخول ، بدليل : أنه لو ورد ليدخل فأقام في مكانه أو انصرف إلى بلده : لم يجب عليه الإحرام ، فثبت أنه يلزمه إذا أراد الدخول ، [فصار كالطهارة لصلاة النافلة .

٩٤١٢ - قلنا : وجوب الإحرام يتعلق بإرادة [2] الدخول ، فإذا تم وجب عليه بالدخول] [3] حتى إذا فسد وجب عليه القضاء . ولا فرق بين هذا وبين الطهارة لصلاة [4] النافلة عندنا ، فإنها تتعلق [5] بالإرادة ، فإذا دخل في الصلاة بطهارة وجبت [6] ، فإن أفسدها ، لزمه القضاء بطهارة ، وليس هذا كما إذا دخل في النافلة بغير الطهارة ؛ لأن ذلك ليس بدخول ، فلا يجب به شيء ، ودخول الحرم قد صح ، جواز به ، كأن [7] يدخل في الصلاة بطهارة .

٩٤١٣ - قالوا : لو وجب القضاء بترك الإحرام أدى إلى [8] إيجاب الإحرام بغير نهاية ؛ لأنه كلما حضر الميقات لزمه إحرام به ، فوقع ما يفعله عن الحال دون الماضي ، وهذا كمن نذر أن يصوم أبدًا ، ثم أفطر لم يلزمه القضاء ؛ لأن كل يوم مشغول بما

---

(١) في (ع) : [فلذلك] .
(٢) في (م) ، (ع) : [إرادة] بدون الباء .
(٣) ما بين القوسين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [كصلاة] .
(٥) في (م) : [يتعلق] .
(٦) في (م) : [وجب] .
(٧) في (ص) : [صح جواز به] ، وفي (م) : [صح جوز] ، مكان : [صح وجوز] ، ولفظ : [كأن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) لفظ : [إلى] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

وجب عليه من النذر عن القضاء .

٩٤١٤ - قلنا : له سبيل إلى القضاء من غير ما ذكروه ، فإنه يأتي بإحرام من مكة فيسقط عن نفسه فوجب ما لزمه . ثم هذا ليس بصحيح ؛ لأن عندنا إذا عاد إلى الميقات سنة أخرى فالذي يجب عليه به لحرمة الميقات أن يتجاوزه (١) إلى مكة محرمًا ، فليس عليه أن يأتي بالإحرام للميقات ، فإذا حضره (٢) وأحرم بما عليه . لم يلزمه بمجاوزة الميقات معنى آخر ، وهذا كما لو أحرم منه بحجة الإسلام وبالمنذورة صح .

٩٤١٥ - ولا يقال : قد لزمه بالدخول إحرام ، وحجة الإسلام لازمة بالشرع ، فيؤدي إلى إيجاب ما [لا] (٣) نهاية له .

٩٤١٦ - قالوا : فإذا كان يجري من حرمة الميقات حجة الإسلام ، دل على أنه لا يوجب الإحرام .

٩٤١٧ - قلنا : هذا مغالطة ؛ لأنا لا نتكلم في هذه المسألة إلا بعد تسليم وجوب الإحرام بالميقات ، فإذا الوجوب ثابت بالاتفاق بما (٤) زعمتم ، والقضاء يجب بأمر آخر ، فموجبه يحتاج إلى دليل .

٩٤١٨ - قلنا : إذا اتفقنا على أن مجاوزة الميقات توجب (٥) إحرامًا ، فهو كمن قال : للّه عَلَيّ الحج في هذه السنة ؛ لأن الإيجاب تعلق بسبب من جهته ، فقد اتفقنا على أن النذر المؤقت لا يسقط بفوات الوقت ، وكذلك هذه المسألة (٦) .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [أن يجاوزه] .

(٢) في (م) ، (ع) : [حصره] بالصاد المهملة ، وهو تصحيف .

(٣) إدراج اقتضاه السياق وقد خلت منه سائر النسخ فيما يبدو !

(٤) في (م) ، (ع) : [وإنما] ، مكان : [بما] .

(٥) في (م) ، (ع) : [إذا اتفقا على الميقات يوجب] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [هذا مثله] ، مكان : [هذه مسألة] .

مسألة ٥١٤

حكم مجاوزة النصراني للميقات ثم أسلم

٩٤١٩ - قال أصحابنا : إذا جاوز النصراني الميقات ثم أسلم وأحرم : لم يلزمه دم لترك الميقات [١] .

٩٤٢٠ - وقال الشافعي : إذا جاوز مريدا [٢] للنسك وأحرم : وجب عليه دم ، وإن أخر [٣] الإحرام عن سنته : فلا شيء عليه [٤] .

٩٤٢١ - لنا : أن ما جعل سبب وجوب حال الكفر من العبادات لم يخاطب به بعد الإسلام ، كمضي وقت الصلاة ، دخول [٥] الحول على المال ، وقد دل على ذلك : قوله عليه الصلاة والسلام : « الإسلام يَجُبُّ ما قبله » [٦] .

٩٤٢٢ - ولأنه أسلم بعد مجاوزة الميقات ، فصار كما لو دخل مكة ولم يحج [في] [٧] تلك السنة .

٩٤٢٣ - احتجوا : بأنه جاوز الميقات مريدًا للنسك ، وأحرم دونه من سنته / ومضى [فيه] [٨] قبل رجوعه إلى الميقات فلزمه الدم ، قياسًا على المسلم . ١١٣

(١) راجع المسألة في : الأصل ، (٥٢٢/٢) ، المبسوط ، (١٧٣/٤) .
(٢) في (م) : [مزيدا] .
(٣) في (م) ، (ع) : [أحرم] .
(٤) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب حج الصبي يبلغ والمملوك يعتق والذمي يسلم (١٣٠/٢) ، مختصر المزني ، باب الصبي إذا بلغ والعبد إذا عتق والذمي إذا أسلم وقد أحرموا ص٧٠ ، المجموع مع المهذب ، كتاب الحج و باب المواقيت (٦٠/٧ ، ٦١ ، ٢٠٨) ، حلية العلماء ، (٢٣٢/٣ ، ٢٣٣) . وقال مالك ، وأحمد في إحدى الروايتين عنه : مثل قول الحنفية ، إذا أسلم النصراني بعد مجاوزة الميقات ثم أحرم بالحج ، فلا شيء عليه لترك الميقات . قال ابن القاسم في المدونة : قال مالك في النصراني يسلم عشية عرفة ، فيحرم بالحج : إنه يجزئه من حجة الإسلام ، ولا دم عليه لتركه الوقت . وقال أحمد في رواية أخرى : عليه دم . قال القاضي أبو يعلى : وهو اختيار أبي بكر ، وهو أصح . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، في رفع اليدين عند استلام الحجر الأسود (٣٠٤/١) ، المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٩٩/١-٣٠٠) ، مسألة (٤٢) ، المغني ، (٢٦٨/٣ ، ٢٦٩) .
(٥) في (ص) : حؤول وفي (م) ، (ع) : [دخول] ، مكان : [حؤول] .
(٦) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (١٦١) .
(٧ ، ٨) الزيادة من (م) ، (ع) .

٩٤٢٤ - قلنا : إرادة النسك مع الكفر لا يتعلق بها حكم لا يتعلق بالنذر وبفعل العبادة .

٩٤٢٥ - ولأن المعنى في المسلم : أنه ممن يجب عليه الإحرام بإيجابه ، فجاز أن يلزمه بمجاوزة الوقت ، والنصراني ممن لا يلزمه بإيجابه ، فلم يلزمه بمجاوزة الوقت .

* * *

مسألة ٥١٥

حكم بلوغ الصبي وإحرامه بعد مجاوزة الميقات

٩٤٢٦ - قال أصحابنا : إذا جاوز الصبي الميقات (١) ، ثم أحرم بعد بلوغه : لم يلزمه دم لترك الوقت (٢) .

٩٤٢٧ - وقال الشافعي في أحد قوليه : يلزمه (٣) .

٩٤٢٨ - لنا : أن سبب وجوب العبادة يصل فيه قبل البلوغ ، فلم يلزمه بترك الفعل شيء ، كما لو وجد الزاد والراحلة .

٩٤٢٩ - ولأن الحج وجب عليه بمكة ، فصار كأهلها .

٩٤٣٠ - ولأنه إحرام وجد قبل البلوغ ؛ فلم يلزمه بترك الوقت دم ، أصله : إذا بلغ بعد الوقوف .

٩٤٣١ - وهم بنوا على أصلهم : أن إحرامه ينعقد ، فصار كالبالغ .

٩٤٣٢ - قلنا : ينعقد إحرامه إلا أنه ليس من أهل الوجوب ، فلم يلزمه بترك فعله شيء .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [الوقت] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٢) راجع المسألة في : الأصل (٥٢٣/٢) ، المبسوط (١٧٣/٤) .

(٣) راجع المسألة في : ، الأم (١٣٠/٢) ، مختصر المزني ص٧٠ ، حلية العلماء (٢٣٣/٣) ، المجموع مع المهذب (٥٧/٧-٥٩ ، ٢٠٨) . وقال الحنابلة : مثل قول الحنفية ، الصبي إذا جاوز الميقات ثم أحرم بعد بلوغه ، فلا يجب عليه الدم . راجع تفصيل المسألة في : المغني ، (٢٦٨/٣ ، ٢٦٩) ، الكافي لابن قدامة ، باب المواقيت (٣٨٩/١) .

مسألة ٥١٦

حكم إحرام الصبي ثم يبلغ

٩٤٣٣ - قال أصحابنا : إذا أحرم الصبي ثم بلغ ، فإن جدد الإحرام ووقف بعرفة : أجزأه عن حجة الإسلام ، وإن لم يجدد الإحرام : لم يجزئه .

٩٤٣٤ - وأما العبد إذا عتق : فإنه لا يجزيه ذلك الإحرام عن حجة الإسلام ، جدد إحرامه ، أو لم يجدد (١) .

٩٤٣٥ - وقال الشافعي : إن عتق أو بلغ قبل الوقوف ، أو في حال الوقوف ، أجزأه الحج عن حجة الإسلام ، وإن دفعا من عرفة ، ثم بلغ الصبي وأعتق العبد ، فإن رجعا فوقفا ليلًا : أجزأهما ، وإن لم يرجعا : لم يجزئهما عن حجة الإسلام، وهذا هو المذهب .

٩٤٣٦ - قال : وحكي عن ابن سريج (٢) : أنه قال : يجزيه عن حجة الإسلام (٣) .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، (٥٢٣/٢) ، الجامع الصغير ، كتاب الحج ص١٤٤ ، المبسوط ، (١٧٣/٤ ، ١٧٤) ، تحفة الفقهاء ، كتاب المناسك (٣٨٣/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما شرائط فرضيته (١٢١/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، كتاب الحج (٤٢٣/٢) ، البناية مع الهداية ، كتاب الحج (٢٤/٤ ، ٢٥) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، كتاب الحج (٢٦٣/١) .

(٢) لفظ : [عن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [بشريح] مكان : [سريج] ، وهو تصحيف . وستأتي ترجمة ابن سريج في مسألة (٧٢٩) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، (١٣٠/٢) ، مختصر المزني ، ص٧٠ ، حلية العلماء ، باب الفوات والإحصار (٣١١/٣) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الحج (٥٦/٧-٥٩ ، ٦١ ، ٦٢) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب الثاني في أعمال الحج ، الفصل الحادي عشر في حكم الصبي ، بذيل المجموع (٤٢٩/٧) . وفي المدونة : قال مالك : والعبد يعتقه سيده عشية عرفة أنه إن كان غير محرم فأحرم بعرفة ، أجزأه ذلك عن حجة الإسلام ، ولا شيء عليه لترك الوقت ، وإن كان قد أحرم قبل أن يعتقه سيده ، فأعتقه عشية عرفة ، فإنه على حجه الذي كان ، وليس له أن يجدد إحراما سواه ، وعليه حجة الإسلام ، وقال في الصبي الذي أحرم بحجة ثم بلغ : لا يجزئه عن حجة الإسلام ، إلا أن يكون لم يحرم قبل أن يحتلم ، ثم أحرم عشية عرفة بعد احتلامه ، أو احتلم قبل ذلك ، فأحرم بعد ما احتلم ، فإن ذلك يجزئه عن حجة الإسلام ، ولا يجوز له أن يجدد إحراما ، ولكن يمضي على إحرامه الذي احتلم فيه ولا يجزئه عن حجة الإسلام . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، (٣٠٤/١ ، ٣٠٥) ، الكافي لابن عبد البر ، باب في حج العبد وذوات الزوج (٤١٣/١) ، المنتقى ، في وقوف من فاته الحج بعرفة (٢٠/٣) . وقال الحنابلة : مثل قول الشافعي . قال ابن قدامة في =

٩٤٣٧ – لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى » [١] ، ولم ينو الفرض في مسألتنا ، فلا يكون له ذلك .

٩٤٣٨ – ولأن الصبي صار مكلفًا بعد الإحرام ؛ فلم يجزئه عن حجة الإسلام ، أصله : إذا بلغ بعد طلوع الفجر من يوم النحر .

٩٤٣٩ – ولأنه لو نوى حجة الإسلام ، كالكافر [٢] يحرم ثم يسلم ويقف [٣] .

٩٤٤٠ – ولأن الصبي لم يتقدم إحرامه اعتقاد الإيمان ، فصار كالكافر .

٩٤٤١ – ولأن سبب وجوب [٤] الحج طرأ على إحرامه ، فلم ينعقد عن الفرض ، فلا يجزئ عنه ، كما لو تنفل بالإحرام ، ثم نذر الحج ووقف .

٩٤٤٢ – ولأنه أحرم قبل البلوغ ؛ فلم يُجزئ ذلك عن حجة الإسلام ، كما لو أحرم قبل أشهر الحج .

٩٤٤٣ – وأما العبد فنقول : إن الإحرام ركن من أركان الحج ، فإذا فعله في حال الرق ، فلا يؤدى به عن حجة الإسلام ، أصله : إذا عتق بعد فوات وقت الوقوف .

٩٤٤٤ – ولأنه إحرام انعقد بنية الفرض لم يجزئه عن حجة الإسلام حال وقوعه ؛ فلا يجزئ عنها في الثاني ، أصله : إذا أحرم قبل الأشهر .

٩٤٤٥ – احتجوا : بما روى عبد الرحمن بن معمر الديلمي ، قال : « أتيت رسول الله ﷺ بعرفة ، وأتاه ناس من نجد ، فقالوا : يا رسول الله كيف الحج ؟ ، فقال : الحج عرفة ، فمن جاء قبل طلوع الفجر من ليلة جمع فقد تم حجه » [٥] .

٩٤٤٦ – قالوا : والألف واللام للعهد ، فهذا يدل أنه أدرك حجة الإسلام .

٩٤٤٧ – قلنا : هذا البيان لجنس [٦] الحج ، بدلالة : أن هذا الحكم الذي بينه لا يختص بحجة الإسلام ، فكأنه قال : من وقف بعرفة قبل الفجر فهو حاج ، وكذلك نقول ، والكلام في أنه حجٌّ نفلٍ أو فرضٍ ، وليس هذا في الخبر . يبين ذلك : أن السؤال

= الكافي : وإن وجد البلوغ أو العتق في الوقوف بعرفة أو قبله ، أجزأهما عن حجة الإسلام ، ثم قال : وإن وجد بعد الوقوف في وقته فرجعا فوقفا في الوقت ، أجزأهما أيضا . راجع تفصيل المسألة في : المغني ، كتاب الحج (٢٤٨/٣ ، ٢٤٩) ، الكافي لابن قدامة كتاب الحج (٣٧٨/١) .

(١) تقدم تخريجه في مسألة (١٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فالكافر] .

(٣) في (ع) : [ثم يقف] .

(٤) في (ص) : [وجوبه] .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٤٢٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [بجنس] .

لم يقع عن كيفية الحج ؛ لأنه لو كان كذلك لبين جميع الأفعال ، ولم يقتصر على وقت الإدراك ، ولا وقع السؤال أيضا عن حجة الإسلام ؛ لأن الحكم الذي ذكره عام ، فلم يبق إلا أن يكون السؤال وقع عما يقع به الإدراك ، وعندنا : أنه مدرك للحج بهذا الوقوف ، فقد قلنا بموجب الخبر .

٩٤٤٨ - قالوا : وقف بعرفة في إحرام صحيح وهو كامل ، فوجب أن يدرك به حجة الإسلام ، أصله : إذا أحرم وهو حرٌّ .

٩٤٤٩ - قلنا : المعنى فيه أن إحرامه لم ينعقد بحج عن حجة الإسلام ، فلذلك [1] أجزأ الوقوف . وفي مسألتنا : انعقد حجه بحج عن حجة الفرض ، فلم يجزه عنه ، كما لو أحرم بنفل ثم نذر الحج .

٩٤٥٠ - فإن قيل : يجوز أن ينعقد الإحرام مراعى ثم يقع عن الفرض ، كمن أحرم بشيء مبهم فإحرامه يقع لإحدى عبادتين [2] ، وكمن صلى عندكم في أول الوقت .

٩٤٥١ - قلنا : إذا أحرم بشيء مبهم فإحرامه يقع لإحدى عبادتين ، فإذا تعينت للحج لم تتعين إلا للفرض ، فحال ما صار الإحرام حجًّا غير الفرض فلم يُجزئ عنه .

٩٤٥٢ - وأما الصلاة في أول الوقت فالصحيح : أنها تقع واجبة على أحد أقوال أبي الحسن ، ثم إن الشيء إنما يصح أن ينعقد مراعى إذا تقدمه سبب الوجوب . ومعلوم : أن الصبي والعبد لم يحصل سبب الوجوب في حقهما ، فصورتهما صورة من عقد الصلاة قبل الوقت وعجّل الزكاة قبل ملك النصاب .

٩٤٥٣ - قالوا : أتى بالأعمال الموجبة للإحرام في حال الكمال ، فوجب أن يجزئ عن حجة الإسلام ، قياسًا على الحر البالغ .

٩٤٥٤ - قلنا : الكمال إن كان شرطًا في صحة الأركان التي هي الوقوف والطواف ، فكذلك [3] يجب أن يكون شرطًا في صحة الركن الذي هو الإحرام . يبين ذلك : أن الأفعال تؤدى [4] بمقتضى الإحرام وتترتب عليه ، فإذا كان الكمال يعتبر في الأفعال فأولى أن يعتبر في الإحرام .

٩٤٥٥ - والمعنى في الحر البالغ : أن أفعاله [تقع [5] عما انعقد إحرامه به ، فلذلك

---

(١) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .
(٢) في (ص) : [العبادتين] .
(٣) في (ص) : [فلذلك] .
(٤) في (م) : [يؤدي] .
(٥) في (م) : [يقع] .

العبد والصبي يجب أن يقع أفعالهما عما] [١] انعقد إحرامهما [٢] به ، كما بعد البلوغ والعتق . أو نقول : المعنى فيه أنه لو أحرم فرضًا وقع إحرامهما [٣] عنه ، فإذا أبهم لم يقع عنه ، والعبد إذا عقد الفرض لم يقع عنه ، [فإذا أبهم لم يقع عنه] [٤] .

٩٤٥٦ - وربما بنوا هذه المسألة على أصلهم ممن عليه فرضها ، كذلك لا يقع الوقوف عن النفل ممن عليه ، وهذا أصل نخالفهم فيه [٥] .

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، ومن قوله : [انعقد إحرامه] إلي قوله : [أفعالهما عما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [إحرامها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [إحرامها] .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) : [يخالفهم نية] .

مسألة ٥١٧

إذا أحرم العبد بإذن سيده

٩٤٥٧ – قال أصحابنا : إذا أحرم العبد بإذن سيده : كره للمولى أن يحلله ، فإن حلله : تحلل [١] .

٩٤٥٨ – وقال الشافعي : لا يجوز أن يحلله [٢] ، فإن نهاه قبل الإحرام ، فعلم بالنهي وأحرم : فله أن يحلله ، وإن لم يعلم بالنهي حتى أحرم : ففيه وجهان [٣] .

٩٤٥٩ – لنا : أنه إحرام عقده في حال الرق ، فكان للمولى فسخه ، كما لو أحرم بغير إذن المولى .

٩٤٦٠ – ولأنه أذن لعبده في الإحرام ، فجاز له الرجوع ، كما لو رجع قبل أن يحرم .

٩٤٦١ – ولأنه مالك لمنافعه ؛ فيملك [٤] أن يمنعه من فعل [٥] الحج ، كالابتداء .

٩٤٦٢ – احتجوا : بأن الإحرام عقد لازم ، فاذا عقد العبد بإذن سيده : لم يملك فسخه عليه ، كالنكاح .

٩٤٦٣ – قلنا : منافع البُضع يملكها العبد ، فإذا أذن له في العقد ملك المنافع ، فلم يجز للمولى فسخه ، وليس كذلك منافع نفسه ؛ لأن العبد لا يملكها وإن ملكه المولى ،

---

(١) قال الكاساني في بدائع الصنائع : وروى عن أبي يوسف ، وزفر : أن المولى إذا أذن للعبد في الحج ، ليس له أن يحلله . راجع المسألة في : الأصل ، باب الحج عن الميت وغيره (٥١٥/٢) ، المبسوط ، باب الحج عن الميت وغيره (١٦٥/٤) ، تحفة الفقهاء ، باب آخر (٤١٦/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما حكم الإحصار (١٨١/٢) .

(٢) قوله : [لا يجوز أن يحلله] ساقط من (ع) .

(٣) في (ع) : [فله فيه وجهان] ، مكان : [ففيه وجهان] . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في الإذن للعبد (١١٢/٢) ، حلية العلماء ، (٣٠٩/٣ ، ٣١٠) ، المجموع ، كتاب الحج (٤٣/٧-٤٩) ، فتح العزيز ، في القسم الثالث من كتاب الحج في اللواحق ، بذيل المجموع (٢٢/٨-٢٤) . وقال مالك وأحمد وأصحابهما : مثل قول الشافعي ، إن أحرم العبد بإذن سيده فليس له تحليله . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، في ما نحر قبل الفجر (٣٦٠/١) ، الكافي لابن عبد البر ، (٤١٣/١) ، المغني ، كتاب الحج (٢٥٠/٣ ، ٢٥١) ، الكافي لابن قدامة ، فصل في حج العبد (٣٨٣/١ ، ٣٨٤) .

(٤) في (م) : [مهلك] ، وفي (ع) : [ملك] .

(٥) لفظ : [فعل] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

فبقيت على ملك المولى بعد الإذن ، فجاز له الرجوع . يبين ذلك : أن أجنبيًّا لو أعاره شيئا فملكه المولى ، فإذا أباحه منافعه بقيت على ملكه كما كانت .

٩٤٦٤ - قالوا : من جاز له فسخ الإحرام إذا عقده (١) بغير إذنه ، لم يجز له فسخه إذا عقده (٢) بإذنه ، أصله : الزوج إذا أذن لزوجته .

٩٤٦٥ - [قلنا : الزوج إذا أذن لزوجته] (٣) ؛ فقد سقط حقه بالإذن ، فملكت المنافع ، فلا يجوز الرجوع فيها ، والعبد لا يملك منافع نفسه ، فبقيت على حكم المولى ، فجاز له الرجوع فيها ، كالمعير .

٩٤٦٦ - قالوا : لما كان للمولى أن يفسخ الإذن ؛ لأنه في حكم المعير ، جاز للعبد أن يفسخ ؛ لأنه في حكم المستعير .

٩٤٦٧ - قلنا : العبد أوجب (٤) الإحرام بهذه المنافع ، فلا يجوز فسخه مع القدرة على المضي فيه ، وما لم يمنعه المولى فهو قادر على المضي فيه . يبين ذلك : أنه لو أحرم بغير إذن مولاه فلم يحلله المولى ؛ لم يجز له التحليل (٥) وإن كانت المنافع على ملك المولى ولم يسقط حقه عنها ، كذلك بعد الإذن ، ولا يملك التحلل وإن ملك المولى ذلك .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [عقد] بدون [الهاء] .

(٢) في (م) ، (ع) : [عقد] بدون [الهاء] .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [إذا أوجب] بزيادة : [إذا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [التحلل] .

مسألة ٥١٨

إذا دخل العبد مكة بغير إحرام ثم أعتق فأحرم

٩٤٦٨ - قال أصحابنا : إذا دخل العبد مكة بغير إحرام ، ثم أعتق فأحرم : لزمه دم بترك الوقت (١) ، وإن لم يعتق فأحرم : لزمه دم إذا أعتق (٢) .

٩٤٦٩ - وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يلزمه دم (٣) .

٩٤٧٠ - لنا : أنه (٤) جاوز الميقات غير محرم ، وهو على صفة يصح إحرامه ، فوجب أن يلزمه دم ، كالحر الذي يريد النسك .

٩٤٧١ - ولأنه مكلف أحرم دون ميقاته ، فلزمه (٥) لترك الوقت دم ، كالحر .

٩٤٧٢ - ولا يلزم الكافر ؛ لأن الدم يلزمه ويسقط بالإسلام .

* * *

(١) الوقت : يعني : الميقات . والميقات : الوقت المضروب للفعل ، والموضع الذي يحرم منه ، قال الفيومي : والميقات : الوقت ، والجمع : مواقيت ، وقد استعير الوقت للمكان ، ومنه : مواقيت الحج لموضع الإحرام . راجع في : المغرب الواو مع القاف ص٤٩٠ ، وفي لسان العرب ، مادة : وقت (٤٨٨٧/٦) ، المصباح المنير (٦٣٨/٢) .

(٢) راجع تفصيل المسألة ، في : الأصل ، باب المواقيت (٥٢٢/٢) ، المبسوط ، باب المواقيت (١٧٣/٤) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في مسألة (٥١٠) . وقال المالكية والحنابلة : مثل أحد قولي الشافعي ، لا شيء على العبد لتركه الوقت . راجع المسألة في : المدونة ، في رفع اليدين عند استلام الحجر الأسود (٣٠٤/١) ، والمغني ، باب ذكر المواقيت (٢٦٨/٣ ، ٢٦٩) ، الكافي لابن قدامة ، باب المواقيت (٣٨٩/١) .

(٤) لفظ : [لنا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [لأنه] ، مكان : [أنه] .

(٥) في (ص) : [لزمه] بدون الفاء .

مسألة ٥١٩

إذا أحرم بحجتين أو عمرتين

٩٤٧٣ - قال أبو حنيفة : إذا أحرم بحجتين أو عمرتين : لزمتاه جميعًا ، ومتى يصير رافضًا لإحداهما ؟ إذا سار من مكانه .

٩٤٧٤ - وروى عنه : أنه لا يصير / رافضًا] (١) حتى يبتدئ بالطواف (٢) . ١١٤

٩٤٧٥ - وقال الشافعي : ينعقد إحرامه بإحداهما (٣) .

٩٤٧٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ ﴾ (٤) ، وليس هاهنا عهد ينصرف إليه اللفظ ؛ لأنه لم يُرد باللفظ حجة الإسلام خاصة ؛ لأن الحكم المذكور يتناول كل إحرام ، فعلم أن المراد به : الجنس ، فظاهره (٥) يقتضي : أنه لو أحرم بأكثر من حجة جاز .

٩٤٧٧ - فإن قالوا : المذكور فيها تحريم المحظورات ، وهي عندنا محرمة إذا أحرم.

٩٤٧٨ - قلنا : المقصود بها بيان الانعقاد والتحريم جميعا ؛ ولأنهما نسكان لو انفرد كل واحد منهما صح ، فإذا اجتمع بينهما : انعقد ، أصله : الحج والعمرة .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) ورد في (م) بعد قوله : حتى يبتدئ بالطواف : وقال الشافعي : ينعقد إحرامه بحجتين أو عمرتين معا أو بعمرتين ، ومتى يصير رافضا ، وهو سهو ، قال الكاساني في بدائع الصنائع : إذا أحرم بحجتين معا أو بعمرتين ، قال أبو حنيفة وأبو يوسف : لزمتاه جميعا ، وقال محمد : لا يلزمه إلا إحداهما وقال : ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في وقت ارتفاض إحداهما . عند أبي يوسف : يرتفض عقيب الإحرام بلا فصل ، وعن أبي حنيفة روايتان ، في الرواية المشهورة عنه : يرتفض إذا قصد مكة . راجع تفصيل المسألة في : المبسوط ، باب المحصر (١١٥/٤ ، ١١٦) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان ما يحرم به (١٧٠/٢) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب من أهلَّ بحجتين أو عمرتين ، وباب الخلاف فيمن أهل بحجتين أو عمرتين (١٣٦/٢ ، ١٣٧) ، مختصر المزني ، باب هل له أن يحرم بحجتين أو عمرتين وما يتعلق بذلك ص ٧٠، حلية العلماء ، باب الإحرام وما يحرم فيه (٢٣٧/٣ ، ٢٣٨) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الحج ، وباب الإحرام وما يحرم فيه (١٤٣/٧ ، ٢٣١) ، فتح العزيز ، في الباب الثاني في أعمال الحج ، بذيل المجموع (٢٠٣/٧) . وقال المالكية والحنابلة : لو أحرم بحجتين أو عمرتين ، لم يلزمه إلا واحدة . راجع تفصيل المسألة في : المنتقى ، في إفراد الحج (٢١٣/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، باب الإفراد والتمتع والقران (٣٨٤/١) ، المغني ، باب ذكر الإحرام (٢٨٧/٣ ، ٢٨٨) ، الكافي لابن قدامة ، باب الإحرام (٣٩٤/١) .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٩٧ .

(٥) في (ص) : [فظاهر] بحذف الضمير .

٩٤٧٩ - قالوا : المعنى فيهما أن الزمان يتسع لفعلهما [١] شرعًا ، فلذلك انعقد إحرامه بهما ، والحجتان لا يتسع الوقت لفعلهما شرعًا ، فلم ينعقد إحرامه .

٩٤٨٠ - قلنا : لو كان هذا المعنى هو المانع من انعقادهما ، [وهما يتساويان في المنع [٢] من انقضاء كل واحد منهما ؛ لأن المعنى المانع] [٣] إذا وجد في شيئين متساويين ، أثَّر فيهما جميعًا [٤] ، فلما انعقد أحد الإحرامين ، دل على أن الآخر أيضا انعقد ؛ لأن [٥] الدخول سبب الوجوب ، كالنذر .

٩٤٨١ - ولا يلزم الزاد والراحلة ؛ لأنه [٦] لا يوجب حجًا ولا عمرة.

٩٤٨٢ - ولا يلزم الإحصار ؛ لأن الحج يجب بالدخول لا بالإحصار [٧] .

٩٤٨٣ - فإن قيل : النذر يجوز أن يجب به صلاتان [٨] ، ولا يصح الدخول فيهما ؛ ولأنه يثبت المنذور في الذمة ، والذمة تتسع لحجتين [٩] ، والدخول يعلق الوجوب بالوقت ، وهو لا يتسع لهما .

٩٤٨٤ - قلنا : الدخول في الحج إنما يراد للإيجاب ، بدلالة : أن أفعاله لا يجب أن تبطل بالتحريم ، كما لا يجب أن تتصل [١٠] بالنذر فيهما سواء .

٩٤٨٥ - ولأن من دخل في حجتين لا يجوز أن يكون دخل ليفعل ؛ لأنهما لا يجتمعان في الفعل ، وإنما دخل للإيجاب خاصة .

٩٤٨٦ - فأما الصلاتان [١١] : فمن شرط أفعال الصلاة أن يتصل تحريمتهما [١٢] ، وإنما دخل في صلاتين ، فلم يجز [١٣] أن يكون الدخول للإيجاب ؛ لأن أفعالهما لا

---

(١) في سائر النسخ : [لفعلها] والصواب ما أثبتناه .

(٢) في (م) ، (ع) : [منع] بدون الألف وللام .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) قاعدة : المعنى المانع إذا وجد في شيئين متساويين أثر فيهما جميعًا .

(٥) لفظ : [أيضا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [ولأن] بالعطف.

(٦) قوله : [لأنه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ص) ، (م) : [بإحصار] بدون الألف واللام .

(٨) في (م) ، (ع) : [صلاتين] .

(٩) في (م) ، (ع) [يتسع] ، وفي (م) ، (ص) : [بحجتين] ، مكان المثبت .

(١٠) في (م) ، (ع) : [أن يتصل] .

(١١) في سائر النسخ : [الصلاتين] ، والصواب ما أثبتناه .

(١٢) في (ع) : [تحريمتها] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [لم يجز] بدون الفاء .

يصح أن تتأخر [١] عن إحرامهما ، وأنه أتى بإحرام الحجة الثانية مع النية ممن [٢] يصح منه الإحرام ، فصارت كالأولى .

٩٤٨٧ - ولأنهما عقدان متفقان في الحكم والصفة ، فلم ينعقد أحدهما ، كتزوج [٣] الأختين ، وكالظهر مع العصر ، وطرده يمنع [٤] العيدين .

٩٤٨٨ - احتجوا : بحديث الأقرع بن حابس : « قال : قلت : يا رسول اللّٰه الحج مرة أو أكثر ؟ ، فقال : بل مرة ، وما زاد فهو تطوع » [٥] .

٩٤٨٩ - قلنا : قد بينا أن المراد : الحج الواجب بالشرع ، وكلامنا وقع فيما يجب بفعله وإيجابه ، والخبر لم يتناول نفي ذلك ، بدلالة النذر .

٩٤٩٠ - قالوا : عبادتان لا يتسع الزمان لفعلهما معًا شرعًا ، فوجب أن لا ينعقد إحرامه بهما ، كالظهر والعصر .

٩٤٩١ - قلنا : ضيق الوقت منهما إنما يمنع من إيقاع فعلهما ، وهذا المعنى لا يمنع [٦] من انعقاد الإحرام ، كما لو أحرم يوم عرفة من الكوفة .

٩٤٩٢ - ولا معنى لقولهم : إن هناك يتسع الوقت شرعًا ، وإنما ينعقد مع بعد المسافة ؛ لأن الفعل إذا تعذر لبعد المسافة لم يمنع الانعقاد ، كذلك إذا تعذر بالشرع لا يمنع الانعقاد .

٩٤٩٣ - والمعنى في الصلاتين : أنهما لو تساويا وكان تعذر المضي فيهما يؤثر منع كل واحد منهما من انعقاده ، فلو كان هذا المعنى مانعًا من انعقاد الإحرام في مسألتنا مع تساويهما منع من كل واحد منهما .

٩٤٩٤ - ولا يلزم على هذا : إذا نوى صوم رمضان ، وصوما آخر ؛ لأنه لا ينعقد بهما وينعقد بأحدهما ؛ لأن الصومين لم يتساويا ، بدلالة : أن أحدهما مستحق في الزمان والآخر غير مستحق في الزمان ، فلما لم يجتمعا صح أحدهما ، كما لو جمع بين أمة وحرة في عقد ، صح نكاح الحرة ؛ لأنه لم يتناوله نكاح الأمة وبمثله لو جمع بين الأختين لم يصح واحد من النكاحين .

٩٤٩٥ - قالوا : عبادتان لا يصح المضي فيهما ، ولا يصح الإحرام بهما ، أصله :

---

(١) في (م) : [أن يتأخر] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فمن] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لترويج] .
(٤) في (ص) ، (م) :[تبع] بدون نقط .
(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٤٢٢) .
(٦) في (ص) ، (م) : [لا يمتنع] .

الصلاتان [١] .

٩٤٩٦ - قلنا : إن أردتم أن المضي لا يصح حكمًا : بطل بالعبد [٢] يحرم بغير إذن مولاه . وإن أردتم بالمضي من طريق المشاهدة : يبطل بمن أحرم ليلة النحر من الكوفة .

٩٤٩٧ - قالوا : هناك يمكنه أن يمضي ؛ لأنه يصير فائت الحج ، ويمضي يطوف ويسعى .

٩٤٩٨ - قلنا : معنى قوله : يمضي [٣] في العبادة : إنما هو أن يأتي بمقاصدها ، والمحرم بالحج لا يقصد بإحرامه أن يطوف ويسعى ويتحلل ، فلا يكون هذا مضيًّا [٤] فيما أوجب . والمعنى في الصلاتين : أن إحرامهما إنما يراد ليتصل إحرامهما بالتحريمة ، فإذا تعذر ذلك لم ينعقد . والحج يراد بتحريمته لإيجاب الأفعال لا لاتصالهما بالتحريمة ، فلذلك جاز أن لا يصح قبله بعد المضي فيه [٥] .

٩٤٩٩ - قالوا : الإحرام شرط من شرائط الحج ، فوجب أن لا يصح فعله عن حجتين معًا ، كالوقوف والطواف [٦] والسعي .

٩٥٠٠ - قلنا : لسنا نقول : إن الإحرام الواحد يقع لهما ، بل هو محرم بإحرامين كل واحد منهما لحجة ، كما نقول في القران [٧] ، وكذلك الوقوف لا يجزئ وقوف واحد عنهما ، بل يحتاج كل إحرام إلى [٨] وقوف وطواف .

٩٥٠١ - ولأن الإحرام يوجب الأفعال ، وليس [٩] إذا كان الفعل الواحد يوجب عبادتين كانت الأفعال الموجَبَة تتداخل [١٠] ، كما أن النذر الواحد [١١] يوجب إحرامين ، والأركان لا تتداخل [١٢] .

---

(١) في سائر النسخ : [الصلاتين] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) في (ع) : [بالعبد] .

(٣) في (م) : [بمعنى] ، مكان : [يمضى] .

(٤) في (م) : [نصبا] ، وفي (ع) : [نصا] ، مكان : [مضيا] .

(٥) في هامش (ص) : فيعقد مع تعذر المضي فيه ، مكان قوله : [لا يصح قبله] بعد المضي فيه ، من نسخة أخرى .

(٦) قوله : [والطواف] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [بحجة] ، مكان : [لحجة] ، وفي (م) ، (ع) : [القارن] ، بدل : [القرآن] .

(٨) قوله : [إحرام إلى] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) قوله : [وليس] ساقط من (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يتداخل] .

(١١) في (ص) : [الواجب] ، مكان : [الواحد] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [لا يتداخل] .

٩٥٠٢ - قالوا : حكم الإحرام يقتضي انعقاد النسك والمضي فيه ، ثم قد ثبت : أنه إذا أحرم بحجتين سقط أحد ما اقتضياه وهو [1] المضي فيهما ، ووجب أن يسقط [2] المقتضى الآخر ، وهو الانعقاد .

٩٥٠٣ - قلنا : قد يحرم العبد بغير إذن [3] المولى ، فيسقط المضي ، ولا يسقط الانعقاد ، وكذلك إذا أحرمت المرأة بغير إذن زوجها .

٩٥٠٤ - ولأن سقوط المضي بمعنى حادثٍ بعد الانعقاد ، ولا يؤثر فيه بدلالة الإحصار.

٩٥٠٥ - قالوا : لو كانت الحجة الثانية قد انعقدت ، لم يجز أن يتحلل منها إلا لسبب حادث ، ولم يحدث في مسألتنا ما يوجب الفسخ.

٩٥٠٦ - قلنا : إنما يصير رافضًا لها في إحدى الروايتين : بالسير ، وفي الرواية [4] الأخرى : بالطواف ؛ لأنها لو بقيت صارت الأفعال واقعة عن الإحرامين ، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر ، فلما لم يجز أن يقع عمل واحد لحجتين ، ولا لعمرتين أن يتعين [5] أحدهما ليقع العمل للأخرى .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ما أقتضاه] ، وفي (ص) ، (م) : [وهي] ، مكان : [وهو] .

(٢) في (م) ، (ع) : [أن سقط] .

(٣) في (ص) : [بإذن] ، مكان : [بغير إذن] .

(٤) في (ص) : [بالمسير] ، مكان : [السير] ، ولفظ : [الرواية] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [بحجتين ولا بعمرتين] ، مكان : [لحجتين ولا لعمرتين] ، وفي (ص) : [أن نبعبه] من غير نقط ، وفي (م) ، (ع) : [أن يبقيه] ، مكان :[أن يتعين] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

مسألة ٥٢٠

من أحرم بحجة فأدخل عليها عمرة

٩٥٠٧ - قال أصحابنا : فيمن أحرم بحجة فأدخل عليها عمرة : جاز ، ويكره له ذلك .

٩٥٠٨ - وهو قول الشافعي في القديم ، وقال في الجديد : لا يجوز [١] .

٩٥٠٩ - لنا : أنه أحد الإحرامين ، فجاز إدخاله على الآخر ، كما يجوز إدخال الحجة على العمرة .

٩٥١٠ - وقال الشافعي : إنه إذا كان أحرم بحجة قبل أن يدخل [في] [٢] طواف العمرة : جاز ذلك قولًا واحدًا .

٩٥١١ - ولأن كل ما جاز إدخال [٣] الحج عليه جاز إدخاله على الحج ، كالصيام.

٩٥١٢ - ولأنه يستفيد بإحرامها عملًا ، وهو النسك [٤] ، وهو الطواف والسعي ودم القران ، فصار كإدخال الحج على [٥] العمرة .

٩٥١٣ - احتجوا [٦] : بأن القارن يطوف طوافًا واحدًا ، ولا يستفيد بالإحرام إلا ما أوجبه [٧] الحج من العمل . وهذا أصل نخالفهم [٨] فيه ؛ لأن عندنا يستفيد به الطواف والسعي ودم القران ، ثم هذا يبطل بالجمع بينهما ابتداء ، فإنه يصح بالإجماع ، ولا يستفيد بذلك [٩] عملا على قوله .

٩٥١٤ - فإن قيل : يقع الطواف والسعي للإحرامين .

---

(١) هذه نفس المسألة التي تقدمت برقم (٤١٧) .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) في (ص) : [إدخاله] .

(٤) في (م) ، (ع) : [نسك] بدون الألف واللام .

(٥) حرف : [الجر] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [واحتجوا] بالعطف .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا أوجبه] بحذف [ما] ، وهو سهو .

(٨) في (م) : [يخالفهم] ، وفي (م) ، (ع) : بزيادة [نحن] ، أي [نحن نخالفهم] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ذلك] .

٩٥١٥ – قلنا : لو انضمت العمرة إلى الحج : وجب الطواف والسعي ، فلا فائدة في الضم . ثم إذا أدخل العمرة على الحجة فما الذي يمنع من أن يكون الطواف لهما ؟

٩٥١٦ – فإن قالوا : لأنه وجب للحج .

٩٥١٧ – قلنا : وكذلك إذا جمعهما ابتداء قد وجب الضم .

* * *

مسألة ٥٢١

حكم الاستئجار على الحج

٩٥١٨ - قال أصحابنا : لا يجوز الاستئجار على الحج ، وعلى سائر الطاعات ، مثل : الأذان ، والإمامة ، وتعليم القرآن (١) .

٩٥١٩ - وقال الشافعي : يجوز الاستئجار على الحج ، والأذان .

٩٥٢٠ - قالوا : ويجوز استئجار (٢) الشاهد على أداء الشهادة إذا لم يتعين عليه ، وإن تعينت عليه وكان فقيرًا ينقطع عن كسبه جاز أن يأخذ على الشهادة عوضًا (٣) .

٩٥٢١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ مَن (٤) كَانَ يُرِيدُ حَرْثَ ٱلْأَخِرَةِ نَزِدْ لَهُۥ فِى حَرْثِهِۦ وَمَن كَانَ يُرِيدُ حَرْثَ ٱلدُّنْيَا نُؤْتِهِۦ مِنْهَا وَمَا لَهُۥ / فِى ٱلْأَخِرَةِ مِن نَّصِيبٍ ﴾ (٥) ، والأجير (٦) : إنما أراد حرث الدنيا ، فتبطل (٧) تلك القربة بفعله.

٩٥٢٢ - ولأنه بأخذ العوض تبطل القربة المقصودة بالعمل ؛ بدلالة : العتق على مال لا يجزئ عن الكفارة .

٩٥٢٣ - ولأن (٨) كل فعل لا يجوز أن يستأجر عليه من يفعله ، لا يجوز الاستئجار

(١) راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، باب الحج عن الميت وغيره (٥٠٨/٢) ، مختصر الطحاوي ، باب وجوب الحج ص٥٩ ، المبسوط ، باب الحج عن الميت وغيره (١٥٨/٤ ، ١٥٩) ، حاشية ابن عابدين ، باب الحج عن الغير (٢٤٥/٢ ، ٢٤٦) .

(٢) في (م) ، (ع) : [أن يستأجر] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب الإجارة على الحج و باب الحج بغير نية (١٢٤/٢ ، ١٢٨) ، مختصر المزني ، باب الإجارة على الحج والوصية به ص٧١ ، المجموع مع المهذب ، فصل في الاستئجار للحج (١٢٠/٧ ، ١٣٩) . وقال مالك : مثل قول الشافعي ، الاستئجار على الحج جائز . راجع تفصيل المسألة في : المنتقى ، في الحج عمن يحج عنه (٢٧١/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، باب الإجارة على الحج والعمرة والوصية بذلك (٤٠٨/١ ، ٤٠٩) ، بداية المجتهد ، في الجنس الأول (٢٣٢/١ ، ٢٣٣) . وقال ابن قدامة في المغني : وفي الاستئجار على الحج والأذان وتعليم القرآن والفقه ونحوه مما يتعدى نفعه ولا يختص فاعله إذا كان فاعله من أهل القربة ، روايتان : إحداهما : لا يجوز ، وهو مذهب أبي حنيفة ، وإسحاق . والأخرى : يجوز ، وهو مذهب مالك والشافعي وابن المنذر . راجع تفصيل المسألة في المغني ، كتاب الحج (٢٣١/٣) .

(٤) في (ص) : [فمن] ، وهو خطأ .

(٥) سورة الشورى : الآية ٢٠ .

(٦) في (م) : [والأخير] بالخاء المعجمة .

(٧) في (م) ، (ع) : [فيبطل] .

(٨) في (م) ، (ع) : [عن الكفارة] ، مكان : [عنه الكفارة] ، وفي (ص) : [لأن] بدون العطف .

عليه كسائر العبادات .

٩٥٢٤ - فإن قيل : المعنى في الصلاة والصوم : أنه لا تصح النيابة فيهما.

٩٥٢٥ - قلنا : وكذلك نقول في الحج : ليس إذا جاز أن ينوب في الحج جاز الاستئجار .

٩٥٢٦ - ولأن الإمام يستنيب القاضي في الأحكام ولا يجوز أن يستأجره ، والأعمال المجهولة تصح النيابة فيها ، ولا يصح (١) الاستئجار عليه ، ويستخلف الإمام في الصلاة إذا أحدث ، ولا يجوز أن يستأجر عليه .

٩٥٢٧ - ولأن كل ما لا يجوز استئجار العبد عليه لا يجوز استئجار الحر [عليه] (٢) ، كالجهاد ، أو عبادة تفتقر إلى قطع مسافة ، كالجهاد .

٩٥٢٨ - فإن قيل : المعنى في الجهاد : أنه لا تصح النيابة فيه ، ولا يصح أن يضيفه إلى غيره .

٩٥٢٩ - قلنا : ليس كذلك ؛ لأنه يصح أن ينوب فيه بنفقته ويضيفه الشاخص إلى القاعد .

٩٥٣٠ - فإن قيل : الجهاد من فروض الكفاية ، فمن حضر الوقعة (٣) يلزمه فعل الجهاد عن نفسه ، فلم يجز أن ينوب عن غيره .

٩٥٣١ - قلنا : فكذلك (٤) المستناب في الحج يلزم عليه المضي فيه (٥) بالدخول ، فيصير واجبًا عليه ، فلا يصح أن يأخذ الأجرة عنه من غيره .

٩٥٣٢ - وإن من شرط الحج أن يكون قربة لفاعله ، فلا يجوز الاستئجار عليه ، كصلاة الجنازة .

٩٥٣٣ - ولأنها عبادة تجب بإفسادها الكفارة ؛ فلا يجوز الاستئجار على فعلها ، كالصوم .

٩٥٣٤ - ولأنه يسقط بإحرامه ما لزمه بمجاوزة الميقات (٦) ، وما أسقط به الإنسان فرض نفسه ، لم يجز أن يأخذ الأجرة عليه ، كالجهاد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلا يصح] .
(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٣) في (ع) : [الواقعة] .
(٤) في (ص) : [فلذلك] .
(٥) في (م) ، (ع) : [عليه] .
(٦) في (م) ، (ع) : [الوقت] .

٩٥٣٥ - احتجوا : بأن كل ما جاز أن يفعله الغير عن الغير تطوعًا وتبرعًا ؛ جاز أن يفعله عنه بعقد الإجارة [١] ، كالبناء .

٩٥٣٦ - قلنا : يجوز أن يتطوع عنه بالأعمال المجهولة ، ولا يجوز أن يستأجر عليها. والمعنى في النيابة : أنه يجوز أن يستأجر الكافر عليه ، فجاز استئجار الحر المسلم عليه [٢] .

٩٥٣٧ - قالوا : لأنه من فرائض الأعيان يجب بوجود [٣] مال ، فجاز أن يدخله النيابة ، [أصله : الزكاة .

٩٥٣٨ - قلنا : الزكاة لَمَّا جاز أن ينوب فيها مَنْ عليه فرضها ، جاز أن ينوب في أداء فرضها ، وفي مسألتنا بخلافه .

٩٥٣٩ - قالوا : عمل تدخله النيابة] [٤] ؛ فجاز عقد الإجارة عليه ، كبناء المساجد .

٩٥٤٠ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن النيابة لا تدخله [٥] عندنا ، ولو سلمنا ذلك انتقض بنيابة الشاخص عن القاعد في الجهاد .

٩٥٤١ - ولأن [٦] بناء المساجد قربة ، ليس من شرطها : أن تكون [٧] في نسبة لفاعلها ، ولهذا يجوز أن يتولاها [٨] الكافر ، وفي مسألتنا : من شرط الحج : أن يكون قربة لفاعلها ، فلم يجز الاستئجار عليه .

٩٥٤٢ - قالوا : يجوز أن يفعله عن غيره بنفقة يأخذها منه ، فجاز أن ينوب عنه بالإجارة ، كسائر [٩] الأعمال .

٩٥٤٣ - قلنا : إنما جاز أخذ النفقة ؛ لأن الإنسان يجب عليه [بوجود المال أن يحج بنفسه وينفق المال ، فإذا عجز عن أداء الحج بنفسه ، وجب عليه] [١٠] دفع المال إلى

---

(١) في (م) ، (ع) : [إجارة] بدون الألف واللام .

(٢) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) . (٣) في (م) : [موجود] .

(٤) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) . (٥) في (م) : [لا يدخله] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولا] ، مكان : [ولأن] .

(٧) في (م) : [أن يكون] .

(٨) في (م) ، (ع) : [أن لا يتولاها] بزيادة : [لا] .

(٩) في (م) ، (ع) : [وكسائر] بالعطف .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

غيره ليصرفه [١] في عمل الحج ليسقط عن المحجوج عنه [٢] ما وجب من الحج ويحصل له ثواب النفقة . وإذا استأجره بمال ملكه الأجير بعقد الإجارة ، فصار منفقًا لمال نفسه في عمل الحج ، فلا يسقط به فرض المحجوج عنه ، ولا يحصل له ثواب الإنفاق ، ولهذا نقول : إنَّ تطوُّعَ الحج عنه لم يسقط به فرضه .

* * *

(١) في (م) : [لتصرفه] .

(٢) في (م) و (ع) : [عنه] وفي باقي النسخ [عليه] .

مسألة ٥٢٢

حكم المحرم إذا قتل صيدا

٩٥٤٤ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا قتل المحرم صيدًا : وجب بقتله القيمة ، يحكم بها ذوا عدل ، والقاتل بالخيار ، إن شاء صرفها إلى الهدي ، وإن شاء إلى الإطعام ، وإن شاء إلى الصيام .

٩٥٤٥ - وقال [١] محمد : يلزمه مثله من جهة الخلقة إن كان له مثل ، وإن لم يكن له مثل : فقوله مثل قولهما [٢] .

٩٥٤٦ - وقال الشافعي : الواجب مما له نظير : النظير ، ومما لا نظير له : القيمة ، فإن أراد إخراج الطعام يخرج الطعام بقيمة النظير [٣] .

٩٥٤٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞ ﴾ [٤] . وهذا عامٌّ فيما له نظير وفيما لا نظير له ، ثم قال تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا ﴾ [٥] .

---

(١) في (ص) : [قال] بدون العطف .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، باب جزاء الصيد (٤٣٨/٢-٤٤١) ، مختصر الطحاوي ، باب الفدية وجزاء الصيد ص٧٠ ، ٧١ ، متن القدوري ، باب الجنايات ص٣١ ، المبسوط ، باب جزاء الصيد (٨٢/٤ - ٨٤) ، تحفة الفقهاء ، باب آخر (٤٢٢/١-٤٢٤) ، بدائع الصنائع فصل : وأما بيان حكم ما يحرم على المحرم اصطياده (١٩٨/٢ ، ١٩٩) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، باب الجنايات (٧٣/٣-٧٧) ، البناية مع الهداية ، باب الجنايات (٣١٠/٤-٣١٩) ، مجمع الأنهر ، باب الجنايات (٢٩٧/١ ، ٢٩٨) ، حاشية ابن عابدين ، باب الجنايات (٢٢٠/٢) .

(٣) قوله : [يخرج الطعام] ساقط من (م) ، (ع) . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب الصيد للمحرم (٢٠٦/٢ ، ٢٠٧) مختصر المزني ، باب كيفية الجزاء ص٧١ ، اختلاف العلماء باب الحج ص٩٧ ، ٩٨ ، حلية العلماء ، باب ما يجب بمحظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٢٧١/٣) ، المجموع مع المهذب ، باب ما يجب في محظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٤٢٣/٧ ، ٤٢٤ ، ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ٤٣٨) . وقال المالكية والحنابلة : مثل قول الشافعي ، الواجب إخراج المثل فيما له مثل من النعم ، والقيمة فيما لا مثل له . راجع تفصيل المسألة في : المنتقى ، في الحكم في الصيد (٢٥٣/٢ ، ٢٥٤) ، الكافي لابن عبد البر ، باب الحكم في جزاء الصيد (٣٩٣/١ ، ٣٩٤) ، بداية المجتهد ، في القول في أحكام جزاء الصيد (٣٧٢/١) ، الإفصاح ، باب العمرة (٢٨٧/١) ، المغني ، باب الفدية وجزاء الصيد (٥٠٩/١-٥١٢) ، الكافي لابن قدامة ، باب جزاء الصيد (٤١٩/١ ، ٤٢٢) .

(٤ ، ٥) سورة المائدة : الآية ٩٥ .

والهاء في قوله : ﴿ قَتَلَهُۥ ﴾ كناية عن الصيود التي يتناولها العموم ؛ فوجب أن يحمل المثل على ما يعم الجميع ، وذلك هو القيمة التي تعم الجميع .

٩٥٤٨ - ولأن اللَّه تعالى أوجب المثل ، وذلك في الشرع عبارة عن مثلٍ من جنسه أو مثله من قيمته [١] ، فوجب حمل المثل في مسألتنا على المثل المستقر في الشرع .

٩٥٤٩ - ولأنه تعالى قال : ﴿ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ ﴾ [٢] ، إن العدل إنما شرط فيما طريقه الخبر حتى لا يخبر من ليس بعدل بالكذب ، والمثل من طريقة الخلقة يعلم بالمشاهدة ؛ فلا معنى لشرط العدالة فيه ، فدل أن المثل هو القيمة التي لا تدل عليها المشاهدة حتى يوثق بقول العدل فيها ، كما يوثق بقوله في الشهادات وقيم المتلفات .

٩٥٥٠ - ولأنه تعالى قال : ﴿ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ هَدۡيَۢا بَٰلِغَ ٱلۡكَعۡبَةِ أَوۡ كَفَّٰرَةٞ طَعَامُ مَسَٰكِينَ أَوۡ عَدۡلُ ذَٰلِكَ صِيَامٗا ﴾ [٣] ، والتخيير إذا حصل بين أشياء ، فكل واحد منها يتعلق بما [٤] يتعلق به الآخر ، فكأنه قال : هو هدي أو مثل أهو صيام ، وهذا لا يكون إلا على [٥] قول من أوجب القيمة ، قال : فأي [٦] الأصناف الثلاثة صرفها كانت هي المثل .

٩٥٥١ - ولأن قوله تعالى : ﴿ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ ﴾ ظاهره يقتضي : أنه حكم غير باق أبدًا ، وهذا لا يكون إلا في القيمة التي تختلف [٧] باختلاف الأزمان ، فأما المثل من طريق الخلقة : فإنهما إذا حكما به مرة ، كان ذلك تامًّا أبدًا ، فلا يحتاج إلى الحكمين فيه أبدًا [٨] .

٩٥٥٢ - فإن قيل : العلم بالمثل من طريق الخلقة أخفى من القيمة ، فلذلك شرط العدالة فيهما .

٩٥٥٣ - قلنا : لكنهما إذا أثبتا مثل الظبي والضبع [٩] : حكم بمثله أبدًا ، ألا ترى : أنه ليس فيها عندهم ما يختلف ، فتارة يكون اجتهادًا حتى يوجب في السمين سمينًا

---

(١) في (ص) : [قيمة] بدون الهاء . (٢ ، ٣) تكملة الآية السابقة .

(٤) في (ص) ، (م) : [منهما] ، مكان : [منها] ، قوله : [يتعلق بما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) لفظ : [على] ساقط من (ع) . (٦) في (م) ، (ع) : [أي] بدون الفاء .

(٧) في (م) : [يختلف] .

(٨) قوله : [فيه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، ولفظ : [أبدا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [الصبي والصنع] .

وفي الكبير كبيرًا [١] . قلنا : هذا يعلم بالمشاهدة أيضًا ، فلا يحتاج فيه إلى العدالة .

٩٥٥٤ - قال [٢] مخالفونا : هذه الآية حجة لنا ؛ لأن قوله تعالى : ﴿ فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾ [٣] ، لو اقتصر عليه لاقتضى مثله من جنسه ، فلما قال : ﴿ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾ علم : أنه أراد مثله من النعم ، فيكون تقدير الآية : فجزاء مثل ما قتل من النعم عن [٤] المقتول .

٩٥٥٥ - قلنا : هذه الآية قرئت بقراءتين ، فقراءة [٥] أهل الكوفة بضم المثل ، تقديرها : فعليه جزاء مثل الذي قتله من النعم ، ويكون قوله : ﴿ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾ [بيانًا] [٦] لِلْبنَى [٧] المحذوفة الراجعة من الصلة إلى الموصول ، وهذا مرجح على كل تأويل في الآية ؛ لأن الجار والمجرور في قوله ، ﴿ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾ في موضع نصب ، فعلى هذا التقدير هو معمول قوله جزاء . ومثل : هذا معمول [٨] يليه لا فصل بينهما .

٩٥٥٦ - وعلى قولهم : قوله : ﴿ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾ صفة للمثل ، والعامل فيه المبتدأ ، وهو قوله : ﴿ فَجَزَآءٌ ﴾ لم يفصل بين العامل والمعمول بشيء [٩] .

٩٥٥٧ - ومن تأول الآية فلم يفصل بين العامل والمعمول بشيء ، فقوله أولى ، يبين ذلك : أن ما وصلها لإمكان نحره [١٠] إلا وبعدها مفسر لها حتى إنه قد جاء بعدها مفسر لها هو أعم منها .

٩٥٥٨ - قال اللّٰه تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُ مَا يَدْعُونَ مِن دُونِهِۦ مِن شَىْءٍ ﴾ [١١] ، وما يدعون لابد أن يكون شيئًا ، إلا أنه لم يحلها فيما يليها ، فلما قال اللّٰه تعالى :

---

(١) في (م) : [الكثير كثيرا] . (٢) في (م) : [فإن] ، مكان : [قال] .

(٣) نفس الآية السابقة .

(٤) في (م) : [من] ، مكان : [عن] ، وهو ساقط من (ع) .

(٥) قوله : [فقراءة] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ص) ، (م) [تبينا للبناء] وقد تكون (تبيينا) بمعنى لغوي أي بيانًا وتوضيحًا أو بمعنى اصطلاحي فتكون (تبيينًا) : أي عطف بيان وهو قسيم البدل . أو نعتًا وهو ما ترجح بما يجئ وانظر المقتضب : للمبرد (٤/٢٠٩) تحقيق الشيخ : محمد عبد الخالق عضيمة طبعة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية .

(٧) للبني : أي الكلمات أو الألفاظ والنحاة العرب يقولون لا حذف إلا بدليل .

(٨) في (م) ، (ع) : [عامل] ، مكان : [معمول] .

(٩) في (م) ، (ع) : [متصل] ، مكان : [ينفصل] ، وقوله : [بشيء] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (ص) : [أن ما وصلها لا مكان نحره] وهو تحريف . وفي سائر النسخ نحو ذلك .

(١١) في (ع) : [ما تدعون] ، مكان : [ما يدعون] ، وهو خطأ . راجع سورة العنكبوت ، الآية (٤٢) .

﴿ فَجَزَآءٌ مِّثْلُ ﴾ ، فقتل (١) صلة ، فالظاهر : أن قوله : ﴿ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾ بيان لها (٢) ، فحمله على ذلك أولى من حمله على صفة المبتدأ .

٩٥٥٩ - وأما قراءة أهل الحرمين والشام ، وهو قوله : « فجزاء مثل » بإضافة (٣) الجزاء إلى المثل ، ففيه وجهان : إنْ شئت جعلت (٤) مثل على حقيقة إضافة ؛ لأن جزاء مثل الشيء هو جزاء الشيء ، ومثل هذا في القرآن ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَامَنُواْ بِمِثْلِ مَآ ءَامَنتُم بِهِۦ فَقَدِ ٱهْتَدَواْ ﴾ (٥) ، وذلك لأنهم (٦) إذا آمنوا بمثل ما آمنا به ، فقد آمنوا بما آمنا (٧) .

٩٥٦٠ - والوجه الثاني : أن المثل إضافة لفظية ، والمراد بها : نفس الشيء ، من ذلك قولهم : لا يحسن بمثلك أن يفعل كذا ، وأن يصنع كذا وكذا (٨) ، أي : أنت.

٩٥٦١ - وقوله : أنا أكرم مثلك ، أي أنا أكرمك (٩) ، ومثله قوله تعالى : ﴿ أَوَ مَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ وَجَعَلْنَا لَهُۥ نُورًا يَمْشِى بِهِۦ فِى ٱلنَّاسِ كَمَن مَّثَلُهُۥ فِى ٱلظُّلُمَٰتِ ﴾ (١٠) والمَثَلُ [والمِثْلُ] (١١) والشَّبَهُ والشِّبْهُ واحد ، قال الشاعر :

مِثْلِيَ لا يُحْسِنُ قَولًا فَيُعْفَى (١٢)

أي : أنا لا أحسن ، مكانه .

٩٥٦٢ - قال : فعليه جزاء مثل ما قتل من النعم ، فهذا الذي تبيناه على القراءتين ، يقتضي أن النعم صفة للمقتول لا للمثل ، فسقط استدلالهم من الآية .

٩٥٦٣ - فإن قيل : النعم لا يتناول الوحش / .

٩٥٦٤ - قلنا : غلط ، قال أبو عبيدة (١٣) : النعم ، يتناول الوحش ، قال اللّٰه تعالى :

---

(١) في (ص) : [فقبل] . (٢) في (ص) : [بها] .

(٣) لفظ : [مثل] ساقط من (م) ، (ع) وفي (ص) : [واضاف] ، وفي (م) : [وأصاب] ، وفي (ع) : [فاضاف] ، مكان : [باضافة] ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) في (ع) : [جعل] . (٥) سورة البقرة : الآية ١٣٧ .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولأنهم قالوا] ، مكان : [وذلك لأنهم] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بمثل ما آمنا] ، مكان : [بما آمنا] .

(٨) في (م) : [كذي وأن يصنع كذى وكذى] .

(٩) في جميع النسخ : [منك] ، مكان : [مثلك] ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، وفي (ص) : [ألومك] ، مكان : [أكرمك] . (١٠) سورة الأنعام : الآية ١٢٢ .

(١١) الزيادة من (م) ، (ع) . (١٢) في (م) ، (ع) : [فعفى] .

(١٣) هو معمر بن المثنى ، أبو عبيدة التيمي البصري ، النحوي ، اللغوي ، صاحب التصانيف حدث عنه =

﴿ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ ﴾ (١) ، فلولا أن النعم بهائمُ غيرَها (٢) لم يكن لإضافة البهيمة إلى الأنعام معنى ، وإنما أباح ﷺ من جملة الأنعام البهائم ، ولم يبح السباع ؛ لأنها لا تسمى بهائم ، وإنما تسمى كواسر . وأكثر ما يُلْزِمنا مخالفنا : أن نسلم له أن قوله : ﴿ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾ صفة المثل ، فعند أبي حنيفة : يجَب من النَّعم مثلُ المقتول في قيمته ، وعندهم : في خلقته .

٩٥٦٥ – والمماثل لا يقتضي أكثر من مماثلة في وجه واحد ، فإذا تساويا في اعتباره سقط استدلالهم .

٩٥٦٦ – قالوا : فقد قال اللَّه تعالى : ﴿ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ ، والكناية عندكم ترجع إلى أقرب (٣) مذكور ، وعندنا إلى الكل ، فأي الأمرين كان فليس في الكلام فيه مذكور ترجع الكناية إليه .

٩٥٦٧ – قلنا : الكناية (٤) ترجع إلى المثل ، وقد تنازعنا المراد به ، فعندهم المراد به : المثل خلقة ، والكناية ترجع إليه .

٩٥٦٨ – قالوا : قال اللَّه تعالى : ﴿ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا ﴾ فثبت أن المراد به : يحكمان بالجزاء هديًا .

٩٥٦٩ – قلنا : قال اللَّه تعالى : [هديا (٥) بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين] فكأنه قال : جزاء هديًا ، وجزاء طعامًا ، فاقتضى : أن الطعام هو الجزاء ، وعندهم : أنه بدل الجزاء .

٩٥٧٠ – قالوا : خيَّر اللَّه القاتل بين ثلاثة أشياء ، وأنتم تثبتون (٦) معنى رابعًا ، وهو

= يحيى بن المديني ، وأبو عبيد صاحب كتاب الأموال ، وقال ابن المديني عنه : كان لا يحكي عن العرب إلا الشيء الصحيح . ولد رَحِمَهُ اللَّهُ في الليلة التي توفي فيها الحسن البصري ، سنة عشر ومائة ، ومات سنة ثمان ومائتين . وقيل : سنة تسع ، وقيل : سنة عشر ومائتين . ترجمته في : سير أعلام النبلاء (٩/٤٤٥-٤٤٧) ، الترجمة (١٦٨) ، ميزان الاعتدال (٤/١٥٥) ، الترجمة (٨٦٩٠) ، تقريب التهذيب (٢/٢٦٦) ، الترجمة (١٢٨٨) ، النجوم الزاهرة (٢/١٨٤) ، شذرات الذهب (٢/٢٤ ، ٢٥) .

(١) سورة المائدة : الآية ١ .

(٢) في (م) ، (ع) : [بها ثم غبر بها] ، مكان : [بهائم غيرها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [المثل قرب] ، مكان : [أقرب] .

(٤) أي : الضمير ، وهو مصطلح كوفي .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ص) : [يثبتون] ، وفي (م) : [تنسبون] .

أن يتصدق بالقيمة نفسها ، فيكون ذلك وجهًا رابعًا .

٩٥٧١ - قلنا : قد دللنا على أن [١] المراد بالآية : القيمة ، فكأنه قال : فجزاء قيمة [ما قتل يحكم به ذوا عدل يصرفه إلى الهدي أو الإطعام أو الصوم ، فإذا دلت الآية على إخراج الإطعام بدلًا عن القيمة] [٢] ، دل على إخراجها في نفسها .

٩٥٧٢ - قالوا : قراءة الإضافة وإن كان له إضافة الجزاء إلى المثل ، فالجزاء هو المثل ، والمثل هو الجزاء ، وإن أضيف أحدهما إلى الآخر ، كما قال [٣] في الآية : ﴿ أَوْ كَفَّٰرَةُ طَعَامُ مَسَٰكِينَ ﴾ فأضاف الكفارة في هذه القراءة إلى الطعام ، ثم كانت الكفارة هي الطعام ، والطعام هو الكفارة ، وكما يقال خاتم حديد ، وباب حديد . قلنا [٤] الإضافة على ضربين : إضافة الجزء إلى الجملة ، كقوله : باب حديد ، وإضافة الاختصاص ، كقوله : غلام زيد ، فقوله : « جزاء مثل » قد علمنا أن الجزاء ليس بعض المثل ، فلم يبق إلا أن يكون إضافة اختصاص ، فلا يكون الجزاء هو المثل .

٩٥٧٣ - وأما قراءة نافع ﴿ أَوْ كَفَّٰرَةُ طَعَامُ مَسَٰكِينَ ﴾ . المراد بالإضافة [٥] : إضافة اختصاص ؛ لأن الكفارة تارة تكون طعامًا ، وتارة تكون غيره ، فأضافها إلى الطعام ليبين [٦] تخصيصها به إذا أخرجت .

٩٥٧٤ - ولأنه متلف ، فلا يضمن بالمثل من طريق الصورة من غير جنسه ، كسائر المتلفات .

٩٥٧٥ - ولأنه مضمون يضمن بغير جنسه ؛ فضمن بالقيمة ، كالصيد في حق الآدمي .

٩٥٧٦ - ولأنها جناية على الصيد ؛ فوجب فيها القيمة ، أصله : ما لا نظير له ، وضمان جنس الصيد .

٩٥٧٧ - ولأن ما يضمن بالقيمة في حق الآدمي يضمن [٧] بها حق الله تعالى ،

---

(١) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ع) : [الطعام عن القيمة] ، مكان المثبت .

(٣) لفظ : [قال] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يثبت] .

(٥) في (م) ، (ع) : [والمراد به الإضافة] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) : [لتبيين] ، وفي (ع) : [ليتبين] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فضمن] .

أصله : ما نقول فيمن أتلف [١] ما لا مثل له على آدمي ، أو أتلفه من مال بيت المال ؛ لأن ما يضمن [٢] بالمثل في حق الآدمي يضمن [٣] بذلك في حق اللّه تعالى ، أصله : من أتلف طعامًا قد أخذه المصدق من العشر .

٩٥٧٨ - ولا يلزم الكفارة في قتل الصيد ، أنه [٤] يضمن في حق الآدمي بالقيمة ، وفي حق اللّه تعالى بالكفارة التي هي المثل ؛ لأن العبد يضمن بالقيمة أيضا إذا أتلف عبدًا من بيت المال ، فأما الكفارة : فلا يضمن العبد بها ، بدلالة : أنها لو وجبت ضمانًا عنه لاختلفت [٥] باختلاف صفاته .

٩٥٧٩ - احتجوا بحديث جابر ﷺ : « أن النبي ﷺ قال : الضبع صيد يؤكل ، فيه كبش إذا أصابه المحرم » [٦] .

٩٥٨٠ - قالوا : أوجب فيه كبشًا ، وعندكم تجب [٧] قيمته ، وهو أوجب كبشا ، وظاهره يقتضى جواز كبش ينقص عن قيمته ؛ لأنه اعتبر الاسم ، وعندكم لا يجوز قدره بالكبش ، فلو كان الواجب القيمة ، كانت تختلف [٨] باختلاف الأزمان والبلدان .

٩٥٨١ - قلنا : هذا قاله على طريق التقويم ؛ بدلالة : أن عندهم تعيين صفة [٩] الكبش بصفة الضبع ، فلو كان تقديرًا شرعًا [١٠] ، لبين صفته ، فلما لم يبين عُلم أنه أراد القيمة ، وفي الغالب أن قيمة الضبع في اللحم لا تزيد [١١] على شاة ، فبين عليه الصلاة والسلام ما يجب بقتل الضبع .

٩٥٨٢ - قالوا : أفتت الصحابة في النعامة بدنة ، وفي حمار الوحش بقرة ، وفي

---

(١) في (م) : [أتلفه] .
(٢) في (ص) : [ما لا يضمن] بزيادة : [لا] .
(٣) لفظ : [حق] ساقط من (م) ، (ع) : وفي (م) ، (ع) [فضمن] ، مكان : [يضمن] .
(٤) في (ع) : [أن] بدون الهاء . (٥) في (م) ، (ع) : [فاختلفت] .
(٦) أخرجه أبو داود ، بألفاظ متقاربة ، في السنن ، في كتاب الأطعمة ، باب في أكل الضبع (٣٤٨/٢) ، وابن ماجه في السنن ، في كتاب المناسك ، باب جزاء الصيد يصيبه المحرم (١٠٣٠/٢ ، ١٠٣١) ، الحديث (٣٠٨٥) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في الضبع يصيبه المحرم (٣٣٧/٤) ، الحديث (١) ، والطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب ما يقتل المحرم من الدواب (١٦٤/٢) .
(٧) في (م) : [يجب] . (٨) في (م) : [يختلف] .
(٩) في جميع النسخ : [تعيين] ، ولعل الصواب : [تعين] ، وفي (م) ، (ع) : [صفات] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [شرعيا] . (١١) في (م) : [لا يزيد] .

الضبع بكبش ، وفي الغزال بعنز ، وفي الأرنب عناق ، وفي اليربوع جفرة . روي هذا متفرقًا عن علي ، وعثمان [١] ، وابن عمر ، وابن عباس ، وابن الزبير ، وعبد الرحمن بن عوف ، وجابر ، ومعاوية ﷺ [٢] . قضوا بذلك في أزمان مختلفة وبلدان مختلفة [٣] وأسفار مختلفة ، فلو كان بالقيمة ما اتفقوا على ذلك . قلنا : إنما قضوا بذلك على طريق التقويم ، بدلالة : أنهم لم يعتبروا الصفات ، وما يجب بإتلافه المثل يعتبر صفاته ، كالحنطة ، فلما لم يعتبروا السِّمَن والهُزَال والصغر والكبر ؛ دل أنهم أوجبوا ذلك فيه . يبين ذلك : أنهم أوجبوا في الحمار بقرة ، ولا تشابه في الخلقة بين الحمار والبقرة .

٩٥٨٣ – وقولهم : إنه لم ينقل أحد [٤] منهم اعتبار القيمة ، غلط ؛ لأن غالب أموالهم الحيوان ، وهذه الأشياء لا تزيد على [٥] ما أوجبوه في الغالب .

٩٥٨٤ – وقولهم : إن البدنة خير من النعامة ، والشاة خير من الضبع : ليس بصحيح ؛ لأن قيمة هذه الأشياء قد تبلغ البدنة [٦] والشاة في الغالب .

٩٥٨٥ – قالوا أوجبت الصحابة عناقًا وجفرة ، وعندكم لا يجزئ ذلك .

٩٥٨٦ – قلنا : لا يجب هذا ، ويجزئ صدقة وإطعام ، فالحيوان [٧] إنما كان على هذا الوجه ، ثم قد روي عن ابن عباس ﷺ ، وهذا بيان لما حكمت به الصحابة.

٩٥٨٧ – قالوا : حيوان مخرج في الكفارة ، فوجب أن لا يكون بالقيمة ، كالمخرج في فدية اللباس والطيب .

٩٥٨٨ – قلنا : المخرج في هذه الكفارات [٨] لا على سبيل البدل ، ألا ترى : أنه

---

(١) في (م) : [عن علي وعثمان وعلي] بزيادة : [وعلي] .
(٢) انظر آثار هؤلاء الصحابة في : السنن الكبرى ، في كتاب الحج ، باب فدية النعام وبقر الوحش وحمار الوحش وباب فدية الضبع ، وباب فدية الأرنب (١٨٢/٥ ، ١٨٣ ، ١٨٤) ، والمحلى بالآثار ، في كتاب الحج (٢٥١/٥) ، مسألة (٨٧٩) ، والمصنف لعبد الرزاق ، في كتاب المناسك ، باب النعامة يقتلها المحرم ، وباب الغزال واليربوع ، وباب الضب والضبع (٣٩٨/٤ ، ٣٩٩ ، ٤٠١ ، ٤٠٣) .
(٣) قوله : [وبلدان مختلفة] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) ، (ع) : [واحد] .
(٥) في (م) ، (ع) : [وهذه لا يزيد] ، مكان قوله : [وهذه الأشياء لا تزيد على] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يبلغ] ، وفي (م) : [البد] ، بدل : [البدنة] .
(٧) في (ص) : [وإطعاما فالجناية] ، وفي (م) : [وإطعاما فالحيوة] .
(٨) في (م) ، (ع) : [الكفارة] .

ليس فيها معنى يقوم به ، فلهذا لم يكن المخرج قيمة ، ولما كان الواجب في مسألتنا عوضًا عن المتلف ، جاز أن يعتبر بقيمته .

٩٥٨٩ – ولأن كفارة اللبس والطيب إذا عدل عن الهدي إلى غيره وجب بنفسه ، لا على طريق القيمة كذلك الهدي . فلما كان في كفارة الصيد إذا عدل عن الهدي إخراج الإطعام بالقيمة عندنا بقيمة المقتول ، وعندهم بقيمة النظير ، كذلك الهدي نفسه يجوز أن يجب بالقيمة .

٩٥٩٠ – قالوا : حيوان مخرج في حق اللّه تعالى ، فلم يكن للقيمة معنى ، كعتق الرقبة بقتل الآدمي .

٩٥٩١ – قلنا : إنما يجب إن لم تختلف الرقبة باختلاف صفة المقتول في صغره وكبره ، وسائر صفاته ، فدل [على] [1] أنها ليست بقيمة . ولما اختلف ما يجب في مسألتنا بصغر الصيد وكبره ، وصفاته دل على أنه بدل عنه ، وبدل المتلفات قد يكون بالقيمة .

٩٥٩٢ – قالوا : الأعيان المضمونة ثلاثة [أصناف] [2] : آدميون ، وأموال ، وصيود . فالآدميون على ضربين : الحر يضمن بمثله ، والعبد بقيمته ، والأموال على ضربين : فالمثل فيما له مثل ، والقيمة [3] فيما لا مثل له ؛ فوجب أن يكون الصيود على ضربين : ما يضمن بمثله ، و [ما] [4] يضمن بقيمته .

٩٥٩٣ – وتحريره : أنه أحد المتلفات ؛ فوجب أن ينقسم ضمانها قسمين : بالقيمة ، وغير القيمة . دليله : الأموال ، والآدميون .

٩٥٩٤ – قلنا : هذه الأنواع كلها لا يضمن بمثلها من غير جنسها ، كذلك الصيد أيضا لا يضمن بمثله من غير جنسه ، وعلى أنا لا نسلم أن الآدمي يضمن بمثله ؛ لأن الكفارات ليست بضمان عنه ، ألا ترى : أنها لا تختلف باختلاف صفاته ، ولو كان ذلك على وجه الضمان لاختلف .

* * *

(١ ، ٢) الزيادة من (م) ، (ع) . (٣) في (ص) ، (م) : وبالقيمة .

(٤) زيادة وإدراج واجب وإلا فسد المراد ! وهو ساقط من (ص) وسائر النسخ .

مسألة ٥٢٣

إذا اختار إخراج الإطعام أو اختار الصيد

٩٥٩٥ – قال أصحابنا : إذا اختار إخراج الإطعام ، أو اختار الصيد : فإنه يطعم عنه بقيمة المقتول (١) .

٩٥٩٦ – وقال الشافعي : بقيمة النظير (٢) .

٩٥٩٧ – لنا : قوله تعالى (٣) : ﴿ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ ﴾ (٤) . [فكأنه] (٥) قال : يحكم به ذوا عدل منكم هديًا أو جزاء (٦) ، هو إطعام .

٩٥٩٨ – ولأنه خير بين (٧) الأشياء الثلاثة ، فلا يكون أحدها بدلًا عن الآخر ، كالعتق (٨) ، والإطعام ، والكسوة في كفارة اليمين .

٩٥٩٩ – ولأنه طعام أخرجه في جزاء الصيد ؛ فوجب أن يكون بدلًا عن المقتول ،

---

(١) راجع تفصيل المسألة في أحكام القرآن للجصاص ، باب ما يقتله المحرم (٤٧٥/٢) ، المبسوط (٨٤/٤ ، ٨٥) ، بدائع الصنائع (١٩٩/٢ ، ٢٠٠) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٧٩/٣) ، البناية مع الهداية (٣٢٣/٤ ، ٣٢٤) .

(٢) قال الشافعي في الأم : وإذا قتل المحرم الصيد الذي عليه جزاؤه ، جزاه إن شاء بمثله ، فإن لم يرد أن يجزيه بمثله قوم المثل دراهم ، ثم الدراهم طعاما ، ثم تصدق بالطعام . راجع المسألة في الأم (٢٠٧/٢) ، مختصر المزني ص٧١ ، المجموع مع المهذب (٤٢٤/٧ ، ٤٢٧) ، حلية العلماء (٢٧٤/٣) . وقال مالك وأصحابة : مثل قول الحنفية ، إذا اختار الإطعام ، فإنه يقوّم الصيد ، لا المثل . وفي المدونة : قال مالك الصواب من ذلك أن يقوم طعاما ، ولا يقوم دراهم ، ولو قوم الصيد دراهم ، ثم اشترى بها طعاما ، لرجوت أن يكون واسعا ، ولكن الصواب من ذلك : أن يحكم عليه بالطعام . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٣٠/١) ، المنتقى (٢٥٦/٢ ، ٢٥٧) ، الكافي لابن عبد البر (٣٩٤/١ ، ٣٩٥) ، بداية المجتهد (٣٧٣/١) . وقال الحنابلة : مثل قول الشافعي : يقوم المثل بدراهم ، والدراهم بطعام ، فيتصدق به . راجع تفصيل المسألة في : المغني (٥٢٠/٣) ، الكافي لابن قدامة (٤٢٢/١) .

(٣) قوله : [قوله تعالى] ساقط من صلب (ع) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) سورة المائدة : الآية ٩٥ .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [أو حرا] .

(٧) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [بين] .

(٨) في (ع) : [من] ، مكان : [عن] ، ولفظ : [الآخر] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [العتق] ، مكان : [كالعتق] .

كالإطعام فيما لا نظير له .

٩٦٠٠ - ولأنها كفارة خير فيها بين الهدي والإطعام ؛ فلا يكون الإطعام بدلا [عن الموتى ، ككفارة الآدمي ، وهم بنوا على أصلهم : أن الواجب هو النظير ، فإذا أخرج غيره كان بدلًا عن] النظير ؟! وقد [1] تكلمنا على هذا الأصل .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وقوله : [غير مكان] لا يعدل المعنى ، ولعل تصويبه [غير ذلك] ، وفي (م) ، (ع) : [فقد] ، مكان : [وقد] .

مسألة ٥٢٤

جزاء الصيد من الهدي

٩٦٠١ – قال أبو حنيفة : لا يجزئ في جزاء الصيد من الهدي إلا ما يجزئ / في الأضحية [١] . ١٥

٩٦٠٢ – وقال الشافعي : يجزئ العَنَاق [٢] ، والجفْرة [٣] ، والحَمَل [٤] .

٩٦٠٣ – لنا قوله تعالى : ﴿ هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ ﴾ [٥] ، فسمى ذلك هديا .

٩٦٠٤ – وقال النبي ﷺ في الهدي : « أدناه شاة » [٦] .

---

(١) قال الجصاص في أحكام القرآن : وقال أبو يوسف ومحمد : يجزئ الجفرة والعناق على قدر الصيد . راجع تفصيل المسألة في أحكام القرآن للجصاص (٤٧٤/٢) ، المبسوط (٩٣/٤) ، تحفة الفقهاء (٤٢٣/١) ، بدائع الصنائع (٢٠٠/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٧٨/٣ ، ٧٩) ، البناية مع الهداية (٣٢٢/٤ ، ٣٢٣) .

(٢) العَنَاق : بفتح العين ، الأنثى من ولد المعز . انظر : مختار الصحاح ص٤٥٨ .

(٣) الجفْرة : الأنثى من أولاد المعز والتي بلغت أربعة أشهر . انظر : مختار الصحاح ص١٠٥ .

(٤) في (م) : [العتاق] ، بالتاء وهو تصحيف . العناق : الأنثى من ولد المعز قبل استكمالها الحول ، والجمع أعنق وعنوق . الجفر : من أولاد المعز ما بلغ أربعة أشهر ، والأنثى جفرة ، والجمع جفار . الحَمَل بفتحتين : ولد الضأن في السنة الأولى . راجع في لسان العرب ، مادة : عنق (٣١٣٥/٤) ، ومادة : جفر (٦٤٠/١) ، وفي المغرب ص٨٥ ، ١٢٩ ، والمصباح المنير (٩٩/١ ، ١٤٥-٤٠٩/٢) . راجع المسألة في ، الأم (٢٠٦/٢ ، ٢٠٧) ، مختصر المزني ص٧١ ، المجموع مع المهذب (٤٢٣/٧ ، ٤٣١ ، ٤٣٢ ، ٤٣٩) . قال مالك : مثل قول أبي حنيفة ، إنما يجزئ من الهدي ما يجزئ في الأضحية . وقال في المدونة : لا يحكم في جزاء الصيد من الغنم والإبل والبقر إلا بما يجوز في الضحايا والهدايا من الثني فصاعدا ، إلا من الضأن ، فإنه يجوز الجذع ، وما أصابه المحرم مما لم يبلغ أن يكون مما يجوز في الضحايا والهدي من الإبل والبقر والغنم ، فعليه في الطعام والصيام . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٣١/١) ، المنتقى ، في فدية ما أصيب من الطير والوحوش (٢٥٦/٢) ، (٦٣/٣ ، ٦٤) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٣٩٣/١) ، بداية المجتهد ، العنوان السابق (٣٧٧/١) . وقال الحنابلة : مثل قول الشافعي . قال ابن قدامة في المغني : قال أصحابنا : في كبير الصيد مثله من النعم ، وفي الصغير : صغير ، وفي الذكر : ذكر ، وفي الأنثي : أنثى ، وفي الصحيح : صحيح ، وفي المعيب : معيب . راجع تفصيل المسألة في : المغني (٥١٢/٣ ، ٥١٣ ، ٤٤٢) ، الكافي لابن قدامة (٤٢١/١) .

(٥) سورة المائدة : الآية ٩٥ .

(٦) قال الزيلعي بعد أن ذكره بهذا اللفظ : قلت غريب ، ولم أجده إلا من قول عطاء ، ورواه البيهقي في المعرفة =

٩٦٠٥ – ولأنه ذبح واجب ، فلا يجزئ فيه دون [١] الجذع ، كالأضحية ، ودم التمتع ، والإحصار .

٩٦٠٦ – ولأنه دم تعلق بحرمة الإحرام ، كسائر الدماء.

٩٦٠٧ – احتجوا : بما روي أن الصحابة ﷺ حكموا في الأرنب بعناق ، وفي اليربوع بجفرة [٢] .

٩٦٠٨ – قلنا : هذا كان على طريق القيمة ؛ لأن غالب ما لهم كان الحيوان [٣] ، فأوجبوا ذلك ليتصدق [٤] به أو بلحمه ، لا على أنه هدي ذَبَحَهُ [٥] ، وليس في الأخبار ما يدل على ذلك .

* * *

= من طريق الشافعي ، حدثنا مسلم بن خالد الزنجي ، عن ابن جريج : أن عطاء قال : أدنى ما يهراق من الدماء في الحج وغيره شاة مختصر ، في نصب الراية ، في كتاب الحج ، باب الهدي (١٦٠/٣) ، الحديث الأول .

(١) في (م) ، (ع) : [ذوي] ، مكان : [دون] .

(٢) تقدم آثار الصحابة في هذا ، في مسألة (٥٢٢) ، كما روى مالك ، عن أبي الزبير : أن عمر بن الخطاب قضى في الضبع بكبش ، وفي الغزال بعنز ، وفي الأرنب بعناق ، وفي اليربوع بجفرة . في الموطأ ، في كتاب الحج ، باب فدية ما أصيب من الطير والوحش (٤١٤/١) ، الأثر (٢٣٠) ، والشافعي من طريق مالك ، في الأم ، في كتاب الحج ، باب الصيد للمحرم (٢٠٦/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [كالحيوان] ، مكان : [كان الحيوان] .

(٤) في (م) : [لتصدق] ، وفي (ع) : [التصدق] .

(٥) في (م) ، (ع) يلزمُ ذبحُه .

مسألة ٥٢٥

حكم عَدْل الصيام بالطعام

٩٦٠٩ - قال أصحابنا : إذا اختار الصيام ، صام عن كل [١] نصف صاع من الطعام يومًا [٢] .

٩٦١٠ - وقال الشافعي : عن كل مد [٣] .

٩٦١١ - لنا : ما روى الحكم ، عن مقسم ، عن ابن عباس ﷺ قال : « إذا أصاب المحرم [٤] الصيد حكم عليه بجزائه [٥] من النعم ، فإن لم يجد [٦] نظركم قيمته ؟ [ثم قوم ثمنه] [٧] طعامًا ، فصام [٨] عن كل نصف صاع يومًا » [٩] . ولا يعرف له

(١) لفظ : [كل] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) : [صوما] . راجع تفصيل المسألة في : الأصل (٤٥٤/٢) ، كتاب الحجة ، باب المحرم يقتل الصيد فيحكم عليه (١٧٩/٢ ، ١٨٠) ، مختصر الطحاوي ص٧١ ، أحكام القرآن للجصاص (٤٧٥/٢) ، متن القدوري ص٣١ ، المبسوط (٨٥/٤) ، بدائع الصنائع (٢٠١/٢) ، البناية مع الهداية (٣٢٤/٤ ، ٣٢٥) .
(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب كيف يعدل الصيام ، و باب الخلاف في عدل الصيام والطعام (١٨٥/٢ ، ١٨٦ ، ٢٠٧) ، مختصر المزني ص٧١ ، المجموع مع المهذب (٤٢٤/٧ ، ٤٢٧ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩) . وقال مالك ، وأحمد في إحدى الروايتين عنه : مثل قول الشافعي ، يصوم عن كل مد يومًا ، وعن أحمد رواية أخرى : مثل قول الحنفية ، يصوم عن كل نصف صاع يومًا . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٣٠/١) ، المنتقى ، في الحكم في الصيد (٢٥٨/٢ ، ٢٥٩) ، الكافي لابن عبد البر (٣٩٤/١ ، ٣٩٥) ، بداية المجتهد (٣٧٣/١) ، المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٩٣/١ ، ٢٩٤) مسألة (٣٣) ، المغني (٥٢٠/٣ ، ٥٢١) ، الكافي لابن قدامة (٤٢٢/١) .
(٤) في جميع النسخ : [الرجل] ، الصواب ما أثبتناه من مصنف ابن أبي شيبة .
(٥) في جميع النسخ : [جزاؤه] ، المثبت من مصنف ابن أبي شيبة .
(٦) قوله : [لم يجد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) في مصنف ابن أبي شيبة : [ثمنه] ، مكان : [قيمته] ، والزيادة أثبتناها من مصنف ابن أبي شيبة ، وبدونها لا يستقيم المعنى .
(٨) في سائر النسخ : [كعام] ، وما أثبتناه من مصنف ابن أبي شيبة ، وفي (م) ، (ع) : [فصار] ، مكان : [فصام] ، وهو تصحيف .
(٩) في مصنف ابن أبي شيبة : مكان كل نصف صاع يوما ، مكان المثبت . وهذا الأثر : أخرجه البيهقي بألفاظ متقاربة ، في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب من عدل صيام يوم بمدين من طعام (١٨٦/٥) ، ابن أبي شيبة ، وبهذا اللفظ ، في المصنف ، في كتاب الحج ، في قوله تعالى : ﴿ فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾ (٢٧٠/٤) .

مخالف ، ذكر [١] هذا أبو الحسن ، والطحاوي [٢] .

٩٦١٢ - ولأنه تكفير خير فيه بين الصوم والإطعام ، فوجب أن لا يجب عن كل مد يوم ، ككفارة [٣] الآدمي .

٩٦١٣ - فإن قالوا : نقلب فنقول : فلا يجب عن نصف صاع يوم [٤] ؛ لأنه يجب عن نصف [٥] صاع عندهم في الفرع أكثر من صوم يوم .

٩٦١٤ - ولأن مالا يكفر عن فطرة شخص لا يعدل صوم يوم ، أصله : نصف مد .

٩٦١٥ - ولأنه تكفير يدخله الصوم ؛ فلا يجب عن كل مد يوم ، أصله : كفارة اليمين .

٩٦١٦ - وهذه المسألة مبنية على : أن الإطعام في الكفارات مقدَّر بنصف صاع ، فإذا جعل الصيام عَدْله ، فإن صوم كل يوم [يقوم] [٦] مقام سد جوعه ، وعندهم : أن الإطعام مقدر بمد ، يصوم كل يوم مقام ما سد جوعه ، وهو مدٌّ .

٩٦١٧ - فإن ألزموا علينا كفارة الأذى وكفارة اليمين ؛ قلنا : إن الإطعام فيها ليس بعدل [٧] للصوم .

* * *

---

(١) في (ص) : [ذكره] ، بزيادة الهاء .

(٢) أبو الحسن : هو عبيد الله بن الحسين ، أبو الحسن الكرخي ، المتوفى سنة أربعين وثلاثمائة . تقدمت ترجمته في مسألة (١٠٠) ، وتكرر ذكره في أماكن عديدة . والطحاوي : هو أحمد بن محمد بن سلامة ، أبو جعفر الطحاوي ، صاحب معاني الآثار ، ومشكل الآثار ، المتوفى سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة ، وقد ترجم له خلق كثير . انظر ترجمته في : أخبار أبي حنيفة وأصحابه ، في ذكر أصحاب أبي يوسف ، وزفر ، ومحمد بن الحسن ص١٦٨ ، الأنساب (٥٢/٤ ، ٥٣) ، الجواهر المضيئة (٢٧١/١-٢٧٧) ، الترجمة (٢٠٤) ، الفوائد البهية ص٣١ ، ٣٤ .

(٣) في (م) ، (ع) : [كفارة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يومين] .

(٥) لفظ : [نصف] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) الزيادة من (ع) وفي (م) : [يقام] مكانها .

(٧) في (م) : [يعدل] ، وما أثبتناه من (ص) ، (ع) . وهو الصواب .

مسألة ٥٢٦

حكم ذبيحة المحرم للصئود

٩٦١٨ - قال أصحابنا : ذبيحة المحرم للصيود ميتة لا يحل [(١)] له ، ولا لغيره أكلها ، وكذلك ما يذبحه الحلال في الحرم هو ميتة ، ذكره محمد في أصل الصيد [(٢)] .

٩٦١٩ - وقال الشافعي : لا يحل للذابح قولًا واحدًا .

٩٦٢٠ - وهل يحل لغيره ؟ قال في الأم : ذكاته كذكاة المجوسي ميتة في حق كل أحد . وقال في الأمالي : يحرم عليه الأكل منه ، ويستحب لغيره أن لا يأكل منه [(٣)] .

٩٦٢١ - لنا : أن منع ذبح المحرم [(٤)] لمعنى في الذابح من جهة الدين ، أو من جهة اللَّه تعالى أو لحق [(٥)] اللَّه تعالى خالصًا ؛ فلا يحل أكله كذبيحة المجوسي والمرتد .

٩٦٢٢ - ولا يلزم الشاة المغصوبة ؛ لأن المنع في مالكها .

٩٦٢٣ - ولا يلزم [(٦)] إذا ذبح شاة من قفاها ؛ لأن المنع إنما [(٧)] حصل من تعذيب الحيوان .

---

(١) في (ع) : [الصيود للمحرم] ، مكان : [المحرم للصيود] ، وفي (م) : [لا يحل] .

(٢) راجع المسألة في : الأصل (٤٤١/٢) ، كتاب الحجة ، باب المحرم يقتل الصيد أو يدل عليه ... الخ (١٧٤/٢) ، المبسوط (٨٥/٤ ، ٨٦) ، بدائع الصنائع (٢٠٤/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٩٠/٣ ، ٩١) ، البناية مع الهداية (٣٤٢/٤ ، ٣٤٣) ، مجمع الأنهر ، باب الجنايات (٣٠٠/١) .

(٣) راجع المسألة في : حلية العلماء ، باب الإحرام وما يحرم فيه ، والباب السابق (٢٥٣/٣ ، ٢٥٤ ، ٢٧٥) ، المجموع مع المهذب ، باب الإحرام وما يحرم فيه (٣٠٤/٧ ، ٣٠٥ ، ٤٤١) . وقال المالكية والحنابلة : مثل قول الحنفية ، والشافعي في الجديد ، إن ما ذبحه المحرم من الصيد ، فإنه لا يحل أكله لحلال ، ولا لحرام . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٣١/١) ، المنتقى ، في ما لا يحل للمحرم أكله من الصيد (٢٥٠/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، باب ما ينهى عنه المحرم من الصيد (٣٩١/١)، الإفصاح (٢٩٢/١) ، المغني ، باب ما يتوقى المحرم وما أبيح له (٣١٤/٣ ، ٣١٥) ، الكافي لابن قدامة ، باب محظورات الإحرام (٤١٠/١) .

(٤) في سائر النسخ : [المحرم] ، ولعل الصواب : [محرم] بتشديد الراء المهملة .

(٥) لفظ : [تعالى] ساقط من (م) ، (ع) ، وفيهما [بحق] ، مكان : [لحق] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلا يلزم] .

(٧) في (م) ، (ع) : [إذا] ، مكان : [إنما] .

٩٦٢٤ - قالوا : قولكم لمعنى في الذابح ، لا تأثير له ؛ لأن ولد المجوسيين لا يحل ما ذبحه ، لا لمعنى فيه لكن في أبويه .

٩٦٢٥ - قلنا : غلط ؛ لأنا حكمنا بكونه مجوسيًا بأبويه ، فصار المعنى المانع لمعنى فيه ، وهو الحكم بالمجوسية .

٩٦٢٦ - قالوا : الحلال إذا رمى صيدًا في الحرم لم يؤكل ولم يمنع لمعنى فيه .

٩٦٢٧ - قلنا : وجود الحكم لغير العلة لا يبطل (١) تأثيرها (٢) ؛ لأن المعلل لا يلزمه أن يضع علة تعم (٣) سائر أسبابه .

٩٦٢٨ - ولأنه ليس للذابح أكله من غير ضرورة ، فلا يجوز لغيره ، أصله : ذبيحة المجوسي .

٩٦٢٩ - قالوا : [من أصحابنا من قال : يحل للمحرم أكله إذا تحلل من إحرامه .

٩٦٣٠ - قلنا : يكفي في الوصف تحريمه عليه في الحال .

٩٦٣١ - قالوا] : ينتقض بهدي التطوع إذا عطب (٤) قبل محله ، فإنه يذبحه ، ولا يحل له ، ولا لرفقته ويحل لغيرهم .

٩٦٣٢ - قلنا : ذلك الهدي لا يحل للأغنياء ؛ لأن الواجب أن يتصدق به ، فالذابح إن كان فقيرًا حل له كما يحل لغيره من الفقراء ، وإن كان غنيًا حرم عليه وعلى كل غني مثله ؛ فإذن حكم الذابح وغير الذابح في ذلك سواء .

٩٦٣٣ - قالوا : ينتقض بالحلال إذا ذبح صيدًا في الحرم .

٩٦٣٤ - قلنا : هو ميتة لا يحل له ولا لغيره .

٩٦٣٥ - قالوا : لا يمنع أن يحرم أكل الصيد على واحد لوجود معنى فيه ، ولا يحرم على غيره .

---

(١) في (م) : [لا تبطل] .

(٢) قاعدة : « وجود الحكم لغير العلة لا يبطل تأثيرها » .

(٣) في (م) ، (ع) : [أن يضيع] ، وفي (م) : [يعم] ، مكان المثبت .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش . عطب : بفتح العين والطاء المهملتين ، أي : هلك ، قال ابن منظور : العطب : الهلاك ، يكون في الناس ، وغيرهم ، وقال ابن الأثير : وقد يعبر به عن آفة تعتريه وتمنعه عن السير فينحر . راجع في النهاية ، باب العين مع الطاء (٢٥٦/٣) ، لسان العرب ، مادة : عطب (٢٩٩٣/٤) ، المصباح المنير (٣٩٣/٢) .

٩٦٣٦ - قلنا : هذا الصيد حل للذابح ولغيره ، وحرم على الدال أكله ، وهذا غير ممتنع ، كما أن المذبوح يحرم على غير مالكه ، ولا يحرم على سائر الناس لما حل للذابح .

٩٦٣٧ - فإن قيل : المعنى في المجوسي ، أنه ليس من أهل الذكاة ، لكن ما منع من ذكاته ، والمحرم ممنوع من ذكاة الصيد ، فساوى المجوسي فيه ، وغير ممنوع من ذكاة الصيد ، فخالف حكمه في غير الصيد حكم المجوسي .

٩٦٣٨ - ولأن جرح الصيد المباح يفيد الملك والإباحة ، فإذا كان المحرم لا يستفيد بجرحه أحد الحكمين ، كذلك الآخر .

٩٦٣٩ - ولأن سبب الملك في الصيد أوسع من سبب الإباحة ؛ لأن الملك في الصيد يثبت للمجوسي والمرتد [1] ، ولا يثبت لهما الإباحة ، فإذا كان جرح المحرم لا يفيد الملك ، فلأن لا يفيد الإباحة أولى [وأحرى] [2] .

٩٦٤٠ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ [3] .

٩٦٤١ - قلنا : الذكاة اسم شرعي يثبت [4] حيث دلت الشريعة على ذكاتها ، ونحن لا نسلم : أن فعل المحرم ذكاة .

٩٦٤٢ - قالوا : روي عن علي ﷺ[5] : أنه قال : « الذكاة في الحلق واللبة » [6] .

٩٦٤٣ - قلنا : بين موضع الذكاة [7] ونحن نقول كذلك ، والخلاف [8] في أصل الذكاة ، وقد ثبت : أن أصل هذا الفعل ليس بذكاة [9] وإن وقع في محلها .

٩٦٤٤ - قالوا : من أباحت ذكاته عين الصيد أباحت ذكاته [10] الصيد ، كالحلال .

---

(١) لفظ : [المرتد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٣ .

(٤) في (م) : [تثبت] .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) أخرجه البخاري معلقا من قول ابن عباس ، بهذا اللفظ ، في الصحيح ، في كتاب الذبائح والصيد ، باب النحر والذبح (٣١١/٣) ، وعبد الرزاق في المصنف ، في كتاب المناسك ، باب ما يقطع من الذبيحة (٤٩٥/٤) ، الأثر (٨٦١٤ ، ٨٦١٥) ، وابن حزم في المحلى ، في كتاب التذكية ، مسألة (١٠٤٧) ، كما تقدم تخريجه مرفوعا بهذا اللفظ ، في مسألة (٦) .

(٧) في (م) : [الزكاة] .

(٨) في (م) ، (ع) : [الخلاف] بدون العطف .

(٩) في (ع) : [بزكاة] .

(١٠) في (ص) ، (م) : [عنق] ، مكان : [عين] ، وفي (م) ، (ع) : [إباحة ذكاة] ، مكان : [أباحت ذكاته] .

٩٦٤٥ - قلنا : المعنى في المحل أن ذبحه أباح له الأكل ، فحل لغيره ، وفي مسألتنا بخلافه .

٩٦٤٦ - قالوا : ما لا يصير ميتة بذبح المحرم ؛ يحل أكله لغيره ، كالنَّعم .

٩٦٤٧ - قلنا : المعنى في النَّعم : أن ذبحها أباحها للذابح ، وفي الصيد بخلافه .

٩٦٤٨ - قالوا : أباح المنع إذا اختص بحيوان دون حيوان لم يعم التحريم ، ألا ترى : أن المُحِلَّ ممنوع من ذبح ملك غيره ، إلا أن التحريم لما اختص لم يعم .

٩٦٤٩ - قلنا : الحلال [1] لا يمنع من ذبح جميع الحيوان ، وإنما لا يحل التصرف له لحق مالكه ، فأما أن يقال : إنه ممنوع من ذبح بعض الحيوان ، فلا .

٩٦٥٠ - قالوا : مسلم ، فجاز أن يصح ذكاته للصيد ، أصله : المحل .

٩٦٥١ - قلنا : نقول بموجبه ، فإنه إذا اضطر إليه ، لم يجز أكله إلا بعد الذكاة ، والمعنى في المحل : أنه لم يمنع من الذبح ، ولما كان المحرم ممنوعًا من الذبح لمعنى فيه من جهة الدين لم يحل أكل ذبيحته .

٩٦٥٢ - قالوا : مسلم ، ذبيحته : ما يؤكل لحمه بآلة الذبح في محله ، فوجب أن يحل أكله ؛ أصله : المحل .

٩٦٥٣ - قلنا : المحل غير ممنوع من الذبح شرعًا ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنه ممنوع من الذبح بمعنى فيه من جهة الدين .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [الخلاف] ، مكان : [الحلال] .

مسألة ٥٢٧

حكم الحلال إذا ذبح صيدًا

٩٦٥٤ - ذكر الطحاوي في مختصره : أن الحلال إذا ذبح صيدا ، جاز للمحرم أكله وإن كان [١] صاده لأجله ، إذا كان اصطاده لأجله في الحل [٢] بغير أمره وإشارته ، أشار إلى ذلك في اختلاف الفقهاء .

٩٦٥٥ - وذكر أبو يوسف في الهارونيات [٣] ما يدل على ذلك أيضًا .

٩٦٥٦ - وذكر شيخنا أبو عبد اللَّه [٤] : أنه إذا اصطاده له بأمره [٥] ؛ جاز له أكله ، وهو غلط [٦] .

٩٦٥٧ - وقال الشافعي : لا يجوز للمحرم أكل ما اصطاده الحلال إذا كان له فيه أثر وصنع من دلالة ظاهرة ، أو حفر [٧] أو إعارة سكين ومعه غيرها ، أو اصطاد لأجله بعلمه ، أو بغير علمه [٨] .

---

(١) لفظ : [كان] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) قوله : [في الحل] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [في المحل] ، مكان : [لأجله في الحل] بحذف : [لأجله] .

(٣) في سائر النسخ : [الهاروني] ، ولعل الصواب ما أثبتناه . والهارونيات هي مسائل جمعها محمد بن الحسن في زمن هارون الرشيد . قال طاش كبرى زاده في مفتاح السعادة : والهارونيات : مسائل جمعها لرجل مسمى بهارون ، وله أيضا : الجرجانيات ، والكيسانيات ، والرقيات ، وهي مسائل غير ظاهر الرواية . راجع في مفتاح السعادة (٢٦٣/٢) ، مقدمة الهداية ، لعبد الحي اللكنوي ص٥ ، ٦ طبع اليوسفي الهند ، الفوائد البهية ص١٦٣ .

(٤) تقدمت ترجمته في مسألة (٤١٩) ، كما تقدمت مفصلا ، في مشايخ المصنف .

(٥) في (م) ، (ع) : [إذا اصطاده في الحل بغير أمره] ، مكان المثبت .

(٦) راجع تفصيل المسألة في : كتاب الأصل (٤٢٢/٢) ، كتاب الحجة ، باب ما يأكل المحرم من الصيد وما هو يشتريه وهو محرم (١٥٠/٢-١٧٣) ، مختصر الطحاوي ، باب ما يجتنبه المحرم ص٧٠ ، المبسوط (٨٧/٤) ، أحكام القرآن للجصاص ، باب أكل المحرم لحم صيد الحلال (٤٨٠/٢ ، ٤٨١) ، بدائع الصنائع (٢٠٥/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٩٢/٣-٩٦) ، البناية مع الهداية (٣٤٥/٤ - ٣٤٧) ، مجمع الأنهر (٣٠٠/١) .

(٧) في (ع) : [حضر] بالضاد المعجمة .

(٨) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في طائر الصيد (٢٠٨/٢) ، اختلاف العلماء ، باب الحج ص٩١ ، ٩٢ ، حلية العلماء ، باب الإحرام وما يحرم فيه (٢٥٣/٣) ، المجموع مع المهذب ، باب الإحرام وما يحرم فيه (٣٠١/٧-٣٠٣ ، ٣٢٤-٣٢٧) . قال الباجي في المنتقى بعد أن بين حكم ما صيد من أجل محل : =

٩٦٥٨ - والخلاف يتيعين إذا اصطاده [١] بغير أمره ، أو دله عليه بدلالة لا يفتقر إليها ، أو أعاره سكينًا ومعه [٢] غيرها ، فعندنا : يجوز ، وعنده : لا يجوز .

٩٦٥٩ - لنا : ما روى نافع مولى أبي قتادة عن أبي قتادة بن ربعي [٣] الأنصاري : « أنه كان مع رسول اللَّه ﷺ حتى إذا كان ببعض طريق مكة تخلف [٤] مع أصحاب له محرمين ، وهو غير محرم ، فرأى حمارًا وحشيًّا ، فاستوى [٥] على فرسه ، ثم سأل أصحابه أن يناولوه سوطه ، فأبوا ، فسألهم رمحه ، فأبو ، فأخذه ثم شد على الحمار فقتله ، فأكل منه بعض أصحاب رسول اللَّه ﷺ ، وأبى بعضهم ، فلما أدركوا رسول اللَّه ﷺ أخبروه ، فقال : إنما هي طعمة أطعمكموها اللَّه » [٦] .

٩٦٦٠ - ولم يسأل [٧] عن نية أبي قتادة في الاصطياد ، هل اصطاده [٨] لهم أم لا ؟

٩٦٦١ - وروى أبو طلحة بن عبد اللَّه ﷺ : « أن النبي ﷺ سئل عن الحلال يصطاد

= وإن صيد من أجل محرم فلا يخلو أن يصاد قبل إحرامه أو بعده ؛ فإن صيد وتمت ذكاته قبل إحرامه ثم أحرم ، فإن أشهب وابن القاسم رويا عن مالك : لا بأس أن يأكلوه . وروى عنه ابن القاسم أيضا : أنه كره أكله ، ثم قال : فإن صيد بعد إحرامهم من أجلهم وكانوا معينين أو غير معينين لم يجز لهم أكله ؛ لأنه صيد للمحرمين ، رواه ابن المواز عن مالك . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٣١/١ ، ٣٣٢) ، المنتقى ، في ما يجوز للمحرم أكله من الصيد (٢٤٥/٢ ، ٢٤٦ ، ٢٤٨ ، ٢٤٩) ، بداية المجتهد ، في القول في الترك (٣٤٣/١ ، ٣٤٤) . وقال أحمد : مثل قول الشافعي ومالك ، لا يجوز للمحرم أكل ما صاده الحلال لأجله . قال ابن قدامة في المغني : وإن صاده حلال وذبحه ، وكان من المحرم إعانة فيه ، أو دلالة عليه ، أو إشارة إليه لم يبح أيضا . راجع تفصيل المسألة في : الإفصاح (٢٩٢/١) ، المغني (٣١١/٣-٣١٣) ، الكافي لابن قدامة (٤٠٩/١) .

(١) في (م) ، (ع) : [اصطاد له] .

(٢) في (م) : [أو معه] .

(٣) في (م) : [ربعى] ، بالياء ، وهو خطأ .

(٤) في (م) : [يخلف] .

(٥) في سائر النسخ : [فاستعين] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٦) في (ص) : [أطعمكوها اللَّه] . أخرجه البخاري ، في الصحيح ، في الجهاد ، باب ما قيل في الرماح (١٥٥/٢ ، ١٥٦) ، ومسلم في الصحيح ، في كتاب الحج ، باب تحريم الصيد للمحرم (٨٥٢/٢) ، الحديث (١١٩٦/٥٧) ، وأبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب لحم الصيد للمحرم (٤٦٧/١) ، والترمذي في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في أكل الصيد (١٩٥/٣ ، ١٩٦) ، الحديث (٨٤٧) ، والنسائي في السنن ، في كتاب مناسك الحج في ما يجوز للمحرم أكله من الصيد (١٨٢/٥) ، وابن ماجه في السنن ، في كتاب المناسك ، باب الرخصة في ذلك إذا لم يصد له (١٠٣٣/٢) ، الحديث (٣٠٩٣) .

(٧) لفظ : [ولم] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [سل] ، مكان : [يسأل] .

(٨) في (م) ، (ع) : [اصطياده] .

الصيد أيأكله المحرم ؟ ، فقال : نعم » [١] .

٩٦٦٢ – ولأنه صيد مذكى لم يوجد من المحرم فيه ولا في سببه صنع يحل له أكله ، كما لو أخذه الحلال لنفسه .

٩٦٦٣ – ولا يلزم ما لا يؤكل لحمه ؛ لأن الأصل والفرع يستويان فيه .

٩٦٦٤ – ولأن نية الصائد لا تؤثر في تحريم الصيد على المحرم ؛ أصله : إذا صاده له قبل إحرامه / ثم أحرم فأكله . ١١٦/أ

٩٦٦٥ – احتجوا بحديث جابر بن عبد اللّه ﷺ : « أن النبي ﷺ قال : صيد البرّ حلال لكم ما لم تصيدوه أو يصاد لكم » [٢] .

٩٦٦٦ – قلنا : هذا حديث مضطرب الإسناد ، رواه بهذا اللفظ يعقوب بن عبد الرحمن ، ويحيى بن عبد اللّه بن سالم ، عن عمرو مولى المطلب ، عن المطلب بن عبد اللّه بن حنطب ، عن جابر بن عبد اللّه ، باللفظ الذي [٣] ذكروه . وروى إبراهيم ابن سويد ، قال : حدثني عمرو بن أبي عمرو ، عن المطلب [٤] ، عن أبي موسى ، عن النبي ﷺ فذكر هذا الحديث . ورواه [٥] الدراوردي ، فخالف يعقوب ، ويحيى عن إبراهيم ، في إسناده ، فرواه عن عمرو بن أبي عمرو ، عن رجل من الأنصار ، عن جابر بن عبد اللّه . ثم مداره على عمرو مولى المطلب وهو ضعيف [٦] ، ولو ثبت

---

(١) أخرجه عبد الرزاق من حديث طلحة بن عبيد اللّه ، بلفظ : « سئل رسول اللّه ﷺ هل يأكل المحرم لحم الصيد إذا ذبح في الحل ، قال : نعم » . في المصنف ، في كتاب المناسك ، باب الرخصة للمحرم في أكل الصيد (٤٢٩/٤) ، الحديث (٨٣٣٦) .

(٢) في (ع) : [صيد البر والبحر] ، بزيادة : [البحر] ، وفي (م) : [مالم يصيدوه] . وحديث جابر أخرجه أبو داود في السنن ، في كتاب المناسك ، باب لحم الصيد للمحرم (٤٦٧/١) ، والترمذي في السنن ، في كتاب الحج ، باب ما جاء في أكل الصيد للمحرم (١٩٤/٣ ، ١٩٥) ، الحديث (٨٤٦) ، والنسائي في السنن ، في كتاب مناسك الحج ، في إذا أشار المحرم إلى الصيد فقتله الحلال (١٨٧/٥) ، وأحمد في المسند ، في مسند جابر بن عبد اللّه (رض) (٣٦٢/٣) .

(٣) لفظ : [الذي] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في جميع النسخ : [عمرو بن عمرو على المطلب] ، والمثبت من كتب الحديث .

(٥) في (ص) ، (م) : [وحكاه] .

(٦) عمرو بن أبي عمرو مولى المطلب بن عبد اللّه بن حنطب المخزومي ، قال يحيي بن معين عنه : ليس بالقوي ، وقال : كان مالك يروي عنه ، وكان يستضعفه ، وقال العجلي : ثقة ، ينكر عليه حديث البهيمة ، وقال ابن عدي وهو عندي لا بأس به ؛ لأن مالكا لا يروي إلا عن ثقة أو صدوق . راجع ترجمته في : الكامل =

كان [١] معناه : يصاد بأمركم ؛ لأن الصيد لا يكون للإنسان إلا أن يصطاده [٢] لنفسه ، أو يستأجر من يصطاد له ، وإلا فالصيد لمن صاده وإن نوى أنه لغيره ، وعندنا أنه يحرم عليه بأمره [٣] .

٩٦٦٧ - قالوا : روى عبد اللَّه بن عامر بن ربيعة ، قال : رأيت عثمان بن عفان بالعرج [٤] ، وهو محرم في يوم صائف ، قد غطى وجهه بقطيفة أرجوان [٥] ، ثم أتى بلحم صيد ، فقال لأصحابه : كلوا ، قالوا : أفلا تأكل أنت ، قال : إني لست كهيئتكم ، إنه صيد من أجلي [٦] ، قالوا : ولا يعرف [٧] له مخالف .

٩٦٦٨ - قلنا : روي عن عبد اللَّه بن شماس : « قال : أتيت عائشة رضي الله عنها [٨] ، فسألتها عن لحم الصيد يصيده الحلال ثم يهديه للمحرم ، فقالت : اختلف أصحاب رسول اللَّه ﷺ ، فمنهم من أكله ، ومنهم من حرمه ، وما أرى بشيء منه بأسًا » [٩] ، ولم تفصل [١٠] . وروى إبراهيم ، عن الأسود [١١] : أن كعبًا سأل عمر رضي الله عنه عن الصيد يذبحه الحلال ، فيأكله المحرم ؟ فقال عمر : « لو تركته لرأيتك لا تفقه شيئا » [١٢] ، ولم يفصل .

= (١١٦/٥ ، ١١٧) ، الترجمة (١٢٨٢/٣١٥) ، تاريخ الثقات ص٣٦٧ ، الترجمة (١٢٧٦) ، ميزان الاعتدال (٢٨١/٣ ، ٢٨٢) ، الترجمة (٦٤١٤) ، تقريب التهذيب (٧٥/٢) ، الترجمة (٦٤٢) .

(١) في (م) : [كل] ، مكان : [كان] .

(٢) في (م) ، (ع) : [أن يصطاد] بدون الهاء .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالأمر] . (٤) في (م) ، (ع) : [بالفرح] .

(٥) في (م) : [بقطيعة] ، وفي (ع) : [ارجوانة] . والأرجوان : الصبغ الأحمر القاني .

(٦) أخرجه مالك في الموطأ ، في كتاب الحج ، باب ما لا يحل للمحرم أكله من الصيد (٣٥٤/١) ، الحديث (٨٤) والبيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب ما لا يأكل المحرم من الصيد (١٩١/٥) ومحمد في موطئه ، في كتاب الحج ، باب المحرم يغطي وجهه ص١٤٤ ، الحديث (٤١٧) ، والشافعي في المسند ، في كتاب الحج ، الباب الخامس فيما يباح للمحرم وما يحرم (٣٢٤/١) ، الحديث (٨٤٣) ، .

(٧) في (م) ، (ع) : [ولا نعرف] . (٨) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٩) والبيهقي ، باختلاف يسير ، في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب المحرم لا يقبل ما يهدى له من الصيد حيا (١٩٤/٥) أخرجه الطحاوي ، بنحو هذا اللفظ ، في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب الصيد يذبحه الحلال في الحل هل للمحرم أن يأكل منه أم لا ، (١٦٩/٢) ، .

(١٠) قوله : [ولم يفصل] ساقط من (ع) وفي (م) : [ولم يفصل] .

(١١) في سائر النسخ : إبراهيم بن الأسود ، والمثبت من مصنف عبد الرزاق ، ومعاني الآثار للطحاوي .

(١٢) في (م) : [لا نفقه شيئا] . والأثر أخرجه الطحاوي بلفظه ، في المعاني ، (١٧٤/٢) ، وعبد الرزاق بمعناه ، في المصنف ، في كتاب المناسك ، باب الرخصة للمحرم في أكل الصيد (٤٣٢/٤) ، الأثر (٨٣٤١) .

٩٦٦٩ - ثم اختلف الصحابة في هذه [1] المسألة ، فقال علي ﷺ[2] : لا يحل أكله بكل حال ، وقالت [3] عائشة ، وعمر ، وأبو هريرة ﷺ : يحل أكله ، وقال عثمان ﷺ : أما إذا صيد له لم يحل [4] ، فلم يكن الرجوع إلى بعض هذه الأقوال أولى من الرجوع إلى الآخر .

٩٦٧٠ - قالوا : صيد بريٌّ صيد للمحرم ، فلا يحل له أكله ، أصله : إذا دل عليه .

٩٦٧١ - قلنا : إذا دل عليه - فقد فعل - فلا يختص بالقتل ، وفي مسألتنا لم يوجد من المحرم في إتلافه صنع ، وإنما وجد قصد الحلال ونيته ، ولا تعلق للمحرم بذلك ، فلم يجز أن يحرم به عليه .

* * *

---

(١) لفظ : [هذه] ساقط من (م) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [ﷺ] .

(٣) في (ص) : [وقال] .

(٤) في (م) ، (ع) : [اصطيد] ، مكان : [صيد] . وأخرجه البيهقي ، في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب ما يأكل المحرم من الصيد (١٨٩/٥) وأخرجه عبد الرزاق مطولا بالمعنى ، (٤٣٢/٤) ، الأثر (٨٣٤٢) ، وأثر علي ﷺ أخرجه عبد الرزاق ، بمعناه مطولا ، في المصنف ، (٤٣٤/٤) ، الأثر (٨٣٤٧) ، وفي باب ما ينهى عنه المحرم من أكل الصيد (٤٢٧/٤) ، الأثر (٨٣٢٧) ، والطحاوي ، (١٧٥/٢) . وأثر عائشة : قد تقدم تخريجه في هذه المسألة ، وأما أثر عمر ، وأبي هريرة ﷺ : وأثر عثمان ﷺ : قد سبق تخريجه بالمعنى ، في هذه المسألة .

مسألة ٥٢٨

حكم العود في الأكل بعد أداء الجزاء

٩٦٧٢ - قال أبو حنيفة : إذا أدى المحرم جزاء الصيد المأكول ، ثم عاد فأكل من لحمه : لزمه جزاء ما أكل منه [(١)] ، وإن كان قبل إخراج الجزاء ، ففيه الجزاء .

وذكر ذلك الطحاوي عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة قال : إذا ذبح المحرم الصيد [(٢)] ، ثم أكل منه ، فعليه جزاء . ولا تعرف [(٣)] الرواية في التداخل ، فيجوز أن يقال : يجب الجزاء ، ويدخل في ضمان الأصل ، ويجوز أن يقال : يخرجه مع جزاء الصيد [(٤)] .

٩٦٧٣ - وقال الشافعي : لا جزاء عليه [(٥)] .

٩٦٧٤ - لنا : أن كل ما لو انفصل من الصيد حال حياته ضمنه المحرم بالجزاء . فإذا انفصل بعد الذبح [بفعله ، جاز أن يضمن بالجزاء ، كالجنين إذا انفصل بعد الذبح] [(٦)] حتى يموت .

٩٦٧٥ - ولأن كلًّا من الصيد [والذبح وتيسير سببه] يحظره الإحرام ، وكل ما [(٧)] يحظره الإحرام في الصيد جاز أن يجب الجزاء على مُحْرِمٍ اصطاده ، وبقي في

---

(١) لفظ : [منه] ساقط من (ع) . (٢) في (ع) : [صيد] بدون الألف واللام .

(٣) في (ع) : [فلعليه] ، مكان : [فعليه] ، وفي (م) : [ولا يعرف] ، مكان : [ولا تعرف] .

(٤) قال الكاساني في بدائع الصنائع : فإن أكل المحرم الذابح منه أي : [الصيد] ، فعليه الجزاء ، وهو قيمته في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : ليس عليه إلا التوبة والاستغفار ، ثم قال : هذا إذا أدى الجزاء ثم أكل ، فأما إذا أكل قبل أداء الجزاء : فقد ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي : أن عليه جزاء واحد ، ويدخل ضمان ما أكل في الجزاء ، وذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي : أنه لا رواية في هذه المسألة ، فيجوز أن يقال : يلزمه جزاء آخر ، ويجوز أن يقال : يتداخلان . راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، (٤٤١/٢ ، ٤٤٢) ، أحكام القرآن ، باب ما يقتله المحرم (٤٧٦/٢) ، المبسوط ، (٨٦/٤) ، بدائع الصنائع ، (٢٠٣/٢ ، ٢٠٤) ، مجمع الأنهر ، (٣٠٠/١) .

(٥) راجع المسألة في : مختصر المزني ، باب كيفية الجزاء ص٧١ ، حلية العلماء ، (٢٥٣/٣) . وقال المالكية والحنابلة : مثل قول الشافعي ، إذا أكل المحرم من الصيد بعد أداء الجزاء ، فليس عليه شيء آخر . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، (٣٣٢/١) ، المنتقى ، في ما لا يحل للمحرم أكله من الصيد (٢٥٠/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، (٣٩٢/١) ، بداية المجتهد ، في القول في أحكام جزاء الصيد (٣٧٣/١ ، ٣٧٤) ، والمغني ، (٣١٤/٣) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذا من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) : [كلما] بدون العطف ، والعبارة قبلها مضطربة ، وما بين المعكوفتين ليس في الأصول ، وفي هامش (م) كلمات غير واضحة القراءة وتشبه ما أثبتناه .

يده (١) . أصله : القتل .

٩٦٧٦ - قالوا : نقول بموجبه إذا اصطاده محرم وخلّاه (٢) واصطاده حلال له ، فأكل منه لم يصح ؛ لأنه لم يبق في يده .

٩٦٧٧ - ولأن القتل معنى يخرج الصيد من كونه صيدًا ، فجاز أن يجب بعده جزاء آخر على من وجب عليه بإيقاع ذلك فيه . أصله : قطع الأعضاء والجرح . والتمول يجعل للقتل معنى ، فوجب الجزاء على المحرم ، فجاز أن يجب بعده جزاء آخر على من وجب عليه بإيقاعه فيه ؛ أصله : قطع الأعضاء ونتف الريش .

٩٦٧٨ - ولأن القتل المحظور يجعل المقتول في حق القاتل في حكم الحي من وجه ، وفي حكم الميت من وجه (٣) ؛ بدلالة : أنه إذا قتل قاتل أبيه لا نورثه ، وأم الولد إذا قتلت مولاها عتقت ، ومن له دين مؤجل على غيره فقتله حل (٤) دينه . وإذا صار الصيد في حكم الحي من وجه والميت من وجه ، لزمه ضمانه ، كالمقطوع الأعضاء .

٩٦٧٩ - احتجوا : بأنه ضمنه بإتلافه ، فلا يضمنه بأكله . أصله : إذا قتل الحلال صيدًا في الحرم ، ثم أكله أو كسر بيضًا من الصيد ، ثم أكله .

٩٦٨٠ - قلنا : ضمان الصيد لا يمنع من وجوب ضمانه بالإتلاف ، أو بما هو في حكم الإتلاف . فأما ضمان صيد الحرم فإن الحلال يجوز أن يملك الصيد بالشراء (٥) ، فملكه بالضمان ، فلا يجب عليه بأكل شيء . والمحرم لا يملك الصيد بأسباب التمليك ، فلا يملكه بالذبح ؛ فصار كما لو لم يضمنه في وجوب ضمان ما أكل منه .

٩٦٨١ - ولأن صيد الحرم مضمون لمعنى في غير الضامن ، وهو حرمة البقعة (٦) ، فهو كالمضمون لحق الآدمي ، فإذا ضمنه من وجه لم يضمنه من وجه آخر (٧) . والمحرم ممنوع

---

(١) في (م) ، (ع) : [مدة] ، مكان : [يده] .

(٢) في (م) ، (ع) : [رجلا] بالجيم المعجمة . ورَحْلا : أي حال كونه سائرًا وماضيًا في رحلة الحج ورُحّلا : أي حال كونه من العرب الرُّحّل لذين لا يستقرون في مكان ويحلون بماشيتهم حيث يسقط الغيث فينبت المرعى . وقد أثبتنا : [وخلاه] بدلا من ذلك لضرورة المعنى .

(٣) قوله : [وفي حكم الميت من وجه] ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) لفظ : [حل] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [بالجزاء] ، مكان : [بالشراء] ، وكذا في صلب (ص) ، وما أثبتناه من هامش (ص) .

(٦) في (م) ، (ع) : [المنفعة] ، مكان : [البقعة] .

(٧) لفظ : [آخر] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

لمعنى فيه ، وهو حرمة العبادة ، فتلك الحرمة تمنع القتل والأكل ، فجاز [١] أن يتعلق بكل واحد من الأمرين الضمان .

٩٦٨٢ - فإن جعلوا أصل العلة البيض إذا كسره المحرم ثم أكله ، قلنا : البيض لا ذكاة له ؛ بدلالة : أن كسر المجوسي له وأخذه وأخذ المسلم سواء ، وفعل المحرم لا يكون بِأَدْوَنَ [٢] من فعل المجوسي . وإن كان مباحا بالكسر ولم يحل أكله [٣] ، لم يلزمه بأكله جزاء ، والصيد مما جعل له ذكاة [٤] فاختلف فيه فعل المحرم وفعل غيره ، فلم يتحلل بالذبح ، فلذلك وجب عليه الجزاء .

٩٦٨٣ - فإن قيل : المقتول ميتة ، وأكله الميتة لا يوجب الجزاء .

٩٦٨٤ - قلنا : تحريمه على المحرم لحرمة الإحرام ، لا لكونه ميتة ، بدلالة : أن الناس اختلفوا في كونه ميتة واتفقوا على تحريمه ، فلا يجوز أن نعلل [٥] موضع الإجماع بعلة مختلف فيها [٦] .

٩٦٨٥ - ولا يقال : إن الميتة لا قيمة لها فلا تضمن ؛ لأن عندهم الصيد مذكى يجوز أكله .

٩٦٨٦ - فأقل الأحوال أن يكون مختلفًا في جواز أكله ، ثم ضمان المحرم لا يقف على كون المتلف مقومًا ، بدلالة : أنه يضمن في القَمْلَةِ وإن لم يكن لها قيمة .

٩٦٨٧ - وقد قاسوا على المحرم يُطْعِم [٧] اللحم برأيه وكلامه ، وهذا عندنا يتعلق [٨] به الضمان ؛ لأنه انتفاع به ، فإن ألزموا إذا أحرقه [٩] .

٩٦٨٨ - قلنا : يجوز أن يضمن بالانتفاع ، ولا يضمن بالإحراق ، كالطيب .

* * *

(١) في (م) : [يمنع] ، مكان : [تمنع] . وقوله : [فجاز] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) أي : [بأقل] .

(٣) قوله : [لم يحل أكله] ساقط من (ع) .

(٤) في (م) : [زكاة] .

(٥) في (م) : [أن تعلل] ، بالتاء .

(٦) في (م) ، (ع) : [مختلفا فعله فيها] ، مكان : [بعلة مختلف فيها] ، قاعدة : لا يجوز التعليل لموضع الإجماع بعلة مختلف فيها .

(٧) في (م) : [بطعم] بالباء .

(٨) في (ع) : [بتعلق] بالباء .

(٩) في (م) ، (ع) : [أخرجه] .

مسألة ٥٢٩

حكم المحرم الدال على صيد فقتل

٩٦٨٩ – قال أصحابنا : إذا دل المحرم حلالا ، أو محرما على صيد فقتله ، فعلى الدال المحرم الجزاء [(١)] .

٩٦٩٠ – وقال الشافعي : لا شيء عليه [(٢)] .

٩٦٩١ – وإن [(٣)] دل الحلال في الحرم ، فمن أصحابنا من قال : المسألة اختلف فيها أبو يوسف وزفر ، فقال أبو يوسف : لا ضمان فيه . وأما أبو حنيفة ، فليس عنه رواية .

٩٦٩٢ – وقد ذكر أبو الحسن [(٤)] أنه لا ضمان على الدال الحلال في الحرم عند أبي

(١) قال العيني في البناية : القسمة العقلية في الدلالة على الصيد أربعة أقسام : إما أن يكون الدال والمدلول حلالين أو محرمين ، أو الدال حلالا والمدلول محرما ، أو بالعكس من ذلك . الأول ليس مما نحن فيه ، والثاني : على كل واحد جزاء عندنا ، والثالث : على المدلول الجزاء دون الدال ، وفي الرابع : عكسه . راجع تفصيل المسألة في : كتاب الأصل (٤٣٧/٢) ، كتاب الحجة ، باب المحرم يقتل الصيد أو يدل عليه أو يضطر إلى الميتة فيأكلها (١٧٥/٢-١٧٨) ، الجامع الصغير ، باب في جزاء الصيد ص١٥٢ ، المبسوط (٧٩/٤ ، ٨٠) ، بدائع الصنائع (٢٠٣/٢ ، ٢٠٤) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٦٨/٣-٧١) ، البناية مع الهداية (٣٠٦/٤ - ٣٠٩) ، مجمع الأنهر (٢٩٧/١) .

(٢) قال الشافعي في الأم : ولو دل محرم حلالا على صيد ، أو أعطاه سلاحا أو حمله على دابة ليقتله فقتله ، لم يكن عليه جزاء ، وكان مسيئا . راجع تفصيل المسألة في : الأم (٢٠٨/٢) ، مختصر المزني ص٧١ ، حلية العلماء (٢٥٣/٣) ، المجموع مع المهذب (٢٩٤/٧ ، ٣٣٠) . وقال مالك في المشهور عنه : مثل قول الشافعي ، لا يجب الجزاء على المحرم الدال . قال الباجي في المنتقى : فإن دل المحرم حلالا أو حراما على صيد فقتله ، حرم أكل ذلك الصيد ، حكى ذلك القاضي أبو الحسن ، وهل عليه جزاء أو لا ، حكى القاضي أبو الحسن والقاضي أبو محمد : أنه إن لم يأكل منه فلا قضاء عليه ، وبه قال الشافعي . وحكى ابن المواز عن أشهب : إن دل المحرم حراما أو حلالا على صيد فقتله ، فعلى كل واحد منهما الجزاء . فإن دل حلال فلا جزاء على الدال ، وليستغفر الله تعالى ، وكذلك إن ناوله سوطا ، وابن القاسم : لا يرى في ذلك شيئا على الدال ، وهو المشهور عن مالك . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٣٠/١) ، المنتقى ، ما يجوز للمحرم أكله من الصيد (٢٤١/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٣٩٠/١) . وقال الحنابلة : إذا دل المحرم حلالا على الصيد فأتلفه ، فالجزاء كله على المحرم ، وإن كان المدلول محرما ، فالجزاء بينهما . راجع تفصيل المسألة في : المغني (٣٠٩/٣ ، ٣١٠) ، الكافي لابن قدامة (٤٠٩/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [وإذا] .

(٤) هو عبيد الله بن الحسين الكرخي . تقدمت ترجمته في مسألة (١٠٠) وتكرر ذكره في مسائل عديدة .

حنيفة ، وأبي يوسف ، ومحمد (١) .

٩٦٩٣ - لنا : إجماع الصحابة . وروى محمد بن الحسن ، عن يعقوب بن إبراهيم (٢) ، عن داود بن أبي هند ، عن بكر بن عبد الله المزني ، قال « : أتى عمر بن الخطاب ، قال : إني أشرت إلى ظبي ، [وأنا محرم] (٣) ، فقتله رجل ، فقال عمر لعبد الرحمن بن عوف : ما ترى ؟ ، قال : شاة ، فقال : أنا أرى ذلك » (٤) .

وعن عكرمة ، عن ابن عباس ﷺ : أن محرمًا أشار إلى حلال ببيض نعام ، فجعل عليه علي بن أبي طالب ، وابن عباس ﵄ جزاء (٥) . وعن أبي عبيدة بن الجراح مثله (٦) .

٩٦٩٤ - وعن عطاء قال : أجمع الناس على أن على الدال الجزاء (٧) . قال الطحاوي : ولم يُرْوَ (٨) عن أحد من الصحابة خلافُ ذلك ، فصار إجماعًا .

٩٦٩٥ - ويمكن أن يستدل به من وجه آخر ، وهو : أن القياس لا يدل عليه ، فإذا قاله (٩) الصحابي فالظاهر : أنه قاله توقيفًا .

٩٦٩٦ - قالوا : روي عن ابن عمر : أنه قال : ليس على الدال جزاء (١٠) .

٩٦٩٧ - قلنا : لو صح هذا لم يخف على الطحاوي على أنه محمول على دلالة لم يتصل بها (١١) التلف حتى لا يحمل قوله على خلاف الجماعة .

٩٦٩٨ - على أنه قال ما يوافق القياس ، والصحابي إذا قال ما يخالف القياس لا

---

(١) راجع في المصادر التي تقدمت في هامش (١) ، الأصل (٤٣٧/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، والعناية (٧١/٣) ، البناية مع الهداية (٣٠٨/٤ ، ٣٠٩) .

(٢) في جميع النسخ : [عن أبيه] ، مكان : [عن يعقوب بن إبراهيم] ، والمثبت من كتاب الحجة لمحمد بن الحسن .

(٣) الزيادة من كتاب الحجة .

(٤) أخرجه محمد بهذا اللفظ ، في كتاب الحجة ، باب المحرم يقتل الصيد أو يدل عليه أو يضطر إلى الميتة فيأكلها (١٧٦/٢-١٧٨) .

(٥) ذكره محمد ، في كتاب الحجة (١٧٦/٢) ، وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في كتاب الحج ، في المشير إلى الصيد من قال عليه الجزاء (٥١٦/٤) ، الأثر (٣) .

(٦) لفظ : [أبي] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) قال الزيلعي بعد أن ذكره بهذا اللفظ : [غريب] ، في نصب الراية ، كتاب الحج ، باب الجنايات (١٣٢/٣) .

(٨) في (م) ، (ع) : [لم يرو] بدون الواو .

(٩) في (ص) : [قال] بدون الهاء .

(١٠) ذكره ابن الهمام ، في فتح القدير (٧٠/٣) ، والبابرتي في العناية ، وبذيل فتح القدير .

(١١) في جميع النسخ : [به] ، والصواب ما أثبتناه .

يقوله [(١)] إلا توقيفًا .

٩٦٩٩ - ولأنه فعل حظره الإحرام بمنع [(٢)] أكل الصيد ، فجاز أن يجب بجنسه الجزاء ، [كالقتل .

٩٧٠٠ - ولأنه سبب يختص بتحريم أكل الصيد ، فجاز أن يجب بجنسه الجزاء] [(٣)] ، كالرمي ونصب الشبكة .

٩٧٠١ - فبين ذلك : أن الدلالة تحرم [(٤)] الصيد مع كونه مذكى .

٩٧٠٢ - ولا يلزم إذا مات الصيد حتف أنفه ؛ لأن هذا لا يختص بتحريم الصيد .

٩٧٠٣ - ولا يلزم إذا صال عليه صيد وقتله ؛ لأن هذا السبب يجوز أن يتعلق به الضمان ؛ لأنه مباشرة .

٩٧٠٤ - ولا يلزم إذا ذبح شاته فلم يستوف شرائط الذكاة ؛ لأن هذا / سبب تحريم لا يختص بالصيد [(٥)] . ٦

٩٧٠٥ - ولا يلزم الأمر ؛ لأن من قاله : لا يُحَرِّمُ الأكل ، وعلى أنه من جنس الدلالة ، ونحن طلبنا وجوب الجزاء بالجنس .

٩٧٠٦ - فإن قيل : ذبح المحرم الصيد يتعلق به التحريم على جميع الناس ، ولا يتعلق به الجزاء .

٩٧٠٧ - قلنا : تحريمه على جميع الناس ؛ لأنه ليس بمذكى ، وهذا حكم لا يختص بالصيد .

٩٧٠٨ - ولأنَّا نعني بالسبب : أن يوجد من الإنسان سبب يختص بالتحريم ، وسائر الناس لم يوجد منهم سبب .

٩٧٠٩ - ولأنه معنى لا يتوصل إلى إتلاف الصيد إلا به ، فجاز أن يتعلق به الجزاء ، كالإمساك .

---

(١) قوله : [القياس لا يقوله] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يمنع] بالياء .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) : [يحرم] .

(٥) قوله : [لا يختص] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [الصيد] بدون الباء .

٩٧١٠ - فإن قيل : المعنى في الناسى : أنه يضمن به الآدمي ، والدلالة لا يضمن بها الآدمي ، فلم يضمن بها الصيد .

٩٧١١ - قلنا : قد يضمن الصيد بما لا يضمن به الآدمي ؛ بدلالة : أن من حبس حُرًا حتى مات : لم يضمنه ، ولو حبس صيدًا حتى مات : ضمنه ، وكذلك [1] يضمن بما لا يضمن به المال ، بدلالة : أن من غصب طائرًا فتلفت فراخه ، ضمنها عند الشافعي ، ولا يضمن الصيد بالإمساك ، ولا يضمن الآدمي بالإمساك .

٩٧١٢ - فإن قيل : المعنى في الأصل وهو القتل : أنه مهلك [2] متلف ، فلهذا وجب به الجزاء ، والدلالة لا تفضي [3] إلى التلف ، [فلما لم يتعقبها الضمان ، لم يتعلق بها الضمان .

٩٧١٣ - قلنا : علة الأصل تبطل بما إذا صال عليه ، وأما علة الفرع ؛ فلا نسلم أن الدلالة لا تفضي إلى التلف [4] ؛ لأن فعل المدلول ينضم إليها ، فيتعلق [5] التلف بفعل المباشر صادرًا عن الدلالة ، كحفر البئر الذي يقع التلف بوقوع [6] الواقع في البئر . ثم الضمان لا يتعقب الحفر ، ويتعلق بسببه عند الوقوع فيه ، كذلك نصب الشَّبَكة . ولأنه عقد على نفسه عقدًا خاصًا التزم به صيانة الصيد عن [7] الإتلاف ، فإذا دل عليه جاز أن يضمنه بالدلالة ؛ أصله : المودع إذا دل على الوديعة من أتلفها .

٩٧١٤ - فإن قيل : المودع لزمه الحفظ بصنعه ، وبالدلالة عليه ترك الحفظ فلذلك [8] ضمنه ، والمحرم لم يلزمه الحفظ ، فلم يضمن بالدلالة .

٩٧١٥ - قلنا المحرم لزمه الحفظ للصيد من أفعاله المؤدية إلى تلفه ، فإذا دل عليه ، لم يحفظه [9] الحفظ الذي لزمه ، فهو كالمودع الذي لزمه الحفظ من فعله [10] وفعل سائر الناس .

٩٧١٦ - ولأنه فعل محظور في الإحرام لم يتوصل إلى أخذ الصيد إلا به ، فجاز أن يتعلق بسببه الضمان ، كنصب الشبكة .

---

(١) في (ص) : [ولذلك] .
(٢) في (م) : [يهلك] .
(٣) في (م) : [لا يفضي] .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [فتعلق] .
(٦) في (م) : [يوقع] بالياء . وهو مصدر الفعل (وَقَعَ) فمصدره وَقْعًا ووقوعًا .
(٧) لفظ : [الصيد] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [على] ، مكان : [عن] .
(٨) في (م) : [فكذلك] .
(٩) في (م) ، (ع) : [فلم يحفظ] وفي (ص) لم يحفظ والهاء زيادة من عندنا لتيسير المتابعة .
(١٠) في (م) ، (ع) : [فعل] بدون الهاء .

٩٧١٧ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ ﴾ [(١)] ؛ دليله : أن من لم يقتل فلا جزاء عليه . وهذا غلط ؛ لأن دليل الخطاب هو الحكم إذا علق بوصف دل على نفي ما عداه ، فيقتضي : أن من فعله خطأً وجب عليه الجزاء ، فأما الذي قالوه وهو الحكم المتعلق بالآدمي فلا يدل على نفي ما عداه على قول محتمل ، ألا ترى : أنا إذا قلنا : زيد عدل ، لم يدل ذلك على أن غير زيد ليس بعدل .

٩٧١٨ - قالوا : بأنه صفة توالت عليه دلالة وجناية ، فوجب أن يتعلق الضمان بالجناية ، لا بالدلالة ، كما لو دل حلال حلالا على صيد في الحرم .

٩٧١٩ - قلنا : لا يمنع أن يستوي تحريم الدلالة في الحرم وفي حق المحرم ، ويتعلق الضمان بأحدهما دون الآخر ، كما أن تحريم الطيب يستوي فيه الإحرام والعدة ، ويتعلق الضمان باستعمال الطيب في حال الإحرام ، ولا يتعلق به [(٢)] في العدة ، على أن الدلالة في الحرم قد بينا أن من أصحابنا من التزم بها ، وقال : لا نعرف الرواية فيها .

٩٧٢٠ - ولأن ضمان الحرم يجب [(٣)] بالأفعال المجردة [(٤)] عن الإتلاف ، بدلالة : استعمال الطيب ، ولبس المخيط . والدلالة فعل مجرد [(٥)] عن الإتلاف ، وليس استمتاعًا [(٦)] ، فهي أضعف من هذه الأفعال وأولى أن لا يتعلق بها ضمان ، وليس كذلك الضمان الواجب في الإحرام ، فيجوز أن يجب بأفعال تتجرد عن إتلاف ، فيجوز أن يجب بالدلالة أيضًا .

٩٧٢١ - ولأن من أصلنا : أن ضمان الحرم يجري مجرى ضمان الأموال ؛ لأنه يجب لا لمعنى في الفاعل ، والأموال لا تضمن [(٧)] بالدلالة [(٨)] .

٩٧٢٢ - قالوا : ولأنه سبب لا يضمن به الآدمي [(٩)] بحال ، فلم يضمن به الصيد ، كالدلالة الظاهرة .

وربما قالوا : سبب لا يضمن به صيد الحرام ، فكذلك الصيد في حق المحرم .

---

(١) سورة المائدة : الآية ٩٥ .
(٢) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [فلان] ، مكان : [ولأن] ، وقوله : [لا يجب] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في جميع النسخ : [المجرد] ، والصواب ما أثبتنا .
(٥) في (م) : [يجرد] .
(٦) في سائر النسخ : [استمتاع] ، وصوابه ما أثبتناه .
(٧) في (م) ، (ع) : [لا يضمن] .
(٨) قاعدة : « الأموال لا تضمن بالدلالة » .
(٩) في (م) ، (ع) : [آدمي] بدون إلا .

٩٧٢٣ - قلنا : ضمان الصيد آكد من ضمان الآدمي ؛ بدلالة : أن من فزّع عبدًا حتى أبق ؛ لم يضمنه [(١)] ، فلو نفّر صيدًا فخرج [(٢)] من الحرم أو تلف ، يضمنه . فكذلك [(٣)] لا يمتنع أن يجب ضمان الصيد بالدلالة وإن لم يُضْمن الآدمي [(٤)] بالدلالة .

٩٧٢٤ - والمعنى في الدلالة الظاهرة : أنها لا تختص [(٥)] بالإتلاف ، بدلالة : أن من دل [(٦)] رجلا على ما يعلم به المدلول ويستفيد بالدلالة فائدة ، ويتوصل بها إلى الإتلاف ، [بخلاف من دل على ما لا يعلم به المدلول ولم يستفد بالدلالة فائدة ؛ فالدلالة توصل إلى الإتلاف] [(٧)] في موضع دون موضع ، فلهذا ضمن في أحد الموضعين دون الآخر .

٩٧٢٥ - ولأن [(٨)] الدلالة الظاهرة لا يضمن بها المودع الوديعة ، والدلالة الخفية يضمن بها المودع الوديعة ، فجاز أن يضمن بها الصيد .

٩٧٢٦ - قالوا : سبب يفضي إلى التلف ، فإذا لم يتعقبه ضمان لم يجب به الجزاء ، كالدلالة الظاهرة .

٩٧٢٧ - قلنا : يبطل بدلالة المودع على الوديعة ، فإنه سبب لا يفضي إلى التلف ، ولا يتعقبه ضمان . ويتعلق به الضمان إذا انضم إلى الدلالة الإتلاف ، والمعنى في الدلالة الظاهرة ما ذكرنا .

٩٧٢٨ - قالوا : نفس مضمونة ؛ فوجب أن لا يضمن بالدلالة ، كالآدمي .

٩٧٢٩ - ولأن الآدمي أعظم حرمة ، بدلالة : أنه يُضمن بالقَوَد وبمائة من الإبل ، والصيد يضمن بالقيمة أو بمثله ، ثم يثبت أن الآدمي لا يضمن بالدلالة ، فلأن لا يضمن الصيد بها [(٩)] أولى .

٩٧٣٠ - قلنا : قد بينا أن الصيد آكد في باب الضمان من نفس الآدمي ؟ ، بدلالة : أنه لا يُضْمَنُ بالتنفير [(١٠)] الآدميُّ ، ويُضْمَن الصيد بالتنفير [(١١)] . وكذلك إذا حفر بئرًا

---

(١) في (م) ، (ع) : [يضمنه] ، بحذف : [لم] .

(٢) في (ع) : [حتى خرم] ، مكان : [فخرج] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أتلف] ، مكان : [تلف] ، وفي (ص) : [فلذلك] ، مكان المثبت .

(٤) في (م) ، (ع) : [للآدمي] . (٥) في (م) : [لا يختص] .

(٦) لفظ : [دل] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلان] . (٩) في (ع) : [بها الصيد] بالتقديم والتأخير .

(١٠ ، ١١) في (م) ، (ع) : [بالسعي] ، مكان المثبت في المكانين .

في ملك نفسه فوقع فيها صيد ، ضمن [١] . ولو وقع فيها آدمي لم يضمن .

٩٧٣١ - وقولهم : إن من أصحابنا من قال لا يضمن الصيد إذا حفر له في ملكه لا يلتفت إليه ؛ لأن ابن القاصّ [٢] قال في التلخيص : نص الشافعي [٣] في هذا على وجوب [٤] الضمان ، وليس إذا كان ما يضمن به الآدمي أكثر مما [٥] يضمن به الصيد ، دل على أن ضمانه آكد ، ألا ترى : أن العبد عندهم يضمن بأضعاف ما يضمن به الحر ، ولم يدل ذلك على تأكد حرمة [٦] العبد وضمانه على الحر . [ثم الدلالة على قتل [٧] الآدمي لم يتعلق بالمال ، فيها حكم المتلفين ، فلم يجب عليه ضمان] [٨] ، وقد تعلق على الدال على الصيد ، بدلالة حكم المتلفين ، فلذلك تعلق به وجوب الضمان .

٩٧٣٢ - قالوا : موضوع الأصول : أنه متى اجتمع مباشرة وسبب غير ملجئ ، فإذا تعلق الضمان بالمباشرة لم يتعلق بالسبب ، كالحافر ، والدافع ، والممسك ، والذابح [٩] .

٩٧٣٣ - قلنا : هذا فرض نسلمه [١٠] في محرم دل محرمًا على صيد ، فأما إذا دل حلالا ، فلم يتعلق بالمباشرة ضمان ، فلا يتعلق بالسبب عندهم ، وكان الواجب إذا لم يجب ضمان على المباشر أن يضمن فاعل السبب عندهم ، كالمحرم إذا أمسك صيد الحلال فقتله .

٩٧٣٤ - قالوا : الضمان على الممسك ؛ لأن المباشر لم يضمن ، فكذلك كان يجب في مسألتنا إذا دل حلالا ، فالضمان لم يتعلق بالمباشر ، فيجب أن يتعلق بالسبب .

٩٧٣٥ - وقد قالوا : لو أمسك المحرمُ صيدًا فَقَتَله مُحْرِمٌ ، فالصحيح من المذهب : أن الضمان عليهما ، فقد اجتمع هاهنا سبب غير [١١] ملجئ ومباشرة ، فتعلق الضمان

---

(١) في (م) : [ضمنه] ، بزيادة الهاء .

(٢) هو : أحمد بن أبي أحمد الطبري ، أبو العباس ، المعروف بابن القاص . توفي بطرسوس ، سنة خمس وثلاثين وثلاثمائة ، ومن مؤلفاته : التلخيص ، وأدب القضاء ، والمفتاح . راجع ترجمته في طبقات الشافعية (١٤٦/٢) ، الترجمة (٩١٦) .

(٣) قوله : [نص الشافعي] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [وجود] بالدال المهملة.

(٥) في (م) ، (ع) : [ما] ، مكان : [مما] .

(٦) في (م) ، (ع) : [حرية] .

(٧) في (ص) : [أن قتل] ، بزيادة : [أن] .

(٨) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه في الهامش .

(٩) قاعدة : متى اجتمع مباشرة وسبب غير ملجئ فإذا تعلق الضمان بالمباشرة لم يتعلق بالسبب كالحافر والدافع والممسك والذابح .

(١٠) في (ص) : [ملة] ، مكان : [نسلمه] .

(١١) في (م) ، (ع) : [عن] ، مكان : [غير] .

بالمباشرة والسبب .

٩٧٣٦ - وقولهم : إن الضمان يتعلق بهما ، فكذلك نقول في مسألة الدال المحرم إذا دل محرمًا ، ويبطل ما قالوه [بالمودع إذا دل سارقًا على الوديعة فأتلفها ، ضمن مع وجودها] (١) . ثم السبب والمباشرة إذا اجتمعا فتعلق الضمان بالمباشرة لم يتعلق ضمان الإتلاف بالسبب . وعندنا في مسألة الصيد لا يجب على الدال ضمان الإتلاف (٢) ، وإنما يجب ذلك (٣) على المتلف ، ولزم الدال ضمان آخر يسند إلى الدلالة ، ليس هو ضمان الإتلاف (٤) .

٩٧٣٧ - ولأن الأنفس والأموال لا تضمن (٥) من وجهين ، فإذا ضمنت بالمباشرة ، لم تضمن (٦) بالدلالة ، والصيد يجوز أن يضمن من وجهين ، فلذلك جاز أن يجب على المتلف ضمان وعلى الدالّ ضمان آخر .

٩٧٣٨ - قالوا : دلالة مضمونة على محظور إحرامه ، فلم يتعلق بها ضمان على الدال ، كمن دل محرما على طيب فتطيب به ، أو مخيط فلبسه .

٩٧٣٩ - قلنا : الكفارة في الطيب واللبس لا تجب إلا باستمتاع ، والدلالة غير مستمتع (٧) بها ، والصيد يضمن بالإتلاف وبالأسباب المؤدية إليه ، والدلالة سبب يفضي إلى الإتلاف . ولأن الدالّ في مسألة الطيب والمخيط لا يتعلق به حكم يختص باستعماله ، فلم يلزمه الكفارة ، والدالّ في مسألة الصيد / قد عاد إليه (٨) حكم يختص بالإتلاف ، وهو تحريم الأكل ، فلذلك تعلق به الضمان ، فإن قاسوا على إعارة السكين ، قلنا : إن كان لا يتوصل إلى إتلاف الصيد إلا بها ضمنه ، وإن كان يقدر على إتلافه بغيرها ، فهذا السبب يختص بالإتلاف ؛ لأنه لا يتوصل إلى إتلاف الصيد إلا به ، فلذلك تعلق به الضمان .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [بالسبب وعندنا في قتله الصيد لا يجب على الدال ضمان الإتلاف] ، مكان : [ضمان الاتلاف] ، وهو سهو ، وتكرار .

(٣) لفظ : [ذلك] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) قاعدة : لزوم الدال ضمان آخر يسند إلى الدلالة ليس هو ضمان الإتلاف .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يضمن] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لم يضمن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [متمتع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [إلى] ، مكان : [إليه] .

مسألة ٥٣٠

إذا اصطاد الحلال صيدًا في الحل وأدخل الحرم

٩٧٤٠ - قال أصحابنا : إذا اصطاد الحلال صيدًا في الحل وأدخله الحرم : وجب عليه إرساله ، فإن قتله أو هلك في يده : لزمه جزاؤه [١] .

٩٧٤١ - وقال الشافعي : يجوز له ذبحه والتصرف فيه [٢] .

٩٧٤٢ - لنا : أن دخول الحرم يمنع الاصطياد ؛ فوجب أن يمنع إتلاف الصيد بكل حال . أصله : الإحرام .

٩٧٤٣ - ولأنه معنى يوجب تحريم الاصطياد ، فلزمه إرسال ما في يده مما اصطاده قبله ، أصله : [الإحرام .

٩٧٤٤ - ولأنه صيد في الإحرام ؛ فوجب الجزاء بقتله ، أصله] [٣] : ما دخل بنفسه .

٩٧٤٥ - ولأنه مسلم مكلف أمسك صيدًا في الحرم ؛ فلزمه إرساله ، والجزاء بالإتلاف ، كما لو [٤] اصطاده في الحرم .

٩٧٤٦ - ولأنه ممنوع من ابتداء الإمساك ؛ فمنع من استدامة الإمساك ، كالمحرم .

٩٧٤٧ - احتجوا : بأن كل من جاز له الأمر بالاصطياد لنفسه ، جاز له قتل الصيد بحال ، كالمحلِّ .

٩٧٤٨ - قلنا : المحلُّ يجوز أن يبتدئ بالاصطياد ، فجاز له القتل . ومن في الحرم لا

---

(١) راجع المسألة في : الأصل ، (٤٥٢/٢) ، المبسوط ، (٩٨/٤) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، (٩٨/٣) ، البناية مع الهداية ، (٣٥٠/٤ ، ٣٥١) ، مجمع الأنهر ، (٣٠٠/١ ، ٣٠١) .

(٢) راجع المسألة في : المجموع مع المهذب ، باب ما يجب في محظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٤٤١/٧ ، ٤٤٢ ، ٤٩١-٤٩٤) . قال الزرقاني في شرحه : وأما الحلال إذا اصطاد في الحل ودخل به الحرم : فإن كان من أهل الآفاق وجب عليه إرساله ، ولو أقام بمكة إقامة تقطع حكم السفر ، فإن ذبحه حرم عليه ، سواء ذبحه وهو بمكة أو خرج به عن الحرم ، وإن كان من أهل مكة جاز له ذبحه وأكله . راجع : شرح الزرقاني ، فصل حرم بالإحرام (٣١١/٢) . وقال أحمد : مثل قول الحنفية ، إذا أدخل الحلال صيدا من الحل إلى الحرم ، وجب عليه إرساله ، فإن أتلفه في يده أو تلفه ، فعليه ضمانه . راجع المسألة في : الإفصاح ، (٢٩٣/١) ، المغني ، (٣٤٥/٣ ، ٣٤٦) ، الكافي لابن قدامة ، باب جزاء الصيد (٤٢٤/١) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .

يجوز له الاصطياد ، فلا يجوز له قتل الصيد .

٩٧٤٩ – قالوا : أدخل مملوكًا إلى الحرم وغرسها فيه وعلقت فأتلفها .

٩٧٥٠ – قلنا : الشجرة إذا غرسها مَلَكَهَا ، وشجر الحرم المملوك لا يجب بقطعه شيء . أصله : ما ينبته ، والصيد ملكه ، وما يؤثر في تحريم الصيد لا فرق فيه بين ملكه وغير ملكه كالإحرام .

٩٧٥١ – ولأن جنس ما ينبته الناس لا يجب به الجزاء وإن لم يملك . وجنس ما يملك من الصيد إذا كان في الحرم تعلق به الجزاء ، فدل على مفارقة أحد الأمرين للآخر .

٩٧٥٢ – قالوا : تحريم ما أدخله الحرم من الصيد يؤدي إلى الإضرار بأهل الحرم على التأبيد ؛ لأنهم لا يتوصلون [1] إلى لحم صيد طري أبدًا ، والمحرم إذا حرم عليه ذبح الصيد بكل حال لم يضره ذلك ؛ لأن الإحرام لا يتأبد في حقه .

٩٧٥٣ – قلنا : قد منع أهل الحرم من الاصطياد على التأبيد ، وهو مِنْ بَلْدَةِ الناس وتتطلبه [2] نفوسهم ، كما يطلب أكل لحم الصيد ، وعوضوا عن ذلك الأمر بالتسكين في الحرم ، كذلك لا يمنع أن يمنعوا من لحم الصيد ، ويعوضوا عنه الفَضْلَةَ [3] كتسكين الحرم .

٩٧٥٤ – ولأن بين الحل والحرم [متقاربًا] [4] ، فإذا ذُبِحَ الصيد أدنى الحل [5] ؛ أمكنهم أكله طريا ، كما [6] لو ذبحوه في الحرم .

* * *

---

(١) في (ص) : [لا يتواصلون] .　　(٢) في (م) : [يتطلبه] .

(٣) [الفضلة] : ما بقى من الشيء وهو هنا حل السكنى والإقامة في الحرم ! .

(٤) في (ص) وسائر النسخ [متقارب] وهو من سهو الناسخ .

(٥) لفظ : [الحل] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) لفظ : [كما] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٥٣١

حكم الصوم عدلًا عن جزاء الصيد

٩٧٥٥ - قال أصحابنا : لا يجزئ الصوم في جزاء صيد الحرم ، وفي الهدي روايتان (١) .

٩٧٥٦ - وقال الشافعي : يجزئ (٢) .

٩٧٥٧ - لنا : أنه ضمان لا يجب إلا [في متقوم ، كالمتلفات .

٩٧٥٨ - ولا يلزم الجزاء في حق المحرم ؛ لأن كفارة الإحرام تجب بإتلاف] (٣) ما ليس بمتقوم كالقمل ، والشعر ، والظفر ، فجاز أن يجزئ منهما (٤) ما ليس بمتقوم .

٩٧٥٩ - ولأنه ضمان وجب لحرمة الحرم (٥) ، فلا يجزئ فيه الصوم ، كضمان الشجر .

٩٧٦٠ - ولأنه نوع ضمان يتبعض (٦) ؛ فلا يدخله الصوم ، كحقوق الآدميين .

---

(١) قال الطحاوي في مختصره : وإذا قتل حلال صيدا كان في الحرم كان عليه في ذلك مثل الذي على المحرم إذا قتله في الحرم إلا أنه لا يجزيه عن ذلك صوم . وقال الكاساني في بدائع الصنائع : وذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي : أن الإطعام يجزي في صيد الحرم ، ولا يجزئ الصوم عند أصحابنا الثلاثة ، وعند زفر : يجزئ . راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، (٤٥٢/٢) ، كتاب الحجة ، باب الحلال يقتل الصيد في الحرم (١٨١/٢) ، مختصر الطحاوي ، باب الفدية وجزاء الصيد ص٧١ ، المبسوط : (٩٧/٤ ، ٩٨) ، بدائع الصنائع ، فصل : ويتصل بهذا ما يعم المحرم والحلال (٢٠٧/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، (٩٦/٣-٩٨) ، البناية مع الهداية ، (٣٤٨/٤-٣٥٠) .

(٢) وقال المالكية والحنابلة مثل قول الشافعي ، وعندهم : يجزئ الصوم والهدي في جزاء صيد الحرم . قال مالك في الموطأ : سمعت أنه يحكم على من قتل الصيد في الحرم وهو حلال بمثل ما يحكم به على المحرم الذي يقتل الصيد في الحرم وهو محرم . قال ابن قدامة في المغني : وفيه أي في صيد الحرم الجزاء على من يقتله ، ويجزئ بمثل ما يجزئ به الصيد في الإحرام . راجع المسألة في : الموطأ ، في الحكم في الصيد (٢٥٨/١) ، المنتقى ، في الحكم في الصيد (٢٦٠/٢) ، والمغني ، (٣٤٥/٣) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [فيما ليس بمتقوم] ، كالقمل ، والشعير ، والظفر ، فجاز أن يجزئ منهما ما هو متقوم ، كالمتلفات . ولا يلزم الجزاء في حق المحرم : لأن كفارة الإحرام تجب بإتلاف ، مكان من قوله : [في متقوم] : إلى قوله : [أن يجزئ منهما] .

(٥) لفظ : [الحرم] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [بتعيض] .

٩٧٦١ - ولأنه ضمان وجب لحرمة الحرم ؛ فلا يجزئ فيه الهدي . أصله : ما لا نظير له [؛ لأنه] [١] صيدٌ لا يدخل في ضمانه الهدي ، فلا يدخل في ضمانه الصوم ، كصيد الآدمي .

٩٧٦٢ - احتجوا : بأنه ممنوع من قتل الصيد لحق اللّٰه تعالى ، قد جاز في جزائه الصوم ؛ أصله : ما أتلفه المحرم .

٩٧٦٣ - قلنا : هناك وجب الضمان بهتك حرمة الفعل ، وزكاته الصوم ، ككفارة اليمين ، وفي مسألتنا : وجب الضمان لحرمة المكان ، فصار كقطع الشجر .

٩٧٦٤ - قالوا : ضمان الصيد يجب بإتلاف ملكه ، فلو كان حق الآدمي [٢] ، لم يجب في ملك نفسه .

٩٧٦٥ - قالوا : ولو كان من حقوق الآدميين لتحتم ولا يتخير فيه ، ولكان لا يجوز فيه [٣] الإطعام .

٩٧٦٦ - قلنا : لسنا نقول : إنه حق آدمي ، وهو عندنا حق اللّٰه تعالى ؛ لأنه أجري مجرى حقوق الآدميين ، بدلالة : أن وجوبه لا لمعنى في الفاعل ، كما يجب ضمان الأموال لحرمة مالكها ؛ وبدلالة : أن الضمان يسقط عنه إذا أخرجه من الحرم ، ثم رده إليه ، كما يسقط الضمان برد المغصوب إلى يد مالكه .

٩٧٦٧ - فإن قيل : لا نسلم أن ضمانه لمعنى في غير الضامن ؛ لأن [٤] الضامن حرم عليه إتلافه ، وهذا معنى فيه . وكذلك ضمان الأموال منع منها لمعنى في الفاعل ، وهو التحريم ، فيكفي في مالكها . ولهذا لا يجب على الحربي بإتلاف أموال [٥] الناس ؛ لأنه لم يوجد فيه معنى التحريم ، وهو التزام الضمان .

٩٧٦٨ - قلنا : تحريم الإتلاف حكم ، وعلته حرمة المكان ، فقولنا : إنه منع منه لمعنىً في غيره إنما هو أن علة التحريم في غيره ، وتحريم الإتلاف عليه حكم هذه العلة ،

---

(١) إدراج اقتضاه البيان وجريا على منهج المصنف ويجوز أن يكون (صيدًا) على الحالية . وفي (ص) [صيدٌ] وكذا سائر النسخ وهو صواب أيضًا مع تقدير حذف مبتدأ ؛ فآثرنا الإيضاح والبيان بزيادة [لأنه] .

(٢) في (م) ، (ع) : [آدمي] بدون الألف واللام .

(٣) قوله : [ولكان لا يجوز فيه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ص) ، (م) : [لا] ، وما أثبتناه من (ع) وهو الصواب .

(٥) في (ص) ، (م) : [أم] ، مكان : [أموال] .

فلا يجوز أن يكون الحكم علة ، وكذلك مال الغير محرم [١] تناوله لحق مالكه ، والتحريم المتعلق بالمتلف [٢] حكم هذه العلة .

٩٧٦٩ - فأما قولهم : كان يجب أن يتحتم ولا يتخير فيه ؛ فكذلك نقول في إحدى الروايتين : إنه لا يجزئ فيه إلا [٣] الإطعام . وقولهم : كان يجب أن لا يجوز فيه الإطعام ؛ لأنه وجب لسد خلة [٤] الفقير ، فاعتبر ما يتعجل به إزالة الحاجة عنهم [٥] ، والمتلفات وجب ضمانها لتحصيل المال ، فاعتبر [٦] الأثمان التي بها يتحصل [٧] المال .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يحرم] .
(٢) في (م) ، (ع) : [بالتلف] .
(٣) لفظ : [إلا] ساقط من (ع) .
(٤) في (م) ، (ع) : [ليدخله] ، وهو تصحيف . الخلة : بفتح الخاء المعجمة وتشديد اللام وفتحها ، الحاجة والفقر ، والخليل : الفقير المحتاج ، يقال : خل الرجل ، إذا احتاج ، ويقال في المثل : الخلة تدعوا إلى السلة ، أي : الحاجة تدعوا إلى السرقة . راجع في لسان العرب ، مادة : خلل (١٢٥١/٢) ، تهذيب الأسماء واللغات (٩٧/٣ ، ٩٨) ، المصباح المنير (١٧١/١) .
(٥) في (ص) : [عندهم] .
(٦) في (م) : [عتبر] .
(٧) في (ع) : [يتحصل بها] بالتقديم والتأخير .

مسألة ٥٣٢

جواز قطع شجر الحرم بضوابط

٩٧٧٠ - قال أصحابنا : يجوز قطع شجر الحرم إذا كان من جنس ما ينبته الناس ، سواء أنبته منبت أو لم ينبته . وإن كان مما لا ينبته الناس ، فأنبته منبت : لم يجب بقطعه الجزاء ، وإن نبت بنفسه : وجب فيه الجزاء [١] .

٩٧٧١ - قال الشافعي : يجب بإتلافه الجزاء وإن أنبته [٢] الناس ، إلا الشجر المؤذي ، كالعَوْسجُ [٣] ، قال : ويجوز أخذ ورقه والانتفاع به إذا أخذ أخذًا رقيقًا لا يضر بأصله [٤] .

٩٧٧٢ - لنا : أنه غرس أنبته آدمي ، فكان له قلعه ، كالشجر المثمر والزرع .

(١) راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، (٤٥٨/٢) ، مختصر الطحاوي ، باب ما يجتنبه المحرم ص٦٩ ، ٧٠ ، متن القدوري ، باب الجنايات ص٣١ ، المبسوط ، (١٠٣/٤ ، ١٠٤) ، تحفة الفقهاء ، باب آخر (٤٢٥/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما الذي يرجع إلى النبات (٢١٠/٢ ، ٢١١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، (١٠١/٣-١٠٣) ، البناية مع الهداية ، (٣٥٦/٤-٣٥٩) ، مجمع الأنهر ، (٣٠١/١ ، ٣٠٢) ، حاشية ابن عابدين ، باب الجنايات (٢٢٢/٢ ، ٢٢٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [أتلفه] ، مكان : [أنبته] .

(٣) في (م) : [كالعوج] ، وهو تصحيف . قال ابن منظور : العوسج شجر من شجر الشوك ، وله ثمر أحمر مدور كأنه خرز العقيق . قال الأزهري : هو شجر كثير الشوك ، وهو ضروب ، منه : ما يثمر ثمرا أحمر ، يقال له : المقنع ، فيه حموضة ، واحدته : عوسجة . راجع في المغرب باب العين مع السين المهملة ص٣١٥ ، لسان العرب مادة : [عسج] (٢٩٣٧/٤) ، المصباح المنير (٣٨٦/٢) .

(٤) لفظ : [أخذا] ساقط من (م) ، (ع) . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في قطع شجر الحرم (٢٠٨/٢) ، مختصر المزني ، ص٧١ ، حلية العلماء ، باب ما يجب بمحظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٢٧٦/٣) ، المجموع مع المهذب ، (٤٤٧/٧-٤٥٢ ، ٤٩٤ ، ٤٩٥) ، معالم السنن ، ومن باب حرم مكة (٢٢٠/٢) . وقال مالك في الموطأ : ليس على المحرم فيما قطع من الشجر في الحرم شيء ، ولم يبلغنا أن أحدا حكم عليه فيه بشيء ، وبئس ما صنع . وقال في المدونة : كل شيء أنبته الناس في الحرم من الشجر مثل النخل والرمان وما أشبههما ، فلا بأس بقطع ذلك كله . راجع تفصيل المسألة في : الموطأ ، في جامع الفدية (٢٩١/١) ، المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٣٦/١ ، ٣٣٩) ، المنتقى ، في جامع الفدية (٧٥/٣) ، الكافي لابن عبد البر ، (٣٩٢/١) . قال ابن هبيرة في الإفصاح : وقال أحمد : ما غرسه الآدميون من الشجر يجوز قطعه ، ولا ضمان على قاطعه ، وما نبت بلا كسب آدمي ، فلا يجوز قطعه ، فإن قطعه ضمنه ، سواء كان من جنس ما يغرسه الآدميون أو لم يكن . راجع تفصيل المسألة في : الإفصاح ، (٢٩٤/١ ، ٢٩٥) ، الكافي لابن قدامة ، (٤٢٥/١ ، ٤٢٦) ، المغني ، (٣٤٩/٣ ، ٣٥٠) .

٩٧٧٣ - ولأن ما أنبته الآدمي [(١)] لم يجب عليه بقطعه الجزاء ، كالعوسج .

٩٧٧٤ - ولأن ما يجوز الانتفاع به من أذى [(٢)] ، يجوز أخذ أصله من غير الجزاء ، كالعوسج .

٩٧٧٥ - احتجوا : بما روى أبو سلمة [(٣)] ، عن أبي هريرة ﷺ قال : « خطب رسول الله ﷺ فقال : إني حرّمت المدينة كما حرم إبراهيم مكة ، لا يعضد شجرها ، ولا ينفر صيدها ، ولا يختلى خلاها إلا لعلف الدواب » [(٤)] ، فأجراها [على] [(٥)] مكة في المنع من قلع الشجر ، فدل على أن شجر مكة لا يجوز قلعه .

٩٧٧٦ - قلنا : منع من قطع شجر [(٦)] الحرم . وشجر الحرم ما أضيف إليه ، وهو الذي لا يملكه أحد . فأما المملوك فهو شجر مالكه فيضاف إليه لا إلى الحرم ، فلا يتناوله الحد .

٩٧٧٧ - قالوا : لأنه نامٍ غير مؤذٍ [(٧)] نَبَتَ أصله في الحرم ؛ فوجب أن يكون ممنوعًا من إتلافه ، أو فوجب بإتلافه الجزاء ، أصله : ما نبت بنفسه .

٩٧٧٨ - قلنا : المعنى فيما نبت بنفسه : أنه ليس من جنس المملوك ؛ فوجب بإتلافه الجزاء ، وما أتلفه الناس مملوك ، فلم يجب به الجزاء ، كالزرع .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولا] ، مكان : [ولأن] ، وفي (ع) : [آدمى] بدون الألف واللام .

(٢) في (م) ، (ع) : [به الانتفاع من غير آدمي] ، مكان : [الانتفاع به من أذى] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أبو اسلمة] ، وهو تصحيف .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولا يحل حلالها] ، مكان : [ولا يختلى خلاها] ، ذكره الشيرازي في المهذب بنحو هذا اللفظ ، وقال النووي في الشرح : حديث أبي هريرة ليس بمعروف عن أبي هريرة ، لكن في الصحيح أحاديث عن غير أبي هريرة يحصل بها مقصود المصنف في الدلالة هنا ، راجع المهذب مع المجموع كتاب الحج ، باب ما يجب في محظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٤٧٦/٧ - ٤٧٩) .

(٥) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق .

(٦) لفظ : [الشجر] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (ص) : [غير دموي] .

مسألة ٥٣٣

لا يجوز أن يرعى حشيش الحرم

٩٧٧٩ - قال أبو حنيفة ومحمد : لا يجوز أن يرعى حشيش الحرم .

٩٧٨٠ - وقال أبو يوسف : يجوز ذلك (١) ، وبه قال الشافعي (٢) .

٩٧٨١ - لنا : أن ما ضُمِنَ بالقطع ضُمِن بإرسال البهيمة عليه إذا قطعت ، أصله : زرع الآدمي .

٩٧٨٢ - ولأنه ممنوع من إتلافه ، فمنع من إرسال البهيمة عليه ، أصله : الصيد .

٩٧٨٣ - ولأن الرعي يؤدي إلى إتلاف حشيش الحرم ، فمنع منه ، كالقطع .

٩٧٨٤ - احتجوا بقوله عليه الصلاة والسلام : « ولا يختلى خلاها إلا لعلف الدواب » (٣) .

٩٧٨٥ - قلنا : هذا لم يذكره (٤) النبي ﷺ في حشيش مكة ، وإنما ذكره (٥) في المدينة ، وذلك عندنا يجوز رعيه وقطعه .

٩٧٨٦ - قالوا : الناس يرعون البهائم في الحرم من لدن النبي ﷺ إلى (٦) يومنا هذا

---

(١) راجع المسألة في : الأصل (٤٥٩/٢ ، ٤٦٠) ، مختصر الطحاوي ص٦٩ ، ٧٠ ، المبسوط ، (١٠٤/٤ ، ١٠٥) ، بدائع الصنائع (٢١٠/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (١٠٣/٣ ، ١٠٤) ، البناية مع الهداية ، (٣٥٩/٤ ، ٣٦٠) ، مجمع الأنهر (٣٠٢/١) ، حاشية ابن عابدين (٢٢٤/٢) .

(٢) راجع حلية العلماء (٢٧٦/٣) ، المجموع مع المهذب (٤٤٧/٧ ، ٤٩٥ ، ٤٩٦) ، معالم السنن (٢٢١/٢) . وقال مالك في المدونة ، : مثل قول الشافعي ، ولا بأس بالرعي في حرم مكة وحرم المدينة في الحشيش والشجر . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٣٩/١) ، المنتقى ، في جامع الحج (٣/ ٨٢) ، الكافي لابن عبد البر ، (٣٩٢/١) . وقال أحمد في أظهر روايتيه : مثل قول أبي حنيفة ومحمد : ولا يجوز الرعي في حشيش الحرم ، وقال في الأخرى : مثل قول أبي يوسف والشافعي ومالك : يجوز ذلك . راجع تفصيل المسألة في : الإفصاح ، (٢٩٥/١) ، المغني ، (٣٥١/٣) ، الكافي لابن قدامة ، (٤٢٧/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : ولا يحل حلالها ، مكان : ولا يختلي خلاها . هذا جزء من حديث أبي هريرة (ﷺ) الذي تقدم تخريجه في مسألة (٥٢٦) وله شاهد من حديث عليٍّ أخرجه أبو داود نحوه ، في السنن ، في كتاب المناسك ، باب في تحريم المدينة (٥١٠/١) . أخرجه أحمد في المسند ، في مسند علي بن أبي طالب (ﷺ) (١١٩/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لم يرده] .

(٥) في (م) : [ذكروه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وإلى] ، بزيادة : [الواو] .

ولا ينكر ذلك .

٩٧٨٧ - قلنا : الناس يدخلون البهائم لحوائجهم ، فترعى [١] ، ولا يجب برعيها ضمان ؛ لأن مالكها ما أتلف ذلك ولا قصد إتلافه ، فأما أن يدخلوها الحرم ويرسلوها إلى الرعي فلا ، وحكم الأمرين مختلف ؛ بدلالة : أنه لو أدخل كلبًا إلى الحرم فأخذ صيدًا ، لم يجب على مدخله شيء ، ولو أرسله على الصيد أو أغراه [٢] ضمنه ، فكذلك الحشيش [مثله] [٣] .

* * *

---

(١) في (م) : [فيرعى] .

(٢) في (م) ، (ع) : [وأغراه] ، مكان : [أو أغراه] .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

مسألة ٥٣٤

حكم قتل القارن صيدًا

٩٧٨٨ - قال أصحابنا : إذا قتل القارن صيدًا [١] ، فعليه جزاءان [٢] .

٩٧٨٩ - وقال الشافعي : جزاء واحد [٣] .

٩٧٩٠ - لنا : أنه جنى على عبادتين ، لو انفردت كل واحدة منهما أوجبت كفارة على حدة ، فإذا اجتمعتا وجب أن توجبا [٤] كفارتين ، كالحنث في يمينين ، وهذا فرض فيمن أحرم بالعمرة من الميقات ، ثم أضاف إليها حجة .

٩٧٩١ - ولأنه أدخل النقص على الحج والعمرة بقتل [٥] ما يسمى صيدًا ؛ فوجب أن يلزمه جزاءان ، كالمتمتع [٦] إذا ساق الهدي فقتل صيدًا في عمرته ثم قتل صيدًا في حجه .

/ب

٩٧٩٢ - قالوا : لا تأثير لقولكم : أدخل النقص / على الحج والعمرة في الأصل .

٩٧٩٣ - ولأن الصيدين لو قتلهما في أحد الإحرامين ، وجب بقتلهما جزاءان .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الصيد] .

(٢) راجع المسألة في : الأصل ، (٤٣٨/٢) ، كتاب الآثار ، باب الصيد في الإحرام ص٧٣ ، حديث رقم (٣٥٧) ، الجامع صغير ، باب في جزاء الصيد ص١٥١ ، مختصر الطحاوي ، باب الفدية وجزاء الصيد ص٧١ ، المبسوط ، (٨١/٤) ، تحفة الفقهاء ، (٤٢٥/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان حكم ما يحرم على المحرم اصطياده (٢٠٦/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، (١٠٤/٣ ، ١٠٥) ، البناية مع الهداية ، (٣٦٠/٤ ، ٣٦١) ، حاشية ابن عابدين ، (٢٢٩/٢) .

(٣) راجع المسألة في : مختصر المزني ، ص٧٢ ، حلية العلماء ، (٢٧٤/٣) ، المجموع ، باب الإحرام وما يحرم فيه ، (٣٣١/٧ ، ٤٣٧ ، ٤٤٠) . وقال مالك وأحمد : مثل قول الشافعي ، إن قتل القارن صيدًا ؛ لزمه جزاء واحد ، وقال القاضي أبو يعلى من الحنابلة : وتتخرج رواية أخرى : عليه جزاءان ، على الرواية التي تقول : عليه طوافان وسعيان . راجع تفصيل المسألة في المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٣٠/١) ، الكافي لابن عبد البر ، باب الإفراد والتمتع والقران (٣٨٥/١) ، المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٣٠٠/١) ، مسألة (٤٣) ، المغني ، باب صفة الحج (٤٦٧/٣) ، الكافي لابن قدامة ، باب صفة الحج (٤٢٣/١ ، ٤٥٦) .

(٤) في (ص) ، (م) : ان يوجب ، وفي سائر النسخ : أوجب كفارة على حدة فإذا اجتمعا وجب ، وتصويبه ما أثبتناه .

(٥) في (ع) : [بالقتل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [كان كالمتمتع] ، بزيادة : [كان] .

٩٧٩٤ - قلنا : الصيدان يجوز أن يتعلق بقتلهما في أحد [١] الإحرامين جزاء واحد ، [و] [٢] إذا قتلهما على وجه النقص في الحج والعمرة ، لم يجز أن يجب عندنا إلا جزاءين [٣] ، فهذا هو التأثير .

٩٧٩٥ - قالوا : نقلب ، فنقول : وجب أن يكون الجزاء بعدد المقتول .

٩٧٩٦ - قلنا : لا يحتاج في [٤] القلب إلى قولنا : أدخل النقص [٥] في الحج والعمرة ، ولا نسلم أن الجزاء بعدد المقتول ؛ لأن عندنا يجب عليه الجزاء [٦] بقتل الصيد في العمرة ، وجزاء آخر بقتل الصيد في الحج . ثم هذا فاسد ؛ لأن الضمان يجب لحرمة العبادة ، فاعتبار عدد ما وجب الضمان للنقص فيه أولى من اعتبار المقتول وعدده .

٩٧٩٧ - قالوا : لا يجوز اعتبار حال الإفراد بحال الإقران ، كما لا يعتبر انفراد الإحرام عن الحرم باجتماعهما .

٩٧٩٨ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الأصل : أن الحكم إذا وجب بمعنى فاجتمعت الأسباب الموجبة تعلق بها عند الاجتماع ما يتعلق بكل واحد منهما [٧] حال الانفراد [٨] ، [والتداخل معنى يثبت ، بدلالة : والاعتبار الذي ذكرناه هو الأصل] [٩] ، والتداخل الذي يحصل في حرمة الإحرام والحرم عدول عن الأصل ، والاعتبار يجب أن يكون بالأصل لا بالنادر .

٩٧٩٩ - قالوا : المعنى في الأصل : أن المنفرد لو قتلهما وجب عليه جزاءان ، كذلك القارن ، وليس كذلك الصيد الواحد ؛ لأنه نَقْصٌ لو فعله المفرد لم يلزمه إلا جزاء واحد ، فكذلك القارن مثله .

---

(١) في (م) : [إحدى] .

(٢) الزيادة اثبتناها لمقتضى السياق .

(٣) وفي (ع) ، و(ن) : جزاءان وما أثبت صواب وهو جار على مقتضى القواعد النحوية والتقدير : لم يجز وجوبُ جزاءاتٍ عندنا إلا جزاءين أي إلا وجوبُ جزاءين أو إلا وجوبَ جزاءين أو إلا وجوبَ جزاءين ، وحذف المضاف وحل المضاف إليه محله ! راجع مجالس ثعلب (٤٩/١) وراجع : النحو الوافي للأستاذ عباس حسن (٣٣٠/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [إلى] ، مكان : [في] .

(٥) في (م) ، (ع) : [النقص نقصًا] ، بزيادة : [نقصًا] .

(٦) في (م) ، (ع) : [جزاء] بدون ال .

(٧) لفظ : [منهما] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) قاعدة : « الحكم إذا وجب بمعنى فاجتمعت الأسباب الموجبة تعلق بها عند الاجتماع ما يتعلق بكل واحد منهما حال الانفراد .

(٩) ما بين القوسين ساقط من (ع) .

٩٨٠٠ – قلنا : المفرد يكون منه الهتك لإحرامه بقتل الصيدين ، فتكرر الجزاء ، وفي الصيد الواحد لم يتكرر الهتك ، فلم يتكرر الجزاء . وأما القارن فهو بقتل الصيد يكرر الهتك (١) ؛ لأنه هتك حرمة عبادتين ، فهو آكد من تكرار الهتك في عبادة واحدة . أَلَا ترى : أن تكرار الطيب واللبس في إحرام واحد يتعلق به (٢) كفارة واحدة عندنا في مجلس واحد ، وعندهم بكل حال ، ولو تكرر ذلك في إحرامين وجب بكل واحد جزاء .

٩٨٠١ – فإن قيل : المعنى في الأصل : أن المقتول اثنان ، فلزمه جزاءان ، وليس كذلك في مسألتنا ، فإن المقتول واحد ؛ فلم يلزمه (٣) بقتله إلا جزاء واحد .

٩٨٠٢ – قلنا : قد بينا أن الضمان يجب لحرمة الإحرام ، لا لحرمة الصيد ، فلا معنى لاعتبار عَدَدِ الصيد ، وعلة الفرع تبطل (٤) بمن نتف ريش طائر ثم قتله ، أو قطع قوائمه ثم قتله ، فالمقتول واحد [والجزاء أكثر من واحد ، وينعكس (٥) بالصيد المملوك إذا قتله ، فالمقتول واحد] (٦) ويلزمه جزاءان .

٩٨٠٣ – وقولهم : إن القيمة ليست جزاء : غلط ؛ لأن الجزاء ما وجب بالفعل ، وسد مسد الجناية .

٩٨٠٤ – فإن (٧) ألزم على ما ذكرنا : المعتمر إذا جرح صيدًا ثم تحلل وأحرم بالحج فجرحه ومات من الجراحتين .

٩٨٠٥ – قلنا : يلزمه جزاءان ، ذكره محمد في جامعه الكبير (٨) .

٩٨٠٦ – ولأنه نسك يجب بقتل الصيد فيه الجزاء بحال الانفراد ؛ فوجب الجزاء الكامل لأجله حال القران ، أصله : إحرام الحج .

٩٨٠٧ – ولأنه نسك يجب بإفساده القضاء ، فوجب بقتل الصيد فيه جزاء واحد كامل لأجله ، أصله : العمرة المفردة ، وهي المسألة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [تكرر] ، مكان : [يكرر] ، وفي (ع) : [للهتك] بزيادة اللام .

(٢) في (م) ، (ع) : [بها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يلزمه] بدون الفاء .

(٤) في (م) ، (ع) : [يبطل] . (٥) في (م) ، (ع) : [ويعكس] .

(٦) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (ص) : [فإنه] ، مكان : [فإن] .

(٨) راجع نص محمد في الجامع الكبير ، كتاب المناسك ، باب المحرم يجرح الصيد ثم يضيف إحرامًا إلى إحرام أو يحل ثم يحرم ص١٩١ .

على أنه محرم بإحرامين ، بدلالة : أنه يُسمى قارنًا عقيب الإحرام ، ولما جمع بين الأفعال ، فدل [على] [١] أنه سُمى قارنًا لجمعه بين الإحرامين .

٩٨٠٨ - ولأنه يحتاج إلى تبين ، فصار كالمتمتع ، وهذا إلزام [٢] على أصلهم ؛ لأن عندهم الإحرام هو مجرد النية ، وهما نيتان [٣] ، فدل : أنه محرمٌ بإحرامين .

٩٨٠٩ - ولأنه لو كان محرمًا بإحرام واحد لم يلزمه دم القران ؛ لأنه يلزم الجمع من الإحرامين .

٩٨١٠ - ولأنهما عبادتان مختلفتان ؛ بدلالة اختلاف أفعالهما ، والعبادات المختلفة لا يدخل فيها بتحريمة [٤] واحدة ، كالفجر والظهر .

٩٨١١ - فإن قيل : إنه إحرام واحد جمع فيه بينهما ، كما يجمع بنية [٥] واحدة بين [٦] الحج والعمرة .

٩٨١٢ - قلنا : يجوز أن يجب بنذر واحد ما لا يجتمع بتحريمة واحدة ، كالحج ، والصوم ، والصلاة .

٩٨١٣ - ولأنه إذا نذرهما فهو عندنا في حكم نذرين ؛ لأن تقدير الكلام : لله عليَّ حجة ، ولله [٧] عليَّ عمرة .

٩٨١٤ - قالوا : قد يشتمل البيع [٨] الواحد على مبيعين .

٩٨١٥ - قلنا : معنى قولنا أنه مبيع واحد : أن الصفقة في القبول واحدة حتى لا يتفرق الإيجاب على البائع ، فليس هذا من أحكام العادات في شيء . ثم يدل على : أن المنع من قتل الصيد لحرمة الإحرام ، لا لحرمته في نفسه ، بدلالة : أنه قبل الإحرام يجوز قتله [٩] ، وكذلك بعد التحلل ، وفي حال الإحرام لا يجوز ، فدل على أن المنع لحرمة الإحرام .

٩٨١٦ - ولأنه يجوز لسائر الناس قتل هذا الصيد ، ولا يجوز للمحرم ، فدل : أنه لا حرمة للصيد في نفسه .

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [الزم] .
(٣) في (ص) : [نيتين] ، وفي (م) ، (ع) : [شيئين] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .
(٤) في (م) ، (ع) : [تحريمة] بدون الباء . (٥) في (م) ، (ع) : [بدنه] ، مكان : [بنية] .
(٦) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [بين] .
(٧) في (ع) : [لله] بدون العطف . (٨) في (م) : [المبيع] .
(٩) في (م) : [قبلة] .

٩٨١٧ - ولأن محظورات الإحرام كلّها يمنع منها لحرمة الإحرام لا لمعنى فيها ، كذلك الصيد ، وإذا ثبت أنه محرم بإحرامين ، وثبت أن المنع لحرمة الإحرام ، ومعلوم أنه ممنوع لحرمة كل واحد من الحج والعمرة بانفرادهما (١) ، فوجب الجزاء الكامل لحرمة كل واحد منهما ، كما لو أفردهما (٢) .

٩٨١٨ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ ﴾ (٣) ، ولم يفصل بين (٤) المحرم بإحرام واحد أو إحرامين .

٩٨١٩ - قلنا : قوله تعالى : ﴿ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾ (٥) حال من الإحرام ، فكأنه قال : لا تقتلوافي حال إحرامكم ، وهذا يقضي كل حال للمحرم .

٩٨٢٠ - وقوله : ﴿ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا ﴾ لا يرجع إلى الأول باللفظ ، وإنما هو شرط وجزاء يرجع إلى قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ﴾ (٦) ، وإنما شرطنا الإحرام فيه بدليل لا بالظاهر ، فوجب أن يثبت مقدار ما دل الدلالة عليه .

٩٨٢١ - احتجوا بحديث جابر ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « في الضبع كبش إذا أصابه المحرم » (٧) .

٩٨٢٢ - قلنا : إطلاق المحرمِ يقتضي أدنى ما يتناوله الاسم ، وهو المحرمِ بالشئ الواحد ، وهذا كقولنا : على الحالف إذا حنث كفارة ، فيفيد ذلك : الحالف على يمين واحدة (٨) .

٩٨٢٣ - قالوا : رُويَ عن عمر (٩) ، وابن عباس ﷺ « أنهما أوجبا في الضبع كبشًا ، وفي الغزال عنزًا ، وفي الأرنب عناقًا » (١٠) .

---

(١) في (م) : [بانفرادها] .
(٢) في (م) ، (ع) : [أفردها] .
(٣) سورة المائدة الآية ٩٥ .
(٤) في (م) ، (ع) : [ولم يبين] ، مكان : [ولم يفصل بين] .
(٥ ، ٦) نفس الآية السابقة .
(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٥٢٢) .
(٨) في (م) ، (ع) : [الحالف يمينًا واحدًا] ، مكان المثبت .
(٩) في (ص) : [ابن عمر] .
(١٠) أثر عمر ﷺ : تقدم تخريجه في مسألة (٥٢٢) ، وفي مسألة (٥٢٤) ، وقد أخرجه أيضًا محمد ، في موطئه كتاب الحج ، باب جزاء الصيد ص١٦٩ ، الأثر (٥٠٣) ، والشافعي في المسند كتاب الحج ، الباب الخامس فيما يباح للمحرم وما يحرم (٣٣٠/١ ، ٣٣١) ، الأثر (٨٥٧) ، وعبد الرزاق في المصنف كتاب المناسك ، باب الضب والضبع (٤٠٣/٤) ، الأثر (٨٢٢٤) ، والبيهقي في الكبرى ، كتاب الحج ، باب فدية الضبع (١٨٣/٥) .

٩٨٢٤ - قلنا : هذا قالوه [١] جوابًا لسائل سألهم عن المحرم إذا صاد ذلك [٢] ، وإطلاق المحرم يقتضي الْمُفْرِدَ ، فبينوا للسائل حكم الإحرام الواحد ، ولو بين لهم إحرامًا ثانيًا لبينوا له [٣] جزاءً ثانيًا ، كما أن من سأل عن كفارة اليمين بيَّنا له [٤] كفارة واحدة ، فإن بين أنه حلف بمينينِ بيَّنا له [٥] كفارة أخرى .

٩٨٢٥ - قالوا : هتك الحرمتين بقتل صيد واحد ، كالمفرد إذا قتل صيدًا في الحرم ، وربما قالوا : حرمتان تجب بهتك كل واحدة منهما كفارة ، فإذا اجتمعتا [٦] تداخلت . أصله : حرمة الإحرام ، وحرمة الحرم .

٩٨٢٦ - قلنا : قولكم يلزمه جزاء واحد : لا يخلو إما أن تقولوا [٧] لهما ، أو لأحدهما ، أو تبهموا [٨] . فان قلتم لهما ، لم نسلِّم الحكم في الأصل ؛ لأن عندنا يجب الجزاء لحرمة الإحرام خاصة ، وإن [٩] قلتم : لأحدهما ، لم يكن قولكُم ، وإن أبهمتم : بطل بالصيد المملوك [١٠] ، فإنه يجب بقتله جزاءان . وحكم العبادة الثانية غير مسلم ؛ لأن عندنا لا تتداخل حرمة الإحرام وحرمة الحرم ، وإنما تسقط إحداهما وتثبت الأخرى .

٩٨٢٧ - ثم موضوع هتك الحرمتين أن يتعلق بكل هتك حكم ، بدلالة الحنث في يمينين [١١] والمجامع في الصوم والعمرة .

٩٨٢٨ - ثم المعنى في الصوم [١٢] : أن حرمة الإحرام أعم من حرمة الحرم ، بدلالة : أن سائر البقاع في حق المحرم كبقعة الحرم ، وبدلالة : أن الإحرام يحظر ما لا يحظره

---

(١) في (م) : [قالوا] ، مكان : [قالوه] .

(٢) لفظ : [ذلك] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) لفظ : [له] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ع) : [يمين] بدون [ال] ، وفي (م) ، (ع) : [يتناوله] ، مكان : [بينا له] .

(٥) في (ص) :[فإذا] ، مكان : [فان] ، وفي (م) ، (ع) : [يتناوله] ، بدل : [بينا له] .

(٦) في جميع النسخ : [اجتمعا] ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) في (م) : [واحدًا لا يخلو إما أن يقولوا] .

(٨) في (م) : [أو تنهموا] بالنون ، مكان الباء .

(٩) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [اتهمتم] ، مكان : [أبهمتم] ، وفي هامش (ص) : [الأصل] مكان : [المملوك] .

(١١) في (م) ، (ع) : [يمين] .

(١٢) قوله : [في الصوم] ساقط من (م) ، (ع) .

الحرم ، والحرم يحظر بعض ما يحظره الإحرام ، فتبعت [1] أضعَفُ الحرمتين أقواهما .
وأما الحج والعمرة ، فحرمتهما في المحرمات سواء ، بدلالة : أن كل شيء حظره أحدهما يحظره [2] الآخر ، فتساويا في حرمة النفس ، ولا تدخل [3] حرمة النفس في حرمة الأطراف .

٩٨٢٩ – ولأن [4] حرمة النفس أعم ، ويتعلق بها من الحرمة ما لا يتعلق بالأطراف .

٩٨٣٠ – قالوا : قد يحرم الحرم ما لا يحرمه الإحرام ، وهو قطع الحشيش والشجر .

٩٨٣١ – قلنا : ذلك [5] التحريم لحرمة الصيد ؛ لأن الصيد يكره رعيه ، وكذلك الحشيش علفه .

٩٨٣٢ – فإن قيل : حرمة الإحرام أضعف من حرمة الحرم ؛ لأنه يزول بالتحلل وحرمة الحرم تتأبّد .

٩٨٣٣ – قلنا : لا يمتنع أن يتأكد حرمة ما لا / يتأبد على ما يتأبد ، بدلالة : أن حرمة دم الآدمي لا تتأبّد ؛ لأنه [6] يستباح بالزنا والردة ، ودية [7] شجر الحرم متأبدة ، ثم حرمة الآدمي آكد من حرمة الشجر .

١١/أ

٩٨٣٤ – فإن قيل : حرمة الحرم قد تمنع من صيد الحل ، كما تمنع [8] حرمة الإحرام ، بدلالة : أن [كل] من [9] كان في الحرم لا يجوز أن يرمي إلى صيد في الحل .

٩٨٣٥ – قلنا : صيد الحل غير ممنوع [10] منه لأهل الحرم ، بدلالة : أنهم يأمرون بقتله . وأما [11] حرمة الحرم : فتعين فيه أن يرمي الصيد بكل حال ؛ لجواز أن يلتجئ ذلك الصيد إلى الحرم فيصيبه السهم فيه ، أو يصيبه السهم في الحل ، فيتحامل ويدخل الحرم ، فيحصل ابتداء الجناية وانتهاؤها في الحرم .

---

(١) في (ص) : [منعت] .
(٢) في (م) : [بخطر] ، مكان : [يحظره] .
(٣) في (م) ، (ع) : [ولا يدخل] .
(٤) في (م) ، (ع) : [فلان] .
(٥) في (ع) : [كذلك] .
(٦) في (ع) : [على أنه] ، مكان : [لأنه] .
(٧) في (ص) : [ودمه] ، مكان : [ودية] ، ولعل الصواب : [وحرمة] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يمنع] .
(٩) في (م) : و (ع) : [أن كلَّ مَنْ] بزيادة [كل] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ممنون] .
(١١) في (ص) : [بدله أنهم يأمرون يقتله وإنما] مكان المثبت .

٩٨٣٦ - فإن قيل : فحرمة العمرة لا تساوي [١] حرمة الحج ، بدلالة الاختلاف في وجوبها ونقصان أعمالها .

٩٨٣٧ - قلنا : لم نقل : إن الحج والعمرة يتساويان في الوجوب ولا في الأفعال [٢] ، وإنما يتساويان في تحريم المحرمات ، وهذا الاختلاف الذي ذكروه لا يمنع التساوي في تحريم المحرمات .

٩٨٣٨ - وجواب آخر ، وهو : أن حرمة الحرم إنما تثبت لأجل الإحرام [٣] وأداء المناسك فيه ، فلهذا منعت حرمة الحرم لحرمة الإحرام [٤] ، وحرمة العمرة لم تثبت [٥] لأجل حرمة الحج ، فلم تتبعه ، فثبت [٦] كل واحد من الحرمتين على حالها .

٩٨٣٩ - وقد قيل : إن حرمة الحرم تستدعي [٧] حرمة الإحرام ؛ لأنه يجب الإحرام لدخول الحرم ، وحرمة الإحرام تستدعي [٨] حرمة الحرم ، فصارا كالشيء الواحد ، فلذلك [٩] وجب الجزاء بإحدى الحرمتين وسقطت الأخرى ، والحج والعمرة كل واحد منهما حرمة لا تستدعي الحرمة الأخرى ، فلم يتداخلا [١٠] .

٩٨٤٠ - وجواب آخر ، وهو : أن حكم ضمان القتل يتعلق بالبقعة إذا لم يوجد ما يتعلق به الحكم سواها . وإن كان هناك ما يتعلق به حكم الضمان غير البقعة ، لم يتعلق بها [١١] ، كالقتيل يوجد في المحلة ، فيجب على أهلها [١٢] الضمان ما لم يكن هناك قاتل معروف يتعلق حكم الضمان به . كذلك في مسألتنا ضمان الحرم يعود إلى حرمة البقعة ، ويتعلق بها ما لم يكن ، ما لم يوجد هناك ضمان آخر غيرها ، فإذا وجد

---

(١) في (م) : [لا يتساوى] .

(٢) في (م) ، (ع) : [وفي الأفعال] ، بدون [لا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الحرم] ، مكان : [الإحرام] .

(٤) في سائر النسخ : [فلهذا منعت] إلي آخره ، ولعل الصواب : [فلهذا تبعت حرمة الحرم حرمة الإحرام] .

(٥) في (م) : [لم يثبت] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلم يتبعه] ، ولفظ : [فثبت] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) : [يستدعي] .

(٨) في (م) : [يستدعي] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(١٠) قوله : [فلم يتداخلا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١١) في (م) ، (ع) : [بها] ، مكان : [به] .

(١٢) في (ع) : [كالقتل يوجد في الحل فيجب على أمامها] ، مكان المثبت .

الإحرام، تعلق به الضمان وسقط حكم البقعة .

٩٨٤١ - قالوا : حرمة الحرم تخالف [١] حرمة الإحرام في الواجب ؛ لأن الإحرام يحرِّم ما لا يُحَرِّمُ [و] [٢] الحج والعمرة يتفقان في الحرمة ، والتداخل يحصل في المتَّفِقِ لا في المختَلِفِ ، بدلالة الحدود ، فإذا ثبت التداخل في الحرمتين المختلفتين ، فالمتفقتان [٣] أولى .

٩٨٤٢ - قلنا : هذا الاختلاف يؤدي إلى ضعف إحدى الحرمتين عن الأخرى ، وقد يدخل الضعيف [٤] في القوي ، ولا يتداخل المساوي [٥] ؛ ألا ترى : أن ضمان الأطراف يدخل في ضمان النفس ، ولا يتداخل ضمان الأطراف بعضها في بعض [٦] ؟ فجاز أن يدخل ههنا أيضًا أضعف الحرمتين في أقواهما [٧] وإن لم يدخل المتماثل في مثله .

٩٨٤٣ - ولأن الإحرام يَحْتَمِلُ من اجتماع المختلف ما لا يحتمل في [٨] المتفق ، بدلالة المضي : يجوز في حجة وعمرة [٩] ، ولا يجوز في حجتين وعمرتين ، واتفق على انعقاد الحج والعمرة معًا ، واختلف في انعقاد حجتين ، كذلك يجوز أن يقع التداخل في مسألتنا مع اختلاف الحرمة ، ولا يقع مع اتفاقها اعتبارا لصحة الجمع والانعقاد .

٩٨٤٤ - قالوا : المقتول واحد ، فلا يجب بقتله إلا جزاء واحد . أصله [١٠] : إذا قتله المفرد . ولا يلزم إذا نتف ريش طائر وقتله آخر ؛ لأن بالقتل لا يجب [١١] أكثر من جزاء واحد ، وإنما وجب بغير القتل .

٩٨٤٥ - قلنا : لا نسلم أن ضمان الصيد يجب بالقتل ، وإنما يجب بهتك حرمة الإحرام على ما بينا ، فإذا سقط هذا الوصف لا ينقض بمن [١٢] نتف ريش طائر وهو معتمر ، ثم أحرم بالحج فقتله به .

---

(١) في (م) : [حرمة الحرمة يخالف] ، مكان المثبت .

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة أثبتناه لاقتضاء السياق .

(٣) في (م) ، (ع) : [المختلفين فالمتفقين] ، وفي (ص) : [فالمتفقتين] ، والصواب ما أثبتناه بالرفع .

(٤) في (م) : [الضعف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [المتساوى] .

(٦) قاعدة : يدخل الضعيف في القوي ولا يتداخل المساوي . ألا ترى أن ضمان الأطراف يدخل في ضمان النفس ولا يتداخل ضمان الأطراف بعضها في بعض .

(٧) في (م) : [أقوالهما] .

(٨) في (ع) : [من] ، مكان : [في] .

(٩) في (م) ، (ع) : [حجه وعمرته] .

(١٠) قوله : [أصله] ساقط من (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [لم يجب] .

(١٢) لفظ : [هذا] ساقط من (ع) ، و [لا ينقص] بالصاد المهملة ، وفي (م) ، (ع) : [عن] ، مكان : [بمن] .

٩٨٤٦ - والمعنى في المفرد : أنه لا يلزمه بالإفساد قضاء نسك واحد ، فلما لزمه بالإفساد في مسألتنا قضاء نسكين لزمه بقتل الصيد جزاءان .

٩٨٤٧ - أو نقول : المعنى في المفرد : أنه يلزمه نية واحدة ، فلم يلزمه بالقتل إلا جزاء واحد ، والقارن يلزمه نيتان فلزمه بقتل الصيد جزاءان .

٩٨٤٨ - قالوا : نقص لا يجب به على القارن إلا جزاء واحد ، أصله : إذا جاوز الميقات فقرن دونه .

٩٨٤٩ - قلنا : القارن إنما ترك حرمة الميقات لأحد الإحرامين ؛ لأنه لا يجب بحكم الشرع لحرمة الميقات أكثر من إحرام واحد ، فإذا تجاوز فقرن ، دخل النقص في أحد [١] الإحرامين ، وهو الذي كان يجب عليه بحكم الشرع أن يأتي به من الوقت ، فكذلك وجب دم واحد من الحج والعمرة ، فلزمه لكل واحد منهما ما لزمه للآخر [٢] .

٩٨٥٠ - فإن قيل : إنما لزمه أن يأتي [بإحرام واحد من الميقات إذا أراد نسكًا واحدًا ، فأما إذا أراد نسكين ، لزمه أن يحرم بهما جميعًا .

٩٨٥١ - قلنا] [٣] : لما كان في الأصل مخيرًا [٤] بين فعل إحرام واحد أو إحرامين ، فإذا أراد إحرامين ثم لم يأت بهما ، لزمه النقص في أدنى ما كان يجزئه في الأصل ؛ ألا ترى : أن المكفر المخير لو اختار الكفارة بالعتق ، ثم لم يعتق ، ثم يترك [٥] أدنى الكفارات ؛ لأن الوجوب كان يسقط بذلك ، فإذا كان اختياره [٦] حصل بالأعلى ، كذلك في مسألتنا مثله .

* * *

---

(١) في (م) : [إحدى] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الآخر] ، مكان : [للآخر] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [مخير بالرفع] .

(٥) في (ص) : [بترك] بالباء .

(٦) في (م) ، (ع) : [فإن كان اختاره] .

مسألة ٥٣٥

حكم اشتراك مُحرِمَين أو أكثر في قتل صيد

٩٨٥٢ – قال أصحابنا : إذا اشترك محرمان أو أكثر في قتل صيد ، فعلى كل واحد منهم الجزاء [١] .

٩٨٥٣ – وقال الشافعي : يجب على جماعتهم جزاءٌ واحد [٢] .

٩٨٥٤ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ ﴾ [٣] ، وهذا شرط وجزاء ، فكل واحد ممن دخل تحت الشرط يلزمه الجزاء بكماله ، كمن قال : من دخل داري فله درهم ، استحق كل داخل درهمًا [٤] بكماله .

٩٨٥٥ – فإن قيل : هناك كل واحد منهم داخل ، وههنا ليس كل واحد منهم قاتلا ، بدلالة : أنه يستحيل أن يكونوا قاتلين ، ولا يكون المقتول بعددهم .

٩٨٥٦ – قلنا : القاتل مَن فعل فعلًا يجوز أن يكون خروج الروح اتفق [٥] عنده ، ففعل كل واحد منهم قد وجد فيه هذا المعنى ، ولهذا يجب على جماعتهم القصاص .

٩٨٥٧ – قالوا : القصاص لا يتبعض ، فلما وجب على كل واحد منهم بعضه

(١) في (ص) : [منهما] ، مكان : منهم : ، وفي (م) ، (ع) : [جزاء] بدون الألف واللام . راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، (٤٣٨/٢) ، كتاب الآثار ، ص٧٤ ، الحديث (٣٦٢) ، الجامع الصغير ، ص١٥٢ ، مختصر الطحاوي ، ص٧١ ، أحكام القرآن للجصاص ، باب ما يقتله المحرم (٤٧٦/٢ ، ٤٧٧) ، المبسوط ، (٨٠/٤ ، ٨١) ، تحفة الفقهاء ، (٤٢٥/١) ، بدائع الصنائع ، (٢٠٢/٢ ، ٢٠٣) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، (١٠٥/٣ ، ١٠٦) ، البناية مع الهداية ، (٣٦٢/٤) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، (٣٠٢/١) ، حاشية ابن عابدين ، (٢٣٠/٢) .

(٢) راجع المسألة في : الأم ، باب الصيد للمحرم (٢٠٧/٢) ، مختصر المزني ، ص٧٢ ، النكت ، حلية العلماء ، (٢٧١/٣) ، المجموع مع المهذب ، باب ما يجب في محظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٤٢٤/٧ ، ٤٣٩ ، ٤٤٠) ، المدونة . كتاب الحج الثاني ، (٣٣٠/١) ، المنتقى ، في جامع الفدية (٧٤/٣) ، الكافي لابن عبد البر ، باب الحكم في جزاء الصيد (٣٩٣/١) ، بداية المجتهد ، في القول في أحكام جزاء الصيد (٣٧٣/١) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣١٣/٣ ، ٣١٤) ، الإفصاح (٢٩٣/١) ، المغني ، باب الفدية وجزاء الصيد (٥٢٣/٣ ، ٥٢٤) ، الكافي لابن قدامة ، باب جزاء الصيد (٤٢٢/١) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٩٥ .

(٤) في (م) ، (ع) : [درهم] بالرفع .

(٥) في (م) : [الزوج] ، مكان : [الروح] ، وفي (م) ، (ع) : [انفق] ، وفي (ص) : بدون نقط ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

وجب كله .

٩٨٥٨ – قلنا : القصاص إذا لم يتبعض لا يغير الوجوب ، وإنما يغلب [(١)] الإسقاط ، ألا ترى : أن بعض الشركاء في الدم إذا عفا سقط القصاص ، ولا يصح أن يقال : ففي حق من لم يعف في بعض القصاص يثبت له القصاص .

٩٨٥٩ – فإن قيل : القتل يقع مشتركًا ؛ فيصير كمن قال : من جاء بعبدى الآبق فله درهم ، فجاء به جماعة لم يستحقوا أكثر من درهم .

٩٨٦٠ – قلنا : لأن كل العبد يتبعض ، وكل واحد منهم جاء به ، فلم يوجد فيه الشرط ، والقتل لا يتبعض ، فكل واحد منهم قاتل ، فيجب عليه الجزاء .

٩٨٦١ – ولأنها كفارة تجب [(٢)] بالقتل ، فمن وجب عليه بعضها وجب عليه جميعها ، ككفارة القتل ؛ دليل الوصف : أن اللّٰه تعالى سماها كفارة .

٩٨٦٢ – ولا يلزم على هذا إذا قتلا في الحرم ؛ لأن اللّٰه تعالى لم يسمها كفارة .

وإن شئت قلت : معنى يدخله الصوم ، فلا يتبعض ، ككفارة اليمين ، ولا يلزم قتل الصيد في الحرم ؛ لأنه لا يدخله الصوم .

٩٨٦٣ – فإن قيل [(٣)] : ذكر أبو عليٍّ الطبري في الإفصاح قولًا [(٤)] آخر للشافعي في كفارة القتل : أنه يجزئ الجماعة عتق رقبة واحدة .

٩٨٦٤ – قلنا : هذا القول مخالف للإجماع ، وندل [(٥)] عليه فنقول : العتق في الكفارة لا يتبعض ، بدلالة كفارة الظهار واليمين .

٩٨٦٥ – ولأنه معنى يتعلق بالقتل لا يتبعض ، فوجب بكماله على كل واحد من

---

(١) في سائر النسخ : [يعلب] ، بالعين المهملة ، والصواب بالغين المعجمة .

(٢) في (م) : [يجب] .

(٣) في (م) : [فإن قلنا] ، وفي (ع) : [فإن قالوا] .

(٤) في (م) : [قول] بالرفع . أبو عليٍّ الطبري : هو الفقيه الحسين بن القاسم ، صاحب المجرد ، والإفصاح ، شيخ الشافعية ببغداد ، مات فيها سنة خمسين وثلاثمائة . وفي سير أعلام النبلاء ، وشذرات الذهب : الحسن ابن القاسم ، وهو أول من صنف في الخلاف [المجرد] . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (٦٢/١٦ ، ٦٣) ، الترجمة (٤٣) ، طبقات الشافعية للإسنوي (٥٥/٢) ، الترجمة (٧٥٥) ، النجوم الزاهرة (٣٢٨/٣) ، البداية والنهاية (٢٣٨/١١ ، ٢٣٩) ، شذرات الذهب (٣/٣) .

(٥) في (م) : [الإجماع] ، وفي (م) ، (ع) : [ويدل] بالياء .

المشتركين [(١)] ، كالقصاص .

٩٨٦٦ - قالوا : المعنى في كفارة القتل : أنها لم تختلف [(٢)] بالصغر والكبر ، فجاز أن يجب على كل واحد منهم [(٣)] كفارة كاملة ، ولما اختلف حكم الصغير والكبير ، جاز [(٤)] أن لا يجب على الجماعة إلا ما يجب بقتل الواحد .

٩٨٦٧ - قلنا : علة الأصل تنعكس [(٥)] بالديَّة ، فإنها لا تختلف بالصغر والكبر ، ولا يجب على كل واحد منهم [(٦)] دية كاملة ، أما دية الفرع فإن الضمان وإن اختلف بالصغر والكبر فلا يوجب البعض الداخل في الإحرام على ما قدمناه [(٧)] ، وقد دخل في إحرام كل واحد منهم النقص على إحرامه بقتل ما يُسمى صيدًا ، فوجب أن يلزمه الجزاء ، أصله : إذا انفرد .

٩٨٦٨ - ولأن كل من لزمه جزاء بعض الصيد لحرمة الإحرام ، لزمه جميعه [(٨)] ، أصله : المنفرد .

٩٨٦٩ - قالوا : المعنى في المنفرد : أنه لو قتله في الحرم لزمه جزاء واحد ، ولما / [(٩)] كان الجماعة لو قتلوا صيدًا في الحرم ؛ لم يجب عليهم إلا جزاء واحد ، كذلك في حال الإحرام .

٩٨٧٠ - قلنا : ما يجب لحرمة الحرم لا يجب إلا في مقوم ، فلم يجز أن يجب بإتلافه أكثر من قيمة واحدة ، وكفارات الإحرام تجب [(١٠)] في غير مقوم ، بدلالة : وجوبها في قص الظفر ، وحلق الشعر ، وقتل القمل ، فلم يُعْتَبَرْ الوجوب بمقدار المقوم . ونبني [(١١)] هذه المسألة على الدالِّ فنقول : إن كل متلف لبعض الصيد ومعين على إتلاف باقيه ، فيجب بالأمرين كمال الجزاء .

٩٨٧١ - احتجوا : بالآية [(١٢)] ، وقد بينا أنها دلالة لنا .

---

(١) في (م) : [المشركين] .
(٢) في (م) : [لم يختلف] .
(٣) في (ص) : [منهما] .
(٤) في (م) ، (ع) : [فجاز] .
(٥) في (م) : [ينعكس] .
(٦) في (ص) ، (م) : [منهما] .
(٧) في (م) ، (ع) : [قدمنا] بدون الهاء .
(٨) في (م) : [جميع] ، وفي (ع) : [جميع الصيد] ، مكان : [جميعه] .
(٩) قوله : [ولما] مكرر في (ص) .
(١٠) في (م) : [يجب] .
(١١) في (م) : [ويبنى] ، وفي (ع) : [ومبنىس] .
(١٢) يعني قوله تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾ سورة المائدة : الآية ٩٥ .

٩٨٧٢ - قالوا : روي « أن مُحْرِمَيْنِ أوطئا فرسيهما على صيد فقتلاه ، فسألا عمر عن ذلك ، فقال عمر لعبد الرحمن بن عوف : ما يجب عليهما ؟ ، قال : شاة » (١) .

وعن ابن عمر ﷺ : « أنه أوجب على جماعة قتلوا ضبعًا شاة » (٢) .

٩٨٧٣ - قلنا : يجوز أن يكون بلغت قيمة الصيد نِصْفَ شاة (٣) ، فأوجب عليهما شاة على طريق القيمة ، وكذلك الجواب عن خبر ابن عمر ، وإذا احتمل الخبرهذا سقط التعلق به .

٩٨٧٤ - وعلى أنه (٤) روي : أن عثمان دخل مكة فأمر أن يرش له بيتًا ليقيل فيه ، فنفرت حمامة فتلفت فأمره (٥) أن يخرج عنها جزاء ، وعلى الخادم (٦) جزاء ، فأوجب على نفسه بالأمر ، فالمباشرة أولى .

٩٨٧٥ - قالوا : المقتول واحد ، فلم يجب بقتله إلا جزاء واحد ، أصله : إذا كان القاتل واحدًا (٧) .

٩٨٧٦ - قلنا : قد بينا أن بقتله لا يجب شيء لأجل الصيد ، وإنما يجب بالنقص (٨) الذي

---

(١) أخرجه مالك بلفظ : أن رجلا جاء إلى عمر بن الخطاب ، فقال : إني أجريت أنا وصاحب لي فرسين ، نستبق إلى ثغرة ثنية ، فأصبنا ظبيًا ونحن محرمان ، فماذا ترى ، فقال عمر لرجل إلى جنبه : تعال حتى أحكم أنا وأنت ، قال : فحكما عليه بعنز ، فولى الرجل وهو يقول : هذا أمير المؤمنين لا يستطيع أن يحكم في ظبي ، حتى دعا رجلًا يحكم معه ، فسمع عمر قول الرجل ، فدعاه فسأله : هل تقرأ سورة المائدة ؟ ، قال : لا . قال فهل تعرف هذا الرجل الذي حكم معي ؟ ، فقال : لا فقال لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لأوجعتك ضربًا ، ثم قال : إن اللّه تبارك وتعالى يقول في كتابه : ﴿ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًۢا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ ﴾ وهذا عبد الرحمن بن عوف ، في الموطأ كتاب الحج ، باب فدية ما أصيب من الطير والوحش (٤١٤/١ ، ٤١٥) ، الأثر (٢٣١) والشافعي بألفاظ متقاربة ، في الأم كتاب الحج ، باب الصيد للمحرم (٢٠٧/٢) .

(٢) أثر ابن عمر (ﷺ) : أخرجه الدارقطني في السنن ، كتاب الحج ، باب المواقيت (٢٥٠/٢) ، وابن حزم في المحلى ، كتاب الحج (٢٦٦/٥) ، المسألة (٨٨٧) .

(٣) من قوله : قلنا [يجوز] إلى قوله : [نصف شاة] مكرر في (م) .

(٤) قوله : [وعلى أنه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [ليقبل] ، وفي (ع) : [فأمر] بدون الهاء .

(٦) في (م) ، (ع) : [الحارم] ، مكان : [الخادم] . وهذا الأثر أخرج نحوه ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الحج ، في الرجل يصيب الطير من حمام مكة (٢٥٤/٤) ، الأثر (١٠) .

(٧) في (م) ، (ع) : [واحد بالرفع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لأجل النقص] ، مكان : [بالنقص] .

أدخله في الإحرام ، والمفرد أدخل النقص في إحرام واحد ، والجماعة أدخل كل واحد منهم النقص في إحرامه .

٩٨٧٧ - ولأن المعنى في المفرد : أنه لو فعل ذلك في آدمي عمدًا لم يجب إلا قصاص واحد ، والجماعة لو قتلوا آدميًا وجب على جماعتهم القصاص ، كذلك إذا قتلوا الصيد وجب على كل واحد منهم جزاء .

٩٨٧٨ - قالوا : بدلُ مُتْلَف يحتمل التبعيض ، فوجب أن يجب علي الجماعة ما يجب على [1] الواحد إذا انفرد بإتلافه . أصله : بدل النفس والملك وصيد الحرم .

٩٨٧٩ - قلنا : لا نسلِّم أن الواجب بدل المتلف ، وإنما يجب لحيوان الآخر ، فلم يتقدر ذلك الحيوان بقيمة المقتول ، كما أن الواجب بقتل القمل ، وبحلق الشعر ، وقص الأظفار جبرانُ الإحرام ، وإن كان يختلف بقدر المتلف فيجب في الصغير خلاف ما يجب في الكبير ، وفي الظفر الواحد خلاف [2] ما يجب في الاثنين ، ثم لم يكن [3] الواجب بدلًا عنهما ، فإن أسقطوا ذكر البدل لتبعض الكفارة ، فإنها تحتمل [4] التبعيض ولا تبعيض .

٩٨٨٠ - ولأن [5] ضمان المال والدية المقصود [6] منهما عوض الآدمي ، فإذا سلم له ذلك من وجه ، لم يجز أن يأخذه [7] من وجه آخر . وفي مسألتنا : المقصود جبران العبادة ، وكل واحد يفتقر إحرامه إلى جبران ، كما يفتقر إحرام الآخر .

٩٨٨١ - فأما ضمان الصيد لحرمة الحرم ، فالمعنى فيه : أنه لا يجب إلا في مقوم ، فجرى مجرى ضمان المتلفات ، ولما كان الضمان في مسألتنا لحرمة الإحرام يجب في مقوم و [في] [8] غير مقوم على ما قدمنا ، جَازَ أن [9] يجب في المقوم أكثر من قيمته .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وعلى] ، مكان : [ما يجب على] .

(٢) في (م) : [الطفر] ، مكان : [الظفر] ، ولفظ : [خلاف] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يجب] ، مكان : [لم يكن] .

(٤) في (م) : [يحتمل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولا تبعيض ولا] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) : [المقصودة] .

(٧) في (م) ، (ع) : [أن يأخذ] بدون الهاء .

(٨) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٩) قوله : [جاز أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

٩٨٨٢ - قالوا : ضمان الصيد يجري مجرى ضمان [١] حقوق الآدميين ، بدلالة : أنه يختلف بصغر المقتول وكبره ، كما تختلف حقوق الآدميين . ولو كان كفارة لم يختلف .

٩٨٨٣ - ولأنه يضمن بالنذر ، ولو كان كفارة لم يضمن بالنذر .

٩٨٨٤ - ولأنه يجب بإتلاف الأجزاء ، ولو كان كفارة لم يجب بإتلاف الأجزاء .

٩٨٨٥ - قلنا : سماه اللّٰه تعالى كفارة ، وهذه التسمية تغني عن الاستدلال [٢] . ويدخله الصوم ، والصوم يدخل [٣] الكفارات دون الأعواض والأبدال . ويجب لنقص أدخله بفعله في عبادة ، فهو كالنقص الذي يدخل هذه العبادة بسائر محظوراتها [٤] ، فإذا كان جميع ما يجب بذلك [٥] ، كذلك هذا .

٩٨٨٦ - فأما اختلافه بصغر المقتول وكبره ، فكما تختلف كفارة الحلق وقص الأظفار بقلة المتلف وكثرته .

٩٨٨٧ - وأما ضمانه بالبدل [٦] ، فلأن الكفارة تتعلق بالأفعال [٧] المحظورة ، وحبس الصيد وإمساكه محظور .

٩٨٨٨ - وأما الكفارة بقتل الآدمي ، فيجب ضمان نفسه بالجناية ، وإمساكه وحبسه ليس من الجنايات ، وإنما هو ضمان المغصوب .

٩٨٨٩ - وأما قولهم : إنه يجب في الأجزاء فكفارة الحلق تجب [٨] في أجزاء الشعر وجملته ، وإن كان ذلك كفارة .

* * *

---

(١) لفظ : [ضمان] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [الاستبدلال] .

(٣) قوله : [والصوم] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [يدخل في] ، بزيادة : [في] .

(٤) في (ع) : [لساير المحظوراتها] .

(٥) في (ع) : [لذلك] .

(٦) في (ص) : [بالبد] من غير نقط .

(٧) في (م) : [يتعلق] ، وقوله : [بالأفعال] ساقط من (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [يجب] .

مسألة ٥٣٦

حكم ملك المحرم للصيد

٩٨٩٠ - قال أصحابنا : إذا أحرم وفي ملكه صيد ، لم يَزُل ملكه عنه [١] .

٩٨٩١ - وهو أحد قولي الشافعي في الإملاء ، وقال في الإملاء - أيضًا - : يزول ملكه عنه [٢] .

٩٨٩٢ - لنا : أنه مَلكه قبل الإحرام ، فلا يزول ملكه عن الصيد ، كسائر العبادات ؛ ولأنه معنى يمنع من قتل الصيد ، فلا ينافي بقاء ملكه فيه . أصله : دخول الحرم .

٩٨٩٣ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ﴾ [٣] ، والتحريم لا يتعلق بالأعيان فثبت أن المحرم فعل فيه ، وهو عام .

٩٨٩٤ - قلنا : التحريم يقتضي المنع من إيقاع الفعل [٤] فيه ، والبقاء على الملك ليس بإيقاع فعل .

٩٨٩٥ - قالوا : كل البقاء والاستدامة إذا منع الإحرام ابتداءه منع استدامته ، كالطيب واللباس .

٩٨٩٦ - قلنا : يبطل بالحلق .

٩٨٩٧ - ولأنه لا يراد للاستدامة ، ويمنع الإحرام [٥] ابتداءَهُ ، ولا يمنع البقاءَ عليه ،

---

(١) راجع تفصيل المسألة في المراجع التي ستأتي في مسألة (٥٣٩) ، هامش (٢) .

(٢) قال الشيرازي في المهذب : إن كان في ملكه صيد فأحرم ، ففيه قولان : أحدهما : لا يزول ملكه عنه ؛ لأنه ملك فلا يزول بالإحرام ، كملك البُضْع ، والثاني : يزول ملكه عنه ، قال القفال : وهو الأصح . راجع المسألة في المهذب مع المجموع ، باب الإحرام وما يحرم فيه (٣٠٦/٧ ، ٣١٠) ، حلية العلماء ، باب الإحرام وما يحرمه فيه (٢٥٤/٣) . وقال مالك ، وأحمد : مثل قول الحنفية ، من أحرم وفي ملكه صيد ، فلا يزول ملكه عنه . راجع المسألة في : المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٣٣/١) ، الكافي لابن عبد البر ، باب ما ينهى عنه المحرم من الصيد (٣٩٠/١) ، المنتقى ، في ما يجوز للمحرم أكله من الصيد (٢٤٦/٢) ، الكافي لابن قدامة ، باب محظورات الإحرام ، فصل : ويحرم عليه شراء الصيد واتهابه (٤١٠/١) ، المغني ، باب الفدية وجزاء الصيد ، فصل : إذا أحرم الرجل وفي ملكه صيد (٥٢٤/٣ ، ٥٢٥) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٩٦ .

(٤) لفظ : [الفعل] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (ص) : [المحرم] .

كالطيب يمنع الإحرام ابتداءه [1] ولا يحرم البقاء عليه . ثم الطيب واللباس دليلٌ على أن [2] الإحرام أمر مَنَعَ من إيقاع الفعل فيه ، فلا يمنع من بقاء ملكه .

٩٨٩٨ – قالوا : صيد لو اصطاده ضمنه بالجزاء ، فوجب أن لا يثبت ملكه عليه ، كما لو اصطاده في حال إحرامه .

٩٨٩٩ – قلنا : ما اصطاده يريد أن يبتدئ بملكه ، وليس إذا منع من ابتداء التمليك منع [3] من الاستدامة ، كالنكاح عند مخالفنا في حال الإحرام ، وعلى الأصلين في حال العدة .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ابتداء] .
(٢) في (ص) ، (ع) : [لأن] .
(٣) في (ع) : [يمنع] .

مسألة ٥٣٧

حكم من أحرم وفي يده صيد

٩٩٠٠ – قال أصحابنا : إذا أحرم وفي يده صيد ، لزمه إزالة يده عنه (١) .

٩٩٠١ – وقال الشافعي على القول الذي قال : لا يزول (٢) ملكه عنه : [إنه] (٣) لا يلزمه إزالة يده عنه ، وله التصرف فيه بالبيع والهبة . وإن لم يرسله فمات (٤) حتف أنفه : فلا شيء عليه ، فإن قتله : ضمنه (٥) .

٩٩٠٢ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًاۗ ﴾ (٦) ، والتحريم يعود إلى أفعالنا ، فاقتضى ذلك تحريم فعلنا في الصيد .

٩٩٠٣ – ولأنه إيقاع فعل في الصيد فمنع منه حال الإحرام ، أصله : ذبحه ، ونتف ريشه .

٩٩٠٤ – ولأن كل ما مُنِعَ المحرم من إيقاعه في صيد غير مملوك منع في صيد مملوك ، أصله : قتله .

٩٩٠٥ – ولأنه عقد على الصيد ؛ فلا يصح حال الإحرام ، كالشراء .

---

(١) وفي الأصل : رجل أحرم وفي يده صيد ، قال : عليه أن يرسله . راجع المسألة في : الأصل ، كتاب المناسك ، باب جزاء الصيد (٤٤٣/٢ ، ٤٤٩) ، الجامع الصغير ، كتاب الحج ، باب في جزاء الصيد ص١٥٢ ، المبسوط (٨٩ ، ٩٨) ، تحفة الفقهاء ، كتاب المناسك ، حكم صيد الحج (٤٢٦/١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان حكم ما يحرم على المحرم (٢٠٦/٢) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية ، باب الجنايات ، فصل في جزاء الصيد (٩٨/٣) ، مجمع الأنهر ، وبهامشه در المنتقى ، باب الجنايات ، فصل الجنايات على الإحرام في الصيد (٣٠٠/١ ، ٣٠١) ، حاشية ابن عابدين ، وبهامشه الدر المختار ، باب الجنايات (٢٢٦/٢) .

(٢) لفظ : [يزول] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ومات] .

(٥) قال الشيرازي : فان قلنا : لا يزول ملكه جاز له بيعه وهبته ، ولا يجوز له قتله ، فإن قتله وجب عليه الجزاء ؛ لأن الجزاء كفارة تجب لله تعالى ، فجاز أن تجب على مالكه ، ككفارة القتل راجع المسألة في : المهذب مع المجموع ، (٣٠٦/٧ ، ٣١٠) ، حلية العلماء ، (٢٥٤/٣) ، راجع تفصيل المسألة المدونة (٣٣٣/١) ، الكافي لابن عبد البر (٣٩٠/١) ، المنتقى (٢٤٦/٢) ، الكافي لابن قدامة (٤١٠/١) ، المغني (٥٢٥/٣) .

(٦) سورة المائدة : الآية ٩٦ .

٩٩٠٦ - ولأن كل ما منع [١] الإحرام من قتله مُنِعَ العقدُ عليه ، كالصيد الذي ابتاعه له وكيله .

٩٩٠٧ - احتجوا : بأن ما لا يلزم إزالة اليد الحكمية عنه ، لا يلزم إزالة اليد المشاهدة عنه [٢] .

٩٩٠٨ - قلنا : يبطل بالصيد الذي وَكْرَهُ [٣] في داره لا يؤمر بإزالة اليد الحكمية عنه ، ويؤمر بإزالة يده من طريق المشاهدة لو أخذه وأمسكه .

* * *

---

(١) في (ص) : [فامنع] .

(٢) لفظ : [عنه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (ع) : ذكروه ، مكان ، وكره وهو تصحيف . الوَكْر : بفتح الواو ، وسكون الكاف ، عش الطائر ، وقال أبو عمرو : الوكر ، العش حيثما كان ، في جبل ، أو شجر ، وقال الأزهري في التهذيب : موضع الطائر الذي يبيض فيه ويفرخ . و (وَكَرَهُ) : أي : حبسه ، راجع في المغرب : الواو مع الكاف ص٤٩٢ ، لسان العرب ، مادة : وكر (٤٩٠٦/٦) ، المصباح المنير ، الواو مع الكاف وما يثلثهما (٦٤٠/٢) .

مسألة ٥٣٨

حكم الصيود تكون في بيت المحرم

٩٩٠٩ - قال أصحابنا : إذا أحرم وفي بيته صيود : لم يلزمه إرسالها [١] .

٩٩١٠ - وقال الشافعي على القول الذي يقول بزوال ملكه عنه : يلزمه إرسالها ، فإن مات وقد تمكن من إرساله ضمنه ، وإن قتله ضمنه .

٩٩١١ - قالوا : وعليه إرساله بحيث يمتنع ، وإن لم يرسله حتى تحلل ، ففيه وجهان : أحدهما : يلزمه إرساله ، والآخر : لا يلزمه إرساله [٢] .

٩٩١٢ - لنا : أنها بهيمة ملكها قبل الإحرام ؛ فلا يلزمه إخراجها من بيته إذا أحرم . أصله : ما لا يؤكل لحمه .

٩٩١٣ - ولأنه غيَّر موقعَ الفعل فيه ، فلا يلزمه إخراجه من منزله . أصله : إذا كان في داره لابنه الصغير ، أو فرخ في داره ، أو في شجرته .

٩٩١٤ - ولأن إرسال الصيد إتلاف للملك فيه ، فلا يجب عليه بالإحرام ، أصله : سائر أملاكه .

٩٩١٥ - احتجوا : بأن كل ما يوجب رفع اليد المشاهدة ، أوجب [٣] رفع اليد الحكمية ، كالذي اصطاده [٤] حال الإحرام .

---

(١) في (م) ، (ع) وفي صلب (ص) : [يده] ، وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه من هامش (ص) من نسخة أخرى . قال محمد في الجامع الصغير : رجل أحرم ومعه قفص فيه صيد ، أو في بيته صيد ، فليس عليه أن يرسله ، وإن كان في يده أرسله . راجع المسألة في : الأصل ، (٤٤٩/٢) ، الجامع الصغير ، ص١٥٢ ، المبسوط (٩٤/٤ ، ٩٨) ، بدائع الصنائع (٢٠٦/٢) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية (٩٩/٣) ، مجمع الأنهر ، وبهامشه در المنتقى (٣٠١/١) ، حاشية ابن عابدين ، وبهامشه الدر المختار (٢٢٧/٢) .

(٢) قال الشيرازي وإن قلنا : يزول ملكه وجب عليه إرساله ، فإن لم يرسله حتى مات ضمنه بالجزاء ، وإن لم يرسله حتى تحلل ، ففيه وجهان ، أحدهما : يعود إلى ملكه ويسقط عنه فرض الإرسال ؛ لأن علة زوال الملك هو الإحرام ، وقد زال ، فعاد الملك ، كالعصير إذا صار خمرًا ، ثم صار خلًّا . والثاني : إنه لا يعود إلى ملكه ، ويلزمه إرساله ؛ لأن يده متعدية فوجب أن يزيلها : راجع المسألة في : المهذب مع المجموع ، (٣٠٦/٧ ، ٣١٠) ، حلية العلماء ، (٢٥٤/٣) . راجع تفصيل المسألة في : المدونة (٣٣٣/١) ، المنتقى (٢٤٦/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [وجب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [اصطاد] ، بدون الهاء .

٩٩١٦ - قلنا : إنما يمنع عندنا من اليد المشاهدة ؛ لأنها إيقاع فعل فيه ، وليس إذا منع من إيقاع فعل في الشيء منع من بقاء [١] اليد فيه ، بدلالة الطيب والنساء .

٩٩١٧ - ولأن ما اصطاده في حال الإحرام فقد تعدى بأخذه ، فلا يزول التعدي إلا [٢] برفع يده لا على وجه التعدي ، وإنما حَرَّمتْ العادة إيقاع الفعل فيه ، كما حرمت / إيقاع الفعل في النساء والطيب .

٩٩١٨ - وقولهم : إنه في يده في الوجهين .

٩٩١٩ - قلنا : لو كان كذلك لم يجز دفع [٣] الزكاة إلى ابن السبيل .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [إيقاع] .

(٢) لفظ : [إلا] ساقط من صلب (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [دفعه] بزيادة الهاء .

مسألة ٥٣٩

حكم من أرسل صيد المحرم

٩٩٢٠ – قال أبو حنيفة : إذا أحرم وفي يده أو قفصه [1] صيد ، فأرسله من يده حلال أو محرم : ضمن قيمته [2] .

٩٩٢١ – وقال الشافعي : لا ضمان عليه [3] .

٩٩٢٢ – لنا : أنها عين ملكها قبل الإحرام ، فإذا أزال يده عنها من لا ولاية له عليها [4] : ضمنها ، أصله : سائر الأعيان المملوكة .

٩٩٢٣ – ولأنها عين لو أزال [5] يده عنها قبل الإحرام ضمنها ؛ فإذا أزالها حال الإحرام : لزمه ضمانُها ، كسائر أملاكه .

٩٩٢٤ – ولأن كل ماله [كذلك] ؛ فلو أزال يده عن الطيب ضمن ، فإذا أزال [6] يده عما ملكه بالاصطياد ضمن ، أصله : بعد التحلل .

---

(١) لفظ : [أو] ساقط من (ع) ولفظ : [قفصه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) وفي الأصل : [فإن أرسله من يده] ، قال : عليه قيمته للذي كان في يده ، في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لا شيء عليه استحسانًا . وإن أرسله الذي كان في يده ، ثم حل فوجده في يد رجل آخر ، أخذه منه ، وكان أحق به . راجع المسألة في : الأصل ، كتاب المناسك ، باب جزاء الصيد (٤٤٣/٢) ، الجامع الصغير ، كتاب الحج ، باب في جزاء الصيد ص١٥٢ ، كتاب الآثار ، كتاب المناسك ، باب الصيد في الإحرام ص٧٤ ، المبسوط (٨٩/٤ ، ٩٨) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان حكم ما يحرم على المحرم (٢٠٦/٢) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية ، باب الجنايات ، فصل في جزاء الصيد (٩٩/٣ ، ١٠٠) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر ، وبهامشه در المنتقى ، باب الجنايات ، فصل الجنايات على الإحرام في الصيد (٣٠١/١) ، حاشية ابن عابدين ، وبهامشه الدر المختار ، باب الجنايات (٢٢٨/٢) .

(٣) قال النووي : إن أوجبنا إرساله ، فهل يزول ملكه عنه ، فيه قولان ، أصحهما : يزول . فعلى هذا لو أرسله غيره ، أو قتله فلا شيء عليه ، ولو أرسله المحرم ، فأخذه غيره مَلَكه ؛ لأنه صار مباحًا كما كان قبل اصطياده . راجع المسألة في : المجموع ، (٣١١/٧) ، راجع تفصيل المسألة في المدونة (٣٣٣/١) ، المنتقى (٢٤٦/٢) ، الكافي لابن قدامة (٤١٠/١) ، المغني (٥٢٥/٣) ، المحلى بالآثار ، كتاب الحج (٢٨١/٥ – ٢٨٩) ، مسألة (٨٩٢) .

(٤) في (ع) : [عليه] .

(٥ ، ٦) في (ع) : [زال] .

٩٩٢٥ - احتجوا : بأن ما كان إرساله مُسْتَحَقًّا [١] ، فإذا أرسله غيره لم يضمنه ، أصله : الصيد الذي اصطاده في حال إحرامه .

٩٩٢٦ - قلنا : لا نسلّم أن إرساله مستحَقٌّ على وجه يلحق بالوحش . فإذا فعل ذلك فقد زاد على المستحَقِّ ، ثم ليس يمتنع [٢] أن يستحق عليه الإرسال ، ولا يجوز لغيره فعله . كما أن من نذر أن يتصدق بقفيز من ماله فجاء رجل وتصدق به ضمنه وإن فعل المستحق .

٩٩٢٧ - فإن قيل : قد كان المالك يجتهد في الفقراء .

٩٩٢٨ - قلنا : إذا نذر أن يتصدق بها على فقراء بأعيانهم أو قفيز بعينه : ضمن [٣] مع عدم هذا المعنى ، وكذلك إذا ذبح أضحية [٤] غيره .

٩٩٢٩ - قال الشافعي : يضمن وإن فعل الذبح المستحق على المالك .

٩٩٣٠ - قالوا : الإرسال مستحَقٌّ ، فصار بمنزلة رد المغصوب على صاحبه ، والمعنى أنها إزالة قد تستحقه [٥] بعينها .

٩٩٣١ - قلنا يبطل بالصدقة [٦] المنذورة لمعين .

٩٩٣٢ - والمعنى في الغصب : أن الآخذ له صار غاصبًا ؛ بدلالة : أنه لو تلف في يده ضمنه الغاصب ، فإذا رده فقد أبرأ نفسَه والغاصبَ من الضمان من غير ضرر عليه ، فكذلك [٧] لم يضمن .

٩٩٣٣ - وفي مسألتنا : الحلال إذا أرسل الصيد لم يكن [٨] ضامنًا حتى يسقط عن نفسه بتخليته ضمانًا [٩] قد وجب عليه ، وإنما أتلف على غيره ما ثبت يده عليه ، وقد كان ملكه بالاصطياد ، فصار كمن أتلف العين المغصوبة في يد الغاصب .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [مستحق] .
(٢) في (م) ، (ع) : [يمنع] .
(٣) في (م) ، (ع) : [ضمنه] .
(٤) في (م) : [أضحيته] .
(٥) في (م) : [يستحقه] .
(٦) في (م) : [الصدقة] بدون الباء .
(٧) في (ص) : [فلذلك] .
(٨) في (م) : [فلم يكن] .
(٩) في (م) ، (ع) : [بتحلية] ، وفي (ع) : [ضمان] ، مكان المثبت .

مسألة ٥٤٠

كسر المحرم لبيض فرخه ميت

۹۹۳٤ - قال أصحابنا : إذا كسر بيضًا فيه فرخ ميت ، لا يعلم أنه مات قبل الكسر : [ضمن قيمة بيض فيه فرخ (١) .

۹۹۳٥ - وقال الشافعي : لا ضمان عليه (٢) .

۹۹۳٦ - لنا : أن الكسر] (٣) سبب الإتلاف في الظاهر (٤) ، فلزمه الضمان ، كما لو ضرب بطن ظبية فألقت جنينًا ميتًا .

۹۹۳۷ - ولأنه (٥) كسر بيضة فيها فرخ لا يعلم (٦) موته ، فصار كما لو علم أنه لم ينفخ فيه الروح .

۹۹۳۸ - احتجوا : بأن الفرخ الميت لا قيمة له ، فلا يجوز أن يضمنه ، كما لو أتلف سائر الميتات .

۹۹۳۹ - قالوا : لو علمنا أن الفرخ كان ميتًا لم يضمنه ، وإنما الخلاف إذا لم يعلم هل مات من الضرب أو غيره ، كما لا يعلم هل تلف الجنين من الضرب أو غيره .

* * *

(١) راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، (٤٤٢/٢) ، المبسوط ، (٨٧/٤ ، ٨٨) ، بدائع الصنائع ، (٢٠٣/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، (٨٠/٣ ، ٨١) ، البناية مع الهداية ، (٣٢٧/٤ ، ٣٢٨) ، مجمع الأنهر ، (٢٩٩/١) ، حاشية ابن عابدين ، (٢٢٢/٢) .

(٢) قال النووي في المجموع : قال الشافعي والأصحاب : كل صيد حرم على المحرم ، حرم عليه بيضه ، وإذا كسره لزمه قيمته ، هذا مذهبنا ، وبه قال العلماء كافة إلا المزني وداود راجع تفصيل المسألة في الأم ، باب بيض ا لنعامة يصيبه المحرم (١٩١/٢) ، المهذب مع المجموع ، (٣١٧/٧-٣١٩) ، راجع تفصيل المسألة في المدونة ، (٣٣٢/١) ، بداية المجتهد ، كتاب الحج ، القول في أحكام جزاء الصيد (٣٧٧/١) ، المغني ، باب الفدية وجزاء الصيد (٥١٦/٣) ، الكافي لابن قدامة ، باب محظورات الإحرام (٤١٢/١) ، المحلى بالآثار ، كتاب الحج ، (٢٥٩/٥-٢٦٢) ، مسألة (٨٨٠) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [الجواب في الظاهر] ، بزيادة : [الجواب] .

(٥) في (ص) : [ولا] ، مكان : [ولأن] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يعلم يعتبر] ، بزيادة : [يعتبر] .

مسألة ٥٤١

حكم قتله مالا يؤكل لحمه

٩٩٤٠ - قال أصحابنا : إذا قتل المُحْرِمُ ما لا يؤكل لحمه من الصيد مبتدئًا بقتله : فعليه الجزاء إلا الأشياء الخمسة التي ورد الشرع بإباحة قتلها للمحرم [١] .

٩٩٤١ - وقال الشافعي : كل مُحَرّمِ الأكل غير [٢] متولّدٍ من مباح : فلا جزاء في قتله ، فأما المحرَّمُ المتولد من مباح ومحرم ، كالسِّمْع ، والمتولَد [٣] من الحمار الوحشي والأهلي : ففيه الجزاء [٤] .

٩٩٤٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞ ﴾ [٥] ، واسم الصيد في اللغة : ما كان من جنسه ممتنعًا متوحشًا ، وهذا موجود في المأكول وغيره .

---

(١) اختلفت الروايات في تحديد الأشياء الخمسة التي يجوز للمحرم قتلها دون جزاء ، قال الحنفية : وهي المبتدئات بالأذى ، كالكلب العقور وما في معناه : كالذئب ، والحية ، والعقرب ، والحدأة ، والغراب . وفي رواية : الفأر . راجع تفصيل المسألة في : أحكام القرآن للجصاص ، سورة المائدة بابُ ما يقتله المحرم (٤٦٨/٢ ، ٤٦٩) ، المبسوط ، (٤/٩٠-٩٢) ، تحفة الفقهاء ، باب آخر (٤٢٢/١ ، ٤٢٤) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، (٣/٨٥-٨٩) ، البناية مع الهداية ، (٤/٣٣٦-٣٤٠) ، مجمع الأنهر ، (٢٩٩/١ ، ٣٠٠) .

(٢) قوله : [محرم الأكل غير] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [كالسبع المتولد] ، مكان المثبت ، هو تصحيف . السِّمْع : بكسر السين المهملة وسكون الميم ، ولد الذئب من الضبع . قال ابن العربي ، والقرطبي : وهو المتولد بين الذئب والضبع ، وقال ابن قدامة : هو ولد الضبع من الذئب . راجع في : أحكام القرآن لابن العربي (٦٦٦/٢) ، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣٠٤/٦) ، الكافي لابن قدامة (٤١١/١) ، المصباح المنير ، مادة : سمع (٢٧٢/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [والوحش والأهل] ، مكان : [الوحشى والأهلي] . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في ما لا يؤكل من الصيد (٢٠٨/٢ ، ٢٠٩) ، مختصر المزني ، باب ما يحل للمحرم قتله ص٧٢ ، حلية العلماء ، باب الإحرام وما يحرم فيه (٢٥٤/٣ ، ٢٥٥) ، المجموع مع المهذب ، باب الإحرام وما يحرم فيه (٧/٣١٤-٣١٧ ، ٣٣٣ ، ٣٣٤) ، راجع المدونة ، كتاب الحج الثاني (٣٣٤/١) ، المنتقى ، في ما يقتل المحرم من الدواب (٢٦٠/٢ ، ٢٦١) ، الكافي لابن عبد البر ، باب ما لا جناح على المحرم في فعله (٣٨٦/١) ، بداية المجتهد ، في القول في جزاء الصيد (٣٧٨/١ ، ٣٧٩) ، أحكام القرآن لابن العربي ، سورة المائدة ، الآية السادسة والعشرون ، (٦٦٦/٢ ، ٦٦٧) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، نفس السورة ، الآية (٩٥) (٦/٣٠٣-٣٠٥) ، الكافي لابن قدامة ، باب محظورات الاحرام (٤١١/١) ، المغني ، باب ما يتوقى وما أبيح له (٣/٣٤١-٣٤٣ ، ٥٠٦ ، ٥٠٧) .

(٥) سورة المائدة : الآية ٩٥ .

٩٩٤٣ - ولأن العرب إن كانت وضعت الاسم لما نقوله [١] فالآية عامة ، وإن كانت وضعت الاسم للمأكول ، فقد كانوا يعتقدون إباحة كل الحيوان إلا أم حُبَيْنٌ [٢] ، فيجب أن يكون الاسم موضوعًا عندهم للسباع .

٩٩٤٤ - فإن قيل : الآية تقتضي الصيد الذي يضمن بمثله ، والسبع لا يضمن بمثله ، فلم تتناوله [٣] الآية .

٩٩٤٥ - قلنا : المثل عندنا هو القيمة ، وقيمة السبع للحم لا تتجاوز شاة ؛ لأن لحم الشاة خير من لحمه ، فإذا قد تناولته [٤] الآية في ضمانه بالمثل الذي هو القيمة وإن قصرنا قيمته على الشاة لما ذكرناه من المعنى .

٩٩٤٦ - قالوا : الآية تناولت صيدًا حرم بالإحرام ؛ لأنه قال : ﴿ لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾ ، وما لا يؤكل لحمه مُحَرَّمٌ قبل الإحرام ، فكان اصطياده وقتله لدفع ضرره ، والانتفاع بجلده وقطع لحمه بخلافه ، ويدل عليه : قوله عليه الصلاة والسلام : « خمس يقتلهن المحرم في الحل والحرم » [٥] ، والمحصور بعدد يدل على نفي ما سواه على قول كثير من أصحابنا ، ولو ألحقنا بالخمسة غيرها ، سقط فائدة الحصر وبطل ذكر العدد . ولأنه من جنس السبع [٦] المتوحش لا يبتدئ بالأذى [٧] غالبًا ، كالضبع .

---

(١) في (م) : [يقوله] .

(٢) في (ص) : [أم حبين] ، وفي (م) ، (ع) : [أم حنين] ، . وأم حُبَيْن : دُوَيْبَّةٌ على خلقة الحرباء عريضة الصدر عظيمة البطن وتشكيل الجاء قد تكون مثلثة كما أشار لذلك في المخطوط أو مثلثة : تنطق بالحاء والجيم والخاء وانظر اللسان مادة حبن (٧٦٤/٢) .

(٣) في (م) : [فلم يتناوله] .

(٤) في (م) ، (ع) : [تناول] ، مكان : [تناولته] .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الحج ، باب ما يقتل المحرم من الدواب (٣١٤/١) ، ومسلم في الصحيح كتاب الحج ، باب ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب في الحل والحرم (٨٥٦/٢ - ٨٥٩) ، الحديث (٦٧-١١٩٨/٧١) ، (١١٩٩/٢٧) ، (١٢٠٠/٧٣) ، (٧٦-١١٩٩/٧٩) ، والترمذي من حديث عائشة ، في السنن كتاب الحج ، باب ما يقتل المحرم من الدواب (١٨٨/٣) ، الحديث (٨٣٧) ، والنسائي في السنن كتاب مناسك الحج ، في ما يقتل المحرم من الدواب قتل الكلب العقور ، وفي قتل الحية (١٨٧/٥ ، ١٨٨) ، وفي قتل الفأرة في الحرم (٢١٠/٥) ، وأبو داود من حديث ابن عمر ، وأبي هريرة (ﷺ) ، في السنن كتاب المناسك ، باب ما يقتل المحرم من الدواب (٤٦٦/١) ، وابن ماجه من حديث عائشة ، وابن عمر (ﷺ) ، في السنن كتاب المناسك ، باب ما يقتل المحرم (١٠٣١/٢) ، الحديث (٣٠٨٧ ، ٣٠٨٨) .

(٦) في (ص) : [المتنع] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بالأدنى] .

٩٩٤٧ - ولأن كل ضمان يتعلق بالضبع يتعلق بالنمر والبازي ؛ أصله : الضمان لحق الآدمي .

٩٩٤٨ - ولأن المُحَرَّم من الصيد على ضربين : متولد ، وغير متولد ، فإذا كان في أحدهما ما يجب به الجزاء كذلك الآخر .

٩٩٤٩ - ولأن الطير أحد نوعي الصيد ، فجاز أن يجب الجزاء (١) بقتل ما لا يؤكل منه . أصله : الدواب .

٩٩٥٠ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ﴾ (٢) ، فحصل للمحرم بحال الإحرام ، والذي يتخصص تحريمه هو المأكول ، فأما ما لا يؤكل فحرام بكل حال .

٩٩٥١ - قلنا : التحريم لا يجوز أن يتعلق بالعين ، وإنما يتعلق بأفعالنا ، فتحريم الصيد إنما [هو] (٣) تحريم الاصطياد ؛ لأن ذلك فعل الصائد ، يقال (٤) : صاد يصيد صيدًا ، واصطاد يصطاد اصطيادًا (٥) .

٩٩٥٢ - فإن قيل : قوله : [صيد البر] يدل على أن (٦) المراد به : الصيد (٧) دون الاصطياد ؛ لأن الصيد الذي هو الفعل لا يضاف إلى البر .

٩٩٥٣ - قلنا : العرب تضيف (٨) بأدنى ملابسة ، فلما كان البر موضع الصيد أضافوا الصيد إليه ، قال الله تعالى : ﴿ بَلْ مَكْرُ ٱلَّيْلِ وَٱلنَّهَارِ ﴾ (٩) والمكر لا يبقى حتى يضاف (١٠) إلى الزمان ، لكنه لما وقع فيه أضافه إليه .

٩٩٥٤ - قال الشاعر ، وهو أبو ذؤيب (١١) :

---

(١) في (م) ، (ع) : [بالجزاء] بزيادة الباء .
(٢) سورة المائدة : الآية ٩٦ .
(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) : [فقال] .
(٥) في (م) : [اصطادا] ، مكان : [اصطيادا] .
(٦) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) ، ولفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) في (م) : [للصيد] .
(٨) في (م) : [يضيف] .
(٩) سورة سبأ : الآية ٣٣ .
(١٠) في (م) : [تضاف] .
(١١) في (م) ، (ع) : أبو ذؤيب شعر ، بزيادة : شعر إلا أن في (م) : دؤيب ، مكان : ذؤيب ، وهو تصحيف . أبو ذؤيب : هو خويلد بن خالد بن محرث ، أبو ذؤيب الهذلي ، شاعر مخضرم ، أدرك الجاهلية والإسلام ، قدم المدينة عند وفاة النبي ﷺ فأسلم وحسن إسلامه ، وسكن بالمدينه ، وعاش إلى أيام عثمان ﷺ . مات بمصر ، وقيل : بإفريقية في سنة سبع وعشرين . راجع ترجمته في : معجم الأدباء ، لياقوت (٨٩/١١) ، الأعلام ، للزر كلي (٣٠٠/١ ، ٣٠١) .

وكنت كعظم العاجمات اكتنفنه بأطرافها حتى استدقَّ نحولها [١]

إذا كوكبُ الخرقاء [٢] لاح بسحرة سُهَيل أساحت عَزْلَها في العرائب [٣]

٩٩٥٥ - ومعلوم : أن العظم لا يلابس العجم إلا في حال الفعل ، ثم أضافه إليه لنفس الملابسة .

٩٩٥٦ - فأما قوله تعالى : ﴿ لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾ ، فإنما حملناه [٤] على الصيد ، بدلالة : وهو أن القتل لا يقع في الفعل ، وإنما يقع في الحيوان .

٩٩٥٧ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « خمس يقتلهن المحرم في الحل والحرم » [٥] ، فنص على الأدنى [٦] من كل نوع لينبه به على الأعلى منه ، كما قال تعالى : ﴿ فَلَا تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ ﴾ [٧] ، ثم ذكر الكلب ، وهو مشتق من التكلب ، وهو العدوان .

وروي : أن النبي ﷺ دعا على عتبة بن أبي لهب ، وقال : « اللَّهم سلط عليه [٨] كلبًا من كلابك ، فسلط اللَّه عليه الأسد فقتله » [٩] ، فثبت أن السبع يسمى كلبًا ، والتكلب موجود في كل السباع ، فاقتضى الخبر جواز قتلها .

٩٩٥٨ - قلنا : لو أراد التنبيه [١٠] بها على غيرها لم يحصرها بعدد ، وكيف يقال : إنه [١١] ذكر الأدنى لينبه على الأعلى ، وقد ذكر الحية وهي أعلى نوعها ، وذكر الغراب ، والفأرة ، وهما دون النوع ؛ فسقط ما قالوه .

٩٩٥٩ - فأما قولهم : إن الكلب مأخوذ من التكلب ، إطلاق الاسم يتناول الكلب المعروف ، ولهذا يكذب من قال : رأيت كلبًا ، إذا رأى أسدًا [١٢] ، وهذا المفهوم من قوله

---

(١) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الكاحمات السعه] ، مكان : [العاجمات اكتنفنه] . وهذا البيت : ذكره ابن منظور ، في لسان العرب ، في مادة : [عجم] (٢٨٢٧/٤) .

(٢) في (م) : [الحرفا] ، وفي (ع) : [الحربا] .

(٣) ويلاحظ اختلاف القافية في البيتين واتفاق الوزن ، وهو بحر (الطويل) .

(٤) في (م) ، (ع) : [حملنا] بدون الهاء .

(٥) تقدم تخريجه في هذه المسألة.

(٦) في (ص) : [الأذى] .

(٧) سورة الإسراء : الآية ٢٣ .

(٨) في (م) : [عليها] .

(٩) هذا الحديث ذكره البيهقي في الكبرى كتاب الحج ، باب ما للمحرم قتله من دواب البر في الحل والحرم .

(١٠) في (م) : [التشبه] ، وفي (ع) : [التشبيه] .

(١١) المثبت من (م) ، (ع) .

(١٢) في (م) ، (ع) : [الأسد] .

عليه الصلاة والسلام : « طهور إناء أحدكم إذ ا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبعًا » [١] ، وقال اللَّه تعالى : ﴿ وَكَلْبُهُم بَسِطٌ ذِرَاعَيْهِ بِٱلْوَصِيدِ ﴾ [٢] .

٩٩٦٠ – فأما دعاء النبي ﷺ على عُتْبة فإنما [٣] سأل اللَّه كفايته على أهون الوجوه ، فكفاه ما هو أوحى [٤] وأعجل .

٩٩٦١ – احتجوا : بحديث أبي سعيد الخدري ﷺ قال : « سئل رسول اللَّه ﷺ ما يقتل المحرم ؟ ، فقال : الحية والعقرب والغراب والحدأة [٥] والفويسقة ، والكلب العقور والسبع العادي » [٦] .

٩٩٦٢ – قلنا : هذا رواه أبو داود ، عن أحمد ، عن هشيم ، عن يزيد بن أبي زياد ، عن [٧] عبد الرحمن بن أبي نعم البجلي [٨] ، عن أبي سعيد الخدري .

٩٩٦٣ – ويزيد بن أبي زياد طعن عليه [٩] مخالفونا حين رُويَ عنه [خبر] [١٠] رفع

---

(١) أخرجه مسلم في الصحيح ، كتاب الطهارة ، باب حكم ولوغ الكلب (٢٣٤/١) ، الحديث (٢٧٩/٩٢) ، وأبو داود في سننه ، كتاب الطهارة ، باب الوضوء بسؤر الكلب رقم (٧١) – والإمام أحمد في المسند (٤٢٧/٢) كلهم من حديث أبي هريرة ﷺ . وانظر : تحفة الطالب بمعرفة أحاديث ابن الحاجب لابن كثير ، تحقيق عن الغني بن حميد بن محمود الكبيسي ص٣٦٨ دار حراء بمكة ، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ – المعتبر في تخريج أحاديث المنهاج والمختصر للزركشي ، تحقيق حمدي السلفي ص١٩٩ دار الأرقم الطبعة الأولى ١٩٨٤م – تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج لابن الملقن ، تحقيق عبد اللَّه بن سعاف اللحياني (٢١٤/١) دار حراء ، الطبعة الأولى ١٩٨٦م . (٢) سورة الكهف : الآية ١٨ .

(٣) في (م) : [فنما] ، وفي (ع) : [فلما] ، مكان : [فإنما] .

(٤) في (م) : [فكفارة] ، مكان : [فكفاه] ، وهو تصحيف . وأوحى بمعنى أسرع ، الوحي : بالقصر والمد : السرعة ، يقال : موت وحي . أي سريع ، وشيءٌ وحي : عجل مسرع . راجع في المغرب ، مادة الإيحاء ص٤٧٨ ، وفي لسان العرب ، مادة : وحي (٤٧٨٨/٦) ، المصباح المنير (٦٢٣/٢) .

(٥) قوله : والغراب ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وقوله : [والحدأة] ساقط من (ع) .

(٦) أخرجه أبو داود في السنن كتاب المناسك ، باب ما يقتل المحرم من الدواب (٤٦٦/١) ، والترمذي في السنن كتاب الحج باب ما يقتل المحرم من الدواب (١٨٩/٣) ، الحديث (٨٣٨) ، وابن ماجه في السنن ، كتاب المناسك ، باب ما يقتل المحرم (١٠٣٢/٢) الحديث (٣٠٨٩) .

(٧) في (ع) : [وعن] بالعطف .

(٨) في جميع النسخ : أبي نعيم البلخي ، وهو تصحيف ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٩) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ع) : [رويت] ، مكان : [روى] ، والزيادة من (م) .

اليدين ، وذكروا عن سفيان ابن عيينة : أن أهل الكوفة لقنوه فتلقن [1] ، ومن يتلقن إذا لقن كيف يوثق بخبره [2] ؟ ، فما بالهم يطعنون على من روى ما يخالف مذهبهم ، ثم يسكتون [3] عن الطعن فيه إذا / ما روى ما يوافقهم ؟ ثم هذا الخبر قد رواه ابن عمر من طريق صحيح ، وذكر فيه خمسًا » ، ولم يذكر السبع ، وكذلك رواه هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة [4] فالرجوع إليه أولى ، ولو ثبت احتمل أن يكون المراد به السبع الذي وجد منه العدوان ، وعندنا إذا عدا جاز قتله .

٩٩٦٤ – قالوا : السبع عاد [5] في حال عدوه وفي غير حال عدوه [6] ، كما يقال : فرس جموح ، وسيف قطوع .

٩٩٦٥ – قلنا : حقيقة الاسم المشتق تقضي كمال [7] وجود الفعل ، وتناول الاسم له بعد مقتضى الفعل يحتاج إلى دليل .

٩٩٦٦ – فإن قيل : لو كان المراد ما يوجد منه العدوان ، لم يكن لتخصيص السبع معنى .

٩٩٦٧ – قلنا : إنما خصه ؛ لأن الغالب أن ذلك يوجد من السبع دون غيره ، فذكر ما يوجد منه غالبًا .

٩٩٦٨ – قالوا : لأنه متولد من بين ما لا يحل أكل شيء من جنسه ؛ فوجب أن لا يجب الجزاء بقتله ، أصله : الذئب .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لعنوه] ، مكان : [لقنوه] ، ولفظ : [فتلقن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) هو : يزيد بن أبي زياد الكوفي ، مولى بني هاشم ، قال يحيى بن معين : هو ضعيف الحديث ، ولا يحتج به ، وقال النسائي : ليس بقوي ، وقال ابن المبارك : ارم به ، وقال شعبة : كان يزيد بن أبي زياد رفاعًا ، توفي رحمه الله على الصحيح في سنة ست وثلاثين ومائة . نظر ترجمته في : كتاب الضعفاء والمتروكين ص٢٥٦ ، الترجمة (٦٨٢) ، كتاب الجرح والتعديل (٢٦٥/٩) ، الترجمة (١١١٤) ، المجروحين (٩٩/٣ - ١٠١) ، الكامل (٢٧٥/٧) ، الترجمة (٢١٦٨/١١٥) ، ميزان الاعتدال (٤٢٣/٤ - ٤٢٥) ، تقريب التهذيب (٣٦٥/٢) ، الترجمة (٢٥٤) .

(٣) في (م) : [يسئلون] ، وفي (ع) : [يسبلون] ، مكان : [يسكتون] .

(٤) تقدم تخريجه من وجه ابن عمر وعائشة ، ومن وجوه أخري في هذه المسألة .

(٥) في (ص) ، (م) : [عاديًا] بالنصب .

(٦) في (م) ، (ع) : [عدده] ، بدل : [عدوه] في الموضعين .

(٧) في (م) ، (ع) : [الأمر المشتق يقتضي حال] ، مكان المثبت .

٩٩٦٩ - قلنا : إن كان الحكم يتعلق بتحريم الأكل والمتولد [١] محرم ، كذا أن الأصل تحريم [٢] ، فهذا التخصيص لا معنى له ، والمعنى في الذئب : أنه يسكن بقرب القرى والبلدان ، ويبتدئ بالأذى غالبًا ، فيعم الضرر به ، وهذا المعنى لا يوجد في غيره ؛ لأنها تأوي القفار [٣] والجبال ، فيقل [٤] الضرر بها .

٩٩٧٠ - ولأن الذئب ورد النص بإباحة قتله ؛ لأنه روي عن ابن عمر أنه قال [٥] : « الكلب العقور الذئب » ، وليس كذلك ما سواه ، فإن النص لم يرد بإباحة قتله ، وهو من جملة صيد البر .

٩٩٧١ - فإن قيل : فقد روي عن أبي هريرة ﷺ : أنه قال : « الكلب العقور الأسد » [٦] .

٩٩٧٢ - قلنا : هذا الحديث لم يثبت عند أصحابنا ؛ لأن زيد بن أسلم رواه عن ابن سيلان [٧] ، عن أبي هريرة ، وليس يثبت عندهم .

٩٩٧٣ - قالوا : أجمعنا : أن الذئب لا يجب الجزاء بقتله ، فلا يخلو أن يكون سقوط الجزاء لأنه غير مأكول ، وهذا يبطل بالمتولد ، أو يكون لوجود العدوان منه ، وهذا باطل ؛ لأنه إذا قُتِل بالعدوان ، لا شيء فيه [٨] ، فلم يبق إلا أن يكون سقوط الضمان لأنه بما فيه عدوان ، وهذا [٩] موجود في كل السباع .

---

(١) في (ع) : [الحكم يقتضي بتحريم الأكل المتولد] ، مكان المثبت .

(٢) في (ص) : [يحرم] .

(٣) القفار : بكسر القاف ، جمع القفر ، وهو الخلاء من الأرض ، لا ماء بها ، ولا ناس ولا نبات ، أرض قفر ، وقفار : خالية ، ويجمع أيضًا : قفور . راجع في لسان العرب ، مادة : قفر (٣٧٠٠/٥) ، المصباح المنير (٤٨٥/٢) ، المعجم الوسيط (٧٥٦/٢ ، ٧٥٧) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فيقلب] .

(٥) لفظ : [قال] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [الكلب العقور الذئب وليس كذلك ما سواه] ، فإن النص لم يرد بإباحة قتل الأسد مكان قوله : [الكلب العقور الأسد] وأثر أبي هريرة (ﷺ) : أخرجه الطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب ما يقتل المحرم من الدواب (١٦٤/٢) .

(٧) زيد بن أسلم : هو زيد بن أسلم العدوي ، مولى عمر ، ثقة ، وكان يرسل ، مات سنة ست وثلاثين . راجع ترجمته في : تقريب التهذيب (٢٧٢/١) ، الترجمة (١٥٧) . وابن سيلان : هو جابر بن سيلان ، مقبول ، من الثالثة . راجع ترجمته في التقريب (١٢٢/١) ، الترجمة (٦) .

(٨) لفظ : [قتل] الثاني ، ساقط من (م) ، (ع) و [عليه] ، مكان : [فيه] .

(٩) لفظ : [عدوان] ساقط من صلب (م) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [وهو] ، مكان : [وهذا] .

٩٩٧٤ - قلنا : هذا قسم رابع ، وهو أن [١] يبتدئ بالعدوان غالبًا ، وهذا لا يوجد في سائر السباع .

٩٩٧٥ - ثم القسم الثالث يبطل بالضبع ؛ لأن فيه عدوانًا ، والتأذي به أكثر من التأذي [٢] بالغراب وهو أشد عدوانا [٣] ، ومع هذا قد أوجبوا فيه الجزاء .

٩٩٧٦ - قالوا : لو ضمن السبع لضمن بمثله أو قيمته ، فلما لم يضمن بواحد منهما ، دل على أنه ليس بمضمون ، وتحريره : أن كل صيد لا يضمنه ، لا بمثله [٤] ولا بقيمته ، [لم يجب الجزاء بقتله ، أصله : الأشياء الخمسة .

٩٩٧٧ - قلنا : هو عندنا مضمون بقيمته] [٥] ، إلا أنه يضمن بجهة اللحم دون غيرها ، وذلك في الغالب لا يزيد على شاة ، وإنما يزيد قيمة السبع لما يقصد به من التفاخر بإمساكه أو التزين ، وهذا المعنى لا يضمن ، وهذا كما نقول في الجارية المغنية إذا غصبت : إنها تضمن [٦] غير مغنية ؛ لأن الزيادة في ضمنها للغناء جهة محظورة ، فلا يعتد بزيادة القيمة لأجلها .

* * *

---

(١) في (م) : [أنه] ، مكان : [أن] .

(٢) في (م) : [البادى] ، وفي (ع) : [البازي] ، مكان : [التأذى] .

(٣) في (ص) : [أشد موبت] بدون النقطة الثانية ، وفي (م) ، (ع) : [أسد مؤنث] ، ولا يستقيم المعنى في كلتا الحالتين ، لعل المراد : [أشد ضررا] وإيذاء ، وهو ما أثبتناه .

(٤) لفظ : [صيد] ساقط من (ع) وفي (م) ، (ع) : [بمثله] ، مكان : [لا بمثله] ، بحذف [لا] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) : [إذا غصب] ، وفي (م) ، (ع) : [إنها يضمن] ، مكان المثبت .

مسألة ٥٤٢

حكم صيد المدينة وشجرها

٩٩٧٨ - قال أصحابنا : ليس للمدينة حرم يمنع الصيدَ وقطعَ الشجر [١] .

٩٩٧٩ - وقال الشافعي : لا يقطع شجرها ولا يتعرض لصيدها ، وهل يجب فيه الجزاء ؟ ، فيه قولان ، قال في القديم : يضمنه . وقال في الجديد : لا شيء فيه .

٩٩٨٠ - وما هو الجزاء ؟ قال : سلب القاتل [٢] ، وما الذي يصنع بالسلب ؟ فيه قولان . أحدهما : يكون للذي سلبه [٣] ، والثاني : يتصدق به على مساكين المدينة .

٩٩٨١ - قالوا : وكذلك وَجُّ الطائف يمنع [٤] من الاصطياد منه ، وقتل الصيد ، وهل يجب فيه الجزاء ؟ قولان [٥] .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : المبسوط ، (١٠٥/٤) ، حاشية ابن عابدين ، باب الهدي (٢٦٣/٢) .

(٢) سلب القاتل : أي ما على القاتل من اللباس ، قال ابن الأثير : وهو ما يأخذه أحد القرنين في الحرب من قرنه مما يكون عليه ومعه من سلاح وثياب ودابة وغيرها . راجع في : النهاية باب السين مع اللام (٣٨٧/٢) ، لسان العرب ، مادة سلب (٢٠٥٧/٣) .

(٣) في سائر النسخ : يكون الذي سلبه ، والصواب ما أثبتناه . أي يكون للذي أخذ ثيابه ، وقد ذكر النووي فيه ثلاثة أوجه ، أصحها : أنه للسالب كالقتيل ، والثاني : أنه لفقراء المدينة ، والثالث : أنه لبيت المال . في شرح المهذب (٤٨١/٧ - ٤٨٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [وكذلك فرخ في الطائف ممنوع] ، مكان المثبت . قال ابن الأثير : وج : موضع بناحية الطائف ، وقال الفيومي : وج الطائف : بلد بالطائف ، وقيل : هو الطائف ، وقيل : واد بينه وبين مكة . راجع في النهاية ، مادة : وجج (١٥٤/٥ ، ١٥٥) ، لسان العرب (٤٧٦٨/٦) ، المصباح المنير (٦١٩/٢) .

(٥) قال النووي في شرح المهذب : قال الشافعي في الإملاء : أكره صيد وج ، وللأصحاب فيه طريقان ، أصحهما : عندهم القطع بتحريمه راجع تفصيل المسألة في : حلية العلماء ، باب ما يجب بمحظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٢٧٧/٣) ، المجموع مع المهذب ، باب ما يجب في محظورات الإحرام من كفارة وغيرها (٤٧٦/٧-٤٨٩ ، ٤٩٧) ، فتح العزيز مع الوجيز بذيل المجموع (٥١٣/٧-٥٢٠) ، شرح السنة للبغوي كتاب الحج ، باب حرم المدينة (٣٠٩/٧ ، ٣١٠) . المنتقى ، في أمر الصيد في الحرم (٢٥٢/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب العاشر في زيارة قبر النبي ﷺ وذكر الحرم والمواضع المقدسة ص١٣٦ ، الإفصاح ، (٢٩٥/١ ، ٢٩٦) ، المغني ، باب ما يتوقى المحرم وما أبيح له (٣٥٣/٣ - ٣٥٥) ، الكافي لابن قدامة ، باب جزاء الصيد (٤٢٧/١) .

٩٩٨٢ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ [(١)] ، وهو عام .

٩٩٨٣ - ولأنها بقعة [(٢)] يجوز دخولها بغير إحرام ، فلم يمنع من قتل صيدها وقطع شجرها ، كسائر البلاد .

٩٩٨٤ - ولأنها بقعة لا تصلح [(٣)] لأداء نسك ، كسائر البقاع .

٩٩٨٥ - ولأن كل موضع لا يجوز ذبح الهداى فيه لا يمنع من أخذ صيده .

٩٩٨٦ - ولأنه موضع لا يمنع من قتل الأسد والنمر فيه [(٤)] ، فلا يمنع من قتل الضبع والسبع [(٥)] فيه . أصله : بيت المقدس .

٩٩٨٧ - ولأنه نوع حيوان يُحكم اصطياده في المدينة وبيت المقدس سواء . أصله : ما لا يؤكل .

٩٩٨٨ - وأما الدليل على أنه لا جزاء فيه : فلأنها بقعة لا يضمن صيدها بالقيمة ، فلا يجب بقتله شيء [(٦)] ، كسائر البلاد .

٩٩٨٩ - [ولأن كل موضع لا يضمن سباعه بالجزاء ، لا يضمن سائر صيوده بالجزاء . كسائر البلاد] [(٧)] . وبهذه الدلائل يسقط ما قالوه في وادي وج [(٨)] .

٩٩٩٠ - احتجوا : بما روى عليّ رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « المدينة حرام من عائر إلى ثور [(٩)] ، لا يختلى خلاها ، ولا ينفر صيدها ، ولا تحل لقطتها إلا لمن ينشدها ، ولا يصلح فيها حمل السلاح ولا قطع الشجر إلا لرجل » [يغلف بعيره] [(١٠)] .

٩٩٩١ - وفي حديث جابر رضي الله عنه : « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن إبراهيم حرم مكة ، وإني

---

(١) سورة المائدة : الآية ٢ ، في (ع) : [فإذا] ، مكان : [وإذا] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولا بقعة بها] ، مكان : [ولأنها بقعة] .

(٣) في (م) : [لا يصلح] . (٤) في (م) ، (ع) : [منه] .

(٥) قوله : [والسبع] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [صيد] ، مكان : [شيء] .

(٧) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [وادي فرخ] .

(٩) في (م) ، (ع) : [المدينة من عدير إلى ثور] ، مكان : [المدينة حرام من عاير إلى ثور] .

(١٠) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الفرائض » باب إثم من تبرأ من مواليه (١٦٨/٤ ، ١٦٩) ، ومسلم في الصحيح كتاب الحج باب فضل المدينة (٩٩٤/٢-٩٩٨) ، الحديث (٣٧٠/٤٦٧) ، وأبو داود في السنن كتاب المناسك ، باب في تحريم المدينة (٥٠٩/١ ، ٥١٠) . وما بين القوسين ساقط من الأصل والزيادة من كتب السنة .

حرمت المدينة [ما بين لابَتَيْها] ، لا يعضد (١) عِضَاهُها ولا يصاد صيدها » (٢) .

٩٩٩٢ - [قلنا : هذه أخبار آحاد ، وإثبات الحرم أمر تعم به البلوى ، فلابد أن يبينه النبي ﷺ بيانًا عامًّا ، ولو فعل ذلك لنقل سبب البيان] (٣) ، فلما لم ينقل إلا من جهة الآحاد لم يجز إثبات التحريم بها .

٩٩٩٣ - ويجوز أن يكون عليه الصلاة والسلام منع ذلك عن (٤) أهل المدينة حتى لا يضيق عليهم معاشهم ، ويشارَكون في مباحاتهم ، نظرًا لهم ورفقًا بهم . وكذلك الجواب عن حديث عُرْوة بن الزبير (٥) ، عن أبيه : « أن النبي ﷺ لما نزل بوجٍّ (٦) قال : « عِضَاهُها وصيدها حرام محرم » (٧) ، ألا ترى : أن هذا الخبر يقتضي التسوية بين الطائف وبين حرم اللَّه تعالى الذي خصه بالتعظيم ، وجعله آمنًا ، وعظم حرمته ، وأوجب على جميع الناس قصده ، ومثل هذا لا يثبت بأخبار الآحاد .

٩٩٩٤ - احتجوا (٨) في وجوب الجزاء : بما روي أن سعد بن أبي (٩) وقاص ﷺ رأى رجلًا يصيد في حرم المدينة الذي حرمه رسول اللَّه ﷺ فسلبه ثيابه ، فأتى مواليه يكلمونه في ردها ، فقال سعد : سمعت رسول اللَّه ﷺ يقول : « من رأى رجلًا يصيد في حرم المدينة فليسلبه ثيابه ، ولا أرد طعمة أطعمنيها رسول اللَّه ﷺ فإن أردتم ثمنها فخذوه » (١٠) .

---

(١) الزيادة من صحيح مسلم ، وفي (م) : [ولا يعضد] بالعطف .

(٢) أخرجه مسلم بهذا اللفظ ، في الصحيح في كتاب الحج » باب فضل المدينة (٩٩٢/٢) ، الحديث (١٣٦٢/٤٥٨) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الحج ، باب ما جاء في حرم المدينة (١٩٨/٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [من] وما أثبتناه من (ص) وهو الصواب .

(٥) في (م) ، (ع) : [عروة عن الزبير] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فرح] ، مكان : [بوج] .

(٧) أخرجه أبو داود في السنن كتاب المناسك ، باب بعد باب في مال الكعبة (٥٠٩/١) ، وأحمد في المسند ، في مسند الزبير بن العوام (١٦٥/١) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الحج ، باب كراهية قتل الصيد وقطع الشجر بوج من الطائف (٢٠٠/٥) .

(٨) في (ص) : [بخبر الآحاد] ، مكان : [بأخبار الآحاد] ، وفي (م) ، (ع) : [احتجوا بما روى عليّ أن النبي ﷺ قال] ، بزيادة ما بعد [احتجوا] . (٩) لفظ : [أبي] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) أخرجه مسلم وأبو داود بألفاظ متقاربة ، في السنن كتاب المناسك ، باب تحريم المدينة (٥١٠/١) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الحج ، باب ما ورد في سلب من قطع من شجر حرم المدينة أو أصاب فيه صيدًا (١٩٩/٥ ، ٢٠٠) ، في الصحيح كتاب الحج ، باب فضل المدينة (٩٩٣/٢) ، الحديث (١٣٦٤/٤٦١) .

٩٩٩٥ - قلنا : هذا يجوز أن يكون قاله عليه الصلاة والسلام في الحال [١] التي كانت العقوبات تتعلق [فيها] [٢] بالأموال ، فأوجب في حريسة الجبل [٣] عن أمر مثله ، وأوجب على السارق أن يبتاع [٤] . وقد نسخت هذه الأحكام ، واستقر الضمان في المتلفات بقيمتها أو مثلها ، فسقط الاحتجاج .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [الجبال] .

(٢) في (م) : [يتعلق] ، والزيادة : أثبتناها لمقتضى السياق .

(٣) في (ع) : [حريبة الجبل] ، وهو تصحيف . وحريسة الجبل : هي الشاة التي يدركها الليل قبل أن تصل إلى مأواها ، فتسرق من الجبل . راجع في : مقاييس اللغة باب الحاء والراء وما يثلثهما (٣٨/٢) ، المغرب في الحاء مع الراء ص١١١ ، المصباح المنير (١٢٤/١ ، ١٢٥) ، النهاية (٣٦٧/١) ، لسان العرب مادة حرس (٨٣٣/٢) .

(٤) ويؤيد هذا ، ما رواه النسائي بلفظ : سئل رسول الله ﷺ : في كم تقطع اليد ، قال : لا تقطع اليد في ثمر معلق ، فإذا ضمه الجرين قطعت في ثمن المجن ، ولا تقطع في حريسة الجبل ، فإذا آوى المراح ، قطعت في ثمن المجن ، في المجتبى [كتاب قطع السارق] ، في الثمر المعلق يسرق (٨٤/٨ ، ٨٥) .

مسألة ٥٤٣

حكم المحرم المضطر

٩٩٩٦ - قال أصحابنا : إذا اضطر المحرم إلى أكل الميتة أو قتل الصيد للأكل : فإنه يأكل الميتة ولا يذبح الصيد .

٩٩٩٧ - وروى الحسن عن أبي حنيفة : إذا اضطر إلى ذبيحة محرم أو أكل [١] ميتة فإنه يأكل أيهما شاء .

٩٩٩٨ - وذكر أبو الحسن في « الجامع » عن محمد : أنه يأكل ذبيحة المحرم .

٩٩٩٩ - وفي المنتقى عن أبي حنيفة : أنه يأكل ذبيحة المحرم من الصيد ولا يأكل الميتة [٢] .

١٠٠٠٠ - وقال الشافعي في أحد قوليه : يأكل الصيد [٣] .

١٠٠٠١ - لنا : أن الصيد محظور من وجهين ، أحدهما : الإحرام ، والثاني : أنه ميتة ، والميتة محرمة [٤] من جهة واحدة ، ومن دفع إلى تناول أحد [٥] المحرمين ، كان تناول ما حظر [٦] من جهة واحدة أولى مما حظر من جهتين [٧] ، كما لو وجد ميتة [٨] وخنزيرًا لذمي ، لا يؤمر بذبحه ، أو ميتة وكلب صيد لغيره .

---

(١) في (ص) ، (م) : [وأكل] .

(٢) قال العيني في البناية : ولو وجد المحرم صيدًا أو ميتة يأكل الميتة ، وبه قال مالك وأحمد والثوري ، وقال أبو يوسف والشعبي : يأكل الصيد ويؤدي الجزاء . راجع تفصيل المسألة في : كتاب الحجة ، باب المحرم يقتل الصيد أو يدل عليه أو يضطر إلى الميتة فيأكلها (١٧٤/٢) ، المبسوط ، (١٠٥/٤ ، ١٠٦) ، البناية في شرح الهداية ، (٣٤١/٤) ، در المنتقى بهامش مجمع الأنهر ، باب الجنايات (٣٠٠/١) ، حاشية ابن عابدين ، (٢١٩/٢) .

(٣) راجع المسألة في : حلية العلماء ، (٢٧٥/٣) ، المنتقى في ما لا يحل للمحرم أكله من الصيد (٢٤٩/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، باب ما ينهى عنه المحرم من الصيد (٣٩١/١) ، بداية المجتهد ، في القول في التروك (٣٤٤/١) ، الإفصاح ، (٢٩٣/١) ، المغني ، (٣١٥/٣) .

(٤) في (ع) : [محظورة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [أخذه] ، مكان : [أحد] ، وهو تصحيف

(٦) قوله : [ما حظر] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) قاعدة : تناول المحظور من جهة واحدة أولى مما حظر من جهتين .

(٨) لفظ : [ميتة] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

١٠٠٠٢ - ولأنه لو اضطر إلى أكل ميتة أو قتل حيوان يجب بقتله كفارة ، وأكله ، فكان أكل الميتة أولى . أصلُه : إذا اضطر إلى أكل الميتة أو قتل الآدمي .

١٠٠٠٣ - ولأنه واجد لما يسد [1] به رمقه ، فلم يجز له قتل الصيد حال إحرامه للأكل [2] ، أصله : إذا وجد شاة تركت التسمية عليها عمدًا .

١٠٠٠٤ - ولأن اللَّه تعالى حرم الصيد ولم يبين حال الضرورة ، وحَرّم الميتة واستثنى [3] حال الضرورة ، فالذي أطلق تحريمه أولى بالترك .

١٠٠٠٥ - ولأن الصيد منع من أخذه ومن قتله ومن أكله ، والميتة ممنوع من أكلها ، فتناول ما حُظِر من وجه واحد أولى .

١٠٠٠٦ - فإن قيل : إن [4] ذبيحة المُحْرِم مختلَفٌ في تحريمها .

١٠٠٠٧ - قلنا : قد اتفق على تحريمها في حق المحرم وأخذه وقتله ، فيتفق على تحريمه أيضًا .

* * *

(١) في (م) : [لما ينسد] .

(٢) قوله : [للأكل] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [للقتل] ، مكان : [للأكل]

(٣) في (ع) : [وأبان] ، مكان : [واستثنى] .

(٤) لفظ : [إن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٥٤٤

إحصار المحرم بعد الوقوف

١٠٠٠٨ - قال أصحابنا : إذا أحصر بعد الوقوف ، فليس بمحصر [١] .

١٠٠٠٩ - وقال الشافعي : هو محصر [٢] .

١٠٠١٠ - لنا قوله عليه الصلاة والسلام : « من وقف بعرفةَ ساعةً من ليل أو نهار ، فقد تم حجه » [٣] ، وتمام الحج يمنع الإحصار والفوات / .

١٢٠

١٠٠١١ - ولأنه سبب للتحلل قبل استيفاء موجباته فوجب أن لا يثبت بعد الوقوف ، أصله : الفوات .

١٠٠١٢ - ولأنها حالة لا يثبت الإحصار فيها [٤] بالمرض ، فلا يثبت بالعذر ، أصله : إذا طاف قبل الرمي .

١٠٠١٣ - ولأنه عذر صدَّه [٥] عن البيت فلا يثبت به إحصار بعد الوقوف ، كالمرض .

١٠٠١٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ﴾ [٦] ، ولم يفصل بين أن يحصر قبل الوقوف أو بعده .

---

(١) راجع المسألة في : الأصل ، باب المحصر (٤٦٨/٢) ، الجامع الصغير ، باب في الإحصار ص١٥٧ ، مختصر الطحاوي ، باب الفدية وجزاء الصيد ص٧٢ ، المبسوط ، باب المحصر (١١٤/٤) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان حكم المحرم إذا منع عن المضي في الإحرام (١٧٦/٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية : باب الإحصار (١٣٤/٣) ، البناية مع الهداية ، باب الإحصار (٤١٠/٤ ، ٤١١) . حاشية ابن عابدين ، باب الإحصار (٢٤١/٢) .

(٢) لفظ : [هو] ساقط من (م) ، (ع) . راجع المسألة في : الأم ، باب الإحصار بالعدو (١٦٢/٢) ، المجموع مع المهذب . باب الفوات والإحصار (٢٩٨/٨ ، ٣٠١ ، ٣٥٥) ، فتح العزيز ، في القسم الثالث من كتاب الحج في اللواحق ، بذيل المجموع (٦٠/٨ ، ٦١) ، راجع المدونة في كتاب الحج الثاني (٣٤٠/١) ، المنتقى ، في ما جاء فيمن أحصر بعدو (٢٧٢/٢) ، الإفصاح (٢٩٧/١ - ٢٩٩) ، المغني (٣٥٩/٣) .

(٣) هذا جزء من حديث عروة بن المضرس ، الذي تقدم تخريجه في مسألة (٤٨٠) ، وله شاهد من حديث عبد الرحمن بن يعمر الديلي وقد سبق تخريجه في مسألة (٥١٦) .

(٤) لفظ : [فيها] ساقط من (ع) .

(٥) لفظ : [عذر] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [قصده] ، مكان : [صده] .

(٦) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

١٠٠١٥ - قلنا : قال الله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّواْ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِۚ ﴾ (١) ، ثم قال : ﴿ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ ﴾ ، فكأنه قال : عن إتمامهما . ومن وقف بعرفة تم حجه ، فلا تتناوله الآية .

١٠٠١٦ - قالوا : الآية خرجت على سبب ، وهو حصر المشركين رسول الله ﷺ عن البيت وكان معتمرًا ، والحاج بعد وقوفه بعرفة (٢) في معناه .

١٠٠١٧ - قلنا : لا نسلم أن الحاج بعد الوقوف في حكم المعتمر ؛ لأن المعتمر تلحقه مشقة يمكن الصبر عليها ، وهو الامتناع من الطيب واللبس (٣) ، ويمكن الصبر عنهما على وجه لا يلحقه فيه ضرر لا صبر عليه فلذلك (٤) لم يجز له التحلل .

١٠٠١٨ - قالوا : لأنه مصدود عن البيت بغير حق ، فوجب أن يجوز له التحلل ، أصله : إذا صد (٥) قبل الوقوف ، وأصله : المعتمر .

١٠٠١٩ - قلنا : المعنى في الأصل : أنه يلحقه المشقة بالبقاء على الإحرام للصبر على محظوراته ، فجاز أن يتحلل ، وبعد الوقوف يجوز له التحلل إذا مضت أيام الرمي ، فلم يبق من المحظورات إلا النساء ، وليس في الصبر عن ذلك مشقة لا تحتمل (٦) ، فلم يجز له التحلل .

يبين (٧) ذلك : أن الله تعالى أباح للمحرم الطيب والحلق واللبس لخشية (٨) الضرورة ، ولم يبح الوطء لذلك ، فدلَّ على الفرق بينهما .

١٠٠٢٠ - قالوا : إذا وقف بعرفة لم يستفد إلا الأمن من الفوات ، وهذا المعنى موجود في العمرة ، فإنه يأمن من فواتها ، ومع ذلك لو أحصر عن العمرة تحلل ، كذلك الحاج ، وإذا أحصر عن البيت مثله .

١٠٠٢١ - قلنا : قد بينا أنه يستفيد بعد الوقوف معنى زائدًا على الأمن (٩) من الفوات ، وهو إمكان التحلل من المحظورات التي لا يمكن الصبر عليها إلا بضرر ، وهذا

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .
(٢) قوله : [بعرفة] ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في النسخ جميعها : [والضرورة تقع في ذلك لا بدعوى الضرورة] وقد حذفناها لتيسير المتابعة .
(٤) في (م) ، (ع) : [ضرورة لا صبر عليه فكذلك] .
(٥) في (م) ، (ع) : [لأنه مصدور عن البيت بغير حق ، فيجوز أن يجوز له التحلل ، أصله إذا صيد ، مكان المثبت .
(٦) في (م) ، (ع) : [المشقة لا يحتمل] .
(٧) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(٨) في (م) : [بحشة] ، وفي (ع) : [حشة] ، مكان : [لخشية] .
(٩) في (م) : [الأمر] ، مكان : [الأمن] .

المعنى لا يوجد في العمرة ، ولا في الحج (١) قبل الوقوف .

١٠٠٢٢ - قالوا : أجمعنا على أن من أحصر قبل الوقوف بعرفة يجوز له التحلل ، فعن أقل الأفعال أولى وأحرى .

١٠٠٢٣ - قلنا : إنما جاز له التحلل عن أكثر الأفعال ؛ لأنها لم تتم (٢) ، وبعد الوقوف الإحرام في حكم التام ، ويجوز أن يباح له الرفض قبل تأكد عبادة ، ولا يجوز بعد تأكدها ، ولهذا يجوز عندهم للزوج أن يحلل امرأته قبل الوقوف ، ولا يجوز بعده . ويجزئ الإحرام عن حجة الإسلام إذا بلغ قبل (٣) الوقوف ولا يجوز إذا بلغ بعده .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولأن الحج] ، مكان : [ولا في الحج] .

(٢) في (م) : [لم يتم] .

(٣) لفظ : [قبل] ساقط من (م) .

مسألة ٥٤٥

موضع ذبح هدي الإحصار

١٠٠٢٤ - قال أصحابنا : لا يجوز ذبح هدي الإحصار إلا في الحرم [(١)] .

١٠٠٢٥ - وقال الشافعي : إذا أحصر في الحل : جاز أن ينحر فيه ، فإن أحصر في الحرم : لم يجز أن ينحر في غيره ، وإن أحصر في الحل ، وله طريق إلى الحرم يبعث بالهدي : فهو بالخيار .

١٠٠٢٦ - ومن أصحابنا من قال : يجب أن يبعث به [(٢)] .

١٠٠٢٧ - لنا قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ ﴾ [(٣)] ، فسماه اللّه تعالى هديًا ، والهدي يختص بالحرم ، بدلالة : أن من أوجب هدي [(٤)] شاة لزمه ذبحه في الحرم .

١٠٠٢٨ - ثم قال : ﴿ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ ﴾ ، والمحِلُّ عبارة عن [(٥)] المكان ، أو عن الوقت ، كما يقال : بمحل .

١٠٠٢٩ - وقد وافقنا الشافعي أن ذبحه لا يتوقف ، فلم يبق إلا أن يكون المراد بالمحل : المكان .

---

(١) راجع المسألة في : الأصل ، (٤٦٧/٢) ، كتاب الحجة ، باب الإحصار بالعدو (١٩٥/٢ ، ١٩٦) ، مختصر الطحاوي ، ص٧٢ ، أحكام القرآن للجصاص ، في باب المحصر أين يذبح الهدي ، (٢٧٢/١ - ٢٧٤) ، متن القدوري باب الإحصار ص٣٢ ، المبسوط ، (١٠٦/٤ ، ١٠٧) ، تحفة الفقهاء باب آخر (٤١٧/١) ، بدائع الصنائع فصل : وأما حكم الإحصار (١٧٩/٢ ، ١٨٠) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، (١٢٦/٣ - ١٢٩) ، البناية مع الهداية ، (٣٩٨/٤ - ٤٠٠ ، ٤٠٣) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب الإحصار بالعدو (١٥٩/٢) ، مختصر المزني ، باب الإحصار ص٧٢ ، حلية العلماء ، باب الفوات والاحصار (٣٠٧/٣) ، المجموع مع المهذب ، (٢٩٨/٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٣ ، ٣٥٥) ، المدونة كتاب الحج الثاني (٣٢٧/١) ، الكافي لابن عبد البر ، باب فيمن فاته الحج بحصر مرض أو عدو أو خطأ في عدة أيام العشر (٤٠٠/١) . الإفصاح ، (٣٠٠/١) ، المغني ، (٣٥٨/٣) ، الكافي لابن قدامة باب ما يفسد الحج وحكم الفوات والإحصار (٤٦٢/١) ، العدة مع العمدة ، باب الفدية ص١٨١ ، ١٨٢ .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٤) لفظ : [هدي] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) لفظ : [عن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

١٠٠٣٠ - ولأنه ذكر محلًا مجملًا ، وبين ذلك بقوله تعالى [١] : ﴿ ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ ﴾ [٢] .

١٠٠٣١ - فإن قيل : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ ﴾ ، الفاء [٣] للتعقيب ، فهذا يدل على [٤] : أنه يلزمه الهدي عقيب الإحصار ، وهذا يمنع اختصاصه بالحرم .

١٠٠٣٢ - قلنا : معنى الآية : فإن أحصرتم وأردتم التحلل فعليكم ما استيسر من الهدي [٥] ، فهذا يدل على وجوب الهدي عقيب الإحصار إذا أراد التحلل ، وليس الوجوب من الذبح في شيء .

١٠٠٣٣ - فإن قيل : قوله : ﴿ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْهَدْيُ مَحِلَّهُۥ ﴾ [٦] ، أي حتى يذبح ويصل إلى مستحقه ، بدلالة : أن المحصر في الحرم مراد [٧] بالآية والمحل فيه هذا .

١٠٠٣٤ - قلنا : بلوغ المحل الظاهر : أنه عبارة عن المكان ، فأما الذبح فلا يكون محلًا للهدي ، والمحل هو المكان أو الزمان على ما قدمنا .

١٠٠٣٥ - فإن قيل : روي « أن [٨] بريرة كانت تهدى إلى رسول اللَّه ﷺ ما تصدق عليها ، فذكرت عائشة ذلك للنبي [٩] ﷺ فقال : بريئة ، فقد بلغ محله » [١٠] ، أي وصل إلى يدها ، وتمت الصدقة ، فيجوز أن يأكله على وجه آخر .

١٠٠٣٦ - ولأنه سبب يتحلل به من الإحرام قبل استيفاء موجبه ، فاختص كأقوال العمرة [١١] التي يتحلل بها فائت الحج .

١٠٠٣٧ - ولأنه [١٢] دم يختص الإحرام ؛ فاختص بالحرم ، كدم المتعة والقران .

١٠٠٣٨ - ولأن كل موضع لا يجوز ذبح المتعة والقران فيه ، لا يجوز ذبح دم

---

(١) في (م) : [كقوله] ، ولفظ : [تعالى] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) سورة الحج : الآية ٣٣ .
(٣) في (م) : [عاكفًا] ، مكان : [الفاء] .
(٤) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) قوله : [من الهدي] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) قوله : [محله] ساقط من (ع) .
(٧) في (م) : [مرادا] بالنصب .
(٨) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .
(٩) في (ع) : [لرسول اللَّه] ، مكان : [النبي] .
(١٠) لم نقف على هذا الحديث .
(١١) في جميع النسخ : كأقوال العمرة ، ولا يستقيم المعنى هكذا ، ولعل الصواب كأفعال العمرة .
(١٢) في (م) ، (ع) : [فلأنه] .

الإحصار [فيه] [١] ، أصله : الحل في حق المحصر في الحرم .

١٠٠٣٩ - احتجوا : بحديث جابر ، قال : « أحصرنا مع رسول الله ﷺ بالحديبية ، فنحرنا البدنة عن سبعة ، والبقرة عن سبعة » [٢] .

١٠٠٤٠ - قلنا : الحديبية بعضها من الحرم ، روى الزهري ، عن عروة ، عن المسور : « أن رسول الله ﷺ كان بالحديبية ، خباؤه في الحل ، ومصلاه في الحرم » [٣] . ويستحيل [٤] أن يقدر على الذبح في الحرم فيذبح في الحل .

١٠٠٤١ - فإن قيل : الخلاف يخالف القرآن ، قال الله تعالى : ﴿ هُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ وَصَدُّوكُمْ عَنِ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ﴾ [٥] .

١٠٠٤٢ - قلنا : هذا محمول على الصد عن نفس المسجد ؛ ولأن المشركين ضربوا وجوه البُدْنِ وردوها في طرف الحرم ، وهذا معنى قوله [٦] تعالى : ﴿ وَٱلْهَدْىَ مَعْكُوفًا أَن يَبْلُغَ مَحِلَّهُۥ ﴾ [٧] ، فلما وقع الصلح لم يمنعوهم من الحرم وإن منعوهم من دخول مكة .

١٠٠٤٣ - قالوا : روى المسور بن مخرمة ، ومروان بن الحكم في قصة الحديبية : أن النبي ﷺ لما فرغ من قضية الكتاب قال لأصحابه : « قوموا فانحروا واحلقوا ولا تفرقوا » [٨] .

١٠٠٤٤ - قلنا : لأن الهدايا بعد الصلح دخلت الحرم ، فأمرهم بالهدي مطلقًا ؛ لأن الهدايا كانت هناك .

١٠٠٤٥ - قالوا : روي أن الصحابة كلهم توقفوا عن النحر ، فقالت له أم سلمة : « لا تكلم أحدًا حتى تنحر هديك حيث وجدت » [٩] ، ولم ينكر عليها .

---

(١) زيادة اقتضاها البيان .

(٢) قوله : [والبقرة عن سبعة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وحديث جابر (ﷺ) : أخرجه مسلم في الصحيح كتاب الحج ، باب الاشتراك في الهدي (٢/ ٩٥٥) ، الحديث (١٣١٨/٣٥٠) .

(٣) قوله : [كان بالحديبية] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش . وحديث المسور : أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ ، في المعاني كتاب مناسك الحج ، باب الهدي يصد عن الحرم (٢٤٢/٢) .

(٤) في (ع) : [ومستحيل] .

(٥) سورة الفتح : الآية ٢٥ .

(٦) لفظ : [قوله] ساقط من (ع) .

(٧) نفس الآية السابقة .

(٨) في سائر النسخ : [ولم تفرقوا] ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، والحديث تقدم تخريجه في مسألة (٤٧٢) ، والكتاب هو عهد صلح الحديبية .

(٩) هذا جزء من حديث المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم الذي تقدم تخريجه في مسألة (٤٧٢) ، وأخرجه البخاري في الصحيح كتاب الشروط ، باب الشروط في الجهاد (١٢٢/٢) .

١٠٠٤٦ - قلنا : أراد تعجيل النحر ، ولم يقصد عموم الأماكن ، فلهذا لم ينكر عليها ، على أنه قد عارض هذا ما روي عن ناجية بن جندب الأسلمي ، عن أبيه [(١)] قال : « أتيت رسول الله ﷺ حين صد الهدي ، فقلت : يا رسول الله ، ابعث معي بالهدي لأنحره في الحرم ، قال : [وكيف] [(٢)] تأخذ به؟ ، قلت : آخذ به في أودية لا يقدرون عَليَّ فيها ، فبعثه معي حتى نحرته في الحرم » [(٣)] ، وهذا يدل على [(٤)] : أنه لم ينحر في الحديبية ، وقوله : « حين صد الهدي » يدل على اختصاصهم بمكان .

١٠٠٤٧ - قالوا : محل الحصر ؛ فكان [(٥)] مَحِلًّا لهديه ، أصله : إذا أحصر في الحرم .

١٠٠٤٨ - قلنا : المعنى في المحصر في الحرم : أنه لما كان مَحِلًّا لهديه [(٦)] : لم يجز ذبحه في غيره ، ولما كان المحصر في الحل [(٧)] يجوز له الذبح في غير الحل ، لم يجز له الذبح فيه .

١٠٠٤٩ - أو نقول [(٨)] : المعنى في الحرم : أنه محل لسائر الدماء المتعلقة بالإحرام ، فكان مَحِلًّا لدم الإحصار ، والحل لما [لم] [(٩)] يكن محلا لسائر الدماء المتعلقة بالإحرام ؛ لم يكن محلا لدم الإحصار .

١٠٠٥٠ - قالوا : محل التحلل في غير الإحصار الحرم ، ثم كان التحلل للعذر في الحل ، كذلك مكان الذبح أيضًا . يبين ذلك : أنه لما جاز التحلل في الحل للمشقة التي تلحقه [(١٠)] بالوصول إلى الحرم ، كذلك [(١١)] تلحقه المشقة بإيصال الهدي إلى الحرم .

١٠٠٥١ - قلنا : ليس من حيث خفف عنه حتى سقط المعنى عن الإحرام ، وجوز له التحلل ليسقط [(١٢)] عنه كل حكم يشق عليه ، بل لا يمتنع أن يخفف عنه بعض ما وجب عليه ، [ولا يخفِّفُ عنه جمعَيه] [(١٣)] ؛ ألا ترى : أن المريض خُفِّفَ عنه ،

(١ ، ٢) الزيادتان من معاني الآثار للطحاوي .

(٣) أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ ، في المعاني كتاب مناسك الحج ، باب الهدي يصد عن الحرام (٢/٢٤٢) .

(٤) لفظ : [على] ساقط من (م) .

(٥) في (م) ، (ع) : [مكان] بالميم ، بدل الفاء ، وهو تصحيف .

(٦) ما بين القوسين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، ولفظ : [لهديه] غير واضح ، يبدو كأنه [لديه] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٧) في (م) ، (ع) : [المحل] .

(٨) في (م) : [أو يقول] .

(٩) الزيادة من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) : [يلحقه] .

(١١) في (ص) : [لذلك] .

(١٢) في (م) : [لتسقط] .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

فسقط عنه الصوم ، وسقطت صفات الصلاة ، ثم لم تسقط [١] عنه الصلاة ؛ كما سقط الصوم وخفف عنه ، وفي مسألتنا : يجوز له [٢] التحلل ، ولم يخفف عنه في إسقاط الهدي وإن تعذر عليه عندنا ، وهو أحد القولين لهم ، كذلك لا يمتنع أن يخفف عنه [٣] اعتبار الحرم في الهدي / وإن شق ذلك عليه . ١/ب

١٠٠٥٢ - وقد ارتكب بعضهم [خطأ] [٤] ، فقال : كل دم وجب على المحرم ثم أحصر ، جاز أن يذبحه في غير الحرم . وهذا [٥] خطأ ؛ لأن دم الإحصار عندهم إنما جاز في الحل [٦] للحاجة إليه ، وبقية الدماء لا ضرورة به إلى تعجيلها ، فحكم المحصر [٧] فيها وغير المحصر سواء .

* * *

---

(١) في (م) : [لم يسقط] .

(٢) في (م) ، (ع) : [في مسألتنا فجوز] ، مكان المثبت بحذف الواو .

(٣) قوله : [أن يخفف] ساقط من (ع) وفي (م) : [عند] ، مكان : [عنه] .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) في (م) ، (ع) : [وهنا] ، مكان : [وهذا] .

(٦) في (ع) : [في للحل] .

(٧) قوله : [فحكم المحصر] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٥٤٦

حكم المحصر في تطوع

١٠٠٥٣ - قال أصحابنا : إذا أحصر في حجة تطوع ، أو عمرة تطوع : ، تحلل وعليه القضاء [(١)] .

١٠٠٥٤ - وقال الشافعي : إذا كان الإحصار عامًّا : فلا قضاء . وإن كان الإحصار [(٢)] خاصًّا للواحد والاثنين [(٣)] : ففي وجوب القضاء قولان ، وإن كانت حجة منذورة أوجبها في تلك السنة : فلا قضاء عليه [(٤)] .

١٠٠٥٥ - لنا : حديث عكرمة ، عن الحجاج بن عمرو الأنصاري : « أن النبي ﷺ قال : من كُسِرَ أو عَرَج فقد حل وعليه الحج من قابل » ، قال عكرمة : فسألت ابن عباس وأبا هريرة عما قال حجاج ، فقالا : صدق [(٥)] .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : كتاب الحجة ، (٢/١٩٣-٢٠١) ، مختصر الطحاوي ، ص٧١ ، ٧٢ ، أحكام القرآن للجصاص باب ما يجب على المحصر بعد إحلاله من الحج بالهدي (١/٢٧٩ ، ٢٨٠) ، المبسوط ، (٤/١٠٧) ، تحفة الفقهاء ، (١/٤١٨) ، مجمع الأنهر ، باب الإحصار والفوات (١/٣٠٦) ، حاشية ابن عابدين ، (٢/٢٤٠) .

(٢) في (م) ، (ع) : [إحصار] بدون الألف واللام .

(٣) في (ع) : [وللاثنين] .

(٤) في (ع) : [عليها] . اتفق الشافعية على أن من أحصر في نسك التطوع ، فلا قضاء عليه ، قال النووي في المجموع : إذا تحلل المحصر ، قال الشافعي ، والمصنف ، والأصحاب : إن كانَ نسكه تطوعًا ، فلا قضاء وإن لم يكن تطوعًا نظر ، إن كان واجبًا مستقرًّا ، كالقضاء والنذر وحجة الإسلام التي استقر وجوبها قبل هذه السنة ، بقى الوجوب في ذمته . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، (٢/١٥٩ ، ١٦٢) ، مختصر المزني ، ص٧٢ ، اختلاف العلماء ، باب الحج ص٨٥ ، حلية العلماء (٣/٣٠٩) ، المجموع مع المهذب ، (٨/٣٠٠ ، ٣٠٦ ، ٣٥٥) ، فتح العزيز ، في القسم السابق ، بذيل المجموع (٨/٥٦-٥٩) ، معالم السنن ، في ومن باب هدي المحصر (٢/١٨٩) ، في رفع اليدين عند استلام الحجر الأسود ، (١/٢٩٧ ، ٣٢٧) ، المنتقى ، (٢/٢٧١ ، ٢٧٤) ، الكافي لابن عبد البر ، (١/٤٠٠) ، بداية المجتهد ، في القول في الإحصار (١/٣٧٠) ، شرح الزرقاني ، فصل في ذكر موانع الحج والعمرة بعد الإحرام (٢/٣٣٦) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب الثامن في موانع الحج ص١٣٤ ، ١٣٥ ، المسائل الفقهية ، كتاب الحج (١/٢٩٧) ، مسألة (٣٩) ، الإفصاح ، (١/٣٠١) ، المغني ، (٣/٣٥٧) ، الكافي لابن قدامة ، (١/٤٦٢ ، ٤٦٣) .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٤١٧) .

١٠٠٥٦ - فإن قيل : في الخبر إضمار باتفاق ، فعندكم : من كسر فتحلل ، فعليه القضاء ، وعندنا : من كُسِر فقد فاته الحج ، وعليه القضاء .

١٠٠٥٧ - قلنا : قوله : « فقد حل » معناه : فله التحلل وعليه القضاء ، فنحن نضمر إضمارًا واحدًا ، وأنتم مضمرون ذلك أيضًا مع إضمار الفوات ، ومتى استقل اللفظ الواحد [١] بإضمار واحد : لم يجز ضم غيره .

١٠٠٥٨ - ولأنه سبب التحلل قبل استيفاء موجبات الإحرام ، فأوجب [٢] قضاءَ حجَّةِ النفل ، كالفوات .

١٠٠٥٩ - فإن قيل : المعنى في الفوات : أنه تخلل الإحرامَ ما أوجب القضاءَ والمحصر لم يتخلل إحرامه ما يوجب القضاءُ .

١٠٠٦٠ - قلنا : الفوات ليس هو الموجب للقضاء ، والمحصر لم يتحلل لكن وجب الحج بالإحرام ، فإذا تعذر فعل الواجب بالفوات لزمه القضاء ، كذلك في الإحصار [٣] وجب الحج بالدخول ، والإحصار يمنع من أداء الأفعال الواجبة ، فوجب القضاء .

١٠٠٦١ - فإن قيل : الفوات يكون بصنع [٤] منه ، إما بتفريط ، أو غلط في الوقت ، فلذلك [٥] وجب القضاء ، والإحصار لا صنع له فيه ، فإذا أباح الحل لم يجب القضاء .

١٠٠٦٢ - قلنا : ما وجب على الإنسان إذا لم يفعله ، لم يسقط بمرضه ، سواء كان امتناع [٦] الفعل بأمر له فيه صنع ، أو لا صنع له فيه ، كالحجة الواجبة إذا فاتت لو أحصر فيها لزمه مثلها في الوجهين .

١٠٠٦٣ - ولأنه تحلل من عمرته بإحصار ، فلزمه مثلها . أصله : إذا أحرم ينوي [٧] عمرة الإسلام .

---

(١) لفظ : [الواحد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) قوله : فأوجب ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) قوله : [في الإحصار] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) : [يصنع] بالياء ، وهو تصحيف .

(٥) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(٦) في (م) : [اتساع] ، مكان : [امتناع] ، وهو تصحيف .

(٧) في (م) ، (ع) : [سوى] .

١٠٠٦٤ - ولأن كل إحرام لو [1] أفسده ، لزمه قضاؤه ، وإذا تحلل منه بالإحصار لزمه مثله ، أصله : الفرض .

١٠٠٦٥ - ولأنه لو أفسد حجة النفل لزمه قضاؤها . ومعلوم : أنه قد أتى بجميع أفعالها ، وأخل بصفة [2] من صفاتها ، وهي الصحة . والمحصر ترك أصل [3] الأفعال ، فإذا وجب على المفسد القضاء فالمحصر أولى .

١٠٠٦٦ - ولأنه تحلل من إحرامه بعد وجوب المضي فيه قبل المضي [4] ، فلزمه مثل ما شرع فيه . أصله : حجة الفرض .

١٠٠٦٧ - فإن قيل : حجة الفرض كانت واجبة عليه قبل الوجوب ، وإذا تحلل صار كأن لم يفعل شيئًا ؛ فبقى الوجوب في ذمته ، وفي مسألتنا لم يتقدم دخوله وجوب ، فإذا تحلل صار كمن لم يدخل [5] في الإحرام .

١٠٠٦٨ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الإحرام أوجب عليه المضي في [6] الأفعال باتفاق ، وإذا تحلل قبل أن يفعلها بقى [7] الوجوب الذي تضمنه الإحرام ، كما بقى [8] الوجوب إذا أفسده ، أو فاته .

١٠٠٦٩ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ﴾ [9] ، ولم يذكر القضاء . فلو وجب لم يجز ترك ذكره مع الحاجة إليه . ألا ترى : أنه تعالى لما أباح للمريض والمسافر الفطر في رمضان ذكر وجوب القضاء .

١٠٠٧٠ - الجواب : أن القضاء عندنا مذكور بقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا أَمِنتُمْ فَمَن تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ﴾ [10] وهذه هي العمرة التي تجب على المحصر مع الحجة ، ولهذا علقها بالأمر ليبين أنها التي تركت للخوف .

١٠٠٧١ - ولأن اللَّه تعالى بين ما يلزم المحصر من الأحكام ، وحكم الإحصار هو

---

(١) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [وأخل لصفة] .

(٣) لفظ : [أصل] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قبل المضي فيه] ، بزيادة : [فيه] ، وهو مشطوب في (ص) .

(٥) في (م) ، (ع) : [كمن يدخل] بدون [لم] .

(٦) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [في] .

(٧ ، ٨) في (م) ، (ع) : [نفي] بالنون ، مكان الفاء .

(٩ ، ١٠) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

الهدي والتحلل والقضاء . والقضاء [١] يلزم في الثاني لا بحكم الإحصار ، لكن بالوجوب الذي اقتضاه [٢] الدخول ، وليس حال الإحصار حال الحاجة إلى القضاء ، وإنما يكون القضاء في الثاني ، وتأخير ذكره لا يؤدي إلى تأخير البيان [٣] عن وقت الحاجة .

١٠٠٧٢ - قالوا : حصر النبي ﷺ في عام الحديبية عن العمرة ، ومعه أصحابه ، ولم يأمرهم بالقضاء ، ثم اعتمر في سنة سبع ولم يرجع معه من كان من أصحابه في الحديبية ، وإنما رجع عدد يسير معروفون بأسمائهم [٤] ، فدل ذلك على أن القضاء غير واجب [٥] عليهم .

١٠٠٧٣ - قلنا : النبي ﷺ اعتمر [في] سنة سبع [٦] بدل عمرة الحديبية [٧] ، وسميت عمرة القضاء ، فدلَّ ذلك على وجوب القضاء الذي هو مقاضاة النبي ﷺ مع سهيل بن عمرو [٨] .

١٠٠٧٤ - وقلنا : المقاضاة كانت في سنة ست ، فكيف تسمى عمرة سنة سبع بذلك ؟ ؛ ولأن إطلاق القضاء إذا ذكر في العبادات فإنما يراد به ما قام مقام المقضى ، وحمله على غير ذلك ترك للظاهر ، وإنما يقال : قاضى يقاضي مقاضاة .

١٠٠٧٥ - فإن قيل : ليس [معناه] [٩] أن النبي ﷺ سماها بذلك ، وإنما هذا شيء سماها به الفقهاء .

---

(١) قوله : [والقضاء] الثاني ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [اقتضى] بدون الهاء . (٣) في (م) ، (ع) : [للبيان] .

(٤) لم نعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ وقد ذكره ابن حجر بألفاظ متقاربة من غير أن ينسبه إلى أحد في تلخيص الحبير ، باب الإحصار والفوات (٢٩١/٢) ، وأخرجه مالك بمعناه في الموطأ ، في كتاب الحج ، باب ما جاء فيمن أحصر بعدو (٣٦٠/١) ، الحديث (٩٨) .

(٥) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، وفي (م) ، (ع) : [غير واجب عليهم] ، بزيادة : [عليهم] .

(٦) الزيادة من (م) ، (ع) وفي جميع النسخ : [تسع] ، والمثبت من كتب التاريخ .

(٧) أخرجه الواقدي في المغازي ، في غزوة القضية (٧٣١/٢) ، وابن سعد في الطبقات ، في عمرة رسول الله ﷺ القضية (٨٧/٢) من القسم الأول .

(٨) انظر مقاضاة النبي ﷺ مع سهيل بن عمرو ، في سيرة ابن هشام (٣١٨/٢) ، المغازي للواقدى ، في غزوة الحديبية (٦١١/٢ ، ٦١٢) ، الطبقات لابن سعد ، في غزوة رسول الله ﷺ الحديبية (٧١/٢) ، من القسم الأول ، تاريخ الطبري (٧٩/٣) ، البداية والنهاية (١٦٩/٤) .

(٩) في (ص) : [معنى] ولعل الصواب ما أدرجناه .

١٠٠٧٦ - قلنا : روي ذلك [١] عن عائشة وابن عباس (رضي الله عنهما) حين عدد عمرة النبي ﷺ [٢] ، وهي مذكورة في كتب المغازي في عمرة القضاء .

١٠٠٧٧ - فإن قيل : إنما قضاها لأنها كانت عمرة الإسلام .

١٠٠٧٨ - قلنا : عمرة الإسلام لا تختص بوقت ، فإذا دخل فيها وتحلل ثم أعادها في وقتها لم يسم ذلك قضاء ، [كمن دخل في الظهر ، ثم أفسدها ثم أعادها في الوقت ، لم يسم ذلك قضاء] [٣] ؛ لأنه فعل العبادة في وقتها ، وإنما يقال قضاء فيما فات وقته .

١٠٠٧٩ - قالوا : تحلل من إحرام لم يتخلله ما يوجب القضاء ، فلم يجب عليه القضاء . أصله : إذا أكمل [٤] الأفعال ، وعكسه الفائت .

١٠٠٨٠ - قلنا : المعنى [٥] في إكمال الأفعال : أن ذلك لو كان في حجة الإسلام لم يلزمه مثلها ، فإذا كان في التطوع لم يجب القضاء ، والتحلل بالإحصار لو حصل في حجة الإسلام لزمه مثلها ، فإذا حصل في حجة التطوع لزمه القضاء .

١٠٠٨١ - قالوا : الهدي الذي يأتي به المحصر قائم مقام إكمال الأفعال ؛ لأنه يتحلل به كما يستبيح التحلل بالأفعال ، ثم لو أكمل الأفعال لا قضاء عليه ، كذلك إذا أتى بالهدي مثله .

١٠٠٨٢ - قلنا : الهدي [٦] يقوم مقام توابع الإحرام ، فأما أن يقوم مقام الأركان فلا . ولو قام مقام الأفعال لا يسقط الفرض في حجة الإسلام ، كما يسقط الأفعال ، ثم ليس من حيث جاز التحلل بالدم ما قام مقام الأفعال ؛ [لأن الطواف والسعي يتحلل به فائت الحج ، ولا يقوم مقام الأفعال] [٧] في إسقاط القضاء .

١٠٠٨٣ - قالوا : فعل أباح التحلُّلَ منه صلاحُ [٨] الوقت له ، فوجب أن لا يجب

---

(١) في (م) ، (ع) : [بل روى] ، مكان : [وروى ذلك] .

(٢) الترمذي نحوه ، في السنن كتاب الحج ، باب ما جاءكم اعتمر النبي ﷺ (١٧١/٣) ، الحديث (٨١٦) ، وابن ماجه في السنن ، كتاب المناسك ، باب كم اعتمر النبي ﷺ (٩٩٩/٢) الحديث (٣٠٠٣) . أخرجه أحمد في المسند ، في مسند عبد الله بن العباس (رضي الله عنه) (٢٤٦/١) ،

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ص) : [إذا كمل] .

(٥) لفظ : [المعنى] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الذي] ، مكان : [الهدي] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [صلاة] .

القضاء . أصله : إذا دخل في صوم يظن أنه عليه ، ثم بان [1] أن لا صوم عليه .

١٠٠٨٤ - قلنا المعنى في الصوم : أن المضي لم يجب عليه ظاهرًا ولا باطنًا ، فإذا تحلل منه لزمه القضاء ، والحج كان وجب عليه المضي ظاهرًا وباطنًا ، فلذلك [2] إذا تحلل قبل لزمه القضاء .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [صوم فطران عليه ثم مال] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

مسألة ٥٤٧

فقدان المحصر للهدي

١٠٠٨٥ - قال أصحابنا : إذا لم يجد المحصر الهدي : لم ينتقل إلى الصوم ، وبقى على إحرامه [١] .

١٠٠٨٦ - وهو أحد قولي [٢] الشافعي ، إلا أنه كيف يتحلل ؟ على قولين : أحدهما : يقيم على إحرامه حتى يجد الدم مثل قولنا . والقول الثاني : يتحلل ويبقى الهدى في ذمته .

١٠٠٨٧ - وقال في القول الآخر : له بدل .

١٠٠٨٨ - واختلف في قوله في البدل ، فقال في مختصر الحج : ينتقل إلى الإطعام .

١٠٠٨٩ - وقال في مختصر الأوسط : ينتقل إلى الصيام ، وقال في موضع آخر : هو مخير بين الصوم والإطعام .

١٠٠٩٠ - فإذا قالوا : ينتقل إلى الإطعام ، ففي كيفيته وجهان ، أحدهما : على وجه التعديل ، كجزاء الصيد يخرجه بقيمة الدم . والثاني : كالإطعام في فدية الأذى إطعام ستة مساكين .

١٠٠٩١ - فإذا قالوا : ينتقل إلى الصوم ، ففي كيفيته ثلاثة أقوال ، أحدها : صوم التعديل ، والثاني : صوم التمتع ثلاثة أيام وسبعة إذا رجع ، والثالث : صوم فدية الأذى [٣] .

---

(١) قال السرخسي في المبسوط : كان عطاء يقول : إذا عجز -أي المحصر- عن الهدي ، نظر إلى قيمة الهدي ، فجعل ذلك طعامًا يطعم به المساكين ، كل مسكين نصف صاع ، أو يصوم مكان طعام كل مسكين يومًا ، فيتحلل به بمنزلة الهدي في جزاء الصيد ، قال أبو يوسف في الأمالي : وهذا أحب إليَّ . راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، (٤٦٤/٢) ، أحكام القرآن للجصاص ، باب المحصر لا يجد هديًا (٢٨٠/١) ، المبسوط ، (١١٣/٤) ، تحفة الفقهاء ، (٤١٧/١ ، ٤١٨) ، بدائع الصنائع ، (١٨٠/٢) ، حاشية ابن عابدين ، (٢٣٩/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : قول .

(٣) في (م) ، (ع) : الأدنى ، مكان : الأذى ، في المكانين . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، (١٦١/٢) ، مختصر المزني ، ص٧٢ ، ٧٣ ، حلية العلماء ، (٣٠٧/٣-٣٠٩) ، المجموع مع المهذب ، (٢٩٩/٨ ، ٣٠٠ ، ٣٠٣ - ٣٠٥) ، المدونة كتاب الحج الثاني (٣٢٨/١) ، المنتقى ، (٢٧٣/٢) ، بداية المجتهد ، (٣٦٩/١ ، ٣٧٠) ، الإفصاح (٣٠٠/١) ، المغني ، و باب الفدية وجزاء الصيد (٣٦١/٣ ، ٥٤٣) ، الكافي لابن قدامه (٤٦٢/١) ، العدة مع العمدة ، باب الفدية ص١٨٠ .

١٠٠٩٢ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ ﴾ (١) ، فعلق التحلل بغاية ، فلا يجوز (٢) قبل وجودها .

١٠٠٩٣ – ولأن اللّٰه تعالى ذكر في الآية دم الإحصار ، ولم يذكر له (٣) بدلا ، وذكر بعده فدية الأذى وذكر لها بدلا علي التخيير ، ثم ذكر هدي التمتع وجعل له بدلا على الترتيب ، فلو كان لدم الإحصار بدل لذكره أيضا .

١٠٠٩٤ – ولا يجوز أن يكون البدل في غيره تنبيها عليه ؛ لأن ذكره بعده أبدا لا يختلف ، وليس رده إلى / أحدهما أولى من الآخر .

١٠٠٩٥ – ولأن قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ ﴾ تحريم تعلق بغاية منصوص عليها ، فلا يرتفع (٤) قبل دخولها ، كتحريم المطلقة ثلاثًا على زوجها الأول .

١٠٠٩٦ – ولأنه دم لم يجب بالجمع (٥) بين الإحرامين ، فلا يكون له بدل هو صوم ، كالدم الذي يجب بالوطء ، والأضحية المنذورة .

١٠٠٩٧ – ولأنه نسك (٦) يتحلل به قبل استيفاء موجبات الإحرام ، لا يجوز (٧) الأكل منه ، فلا يكون له بدل هو الصوم (٨) ، أصله : الصوم المنذور .

١٠٠٩٨ – احتجوا : بأنه دم يتعلق بالإحرام ، فجاز أن يقوم غيره مقامه ، أصله : دم المتمتع وجزاء (٩) الصيد .

١٠٠٩٩ – قلنا : هذا يبطل بالدم الواجب بالوطء .

١٠١٠٠ – ولأن المعنى في دم المتمتع : أنه نسك أوجبه الجمع بين الإحرامين ، والمناسك (١٠) التي ليست بأركان لها أبدال ، كالوقوف بمزدلفة والرمي .

١٠١٠١ – فأما دم الإحصار : فإنه أقيم مقام نفس العبادة ، فلا ينتقل عند العجز إلى بدل ، كالفدية التي تلزم (١١) الشيخ الفاني في الصوم .

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .
(٢) في (ص) : [ولا يجوز] .
(٣) لفظ : [له] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (ص) : [ترتفع] .
(٥) في (م) ، (ع) : [الجمع] بدون الباء .
(٦) في (م) ، (ع) : [ولا نسك] ، مكان المثبت .
(٧) قوله : [لا يجوز] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [صوم] بدون الألف واللام .
(٩) في (م) ، (ع) : [جزاء] بدون العطف .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ولأماكن] ، مكان : [والمناسك] ، وكذا في صلب (ص) وما أثبتناه من هامش (ص) .
(١١) في (م) : [يلزم] .

١٠١٠٢ - والمعنى في جزاء الصيد : أنه وجب على طريق العوض فجاز أن يقوم غيره مقامه ، وهذا الدم وجب قربة لترك العبادة نَفْسِها فصار كالفدية في الصوم ، ولهذا نقول [١] : إن الفدية التي تجب لترك [٢] الوقوف والرمي لا يقوم غيرها مقامها .

* * *

---

(١) في (م) : [يقول] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يجب كترك] .

مسألة ٥٤٨

المتحلل بعد إحصاره بالحج

١٠١٠٣ - قال أصحابنا في المحصرِ بحجة : إذا تحلل ولم يحج من عامه ، فعليه حجة وعمرة [١] .

١٠١٠٤ - وقال الشافعي : ليس عليه عمرة [٢] .

١٠١٠٥ - لنا : ما روى الأعمش ، عن إبراهيم ، أنه قال في المحصر بالحج : « يبعث بهدي يذبح عنه وقد حل ، وعليه حجة وعمرة .

١٠١٠٦ - قال إبراهيم : وذكرت ذلك لسعيد بن جبير ، فقال : هكذا قال ابن عباس » [٣] .

١٠١٠٧ - وعن معبد المخزومي أنه شج [٤] رأسه وهو محرم ، فسأل ابن عباس ، وابن مسعود ، ومروان بن الحكم عن ذلك .

١٠١٠٨ - فقالوا : « يبعث بالهدي يُنحر عنه ، فإذا ذبح ، فقد حل وعليه حجة وعمرة » [٥] .

١٠١٠٩ - فإن قيل : روي عن ابن عمر مثل قولنا [٦] .

١٠١١٠ - قلنا : لم ينقلوا لفظه ، فيحتمل أن يكون ذلك فيمن زال إحصاره بحج

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي ، ص٧٢ ، أحكام القرآن للجصاص ، باب ما يجب على المحصر بعد إحلاله من الحج بالهدي (٢٧٧/١ ، ٢٧٨) ، تحفة الفقهاء ، (٤١٨/١) ، بدائع الصنائع (١٨٢/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، (١٣٠/٣ ، ١٣١) ، البناية مع الهداية (٤٠٥/٤) ، مجمع الأنهر ، (٣٠٦/١) ، حاشية ابن عابدين ، (٢٤٠/٢) .

(٢) راجع نفس المصادر السابقة للمذهب المالكي في مسألة (٥٤١) ، والإفصاح (٣٠١/١) .

(٣) أخرجه محمد في كتاب الحجة كتاب المناسك ، باب المحصر في غير عدو (١٨٨/٢ ، ١٩١) .

(٤) في (ص) : شح بالحاء المهملة ، وهو تصحيف . والشج : كسر الرأس ، وهو أن يضربه بشيء فيجرحه ويشقه ، ويستعمل في غيره من الأعضاء ، وقال أبو الهيثم : الشج أن يعلو رأس الشيء بالضرب ، كما يُشَجُّ رأسُ الرجل ، ولا يكون الشج إلا في الرأس . راجع في لسان العرب ، مادة شجج (٢١٩٧/٤) .

(٥) أخرجه مالك بهذا المعنى ، في الموطأ كتاب الحج ، باب ما جاء فيمن أحصر بغير عدو (٣٦٢/١) ، والبيهقي في الكبرى كتاب الحج ، باب من لم ير الإحلال بالإحصار بالمرض (٢٢٠/٥) .

(٦) لم نقف على هذا الأثر من وجه ابن عمر (ﷺ) .

من سنته ؛ ولأن من مذهب ابن عمر : أن المحصر يتحلل ، من كل شيء إلا من النساء ، ويبقى تحريم النساء حتى يطوف ويسعى من تحلله بعمرة .

١٠١١١ – ولا يلزمه عمرة أخرى عندنا .

١٠١١٢ – ولأنه تحلل من إحرامه قبل الوقوف ، فلزمه طواف وسعي عن [١] قضاء الحج ، أصله : فائت الحج .

١٠١١٣ – ولأنه سبب للتحلل قبل [٢] استيفاء موجباته ، فوجب أن يلزمه طواف وسعي عن الحج ، كالفائت ؛ ولأن مقتضى الإحرام أن يتحلل عنه بأحد موجبيه [٣] : إما بأفعال الحج ، أو بعمل العمرة ، فإذا أحرم فقد التزم ذلك ، فمن تحلل بغير طواف فلم يأت بالحج في الوقت الذي أوجبته التحريمة بقى الوجوب الآخر في ذمته . فلزمه أن يأتي به ، كالمحصر بعمرة .

١٠١١٤ – احتجوا بقوله عليه الصلاة والسلام : « من كُسِرَ أو عرج فقد حل ، وعليه الحج من قابل » [٤] .

١٠١١٥ – قلنا : عندكم المرض ليس بإحصار ، ولا يصح التحلل منه ، وإنما تحملون الخبر على من كُسِرَ ففاته [٥] الحج ، فكيف يصح تعلقكم به ؟ فأما عندنا ، فهو نقل قضاء الحج [٦] ، والعمرة مفهومة بدليل آخر .

١٠١١٦ – قالوا : تحلل من حج ، فإذا قضى حجًا كفاه ؛ أصله : إذا تحلل ثم زال المنع فأحرم وحج من عامه ذلك .

١٠١١٧ – قلنا : هذا قد أتى بموجب إحرامه الأول على ما أوجبه ، فلم يلزمه غيره ، وفي مسألتنا لم يأت بأحد موجبي الإحرام في سنته [٧] ، فلزمه الحج للدخول ولزمته العمرة للتحلل بغير طواف ، وصار كمن أحرم بالعمرة ثم أحصر فيها .

---

(١) في (م) ، (ع) : [غير] ، مكان : [عن] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ولأنه سبب للتحلل قبل قضاء الحج أصله فائت الحج إلى] ، بزيادة : [ما بعد ولأنه سبب للتحلل] .
(٣) في (م) ، (ع) : [منه بإحدى موجبه] ، مكان المثبت .
(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٤١٧) .
(٥) في (م) : [ففائت] ، وفي (ع) : [بفائت] .
(٦) في (ص) : [عند] ، مكان : [عندنا] ، في (م) ، (ع) : [فهو نفل قضاء للحج] ، مكان المثبت .
(٧) في (ع) : [موجب] ، مكان : [موجبى] ، وفي (م) : [سنة] ، مكان : [سنته] .

١٠١١٨ - قالوا . محرم بإحرام واحد ، فإذا تحلل منه قبل إتمامه لم يجب عليه أن يقضي أكثر منه ، أصله : إذا تحلل للفوات بعمل غيره .

١٠١١٩ - قلنا : هناك تحلل بأحد موجبي [١] الإحرام ، بدلالة : أن الإحرام المبهم يؤدَّى به إما حجة أو عمرة ، فإذا تحلل بأحد الموجبين لم يلزمه أكثر مما اقتضته التحريمة من الحج . وفي مسألتنا : لم يتحلل بأحد موجبيه ، فبقى [٢] عمل العمرة في ذمته ، وكان عليه أن يقضيه .

١٠١٢٠ - قالوا : أحرم بشيء واحد ؛ فلم يلزمه قضاء شيئين ، كالمحصر بعمرة .

١٠١٢١ - قلنا : العمرة إذا تعذرت أفعالها ؛ لم يؤمر بالخروج منها بفعل [٣] عبادة أخرى فلذلك [٤] لا يلزمه القضاء أكثر منها . والحج إذا تعذر المضي فيه له أن يتحلل بعمل عمرة ، فإذا لم يتحلل ولم يأت بها كان عليه قضاؤهما .

١٠١٢٢ - قالوا : لا نسلم أن فائت الحج يتحلل بعمل عمرة ، بل يتحلل بطواف الحج ، وإنما قيل : يتحلل بمثل عمل عمرة .

١٠١٢٣ - والدليل على ذلك : أن الوقوف يفوت ، ويسقط توابعه ، ويبقى الطواف والسعي بحكم إحرام الحج على ما كان عليه .

١٠١٢٤ - قلنا : لو كان كذلك لجاز أن يتحلل بالحلق ثم يطوف ، ولكان من سعى عقيب طواف القدوم لا يلزمه السعي بعد الفوات ، كما كان لا يلزمه أن لو وقف [٥] ، فلما لزمه إعادة السعي ، دلَّ على أن ما يتحلل به هو طواف وسعي على الموجب كان بإحرام الحج .

* * *

---

(١) في (م) : [بإحدى] ، مكان : [أحد] ، وفي (ع) : [موجب] ، مكان : [موجبى] .
(٢) في (م) ، (ع) : [موجبه] ، مكان : [موجبيه] ، ولفظ : [فبقى] ساقط من (ع) .
(٣) في (م) : [يفعل بالياء] ، وهو تصحيف .
(٤) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .
(٥) في سائر النسخ : [أن لو وقف] ، بزيادة : [لو] ، وصوابه : [بحذفها] .

مسألة ٥٤٩

حكم الحلق على المحصر

١٠١٢٥ - قال أبو حنيفة ومحمد : ليس على المحصر حلق [١] .

١٠١٢٦ - وقال الشافعي : إذا [٢] قلت : إن الحلق نسك ، لم يتحلل إلا بالحلق والذبح [٣] .

١٠١٢٧ - لنا : أنه نسك من توابع الإحرام ؛ فاختص بالحرم ، كالرمي .

١٠١٢٨ - ولأنه معنى يقع به في التحلل ؛ فاختص بالحرم كالطواف .

١٠١٢٩ - ولأنه نسك ؛ كذلك [٤] بيّنّا في الإحرامين ؛ فاختص بالحرم ، كالطواف .

١٠١٣٠ - احتجوا : بأن النبي ﷺ أُحصر بالحديبية ، فأمرهم بالحلق [٥] .

١٠١٣١ - قلنا : قد بينا أن بعض الحديبية من الحرم ، وهي قدر المحرم من الحرم تحلل الحلق عندنا .

* * *

(١) قال الطحاوي في مختصره : وقال أبو يوسف فيما بعد ذلك فيما روى عنه محمد بن سماعة : لابد له من حلقه ، وبه نأخذ . راجع تفصيل المسألة في الأصل ، باب الحلق (٤٣١/٢) ، مختصر الطحاوي ، ص٧٢ ، أحكام القرآن للجصاص ، باب وقت ذبح هدي الإحصار (٢٧٥/١-٢٧٧) ، المبسوط ، باب الحلق ، (٧١/٤ ، ٧٢ ، ١٠٧) ، تحفة الفقهاء ، (٤١٧/١) ، بدائع الصنائع ، (١٨٠/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، (١٢٨/٣) ، البناية مع الهداية (٤٠١/٤ ، ٤٠٢) ، مجمع الأنهر (٣٠٦/١) ، حاشية ابن عابدين (٢٤٠/٢) .

(٢) في (ص) : [إن] .

(٣) راجع تفصيل المسألة في المراجع السابقة في مسألة (٤٦٦) ، والمجموع مع المهذب ، باب الفوات والإحصار (٢٩٩/٨ ، ٣٠٢) ، المدونة ، في رفع اليدين عند استلام الحجر الأسود (٢٩٧/١) ، الكافي لابن عبد البر ، (٤٠٠/١) ، بداية المجتهد ، في القول في فدية الأذى وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق (٣٨٣/١) المسائل الفقهية كتاب الحج (٢٩٦/١ ، ٢٩٧) ، مسألة (٣٨) ، المغني ، باب ما يتوقى المحرم وما أبيح له (٣٦١/٣) ، الكافي لابن قدامة ، (٤٦٢/١) .

(٤) في (ص) : [لذلك] .

(٥) تقدم تخريجه من حديث المسور بن مخرمة ، ومروان بن الحكم ، في مسألة (٤٧٢) ، وتكرر ذكره في مسألة (٥٤٥) .

مسألة ٥٥٠

وقت الحلق

١٠١٣٢ - قال أبو حنيفة [١] : الحلق مختص بأيام النحر ، فإن أخَّره : لزمه دم [٢] .

١٠١٣٣ - وقال الشافعي : لا يجب بتأخيره شيء [٣] .

١٠١٣٤ - لنا : أنه نسك يجب فعله في إحرام الحج ، فوجب أن يكون مؤقتًا ، كالرمي .

١٠١٣٥ - ولأنه نسك غير مرتب [٤] على الطواف ، فيوقت في الحج كالوقوف ، فإذا ثبت أنه موقت فإذا أخَّره [٥] : لزمه دم ؛ لحديث ابن عباس : أنه قال : « من أخَّر نسكًا عن وقته ؛ فعليه دم » [٦] .

١٠١٣٦ - ولأنه نسك يجب فعله [٧] في إحرام الحج ؛ فيجب بتأخيره دم ، كالرمي .

١٠١٣٧ - احتجوا بما روي : أن النبي ﷺ ما سئل عن شيء قُدِّم ولا أُخِّر إلا قال : « افعل ولا حرج » [٨] .

١٠١٣٨ - قلنا : ليس [معناه] [٩] أن في جملة ما سئل عنه تأخير الحلق [١٠] عن أيامه حتى يصح الرجوع إليه ، وإلا لكان بهم حاجة إلى نقل ذلك .

---

(١) في (ع) : [قال أبو حنيفة ومحمد] ، بزيادة : [ومحمد] .

(٢) في الأصل : وأكره له أن يؤخر الحلق حتى تذهب أيام النحر ، فإن أخره فعليه دم في قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا شيء عليه . راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، (٤٣١/٢) ، المبسوط ، باب الحلق (٧٠/٤ ، ٧١) ، بدائع الصنائع ، فصل : وأما بيان زمانه ومكانه (١٤١/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، باب الجنايات (٦١/١-٦٣) ، البناية مع الهداية ، باب الجنايات (٢٩٤/٤ - ٢٩٦) ، مجمع الأنهر ، باب الجنايات (٢٩٦/١) .

(٣) راجع المسألة في المجموع ، باب صفة الحج (٢٠٩/٨ ، ٢١٠) ، المدونة كتاب الحج الثاني (٣٢٨/١ ، ٣٤٠) ، المنتقى ، في الحلاق (٣٠/٣) ، المسائل الفقهية ، كتاب الحج (٢٨٩/١) ، مسألة (٢٤) ، المغني ، باب صفة الحج (٤٣٤/٣ ، ٤٣٥) ، الكافي لابن قدامة ، باب صفة الحج (٤٤٨/١) .

(٤) في (ص) : [موقب] ، بالتاء مكان القاف ، وهو تصحيف .

(٥) في (م) : [أحرم] ، مكان : [أخره] .

(٦) تقدم تخريجه في مسألة (٤٨٣) .

(٧) في (م) : [فعليه] .

(٨) تقدم تخريجه في مسألة (٤٨٣) .

(٩) في الأصل [معنى] ولو تأولنا المعنى لكان بعيدًا فأثبتنا ما هو أولى بالصواب وبخاصة أن هذا ونحوه قد تكرر من الناسخ الأصليّ - غفر الله له - .

(١٠) في (م) : [بتأخير الحلق] .

مسألة ٥٥١

مرض المحرم مرضًا يمنعه من المضي إلى مكة إلا بمشقة

١٠١٣٩ - قال أصحابنا : إذا مرض المحرم مرضًا يمنعه من المضي إلى مكة إلا بمشقة ، جاز له أن يتحلل [١] .

١٠١٤٠ - وقال الشافعي : الإحصار العام : [العدو] [٢] الذي يمنع كل الناس ، والخاص ، مثل : السلطان [٣] ، أو متغلب حبسه بغير حق ، وإن حبسه صاحب [٤] الدين ، فلا .

١٠١٤١ - وقال : لو بالدين كان محصرًا ، والعدو إذا كان [٥] من الجوانب الأربعة ، ليس فيه نص [٦] .

١٠١٤٢ - قالوا : والذي يجيء على مذهبه : أنه لا يتحلل .

(١) راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، باب المحصر (٤٦٣/٢) ، كتاب الحجة ، باب المحصر في غير عدو (١٨٢/٢-١٩١) ، أحكام القرآن للجصاص ، باب العمرة هي فرض أم تطوع (٢٦٨/١-٢٧١) ، المبسوط ، باب المحصر (١٠٧/٤ ، ١٠٨) ، تحفة الفقهاء ، (٤١٥/١) ، فتح القدير مع الهداية ، باب الإحصار (١٢٤/٣-١٢٦) ، البناية مع الهداية ، باب الإحصار (٣٩٥/٤-٣٩٨) ، مجمع الأنهر ، باب الإحصار والفوات (٣٠٥/١) .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (غ) : [سلطان] بدون الألف واللام .

(٤) في (م) : [صار] بالصاد والراء المهملتين ، وفي (ع) : [ضار] بالضاد المعجمة ، وهو تصحيف .

(٥) في سائر النسخ : [وقال] بالدين كان محصرًا ، لعل المراد به : قال الشافعي أيضا : يكون بالدين محصرًا ، وقوله : [إذا كان] ساقط من (ع) .

(٦) في سائر النسخ : [ليس فيه نص] ، والأصوب بزيادة ف أي فليس . قال الشيرازي في المهذب : وإن أحرم وأحصره المرض لم يجز له أن يتحلل ؛ لأنه لا يتخلص بالتحلل من الأذى الذي هو فيه ، فهو كمن ضل الطريق . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب الإحصار بالمرض (١٦٣/٢ ، ١٦٤) ، المجموع مع المهذب ، باب الفوات والإحصار (٣٠٨/٨-٣١٠ ، ٣٥٥) ، فتح العزيز ، في القسم السابق ، بذيل المجموع (٣/٨-٩) ، ومعالم السنن ، في ومن باب هدي المحصر (١٨٨/٢ ، ١٨٩) ، المدونة في رفع اليدين عند استلام الحجر الأسود (٢٩٧/١ ، ٣٤٠) ، المنتقى ، في ما جاء فيمن أحصر بغير عدو ، وفي جامع الهدي (٢٧٦/٢) ، (١٥/٣) ، بداية المجتهد ، في القول في الإحصار (٣٧١/١) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب الثامن في موانع الحج ص١٣٥ ، والإفصاح ، (٣٠٠/١) ، المغني باب ما يتوقى المحرم وما أبيح له (٣٦٣/٣ ، ٣٦٤) .

١٠١٤٣ - ومن أصحابنا من قال : إنه يتحلل ، فأما المرض فليس بإحصار ، ولا يصح التحلل ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ ﴾ (١) .

١٠١٤٤ - قال أحمد بن يحيي (٢) : من فصيح الكلام : حصرت الرجل في منزله (٣) ، إذا حبسته ، وأحصره المرض ، إذا منعه من السير .

١٠١٤٥ - وقال صاحب الجمهرة (٤) : وأحصر الرجل إذا منعه من التصرف مرض أو عائق .

١٠١٤٦ - وذكر أحمد بن يحيي ، عن أبي الحسن الأثرم ، عن أبي عبيدة ، قال : أُحْصِرْتم وحَصِرْتم ، أي مرضتم أو ذهب بعضكم ، فهذا مُحْصَر .

١٠١٤٧ - والمحصور الذي جُعل في بيته أو داره (٥) أو سجن .

١٠١٤٨ - قال أبو الحسن الأخفش (٦) . كل ما كان من حبس الناس (٧) فهو

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٢) هو أبو العباس ، أحمد بن يحيي بن زيد بن يسار الشيباني ، البغدادي ، الملقب بثعلب ، كان إمامًا في اللغة ، والنحو ، والعربية ، ومن مصنفاته : كتاب الفصيح ، قال ابن كثير ، وغيره : هو صغير الحجم كثير الفائدة ، وكتاب اختلاف النحويين ، وكتاب القراءات ، وكتاب معاني القرآن ، قال الذهبي وغيره : ولد رحمه الله سنة مائتين ، وتوفي سنة إحدى وتسعين ومائتين . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (١٤/٥-٧) ، الترجمة (١) ، البداية والنهاية (١١/٩٨) ، النجوم الزاهرة (٣/١٣٣) ، شذرات الذهب (٢/٢٠٧) .

(٣) في (م) ، (ع) : [من منزلة] ، مكان المثبت .

(٤) هو العلامة ، محمد بن الحسن بن دُريد بن عتاهية ، أبو بكر الأزدي البصري ، اللغوي النحوي ، كان رأسًا في الأدب واللغة ، وفي أشعار العرب ، ومن مصنفاته : كتاب الجمهرة في اللغة ، وكتاب الأمالي ، وكتاب اشتقاق أسماء القبائل ، وكتاب المجتبى ، وكتاب الخيل ، وكتاب السلاح ، وكتاب غريب القرآن ، وكتاب أدب الكاتب . ولد رحمه الله بالبصرة في سنة ثلاث وعشرين ومائتين ، ومات في سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة وله ثمان وتسعون سنة . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (١٥/٩٦ ، ٩٧) ، الترجمة (٥٦) ، ميزان الاعتدال (٣/٥٢٠) ، الترجمة (٧٤٠٥) ، البداية والنهاية (١١/١٧٦ ، ١٧٧) ، النجوم الزاهرة (٣/٢٤٠ ، ٢٤١) ، شذرات الذهب (٢/٢٨٩) .

(٥) في (م) ، (ع) : [اودار] بدون الهاء .

(٦) لعل المراد بأبي الحسن الأخفش : هو سعيد بن مسعدة البلخي ، البصري ، وأبو الحسن الأخفش الأوسط النحوي ، أخذ عن الخليل وسيبويه ، ومن مصنفاته : كتاب في معاني القرآن ، وكتاب الأوسط في النحو ، وقد اختلف المؤرخون في سنة وفاته . قال الذهبي : مات الأخفش سنة نيف عشرة ومائتين ، وقيل سنة عشر ، وذكره ابن كثير في سنة خمس وعشرين ومائتين ، وابن العماد : في سنة خمس عشرة ومائتين . راجع ترجمته في سير : أعلام النبلاء (١٠/٢٠٦-٢٠٨) ، الترجمة (٤٨) ، البداية والنهاية (١٠/٢٩٣) ، وشذرات الذهب (٢/٣٦) .

(٧) في (م) ، (ع) : [جنس الناس] .

محصور ، وما حبسه شيء من الأشياء من غير الآدمي فهو محصر ، فقال : ما أَحْصَرَك ، يريد أي شيء أحصرك ، ومن حَصَرَني ؟ إذا عنيت الناس ، تقول : أحصرني مَرَار [١] ، أو أحصرني مرضي ، وتقول : حَصِرْتُ الرجلُ ، فهو مُحْصَر ، أي حبسته [٢] .

١٠١٤٩ - قال المفضل [٣] : قال أبو الحسن [٤] ، ومجاهد ، وقتادة [٥] ، والكلبي [٦] : الإحصار ، ما مَنَعَ من عدو ، أو مرض ، أو ملال كل داءٍ خَلاه [٧] ، وأشباه ذلك .

١٠١٥٠ - قال المفضل : وقال بعض الفقهاء : لا يكون الإحصار إلا بعدو ، فأما المرض فليس بإحصار ، وهذا مخالف لقول متقدمي الفقهاء ، ولغة العرب ؛ لأنها تريد [٨] الإحصار : ما منع من جنس مال .

١٠١٥١ - وقال الفراء : العرب تقول للذي [٩] منعه خوف ، أو مرض ، وأشباه

---

(١) في (ص) : [مرارا] ، وفي (م) ، (ع) [مرار] ، وفي (ن) [عوار] ومَرار اسم رجل .

(٢) في (ص) : وحبسته ، مكان : أي حبسته .

(٣) المفضل : هو العلامة ، المفضل بن سلمة بن عاصم ، أبو طالب اللغوي ، الأديب ، قال الذهبي : له تصانيف في معاني القرآن ، والأدب ، أخذ عن ابن الأعرابي ، وغير ه من مشاهير العلماء ، أخذ عنه الصولي وغيره ، ومات بعد التسعين ومائتين . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٦٢/١٤) ، الترجمة (٢١٢) .

(٤) وأبو الحسن : هو الأخفش الأوسط ، الذي تقدمت ترجمته آنفا . ومجاهد : هو الإمام ، ومجاهد بن جبير ، أبو الحجاج المكي القرشي المخزومي ، أحد أئمة التابعين ، والمفسرين ، والقراء . مات رحمه الله سنة مائة ، وقيل : بعد المائة . راجع ترجمته في سير : أعلام النبلاء (٤٤٩/٤-٤٥٧) ، الترجمة (١٧٥) ، البداية والنهاية (٢٢٤/٩) ، شذرات الذهب (١٢٥/١) .

(٥) وقتادة : هو قتادة بن دعامة ، السدوسي ، أبو الخطاب البصري ، الضرير ، أحد علماء التابعين ، حافظ العصر ، قدوة المفسرين والمحدثين ، ولد رحمه الله سنة ستين ، ومات سنة سبع عشرة ومائة ، وقيل ثمان عشرة ومائة . راجع ترجمته في : الجرح والتعديل (١٣٣/٧-١٣٥) ، الترجمة (٧٥٣) ، ميزان الاعتدال (٣٨٥/٣) ، الترجمة (٦٨٦٤) ، سير أعلام النبلاء (٢٦٩/٥-٢٨٣) ، الترجمة (١٣٢) ، البداية والنهاية (٣١٣/٩ ، ٣١٤) .

(٦) الكلبي : هو العلامة محمد بن السائب بن بشر الكلبي ، أبو النضر الكوفي ، الشيعي ، صاحب التفسير ، والأخبار والأنساب ، ومات رحمه الله سنة ست وأربعين ومائة . راجع ترجمته في الجرح والتعديل (٢٧٠/٧ ، ٢٧١) ، الترجمة (١٤٧٨) ، ميزان الاعتدال (٥٥٦/٣-٥٥٩) ، الترجمة (٧٥٧٤) ، سير : أعلام النبلاء (٢٤٨/٦ ، ٢٤٩) ، الترجمة (١١١) ، شذرات الذهب (٢١٧/١ ، ٢١٨) .

(٧) في (ص) : [أو مَلال كل خله] في باقي النسخ : [أو صلال كل حله] ، وفي هامش (ص) : [دا] ، مشار إليها بعد مكان : [كل] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٨) في (م) ، (ع) : [مذهب العرب] ، مكان : [لغة العرب] ، وفي (م) : [يريد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [هذا الذي] ، مكان : [للذي] . تقدمت ترجمة الفراء في مسألة (٤١٨) ، =

ذلك ، أحصر فهو محصر ، والذي حبس وأشباهه : حصر فهو محصور .

١٠١٥٢ - قال الفراء : ويستقيم أن يقال : هذا وهذا [١] من غير التأول من كل واحد منهما .

١٠١٥٣ - قال المفضل : والأول أحب إلى لأنه كلام العرب ، وهذا اختيار لو جاء في الشعر لجاز ، فأما في القرآن ومجاز الكلام : فالأول واضح .

١٠١٥٤ - فقد ثبت ما حكينا عن [٢] أهل اللغة : أن حقيقة « أُحْصِرَ » تفيد المرض ، فعلى هذا : الآية خاصة من الإحصار [٣] بالمرض ، فدلت على جواز التحلل به ، وعلى مذهب الفراء هي عامة في المرض والعدو ، فاقتضت على مذهبه جواز التحلل بالأمرين ، كل واحد من الطريقين دلالة على مخالفنا [٤] .

١٠١٥٥ - فإن قيل : الآية نزلت علي سبب ، / وهو اختيار الذي بالمدينة ، وقد كانوا أحصروا بعدو [٥] ، فكيف يجوز أن يترك بيان المحصر بالمرض [٦] ولم يتفق ، ويترك بيان المحصر بالعدو ، والحاجة إليه واقعة ؟ .

/ب

١٠١٥٦ - قيل له : أما على طريقة [٧] الفراء ؛ فالآية عامة في الأمرين ، فقد بين اللَّه تعالى ما وقعت الحاجة إليه وما لم يقع .

١٠١٥٧ - وعلى الطريقة الأخرى : بين اللَّه تعالى الحكم في المستقبل ، فإن الإحصار تقدم الآية بقوله : ﴿ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ ﴾ ، ثم بين حكم الإحصار في المستقبل ، ويستفاد به حكم الحال . كذلك [٨] يجوز أن اللَّه تعالى حكم للمرض في المستقبل ، ليعلم به حكم العدو من [٩] الحال ، واللَّه تعالى يبين [١٠] الأحكام نصًّا وتنبيهًا ، بحسب ما يعلم من المصلحة للمكلفين .

= راجع قول الفراء ، في لسان العرب ، في مادة حصر (٨٩٦/٢ ، ٨٩٧) .

(١) في (ص) : [هذا وهذا وهذا] .
(٢) في (م) ، (ع) : [من] .
(٣) في (م) ، (ع) : [هذه الآية خاصة من الإحرام] ، مكان المثبت ، وفي (ص) : [من الإحصار] ، ولعل الصواب : [في الإحصار بالمرض] .
(٤) في (م) ، (ع) : [مخالفينا] .
(٥) في (م) ، (ع) : [بعد] ، مكان : [بعدو] .
(٦) قوله : [بالمرض] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [قبل له أما على طريق] ، مكان المثبت .
(٨) في (م) ، (ع) : [منه] ، مكان : [به] ، وفي (ص) : [لذلك] ، مكان : [كذلك] .
(٩) في (م) : [ومن] بالعطف .
(١٠) في (م) ، (ع) : [بين] .

١٠١٥٨ – فإن قيل : قد اقترن بهذه الآية قرينة دلت على أن المراد بها : الخوف [١] من العدو ، وهو قوله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ﴾ [٢] .

والأمن من العدو لم يستعمل [٣] في المرض ، ولم يسمع من أهل اللغة أمن من المرض ، وإنما يقال : صح ، وبرأ ، وبل ، وأبل [٤] ، فدل على أن الآية من الخوف من العدو دون المرض .

١٠١٥٩ – قلنا : قد يستعمل الأمن في المرض أيضًا ؛ قال النبي ﷺ [٥] : « الزكاة أمان من الجذام والرمد ، أمان من الطاعون » [٦]

١٠١٦٠ – ويقال : أَمِنَ مرض كذا [٧] ، أي تخلص منه ، فأما على قول الفراء معنى الآية : فإذا أمنتم من الخوف وبرئتم من المرض ، إلا أنه اقتصر على لفظ الأمن طلبًا للإيجاز ، كما قال تعالى : ﴿ سَرَابِيلَ تَقِيكُمُ الْحَرَّ وَسَرَابِيلَ تَقِيكُم بَأْسَكُمْ ﴾ [٨] ، والمراد بالآية : سرابيل تقيكم الحر والبرد ، فاختصر طلبًا للتخفيف .

١٠١٦١ – فإن قيل : قال اللَّه تعالى : ﴿ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ ﴾ [٩] ، وهذا إنما يكون في العدو ، وأما المريض فيجوز له الحلق لأجل المرض قبل بلوغ الهدي [١٠] مَحِلَّه .

١٠١٦٢ – قلنا : المريض الذي لا ضرر عليه في تأخير الحلق لا يجوز له الحلق حتى يبلغ الهدي مَحِلَّه ، والمراد بهذا الحلق : الذي يقع به التحلل ، وذلك لا يجوز للمريض حتى يبلغ الهدي محله ، وإنما يجوز أن يحلق المريض حلقًا لا يتحلل به ، وليس هذا هو الحلق الذي أوقعه اللَّه تعالى على العامة .

١٠١٦٣ – فإن قيل : لو كانت الآية تناولت المريض ، لم يكن لإعادة ذكر المرض وإباحة الحلق له فائدة .

١٠١٦٤ – قلنا : المرض ضربان ، أحدهما : يمنعه النفوذ إلى البيت ، فثبت به

---

(١) قوله : [أن] المراد مكرر في (ص) وفي (م) : [الحواف] ، مكان : [الخوف] .

(٢) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٣) في (ع) ، (ن) : [ولم يستعمل] .

(٤) أي : بل من مرضه ، وأبل : برأ وصح . راجع في لسان العرب ، مادة بلل (٣٤٩/١) ، المعجم الوسيط (٦٩/١ ، ٧٠) .

(٥) في (ص) : [قال عليه السلام] مكان المثبت .

(٦) لم نعثر على هذا الحديث .

(٧) في سائر النسخ : [أمن مرض كذا] ، وصوابه بزيادة : [من] ، أي : [أمن من مرض كذا] .

(٨) سورة النحل : الآية ٨١ .

(٩) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(١٠) لفظ : [الهدى] ساقط من (م) ، (ع) .

الإحصار ، قارَنَهُ أذى [١] أو لم يقارِنْه .

١٠١٦٥ - والضرب الثاني : لا يمنع النفوذ إلى البيت ، ولا يثبت به حكم الإحصار ، ومقارنة [٢] الأذى تبيح الحلق ، فبدأ اللّٰه تعالى في الآية بالمرض الذي [يمنع النفوذ ، وبين حكمه ، وثنى بالمرض الذي] [٣] لا يثبت به الإحصار وبين حكمه ، وفي بيان ذلك فائدة لا يتناولها أول الآية .

١٠١٦٦ - ولأن قوله تعالى : ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم ﴾ [٤] مريضا مبني على أول الآية ، لتقدمها : ﴿ وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ ، ثم قال [٥] : ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ ﴾ ثم بين حكم الإحصار بقوله تعالى [٦] : ﴿ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ ﴾ [٧] .

١٠١٦٧ - فإن قيل : في الآية إيجاب الهدي على المحصر ، وليس فيها [٨] إثبات التحلل .

١٠١٦٨ - قلنا : التحلل مراد بالإجماع ، والهدي وجب لأجله وإن لم يذكر ، وهذا كقوله تعالى في الآية : ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ ﴾ ، تقديره [٩] : فحلق أو لبس ففدية ، وكذلك قوله تعالى [١٠] : ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ [١١] ، تقديره : فأفطر فعدة [١٢] .

١٠١٦٩ - فإن قيل : قوله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ يقتضي وجوب المضي إلا أن يمنع منه مانع ، دل الإجماع على جواز التحلل بالعدو ، وما سواه على أصل الظاهر .

١٠١٧٠ - قلنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ ، يتناول القادر على الإتمام

---

(١) في (ص) : [آدمى] ، مكان : [أذى] .

(٢) في سائر النسخ : [ويقارنه] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) : [من] ، مكان : [وبين] ، وما بين القوسين ساقط من (ع) .

(٤) في سائر النسخ : [فمن كان مريضا بحذف منكم] ، والصواب ما أثبتناه .

(٥) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق ، وبدونها لا يستقيم المعنى .

(٦) الزيادة من (م) ، (ع) . (٧) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٨) في (م) : [فيهما] ، مكان : [فيها] .

(٩) لفظ : [تقديره] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) لفظ : [تعالى] ساقط من (م) ، (ع) . (١١) سورة البقرة : الآية ١٨٤ .

(١٢) في (م) ، (ع) : [ففدية] ، مكان : [فعدة] .

دون العاجز عنه ، والمريض عاجز عن الإتمام ، فلم تتناوله [١] الآية .

١٠١٧١ - ويدل عليه : ما روى عكرمة عن الحجاج بن عمرو الأنصاري : « أن النبي ﷺ قال : من كُسِر أو عَرَج ، فقد حل ، وعليه الحج من قابل » [٢] .

١٠١٧٢ - فإن قيل : في الخبر إضمار ؛ لأن عندكم لا يتحلل بالعرج ، فتقدير الخبر عندكم : من كُسِر أو عرج [فتحلل ، فقد حل ، وعندنا المراد : من كسر أو عرج] [٣] ، وقد كان شرط ، فقد حل .

١٠١٧٣ - قلنا : عندنا إذا كسر جاز له التحلل ، وكلنا [٤] نضمر : أنه يتحلل بالتحلل ، ويبقى لكم زيادة إضمار وهو الاشتراط ، ومن أضمر إضمارًا واحدًا فهو أولى .

١٠١٧٤ - ولأن كل عبادة جاز الخروج منها بسبب [٥] العذر ؛ جاز الخروج منها بسبب المرض [٦] قبل أيامها من غير اشتراط ، كالصوم ، والصلاة ، وعكسه الإتيان .

١٠١٧٥ - فإن قيل : المرض لا يبيح التحلل من الصوم ، ولا يستبيح [٧] محظوراته بالمرض ، وتلك المحظورات توجب الخروج منه ، والمرض في الحج أيضًا يبيح محظوراته إلا أنها لا توجب [٨] الخروج منه .

١٠١٧٦ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأنه أبيح له الخروج من الصوم بفعل المحظورات ، وكذلك يباح له الخروج من الحج بفعل المحظورات ، فإباحة [٩] الخروج حاصلة ، فصح القياس عليه .

١٠١٧٧ - فإن قيل : الصائم أبيح له الخروج ؛ لأنه يتخلص بالخروج من الأذى .

١٠١٧٨ - قلنا [١٠] : هو بالفطر لا يتخلص من أذى المرض ، بل يتخلص من مشقة الصوم ، كذلك ههنا إذا تحلل تخلص من مشقة البقاء على الإحرام ، وتكلف السير من حالة المرض .

---

(١) في (م) : [فلم يتناوله] .

(٢) سبق تخريج هذا الحديث في مسألة (٤١٧) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ص) : [وكلانا] .

(٥) في (م) : [سبب] بدون الباء .

(٦) قاعدة : « كل عبادة جاز الخروج منها لعذر جاز الخروج منها بسبب المرض » .

(٧) في (م) ، (ع) : [ولأن يستبيح] .

(٨) في (م) : [لا يوجب] .

(٩) في (ص) : [ليفعل] ، مكان : [بفعل] ، وقوله : [بفعل المحظورات] ساقط من (ع) وفي (م) ، (ع) : [وكذلك فإباحة] بزيادة : [وكذلك] .

(١٠) في (م) : [الأدنى] ، مكان : [الأذى] ، والزيادة من (م) ، (ع) .

١٠١٧٩ - ولأنه مصدود عن الحرم قادر على بعثه الهدي ؛ فكان له التملك ، كالمحبوس ، ومن شرط .

١٠١٨٠ - ولا يلزم الضال [1] ؛ لأنه لا يقدر على بعث الهدي ، ولا يباح له التحلل ، إن لبثه إلى بعث الهدي ، وقد يُهْدَى [2] للطريق ؛ فوجب عليه المضي .

١٠١٨١ - ولأنها عبادة تجب بإفسادها [3] الكفارة ؛ فجاز الخروج منها لمرض ، كالصوم ، وإن اشترط .

١٠١٨٢ - ولأن كل عبادة جاز الخروج [منها] [4] لعذر من جهة الآدمي ، جاز بعذر من جهة الله تعالى [5] ، كالصلاة ، وإن شرط .

١٠١٨٣ - فإن قيل : بالتحلل من الصلاة يتخلص من الأذى ، والحج بخلافه .

١٠١٨٤ - قلنا : المحبوس عندكم يتحلل وهو لا يملك بالتحلل من الأذى .

١٠١٨٥ - ولأن كل عبادة جاز التحلل منها قبل أيامها استوى المنع من جهة الله تعالى ومن جهة الآدمي ، كالصلاة والصوم .

١٠١٨٦ - ولأن التحلل معنى يمنعه الإحرام ، فجاز أن يباح بسبب [6] من جهة الله تعالى من غير اشتراط ، كالطيب ، ولبس المخيط ، وقتل الصيد .

١٠١٨٧ - احتجوا : بما روي ، « أن النبي ﷺ مرَّ بضباعة ، وهي شاكية [7] ، فقال : أتريدين الحج ؟ ، قالت : نعم ، قال : « فحجي واشترطي ، وقولي : محلي حيث حبستني » [8] .

---

(١) في (ص) : [الضاد] ، وفي (م) ، (ع) : [الصاد] ، مكان : [الضال] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (ص) : [بالطريق] . (٣) في (ص) : [فإفسادها] .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) قاعدة : « كل عبادة جاز الخروج منها لعذر من جهة الآدمي جاز بعذر من جهة الله تعالى » .

(٦) في (م) : [لسبب] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بضباعة] ، وفي (ص) : [شاكية] وباقي النسخ ساكنة .

(٨) في (م) : [واشتراطي] ، مكان : [واشترطي] . والحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في الصحيح كتاب النكاح ، باب الأكفاء في الدين (٢٤١/٣ ، ٢٤٢) ، ومسلم في الصحيح كتاب الحج ، باب جواز اشتراط المحرم التحلل بعذر المرض ونحوه (٨٦٧/٢ ، ٨٦٨) ، الحديث (١٢٠٧/١٠٤) ، (١٢٠٨/١٠٦) ، وأخرجه أبو داود في السنن كتاب المناسك ، باب الاشتراط في الحج (٤٤٨/١) ، والترمذي في السنن كتاب الحج ، باب ما جاء في الاشتراط في الحج (٢٦٩/٣ ، ٢٧٠) ، الحديث (٩٤١) ، والنسائي في السنن كتاب مناسك الحج ، في كيف يقول إذا اشترط (١٦٨/٥) .

١٠١٨٨ - قالوا [١] : ولو كان المرض مبيحًا للتحلل ، لم تحتج ضباعة إلى الاشتراط ؛ لأن الاشتراط [حينئذٍ ثابت حكمًا] [٢] فكان وجود الاشتراط وعدمه سواء .

١٠١٨٩ - قلنا : لا يمتنع أن يأمرها باشتراط ما يقتضيها الحكم [ولو] [٣] لم تشترط ، كما يشترط في القرض رد العوض ، وكما يشترط رد العارية وإن كان حكمًا ثابتًا [٤] قبل الاشتراط ، وكما قال عليه الصلاة والسلام لعائشة : « اشترطى الولاء لهم » [٥] ، بمعنى : عليهم ، ومعلوم : أن الولاء لمن أعتق وإن لم يُشْتَرَطْ .

١٠١٩٠ - معناه : اشترطى مقتضى الإحرام من التحلل بالمرض ، وشرط مقتضى العقود غير ممنوع منه ، بل هو بيان لأحكامها .

١٠١٩١ - وقد قيل : فائدة الاشتراط : أنه يجوز لها التحلل حين تحبس ، ومتى لم تشترط [٦] [لم] [٧] يؤذن بإحلالها إلى حين [٨] بلوغ الهدي محله ، وفي تعجيل التحلل فائدة مستفادة بالشرط لا توجد [٩] عند عدمه .

١٠١٩٢ - فإن قيل : فعندكم لا يفيد هذا الشرطُ إباحةَ التحلل قبل بلوغ الهدي ، فكيف يحمل الخبر عليه ؟ .

١٠١٩٣ - قلنا : لما [١٠] كان هذا من أحكام فسخ الإحرام بالأعذار ، وفسخ ذلك ، فليبيح [١١] هذا ، ولهذا أنكر ابن عمر الاشتراط [١٢] .

١٠١٩٤ - وقد قال أصحابنا : إن [١٣] خبر الاشتراط ضعيف ، ولهذا وقف الشافعي

---

(١) في (م) ، (ع) : [فقال] .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .
(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) : [ثانيا] ، مكان : [ثابتًا] .
(٥) في (م) ، (ع) : [اشترطن] ، وفي (ص) ، (ن) ، والمثبت أنسب للسياق . وهذا جزء من حديث عائشة أخرجه البخاري بطوله ، في الصحيح ، في كتاب البيوع ، باب إذا اشترط شروطًا لا تحل (٢٠/٢) ، ومسلم في الصحيح كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق (١١٤٢/٢ ، ١١٤٣) ، الحديث (١٥٠٤/٨)
(٦) في (م) : [يجلس] ، وفي (ع) : [تجلس] ، مكان : [تحبس] ، وفي (م) ، (ع) : [لم يشترط] .
(٧) زيادة اقتضاها السياق .
(٨) في جميع النسخ : [بإذن إحلالها] . والصواب ما أثبتناه .
(٩) في (م) : [لا يوجد] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ولما] ، مكان : [قلنا لما] .
(١١) في (ع) : [فأبيح] .
(١٢) أثر ابن عمر : أخرجه البيهقي في الكبرى ، في كتاب الحج ، باب من أنكر الاشتراط في الحج (٢٢٣/٥) .
(١٣) لفظ : [إن] ساقط من (ع) .

فيه ولم يقطع به ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأنه خبر صحيح ، وإنما وقع أن الشافعي قال : هو مقطوع ، وهو متصل لا شك في اتصاله .

١٠١٩٥ - قالوا : روي عن ابن عباس أنه قال : « لا حصر إلا حصر العدو » [١] . وروى : « أن رجلًا رمي به بعيره [٢] ، فسأل ابن عمر ، وابن الزبير ، ومروان ، فقالوا : لا يحله إلا البيت » [٣] . وروِيَ : « المحرم كُسِرَ ، قال : فبعثتُ [٤] إلى مكة وبها ابن عباس وابن عمر ، فلم يرخصوا في التحلل ، فبقى تسعة أشهر على ما تم ، ثم تحلل بعمل عمرة » [٥] .

١٠١٩٦ - قلنا : قد روينا عن ابن عباس ، وابن عمر مثل قولنا ، أما ابن عباس ، فروى عنه عكرمة : « أن المرض إحصار » [٦] . ورُوِيَ : أنه أفتى معبدا المخزومي ، وقد لدغ « أن يتحلل بالهدي » [٧] . وُرِويَ عن ابن مسعود : أنه قال في المحصَرِ بالمرض : « إنه يبعث بالهدي على يد صاحبه ، ويواعده يومًا يذبح فيه عنه ، فتحلل به » . وروِيَ : أنه قال في الملدوغ مثل ذلك [٨] .

---

(١) أثر ابن عباس (ﷺ) : أخرجه البيهقي في الكبرى كتاب الحج ، باب من لم ير الإحلال بالإحصار بالمرض (٢١٩/٥) ، وفي المسند ، كتاب الحج ، الباب التاسع في أحكام المحصر ومن فاته الحج (٣٨١/١) ، الأثر (٩٨٣) ، وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الحج ، في الإحصار في الحج ما يكون (٢٩٣/٤) ، الأثر (٣) ، والطحاوي في المعاني ، كتاب مناسك الحج ، باب حكم المحصر بالحج (٢٥٢/٢) ، الشافعي في الأم كتاب الحج ، باب الإحصار بالمرض (١٦٣/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : وروى رمى به لغيره ، مكان المثبت ، وهو تحريف .

(٣) أخرجه مالك بلفظ : أن سعيد بن حزابة المخزومي صُرِعَ ببعض طريق مكة ، وهو محرم ، فسأل من يلي على الماء الذي كان عليه ، فوجد عبد اللّٰه بن عمر ، وعبد اللّٰه بن الزبير ، ومروان بن الحكم ، فذكر لهم الذي عرض له ، فكلهم أمره أن يتداوى بما لابد منه ، ويفتدي ، فإذا صح اعتمر فحل من إحرامه ، ثم عليه حج قابل ، ويهدي ما استيسر من الهدي . في الموطأ كتاب الحج ، باب ما جاء فيمن أحصر بغير عدو (٣٦٢/١) ، الحديث (١٠٣) ، والبيهقي في الكبرى ، (٢٢٠/٥) . والشافعي نحوه ، في المسند ، (٣٨٣/١ ، ٣٨٤) ، الحديث (٩٨٨) .

(٤) في (ص) : [فبعث] .

(٥) أخرجه مالك بألفاظ متقاربة في الموطأ (٣٦١/١) الحديث (١٠٢) ، والبيهقي في الكبرى ، (٢١٩/٥) .

(٦) لم نقف على هذا الأثر .

(٧) أخرجه محمد بمعناه ، في كتاب الحجة كتاب المناسك ، باب المحصر في غير عدو (١٨٤/٢ ، ١٨٥) .

(٨) لم نعثر على أثر ابن مسعود (ﷺ) في المحصر بالمرض . وأما ما روى عنه في الملدوغ فقد أخرجه محمد في كتاب الحجة ، (٧/١٨/٢) ، والطحاوي في المعاني ، في كتاب مناسك الحج ، باب حكم المحصر بالحج (٢٥١/٢) والبيهقي في الكبرى كتاب الحج ، باب من رأى الإحلال بالإحصار بالمرض (٢٢١/٥) .

١٠١٩٧ - قالوا : لا يتخلص بتحليله عن سبيله عن شيء من الأذى الذي هو فيه ، فلم يجز له التحلل ، أصله : إذا ضل عن الطريق / .

/١٢٢

١٠١٩٨ - قلنا : يبطل بالمحبوس .

١٠١٩٩ - ولأنه إذا تحلل [تخلص من الأذى ؛ لأن (١) تكلف المسير مع المرض فيه مشقة ، فإذا تحلل] (٢) أقام وتخلص من الأذى ، واستقر في (٣) مكان واحد ، وهو التخلص من السفر .

١٠٢٠٠ - ولأن الضال لا رواية فيه (٤) ، فمن أصحابنا من قال : يجوز له التحلل ، ومنهم من (٥) قال : لا يتحلل المحصر عندنا إلا بإيفاد (٦) الهدي ، فإن قدر على إيفاده فقد عرف الطريق ، وزال الضلال عنه .

١٠٢٠١ - قالوا : لأنه غير مصدود عن مواضع نسكه ، فوجب أن لا يجوز له التحلل ، أصله : المرض (٧) اليسير .

١٠٢٠٢ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأنه مصدود من جهة اللّٰه تعالى ، والصد من [جهته كالصد من] (٨) جهة الآدمي وآكد ؛ بدلالة :

١٠٢٠٣ - أن (٩) الآدمي يغالب ، والمرض لا يدفع ولا يغالب ، فلهذا يجوز أن يترك الصيام والصلاة (١٠) بالمرض ، ولا يترك بالإكراه .

١٠٢٠٤ - فإن قيل : صلاة الخوف تستباح بالعدو ، ولا تستباح بالمرض .

١٠٢٠٥ - قلنا : لصلاة الخوف تأثير من مفارقة العدو ، وليس له تأثير في (١١)

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولأن] بالعطف .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٣) في (م) : [من] .
(٤) قوله : [الضال] لا رواية فيه مكرر في هامش (ص) .
(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٦) قوله : [عندنا] ساقط من (ع) وفي (م) : [بإبعاده] .
(٧) في (ص) : [المريض] .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [من الصلاة] ، مكان : [والصلاة] .
(١١) في (م) : [فليس] ، مكان : [وليس] ، وقوله : [تأثير في] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

تخفيف المرض ، ثم المرض اليسير أن لا يلحقه مشقة في السير [١] فهو والصحيح سواء ، وإن كان يستضر بالسير [٢] ، فهو مسألتنا .

١٠٢٠٦ - قالوا : كل معنى لو وجد قبل الإحرام لم يمنع وجوب الحج ، وإذا [٣] طرأ بعد الإحرام لم يبح التحلل ؛ أصله : إذا لسعته حية أو عقرب .

١٠٢٠٧ - قلنا : المرض عندنا يمنع وجوب الحج عليه بنفسه ، فإذا طرأ أسقط عنه وجوب المضي بنفسه أيضًا ، وإنما لا يسقط المرض وجوب الحج من ماله ، كذلك إذا طرأ لا يسقط الوجوب من ماله .

١٠٢٠٨ - وأصلهم الملدوغ ، وهو غير مسلَّم ، إذا كان يلحقه ضرر بالمسير ، فإن قدر على المسير من غير ضرر فهو كالصحيح .

١٠٢٠٩ - قالوا : ما لا يبيح التحلل بعد الوقوف بعرفة لا يبيحه قبله ، كالحيض والنفاس .

١٠٢١٠ - قلنا : إذا أحرمت المرأة بغير إذن زوجها حللها قبل الوقوف ، ولم يحللها بعد الوقوف ، والمعنى في الحيض : أنه لا يمنع المضي في الحج ، فلم يبح التحلل ، والمرض يمنع المضي إلا بمشقة [٤] ، فلذلك أباح التحلل .

١٠٢١١ - قالوا : مصدود عن البيت لمعنى في نفسه ، فلا يجوز له التحلل ، كالحائض .

١٠٢١٢ - قلنا : الحائض مصدودة عن البيت ، غير مصدودة عن الوقوف فلذلك لم تتحلل [٥] . والمريض مصدود عن البيت والوقوف ، فصار كمن صده العدو .

١٠٢١٣ - قالوا : المرض لا يمنع وجوب الحج ، فلا يبيح التحلل ، كالحيض .

١٠٢١٤ - قلنا : لا نسلم أن المرض لا يمنع الوجوب ؛ لأن المريض لا يجب عليه الحج بنفسه وإن حصلت شرائط الوجوب ، وإنما يجب عليه عبادة أخرى في ماله .

١٠٢١٥ - والمعنى في الحائض : أنها غير ممنوعة من الوقوف ، فلم يجز لها أن تتحلل [٦] ، وليس كذلك المريض ؛ لأنه ممنوع من الوقوف والطواف ، فجاز له التحلل [٧] .

---

(١) في (م) : [اليسير] ، مكان : [السير] . (٢) في (م) ، (ع) : إن بدون الواو ، في (م) : باليسير .
(٣) في (م) ، (ع) : [وإن] ، مكان : [وإذا] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا بمشقة] ، مكان : [إلا بمشقة] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فكذلك] ، وفي (م) : [لم يتحلل] .
(٦) في (م) : [أن يتحلل] .
(٧) في صلب (ص) : الحج ، مكان : التحلل ، والمثبت من (م) ، (ع) ، ومن هامش (ص) من نسخة أخرى .

مسألة ٥٥٣

شرطه عند الإحرام أن يحله حيث مرض

١٠٢١٦ - قال أصحابنا : إذا شرط من الإحرام [١] أن يحله حيث مرض ، أو ضل [٢] تحلل ، فإن فاته الحج فهو محرم بعمرة [٣] .

١٠٢١٧ - وقال الشافعي يحلل بغير هدي [٤] ، وعلى القول في الجديد بصحة الخبر .

١٠٢١٨ - وأصحابه يقولون : فيها قولان ، ومنهم من [٥] قال : فيها قول واحد ؛ لأن الحديث صح [٦] .

١٠٢١٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ﴾ [٧] ، وهو عام في الاشتراط وغيره .

١٠٢٢٠ - ولأنها عبادة شرع لها تحلل ، فلا يتحلل منها بالشرط ، كالصلاة .

١٠٢٢١ - ولأنه شرط انتهى إلى [٨] مُوجَب الإحرام أن يسقط ، أصله : إذا شرط أن لا يقضي إذا أفسد ، وفاته الحج .

---

(١) أي : إذا شرط ابتداء الإحرام ، أو عند الإحرام .

(٢) المثبت من النسخة (ص) .

(٣) لم نقف على هذه المسألة بهذه الصورة في كتب الحنفية ، ويظهر أن المصنف فرعها من المسألة السابقة ، وجعلها مسألة مستقلة لتوضيح الخلاف في إسقاط الهدي بالشرط .

(٤) في (م) ، (ع) : [هدين] .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) قال الشافعي في الأم : إذا اشترط فَحُبِس بعدو ، أو مرض ، أو ذهاب مال ، أو ضعف عن البلوغ ، حل في الموضع الذي حبس فيه بلا هدي ، ولا كفارة غيره وانصرف إلي بلاده ، ولا قضاء عليه ، إلا أن يكون لم يحج حجة الإسلام فيحجها . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب الاستثناء في الحج (١٥٨/٢) ، حلية العلماء ، (٣١١/٣ ، ٣١٢) ، المجموع مع المهذب ، (٣١٠/٨ ، ٣١١ ، ٣٥٣ ، ٣٥٤) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٢/٨ ، ٩-١١) الإفصاح ، (٢٩٩/١ ، ٣٠٠) ، المغني ، باب ذكر الإحرام ، (٢٨٢/٣ ، ٢٨٣ ، ٣٦٤) ، العدة مع العمدة ، باب الإحرام ص١٦٨ .

(٧) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٨) في (م) ، (ع) : [هي] ، مكان : [انتهى إلى] ، وهو مطموس في (ص) ولعل الصواب ما أثبتناه .

١٠٢٢٢ - ولأنه ابتدأ يتحلل به ، فلا يسقط بالشرط ، كعمل العمرة حال الفوات .

١٠٢٢٣ - احتجوا : بحديث أبي هريرة ، عن عروة ، عن عائشة [(١)] : « أن ضباعة قالت : يا رسول اللّه ، أُحْرِمُ فأشترط ؟ ، فقال : نعم . وقالت : كيف أقول ، فقال : قولي لبيك اللّهم لبيك مُحِلِّي حيث حبستني من الأرض » [(٢)] .

١٠٢٢٤ - قلنا : يحتمل أن يكون هذا في حال جواز الفسخ بغير شرط ، فإذا شرطت كان أولى ، ويكون فائدة الشرط سقوط الهدي عنها حتى يتعجل لها التحلل من حال حدوث المرض .

١٠٢٢٥ - قالوا : الشرط فائت في العبادة [(٣)] ، بدليل : أنه لو قال : إن شفا اللّه مريضى صمت ، لزمه الصوم ، مريضا كان الناذر أو صحيحا ، ولو قيد نذره ، فقال : إن شفا اللّه مريضى وأنا صحيح صمت ، لزمه مع الصحة ، ولم يلزمه إن كان مريضا ، كذلك ههنا .

١٠٢٢٦ - قلنا : هناك علق الوجوب بشرطين : بصحة مريضه ، وأن يكون [(٤)] هو صحيحا ، فإذا لم يوجد أحد الشرطين لم يلزمه ، وههنا أدخل في العبادة ، وشرط الصحة في وجوب المضي لينفي [(٥)] بذلك ما لزمه بالدخول ، فلا يعمل الشرط فيه ، كمن قال : لله عَليّ أن أصوم ، فإن مرضت لم أقض [(٦)] .

* * *

---

(١) أخرجه مسلم في الصحيح (٨٦٨/٢) ، الحديث (١٢٠٧/١٠٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [محل] ، مكان : [محلي] . تقدم تخريجه من طريق الزهري ، وهشام بن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة بمعناه ، ومن حديث ابن عباس ، بألفاظ متقاربة في مسألة (٥٥١) .

(٣) في (ص) : [العادة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وإن كان] .

(٥) في (ص) : [لنبقى] ، وفي (م) : [ليبقى] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لم أقصر] .

مسألة ٥٥٣

موضع الإحصار

١٠٢٢٧ - قال أصحابنا : لا يكون الإحصار في الحرم .

١٠٢٢٨ - ومن أصحابنا من قال : إن مُنِع من الوقوف والبيت ، كان محصرا (١) ، وإن تمكن من أحدهما ، لم يكن محصرا (٢) .

١٠٢٢٩ - وقال الشافعي : يكون محصرا (٣) .

١٠٢٣٠ - لنا : أنه متمكن من الطواف ، فلا يتحلل بالهدي (٤) ، كفائت الحج .

١٠٢٣١ - ولأن التحلل بالطواف هو الأصل ، وإنما أقيم الهدي مقامه عند العجز ، والقدرة [علي الأصل تمنع (٥) ثبوت البدل .

١٠٢٣٢ - ولأنه سبب للتحلل مثل استيفاء موجب الإحرام ، فلا يثبت حكمه مع التمكن] (٦) من الوقوف بعرفة ، أصله : الفوات .

١٠٢٣٣ - ولأنه غير ممنوع من البيت أو غير ممنوع من الوقوف ، فلا يكون محصورًا (٧) ، كالمريض .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فهو محصر] ، مكان : [كان محصرا] .

(٢) قال السرخسي في المبسوط : قال أبو يوسف : وإنما أنا أقول : إذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت ، فهو محصَرٌ ، والأصح أن يقول : إذا كان محرما بالحج ، فإن منع من الوقوف وطواف الزيارة جميعا ، فهو محصر ، وإن لم يمنع من أحدهما ، لا يكون محصرا . راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، (٤٦٨/٢) ، مختصر الطحاوي ، ص٧٢ ، أحكام القرآن للجصاص ، باب إحصار أهل مكة (٢٨٠/١) ، المبسوط (١١٤/٤ ، ١١٥) ، بدائع الصنائع ، في فصل : وأما بيان حكم المحرم إذا منع عن المضي في الإحرام (١٧٧/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، (١٣٤/٣ ، ١٣٥) ، البناية مع الهداية ، (٤١١/٤ ، ٤١٢) ، مجمع الأنهر ، (٣٠٧/١) ، حاشية ابن عابدين ، باب الإحصار (٢٤١/٢) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، باب الإحصار بالعدو (١٦٢/٢) ، المجموع مع المهذب ، (٣٠٢/٨ ، ٣٥٥) ، المدونة كتاب الحج الثاني (٣٤٠/١) ، المنتقى ، في ما جاء فيمن أحصر بعدو (٢٧٢/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، (٤٠١/١) ، الإفصاح ، (٢٩٨/١ ، ٢٩٩) ، المغني ، باب ما يتوقى المحرم وما أبيح له (٣٦٠/٣) ، الكافي لابن قدامة ، باب ما يفسد الحج وحكم الفوات والإحصار (٤٦٣/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالطواف] ، مكان : [بالهدي] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٥) في (م) : [يمنع] .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) ، (ن) : [محصرًا] .

١٠٢٣٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ ﴾ [١] .

١٠٢٣٥ - قلنا : عطفه على قوله : ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ ﴾ [٢] . تقديره : عن أيامهما [٣] ، ومن يقدر على الوقوف لم يمنع من أيام الحج [٤] ، ومن قدر على الطواف لم يمنع من إتمام العمرة ، فلم يجز أن تتضمنه الآية .

١٠٢٣٦ - قالوا : ممنوع من إتمام النسكين ، كالمحصر بغير مكة .

١٠٢٣٧ - قلنا : إذ ا أحصر بغير مكة لم يتمكن من إتمام الحج ولا من التحلل [٥] بالطواف ، وهذا المعنى لا يوجد إذا قدر على أحد الركنين .

١٠٢٣٨ - ولأن المحصر بغير مكة ممنوع في موضع المنع ، والمحصر بمكة ممنوع في غير موضع المنع ، وحكم الأمرين مختلف ؛ ألا ترى : أن من عدم الماء في غير المصر تيمم ، وإن عدمه في المصر لم يتيمم ؛ لأن عدمه في غير موضع [المنع] [٦] ، كذلك [٧] في مسألتنا .

١٠٢٣٩ - قالوا : إذا منع من الوقوف وقدر على الطواف لم يجز له التحلل للطواف في الحال حتى يفوت وقت الوقوف ، فقدرته على الطواف في الثاني لا يمنعه التحلل بالهدي ، كمن أحصر في غير مكة .

١٠٢٤٠ - قلنا : الطواف أصل في التحلل وهو قادر عليه ، والمرء لا يتمكن من فعله في الحال ، فلا يجوز أن ينتقل إلى بدله ، كالمظاهر إذا لم يجد الرقبة وهو قادر علي الصوم ، لم يجز له الإطعام [وإن كان يقدر على الإطعام] [٨] كله في الحال ، ولا يقدر على جميع الصيام في الحال حتى يأتي أوقاته ، كذلك في مسألتنا .

* * *

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٢) في (م) ، (ع) : [بقوله فإن أحصرتم] ، بزيادة : [بقوله] .

(٣) في (ع) ، (ن) : [أتمامها] .

(٤) في (ص) ، (م) : [أيام الحج] .

(٥) في (م) : [التملك] ، وفي (ع) : [التمكن] .

(٦) زيادة اقتضاها السياق .

(٧) في (ص) : [لذلك] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٥٥٤

حكم منع الزوج زوجته من حجة الإسلام

١٠٢٤١ - قال أصحابنا يجب على المرأة الخروج إلى حجة الإسلام بغير إذن زوجها، وليس له أن يمنعها [١].

١٠٢٤٢ - وهو قول الشافعي في اختلاف الحديث. وقال في القديم والجديد: له منعها، وإن أحرمت حللها، وصارت بمنزلة المحصر في أحد القولين [٢].

١٠٢٤٣ - لنا قوله تعالى: ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ [٣].

١٠٢٤٤ - وقال عليه الصلاة والسلام: « الاستطاعة: الزاد الراحلة » [٤]، ولا زاد [٥] إلا للأداء، فدل على وجوب الأداء عليها بكل حال، أذن زوجها أو لم يأذن [٦].

١٠٢٤٥ - ولأنها من فروض الأعيان، فلم يكن للزوج المنع من أدائها، كالصلاة، والصوم.

١٠٢٤٦ - فإن قيل: وقت الصلاة يقصر ويقدر على جماعها بالليل، ووقت الحج يمتد.

(١) في (م)، (ع): [أن يمنع] بدون الهاء. قال محمد في الأصل: وإذا أهلت المرأة بحجة الإسلام، لم يكن لزوجها أن يمنعها إذا كان لها ذو رحم محرم معها، وإن لم يكن لها محرم فله أن يمنعها، وهي بمنزلة المحصر. راجع تفصيل المسألة في: الأصل، باب الحج عن الميت وغيره (٥١٤/٢)، المبسوط، و باب الحج عن الميت وغيره (١١١/٤، ١١٢، ١٦٣)، تحفة الفقهاء، كتاب المناسك (٣٨٨/١)، بدائع الصنائع، فصل: وأما شرائط فرضيته (١٢٤/٢)، فتح القدير مع الهداية، كتاب الحج (٤٢١/٢، ٤٢٢)، مجمع الأنهر، في كتاب الحج (٢٦٣/١).

(٢) قال النووي في المجموع: قال البندنيجي: نص الشافعي في عامة كتبه أن له منعها. واتفقوا على أن الصحيح من هذين القولين: أن له منعها. وبه قطع الشيخ أبو حامد والمحاملي وآخرون. قال القاضي أبو الطيب في كتابه المجرد والروياني وغيرهما: هذا القول هو الصحيح المشهور. راجع تفصيل المسألة في: الأم، باب حج المرأة والعبد (١١٧/٢)، مختصر المزني، باب إحرام العبد والمرأة ص٧٣ حلية العلماء، (٣١٠/٣، ٣١١)، المجموع مع المهذب، (٣٢٣/٨-٣٣١)، فتح العزيز مع الوجيز، بذيل المجموع (٣٥/٨ - ٣٨)، قوانين الأحكام الشرعية، ص١٣٤، شرح الزرقاني، فصل في ذكر موانع الحج والعمرة بعد الإحرام (٣٣٩/٢). الإفصاح، (٢٨٧/١)، المغني، كتاب الحج و باب الفدية وجزاء الصيد (٢٤٠/٣، ٥٣١)، الكافي لابن قدامة، فصل في حج المرأة (٣٨٥/١).

(٣) سورة آل عمران: الآية ٩٧.

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٤٠٨).

(٥) في (م)، (ع): [ولأن زاد].

(٦) في (م)، (ع): [أذن الزوج أم لم يأذن].

١٠٢٤٧ - قلنا : فوقت الحج لأهل مكة يقصر ، ومع هذا يحتاج إلى الإذن عندكم .

١٠٢٤٨ - قالوا : الصلاة والصوم يجب عليه كما يجب عليها ، والوقت لهما واحد ، فلا يستقر يتشاغلهما بالعبادة .

١٠٢٤٩ - قلنا : قد تختار (١) أن تصلي في أول الوقت ، ولا يجوز له منعها وإن لم يتغير الصلاة عليه فيه .

١٠٢٥٠ - ولأن استقراره بخروجها إذا كان ذلك فرضا (٢) عليها لم يؤثر أن يستضر بحبسها في الدين ، وتحبس (٣) لوجوب الدين عليها . ولأنه أحد الأركان الخمسة ، كالإيمان ، والزكاة .

١٠٢٥١ - ولأن كل من لزمه الحج فإنه لا يعتبر في أدائه إذن غيره . أصله : إذن الأب .

١٠٢٥٢ - ولأن من لا يحتاج إلى إذنه في (٤) أداء صلاة الفرض لا يحتاج إلى إذنه في (٥) أداء حجة الإسلام ، كالأب .

١٠٢٥٣ - والدليل على أنه لا يحللها : أنها أحرمت بفرض من فروض الأعيان ، فلم يجز للزوج أن يحللها ، كالصلاة .

١٠٢٥٤ - ولأنها عبادة ، فلم يجز للزوج أن يحللها من (٦) فرضها ، كالصلاة .

١٠٢٥٥ - احتجوا : بحديث ابن عمر : « أن النبي ﷺ قال في امرأة لها مال ، ولها (٧) زوج ، ولا يأذن لها في الحج : ليس (٨) لها أن تنطلق إلا بإذن زوجها » (٩) .

١٠٢٥٦ - قلنا : هذا حديث لا يعرف ، ذكره الدارقطني عن إبراهيم بن أحمد

---

(١) في (م) ، (ع) : [يختار] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فرض] .
(٣) في (م) : [ويحبس] .
(٤) في (م) : [من] ، مكان : [في] .
(٥) في (م) : [من] ، مكان : [في] .
(٦) وردت عبارة في هامش (ص) بعد قوله : [أن يحللها من] ، إلا أنها غير واضحة .
(٧) في (م) ، (ع) : [ولا] ، مكان : [ولها] .
(٨) في (م) : [ليست] .
(٩) أخرجه الدارقطني في السنن كتاب الحج (٢٢٣/٢) ، الحديث (٣١) والبيهقي من وجه آخر نحوه ، في الكبرى كتاب الحج ، باب حصر المرأة تحرم بغير إذن زوجها (٢٢٣/٥ ، ٢٢٤) . رواه الطبراني في المعجم الصغير باب من اسمه العباس (٢٢٦/١) ، الحديث (٥٧٣) .

القرميسيني ، عن العباس بن محمد بن مجاشع ، عن محمد بن أبي يعقوب ، عن حسان بن إبراهيم الصائغ ، عن نافع ، عن / ابن عمر . ٢

١٠٢٥٧ - والعباس بن محمد ، ومحمد بن أبي يعقوب مجهولان ، لا يعرف واحد منهما [١] ، ولا يثبت بقولهما حجة ، فإذا رويا ما لم يروه أحد من الفقهاء ولا يكن في كتاب لم يلتفت إلى روايتهما .

١٠٢٥٨ - على أنه محمول على الحجة المنذورة ، بدلالة : ما ذكرنا .

١٠٢٥٩ - فإن قيل : المال إنما يشترط في [٢] حجة الفرض .

١٠٢٦٠ - قلنا : ويشترط أيضا [٣] في أداء الحجة المنذورة ، وإنما لا يشترط في وجوبها .

١٠٢٦١ - فإن قالوا : الألف واللام للتعريف .

١٠٢٦٢ - قلنا : حجة المنذورة معرفة بالنذر .

١٠٢٦٣ - قالوا : قد دللنا على أن الحج علي التراخي [٤] ، وحق الزوج من الاستمتاع على الفور ، فلا يجوز ترك الحق المعجل لأجل ما هو على التراخي .

١٠٢٦٤ - قلنا : هذا أصل نخالفكم [٥] فيه ، ولو سلمناه بطل بالصلاة في أول الوقت ، وبالحج في السنة التي يغلب على ظنها أنها تعجز [٦] ، فإن الحج عندهم يصير ، وتحتاج [٧] إلى إذنه فيه .

١٠٢٦٥ - قالوا : نوع ملك يتعلق به وجوب النفقة ، فوجب [٨] أن يستحق به المنع

---

(١) لم نعثر على ترجمة العباس بن محمد في كتب التراجم . ومحمد بن أبي يعقوب : هو محمد بن إسحاق بن منصور ، أبو عبد الله بن أبي يعقوب الكرماني ، قال أبو حاتم : هو مجهول ، وقال الذهبي : بل هو صدوق مشهور ، من شيوخ البخاري ، توفي رحمه الله في سنة أربع وأربعين ومائتين . انظر ترجمته في : الجرح والتعديل (١٢٢/٨) ، الترجمة (٥٤٧) ، ميزان الاعتدال (٧٠/٤) ، الترجمة (٨٣٣٧) ، تقريب التهذيب (١٤٤/٢) ، الترجمة (٣٩) .

(٢) في (ص) ، (م) : [من] ، مكان : [في] .

(٣) لفظ : [أيضا] ورد في (م) ، (ع) بعد قوله : [الحجة المنذورة] .

(٤) في (ع) : [للتراخي] .

(٥) في (م) : [يخالفكم] .

(٦) في (م) : [يعجز] .

(٧) في (ص) : [نصر] ، وفي (م) : [بنصير] ، مكان : [يصير] ، وفي (م) : [يحتاج] .

(٨) في (م) ، (ع) : [موجبه] .

من الحج ، أصله : ملك اليمين .

١٠٢٦٦ - قلنا : فنقول لا يثبت به المنع من فرض أوجبه اللّه ابتداء ، كالملك .

١٠٢٦٧ - ولأن العبد لم يوجب اللّه عليه الحج ، وإنما يوجبه على نفسه ، فكان للمولى المنع منه ، كما يمنع الزوج من الحجة المنذورة التي [١] دخلت فيها ، فأما الزوجة [٢] ، فقد فرض اللّه عليها الحج ، فصار كالصلاة التي فرضها اللّه عليها .

١٠٢٦٨ - قالوا : حجة واجبة وكان لزوجها منعها من الخروج ، كالمنذورة .

١٠٢٦٩ - قلنا : المنذورة وجبت بسبب من جهتها ، وليس لها أن تسقط [٣] حق الزوج بفعلها ، ألا ترى : أنه [٤] ليس له منعها من الصلاة المفروضة ولا من صوم رمضان ، وله أن يمنعها من المنذور من جنسها ، كذلك ثبوت حق المنع من الحجة المنذورة لا يدل على ثبوت المنع فيما أوجبه اللّه تعالى ابتداء .

١٠٢٧٠ - قالوا : المعتدة لا تخرج إلى الحج ؛ لأن حق العدة مضيق ، كذلك حق الزوج أيضًا .

١٠٢٧١ - قلنا : لأن العدة لا تستدرك في غير هذا [٥] الحال ، والحج يستدرك فأمرت بالجمع بين الأمرين ، وليس كذلك حق الزوج من الاستمتاع ؛ لأنه لم يستدركه [٦] في سائر الأوقات ، وهو غير منقطع ، فلو قدم على الحج أدي إلي سقوط الحج .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [والتي] بالعطف . (٢) في (م) : [الزوجية] .
(٣) في (م) : [أن يسقط] . (٤) في (م) ، (ع) : [بأنه] .
(٥) في (م) : [لا يستدرك] ، وفي (م) ، (ع) : [هذه] .
(٦) في (ع) : [لم يستدرك] بدون الهاء .

مسألة ٥٥٥

المرأة لا تخرج للحج إلا مع محرم

١٠٢٧٢ - قال أصحابنا : لا يجوز للمرأة الخروج إلى حجة الإسلام إلا مع محرم إذا كان بينها وبين مكة ثلاثة أيام .

١٠٢٧٣ - واختلف أصحابنا هل ذلك من شرائط الوجوب أو الأداء ؟ فقال أبو جعفر الكبير ، وأبو الحسن (١) : إنه من شرائط الوجوب . ومن أصحابنا من قال : إنه من شرائط الأداء (٢) .

١٠٢٧٤ - وقال الشافعي : يجب عليها الحج بما يجب على الرجل ، إلا أنه لا يجوز لها الخروج إلا مع محرم ، أو نساء ثقات ، أو امرأة مأمونة ، هذا الذي نص عليه الشافعي .

١٠٢٧٥ - قالوا : وهو المذهب .

١٠٢٧٦ - ومن أصحابه من قال : يعتبر أمن الطريق والصحبة (٣) ، ولا يعتبر النساء . وظاهر المذهب : أنها لا تخرج في حجة التطوع وسفر التجارة بغير محرم (٤) .

---

(١) في سائر النسخ : أبو جعفر الكبير ، ولعل الصواب : أبو حفص الكبير ، وهو : أحمد بن حفص ، أبو حفص الكبير البخاري ، من كبار تلاميذ محمد بن الحسن ، توفي رحمه الله سنة أربع وستين ومائتين . راجع ترجمته في : الجواهر المضية (١٦٦/١ ، ١٦٧) ، الترجمة (١٠٤) ، الفوائد البهية ص١٨ ، ١٩ . وأبو الحسن : هو عبيد الله ، أبو الحسن الكرخي ، وقد تقدمت ترجمته في مسألة (١٠٠) ، وتكرر ذكره في أماكن أخرى .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي ، باب وجوب الحج ص٥٩ ، متن القدوري ، كتاب الحج ص٢٦ ، المبسوط ، باب المحصر (١١٠/٤ ، ١١١/١) ، تحفة الفقهاء ، كتاب المناسك (٣٨٧/١ ، ٣٨٨) ، بدائع الصنائع (١٢٣/٢ ، ١٢٤) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، كتاب الحج (٤١٩/٢-٤٢٢) ، البناية مع الهداية ، كتاب الحج (١٧/٤-٢٢ ، ٢٤) ، الاختيار ، كتاب الحج (١٤٠/١ ، ١٤١) ، مجمع الأنهر ، كتاب الحج (٢٦٢/١) .

(٣) في (ع) : [الصحة] .

(٤) راجع تفصيل المسألة في الأم : (١١٧/٢) ، اختلاف العلماء ، باب الحج ص١٠٠ ، ١٠١ ، حلية العماء ، كتاب الحج (٢٠٠/٣ ، ٢٠١) ، المجموع مع المهذب ، كتاب الحج (٨٦/٧-٨٨) ، (٣٤٠/٨ - ٣٤٧) ، فتح العزيز ، في كتاب الحج ، بذيل المجموع (٢٢/٧-٢٤) المدونة كتاب الحج الثاني (٣٤٠/١) ، المنتقى ، في حج المرأة بغير ذي محرم (٨٢/٣) ، بداية المجتهد ، في الجنس الأول (٣٣٤/١) ، كتاب الحج (٣٠٣/١ ، ٣٠٤) ، مسألة (٤٨) ، الإفصاح ، كتاب الحج (٢٦٢/١ ، ٢٦٣) ، المغني ، كتاب الحج (٢٣٦/٣ ، ٢٣٨) ، الكافي لابن قدامه ، (٣٨٤/١) .

١٠٢٧٧ - لنا : ما روى نافع عن ابن عمر « أن النبي ﷺ قال : لا يحل لامرأة أن تسافر ثلاثة أيام إلا مع محرم » [١] .

١٠٢٧٨ - وروى الأعمش ، عن أبي صالح ، عن أبي سعيد الخدري ، قال : قال رسول الله ﷺ : لا [تسافر المرأة .... إلا ومعها زوج أو محرمٌ منها » [٢] .

١٠٢٧٩ - وروى سهيل بن أبي صالح ، عن أبيه [٣] ، عن أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لا] [٤] يحل لامرأة أن تسافر مسيرة ثلاثة أيام إلا مع رجل يحرم عليه نكاحها » [٥] .

١٠٢٨٠ - وروى « يوما » .

١٠٢٨١ - وروي « ليلة » .

١٠٢٨٢ - وروي « يوما وليلة » .

١٠٢٨٣ - وروى « أكثر من ثلاثة أيام » [٦] .

١٠٢٨٤ - وإذا تعارضت الأخبار سقط [٧] الاحتجاج بها .

١٠٢٨٥ - قلنا : النهي عن سفر ثلاثة أيام يستقر بهذه الأخبار ؛ لأن ذكر الثلاث إما أن يتقدم ، ويتأخر [٨] عنه خبر اليوم والليلة ، فإن تأخر فقد ضم خبر الثلاث حكما [٩] آخر ،

---

(١) أخرجه البخاري بألفاظ متقاربة ، في الصحيح ، في تقصير الصلاة باب في كم يقصر الصلاة (١٩٢/١) ، ومسلم في الصحيح كتاب الحج ، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره (٩٧٥/٢) ، الحديث (٤١٣ ، ١٣٣٨/٤١٤) ، وأبو داود في السنن كتاب المناسك ، باب في المرأة تحج بغير محرم (٤٣٧/١) .

(٢) أخرجه مسلم في الصحيح ، (٩٧٧/٢) ، الحديث (١٣٤٠/٤٣) ، وأبو داود في السنن كتاب المناسك » باب في المرأة تحج بغير محرم (٤٣٧/١) والطحاوي في المعاني ، (١١٤/٢) .

(٣) الزيادة من صحيح مسلم ، ومعاني الآثار للطحاوي .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وتوجد فيه كلمة بعد قوله : [لا تسافر المرأة] ، مكان النقط ، غير واضحة .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح ، في تقصير الصلاة ، باب كم يقصر الصلاة (١٩٢/١) أخرجه مسلم في الصحيح ، في (٩٧٧/٢) ، الحديث (٤١٩ - ١٣٣٩/٤٢٢) ، وأبو داود في السنن كتاب المناسم باب في المرأة تحج بغير محرم (٤٣٦/١) .

(٦) لم نعثر على هذا الحديث بلفظ : أكثر من ثلاثة أيام بعد ، وقد تقدم بلفظ : ثلاثة أيام فصاعدا ، وبلفظ : فوق ثلاث ليال ، ولفظ : مسيرة ليلة ، ومسيرة يوم ، ومسيرة يوم وليلة في هذه المسألة

(٧) في (م) ، (ع) : [لم يصح] . (٨) في (ع) : [أو بأخر] .

(٩) في سائر النسخ : [حكم بالرفع] ، والصواب ما أثبتنا .

وإن تقدم ذكر اليوم فخبر [١] الثلاث ناسخ له ، وإذا التحريم في الثلاث ثابت باق [٢] .

١٠٢٨٦ – ولأنا نجمع بين الخبرين فنقول [٣] : هي ممنوعة من ثلاثة أيام ، وممنوعة من سفر يوم إذا قصدت به [٤] ثلاثة أيام .

١٠٢٨٧ – فإن قيل : المراد به : حجة التطوع أو سفر التجارة .

١٠٢٨٨ – قلنا : بل أراد به السفر الظاهر ؛ لأن ظاهره يقتضي السفر الذي يجوز لها الخروج فيه بوجود المحرم ، أذن الزوج لها [٥] أو لم يأذن ، وهذا لا يجوز إلا في [٦] سفر الفرض . ويدل عليه حديث سفيان ، عن عمرو ، سمع أبا معبد مولى ابن عباس [٧] يقول : « قال ابن عباس : خطب رسول الله ﷺ الناس ، فقال : لا تسافر امرأة إلا ومعها ذو محرم ، ولا يدخل عليها رجل إلا ومعها ذو محرم ، فقام رجل [٨] ، فقال : يا رسول الله ، إني اكتتبت في غزوة كذا وكذا ، وقد أردت أن أحج بامرأتي [٩] ، فقال رسول الله ﷺ : احجج مع امرأتك » [١٠] .

١٠٢٨٩ – فقد فهم الرجل من الخبر سفر الحج ، ولم ينكر النبي عليه الصلاة والسلام ذلك ، ويقول له ما أردت سفر الحج ، ثم أمر الزوج أن يترك الجهاد ويحج بها ، فلو جاز أن تحج وحدها لم يكن لأمره بترك الجهاد معنى .

١٠٢٩٠ – ويدل عليه : حديث أبي عياض : « أن النبي ﷺ قال : لا تحجن امرأة إلا ومعها ذو محرم » [١١] ، ذكره الدارقطني في سننه .

---

(١) قوله : [اليوم فخبر] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [باتفاق] .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قصد بها] .

(٥) في (ع) : [لها الزوج] بالتقديم والتأخير .

(٦) في (ص) ، (م) : [لا يكون] ، مكان : [لا يجوز] ، والزيادة أثبتناها لاستقامة المعنى ولمقتضى السياق .

(٧) في (م) ، (ع) : [مولى ابن عامر] .

(٨) قوله : [فقام رجل] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في سائر النسخ : [امرأتي] بدون الباء المثبت من المعاني للطحاوي .

(١٠) أخرجه البخاري بمعناه ، في الصحيح كتاب الحج ، باب حج النساء (٣١٩/١) ، وفي الجهاد ، باب من اكتتب في جيش (١٧٠/٢) ، ومسلم في الصحيح ، كتاب الحج باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره (٩٧٨/٢) ، الحديث (١٣٤١/٤٢٤) ، والشافعي في المسند ، كتاب الحج الباب الأول فيما جاء في فرض الحج وشروطه (٢٨٦/١) ، الحديث (٧٤٨) .

(١١) الزيادة من (م) ، (ع) . لم نعثر على هذا الحديث من هذا الوجه وقد أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ ، في السنن ، في كتاب الحج (٢٢٢/٢ ، ٢٢٣) ، الحديث (٣٠) .

١٠٢٩١ - ولأنه إنشاء سفر صحيح في دار الإسلام ، فلا يجوز من المرأة بغير محرم أو زوج ، كسفر التجارة ، وسفر حجة النفل .

١٠٢٩٢ - [(١)] ؛ لأنه إنشاء سفر مسافة يستوفى فيه مدة مسح المسافر . ولأن كل سفر يمنع [(٢)] منه عدم المحرم والزوج ، كسفر التجارة وسفر الجهاد ، وعكسه الهجرة . فإن نازعونا في هذا الأصل على حكاية الكرابيسي [(٣)] لم يلتفت إلى ذلك ؛ لأنه غير المذهب ، وخلاف النص ، ويستدل بالخبر .

١٠٢٩٣ - ولا يقال : إنه لا يجوز اعتبار السفر الواجب بسفر التجارة ، ألا ترى : أن الزوج يمنعها من صوم التطوع ولا يمنعها من صوم الفرض .

١٠٢٩٤ - قلنا : لا نسلم وجوب الحج مع فقد المحرم والسفر غير واجب . ثم المعتدة قد منعت من سفر الحج ، كما منعت من سفر التجارة . وإذا اختلفنا في ذلك لا يمتنع [(٤)] أن تختلف في مسألتنا .

١٠٢٩٥ - ولأن المرأة ممنوعة من السفر وحدها ، فلأن يقع حال المنع بانضمام ممنوعة أخرى إليها ، أصله : الخلوة والأحاديث ، والسفر المباح يعتبر بإذن الزوج .

١٠٢٩٦ - ولأن ما يمنعها من الخروج إلى حجة التطوع لحق اللّه تعالى ، فإنه يمنعها من الخروج .

١٠٢٩٧ - قلنا [(٥)] : وفي مسألتنا ترك الحلق بالإباحة فرض مضيق ، فوجب أن يقدم [(٦)] على الحج الموسع ، بل تفرد قولهم .

---

(١) قوله : [لا يلزم الهجرة] زيادة في هامش (ص) .

(٢) لفظ : [من] ساقط من (ع) .

(٣) الكرابيسي : هو الحسين بن علي بن يزيد ، أبو علي البغدادي ، تلميذ الشافعي . كان فقيها ، ومحدثا ، وأصوليا ، وعالما في معرفة الرجال ، توفي رحمه الله في سنة خمس وأربعين ومائتين ، وقيل : في سنة ثمان وأربعين ومائتين . راجع ترجمته في : الأنساب باب الكاف والراء (٤٢/٥) ، سير أعلام النبلاء (٧٩/١٢-٨٢) ، الترجمة (٢٣) ، طبقات الشافعية (٢٦/١) ، الترجمة (١١) ، النجوم الزاهرة (٣٢١/٢) ، شذرات الذهب (١١٧/٢) ، المجموع للسبكي (١١٠/١١) .

(٤) في (ص) : [لا يمنع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [احتجوا قلنا] ، بزيادة : [احتجوا] .

(٦) في (ع) : [أن يتقدم] .

١٠٢٩٨ – احتجوا على [١] أن عدم المحرم لا يمنع الوجوب بقوله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ [٢] .

١٠٢٩٩ – وسئل النبي ﷺ عن الاستطاعة ، فقال : « الزاد والراحلة » [٣] . وظاهر الآية يقتضي : أن المرأة إذا وجدت الزاد والراحلة وجب عليها الحج .

١٠٣٠٠ – قلنا : بين النبي ﷺ الشرط الذي يعم جميع الناس ، ولم يبين الشرط الذي يخصها [٤] . ألا ترى : أن الذي [٥] بينه وبين مكة بحر لا يجب عليه الحج مع وجود الزاد [٦] والراحلة ، ولهذا لم يشترط في وجوب الأداء عنه ما لغيره [٧] وإن كان شرطًا باتفاق ، وكذلك النسوة الثقات عنده .

١٠٣٠١ – فعلم أن [٨] النبي ﷺ بين [٩] الاستطاعة التي يحتاج إليها عموم الناس دون الخصوص [١٠] ، أو نقول : إنه عليه الصلاة والسلام بين الشرط الذي يُحتاج إليه في سفر الحج ، والمحرم يعتبر في كل سفر [١١] ، لا اختصاص له بسفر الحج . ولهذا لم يذكر على أصلهم النسوة الثقاة .

١٠٣٠٢ – احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تمنعوا إماء اللّٰه مساجد اللّٰه » [١٢] .

١٠٣٠٣ – قلنا : نحن نمنعها الخروج إذا كانت على صفة ، ونبيحها [١٣] بصفة أخرى ، وليس هذا منعا » من المسجد كما نمنعها [١٤] من دخوله حائضا ، ولا يكون ذلك منعا لها إذا كانت طاهرة ، أو كما [١٥] نمنع من الصلاة في الدار المغصوبة ، وليس

---

(١) الزيادة لمقتضى السياق . (٢) سورة آل عمران : الآية ٩٧ .
(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٤٠٨) .
(٤) في (ص) : [يخص] ، وفي (م) : [يخصه] ، مكان : [يخصها] .
(٥) في (م) ، (ع) : [من] ، بدل : [الذي] .
(٦) لفظ : [الزاد] ساقط من (م) ، (ع) . (٧) في (ع) : [بالغير] ، مكان : [ما لغيره] .
(٨) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) . (٩) في (ص) : [يبين] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [المخصوص] .
(١١) في (م) ، (ع) : [في كل سفر من كل سفر] ، بزيادة : [من كل سفر] .
(١٢) أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الجمعة ، باب هل على من لم يشهد الجمعة غسل ، (١٦٠/١) ، ومسلم في الصحيح كتاب الصلاة ، باب خروج النساء إلى المساجد (٣٢٧/٢) الحديث (٤٤٢/١٣٦) .
(١٣) في (م) : [ويبيحها] . (١٤) في (م) : [يمنعها] .
(١٥) في (ص) ، (م) : [طاهرا] ، وفي (م) ، (ع) : [أو كنا] ، مكان : [كما] .

ذلك منعا [١] من الصلاة ، ولكنه منع من دخول ملك غيره بغير إذنه .

١٠٣٠٤ - احتجوا : بما روي : « أن النبي ﷺ قال لعدي بن حاتم ، وهو يرغبه في الإسلام : يوشك أن تخرج الظعينة [٢] من الكوفة بغير جوار أحد حتى تحج البيت » . وروي » حتى تطوف بالكعبة » [٣] .

١٠٣٠٥ - قلنا : هذا اختصار ، وتمامه : « لا تخاف إلا اللّه » [٤] ، وهذا دليلنا ؛ لأن النبي ﷺ بين أن الإسلام ميسر ، ويظهر الأمر حتى تتمكن [٥] المرأة من الحج بغير جوار لا تخاف [٦] إلا اللّه ، فذكر خوفا يختصر الخروج ، وكذلك الخوف [٧] ؛ لأنها خالفت الواجب وحجت بغير محرم . يبين ذلك : أن الإنسان يجب أن يخاف اللّه في كل أحواله ، وهناك ذكر النبي ﷺ خوفا يختص [٨] الخروج ، / وما ذلك إلا لما ذكرنا . /أ

١٠٣٠٦ - فإن قيل : النبي عليه الصلاة والسلام قال للخثعمية : « حجي عن أبيك » [٩] .

١٠٣٠٧ - قلنا : يجوز أن يكون علم أنها من أهل الموضع ولا تحتاج [١٠] في الخروج إلى محرم ؛ ولأنه ليس بسفر .

١٠٣٠٨ - قالوا : سفر واجب ، فلم يكن من شرطه المحرم ، كالهجرة .

١٠٣٠٩ - قلنا : عندنا المهاجرة لا تسافر بغير محرم ، وإنما تقصد بخروجها أن تصير [١١] بحيث تأمن ، ويجوز أن يكون بمسيرة ساعة ، ثم تجتمع [١٢] مع سرية من

---

(١) في (م) ، (ع) : [كذلك منع] ، مكان : [وليس ذلك منعا] .

(٢) في (ص) : [نوشك] ، وفي (م) : [أن يخرج الطعينة] .

(٣) في (م) : [جواز] بالزاى المعجمة ، مكان : [جوار] بالراء المهملة ، وهو تصحيف . وهذا جزء من حديث عدي بن حاتم ، أخرجه الدارقطني في السنن كتاب الحج (٢٢١/٢ ، ٢٢٢) ، الحديث (٢٦ - ٢٩) ، وأحمد مطولا في المسند (٢٥٧/٤ ، ٣٧٨) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يخاف] ، مكان : [لا تخاف] . وهذا جزء من حديث عدي بن حاتم أخرجه البخاري مطولا في الصحيح ، في المناقب ، باب علامات النبوة في الإسلام (٢٧٨/٢) .

(٥) في (م) : [يتمكن] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يخاف] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الحرب] ، مكان : [الخوف] ، ولعل عبارة ما سقطت بعد هذه الكلمة ؛ لأن المعنى غير مستقيم .

(٨) في (م) ، (ع) : [ذكر عليه السلام] ، مكان : [ذكر النبي ﷺ] ، وفي (ص) : [يحتضر] ، وفي (ع) : [يختص] ، مكان : [يختصر] .

(٩) تقدم تخريجه في مسألة (٤٠٨) .

(١٠) في (م) : [ولا يحتاج] .

(١١) في (م) : [أن يصير] .

(١٢) في (م) : [يجتمع] .

المسلمين أو جيش لكل موضع حضر إليه ، ولا يصادف بقصد ما بعده ، وبمثل هذا لا يصير الإنسان مهاجرًا .

١٠٣١٠ - ولأن المهاجرة تخاف على نفسها من (١) [المقام بين المشركين ، فيجوز لها الخروج ، وهذه تخاف على نفسها من] (٢) الخروج ؛ لأنها تصير معرضة للأجانب وليس معها من يدفع عنها .

١٠٣١١ - ولأن المعتدة إذا خافت من المقام في منزل زوجها ، جاز لها الانتقال ، ثم لا يجوز أن تنتقل (٣) مع عدم الخوف ، وكذلك في مسألتنا .

١٠٣١٢ - قالوا : مسافة يجب قطعها ، فلم يكن من شرط قطعها مع المحرم ، أصله : إذا كان بينها وبين مكة ستة عشر فرسخا (٤) .

١٠٣١٣ - قلنا : لا نسلم وجوب (٥) قطع المسافة مع عدم المحرم ، والمعنى في الأصل : أنها مسافة لا يستوفى مسح المسافر فيها (٦) ، وفي مسألتنا بخلافه .

١٠٣١٤ - فإن قالوا : أداء عبادة ، فلم يكن من (٧) شرطه المحرم ، كسائر العبادات .

١٠٣١٥ - قلنا : سائر العبادات لا يتعلق المحرم بأدائها ، فلم يشترط فيها . وهذه العبادة المحرم تعلق بأدائها ؛ لأنها تخاف على نفسها متى انفردت (٨) في السفر ، فلذلك شرط فيها .

١٠٣١٦ - ولأن المحرم لا يشترط (٩) في أداء العبادة ، وإنما يشترط في فعل السفر ،

---

(١) في (م) : [يخاف] ، ولفظ من ساقط من (ع) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) : [أن ينتقل] .

(٤) الفرسخ : فارسي معرب ، ثلاثة أميال . قال المطرزي : الفرسخ التام : خمس وعشرون غلوة ، وذكر عن ابن شجاع : الغلوة قدر ثلاثمائة ذراع إلى أربعمائة ، والميل ثلاثة آلاف ذراع إلي أربعة آلاف ، وقال الفيومي : الفرسخة ، السعة ، ومنها اشتق الفرسخ ، وهو ثلاثة أميال بالهاشمي ، وجمع الفرسخ : فراسخ . راجع في كتاب العين ، مادة فرسخ (٣٣٢/٤) ، وفي المغرب ، مادة : الغلوة ص٣٤٤ ، وفي لسان العرب ، مادة : فرسخ (٣٣٨١/٥) ، المصباح المنير (٤٤٣/٢) .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) لفظ : [فيها] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ص) ، (م) : [أبانه من غير نقط] ، مكان : [أداء] ، والزيادة من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) : [يخاف على نفسها متى انفرت] ، مكان المثبت .

(٩) قوله : [لا يشترط] ساقط من (م) ، (ع) .

بدلالة : أن المكية تؤدي [١] الحج بغير محرم .

١٠٣١٧ - قالوا : لا يخلو أن يكون الاعتبار الأمن أو المحرم [٢] ، وبطل اعتبار المحرم خاصة ؛ لأنها لو ظفرت بالمحرم والطريق غير [٣] آمن ، لم يجب عليها الحج .

١٠٣١٨ - قلنا : المعتبر الأمن [٤] عندنا ؛ لأن المرأة لا تأمن الاستقامة للطريق ، وبوجود زوج أو محرم تأمن به الفتنة بالخلوة [٥] مع الأجانب ، وليس يمنع أن يختلف صفة الأمن باختلاف الناس [٦] ، كما أن الطريق الآمن يجب سلوكه للحج لعامة الناس ، وإن كان فيهم من يخاف ليس يخصه ، لم يجب عليه حتى يزول خوفه ، كذلك النساء والرجال .

* * *

---

(١) في سائر النسخ : [المكي يؤدي] ، والصواب ما أثبتنا

(٢) في (ص) ، (م) : [الأمن إذ المحرم] .

(٣) في (م) ، (ع) : [في الطريق] ، مكان : [والطريق] ، وفي (ع) : [الغير] ، بزيادة الألف واللام .

(٤) في (م) ، (ع) : [المنع] ، مكان : [الأمن] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يأمن] ، مكان : [تأمن] ، وفي (ع) : [في الخلوة] ، مكان : [بالخلوة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الأمن] ، مكان : [الناس] .

مسألة ٥٥٦

حكم من حج ثم ارتد ثم أسلم

١٠٣١٩ - قال أصحابنا : إذا حج ، ثم ارتد ، ثم أسلم : فعليه حجة الإسلام ، ولا يعتد بما كان قبله [١] .

١٠٣٢٠ - وقال الشافعي : لا حج عليه ، وإن ارتد في حال الإحرام ثم أسلم ، ففيه وجهان : أحدهما : بطل الحج وخرج منه ، والآخر : لا يبطل ويبني عليه [٢] .

١٠٣٢١ - لنا : أن هذه الحجَّةَ سميت في الشريعة حَجَّةَ الإسلام وعلقت به ، وقد يجدد له الإسلام ، فسميت به حجة [٣] ، ولا توبة من كفر ، فوجب أن يلزمه بعدها بوجود [٤] الزاد والراحلة حجة الإسلام ، كالكافر الأصلي .

١٠٣٢٢ - ولأنها عبادة يجوز أن تلزمه بعد الإسلام الأول ، فجاز أن تلزمه في الإسلام الثاني بعد أدائها في الأول ، كالصوم ، والصلاة ، والزكاة .

١٠٣٢٣ - ولأنها عبادة لا تفعل في العمر مع استمرار الإسلام إلا مرة واحدة [٥] ، فوجب إعادتها بعد الردة ، كالإيمان .

١٠٣٢٤ - وهذا فرع على أن الردة تحبط [٦] الأعمال وإن لم يوجد الموت ، وقد دللنا على هذا الأصل فيما مضى ، وإذا أحبطت العمل صار كأن لم يحج .

١٠٣٢٥ - احتجوا : بقوله [عليه الصلاة والسلام : « الإسلام يَجُبُّ ما قبله » [٧] .

---

(١) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي ، « كتاب المرتد » ص٢٦١ ، وحاشية ابن عابدين ، « باب المرتد » (٣٣٢/٣) .

(٢) حلية العلماء ، « كتاب الحج » (١٩٥/٣) ، المجموع ، « كتاب الحج » (٩/٧) ، فتح العزيز ، في « كتاب الحج » ، بذيل المجموع (٥/٧) ، شرح الزرقاني ، « باب الردة » (٦٨/٨) ، الإفصاح ، « باب العمرة » (٣٠٤/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [يجدد إسلام] ، مكان : [يجدد له الإسلام] ، ولفظ : [حجة] ساقط من (ع) .

(٤) في (م) : [بوجوب] ، مكان : [بوجود] .

(٥) في (م) : [لا يفعل] ، مكان : [لا تفعل] ، وفي سائر النسخ : [الاستمرار] بالألف واللام ، والصواب ما أثبتنا ، ولفظ : [الإسلام] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، والزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) : [يحبط] .

(٧) تقدم تخريجه في مسألة (١٦١) .

١٠٣٢٦ - قلنا : هذا هو الدليل عليكم ؛ لأنه يقتضي قطعه لما تقدمه من كل شيء ، فيصير كمن لم يحج .

١٠٣٢٧ - احتجوا : بقوله] [١] تعالى : ﴿ فَمَن جَاءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ ﴾ [٢] .

١٠٣٢٨ - قلنا : هذا من الربا ، من أسلم فله ما قبضت يمينه [٣] ، وسقط ما لم يقبض ، وروي ذلك عن السدّي [٤] وغيره ، وأول الآية شاهد [٥] على ذلك .

١٠٣٢٩ - قالوا : روي عن الأقرع بن حابس ، « قال : يا رسول الله الحج مرة أو أكثر ؟ قال : بل مرة » [٦] .

١٠٣٣٠ - قلنا : كذلك نقول : إن الحج المعتد به مرة ، وما تقدم الردة لا يعتد به عندنا ، كالحجة التي جامع فيها .

١٠٣٣١ - قالوا : سقط فرض حجة الإسلام عن نفسه ، فلم يلزمه إعادتها ثانيًا ، أصله : إذا لم يرتد .

١٠٣٣٢ - قلنا : لا نسّلم أن الفرض يسقط ، بل هو مراعى عندنا ؛ لأن الردة تؤثر بعد الفراغ من العبادات ، كما تؤثر [٧] إذا تخللها . والمعنى [٨] فمن لم يرتد : أنه لا يلزمه تجديد الإسلام ، فلم يلزمه إعادة الحج ، ولما كان المرتد مأمورًا بفعل الإسلام لزمه الحج بعده بوجود الزاد والراحلة ، كما يلزمه في الإسلام الأول .

* * *

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٧٥ . (٣) في (م) ، (ع) : [ثمنه] .

(٤) السدّي : بضم السين المهملة وتشديد الدال المهملة ، لعله : إسماعيل بن عبد الرحمن بن أبي ذئب. وقيل : ابن أبي كريمة السدي الأعور ، أبو محمد ، حجازي الأصل ، سكن الكوفة ، صاحب التفسير ، تابعي ثقة مأمون ، أدرك جماعة من أصحاب النبي ﷺ ، توفي سنة سبع وعشرين ومائة في ولاية بني مروان. راجع ترجمته في : الأنساب (٢٣٨/٣ ، ٢٣٩) ، تقريب التهذيب (٧١/١ ، ٧٢) ، الترجمة (٥٣١) ، وانظر ما روي عن السدي وغيره في تفسير هذه الآية في : أحكام القرآن للجصاص » باب البيع » (٤٧٠/١) .

(٥) في (م) : [شاهدة] .

(٦) تقدم تخريجه في مسألة (٤٢٢) ، وتكرر ذكره في مسألة (٥١٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [يؤثر] .

(٨) قوله : [والمعنى] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٥٥٧

حكم من نذر هديًا

١٠٣٣٣ - قال أصحابنا : إذا نذر هديًا : لزمه شاة ، وإن أخرج جزورًا أو بقرة كان أفضل ، ولا يجزئ منه إلا ما يجزئ في الأضحية [(١)] .

١٠٣٣٤ - وهو قول الشافعي في الجديد .

١٠٣٣٥ - وقال في القديم والإملاء : يجب أى ماله : بيضة ، أو لقمة ، أو كف من طعام ، وهل يختص بمساكين الحرم ؟ ، فيه وجهان [(٢)] .

١٠٣٣٦ - لنا : أن النذور محمولة على أصولها في الفروض ، وقد ذكر اللّٰه تعالى الهدي في مواضع ، والمراد بجميعها الخيرات ، وكذلك النذور . وروى ابن عمران : « أن النبي ﷺ سئل عن الهدي ، فقال : أدناه شاة » [(٣)] .

١٠٣٣٧ - ولأنه حق [(٤)] وجب بلفظ الهدي المطلق ، فلا يجزئ فيه أقل من شاة ، كهدي المتعة والإحصار .

١٠٣٣٨ - ولأن ما لا يجزئ في الأضحية لا يجزئ في مطلق هدى الهدي ؛

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، « باب النذر » (٢/٤٩٠) ، المبسوط ، « باب النذر » (٤/١٣٦) ، بدائع الصنائع ، « فصل ثم الحج كما هو واجب بإيجاب اللّٰه تعالى » (٢/٢٢٤) ، فتح القدير مع الهداية ، « باب الهدي » (٣/٩٦١) ، البناية مع الهداية ، « باب الهدي » (٤/٤٤٣ ، ٤٤٤) ، حاشية ابن عابدين ، « باب الهدي » (٢/٢٥٥ ، ٢٥٦) .

(٢) قال الشيرازي في المهذب : « وإن أطلق الهدي ، ففيه قولان : قال في الإملاء والقديم : يهدي ما شاء » ، ثم قال : « وقال في الجديد : لا يجزئه إلا الجذعة من الضأن والثنية من المعز والإبل والبقر » ، قال النووي : « وهو الأصح » . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في « الهدي » (٢/٢١٦) ، مختصر المزني ، « باب الهدي » ص٧٣ ، حلية العلماء ، « باب النذر » (٣/٣٣٧ ، ٣٣٨ ، ٣٤٠) ، المجموع مع المهذب ، « باب النذر » (٨/٤٦٥ ، ٤٦٦ ، ٤٩٩ ، ٤٧٢) ، المدونة ، في « تفسير ما يجوز منه الأكل من الهدي بعد محلها أو قبل محلها إذا عطبت وما لا يجوز » (١/٣٠٨) ، الكافي لابن عبد البر ، « باب النذور » (١/٤٥٩) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الكتاب الثامن في الأيمان والنذور » ، « الباب الخامس في أحكام النذر » ص ١٦٥، الإفصاح ، (١/٣٠٤) ، المغني ، « باب الفدية وجزاء الصيد » ، و « باب النذور » (٣/٥٤٧ - ٩/١٨) . الكافي لابن قدامة ، « باب الهدي » ، و « باب النذر » (١/٤٦٩-٤/٤٢٣) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٥٢٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [هدي] ، مكان : [حق] .

أصله : الكلب [١] .

١٠٣٣٩ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « المبكر إلي الجمعة كالمهدي بدنة » [٢] ، إلى أن قال : « ثم كالمهدي بيضة » [٣] .

١٠٣٤٠ - قلنا : هذا هدي معتد به ، ومثله يجزئ في النذر ؛ لأنه لو قال : لله على أن أهدى بيضة أجزأه ، والكلام إذا أطلق .

* * *

(١) لفظ : [الكلب] ساقط من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [المسير] ، مكان : [المبكر] ، وفي (م) : [كالهدي] ، مكان : [كالمهدي] ، ولفظ : [بدنة] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) متفق عليه أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب الجمعة » ، « باب الاستماع إلى الخطبة » (١٦٥/١ ، ١٦٦) ، ومسلم بنحوه ، في الصحيح » كتاب الجمعة » ، « باب فضل التهجير يوم الجمعة » (٥٨٧/٢) ، الحديث (٨٥٠/٢٤) .

مسألة ٥٥٨

حكم إشعار البدن

١٠٣٤١ - قال أبو حنيفة : يكره الإشعار [١] .

١٠٣٤٢ - وقال الشافعي : هو سنة في سنامها الأيمن [٢] .

١٠٣٤٣ - لنا : نهيه عليه الصلاة والسلام عن تعذيب الحيوان ، وعن إيلام الحيوان [٣] . وروي [٤] أنه عليه [الصلاة] والسلام « نهى عن المثلة [٥] ، » وهو أن

(١) الإشعار : الإعلام ، والعلامة ، وإشعار البُدْنِ : هو أن يشق أحد جنبي سنام البدن حتى يسيل منها دم ، ليعلم أنه هدي. راجع في : المغرب ، مادة : « شعر » ص٢٥١ ، مختار الصحاح ص٣٣٩ ، النهاية « باب الشين مع العين » (٤٧٩/٢) ، المصباح المنير (٢٩٧/١) . قال الطحاوي في مختصره : « وكان أبو حنيفة يكره الإشعار ، وكان أبو يوسف ومحمد لا يريان به بأسًا ، وبه نأخذ » . راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، (٤٩٢/٢) ، الجامع الصغير ، « باب في تقليد البدن » ص١٤٩ ، مختصر الطحاوي ، « باب الإشعار » ص٧٣ ، المبسوط ، (١٣٨/٤) ، بدائع الصنائع ، « فصل : وأما بيان ما يصير به محرما » (١٦٢/٢ ، ١٦٣) ، البناية مع الهداية ، « باب الإحرام » (١٧٨/٤ ، ١٧٩) .

(٢) قال الشافعي في مختصر المزني : « وإن كان الهدي بدنة أو بقرة ، قلدها نعلين وأشعرها وضرب شقها الأيمن من موضع السنام بحديدة حتى يدميها ، وهي مستقبلة القبلة » . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، (٢١٦/٢) ، مختصر المزني ، ص٧٣ ، ٧٤ ، حلية العلماء ، « باب الهدي » (٣١٣/٣) ، المجموع مع المهذب ، « باب الهدي » (٣٥٧/٨ - ٣٦٠) ، المدونة ، « كتاب الحج الثاني » (٣٣٩/١) ، المنتقى ، في « العمل في الهدي حين يساق » (٣١٢/٢ ، ٣١٣) ، الكافي لابن عبد البر ، « باب الهدي » (٤٠٢/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب السابع في الفدية والنسك والهدي » ص١٣٣ ، بداية المجتهد ، في « القول في الهدي » (٣٩٢/١ ، ٣٩٣) ، الإفصاح ، (٣٠٢/١) ، المغني ، « باب الفدية وجزاء الصيد » (٥٤٩/٣ ، ٥٥٠) .

(٣) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الأدب » ، « باب في حق المملوك » (٦٨٦/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [وما روى] ، بزيادة : [ما] .

(٥) في (م) ، (ع) : [روى] ، مكان : [نهى] . روي حديث النهي عن المثلة من وجوه منها حديث المغيرة بن شعبة أخرجه أحمد في المسند ، في « حديث المغيره بن شعبة (رض) » (٢٤٦/٤) ، وحديث عبد الله بن يزيد الأنصاري أخرجه البخاري في الصحيح في « كتاب المظالم » ، « باب النهي بغير إذن صاحبه » (٧٢/٢) ، وأحمد في المسند (٢٠٧/٤) ، وحديث سمرة بن جندب أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الجهاد » ، « باب في النهي عن المثلة » (٥٤/٢) ، وحديث عمران بن حصين : أخرجه أحمد في المسند ، في « حديث عمران بن حصين » (٤٤٠/٤) ، وحديث ابن عمر : أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب الذبائح » ، « باب ما يكره من المثلة » (٣١٢/٣) ، والنسائي في السنن « كتاب الضحايا » في « النهي عن المجثمة » (٢٣٨/٧) .

يصنع بالحيوان ما يصير به [1] مثلًا .

١٠٣٤٤ – فإن قيل : النهي عن المثلة كان أولا ، وقد أشعر بعده .

١٠٣٤٥ – قلنا ، قال جابر : « ما خطبنا رسول الله ﷺ إلا نهانا فيها عن المثلة » [2] ، وقد خطب بعد حجة الوداع .

١٠٣٤٦ – ولأن ما لا يجوز [3] أن يفعل بالحيوان قبل الإحرام لم يجز فيه ، كقطع الأعضاء .

١٠٣٤٧ – ولأن الإحرام ما يبني في تحريم ما كان مباحًا ، فأما أن يبيح ما كان محظورًا قبله ؛ فلا .

١٠٣٤٨ – ولأنها إيلام [4] لا يسن في الأضحية ؛ أصله : الجرح في غير سنام [5] .

١٠٣٤٩ – احتجوا : بحديث ابن عباس ، » أن النبي ﷺ صلى الظهر بذي الحليفة ، ثم دعا ببدنة [6] فأشعرها في صفحة سنامها الأيمن ، ثم سلب الدم [7] عنها بيديه وقلدها » [8] .

١٠٣٥٠ – قلنا : خبرنا [9] عموم متفق على استعماله ، وهذا خصوص مختلف في استعماله ، فكان أولى [10] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ما لا يصير] ، مكان : [ما يصير به] .
(٢) لم نعثر علي هذا الحديث من وجه جابر وقد أخرجه أحمد من حديث عمران بن حصين ، بنحو هذا اللفظ ، في المسند ، في « حديث عمران بن حصين (رض) » (٤/٤٢٩ ، ٤٣٦) ، والدارمي في السنن « كتاب الزكاة » ، « باب الحث على الصدقة » (١/٣٩٠) .
(٣) في (م) ، (ع) : [ما يجوز] ، بحذف : [لا] .
(٤) لفظ : [إيلام] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [ولأنما] ، مكان : [ولأنها] .
(٥) في (م) ، (ع) : [الخروج من غير السنام] .
(٦) في (م) : [بيديه] .
(٧) في (م) : [الذم] ، بالذال المعجمة ، وهو تصحيف .
(٨) أخرجه مسلم في الصحيح « كتاب الحج » ، « باب تقليد الهدي وإشعاره عند الإحرام » (٢/٩١٢) ، الحديث (٢٠٥/١٢٤٣) ، وأبو داود في السنن « كتاب المناسك » ، « باب في الإشعار » (١/٤٤٣) ، والترمذي في السنن « كتاب الحج » ، « باب من جاء في إشعار البدن » (٣/٢٤٠) ، الحديث (٩٠٦) ، والنسائي في السنن « كتاب مناسك الحج » ، « باب سلت الدم عن البدن » (٥/١٧٠ ، ١٧١)
(٩) في (م) ، (ع) : [قلت] ، مكان : [قلنا] ، وفي (م) : [أخبرنا] ، مكان : [خبرنا] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يختلف] ، مكان : [مختلف] ، وفي (م) : [وكان] ، مكان : [فكان] ، وقوله : [فكان أولى] ساقط من (ع) . يعني : [فكان الأخذ بخبرنا أولى] .

١٠٣٥١ - ولأن معنا قولا ، ومعهم فعل ، ومعنا نهي ، ومعهم إباحة .

١٠٣٥٢ - ولأنه يحتمل أن يكون فعل ذلك لعارض عرض لها فاستصلحها .

١٠٣٥٣ - ولا يقال : لو كان كذلك لنزعها في صدرها ؛ لأن مصالح الحيوان في ذلك مختلفة (١) .

١٠٣٥٤ - ولا يقال : لو كان كذلك لم يتوله (٢) بيده ، وإنما تولاه لأنه نسك .

١٠٣٥٥ - قلنا : واستصلاح النذر قربة ، فيجوز .

١٠٣٥٦ - وقد قيل : إن الإشعار كان من علامات الجاهلية في البُدن ، فَفِعْل ذلك (٣) ليعرفوها ، والآن قد قام التقليد مقامه .

١٠٣٥٧ - وقد قيل : إن أبا حنيفة رأى الناس يتجاوزون فيه الحد ولا يتعاهدون البدن فنقص ، فمنع منه (٤) ، كما منع محمد عن الطيب لما رأى منه شيئًا شنعًا (٥) .

١٠٣٥٨ - قالوا : روى الإشعار عن ابن عمر [وأبي بن كعب] (٦) ، ولا مخالف لهما .

١٠٣٥٩ - قلنا : روى الأسود عن عائشة أنها قالت : « إن شئت فأشعر ، وإن شئت فلا » (٧) . وروى عطاء عن ابن عباس ، قال : من شاء قلد ، ومن شاء لم يقلد ، ومن شاء أشعر ، ومن شاء لم يشعر (٨) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [مصالحة الحيران في ذلك مختلف] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [لم يتولاها] .

(٣) لفظ : [ذلك] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لمنع فيه] ، مكان : [فمنع منه] .

(٥) في (م) : [سبعا] ، وفي (ع) : [بشعا] ، الشناعة : [القبح] ، يعني : [شيئًا قبيحًا] .

(٦) ما بين المعكوفتين بياض في (ص) ، ولعل الساقط هو : [أبي بن كعب] كما أثبتناه مما ذكره ابن حزم في المحلي (١٠٤/٥) المسألة (٨٣٣) ، وأثر ابن عمر (ﷺ) أخرجه مالك في الموطأ « كتاب الحج » ، « باب العمل في الهدي حين يساق » (٣٧٩/١) ، الأثر (١٤٥ ، ١٤٦) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الحج » ، « باب الاختيار في التقليد وإشعار » (٢٣٢/٥) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الحج » ، « في الإشعار أواجب هو أم لا ، » (٢٥٣/٤) ، الأثر (٦) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الحج » في الأشعار أواجب هو أم لا (٢٥٣/٤) ، الأثر (٥) وابن حزم في المحلي « كتاب الحج » (١٠٢/٥) ، المسألة (٨٣٣) .

(٨) أثر ابن عباس (ﷺ) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الحج » في « الأشعار أوجب هو أم لا (٢٥٣/٤) ، الأثر (١٠) ، وابن حزم في المحلي (١٠٢/٥) .

١٠٣٦٠ - قالوا : روى الإشعار عن ابن عمر ، وهذا فعل [١] لغرض صحيح ، وهو العلامة ، كما ذكرنا [٢] .

١٠٣٦١ - قلنا : لكن يقوم [٣] غيره مقامه ، والتقليد .

١٠٣٦٢ - [قالوا : التقليد يذهب بحل القلادة ويسقط .

١٠٣٦٣ - قلنا : بل التقليد أثبت] [٤] ؛ لأن الدم يذهب أثره ، والقلادة تبقى [٥] بحالها .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [قالوا روى الإشعار عن ابن عمر هذا فعل] ، وفي (ص) : [قالوا هذا الفعل] والمثبت من جميع ذلك .

(٢) في (م) ، (ع) : [ذكر] ، مكان : [ذكرنا] .

(٣) في (ع) : [يقوم] ، مكان : [لا يقوم] .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهانش .

(٥) في (م) : [يبقي] .

مسألة ٥٥٩

تقليد الغنم

١٠٣٦٤ - قال أصحابنا : تقليد الغنم ليس بسنة [١] .

١٠٣٦٥ - وقال الشافعي : سنة [٢] ، لما روت عائشة : « أن النبي ﷺ أهدى مرة غنمًا مقلدًا » [٣] .

١٠٣٦٦ - قلنا : لو كان سنة لقلدها أبدًا .

١٠٣٦٧ - فإن قيل : النبي ﷺ [٤] كان يهدي الإبل [٥] ، فقولها : أهدى مرة ، أي لم يهد الغنم إلا مرة ، ليس أنه لم يقلده إلا مرة .

١٠٣٦٨ - قلنا : قد كان يهدي الإبل ، ويهدي معها البقر [٦] والغنم .

١٠٣٦٩ - ولأنه هدي لا يصير بتقليده محرمًا ؛ فلا يسن تقليده بحجر الصيد .

١٠٣٧٠ - ولأن التقليد علامة للهدي لكلٍّ [إذا ضل عرفه [٧] ، والغنم ليس من عادتها التغرب ، فلا معنى / لتقليدها .

٢٣

---

(١) القلادة : ما يضع في العنق من حلي ونحوه ، تكون للإنسان وللحيوانات الأليفة ، يقال : قلدت المرأة تقليدًا ، أي : وضعت القلادة في عنقها ، ومنه : تقليد الهدي ، وهو أن يعلق بعنق البعير قطعة جلد ، أو فردة نعل ، كعلامة يعلم بها أنه هدي ، فيكف الناس عنه. راجع في : المغرب ، « القاف مع اللام » ص٣٩١ ، لسان العرب ، مادة : « قلد » (٣٧١٨/٥) ، المصباح المنير (٤٨٧/٢) وراجع المسألة في : الأصل ، (٤٩١/٢) ، المبسوط ، (١٣٧/٤) ، بدائع الصنائع ، (١٦٢/٢) ، البناية مع الهداية ، (١٧٩/٤ ، ١٨٠) ، مجمع الأنهر ، « كتاب الحج » (٢٨٦/١) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، (٢١٦/٢) ، مختصر المزني ، ص٧٤ ، المجموع مع المهذب ، (٣٥٧/٨ ، ٣٥٨ ، ٣٦٠) ، المدونة (٣٣٩/١) ، المنتقى (٣١٢/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٤٠٢/١) ، بداية المجتهد (٣٩٢/١) ، قوانين الأحكام الشرعية ص١٣٣ ، الإفصاح (٣٠٢/١) ، المغني (٥٤٩/٣) .

(٣) سيأتي تخريجه في هذه المسألة .

(٤) في (م) ، (ع) : [النبي ﷺ] ، مكان المثبت .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب المناسك » ، « باب في الهدي » (٤٤٢/١) ، ومالك في الموطأ « كتاب الحج » ، « باب ما يجوز من الهدي » (٣٧٧/١) ، الحديث (١٣٨) .

(٦) أخرجه مسلم في الصحيح » ، « باب الاشتراك في الهدي » (٩٥٦/٢) ، الحديث (١٣١٩/٣٥٧) .

(٧) في (ص) : [لكل] ، وفي (م) : [لكن] ، مكان : [لكي] ، وفي (ص) : [عرفت] ، مكان : [عرفه] .

١٠٣٧١ - ولأن ما لا يسن فيه التحليل [١] لا يسن فيه التقليد ، أصله : الدم الذي يجب بالوطء .

١٠٣٧٢ - احتجوا : بما روى إبراهيم عن الأسود ، عن عائشة [٢] : أن رسول الله ﷺ أهدى غنمًا مقلدة [٣] . وروى : « أنها قالت : كنت أفتل [٤] قلائد هدي رسول الله ﷺ من الغنم بيدي » [٥] . روى جابر : « أنه كان في هدايا النبي عليه الصلاة والسلام غنم مقلدة » [٦] . وقال عطاء : « أشهد أني رأيت العرب تهدي الغنم مقلدة ، والناس متواترون ، ولا ينكر ذلك أحد » [٧] .

١٠٣٧٣ - قلنا : أما تقليد النبي ﷺ [٨] للغنم ، فيجوز أن يكون ليسهل سوقها ، لا على وجه العلامة .

١٠٣٧٤ - ولأن عائشة روت أنه فعل ذلك مرة ، ولو كان سنة لداوم عليه .

١٠٣٧٥ - ولأنا لا ننكر فعله ، وإنما نمنع أن يكون سنة كسنة تقليد الإبل .

١٠٣٧٦ - والذي ذكر عن عطاء : أن العرب كانت تفعله ولا ينكره الناس ، فليس بأمر منكر عندنا ، وإنما هو جائز إلا أنه ليس من [٩] السنة ، كالسنة في الإبل ، فترك

---

(١) في (م) ، (ع) : [التجليد] .

(٢) قوله : [عن عائشة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) أخرجه البخاري بمعناه ، في الصحيح « كتاب الحج » ، « باب تقليد الغنم » (٢٩٥/١) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الحج » ، « باب بعث الهدي إلى الحرم » (٩٥٨/٢) ، الحديث (١٣٢١/٣٦٧) ، وأبو داود في السنن « كتاب المناسك » ، « باب الإشعار » (٤٤٣/١) ، والنسائي ، في السنن « كتاب مناسك الحج » في « تقليد الغنم » (١٧٣/٥) ، وابن ماجه في السنن « كتاب المناسك » ، « باب تقليد الغنم » (١٠٣٤/٢) ، الحديث (٣٠٩٦) .

(٤) في (م) ، (ع) : [اقبل] بالقاف ، والباء ، وهو تصحيف ، والفتل : لي الشئ ، ومنه : فتل الحبل وغيره فتلا : لواه وبرمه . راجع في لسان العرب ، مادة (فتل) (٣٣٤٣/٥ ، ٣٣٤٤) ، المعجم الوسيط (٦٧٩/٢) .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب الحج » « باب تقليد الغنم » (٢٩٥/١) ومسلم في الصحيح ، « كتاب الحج » ، « باب بعث الهدي إلي الحرم » (٩٥٧/٢ ، ٩٥٨) ، الحديث (٣٦١ ، ١٣٢١/٣٦٥) .

(٦) في (م) ، (ع) : [غنمًا] بالنصب . لم نقف علي هذا الحديث .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في الباب السابق (٢١٩/٤) ، ومثله ابن حزم في المحلى بالآثار ، « كتاب الحج » (١٠٣/٥) ، المسألة (٨٣٣)

(٨) في (م) ، (ع) : [إنما تقليد النبي عليه السلام] ، مكان المثبت

(٩) أداة الجر ساقطة من (م) ، (ع) .

النكير [١] لأمر جائز لا دلالة له فيه .

١٠٣٧٧ - قالوا : نوع هدي كالإبل .

١٠٣٧٨ - قلنا : المعني في الإبل [٢] : أنها تنفر وتند من البادية [٣] ، فاحتاجت إلى علامة ، وهذا المعنى لا يوجد في الغنم .

١٠٣٧٩ - ولأن الإبل سن فيها التحليل ، ولم يسن في [٤] الغنم ، وعند مخالفنا : سن [٥] فيها الإشعار ، ولم يسن ذلك في الغنم ، فدل [٦] على افتراقهما .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [من الإبل] ، مكان : [في الإبل] ، وفي (م) : [النكر] ، مكان : [النكير] .
(٢) في (م) ، (ع) : [من الإبل] .
(٣) في سائر النسخ : [النادة] ، مكان : [البادية] ، ولعل الصواب ما أثبتنا.
(٤) في (ص) : [ممن] ، مكان : [في] .
(٥) في (ص) : [يسن] .
(٦) قوله : [فدل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٥٦٠

الاشتراك في البدنة

١٠٣٨٠ – قال أصحابنا : إذا اشتركوا في البدنة ، وأحدهم يريد اللحم : لم يُجْزِئ للباقين عن الفدية (١) .

١٠٣٨١ – وقال الشافعي : يجزيهم (٢) .

١٠٣٨٢ – لنا : أن كون الذبيحة للَّحم (٣) عبارة عن بطلان القربة في المشروع ، بدلالة : قوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي بردة بن نيار (٤) « تلك شاة لحم ، أعِدْ أضحيتك » (٥) ، وأبطل القربة منها وسماها لحمًا ، وبطلان القربة في ذبح البدنة يمنع من جوازها .

١٠٣٨٣ – ولأن إتلاف الروح في حق الآدمي إذا اجتمع فيه الأدنى والأعلى فالحكم للأدنى أصله : المجوسي والمسلم إذا اجتمعا في الذبح ، والخاطئ والعامد في القتل .

١٠٣٨٤ – ولأنه دم لم يقع بعضه عن القربة فلم يقع باقيه عنها ، كالمجوسي والمسلم إذا اجتمعا في الذبح .

١٠٣٨٥ – احتجوا : بأن كل ما جاز للسبعة الاشتراك فيه إذا كانوا مفترقين جاز وإن

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : الأصل (٤٩٧/٢) ، متن القدوري ، « باب الهدي » ص٣٢ ، المبسوط (١٣١/٤ ، ١٣٢ ، ١٤٤) ، فتح القدير ، « باب الهدي » (١٦٨/٣) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في المجموع ، « باب ما يجب في محظورات الإحرام من كفارة وغيرها » (٥٠٢/٧) ، فتح العزيز ، في « الباب الثاني في الدماء » ، بذيل المجموع (٦٥/٨ ، ٦٦) . المدونة ، في « الشركة في الهدي والضحايا » (٣٤٨/١) ، الكافي لابن عبد البر ، (٤٠٤/١) . الإفصاح ، (٣٠٣/١) ، المغني ، (٥٥٢/٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [للذبحة] ، مكان : [الذبيحة] ، وقوله : [للحم] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في جميع النسخ : [أبي بردة بن تراب] ، والمثبت من كتب الحديث .

(٥) هذا جزء من حديث البراء بن عازب (ﷺ) ، أخرجه البخاري مطولا في الصحيح ، في « العيدين » ، « باب كلام الإمام والناس في خطبة العيد » (١٧٥/١) ، ومسلم نحوه ، في الصحيح « كتاب الأضاحي » ، « باب وقتها » (١٥٥٢/٣) ، الحديث (٤ ، ١٩٦١/٥) ، وأبو داود في السنن « كتاب الضحايا » ، « باب ما يجوز في الضحايا من السن » (٩٦/٢) ، والنسائي ، في السنن ، « كتاب الضحايا » ، في « ذبح الضحية قبل الإمام » (٢٢٣/٧) .

كان بعضهم غير متفرق ، كسبعة من الغنم .

١٠٣٨٦ - قلنا : الغنم إذا وقع فيها الاشتراك لم تجزئ [١] عن الهدي بحال ، سواء أرادوا جميعًا القربة أو بعضهم ، فإن كانوا يريدون إذا ذبح كل واحد [٢] شاة ، فذلك ليس باشتراك ، وكل واحد حكمه [٣] معتبر بنفسه ، وإنما الاشتراك يحصل في البدنة ، والقربة تقع [٤] فيها بفعل واحد وهو الذبح ، فإذا بطل معنى القربة من وجه بطلت في الباقي ؛ لأنها لا تتبعض .

١٠٣٨٧ - قالوا : « إرادة بعضهم اللحم » ليس فيه أكثر من أن [٥] اختلاف النية غير مؤثر ، إذ المقصود في الجميع [٦] لله تعالى ، ويصير ذلك كالحرمة الواحدة ، وإنما المؤثر عندنا بطلان معنى القربة في الذبح ؛ فيؤثر في الباقي ، كما يؤثر إذا اجتمع المخطئ والعامد .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [الشركة لم يجز] ، مكان المثبت .
(٢) في (م) ، (ع) : [كل واحد منهم] ، بزيادة : [منهم] .
(٣) في (م) ، (ع) : [كل واحد منهم] ، بزيادة : [منهم] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يقع] .
(٥) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٦) في (م) : [مؤثرا] بالنصب ، وفي (م) ، (ع) : [الجمع] ، مكان : [الجميع] .

مسألة ٥٦١

الأكل من دم المتعة والقران

١٠٣٨٨ - قال أصحابنا : يجوز الأكل من دم المتعة والقران (١) .

١٠٣٨٩ - وقال الشافعي : لا يجوز الأكل منهما (٢) ، ولا من البدن المتعلق بشرط ، و (٣) في البدن المطلق وجهان .

١٠٣٩٠ - قالوا : وإن أكل من لحم هَدْي المتعة فالذي يلزمه فيه ثلاثة أوجه . أحدها : عليه قيمته ، والثاني : عليه مثله لحمًا ، والثالث : يشارك غيره في جزء من بدنة أو شاة (٤) .

١٠٣٩١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ ﴾ (٥) ، والدم الذي يترتب عليه (٦) قضاء التفث هو دم المتعة والقران .

(١) راجع تفصيل المسألة في : الأصل ، « باب الحلق » (٤٣٤/٢) ، المبسوط ، « باب الحلق » ، (٧٦/٤ ، ١٤١) ، تحفة الفقهاء ، « باب الإحرام » (٤١٢/١) ، بدائع الصنائع ، « فصل : وأما بيان ما يجب على المتمتع والقارن » ، و « فصل ثم الحج كما هو واجب بإيجاب اللّٰه » (١٧٤/٢ ، ٢٢٦) ، متن القدوري ، الباب السابق ، ص٣٢ ، ٣٣، فتح القدير مع الهداية ، الباب السابق (١٦١/٣ ، ١٦٢) ، البناية مع الهداية ، « باب الهدي » (٤٤٥/٤) ، الاختيار ، « باب الهدي » (١٧٣/١) ، مجمع الأنهر « باب الهدي » (٣١٠/١) .

(٢) في (ص) : [منها] .

(٣) الزيادة لمقتضى السياق ، ولاستقامة المعنى .

(٤) قال الشافعي في الأم : « والهدي هديان : واجب ، وتطوع ، فكل ما كان أصله واجبًا علي إنسان ليس له حبسه ، فلا يأكل منه شيئًا ، وذلك مثل : هدي الفساد والطيب وجزاء الصيد والنذر والمتعة ، وإن أكل من هدي الواجب تصدق بقيمة ما أكل منه . وكل ما أصله تطوعًا مثل : الضحايا والهدايا تطوعًا ، أكل منه وأطعم وأهدي وادخر وتصدق » . العنوان السابق (٢١٧/٢) ، مختصر المزني ، الباب السابق ص٧٤ ، حلية العلماء ، « باب الهدي » (٣١٤/٣) . المدونة ، في « تفسير ما يجوز منه الأكل من الهدي بعد محلها أو قبل محلها إذا عطبت وما يجوز » ، وفي « كتاب الحج الثاني » (٣٠٦/١ ، ٣٣٧) ، المنتقي ، في « العمل في الهدي إذا عطب أو ضل » (٣١٨/٢) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٠٣/١) ، بداية المجتهد ، العنوان السابق (٣٩٥/١) ، الإفصاح ، الباب السابق (٣٠٣/١ ، ٣٠٤) ، المغني ، الباب السابق (٥٤١/٣ ، ٥٤٢) ، الكافي لابن قدامه ، « باب الهدي » (٤٦٨/١) .

(٥) في سائر النسخ : [فإذا وجبت جنوبها فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير] ، وهذا تحريف ، الصواب ما أثبتنا من سورة الحج ، الآية (٦٣) ، وبلفظ : « البائس الفقير » آية أخري ، وهي قوله تعالى : ﴿ لِيَشْهَدُوا مَنَافِعَ لَهُمْ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ عَلَى مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ ﴾ ، الآية (٢٨) من نفس السورة . لعله التبس على المصنف ، أو على النساخ لفظ الآيتين ، فجاء النص المذكور على هذا النحو .

(٦) في (م) ، (ع) : [عليها] .

١٠٣٩٢ - فإن قيل : المراد به : التطوع ، بدلالة : قوله تعالى ﴿ وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم ﴾ (١) .

١٠٣٩٣ - قلنا : هي لنا بمعنى استحقاقنا للثواب بها وإن كانت علينا (٢) .

١٠٣٩٤ - قالوا : قوله : فكلوا أمر ، وأقل أحواله أن يحمل علي الندب ، وليس بمندوب إلي الأكل إلا من التطوع .

١٠٣٩٥ - قلنا : هو مندوب إلي الأكل من دم المتعة والأضحية والتطوع ؛ ولأنا قد دللنا علي أن النبي ﷺ كان قارنًا ونحر البدن ، وأمر عليًا (٣) : يأخذ من كل بدنة بضعة (٤) فأكل عليه الصلاة والسلام من لحمها وحسا من مرقها (٥) .

١٠٣٩٦ - ولا يقال : بأن الواجب سبع بدنة ، والباقي (٦) تطوع ، فقد أكل من التطوع ، وذلك لأن الواجب شاة ، وإذا أخرج بدنة فقد تطوع بالإحرام ، ووقع الجميع عن الواجب ، كمن أحرم ، وكمن أخرج في الزكاة جذعة عن حقة علي قولهم ، وكمن أخرج شاة سمينة عن شاة وسط . ولأنا لو سلمنا لهم ما قالوه ؛ فالتطوع (٧) مختلط بالواجب ، فلو لم يكن الأكل من الواجب لم يأكل من الجميع ؛ لأن ما لا يجوز غير متميز لا يجوز من الجانب . ولأنه دم لم يجب بإيجابه ولا بأمر الإحرام جنسه ، فجاز الأكل منه ، كالأضحية . ولأن من جاز له أكل الأضحية جاز له أكل دم المتعة ، كالفقير وزوجته (٨) .

١٠٣٩٧ - احتجوا : بأنه دم وجب بحرمة الإحرام ، أو دم واجب فصار كفدية الأذى .

١٠٣٩٨ - قلنا : المعني فيه : أنه وجب لارتكاب أمر لا يباح من غير عذر (٩) ،

---

(١) سورة الحج : الآية ٣٦ .
(٢) في (م) : [علتنا] .
(٣) لفظ : [عليًا] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [نصفه] ، مكان : [بضعة] .
(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٤٢٣) ومن قوله : [نحر البدن] إلي آخره ، أخرجه مسلم في الصحيح « كتاب الحج » ، « باب حجة النبي ﷺ » (٨٩٢/٢) ، الحديث (١٢١٨/١٤٧) ، وأبو داود ، في السنن « كتاب المناسك » ، « باب صفة حجة النبي ﷺ » (٤٨٢/١) ، والدارمي ، في السنن « كتاب المناسك » ، « باب في سنة الحاج » (٤٩/٢) .
(٦) في (م) ، (ع) : [والثاني] ، مكان : [والباقي] .
(٧) في (ص) : [لتطوع] ، مكان : [فالتطوع] .
(٨) في (م) ، (ع) : [وكزوجته] .
(٩) في (ص) ، (م) : [عدمه] ، مكان : [عذر] .

وليس كذلك دم المتعة ؛ لأنه لم يجب بإيجابه ولارتكاب أمر حَظَرَ الإحرام جنسَه . قالوا : هدي له بدل ، أو هو كصوم لحجْر الصيد .

١٠٣٩٩ – قلنا : المعني فيه : أنه وجب على طريق العوض عن المقتول ، فلم يجز له الانتفاع به . وفي مسألتنا : دم لم يجب بإيجابه ولارتكاب ما حظر الإحرام جنسه .

١٠٤٠٠ – قالوا : تكفير ، ولا يجوز الأكل منه [١] ، كالإطعام . قلنا : لا نسلم أنه تكفير ؛ لأنه عندنا دم نسك ، فالتمتع فضيلة [٢] ولا يجب بفعلها كفارة .

* * *

(١) قوله : [الأكل منه] ساقط من صلب (ص) واستدركه في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [كالمتمتع فصله] ، مكان المثبت .

مسألة ٥٦٢

حكم بيع الهدى المعيَّن

١٠٤٠١ - قال أبو حنيفة : إذا أوجب هديًا معينًا جاز له بيعه ويكره [١] .

١٠٤٠٢ - وقال الشافعي : زال ملكه عنه ولا يجوز بيعه [٢] .

١٠٤٠٣ - لنا : ما روي : « أن النبي ﷺ ساق الهدي ، فلما أحصر جعلها للأنصار » [٣] ، ومعلوم أنه ساقها تطوعًا ، ثم صرفها إلي غير ذلك ، فلولا أنها باقية علي ملكه ، ويجوز تصرفه فيها [٤] لم يجز ذلك . ولأنه حق اللَّه تعالى تعلق بالغير ، فلا يزيل الملك ما لم يتدبر كالتدبير . ولأنه عينه ليقيمه [٥] مقام فرض في ذمته فلا يزول ملكه بالتعيين ، كما لو قال : للَّه على أن أعتق هذا العبد في كفارة يميني ؛ ولأنه حيوان جعله هديًا ، فجاز بيعه ، كما لو ساقه للنافلة .

١٠٤٠٤ - احتجوا : بما روي سالم بن عبد اللَّه بن عمر ، عن أبيه « أن عمر بن الخطاب قال : يا رسول اللَّه ، إني أهديت بختيًا وأعطيت به ثلاثمائة دينار ، أفأبيعه وأشتري مكانه ؟ قال : لا ، انحره » [٦] .

١٠٤٠٥ - قالوا : ومعلوم أن البخت يقصد به الركوب ، ولحم البدن أنفع للمساكين منه ، ومع هذا أمره النبي ﷺ بنحره .

١٠٤٠٦ - قلنا : عندنا يكره له فسخ التعيين وإقامه غيره مقامه ، فمنعه الشرع من ذلك لأجل الكراهة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بيعها] ، مكان : [بيعه] . راجع المسألة في مختصر الطحاوي باب حكم المتمتع في سياقته الهدي عند إحرامه وفي تركه سياقته » ص٧٤ .

(٢) حلية العلماء ، الباب السابق (٣١٤/٣) ، المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٣٦٢/٨ ، ٣٦٤ ، ٣٦٧ ، ٣٦٨) . راجع المسألة في الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٤٠٢/١) . الإفصاح ، الباب السابق (٣٠٤/١) ، المغني ، الباب السابق (٥٣٩/٣) ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق (٤٦٧/١) .

(٣) لم يُعثر علي هذا الحديث بعد .

(٤) في (ص) : [تصرفها] ، مكان : [تصرفه فيها] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لقيمة] .

(٦) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب المناسك » ، « باب تبديل الهدي » (٤٤٣/١ ، ٤٤٤) والبيهقي في الكبري « كتاب الحج » ، « باب لا يبدل ما أوجبه من الهدايا بكلامه بخير ولا شر منه » (٢٤١/٥ ، ٢٤٢) .

١٠٤٠٧ – قالوا : اعتبر نذر [١] إخراجها علي وجه القربة ، فإذا ألزم النذر لم يجز البيع . أصله : إذ نذر عتق عبد بعينه .

١٠٤٠٨ – قلنا : لا نسلم ؛ لأنه ممنوع من بيعه ، فإن باعه جاز ، كما أنه ممنوع من بيع الهدي ، فإن باعه جاز .

١٠٤٠٩ – قالوا : الهدى معني يحصل بها السراية من الأم إلى الولد ، فوجب إذا صح أن يمنع البيع ، كالاستيلاد .

١٠٤١٠ – قلنا : لا نسلم أن الهدي يسري إلى الولد ، ولهذا لا يجب عن الولد ، وإنما يتصدق به ؛ لأنه متعلق بها بجلالها وقلادتها . والمعني في الاستيلاد : أنه حق ، ومتى تعلق برقبتها واستقر منع البيع كالرهن . وفي مسألتنا : حق اللّٰه [٢] تعالى تعلق بالرؤية ، وإذا تم لم يمنع المبيع ، كمن نذر أن يتصدق بما يعينه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [بدو] ، مكان : [نذر] .
(٢) في (م) ، (ع) : [حق للّٰه] .

مسألة ٥٦٣

حكم عمرة القارن إذا وقف بعرفة قبل الطواف

١٠٤١١ - قال أصحابنا : إذا وقف القارن بعرفة قبل أن يطوف للعمرة صار رافضًا [١] .

١٠٤١٢ - وقال الشافعي : لا يصير رافضًا ، ويطوف لها طوافًا واحدًا [٢] .

١٠٤١٣ - لنا : ما روي أن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لما دخلت مكة حاضت ، وأمرها النبي ﷺ بالرفض » [٣] ، فلو جاز بقاء أفعال العمرة مع الوقوف لم يكن لأمرها بالرفض معني ، ولا يجوز أن يحمل ذلك علي تأخير الأفعال لَـما دَلَلْنا عليه فيما مضي .

١٠٤١٤ - فإن قيل : عندكم تصير [٤] رافضة بالوقوف ، فَلِمَ أمرها بتعجيل الرفض ؟ .

١٠٤١٥ - قلنا : حتي لا يقع رفض لعبادة [٥] أخرى ، فيوجب نقصًا في الوقوف . لأنه يقع [٦] بغير ما وضع له . ولا يجوز له الحلق يوم النحر ، وكل من جوز [٧] له الحلق من غير عذر لم يكن ماضيًا في العمرة ، كمن طاف . ولأن الوقوف ركن من أركان الحج ، فإذا أتي به القارن قبل أن يفرد [٨] العمرة بطواف لم يبق للعمرة . أصله : طواف

(١) قال الطحاوي في مختصره : « وإذا توجه القارن إلي عرفة قبل أن يطوف لعمرته ، فإن أبا حنيفة كان يقول : قد صار بذلك رافضًا لعمرته حين توجه إلي عرفة ، وعليه لرفضه دم ، وعمرة مكانها ، ويمضي في حجته. وقال أبو يوسف ومحمد : لا يكون رافضًا لعمرته حتي يقف بعرفة لحجته بعد زوال الشمس ، وبه نأخذ » . راجع تفصيل المسألة في الأصل ، « باب الخروج إلي مني » (٤١٦/٢) ، مختصر الطحاوي ، « باب ذكر الحج » ص٦٦ ، المبسوط ، « باب الخروج إلي مني » (٥٦/٤) ، متن القدوري ، « باب القران » ص٢٩ ، بدائع الصنائع ، « فصل : وأما بيان ما يحرم به » (١٦٧/٢ ، ٨/١٦) ، فتح القدير مع الهداية وبذيلة العناية ، « باب القران » (٥٣٢/٢ ، ٥٣٣) ، البناية مع الهداية ، « باب القران » (٢٠٤/٤-٢٠٦) ، الاختيار ، « باب القران » (١٦٠/١ ، ١٦١) ، مجمع الأنهر ، « باب القران والتمتع » و « باب إضافة الإحرام إلي الإحرام » (٢٨٩/١ ، ٣٠٥) ، حاشية ابن عابدين ، « باب القران » (١٩٩/٢) .

(٢) المدونة (٢٩٨/١) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٥٠٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يصير] .

(٥) في (ص) ، (م) : [العبادة] .

(٦) قوله : [لأنه يقع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [حرر] ، مكان : [جوز] .

(٨) في (م) : [أن ينفرد] .

الزيارة والسعي . ولأنه جمع بين إحرامين ، فإذا وقف بعرفة لم يكن ماضيًا فيهما ، كمن أحرم بحجتين .

١٠٤١٦ - احتجوا : بأن الوقوف فعل من أفعال الحج أو نسك لا يتم الحج إلا به ، فوجب أن لا يتعلق به رفض العمرة قياسًا على الإحرام .

١٠٤١٧ - قلنا : الإحرام إذا فعله فقد فعل ما لا يمنع لأن إدخال الحج علي إحرام العمرة غير ممنوع منه ، فلم يصر بذلك رافضًا . وأما الوقوف فهو [1] فعله قبل الطواف / ١/أ فصارت [2] العمرة داخلة علي الحجة ، ومضافة إليها ، وهذا معني ممنوع منه ، فجاز أن يقع به الرفض .

١٠٤١٨ - قالوا : عبادة لا تبطل [3] بفعل محظوراتها ، ولا تبطل [4] بفعل نسك فيها قياسا علي الحج .

١٠٤١٩ - قلنا : النسك الذي يفعله في الحج إن كان من جملة أفعالها فأفعال العبادة لا تنافيها . وإن كان من أفعال العمرة فلا يخلو أن يكون قبل أن يأتي بعمل الحج أو بعد العمل ، فإن كان قبل العمل لم يصر رافضًا ؛ لأنه يقدم [5] أفعال العمرة ويتبعها الحج ، وذلك غير ممنوع منه . وإن كان بعد أن عمل للحج عملًا ، فإنه منهي عن أعمال [6] العمرة ، فيصير رافضًا [7] للعمرة ، كما يصير رافضًا في مسألتنا . والله أعلم [8] .

* * *

(١) في (ص) ، (م) : [فهي] .

(٢) في جميع النسخ : [صارت] بدون الفاء ، الأصوب ما أثبتنا .

(٣) في (م) : [لا يبطل] .

(٤) في (م) : [لا يبطل] .

(٥) في (ع) : [تقدم] .

(٦) في (ع) : [أفعال] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ناقصًا] .

(٨) قوله : [والله أعلم] ساقط من (م) ، (ع) .

فهرس المجلد الرابع

الموضوع الصفحة

كتاب الحج

* * *

موسوعة

القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري

(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج

أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد

أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

المجلد الخامس

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى
١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م
تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عمر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

القاهرة - جمهورية مصر العربية
الإدارة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)
بريديًا : ص.ب ١٦١ الغورية الرمز البريدي ١١٦٣٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب البيوع

مسألة [١] ٥٦٤

بيع وشراء ما لم يره

١٠٤٢٠ - قال أصحابنا : إذا باع ما لم يره أو اشترى ما لم يره ، فالبيع جائز ، وللمشتري الخيار إذا رآه . وأما البائع فهل [٢] له الخيار ، فيه روايتان [٣] .

١٠٤٢١ - وقال الشافعي [٤] : إذا قال : بعتك ما في كمي ، أو ما في البيت ، فالبيع فاسد قولًا واحدًا . وإن ذكر الجنس والصفة ، وقال : بعتك عبدي الرومي ، ففيها قولان : قال في القديم ، والصلح ، والصرف [٥] ، والإملاء : جائز ، وقال في الأم والبويطي : باطل .

١٠٤٢٢ - واتفق أصحابه [٦] إذا شاهده البائع دون المشتري أنه على قولين : وأما إذا شاهده المشتري دون البائع ، أو لم يشاهده واحد منهما ، فمنهم من قال : باطل قولًا واحدًا ، ومنهم من قال علي قولين . وأما إذا ذكر جنس المبيع وصفته جاز العقد في أحد

---

(١) البيوع جمع البيع ، وهو لغة : مبادلة المال بالمال ، وقيل : البيع في اللغة مطلق المبادلة ، سواء كانت في مال أو غيره ، وهو من الأضداد ، يقال : باعه إذا أخرج العين عن ملكه إليه ، وباعه أي اشتراه ، ويتعدى إلي المفعول الثاني بنفسه وبحرف الجر ، يقال : باعه الشيء ، وباعه منه . ثم البيع مصدر ، وقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره ، كما يجمع المبيع ، وقد يراد به المعنى وهو الأصل ، فجمعه باعتبار أنواعه . لسان العرب (٤٠١/١) ، المصباح المنير (٦٩/١) ، وأما معناه شرعًا فقال ابن قدامة : « البيع مبادلة المال بالمال تمليكًا وتملكًا » ، وقال البابري : « هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريقة الاكتساب » ، وفي تنوير الأبصار : هو : مبادلة شيء مرغوب فيه بمثل على وجه مخصوص » انظر : المغني « كتاب البيوع » (٥٦٠/٣) ، العناية ، بذيل فتح القدير (٢٤٦/٦) ، الدر المختار بهامش رد المحتار « كتاب البيوع » (٤/٤ ، ٥) .

(٢) في جميع النسخ : [هل] ، وما أثبتناه بالفاء أصح .

(٣) قال السمرقندي في تحفة الفقهاء : « ولو باع شيئا لم يره ورآه المشتري يجوز عندنا . وعند الشافعي فيه قولان ، وهل يثبت للبائع فيه خيار الرؤية ، لم يذكر في ظاهر الرواية . وذكر الطحاوي في اختلاف العلماء أن أبا حنيفة كان يقول بأنه يثبت له الخيار ، ثم رجع وقال : لا يثبت » . راجع : مختصر الطحاوي ، « كتاب البيوع » ، « باب المصراة وغيرها » ص ٨٤ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٤٠١/١) المسألة (٢٠٩٧)، تحفة الفقهاء، « كتاب البيوع » ، « باب خيار الرؤية » » (٨١/٢ ، ٨٢) بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » فصل « وأما شرائط الصحة » وفصل « وأما حكم البيع » (١٦٣/٥ ، ٢٩٢) فتح القدير مع الهداية ، « كتاب البيع » باب خيار الرؤية (٣٣٥/٦ - ٣٤٠) ، البناية مع الهداية « كتاب البيوع » باب خيار الرؤية (١١٦/٧ - ١٢٢) ، مجمع الأنهر (٢٩/٢ ، ٣٠) .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) في (ع) : [الصلح] بدون العطف ، قوله : [الصرف] أي : في بيان الصرف من الكتب الجديدة ، وهو أحد كتب الأم .

(٦) في (م) ، (ع) : [أصحابنا] .

القولين ، ولم يحتج إلي ذكر صفات السلم .

١٠٤٢٣ - ومن أصحابه [(١)] من قال : يحتاج إلى ذكر معظمها ، ومنهم [(٢)] من قال : يحتاج إلي ذكر جميعها ، فإذا رآه كما وصف فله الخيار ، نص عليه ، ومن أصحابه [(٣)] من قال : لا خيار له [(٤)] .

١٠٤٢٤ - لنا : ما روي أبو هريرة ، والنعمان بن بشير ، وسلمة بن المحبق ﷺ ، وروى الحسن ، وعطاء ، ومجاهد مرسلًا أن النبي ﷺ قال : « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه » [(٥)] ، فلولا أنه يجوز البيع لم يكن لذكر الخيار معنى .

١٠٤٢٥ - فإن قيل : قال الدارقطني مدار هذا الحديث على عمر بن إبراهيم ابن

---

(١) في (م) ، (ع) : [أصحابنا] .

(٢) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) ساقطة من (ع) .

(٤) راجع تفصيل المسألة في الأم : « كتاب البيوع » (٣/٣) ، مختصر المزني كتاب البيوع « باب ما أمر اللّه تعالى به ونهى عنه من المبايعات » (ص٧٥) ، المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » ، « باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره » (٢٨٨/٩ - ٢٩٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٢) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » ، « باب ما نهى عنه من بيع الغرر » (٨٥/٤ - ٩٠) ، فتح العزيز « كتاب البيوع » ، « الباب الأول في أركانه (١٤٥/٨ ، ١٤٦ ، ١٥٦ - ١٥٨) . وقال مالك وجل أصحابه : يجوز بيع الغائب علي الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه صفته قبل القبض ، ثم إن جاء المبيع علي تلك الصفة ، لزم البيع ، وإلا فللمشتري الخيار . وقال بعض المالكية : يجوز بيع الغائب من غير صفة بشرط خيار الرؤية . راجع : المدونة « كتاب الغرر » (٢٥٥/٣) ، المنتقى « كتاب البيوع » في العينة وما يشبهها (٢٨٧/٤ ، ٢٨٨) ، بداية المجتهد « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث » (١٦٧/٢ ، ١٦٨) . قوانين الأحكام الشرعية ، « الكتاب الثالث » في البيوع « الباب الخامس في بيع الغرر ، ص ٢٥٩ ، شرح الزرقاني (٣٨/٥) . وقال أحمد مثل قول مالك ، يصح بيع الغائب بالصفة ، فإن لم يوصف ، ففي صحة البيع روايتان ، أظهرهما : لا يصح البيع ، والثانية : يصح . وهل يثبت للمشتري خيار الرؤية ، ففيه روايتان ، في الأشهر : يثبت ، وفي الثانية : لا خيار له . راجع في المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (١/ ٣١١) ، الإفصاح « كتاب البيوع » (٣١٩/١) ، المغني « كتاب البيوع في خيار المتبايعين (٥٨٠/٣ ، ٥٨١) ، الكافي « كتاب البيوع » ، « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز (١٢/٢) .

(٥) حديث أبي هريرة ﷺ : أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٤/٣ ، ٥) الحديث (١٠) ، والبيهقي في الكبرى (٢٦٨/٥) ، قال الدارقطني بعد أن أخرجه : « عمر بن إبراهيم يقال له : الكردي يضع الأحاديث ، وهذا باطل لا يصح ، لم يروها غيره ، وإنما يروي عن ابن سيرين موقوفًا من قوله » . راجع ترجمة عمر بن إبراهيم في ميزان الاعتدال (١٧٩/٣ ، ١٨٠) ، الترجمة (٦٠٤٤) . أما حديث الحسن : فأخرجه ابن حزم ، في المحلى بالآثار (٢٢٠/٧) ، والبيهقي في نفس المصدر السابق .

خالد الكردي ، عن القاسم بن الحكم ، عن أبي حنيفة ، عن الهيثم ، عن محمد بن سيرين ، عن أبي هريرة ، قال : وعمر بن إبراهيم غير صالح الحديث .

١٠٤٢٦ - قلنا : هذا حديث ذكره محمد في مزارعة الصغير ، وذكره محمد الحاكم في المنتقى [١] ، عن هشام ، عن محمد ، ولا يضرنا الطعن على عمر بن إبراهيم .

١٠٤٢٧ - فإن قيل معناه : فهو بالخيار إن شاء اشتراه ، وإن شاء لم يشتره .

١٠٤٢٨ - قلنا : ظاهر الخيار إذا ذكر عقيب العقد ، أنه خيار الإجازة والتصحيح [٢] ، فأما الخيار في ابتداء الشراء فلا تعلق له بالرؤية .

١٠٤٢٩ - فإن قيل : نحمله [٣] على من كان رأى المبيع ثم ابتاعه ولم يره عند العقد ، فهو بالخيار إن كانت [٤] صفته تغيرت .

١٠٤٣٠ - قلنا : ذكر عليه الصلاة والسلام خيارًا يتعلق بالرؤية ، وهذا الخيار يتعلق بتغيير صفة المبيع لا بالرؤية .

١٠٤٣١ - ولأن الخبر [٥] يقتضي ثبوت الخيار عند الرؤية في جميع الأحوال ، تغيرت صفة المبيع أو لم تتغير ، ويدل [٦] عليه إجماع الصحابة .

١٠٤٣٢ - روى ابن أبي مليكة [٧] عن علقمة بن وقاص الليثي ، قال : اشترى طلحة بن عبيد الله من عثمان بن عثمان مالًا بالكوفة ، وهو لطلحة اليوم بالكوفة ، فقيل [٨] لعثمان : أرى قد غبنت ، قال : لي الخيار ؛ لأني بعت ما لم أر فقال طلحة : إليَّ الخيار ؛ لأني اشتريت ما لم أر فحكما [٩] بينهما جبير بن مطعم فقضى أن الخيار

---

(١) المراد بمحمد الأول : هو محمد بن الحسن ، أبو عبد الله الشيباني ، صاحب التصانيف المشهورة في المذهب الحنفي . وأما محمد الحاكم : فهو محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن عبد المجيد بن إسماعيل ابن الحاكم ، الشهير بالحاكم الشهيد ، أبو الفضل المروزي ، البلخي . قال السمعاني في ترجمته فيمن اشتهر بالشهيد : « الوزير الحاكم الشهيد ، عالم مرو ، ومن مصنفاته « كتاب الكافي » ، « والمنتقي » ، « وشرح الجامع » ، « وأصول الفقه » ، مات رَحِمَهُ اللَّهُ بباب مرو شهيدًا في شهر ربيع الآخر ، سنة أربع وثلاثين وثلاثمائة . راجع ترجمته في الأنساب (٤٧٧/٣ ، ٤٧٨) ، الجواهر المضية (٣١٣/٣ - ٣١٥) ، الفوائد البهية (ص ١٨٥ ، ١٨٦) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الصحيح] .

(٣) في (ص) : [حمله] ، وفي (م) : [فحمله] .

(٤) في (م) ، (ع) : [كان] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الخيار] .

(٦) في (م) : [لم يتغير] ، مكان : [لم تتغير] وفي (ع) : [بدل] ، مكان [يدل] .

(٧) في (ص) : [ملكية] ، وهو تصحيف .

(٨) في (م) ، (ع) : [قيل] .

(٩) الزيادة من معاني الآثار للطحاوي ، وفي (م) ، (ع) : [فحكم] .

لطلحة ، ولا خيار لعثمان » (١) ، وهذا اتفاق منهم على جواز العقد مع عدم الرؤية .

١٠٤٣٣ - فإن قيل : عمر ﷺ مخالف ؛ لأنه قال : « إنما البيع صفقة أو خيار » (٢) .

١٠٤٣٤ - قلنا : ليس في ذلك دلالة علي الخلاف ؛ لأنه جعل [البيع صفقة أو خيارًا] (٣) ، هذا من نوع الخيار .

١٠٤٣٥ - ولأنه نوع عقد لوجود الرؤية وعدمها في انعقاده سواء ، كالنكاح ، أو عقد فلم يكن من شرطه (٤) رؤية المعقود عليه ، كالكتابة .

١٠٤٣٦ - فإن قيل : المعنى في النكاح : أنه فقد فيه ما لا تأثير له في العقد ، فإنه حين يشاهدها (٥) غررًا قطعًا لا خيار له ، فلهذا لم يقدح في النكاح .

١٠٤٣٧ - قلنا : ولو وجدها برصاء أو مجذومة نفذ الخيار عنده ، فهو بالرؤية يتوصل إلى العلم بهذه الصفات ، ولهذا تأثير في العقد .

١٠٤٣٨ - ولأنه إذا كان لا يثبت الخيار إلا بتغير الصفات ، فأولى أن يعتبر الرؤية ليستدرك (٦) مقاصد العقد التي لا يستدركها بثبوت الخيار .

١٠٤٣٩ - فإن قيل : المقصود بالنكاح الوصلة ، فلذلك (٧) لا يعتبر فيه الرؤية ، والمقصود بالبيع المعاينة ، فلهذا اعتبر فيه الرؤية (٨) .

١٠٤٤٠ - قلنا : المقصود بالتزويج الوصلة إلا أنه يقصد وصلة من كان على صفة دون صفة ، وهذا معني مقصود بالعقد ، بدلالة « قوله عليه الصلاة والسلام : « إذا أراد أحدكم أن يتزوج امرأة فلينظر إليها » (٩) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا خيار لعثمان] . أخرجه الطحاوي بهذا الإسناد بمثل هذا اللفظ ، في المعاني : « كتاب البيوع » ، « باب تلقي الجلب » (١٠/٤) ، والبيهقي بمعناه ، في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب من قال : [يجوز بيع العين الغائبة] (٢٦٨/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [صفة] .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [شرط] .

(٥) في (م) ، (ع) : [شاهدها] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأنها استدرك بها] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فكذلك] . قال ابن منظور : « الوصلة ، بضم الواو : [الاتصال] . والوُصْلة : ما اتصل بالشيء ، قال الليث : كل شيء اتصل بشيء فما بينهما وُصْلة ، والجمع وصل ، ويقال : وصل فلان رحمه يصلها صلة ، وبينهما وُصْلة ، أي اتصال وذريعة » ، لسان العرب (٤٨٥١/٦) .

(٨) في (ع) : [بالرؤية] .

(٩) أخرجه مسلم في الصحيح « كتاب النكاح » ، « باب ندب النظر إلى وجه المرأة وكفيها لمن يريد تزوجها » (١٠٤٠/٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب النكاح » ، « باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد =

١٠٤٤١ - ولأنها جهالة تؤثر [1] في تسليم المبيع فأشبهت جهالة الصورة والقيمة ، وإذا رأى المبيع فلم يعرفه .

١٠٤٤٢ - وجهالة القيمة لا تلزم إلا الوصية وجهالة رأس المال المجهول [2] في السلم . لأنا قلنا : جهالة لا تؤثر في تسليم المبيع ؛ [لأن [3] جهالة رأس المال عندنا تؤثر في التسليم] [4] ؛ لأنه يجد بعضه زيوفا فيرده ، ولا يدري كم الباقي من المسلم فيه .

١٠٤٤٣ - قالوا : يبطل إذا باع ذرة في صدفه .

١٠٤٤٤ - قلنا : المانع من المبيع هناك الجهالة [5] لا المانع في العبد ، فإنه باع ما يتضمنه خلقة حيوان ، والثُّوم [6] باعه ما في مضمون الخلقة مما يفسد بتسليمه [ظاهر النواة] [7] ، ولهذا لو ظهر بعض النواة لم يجز البيع وإن زالت الجهالة بظهور بعضها ؛ لأن الجهالة لعدم الرؤية جهالة لو حصلت في بعض المبيع لم يمنع صحة العقد ، وكذلك إذا حصلت في جميعه ، كجهالة [8] القيمة ، وعكسه ، أو جهالة العين ، بيان ذلك : أنه يبيع الصبرة وقد رأى المشتري ظاهرها ، ورأى الدار ولا يرى داخل البئر وسائر الحيطان .

١٠٤٤٥ - فإن قيل : رؤية ظاهر الصبرة تصير به معلومة ، ولهذا لم يثبت له الخيار [9] .

١٠٤٤٦ - قلنا : الخيار عندنا لا يثبت للجهالة [10] ، بدلالة أنه : لو وصف له المبيع ووجده [11] على تلك الصفات وأفضل ثبت [12] الخيار عند الرؤية ، فكيف يستدل السقوط على العلم بالمبيع .

١٠٤٤٧ - ولأنه أحد البدلين في البيع ، فلم يكن رؤيته شرطا في صحة العقد ،

= تزويجها (٥٢١/١ ، ٥٢٢) ، وأحمد في المسند ، في مسند جابر بن عبد الله ﷺ (٣٣٤/٣) و الطحاوي في المعاني « كتاب النكاح » ، « باب الرجل يريد تزوج المرأة هل يحل له النظر أم لا (١٤/٣) .

(١) في (م) : [يؤثر] .

(٢) في (ص) : [وجهالة العبه] ، وفي (ص) ، (م) ، (ع) : [لا تلزم إلا الوصية وجهالة ورأس المال المجهول] وقد أضفنا [في السلم] ليستقيم المعنى . (٣) في (ص) ، (ع) : [ولأن] .

(٤) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) ساقطة من (ع) .

(٦) في (ص) : [والثُّوم] ، وفي (م) ، (ع) : [والتوير] .

(٧) زيادة اقتضاها البيان . (٨) في (م) ، (ع) : [لجهالة] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لم يثبته الخيار] . (١٠) في (م) ، (ع) : [الجهالة] .

(١١) في (م) ، (ع) : [لو وصف به المبيع وحكمه] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يثبت] .

كالثمن إذا كان غير معين .

١٠٤٤٨ - فإن قيل : المعنى فيه : أنه في [(١)] الذمة ، فهو كالمبيع إذا كان من الذمة .

١٠٤٤٩ - قلنا : إن [(٢)] كانت الرؤية شرطًا لم يصح العقد على ما في الذمم ، لعدم الرؤية فيه .

١٠٤٥٠ - فإن قيل : عدم الرؤية لا تأثير له في الثمن ؛ لأن عندكم لا يثبت الخيار [(٣)] .

١٠٤٥١ - قلنا : لأنا لا نثبت خيار الرؤية ؛ لأنه [(٤)] لا يستدرك برده فائدة ، والأعيان مستدرك بردها فائدة ، فاستويا في وجود العلل واختلفا في الخيار لهذا المعنى .

١٠٤٥٢ - ولأن رؤية [(٥)] ما يقصد بالعقد ليس بشرط في صحة العقد ، وهو ما [(٦)] في داخل الجوز واللوز مستتر [(٧)] بما له من الستارة فائدة ، وفي مسألتنا استتر بما [(٨)] لا فائدة له فيه .

١٠٤٥٣ - قلنا : علة الأصل تبطل باللبن في الضرع والحمل ، وعلة الفرع تبطل بداخل الصُّبرة .

١٠٤٥٤ - فإن قيل : الجوز يصير [(٩)] معلومًا برؤية قشره ، ولهذا لا يثبت خيار الرؤية إذا رأى ما في داخله .

١٠٤٥٥ - قلنا : إنما لا يثبت الخيار لأنه دخل عيب [(١٠)] الكسر ، فمنع ذلك الرد .

١٠٤٥٦ - احتجوا : بما روى أبو الزناد [(١١)] ، عن الأعرج ، عن أبي هريرة : « أن النبي [(١٢)] ﷺ نهى عن بيع الغرر » ، ورواه علي ، وعبد الله بن عمر [(١٣)] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [من] . (٢) في (ص) : [إذا] .

(٣) في (ع) : [بالخيار] .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولا رؤية] . (٦) لفظ : [ما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [مشترى] . (٨) في (م) ، (ع) : [ما] بدون الباء .

(٩) في (م) : [بصيرة] ، وفي (ع) البصيرة . (١٠) في (م) ، (ع) : [عند] .

(١١) في (م) ، (ع) : [أبو الزياد] . وهو تصحيف .(١٢) في (م) ، (ع) : [رسول الله] .

(١٣) حديث أبي هريرة ﷺ : أخرجه مسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر » (١١٥٣/٣) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع باب في بيع الغرر (٢٥٠/٢) ، والترمذي في السنن كتاب البيوع باب ما جاء في كراهية بيع الغرر (٥٢٣/٣) ، والنسائي في السنن « كتاب البيوع » في بيع الحصاة (٢٦٢/٧) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات ، « باب النهي عن بيع الحصاة =

١٠٤٥٧ - قالوا : فالغرر مال تردد [1] بين جائزين ، سلامة المال ، وهلاكه . وفي هذا البيع غرر من وجهين ، أحدهما : أن العبد الغائب لا يدري هل هو باق أم لا ، وإن كان باقيا فلا يدرى أيسلم [2] له أم لا ؟ .

١٠٤٥٨ - قلنا : الغرر ما كان الغالب [3] منه عدم السلامة ، بدلالة : أن الخارج من المفازة بغير صحبة ، يقال له : غرر بماله [4] ، ولا يقال للخارج في صحبة [5] : قد غرر ، وإن جاز أن يَسْلم وجاز أن يهلك ؛ لأن الغالب منه السلامة ، فلو كان الغرر عبارة عما تردد بين السلامة [6] والهلاك ، كانت البياعات كلها غررًا لجواز أن تهلك [7] قبل القبض ، ولكان ما عليه بِمَ ابتاعه ، فكانت المخاطرة قائمة [8] .

١٠٤٥٩ - وقيل : إن معنى الغرر ما ذكرناه [9] ، وليس الغالب في بيع ما لم يره عدم التسليم ، بل الغالب منه إمكان التسليم ، فلم يكن ذلك غرورًا . فإن الغرر [10] ما كان الغالب منه عدم السلامة ، والعين الغائبة الأصل وجودها ، وجواز أن تكون هالكه ويجوز أن تكون باقية ، فلم يتعذر عدم التسليم / فيها .

١٠٤٦٠ - قالوا : روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده عبد الله بن عمرو ، « أن النبي ﷺ قال : لا يحل شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس

= وعن بيع الغرر » (٧٣٩/٢) الحديث (٢١٩٤) . وحديث علي ﷺ : أخرجه أحمد في المسند ، في مسند علي بن أبي طالب ﷺ (١١٦/١) . وقد اختلف العلماء في تفسير بيع الغرر ، قال المطرزي : « وهو الخطر الذي لا يدرى أيكون أم لا ، كبيع السمك في الماء ، والطير في الهواء » . وعن علي ﷺ : هو عمل ما لا يؤمن معه الغرور ، وعن الأصمعي : بيع الغرر أن يكون علي غير عهدة ولا ثقة ، قال الأزهري : وتدخل البيوع المجهولة التي لا يحيط بها المتبايعان » ، في المغرب « باب العين » ص ٣٣٨ . وقال ابن الأثير : « هو ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول » ، في النهاية « باب الغين مع الراء » (٣٥٥/٣) ، وقال الحافظ ابن حجر : « قيل : المراد بالغرر : الخطر ، وقيل : التردد بين الجانبين الأغلب منهما أخوفهما ، وقيل : الذي ينطوي عن الشخص عاقبته » ، في تلخيص الحبير (٦/٣) ، ضمن الحديث (١١٢٩) .

(١) في (م) ، (ع) : [فالغرور ما يردد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [يسلم] .
(٣) في (م) ، (ع) : [الغائب] .
(٤) راجع لسان العرب (٣٢٣٣/٥) ، المعجم الوسيط (٦٥٤/٢) .
(٥) في (ص) : [صحبته] .
(٦) في (ص) ، (ع) : [الجواز] .
(٧) في (م) ، (ع) : [أن يهلك] .
(٨) في (ص) : [بم] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ذكرنا] .
(١٠) في (ص) : [قال الغرور] ، والمثبت ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

عندك » (١) .

١٠٤٦١ - قالوا : ومن باع عبدًا بالْبَصْرَة فقد باع ما ليس عنده .

١٠٤٦٢ - [قلنا : البيع في مسألتنا يجوز فيما ليس عنده] (٢) باتفاق ، إذا كان قد رآه ، فعلم أن الفساد عندهم لمعنى آخر ، وهو الجهالة ، أو عدم الرؤية ، فأما أن يكون لما ذكر من الخبر فلا ، فلم يبق إلا أن يحمل الخبر علي بيع ما ليس في ملكه ؛ لأن العقد لا ينفذ فيه للمعنى المذكور في الخبر دون غيره .

١٠٤٦٣ - فبين (٣) ذلك أن الخبر خرج على هذا السبب ، وهو : « أن حكيم بن حزام قال : كنت أدخل السوق واستحسن السلع ثم أخرج وأبيعها ، ثم أرجع فأبتاعها ثم أسلمها » (٤) ، فبان بهذا السبب أن معنى الخبر ما ذكرنا .

١٠٤٦٤ - قلنا : نخصه (٥) بسببه ، ولكنا لما اختلفنا في معناه جعلنا السبب شاهدًا لما ذُكر (٦) من التأويل .

١٠٤٦٥ - لأنه مبيع (٧) مجهول الصفة عند التعاقد (٨) ، فوجب أن يكون باطلا ، أصله : إذا قال : بعتك ثوبا .

١٠٤٦٦ - قلنا : المعنى من الأصل : أنه مجهول في عينه ، فأما أن يكون مجهول الصفة فلا ؛ ألا ترى : أن النكاح لا ينعقد على هذا الوجه ؛ لأنه لو قال : زوجتك أمة

---

(١) حديث عبد الله بن عمرو ﷺ : أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الإجارة ، « باب في الرجل يبيع ما ليس عنده » (٢٧٧/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك » (٥٢٦/٣ ، ٥٢٧) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » ، « في شرطان في بيع » (٢٩٥/٧) ، وأحمد في المسند (١٧٩/٢) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (١٧/٢) ، وابن ماجه ، في السنن « كتاب التجارات » ، « باب النهي عن بيع ما ليس عندك (٧٣٧/٢ ، ٧٣٨) ، الحديث (٢١٨٨) قال الترمذي بعد أن أخرجه حديث حسن صحيح .

(٢) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [فتبين] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أسلم] . وقد أخرجه الترمذي بإسناده في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك » (١٢٣٢) ، والنسائي في المجتبي « كتاب البيوع » ، في « بيع ما ليس عند البائع » (٢٨٩/٧) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب النهي عن بيع ما ليس عندك » (٧٣٧/٢) الحديث (٢١٨٧) ، وأحمد في المسند ، في حديث حكيم بن حزام (٤٣٤/٣) .

(٥) في (م) : [يخصه] .

(٦) في ص : [ذكر] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يبيع] .

(٨) في (ع) : [العامة] .

لم يصح . وجهالة العقد لا تمنع صحة النكاح ، وإنما تمنعه [1] جهالة العين ، ومع ذلك لا يعقد على هذا الوجه حتى يقول : زوجتك أمتي ، أو هذه الأمة ، فبان أنه مجهول العين ، فلا يصح أن تعتبر جهالة الصفة بجهالة العين .

١٠٤٦٧ - ولأن هذه الجهالة لو حصلت من بعض المعقود عليه منعت العقد ، كذلك إذا حصلت من جميعه لم يُمْنَع .

١٠٤٦٨ - أو نقول [2] : هذه الجهالة تمنع [3] التسليم ؛ لأن كل عبد [4] يُحْضِرُه البائع يلتمس المشتري غيره . وفي مسألتنا إذا قال : بعتك الثوب الذي في كمي ، لم يتعذر التسليم ؛ لأن القاضي يأمره بإخراج ما في كمه ، فإن رضيه المشتري أخذه وإن لم يرضه تركه .

١٠٤٦٩ - فإن قيل : إن هذه الجهالة لا تمنع التسليم ؛ لأنه يعطيه ما يقع عليه اسم الثوب ، كالوصية ، والإقرار [5] ، كما لو أسلم في ثوب جيد أعطاه ما يقع عليه الاسم ، أو يعطيه ثوبا وسطًا ، كما لو تزوج على ثوب .

١٠٤٧٠ - قلنا : هذا مخالف للوصية والإقرار ؛ لأن الجهالة لا تؤثر فيهما ولأن المرجع إلى قول المقر والورثة ، فلا يؤدى تصحيح الوصية والإقرار إلى تعذر التسليم .

١٠٤٧١ - وأما النكاح فلا تصح التسمية فيه إذا ذكر ثوبًا ، وإنما تصح [6] إذا سمى عبدًا ؛ لأن الجهالة لا تؤثر في ثبوت المهر ، بدلالة : ثبوته مجهول [7] الوزن ، ويقضى منه بالوسط ، كذلك هبة مجهول الصفة ، وأما السلم [8] فيصح إذا سمى جيدًا ويؤمر بتسليم ما يقع عليه اسم [9] الجيد ، إلا أنه لا يصح السلم مع جهالة المقدار ، وفي

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يمنع صحة النكاح وإنما يمنعه] .

(٢) في (م) : [لم يمنع أو يقول] . (٣) في (م) : [يمنع] .

(٤) في (م) ، (ع) : [عقد] .

(٥) الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع كان ذلك في الأعيان أو المنافع ، والإقرار إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه انظر : العناية ، بذيل فتح القدير (٤١١/١٠) ، البناية (٤٨٤/١٢) . أنيس الفقهاء ص ٢٩٧ . تكملة فتح القدير (٣١٧/٨) . ص ٢٤٣ .

(٦) في (م) ، (ع) : [يصح] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بدلالة جواز ثبوته مجهولة] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) . والسلم لغة : التقديم والتسليم . وشرعًا اسم لعقد موجب الملك في الثمن عاجلًا وفي المثمن آجلًا . فالبيع يسمى سلمًا والثمن رأس المال انظر : تهذيب الأسماء واللغات (١٥٣/٣ ، ١٥٤) ، فتح القدير مع العناية (٦٩/٧ / ٧٠) .

(٩) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألتنا مقدار مجهول ، وكل ثوب يحضره يخالفه [1] المشتري في قدره ويتعذر التسليم ؛ لأن الحاكم لا يمكنه قطع الخصومة في ذلك .

١٠٤٧٢ - وقالوا : أخبار مجهولة ، تقتضي لا تتعلق بكل بيع [2] ، فوجب أن يبطل البيع ، أصله : إذا قال : بعتك على أن الخيار متى شئت .

١٠٤٧٣ - قلنا : الخيار إذا أثبت حكمًا لم تؤثر الجهالة فيه ، بدلالة : خيار العيب ، وخيار المجلس [3] عندهم . وإنما تؤثر الجهالة في الخيار الذي يثبت من جهة الشرط ، والمعنى في الأصل : أن الخيار يثبت شرطًا ، فالجهالة مؤثرة فيه .

١٠٤٧٤ - وفي مسألتنا : يثبت الخيار حكمًا ، فالجهالة لا تؤثر فيه ، كخيار العيب ، يبين [4] ذلك : أن الخيار يلحق بالعقد ، كالأجل ، ثم لو شرط أجلًا مجهولًا بطل العقد ، ولو تأجل الثمن حكمًا لم تؤثر جهالته في العقد ، مثل أن يفلس المشتري أو يأبق العبد فيتأخر تسلم الثمن حتى يتمكن البائع من التسليم ، ومدة ذلك مجهولة ، فلا تؤثر [5] في العقد .

١٠٤٧٥ - قالوا : بيع عين لم يرها ولا شيئًا منها ، فكان باطلًا ، كما لو باع الطير في الهواء [6] ، والسمك في الماء ، والنوي في التمر [7] ، والحَمْل ، واللبن في الضرع .

١٠٤٧٦ - قلنا : قولهم لم ير شيئًا منها ، لا يؤثر في الأصل ؛ لأنه لو رأى السمك في الماء ، والطير في الهواء [8] لم يجز بيعه ، وكذلك النوى في التمر [9] لو ظهر بعضه لم يجز البيع ، وكذلك الحمل لو ظهر بعض [10] الولد فباعه لم يصح ، وكذلك اللبن لو حلب بعضه ثم باع جميعه لم يجز وإن كان قد رأى بعضه ، ومثله لو أخرج بعض اللبن من المرْجل [11] فرآه ، ثم

---

(١) في (ط) : [مخالفة] .

(٢) في (ع) : [أخيار] ، وفي (م) ، (ع) : [يقتضي لا يتعلق] ، وفي (ع) : [مبيع] ، مكان : [بيع] ، وفي (ص) من قوله : [أخبار] إلى آخر الهامش بدون نقط ، والصواب ما أثبتناه بالزيادة ؛ لأن بدونها لا يستقيم المعنى .

(٣) راجع ما في خيار العيب التعريفات ص١٠٢ ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٣٥٤/٦) ، حاشية بن عابدين (٧٤/٤) ، أنيس الفقهاء ص ٢٠٧ .

(٤) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وبيده ذلك مجهولة فلا يؤثر] ، مكان المثبت .

(٦) راجع المصباح المنير ، (٦١٥/٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [الثمر] ، مكان : [التمر] .

(٨) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق ولاستقامة المعنى .

(٩) في (م) ، (ع) : [الثمر] .

(١٠) في (م) ، ع : [بيع] .

(١١) المرجل - بالكسر : قِدْر من النحاس . وقيل : يطلق على كل قدر يطبخ فيها . راجع في المغرب ، ص ١٨٥ ، المصباح المنير (٢٠٩/١) .

باعه جميعه جاز [١] ، فعلم أن الوصف [٢] غير مؤثر في الأصول التي قاسوا عليها .

١٠٤٧٧ - قالوا : بل مؤثر [٣] عندنا ؛ لأن السمك لو كان في حفرة [٤] حصل فيها فرآه جاز البيع .

١٠٤٧٨ - إن [٥] كان هذا هو الأصل فالبيع جائز عندنا إذا أمكن أخذه بغير صيد ، وإنما الأصل الذي نسلمه هو الموضع الذي يستوى فيه الرؤية وعدمها .

١٠٤٧٩ - قالوا : تأثيره [٦] في جميع الصبرة والجوز واللوز ، فإنه لو رأى بعض ذلك جاز .

١٠٤٨٠ - قلنا : فنحن نطالبكم بالتأثير في الأصل الذي قستم [٧] عليه ، فإذا لم يؤثر الوصف فيه لم ينفع أن سؤالنا التأثير في غيره ، ثم المعنى في بيع الصيد : ما يتعذر تسلمه في وقت [٨] وجوب التسليم ، وليس كذلك العين المعاينة ؛ لأن تسلمها [٩] لا يتعذر في وقت وجوب تسليمها ، فأما النوى في التمر فإن تسليمه لا يكن إلا بضرب ما لم يستحق بالعقد [١٠] ، وهو تكسير التمر .

١٠٤٨١ - فإن قيل : يبطل إذا باع أحد المصراعين .

١٠٤٨٢ - قلنا : لا ضرر هناك من التسليم ، وإنما وقع الضرر لعقد البيع حين أفرده بالتمليك . فأما اللبن والحمل فالمعنى فيهما : أنه باع بعض [١١] ما تضمنته خلقة الحيوان غير شائع [١٢] في جميعه ، فصار كبيع يده ورجله .

١٠٤٨٣ - قالوا : بيع عين بصفة [١٣] ، يوجب أن يكون باطلا ، كالسلم في الأعيان .

١٠٤٨٤ - قلنا : إذا جاز السلم في الموصوف وهو غير معين ، فجواز البيع في العين

---

(١) في (م) ، (ع) : [باع جميعه] . وفي سائر النسخ : [جاز] ، الصواب ما أثبتناه لمقتضى السياق .

(٢) في (م) ، (ع) : [هذا الوصف] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يؤثر] .

(٤) في (م) ، (ع) : [حفيرة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وإن] .

(٦) في (م) ، (ع) : [باسره] .

(٧) في (م) : [قسهم] .

(٨) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [ينعقد] ، مكان : [يتعذر] ، ولفظ : [وقت] ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) : [تسليم] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فإن النوى في الثمر فلأن تسليمه لا يمكن إلا بضرر ما لم يستحق إلا بالعقد] ، مكان المثبت ، وفي (ص) : [بضرب] ، مكان : [بضرر] .

(١١) ساقطة من (ع) .

(١٢) في (ع) : [سائغ] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [نصفه] .

الموصوفة أولى ؛ لأن الصفة تكون في العين المشاهدة ما لا تكون في المعدوم ، فأما إذا أسلم في عين ولم يشترط جاز ، وكان بيعًا عبر عنه بالسلم ، فإن أسلم فيها مؤجلًا بطل العقد لدخول التأجيل في العقد ؛ لأنه عقد علي عين موصوفة .

١٠٤٨٥ - قالوا : الرؤية معنى يتوصل به إلى معرفة المبيع لها تأثير في العقد ، فصار وجودها شرطًا لذلك .

١٠٤٨٦ - قلنا : يبطل بمشاهدة العيب بالمبيع ، فإنه معنى يتوصل به إلى معرفة المبيع ؛ لأنه يعلم مقدار المعقود عليه إذا رأى العين ، ولذلك تأثير في العقد ؛ لأنه إن وقف على العيب لزم العقد ، وليس وجوده شرطًا .

١٠٤٨٧ - ثم المعني في صفات السلم : أن جهالته [1] تمنع التسليم ، وهذه الجهالة لا تمنع ، والأصول موضوعة .

١٠٤٨٨ - على أن الجهالة إذا أثرت في التسليم منعت العقد ، وإن لم تمنع لا تؤثر [2] . ألا ترى : أنه لو باع صُبرة مجهولة القدر [3] ، جاز البيع ؛ لأن جهالتها لا تمنع التسليم ، ولو باع [4] صبرة غير معينة لم يجز العقد ؛ لأن الجهالة تؤثر في التسليم .

١٠٤٨٩ - وأما [5] قولهم : إن الرؤية كالصفة ، فليس [6] بصحيح ؛ لأن الصفة يعلم بها [7] الموصوف ، والرؤية فيه لا يعلم بها ، ألا ترى : أن من باع فصًّا [8] فرآه المشتري وهو لا يعلم أجوهر هو أو زجاج جاز العقد وإن كانت الجهالة باقية مع الرؤية . وكذلك إذا باع الدرياق [9] فإنه متي رآه من ليس يطيقه [10] لم يعرفه . فقولهم إن الرؤية كالصفة ، غير مسلم فسقط بهذا [11] .

---

(١) في (ص) : [جهالته] .
(٢) في (م) ، (ع) : [تمنع] بدون [لم] .
(٣) في (م) ، (ع) : [الوزن] .
(٤) في (ص) : [باعه] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فأما] .
(٦) في (م) ، (ع) : [ليس] بدون الفاء .
(٧) لفظ : [بها] مكرر في (ع) .
(٨) الفص : ما يركب في الخاتم من الحجارة الكريمة وغيرها .
(٩) والدرياق : هو التريقاق وهو دواء السموم ، فارسي معرب ، وتسمى العرب الخمر ترياقًا والمراد بالدرياق هنا : الخمر . راجع في لسان العرب ، (٣٤٢١/٥) ، المصباح المنير (٤٤٩/٢) ، المعجم الوسيط (٦٩٧/٢) . راجع في لسان العرب ، (٤٣٠/١) ، وفي المعجم الوسيط (٢٨٠/١) ، مختار الصحاح ص٢٠٣ .
(١٠) في (ع) : [بطبفه] ، وفي (ص) : [كذلك] بدون نقط ، ولعل الصواب ما أثبتناه .
(١١) في (م) ، (ع) : [هذا] .

مسألة ٥٦٥

ما يتم تحقيق البيع به

١٠٤٩٠ - قال أصحابنا : إذا تبايعا تم البيع بالإيجاب والقبول . ولا خيار لواحد منهما ، إلا أن يشترط الخيار ، أو يكون في المعقود عليه عيب ، أو وقع العقد على عين لم يرها [١] .

١٠٤٩١ - وقال الشافعي : خيار المجلس [٢] ثبت في كل عقد لازم يقصد به العوض .

١٠٤٩٢ - ومتى يقع الملك ؟ ، فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : يقع بالعقد ، والثاني : يقع بالعقد وسقوط الخيار ، والثالث : موقوف مراعى ، وينقطع الخيار بالافتراق ، وأن يخير [٣] أحدهما الآخر ، فيقول له في المجلس : اختر ، فإن قال الآخر : اخترت . تم البيع . فإن سكت الآخر فخياره بحاله ، وخيار الذي خيره على وجهين ، الصحيح منهما وهو المذهب : أن خياره ينقطع . فأما إن تعاقدا على أنه لا يثبت خيار المجلس ففيه قولان ، أحدهما : لا خيار والآخر لا يسقط الخيار ولا يبطل البيع بهذا الشرط [٤] . وقيل فيه وجهان ، أحدهما : يبطل البيع ، والآخر : يبطل الشرط ، ويصح البيع بالخيار .

١٠٤٩٣ - قالوا : فإن تصرف البائع نفذ تصرفه على الأقوال كلها ، وإن تصرف المشتري ، فإن أعتق الجارية تم البيع فيها ونفذ عتقه علي قول ، فإن فسخ البيع لم ينفذ العتق .

١٠٤٩٤ - وإن قالوا : إن الملك لا يقع بالعقد ، أو قالوا : مراعى ، وإن قالوا : ملك بالعقد .

---

(١) راجع مختصر الطحاوي « كتاب البيوع » (ص ٧٤) ، روضة القضاة ، « باب الخيار في البيوع » (١/٤٠٢ ، ٤٠٣) ، المسألة (٢١٠٧) ، تحفة الفقهاء ، « باب الشراء والبيع » (٢/٣٧) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف ، « كتاب البيوع » ص٣١١-٣١٣ ، بدائع الصنائع ، « فصل وأما شرائط لزوم البيع » (٥/٢٨٨) ، فتح القدير مع الهداية ، « كتاب البيوع » (٦/٢٥٧ - ٢٥٩) ، البناية مع الهداية ، « كتاب البيوع » (٧/٢١ - ٢٧) ، مجمع الأنهر كتاب البيوع (٢/٦ ، ٧) ، حاشية ابن عابدين ، « كتاب البيوع » (٤/٢١) .

(٢) خيار المجلس : هو عند القائلين بثبوته : حق شرعي يثبت لكل واحد من المتعاقدين الحرية في إمضاء العقد أو فسخه ما داما في مجلس العقد ، ولم يتفرقا بأبدانهما أو يتخايرا .

(٣) في (م) ، (ع) : [وإن لم يخير] ، بزيادة : [لم] .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

١٠٤٩٥ – قال الشافعي : لا ينفذ عتقه ؛ لأن ملكه لم يتم ، وقال ابن سريج [١] ينفذ .

١٠٤٩٦ – وإذا باع الأب مال الصغير لنفسه ، قال بعضهم : يتم البيع ، بأن يقوم من المجلس [٢] ، وقال بعضهم : لا يتم أبدا حتى يقول : اخترت [٣] .

١٠٤٩٧ – لنا : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [٤] / ، هذا يقتضي بالعقد إذا وجد جاز للمشتري الأكل ، وهذا خلاف قولهم . ٢٥

١٠٤٩٨ – قالوا : قصد بالآية الفرق بين الأكل والتجارة ، والأكل بالباطل لا يمتنع أن يقصد بها هذا ، وبين بها الإباحة بما [٥] يسمى تجارة .

١٠٤٩٩ – قالوا : أباح الله تعالى الأكل بالتجارة ، والتجارة التي تستبيح [٦] وجوه التفريق .

١٠٥٠٠ – قلنا : لسنا نرجع في وجود التجارة إلى الحكم وإنما نرجع إلى اللغة بالعرف ، والعرف يسمى العقد تجارة وإن لم يوجد فيه الافتراق .

١٠٥٠١ – ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ [٧] ، فأمر بالإشهاد

---

(١) في (م) ، (ع) : [شريح] ، وهو تصحيف ، وستأتي ترجمة ابن سريج في مسألة (٧٢٩) .

(٢) في (م) ، (ع) : [مجلسة] .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب بيع الخيار » (٤/٣ ، ٥) ، وباب الخلاف ، « فيما يجب به البيع » (٦/٣) ، مختصر المزني ، « باب خيار المتابعين ما لم يتفرقا » (ص٧٥) ، المهذب مع المجموع ، « كتاب البيع » (١٧٤/٩) ، وقال مالك : مثل قول الحنفية ، يلزم العقد بالإيجاب والقبول وإن لم يتفرقا من المجلس . راجع المسألة في المدونة في : البيعين بالخيار ما لم يتفرقا » (٢٣٤/٣) ، المنتقى في « بيع الخيار » (٥٥/٥) ، الكافي لابن عبد البر « باب بيع الخيار » (٧٠١/٢ ، ٧٠٤) ، التفريع « باب بيع الخيار » (١٧١/٢) ، « كتاب بيع الخيار » (٩٤/٢-٩٨) ، المقدمات الممهدات ، « كتاب بيع الخيار » (٩٤/٢-٩٨) ، بداية المجتهد « الباب الأول في العقد » (١٨٤/٢ ، ١٨٥) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الثاني عشر في بيع الخيار » ص ٢٧٨ ، شرح الزرقاني ، الباب السابق (١١١/٥) . وقال أحمد : مثل قول الشافعي ، المتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما ، أو يتخايرا – في أصح الروايتين – وقال في رواية أخرى : إن الخيار لا يبطل بالتخاير . راجع تفصيل المسألة في : الإفصاح « كتاب البيوع » (٣٢١/١) ، المغني ، « كتاب البيوع » (٥٦٣/٣ – ٥٦٦ ، ٥٦٧ ، ٥٦٨) ، الكافي لابن قدامة « باب الخيار في البيع » (٤٣/٢ ، ٤٤) ، الإنصاف « باب الخيار في البيع » (٣٦٣/٤ ، ٣٧١ ، ٣٧٢) .

(٤) سورة النساء : الآية ٢٩ .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [يستبيح] .

(٧) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

على البيع توثيقًا ، فلو كان الاستحقاق لا يتعلق به حتى يفترق [العاقدان] [١] ولاختص الأمر بالإشهاد على البيع عند التفريق في الحال التي يصح أن توجد الوثيقة .

١٠٥٠٢ - ويدل عليه : ما روي « أن النبي ﷺ نهي عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان [٢] : صاع البائع ، وصاع المشتري » [٣] .

١٠٥٠٣ - وهذا يقتضي : أنه إذا جري الصاعان [٤] جاز بيع المشتري وإن لم يفترقا .

١٠٥٠٤ - ويدل عليه : قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يجزي ولد والده ، إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » [٥] ، أي يعتق عليه . وظاهر هذا يقتضي : أنه يعتق بنفس الشراء وإن لم يوجد الافتراق .

١٠٥٠٥ - ويدل عليه : ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : « إن الناس قائلون غدًا : ما [٦] قال عمر . ألا إن البيع صفقة أو خيار » [٧] .

١٠٥٠٦ - فجعل البيع علي ضربين : بيع خيار ، وبيع صفقة ، وعندهم البيع كله ضرب واحد ، وهو بيع خيار .

١٠٥٠٧ - ولأنه نوع خيار لا يثبت لغير المجلس ، فلا يثبت في حال المجلس في فسخ

---

(١) يبدو أن عبارة ما سقطت من مكان النقط ، ولعل هذه الزيادة [العاقدان ، ولاختص] أوضحت المعنى .

(٢) في (م) : [يجزي] ، وفي (ع) : [تجزي] ، مكان : [يجري] ، وفي (م) ، (ع) : [الصاعات] ، مكان : [الصاعان] .

(٣) أخرجه ابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض (٧٥٠/٢) ، الحديث (٢٢٢٨) والدارقطني في السنن ، « كتاب البيوع » (٨/٣) الحديث (٢٤) ، والبيهقي في الكبرى ، « كتاب البيوع » ، « باب الرجل يبتاع طعامًا كيلًا ... » (٣١٦/٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [الصاعات] ، وهو تصحيف .

(٥) أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة ﷺ مرفوعا ، في الصحيح ، « كتاب العتق ، « باب فضل عتق الوالد » (١١٤٨/٢) ، الحديث (١٥١٠/٢٥) ، وأبو داود في السنن ، « كتاب الأدب ، « باب في بر الوالدين » (٦٨٢/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البر والصلة » ، « باب ما جاء في حق الوالدين (٣١٥/٤) ، الحديث (١٩٠٦) ، وابن ماجه ، في السنن كتاب الأدب « باب بر الوالدين » (١٢٠٧/٢) الحديث (٣٦٥٩) ، وأحمد في المسند ، « في مسند أبي هريرة » (٢٣٠/٢) .

(٦) ساقطة من صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .

(٧) قد ذكره ابن الجوزي بنحو هذا اللفظ دون أن ينسب إلى أحد ، في إيثار الإنصاف في آثار الخلاف ص ٣١١ ، وأورده الشافعي بلفظ : « أن عمر قال : البيع عن صفقة أو خيار » ، في الأم « باب الخلاف فيما يجب به البيع » (٩/٣) .

البيع . أصله : خيار المعاينة فيما اشتراه من المصر ، وعكسه خيار العيب ، وخيار الشرط اعتبار ما بعد المجلس بحال المجلس لا يصح ؛ لأن حال المجلس قد جعلت كحال العقد ، بدلالة : أنها محل لقبض ثمن الصرف وإنما جاز القبض بعده ، فكيف يكون حال المجلس كحال العقد بهذا الدليل ؟ .

١٠٥٠٨ - ولأن ما بعد المجلس بحاله لقبض ثمن الصرف ؛ لأنهما لو قاما من مجلس العقد ثم تقابضا في موضع آخر من غير افتراق جاز .

١٠٥٠٩ - قالوا : المعنى في خيار المعاينة : أنه [1] لا يثبت من جنسه شرطًا فلم يثبت شرعًا ، ولما كان خيار المجلس يثبت من جنسه شرطًا ، جاز أن يثبت شرعًا .

١٠٥١٠ - فإن خيار المعاينة يثبت شرطًا إذا باع عبدًا على أنه كاتب فوجده بخلاف ذلك لا يثبت له خيار المعاينة .

١٠٥١١ - وعلة الفرع تبطل بالأجل ؛ لأنه يثبت شرطًا ؛ ولأنه عقد فلا يثبت فيه خيار المجلس ، كالنكاح ، والكتابة ، والخلع ، والرهن والهبة .

١٠٥١٢ - فإن قيل : المقصود بالنكاح : الوصلة ، والمقصود بالبيع : المغالبة والمماكسة [2] .

١٠٥١٣ - قلنا : لو صح هذا لوجب أن يختلف العقدان في خيار العيب [3] ، ومع هذا فقد ثبت خيار العيب عندهم في العقدين .

١٠٥١٤ - ولأن النكاح يتأبد [4] ، فهو أولى العقود بثبوت الخيار ، حتى تثبت الوصلة ، ثم بخيار الوصلة بهذا دون غيرها .

١٠٥١٥ - قالوا : النكاح في الغالب يقع [5] بعد البحث من كل واحد من الزوجين عن حال الآخر ، فلمَ يحتج إلى ثبوت خيار المجلس ، والبيع يقع من غير بحث ، فاحتاج إلى خيار المجلس ، ليستدرك به [6] حقه ، لإمكان يمكنه أن ينظر إليه عند العقد ، ويمكنه

---

(١) في (م) ، (ع) : [لأنه] .

(٢) في (م) ، (ع) : [المعاينة والمكاتبة] .

(٣) في (م) : [في خيار الرؤية العيب] ، وفي (ع) : [في خيار لرؤية العيب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يتأيد] ، وفي (ص) بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

أن يشترط الخيار فيستدرك [(١)] في مدة الخيار هذا المعني ، فإذا عدل عن ذلك يسقط حق نفسه ، فلم يثبت له خيار .

١٠٥١٦ - قالوا : المعنى في النكاح أنه لا يثبت فيه خيار الشرط ، كما لا يثبت الخيار بكل عيب ؛ لأن المقصود الوُصْلة ، ولهذا يفتقر الوكيل بالنكاح إلى تسمية موكِّله ؛ لأن عينه المعقودة ، وليس كذلك البيع ؛ لأن خيار الشرط يصح فيه ويرد بكل عيب ولا يفتقر الوكيل إلى ذكر موكله .

١٠٥١٧ - قلنا : أما اختلافهما في خيار الشرط ، والصرف ، فالبيع يختلف في جواز شرط الخيار ولكن يثبت خيار المجلس فيهما جميعًا ، وأما اختلافهما في خيار العيب [فيثبت في البيع] [(٢)] لفوات المقصود بالعقد بنقصانه ، أما في النكاح فقولان والمقصود : وهو [(٣)] ما أوجب نقصان الثمن .

١٠٥١٨ - وأما اختلافهما في إضافة الوكيل البيع إلى نفسه ، وإضافة [(٤)] النكاح إلى موكله .

١٠٥١٩ - ولأن المعقود [(٥)] عليه في البيع يصح أن ينتقل إلى واحد ثم منه إلى غيره ، فجاز أن يضاف إلى واحد وإن وقع العقد لغيره [(٦)] ، والنكاح لا ينتقل العقد عليه [(٧)] إلى واحد ثم ينتقل منه إلى غيره ، فلذلك لا يضاف إلى واحد ، والعقد يقع لغيره .

١٠٥٢٠ - قالوا : المعتبر في الكفاية أن المولى قد تحقق العين [(٨)] ؛ لأنه باع بماله ، والمكاتب له الخيار على التأبيد .

١٠٥٢١ - فقلنا : هذا غير مسلم ؛ لأن المكاتب لا خيار له مع إمكان [(٩)] الأداء ، وأما تحقق المولى الغبن فلا يمنع ثبوت خياره ، كمن باع ما يساوي مائة [(١٠)] بدرهم ، فهو متحقق الغبن وإن ثبت له الخيار عندهم .

١٠٥٢٢ - ولأنهما أثبتا العقد الصحيح من طريق القول فيما شاهداه ، فلم يثبت

---

(١) في (ص) : [للستدرك] وهو تصحيف .

(٢) زيادة ليست في (م) ، (ع) ، ولا في (ص) وفي هامشها عبارة : [فعندهم يثبت خيار العيب] .

(٣) في (م) ، (ع) : [هو] بدون العطف .

(٤) في (م) ، (ع) : [واضافته] .

(٥) في (م) ، (ع) : [المقصود] .

(٦) في (م) ، (ع) : [إلى غيره] .

(٧) الضمير في عليه عائد على العقود عليه .

(٨) في (م) ، (ع) : [العين] ، وفي (ص) : [العين] بدون نقطة الأولى والثانية ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٩) في (م) : [إمكانه] .

(١٠) الزيادة من (ع) .

لهما خيار من غير نقص كما بعد الافتراق .

١٠٥٢٣ – ولأنه خيار مختص بفرقة [١] ، فلا يثبت في العقد حكمًا ، كخيار الشرط .

١٠٥٢٤ – ولأنه عقد صحيح فيه الإيجاب والقبول ، فلا يقف تمامه علي الافتراق ، كالهبة .

١٠٥٢٥ – ولأن التراضي بالعقد لو لم يقم به العقد لم يجز أن يتم بالتراضي بغيره .

١٠٥٢٦ – فلما قالوا : إنه لو خيره بعد الافتراق فاختار تم البيع : دل على أن التراضي الأول أتمَّ [٢] البيع .

١٠٥٢٧ – فإن قيل : رضا البائع بالبيع لا يسقط منفعته ، ولو رضي بعد البيع سقطت .

١٠٥٢٨ – قلنا : حقه يثبت بعد البيع فرضاه قبل ثبوت حقه لا يسقط ، وفي مسألتنا : حق كل واحد من العاقدين أن لا يلزمه العقد بغير رضاه ، وإذا رضي بالعقد فقد استدرك حقه ، فلا معني لاعتبار تكرار الرضا .

١٠٥٢٩ – ولأن خيار المجلس لو ثبت في البيع [٣] منع [٤] من صحة قبض ثمن الصرف في المجلس ؛ لأنه يقتضيه [٥] مع ثبوت الفسخ فيه ، والافتراق قبل صحة القبض يبطل عقد الصرف ، كما لو افترقا وقد شرط الخيار ، وهذا يوجب أن لا يصح صرف أبدًا .

١٠٥٣٠ – ولأنه إذا شرط الخيار في البيع مدة معلومة لم يخل أن يكون ابتداء المدة عقيب العقد أو عقيب الافتراق ، ولا يجوز أن يكون عقيب العقد لأنه ليس بقول لهم . ولأن كل حالة لا يثبت فيها خيار الشرط لم يثبت فيها خيار المجلس كما بعد الافتراق ، ولا يجوز أن يكون ابتداء المدة عقيب الافتراق ؛ لأن المجلس يطول ويقصر فيؤدى ذلك إلى جهالة مدة الخيار ، وهذا لا يصح [٦] .

١٠٥٣١ – واحتج المخالف : بما روي مالك عن نافع ، عن ابن عمر رضي الله عنهما « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا تبايع المتبايعان فلكل واحد منهما الخيار من بيعه ، أو يكون بيعهما على

---

(١) في (ص) : [بقرقه] .

(٢) في (ص) : وسائر النسخ [تم] وهو فعل لازم والسياق يقتضي المتعدى وذلك ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [في العقد] .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يقبضه] .

(٦) في (م) : [لاصح] ، وفي (ع) : [الأصح] ، مكان : [لا يصح] .

خيار » [١] .

١٠٥٣٢ - وروى حكيم بن حزام ، وأبو برزة الأسلمي « أن النبي ﷺ قال : المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » [٢] .

١٠٥٣٣ - وذكر البخاري حديث الليث بن سعد ، عن نافع ، عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا ، فإن تفرقا بعد أن يتبايعا ، فلم ينو [٣] واحد منهما البيع ، فقد وجب البيع » [٤] .

١٠٥٣٤ - قالوا : وقولنا بائع : اسم مشتق من فعل ، فلا يطلق اسم البائع [٥] إلا بعد وجود الفعل [٦] ، كالقاتل ، والشاتم ، فصار حقيقة الاسم بعد وجود البيع منهما ، لهما الخيار ما لم يتفرقا .

١٠٥٣٥ - والجواب : أن الخبر خبر واحد ، وقد اختلف على [٧] نافع فيه ونعلم أن النبي ﷺ لم يقل جميع هذه الألفاظ ، وإنما تكلم بواحد منها [٨] ، فوجب التوقف حتى يعرف لفظ رسول الله ﷺ منها [٩] فيعمل بمقتضاه .

١٠٥٣٦ - وقد روى مالك هذا الحديث ولم يعمل بظاهره ؛ لأن أهل المدينة لم

---

(١) حديث ابن عمر ﷺ : أخرجه مالك ، في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب بيع الخيار » (٦٧١/٢) الحديث (٧٩) ، والبخاري من طريق مالك ، في الصحيح ، كتاب البيوع ، « باب كم يجوز الخيار » (١٢/٢ ، ١٣) ، ومسلم في الصحيح ، « كتاب البيوع » ، « باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين » (١١٦٣/٣ ، ١١٦٤) .

(٢) أخرجه البخاري بهذا اللفظ ، في الصحيح ، « كتاب البيوع » ، « باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا (٧/٢) ، ومسلم ، في الصحيح ، « كتاب البيوع » ، « باب الصدق في البيع والبيان » (١١٦٤/٣) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في خيار المتبايعين (٢٦٩/٢) والترمذي في السنن ، « كتاب البيوع » باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا » (٥٣٩/٣ ، ٥٤٠) ، والنسائي في السنن « كتاب البيوع » ، (٢٤٧/٧ ، ٢٤٨) . وحديث أبي برزة الأسلمي ﷺ : أخرجه ابن ماجه بهذا اللفظ ، في السنن ، « كتاب التجارات » ، « باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » (٧٣٦/٢) الحديث (٢١٨٢) ، وابن أبي شيبه في المصنف ، « كتاب البيوع » في « من قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » (٣٠٧/٥) .

(٣) في (ص) : [فلم ينوى] ، وفي (م) ، (ع) : [فلم يرى] .

(٤) حديث ابن عمر ﷺ : أخرجه البخاري في الصحيح ، « كتاب البيوع » ، « باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع (١٢/٢ ، ١٣) ، ومسلم ، في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب ثبوت خيار المجلس للمتابعين » (١١٦٣/٣) ، الحديث (١٥٣١/٤٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الفاعل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الفعل منه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [عن] .

(٨ ، ٩) في (م) : [منهما] .

يعملوا به ، وهذه طريقة صحيحة ؛ لأن حديث عدي بن بركة عمل به أهل المصر [١] ، وعمل العلماء أولى أن يرجع إليه من خبر واحد يجوز أن يكون على [٢] غير ظاهره ، وقد عارض ظاهِرَه أخبارٌ متفق على استعمالها ، وهو نهيه عليه [الصلاة] والسلام : عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان . وقوله من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع .

١٠٥٣٧ – وقد تمسَّك أبو يوسف بما روى عنه بشر بن الوليد من تأويل هذا الحديث أنه محمول على المشترى إذا ساوم ، فقال : بعنى هذا العبد بألف . فقال البائع بعتك ، فكل واحد منهما بالخيار ، إن شاء البائع رجع عن الإيجاب وإن شاء أقام عليه ، والمشترى بالخيار ، إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل ، فإذا افترقا عن مجلسهما بطل خيار كل واحد منهما ، وهذا تأويل صحيح لأن حقيقة المتبايعين المشتغلان [٣] بالبيع كالمتفاعلين / ، وإن تم البيع فقد يقضى بينهما بالاسم ، فهما مجاز لأنهما كانا متبايعين وعمل اللفظ على الحقيقة أولى ، وإلى هذه الطريقة ذهب عيسى بن أبان . ١٢٥

١٠٥٣٨ – قلنا هذا قول ترده اللغة والشرع ؛ لأن في اللغة من لم يوجد منه الفعل لا يسمى فاعلًا ، وفي الشرع لو قال لعبده : إن بعتك فأنت حر ، فقال له المشترى : بعني ، فقال بعتك ، لم يعتق .

١٠٥٣٩ – قلنا : أما اللغة فقد وجد من كل واحد منهما لفظ البيع ، وذلك بيع لفظي ، والاسم تابع لما يفعله أهل اللغة دون الأحكام الشرعية .

١٠٥٤٠ – ثم أهل اللغة لا يقولون فاعلًا بعد انقضاء فعله [٤] ، إلا مجازًا ، بمعنى : كان فاعلًا .

١٠٥٤١ – وأما الشريعة [٥] فإن الأيمان محمولة على العرف لا على مطلق الاسم ، وسقط هذا .

١٠٥٤٢ – قالوا : لا حقيقة لهذا الاسم بحال ؛ أمَّا في العقل ، فإنما يقال : كانا متبايعين ، وحال تشاغلهما بالعقد مجاز أيضًا ؛ لأن البائع إذا أوجب [٦] البيع لا يقال :

---

(١) في سائر النسخ : [أهل المصر] ، ولعل الصواب : [عمل به أهل المصر] .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) . (٣) هكذا في (ص) والصواب [المشتغلين] .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) ، وفي (ص) : [يقضي] .

(٥) في (ص) : [الشريعة] . (٦) في (م) ، (ع) : [وجد] .

باع قبل قبول المشتري ، ولا يقال للمشتري : مبتاع قبل القبول ، وإنما سيصير [1] مشتريًا ، فالحالان جميعًا مجاز .

١٠٥٤٣ - قلنا هذا كلام من لا يعرف اللغة ؛ لأن الاسم لا يكون مجازًا [2] ، وبعد الفعل قد تلف الاسم [3] . وحال التلبس به والتشاغل هي [4] الحقيقة ، والمجاز عنها فرع ، وعليها حمل الخبر وكنا أولى به .

١٠٥٤٤ - فأما قولهم : كيف يكون فاعلًا ولم يوجد الفعل فلا يصح ؛ لأن جزءًا قد وجد في الإيجاب والقبول ، وقد يكمل [5] الفعل به ، فتلك الحالة هي الحقيقة إلا أنها مع ما قبلها من أجزاء [6] الزمان الذي تشاغلا بالفعل ، كالشيء الواحد ؛ لأنه بجميع تلك الأجزاء قد [7] يكون الفعل ، فجعلوها كالحالة الواحدة ، والشيء الواحد ، وصار الاسم حقيقة في جميعها ، وليس يمكن أن يجعل [8] أهل اللغة الحقائق إلا هكذا .

١٠٥٤٥ - قال مخالفنا : فإذا ثبت أن الاسم في الموضعين مجاز لا حقيقة له ، قالوا لنا : فقد تساوينا .

١٠٥٤٦ - قلنا : بل معنا [9] ترجيح من ستة أوجه :

١٠٥٤٧ - أحدها : أنا استعملنا المجاز من وجه واحد ، وهو : أنا سميناهما بعد الفعل ، وحملتم اللفظ علي المجاز من ثلاثة أوجه فجعلتموه بائعًا قبل البيع ، ومشتريًا قبل الشراء [10] ، وسميتموه بائعًا ولا بيع وهذا مجاز ، كمن سمى قاتلًا ولا مقتول .

١٠٥٤٨ - قلنا : هذا كلام أسقطناه ؛ لأنا لم نسلم التساوي في المجاز ، بل بينا أن الحقيقة معنى ، ولا وجه للترجيح على ما قالوه ، وفاسد ؛ لأنهم إذا [11] حملوا اسم البائع على ما [12] بعد البيع ، فقد سموا البائع بائعًا بعد بيعه ، والمشتري مشتريًا بعد

---

(١) في (م) : [يصير] .
(٢) في (م) : [مجاز] ، أي في ذاته ودونما نسبة للفعل .
(٣) أي ينتهي الاسم بانتهاء الفعل في الواقع ، كضارب لا يطلق على فاعله في الحقيقة بعد انتهاء الضرب .
(٤) في (م) ، (ع) : [على] مكان : [هي] .
(٥) في (م) ، (ع) : [كمل] .
(٦) في (م) ، (ع) : [آخر] .
(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [أن يحصل على] .
(٩) في (م) ، (ع) : [معناه] .
(١٠) في (ص) : [الشرى] ، وفي (م) ، (ع) : [المشترى] .
(١١) ساقطة من (م) ، (ع) .
(١٢) ساقطة من صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .

شرائه ، وحملوا الاسم المشتق من الفعل على حال تقضيه [(١)] وهذا استعمال المجاز من ثلاثة أوجه أيضا ، والترجيح للثاني [(٢)] .

١٠٥٤٩ - قالوا : نستفيد بما ذكرنا حكمًا شرعيا في مسألة الخلاف ، وما ذكروه لا يفيد حكمًا إلا ثبوت الخيار قبل تمام العقد ، وهذا ثابت بالإجماع .

١٠٥٥٠ - قلنا [(٣)] : بل نستفيد بهذا الخبر أن الموجب للبيع يجوز له الرجوع عن إيجابه ، ولولا الخبر لم يُقَلْ ذلك ، ولجاز أن يكون كإيجاب الطلاق والعتاق ، لا يرجع فيه .

١٠٥٥١ - وفائدة أخرى : أن الإيجاب يبطل بالافتراق [(٤)] ، فلولا ذلك لم يبطل حكم الإيجاب بعد المجلس .

١٠٥٥٢ - قالوا : والثالث : أن النبي ﷺ أوجب لهما الخيار بمعنى واحد ، وهو أن لكل واحد منهما خيار الفسخ ، وعندكم معنى الخيار لهما مختلف ؛ لأن البائع له خيار المنع من القبول ، والمشتري [(٥)] له خيار ، هو القبول .

١٠٥٥٣ - قلنا : الظاهر يقتضي ثبوت الخيار إلى غاية ، فأما أن يدل الظاهر على أن الخيار [بعينه لمعنى واحد ، فلا دلالة فيه .

١٠٥٥٤ - ولأن عندنا يثبت الخيار] [(٦)] لمعنى واحد ، وهو أن العقد لم يثبت بالإيجاب والقبول ، فيثبت الخيار [(٧)] لكل واحد منهما في إثباته أو فسخه .

١٠٥٥٥ - قالوا : والرابع : أن النبي ﷺ جعل الخيار إلى غاية ، وعندكم التبايع [(٨)] إلى غاية .

١٠٥٥٦ - قلنا : بل الخيار عندنا من تمام العقد يثبت [(٩)] إلى غاية .

١٠٥٥٧ - قالوا : والخامس : أن الخبر إذا احتمل أمرين ، وقد فسره الراوي بأحدهما ، وجب حمله علي ما فسره الراوي ، وقد فسره ابن عمر بما قلنا .

---

(١) في (م) ، (ع) : [مقتضيه] .
(٢) في (م) ، (ع) : [الثاني] .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) : [بالافراق] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فالمشتري] .
(٦) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٨) في (ص) : [التبايع] بدون نقط .
(٩) في (ع) : [ثبت] .

١٠٥٥٨ - قيل لهم : الذي روى عن ابن عمر أنه كان يفارق إذا باع حكاية فعل فيكون فَعَلَ [١] ذلك احترازا من قول من يجوز أن يحمل الخبر على هذا ، ليس أنه [٢] مذهبه ، وفعل النبي ﷺ المحتمل لا يحتج به ، فكيف ابن عمر .

١٠٥٥٩ - وقد روى يحيى بن معبد [٣] عن محمد تأويلًا آخر ، فقال [٤] : الخبر محمول على المتساويين المتقابلين في البيع ، وأن لهما [٥] الخيار ما لم يتفرقا بأقوالهما ، يوجب هذا ويقبل هذا ، وإذا افترقا بالقول سقط خيارهما ، ولزم البيع لكل واحد منهما .

١٠٥٦٠ - قال محمد : وهذا قول أبي حنيفة ، والمتساومان [٦] يسميان متبايعين لغةً وشرعًا .

١٠٥٦١ - فأما الشرع : فروي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يبيع الرجل على بيع أخيه » [٧] ، كما روى أنه قال : « لا يسوم الرجل على سوم أخيه » [٨] ، فسمى عليه الصلاة والسلام : السوم بيعا [٩] .

١٠٥٦٢ - وأما اللغة : فيقولون : هذا مشترٍ لهذه السلعة ، وفلان بائع لها ، وفي السوق باعةُ المشْتَرَى قليل ، وقد حضر السوق الباعة [١٠] ، ولم يحضر المشتري .

١٠٥٦٣ - فهذا يدل على [١١] تناول اسم المتساومين [١٢] ، والافتراق بالأقوال

---

(١) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (ع) : [أن] .

(٣) في جميع النسخ : [معبد] ، ولعل الصواب : [معيد] بالياء ، وهو : قوام الدين ، يحيى بن معيد العماد الكاتب ، راجع ترجمته في سير أعلام النبلاء (٦٣/٢٢) ، في الترجمة (٤٧) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فذاك] .

(٥) في النسخ : [فلهما] ، وما أثبتناه أوضح .

(٦) في (م) ، (ع) : [المتساويان] .

(٧) متفق عليه ، من حديث ابن عمر ، وأبي هريرة ﷺ ، عن النبي ﷺ أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، باب لا يبيع على بيع أخيه » (١٦/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه » (١١٥٤/٣ ، ١١٥٥) .

(٨) أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة ﷺ مرفوعًا ، في الصحيح كتاب البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١١٥٤/٣ ، ١٥٥) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب لا يبيع الرجل على بيع أخيه (٧٣٤/٢) ، الحديث (٢١٧٢) .

(٩) ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١١) ساقطة من (ع) .

(١٢) في (ع) : [المتساويين] .

يسمى افتراقا كما يسمى الافتراق بالأبدان ، بدلالة « أنه يقال [١] للمجتمعين في مكان واحد ، أو المفترقة [٢] أقوالهم في شيء : افترقوا ، كما يقال : اختلفوا . وقال الله تعالى : ﴿ وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ ﴾ [٣] . وقال عليه الصلاة والسلام : « تفترق أمتي [٤] نيفا وسبعين فرقة » [٥] .

١٠٥٦٤ - وإذا تناول اللفظ [٦] أمرين وجب حمله على أولهما ، وهذه فرقة الأقوال ؛ لأن قوله : « حتى يفترقا » إذا حملناه على [هذا حملناه على] [٧] ما جري له ذكر ، وإذا حملوه على المجلس حملوه على ما لم يجز له ذكر .

١٠٥٦٥ - ولأن الخيار ما وقف على رأيهما ، وما نقوله [٨] من التتابع [٩] يعود إلى فعلهما ، واختيارهما . وما يقولونه من التفرق بالأبدان [١٠] لا يعود إلى رأيهما . ألا ترى : أن أحدهما لو أراد أن يفارق الآخر ليتم العقد لم يقدر على ذلك ؛ لأن الآخر [١١] قد يقوم معه .

١٠٥٦٦ - فإن قيل : حقيقة التفرق تفيد تباعد الأشخاص .

١٠٥٦٧ - قلنا : لا نسلم ذلك ، بل قد بينا أن التفرق يطلق في الأقوال ، والأصل في الاستعمال الحقيقة .

١٠٥٦٨ - فإن قيل : التفرق ما كان عن اجتماع ، وذلك يوجد في تفرق [١٢] الأبدان دون الأقوال .

١٠٥٦٩ - قلنا : ويؤثر أيضًا في الأقوال ؛ لأن المتفقين [١٣] على قول واحد إذا اختلفا فقد تفرقا بعد اجتماعهما . وفي مسألتنا : اتفقا على التساوي ثم افترقا ، فصارا باتفاق [متبايعين] [١٤] ، وانتقل إلى كل واحد منهما ما كان على ملك الآخر فافترقا بهذا المعنى بعد الاجتماع .

---

(١) في (ص) : [قال] .
(٢) في (م) ، (ع) : [والمفترقه] .
(٣) سورة البينة : الآية ٤ .
(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٥) أخرجه الترمذي من حديث أبي هريرة مرفوعا ، في السنن ، « كتاب الأيمان » ، « باب ما جاء في افتراق هذه الأمة (٥/٢٥ ، ٢٦) ، وابن ماجه في حديث أبي هريرة ، في السنن « كتاب الفتن » ، « باب افتراق الأمم » (٢/١٢٢١ ، ١٣٢٢) .
(٦) في (م) ، (ع) ، وفي هامش (ص) : [الاسم] .
(٧) سقط من النسخ جميعها ويوجبه السياق .
(٨) في (م) : [يقوله] .
(٩) في (م) ، (ع) : [البائع] .
(١٠) في (ع) : [التفرقة] .
(١١) في (م) ، (ع) : [لا الآخر] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [تفريق] .
(١٣) في النسخ : [متفق] ولا يصح في المعنى والسياق . (١٤) ما بين المعكوفتين زيادة : [بدل] هذا مبيعا .

١٠٥٧٠ - فإن قيل : فالبيع [١] ليس بافتراق بل هو اجتماع واتفاق ؛ لأن البائع أوجب البيع فقبل [٢] المشتري .

١٠٥٧١ - فإن قيل : فقد وافقه ، وهكذا فارقه [٣] .

١٠٥٧٢ - قلنا : هذا اختلاف [٤] من الوجه الذي ذكرنا ، وإن كان اتفاقا في وجه لم يعتبر للمعنى [٥] الافتراق من كل الوجوه .

١٠٥٧٣ - فإن قيل : النبي ﷺ مدَّ الخيار إلى التفرق وعندكم يمتد إلى الإيجاب والقبول .

١٠٥٧٤ - قلنا : قد بينا أن الإيجاب يفرق عن التساوى ، وأن الواجب أن يجعل غاية الخيار أولى ما يتناوله الاسم .

١٠٥٧٥ - قالوا : ومن حديث الليث : « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا . فإن تفرقا بعد أن تبايعا فلم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » [٦] .

١٠٥٧٦ - قلنا : هذا محمول على ما قررنا ؛ لأن التبايع والتساوم ، والتفرق بعده هو التعاقد ، حتى حصل التفرق بالإيجاب والقبول بعد التلاقي ، من غير أن يترك أحدهما البيع بإبطال الإيجاب [فقد] [٧] وجب البيع .

١٠٥٧٧ - قالوا : روي من حديث عبد الله بن عمرو « حتى يتفرقا [٨] من مكانهما » [٩] .

١٠٥٧٨ - قلنا : هذا صحيح على تأويل أبي يوسف ، وهو معارض بما روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا من بيعهما أو يكون بيعهما بخيار » [١٠] ، وهذا شاهد لتأويل [١١] محمد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فالبائع] .
(٢) في (ع) : [كقبل] .
(٣) في (ص) : [فقد وافقه وها فارهه] .
(٤) ساقطة من(م)،(ع)،وفي(م):[هو اختلاف] .
(٥) في (م) ، (ع) : [في وجه آخر لم يعتبر للسى] .
(٦) تقدم تخريج هذا الحديث في هذه المسألة .
(٧) إدراج اقتضاه السياق .
(٨) في (م) ، (ع) : [تفرقا] .
(٩) حديث عبد الله بن عمرو ﷺ : أخرجه البيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار » (٢٧١/٥) .
(١٠) في سائر النسخ : [خيار] . وحديث أبي هريرة ﷺ : أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، « كتاب البيوع » ، في « من قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » (٣٠٨/٥) الحديث (٤) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب خيار البيعين حتى يتفرقا (١٣/٤) وابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب البيوع » (٢٤٩/٧) .
(١١) في (م) ، (ع) : [شاهد لنا تأويل محمد] .

١٠٥٧٩ – فإن قيل : إذا اختلفا في تأويل الخبر وجب حمله على [١] تأويل الراوي ؛ لأنه شاهد التنزيل ، وقد بينا أن ابن عمر حمل الخبر على التفرق [٢] بالأبدان .

١٠٥٨٠ – قلنا : هذا أصل لكم ، والذي نقول : [٣] أن الواجب اعتبار ما دل [٤] عليه الدليل ، وتشهد [٥] له الأصول .

١٠٥٨١ – ثم راوى هذا الخبر أبو برزة [٦] ، وقد حمل الخبر على التفرق [٧] في السفر .

١٠٥٨٢ – وقد روى [٨] حماد بن زيد ، عن حميد بن مرة [٩] عن أبي الوضيء « قال : نزلنا منزلًا ، فباع رجل صاحب لنا من رجل فرسا ، فأقمنا في منزلنا يومنا وليلتنا ، فلما كان الغد قام الرجل يسرج فرسه ، فقال له صاحبنا [١٠] : إنك قد / بعتني [١١] فاختصما إلى أبي برزة ، فقال : إن شئتما قضيت بينكما بقضاء رسول الله ﷺ ، سمعت رسول الله ﷺ يقول : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، وما أراكما تفرقتما » [١٢] .

٢٦

١٠٥٨٣ – ومعلوم أن قيام البائع إلى فرسه مفارقة ولم يعتبر [رضا بالبيع] [١٣] ، فلم يجب الرجوع إلى تأويل ابن عمر ، دون تأويل [١٤] أبي برزة . وقد بينا أن ابن عمر جاز أن يكون فعل ذلك تحرزًا من حاكم [١٥] بتأويل الخبر ؛ لأنه مذهبه .

---

(١) قوله : [تأويل الخبر وجب حمله على] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٢) في (م) ، (ع) : [التفريق] .
(٣) في (م) : [يقول] والقول هنا بمعنى الفتوى .
(٤) في (م) ، (ع) : [ما يدل] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ويشهد] .
(٦) في (م) ، (ع) : [أبو هريرة] .
(٧) في (ع) : [التفريق] .
(٨) الزيادة (م) ، (ع) ، ولفظ : [روى] ساقط من (م) .
(٩) في سائر النسخ : [حميد بن مرة] ، وكذلك في المعاني للطحاوي ، ولعل الصواب كما ذكر أصحاب السنن : « جميل بن مرة » . وهو : جميل بن مرة الشيباني البصري ، من السادسة ، روى عن أبي الوضيء ، وروى عنه : هشام ابن حسان ، وحماد بن زيد وغيرهما ، قال ابن معين : « جميل بن مرة ثقة » . راجع ترجمته في : الجرح والتعديل (٥١٨/٢) ، الترجمة (٢١٤٢) ، المغني ص ١٣٦ ، الترجمة (١١٨٨) ، تقريب التهذيب (١٣٤/١) ، الترجمة (١١٤) .
(١٠) في النسخ : [صاحب لنا] والمثبت أولى .
(١١) في (ص) ، (م) : [ليسرج] .
(١٢) أخرجه الطحاوي بهذا الإسناد واللفظ ، (١٣/٤) ، وأبو داود بمعناه ، في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في خيار المتبايعين بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار » (٢٧٠/٥) ، والدارقطني من طريق هشام بن حسان ، في السنن « كتاب البيوع » (٦/٣) الحديث (١٤ ، ١٥) .
(١٣) [بهما] بدل ما بين المعكوفتين ، والمثبت هو الصحيح من جهة المعنى .
(١٤) ساقطة من (م) ، (ع) .
(١٥) في (ع) : [احترازًا من حكم] .

١٠٥٨٤ - فإن قيل : حمل الخبر على ما يقولون يبطل تخصيص البيع ؛ لأن العقود كلها يجوز الرجوع فيها عن الإيجاب .

١٠٥٨٥ - قلنا : وكذلك [1] لزوم الثمن لا بحضور خيار المجلس بل بثبوته [2] كما في عقود أخرى كثيرة . ونحن نثبت ما يذكره [3] من الخيار في البيع وما في معناه ليكون فرقا بين هذه العقود وبين الطلاق والعتاق .

١٠٥٨٦ - فإن قيل : ذكر الدارقطني حديث ابن عباس رضي الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من اشترى بيعا ، فوجب له ، فهو بالخيار ما لم يفارقه صاحبه ، إن شاء أخذ ، فإن فارقه فلا خيار له » [4] .

١٠٥٨٧ - قلنا : روى هذا الخبر عن أبي معيد [5] ، عن سليمان بن موسى عن نافع ، عن ابن عمر . وعن عطاء ، عن ابن عباس .

١٠٥٨٨ - وأبو معيد هو حفص بن غيلان [6] ساقط الحديث ، وسليمان بن موسى ذكره البخاري من الضعفاء [7] لا يثبت بروايتهما حجة ؛ ولأن قوله : « فوجب له » متروك الظاهر ؛ لأن عندهم لا يجب له ما داما في المجلس [8] من غير تغيير ؛ فعندنا معناه : من طلب الشراء فأوجب له ، فهو بالخيار . وعندهم معناه [9] : من عقد له فلم

---

(١) في (ص) : [ولذلك] .
(٢) في (ص) : [سوند] .
(٣) في (ع) : [نذكره] .
(٤) أخرجه الدارقطني من حديث ابن عباس ، في السنن « كتاب البيوع » ، (٥/٣) الحديث (١١) ، والبيهقي في الكبرى ، « كتاب البيوع » ، « باب المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار (٢٧٠/٥) ، وابن عدي بمعناه في الكامل (٢٦٨/٣) .
(٥) في (م) ، (ع) : [أبي سعيد] .
(٦) في جميع النسخ : [جعفر بن غيلان] والصواب ما أثبتنا من كتب التراجم . وهو : حفص بن غيلان ، أبو معيد الرعيني الدمشقي قال أبو حاتم وغيره : لا يحتج به ، وقال ابن معين : [ثقة] ، وقال ابن عدي : [وهو عندى لا بأس به ، صدوق] . الجرح والتعديل (١٨٦/٣) ، الكامل (٣٩٤/٢ ، ٣٩٥) ، الترجمة (٥١٨/١٤٨) ، المغني (١٨٢/١) ، الترجمة (١٦٤١) ، تقريب التهذيب (١٨٩/١) ، الترجمة (٤٦٧) .
(٧) سليمان بن موسى : هو أبو أيوب ، سليمان بن موسى الدمشقي الأسدى الأشدق ، قال البخاري : « عنده مناكير » ، وقال النسائي : ليس بقوي ، وقال أبو حاتم : « محله الصدق ، وفي حديثه بعض الاضطراب » ، وقال ابن عدي : « ثبت صدوق » . راجع ترجمته في : الضعفاء الصغير ص ٥٣ ، ٥٤ ، الجرح والتعديل (١٤١/٤ ، ١٤٢) ، الكامل (٢٦٣/٣ ، ٢٧٠) ، المغني ص٢٨٤ ، تقريب التهذيب (٣٣١/١)
(٨) في (ع) : [ما دام] ، وحرف : [في] ساقط من (م) ، (ع) .
(٩) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

يجب فله الخيار ، ولنا فيها في تركه الظاهر .

١٠٥٨٩ - احتجوا : بقوله ﷺ « المتبايعان [١] بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار » [٢] .

١٠٥٩٠ - قالوا : بيع الخيار ، هو أن يطلق البيع ثم يخير أحدهما الآخر .

١٠٥٩١ - ومن أصحابه [٣] من قال : بيع الخيار أن يقع العقد على شرط ألا خيار فيه ، فإذا تقرر هذا فالاستثناء من الإثبات نفي ، ومن النفي إثبات ، فلما قال : « المتبايعان بالخيار » فقد أثبت ، ثم قال : « إلا بيع الخيار » فيجب أن يكون الاستثناء في الخيار ، وهذا لا يكون إلا قولنا ؛ لأن العقد لا يلزم حتى يتفرقا إلا بيع الخيار الذي بيناه ، فإن العقد يلزم من غير افتراق .

١٠٥٩٢ - الجواب : أن قوله : « المتبايعان » اسم الفاعل ، فقوله : « إلا بيع الخيار » مصدر ، ولم يتقدم ذكر مصدر حتى يخرج بعضه بالاستثناء ، فكان هذا الاستثناء منقطعا بمعنى : « لكن » ، ولا يلزم أن يكون إثباتًا من « لكن » أو نفيًا من إثبات ؛ لأن هذا لا يكون من الاستثناء الصحيح . فأما المنقطع : فالذي يلزمه [٤] فيه أن يخالف الأول ضربًا [٥] من الخلاف ، فتقدير الخبر كل متبايعين أو كل متشاغلين على ما قدمنا ، فلا بيع بينهما حتى يفترقا ، لكن بيع الخيار ، وإن افترقا لا يتم البيع بينهما ، فإن إثبات الخلاف من وجه يكفي في عدم الاستثناء المنقطع .

١٠٥٩٣ - وحملنا قوله عليه الصلاة والسلام : « إلا بيع الخيار » [٦] على ظاهره في البيع المشروط فيه الخيار ، وهذا هو المفهوم من الخيار في الشرع ، فأما الذي قالوه فلا يعرف .

١٠٥٩٤ - وكيف يصح أن يحمل اللفظ على البائع [٧] بشرط أن لا خيار [٨] ، ويسمي ذلك بيع خيار ، وهو بيع نفي [٩] الخيار فيه .

١٠٥٩٥ - فأما قوله بعد العقد : « اختر » فهو تخيير من أحدهما للآخر بعد وقوع العقد لا يوصف العقد به ، وقد خلا العقد منه ، وتأخر عنه .

---

(١) في (ع) : [البايعات] .

(٢) تقدم تخريجه من حديث أبي هريرة .

(٣) في (م) ، (ع) : [أصحابنا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يلزم] .

(٥) في (ع) : [خبرنا] .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ع) : [الأخيار] .

(٩) في (م) ، (ع) : [بقي] .

١٠٥٩٦ - وأجاب [1] أصحابنا بجواب آخر ، فقالوا : قوله : « البيعان [2] بالخيار ما لم يتفرقا » غاية ، وحكم الغاية : أن يكون ما بعدها بخلاف ما قبلها فصار ذلك كالمنطوق . فكأنه قال : « البيعان [3] بالخيار ما لم يتفرقا » فيتم البيع بينهما إلا بيع الخيار ، فإنهما وإن تفرقا لم يتم البيع بينهما . وهذا كقوله تعالى ﴿ إِنِّي [4] لَا يَخَافُ لَدَىَّ ٱلْمُرْسَلُونَ ۝ إِلَّا مَن ظَلَمَ ﴾ [5] ، فقد فسره ، لكن يخاف الظالمون إلا من ظلم [6] ثم بدل حسنًا بعد سوء ، فهذا تأويل الاستثناء على وجه صحيح ، وحمل بيع الخيار على ما يتناوله إطلاق اسم الخيار [7] ، ويعرفه أهل الشرع .

١٠٥٩٧ - فإن قيل : روى موسى بن عقبة ، عن نافع ، عن ابن عمر : « أن النبي ﷺ قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يكون بيعهما عن خيار ، فإن كان بيعهما عن خيار ، فقد وجب البيع » [8] .

١٠٥٩٨ - قالوا : وهذا يدل أن بيع الخيار ما ذكرناه .

١٠٥٩٩ - قلنا : لا يدل ، إنما معنى قوله : « أو يكون بيعهما عن خيار » فلا يتم الأمران .

١٠٦٠٠ - وقد تكلمنا على الأخبار التي [9] أوردوها ، فقد ذكر الدارقطني في هذا الحديث عن ابن وهب ، عن الليث أن نافعًا حدثه ، عن ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « إذا تبايع الرجلان فكل واحدٍ منهما بالخيار ما لم يتفرقا [10] ، وكانا جميعًا ، أو يخير أحدهما الآخر فيتبايعان على ذلك ، فقد وجب البيع » [11] ، وهذا يدل على أن [12] التخيير المذكور قبل التبايع ، وأنه لا خيار بعده .

١٠٦٠١ - وقد روى في حديث ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « ولا يحل له أن

---

(١) في (م) ، (ع) : [فاب] .
(٢ ، ٣) في (ع) : [البايعان] .
(٤) في (ع) : [إنه] وهو خطأ .
(٥) سورة النمل : الآية ١٠ ، ١١ .
(٦) من قوله : [قد فسره] إلى قوله : [إلا من ظلم] ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : « على ما يتناوله الاسم الخيار على ما يتناوله إطلاق الاسم الخيار » ، مكان المثبت ، وهو مضطرب .
(٨) في جميع النسخ : [بينهما] ، وهذا الحديث تقدم تخريجه من طرق أخرى بألفاظ متقاربة .
(٩) في (م) : [الذي] .
(١٠) في (ع) : [يفترقا] .
(١١) أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ ، في السنن « كتاب البيوع » (٥/٣) ، الحديث (١٢) .
(١٢) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

يفارقه خشية يستقيله » (١) ، فلو كان البيع لا يلزم قبل الفرقة لم تدخله الاستقالة ؛ لأنها لا تدخل في بيع تام صحيح (٢) ، وإنما نهاه عن المفارقة خشية الاستقالة عن طريق الأولى ؛ لأن الإنسان مندوب إلى الإقالة .

١٠٦٠٢ - فإن قيل : فكيف يلزم البيع على تأويلكم بقوله : « اختر » ؟ .

١٠٦٠٣ - قلنا : هذا عندنا يقوم مقام الإيجاب إن قاله البائع ، ومقام القبول إن قاله المشتري فيتم به البيع إذا تقدمه فينظر (٣) العقد .

١٠٦٠٤ - قالوا : روى مثل قولنا عن علي ، وابن عمر ، وابن عباس ، وأبي برزة ، وأبي هريرة ﷺ (٤) .

١٠٦٠٥ - قلنا : نعم ؛ لأنه مخالف ؛ لأنه قال : البيع صفقة ، أو خيار ، فحصل (٥) أن البيع نوعان (٦) وعندهم الخيار ثابت في جميع البياعات .

١٠٦٠٦ - فإن قيل : معناه صفقة ، بمعنى شرط في العقد أن لا خيار ، أو أطلق ، فكان فيه الخيار .

١٠٦٠٧ - قلنا : سقوط الخيار بالشرط بقوله : « بعضكم « ولا يختارونه ، ثم الصفقة هي مطلق العقد ، فأما ما وقع على شرط فليس بصفقة .

١٠٦٠٨ - قالوا : عقد معاوضة محضة ، فوجب أن يكون للتفرق (٧) تأثير فيه ، أصله : الصرف .

١٠٦٠٩ - قلنا : الافتراق في الصرف يبطل العقد ، ولا يجوز أن يكون ما يبطل نوعا من البيع يصح به نوع آخر ، كهلاك المعقود عليه .

١٠٦١٠ - ثم (٨) نقول : ولا يقف تمامه على الافتراق ، كالصرف ؛ لأن عقد الصرف لا يتم بالافتراق عندهم حتى يتقدمه القبض .

١٠٦١١ - ولأن في الصرف دلالة ؛ لأن الافتراق لما أثر فيه كان تأثيره الفساد ، فلو كان

---

(١) في (ع) : [يتقبله] . (٢) في هامش (ص) : [بيع تام غير صحيح] .
(٣) في هامش (ص) : [لعله نظر] .
(٤) قد تقدم تخريج حديث ابن عمر ، وابن عباس ، وأبي برزة ، وأبي هريرة (ﷺ) مرفوعًا ، في المسألة .
(٥) في (م) ، (ع) : [يحصل] . (٦) في (م) ، (ع) : [لوعين] .
(٧) في (ص) : [للمتفرق] .
(٨) قوله : [ثم نقله] في (م) ، (ع) وليس في (ص) وقد حذفنا (نقله) هذه ؛ لأنه لا معنى لها في السياق .

للافتراق تأثير في مسألتنا : وجب أن [يؤثر فيه الفساد ، فأما أن يؤثر (١) صحة العقد فلا .

١٠٦١٢ - قالوا : معارضة محضة فجاز أن] (٢) يلحقها الفسخ مع الإطلاق والسلامة من وجهين ، كالصرف .

١٠٦١٣ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن بيوع الأعيان يلحقها الفسخ مع الاطلاق ، والسلامة من وجهين : تلف المبيع قبل القبض ، وخيار الرؤية .

١٠٦١٤ - قالوا : الخيار على ضربين : خيار نقص وغيره ، ثم كان خيار النقص يثبت (٣) شرعًا وشرطًا ، وتحريره أحد نوعي (٤) الخيار ، فانقسم شرعًا وشرطًا .

١٠٦١٥ - قلنا : نقول بموجَبه من خيار القبول ، وخيار الرؤية .

١٠٦١٦ - فإن قالوا : خيار الرؤية لا يتعلق بمضي الزمان .

١٠٦١٧ - قلنا : وكذلك خيار المجلس لا يتعلق بمضي الزمان (٥) ، وإنما يقع على شرط . ثم ثبوت الشيء بالشرط لا يدل على ثبوته بالشرع ، بدلالة : الأجل . ثم نعكس فنقول أحد نوعي (٦) الخيار ، فكان حكمه في المجلس حكمه (٧) بعده .

١٠٦١٨ - ولأن خيار النقص لما ثبت حكمًا وشرطًا استوت مدتهما ؛ لأن كل واحد من الخيار يثبت في المدة وبعدها ، فلو كان هذا الخيار يثبت حكمًا وشرطًا لاستوت مدتهما ، فيثبت كل واحد منهما في المجلس وبعده .

١٠٦١٩ - قالوا : عقد يقصد به تمليك المال ، فلا يتم بالإيجاب والقبول ، كالهبة .

١٠٦٢٠ - قلنا : الهبة من عقود الشرع وهي أضعف من إيجاب المال في البيع ، بدلالة وقوف الملك فيها على القبض ، فلم يجز اعتبار البيع بها . والمعنى فيها : أن العقد لا يتم منها بالتخاير بعد ، فلا يتم بالتراضي ابتداء . ولما كان البيع يتم بالتخاير بعد العقد تم بالتراضي على العقد ؛ لأن الرضا (٨) في الوجهين موجود .

١٠٦٢١ - قالوا : قول أحد المتبايعين ، فوجب أن يتعقبه الخيار أصله ما ذكروا .

---

(١) يؤثر هنا بمعنى يوجب وينتج .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [ثبت] . (٤) في (ع) : [نوع] .

(٥) ساقط من (ع) . (٦) في (م) ، (ع) : [نوع] .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ص) : [الرضى] ، وفي (م) ، (ع) : [المرضى] .

١٠٦٢٢ - قلنا : عندنا كل واحد من الطرفين يتعقبه الخيار على الوجه الذي يتعينه الآخر ؛ لأنه إن ابتدأ البائع فالإيجاب يثبت [١] الخيار لكل واحد منهما ، وإذا ابتدأ المشتري بالقبول يثبت [٢] الخيار / لكل واحد منهما ، وإنما لا ينعقد القبول خيارًا [٣] ؛ لأنه اجتمع به الإيجاب والقبول معًا ، ولا يقال : لما لزم قبل تراضي المتعاقدين به ، يثبت بعد تراضيها .

٢٦

١٠٦٢٣ - قالوا : زمان يصح قبض رأس المال وعوض الصرف ، فوجب أن يثبت فيه الخيار . أصله : عقيب الإيجاب وقت لقبض رأس المال ؛ لأن العقد لم ينعقد ، فكيف [٤] يقبض بدلَه ولا عَقْد .

١٠٦٢٤ - ولأن عقيب الإيجاب حالة يثبت الخيار في النكاح فيثبت [٥] في البيع ، وما بعد الإيجاب والقبول حالة لا يثبت الخيار في النكاح ، فلم يثبت في البيع .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٣) في (ع) : [خيارا] وفي [خيار] .
(٤) في (ع) : [وكيف] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فتبت] .

مسألة ٥٦٦

حكم جَعْل البائع الخيار لنفسه

١٠٦٢٥ - قال أصحابنا [١] : إذا شرط [٢] البائع الخيار لنفسه لم يزل ملكه عن المبيع [٣] .

١٠٦٢٦ - وللشافعي : أقوال ، أحدها : أن الملك موقوف [٤] مراعى . والثاني : أنه ينتقل بالعقد وإسقاط الخيار ، والثالث : أنه ينتقل بنفس العقد . وهل يأخذ الشفيع بالشفعة مع ثبوت خيار البائع ، فيه قولان ، هذا على القول الذي يقول : إن [٥] الملك ينتقل بالعقد [٦] .

---

(١) أثبتنا الزيادة تمشيا بمنهج المصنف . (٢) في (ع) : [ثبت] .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : تحفة الفقهاء « باب خيار الشرط » (٧٦/٢ ، ٧٧) ، بدائع الصنائع « فصل : وأما حكم البيع » (٢٦٤/٥ ، ٢٦٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب خيار الشرط » (٣٠٥/٦ ، ٣٠٦) ، البناية مع الهداية » باب خيار الشرط » ٨٣/٧ ، مجمع الأنهر « باب الخيارات » (٢٢/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب خيار الشرط » (٥١/٤) .

(٤) أثبتنا الزيادة من كتب الشافعية .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) قال الرافعي في فتح العزيز بعد أن ذكر أقوال الشافعي الثلاثة في ملك البيع زمن الخيار : « وفي موضع الأقوال طرق أحدها : أن الخلاف فيما إذا كان الخيار لهما ، إما بالشرط ، أو في خيار المجلس ، أما إذا كان لأحدهما فهو المالك للمبيع لنفوذ تصرفه فيه . ويحكى هذا عن صاحب التقريب ، وهو قريب مما أورده في الكتاب الوجيز ، والثاني : أنه لا خلاف في المسألة ولكن إن كان الخيار للبائع فالملك له ، وإن كان للمشتري فهو له ، وإن كان لهما فهو موقوف . وتنزل الأقوال على هذه الأحوال . وهو اختيار القاضي الروياني في الحلية . والثالث : طرد الأقوال في الأحوال ، وهو أظهر عند عامة الأصحاب منهم العراقيون والحليمي . وإذا جرت الأقوال فما الأظهر منها ؟ قال الشيخ أبو حامد ومن نحا نحوه : الأظهر أن الملك للمشتري ، وبه قال الإمام . وقال آخرون : الأظهر الوقف ، وبه قال صاحب التهذيب ، والأشبه التوسط ، ذكره جماعة ، وهو أنه إن كان الخيار للبائع فالأظهر بقاء الملك له ، وإن كان للمشتري فالأظهر انتقاله إليه ، وإن كان لهما فالأظهر الوقف ، وعلى هذا تتفاوت الأحوال في الأظهر من الأقوال ، لا في تخصيص الخلاف ببعضها » . راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » (٢١١/٩ - ٢١٤) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » (٣٦/٤ ، ٣٧) ، فتح العزيز « الباب الرابع في الفساد من جهة تفريق الصفقة » ، بذيل المجموع (٣١٦/٨ ، ٣١٧) ، نهاية المحتاج « باب الخيار » (١٩/٤ ، ٢٠) . وقال مالك : المبيع في مدة الخيار على ملك البائع ، كان الخيار للبائع أو للمبتاع ، أولهما . راجع المسألة في : المنتقي في « بيع الخيار » (٥٨/٥) ، المقدمات =

١٠٦٢٧ - لنا : أنه معنى يمنع من التصرف بالإكراه مع وجود القبض المأذون فيه ، أو كل حالة لا ينفذ فيها تصرف المشتري معه قبض مأذون فيه ، فلم يملك المبيع ، أصله : قبل القبول .

١٠٦٢٨ - فإن قيل : المعنى في المكره أنه لم يرض بسبب البيع ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنه رضي بسبب نقل المبيع .

١٠٦٢٩ - قلنا : وإن رضي بسبب نقل المبيع فلم يرض بزوال الملك ، وعلة الفرع تبطل بالبيع الفاسد ، وبمن باع أحد العبدين .

١٠٦٣٠ - ولأنه بيع شرط فيه خيار الفسخ ، فلم ينتقل الملك به ، أصله : إذا شرط خيار أربعة أيام ثم أسقط اليوم الرابع .

١٠٦٣١ - ولأن [كل خيار لو شرط في أحد العبدين منع من وقوع الملك ، إذا شرط في العبد الواحد منع من نقله [1] . أصله : خيار أربعة أيام إذا أسقط خيار اليوم الرابع .

١٠٦٣٢ - ولأن] [2] عتق البائع ينفذ في العبد ، وكل رقبة ينفذ فيها [3] عتق الإنسان ابتداءً لم تكن ملكًا [4] لغيره ؛ أصله : سائر أملاكه .

١٠٦٣٣ - ولأن الإيجاب غير لازم مع سلامة البدن ، فوجب أن يكون المبيع على ملكه كما لو لم يقبل .

١٠٦٣٤ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « من اشترى عبدًا وله مال ، فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع » [5] ، وهذا يشير أن يكون للمشتري إذا شرطه ، وإن كان الخيار للبائع .

= الممهدات ، « كتاب بيع الخيار » (٩٢/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الثاني عشر » ، « في بيع الخيار » ، ص ٢٧٨ ، شرح الزرقاني ، « باب في البيع الشامل » (١٢١/٥) .
وقال أحمد في أظهر روايتيه : ينتقل الملك إلي المشتري في بيع الخيار بنفس العقد ، ولا فرق بين كون الخيار لهما ، أو لأحدهما أيهما كان . والرواية الثانية : لا ينتقل الملك عن البائع حتى ينقضي الخيار . راجع المسألة في : المغني ، في « خيار المتبايعين » (٥٧١/٣ ، ٥٧٢) ، الكافي لابن قدامه ، « باب الخيار في البيع » (٤٨/٢) ، الإنصاف ، (٣٧٨/٤ ، ٣٧٩) .

(١) [من نقله] زيادة اقتضاها السياق .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [ينفر فمنها] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لم يكن] ، ولفظ : [ملكا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٥) .

١٠٦٣٥ - والجواب : أن إطلاق الشراء لا يتناول البيان ، ومن حكم اللفظ أن يحمل على إطلاقه دون تقييده .

١٠٦٣٦ - قالوا : بيع منعقد أو صحيح ، فوجب أن ينقل الملك . أصله : إذا شرط فيه خيار .

١٠٦٣٧ - قلنا : المعنى فيه أن تصرف المشتري يجوز فيه بوجود القبض [فدل على جواز ملك البائع ، وفي مسألتنا : لم ينفذ تصرفه مع وجود القبض] (١) المأذون فيه ، فدل على أنه لم يملكه .

١٠٦٣٨ - قالوا (٢) : التصرف قد يمنع منه تمام الملك . وفي مسألتنا : إذن البائع في الفسخ متعلق به ، وفي تصرف المشتري إسقاط هذا الحق .

١٠٦٣٩ - قلنا : يبطل إذا كان بالعوض عيب (٣) ؛ فإن حق الفسخ ثابت للبائع وتصرف المشتري يجوز (٤) .

١٠٦٤٠ - فإن قيل : لا يسقط حقه ؛ لأنه يفسخ البيع بقيمة ما خرج من ملكه إلى عوض .

١٠٦٤١ - قالوا : انقضاء الخيار معنى يستقر به البيع ، فوجب أن يقف (٥) انتقال الملك عليه ، كالقبض .

١٠٦٤٢ - قلنا : القبض لا يقف نفوذ عتق المشتري على وجوده ، وليس كذلك قطع الخيار ؛ لأن عتق المشتري يقف على وجوده ، فلذلك وقف الملك عليه .

١٠٦٤٣ - قالوا : معاوضة تقتضي التمليك ، فانتقل الملك منها بالعقد ، كالنكاح .

١٠٦٤٤ - قلنا : التمليك من مقتضى المعاوضة المطلقة .

١٠٦٤٥ - قالوا (٦) : إذا لم يطلق فلا يقتضي (٧) التمليك ، ثم النكاح لا يقع غير بات (٨) ثم يصير باتا (٩) فلم يقع غير موجب للملك ثم يوجبه ، والبيع بخلافه .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [فإن قيل] .

(٣) في (ع) : [بيع] .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يقف] .

(٦) في (م) ، (ع) : [قلنا] .

(٧) في (ص) : [لم يقتضى] .

(٨) في (م) ، (ع) : [باب] .

(٩) في (م) ، (ع) : [باب] .

١٠٦٤٦ - قالوا : خيار ثابت في بيع ، فوجب أن لا يمنع انتقال الملك ، كخيار العيب .

١٠٦٤٧ - قلنا : خيار العيب لا يمنع تصرف المشتري ، فلذلك لا يمنع [1] الملك . وخيار الشرط [2] لما منع من تصرف الشراء مع وجود القبض الصحيح منع من نقل الملك الصحيح .

* * *

(١) في (ص) : [لم يمنع] .
(٢) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٥٦٧

حكم المبيع إذا اشترط المشتري الخيار

١٠٦٤٨ - قال أبو حنيفة : إذا اشترط [١] المشتري الخيار خرج المبيع من ملك البائع ، ولم يدخل في ملك المشتري .

١٠٦٤٩ - وقال أبو يوسف ، ومحمد [٢] والشافعي : يملك المشتري المبيع [٣] .

١٠٦٥٠ - لأبي حنيفة : أن قبول المشتري غير لازم مع سلامة المبيع ، فلم يدخل في ملكه بالخيار .

١٠٦٥١ - ولأنا قد دللنا على أن من [٤] شرط الخيار لا يملك عليه البدل ، فلم يخرج الثمن من ملك المشتري .

١٠٦٥٢ - فلو قلنا : إنه يملك المبيع [٥] اجتمع في ملكه العوض والمعوض فيما يصح تمليكه ، كعقود المعاوضات .

١٠٦٥٣ - [وهذا لا يصح ، ولا يلزم إذا ضمن الغاصب قيمة المدبر ؛ لأنه لا يملك بعقود المعاوضات [٦] ، وكذلك لا يلزم إذا اشتري ثوبا بخمر ؛ لأن الخمر عندنا على حكم ملك [٧] المسلم ، وليست ملكه على الحقيقة ؛ ولأن الخمر لا يملكها المسلم بعقود

---

(١) في (م) ، (ع) : [شرط] .

(٢) قال السمرقندي في تحفه الفقهاء : [والصحيح قول أبي حنيفة] .

راجع تفصيل المسألة في : تحفة الفقهاء ، « باب الشراء والبيع » (٧٧/٢) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص ٣١٤ ، بدائع الصنائع ، « فصل : وأما شرائط لزوم البيع » (٢٦٤/٥ ، ٢٦٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، « كتاب البيوع » (٣٠٦/٦ - ٣٠٨) ، البناية مع الهداية ، « كتاب البيوع » (٨٤/٧- ٨٦) ، مجمع الأنهر ، « كتاب البيوع » (٢٢/٢ ، ٢٣) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار ، « كتاب البيوع » (٥٣/٤ ، ٥٤) .

(٣) راجع المسألة في نفس مصادر الشافعية التي سبقت في مسألة (٥٦٦) ، وقد ذكرنا هناك رأي مالك وأحمد في هذه المسألة مع مصادر المذهبين . فالحكم لا يختلف عندهما ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [تملك البيع] .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

المعاوضات .

١٠٦٥٤ - فإن قيل : يبطل بمن اشترى عبدًا بجارية ، وشرط الخيار فيها فأعتقها .

١٠٦٥٥ - قلنا : لا يجتمع في ملكه البدل والمبدل ؛ لأن العتق يوجب فسخ العقد فيما هو من جهته ، ثم يملك [١] العبد الآخر ، ويملك [٢] عليه القيمة ، فلا يجتمع في ملكه البدل والمبدل

١٠٦٥٦ - فإن قيل : كما لا يجوز اجتماع البدل والمبدل لا يجوز أن يخلو العاقد من أحد العوضين .

١٠٦٥٧ - قلنا : قد يجوز أن يخرج الشيء من ملك الإنسان من غير عوض [٣] ، مثل الهبة والوصية ، ولا يمتنع [٤] أن يزول ملك البائع ويتأخر ملكه للعوض .

١٠٦٥٨ - احتجوا : بأنه بيع أزال ملك البائع ، فوجب أن يزيله إلى [٥] المشتري . أصله : البيع البات .

١٠٦٥٩ - قلنا : لما لزم البائع الإيجاب زال ملكه ، كما يلزم الإيجاب فيه ، فلما لم يلزم [المشتري بالقبول مع سلامة المعقود عليه لم يزل] [٦] ملكه عما هو من جهته ولم يملك ما في مقابلته .

١٠٦٦٠ - قالوا : المبيع [٧] مملوك ، فلابد له من مالك ، والبائع لا يملك ، فوجب أن يملكه المشترى .

١٠٦٦١ - قلنا : البائع وجد سبب خروج البدل من ملكه ، ولم يوجد سبب دخوله في ملك المشتري ، فلم يدخل .

١٠٦٦٢ - وهذا كما نقول في الوصية : إذا مات الموصي وجد سبب خروج الشيء من ملك الموصى فخرج ولم يوجد سبب دخوله في ملك الموصى له ، وهو القبول ، فلم يدخل في ملكه وليس يمتنع أن يكون المبيع مملوكًا لا يملكه آدمي ، كستارة الكعبة ، والعبيد [٨] يشتريهم الإمام لخدمتها .

(١ ، ٢) في (م) ، (ع) : [تملك] ، في المكانين .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلا يمتنع] .

(٥) ساقطة من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (ع) : [البيع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [والعبد] .

١٠٦٦٣ - فإن قيل : هناك هو مملوك للّٰه تعالى .

١٠٦٦٤ - قلنا : جميع الأملاك لله تعالى ما له مستحق وما لا مستحق له [١] وإنما بينا أنه لا يمتنع أن يكون مملوكًا لا يملكه آدمي .

١٠٦٦٥ - فإذا قالوا : ذلك [٢] مملوك للّٰه تعالى .

١٠٦٦٦ - قلنا : وكذلك المبيع أيضًا .

١٠٦٦٧ - فإن قيل : لو كان ملكًا للّٰه تعالى ؛ كان تدبيرًا بإذن الإمام كعبيد الكعبة .

١٠٦٦٨ - قلنا : إنما لا يقف تدبيره على الإمام ؛ لأن حق الآدمي متعلق به ، وإن كان لا يملكه فتعلق حقه منع الإمام من التصرف ، وإن كان ملكًا للّٰه تعالى ، كما أن سائر الأعيان ملك لله تعالى ، ولا يجوز تصرف الإمام فيها ؛ لأن الآدمي يملكها .

١٠٦٦٩ - فإن قيل : لو كان المبيع دارًا ، فبيعت دار بجوارها ؛ وجبت فيها الشفعة للمشتري ، فدل على أنه ملك الدار .

١٠٦٧٠ - قلنا : قال ابن شجاع : إنما قال أبو حنيفه : إن الشفعة تجب على قوله الأول : إن المشتري يملك المبيع ، فأما على قوله الآخر فلا [٣] .

١٠٦٧١ - فعلى هذا لا يلزمنا ، ثم هذا لا يلزم ؛ لأن المشتري وإن لم يملك فإن تصرفه يصح ويصير به مبطلًا لخياره ، فإذا أخذه بالشفعة صح أخذه وسقط خياره .

١٠٦٧٢ - ولأن المشتري يملك [٤] التصرف ، وهذا المعنى يكفي في وجوب الشفعة ؛ بدلالة : أن المكاتب والمأذون يملكان الأخذ بالشفعة ؛ لأنهما يملكان التصرف وإن كانا لا يملكان الرقبة ، وكذلك المشتري في مسألتنا .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ما لم يستحق وما لم يستحق له] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [ذاك] .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) : [تملك] .

مسألة ٥٦٨

إذا شرط الخيار في أي العبيد المشترين شاء

١٠٦٧٣ - قال أصحابنا : إذا اشترى أحد عبدين أو ثلاثة أعبد على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء : جاز ، وكذلك إن كان الخيار للبائع ، وكذلك إن اشتري عبدين على أنه بالخيار بين أن يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر ، ولابد من شرط الخيار ، وهل يفتقر إلى خيار مؤقت ؟ ذكر في الأصل : الخيار مطلقًا .

١٠٦٧٤ - وذكر ابن شجاع : لا يفتقر إلي التوقيت ، وذكر أبو الحسن ، عن أبي حنيفة ، وأبي يوسف : أنه يفتقر إلي خيار مؤقت [1] .

١٠٦٧٥ - وقال الشافعي : البيع فاسد [2] .

١٠٦٧٦ - لنا : حديث ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « من باع [3] عبدًا وله مال ، فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » [4] ولم يفصل .

١٠٦٧٧ - ولأن كل عبدين جاز بيع كل واحد منهما بعينه ، جاز بيع أحدهما بغير

---

(١) راجع المسألة في : الجامع الصغير « باب في خيار الرؤية وخيار الشرط » ص ٣٤٤ ، ٣٤٥ ، بدائع الصنائع ، « فصل : وأما شرائط لزوم البيع » (٢٦١/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٣٢٥/٦) وما بعدها ، البناية مع الهداية ، « باب خيار الشرط » (١٠٦/٧) وما بعدها ، مجمع الأنهر « باب الخيارات » (٢٧/٢) ، حاشية ابن عابدين ، « باب خيار الشرط » (٦٠/٤) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » ، وفي « باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره » (١٩٣/٩ ، ٢٨٦ ، ٢٨٨) ، النكت « كتاب البيوع » ، ورقة (١٢٩ ب ، ١٣٠ أ) ، حلية العلماء « باب ما نهى عنه من بيع الغرر » (٨٤/٤ ، ٨٥) . قال الباجي في المنتقى : « وإن اتفقت أثمانه - أي المبيع - وأجناسه فلا بأس بالاختيار في ذلك ، مثل أن يقول له : بعتك أحد هذين الثوبين أيهما شئت . . . ، وسواء شرط الخيار في عقد البيع أو لم يشترطه » . قال النووي في المجموع (٢٨٨/٩) : « وقال مالك : إذا باع عبدًا من عبيد ، أو ثوبًا من ثياب وكلها متقاربة في الصفة وشرط الخيار للمشتري ، صح البيع » . راجع المسألة في : المنتقى في « جامع بيع الثمر » (٢٥٤/٤) ، المقدمات الممهدات ، « كتاب بيع الخيار » (٩٢/٢ ، ٩٣) . وقال الحنابلة : مثل قول الشافعي ، لو باعه عبدًا من عبدين أو أكثر ، لم يصح . راجع المسألة في : المغني « باب بيع الأصول والثمار » (١٤٥/٤) .

(٣) في (م) : [أباع] .

(٤) في (م) : [البياع] . تقدم تخريج هذا الحديث ، في مسألة (٥٦٥) .

عينه ؛ أصله [١] : قفيز من صبرة ، ومن اختلط عبده بعبد غيره فباعه من مالكه الآخر .

١٠٦٧٨ - فإن قيل : أجزاء العلة متساوية ، فإذا عقد على قفيز منها فهو معلوم ، ولهذا لا يفتقر إلى شرط الخيار .

١٠٦٧٩ - قلنا : لا يمتنع أن يستويا في جواز العقد ، أو أيختلفا ، أو أيتفقا [٢] ، كما لو قال : استأجرت هذه [٣] الأرض لأزرع فيها حنطة ، أو شعيرًا [٤] ؛ لأنها جملة يجوز بيعها ، / فجاز بيع بعضها غير معين [٥] كما لو باع بعضها مشاعًا . ١/أ

١٠٦٨٠ - ولأن كل جهالة لا تمنع صحة الإجارة لا تمنع صحة البيع ؛ أصله : جهالة قدر البدل المعين ، وجهالة القيمة .

١٠٦٨١ - بيان ذلك : أنه لو استأجر أرضًا ليزرعها حنطة أو شعيرًا جاز ، وكذلك لو استأجر دابة بدرهم على أن يركبها إلى النهروان [٦] ، أو إلى عكبرى [٧] .

١٠٦٨٢ - احتجوا : بأن المبيع مجهول في حال العقد ، فوجب أن لا يصح . أصله : إذا باع ثوبًا من أربعة أثواب ، أو باع ثوبًا [٨] من ثوبين على شرط الخيار .

١٠٦٨٣ - قلنا : حال العقد لم يلزم ، فالجهالة مقارنة للجهالة حال اللزوم ، ألا ترى : أن الحظر يوجد مع العقد ولا يؤثر فيه وهو شرط الخيار ؛ لأنه ينتفى عنه في حال لزومه ، كذلك الجهالة .

١٠٦٨٤ - فأما إذا باع ثوبًا من أربعة ثياب [٩] كثرت الجهالة . وما دونها تقل [١٠] الجهالة ، فحكمها يختلف ، كما أن الحظر لشرط [١١] الخيار إذا شرط في ثلاثة أيام

---

(١) في (م) ، (ع) : [لعله] .
(٢) في (ع) : [يتفق] .
(٣) في (م) ، (ع) : [هذا] .
(٤) في (م) ، (ع) : [شعير] .
(٥) ساقطة من (ع) .
(٦) النهروان - بفتح النون وسكون الهاء وفتح الراء المهملة والواو - « بليدة قديمة على أربع فراسخ من الدجلة ، وقد خرب أكثرها ، ولها نواح كثيرة وقرى يتصل بعضها ببعض . راجع في الأنساب « باب النون والهاء » (٥٤٤/٥) .
(٧) عُكبَرى - بضم العين ، وفتح الباء الموحدة - : بلدة على الدجلة فوق بغداد بعشرة فراسخ من الجانب الشرقي ، خرج منها جماعة من العلماء والمحدثين ، وهي أقدم من بغداد . راجع في الأنساب « باب العين والكاف » (٢٢١/٤) .
(٨) في (م) ، (ع) : [أو إذا باع] .
(٩) في (م) ، (ع) : [أثواب] .
(١٠) في (م) : [يقل] .
(١١) في (م) ، (ع) : [كشرط] .

جاز ، ولا يجوز فيما زاد عليها .

١٠٦٨٥ - وأما إذا باع ولم يشترط الخيار فالجهالة حاصلة من عقد لازم ، فإذا شرط الخيار فالجهالة ترتفع عند لزوم العقد . وحكم الأمرين مختلف ، ألا ترى : أن الخطر يؤثر في المبيع ، ثم جاز بشرط الخيار وفيه خطر ، إلا أنه لما ارتفع عند لزوم العقد لم يمنع صحة العقد .

١٠٦٨٦ - قالوا : كل بيع (١) لا يصح من غير شرط الخيار لا يصح مع شرط الخيار ، كسائر البيوع الفاسدة .

١٠٦٨٧ - قلنا : إذا كان في العقد ما يصح بيانًا ولا يصح مع الخيار ، وهو الصرف ، والسلم ، جاز أن يكون فيها ما يصح مع الخيار ، فلا يصح مع عدمه .

١٠٦٨٨ - ولهذا قال أصحابنا : إن في العقود ما لا يصح دخول الأجل فيه ، وهو الصرف ، وفيها ما يصح دخول الأجل فيه (٢) ، وهو السلم عندنا ، فالكتابة عندهم ولاية ، وإذا شرط الخيار زاد في الجهالة بفعل أحد المتعاقدين ، وإذا لم يشترط تثبت الجهالة فلم يصح .

١٠٦٨٩ - والمعنى في سائر العقود الفاسدة (٣) : أن الحاجة تدعو إليه ، ألا تري : أن ذوات الخدور (٤) وأكابر النساء لا يحضرن الأسواق ، وقد (٥) لا يرضون باختيار الوكلاء ، فجوز لهم هذا العقد ليتوصلوا به إلى اختيار ما يريدون وسومح بالجهالة ، كما سومح بالحظر لوقوع الحاجة إليه عند خوف المعاينة .

* * *

---

(١) في (م) : [مبيع] .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [الفاسد] .

(٤) الخدور : جمع الخدر ، وهو ستر يمد للمرأة في ناحية البيت . قال الفيومي : « ويطلق الخدر على البيت إن كان فيه امرأة وإلا فلا » . راجع في : لسان العرب ، مادة « خدر » (١١٠٩/٢) ، المصباح المنير (١٥٧/١) ، المعجم الوسيط (٢١٩/١) .

(٥) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٥٦٩

إذا شرط الخيار إلى الليل أو إلى الغد

١٠٦٩٠ - قال أبو حنيفة : إذا شرط الخيار إلى الليل أو إلى الغد ، دخل الليل والغد في الخيار [1] .

١٠٦٩١ - وقال الشافعي : لا يدخل [2] .

١٠٦٩٢ - لنا : أن الغاية فيه احتمال ، قد يدخل في الكلام تارة ، ولا يدخل أخري ، والعقد لا يتعلق به استحقاق وإنما يبرم [3] بمضي مدة الخيار ، فلم يجز .

١٠٦٩٣ - لنا : إلزام صاحب الخيار بالعقد بالشك . ولا يلزم إذا شرط الأجل إلي رمضان ؛ لأن الثمن مستحق ، وإنما يتأخر المطالبة بالتأجيل ، فإذا احتمل أن تدخل [4] الغاية ، واحتمل أن لا تدخل [5] ، لم يجز تأخير المطالبة المستحقة بالشك .

١٠٦٩٤ - ولأن ما جعله غاية للخيار امتد الخيار إلى انقضائه ، كما لو امتد المجلس إلى انقضائه .

١٠٦٩٥ - ولأنها مدة يبقي [6] فيها الخيار إذا بقيا في المجلس بعد العقد ، فثبت فيها إن افترقا قبل الغاية .

١٠٦٩٦ - ولا يلزم إذا قال : متى يجيء الليل ؛ لأنا لا نعرفه في رواية [7] .

١٠٦٩٧ - ولأنه جعل الغاية مجيء الليل ، ولذلك دخل في الخيار .

١٠٦٩٨ - احتجوا : بأن أهل اللغة أجمعوا على أن « من » لابتداء الغاية ، و« إلى »

---

(١) لم نهتد إلى هذه المسألة في كتب الحنفية والمالكية .

(٢) راجع المسألة في : حلية العلماء « كتاب البيوع » (٢٦/٤) ، المجموع « كتاب البيوع » (١٩١/٩) . وقال الحنابلة : مثل قول الشافعي ، إذا شرط الخيار إلى الغد أو إلى الليل ، لم يدخل الغد والليل في مدة الخيار . راجع المسألة في : المغني « كتاب البيوع » (٥٨٨/٣ ، ٥٨٩) ، الكافي لابن قدامه ، « باب الخيار في البيع » (٤٦/٢) ، الإنصاف ، « باب الخيار في البيع » (٣٧٥/٤) .

(٣) راجع في لسان العرب ، مادة : [برم] (٢٦٨/١) ، المصباح المنير (٤٦/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يدخل] . (٥) في (م) : [لا يدخل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [تنفى] .

(٧) من هامش (ص) : [لا نعرفه في رواية] ، وفي غيرها : [لا نعرف فيه رواية] .

لانتهاء الغاية .

١٠٦٩٩ - وقالوا : إذا سرت من الكوفة إلى البصرة معناه : انتهيت إلى البصرة .

١٠٧٠٠ - قلنا : هذا مسلَّم ، والكلام في أن ما انتهيت إليه هل يكون داخلا أم لا ، ؟ (١) والمفهوم من قولهم : سرت من الكوفة إلى البصرة ، أنه دخل البصرة (٢) ، أو يكون اللفظ محتملا لدخولها وبلوغها ، فلم نسلم له ما ادعاه من الظاهر .

١٠٧٠١ - قالوا (٣) : إذا قال : لفلان عليَّ من درهم إلى عشرة ، أو أنت طالق من واحدة إلي ثلاثة لم يلزمه الدرهم العاشر ، ولم تقع (٤) الثالثة .

١٠٧٠٢ - قلنا : لأن العلة محتملة ، فلم يلزمه ذلك بالشك ، وهذا طرد ما ذكرنا .

١٠٧٠٣ - وأما إذا قال : بعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط لم يدخل الحائطان (٥) ؛ لأن الحدود لا تدخل (٦) في المحدود بالعرف ، ألا ترى : أنهم يقولون : إلى دار فلان ، وإلى المسجد ، وإلى الطريق .

١٠٧٠٤ - قالوا : ما جعل حد ثالث (٧) لم يدخل في المحدود بظاهر اللفظ . أصله : أنه محتمل ، وإنما دخل بدلالة شرعية ، فإن أسقطوا هذا الوصف انتفض بالمرافق والكعبين .

١٠٧٠٥ - فإن لزم (٨) على ما قدمنا إذا قال : « واللَّه لا أكلمك إلى رمضان » أن رمضان لا يدخل في اليمين .

١٠٧٠٦ - قلنا : هذا يجري على ما قدمنا من احتمال الغاية ، فإذا احتمل أن لا يدخل لم يثبت عقد اليمين في شهر رمضان بالشك .

١٠٧٠٧ - فإن قيل : إذا قال : إن لم أكلمك إلى رمضان فعبدي حر ، عتق العبد قبل مضي رمضان ، والغاية يجوز أن تكون داخلة في يمينه (٩) ، ويجوز أن لا تدخل (١٠) فيه ، وقد أزلتم الملك عن العبد بالشك فنقض ذلك قولكم .

١٠٧٠٨ - قلنا : اليمين لا يجوز إثباتها في رمضان بالشك ، فإذا لم يثبت اليمين

---

(١) الزيادة في (م) ، (ع) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [قلنا قالوا] .

(٤) في (م) : [لم يقع] بدون العطف .

(٥) في (م) ، (ع) : [الحيطان] .

(٦) في (م) : [لا يدخل] .

(٧) في (ص) : [حدا ثالث] .

(٨) في (م) : [الدم] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فيه] .

(١٠) في (م) : [لا يدخل] .

فوقوع العتق فرع على مضي المدة التي انعقدت [١] اليمين عليها ، فاعتبر اليقين من الأصل ويتبعه ما يترتب عليه من وقوع المعلق . على أن هذه المسألة من تعلق العتق [بكنى من] [٢] الكلام لا نعرفها .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [انعقد] .

(٢) في النسخ جميعها [بتقى] بدل ما بين المعكوفتين ، ولعل معناها ومادتها كما جاء في لسان العرب (وقى) (٤٩٠٢/٦) [فقالوا تَقَى يتّقِي مثل قضى يقضي] والمقصود الكلام غير المراد ظاهره ويحتمل أوجها من الدلالة .

مسألة ٥٧٠

إسقاط شرط من الأجل المجهول

١٠٧٠٩ - قال أصحابنا : إذا شرط أجلًا مجهولًا ثم اتفقا على إسقاطه قبل مضي جزء من المدة المجهولة : صح العقد . ولذلك [1] قال أبو حنيفة : إذا شرط خيار أربعة أيام ثم أسقطه قبل اليوم الرابع صح العقد [2] .

١٠٧١٠ - وقال زفر : لا يصح العقد أبدًا [3] .

١٠٧١١ - وبه قال الشافعي [4] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(٢) في (م) : [أسقط] ، والهاء من زيادتنا .

(٣) راجع المسألة في : الجامع الصغير « باب في خيار الرؤية وخيار الشرط » ص٣٤٣ ، ٣٤٤ ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص ٣٠٩ ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل وأما شرائط الصحة » (١٧٨/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، « كتاب البيوع » (٣٠٠/٦ -٣٠٣) ، البناية مع الهداية ، « كتاب البيوع » ، (٧٦/٧ - ٧٩) ، مجمع الأنهر ، « كتاب البيوع » (٢١/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب خيار الشرط » (٤٩/٤) .

(٤) راجع المسألة في : مختصر الخلافيات « كتاب البيوع » ، ورقة (١٩٧ أ ، ب) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » (٢٢/٤ ، ٢٣) ، المجموع « كتاب البيوع » (١٩٤/٩) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٢١٤/٨) . قال ابن رشد في بداية المجتهد - بعد أن ذكر أقوال الفقهاء في اشتراط خيار الأجنبي- : « واختلفوا فيمن اشترط من الخيار ما لا يجوز ، مثل : أن يشترط أجلًا مجهولًا ، وخيارًا فوق الثلاث عند من لا يجوز الخيار فوق الثلاث ، أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه ، أعني أجنبيًا ، فقال مالك والشافعي : لا يصح البيع وإن أسقط الشرط الفاسد ، وقال أبو حنيفة : يصح البيع مع إسقاط الشرط الفاسد » . وشرط الخيار عند مالك على حسب ما تدعو إليه الحاجة . وذلك يختلف باختلاف الأحوال ، فلم يقصر على ثلاثة أيام ، خلافًا لأبي حنيفة والشافعي ، فإن أمد الخيار عندهما ثلاثة أيام لا يزاد عليه . راجع تفصيل المسألة في : المنتقى في « بيع الخيار » (٥٦/٥) ، بداية المجتهد « كتاب بيع الخيار » (٢٣٠/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثاني عشر في بيع الخيار » ص ٢٧٧، المقدمات الممهدات « كتاب بيع الخيار » (٨٨/٢ ، ٨٩) . وقال أحمد : يجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة المعلومة ، قلت المدة ، أو كثرت ، وفي اشتراط الخيار إلى مدة مجهولة روايتان ، فقال في رواية : إنه لا يصح . قال المرداوي في الإنصاف : « وهو المذهب ، وعليه الأصحاب » ، وقال في الأخرى : يصح ، وهل يفسد البيع بناء على القول الأول ، على روايتين ، إحداهما : يفسد العقد به ، والثانية : لا يفسد . راجع تفصيل المسألة في المغني : « كتاب البيوع » (٥٨٥/٣ ، ٥٨٩ ، ٥٩٠) ، الكافي لابن قدامة ، « باب الخيار في البيع (٤٥/٢ ، ٤٦) ، الإنصاف ، « باب الخيار في البيع » (٣٧٣/٤) .

١٠٧١٢ - واختلف أصحابنا في حكم العقد ، فمنهم من قال : هو فاسد ، ثم يصح ، ومنهم من قال : موقوف .

١٠٧١٣ - لنا : حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « من اشتري شاة مُحَفَّلة [١] فهو بخير النظرين ، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها » [٢] .

١٠٧١٤ - ظاهره يقتضي أنه إذا شرط فيها خيار أربعة أيام ثم اختارها جاز .

١٠٧١٥ - ولأنها مدة ملحقة بالعقد ، فجاز أن تسقط [٣] من العقد ، كالأجل الصحيح .

١٠٧١٦ - ولأنه خيار ملحق بالعقد ؛ فجاز إسقاطه من العقد ، كخيار الثلاث .

١٠٧١٧ - ولأن كل مدة إذا كانت ثلاثة أيام جاز إسقاطها من العقد فإنه يجوز إسقاطها من العقد وإن كان أكثر من الأجل .

١٠٧١٨ - ولا يلزم إذا أسقط الخيار في اليوم الرابع ؛ لأن التعليل لجواز الإسقاط ليس هو لحق [٤] الإسقاط .

١٠٧١٩ - ولأن الإسقاط يكون من المدد [٥] المستقبلة دون الماضية ، فإذا مضي من اليوم الرابع جزء من الزمان المفسد لا يمكن إسقاطه .

١٠٧٢٠ - ولأن البيع امتنع من الانبرام [٦] بشرط ملحق بالعقد ، فإذا أبطل الشرط قبل استحكامه انبرم العقد ، كخيار الثلاث .

١٠٧٢١ - فإن قيل : المعنى في خيار الثلاث : أنه خيار صحيح ، وأنه أوقف انبرام العقد على قطعه ، وهذا خيار فاسد ، فلم يقف انتقال الملك على قطعه .

---

(١) التحفيل : هو ألا تحلب الشاة أيامًا ليجتمع اللبن في ضرعها للبيع ، والشاة مُحَفَّلة ومصراة . انظر : مختار الصحاح (ص١٤٥) .

(٢) حديث أبي هريرة ﷺ : أخرجه مسلم بمثل هذا اللفظ ، في الصحيح « كتاب البيوع » ، باب حكم بيع المصراة » ، (١١٥٩/٣) ، الحديث (١٥٢٤/٢٦) والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب إن شاء رد المصراة » (١٨/٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب الإجارة » ، « باب من اشترى مصراة فكرهها » (٢٦٦/٢) ، والنسائي « في المجتبى » ، « كتاب البيوع » ، في « النهي عن المصراة » (٢٥٣/٧ ، ٢٥٤) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في المصراة » (٥٤٤/٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أن يسقط] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لاحق] .
(٥) في (م) ، (ع) : [المدة] .
(٦) في (م) ، (ع) : [الإبرام] .

١٠٧٢٢ - قلنا : الخيار الصحيح آكد وأثبت من الفاسد ، [وكذلك الشروط ، فإذا جاز أن يسقط الصحيح يصح العقد ، وإن لم يكن منهما فعل بمضي مدة الخيار ، فصح أن يبرم] [١] بإسقاطها ، والفاسد لا يصح من غير إسقاطه ، كذلك لا يصح إسقاطه [٢] .

١٠٧٢٣ - قلنا : لا نسلِّم ؛ لأنه لو مات من شرط [٣] له الخيار أربعة أيام في الثلاث صح العقد من غير إسقاط ، وكذلك إذا مات من شرط له أجل فاسد قبل تمكن الفساد ، وسقط [٤] المانع من الأجل ، وصح العقد ، وكذلك إذا هلك المبيع في الثلاث .

١٠٧٢٤ - ولأن الثمن والمثمن [٥] صحيحان يجوز العقد على كل واحد منهما ، وإنما دخل الفساد لمعنى أجنبي من العقد وهو الخيار ، والأجل إذا سقط صار كأنه لم يكن داخلا [٦] ، وينحل الخيار الصحيح المانع من الانبرام إذا سقط [٧] ، وصار كأن [٨] لم يكن ، وانبرم العقد .

١٠٧٢٥ - ولأنه شرط ملحق لا يقتضيه [٩] العقد ، فجاز أن يتعلق بالعقد أحكام الصحة ، كالبيع بشرط العتق .

١٠٧٢٦ - احتجوا : « بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع وشرط » [١٠] .

١٠٧٢٧ - قلنا : إن كان دليلا على فساد البيع فقد سلمناه ، والكلام هل يجوز زوال الفساد [١١] أم لا ؟

١٠٧٢٨ - فإن قالوا : إذا ثبت الفساد وجب أن يكون فاسدًا أبدًا .

١٠٧٢٩ - قلنا : هذا استصحاب العموم ، واللفظ لا يعطي ذلك ، ومن لم يسلم [١٢] فساد العقد قال : النهي إنما يتناول الشروط الممنوع منها ، ومعلوم أنه لم يمنع من شرط [١٣] خيار ثلاثة أيام ، وإنما منع من شرط اليوم الرابع ، فالنهي ينصرف إليه دون ما قبله .

---

(١) ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [أنه] ، وفي (م) : [شرطه] .
(٤) في (م) ، (ع) : [سقط] .
(٥) في (ص) : [الثمن] .
(٦) في (م) : [داخل] .
(٧) في (م) ، (ع) : [أسقط] .
(٨) في (ع) : [كأنه] .
(٩) في (م) : [لا يقيضيه] .
(١٠) أخرجه الخطابي في معالم السنن « كتاب البيوع » ، « باب شرط في بيع » (١٤٥/٣ ، ١٤٦) ، وابن حزم في المحلى « كتاب البيوع » (٣٢٤/٧ ، ٣٢٥) .
(١١) في (م) ، (ع) : [هل يزول الفساد] . (١٢) في (ع) : [لا يسلم] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [شروط] .

١٠٧٣٠ - قالوا : بيع فاسد ، فصار كبيع درهم بدرهمين إذا اتفقا على إسقاط أحدهما .

١٠٧٣١ - قلنا : الوصف غير مسلم على قول من قال : إنه موقوف ، وينعكس بالحربي إذا تزوج خمسًا ثم أسلم فاختار .

١٠٧٣٢ - فإن قالوا : العقد هناك موقوف .

١٠٧٣٣ - قلنا : كذلك نقول في مسألتنا .

١٠٧٣٤ - ولأن الفساد في الأصل من البدل ، وفي الفرع في معنى غير المعقود عليه ، ولا يجوز اعتبار أحدهما بالآخر ؛ ألا ترى / أن البدل هو المعقود عليه ، فالفساد فيه متمكن في العقد ، والأجل والخيار غير معقود عليهما ، فلما لم يتمكنا من العقد جاز إسقاطهما ؟ /ب

١٠٧٣٥ - فإن قيل : الفساد في البدل وفي الأجل سواء ، بدلالة تأثيرهما في العقد الفساد .

١٠٧٣٦ - قلنا : لا يمتنع أن يتساويا في إيجاب الفساد وإن اختلفا في أحكام الفساد ، كما أن نكاح الأم ونكاح الخمسة يتساويان في الفساد وإن اختلفا عندهم في صحة العقد بعد الفساد .

١٠٧٣٧ - فإن قيل : الفساد من الأجل يُعَوِّدُ أكثر العوض (١) ؛ لأنه يزاد في الثمن لأجل الأجل ، فإذا كان فاسدًا عاد ذلك الفساد إلى البدل .

١٠٧٣٨ - قلنا : إذا زاد الثمن لأجله ، فليس في مقابلته وإنما هو في مقابلة البيع ، ففساد الأجل يؤثر في الثمن .

١٠٧٣٩ - قالوا : كل ما لم يتفق المتبايعان على إسقاطه لم يصح البيع ، وكذلك وإن اتفقا على إسقاطه ، أصله : إذا مضت الثلاث .

١٠٧٤٠ - قلنا : إذا مضى جزء من اليوم الرابع لم يمكن إسقاط الماضي من المدة ، فيمكن ذلك الفساد من العقد ، فبقي بحاله وقد مضي الثلاث ما لم يتمكن الفساد ، وذلك الفساد من العقد (٢) فبقي فأمكن إسقاطه ، فسقط من العقد .

---

(١) قوله : [العوض] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [ذلك من العقد] .

١٠٧٤١ - قالوا : تفرقا عن فساد ، فوجب أن يلحقه الصحة ، أصله : إذا تفرقا في الصرف قبل القبض (١) .

١٠٧٤٢ - قلنا : المعنى فيه : أن الافتراق حصل عن دَيْنٍ بدين ، وهذا المعنى لا يمكن (٢) رفعه من العقد ، وفي مسألتنا : افترقا عن خيار صحيح وفاسد فإسقاط الخيار ممكن ، فإذا أسقطاه قبل تمكنه ، صار كأنه لم يكن .

١٠٧٤٣ - قالوا : عقد فاسد فصار كالنكاح الفاسد .

١٠٧٤٤ - قلنا : الشروط الملحقة بالنكاح إنما (٣) تفسد بالشروط في نفس المعقود عليه ، فوزانه من البيع إذا فسد يعني في المعقود عليه .

١٠٧٤٥ - فإن قيل : نقيس على من (٤) تزوجها شهرا .

١٠٧٤٦ - قلنا : عقد النكاح لا يقع على المدة ، فالفساد فيها فساد في (٥) نفس العقد ، والبيع فيها لا يقع على المدة ، فالفساد فيها أجنبي من العقد .

١٠٧٤٧ - فإن قاسوا على من باع بألف درهم ورطل خمر ، ثم أسقط الخمر .

١٠٧٤٨ - قلنا : يجوز العقد في إحدي الروايتين ، وفي الرواية الأخرى لا يصح ؛ لأن الخمر (٦) عوض ، والفساد في نفس المعقود عليه .

١٠٧٤٩ - فإن قيل : إذا باعه إلى هبوب الريح ومجيء المطر لم يجز العقد بإسقاط هذا الشرط .

١٠٧٥٠ - قلنا هذه المسألة ذكرها في « المجرد » « اختلاف أبي يوسف وزفر » (٧) .

١٠٧٥١ - وقد ذكر في « المقالة من الأصول » ما يستدل به على خلاف ذلك ، وذلك أنه قال (٨) لو كفل إلى هبوب الريح ومجيء المطر ، صحت الكفالة

---

(١) في (ص) : [العقد] ، مكان : [القبض] .

(٢) في (ص) : [لا يمكنه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وإنما] .

(٤) لفظ : [من] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [في] .

(٦) في (م) ، (ع) : [رواية الأخرى] ، [والخس] : بدل [الخمر] .

(٧) كتاب المجرد ، للحسن بن زياد اللؤلؤي ، الكوفي ، صاحب أبي حنيفة ، المتوفى سنة أربع ومائتين . وأما اختلاف أبي يوسف وزفر : فقد فُقِدَ فيما يبدو .

(٨) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

وكان[١] المال حالًا .

١٠٧٥٢ - فعلى هذا يجب إذا شرطه[٢] في أجل الثمن يجب أن يصح العقد ويبطل التأجيل ، وأما إذا شرط الخيار إلى ذلك لم يصح العقد بإسقاطه لأنه يجوز أن يكون هبوب الريح ، وماء المطر من موضع آخر ، فتمكن الفساد من العقد ، فلذلك[٣] لم يصح أن يرتفع من العقد .

١٠٧٥٣ - وإن قلنا بظاهر رواية المجرد ، فلأن هذه جهالة كثيرة لا تثبت[٤] مثلها في العقود ، فمنعت من صحة العقد ، وقد تختلف الجهالات ، ولهذا تجوز[٥] الكتابة مع جهالة البدل .

١٠٧٥٤ - ولو كاتبه على ثوب لم تصح ، وتصح الكفالة إلى المهرجان ، ولا تصح[٦] إلى دخول الدار .

١٠٧٥٥ - فإن قاسوا على من شرط : أن لا يضمن الدرك ثم ضمن ؛

١٠٧٥٦ - قلنا : بقي موجب العقد ففسد ، فإذا ضمن لم يستند هذا الضمان إلى العقد ، فبقي جزء من الضمان قد انتفى فيه موجب العقد[٧] ، فلا يستدرك بتجديد[٨] الضمان ، فلم يصح العقد .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولو كان] .

(٢) في (ع) : [شرط] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يثبت] .

(٥) في (م) : [يجوز] .

(٦) في (م) : [ولا يصح] .

(٧) ساقط من (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [بتحديد] ، بالحاء المهملة ، مكان : [الجيم] .

مسألة ٥٧١

توريث خيار الشرط والرؤية

١٠٧٥٧ - قال أصحابنا : خيار الشرط والرؤية لا يورث [١] .

١٠٧٥٨ - وقال الشافعي : يورث خيار الشرط ، فإن لم يعلم الوارث بالأجل الذي شرطه المورث : لم يحتسب [٢] عليه ما مضى من المدة في أحد الوجهين ، وفي الوجه [٣] الآخر : يحتسب عليه بها [٤] ، إلا أنه إذا علم يثبت له خيار على الفور ، وخيار المجلس يورث إن كان الوارث في المجلس ، وإلا يثبت له في المجلس الذي علم به . والمنصوص : أن الخيار لا ينتقل من المكاتب إلى المولى ، ولا يلزمه .

١٠٧٥٩ - ومن أصحابه من قال : فيه قولان [٥] .

---

(١) خيار الشرط : هو خيار يثبت بالشرط من أحد المتعاقدين أو منهما جميعًا ، فإضافة الخيار إلى الشرط من إضافة الشيء إلى سببه ؛ لأن الشرط سبب للخيار . راجع التعريفات للجرجاني ص ١٠٢ ، فتح القدير ، وبذيله العناية (٢٩٨/٦ ، ٢٩٩) ، حاشية ابن عابدين (٤٧/٤) ، أنيس الفقهاء ص ٢٠٥ . أما خيار الرؤية : فالإضافة فيه من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه ؛ لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار . وقيل : من إضافة الحكم إلى سببه . وقد عرفه الجرجاني بقوله : « هو أن يشتري ما لم يره ، ويرده بخياره . راجع في التعريفات ص١٠٢ . فتح القدير (٣٣٥/٦) ، البناية (١١٦/٧) ، حاشية ابن عابدين ، « كتاب البيوع » (٦٥/٤) . وراجع المسألة في مختصر : الطحاوي « كتاب البيوع » ص ٧٥ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (١/ ٤٠٤) ، المسألة (٢١٢٤) ، تحفة الفقهاء « باب خيار الشرط » (٧٢/٢) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص ٣٣٢ - ٣٣٤ ، المسألة (١٣٩) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع « ص ٣١٣ ، ٣١٤ ، بدائع الصنائع « فصل : وأما حكم البيع » (٢٦٨/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، « كتاب البيوع » (٣١٨/٦ - ٣٢٠) ، مجمع الأنهر ، « كتاب البيوع » (٢٥/٢ ، ٢٨) ، حاشية ابن عابدين ، الباب السابق (٥٧/٤ ، ٥٨) .

(٢) في (ع) : « لم يجب » .

(٣) لفظ : [الوجه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [بها عليه] .

(٥) قال الشافعي في الأم « البيوع » : « وإن مات أحد المتعاقدين قبل أن يتفرقا قام ورثته مقامه ، وكان لهم الخيار في البيع ما كان له » . وقال في « المكاتب « : « ولو باع المكاتب أو اشترى شراء جائزًا بلا شرط خيار فلم يتفرق المكاتب وبيعه عن مقامهما الذي تبايعا فيه حتى مات المكاتب وجب البيع ؛ لأنه لم يختر الرد حتى مات ، فالبيع جائز بالعقد الأول » . قال الرافعي في فتح العزيز : « وللأصحاب في النصين ثلاثة طرق : أظهرها : أن في الصورتين قولين بالنقل والتخريج ، وبه قال القاضي أبو حامد وأبو إسحاق ، أحدهما : أنه يلزم البيع ؛ لأنه خيار =

١٠٧٦٠ - لنا : أنها مدة ملحقة بالعقد ، أو مدة مضروبة في البيع ، فوجب أن تبطل بالموت ، كالأجل ، أو [1] : فوجب أن لا يقوم الوارث فيها مقام المورث [2] .

١٠٧٦١ - فإن قيل : الأجل حق المشتري ، وفي تبقيته بعد موته ضرر على الميت وعلي ورثته ؛ لأنه لا يجوز تصرفهم في التركة ، فلذلك [3] يسقط بالموت .

١٠٧٦٢ - قلنا : إذا كان الشيء موروثًا انتقل إلى الورثة وإن [4] استضروا به ، كما ينتقل العبد المقطوع اليدين والرجلين ، وكالتراب الموضوع في ملك الغير ؛ فيلزم الوارث نقله .

١٠٧٦٣ - ولأن الأجل لا يبقى وإن انتفع الوارث بتبقيته [5] ، ألا ترى أن الدين في مدة الأجل يسلم [6] الأعيان له ، ومع ذلك يسقط الأجل .

١٠٧٦٤ - ولأن للورثة من الأجل فائدة ، وهو أن يتأخر بيع التركة ، ولا يتعجل في الحال فيتغير أسعارها [7] .

= يسقط بمفارقة المكان ، فبمفارقة الدنيا أولى . وأصحهما : أنه لا يلزم ، بل يثبت للوارث والسيد ، كخيار الشرط والعيب ، والثاني : القطع بثبوت الخيار للوارث والسيد ، وقوله في المكاتب : « وجب البيع » أراد أنه لا يبطل بموته ، لا كالكتابة . والثالث : تقرير النصين . والفرق : أن الوارث خليفة المورث فيقوم مقامه في الخيار ، والسيد ليس خليفة للمكاتب ، وإنما يأخذ ما يأخذ بحق الملك » . راجع تفصيل المسألة في : الأم « كتاب البيوع » ، « باب بيع الخيار » (٥/٢) ، وفي مختصر المكاتب » ، في « بيع المكاتب وشراؤه » ص٧٦ ، ٣٢٧ ، مختصر الخلافيات » كتاب البيوع » ، ورقة (١٩٧ب) ، المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » (٩/٢٠٥ - ٢٠٨) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » (٤/٣٣ - ٣٥) ، فتح العزيز « كتاب البيوع » (٨/٣٠٤ - ٣٠٦) ، نهاية المحتاج « باب الخيار » (١١/٤) . وقال مالك ، مثل قول الشافعي : « الخيار مورث ، فإذا مات صاحب الخيار ، فلورثته من الخيار مثل ما كان له » ، المدونة (٢٢٥/٣) ، المنتقى في « بيع الخيار » (٥٩/٥) ، التفريع « باب بيع الخيار » (١٧١/٢) ، بداية المجتهد ، العنوان السابق (٢٢٨/٢) . وقال أحمد : مثل قول الحنفية ، إذا مات من له الخيار ، بطل خياره ، ولم يثبت لورثته . قال المرداوى : « هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب » ، وقال ابن قدامة في الكافي : « ويتخرج أن يورث ، قياسًا على الأجل في الثمن » . راجع المسألة في : الإفصاح « كتاب البيوع » (٣٢٣/١) ، المغني في « خيار المتبايعين » (٥٧٩/٣) ، الكافي لابن قدامة ، « باب الخيار في البيع » (٥٢/٢) ، الإنصاف ، « باب الخيار في البيع » (٣٩٣/٤) .

(١) في (م) ، (ع) : [يبطل] ، مكان : [تبطل] .

(٢) يعني : [المورث] . قال الفيومي : « والمال موروث ، والأب موروث أيضا » ، المراد هنا : الأب ، لا المال . راجع في المصباح المنير « الواو مع الراء وما يثلثهما » (٦٢٥/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بنفسه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ليسلم] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فيتعين أشعارها] .

١٠٧٦٥ - ولأنا نلزمهم جواز تصرف الورثة لو بقي الأجل ، كما أن المولى يتصرف في اكتساب المأذون إذا كان عليه دين مؤجل [١] .

١٠٧٦٦ - فإن قيل : الموت يوجب نقل الدين إلى التركة ، فلو بقي الأجل لبقي في الأعيان ، وتأجيل الأعيان [٢] لا يصح .

١٠٧٦٧ - قلنا : لو كان كذلك [٣] لبطل الرهن بدين الميت ؛ لأن الحق انتقل إلى الدين ، والرهن بالأعيان لم يصح ، فلما لم يبطل الرهن دل على بطلان هذه الطريقة .

١٠٧٦٨ - ولأن المديون لو لم يترك إلا دينًا على وارثه سقط الأجل وإن كان لا يثبت في دين ولا يتعلق بعين .

١٠٧٦٩ - ولأنه حق ليس فيه معنى المال والوثيقة ، فلم ينتقل إلى الوارث ، كالوكالة ، والمضاربة ، وخيار القبول والإقالة .

١٠٧٧٠ - فإن قيل : ينتقض [٤] إذا باع أحد عبدين على أنه بالخيار ، وسقط [٥] الخيار بموته ، [ولزم الورثة البيع] [٦] في أحد العبدين ، فثبت لهم خيار التعيين فيما لزمهم من العوض .

١٠٧٧١ - يبين ذلك : أن خيارهم غير مؤقت ، وخيار الميت كان مؤقتًا ، وكان للميت أن يأخذ أحد العبدين أو يردهما ، وليس للوارث أن يأخذ [٧] إلا أحدهما .

١٠٧٧٢ - ولا يلزم إذا اشترى عبدًا على أنه خباز فوجده بخلاف ذلك ؛ لأن هذا الخيار فيه معنى المال ، [بدلالة : أنه لو لحقه عيب عبده رجع بنقصانه ، وكذلك خيار العيب فيه معنى المال] [٨] ؛ لأنه يتعوض عنه بمال ، فينتقل إلى الأرش [٩] عند تعذر الفسخ .

(١ ، ٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (ص) : [لذلك] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ينتقل] ، وكذا في متن (ص) وما أثبتناه من هامش (ص) .

(٥) في (م) ، (ع) : [سقط] بدون العطف .

(٦) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [أن يأخذهما] .

(٨) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [الأرض] .

١٠٧٧٣ - فإن قيل : المعنى في خيار القبول والإقالة : أنه حق غير ثابت ، بدلالة : جواز الرجوع عنه ، وخيار الشرط ثابت .

١٠٧٧٤ - قلنا : ملك الموهوب له غير ثابت ؛ بدلالة : أن للواهب الرجوع ومع ذلك يورث ، وملك البضع والأجل وعقد الكتابة ثابت ولا يورث .

١٠٧٧٥ - فإن قيل : خيار القبول يبطل بالافتراق ، والموت أعظم من الافتراق ، وخيار الشرط لا يبطل بالافتراق .

١٠٧٧٦ - قلنا : إنما يبطل كالأجل والنكاح

١٠٧٧٧ - فإن قيل : هذه الحقوق تبطل بالجنون ، فكذلك [1] تبطل بالموت ، وخيار الشرط لا يبطل بالجنون ، فلم يبطل بالموت .

١٠٧٧٨ - قلنا : الوكالة ، والمضاربة ، والنكاح لا يبطل بالجنون ، وأما خيار القبول والإقالة فإن جن ثم أفاق في المجلس لم يبطل ، وإن امتد بطل ، [كما لو امتد الجنون حتى مضت مدة الخيار] [2] .

١٠٧٧٩ - فإن قيل : من أصحابنا من [3] قال : إن خيار القبول يورث إذا كان الوارث في المجلس .

١٠٧٨٠ - قلنا : يلزمكم خيار القبول في النكاح ، ثم هذا قول مخالف للإجماع ، وهو فاسد ؛ لأن البائع أوجب الملك لواحد ، فلا يجوز أن يقع العقد [4] لغيره .

١٠٧٨١ - ولأنه حق فسخ ثبت لا لفوات معني ، فلم يورث ، كالرجوع في الهبة .

١٠٧٨٢ - فإن قيل : الرجوع في الهبة يثبت للأب .

١٠٧٨٣ - قلنا : ممنوع ؛ لأن الأب لم يجز له الرجوع مع وجود الفضيلة . ولأنه خيار لا يؤول إلى مال ، كخيار الإقالة ، والقبول في النكاح .

١٠٧٨٤ - ولأنه خيار من طريق الشرط ، فلا ينتقل إلى الورثة ، كمن خير رجلًا في طلاق امرأته .

١٠٧٨٥ - ولا يلزم إذا باع عبدًا على أنه خباز [5] ؛ لأن صفة المبيع تثبت بالشرط ،

---

(١) في (ص) : [فلذلك] .
(٢) ساقط من (ع) .
(٣) في (ع) : [ممن] .
(٤) في (ص) : [المعقد] .
(٥) في (م) ، (ع) : [خيار] .

والخيار يثبت لفواتها ، فأما أن يكون ثبوته بالشرط فلا .

١٠٧٨٦ – فإن قيل : المعنى فيه : أنه لو وكل بالطلاق صح ، والوكالة لا تورث [1] .

قلنا : لا نسلم ، بل هو مالك الطلاق ، ولهذا لو نهاه لم يؤثر نهيه .

١٠٧٨٧ – ولأن كل معنى لا ينتقل به الأجل إلى الورثة لا ينتقل به خيار الشرط إليه ، أصله : لحوق المرتد بدار الحرب .

١٠٧٨٨ – ولأن بعد مضي مدة الخيار لا يملك العاقد الفسخ ، فلا يملك من قام مقامه كوكيله ، وعند مخالفنا يفسخ بالخيار بعد مضي الثلاث .

١٠٧٨٩ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾ [2] .

١٠٧٩٠ – قلنا : لا نسلم / أن خيار الشرط [3] موروث متروك . ٢٨

قالوا : كان للميت لكن مات ، فإما أن يبقي له ، أو ينتقل إلى وارثه .

١٠٧٩١ – قلنا : ملك البضع كان له لكن إن مات [4] ليس بمتروك للورثة ، وهو ملك للميت ، ثم هذا إثبات خيار بقياس حتى يمكن أن يحتج بالآية فلم تكن الآية حجة بانفرادها .

١٠٧٩٢ – ولأن اللّه تعالى جعل للزوج النصف بعد الوصية والدية والدين ، فيتقدم عليه [الدين والوصية [5] ، (والدية) ، فأما الخيار فلا يقدم الدين عليه] [6] .

١٠٧٩٣ – ولأن اللّه تعالى أثبت الشركة فيما يصح تبعيضه ، فثبت تارة ربعه ، وتارة نصفه ، والخيار لا يتبعض [7] ، بمعنى أن كل واحد يثبت رده في قدر حقه .

قلنا : المتبعض [8] هو الدين ، ينفرد بعضه بالثبوت غير باقيه .

١٠٧٩٤ – قالوا : خيار ثابت لفسخ [9] بيع ؛ فوجب أن يقوم الوارث مقام

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يورث] . (٢) سورة النساء : الآية ١٢ .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) في سائر النسخ : [بعد الوصية والدية والدين يتقدم عليه الدين والوصية] ، لعل الصواب بعد الوصية والدية والدين ، فيتقدم عليه الدين والوصية ، بحذف « والدية » .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) في (م) ، (ع) : [لا ينتقض] . (٨) في (ع) : [التبعض] .
(٩) في (ص) : [كفسخ] .

مورثه [١] ، كالرد بالعيب .

وقولهم : « خيار ثابت » احتراز من خيار القبول في الإقالة ، و « لفسخ [٢] بيع » احتراز من خيار القبول في البيع ، و « بيع » احتراز من النكاح والكتابة .

١٠٧٩٥ - وربما [قالوا : خيار [٣] فسخ ثبت لكل واحد من المتبايعين] [٤] ، ويقولون : خيار ثابت لفسخ معاوضة لا يبطل بالموت ، فوجب أن يجرى فيه الإرث ، كخيار العيب .

١٠٧٩٦ - قالوا : خيار ثابت للتوصل إلى اختيار العوض أو المعوض [٥] ، فأشبه خيار العيب

١٠٧٩٧ - الجواب : أن العبارة الأولى تبطل بخيار الإقالة ، فإنه خيار ثابت لفسخ بيع ولا يورث .

قالوا : ليس بثابت ؛ لأن من أقال [٦] من العقد يملك إبطاله ، كما رجع .

١٠٧٩٨ - قلنا : ليس إذا ملك إبطاله لم يكن ثابتًا [٧] ؛ لأن حق الرجوع في الهبة ثابت ، فإن الموهوب له يملك إبطاله بتصرفه ، وخيار الشرط ثابت ، ومعلوم أنه إذا شرط للمتعاقدين شرطا أبطله أحدهما على الآخر بالبيع والعتق والاستهلاك ، ويبطل بمن شرط الخيار لغيره ، فإنه خيار ثابت في عقد بيع ، وإن مات من شرط له الخيار لم يورث .

١٠٧٩٩ - قالوا : إن شرطه لنفسه وأجنبي ، فالأجنبي وكيله في الخيار ، وخياره ليس بثابت ؛ لأن الموكل بمعزل عنه ، وإن شرطه للأجنبي ولم يشترطه لنفسه ، فيه قولان .

قلنا [٨] : قد بينا أن جواز أن يبطل عليه لا يمنع وصفه [٩] بالثبوت .

١٠٨٠٠ - ولأن خيار العيب [١٠] آكد ؛ لأنه يثبت في الصرف والنكاح عندهم وإن لم يثبت فيه خيار الشرط ، فلم يعتبر أحدهما بالآخر .

(١) في (ع) : [موارثه] .
(٢) في (ص) ، (م) : [كفسخ] .
(٣) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [والعوض] .
(٦) في (م) ، (ع) : [أجال] .
(٧) في (م) ، (ع) : [تاما] .
(٨) ساقط من (ع) .
(٩) في (ص) : [وضعه] .
(١٠) في (ع) : [البيع] .

١٠٨٠١ - ومن أصحابنا من قال : لا نسلم أن خيار العيب يورث مع المبيع ، فيستحق قبضه كماله ، فإذا [١] لم يقدر على قبض المستحق ثبت له الخيار ، ولهذا المعنى يثبت للوارث [٢] خيار العيب ، وإن لم يثبت [٣] للميت إذا حدث بعد الموت قبل القبض .

١٠٨٠٢ - ولأن المعنى في خيار العيب : أنه إذا سقط وجب المال [٤] ، فلذلك ورث ، وخيار الشرط إذا سقط لم يجب المال . وعبر أصحابنا عن هذا ، فقالوا : فيه معنى المال ، بدلالة أنه يجوز أخذ العوض لإسقاطه ، ويسقط من طريق الحكم ، فيجب المال [٥] وخيار الشرط بخلافه .

١٠٨٠٣ - ولا يلزم على علة الفرع الرهن ، والكفالة ، والقصاص ؛ لأن ذلك فيه معني المال . ألا ترى : أن الرهن وثيقة بالمال ، والكفالة توثق بالمال .

١٠٨٠٤ - أو نقول : المعنى في خيار العيب : أنه خيار يثبت للمتعاقدين حكمًا ، ولذلك [٦] جاز أن ينتقل عنهما حكمًا ، كالملك والقبض ، وخيار الشرط يثبت لهما شرطًا ، فلا يثبت لغير من شرط له ، كالأجل .

١٠٨٠٥ - ولا يلزم على علة الأصل الشفعة ؛ لأنا قلنا : خيار يثبت للعاقد ، والشفعة ليست بخيار ، وعلى هذا خيار الرؤية ، وأنه [٧] ينتقل عن العاقد حكمًا إذا وكل بقبض المبيع قامت رؤية الوكيل مقام رؤية الموكل عند أبي حنيفة .

١٠٨٠٦ - ولا يلزم على علة الفرع الرهن أنه يثبت بالشرط ويورث ؛ لأن الذي نثبت للوارث [٨] إمساك الرهن ، وذلك يثبت حكمًا لا شرطًا ، والذي يثبت بالشرط هو الانعقاد ، وذلك لا يورث .

١٠٨٠٧ - والمعنى في خيار العيب : أنه يثبت ابتداء بعد الموت للوارث بحكم ذلك العقد ، فجاز أن يثبت له ما كان ثابتًا في العقد ، وخيار الشرط لا يجوز أن يثبت للوارث ابتداء بعد الموت بحكم ذلك العقد ، فلم يثبت له ما كان في العقد منه .

١٠٨٠٨ - فإن قيل : الخيار إذا حدث عيب يسنده إلى العقد ، ويثبت للميت ويورث عنه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فإن] .
(٢) في (م) ، (ع) : [للبائع] .
(٣) في (ع) : [لم يثبت] ، وفي غيرها بإضافة الهاء (يثبته) .
(٤) في (م) ، (ع) : [إذا وجب سقط المال] .
(٥) ساقط من (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [فلذلك] .
(٧) في (م) ، (ع) : [فإنه] .
(٨) في (ع) : [يثبت] .

قلنا : العقد وقع على عوض سليم [١] ، وإنما يثبت الخيار المقتضي ، فثبت عند النقص ، ولم يثبت قبله .

يبين [٢] هذا : أن المبيع [٣] لو كان على صفة لا يوجد فيها تسليم لا يلحقه عيب ، مثل السمك الطري لم يجز رده ، ولو كان العيب الحادث يستند إلى العقد ، لجاز له رده قبل حدوثه .

قالوا : معنى يزيل التكليف فوجب أن ينقطع [٤] خياره ، كالجنون ، والإغماء [٥] .

قلنا : الإغماء [٦] لا يزيل التكليف ؛ لأنه لا يمنع وجوب الصلاة والصوم والزكاة .

ثم لا يجوز اعتبار الموت والإغماء [٧] ، [لأن الجنون والإغماء] [٨] لا يسقطان خيار الوكيل وإن سقط بموته ، وكذلك الأجل والرجوع في الهبة لا يسقط بالجنون ، ويسقط بالموت . ونقلبه فنقول [٩] : فلا ينتقل خياره إلى ورثته ، كالجنون .

١٠٨٠٩ - ولأن الجنون لا يزيل الملك فلم يسقط الحقوق ، والموت يؤثر [١٠] في إزالة الملك ، فجاز أن يسقط الحقوق التي ليست بمال ، ولا محل مال وفيها معنى المال .

١٠٨١٠ - قالوا : الخيار شرط لينظر كل واحد فيه الحظ ، وهذا المعنى موجود في الوارث

١٠٨١١ - قلنا : الوكالة عقد [١١] لحظ الموكل ، وورثته يحتاجون إلى هذا الحظ وولايته لهم . وكذلك [١٢] المضاربة ، وخيار الإقالة أثبت البيع [١٣] لحظ المشتري ، ووارثه يحتاج إلى هذا المعنى ، ولا يثبت له .

١٠٨١٢ - قالوا : عقد البيع باقٍ ، وزمان خيار الشرط باقٍ ، ولم يوجد ممن له الخيار رضا بتركه ، فوجب أن يكون الخيار باقيًا . أصله : الوارث عندكم يثبت له الخيار بعد

---

(١) في (م) ، (ع) : [سليم صحيح] . (٢) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(٣) في (م) ، (ع) : [المنع] . (٤) في (م) ، (ع) : [أن لا ينقطع] .
(٥) في (م) ، (ع) : [الأعمى] ، وفي (ص) : [الإغْمَى] .
(٦) في (م) ، (ع) : [الأعمى] ، وفي (ص) : [الإغماء] .
(٧) في (م) ، (ع) : [الأعمى] ، وفي (ص) : [الإغْمَى] .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) في (م) ، (ع) : [تقلبه فتقول] . (١٠) في (م) ، (ع) : [يورث] .
(١١) في (م) ، (ع) : [عقدت] . (١٢) في (ع) : [وكذا] .
(١٣) في (ع) : [البيع] .

المدة ، ولا معنى لشرط بقاء المدة .

١٠٨١٣ - وقولكم : لم يوجد ممن له الخيار رضا بإسقاطه ، [فقد يسقط خياره وإن لم يرض ، كما لو أعتق الآخر وإن لم يرض بإسقاطه] (١) ، إلا أن موته يسقط حقوقه فهو كالإسقاط وأبلغ ، وإنما زعم مخالفنا أنه انتقل إلى غيره ، فسقوط الخيار حاصل لا محالة .

١٠٨١٤ - ونقلبه فنقول (٢) : فلا يثبت الخيار لمن لم يثبت له بالعقد ، كما لو كان العقد باقيًا أنه لم يحدث ما يسقط (٣) التأجيل حكمًا ، فلم يسقط الخيار حكمًا .

١٠٨١٥ - وفي مسألتنا : الموت يسقط التأجيل من طريق الحكم ، وكذلك (٤) يسقط خيار الشرط .

١٠٨١٦ - قالوا : الخيار حق من حقوق البيع ، فتعلق بعين المبيع ، فوجب أن يورث . أصله : المتمسك بالمبيع (٥) حتى يستوفي الثمن ، ووجوب التسليم إذا استوفاه ، وخيار فقد الصفة المشروطة .

قلنا : لا نسلم أنه من حقوق البيع ، وإنما هو معنى عارض يجوز أن يوجد في البيع ويجوز أن لا يوجد ، ولا نسلم أنه متعلق بعين المبيع ، وإنما يثبت فيه فسخ العقد في المبيع (٦) ، فهو كخيار الإقالة .

١٠٨١٧ - وأما الإمساك والتسليم فهو من (٧) موجبات البيع ، ويجري (٨) مجري الملك ، فثبت كوارث (٩) المتبايعين .

١٠٨١٨ - وأما الخيار بفقد الصفة ، فهو كخيار (١٠) العيب ؛ لأن الشرط أوجب كون المبيع على صفة ، فيجب الخيار لعدمها ، كما أن العقد المطلق أوجب صحة المبيع ،

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) من قوله : [أبلغ وإنما زعم مخالفنا] إلى قوله : [لا محالة] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٣) في (م) ، (ع) : [بإسقاط] .
(٤) في (ص) : [وكذلك] .
(٥) في (م) ، (ع) : [بالبيع] .
(٦) في (م) ، (ع) : [في البيع] .
(٧) في جميع النسخ : [فهي] ، مكان : [فهو] ولعل الصواب ما أثبتناه ، ولفظ : [من] ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (ع) : [تجري] .
(٩) في (ص) ، (م) : [كوارن] ، وفي (ع) : [لوارن] ، أي مثل وارث المتبايعين يثبت له .
(١٠) في (م) ، (ع) : [خيار] بدون الكاف .

فثبت الخيار لفقد الصفة .

١٠٨١٩ - قالوا : الخيار من حقوق الملك ، فإذا انتقل الملك انتقل بحقوقه ، كالدين الذي به رهن .

قلنا : لا نسلم أن الخيار من حقوق الملك ، بل هو من حقوق العقد ، كالأجل .

١٠٨٢٠ - ويبطل ما قالوه بمن أوصى بخدمة عبده أن الملك ينتقل إلى الورثة ، ولا ينتقل إليهم حقوق الملك من المنافع .

١٠٨٢١ - قالوا : حق لازم لا يبطل [١] بموت من عليه ، فلا يبطل بموت مستحقه ، كالرهن .

١٠٨٢٢ - قلنا : يبطل بالكتابة ، فإنها لازمة عندهم من جهة المولى ، ولا تبطل بموت المستَحِقِّ وهو المكاتب .

١٠٨٢٣ - ويبطل [٢] بمن زوج أمته ، فإن النكاح حق لازم يبطل [٣] بموت المستَحِقِّ وهو الزوج ، فلا يبطل [٤] بموت المستَحَقِّ عليه ، وهو المولى .

١٠٨٢٤ - فإن قيل : الأمة مستحقة عليها ويبطل بموتها [٥] .

١٠٨٢٥ - قلنا : الأمة لا تملك [٦] المعقود عليه ، فكيف يستحق عليها ؟ ، وكما أنها إذا بيعت وقع الاستحقاق على المولى ، كذلك إذا زوجت [٧] .

* * *

---

(١) في (ع) : [يبطل] . (٢) في (ع) : [وتبطل] .

(٣) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) : [ولا يبطل] ، وفي (ع) : [ولا تبطل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بموتها] وهو الأوضح ، وفي (ص) : « بالموت » .

(٦) في (م) : [لا يملك] .

(٧) في النسخ جميعها بعد قوله : [إذا زوجت] زيادة : [وتبطل العلة بالأجل] ، ولا وجه لها في هذا السياق .

مسألة ٥٧٢

حكم فسخ أحد المتعاقدين البيع

١٠٨٢٦ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : لا يجوز لأحد المتعاقدين فسخ البيع بالخيار إلا بمشهد من الآخر . واتفق أصحابنا : أن الفسخ بخيار العيب لا يجوز بغير حضور البائع [1] .

١٠٨٢٧ - وقال الشافعي : يجوز الفسخ بخيار الشرط والعيب ، وإن لم يحضر العاقد الآخر [2] .

لنا : أنه لفظ وضع [3] لفسخ البيع ، فلا ينفرد به أحدهما مع غيبة الآخر أو وغيبة من قام مقامه / كالإقالة . ٨

١٠٨٢٨ - وقد أورد بعضهم ، فقال : إذا قال : أقلني ، وابتدأ البائع [4] بلفظ الإقالة على الفور وغاب الآخر ، صحت الإقالة ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الإقالة [5] تحقيق على الإيجاب والقبول ، والافتراق يؤثر فيها ، كالبائع .

على أنا نقتصر على قوله : أقلنا [6] إذا افترقا ولم يقبل على الفور .

١٠٨٢٩ - فإن قيل : بطلت الإقالة بالتأخير ، فلم نسلم ؛ لأن جواب الإيجاب

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : تحفة الفقهاء ، « باب خيار الشرط » (٧٩/٢ ، ٨٠) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص ٣١٤ ، ٣١٥ ، بدائع الصنائع ، « وأما حكم البيع » (٢٧٣/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، « باب خيار الشرط » (٣١٤/٦ - ٣١٧) ، البناية مع الهداية ، « باب خيار الشرط » (٩٤/٧ - ٩٨) ، مجمع الأنهر ، « باب الخيارات » (٢٤/٢ ، ٢٥) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار ، « باب خيار الشرط » (٥٧/٤) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » (٢٠٠/٩) ، النكت « كتاب البيوع » ، ورقة (١٣٠ ب) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » (٢٩/٤) ، فتح العزيز مع الوجيز ، « كتاب البيوع » ، بذيل المجموع (٣١٣/٨ ، ٣١٤) . وقال مالك وأحمد مثل قول الشافعي : المشروط له الخيار يملك الفسخ بدون حضرة صاحبه . راجع المسألة في : المدونة « كتاب البيعين بالخيار » ، « في الرجل يبتاع الجارية على أنه بالخيار » (٢٢٩/٣) ، المنتقى ، « في بيع الخيار » (٥٩/٥) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الثاني عشر « في بيع الخيار » ص ٢٧٧ ، المغني ، « في خيار المتبايعين » (٥٩١/٣) ، الكافي لابن قدامة ، « باب الخيار في البيع » (٤٧/٢) ، الإنصاف ، « باب الخيار في البيع » (٣٧٧/٤ ، ٣٧٨) .

(٣) في (م) ، (ع) : [يوضع] .

(٤) في (ص) : [وابتداء البيع] .

(٥) لفظ : [الإقالة] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لقلنا] .

عندنا على المجلس .

١٠٨٣٠ - ولا يلزم إذا كان الخيار للبائع فأعتق ؛ لأنه ليس بفسخ ، وإنما هو انفساخ ؛ ولأن هذا اللفظ لم يوضع للفسخ .

ولا يلزم إذا قَبّل البائع أو جامع ؛ لأن ذلك ليس بلفظ ، وإنما هو فعل . ولأنه فسخ بيع بخيار ، فلا ينفرد أحدهما ، كالخيار الملحق .

١٠٨٣١ - ولأن البائع أثبت للمشتري جواز التصرف بعد مضي مدة الخيار ، ولا يملك إبطال (١) ذلك التسليط بغير حضوره ، كالمودَع إذا عزله المودِع عن نقل الوديعة ، وكأحد (٢) الشريكين إذا فسخ الشركة مع غيبة الآخر .

١٠٨٣٢ - ولا يلزم الموصي إذا رجع عن الوصية ؛ لأنه علق إثبات التصرف بالموت ، فلم يثبته في الحال ، ولهذا لا يتعلق بقوله حكم إلا يوم الموت ، وفي مسألتنا : سلطه في الحال على تفريق المدة ، ولهذا يصح القبول في الحال .

١٠٨٣٣ - ولا يلزم إذا قبل البائع أو عتق ؛ لأنه لا يملك ذلك عندنا ، إلا أنه إذا وجد تعلق به الحكم .

١٠٨٣٤ - فإن قيل : إذا فسخ الإيداع صح العزل ، إلا أن المودع لا يضمن ؛ لأن العين تبقي (٣) في يده بحكم الأمانة ، فهو كما لو عزله وهو حاضر ، فقام ليردَّها لم يضمنها ؛ لأنها تبقي على (٤) حكم الأمانة .

قلنا : هذه عبارة لا دليل فيها ؛ لأن المودَع لا يضمن بنقلها من مكان إلى مكان ، ولو انعزل ضمن بالتصرف فيها . ألا ترى : أنه لو (٥) عزله وهو حاضر العزل ثَمَّ ضمن بالنقل والتحريك ، إلا أن يكون نقلًا للرد خاصة . وأما الرد بالعيب فإنه فسخ يرجع به المبيع إلى البائع ، كالإقالة .

١٠٨٣٥ - ولا يلزم رد الوصية بعد الموت ؛ لأنه فسخ إيجاب ، وليس بفسخ عقد ؛ ولأنا قلنا : يرجع به المبيع .

١٠٨٣٦ - ولا يلزم خيار المعتَقَةِ ؛ لأنا قلنا : مبيع (٦) ؛ ولأنه لا رواية فيه ، ونحن

---

(١) في (م) ، (ع) : [الطلاق] .
(٢) في (م) ، (ع) : [كأحد] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يبقي] .
(٤) في (م) : [يبقي] .
(٥) في (م) ، (ع) : [إذا] .
(٦) معناه أن المسألة بخصوص البيع ، وتتعلق بوجوب حضور العاقدين عند قيام أيهما بفسخ العقد ، فلا تتعلق بخيار المعتقة .

نقول : إنه لا يقف على حضور الزوج ؛ لأن ذلك العقد تم بالزوجة والمولى ، فلما لم يتم باتفاقهما مع الزوج ، جاز أن ترفعه [١] بغير حضوره .

١٠٨٣٧ - ولا يلزم الأب إذا باع مال الصبي من نفسه ثم فسخ ؛ لأن (الأب هو الذي تولاه ، بخلاف غيره في فسخ البيع) [٢] ، فلا يملكه أحد العاقدين [٣] بغير حضور الآخر ، وبيع الأب لم يحضره عاقدان .

١٠٨٣٨ - ولأن أحدًا لا يملك نقل ما تم تملكه منه إلى غيره إلا بوصاية أو برضا من له الولاية ، وهذا المعنى غير موجود في المشتري ، [فليس له رفع العقد بالعيب وحده ، كامرأة العنين] [٤] .

١٠٨٣٩ - فإن قيل لنا : وقف على الحاكم ؛ لأنه مختلف في ثبوت الفسخ فيه . قلنا : هذا عذر وفي أعيان ، ونحن قسنا [٥] على غيبة الزوج .

١٠٨٤٠ - احتجوا : بحديث أبي هريرة ﷺ : أن النبي ﷺ قال : من اشترى شاة محفلة ، فهو بخير النظرين ثلاثًا ، إن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها » [٦] .

١٠٨٤١ - قلنا : الرد لا يكون إلا على مردود عليه ، كما أن البيع لا يكون إلا لمبتاع ، ومتى حضر من يرد عليه صح الرد عندنا .

قالوا : روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال : « جعل رسول اللَّه ﷺ لحبان بن منقذ خيار ثلاثة أيام ، فإن رضي أخذ ، وإن سخط ترك » [٧] .

١٠٨٤٢ - قلنا : هذا يدل على ثبوت حق الفسخ ، وأما [٨] الكلام في كيفيته وصفته ، فلم يذكر في الخبر .

١٠٨٤٣ - قالوا : خيار فسخ البيع في مدة خياره [٩] ؛ فوجب أن يصح ، كما لو

---

(١) ساقط من (ع) .
(٢) في (ص) : [حلم اللغة] ، وفي (م) ، (ع) : [حكم اللغة] ، والمثبت مستمد من السياق .
(٣) في (م) ، (ع) : [غير العاقدين] ، بدون اللام ، وقد أبدلنا بها كلمة [أحد] لأنها المقصودة فيما لا يخفى .
(٤) العبارة المثبتة في النسخ جميعها مضطربة ، وقد جاء كل المثبت : [ولا كل من يقبله رفع العقد بالعيب لم يملك الزوج وحده كامرأة اليمين] ، ويصعب استخلاص أي معنى مقصود من هذه العبارة ، فأحللنا ما بين المعكوفتين محلها .
(٥) لفظ : [قسنا] ساقط من (م) ، (ع) . (٦) تقدم تخرجه في مسألة (٥٧٠) .
(٧) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٥٤/٣) ، الحديث٢١٦ ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب الدليل على أنه لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام (٢٧٤/٥) وعزاه الزيلعي في نصب الراية « كتاب البيوع » ، « باب خيار الشرط » (٨/٤) إلى الطبراني في معجمه الأوسط .
(٨) في (م) ، (ع) : [فأما] . (٩) في (ص) : [خيار] بدون الهاء .

كان بحضور صاحبه .

قلنا : إن كان حاضرًا أمكنه استدراك الحق من غيره ؛ لأن المشتري إذا فسخ توصل البائع إلى المبيع ، وإذا فسخ البائع لم يعتق المشتري ، فيتصرف عقيب المدة ، وإن كان غائبًا لم يوجد هذا المعنى .

١٠٨٤٤ – ولأنهما إذا حضرا صح فسخ العقد ، والإقالة تصح كخيار الشرط متي غاب أحدهما لم يصح الفسخ بالإقالة ، فلم يصح كخيار الشرط . قالوا : معنى ينقطع به خياره ، فصح من غير حضور صاحبه ، كالإجارة .

١٠٨٤٥ – قلنا : رضا المرأة بالعُنَّة [١] معنى ينقطع به خيارها ، ويجوز خيارها مع غيبة الزوج ، والفسخ بالعيب يقطع الخيار ، فلا يصح مع غيبته .

ولأن الإجازة تسقط حق المجيز وتوفر [٢] حق غيره ، فلم يقف ذلك على رضا الغير ، والفسخ يسقط به حق غيره ، فوقف على حضوره ، ونظير الفسخ من الإجازة أن يكون الخيار لهما ، فيجيز أحدهما فلا يتم العقد في حق الآخر ؛ لأنه لو تم لسقط حقه وحق غيره .

ولأن بالإجازة يتم التسليط الذي أثبته [٣] للغير في ماله ، وبالفسخ يبطل التسليط . وفرق بين الأمرين ، بدلالة إقرار الوكيل على وكالته بغير علمه ، وإن لم يصح عزله إلا بعلمه .

قالوا : معنى يقطع استدامة العقد : فوجب أن لا يفتقر إلى حضور من لم يفتقر إلى رضاه ، كالطلاق .

١٠٨٤٦ – وربما قالوا : من لا يعتبر رضاه في رفع العقد لا يعتبر حضوره ، كالزوجة في الطلاق واليمين فلا يبطل بمن حلف : لا يكلم فلانًا ، فهذا عقد ، والحنث قطع الاستدامة ، فلا يقتضي [٤] فيه حضور فلان ، ولا يعتبر رضاه .

---

(١) العنة لغة : مصدر عُنَّ الرجل عنة أى عجز عن الجماع لمرض يصيبه ، فهو معنون وعنين وعِنين . وفي الاصطلاح عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع . والعنين هو : من لا يقدر على الجماع لمرض أوسنٍّ ، وسمي العنين عنينًا ؛ لأن ذكره يسترخي فيعن يمينًا وشمالاً ، ولا يقصد للمأتي من المرأة . انظر : لسان العرب لابن منظور (٣١٤٠/٤) ، التعريفات للجرجاني ص١٣٨ ، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للشيخ قاسم القانوي ص١٦٥ ، ١٦٦ ، التوقيف على مهمات التعارف ص٥٢٩ ، المعجم الوسيط (٦٣٢/٢) ، معجم لغة الفقهاء ص٣٢٣ ، القاموس الفقهي لسعدي أبو حبيب ص٢٦٢ ، ٢٦٣ .

(٢) في (م) ، (ع) : [يسقط حق المجيز ويوفر] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بينه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [والاستدامة معنى] ، مكان : [الاستدامة يقتضي] .

وكذلك إذا قال : إذا حضرني فلان فأنت طالق ؛ فإن قطع استدامة هذا العقد لا يعتبر فيه حضور فلان ، ولا يعتبر رضاه .

وكذلك اللعان يعتبر فيه حضور الزوجة ، ولا يعتبر رضاها ، ويعتبر حضور الزوج في فرقة العنة ، ولا يعتبر رضاه .

وقولهم : إن الزوج يلاعن عند المنبر والمرأة عند باب المسجد إذا كانت حائضًا ليس بشيء ؛ لأنها قد حضرت ، وإنما اختلفت هيئة الحضور ، وكذا [١] لو غابت عن باب المسجد .

ونقول بموجب العلة ؛ لأنه لا يعتبر عندنا حضوره ، وإنما يعتبر علمه .

١٠٨٤٧ - ولأن الطلاق يسقط به حق نفسه من منافع البضع ويوفيها حقها من العوض إذا كان بعد الدخول ، ونصفه [٢] إن كان قبله ويعود المقصود إلى ملكها ، فلما لم يسقط حقه من المعتبر علمها فقد سقط بالفسخ حق صاحبه من التسليط الذي أثبته له ، فجاز أن يقف على علمه .

١٠٨٤٨ - قالوا : ما كان فسخًا للبيع بحضور أحد المتبايعين ، كان فسخا في غيبته . أصله : لو طردت العلة .

١٠٨٤٩ - وربما قالوا : فإذا كان البائع لو أتى بما يدل على الفسخ كان فسخًا ، فإذا أتى بصريح الفسخ [٣] فهو أولى أن يكون فسخًا ؛ ألا ترى : أن الطلاق إذا وقع بلفظ الكناية ، فوقوعه بالصريح أولى .

١٠٨٥٠ - قلنا : هذه المعاني لا يملكها البائع بغير حضور المشتري لو فسخ والمبيع في يده ثم هلك أو عاد المبيع ، فلما أمكن فسخه ، جاز أن يبطل ، لغيبة البائع وغيره .

١٠٨٥١ - ولأن الفسخ بهذه المعاني يثبت حكمها ، فلا يعتبر صريح الفسخ . كما أن الوكيل لا ينعزل بصريح العزل إلا أن يعلم . ولو باع الموكل المبيع انعزل ، وكذلك المأذون إذا باعه مولاه كان حجرًا . ولو حجر عليه لم يثبت الحجر عندنا حتى يكون في سوقه .

١٠٨٥٢ - قالوا : رضا العاقد غير معتبر ، فلم يعتبر حضوره ، كالمعتقة بغير حضورها والمخيرة إذا اختارت [٤] بغير حضوره .

---

(١) في (م) ، (ع) : [صحة الحضور وكذا] ، مكان : [هيئة الحضور وهذا] فأثبتنا [هيئة] من (م) ، (ع) ، وكذا من (ص) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وتصفه] .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [إذا جازت] والعبارة مضطربة في النسخ جميعها ، وقد جاءت على هذا النحو : =

قلنا : لا يمتنع أن يعتبر الحضور ولا يسلم [١] ، فلا يعتبر الرضا به ، بدلالة المسائل التي بيناها ، [وتنوع] [٢] الرغبات .

وأما العقد فيجوز أن يقال : يعتبر في الفرقة حضور الزوج وإن سلمناه .

١٠٨٥٣ – ولأنه ملك [٣] بالعقد عليها معنى ، وبالحرية يتزايد ما ملكه ؛ لأنه يلزمها المُقام في منزله ، فلها أن تدفع عن نفسها ولا يقدر على دفعها [٤] إلا برفع العقد .

١٠٨٥٤ – وفي مسألتنا : يبطل تسليطه لصاحبه على التصرف ، فلا يصح إلا بعلمه .

١٠٨٥٥ – وأما اختيار [٥] المخيرة فهو طلاق ، والطلاق لا يقف على حضور الزوجين .

١٠٨٥٦ – ولأن النكاح يصح أن ينعقد لأحدهما إذا وكل به ، فجاز أن يرتفع به ، ووزان [٦] النكاح بيع الأب مال ابنه من نفسه ، فلما تم به انفسخ [٧] به .

١٠٨٥٧ – فأما الرجعة فهي حق الزوج ينفرد به ، بدلالة : قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [٨] ، فلما كان الحق له [٩] تفرد به ، ولم يقف على حضورها .

فإن قيل : فثبت لها حق التصرف في نفسها بمضي المدة ، [وبالرجعة يبطل ذلك [١٠] .

١٠٨٥٨ – قلنا : إذا أثبت لها جواز التصرف] [١١] بشرط يمكن استدراكه ، لم يقف إبطال ذلك على حضورها ، كما لو وكل وكيلًا في فرقتها ثم عزله عن الوكالة .

* * *

= [كالمعتقة إذا اختارت والمخيرة إذا رجع لغير حضور المرأة] ولا يتضح لي معناها .

(١) في (م) ، (ع) : [ولا نسلم] .

(٢) المثبت في النسخ : [لزوم] بدل ما بين المعكوفتين ، والمثبت أولى .

(٣) في (م) ، (ع) : [فإن سلمناه ولا ملك] .

(٤) في (ص) : [دفعه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [اختياره] ، بزيادة الهاء .

(٦) في (م) ، (ع) : [دوران] ، مكان : [ووزان] .

(٧) في (م) : [أبيه] ، مكان : [ابنه] ، وفي (م) ، (ع) : [فلا لما تم به الفسخ] ، مكان : [فلما تم به انفسخ] ، والمثبت هو الأوضح .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [كذلك] .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ع) : [ثبت] ، مكان : [أثبت] .

مسألة ٥٧٣

حكم شرط أحد المتبايعين الخيار لغيره

١٠٨٥٩ - قال أصحابنا / : إذا شرط أحد المتبايعين الخيار لغيره : صح الشرط ، وثبت [١] الخيار له ، وكان المشروطُ له وكيله فيه [٢] .

١٠٨٦٠ - وقال الشافعي في كتاب « الصرف » : ويكون الخيار للأجنبي دون العاقد .

قال المزني : وفيها قول آخر : أنه لا يصح الشرط .

وقال ابن سريج [٣] : إن جعل فلانًا وكيلًا له في الإمضاء والرد ، صح قولًا واحدًا ، وإن [٤] أطلق الخيار لفلان ، أو قال لفلان دوني ، فعلي قولين ، فإذا قالوا : لا يصح الشرط يفسد العقد . وإن قالوا : يصح ، فهل يثبت الخيار للعاقد ؟ فيه وجهان [٥] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يثبت] .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب البيوع » ، « باب الخيار في البيع » (١/٤٠٣ ، ٤٠٤) ، المسألة (٢١٢٢) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط الصحة » (٥/١٧٤) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، (٦/٣٢٠) وما بعدها ، البناية مع الهداية ، (٧/١٠١) وما بعدها .

(٣) في (م) ، (ع) : [شريح] .

(٤) في (م) ، (ع) : [إلا مضاء أو الرد صح قولًا واحدًا فإن] مكان المثبت .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » (٩/١٩٥ ، ١٩٦) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » (٤/٢٣ - ٢٥) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٨/٣١٥ ، ٣١٦) .

وقال مالك : إذا اشترط الخيار لغير العاقد ، صح البيع والشرط ، ولمن يثبت الخيار ، قال ابن رشد في بداية المجتهد : « اتفق المذهب على أن الخيار للأجنبي إذا جعله له المتبايعان ، وأن قوله لهما ، واختلف المذهب إذا جعله لآخر فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار ، أو المشتري ومن جعل له المشتري الخيار ، فقيل : القول في الإمضاء والرد قول الأجنبي ، سواء اشترط خياره البائع أو المشتري ، وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا نوعا من الرأى أو المشورة ، وقيل : بالفرق بين البائع والمشتري ، أي أن القول في الإمضاء والرد قول البائع دون الأجنبي ، وقول الأجنبي دون المشتري إن كان المشتري هو المشترط الخيار ، وقيل : القول من أراد منهما الإمضاء . . . إلخ » . راجع تفصيل المسألة في : المدونة « كتاب البيعين بالخيار » ، « في الرجل يبيع السلعة على أن أخاه أو رجلًا أجنبياً بالخيار » (٣/٢٢٨) ، المنتقى في « بيع الخيار » (٥/٥٩ ، ٦٠) ، المقدمات الممهدات « كتاب بيع الخيار » (٢/٨٩-٩١) ، بداية المجتهد « كتاب بيع الخيار (٢/٢٢٩ ، =

١٠٨٦١ - لنا : أنه شرط الخيار لمن يصح عقده ، فصار كما لو شرط لنفسه .

ولأنه خيار لو أثبته لنفسه كان جائزًا ، فإذا أثبته لغيره ، جاز أصله : إذا قال : عليَّ أن يكون فلان وكيلًا (١) في الإمضاء والفسخ .

١٠٨٦٢ - ولأن من جاز أن يتولى الفسخ جاز أن يشترط ، كالعاقد .

والدليل على أن الخيار يثبت للعاقد : أنه لما (٢) شرط في العقد صار من حقوقه ، وحقوق العقد تتعلق بالمتعاقدين (٣) عندنا .

١٠٨٦٣ - احتج المزني ، فقال (٤) : كيف يملك فلان ملكي ، ويملكني ملك غيري بغير أمري ؟ .

١٠٨٦٤ - قلنا : إذا شرط الخيار لأحد المتبايعين دون الآخر ملك نفسه ملك غيره ، وملك العاقد الآخر ملكه .

١٠٨٦٥ - فإن قالوا : لما (٥) شرط الخيار فقد أذن له .

١٠٨٦٦ - قلنا : وكذلك لما شرط الخيار للأجنبي فقد أذن له .

١٠٨٦٧ - قالوا : خيار الشرط لينظر كل واحد من المتعاقدين الحظ والفسخ والإمضاء (٦) ، فاستحال أن يكون لمن لا حظ له فيه ، ولا يكون لمن له الحظ .

قلنا : عندنا الخيار ثابت لمن الحظ له ، والإذن قائم مقامه وإن لم يثبت له الخيار كالوكيل .

* * *

= ٢٣٠) ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٢٧٧ . وقال أحمد وجل أصحابه مثل قول الحنفية : إن شرط الخيار لأجنبي ، صح ، وكان مشترطًا لنفسه ، موكلًا لغيره ، وقال القاضي : إن جعل الأجنبي وكيلًا فيه صح ، وإن أطلق الخيار لفلان ، أو قال : هو لفلان دوني ، لم يصح . راجع المسألة في : المغني (٥٨٧/٣) ، الكافي لابن قدامة ، « باب الخيار في البيع » (٤٥/٢) ، الإنصاف ، « باب الخيار في البيع » (٣٧٦/٤) .

(١) في (ص) ، (م) : [وكيل] .

(٢) في (م) ، (ع) : [كما] ، مكان : [لما] .

(٣) في (م) : [يتعلق احتج بالمتعاقدين] ، بزيادة : [احتج] .

(٤) في (م) ، (ع) : [قال] بدون الفاء .

(٥) في (م) ، (ع) : [إلى] ، مكان : [لما] .

(٦) في (ص) : [والفسخ والإمضاء] ، وفي (م) ، (ع) : [أو الإمضاء] .

مسألة ٥٧٤

اشتراط لفظين ماضيين في صيغة البيع

١٠٨٦٨ - قال أصحابنا : لا ينعقد البيع إلا بلفظين ماضيين .

١٠٨٦٩ - وذكر في « المجرد » إذا قال : بعتك انعقد به البيع عند أبي حنيفة .

وقال في « النكاح » : لو كتب فقال : بعني عبدك ، فقال : بعتك ، كان بيعًا جائزًا [1] .

١٠٨٧٠ - وقال الشافعي : إذا قال : بعني بألف ، فقال : بعتك ، انعقد البيع [2] .

١٠٨٧١ - لنا : حديث ابن عمر ﷺ ، أن النبي ﷺ قال : « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعًا ، أو يخير أحدهما الآخر وتبايعا على ذلك ، فقد وجب البيع « ذكره الدارقطني [3] فإثبات البيع بعد خيار يبطل بالتفرق ، وهذا لا يكون إلا على قولنا .

١٠٨٧٢ - ولأن قوله يعتبر أمرًا [4] له بالبيع ، فلا يكون ينتظر العقد ، كما لو قال : بع عبدي .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : تحفة الفقهاء « باب الشراء والبيع » (٢/٢٩-٣١) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع (٥/١٣٣) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب البيوع » (٦/٢٤٩) وما بعدها ، البناية مع الهداية « كتاب البيوع » (٧/٨) وما بعدها ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » (٢/٤) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « كتاب البيوع » (٤/٩ ، ١٠) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » (٩/١٦٢) ، النكت « كتاب البيوع » ، ورقة (١٢٨ب) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » (٤/١٤) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب البيع » ، « الباب الأول في أركانه » ، بذيل المجموع (٨/٩٧ ، ١٠١) ، نهاية المحتاج « كتاب البيع » (٣/٣٧٨) .

وقال مالك ، وأحمد في إحدى روايتيه مثل قول الشافعي : إذا قال المبتاع : بعني ، فقال البائع : بعتك ، فقد صح البيع ، وقال أحمد في الأخرى : مثل قول الحنفية : لا يصح البيع . راجع المسألة في المنتقى ، في « ما جاء في بيع العربان » (٤/١٥٧) ، بداية المجتهد « الباب الأول في العقد » (٢/١٨٣ ، ١٨٤) ، شرح الزرقاني « باب في البيع الشامل ... إلخ » (٥/٥) ، المغني « كتاب البيوع » (٣/٥٦١) ، الكافي لابن قدامة « كتاب البيع » (٢/٣) .

(٣) الزيادة من كتب الحديث ، وفي (ص) : [ذكر] . وحديث ابن عمر ﷺ : أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ في السنن « كتاب البيوع » (٣/٥) الحديث (١٢) ما تقدم تخريجه مطولاً بهذا اللفظ في مسألة (٥٦٥) .

(٤) في جميع النسخ : [أمر] ، والصواب ما أثبتناه ؛ لأن قوله : [بعني] يعتبر أمرًا له .

١٠٨٧٣ - ولأنه لم يوجد إلا لفظ أحد الشطرين ، فلم ينعقد البيع ، كما لو قال : أتبيعني ؟ ، فقال : بعتك .

بيانه : أن قوله : بعني ، وقوله : بعتك ، لفظ البيع ، فلا بد من لفظ الابتياع أو المشتري أو القبول .

١٠٨٧٤ - ولأن كل واحد من المتبايعين بالخيار في رد الإيجاب من غير شرط ، فلم ينعقد البيع ، كما لو قال بعتك ، فلم يقبل (١) المشتري شيئًا .

١٠٨٧٥ - ولأن كل حالة لا يجوز تصرف المشتري مع ثبوت يده على المبيع من غير شرط فلم يكن بينهما عقد كما قبل القبول .

١٠٨٧٦ - ولأنه لفظ لا ينعقد به البيع من مالك جميعه ، وهو الآن لا يجوز ؛ فلا يكون شرطًا (٢) ، كقوله : تبيعني .

١٠٨٧٧ - ولأنها حالة لكل واحد من العاقدين (٣) الامتناع من أحكام العقد من غير شرط ، فلم يكن العقد منعقدًا ؛ أصله : إذا قال : بعتك قبل القبول .

١٠٨٧٨ - احتجوا : بأن كل ما لو كان بلفظ النكاح كان نكاحًا ، فإذا كان بلفظ البيع كان بيعًا ، كما لو (٤) تقدم بالإيجاب .

١٠٨٧٩ - قالوا : كل عقد لو تقدم فيه الإيجاب كفاه (٥) القبول ... كالنكاح .

١٠٨٨٠ - قلنا : القياس في النكاح : أن لا ينعقد إلا بألفاظ ما مضى ، وموضع الاستحسان أن لا يجعل أصلًا ولا وصفًا .

ولأن النكاح لا تحضره (٦) المساومة في العادة ، وألفاظه كلها إيجاب ، والبيع تحضره المساومة ، والظاهر من ألفاظ المستقبل : العِدَة والمساومة .

١٠٨٨١ - ولأن قوله : زوجني ، أمر بالعقد ، فإن قال : زوجتك ، انعقد النكاح بهذا اللفظ ؛ لأنه ينعقد بالواحد عندنا ، وهذا (٧) لا يوجد في البيع . قال أبو

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلم يقل] .
(٢) في هامش (ص) : [سطرا] .
(٣) في (ع) : [المتعاقدين] .
(٤) في (ص) : [كابيعا] ، مكان [كان بيعا] ، ولفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [كفارة] ، مكان : [كفاه] ، وقد جاء مكان النقط عبارة : [إذا تقدم فيه الاستدعاء كفاه القبول] وهي زيادة لا معنى لها فيما يظهر .
(٦) في (م) : [لا يحضره] .
(٧) في (م) ، (ع) : [ولهذا] .

الحسن [١] : ولأن الأولياء يلحقهم الشين [٢] برد النكاح بعد الإيجاب . فإذا قال الزوج للولي : زوجني ، فقال : زوجتك ، [ولم يُجْعَلْ هذا نكاحا] [٣] ، لرجع فألحق [٤] بهم الشين ، وليس في البيع شين في رد بيعه بعد [٥] إيجابه ، فافترقا .

* * *

(١) هو عبيد الله بن الحسين ، أبو الحسن الكرخي ، الذي تقدمت ترجمته .

(٢) في (م) ، (ع) : [يلحقن الشرط] .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في صلب (ص) : [فالحق] ، المثبت من (م) ، (ع) ومن هامش (ص) النسخة الأخرى .

(٥) في (م) ، (ع) : [يوم] .

مسألة ٥٧٥

البيع على شرط نقد الثمن خلال ثلاثة أيام

١٠٨٨٢ – قال أصحابنا : إذا باعه على أنه إن لم ينقده [1] الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما : جاز الشرط ، وكان بمنزلة شرط الخيار للمشتري .

وإن قال البائع : على أني إن رددت الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بيننا . جاز البيع ، وكان بمنزلة شرط الخيار للبائع [2] .

١٠٨٨٣ – وقال الشافعي : لا يجوز ذلك [3] . لنا : ما روي عن ابن عمر ﷺ : « أنه أجاز ذلك في الثلاث » [4] ، ولا يعرف له مخالف . ذكره محمد في الأصل .

(١) في (ع) : [على أن ينقده] .

(٢) في (ص) : [شرط الخيار الشرط للبائع] ، بزيادة [الشرط] ولفظ [شرط] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . راجع المسألة في : الجامع الصغير « باب في خيار الرؤية وخيار الشرط » ص٣٤٥ ، ٣٤٦ ، روضة القضاة « باب الخيار في البيع » (٤٠٣/١) ، المسألة (٢١١٤) ، بدائع الصنائع : « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط الصحة » (١٧٥/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب خيار الشرط » (٣٠٣/٦- ٣٠٥) ، البناية مع الهداية « باب خيار الشرط » (٧٩/٧-٨٢) ، مجمع الأنهر « باب الخيارات » (٢١/٢) .

(٣) قال النووي في المجموع : « لو اشترى شيئًا بشرط أنه إن لم ينقده الثمن في ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما ، أو باع بشرط أنه إن رد له الثمن في ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما ، فوجهان حكاهما المتولي غيره ، أحدهما : يصح العقد ، ويكون تقدير الصورة الأولى : أن المشتري شرط الخيار لنفسه فقط ، وفي الثانية : أن البائع شرطه لنفسه فقط ، وهذا قول أبي إسحاق . قال : لأن عمر ﷺ أجاز ذلك ، والثاني هو الصحيح باتفاقهم ، وبه قطع الروياني وغيره : أن البيع باطل في الصورتين » . راجع المسألة في : حلية العلماء « كتاب البيوع » (٢٨/٤) ، فتح العزيز « كتاب البيع » ، « الباب الرابع في الفساد من جهة تفريق الصفقة » ، بذيل المجموع (٣١٣/٨) ، المجموع « كتاب البيوع » (١٩٣/٩) . وقال مالك وأصحابه : إذا وقع البيع على أنه إن لم ينقده الثمن إلى أجل كذا فلا بيع بينهما ، جاز البيع وبطل الشرط ، فإن قال البائع : متى جئتك بالثمن رددت لي المبيع ، لم يجز . راجع المسألة في : المدونة « كتاب البيوع الفاسدة » ، « فيمن باع سلعة وإن لم يأت بالنقد فلا بيع بينهما » (٢٢٢/٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب جملة من البيوع الفاسدة والحكم فيها » (٧٢٦/٢) ، « قوانين الأحكام الشرعية « الباب السادس في البيوعات الفاسدة » ص٢٦٢ . قال ابن قدامة : « فإن قال : بعتك على أن تنقدني الثمن إلى ثلاث أو مدة معلومة وإلا فلا بيع بيننا ، فالبيع صحيح ، نص عليه » . راجع المسألة في المغني كتاب البيوع (٥٩٣/٣) .

(٤) أثر ابن عمر ﷺ : قال ابن الهمام : « نقله الفقيه أبو الليث في « شرح الجامع » عن محمد بن الحسن ، عن عبد الله بن المبارك ، عن ابن جريج ، عن سليمان مولى ابن البرصاء ، قال : بعت من عبد الله بن عمر جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا ، فأجاز ابن عمر هذا البيع » . في فتح القدير (٣٢٨/٦) . وهكذا =

١٠٨٨٤ - ولأن القياس لا يدل عليه [١] فإذا قال الصحابي ، حمل على التوقيف .

١٠٨٨٥ - ولأن الفسخ بترك النقد معنى يضاد [٢] العقد ، فجاز أن ينعقد مع شرطه في الثلاث ، كالفسخ بقوله : فسخت .

ولأنه نوع بيع ؛ فجاز أن يفسخ بتأخير القبض عن زمان كالصرف ، والسلم ، وبيع الطعام بالطعام إذا شرط فيه الفسخ بترك [٣] القبض في المجلس ، ولا يمكن القول بموجبه في بيع الطعام بالطعام ؛ لأن التعليل لبيع الأعيان التي لا ربا فيها .

ولأن بيع الطعام بالطعام جعلناه أصلًا ، ولا يشترط ارتفاع العقد بترك النقد في مدة الخيار ، فجاز أن يصح ، كما لو شرط ارتفاع العقد بترك قبض الطعام في المجلس .

ولأن كل شرط لا يُبْطِل بيع الطعام بالطعام لا يبطل بيع عين من الأعيان ، كسائر الشروط .

١٠٨٨٦ - ولأن هذا يجري مجرى شرط [٤] الخيار ؛ لأنه عقد العقد وعلق فسخه بترك النقد ، وهو فعل المشتري ، فصار كما لو علق الفسخ بقوله : فسخت .

١٠٨٨٧ - فإن قيل : هناك الفسخ [٥] يتعلق منه بحظر ، ولهذا يجوز بمضي المدة ، وههنا جواز العقد تعلق بحظر ، ولهذا يفسخ بمضي المدة .

١٠٨٨٨ - قلنا : لا يصح ؛ لأن الفسخ لا يقع بمضي المدة ، وإنما يقع بترك النظر فيها ، كما يتعلق بقوله : فسخت .

١٠٨٨٩ - قالوا : العقد الذي يجوز تعليقه وهو الوكالة لا يقف فسخه على حظر ، والعقد الذي لا يتعلق بحظر أولى أن لا يقف فسخه على حظر ، فلا يبطل بشرط الخيار .

ولأن عقد الوكالة لما [٦] سومح بجواز تعلقه بالحظر لم يسامح [بدخول الحظر في فسخه ، والبيع لما علق حكم عقده حتى لا يجوز تعليقه بالخطر سومح] في فسخه . يبين [٧] صحة هذا الفرق : أن النكاح لما لم يتعلق ابتداؤه بحظر ، جاز أن يتعلق رفعه [٨] بحظر وهو الطلاق .

= قال العيني في البناية (٨١/٧) ، و قال البابرتي : « أثر ابن عمر وهو ما روى : أن عبد الله ابن عمر باع ناقة له من رجل بشرط أنه إن لم ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما » ، في العناية ، بذيل فتح القدير (٣٠٥/٦) .

(١) ساقط من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [بصار] .

(٣) بترك محل كلمة : سوى المثبتة في النسخ .

(٤) في (ع) : [شرطه] .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (ص) : [لو] ، والمثبت من (م) ، (ع) ، ومن هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [قسمه تبين] مكان : [فسخه يبين] .

(٨) في (م) : [ربعه] .

مسألة ٥٧٦

السبب في فساد العقد عند وجود التفاضل

١٠٨٩٠ - قال أصحابنا : العلة في فساد العقد عند وجود التفاضل : زيادة كيل في جنس المكيلات ، أو زيادة [١] وزن في جنس الموزونات ، هذه عبارة شيخنا أبي بكر الرازي [٢] .

وقد اختار غيره من شيوخنا أن العلة : الكيل مع الجنس ، أو الوزن مع الجنس ، وهذا تعليل لكون النوع فيه ربًا ، والأول لفساد العقد .

واختار أبو طاهر [٣] التقدير الشرعي مع الجنس ، فعلل الأشياء الستة [٤] بعلة واحدة .

١٠٨٩١ - ومن أصحابنا [من قال] [٥] : عدم العلم بالمساواة من طريق الكيل [٦] في المكيلات مع الجنس ، وعدم العلم بالمساواة من طريق الوزن مع الجنس [٧] .

١٠٨٩٢ - وقال الشافعي في القديم : العلة : الجنس ، والكيل ، والأكل أو الجنس

(١) في (م) ، (ع) : [وزيادة] وعلة الربا بهذا التخريج هي : [الزيادة] .
(٢) تقدمت ترجمته في مسألة رقم (٢٠٦) .
(٣) راجع ترجمته في مسألة رقم (٣٠٢) ، هامش (٥) .
(٤) وهي : الذهب والفضة ، والبر ، والشعير ، والتمر ، والملح ، وقد ورد بها الأثر عن النبي ﷺ من جهات كثيرة ، منها : ما أخرجه مسلم بسنده عن عبادة بن الصامت ، قال : قال رسول الله ﷺ : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلًا بمثل ، سواء بسواء ، يدًا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف ، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد » ، في الصحيح « كتاب المساقاة » ، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا » (١٢١١/٣) ، الحديث (١٥٨٧/٨١) ، وأحمد في المسند ، في « حديث عبادة بن الصامت ﷺ » (٣٢٠/٥) ، راجع تخريجه أيضًا من وجوه مختلفة في : نصب الراية « باب الربا » (٣٥/٤ ، ٣٦) ، تلخيص الحبير « باب الربا » (٧/٣ ، ٨) ، الحديث (١١٣٤) .
(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [التكليف] ، مكان : [الكيل] .
(٧) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب الربا والصرف » ص٧٥ ، أحكام القرآن للجصاص « باب الربا » (٤٦٥/١) ، تحفة الفقهاء : باب الربا » (٢٥/٢ ، ٢٦) ، بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » ، « فصل وأما شرائط الصحة » (١٨٣/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الربا » (٣/٧) وما بعدها ، البناية مع الهداية « باب الربا » (٣٣٨/٧) وما بعدها ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٧٨/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب الربا » (١٨٦/٤) .

والأكل والوزن .

وقال في الجديد : العلة في [١] الأشياء الأربعة : مطعوم جنس ، وفي الذهب والفضة : جنس الأثمان [٢] وهو قيمة المتلفات .

وأصحابه يقولون : أثمان جنس ، ومنهم من قال : جنس ما يقدر به المتلف [٣] .

١٠٨٩٣ - والكلام يترتب في هذه المسألة في فصول سبعة [٤] ، فأولها : أن يدل على صحة علتنا وترجيحها ، والثاني : فساد علتهم ، والثالث : أن يدل على ثبوت [٥] حكمنا ، وهو ثبوت الربا في المكيلات التي لا تؤكل ، والرابع : أن يبطل حكمهم ،

---

(١) في جميع النسخ : [المعلب] ، مكان [العلة في] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) في سائر النسخ : [وقال في الجديد : جنس الأثمان] ، بزيادة : [وقال في الجديد] ، وهو اضطراب في النقل .

(٣) قال الشيرازي في المهذب - بعد أن ذكر الأعيان الستة المنصوص على تحريم الربا فيها - : « فأما الذهب والفضة : فإنه يحرم فيهما الربا لعلة واحدة ، وهو أنهما من جنس الأثمان ، فيحرم الربا فيهما ، ولا يحرم فيما سواهما من الموزونات » ثم قال : « فأما الأعيان الأربعة ففيها قولان ، قال في الجديد : العلة فيها أنها مطعومة ... ، وقال في القديم : العلة فيها أنها مطعومة مكيلة أو مطعومة موزونة » . قال النووي في المجموع : « القول الجديد هو الأصح » . راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « باب الربا » (٣٩٢/٩ -٣٩٧ ، ٤٠٠-٤٠٢) ، النكت في « مسائل الربا » ، ورقة (١٣١أ ، ب ، ١٣٢أ) ، حلية العلماء ، « باب الربا » (١٤٧/٤ - ١٥١) ، فتح العزيز مع الوجيز « الباب الثاني في الفساد بجهة الربا » بذيل المجموع » (١٦٠/٨ ، ١٦٢ - ١٦٤) . وقال مالك علة تحريم التفاضل في الذهب والفضة : الثمنية ، وفي غيرهما : الاقتيات والادخار . واختلف أصحابه في ذلك قال ابن رشد في بداية المجتهد : « فالذي استقر عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل : هو الاقتيات والادخار . أما في الأربعة : فالصنف الواحد من المدخر المقتات ، وقد قيل : الصنف الواحد المدخر وإن لم يكن مقتاتًا ، ومن شرط الادخار عندهم أن يكون في الأكثر ، وقال بعض أصحابه : الربا في الصنف المدخر وإن كان نادر الادخار ، وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد - أيضًا - مع كونهما رؤوسًا للأثمان وقيمًا للمتلفات . انظر المسألة في : المنتقى ٢٣٩/٤ ، ٢٤٠ ، ٢٥٨ ، المقدمات الممهدات (٣٣/٢) وما بعدها ، بداية المجتهد (٤٠/٢) وما بعدها ، شرح الزرقاني (٦٢/٥) . وقال أحمد في أشهر الروايات عنه مثل قول الحنفية : إن العلة في الذهب والفضة الوزن والجنس ، وفي غيرهما الكيل والجنس . وقال في رواية أخرى مثل قول الشافعي في الحديث : إن العلة في الأثمان الثمنية ، وفيما عداهما كونه مطعوما جنس . انظر : المسائل الفقهية (٣١٦/١-٣١٨) ، الإفصاح (٣٣١/١ ، ٣٣٢) ، المغني (٨٠٥/٤) ، الكافي لابن قدامة (٥٣/٢ ، ٥٤) ، الإنصاف (١١/٥ ، ١٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [تسعة] ، مكان : [سبعة] ، وهو تصحيف .

(٥) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

وهو أن نبين [١] ، أن لا ربا في المأكولات التي لا تكال ولا توزن [٢] ، والخامس : أن يدل [٣] ، على صحة علتنا في الموزونات ، والسادس : إبطال علتهم ، والسابع : أن يبين [٤] ، إباحة باطنه بالجنس ، والتمرة بالتمرتين .

١٠٨٩٤ - أما [٥] ، الدليل على صحة علتنا : فما روي [٦] ، عن النبي ﷺ أنه قال : « الحنطة بالحنطة مثلًا بمثل كيلًا بكيل ، والذهب بالذهب مثلًا بمثل ، وزنًا بوزن » [٧] .

١٠٨٩٥ - فنص على اعتبار الكيل في الأشياء الأربعة ، والوزن في الذهب والفضة ، أما أن يكون ذكر الكيل ؛ فلأنه سبب في الحكم أو العلة [٨] والاهتمام بالتنبيه على العلة أشد ، والظاهر : أن الكيل / والوزن علة الحكم . /ب

يبين [٩] ، ذلك أنه : روي : « أنه [عليه الصلاة والسلام] نهى عن بيع الطعام [بالطعام إلا مثلًا بمثل ، وعن بيع الذهب بالذهب] إلا مثلًا بمثل ، وزنًا بوزن » [١٠] ، فلو علق الإباحة بالمماثلة في المقدارين ، دل أن ما [١١] زاد عن قدرها على الحظر ، ألا

---

(١) في (م) : [نبين] . (٢) في (م) : [لا يكال ولا يوزن] .
(٣) في (ع) : [أن ندل] . (٤) في (ع) : [أن نبين] .
(٥) في (م) ، (ع) : [وأما] بزيادة الواو . (٦) في (م) ، (ع) : [ما روي] بدون الفاء .
(٧) أخرج مسلم الجزء الأول من طريق أبي زرعة ، عن أبي هريرة مرفوعًا مطولًا ، ما عدا قوله : « كيلًا بكيل » والجزء الثاني من طريق ابن أبي نعيم ، عن أبي هريرة مرفوعًا بطوله بهذا اللفظ . في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا » (١٢١١/٣ ، ١٢١٢) ، الحديث (٨٣ ، ١٥٨٨/٨٤) . وأخرجه الطحاوي من حديث عبادة بن الصامت ، بلفظ : « أن النبي ﷺ نهى عن أن يباع الذهب بالذهب تبره وعينه إلا وزنًا بوزن ، والفضة بالفضة ، تبرها وعينها إلا مثلًا بمثل ، وذكر الشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، كيلًا بكيل ، فمن زاد أو ازداد ، فقد أربى » ، وفي المعاني « كتاب البيوع » ، « باب الشعير بالحنطة متفاضلًا » (٤/٤ ، ٥) . قال الحافظ ابن حجر بعد أن ذكره بلفظ : « الذهب بالذهب وزنًا بوزن والبر بالبر كيلًا بكيل » : أخرجه البيهقي بهذا اللفظ بسند صحيح ، وأصله عند النسائي بزيادة فيه ، كلاهما من حديث عبادة بن الصامت » ، في تلخيص الحبير « باب الربا » (٨/٣) ، الحديث (١١٣٧) .
(٨) في (م) ، (ع) : [لعته] ، مكان [العلة] . (٩) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . والجزء الأول من الحديث سيأتي تخريجه من حديث معمر بن عبد الله ﷺ بمعناه ، في هذه المسألة وأما الجزء الثاني : فقد أخرجه مسلم من حديث أبي سعيد الخدري بلفظ : « أن رسول الله ﷺ قال : لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الورق بالورق ، إلا وزنًا بوزن ، مثلًا بمثل ، سوّاء بسواء » ، راجع صحيح مسلم « كتاب المساقاة » ، « باب الربا » (١٢٠٩/٣) ، الحديث (١٥٨٤/٧٧) ، والطحاوي في المعاني « كتاب الصرف » ، « باب الربا » (٦٧/٤) . (١١) ساقطة من (م) ، (ع) .

ترى[١] ، أنه عليه الصلاة والسلام [إذا نهى] عن الصلاة إلا بطهارة[٢] ، دل على فقدها علة الحظر ؟[٣] .

١٠٨٩٦ - فإن قيل : فهذا يقتضي أن تكون العلة منصوصة ، وقد أجمعوا على أنها مستخرجة .

١٠٨٩٧ - قلنا : هذا تنبيه[٤] ، وليس بتعليل ؛ لأن لفظ التعليل : « لأنه كذا » ، وهذا[٥] ، الضرب يعلم بنظر واستدلال فليس بمنصوص .

فإن قيل : وجوب التساوي بالكيل هو الحكم والمطلوب تعليله[٦] .

١٠٨٩٨ - قلنا : الحكم فساد البيع أو جوازه ، والتساوي في الكيل والتفاضل فيه علته ؛ ألا ترى : أن قوله ﷺ : « لا صلاة إلا بطهور » ؟[٧] بيان العلة وليس بيان الحكم وإن كان قد نص عليه ، والحكم هو فساد الصلاة وصحتها .

١٠٨٩٩ - فإن قيل : فقد ذكر في الخبر عينًا بعين ولم يدل ذلك على كونه علة .

١٠٩٠٠ - قلنا : منع منه الإجماع ، ويدل على ذلك قوله عليه الصلاة و السلام « والفضل ربا »[٨] ، وهذا نص على أن علة الحكم : زيادة الكيل والوزن .

١٠٩٠١ - وروى أبو بكر بن عياش ، عن الربيع بن صبيح ، عن الحسن ، عن

---

(١) في (م) : [الخطر] ، مكان : [الحظر] ، وهو تصحيف ، و لفظ : [ترى] ساقط من (ع) .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) ، وحديث النهي عن الصلاة إلا بطهارة سيأتي تخريجه في هذه المسألة .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (م) : [الخطر] ، مكان : [الحظر] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يشبته] ، مكان : [تنبيه] .

(٥) في (م) : [كذى] ، وفي (ع) : [كذا] ، مكان : [وهذا] .

(٦) في (م) ، (ع) : [تقلبه] ، مكان : [تعليله] .

(٧) قال ابن حجر بعد أن أورده بلفظ : « لا صلاة إلا بطهارة » : « في تلخيص الحبير « باب الأحداث » (١٢٩/١) ، الحديث (١٧٣) ، وقد أخرجه مسلم من حديث ابن عمر مرفوعًا ، بلفظ : لا تقبل صلاة بغير طهور « باب وجوب الطهارة للصلاة » ، وأحمد في المسند ، في مسند « عبد الله بن عمر ﷺ (٥٧/٢ ، ٧٣) ، والترمذي بمثل لفظ مسلم في أبواب الطهارة « باب ما جاء لا تقبل صلاة بغير طهور » (٦/٥/١) ، الحديث (١) ، والنسائي من حديث أبي المليح (٨٧/١ ، ٨٨) ، والدارمي في السنن « كتاب الصلاة » ، باب لا تقبل الصلاة بغير طهور » (١٧٥/١) .

(٨) جزء من حديث أبي سعيد الخدري مرفوعًا أخرجه محمد بهذا اللفظ في كتاب الآثار « باب شراء الدراهم الثقال بالخفاف والربا » ص١٦٩ ، الحديث (٧٦٠) في مجمع الزوائد ، والطبراني في الكبير بلفظ قريب « كتاب البيوع » ، « باب بيع الطعام بالطعام » (١١٢/٤ ، ١١٣) .

عبادة ، وأنس بن مالك ، رضي الله عنهما ، عن النبي ﷺ قال : « ما وُزِنَ مِثْلٌ بمثلٍ إذا كان نوعًا واحدًا ، وما كيل فمثل [١] ذلك ، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به » [٢] . فلما حصل اعتبار المماثلة بما كيل ووزن دل على أن العلة النقدية .

١٠٩٠٢ - قال الدارقطني : « لم يروه عن الربيع غير [٣] أبي بكر ، وخالفه جماعة فرووه بغير هذا اللفظ ، وهذا طعن [٤] لا يلتفت إليه ؛ لأن الإسناد [٥] ، صحيح ، واختلاف الرواة في اللفظ على الربيع لا يقدح فيه ، ونسي الدارقطني خبر خيار المجلس ، واختلاف الرواة على نافع حتى لم يتفق منهم اثنان بواد ، ولم يقدح هناك بكثرة الاختلاف .

ويدل عليه : أن العلة [٦] ، نقضت لتأثيرها في الأحكام ، والحكم المطلوب [٧] فساد العقد وصحته ، ولوجه [٨] ، التفاضل في القدر ، والتساوي [تأثير في العقد ، لم يوجد مثله في الاختلاف في الطعم ، والتساوي] فيه ، ألا يرى [٩] ، أنه يجوز لا بيع قفيز جيد بقفيزين غُسَّين [١٠] ، لاختلافهما في الكيل وإن تساويا في الطعم ، وإذا كان التأثير في فساد العقد وصحته لما ذكرناه ، كان اعتبار [١١] ، علة الحكم أولى .

١٠٩٠٣ - قالوا : العلة عندنا كونه مطعومًا ، وهذا معنى لا يتزايد .

قلنا : وكذلك العلة عندنا كونه مكيلًا أو موزونًا ، وهذا معنى لا يتزايد ، لكن [١٢] ، لما كان ما ذكرناه علة أثر الكيل الذي صار به [١٣] مكيلًا ، ثم وجدنا

---

(١) في (ص) : [مثل] بدون الفاء ، وفي (م) ، (ع) : [قيل] ، وهو تصحيف ، المثبت من سنن الدارقطني .

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (١٨/٣) ، الحديث (٨٥) .

(٣) في (م) ، (ع) : [عن] ، مكان : [غير] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ظن] ، مكان : [طعن] .

(٥) لفظ : [لأن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [إلا إسناد] ، مكان : [لأن الإسناد] .

(٦) في (م) ، (ع) : [العلل] .

(٧) في (ص) : مختصرة ومكتوبة [المط] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ووجد] ، مكان [ووجه] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (ص) : [عسين] وفي النسخ الأخرى : عتيقين والغُسُّ : القدح الضخم وقيل هو أكبر من الغُمَر وهو إلى الطول يروى الثلاثة والأربعة والعِدَّة ، والرغد أكبر منه . اللسان (٢٩٤٢/٤) .

(١١) في (م) ، (ع) : [اعتباره] بدون الهاء .

(١٢) في (م) ، (ع) : [قلنا لكن] ، بزيادة : [قلنا] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [به صار] بالتقديم والتأخير .

الطعم الذي به [١] صار مطعومًا لا يؤثر ، دل على أن كونه مطعومًا ليس بعلة .

١٠٩٠٤ - فإن قيل : قد يؤثر اختلاف الطعم ؛ لأن من ابتاع طعامًا [٢] فوجده عفنًا رده لنقصان طعمه .

قلنا : هذا تأثير في إثبات الخيار ، ونحن نطلب تأثيرًا [٣] في صحة العقد وفساده ، وهذا هو الحكم المعلل .

١٠٩٠٥ - ولأن الحكم المعلل يوجد بوجود علتنا وهو التساوي في الكيل ، ويعدم بعدمها [٤] ، مع وجود الطعم في الحالتين على وجه واحد ، فدل على أنها هي [٥] العلة .

١٠٩٠٦ - فإن قيل : الحكم يوجد بوجودها ولا يعدم بعدمها ؛ لأن من باع صبرة بصبرة لا يعلم قدرهما ، فالبيع فاسد ، فلم تعدم العلة .

١٠٩٠٧ - قلنا : غلط ، علة الجواز : العلم بالتساوي من طريق الكيل ، وقد زال ذلك ؛ لأن معنى قولنا ؛ وجود التساوي في الكيل والتفاضل فيه ، وما ذكروه من الطعم الجمع على اعتباره ، فكان تعليق الحكم فيما أجمع على تعلقه به ، واعتباره فيه [٦] أولى .

١٠٩٠٨ - ولأنا إذا اعتبرنا النقدية جعلنا المضموم إليه أكثر الجنس في الأشياء الستة معنى واحدًا [٧] ، فهو أولى من التعليل بعلتين كل واحدة منهما لا تعم الأصل .

١٠٩٠٩ - فإن قيل : اعتبار النقدية يبطل [٨] بالمذروعات [٩] والمعدودات .

١٠٩١٠ - قلنا : إنما يعتبر النقدية في المدَّعَى الذي علقته الشريعة ، وهو جواز البيع أو فساده .

وأما الدليل على إبطال علتهم : فلأنها تبطل [١٠] ببيع الحيوان بالحيوان متفاضلًا ، يجوز مع كونه مطعومًا .

١٠٩١١ - فإن قالوا : ليس بمطعوم ؛ لأنه محرم قبل الذبح .

---

(١) ساقط من (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) : [الطعاما] . (٣) في (ص) : [تأثير] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ويعدم بها] . (٥) في (ع) : [من] ، مكان [هي] .

(٦) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في جميع النسخ : [واحد] والصواب بالنصب كما أثبتناه .

(٨) في (ص) : [تبطل] .

(٩) المذروعات : ما قيس بالذراع يقال ذَرَعَ فلانٌ الثوبَ أي قاس بالذراع .

(١٠) في (ص) : [يبطل] .

١٠٩١٢ - قلنا : يلزمكم السمك ، والجراد ، وهو مطعوم مباح يجوز التفاضل فيه .

١٠٩١٣ - فإن قيل (١) : ليس بمطعوم .

١٠٩١٤ - قلنا : غلط ؛ لأن أكله ممكن ومباح ، لكن لا يُعتاد ، إلا أنه (٢) يصلح ، فهو كاللحم بالحيوان ، ولا يجوز التفاضل فيه وليس بمطعوم في الحال حتى يستصلح .

١٠٩١٥ - وتبطل (٣) علتهم بالعرايا ؛ لأنه بيع مطعوم من غير مماثلة .

١٠٩١٦ - فإن قيل : لا يجوز عندنا إلا بعد أن يعلم تماثلهما في حال الادخار (٤) .

١٠٩١٧ - قلنا : المماثلة المأخوذة من علتنا في الشريعة هي المماثلة كيلًا ، وذلك لم يوجد .

١٠٩١٨ - وتبطل علتهم بالطين الخراساني (٥) .

١٠٩١٩ - فإن قيل : أكله سنة .

١٠٩٢٠ - قلنا : هو مأكول مشتهى وإن كان فيه ضرر ، وهذا (٦) موجود في كثير من المطعومات . ولأن الطعم ليس بعلم المقدار فلا يكون علة ، كاللون ، والاسم .

١٠٩٢١ - ولأن الطعم لا يضم إلى الجنس ، فيكون علة في الموزونات ، وكذلك لا يضم إلى الجنس فيكون علة على المكيلات ، كاللون والرائحة ، ولا يلزم ؛ لأنه (٧) مقدار ، وذلك مضموم إلى الجنس في الموزونات عندنا .

ولأن (٨) زيادة الطعم ليس لها تأثير في فساد البيع ، فلا (٩) يكون علة له مع الجنس ، كالاقتيات .

---

(١) في (م) ، (ع) : [قالوا] .
(٢) في (م) ، (ع) : [أنه] وفي (ص) أن .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وفي (م) ، (ع) : [يبطل] .
(٤) في (م) ، (ع) : [الإدخال] .
(٥) قال النووي : « وأما الطين الذي يؤكل سفهًا ويقال له : الخراساني ، ففيه الوجهان ، الصحيح : أنه ليس ربويًا ، وبه قطع القاضي حسين ، وأبو الطيب ، والمتولي ، وصاحب البيان ، ونقله إمام الحرمين عن العراقيين ، قال : وتردد فيه الشيخ أبو محمد ، ومال إلى أنه ربوي ، وصححه الغزالي في الوسيط : أنه ربوي ، والمذهب الأول » ، في المجموع « باب الربا » (٣٩٨/٩) ، وراجعه أيضًا في فتح العزيز ، الباب الثاني في الفساد بجهة الربا ، بذيل المجموع (١٦٣/٨) .
(٦) في (م) ، (ع) : [هذا] .
(٧) في (م) ، (ع) : [ولأنه] بالعطف .
(٨) في (م) ، (ع) : [ولا] .
(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وقد] .

١٠٩٢٢ - ولأن النبي ﷺ نص على الأشياء الستة ، وبين فيها حكمًا ، وهو جواز بيع بعضها ببعض بصفة ، وامتناعها بصفة ، فلم يقصد فساد بعضها ببعض في حال ، [وعلة مخالفنا تؤدي إلى ثبوت الربا في أجناس محرم بيع بعضها ببعض في حال] (١) ، مثل : البطيخ ، والرمان ، وهذا إثبات الحكم في الفرع بخلاف ما يثبت في الأصل .

١٠٩٢٣ - فإن قيل : يجوز بيع (٢) البطيخ والرمان بجنسه وزنًا .

١٠٩٢٤ - قلنا : فالأصل المعلل حكمه اعتبار المماثلة من طريق الكيل ، والعلة تؤدي (٣) إلى خلاف حكم الأصل من هذا الوجه .

١٠٩٢٥ - وأما الدليل على حكمنا : وهو ثبوت الربا في المكيلات المطعومة وغير المطعومة : فما (٤) قدمناه من خبر الربيع بن صبيح (٥) ، وما روي في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ، والدينار بالدينارين ، ولا الصاع بالصاعين ، فإني أخاف عليكم الربا » ، ومعلوم (٦) أنه لم ينه عن بيع الذي هو في المكيال ، فدل على أنه نهى عن بيع (٧) مال بالصاع ، وهذا علة في كل مكيل .

١٠٩٢٦ - فإن قيل : ما يدخل تحت الصاع مضمر في الخبر ، فكيف يعتبر عموم المضمر ؟ .

١٠٩٢٧ - قلنا : اسم الصاع يتناول في الحقيقة المكيل ، ويتناول في الحقيقة الكيل المقدر .

الدليل عليه : ما روي : « أن النبي ﷺ فرض صدقة الفطر صاعًا من تمر ، أو صاعًا من شعير » (٨) .

---

(١) ما بين المكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) : [يؤدي] .

(٤) في جمع النسخ : [مما] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) : [الصبح] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وهو الربا] ، بزيادة [هو الربا] . وحديث ابن عمر رضي الله عنهما ، أخرجه أحمد بهذا اللفظ في المسند ، في مسند عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنه » (١٠٩/٢) ، وابن حزم في المحلى « كتاب البيوع » (٤١٧/٧) ، المسألة (١٤٨٠) ، والهيثمي في مجمع الزوائد ، « كتاب البيوع » ، « باب بيع الطعام بالطعام » (١١٣/٤) . كما أخرجه مسلم من حديث عثمان بن عفان مختصرًا ، في الصحيح في « كتاب المساقاة » ، « باب الربا » (١٢٠٩/٣) ، الحديث (١٥٨٥/٧٨) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، باب « تحريم التفاضل في الجنس الواحد » (٢٧٨/٥) ، راجع تخريجه أيضًا في نصب الراية « باب السلم » (٤٨/٤ ، ٤٩) .

(٧) في (م) ، (ع) : [مبيع] .

(٨) تقدم تخريجه من حديث ابن عمر رضي الله عنهما في مسألة (٣٢١) .

١٠٩٢٨ - ويقول القائل : هذا قفيز ، وبعتك قفيزًا من هذا الطعام ، وإذا تناولها الاسم حقيقة ، ثم دل الدليل على أن أحدهما لم يرد ، بقي [١] الآخر . ويدل عليه حديث سعيد بن المسيب ، قال : سمعت أبا سعيد الخدري وأبا هريرة ﷺ [يحدثان [٢] : « أن النبي ﷺ استعمل سواد بن غزية [٣] أخا بني عدي بن النجار [٤] ، على خيبر ، فقدم عليه بتمر جنيب [٥] ، يعني جيد ، فقال ﷺ : « أكل تمر خيبر هكذا ، « قال لا ، وإنما اشتريت الصاع من هذا بالصاعين من الجمع ، والصاعين بالثلاثة ، فقال ﷺ : « لا تفعلوا ، ولكن بيعوا تمركم بثمن [٦] ، واشتروا به هذا ، وكذلك الميزان » [٧] ، وهذا عام في كل موزون .

١٠٩٢٩ - فإن قيل : حقيقة الميزان اسم لما يوزن به [٨] ، وذلك غير مراد والموزون لا يسمى ميزانًا حقيقة ، فلا نعلم [٩] أن أهل اللغة تجوزت بتسميته [١٠] بذلك ، فلم يصح الاحتجاج به .

---

(١) في ص : [بقى] ، وفي (م) ، (ع) : [نفى] .

(٢) الزيادة لمقتضى السياق . وقوله : [سعيد بن المسيب قال : سمعت] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) قال ابن الأثير : « سواد بن غزية الأنصاري من بني النجار ، وقيل : هو حليف لهم من بلي بن عمرو بن إلحاف بن قضاعة ، شهد بدرًا والمشاهد بعدها ، وهو الذي أسر خالد بن هشام المخزومي يوم بدر ، وهو كان عامل رسول اللّه ﷺ على خيبر .

(٤) من قوله : [استعمل] إلى [أخا بني] ساقط من من (م) ، (ع) ، وقوله : [سواد بن غزية أخا بني] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [حبيب] . (٦) لفظ : [بثمن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [هكذا] . حديث سعيد بن المسيب : أخرجه البخاري بألفاظ متقاربة ، في الصحيح « كتاب الوكالة » ، باب « الوكالة في الصرف والميزان » (٤١/٢) ، وفي « كتاب الاعتصام » ، باب « إذا اجتهد العامل أو الحاكم » (٢٦٨/٨) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، باب « بيع الطعام مثلًا بمثل » (١٢١٥/٣) ، الحديث (١٥٩٣/٤٥) ، والدارمي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في النهي عن بيع الطعام إلا مثلًا بمثل » (٢٥٨/٢) ، والدارقطني في السنن كتاب البيوع » (١٧/٣) ، الحديث (٥٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب من قال بجريان الربا في كل ما يكال ويوزن » (٢٨٥/٥) . راجع تخريجه أيضًا : في نصب الراية « باب الربا » (٣٦/٤) ، والهداية (١٨٦/٧ ، ١٨٧) ، الحديث (١٣٥٤) ، إرواء الغليل « باب الربا » (١٩٠/٥) ، الحديث (١٣٤٠) .

(٨) في (م) ، (ع) : [فيه] .

(٩) ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش وفي (م) ، (ع) : [فلا يعلم] .

(١٠) في سائر النسخ : [تجوزت] .

١٠٩٣٠ - قلنا : « ثبت [١] أن أهل اللغة تحذف المضاف وتقيم [٢] المضاف إليه مقامه . فقوله : « وكذلك الميزان » ، يعني به ذي الميزان ، والاسم إذا بطل حمله على حقيقته لم يكن بدٌّ من حمله على التوسع . والبطلان أيضًا لا يجوز في كلام الرسول ﷺ ، فلم يبق إلا أن يحمل على ما ذكرنا .

ولأنه زيادة في كيل ، كالحنطة بالحنطة .

١٠٩٣١ - فإن قيل : المعنى فيها أنها مطعومة .

١٠٩٣٢ - قلنا : من الحكم .

١٠٩٣٣ - فإن قيل : فلا يظن التفاضل فيها لينقض بالمتساويين في الكيل إذا تفاضلا في الوزن ، وإن فاته فلا يجوز التفاضل فيها كيلًا ؛ فقد عللت كما ذكرناه ، وضممت إليها وصفًا آخر ، وهذا لا يجوز .

١٠٩٣٤ - فإن قيل : الرماد / مكيل [٣] جنس ولا ربا فيه ، والسنبل [٤] فيه ربا ، وليس بمكيل . ٣٠

١٠٩٣٥ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الرماد [٥] فيه ربًا عندنا إذا اعتيد بيعه كيلًا . فأما السنبل [٦] فهو مكيل ، لكن يقف على صفة ، وهو أن يفارق الوعاء ، ونرى الطعام في جوالق [٧] .

١٠٩٣٦ - وأما الدليل على بطلان حكمهم في المطعوم الذي ليس بمكيل : فلأن ما يضمن [٨] بقيمته [في جميع الأحوال لا ربا فيه كالثياب .

١٠٩٣٧ - ولا يلزم الحلي ؛ لأنه يضمن بقيمته إذا كان لصناعته قيمة ، وإذا لم تكن ضمن بالنقد ؛ ولأنه جنس الذهب وذلك لا يضمن بقيمته] [٩] بكل حال .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يثبت] .
(٢) في (ص) : [ويقيم] .
(٣) في (ع) : [الزباد مكيل] .
(٤) في (م) ، (ع) : [السيل] .
(٥) في (م) : [الزباد] .
(٦) في (م) ، (ع) : [إذا اعتد بيعه كيلًا فأما السيل] ، مكان المثبت .
(٧) في جميع النسخ : [جولق] ، والصواب ما أثبتناه .
(٨) في (م) ، (ع) : [ولأن ما يضمن] ، مكان المثبت ، وفي (ص) : [لا يضمن] ، وهو خطأ .
(٩) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ومن قوله : [إذا كان لصناعته] إلى : [لا يضمن بقيمته] ساقط من (م) ، (ع) .

أو نقول : جنس يجب على مستهلكه القيمة ، فيجرى الربا في نقده .

١٠٩٣٨ - ولأن البطيخ والرمان يباع في العادة عددًا ، فلا يثبت فيه الربا ، كالثياب [١] .

١٠٩٣٩ - ولأنهما عينان باقيتان على أصل خلقتهما [٢] ، لا يجوز بيع كل واحد منهما على الانفراد ... [٣] بالأحرى ، كسائر الأعيان .

١٠٩٤٠ - ولأن كل جنس جاز بيعه ؛ جاز بيع بعضه ببعض ، أصله : الطعام والثمن .

١٠٩٤١ - فإن قالوا : يجوز بيع ذلك وزنًا ، فقد تكلمنا ، وإن كان تركًا للمعروف في المذهب [٤] .

١٠٩٤٢ - ولأنا أجمعنا على ثبوت الربا في المطعومات الموزونة ، فلا يخلو إما أن يكون [ذلك] [٥] فرعًا للأشياء الأربعة ؛ لأن الحكم فيها وجود المماثلة كيلًا ، فلم يبق إلا أن يكون فرعًا للذهب والفضة والحكم [بوجود المماثلة وزنا] [٦] .

١٠٩٤٣ - وأما الدليل على صحة علتنا من الموزونات : فقوله عليه الصلاة والسلام : « وكذلك الميزان » .

١٠٩٤٤ - وحديث عبادة وأنس [٧] رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « ما وزن مثل [٨] بمثل إذا كان نوعًا واحدًا » .

١٠٩٤٥ - ولأنها زيادة وزن في جنس فتعلق بها التحريم ، كالأثمان .

١٠٩٤٦ - ولأن زيادة الوزن تؤثر [٩] في الفساد ، والمساواة فيه تؤثر [١٠] في الصحة ، فدل أنه العلة . ولأن للوزن تأثيرًا في الحكم بإجماع ؛ فتعليق الحكم به أولى .

١٠٩٤٧ - وأما الدليل على إبطال علتهم : فلأنها غير متعدية ، والعلة إذا لم يدل عليها إلا الطرد فإذا لم ينعقد : لم تصح .

---

(١) في (ص) : [كالنبات] بدون نقط .

(٢) في (ص) ، (م) : [باقيان] ، مكان : [باقيتان] ، وفي (ص) : [خلقهما] ، مكان : [خلقتهما] .

(٣) مكان النقط زيادة : [إذا كان معه أحدهما] ولا وجه لها .

(٤) في (م) ، (ع) : [المذهب] . (٥) الزيادة في (م) ، (ع) .

(٦) هنا سقط مكان النقط ، والكلام غير تام ، ولذا زدنا ما بين القوسين ، ولعله المقصود .

(٧) في جميع النسخ : [وحدته عبارة وليس] ، مكان : [وحديث عبادة وأنس] والصواب ما أثبتناه .

(٨) في (م) ، (ع) : [مثلًا] ، مكان : [مثل] .

(٩ ، ١٠) في (م) ، (ع) : [يؤثر] .

١٠٩٤٨ - فإن قيل : « لا يمتنع [(١)] أن يعلل الأصل بعلة لا تتعداه [(٢)] كما عللتم الخمر .

١٠٩٤٩ - قلنا : عندنا يجوز ذلك إذا دلت الدلالة على صحة العلة ، واستفيد من الدليل [(٣)] المنع من التعدي إلى الفروع ، ويستفاد معنى الحكم ، وإلا منعنا أن تعلل [(٤)] علة لا دليل عليها إلا الطرد ، وهي غير متعدية .

ولو سلمنا أنها علة صحيحة كان تعليل الأصل بعلة متعدية أولى ؛ لأنها تفيد [(٥)] حكم الفروع ، والعلة العامة أولى ، وما يتعدى أولى [(٦)] مما لا يتعدى .

١٠٩٥٠ - ولأن النبي ﷺ ذكر الأشياء الستة وجعلها أصولًا لغيرها ، وإذا كانت الأشياء الأربعة معللة فيما [(٧)] يتعدى إلى الفروع ؛ فالظاهر أن البقية تتعدى [(٨)] أيضًا ليكون حكم الجميع حكمًا [(٩)] واحدًا .

ولأن علتهم تبطل بالفلوس ؛ لأنها - إذا نفقت - أثمان فلا ربا فيها ؛ لأنها لا يعرف [(١٠)] بها القدر لكونه ذهبًا .

١٠٩٥١ - وأما الدليل على جواز بيع التمرة بالتمرتين والحبة بالحبتين : أن ذلك يباع في العادة عددًا ، كالثياب [(١١)] .

ولأنه ليس بمكيل ولا موزون ، فصار كالجوز ، والبيض .

١٠٩٥٢ - ولا يلزم الماء ؛ لأن عند أبي حنيفة يجوز بيعه [(١٢)] متفاضلًا .

١٠٩٥٣ - ولا يقال إنها تكال [(١٣)] بآلة صغيرة كقشر الفستقة ، وتعجيل لا يسع تمرة واحدة ؛ لأن الكيل عبارة عما وضع لمعرفة المقادير في العادة ، وهذا لا يوجد فيما قالوا .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم يصح فإن قيل ويمتنع] .

(٢) في (م) : [لا يتعداه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالتعليل] .

(٤) في (م) ، (ع) : [نعلل] .

(٥) في سائر النسخ : [أولا] ، مكان : [أولى] والصواب ما أثبتناه ، وفي (م) ، (ع) : [هي لأنها] ، بزيادة : [هي] ، وفي (م) : [يفيد] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الغائبة] ، مكان : [العامة] ، وقوله : [وما يتعدى أولى] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ص) : [فيما] .

(٨) في (م) : [يتعدى] .

(٩) ساقط من (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لا يعرف] .

(١١) في جميع النسخ : [عدد النباب] .

(١٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(١٣) في (م) : [يكال] .

ولأن الوعاء إذا عملت لتمرة (١) واحدة ؛ لم يعلم زيادتها (٢) ونقصانها ، فلا يكون ذلك كيلًا ؛ ألا ترى : أن العقد به لا يجوز (٣) عند مخالفنا ، فدل أنه ليس بكيلٍ (٤) .

١٠٩٥٤ - ولأن ما جاز بيع كثيره بالكثير جاز بيع قليله بالقليل ، كالذهب ، والفضة .

ولأن مستهلكه يلزمه قيمة ؛ فلا يدخل الربا في نقده ، كالثياب .

١٠٩٥٥ - احتجوا : بما روي عن معمر بن عبد الله ﷺ أن النبي ﷺ قال : « الطعام بالطعام مثلًا بمثل » (٥) .

١٠٩٥٦ - قالوا وهذا يدل على أن ثبوت الربا في كل مطعوم ؛ لأن اسم الطعام يقع على كل مطعم (٦) لعينه شرعًا ؛ قال الله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّىٓ ﴾ الآية (٧) ، وقال تعالى : ﴿ كُلُّ ٱلطَّعَامِ كَانَ حِلًّا لِّبَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ ﴾ (٨) ، وقال تعالى : ﴿ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ ﴾ (٩) ، وأراد به الذبائح .

١٠٩٥٧ - وقالت عائشة رضي الله عنها : « عشنا زمانًا ما كان لنا طعام إلا الأسودان : التمر ، والماء » (١٠) ، وهذا (١١) دليل على ثبوت الربا فيما لا يكال (١٢) من المطعومات ولا يوزن .

---

(١) في (ع) : [تمرة] بدون اللام . (٢) في (م) ، (ع) : [بزيادتها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يجوز به] . (٤) في (م) ، (ع) : [بمكيل] .

(٥) حديث معمر بن عبد الله ﷺ ، أخرجه مسلم مطولًا في الصحيح : « كتاب المساقاة » ، « باب بيع الطعام مثلًا بمثل » (١٢١٤/٣) ، الحديث (١٥٩٢/٩٣) ، وأحمد في المسند في حديث معمر بن عبد الله ﷺ » (٤٠٠/٦ ، ٤٠١) والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، باب بيع الشعير بالحنطة متفاضلًا » (٣/٤) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٢٤/٣) الحديث (٨٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » باب جواز التفاضل في الجنسين (٢٨٣/٥) ، راجع تخريجه في الهداية في تخريج أحاديث البداية (١٨٥/٧ ، ١٨٦) ، الحديث (١٣٥٣) .

(٦) في (م) ، (ع) : [متعطم] .

(٧) سورة البقرة : الآية ٢٤٩ . وفي (ص) : [فمن] ، مكان : [ومن] ، وهو خطأ من الناسخ .

(٨) سورة آل عمران : الآية ٩٣ . (٩) سورة المائدة : الآية ٥ .

(١٠) قول عائشة رضي الله عنها أخرجه الإمام أحمد في المسند ، بلفظ قريب ، عن عروة بن الزبير « أنه سمع عائشة تقول : كان يمر بنا هلال وهلال ما يوقد في بيت من بيوت رسول الله ﷺ نار ، قال : قلت : يا خالة ، فعلى أي شيء كنتم تعيشون ، قالت : على الأسودين : التمر والماء » أ هـ . مسند الإمام أحمد (٧١/٦ ، ٨٦) .

(١١) في (م) ، (ع) : [وهذا] . (١٢) في (م) ، (ع) : [لا يؤكل] .

١٠٩٥٨ - والثاني : أنه نهى عن بيعه إلا مثلًا بمثل ، ولم يفرق بين قليله وكثيره ، وهذا يبطل قولكم في الحبة بالحبتين : إن ذكر الصفة في الحكم تعليل ، كقوله تعالى : ﴿ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ ﴾ (١) ، وكقوله عليه الصلاة والسلام : « في سائمة الغنم زكاة (٢) » ، وكقوله تعالى (٣) : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ ﴾ (٤) ، وقوله : ﴿ جَزَآءُ ٱلۡمُحۡسِنِينَ ﴾ (٥) ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلۡكَٰفِرِينَ عَذَابٗا مُّهِينٗا ﴾ (٦) .

١٠٩٥٩ - والجواب : أن إطلاق الطعام يتناول بعض المطعومات دون بعض ، بدلالة قولهم : سوق الطعام ، لا يتناول ذلك سوق الصيادلة (٧) .

١٠٩٦٠ - ولا يقال : إنْ أَكَلَ الإِهْلِيلَج (٨) أنه أكل الطعام ، أو يجوز العموم في كل المطعومات ، لا نسلم .

وقولهم : إن تسمية الطعام يعني في معرفة العرب ، غلط ؛ لأن الكوفة والبصرة مُصِّرتا (٩) والقوم عرب تثبت الحجة بقولهم ، وسموا هذه الأسواق بلغتهم ، ثم راوى الخبر قال : وكان طعامنا يومئذ الشعير .

١٠٩٦١ - ولو سلمنا لهم الحقيقة لم يكن بد من حمل قول معمر على العرف ، ومتى وجد معنى الاسم في المعرف كان حمل الكلام عليه أولى من حمله على معناه اللغوى ، فسقط اعتبار العموم من الخبر .

ولأن الخبر لو حمل على كل ما يطعم ، اقتضى وجوب اعتبار المماثلة في الجنسين ،

---

(١) سورة الحجرات : الآية ٦

(٢) قال ابن حجر : « قال ابن الصلاح : أحسب أن قول الفقهاء والأصوليين : في سائمة الغنم الزكاة اختصار منهم » ، في تلخيص الحبير ، « كتاب الزكاة » ، « باب صدقة الخلطاء » (١٥٦/٢ ، ١٥٧) ، ضمن الحديث (٨٢١) ، وقال الغماري -تعليقا- بعد أن ذكره في الهداية في تخريج أحاديث البداية (٨٣/١) ، الحديث (١) : « هو بهذا اللفظ غير موجود ، بل مأخوذ من الأحاديث » . وقد أخرجه البخاري من حديث أنس ﷺ مطولًا ؛ بلفظ قريب ، في الصحيح ، « في الزكاة » ، « باب زكاة الغنم » (٢٥٣/١) .

(٣) الزيادة من (ع) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٥) هذا جزء من الآية رقم (٨٥) من سورة المائدة ، وأيضًا جزء من الآية رقم (٣٤) ، من سورة الزمر .

(٦) سورة النساء : الآية ١٠٢ .

(٧) في (م) : [لا يتناوله ذلك سوق الصيارفة] ، مكان المثبت .

(٨) الإهليلج : عقير من الأدوية ، وهو معرب . راجع لسان العرب ، مادة « هلج » (٤٦٨٤/٦) ، المصباح المنير (٦١٠/٢) .

(٩) في (م) ، (ع) : [مصيرنا] .

وهذا خلاف النص والإجماع ، فعلم أن المراد به ما ذكرناه .

١٠٩٦٢ - وأما قولهم : إنه لم يفصل بين القليل والكثير ، وقد أجمعوا أن المماثلة التي ذكرها في الخبر كيلًا ، فاقتضى ذلك ما يتأتى فيه الكيل دون ما لا يتأتى (١) .

١٠٩٦٣ - فأما قولهم : إن ذكر الطعام كالتعليل ، فلا يصح ؛ لأن تعليق الحكم بالاسم لا يجعله علة (٢) ؛ الدليل عليه قوله عليه [الصلاة] والسلام : « لا بأس ببيع (٣) الحيوان بالحيوان اثنين بواحد يدًا بيد » (٤) .

١٠٩٦٤ - ولم يدل (٥) ذلك على اختصاص الحكم بالحيوان ، وكذلك (٦) « نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان » (٧) ، و"نهيه عن بيع الطعام قبل القبض » .

١٠٩٦٥ - وأما قوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ ﴾ (٨) ، و ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ ﴾ (٩) ، فهذه أسماء الفاعل فذكرها ذكر الفاعل ، وكأن لا فرق (١٠) بين من سرق فاقطعوه ، وقوله : ﴿ وَٱلسَّارِقُ ﴾ ، ﴿ فَٱقْطَعُوٓاْ ﴾ ، وليس هذا من مسألتنا (١١) في شيء .

على أن من أهل الأصول من يقول : « إن قوله : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ ﴾ يدل على

---

(١) في (ع) : [ما يتأتى] .

(٢) في (ص) : [علية] ، وفي (م) ، (ع) : [عليه] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [بيع] .

(٤) أخرجه الترمذي من حديث جابر مرفوعًا في السنن « كتاب البيوع » (٥٣٠/٣) ، الحديث (١٢٣٨) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، باب « الحيوان بالحيوان نسيئة » (٧٦٣/٢) ، الحديث (٢٢٧١) ، وأحمد في المسند في مسند جابر بن عبد الله ﷺ (٣١٠/٣ ، ٣٨٠ ، ٣٨٢) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، باب « استقراض الحيوان » (٦٠/٤) . قال الترمذي بعد أن أخرجه : « هذا حديث حسن صحيح » . راجع تخريجه أيضًا في الهداية في تخريج أحاديث البداية (١٩٦/٧ ، ١٩٧) الحديث (١٣٥٨) .

(٥) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ص) : [ولذلك] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يجزي] .

(٨) سورة المائدة : آية ٣٨ .

(٩) سورة النور : الآية ٢ .

(١٠) ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [من مسألتنا في مسألتنا] ، بزيادة : [في مسألتنا] .

وجوب القطع [١] فلا يدل اللفظ على [٢] أن السرقة علة ، وإنما يعلم ذلك بدليل منفصل ، وهو أن السرقة فعل منكر والقطع نكال ، فيستدل بذلك على النكال لأجل ذلك الفعل ، وهذه المعاني كلها معدومة في قوله : « الطعام بالطعام » .

١٠٩٦٦ - فإن قيل : خص الطعام بالذكر دون غيره ، ولو كان الجص والنورة [٣] مثله ، لم يكن للتخصيص معنى .

١٠٩٦٧ - قلنا : كما خص النهي عن بيع الطعام قبل القبض ، وإن كان الطعام بعده سواء .

١٠٩٦٨ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [٤] ، ولا يجوز أن ينهي عن أكل ما لا يتأتى فيه الأكل .

١٠٩٦٩ - قلنا : نهى عن أكل الربا ، واقتضى ذلك ثبوت الربا في المأكول ، وغيره موقوف على الدليل .

١٠٩٧٠ - ولأن الأكل يفيد [٥] التناول ، بدلالة : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ ﴾ [٦] ، وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَهُمۡ إِلَىٰٓ أَمۡوَٰلِكُمۡۚ ﴾ [٧] ، والمراد بذلك الأخذ والتناول .

ولأنه نهى عن [٨] أكل الربا وعن أخذه بقوله تعالى : « ﴿ وَمَآ ءَاتَيۡتُم مِّن رِّبٗا لِّيَرۡبُوَاْ فِيٓ أَمۡوَٰلِ ٱلنَّاسِ ﴾ [٩] ، فاقتضى مجموع الأمرين النهي عن القطع والأخذ والأكل [١٠] .

١٠٩٧١ - احتجوا بحديث عبادة ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الورق بالورق ، ولا الشعير بالشعير ، ولا التمر بالتمر ، ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء » [١١] .

---

(١) الزيادة لمقتضى السياق ، وفي سائر النسخ : [القتل] ، مكان : [القطع] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) ساقط من (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الجص والنورة والحص] ، بزيادة : [الحص] .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٧٥ .

(٥) في (م) ، (ع) : [مفيد] .

(٦) سورة البقرة : الآية ١٨٨ .

(٧) سورة النساء : الآية ٢ .

(٨) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) سورة الروم : الآية ٣٩ .

(١٠) في (م) ، (ع) : [والأكل والأخذ] .

(١١) حديث عبادة ﷺ : أخرجه الشافعي بهذا اللفظ في الأم « كتاب البيوع » ، باب « الربا » (١٤/٣ ، ١٥) ، وفي السنن المأثورة « كتاب البيوع » ، ص٢٦٨ ، الحديث (٢٢٦) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، =

١٠٩٧٢ - قالوا : وهذا عام في التمرة الواحدة والحبة الواحدة ، فاقتضى أنه لا يجوز بيعها بتمرتين وحبتين .

قالوا : ولأن النبي ﷺ ذكر الأشياء الستة لينبه بها على غيرها ، والعلة التي يحفظ أصلها ويلحق غيره به أولى [١] من العلة التي تخص أصلها .

١٠٩٧٣ - ولأن العموم يخص بما يعارضه وينافيه ولا يخص بما يوافقه ، والعلة / المستنبطة من الأصل توافقه في حكمه ولا تخالفه [٢] ؛ فبطل أن يقع بها تخصيص أصلها [٣] . /ب

١٠٩٧٤ - والجواب : أنا تتبعنا الأخبار فلم نجد هذا اللفظ في شيء منها ، وإنما الخبر المروي : « الذهب بالذهب » ، وروي : « أنه نهى عن الذهب [بالذهب] إلا مثلًا بمثل » ، فأما : « لا تبيعوا إلا مثلًا بمثل » فما وجدناه في كتاب يرجع إليه [٤] .

ولأن الخبر لم يتناول إلا ما فيه الكيل والوزن [٥] ؛ بدلالة : أن النبي ﷺ علق الجواز بشرط ، وهو التساوي من طريق الكيل والوزن ؛ فدل [على] [٦] أن فساده لعدم ذلك الشرط ، كما قال : « لا تصلِّ إلا طاهرًا » ، لما علق جواز الصلاة بالطهارة كان فسادها متعلقًا بعدمها ، وهذا إنما يكون فيما يتأتى فيه الكيل ، فأما الحبة والحبتان ؛ فعندهم لا يجوز بيع بعضها ببعض متساويًا ومتفاوتًا ، وعندنا يجوز بيعها على الوجهين جميعًا ، فعلم أن الخبر لم يتناول ذلك ، وإنا لم نخصه [٧] .

١٠٩٧٥ - فإن قيل : نهيه عليه [الصلاة و] السلام عن [بيع] [٨] البر بالبر عام في

= « باب الشعير بالحنطة متفاضلًا » (٤/٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب الأجناس التي ورد النص بجريان الربا فيها » (٢٧٦/٥) ، ومسلم في الصحيح كتاب المساقاة » ، باب « الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا » (١٢١٠/٣) ، الحديث (١٥٨٧/٨٠) ، والنسائي نحوه في المجتبى « كتاب البيوع » ، في "بيع البر بالبر » (٢٧٥/٧) ، والدارمي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في النهي عن الصرف » (٢٥٩/٢) . راجع تخريجه أيضًا في المجموع للسبكي (٦١/١٠ ، ٦٢) .

(١) في (ص) ، (م) : [أو لأن] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يوافقه في حكمه ولا يخالفه] مكان المثبت .

(٣) في (ص) : [أصلًا] . (٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) في (ع) : [لا يتناول] وفي (م) ، (ع) : [الموزون] .

(٦) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، والزيادة من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [فإنما لم يخصه] .

(٨) الزيادة من (م) ، (ع) .

القليل والكثير ، ثم استثنى منه بيعًا بصفة ، وهو ما وجدت فيه المساواة ، فما لم يوجد فيه المساواة على أصل النهي .

١٠٩٧٦ - قلنا : لما جعل العلة المجوزة [1] للبيع التساوي في الكيل ، فالفساد متعلق بالتفاضل فيه ، وذلك لا يكون إلا فيما يمكن كيله ، فأما [ما] لا يمكن فلا يجوز أن يتعلق [2] جواز العقد به ، ويتساوى الكيل فيه ، وجوازه لعدمه . فإذا ثبت هذا ، فَعِلَّتنا قد حفظت أصلها وعمت جميع ما تضمنه الخبر .

ثم لو سلمنا ما قالوه لم تكن علتنا هي المخصصة للأصل ، وإنما يخصه علة أخرى منتزعة من المعدودات ، فلا يصح قولهم : خصصت أصلها ، وبطل أيضًا قولهم : إن التخصيص يقع بما ينافي [3] الشيء ويخالفه لا بما يوافقه ؛ لأنا لم نخصص بالعلة المستخرجة ، وإنما خصصنا الأصل من العلة الأخرى .

١٠٩٧٧ - قالوا : روي في خبر عبادة ﷺ : « حتى الملح » [4] ، والغاية إنما تكون [5] بالأعلى والأدنى ، والملح أدنى المأكولات ، فصح أن يكون غاية ، وهو وغيره في الأكل [6] سواء ، فلو كانت العلة الكيل : لم يجز أن يكون الملح غاية .

١٠٩٧٨ - قلنا : الملح أدنى المكيلات المذكورة جعل غاية لذلك [7] ، كما أن عندهم لما كان أدنى المأكولات المذكورة جعله غاية [8] .

لذلك قالوا : يجوز ذكر الأشياء الأربعة ، وهي تكال [9] على وجه واحد لينبه بها على العلة ، فلو كانت العلة الكيل اكتفى بأحدهما ، وإنما ذكرها [10] لاختلاف حالها في الأكل ؛ لأن البر فوق [11] حالة الاختيار ، والشعير فوق حالة الاضطرار ، والتمر إدام

---

(١) في (ع) : [المحجورة] .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) ، وفي (ع) : [يعلق] .

(٣) ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [في] ، مكان : [ينافي] .

(٤) هذا جزء من حديث عبادة بن الصامت ﷺ ، أخرجه الطحاوي بطوله ، وفيه : « حتى عد الملح » ، وفي رواية : « حتى ذكر الملح » ، المعاني « باب بيع الشعير بالحنطة » ، وفي « باب الربا » (٤/٤ ، ٦٧) ، و ابن حزم بلفظ : « حتى خلص إلى الملح » ، وبلفظ « حتى خلص إلى الملح » في المحلى « كتاب البيوع » (٤٢٢٧/٧) ، المسألة (١٤٨١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يكون] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الكيل] .

(٧) في (م) ، (ع) : [كذلك] .

(٨) في (م) ، (ع) : [علة] .

(٩) في (م) : [يكال] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فلما ذكر] .

(١١) في (م) : [قوت] .

والملح يصلح به المأكولات ، فخالف بين حالها ليبين أن العلة هي الأكل .

١٠٩٧٩ - قلنا : الملح ليس بمأكول ، وإنما يتبع العلة ، فلو كانت العلة لم يذكر الملح . ولأنه ذكر الأشياء الأربعة ، ولو كانت تكال (١) على وجه واحد لبين أنها مكيل أبدًا وإن اختلفت العادة فيها وما سواه يقف على العادة . ثم النبي ﷺ ذكر الذهب والفضة وكل واحد منهما مكان الآخر ، فالعلة عندهم كونه ثمنًا ثم لم يقتصر (٢) على ذكر أحدهما ، [كذلك] (٣) في المكيلات لا يمنع أن يكون مثله .

١٠٩٨٠ - قالوا : ما دخل الربا في كثيره دخل في قليله ، كالأثمان .

١٠٩٨١ - قلنا : الأصل غير مسلَّم ؛ لأن قليل الذهب إذ بلغ حدًا لا يتأتى فيه الوزن سقط الربا فيه ، [كما أن قليل البُرِّ إذا بلغ إلى حد لا يتأتى فيه الكيل سقط الربا فيه] (٤) ، فأما إذا كان قليل الذهب (٥) موزونًا فهو كقليل البر المكيل ، فيثبت (٦) فيه الربا .

١٠٩٨٢ - قالوا : الوزن عندكم علة ، ثم ثبت الربا عندكم (٧) فيما لا يوزن منه ، وهو حلي السيوف والخواتم .

١٠٩٨٣ - قلنا : مال كله موزون يتأتى فيه الوزن ، وإنما منحه اتصالها بغيرها (٨) ، فلهذا يعتبر الوزن فيها إذا بيعت بجنسها ، وإنما الذهب الذي لا يوزن هو وزن الذهب الذي لا يصح وزن الواحد منه .

١٠٩٨٤ - قالوا : علة الربا بحكم علة الحظر ، فالبيع (٩) والكيل ، عَلَم على الإباحة ، فلم يجز أن يكون علة للتحريم والحظر ، فإن العلة الواحدة لا تجلب (١٠) حكمين متضادين في شيء واحد .

---

(١) في (م) : [يكال] .

(٢) في جميع النسخ : [ثمن] ، والصواب ما أثبتناه ، وفي (ص) : [يختص] .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) من قوله : [إذا بلغ حدًا] إلى قوله : [قليل الذهب] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فثبت] .

(٧) [عندكم] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [لغيرها] .

(٩) الميْعُ : هو حالة السيولة ، وهو سيلان الشيء المصبوب أو المكيل .

(١٠) في (م) : [يجلب] .

١٠٩٨٥ - قلنا : العلة في فساد العقد عندنا زيادة الكيل ، وفي جواز التساوي في الكيل ، فَعلَّةٌ كل واحد من الأمرين غير علة الآخر .

١٠٩٨٦ - قالوا : فالكيل أحد الوصفين ، [وقد صار وصفًا في علة الحظر ، ووصفًا في علة الإباحة .

١٠٩٨٧ - قلنا : الوصف يتعين] [١] بانضمام غيره إليه . ألا ترى : أن عندهم الجنس أحد وصفي علة الإباحة ، ثم العلة الواحدة توجب تحريم شيء وإباحة غيره ، كما أن الحيض يحرم الوطء والصلاة ويبيح الفطر [٢] ، كذلك الكيل في مسألتنا يحرم [٣] الزيادة ويبيح التساوي ، وهما أمران مختلفان .

١٠٩٨٨ - وإن قلنا : إن [٤] العلة الكيل : لم يلزم ما قالوه ؛ لأن ذلك علة لتحريم التفاضل في الجنس وإباحة التساوي فيه ، وهما أمران مختلفان .

١٠٩٨٩ - قالوا : الأعيان توزن [٥] في بلد ولا توزن في غيره ، فيؤدي ذلك إلى أن يكون الشيء الواحد فيه الربا في بعض البلاد دون بعض .

١٠٩٩٠ - قلنا : هذا لا يمتنع ؛ لأن العلة إن [٦] كانت الكيل تعلق الحكم بها في الموضع الذي وجدت فيه ، واختلفت المصلحة باختلاف حال أهل البلد في اعتبارهم الكيل والوزن .

١٠٩٩١ - وهذا كما أن الشمس تغيب في بعض البلاد فيباح الفطر ، وهي باقية في غيره فيحرم الفطر ، وتَزُول [٧] الشمس في بلد لم تَزَل [٨] فيه الشمس في بلد آخر ، فاختلف أهل البلاد باختلاف مطالعهم [٩] ، ولوجود سبب العبادة فيهم .

١٠٩٩٢ - قالوا : الأكل علة ذاتية والكيل فعلية ، والذاتية أشبه بالفعلية ، والفعلية أشبه بالشرعية ، ولو اجتمعت علة [١٠] عقلية وشرعية كانت العقلية أولى [١١] ، كذلك

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) ساقط من (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [يجوز] .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) : [يوزن] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يمنع لأن العلة إذا] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، (ع) : [ويزول] .

(٨) في (م) : [لم يزل] .

(٩) في (ص) : [مصالحهم] .

(١٠) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ من الهامش .

(١١) ساقط من (ع) .

ما أَشْبَهَ العقلية .

١٠٩٩٣ - قلنا : والأكل يختلف ؛ ألا ترى : أن الهَبيد [١] تأكله العرب ولا يأكله غيرهم ، ولم يمنع [٢] اختلاف العادة في الأكل أن يكون علة عندهم .

١٠٩٩٤ - ولأن الأكل اعتياد الناس لفعل الشيء ، وفعلهم [له ، والكيل اعتياد الناس بيعه كيلًا ، وفعلهم] [٣] لأحدهما كالآخر .

١٠٩٩٥ - قالوا : علتنا يوجد الحكم بوجودها ويزول بزوالها ، وعلتكم يوجد بوجودها ولا يزول بزوالها ؛ لأن الحنطة إذا زرعت لا ربا فيها ؛ لأنها ليست مأكولة ، فإذا نبتت وسنبلت ففيها الربا عندنا وعندكم ؛ لأنها مطعومة وليست مكيلة ، فإذا أحرقت وصارت رمادًا فلا ربًا فيها وهي مكيلة .

١٠٩٩٦ - قلنا [٤] : السنبل فيه الربا ؛ لأنه مكيل ، وإن تعذر كيله ما لم ينفصل من وعائه ؛ فهو كالحنطة في الوعاء ، فأما الرماد إذا بيع كيلًا ففيه الربا لوجود العلة ، فإن لم يعتد كيله فلا ربا فيه ؛ لأنه [٥] لا يعتاد بيعه كيلًا .

١٠٩٩٧ - قالوا : الحنطة فيها ربا مطعومة ، وكذلك إذا طحنت وإذا خبزت ، فإن [٦] قلتم : لا ربا فيه ؛ خالفتم [٧] الإجماع ، وإن قلتم : الربا فيه [٨] وزنًا ؛ جعلتم الجنس الواحد معللًا بعلتين .

١٠٩٩٨ - وتحرير هذا : أنه [جنس واحد ؛ فوجب أن يجرى فيه الربا بعلتين ، كالأثمان .

---

(١) الهبيد : قال ابن الأثير : « الهَبيد الحنظل يُكسر ويستخرج حبُّه ويُنقع لتذهب مرارته ويتخذ منه طبيخ يؤكل عند الضرورة » ، وقال ابن منظور : « الهبد والهبيد : الحنظل ، وقيل حَبُّه ، واحدته : هبيدة » . راجع : النهاية « باب الهاء مع الباء » (١٣٩/٥) ، لسان العرب مادة : « هبد » (٤٦٠٢/٦) ، المعجم الوسيط (٩٧٨/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولم يمنع] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [لنا] .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [فإذا] .

(٧) في (ع) : [لا ربا فيها قد خالفتم] ، مكان المثبت .

(٨) في (م) ، (ع) : [فيه الربا] بالتقديم والتأخير .

١٠٩٩٩ - قلنا : الخبز بالصنعة قد صار في حكم] [١] جنس آخر عندنا ، وقد قال أصحابنا : إنه يجوز بيعه بالحنطة متفاضلًا ، فلا نسلم أنها عين واحدة عللت بعلتين ، بل كل واحدة غير العين الأخرى .

١١٠٠٠ - قلنا : علة تخالف [٢] علة أخرى .

١١٠٠١ - قالوا : الكيل والوزن موضوع لمعرفة المقدار ، كالعد والذرع ؛ فلا يكون علة في وصف الربا [٣] .

١١٠٠٢ - قلنا : العد والذرع كل واحد منهما لم يجعل [٤] علمًا للتخلص من الربا ، فلم تكن علته فيه ، ولما كان الكيل والوزن مقدارًا جعل علمًا [٥] للتخلص منه ، جاز أن يكون علة فيه .

ولأن المذروعات [٦] لا ربًا فيها ، ولا معنى لطلب العلة فيها .

١١٠٠٣ - ولأن الذرع في المذروع [٧] صفة ؛ بدلالة : أن من باع ثوبًا على أنه عشرة أذرع فوجده [٨] أحد عشر : لم يلزمه رد الزيادة ، ولو وجد كون المذروع [٩] تسعة أذرع : ثبت له الخيار ، كما ثبت لو [١٠] وجده معيبًا .

والربا لا يثبت بالتفاضل في الصفات [١١] ، بدلالة : جواز بيع قفيز جيد بقفيز رديء .

١١٠٠٤ - وأما الكيل فليس يجري مجرى الصفات ، بدلالة : أن من اشترى طعامًا على أنه عشرة أقفزة ، فوجده [١٢] أحد عشر : رد الزيادة ، ولو وجده تسعة : رجع بقسط القفيز من الثمن . فعلم [١٣] أن الكيل مقدار لإدراك السبب بصفته ، والربا يثبت في المقدار .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٢) في (م) : [يخالف] .
(٣) في (م) ، (ع) : [كالعدد والذرع فلا يكون وصفًا في علة الربا] ، مكان المثبت .
(٤) في (م) ، (ع) : [العدد والذرع كل واحد منهما يجعل] ، بحذف : [لم] ، مكان المثبت .
(٥) في (م) ، (ع) : [ولما كان الكيل والوزن مقدار حمل علماؤنا] ، مكان المثبت ، خلا : [مقدر] .
(٦) في (م) ، (ع) : [الذرع] .
(٧) المذروعات : ما قيس بالذراع .
(٨) في (م) ، (ع) : [فوجد] .
(٩) في (ص) : [المذروع] ، وفي (م) ، (ع) : [الذرع] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لو ثبت] .
(١١) في (م) ، (ع) : [والصفات] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [فوجد] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [سقط القفيز من الثمن فعلمت] ، مكان المثبت .

١١٠٠٥ - قالوا : الكيل معنى يتخلص به من الربا ، فوجب أن لا يكون علة في التحريم ، أصله : القبض في المجلس .

١١٠٠٦ - قلنا : التساوي عندنا في الكيل [١] يتخلص به من الربا ، فأما الكيل فلا . ولأن القبض دليلنا ؛ لأنه لما كان سببًا للتخلص من الربا كان فقده مؤديًا لوجود الربا كذلك التساوي في الكيل لما كان علمًا على الخلاص كان فقده مؤديًا لوجود الربا .

ولأن القبض ليس سببًا [٢] للتخلص من الربا ؛ لأن الربا هو التفاضل والنساء ، والقبض لا يتخلص فيه في النَّساء [٣] بسبب يمنع فساد العقد ويوجب استقراره ، فأما أن يتخلص به من الربا فلا .

١١٠٠٧ - قالوا : زيادة الكيل لا يجوز أن تكون [٤] علة ؛ لأن التحريم يثبت في الصُّبرة بالصبرة مع فقد العلم بالزيادة .

١١٠٠٨ - قلنا : إذا قلنا إن زيادة الكيل علة في فساد العقد لم يخرج منه أن العقد لا / يفسد بعلة أخرى ، ففي الصبرة بالصبرة فسد العقد لمعنى آخر ؛ لأن [٥] علة الإباحة العلم بالتساوي من طريق الكيل ، وقد عدمت فثبت التحريم بفقد علة الإباحة .

١١٠٠٩ - ولأن [٦] زيادة الكيل إذا حرمت العقد والتساوي يبيحه ، ففي الصبرة يجوز وجود التفاضل فوجب الحكم ، ومتى أثرت العلة عند وجودها وأثرت إذا جوز وجودها ولم يتحقق ، دل ذلك على تأكدها .

١١٠١٠ - احتجوا في علة الأثمان : بأنها علة ولا تنتقض ، ولا تخالف [٧] نصًا ولا إجماعًا .

١١٠١١ - قلنا : هذه الطريقة لا تدل على الصحة ؛ لأن المختلفين في المذهب يعلل [٨] كل واحد منهما مذهبه بعلة على هذه الصفة ، ثم أحدهما بالجملة ، فعلم أن

---

(١) في (م) ، (ع) : [في الكيل عندنا] .

(٢) في (ص) ، (ع) : [سبب] وهو ساقط من (ع) ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) النَّساء أي : التأخير [وهو التأخير في كل جنسين اتفقا في علة ربا الفضل وهي الكيل والوزن ....] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أن يكون] . (٥) في (م) ، (ع) : [ولأن] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولا] .

(٧) في (م) : [علة لا ينتقض ولا يخالف] مكان المثبت .

(٨) في (م) : [تعلل] .

هذا ليس بدليل .

١١٠١٢ - قالوا : ما لا يدخل الربا في معموله ، لا يدخل في غير معموله ، كالطين ، وعكسه : الذهب والفضة .

١١٠١٣ - قلنا : لا نسلم أن الربا لا يدخل في معمول الحديد والصُّفر ؛ لأن الناس إذا تبايعوا ذلك وزنًا دخل فيه الربا عندنا ، فإن تبايعوها عددًا فالمعنى فيه : أنه خرج من حد الوزن ، والفضة والذهب لا يخرج من الوزن وإن عمل ، فإن كلًّا منه ما لا يوزن ولا ربا فيه (١) .

١١٠١٤ - وقولهم : السكاكين (٢) المحلاة والخواتيم لا توزن ، غلط ؛ لأنها موزونة وإنما يتعذر الوزن ، ولهذا تباع (٣) بمقدار ما نظر فيها من الوزن وزيد ثمنها بزيادته .

١١٠١٥ - فإن قيل : فالحديد مثله .

١١٠١٦ - قلنا : آنية الحديد الذي لا ربا فيه هي التي لا توزن (٤) مع إمكان وزنها ، وذلك لا يعتبر بالوزن فيها .

١١٠١٧ - قالوا : لو كان الوزن مع الجنس علة لكان الوزن بانفراده يحرم النَّساء كالطعم (٥) عندنا ، والكيل عندكم ، فلما جاز أن تسلم (٦) الدراهم في الزعفران ، دل أن الوزن ليس بعلة ، وظهر بهذا أن (٧) كل عينين جاز أن يُسْلَمَ أحدهما في الآخر لم يجمعهما في الربا علة واحدة ، كالدراهم ، والثياب ، وعكسه الذهب والفضة .

١١٠١٨ - قلنا : المعنى المضموم إلى الجنس هو الكيل ، وذلك يوجد في شيئين متفقين ؛ لأن المكيل مثمن أبدًا ، فلما اتفقت الأعيان التي جمعتها العلة في هذه الصفة حرم النساء فيها .

فأما الوزن فيوجد في أشياء متفقة كلها مثمنة ، كالزعفران ، والحديد ، والرصاص ؛ فوجب تحريم النساء فيها لاتفاقها ، كما يوجد في المكيلات ، ويوجد في أشياء مختلفة (٨) بعضها ثمن وبعضها مثمن ، فلما اختلف معناه صار ذلك كاختلاف العلة ،

---

(١) في سائر النسخ : [فإن كل منه ما لا يوزن ولا ربا فيه] ، ولعل الصواب : [فإن كل ما لا يوزن لا ربا فيه] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الساكين] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وزنها] .

(٤) في (م) : [لا يوزن] .

(٥) في (م) ، (ع) : [كما يطعم] .

(٦) في (م) : [يسلم] .

(٧) في (ص) : [هذا أن] بدون الباء ، وفي (م) : [أن هذا] بالتقديم والتأخير .

(٨) في جميع النسخ : [مختلف] ، والصواب ما أثبتناه .

فجاز أن يُسْلَم بعضها في بعض .

١١٠١٩ - يبين [(١)] ذلك أن المكيلات كلها تكال على صفة واحدة ، والموزونات تختلف [(٢)] ، فمنها : ما يوزن بالقبان [(٣)] ولا يقع فيها المسامحة اليسيرة ، وهو الذهب والفضة ، ومنها : ما يوزن بالقبان [(٤)] ويسامح فيه وهو الحديد والرصاص ، فدل ذلك على افتراق الحكمين .

١١٠٢٠ - فإن قيل : فيجب أن لا يجوز إسلام [(٥)] التبر والحلي في الزعفران ؛ لأن كل واحد منهما مثمن .

١١٠٢١ - قلنا : من أصحابنا من قال ذلك . قال قاضي الحرمين [(٦)] : وجدت الرواية عن أبي حنيفة : أن ذلك لا يجوز . ومنهم من قال : إنه من جنس الأثمان وحكمه حكمها ، كما أنه يساويهما [(٧)] في تحريم التفاضل ووجود التقابض ، وقد ذكر السمناني [(٨)] في الآحاد : أن ذلك يجوز .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٢) في (م) : [يكال على صفة واحدة والموزونات يختلف] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالعيان] ، مكان : [بالقبان] ، القبّان : الميزان ذو الذراع الطويلة المقسمة أقساما ، ينقل عليها جسم ثقيل يسمى الرُّمَّانة لتعين وزن ما يوزن . راجع لسان العرب مادة « قبن » (٣٥٢٣/٥) ، المعجم الوسيط (٧٢٠/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالعيان] ، مكان : [بالقبان] .

(٥) في (ع) : [تسلم] .

(٦) قاضي الحرمين : هو أحمد بن محمد بن عبد الله ، أبو الحسين النيسابوري ، المعروف بقاضي الحرمين ، كان شيخ الحنفية في عصره ، تفقه على أبي الحسن الكرخي ، وأبي طاهر الدباس ، وبرع في المذهب ، توفي رحمه الله بنيسابور ، في سنة إحدى وخمسين وثلاثمائة . راجع ترجمته في : أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص١٧١ ، الجواهر المضية (٢٨٤/١ - ٢٨٨) ، الترجمة (٢١١) ، تاج التراجم ص١٥ ، شذرات الذهب (٧/٣ ، ٨) ، الفوائد البهية ص٣٦ .

(٧) في (م) ، (ع) : [يساويها] .

(٨) في جميع النسخ : « السماني » والصواب ما أثبتناه ، والسمناني : هو محمد بن أحمد بن محمد ، أبو جعفر السمناني قاضي الموصل ، سمع الدارقطني ، وسمع منه الخطيب ، وقال : كتبت عنه ، وكان صدوقًا عالمًا فاضلًا حنفيًا معتقدًا مذهب الأشعري ، وله تصانيف في الفقه وتعاليق ، مات رحمه الله في سنة أربع وأربعين وأربعمائة . راجع ترجمته في : الأنساب « باب السين والميم » (٣٠٦/٣) ، تاج التراجم ص٦١ ، الفوائد البهية ص١٥٩ .

مسألة ٥٧٧

اعتبار التقابض عن بيع الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير

١١٠٢٢ - قال أصحابنا : إذا باع حنطة ، بحنطة ، أو شعيرًا بشعير بأعيانها ؛ لم يعتبر التقابض فيها في المجلس ، وجاز بشرط الخيار في العقد (١) .

١١٠٢٣ - وقال الشافعي التقابض شرط ولا يصح الخيار (٢) .

١١٠٢٤ - لنا : ما روي عن أبي بكر ، عن أبي الزبير ، عن جابر ﷺ ، قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان : صاع البائع وصاع المشتري (٣) » .

ظاهره أنه إذا جرى الصاعان جاز بيع المشتري وإن لم يقبض بداره

١١٠٢٥ - ولا يقال : إن هذا دليل الخطاب ؛ لأن ما بعد الغاية بخلاف ما قبلها ، وليس هذا دليل الخطاب وإنما هو حكم النطق .

١١٠٢٦ - وروي « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يقبض » (٤) .

١١٠٢٧ - ولأنهما عينان من جنس الأثمان ؛ فلا يكون التقابض في المجلس شرطا في عقدهما ، كالحديد بالصفر ، والحنطة بالجص .

١١٠٢٨ - فإن قيل : المعنى في الأصل : أنهما لا تجمعهما علة واحدة من الربا ؛ لم

---

(١) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب الربا والصرف » ص٧٥ ، وروضة القضاة « فصل شرط الخيار في المطعومات » (٤٠٣/١) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص٢ ، ٣-٣٠٤ ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » (٢١٩/٥) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص٢٨٨ ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الربا » (١٨/٧-٢٠) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٧٩/٢ ، ٨٠) .

(٢) راجع تفصيل المسألة : في المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » و « باب الربا » (١٨٨/٩ ، ١٩٢ ، ٤٠٣ ، ٤٠٤) ، و (٦٩/١٠-٧٢ ، ٩٣) ، النكت في « مسائل الربا » ، ورقة (١٣٢ ، أ ، ب) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٥٣/٤ ، ١٥٤) . وقال مالك وأحمد مثل قول الشافعي : لا يجوز التفرق قبل التقابض في بيع الطعام بالطعام . راجع المسألة في : المنتقى ، في « ما جاء في الصرف » (٢٧٦/٤) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب الرابع في الربا في الطعام » ص٢٥٦ ، المغنى « باب الربا والصرف » (١٣/٤) ، الكافي « باب الربا » (٦٦/٢) ، الإنصاف « باب الربا والصرف » (٤١/٥) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٥) . (٤) تقدم تخريجه في مسألة (٣٢٤) .

نسلِّم .

١١٠٢٩ - فإن قيل : المعنى فيه : أن أحدهما يجوز أن يكون رأس مال والآخر مسلم فيه لم نسلم .

١١٠٣٠ - فإن قيل : المعنى فيه : أنه ليس بمطعوم ولا ثمن فلم يصح ؛ لأن القبض في المجلس يجوز أن يجب في غير المطعوم والأثمان كرأس مال السلم ، وعلة الفرع تبطل [١] بالجراد ، فإن الجراد مطعوم ولا يعتبر فيه التقابض .

١١٠٣١ - فإن قالوا : لا يعتاد أكله على هذه الصفة ، فبطل بالملح واللحم بالملح .

١١٠٣٢ - فإن قيل وضع هذه العلة فاسد [٢] ؛ لأن ما يجب قبضه إذا كان ثمنًا يجب وإن كان عينًا ، كرأس المال ، وما لا يجوز قبضه إذا كان عينًا لا يجب إذا كان ثمنًا ، كعوض الثوب .

١١٠٣٣ - قلنا : للأثمان [٣] في القبض حكم لا يوجد لغيرها ، بدلالة : أن العقد عليها انفرد [٤] باسم اقتضى التقابض وهو الصرف ، والأعيان لا يوجد فيها هذا المعنى .

١١٠٣٤ - ولأن السلم دليلنا ؛ لأن قبض رأس المال لما وجب إذا أسلم موزونًا في مكيل ، كذلك إذا أسلم موزونًا في موزون ، مثل الدراهم في الحديد في البيع لو باع مكيلًا بموزون لم يستحق القبض ، كذلك إذا باع مكيلًا بموزون لم يستحق القبض أيضًا .

١١٠٣٥ - ولأنهما مأكولان فلا يجب قبضهما في المجلس ، كالجراد بالجراد ، والسمك بالسمك .

ولأنه خارج من عقود الصرف ، فلم يعتبر قبض بدله [٥] في الجنس ، كبيع الثياب بالدراهم .

١١٠٣٦ - ولا يلزم إذا باع قفيزًا [٦] من صبرة بقفيز من صبرة أخرى ؛ لأن القبض

---

(١) في (م) ، (ع) : [يبطل] . (٢) في (م) ، (ع) : [فاسدة] .

(٣) في جميع النسخ : [لعوض] ، مكان [كعوض] ، والصواب ما أثبتاه ، وفي (م) ، (ع) : [الأثمان في الأثمان] ، مكان : [للأثمان] .

(٤) لفظ : [انفرد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [بدلالة] ، مكان : [بدلة] .

(٦) في (ص) : [قفيز] .

في المجلس لا يعتبر عندنا ، وإنما يعتبر المعتبر ، وأن كل عين لو بيعت بالدراهم لم يكن من شرط صحة العقد التقابض في المجلس ، فإذا بيعت بجنسها وجب أن لا يكون إلا بشرط التقابض كالحديد .

١١٠٣٧ - ولأن ما لا يجري في حق الوارث من الزكاة لا يعتبر في العقد عليه التقابض ، كما ذكرنا ، وعكسه : جنس الأثمان .

ولأن العقد إذا تناول بدلين يجوز السلم في جنس واحد منهما ؛ لأن التقابض ليس بشرط في المجلس ، أصله ما ذكرناه .

ولأن الحنطة إذا بيعت بالشعير فهما جنسان لا يقوم المستهلك فيهما ، فلم يجب التقابض فيهما في المجلس [١] ، كسائر الأجناس .

١١٠٣٨ - والدليل على جواز شرط الخيار في العقد : قوله عليه الصلاة والسلام : « إذا بعت ، فقل : لا خلابة ولك الخيار » [٢] .

١١٠٣٩ - ويذكر فيه ما قدمناه من العلل ؛ ولأن الحنطة تارة تكون ثمنًا وتارة تكون معينة ، فجاز [شرط الخيار فيها ، كالفلوس .

١١٠٤٠ - ولأنه أحد نوعي الخيار ؛ فجاز] [٣] أن يثبت في بيع الحنطة بالحنطة أصله : خيار العيب .

١١٠٤١ - احتجوا : بحديث عبادة بن الصامت ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الورِق بالورِق ، ولا البرَّ بالبرِّ ، ولا الشعير بالشعير ، ولا التمر بالتمر ، ولا الملح بالملح ، إلا سواء بسواء ، يدًا بيد ، عينًا بعين [٤] » .

١١٠٤٢ - فقوله : « يدًا بيد » يقتضي التقابض ثم أجرى المطعوم مجرى الأثمان ،

---

(١) قوله : [في المجلس] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) أخرجه ابن ماجه في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب الحجر على من يفسد ماله » (٧٨٩/٢) ، الحديث (٢٣٥٥) ، والدارقطني « كتاب البيوع » (٥٥/٣ ، ٥٦) ، الحديث (٢٢٠) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » (٢٧٣/٥) ، وابن أبي شيبة في « مسألة في رد البيع » (٤٠٦/٨) ، الحديث (٣) . راجع تخريجه أيضًا : في نصب الراية ، « باب خيار الشرط » (٦/٤ ، ٧) ، تلخيص الحبير ، « باب خيار المجلس والشرط » (٢١/٣) ، الحديث (١١٨٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٥٧٦) .

وفي الأثمان لا يجوز التفرق [١] قبل القبض .

ثم قال : « ولكن بيعوا [٢] البر بالشعير كيف شئتم يدًا بيد [٣] » .

١١٠٤٣ - الجواب : أن قوله « يدًا بيد » يفيد التعيين وأنه لا يباع نَسَاءً ، ولا يفيد التقابض .

الدليل على ذلك الشرع ، والعرف ، واللغة :

١١٠٤٤ - أما [٤] الشرع : فروى « أنه عليه [الصلاة و] السلام نهى عن بيع الحيوان بالحيوان إلا يدًا بيد » [٥] ، وروى : « أنه ﷺ سئل ، فقيل : إنا [٦] نبيع الفرس بالأفراس ، والنجيبة [٧] بالنجائب ، ، فقال : لا بأس به يدًا بيد » [٨] ، ومعلوم أن الحيوان بالحيوان اعتبر فيه التعيين دون التقابض .

١١٠٤٥ - وأما العرف ، فيقال [٩] : فلان يبيع يدًا بيد ، معناه [١٠] أنه لا يبيع نساء وإن لم يقبض في المجلس .

---

(١) لفظ : [التفرق] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [تبيعوا] .

(٣) أخرجه الترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في أن الحنطة بالحنطة مثلًا بمثل » (٥٣٢/٣) ، الحديث (١٢٤٠) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب الصرف وما لا يجوز متفاضلًا يدًا بيد » (٧٥٧/٢ ، ٧٥٨) ، الحديث (٢٢٥٤) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » ، « في بيع البر بالبر» (٢٧٥/٧) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، باب « في الصرف » (٢٤٤/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(٥) تم تخريجه من حديث جابر مرفوعًا ، بلفظ : « الحيوان اثنان بواحد لا يصلح نسيئًا ، ولا بأس به يدًا بيد » ، وبألفاظ نحوه كما سيأتي تخريجه من وجوه ، بلفظ « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » في مسألة (٥٧٨) ، وفي مسألة (٦٦١) .

(٦) في (ص) : [إنما] ، مكان : [إنا] .

(٧) في صلب (ص) : [المهاتر] ، وفي الهامش من نسخة أخرى : [المراير] ، وفي (م) . (ع) : [الهاتر] ، مكان : [الفرس] ، والمثبت من مسند أحمد ، وفي (م) ، (ع) : [بالفرس] ، مكان : [بالأفراس] . والنجيبة : تأنيث النجيب ، والنجيب من الإبل القوي منها ، الخفيف السريع . راجع في النهاية « باب النون مع الجيم » (١٧/٥) .

(٨) هذا جزء من حديث ابن عمر (ﷺ) الذي تقدم تخريجه مطولًا في مسألة (٥٧٦) .

(٩) في (م) ، (ع) : [فأما] ، مكان : [وأما] ، ولفظ : [فيقال] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بيع] : مكان : [يبيع] ، وفي (ع) : [يد بيد] ، ولفظ : [معناه] ساقط من (ع) .

١١٠٤٦ - وأما اللغة : فحكى أبو علي الفارسي [(١)] ، عن سيبويه [(٢)] أنه قال : ذو يد بذي يد [(٣)] .

١١٠٤٧ - قال أبو علي : يريد به ما يقع عليه اليد كما يقع عليه اليد ، وهذا يفيد التعيين دون التقابض .

١١٠٤٨ - فإن قيل : ذكر في الخبر : « عينًا بعين ، يدًا بيد » ، فلو حمل قوله : يدًا بيد » على التعيين كان تكرارًا .

١١٠٤٩ - قلنا : إذا كان معنى أحد اللفظين معنى آخر حمل على التأكيد ، وهذا هو طريق الكلام في الخبر ؛ لأنه قال : « هاء وهاء » [(٤)] ومعلوم أنهم إذا حملوا قوله « يدًا بيد » على التقابض كان قوله : « هاء وهاء » تكرارًا .

١١٠٥٠ - ولأنه قال في الخبر : « مثلًا بمثل ، سواءً بسواء » [(٥)] وأحد الأمرين تكرار الآخر ، وإنما ذكره على طريق التأكيد ، وكذلك هذا أيضًا .

ولأن النبي ﷺ « نهى عن بيع البر بالبر إلا مثلًا بمثل يدًا بيد [(٦)] » ، ظاهر الخبر

---

(١) أبو علي الفارسي : « هو الحسن بن أحمد بن عبد الغفار بن محمد بن سليمان الفارسي الفسيوي ، إمام النحو وصاحب مصنفات كثيرة توفي رحمه الله في بغداد ، في سنة سبع وسبعين وثلاثمائة . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (٣٧٩/١٦ ، ٣٨٠) ، الترجمة (٢٧١) ، البداية والنهاية (٣٠٦/١١) ، شذرات الذهب (٨٨/٣ ، ٨٩) ، بغية الوعاة للسيوطى (٤٩٦/١) .

(٢) سيبويه هو : « عمرو بن عثمان بن قنبر أبو بشر الفارسي ثم البصري ، وقد طلب الفقه والحديث مدة ، ثم أقبل على العربية فبرع فيها ، وألف كتابه في النحو الموسوم بالكتاب . توفي رحمه الله في سنة ثمانين ومائة على الأصح ، وقيل في سنة ثمان وثمانين ومائة . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (٣٥١/٨ ، ٣٥٢) ، الترجمة (٩٧) ، البداية النهاية (١٧٦/١٠ ، ١٧٧) ، شذرات الذهب (٢٥٢/١) وما بعدها .

(٣) في (م) ، (ع) : [دو يد يدي] : مكان : [ذو يد بذى يد] .

(٤) هذا جزء من حديث عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) الذي سيأتي تخريجه في هذه المسألة .

(٥) في جميع النسخ : [سوى بسوى] ، وهو خطأ . وهذا جزء من حديث عبادة بن الصامت (رضي الله عنه) ، أخرجه مسلم مطولًا بهذا اللفظ في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا » (١٢١١/٣) ، الحديث (١٥٨٧/٨١) ، والنسائي في « كتاب البيوع » ، « في بيع البر بالبر » و« بيع الشعير بالشعير » (٢٧٥/٧ ، ٢٧٧) ، وأحمد في المسند ، في حديث عبادة بن الصامت (رضي الله عنه) (٣١٤/٥) ، والدارمي في السنن « كتاب البيوع » « باب فى النهي عن الصرف » (٢٥٩/٢) .

(٦) أخرجه النسائي من حديث عبادة بن الصامت (رضي الله عنه) مطولًا ، في المجتبى « كتاب البيع » في « بيع البر بالبر » (٢٧٤/٧) .

يقتضي أنها صفات معتبرة حال العقد ، والذي يعتبر من [العقد حال] (١) الانعقاد وهو التعيين ، فأما التقابض فيعتبر بعد العقد ، فدل أن المراد بذلك التعيين .

١١٠٥١ – فأما قولهم : إن قوله ﷺ « يدًا بيد » من الذهب والفضة أريد به التقابض ، فكذلك في المطعومات ، فغير مسلَّم ؛ لأن قوله ﷺ « يدًا بيد » أريد به التعيين / في الأشياء الستة ، ولم يرد به التقابض لا شيء غير ذلك ، وإنما اعتبرنا التقابض في الذهب والفضة ، بدلالة غير هذا الخبر .

/ب

١١٠٥٢ – قالوا : روي عمر بن الخطاب ﷺ ، أن النبي ﷺ قال : « الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء » (٢) .

١١٠٥٣ – قال الشافعي رحمه الله : فاحتمل قوله ﷺ : « هاء وهاء » المناولة حين العقد يأخذ بواحدة ويعطي بالأخرى ، ويحتمل القبض قبل التفرق (٣) ، فلما فسر عمر ﷺ الخبر على أنه القبض قبل التفرق (٤) ، كان المصير إلى تفسير الراوي أولى (٥) .

وروى الشافعي ، عن مالك ، عن الزهري ، عن مالك بن أوس بن الحدثان النصري ، أنه التمس (٦) صرفًا بمائة دينار ، قال : فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطرف مني وأخذ الذهب يقلبها (٧) في يده ، ثم قال : حتى تأتي خازنتي أو

---

(١) الزيادة من (ع) .

(٢) هاء وهاء حديث عمر بن الخطاب (ﷺ) : أخرجه أبو داود بهذا اللفظ ، في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في الصرف » (٢٤٤/٢) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، باب « الصرف وما لا يجوز متفاضلًا يدًا بيد » (٧٥٧/٢) ، الحديث (٢٢٥٣) ، والنسائي بلفظ : « الذهب بالورق « بدل « الذهب بالذهب » في المجتبى « كتاب البيوع » ، في « بيع التمر بالتمر متفاضلًا » (٢٧٣/٧) ، وأحمد في المسند ، في « مسند بن عمر بن الخطاب (ﷺ) (٢٤/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع » في من قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة » (٢٩٧/٥) ، الحديث (١) . راجع تخريجه أيضًا في : نصب الراية « باب الربا » (٣٧/٤ ، ٣٨) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (١٨٠/٧ ، ١٨١) ، الحديث (١٣٥١) ، كما سيأتي تخريجه مطولًا في هذه المسألة .

(٣) في (ص) : [التصرف] ، وفي (م) ، (ع) : [الصرف] ، مكان : [التفرق] والصواب ما أثبتناه .

(٤) في (ص) : [التصرف] .

(٥) لفظ : [أولى] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في جميع النسخ : [البصري] ، مكان : [النصري] المثبت من الموطأ ، والأم ، والسنن المأثورة ، وفي (م) ، (ع) : [الثمن] ، مكان : [التمس] . وهو خطأ .

(٧) في (م) ، (ع) : [فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوصت حتى اصطرف من واحد الذهب فقلبها] مكان المثبت .

خازني [١] من الغابة ، قال : وعمر يسمع ، فقال : والله لا تفارقه حتى تأخذ منه [٢] ، ثم قال : قال رسول الله ﷺ : « الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء » [٣] ، فسر الراوي بالقبض ، والرجوع إلى تفسيره أولى ؛ لأنه أعرف بما سمع ، وأخبر بما رواه .

١١٠٥٤ - والجواب : أن قوله عليه [الصلاة و] السلام « هاء وهاء » يحتمل أن يكون المراد به : هذا وهذا ، ويحتمل : هذا بهذا ، فيفيد التعيين ، فلما جعل عليه [الصلاة و] السلام شرطًا في العقد علم أن المراد به التعيين ؛ لأن القبض لا يعتبر عند العقد .

وأما التأويل [٤] فلا حجة فيه ؛ لأن طلحة باع دراهمَ غير حاضرة ، فأمر بقبضها للتعيين لا للقبض ؛ لأنها لا تتعين [٥] إلا به .

١١٠٥٥ - قالوا : عينان فيهما الربا بمعنى واحد ، فلم يجز التفرق قبل القبض ، كالأثمان .

١١٠٥٦ - قالوا : ولأنها معاوضة لا تدخل [٦] في كل واحد من العوضين ، فلم يجز التفرق قبل القبض ، كالأثمان .

١١٠٥٧ - قلنا : ففي [٧] الربا اعتبر حتى يقع العقد صحيحًا ، والقبض اعتبر حتى

---

(١) في (ص) : [ثم قال له] بزيادة [له] ، وفي جميع النسخ : [حتى تأتي جاريتي أو خادمي] غير أن لفظ : [جاريتي] غير منقوط في (ص) ، وما أثبتناه من الأم والمسند للشافعي . وفي السنن المأثورة : [حتى تأتي جاريتي من الغابة أو يأتي خازني] ، وفي الموطأ وصحيح البخاري : « حتى يأتي خازني من الغابة » دون شك .

(٢) في سائر النسخ : [ولكنه] ، مكان : [والله] ، والمثبت من كتب الحديث ، وفي (م) ، (ع) : [لا يفارقه حتى يأخذ منه] ، مكان المثبت .

(٣) أخرجه الشافعي بهذا الإسناد واللفظ في المسند « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث في الربا » (١٥٥/٢ ، ١٥٦) ، الحديث (٥٣٨) ، والبخاري باختلاف يسير في الصحيح « كتاب البيوع » ، باب بيع الشعير بالشعير » (٢٠/٢ ، ٢١) ، وكذلك مالك ، إلا أنه قال : « الذهب بالورق » ، بدل « الذهب بالذهب » ، في الموطأ « كتاب البيوع » ، باب « ما جاء في الصرف » (٦٣٦/٢ ، ٦٣٧) ، الحديث (٣٨) ، والشافعي في الأم « باب الربا » (١٤/٣) ، وفي السنن المأثورة « كتاب البيوع » ص٢٦٧ ، ٢٦٨ ، الحديث (٢٢٥) ، ومسلم بمعناه في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا » (١٢٠٩/٣ ، ١٢١٠) .

(٤) في جميع النسخ : [تأويل] ، وما أثبتناه بالألف واللام أصح .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يتعين] .

(٦) في (م) : [يدخل] .

(٧) في (ص) ، (ع) : [نفي] بدون نقطة الحرف الأول .

لا يفسد بعد صحته ، وما أثر في العقد بعد صحته أوسع ؛ ألا ترى : أن العقد لا يجوز على الآبق [١] ، ويجوز أن يبقى مع الإباق ، فلم يجز أن يعتبر ما يؤثر في باقي [٢] العقد بما اعتبر حال الكفارة .

ولأن المعنى في الأثمان : أن العقد عليها اقتضى التقابض ؛ لأن معنى الصرف : أن يصرف كل واحد منهما أكثر من الآخر ما هو من جهته ، فلما اقتضى العقد التقابض وجب ، وهذا لا يوجد في غيره من العقود ، ولهذه العلة لما اقتضى لفظ السلم تعجيل قبض أحد العوضين وجب . ثم لم يجب إذا باع ثوبًا بطعام مؤجل ؛ لأن لفظ [٣] العقد ما اقتضى القبض .

١١٠٥٨ - وقولهم : « معاوضة » لا يدخل الأجل في كل واحد من عوضها ، يبطل ببيع الجوهر بالجوهر .

١١٠٥٩ - قالوا : ما حرم فيه النساء ، حرم فيه التفرق قبل القبض [٤] ، كالذهب بالفضة .

١١٠٦٠ - قلنا : يبطل إذا صالح من دين في الذمة على عين ، فإن النَّسَاء يحرم في هذه العين ، وقبض العين في المجلس غير متعين ، يبطل ببيع الجوهر بالجوهر .

١١٠٦١ - فإن قيل : الجوهر لا يحرم فيه النساء ، وإنما يفسد العقد فيه بجهالة المعقود عليه .

١١٠٦٢ - قلنا : فقد حرم النساء ، وهذا بيان علة تحريمه يختص بالحكم ولا يضرنا ، فإن علة ما عللوه غير مطردة [٥] .

١١٠٦٣ - فإن احترزوا فقالوا : إنما حرم فيه النساء لأجل الربا .

١١٠٦٤ - قلنا : قد يحرم النساء فيما لا يعتبر فيه القبض ، كما بينا في الصلح من دين على عين [٦] .

---

(١) في سائر النسخ : [الألف] ، مكان : [الآبق] ، والصواب ما أثبتناه . راجع تفصيل مسألة بيع الآبق في فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « باب البيع الفاسد » (٤٢١/٦) .

(٢) في (ص) ، (م) : [ثاني] ، وفي (ع) : [باقي] ، مكان : [ما في] ، لعل الصواب : [ما في] .

(٣) كلمة : [لفظ] ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قلنا التقابض] ، مكان : [قبل القبض] .

(٥) في (م) ، (ع) : [عللتوه] ، ولا يكتمل معنى الجملة ولهذا زدنا ما بين القوسين ، بعد قوله : [عللوه] لأن المعنى غير مستقيم .

(٦) في (م) ، (ع) : [غيره] ، مكان : [عين] .

١١٠٦٥ - قالوا : عينان يجوز السلم في كل واحد منهما ، فإذا لم يجز إسلام إحداهما في الأخرى [(١)] لم يجز التفرق قبل القبض . أصله إذا قال : بعتك قفيزًا من هذه الصبرة بقفيز من هذه الصبرة .

١١٠٦٦ - قلنا : قولكم : « عينان » لا نسلمه في الأصل ؛ لأن العقد [(٢)] وقع على قفيز غير معين .

ثم الأصل غير مسلَّم ؛ لأن المعتبر عندنا التعيين في بيع القفيز بالقفيز [(٣)] ، فإذا تعين : جاز ، فأما القبض : فلا نعتبره [(٤)] .

* * *

(١) في جميع النسخ : [أحدهما] ، وفي (ص) : [الآخر] ، مكان المثبت .

(٢) الآلئ : في صلب (ص) : [البيع] ، مكان : [العقد] ، والمثبت من (م) ، (ع) ، من هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٣) قوله : [بالقفيز] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في صلب (ص) : [فلا يتعين] ، وفي (م) ، (ع) : [فلا يعتبر] ، مكان : [فلا نعتبره] ، وما أثبتناه من هامش (ص) .

مسألة ٥٧٨

حكم بيع الجنس بالجنس نسيئة

١١٠٦٧ - قال أصحابنا : الجنس بالجنس يحرم النساء [١] .

١١٠٦٨ - وقال الشافعي : لا يحرم [٢] .

١١٠٦٩ - لنا ما روى ابن عمر رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ قال : « لا تبيعوا الصاع بالصاعين ، ولا الدرهم بالدرهمين ، فقام رجل ، فقال : إنا نبيع الفرس بالأفراس ، والنجيبة بالنجائب ، فقال عليه [الصلاة و] السلام : لا بأس بذلك يدًا بيد ، ولا خير فيه نساء » [٣] .

١١٠٧٠ - وروى الحسن عن سمرة رضي الله عنهما : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان

---

(١) في جميع النسخ : « الجنس بغير الجنس يحرم النساء » ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحنفية . قال الكاساني في البدائع : « وأما إسلام غير المكيل والموزون في جنسه من الذرعيات والعدديات ، كالهروى في الهروى ، والمروى في المروى ، والحيوان في الحيوان ، فلا يجوز عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله يجوز ، ولقب هذه المسألة : أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا ، وعنده : لا يحرم » . راجع تفصيل المسألة في : بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، فصل : وأما شرائط الصحة (١٨٧/٥) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص٢٨٦-٢٨٨ ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، « باب الربا » (١٠/٧-١٢) ، العناية مع الهداية ، « باب الربا » (٣٥٠/٧-٣٥٣) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٧٩/٢) .

(٢) قال الشافعي في مختصر المزني : « كل ما خرج من المأكول والمشروب والذهب والفضة ، فلا بأس ببيع بعضه ببعض متفاضلًا إلى أجل ، وإن كان من صنف واحد ، فلا بأس أن يسلف بعيرًا في بعيرين أريد بهما الذبح أو لم يرد » . راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب الآجال في السلف والبيوع » (٩٩/٣) ، مختصر المزني « باب الربا » ص٧٦ ، ٧٧ ، مختصر الخلافيات « كتاب البيوع » ، ورقة (١١٩أ ، ٢٠٠أ) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٥٤/٤) ، المنتقى في « ما جاء في بيع العربا » (١٥٨/٤) ، بداية المجتهد « الباب الثاني » في بيوع الربا » (١٤٤/٢ ، ١٤٥) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الرابع في الربا في الطعام » ، و« الباب العاشر في السلم » ص٢٥٨ ، ٢٧٢ ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣١٨/١-٣٢٠) ، الكافي لابن قدامة « باب الربا » (٦٦/٢ ، ٦٧) ، الإنصاف (٤٢/٥ ، ٤٣) .

(٣) تقدم تخريج حديث ابن عمر رضي الله عنهما بنحو هذا اللفظ في مسألة (٥٧٦) ، وأما قوله : « ولا خير فيه نساء » فأخرجه أحمد من حديث جابر رضي الله عنه ، في مسند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما (٣٨٢/٣) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع » ، « في العبد بالعبدين والبعير بالبعيرين » (٥٣/٥) ، الحديث (١٣) ، ومحمد في كتاب الحجة (٤٩٥/٢) .

بالحيوان نسيئة »[(١)] ، ذكره أبو داود .

١١٠٧١ - فإن قيل : هذا محمول على النساء في العوضين .

١١٠٧٢ - قلنا : الظاهر أن الصفة تدخل على ما دخلت عليه الباء ، كما لو قال أبيعك هذا الثوب بالنسيئة .

ولأن أحدهما مخفوض بالإضافة والآخر بالباء ، وإذا خفضنا بعاملين لم يجز أن ترجع الصفة الواحدة إليهما ، لا تقول : مررت بزيد وسعيت إلى عمرو الظريف ، وتريد الظريف[(٢)] صفة لهما ، وإنما يكون صفة لعمرو خاصة .

ولأنه أحد وصفي علة تحريم التفاضل ، فكان له بانفراده تأثير في تحريم النساء ، أصله : المعنى المضموم إلى الجنس في المكيلات .

١١٠٧٣ - وإذا عللت للوجوب ، فقل : فوجب أن يحرم النَّساء من جنس ما يتعين[(٣)] ، أو من غير جنس الأثمان .

١١٠٧٤ - فإن قيل : قولكم : أحد وصفي علة تحريم التفاضل ، إذا عنيتم الأكل ، فليس بوصف عندكم للعلة ، وإن عنيتم الكيل لم نسلمه .

١١٠٧٥ - قلنا : أجمعنا على أن تعليل الأصل بعلة[(٤)] ذات وصفين : الجنس

---

(١) حديث سمرة ﷺ : أخرجه أبو داود بهذا اللفظ في السنن « كتاب البيوع » ، « باب الحيوان بالحيوان نسيئة » (٢٤٦/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » (٥٢٩/٣) ، الحديث (١٢٣٧) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » ، « في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » (٣٩٢/٧) ، ابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب الحيوان بالحيوان نسيئة » (٧٦٣/٢) ، الحديث (٢٢٧٠) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع » ، في « من قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة » الحديث (١٧) ، والطحاوي في المعاني (٦٠/٤) ، والبيهقي في الكبرى ، « كتاب البيوع » (٢٨٨/٥) . قال الترمذي بعد أن أخرجه : « حديث سمرة حديث حسن صحيح ، وسماع الحسن من سمرة صحيح ، هكذا قال علي بن المديني وغيره ، والعمل على هذا الحديث عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم » . راجع تخريجه أيضًا في « نصب الراية « باب السلم » (٤٨/٤) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (١٩٥/٧ ، ١٩٦) الحديث (١٣٥٧) ، كما سيأتي تخريجه من وجه ابن عباس ، وابن عمر ﷺ في مسألة (٦٦١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وشعيب إلى عمرو الطريف وزيد بالطريف] ، مكان المثبت .

(٣) في (م) ، (ع) : [فعل فوجب أن تحرم] ، مكان : [فقل فوجب أن يحرم] ، وفي (ص) : [تعين] ، مكان : [يتعين] .

(٤) لفظ : [بعلة] ساقط من (م) ، (ع) .

أحدهما ، واختلفنا [(١)] في الوصف الآخر ، مع اتفاقنا على أنه لابد من وصف يضم إلى الجنس ، فنحن نشير إلى ذلك الوصف المجمع عليه في الجملة وإن اختلف في تعيينه . وقد نص الشافعي على مثل هذا فقال في مسألتنا : « التقابض في الأعيان » ؛ لأنهما عينان [(٢)] جمعهما علة واحدة في تحريم التفاضل ، فلا يمكن تعيينها .

١١٠٧٦ - فإن قيل : الفرع يكون مثل الأصل أو أخص منه ، فأما أن يكون أعم منه فلا ، والمعنى المضموم إلى الجنس عندكم الوزن يحرِّمُ النَّسَاء في بعض المواضع ، والجنسُ في كل موضع ، فكيف يكون الفرع له عموم الأصل ، .

١١٠٧٧ - قلنا : نحن قسنا عليها ضم الجنس [(٣)] إلى الجنس في المكيلات ، فيستوي الفرع والأصل [(٤)] في العموم .

ثم هذا يقال [(٥)] إذا علق في العلة حكم معين ، فأما إذا عللنا للتأثير في الحكم بها فالذي وجب في الأصل التأثير واقتضى في الفرع مثله ، فيصير بمقتضى العلة في الفرع والأصل [(٦)] واحد ، وإذا ثبت التأثير وجب العموم [(٧)] بالإجماع .

١١٠٧٨ - فإن قيل : على [(٨)] علة الثانية أنه غير مؤثر في الأصل .

١١٠٧٩ - قلنا : ذكرناه في الحكم ، والتأثير يطلب [(٩)] أوصاف العلة لا حكمها .

١١٠٨٠ - فإن قيل : لا نسلم أن المعنى المضموم إلى الجنس يحرم النساء ؛ لأن علة تحريم النساء عندنا تحرم [(١٠)] التفاضل في كل واحد من العوضين .

١١٠٨١ - قلنا : هذا لا يمنع ما قلناه ؛ لأن الوصف المضموم إلى الجنس أثر في

---

(١) في (م) ، (ع) : [فاختلف] ، مكان : [واختلفنا] .

(٢) قوله : [لأنهما عينان] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [قسمنا عليها ضم] ، بحذف : [الجنس] ، وهو تصحيف ، ولفظ : [الجنس] ساقط من صلب (ص) واستدركه في الهامش .

(٤) لفظ : [الأصل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) : [فعال] ، وفي (ع) : [مثال] ، مكان : [يقال] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الأصل والفرع] بالتقديم والتأخير .

(٧) في (م) ، (ع) : [وجب ثبت العموم] ، بزيادة [ثبت] .

(٨) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (ع) : [بطلت] ، وفي (ص) ، (ع) بدون نقط ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(١٠) في (ص) : [تحريم] .

التحريم ، فلا يكون ما ذكرتموه معنى وإنما معاوضة .

ولأنه بيعُ جنسِه بجنسِه ، فيحْرُمُ فيه النَّساء ، كالبيض والرمَّان ، والسفرجل .

ولأن كل حكم تعلق بجنس وصفة ؛ فإن تأثير الجنس كتأثير الصفة أو آكد ، أصله : الأضحية .

١١٠٨٢ – ولأنه عقد يؤدي إلى أن يكون لبعض العوض بعينه من أحد الجنسين التأثير في الحكم دون البعض الآخر [١] ، فلا يكون كمن باع تفاحة بتفاحتين نساء .

١١٠٨٣ – يبين ذلك : أنه يبيع كُرَّي حُمُّصٍ بكُرٍّ [٢] حُمُّصٍ نَسَاء فيرد عليه درهما فيكون كل العوض من الجنبة [٣] الأخرى .

١١٠٨٤ – احتجوا : بما روي عن عبد اللّٰه بن عمرو ﷺ[٤] « أن النبي ﷺ أمره أن يجهز جيشًا فنفدت الإبل ، [قال] : فأمرني أن آخذ في قلاص [٥] الصدقة وكنت آخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة [٦] .

---

(١) في (ع) : [كذا الفرض في الأخرى ، فلا يكون] ، مكان : [كذا الغرض في الأخرى فلا يكون] ، وفي (ص) غير واضح مع حذف : [فلا يكون] ، وفي (م) ، (ع) : [في الأخرى فلا يكون] ، بزيادة : [فلا يكون] .

(٢) الكر : مكيال لأهل العراق ، وهو يعادل : ٧٢٠ صاع ، فهو عند الحنفية =٢٣٤٠ كجم ، وعند الجمهور= ١٤٦٨، كجم . انظر : المكاييل والموازين الشرعية للدكتور على جمعة محمد ص٦٥ ، الطبعة الأولى هـ ١٩٩٨/١٤١٩م .

(٣) في (م) . (ع) : [كحته] .

(٤) في جميع النسخ : [عبد اللّٰه عمر] ، وهو وهم ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) . وقلاص : جمع قلوص ، وهي الناقة الشابة ، وتجمع أيضًا على قلائص وقلص . راجع : المغرب . مادة « قلص » ص٣٩١ ، النهاية (١٠٠/٤) ، المصباح المنير (٤٨٨/٢) ، المعجم الوسيط (٧٦١/٢) .

(٦) حديث عبد اللّٰه بن عمرو ﷺ أخرجه أبو داود بمثل هذا اللفظ ، في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في الرخصة في ذلك » (٢٤٦/٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٧٠/٢) ، الحديث (٢٦٣) ، والطحاوي بزيادة في آخره « ثم نسخ ذلك » ، في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب استقراض الحيوان » (٦٠/٤) ، والحاكم بنحو لفظ المصنف ، وفي المستدرك « كتاب البيوع » (٥٦/٢ ، ٥٧) ، وأحمد بهذا المعنى في المسند ، في مسند عبد اللّٰه بن عمرو بن العاص ﷺ » (١٧١/٢ ، ٢١٦) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٩/٣) ، الحديث (٢٦٢) . قال الحاكم بعد ما أخرجه : « هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه » ، وأقره الذهبي ، وقال الزيلعي نقلًا عن ابن القطان : « هذا حديث ضعيف ، مضطرب الإسناد » . راجع تخريجه أيضًا وكلام العلماء فيه ، في : نصب الراية « باب السلم » (٤٧/٣) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (١٩٣/٧-١٩٥) ، الحديث (١٣٥٦) ، إرواء الغليل (٢٠٥/٥ ، ٢٠٦) ، الحديث (١٣٥٨) .

١١٠٨٥ - الجواب : أنه يحتمل أن يكون أمره أن يستسلف من أرباب الأموال زكاة أموالهم ، فأخذ بعيرًا يصلح للحمل والقتال ببعيرين من أسنان الصدقات ، وإذا احتمل الخبر هذا سقط التعلق (١) به .

١١٠٨٦ - ويحتمل أن لا يكون أخذ ذلك من أهل الصدقات وإنما من أهل الحرب ، وعندنا الربا مع أهل الحرب جائز ، وقد كان النبي ﷺ يستعين بهم ويستعير منهم السلاح ، بدلالة : ما روي « أنه عليه [الصلاة و] السلام كتب إلى يهود بني قينقاع (٢) نحن وأنتم من أهل الكتاب ، فإما أن تعينونا على قتال أهل الشرك أو تعيرونا » (٣) .

١١٠٨٧ - وذلك يجوز أن يكون أمر بالابتياع منهم على طريق المعونة ، كما طلب منهم المعاونة ، ويحتمل أن يكون / هذا قبل تحريم الربا ثم نهى عليه [الصلاة و] السلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة (٤) .

١٢/أ

ولأنه قد يكون ... (٥) أمر بابتياع ذلك ليكون دينًا عليه [أو على بيت المال ، ويجوز أن يثبت عندنا على بيت المال حقوق مجهولة (٦) ، كما يثبت له يبين (٧) ذلك : أنه : جعل الأصل إلى خروج المصدق ، وذلك فعل (٨) مجهول ، فدل على أن الحق يثبت (٩) في بيت المال .

١١٠٨٨ - ولا يقال : إن خروج المصدق (١٠) كان وقته معلومًا ؛ لأنه يجوز أن يتقدم أو يتأخر ، فلا يجوز أن يكون أجلًا وإن كان معلوم الوقت ، كالقطاف (١١) .

١١٠٨٩ - قالوا : « روي عن علي ﷺ : « أنه باع بعيرا له يدعى عُصَيفيرا بعشرين

---

(١) في (م) : [لتعلق] بدون الألف.　　(٢) في (ع) : [قيقاع] وهو خطأ .

(٣) في (م) : [يعيرونا] .

(٤) في (م) : [نسيئة] ، وفي (ع) : [نسا] . راجع تخريج هذا الحديث في نفس المسألة .

(٥) في (ص) مكان النقط بياض ، والجملة قبل هذا البياض في سائر النسخ : [ولأنه علة لا على أن يكون] ، فحذفنا منها ما يثقل المعنى . ومعناه أنه بيع بثمن مؤجل .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في صلب (ص) : [يبني] ، مكان : [بين] ، وفي (م) ، (ع) : [به بين] ، مكان : [له بين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [الصدق] مكان : [المصدق] وفي هامش (ص) : [الأصل] ، مكان : [فعل] من نسخة أخرى .　　(٩) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [المصدوق] .

(١١) في (م) ، (ع) : [كالعطاء] ، مكان : [كالقطاف] . القطاف - بكسر القاف وفتحها - : أوان قطف الثمر . راجع : المغرب ص ٣٨٨ ، النهاية (٨٤/٤) ، لسان العرب (٣٦٨٠/٥) .

بعيرًا إلى أجل (١) » .

١١٠٩٠ - وعن ابن عمر رضي الله عنهما : « أنه باع بعيرًا بأربعة أبعرة مضمونة أسلمها بالربذة (٢) » .

١١٠٩١ - قلنا : يجوز أن يكون عليّ رضي الله عنه باع (٣) في زمان النبي ﷺ قبل تحريم الربا .

١١٠٩٢ - وأما ابن عمر رضي الله عنهما فإنه ابتاع بعيرًا بأربعة أبعرة في الربذة ، فهذا بيع العين الغائبة (٤) وليس بَنَسأ ، وإنما ذكر « مضمونة » ؛ لأن من مذهب ابن عمر : أن المبيع لا يكون في ضمان البائع إلا بشرط ، فشرط الضمان (٥) لهذا .

١١٠٩٣ - على أنه روى عن ابن مسعود ، وابن عباس ، والحكم بن عمرو الغفاري رضي الله عنه مثل قولنا (٦) .

---

(١) في جميع النسخ : [عصفين] ، مكان : [عصيفيرا] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . وأثر علي رضي الله عنه : « أخرجه مالك من طريق حسن بن محمد بن علي ، عن علي بهذا اللفظ في الموطأ كتاب البيوع » ، « باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض السلف فيه » (٦٥٢/٢) ، الأثر (٥٩) ، والشافعي في الأم « كتاب البيوع » ، « باب بيع الحيوان والسلف فيه » (١١٨/٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، باب بيع الحيوان بالحيوان » (٢٢/٨) ، الأثر (١٤١٤٢) . قال الحافظ بن حجر بعدما ذكره : « وفيه انقطاع بين الحسن وعلي » ، وفي تلخيص الحبير « باب السلم » (٣٣/٣) ، ضمن الحديث (١٢٢٥) . راجع تخريجه أيضًا في إرواء الغليل (٢١٥/٥) ، الحديث (١٣٧٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [أبعر] ، مكان : [أبعرة] ، [والربدة] ، مكان : [الربذة] . الرَّبَذة : وهي قرية من قرى المدينة على طريق الحجاز ، وبها قبر أبي ذر الغفاري ، وجماعة من الصحابة رضوان الله عليهم . راجع : المغرب ص١٨٠ ، الأنساب (٤١/٣) ، والمصباح المنير (٢٠٣/١) . وأثر ابن عمر رضي الله عنهما : رواه مالك عن نافع ، بلفظ : « أن عبد الله بن عمر اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه ، يوفيها صاحبها بالربذة » . في المصدر السابق ، الأثر (٦٠) ، والشافعي ، والبيهقي في نفس مصدريهما السابقين ، والبخاري معلقًا ، في الصحيح « كتاب االبيوع » ، « باب بيع العبيد والحيوان نسيئة » (٢٨/٢) . راجع تخريجه أيضًا في تلخيص الحبير ، نفس المصدر السابق .

(٣) لفظ : [باع] ساقط من (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [أبعر في الربدة] ، مكان : [أبعرة في الربذة] ، وفي (ع) : [فهو] ، مكان : [فهذا] ، وفي جميع النسخ : [الغاية] ، مكان : [الغائبة] ، والصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) : [بشرط الضمان] ، وفي (ع) : [بشر الضمان] بدون (ط) . ذكره التركماني مثل قول المصنف ، نقلًا عنه ، في الجوهر النقي ، بذيل السنن الكبرى (٢٨٨/٥) .

(٦) أثر ابن مسعود رضي الله عنه : أخرجه ابن أبي شيبة من طريق قتادة ، عن ابن سيرين ، بلفظ : « أن عمر ، وحذيفة ، وابن مسعود كانوا يكرهون السلم في الحيوان » في المصنف « كتاب البيوع » في « من كرهه » (١٦٩/٥) ، الأثر (١) ، وسيأتي تخريجه « أيضًا مطولًا بهذا المعنى في مسألة (٦٦١) . وأثر ابن عباس رضي الله عنه : أخرجه =

١١٠٩٤ - قالوا : عينان ليس في نقد كل واحد منهما الربا ، فدخول الأجل [١] فيما في الذمة منهما لا يمنع العقد ، كالهروي بالمروي [٢] .

١١٠٩٥ - أو عينان في نقد كل واحد منهما ربا ، وإذا جاز السلم فيهما جاز إسلام أحدهما في الآخر ، كالهروى بالمروى .

١١٠٩٦ - قلنا : الربا يتعلق بالوصفين ويحرم النساء بأحدهما ، فلم يجز أن يكون انتفاء الربا دالاً [٣] على انتفاء النساء .

١١٠٩٧ - ولأن الهروي والمروي جنسان ؛ بدلالة : أن اختلاف الصنائع فيهما بجنسهما [٤] ، ولهذا قال أصحابنا : إذا باع ثوبًا على أنه مروى فوجده هرويًا [٥] بطل البيع .

١١٠٩٨ - ولأن السلم لا يجوز في ثياب القطن حتى يبين [٦] الهروي والمروي ، ولو كان جنسًا واحدًا اقتصر على ذكر صفة .

١١٠٩٩ - فإن قيل : أصلهما القطن .

١١١٠٠ - قلنا : لكن صار بالصنعة [٧] ثيابًا على صفة ؛ فلا يجوز أن يرجع أحدهما إلى الحالة الأولى ، فصار كالخزف [٨] ، والخشب ، والتمر ، وأصلهما : الشجر وإن كانا جنسين .

= محمد من طريق يحي بن أبي كثير اليمامي قال : حدثني رجل ، قال « قال رجل لابن عباس ﷺ وسأله عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، قال : لا يصلح تلك الرؤوس بالرؤوس نسيئة » ، في كتاب الحجة « باب ما يكره من بيع الرقيق والحيوان » (٤٩٣/٢-٤٩٥) . وأما أثر الحكم الغفاري فقد أخرجه ابن أبي شيبة من طريق حميد ، في المصنف « كتاب البيوع » في « من كرهه » (١٩٧/٥) ، الأثر (١٠) .

(١) في (م) ، (ع) : [الأصل] ، مكان : [الأجل] .

(٢) أي كالثوب الهرَوى - بالتحريك- بالثوب المرْوى- بالسكون- نسبة إلى هراة ومرو ، وهما قريتان معروفتان بخراسان ، وقيل : هما على شط الفرات . راجع : المغرب ص ٥٠٢ ، الأنساب (٦٣٧/٥) ، تهذيب الأسماء واللغات (١٣٧/٣) من الجزء الثاني ، المصباح المنير (٥٤٣/٢ ، ٦٠٨) .

(٣) في (م) ، (ع) : [حالًا] ، مكان : [دالًا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بجنسان] ، مكان المثبت .

(٥) في (ص) ، (ع) : [هروى] .

(٦) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بالصناعة] .

(٨) في (ص) : [كالحرف] ، والخزف ما عُمل من الطين وشُوي بالنار ، فصار فخّارًا ، واحدته : خزفة . راجع في : لسان العرب ، مادة « خزف » (١١٥١/٢) ، المصباح المنير (١٦٠/١) ، المعجم الوسيط (٢٣١/١) .

١١١٠١ - ولأن الهروي في المروي لا يؤدي إسلام أحدهما في الآخر إلى أن يصير الشيء بدلًا عن نفسه وعما ضم إليه في العقد . وإذا [١] جاز السلم في كل واحد منهما جاز أن يسلم أحدهما في الآخر ، وإلا كان سلم الهروي بالمروي يؤدي إلى ذلك ، فلم يصح السلم .

١١١٠٢ - قالوا : الأجل إذا تعلق بالذمة فيما لا ربا فيه لم يمنع صحة العقد ، كالكتان بالقطن .

١١١٠٣ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن المانع عندنا ليس هذا التأجيل ، وإنما المانع عندنا شرط العين في الذمة ، ألا ترى : أنه لو باع ثوبًا بثوب حالًّا وشرطه في الذمة بطل العقد ، والمعنى في الأصل ما قدمنا .

١١١٠٤ - قالوا : كل بيع جاز في الهروي بالهروي جاز بالهروي ، كالنقد .

١١١٠٥ - قلنا : لا نسلم أن بيع أحدهما بالآخر نقدًا يجوز إذا شرط في الذمة .

١١١٠٦ - قالوا : أحد نوعي الربا ، فلا يعم جميع الأموال ، كتحريم التفاضل .

١١١٠٧ - قلنا : تحريم التفاضل أضيق ؛ لأنه يتعلق بوصفين ، وتحريم النساء أوسع ؛ لأنه يتعلق بأحدهما ، فلم يمنع أن يعم أحدهما الأموال ويختص الآخر ببعضها .

ولأن الربا معنى يفسد العقد ، والمعاني المفسدة للعقود تعم [٢] أجناسها إذا وجد سببها ، فوجب أن يكون من الربا ما يعم الأموال حتى يلحق بسائر المعاني المفسدة .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [فإنما] ، مكان : [وإذا] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يعم] .

مسألة ٥٧٩

ما يعتبر في المكيلات والموزونات المنصوص عليها

١١١٠٨ - قال أصحابنا : المكيلات المنصوص عليها : مكيلة أبدًا لا يجوز بيع بعضها ببعض إلا كيلًا ، والموزونات المنصوص عليها : موزونة أبدًا ، وما لم ينص على تحريم التفاضل فيه كيلًا ، ولا وزنًا : فالمرجع فيه إلى عادة الناس [١] .

١١١٠٩ - وقال الشافعي : المعتبر بعرف العادة بالحجاز على عهد الرسول ﷺ ، فما [٢] كان العادة فيه الكيل : لم يجز إلا كيلًا في سائر الدنيا [٣] ، وما كان العادة فيه الوزن : لم يجز إلا وزنًا في سائر الدنيا .

١١١١٠ - فأما ما ليس [له] [٤] هناك عرف ، أو حدث لشيء عرف بعد النبي ﷺ ، فعلى وجهين ، أحدهما : يرد إلى أقرب وزن الأشياء به شبهًا [٥] بالحجاز ، والوجه الثاني : أنه [٦] يعتبر حاله بالعرف فيه في موضعه [٧] .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الربا » (١٤/٧-١٦) ، البناية مع الهداية « باب الربا » (٣٥٥/٧ ، ٣٥٦) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٨٠/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب الربا » (١٨٩/٤ ، ١٩٠) .

(٢) في (م) ، (ع) : [عما] ، مكان : [فما] .

(٣) قوله : [في سائر الدنيا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الألسان بها] ، مكان : [الأشياء به شبهًا] .

(٦) لفظ : [أنه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) قال الشافعي في الأم : « وأصله الوزن والكيل بالحجاز ، فكل ما وزن على عهد النبي ﷺ فأصله الوزن ، وكل ما كيل فأصله الكيل ، وما أحدث الناس منه مما يخالف ذلك رد إلى الأصل » ، قال الشيرازي في المهذب : « وإن كان مما لا أصل له بالحجاز في الكيل والوزن نظرت ، فإن كان مما لا يمكن كيله اعتبر التساوي فيه بالوزن ؛ ولأنه لا يمكن غيره ، وإن كان مما يمكن كيله ، ففيه وجهان ، أحدهما : أنه يعتبر بأشبه الأشياء به في الحجاز ، فإن كان مكيلًا لم يجز بيعه إلا كيلًا ، وإن كان موزونًا لم يجز بيعه إلا موزونًا ... والثاني : أنه يعتبر بالبلد الذي فيه البيع ؛ لأنه أقرب إليه » . راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب بيع الآجال » ٧٠ (٨٠/٣) ، المهذب مع المجموع « باب الربا » (٢٦٣/١٠-٢٧٧ ، ٢٨٢ وما بعدها) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٦٥/٤-١٦٨) ، نهاية المحتاج « باب الربا » (٤٣٢/٣) . وقد ذكر ابن هبيرة في الإفصاح عن مالك مثل قول الشافعي ، وبه قال أيضًا أحمد . راجع تفصيل المسألة في : الإفصاح « باب الربا » (٣٢٨/١) ، المغني « باب الربا والصرف » (٢١/٤ ، ٢٢) ، الكافي « باب الربا » (٥٥/٢) ، الإنصاف « باب الربا والصرف » (٣٨/٥ ، ٣٩) .

١١١١١ - لنا : حديث أنس ، وعروة رضي الله عنهما : « أن النبي ﷺ قال : ما وزن مثل بمثل إذا كانا نوعًا واحدًا ، وما كيل مثل بمثل إذا كانا نوعا واحدًا (١) » ، ولم يفصل بين وزن (٢) الحجاز وغير الحجاز .

١١١١٢ - ولأن ما لم ينص على كونه موزونًا : جاز بيع بعضه ببعض كيلًا ، كالطعام ، والملح .

ولأن كل بقعة لا يعتبر عادة أهلها في غير زمن النبي ﷺ [لا تصير عادة أهلها في زمن النبي ﷺ] (٣) كسائر البقاع .

١١١١٣ - احتجوا : بما روى طاووس ، عن ابن عمر : أن النبي ﷺ قال : « المكيال مكيال المدينة ، والميزان ميزان مكة (٤) .

وقد روي : « الميزان ميزان المدينة ، والمكيال مكيال مكة (٥) » .

١١١١٤ - قلنا : الخبر متروك الظاهر ؛ لأن ظاهره يقتضي أن المكيال والميزان (٦) يختصان بهما ، وهذا غير مراد ، فاحتمل المكيال مكيالهم في هذين : الصاع (٧) في الكفارات ، والميزان ميزانهم في نصاب الزكاة واحتمل غيره ، فسقط التعلق به .

* * *

(١) تقدم تخريج هذا الحديث من وجه أنس ، وعبادة رضي الله عنهما ، بلفظ : « ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعًا واحدًا ، وما كيل فمثل ذلك ، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به » في مسألة (٥٧٦) ، ولم نقف عليه من جهة عروة بعد ، ولعل لفظ : [عروة] محرف عن [عبادة] من قبل النساخ .

(٢) لفظ : [وزن] ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) حديث ابن عمر رضي الله عنهما أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال « باب الصاع الذي تعرف به صدقة الأرضين » ص٤٦٣ ، الحديث (١٦٠٦) ، وأبو داود في السنن ، « كتاب البيوع » ، « باب في قول النبي ﷺ : المكيال مكيال المدينة » (٢٤١/٢) ، والطحاوي في المشكل ، « باب بيان مشكل ما روي عن رسول الله ﷺ من قوله : الوزن وزن أهل مكة ... (٩٩/٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب أصل الوزن والكيل بالحجاز » (٣١/٦) .

(٥) أخرجه أبو عبيد والبيهقي من طريق حنظلة وعزاه الهيثمي إلى البزار من حديث ابن عباس بمثل لفظ البيهقي ، وقال : « رجاله رجال الصحيح » وفي مجمع الزوائد « كتاب البيوع » ، « باب في الكيل والوزن » (٧٨/٤) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الميزان والمكيال] بالتقديم والتأخير .

(٧) قوله : [هذين] أي هذين الحديثين ، وفي جميع النسخ : [الصياع] ، مكان : [الصاع] ، والصواب ما أثبتناه .

مسألة ٥٨٠

حكم بيع الحنطة بالدقيق

١١١١٥ - قال أصحابنا : لا يجوز بيع الحنطة بالدقيق [١] .

١١١١٦ - ونص الشافعي : على أنه لا يجوز .

١١١١٧ - وحكى الكرابيسي [٢] قال : قال أبو عبد اللّه يجوز .

١١١١٨ - فمن أصحابه [٣] من قال هذا ليس قوله ، وإنما حكاه عن مالك أو أحمد [٤] ؛ لأن كل واحد منهما أبو عبد اللّه [٥] ، ومن أصحابه من قال : إن هذا قول له آخر [٦] .

---

(١) راجع المسألة في : كتاب الحجة « باب الرجل يشتري الحنطة بالدقيق » (٦٢٤/٢-٦٢٦) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » فصل « وأما شرائط الصحة » (١٨٧/٥-١٨٠) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الربا » (٢٣/٧) ، البناية مع الهداية « باب الربا » (٣٦٤/٧ ، ٣٦٥) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٨٢/٢ ، ٨٣) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب الربا » (١٩٥/٤) .

(٢) تقدمت ترجمته في مسألة (٥٥٥) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أصحاب الشافعي] ، مكان : [أصحابه] .

(٤) في (ع) : [مالك وأحمد] .

(٥) في (م) ، (ع) : [قال أبو عبد اللّه] ، بزيادة [قال] .

(٦) قال الشيرازي في المهذب : « ولا يجوز بيع الحب بدقيقه متفاضلًا ؛ لأن الدقيق هو الحب بعينه ، وإنما فرقت أجزاؤه ، فهو كالدنانير الصحاح بالقراضة ، فأما بيعه متماثلًا فالمنصوص : أنه لا يجوز ، وقال الكرابيسي : قال : أبو عبد اللّه : يجوز ، فجعل أبو الطيب بن سلمة هذا قولًا آخر ، وقال أكثر أصحابنا : لا يجوز قولًا واحدًا ، ولعل الكرابيسي أراد أبا عبد اللّه مالكًا أو أحمد ، فإن عندهما يجوز ذلك » . راجع المسألة في : مختصر البويطي ، ورقة (٣٨ب) ، مختصر المزني « باب الربا وما لا يجوز بعضه ببعض متفاضلًا ولا مؤجلًا والصرف » ص ٧٧ ، المجموع مع المهذب « باب الربا » (١٠٩/١١- ١١٧) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٨٢/٤) . فتح العزيز « الباب الثاني في الفساد من جهة الربا » ، بذيل المجموع (١٨٠/٨ ، ١٨١) ، المنتقى مع الموطأ ، في « بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما » (٦/٥ ، ١١) ، التفريع « كتاب البيوع » (١٢٨/٢) ، الفصل (٧٣٥) ، الكافي لابن عبد البر « باب بيع المأكول والمشروب بعضه ببعض » (٦٥١/٢) ، بداية المجتهد « الباب الثاني في بيوع الربا » (١٤٨/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الرابع في الربا في الطعام » ص٢٥٧ ، حاشية البناني بهامش شرح الزرقاني (٧٢/٥) ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣٢٠/١ ، ٣٢١) ، الكافي لابن قدامة « باب الربا » (٦١/٢) ، الإنصاف ، « باب الربا والصرف » (٢٥/٥) .

١١١١٩ – لنا : أن الحنطة والدقيق جنس واحد ، بدلالة : امتناع التفاضل فيهما ، وإذا ثبت أنهما [١] جنس واحد ، والدقيق معقود عليه في أحد الجنسين وفي الآخر [٢] في وعاء إذا طحن زاد ، فصار كمن باع دقيقًا بدقيق [٣] في وعاء .

ولا يلزم إذا باع حنطة بحنطة ؛ لأن الدقيق غير [٤] معقود عليه ، فاعتبرت المماثلة في الحنطة دون دقيقها .

ولأن الشافعي يعتبر المساواة في حال الادخار ، والدقيق لا يساوي الحنطة في [٥] حال الادخار ، فصار كالصحيحة بالمكسرة ، وهناك [٦] التساوي يكون قدرًا هو المعتبر ، فالتساوي ها هنا اعتبر بالكيل وهما غير [٧] متساويين ؛ لأن الحنطة إذا طحنت زاد على كيل الدقيق ، فلذلك لم يجز .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [التفاضل بينهما وإذا ثبت لهما] ، مكان المثبت .

(٢) كذا في جميع النسخ ، لعل الصواب : [والآخر] ، بحذف [في] .

(٣) لفظ : [بدقيق] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) لفظ : [غير] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) حرف [في] موجود في (ص) وحدها .

(٦) في (م) ، (ع) : [هناك] بدون الواو .

(٧) لفظ : [غير] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٥٨١

بيع الدقيق بالدقيق

١١١٢٠ - قال أصحابنا : يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كان على صفة واحدة من النعومة [١] .

١١١٢١ - وقال الشافعي في القديم ، والجديد : لا يجوز .

ونقل البويطي والمزني قولًا آخر عنه : أنه يجوز [٢] .

١١١٢٢ - لنا ما روى أن النبي ﷺ قال : « الطعام بالطعام مثلًا بمثل » [٣] ، واسم الطعام يتناول الدقيق باتفاق .

---

(١) في جميع النسخ : « المنعوضة » ، والصواب ما أثبتناه . قال المرغيناني في الهداية : « يجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويًا كيلًا ، وقال ابن الهمام في الفتح : « وفي الذخيرة عن الإمام الفضلي : إنما يجوز إذا تساويا كيلًا كانا أو مكبوسين ، وهو حسن » ، ثم قال « وفي بيع الدقيق بالدقيق وزنًا روايتان ، وفي الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع ، فقال في جنس آخر في الزرع والثمار وكذا بيع الدقيق بالدقيق وزنًا لا يجوز ، وفيها أيضًا : سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق ، وكذا بيع النخالة بالنخالة ، وفي شرح أبي نصر : يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كان على صفة واحدة من النعومة ، والذي في الخلاصة أحسن لإهدار ذلك القدر من زيادة النعومة » . راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب البيوع » (٤١٣/١) ، المسألة (٢١٩٦) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « باب الربا » (٢٣/٧ ، ٢٤) ، البناية مع الهداية « باب الربا » (٣٦٥/٧ ، ٣٦٦) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٨١/٢) ، رد المحتار مع الدر المختار « باب الربا » (١٩٥/٤) .

(٢) قال ابن السبكي في المجموع : « المراد ههنا إذا كان الدقيقان من جنس واحد ، كدقيق القمح بدقيق القمح ، ودقيق الشعير بدقيق الشعير ، فبيع الدقيق بالدقيق من الجنس الواحد لا يجوز ، سواء كانا ناعمين أو أحدهما ناعمًا والآخر خشنًا ، قال الشيخ أبو حامد : هذا الذي نص عليه في الجديد والقديم ، وكذلك قال ابن الصباغ ، وهذا هو المذهب » ، ثم قال : « وقد أجاز الروياني في الحلية جواز بيع الدقيق بالدقيق إذا استويا في النعومة ، ونقله عن بعض أصحابنا ، وقال : إنه القياس » . راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « باب بيع العرايا » (١١٧/١١- ١١٩) ، النكت في « مسائل الربا » ، ورقة (١٣٤أ) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٨٣/٤) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (١٨٠/٨ ، ١٨١) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الرابع في « الربا في الطعام » ص٢٥٧ ، الإفصاح « باب الربا » (٣٣٢/١) ، المغني « باب الربا والصرف » (٢٩/٤ ، ٣٠) ، الكافي لابن قدامة « باب الربا » (٦١/٢) ، الإنصاف « باب الربا والصرف » (٢٦/٥-٢٧) .

(٣) تقدم تخريجه من حديث معمر بن عبد الله ﷺ بهذا اللفظ ، في مسألة (٥٧٦) .

ولأنها عين [يجوز بيعها بغير [1] جنسها ، فجاز بيعها بجنسها ، كالموزونات في الخضر .

ولأن كل عين] جاز بيع [2] بعضها ببعض قبل تفرق أجزائها جاز بعد تفرقها ، أصله : الحيوان [3] .

ولأنها عين جاز بيعها بالدراهم ، فجاز بالدقيق ، أصله : الرمان ، والبطيخ .

١١١٢٣ - ولا يلزم الحنطة ؛ لأنه يجوز بيعها بالدقيق إذا كان مع الدقيق غيره .

١١١٢٤ - احتجوا بأنه قوت زال عن حكم كمال البقاء بصنعة آدمي ؛ فلم يجز بيع بعضه ببعض ؛ أصله : الناعم بالخشن .

١١١٢٥ - قلنا : لا نسلم أنه زال عن حال بقاء أصله وهو لا يمنع ، كاللحم باللحم .

ولأن الناعم بالخشن يفقد المماثلة فيهما حالة [4] العقد ؛ لأن الخشن لو أعيد الطحن عليه لزاد ، وهذا لا يوجد في الناعمين .

١١١٢٦ - قالوا : بيع الدقيق بالدقيق يؤدي إلى التفاضل حال كونهما كذلك ؛ لأن دقيق الحنطة الثقيلة أكثر [5] من دقيق الحنطة الخفيفة ، فكأنه باع حنطة بحنطة [6] متفاضلة ويجزيه عدم التساوي كيلًا حال كونهما كذلك ؛ فوجب أن يبطل العقد .

١١١٢٧ - واعتبر الشافعي في الرطب بالتمر التساوي في الباقي [7] ، وأما التساوي فيما مضى ؛ فلم يعتبره أحد .

---

(١) لفظ : [بغير] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، وفي (م) : [ولأنها عين جاز بيع بعضها ببعض قبل يجوز بيعها بغير] ، بالزيادة مكان المثبت .

(٢) في (ص) ، (م) : [الحصر] مكان : [الخضر] ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، وما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، ولفظ : [بيع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في جميع النسخ : [الملوحة] ، ولعل الصواب : [الحيوان] ؛ لأنه يجوز بيعه قبل تفرق الأجزاء وبعده ، وهو ما أثبتناه . ويؤيد هذا قول الشيرازي في النكت ، حيث قال في سرد دليل الحنفية : « قالوا : ما جاز بيعه به قبل تفرق الأجزاء جاز بعده ، كالحيوان » .

(٤) في (ع) : [تفقد المماثلة فيهما حال] ، مكان المثبت .

(٥) في (م) ، (ع) : [البر] ، مكان : [أكثر] وهو خطأ .

(٦) لفظ : [الخفيفة] ساقط من (م) ، (ع) ، وقوله : [بحنطة] ساقط من (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [الثاني] مكان : [الباقي] .

ولأن هذا يبطل بخل [١] العنب ، قال الشافعي : يجوز مثلًا بمثل ، ونحن نعلم أنا إذا رددناهما إلى العنب كان أحدهما أكثر من الآخر ؛ لأن العصير من بعض العنب قد يكون [٢] أكثر من بعض ، ثم لا يجري مجرى بيع العنب بالعنب متفاضلًا .

١١١٢٨ - فإن قيل : السنة دلت على اعتبار التساوي حالة الادخار .

١١١٢٩ - قلنا : لا نسلم هذا ونحن نبينه في موضعه ، ثم الرطب بالتمر اعتبر فيه النقصان عن كمال موجود .

١١١٣٠ - قالوا : فأنتم لم تعتبروا [٣] التساوي حال العقد في الحنطة بدقيقها .

١١١٣١ - قلنا : وما اعتبرنا إلا [٤] حالة العقد ؛ لأن العقد لم يتناول الدقيق ، وهذا موجود في ، الجنبة الأخرى اعتبر فيهما [٥] في الحال ، والتساوي لا يعلم فبطل العقد .

* * *

---

(١) في (ص) : [ولأنها] ، مكان : [ولأن هذا] ، وفي (م) ، (ع) : [بحال] ، مكان : [بخل] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ويكون] ، مكان : [قد يكون] .

(٣) في (ع) : [لا تعتبروا] .

(٤) لفظ : [إلا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [في الجنسية الأخرى اعتبر بينهما] ، مكان المثبت .

مسألة ٥٨٢

بيع خل التمر وخل الدقل ببعضهما متفاضلًا

١١١٣٢ – قال أصحابنا : خل التمر وخل الدَّقل [(١)] جنسان يباع أحدهما [بالآخر] متفاضلًا [(٢)] .

وحكوا عن الشافعي : أنهما جنس واحد [(٣)] ، وأنكر أصحابه ذلك ، وقالوا بمثل قولنا .

١١١٣٣ – وإطلاقه في مسألة أخرى عندنا : يجوز بيع [(٤)] خل الدقل بجنسه وخل الزبيب بجنسه .

١١١٣٤ – وقال الشافعي : يجوز بيع خل التمر بجنسه ، ولا يجوز بيع خل الدقل والزبيب بجنسه بوجه من الوجوه ، وخل التمر بخل الزبيب فيه وجهان [(٥)] / . ٣٢

---

(١) الدَّقَل : بفتحتين ، نوع من أردأ التمر ، واحدته : دقلة . وقال ابن الأثير : « هو رديء التمر ويابسه ، وما ليس له اسم خاص فتراه ليُبسه ورداءته لا يجتمع و يكون منثورًا » . قال ابن منظور : « وقيل : الدقل جنس من النخل الخصاب ... الدقل من النخل يقال لها : الألوان واحدها لون ، قال الأزهري : وتمر الدقل رديءٌ إلا أن الدقل يتنوع ؛ فمنه ما يكون تمره أحمر ، ومنه ما تمره أسود كبير وتمره صغير ونواه كبير » . راجع في : المغرب ص١٦٦ ، والنهاية (١٢٧/٢) ، لسان العرب مادة « دقل » (١٤٠٢/٢) ، المصباح المنير (١٨٦/١) ، مختار الصحاح ص٢٠٨ .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [واحدة] .

(٤) لفظ : [بيع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب بيع الآجال » (٨١/٣) ، المهذب مع المجموع ، « باب بيع العرايا » (١٤٢/١١ وما بعدها) ، فتح العزيز ، « الباب الثاني في الفساد من حصة الربا » بذيل المجموع (١٨٢/٨) ، نهاية المحتاج مع حاشية أبي الضياء « باب الربا » (٤٣٨/٣) . قال ابن عبد البر في الكافي : « والخل كله صنف واحد عند مالك ، خل العنب ، وخل التمر ، وخل العسل ، لا يجوز بيع بعض ذلك ببعض عنده إلا يدًا بيد مثلًا بمثل » . راجع المسألة في : المدونة « كتاب السلم الثالث » ، في « ما جاء في الخل بالخل » (١٧٦/٣) ، المنتقى « في بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما » (٥/٥) ، الكافي لابن عبد البر « باب بيع المأكول والمشروب بعضه ببعض » (٦٥٠/٢) ، شرح الزرقاني (٦٥/٥) . وقال ابن قدامة في المغني : « فإن كان المشتركان في الاسم الخاص من أصلين مختلفين ، فهما جنسان ، كالأدقة (جمع دقيق) ، والأخباز ، والخلول ، والأدهان وعصير الأشياء المختلفة ، كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها . وحكي عن أحمد : أن خل التمر وخل العنب جنس ... وكل شيئين أصلهما واحد فهما جنس وإن اختلفت =

١١١٣٥ - لنا [١] قوله عليه [الصلاة و] السلام : « ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعًا واحدًا » [٢] .

ولأنه جنس يجوز بيعه ، فجاز بيعه بجنسه ، أصله : سائر الأجناس .

ولأنه نوع ؛ فجاز بيعه بجنسه ، كخل العنب .

١١١٣٦ - احتجوا : بأنه تمر بتمر [٣] متفاضلًا ، وماء بماء متفاضلًا .

١١١٣٧ - فإن قالوا [٤] : في الماء الربا لم يجز لوجهين ، وإن قالوا : لا ربا في الماء لم يجز لوجه واحد ، وهذا غلط ؛ لأن الخل المعمول من تمر واحد لا يتفاضل في التمييز ، فلا يجوز عندهم .

١١١٣٨ - ولأنه ينقل عن حال التمييز ، فلا معنى لاعتبار التفاضل فيه ، كما أن خل العنب بخل العنب لا يعتبر فيه التفاضل في العنب ؛ لأنه انتقل عنه .

* * *

= مقاصدهما » ، ثم قال : « ويجوز بيع القطارة والدبس والخل ، كل نوع بعضه ببعض متساويًا ، قال أحمد في رواية مهنا في خل الدقل : يجوز بيع بعضه ببعض متساويًا . . . ويجوز بيع خل الزبيب بعضه ببعض ، كما يجوز بيع خل التمر بعضه ببعض » . راجع تفصيل المسألة في : المغني « باب الربا والصرف » (٢٤/٤ ، ٢٥ ، ٢٧) ، الكافي لابن قدامة « باب الربا » (٥٦/٢ ، ٥٧) ، الإنصاف « باب الربا والصرف » (١٧/٥ ، ١٨) .

(١) في (م) ، (ع) : [أما] ، مكان : [لنا] .

(٢) في جميع النسخ : [مثلًا] ، مكان : [مثل] ، والمثبت من سنن الدارقطني ، وهذا جزء من حديث أنس وعبادة ﷺ الذي تقدم تخريجه في مسألة (٥٧٦) .

(٣) لفظ : [بتمر] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قيل] ، مكان : [قالوا] .

مسألة ٥٨٣

اللحوم أجناس مختلفة

١١١٣٩ - قال أصحابنا : اللحوم أجناس ، يجوز بيع لحم الغنم بلحم الجمل متفاضلًا ، وكذلك الألبان [(١)] .

١١١٤٠ - ونص الشافعي في اللحم [(٢)] على قولين ، أحدهما : أنها أجناس ، والآخر : أنها جنس واحد .

ونص في الألبان على قول واحد : أنها جنس واحد .

١١١٤١ - وأصحابه قالوا : لا فرق بينهما [(٣)] ، فجعلوا الألبان كاللُّحْمان [(٤)] على

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : كتاب الحجة ، « باب بيع اللحم باللحم » (٦٤٠/٢) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط الصحة » (١٨٩/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الربا » (٣٤/٧ ، ٣٥) ، البناية مع الهداية « باب الربا » (٣٧٨/٧ ، ٣٧٩) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٨٢/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب الربا » (١٩٣/٤) .

(٢) قوله : [في اللحم] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) قد صرح القفال والرافعي وغيرهما بأن أصح القولين في اللحمان : أنها أجناس مختلفة ، وهو اختيار المزني . قال الشيرازي في المهذب : « وأما الألبان ففيها طريقان ، من أصحابنا من قال : هي كاللحمان وفيها قولان ، ومنهم من قال : الألبان أجناس قولًا واحدًا » ، ثم قال : « والصحيح أنها كاللحمان » . راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب ما جاء في بيع اللحم » ، و « باب ما يكون رطبًا أبدًا » وباب « بيع الآجال » (٢٦/٣ ، ٢٧ ، ٨٠) ، مختصر المزني « باب الربا ما لا يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلًا » ، وباب بيع اللحم باللحم » ص٧٧ ، ٧٨ ، المهذب مع المجموع « باب الربا » (١٩٢/١٠ ، ٢٠٣ ، ٢٢٣ ، ٢٢٥) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٦١/٤-١٦٣) ، فتح العزيز مع الوجيز « الباب الثاني في الفساد من جهة الربا » ، بذيل المجموع (١٨٥/٨ ، ١٨٧) ، نهاية المجتهد باب الربا » (٤٣٢/٣) . راجع تفصيل المسألة في : المدونة « كتاب السلم الثالث » ، « في اللبن المضروب بالحليب » (١٧٥/٣) ، التفريع « كتاب البيوع » (١٢٦/٢ ، ١٢٧) ، الفصل (٧٣٢ ، ٧٣٤) ، المنتقى في « بيع اللحم باللحم » (٢٦/٥) ، الرسالة الفقهية « باب في البيوع » ص٢١١ ، الكافي لابن عبد البر ، « باب بيع المأكول والمشروب بعضه ببعض » (٦٥٠/٢) ، بداية المجتهد ، « الباب الثاني » ، « في بيع الربا » (١٤٧/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الرابع في الربا في الطعام » ص ٢٥٦ ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣٢٤/١ ، ٣٢٥) ، المسألة (١٥) ، الإفصاح « باب الربا » » (٣٣٤/١) ، المغني « باب الربا والصرف » (٣٢/٤ ، ٣٥) ، الكافي لابن قدامة « باب الربا » (٥٧/٢) ، الإنصاف « باب الربا والصرف » (١٨/٥ ، ١٩) .

(٤) اللُّحْمان - بضم اللام وسكون الحاء - : جمع اللحم ، ويجمع أيضًا على أَلْحُم ، ولحوم ، ولحام . انظر : =

قولين إلا أن أصولها أجناس مختلفة ، فوجب أن تكون أجناسًا ، كالأدقة [1] .

١١١٤٢ - ولأنها فروع خرجت من أجناس من حيوان ، فوجب أن تكون أجناسًا كالأولاد .

وإذ ثبت أنها أجناس جاز بيع بعضها ببعض متفاضلًا ، لقوله عليه [الصلاة و] السلام : « وإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم » [2] .

ولأن التفاضل يجوز في أصولها ، فجاز فيها كالأدقة .

ولأنه نوع مطعوم ؛ فجاز بيعه بشيء منه متفاضلًا ، [أصله : سائر المطعومات] [3] .

١١١٤٣ - احتجوا : بأنه شمله اسم خاص حين حدوث الربا فيه ، فكان صنفًا واحدًا ، كالتمور .

١١١٤٤ - قلنا : يبطل بالفاكهة والأدوية .

١١١٤٥ - فإن قيل : ذاك اسم عام .

١١١٤٦ - قلنا : وكذلك اللحم يشتمل على أجناس مختلفة ، فهذا عام من هذا الوجه خاص بالإضافة إلى غيره ، كقولنا : « حيوان » اسم خاص بالإضافة إلى غيره عام من اشتماله على أجناس مختلفة .

١١١٤٧ - ولأن الاسم الخاص إذا دل على الجنس الواحد فلا فرق بين أن يسمى به حال حدوث الربا أو بعد حدوثه ، فهذا الوصف لا معنى له ، ثم التمور أصلها جنس واحد ؛ فكان [4] في حكم أصولها ، واللُّحمان خرجت من أجناس مختلفة .

١١١٤٨ - ولا يلزم المولود [5] ؛ لأنه لم يخرج إلا من جنس واحد وهو الأم .

= لسان العرب (٤٠١٠/٥) ، المصباح المنير (٥٢٣/٢) .

(١) في (م) : [يكون] ، مكان : [تكون] ، والأدِقَّة : جمع الدقيق ، وهو الطحين ، وتجمع أيضًا على أدقاء ، ودقاق ، ودقائق . انظر : المصباح المنير (١٨٦/١) ، المعجم الوسيط (٢٩٠/١) .

(٢) قال الزيلعي بعد أن ذكرالحديث بهذا اللفظ : « غريب بهذا اللفظ ، في نصب الراية « كتاب البيوع » (٤/٤) ، وقال ابن حجر : « لم أجده بهذا اللفظ » ، في الدراية « كتاب البيوع » (١٤٧/٢) ، الحديث (٧٦٣) . وقد تقدم تخريجه من حديث عبادة بن الصامت ﷺ ، بلفظ : « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد » ، في مسألة (٥٧٦) ، ومن حديث أنس وعبادة ﷺ ، بلفظ : « فإذا اختلف النوعان فلا بأس به » ، في مسألة (٥٧٦) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ع) ، (م) : [فكأن] ، مكان : [فكأنه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [المولد] .

مسألة ٥٨٤

بيع الرطب بالتمر

١١١٤٩ – قال أبو حنيفة : يجوز بيع الرطب بالتمر (١) متساويًا كيلًا .

١١١٥٠ – وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز (٢) ، وبه قال الشافعي (٣) .

١١١٥١ – لنا : قوله عليه [الصلاة و] السلام « ما وزن مثل (٤) بمثل إذا كان نوعًا واحدًا ، وما كيل مثل (٥) بمثل إذا كان نوعًا واحدًا » (٦) .

١١١٥٢ – والتمر والرطب نوع واحد ، بدلالة : امتناع بيعه متفاضلًا .

١١١٥٣ – ولأنه جنسه (٧) إلا أنه اختص باسم لكونه على صفة ، كما أن الصبي

---

(١) الرُّطب : « نضيج البُسر قبل أن يصير تمرًا ، وذلك إذا لان وحلا ، أو ثمر النخيل إذا أدرك ونضج قبل أن يصير تمرًا ، والجمع أرطاب ورطاب ، والواحدة : رُطَبة . (والبسر : تمر النخل قبل أن يُرْطب) . راجع : المغرب ص١٩٠ ، لسان العرب ، مادة : [رطَب] (١٦٦٥/٣) ، المصباح المنير (٢١٧/١) ، المعجم الوسيط ، مادة : [رطب] و[بسر] (٥٥/١ ، ٣٥٢) . التمر : اليابس من ثمر النخل ، كالزبيب من العنب ، اسم جنس ، والواحدة : تمرة ، والجمع : تُمور ، وتُمران . قال الفيومي : « والتمر يذكر في لغة ويؤنث في لغة ، فيقال : هو التمر ، وهي التمر » . راجع : المغرب ص٦١ ، لسان العرب ، مادة « تمر » (٤٤٥/١) ، المصباح المنير (٧٥/١) ، المعجم الوسيط (٨٨/١) .

(٢) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب الربا والصرف » ص٧٧ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٤١٣/١) ، المسألة (٢١٩٢) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص٣٠٦-٣٠٩ ، بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » فصل « وأما شرائط الصحة » (١٨٨/٥) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص ٢٩٠-٢٩٢ ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « باب الربا » (٢٧/٧-٣٠) ، البناية مع الهداية « باب الربا » (٣٦٩/٧- ٣٧٢) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٨١/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب الربا » (١٩٣/٤) .

(٣) راجع المسألة في : الأم « باب الرطب بالتمر » (٢٤/٣ ، ٢٥) ، مختصر المزني « باب الربا وما لا يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلًا » ص٧٧ ، المهذب مع المجموع « باب الربا » (٤١٩/١٠-٤٣٢) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٧٢/٤) ، فتح العزيز مع الوجيز « الباب الثاني في الفساد من جهة الربا » ، بذيل المجموع (١٧٨/٨ ، ١٧٩) ، نهاية المحتاج « باب الربا » (٤٣٥/٣ ، ٤٣٦) .

(٤ ، ٥) في (م) ، (ع) : [مثلًا] .

(٦) تقدم تخريجه من حديث أنس وعبادة رضي الله عنهما ، بلفظ : « ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعًا واحدًا ، وما كيل فمثل ذلك ، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به » ، في مسألة (٥٧٦) .

(٧) في (م) ، (ع) : [جنس] بدون الهاء .

من جنس الرجال وإن سمي باسم لمخالفته الرجال في حاله .

ولأن المماثلة من طريق الكيل وجدت فيما هو من جنس التمر ، كالجديد بالعتيق ، والبَرْني بالمعقلي [١] .

١١١٥٤ - ولأنه إما أن يكون جنسًا واحدًا داخلًا [٢] في عموم قوله [عليه الصلاة والسلام] : « التمر بالتمر » [٣] ، فإن كانا [٤] جنسين دخلا في عموم قوله [عليه الصلاة والسلام] : « وإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم [٥] » .

١١١٥٥ - قلت : وإن كان [٦] نوعًا واحدًا فأنواع التمر ، فيجوز بيع بعضها ببعض ، وإن كانا نوعين ، فهو أولى .

١١١٥٦ - ولا يلزم الحنطة بالدقيق والمقلوة بغيرها [٧] ؛ لأنا تعلقنا في الأول بعموم خبرين ، فما قالوه خرج من العموم بدليل .

١١١٥٧ - والطريقة الثانية : قلنا : أنواع التمر يجوز بيع بعضها ببعض ، فلا يلزمنا أنواع الحنطة .

ولا يلزم من طريق المعنى ؛ لأن الحنطة والدقيق يتفاضلان حال العقد كيلًا ؛ لأن الزيادة التي تظهر [٨] بطحن الحنطة كانت موجودة حال [٩] العقد وليس في مقابلتها مثلها .

١١١٥٨ - وأما الرطب والرطوبة التي فيه مال مقصود ، فالعقد يصح أداء

---

(١) في جميع النسخ : [العقلي] ، والصواب ما أثبتناه . البَرْني - بفتح الباء وسكون الراء - : نوع من أجود التمر ، واحدته : برنية ، قال أبو حنيفة : أصله فارسي ، قال : إنما هو بارني ، « فالبار » الحمل « وني » تعظيم ومبالغة . راجع : المغرب ص٤٢ ، تهذيب الأسماء واللغات (٢٦/٣) من الجزء الأول ، لسان العرب ، مادة : « برن » (٢٧٠/١) ، المصباح المنير (٤٦/١) . والمَعْقِلي : نوع من الرطب ، ينسب إلى مَعْقِل بن يسار من الصحابة ﷺ . انظر : مختار الصحاح ص٤٤٧ .

(٢) في (ص) : [دخلًا] .

(٣) هذا جزء من حديث عبادة بن الصامت ، ومن حديث أبي سعيد الخدري ﷺ اللذين تقدم تخريجهما في مسألة (٥٧٦) .

(٤) في (ص) : [كان] .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٥٨٣) .

(٦) في (م) : [كانا] .

(٧) أي الحنطة المقلوة بغير المقلوة ، وفي (م) ، (ع) : [المعلوة] ، مكان : [المقلوة] .

(٨) في (م) : [يظهر] .

(٩) في (م) ، (ع) : [حالة] .

العوض عنه .

ولأن ما جاز بيعه بالدراهم جاز بالرطب ، كالعنب .

١١١٥٩ – ولأنهما عينان باقيتان على أصل خلقتهما يجوز بيع كل واحد منهما ، فجاز بيع إحداهما [1] [بالأخرى . أصله : سائر الأعيان ؛ لأن الاختلاف بين التمر والرطب يرتفع من غير كلفة وعلاج ، فجاز بيع أحدهما] [2] بالآخر : الجديد والعتيق [3] .

١١١٦٠ – فإن قيل : المعنى في الجديد ، والعتيق : أن التفاوت بينهما يعرف .

١١١٦١ – قلنا : التفاضل الممنوع منه لأجل الزيادة يستوي قليله وكثيره .

ولأن ما جاز بيعه بالرطب من الجذاذ [4] ؛ جاز بيعه به بعده ، كالعنب .

١١١٦٢ – احتجوا : بما روي عن مالك ، عن عبد الله بن يزيد ، أن زيدًا أبا عياش أخبره [5] : أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن البيضاء بالسلت [6] ، فقال له سعد : أيهما أفضل ؟ فقال : البيضاء ، فنهاه عن ذلك ، وقال : « سمعت رسول الله ﷺ سئل عن شراء الرطب بالتمر ؟ ، فقال رسول الله ﷺ : أينقص الرطب إذا يبس ؟ ، قالوا : نعم ، فنهى عن ذلك » [7] .

---

(١) في (ص) : [أحديهما] ، وفي (م) : [كل واحدهما] ، مكان : [إحداهما] ، والصواب ما أثبتناه ، وقوله : [فجاز بيع إحداهما] ساقط من (ع) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) أي من التمر .

(٤) الجذاذ – بضم الجيم وكسرها – المقطع أو المكسر وفي القرآن الكريم : ﴿ فَجَعَلَهُمْ جُذَاذًا إِلَّا كَبِيرًا ﴾ سورة الأنبياء ، الآية (٥٨) . راجع : لسان العرب مادة : « جذذ » (٥٧٤/١) ، المعجم الوسيط (١١٢/١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [احتجوا إنما روى ذلك عن مالك عن عبد الله بن يزيد بن أبي زيد أن العباس أخبره] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [بالسلب] ، وهو خطأ . قال الخطابي : [البيضاء نوع من البر ، أبيض اللون ، وفيه رخاوة يكون ببلاد مصر ، والسلت : نوع غير البر وهو أدق حبًا منه] . وقال ابن الأثير : [السلت : ضرب من الشعير أبيض لا قشر له ، وقيل : هو نوع من الحنطة ، والأول أصح ؛ لأن البيضاء الحنطة] . وقال الأزهري : [السلت حب بين الحنطة والشعير ، ولا قشر له كقشر الشعير ، فهو كالحنطة في ملامسته ، وكالشعير في طبعه وبرودته] . راجع : معالم السنن « باب بيع الثمر بالثمر » (٧٦/٣) ، النهاية « باب السين مع اللام » (٣٨٨/٢) ، المصباح المنير ، مادة : « سلت » (٢٦٧/١) .

(٧) في جميع النسخ : [قال : نعم] والمثبت من كتب الحديث . هذا الحديث : أخرجه مالك بهذا الإسناد باختلاف يسير في اللفظ ، في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما يكره من بيع التمر » (٦٢٤/٢) ، الحديث (٢٢) ، وأبو داود من طريق مالك نحو ، وفي السنن « كتاب البيوع » ، « باب في التمر بالتمر » (٢٤٦/٢ ، =

١١١٦٣ - الجواب : أن هذا [الخبر] رواه أبو عياش ، قال أبو حنيفة : لا أقبل خبره[1] ، وصاحب المقالة إذا لم يغلب في[2] ظنه عدالة الراوي لم يلزمه قبول خبره .

١١١٦٤ - وقد صوب هذا الطعن عبد الله بن المبارك[3] ، فقال كيف يقال : إن أبا

= ٢٤٧) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة » (٥١٩/٣) ، الحديث (١٢٢٥) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب بيع الرطب بالتمر » (٧٦١/٢) الحديث ٢٢٦٤) ، والشافعي في المسند ، « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث في الربا » (١٥٩/٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٤٩/٣) الحديث (٢٠٥) ، البيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في النهي عن بيع الرطب بالتمر » (٢٩٤/٥) . قال الترمذي بعد أن أخرجه : « هذا حديث حسن صحيح » ، وقال الحاكم : « هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس ، وأنه محكم في كل ما يرويه من الحديث ، إذ لم يوجد في روايته إلا الصحيح ، خصوصًا في حديث أهل المدينة ، ثم لمتابعة هؤلاء الأئمة إياه في روايته عن عبد الله بن يزيد ، والشيخان لم يخرجاه لما خشياه من جهالة زيد بن أبي عياش » ، وقال ابن حزم في المحلى (٣٩٩/٧) معلقًا على هذا الحديث : « فإن مالكًا ، وإسماعيل بن أمية روياه عن عبد الله بن يزيد ، عن زيد بن أبي عياش ، عن سعد ، وقال مالك مرة زيد بن أبي عياش مولى بني زهرة ، وهو رجل مجهول لا يدري من هو » ، قال بن التركماني « وفي تهذيب الآثار للطبري علل الخبر بأن زيدًا انفرد به ، وهو غير معروف في نقله العلم » ، وقال ابن حجر في تلخيص الحبير : « وقد أعله جماعة منهم : الطحاوي ، والطبري ، وأبو محمد بن حزم ، وعبد الحق ، كلهم أعله بجهالة حال زيد بن أبي عياش » ، وقال الزيلعي : قال صاحب التنقيح : زيد بن عياش أبو عياش الزرقي ، ويقال : المخزومي ، ويقال : مولى بني زهرة المدني ، ليس به بأس » وقال الحافظ عنه في التقريب « صدوق من الثالثة » . راجع تخريجه والكلام عليه في : نصب الراية (٤٠/٤-٤٢) ، تلخيص الحبير (٩/٣ ، ١٠) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (٢١٠/٧) ، الجوهر النقي بذيل السنن الكبرى للبيهقي (٥٩٥/٥) . وانظر ترجمة ابن أبي عياش في : المغني للذهبي (٢٤٧/١) ، تقريب التهذيب (٢٧٦/١) ت (٢٠٣) ، المجموع للسبكي (٤٢٢/١٠ ، ٤٢٤) .

(١) الزيادة من (م) ، (ع) ، وفي (م) : [رواية أبو عباس وقال] ، وكذلك في (ع) ما عدا : [أبو] ، مكانه : [أبي] . قال ابن الهمام : « يحكى عن أبي حنيفة : أنه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر ، فسألوه عن التمر فقال : الرطب إما أن يكون تمرًا ، أو لم يكن ، فإن كان تمرًا جاز العقد عليه ، لقوله ﷺ « التمر بالتمر » ، وإن لم يكن : جاز ، لقوله ﷺ « إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم » فأورد عليه الحديث ، فقال : هذا الحديث دائر على زيد بن عياش ، وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه ، فتح القدير (٢٨/٧ ، ٢٩) ، وهكذا ذكره العيني في البناية (٣٧١/٧) .

(٢) في (م) ، (ع) : [على] ، مكان : [في] .

(٣) هو الإمام الحافظ الحجة ، أبو عبد الرحمن عبد الله بن المبارك الحنظلي ، مولاهم التركي ، ثم المروزي ، كان عالمًا في علوم مختلفة وكان ثقة ثبتًا ، عالمًا بصحيح الحديث ، ولد في سنة ثمان عشرة ومائة ، وتوفي رحمه الله في سنة إحدى وثمانين ومائة . راجع ترجمته في : أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص١٣٩ -١٤٢ ، تاريخ الثقات ص٢٧٥ ، ٢٦٧ ، الترجمة (٨٧٦) ، سير أعلام النبلاء (٣٧٨/٨-٤٢١) ، شذرات الذهب (٢٩٥/١) ، =

حنيفة لا يعرف الحديث ؟ وهو يقول : زيد - أبو عياش - [١] لا أقبل خبره ، وعبد الله حجة في معرفة الرجال والبحث عن الرواة .

١١١٦٥ - وقد طعن الطبري في « تهذيب الآثار » واعترض على الخبر بهذا الاعتراض وغيره ، وقال : إن زيدًا - أبا عياش - [٢] لا يعرف برواية الأخبار .

١١١٦٦ - وقد اختلف في رواية [٣] هذا الحديث ، فروى يحيى بن أبي كثير ، عن عبد الله بن يزيد ، أن زيدًا - أبا عياش - [٤] أخبره عن سعد بن أبي وقاص ﷺ : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة [٥] » .

وقد روي بكير بن عبد الله ، عن عمران بن أبي أنس ، أن مولى لبني مخزوم حدثه « أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن الرجل يسلف الرجل الرطبَ بالتمر إلى أجل ؟ ، فقال سعد : نهانا رسول الله ﷺ عن هذا [٦] » ، ومولى بني مخزوم هو زيد أبو عياش ، وإذا اختلف الخبر هذا الاختلاف مع ضعف راويه وقف الاحتجاج به ، ولا معنى للتشاغل بتعديل زيد ؛ لأن الطعن أولى من التعديل [٧] .

١١١٦٧ - ولأن الحديث قد يقف العامل في قبوله مع عدالة راويه فلا يلزمه [٨] ؛ ألا ترى أن عمر بن الخطاب ﷺ وقف في قبول خبر عمار ﷺ في التيمم [٩] ، للخبر مع

= الفوائد البهية ص ١٠٣ ، ١٠٤ ، مفتاح السعادة (٢٤٦/٢-٢٥٠) .

(١) في (م) ، (ع) : [أبو عباس] .

(٢) في جميع النسخ : [أبو عباس] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) لفظ : [رواية] ساقط من (م) ، (ع) . (٤) في (م) ، (ع) : [أبا عباس] ، وهو خطأ .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في التمر بالتمر » (٢٤٧/٢) ، والدارقطني في السنن ، « كتاب البيوع » الحديث (٢٠٣) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » في « النهي عن بيع الرطب بالتمر » (٣٨/٢ ، ٣٩) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في النهي عن بيع الرطب بالتمر » (٢٩٤/٥) .

(٦) أخرجه الطحاوي بهذا الإسناد واللفظ في المعاني (٦/٤) .

(٧) قاعدة : الطعن أولى من التعديل . (٨) قوله : [فلا يلزمه] ساقط من (ع) .

(٩) في جميع النسخ : [اليتيم] ، والصواب ما أثبتناه . والدليل على ذلك : ما أخرجه مسلم من طريق سعيد بن عبد الرحمن بن أبزي ، عن أبيه ، بلفظ : « أن رجلًا أتى عمر ، فقال : إني أجنبت فلم أجد ماء ، فقال : لا تصل ، فقال عمار : أما تذكر يا أمير المؤمنين إذ أنا وأنت في سرية فأجنبنا فلم نجد ماء ، فأما أنت فلم تصل ، وأما أنَا فَتَمعَّكْتُ في التراب وصليت ، فقال النبي ﷺ : « إنما كان يكفيك أن تضرب بيديك الأرض ، ثم تنفخ ، ثم تمسح بهما وجهك وكفيك » فقال عمر : « اتق الله يا عمار! قال : إن شئت لم أحدث به » وفي رواية : « فقال عمر نوليك ما =

عدالة عمار ، ولا يلزم حكم الخبر لشك فيه (١) .

على أن نهيه [عليه الصلاة والسلام] عن بيع الرطب بالتمر نسيئة دليل (٢) على أصلهم : أنه يجوز بيعه نقدًا ، ودليل الخطاب عندهم نطق خاص .

١١١٦٨ - ومنهم من قال : هو كالقياس ونهيه [عليه الصلاة والسلام] عن بيع الرطب بالتمر عام ، والنطق خاص ، والقياس أن كل واحد منهما أولى من نطق العام .

فإن قيل : لما علل النهي عن بيع الرطب بالتمر ؛ لأنه ينتقص (٣) إذا جف ، صار هذا نطقًا خاصًّا ، فكأنه قال : لا يباع الرطب بالتمر ؛ لأنه ينقص إذا جف ، فتعارض نطقان خاصان على أحد الوجهين ، فالمعلل أولى ، وعلى الوجه الآخر النطق الخاص أولى من القياس .

١١١٦٩ - قلنا : اللفظ العام إذا كان معللًا لم يصر خاصًّا بل هو على عمومه ، والعلة المنصوصة كالنطق العام يرد عليها التخصيص (٤) بالقياس ، فأما على الوجه الآخر فقد تعارض نطقان خاصان ، فيتوقف فيهما .

١١١٧٠ - فإن قيل فالمعلل أولى .

١١١٧١ - قلنا : هذه العلة بالخبر (٥) المتفق على صحته ، وبالإجماع .

والخبر المتفق عليه هو قوله عليه [الصلاة و] السلام : « التمر بالتمر مثلًا بمثل » (٦) ، وهذا يقتضي جواز بيع الجديد (٧) بالعتيق وإن كان ينقص إذا جف ، وقد أجمعوا على جواز ذلك فبطلت العلة (٨) بالنص والإجماع ؛ فلم يجز إلا فرع الحكم وبقي النطق يعترضه (٩) الدليل على أصلهم .

= توليت » ، في الصحيح « كتاب الحيض » ، « باب التيمم » (٢٨٠/١ ، ٢٨١) ، الحديث (٣٦٨/١١٢) .

(١) قاعدة : « لا يلزم حكم الخبر شك فيه » .

(٢) في (م) ، (ع) : [دله] ، مكان : [دليل] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلأنه انتقص] ، مكان المثبت .

(٤) في (م) ، (ع) : [التخصص] .

(٥) في جميع النسخ : [بخبر] ، والصواب ما أثبتناه ، بزيادة : [ال] .

(٦) تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(٧) في (م) ، (ع) : [بجواز بيع الجديد] ، مكان : [يجوز بيع الحديث] في (ص) .

(٨) في (م) ، (ع) : [بطلبت المعلة] ، مكان : [فبطلت العلة] .

(٩) في (ع) : [لم يجز] مكان : [فلم يجز] ، ورسم في (ص) مكان النقط : [السا] وفي (م) ، (ع) : مكانه بياض ، وفي (ص) : [فيقرضه] ، مكان : [يتعرضه] ، ولعل الصواب : [يعترضه] وهو المثبت .

١١١٧٢ - ولأنه لا يخلو أن يكون عليه [الصلاة و] السلام سئل عن بيع الرطب متساويًا أو متفاضلًا ، ولا يجوز أن يكون السؤال عن بيع أحدهما بالآخر متساويًا ؛ لأن نقصانه عنه بعد الجفاف يعلم ضرورة ، فلا يجوز أن يستفهمه رسول اللَّه ﷺ ، بقي أن يحتمل أنه سئل [١] عن ذلك متفاضلًا ، فقال : « إذا نقص فلا إذن » ، لما فيه من إضاعة المال [٢] من غير عوض ، وهذا كان قبل نزول تحريم الربا ، وإنما سألوه عن ذلك لما فيه من إضاعة [٣] المال .

١١١٧٣ - فإن قيل : قوله [عليه الصلاة والسلام] : « أينقص [٤] الرطب إذا جف ؟ » تقرير [٥] لهم على ما علمه وعلموه ليبين أنه العلة .

١١١٧٤ - قلنا : ظاهر الاستفهام : أنه سؤال عما لم يعلم ، وحمله على التقرير ترك الظاهر ، فلا يجوز بغير دليل .

١١١٧٥ - فإن قيل : الظاهر أنهم يسألونه عن الأحكام الشرعية .

١١١٧٦ - قلنا : تحريم إضاعة المال حكم عُلم بالشريعة ، ولولاها لم يمنع دليل العقل عنه ، فلم يقع السؤال عندنا إلا عن حكم يستفاد بالشريعة ويعلم بها .

١١١٧٧ - احتجوا : بما روى عبيد اللَّه [٦] بن عمر ، عن نافع ، عن ابن عمر رضي الله عنهما : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر [بالتمر] [٧] كيلًا ، وعن بيع العنب بالزبيب كيلًا ، وعن بيع الحنطة بالزرع كيلًا [٨] » .

١١١٧٨ - قلنا : المراد بالتمر الرطب المثبت [٩] على النخل إذا بيع كيلًا ، وعن

---

(١) في (م) ، (ع) : [نفي أن يحتمل على] ، مكان : [بقي أن يحتمل] ، وفي (ع) : [أن يسئل] ، مكان : [أنه سئل] .

(٢) في (ع) : [الما] ، مكان : [لما] ، وفي (ص) : [الماء] ، مكان : [المال] .

(٣) في (م) ، (ع) ، وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [تصييع] ، مكان : [إضاعة] والمقصود المال ، وهو ما أثبتناه .

(٤) في (ع) : [أينتقص] .

(٥) في (ص) ، (م) : [تقريرًا] .

(٦) في جميع النسخ : [عبد اللَّه] ، وما أثبتناه من صحيح مسلم ، وسنن أبي داود ، ومعاني الآثار للطحاوي .

(٧) في جميع النسخ : [التمر] ، مكان : [الثمر] المثبت ، والزيادة من سنن أبي داود

(٨) أخرجه أبو داود بهذا الإسناد واللفظ في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في المزابنة » (٢٤٧/٢) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب العرايا » (٣٢/٤) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » (١١٧١/٣) ، الحديث (١٥٤٢/٧٣) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب المزابنة » (٢٢/٢) .

(٩) في (م) ، (ع) : [المشتهر] ، وهو تصحيف ، وفي (ص) : [المشتهى] ، والمقصود : المثبت على النخل .

الحنطة بالزرع كيلًا .

والدليل على ذلك شيئان ، أحدهما : أن إطلاق الثمر يتناول ما كان على الشجر ، ولهذا قال / عليه [الصلاة و] السلام : « لا قطع في ثمر »(١) . /أ

والثاني : أنه نهى عنه كيلًا ، والصفة ترجع إلى ما دخلت عليه الباء ، فكأنه نهى عن بيع تمر غير مكيل بتمر مكيل ، وهذا معنى نهيه عليه [الصلاة و] السلام عن بيع الزرع بالحنطة كيلًا ؛ لأن الكيل يصح في الحنطة دون الزرع ؛ يبين ذلك : أن النهي عن بيع الرطب بالتمر لا يشترط فيه الكيل عندهم ؛ لأنه لا يجوز كيلًا وغير كيل ، إنما يختص النهي عندهم كيلًا لما كان على النخل ؛ لأنه يجوز خرصًا .

١١١٧٩ - قالوا : روي سهل بن أبي حثمة(٢) : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الرطب بالتمر ، وأرخص في العرايا أن تباع بخرصها رطبًا يأكلها أهلها تمرًا(٣) » .

١١١٨٠ - قلنا : إنما يتناول التمر الرطب على النخل ، بدلالة : أنه استثنى من جنس المستثنى منه .

١١١٨١ - وقد نقل أبو داود هذا الخبر ، فذكر فيه « أنه نهى عن بيع البيضاء بالسلت »(٤) ، قياسًا على ما نهى عنه النبي ﷺ عن بيع الرطب بالتمر ، ولا مخالف له .

١١١٨٢ - قلنا(٥) : لم ينتشر هذا القول فيكون إجماعًا .

١١١٨٣ - وتقليده لا يلزمنا ؛ لأن قوله عليه [الصلاة و] السلام : « التمر بالتمر » قد أفاد بيع الرطب بالتمر ؛ لأنه تمر وإن انفرد باسم .

١١١٨٤ - قالوا : جنس فيه الربا ، بيع منه ما هو على هيئة الادخار بما ليس على

---

(١) أخرجه أصحاب السنن الأربعة : أبو داود في كتاب « الحدود » ، باب « ما لا يقطع فيه » (٤٩٠/٢) ، والترمذي في « كتاب الحدود » ، « باب ما جاء لا قطع في ثمر ولا كثر » (٥٢/٤ ، ٥٣) ، الحديث (١٤٤٩) ، والنسائي في « كتاب قطع السارق » (٨٦/٨-٨٨) ، وابن ماجه في « كتاب الحدود » ، « باب لا يقطع في ثمر ولا كثر » (٨٦٥/٢) ، الحديث (٢٥٩٣) .

(٢) في (ع) : [حمرة] ، مكان : [حثمة] ، وهو خطأ .

(٣) أخرجه البخاري بلفظ : « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر ، ورخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبًا » في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة » (٢٢/٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب بيع العرايا » (٢٤٧/ ، ٢٤٨) .

(٤) في جميع النسخ : [بالسلب] والصواب ما أثبتناه .

(٥) في (ص) : [قالوا] ، مكان : [قلنا] .

هيئة الادخار على صفة يتفاضلان حال الادخار ، فوجب أن يكون باطلًا ، أصله : بيع الحنطة بدقيقها وسويقها .

١١١٨٥ - قلنا : يبطل ببيع التمر المسوس بالحديث ، فإن الجديد [١] على هيئة الادخار ، والعتيق ليس على هيئة الادخار ، فهما يتفاضلان في حال الادخار .

١١١٨٦ - ويبطل بالجديد والعتيق والحنطة الحديثة ، وهذا يجوز بالنص والإجماع ، فدل ذلك على بطلان هذا المعنى .

١١١٨٧ - ولأن المعنى في الحنطة بالدقيق : تفاضلهما [٢] في الدقيق حال العقد ؛ لأن الدقيق المعقود عليه هو موجود في البدل الآخر على وجه يجوز اعتبار المماثلة معدومة [٣] .

يبين ذلك : أن مماثلة الكيل تقع من غير فقد جزء ولا انضمام [٤] جزء ، وأما الرطب فيزول التساوي بفقد أجزاء ذات [٥] مال معقود عليه ، يقصد بالعقد ، ويوجد عنه الإعراض ، والتفاوت الذي يحصل بفوات جزء من المبيع [٦] لا يؤثر في العقد ، كبيع التمر الحديث بالعتيق .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [بالجديد فإن الجديد] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الدقيق] بدون الباء ، وفي (ع) : [يفاضلها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [معدودة] ، مكان : [معدومة] .

(٤) في (ع) : [لا انضمام] بدون الواو .

(٥) في (م) ، (ع) : [بعقد] ، مكان : [بفقد] ، وفي جميع النسخ : [ذو] ، مكان : [ذات] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) في (م) ، (ع) : [البيع] .

مسألة ٥٨٥

بيع الرطب بالرطب

١١١٨٨ - قال أصحابنا : يجوز بيع الرطب بالرطب متساويًا (١) .

١١١٨٩ - وقال الشافعي : لا يجوز (٢) .

لنا : أنهما جنس واحد على صفة واحدة ، كالتمر بالتمر .

ولأن الرطوبة التي فيهما مقصودة بالعقد ، فجاز بيع أحدهما بالآخر ، كاللبن باللبن .

١١١٩٠ - فإن قيل : عامة منافع اللبن توجد حال رطوبته ، فاعتبر التساوي في هذه الحالة التي هي حال كماله ، وعامة منافع الرطب تحصل حال جفافه ، فكانت تلك حال الكمال فاعتبر التساوي .

١١١٩١ - قلنا : هذا يبطل بالعرايا .

١١١٩٢ - فإن قيل : لا يجوز العقد حتى يغلب في الظن أنهما يتساويان حال الجفاف .

١١١٩٣ - قلنا : التساوي الذي تتعلق صحة العقد به هو الكيل والوزن دون الحزر والظن (٣) .

ولأن عامة منافع اللبن طريًا توجد (٤) حال رطوبته ، وكذلك عامة منافع الرطب ، فأما بالادخار : فاللبن والتمر توجد (٥) منافعهما بعد الجفاف ، فإنهما اتفقا في الاسم والصفة والمقدار ، فالتفاوت في الثاني لا يؤثر ، كالحنطة بالحنطة .

١١١٩٤ - قلنا : قوله [عليه الصلاة والسلام] : « أينقص الرطب إذا جف » (٦) ،

---

(١) راجع المسألة في : بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، فصل « وأما شرائط الصحة » (١٨٨/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الربا » (٣٠/٧-٣٢) ، العناية مع الهداية « باب الربا » (٣٧٢/٧-٣٧٤) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٨١/٢) ، رد المحتار مع الدر المختار ، « باب الربا » (١٩٣/٤) .

(٢) راجع المسألة في : الأم (٢٤/٣ ، ٢٥) ، وفي باب بيع الآجال » (٧٩/٣) ، مختصر المزني « باب الربا وما لا يجوز بعضه ببعض متفاضلًا » و « باب بيع اللحم باللحم » ص٧٧ ، المهذب مع المجموع « باب الربا » (٤٣٣/١٠ وما بعدها) ، حلية العلماء « باب الربا » (١٧٢/٤ ، ١٧٣) ، نهاية المحتاج « باب الربا » (٤٣٥/٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الحرز والطعن] ، مكان : [الحزر والظن] ، وهو تصحيف .

(٤ ، ٥) في (م) : [يوجد] .

(٦) تقدم تخريجه مطولًا بهذا اللفظ في مسألة (٥٨٤) .

فقد تكلمنا عليه .

ولأن النبي ﷺ جعل المؤثر نقصان الرطب ؛ لأنه لا حمال [١] من كل واحد منهما .

١١١٩٥ – قالوا : جنس فيه ربا ، فلا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مثلًا بمثل ، وإن كان متفاضلًا أو مجهول التفاضل لا يجوز [٢] .

١١١٩٦ – قلنا : يبطل بالعرايا ، وبالتمر الحديث بالحديث ، فإن كل واحد منهما ينقص ، ومقدار النقصان غير معلوم .

١١١٩٧ – قالوا : النقصان حال الادخار منصوص عليها .

١١١٩٨ – قلنا : فيها وجهان ، أحدهما أنها لا تنتقص وتخص [٣] ، والثاني : أنها تبطل بالنقص ، كالمستخرجة .

١١١٩٩ – قالوا : هذه العلة لا تنتقص [٤] ؛ لأن النبي ﷺ اعتنبر نقصان ما لم يبلغ حال الادخار ، فصارت العلة ذات وصفين .

١١٢٠٠ – قلنا : العلة التي في الخبر نقصان الرطب ، وأنه لم يبلغ في حال الادخار صفة الأصل المعلل ، فلا يلحق بالعلة ويصير وصفًا فيها [٥] حتى لا يدخل النقص عليها .

* * *

(١) في (ص) : [لا حمال] بالحاء المهملة ، وفي (م) ، (ع) : [لا جمال] بالجيم المعجمة ، ولا يستقيم المعنى في كلتا الحالتين ، لعلها محرفة ، أو سقطت عبارة ما .

(٢) في (م) ، (ع) : [لم يصح] ، مكان : [لا يجوز] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٣) في (م) : [لا ينتقص] ، وفي (م) ، (ع) : [ويخص] .

(٤) في (م) : [لا ينتقض] .

(٥) في (م) ، (ع) : [منها] .

مسألة ٥٨٦

الدراهم والدنانير عند تعينها بالعقد

١١٢٠١ - [قال أصحابنا] (١) : الدراهم والدنانير إذا تعينت بالعقد : لم تتعين ، ووقع العقد على مثلها في الذمة .

١١٢٠٢ - وكان أبو الحسن (٢) يقول : تتعين ويتعلق العقد بها وعلى (٣) مثلها في الذمة ، لكن للمشتري أن يعطي غيرها ؛ لأنها لم تملك ، كالبدل المشروط فيه الخيار (٤) .

١١٢٠٣ - وقال الشافعي : تتعين ولا يملك غيرها (٥) .

١١٢٠٤ - وفائدة الخلاف : أن عندنا يجوز التصرف فيها ، وللمشتري دفع غيرها ، وإن هلكت لم ينفسخ العقد .

١١٢٠٥ - لنا : قوله تعالى ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ ﴾ (٦) ، وقال

---

(١) الزيادة أثبتناها تمشيًا مع منهج المصنف .

(٢) هو عبيد اللّٰه بن الحسين ، أبو الحسن الكرخي ، وقد تقدمت ترجمته في مسألة (١٠٠) .

(٣) في (م) ، (ع) : [على] بدون الواو .

(٤) قال السمرقندي في تحفة الفقهاء بعد أن ذكر المسألة : « وبيان ذلك : أن من باع عبدًا بألف درهم وعينها في المجلس فإن البائع لا يستحق عينها ، حتى لو أراد المشتري أن يمنعها ويرد غيرها ، له ذلك ولكن تتعين في حق الجنس حتى تجب عليه الدراهم ، وتتعين في حق القدر حتى تجب عليه ألف درهم ، وتتعين في حق الصفة حتى إن الدراهم المعينة في العقد إذا كانت جيدة يجب عليه مثلها جيدة ، وإن كانت رديئة فكذلك . والصحيح قولنا ؛ لأنه لا فائدة في استحقاق عينها في المعاوضات ، فكان التعيين وتركه سواء في حق استحقاق العين ، فأما في تعيين الجنس والقدر والصفة ، ففيه فائدة فتتعين » . راجع : أحكام القرآن للجصاص ، في « سورة يوسف » (١٧٠/٣) ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٤١٧/١) ، المسألة (٢٣٢٥) ، تحفة الفقهاء « باب الشراء والبيع » (٣٨/٢) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب الصرف » ص٣٥٣ - ٣٥٧ ، بدائع الصنائع « فصل : وأما حكم البيع » (٢٣٣/٥ ، ٢٣٤) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب الصرف » ص٣٢٧ ، ٣٢٨ .

(٥) في (م) ، (ع) : [يتعين] ، وفي جميع النسخ : [ويملك غيرها] إلا أن في (م) : [تملك] ، مكان : [يملك] والصواب ما أثبتناه بزيادة : [لا] . راجع تفصيل المسألة في : المنتقى في بيع الذهب بالورق عينًا وتبرًا » (٢٦٨/٤) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، في « سورة يوسف » (١٥٦/٩ ، ١٥٧) ، الإفصاح « باب الربا » (٣٣٧/١) ، المغني « باب الربا والصرف » (٥٠/٤ ، ٥١) ، الإنصاف » باب الربا والصرف » (٥٠/٥ ، ٥١) .

(٦) سورة يوسف : الآية ٢٠ .

الفراء [١] : الثمن ما كان في الذمة فتسمية اللَّه تعالى لها ثمنًا يقتضي أن تكون [٢] ثمنًا أبدًا ، وقول الفراء يقتضي أن كل ثمن في الذمة ، فاقتضى مجموع الأمرين أن الدراهم وإن عينت فالبيع يثبت في الذمة .

١١٢٠٦ - فإن قيل : من أين لكم أن الثمن كان معينًا ، .

١١٢٠٧ - قلنا : بقوله [٣] تعالى ﴿ دَرَٰهِمَ مَعۡدُودَةٖ ﴾ ، والعد لا يكون إلا من عين .

١١٢٠٨ - قالوا : قول الفراء يقبل في اللغة ، فأما في الأحكام : فلا .

١١٢٠٩ - قلنا : لم يرجع إليه لأمر اسم ؛ لأن الآية دلت أن الدراهم ثمن ، وكلام الفراء دل على أن الثمن في الذمة ، وهو حجة في بيان الأسماء .

١١٢١٠ - ويدل عليه : ما روي عن ابن عمر ﵄ : « أنه قال لرسول اللَّه [صلى لله عليه وسلم] : أترى أبيع [٤] الإبل في البقيع بالدراهم فآخذ بها الدنانير ، وربما أبيعها بالدنانير وآخذ بها الدراهم ؟ ، فقال عليه [الصلاة و] السلام : لا بأس إذا افترقتما وليس بينكما شيء » [٥] ، ولم يفصل بين أن يقع العقد بها معينة [٦] أو في الذمة .

١١٢١١ - ويدل عليه : إجماع الأمة عملًا في الاستدلال ؛ وذلك لأنهم يبيعون بالدراهم المعينة فيجدون فيها الزيوف فيبدلونها ، ولا يعدون ذلك فسخًا .

١١٢١٢ - فإن جوز مخالفنا ذلك لم يصح أصله ؛ لأن [٧] ما تعين إذا رد بالعيب انفسخ فيه ، وإن لم يجوزه خالف إجماع الأمة .

ولأنه ثمن ؛ فكان محله الذمة ؛ أصله : المطلق .

---

(١) سبقت ترجمته في مسألة (٤١٨) ، وقد ذكر الجصاص قول الفراء في أحكام القرآن (١٧٠/٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يكون] ، والضمير في قوله : [لها] عائد إلى الدراهم المذكورة في الآية .

(٣) في (م) ، (ع) : [لقوله] .

(٤) في (ع) : [بيع] ، مكان : [أبيع] .

(٥) أخرجه أبو داود مطولًا في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في اقتضاء الذهب من الورق » (٢٤٥/٢ ، ٢٤٦) ، والنسائي نحوه في المجتبى « كتاب البيوع » ، في « بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة » ، وفي « أخذ الورق من الذهب » (٢٨١/٧ ، ٢٨٣) ، والطيالسي في المسند ص ٢٥٥ ، الحديث (١٨٦٨) ، وأحمد في المسند (١٣٩/٢) ، والدارمي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب الرخصة في اقتضاء الورق من الذهب » (٢٥٩/٢) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٤٤/٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » باب اقتضاء الذهب من الورق » (٢٨٤/٥) .

(٦) في (م) ، (ع) : [بعينه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [كان] ، مكان : [لأن] .

١١٢١٣ - ولأنها دراهم جعلت تبعًا في البيع ؛ فكان محلها الذمة ، أصله : إذا أطلقها .

١١٢١٤ - ولا يلزم الدراهم الأجبية [١] وما أشبهها ؛ لأنها تثبت في الذمة ، فله أن يعطي مثلها من غير تعيين ولا صفة ، وما صح [٢] العقد عليه إذا أطلقه ولم يعينه ولم يصفه [٣] ، ولم يتعين بالبيع وإن عينه ، كالميزان ، والمكيال [٤] .

١١٢١٥ - فإن قيل : العقد على قفيز من صبرة يصح من غير تعيين ، ولو عينه تعين .

١١٢١٦ - قلنا : إذا أشار إلى صُبرة فقد عين المبيع ضربًا من التعيين ؛ ألا ترى : أنه لو [لم] يضف العقد إلى الصبرة لم يجز ، ونحن قلنا : ما صح العقد إن لم يقيده ولم يصفه [٥] .

١١٢١٧ - قالوا : النكاح عندكم يجوز على عبد مطلق ، ولو عينه لتعين .

١١٢١٨ - قلنا : نحن قيدنا الحكم بالبيع ، فلا يلزم النكاح . ومن طريق المعنى لا يلزم ؛ لأنا قلنا : ما صح العقد عليه إن لم يعينه ، والنكاح لا يصح في العقد إلا بالتعيين ، فإن أطلقه وقع العقد عليه أو على قيمته .

١١٢١٩ - ولا يلزم الوصية واليمين ؛ لأن [٦] كل واحد منهما ينعقد على المطلق من الدراهم والأعيان ، فإن عينه تعين ؛ لأنا قيدنا [المسألة] [٧] ، فقلنا : بيع .

ومن طريق المعنى لا يلزم ؛ لأن الوصية موضوعها أن تتعلق [٨] بالأعيان ، ألا ترى : أنها لا تثبت في الذمة ، وإنما تتعلق بالتركة [٩] فإذا تعلقت عند إطلاقها بالأعيان فأولى بها إذا عينها .

ولأن معنى قولنا : إن ما صح العقد مع إطلاقه لم يتعين بالبيع وإن عين ؛ لأن [١٠] الجهالة تؤثر في بدل البيع والإطلاق سواء صح الإطلاق [١١] أو لم يصح .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الأجبة] ، الأجبية ، والجباية : استخراج الأموال من فطانها وجمعها . انظر : لسان العرب (٥٤١/١) ، المصباح المنير (٨٨/١) .

(٢) في (ع) : [ما صح] بدون الواو .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلم يصفه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الكيل] .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) وفيهما : [فإن لم يقيده ولم يضفه] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [أن] .

(٧) في سائر النسخ : [اللغة] ، ولا يستقيم المعنى بها .

(٨) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

(٩) في (م) ، (ع) : [بأكثره] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [أن] .

(١١) في النسخ جميعها : [والإطلاق سواء لم يصح الإطلاق] ، ولا معنى لهذه العبارة ، ولذلك أبدلنا بها ما أثبتناه ، مما عساه أن يوافق المقصود .

١١٢٢٠ - وهذا المعنى لا يوجد في الوصية والنكاح ؛ لأن الجهالة لا تؤثر (١) في بدل النكاح ، ولا فيما يقع الوصية به ، فإن عين تعين ، وإن أطلق صح مع جهالته ؛ لأن الجهالة غير مؤثرة فيهما .

١١٢٢١ - وعلى هذا اليمين لا تؤثر الجهالة فيها ، فلذلك تعين المحلوف عليه ، إن قُدِّر اليمين على مطلقه وإن شئت قلت : لو تعينت الأثمان بالبيع لم ينعقد عليها مطلقًا ، كالعروض .

١١٢٢٢ - فإن قيل : إنما يصح العقد عليها مطلقًا للعرف في نقد البلد ، ولذلك لو كانت النقود (٢) لم يصح إطلاقها ، ولو كان في بلد عُرْفٌ لنوع من العُرُوض فعقد عليها ؛ جاز إطلاق العقد عليها .

١١٢٢٣ - قلنا : الأصح الإطلاق لعدم [اختلافها ، ولهذه العلة لا تتعين (٣) إذا عرض تعيينها ، فأما العُرُوض : إذا حصل فيها عرف يجوز معه العقد عليها] (٤) مطلقا لم تتعين (٥) عندنا .

ولأن الأثمان من نوع واحد ، فلا فائدة في تعيينها ؛ لأن الأغراض فيها لا تختلف (٦) ، وكل تعيين لا فائدة فيه ، فإنه لا يتعين بالعقد (٧) ، كمن استأجر أرضًا ليزرع فيها حنطة جاز أن يزرع الشعير ، ومن استأجر دابة ليحمل عليها هذه الحنطة جاز أن يحمل عليها مثلها ، ومن ابتاع بهذا الميزان / جاز أن يزن بغيره .

١٣٣

١١٢٢٤ - فإن قيل : في تعيينها فائدة وهو أن يكون حلالًا .

١١٢٢٥ - قلنا : إذا أخذ من جملة دراهم درهمًا ابتاع به ؛ تعين عندكم ، ولم يجز دفع غيره منها وإن ساواه في الحل وفي كل صفاته .

١١٢٢٦ - فإن قيل : إذا تعين فسد العقد بهلاكه .

---

(١) في (م) : [لا يؤثر] .

(٢) في (م) ، (ع) : [وكذلك] وفي سائر النسخ : [للنقود] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يتعين] .

(٤) في جميع النسخ : [عليه] ، والصواب : [عليها] ؛ لأن الضمير عائد إلى : [العروض] ، وما بين القوسين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يتعين] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الأعراض فيها يختلف] .

(٧) قاعدة : « الأثمان من نوع واحد فلا فائدة في تعيينها ؛ لأن الأغراض فيها لا تختلف ،وكل تعيين لا فائدة فيه فإنه لا يتعين بالعقد » .

١١٢٢٧ - قلنا : الفائدة تُطلب لتصحيح العقود لا لإفسادها [١] .

١١٢٢٨ - فإن قيل : الفائدة أن يكون البائع أحق بها عند فلس [٢] المشتري .

١١٢٢٩ - قلنا : هذه الفائدة لا تعود إلى [٣] العقود وإنما تطلب لأمر بعده ، وفوائد العقود تطلب حال العقد [٤] .

ولأن هذا التوثق حاصل للبيع ما دام المبيع [٥] في يده ، فإذا فعله فقد أسقط حقه فلم يلزم حكم العقد أن يثبت له نوع آخر من التوثق .

١١٢٣٠ - قالوا : فما ذكرتموه يَبْطُل بصُبْرة طعام قسَّمها وباع أحد جزئيها [٦] ، أوزق [٧] زيت باع أحد قسميه ، فإنه يتعين ، ولا فائدة في تعيينه ؛ لأن كل واحد من ذوي الجملة سواء ، وكذا سنجات الدوانيق تتعين ولا غرض [٨] فيها .

١١٢٣١ - قلنا : إنما يتعين ذلك لتصحيح العقد ، فلو لم يتعين [٩] لبطل ؛ لأنها لا تثبت في الذمة إلا بشرائط السلم ، أو تكون [١٠] جزءا من جملة المشار إليه ، مثل أن يقول : قفيزًا من هذه الصبرة .

١١٢٣٢ - فإن قيل : الدراهم تتعين [١١] بالوصية .

١١٢٣٣ - قلنا : فيه فائدة ؛ لأنه إذا أطلقها ضرب الموصي بها [١٢] وإن زادت على

---

(١) في (م) : [لإفسادها] ، بدون : [لا] ، وفي (ع) : [لا إفسادها] ، مكان : [لا لإفسادها] ، قاعدة : « الفائدة تطلب لتصحيح العقود لا لإفسادها » .

(٢) في (ع) : [تلبس] . (٣) قوله : [تعود إلى] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) قاعدة : « فوائد العقود تطلب حال العقد » . (٥) لفظ : [المبيع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [أحديهما] ، مكان : [أحد جزئيها] .

(٧) والزِّق - بكسر الزاي - : وعاء من جلد يتخذ للشراب ونحوه ، والجمع : أزقاق ، وزقاق ، وزقان ، وأزق . راجع : لسان العرب ، مادة : « زقق » (١٨٤٥/٣) ، المعجم الوسيط (٣٩٧/١) .

(٨) في (ص) : « سنحاب » ، مكان : « سنجات » ، وفي (م) ، (ع) : « يتعين ولا عرض » ، مكان المثبت . وسنجات : جمع سَنْجة ، وتجمع أيضًا على سِنج والسنجة : هي ما يوزن به . راجع : المعجم الوسيط (٤٥٥/١) . ودوانيق : جمع دانِق - بفتح النون وكسرها- وتجمع أيضًا على دوانق ، والدانق : من الأوزان سدس الدرهم . راجع : لسان العرب ، مادة : « دنق » (١٤٣٣/٢) ، المصباح المنير (١٨٩/١) ، المعجم الوسيط (٢٩٨/١) .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولو لم يتعين] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [إلا شرائط السلم أو يكون] ، مكان المثبت .

(١١) في (م) : [يتعين] .

(١٢) في (م) : [لها] وفي (ع) : [له] ، مكان : [بها] ، ومعناه : حدد الدراهم الموصى بها في جملة ما معه من الدراهم ، طبقا لصيغة الوصية .

الثلث ، فإن عينها لم يضرب فيما زاد على الثلث .

١١٢٣٤ – وإن شئت قلت : ما لا يكون في تعيينه فائدة تعود إلى تصحيح البيع لا يتعين بالإشارة ، كالمكيال ، والميزان .

١١٢٣٥ – فإن قيل : إذا عين المكيال فسد العقد .

١١٢٣٦ – قلنا : فقد سلمتم الحكم ، وهو أنه لا يتعين حتى يجب عليه أن يزن أو يكيل منه .

١١٢٣٧ – فإن قيل : المعنى في الإجارة يقصد به تقدير المنفعة ، فلذلك جاز مثلها أو دونها .

١١٢٣٨ – قلنا : إنما كان كذلك ؛ لأنه لا فائدة في التعيين ، وهذا موجود في الدراهم ؛ ولأن سبب الاستحقاق ما هو من جنس الأثمان في الذمة مطلقًا ، فلم يتعين ، كالاستهلاك .

١١٢٣٩ – احتجوا : بحديث عبادة بن الصامت ﷺ : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الورِق بالورِق ، ولا البر بالبر ، ولا الشعير بالشعير ، ولا التمر بالتمر ، ولا الملح بالملح ، إلا سواء بسواء ، عينًا بعين [(١)] ، وهذا يدل على تعيينها [(٢)] ، وأجرى الأثمان مجرى غيرها من الأعيان .

١١٢٤٠ – قلنا : إطلاق الذهب والفضة يتناول غير المضروب [(٣)] ، وذلك يتعين عندنا .

١١٢٤١ – ولأنه عليه [الصلاة و] السلام جعل التعيين شرطًا ، وذلك غير مشروط في الأثمان إلا عند القبض ، وعندنا أنها تتعين [(٤)] بالقبض .

١١٢٤٢ – وعلى قول أبي الحسن تتعين [(٥)] ، لكن أعيانها غير مملوكة ، وليس البر من المتعين ، فإذا قلنا به وكان الخلاف في غيره سقط الاستدلال .

١١٢٤٣ – فأما قولهم : إنه أجرى الأثمان مجرى الأعيان ؛ فكذلك يقول أبو الحسن : إنها تتساوى [(٦)] في التعيين .

١١٢٤٤ – فأما على الطريقة الأخرى : فالمراد بذكر العين عدم النَّساء ، وذلك

---

(١) تقدم تخريجه في مسألة (٥٧٦) . (٢) في (م) : [تعينها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [المصروف] ، وهو تصحيف .

(٤) في (م) : [يتعين] . (٥) في (م) ، (ع) : [يتعين] .

(٦) في (م) : [يتساوى] .

تأكيدًا [١] لقوله [عليه الصلاة والسلام] : « يدًا بيد هاء وهاء » [٢] ، وقد سمي النقد عينًا لأنه ضد الدين .

١١٢٤٥ - قالوا : كل ما تعين بالقبض جاز أن يتعين بالعقد ، كغير الأثمان [٣] .

١١٢٤٦ - قلنا : إنما تعينت بالقبض لأنها لو لم تتعين [٤] بطل المعنى المقصود بالقبض . ألا ترى : أنه يقبض ليستقر ملكه ويجوز تصرفه ، ولو [٥] لم يتعين جاز للبائع أن يتصرف فيه ، فبطلت هذه الفائدة ، ولا فائدة في التعيين بالعقد تعود [٦] إلى العقد على ما بينا فلم يتعين .

١١٢٤٧ - والمعنى في غير الأثمان : أنها لو لم [٧] تتعين لم يجز البيع عليها مطلقًا ، ولما جاز على مطلق الثمن دل على أنه لا يتعين .

١١٢٤٨ - وقد ناقض أصحابنا هذه العلة بالمسلم فيه ؛ لأنه يتعين بالقبض ولا يتعين بعقد السلم .

١١٢٤٩ - قالوا : يتعين إذا بيع .

١١٢٥٠ - قلنا : النقض أنه يتعين كالقبض عن عقد ؛ لأنه لا يتعين بذلك العقد .

١١٢٥١ - فإن قلتم : إنه يتعين لمصيره إلى القبض [٨] .

١١٢٥٢ - قلنا : الدراهم تتعين [٩] بعقد الوصية ، وإن لم تتعين بالبيع .

١١٢٥٣ - قالوا : كل ما [١٠] تعينت به الأثمان تضمن به الأثمان ، كالقبض .

١١٢٥٤ - قلنا : قد تكلمنا على هذه العلة وأصلها ، وتنتقض [١١] هذه العلة بالجناية ؛ لأن [١٢] قطع الطرف يعتبر به ولا يعتبر به الأرش ، والسرقة معتبر بها قطع

---

(١) في (م) ، (ع) : [وكذلك تأكيد] مكان المثبت .

(٢) سبق تخريجه في مسألة (٥٧٦) .

(٣) قاعدة : « كل ما تعين بالقبض جاز أن يتعين بالعقد » .

(٤) في (م) : [لم يتعين] .

(٥) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [يعود] .

(٧) قوله [لم] : أثبتناها لاستقامة المعنى .

(٨) في سائر النسخ : [لمصير] وزدنا ما بين القوسين ليستقيم المعنى .

(٩) في (م) : [يتعين] ، وهو ساقط من (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [كلما] .

(١١) في (ع) : [تنتقض] .

(١٢) لفظ : [لأن] ساقط من (م) ، (ع) .

الطرف ولا يتعين بها الضمان .

١١٢٥٥ - قالوا : الأثمان تتعين بالغصب ، والقبض ، والوكالات ، فكذلك البيع ، كغيرها .

١١٢٥٦ - قلنا : أما الغصب فلا يقع إلا في عين ولا يقع على (١) ما في الذمم ، فلو لم تتعين (٢) بالغصب خرجت من أن تكون مغصوبة وبطل ضمانها .

١١٢٥٧ - فإن قال الغاصب : لا فائدة في هذه الدراهم فخذ مثلها .

١١٢٥٨ - قلنا : بل فيه فائدة ؛ لأن حق المغصوب لا يسقط عن عينها مع بقاء العين على حالها (٣) ؛ لأنه لا يتعلق ابتداء بما في الذمة .

وكذلك الوديعة في هذا الحكم مثل الغصب ، فأما في الوكالة فيعتبر مثله ؛ لأنه إذا وكله أن يبتاع بهذه الألف فهلكت قبل تسليمها إلى الوكيل جاز أن يشتري له بألف مثلها .

١١٢٥٩ - وإنما قالوا : إذا سلمها للوكيل فهلكت بطلت الوكالة ؛ لأنها تعينت بالقبض كما يتعين البيع (٤) بالقبض .

١١٢٦٠ - قال أصحابنا : حكم الأثمان مفارق لغيرها ؛ بدلالة : جواز المضاربة بها خاصة . وذلك المعنى يعود إلى التعيين ؛ لأنها لا تتعين (٥) . فإذا اشترى المضارب ثبت (٦) الثمن مضمونًا في ذمته فجاز أن يستحق ربح ما ضمن ، والعروض تتعين فلا يستحق ربحها ؛ لأنه ربح ما لم يضمن ، فلو تعينت الأثمان [لم يجز المضاربة بها] (٧) كالعروض .

١١٢٦١ - قال ابن سريج (٨) : لو كانت الأثمان لا تثبت إلا في الذمة لوجب (٩)

---

(١) في (م) ، (ع) : [إلا على] بزيادة : [إلا] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لا تتعين] .

(٣) في (م) ، (ع) : [على حالها بطل العقد] ، بزيادة : [بطل العقد] وحذفها أنسب ، لذلك حذفناها من الصلب .

(٤) في (ع) : [تتعين] ، مكان : [يتعين] وفي (م) ، (ع) : [بالبيع] ، بزيادة : [الباء] .

(٥) في (م) : [لا يتعين] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يثبت] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [شريح] ، وهو تصحيف . وستأتي ترجمة ابن سريج في مسألة (٧٣٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [الأثمان ثبتت] ، بدون : [لا] ، ولفظ : [تثبت] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

إذا عينت بالعقد أن يبطل [١] ، كالسلم .

١١٢٦٢ - قلنا : الأصل غير مسلم ؛ لأنه إذا أسلم في غيره ولم يؤجلها جاز العقد وكان بيعًا ، وإن أجلها بطل العقد ؛ لأن الأعيان لا يصح تأجيلها .

١١٢٦٣ - قالوا : كعوض مشار إليه في عقد ، فوجب أن يتعين ، كسائر الأعواض .

١١٢٦٤ - قلنا : سائر الأعواض [٢] في تعينها فائدة تعود إلى [عقد البيع فتعينت ، والأثمان ليس في تعينها فائدة تعود إلى] العقد ، فلم تتعين [٣] .

* * *

(١) يعني العقد ، وقول ابن سريج ذكره السبكي في المجموع (١٠٠/١٠) .

(٢) لفظ : [الأعواض] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن قوله : [فتعينت] إلى قوله : [تعود إلى] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [فلم يتعين] .

مسألة ٥٨٧

بيع الدينار بدينارين ودرهم ، والدرهم بدرهمين ودينار

١١٢٦٥ - قال أصحابنا : إذا باع دينارًا بدينارين ودرهم ، ودرهما بدرهمين ودينار [١] ، جاز البيع ، وخولف بين البدلين ، فإذا باع عشرة دراهم ودينارًا بأحد عشر درهمًا : قسمت على الاعتبار ، فكانت العشرة بمثلها ، والدراهم بالدينار [٢] .

١١٢٦٦ - وقال الشافعي يقسم العوض على قيمة ما يقابله ويفسد العقد [٣] .

١١٢٦٧ - لنا قوله عليه [الصلاة و] السلام « الفضة بالفضة مثلًا بمثل » [٤] ، ظاهره يقتضي أن العشرة بمثلها ، فيبقى الدينار بالدرهم .

---

(١) في سائر النسخ : [ودرهما] ، مكان : [ودرهم] ، وقوله : [ودرهمًا] الثاني ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وقال الكاساني في بدائع الصنائع : « إذا قوبل بدل من جنس ببدل من جنسه أو ببدلين من جنسه ومن خلاف جنسه ، فأما إذا قوبل أبدال من جنسين مختلفين بأبدال من جنسين مختلفين ، فإن كان من غير أموال الربا فلا شك أنه يجوز ، وتقسم الأبدال من أحد الجانبين بالأبدال من الجانب الآخر قسمة توزيع وإشاعة من حيث التقويم ، وإن كان من أموال الربا ، فيجوز أيضًا عند أصحابنا الثلاثة ، ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس فيقسم قسمة تصحيح لا قسمة إشاعة وتوزيع، وعند زفر والشافعي: لا يجوز ويقسم قسمة توزيع وإشاعة من حيث القيمة ، كما في غير أموال الربا ، وبيان ذلك في مسائل : إذا باع كر حنطة وكر شعير بكري حنطة وكري شعير ، جاز عند علمائنا الثلاثة ، وتصرف الحنطة إلى الشعير والشعير إلى الحنطة ، وعندهما : لا يجوز ، وكذلك إذا باع درهمًا ودينارًا بدرهمين ودينارين ويصرف الدرهم إلى الدينارين ، والدينار إلى الدرهمين » .

(٢) راجع المسألة في : متن القدوري « كتاب الصرف » ص٤٠ ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، في آخر « فصل : وأما شرائط الصحة » (٥/١٩١ ، ١٩٢) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « كتاب الصرف » (٧/١٤٤-١٤٨) ، البناية مع الهداية « كتاب الصرف » (٧/٥١٤ - ٥١٨) ، مجمع الأنهر « كتاب الصرف » (٢/١١٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب الصرف » (٤/٢٤٩) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الخلافيات « كتاب البيوع » ، ورقة (٢٠٠أ ، ب) ، المهذب مع المجموع « باب الربا » (١٠/٣٠٦ وما بعدها) ، حلية العلماء « باب الربا » (٤/١٧٠ ، ١٧١) ، فتح العزيز « كتاب البيوع » ، « الباب الثاني في الفساد بجهة الربا » ، بذيل المجموع (٨/١٧٢) وما بعدها ، المنتقى في « المراطلة » (٤/٢٧٧) ، شرح الزرقاني « باب في البيع الشامل » (٥/٤١ ، ٤٢) ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (١/٣٢١-٣٢٣) ، المسألة (١٢) ، الإفصاح « باب الربا » (١/٣٣٦) ، المغني « باب الربا والصرف » (٤/٣٩) وما بعدها ، الكافي لابن قدامة « باب الربا » (٢/٥٨) ، الإنصاف ، « باب الربا والصرف » (٥/٣٣) .

(٤) قد سبق تخريجه مطولًا في المسألة (٥٧٦) .

١١٢٦٨ - وقال [ﷺ] : « إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ، يدًا بيد » (١) ، وكل ما جاز بيعه بجنسه جاز بيعه بجنسه وغير جنسه ، كالحديد والرصاص (٢) .

١١٢٦٩ - ولأنها عين يجوز بيعها ، فجاز بيعها بالفضة والذهب صفقة (٣) واحدة .

١١٢٧٠ - ولأن البدل إذا كان له حالتان إحداهما تؤدي إلى صحة العقد ، والأخرى إلى فساده ، كانت الحالة التي تؤدي إلى صحته (٤) أولى (٥) . أصله : إذا باعه (٦) بثمن مطلق أمكن حمله على ثمن البلد [فيصح] (٧) وأمكن حمله على غيره فيبطله ، فكان حمله على نقد البلد المؤدي (٨) إلى صحته أولى .

١١٢٧١ - ولأن عقود المسلمين محمولة على الصحة ما أمكن (٩) ، ومعلوم أنهما لو صرحا بالبدل على ما نقول صح العقد ، فالظاهر أنهما قصدا ذلك وعقد عليه .

١١٢٧٢ - ولأن تحريم التفاضل في الجنس الواحد لا يخفي على المسلمين .

١١٢٧٣ - ومعلوم أن غرض كل واحد من المتعاقدين حصول العوض الذي من جهة صاحبه ، فإذا كان حصل له على وجه مباح كان مباحا ولو يحصل له على (١٠) وجه محرم : فلا يجوز أن يجاز ؛ لأنه لا داعي إليه وله عنه صارف ، فكان الظاهر أنه قصد تحصيله بالوجه المباح دون غيره .

١١٢٧٤ - فإن قيل : هذا يبطل بمن باع درهمًا بدرهمين ؛ إذ يمكن أن يحمل على بيع درهم بدرهم وهبة درهم .

١١٢٧٥ - قلنا : يلزمهما عقد تبرع لم يقصداه . ثم لا يؤدي إلى الصحة ؛ لأن الهبة مشروطة في البيع ، ولو صرح بذلك لم يجز .

١١٢٧٦ - قالوا : إذا باع صاع تمر بصاعين يمكن أن يجعل النوى من كل واحد

---

(١) تقدم تخريج الحديث في المسألة (٥٨٣) .

(٢) قاعدة : « كل ما جاز بيعه بجنسه جاز بيعه بجنسه وغير جنسه كالحديد والرصاص » .

(٣) في (م) ، (ع) : [صفة] . (٤) في (م) ، (ع) : [صحة] .

(٥) قاعدة : « البدل إذا كان له حالتان ، إحداهما تؤدي إلى صحة العقد ، والأخرى إلى فساده كانت الحالة التي تؤدي إلى صحته أولى » .

(٦) لفظ : [باعه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٨) لفظ : [المؤدي] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) قاعدة : « عقود المسلمين محمولة على الصحة » . (١٠) الزيادتان من (م) ، (ع) .

[من البدلين] (١) بإزاء ما في الآخر من التمر .

١١٢٧٧ - قلنا : بيع النوى من التمر (٢) لا يصح ، فلو صرحنا بذلك لم يجز .

١١٢٧٨ - ولأن النوى غير مقصود بالعقد ، بدلالة : أنه لو ابتاع تمرًا فوجده بغير نوى لم يكن له خيار ، وما ليس بمعقود عليه لا يصح البدل عليه .

١١٢٧٩ - فإن قيل : إذا باع قفيز سمسم بقفيزين فهلا جوزتم العقد ، وجعلتم دهن كل واحد من العوضين (٣) في مقابلة كُسْب الآخر ؟ .

١١٢٨٠ - قلنا : بيع كُسْب (٤) السمسم لا يجوز ، فكيف يتقدر العقد بهذا حتى يصح .

١١٢٨١ - قالوا : فقد قلتم فيمن باع سمسمًا بدهن جاز البيع ، إن كان الدهن الذي في مقابلة السمسم أكثر من الدهن الذي في السمسم .

١١٢٨٢ - قلنا : لم نجعله تبعًا ، لكن الدُّهن لما وقع عليه العقد وفي عوضه دُهن ، كان من شرط صحة العقد المماثلة فيه ، وفي السمسم بالسمسم لم يتناوله العقد وبيعه لا يصح ، فلم تجز القيمة (٥) عليه .

١١٢٨٣ - فإن قيل : هذا يبطل بمن باع عبدًا بألف نسيئة (٦) ، ثم ابتاعه مع عبد آخر بألف ومائة نقدًا ، فالبيع فاسد عندكم / إذا كانت حصة العبد المبيع أقل من ألف ، ويمكن حمل العقد على الصحة فيجعل في مقابلته ألف ، والزيادة في مقابلة الآخر حتى يصح العقد . ١٣٤

١١٢٨٤ - قلنا : أما على الطريقة الأولى وهو قولنا : إن البدل إذا كان له حالتان (٧) فلا يلزم ؛ لأن ههنا للصحة أحوالا ، أحدها : أن يجعل في مقابلته (٨) ألفًا ، والثاني (٩) :

---

(١) الزيادتان من (م) ، (ع) .

(٢) قوله : [بيع النوى من التمر] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (ص) : [الموضعين] .

(٤) كسب بضم الكاف وسكون السين ، عصارة الدهن وثقله ، معرب وأصله بالفارسية : كشب بالشين المعجمة ، فقلبت الشين سينًا .

(٥) في (م) ، (ع) : [القسمة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بالغا كسبه] ، مكان : [بألف نسيئة] .

(٧) لفظ : [حالتان] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [مقابلة] ، بدون الهاء ، الراجعة إلى العبد المبيع في الأول .

(٩) أي العبد الآخر المبيع ثانيًا .

زيادة على ألف درهم ، وبدرهمين وبأكثر من ذلك كل واحدة من هذه الأحوال إذا حمل العقد عليها صح ، فإذا حملناه على جميعها حملناه على ثمن مجهول ، وإن حملناه على أحدها لم يكن بعضها أولى من بعض .

١١٢٨٥ - أما على الطريقة الثانية فهو أن المسلم إذا أمكنه تحصيل العوض حلالًا لم يجاوزه ، أما [١] حرامًا فلا يلزم . لأن هذا العاقد يجوز أن يكون قصد الحلال على مذهب من يجوِّز [٢] ابتياع ما باعه نساءً [٣] بأقل من ثمنه ، فلم يتعارض عنده الحلال والحرم ، بل اعتقد الحل من كل واحد من الأمرين ، وهذا [٤] لا يوجد في مسألتنا ؛ ولأنه لا وجه للحكم بإجماع إلا ما قدرناه .

١١٢٨٦ - فإن قيل : هذا الانفصال يبطل بمسألة ، وهي : أن من استأجر دارا بعشرة وأجرها بخمسة عشر لزمه أن يتصدق بالفضل عندكم ، ولو زاد فيها غلقًا [٥] ، طاب له الفضل ، وجعلتم الزيادة في مقابلة الغلق [٦] . ويجوز أن يكون العاقد [٧] قصد أن يستحل الزيادة [تقليدًا لمن يقول : إن إجارة ما استأجره بأكثر من أجرته جائزة .

١١٢٨٧ - قلنا : فنحن لا نجعل الزيادة في مقابلة] [٨] الغلق ، بدلالة : أن الدار لو استحقت سقطت الأجرة كلها ، ولو استحقت الأجرة كلها [٩] لم يَسْتَحِقّ شيئًا من الأجرة ، وإنما وجب أن يتصدق بالفضل ؛ لأنه ربح ما لم يملك ، فإذا زاد فيه شيئًا [١٠] منفعة ، وبعض المنافع مملوكة له ، فلم يلزمه أن يتصدق .

ويدل على ما قلناه : أن كل واحد من المتعاقدين ملك البدل جملة واحدة ، وإنما

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم نجزه] ، وفي (ص) : [لم يحبره] بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (م) ، ع) : [يقول يجوز] ، بزيادة : [يقول] .

(٣) في (م) ، (ع) : [شيا] . (٤) في (ع) : [ولهذا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [علفا] ، بالعين المهملة والفاء ، وهو تصحيف . والخلق الذي زاده بمعنى التكملة والتحسين . راجع : النهاية « باب الغين مع اللام » (٣٧٩/٣ ، ٣٨٠) ، لسان العرب ، مادة : « غلق » (٣٢٨٣/٥) .

(٦) في (م) : [العاقل] بالعين المهملة ، وفي (ع) : [العلف] الفاء .

(٧) في (م) ، (ع) : [العقل] ، مكان : [العاقد] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) زيادة : [ولو استحقت المعلوم] ، وفي (ص) زيادة : [ولو استحقت الغلق] ، وقد حذفناها مراعاة للسياق . (١٠) في (ع) : [يناله] .

يقسم أحد العوضين على الآخر لإحراز حقوق العقد وتحصيله عند الرد بالعيب وسقوط بعض البدل بالهلاك ، وإذا كانت القسمة تراد لتحصيل حقوق العقد لم يجز أن يثبت قسمة تؤدي إلى فساد العقد مع إمكان إثبات قسمة صحيحة ؛ لأن في هذه (١) القسمة إبطال العقد ، لحقوقه التي طلبت القسمة لتحصيلها .

١١٢٨٨ - احتجوا : بحديث فضالة بن عبيد ﷺ قال « أُتى رسول اللّه ﷺ عام خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز (٢) ابتاعها رجل بتسعة دنانير ، فقال عليه [الصلاة و] السلام : لا ، حتى تميز بينهما (٣) » .

١١٢٨٩ - قالوا : والحكم إذا نقل مع السبب فالسبب كالعلة للحكم (٤) .

١١٢٩٠ - الجواب : أن الخبر مشترك (٥) (في إفادة) الدليل ؛ لأن ظاهره يقتضي أنها إن مُيِّزتْ جاز بيعها بالذهب ، وعنده لا يجوز .

١١٢٩١ - فإن قيل : قوله « حتى تميز » إنما أراد به (٦) تميز العقد على أحدهما من الآخر .

١١٢٩٢ - قلنا : غلط ؛ لأنه (٧) ذكر في الخبر اختلاطَ الذهب بالخرز (٨) ، ومتى ذكر الاختلاط ، ثم ذكر التمييز ، فالظاهر أن المراد به : تمييز المختلط (٩) ، فأما أن يكون تمييز غيره فلا .

١١٢٩٣ - ولأنه لا خلاف أن العقد عليها يجوز قبل التمييز إذا باعها بغير جنسها ، وعندنا إذا علم ما فيها من الذهب فأعطى أكثر منه ، فصار تقدير الخبر عندهم : لا تباع بجنس

---

(١) في (ص) : [هذا] .

(٢) في جميع النسخ : [حرز] بالحاء المهملة وهو تصحيف ، والخرز : هو فصوص من حجارة ، وهي التي تنظم في سلك ليتزين بها ، واحدتها : خرزة . راجع : لسان العرب ، مادة « خرز » (١١٣٠/٢) ، المعجم الوسيط (٢٢٥/١) .

(٣) في جميع النسخ : [حتى يميز ما بينها] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . وحديث فضالة بن عبيد ﷺ أخرجه أبو داود مرفوعًا بهذا اللفظ باختلاف يسير في السنن ، « كتاب البيوع » ، « باب في حلية السيف تباع بالدراهم » (٢٤٥/٢) ، والدارقطني في السنن ، « كتاب البيوع » (٣/٣) الحديث (١ ، ٢) ، والبيهقي في الكبرى ، « كتاب البيوع » ، « باب لا يباع ذهب بذهب ومع أحد الذهبين شيء غير الذهب » (٢٩٣/٥) .

(٤) قاعدة : « الحكم إذا نقل مع السبب فالسبب كالعلة للحكم » .

(٥) في (م) ، (ع) : [مشتركة] .

(٦) في (ص) : [أنه] ، مكان : [به] .

(٧) لفظ : [لأنه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش

(٨) في جميع النسخ : [بالحرز] ، بالحاء المهملة ، والصواب ما أثبتناه .

(٩) في (م) ، (ع) : [المراد تميز اختلط] ، مكان المثبت .

ما فيها حتى تميز [١] ، وعندنا : لا تباع إذا جهل المقدار حتى تميز [٢] ، فكل منا لم يجعل الغاية غاية الحكم في جميع الأحوال ، وإنما جعلها غاية إذا وقع العقد على صفة مخصوصة ، فليس ما يقولونه أولى مما نقول [٣] ، وإنما ذكر عليه (الصلاة و) السلام التمييز ؛ لأن العادة أن وزن الذهب يعلم به ، وصحة العقد موقوفة على العلم بالوزن حتى يعطي أكثر منه .

١١٢٩٤ - فإن قيل : العقود محمولة على العادة [٤] . ومعلوم : أن الإنسان لا يبيع قلادة فيها ذهب وخرز [٥] بأقل من الذهب الذي فيها ، لا سيما [٦] والمشتري يقول : أنا قصدت الخرز [٧] وكيف يقصد عين الذهب ويبتاع بأقل من الذهب ؟ .

١١٢٩٥ - قلنا : إنما يكون ذلك إذا علم الوزن ، فأما إذا أخذهما من الغنيمة وهو يجهل وزن ما فيها فيجوز أن يبيعها على ظن أنه باع بأكثر مما فيها .

يبين ذلك : أن أبا داود ذكر هذا الخبر ، ثم روى عن فضالة بن عبيد قال : « اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر دينارًا فيها ذهب وخرز [٨] ، ففصَّلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر [دينارا] [٩] ، فذكرت ذلك للنبي ﷺ ، فقال : لا [تباع] حتى تفصَّل » [١٠] ، فدل أن ذهب القلادة كان أكثر ، وهذا يبين : أن الوزن لم يعلم ، وعندنا أن الوزن إذا لم يعلم إلا بالتفصيل لم يجز البيع .

١١٢٩٦ - وقولهم : إن هذا خبر آخر غلط ؛ لأن راوي كل واحد من الخبرين

---

(١) في (م) ، (ع) : [يميز] .

(٢) مذهب الأحناف وجوب التمييز فيما لو باع شيئًا مختلطًا بغيره بعوض من جنسه ، وذلك لضمان تقدير التماثل بين المتجانسين وإعطاء زيادة في الثمن في مقابل ما اختلط به .

(٣) في (م) ، (ع) : [فيما يقوله أولى ما نقول] ، مكان المثبت .

(٤) قاعدة : « العقود محمولة على العادة » .

(٥) في جميع النسخ : [حرز] بالحاء المهملة ، والصواب بالمعجمة .

(٦) في (م) : [لا سها] ، وفي (ع) : [لأنها] .

(٧ ، ٨) في جميع النسخ : بالحاء المهملة ، وهو تصحيف .

(٩) الزيادة من (م) ، (ع) .

(١٠) هذا الحديث أخرجه مسلم بهذا اللفظ ، في « كتاب البيوع » ، « باب بيع القلادة فيها خرز وذهب » (٦٩٤/١) ، ط دار الفكر ، ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في شراء القلادة وفيها ذهب وخرز » (٥٤٧/٣) ، الحديث (١٢٢٥) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » بيع القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب » (٢٧٩/٧) ، والبيهقي في « الكبرى « كتاب البيوع » باب « لا يباع ذهب بذهب مع أحد الذهبين شيء غير الذهب » (٢٩٣/٥) .

الصنعاني عن فضالة في بيع قلادة في يوم خيبر ، والظاهر أنها قصة واحدة .

١١٢٩٧ - وقد قال أصحابنا : إن قوله : « حتى تُفصَّل » تصحيف ، وإنما الخبر : حتى تفضل ، فيكون نص مذهبنا هو التمييز للتفضيل [(١)] .

١١٢٩٨ - فإن قيل : قد جعل عليه [الصلاة و] السلام الغاية التمييز ، وعندكم يجوز التمييز قبلها .

١١٢٩٩ - قلنا : إذا لم يعلم الوزن إلا بالتفصيل ؛ لم يجز البيع قبله ، كما أن عندكم الغاية لجواز العقد إذا وقع حكمه على جنس الذهب .

وإن أفرد كل واحد بعقد ، أو باع بعين الذهب جاز البيع قبل التمييز .

١١٣٠٠ - قالوا : جنس فيه الربا بيع مع غيره بشيء من جنسه ، فوجب أن يبطل العقد . أصله : إذا كان الثمن مثل الدين مع الثوب أو أقل .

١١٣٠١ - قلنا : يبطل إذا باع فضة وثوبًا بفضة يعلم عند العقد أنها إذا قسمت عليها أصاب الفضة مثل وزنها ، والمعنى فيه ، وهو الأصل : الأصل أن الفضة بجنسها يستحق منها المماثلة ، فإذا كان عوضها مثلها بقي الثوب لا عوض له فيكون ربا ، وليس كذلك إذا كانت الفضة المنفردة أكثر من الفضة التي مع الثوب ؛ لأن المماثلة فيها مستحقة ، فتكون بمثلها ويبقى الثوب ، وفي مقابلته عوض لو نص عليه بدلًا عنه جاز ؛ فحمل إطلاق العقد عليه تحريًا لصحته .

١١٣٠٢ - قالوا : الثمن [(٢)] إذا قابل شيئين مختلفي القيمة يقسط الثمن على القيمة لا على العدد ، أصله : إذا باع سيفًا مذهبًا [(٣)] .

١١٣٠٣ - قلنا : القسمة على القيمة إنما تكون فيما لا ربا فيه ، فأما ما فيه الربا فالقيمة [(٤)] لا تتعين بها ؛ لأن الشرع [أوجب] [(٥)] زيادتها متى كان العوض من

---

(١) في (م) ، (ع) : [تفصل] ، مكان : [تفضل] بالضاد المعجمة ، وقد ورد النص في جميع النسخ كما أثبتناه ، ويبدو أن سقطا ما وقع هنا ، ولذا أثبتنا هذه الزيادة التي تشير إلى مذهب الأحناف في الموضوع ؛ فعندهم أن بيع شيء مكون من جنسين في مقابلة أحد جنسيه لا يجوز إلا إذا تميز الجنسان المختلطان لضمان زيادة الجنس المقابل بهما عن مثيله .

(٢) في (م ، ع) : [التمييز] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وسقصا] ، مكان : [مسقطا] ولعل الأصوب ما أثبتناه .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، في (ص) زيادة : [لا تتعين بها ، لأن الشرع أسقط القيمة بلون فيما لا ربا فيه . فأما فيه الربا بالقيمة] ولا محل لهذه الزيادة .

(٥) في النسخ : [أسقط] .

جنسها ؛ ولأن ما قالوه : إنما [1] يقسم على القيمة [2] يؤدي إلى الفساد .

ولما أدت القسمة في مسألتنا إلى الفساد لم يمكن اعتبارها لما بينا أن القسمة تطلب [3] لإحراز حقوق العقد ، فلا يجوز إثباتها على وجه يسقط الحقوق ويبطلها .

١١٣٠٤ – ولا يلزم إذا ابتاع عبدًا بألف نَسَاءً ، ثم باعه من بائعه مع عبد آخر بألف ومائة ؛ لأن القيمة تجعل [4] ديون العقد من العبد الذي لم يبعه ، وإن بطلت الحقوق من الآخر .

* * *

---

(١) لفظ : [إنما] ساقط من (ع) .

(٢) حذفنا : [لأن ذلك] من الجملة الأخيرة المضطربة في المعنى لإقامته .

(٣) في (م) : [يطلب] .

(٤) في (م) : [يجعل] .

مسألة ٥٨٨

إذا باع درهمين صحيحين بدرهم صحيح ودرهم غلة

١١٣٠٤ - قال أصحابنا : إذا باع درهمين صحيحين بدرهم صحيح ودرهم غلة [١] ، جاز ، وكذلك صاعا تمرٍ [٢] من نوعين بصاعين من نوع واحد [٣] .

١١٣٠٥ - وقال الشافعي : لا يجوز .

١١٣٠٦ - لنا [٤] قوله [عليه الصلاة و] السلام : « الفضة بالفضة مثلًا بمثل وزنًا بوزن » [٥] .

١١٣٠٧ - ولأنها عين لو اشتراها بالصحاح جاز ، فإذا اشتراها بالصحاح والغلة [٦] جاز ، كالثوب .

١١٣٠٨ - ولأن المماثلة من جهة الوزن وجدت في الموزون ، فصار كبيع الصحاح والغلة [٧] ولأن كل شيئين جاز بيعهما بشيئين من جنسهما متفقي الصفة جاز بيعهما بهما إذا كانا مختلفي الصفة ، كالثوبين وقفيزي جص [٨] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [عله] ، بالعين المهملة ، وهو تصحيف . والغلة : بالغين المعجمة المفتوحة وتشديد اللام : هي الدراهم المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة ، فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا ، ويأخذها التجار . راجع : المغرب ، مادة : « الغلة » ص٣٤٣ ، فتح القدير ، وبذيله العناية (١٥١/٧) ، حاشية ابن عابدين (٢٤٩/٤) .

(٢) في جميع النسخ : [صاعين تمر] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) قوله : [بصاعين من نوع] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش ، راجع المسألة في : فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الصرف » (١٥١/٧) ، البناية مع الهداية « كتاب الصرف » (٥٢٢/٧ ، ٥٢٣) ، مجمع الأنهر « كتاب الصرف » (١١٢/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « باب الصرف » (٢٤٩/٤) .

(٤) لفظ : [لنا] ساقط من (م) .

(٥) أخرجه مسلم بطوله في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا » (١٢١٢/٣) الحديث (١٥٨٨/٨٤) .

(٦ ، ٧) في (م) ، (ع) : [العلة] ، بالعين المهملة ، وهو تصحيف .

(٨) في (م) ، (ع) : [وكقفيزين حص] ، مكان المثبت . الجص : بكسر الجيم ، مادة من مواد البناء الذي يطلى به الحائط وغيره ، يتخذ من حجر الجير بعد حرقه ، ومنه يقال لمن يصنعه أو يبيعه : جصاص . قال الفيومي : « وهو معرب » . راجع : لسان العرب ، مادة : « جصص » (٦٣٠/١) ، المصباح المنير ، في « الجيم مع الصاد وما يثلثهما » (٩٨/١ ، ٩٩) ، المعجم الوسيط (١٢٤/١) .

١١٣٠٩ - احتجوا : بأن البدل مختلف ، فانقسم عوضه على قيمته فصارت صحة الغلة [١] أولى من وزنها ، وهذا لا يجوز .

١١٣١٠ - قلنا : الجودة لا قيمة لها إذا قابلها جنسها فيما فيه الربا ، فلم يجز تقويم الغلة بصحاح أكثر منها [٢] .

١١٣١١ - فإن قيل : لا نسلم أن الشرع لم يجعل لها قيمة ، بدلالة : أن المستهلك للجياد [٣] لا يعطي الرديئة .

١١٣١٢ - قلنا : هذا هو الدليل ؛ لأن المستهلك لو أراد أن يعطي غلة [٤] أكثر من وزن الصحاح لم يجز ، وإنما لا يجوز أن يدفع الغلة [٥] ؛ لأنه يعطي غير الثابت في ذمته ، والشرع منع أن يتعوض عنها بأكثر منها .

١١٣١٣ - فإن قيل : لو باع مريض صحاحًا بغلة [٦] لم يجز إذا لم يخرج من الثلث ، فلولا أن الجودة فيه كان من رأس المال لما منع .

١١٣١٤ - قلنا : هذا العقد إذا لم يخرج النقصان من الثلث فسخ ، ليس [٧] لأن الجودة فيه لكن لأنه ممنوع [٨] من هذا القدر ، ألا ترى : أنه يقدر على بيعها ، كسيف فيه حق الورثة ، ولهذا المعنى : للورثة أن يفسخوا [٩] ، وليس لهم أن يطالبوه بإكمال البدل .

* * *

(١ ، ٢) في (م) ، (ع) : [العلة] بالعين المهملة ، والمعنى أن تصحيح الدراهم المقطعة أثبت في الحكم على هذا الرأى من وزن هذه الدراهم .

(٣) في (م) ، (ع) : [للخيار] .

(٤) في (م) ، (ع) : [عليه] .

(٥) (م) ، (ع) : [العلة] .

(٦) (م) ، (ع) : [بعلة] ، بالعين المهملة .

(٧) لفظ : [ليس] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ص) : [مم] ، مكان : [ممنوع] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الورثة لم يفسخوا] ، مكان المثبت .

مسألة ٥٨٩

بيع المسلم الدرهم بالدرهمين في دار الحرب

١١٣١٥ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : إذا دخل المسلم دار الحرب مستأمنًا فباع درهمًا بدرهمين جاز ، وكذلك إذا دخل بغير أمان ، وكذلك لو باع المستأمن من [١] حربي أسلم ولم يهاجر ، ففيه روايتان / .

٣٤

١١٣١٦ - قال أبو يوسف : لا يجوز ذلك [٢] ، وبه قال الشافعي [٣] .

١١٣١٧ - لنا ما روي أبا بكر الصديق ﷺ خاطر المشركين بمكة على أن الروم تغلب [٤] فارسًا ، وذكر ذلك لرسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ له : « زد في الخطر وأَبْعِد في الأجل ، والقمار حرام » [٥] .

١١٣١٨ - فلولا أن مال [٦] الحربي يجوز أخذه بكل سبب لم يُجِزْ له ﷺ ذلك ، يدل عليه : ما روي مكحول ، أن النبي ﷺ قال : « لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب » [٧] ، ذكر ذلك محمد بن الحسن .

---

(١) قوله : « المستأمن من » ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) راجع المسألة في : شرح كتاب السير الكبير » باب ما يكره إدخاله دار الحرب وما لا يكره » (١٤١٠/٤ ، ١٤١١) ، مسألة (٢٧٣٤) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط جريان الربا » (١٩٢/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الربا » (٣٨/٧ ، ٣٩) ، البناية مع الهداية « باب الربا » (٣٨٤/٧ ، ٣٥٨) ، مجمع الأنهر « باب الربا » (٨٣/٢ ، ٨٤) ، رد المحتار مع الدر المختار « باب الربا » (١٩٦/٤ ، ١٩٧) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : حلية العلماء » باب الربا » (١٩٢/٤) ، فتح العزيز ، « كتاب البيوع » الباب الثاني في « الفساد بجهة الربا » ، بذيل المجموع (١٨٩/٨) ، المدونة في باب « الربا بين المسلم والحربي » (٢٧٩/٣) ، المقدمات الممهدات « كتاب الصرف » (١٠/٢ ، ١١) ، المغني ، « باب الربا والصرف » (٤٥/٤ ، ٤٦) ، الإنصاف ، « باب الربا والصرف » (٥٢/٥) .

(٤) في (م) : [يغلب] .

(٥) انظر : أحكام القرآن لابن العربي ، سورة الروم (١٤٧٨/٣) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢/١٤ ، ٣) ، تفسير القرآن الكريم لابن كثير (٤٢٢/٣-٤٢٤) ، وفتح القدير لابن الهمام (٣٩/٧) .

(٦) في (م) ، (ع) : « أمان » ، مكان : « أن مال » .

(٧) في سائر النسخ : « أن نواس السلم والحرز في دار الحرب » ، مكان المثبت ، والمثبت من كتب الفقه ، الهداية ، العناية ، والبناية ، ، وفتح القدير ، والمغني لابن قدامة . راجعه في : الهداية مع فتح القدير ، والعناية ، والبناية مع الهداية « باب الربا » (٣٨٤/٧ ، ٣٨٥) الباب السابق ، والمغني ، « باب الربا والصرف » (٤٥/٤ ، ٤٦) .

١١٣١٩ - وقولهم : إنه مرسل لا يضرنا ؛ لأن المراسيل عندنا في الاحتجاج كالمسانيد .

١١٣٢٠ - ولا يقال : ظاهره الخبر ونحن نعلم أن الربا يوجد في دار الحرب ، وخبر النبي ﷺ لا يوجد بخلاف مخبره ، بقي أن يكون المراد به النهي ، فكأنه قال : لا تربوا . وهذا كقوله عليه [الصلاة و] السلام : « لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام » (١) ، وذلك لأن ظاهر اللفظ الخبر ، ولا يجوز صرفه إلى النهي إلا بدلالة ، وليس إذا انصرفنا عن الظاهر في المواضع التي ذكروها بحيث لا يترك الظاهر في غيرها !

١١٣٢١ - فأما قولهم : خبر النبي لا يوجد بخلاف مخبره : فليس صحيح ؛ لأن عندنا لا يوجد مخبر هذا الخبر بخلافه ؛ لأن الربا لا يوجد بين الحربي والمسلم في دار الحرب بحال (٢) .

١١٣٢٢ - ولأن مال الحربي على أصل الإباحة ، وإنما مِنُع المستأمَنَ من أخذه ماله بعقد الأمان ، فإذا بذل له الحربي زال معنى الحظر بالرضاء ؛ فصار آخذًا للمال بأصل (٣) الإباحة ، ولا يكون ذلك ربًا ؛ لأن الربا زيادة مستفادة بالعقد .

١١٣٢٣ - فإن قيل : وكان كذلك لم يجز رده بالعيب .

١١٣٢٤ - قلنا : لأن رده في دار الحرب بذلك تمليك بأصل الإباحة ، وإن اختصما في دار الإسلام لم يملك الرد ، ولا يحكم الحاكم بشيء من حقوق العقد .

١١٣٢٥ - فأما إذا دخل بغير أمان فماله غير محظور عليه ، بل يجوز له أخذه بغير رضاه ، فإذا أخذه بالعقد صار مملوكًا بمعنى الإباحة ، وهذا الظاهر في المتلصص لا سرقة .

١١٣٢٦ - فإن قيل : إنما أخذه بالعقد .

---

(١) أخرجه بن عدي في الكامل (٩٢/٥) ، وأحمد في المسند ، (٤٣٩/٤ ، ٤٤٣) والترمذي في السنن « كتاب النكاح » باب ما جاء في النهي عن نكاح الشغار » (٤٢٢/٣) ، الحديث (١١٢٣) ، والنسائي في المجتبى « كتاب النكاح » ، « باب الشغار » ، وفي « كتاب الخيل » ، في « الجلب » (١١١/٦ ، ٢٢٧ ، ٢٢٨) ، كما أخرجه النسائي في « كتاب الخيل » ، في « الجنب » (٢٢٨/٦) . قال الترمذي بعد أن أخرجه : « هذا حديث حسن صحيح ، وفي الباب عن أنس ، وأبي ريحانة ، وابن عمر ، وجابر ، ومعاوية ، وأبي هريرة ، ووائل بن حجر » . راجع تخريجه أيضًا في : هامش مصابيح السنة « كتاب البيوع » (٣٢٥/٢) ، الحديث (٢١٦٥) ، تلخيص الحبير « كتاب الزكاة » ، « باب أداء االزكاة وتعجيلها » (١٦١/٢ ، ١٦٢) ، الحديث (٨٣٠) .

(٢) لفظ : [بحال] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لاصل] .

١١٣٢٧ - قلنا : إذا كان الأخذ مباحًا من غير عقد ، لم يعتد بالعقد ، كما لو باع المولى من عبده .

١١٣٢٨ - فإن قيل : لو كان كذلك لوجب [إذا تزوج خمس حربيات] أن [1] لا يصح النكاح ، وتكون الخامسة كمسروقة [2] .

١١٣٢٩ - قلنا : لو وجدت الغلبة على [3] رقبتها لكان كذلك ، ولملكها بالغلبة [4] وإنما لا يجوز .

١١٣٣٠ - ولأن المسلم لو أتلف مال الحربي لم يلزمه ضمانه ، فإذا باع [درهمًا بدرهمين جاز ؛ أصله : إذا باع] [5] المولى من عبده ، وهذا الوصف مسلم في المتلصص .

١١٣٣١ - ولأن كل شخصين لا يجري بينهما الربا في الجص [6] ، لا يحرم بينهما في الدراهم والدنانير ، كالمولى وعبده [7] .

١١٣٣٢ - ولأن ما لا يجري الربا فيه بين الحربي والمسلم في دار الحرب ، كالجِص [8] والحديد .

١١٣٣٣ - احتجوا : بحديث أبي سعيد الخدري ، أن النبي ﷺ قال : « الدرهم بالدرهم ، والدينار بالدينار [9] [لا فضل بينهما » [10] ، ولم يفصل .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ع) : [أنه] ، مكان : [أن] .

(٢) في (م) : [الخامسات لمسرقة] ، وفي (ع) : [الخامسات مسرقة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [العلية في] ، مكان المثبت .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالعلية] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [الحصّ] والحص : هو : التقسيم ومنه : الحصة .

(٧) قاعدة : [كل شخصين لا يجرى بينهما الربا في الجص لا يحرم بينهما في الدراهم والدنانير كالمولى وعبده » .

(٨) في (م) ، (ع) : [الحصّ] والجِص : الطلاء من الجير .

(٩) قوله : [والدينار بالدينار] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) هذا الحديث أخرجه البيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب تحريم التفاضل في الجنس الواحد مما يجري فيه الربا مع تحريم النساء » (٢٧٩/٥) ، ومالك عن أبي هريرة في الموطأ ، « كتاب البيوع » ، « باب بيع الذهب بالفضة تبرا وعينًا » (٦٣٢/٢) ، والشافعي من طريق مالك ، في المسند « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث في الربا » (١٥٧/٢) ، الحديث (٥٤٤) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب الصرف وبيع الذهب بالورق » (١٢١٢/٣) ، والطحاوي في السنن المأثورة للشافعي « كتاب البيوع » ص٢٦٥ ، الحديث (٢٢٠) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٢٥/٣) ، الحديث (٧٦) .

١١٣٣٤ - والجواب : عندنا تمليك الدراهم بالدراهم] (١) لا يجوز فيه الفضل ، وفي مسألتنا : التملك لا يقع بالعقد ، وإنما يقع بالإباحة ، وهذا لا يتناوله الخبر .

١١٣٣٥ - قالوا : كل ما كان ربًا بين مسلمين كان ربًا بين حربي ومسلم ، كما لو دخل إلينا متلصصًا (٢) .

١١٣٣٦ - قلنا : إذا دخل بغير أمان فعندنا هو فيء وماله فيء ، فإذا أخذه ملكه على وجه الغنيمة لا بحكم العقد .

١١٣٣٧ - قالوا : عقد فاسد فلا يملك ، كالنكاح .

١١٣٣٨ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأنه لا يملك عندنا بالعقد وإنما يملك بالأخذ على ما قررناه ، فإن حصلت الغلبة على رقبة المرأة ملكها .

١١٣٣٩ - قالوا : لا يخلو أن يملك العين (بوجه آخر مردود) ؛ لأنه قصد أن يملك بالعقد فلا يجوز أن يملك بغيره (٣) .

١١٣٤٠ - قلنا : يبطل ببيع المولى من عبده .

١١٣٤١ - قالوا : إذا دخل الحربي إلينا بأمان ، لم يجز أن يبيعه المسلم درهمًا بدرهمين .

١١٣٤٢ - ومعلوم أن ماله كان مباحًا وإنما صار محظورًا بالأمان ، فإذا رضي زال الأمان ، كزوال الأمان بالتراضي في دار الحرب .

١١٣٤٣ - قلنا : إذا دخل إلينا الحربي بأمان فماله محظور ؛ بدلالة : أنه لا يجوز لأحد من الناس تناوله ، وإن (٤) زال أمانه بانقضاء المدة لم يجز لنا أخذ ماله ، فدل أن ماله صار محظورًا بصفة ترجع إليه ، فما يملك (٥) منه مستفاد لحكم العقد ؛ لأن الإباحة لا توجد ، وليس كذلك (٦) الحربي ؛ لأن ماله ليس محظورًا لمعنى يرجع إلى المال ؛ بدلالة : أن لجميع الناس تناوله وأخذه ، فمعنى الإباحة قائم ، فيملك بها إذا زال معنى الأمان بالتراضي .

١١٣٤٤ - قالوا : روي عن ابن عباس ﷺ أن مشركًا قُتِلَ يوم الأحزاب ، فبعث

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) قاعدة : « كل ما كان ربا بين مسلمينْ كان ربا بين حربي ومسلم ، كما لو دخل إلينا متلصصًا » .

(٣) في (م) ، (ع) : [لغيره] .

(٤) لفظ : [وإن] مكرر في (ع) .

(٥) في (ع) : [تملك] .

(٦) في (ص) : [لذلك] .

المشركون إلى رسول اللَّه ﷺ ابعث إلينا بجسده ونعطيكم عشرة آلاف درهم ، فقال رسول اللَّه ﷺ : « لا خير في جسده ولا في ثمنه [١] » .

١١٣٤٥ – قلنا : القتل كان في الخندق ، وذلك الموضع من دار الإسلام ، وخلافنا في دار الحرب .

١١٣٤٦ – ولأنه عليه [الصلاة و] السلام أراد أن يبالغ في إدخال الغيظ عليهم ويُخذِّل بهم ويسفر [٢] لعيبهم ، فلذلك امتنع من الأخذ .

* * *

(١) في (ع) : [ولا ثمنه] ، بحذف : [في] ، وبقية الحديث أنه أرسله إليهم ولم يأخذ منهم شيئًا ، ولم نقف عليه .

(٢) ويسفر لعيبهم : أي يكشف ويوضح عيبهم ؛ فهم غير مُتقَوِّمين ولا مُتمَوِّلين .

مسألة ٥٩٠

بيع اللحم بالحيوان

١١٣٤٧ - قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : يجوز بيع اللحم بالحيوان كيفما كان [(١)] .

١١٣٤٨ - وقال محمد : يجوز على الاعتبار ، إذا كان اللحم من جنس لحمه [(٢)] .

١١٣٤٩ - وقال الشافعي : إذا باع اللحم بالحيوان من جنسه لا يجوز قولًا واحدًا ، وإن باعه بلحم من غير جنسه ، ففيه قولان .

١١٣٥٠ - وبيع الحيوان الذي لا يؤكل باللحم : على قولين [(٣)] .

١١٣٥١ - لنا : قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [(٤)] .

١١٣٥٢ - ولأنه موزون بمعدود يجوز بيعه ، فصار كالثياب بالدراهم .

١١٣٥٣ - ولا يجوز الجوز بالجوز ولا بيعه جائز على الاعتبار ، وليس الكلام في أحوال العقد .

١١٣٥٤ - قالوا : الثياب ليس بأصل للدراهم ، فلذلك [(٥)] جاز بيعها بها ، والحيوان أصل اللحم .

---

(١) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق ، وفي جميع ، النسخ : [كيفًا بيد] ، مكان : [كيفما كان] ، والصواب ما أثبتناه ، ويكون معنى العبارة : يجوز بيع اللحم بالحيوان سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أولًا ، مساويًا لما في الحيوان أولًا . راجع : حاشية ابن عابدين (١٩٢/٤) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « باب الربا والصرف » ص٧٦ ، ٧٧ ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص٣١١ ، ٣١٢ ، بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » (١٨٩/٥) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : مختصر المزني ، في « بيع اللحم بالحيوان » ص٧٨ ، ٧٩ ، المهذب مع المجموع « باب بيع العرايا » (١٩٥/١١) ، وما بعدها (٢١٣/١١) ، حلية العلماء « باب الربا » (٤/، ١٩٣-١٩٥) ، فتح العزيز ، « كتاب البيوع » الباب الثاني في الفساد بجهة الربا » ، بذيل المجموع (١٨٧/٨ ، ١٨٨) ، كفاية الأخيار (٢٤٧/١ ، ٢٤٨) ، نهاية المحتاج « باب الربا » (٤٤٤/٣) .

(٤) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق . والآية من سورة النساء الآية (٢٩) .

(٥) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

١١٣٥٥ - قلنا : يبطل ببيع الحشف [١] بالتمر ، هو أصله ويمنع جواز البيع .

١١٣٥٦ - ولأن الحيوانين جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلًا ، فإذا جاز بيع أحدهما بالآخر جاز بيع أحدهما بأجزاء الآخر ، كالحنطة بدقيق الشعير .

١١٣٥٧ - ولا يلزم إذا باع شاة على ظهرها صوف بصوف أو في ضرعها لبن بلبن ؛ لأن البيع لا يجوز عندنا بحال ، والتعليل للعقد لا للأحوال .

١١٣٥٨ - ولأن ما جاز بيعه بالدراهم جاز بيعه بكل صنف من اللحم المباح ، أصله : سائر الأعيان [٢] .

١١٣٥٩ - فإن [٣] قالوا : بموجب العلة [٤] على أحد القولين إذا باعه بلحم من غير جنسه لم يصح في العلة الأولى ؛ لأنها عامة [٥] .

١١٣٦٠ - قلنا : فكلٌّ نوعٌ من اللَّحْم ؛ ولأن البيع [٦] يجري في كل واحد من البدلين على الانفراد ، فلو لم يجز بيع أحدهما بالآخر كان المانع ما في الحيوان من اللحم ، وذلك لا يجوز اعتباره ؛ لأن تناوله محرم في الحال فلو اعتبر في العقد أفسده لتحريمه ، فسقط المعيار ، فكأنه باع طعامًا لا لحم فيه .

١١٣٦١ - ولا يلزم إذا باع شاة في ضرعها لبن بلبن أو على ظهرها صوف بصوف ؛ لأن اللبن في الضرع لا يحرم تناوله ولا يمنع من الانتفاع به ، واعتباره لا يؤدي إلى فساد العقد .

١١٣٦٢ - احتجوا بحديث مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ أنه « نهي عن بيع الحيوان باللحم » [٧] .

١١٣٦٣ - قلنا : هذا مرسل ، وفي أصلكم أن المراسيل لا يحتج بها .

---

(١) في (م) : [الحسف] بالسين المهملة ، وفي (ع) : [الخشف] بالخاء المعجمة . والحشف : أردأ التمر ، وقال ابن الأثير : « الحشف : اليابس الفاسد من التمر » ، وقيل : الضعيف الذي لا نوى له « كالشيص » .

(٢) في (ع) : [الحيوان] ، مكان : [الأعيان] .

(٣) لفظ : [فإن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) قوله : [والثالثة] زيائدة في (م) ، (ص) دون (ع) ، ولا معنى لها .

(٦) في (ص) : [المبيع] .

(٧) في سائر النسخ : [نهى عن بيع اللحم بالحيوان] ، بالتقديم والتأخير ، والمثبت من الموطأ ، وكتب الحديث .

١١٣٦٤ - فإن قيل : في قوله القديم : تقبل [١] مراسيل سعيد بن المسيب [٢] ؛ لأنه فتش [٣] عنها فوجدها مسانيد ؛ لأنه لا يرسل إلا عن الصحابة .

١١٣٦٥ - قلنا : فلا معنى لتخصيص سعيد ؛ لأن كل مرسل [٤] إذا وجد مسندًا فهو حجة وإن لم يعلم إسناده ، فكل شيء منع به من قبول المراسيل قائم في مراسيل سعيد بن المسيب [٥] .

١١٣٦٦ - فإن قيل : إذا وافق المرسل [٦] قول الصحابة فهو حجة ؛ لأن الظاهر أنه رجع إليه .

١١٣٦٧ - قلنا : إن كان قول الصحابي حجة فلا حاجة بنا إلى المراسيل ، وإن لم يكن حجة لم يصح به المرسل [٧] .

١١٣٦٨ - فقولهم : [٨] الظاهر أنه يرجع إليه ليس بصحيح ؛ لجواز أن يكون يرجع إلى غيره ، ثم قد روى في هذا الحديث ؛ لأن قوله : كتبته [٩] في هذا زائد فهو أولى .

١١٣٦٩ - ولأنه مفيدٌ صحةَ [١٠] حملِ المطلق عليه على أصلهم .

١١٣٧٠ - قالوا : لا يكون لتخصيص اللحم فائدة .

١١٣٧١ - قلنا : بل فيه فائدة صحيحة ؛ لأنه بين أن الذبح لم يخرجه من حكم الجنس فحرم النساء للجنس .

١١٣٧٢ - قالوا : رواه يزيد بن مروان [١١] عن مالك ، عن الزهري ، عن سهل ابن

---

(١) في (م) ، (ع) : [فقيل] .

(٢) هو الفقيه المحدث : سعيد بن المسيِّب بن حزن ، أبو محمد القرشي المدني ، من كبار التابعين ، وأحد فقهاء المدينة السبعة ، ثقة ، روى عن عمر ، وعثمان ، وعلي ، وزيد بن ثابت ، وعائشة ، وغيرهم من أصحاب النبي ﷺ ، ولد في خلافة عمر ﷺ بالمدينة ، وتوفي ﷺ في سنة ثلاث وتسعين ، وقيل : أربع وتسعين . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات للعجلي ص١٨٨ ، مشاهير علماء الأمصار ص١٠٥ الترجمة ٤٢٦ .

(٣) في (م) ، (ع) : [قيس] .

(٤) في (ط) ، (ع) : [مراسيل خبر] ، مكان : [مرسل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ابن المسيب] بحذف لفظ : [سعيد] .

(٦ ، ٧) في (م) ، (ع) : [المراسيل] . (٨) في (م) ، (ع) : [بقولهم] .

(٩) في (م) ، (ع) : [كتبه] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(١٠) في سائر النسخ : [مفيد] بالفاء .

(١١) في (م) ، (ع) : [يزيد بن هارون] وهو خطأ . وهو يزيد بن مروان الخلال ، قال عثمان الدارمي : =

سعد الساعدي [(١)] .

١١٣٧٣ - قلنا : هذا ، الحديث رواه القعنبي [(٢)] ، ومعن [(٣)] ، ومشاهير أصحاب مالك مرسلًا ، وكيف يقبل إسناده من يزيد بن مروان [(٤)] ، ويحيى بن معين يقول : إنه كّذاب ، وليس عند أصحاب الحديث أوثق من حديث ابن المسيب [(٥)] .

= « سمعت يحيى (بن معين) يقول : يزيد بن مروان الخلال كذاب ، وقال عثمان : وقد أدركت يزيد بن مروان ، وهو ضعيف ، وقال ابن حبان : « شيخ من أهل بغداد ، روي عنه العراقيون ، كان ممن يروي الموضوعات عن الثقات ، لا يجوز الاحتجاج به بحال » . راجعه في : تاريخ عثمان بن سعيد الدارمي ص٢٣٥ ، الترجمة (٩١٣) ، كتاب المجروحين (١٠٥/٣) ، الكامل (٢٨٤/٧) ، الترجمة (٢١٨٢/١٢٩) ، كتاب الجرح والتعديل (٢٩١/٩) ، الترجمة (١٢٤٦) ، ميزان الاعتدال (٤٣٩/٤) ، الترجمة (٩٧٥٠) .

(١) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٧٠/٣ ، ٧١) ، الحديث (٢٦٥) ، وعزاه الغماري إلى أبي نعيم في حلية الأولياء (٣٣٤/٦) ، الحديث (٣٨٦) ، وأخرجه البيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » باب « تحريم التفاضل في الجنس الواحد مما يجرى فيه الربا مع تحريم النساء » (٢٩٦/٥) . راجع تخريجه أيضًا في : نصب الراية ، « كتاب البيوع » ، « باب الربا » (٣٩/٤) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية « كتاب البيوع » « الباب الثاني في بيوع الربا » (٢٠٥/٧ ، ٢٠٦) .

(٢) في (م) ، (ع) : [العصي] وهو تصحيف . القعنبي : هو عبد الله بن مسلمة بن قعنب الميمي الحارثي ، أبو عبد الرحمن القعنبي المدني ، سكن البصرة ، ثم مكة ، قال ابن فرحون اليعمري : « فهو من أعداد البصريين » . راجع ترجمته في : التاريخ الصغير (٣١٦/٢) ، تاريخ الثقات ص ٢٧٩ ، الترجمة (٨٨٨) ، المعارف لابن قتيبة ، في « أصحاب الحديث » ص ٢٢٨ ، الجرح والتعديل (١٨١/٥) ، الترجمة (٨٣٩) ، سير أعلام النبلاء (٢٥٧/١٠ - ٢٦٤) ، الترجمة (٦٨) ، تقريب التهذيب (٤٥١/١) الترجمة (٦٣٨) ، شذرات الذهب (٤٩/٢) .

(٣) هو معن بن عيسى ين يحيى بن دينار ، أبو يحيى القزاز المدني ، روى عن مالك ، وجماعة . روى عنه أحمد ابن حنبل ، وابن المديني ، وابن المعين ، والحميدي ، وسحنون ، وغيرهم . قال ابن فرحون اليعمري وكان ربيب مالك ، وهو الذي قرأ عليه الموطأ للرشيد ، وابنيه الأمين والمأمون . وخلف مالكًا في الفقه بالمدينة ، وله سماع من مالك معروفٌ ، وهو من كبار أصحاب مالك ، كان أشد الناس ملازمة لمالك ، وكان يتكئ عليه عند خروجه إلى المسجد حتى قيل له : « عصية مالك « وهو ثقة ثبت ، قال أبو حاتم « أثبت أصحاب مالك وأوثقهم معن بن القزاز ، مات رَحِمَهُ اللَّهُ بالمدينة في شوال ، سنة ثمان وتسعين ومائة . راجع ترجمته في : التاريخ الصغير (٢٥٩/٢) ، الجرح والتعديل (٢٧٧/٨ ، ٢٧٨) الترجمة (١٢٧١) ، سير أعلام النبلاء (٣٠٤/٩ ، ٣٠٥) الترجمة (٩١) ، تقريب التهذيب (٢٦٧/٢) الترجمة (١٢٩٨) ، شذرات الذهب (٣٥٥/١) .

(٤) في (ع) : « يزيد بن هارون » وهو خطأ .

(٥) في جميع النسخ : [عن حديث ابن المسيب] ، وقد اقتضى السياق إضافة ما بين القوسين ليستقيم المعنى ؛ إذ الثقة في مرويات سعيد بن المسيب إمام مدرسة المدينة في أواخر القرن الأول الهجري ثابتة مقررة بين كل من المحدثين والفقهاء .

١١٣٧٤ - ... [١] ولأنه يتعارض الحيوان ، فلا يكون الرجوع إلى ما قالوه أولى من غيره ، ألا ترى : أن عندهم الحكم المتعلق بالشرط نزل على ما عداه ، والخبر الذي يذكرونه : السُّنة تقتضي جواز النقد بعارض نطق الآخر .

١١٣٧٥ - ومن أصحابنا من حمل الخبر على الحيوان المذبوح إذا بيع باللحم ، واسم اللحم يتناول المذبوح في العرف ، يقال : فلان يأكل الحيوان على مائدة .

١١٣٧٦ - ولأن الحيوان إذا كان [٢] مستعملًا عندنا لا يجوز بيع الحيوان المذكور باللحم إلا على الأعيان .

١١٣٧٧ - فإن قيل : ذكر النيسابوري عن يحيى بن محمد ، عن [٣] عبد الرزاق ، عن معمر ، عن زيد بن أسلم ، عن سعيد بن المسيب : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالشاة الحية » ، قال : زيد بن أسلم يقول : « نظرة أو يدًا بيد » [٤] .

١١٣٧٨ - قلنا : هذا نهي عن بيع لحم الشاة الحية إذا قال [٥] : بعتك عشرة أرطال من لحم هذه الشاة الحية .

١١٣٧٩ - ومن أصحابنا من حمل الخبر على ما روي : « أن النبي ﷺ [مر بحي من أحياء [العرب] [٦] يبيعون اللحم بالشاة [٧] ، فنهى عن بيع اللحم بالحيوان » [٨] ، والمراد بتلك الصفة التي يتبايعون بها .

---

(١) في جميع النسخ زيادة مكان النقط ، ونصها : « فإن قيل روى النيسابوري في الزيادات يجب أن يكون رسول الله ﷺ » ، وليس لهذه العبارة معنى في موضعها ، وقد نقلت خطأ من مكانها الذي سيأتي بعد بضعة أسطر في الصفحة نفسها .

(٢) في (م) ، (ع) : [إذا كان هذا] ، بزيادة : [هذا] .

(٣) في جميع النسخ : [محمد بن عبد الرازق] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٤) في (ص) ، (م) : [زيدًا بيده] ، وفي (ع) : [يدًا بيد] ، بحذف : [أو] ، والمثبت من مصنف عبد الرزاق . والحديث رواه عبد الرزاق بهذا الإسناد واللفظ ، في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب بيع الحي بالميت » (٢٧/٨) ، الحديث (١٤١٦٢) .

(٥) لفظ : [قال] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٧) في (ص) : [النباح] ، بدون النقط . وقد تكون النبّاح : وهو كما يطلق على الكلب ، يطلق على الأسد والتيس والظبي والحية ، وصدف بيض صغار تجعل في القلائد ويدفع بها العين . انظر اللسان (نبح) (٤٣٢٠/٦) .

(٨) تقدم تخريج أصل الحديث .

١١٣٨٠ - وقد أجيب [1] عن الخبر بأن معناه : نهي عن] [2] بيع لحمٍ بالحيوان ، ويكون الباء ظرف مكان ، كما تقول : زيد بالبصرة .

١١٣٨١ - وهذا نظير ما روى : « أنه عليه [الصلاة و] السلام قدم المدينة [والناس] يُجبُّون [أسنام الإبل ويقطعون] أليات الغنم ، فقال [رسول اللَّه ﷺ] [3] ما قطع من حي فهو ميت [4] » .

١١٣٨٢ - قالوا روى ابن عباس ﷺ ، « أن جزورًا نحرت على عهد أبي بكر الصديق فجاء رجل بعناق ، فقال : اعطوني جزءًا [5] بهذا العناق ، فقال أبو بكر : لا يصلح هذا [6] » .

١١٣٨٣ - قلنا : الظاهر أن أبا بكر ﷺ ، لا يحضر الجزائر ، وإنما هذه جزور نحرت

---

(١) في (م) ، (ع) : [أجبت] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) الزيادات من الكامل لابن عدي ، وفي (م) ، (ع) : [يجيؤن ألبان] ، مكان المثبت ، وهو تصحيف . الجَبُّ : بفتح الجيم المعجمة وتشديد الباء ، القطع ، وقال الليث : استئصال السنام من أصله . أي : يستأصلون أعلى ظهر الإبل . راجع : النهاية « باب الجيم مع الباء » (٢٣٣/١) ، المصباح المنير « الجيم مع الباء وما يثلثهما » (٨٦/١) .

(٤) في جميع النسخ : [ما أبين من حي فهو ميت] ، لم نعثر على هذا الحديث في كتب السنة بهذا اللفظ [ما أبين] ، كما لم نجد هذا اللفظ في كتب اللغة بمعنى قطع . راجع : المغرب ، مادة « ألبان » ص٥٧ ، المصباح المنير مادة « بين » (٦٩/١) ، المعجم الوسيط (٧٩/١) . روى هذا الحديث من وجوه ، الأول : أخرجه الحاكم في المستدرك « كتاب الذبائح » في « ماقطع من البهيمة وهي حية فهو ميت » (٢٣٩/٤) ، وأخرجه أبو داود في السنن « كتاب الصيد » ، « باب صيد قطع منه قطعة » (١١٠/٢) ، وأخرجه أحمد في المسند في « حديث أبي واقد الليثي » (٢١٨/٥) ، والترمذي في السنن (٧٤/٤) الحديث (١٤٨٠) . الثاني : رواه عبد الرزاق في المصنف « كتاب المناسك » ، باب « ما يقطع من الذبيحة » (٤٩٤/٤) ، الحديث (٨٦١١ ، ٨٦١٢) . الثالث : أخرجه ابن ماجه في السنن « كتاب الصيد » باب « ما قطع من البهيمة وهي حية » (١٠٧٢/٢) ، الحديث (٣٢١٦) .

(٥) في (م) ، (ع) : [جزروا] .

(٦) لفظ : [هذا] مكرر في (ص) . أخرجه الشافعي في مختصر المزني « كتاب البيع » في « بيع اللحم بالحيوان » ص٧٨ ، وأخرجه في الأم « كتاب البيوع » ، « باب بيع الآجال » (٨١/٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب بيع اللحم بالحيوان » (٢٧٩/٥) ، وعبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب بيع الحي بالميت » (٢٧/٨) ، الحديث (١٤١٦٥) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الصيد والذبائح » (٢٤٥/٩) .

من إبل الصدقة لتفرق على المسلمين فامتنع أبو بكر من بيع لحمها لهذا المعنى .

١١٣٨٤ - فإن قيل : هذا تعليق للحكم بغير السبب المنقول .

١١٣٨٥ - قلنا : السنة المنقولة أن لحم ذلك الجزور لا يجوز بيعه ، وليس في اللفظ (١) عموم ، فإذا كان الجزور من إبل الصدقة فقد علقنا الحكم بالسبب .

١١٣٨٦ - فإن قيل : لو كان من إبل الصدقة لم يُتَعَرَّضْ لابتياعه .

١١٣٨٧ - قلنا : يجوز أن يكون لم يعلم بحاله ، أو لم يعلم أن لحم إبل الصدقة لا تباع .

١١٣٨٨ - ثم إن ابن عباس يخالف [ما] (٢) روى النيسابوري عن محمد بن يحيى ، عن عبد الرزاق ، عن معمر ، عن يحيى بن أبي كثير ، عن رجل ، عن ابن عباس أنه قال : « لا بأس أن يباع اللحم بالشاة (٣) » ، فقال النيسابوري : هذا إسناد غير مرضي ؛ لأن الرجل مجهول .

١١٣٨٩ - قلنا : أكثر الأحوال أن يكون مرسلًا ، فيصح الاستدلال به عندنا .

١١٣٩٠ - قالوا : جنس فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه ، فوجب أن لا يصح ، أصله : إذا بيع الشيرج (٤) بالسمسم .

١١٣٩١ - قلنا : هناك الربا ثابت في العوضين ، وههنا في أحدهما ، فضعف حكم الربا في مسألتنا ، ويؤثر هناك ، فلم يصح اعتبار أحدهما بالآخر .

١١٣٩٢ - ولأن دهن السمسم لا يفسد اعتباره العقد ؛ لأنه مما يستباح ، واعتبار اللحم في الحيوان وهو ما لا يجوز استباحته (٥) قبل الذكاة يؤدي إلى فساد العقد ، فلذلك (٦) لم يجز اعتباره .

---

(١) في (ص) ، (م) : [الغلط] .

(٢) الزيادة من (ع) ، وفي (ص) : [رَوِي] .

(٣) أخرجه عبد الرزاق بهذا الإسناد واللفظ ، في المصنف « كتاب البيوع » باب « بيع الحي بالميت » (٢٧/٨) ، الحديث (١٤١٦٤) .

(٤) الشيرج : بفتح الشين المعجمة : دهن السمسم . قال المطرزي : « الشيرج : الدهن الأبيض ، ويقال : للعصير ، والنبيذ قبل أن يتغير شيرج أيضًا ، وتعريب شيره » . انظر : المغرب ص٢٤٧ ، المصباح المنير (٢٩٠/١) .

(٥) في (م) : [استباحة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

١١٣٩٣ - ولأن الأصل غير مسلَّم على الإطلاق [١] ؛ لأن بيع السمسم بالدهن يجوز عندنا على هذا الاعتبار .

١١٣٩٤ - قالوا : جنس فيه الربا بيع على غير [٢] هيئة كمال البقاء بأصل [٣] الذي فيه منه فوجب أن لا يصح كالحنطة بدقيقها .

١١٣٩٥ - قلنا : اعتبار هيئة كمال البقاء لا معنى له ؛ لأنه لو باع قديد اللحم بالحيوان لم يجز وإن كان على هيئة كمال البقاء .

١١٣٩٦ - ولأن الحنطة بدقيقها يجري الربا في طرفي [٤] العقد ، وفي مسألتنا أحد الطرفين على ما قدمنا .

* * *

---

(١) قوله : [على الإطلاق] ساقط من (ع) .
(٢) لفظ : [غير] ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) لفظ : [بأصل] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) لفظ : [طرفي] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٥٩١

حكم ثمر النخل المبيع وقد أطلع

١١٣٩٧ - قال أصحابنا : إذا باع نخلًا قد أطلع (١) ، فالثمرة للبائع إلا أن يشترطه المبتاع (٢) .

١١٣٩٨ - وقال الشافعي : إن كانت أُبِّرَتْ (٣) [، لم تدخل في البيع ، وإن لم تؤبر ، فهي للمشتري ، وإن أبر بعض النخل دون بعض] (٤) ، لم يدخل في البيع المؤبر وغير المؤبر .

١١٣٩٩ - وهل تدخل (٥) الثمرة في الرهن ؟ فيه قولان ، الظاهر : أنها تدخل .

١١٤٠٠ - وهل يجوز بيع الطلع مفردًا قبل التأبير ؟ فيه وجهان . وطلع الفحل (٦)

---

(١) في (م) ، (ع) : [نخيلًا] ، مكان : [نخلًا] . وقوله : [أطلع] أي خرج طلعه . قال المطرزي : « والطلع » ما يطلع من النخلة ، وهو الكم قبل أن ينشق ، ويقال لما يبدو من الكم : طلع أيضًا ، وهو شيء أبيض يشبه لونه الأسنان » . راجع : المغرب في « الطاء مع اللام » ص٢٩٢ ، المصباح المنير (٣٥٤/٢) .

(٢) لفظ : [إلا] ساقط من (م) ، (ع) . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب بيع أصول الشجر والنخل والثمار » ص٧٨ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٤١١/١ ، ٤١٢) ، المسألة (٢١٨٠) ، بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » فصل « وأما شرائط الصحة » (١٦٤/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب البيوع » (٢٨٣/٦) ، البناية مع الهداية « كتاب البيوع » (٥٦/٧) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » (١٤/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « كتاب البيوع » (٣٨/٤ ، ٣٩) .

(٣) في جميع النسخ : [كان] ، مكان : [كانت] ، والأنسب ما أثبتناه . وقوله أبرت بالتخفيف والتشديد ، والتأبير أو الإبار في النخل هو التلقيح ، وهو أن يشق عناقيد الكم ويذر فيها من طلع الفحل ليصلح إناثها ، قال الشافعي في الأم : « والإبار : التلقيح ، وهو أن يأخذ شيئًا من طلع الفحل فيدخله بين ظهراني طلع الإناث من النخل فيكون له بإذن الله صلاحًا » . راجع : الأم « باب ثمر الحائط يباع أصله » (٤١/٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب بيع المأكول والمشروب بعضه ببعض » (٦٨٨/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب البيوع » (٢٨٣/٧) ، حاشية ابن عابدين (٣٩/٤) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) : [يدخل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [النخل] ، مكان : [الفحل] . والمراد بالفحل : الذكر الذي يلقح به حوامل النخل ، وجمعه : فحول ، وفحولة ، وفحالة بالكسر . راجع : المغرب ص٣٥٢ ، لسان العرب ، مادة : « فحل » (٣٣٥٧/٥ ، ٣٣٥٨) ، المصباح المنير (٤٣٨/٢) .

إذا لم ينشق ، فيه وجهان ، أحدهما : أنه للمشتري ، والآخر : للبائع [١] .

١١٤٠١ - لنا : ما ذكره محمد في أصل الشفعة « أن النبي ﷺ قال : من اشترى أرضًا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع » [٢] ، وهذا عام ؛ لأنها ثمرة فلا تدخل [٣] في بيع النخل إلا بشرط ، كالمؤبر [٤] .

١١٤٠٢ - ولأنها ثمرة لو أبرت لم تدخل في البيع ، فإذا لم تؤبر لم تدخل [٥] فيه ، كالبلح ، وإنما هو نماء مقصود لقطعه غاية ، فإذا ظهر لم يدخل في بيع الشجر إلا بالشرط . أصله : الجوز ، واللوز والرمان .

١١٤٠٣ - ولا يقال لا نسلم أنه قد ظهر ؛ لأن النماء هو الطلع ، وقد ظهر ذلك وإن لم يظهر ما فيه ، كالموز والرمان ، كل واحد منهما إذا ظهر وإن كان في وعاء .

١١٤٠٤ - ولا يلزم الأعصاب ؛ لأنه ليس بنماء مقصود ؛ ولأن لقطعه غاية .

١١٤٠٥ - ولا يلزم ورق التوت ؛ لأن من أصحابنا من قال : لا يدخل في بيع الشجر ؛ ولأن الورق لقطع بعضه غاية ؛ لأنه يوجد في وقت ثم يتولد من بعد فلا ينتفع به .

١١٤٠٦ - ولأن العقد وقع على الأصل ؛ فلم تدخل [٦] فيه الثمرة بإطلاقه ، أصله : ثمر سائر الأشجار .

١١٤٠٧ - ولأنها ثمرة يجوز إفرادها بالعقد ؛ فلم يدخل في إطلاق بيع الأصل ،

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب ثمر الحائط يباع أصله » (٤١/٣) ، مختصر المزني « باب بيع الثمر » ص٧٩ ، المهذب مع المجموع « باب بيع الأصول والثمار » (٣٢٦/١١) وما بعدها ، ٣٥٢ وما بعدها ، ٣٥٧ وما بعدها ، حلية العلماء « باب بيع الأصول والثمار » (٢٠١/٤ ، ٢٠٢) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٣٩/٩) وما بعدها ، نهاية المحتاج « باب بيع الأصول » (١٣٩/٤) .

(٢) لم نجد هذا الحديث بهذا اللفظ في كتب الحديث . وقد أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل » (٥٥/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب من باع نخلًا عليها ثمر » (١١٧٣/٣) الحديث (٨٠) ، وأحمد في المسند (٩/٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب الإجارة » ، « باب في العبد يباع وله مال » (٢٦٣/٢ ، ٢٦٤) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال » (٥٣٧/٣) الحديث (١٢٤٤) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » في « العبد يباع ويستثنى المشتري ماله » (٢٩٧/٧) . وراجع الحديث في : نصب الراية « كتاب البيوع » (٥/٤) ، فتح القدير ، وبذيله العناية « كتاب البيوع » (٢٨٣/٦) ، البناية (٥٦/٧) .

(٣) في (م) : [فلا يدخل] .

(٤) في (م) : [كالموثر] .

(٥) في (م) : [لم يؤبر لم يدخل] .

(٦) في (م) : [فلم يدخل] .

أصله : ما ذكرناه .

١١٤٠٨ - ولأنه لو باع نخلًا قد أبر بعضه دون بعض ؛ لم يدخل ثمر الجميع في البيع . وكل شجرتين لو بيعتا لم تدخل ثمرتهما في العقد ، إذا أفردت كل واحدة بالبيع لم تدخل [1] ثمرتها في العقد ، أصله الموزونات .

١١٤٠٩ - وقد قالوا : إذا أفرد النخلة التي لم تؤبر فثمرتها للبائع ، فإن سلموا هذا جعلناه أصلًا .

١١٤١٠ - وإن قالوا : يكون للمشتري فقد أبطلناه بدليلنا . ولأن الثمرة مقصودة بالعقد يجوز إفرادها به وليست متصلة بأصل اتصال التأبيد ، فلا تدخل [2] في إطلاق بيعه ، كالمؤبر [3] .

١١٤١١ - والدليل على جواز إفرادها : أنها ثمرة يجوز بيعها مع الأصل ، فجاز إفرادها بالبيع ، كالمؤبرة .

١١٤١٢ - فإن قيل : المعنى في المؤبرة أنها ظهرت ، والتي لم تؤبر لم تظهر من أصل خلقتها .

١١٤١٣ - قلنا : الخلاف وقع في الطلع وهو ظاهر ، وإنما لم يظهر ما في جوفه وذلك لا اعتبار به كما أنه لا اعتبار لظهور الجوز ، بل قشره .

١١٤١٤ - احتجوا : بما روي مالك ، عن نافع ، عن ابن عمر رضي الله عنهما ، أن النبي ﷺ قال : « من باع نخلًا قد أُبِّرَتْ فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع [4] » .

١١٤١٥ - ورواه عطاء ، عن جابر رضي الله عنه ، عن النبي ﷺ [5] .

---

(١) في (م) : [لم يدخل] .

(٢) في (م) ، (ع) : [إيصال] ، مكان : [اتصال] ، [فلا يدخل] مكان المثبت .

(٣) في (م) ، (ع) : [كالموثر] .

(٤) أخرجه مالك في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في ثمر المال يباع أصله » (٦١٧/٢) ، الحديث (٩) ، والشافعي في الأم « كتاب البيوع » ، « باب ثمر الحائط يباع أصله » (٤١/٢) ، مختصر المزني ، « كتاب البيع » ، « باب بيع الثمر » ص٧٩ ، وأحمد في المسند ، « في مسند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما » (٦/٢ ، ٦٣) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب من باع نخلًا قد أبرت أو أرضًا مزروعة ، أو بإجارة » (٢٤/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب من باع نخلًا عليها ثمر » (١١٧٢/٣) .

(٥) أخرجه أحمد من طريق عطاء بن أبي رباح ، عن جابر بن عبد الله مرفوعًا ، في « مسند جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه » (٣٠٩/٣ ، ٣١٠) ، والبيهقي من هذا الطريق ، ومن طرق أخرى ، في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في مال العبد » (٣٢٥/٥ ، ٣٢٦) .

١١٤١٦ – الجواب : أن الحكم إذا علق بوصف لم يدل على نفي ما عداه ، وكذلك إذا علق بشرط ، وهذا كثير في القرءان ؛ قال اللَّه تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ ﴾ (١) ، وقال تعالى : ﴿ وَلَا تُكْرِهُواْ فَتَيَٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا ﴾ (٢) .

وإنما يفيد هذا حكمَ المذكور ، والمسكوتُ عنه موقوفٌ على الدليل ، ثم التأبير (٣) ليس هو التشقيق ، وإنما هو عبارة عن التلقيح ، وذلك غير معتبر بإجماع ؛ لأن عندنا الثمرة للبائع أبِّرت أو لم تؤبر . وعند ابن أبي ليلى للمشتري في الوجهين ، وعند الشافعي : إن شُقِّقَتْ (٤) فهي للبائع أبرِّت أو لم تؤبر .

فأما ما ذكر في الخبر مجمع على تركه ، فكيف يصح التعلق به ، .

١١٤١٧ – فإن قيل : إنما ذكر عليه [الصلاة و] السلام التأبير ؛ لأنه لا يوجد إلا مع التشقيق .

١١٤١٨ – قلنا : فقد ترك الظاهر ، وزعمت أن الحكم تعلق بمعنى يوجد بوجود التأبير (٥) ، يجوز أن يوجد دون الشرط المذكور ، وهذا عدول عن الظاهر فلم صرت بالظاهر أولى مع خصمك إذا قال : التأبير إنما أراد به عليه [الصلاة و] السلام الإثمار (٦) ؛ لأن الثمرة إذا ظهرت أبرت ، فذكر التأبير لا يكون إلا في ثمرة ظاهرة في الحكم ، متعلق بمعنى يوجد عند صلاح التأبير ، كما قلت أنت : إن الحكم يتعلق بمعنى يرجع عند التأبير ، وهو الانشقاق ، فتساوى التأويلان وسقط التعلق بالخبر .

١١٤١٩ – احتجوا : « بأن (٧) رجلين اختصما في ثمرة ، فقال أحدهما : أنا أبرت بعد (٨) ما ابتعت ، وقال الآخر : أبرت قبل أن بعت ، فقضى بها رسول اللَّه ﷺ للبائع الذي لقح » (٩) .

١١٤٢٠ – قلنا : التلقيح لا يتعلق به الاستحقاق باتفاق ما قررنا ، فقضى بها رسول

---

(١) سورة الإسراء : الآية ٣١ .
(٢) سورة النور : الآية ٣٣ .
(٣) في (م) : [التأثير] .
(٤) في (م) ، (ع) : [شققه] .
(٥) في (م) : [التأثير] .
(٦) في (م) ، (ع) : [الأثمان] .
(٧) في (م) ، (ع) : [أن] ، بدون الباء .
(٨) الزيادة من تلخيص الحبير .
(٩) لم نجد الحديث بهذا اللفظ . وقد عزاه ابن حجر مرسلًا إلى البيهقي في تلخيص الحبير « باب الأصول والثمار » (٢٧/٣) ، ورواه الشافعي في الأم « كتاب البيوع » ، « باب ثمر الحائط يباع أصله » (٤٢/٢) ، رواه أحمد في المسند (٣٠/٢) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب بيع الثمار قبل أن تتناهى » (٢٦/٤) .

الله ﷺ للبائع بسبب أوجب الاستحقاق اختلفنا فيه ، وذكر التلقيح على وجه البيان والتعريف ، كما يقال : قضى بها للبائع المدعي .

١١٤٢١ - فإن قيل : لولا أن التلقيح يتعلق به في الشرع الاستحقاق لم يختلفا فيه .

١١٤٢٢ - قلنا : إنما اختلفا في التلقيح ليس لما ذكرتم ، لكن ظن كل واحد منهما أن التلقيح لغير المطلع [١] على حاله / ، فيَسْتحق به كما يستحق اللحم إذا شواه أو طبخه . ١/ب

١١٤٢٣ - قالوا : نماء لم يخرج من وعائه الذي يوجد خارجًا منه ؛ فوجب أن يتبع الأصل . أصله : اللبن في الضرع والحمل في بطن أمه .

١١٤٢٤ - قلنا : يبطل بالولد إذا انفصل في وعاء متصل بأمه ، فإنه لا يدخل في بيعها مع وجود ما ذكروه .

١١٤٢٥ - ولأن النماء قد يكون بالبُسر [٢] فيوجد خارجًا من الوعاء ، وقد يكون نفس الطلع فيؤخذ [٣] ويؤكل كما هو . والخلاف وقع في الطلع لا في البسر ، والطلع كالجوز الذي ظهر من الأصل وهو في [٤] القشر .

١١٤٢٦ - وينتقض هذا بالنخل الذي لم يتشقق . والمعنى في اللبن والحمل : أن كل واحد منهما لا يصح إفراده بالبيع ، فكذلك بيع الأصل الذي يتصل به ، وليس كذلك الطلع ؛ لأنه نماء مقصود يجوز إفراده بالعقد وليس بمتصل [٥] به اتصال تأبيد ؛ فلم يدخل به [٦] في بيعه ، كالزرع في الأرض ، وثمرة سائر الأشجار [٧] وإن لم يسلموا .

١١٤٢٧ - قلنا : نماء مقصود يجوز إفراد الأصل بالبيع دونه .

١١٤٢٨ - قالوا : نماء كامن لظهوره غاية [٨] ؛ فجاز أن يكون قبل ظهوره تابعًا

---

(١) في (م) ، (ع) : وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [المطلق] .

(٢) البُسْرُ : « التمر قبل أن يرطب لغضاضته ، واحدته : بسرة . راجع : لسان العرب ، مادة « بسر » (٢٧٩/١) ، المعجم الوسيط (٥٥/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فيوجد] .

(٤) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [في] .

(٥) في (م) : [متصل] ، وفي (ع) : [متصلًا] ، بدون الباء .

(٦) لفظ : [به] ساقط من (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [الشجر] .

(٨) في (م) ، (ع) : [كامن بظهور وعاءه] ، مكان المثبت . كامن : أي مختفي ، كمن كمونا : توارى واستخفى ، يقال : كمن ، إذا استخفى في مكمن لا يفطن له ، ومنه الكمين من حيل الحرب . راجع : المغرب « الكاف مع الميم » ص ٤١٦ ، لسان العرب ، مادة « كمن » (٣٩٣٣/٥) ، المصباح المنير « الكاف مع الميم وما يثلثهما » (٥١٥/٢) .

لأصله في البيع ، أصله : الحمل .

١١٤٢٩ - قالوا : وقولنا « نماء » : احتراز من الدفين [(١)] ، و « كامن » : احتراز من الظاهر ، و « لظهوره [(٢)] غاية » : احتراز من الجوز ؛ لأنه أخذه من قشره لا غاية له ؛ لأنه لا يكون إلا بالكسر .

١١٤٣٠ - وقولنا « جاز أن يكون تابعًا » : احتراز مما يشقق بعضه دون بعض ؛ لأن التعليل للجواز .

١١٤٣١ - وقولنا « في البيع » : احتراز من الرهن .

١١٤٣٢ - والجواب : أن [(٣)] الاختلاف وقع في الطلع وهو نماء ظاهر ليس بكامن ، ونقول بموجب العلة ؛ لأن الطلع قبل ظهوره يتبع الأصل في البيع ، وهو إذا كان في قلب النخلة لم يظهر من ليفها [(٤)] ، فالمعنى في الحمل ما بينا .

١١٤٣٣ - قالوا : لو رهن نخلًا عليه طلع لم يؤبر [(٥)] ، تبعه في الرهن على أحد القولين ، وهو قول أبي حنيفة أيضًا .

١١٤٣٤ - فالرهن لا يزيل الملك والبيع يزيل الملك ، فإذا تبع الطلعُ [(٦)] الأصلَ في الرهن فالبيع أولى .

وربما حرَّروا ، فقالوا : ما دخل في الرهن دخل في البيع [(٧)] ، الدليل عليه : الولد .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن اعتبارنا [(٨)] بالدين الذي قالوه فاسد ؛ لأن الرهن إذا لم يزل الملك لم يكن من دخول الثمرة ضرر كبير [(٩)] ، والبيع إذا أزال [(١٠)] الملك ففي

---

(١) الدفين : أي المستتر ، الدفن : الستر ، والمواراة ، وإخفاء الشيء تحت التراب . راجع في النهاية « باب الدال مع الفاء » (١٢٦/٢) ، لسان العرب ، مادة : « دفن » (١٣٩٧/٢) ، المصباح المنير « الدال مع الفاء وما يثلثهما » (١٨٦/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [والظاهرة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لأن] .

(٤) الليف : بكسر اللام ، قشر النخل الذي يجاور السعف ، الواحدة : ليفة . راجع : لسان العرب ، مادة : « ليف » (٤١١٥/٥) ، المعجم الوسيط (٨٥٦/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يؤبر] ، في (ص) : [لو يؤبر] ، والمثبت الأولى .

(٦) في (م) ، (ع) : [بيع] ، مكان : [تبع] ، ولفظ : [الطلع] ساقط من (م) ، (ع) وكذلك من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) قاعدة : « ما دخل في الرهن دخل في البيع » .

(٨) في (م) ، (ع) : [لاعتبارنا] ، مكان : [لأن اعتبارنا] .

(٩) في جميع النسخ : [كبير ضرد] ، بالتقديم والتأخير .

(١٠) في (م) ، (ع) : [زال] .

دخول الثمرة ضرر ، فلا يجوز أن يقال : لما دخلت في الرهن فالبيع مع زيادة الضرر أولى .

١١٤٣٥ – ثم الرهن استحقاقه يقع بالقبض ، فإذا لم يدخل (١) بقيت يد الراهن فيما سلمه ، فلم يوجد القبض (٢) فيما يتميز عن يد المشتري ولا يصح الرهن ، وقد قصدا إلى تصحيحه فدخل في العقد ما لا يصح إلا به . والاستحقاق في البيع يقع بالعقد ، والقبض يستوفي به ما ملكه ، فثبوت اليد على الثمرة لا يقدح فيما وقع به الاستحقاق ، ولهذا سوى أصحابنا بين الثمرة المؤبّرة وغير المؤبرة .

١١٤٣٦ – قالوا : الثمرة تتبع (٣) النخل في الإقرار ، فلذلك تتبعها في البيع .

١١٤٣٧ – قلنا : المقر لا ينقل (٤) الملك في النخلة بإقراره ، وإنما يخبر عن ملك المقر له بها ، والمالك للنخلة مالك لثمرتها إلا أن تستحق عليه فصار إقراره بالأصل إقرارًا بما فيه ، والبيع نقل الملك في النخلة ، فجاز أن تنتقل في نفسها دون ثمرتها المؤبّرة .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يدخل] بحذف : [لم] .

(٢) في (ع) : [بعد القبض] ، بزيادة : [بعد] .

(٣) في (م) : [يتبع] .

(٤) في (ع) : [لا ينتقل] .

مسألة ٥٩٢

حكم مؤنة قلع الزرع وقطف الثمر

١١٤٣٨ - قال أصحابنا : إذا باع النخل وفيه ثمر ، أو الأرض وفيها زرع ، كلف البائع [١] قلع زرعه وثمرته [٢] .

١١٤٣٩ - وقال الشافعي : على المشتري تركها إلى حين يظهر صلاحها [٣] ، ويستحصد الزرع ويتمكن من سقيه [٤] إذا لم يفلح إلا بالسقي [٥] .

١١٤٤٠ - لنا : أن ملك المشتري مشغول بملك البائع ، فكان عليه نقله عنه . أصله : إذا باع أرضًا فيها متاعه أو جملًا عليه رحله .

١١٤٤١ - ولأنه منتفع بملك المشتري على وجه يمكنه إزالته ، فصار كمن باع دارًا [هو ساكن [٦] أمره بأن التسليم يجب على الوجه المعتاد ؛ بدلالة : أنه إذا باع دارًا] [٧] فيها متاعه لم يلزمه نقله في الحال حتى يحضر الحمالين ، وينقله بالنهار دون الليل .

---

(١) في (م) ، (ع) : [والأرض] ، [أو الأرض] ولفظ : [البائع] ساقط منهما .

(٢) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي ص٧٨ ، بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » فصل : « وأما شرائط الصحة » (١٦٦/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله االعناية « كتاب البيوع » (٢٨٤/٦) ، البناية مع الهداية « كتاب البيوع » (٥٦/٧-٥٨) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » (١٤/٢) ، رد المحتار مع الدر المختار « كتاب البيوع » (٣٩/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [صلاح الثمرة] ، مكان : [صلاحها] .

(٤) في (م) : [تبقيته] ، وفي (ع) : [سقيته] ، مكان : [سقيه] .

(٥) راجع المسألة في : الأم ، « كتاب البيوع » باب « ثمر الحائط يباع أصله » (٤٣/٣) ، مختصر المزني « باب بيع الثمر » ص٧٩ ، المهذب مع المجموع « باب بيع الأصول والثمار » (٣٩٤/١١ ، ٤٠٠) وما بعدها ، حلية العلماء « باب بيع الأصول والثمار » (٢٠٧/٤ ، ٢٠٩) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٢١/٩ ، ٥٤) وما بعدها ، نهاية المحتاج « باب بيع الأصول » (١٢٥/٤ ، ١٢٦ ، ١٤٣) ، المنتقى ، في « ما جاء في ثمر المال يباع أصله » (٢١٥/٤) ، الإفصاح « باب بيع الأصول والثمار » (٣٣٩/١) ، المغني « باب بيع الأصول والثمار » (٧٦/٤ ، ٧٧ ، ٨٤) ، الكافي لابن قدامة « باب بيع الأصول» (٧١/٢ ، ٧٢) ، الإنصاف « باب بيع الأصول والثمار » (٥٨/٥-٦٠) .

(٦) في (ص) : [ساكنًا] ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

١١٤٤٢ - قلنا : لا يؤمر بنقله [1] في الحال إذا كان كثيرًا ؛ لأن ذلك غير ممكن . فاعتبر الممكن في التسليم دون المعتاد ؛ لأن العادة أنهم كانوا يقطعون الثمرة قبل بلوغها ويقطعونها بالغة ، فقد وجدت إحدى العادتين فيجبر على النقل ، كما قالوا : إذا بدا صلاحها لم يلزم تركها على النخل إلى حين استحكامها وإن كان ذلك معتادًا ؛ لأنه وجدت إحدى العادتين [2] .

١١٤٤٣ - قالوا : إذا انقضت الإجارة وفي الأرض زرع لم يُدْرِك لم يؤمر بقلعه ؛ لأن العادة أنه [3] لا يسلم الأرض كذلك ، فدل على اعتبار العادة في التسليم .

١١٤٤٤ - قلنا : هناك التسليم مستحق على المستأجر ، ولهذا نوجب [4] عليه أجرة بالتبقية [5] ، ولو لم يستحق التسليم لم يجب أجرة أخرى .

١١٤٤٥ - والكلام في وجوب التبقية [6] [بعوض لأجل منافع للتسوية بين الموضعين في وجوب التسليم] [7] على أنا نقول : وجب التسليم ويثبت للحاكم حق العقد على هذه المنفعة بعوض [8] مستأنف ، وعقد الحاكم كعقد المالك [9] .

١١٤٤٦ - قالوا : كل منفعة مستثناة في عقد البيع كان لمالك [10] المنفعة استيفاؤها على المكان .

١١٤٤٧ - أو يقول : استوفيت بعد البيع على ما يستوفي قبل البيع ؛ أصله : من باع جارية مزوجة [11] .

١١٤٤٨ - قلنا : هناك استثنى من العقد منفعة البضع ؛ فكان للزوج أن يستوفي المنفعة بكاملها ، وفي مسألتنا : لم يستثن البائع منفعة ، وإنما استثنى عينًا قائمة ويريد أن

---

(١) في جميع النسخ : [نقله] .
(٢) في (ص) : [القاذتين] .
(٣) في (ع) : [أن] .
(٤) في (م) : [يوجب] ، وفي (ع) : [وعلى هذا يوجب] ، مكان ولهذا نوجب .
(٥) في (م) ، (ع) : [بالسقيه] .
(٦) في (م) : [التقية] ، وفي (ع) : [السقية] .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [لعوض] .
(٩) في (م) ، (ع) : [المال] ، مكان : [المالك] ، قاعدة : « عقد الحاكم كعقد المالك » .
(١٠) في (م) ، (ع) : [المالك] .
(١١) في (م) ، (ع) : [من وجه] ، مكان : [مزوجة] .

يستوفي منفعة المبيع [(١)] لأجلها فلا يملك ذلك ، كما أن الزوج لما استثنى له المنفعة لم يستحق رقبة الولد ؛ لأنه عين وليس بمنفعة ، ولهذا نقول : لو اشترى فصيلًا لا يستغني عن الرضاع لم يستحق على البائع تمكينه من أمه ؛ لأنه عقد على عين فلم يستحق الانتفاع ، وإن كانت العين لا تصلح [(٢)] إلا بذلك .

١١٤٤٩ - فإن قاسوا على من باع دارًا إلا بيتًا منها أنه يستحقه بطريقه لم نسلم ذلك ؛ لأن عندنا لا يستحق الطريق في الدار المبيعة إلا بالتسمية .

* * *

(١) لفظ : [المبيع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) : [لا يصح] ، وفي (ع) : [لا تصح] ، مكان : [لا تصلح] .

مسألة ٥٩٣

بيع الثمرة قبل بدو صلاحها

١١٤٥٠ – قال أصحابنا : إذا باع الثمرة قبل بدو صلاحها ، وهي مما ينتفع بها إذا قطعت ، جاز بيعها مطلقًا [١] .

١١٤٥١ – وقال الشافعي : لا يجوز بيعها إلا بشرط القطع [٢] .

١١٤٥٢ – لنا : ما روي مالك ، عن نافع ، عن عمر رضي الله عنهما : « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها [٣] » .

---

(١) قال العيني : « لا خلاف بين العلماء في جواز بيع الثمار بعد بدو الصلاح ، لكن الخلاف في تفسير بدو الصلاح ، فعندنا : هو أن تأمن العاهة والفساد – ذكره في المبسوط – ، وعند الشافعي : ظهور الصلاح بظهور التفتح ومبادئ الحلاوة . أما قبل بدو الصلاح إذا اشتراها مطلقًا يجوز عندنا ، وعند الشافعي ، ومالك وأحمد رحمهم الله : لا يجوز المبيع ، والبيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح يجوز فيما ينتفع به بالإجماع . راجع : تحفة الفقهاء « باب البيع الفاسد وما يملك به وما لا يملك » (٥٥/٢) ، وفي البناية : وتفسير بدو الصلاح « كتاب البيوع » (٦٠/٧ ، ٦١) ، فتح القدير « كتاب البيوع » (٢٨٧/٦) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » (١٥/٢) ، وفي المنتقى للباجي « في النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » (٢١٧/٤) ، بداية المجتهد « كتاب البيوع » (١٦٣/٢) .

(٢) لفظ : [إلا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . راجع المسألة في : الأم « كتاب البيوع » ، « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٤٨/٣ ، ٤٩) ، مختصر المزني « باب لا يجوز بيع الثمر حتى يبدو صلاحه » ص٨٠ ، المهذب مع المجموع ، « باب بيع الأصول والثمار » (٤٠٩/١١) وما بعدها ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٥٨/٩ ، ٥٩ ، ٦٠ – ٦٣) ، المنتقى ، في « النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » (٢١٨/٤) ، بداية المجتهد « كتاب البيوع » ، « (١٦١/٢ ، ١٦٢) ، الإفصاح ، « باب بيع الأصول والثمار » (٣٣٩/١) ، المغني ، « باب بيع الأصول والثمار » (٩٣/٤) ، الكافي لابن قدامة (٧٥/٢) ، الإنصاف ، « باب بيع الأصول والثمار » (٦٧/٥) .

(٣) هذا الحديث أخرجه مالك في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » (٦١٨/٢) ، الباب (٨) ، الحديث (١٠) ، والشافعي في الأم « كتاب البيوع » ، « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٤٧/٣) ، وأحمد في المسند (٧/٢ ، ٦٢ ، ٦٣) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها » (١١٦٧/٣) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب النهي بيع الثمار قبل بدو صلاحها » (٢٤٨/٢) ، كما أخرجه الترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع الثمر حتى يبدو صلاحها » (٥٢٠/٣) .

ومعلوم أن الحِصْرِم (١) قد بد صلاحه ؛ لأنه لا ينتفع به (٢) حِصِرما إلا على هذه الصفة .

١١٤٥٣ - ولأنها ثمرة يجوز بيعها بشرط القطع ، فجاز بيعها مطلقًا ، أصله : « إذا (٣) احمرت واصفرت (٤) .

١١٤٥٤ - ولأنه عقد بيع فلا يكون من شرطه قطع المبيع ، [أصله : إذا بدا صلاح بيعها .

١١٤٥٥ - ولأنها لو انفصلت جاز بيعها مطلقًا] (٥) ؛ أصلها : الدالية (٦) وعليها الثمرة التي ينتفع بها .

١١٤٥٦ - ولأن القطع يبين ملك المشتري من ملك البائع فلا يقف صحة العقد على شرطه ، كمن باع قفيزًا من صبرة .

١١٤٥٧ - احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ « أنه نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » (٧) .

« ونهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهة ، قيل لابن عمر متى ذلك ؟ قال حتى تطلع الثريا » (٨) .

---

(١) الحِصْرِم : بكسر الحاء المهملة وسكون الصاد وكسر الراء المهملة : العنب مادام حامضًا ، قال ابن منظور عن الأزهري : الحصرم ، حب العنب إذا صلب وهو حامض ، وعن ابن سيدة : الحصرم ، الثمر قبل النضج . وقال : الحصرمة بالهاء ، حبة العنب حين تنبت . راجع : لسان العرب ، مادة « حصرم » (٨٩٨/٢) ، المصباح المنير « الحاء مع الصاد وما يثلثهما » (١٣٣/١) .

(٢) قوله : [لأنه لا ينتفع به] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [التي] ، مكان : [إذا] .

(٤) قوله : [واصفرت] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) قال المطرزي : « الدالية : جذع طويل يركب تركيب مداق الأرز ، وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقي بها » ، قال الفيومي : « خشب يصنع كهيئة الصليب ويشد برأس الدلو ثم يؤخذ حبل يربط طرف بذلك ، وطرف بجذع قائم على رأس البئر ويسقي بها » ، وفسرها أيضًا بالمنجنون ، والمنجنون تديرها البقرة ، والناعورة يديرها الماء ، وجمعها : الدوالي » . راجع : المغرب « الدال مع اللام ص١٦٧ ، لسان العرب ، مادة « دلا » (١٤١٧/٢) ، المصباح المنير « الدال مع اللام ما يثلثهما » (١٨٨١) ، المعجم الوسيط (٢٩٥/١) .

(٧) سبق تخريجه آنفًا في هذه المسألة .

(٨) أخرجه الشافعي في الأم ، « كتاب البيوع » ، « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٤٧/٣) ، وفي المسند (١٤٩/٢) ، الحديث (٥١٢) ، وفي السنن المأثورة ص٢٥١ ، الحديث (١٩٩) ، والطحاوي في =

وروى جابر ﷺ : « أن النبي ﷺ نهى [عن] (١) بيع الثمار حتى تشقح (٢) » .

١١٤٥٨ - قالوا : فلا يخلو إما أن يكون نهى عن بيعها مع شرط القطع : وهذا لا يجوز بخلاف الإجماع ، أو بشرط الترك ، وذلك لا يجوز ؛ لأن (٣) الخبر مطلق بولاية تبطل (٤) حكم الغاية ، فعلم أن النهي تناول (٥) إطلاق البيع .

١١٤٥٩ - الجواب : أن ظاهر الغاية أن يكون ما قبلها بخلاف ما بعدها ؛ ومعلوم : أن البيع يجوز قبل الغاية باتفاق إذا شرط القطع ؛ فمخالفنا ترك (٦) الحكمة التي ذكرها رسول الله ﷺ ، وزعم أن الغاية شرط القطع ، فأما نحن فنقول : معنى الخبر : أن النبي ﷺ نهى عن بيعها مدركة قبل الإدراك ومحمرة قبل الاحمرار ورطبًا قبل البلاغ ، وهذه العادة لأنهم يبيعون الثمار بالغة قبل أن تبلغ فنهى رسول الله ﷺ عن هذا البيع حتى توجد الصفة ، فالحكم عندنا متعلق بالغاية المذكورة لا يصلح قبلها .

١١٤٦٠ - والظاهر مَغْنِيٌّ من وجهين ، أحدهما : تبقية ظاهر الغاية من غير تخصيص ، والثاني : أن الغاية في بيع الثمار ما ذكرناه ، فالنهي تناول معنى معقولًا معتادًا . يبين ذلك : « أنه نهى عن بيع العنب حتى يَسْوَدَّ » (٧) ومعلوم أنه لا يكون قبل

= المعاني « كتاب البيوع » ، « باب بيع الثمار قبل أن تتناهى » (٢٣/٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٣٠٠/٥) ، وعزاه ابن حجر إلى الدولابي في تلخيص الحبير « باب البيوع المنهي عنها » (١٨/٣ ، ١٩) الحديث (١١٧٩) .

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يفسخ] ، وهو خطأ . قال المطرزي : « أشقح النخل وشقح إذا تغير البسر للاصفرار بعد الاخضرار » ، وفي لسان العرب : « وهو في لغة أهل الحجاز ، الزهو ، وأشقح النخل : أزهى ، وأشقح البُسر وشقَّح : لون واحمر وأصفر ؛ وقيل : هو أن يحلو » . راجع : المغرب « الشين مع القاف » ص٢٥٤ ، النهاية (٤٨٩/٢) ، لسان العرب ، مادة « شقح » (٢٢٩٦/٤) .

(٣) في (ص) : [لأنه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يبطل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يتناول] .

(٦) في (ص) ، (م) : [تارك] .

(٧) أخرجه أبو داود في السنن « باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها » (٢٤٩/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع الثمر حتى يبدو صلاحها » (٥٢١/٣) ، الحديث (١٢٢٨) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب النهي عن بيع الطعام قبل ما يقبض » (٧٤٧/٢) ، الحديث (٢٢١٧) ، وأحمد في المسند (٢٢١/٣ ، ٢٥٠) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٣٠١/٥) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » في « النهي عن بيع الحب حتى يشتد وعن بيع العنب حتى يسود إلخ ... » (١٩/٢) .

السواد عنبًا ، فعلم أنه نهى عن بيعه عنبا أسود وهو حصرم .

١١٤٦١ - وجواب آخر : أن هذا النهي كان على المشورة لا [على] [١] وجه التحريم ؛ بدلالة : ما ذكره أبو داود ، عن زيد بن ثابت « قال : كان الناس يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، فإذا جدَّ الناسُ وحضر تقاضيهم [٢] ، قال المبتاع : قد أصاب الثمرة الدُّمَان ، وأصابه قُشامُ ، وأصابه مُراض [٣] ، عاهات يحتجون بها ، فلما كثرت خصومتهم [٤] عند النبي ﷺ قال رسول الله ﷺ ، كالمشورة [٥] يشير بها : « فأما ، لا : فلا تتبايعوا [٦] الثمرة حتى يبدو صلاحها » ، لكثرة خصومتهم / واختلافهم [٧] ، وإذا بين زيد بن ثابت أن النهي على طريق المشورة لبيان الأولى [٨] سقط الاستدلال به .

٣٦

١١٤٦٢ - قالوا : لا يقبل قول زيد بن ثابت التخصيص .

١١٤٦٣ - قلنا : في كلام النبي ﷺ ما دل على ذلك ؛ لأنه روي عنه [٩] أنه قال : « فأما لا ، فلا تبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها » ، فكأنه قال : إذا كنتم تختصمون فلا تبايعوا [١٠] .

١١٤٦٤ - قالوا : كيف يحمل على التنزه والمشورة ، وقد قال [عليه الصلاة

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [حصره فاصيهم] ، وفي (ص) ، بدون نقط ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . وجدَّ النخل : قطع تمره . راجع في المغرب « الجيم مع الدال » ص٧٧ .

(٣) في جميع النسخ : [الدمار] بالراء المهملة بدل النون ، وهو تصحيف . راجع : السنن الكبرى (٣٠٢/٥) ، المغرب « الدال مع الميم » ، القاف مع الشين » ص١٦٨ ، ٣٨٣ ، ١٤٢٨ .

(٤) في (م) ، (ع) : [كبرت حضر منهم] ، وهو تصحيف .

(٥) قوله : [كالمشورة] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ص) : [فأما إذا فلا تبيعوا] ، وفي (م) ، (ع) : [فأما فلا تبيعوا] ، والمثبت من كتب الحديث .

(٧) أخرجه أبو داود في السنن « باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها » (٢٤٩/٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (١٣/٣ ، ١٤) الحديث (٣٨) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في مال العبد » (٣٠١/٥ ، ٣٠٢) ، وأخرجه البخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها » (٢٣/٢) . راجع تخريجه أيضًا في : الهداية في تخريج أحاديث البداية (٢٥٨/٧ ، ٢٥٩) ، الحديث (١٣٩٢) .

(٨) في (م) ، (ع) : [الأولين] .

(٩) في (م) ، (ع) : [روى] ، مكان : [لأنه روي عنه] ، ولفظ : [لأنه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فلا تبايعون] ، والصواب ما أثبتناه .

والسلام] (١) : « أرأيت إن منع اللَّه الثمرة بم (٢) يستحل أحدكم مال أخيه ؟ » (٣) .

١١٤٦٥ - قلنا : هذا التعليل راجع إلى من باع ثمرة مدركة قبل أن تدرك ، فيجوز أن يمنع اللَّه بلوغها إلى حال الثمرة ، وإن رددنا هذا التعليل إلى من باع ثمرة لم تدرك (٤) على حالها .

١١٤٦٦ - ولأنهم كانوا يبيعونها بغير شرط ، وإذا لحقتها آفة رجعوا على البائع ، فقال عليه [الصلاة و] السلام : « أرأيت إن منع اللَّه الثمرة » حتى حدث بها ما منع كمالها ، ثم يستحل المشتري منع الثمن عن البائع ، فيصح [هذا التأويل على كلا التعليلين (٥) .

١١٤٦٧ - قالوا : روي عن ابن عباس ﷺ مثل قولنا (٦) .

١١٤٦٨ - قلنا : زيد يخالف ؛ لأنه لما لم يتأول الخبر على ما حكيناه عنه : دل أن البيع عنده جائز .

١١٤٦٩ - قالوا : فرده غيره بالبيع قبل أن يبدو صلاحها لا على شرط القطع ، فوجب أن لا يصلح البيع ، كما لو باعها بشرط التبقية .

١١٤٧٠ - قالوا : ولا يلزم إذا باع الثمرة من صاحب النخل (٧) ؛ لأن فيه وجهين .

---

(١) الزيادة أثبتناها لمقتضى المقام . (٢) في جميع النسخ : [تم] ، والصواب بالباء .

(٣) هذا جزء من حديث أنس بن مالك ، رواه مالك (٦١٨/٢) الحديث (١١) ، والشافعي من طريق مالك ، في الأم (٤٧/٣) ، وفي المسند ، « كتاب البيوع » الباب الأول « فيما نهي عنه من البيوع وأحكام أخرى » (١٤٨/٢) ، الحديث (٥٠٩) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، ثم أصابته عاهة فهو من البائع » (٢٣/٢) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » في « شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها على أن يقطعها ولا يتركها إلى أوان إدراكها » (٢٦٤/٧) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب وضع الجوائح » (١١٩٠/٣) ، الحديث (١٥ ، ١٦-١٥٥٥) .

(٤) في (ص) : [تمرة] ، وفي (م) : [لم يدرك] .

(٥) في (ص) : [كلى] ، وفي (م) ، (ع) : [كل] ، وفي هامش (ص) : [هذا التعليل على كلا التأويلين] من نسخة أخرى .

(٦) لعل المراد به ما رواه الشافعي من حديث ابن عباس ﷺ ، بلفظ : « لا يباع الثمر حتى يطعم » أخرجه في الأم ، « كتاب البيوع » ، « باب ثمر الحائط يباع أصله » (٤٧/٢) ، وفي المسند « كتاب البيوع » ، الباب الأول « فيما نهي عنه من البيوع وأحكام أخرى » (١٤٩/٢ ، ١٥٠) ، الحديث (٥١٥) ، والبيهقي في الكبرى ، في آخر « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٣٠٢/٥) ، وابن ماجه بمعناه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب النهي عن بيع الطعام ما لم يقبض » (٧٤٩/٢) ، الحديث (٢٢٢٧) .

(٧) في (م) ، (ع) : [النخلة] .

١١٤٧١ - قلنا : ينتقض بالنخلة [١] إذا باع ثمرتها ، ولم يبد صلاحها [٢] ولم يشترط القطع .

والمعنى فيه : إذا باعها بشرط التبقية للانتفاع بملك البائع على وجه لا يوجبه العقد . وفي مسألتنا : أطلق بيع الثمرة ولم يشترط القطع ، فصار كشرط قطعها .

١١٤٧٢ - قالوا : إطلاق بيع الثمرة يقتضي تركها ، بدلالة : قوله عليه [الصلاة و] السلام : « أرأيت إن منع اللّه الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه » ، فلولا أن الإطلاق يقتضي التبقية لم يصح هذا الكلام .

١١٤٧٣ - قلنا : وقد بينا أن النهي يتناول بيع الثمرة محمرة قبل احمرارها ، وهذا لا يكون إلا بشرط التبقية ، فلا يكون في التعليل لهم دليل ، فإن من ابتاع شيئًا في ملك البائع كان على المبتاع نقله وتحويله على ما جرت العادة به .

١١٤٧٤ - [و] [٣] الدليل عليه : من اشترى طعامًا من دار البائع ليلًا [٤] اقتضى التبقية حتى يجيء وقت النقل ، وهو النهار ؛ فإذا جاء النهار نُقِلَ على ما جرت العادة به .

١١٤٧٥ - ولا يقال له : انقله دفعة واحدة ؛ لأنه حَمْل ونقل على دفعات في العرف [٥] والعادة ، فكذلك ههنا : من ابتاع ثمرة أول ما طلعت لا ينتفع بها . لا يقال له في العادة : حول في الحال بل يدعها إلى الوقت الذي جرت العادة بالنقل فيه .

١١٤٧٦ - قلنا : إذا باع ثمرة لا ينتفع بها فالبيع لا يجوز عندنا ؛ لأنها لا تتقوم ، وإنما الكلام إذا كانت مما ينتفع بها إلا أنها لم تبلغ غاية الانتفاع . وهذا قد جرت العادة أن يقطع في الحال ، كالحِصْرِم والخلال [٦] ، وقد يترك ؛ فلم يكن إحدى العادتين أولى

---

(١) لفظ : [النخلة] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي العبارة اضطراب ، ونص ما جاء في النسخ جميعها : [ينتقص بالنخلة إذا سقطت وقتها ، لم يبد صلاحها ، فيبعد إجابة ، وإن لم يشترط القطع] ولا معنى لها .

(٢) من قوله : [إذا سقطت] إلى قوله : [إجابة] هكذا في جميع النسخ .

(٣) الزيادة من (ع) .

(٤) لفظ : [ليلًا] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [حمال] وفي (ص) : حملًا والعادة : والحَمْل هو ما يحتاج إلى حمل ونقل . والعبارة ناقصة ، فزدنا ما بين القوسين ليستقيم المعنى .

(٦) في جميع النسخ : « الحلال » : بالحاء المهملة ، وصوابه بالمعجمة . الخلال : بالفتح ، البلح بلغة أهل البصرة ، واحدته خلالة ، قال ابن الأثير في تفسير حديث سنان بن سلمة « إنا نلتقط الخلال » ، يعني البُسر أول إدراكه . راجع لسان العرب مادة « خلل » (١٢٥٣/٢) .

من الأخرى .

١١٤٧٧ - ولأن العادة تجعل كالمشروط فيما يؤدي إلى صحة العقد .

١١٤٧٨ - فأما إذا أدى إلى فساده : فلا [١] . ألا ترى أن الناس يشترون الحطب على ظهر البهائم والشول [٢] ، ويحمل ذلك في العادة إلى منازلهم ، فإذا أطلقوا العقد : جاز . ولا تجعل هذه العادة كالمشروطة حتى أفسد بها العقد ، كذلك في مسألتنا .

* * *

(١) قاعدة : « العادة تجعل كالمشروط فيما يؤدي إلى صحة العقد ، فإما إذا أدى إلى فساده فلا » .

(٢) في (م) ، (ع) : [الشو] ، وفي (ص) : [السول] ، بالشين المهملة ، وصوابه بالمعجمة . الشول : بفتح الشين ، الناقة التي خف لبنها وارتفع ضرعها . راجع : لسان العرب ، مادة « شول » (٢٣٦٣/٤) .

مسألة ٥٩٤

بيع الثمرة بعد بدء صلاحها مع شرط تركها على النخل

١١٤٧٩ – قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : إذا باع ثمرة قبل [1] بَدء صلاحها ، وشرط تركها على النخل : بطل البيع [2] .

١١٤٨٠ – وقال الشافعي : إذا شرط تركها جاز [3] .

١١٤٨١ – لنا : « نهيه عليه [الصلاة و] السلام عن بيع وشرط » [4] .

١١٤٨٢ – ولأنها ثمرة يجوز بيعها بشرط القطع ؛ فيبطل بشرط الترك ، أصله [5] : التي لم يبد صلاحها .

---

(١) يقول الشوكاني رحمه الله : « والأحاديث المذكورة في الباب تدل على أنه لا يجوز بيع الثمر قبل بدو صلاحها . وقد اختلف في ذلك على أقوال . الأول أنه باطل مطلقًا وهو قول ابن أبي ليلى والثوري وهو ظاهر كلام الهادي والقاسم قال في الفتح : ووهم من نقل الإجماع فيه ... الثاني أنه إذا شرط القطع لم تبطل وإلا بطل ، وهو قول الشافعي وأحمد ورواية عن مالك ونسبه الحافظ إلى الجمهور ... الثالث : أنه يصح إن لم يشترط التبقية وهو قول أكثر الحنفية قالو : والنهي محمول على بيع الثمار قبل أن توجد أصلًا ... ولا يخفى ما في دعوى بعض هذه الإجماعات من المجازفة .. » راجع نيل الأوطار : (١٧٤/٥) .

(٢) قال السمرقندي في تحفة الفقهاء – بعد أن بين أحكام بيع الثمار قبل بدو صلاحها– : « وأما إذا باع بعد بدو صلاحها مطلقًا أو بشرط القطع ، جاز ، ولو باع بشرط الترك لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف » .
راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي ص٧٨ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٤١٢/١) ، المسألة (٤١٢) ، تحفة الفقهاء « باب البيع الفاسد وما يملك به وما لا يملك » (٥٥/٢ ، ٥٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب البيوع » (٢٨٨/٦) ، البناية مع الهداية « كتاب البيوع » (٦٢/٧) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » (١٥/٢ ، ١٦) ، رد المحتار مع الدر المختار « كتاب البيوع » (٤٠/٤ ، ٤١) .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (٤٣٣/٩ ، ٤٣٥) ، حلية العلماء (٢١٤/٤ ، ٢١٥) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٦٠/٩) ، نهاية المحتاج « فصل في بيان بيع الثمر » (١٤٥/٤) ، المنتقى « في النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » (٢٢٠/٤) ، الإفصاح « باب بيع الأصول والثمار » (٣٤٠/١) ، المغني « باب بيع الأصول والثمار » (٩٨/٤ ، ٩٩) ، الكافي لابن قدامة « باب بيع الأصول » (٧٥/٢) ، الإنصاف « باب بيع الأصول والثمار » (٧٤/٥) .

(٤) أخرجه الخطابي في معالم السنن « كتاب البيوع » ، « باب شرط في بيع » (١٤٥/٣ ، ١٤٦) ، وابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب البيوع » ، في « حكم من باع بيعًا واشترط شرطًا » (٣٢٤/٧ ، ٣٢٥) .

(٥) في (ص) : [أصلها] .

١١٤٨٣ - ولأن كل شرط يبطل بيع [١] الثمرة التي لم يبد صلاحها يبطل بيع التي بدأ صلاحها ، أصله : إذا شرط تركها حتى تصير ثمرًا [٢] ، ولا يشترط الانتفاع بملك البائع بعد التسليم ، فصار كما لو اشترى طعامًا على أن يتركه في دار [٣] البائع ؛ لأن الثمرة تزيد بالترك فقد شرط الأجزاء التي تحدث في الثاني ، فصار كبيع الثمرة التي لم تدرك .

١١٤٨٤ - احتجوا : بما روي عن [٤] النبي ﷺ « أنه نهى عن بيع الثمار حتى تُزْهى ... حتى تَحْمرَّ وتَصْفَرَّ » [٥] ، وما بعد الغاية يخالف ما قبلها ، والظاهر أن بيعها يجوز بعد احمرارها في جميع الأحوال .

١١٤٨٥ - قالوا : ولأن نهيه عن البيع قبل الاحمرار قد يتناول البيع بشرط التبقية بإجماع ؛ فيجب أن يكون بعد الاحمرار حتى يكون ما بعد الغاية خلافَ [٦] ما قبلها .

١١٤٨٦ - والجواب : أن النهي تناول بيعها محمرة قبل الاحمرار فإذا بدا صلاحها جاز بيعها محمرة [٧] فما بعد الغاية عندنا خالف ما قبلها .

١١٤٨٧ - ولأن المنع قبل البلاغ إذا كان عَدِم الاحمرار ، وإذا حمرت لم يمنع ذلك المعنى البيع . وأما أن يدل على جواز البيع بكل حال فلا ، يبين ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ﴾ [٨] ، ظاهره يقتضي أنها إذا طهرت لم يمنع من وطئها بالحيض ، ولا يقتضي جواز وطئها بكل حال .

١١٤٨٨ - وأما قولهم إن نهيه عن البيع قبل الاحمرار قد اقتضى النهي عن البيع بشرط الترك بإجماع : فلا يصح ؛ لأن الخبر عندنا لم يتناول إلا بيعها محمرة [٩] وهي خضراء ، أو بيعها عنبًا وهي حِصْرِم [١٠] ، فأما البيع بشرط البراءة فمعلوم بالإجماع لا

---

(١) في (ع) : [ببيع] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ثمرًا] ، بالثاء وهو تصحيف .
(٣) قوله : [دار] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في جميع النسخ : [أن] والصواب ما أثبتناه .
(٥) في جميع النسخ : [وحتى تحمر] ، بالعطف ، والصواب بدونه ؛ لأن « تحمر » تفسير : [تزهى] ، هذا جزء من حديث أنس بن مالك ﷺ الذي تقدم تخرجه في مسألة (٥٩٣) .
(٦) في (ص) : [خلافًا] .
(٧) في (م) ، (ع) : [بحمرة] .
(٨) سورة البقرة : الآية ٢٢٢ .
(٩) في (م) ، (ع) : [بحمرة] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [خضرة] .

بالخبر ، فلا يقتضي الغاية جوازه بعده ولم يدل الخبر عليه (١) .

١١٤٨٩ - قالوا : التسليم يعتبر فيه العادة ؛ بدلالة : ما ذكروه في بيع الطعام .

١١٤٩٠ - قلنا : العادة أن الثمار تُسَلَّم عند احمرارها وتقطع ، وقد تترك حتى تبلغ (٢) إلى أن تصير رطبًا ، وقد تترك حتى تصير (٣) تمرًا .

١١٤٩١ - فكما لو شرط تبقيتها حتى تصير [تمرًا أبطل العقد ، وإن كان ذلك معتادًا ، كذلك إذا شرط تبقيتها حتى تصير (٤) ، رطبًا وإن كان معتادًا .

* * *

(١) في (ع) : [عليه الخبر] بالتقديم والتأخير . (٢) في (م) : [يترك حتى يبلغ] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يترك حتى يصير] .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، إلا أن لفظ : [كذلك] مطموس الأول ، يبدو مثل : [ذلك] ولا يستقيم المعنى به ، لعل الصواب ما أثبتناه .

مسألة ٥٩٥

بيع الجوز واللوز والفستق والباقِلَّاء الأخضر في قشره

١١٤٩٢ - قال أصحابنا : يجوز بيع الباقِلَّاء الأخضر في قشره ، وكذلك [١] : الجوز ، واللوز ، والفستق [٢] .

١١٤٩٣ - وقال الشافعي : لا يجوز بيعه على الشجر ، ولا على الأرض حتى يخرج من قشره الأول [٣] .

١١٤٩٤ - لنا : نهيه عليه [الصلاة و] السلام : « عن بيع الثمار حتى تزهى » [٤] ، وما بعد الغاية بخلاف ما قبلها ، وظاهره يقتضي : أن الزَّهْوَ [٥] إذا حصل جاز البيع .

١١٤٩٥ - ولأن الناس يتبايعون الباقلاء في سائر الأعصار من غير نكير ، فصار إجماعًا .

١١٤٩٦ - قالوا : الإجماع ما اتفق عليه قولًا .

---

(١) في (ص) ، (م) : [قشرته] ، وفي (ع) : [كذلك] ، بدون الواو . الباقلاء ، بالمد والقصر : الحب ، وفي المعجم الوسيط : نبات عشبي سنوي زراعي من فصيلة القطانيات الفراشية ، وفي لسان العرب : الباقلاء والباقلي : الفول .. إذا شددت اللام قصرت ، وإذا خففت مددت فقلت : الباقلاء ، واحدته باقلاة وباقلاءة » . راجع : المغرب « الباء مع القاف » ص٤٩ ، ولسان العرب ، مادة : « بقل » (٣٢٩/١) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب البيوع » (٦٦/٧-٦٨) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » (١٨/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « كتاب البيوع » (٤٣/٤) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٥٠/٣-٥٢) ، مختصر المزني « باب لا يجوز بيع الثمر حتى يبدو صلاحه" ص٨٠ ، المهذب مع المجموع « باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره » (٣٠٥/٩) وما بعدها ، حلية العلماء « باب ما نهى عنه من بيع الغرر » (٩٩/٤ ، ١٠٠) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٨٢/٩) وما بعدها ، نهاية المحتاج « فصل في بيان بيع الثمر » (١٥١/٤) .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٥٩٣) ، وفي مسألة (٥٩٤) .

(٥) في جميع النسخ : [الزهر] ، بالراء المهملة بدل الواو ، وهو تصحيف . الزَّهْو ، والزُّهو بالفتح والضم : البُسر إذا حصل فيه الحمرة والصفرة ، روي بلفظ : « حتى يزهى » ، وبلفظ : « حتى يزهو » . قال ابن الأثير : « يقال : زها النخل يزهو إذا ظهرت ثمرته ، وأزهى يزهى : إذا اصفرَّ واحمرَّ ، وقيل : هما بمعنى الاحمرار والاصفرار ، ومنهم من أنكر : يزهو ، ومنهم من أنكر : « يزهى » ، قال المطرزي : « والزهو : الملون من البسر تسمية بالمصدر » . راجع : النهاية « باب الزاي مع الهاء » (٣٢٣/٢) ، لسان العرب ، مادة « زها » (١٨٨٣/٣) ، المغرب « الزاي مع الهاء » ص٢١٤ .

١١٤٩٧ - قلنا : وما اتفقوا عليه فعلًا وعملًا مثله ؛ لأن العمل استباحة ، كالقول .

١١٤٩٨ - فإن قيل : قد اتفقوا عملًا على أخذ أجرة المعلم .

١١٤٩٩ - قلنا : لا يشترطونه (١) في العادة ، وإنما يدفع إلى المعلم الصبيَّ فيعلمه ، ثم يدفع إليه أجرته من غير (٢) شرط . وهذا يجوز عندنا ، فأما بيعهم المأكولات بغير إيجاب وقبول ، ودخولهم الحمام بغير شرط ولا تقدير مدة ، فقد دل فعلهم على الجواز عندنا .

١١٥٠٠ - ولأنها ثمرة ؛ فجاز بيعها على الصفة التي توجد من الشجر ، كالرمان والتفاح .

١١٥٠١ - ولأن ما جاز بيعه (٣) في قشر واحد جاز بيعه بما فيه هو ؛ أصله : الجوز في قشر واحد .

١١٥٠٢ - ولأن القشر الواحد يحفظ الباقلاء من الفساد ويحرس رطوبته (٤) ، فهو كقشر الرمان والموز .

١١٥٠٣ - احتجوا : بنهيه عليه [الصلاة و] السلام « عن بيع الغرر » (٥) .

١١٥٠٤ - هذا لا دلالة فيه ؛ لأنا بينا أن الغرر ما كان الغالب فيه عدم السلامة ، وهذا المعنى لا يوجد في الباقلاء (٦) ؛ لأن تسليمه ممكن وإن بيع في قشره فلا يتناوله الاسم .

١١٥٠٥ - قالوا : لا يعلم أنه صغار أو كبار وفيه اثنين أو ثلاثة .

١١٥٠٦ - قلنا : هذا غير مقصود بالبيع ؛ بدلالة : أنه لا يعتبر ، ولا يفتش عنه (٧) .

---

(١) في (ع) : [لا يشترطون] .

(٢) في (م) ، (ع) : [بغير] ، مكان : [من غير] .

(٣) لفظ : [بيعه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ص) ، (م) : [الباقلي بالقصر] . وقوله : [يحرس رطوبته] أي يحفظ رطوبته ، حرس الشيء يحرسه بضم الراء وكسرها ، حرسًا : حفظه . كذا في لسان العرب ، مادة : « حرس » (٨٣٣/٢) .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٤) . ورواه مالك ، عن أبي حازم بن دينار ، عن سعيد بن المسيب مرسلًا ، في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب بيع الغرر » (٦٦٤/٢) ، الحديث (٥٧) ، ومسلم عن طريق عبيد اللَّه ، عن أبي الزناد ، عن الأعرج ، عن أبي هريرة مرفوعًا ، في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر » (١١٥٣/٣) ، الحديث (٤-١٥١٣) ، والبيهقي في الكبرى « في آخر باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٣٠٧/٥) .

(٦) في (ص) ، (م) : « الباقلي » .

(٧) في (م) ، (ع) : [ولا يعين] ، مكان : [ولا يفتش] .

١١٥٠٧ - ولأنه يعلم في العادة أنه كبار أو صغار في الجملة ، ولا يعلم [١] آحاده ، وهذا غير مقصود .

١١٥٠٨ - قالوا : المقصود مستور فيما لا مصلحة له فيه ؛ فوجب أن لا يجوز بيعه ، كتراب الصاغة أيضًا إذا بيع بجنس ما فيه .

١١٥٠٩ - قلنا : الوصف غير مسلَّم ؛ لأن القشر الأخضر لا تبقى [٢] رطوبة الباقلاء إلا به ، فهو كقشر الرمان ، والقشر الأخضر على الجوز والفستق فيه مصلحته ؛ لأنه إذا بقي فيه لم يلحقه الفساد بطول المكث ، فإذا خرج منه لحقه الفساد ، ثم تراب الصاغة يجوز بيعه بغير جنسه عندنا فاستثناؤه لا يمنع عندنا ، فإذا بيع بجنسه لم يجز البيع لعدم المماثلة ، لا [٣] للاستتار .

١١٥١٠ - قالوا : حكم الجهالة يسقط في العقود فيما [٤] تدعو الحاجة إليه ، كالإجارات على ما لم يخلق ، وكالجوز واللوز في قشره الثاني ، وأما فيما لا حاجة إليه فلم يجز البيع فيه .

١١٥١١ - قلنا : لا نسلم ذلك على ما بيناه ، ثم القشر الثاني [٥] في الجوز لا حاجة إليه ؛ لأنه لا يفسد بالانفصال عنه إلا كما يفسد فيه ، ومع ذلك يجوز البيع داخل الصُّبَرِ [٦] ، يجوز بيعه من غير مشاهدة / ولا حاجة إلى ترك تقليبها [٧] . /ب

واللبن لا يجوز بيعه في الضرع ولا الحمل [٨] وله في بقائه في الوعاء مصلحة ؛ لأنه يحفظه من الفساد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا نعلم] ، بالنون وبدون الواو .

(٢) في (م) : [لا يبقى] .

(٣) لفظ : [لا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ما] ، مكان : [فيما] . (خلقةً) : أي حال كونه في أصل الخِلْقَةِ .

(٥) قوله : [ثم القشر الثاني] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [الصبرة] . الصُّبرة ، بضم الصاد وسكون الهاء : الطعام المجتمع كالكومة ، جمعها : وفي لسان العرب : « الصبرة » ما جمع من الطعام بلا كيل ولا وزن ، بعضه فوق بعض ، والصُّبرة : واحدة صُبر الطعام ، يقال : اشتريت الشيء صبرة ، أي بلا وزن ولا كيل . راجع : النهاية « باب الصاد مع الباء » (٩/٣) ، لسان العرب ، مادة « صبر » (٢٣٩٣/٤) ، المصباح المنير « الصاد مع الباء وما يثلثهما » (٣١٢/١) .

(٧) أي لا حاجة إليها طالما يجوز بيع الطعام داخل الصبر من غير مشاهدة ، ولا يضر إذا ترك التقليب .

(٨) الحَمْل : ما كان في بطن أو على شجر راجع اللسان مادة (حمل) .

ثم هذا الكلام لا يصح معنا . وعندنا يجوز بيع الأشياء وهي مستورة [١] بظروفها ولا حاجة تدعو [٢] إلى ذلك ، فكيف يصح لهم الكلام معنا في الحائل خلقةً [٣] ؟ .

* * *

(١) في (م) : [مسترة] . (٢) في (م) : [يدعو] .

(٣) في (م) ، (ع) : [كلام معنا في الحال] ، وفي (ص) : [خلقه] ، بالقاف ، مكان المثبت .

مسألة ٥٩٦

بيع الحنطة في سنبلها

١١٥١٢ - قال أصحابنا : يجوز بيع الحنطة في سنبلها [١] .

١١٥١٣ - وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يجوز بيع الحنطة ولا الموز في كمامه ، ويجوز بيع الشعير في سنبله والذرة [٢] .

١١٥١٤ - لنا : ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ « نهى عن بيع النخل حتى تزهو ، وعن [بيع] [٣] السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة » [٤] ، ذكره أبو داود .

وروى حماد بن سلمة ، عن أبيه ، عن أنس : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب

---

(١) في مجمع الأنهر : « يجوز بيع البر والشعير والعدس حال كونه في سنبله إن بيع بغير جنسه ، وإن بيع بجنسه لا يجوز لشبهة الربا » ، قال البابرتي في العناية في شرح قول القدوري : يجوز بيع الحنطة في سنبلها : « بيع الشيء في غلافه لا يجوز إلا بيع الحبوب ، كالحنطة والباقلاء » . راجع المسألة في : فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب البيوع » (٦/٢٩٣-٢٩٥) ، البناية مع الهداية « كتاب البيوع » (٧/٦٦ - ٦٩) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » (٢/١٨) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار (٤/٤٢ ، ٤٣) .

(٢) راجع المسألة في : الأم « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٣/٥١) ، مختصر المزني ، « باب لا يجوز بيع الثمر حتى يبدو صلاحه » ص٨٠ ، المهذب مع المجموع ، « باب ما نهى عنه بيع الغرر وغيره » (٩/٣٠٥) وما بعدها ، حلية العلماء « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (٤/١٠٣) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٩/٨٣) ، نهاية المحتاج « فصل في بيان بيع الثمر » (٤/١٥٠) ، المنتقى « في النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » (٤/٢٢٠) ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦٠ ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني « باب في البيع الشامل » ... (٥/٢٥) ، الإفصاح « باب بيع الأصول والثمار » (١/٣٤١) ، المغني « باب بيع الأصول والثمار » (٤/١٠٤ ، ١٠٥) .

(٣) في (ع) : [يؤبر] ، وفي (ص) ، (م) : [يزهى] ، مكان : [تزهو] ، وما بين المعكوفتين لا يوجد في سنن أبي داود .

(٤) أخرجه أحمد (٢/٥) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع » (٣/١١٦٥ ، ١١٦٦) ، الحديث (٥٠-١٥٣٥) ، وأبو داود في السنن « باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها » (٢/٢٤٨) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع الثمر حتى يبدو صلاحها » (٣/٥٢٠) ، الحديث (١٢٢٦ ، ١٢٢٧) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » في « بيع السنبل حتى يبيض » (٧/٣٧٠ ، ٣٧١) ، والبيهقي في الكبرى « باب ما يذكر في بيع الحنطة في سنبلها » (٥/٣٠٣) ، وابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب البيوع » (٧/٣٠٨) ، مسألة (١٤٣٤) .

حتى يَسْوَدَّ ، وعن بيع الحَبِّ حتى يشتد » [(١)] .

١١٥١٥ - وقوله : تفرد به حماد بن سلمة [(٢)] لا يصح ؛ لأن تفرد الثقة بالخبر لا يمنع قبوله .

١١٥١٦ - ولأنه يجوز بيعه إذا خرج من سنبله ؛ فجاز بيعه مع سنبله ، كالشعير .

١١٥١٧ - [ولأنه نوع حب ؛ فجاز بيعه مع سنبله ، كالشعير [(٣)]] .

١١٥١٨ - ولأن كل حالة يجوز فيها بيع الشعير جاز بيع الطعام ، أصله : إذا خرج من السنبل .

١١٥١٩ - احتجوا : « بنهيه عن بيع الغرر [(٤)] » ، وهذا غرر ؛ لأن الكمام [(٥)] قد تكون فارغة .

١١٥٢٠ - قلنا : قد بينا أن الغرر ما الغالب منه عدم السلامة [(٦)] ، وهذا لا يوجد في السنبل .

١١٥٢١ - وقولهم : قد يكون الكمام فارغة ، غلط [(٧)] ؛ لأن ذلك يعلم بمشاهدة السنبل ، ويوقف على قدر ما فيه في العادة [(٨)] .

---

(١) في جميع النسخ : [نهى عن بيع الحبة حتى يشتد وعن بيع العنب حتى يسود] بالتقديم والتأخير ، وبزيادة الهاء في « الحب » ، والمثبت من كتب الحديث ، وقد تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٥٩٣) .

(٢) هو حماد بن سلمة بن دينار ، أبو سلمة البصري ، ابن أخت حميد الطويل ، ثقة ، عابد ، قال العجلي في الثقات : « ثقة رجل صالح حسن الحديث ، يقال : إن عنده ألف حديث حسن ليس عند غيره » ، قال ابن عدي في آخر ترجمته : « ولحماد بن سلمة هذه الأحاديث الحسان والأحاديث الصحاح التي يرويها عن مشائخه ، وله أصناف كثيرة كتاب ومشائخ كثيرة ، وهو من أئمة المسلمين : وهو كما قال على بن المديني : من تكلم في حماد بن سلمة فاتهموه في الدين ، وهكذا قول أحمد بن حنبل فيه » . قال البخاري : مات حماد بن سلمة سنة سبع وستين ومائة . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص١٣١ ، الترجمة (٣٣٠) ، الكامل (٢٥٣/٢-٢٦٦) ، الترجمة (٤٣١/٦٢) ، الجرح والتعديل (١٤٠/٣-١٤٢) ، الترجمة (٦٢٣) ، تقريب التهذيب (١٩٧/١) ، الترجمة (٥٤٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) تقدم تخريج حديث النهي عن بيع الغرر في مسألة (٥٦٣) .

(٥) الِكمّ : بالكسر : هو غلاف الثمر والحب قبل أن يظهر ، جمعه : كمام ، واكمام . راجع في النهاية « باب الكاف مع الميم » (٢٠٠/٤) ، لسان العرب ، مادة : « كمم » (٣٩٣١/٥) .

(٦) قاعدة : « الغرر ما الغالب منه عدم السلامة » .

(٧) لفظ : [فارغة] ساقط من (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [على ما قدر فيه العادة] .

١١٥٢٢ - قالوا : قد روي « أنه نهى عن بيع الطعام حتى يفرك » (١) .

١١٥٢٣ - قلنا : معناه حتى يبلغ إلى حالة يتأتى فيه الفرك ، وهذا أولى ؛ لأنه موافق للخبر الآخر الذي قال فيه : « حتى يشتد » (٢) .

١١٥٢٤ - ولأن اللفظ واحد للإعرابين يوافق خبرًا صريحًا ، فالظاهر أن هذا الأصل الآخر (٣) غلط من الناقل في الإعراب .

١١٥٢٥ - ويجوز أن يقال : حتى يفرك ، ويراد به : أن يبلغ إلى حالة الفرك ، كما روي أنه عليه [الصلاة و] السلام « نهى عن بيع الثمار حتى يؤكل منها » (٤) ، ويكون ذلك حملًا للخبر على معنى متفق (٥) ، فأما إذا حملناه على وجود الفرك بطلت فائدة الغاية في قوله : « حتى يفرك » ، وحمل اللفظين على فائدة أولى من إسقاط أحدهما (٦) .

١١٥٢٦ - قالوا : المقصود مستور بما يدخر غالبًا إذا خرج ، فوجب أن لا يجوز ، كبيع تراب الصاغة إذا كان في بعضه فضة .

١١٥٢٧ - والجواب : ما بيناه (٧) .

* * *

---

(١) رواه عبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها » (٨/٦٤) ، الحديث (١٤٣٢١) ، وعنه أحمد في المسند (٣/١٦١) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما يذكر في بيع الحنطة في سنبلها » (٥/٣٠٣ ، ٣٠٤) .

(٢) قال البيهقي في نفس المصدر وقوله : [حتى يفرك] إن كان بخفض الراء على إضافة الإفراك إلى الحب وافق رواية من قال : « حتى يشتد » ، وإن كان بفتح الراء ورفع الياء على إضافة الفرك إلى من لم يسم فاعله خالف رواية من قال فيه : « حتى يشتد » ، واقتضى تنقيته عن السنبل حتى يجوز بيعه ، ولم أر أحدًا من محدثي زماننا ضبط ذلك ، والأشبه أن يفرك بخفض الراء لموافقة معنى من قال « حتى يشتد » . راجعه أيضًا في : تلخيص الحبير (٣/١٨) ، الحديث (١١٧٧) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أن هذا الأصل والآخر] ، مكان المثبت .

(٤) أخرجه مسلم بلفظ « نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه ، أو يؤكل » ، (٣/١١٦٧) ، الحديث (٥٥/١٥٣٧) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب بيع الثمار قبل أن تتناهى » (٤/٢٥) ، والبيهقي في الكبرى « باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار » (٥/٣٠١) ، وأخرجه النسائي في المجتبى « باب بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه » (٧/٢٦٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : [للخبرين يتفق] .

(٦) قاعدة : « حمل اللفظين على فائدة أولى من إسقاط أحدهما » .

(٧) يعني ما تقدم في مسألة (٥٩٥) .

مسألة ٥٩٧

ضمان ثمرة النخل التي باعها مشتريها على شجرتها فأصابتها جائحة

١١٥٢٨ - قال أصحابنا : إذا باع ثمرة النخل رجل من المشتري على شجرتها [١] فأصابتها جائحة ، كانت من ضمان المشتري [٢] .

١١٥٢٩ - وقال الشافعي في قوله القديم : هي من ضمان البائع ، وسوى بين قليلها وكثيرها ، وبين أن يكون بآفة سماوية أو بفعل آدمي [٣] .

١١٥٣٠ - وقال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ : إن هلك [٤] أقل من الثلث ؛ فمن ضمان [المشتري] [٥] ، وإن هلك الثلث فصاعدًا بآفة من السماء فمن ضمان البائع [٦] .

١١٥٣١ - لنا : ما روى أبو سعيد الخدري « أن رجلًا أصيب في ثمار ابتاعها على عهد رسول الله ﷺ فكثر دينه ، فقال عليه [الصلاة و] السلام للغرماء [٧] : خذوا ما

---

(١) في جميع النسخ : [رجلًا من المشتري في بينها] ، مكان المثبت ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) الجائحة : الآفة ، قال ابن الأثير : « وهي الآفة التي تهلك الثمار والأموال وتستأصلها » ، وقال الشافعي : « وجماع الجوائح : كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمي » . راجع : الأم « باب الجائحة في الثمر » وفي « باب في الجائحة » (٥٨/٣ ، ٥٩) ، سنن أبي داود « باب في تفسير الجائحة » (٢٧١/٢) ، المحلى بالآثار « كتاب البيوع » في « حكم المبيع إذا هلك بعد تمام البيع » (٢٨٠/٧) ، النهاية « باب الجيم مع الواو» (٣١١/١ ، ٣١٢) ، لسان العرب ، مادة : « جوح » (٧١٩/٢) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب الجائحة في الثمر » (٥٦/٣) وما بعدها ، مختصر المزني « باب لا يجوز بيع الثمر حتى يبدو صلاحه » ص٨٠ ، ٨١ ، المهذب مع تكملة المجموع « باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع » (٩٠/١٣-٩٢) حلية العلماء « باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع » (٣٤٤/٤ ، ٣٤٥) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (١٠٠/٩) وما بعدها ، نهاية المحتاج ، « فصل في بيان بيع الثمر » (١٥٣/٤ ، ١٥٤) .

(٤) في (م) : [يملك] ، وفي (ع) : [يهلك] ، مكان : [هلك] .

(٥) في (ع) : [ففي] ، مكان : [فمن] ، والزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) راجع تفصيل المسألة في : الكافي لابن عبد البر « باب وضع الجائحة » (٦٨٥/٢ ، ٦٨٦) ، المنتقى في « الجائحة في بيع الثمار والزرع » (٢٣٢/٤ ، ٢٣٦) ، بداية المجتهد في « القول في الجوائح » (٢٠١/٢ ، ٢٠٤) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٢٦٥ ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣٣٦/١ ، ٣٣٧) ، الإفصاح (٣٤٢/١) ، المغني (١١٨/٤-١٢٠) ، الكافي لابن قدامة (٧٧/٢) ، الإنصاف (٧٤/٥ ، ٧٥) .

(٧) قوله : [للغرماء] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

وجدتم ، ليس لكم إلا ذلك » [١] .

وروى : « فأمر أن يتصدق عليه ولم يأمرهم بوضع الجائحة » [٢] .

١١٥٣٢ – ولأنه قبض المبيع قبضًا استفاد به جواز التصرف ، فإذا تلف بسبب لم يكن في يد البائع كان من ضمان المشتري ؛ أصله : ما سوى الثمار إذا قبضها .

١١٥٣٣ – ولأنه تسليم يملك المشتري به التصرف في المبيع ، فخرج المبيع من ضمان البائع . أصله : إذا أخذ الثمرة [٣] وأصله : سائر المبيعات .

١١٥٣٤ – ولا يلزم : إذا باع عبدًا قد وجب عليه القصاص فقتل في يد المشتري ؛ لأنا احترزنا عنه في العلة الأولى بقولنا : تلف بسبب لم يكن في يد البائع ، والعلة الثانية عللنا لخروج المبيع من ضمان [٤] البائع ، والعبد عندنا خرج من ضمان البائع ، فإذا [٥] قتل بسبب كان في يده انفسخ فيه .

١١٥٣٥ – احتجوا : بحديث سفيان بن عيينة ، عن حميد بن قيس ، عن سليمان بن عتيق ، عن جابر ، أن النبي ﷺ « نهى عن السّنِينَ [٦] ، وأمر بوضع الجوائح » [٧] ، لم أحفظه عنه [٨] .

---

(١) أخرجه مسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب استحباب الوضع من الدين » (١١٩١/٣) ، الحديث (١٥٥٦/١٨) ، وأحمد في المسند (٣٦/٣ ، ٥٨) ، وأبو داود في السنن « كتاب الإجارة » ، « باب وضع الجائحة » (٢٧١/٢) ، والترمذي في السنن كتاب « الزكاة » ، « باب من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم » (٣٥/٣) ، الحديث (٦٥٥) ، والنسائي في المجتبى ، « كتاب البيوع » في وضع الجائحة (٢٦٥/٧) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه » (٧٨٩/٢) ، الحديث (٢٢٥٦) .

(٢) هذا معنى ما تقدم في حديث أبي سعيد الخدري ﷺ آنفًا .

(٣) في (م) ، (ع) : [ابلثمن] ، مكان : [الثمر] .

(٤) في (ع) : [يد] ، مكان : [ضمان] . (٥) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٦) قال ابن الأثير : « هو أن يبيع ثمرة نخله لأكثر من سنة » ، نهى عنه لأنه غرر ، وبيع ما لم يخلق . راجع في النهاية « باب السين مع النون » (٤١٤/٢) .

(٧) رواه الشافعي في الأم « كتاب البيوع » ، « في أول باب الجائحة في الثمرة » (٥٦/٣) ، وفي المسند « كتاب البيوع » ، « الباب الأول فيما نهى عنه من البيوع وأحكام أخر » (١٥١/٢) ، الحديث (٥٢٢) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب الرجل يشتري الثمرة فيقبضها فيصيبها جائحة » (٣٤/٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في وضع الجائحة » (٣٠٦/٥) ، وأحمد في المسند (٣٠٩/٣) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، باب في بيع السنين » (٢٥٠/٢) ، أخرجه مسلم في الصحيح في « كتاب البيوع » ، « باب كراء الأرض » (١١٧٨/٣) ، الحديث (١٠١) .

(٨) ذكره المصنف متصلًا ونحوه في المسند وهكذا أخرجه البيهقي (٣٠٦/٥) .

١١٥٣٦ - وهذا يُسْقِطُ الاحتجاج بالخبر ؛ لأن ذلك الكلام يجوز أن يغير الحكم فلا يمكن التعلق باللفظ ، ويحتمل أمر الكمال بوضع الجوائح عن مالك الثمار حتى لا يأخذوا عشرها ، ويكون ذلك الكلام الذي لم يحفظه سفيان دلَّ على هذا المعنى ، ويجوز أن يكون يبين ذلك الكلام حكم الثمرة قبل القبض وأمر بوضع الجوائح .

١١٥٣٧ - قالوا : روى ابن جريج ، عن أبي الزبير ، عن جابر ﵁ أن النبي ﷺ قال : « إن بعت من أخيك تمرًا [١] فأصابتها جائحة ، فلا يحل [لك] [٢] أن تأخذ منه شيئًا ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟ [٣] » .

١١٥٣٨ - قلنا : هذا محمول على ما حدث قبل القبض ، وأما [٤] إذا قبض فقد دخل في ضمانه ، فإذا أخذ مال المشتري فقد أخذ بحق .

١١٥٣٩ - قالوا : العادة أن الثمرة تستوفي شيئًا بعد شيء ، فهو كمن استأجر دارًا فقبضها ثم هلكت المنافع .

١١٥٤٠ - قلنا : المنافع معدومة ، فلا يصح قبضها ، فلم تدخل في [٥] ضمانه ، والثمرة غير [٦] موجودة ، فصح نقلها ، فإذا استفاد جواز التصرف فيها بالقبض خرجت من ضمان البائع .

* * *

---

(١) في (ص) : [ثمرًا] بالثاء المثلثة . (٢) الزيادة من كتب الحديث .

(٣) أخرجه أبو داود بهذا اللفظ في السنن « باب في وضع الجائحة » (٢٧١/٢) ، وأخرجه مسلم بلفظ : « لو بعت من أخيك ثمرًا » (١١٩٠/٣) ، الحديث (١٤-١٥٥٤) ، والنسائي « في وضع الجوائح » (٢٦٥/٧) ، وابن الجارود في المنتقى في « أبواب القضاء في البيوع » ص١٦١ ، الحديث (٦٣٩) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب الرجل يشتري الثمرة فيقبضها فيصيبها جائحة » (٣٤/٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في وضع الجائحة » (٣٠٦/٥) ، وابن ماجه « في السنن « كتاب التجارات » ، « باب بيع الثمار سنين والجائحة » (٧٤٧/٢) ، الحديث (٢٢١٩) .

(٤) قوله : [قبل القبض] ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [فأما] .

(٥) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [في] .

(٦) لفظ : [غير] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٥٩٨

بيع الثمرة على رؤوس النخل بخرصه تمرًا

١١٥٤١ – قال أصحابنا : لا يجوز بيع الثمرة على رؤوس النخل بخرصها تمرا [١] .

١١٥٤٢ – وقال الشافعي : يجوز ذلك فيما دون خمسة أوسق ، وكذلك العنب بالزبيب ، وإن باع تسعة أوسق من اثنين صفقة جاز [٢] .

١١٥٤٣ – لنا : ما روي أن النبي ﷺ « نهى عن بيع كل ثمرة بخرصها تمرًا [٣] ،

---

(١) وهذا البيع عرفه الحنفية بالمزابنة . قال محمد في الموطأ : المزابنة عندنا : اشتراء الثمر في رؤوس النخل بالتمر كيلًا ، لا يدري التمر الذي أعطى أكثر أو أقل ، والزبيب بالعنب لا يدري أيهما أكثر » ، دون تفريق في ذلك بين مادون خمسة أوسق وما فوقه . راجع المسألة في : موطأ محمد « باب بيع المزابنة » ص٢٧٦ ، ضمن الحديث (٧٨٠) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط جريان الربا » (١٩٤/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب البيع الفاسد » (٤١٥/٦ ، ٤١٦) ، البناية مع الهداية « باب البيع الفاسد » (٢٠٤/٧ ، ٢١٠) ، مجمع الأنهر « باب البيع الفاسد » (٥٠/٢ ، ٥١) ، رد المحتار مع الدر المختار « باب البيع الفاسد » (١١٤/٤) .

(٢) هذا نوع من البيوع يسمًّى بالعرايا . قال الشيرازي في المهذب : العرايا ، هو بيع الرطب على النخل بالتمر على الأرض خرصًا ، فإنه يجوز للفقراء ، فيخرص ما على النخل من الرطب وما يجئ منه من التمر إذا جف ثم يبيع ذلك بمثله تمرًا ويسلمه قبل التفرق ، وهل يجوز للأغنياء ، فيه قولان : أحدهما : يجوز ، والآخر : لا يجوز . راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب العرايا » و « باب العرية » (٥٣/٣-٥٦) ، مختصر المزني « باب العرايا » ص ٨١، المهذب مع المجموع « باب بيع العرايا » (٢/١١) وما بعدها ، حلية العلماء « باب الربا » (١٧٤/٤-١٨٠) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٩٠/٩) وما بعدها ، نهاية المحتاج « باب بيع الأصول » ، « فصل في بيان الثمر والزرع » (١٥٧/٤ ، ١٥٨) ، المدونة في كتاب « العرايا » (٢٧٢/٣) وما بعدها ، التفريع « باب بيع العرايا » (١٤٩/٢-١٥١) ، الكافي لابن عبد البر « باب العرايا » (٦٥٤/٢- ٦٥٦) ، المنتقى في « ما جاء في بيع العرية » (٢٢٤/٤-٢٣١) ، بداية المجتهد « كتاب بيع العرية » (٢٣٤/٢- ٢٣٧) ، الإفصاح « باب الربا » (٢٣٥/١-٣٣٦) ، المغني « باب الربا والصرف » (٥٦/٤ ، ٧٤) ، الكافي لابن قدامه « باب الربا » (٦٤/٢-٦٦) ، الإنصاف « باب الربا والصرف » (٢٩/٥-٣٣) .

(٣) ورد حديث النهي عن المزابنة والمحاقلة من وجوه مختلفة ، منها : ما أخرجه مالك في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة » (٦٢٥/٢) ، الحديث (٢٤) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بيع المزابنة (٢٢/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب كراء الأرض» (١١٧٩/٣) ، الحديث (١٠٥-١٥٤٦) .

والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بالحنطة » [١] .

١١٥٤٤ - ولا يقال : أخبار الرخصة متأخرة عن هذا الخبر ، مستثناة منه [٢] وتخصيص له ؛ لأن أخبارهم متنازع في تأويلها ، فلم يترك بها خبر ثابت وأصول متفق عليها .

١١٥٤٥ - ولأنه بيع ثمرة [٣] بخرصها كبيع سائر الثمار [٤] .

١١٥٤٦ - ولأنها صفة لا يجوز العقد عليها فيما زاد على خمسة أوسق ؛ فلا يجوز فيما دونها من الأوسق ، كسائر الشرائط الفاسدة .

١١٥٤٧ - ولأنه باع رطبًا بتمر ؛ فلم يجز إذا لم يعلم المماثلة بالكيل . أصله : إذا كانا على الأرض .

١١٥٤٨ - فإن قيل : إذا كانا على الأرض لم يمكن الوصول إلى المماثلة كيلًا فلم يجز خرصًا .

وفي مسألتنا : لا يمكن ذلك ؛ لأنه يبطل إذا باع ثوبًا نسيجًا بالذهب [٥] ، لم يجز حتى تعلم المماثلة وزنًا ، وإن كان لا يتوصل إلى الحكم بها بالوزن .

١١٥٤٩ - ولأن كل عينين لا يجوز بيع إحداهما بالأخرى مجازفة لم يجز خرصًا ؛ أصله : الحنطة بالحنطة [٦] .

١١٥٥٠ - ولأن كل قدر لا يجوز بيعه بالتمر خرصًا على الأرض لا يجوز على رؤوس النخل ، أصله : ما زاد على خمسة أوسق .

١١٥٥١ - ولأن ما لا يجوز بيعه من اثنين ؛ أصله : « التمر بالتمر حزرًا [٧] » .

١١٥٥٢ - احتجوا : بما روى سفيان بن عيينة ، عن يحيى بن سعيد ، عن بشير بن

---

(١) أخرج مالك حديث النهي عن المزابنة والمحاقلة في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب بيع المزابنة والمحاقلة » الحديث (٢٥) ، ومسلم في « باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا » (١١٦٨/٣) ، الحديث (٥٩-١٥٣٩) .

(٢) لفظ : [منه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [تمرة] . (٤) في (م) ، (ع) : [الأثمار] .

(٥) قوله : [بالذهب] ورد في صلب (ص) وفي هامشها .

(٦) قاعدة : « كل عينين لا يجوز بيع إحداهما ؛ بالأخرى مجازفة لم يجز مبادلتهما خرصا » .

(٧) الحزر : تقدير الشيء بالظن والتخمين ، يقال : أنا أحزر هذا الطعام كذا وكذا قفيزًا ، وحزرت الشيء حزرًا ، قدرته . راجع : المغرب : الحاء مع الزاي » ص١١٣ ، المصباح المنير « الحاء مع الزاي وما يثلثهما » (١٢٨/١) ، لسان العرب ، مادة : « حزر » (٨٥٥/٢) .

يسار [١] ، عن سهل بن أبي حثمة [٢] « أن رسول اللَّه ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر [٣] ، إلا أنه رخص [٤] في العرايا أن تباع بخرصها تمرا [٥] يأكلها أهلها رطبًا [٦] » .

١١٥٥٣ - قالوا : روى مالك ، عن داود بن الحصين ، عن أبي سفيان [٧] مولى ابن أبي أحمد ، عن أبي هريرة ، « أن رسول اللَّه ﷺ أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق [٨] ، [أو في خمسة أوسق] » ، شك داود .

وهذه الأخبار لا دلالة فيها [٩] لمخالفينا ؛ لأنا نخالفهم بيع العرايا في معناها ؛ فروى ابن سماعة ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة : أن العَرِيَّة هي النخلة [١٠] يعروها الرجل الرجلَ ، يعني : يُحَصِّلُ ثمرتها له تلك السنة ثم يبتاع منه ثمرتها بخرصها تمرًا ، فيجوز عندنا ؛ لأنه لم يملك الثمرة قبل القبض ، فإذا أعطاه تمرًا بخرصها فكأنه وهب التمر ، ولا يكون ذلك بيعًا في الحقيقة وإن تناوله اسم البيع مجازًا .

١١٥٥٤ - والدليل على أن العرية النخلة التي وهبت ثمرتها : السنة ، واللغة .

فالسنة : ما روى حماد بن سلمة ، عن أيوب ، وعبيد اللَّه ، عن نافع ، عن ابن عمر : « أن رسول اللَّه ﷺ نهى البائع والمبتاع عن المزابنة [١١] » .

---

(١) في جميع النسخ : « بشر بن بشار » ، وهو تصحيف ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . وهو : بشير ابن يسار الحارثي ، المدني فقيه ثقة . كذا في تقريب التهذيب (١٠٤/١) ، الترجمة (١٠٤) .

(٢) في (ع) : [خيثمة] ، وهو تصحيف .

(٣) في جميع النسخ : [التمر بالتمر] ، وكذلك في الأم ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) في (م) ، (ع) : وفي مسند الشافعي : [أرخص] .

(٥) الزيادة من كتب الشافعي ومسلم .

(٦) رواه الشافعي في الأم « كتاب البيوع » ، « باب بيع العرايا » (٥٤/٣) ، والمسند (١٥١/٢) ، الحديث (٥٢٠) ، ومسلم (١١٧٠/٣) ، الحديث (٦٧- ١٥٤٠) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في بيع العرايا » (٢٤٧/٢ ، ٢٤٨) ، والنسائي في المجتبى : « كتاب البيوع » في « باب بيع العرايا بالرطب » (٢٦٨/٧) .

(٧) في جميع النسخ : [أبيه سفيان] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٨) الزيادة من كتب الحديث . وقد رواه مالك في الموطأ « باب ما جاء في بيع العرية » (٦٢٠/٢) ، الحديث (١٤) ، والشافعي في « الأم » (٥٣/٣ ، ٥٤) ، ومختصر المزني ص٨١ ، والمسند (١٥١/٢) ، الحديث (٥١٩) .

(٩) لفظ : [فيها] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ع) : [العلة] ، مكان : [النخلة] وهو تصحيف .

(١١) أخرجه الطحاوي بلفظه ، في معاني الآثار « باب الرجل يشتري الثمرة فيقبضها فيصيبها جائحة » (٣٤/٤) .

قال زيد بن ثابت ﷺ : ورخص في العرايا ، من (١) النخلة والنخلتين توهبان للرجل ، فيبيعهما بخرصهما .

وذكر زيد بن هارون ، عن سفيان بن حسين (٢) : « أن العرايا نخل كانت توهب للمساكين [فلا يستطيعون أن ينتظروا بها] (٣) ، فرخص لهم رسول اللّٰه صلى لله عليه وسلم [أن يبيعوها بما شاءوا من التمر (٤) .

وروى معمر عن ابن (٥) طاووس ، عن أبي بكر بن (٦) محمد ، « أن النبي ﷺ] (٧) أمر أصحاب الخرص أن لا يخرصوا العرايا ، قال : والعرايا أن يمنح الرجل من حائطه نخلًا ، ثم يبتاعها (٨) الذي / منحها من الممنوح بريعها كاملًا (٩) .

٣٧

وروى ابن (١٠) علية ، عن أيوب ، قال الليث عن عطاء بن أبي رباح ، أنه قال : « رخص لأصحاب العرايا أن يبيعوها من أهلها الذين أعروها » (١١) .

---

(١) في جميع النسخ : « ورخص » ، بالعطف و « من » ، مكان : « في » ، والمثبت من معاني الآثار . وأضاف الطحاوي بعد أن ذكر قول زيد بن ثابت ﷺ بهذا اللفظ : « فهذا زيد بن ثابت ﷺ وهو أحد من روى عن النبي ﷺ الرخصة في العرية فقد أخبر أنها الهبة » ، في نفس المصدر .

(٢) في جميع النسخ : « الحسين » بالألف واللام ، الصواب كما أثبتناه من صحيح البخاري بدونهما . هو : سفيان بن حسين بن حسن ، أبو محمد ، أو أبو الحسن الواسطي ، ثقة ، مات رحمه الله مع المهدي بالري ، وقيل : في أول خلافة الرشيد ، كذا في تقريب التهذيب (٣١٠/١) ، الترجمة (٣٠٣) . (٣) الزيادة من صحيح البخاري .

(٤) في (م) ، (ع) : [تمرة] وفي (ص) : [تمر] ، والمثبت من صحيح البخاري . ذكره البخاري بهذا اللفظ ، عدا « أن » في الأول ، وقوله « رسول اللّٰه ﷺ » في الوسط ، في الصحيح ، « كتاب البيوع » ، « باب تفسير العرايا » (٢٢/٢ ، ٢٣) .

(٥ ، ٦) لفظ : [ابن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ع) : [فيبتاعها] .

(٩) هذا الحديث رواه عبد الرزاق في المصنف « كتاب الزكاة » ، « باب الخرص » (١٢٦/٤) ، الحديث (٧٢١٠) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الزكاة » في ما ذكر في خرص النخل (٨٥/٣) ، الحديث (٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الزكاة » ، « باب من قال : يترك لرب الحائط قدر ما يأكل هو وأهله » (١٢٣/٤) .

(١٠) لفظ : [ابن] ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) رواه أحمد بهذا المعنى بلفظ : « أن رسول اللّٰه ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة ، إلا أنه رخص لأهل العرايا أن يبيعوها بمثل خرصها » في المسند (١٩٠/٥) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا » (١١٦٩/٣) الحديث (٦٠) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في العرايا والرخصة في ذلك » (٥٨٥/٣) ، الحديث (١٣٠٠) .

وروى سهل بن أبي حثمة « أن رسول اللّٰه ﷺ بعث أبا حثمة خارصًا فجاء رجل ، فقال : يا رسول اللّٰه إن أبا حثمة زاد عليَّ ، قال [١] : فدعا رسول اللّٰه ﷺ أبا حثمة [٢] ، فقال : إن ابن عمك [٣] يزعم أنك قد زدت عليه ، قال : لقد تركت له قدر عرية أهله وما يطعم المساكين » [٤] .

وروى مكحول الشامي ، أن رسول اللّٰه ﷺ قال : « خففوا في الخرص [٥] فإن في المال العرية والوصية [٦] » .

١١٥٥٥ – وترك الخرص في العرية : إنما [٧] هو لأنها صدقة ، فلا تؤخذ [٨] الصدقة فيها ، فهذه السنة .

١١٥٥٦ – وأما اللغة : فقال أبو عبيد [٩] : العرايا واحدها عرية ، وهي النخلة يُعرِيها صاحبها رجلًا [محتاجًا] [١٠] ، والإعراء : أن يجعل له ثمرة عامها [١١] ، فرخص لرب النخل أن يبتاع [١٢] ثمرة تلك النخلة من المعرى بثمن لموضع حاجته .

قال : أبو عبيد : للعرى [١٣] أربعة أسماء يضعها في موضع العارية فيقع بها المدفوعة [١٤] إليه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فقال] .

(٢) في (م) ، (ع) : [خيثمة] ، في الأماكن الأربعة .

(٣) في (م) ، (ع) : [عمار] ، مكان : [عمك] ، والمثبت من سنن الدارقطني .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب الزكاة » في آخر « باب في قدر الصدقة فيما أخرجت الأرض وخرص الثمار » (١٣٤/٢ ، ١٣٥) ، الحديث (٢٧) .

(٥) في جميع النسخ « في الخرص » ، وفي معاني الآثار ، مكانه : « في الصدقات » .

(٦) أخرجه الطحاوي في المعاني « باب العرايا » (٣٣/٤ ، ٣٤) ، وابن أبي شيبة (٨٥/٣) الحديث (٦) .

(٧) في (م) ، (ع) : [وإنما] ، بزيادة الواو .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلا يؤخذ] .

(٩) في (م) ، (ع) : [أبو عبد اللّٰه] ، وهو تصحيف .

راجع ترجمة أبو عُبيد الهروي ، في سير أعلام النبلاء (١٤٦/١٧ ، ١٤٧) ، الترجمة (٨٨) .

(١٠) الزيادة من لسان العرب .

(١١) راجعه بهذا للفظ في لسان العرب ، مادة « عرا » (٢٩٢١/٤) .

(١٢) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [فباع] ، مكان : [أن يبتاع] .

(١٣) في جميع النسخ : [للعرب] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(١٤) في (م) ، (ع) : [المدفوع] .

١١٥٥٧ - والأصل في ذلك كله أنها [١] ترجع إليه ، وهي المنحة ، والعرية ، والأفقار [٢] ، والأكيال ، ولهذا قال حسان بن ثابت [٣] .

ليست بسنهاءَ ولا رُجَّبِيَّةٍ ولكِنْ عَرايا في السِّنينَ الجوائحِ [٤]

فيمدح بأن يجعل الأنصار عرايا ، وإن كانت العرايا [٥] ما أفردت للأكل ، فالبيع [٦] لم يمدح بذلك وإنما يمدح بالتبرع والصدقة .

١١٥٥٨ - وإذا دلت السنة واللغة على ما قال أبو حنيفة في معنى العَرِيِّة ، كان معنى الخبر : ما رُوي ، أن الرجل كان يعرى المحتاج النخلة والنخلتين من حائطه [٧] ، وكان أهل المدينة إذا جاءت الثمرة خرج الرجل بأهله إلى حائطه ، فإذا جاء المعرى ثقل على صاحب الحائط دخوله على أهله فرخص لهم في دفع خرص ثمرتها حتى يصل المعرى إلى حاجته [٨] ، ولا يستضر صاحب الحائط دخوله عليه ، فلم يكن لمخالفنا في ذلك حجة .

١١٥٥٩ - فإن قيل : فهذا ليس ببيع .

١١٥٦٠ - قلنا : حملنا العرية على حقيقتها والبيع على مجازه ، وحملتم البيع على حقيقته والعرية على ما خالف السنة واللغة ؛ فتساوينا في ترك الظاهر .

١١٥٦١ - وقولهم : إن أبا عبيد قال : العرية عبارة عن الإفراد ، ليس بصحيح ؛ لأنا حكينا كلام أبي عبيد ، وما ذكروه من الإفراد [٩] لم يذكره .

---

(١) في (م) : [فله أنها] ، وفي (ع) : [فله أن] ، مكان : [كله أنها] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الأفعار] ، بالعين المهملة .

(٣) هو حسان بن ثابت أبو الوليد الأنصاري الخزرجي المدني ، شاعر الرسول ﷺ وصاحبه ، توفي ﷺ في سنة أربع وخمسين ، قيل : سنة أربعين . وفي اللسان البيت منسوب إلى سويد بن الصامت الأنصاري راجع (٢٩٢٠/٤) مادة (عرا) . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (٥١٢/٢- ٥٢٣) ، الترجمة (١٠٦) ، شذرات الذهب (٦٠/١) .

(٤) في جميع النسخ : [بشرط ولا وجسة] ، مكان : [بسنهاء ولا رجبية] وما أثبتناه من الطحاوي ، والمغرب ، ولسان العرب .

(٥) في (ص) : [العرية] .

(٦) قوله : [فالبيع] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [حائط] بدون الهاء .

(٨) في (ع) : [تصل] ، وفي (م) ، (ع) : [حاجتها] .

(٩) قوله : [من الإفراد] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

١١٥٦٢ - قالوا : قال الأزهري [١] : العرِيَّة النخلة التي يتردد أهلها إليها يلتقطون ما أدرك فيها [٢] دفعة بعد دفعة ؛ فسميت عرية لأجل التردد إليها ، يقال : عروته أعروه ، وأعريته أعريه [٣] إذا قصدته للرفق ، وأعتريه [٤] أعروه إذا أعطيته العرية .

١١٥٦٣ - قلنا : قول الأزهري لا يقابل قول أبي عبيد ، ولا يعتد به معه ، [كيف] [٥] وقد انضمت السنة إلى قول [٦] أبي عبيد .

١١٥٦٤ - ثم ما قال : ليس بصحيح ؛ لأنه جعل العرية النخلة التي يتردد أهلها إليها ، فإن كان يريد بأهلها المالكين لها في [٧] الأصل فهو يقول ذلك في جميع نخله ، فَلِمَ يفرد هذه ، فكيف تسمى [٨] عرية ؟ ، وإن كان يريد أن المعرى يتردد إليها ، فهو الذي قلنا .

ثم استشهد على ذلك بضده ؛ لأنه قال : عروته أعروه إذا قصدته للرِّفد ، وهذا صحيح ، فكيف يكون يتردد الرجل إلى نخلته تردد الرِّفد ، وهذا كلامٌ مُحلٌ [٩] متكلَّف لا يلتفت إليه .

١١٥٦٥ - ويتأول الحديث [١٠] الذي اعتمدوا عليه ، وهو قوله : « إلا أنه أرخص في العرايا أن تباع بخرصها من التمر يأكلها أهلها رطبًا [١١] ، وإنما المراد : « بأهلها » الذين [١٢] أعروها ، فدل أن المعرِى هو الذي [١٣] يبيعها من المعرَى ، وعندكم يأكلها

---

(١) هو العلامة محمد بن أحمد بن الأزهري أبو منصور الأزهري الهروي اللغوي ، صاحب تهذيب اللغة ، مات رَحِمَهُ اللَّهُ في سنة سبعين وثلاثمائة ، وقيل : سنة إحدى وسبعين . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (١٦/٣١٥-٣١٧) ، طبقات الشافعية للإسنوي (١/٣٥) ، الترجمة (٢٩) .

(٢) في (م) ، (ع) : [منها] .

(٣) في (ص) : [اعرته] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أعرته] .

(٥ ، ٦) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٧) في جميع النسخ : [من] والصواب ما أثبتناه .

(٨) في (م) ، (ع) : [يسمى] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الزور هذا] ، مكان : [الرفد وهذا] ، وفي جميع النسخ : [ممحل] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [تأويل الحديث] ، وفي (ص) : [وبين صحة الحديث] ، ويبدو ما أثبتناه هو الأصح في السياق .

(١١) في جميع النسخ : [تمرًا يأكلونه] ، والمثبت من الأم ، وكتب الحديث . هذا جزء من حديث سهل بن أبي حثمة ، الذي تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(١٢) في (ص) : [الذي] .

(١٣) لفظ : [الذي] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

رطبًا إن ابتاعوها وليسوا (١) أهل النخلة في الحقيقة .

١١٥٦٦ - قالوا : فإذا كان عندكم قد رجع في هبته فكيف تكون هبة (٢) .

١١٥٦٧ - قلنا : هي هبة أقام غيرها مقامها ، والهبة قبل القبض : عرية وهبة ، فرجوعه فيها لا يخرجها أن تكون (٣) هبة .

١١٥٦٨ - فإن قيل : لم تحملوا (٤) البيع على حقيقته ولا مجازه (٥) ؛ لأنه يقول : دع ما وهبته لك حتى أهب غيره .

١١٥٦٩ - قلنا : هو بيع مجازًا ؛ لأنه وقع النهي عن ما في الظاهر .

١١٥٧٠ - وإن سلم يكن (٦) عرضًا في الحقيقة ، كما قال الفقهاء : باع من عبده ، وليس ببيع في الحقيقة لكنه لما وقع باسم البيع وبظاهر المعاوضة ، لم يمنع أهل اللغة أو الشرع من تسميته بيعًا .

١١٥٧١ - وقال اللَّه تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ ٱشۡتَرَىٰ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ أَنفُسَهُمۡ وَأَمۡوَٰلَهُم ﴾ (٧) ، فسمي ذلك شراء (٨) ، وإن كان ملكه تملكه .

١١٥٧٢ - قالوا : « نهى النبي ﷺ عن المزابنة (٩) » ، واستثنى هذا البيع فمنعتموه .

١١٥٧٣ - قلنا : لم نمنع (١٠) ما تناولته الإباحة على الوجه الذي قررناه .

١١٥٧٤ - قالوا (١١) : فاعتبر عليه [الصلاة و] السلام الخرص وأسقطتموه .

١١٥٧٥ - قلنا : لم نسقطه ؛ لأن عندنا الأولى أن يعطيه خرصها حتى يوصله إلى مثل حقه ، ونعلم أنه لم يقصد الرجوع في العرية ، وإنما إلى دفع (١٢) الضرر عن نفسه .

١١٥٧٦ - قالوا : في الخبر « فيما دون خمسة أوسق » ، فأسقطتم التخفيف .

---

(١) في (ع) : [وليس] .
(٢) في (م) : [يكون] ، وفي (ع) : [يكون بهبة] .
(٣) في (م) : [يكون] .
(٤) في (م) : [لم يحملوا] .
(٥) في (م) ، (ع) : [حقيقة ولا مجاز] .
(٦) في (ص) : [يكون] .
(٧) سورة التوبة : الآية ١١١ .
(٨) في (م) ، (ع) : [شرى] .
(٩) هذا الحديث متفق عليه ، تقدم تخريجه في هذه المسألة .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لم يمنع] .
(١١) في (م) ، (ع) : [قال] .
(١٢) في (ع) : [رفع] .

١١٥٧٧ - قلنا : لم نقدر الأوسق الخمسة إلا في خبر داود بن الحصين (١) ، وقد تكلم أصحاب الحديث عليه واتهموه في مذهبه ، وعابوا مالكًا في أنه روى عنه ، ولم يرو (٢) عن أبي سعيد .

ثم إن النبي ﷺ ذكر الأوسق على المعتاد ؛ لأنهم كانوا لا يعرون إلا النخلة والنخلتين ، فذكر عليه [الصلاة و] السلام القدر الذي كانوا يعرونه في الغالب .

١١٥٧٨ - ومن أصحابنا من قال : إنما ذكر أقل من خمسة أوسق ؛ لأن الخمسة نصابُ الصدقة ، ويكره عندنا أن يتصدق على واحد بمقدار النصاب (٣) ويستحب ما دونه .

فذكر المقدار الذي لا يكره ، والخمسة أوسق وإن لم تَكن نصابا عند أبي حنيفة للوجوب ، فهي نصاب المطالبة ؛ لأن ما دونها لا يأخذه (٤) المصدق ، لكنه يكله لرب (٥) المال ، والصدقات تتقدر في الشرع ، وما يعقد عليه البيع لا يتقدر ، ثم الشافعي أيضًا لا يعتبر الأوسق بكل حال ؛ لأنه يجوز بيع تسعة أوسق من اثنين صفقة واحدة .

١١٥٧٩ - فإن قيل : فالنبي ﷺ قال : « يأكلها أهلها (٦) » .

١١٥٨٠ - قلنا : قد بينا أن أهلها صاحب النخل وهذا يسقط قولهم ، ولم يذكر هذا على وجه التعليل ، وإنما وصف الحال .

١١٥٨١ - قالوا : الاستثناء من جنس المستثني منه ، فيجب أن لا يستثنى بيعًا من بيع .

١١٥٨٢ - قلنا : في الخبر حظر ، وأما إباحة ما استثنى فلا ، ولو سلمنا أنه استثنى : فالمستثني (٧) منه المزابنة وهو بيع منهي عنه ، فالاستثناء بيع جائز .

---

(١) داود بن الحصين ، أبو سليمان المدني ، صدوق ، وثقه ابن معين وغيره ، ولينه أبو زرعة ، وقال أبو حاتم : « لولا أن مالكًا روى عنه لترك حديثه » ، قال الذهبي : رمى عليه بالقدر ، مات رحمه الله في سنة مائة وخمس وثلاثين . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص١٤٧ الترجمة ٣٩٢ ، الكامل (٩٢/٣ ، ٩٣) الترجمة (٦٣١/٩) ، الجرح والتعديل (٤٠٨/٣) الترجمة (١٨٧٤) ، المغني (٢١٧/١) الترجمة (١٩٨٧) ، تقريب التهذيب (٢٣٢/١) الترجمة (٥) . (٢) في (ص) : [ولم نرو] .

(٣) في (ع) : [الصداق] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يأخذ] ، بدون الهاء .

(٥) في (م) ، (ع) : [إلى رب] ، مكان : [لرب] .

(٦) لفظ : [أهلها] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) لفظ : [فالمستثنى] ساقط من (م) ، (ع) .

١١٥٨٣ – وكذلك نقول : إلا أنه بيع ليس ببيع لازم ، فهو في حكم المستثنى منه الذي ليس بلازم .

١١٥٨٤ – فإن قيل : قد ذكر الرخصة ولا وجه لها عندكم .

١١٥٨٥ – قلنا : غلط ؛ لأن عليهم آثار نيل الرخصة (١) ؛ لأن المعرى يأخذ العوض عما لم يملك .

١١٥٨٦ – وقال غيره : الرخصة من المعرى ؛ لأنه وعد بوعد فرخَّص له أن يترك الوفاء به ويدفع عوضًا عنه ؛ وهذا الذي ذكرناه أولى ؛ لأنه تأويل يوافقه قول السلف ومذهب العربية ، وتبقى الأصول المعلومة على حالها ولا يخالفها ؛ لأن الأصل المعلوم : أن الجنس الذي يعتبر فيه المماثلة لا مدخل للخرص فيه وإنما يعتبر بالكيل أو الوزن (٢) ، فكان ذلك أولى من إثبات خلاف الأصول المقطوع [بها] (٣) بخبر الواحد . فقد روى الشافعي حديثا فيه (٤) قُلْتَ لمحمود بن كثير « قال محمود بن لبيد لرجل من أصحاب النبي ﷺ إما زيد بن ثابت ، وإما غيره : وما عراياكم هذه ؟ فسمى رجالًا محتاجين شكوا إلى النبي ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتبايعون به رطبًا يأكلون مع الناس ، وعندهم فضول من قوتهم من التمر ، فرخص لهم النبي ﷺ أن يتبايعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم ، يأكلون به رطبًا (٥) » .

١١٥٨٧ – قلنا : هذا (٦) خبر ذكره الشافعي فلم يبين مَنْ بينه وبين محمود بن لبيد ، (٧) ثم شك عن زيد بن ثابت رواه أو عن غيره .

١١٥٨٨ – وقد بينا عن زيد بن ثابت بإسناد صحيح عن حماد بن سلمة عن أيوب ، وعبد الله بن عمر ، عن نافع رضي الله عنه مثل قولنا (٨) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [عليكم آثار قال الرخصة] . وفي (ص) : [آثار نال] وهي غير واضحة .

(٢) قاعدة : « الجنس الذي يعتبر فيه المماثلة لا مدخل للخرص فيه ، وإنما يعتبر بالكيل أو الوزن » .

(٣) في النسخ اضطراب هذه العبارة ، ونصها : فالراوي الشافعي حديث فيه . ولا يصح هذا ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) رواه الشافعي في الأم « باب بيع العرايا » (٣/٥٤) ، ومختصر المزني « باب العرايا ص ٨١ ، وفي اختلاف الحديث بمعناه ، « باب الخلاف في العرايا » ص١٩٧ .

(٦) لفظ : [هذا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) قوله : [بن لبيد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) تقدم في هذه المسألة .

١١٥٨٩ - وهذا الخبر الذي ذكروه لا يعرف [1] ولا ذكره أحد ، ثم ليس يمتنع أن يكون رخص لهم أن يتبايعوا العرايا من المعرَى ذلك إذ سُلِّم ذلك المعرَى ، فيجوز عندنا ويكون في حكم الهبة من الثاني والصدقة عليه .

١١٥٩٠ - قالوا : كل ما جاز بيعه مطلقًا من شجرة بغير التمر جاز بيعه خرصًا بالتمر ، كالعنب [2] .

١١٥٩١ - قلنا : المعنى في العنب : أنه يجوز بيعه بالتمر إذا كانا على الأرض ، فجاز إذا كان الرطب على النخل ، ولمَّا لم يجز بيعه بالتمر خرصًا أو كانا على الأرض ، كذلك إذا كان على النخل .

* * *

(١) في (ص) ، (م) : [لا نعرف] .

(٢) قاعدة : « كل ما جاز بيعه مطلقًا من شجرة بغير التمر جاز بيعه خرصا بالتمر كالعنب » .

مسألة ٥٩٩

بيع العقار قبل قبضه من بائعه

١١٥٩٢ - قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : يجوز بيع العقار قبل قبضه من بائعه .

١١٥٩٣ - وقال محمد : لا يجوز بيعه (١) ، وبه قال الشافعي (٢) .

١١٥٩٤ - لنا : أنه عقد على معين [لا يخشى فساده بهلاكه ، فجاز التصرف فيه ، كالمملوك] (٣) بالميراث .

١١٥٩٥ - فإن قيل : إذا كان العقار لا يهلك لم يصح قولكم : إن السبب لا يفسد

---

(١) اختلف الفقهاء في بيع المبيع قبل القبض ، فقال أبو حنيفة وأصحابه : إن كان المبيع مما ينقل ويحول لم يجز بيعه قبل قبضه ، وإن كان عقارًا فعند أبي حنيفة وأبي يوسف : يجوز بيعه قبل القبض ، وقال محمد وزفر : لا يجوز ، وهو قول أبي يوسف الأول . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب المصراة وغيرها » ص٨٤ ، تحفة الفقهاء « باب الشراء والبيع » (٤٠/٢) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص٣٢٦ ، ٣٢٧ ، المسألة (١٣٦) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط الصحة » (١٨٠/٥ ، ١٨١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب المرابحة والتولية » (٥١٠/٦ - ٥١٥) ، البناية مع الهداية « باب المرابحة والتولية » (٣٢١/٧ - ٣٢٤) ، مجمع الأنهر « باب المرابحة والتولية » (٧٣/٢ ، ٧٤) ، در المنتقى « باب المرابحة والتولية » بهامش مجمع الأنهر (٨١/٢) ، حاشية ابن عابدين « باب المرابحة والتولية » ، « فصل في التصرف في المبيع » (١٦٩/٤ ، ١٧٠) .

(٢) راجع المسألة في : الأم « باب حكم المبيع قبل القبض وبعده » (٦٩/٣ ، ٧٠) ، مختصر المزني « باب البيع قبل القبض » ص٨٢ ، المهذب مع المجموع « باب ما نهى عن من بيع الغرر وغيره » (٢٦٤/٩ ، ٢٧٠-٢٧٢) ، حلية العلماء « باب ما نهى عنه من بيع الغرر » (٧٧/٤ -٩٧) ، فتح العزيز « كتاب البيع » ، « الباب الرابع في الفساد من جهة تفريق الصفقة » ، بذيل المجموع (٤١٤/٨-٤١٦) ، نهاية المحتاج « باب في حكم المبيع ونحوه قبل قبضه » (٨٤/٤ ، ٨٥) ، الكافي لابن عبد البر « باب بيع ما اشترى قبل أن يقبض » (٦٦١/٢) ، المنتقى « كتاب البيوع » (٢٧٩/٧ ، ٢٨٠) ، (٣١/٥) ، بداية المجتهد « باب في بيوع الذرائع الربوية » (١٥٥/٢-١٥٨) ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣٥/١-٣٢٧) ، المسألة (١٦ ، ١٧) ، الإفصاح « باب بيع الأصول والثمار » (٣٤٤/١) ، المغني « باب بيع الأصول والثمار » (١٢٦/٤-١٢٨) ، الكافي لابن قدامه « باب بيع النجش والتلقي ... » (٢٧/٢ ، ٢٨) ، الإنصاف « باب الخيار في البيع » (٤٦٠/٤) وما بعدها .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في لهامش .

بهلاكها .

/ب ١١٥٩٦ - قلنا : أحكام النفي إذا علقت / بالمستحيل كان ذلك أقوى للنفي [(١)] .

١١٥٩٧ - فإن قيل : المعنى في المقبوض أنه دخل في ضمان المبتاع [(٢)] ، وما لم يقبض لم يدخل في ضمانه ، فلم يجز تصرفه فيه .

١١٥٩٨ - قلنا : علة الأصل تبطل بمن اشترى طعامًا مكايلة فقبضه بغير كيل فدخل في ضمانه ، ولا يجوز تصرفه ، وعلة الفرع تبطل [(٣)] بالأثمان يجوز تصرفه فيها وإن لم تدخل [(٤)] في ضمان البائع .

١١٥٩٩ - فإن قيل : إذا قبض الطعام بغير كيل جاز أن يبيع منه ما يتيقن أنه حقه .

١١٦٠٠ - قلنا : لا يجوز تصرفه في جميعه ، وهو موضع القبض ، لم نسلم ؛ لأنه لو هلك ثم استحق لم يجب على الوارث ضمانه .

١١٦٠١ - ولأن كل حالة يستحق [(٥)] المبيع فيها بالشفعة صح تصرف المبتاع فيها [(٦)] ، أصله : ما بعد القبض .

١١٦٠٢ - فإن قيل : الشفعة لا تستحق إلا بعد القبض ؛ لأن الشفيع إذا طالب أُمِرَ البائعُ بتسليم المبيع ، ثم قُضِيَ على المشتري .

١١٦٠٣ - قلنا : هذا كلام في القضاء في المستحق كيف يقضي ، وكلامنا في الاستحقاق ، لا خلاف أن للشفيع المطالبة ، فدل [(٧)] أن الشفعة ثبتت ووجبت المطالبة قبل القبض .

١١٦٠٤ - ولأن المقصود بالعقد الملك والتصرف ، فإذا جاز أن يستفاد أحدهما في المبيع بالعقد جاز أن يستفاد الآخر .

١١٦٠٥ - ولأنها حال يجوز رهن المبيع فيها ؛ فجاز بيعه كما بعد التخلية .

١١٦٠٦ - ولأن العقد والقبض كل واحد منهما سبب الضمان ؛ ألا ترى : أن العقد يضمن به الثمن والقبض يضمن فيه المبيع ، فإذا جاز أن يستفاد التصرف في المبيع

---

(١) في (م) ، (ع) : [للنفس] ، مكان : [للنفي] .

(٢) في (م) ، (ع) : [المتنازع] . (٣) في (م) ، (ع) : [يبطل] .

(٤) في (م) : [لم يدخل] . (٥) في (ع) : [تستحق] .

(٦) قاعدة : « كل حالة يستحق المبيع فيها بالشفعة يصح تصرف المبتاع فيها » .

(٧) في (م) ، (ع) : [فدلت] .

بأحد السببين كذلك الآخر .

١١٦٠٧ - ولأن المبيع أحد بدلى العقد ؛ فجاز أن ينقل من ملكه إلى ملك غيره قبل القبض ، كالثمن . فإن سلموا صح التصرف في الثمن والأصل إذا أحال البائع رجلًا على المشتري به [١] .

١١٦٠٨ - احتجوا : بحديث حكيم بن حزام قال : : « قلت : يا رسول اللَّه ﷺ إني أشتري هذه البيوع [٢] ، فما يحل لي منها وما يحرم عليّ ، ، فقال : إذا اشتريت [٣] بيعًا فلا تبعه حتى تقبضه » [٤] .

١١٦٠٩ - وقال : « وبعث النبي ﷺ على صدقته عتابَ بن أسيد [٥] إلى مكة ، وقال له : انههم عن بيع ما لم يقبض [٦] ، أو ربح ما لم يضمن » [٧] .

وروى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا يحل بيع وسلف ، ولا شرطان في بيع ، ولا بيع ما ليس عندك ، ولا ربح ما لم تضمن » [٨] .

١١٦١٠ - قلنا : القبض بيع [٩] في الحقيقة للتناول ، ويعبر به عن التخلية حكمًا ، وقد أجمعوا أنه أريد [١٠] بهذه الأخبار حقيقة القبض فيما يمكن فيه ، لم يجز أنه يحمل

---

(١) قاعدة : « يصح تصرف البائع في الثمن ، وهو ما يزال في يد المشتري بحوالة البائع رجلا عليه بهذا الثمن » .

(٢) روى الدارقطني ، بزيادة : [رجل] ، والآخرون ، بلفظ : [بيوعًا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [إذا ابتعت] ، وفي (ع) : [إذا بعث] ، والمثبت من كتب الحديث ، ورواه الطيالسي بلفظ : [إذا بعت] .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٩/٣) ، وأحمد في المسند (٤٠٢/٣) ، والطيالسي في مسنده ص١٨٧ ، الحديث (١٣١٨) ، والطحاوي في المعاني ، آخر « باب ما نهى عن بيعه حتى يقبض » (٤١/٤) ، وابن حزم في المحلى بالآثار » ، « كتاب البيوع » (٤٧٣/٧) ، مسألة (١٥٠٨) .

(٥) لفظ : [على] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [غياب ابن أسد] ، مكان المثبت ، بحذف : [على صدقته] .

(٦) في (ص) : [أنهم] ، مكان : [أنههم] ، ولفظ : [له] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) أخرجه ابن عدي في الكامل في ترجمة « يحيى بن صالح الأيلي » (٢٤٥/٧) ، والبيهقي (٣١٣/٥) .

(٨) هذا الحديث رواه الأربعة والدارمي ، والبيهقي في سننهم ، وأحمد ، والطيالسي في مسنديهما ، وابن الجارود في المنتقى ، والحاكم في المستدرك ، والطحاوي في معاني الآثار ، والترمذي في « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك » (٥٢٦/٣ ، ٥٢٧) ، الحديث (١٢٣٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [أن يبيع] ، مكان : [بيع] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [أراد] .

على القبض الحكمي في الخيار ، فيتناول اللفظ أمرين مختلفين .

١١٦١١ - فإن قيل : الاسم يجب حمله على العرف ، وإن كان في اللغة بخلاف العرف ، [وقبض العقار في العرف التخلية .

١١٦١٢ - قلنا : الاسم يحمل على اللغة أو العرف] (١) ، فأما أن يحمل على ما في حكمه وحده (٢) فلا ، وقد ثبت (٣) تناول الأخبار للقبض اللغوي الذي هو الحقيقة فلا يحمل على غيره .

١١٦١٣ - قالوا : معنى دخل فيه المبيع (٤) من ضمان المبتاع ؛ فوجب أن يستفيد التصرف ، كالقبض فيما ينقل ويحول ، فلا يبطل إذا قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن ، فإن المبيع يدخل في ضمانه [ولا يستفاد به التصرف فيه ، وكذلك إذا ابتاع طعامًا مكايلة فقبضه بغير كيل دخل في ضمانه] (٥) ، ولم يستفد بذلك جواز التصرف على ما قدمنا (٦) .

١١٦١٤ - والمعنى في القبض في المنقولات : أن ملك المشتري يستقر بها ، ألا ترى : أن بعد القبض لا يعود إلى ملك البائع من غير فعل أحد ولا يبقى في ملك المبتاع له ، وإن (٧) هلك فينتقض ملكه فيها ، فيقع هلاكها على ملك البائع فلم يجز التصرف لعدم استقرار الملك ، والعقار قبل القبض قد استقر فيه الملك ؛ لأنه لا يعود إلى ملك البائع بغير فعل حادث .

١١٦١٥ - فإن قيل : من مذهب أبي حنيفة أن العبد المقبوض إذا اقتص منه بقتل (٨) كان في يد البائع انفسخ البيع فيه ، فالملك غير مستقر ، وإن (٩) جاز التصرف فيه (١٠) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) : [واحدًا] ، وفي (ع) : [وأخذ] .

(٣) في (ص) : [يثبت] .   (٤) في (م) ، (ع) : [البيع] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [قدمنا] .

(٧) في (م) : [لعريان] ، وفي (ع) : [لطريان] ، مكان : [له وبأن] ، وأصل نص العبارة : « وبأن يهلك » وما أثبتناه أوضح .

(٨) في (م) ، (ع) : [اقتصر منه فعل] ، مكان : [اقتص منه بقتل] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فإنْ] .

(١٠) لفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

١١٦١٦ - قلنا : لا يلزمنا أنه لا يعود إلى ملك البائع إلا بفعل حادث وهو استيفاء القصاص ، ولو تلف في يده بنفسه لم يعد إلى حكم البائع .

١١٦١٧ - فإن قيل : إذا ابتاع طعامًا مكايلة (١) وقبضه بغير كيل ، استقر ملكه ، ولا يجوز تصرفه .

١١٦١٨ - قلنا : ليس كذلك ؛ لأن محمدًا قال : يجوز بيعه مجازفة قبل إعادة الكيل ، وإنما لا يجوز مكايلة ، وليس عند أبي حنيفة خلاف ذلك .

١١٦١٩ - فإن قيل : لو باع عُلو بيته (٢) جاز التصرف فيه قبل القبض ، وملك المشتري لم يستقر ؛ إذ قد يحترق فينفسخ ملكه .

١١٦٢٠ - قلنا : هذه المسألة تكلم فيها أصحابنا ، فقول أبي يوسف (٣) : أن البيع لا ينفسخ ؛ لأن حق الموضع باق ، ولهذا قال : إنه يستحق به الشفعة بغير بناء .

١١٦٢١ - فإن قيل : علة الفرع تنتقض بالمهر في يد الزوج ؛ لأن الملك ينتقض فيه بهلاك من غير فعل أحد ، ويجوز تصرفها فيه (٤) .

١١٦٢٢ - قلنا : لا ينتقض من غير أثر ؛ لأن القيمة تجب (٥) لها ، ولو انتقض الملك من غير أثر وجب مهر المثل .

١١٦٢٣ - قالوا : عين ملكها ببدل ، فوجب أن لا يجوز لمالكها بيعها قبل قبضها (٦) ، أصله : ما ينقل ويحول .

١١٦٢٤ - قلنا : المعنى فيما ينقل ويحول وجب أن يتعلق بالقبض فيما لا ينقل ولا يحول (٧) ، كالضمان .

١١٦٢٥ - قلنا : ينتقض بدخول المبيع في ضمان المشتري لحق الغير ، فإنه يتعلق بالقبض فيما ينقل ويحول ولا يتعلق بالقبض في العقار (٨) ؛ لأن البائع إذا خلَّى (٩) بينه

---

(١) في (م) ، (ع) : [مكانه] . (٢) في (م) ، (ع) : [علويته] ، وهو تصحيف .

(٣) لفظ : [بين] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي العبارة بتمامها في النسخ جميعها زيادات لا يصلح بها المعنى ، وتمامها : « فقال إن شاهد به فيما بين قول أبي يوسف » .

(٤) في (ع) : [تصرفه فيها] . (٥) في (م) : [يجب] .

(٦) في (م) ، (ع) : [القبض] .

(٧) لفظ : [ولا يحول] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ع) : [ويحول] مكان : [ولا يحول] . (٨) في (م) ، (ع) : [في العقد] .

(٩) في (ص) : [خلى] .

وبين المشتري فاحترق ثم استحقه مستحق لم يكن له تضمين [١] المشتري ؛ لأن الضمان فيما ينقل ويحول تعلق بالقبض بغيره ، ألا ترى : أنه لو أعتق العبد دخل في ضمانه ، وعلامة جواز التصرف فيما ينقل تتعلق [٢] باستقرار الملك لا بالقبض ، ولهذا يجوز [٣] التصرف في المهر قبل القبض لاستقرار الملك فيه وإن لم يقبض .

* * *

(١) في (م) : [فضمنه] ، وفي (ع) : [فضمن] ، مكان : [تضمين] .
(٢) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .
(٣) في (م) ، (ع) : [وهذا لا يجوز] .

مسألة ٦٠٠

التصرف في المهر ، وبدل الخلع قبل القبض

١١٦٢٦ - قال أصحابنا : يجوز التصرف في المهر ، وبدل الخلع قبل القبض [١] .

١١٦٢٧ - وقال الشافعي : إن كان عينًا لم يجز قولًا واحدًا [٢] .

١١٦٢٨ - لنا : أنه حالة [٣] لو هلك المهر لم يؤثر في العقد ؛ فجاز التصرف فيه من كل وجه ، أصله : بعد القبض .

١١٦٢٩ - ولأنه مملوك بسبب لا ينفسخ بهلاكه ، كالمملوك بالميراث ، والمهر ليس يعقد عليه عقد النكاح ، وإنما يعقد عليه عقد هو التسمية [، ولهذا يصح العقد دون التسمية] [٤] ؛ ثم يسمى المهر ، فإذا هلك انفسخ العقد عليه الذي هو التسمية ووجب الرجوع إلى مهر المثل عندنا .

١١٦٣٠ - قالوا : وصف غير مسلم .

١١٦٣١ - قلنا : التسمية في النكاح يريد البدل ، فأما أن يكون عقدًا عن النكاح : فلا ؛ ألا ترى : أن البدل المملوك في العقد في مقابلة المعقود عليه لا يكون مملوكًا بغير العقد ، وليس إذا انفرد والتسمية عن العقد كان عقدًا آخر لكنها ببدل ملحق ، كالزيادة في الثمن عندنا .

١١٦٣٢ - قالوا : عقد النكاح لا ينفسخ بهلاك المهر ، لكن ينتقل الحق إلى عوضه ، كما أن المبيع إذا هلك ينتقل الحق إلى الثمن ؛ فلا فرق بينهما .

---

(١) قال الكاساني في بدائع الصنائع : « كل عوض ملك بعقد لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض ، يجوز التصرف فيه ، كالمهر ، وبدل الخلع ، وبدل العتق ، وبدل الصلح عن دم العمد » . راجع المسألة في : تحفة الفقهاء « باب الشراء والبيع » (٤٠/٢) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » فصل : « وأما شرائط الصحة » (١٨١/٥) ، فتح القدير "باب المرابحة والتولية » (٥١٤/٦) ، البناية « باب المرابحة والتولية » (٣٢٣/٧) ، حاشية ابن عابدين « باب المرابحة والتولية » فصل « في التصرف في المبيع » (١٧٠/٤) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (٢٦٤/٩ ، ٢٦٧) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٨٠/٤) ، بداية المجتهد ، الباب السابق (١٥٧/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٢٦١ ، المغني (١٢٨/٤ ، ١٢٩) ، الكافي لابن قدامة (٢٨/٢ ، ٢٩) .

(٣) في (ص) : [احاله] غير واضح .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش وإن أثبت (بعد) بدل (دون) المقصودة في المعنى والتي أثبتناها لهذا .

١١٦٣٣ - قلنا : إذا هلك المبيع انفسخ العقد ؛ فوجب رد الثمن . فأما أن يكون المبيع انتقل إليه : فلا . وفي مسألتنا : السبب الموجب للمهر بحاله هو العقد ، فإذا تعذر تسليم المهر انتقل إلى غيره .

١١٦٣٤ - ولأنه أحد بدلى النكاح ؛ فجاز التصرف فيه قبل قبضه ، أصله : البضع إذا تصرف فيه بالخلع .

١١٦٣٥ - فإن قيل : الخلع فسخ ، فيجوز قبل القبض كما تجوز الإقالة ، وبيع المهر تمليك فيصير كبيع المبيع .

١١٦٣٦ - قلنا : إذا خالفها على عوض عن المهر فهو تصرف مبتدأ وليس بفسخ ؛ لأن الفسخ إنما يكون بالعوض الذي يقع العقد عليه .

١١٦٣٧ - ولأنه دين وجب [١] لمعنى لا يصير في تمامه القبض في المجلس ، فجاز التصرف فيه قبل القبض كقيمة المتلفات .

١١٦٣٨ - ولأنه مملوك بسبب لا تقف صحته على تسمية بدل ، كالمملوك بالوصية .

١١٦٣٩ - احتجوا : بأنه غير . ملكه ببدل ، فلا يجوز لمالكه بيعه قبل القبض ، أصله : ما ينقل إذا ملك بالشراء [٢] .

١١٦٤٠ - قلنا : المعنى في المبيع أنه لا يؤمن فساد العقد بهلاكه ، فلم يستقر الملك فيه ، وفي المهر بخلافه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [فوجب] .

(٢) في (م) ، (ع) : [بالشرى] .

مسألة ٦٠١

هل تعتبر التخلية بين المشتري وبين المبيع قبضًا

١١٦٤١ - [قال أصحابنا] : التخلية بين المشتري وبين المبيع (١) غير مانع من قبضه قبضًا (٢) يدخل المبيع به من ضمان المشتري لحق البائع .

١١٦٤٢ - قال ابن شجاع : كان أبو حنيفة يقول : التخلية - حيث يمكنه أخذه ونقله بقبض (٣) يصير به في ضمان المشتري ، ويذكر أن ذلك اتفاق من أهل العلم (٤) .

١١٦٤٣ - وقال الشافعي : القبض في الدراهم والدنانير يتناولها بالبراجم . وإن كان ثيابًا أو نحوها فالقبض نقلها من مكانها . وإن كان (٥) طعامًا اشتراه جزافًا فالقبض نقله . وإن كان كيلًا فالقبض الصحيح الكيل ، فإن كان حيوانًا وسمه ، أو عبدًا ، فالقبض أن يمشي من مكانه . وإن كان مما لا ينقل ولا يحول كالعقار والشجر فالقبض فيه التخلية من غير مانع (٦) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [البائع] ، مكان : [المبيع] .

(٢) في (م) ، (ع) : [قبض] .

(٣) في (م) ، (ع) : [قبل] ، مكان : [قبض] ، وهو ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) قال الكاساني في تفسير التخلية والتخلي : « التسليم والقبض عندنا هو التخلية ، والتخلي : هو أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما ، على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه ، فيجعل البائع مسلمًا للمبيع والمشتري قابضًا له ، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع » . بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما حكم البائع فلا يمكن الوقوف عليه إلا بعد الوقوف على تسمية البياعات في حق الحكم » (٢٤٤/٥) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » ، « فصل فيما يدخل في البيع تبعًا بغير تسمية وما لا يدخل » (١٩/٢ ، ٢٠) .

(٥) لفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) راجع تفصيل المسألة في : حلية العلماء (٨١/٤ ، ٨٢) ، المجموع مع المهذب (٢٧٥/٩ ، ٢٧٦ ، ٢٨٣) ، المدونة « كتاب السلم الثالث » ، في « ما جاء في بيع الطعام يشتري جزافًا قبل أن يستوفي » ، وفي آخر « في الرجل يبتاع الطعام بعينه أو بغير عينه » (١٦٦/٣ ، ١٦٧) ، المنتقى « كتاب البيوع » ، « الباب الرابع في تمييز ما يصحح قبض البيع الثاني » (٢٨٣/٤) ، الرسالة الفقهية « باب في البيوع وما شاكل البيوع » ، ص٢١١ ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » في « قبض المنقولات » (٣٢٧/١) ، مسألة (١٨) ، الإفصاح « كتاب البيوع » ، « باب بيع الأصول والثمار » (٣٤٤/١) ، المغني باب بيع الأصول والثمار » ، « فصل : وقبض كل شيء بحسبه » (١٢٥/٤ ، ١٢٦) ، الإنصاف « كتاب البيع » ، في » الصبرة وما ينقل بالنقل ، وفيما يتناول بالتناول ، وفي « القبض فيما عدا ذلك بالتخلية » (٤٧٠/٤ ، ٤٧١) .

١١٦٤٤ - لنا : أن التخلية معنى يوجب دخول الثمر في ضمان المشتري إذا كانت (١) على رءوس النخل ؛ فأوجب دخول العرف في ضمانه ، أصله : النقل .

١١٦٤٥ - ولأن التخلية وجدت من جهة البائع من المبيع والمبتاع من غير مانع ، فوجب أن يدخل في ضمانه ، كالأشجار .

١١٦٤٦ - ولأنه نوع مبيع ؛ فيدخل في ضمان المشتري قبل النقل . أصله : الثمرة .

١١٦٤٧ - احتجوا : بما روي عن ابن عمر ﷺ « قال : كانوا يتبايعون الطعام جزافًا أعلى السوق ، فنهى الرسول ﷺ أن يبيعوه حتى ينقلوه » (٢) .

١١٦٤٨ - قلنا : هذا لا دلالة فيه ؛ لأنهم كانوا يتبايعون طعام الجَلَب (٣) في ظروفه ولا يشاهدونه (٤) ، ثم لا يَرَوْنه حتى ينقلوه (٥) إلى رحالهم ، فنهى عن بيعه قبل الرؤية / حتى لا يلزموا بيعًا بمجهول الصفة .

١/أ

١١٦٤٩ - وهذا معنى ما روى بن ثابت ﷺ « أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم » (٦) ؛ لأنهم كانوا يتبايعونها عند تلقي الجلب ولا يَرَوْنها حتى يحوزوها (٧) .

١١٦٥٠ - قالوا : روى ابن عمر ﷺ : « ابتعت زيتًا في السوق ، فلما استوجبته (٨) لقيني رجل فأعطاني بها ربحًا حسنًا ، فأردت أن أضرب على يده (٩) ، فأخذ رجل من

---

(١) في (م) : [الثمن] ، وقوله : [في ضمان] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ع) : [كان] ، مكان : [كانت] .

(٢) رواه أبو داود في السنن « كتاب الإجارة » ، « باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي » (٢٧٥/٢) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » في « بيع ما يشترى من الطعام جزافًا قبل أن ينقل من مكانه » (٢٨٧/٧) ، وأخرجه البخاري باختلاف يسير ، في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب منتهى التلقي » (٢٠/٢) ، ومسلم بمعناه بألفاظ أخرى في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بطلان بيع المبيع قبل القبض » (١١٦١/٣) .

(٣) في جميع النسخ : [الحلب] ، بالحاء المهملة ، وهو تصحيف .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلا يشاهدونه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ينظره] ، مكان : [ينقلوه] .

(٦) لفظ : [حتى] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [على تجوزها] ، مكان : [حتى يحوزها] . وهذا جزء من الحديث الذي يأتي تمامه بعد هذا .

(٧) في (م) ، (ع) : [يحرزوها] .

(٨) في (م) ، (ع) : [زيدًا] ، مكان : [زيتًا] ، و [استوحشته] ، مكان : [استوجبته] .

(٩) لفظ : [يده] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

خلفي بذراعي ، فالتفتُّ [١] فإذا زيد بن ثابت ، فقال : لا تبعه [حيث ابتعته] حتى تحوزه [٢] إلى رحلك ، فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تُبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم [٣] .

١١٦٥١ - قلنا : قوله : لما استوجبته [٤] ، ليس فيه أنه قبضها ، فنهاه عن بيعها ؛ لأنه لم يقبضها ، وقال : « حتى تحوزها [٥] إلى رحلك » ، يعني حتى تقبضها ، ونيَّته تدل [٦] عليها ، وغَنِيَ عن ذلك بإحرازها إلى رحله ، كما أن عندهم أراد النقل [٧] وعبر عن ذلك بالإحراز إلى الرحل ، وليس بواجب عندهم .

١١٦٥٢ - قالوا : ابتاع ما ينقل ، فإذا باعه قبل نقله لم يصح ، كما لو باعه قبل التخلية .

١١٦٥٣ - قلنا : إذا لم توجد التخلية لم يجز التصرف في الثمرة [٨] ، كذلك في المنقولات ، [وما بعد التخلية يجوز التصرف في الثمرة كذلك في المنقولات] [٩] .

١١٦٥٤ - ولأن التخلية متى لم توجد [١٠] فالبيع المنقول في يد البائع ، فلم يجز تصرف المبتاع [١١] . وبعد التخلية قد أقبض البائع ومكن المشتري من القبض ، فالنقل تصرف من جهته فلا يقف تصرفه عليه ، كلبس الثوب وسكنى الدار .

١١٦٥٥ - فإن قيل : النقل والتحويل يتعلق به ضمان الغصب عندكم ، ولا يتعلق بالتخلية .

---

(١) لفظ : [فالتفت] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [حتى ابتعته حتى تحرزه] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٣) في (م) : [ينتاع] ، في (م) ، (ع) : [يحرزها] ، مكان : [يحوزها] ، و [رحالها] ، مكان : [رحالهم] والصواب ما أثبتناه . وهذا الحديث : أخرجه أبو داود من طريق محمد بن اسحاق ، عن أبي الزناد ، عن عبيد بن حنين ، عن ابن عمر ﷺ بهذا اللفظ ، في آخر الباب السابق (٢٧٦/٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (١٣/٣) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٤٠/٢) .

(٤) في (ص) : [استوجبتها] ، وفي (م) : [استوحشها] ، وفي (ع) : [استوحتتها] كل هذا خطأ ، والصواب ما أثبتناه .

(٥) وفي (ع) : [يحرزها] ، وفي (م) : [يحوزها] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وبنية بدل عليها] ، وفي (ص) كل هذا بدون نقط .

(٧) في (ع) : [النقل] .

(٨) في (ع) : [التمن] ، مكان : [الثمر] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) : [لم يوجد] .

(١١) في (م) ، (ع) : [المبتاع فيه] ، بزيادة : [فيه] .

١١٦٥٦ - قلنا : لأن المغصوب في يد مالكه ، فإذا خلى [1] الغاصب من نفسه وعنه فلم تزُل [2] يد الملك عنه حكمًا ، فلم ينتقل إلى ضمان الغاصب وفي المبيع قد أزال البائع [3] يده عنه بالتخلية ، فلم يبق [4] عليه يد إلا يد المبتاع فقد دخل في ضمانه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [خلى] .
(٢) في (م) ، (ع) : [وبينه فلم يزل] ، مكان : [وعنه فلم تزل] .
(٣) لفظ : [البائع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) : [فلم يبق] .

مسألة ٦٠٢

حكم من باع مصراة قد صرَّها البائع الأول

١١٦٥٧ - قال أصحابنا : إذا باع شاة أو بقرة أو ناقة قد صرَّها[1] البائع ، فحلبها المشتري ، فلا خيار له [2] .

١١٦٥٨ - وقال الشافعي : يردها ويرد معها صاعًا من تمر .

١١٦٥٩ - فإن ابتاع جارية مصراة ردها ، وهل يرد معها صاعًا من تمر ، [3] فيه وجهان ، أحدهما : يرد ، كالشاة [4] ، والآخر : لا يرد شيئًا .

١١٦٦٠ - والأتان المصراة يردها ولا يرد معها شيئًا إلا على قول من قال : إن لبنها طاهر من أصحابهم ، فإنه جعلها كالشاة .

١١٦٦١ - واختلفوا في توقيت الخيار ، فمن أصحابه من قال : بأن خيار التصرية مؤقت بثلاثة أيام ولا يجوز ردها قبل ثلاثة أيام ، وإن بين التصرية ، فإن لم يرده [5]

---

(١) في (م) ، (ع) : [فقد صرفها] ، مكان : [قد صرها] ، وهو تصحيف . صرَّها : أي حبس لبنها . قال الخطابي : « اختلف أهل العلم في تفسير المصراة ، الناقة ، أو البقرة ، أو الشاة التي قد صرى اللبن في ضرعها ، يعني حقن فيه و جمع أياما فلم يحلب ، وأصل التصرية : حبس الماء وجمعه ، يقال : صريت الماء » . راجع تفسير المصراة في : مختصر المزني « باب بيع المصراة » ص٨٢ ، معالم السنن « كتاب البيوع » ، « باب من اشترى مصراة وكرهها » (١١١/٣ ، ١١٢) ، النهاية « باب الصاد مع الراء » (٢٧/٣) ، المجموع « باب بيع المصراة والرد بالعيب » (١٢/١٢ - ١٥) ، نهاية المحتاج « فصل في التصرية » (٧٠/٤) .

(٢) قال الطحاوي في المختصر : « وإذا اشترى الرجل ناقة أو بقرة أو شاة على أنها لبون ، ثم حلبها مرة بعد مرة فتبين له بنقصان لبنها أنها مصرَّاة ، فإنه يرجع على بائعه بنقصان عيبها ، وليس له ردها عليه دون لبنها ولا مع لبنها ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ﷺ ، وهو قول أبي يوسف ﷺ القديم ، وبه نأخذ . وقد قال أبو يوسف فيما روى عنه أصحاب الإملاء : إنه يردها وقيمة صاع من تمر ويحتبس لبنها لنفسه » . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب المصراة وغيرها » ص٧٩ ، ٨٠ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٨٦/١ ، ٣٨٧) ، المسألة (١٩٩٣) ، فتح القدير « باب خيار العيب » (٤٠٠/٦) ، رد المحتار مع الدر المختار « باب خيار البيع » (١٠١/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [صاع تمر] ، مكان : [صاعا من تمر] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الشاة] ، بدون الكاف .

(٥) في (م) ، (ع) : [يرده] ، بحذف : [لم] ، وهو تحريف .

عقيب الثلاث ، فليس له الرد .

١١٦٦٢ – ومن أصحابه من قال : خيار التصرية خيار العيب وليس بمحدود [1] ، وذِكْر الأيام الثلاثة في الخبر : محمول على أن العقد وقع بخيار الشرط .

١١٦٦٣ – وإن استمر [2] اللبن فلم ينقص فيما بعد حال التصرية ، هل يثبت الرد ؟ فيه وجهان [3] .

١١٦٦٤ – وأما الذي يُرد عوضًا عن اللبن : فمن أصحابه من قال يرد صاعًا من غالب قوت الناس في البلد . ومن أصحابه من قال يجب التمر .

١١٦٦٥ – فإن أعطاه البرّ وهو أكثر قيمة من التمر جاز ، فإن كان [4] أقل قيمة لم يجز [5] .

١١٦٦٦ – الدليل على صحة ما قلنا : قوله عليه [الصلاة و] السلام : « البيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا » [6] ، ظاهره أن الخيار لا يثبت بعد الافتراق .

١١٦٦٧ – ولأنه تلبيس [7] من غير عيب ؛ فلا يوجب الرد . أصله : إذا سود [8] أنامل العبد حتى ظن أنه كاتب ، أو ثيابه حتى ظن أنه خباز .

١١٦٦٨ – ولأنه تحسين للبيع لم يستر [9] عيبًا فيه ؛ فصار كما لو صقل الثوب أو دقه .

---

(١) في (م) : [بمحذود] ، بالذال المعجمة ، وفي (ع) : [بمحذور] بالذال المعجمة والراء المهملة .

(٢) في (م) ، (ع) : [استمرار] .

(٣) لفظ : [وجهان] ساقط من (ع) .

(٤) لفظ : [كان] ساقط من (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب بيع المصراة والرد بالعيب » (٦٨/٣) ، مختصر المزني « باب بيع المصراة » ص٨٢ ، المهذب مع المجموع « باب المصراة والرد بالعيب » (١٢/٢-٩٢) ، حلية العلماء « باب بيع المصراة والرد بالعيب » (٢٢٥/٤) وما بعدها ، فتح ا لعزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٣٣٣/٨- ٣٣٧) ، نهاية المحتاج « فصل في التصرية » (٧٠/٤-٧٤) ، المدونة في « بيع الشاة المصراة » (٢٨٧/٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب المصراة » (٧٠٧/٢ ، ٧٠٨) ، المنتقى في « ما ينهي عنه من المساومة والمبايعة » (١٠٤/٥- ١٠٦) ، شرح الزرقاني (١٣٣/٥) وما بعدها ، الإفصاح « باب بيع المصراة » (٣٤٥/١) ، المغني « باب المصراة وغير ذلك » (١٤٩/٤) ، وما بعدها ، الكافي لابن قدامة « باب بيع لمصراة » (٨٠/٢- ٨٢) ، الإنصاف « باب الخيار في البيع » (٣٩٨/٤- ٤٠٤) .

(٦) هذا الحديث : متفق عليه أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب كم يجوز الخيار » ، وفي « باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، باب الصدق في البيع والبيان » (١١٦٤/٣) .

(٧) في (م) ، (ع) : [تفليس] .

(٨) في (م) ، (ع) : [اسود] .

(٩) في (م) : [لم يسر] .

١١٦٦٩ - ولأنه فاته منفعة موهومة [١] غير مشروطة فصار كمن ابتاع عبدًا في زي الخبّازين ، وكان [٢] غير خباز .

١١٦٧٠ - ولأنه لم يظهر على نقص في المبيع ولا فائت فيتبعه [٣] شرطها ؛ فلم يثبت له خيار القبض ، كمن اشترى شاة منتفخة [٤] الخاصرة ، ظنها حاملًا ، أو اشترى عبدًا فظنه كاتبًا .

١١٦٧١ - ولأن اللبن في مضمون خلقة حيوان ، ما غيره فيه البائع ، فلا يثبت فيه الخيار ، كاللحم والحمل .

١١٦٧٢ - احتجوا : بما روي مالك عن أبي الزياد ، عن الأعرج ، عن أبي هريرة ﷺ: « أن النبي ﷺ قال : لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها [٥] إن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر [٦] » .

١١٦٧٣ - وروى ابن عمر ﷺ : « أن النبي ﷺ قال : من ابتاع مُحفَّلة [٧] فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها رد [معها] مثل لبنها قمحًا » [٨] .

١١٦٧٤ - قالوا : وفي هذه الأخبار أدلة ثلاثة ، أحدها : نهى عن التصرية وهي مباحة عند أبي حنيفة ، والثاني : جعل له الخير غير مضبوط في الأصل [٩] لاختلاف ألفاظه .

وروى محمد بن سيرين ، عن أبي هريرة ﷺ ، عن النبي ﷺ قال : « من اشترى

---

(١) في (م) ، (ع) : [مرهونة] . (٢) في (م) ، (ع) : [فكان] .
(٣) في (م) ، (ع) : [بالمبيع ولا فائت فبيعه] ، وفي (ص) : [ولا فائت مسعه] ، بدون النقط ، ولعل الصواب ما أثبتناه . (٤) في (م) ، (ع) : [مسفحة] .
(٥) في (م) ، (ع) : [أن يحلها] .
(٦) أخرجه مالك بهذا اللفظ في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما ينهي عنه من المساومة والمبايعة » (٦٨٣/٢ ، ٦٨٤) ، الحديث (٩٦) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم » (١٧/٢ ، ١٨) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه إلخ » (١١٥٥/٣) ، الحديث (١١) ، وأبو داود في السنن « باب من اشترى مصراة فكرهها » (٢٦٥/٢) .
(٧) لفظ : [قال] ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [فجعله] ، مكان : [محفلة] .
(٨) أخرجه أبو داود آخر الباب السابق (٢٦٦/٢) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب بيع المصراة » (٧٥٣/٢) ، الحديث (٢٢٤٠) ، والبيهقي مطولا في الكبرى « كتاب البيوع » ، باب « الحكم فيمن اشترى مصراة » (٣١٩/٥) .
(٩) قوله : [في الأصل] ساقط من (ع) .

شاة مصراة أو لقحة مصراة فحلبها ، فهو بخير النظرين بين أن يُخَيِّرها [١] وبين أن يردها ، وإناءً من طعام » [٢] ، فذكر خيارًا غير مؤقت وذكر إناءً من طعام .

وروى محمد بن زياد عن أبي هريرة ﷺ « صاعًا من طعام لا سمراء » [٣] ، يعني : لا حنطة ، وهذا يقتضي الشعير .

وروى موسى بن أنس [٤] ، عن أبي هريرة ﷺ قال : « قال رسول الله ﷺ من اشترى شاة مصراة فلينقلب بها فليحلبها ، فإن رضى حِلَابها أمسكها وإلا ردها ورد معها صاعا من تمر [٥] » .

١١٦٧٥ - فهذا لا يجب وليس [٦] فيها توقيت الخيار [٧] ، وقد اختلف ألفاظها في المردود .

وروى سهيل [٨] بن أبي صالح عن أبيه ، عن أبي هريرة ﷺ « أنه عليه [الصلاة و] السلام قال : من ابتاع [٩] شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فإنْ شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعًا من تمر » [١٠] .

وروى الأعرج عن أبي هريرة ﷺ ، عن النبي ﷺ وذكر فيه : « فإن صاحبها بالخيار ثلاثة أيام » [١١] .

---

(١) في (ع) : [حقه] ، مكان : [لقحة] ، و[مخير] ، مكان : [بخير] ، ولفظ : [بين] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) هذا الحديث : أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ ، في المعاني « كتاب البيوع » ، في أول « باب بيع المصراة » (١٧/٤) والبيهقي مرفوعا (٣١٨/٥ ، ٣١٩) .
(٣) أخرجه الطحاوي في نفس المصدر (١٨/٤) ، ومسلم في الصحيح « باب حكم بيع المصراة » (١١٥٨/٣ ، ١١٥٩) ، الحديث (٢٥ ، ٢٦) ، وأبو داود في الباب السابق (٢٢٦/٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٧٤/٣) ، الحديث (٢٧٩) .
(٤) في جميع النسخ : [موسى بن أنس] ، ولعله موسى بن يسار مديني عم محمد بن إسحاق ، وهو مولى قيس ابن محزمة القرشي ، روي عن أبي هريرة ، وروى عنه داود بن قيس ومحمد بن إسحاق ، ثقة . راجع ترجمته في : الجرح والتعديل (١٦٨/٨) ، الترجمة (٧٤٠) ، ميزان الاعتدال (٢٢٦/٤) ، الترجمة (٨٩٤١) .
(٥) أخرجه مسلم في الباب السابق (١١٥٨/٣) ، الحديث (١٥٢٤/٢٣) .
(٦) في (م) : [فهذا الخيار] ، وفي (ع) : [فهذه خيار] ، والصواب ما أثبتناه .
(٧) في (م) ، (ع) : [إلا الخيار] ، بزيادة : [إلا] .
(٨) لفظ : [سهيل] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) مكانه : [سهل] وهو خطأ .
(٩) في (ص) : [اشترى] .
(١٠) أخرجه مسلم (١١٥٨/٣) ، الحديث (٢٤) .
(١١) هذا جزء من حديث أبي هريرة أخرجه الطحاوي (١٨/٤) .

١١٦٧٦ - فلما اختلف الخبر في مقدار المردود ، وفي إطلاق الخيار وتوقيته ، على أنه غير مضبوط في الأصل ، فأوجب ذلك التوقف فيه . وقد فعلت الصحابة ذلك في أخبار (١) أبي هريرة ، فروى أن النبي ﷺ قال : « من أصبح جنبًا فلا صوم له ، فقالت عائشة : رحم اللَّه أبا هريرة نحن أعلم بهذا منه » (٢) .

وروى أنه عليه [الصلاة و] السلام قال : « إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثًا » ، فقال له قيس الأشجعي (٣) : فما يضع بالمهراس ؟ « (٤) .

١١٦٧٧ - ولسنا نقدح في أبي هريرة ، ولا نرد أخباره ، لكنه أَكْثَرَ الرواية ، فإذا نُقِلَ عنه خبر مضطرب الألفاظ توقفنا فيه ، إذ اختلافه يؤدي لقلة (٥) الضبط في أصله .

١١٦٧٨ - فإن قيل قد قبل (٦) أبو حنيفة خبره في أكل الناسي وترك القياس به .

١١٦٧٩ - قلنا : قال أبو حنيفة : لولا قول الناس لقلت : يقضي ، فرجع إلى عمل الناس .

١١٦٨٠ - والخبر والعمل إذا انضم إلى الرواية كانت دلالة على صحتها ، فلم يترك قياس الأصول بمجرد خبره ، لولا عمل الناس به .

١١٦٨١ - وقولهم : كيف يجعل كثرة حديثه طعنًا ، وهذا يدل على كثرة علمه وحفظه (٧) ليس بصَحيح ؛ لأنا قد بينا أنا لا نطعن فيه ، ولكن الصحابة أنكروا على الناس كثرة الرواية ومنعوا منها .

١١٦٨٢ - وقد قال أبو هريرة : « لو حدثت هذه الأحاديث على عهد عمر لرأيت الدرة تصعد على رأسي وتنزل » ، وإنما منعت الصحابة من الإكثار كراهة الغلط

---

(١) في (م) : [اختيار] .

(٢) هذا الحديث أخرجه أحمد في المسند (١٨٤/٦ ، ٢٦٦) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الصيام » ، « باب ما جاء في الرجل يصبح جنبًا وهو يريد الصيام » (٥٤٣/١) ، الحديث (١٧٠٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [مر الأشجعي] ، وفي (ص) : [مر] بدون إعجام ولعل الصواب ما أثبتناه من مسند أحمد .

(٤) المهراس : بكسر الميم ، قال ابن الأثير : « صخرة منقورة تسع كثيرا من الماء ، وقد يعمل منها حياض للماء » . راجع : النهاية « باب الهاء مع الراء » (٢٥٩/٥ ، ٢٦٠) ، لسان العرب ، مادة : « هرس » (٤٦٥٢/٦) ، المصباح المنير » الهاء مع الراء وما يثلثهما » (٦٠٨/٢) . وهذا الحديث أخرجه أحمد في المسند (٣٨٢/٢) .

(٥) قوله : [إذ اختلافه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [نقله] ، مكان : [بقلة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [قال] ، مكان : [قيل] .

(٧) لفظ : [وحفظه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

والتحريف على رسول اللَّه ﷺ .

١١٦٨٣ - وقد قال أبو حنيفة رحمه الله : إن هذا الخبر منسوخ ، ولم يبين كيفية النسخ ، فيحتمل أن يكون وجه النسخ : أن التصرية أمر منهي عنه ، بدلالة : ما روي مسروق عن عبد اللَّه قال : « أشهد على الصادق المصدوق ، أبي القاسم ﷺ أنه قال : إن بيع المحفلات خِلابةٌ ، ولا تحل خلابة مسلم [١] » .

١١٦٨٤ - وقد كانت العقوبات في ابتداء الإسلام تتعلق [٢] بالأموال [٣] ؛ بدلالة : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « في كل [أربعين] : بنت لبون ، فمن منعها [٤] فإنا نأخذها وشطر ماله ، عزمة من [٥] عزمات ربنا ، لا يحل لآل محمد منها شيء [٦] .

وروى عبد اللَّه بن عمرو [٧] : « أن رجلا من مزينة أتى النبي ﷺ ، فقال : ما ترى في حريسنة الجبل ، [٨] ، قال : هي ومثلها والنكال ، وليس في شيء من الماشية [٩] قطع إلا ما أواه الجرين [١٠] ، مثله وجلدات نكال » [١١] .

وقال عليه [الصلاة و] السلام فيمن وقع على جارية امرأته : « إنها إن كانت طاوعته : كانت مملوكةً له [١٢] ، وكان عليه مثلها لامرأته ، وإن كان استكرهها :

---

(١) في (م) ، (ع) : [حلابة] ، بالحاء المهملة في المكانين ، وفي (م) : [ولا يحل] .

(٢) في (م) : [يتعلق] .

(٣) قاعدة : « كانت العقوبات في ابتداء الإسلام تتعلق بالأموال » ، وقد نسخت هذه الأحكام وجعلت العقوبة في الأبدان دون الأموال .

(٤) الزيادة من معاني الآثار ، وقوله : [فمن منعها] ساقط من (ع) .

(٥) قوله : [عزمة من] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) واضح أن المصنف ذكر الحديث بالتصرف مختصرًا . وقد أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الزكاة » ، « باب في زكاة السائمة » (٣٩٧/١) ، والطحاوي في المعاني « كتاب الزكاة » ، « باب الصدقة على بني هاشم » (٩/٢) .

(٧) في جميع النسخ : [عبد اللَّه بن عمر] ، والصواب ما أثبتناه .

(٨) حريسة الجبل : الشاة التي يدركها الليل قبل أن تصل إلى مأواها فتسرق من الجبل . انظر : النهاية (٣٦٧/١) ، المصباح المنير (١٢٤/١) .

(٩) في (ص) : [ليس] ، وفي (م) ، (ع) : [فليس] ، وفي جميع النسخ : [من الفاكهة] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ما أداه الحرس] .

(١١) أخرجه الطحاوي في المعاني ، في « كتاب الحدود » ، « باب الرجل يزني بجارية امرأته » (١٤٦/٣) ، والنسائي في المجتبى « كتاب قطع السارق » ، في « الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين » (٨٥/٨ ، ٨٦) ، وأبو داود بمعناه مختصرًا في السنن « كتاب الحدود » ، « باب ما لا قطع فيه » (٤٩٠/٢ ، ٤٩١) .

(١٢) لفظ : [له] ساقط من (ع) .

كانت حرة وعليه لزوجته مثلها »[١] .

١١٦٨٥ - ولذلك يجوز أن يكون الرد[٢] ، والفسخ من ضمان اللبن عقوبة له على الخداع[٣] ، وقد نسخت هذه الأحكام ، وجعلت العقوبة في الأبدان دون[٤] الأموال ، فصح ذلك أيضًا .

١١٦٨٦ - ويجوز أن يكون هذا قاله ﷺ في الحال التي كانت بيع الحمل واللبن في الضرع جائز ، وقد كانت هذه بيوعًا[٥] في الجاهلية ، فإذا باع المحفلة فقد باع الشاة واللبن ، ومن اشترى شيئين فشاهد أحدهما ثبت[٦] له خيار الرؤية فيهما جميعًا ، فأثبت النبي ﷺ رد الشاة لعدم رؤية اللبن وهو مبيع ، ثم نسخ بما روى أنه عليه [الصلاة و] السلام [نهى عن بيع الحمل ، وعن بيع اللبن في الضرع »[٧] ، وصار العقد واقعًا على الشاة وحدها ، ولا عيب بها ، ولا يثبت الرد ، ولهذا ألزم المشتري صاعًا من تمر حصة اللبن من التمر[٨] ؛ لأنه كان ابتاعها بتمر ، والذي قال : صاعًا من / حنطة][٩] ؛ لأنه كان ابتاعها[١٠] بحنطة . ٣٨

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الحدود » ، « باب في الرجل يزني بجارية امرأته » (٥١٠/٢) ، والنسائي في المجتبى « كتاب النكاح » ، « باب إحلال الفرج » (١٢٤/٦ ، ١٢٥) ، والطحاوي ، في أول الباب السابق (١٤٤/٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الحدود » ، « باب ما جاء فيمن أتى جارية امرأته » (٢٤٠/٨) .

(٢) لفظ : [الرد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [الاخداع] . (٤) لفظ : [دون] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في جميع النسخ : [بيوع] ويمكن تأويله على التقديم للخبر والمبتدأ مؤخر وهو نكرة موصوفة ، ويفيد دلالة تخصيص هذا البيع بزمن الجاهلية ! ، وقد أثبتناه بالنصب توخيا للوضوح .

(٦) لفظ : [ثبت] ساقط من (ع) .

(٧) رواه ابن ماجه في : « كتاب التجارات » ، « باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائض » (٧٤٠/٢) ، الحديث (٢١٩٦) ، وأحمد في المسند (٤٢/٣) ، وابن أبي شيبة ، في المصنف « كتاب « البيوع والأقضية » ، « في بيع الغرر والعبد الآبق » (٦٠/٥) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (١٤/٣ ، ١٥) ، الحديث (٤٠ - ٤٦) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، الأول في « باب النهي عن بيع الغرر » ، والثاني : في « باب ما جاء في النهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم واللبن في ضروع الغنم والسمن في اللبن » (٣٣٨/٥-٣٤٠) .

(٨) قوله : [حصة اللبن من التمر] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي النص [تمر] بدل [حنطة] والمثبت هو الصواب .

(١٠) من قوله : [بتمر والذي] إلى قوله : [ابتاعها] ساقط من (م) ، (ع) .

١١٦٨٧ - فإن قيل : كيف يثبت الرد بخيار [١] الرؤية ، والشاة دون اللبن ، فتفرق الصفقة ، ومن أصلكم : أن من ابتاع شيئين لم يرهما وتعذّر الرد في أحدهما تعذر فيهما .

١١٦٨٨ - قلنا : إنما لا يجوز تفريق الصفقة في الإتمام ؛ لأنه يؤدي إلى جهالة البدل [٢] ، فلما جاز العقد فيه فالحال التي كان يجوز فيها بيع اللبن كان لا يؤثر في العقد بالحظر وللجهالة ، فلذلك ثبت الفسخ في أحدهما دون الآخر .

١١٦٨٩ - وجواب آخر : وهو أن هذا خبر واحد ، ورد مخالفًا [٣] للأصول ، وذلك لأنه أثبت الفسخ لا لنقص ولا لفوات شرط ، ويفسخ العقد لأن البائع غير المبتاع وإن كان المبتاع لم يشاهد ضرعها ولا خطر له لبنها [٤] .

١١٦٩٠ - والغرر إذا أثر في العقد لم يجز أن يؤثر والمشتري لم يعتبر به . وتحريم اللبن وما في مضمون الخلقة لا حصة له في الثمن كاللحم [٥] والحمل ، وإذا ثبت الرد مع نقصان ثبت في البيع ؛ لأن حلب اللبن يقصر فيه ، ثم جعل اللبن مضمونًا بغير جنسه ، والأصول مبنية على أن اللبن يضمن مثله ، ثم قدره بصاع زائدًا أو ناقصًا ، والأصول تضمن بمقدارها ، ولا يتقدر [٦] ضمانها تقديرًا لا يزيد ولا ينقص ، ثم أوجب على المبتاع صاعًا ، وإن كان ثمن الشاة أولى من صاعٍ ، ثم تسلم [٧] للبائع المبيع والثمن وزيادة عليه .

١١٦٩١ - ومن أصلنا : أن خبر الواحد إذا كان مخالفًا للأصول لم يجب العمل به ، ووجب حمله على وجه يوافقها ؛ لأن الأصول مقطوع بها ، فلا تترك أحكامًا معلومة بالظن ؟!

١١٦٩٢ - فإن قيل : فلم قبلتم خبر [٨] نبيذ التمر والقهقهة ؟ .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت الرد بخلاف] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [البدن] . (٣) في (م) ، (ع) : [مخالفنا] .

(٤) في (م) : [ولا خطر لها لبنها] ، و في (ع) : [ولا حضر لها لبنها] ، المثبت من (ص) ، أي لا خطر بباله لبنها .

(٥) لفظ : [واللحم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ع) : [ولا يتعذر] . (٧) وفي (م) ، (ع) : [نسلم] بالنون .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلم قلتم يتخير] . وقد تقدم تخريج خبر نبيذ التمر في مسألة (٤) ، وخبر القهقهة في مسألة (٣١) .

١١٦٩٣ - قلنا : لأنهما لم يخالفا قياس الأصول ، ألا ترى : أن الماء المتغير لم يجمع على امتناع الوضوء [به] [١] ؛ لأن من الفقهاء من جوز الوضوء بالخل ونبيذ الزبيب .

١١٦٩٤ - وكذلك خبر القهقهة لا يخالف الأصول ؛ لأنه يضمن [٢] حكمًا لم يجمع على خلافه ؛ ألا ترى : أن الخبر يقتضي مخالفة الصلاة لما قبلها من إيجاب الطهارة ، وهما مختلفان بالاتفاق عندنا في القهقهة ، وعندهم في المتيمم إذا رأى الماء في الصلاة ، وإنما كل واحد من هذين الخبرين يخالف قياس الأصول ، وعندنا أن خبر الواحد أولى من قياس الأصول .

١١٦٩٥ - فإن قيل : إذا خالف الخبر الأصول صار أصلًا في نفسه .

١١٦٩٦ - قلنا : الأصول المقطوع عليها لا يجوز أن يساويها أصل ثبت عن مظنون ويعارضها .

١١٦٩٧ - فإن قيل قولكم : إنه أثبت الفسخ لغير [٣] نقص ، ولا فوات شرط ليس بصحيح ؛ لأنه غره وخدعه فنقص المبيع عما شاهده .

١١٦٩٨ - قلنا : هذا يبطل إذا حبسه بخيط حتى ظن أنه خياط .

١١٦٩٩ - ثم الخبر يقتضي الفسخ بالتصرية وإن لم يشاهد [٤] المشتري الضرع ولا عاينه ولا خطر بباله ، فكيف يكون البيع لأجل الخداع ، .

١١٧٠٠ - قالوا : قولكم أن في مضمون الخلقة [٥] لا حصة له كاللحم والحمل : لا يصح ؛ لأن الحمل واللحم لا يمكنه أن يفصله في الحال وتسلمه ، واللبن يقدر على إخراجه في الحال ، فلذلك كان له حصة من الثمن .

١١٧٠١ - قلنا : هذا الاختلاف لا يمنع أن يساوي اللبن الحمل في أن كل واحد منهما لا يجوز إفراده بالعقد ، لذلك لا يمنع تساويهما في سقوط الحصة .

١١٧٠٢ - قالوا : قولكم : إنه أثبت الفسخ مع نقصان الحلب ؛ لأنه [٦] لا يقف على العيب إلا به ، فلم يمنع الرد كمن اشترى جوزًا أو بيضًا فكسره .

---

(١) زيادة مقدّرة أقحمت للبيان .

(٢) في (ص) : [ولذلك] ، مكان : [وكذلك] ، وفي (ع) : [تضمن] ، مكان : [يضمن] .

(٣) في (ع) ، (ن) : [بغير] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وان شاهد] .

(٥) في (م) : [الحفلة] ، وفي (ع) : [المحفلة] ، مكان : [الخلقة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولانه] ، بالعطف .

١١٧٠٣ - قلنا : قولكم في كل واحد من هاتين المسألتين يخالف الأصول ، فلا يستشهد بأحدهما على الآخر .

١١٧٠٤ - قالوا : قولكم : إنه قَوَّمَ اللبن بغير جنسه - لأن قدره غير معروف - فضمنه بغير جنسه حتى لا يؤدي إلى الربا ، كما نقول جميعًا فيمن استهلك إناء فضة قُوِّم بالذهب .

١١٧٠٥ - قلنا : لو كان كذلك لوجب إذا اشترى صبرة مكايلة وقبض بعضها بغير كيل فهلك الباقي في يد البائع أن يضمن المشتري قيمة ما قبضه بغير جنسه ، كذلك لو اغتصب لبنًا [1] لا يعرف قدره فلا يُضْمَن فلما لم يقبل [2] هذا جعلنا القول قول الضامن ، وألزمناه ما يعرف به ، على [أن] [3] ما قالوه يخالف الأصول .

١١٧٠٦ - فإن قيل : قد أوجب الثمن عليه [الصلاة و] السلام في المُصَرَّاة من الإبل وحجب عن [4] جنسها من الغنم .

١١٧٠٧ - قلنا : وجوب الدية في الحيوان أصل فاسد بالإجماع ؛ ولا يعتبر [5] مخالفته بأصل آخر .

١١٧٠٨ - فإن قيل : قولكم : إنه ضَمَّنه قيمة اللبن صاعًا زائدًا أو ناقصًا لا يخالف الأصول ؛ لأنه قدر ذلك لإسقاط التنازع ، كما قدر ما يجب في الجنس . وسوى بين الذكر والأنثى لما لم يمكن الوقوف على حال كل منهما ، وسوى بين القليل والكثير في الموصي به في قدر المضمون .

١١٧٠٩ - قلنا : هناك ضمان جناية ، وضمان الجنايات مقدر في الأصول ، وهذا ضمان مال وذلك لا يتقدر .

---

(١) في (م) ، (ع) : [من اغتصب لبنًا] .

(٢) لفظ : [فلا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [لم يقل] ، مكان : [لم يقبل] .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في جميع النسخ : [قد أوجب الثمن ﷺ] ، وفي (م) ، (ع) : [هرب من] ، مكان المثبت والعبارة في النسخ : [وهدب عن جنسها ، ولا من الغنم] وما أثبتناه قد يكو صحيحًا ، والإبل هنا تعرب بدلًا من المُصَرِّ وهو بدل بعض من كل ! . الهدب : له معان عديدة ، لعل المراد هنا : ضرب من الحلب ، وفي لسان العرب : « وهدب الناقة يهدبها هدبًا : احتلبها ، والهَدْبُ بالجزم : ضرب من الحلب ، يقال : هدب الحالب الناقة يهدبها هدبًا إذا حلبها » في مادة « هدب » (٤٦٢٩/٦) .

(٥) في (م) ، (ع) : [بابتداء الإجماع] ، مكان : [فاسد بالإجماع] .

١١٧١٠ - فإن قيل : قولكم إن ثمن الشاة إذا كان صاعًا أو أقل ردها ورد صاعًا معها ، فاجتمع له التمر [(١)] والزيادة والمبيع ، ولا يصح ؛ لأن من أصحابنا من قال : إن [(٢)] كان ثمنها صاعًا قوّم اللبن بأقل من صاع .

١١٧١١ - قلنا : لسنا نتكلم على مذهبكم وإنما نتكلم [(٣)] على مخالفة الخبر الأصول ، والخبر يقتضي وجوب رد الصاع في جميع الأحوال .

١١٧١٢ - قالوا : من ابتاع عبدًا بصاع تمر لزمه برده صاع [(٤)] تمر ، وإن كانت الصدقات إخراج قليل من كثير .

١١٧١٣ - قلنا : هذا مخالف لأصول الصدقات ، لكنه حكم مجمع عليه ، فصار أصلًا في نفسه .

١١٧١٤ - وجواب آخر : وهو أن أبا يوسف حمل الخبر على من باع محفلة بشرط حلابها مقدارًا ، فهذا بيع فاسد عندنا لمعنى ملحق ، فإذا وقف على حالها كان بالخيار بين إمساكها وإسقاط الشرط ، وبين ردها بالفساد الحادث في البيع الفاسد المضمون على المشتري وإن تعذر رده لتغيره [(٥)] ، فأوجب عوضه مرة تمرا ومرة طعامًا لإمكان غالب نقدهم ، وهذا التأويل وإن كان فيه إثبات شرط غير مذكور فهو أولى من حمله على ما يخالف الأصول الثابتة المجمع عليها .

١١٧١٥ - قالوا : روى مثل قولنا عن أبي هريرة ، وابن مسعود رضي الله عنهما [(٦)] ، ولا مخالف لهما .

١١٧١٦ - قلنا : هذا لا يثبت [(٧)] الإجماع ؛ لأنه لم ينتشر ، ولم يجب تقليدهم عندنا فيما خالف الأصول الثابتة .

١١٧١٧ - قالوا : بدل يخلف الثمن لأجله ؛ فوجب أن يملك به الرد ، كما لو غير نبطية بخضاب [(٨)] ، أو سوّد شعرها .

---

(١) في (م) : [التمر] وفي غيرها : [الثمن] . (٢) في (م) ، (ع) : [إذا] .

(٣) قوله : [على مذهبكم وإنما نتكلم] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في باقي النسخ [تصرية] . (٥) في (م) ، (ع) : [كتعييره] .

(٦) تقدم تخريجه في هذه المسألة .

(٧) في (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [لا يثبت] .

(٨) في (م) ، (ع) : [كلس] ، مكان : [دلس] ، وقوله : [نبطية بخبره] ، بدون نقط في جميع النسخ ، وما أثبتناه أقرب للمعنى المقصود فيما يتضح من السياق .

١١٧١٨ - قلنا : أما أن يخضب [1] الشعر فلا يثبت به خيار ؛ لأن كونها نبطية [2] ليس بعيب ، وأما سواد الشعر فلا يثبت الخيار بالتدليس فيه ، ولا يثبت الخيار الشيب خاصة إن لم يخضبه . وفي مسألتنا : لو [3] لم يدلس بنقصان الخبر لم يثبت الخيار ، كذلك إذا دلسه ، كاللحم والحمل .

١١٧١٩ - وفرق محمد : إن صهوبة [4] الشعر عيب وإن لم يدلس بالخضاب ، فأما إن خضب الشعر فلا يثبت الخيار ؛ لأن الشقرة [5] ليست بعيب ، فتحسينها [6] بالخصاب لا يثبت الخيار .

١١٧٢٠ - وقد جعل بعضهم أصل هذه العلة إذا باع رحى وقد جمع الماء ثم أرسله عند البيع حتى شاهده المشتري : وهذا على تفصيل : فإن كان الماء الأصلي يدير الرحى [7] إلا أنه زاد فيه بالجمع فلا خيار له ؛ لأن قلة الطحن ليس بعيب . وإن كان لا يدير الرحى ولا يفيد به ، فهذا عيب في نفسه ، دلسه بجمع الماء أو لم يدلسه ، فلا فرق بينه وبين الخضاب .

* * *

---

(١) في النسخ : يحصد ، والمثبت هو الصحيح .

(٢) في (م) ، (ع) : [حنطة] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالسبب حصه إن لم يحصه] ، وفي (ص) أيضا : [حصة] ، مكان : [خاصة] ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، ولفظ : [لو] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [وفوف محمد أن صهوته] ، وفي (ص) : [وقول] ويمكن : [وفرق] ، بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) ، (ع) : [السفرة] ، وفي (ص) : [السقرة] ، بالسين المهملة ، وتصويبه : بالشين المعجمة ، الشقر ، والسقرة : مصدر الأشقر ، والشقرة : لون الأشقر ، وهو الذي يعلو بياضه حمرة صافية . راجع : لسان العرب ، مادة : [شقر] (٢٢٩٧/٤) ، المصباح المنير ، « الشين مع القاف وما يثلثهما » (٣٠٠/٢ ، ٣٠١) .

(٦) في (م) : [فيحسنها] ، وفي (ع) : [فحسنها] .

(٧) في (ص) : [الرحا] ، وفي (م) ، (ع) : [يريد الرحا حتى شاهده المشتري وهذا على التفصيل] ، بالزيادة وهو سهو ، الصواب ما أثبتناه مقصورا . الرحى : الطاحون ، مؤنث ، وتصغيرها : رُحَيَّة ، وجمعها : أرحاء . راجع : المصباح المنير ، مادة : « رحى » (٢١٠/١ ، ٢١١) .

مسألة ٦٠٣

اطلاع المشتري على عيب في المبيع بعد زيادته عنده

١١٧٢١ - قال أصحابنا : إذا ولد [1] المبيع في يد المشتري ، أو حلبت الشاة ، أو أثمر النخل ، ثم اطلع على عيب والزيادة في يده : لم يجز رد المبيع بالعيب [2] .

١١٧٢٢ - وقال الشافعي : يرد الأصل ، وتسلم له الزيادة [3] .

١١٧٢٣ - لنا : أنه نماء من نفس المبيع ، فوجب أن لا يفسخ على الأصل دونه .

١١٧٢٤ - قالوا : نماء يتميز ، فصار كالكسب .

١١٧٢٥ - قلنا : ليس إذا لم يتميز النماء ما يجب أن يتبع [4] المبيع في الفسخ ، كما لو خلط [5] المبيع بغيره .

١١٧٢٦ - وعلة الفرع تبطل بالأرش ؛ لأنه نماء متميز ينفصل ، فجاز أن يمنع الرد ، أصله : الأعضاء .

١١٧٢٧ - ولا يلزم الدم والسرجين [6] ؛ لأنه ليس بمتقوم .

١١٧٢٨ - فإن قيل : المعنى في الأعضاء إذا قطعت : أنه حدث بالمبيع عيب ، فلهذا يمتنع [7] الرد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولدها] ، بزيادة الضمير ، وهو خطأ .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٨٦/١) ، المسألة (١٩٩٥) ، تحفة الفقهاء « باب خيار العيب » (١٠٠/٢) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص٣١٥-٣١٧ ، المسألة (١٣١) ، بدائع الصنائع « فصل : وأما حكم البيع » (٢٨٤/٥-٢٨٦) ، فتح القدير وبذيله العناية (٣٦٧/٦-٣٦٩) ، مجمع الأنهر « فصل في خيار العيب » (٤٠/٢) ، رد المحتار (٨٤/٤) .

(٣) راجع المسألة في : مختصر المزني « باب الرد بالعيب » ص٨٢ ، ٨٣ ، المهذب مع المجموع (٢٠١/١٢) ، حلية العلماء (٢٥٢/٤-٢٥٤) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٣٧٨/٨) وما بعدها ، نهاية المحتاج « فصل في خيار النقيصة » (٦٧/٤) ، المنتقى ، في « العيب في الرقيق » (١٩٨/٤ ، ١٩٩) ، بداية المجتهد « باب في طرو النقصان » (١٩٧/٢ ، ١٩٨) ، المقدمات الممهدات : « كتاب العيوب » (١٠٣/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [أن يبيع] ، وفي (ص) : بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) ، (ع) : [أخلط] .

(٦) السرجين : الزِّبْل والسماد المتخلف عن روث الحيوانات وبولها .

(٧) في (م) ، (ع) : [يمنع] .

١١٧٢٩ - قلنا : ليس النقص هو المانع ، وإنما المانع هو الأرش عندنا ؛ بدلالة : أن البائع [1] لو رضي بأخذه لم يكن له ذلك مع وجود الأرش .

١١٧٣٠ - فإن قيل : المعنى فيه : أنه لو حدث في يد البائع [2] [لم يثبت الخيار .

١١٧٣١ - قلنا : إذا قطع المشتري يد العبد في يد البائع] ، فلا خيار له ، ولو فعل ذلك بعد القبض منع الرد .

١١٧٣٢ - ولأنه ولد حادث في يد المشتري فلا يملك رد الأمر فيه . أصله : ولد الجارية المقبوضة ببيع فاسد .

١١٧٣٣ - ولأنه ولد حادث في يد أحد المتعاقدين فلا يسلم للمشتري مع فسخ العقد في الأم ، كما لو حدث في يد البائع .

١١٧٣٤ - ولأنه نماء من نفس المبيع ، فلا يسلم للمشتري بغير شيء مع الفسخ ، كالمصراة إذا حلبها ، ثم اطلع على عيب بها غير التصرية .

١١٧٣٥ - ولأن البائع ضمن سلامته بالعقد ، فلم يسلم للمبتاع بغير العقد ، كالملك .

١١٧٣٦ - ولأن الولد موجب بالعقد ؛ بدلالة : أن المشتري يرجع بقيمته إذا وطئها ثم استحقت ، وموجب العقد لا يسلم [3] للمشتري مع فسخ العقد كالملك والقبض .

١١٧٣٧ - فإن قيل : لا نسلم أنه موجب بعقد البيع [4] ؛ لأنه مستفاد بملكه ، كالكسب ، وما استفاده المشتري بملكه فليس بموجب العقد [5] ، كالكسب - وليس ضمان فيه ؛ لأنه موجب بالعقد لكن لأنه غيره . ألا ترى : أنه إذا زوجه امرأة على أنها حرة فظهرت [6] أمة رجع بقيمة الولد / ، وإن كان الولد غير موجب بعقد النكاح . ١٣/أ

١١٧٣٨ - قلنا : معنى قولنا « أنه موجَب بالعقد » : أنه ضمن له بالعقد سلامته . ولهذا نقول : إنه يضمن في النكاح ؛ لأنه إذا زوجها على أنها حرة فقد أوجب له سلامة الولد في عقد فيه بدل يضمن قياسًا على البيع . ولا يجوز أن يكون الضمان بالغرور

---

(١) في (م) ، (ع) : [هو الأرش بدلالة البائع] ، بحذف : [عندنا] و [أن] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) : [لا يسلم] .

(٤) في (م) ، (ع) : [المبيع] .

(٥) لفظ : [العقد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فخرجت] ، مكان : [فظهرت] .

خاصة ؛ لأن هذا مردود كما [١] في الهبة ، ولا يرجع فيها بقيمة الولد .

١١٧٣٩ - [وقد التزم بعضهم الهبة ، وقال إن المرهون يرجع بقيمة الولد] [٢] ، وهو غلط ؛ لأن الهبة بشرط إذا استحقت لم يرجع بشيء ، وكيف يرجع بمقتضاها من الولد عند الاستحقاق ؟ .

١١٧٤٠ - فإن قيل : إذا رجع بقيمة الولد فلأنه متولد من أصل مضمون . ألا ترى : أن الأم إذا استحقت رجع الضمان ، وكذلك ولدها ، والمرهونة ليست مضمونة عندنا بالاستحقاق ، وكذلك ولدها .

١١٧٤١ - قلنا : لا يجوز أن يكون ضمان الولد في البيع من حيث ضمان أمه ، ألا ترى : أن الأم إذا استحقت رجع بالثمن ولا ثمن للولد . فإذ استحق رجع بقيمته ، فعلم أنَّ الرجوع كضمان الولد من حيث أوجبه بالعقد لا من حيث ظنوا [٣] .

١١٧٤٢ - احتجوا : بأنه نماء حدث من يد المشتري ، فوجب أن يمنع من الرد ، أصله : الكسب .

١١٧٤٣ - قلنا : الكسب ليس بمتولّد من البيع ولا بدلَ جزء منه [٤] ، وإنما هو مأخوذ من أموال الناس ، ولا يضر [٥] في حكم المبيع ، فالولد متولد من المبيع ، فلم يجز أن يسلم للمبتاع مع الفسخ خاليًا من ضمان ، كاللبن في المصراة .

١١٧٤٤ - ولأن أحكام الأصل تسري إلى ما تولد منه ، ولا تؤثر [٦] في كسبه ، بدلالة : أن أم ولد [٧] الولد والمدبرة في حكمها ، ولو كسبا عبدًا لم يتغير [٨] حكمه ، ولا يثبت له ما ثبت لهما من حق الحرية . كذلك في مسألتنا : الولد يصير في حكم الأصل حتى لا يسلم [٩] للمشتري مع الفسخ بغير عوض ، وإن كان الكسب بخلافه .

١١٧٤٥ - قالوا : كل مبيع له رده بالعيب إذا لم يَنْمُ كان له رده وإن نما ، كالمتصل [١٠] .

(١) لفظ : [كما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [ما ظنوا] ، بزيادة : [ما] .

(٤) في (م) ، (ع) : [حرمته] ، مكان : [جزء منه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلا يضر] .

(٦) في (م) ، (ع) : [مؤثرة] .

(٧) لفظ : [ولد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [لم يتعين] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لا نسلم] .

(١٠) قاعدة : كل مبيع له رده بالعيب إذا لم ينم كان له رده وإن نما كالمتصل .

١١٧٤٦ - قلنا : هذا غير مسلم ؛ لأن النماء المتصل عندنا يمنع الفسخ ، كالمنفصل .

١١٧٤٧ - قالوا : كل فائدة لا تمنع [(١)] من الرد إذا لم تكن أثمانًا لم تمنع منه وإن كانت أعيانًا ، كما لو وجد العبد كبيرا .

١١٧٤٨ - قلنا : المستفاد من الأصل قد يمنع عندنا وإن لم يكن عينًا ، كالوطء .

١١٧٤٩ - والمعنى في الأصل : أنه لا يُمْلَك بملك الأصل ؛ لأن العبد المستأجر إذا عمل في طلب الكسب كان للمستأجر ، فلذلك كان له أن يسلم للمشتري مع الفسخ في الأصل ، كما نسلم ابتداء للمستأجر من غير ملك [(٢)] ، والولد لا يجوز أن يستحقه المشتري مع فسخ الملك في الأصل .

١١٧٥٠ - قالوا : لو مَنَعَ الولدُ من الرد إذا حدث بعد القبض لوجب أن يملك به الرد إذا حدث بعد العقد قبل القبض ، كالعيب [(٣)] .

١١٧٥١ - قلنا : هذا قياس عكس ؛ فلا يصح على أصلهم ، وهو باطل بجناية المشتري إذا حدث بعد القبض منعت الرد ، ولو كانت قبل القبض لم يثبت الرد .

١١٧٥٢ - قالوا : النماء معين إذا تلف لم يمنع من رد الأصل بالعيب ، فوجب أن لا يمنع مع بقائه ، أصله : الكسب .

١١٧٥٣ - قلنا : ليس يمتنع أن يؤثر الشيء في الرد ، فإذا زال ثبت الرد ، كالعيوب .

١١٧٥٤ - قالوا : العيب لا فرق بين أن يزول بنفسه أو بفعل المشتري ، فلو كانت الزيادة مثله لوجب إذا اشترط ذلك المشتري الزيادة ، ثبت [(٤)] له الرد ، كما لو هلكت .

١١٧٥٥ - قلنا : المانع عندنا من الرد : سلامة الزيادة له بغير عوض ، فإذا أتلفها كانت في حكم الكسب بمنزلته ، فصار بقاؤها وإتلافها سواء ، والمعنى في الكسب ما قدمناه .

١١٧٥٦ - قالوا : الولد والكسب سبب ملكهما ملك الرقبة فهما سواء ، والمنفعة متولدة من العين ، كالولد .

١١٧٥٧ - قلنا : قد بينا الفرق بينهما ، أن أحدهما يملك من غير ملك الأصل ، بدلالة : أن المستأجر يستحق الكسب وهو لا يملك الأصل ، فإذا جاز أن يملكه ابتداء

---

(١) لفظ : [كل] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (م) : [لا يمنع] ، مكان المثبت .
(٢) في (م) ، (ع) : [ذلك] ، مكان : [ملك] .
(٣) في (م) ، (ع) : [كالعنب] .
(٤) في (ع) : [ثبتت] .

من لا يملك الرقبة جاز أن يبقى ملكه ، فلا يمنع من رد الأصل بالعيب ، أصله : إذا حدث في يد البائع .

١١٧٥٨ - قلنا : ذاك دليلنا ؛ لأنه لا نسلم للمشتري مع الفسخ ، فكذلك في مسألتنا لا نسلم له النماء مع الفسخ .

١١٧٥٩ - ولأن الولد الحادث في يد البائع داخل في التسليم الموجب للعقد ويقع عليه ، فجاز أن يقع عليه الفسخ .

١١٧٦٠ - وهذا لا وجه له في الولد الحادث بعد القبض ؛ لأنه لم يقع عليه العقد ولا التسليم الموجب به ، فلم يكن تبعًا [١] فلم يجز وقوع الفسخ عليه ، ولا يجوز أن يسلم المبتاع بغير شيء ؛ لأنه موجب بالعقد على ما قدمنا .

١١٧٦١ - فإن قيل : عندنا يجب تسليم الولد .

١١٧٦٢ - قلنا : لو كان يستحقه إذا ولدت في يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول لم يسلم الولد .

١١٧٦٣ - قلنا : لو كان يستحقه المشتري بحكم الملك - لم يجب على البائع تسليمه ، كما لا يجب عليه أن يسلم ما أتلفته [٢] الريح في داره ، وإنما يجب أن يرفع يده عنه ، فلا يجب عليه تسليمه فدل على أنه دخل في البيع .

١١٧٦٤ - ولأن مخالفنا لا يخلو إما أن يقول : يجوز التصرف في الولد ، أو لا يجوز ، [فإن قال : لا يجوز التصرف فيه ، فهذا صورة المبيع أن التصرف فيه لا يجوز] [٣] مع بقاء البائع فيه .

١١٧٦٥ - فإن قالوا : يجوز التصرف فيه ؛ لم يصح لاستحالة [٤] أن يملك التصرف فيه ، وهو لا يملك التصرف فيما استفاد به .

١١٧٦٦ - قالوا : كل عقد لا يمنع وجود الكسب من فسخه لم يمنع وجود النماء .

---

(١) قوله : [فلم يكن تبعًا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ما أتلفه] .

الريح مؤنثة على الأكثر ، وتذكر على معنى الهواء ، فيقال : هبت الريح ، وهب الريح . راجع : المصباح المنير « الراء مع الواو ، وما يثلثهما » (٢٣١/١) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [استحالة] .

أصله : الهبة .

١١٧٦٧ - قلنا : الولد من الهبة ليس بموجَب لعقدها على ما قدمناه ، فلم يمنع الفسخ [١] ، والولد في البيع موجَب ، فلهذا لم نسلم بجواز فسخه .

١١٧٦٨ - ولأن الهبة يجوز أن يُستَحقَّ بعقدها ما لم يتناوله العقد ؛ فإن العمري يُمَلِّكه إياها فيمْلِكُها أبدًا ، فيجوز أن يملك نماءها مع فسخها ، والبيع لا يملك العقد ما لم يملكه ، فلم يجز أن ينفي نماء مع فسخه .

١١٧٦٩ - ومنهم : من احتج في هذه المسألة بما روي : أن رجلا اشترى عبدا فاستغله ، ثم أراد رده بالعيب وطلب البائع غلته ، فقال عليه [الصلاة و] السلام : « الخراج بالضمان » [٢] .

١١٧٧٠ - قلنا : إن كان الاستدلال بفسخ العقد [٣] مع سلامة المنافع ، فهو قولنا . وإن كانوا يقولون : إن الولد خراج ، فخطأ [٤] اسم للغلة ، والمال الذي يضرب على وجه لا يتساوى ، ولو سلمنا [٥] أنه خراج اقتضى الخبر أنه مملوك للضامن ، ولذلك [٦] نقول : فإن قالوا لا يمنع كالمنافع والغلة كان هذا الاستدلال بالقياس للخبر .

* * *

(١) في (ص) : [فسخ] ، بدون الألف واللام .

(٢) أخرجه الشافعي في المسند ترتيب السندي في « كتاب البيوع » ، « الباب الأول فيما نهى عنه من البيوع وأحكام أخر » (١٤٣/٢ ، ١٤٤) ، الحديث (٣٧٩ ، ٣٨٢) ، وأحمد في المسند (٤٩/٦ ، ٨٠ ، ١١٦ ، ١٦١ ، ٢٠٨ ، ٢٣٧) ، وأبو داود في السنن « كتاب الإجارات » ، « باب فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبا » (٢٧٨/٢ ، ٢٧٩) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » في « الخراج بالضمان » (٢٥٥/٧) .

(٣) قوله : [لاستدلال] ، و [العقد] ساقطان من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) : [محا] ، مكان : [خطأ] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الإنشاء وهو لو سلمنا] ، مكان : [لا يتساوى به ولو سلمنا] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

مسألة ٦٠٤

حكم رد الجارية بالعيب بعد وطئها

١١٧٧١ - قال أصحابنا : من اشترى جارية [١] فوطئها ثم اطلع على عيب ، لم يملك ردها ، ورجع بالأرش ، وكذلك [٢] إن لمسها بشهوة أو قبلها ، ذكره أبو الحسن في « جامعه » [٣] .

١١٧٧٢ - وقال الشافعي : إذا كانت ثيبًا ردها ، والوطءُ أقل من الخدمة [٤] .

١١٧٧٣ - لنا : أن الوطء في الثيب أجرى مجرى إتلاف جزء منها حكمًا ؛ لإجماع الصحابة .

١١٧٧٤ - قال عمر بن الخطاب ﷺ : يردها ويرد نصف عشر قيمتها ، وقال في الخيار : يردها مع أرش الجناية .

١١٧٧٥ - وقال علي ﷺ : لا يردها في المسألتين [٥] ؛ فدل على أنهما أجريا وطء الثيب مجري الجناية .

١١٧٧٦ - فإن قيل : لا يعرف هذا عن عمر ﷺ .

١١٧٧٧ - قلنا : رواه شريك ، عن جابر ، عن عامر ، عن عمر ، ورواه جعفر ابن محمد ، عن أبيه ، عن على بن الحسين ، عن علي بن أبي طالب [٦] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [إذا] ، مكان : [من] . والبكر والثيب سواء عند الحنفية .
(٢) في (م) ، (ع) : [كذلك] ، بدون العطف .
(٣) أبو الحسن : هو عبيد الله بن الحسين أبو الحسن الكرخي . وقد تقدمت ترجمته في مسألة (١٠٠) ، لعل المراد بجامعه : شرح جامع الصغير . راجع المسألة في : بدائع الصنائع (٢٨٢/٥ ، ٢٨٣) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص٣١٥ ، رد المحتار مع الدر المختار (٩٨/٤) .
(٤) راجع المسألة في : الأم « باب المصراة والرد بالعيب » (٦٨/٣) ، مختصر المزني ص٨٣ ، المهذب مع المجموع (٢٢٢/١٢) ، الموطأ مع المنتقى في « العيب في الرقيق » (١٩٢/٤ ، ١٩٣ ، ٢٠٠ ، ٢٠١) ، الكافي لابن عبد البر « باب جامع الرد بالعيب » (٧١٠/٢) ، بداية المجتهد (١٩٧/٢) ، المغني (١٦١/٤ ، ١٦٢) ، الكافي لابن قدامة (٨٦/٢) .
(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع » في « الرجل يشتري الأمة فيطؤها ثم يجد بها عيبًا » (١٠٤/٥) ، وعبد الرزاق في المصنف « باب الذي يشتري الأمة فيقع عليها » (١٥٢/٨) ، الأثر (١٤٦٨٥) .
(٦) في جميع النسخ : [جعفر عن محمد] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

١١٧٧٨ - فإنْ قيل : كيف يكون هذا إجماعًا ولم نعلم انتشاره [١] .

١١٧٧٩ - قلنا : قضاء الأئمة يظهره [٢] ، وقد قال كقول عمر : سعيد بن المسيب [٣] ، وعمر بن عبد العزيز ، وإبراهيم النخعي ، وشريح [٤] .

١١٧٨٠ - وقال كقول [٥] علي ﷺ : الزهري ، والحسن [٦] .

١١٧٨١ - وهذا يدل على ظهور المذهبين وانتشارهما حتى أخذ كل فريق من التابعين [٧] بأحد القولين .

١١٧٨٢ - فإن قيل : قد قال عمر بالرد وهو قولنا .

١١٧٨٣ - قلنا : لسنا [٨] نتكلم في مسألة الرد ، وإنما [٩] نتكلم في غيرها .

١١٧٨٤ - ولأن عمر أثبت الرد مع الأرش وهم لا يقولون ذلك .

١١٧٨٥ - فإن قيل : مسألة الرد وكيفية الرد مسألة أخرى ؛ فيجوز الأخذ بأحد المذهبين .

١١٧٨٦ - قلنا : إذا ثبت الرد بشرط ، فمن قال بالرد بغير شرط فقد خالفه .

١١٧٨٧ - فإن قيل : يجوز أن يكون عمر اعتقد أن الرد فسخ للعقد من أصله ، فأوجب العقر [١٠] ؛ لأنه وطء ملك الغير ، لا لأنه أجراه مجرى الجناية .

١١٧٨٨ - قلنا : لو أوجب مهرًا لم يقدره ؛ لأن التقدير لا يكون إلا في الجناية ، دل أنه جعله جناية .

١١٧٨٩ - فإن قيل : روى عن زيد بن ثابت مثل قولنا [١١] .

---

(١) في (ع) : [بانتشاره] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يطهر] ، بالطاء المهملة ، وفي (ص) بدون نقطة الأولى ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [عن سعيد بن المسيب] ، بزيادة : [عن] .

(٤) أخرج عبد الرزاق أقوال هؤلاء الأئمة (١٥٣/٨ ، ١٥٤) : برقم (١٤٦٨٧) ، وابن أبي شيبة (١٠٤/٥) .

(٥) في (م) ، (ع) : [بقول] .

(٦) أخرجه عبد الرزاق برقم (١٤٦٨٦) .

(٧) في (م) ، (ع) : [البايعيان] .

(٨) في (ص) : [لسلنا] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فإنما] .

(١٠) في (ع) : [المهر] . قال المطرزي : « العُقر ، بالضم : صداق المرأة إذا وطئت بشبهة » ، وقال الفيومي : « دية فرج المرأة إذا غصبت على نفسها ، ثم كثر ذلك حتى استعمل في المهر » . راجع : المغرب « العين مع القاف » ص٣٢٢ ، المصباح المنير ، العين مع القاف ، وما يثلثهما » (٣٩٨/٢) . وروى عبد الرزاق عن الثوري ، عن أبي مليكة ، قال : « يردها ويرد العقر » ، في المصدر السابق ، الأثر (١٤٦٩٠) .

(١١) لم نقف على حديث زيد بن ثابت بعد .

١١٧٩٠ - قلنا : هذا لا نعرفه ، ولا يمكن أن يضيعه [1] الركبان من كتاب الحديث ، وإنما زعموا أن [2] أبا عسكر الطبري ذكره .

١١٧٩١ - ومن أصحابنا من حكى مذهب عمرَ وزيدٍ مذهبًا واحدًا .

١١٧٩٢ - فإن رووا عن زيد أنه قال : يردها : لم يكن فيه دلالة ؛ لأنه يجوز أن يقول : يردها مع الأرش ، ولسنا نتكلم في مسألة الرد وإنما نتكلم في مسألة أخرى .

١١٧٩٣ - ولأن الوطء التام إذا حصل في ملك الغير - التام الملك - لم يخل من عقوبة لو عُدَّ أنه كالجناية .

١١٧٩٤ - ولا يلزم العاقلة تدعو مجنونًا [3] : المهر يجب ويسقط ؛ لأنها لو ألزمته مع ذلك ثبت الرجوع عليها ؛ لأنها استعملته فيما لزمته به الوصلة .

١١٧٩٥ - ولا يلزم البائع إذا وطئ المبيعة ؛ لأن [4] ملك المشتري لم يتم .

١١٧٩٦ - ولا يلزم الحربي يزني بمسلمة ؛ لأن فعله يوجب الحد ، فيجب بوطئه المهر ويسقط ، كمن زوج أمته من عبده .

١١٧٩٧ - فأما الجناية من العبد على سيده ؛ فقد أجريت مجرى جناية السيد على نفسه ، بدلالة : أنه لو جنى على غيره لكان من ماله ، فإذا جنى عليه فكأنه هو الجاني على نفسه .

١١٧٩٨ - ولأن الوطء معنى لا يملك إباحته من ملكه ، كالجناية .

١١٧٩٩ - ولأنه آكد من الجناية ؛ بدلالة : أن الجناية تقع غير موجبة للضمان إذا أذن في سببها ، والإذن في سبب الوطء لا / يسقط الضمان ، وإذا ثبت أن الوطء في حكم الجناية ولو جنى عليها ثم اطلع على عيب لم يردها ، كذلك هذا . ١٣٩

١١٨٠٠ - فإن قيل : الجناية على البهيمة تمنع الرد ، ووطؤها لا يمنع الرد .

١١٨٠١ - قلنا : الوطء من الآدمية يجري مجرى الجناية ، بدلالة : ما ذكرنا ، فأما

---

(١) في (ص) : [نصيعوه] ، بدون الفاء ، لعل الصواب ما أثبتناه من (م) ، (ع) .

(٢) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (ص) ، (م) : [تدعوا] ، بدون نقطة التاء ، وفي (ص) : [مجنونًا] بدون نقطتي الجيم والنون ، ومعنى هذه العبارة أن العاقلة التي تدعو مجنونا إلى وطئها يجب لها المهر ويسقط ؛ لأنها لو ألزمته المهر كان له الرجوع عليها ، لوجوب ما وجب عليها بسبب من جهتها فكان له الرجوع .

(٤) في (م) ، (ع) : [لأنها] .

من البهيمة فلم يجر مجري الجناية عليها .

١١٨٠٢ - فإن قيل : لو كان الوطء كالجناية لم يجز أن يبيعها مرابحة حتى يبين .

١١٨٠٣ - قلنا : الوطء أجرى مجرى فوات جزء ، وفوات الجزء [(١)] قد يمنع المرابحة وقد لا يمنع ، كما لو فات منها جزء بآفة من السماء لم يمنع المرابحة ، وأما المشتري لم يحبس جزءًا منها ، كذلك [(٢)] الوطء في نفس المسألة ؛ لأنه وطء استبيح بالشراء فلا يجوز الرد بالعيب بعده ، كالبكر .

١١٨٠٤ - ولا يلزم إذا وطئها الزوج ؛ لأن الوطء لم يستفد بالشراء .

١١٨٠٥ - ولا يلزم إذا ابتاعها الزوج وهو فيها [(٣)] بالخيار فوطئها ؛ لأن الوطء مستفاد بالنكاح .

١١٨٠٦ - ولا يلزم إذا وطئها المشتري في يد البائع ثم حبسها ؛ لأن هناك يستوي وطء البكر والثيب في أنه لا يمنع [(٤)] الرد .

١١٨٠٧ - ولأن الوطء هناك منع الرد ، ولكن البائع إذا اختار حبسها وفسخ قبضه فقد رضي بالعيب .

١١٨٠٨ - فإن قيل : البائع إذا حبسها ، فإنه [(٥)] قصد الحبس لاستيفاء الثمن ولم يوجد منه رضا .

١١٨٠٩ - قلنا : ففي قولنا : إنه رضى ، أي [(٦)] بالرد إلى يده ؛ فسخ قبض المشتري ، فصار كأن العيب حدث في يد البائع .

١١٨١٠ - فإن قيل : المعنى في وطء البكر أنه فوت جزءً منها .

١١٨١١ - قلنا : قد يُبْطِل حقَّ المشتري في الرد ما ليس بإتلاف جزء ؛ بدلالة : بيعه ، وقد طلب بعض السلم بعينها .

١١٨١٢ - ولأن كل جارية لو جنى عليها لم يجز ردها ، فإذا وطئها المشتري لم يجز ردها بالعيب ، كالرهن .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الأجل] ، مكان : [الجزء] .

(٢) في (م) ، (ع) : [حصته جزء] ، بزيادة : [حصته] ، وفي (ص) : [لذلك] ، مكان : [كذلك] .

(٣) لفظ : [فيها] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ع) : [لا يمتنع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فأما] ، مكان : [فإنه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [أنه] ، مكان : [أي] .

١١٨١٣ - ولأن الوطء معنى يتعلق به الرهن ، فإذا وجد من المشتري في الجارية المشتراة منع الرد ، كالعقد .

١١٨١٤ - ولأنه معنى تصير المرأة به فراشًا ، كعقد النكاح .

١١٨١٥ - ولأنها لو زنت لم يجز ردها بالعيب ؛ لأن الزنا عيب في الجارية ، يوجب نقصان الثمن في العادة .

١١٨١٦ - وليس من وطء المولى والزاني ؛ إذ التحريم وما يمنع الرد فحرامه ومباحه سواء ، أصله : قطع الأعضاء .

١١٨١٧ - لا فرق بين أن يكون أصابها أو جنى عليها ، وما لا يمنع الرد لا فرق بين محظوره [1] ومباحه .

١١٨١٨ - ولأنه وطء يمنع الرد بخيار الشرط فيمنع بخيار العيب ، كوطء البكر .

١١٨١٩ - احتجوا : بأنه تصرف لم ينقص شيئًا من المبيع ولا من قيمته ، فوجب أن لا يمنع الرد ، كالخدمة .

١١٨٢٠ - قلنا : لا نسلم أنه لا ينقص من قيمتها ؛ لأن الثيب التي [2] تناولها كثير لا ينقص من زينتها مثل [3] التي وطئت دفعة واحدة .

١١٨٢١ - ولأنه أن يكون لكل وطء حظ من نقصان القيمة هو المعنى في الاستخدام أنه لو حصل من الغاصب فيها لم يمنع ردها ، فكذلك إذا حصل من مبتاعها [4] .

١١٨٢٢ - قالوا : وطء لم يتضمن نقصًا ، كما لو وطئت مكرهة .

١١٨٢٣ - قالوا : ألم من غير ألم .

---

(١) لفظ : [بين] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [محظرة] ، مكان : [محظورة] .

(٢) في جميع النسخ : [الذي] ، والأنسب ما أثبتناه ؛ لأن اطلاقه على المرأة أكثر من إطلاقه على الرجل ، يقال للإنسان إذا تزوج : ثيب ، رجلا كان أو امرأة .

(٣) لفظ : [الزينة] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) بدون نقط ، وفي العبارة اضطراب ونصها : « لأن الثيب التي تناولها المدار ينقص منها عين الزينة التي وطئت دفعة واحدة » ويصعب استخلاص معنى منها ، ولذا غيرناها إلى هذا الذي أثبتناه .

(٤) في هامش (ص) زيادة بعد مبتاعها ، ونصها : والزنا لو حصل من الغاصب فيها منع الرد فكذلك إذا حصل من مبتاعها وقد آثرنا حذف هذه الزيادة لتعارضها مع ما قبلها مباشرة .

١١٨٢٤ - قلنا : لا نعرف الرواية [1] من وطء المكرهة ، فالظاهر : أنه يمنع الرد .

١١٨٢٥ - قالوا : وطء لا يتضمن إتلافًا ، كوطء الزوج ووطء المشتري قبل [2] نقد الثمن إذا ردها البائع إلى يده .

١١٨٢٦ - قلنا : وطء المشترى يحصل بإيجاب البائع وإيجابه له رضا به ، فوازنه من مسألتنا : أنه يطؤها المبتاع ، فيرضى البائع بأخذها .

١١٨٢٧ - فإن قيل : فوطء المبتاع حصل بإيجاب البائع ورضاه .

١١٨٢٨ - قلنا : عقد البائع لا يوجب الوطء [3] ، بدلالة : انعقاده على من لا يجوز وطؤها ، وهي أخته [4] من الرضاعة ، إنما يطأ المشتري بموجب الملك [5] ، فأما النكاح فموجبه الوطء ، بدلالة : انعقاده على من يجوز وطؤها .

١١٨٢٩ - فإن قيل : يبطل ما ذكرتموه إذا وطئها الزوج وهي بكر .

١١٨٣٠ - قلنا : زوال البكارة غير موجبة بالنكاح [6] ؛ بدلالة : من تزوج امرأة على أنها بكر فوجدها ثيبا لم يثبت له الخيار .

١١٨٣١ - فإن قيل : عقد النكاح أوجب الوطء ، ولا يتوصل إلى وطء البكر إلا بإزالة البكارة ، فصار إزالتها من موجَب العقد [7] .

١١٨٣٢ - قلنا : وقد يتوصل إليه تارةً بإزالة البكارة وتارةً بغيرها ، بأن تزول [8] بكارتها بمعنى من المعاني ، فلم يكن إزالتها بفعل الزوج من موجب العقد .

١١٨٣٣ - ومن أصحابنا من قال : إن وطء الزوج مستحق بمعنى كان من ضمان البائع ، فلم يستفده المشتري بالعقد ، وإذا وجب لم يثبت به شيء مما استوجبه ، [فلم

---

(١) قوله : [لا نعرف الرواية] مكرر في هامش (ص) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فهل] ، مكان : [قبل] .

(٣) لفظ : [الوطء] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ص) : [أجنبية] ، مكان : [أخته] .

(٥) ما بين القوسين بدل عبارة [نحو ما يكثر] الموجودة في النسخ جميعها دون معنى .

(٦) في (م) ، (ع) : [فالنكاح] .

(٧) لفظ : [من] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

وفي جميع النسخ : [موجب العقد الوطء] ، بزيادة : [الوطء] ولعل تصويبه : [فصار إزالتها بالوطء من موجب العقد] ، أو كما أثبتناه في الصلب بحذف : [الوطء] .

(٨) في (م) : [بأن يزول] .

يمنع الرد ، ووطء المشتري استفادة ، فجاز عقده ، فإذا مات استوجبه] (1) بحكم العقد ومنع الرد ، كالجناية .

١١٨٣٤ - ولا يلزم وطء البكر ؛ لأن إزالة البكارة غير مستحقة بعقد النكاح على ما قدمنا .

١١٨٣٥ - قالوا : الأسباب مانعة من الرد ؛ لأن الرضا بالعيب وحدوثَ عيب غيره وتعلق حق الغير بالمبيع ، وهذا لا يوجد في مسألتنا .

١١٨٣٦ - قلنا : هذه طريقة في الاستدلال فاسدة ؛ لأنه تعدد موضع الإجماع ، وهو يعلم أن مذهب خصمه أن الرد يتعذر بهذه المعاني وبغيرها ، ولم يفسد ما يقول (2) خصمه ، ولا دل على أن الرد لا يثبت بهذه المعاني .

١١٨٣٧ - وكأنه ادعى أن الحكم لا يتجاوز موضع الإجماع ، ثم يزيد في هذه الأقسام ويبطل الرد متى زال ملكه ، ثم عاد إليه بحكم مبتدأ وبحصول الزيادة من نفس المبيع لم يدخل في العقد بأن يستوفي المشتري (3) ما لا يستباح بالإباحة .

١١٨٣٨ - ومن زاد من أقسام خصمه فكأنه يقضي عليه بعينها عند بعض أهل الجدل ، وعند بعضهم يلزم المقسم (4) إبطال القسم الزائد ويكون مفرطًا ؛ لأنه ضمن بأول كلامه أن الحكم لا ينفذ ، أما ذكره فأبان خلاف ذلك .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (ص) : [ولم يفسد ما يقول] بدون نقط ، وفي (م) : [نقول] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (ص) : [الشرى] .

(٤) في (ص) : [كأنه المقصم] ، مكان : [المقسم] .

مسألة ٦٠٥

اطلاع المشتري على عيب في المبيع مع الصلح على الأرش وإمكان الرد

١١٨٣٩ - قال أصحابنا : إذا اطلع المشتري على عيب فصالح على أخذ الأرش مع إمكان الرد ؛ جاز (١) .

١١٨٤٠ - وقال الشافعي : لا يجوز (٢) ، ويجب على المشتري رد ما أخذ ، وهل يبطل خياره ؟ فيه وجهان (٣) .

١١٨٤١ - لنا : أنه حق فيه معنى المال ؛ بدلالة : أنه إذا تعذر من طريق الحكم وجب المال ، فصار كالقصاص .

١١٨٤٢ - ولا يقال : المعنى في القصاص كل من أخذ المال من غير تراض ؛ لأنا لا نسلم ذلك ؛ لأنهما اتفقا على إسقاط جزء من الثمن ، فصار كما لو حطَّ من غير عيب .

١١٨٤٣ - احتجوا : بأنه خيار فسخ ، فصار كخيار الشرط .

١١٨٤٤ - الجواب أن المعنى فيه أنه ليس فيه معنى المال ، بدلالة : أنه لو سقط حكمًا لم يجب المال ؛ فلذلك (٤) لم يجز الصلح عنه على ذلك ، وخيار العيب بخلافه .

* * *

(١) قال ابن عابدين في رد المحتار : « إذا وجد المشتري بمشتريه عيبًا و أراد الرد به ، فاصطلحا على أن يدفع البائع الدراهم إلى المشتري ولا يرد عليه جاز ، ويجعل حطًّا من الثمن وعلى العكس ، وهو أن يصطلحا على أن يدفع المشتري الدراهم إلى البائع ويرد عليه لا يصح ؛ لأنه لا وجه له ، غير الرشوة ، فلا يجوز » . راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٨٨/١) ، فتح القدير « باب خيار العيب » (٣٥٧/٦ ، ٤٠٠) ، مجمع الأنهر ، الفصل السابق (٤٧/٢) ، الدر المختار مع رد المحتار ، الباب السابق (١٠٢/٤) .

(٢) لفظ : [يجوز] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع ، الباب السابق (١٦٧/١٢-١٦٩) ، حلية العلماء (٢٣٩/٤) ، فتح العزيز الباب السابق ، بذيل المجموع (٣٤٩/٨) ، بداية المجتهد « الباب الأول في أحكام العيوب » ، « الفصل الثالث في معرفة حكم العيب » (١٩٢/٢ ، ١٩٣) ، المغني (١٦٢/٤ ، ١٦٣) ، الإنصاف « باب الخيار في البيع » (٤١٠/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

مسألة ٦٠٦

حكم رد أحد الشريكين مبيعًا دون الآخر

١١٨٤٥ - قال أبو حنيفة : إذا اشترى رجلان من رجل عبدًا بشرط الخيار ، أو ثيابًا ولم يرياها ، أو وجدا [١] به عيبًا ؛ لم يجز لأحدهما رد نصيبه دون الآخر .

١١٨٤٦ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : لكل واحد [٢] منهما الرد دون صاحبه [٣] ، وبه قال الشافعي [٤] .

١١٨٤٧ - والكلام في هذه المسألة يقع في ثلاثة فصول ، أحدها : أن العقد صفقة واحدة ، والثاني : أن أحدهما لا يملك القبول [دون الآخر] [٥] ، والثالث : الكلام في نفس المسألة .

١١٨٤٨ - فالدليل على أن العقد صفقة واحدة : أنه إيجاب واحد بثمن واحد كأنه صفقة ، كما لو كان المشتري واحدًا .

١١٨٤٩ - ولأن المبيع جملة واحدة ، والثمن جملة واحدة [٦] ؛ فوجب أن تكون الصفقة واحدة ، أصله : إذا اشتراه واحد لموكِّلَين والبائع لا يعلم .

---

(١) في جميع النسخ : [ولم يرها أو وجد] ، مكان المثبت ، والأصح ما أثبتناه .

(٢) لفظ : [واحد] ساقط من (ع) .

(٣) راجع المسألة في : الجامع الصغير « باب في خيار الرؤية وخيار الشرط » ص٣٤٥ ، بدائع الصنائع « فصل : وأما حكم البيع (٢٨٣/٥ ، ٢٨٤) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، « باب خيار الشرط » (٣٣١/٦ ، ٣٣٢) ، البناية مع الهداية « باب خيار الشرط » (١١١/٧-١١٣) ، مجمع الأنهر « باب الخيارات » (٢٨/٢ ، ٢٩) ، الدر المختار مع رد المحتار « باب خيار الشرط » (٦١/٤ ، ٦٢) .

(٤) للإمام الشافعي في هذه المسألة قولان ، أصحهما : أن لأحدهما أن ينفرد برد نصيبه دون الآخر ، والثاني : ليس لأحدهما الانفراد بالرد ، قيل : إنه رجع عن هذا القول . راجع المسألة في : الأم (٦٩/٣) ، مختصر المزني ص٨٣ ، المهذب مع المجموع ، (١٧٠/١٢ ، ١٨٣) ، حلية العلماء (٢٤٢/٤ ، ٢٤٣) ، فتح العزيز مع الوجيز (٣٦٤/٨ ، ٣٦٥ ، ٣٦٧) ، نهاية المحتاج « فصل في خيار الشرط » (٦٣/٤) ، المدونة « كتاب التدليس بالعيوب » ، « في الرجلين يتبايعان العبد فيجدان عيبا » (٣١٤/٣) ، المنتقى في « العيب في الرقيق » (١٨٧/٤) ، بداية المجتهد (١٩٤/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب التاسع في العيوب والغبن » ص ٢٦٩، شرح الزرقاني (١٥٠/٥ ، ١٥١) ، المغني (١٧٧/٤ ، ١٧٨) ، الكافي لابن قدامة (٨٨/٢) .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) قوله : [والثمن جملة واحدة] ساقطة من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

١١٨٥٠ - ولأن البائع لو أراد تفريق الصفقة تفرق الإيجاب ؛ أصله : إذا كان المشتري واحدًا فباعه نصف العبد بثمن والنصف بثمن ، فلما جمع الإيجاب دل على أنه أراد جميع الصفقة .

١١٨٥١ - ولأن معنى قولنا : « صفقة » هو إيجاب العقد في جملة يستضر الموجِبُ بتفريقها عليه ، أصله : إذا باع الواحد من الواحد ، وعكسه : إذا باع واحد من واحد بإيجابين . وإذا ثبت أن العقد صفقة واحدة لم يجز قبول أحدهما ؛ لأن في ذلك تفريق الصفقة على البائع في الإتمام فلا يجوز ، كالمشتري .

١١٨٥٢ - ولأن البائع أوجب البيع بجملة المبيع بجملة الثمن [1] فلم يصح القبول في بعض الثمن . أصله : المشتري [2] الواحد .

١١٨٥٣ - وأما الكلام في نفس المسألة : فلأنه رد جزءً من عبد أوجب البائع البيع فيه بثمن واحد فلا يلزم البائع . أصله : إذا كان المشتري واحدًا .

١١٨٥٤ - ولأن كل ما يمنع الرد إذا كان المشتري واحدًا يمنع إذا كان اثنين . أصله : الجناية . ومعلوم أن الرد بالشركة يمنع إذا كان المشتري واحدًا وقد أوجب له البيع جملة .

١١٨٥٥ - فإن قيل : لو كانت الجناية لم يملك الرد .

١١٨٥٦ - قلنا : إذا رد زال عيب الشركة ، فصار كالجناية إذا زال أثرها .

١١٨٥٧ - ولأنهما ملكا بسبب واحد ، فلم يجز لأحدهما الرد بغير رضا البائع . أصله : رضا المشتري ؛ وإنما بعد الأصل فالدليل عليه : أن الوارث يقوم مقام مورثه ، فإذا كان الميت لا يملك الرد من بعضه فالوارث مثله .

١١٨٥٨ - ولأن الشركة حصلت في ملك المشتريين وهي العادة الجارية ، أن الشركة عيب في الأعيان [3] . وهذا [4] لابتياع الجزء من الشيء بثمن مثله إذا منعت [5] الجملة ، فلو رده أحدهما لرَدَّ معيبا بعيب [6] لم يكن في ملك البائع ، وهذا لا يصح كسائر العيوب الحادثة .

---

(١) قوله : [بجملة الثمن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (ص) : [الثمن] ، مكان : [المشتري] .

(٣) قاعدة : « الشركة عيب في الأعيان » .

(٤) في (ع) : [عين من الأعيان] ، مكان : [عيب من الأعيان] ، وفي (ص) : [ولهذا] ، مكان : [وهذا] .

(٥) لفظ : [منعت] غير واضح في (ص) . (٦) في (م) ، (ع) : [لعيب] .

١٤٠

١١٨٥٩ - فإن قيل : لو كانت الشركة في الأعيان عيبًا لم يضمن تلف [١] العبد المشترك / بقيمته كاملة ، كما لو كان غير مشترك .

١١٨٦٠ - قلنا : الغاصب يضمن ما فوت من الملك بعضه ، أوكله . وقد كان كل واحد منهما يملك أن يبيع من الآخر ، فيحصل له حظ من الملك من غير نقصان الشركة ، وقد أتلف الغاصب هذا المعنى عليه ، فلذلك يلزمه ضمان كامل القيمة .

١١٨٦١ - فإن قيل : هذا العيب حصل بإيجاب البائع لهما .

١١٨٦٢ - قلنا : الإيجاب إذن في القبول الذي يحصل به العيب ، ولو أذن البائع لهما في الجناية فملكاه وجنيا عليه لم يملكا رده ، وإن كان النقص بإذن البائع يملكه [٢] . والأحوال أن يكون هذا العيب بفعل البائع والمشتريين [٣] فكأنهم اشتركوا في الجناية عليه ، فيمنع ذلك الرد .

١١٨٦٣ - فإن قيل : العيب الحاصل بالشركة : إن كان بفعل المشتري فقد حدث في يد البائع ، والعيوب الحادثة تمنع الرد ، كما لو قطع يد العبد ، وكما لو كانت جارية فزوجها في يد البائع وأقر عليها بدين .

١١٨٦٤ - فإن قيل : عند الشركة حصل في يد البائع ثم أمسكه ، فصار كما لو جنى المشتري على المبيع ثم حبسه البائع لم يمنع ذلك الرد .

١١٨٦٥ - قلنا : لأنه صار بالجناية قابضًا ، فإذا أمسكه البائع فقد حدث القبض منه مع العبد ، فكان ذلك غير مانع من الرد .

١١٨٦٦ - فإن قيل : لو كانت الشركة عيبًا لم يملك الرد .

١١٨٦٧ - قلنا : إذا ردا زال [٤] العيب الذي هو الشركة ، فرداه على الوجه الذي خرج من ملك البائع ، كما لو زوجا الجارية لم يملك الرد ، فإن طلقها الزوج جاز الرد ، كزوال العيب .

١١٨٦٨ - احتجوا : بأنه بيع في أحد طرفيه عاقدان ، فوجب أن ينفرد كل واحد

---

(١) لفظ : [التلف] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وهو في النسخ كذلك ، ولكنا أثبتنا التنكير رعاية للمعنى .

(٢) في (م) ، (ع) : [تملكه] ، وفي (ص) يبدو هكذا بدون نقطتي الأولى ، ولعل الصواب : [يملكاه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [والمشتري] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ذلك] ، مكان : [زال] .

منهما بحكم الرد بالعيب ، كما لو كان المشتري واحدًا والبائع اثنين .

١١٨٦٩ - قلنا : المعنى في الأصل : أنه رد على أحد البائعين نصيبه معيبًا [1] على الوجه الذي خرج من ملكه . وفي مسألتنا : يرد عليه نصف العبد معيبًا بعيب لم يكن في ملكه .

١١٨٧٠ - قالوا : رد عليه جميع ما لزمه ثمنه ، فوجب أن لا يقف على رد غيره ، أصله إذا باع العبد منهما في عقدين .

١١٨٧١ - قلنا : إن قلت رد جميع ما لزمه ثمنه على الصفة التي خرج عليها من ملك البائع ، لم نسلم ذلك ، وإن قلت على غير تلك الصفة ، انتقض إذا حدث به عيب .

١١٨٧٢ - ولأن المعنى فيه إذا اشترى كل واحد نصفه بعد أن خرج من ملك البائع معيبًا بالشركة فعاد إليه على الصفة التي خرج من ملكه .

١١٨٧٣ - قالوا : حكم كل واحد من المشتريين كالمنفرد بالمال ؛ بدلالة : أنه لا ينتقل إليه ملك نصفه ويلزمه ثمن نصفه [2] ، ويدخل نصفه في ضمانه ، ولو استحق رجع بنصف الثمن ، وللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر [3] ، كذلك في حكم الرد وجب أن يكون .

١١٨٧٤ - قلنا : هو في حكم المنفرد بالملك في هذه الأحكام ، والمنفرد بالملك لا يجوز له الرد مع حدوث العيب ، كذلك من كان في حكم المنفرد .

١١٨٧٥ - على أن عندنا هو في حكم الملك الواحد من وجوه ؛ بدلالة : أن أحدهما لا ينفرد بالقبول ، ولو دفع نصيبه من الثمن لم يملك قبض حقه ولا يأخذ الشفيع نصيب أحدهما في إحدى الروايتين .

١١٨٧٦ - قالوا : نصيب كل واحد منهما جميع ما ملكه بالبيع ؛ فجاز أن ينفرد . أصله : إذا ملكا بعقدين .

١١٨٧٧ - قلنا : بل يجوز أن يرده بعيب لم يكن من ملك البائع ؛ أصله : ما ذكروه .

١١٨٧٨ - والمعنى في الأصل : أنهما ملكاه بإيجابين ، وكل إيجاب حكم من الثمن ، وفي مسألتنا : ملكاه بإيجاب في جملة واحدة من الثمن على ملك أحدهما رد جزء منه .

١١٨٧٩ - فإن قيل : لا نسلم أنهما ملكاه بإيجاب واحد ؛ لأن قوله : « بعت منكما » ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [معينا] ، بالنون بدل الباء .

(٢) قوله : [ويلزمه ثمن نصفه] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) لفظ : [الآخر] ساقط من (ع) .

كأنه قال : « بعت منك نصفه وبعت منك نصفه » ؛ لأن التثنية تدل على تكرار اللفظ ؛ ألا ترى : أنه إذا قال : رأيت رجلين ، كأنه قال : رأيت رجلًا ورأيت رجلًا .

١١٨٨٠ - قلنا : إذا قال : رأيت رجلين يحتمل أن يكون رآهما معًا ، واحتمل أن يكون رأي أحدهما بعد الآخر .

١١٨٨١ - فإذا قال : بعت منكما احتمل : أن يكون أراد إيجابًا واحدًا ، واحتمل : أن يكون إيجابين ، فلما ذكر الثمن جملة دل على أنه أراد إيجابًا واحدًا [١] ، وأنه لو أراد تفريق الإيجاب لعرف الثمن .

١١٨٨٢ - قالوا : الدليل على أن هذا العقد في حكم عقدين [٢] أن يصح ثمن الصفقة إذا كان معلومًا ، وإن كان ما قابل كل واحد بما اشتملت عليه مجهولًا ؛ بدلالة : أنه لو باع عشرة أعبد بألف صح ؛ لأن الألف معلومة ، وإن كانت حصة كل عبد مجهولة . ولو قال لاثنين : بعتكما هذين العبدين ، هذا لك وهذا لك بألف لم يصح ، فلو كانت الصفقة واحدة لا يمنع [٣] أن يصح وجهًا له بعض ثمن ما دخل في الصفقة .

١١٨٨٣ - قلنا : هذا يجوز عندنا ، وقد قال أصحابنا : لو كان لكل واحد عبد فباعاهما من رجل واحد صفقة واحدة بألف جاز ، وإن كان ثمن كل عبد مجهولًا ؛ لأنه بعض ما دخل في الصفقة ، كذلك إذا كان البائع واحدًا .

١١٨٨٤ - فإن قيل : ما أوجب له فوجب أن يصح ، كما لو أفرد النصف بالإيجاب [٤] .

١١٨٨٥ - قلنا : قبل ما وجب له على غير الشرط الذي أوجب له ؛ لأنه [٥] إذا أوجب البيع جملة بجملة ثمن وله غرض صحيح من أن يخرج المبيع من ملكه جملة ، والبيع يؤثر فيه [٦] الشروط صار كأنه شرط في الإيجاب قبول الآخر ، وقبوله ما أوجب له على غير الشرط الذي تناوله الإيجاب لا يصح ، مثل : أن يقبل ببعض الثمن أو يصير على صفة غير الصفة الموجبة .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [العقدين] ، وفي الجملة نوع اضطراب ؛ فقد جاءت كلمة [يبلغ] في النسخ محل كلمة [يصح] ، كما جاءت كلمة [صح] بعد [معلومًا] وإنما أجرينا هذا التغيير والحذف ليصح المعنى .

(٣) جاءت كلمة [لا يمنع] ، بآخر الجملة ، والتقديم أيسر في متابعة المعنى .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالنصف بالإيجاب] ، مكان : [النصف بالإيجاب] .

(٥) في (م) ، (ع) : [دلالة] ، مكان : [له لأنه] .

(٦) في (ص) : [في فيه] ، بزيادة : [في] .

مسألة ٦٠٧

إذا اشترى عبدًا على أنه كافر فكان مسلمًا

١١٨٨٦ - قال أصحابنا : إذا اشترى عبدًا على أنه كافر فكان مسلمًا ؛ لا خيار له (١) .

١١٨٨٧ - وقال الشافعي : له الخيار (٢) .

١١٨٨٨ - لنا : أنه وجده أكمل مما شرطه ، فصار كمن ابتاعه على العيب فوجده صحيحًا .

١١٨٨٩ - ولأن الإسلام زيادة في الثمن وفي القيمة ؛ لأن طالب المسلم أكثر من طالب الكافر ، ولهذا لو شرط أنه مسلم فبان أنه كافر ثبت الخيار ، والزيادة في المبيع لا يكون عيبًا .

١١٨٩٠ - احتجوا : بأن الإسلام زيادة في الدين ونقصان في القيمة ، بدلالة : أن الكفار يرغبون في ابتياع الكافر ويزيدون في ثمنه .

١١٨٩١ - والجواب أن المسلمين أكثر من الكفار ، وهم لا يرغبون في الكافر ويرغبون في المسلم .

١١٨٩٢ - ولأن زيادة القيمة إذا كانت لأجل المعصية لا يعتد بها ، كالجارية المغنية تزيد قيمتها بذلك في العادة ، وهو عيب يرد به وعدمه ليس بعيب .

* * *

---

(١) راجع المسألة في : فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب خيار العيب » (٣٦١/٦ ، ٣٦٢) ، البناية مع الهداية « باب خيار العيب » (١٤٧/٧) ، مجمع الأنهر ، فصل « في خيار العيب » (٣٨/٢) ، حاشية ابن عابدين « باب خيار العيب » (٧٩/٤) .

(٢) راجع المسألة في : مختصر المزني في « العيب في المنكوحة » ص١٧٦ ، المهذب مع المجموع ، الباب السابق (٣٣١/١٢ ، ٣٣٢) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٣٢٥/٨) ، المنتقى في « العيب في الرقيق » (١٩٠/٤ ، ١٩١) ، شرح الزرقاني (١٢٧/٥) ، المغني (١٧١/٤) ، الكافي لابن قدامة (٩١/٢) ، الإنصاف « باب الشروط في البيع » (٣٤١/٤ ، ٣٤٢) .

مسألة ٦٠٨

إذا اشترى جارية فوجدها زانيةً

١١٨٩٣ – قال أصحابنا : إذا وجد الجارية زانية ، فله الخيار ، وإن كان العبد زانيًا ؛ فلا خيار له [١] .

١١٨٩٤ – قال الشافعي : هو عيب فيهما [٢] .

١١٨٩٥ – لنا : أن المقصود من الغلام العمل والخدمة ، وزناه معصية لا تؤثر [٣] في ذلك ، فصار كإخلاله بالصلاة والصوم ، ونظره إلى الحرام .

١١٨٩٦ – وليس كذلك الجارية ؛ لأن المقصود منها الاستفراش والاستيلاد ، والزنا يؤثر ؛ لأنها تلحق به نسب ولد ليس منه .

١١٨٩٧ – احتجوا : بأن ما كان عيبًا في الجارية كان عيبًا في الغلام ؛ أصله : سائر العيوب .

١١٨٩٨ – قلنا : قد قلتم [٤] فإن الجارية إذا لم تكن محفوظة فليس بعيب . وعدم الحفظ في الغلام الكبير عيب [٥] .

١١٨٩٩ – قالوا : معصية يجب بها الحد ، كالسرقة .

١١٩٠٠ – قلنا : السرقة تؤثر في الاستخدام ؛ لأنه لا يأمنه على ماله .

---

(١) قال السمرقندي في التحفة : « الزنا عيب في الجواري دون الغلمان ، إلا إذا كثر ذلك منهم وصار عادة لهم فيكون عيبًا » . راجع المسألة في : تحفة الفقهاء « باب خيار العيب » (٩٤/١) ، بدائع الصنائع (٢٧٤/٥ ، ٢٧٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٣٦٠/٦ ، ٣٦١) ، البناية مع الهداية (١٤٥/٧ ، ١٤٦) ، مجمع الأنهر (٣٧/٢) ، الدر المختار مع رد المحتار (٧٩/٤) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (٣١٣/١٢) وما بعدها ، حلية العلماء (٢٧١/٤ ، ٢٧٢) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٣٢٧/٨) ، نهاية المحتاج فصل « في خيار النقيصة » (٢٧/٤ ، ٢٨) ، المدونة « فيمن اشترى دارًا أو حيوانًا فأصاب بها عيبًا » (٣١٣/٣) ، المنتقى (١٩٠/٤) ، بداية المجتهد (١٨٩/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٢٧٠ ، شرح الزرقاني (١٢٨/٥) ، الإفصاح « باب بيع المصراة » (٣٤٦/١) ، المغني (١٦٨/٤ ، ١٦٩) ، الكافي (٩٠/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [وزيادة معصية لا يؤثر] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فهم] ، مكان : [قلتم] .

(٥) في (ع) : [العيب] .

١١٩٠١ - قالوا : وكذلك الزاني لا يؤتمن [١] على الحرام .

١١٩٠٢ - قلنا : العبد يراد للتصرف في مال المولى ، [والسارق لا يؤتمن [٢] ، والعبد لا يجوز أن يخلو بحرم المولى] [٣] . ولا يراد لذلك ، فلا يمنع الزنا استخدامه .

* * *

(١ ، ٢) في (ص) : [لا يؤمن] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٦٠٩

حكم البخر في الغلام والجارية

١١٩٠٣ – قال أصحابنا : البخر [١] في الجارية عيب ، وفي [٢] الغلام ليس بعيب ، إلا أن يكون أمردًا [٣] .

١١٩٠٤ – وقال الشافعي : هو عيب فيهما [٤] .

١١٩٠٥ – لنا : [٥] أن المقصود من الغلام الاستخدام والعمل ، والبخر لا يؤثر في ذلك ، ولا يعد عيبًا ، كالدَّفْر [٦] .

١١٩٠٦ – ولا يلزم إذا كان من داء ؛ لأن العيب هو المرض الموجب له .

١١٩٠٧ – ولا يلزم الجارية ؛ لأنها تُراد للوطء والاستمتاع ، والبخر يمنع ذلك .

---

(١) البَخْر : الرائحة المتغيرة من الفم ، وقيل : البخر : النتن يكون في الفم وغيره ، قال ابن الهمام في الفتح : « والبخر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الأسنان ، فإن ذلك يزول بتنظيفها » . راجع في : لسان العرب ، مادة « بخر » (٢٢٠/١) ، فتح القدير (٣٦٠/٦ ، ٣٦١) ، مختار الصحاح ص٤٢ .

(٢) في (م) ، (ع) : « ومن » ، مكان : « وفي » .

(٣) الأمرد : هو الغلام الذي لم تنبت لحيته ، وفي لسان العرب : « الأمرد الشاب الذي بلغ خروج لحيته وطرّ شاربه ، ولم تبد لحيته » ، والجمع : مُرْد . راجع : لسان العرب مادة : « مرد » (٤١٧٢/٥ ، ٤١٧٣) ، المصباح المنير (٥٤٠/٢) ، المعجم الوسيط (٨٦٨/٢) . وراجع المسألة في : روضة القضاة (٣٨٤/١ ، ٣٨٩) ، تحفة الفقهاء (٩٤/٢) ، بدائع الصنائع (٢٧٤/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٣٦٠/٦) ، البناية مع الهداية (١٤٥/٧) ، مجمع الأنهر (٣٧/٢) .

(٤) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (٣١٣/١٢) وما بعدها ، حلية العلماء (٢٧١/٤ ، ٢٧٢) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٣٢٧/٨ ، ٣٢٨) ، نهاية المحتاج (٢٩/٤) . وقال مالك وأحمد : مثل قول الشافعي : البخر عيب في الجارية والغلام . راجع المسألة في : الكافي لابن عبد البر « باب جامع الرد بالعيب » (٧١٢/٢) ، المنتقى (١٨٨/٤) ، شرح الزرقاني (١٢٨/٥) ، المغني (١٦٨/٤) ، الكافي لابن قدامة (٩٠/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [لنا] .

(٦) الدَّفْر ، بفتح الدال المهملة وسكون الفاء : النتن خاصة ، والذَّفَر ، بفتح الذال المعجمة وتحريك الفاء : شدة الرائحة ، طيبة كانت أو خبيثة . وقال المطرزي : الدفر : مصدر دفر ، إذا خبثت رائحته ، وبالسكون : النتن اسم منه : يقال للرجل : أدفر ودفر ، وللمرأة : دفراء ، ودفرة . راجع في : المغرب « الدال مع الفاء » ص١٦٥ ، لسان العرب ، مادة : « دفر » (١٣٩٣/٢) ، المصباح المنير « الدال مع الفاء وما يثلثهما » (١٨٥/١) ، المعجم الوسيط (٢٨٨/١) ، مختار الصحاح ص٢٠٦ .

١١٩٠٨ - فإن قيل : والغلام يحتاج أن يقرب [١] من المولى ويُسَارُّه ، والبخر يمنع هذا المعنى .

١١٩٠٩ - قلنا : هذا صفة في الاستخدام ، وقد يستخدمه من غير مسارة [٢] ، فأما الاستمتاع فلا يمكن من غير مقاربة .

١١٩١٠ - فإن قيل : ما كان عيبًا في الجارية كان عيبًا في الغلام ، فالجواب [٣] عنه ما بيّنا .

* * *

(١) في (م) : [بقرب] ، بالباء بدل الياء .

(٢) في (م) ، (ع) : [شراء] ، وفي (ص) : [سر] ، وما أثبتناه أقرب للمقصود .

(٣) في (م) ، (ع) : [والجواب] .

مسألة ٦١٠

الحكم لو اشترى عبدين وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبًا

١١٩١١ - قال أصحابنا : إذا اشترى عبدين وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبًا ؛ كان له ردهما أو إمساكهما (١) .

١١٩١٢ - وإن اشترى مكيلًا أو موزونًا فوجد ببعضه عيبًا بعد القبض ، فإن كان في وعاء واحد ، فليس له رد بعضه . وإن كان في أوعية (٢) فوجد العيب بأحدها فله رد بعضه كالثياب ، وإن كان المعيب يعاب بالتفريق ، كزوجي خف ومصراعي باب فليس له رد أحدهما (٣) .

(١) في جميع النسخ : [كان له ردهما أو امساكهما] ، وهذا خلاف ما جاء في كتب الحنفية ، وإنما قال به زفر في رواية ، وقال غيره من الحنفية : إذا قبض العبدين ثم وجد بأحدهما عيبًا ؛ فله أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن .

(٢) في جميع النسخ : [أوعية] ، وهو الصواب ، ولذا يجب تصحيح ضمير التثنية في لفظة : [بأحدهما] بحذف الميم لتصير بأحدها ، وهو ما أثبتناه .

(٣) سقطت من كل ما بين القوسين عبارات تحتوي حكم الفرع المذكور . قال ابن عابدين في رد المختار : « اعلم أن المبيع لا يخلو من كونه شيئًا واحدًا أو شيئين كواحد حكما من حيث لا يقوم أحدهما بغير صاحبه ، كمصراعي باب وزوجي خف ، أو شيئين بلا اتحاد حكم ، كثوبين وعبدين ، ثم الحادث في المبيع نوعان : عيب واستحقاق ، والأحوال ثلاثة : قبل القبض وبعده وبعد قبض بعضه فقط . أما لو وجد في بعضه عيبًا قبل قبض كله وكان العيب موجودًا وقت البيع أو حدث بعده قبل قبضه ، فالمشتري مخير بين أخذ الكل بثمنه أو رده كله ، لا المعيب وحده بحصته من الثمن ، وكذا ليس للبائع أن يقبل المعيب خاصة إلا إذا تراضيا على رد المعيب فقط وأخذ الباقي بحصته من الثمن فلهما ذلك ؛ إذ الصفقة لا تتم قبل القبض ، بدليل انفساخ البيع برده بلا رضا ولا قضاء . ولو قبض بعضه فقط فوجد فيه أو فيما بقي عيبًا ، فحكمه حكم الفصل الأول في كل ما تم ؛ إذ الصفقة لا تتم بعد ، سواء كان المبيع واحدًا أو أشياء . ولو قبض كله فوجد ببعضه عيبًا قديمًا أو حادثًا بين شرائه وقبضه ، فإن كان المبيع واحدًا ، كدار وكرم وأرض وثوب ، أو كَيلِيًا أو وزنيًا في وعاء واحد ، أو صبرة واحدة ، أو شيئين كشيء واحد حكمًا يخير بين أخذ كله ورد كله دون رد بعضه فقط ، إذ فيه زيادة عيب هو الاشتراك في الأعيان ، وإن كان شيئين أو أكثر بلا اتحاد حكمًا ، كثياب وعبيد أو كيليا أو وزنيا في أوعية مختلفة ، فللمشتري الرضا به بكل ثمنه أو رد المعيب فقط ، ولا يرد كله إلا بتراضٍ ولا يرد المعيب إلا برضا أو قضاء ، إذا الصفقة تمت ، فيصح تفريقها ، فيرد المعيب بحصته من الثمن غير معيب ، إذا المبيع دخل في البيع سليمًا ... » . راجع تفصيل المسألة في مختصر الطحاوي « باب الصرف والربا » ص ٧٧، و « باب المصراة وغيرها » ص٨٥ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٨٩/١) ، المسألة (٢٠١١) ، بدائع الصنائع « فصل : وأما حكم البيع » (٢٨٦/٥ - ٢٨٨) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب خيار =

١١٩١٣ - قلنا : هناك العيب بأحدهما عيب بالآخر ، فلو رد [1] المعيب رده بعيب التفريق والعيب الموجود ، والرد بعيب لم يكن في يد البائع لا يجوز .

١١٩١٤ - فإن قيل : إذا ردّ أحد [2] العبدين أضر بالبائع ؛ لأن الإنسان قد يبيع [3] الاثنين رغبة منه في بيع أحدهما ، وهذا لمعنى موجود فيه قبل القبض وبعده .

١١٩١٥ - قلنا : قد ينقص بالعيب فيما رغب البائع في بيعه وفيما لم يرغب فيه ، والحكم عندكم سواء .

١١٩١٦ - ولأنه إذا رد عليه بقيمته فقد سلم له غرضه من زيادة قيمة الآخر .

١١٩١٧ - ولأن هذا الفساد إذا أثبتنا الرد [4] بغير سبب ، / فأما إذا أثبتنا [5] الرد بسبب يقتضي الرد من أحدهما ويحفظه لم يمنع من ذلك ، كما لو [6] هلك أحدهما فوجد بالآخر عيبًا .

* * *

العيب » (٦/٣٨٦ - ٣٨٩) ، البناية مع الهداية « باب خيار العيب » (٧/١٧٢ - ١٧٦) ، مجمع الأنهر « فصل في خيار العيب » (٢/٤٤) ، رد المحتار مع الدر المختار « باب خيار العيب » (٤/٩٧) . راجع المسألة في : مختصر البويطي ورقة (٣٩ أ) ، المهذب مع المجموع (١٢/ ١٧٠ ، ١٧٣) وما بعدها ، حلية العلماء ، (٤/٢٤٣-٢٤٥) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٨/٢٤١-٢٤٣) وما بعدها ، نهاية المحتاج (٤/ ٦٢) ، بداية المجتهد « الباب الأول في أحكام العيوب » ، « الفصل الثالث » (٢/١٩٣) ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (١/٣٣٧ ، ٣٣٨) ، المسألة (٢٦) ، المغني (٤/١٧٧) ، الكافي لابن قدامة (٢/٨٧) ، الإنصاف « باب الخيار في البيع » (٤/٤٣٠) .

(١) في (م) ، (ع) : [رده] ، مكان : [رد] ، ولفظ : [عيب] ساقط منهما ، والإشارة في هناك للمسألة الأولى الخاصة بما إذا اشترى عبدين وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبًا فإن له ردهما أو إمساكهما ، وليس له أن يرد المعيب وحده بحصته من الثمن طبقا للرأي الذي ينتصر له المؤلف ويستدل عليه .

(٢) في (م) : [أحدهما] ، مكان : [أحد] .

(٣) في (م) : [يتبع] .

(٤) في (م) ، (ع) : [إذا رد عليه بقيمة أثبت الرد] ، مكان : [إذا أثبتنا الرد] .

(٥) في (ع) : [ثبت] .

(٦) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٦١١

حكم من اشترى عبدًا فقتله أو طعامًا فأكله ثم اطلع على عيب فيهما

١١٩١٨ – قال أصحابنا : إذا اشترى عبدًا (١) فقتله ، أو طعاما فأكله ، ثم اطلع على عيب ، لم يرجع بأرشه .

١١٩١٩ – وقال أبو يوسف ، ومحمد : يرجع في الأكل ، ولا يرجع في القتل (٢) .

١١٩٢٠ – وقال الشافعي : يرجع فيهما (٣) .

١١٩٢١ – لنا : أنه بيع تم نقل الملك فيه بفعل مضمون من جميع الأحوال ؛ فلم يكن له الرجوع بأرش العيب . أصله : إذا وهبه وإذا أمسكه وقال : لا أرده إذا عتق ؛ لأن العتق ليس بفعل مضمون في جميع الأحوال ؛ ألا ترى : أنه لا يضمن حال الاعتبار، ولا يضمن المريضُ إذا أَعْتَقَ في مرض موته .

١١٩٢٢ – ولو وكل رجل رجلًا بأن يعتق أَمة حاملًا فأعتقها عتق حملها .

١١٩٢٣ – ولا يلزم الوكيل قيمة إذا قطع الثوب ؛ لأن ذلك لا يمنع نقل الملك فيه .

١١٩٢٤ – ولا يلزم إذا صبغه ؛ لأن نقل الملك ممكن ، وإنما المانع اتصاله بالزيادة .

١١٩٢٥ – فإن قيل : المعنى فيما قستم عليه : أنه إياس من الرد فلذلك لم يرجع بالأرش .

١١٩٢٦ – قلنا : يبطل إذا حدث به عيب يرجى زواله ، فإن المشتري يرجع

---

(١) في (ص) : [عيبًا] ، مكان : [عبدًا] . على معنى معيبًا ولا تأويل فيما أثبتناه فهو الأولى .

(٢) إن ما ذكره المصنف عن الأصحاب في القتل من عدم الرجوع بالأرش فهو ظاهر الرواية . راجع : مختصر الطحاوي « باب المصراة وغيرها » ص٨٠ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٨٣/١ ، ٣٨٩) ، المسألة (١٩٧٤ ، ٢٠١٣) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٩٠/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، الباب السابق (٣٧٠/٦-٣٧٢) ، البناية مع الهداية (١٥٧/٧-١٥٩) ، مجمع الأنهر (٤٠/٢ ، ٤١) ، الدر المختار مع رد المحتار (٨٦/٤-٨٨) .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (٢٨٧/١٢ ، ٢٨٨) ، حلية العلماء (٢٦٦/٤) ، فتح العزيز مع الوجيز بذيل المجموع (٣٤١/٨ ، ٣٤٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب العيوب » (١١١/٢) ، المغني (١٨٠/٤) ، الكافي لابن قدامة (٨٦/٢ ، ٨٧) .

بالأرش ، وإن كان يجوز أن يزول العيب فيمكن الرد .

١١٩٢٧ - ولأنه زال ملكه عن المبيع إزالة لم يترك له أثر ، فلم يكن له الرجوع بالأرش ، كما لو وهب وسلم .

١١٩٢٨ - ولا يلزم إذا عتق (١) ؛ لأنه بقي للملك أثر ، وهو الولاء .

١١٩٢٩ - ولأن الملك (٢) مقصود تعذر بالرد ؛ فمنع الرجوع بالأرش ، كالبيع .

١١٩٣٠ - ولا يلزم العتق ؛ لأنه إتلاف وليس بانتفاع .

١١٩٣١ - احتجوا : بأنه عيب علمه بعد الإياس من الرد ، فوجب أن يرجع بأرش العيب ، كما إذا مات في يده .

١١٩٣٢ - قلنا : المعنى فيه أن الرد تعذر من طريق الحكم ؛ فصار كحديث العيب ، وليس كذلك القتل ؛ لأن الرد فيه (٣) تعذر بفعل مضمون . قالوا : تبطل علتنا الأصل بما لو باع ولم يسلم (٤) ، فقد منع الرد من طريق الحكم ؛ لأنه لم يوجد بفعل مضمون .

١١٩٣٣ - قلنا : إذا باع وجب التسليم فوجوده كوجوده وهو فعل مضمون .

١١٩٣٤ - قالوا : القتل إتلاف ملك ؛ فلا يمنع الرجوع بأرش العيب ، كالعتق .

١١٩٣٥ - قلنا : العتق إزالة الملك مع بقاء أثره [وهو الولاء فصار بقاء أثره] (٥) كبقاء الملك (٦) يرجع بالأرش إذا تعذر الرد ، والقتل إزالة الملك من غير أثر .

١١٩٣٦ - ولأن العتق فعل لا يوجب الضمان [في جميع الأحوال على ما بينا ، والقتل يوجب الضمان] (٧) بكل حال .

١١٩٣٧ - قالوا : لو (٨) اشترى جارية بكرا فافتضها (٩) رجع بأرش العيب ، وإنما

---

(١) لفظ : [وسلم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [أعتق] ، مكان : [عتق] .

(٢) في (م) : [الملك] ، مكان : [للملك] وفي (ص) : [الولادة] ، مكان : [الولاء] ، وفي (م) ، (ع) : [الأكل] ، مكان : [الملك] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الوديعة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولو نسلم] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٦) لفظ : [الملك] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) : [لا يوجب] ، مكان : [يوجب] ، وما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٨) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) : [فاقتصها] ، وفي غيرها : فأقبضها ، والمعنى المقصود هو الذي أثبتناه .

أتلف جزءا منها ؛ فإذا أتلف جميعها أولى .

١١٩٣٨ - قلنا : إتلاف الجميع أعظم من إتلاف الجزء إذا كان المعنى المانع موجودًا [١] في جزء ثم لم يؤثر ، فإذا وجد في الجملة أولى ، بل ولو قتل [٢] بالعكس من ذلك كان أشبه .

١١٩٣٩ - على أنه في الافتضاض لم يتعذر نقل الملك ، وإنما لا يرد لحق [٣] البائع ، والقتل منع الرد بفعل مضمون .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [موجود] بالرفع .
(٢) في (م) ، (ع) : [قيل] ، مكان : [ولو قتل] .
(٣) في (م) ، (ع) : [بحق] .

مسألة ٦١٢

ما يفسخ به العقد إذا وجد بالمبيع عيبًا بعد القبض

١١٩٤٠ - قال أصحابنا : إذا وجد بالمبيع عيبًا بعد القبض ، لم ينفسخ العقد إلا بالتراضي ، أو بحكم الحاكم [١] .

١١٩٤١ - وقال الشافعي : ينفسخ بقول المشتري [٢] .

١١٩٤٢ - لنا : أن [٣] ملك المشتري فيه . تم ، فلم ينفسخ العقد بقوله ، كالإقالة .

١١٩٤٣ - ولأنه سبب ينتقل به المبيع [٤] [إلى ملك البائع ، فلم يملكه المشتري بعد القبض ، كالإقالة ...] [٥] .

١١٩٤٤ - وفي مسألة القبول مستحق عليه .

١١٩٤٥ - قلنا : القبول قد يجب عليه ولا ينتقل الملك إليه إلا برضاه ، ألا ترى : أن المضطر إلى طعام غيره إن أبدله مالكه وجب عليه قبوله ، ثم لا يملكه بقول المالك إلا أن يرضى به .

١١٩٤٦ - ولأن الإنسان ينقل الشيء من ملكه إلى ملك غيره برضاه إلا أن يكون له عليه حق .

١١٩٤٧ - ولا يلزم الرد قبل القبض في خيار العيب ، وكذا في الرد بخيار الشرط والرؤية ؛ لأن من خيار الشرط أن يملك المشتري عند تمام الصفقة وينتقل الملك إلى البائع من طريق الحكم .

---

(١) وقبل القبض فلا خلاف بين العلماء في أن العقد ينفسخ بقول المشتري من غير حاجة إلى القضاء أو التراضي . راجع المسألة في : بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٨١/٥) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (١٦٠/١٢ ، ١٦١) ، حلية العلماء (٢٣٧/٤) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٣٤٧/٨) ، المقدمات الممهدات « كتاب العيوب » (١١٤/٢) ، شرح الزرقاني (١٥٣/٥) ، المغني ١٧٣/٤ ، ١٧٤) ، الكافي لابن قدامة (٨٩/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أنه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ينقل بالمبيع] ، مكان : [ينتقل به المبيع] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وكذلك من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وزاد عليه قوله : ولأنه « سبب ينتقل بالمبيع » والعبارة مكررة ومذكورة في صدر الجملة وبآخرها خطأ فحذفناها .

١١٩٤٨ - احتجوا : بأنه رد بعيب فلم يفتقر إلى رضا البائع ، كما لو كان قبل القبض .

١١٩٤٩ - قلنا : بل القبض لم يتم بالصفقة ، فالمشتري يمنع من التزام تمامها ، وهذا لا يقف على التراضي ، كالرد في خيار الشرط ، وفي مسألتنا : الصفقة تمت ويريد إبطالها بالرد ، كالإقالة .

* * *

مسألة ٦١٣

ما حكم البيع فيما إذا اشترى مأكولًا في قشره فكسره فوجده معيبًا لا ينتفع بما في داخله

١١٩٥٠ - قال أصحابنا : إذا اشترى مأكولًا في قشره ، كالبطيخ والرمان والجوز فكسره فوجده معيبًا ، فإن كان ما في داخله لا ينتفع به ، فالبيع باطل . وإن كان ينتفع به إلا أنه معيب ، لم يملك رده بعد الكسر [١] ، ويرجع بنقصان العيب [٢] .

١١٩٥١ - وقال الشافعي : إذا كان الكسر مقدارًا لا يعلم العيب [٣] إلا به - وهو أول الكسر - ، ففيه قولان ، أحدهما : لا يرده ويرجع بالأرش ، وهو اختيار المزني .

١١٩٥٢ - قالوا : والصحيح أن له الرد .

١١٩٥٣ - فإذا قالوا : إن له الرد [٤] ففيه قولان ، أحدهما : أنه يرد معه أرش الكسر ، والآخر : لا يرد .

١١٩٥٤ - وأما إذا كان الكسر يمكن الوقوف على العيب بأقل منه ، فمنهم من قال : فيه قولان ، والمذهب أن الرد لا يثبت ، والقول الآخر : ليس بشيء [٥] .

١١٩٥٥ - لنا : أنه جنى على المبيع ؛ فصار كقطع الثوب .

ولأن الكسر لو كان بفعل أجنبي منع الرد ، فإذا كان بفعل المشتري منع الرد كسائر

---

(١) لفظ : [بعد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [بالكسر] ، بزيادة الباء .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : بدائع الصنائع : فصل « وأما حكم البيع » (٢٨٤/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، (٣٧٢/٦-٣٧٤) ، البناية مع الهداية (١٥٩/٧-١٦١) ، مجمع الأنهر (٤١/٢ ، ٤٢) ، الدر المختار في رد المحتار (٨٨/٤ ، ٨٩) .

(٣) لفظ : [العيب] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) : [فإن] ، مكان : [فإذا] ، وقوله : [فإذا قالوا إن له الرد] ساقط من (ع)

(٥) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب ما اشترى مما يكون مأكوله داخله » (٦٦/٣ ، ٦٧) ، مختصر المزني « باب الرد بالعيب » ص٨٣ ، المهذب مع المجموع (٢٧٥/١٢) وما بعدها ، حلية العلماء (٢٦٢/٤-٢٦٤) ، فتح العزيز مع الوجيز بذيل المجموع (٣٥٩/٨) ، وما بعدها ، المدونة (٣٢٦/٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب البراءة من العيوب » (٧١٣/٢) ، شرح الزرقاني (١٣١/٥ ، ١٣٢) .

العيوب .

١١٩٥٦ - ولأنه فسخ بخيار فلا يملكه المشتري مع حدوث عيب في يده ، كخيار الشرط .

١١٩٥٧ - احتجوا : بأنه فعل لا يمكن الوقوف على عيب المبيع إلا به ، فوجب أن لا يمنع من رده ، أصله : إذا قلب الصبرة .

١١٩٥٨ - قلنا : المعنى فيه : أن الطعام لا ينتقص بتقليبه ، وليس كذلك الكسر في مسألتنا ، [لأن البيع يدخله نقص به فمنع الرد .

١١٩٥٩ - قالوا : لا يخلو الكسر لاستعلام حال المبيع] (١) ؛ فصار كحلب المصراة .

١١٩٦٠ - قلنا : الأصل (٢) غير مسلم ؛ لأن عندنا الحلب يمنع الرد كعيب التصرية ، وكغيره من العيوب .

١١٩٦١ - قالوا : إذا كان هذا العيب لا يعلم إلا بالكسر ، فلو لم يردَّ بعد الكسر ، لم يمكن رد هذا النوع بالعيب أبدًا .

١١٩٦٢ - قلنا : يمكن أن الجوز يعلم أنه فارغ لخفته ، والرمان (٣) مستدل على فساده بظاهره .

ولأن الرد بالعيب أصل ثابت بالمبيع (٤) من الرد بعد حدوث العيب (٥) .

١١٩٦٣ - فإذا قال مخالفنا : إسقاط الرد يؤدي إلى أن لا يرد هذا النوع بالعيب .

١١٩٦٤ - قلنا له : فإثبات الرد يؤدي إلى ترك الأصل الآخر ، وهو إثبات الرد مع حدوث العيب ، فلم وجب اعتبار (٦) أحد الأصلين دون الأصل الآخر .

على أنا لا نسقط حق المشتري ؛ لأنا ننقل (٧) الخيار إلى الأرش فيوفيه حقه ولا يسقط حق البائع .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٢) في (م) : [للأصل] .
(٣) في (م) : [الزوج] ، مكان : [الجوز] ، و [الزمان] مكان : [الرمان] .
(٤) في (م) ، (ع) : [بالمنع] وهي غير واضحة في (ص) ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٥) في (ص) : [البيع] ، مكان : [العيب] . (٦) في (م) ، (ع) : [اعتباره] .
(٧) في (م) : [ينقل] .

مسألة ٦١٤

بيع العبد بعد جنايته

١١٩٦٥ - قال أصحابنا : إذا جنى العبد جنايةً عمدًا أو خطأ فباعه مولاه ؛ فبيعه جائز [1] .

١١٩٦٦ - وللشافعي : فيه قولان ، أحدهما : يجوز البيع ، والآخر : لا يجوز .

١١٩٦٧ - واختلف أصحابه في موضع القولين ، فمنهم من قال : القولان في جناية الخطأ . فأما العمد فيجوز قولًا واحدًا . ومنهم من قال : [القولان فيما يوجب القود [2] ، فأما الخطأ فلا يجوز قولًا واحدًا . ومنهم من قال] : فيهما قولان [3] .

١١٩٦٨ - أما جناية العمد : فلأن وجود العقوبة لا يمنع البيع ، كالحد .

ولأنه معنى يستحق به القتل ، كالردة .

١١٩٦٩ - فإذا ثبت هذا ، قلنا : أحد نوعي الجناية ، فلا يمنع البيع ، كالعمد .

١١٩٧٠ - ولأنه حق لو تعلق برقبة الأمة لم يسر إلى الولد فلم يمنع جواز البيع ، أصله : إذا قال : إذا مت فبيعوا هذا العبد وادفعوا ثمنه إلى فلان .

١١٩٧١ - ولأنها رقبة يجوز بيعها قبل الجناية ، فجاز بيعها مع تعلق الجناية ، كما لو بيعت في الجناية .

١١٩٧٢ - احتجوا : بأنه [4] تعلق برقبته حق لآدمي ؛ فلا يجوز بغير إذنه أصله :

---

(١) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب المصراة وغيرها » ص٨١ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٩٠/١) ، المسألة (٢٠١٩) .

(٢) القود ، بالتحريك : القصاص ، يقال : أقاد الأمير القاتل بالقتيل ، قتله به قودًا . راجع المسألة في : المغرب « القاف مع الواو » ص٣٩٥ ، المصباح المنير « القاف مع الواو وما يثلثهما » (٤٩٣/٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وقوله : [فيهما قولان] ، يعني : أن القولين المذكورين في الخطأ والعمد . راجع تفصيل المسألة في : مختصر المزني ، الباب السابق ص٨٣ ، المهذب مع المجموع (٣٤٤/١٢-٣٤٨) ، حلية العلماء (٢٧٨/٤) . راجع المسألة في : شرح الزرقاني وبهامشه حاشية البناني (٢٠/٥) ، الإفصاح « باب بيع المصراة » (٣٤٦/١) ، المغني (١٨٧/٤ ، ١٨٨) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٢٧٦/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [أنه] ، بدون الباء .

العبد المرهون .

١١٩٧٣ - قلنا : يبطل بالعبد الموصي برقبته . والعبد المبيع بشرط الخيار تعلق برقبته حق المشتري وهو القبول فيجوز بيعه .

١١٩٧٤ - فإن قيل : ذلك الحق غير ثابت .

١١٩٧٥ - قلنا : وكذلك نقول في حق الجناية ؛ لأن المولى يسقط عن الرقبة بقوله : اخترت التزام الأرش فسقط بقوله (١) .

١١٩٧٦ - ولأن بيع الرهن إسقاط حق المرتهن لا إلى عوض ، بدلالة : أن الدين كان ثابتًا في الذمة ، فلم يرض المرتهن بها حتى توثق بالرهن ، فإذا بيع سقط حقه لا إلى عوض ، وليس كذلك حق الجناية ؛ لأنه إذا باع العبد نقل الحق إلى عوض هو أوثق ؛ ألا ترى : أن الحق كان يسقط بتلف العبد ، والآن لا يسقط (٢) بتلفه ؟

١١٩٧٧ - قالوا : تعلق أرش الجناية برقبة العبد أقوى من تعلق الرهن بها ، بدليل : أن العبد المرهون إذا جنى قدمت الجناية على حق المرتهن ، فإن كان هذا أقوى من الرهن ثم ثبت أن بيع الرهن باطل ، كذلك الجاني .

١١٩٧٨ - قلنا : لسنا نقدم (٣) حق الجناية ، بل نقول للمرتهن : إذا شئت فأد (٤) الجناية وحقك باق ، وإن شئت فادفعه بالجناية [وحقك يسقط ، فثبت أحد الأمرين باختياره ، ولا يجبر بأداء الجناية] (٥) ؛ فدل أن حق المرتهن أقوى .

١١٩٧٩ - ولأن الرهن عندنا مضمون بجنايته في ضمان المرتهن ، فلذلك خوطب بحكمها ، كما أن المالك يخاطب بحكم الجناية ، ولا يدل على أن حق ولي الجناية [أقوى من حق الملك ، وهذا موضع لا شبهة فيه ؛ لأن حق الملك لا يزول عن الرقبة إلا باختيار المالك ، وحق الجناية عنها يسقط بغيره ، وصار ولي الجناية] (٦) إذا دفع إليه الأرش ، فكيف يكون حق الجناية أقوى من الملك ؟ .

---

(١) في (ص) : [بفعله] ، مكان : [بقوله] .

(٢) في (م) ، (ع) : [والإذن يسقط] ، مكان : [والآن يسقط] .

(٣) في (م) : [تقدم] بالتاء .

(٤) في (م) : [وإن] وفي (ع) : [فإن] ، مكان : [إن] ، وفي (م) : [فادي] ، مكان : [فأد] ، وهو خطأ .

(٥) في (ص) : [باداان] ، مكان : [باداء] وما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٦١٥

حكم بيع العبد القاتل أو المرتد

١١٩٨٠ - قال أبو حنيفة : إذا باع العبد القاتل أو المرتد فقتل في يد المشتري ، رجع بجميع الثمن .

وإن باع عبدًا سارقًا فقطع ؛ كان للمشتري رده وأخذ جميع الثمن .

١١٩٨١ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : يرجع المشتري بفضل ما بين عبد قد وجب عليه القصاص إلى عبد سليم [(١)] .

١١٩٨٢ - والظاهر [(٢)] : أن مذهب الشافعي مثل مذهب أبي حنيفة ، ومن أصحابه من قال مثل قولهما / [(٣)] . ١٤/أ

١١٩٨٣ - لنا : أن العبد استحق انتزاعه من يد المشتري بسبب كان في يد البائع ، فأشبه الاستحقاق .

١١٩٨٤ - ولأنه [(٤)] معنى أوجب زوال ملكه عن العبد بسبب سابق بالعبد ، فكان له الرجوع بالثمن ، كما لو [(٥)] فسخ الحاكم العقد بوجوب القصاص .

١١٩٨٥ - ولأن يد المشتري أزيلت [(٦)] عن المبيع بسبب كان في يد البائع يصح

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب البيوع » (١/٣٩٠) ، المسألة (٢٠٢٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٦/٣٩٢ ، ٣٩٣) ، البناية مع الهداية (٧/١٧٨-١٨٠) ، مجمع الأنهر (٢/٤٥) ، الدر المختار مع رد المحتار (٤/٩٩) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فالظاهر] .

(٣) قال الشافعي في الأم : « الرجل يبيع الرجل العبد قد حل دمه عنده بردة أو قتل عمد أو حل قطع يده عنده في سرقة ، فيقتل فينفسخ البيع ويرجع بما أخذ منه ، أو يقطع فله الخيار في فسخ البيع أو إمساكه ؛ لأن العيوب في الأبدان مخالفة نقص العدد » راجع المسألة في : الأم « باب الثنايا » (٣/٦٠ ، ٦١) ، المهذب مع المجموع (١٢/١٢٤ ، ٣٤٨ ، ٣٥٣) ، حلية العلماء (٣/٣٣٢ ، ٢٣٣ ، ٢٧٩ ، ٢٨٠) ، فتح العزيز (٨/٣٣١ ، ٣٣٢) ، نهاية المحتاج « فصل في خيار النقيصة » (٤/٣٤) وما بعدها . وقال أحمد وأصحابه : مثل قول الصاحبين . راجع المسألة في : المغني (٤/١٨٩) ، الإنصاف « باب الخيار في البيع » (٤/٤٣٦) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لأنه] بدون العطف .

(٥) في (ع) : [فكما] ، مكان : [كما] ولفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [ارتدت] ، مكان : [أزيلت] .

الإيصاء بها ، فصار [١] كإقامة البينة على ملكه .

١١٩٨٦ - احتجوا : بأن وجوب القتل عيب وأتبعه عيب آخر [٢] حدث في يد المشتري ، فصار كمن اشترى جارية حاملًا فولدت في يد المشتري وماتتْ من الولادة ، وكما لو كان العبد مريضًا فمات من ذلك المرض ، وكما لو [كانت الأمة مزوجة فأقبضها الزوج ، وكما لو] كان العبد زانيًا فجلد فمات [٣] .

١١٩٨٧ - والجواب : أن القتل عيب آخر حادث ؛ لأنه [٤] لما حصل بسبب كان في يد البائع موجبًا به صار كأن البائع رده إلى يده ، وفسخ قَبْضَ المشتري .

١١٩٨٨ - فأما الموت من المرض فليس بموجب به ، وكذلك الولادة ، وإزالة البكارة لم يوجبها البائع على ما قدمناه .

فأما الجلد فالذي أوجبه [٥] الزنا ضرب لا يؤدي إلى الإتلاف ، بدلالة : أنه لا يضربه في الحر الشديد ، ولا البرد الشديد . فإذا حصل التلف في يد المشتري وذلك غير موجب بالعيب [٦] الأول منع الرد .

* * *

---

(١) لفظ : [فصار] ساقط من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [واتباعه عيبًا] ، ولفظ : [آخر] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [حادثًا] ، ولفظ : [لأنه] ساقط منهما .

(٥) في (م) ، (ع) : [أوجب] ، بدون الهاء .

(٦) في (ع) : [البيع] ، مكان : [العيب] .

مسألة ٦١٦

ملك العبد للأموال

١١٩٨٩ – قال أصحابنا : العبد لا يملك الأموال وإن مَلَّكه مولاه [١] .

١١٩٩٠ – وقال الشافعي في القديم : يملك إذا ملَّكه السيد ، ولا يملك من غير تمليكه [٢] .

١١٩٩١ – وزاد مالك [٣] رَحِمَهُ اللَّهُ على ذلك ، فقال : يملك وإن لم يملِّكه [٤] .

١١٩٩٢ – والخلاف يظهر في أنه لا يملك الوطء بملك اليمين عندنا ، وعندهم يملك .

وإن كان في يده مال فزكاته على مولاه عندنا ، وعندهم لا زكاة فيه .

١١٩٩٣ – لنا : قوله تعالى ﴿ ضَرَبَ لَكُم مَّثَلًا مِّنْ أَنفُسِكُمْ هَل لَّكُم مِّن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن شُرَكَآءَ فِى مَا رَزَقْنَٰكُمْ فَأَنتُمْ فِيهِ سَوَآءٌ ﴾ [٥] .

١١٩٩٤ – فنفى سبحانه عن نفسه الشركاء وضرب لذلك مثلًا ، وهو أن عبيدنا لا يشركوننا [٦] في الملك ، فلو كان العبد يجوز أن يملك لم يصح التمثيل .

---

(١) راجع المسلة القرآن في : أحكام القرآن للجصاص في « سورة النحل » ، « باب السكر » (٣/١٨٧–١٨٩) ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (١/٣٩٠ ، ٣٩١) ، المسألة (٢٠٢٥) .

(٢) وقال الشافعي في الجديد : مثل قول الحنفية ، العبد لا يملك ولو بتمليك سيده ، وهو الأظهر ، كما في المنهاج . راجع المسألة في : مختصر المزني باب « الرد بالعيب » ص٨٣ ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب البيوع » ، « في مداينة العبيد » ، بذيل المجموع (٩/١٤١ ، ١٤٦–١٤٨) ، نهاية المحتاج « باب في معاملة الرقيق » (٤/١٨١) .

(٣) في (ص) ، (م) : [ملك] ، مكان : [مالك] .

(٤) قال ابن الرشيد في المقدمات : « فالعبد يملك على مذهب مالك ما ملكه سيده أو ملكه غيره ، ما لم ينتزعه منه سيده » . راجع المسألة في : المنتقى في « ما جاء في مال المملوك » (٤/١٦٩ ، ١٧٠) ، المقدمات الممهدات « كتاب المأذون له في التجارة » (٢/٣٤٠) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب العاشر في المأذون له ومعاملة العبيد » ص٢٩٨ . راجع المسألة في : المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (١/٣٤٢) وما بعدها ، المسألة (٣١) ، الإفصاح « باب بيع المصراة » (١/٣٤٦) ، الكافي لابن قدامة « باب العبد المأذون » (١/٢٨٨) .

(٥) سورة الروم : الآية ٢٨ .

(٦) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [لاشركونا] ، وفي (ص) : [لا يشركونا] ، والصواب ما أثبتناه .

ويدل عليه : قوله تعالى : ﴿ ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبۡدًا مَّمۡلُوكًا لَّا يَقۡدِرُ عَلَىٰ شَيۡءٖ ﴾ [(١)] ، والنكرة الموصوفة تصلح [(٢)] لكل واحد من الجنس ، كقوله : اعطِ رجلًا كوفيًا .

١١٩٩٥ - فلا يخلو إما أن يكون نفي القدرة التي هي القوة أو القدرة التي هي الملك ، ولا يجوز أن يكون نفي القوة ، فلم يبق إلا أن يكون نفي الملك .

١١٩٩٦ - فإن قيل : فقد قال اللَّه تعالى [﴿ وَضَرَبَ ٱللَّهُ] مَثَلًا رَّجُلَيۡنِ أَحَدُهُمَآ أَبۡكَمُ لَا يَقۡدِرُ عَلَىٰ شَيۡءٖ ﴾ [(٣)] ، ولم يدل ذلك على أن [الأبكم لا يقدر .

١١٩٩٧ - قلنا : إنما أراد المملوك الأبكم ؛ بدلالة : قوله [تعالى] ﴿ وَهُوَ كَلٌّ عَلَىٰ مَوۡلَىٰهُ ﴾ ، ولم] يذكر المولى [(٤)] ، فاقتضى الظاهر أن الأبكم لا يملك ، وقام الدليل في أحد الموضعين بنفي [(٥)] الآخر .

١١٩٩٨ - ولأنه سبب يملك به الأعيان فلا يملك به المملوك كالميراث ، وعكسه النكاح .

١١٩٩٩ - ولأن الميراث أقوى في نقل الأملاك من العقد ؛ لأنه ينقل الملك بغير [(٦)] تراضٍ ، ويملك به ما لا يملك بالعقد ، وإذا لم يملك الأموال بأقوى السببين فلأن لا يملك بأضعفهما أولى . ولأنه مملوك فلا يملك .

١٢٠٠٠ - ولأن الحر لما ملك استباحة البضع بالأمر لم يملك غيره انتزاع ذلك الملك أبدًا ، وكذلك العبد لما ملك الاستباحة بالنكاح لم يملك المولى استباحة ملكه ، فلو ملك أن يستبيح بملك اليمين لم يملك المولى ملكه في الاستباحة [(٧)] .

* * *

---

(١) سورة النحل : الآية ٧٥ .

(٢) لفظ : [تصلح] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) الزيادة أثبتناها من المصحف ؛ لأنها ساقطة من جميع النسخ . سورة النحل : الآية ٧٦ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . قوله : [ولم يذكر المولى] ، أي لم يذكر حد المولى ، قال أبو بكر الجصاص بعد شرح « المولى » : وأيضًا فإن المولى إذا أطلق يقتضي مولى الرق ومولى النعمة ، ولا يصرف إلى ابن العم إلا بدلالة » في أحكام القرآن « باب السكر » (١٧٧/٣) .

(٥) في (م) ، (ع) : [نفي] .

(٦) في (ص) : [ينقل] ، وفي (ع) : [من غير] ، مكان : [بغير] .

(٧) قاعدة : « ملك أن يستبيح بملك اليمين لم يملك المولى ملكه في الاستباحة » .

مسألة ٦١٧

البيع بشرط البراءة من العيوب لحلها

١٢٠٠١ - قال أصحابنا : إذا باع بشرط البراءة من العيوب كلها ، صح البيع والشرط ، ولم يجز له الرد بعيب [1] .

١٢٠٠٢ - وقال الشافعي : كلامًا اختلف أصحابه في معناه ، فمنهم من قال : فيها ثلاثة أقوال : أحدها : أنه لا يبرأ من [2] شيء من العيوب ظاهرًا أو باطنًا ، علم به حال البيع أو لم يعلم ، سماه للمبتاع أو لم يسم ، وسواء كان المبيع حيوانًا أو غيره .

والثاني : يبرأ بالشرط من جميع العيوب الظاهرة والباطنة ، علم بها أو لم يعلم ، في الحيوان وغيره .

والثالث : يبرأ من العيب بباطن الحيوان إذا لم يعلمه البائع .

١٢٠٠٣ - فأما إذا كان المبيع غير الحيوان ، ففيها قولان : أحدهما : يبرأ بكل حال . والثاني : لا يبرأ من عيب بحال [3] .

١٢٠٠٤ - ولا يجئ القول الثالث ؛ لأنه لا باطن لغير الحيوان إلا ويمكن التوصل إلى معرفة عينه والوقوف عليه .

١٢٠٠٥ - ومن أصحابه [4] من قال : فيها قولٌ واحد : أنه [5] لا يبرأ إلا من عيب واحد وهو عيب بباطن الحيوان لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب سواه .

---

(١) راجع المسألة في : اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى « باب الاختلاف في العيب » ص١٥ ، وموطأ مالك برواية محمد « باب بيع الغرر » ص٢٧٤ ، مختصر الطحاوي ، « باب المصراة وغيرها » ص٨١ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٨٠/١) ، المسألة (١٩٥٨) ، تحفة الفقهاء « باب خيار العيب » (١٠٢/٢) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، فصل : « وأما شرائط الصحة » (١٧٢/٥ ، ١٧٣) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ، ص٣٢١ ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، الباب السابق (١٨٣/٧) وما بعدها ، مجمع الأنهر (٤٦/٢) ، رد المحتار مع الدر المختار (٩٩/٤ ، ١٠٠) .

(٢) لفظ : [من] ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [محال] ، مكان : [بحال] .

(٤) في (م) : [أصحابنا] ، مكان : [أصحابه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لأنه] .

١٢٠٠٦ - وإذا شرط في العقد البراءة فهل يصح الشرط ، أو هل [1] يفسد العقد ؟ اختلفوا فيه ، فمن أصحابه من قال : يفسد العقد ، ومنهم من قال : لا يفسد [2] .

١٢٠٠٧ - لنا : قوله عليه [الصلاة و] السلام : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » [3] ، ظاهره أن لا خيار يثبت بعد التفرق .

وقال [عليه الصلاة والسلام] : « المسلمون عند شروطهم » [4] .

ولأن كل جزء تعلق به البيع عند وجوده صح أن لا يثبت به الرد عند عدمه ، أصله : العيوب المعلومة إذا وقف عليها .

ولأن كل حكم جاز أن يتعلق بالعيوب المعلومة جاز أن يتعلق بالعيوب المجهولة ، أصله : الرد .

ولأنه إسقاط حق ليس فيه معنى التمليك ، فصح مع الجهالة ، كالطلاق والعتق .

١٢٠٠٨ - فإن قيل : المعنى في الطلاق : أنه يصح تعلقه بالصفة ، وبالبراءة من المجهول [5] فلا يصح أن يتعلق بالصفة .

١٢٠٠٩ - قلنا : لا يمتنع أن يصح في المجهول ما لا يتعلق بالصفة ، كالإقرار .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وهل] .

(٢) قال الشافعي في اختلاف العراقيين : « وإذا باع الرجل العبد أو شيئًا من الحيوان بالبراءة من العيوب ، فالذي نذهب إليه - والله أعلم - قضاء عثمان بن عفان : أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه البائع ونقصه عليه ... » . راجع : الأم « باب المصراة والرد بالعيب » (٧٠/٣) ، مختصر المزني « باب بيع البراءة » ص ٨٤ ، المهذب مع المجموع (٣٥٥/١٢) ، حلية العلماء (٢٨١/٤-٢٨٥) فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٣٣٨/٨-٣٤٠) ، نهاية المحتاج « فصل في خيار النقيصة » (٣٦/٤) ، وما بعدها ، المدونة « كتاب التدليس بالعيوب » ، في « ما جاء في بيع البراءة » (٣٣٥/٣) ، التفريع « باب بيع البراءة » (١٧٩/٢) ، االمنتقى في « ما جاء في العهدة » (١٧٩/٤ ، ١٨٠) ، الكافي لابن عبد البر « باب البراءة من العيوب » (٧١٢/٢ ، ٧١٣) ، بداية المجتهد « الباب الثاني في بيع البراءة » (١٩٩/٢ ، ٢٠٠) ، المسائل الفقهية (٣٤٤/١) ، المغني (١٩٧/٤ ، ١٩٨) ، الكافي لابن قدامة (٩٣/٢ ، ٩٤) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٦٠٢) ، وراجعه مع تفسيره في المحلى بالآثار « كتاب البيوع » (٢٣٣/٧ - ٢٥٤) ، مسألة (١٤١٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين أثبتناه لمقتضى السياق . والحديث أخرجه البخاري في الصحيح ، « كتاب الإجارة » ، « باب أجر السمسرة » (٣٥/٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٢٧/٣) .

(٥) لفظ : [المجهول] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش مع لفظ يبدو : [بعله] أو [لعله] : ويصح أن تكون العبارة بإضافة اللفظ : [وبالبراءة من علة مجهولة] .

١٢٠١٠ - فإن قيل : حكم الطلاق والعتاق يفارق البراءة ؛ لأنه لو طلق إحدى امرأتيه ، أو عتق [١] أحد عبديه : صح ، ولو أبرأ أحد عبديه : لم يجز .

١٢٠١١ - قلنا : وكذلك البراءة من المجهول يصح من أحد العيبين [٢] ؛ لأنهم قالوا : أبرأه من عيب واحد ، فوجد به عيبين وتعذر الرد يرجع بأرش أيهما [٣] شاء .

فعلى هذا لو قال : بعتك بشرط البراءة من أحد العيبين [٤] إما الجنون أو السرقة [٥] جاز .

١٢٠١٢ - فإن قيل : المعنى في الطلاق : أنه بنى على التغليب .

١٢٠١٣ - قلنا : الإقرار لم يبن على التغليب ، ومع ذلك يصح مع الجهل به .

١٢٠١٤ - ولأنها جهالة لا تؤثر [٦] في التسليم ولا تمنع صحة البيع ، كجهالة مقدار الصبرة [٧] .

١٢٠١٥ - فإن قيل : يبطل بمن باع صبرة ، إلا قفيزًا منها .

١٢٠١٦ - قلنا : هذا غير مسلَّم والبيع جائز ، ولو سلمناه : لم تمنع [٨] الجهالة البيع وإنما امتنع [العقد] ؛ لأنه عقد على مجازفة ومكايلة ، والبيع [يصح] [٩] على أحد الجهتين .

١٢٠١٧ - قالوا : يبطل إذا باع بمثل ما باع فلان .

١٢٠١٨ - قلنا : هذه الجهالة تؤثر [١٠] في التسليم ؛ لأنهما يختلفان [١١] فيما باع به .

١٢٠١٩ - قالوا : يبطل إذا باع ما في كمه والمشتري لا يعلمه [١٢] .

١٢٠٢٠ - ولأن البراءة من العيوب توجب جهالة صفة المعقود عليه ، وذلك لا يمنع من جواز العقد ، كجهالة قدر الصبرة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أعتق] .
(٢) لفظ : [المجهول] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [عبدين] ، مكان : [العيبين] .
(٣) لفظ : [بأرش] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [بأيهما] ، بزيادة الباء .
(٤) في (م) ، (ع) : [العبدين] .
(٥) في (م) ، (ع) : [وأما السرقة] .
(٦) في (م) : [لا يؤثر] .
(٧) في (م) ، (ع) : [مقدار الصبرة ولأنها جهالة] بزيادة الجزء الأخير .
(٨) في (م) : [لم يمنع] .
(٩) الزيادتان من (م) ، (ع) .
(١٠) في (م) : [يؤثر] .
(١١) في (ص) : [تختلفان] .
(١٢) زيادة في النسخ عبارة : « قلنا يجوز البيع » وهي عبارة خارجة عن السياق فحذفناها .

وهذا مبني على أصلنا : أن البراءة من الحقوق المجهولة جائزة [١] ؛ بدلالة : ما روت أم سلمة أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في مواريث قد درَسَت ، فقال لهما : « اقسما [٢] وتوخيا الحق ، وليحلل كلٌّ واحد منكما صاحبه [٣] » ، والموارثة الدارسة لا تكون [٤] إلا مجهولة ، ولو كان الحكم مختلفًا [٥] لبيّن ذلك رسول اللّه ﷺ .

وروى « أن النبي ﷺ بعث خالد بن الوليد إلى بني جَذِيمَة [٦] ، فاعتصموا بالسجود ، فأسرع فيهم القتل ، فقال عليه [الصلاة و] السلام : اللّهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد ، وبعث بعلي [٧] ومعه مال ، ففداهم حتى ميلغة الكلب ، وفضل معه مال ، فقال : خذوا هذا [المال احتياطًا لرسول اللّه ﷺ [٨]] مما [يعلم ولا تعلمون] [٩] من رسول اللّه ﷺ [فبلغ ذلك النبي ﷺ] ، فَسُرَّ به » [١٠] .

---

(١) في جميع النسخ : [جائز] ، والصواب ما أثبتناه . من قوله : [البراءة] إلى قوله : [جائزة] نقله التركماني بدون تصريف للرد على الشافعي ، في الجوهر النقي بذيل البيهقي (٣٢٩/٥) .

(٢) في (ص) ، (م) : [أسقهما] ، ولفظ : [فاقتسما] ساقط من (ع) ، وما أثبتناه من كتب الحديث .

(٣) في (م) ، (ع) : [منهما] مكان : [منكما] . والحديث أخرجه أحمد في المسند (٣٢٠/٦) بلفظ : « جاء رجلان من الأنصار يختصمان إلى رسول اللّه ﷺ في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة ، فقال رسول اللّه ﷺ إنكم تختصمون إليّ وإنما أنا بشر ولعل بعضكم ألحن بحجته ، أو قال : لحجته من بعض وساق الحديث حتى قال : « فقال رسول اللّه ﷺ : « أما إذا قلتما ، فاذهبا فاقتسما ، ثم توخيا الحق ، ثم استهما ، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه » .

(٤) في (ع) : [والموارث] ، وفي (م) : [الدراسة لا يكون] ، مكان المثبت .

(٥) في (ص) : [يختلف] وفي (م) : [مختلف] .

(٦) في جميع النسخ : [خزيمة] والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٧) في (م) ، (ع) : [لعلي] .

(٨) ميلغة الكلب وميلغه مسقاة تصنع من خشب ، ليلغ فيها ، وقد جاءت في النسخ أقرب إلى [حتى صلعه] والصواب ما أثبتناه ، طبقًا لما جاء في سيرة ابن هشام (٥٥/٤) ، نشر مكتبة الكليات الأزهرية ١٩٧٨ ، وما بين القوسين زائد ليس في أي من النسخ . وأثبتناه لاقتضاء السياق له ، ولظهور سهو الناسخ عنه .

(٩ ، ١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) . والحديث أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب المغازى » ، « باب بعث النبي ﷺ خالد بن الوليد إلى بني جذيمة » (٢٠٣/٥) ونصه في البخاري بإسناده عن سالم عن أبيه قال : « بعث النبي ﷺ خالد بن الوليد إلى بني جَذِيمة فدعاهم إلى الإسلام ، فلم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا ، فجعلوا يقولون : صبأنا صبأنا ، فجعل خالد يقتل منهم ويأسر ، ودفع إلى كل رجل منا أسيره ، حتى إذا كان يوم أمر خالد أن يقتل كل رجل منا أسيره ، فقلت لا واللّه لا اقتل أسيرى ولا يقتل رجل من أصحابي أسيره حتى قدمنا على النبي ﷺ فذكرناه فرفع النبي ﷺ يده فقال : اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد مرتين » ، وأحمد في المسند (١٥٠/٢ ، ١٥١) ، والنسائي في المجتبى « كتاب آداب القضاة » ، « باب الرد على الحاكم إذا قضى بغير الحق » (٢٣٧/٨) .

١٢٠٢١ - فإن قيل : السجود ليس بإسلام ، وإنما تبرع النبي ﷺ بما أعطى احتياطًا .

١٢٠٢٢ - قلنا : قوله : « اللَّهم إني أبرأ إليك مما صنع [1] خالد » ، يدل على أن خالدًا قتل من لا يستحق القتل ، والفداء لا يكون تبرعًا [2] .

١٢٠٢٣ - قالوا : إذا دفع إليهم يبقى ذلك في ذممهم ، فصار قصاصًا بما لهم ، ووقعت البراءة بذلك لا بالعقد .

١٢٠٢٤ - قلنا : لا يجوز أن يحمل الأمر على أن عليًا عقد عقدًا فاسدًا لم يتعلق به حكم ، ولم [3] ينكره النبي ﷺ وسُرَّ به .

١٢٠٢٥ - ولأن إجماع الأمة من النبي ﷺ إلى يومنا أن يتحلل الناس عند المعاملات ، وإذا حضرهم الموت فلا ينكرون مقدار ما [4] يقع التحليل منه ، فدل على جواز البراءة من المجهول .

١٢٠٢٦ - ولأنه إسقاط حق ليس فيه معنى التملك ؛ فصح مع الجهالة ، كالطلاق والعتاق .

١٢٠٢٧ - ولأنها براءة من مجهول ؛ فصار كما لو علم أن [5] له عليه مائة ، وليس له مائتين وجهل ما بينهما ، فأبرأه من درهم إلى مائتين إذا ثبت هذا ، فإذا تعاقدا بشرط البراءة فليس فيه أكثر من إسقاط حقه على عيوب مجهولة .

١٢٠٢٨ - فإن قيل : حق الرد يثبت بعد العقد ، فهذا إسقاط حق لم يجب .

١٢٠٢٩ - قلنا : فإذا أبرأه بعد العقد لم يصح عندكم ، وهذا إسقاط حق عما وجب .

١٢٠٣٠ - وأما إذا شرط البراءة في العقد ، فإن البراءة إنما تتم بالقبول الذي يصح به الإيجاب فتحصل [6] البراءة عند تمام القبول ، فيكون براءة من حق ثابت .

١٢٠٣١ - ولأن كل صفة جاز البراءة عن الحقوق عليها جاز الإبراء عن العيوب منها [7] ، كالمعلومة .

فدل على أن هذا الشرط لا يبطل العقد ، والدليل عليه : « أن عبد اللَّه بن عمر رضي الله عنهما

---

(١) في (م) ، (ع) : [صنع فعله] ، بزيادة : [فعله] وهو خطأ .

(٢) في (م) ، (ع) : [شرعًا] ، مكان : [تبرعًا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلم] .

(٤) في (ص) : [مما] مكان : [ما] .

(٥) في (م) ، (ع) : [أنه] مكان : [أن] .

(٦) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) ، وفيهما : [فيحصل] .

(٧) قاعدة : « كل صفة جازت البراءة عن الحقوق عليها جاز الإبراء عن العيوب منها » .

باع من زيد بن ثابت عبدًا على أنه برئ من كل عيب ، / فأراد زيد أن (١) يرده بالعيب ، فامتنع ابن عمر (٢) من قبوله واختصما إلى عثمان ، فقال (٣) لابن عمر : تحلف أنك ما علمت بالعيب فلم يحلف فقضى برده » (٤) ، وهذا يدل على أن مذهب الثلاثة : أن الشرط لم يفسد العقد (٥) . ١٤١

١٢٠٣٢ - ولهذا قال الشافعي : والذي أذهب إليه في قضاء عثمان ، أنه لو أبرأ نفسه من كل عيب لم يعلمه ، لا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه له (٦) . ونقوله تقليدًا ومتابعة في أن البيع (٧) ، بشرط البراءة من كل عيب بالمبيع ولو لم يكن معلوما لا يبطل البيع ، كالعيب (٨) المعلوم .

١٢٠٣٣ - ولأنه أحد نوعي العيب (٩) ؛ فجاز أن يفسخ العقد مع شرط نفيه من العقد ، كالعيوب الظاهرة .

١٢٠٣٤ - فإذا ثبت هذا قلنا : إنه شرط لا يبطل البيع ، فيه منفعة أحد المتعاقدين ، فوجب أن يلزمه الوفاء به ، كصفة (١٠) الأجل وشرط البراءة من العيوب المعلومة .

وأما الدليل على جواز البراءة من العيوب بباطن الحيوان : فإجماع الصحابة ؛ لأن ابن عمر ﵄ اعتقد صحة البراءة ، وعثمان جوز البراءة من عيب لم يعلمه (١١) ، ولا مخالف لهما .

---

(١) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) قوله : [ابن عمر] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [وقال] .

(٤) هذا الحديث رواه مالك في الموطأ ، « كتاب البيوع » ، « باب العيب في الرقيق » (٦١٣/٢) ، الحديث (٤) والبيهقي في الكبرى » ، « باب بيع البراءة » (٣٢٨/٥) .

(٥) لفظ : [العقد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا برى] ، مكان : [لا يبرأ] ، وفي جميع النسخ : [يعلمه] وما أثبتناه ، والزيادتان من الأم ومختصر المزني ، وزاد في الأم : « ونقصه عليه ، وإنما ذهبنا إلى هذا تقليدًا ، وإن فيه معنى من المعاني يفارق فيه الحيوان ما سواه » ، ونحوه في مختصر المزني ، النص مضطرب ؛ إذ تقرأ هذه الفقرة على النحو التالي : « ولهذا قال الشافعي والذي أذهب إليه قضاء عثمان أنه برئ من كل عيب لم يعلمه لا يبرأ من عيب علمه فلم يسلم له ونقضيه تقليدًا أولا تباع بشرط البراءة من عيب بالمبيع فلم يبطل البيع كالعيب المعلوم » ، وقد حاولنا أن نقترب من المعنى المقصود قدر الطاعة والوسع .

(٧) في (م) ، (ع) : [أو لا تباع] .

(٨) في (م) : [كالعنب] .

(٩) في (م) : [العنب] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لصفة] .

(١١) في (ع) : [لا يعلمه] .

١٢٠٣٥ - فإن قيل : زيد يخالف .

١٢٠٣٦ - قلنا : روى الطحاوي أنه كان يرى جوز البراءة من العيوب كلها [١] فيجوز أن يكون ملك للرد [٢] ؛ لأنه اعتقد مذهب عثمان .

١٢٠٣٧ - وقد [٣] ألزم أبو حنيفة ابن أبي ليلى [٤] ، فقال : أرأيت إن كان العيب [٥] بذَكَر العبد أو بفرج [٦] الجارية ، أيضع يد المشتري عليه حتى يراه ، أولا يجد طريقًا إلى الشراء [٧] منه ، وهذا لا يصح .

١٢٠٣٨ - ولأنه حيوان معيب صح العقد عليه على وجه لا يثبت الرد ؛ أصله : الحيوان الذي عيبه [٨] ظاهر .

وإذا ثبت هذا في الحيوان ، وهو مذهب الشافعي : قلنا : كل مبيع جازت البراءة من عيوبه مع العلم جازت مع الجهل ؛ أصله : الحيوان [٩] .

١٢٠٣٩ - ولأن ما جاز استيفاؤه في البيع على حيوان جاز في البيع على غيره ، أصله : الأجزاء المعلومة .

١٢٠٤٠ - قال الشافعي في اختلاف العراقيين : إذا باع عبدًا [١٠] أو شيئًا من الحيوان بالبراءة ، فالذي ذهب إليه قضاء عثمان [بن عفان] : أنه يبرأ كل عيب لم يعلمه [١١] ،

---

(١) قال ابن التركماني : « روى الطحاوي في « اختلاف العلماء » بسنده عن زيد بن ثابت أنه كان يرى البراءة من كل عيب جائزة » . راجع رواية الطحاوي ، بذيل الكبرى للبيهقي (٥/٣٢٨ ، ٣٢٩) .

(٢) في جميع النسخ : [ملك للرد] ، فلا يستقيم المعنى من غير تعديل السياق ، لعل تصويبه يكون هكذا : [فيجوز أن يكون هذا ردًا على مالك] ، كما أنه مرجع الضمير في : [لأنه] يوحي أنه راجع إلى مالك .

(٣) في (م) : [قال] ، مكان : [قد] .

(٤) ورد في هامش (ص) : [إلزام أبي حنيفة ابن أبي ليلى] بخط بارز كعنوان . وابن أبي ليلى : هو محمد ابن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي مات في شهر رمضان ، سنة ثمان وأربعين ومائة . تكرر ذكره في أماكن عديدة .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) في (ع) : [فرج] بحذف الباء .

(٧) في (م) ، (ع) : [المشتري] . بحثنا عن هذا النص في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ، في « باب الاختلاف في العيب » فلم نجده في النسخة التي اعتمدنا عليها .

(٨) في (م) ، (ع) وفي صلب (ص) : [أصله] ، مكان : [عيبه] ، والمثبت في هامش (ص) ، من نسخة أخرى .

(٩) قاعدة : « كل مبيع جازت البراءة من عيوبه مع العلم جازت مع الجهل » .

(١٠) لفظ : [عبدًا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١١) في (م) ، (ع) : [براء] ، مكان : [يبرأ] و [لم يعلم] بدون الهاء .

ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه له [١] ويعتمد عليه تقليدًا ، فإن الحيوان يُعترى [٢] بالصحة والسقم وتحول طبائعه وإن صح [٣] في القياس ، لولا ما وصفنا من [افتراق الحيوان وغيره] أن لا يبرأ من عيب [كان به] وإن سماه [لاختلافه] وأن يبرأ من كل عيب .

١٢٠٤١ - والأول أصح [٤] ، فذكر أنه ترك القياس تقليدًا لعثمان ، فلما ذكره ، وهذا هو القول [الذي] [٥] يختص القياس والعدول عن مقتضاه ، بدليل هو منكر الاستحسان [٦] .

١٢٠٤٢ - فنقول : وإن كان منكر المسمى : فلا معنى بالأسامي ، و إن كان يمنع بالمعنى [٧] : فقد قال بمعناه ، ثم قلد معناه وترك القياس ، وإلا قلد ابن عمر وأخذ بالقياس .

١٢٠٤٣ - احتجوا : بما روى أبو هريرة ، وابن عمر ﷺ « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر » [٨] ، وبيع البراءة بيع غرر ؛ لأنه لا يدري قدر العيب ، والثمن يختلف باختلافه .

١٢٠٤٤ - والجواب : أن الغرر ما كان يتقوم السلامة ، وقد بينا ذلك فيما تقدم فالتسليم ممكن مع شرط البراءة ، فلم نسلم أن ذلك غرر .

١٢٠٤٥ - قالوا : روى عقبة بن عامر عن النبي ﷺ أنه قال : « المسلم أخو المسلم ، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعًا - فعلم فيه عيبًا - وفيه عيب إلا بينه له » [٩] .

١٢٠٤٦ - قلنا : إنما منع النبي ﷺ التدليس على المشتري ، ومتى باعه على أنه بريء من القروح ، والكر ، والبياض فقد بين ما علمه من الغرر ، فلا يدخل تحت النهي .

١٢٠٤٧ - قالوا : خيار فسخ ثبت بإطلاق العقد ؛ فوجب أن لا يسقط الشرط ، كخيار الرؤية .

---

(١) في الأم : « ولم يسمه البائع » وفي مختصر المزني : « له » ، مكان : « البائع » ، وقد أشرنا فيما سبق إلى مصدره .

(٢) في جميع النسخ : [يعتدي] وفي مختصر المزني : [لا يفتدى] ، والمثبت من الأم .

(٣) لفظ : [تحول] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش وفي (م) ، (ع) : [تابعه] ، وفي (ص) : [بايعه] ، مكان : [طبائعه] وفي جميع النسخ : [والأصح] ، المثبت من الأم .

(٤) الزيادات أثبتناها ليصح المعنى ؛ ويبدو أن المؤلف تصرف في النص واختصره حتى صعب فهمه . راجع تفصيل نص الشافعي الأم ومختصر المزني ، وغيرهما من كتب المذهب .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) يشير إلى اعتمادات الشافعي في هذه المسألة على الاستحسان الذي ينكره والذي قال عنه إنه القول بالتشهي .

(٧) في (م) ، (ع) : [من المعنى] ، مكان : [بالمعنى] .

(٨) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٤) .

(٩) هذا الحديث أخرجه ابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب من باع عيبًا فليبينه » (٧٥٥/٢) ، الحديث (٢٢٤٦) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٨/٢) .

١٢٠٤٨ - قلنا : لا يسقط بالشرط ، وإنما يسقط بإبراء المشتري .

١٢٠٤٩ - فإن قالوا : قوله في خيار الرؤية مثله .

١٢٠٥٠ - قلنا : جنس ذلك الخيار لا يسقط بالبراءة ، وجنس هذا الخيار يسقط بالبراءة ، بدلالة : العيوب المعلومة .

١٢٠٥١ - ولأن خيار الرؤية بسبب عدم الرؤية ، فإذا شرط في العقد البراءة منه فقد أسقط حقًّا قبل وجوب سببه .

١٢٠٥٢ - وأما خيار العيب فيثبت بنفس العقد ، وإذا قبل العقد بشرط البراءة حصلت البراءة عند تمام القبول ، وأسقط بها حقا قد وجب فلذلك صح .

١٢٠٥٣ - ولأن عدم الرؤية جهل فجهل به جميع صفات المبيع ، فلم يصح التزام العقد مع هذه الجهالة لحق [١] الله تعالى ، كما لا يصح التزام البيع المجهول العين .

١٢٠٥٤ - وأما جهالة العيوب فإنها لجهل بعض صفات البيع ، وهذا لا يمنع من التزام العقد ، كمن رأى دارًا ولم ينظر إلى داخلها ، وإلى ما دون الشكل من الجارية ، ولهذا إذا شرط البراءة من خيار الرؤية أفسد العقد ، وإذا شرط [٢] البراءة من العيوب لم يفسد على ما بينا .

١٢٠٥٥ - قالوا : فوات في المبيع لا يثبت إلا بشرط ؛ فوجب أن لا يثبت مع الجهالة [٣] ، أصله : الخيار ، والأجل ، والرهن ، والتضمين [٤] .

١٢٠٥٦ - وربما قالوا : [فوات في المبيع لا يثبت إلا بشرط ، فوجب أن لا يثبت مع الجهالة إلا لعلة . أصله : الخيار ، والأجل ، والرهن ، والتضمين .

١٢٠٥٧ - قالوا :] [٥] معنى يرتفق به أحد المتعاقدين [٦] ، فلا يثبت مع الجهالة لعلة ما قدمنا .

١٢٠٥٨ - قلنا : الأجل والخيار والرهن إيجاد معاني ، والبراءة استيفاء حق ، وإثبات الحقوق يؤثر [٧] في الجهالة ، كما يؤثر في التمليكات ، والبراءة من العيوب إسقاط حق

---

(١) في (ع) : [بحق] . (٢) لفظ : [شرط] ساقط من (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [مع الجهالة لعلة] ، بزيادة : [لعلة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الضمين] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [المتبايعين] ، مكان : [المتعاقدين] .

(٧) في (م) ، (ع) : [مؤثر] .

فلا تؤثر فيه الجهالة ، كالطلاق .

١٢٠٥٩ - ولأن جهالة الأجل تؤثر [١] في التسليم ؛ لأنه لا يدري متى يسلم الثمن .

وكذلك جهالة الخيار تؤثر [٢] في التسليم ؛ لأن من له الخيار لا يجبر على التسليم .

١٢٠٦٠ - وجهالة الكفالة ، والرهن تؤثر [٣] في التسليم ؛ لأن البائع لم يمنع من تسليم المبيع حتى يسلم إليه الرهن ، والجهالة إذا أثرت في التسليم تتعقب العقود ، وجهالة العيوب لا تؤثر [٤] في التسليم ، فلم تؤثر [٥] في العقد ، كجهالة مقدار الصبرة .

١٢٠٦١ - قالوا : إبراء عمّا لم يجب ؛ فلا يسقط ، كما لو سبق الشرط العقد [٦] .

١٢٠٦٢ - قلنا : لا نسلم أن البراءة تحصل [٧] بتمام القبول ، والخيار قد يثبت بالقبول ، فتصح [٨] البراءة بعد ثبوت الحق ويبطل هذا بعيوب بباطن الحيوان .

١٢٠٦٣ - قالوا : كل عيب يرد به المبيع لم يسقط رده به بشرط البراءة من العيوب التي تحدث بعد العقد والمشروط قبل القبض [٩] على ظاهر المسألة .

١٢٠٦٤ - اختلف أبو يوسف ، ومحمد فيها ، فقال أبو يوسف : تصح [١٠] البراءة ، وقال محمد : لا تصح [١١] .

١٢٠٦٥ - فإن قلنا بقول أبي يوسف : لم نسلم الأصل ، ولئن [١٢] سلمنا ، فلأن هذه براءة من حق لم يخير من مسألتنا إبراء من حق قد وجب .

١٢٠٦٦ - قالوا : أصاب بالمبيع عيبًا كان في يد البائع لم يقف عليه ، فوجب أن يثبت له الرد ، أصله : إذا شرط البائع البراءة .

١٢٠٦٧ - قلنا : المعنى في الأصل : أنه لم يسقط حقه من الرد ، فلذلك يثبت [١٣] الخيار .

١٢٠٦٨ - وفي مسألتنا : أسقط الحق بعد [وجود] [١٤] سبب وجوبه ، فلم يثبت

(١ ، ٥) في (م) ، (ع) : [يؤثر] .

(٦) في (م) ، (ع) : [العقد الشرط] بالتقديم والتأخير .

(٧) في (م) ، (ع) : [يحصل] .

(٨) في (م) : [ثبت] ، مكان : [يثبت] وفي (م) ، (ع) : [فيصح] ، مكان المثبت .

(٩) قاعدة : « كل عيب يرد به المبيع لم يسقط رده به بشرط البراءة من العيوب التي تحدث بعد العقد والمشروط قبل القبض » .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يصح] .

(١١) في (م) ، (ع) : [لا يصح] .

(١٢) في (م) : [فليس] وفي (ع) : [فلئن] ، مكان المثبت .

(١٣) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(١٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

الرد ، كالعيب الظاهر .

١٢٠٦٩ - قالوا : الدليل على أن البراءة من الحقوق المجهولة لا تصح : أنه نوع [١] لا يجوز تعليقه بغبطة [٢] ، فوجب أن لا يصح في المجهول ، كالهبة .

١٢٠٧٠ - قلنا : الهبة تمليك ، والجهالة تؤثر في التمليك ، ولا تؤثر [٣] في إسقاط الحق عن الملك [٤] . ألا ترى : أن النكاح لا يصح [في امرأة مجهولة ، ويصح الطلاق في واحدة من نسائه ، وكذلك تحليل العبد لا يصح] [٥] مع الجهالة ، ويصح عتق عبد [٦] من عبيده .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يصح أنه نزع] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [لغبطة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فالهبة] ، مكان : [الهبة] و [مؤثر] ، مكان : [تؤثر] ، و [لا يؤثر] ، مكان : [ولا تؤثر] .

(٤) قاعدة : « الجهالة تؤثر في التمليك ولا تؤثر في إسقاط الحق عن الملك » .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [عبده] ، بزيادة الهاء .

مسألة ٦١٨

حكم الرجوع بالأرش بعد اطلاعه على عيب في ثوب قد صبغه

١٢٠٧١ - قال أصحابنا : إذا صبغ المشتري الثوب ثم اطلع على عيب ، فله الرجوع بالأرش [1] .

١٢٠٧٢ - وقال الشافعي : إن قال البائع : أنا آخذ الثوب وأعطي قيمة الصبغ ، قيل للمشتري : أنت بالخيار بين الرد وبين الإمساك بغير أرش [2] .

١٢٠٧٣ - لنا : أن الصبغ لم يقع عليه العقد .

ولأنه دخل في التسليم المستحق بالعقد ، فلا يجوز أن يقع عليه الفسخ ، كثوب آخر .

ولأنها عين لم يسلمها البائع فلا يصح ردها عليه بالفسخ [3] ، كثوب آخر .

١٢٠٧٤ - قالوا : هذا قادر على استدراك الظُّلامة [4] بالرد فوجب أن لا يكون له

---

(١) راجع المسألة في : الجامع الصغير « باب في العيوب » ص ٣٥٢ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » (٣٨٢/١) ، المسألة (١٩٧١) ، بدائع الصنائع ، فصل « وأما حكم البيع » (٢٨٤/٥ ، ٢٨٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٣٦٧/٦) ، البناية مع الهداية (١٥٢/٧-١٥٤) ، مجمع الأنهر (٣٩/٢ ، ٤٠) ، الدر المختار مع رد المحتار (٨٥/٤) .

(٢) قال الرافعي في فتح العزيز : « لو صبغ الثوب بما زاد في قيمته ثم عرف عيبه ، فإن رضي بالرد من غير أن يطالب بشيء ، فعلى البائع قبوله ويصير الصبغ ملكًا له . راجع تفصيل المسألة في : فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (٣٥٥/٨-٣٥٩) ، المجموع للسبكي (٢٤٢/١٢) وما بعدها ، المدونة « في الرجل يبيع السلعة ويدلس فيها بالعيب وقد علمه » (٣٢١/٣) وما بعدها ، الكافي لابن عبد البر « باب إذا حدث عند المشتري عيب » (٧١٦/٢) ، المنتقى في « العيب في الرقيق » (١٩٩/٤) ، بداية المجتهد « باب في طرو النقصان » (١٩٨/٢) ، شرح الزرقاني (١٤٢/٥ ، ١٤٣) ، المغني (١٨٧/٤) ، الكافي لابن قدامة (٩٣/٢) .

(٣) لفظ : [بالفسخ] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ص) : [الطلامة] ، بالطاء المهملة ، والصواب ما أثبتناه . الظُّلَامَةُ : بضم الظاء المعجمة بمعنى المظلمة ، أي الحق الذي أُخذ ظلمًا ، يقال : مظلمتي وظلامتي عند فلان ، أي : حقي الذي أُخذ مني ظلمًا عند فلان . وفي لسان العرب : « والظُّلامة ، والظَّليمة ، والمَظْلمة : ما تطلبه عند الظالم . وهو اسم ما أُخذ منك . وفي التهذيب : « الظلامة اسم مظلمتك التي تطلبها عند الظالم ، يقال : أخذها منه ظلامة » . راجع : المغرب « الظاء مع اللام » ص٢٩٩ ، لسان العرب ، مادة « ظلم » (٢٧٥٧/٤) ، المصباح المنير « الظاء مع اللام وما يثلثهما » (٣٦٤/٢) .

الأرش ، كما لو كان ثوبًا فقطعه (١) .

١٢٠٧٥ - قلنا : هناك يقع الفسخ على ما وقع عليه العقد ، وفي مسألتنا : يقع على ما لم يقع عليه العقد ولا التسليم [الموجب] (٢) .

١٢٠٧٦ - ولأنه إذا قطع فالرد (٣) ممتنع لحق البائع ، وقد رضي البائع بإسقاط حقه . وفي مسألتنا : الرد ممتنع لحق المشتري فرضا البائع بأخذه لا يجوز أن يسقط حقه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يقطعه] .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [والرد] .

مسألة ٦١٩

حكم رد العبد المبيع إذا باعه المشتري

١٢٠٧٧ - قال أصحابنا : إذا باع المشتري العبد فرد عليه بعيب لم ، يكن له رده على بائعه [(١)] .

١٢٠٧٨ - وقال الشافعي : له ذلك .

١٢٠٧٩ - وإن اشتراه من المشتري أو وهبه له أو ورثه ، ففيه وجهان : من قال منهم [(٢)] : إن المشتري إذا باع لا يرجع بالأرش لتعذر الرد [(٣)] ، قال ههنا : يثبت الرد [(٤)] ؛ لأنه ممكن .

١٢٠٨٠ - ومن قال : لا يرجع [(٥)] ؛ لأنه يستدرك الظُّلامة حين باعه على السلامة . قال : ليس له أن يرد [(٦)] .

١٢٠٨١ - لنا : أن المبيع دخل في ملكه بقبوله ورضاه ؛ فلم يملك رده بعيب [(٧)] على البائع ، كالموصى له ، وكما لو أخر الرد [(٨)] وعكسه الوارث .

---

(١) قال القدوري في متنه : « ومن باع عبدًا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب ، فإن قبله بقضاء القاضي ، فله أن يرده على بائعه ، وإن قبله بغير قضاء القاضي ، فليس له أن يرده » .
راجع المسألة في : الجامع الصغير ص ٣٥٢ ، ٣٥٣ ، متن القدوري « باب خيار العيب » ص ٣٦ ، روضة القضاة (١/٣٨٤) ، المسألة (١٩٧٧) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٦/٣٧٤-٣٧٨) ، البناية مع الهداية (٧/١٦٢-١٦٥) ، مجمع الأنهر (٢/٤٢) ، الدر المختار مع رد المحتار (٤/٨٩ - ٩١)

(٢) في (م) ، (ع) : [منهم من قال] ، مكان المثبت .

(٣) في جميع النسخ : [لتعذر الرد] ، وتصويبه : [لعدم تعذر الرد] ، كما في كتب الشافعية ، وقد وضحه الرافعي بقوله : [لأنه لم ييأس من الرد ، فربما يعود إليه ويتمكن من رده] .

(٤ ، ٥) لفظ : [الرد] ، [لا يرجع] ساقطان من (ع) .

(٦) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع (١٢/٢٩٧) وما بعدها ، حلية العلماء (٤/٢٦٧-٢٦٩) ، فتح العزيز بذيل المجموع (٨/٣٤٣-٣٤٥) ، نهاية المحتاج « فصل في خيار النقيصة » (٤/٤٦) ، المدونة « في الرجل يشتري العبد ثم يبيعه ثم يدعي بعد ما باعه أن به عيبًا » (٣/٣١٣) ، شرح الزرقاني (٥/١٤٠ ، ١٤١) ، المغني (٤/١٤٤ ، ١٤٥) ، الكافي (٢/٨٧) .

(٧) في (م) : [لعيب] ، في (ع) : [بالعيب] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لو أخر الرد وعكسه الرد] ، بزيادة : [وعكسه الرد] ، وهو خطأ .

١٢٠٨٢ - فإن قيل : الوصف غير مسلَّم ؛ لأن عندنا الرد بالعيب لا يقف على رضا البائع ، ولا على حضوره .

١٢٠٨٣ - قلنا : قد دللنا على إبطال هذا القول بالوصف على أصلنا .

١٢٠٨٤ - ولأنا نصور المسألة إذا حدث عند المشتري الثاني عيب فرده على المشتري الأول ثم زال العيب ؛ لا يلزم إذا رده [١] المشتري الآخر قبل القبض ؛ لأنه يدخل في ملك المشتري الأول بغير قبوله .

ولا يلزم إذا وهبه ثم رجع فيه بغير رضاه ؛ وإذا أخذه العدو ثم وجده قبل القسمة ؛ لأنه فيه روايتان .

١٢٠٨٥ - ولأنه مبيع دخل في ملكه بقبول ، فلم يجز أن يُرَدَّ على بائعه . أصله : إذا اشتراه من الثاني فقد علم العيب ؛ لأن كل من [٢] يجوز / له الرد بعيب إذا أخر الرد عن [٣] حال الإمكان لم يكن له الرد بذلك العيب [٤] . أصله : إذا [٥] حدث عنده عيب آخر .

/أ

١٢٠٨٦ - احتجوا : بأنه تعذر ردها بخروجها من ملكه ، فإذا رجعت إليه ثبت له حق الرد ، كما لو رجعت بقضاء .

١٢٠٨٧ - قلنا : يبطل إذا علم بالعيب فاشتراها . والمعنى في الأصل : أن البيع دخل في ملكه بغير قبوله ، فصار كالوارث . وفي مسألتنا : دخل في ملكه بقبوله ، فصار كالموصى له .

١٢٠٨٨ - فإن قيل : عندنا يرجع إليه بغير قبوله .

١٢٠٨٩ - قلنا : لا نسلم الوصف ، وهو قولكم إذا رجعت إليه ؛ لأنها لا ترجع عندنا إلا بالتراضي .

---

(١) في (ص) : [إذا رد] ، بحذف الهاء .

(٢) في (م) ، (ع) : [ما] ، مكان : [من] .

(٣) في (ص) : [احبر] ، بدون نقط ، في (م) : [أضَرَّ] ، مشكلة ، مكان : [أخر] ، ولفظ : [عيب] زائد في (ص) دون سواها .

(٤) في (م) ، (ع) : [إن] ، مكان : [إذا] .

(٥) قاعدة : « كل من يجوز له الرد بعيب إذا أخر الرد عن حال الإمكان لم يكن له الرد بذلك العيب » .

١٢٠٩٠ - قالوا : لم يثبت له حكم العيب ؛ لأنه استدرك الظُّلامة بخروجها [١] من ملكه على السلامة ، فإذا رُدت إليه [٢] وأخذ منه الثمن ، وجب أن يثبت له الرد ، كما لو رُدَّ بقضاء .

١٢٠٩١ - قلنا : حكم العيب قد ثبت له وخروجها من ملكه على السلامة ، فإنه حصلت له معرفة ، ولا يجوز أن يسقط الحق الذي يثبت له قِبَل بائعه ، كما لو زادت قيمتها بالسِّمن أو بتعلمها صناعة .

١٢٠٩٢ - يبين [٣] هذا : أنه لو وُهِبَهَا لم يستدرك الظلامة ولا يثبت له حكم العيب ، وأنها لا تثبت ؛ لأن الملك الذي أوجبه البائع قد زال ، فإن عاد ذلك الملك عادت أحكامه ، وإن عاد على ملك آخر لم تعد [٤] أحكام ذلك الملك ، وكما لا تعود [٥] لو ملك عينًا أخرى .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [فحروجها] .

(٢) في (ص) ، (م) : [عليه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٤) في (م) : [لم يعد] .

(٥) في (م) : [لا يعود] .

مسألة ٦٢٠

حكم ولد المبيعة إذا ولدت في يد البائع

١٢٠٩٣ – قال أصحابنا : إذا ولدت المبيعة في يد البائع ، وقبضها المشتري ؛ دخل الولد في البيع وحصل له حصة من الثمن ، فإن وجد بالأم عيبًا ردها بحصتها من الثمن [١] .

١٢٠٩٤ – وقال الشافعي : لا يدخل في البيع ، ولا حصة له من [٢] الثمن ، فإن وجد بالأم عيبًا ردها [٣] بجميع الثمن وسلم له الولد بغير شيء [٤] .

١٢٠٩٥ – لنا : أنه ولد حدث من المبيع قبل تمام البيع ؛ فصار كما لو ولدت [٥] في المجلس .

ولأنه ولد حدث قبل التسليم ؛ فصار [٦] كما لو حدث في مدة الخيار .

١٢٠٩٦ – ولأن التسليم حق مستقر في رقبة الأم ؛ فيسرى إلى الولد ، كالاستيلاد . وما وجب تسليمه بالبيع فهو من المبيع [٧] .

١٢٠٩٧ – ولا يلزم حق الجناية ووجوب الزكاة ؛ لأن كل واحد منهما غير مستقر ، بدلالة : أن المالك مخير في نفسه في الرقبة أو نقله عنها ، فالمنافع لا يمكن تسليمها إلا بتسليم الرقبة [٨] .

---

(١) قوله : [من الثمن] ساقط من (م) ، (ع) . راجع تفصيل المسألة في بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٥٦/٥) .

(٢) في (ع) : [في] مكان : [من] .

(٣) لفظ : [ردها] ساقط من (ع) .

(٤) الأصل عند الشافعية في هذه المسألة وما شابهها قوله عليه الصلاة والسلام : « الخراج بالضمان » ، وقالوا : إن كانت الزيادة منفصلة أمسكها ورد الأصل . راجع المسألة في : حلية العلماء « كتاب البيوع » (٢٥٣/٤ – ٢٥٥) ، فتح العزيز « كتاب البيوع » ، « الباب الرابع في الفساد من جهة تفريق الصفقة » بذيل المجموع (٣٧٩/٨ ، ٣٨٠) ، المجموع مع المهذب « باب بيع المصراة والرد بالعيب » (٢٠١/١٢) وما بعدها ، المدونة ، « في الرجل يبتاع الجارية من الرجل فتلد أولادًا ثم تموت الأم ويظهر المشتري على عيب كان بالجارية » (٣٠٩/٣ ، ٣١٠) ، المغني « باب المصراة وغير ذلك » ، فصل « خيار الرد بالعيب على التراخي » (١٦١/٤) .

(٥) في (م) : [وجدت] وفي (ع) : [حدث] .

(٦) لفظ : [فصار] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) قاعدة : « ما وجب تسليمه بالبيع فهو من المبيع » .

(٨) قاعدة : « المنافع لا يمكن تسليمها إلا بتسليم الرقبة » .

١٢٠٩٨ - ولا يلزم الجارية المستأجرة ؛ لأن حق التسليم ليس بمتعلق بالرقبة وإنما تعلق بالعمل .

١٢٠٩٩ - فإن قيل : المعنى في الاستيلاد : أن الحرية مبنية على التغليب والسراية ، وحق التسليم غير مبني على التغليب .

١٢١٠٠ - قلنا : لا يمتنع أن يسري الحق المستقر في الأم إلى ولدها ، وإن كان غير مبني على التغليب ؛ ألا ترى : أن الملك الذي يسري إلى الولد مبنى على التغليب .

١٢١٠١ - احتجوا : بأنه حادث في ملك المشتري ؛ فلم يدخل في المبيع . أصله : إذا وجد به بعد القبض .

١٢١٠٢ - قلنا : المعنى فيه : أنه حدث ، ولا حق للبائع في الرقبة ، فلم يتعلق حقه به ، فلا يدخل في بيعه ، وقبل القبض حدث الولد وللبائع حق في الرقبة مستقر- وهو الجنس- فسرى ذلك الحق إلى الولد وما وجب حبسه بالبيع ، فهو داخل [فيه .

١٢١٠٣ - قالوا : لو تلف الولد من يد البائع لم يسقط بتلفه شيء من الثمن ، ولو كان دخل في] [1] العقد وانقسم الثمن عليه لسقطت حصته ، كما لو اشترى الأم وولدًا منفصلًا .

١٢١٠٤ - قلنا : لا يمتنع أن يدخل في العقد ولا يسقط بتلفه شيء إذا دخل على طريق البيع ، كالأطراف .

١٢١٠٥ - فإن قيل : الأطراف لم ينقسم الثمن عليها .

١٢١٠٦ - قلنا : وكذلك الولد إنما ينقسم الثمن عليه بالقبض ، ولهذا [2] تعتبر قيمته يوم القبض ، فأما قبل القبض فهو بيع ، فلم ينقسم الثمن عليه ، وإذا قبض دخل في القيمة .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [أن ينعقد] ، وهو تصحيف ، وقوله : [أن ينقد] ، أي أن يعطي يقال : نقدت له الدراهم ، أي أعطيته . راجع : لسان العرب ، مادة : « نقد » (٤٥١٧/٦) ، المصباح المنير ، « النون مع القاف وما يثلثهما » (٥٩٢/٢) .

مسألة ٦٢١

هل لأحد من المشتريين أن ينقد حصته من الثمن للبائع ويأخذ به نصف الصفقة ، أم لابد من استيفاء جميع الثمن ؟

١٢١٠٧ - قال أصحابنا : إذا ابتاع رجلان من رجل عبدًا بثمن واحد ؛ فليس لأحدهما أن ينقد (١) نصيبه ويأخذ نصف العبد ، حتى يستوفي البائع جميع الثمن (٢) .

١٢١٠٨ - وقال الشافعي : يعطي نصف الثمن ، ويأخذ نصف العبد (٣) .

وهذه مبنية على : أن العقد صفقة واحدة ، وقد دللنا على ذلك ، فصارا كالمشتري الواحد .

١٢١٠٩ - ولأنه باع العبد بثمن واحد حال (٤) ؛ [فلم يستحق عليه تسليم نصفه باستيفاء نصف الثمن . أصله : إذا كان المشتري [واحدًا] لأن كل حالة] (٥) لا يجبر البائع فيها على تسليم شيء من المبيع إذا كان المشتري واحدًا ، فإنه لا يجبر إن كان المشتري اثنين والثمن جملة واحدة . أصله : إذا لم يبذل بعد شيء من الثمن .

١٢١١٠ - وهم بنوا على أصلهم : أنهما صفقتان ، كما لو أفرد كل واحد بالنقد (٦) .

وقالوا : عقد في أحد طرفيه عاقدان (٧) ؛ فصار كما لو كان المشتري واحدا والبائع اثنين .

١٢١١١ - قلنا : إن باعا صفقة واحدة فهو مثل مسألتنا ، وإن باعا عقدين ، فغير مسألتنا .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن ينعقد] والصحيح : « أن ينقد » : أي يعطى . يقال : نقدته الدراهم أي أعطيته الدراهم .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : بدائع الصنائع (٢٥٠/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب السلم » في : مسائل منثورة (١٢٧/٧) .

(٣) راجع المسألة في : المجموع « باب ما نهى عنه من بيع الغرر وغيره » ، « فرع : لو كان لرجل عبد » (٣٣٧/٩) ، المنتقى « كتاب البيوع » في « العيب في الرقيق » (١٨٧/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [حالًا] .

(٥) الزيادة أثبتناها لمقتضى تيسير فهم المعنى ، وما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [بالعقد] .

(٧) في جميع النسخ : [عدان] ، وهو تصحيف ؛ والمعنى لا يستقيم به ، والصواب ما أثبتناه .

مسألة ٦٢٢

حكم قبض المبيع لو دفع أحدهما جميع الثمن للبائع

١٢١١٢ - [قال أصحابنا [(١)]] : إن نقد أحدهما جميع الثمن ، كان له قبض جميع العبد .

١٢١١٣ - وقال أبو يوسف : ليس له إلا قبض نصف العبد [(٢)] ، وبه قال الشافعي .

١٢١١٤ - وهذه المسألة مبنية على الأولى : أنه لا يتوصل إلى قبض شيء منه إلا بأداء جميع الثمن ، وكل من وقف قبضه على بذل جميع المبيع (لم يقبضه إلا بهذا البذل) ، أصله : المشتري الواحد .

١٢١١٥ - ولا يلزم إذا كان شريكه حاضرًا ، فإن الغائب لا يولي عليه ، وإن لم يأذن في التصرف عنه لم يجز قبض ماله بغير إذنه .

١٢١١٦ - قلنا : دخوله مع شريكه في العقد إذن في فعل ما يُتم العقد ، وما يستوفي به حقوقه ؛ لأن كل واحد لا يتوصل إلى حقه إلا بذلك ، فكأنه أذن له في دفع الثمن وفي الانتفاع بنصيبه ، وذلك لا يمكن إلا بقبض جميع العبد .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين زيادة تتفق مع الطريقة التي يسير عليها المؤلف في تقرير مذهب الأحناف مسألة تلو الأخرى .

(٢) في (ع) : « قبض إلا نصف العبد » بتقديم « قبض » . راجع المسألة في : بدائع الصنائع (٥/٢٥٠) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٧/١٢٧ ، ١٢٨) .

مسألة ٦٢٣

رجوع الشريك بما يدعيه على شريك غائب قد حضر

١٢١١٧ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : إذا حضر الغائب كان لشريكه أن يرجع عليه بما يدعيه [١] .

١٢١١٨ - وقال الشافعي : هو متبرع [٢] .

١٢١١٩ - وهذه مبنية على : أنه لا يتوصل إلى قبض نصيبه إلا بأداء جميع الثمن ، وقد أذن له شريكه حين دخل معه في العقد فيما يتوصل به إلى تكميل حقوقه ، فكأنه أذن له في دفع الثمن الذي لا يتوصل إلى حقه إلا به .

١٢١٢٠ - ولأن الثمن واحد ، فكان لمن [٣] قضاه من المشتريَيْن مع غيبة الآخر الرجوع ، كالوكيلين إذا اشتريا لواحد .

١٢١٢١ - احتجوا : بأنه قضى حق دين غيره بغير أمره ، فلم يكن له الرجوع عليه ، كسائر الديون .

١٢١٢٢ - قلنا : لم يأمره بالنطق ، وقد أذن له من طريق الحكم على ما بينا ، والإذن من طريق الحكم [٤] كالإذن مطلقًا ، بدلالة : أنه إذا قال : تكفل عني فلم يأذن في الأداء مطلقًا .

١٢١٢٣ - ولأنه أذن فيه حكما فيرجع [٥] بما أدى عنه .

* * *

(١) راجع : بدائع الصنائع (٢٠٥/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، والعناية (١٢٧/٧ ، ١٢٨) .

(٢) وبقول الشافعي قال أبو يوسف : إن الحاضر قضى دين الغائب بغير أمره تبرعًا ، فلا يرجع ، وبهذا قال الحنابلة ، والمالكية في رواية ابن القاسم . راجع المراجع السابقة في مسألة رقم (٦٢١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [كمن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [والإذن حكم] ، مكان : [والإذن من طريق الحكم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يرجع] ، بدون الفاء .

مسألة ٦٢٤

حكم الخيار بالخيانة في رأس مال المرابحة

١٢١٢٤ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : إذا خانه في رأس مال المرابحة (١) ، فالمشتري بالخيار ، إن (٢) شاء أخذ بجميع الثمن ، وإن شاء ترك (٣) .

١٢١٢٥ - وقال الشافعي في أحد قوليه : مثله ، وفي القول الثاني : يحط الخيانة وحصتها من الربح ، ويلزم ذلك البائع .

١٢١٢٦ - فإن حط البائع فهل يلزم المشتري ؟ فيه قولان ، أحدهما : لا يلزمه ، والثاني (٤) يلزمه ، وهو الصحيح (٥) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أرش] ، مكان : [رأس] ، وهو خطأ . والمرابحة لغةً : مفاعلة من الربح ، والربح : النماء في التجر . وشرعًا : بيع السلعة بالثمن الذي اشتراه وزيادة ، يقال : بعته السلعة مرابحة على كل عشرة دراهم درهم ، وكذلك اشتريته مرابحة . قال القدوري في « متنه » : « المرابحة : نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح » . وتختلف المرابحة الفقهية في المعنى عن المرابحة المصرفية التي طورتها المصارف الإسلامية الحديثة . راجع في المرابحة الفقهية : متن القدوري « باب المرابحة والتولية » ص٣٧ ، تحفة الفقهاء (١٠٥/٢) ، بدائع الصنائع (١٣٥/٥) ، ملتقى الأبحر ص٩٧ ، حاشية ابن عابدين (١٥٩/٤ ، ١٦٠) ، المغني (١٩٩/٤) ، لسان العرب ، مادة « ربح » (١٥٥٣/٣) ، أنيس الفقهاء « باب البيع الفاسد » (٢١١) .

(٢) في (ع) : [إذا] ، مكان : [إن] .

(٣) قال السمرقندي في تحفة الفقهاء : « ولو اشترى شيئًا بعشرة دراهم ، فقال لرجل آخر : اشتريت هذا باثنى عشر وأبيعك مرابحة بربح درهم ، ثم ظهر أن الثمن الأول كان عشرة ، إما بإقرار البائع أو بالبينة ، قال أبو حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما : لا يحط قدر الخيانة من الثمن ، ولكن يخير المشتري : إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء رضي به بجميع الثمن . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « باب المصراة وغيرها ص ٨٢ ، روضة القضاة « باب من الخيار في المرابحة » (٣٩٤/١ ، ٣٩٥) ، المسألة (٢٠٤٥) ، تحفة الفقهاء « باب الإقالة والمرابحة » (١٠٩/٢) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، فصل : « وأما حكم الخيانة » (٢٢٦/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب المرابحة والتولية » (٥٠٠/٦ ، ٥٠١) ، البناية مع الهداية « باب المرابحة والتولية (٣٠٦/٧-٣٠٨) ، مجمع الأنهر « باب المرابحة والتولية » (٧٠/٢) ، الدر المختار مع رد المحتار « باب المرابحة والتولية » (١٦٣/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [والآخر] ، مكان : [والثاني] .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب المرابحة والتولية » (٩٣/٣) ، مختصر المزني « باب البيع مرابحة » ص٨٤ ، المهذب مع تكملة المجموع « باب بيع المرابحة » (٩/١٣) وما بعدها ، حلية العلماء « باب بيع المرابحة » (٢٩٨/٤ - ٣٠١) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع (١٣/٩) وما بعدها ، نهاية المحتاج « باب التولية » (١١٦/٤) ، المدونة « كتاب المرابحة » ، « فيمن باع سلعة فزاد في ثمنها أو نقص » (٢٥٠/٢) ، الكافي لابن =

١٢١٢٧ - لنا : أن البائع رضي بجملة الثمن ، وبقيتها [١] على ذلك لا يخرج العقد عن موضوعه ، فلم يجز إلزامه العقد بأقل من ذلك ، كما لو وجد بالمبيع عيبًا والرد ممكن فلم يكن [٢] له حط الأرش .

١٢١٢٨ - ولأنها خيانة لا تخرج [٣] العقد عن موضوعه ولا يخلطها [٤] شيء من الثمن ، كما لو ابتاع بثمن مؤجل فأخبره أنه اشتراه بثمن [٥] حال .

١٢١٢٩ - قالوا : الأجل لا يوجب حط شيء من التولية ، كذلك المرابحة .

١٢١٣٠ - قلنا : لأن تبقية الأجل وإسقاطه لا يخرج العقد عن موضوعه ؛ لأنه يكون تولية .

١٢١٣١ - ولا يلزم إذا خانه في التولية ؛ لأن تبقية الخيانة تؤدي [٦] إلى إخراج العقد عن موضوعه ويجعله عقد مرابحة .

١٢١٣٢ - ولأن ما اشتراه مرابحة بثمن لم يجز أن يسلم له جميعه ببعض الثمن ، كما لو اشتراه بالسود فزعم أنه اشتراه بالبيض ، أو بالمؤجل فزعم أنه اشتراه بثمن حالٌ .

١٢١٣٣ - احتجوا : بأنه باعه [٧] برأس ماله وزيادة درهم من العشرة ؛ فلم يلزمه أكثر من ذلك .

١٢١٣٤ - قلنا : [٨] بل باع بالجملة وزعم أنها رأس ماله وزيادة [٩] ؛ فصار كما لو باعه بجملة ماله وزعم أنه رأس المال .

= عبد البر (٧٠٥/٢) ، المنتقى (٥١/٥ ، ٥٢) ، المقدمات الممهدات (١٢٩/٢) ، شرح الزرقاني (١٨١/٥) ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣٤٥/١ ، ٣٥٦) ، المغني (١٩٨/٤- ٢٠٠) ، الكافي لابن قدامة (٩٧/٢ ، ٩٨) .

(١) في (ص) : [وسعها] ، بدون نقط .

(٢) في (م) ، (ع) : [لم يكن] ، بدون نقط .

(٣) في (م) ، (ع) : [جناية لا يخرج] ، مكان المثبت .

(٤) في (ع) : [يخاطها] ، مكان : [يخلطها] .

(٥) لفظ : [بثمن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأنه ببقية الجناية يؤدي] ، مكان المثبت .

(٧) في (ع) : [باع] بدون الضمير .

(٨) في (ع) : [بأكثر] ولفظ : [قلنا] ساقط منها .

(٩) لفظ : [زيادة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

١٢١٣٥ - قالوا : لما رضي بمقدار من الربح فقد أسقط ما سواه ، فصار كبيع التولية الذي رضي برأس المال وأسقط ما سواه .

١٢١٣٦ - قلنا : هناك عقد نوعًا من المبيع ، فلو لم تسقط (١) الزيادة جعلناه عقد مرابحة ، وهما دخلا في عقد تولية ؛ فوجب إسقاط الزيادة حتى لا ينتقل العقد عما قصداه .

١٢١٣٧ - قالوا : نقل ملك يعتبر فيه الثمن الذي اشتراه به ، فإذا كان بزيادة وجب حطها ، أصله : بيع التولية (٢) ، ونقل الملك بالشفعة .

١٢١٣٨ - قلنا : لا نسلم أنه يعتبر فيه الثمن الذي اشتراه به ، بدلالة : أنه لو قال : أبيعك بمثل ما اشتريت ، وهو كذا مرابحة لم يجز البيع حتى يسمى الربح ، فدل أن الثمن الأول غير معتبر ، فصار هذا الوجه ، كبيع المساومة (٣) ، وليس كذلك التولية والشفعة (٤) ؛ لأن الثمن الأول معتبر ، بدلالة : أن العقد لا يفتقر إلى تسمية شيء غيره .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم يسقط] .

(٢) بيع التولية : هو بيع المشترى بثمنه بلا فضل . وقال السمرقندي « هو تمليك المبيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان » ، وقال ابن منظور : « والتولية في البيع : أن تشتري سلعة بثمن معلوم ثم توليها رجلًا آخر بذلك الثمن ، وتكون التولية مصدرًا » ، وقال القدوري في متنه « والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح ، ولا تصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل » . راجع : المتن للقدوري الباب السابق ص ٣٧ ، تحفة الفقهاء : « باب الإقالة والمرابحة » (١٠٥/٢) ، بدائع الصنائع (١٣٥/٥) ، لسان العرب ، مادة : « ولى » (٤٩٢٥/٦) ، التعريفات للجرجاني « باب التاء » ص ٧١ .

(٣) في (م) ، (ع) : [من هذا الوجه] ، بزيادة : [من] . والمساومة : المجاذبة بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها . راجع المسألة في : لسان العرب ، مادة « سوم » (٢١٧٥/٣) ، تحفة الفقهاء ، الباب السابق (١٠٥/٢) ، بدائع الصنائع (١٣٤/٥) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثامن ... » ص ٢٦٧ ، أنيس الفقهاء « باب البيع الفاسد » ص ٢١٠ .

(٤) الشفعة : هي تمليك البقعة جبرًا بما قام على المشتري بالشركة والجوار . راجع : التعريفات « باب الشين » ص ١٢٧ ، لسان العرب ، مادة : « شفع » (٢٢٨٩/٤ ، ٢٢٩٠) .

مسألة ٦٢٥

حكم لحوق العقد الحط من الثمن

١٢١٣٩ - قال أصحابنا : إذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن ، لحق الحط بالعقد ، فصار كأنه وجد حال العقد [1] ، فإذا أراد المشتري بيعه مرابحة باعه بما بقي [2] .

١٢١٤٠ - وقال الشافعي : الحط بعد لزوم العقد لا يلحق بالعقد ويكون [3] هبة مبتدأة ، وإن كان قبل لزوم العقد ، مثل أن يوجد في المجلس ، أو في مدة الخيار ، فإنه يلحق [4] .

١٢١٤١ - لنا : أنه حط لازم فلحق العقد ، كما لو كان في مدة الخيار .

ولأنهما يملكان الفسخ ، فحطهما يلحق بالعقد ، كخيار المجلس [5] .

١٢١٤٢ - ولا يلزم حط جميع الثمن ؛ لأنه ليس بحط ، وإنما هو إسقاط ؛ / ألا ترى : أن الحط ترك بعض الجملة .

١٢١٤٣ - ولأنهما دخلا في الحط ليسقط [6] من جملة الثمن ، ويكون ثمن [7] المبيع ما بقي مما أمكن إن لم يمضه على ما قصداه ، فلم يجز أن يحمل على غيره .

١٢١٤٤ - ولا يلزم إسقاط جميع الثمن ؛ لأنه لا يمكن إمضاؤه على ما قصداه ؛

---

(١) في (م) ، (ع) : [العقد] ، بدون : [الباء] .

(٢) قال زفر : يبيعه بالثمن الذي اشتراه من غير حطيطة . راجع المسألة في : روضة القضاء « كتاب البيوع » (٣٩٥/١) ، المسألة (٢٠٤٩) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع فصل : وأما الشرائط « فصل : وأما بيان رأس المال » (٢١٦/٥ ، ٢٢٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، الباب السابق (٥١٩/٧-٥٢١) ، مجمع الأنهر ، الباب السابق (٧٥/٢ ، ٧٦) ، الدر المختار مع رد المحتار ، الباب السابق (١٧٥/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [إلا بالعقد يكون] ، بزيادة : [إلا] وبدون الواو .

(٤) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع ، الباب السابق (١٣ ، ٥) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٢٩٣/٤) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (١٠/٩) . قال مالك ، مثل قول الحنفية : يلحق الحط بالعقد . راجع المسألة في : بداية المجتهد ، « الفصل الرابع في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها » (٢٠٧/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [كحال المجلس] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يسقط] ، بدون اللام .

(٧) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [ثمن] .

لأنه يؤدي إلى الفساد ولم يقصدا الفساد .

١٢١٤٥ - وكذلك لو حمل على هبة (١) مبتدأة .

١٢١٤٦ - وإذا ثبت أن الحط يلحق بالعقد ، فكأنه اشتراه بما بقي فيبيعه مرابحة على ذلك .

١٢١٤٧ - ولأنه حط بعض الثمن فوجب أن يحط في المرابحة ، فإنه يحط إذا وجد لعدم لزوم العقد (٢) ، كمالو قطعت يدها وأخذ الأرش .

١٢١٤٨ - احتجوا : بأنه حط بعد لزوم العقد ، فوجب أن لا يلحق كما لو حط كل الثمن .

١٢١٤٩ - قلنا : المعنى فيه : أنه لو لحق حط جميع الثمن أفسد العقد ، ولم يقصدا الفسخ ، فلم يجز أن يلزمهما ما لم يقصداه ، وحط بعض الثمن لا يفسد العقد ، فأمكن تبقيته (٣) على الوجه الذي قصداه ، فوجب أن نبقيه (٤) على ذلك .

١٢١٥٠ - ولأن حط جميع الثمن لو حصل قبل لزوم العقد (٥) لم يثبت في حق المرابحة ، كذلك بعد لزومه . وأما حط البعض فلو حصل قبل لزوم العقد اعتبر في حكم المرابحة ، كذلك بعد اللزوم .

* * *

---

(١) في (ص) : [ولذلك] ، مكان : [وكذلك] ، وفي (ع) : [هيئة] ، مكان : [هبة] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لزوم العقد فوجب أن لا يلحق] ، بزيادة : [فوجب إلخ] .

(٣) قوله : [لا يفسد العقد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش وفي (م) ، (ع) : [يبقيه] ، مكان : [تبقيته] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يبقيه] .

(٥) لفظ : [العقد] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٦٢٦

الحكم فيما إذا باع عينًا بثمن فلم يقبضه حتى اشتراها بثمن أقل

١٢١٥١ – قال أصحابنا : إذا باع عينًا بثمن فلم يقبضه حتى اشترى تلك العين بأقل منه ، لم يصح البيع الثاني .

فإن اشتراه بمثل الثمن الأول أو أكثر ؛ جاز [(١)] .

١٢١٥٢ – وهذا قول عائشة ، وابن عباس ، ومجاهد ، وعلقمة ، والشعبي ، والنخعي ، وسعيد بن المسيب ، وأبي بكر بن حزم ، وشريح ، والقاسم ، وسالم ، وسليمان بن يسار .

١٢١٥٣ – وقال الحسن ، وابن سيرين : لا يجوز الشراء بأقل قبل حلول الأجل .

١٢١٥٤ – وقال الثوري ، ومالك ، والحسن بن جبير : مثل قولنا [(٢)] .

١٢١٥٥ – وقال الشافعي : يجوز أن يشتريه كيف شاء [(٣)] .

---

(١) قال محمد في كتاب الحجة : « قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ : من اشترى سلعة بنقد أو بنسيئة فقبضها ولم ينقد الثمن حتى باعها من الذي اشتراها منه بأقل من الثمن فلا خير فيه ، فإن اشتراها بمثل ذلك الثمن إلى ذلك الأجل أو أقل من ذلك الأجل نسيئة فلا بأس به » . راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب البيوع » ، « باب المصراة وغيرها » ص٨٢ ، أحكام القرآن للجصاص (٤٦٦/١) ، روضة القضاة (٣٩٥/١) مسألة (٢٠٥٠) ، بدائع الصنائع (١٩٨/٥-١٩٩) ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية (٤٣٢/٦ - ٤٣٥) ، البناية مع الهداية (٢٢٩/٧-٢٣١) .

(٢) انظر : المغني لابن قدامة في « باب المصراة وغير ذلك » ، في « من باع سلعة بنسيئة » (١٩٣/٣ ، ١٩٤) ، وراجع مصنف عبد الرزاق في « باب الرجل يبيع السلعة ثم يريد اشتراءها بنقد » (١٨٧/٨ ، ١٨٨) ، الأثر (١٤٨٢٣-١٤٨٢٥) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم « كتاب البيوع » ، « باب بيع الآجال » (٧٨/٣ ، ٧٩) ، مختصر المزني « كتاب البيع » : « باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل من الثمن ص ٨٥ ، حلية العلماء « باب بيع المرابحة » (٢٨٧/٤ ، ٢٨٨) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب بيع المرابحة » (٣/١٣ ، ٤) ، المهذب نفس الباب (٢٨٨/٢) ، المدونة ، « كتاب الآجال » (١٨٢/٣) ، الرسالة الفقهية ، « باب في البيوع وما شاكل البيوع » ص ٢١٧ ، البناية مع الهداية ، « باب في بيوع الذرائع الربوية » (٢٢١/٧-٢٢٥) ، المقدمات الممهدات ، « كتاب بيوع الآجال » (٥٣/٢- ٥٥) ، وفي ذيل المدونة (١٩٧/٣ ، ١٩٨) ، التفريع لابن الجلاب ، « كتاب البيوع » ، « باب بيع الآجال والعينة » ، « فصل : بيع الآجال (١٦٣/٢) ، الجامع لأحكام القرآن للجصاص ، =

١٢١٥٦ - لنا : ما روي جرير بن حازم [١] ، وزهير بن معاوية [٢] « عن أبي إسحاق الهمداني عن امرأته -أم يونس- أنها حجت فدخلت على عائشة مع أم محبة أم ولد زيد بن أرقم الأنصاري ، فقالت لها أم محبة : يا أم المؤمنين أتعرفين زيد بن أرقم ، قالت : نعم ، قالت وإني بعته عبدًا إلي العطاء [٣] بثمانمائة درهم ، فاحتاج إلى ثمنه [٤] فاشتريته [منه] قبل محل الأجل [٥] بستمائة درهم ، فقالت : « بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ، أبلغي زيدًا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب ، قالت : فقلت [٦] : أرأيت إن تركت [المائتين] [٧] وأخذت الستمائة ؟ قالت : نعم ﴿ فَمَن جَآءَهُۥ

= سورة البقرة (٣٦١/٣) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الحادي عشر في بيوع الآجال « ص٢٧٥ ، ٢٧٦ ، الإفصاح « باب صورة بيع العينة » (٣٥٩/١) ، المغني ، في الباب السابق (١٩٣/٤ ، ١٩٤) .

(١) في (م) ، (ع) : [حرير بن هازم] ، وهو تصحيف ، والصواب ما أثبتناه . وهو جرير بن حازم بن زيد ابن عبد الله ، أبو النصر الأزدي البصري ، ثقة . قال البستي في مشاهير علماء الأمصار : « كان مولده سنة ثمان وثمانين ، وكان من الحفاظ المتقنين وأهل الورع في الدين مات سنة سبعين ومائة » ، وقال ابن عدي : « وهو مستقيم الحديث ، صالح فيه ، إلا في روايته عن قتادة فإنه يروي أشياء عن قتادة لا يرويها غيره » . راجع ترجمته في : تاريخ عثمان الدارمي ص٨٨ ، الترجمة (٢٢٠) ، تاريخ الثقات ص ٩٦ ، الترجمة (٢٠٤) ، الجرح والتعديل (٥٠٤/٢ ، ٥٠٥) ، الترجمة (٢٠٧٩) ، مشاهير علماء الأمصار ص ٢٥٠ ، الترجمة (١٢٥٥) ، الكامل (١٢٤/٢- ١٣٠) ، الترجمة (٣٣٣/٨) ، ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم ، (٩٥/١) الترجمة (١٧١) ، تقريب التهذيب (١٢٧/١) ، الترجمة (٥١) .

(٢) زهير بن معاوية بن خديج بن الرحيل ، أبو خيثمة الجعفي ، ثقة ثبت ، روي عن أبي إسحاق الهمداني ، وأبي الزبير ، « قال العجلي : « ثقة ثبت ، مأمون ، صاحب سنة واتباع ، وكان يحدث من كتابه وكان راوية عن أبي إسحاق السبيعي ، ويقول : إنه إنما سمع منه بآخرة ، وقال البستي : « مولده بالكوفة ، مات سنة أربع وسبعين ومائة ، وكان حافظًا متقنًا . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص ١٦٦ ، الترجمة (٤٦٥) ، الجرح والتعديل (٥٨٨/٣ ، ٥٨٩) الترجمة (٢٦٧٤) ، مشاهير علماء الأمصار ، في » ذكر مشاهير التابعين بالشام ص ١٩٤ ، الترجمة (١٤٨٢) ، ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم ص ١٤٣ ، الترجمة (٣٣٥) ، تقريب التهذيب (٢٦٥/١) ، الترجمة (٨٢) .

(٣) في جميع النسخ : [يومئذ عبد له العطاء] ، مكان : [بعته جارية لي إلى عطائه] ، وما أثبتناه من كتب الحديث . في رواية مالك ، وابن حزم : [عبدًا إلى العطاء] ، مكان : [جارية لي إلى عطائه] .

(٤) قوله : [فاحتاج إلى ثمنه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [محل آخر] وفي (ص) : [بحل آخر] ، والمثبت والزيادة من المدونة ، والمحلى بالآثار .

(٦) لفظ : [فقلت] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (ص) ، (م) : [إن تركتك] ، وفي (ع) : [أرأيتك إن تركه] ، والمثبت والزيادة من المدونة .

﴿مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ (١) .

١٢١٥٧ - وجه الدلالة من (٢) هذا الخبر : أن الصحابي إذا قال ما لا يدل عليه (٣) القياس حمل على التوقيف .

١٢١٥٨ - ولأن ما ذكروه مقدار من العقوبة ، ومقادير العقوبات إنما تعلم (٤) توقيفًا ، فكأنها روت عن النبي ﷺ ما ذكرت .

١٢١٥٩ - فإن قيل : أم يونس مجهولة (٥) .

١٢١٦٠ - قلنا : هذه امرأة معروفة ، وهي العالية بنت أيفع (٦) ، زوجها إمام من

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٧٥ .

(٢) في (ع) : [في] ، مكان : [من] .

(٣) في (ص) : [على] ، مكان : [عليه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يعلم] .

(٥) قال الدارقطني في المصدر السابق بعد أن أخرج الحديث : « أم محبة والعالية مجهولتان ، لا يحتج بهما » ، وحذا حذوه ابن حزم ، في المصدر السابق (٣٦٩/٧) . وأم محبة : هي امرأة أبي السفر ، وأم ولد لزيد بن أرقم . والعالية هي ابنة أيفع بن شراحيل ، زوجة أبي إسحاق الهمداني السبيعي الكوفي ، قال ابن سعد في الطبقات الكبرى : « العالية بنت أيفع بن شراحيل ، امرأة أبي إسحاق السبيعي ، دخلت على عائشة وسألتها وسمعت منها » ، وقال : « أخبرنا يحيى بن عباد ، حدثنا يونس بن أبي إسحاق ، عن أمه - العالية بنت أيفع ابن شراحيل- أنها حجت مع أم محبة فدخلتا على عائشة رضي الله عنها فسلمتا عليها ، وسألتاها ، وسمعتا منها ، قالت : ورأيت على عائشة درعا موردا وخمارا جيشانيا » . وقال عن أم محبة - امرأة أبي السفر - : « روت عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها ، وقال بعد أن روى حديثا من طريق أبي السفر عن امرأته ، عن عائشة رضي الله عنها : « أم محبة سألت ابن عباس ، وسمعت منه ، وروي عنها أبو إسحاق السبيعي » . في « النساء » ، في « تسمية النساء اللواتي لم يروين عن رسول الله ﷺ وروين عن أزواجه وغيرهن » (٣٥٧/٨ ، ٣٥٨) .

(٦) قال سبط ابن الجوزي في إيثار الإنصاف : « العالية : امرأة معروفة جليلة القدر ، روى عنها أبو حنيفة ، وسفيان ، والحسن بن صالح ، ومجاهد ، والشعبي ، وفقهاء الكوفة » . وقال ابن التركماني : « العالية معروفة ، روى عنها زوجها وابنها ، وهما إمامان . وذكرهما ابن حبان في الثقات من التابعين ، وذهب إلى حديثهما هذا : الثوري ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة وأصحابه ، ومالك ، وابن حنبل ، والحسن بن صالح ، وروي عن الشعبي والحكم وحماد ، فمنعوا ذلك ، كذا في الاستذكار » . راجع : إيثار الإنصاف في آثار الخلاف ص٣٠١ ، ٣٠٢ ، الجوهر النقي ، في ذيل السنن الكبرى (٣٣٠/٥ ، ٣٣١) ، نصب الراية (١٦/٤) ، وبسط السيد مهدي حسن الكيلاني في الرد على الدارقطني وابن حزم ، مستندًا بأقوال العلماء في ذلك ، في تعليقه لكتاب الحجة ، في الباب السابق (٧٤٧/٢ - ٧٥٣) .

أئمة المسلمين ، وهو أبو إسحاق السبيعي [(١)] ، وابنها يونس [(٢)] ممن قبلت روايته ، وروي عن أبي بردة ، عن أبي موسى ، ومجاهد ، والسبيعي .

١٢١٦١ – وابنا ابنها : إسرائيل [(٣)] بن يونس ، ومنزلته معروفة ، فروى عن جده ، عن غيره ، والآخر : عيسى بن يونس [(٤)] ، وهو حجة في الرواية ، وقد كان ابن عيينة يعظمه ، وإذا رآه قال : مرحبًا بالفقيه ابن الفقيه [(٥)] .

١٢١٦٢ – ثم قد روى هذا الخبر عنها : زوجها أبو إسحاق وابنها [(٦)] يونس ، وعمل به أئمة بلدها [(٧)] : أبو حنيفة ، وأصحابه ، وسفيان الثوري ، والحسن بن صالح ، مع

---

(١) أبو اسحاق : هو عمرو بن عبد الله بن أبي شعيرة الهمداني ، أبو إسحاق السبيعي الكوفي ، تابعي ، ثقة . قال الذهبي : « من أئمة التابعين بالكوفة وأثباتهم ، إلا أنه شاخ ونسي ، روى عن علي بن أبي طالب ، وابن عمر ، وابن عباس ، وغيرهم من الصحابة ﷺ » . قال العجلي : « وروى أبو إسحاق السبيعي عن ثمانية وثلاثين من أصحاب النبي ﷺ » ، مات سنة سبع وعشرين ومائة وقيل : تسع وعشرين . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص٣٦٦ ، الترجمة (١٢٧٢) ، الجرح والتعديل (٢٤٢/٦ ، ٢٤٣) ، الترجمة (١٣٤٧) ، مشاهير علماء الأمصار ص١٨٨ ، الترجمة (٨٤٧) ، ميزان الاعتدال (٢٧٠/٣) ، الترجمة (٦٣٩٣) ، تقريب التهذيب (٧٣/٢) ، الترجمة (٦٢٣) .

(٢) يونس بن أبي إسحاق ، أبو إسرائيل الكوفي ، ثقة ، وثقه يحيى بن معين وغيره ، وقال أبو حاتم : صدوق لا يحتج بحديثه ، وقال الذهبي : صدوق ما به بأس ، مات سنة تسع وخمسين ومائة ، وهو في التسعين إن لم يكن تجاوزها . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص٤٨٦ ، الترجمة (١٨٨٠) ، الجرح والتعديل (٢٤٣/٩ ، ٢٤٤) ، الترجمة (١٠٢٤) ، مشاهير علماء الأمصار ص٢٦٥ ، الترجمة (١٣٣٥) ، ميزان الاعتدال (٤٨٢/٤ ، ٤٨٣) ، الترجمة (٩٩١٤) ، تقريب التهذيب (٣٨٤/٢) ، الترجمة (٤٧١) .

(٣) وإسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق ، أبو يوسف الكوفي ، ثقة ، وثقه يحيى بن معين ، قال أحمد بن حنبل : إسرائيل كان ثقة ، وقال أبو حاتم : ثقة ، متقن ، من أتقن أصحاب أبي إسحاق ، وقال ابن حجر : ثقة ، تُكلم فيه بلا حجة ، مات سنة ستين ومائة . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص٦٣ ، الترجمة (٧٧) ، الجرح والتعديل (٣٣٠/٢ ، ٣٣١) ، الترجمة (١٢٥٨) ، مشاهير علماء الأمصار ص٢٦٧ ، الترجمة (١٣٤٣) ، تقريب التهذيب (٦٤/١) ، الترجمة (٤٦٠) .

(٤) وعيسى بن يونس بن أبي إسحاق ، أبو عمرو الكوفي ، سكن الشام ، ثقة ثبت ، قال ابن المديني : ثقة مأمون ، وقال أبو زرعة : حافظ ، وقال أحمد بن حنبل : مثل عيسى بن يونس لا يسأل عنه ، مات سنة تسع وثمانين ومائة . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص٣٨٠ ، الجرح والتعديل ٢٩١/٦ ، ٢٩٢ ت (١٦١٨) ، مشاهير علماء الامصار ص٢٩٥ ت (١٤٨٧) ، ميزان الاعتدال (٣٢٨/٤) ت (٦٦٢٩) ، تقريب التهذيب (١٠٣/٢) ، ت (٩٣٣) .

(٥) قوله : [ابن الفقيه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) : [وإنها] ، مكان : [وابنها] . (٧) في (ع) : [بلادها] .

علمهم بأهل بلدهم وأحوالهم ، وهذا تعديل لها وقبول لروايتها (١) .

١٢١٦٣ - وقد قبل أهل المدينة حديث حميدة (٢) بنت عبيد بن رفاعة ، عن جدتها أسماء [قالت] : « إنا نحرنا (٣) فرسًا على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه (٤) » .

وكل واحدة من هاتين غير معروفة بنقل الحديث وليس لهما حظ هاتين من الشهرة .

١٢١٦٤ - فإن قيل : لا يخلو (٥) أن زيد بن أرقم علم هذا التوقيف أو لم يعلم ، ولا يجوز أنه يعلمه ويقدم على النهي (٦) ، وإذا كان لا يعلمه لم يجز أن يبطل خياره ، فكيف يصح هذا الخبر (٧) ؟ .

١٢١٦٥ - قلنا : قولها : « أبلغي زيد بن أرقم أن الله أبطل جهاده إن لم يتب » بعد هذا التسامع ، فكأنها أقامت الحجة عليه في الذي نبهت إليه ، وهو إبطال الجهاد (٨) بترك التوبة بعد العلم .

١٢١٦٦ - فإن قيل : زيد بن أرقم مخالف لعائشة (٩) ، وكذلك ابن عمر (١٠) .

١٢١٦٧ - قلنا : لم نحتج بقولها ، وإنما احتججنا (١١) بما دل على قولها من

---

(١) قال الذهبي : « وما علمت في النساء من اتهمت ولا من تركوها » ، انظر : ميزان الاعتدال « فصل في النسوة المجهولات » (٦٠٤/٤) .

(٢) في (ع) : [محميدة] وهي : حميدة بنت عبيد بن رفاعة الأنصارية المدنية ، زوجة إسحاق بن أبي طلحة مقبولة ، هكذا في تقريب التهذيب في « باب في النساء » (٥٩٥/٢) . الترجمة (١٤) .

(٣) في (ص) : [انتحرنا] ، والزيادة أثبتناها لمقتضى السياق .

(٤) لم نقف على هذا الحديث من طريق حميدة بنت عبيد . راجع تخريج متنه في : تلخيص الحبير « كتاب الأطعمة » (١٥٠/٤) ، الحديث (١٩٩١) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (٣١٢/٦ ، ٣١٣) ، الحديث (١١٩٢) ، والمنتقى من أحاديث الأحكام ص ٧٥٤ ، الحديث (٤٥٦٠ ، ٤٥٦١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يخلو] ، مكان : [لا يخلو] .

(٦) في هامش (ص) : [نظير] ، مكان : [يجوز] من نسخة أخرى ، وفي (م) ، (ع) : [ولا نظير له بعلمه ويقدم على النهي] ، مكان المثبت .

(٧) في (ص) ، (م) : [هذه الخبرة] .

(٨) لفظ : [إليه] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ع) : « هذا » ، مكان : « جهاد » .

(٩) في (م) ، (ع) : [يخالف لفسانه] ، بدون نقط والثاني .

(١٠) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٨٦/٨ ، ١٨٧) ، الآثار (١٤٨١٨-١٤٨٢٠ ، ١٤٨٢٢) ، وأخرج البيهقي رواية ابن عمر وابن سيرين (٣٣١/٥) .

(١١) في (م) : [لم يحتج] ، مكان : [لم نحتج] ، وفي (م) ، (ع) : [احتججت] .

التوقيف [١] .

١٢١٦٨ - فإن قيل : لو كان عندها في ذلك أمر لروته في [٢] طول عمرها ، كما روت غيره مما سمعته من رسول الله ﷺ .

١٢١٦٩ - قالوا : وقد كانوا [٣] يروون عنه الحوادث ، وهذا القول رواية منها ؛ لأن إبطال الجهاد أمر لا يعلمه إلا النبي ﷺ ، كأنها [٤] قالت : قال النبي ﷺ : من عقد هذا العقد يبطل جهاده .

١٢١٧٠ - فإن قيل : قد كانوا يذكرون مثل هذا في مسائل الاجتهاد تعظيمًا ، كما قال ابن عباس في الجد » : ألا يتقي الله [٥] زيد بن ثابت » ، وقال في العول [٦] : « من شاء باهلته أن الله لم يجعل في المال نصفًا ونصفًا وثلثًا » [٧]

١٢١٧١ - وقال عليٌّ : « من سره أن يتقحم جراثيم [٨] جهنم فليقض بين الجد والإخوة [٩] » .

١٢١٧٢ - قلنا : هذا لا يشبه ما ذكرنا ؛ لأن ابن عباس [قال] : « ألا يتقي الله » لبشر بن عبد [١٠] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [التوقف] .

(٢) في (م) : [نظرة] ، وفي (ع) : [نظيرة] ، مكان : [نظر] ، ولفظ : [في] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [قد كانوا] ، بدون العطف . (٤) قوله : [كأنها] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (ص) : [ألا ينقر] بدون نقط : وفي (م) : [في الحد الأسفر] ، وفي (ع) : [في الحدق ألا يتقي] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) في (ص) : [العدل] ، وفي (م) ، (ع) : [العزل] ، مكان : [العول] .

(٧) لم نقف على هذا الأثر بهذا اللفظ ، وقد ذكره الجصاص في أحكام القرآن بلفظ قريب ، سورة النساء « باب العول » (٩١/٢) ، وأخرجه سعيد بن منصور في كتاب السنن « باب العول » بمعناه (٦١/١) ، الأثر (٣٦) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الفرائض » ، « باب العول في الفرائض » (٢٥٣/٦)

(٨) في جميع النسخ : [أن يقتحم] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٩) هذا الأثر رواه عبد الرزاق في المصنف : ، كتاب الفرائض « باب فرض الجد » (٢٦٢/١٠ ، ٢٦٣) ، الأثر (١٩٠٤٨) ، وسعيد بن منصور في كتاب السنن « باب قول عمر في الجد » (٦٦/١) ، والدارمي في السنن « كتاب الفرائض » « باب الجد » (٣٥٢/٢) ، والبيهقي في الكبري ، « كتاب الفرائض » « باب الجد مع الإخوة وللأب والأم ... » (٢٤٥/٦ ، ٢٤٦) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الفرائض » ، في اختلافهم في أمر الجد » (٣٦٣/٧) الأثر (٤ ، ٨) .

(١٠) ما بين المعكوفتين زيادة يقتضيها السياق ، وفي (ص) : [سر] بدون نقط ، وفي غيرها : [بَشر] طبقا لما أثبتناه ، ولم نقف على هذا الأثر بعد .

١٢١٧٣ - وإنما [1] معناه : ألا يتقي اللّه ويبالغ في النظر والاجتهاد ، ولا يترك هذا الطريق الظاهر من أن أبا الأب ، كابن الابن .

١٢١٧٤ - وقول ابن عباس صحيح ، فإن اللّه تعالى لم يجعل في مال واحد ، نصفًا ونصفًا وثلثًا ، وإنا أثبتنا [2] المضاربة فيه بهذه السهام ، فموضع المباهلة ليس هو موضع الاجتهاد ، وإلا أنكر على من قال : إن القول منصوص عليه .

وقول عليٍّ ﷺ : محمول على من حكم [3] بين الجد والإخوة بغير علم ، بدلالة : أنه حكم بينهما مع هذا القول ، لا يجوز أنه [4] نظر به ، أنه فعل ما ذكر [5] .

١٢١٧٥ - فإن قيل : عائشة رَضِيَ اللّهُ عَنْهَا أنكرت [6] العَقْدَيْن فقالت : « بئس ما شريت ، وبئس ما اشتريت » .

١٢١٧٦ - قلنا : بل أنكرت الثاني : لأن شريت واشتريت بمعنى واحد ، وقد تكرر [7] العرب المعنى الواحد بلفظين تأكيدًا ، وتعطف [8] أحدهما على الآخر .

١٢١٧٧ - ولأن الثاني غير الأول في اللفظ وإن كان إياه في المعنى ؛ قال اللّه تعالى : ﴿ إِنَّ عَلَيْنَا جَمْعَهُۥ وَقُرْءَانَهُۥ ﴾ [9] ، والقرآن هو الجمع .

وأنشد .

فَقَدَّدَتِ الأَدِيمَ [لِراهِشَيهِ] وأَلْفَى قَولَها كَذِبًا وَمَينا [10]

١٢١٧٨ - والدليل على ذلك من الخبر : أنها قالت : « أرأيت [11] إن تركته -

---

(١) لفظ : [وإنما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) لفظ : [وإنا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي جميع النسخ : [أثبت] تصويبه إما : [نثبت] ، أو [أثبتنا] ، وهذا مقتضى السياق .

(٣) لفظ : [على] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [وهو قول محموله] ، مكان : [وقول على محمول على من حكم] .

(٤) في (ع) : [بهذا] ، مكان : [مع هذا] ، [وإن] ، مكان : [أنه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [أنكر] ، مكان : [ذكر] .

(٦) في (ص) : [أنكر] .

(٧) في (م) : [نكرت] ، وفي (ع) : [ذكرت] .

(٨) في (م) ، (ع) : [أو] بعطف .

(٩) سورة القيامة : الآية ١٧ ، ١٨ .

(١٠) نسب في اللسان إلى عدى بن زيد مادة (مين) (٤٣١١/٦) وفي الأصل : [شين] بدون إعجام بدلًا من لراهشيها والمثبت من اللسان .

(١١) في (ع) : [أرأيته] .

يعني : العبد- وأخذت الستمائة » ، فتلت الآية ؛ فلو كان الإنكار (١) على العقدين لم يجز أن تمتنع ؛ لأن (٢) الأول إذا صار سببًا للثاني استويا في اللفظ ، كقوله تعالى : ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ ﴾ (٣) .

١٢١٧٩ - فإن قيل : إنما أنكرت عائشة العقدين ؛ لأن الأول كان إلى العطاء ، وهو بيع فاسد ، والثاني أيضًا (٤) .

١٢١٨٠ - قلنا : البيع إلى العطاء جوزه على بن أبي طالب ، وعائشة ، وابن عمر رضي الله عنهما ، فكيف يبطل به الجهاد ؟ وكيف يصح ذلك ، وقد جوزت تبقية العقد الأول لما سألتها (٥) عن رد العبد وأخذ الستمائة ؟ .

١٢١٨١ - قلنا : لأنه لو كان (٦) الأمر كما قالوا كان البيع الثاني فسخًا للأول ، ولم يجز بنفسه .

١٢١٨٢ - ويدل عليه : ما روي عن ابن عباس ، أنه سئل عمن باع حريرة (٧) بمائة نَسَاءً ، ثم اشتراها بخمسين نقدًا ؟ (٨) ، فقال : المائة بخمسين ، والحريرة أدخلت بينهما الربا (٩) » .

والربا اسم شرعي لا يعلم إلا من جهة التوقيف ، فإذا قاله (١٠) الصحابي حمل على أنه رواه عن النبي ﷺ فإن البيع من الأعيان يستعمل على مبيع وثمن ، وإذا كان لعدم قبض المبيع تأثير في المنع من التصرف (١١) [فيه ، كذلك عدم قبض الثمن جاز أن

---

(١) في (م) ، (ع) : [يعني الستمائة] ، بزيادة [يعني] ، وفي (م) ، (ع) : [قبل الآية] ، مكان : [فتلت الآية] ، وفي (ص) بدون نقط وفي (م) ، (ع) : [الإمكان] ، مكان : [الإنكار] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يمتنع] ، وفي (ص) : بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه ، ولفظ : [لأن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) سورة الشورى : الآية ٤٠ .

(٤) في (م) ، (ع) : [أيضًا منا] ، بزيادة : [منا] .

(٥) في (م) : [ببقية] ، مكان : [تبقية] وفي (ص) ، (م) : [سألها] ، مكان : [سألتها] .

(٦) في (ص) : [ولأنه] ، بزيادة الواو ، وفي (م) ، (ع) : [ولو كان] ، بالعطف .

(٧) في (ع) : [حريزة] ، بالزاء المعجمة .

(٨) في (م) ، (ع) : [هذا] ، مكان : [نقدًا] .

(٩) في (م) ، (ع) : [دخلت] ، مكان : [أدخلت] . لم نقف على هذا الأثر بهذا اللفظ بعد ، وقد ذكر ابن التركماني في التعقيب على البيهقي في الجوهر النقي ، بذيل السنن الكبرى (٣٣١/٥) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [قال] ، مكان : [قاله] .

(١١) في (ص) ، (م) : [التفرق] ، مكان : [التصرف] .

يكون له تأثير في المنع من التصرف] [1] في المبيع .

١٢١٨٣ - وتحريره : أنه أحد [2] العوضين في بيوع الأعيان ، فجاز أن يكون لعدم قبضه تأثير في منع التصرف في البيع . أصله : المبيع ، وإذا باع عينًا بعين .

١٢١٨٤ - ولا يلزم عند التسليم ؛ لأنا قلنا : بيع [3] الأعيان ، ولا يمكن القول بموجبه من التصرف ؛ لأنه من عقود الأثمان .

ولا يقال : بموجبه إذا باع عينًا بعين ؛ لأن كل واحد من العوضين مبيع .

١٢١٨٥ - وقولنا : « فكان لعدم قبضه تأثير في التصرف في المبيع » يقتضي : أن يكون أحد العوضين مبيعًا .

١٢١٨٦ - ولأنه اشترى ما باعه قبل نقد الثمن بأقل منه ؛ فلم يجز ، أصله : العقار .

١٢١٨٧ - ولأنه عقد إن [4] وقع على العقار قبل القبض [لم يصح ، فكذا إذا [5] وقع على العروض قبل القبض] [6] ، أصله : إذا باع بشرط فاسد .

١٢١٨٨ - ولأنه سبب يرجع به جميع ما تناوله العقد الأول إلى البائع قبل استيفاء أحكامه ، فلم يجز بأقل من الثمن الأول ، أصله : هلاك المبيع .

١٢١٨٩ - ولأنه عقد على ما تناوله البيع الأول عقدًا يقصد به المسامحة ، فيكره فيه الخطأ قبل قبض الثمن ، أصله : الإقالة [7] .

١٢١٩٠ - ولأن ما لم يقبض منه ؛ لم يجز بيعه من بائعه بأقل منه ، أصله : إذا ابتاع دراهم بدنانير ، وقبضها ولم يقبض الدنانير لم يجز بيع الدراهم منه بأقل .

---

(١) ما بين القوسين مكرر في (م) ، (ع) .

(٢) في (م) : [وتحرره أنه أخذ] ، وفي (ع) : [وتحريره أنه أخذ] .

(٣) في (م) ، (ع) : [إنما قلنا مع] ، مكان : [لأنا قلنا بيع] .

(٤) لفظ : [إن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) قوله : [فكذا] ساقط من (م) ، (ع) ، وفيهما : [فإذا] ، مكان : [إذا] .

(٦) ما بين القوسين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) الإقالة : مشتق من القيل ، فسخ البيع ورفعه ، وفي النهاية : أقال يُقيل إقالة : إذا فسخ البيع وعاد المبيع إلى مالكه والثمن إلى المشتري . راجع : تحفة الفقهاء « باب الإقالة والمرابحة » (١١٠/٢ ، ١١١) ، النهاية ، « باب القاف مع الباء » (١٣٤/٤) ، البناية مع الهداية « باب الإقالة (٢٩١/٧) ، المغني (١٣٥/٤ ، ١٣٦) .

١٢١٩١ - ولأنه إذا سلم المبيع فقد صار المبيع والثمن [١] من ضمان المشتري ، وإذا اشترى المبيع ببعض / الثمن الذي في الذمة فقد استفاد ربحا منها لم يضمنه ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن [٢] ، ولهذا لو باعه بمثل الثمن جاز لأنه لم يستفد بالعقد ربحًا .

٤٣

١٢١٩٢ - ولا يلزم : إذا باعه المشتري فاشتراه البائع الأول من المبتاع الثاني ؛ لأنه يضمن الثمن بالعقد فيستفيد ربح ما ضمن .

١٢١٩٣ - ولأن الربح لم يحصل له ، الجواز أن يهلك ما في ذمة الأول .

١٢١٩٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [٣] ، وقال عليه [الصلاة] والسلام : « وإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » [٤] .

١٢١٩٥ - والجواب : أن هذا يدل على جواز البيع في الجملة .

١٢١٩٦ - ونهيه عليه [الصلاة] والسلام عن ربح ما لم يضمن بيان لأحوال جواز البيع ، وكذلك خبر عائشة رضي الله عنها ، فيستعمل كل واحد منهما ، وهذا إلزام على أصلهم في قضاء الخاص [٥] على العام .

١٢١٩٧ - قالوا : كل مبتاع [٦] لو باع متاعه من غير بائعه بثمن صح ، فإذا باعه من بائعه [٧] بذلك الثمن صح ، كما لو كان بعد القبض [٨] .

١٢١٩٨ - قلنا : يبطل على أصلكم بالمسلم إذا اشترى من الكافر عبدًا مسلمًا ، أو مصحفًا يجوز بيعه من غير بائعه ، ولا يجوز بيعه من بائعه .

١٢١٩٩ - ولأن بعد [٩] التقابض تبين فيه أحكام العقد للأول ، وقبل

---

(١) لفظ : [الثمن] ساقط من (م) ، (ع) . (٢) تقدم تخريجه في مسألة (٥٩٩) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٧٥ .

(٤) أخرجه مسلم بلفظ : « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد » ، في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا » (٦٩٢/١) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٢٤/٣) ، الحديث (٢٨) .

(٥) في (م) ، (ع) : [في القضا والخاص] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [كل واحد منهما مبتاع] ، مكان : [كل مبتاع] .

(٧) قوله : [فإذا باعه من بائعه] ساقط من (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [كما لو قال بعد التقابض] ، مكان المثبت ، قاعدة : « كل مبتاع لو باع متاعه من غير بائعه بثمن صح ، فإذا باعه من بائعه بذلك الثمن صح ، كما لو كان بعد القبض » .

(٩) لفظ : [بعد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

القبض[1] لم يستوف الأحكام ، وحكم الأمرين مختلف في باب التصرف ؛ الدليل عليه : قبض المبيع .

١٢٢٠٠ – قالوا : كل ما لو باعه بمثل ذلك الثمن قبل القبض صح . أصله : إذا كان بمثل الثمن .

١٢٢٠١ – قلنا : البيوع بمثل الثمن لا يقصد به الاستفضال ، [وبأقل يقصد به الاستفضال] [2] ، والفضل فيما لم يضمنه ، فيحرم [3] ، فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر .

١٢٢٠٢ – فإن جعلوا أصل العلة : إذا اشتراه بعوض ؛ فالمعنى فيه : أن العوض مضمون عليه ، ويحصل له [4] العوض فيما ضمنه ، وإذا اشترى بثمن صار قصاصًا بما في الذمة فيكون ربح ما لم يضمن .

١٢٢٠٣ – قالوا : كل واحد من العقدين [5] منفرد عن الآخر ، يحتاج إلى إيجاب وقبول وتراضٍ ؛ فوجب أن لا يُبْنى أحد العقدين على الآخر .

١٢٢٠٤ – قلنا : هذا يبطل بالإقالة ، ولا تفتقر [6] إلى إيجاب وقبول ، وتبني [7] على العقد الأول ، ولا تصح بأكثر مما سمي [8] فيه من الثمن ، فكذلك ههنا لمن قصد العقدين بقصد واحد .

١٢٢٠٥ – قالوا : لو كان المنع من العقد الثاني للربا ؛ لوجب إذا باعه بأكثر من الثمن الأول ، ولا يجوز ؛ لأن الربا لا يجوز بالزيادة ولا بالنقصان [9] .

١٢٢٠٦ – قلنا : إذا باع بمثل الثمن أو زيادة فلم يقصد بالعقدين مقصدَ [10] عقد

---

(١) في (م) ، (ع) : [التقابض] .

(٢) في (م) : [الاستفصال] ، بالصاد المهملة في المكانين ، وفي (ص) : [مقصد] ، مكان : [يقصد] ، وما بين القوسين ساقط من (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فيحرمه] ، بزيادة الهاء .

(٤) في (ص) ، (م) : [مضمونًا] ، مكان : [مضمون] وفي (م) ، (ع) : [عليه بالمبيع يحصل له] ، بزيادة : [بالمبيع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [العقد] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلا يفتقر] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ويبني] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولا يصح بأكثر مما يسمي] مكان المثبت .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا النقصان] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [المثل] ، مكان : [بمثل] ، وفي (ع) : [فلا يقصد] ، مكان : [فلم يقصد] ، ولفظ : [مقصد] ساقط من (م) ، (ع) .

واحد ، بدلالة : أن الإنسان لا يبيع الشيء بثمن [١] ويبتاعه بأكثر منه وهذا الغرض غرضه [٢] ابتداءً فلذلك لم يجز .

١٢٢٠٧ – فإن قيل : من أصلكم : أن من باع من رجل تمرًا رديئًا بتمر ثم اشترى بذلك التمر تمرًا جيدًا ثم أولى [٣] منه جاز ، وإن كان هذا لا يجوز أن يكون غرضه ابتداءً ، ولم تجعلوا [٤] العقدين كالعقد الواحد .

١٢٢٠٨ – قلنا : هناك لا يجوز إلا بعد قبض الثمن فيستوفي حقوق العقد الأول ، ولا شيء للثاني عليه ، وإن كان غرضه النقصان ابتداءً ؛ لأنه إن قصد مقصد عقد واحد لم تكمل [٥] أحكام العقد الأول .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لا يمنع أكثر بثمن] ، مكان : [لا يبيع الشيء بثمن] .

(٢) في (ص) : [عرضه] ، بالعين المهملة .

(٣) في (ع) : [أدلى] .

(٤) في (ص) : [عرضه] ، بالعين المهملة ، مكان : [غرضه] ، بالمعجمة وفي (م) ، (ع) : [ولم يجعلوا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بقصد] ، مكان : [مقصد] ، وفي (م) : [لم يكمل] مكان المثبت .

مسألة ٦٢٧

ما الحكم لو ابتاع ثوبا بعشرة ، فباعه بخمسة عشر ، ثم اشتراه بعشرة فأراد أن يبيعه مرابحة ؟

١٢٢٠٩ - قال أبو حنيفة : إذا ابتاع ثوبًا بعشرة ، فباعه بخمسة عشر ، ثم اشتراه بعشرة ، فأراد أن يبيعه [(١)] مرابحة : باعه على خمسة ، أو يبيعه مساومة .

فإذا باعه بعشرين ، ثم [(٢)] اشتراه بعشرة : لم يجز أن يبيعه مرابحة ؛ لأنه يحط الأرباح من الثمن .

١٢٢١٠ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : يبيعه على جميع الثمن [(٣)] ، وبه قال الشافعي [(٤)] .

١٢٢١١ - لنا : أن المرابحة [(٥)] تجمع فيها العقود ويكون رأس المال ما اجتمع ، بدلالة : أنه يبتاع الثوب ويستأجر من يقصره ويطرزه [(٦)] ويضم ذلك إلى رأس المال ، ومتى ضممت [(٧)] العقود في مسألتنا : كان رأس المال خمسة ، فوجب أن يبيعه على ذلك .

١٢٢١٢ - ولأن هناك تجمع [(٨)] العقود في ملك واحد ، وههنا الجمع في ملكين ؛ لأن عندنا يجمع بين ملكين ، بدلالة : أن من ابتاع من أبيه أو ابنه أو مكاتبه ، لا يبيعه مرابحةً حتى يحط عن الثمن ما ربحه البائع .

١٢٢١٣ - ولهذا قالوا : لو أنه اشترى بثمن فغلب العدو على المبيع ، ثم اشتراه رجل منهم وأخذه المشتري بالثمن باعه المشتري مرابحة بالثمنين وجمع أحد العقدين إلى الآخر ، وإن كان ذلك في ملكين .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن يجعله] ، مكان : [أن يبيعه] .

(٢) قوله : [باعه بعشرين ثم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) يعني عندهما : يبيعه مرابحة على الثمن الأخير - وهو العشرة في الصورتين - مطلقًا ، سواء استغرق الربح الثمن ، كما في الثانية ، أولا ، كما في الأولى . راجع المسألة في : روضة القضاة (٣٩٦/١) ، المسألة (٢٠٥١) ، بدائع الصنائع (٢٢٤/٥ ، ٢٢٥) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٥٠١/٦) وما بعدها ، البناية مع الهداية (٣٠٩/٧) وما بعدها ، مجمع الأنهر (٧٠/٢ ، ٧١) ، الدر المختار مع رد المحتار (١٦٣/٤) .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع ، الباب السابق (٦/١٣ ، ٧) ، حلية العلماء (٢٩٦/٤) ، فتح العزيز بذيل المجموع (١٠/٩) ، المدونة (٢٤٩/٣) ، المغني (٢٠٥/٤) ، الكافي (٩٧/٢) .

(٥) قوله : [أن المرابحة] ساقط من (م) ، (ع) .   (٦) في (م) ، (ع) : [ويطوره] .

(٧) في (ص) : [صممت] ، بالصاد المهملة .   (٨) في (م) : [يجمع] .

١٢٢١٤ - ولأنه سلم إليه مالا (١) في مقابلة جزء من المبيع ، فلم يجز له بيعه مرابحةً بجميع الثمن ما لم يبين (٢) ، أصله : إذا قطعت (٣) يدها وأخذ الأرش .

١٢٢١٥ - ولا يلزم : إذا باعه بعرض ؛ لأن محمدًا قال في المضاربة : إنه (٤) يبيعه مرابحةً في قياس قول أبي حنيفة ، وأصحابه يقولون (٥) : يجب أن لا يبيعه حتى يتبين .

١٢٢١٦ - ولأن المقصود من البيع نوعان : الربح ، والنماء من عينه ، مثل : الولد ، والثمر ، والغلة ، واللبن ، فإن كان سلامة أحدهما يجوز أن تؤثر (٦) في بيع المرابحة ، كذلك الآخر .

١٢٢١٧ - ولا يلزم : العلة (٧) ؛ لأن المبطل في الجملة النماء .

١٢٢١٨ - ولأنه لما باعه ابتداءً وربّحه فلم يستقر الربح لجواز أن يرد عليه بعيب ، فإذا ابتاعه استفاد بالعقد الثاني المبيع واستقرار الربح في العقد الأول ، فلم يجز بيع أحدهما مرابحة بجميع الثمن من غير بيان ، كما لو اشتري شيئين .

١٢٢١٩ - احتجوا : بأنه لا يحتسب له بالخسران فيه فلا يحتسب عليه بالربح من غير هذه السلعة . ومعنى هذا : أنه لو باعها أولًا بخمسة ثم اشتراها بعشرة لم يبعها مرابحةً على خمسة عشر .

١٢٢٢٠ - الجواب : أنا نسقط الربح لدفع القيمة كالبائع ؛ لأن المشتري إذا علم أن (٨) يكون ابتياعه لها بثمن ناقص ويبيعها بزائد ارتاب (٩) وضم الخسارة فيه تهمة ، فلذلك لم يضم .

١٢٢٢١ - ثم أصلهم يتبع آخر ، والمعنى فيه : أنه لو سلم منه النماء الذي هو الولد [لم يعتد به في بيع غيره ، فكذلك الربح والمبيع الواحد لو سلم منه الولد] (١٠) أثر في

---

(١) لفظ : [مالا] ساقط من (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [ما لم يتبين] .
(٣) في (م) ، (ع) : [إذا قطع قاطع] ، مكان : [إذا قطعت] .
(٤) في (ع) : [إن] ، بدون الضمير . (٥) في (ص) : [يقول] .
(٦) لفظ : [والغلة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [أن يؤثر] .
(٧) في (م) ، (ع) : [العلة] بالعين المهملة ، وفي (ص) : [الغلة] بالمعجمة .
(٨) في (م) ، (ع) : [إنه] ، مكان : [أن] .
(٩) في (م) ، (ع) : [أرباب] .
(١٠) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، إلا أن : [منه لولد] غير واضح ، وفي (م) ، (ع) : [أثر فيه في منع] ، بزيادة : [فيه] .
تعقيب : اندفع القدوري إلى تصوير الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه والشافعي بمنهجه الجدلي الذي يهدف إلى إفحام مناظره وحشد كل الأدلة ورد كل الاعتراضات المحتملة ، وهو لهذا لا يبحث عن حل وسط يحقق المصلحة =

منع المرابحة ، كذلك الربح يجوز أن يؤثر .

١٢٢٢٢ - قالوا : أبو حنيفة أمر بالكذب ، فإنه إذا قال [(١)] : اشتريتها بخمسة كان كاذبًا ، وإن قال : قامت عليَّ بخمسة كان كاذبًا .

١٢٢٢٣ - قلنا : أبو حنيفة يرى القياس في هذه المسألة لضرب من الدرع [(٢)] ، وجعل العقدين كالعقد الواحد ، فكيف يأمر بالكذب ؟ ، وهو إذا قال : ابتعتها [(٣)] مرابحةً على المشتري فلم يجز بواحد من الأمرين فهو صادق ، وإن تبين حقيقة المال ، فيقول : ابتعتها بعشرة وبعتها بخمسة عشر وابتعتها [(٤)] بعشرة ، فيجوز أن يبيع مرابحةً على غيره بعد بيان الحال ، وإن قال : قامت [(٥)] عليَّ بخمسة يريد به في مجموع العقدين ، كان صادقًا .

١٢٢٢٤ - قالوا : لو : [(٦)] باعها في العقد الأول بعشرين ، ثم اشتراها بعشرة ، لم يجز أن يبيعها مرابحة عندكم ، ولا مانع من ذلك .

١٢٢٢٥ - قلنا : المانع أن المشتري إذا تبين [(٧)] له الأمر اتهم المبتاع أن يكون وقف من حال السلعة على معنى إذا أظهره ابتاعها بقليل الثمن ، وإذا أخفى زاد ثمنها [(٨)] فلا يمكن حط ربح الأول ؛ لأنه لم يتيقن بثمن .

١٢٢٢٦ - فقلنا : تبين الحال فيبيعها [(٩)] مرابحةً ويبيعها مساومةً ، كما أنه إذا ابتاع من مكاتبه لم يجز أن يبيعه مرابحةً إلا بعد البيان ، وكذلك إذا أثمرت النخلة فأكل ثمرها لم يجز بيعها مرابحةً حتى يبين [(١٠)] .

= ويوفر الثقة بين المتعاملين بالمرابحة ، وإلا لفطن إلى أن الواجب على البائع بالمرابحة في هذه المسألة أن يذكر للمشترى تاريخ تعامله في السلعة المبيعة ، شراء وبيعا وشراء ثانيا ، بما يحقق الهدف العلمي الذي أراده الفقهاء ، وهو توفير الثقة بين المتعاملين بالمرابحة ، وسدا لأبواب الفتن والخصومة فيما بينهم بعد إجرائه ، ورغم أهمية الحرص على هذا الهدف فرديا واجتماعيا لتوفيره الوقت والجهد وتيسيره للمعاملات والعقود فإن منهج الجدل والمناظرة قد عمي عليه وستره وابتعد عن تحقيقه .

(١) في (ع) : [قال إذا] بالتقديم والتأخير .

(٢) في (م) ، (ع) : [كضرب] ، مكان : [لضرب] ، وحرف : [ع] من [الدرع] ساقطة من صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش.

(٣) في (م) ، (ع) : [أبيعها] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أبيعها] مكان : [ابتعتها] ، [وبعتها] .

(٥) في (م) ، (ع) : [قامت قامت] ، مكان : [قال : قامت] .

(٦) لفظ : [لو] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [إذا بين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [بمثلها] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ثمن] ، مكان : [بثمن] وفي (ع) : [بيبيعها] ، مكان : [فيبيعها] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [تبين] .

مسألة ٦٢٨

شراء ثوبين بثمن واحد ، وبيع أحدهما بثمنه مرابحة

١٢٢٢٧ - قال أصحابنا : إذا اشترى ثوبين بثمن واحد ، لم يجز بيع أحدهما مرابحةً بحصته ، [إلا أن يبين ، ولو ابتاع قفيزين [1] حنطة ، جاز أن يبيع أحدهما مرابحةً] بنصف الثمن [2] .

١٢٢٢٨ - وحكى أصحاب الشافعي : أنه يجوز بيع أحد الثوبين مرابحةً بحصته من الثمن [3] .

١٢٢٢٩ - لنا : أنه باع بعض ما دخل تحت الصفقة بحصة مظنونة ، فلم يجز في المرابحة [4] إلا بعد البيان ، كما لو لبس الثوب فتخرق ، يقوم بنقصان العيب ويبيعه مرابحةً بما بقي .

١٢٢٣٠ - ولأن الثمن ينقسم عليها بالحزر [5] والظن ، وذلك يختلف ، فإذا حزر [6] أن رأس ماله كذا ، جاز أن يكون كاذبًا ؛ فلم يجز [7] .

ولا يقال : إنا نُقَوِّم السرقة فيقطع إذا كملت قيمتها بالحزر [8] والظن ؛ لأنه لابد هناك من التقويم أو إسقاط حق الله تعالى من القطع ، وههنا لابد من المرابحة والمساومة ، وإلى بيان الحال .

١٢٢٣١ - ولأن المبيع لو بين له باطن الأمر [9] اتهم أن يكون زاد في القيمة أو

---

(١) في (ص) : [قفيزين] ، تصويبه : [قفيزي] بالإضافة .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع (٣/١٣) ، فتح العزيز بذيل المجموع (١١/٩) ، حلية العلماء (٢٩٠/٤ ، ٢٩١) ، المدونة (٢٤٨/٣) ، المنتقى في : « بيع المرابحة » (٥٠/٥) ، الإفصاح (٣٥٠/١) ، المغني (٢٠٣/٤ ، ٢٠٤) ، الكافي لابن قدامة (٩٦/٢) .

(٤) في جميع النسخ : [في المرابحة] ، ولعل الصواب : [فيه المرابحة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بالحرز] ، والصواب : [بالحزر] بتقديم الزاي . راجع : المغرب « الحاء مع الزاي » ص ١١٣ ، ١١٤ ، ولسان العرب ، مادة : « حزر » (٨٥٥/٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [حرر] .

(٧) في هامش (ص) : [يصح] ، مكان : [يجز] ، من نسخة أخرى .

(٨) في (م) ، (ع) : [بالحرز] .

(٩) في (م) ، (ع) : [بالظن] ، مكان : [باطن الأمر] .

أمسك لنفسه ما هو الأنظر في البيع [١] والأقرب إلى الاختيار .

١٢٢٣٢ – ولأن الإنسان قد يبتاع الشيئين رغبة في أحدهما ويزيد في الثمن لأجل حاجته إلى ما رغب فيه [٢] فيلحقه بهذا التجويز التهمة ، فلم يجز أن يبيعه مرابحةً من غير بيان .

١٢٢٣٣ – ولا يلزم إذا سمى لكل ثوب ثمنًا ؛ لأنه إذا رغب في أحدهما زاد في ثمنه خاصة .

١٢٢٣٤ – احتجوا : بأن ما جاز بيعه إذا اشتراه منفردًا جاز بيعه إذا اشتراه مع غيره ؛ أصله : ينقسم الثمن عليه بالأجزاء .

١٢٢٣٥ – والجواب : أن هناك حصة كل واحد معلومة في العقد وقد تختلف [٣] القيم فيها ، فإذا أخبر أن رأس مالها الحصة لم يتحقق فيما يخبر به .

١٢٢٣٦ – ولأن المشتري إذا بين له حال الصبرة لم يتهم ، فإذا بين له حال الثوب [٤] اتهمه من الوجه الذي هنا ؛ ألا ترى : أنه لا يباع قفيزان رغبة [٥] في أحدهما ، وقد يباع ثوبان رغبة [٦] في أحدهما .

١٢٢٣٧ – قالوا : كل واحد من الثوبين ثمنه ما يخصه [٧] بالتقويم ، بدلالة أن الباقي بحصته .

١٢٢٣٨ – قلنا : هذه الأحكام كلها ليس للتهمة فيها [٨] مدخل ، فيجوز أن يبينه [٩] بالتقويم الذي طريقه / الظن . /ب

١٢٢٣٩ – ولأنه لا مندوحة عن [١٠] التقويم فيها ، وفي مسألتنا : التهمة مؤثرة وعن

---

(١) في (م) : [في المبيع] ، وفي (ع) : [ألا تنظر في المبيع] ، مكان المثبت .

(٢) لفظ : [فيه] ساقط من (م) ، (ع) . (٣) في (م) : [يختلف] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الربا] ، مكان : [الثوب] .

(٥) في جميع النسخ : [قفيزين] ، والصواب ما أثبتناه ، ولفظ : [رغبة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في جميع النسخ : [ثوبين] ، والصواب ما أثبتناه ، وفي (م) ، (ع) : [برغبة] ، مكان : [رغبة] .

(٧) في (م) : [بحصة] .

(٨) في (ص) : [فهو] ، وفي (م) : [فهذا] .

(٩) في (م) ، (ع) : [أن يثبته] .

(١٠) في (م) : [مندوجة] ، بالجيم المعجمة . الندح : الموضع المتسع من الأرض ، والجمع : أنداح ، =

التقويم مندوحة ؛ لأنه يمكن البيع مساومة أو بعد البيان .

١٢٢٤٠ - قالوا : إذا قومها عدلان فلا تهمة .

١٢٢٤١ - قلنا : التقويم لا يعتد به في الشيء اليسير ، وذلك معتد به [1] من المرابحة . ألا ترى : أنه يقول : هو عليَّ بكذا ، فإذا كان هناك زيادة يسيرة لا يعتد بها المقوم كان كاذبًا .

* * *

= وأرض مندوحة : واسعة بعيدة ، والمندوحة : بمعنى السعة والفسحة . راجع : في لسان العرب ، مادة : « ندح » (٤٣٨٠/٦ ، ٤٣٨١) ، المصباح المنير (٥٦٩/٢) . ولفظ : [عن] ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١) في (م) ، (ع) : [يعتد به] .

مسألة ٦٢٩

خيانة البائع للمشتري في المرابحة وهلاك المبيع

١٢٢٤٢ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : إذا خانه في المرابحة وهلك المبيع ، فلا شيء للمشتري [١] .

١٢٢٤٣ - وقال الشافعي في أحد قوليه : يرجع بالخيانة [٢] وحصتها من الربح ، وفي القول الآخر : يفسخ البيع ، ويرجع بالثمن ، ويغرم القيمة [٣] .

١٢٢٤٤ - أما الكلام على القول الأول فقد بيناه .

١٢٢٤٥ - وذكر [٤] أن الخيانة لا توجب حط شيء [٥] من الثمن ، وإنما يثبت الخيار [٦] ، فإذا هلك المعقود عليه سقط الخيار ، كخيار الشرط . ولأن المبيع تلف على ملكه ، فلا يرجع فيما خانه في ثمن المرابحة ، أصله : إذا خانه في الصفقة .

وإنما الكلام على القول الثاني : فلأنه تلف ما اشتراه بعقد صحيح على ملكه ، فلم يجز له الفسخ ، كما لو خانه في الصفقة .

١٢٢٤٦ - ولأنه خيار فسخ فيسقط بتلف المبيع ، كخيار الشرط والعيب .

١٢٢٤٧ - ولأنها حالة لا يفسخ فيها عقد المرابحة بالخيانة [٧] في الصفقة ، فلا يفسخ بالخيانة في القدر [٨] . أصله : إذا أخر الفسخ مع الإمكان ثم تلف .

---

(١) راجع المسألة في : بدائع الصنائع (٢٢٦/٥) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية (٥٠١/٦) البناية مع الهداية (٣٠٨/٧ ، ٣٠٩) ، مجمع الأنهر (٧٠/٢) ، الدر المختارمع ردالمحتار (١٦٣/٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الجناية] ، مكان : [الخيانة] .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم (٩٣/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع (١٠/١٣) ، حلية العلماء (٣٠٠/٤) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (١٤/٩) ، نهاية المحتاج (١١٦/٤) ، المدونة (٢٥٠/٣) ، الكافي (٧٠٥/٢) ، المنتقى (٥٢/٥) ، المقدمات الممهدات (١٢٩/٢) .

(٤) في جميع النسخ : [ذكر] ، والأنسب : [ذكرنا] بزيادة ضمير الجمع المتكلم ، ويشير المصنف بقوله : [فقد بيناه] إلى المسألة التي سبقت برقم (٦٢٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا توجبه] ، بزيادة الهاء ، ولفظ : [شيء] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) لفظ : [الخيار] مكرر في (ص) .

(٧) في (م) ، (ع) : [بالجناية] ، مكان : [بالخيانة] .

(٨) في (م) ، (ع) : [بالجناية في الفرع] ، مكان : [بالخيانة في القدر] وهو تصحيف .

مسألة ٦٣٥

هلاك المبيع في يد المشتري واختلافهم في الثمن

١٢٢٤٨ - قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : إذا هلك المبيع في يد المشتري [ثم اختلفا في الثمن ؛ فالقول قول المشتري] [١] ، فلا تحالف .

١٢٢٤٩ - وقال محمد : يتحالفان ويفسد العقد ويلزم المشتري قيمة المبيع [٢] ، وبه قال الشافعي [٣] .

١٢٢٥٠ - لنا : ما روي ابن أبي ليلى عن القاسم بن عبد الرحمن ، عن أبيه ، عن ابن مسعود ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا اختلف البيّعان والمبيع [٤] قائم بعينه وليس بينهما بينة ، فالقول ما قال البائع ، أو يترادّان البيع » [٥] .

١٢٢٥١ - والحكم إذا ورد معلقًا بشرط دل على نفي ما عداه [٦] عند كثير من أصحابنا .

١٢٢٥٢ - ومن منع دليل الشرط قال : القياس الحلف ، فإذا ورد الخبر في السلعة القائمة تركنا القياس فيه ، وبقي ما سواه على مقتضى القياس .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) قال الطحاوي في مختصره : « وإذا اختلف المتبايعان في الثمن والمبيع قائم تحالفا وترادًّا البيع ، وإن كان فائتًا فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا : القول قول المشتري في الثمن مع يمينه إن طلب البائع يمينه على ذلك ولا يترادان أن البيع ، وقال محمد بن الحسن : يتحالفان في ذلك ويترادان قيمة المبيع ، والقول فيها قول المشتري مع يمينه إن طلب البائع يمينه على ذلك ، وبه نأخذ » . راجع : مختصر الطحاوي ص ٨٢ ، روضة القضاة (٣٥٨/١) المسألة (١٨٤٦) ، طريقة الخلاف في الفقه ص ٣٤٩ - ٣٥١ ، المسألة (١٤٧) .

(٣) راجع المسألة في : مختصر المزني ص ٨٦ ، ٨٧ ، المهذب مع تكملة المجموع (٧٠/١٣) وما بعدها ، حلية العلماء (٣٢٧/٤) ، فتح العزيز (١٥٣/٩ ، ١٥٤) ، نهاية المحتاج (١٦٠/٤) ، الكافي لابن عبد البر (٦٩٠/٢) ، المنتقى (٦٢/٥) ، بداية المجتهد (٢٠٧/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٠ ، المسائل الفقهية (٣٤٧/١ ، ٣٤٨) ، المسألة (٣٧) ، المغني (٢١٤/٤ ، ٢١٥) .

(٤) في جميع النسخ : [البايعان] ، والمثبت من كتب الحديث ، وفي (ص) : [البيع] ، مكان : [المبيع] وهو تصحيف .

(٥) في (ص) : « وتيرادان » مكان « أو يترادان » . والحديث أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٢١/٣) الحديث (٧٢) ، والدارمي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب إذا اختلف المتبايعان » (٢٥٠/٢) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب البيعان يختلفان » (٧٣٧/٢) ، الحديث (٢١٨٦) ، وأحمد في المسند (٤٦٦/١) .

(٦) قاعدة : « الحكم إذا ورد معلقًا بشرط دل على نفي ما عداه » .

روى الحسن بن عمارة ، عن القاسم بن عبد الرحمن ، عن أبيه عبد الله بن مسعود ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا اختلف البيّعان فالقول ما قال البايع [١] ، فإذا استهلك فالقول ما قال المشتري » [٢] ، وهذا نص .

١٢٢٥٣ - فإن قيل : الحسن بن عمارة [٣] مردود .

١٢٢٥٤ - قلنا : قد عدله أصحابنا ، وروى عنه أبو يوسف ، وأخذ بحديثه ، وهو قاضي قضاة بغداد ، وصاحب المظالم ، وإنما زعموا أنه [٤] رديء الحفظ .

ولأنه نوع فسخ ؛ فلم يصح بعد هلاك ما يعتبر بالعقد في ضمان المشتري ، كالإقالة .

١٢٢٥٥ - ولا يلزم [٥] : إذا باع عبدًا بجارية فهلك أحد العوضين ثم اختلفا ؛ لأن قولنا : بعد هلاك ماتعين يقتضي جميع التعيين ، وههنا هلك بعد القبض ما تعين .

ولأنا نسوي بين الأصل والفرع ؛ لأن الإقالة في مسألة الإلزام تصح .

١٢٢٥٦ - ولا يلزم : إذا قبل المبيع في يد البائع ؛ لأنه لم يهلك في ضمان المشتري .

١٢٢٥٧ - فإن قيل : المعنى في الإقالة : أنها ابتداء عقد ، بدلالة : أنها تفتقر [٦] إلى التراضي ، فلم تفتقر إلى بقاء المعقود عليه .

١٢٢٥٨ - قلنا : لا نسلم أن الإقالة ابتداء عقد ، بل هي [٧] فسخ ، ولهذا لا تقف على تسمية عوض ، وتصح [٨] بلفظ لا يصح ابتداء العقد به .

١٢٢٥٩ - فأما قولهم : إن الفسخ بالتحالف لا يقف على التراضي فليس كذلك ؛ لأن بقاءهما على الخلاف رضا بالفسخ ، ولهذا لو رجع أحدهما إلى قول الآخر لم يفسخ العقد .

---

(١) في جميع النسخ : [البايعان] ، والمثبت من سنن الدارقطني ، وفي (م) ، (ع) : [قول البائع] ، مكان : [ما قال البائع] ، ولفظ : [ما] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) هذا الحديث : أخرجه الدارقطني بهذا الإسناد واللفظ ، في نفس المصدر السابق (٢٠/٣) ، الحديث (٦٦) . وقال بعد أن أخرجه : « الحسن بن عمارة متروك » .

(٣) الحسن بن عمارة بن مضر ، البجلي ، أبو محمد الكوفي ، قاضي بغداد ، ضعيف ، مات ﷺ في سنة ثلاث وخمسين ومائة . راجع ترجمته في : الكامل (٢٨٣/٢) وما بعدها ، الترجمة (٤٤٥/٧٦) ، المجروحين (٢٩٩/١) ، تقريب التهذيب (١٦٩/١) ، الترجمة (٢٩٨) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لأنه] ، بزيادة : [اللام] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولم يلزم] . (٦) في (م) : [يفتقر] .

(٧) في (م) ، (ع) : [هو] مكان : [هي] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ويصح] .

١٢٢٦٠ - ثم علة الفرع تبطل [١] بالرد بالعيب ؛ لأنه لا يقف على التراضي ويقف على السلعة ، وكذلك الطلاق والرجوع في الهبة فسخ عقد لا يتعين في التراضي ولا يصح مع [٢] الهلاك .

ولأنه فسخ يقتضي رد المبيع فلا يبتدئ في السلعة للهالك [٣] ، كالرد بالعيب .

١٢٢٦١ - ولا يلزم : إذا قبل المبيع من يد البائع ؛ لأن هذا الفسخ يقتضي رفع العقد ، ولا يقتضي رد المبيع ؛ لأن الرد يكون بعد القبض .

١٢٢٦٢ - ولا يقال : المعنى في الرد : أن المشتري يستدرك ظلامته بأخذ العوض [٤] ، وفي التحالف يستدرك ظلامته بغير فسخ ؛ لأن البائع يستدرك الظلامة باستحلاف المشتري ، فالظاهر : أنه ينكل إن كان كاذبًا .

١٢٢٦٣ - ولأنه لا يستدرك الظلامة بالفسخ ؛ لأنهما لا يختلفان في القيمة ، كالاختلاف في الثمن وزيادة ، ويرجع إلى قول المشتري فيها .

١٢٢٦٤ - ولأنها حالة لا تصح الإقالة فيها [٥] ؛ فلم يصح الفسخ بالتحالف ، كما لو كان بعد انقضاء مدة الإجارة ، وكما لو هلك المبيع في يد البائع .

١٢٢٦٥ - ولأنه فسخ يختص سببه بالحكم ، فلم يصح بعد تلف المعقود عليه ، كاللعان .

١٢٢٦٦ - ولأنه هلك على ضمان الثمن ، فلم ينتقل بالتحالف إلى ضمان القيمة ؛ لأن كل هالك على ضمانٍ لم ينتقل بالتحالف إلى غيره ، كالمقبوض ببيع فاسد ، والغصب .

١٢٢٦٧ - والدليل على أنه هلك بضمان الثمن : إن كان مقبوضًا [٦] على وجه ، فهلاكه يقع على الوجه الذي يقع عليه القبض ، كالغصب ، والوديعة .

---

(١) في (م) : [يبطل] .

(٢) لفظ : [مع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلا بتداء] وفي (ص) : [فلا سدا] ، بدون نقط ، ولعل تصويبه ما أثبتناه وفي (ع) : [كالهالك] ، بالكاف ، بدل اللام .

(٤) في هامش (ص) : [الأرش] ، مكان : [العوض] ، من نسخة أخرى .

(٥) في (م) : [لا يصح فيها الإقالة] ، وفي (ع) : [لا تصح فيها الإقالة] .

(٦) في (ص) ، (م) : [مقبوض] .

١٢٢٦٨ - فإن قيل : هذا يبطل بمن اشترى عبدًا بجارية وقبضه فهلك في يده ، فإنهما يتحالفان ، وينتقل ضمان العبد إلى القيمة .

١٢٢٦٩ - قلنا : الأعيان إذا بيعت بمثلها .

١٢٢٧٠ - قلنا : القيمة لا يجوز الرجوع إليها في الشريعة في هذا الحكم ، ولا هو غالب (١) فكيف نسلم لهم الأولى ؟ ثم إنهما قد يختلفان في جنس الثمن فيدعي أحدهما دنانير مثل القيمة ، ويذكر الآخر دراهم (٢) مثل القيمة فيتحالفان ، وإن لم تشهد (٣) القيمة لأحدهما ، وهذا مردود (٤) بالخبر ، فمن أين تثبت (٥) البينة ؟ .

١٢٢٧١ - فإن قيل : إنما تركنا دليل الخطاب لما روي عن الأعمش ، عن أبي وائل (٦) ، عن عبد الله أنه قال : « إذا اختلف البيّعان (٧) والمبيع مستهلك فالقول قول البائع » ، ورفعه إلى النبي ﷺ (٨) ، والنطق الخاص أولى من دليل الخطاب .

١٢٢٧٢ - قلنا : هذا الخبر ذكره الدارقطني ، عن بدر بن الهيثم ، عن محمد بن عبيد بن عبد ، عن أحمد بن مسبح (٩) الجمال ، عن عصمة بن عبد الله ، عن إسرائيل، عن الأعمش (١٠) ، ومَنْ بين بدر [و] (١١) إسرائيل كلهم مجاهيل ، لا يعرف منهم أحد ، ولا يثبت بقولهم حجة .

١٢٢٧٣ - قالوا : متبايعان اختلفا في قدر (١٢) ثمن عقد به المبيع القائم بينهما ، فإذا

---

(١) قوله : [في هذا الحكم] ساقط من (م) ، (ع) ، [وطالب] ، مكان : [غالب] .
(٢) في (م) ، (ع) : [دراهم هي] ، بزيادة : [هي] .
(٣) في (م) : [وإن لم يشهد] .
(٤) في (م) ، (ع) : [مراد] .
(٥) في (م) : [يثبت] .
(٦) في (ع) : [عن بني وائل] .
(٧) في هامش (ص) : [البايعان] ، مكان : [البيعان] ، من نسخة أخرى .
(٨) هذا الحديث : أخرجه الدارقطني بالإسناد التالي ، بهذا اللفظ في نفس المصدر السابق (٢١/٣) ، الحديث (٧١) .
(٩) في جميع النسخ : [بدر بن الهيثم] عن محمد بن عبد الله بن عتبة ، عن محمد بن سح » - بدون نقط الأخير- وما أثبتناه من سنن الدارقطني .
(١٠) بهذا الإسناد أخرجه الدارقطني عن أبي وائل ، عن عبد الله بن مسعود ﷺ وقال في آخر الحديث : « ورفع الحديث إلى النبي ﷺ » .
(١١) ما بين المعكوفتين أثبتناه لمقتضى السياق . وقد بحثنا عن تراجم هؤلاء الرواة في كتب التراجم والرجال فلم نقف عليها .
(١٢) لفظ : [قدر] ساقط من (م) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

لم يتضمن اختلافهما فساد العقد تحالفا ، كما لو كانت السلعة قائمة .

١٢٢٧٤ - وقولهم : « القائم [1] بينهما » [احتراز من المبيع إذا تلف [2] قبل القبض .

١٢٢٧٥ - وقولهم : « إذا لم يتضمن فسادًا] « احتراز [3] منه إذا اختلفا ، فقال البائع : بعت بدراهم ، فقال المشتري : بخمسين .

١٢٢٧٦ - قلنا : يبطل إذا كان لأحدهما بيِّنة والأوصاف موجودة ، ولا تحالف .

والمعنى في الأصل : أنه يمكن إزالة ضرر الاختلاف ، ورد كل واحد برأس ماله فلذلك [4] تحالفا .

وفي مسألتنا : لا يمكن رد كل واحد إلى رد ماله بضرر ربما كان أكثر من الأول .

١٢٢٧٧ - ولأن انقضاء البيع [5] بالقيمة ، ويجعل القول فيها قول [6] المشتري .

١٢٢٧٨ - ولأن السلعة القائمة تقبل الفسخ بالإقالة والرد بالعيب ، وكذا ابتداء .

١٢٢٧٩ - وكذلك لا يصل الفسخ بالتحالف ابتداء ؛ لأن مقصود التحالف الفسخ [7] .

١٢٢٨٠ - قالوا : اختلفا في صفة العقد وتداعياه دعوى صحيحة ولا بيِّنة لأحدهما ، فوجب أن يتحالفا ، أصله : إذا كان المعقود عليه باقيًا .

١٢٢٨١ - قلنا : التحالف بثمن [8] الفسخ ، بدلالة : أن ما لا ينفسخ من العقود لا يثبت فيه التحالف ، كالجعل ، والفسخ مع بقاء السلعة ممكن ، فإذا هلكت لم يمكن ابتداء الفسخ فيها ولذلك [9] لا يثبت التحالف .

١٢٢٨٢ - قالوا : يبطل هذا بما لو قُتِل المبيع في يد البائع فأخذ قيمته ثبت للمشتري الفسخ [10] ابتداء مع هلاكه .

---

(١) في (ص) : [قائم] ، بدون الألف واللام .

(٢) قوله : [إذا تلف] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ص) ، (م) : [احترازًا] ، بالنصب .

(٤) في (ص) ، (م) : [فكذلك] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بالبائع] ، بزيادة الباء ، وفي (ص) : [البائع] ، والانتفاء في البيع لا في البائع .

(٦) لفظ : [قول] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) قاعدة : « مقصود التحالف الفسخ » .

(٨) في (ص) ، (ع) : [ثمن] ، بدون نقط .

(٩) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بالفسخ] .

١٢٢٨٣ - قلنا : لأن العقد انتقل إلى القيمة ، بدلالة : أنه تعلق بها جميع الأحكام المتعلقة بالبيع [١] من الحبس وجواز الإقالة والرد بالعيب ؛ لأن المشتري لو رضي بالقيمة ثم اطلع على عيب كان بالمبيع : جاز له رد القيمة ، فصار العقد منتقلاً إليها ، فلهذا جاز فيها الفسخ .

١٢٢٨٤ - قالوا : فسخ بيع لا يفضي [٢] إلى تراضيهما ، فإذا صح مع بقاء المبيع صح مع تلفه ، كما لو اشترى عبدًا بثوب وتقابضا فهلك العبد في يد المشتري وأصاب البائع بالثوب عيبًا ، فإنه يرده [٣] بالعيب ويفسخ العقد ، وعلى المشتري قيمة الثوب .

١٢٢٨٥ - قلنا : يبطل بالفسخ خيار الشرط . وفي الأصل يبتدأ في الفسخ بما تعين [٤] بالعقد ويبيعه الهالك .

١٢٢٨٦ - وفي مسألتنا : يقع ابتداء الفسخ في الهالك المتعين في الفسخ ، وإن لم يجز أن يفسخ فيه لا على طريق التبع [٥] ؛ لأن الإقالة تجوز في عبد حي وعبد ميت ويتبع الميت الحي في الإقالة ، وإن كان لا يصح فيه ابتداء .

١٢٢٨٧ - ولأن هذ التعليل إن كان للوجوب ، بطل بالفسخ في العبد [٦] الهالك ، وإن كان للجواز قلنا به في مثل الأصل الذي قاسوا عليه ، وهذا إذا باع عرضًا بعرض ، فهلك أحدهما ، ثم اختلفا تحالفا ، ووقع الفسخ في العرض الباقي ويتبعه الآخر .

١٢٢٨٨ - قالوا : إنهما اتفقا أن السلعة كانت للبائع ، وأنها انتقلت منه إلى المشتري ، ومتى اختلفا في صفة انتقال [٧] ملك المالك كان القول قول المالك في صفة [٨] انتقاله ، كما لو قال المالك : بعتك ، وقال القابض : / وهبت ؛ فالقول قول المالك .

١٢٢٨٩ - قلنا : في مسألتنا اتفقنا على العقد أنه عقد بيع ووقع الاختلاف في [٩] البدل ، فإذا لم تظهر [١٠] زيادة الثمن بالبّينة بقي البيع بأقل الثمنين ، فلم يرض البائع به [١١] ووجب الرد ، وذلك لا يمكن في الهالك .

---

(١) في (م) ، (ع) : [والبيع] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لا يقتضي] .
(٣) في (م) ، (ع) : [براءة] .
(٤) في (م) ، (ع) : [يتعين] .
(٥) في (م) ، (ع) : [المبيع] وفي (ص) بدون نقط .
(٦) في (م) ، (ع) : [البيع] ، مكان : [العبد] .
(٧) في (م) ، (ع) : [إلى انتقال] ، بزيادة : [إلى] .
(٨) في (م) ، (ع) : [صفقة] .
(٩) حرف [في] ساقط من (ع) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لم يظهر] .
(١١) لفظ : [به] ساقط من (ع) .

١٢٢٩٠ - فأما في البيع والهبة : فالاختلاف وقع في جنس العقد ، فكل واحد يحلف على عقد غير العقد الذي حلف الآخر عليه ، فإذا حلفا لم يظهر واحد من العقدين [١] ؛ فثبتت العين في يد هالكه من ملك غيره ، فيجب قيمتها من غير فسخ .

١٢٢٩١ - وفي مسألتنا : اتفقا على البيع ، وإذا لم تثبت الزيادة احتجنا إلى فسخ عقد ثابت باتفاقهما ، والفسخ ابتداء [٢] لا يكون في الهالك .

١٢٢٩٢ - والدليل على أنه يفرق بالاختلاف في البدل ، أو في جنس العقد إلى البائع : لو قال : بعتك هذه الجارية ، فقال القابض : وهبتها لي ، لم يحل له وطؤها [٣] ، وإن اتفقا على إباحة الوطء لاختلافهما في جنس العقد .

١٢٢٩٣ - ولو قال زوجتكها بمهر ألف ، فقال : الزوج : بل بخمسمائة : حل له [٤] الوطء ؛ لأنهما اتفقا على جنس العقد ، وإنما اختلفا في زيادة البدل .

١٢٢٩٤ - وقد [٥] قال محمد في « المأذون » ، « والزيادات » [٦] : إن المبيع إذا قتل في يد البائع ، ثم اختلف البائع [٧] والمشتري في الثمن تحالفا .

١٢٢٩٥ - وكان أصحابنا يقولون : هذا قول محمد خاصة ، فأما على قولهما [٨] ، فلا تحالف ، ومنهم من يقول : انتقل المبيع [٩] إلى القيمة ؛ بدلالة : أن للبائع جنسها بالثمن ويتعاملان فيها وترد [١٠] بعيب ، فتبين أنه كان بالعقد فلما انتقلت أحكام البيع إليها جاز أن ينتقل إليها بالتحالف ، وهذا لا يوجد متى تلف في يد المشتري إذا تبين ذلك .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [العقد] .

(٢) لفظ : [ابتداء] ساقط من (ع) .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) ، وفي جميع النسخ : [وطيها] ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) في (م) ، (ع) : [لهما] .

(٥) لفظ : [قد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) : [والزيادة] ، وفي (ع) : [في الزيادة] .

(٧) لفظ : [البائع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) يعني : أبا حنيفة ، وأبا يوسف رحمهما الله .

(٩) في (ص) : [البيع] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ويرد] .

مسألة ٦٣١

اختلافهما في الأجل

١٢٢٩٦ - قال أصحابنا : إذا اختلفا في الأجل ، لم يتحالفا ، ويكون القول قول من ينفي الأجل [(١)] .

١٢٢٩٧ - وقال الشافعي : إذا اختلفا في شرط الأجل ، أو مقداره ، أو في شرط الخيار ، أو في مقداره ، أو في شرط الرهن ، والكفيل ، فإنهما يتحالفان ، ويفسخ العقد [(٢)] .

١٢٢٩٨ - لنا : أنهما اختلفا في مدة ملحقة بالعقد ؛ فصار كما لو اختلفا في مضي الأجل .

١٢٢٩٩ - ولأن الاختلاف في الخيار اختلاف في غير المعقود ، كالاختلاف في الحط والبراءة .

١٢٣٠٠ - ولأن الأجل والخيار معني إذا سقط من العقد لم يفسد [(٣)] العقد ، فإذا اختلفا فيه لم يتحالفا ، أصله : إذا قال أحدهما : شرطت خيار أربعة أيام .

١٢٣٠١ - ولا يلزم : السود والبيض ؛ لأن العقد قد يفسد بشرط الصفة إذا لم يكن هناك نقد غالب .

١٢٣٠٢ - ولا يلزم : إذا ادعى البائع زيادة ، ثم إن إسقاط الزيادة لا يفسد العقد ؛ لأن قولنا أن ما لا يفسد العقد بشرط يقتضي سقوط جميع الأصل وجميع الثمن ؛ ولأن

---

(١) قال السمناني : « وإذا اختلفا في الأجل ، أو الخيار ، أو الرهن ، أو الكفيل ، أو الضمين ، فإنهما لا يتحالفان عندنا ، ويكون القول قول من ينفي ذلك ، وقال زفر ، والشافعي : يتحالفان ؛ لأنه اختلاف في غير المعقود عليه فلا يتحالفان ، وهما قاسا ذلك علي اختلافهما في المعقود عليه » . راجع : روضة القضاة « كتاب البيوع » ، « فصل : الاختلاف في الأجل أو الخيار أو الرهن » (٣٦٣/١) ، مسألة (١٨٧٥ ، ١٨٧٦) ، مجمع الأنهر ، « كتاب البيوع » (٧/٢) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : النكت ، في « مسائل اختلاف المتبايعين » ، ورقة (١٤٢ ب) ، المهذب مع التكملة الثانية للمجموع (٧٩/١٣-٨٠) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يعقد] ، وفي (ص) : [فقد] بدون نقط ، ولا يستقيم المعنى ، ولعل الصواب هو ما أثبتناه .

المعنى : معنى يؤثر في المطالبة ، ولاختلاف [١] البراءة .

١٢٣٠٣ – احتجوا : بقوله عليه [الصلاة] والسلام : « إذا اختلف البيّعان فالقول قول البائع [والمبتاع] بالخيار » [٢] .

وروي : « فالقول قول البائع ، أو يترادان البيع » [٣] ، يفرق [٤] بين الاختلاف في الثمن والمثمن ، أو في الأجل والخيار .

١٢٣٠٤ – والجواب : أن هذا مجمل ؛ لأنا لا نعلم أنهما لو اختلفا في دخول زيد الدار ، أو في رؤية الهلال [٥] لم يجز التعرض للتحالف ، وإنما المراد : وهو الاختلاف فيما [٦] صارا به متبايعين .

١٢٣٠٥ – قالوا : الأجل صفة في الثمن ، وصفة العوض إذا اختلفا في شرطها جاز أن يتحالفا ، أصله : الصحاح ، والغلة [٧] .

١٢٣٠٦ – قلنا : الأجل ليس بصفة الثمن ؛ بدلالة : أن الأجل يمضي والثمن موجود مستحق لا بهذه الصفة ، وأما الصحاح فهي وصفه ، بدلالة : أن الثمن لا يوجد مع انتفائها عنه .

١٢٣٠٧ – قالوا : كل واحد منهما يدعي عقدًا غير العقد الآخر ؛ فصار التأجيل في المجلس .

---

(١) في (ص) : [وللاختلاف] .

(٢) في جميع النسخ : [المتبايعين] ، والمثبت والزيادة : من كتب الحديث . وهذا الحديث أخرجه الشافعي ، في مختصر المزني . « كتاب البيوع » ، « باب اختلاف المتبايعين الخ « ص٨٦ ، السنن المأثورة ، « كتاب البيوع » (ص) ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، الحديث (٢٤٤) ، وأحمد في المسند ، (٤٦٦/١) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، « كتاب البيوع والأقضية » ، « في البيعين يختلفان » (١٠٠/٥) ، الحديث (١) ، والترمذي في السنن ، « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء : إذا اختلف البيعان » (٥٦١/٣) ، الحديث (١٢٧٠) ، والبيهقي في الكبري ، « كتاب البيوع » ، « باب اختلاف المتبايعين » (٣٣٢/٥) .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ ، « كتاب البيوع » ، « باب بيع الخيار » (٦٧١/٢) ، الحديث (٨٠) ، ومحمد في موطئه « باب الاختلاف في البيع ما بين البائع والمشتري » (ص) ٢٧٨ ، الحديث (٧٨٦) . راجعه في : مصنف عبد الرزاق (٢٧١/٨ ، ٢٧١) ، الحديث (١٥١٨٥) ، سنن ابن ماجه (٧٣٧/٢) ، الحديث (٢١٨٦) ، سنن الدارقطني (٢٠/٣ ، ٢١) ، السنن الكبرى (٣٣٣/٥) .

(٤) في جميع النسخ : [يفرق] ، لعل الصواب : [ففرق] .

(٥) في (ص) ، (م) : [وفي رؤية الهلال] ، والمثبت من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فهما] .

(٧) في (م) ، (ع) : [والعلة] بالعين المهملة .

١٢٣٠٨ - قالوا : الدليل علي أن البائع يدعي أن بينته تقبل علي إسقاط التأجيل ، وعندكم لا تقبل بينة المدعي عليه (١) .

١٢٣٠٩ - قلنا : هو مدعي عليه في الأجل ، لكن بينته تقبل ؛ لأنها لم تتضمن إسقاط دعوي المشتري ، فهو كالمدعي عليه إذا أقام البينة أن المدعي أبرأ .

١٢٣١٠ - قالوا : الاختلاف في الأجل اختلاف في مقدار العوض ؛ لأن الأجل يأخذ قسطا من الثمن (٢) ، بدلالة : أن المبيع يباع بثمن مؤجل أكثر مما يباع بثمن حال .

١٢٣١١ - قلنا : الأجل مضيُّ الزمان ؛ فلا يجوز أن يكون له قسط من الثمن ، وإن زيد الثمن لأجله ، كما أن فَلَسَ المشتري يزيد الثمن لأجله وليس للمفلس حظ في الثمن .

١٢٣١٢ - ولأنه لو قال : بعتك من سنة ، وقال المبتاع : بعتني منذ شهر ، وبه عيب يمكن حدوث مثله في أكثر من شهر ؛ لم يتحالفا ، وإن كانت الأزمان يقابلها قسط من الثمن على (٣) عود قولهم ؛ لأن المبيع في المواسم والأعياد يكون أكثر من الثمن في غيرها .

* * *

---

(١) [عليه] زيادة أثبتناها لإقامة المعنى .

(٢) قاعدة : « الاختلاف في الأجل اختلاف في مقدار العوض ، لأن الأجل يأخذ قسطا من الثمن » .

(٣) لفظ : [علي] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٦٣٢

موت المتبايعين أو أحدهما بعد قبض المبيع ، واختلاف الورثة في الثمن

١٢٣١٣ - [قال أصحابنا [(١)] : إذا مات المتبايعان أو [(٢)] أحدهما وقد قُبِض المبيع ، ثم اختلف الورثة في الثمن فلا تحالف ، وإن كان المبيع في يد البائع أو ورثَته ثبت التحالف استحسانًا [(٣)] .

١٢٣١٤ - وقال الشافعي : يثبت [(٤)] التحالف في جميع الأحوال [(٥)] .

١٢٣١٥ - لنا : قوله عليه [الصلاة] والسلام : « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع أو يترادان » [(٦)] .

فشرط في التراد اختلافهما [(٧)] ، وهذا لا يوجد في اختلاف ورثتهما .

١٢٣١٦ - ولأنه اختلاف من غير المتعاقدين ؛ فلا يوجب التحالف بعد قبض المبيع . أصله : إذا اختلف الموكلان والوكيلان يتصادقان ، وإذا لم يكن للبائع ورثة وضع ماله في بيت المال .

---

(١) الزيادة أثبتناها تمشيا مع منهج المصنف .

(٢) لفظ : [أو] ساقط من صلب (ص) واستدركه في الهامش .

(٣) قال السمناني : « وإذا كان البائع قد مات ، واختلف في الثمن ورثة البائع والمشتري ، فالقول قول ورثة البائع إن كان المبيع في أيديهم ، والقول قول المشتري إن كان المبيع في يده ، وكذلك لو مات المشتري وبقي البائع ، كان القول قول الذي في يده منهم ، وهذا استحسان ، والقياس في هذا والأول سواء ، أن يكون القول قول المشتري في ذلك كله ، فتركوا ذلك للأثر ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد والشافعي : يتحالفان ويترادان » .
راجع تفصيل المسألة في : روضة القضاة ، « فصل : اختلاف ورثة البائع والمشتري في الثمن » (٣٦٨/١ ، ٣٦٩) ، مسألة (١٩٠٣ ، ١٩٠٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : النكت ورقة (١٤٢) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٧٧/١٣ ، ٧٨) ، حلية العلماء (٣٣٠/٤) .

(٦) تقدم تخريج هذا الحديث في المسألة السابقة .

(٧) في (م) ، (ع) : [شرط في التراد لاختلافهما] ، مكان المثبت .

١٢٣١٧ - ولأن من لا يملك الزيادة في الثمن لا يملك الفسخ بالتحالف بعد القبض ، أصله : الوكيل بالقبض [١] .

١٢٣١٨ - احتجوا : بأن كل عين توجهت على المورث توجهت على الوارث ، أصله : المشتري [٢] .

وكذلك إذا كانت الدعوى من دين ، أو عين ، أو بيع ، أو قبض ، أو إبراء .

١٢٣١٩ - قلنا : إن كان التعليل للوجوب كما إذا انتقل ميراثه إلى بيت المال ، فإنه ينتقل عندهم ميراثًا ، ولا يستخلف الوارث ، ولذلك [٣] يبطل إذا كان الوارث صدق المدعي والميت كان يكذبه ، وإذا ادعي على الميت القذف ، وإن كان التعليل للجواز ؛ قلنا بموجبه إذا كان المبيع لم يقبض .

١٢٣٢٠ - والمعنى فيما ذكروه : أنه يدعي على الورثة الاستحقاق ، فكذلك [٤] استخلص في مسألتنا بعد القبض يدعي عليهم استحقاقا متي سقطت اليمين ، كما لو ادعي المورث علي الميت ، ولهذا نقول : إن المبيع إذا كان في أيديهم حلفوا ؛ لأن المشتري ادعي استحقاق اليد بما يدعيه من الثمن .

١٢٣٢١ - فإن قيل : لم يستحلف الميت .

١٢٣٢٢ - قلنا : ذلك استحسانًا ؛ ولأنه يستحلف أن يقع العقد واحدًا لمعنى لا يقوم الوارث فيه مقامه .

١٢٣٢٣ - قالوا : ما تحالف فيه المتعاقدان تحالف فيه ورثتهما ؛ أصله : إذا كان المبيع في يد ورثة البائع .

١٢٣٢٤ - قلنا : يبطل باللعان ؛ فلا تحالف عندهم ، ولا يثبت من الورثة .

١٢٣٢٥ - ولأن المبيع إذا كان المدعي [٥] في أيديهم ؛ فالمشتري يدعي حقًّا عليهم ، وليس وجوب التسليم فيما [٦] يدعي من الثمن ، وإذا كان المبيع في يده ، فهو لا يدعي حقًّا عليهم .

---

(١) قوله : [بالقبض] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) قاعدة : « كل عين توجهت على المورث توجهت على الوارث » .

(٣) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .　　(٤) في (ص) : [فلذلك] .

(٥) في (ص) : [البيع] ، مكان : [المبيع] ، وفي جميع النسخ : [إذا كان المدعي] ، بإثبات [المدعي] ، والصواب : [حذفه] .　　(٦) في (م) ، (ع) : [مما] .

مسألة ٣٣٣

عند التحالف بمن يبدأ ؟

١٢٣٢٦ - قال في الأصل : ويبدأ بيمين البائع في قول أبي يوسف ، ثم رجع فقال : يبدأ بيمين المشتري .

١٢٣٢٧ - قال أبو طاهر [١] : قول أبي حنيفة : إنه يبدأ بيمين البائع ، ردني إلي ذلك [٢] أبو الحسن في الجامع ، فقال : الذي يبدأ به في اليمين البائع في رواية الأصل ، وذكر الحسن بن زياد ، عن أبي حنيفة في « المجرد » [٣] « أنه يبدأ بيمين المشتري .

١٢٣٢٨ - وذكر في « المنتقي [٤] « رواية عن أبي حنيفة : أنه يبدأ بيمين البائع [٥] .

١٢٣٢٩ - وقال الشافعي في « البيوع » : يبدأ بيمين البائع ، وفي « السلم » : بيمين المسلم إليه ، وفي « الكتابة » : بيمين المولي ، وفي « النكاح » : بيمين الزوج ، وقال في « الدعوي « : بأيهما بدأ الحاكم جاز .

---

(١) هو القاضي محمد بن محمد بن سفيان ، أبو طاهر الدباس . قال الصيمري : هو من أقران أبي الحسن الكرخي ، « وكان أكثر أخذه عن القاضي أبي حازم ، ويوصف بالحفظ ومعرفة الروايات ، ولي القضاء بالشام ومات به » . راجع : أخبار أبي حنيفة وأصحابه ، في الجواهر المضية (٣/٣٢٣ ، ٣٢٤) ، الترجمة (١٤٨٩) ، الفوائد البهية ص ١٨٧ .

(٢) في (م) ، (ع) : [رد ذلك] . المراد بأبي الحسن : هو عبيد اللّه بن الحسين الكرخي ، ولعل المراد بالجامع شرح أحد الجامعين : الصغير والكبير لمحمد بن الحسن الشيباني ؛ لأن له المختصر ، وشرح الجامعين ، فيما ذكره المؤرخون .

(٣) في جميع النسخ : « وذكر أبو الحسن ، عن أبي حنيفة في المجرد » ، وهو سهو ، يبدو من السياق أن تصويبه ما أثبتناه .

(٤) كتاب « المنتقي » : تصنيف محمد بن محمد بن أحمد ، الشهير بالحاكم الشهيد المروزي ، المتوفي سنة أربع وأربعين وثلاثمائة ، وله الكافي ، وهما أصلان من أصول المذهب الحنفي بعد كتب محمد بن الحسن الشيباني . راجعه في : الفوائد البهية ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

(٥) قال السمناني : « وذكر أن الحسن بن زياد روي عن أبي حنيفة أنهما إذا اختلفا في الثمن يُبْدَأُ بالمشتري ، وإن اختلفا في المبيع يبدأ بالبائع » ، وفي مجمع الأنهر : يبدأ بيمين المشتري في قول محمد ، وزفر ، وأبي يوسف آخرًا ، وهو رواية عن الإمام ، وهو الصحيح . وقول أبي يوسف الأول مثل قول الشافعي : يبدأ بيمين البائع . راجع تفصيل المسألة في : روضة القضاة « فصل : من الذي يبدأ به في اليمين » (١/٣٥٧) ، مسألة (١٨٣٨ - ١٨٤١) ، مجمع الأنهر « كتاب الدعوي » ، « باب التحالف » (٢/٢٥٣) .

١٢٣٣٠ - فمن أصحابه من قال : في البيع ثلاثة أقوال ، أحدها : يبدأ بيمين البائع ، والثاني : بيمين المشتري ، والثالث : الحاكم بالخيار .

١٢٣٣١ - ومنهم [من] [١] قال : يبدأ بيمين البائع قولًا واحدًا [٢] .

١٢٣٣٢ - لنا : قوله عليه [الصلاة] والسلام : « واليمين علي من أنكر » [٣] .

١٢٣٣٣ - وظاهره يقتضي [٤] : أن لا يمين إلا على المشتري المنكر لزيادة الثمن .

١٢٣٣٤ - ولأنه عقد فيه عوض ، والبداية المختلف في هذه بداية بعوض [٥] ، كالنكاح .

١٢٣٣٥ - ولأنه اختلاف أوجب التحالف ؛ فوجب أن يبدأ بيمين من [٦] عليه البدل ، أصله : سائر [٧] الديون .

١٢٣٣٦ - ولا يلزم : المسلم فيه ؛ لأنه لا يثبت معجَّلًا ، ولا الصرف ؛ لأنه لا يثبت مؤجَّلًا .

١٢٣٣٧ - احتجوا : بما روي أن ابن مسعود ﷺ « أتي بسلعة تبايعها اثنان ، فقال هذا : بعتها بكذا ، وقال هذا : أخذتها بكذا ، فقال : حضرت النبي ﷺ في مثل هذا ، فأمر البائع أن يحلف ثم يختار المبتاع [٨] إن شاء أخذ وإن شاء ترك » [٩] .

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) راجع المسألة في : النكت ورقة (١٤٢ أ) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٤٩/١٣ ، ٥٠ ، ٥٣ ، ٥٦) ، حلية العلماء (٤٢٢/٤ ، ٤٢٣) ، بداية المجتهد ، (٢٠٨/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، ص٢٥٠ .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن ، « كتاب الحدود والديات وغيره » (١١٠/٣ ، ١١١) ، الحديث (٩٨ ، ٩٩) ، وفي « كتاب في الأقضية والأحكام » ، في « المرأة تقتل إذا ارتدت » (٢١٧/٤ ، ٢١٨) ، الحديث (٥١ ، ٥٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الدعوي والبينات » ، « باب البينة علي المدعي واليمين علي المدعي عليه » (٢٥٢/١٠) .

(٤) لفظ : [يقتضي] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (ص) : [والبداية ... إلخ] بدون نقط ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) لفظ : [من] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [تباين] ، مكان : [سائر] .

(٨) في (ع) : [أن يحلف] ، مكان : [يستحلف] وفي (ص) : [المتاع] ، مكان : [المبتاع] .

(٩) رواه أحمد عن الشافعي : « بلفظ حضرت أبا عبيدة بن عبد اللّه بن مسعود وأتاه رجلان يتبايعان سلعة ، فقال هذا : أخذت بكذا وكذا ، وقال هذا : بعت كذا وكذا ، فقال أبو عبيدة أتي عبد اللّه بن مسعود في مثل هذا ، فقال : حضرت رسول اللّه ﷺ أتي في مثل هذا ، فأمر بالبائع أن يستحلف ثم يخير المبتاع إن شاء أخذ ، وإن شاء ترك » ، في المسند (٤٦٦/١) ، والنسائي في المجتبي « كتاب البيوع » ، في « اختلاف المتبايعين في الثمن » (٣٠٣/٧) ، والبيهقي في الكبري « كتاب البيوع » ، « باب اختلاف المتبايعين » (٣٣٢/٥ ، ٣٣٣) .

١٢٣٣٨ - قالوا : ذكر هذا النيسابوري من الزيادات .

١٢٣٣٩ - قلنا : يحتمل أن يكون البيع وقع في سلعة بسلعة اتفقا في أحد العوضين، واختلفا في الآخر ، فسمي الراوي من باع السلعة المتفق عليها بائعًا والآخر مبتاعًا ، وإن [١] كان كذلك فالحاكم يأخذ في التحالف ، ويجوز أن يكون عليه [الصلاة] والسلام استحلف المشتري أولًا ، ثم استحلف البائع ، فلما حلفا خير المشتري من الآخر بما قال البائع في الفسخ . ولم ينقل ابن مسعود يمين المدعي ؛ لأنها هي الأصل، وهي معلومة لا تشكل ، وإنما نقل ما استفيد بخبر التحالف بين هذا ؛ لأنه لم يذكر بعد البائع يمينًا في حق [٢] المبتاع .

١٢٣٤٠ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع [٣] » ، فخصه بالذكر ، ونحن نعلم أن القول قول المشتري أيضًا ، ففائدة تخصيص البائع بالذكر : التقديم .

١٢٣٤١ - قلنا : إنما خص البائع ؛ لأن يمين المشتري معلومة لا تشكل [٤] ، وقد استفيدت بقوله عليه [الصلاة] والسلام : « البينة على المدعي [٥] واليمين علي من أنكر » ، فسكت عما تقدم بيانه واستقر العلم فيه ، وبين ما يشكل ، ولم يتقدم ما يدله .

١٢٣٤٢ - وقد قيل : قوله ﷺ : « فالقول ما قال البائع » ، معناه : أن القول قوله من تقدير [٦] الثمن ، فإن رضي المشتري به ، وإلا : رد بالتحالف .

١٢٣٤٣ - قالوا : جنبة [٧] البائع أقوي ؛ لأن المنع يعود إليه ، فكان أولي بالتقديم ، ولهذا قال في النكاح : يبدأ بالزوج ؛ لأن البضع يرجع إليه بعد التحالف .

١٢٣٤٤ - قلنا : المشتري يعود إليه الثمن ، كما يعود إلي البائع المبيع ؛ فيجب أن تكون جنبته [٨] أقوى من هذا الوجه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [وإذا] .
(٢) في (م) ، (ع) : [حبسه] ، وفي (ص) : في جنبة ولعل الأصوب ما أثبتناه .
(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٦٣٢) . (٤) في (م) ، (ع) : [لا يشكل] .
(٥) قوله : [البينة على المدعي] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (ص) : [من نقد] . (٧) في (م) ، (ع) : [حبسه] .
(٨) في (م) ، (ع) : [أن يكون حبسه] .

مسألة ٦٣٤

بيع المتعاقدين عبدا بثمن حال واختلافهما في البداية بالقبض

١٢٣٤٥ - قال أصحابنا : إذا باع عبدًا بثمن حال ، واختلفا في البداية بالقبض : كان على المشتري تسليم الثمن أولا ، ثم على البائع تسليم المبيع [(١)] .

١٢٣٤٦ - وحكى الشافعي في « الأم » أقوالًا كثيرة [(٢)] ، وذكر أنه يختار منها أحد قولين .

١٢٣٤٧ - فمن أصحابه من قال : فيها ثلاثة أقوال ، أحدها : يجبر [(٣)] كل واحد منهما علي إحضار ما عليه ، والثاني : لا يجبر واحد منهما ، فأيهما [(٤)] تطوع بالدفع أجبر الآخر علي التسليم ، [والثالث : يُجْبِر الحاكم أيهما شاء علي التسليم ، فإذا سلم أجبر الآخر علي التسليم] [(٥)] .

لنا : حديث عمر : « أن النبي ﷺ قال : ثلاثة لا تؤخر [(٦)] : الدين إذا وجد ما يقضيه » [(٧)] .

والثمن دين ، ولا يجوز للمشتري تأخير قضائه .

ولأنها عين [(٨)] محبوسة بدين ، فوجب أن لا يجبر على تسليمها قبل قضائه ، كالرهن .

١٢٣٤٨ - فإن قيل : المعتبر في الرهن أن تسليمه لا يستفاد به حكمًا في الدين بل ينقص بتسليم الوثيقة ، وذلك يوجب نقصان الدين .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : تحفة الفقهاء ، (٤٠/٢) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » (٢٣٧/٥) ، الهداية مع فتح القدير ، (٢٩٦/٦ ، ٢٩٧) ، البناية مع الهداية (٧٠/٧ ، ٧١) ، مجمع الأنهر (١٩/٢) ، الدر المختار مع رد المحتار ، (٤٣/٤) .

(٢) في صلب (ص) : [ثلثا] ، وفي الهامش : [كثيرة] ، من نسخة أخري .

(٣) في (م) : [أصحابنا] ، مكان : [أصحابه] ، وفي (م) ، (ع) : [يخير] ، مكان : [يجبر] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يخير] ، مكان : [لا يجبر] ، و [فانهما] ، مكان : [فأيهما] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . راجع : المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، (٨٤/١٣ - ٨٧) ، حلية العلماء (٣٣٦/٤ - ٣٣٩) ، قوانين الأحكام الشرعية ، (ص) ٢٤٩ ، المغني (٢١٨/٤ ، ٢١٩) .

(٦) في (م) : [لا يوخر] .

(٧) لم نقف على هذا الحديث .

(٨) في (م) ، (ع) : [غير] .

١٢٣٤٩ - وأما تسليم المبيع : فإنه يستفاد به حكم في الثمن ، وهو أنه يستحق قبضه بالإجماع فكذلك [١] تسلم المبيع وتسليمه [٢] .

١٢٣٥٠ - قلنا : وتسليم المبيع يبطل الوثيقة للبائع ، وفي ذلك نقصان الثمن ، فإنما استفاد به قبض الثمن بالإجماع ، وتقديم الثمن مستفاد به وجوب قبض المبيع بالإجماع أيضًا .

١٢٣٥١ - فإن قيل : تسليم الرهن يؤدي إلى ضعف الدَّين [٣] ؛ لأنه يصير بغير وثيقة ، وتسلم المبيع يستقر به الثمن .

١٢٣٥٢ - قلنا : تسليم الرهن يضعف به الدين من حيث الوثيقة ويؤمن [٤] به سقوط الدين بالهلاك ؛ لأن هلاك [٥] الرهن عندنا يسقط الدين ، فتسليم المبيع مثله ؛ لأن الدين يضعف إذا كان المبيع محبوسًا [٦] ، فإذا سلمه تأكد الثمن من حيث الاستقرار ، وضعف لزوال التوثق وهما سواء .

١٢٣٥٣ - ولأنه عقد معاوضة ثبت فيه البيع ببدله ؛ فلم يجب استيفاء المبدل قبل البدل ، كالنكاح .

١٢٣٥٤ - قالوا : أن إقباض المبيع يستقر به العقد ؛ لأنه لا يخشي فساده بهلاكه ، وإقباض الثمن لا يستقر به العقد ؛ لأنه يخشي فساد العقد بهلاكه كالسلعة قبل القبض ، فكان تقديم ما يستقر به العقد أولي من تقديم ما لا يستقر معه العقد .

١٢٣٥٥ - قلنا : ما تم قبضه وإن استقر معه العقد فإن حق البائع يسقط من الوثيقة والحبس سبب [٧] التوثق ، فلا يخلو أن يعتبر الاستقرار لحق البائع أو المشتري ، فإن كان لحق البائع : فلا يجوز إثبات ذلك مع امتناعه ، وإن كان لحق المبتاع : فلا يجوز أن يسقط حق البائع من الوثيقة ليوفي المبتاع حقه من استقرار العقد .

---

(١) في (ص) : [فلذلك] .

(٢) في جميع النسخ : [وأما تسليم المبيع تسليمه] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [ضعف الدين من حيث الوثيقة ويؤمر به سقوط الدين بالهلاك] ، مكان : [ضعف الدين] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يؤمر] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا كهلاك] ، مكان : [لأن هلك] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يسقط الدين عندنا بتسليم] ، مكان : [عندنا يسقط الدين ، فتسليم] ، و [إذا المبيع محبوس] ، مكان : [إذا كان المبيع محبوسًا] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يثبت] .

١٢٣٥٦ - ولأن الدخول في النكاح يستقر به المهر ، وتقديم تسليم مهر المثل لا يوجب استقراره ، ثم لا يجب تقديم الدخول حتى يستقر به المهر ، كذلك هذا .

١٢٣٥٧ - قالوا : الأصول موضوعة علي المساواة بين المتعاقدين [١] ، بدلالة : أن كل واحد منهما يملك آخر الوقت الذي يملك الآخر ويرد بالعيب علي الوجه الذي يرد الآخر .

١٢٣٥٨ - وإقباض المبيع أولًا أقرب إلى التسوية بينهما من وجهين ، أحدهما : أن البائع قد ملك التصرف بالعقد والإبراء والحوالة ، وأخذ البدل عنه ، والمشتري لم يملك التصرف في المبيع قبل القبض ، فإذا قبض المبيع ملك المشتري التصرف فيه وساواه فيه .

والثاني : قبل قبض الثمن لا يخشي البائع فساد البيع لمعني [٢] يعود إلي الثمن ، والمشتري يخشي فساد العقد من جهة البائع ، كما أمن [٣] البائع فساد العقد من جهة المشتري ، فإذا قبض أولًا لم يحصل هذا [٤] المعني فكان قبض البيع [٥] أولًا .

١٢٣٥٩ - قلنا : نحن نسلم وجوب التساوي ما أمكن ، وتقديم قبض الثمن أقرب ؛ لأن المبتاع ملك المبيع وتعين حقه فيه ، فيجب أن يساويه البائع في تعيين [٦] حقه في الثمن ، وذلك لا يكون إلا بقبضه .

١٢٣٦٠ - فأما التساوي في التصرف : فالبائع بالعقد ملك التصرف من وجه مخصوص ، وهو البراءة والتمليك من المشتري ، والمشتري أيضًا يملك التصرف من وجه دون وجه ؛ لأنه يملك العتق ، وإن كان عقارًا جاز بيعه ويملك الهبة والرهن علي قول محمد .

فأما الأمن من فساد العقد فيبطل إذا لم يحضر المشتري الثمن ، فإن البائع لا يؤمر بالتسليم ليتساوى من الوجه الذي ذكروه .

١٢٣٦١ - قالوا : حق المشتري يتعلق بالعين وحق البائع يتعلق بالذمة ، فكان تقديم ما تعلق بالعين أولي ، كالدين الذي به رهن إذا أفلس الراهن كان من تعلق حقه بعين [٧] الرهن أولى مما يثبت في ذمة المفلس ، وكذلك [٨] جناية العبد مقدمة علي ديون مولاه ؛

---

(١) قاعدة : « الأصول موضوعة على المساواة بين المتعاقدين » .

(٢) في (ص) : [بمعني] .

(٣) في (م) ، (ع) : [كأمن] ، مكان : [كما أمن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بهذا] .

(٥) في (ص) : [البيع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [تعين] .

(٧) في النسخ جميعها لغير ، وهو تحريف .

(٨) في (ص) : [ولذلك] .

لأنها [١] متعلقة بالعين .

١٢٣٦٢ - قلنا : يبطل بالنكاح إذا كان المهر في الذمة فتقديمه أولي ، وإن كان حق الزوج تعلق بعين [٢] البُضْع .

١٢٣٦٣ - قالوا : قال الشافعي رحمه الله : إن البائع قد اعترف بأن المبيع مال لغيره في يده ، فالمشتري قد تعين ملكه ، والبائع ما تعين ملكه ، فكان صاحب العين القائمة مقدمًا [٣] علي صاحب الدين ، كمن عليه دين في ذمته وغصب في يده فأحضر عند الحاكم يأمره بتسليم الغصب ، ثم يأمرْ بتسليم ما في الذمة .

١٢٣٦٤ - قلنا : هذا يبطل إذا لم يحضر المبتاع الثمن ، ثم نقلب هذه الطريقة فنقول : المشتري يعترف بدين في ذمته يقدر علي تأديته ، وله في يد صاحب الدين عين حصلت في يده بحق ، فصار كما لو كان في يده وديعة ، فإن القاضي يأمره بتسليم الدين ولا ينظر بالدين تسليم الوديعة .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) ، وصلب (ص) : [لكنها] ، والمثبت من هامش (ص) .

(٢) في (م) ، (ع) : [بغير] . (٣) في (م) ، (ع) : [مقدم] .

مسألة ٦٣٥

حكم بيعه عبده وعبد غيره

١٢٣٦٥ - قال أصحابنا : إذا باع عبده وعبد غيره ، صح البيع في عبده [١] .

١٢٣٦٦ - وقال الشافعي في أحد قوليه : بطل البيع فيهما .

١٢٣٦٧ - فإن زوجه أجنبية وذات رحم ، أو رهنه عبده وعبد غيره [٢] أو وهب له عبده وعبد غيره ، ففيه وجهان ، أحدهما : يبطل في الجميع ، والآخر : يصح علي الانفراد ، ويبطل في الآخر [٣] .

١٢٣٦٨ - لنا : أن رق المعقود عليه موجود جائز [٤] فيهما ، والمعني المانع من نفوذ العقد وجد من أحدهما ، فصار كمن باع عبديه [٥] وشرط الخيار في أحدهما .

١٢٣٦٩ - ولأنه جمع بين شيئين يصح العقد علي كل [٦] واحد منهما ؛ فإذا بطل العقد [٧] من أحدهما جاز أن يصح في الآخر ، كمن باع عبديه ومات أحدهما قبل القبض .

١٢٣٧٠ - ولأنه عقد على عبده وعبد غيره عقدًا لو أفرد في عبده جاز ، فوجب أن ينفذ العقد في عبده ، كالحاكم إذا باع عبده وعبد المفلس ، وهذه مبنية علي أصلنا : أن عبد الغير ينعقد عليه العقد ويقف علي إجازة مالكه ، فإذا رد فقد فسد العقد في أحد العبدين بمعني طارئ ، فلا يفسد في الآخر ، كما لو مات أحدهما .

---

(١) وقال زفر : فسد البيع فيهما . راجع المسألة في : روضة القضاة ، « باب من البيوع الفاسدة » (٣٩٨/١) ، مسألة (٢٠٧٣ ، ٢٠٧٤) ، بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما الذي يرجع إلي المعقود عليه » (١٤٥/٥) ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية « باب بيع الفاسد » (٤٥٦/٦) .

(٢) قوله : [وعبد غيره] ساقط من (ع) .

(٣) راجع : المهذب مع المجموع ، « باب تفريق الصفقة » (٣٧٩/٩ ، ٣٨١) ، حلية العلماء « باب تفريق الصفقة » ، (١٣٨/٤ ، ١٤١) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب السادس في البيوعات الفاسدة » ص ٢٦٣ ، المغني « فصل : في تفريق الصفقة » (٢٦٢/٤ ، ٢٦٣) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٣١٧/٤ ، ٣١٨)

(٤) الرِّق ، بالكسر : الملك والعبودية ، يعني : ملك المعقود عليه موجود فيهما . ولفظ : « جائز » ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [عبده] .

(٦) لفظ : [كل] ، ساقط من صلب (ص) واستدركهما الناسخ في الهامش .

(٧) لفظ : [العقد] ساقط من صلب (ص) واستدركهما الناسخ في الهامش .

١٢٣٧١ - احتجوا : بأنه باع ما يملك تمليكه وما لا يملك تمليكه ، فوجب أن يبطل في الجميع ، كمن باع عبدًا وحرًا .

١٢٣٧٢ - قلنا : هناك وقع العقد علي ما لا يجوز أن يملكه [فقارن الفساد الصحيح فأثر فيه ، وههنا ما وقع علي ما يجوز أن يملك به] (١) فالفساد فيه لم يقارن العقد ، وإنما حصل بعقد الإجازة (٢) ، فلذلك صح العقد في الصحيح .

١٢٣٧٣ - والدليل على أن عبد الغير يملك بهذا العقد : أن مالكه لو أجاز أو حكم حاكم بذلك [جاز] من حين الحكم ... (٣) .

١٢٣٧٤ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الحاكم إنما يحكم بالعقد وينفذه ، وقد تقدم عقد قد تناوله التنفيذ ، فلا يجوز أن ينتقل الملك بحكمه .

١٢٣٧٥ - ولأنه إذا جمع بين شيئين بعقد واحد ، فكل واحد منهما مشروط في الآخر (٤) .

١٢٣٧٦ - وفي مسألة العبدين صح عقده في عبده (٥) ، وعلق تمامه بشرط يجوز أن يوجد ، وهو جواز العقد الآخر ، فصار كمن باع عبدًا وشرط الخيار لنفسه أو للمشتري أو لأجنبي .

١٢٣٧٧ - وفي مسألة العبد والحر علق تمام العقد في العبد بتمامه في الحر وذلك محال ، فصار كمن باع عبدًا على أن الخيار لجميع الناس لما لم يجز أن يوجد خيارهم لم يجز أن يقف العقد عليه .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (ص) : [الإجارة] ، بالراء المهملة ، وفي (م) ، (ع) هكذا ، بالزاء المعجمة ، ولعل صوابه : [بعقد علي الاجازة] ، بزيادة : [علي] .

(٣) سقطت هذه الكلمة [جاز] من جميع النسخ .

(٤) قاعدة : « إذا جمع بين شيئين بعقد واحد فكل منهما مشروط في الآخر » .

(٥) في (ع) : [بيعه] ، مكان : [عبده] .

مسألة ٦٣٦

حكم بيع الحر والعبد معا

١٢٣٧٨ - قال أبو حنيفة : إذا باع حرا وعبدًا بطل البيع في العبد سواء أفرد كل واحد بثمن أو سمى ثمنًا واحدًا .

١٢٣٧٩ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : إن سمي الثمن جملة : بطل فيهما ، وإن سمي لكل أحد ثمنًا : جاز في العبد [١] .

١٢٣٨٠ - وقال الشافعي في أحد قوليه : يجوز العقد في العبد بحصته من الثمن ، وفي قول آخر : بجميع الثمن [٢] .

١٤/أ ١٢٣٨١ - لنا أنها / صفقة اشتملت علي الحر وغيره ، فبطل العقد في جميعها ، كمن باع عبدًا وكلبًا .

١٢٣٨٢ - ولأنه عقد يجوز أن يبطل بالشرط ، فإذا جمع فيه بين حر ومملوك جاز أن يبطل في المملوك لأجل الحر ؛ أصله : إذا تزوج أمة وحرة في عقد واحد .

١٢٣٨٣ - ولأنها صفقة تضمنت ما لا يدخل تحت البيع بحال وما يصح دخوله ، فوجب أن يبطل البيع فيهما . أصله : إذا باع حرًا وعبدًا على أن يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر .

١٢٣٨٤ - ولأن الصفقة اشتملت علي الصحيح والفاسد ، والفساد في نفس المعقود ، فكان نوع فساد [٣] لا يصح معه العقد بحال .

١٢٣٨٥ - ولا يلزم : إذا جمع بين عبد ومدّبر ، أو أم ولد ، أو مُكاتب ؛ لأن نوع هذا الفساد يرتفع من العقد بحكم حاكم .

---

(١) راجع : روضة القضاة (٣٩٨/١) ، مسألة (٢٠٧٠ - ٢٠٧٢) ، بدائع الصنائع (١٤٥/٥) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية (٤٥٦/٦) ، وفي النسخ جميعها [عبد] بدل [أحد] وهو تحريف .

(٢) قال النووي : « القسم الثاني : أن لا يكون متقومًا ، وهو نوعان ، أحدهما : يتأتي تقدير التقويم فيه من غير تقدير تغير الخلقة ، كمن باع حرًا وعبدًا ، فالحر غير متقوم لكن يمكن تقويمه رقيقًا ، وفي هذا النوع طريقان ، أصحهما الصحة ، والطريق الثاني القطع بالفساد » . راجع : المجموع مع المهذب ، الباب السابق (٣٧٩/٩ - ٣٨١) ، حلية العلماء (١٣٨/٤ - ١٤٢) .

(٣) في (ص) : [وإن كان نوع فساد] ، وفي غيرها : [وأن نوع الفساد] ، وهو تحريف والصواب ما أثبتناه .

١٢٣٨٦ - ولا يلزم : إذا أسلم ثوبا في هروي [١] ومروي ؛ لأن الربا نوع لا يصح معه البيع بحال ، والنساء في الجنس عندنا من نوع الربا .

ولا يلزم : إذا أسلم إليه ألف درهم في كر ، خمسمائة نقدًا وخمسمائة دَينًا له في ذمته ؛ لأن الفساد لم يحصل [٢] في العقد وإنما طرأ عليه ، بدلالة : أنه لو نقده الخمسمائة الأخرى في المجلس جاز ، وإنما بطل العقد بالافتراق ، وهذا معني طارئ بعد الانعقاد .

١٢٣٨٧ - ولا يلزم : من جمع بين عبده وعبد غيره ؛ لأن العقد صحيح في عبد الغير ويتم العقد فيه بالإجازة ، وإنما يبطل لعدم الإجازة ، وذلك معني طارئ علي العقد .

١٢٣٨٨ - ولا يلزم : إذا اشترى [عبدًا] [٣] فباعه قبل أن يقبضه مع عبد آخر ؛ لأن البيع فاسد [٤] عند زفر .

١٢٣٨٩ - وقال أبو يوسف : يصح في المقبوض ، وليس عن أبي حنيفة خلاف ما قال زفر .

١٢٣٩٠ - ولا يلزم : إذا اشترى عبدًا بألف نسيئة ، ثم باعه مع [٥] عبد آخر بألف ؛ لأن هذا النوع يرتفع من العقد [٦] بحكم حاكم لاختلاف الناس .

١٢٣٩١ - ولا يلزم : إذا اشترى عدلًا علي أن [٧] فيه خمسين ثوبًا ، كل ثوب بعشرة ، فوجده تسعة وأربعين جيدة [٨] ؛ لأن من أصحابنا من قال : عند أبي حنيفة يفسد البيع في الجميع مثل مسألتنا ، واستدل بما قال في « الجامع الكبير » : إن من اشتري ثوبين هرويين بعشرة فأصاب أحدهما قوهيا [٩] ؛ فسد العقد فيهما ، ولو كان [١٠] سمي لكل واحد

---

(١) في (ص) : [قوهي] ، مكان : [هروي] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لم يصح] .

(٣) [عبدًا] ساقطة من النسخ جميعها .

(٤) في (م) ، (ع) : [فاسد فيها] ، بزيادة : [فيها] .

(٥) في جميع النسخ : [من] ، المثبت من هامش (ص) .

(٦) في (م) ، (ع) : [من العقد يصح] ، بزيادة : [يصح] .

(٧) قوله : [علي أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ص) : [حيدة] بدون نقطة الجيم .

(٩) في (م) ، (ع) : [فوهيا] . االقوهي : ضرب من الثياب بيض . هكذا في المعجم الوسيط (٧٧٤/٢) ، المراد به : وجد أحدهما غير هروي .

(١٠) لفظ : [كان] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

ثمنًا ؛ جاز العقد في الهروي عند أبي يوسف ومحمد ، وبطل عند أبي حنيفة فيهما ، [وإذا كان فسد العقد فيهما لفقد صفة أحدهما فلأن يفسد فيهما] (١) بفقد الموصوف أولى .

١٢٣٩٢ - ومن أصحابنا من قال : البيع جائز في الموجود ؛ لأنه لم يقصد إلي بيع المعقود ، وإنما باع الموجود وغلط في عدده .

١٢٣٩٣ - وفي مسألتنا : فسد العقد على الحر وذلك لا يحلل (٢) .

١٢٣٩٤ - احتجوا : بأنهما عينان لو أفرد كل واحد منهما بالعقد خالف حكم أحدهما حكم الآخر ، فإذا جمع بينهما صفقة واحدة ؛ وجب أن يكون علي تلك (٣) المخالفة . أصله : إذا باع شقصًا وسيفًا ، والشقص يؤخذ بالشفعة .

١٢٣٩٥ - قلنا : يبطل إذا باع (٤) صاعًا ودرهمًا بصاع ، أنه لو أفرد بيع الصاع بحصته وأفرد الدرهم بحصته خالف حكمُ أحدهما حكمَ الآخر ، فإذا جمع بينهما بطل العقد فيهما ولم يختلف حكمهما .

١٢٣٩٦ - فإن قيل : معنى قولنا : « فإذا جمع بينهما » ، يعني : إذا جمع علي الوجه الذي أفرد .

١٢٣٩٧ - قالوا : وبذلك (٥) نقول ؛ لأنه لو أفرد كل واحد بالتسمية اختلف حكمهما ، فإذا جمعهما فسد لجهالة الحصة .

١٢٣٩٨ - قلنا : جهالة الحصة في الصاع لا تمنع (٦) جواز البيع ، كما لو باع صاعًا وثوبًا بدرهم .

ثم لا نسلم في مسألتنا : أنه جمع علي الوجه الذي أفرد ؛ لأنه إذا أفرد (٧) بالفاسد ليس بشرط في الصحيح ، وإذا جمعهما صار أحدهما شرطًا في الآخر .

١٢٣٩٩ - قالوا : إذا باع حرًا وعبدًا وأحدهما مما لا يصح بيعه والآخر يصح ، فليس حمل الباطل علي الصحيح بأولى من حمل الصحيح على الباطل فتقابلا من غير

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٢) في (م) ، (ع) : [لا يحل] .
(٣) في (ص) : [ملك] .
(٤) قوله : [إذا باع] ساقط من (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [وكذلك] ، وفي (ص) : [ولذلك] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .
(٧) قوله : [لأنه إذا أفرد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مزية ، وأعطينا كل واحد منهما حكمه إذا انفرد كل واحد .

١٢٤٠٠ - قلنا : لم نحمل [١] أحدهما علي الآخر ؛ لأن المعقود عليه غير موجود في الحر ، فصار العبد ابتداءً مبيعًا بحصته ، وإذا جمع بين عبده وعبد غيره فالمعقود عليه موجود في كل واحد منهما ، فجهالة الحصة تحصل [٢] من باقي العبد ، وذلك لا يؤثر ، كبيع العبدين .

١٢٤٠١ - قالوا : عينان لو أفرد كل واحد منهما بالعقد صح في أحدهما ، فإذا جمع بينهما صح فيما يصح منه لو أفرد [٣] ، كما لو تزوج أخته وأجنبية .

١٢٤٠٢ - قلنا : يبطل ببيع صاع بدرهم ودرهم .

١٢٤٠٣ - ولأن النكاح لا يؤثر فيه الشروط إذا كان مزيدًا ، وأكثر ما في الجمع بينهما أن الفاسد شَرْطٌ في الصحيح والبيع بخلافه .

١٢٤٠٤ - ولأن إيجاب النكاح في امرأتين كإيجاب العقد في كل واحدة منهما علي الانفراد ؛ بدلالة : أنه يجوز أن يفردها بالقبول ، فلم يؤثر فساد أحدهما في الآخر [٤] ، والبيع جمعه إيجاب واحد وبعضه مشروط في بعض ، بدلالة : أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما بالقبول ، فصارا كالشيء الواحد .

١٢٤٠٥ - قالوا : باع ما ينفذ فيه بيعه وما لا ينفذ [٥] بيعه ، فإذا جمع بينهما وجب أن ينفذ فيما ينفذ فيه [٦] إذا انفرد ، كما لو باع عبده وعبد غيره .

١٢٤٠٦ - قلنا : المعنى في الأصل : أن كل واحد منهما يجوز أن يستحق بهذا العقد إذا حصلت الإجازة ، وحكم الحاكم بالفساد في أحدهما لمعني [٧] طارئ - وهو عدم الإجازة - لا يفسد الآخر .

١٢٤٠٧ - وفي مسألتنا : أحدهما لا يجوز أن يستحق بهذا العقد بحال ، فصار كالفساد في نفس العقد ، فأثر في الآخر .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم يحمل] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يحصل] .

(٣) لفظ : [صح] ساقط من (م) ، (ع) ، وفيهما : [انفرد] ، مكان : [أفرد] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالآخر] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وأما ما لا ينفذ] ، بزيادة : [أما] .

(٦) لفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (ع) : [بمعني] .

فالذي حَكَوْه عن الشافعي : أن العبد يكون مبيعًا بكل الثمن غلط ؛ لأن البدل في البيع (١) لا يثبت إلا بالتسمية ، والمستحب يذل الثمن في مقابلة الشخصين (٢) ، فلم يجب أن يلزمه جميعه في مقابلة أحدهما ، وليس كذلك إذا تزوج أجنبية وأخته بألف ، فإن المهر يكون (٣) للأجنبية عند أبي حنيفة ؛ لأن المهر يثبت في النكاح بغير تسميته ، فجاز أن يسمي به لا في مقابلة امرأتين ، فيثبت (٤) في حق أحدهما من طريق الحكم لا بالتسمية .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [المبيع] .
(٢) في (ص) ، (م) : [شخصين] .
(٣) في (م) : [أن المهر يكون] ، وفي (ع) : [أن يكون المهر] ، مكان المثبت .
(٤) في (ص) : [مقابلته] ، مكان : [مقابلة] ، وفي (م) ، (ع) : [فثبت] ، مكان : [فيثبت] .

مسألة ٦٣٧

الزيادة في الثمن أو المبيع بعد تمام البيع

١٢٤٠٨ - قال أصحابنا : إذا زاد [المشتري] [١] في الثمن بعد تمام البيع ، أو زاد البائع في المبيع زيادة جاز ذلك ولحقت الزيادة بالعقد ، فكأنه وقع علي [٢] الأصل والزيادة .

١٢٤٠٩ - وقال أبو حنيفة : وإن زاد في الثمن وقد هلك المبيع في يده ، أو كان عبدًا فأعتقه ؛ جازت الزيادة أيضًا . وكذلك [٣] إن زاد أحدهما بعد موت الآخر ، أو زاد ورثة أحدهما وورثة الآخر بعد موت المتعاقدين [٤] . هذه رواية الإمام [٥] .

١٢٤١٠ - وقال الشافعي : إذا زاد أحدهما بعد إبرام [٦] العقد لم تصح الزيادة [٧] .

١٢٤١١ - لنا : ما روى سالم بن [أبي] الجعد [٨] ، عن جابر ﷺ ، قال : قضاني [٩] رسول الله ﷺ ثمن جمل وزادني قيراطًا ، فقلت : هذا قيراط زادنيه [١٠]

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) لفظ : [علي] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (ص) : [ولذلك] ، باللام ، مكان : [الكاف] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أو زاد به أحدهما ورثة الآخر بعد ثبوت المتعاقدين] ، مكان المثبت .

(٥) راجع : بدائع الصنائع ، « فصل : وأما حكم البيع » (٢٥٨/٥) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية ، « باب المرابحة والتولية » (٥١٩/٦ - ٥٢٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [إلزام] .

(٧) قال الشيرازي : « وإن كان ذلك في مدة الخيار لحق بالعقد ، وجعل الثمن ما تقرر بعد الحط والزيادة » . راجع : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب بيع المرابحة » (٥/١٣) ، حلية العلماء « باب بيع المرابحة » (٢٩٢/٤ ، ٢٩٣) ، بداية المجتهد ، في « القول في الجوائح » ، « الفصل الرابع في الوقت الذي توضع فيه » (٢٠٦/٢ ، ٢٠٧) ، الإنصاف « باب الخيار في البيع » (٤٤١/٤ - ٤٤٣) ، الإفصاح « باب بيع المصارة » (٣٤٧/١) .

(٨) قوله : [سالم بن الجعد] ساقط من (م) ، (ع) ، والزيادة ساقطة من (ص) ، وهي في راويا الحديث . وسالم هو : سالم بن أبي الجعد الغطفاني ، الأشجعي ، مولاهم الكوفي ، تابعي ثقة ، وكان ممن يرسل ، مات سنة سبع أو ثمان وتسعين ، وقيل : سنة مائة أو بعد ذلك . راجع : تاريخ الثقات « باب السين المهملة » ص١٧٣، الترجمة (٤٩٦) ، مشاهير علماء الأمصار ، في « ذكر مشاهير التابعين بالكوفة » ص١٧٢ ، الترجمة (٨٠٩) ، تقريب التهذيب (٢٧٩/١) ، الترجمة (٣) .

(٩) في (م) ، (ع) : [قضاي] .

(١٠) في (م) : [زاد منه] .

رسول الله ﷺ لا يفارقني أبدًا ، فلم يزل معي حتى جاء أهل الشام فأخذوه فيما أخذوا يوم الحرّة [١] » .

وروي عن سعيد بن المسيب قال : قال أصحاب رسول الله ﷺ : « وددنا أن نعلم أن عثمان أعطي أحدًا في التجارة ، أو عبد الرحمن بن عوف . اشتري عبد الرحمن من [٢] عثمان أرضا له عليه بثلاثين ألف درهم [٣] علي شرط إن أدركته الصفقة حيًّا ، فجاز عبد الرحمن قليلًا [٤] ، ثم رجع وقال : أزيدك ستة آلاف إن جعلت الشرط بيني وبينك إن أدركه رسولى حيًّا ، فأجاز ذلك عثمان ، فأدركه رسوله وهو ميت » [٥] ، فهذه زيادة من عبد الرحمن أجازها عثمان بمشهد من الصحابة .

١٢٤١٢ – ولا يقال : إن [٦] البيع بهذا الشرط لا يصح ؛ لأن من الصحابة من قال : « إن [٧] أدركت الصفقة المبيع ثم هلك فهو من مال المشتري » [٨] ، فقد دل الخبر علي أمرين : الدلالة علي إسقاط أحدهما عندنا ، ونفي [٩] الآخر . ذكره الطحاوي .

١٢٤١٣ – وروي عن عبد الله بن أبي الهذيل ، قال « رأيت عمار بن ياسر خرج من القصر ، فاشتري قباء واشتري صاحب القباء خيلًا ، فقارعه حتي أخذ هذا نصفه وهذا نصفه ، ثم احتمله علي عاتقه حتى أدخله القصر » [١٠] .

١٢٤١٤ – وقد كان عمار أميرًا [١١] ، فلا يجوز له الهبة ، فلو [١٢] كانت هبة غير لاحقة في العقد لم يجز أن يلتمسها .

---

(١) هذا جزء من حديث طويل ، أخرجه مسلم في الصحيح ، « كتاب المساقاة » ، « باب بيع البعير واستثناء ركوبه » (١٢٢٢/٣ ، ١٢٢٣) ، الحديث (١١١-٧١٥) ، والنسائي في المجتبي ، « كتاب البيوع » ، في « البيع يكون فيه الشرط فيصح البيع والشرط » (٣٩٨/٧ ، ٣٩٩) .

(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ثلاثين درهمًا] ، مكان المثبت .

(٤) أي سار قليلًا ، جاز المكان جوزًا ، إذا سار فيه ، وأجازه : قطعه . راجع : المغرب ، « الجيم مع الواو » ص٩٥ ، المصباح المنير (١١١/١) .

(٥) لم نجد هذا الأثر .

(٦) في (م) ، (ع) : [بأن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [إذا] .

(٨) أخرجه الطحاوي في المعاني « باب خيار البيعين حتى يتفرقا » (١٦/٤) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب إذا اشتري متاعًا أو دابة ... الخ » (١٦/٢) .

(٩) في (م) ، (ع) : [وبقي] .

(١٠) لم نقف علي هذا الأثر بعد .

(١١) في (م) ، (ع) : [للأمير] .

(١٢) في (ص) : [ولو] .

١٢٤١٥ - ولأن هذه الزيادة يجوز أن تكون [١] مملوكة مع الأصل بدلًا عن المعقود عليه بالعقد ، فإذا ألحقها [٢] به وجب أن تستحق ، كما لو [٣] ألحقها في مجلس العقد ، ولا يلزم : الزيادة بعد الهلاك ؛ لأنها تلحق [٤] علي رواية الأصل .

١٢٤١٦ - ولا يلزم : الزيادة في المسلم فيه ؛ لأنها تصح عندنا إذا أقبضه حصتها من رأس المال في مجلس الزيادة ، ثم يرتجع منه الحصة من رأس المال الأول ، وإن عللت برواية الأصول .

١٢٤١٧ - قلت : إن هذه الزيادة يجوز أن تكون [٥] مملوكة مع الأصل بدلًا عن المعقود عليه ، فإذا ألحقها به وهو يقبل الفسخ فبالابتداء استحقت .

١٢٤١٨ - ولا يلزم : الزيادة بعد الهلاك ؛ لأن العقد لا يقبل الفسخ .

١٢٤١٩ - ولا يلزم : إذا خرج [٦] المعقود عليه من ملكه ؛ لأنه لا يقبل الفسخ .

ولا يلزم : الزيادة في المسلم فيه ؛ لأن العقد / يقبل الفسخ ولا يقبل الابتداء ؛ بدلالة : أنهما لو تفاسخاه ثم ابتدياه في رأس المال وهو دين لم يصح .

١٢٤٢٠ - ولأنها زيادة يجوز أن يكون معقودًا عليها [٧] مع الأصل في هذا العقد ، فجاز إلحاقها به بعد انبرامه ، كالزيادة في الرهن .

١٢٤٢١ - ولا يلزم : الزيادة في الدين [٨] ؛ لأن عقد الرهن ينعقد علي الرهن ، والدين معقود عليه عقد المداينة ، فإذا زاد في الدين فهي زيادة في غير المعقود عليه .

يبين [٩] ذلك : أنه لو أعطى بثمن المبيع رهنًا لم يكن ذلك زيادة في البيع ؛ لأن البيع لا ينعقد عليه .

١٢٤٢٢ - فإن قيل : إذا زاد في الرهن فالزيادة تصادف [١٠] الدين على الوجه الذي يصادفه ابتداء الرهن ؛ لأنه يجوز أن يكون بدين واحد [١١] رهنان وكفيلان .

---

(١) في (م) : [أن يكون] .
(٢) في (ص) : [لحقها] .
(٣) في (م) ، (ع) : [أن يستحق] : ، ولفظ : [لو] ساقط منهما .
(٤) في (م) : [يلحق] .
(٥) في (م) : [أن يكون] .
(٦) في (م) ، (ع) : [أخرج] .
(٧) لفظ : [عليها] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [الرهن] ، مكان : [الدين] .
(٩) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(١٠) في (م) : [يصادف] .
(١١) في (م) ، (ع) : [وأخذ] ، مكان : [واحد] .

١٢٤٢٣ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن الزيادة تصادف [١] المبيع على الوجه الذي كانت تصادفه ابتداءً ؛ ألا ترى : أن كل جزء من المبيع يجوز أن يكون في مقابلة الثمن المتقدم والزيادة ، كما أن [الثمن] [٢] يجوز أن يكون به رهنان وثلاثة والزيادة تلحق [٣] فيهما على وجه واحد .

١٢٤٢٤ - ولأنها زيادة ملحقة بالعقد ، فكانت كالمسماة في العقد في حقهما ، أصله : الزيادة في مدة الخيار .

١٢٤٢٥ - ولأن ما لو وجد [٤] في مدة الخيار تعلق به الاستحقاق بعد انبرام العقد ، كالحط .

١٢٤٢٦ - ولأنها حالة يصح فيها [٥] الحط ، فصحت الزيادة ، كحال المجلس .

١٢٤٢٧ - ولأنهما يملكان الفسخ ، فإذا زادا في المجلس لحقت بالعقد كحال المجلس .

١٢٤٢٨ - فإن قيل : لا تأثير لقولكم : إنهما يملكان الفسخ ، والزيادة [تجوز] [٦] عندكم بعد الهلاك ؛ لأن هذا التعليل على رواية الأصول أن الزيادة تصح [٧] ما دامت الإقالة جائزة .

١٢٤٢٩ - فإن قيل : المعنى في مدة الخيار : أن كل واحد [منهما] [٨] يملك الفسخ بالمعنى الذي يملك الآخر .

١٢٤٣٠ - قلنا : يبطل إذا باع عبدًا بثوب ، فوجد كل واحد بما قبضه عيبًا .

١٢٤٣١ - قالوا : المعنى في حال المجلس : أنها حالة لقبض رأس المال في السلم والصرف ، فلهذا جاز الرهن على الزيادة ، وليس كذلك فيما بعد المجلس ؛ لأنها ليست بحال لقبض ثمن الصرف .

١٢٤٣٢ - [قلنا : علة الأصل غير صحيحة ؛ لأن الزيادة تجوز في حال العقد ، وتلك الحال ليست لقبض ثمن الصرف] [٩] وإنما يقبض بعدها ، وعلة الفرع تبطل بمدة الخيار ، فإن التراضي على الزيادة يجوز فيها ، وليست حالة لقبض ثمن [١٠] الصرف .

---

(١) في (م) : [يصادف] .
(٢) بدل الذي في النسخ جميعها] .
(٣) في (م) : [يلحق] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ما لم يوجد] .
(٥) في (م) ، (ع) : [منها] .
(٦) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) : [يصح] .
(٨) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٠) في (م) ، (ع) : [حالة القبض ثم] .

١٢٤٣٣ - ويدل عليه أن المشتري لو وجد بالمبيع عيبًا ورضي به وأسقط خياره جاز . ومعلوم أن حصة العيب من الثمن كأنها مستحقة ، وإذا تركها فقد زاد [١] في الثمن ، وذلك جائز قبل انبرام العقد وبعد انبرامه .

١٢٤٣٤ - فإن قيل : كيف يكون للعيب [٢] حصة ، ولو أراد المشتري المطالبة بالأرش لم يكن له ذلك ؟ .

١٢٤٣٥ - قلنا : إذا حدث في عبده عيب فالحصة واجبة وله [٣] المطالبة بها .

١٢٤٣٦ - فإن قيل : هذه براءة من المشتري وليست بزيادة [٤] .

١٢٤٣٧ - قلنا : لو باع عرضًا بعرض ، ثم اطلع على عيب بما قبضه [٥] ، جاز أن يبرئ منه . ولو كان يملك إبراءه لم تصح [٦] البراءة من الأعيان . ولو لم يدفع الثمن ورضي بالعيب جاز ، ويستحيل أن يبرئ من حصة المبيع [٧] ولم يثبت له علي البائع شيء .

١٢٤٣٨ - ولأنه لو أبرأه من العيب ثم تقايلا [٨] رجع بجميع الثمن . ولو كان أبرأه [٩] عن جزء منه لم يجب الرجوع به بالإقالة [١٠] .

١٢٤٣٩ - احتجوا : بأنها زيادة تثبت قبل [١١] لزوم العقد فوجب أن لا تثبت [١٢] بعد لزومه ، كالزيادة في الدين والرهن .

١٢٤٤٠ - والجواب : أن قولهم : « ثبت قبل لزوم العقد » [١٣] إن أرادوا به في الأصل ، وبعد العقد قبل القبض : لم نسلم الوصف في الأصل ؛ لأن الزيادة في [illegible] لا تصح [١٤] عندنا إلا أن يعيد العقد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [زادها] .
(٢) في (م) ، (ع) : [العيب] .
(٣) في (م) ، (ع) : [فله] .
(٤) في (م) ، (ع) : [الزيادة] .
(٥) في (م) ، (ع) : [قبض] .
(٦) في (م) ، (ع) : [ولو كان ملك إبراءه لا يصح] ، مكان المثبت .
(٧) في (ص) : [البيع] ، وفي (ع) : [المعيب] ، مكان : [المبيع] .
(٨) في (ع) : [تقابلا] .
(٩) في (ص) : [إبراء] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [الإقالة] .
(١١) في (م) ، (ع) : [مثل] ، مكان : [تثبت قبل] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [لا تثبت] .
(١٣) في (ع) : [قبل لزوم العقد فوجب أن لا يثبت بعد لزومه] ، مكان : [قبل لزوم العقد] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [لا يصح] .

١٢٤٤١ - فإن أراد حالة العقد : فذلك ليس بزيادة .

١٢٤٤٢ - علي أن المعنى في الأصل : أن الزيادة وقعت في عين المعقود عليه ، بدلالة : أن الدين لم يعقد عليه عقد الرهن ، وإنما يثبت بعقد المداينة ، والزيادة تصح فيما وقع العقد عليه [1] دون غيره ، ولهذا تجوز [2] الزيادة في الرهن ؛ لأن الرهن هو الذي تناوله هذا العقد ، فجاز أن يلحق به زيادة .

١٢٤٤٣ - ولأن الزيادة في الدين لو لحقه وهي منفردة عن الدين الأول بالتسمية صار كأنه سمي كل واحد من الدينين في الابتداء على الانفراد ، فيؤدي إلى إشاعة الرهن ، وذلك لا يصح ابتداء ، كذلك حال البقاء .

١٢٤٤٤ - فإن قيل : فيجب - علي قول أبي حنيفة- أن تلحق [3] الزيادة مع الإشاعة ويفسد العقد ، كما قال في الزيادة الفاسدة والبيع .

١٢٤٤٥ - قلنا : الزيادة الفاسدة لا تلحق [4] في إحدى الروايتين .

١٢٤٤٦ - قالوا : جميع المبيع مملوك بالثمن الأول ، وقد أجمع العقد فيه ، ولا تصادف [5] الزيادة عوضًا ؛ فيصير كمن بذل عوضًا عن ملك نفسه .

١٢٤٤٧ - قلنا : الزيادة تلحق [6] بالأصل ويصير كل جزء بإزائه جزءًا من المبيع مع الثمن الذي في مقابلته ، فيكون عوضًا عنه كما يقول مخالفنا في الزيادة في المجلس في الخيار .

١٢٤٤٨ - والاختيار من لزوم العقد بمعني [7] أن العقد وإن لم يلزم فكل جزء من المبيع مشغول بحصته [8] من الثمن ، فإذا زال الخيار بالاستحقاق يسند إلى العقد ولم يوجد بينهما عقد آخر ، وإذا وجدت الزيادة تقرر ذلك بعد اللزوم عندنا مثله .

١٢٤٤٩ - يبين [9] هذا : أن اللزوم يؤثر في منع أحدهما من تغيير [10] أحكامه بعد رضا الآخر .

---

(١) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) : [يجوز] .

(٣) في (م) : [يلحق] .

(٤) في (م) : [لا يلحق] .

(٥) في (م) : [لا يصادف] .

(٦) في (م) : [يلحق] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا يغير] .

(٨) في (ص) : [بحصة] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فتبين] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يعتبر] .

١٢٤٥٠ - فأما تراضيهما : فأحكامه يتعين بعد لزومه ، كما لو تفاسخا .

١٢٤٥١ - فأما قولهم : إنه بذل [(١)] العوض عن ملكه فليس بصحيح ؛ لأنهما لو [(٢)] ألحقا الزيادة بالعقد صارت عوضًا فيه في حقهما ، فكانت بدلًا عن ملك الغير .

١٢٤٥٢ - ثم يبطل هذا : بمن تزوج مفوَّضة فلا مهر لها عندهم ، فلو مات الزوج لم يجب لها شيء ، فإن فَرَضَ لها مهرًا جاز ، وهذا المهر بدلٌ عن البضع الذي هو ملكه .

١٢٤٥٣ - فإن قيل : لها أن تطالبه بالعوض ، فكذلك [(٣)] جاز بدل المعوض .

١٢٤٥٤ - قلنا : فقد أثبتم [(٤)] بدل المعوض عن ملكه ، وأثبتم [(٥)] وجوب المطالبة ، فهو أكثر مما امتنعتم منه .

١٢٤٥٥ - ثم هذا فرق القبض فيبطل بمسألة أخرى ، وهي : أن الموهوب إذا عوض الواهب [(٦)] بعد قبض الهبة صح ، وهو بذل عوض عن ملك نفسه .

١٢٤٥٦ - قالوا : هذه الزيادة لا تلزم [(٧)] الشفيع مع اعترافهم بها ، فلم تكن من جملة [(٨)] الثمن ، كأجرة الدلال .

١٢٤٥٧ - قلنا : عندنا نثبت [(٩)] في حق الشفيع ؛ لأن الشفعة تثبت له في العقد الأول بغير زيادة ، ثم ألحقنا الزيادة فتعذر العقد وتعلقت به الشفعة [(١٠)] ، فالشفعة له بكل واحد من حالتي العقد ، وهو مخير في المطالبة ، إن شاء بالعقد الأول وإن شاء بالثاني ، وإنما كان كذلك ؛ لأنهما بالتراضي بالزيادة قَصَدا إبطال حقه ، فلم يجز إسقاطه ، كما لو تفاسخا البيع انفسخ [(١١)] في حقهما فلم يسقط .

١٢٤٥٨ - ولأن المشتري لو زعم أن الثمن ألف وادعى البائع ألفين [(١٢)] وأقام البينة

---

(١) في (م) ، (ع) : [يبدل] ، وفي (ص) : [تبدل] ، وهو تصحيف من الناسخ .

(٢) في (م) ، (ع) : [لما] ، مكان : [لو] .

(٣) في (ص) : [فلذلك] .

(٤ ، ٥) في (م) : [أتيتم] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الذهب] ، مكان : [الموهب] ، وفي (ص) ، وهو تحريف وتصحيف .

(٧) في (م) : [لا يلزم] .

(٨) في (م) ، (ع) : [أجله] ، مكان : [جملة] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بالسفعة] ، مكان ، [به الشفعة] .

(١١) في (م) ، (ع) : [المبيع] ، مكان : [البيع] ، ولفظ : [انفسخ] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٢) في (ع) : [الغبن] ، مكان : [ألفين] .

فقضى بها القاضي ، كان للشفيع أن يأخذها من المبتاع بألف عندهم ، ونحن نعلم أن الزيادة باقية (١) بحكم الحاكم ؛ لأن المشتري لما أثبت له حق الأخذ بأقل منها لم تلزمه (٢) الزيادة ، فلأن لا تلزمه (٣) الزيادة في مسألتنا مع الاختلاف في لحوقها أولى .

١٢٤٥٩ – قالوا : الزيادة لا تلزم في بيع المرابحة ، والمرابحة نقل المبيع بالثمن الذي حصل في مقابلته .

١٢٤٦٠ – قلنا : الزيادة (٤) عندنا تثبت في المرابحة إلا أن علي المبتاع أن يبين (٥) ؛ لأنه يتهم في إلحاق الزيادة ، والبيان عندنا يجب لأجل التهمة ، وإن كان ما لهم منه قُسِمّيَ في العقد ، كمن اشترى من أبيه (٦) فإنه يحط ربح الأب ، ويبيع بغير بيان ، أو يبيع بجملة الثمن ويسيره (٧) .

١٢٤٦١ – قالوا : بذل ماله (٨) في مقابلة ماله ، فصار كمن اشترى ماله من وكيله ، ومن اشترى من عبده .

١٢٤٦٢ – قلنا : قدمنا أن الزيادة تلحق (٩) بالعقد فيصير في مقابلة غيره ؛ ونعكس هذه بمسألة التسمية بعد النكاح ، وبالعوض عن الهبة بعد العقد .

١٢٤٦٣ – ثم الأصل غير مسَلم ؛ لأن عندنا يجوز أن يبذل عوضًا عن مال نفسه إذا استفاد بالبذل عوضًا ، كالعدل في الرهن إذا باع ما اشتراه الراهن .

١٢٤٦٤ – فإذا اشترى المولى من عبده المأذون وعليه دين صح الشراء ؛ لأن حق الغرماء يتعلق بالكسب ، وإن (١٠) كان ملكه ففي مسألتنا بَذْل الزيادة عما ملكه (١١) صحيح ؛ ألا ترى : أنه يبتاع من المريض بالمحاباة (١٢) ، ويزيد في الثمن حتي لا يفسخ

---

(١) في (م) ، (ع) : [فيه] ، مكان : [باقية] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لم يلزمه] . (٣) في (م) ، (ع) : [لا يلزمه] .

(٤) سقط ما بين القوسين في النسخ كلها ، وتبدو الحاجة إليها في المعنى واضحة .

(٥) قوله : [أن يبين] ساقط من (م) ، (ع) . (٦) في (م) ، (ع) : [ابنه] .

(٧) في (م) : [كلمة] ، مكان : [بجملة] ، وفي (ع) : [أو يسيرة] .

(٨) في (م) ، (ع) : [عن ماله] ، بزيادة : [عن] .

(٩) في (م) ، (ع) : [قد بينا] ، مكان : [قدمنا] ، وفي (م) : [يلحق] ، مكان : [تلحق] .

(١٠) في (م) : [فإن] .

(١١) في (م) ، (ع) : [عوضًا عما ملكه] ، بزيادة : [عوض] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [بينا] ، مكان : [يبتاع] ، وفي (م) : [بالمجاباة] ، بالجيم المعجمة .

عليه الورثة والغرماء ويكون البائع وكيلا ، فلا يأمن أن يفسخ الموكل العقد لنقصان الثمن ببدل الزيادة ليسقط [١] حق الفسخ .

١٢٤٦٥ – قالوا : لو لحقته الزيادة لحق الحط ، ولو كان كذلك صح حط كل [٢] الثمن ولحق العقد ففسد .

١٢٤٦٦ – قلنا : الحط عندنا يلحق ويأخذ الشفيع ، كما تقرر بنية [٣] الحط في بيع المرابحة .

١٢٤٦٧ – والقياس في حط جميع الثمن : أن يلحق العقد ويفسده وإنما عدلوا عن القياس ؛ لأن الغرض بالحط إرفاق المشتري .

١٢٤٦٨ – قالوا : الحط مقصودة الإرفاق ، وإذا قصد الفسخ أو لم يقصداه فلا يناقض المعروف .

١٢٤٦٩ – ولأن الثمن [٤] يلحق بالعقد ، فيصير كالموجود فيه ، وحط جميع الثمن لا يصح أن يقع عليه العقد ابتداءً ؛ لأنه ليس ببيع . وكيف يلحقه بالعقد ، وهو لو وجد فيه لم يكن عقدًا ؟

١٢٤٧٠ – وليس هذا كله زيادة [التأجيل [٥] والنظرة] ؛ لأنها تلحق العقد / ٤٦ وتفسده [٦] ولا يخرج من أن يكون بيعًا ، وقد كان يجوز أن يقع ابتداء على هذا الوجه فيكون بيعًا فاسدًا .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لسقط] .
(٢) في (م) ، (ع) : [جميع] ، مكان : [كل] .
(٣) في (م) ، (ع) : [بينه] ، ونحو في (ص) بدون نقط ، ولعل الصواب ما أثبتناه .
(٤) [الحط] بدل [جعلنا] المثبتة في النسخ كلها ، و [فلا يناقض] بدل : [طباع] المثبتة في (م) ، (ع) أو إطباع المثبتة في (ص) ، وفي النص تحريف وتصحيف فاضطررنا إلى إجراء هذا التبديل .
(٥) ما بين القوسين بدل كلمة [الفائتة] المثبتة في النسخ كلها ، ولا معنى لها في السياق .
(٦) في (م) : [يلحق العقد ويفسده] .

مسألة ٦٣٨

إذا أجل الدين الحال وهو مما يقبل التأجيل تأجل

١٢٤٧١ - قال أصحابنا : إذا أُجِّل الدين الحال وهو مما يقبل التأجيل تأجل [(١)] .

١٢٤٧٢ - وقال الشافعي : لا يلحق الدين أجل بعد انبرام العقد [(٢)] .

١٢٤٧٣ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « المسلمون عند شروطهم » [(٣)] . لأنها مدة ملحقة [(٤)] بالعقد ، فإذا وجدت بعده لحقته [(٥)] . أصله : حال المجلس . ولأن التأجيل معين [(٦)] يؤثر في المطالبة ، فجاز أن يتعلق به الاستحقاق [إذا وجد بعد لزوم الدين ، كالبراءة . ولأن كل حالة صحت فيها البراءة من الثمن جاز إلحاق التأجيل [(٧)] به . أصله : حال المجلس . ولأنه [(٨)] معنى لو وجد في مدة الخيار لتعلق به الاستحقاق] [(٩)] ، فإذا وجد بعد لزوم العقد جاز أن يتعلق به ، كالحط . ولأنه تأجيل بعد العقد ، فصار كالتأجيل في المجلس . ولأنها صفة للثمن لو شرطت حالة [(١٠)] العقد تعلق بها الاستحقاق ، فإذا ذكرت [(١١)] بعده تعلق بها الاستحقاق ، كالرهن .

١٢٤٧٤ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « كل شرط ليس في كتاب اللَّه فهو رد [(١٢)] .

---

(١) في (م) : [بأجل] . راجع الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية ، الباب السابق ، « فصل : ومن اشترى شيئًا مما ينقل يحول الخ » (٥٢٣/٦) ، البناية مع الهداية (٣٣٥/٧) .

(٢) راجع العدة مع العمدة ، « باب أحكام الدين » (ص) ٢٤٠ ، ٢٤١ ، الإنصاف ، (٤٥٨/٤) .

(٣) أخرجه الدارقطني ، في السنن « كتاب البيوع » (٢٧/٣) ، الحديث (٩٩) .

(٤) في (م) : [يلحقه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لحقه] .

(٦) في جميع النسخ : [معين] ، لعل الصواب : [معنى] .

(٧) قاعدة : « كل حالة صحت فيها البراءة من الثمن جاز إلحاق التأجيل به » .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلانه] .

(٩) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) ، (ع) .

(١٠) في (ع) : [حال] .

(١١) في (م) ، (ع) : [تعلقت] ، مكان : [ذكرت] .

(١٢) رواه مالك في الموطأ ، في « كتاب العتق والولاء » ، « باب مصير الولاء لمن اعتق » (٧٨٠/٢ ، ٧٨١) ، الحديث (١٧) وأحمد ، في المسند ، في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب إذا اشترط شروطًا في البيع لا تحل » (٢٠/٢) ، ومسلم ، في الصحيح « كتاب العتق » ، « باب إنما الولاء لمن اعتق » (١١٤٢/٢ ، ١١٤٣) ، الحديث =

١٢٤٧٥ - قلنا : « كتاب الله ، المراد به : حكمه ، ونحن لا نسلم أن تأجيل [1] الدين ليس من حكم الله .

١٢٤٧٦ - قالوا : حق لازم ، فوجب أن لا يتأجل بالتأجيل . وأصله : القرض ، وأرش الجناية

١٢٤٧٧ - قلنا : أما الأرش فيجوز تأجيله ؛ وأما القرض فلأن التأجيل لا يصح إن شرط في عقد ، كذلك لا يلحقه بعد العقد . والتأجيل في مسألتنا : يجوز أن يثبت في حال وجوب هذا الدين ، فجاز أن يلحق بها بعد لزومه .

١٢٤٧٨ - فإن قيل : إنما لا يصح التأجيل في القرض ، لأنه [اشتراط الأجل ولا] يصح الاستفضال [2] فأما في العقود الأخرى فيصح اشتراط الأجل فيها ، وإذا الأجل ، استفضل [3] في الثمن بعد لزوم العقد ، يوجد هذا المعنى [4] .

١٢٤٧٩ - قلنا : لا يمتنع [5] أن يوجد ابتداء ، وأن يتفضل في الثمن ويؤجل [6] بعد العقد ليخفف عن المشتري ، كما يحط بعض الثمن ليخفف عنه . قالوا : تبرع بإنظار حق لازم ، فوجب أن لا يلزم ذلك التبرع كامرأة العِنّين [7] إذا أجلت السنة فأنظرته سنة أخرى .

١٢٤٨٠ - قلنا : قولكم : « تَبَرَّع بإنظار حق لازم » ، لا معنى له ؛ لأنه إذا جاز أن

= (٨-٤-١٥٠٤) ، وأبو داود ، في السنن « كتاب العتق » ، « باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة (٣٧٧/٢ ، ٣٧٨) ، والترمذي في السنن ، في آخر « كتاب الوصايا » ، « باب ما جاء في الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت » (٤٣٦/٤) ، الحديث (٢١٢٤) .

(١) في (ص) : [التأجل] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الاستفصال] ، بالصاد المهملة ، وفي (ص) بالضاد ، وقد زدنا ما بين القوسين قبلها .

(٣) في (م) ، (ع) : [مستفصل] ، بالصاد المهملة .

(٤) يبدو أن النص ناقص ، وتمامه : [في القرض] ، أي لا يوجد هذا المعنى في القرض .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .

(٦) في (م) ، (ع) : « استفصل » بالصاد المهملة ، مكان : « المعجمة ، و « ويؤكل » ، مكان : « ويؤجل » .

(٧) العِنّين ، بكسر العين المهملة طبقا لما سبق هو : العاجز عن الجماع لمرض . قال المطرزي وغيره : « هو الذي لا يقدر علي إتيان النساء ، من عنَّ إذا حبس في العنة ، وهي حظيرة الإبل » ، والعِنّينة : المرأة التي لا تريد الرجال ولا تشتهيهم ، راجع في المغرب : « العين مع النون » (ص) ٣٢٩ ، لسان العرب ، مادة : « عنن » (٣١٤٠/٤) ، المصباح المنير « العين مع النون » وما يثلثهما » (٤٠٩/٢) .

يلحق الأجل الذي قبل لزومه فلأن يلحق بعد لزومه واستقراره أولى ؛ ألا ترى : أن التأجيل تصرف منه ، ومن استقر حقه فتصرفه فيه أولى من تصرفه قبل الاستقرار ؛ ولأن [1] زيادة الأجل في العُنَّةِ لو رضيت به المرأة قبل استقرار الأجل لم يتعلق به حكم ؛ لأنها لو قالت للحاكم قبل التأجيل : قد أجلته سنين لم يصح ، فكذلك [2] بعد استقرار الأجل . وفي مسألتنا : لو أجل الدين قبل استقراره صح ، فبعده [3] مثله ؛ ولأن أجل العنة إنما يثبت بتأجيل الحاكم والزيادة فيه من غير الحاكم لا تصح [4] . والتأجيل في الدين [5] ابتداء يقف علي رضا صاحب الحق ، كذلك في الثاني مثله . قالوا : حط [6] بعد لزوم البيع ، فوجب أن لا يلحق العقد ، كما لو حط كل الثمن .

١٢٤٨١ - قلنا : نقلب فنقول : فجاز أن يتعلق به الاستحاق بعد لزومه ، كحط كل الثمن . ولأن حط كل الثمن قَصدًا به حصول المنفعة [7] للمبتاع ، فلو ألحقناه أبطل العقد فلم يجز إثبات ما يؤدي إلي خلاف غرضهما ، وليس كذلك الأجل الفاسد أنه يلحق ويفسد ؛ لأنه لا وجه يُحمل عليه إلا الإلحاق ، فكذلك الإلحاق وحط [8] جميع الثمن يمكن [9] أن يحصل العوض به من غير إلحاق .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ولا] ، مكان : [ولأن] .
(٢) قوله : [لم يصح] ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [وكذلك] .
(٣) في (م) ، (ع) : [فبعد] ، بحذف الضمير .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا يصح] .
(٥) لفظ : [الدين] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٦) في (م) : [أحط] .
(٧) في (م) ، (ع) : [حصور البقعة] ، مكان المثبت .
(٨) قوله : [وحط] ساقط من (م) ، (ن) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) في (ع) : [تمكن] .

مسألة ٦٣٩

إذا قبض المبيع في البيع الفاسد ملكه

١٢٤٨٢ - قال أصحابنا : إذا قبض المبيع في البيع الفاسد ملكه [١] .

١٢٤٨٣ - وقال الشافعي : لا يملكه [٢] .

١٢٤٨٤ - لنا : ما رُوي « أن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرطت الولاء لمواليها وقبضتها فأعتقتها ، فأجاز رسول الله ﷺ العتق » [٣] ، وقضى بفساد البيع حين نهى عنه ؛ فلولا أن الملك وقع به لم ينفُذْ عتقُها فيها [٤] .

١٢٤٨٥ - فإن قيل : يجوز أن يكون الشرط كان قبل العقد .

١٢٤٨٦ - قلنا : روي « أن مواليها امتنعوا من بيعها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم » [٥] ، وهذا يقتضي أن الشرط كان في العقد .

١٢٤٨٧ - فإن قيل : يجوز أن تكون [٦] عائشة مخصوصة بجواز هذا البيع ،

---

(١) راجع مختصر الطحاوي ، في « باب أحكام البيوع الفاسدة » (ص) ٨٥ ، ٨٦ ، روضة القضاة ، « كتاب البيوع » ، « فصل : القبض في البيع الفاسد » (٤٠٥/١) ، مسألة (٢١٣٣ ، ٢١٣٤) ، بدائع الصنائع ، (٢٩٩/٥) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية « باب البيع الفاسد » (٤٠٤/٦ ، ٤٠٥ ، ٤٥٩ ، ٤٦٤) .

(٢) راجع ، المهذب مع المجموع ، « باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسد » (٣٦٧/٩ ، ٣٦٩ ، ٣٧٧) ، حلية العلماء ، « باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسد » (١٣٢/٤ ، ١٣٣) . راجع الكافي لابن عبد البر ، « باب جملة من البيوع الفاسدة والحكم فيها » (٧٢٤/٢ - ٧٢٦) ، بداية المجتهد ، « القول في الجوائح » ، « الفصل الرابع في الوقت الذي توضع فيه » (٢٠٨/٢ ، ٢٠٩) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب السادس في البيوعات الفاسدة » ، « فصل : إذا وقع البيع الفاسد فسخ » ص٢٦٣ ، شرح الزرقاني ، في « باب في البيع الشامل الخ » ، « فصل في الطعام الربوي » ، وبهامشه حاشية البناني (٩٣/٥) . راجع الكافي ، في : « باب الشروط في البيع » (٤٠/٢) ، المغني ، « باب المصراة وغير ذلك » (٢٥٢/٤ ، ٢٥٣) .

(٣) لفظ : [العتق] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وأخرجه مسلم ، (١١٤٣/٢ ، ١١٤٤) ، الحديث (١١ ، ١٢) وأحمد في المسند (٣٠/٢) ، ومالك ، (٧٨١/٢) ، الحديث (١٨) ، والبخاري ، (٢٠/٢) ، والترمذي ، في السنن « كتاب الولاء والهبة » ، « باب ما جاء أن الولاء لمن اعتق » (٤٣٧/٤) ، الحديث (٢١٢٥) .

(٤) في (ص) ، (م) : [فيه] .

(٥) تقدم تخريجه .

(٦) في (م) ، (ع) : [أن يكون] .

والنهي وقع بعد إباحته لها ، بدلالة : « أنها قالت للنبي ﷺ إنهم أبوا أن يبيعوها إلا بشرط الولاء لهم ، فقال لها : اشتري واشترطي ، فإنما الولاء لمن أعتق » (١) ، وهو لا يأمر إلا بالجائز .

١٢٤٨٨ - قلنا : هذه الزيادة وهم فيها هشام بن عروة ، لا يصح إضافة مثل هذا (٢) إلي رسول الله ﷺ ، وهو أن بين الحكم لعائشة وكتمه عن الباعة ويأمر بالغرور ، وقد قال النبي ﷺ « ما كان لنبي أن يكون له خائنة الأعين » (٣) ، فكيف ينسب إليه خائنة الأمر واللفظ ؟ ثم لو خصت (٤) عائشة بهذا العقد لافتخرت به ، كما افتخر خزيمة لما خص بالشهادة ، ونقل تخصيص أبي بردة بالجذع من المعز ، ويبين (٥) ذلك : أنه قال : « ما بال أقوام يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله ، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، وشروط الله أوثق ودين الله أحق ، إنما الولاء لمن أعتق » (٦) ، والإنكار لشرط سابق لهذا القول .

١٢٤٨٩ - فدل أنه يتناول ذلك العقد ، فكيف يحمل على أن ذلك العقد مباح (٧) والنهي عما يستأنف . فإن قيل : إن قوله : « اشترطي الولاء لهم » ، بمعنى : عليهم ، وهذا كقوله : [وإن أسأتم فلها] (٨) ، بمعنى : فعليها .

١٢٤٩٠ - قلنا : هذا ترك الظاهر وعدول عنه ؛ ثم هو خلاف القصة ؛ لأن القوم امتنعوا من البيع إلا بشرط الولاء ؛ ولا يجوز أن يكون امتنعوا إلا أن شرطوا (٩) الولاء لعائشة ؛ لأن هذا ثبت (١٠) بمطلق البيع ؛ ولأن النبي ﷺ أنكر الشرط ، فلو كان كما قالوا كان شرطًا صحيحًا لا يجوز أن ينكر . ولأنه بيع لو عري عن الشرط صح ، فإذ

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) في (م) ، (ع) : [مثلها] ، مكان : [مثل هذا] .

(٣) أخرجه أبو داود ، في السنن « كتاب الجهاد » ، « باب قتل الأسير ولا يَعْرِضُ عليه الإسلام » ، وفي « كتاب الحدود » ، « باب الحكم فيمن ارتد » (٥٩/٢ ، ٦٠ ، ٤٨٢) ، والنسائي ، في المجتبي ، « كتاب تحريم الدم » ، في « الحكم في المرتد » ، (١٠٥/٧ ، ١٠٦) .

(٤) في (م) ، (ع) : [خصصت] . (٥) في (م) ، (ع) : [وبين] .

(٦) تقدم تخريجه في مسألة (٦٣٨) .

(٧) لفظ : [علي] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفيها : [مباحًا] ، مكان المثبت .

(٨) الزيادة من (ع) . سورة الإسراء : الآية ٧ .

(٩) في (م) ، (ع) : [أن شرط] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [تثبت] .

شرط فيه منفعة للمبيع جاز أن يملك بمقتضاه ؛ أصله [١] : البيع بشرط العتق . ولأنه نوع معاوضة فجاز أن يقف الملك فيه على القبض ، كالقرض ، والهبة بعوض .

١٢٤٩١ - قالوا : دخلا في القرض والهبة على أن الملك يقع بالعقد ، فلم يجز أن يقف على غيره .

١٢٤٩٢ - قلنا : وقوع الملك بالعقد أو بالقبض أحكام تثبت بالشرع لا بفعلهما ، فلا نسلم أنهما دخلا في البيع ليملكا [٢] بالعقد ، وفي الهبة دخلا ليملكا بالقبض [٣] . لكن البيع قوي في باب التمليك فوقع الملك بعقده [٤] وضعفت الهبة فانضم إلى العقد معنى آخر ، وهو القبض ، ليقع الملك به . كذلك البيع الفاسد ضعف عن الصحيح ، فلم يقع الملك بعقده حتى قوى بانضمام القبض إليه .

١٢٤٩٣ - قالوا : النكاح نوع معاوضة ، ولا يقف الملك فيه على القبض .

١٢٤٩٤ - قلنا : النكاح الفاسد لا يملك به ، فإذا استوفاها ملكها ، ولو تزوجها على حيوان في الذمة لم يملكه إلا بالقبض . ولأن القبض معنى يستفاد به جواز التصرف في المبيع ، والعقد يستفاد به التصرف في الثمن ؛ ولأنه معنى يدخل به المبيع في ضمان أحد المتعاقدين ، فجاز أن يقف الملك في البيع عليه ، كالعقد . ولأنه ملك عليه البدل في عقد فيه تسليط ، والعين ما يملكه العاقد ، فجاز أن يملكها بالشراء قياسًا على البيع الصحيح . ولا يلزم إذا باع [٥] بميتة أو دم ؛ لأنه لا يضمن القيمة بالقبض ، فلم يملك عليه البدل . ولا يلزم المقبوض على وجه السوم ؛ لأنه ليس ببيع ؛ ولأن البيع بشرط الخيار إذا سلم المبيع ؛ لأنه لا تسليط في العقد . ولا يلزم إذا اشترى المحرم صيدًا أو باعه ؛ لأن العاقد لا يجوز أ ن يملك هذه العين بالعقود . ولا يلزم بيع الصبي ؛ لأن الملك يجوز أن يقع بعقد إذا أجازه الولي .

١٢٤٩٥ - فإن قيل : قولكم : في عقد فيه تسليط « يبطل ببيع [٦] الخيار . فإن قلتم ليس فيه تسليط ، قلنا : لا نسلم أن البيع المطلق فيه تسليط ، وإنما يقع على الملك

---

(١) في (ص) : [أصل] . (٢) في (م) : [لتملكا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالعقد] ، مكان : [بالقبض] .

(٤) في (م) ، (ع) : [العقد لملكه] ، مكان : [الملك بعقده] .

(٥) لفظ : [باع] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [بيع] .

ويتسلط بحكم ملكه ، وإنما العقود التي فيها تسليط هي التي لا تنقل [١] الملك ، كالوكالة ، والمضاربة ، والشركة غالبًا [٢] ، غير بيع الخيار ؛ لأن البائع لو شرطه لنفسه ، كفَّ المشتري عن التصرف الذي يقتضيه العقد المطلق ، فإذا أطلق العقد اقتضى التصرف ، فهو بإطلاقه مسلِّطٌ له على ما لو قيده لم يحصل التسليط ، ولسنا نعني بالتسلط الإذن [٣] في التصرف على ما ظنوا .

١٢٤٩٦ - فإن قيل : المعنى في المبيع الصحيح : أنه مضمون [عليه بالثمن ، وهذا مضمون عليه .

١٢٤٩٧ - قلنا : كل مبيع عندنا مضمون] [٤] بالقيمة وإنما ينتقل عنها إلى الثمن . وإذا ما صحت تسميته فاستحق لم تثبت [٥] التسمية في الفاسد وبقي على مقتضاه . ولأن القيمة بدل العين ، كالثمن ، فإذا جاز أن يملك المبيع في مقابلة ملك أحد العوضين ، كذلك الآخر .

١٢٤٩٨ - قالوا : المعنى في الأصل : أنه بيع صحيح ، فنقل الملك ، [وهذا بيع فاسد فلم ينتقل الملك] [٦] .

١٢٤٩٩ - قلنا : إذا تساويا في [٧] ضمان العوض ورضا المالك ، وانتقل [٨] الملك مع اختلافهما في الصحة جاز أن يتساويا في الملك ؛ ولأن التعليل أنه إن وقع العقد فالفرق صحيح ؛ لأن بالبيع الفاسد لا ينتقل الملك إن وقع العقد والقبض لم يصح ؛ لأنه يجوز أن يملك / بالعقد ، والقبض ما لم يملك بمجرد العقد ، كالهبة ، والقرض .

١٢٥٠٠ - فإن قيل : فالعقد لم ينقل [٩] الملك لفساده ، فالقبض الفاسد لا ينقله أيضًا .

١٢٥٠١ - قلنا : ينتقل الملك فيهما . وقد يضعف العقد ولا ينتقل [١٠] الملك وينضم إليه القبض ويرتفع الضعف ويملك به . ولأنها معاوضة فجاز أن يقع العتق بمقتضى

---

(١) في (م) : [ينتقل] . (٢) في (م) ، (ع) : [قلنا] .
(٣) في (م) ، (ع) : [الان] .
(٤) ما بين المكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) في (م) : [لم يثبت] . (٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) .
(٧) حرف : [في] ساقطة من (م) ، (ن) ، ومن صلب (ص) واستدركها الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [ينتقل] . (٩) في (ص) : [لا ينتقل] .
(١٠) في (ص) : [لا ينقل] .

فاسدها كالكتابة الفاسدة . ولا يلزم النكاح الفاسد إذا تزوجها على عبد وسلم إليها أن ينفذ عتقها فيه .

١٢٥٠٢ - فإن قيل : العتق في الكتابة يقع بمقتضى الشرط . ولهذا نقول : إن المكاتب لو أدى إلى وارث المولى لم يعتق .

١٢٥٠٣ - قلنا : لم يقع العتق بمقتضى العقد ، بدلالة : أنه يجب عليه قيمته . ولو عتق بالصفة لم يلزمه شيء ، ولو تفاسخا الكتابة الفاسدة ثم أدى لم يعتق (1) . ولو كان العتق بالصفة لم يبطل بفعلهما ويستحق المكاتب الولد وفاضل الاكتساب ولو كان بالصفة لم يستحق .

١٢٥٠٤ - فإن قيل : لما وقع العتق (2) بمقتضى الكتابة الفاسدة وقع في المحل الذي يقع في الصحيحة ، وهو عند الأداء ، فلو كان الملك يقع في البيع الفاسد لوقع في المحل الذي يقع في الصحيح .

١٢٥٠٥ - قلنا : هذه المعاوضة لا تصح (3) ؛ لأنا عللنا لوقوع العتق فعارضتم في وقوع الملك ، ويجب أن تقع (4) المعاوضة في العتق . ثم لا نسلم أن محل العتق يستوي في الكتابة الصحيحة والفاسدة ؛ لأن في الصحيحة لا يعتق إلا بأداء ما يجوز أن يقع به الاستحقاق ، [ولهذا نقول : لو أدي ألفًا سرقةً لم يعتق ، ويعتق بأداء المستحقة] (5) ؛ لأن الاستحقاق يجوز أن يقع بها بإجازة مالكها ، وفي الفاسدة يعتق بأداء ما لا يتعلق به الاستحقاق ، وهو الخمر . ولذلك (6) يختلفان في صفة ما تتعلق به الذمة ؛ لأن في الصحيح يعتق بالأداء ، وفي الفاسدة عند الأداء ببدل يثبت في الذمة . ثم هذه المعاوضة لا تصح ؛ لأن محل الملك والعتق يجوز أن يختلف في العقود الصحيحة . ألا ترى (7) أن الملك يقع في العقد المطلق بنفس العقد وينفذ عتق المبتاع ، وفي البيع بشرط الخيار لا يقع الملك ولا ينفذ العتق (8) إلا بإسقاط الخيار . كذلك يجوز أن يختلف المحل في العقد الفاسد والصحيح ، وإن تساويا في وقوع الملك . احتجوا : بأنه مقبوض عن بيع فاسد ،

---

(1) في (م) ، (ع) : [لا يعتق] .
(2) لفظ : [العتق] ساقط من (م) ، (ع) .
(3) في (م) : [لا يصح] .
(4) في (م) : [أن يقع] .
(5) ما بين القوسين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(6) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .
(7) في (ص) : [الا يري] ، بالياء التحتانية .
(8) لفظ : [العتق] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

فوجب أن لا يملك به المبيع ولا التصرف فيه ، كالمبيع بالميتة والدم . قلنا : الميتة والدم إذا تمولا فباع بهما ملك المبيع ، كالخمر . هكذا روي هشام ، عن محمد . فأما إذا لم يتمولا فقد اشتمل العقد علي عوض واحد ، فخرج من موضوع (١) البيع [فلم يفد الملك ، كإيجاب بلا قبول ، وليس كذلك البيع] (٢) بخمر ؛ لأنه عوض هو مال . بدلالة : أن حاكمًا لو حكم بوجوب ضمانه لذمي صح ، ولو حكم بجواز بيع الذمي نفذ حكمه (٣) ، وأصل العقد واقف على موضوع العقد . وإنما ضعف في الفساد ، كما يضعف بشرط الخيار ، فيجوز أن يقع بالعقد بمعنى (٤) ينضم إلي العقد . قالوا : الأصل هو البيع ، والقبض لم يقع بدليل أن الملك يقع بالعقد (٥) [دون القبض ، والقبض من موجبه ومقتضاه ، وإذا كان الأصل هو البيع ، والقبض لم يقع ، بدليل أن الملك يقع بالأصل (٦) ، فبأن لا يثبت بالقبض فيه أولى .

١٢٥٠٦ – قلنا : العقد هو الأصل ، فإذا انضم القبض إليه دفع بهما ، لا بالقبض خاصة . وقد لا يقع الملك بأحد الأمرين ، ويقع بهما (٧) ، كالهبة والقبض ، كما لا يقع الملك بالعقد مع الخيار ويقع بالعقد وبإسقاط الخيار . يبين ذلك أن البيع الصحيح يملك به المبيع ، ولا يملك فيه التصرف ، فلما لم يفد العقد ملك (٨) التصرف أفاده القبض ، كذلك إذا لم يفد ملك المبيع جاز أن يفيده (٩) القبض .

١٢٥٠٧ – قالوا : القبض في البيع (١٠) الصحيح لا يملك به ، وما لا يقع به الملك في صحته فلأن لا يقع به مع فساده أولى .

١٢٥٠٨ – قلنا : إنما لا يُمْلَكُ بالقبض الصحيح ما يستقر الملك فيه ، والبيع الفاسد لا يسبق الملك قبض ، فيجوز أن يقع . ألا ترى : أن البيع بشرط الخيار لا يملك به عندنا ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [موضع] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) : [الذمي الذي نفذ فيه حكمه] ، مكان المثبت .
(٤) الزيادة من (م) ، (ع) ، وفيهما : [بمضي] ، مكان : [بمعنى] .
(٥) في (م) ، (ع) : [بالأصل] .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [بهما] .
(٨) في (م) : [لم يقيد] ، وفي (ع) : [لم يفيد لملك] ، مكان المثبت .
(٩) في (م) ، (ع) : [أن يفيد] ، بحذف الضمير .
(١٠) في (ص) ، (م) : [المبيع] .

وعلى أحد أقوالهم ، ثم يقع الملك بإسقاط الخيار ، وفي خيار العُنَّةِ لما وقع الملك لم يقع على إسقاط الخيار .

١٢٥٠٩ - قالوا : الوطء في النكاح كالقبض في البيع [١] ؛ بدلالة : أن المسمى يستقر بهما ، ثم يثبت أن الوطء في النكاح الفاسد لا يُمْلَك به ما يُمْلَكُ بالعقد الصحيح ، وهو استحقاق الوطء والطلاق والخلع والإيلاء والظهار . وكذلك [٢] ما يملك بالعقد الصحيح ، وهو استحقاق الوطء بالبيع ، ولا يملك بالقبض عن بيع فاسد .

١٢٥١٠ - قلنا : أسباب الملك في الأعيان [٣] أوسع من أسباب الملك في النكاح . ألا ترى ، أنه يملك بالبيع والهبة والميراث والسبي ، ولا يملك بضع الحرة بهذه الأسباب ، فلذلك [٤] جاز أن يملك بالقبض عين المبيع الذي لم يوجب العقد الفاسد الملك فيه ، [وإن كان لا يقع في النكاح بذلك . ولأن العقد الفاسد لا يوجب الملك] [٥] في النكاح والبيع ، وإنما يملك المبيع [٦] [بالقبض ، لا بالعقد] الذي لم يوجب الملك ، وإن كان لا يقع في النكاح بذلك ؛ ولأن العقد الفاسد لا يوجب الملك في النكاح والبيع ، وإنما يملك المبيع بالقبض ، ولا يتصور القبض في النكاح إلا فيما استوفاه من المنفعة ، وقد صار ذلك مملوكًا له وما لم يستوفه [٧] من المنافع كما لم يقبضه من المبيع فلا يملك ، فأما استحقاق الوطء فلا يثبت في النكاح الفاسد . كما لا يثبت استحقاق القبض في البيع الفاسد ، وأما الطلاق فهو موضوع لرفع الاستباحة ، والنكاح الفاسد لا يفيد الإباحة فلا يثبت الطلاق . وأما الخلع : فإنما يصح بذل العوض ليملك على الزوج ما ملكه منها ، وفي النكاح الفاسد لا يملك ما لم يستوفه ، وهي أحق بنفسها ، فلا معنى لبذل مَا لِها ، وأما الإيلاء ، فلأنه لما [٨] منعها حقها من الوطء عوقب بإيقاع الفرقة ، ولا حق لها في الوطء ه هنا ، وأما الظهار : فيوجب تحريمًا مؤقتًا يرتفع بالكفارة ، وليس في النكاح الفاسد إباحة حتى يدخل عليها تحريم .

---

(١) قاعدة : « الوطء في النكاح كالقبض في البيع » .

(٢) في (ص) : [ولذلك] .

(٣) في النسخ جميعها لفظ [المبيعة] وقد حذفناه لعدم فائدته : [المبيعة] ، لعله : [يملك] .

(٤) في (ص) : [ولذلك] ، وفي (م) : [فكذلك] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [البيع] وفي (ص) : [بالمبيع] ، تصويبه : [بالبيع] .

(٧) في جميع النسخ : [لم يستوفيه] ، الصواب ما أثبتناه بحذف حرف العلة .

(٨) لفظ : [لما] ساقط من (ع) .

١٢٥١١ - قالوا : الملك يقع في الهبة بالقبض ، كما يقع في البيع [١] بالعقد [٢] . ثم يثبت أن ما [٣] أوقع الملك في الهبة لا يتحول إلى غيره ، وهو عقد الهبة ، فلذلك ما لا يملك به في البيع وجب [٤] أن يتحول إلى غيره وهو القبض فيه .

١٢٥١٢ - قلنا : قد يقع الملك بنفس الهبة ؛ ثم إن الهبة لما وقع الملك بقبضها لم يتقدم الملك علي سببه ، ولما كان يقع في البيع بالعقد جاز أن يتأخر عن سببه ، كما يتأخر [٥] في بيع الخيار .

١٢٥١٣ - قالوا : البيع الصحيح [٦] يملك به المشتري المبيع ، ولا يملك [٧] التصرف ؛ لأن سلطان البائع لم يزل عنه ، كما أن سلطان البائع لم يزل عن البيع [٨] الفاسد وإن قبض ؛ بدلالة : أن له أن ينتزعه منه مع ما به ، فوجب أن لا ينفذ تصرفه فيه [٩] ، كما لا ينفذ تصرفه فيه قبل القبض .

١٢٥١٤ - قلنا : إنما لا ينفذ تصرفه قبل القبض ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه ، وكل تصرف يقف صحته على إمكان التسليم لا يتعذر بعد القبض [١٠] ، وفي البيع الفاسد التسليم ممكن ، فلذلك [١١] نفذ تصرفه ، وأما ثبوت حق البائع في انتزاعه فهو فسخ يثبت [١٢] بعد تسليطه ، فصار كخيار العيب فلا يمنع من نفوذ التصرف .

١٢٥١٥ - قالوا : يلزمه رده بتمامه المنفصل عنه فلم يكن ملكًا له ، كالمغصوب . قلنا : لا نسلم أنه يلزمه رد الأصل ولا المسمى ، وإنما يلزمه الفسخ ثم يجب الرد بحكم الفسخ ، فأما أن نقول [١٣] : إن الرد يجب ابتداءً فلا .

١٢٥١٦ - فإن عللوا لوجوب الفسخ لم يكن قولًا لهم ، وإن عللوا [١٤] الفسخ للرد

---

(١) لفظ : [البيع] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) قاعدة : « الملك يقع في الهبة بالقبض ، كما يقع في البيع بالعقد » .

(٣) في (ع) : [إذا] ، مكان : [أن ما] . (٤) في (ص) : [فوجب] .

(٥) قوله : [كما يتأخر] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (ع) : [البيع صحيح] . (٧) في (م) ، (ع) : [فلا يملك] .

(٨) في (ص) : [المبيع] .

(٩) لفظ : [منه] ساقط من (م) ، (ع) وفيهما : [يوجب] ، مكان : [فوجب] ولفظ : [فيه] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) قاعدة : « كل تصرف تقف صحته على إمكان التسليم لا يتعذر بعد القبض » .

(١١) في (م) ، (ع) : [فكذلك] . (١٢) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(١٣) في (م) ، (ع) : « أن يقول » . (١٤) في (م) ، (ع) : [طلبوا] ، مكان : [عللوا] .

لم نسلمه ، فلا يسري إلي النماء . ثم المعني في الغصب : أنه لم يوجد من مالكه تسليط على التملك ، ولا حصل هناك سبب من أسباب الملك . وفي مسألتنا : حصل التسليط عن عقد فيه عوض ، فجاز أن يملك به .

١٢٥١٧ – قالوا : يجب على المشتري العقر [(١)] بوطئها ، والملك لا يلزمه ، بوطء مملوكته عقر .

١٢٥١٨ – قلنا : لا يسع أن يجب على الملك عقر ، إذا تعلق بالمملوكة حق المولى في وطء المكاتبة ، وكما قال الشافعي : فإن من طلق طلاقًا رجعيًا ولم يراجع بوطء وجب عليه المهر وإن كان ملكه باقيًا .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [العقد] ، مكان : [العقر] ، وهو تصحيف . العُقْر : بضم العين المهملة وسكون القاف ، كما تقدم ، هو : صداق المرأة إذا وطئت بشبهة . راجع في المغرب « العين مع القاف » ص٣٢٢ ، لسان العرب ، مادة « عقر » (٣٠٣٦/٤) ، المصباح المنير « العين مع القاف ما يثلثهما » .

مسألة ٦٤٠

باع عبدا بشرط العتق فسد العتق

١٢٥١٩ - قال أصحابنا من [١] باع عبدًا بشرط العتق فسد العقد ، وروى ابن أبي مالك [٢] ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة : أن المشتري إذا عتق لزمه القيمة . وهو قول أبي يوسف ومحمد . وقال في الرواية الأخرى : يلزمه المسمى استحسانًا . وروي عن أبي حنيفة : أن البيع جائز [٣] .

١٢٥٢٠ - وبه قال الشافعي : وهل يجبر المشتري على العتق ؟ فيه وجهان ، أحدهما : يجبر ، والآخر : لا يجبر ، ويجبر البائع . فإن مات قبل العتق ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : يلزمه الثمن ولا شيء عليه غيره ، والآخر : يجب عليه [٤] كمال قيمته إذا بيع مطلقًا ، والثالث : يفسخ البيع . وروى أبو ثور [٥] عن الشافعي : أن الشرط

---

(١) في (م) ، (ع) : [إذا] ، مكان : [من] .

(٢) في (م) ، (ع) : [عن أبي يوسف ومحمد] . وابن أبي مالك : هو الحسن بن أبي مالك ، تفقه علي أبي يوسف ، وتفقه عليه محمد بن شجاع ، قال الصيمري : « من أصحاب أبي يوسف : وهو ثقة في روايته ، غزير العلم ، وواسع الرواية وكان أبو يوسف يشبهه بجمل حمل أكثر مما يطبق » . قال القرشي : « توفي رحمه الله - في السنة التي مات فيها الحسن بن زياد ، سنة أربع ومائتين . ذكره الدامغاني عن الطحاوي » . راجع في أخبار أبي حنيفة وأصحابه « ذكر أصحاب أبي يوسف ، وزفر ، ومحمد بن الحسن » ص١٦٢ ، والجواهر المضية (٩٠/٢ ، ٩١) ، الترجمة (٤٨١) ، والفوائد البهية (ص) ٦٠ .

(٣) راجع تفصيل المسألة في روضة القضاة « كتاب البيوع » ، « فصل : اشتري عبدًا بشرط العتق » (٤٠٠/١) مسألة (٢٠٨٧ - ٢٠٩١) ، بدائع الصنائع ، « كتاب البيوع » ، فصل : « وأما شرائط الصحة فأنواع » (١٦٩/٢ ، ١٧٠) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية ، « باب البيع الفاسد » (٤٤١/٦ - ٤٤٥) .

(٤) الزيادة من (ع) .

(٥) أبو ثور : هو الفقيه إبراهيم بن خالد الكَلْبِيّ البغدادي : من أصحاب الشافعي ، ومن رواة مذهبه القديم ، ثقة قال أبو حاتم : « أبو ثور رجل يتكلم بالرأي يخطيء ويصيب ، وليس محله محل المستعين في الحديث ، قد كتبت عنه » . وقال الأسنوي : « مات في صفر سنة أربعين ومائتين ، وكان أبو ثور علي مذهب الحنفية ، فلما قدم الشافعي بغداد تبعه وقرأ كتبه ونشر علمه » . راجع ترجمته في الجرح والتعديل (٩٧/٢ ، ٩٨) ، الترجمة (٢٦٦) ، الأنساب « باب الكاف واللام » (٨٥/٥ ، ٨٦) ، طبقات الشافعية للأسنوي (٢٥/١) ، الترجمة (٨) ، تقريب التهذيب (٣٥/١) ، الترجمة (١٩٧) .

فاسد والبيع صحيح (١) .

١٢٥٢١ – لنا ما روي أن النبي ﷺ بعث عتَّاب بن أسيد إلى مكة وقال : « انههم عن بيع وشرط » (٢) . ولأنه شرط على (٣) المشتري قطع الملك على وجه لا يقتضيه العقد ، فصار كقوله : على أن تبيعه بعد شهر ، أو من فلان ، أو على أن يوصي به أو توصي (٤) بعتقه .

١٢٥٢٢ – قالوا : العتق مقصود / في المعقود بعوض في مقابلته ، بدلالة : الكتابة ، فجاز أن يُشْتَرَطَ في العقد ، والبيع ليس بمقصود في شيء من العقود ، ولا يصح بدل (٥) العوض عنه ، فلذلك لم يصح شرطه . ٤٧

١٢٥٢٣ – قلنا : البيع يقصد في عقد الوصية فيوصي ببيع عبده من فلان ، [والبيع وإن لم يجز بشرط (٦) العوض عنه صح العوض عما يملك به فلان] ، والمشتري مخير (٧) بين أن يعتق وبين أن لا يعتق ، ثم لو شرط قطع خياره بأن (٨) لا يعتق فسد البيع ؛ كذلك إذا قطع خياره بإيجاب العتق يفسد البيع . يبين ذلك : أنه مخير ، إن شاء باع ، وإن

---

(١) قوله : [والبيع صحيح] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وراجع ، المهذب مع المجموع ، « باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسده » (٣٦٣/٩ ، ٣٦٦ ، ٣٦٧) ، حلية العلماء ، « باب ما يفسد البيع وما لا يفسد » (١٢٦/٤ ، ١٢٧) . راجع المدونة ، في « البيوع الفاسدة » ، « في الرجل يبتاع العبد على أن يعتقه أو الجارية علي أن يتخذها أم ولد » (٢١٢/٣) ، المنتقى ، « كتاب البيوع » ، في « ما يفعل بالوليدة إذا بيعت والشرط فيها » (٢١٢/٤) ، بداية المجتهد ، في « الباب الرابع « في بيوع الشروط والثنيا » (١٧٤/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، في « الباب السادس في البيوعات الفاسدة » ص٢٦٢ ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » ، في « الشرط الفاسد في البيع » (٣٥٠/١ ، ٣٥١) ، مسألة (٤٠) ، الإفصاح ، في « باب بيع المرابحة » (٣٥٢/١) ، الكافي لابن قدامة ، « باب الشروط في البيع » (٣٧/٢ ، ٣٨) ، المغني ، « كتاب البيوع » ، فصل : « إذا قال لعبده : إذا بعتك فأنت حر » (٥٧٦/٣ ، ٥٧٧) ، الإنصاف ، « باب الشروط في البيع » (٣٥١/٤ ، ٣٥٢) .

(٢) تقدم تخريجه بلفظ آخر في مسألة (٥٩٩) .

(٣) حرف : [على] ساقطة من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [أو يوصي] وما أثبتناه ساقط من صلب (ع) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [بذلك] ، مكان : [بدل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [شرط] ، بدون الباء .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش وفي (م) ، (ع) : [يخير] وكذلك في (ص) بدون نقط اليائين ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٨) في (ع) : [بأنه] .

شاء[1] لم يبع ، فإذا شرط قطع خياره ، بأن قال : علي أن لا يبيع ، فسد البيع ، كذلك إذا شرط قطع خياره ، بأن قال : على أن لا يبيعه ، فسد البيع . ولأنه شرط منفعة للمعقود عليه لا يقتضي العقد ، فصار كما لو[2] شرط أن يكاتبه أو يستولدها أو يدبرها .

١٢٥٢٤ - قالوا : لا فائدة للبائع في هذه الشروط ؛ لأن الكتابة يفسخها السيد ، والتدبير يرجع عنه .

١٢٥٢٥ - قلنا : لا نسلم أن التدبير لا يصح ويفضي إلى العتق ، وأما الكتابة : فيجوز أن يكون البائع قصد العتق من حيث الكتابة ، كما يقصد ذلك إذا كاتب بنفسه .

١٢٥٢٦ - قالوا : العتق له من المزية والثبوت ما ليس لغيره من الشروط[3] .

١٢٥٢٧ - قلنا : إذا بقى مقتضى العقد بشرط أثبته[4] كان أقوى في باب الفساد ، وإذا كان الشرط أضعف كان أقرب إلى الصحة ، وهذا ضد قولهم .

١٢٥٢٨ - قالوا : المعني فيما يتم عليه : أنه تجب[5] القيمة ، ولما وجد في مسألتنا المسمى دل على صحة العقد .

١٢٥٢٩ - قلنا : لا نسلم هذا على إحدى الروايتين . وعلى الرواية الأخرى[6] لا يجب الثمن ، وإنما إذا أوقع الحرية صار في معنى العتق على مال ، فيلزمه عوض العتق ؛ ولهذا قال ابن شجاع : لو أعتقه قبل القبض وقع العتق .

١٢٥٣٠ - احتجوا : بما روي ، أن عائشة شرطت أن يكون ولاء بريرة لمواليها وأعتقتها فأنكر علية الصلاة والسلام شرط الولاء ، ولم ينكر شرط العتق[7] ، فدل على أن اشتراطه صحيح ، ولهذا صح عتقها .

١٢٥٣١ - والجواب : أن شرط الولاء لا يدل[8] على شرط العتق ؛ لأنها إذا قالت :

---

(١) في (م) ، (ع) : [وإن لم يشاء] ، بزيادة : [لم] .

(٢) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ن) .

(٣) قاعدة : « العتق له من المزية والثبوت ما ليس لغيره من الشروط » .

(٤) في (ع) : [نفي] ، مكان : [بقي] . وفي (م) : [اسفه] وفي (ع) : [ان] ، مكان : [أثبته] .

(٥) في (م) ، (ع) : [هم] ، مكان : [يتم] وفي (م) : [يجب] ، مكان : [تجب] .

(٦) في (ص) : [أحد] ، مكان : [إحدى] ، وقوله : [وعلي الرواية الأخرى] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) راجع حديث عائشة رضي الله عنها الذي تقدم تخريجه في مسألة (٦٣٨) ، وفي مسألة (٦٣٩) .

(٨) في (ع) : [يدل] ، مكان : [لا يدل] .

من أعتقها فالولاء لكم ، فإنها شرطت الولاء خاصة ومتي وقع العتق [١] باختيارها ، فلذلك أنكر النبي ﷺ شرط الولاء ولم يتعرض للعتق ؛ لأنه ليس بمشروط ، ولو ثبت أنها شرطت العتق والولاء . وإنكاره عليه الصلاة والسلام للشرط الذي ليس في كتاب الله حتى خرج عليهم جميعًا فلا نسلم أنه أنكر أحد الأمرين وسكت عن الآخر .

١٢٥٣٢ – فإن قيل : شرط العتق في كتاب الله ، قال الله تعالى : ﴿ فَكُّ رَقَبَةٍ ﴾ [٢] ، وقال تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [٣] .

١٢٥٣٣ – قلنا : في القرآن جواز العتق ، وليس فيه جواز اشتراطه على المشتري ، كما أن في القرآن جواز البيع والصدقة ، ولم يدل ذلك على جواز اشتراطه علي المشتري ، إلا أن من أصلنا : أن البيع الفاسد إذا قَبَضَ المبيعَ مَلَكَ وَنَفَذَ العِتْقُ فيه ، فلذلك أجاز عليه الصلاة والسلام عتقها وأبطل شرط الولاء . وما روي أن النبي ﷺ أمرها بالشراء ليس بصحيح ، وقد تكلمنا عليه فيما مضى [٤] .

١٢٥٣٤ – قالوا : مقبوض عن بيع مضمون عليه بالثمن [٥] ، فوجب أن يكون بيعًا صحيحًا ، كالعتاق .

١٢٥٣٥ – قلنا : الوصف غير مسلم على احدى الروايتين ، وعلى الرواية الأخرى [٦] لا نسلم أنه مضمون بالثمن ، وإنما هو مضمون بالثمن بعوض العتق ، وإنما سميناه [٧] ثمنًا فهو كالبيع الفاسد الذي تزيد فيه [٨] قيمة المبيع على المسمى ، فهو مستحق على وجه القيمة وإن كان مقدرًا بالثمن ، والمعنى في البيع المطلق : أنه عري عن الشروط فلم يفسد من جهة الشرط ، وفي مسألتنا : شرط قطع الملك فيه على وجه لا يقتضيه العقد .

١٢٥٣٦ – قالوا : معاوضة شُرِطَ العتق في عوضها [٩] فوجب أن تصح ، كالكتابة .

١٢٥٣٧ – قلنا : يبطل إذا قال : أبيعك بما باع به فلان ؛ ولأن جملة الثمن وإن أمكن الوقوف عليها بفعل غيرهما فعند العقد مجهولة عند المبتاع ، وهذا معنى يؤثر في

---

(١) في (ع) : [في العتق] ، بزيادة : [في] .

(٢) سورة البلد : الآية ١٣ .

(٣) سورة النساء : الآية ٩٢ .

(٤) يعني : المسألة السابقة (٦٣٩) .

(٥) قوله : [بالثمن] ساقط من (ع) .

(٦) في (ص) : [احد] ، مكان : [احدي] ولفظ : [الأخرى] ساقط من صلبها واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (ع) : [سمياه] ، مكان : [سميناه] .

(٨) في (ع) : [لا يزيد] ، مكان : [يزيد] .

(٩) في (ع) : [تعاوضها] ، وفي (م) ، (ص) : [تعوضها] .

العقد [١] .

١٢٥٣٨ - قالوا : الثمن إذا كان معلومًا في الجملة لم يجب أن يكون معلوما في التفصيل [وكذلك إذا صار معلومًا في التفصيل لم يجب أن يكون معلومًا في الجملة ؛ لأن العلم بقدر الثمن في التفصيل] ينفي [٢] غرر الجهالة عن العقد ، كما ينفيه العلم بقدره في الجملة .

١٢٥٣٩ - قلنا : إذا علم ثمن الجملة و [٣] لم يعلم وجه التفصيل فكل جزء عن الجملة انفرد بالعقد بجهالة حصته كانت غير مؤثرة . وإذا بين ثمن الجزء فالجملة [٤] معقود عليها وثمنها غير معلوم ، وجهالة ثمن ما يتناوله العقد على حاله [٥] بعد العقد ، كما لو باع بما باع به فلان .

١٢٥٤٠ - فإن قيل : هناك لا يبقي الغرر ؛ لأنه يجوز أن [يزول بعملهما [٦] .

١٢٥٤١ - قلنا : وههنا لا يبقي الغرر ؛ لأنه يجوز أن] [٧] يبيع الصبرة كيلًا لا يتمكن [٨] من تفصيل ثمنها مع معرفة جملته [٩] .

* * *

---

(١) قوله : [يؤثر في العقد] ساقط من (ع) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش وفي (ع) : [يبقي] ، مكان : [ينفي] .

(٣) قوله : [ثمن الجملة و] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في جميع النسخ : [الجملة] ، تصويبه ما أثبتناه .

(٥) في (ع) : [علي حيالة] .

(٦) في (ع) : [الغائبان] ، مكان : [اتفاقيا] ، وفي (ص) : [يكون اتفاقيا] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٧) في (ع) : [لا ينتفي] ، مكان : [لا يبقي] وما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ع) : [يتمكن] ، مكان : [لا يتمكن] .

(٩) الجملة الأخيرة مضطربة ؛ فقد جاءت على النحو التالي : « لأنه يجوز أن يبيع الصبرة كيلا لا يتمكن من تحصيل ثمنه ومثلها لا يصح له ، وقد يفضل الإنسان مثله دون سلع » ، وقد بذلنا جهد الطاقة للتعبير عن المعنى الذي يتفق مع السياق .

مسألة ٦٤١

بيع جزء مشاع من دار

١٢٥٤٢ - قال أبو حنيفة [(١)] : إذا باع ذراعًا من دار لم يجز حتى يبين موضع المبيع [(٢)] .

١٢٥٤٣ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : يجوز البيع ، وتذرع الدار فيكون بائعا لسهم مشاع منها [(٣)] .

١٢٥٤٤ - وقال الشافعي : إذا سمى [(٤)] جملة ذرعها ، أو كانا يعلمان ذلك جاز البيع ، ووقع علي سهم مشاع [(٥)] .

١٢٥٤٥ - لنا : أن الدار عبارة عما يقع عليه المساحة ، وذلك لا يكون إلا مر في معين ولهذا لا يصح بيع ذراع من شاة ، فلو كان عبارة عن سهم لصح بيعه من الشاة ، وما كان عبارة عن جزء معين لم يجز حمله على المشاع ليصح العقد ، كما لو قال : بعتك يد هذا العبد لم يصح البيع ، والحمل على بعضه ليصح العقد ، وإن كانت اليد من الجناية مقدرةً بالنصف .

١٢٥٤٦ - ولأنه باع ذراعًا مشاعًا من دار فلم يصح ، كما لو لم يعلم قدر الذراع .

١٢٥٤٧ - ولأنه عقد وقع علي ذراع من دارهما لا يعلمان ذرعها ، فلم يصح وإن علماه ، كما لو باعه قبل القبض .

---

(١) ورد في (ص) في أول المسألة : [بسم الله الرحمن الرحيم] ، وقوله : [قال أبو حنيفة] ساقط من صلبها واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (ص) : [البيع] .

(٣) لفظ : [منها] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . راجع : روضة القضاة « كتاب البيوع » ، في « فصل بيع ذراع من دار » (٣٩٩/١) ، مسألة (٢٠٧٨ - ٢٠٨٠) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (١٦٢/٥ ، ١٦٣) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية ، « كتاب البيوع » (٢٧٥/٦) ، مجمع الأنهر « كتاب البيوع » (١١/٢ ، ١٢) .

(٤) لفظ : [سمى] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) راجع : المهذب مع المجموع « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (٣١٠/٩ ، ٣١٦) ، حلية العلماء « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (١٠٧/٤) ، المغني « باب بيع الأصول والثمار » ، « فصل : ولو باع ما لا تتساوى » (١٤٤/٤ ، ١٤٥) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٣٠٥/٤ ، ٣٠٦) .

١٢٥٤٨ - احتجوا : بأن ذرعان الدار إذا كانت معلومة وكانت عشرة فكأنه قال : بعت عشرها .

١٢٥٤٩ - قلنا : إذا باع العشر لم يزد البيع ولم ينقص ، وإذا باع الذراع جاز أن يزيد ذرع الدار فيكون بائعًا أكثر من ذراع ، أو ينقص فيكون بائعًا دونها .

ولهذا نقول : إنه لو باع قفيزًا من هذه الصبرة وهما يعلمان أنها عشرة أقفزة لم يكن بائعًا لعشرها حتى لو [1] أراد كيلها كان البيع على قفيز واحد ، ولم يزد ، ولو هلك بعضها لم ينفسخ البيع في شيء من القفيز .

١٢٥٥٠ - فإن قيل : إذا احتمل الذراع ما قلتم ، واحتمل السهم وجب أن يحمل على ما يصح منه [2] العقد .

١٢٥٥١ - قلنا : لا يجوز أن يحمل اللفظ على ما لا يعبَّر [3] به عنه ليصح العقد [4] ، وقد بينا أن الذراع ليس بسهم .

١٢٥٥٢ - ولأن حمله على ذلك مخالف [5] لموضوع العقد ؛ لأن العقد على السهم يقتضي استحقاق عشر الدار زادتْ أو نقصتْ ، وحمله على الذراع [6] يقتضي مقدارًا معينًا لا يزيد ولا ينقص ؛ ولا يجوز أن يحمله على ما دار بين [7] الزيادة والنقصان .

١٢٥٥٣ - قالوا : لا فرق بين أن يوصي بقفيز من كل عشرة أقفزة من هذا الخارج وبين أن يوصي بعشره [8] .

١٢٥٥٤ - قلنا : بينهما فرق ؛ لأنه إذا قال [9] : أوصيت بعشرها فخرج منه عشرة أقفزة وهلك بعضها قبل القسمة هلك من الحقين [10] ، وإذا قال : أوصيت بقفيز [11]

(١) لفظ : [لو] ساقط من (ع) .
(٢) في (ع) : [معه] ، مكان : [منه] .
(٣) في (ص) : [لا يعتبر] .
(٤) قاعدة : « لا يجوز أن يحمل اللفظ على ما لا يعبَّر به عنه ليصح العقد » .
(٥) في (ع) : [يخالف] .
(٦) في (ع) وفي هامش (ص) : [الدار] ، مكان : [الذراع] .
(٧) [دار بين] بدل : [تعين إلى] المثبتة في النسخ جميعها .
(٨) في (ع) : [بعشرة عليه] ، بزيادة : [عليه] .
(٩) قوله : [لأنه إذا قال] مكرر في (ص) .
(١٠) لفظ : [هلك] غير واضح في (ص) ، وفي (ع) : [من القفيز] ، مكان : [من الحقين] .
(١١) في (ع) : [قفيز] ، بدون الباء .

من كل عشرة فأخرج عشرة وهلك بعضها استحق القفيز [١] مما بقي إذا خرج من الثلث ، ولم يسقط شيئًا من نصيبه ؛ فدل أن أحد اللفظين عبارة عن المشاع [٢] ، والآخر عبارة عن مقدار معين .

* * *

---

(١) في (ع) : [التعين] ، مكان : [القفيز] .

(٢) في (ع) : [البتاع] ، مكان : [المشاع] .

مسألة ٦٤٢

ما الحكم لو قطع البائع يد العبد قبل التسليم ؟

١٢٥٥٥ - قال أصحابنا : إذا قطع البائع يد العبد قبل التسليم ، فالمشتري بالخيار ، إن شاء أخذه بنصف الثمن ، وإن شاء فسخ [١] .

١٢٥٥٦ - وقال الشافعي : إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء فسخ [٢] .

١٢٥٥٧ - لنا : أنه حبس لنفسه بعض المبيع ، فلم يستحق جميع الثمن وإن أخَّر العقد ، كما لو كان طعامًا فأكل بعضه .

١٢٥٥٨ - فإن قيل : المعنى في الطعام : أن الثمن [٣] ينقسم على أجزائه ؛ بدلالة : أنه لو هلك بآفة سماوية [٤] سقطت حصته ، وأطراف العبد لا ينقسم عليه الثمن يضمن بالجناية ، وإن لم يضمن بالتلف ، كما لو أتلفه أجنبي .

١٢٥٥٩ - ولأنه إذا تلف بآفة من السماء لم يسقط شيئًا من الثمن ؛ لأن الابتياع لا يضمن بالعقود ؛ بدلالة : أنه لا يُفْرِدُها ، وليس من جهة البائع إلا العقد .

وأما الجناية : فهي قبض ، والابتياع يضمن بالمقبوض ؛ لأنه صح إفرادها بها .

١٢٥٦٠ - ولأنها جناية أحد المتعاقدين قبل القبض فكانت مضمونة ، كما لو قطع المشتري يد العبد ثم هلك العبد بسبب آخر ضمن المشتري حصة اليد .

١٢٥٦١ - [و] [٥] لأنها جناية من البائع على المبيع قبل القبض ؛ فسقط حصة

---

(١) راجع : روضة القضاة « كتاب البيوع » ، « فصل : قطع البائع يد العبد قبل القبض » (٣٩١/١ ، ٣٩٢) ، مسألة (٢٠٣١ - ٢٠٣٤) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية « باب خيار العيب » (٣٩٢/٦ ، ٣٩٣) .

(٢) قال الشيرازي : « فإن كان المبيع عبدًا فذهبت يده بآكله فالمبتاع بالخيار بين أن يرد وبين أن يمسك ، فإن اختار الرد رجع بجميع الثمن ، وإن اختار الإمساك أمسك بجميع الثمن ؛ لأن الثمن لا ينقسم على الأعضاء فلم يسقط بتلفها شيء من الثمن ، وإن أتلفه أجنبي ففيه قولان » . راجع : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع » ، « فصل : إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم » (٨٩/١٣) ، المنتقي « العيب في الرقيق » « الباب الأول في بيان المعاني التي تثبت الخيار » (١٩٨/٤) ، الإنصاف ، « باب الخيار في البيع » (٤٦٤/٤ ، ٤٦٥) .

(٣) في (ع) : [المعنى] ، مكان : [الثمن] .

(٤) في (ع) : [من السماء] ، مكان : [سماوية] .

(٥) الزيادة من (ع) .

ذلك من الثمن ، كما لو كانت في المجلس .

١٢٥٦٢ - ولأن تسليم بعض المبيع تعذر (١) بفعل البائع ، فلم يكن له المطالبة بجميع الثمن وإن أخَّر العقد ، كما لو فسخ في أحد العبدين جاز ، كمن باع من أبيه جاريتين فاستولد إحداهما (٢) قبل القبض .

١٢٥٦٣ - احتجوا : بأنه جزء لا ينقسم على الثمن ، فإذا تلف في يد البائع قبل التسليم لم يسقط من الثمن شيء ، كما لو تلف بآفة من السماء .

١٢٥٦٤ - قلنا : ما لا ينقسم عليه الثمن لا يضمن بالعقد .

١٢٥٦٥ - فأما الجناية فمضمونة ، بدلالة : جناية الأجنبي عليه تعتبر له حصته وإن لم ينقسم الثمن عليه ، ويفارق ما ذهب بآفة سماوية .

١٢٥٦٦ - فإن قيل : الأجنبي يضمن بالعقد والبائع لا يضمن / . ٤٧

١٢٥٦٧ - قلنا : الكلام في التسوية بينهما في الضمان ، فأما كيفية الضمان فيجوز أن تختلف ؛ ألا ترى : أن المبيع يضمنه المشتري بالثمن والغاصب بالقيمة ، والمرتهن بالدين وإن (٣) استوى جميع ذلك في الضمان .

١٢٥٦٨ - وإنما (٤) فارق البائع الأجنبي ؛ لأن البائع لو ضمن بالقيمة وجب عليه تسليمها بعقد البيع (٥) ؛ بدلالة : أنا لو قدرنا ارتفاع البيع لم يتعين الضمان ، فلم يكن [ضمانه] (٦) في ذمته ، فجاز أن يلزمه .

١٢٥٦٩ - قالوا : لو كان الطرف مضمونًا استوي إن هلك بفعل البائع ، أو آفة من السماء كجملة العبد .

١٢٥٧٠ - قلنا : جملة العبد مضمونة بالبيع ؛ لأنه تناولها (٧) ، فكيف كان التلف [وجب ضمان] (٨) بدلها .

١٢٥٧١ - وأما الطرف فلا يصح إفراده بالعقد ، فلم يُضْمَنْ به وإن ضُمِن بالقبض ؛ لأنه يصح إفراده به .

---

(١) في (ع) : [نفذت] وكذلك في (ص) بدون نقط ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (ع) : [أحدهما] ، وفي (ص) : [أحديهما] .

(٣) في (ع) : [فإن] .

(٤) في (ع) : [وإلا] ، مكان : [وإنما] .

(٥) في (ع) : [المبيع] .

(٦) ما بين القوسين بدل [صنعة] المثبتة في النسخ كلها .

(٧) في (ع) : [يناولها] .

(٨) ما بين القوسين زيادة لازمة .

١٢٥٧٢ - يبين [١] ذلك : أن الطرف لا ينقسم الثمن عليه ، ولم يمنع ذلك أن يضمنه المشتري بانفراده إذا جنى عليه ، وكذلك العبد في يد البائع من غير جناية ، وكذلك إذا أتلفه البائع جاز أن يكون مضمونًا عليه ، وإن لم يكن مضمونًا [٢] ، وإن لم يكن الثمن انقسم عليه .

* * *

(١) في (ع) : [تبين] .

(٢) في (ع) : [مضمونًا عليه] ، بزيادة : [عليه] .

مسألة ٦٤٣

تصرف الفضولي

١٢٥٧٣ - قال أصحابنا : إذا باع ملك غيره ، وقف العقد على إجازة المالك ، فإن أجازه جاز ، وإن فسخه بطل .

١٢٥٧٤ - وأما المشتري : فإن أضافه إلى غيره [1] ، فقال : اشتريت هذا الثوب لفلان بألف ، فقال البائع : بعته منك وقف [2] .

١٢٥٧٥ - وقال الشافعي : لا يقف العقد ، ولا ينعقد [3] .

١٢٥٧٦ - لنا : حديث عروة البارقي ﷺ قال : « أعطاه النبي ﷺ دينارًا ليشتري به أضحية أو شاة ، فاشترى شاتين ، فباع إحداهما [4] بدينار ، وأتاه بشاة ودينار ، فدعا له بالبركة في بيعه ، فكان لو اشترى ترابًا لربح فيه » [5] .

---

(١) في (ع) : [عين] ، مكان : [غيره] وهو تصحيف .

(٢) راجع : مختصر الطحاوي ، « باب المصراة وغيرها » ص٨٢ ، ٨٣ ، بدائع الصنائع « فصل الذي يرجع إلى المعقود عليه » (١٤٨/٥) ، الهداية مع فتح القدير وبذيله العناية « باب الاستحقاق » ، « فصل بيع الفضولي » (٥١/٧ - ٥٦) ، إيثار الإنصاف « كتاب البيوع » ص٣٠٥ - ٣٠٨ .

(٣) راجع : الأم ، « باب بيع الفضولي وليس في التراجم » (١٦/٣) ، مختصر البويطي ، آخر « الغصب » ، ورقة (٣٥ب) ، المهذب ومعه المجموع « باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره » (٢٥٨/٩ - ٢٦٣) ، حلية العلماء « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (٧٤/٤ - ٧٧) ، بداية المجتهد ، « الباب الأول في العقد » (١٨٦/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الأول في أركان البيع » ص ٢٤٨ ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » ، في « بيع الفضولي » (٣٥٢/١ ، ٣٥٣) ، مسألة (٤١) ، الإفصاح « باب بيع المرابحة » (٣٥١/١) ، الكافي لابن قدامة « كتاب البيع » ، « فصل : ولا يجوز أن يبيع عينًا لا يملكها » (٢٠/٢ ، ٢١) ، المغني « باب المصراة وغير ذلك » ، « فصل : وإن اشترى بعين مال الآمر إلخ » (٢٢٧/٤ ، ٢٢٨) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٢٨٣/٤) .

(٤) في (ص) ، (ع) : [ثنتين] ، مكان : [شاتين] ، و[أحدهما] مكان المثبت ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن ، « كتاب البيوع » ، « باب في المضارب يخالف » (٢٥٢/٢) ، والشافعي في المسند : « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث في الربا » (١٥٩/٢ ، ١٦٠) ، الحديث (٥٥٣) ، وأحمد في المسند (٣٧٥/٤ - ٣٧٦) ، والبخاري في الصحيح ، « كتاب بدء الخلق » ، « باب » « قبل » باب فضائل أصحاب النبي ﷺ (٢٨٦/٢) ، وأخرجه الترمذي في السنن « كتاب البيوع » (٥٥٠/٣) ، الحديث (١٢٥٨) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الصدقات » ، « باب الأمين يتجر فيه فيربح » (٨٠٣/٢) ، الحديث (٢٤٠٢) .

١٢٥٧٧ - وعن حكيم بن حزام : « أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشتري له أضحية ، فاشتراها بدينار وباعها بدينارين ، فرجع واشترى [له] أضحية [بدينار] ، وجاء بدينار إلى النبي ﷺ فتصدق به [النبي ﷺ] ودعا له أن يبارك له في تجارته » (١) .

١٢٥٧٨ - فعروة باع أحد الشاتين ، فأجاز عليه [الصلاة و] السلام بيعه ، وحكيم باع الشاة بعد ما اشتراها للنبي ﷺ ، فلم ينكر عليه ، وأجاز ما صنع .

١٢٥٧٩ - فإن قيل : الخبران مقطوعان ؛ لأن خبر حكيم : رواه أبو حصين الكوفي (٢) ، عن رجل من أهل المدينة ، عن حكيم (٣) ، وحديث عروة : رواه شبيب بن عرقدة ، عن الحيّ ، عن عروة .

١٢٥٨٠ - قلنا (٤) : أما حديث عروة : فذكره أبو داود عن شبيب بن عرقدة ، عن الحيّ (٥) ، عن عروة ، يعني : عن جميع أهل الخبر ، وهذا يدل على شهرته .

١٢٥٨١ - وذكره أبو داود مسندًا عن سعيد بن زيد ، عن الزبير بن الخرِّيت (٦) ، عن أبي لبيد ، قال : حدثني عروة البارقي (٧) .

١٢٥٨٢ - وأما حديث حكيم : فذكره مرسلًا ، والإرسال عندنا لا يقدح في الاحتجاج بالخبر .

١٢٥٨٣ - فإن قيل : كان رسول الله ﷺ وكَّلهما توكيلًا مطلقًا في البيع

---

(١) في (ص) ، (ع) : [ليشتري] ، مكان : [يشتري] ، و [فباعها] ، مكان : [وباعها] ، و[وتصدق] ، مكان : [فتصدق] ، هذه الكلمات والزيادات أثبتناها من سنن أبي داود . وهذا الحديث : أخرجه أبو داود (٢٥٢/٢) ، والدارقطني (٩/٣) ، الحديث (٢٨) ، والبيهقي (١١٣/٦) ، وأخرجه الترمذي (٥٤٩/٣) ، الحديث (١٢٥٧) .

(٢) في (ع) : [ابن حكيم] ، مكان : [حكيم] ، بزيادة : [ابن] ، وفي (ص) ، (ع) : [بن حصين الكوفي] ، مكان : [أبو حصين الكوفي] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) من قوله : [مضمون بالثمن بعوض العتق] من المسألة السابقة ، إلى قوله : [من أهل المدينة عن حكيم] ساقط من (م) .

(٤) في (م) ، (ع) : [سبيب بن عروة] ، مكان : [شبيب بن عرقدة] ، وفي جميع النسخ : [عن رجل من الحر قال] ، والصواب ما أثبتناه .

(٥) في (ص) : [عن رجل من الحر] ، وفي (م) ، (ع) : [عن الحر] ، مكان : [عن الحي] ، وهو خطأ وتصحيف .

(٦) في جميع النسخ : [الزبير بن الحارث] ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) وزاد أبو داود : « بهذا الخبر ولفظه مختلف » ، في نفس المصدر السابق .

والشراء [١] ؛ بدلالة : أن حكيمًا باع الشاة وسلمها ، ومن باع ما لا يملك بغير إذن صاحبه لا يسلمه قبل الإجازة ، وقبض الثمن وتصرف فيه واشترى شاة أخرى ، وهذه غير مأذون في شرائها ، وعندكم يلزمه الشري ، ولا يقف .

١٢٥٨٤ - وأما حديث عروة : فقد أذن له في شراء [٢] شاة ، وإذا اشترى شاتين ، إحداهما [٣] له بحصتها من الثمن ، فإذا باعها بنفسه والثمن له ، فلما أعطى الثمن رسول الله ﷺ دل على أن التوكيل عام [٤] .

١٢٥٨٥ - قلنا : المنقول في الخبر توكيل خاص ، والحكم إذا نقل مع سببه فالظاهر أنه تعلق به ، وإن تعلق بغيره لا يثبت إلا بنقل .

١٢٥٨٦ - ولأنه لو كان وكلهما توكيلًا عامًّا لم يكن لنقل [٥] التوكيل الخاص معنىً ، فلما ذكر توكيلًا خاصًّا دل أن الحكم تعلق به .

١٢٥٨٧ - فأما قوله : « إن حكيمًا سلم ما اشترى ، فيجوز أن يبيع بيعًا موقوفًا ويسلم [٦] تسليمًا موقوفًا أيضًا ، ويقبض الثمن كذلك .

١٢٥٨٨ - [وقولهم : إنه تصرف في الثمن ، وإذا اشترى عبدا بثمن في ذمته لا يعتبر ذلك الدينار] [٧] .

١٢٥٨٩ - وأما قولهم : « إنه اشترى شاة ، والشرى لا يقف عندكم : فليس [بصحيح ؛ لأن أمره إياه بشراء أضحية يتناول ما يضحي به ؛ لأن الأضحية] تقدر بعد تضمن الأمر العقد ، فالشاة الثانية ابتاعها بمقتضى الأمر الأول .

١٢٥٩٠ - وكذلك عروة أُمِرَ بشراء أضحية فاشترى شاتين بموجب الأمر ؛ لأن الأضحية ما يضحي به ، فكلاهما للنبي ﷺ فباع إحداهما بيعًا موقوفًا .

١٢٥٩١ - قالوا : عروة لم يشتر للنبي ﷺ شيئًا ، وإنما أخذ الدينار من النبي ﷺ

---

(١) في (ص) ، (م) : [والشري] .

(٢) في (م) ، (ع) : [شري] .

(٣) في (ص) : [شاتان إحداهما] ، وفي (م) ، (ع) : [سيئا من أحدهما] ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) في (م) ، (ع) : [عاما] .

(٥) في جميع النسخ : [انتقل] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) في (م) ، (ع) : [وسلم] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

فأمسكه واشترى لنفسه شاتين بدينار ، فأخذه لنفسه وبقيت الشاة [١] لعروة ، ودينار النبي ﷺ معه .

الدليل عليه : قوله ﷺ[٢] : « هذه الشاة وهذا ديناركم » [٣] .

١٢٥٩٢ - قلنا : لو كان كما قالوا : كانت الشاة هبة إلى النبي ﷺ والنبي لم يستوهبه ولا قبل الهبة ، على ظاهر الخبر أنه ابتاع ما أمره بابتياعه ، فإن ثبت أنه قال : « هذا ديناركم » ، ولم يذكر أبو داود هذه اللفظة [٤] ، فمعناه : أن ثمن مالكم .

١٢٥٩٣ - والذي نقل في أنه لم يكن وكيلًا بالبيع ، أنه عليه [الصلاة و] السلام أمره بشراء أضحية ، وبيع الأضحية يكره بعد ابتياعها ، والنبي ﷺ لا يأمر بمكروه [٥] ، فكيف يكون موكلًا ببيعها ؟ .

١٢٥٩٤ - فإن قيل : فكيف أجاز النبي ﷺ البيع المكروه ، .

١٢٥٩٥ - قلنا : يجوز أن يكون أجازه ؛ لأنه لا يمكن استدراك الشاة .

١٢٥٩٦ - فإن قيل : تصدق [٦] عليه [الصلاة و] السلام بالدينار ، ويدل عليه : أنه لم يجز العقد .

١٢٥٩٧ - قلنا : بل هو الدليل ؛ لأنه لو لم يجز العقد] [٧] لأمر برده أو إمساكه إلى أن يحضر المشتري ، وإنما تصدق به ؛ لأنه كان أخرج الأصل من ملكه على وجه القربة .

١٢٥٩٨ - وذكر عيسى بن أبان بإسناده ، عن حميد الطويل ، عن الحسن : « أن رجلا باع جارية لابنه فحبلت من المشتري فقدم سيدها الأول ، فخاصم في جاريته إلى عمر ، فقضي له بالجارية ، وأمر المشتري أن يلزم البيع ابن الرجل ، فلما رأى أنه مأخوذ بها سلم بيعه » [٨] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وبقي الشاة] ، وفي (ص) : [وبقيت للشاة] ، بدون نقطة التاء في [بقيت] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (ص) : [ﷺ] ، وفي (م) ، (ع) : [عليه السلام] وهو خطأ ، الصواب ما أثبتناه ؛ لأن القائل هو عروة بن أبي الجعد ، وليس النبي ﷺ .

(٣) أخرجه الدارقطني (٣/١٠) ، الحديث (٣٠) .

(٤) في (ع) : [اللقطة] .

(٥) في (ص) : [بالمكروه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الصدقة] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) لم نهتد إلى هذا الأثر بعد .

١٢٥٩٩ - وذكر عن منصور ، عن الحكم ، قال : « غاب رجل وترك جارية عند ابنه وامرأته ، فباعها رجلًا وشرط له الخلاص ، فلما قدم الرجل طالب المشتري ، وقال : جاريتي لم أبع ولم أهب ، فقال الرجل : اشتريتها من ابنك ، وجاريتك قد ولدت لى غلامًا ، فاختصما إلى عليّ ، فقال عليّ : سلم بيع ولدك وامرأتك ، فقد ولدت للرجل ، فقال : ما أنا بفاعل ، قال : بل [١] فاعل ، قال أذكرك كتاب اللّٰه ، قال : خذ بيد جاريتك فأخذها [٢] ، وقال للرجل : احبس امرأتك بالخلاص ، قال : فسلم بيعهما » [٣] .

١٢٦٠٠ - وهذا من مذهب عمر ، وعليٍّ رضي الله عنهما [٤] : أن البيع موقوف تلحقه [٥] الإجازة .

١٢٦٠١ - ويدل عليه : أن شطر [٦] العقد يجوز أن يقف على معنى ينضم إليه ، وهو الشطر الآخر ، فيقع الملك بهما ، وهو أضعف من جملة العقد ، فلأن تقف جملة [٧] العقد على معنى من جهة الملك ليقع الملك بهما أولى .

١٢٦٠٢ - ولا يمكن [٨] القول بموجبه في بيع المرتد على أحد القولين ؛ لأن عندهم إن أسلم تبين أن العقد كان صحيحًا ، وإن [٩] لم يسلم تبين أنه كان باطلًا ، وأما أن يقف : فلا .

١٢٦٠٣ - وإن شئت قلت : إن كل واحد من الشطرين [١٠] يقف على معنى ينضم إليه ، لو تقدم عليه وقع الملك به .

١٢٦٠٤ - فإن قيل : شطر العقد لا يقف على ما بعد المجلس .

١٢٦٠٥ - قلنا : لأنه أضعف من جميع العقد فلضعفه ما وقف على حال المجلس ، ولقوة جملة العقد ما وقف على المجلس وما بعده .

١٢٦٠٦ - وعلى الطريقة الثانية : أن المعنى الذي يتأخر عن أحد الشطرين لو تقدم

(١) لفظ : [بل] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٣) في (ص) : [امرأته] ، مكان : [امرأتك] ، وفي (م) ، (ع) : [للخلاص] ، مكان : [بالخلاص] ، ولم نقف علي هذا الأثر بعد .
(٤) في (م) ، (ع) : [علي وعمر] بالتقديم والتأخير .
(٥) في (م) ، (ع) : [الموقوف يلحقه] .
(٦) في (م) ، (ع) : [شرط] .
(٧) في (م) ، (ع) : [يقف جميع] .
(٨) في (م) ، (ع) : [فلا يمكن] .
(٩) في (م) ، (ع) : [فإن] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [شرطين] .

عليه في المجلس دفع [1] الملك ، وإن تقدمه في غير المجلس لم يتعلق به حكم ، كذلك إذا تأخر عنه .

١٢٦٠٧ - [وجملة العقد يقف على معنى لو تقدمه في المجلس وغير المجلس وقع [2] الملك ، وكذلك إذا تأخر عنه] [3] .

١٢٦٠٨ - فإن قيل : شطر العقد إنما يقف على الشطر [4] الآخر للضرورة ؛ لأنه لا يجوز أن يقع العقد ، ولا ضرورة في وقوف جملة على العقد .

١٢٦٠٩ - قلنا : لا ضرورة إلى تأخر أحد الشطرين ؛ لأنهما تقاولا على العقد فجاز [5] أن يتكلما بالعقد معًا ؛ لأنه أخَّر أحدهما عن الآخر .

١٢٦١٠ - ولأنه يجوز أن يثبت في العقد معنى الضرورة ، ثم يثبت مثله في العقد من غير ضرورة ، كخيار الفسخ بالعُنَّة ، فثبتت الضرورة وثبت الشرط من غيره ضرورة .

١٢٦١١ - قال أصحابنا : ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه ، فجاز أن يقف على إجازة مجيزه ، كالوصية للوارث ، وبما زاد على الثلث .

١٢٦١٢ - قالوا : لا مجيز للوصية عند وقوعها [وإنما تصح الإجازة بعد الموت ، وتلك حالة لزومها .

١٢٦١٣ - قلنا : بل ذاك حال وقوعها] ؛ لأن الوصية عقد مضاف [6] إلى الموت ، ولهذا لا يصح قبولها بعد الموت ، فدل أن تلك الحالة حال وقوعها .

١٢٦١٤ - قالوا : فعندنا [7] الوصية لا يلحقها الإجازة ، وإنما تكون [8] الإجازة هبة من جهة الورثة .

١٢٦١٥ - قلنا : الدليل على بطلان ذلك : قوله عليه [الصلاة و] السلام : « لا

---

(١) في (م) ، (ع) : [منع] ، مكان : [دفع] .
(٢) في (م) ، (ع) : [رفع] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [الشطر] .
(٥) في (ع) : [يتاولا] ، مكان : [تقاولا] ، وفي (م) ، (ع) : [قلنا جاز] ، بزيادة : [قلنا] .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وفيهما : [يضاف] ، مكان : [مضاف] .
(٧) في (م) ، (ع) : [بقيدنا] ، مكان : [فعندنا] .
(٨) في (م) : [يكون] .

وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة (١) ، فدل أن ذلك ليس تأييدا بملك ، وإنما هو إجازة .

١٢٦١٦ - والأصلح / أن نقول (٢) : عقد لو وقع على ما لم يتعلق به حق الغير نفذ ، ولمَّا وقع على ما تعلق به حق الغير ، ولم ينفذ ، جاز أن يقف على معنى من جهة مقدمة العقد ، كما لو أوصى وعليه ديون ، وأبرأ الغرماء من الديون . ٤٨

أو نقول (٣) : وإذا وقع على ما يتعلق به حق الغير انعقد .

١٢٦١٧ - أو نقول : عقد يجوز أن يقف على الفسخ ؛ فجاز أن يقف على الإجازة ، كالوصية مع الدين ، والوصية بجميع الملك .

١٢٦١٨ - فإن قيل : المعنى في الوصية : أنها لا تصح (٤) في المجهول ويتعلق به الحظر ، فله الرد والمبيع بخلافه .

١٢٦١٩ - قلنا : تبطل (٥) علة الأصل بالطلاق والعتاق ، فإنه يصح في المجهول ويتعلق بالحظر ، ولا يقف علي الإجازة عندكم .

١٢٦٢٠ - فإن قيل (٦) : المعنى في الوصية : أنها تقف (٧) على مستحدث الملك ؛ لأنه وصى بالثلث ولا مال له ، ثم يستفيد ما لا ينفذ الوصية فيه ، أو يوصي بعبد فلان إلى ملكه (٨) فيجوز ، فلذلك وقف على الإجازة ، والبيع بخلافه .

١٢٦٢١ - قلنا : إنما تعلقت الوصية بمستحدث الملك ؛ لأنها تتعلق بالشرط في الملك ؛ ألا ترى (٩) : أنه إذا قال : إن مت من مرضي هذا فقد أوصيت بكذا صح ، فلذلك (١٠) تعلق بمستحدث الملك . والبيع لا يتعلق بشرط في الملك ، [فلا يتعلق بمستحدث الملك وصفًا ، والاختلاف لا يمنع التساوي في الوقوف] (١١) ، بدليل : أن

---

(١) في سنن الدارقطني : « أن يجيز « بدون : « ها » . وهذا الحديث : أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب الفرائض والسير وغير ذلك » (٩٨/٤) ، الحديث (٩٣ ، ٩٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الوصايا » ، « باب نسخ الوصية للوالدين والأقربين الوارثين » (٢٦٣/٦ ، ٢٦٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يقول] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يقول] .
(٤) في (م) : [لا يصح] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يبطل] .
(٦) في (م) ، (ع) : [قالوا] .
(٧) في (م) : [يقف] .
(٨) في (م) ، (ع) : [لعبد] ، مكان : [بعبد] وقوله : [إن ملكه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) في (ص) : [ألا يرى] .
(١٠) في (ص) : [فلذلك] ، وفي غيرها فكذلك .
(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

الطلاق والبيع يختلفان في جواز التعلق بالشرط ، ويتساويان عندنا في الوقوف ، وعند مخالفنا في امتناع الوقوف مع الاختلاف في المعلق بالشرط .

١٢٦٢٢ - ولأنه عقد لو وقع برضا مالكه نفذ ، وإذا وقع بغير رضاه انعقد ، أصله : الملتقط الغني إذا تصدق باللقطة .

١٢٦٢٣ - فإن قيل : عندنا لا تقف (١) الصدقة ، [وإنما يتملك الملتقط ويتصدق بها فينفذ .

١٢٦٢٤ - قلنا : التعليق رفع الانعقاد] (٢) ، وكيفية الانعقاد لم يتعرض لها .

١٢٦٢٥ - ولو عللنا الوقوف دل على الأصل النص ، وهو قوله عليه [الصلاة و] السلام : « فإن جاء صاحبها فليخيره بين الأخذ والضمان » (٣) .

١٢٦٢٦ - وإجماع الصحابة : وهو ما روي عن عمر ، وعليٍّ ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر ، وأبي هريرة ﷺ (٤) أنهم قالوا في اللقطة : « يُعَرِّفها حولًا ، فإن جاء صاحبها فهو بالخيار ، إن أراد الأجر فله الأجر ، وإن أراد الضمان فله الضمان » (٥) .

١٢٦٢٧ - فإن قيل : روي عن ابن عمر أنه قال : « يدفعها إلى الإمام » (٦) .

١٢٦٢٨ - قلنا : قد روينا (٧) عنه مثل قولنا ، فيتعارض قوله ، وبقي لنا قول بقية الصحابة ﷺ .

ولأنه يحتمل أن يقول : ادفعها إلى الإمام ليتصدق بها ، ويكون التخيير في فعل الإمام .

١٢٦٢٩ - فإن قيل : معناه : [إن جاء صاحبها فليخيره بين الأجر ، وإن تبين من الضمان ، وبين أن يضمنه] (٨) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يقف] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) لم نعثر على هذا الحديث .

(٤) في (م) ، (ع) : [أبو هريرة] .

(٥) لم نعثر على هذا الأثر من وجوه هؤلاء الصحابة بهذا اللفظ بعد ، وقد أخرجه عبد الرزاق في المصنف « كتاب اللقطة » (١٠/١٣٧ - ١٤٠) ، الآثار (١٨٦٢٣ ، ١٨٦٢٦ - ١٨٦٣٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب اللقطة » ، « باب اللقطة يأكلها الغني والفقير إذا لم تعترف بعد تعريف سنة » (٦/١٨٦) .

(٦) أخرجه البيهقي (٦/١٨٩) .

(٧) في (م) ، (ع) : [رويناه] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، إلا أن كلمة : [تبين] غير واضحة ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

١٢٦٣٠ - قلنا : ظاهر الخبر : أن هناك أجرًا حاصلا مُراعىً [١] يُخير في الرضا به ، أو في تركه والعدول إلى الضمان .

١٢٦٣١ - ولأن كل عقد قارنه الرضا نفذ [٢] . أصله : الحاكم إذا باع مال المفلس .

١٢٦٣٢ - احتجوا : بحديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « لا طلاق فيما لا يُملك ، ولا بيع فيما لا يُملك » [٣] .

١٢٦٣٣ - قلنا : هذا مرسل ، عند الشافعي لا يثبت به حجة ، ثم إطلاق البيع يقتضي ما وقع للعاقد [٤] ، ولهذا نقول : إن الوكيل والموكل لو اختلفا في العقد كان القول قول الوكيل ؛ لأن إطلاق العقد [اقتضى] [٥] أن يقع له ، وعندنا من باع ملك غيره لنفسه لم ينعقد [٦] البيع ولم يقف .

١٢٦٣٤ - احتجوا : بحديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، أن النبي ﷺ قال : « لا يحل بيع وسلف ، ولا شرطان في بيع ، ولا بيع ما ليس عندكم » [٧] .

١٢٦٣٥ - الجواب : أن ظاهر الخبر يقتضي أن المعنى المانع من العقد : أن المبيع ليس عنده ، وعند مخالفنا لو باع ما في يده لغيره لم ينعقد البيع ؛ فوجب أن يحمل الخبر على ما يؤثر فيه المعنى الذي أشار إليه [٨] عليه [الصلاة و] السلام ، وهو بيع الآبق ، وبيع الطير في الهواء [٩] ، وما أشبه ذلك .

---

(١) في (م) ، (ع) : [اخر يخير مراعاة] ، مكان : [أجر حاصل مراعى] ، إلا أن في (ص) : [مراعا] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) لفظ : [نفذ] ساقط من (م) ، (ع) ، وقد حذفنا جملة جاءت بعد الكلمة ، وهي : [فإذا عدم الرضا انعقد] .

(٣) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار « باب بيان مشكل ما روي عن النبي ﷺ من قوله : « لا طلاق إلا من بعد نكاح إلخ » (٢٨١/١) ، وأبو داود في السنن « كتاب الطلاق » ، « باب في الطلاق قبل النكاح » (٥٤٩/١ ، ٥٥٠) ، والترمذي في السنن « كتاب الطلاق » ، « باب ما جاء : لا طلاق قبل النكاح » (٤٧٧/٣) ، الحديث (١١٨١) ، وأحمد في المسند (١٩٠/٢) ، والحاكم في المستدرك « كتاب الطلاق » (٢٠٤/٢ ، ٢٠٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [المعاقد] . (٥) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولم ينعقد] بالعطف .

(٧) قوله : [ولا بيع] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش . وقد تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٥٩٩) .

(٨) لفظ : [إليه] ساقط من (م) ، (ع) . (٩) في (ع) : [الهوى] .

١٢٦٣٦ - قالوا : روى يوسف بن ماهك [(١)] عن حيكم بن حزام ، أن النبي ﷺ قال : « لا تبع ما ليس عندك » [(٢)] .

١٢٦٣٧ - الجواب : ههنا أن إطلاق البيع تناول [(٣)] ما عقده الإنسان لنفسه .

الثاني : أن ظاهر الخبر يقتضي أن المانع من البيع أنه ليس عنده ، وعندهم لا يجوز البيع كان عنده أو لم يكن .

يبين ما ذكر [(٤)] : أن هذا الخبر خرج علي سبب ، وهو ما روي : أن حكيمًا قال للنبي ﷺ : « إن الرجل يأتيني فيطلب مني البيع ، فأبيعه ، ثم أمضي فأشتريه وأعطيه ، فقال : لا تبع ما ليس عندك » [(٥)] .

وحكيم إنما كان يبيع لنفسه ؛ فدل أن النهي وقع عن ذلك ، ولذلك [(٦)] نقول : إنه لا يجوز أن يبيع ملك غيره لنفسه .

١٢٦٣٨ - قالوا : الإيجاب أحد طرفي العقد ، فوجب أن لا يقف على إجازة المعقود له ، كالقبول .

١٢٦٣٩ - قلنا : القبول عندنا يقف إذا اشترى المحجورُ والمرتدُّ والوكيلُ يشتري العبد إذا اشترى نصفه ، وإذا قال : بعتك هذا العبد لفلان فقبل : فلسنا نسلم الأصل .

١٢٦٤٠ - فإن قالوا : نقيس على البائع إذا أطلق فقيل المبتاع لفلان .

١٢٦٤١ - قلنا : لا فرق بين هذا الإيجاب والقبول ؛ لأن الإيجاب متى نفذ فيما يملك العاقد العقد عليه لم يقف ، وإنما يقف إذا لم ينفذ ، كذلك الشري .

١٢٦٤٢ - كل موضع نفذ في حق القابل لم يقف ، وكل موضع لم ينفذ وقف ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [ماهد] ، مكان : [ماهك] ، وهو تصحيف .
(٢) هذا جزء من الحديث الذي سيأتي تخريجه في هذه المسألة .
(٣) في (م) ، (ع) : [يناول] .
(٤) في (م) ، (ع) : [تبين ما ذكرنا] .
(٥) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الإجارة » (٢٧٧/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك » (٥٢٥/٣) ، الحديث (١٢٣٢) ، والنسائي في المجتبي « كتاب البيوع » ، في « بيع ما ليس عند البائع » (٢٨٩/٧) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارة » ، « باب النهي عن بيع ما ليس عندك » (٧٣٧/٢) ، الحديث (٢١٨٧) .
(٦) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

فقد سوينا بين الإيجاب والقبول ، والكلام من بعد : بأن القبول لم يفد [(١)] في حق القابل إذ لا تعلق له بهذه المسألة .

١٢٦٤٣ - قالوا : عقده لغيره عقد معاوضة من غير توكيل ولا ولاية ، فوجب [(٢)] أن لا يقف على إجازته ، أصله : إذا عقد له الشري بعين [(٣)] ماله ، مثل : أن يكون في يده دراهم لغيره فيبتاع له [(٤)] بها عبدًا .

١٢٦٤٤ - قلنا : لا نسلم بأن هذا العقد يقف عندنا إذا أوجب البائع البيع [(٥)] لصاحب الدراهم ، فأما إذا أطلق العقد نفذ في حق المشتري ، وهل يملك الدراهم في ذمته والعقد يصح وقوفه متى لم يصادف نفادًا ؟ .

١٢٦٤٥ - قالوا : بيع لا يملك المتعاقدان إيقاع قبض فيه ، فوجب أن لا يصح ، كما لو باع طيرًا في الهواء [(٦)] .

١٢٦٤٦ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأنه إذا باع ملك غيره وهو مأذون في حفظه وإيداعه ، جاز أن يسلمه تسليمًا موقوفًا ، كما يبيعه بيعًا موقوفًا .

١٢٦٤٧ - وأما إذا لم يكن له فيه يد فإنما لا يجوز التسليم لما فيه من الضرر على المالك ، وليس عليه في وقوف العقد ضرر .

١٢٦٤٨ - ولأنه لو وكّله بالبيع على أن الموكل بالخيار ، وقال له : لا تسلم المبيع حتى أسقط خياري لم يملك العاقد التسليم ، ولا يمنع ذلك من انعقاد العقد .

١٢٦٤٩ - والمعنى فيما ذكروه : أنه لو قارن أحد شطري العقد بأن يوجب والطّيْرُ في الهواء [(٧)] ثم يصيدَه فيقْبَلُ المشتري ، لم يصح العقد ، كذلك إذا قارن الشطرين وعدم الرضا ، أو قارن أحد الشطرين لم يمنع الانعقاد ، وكذلك إذا وجد مع الشطرين .

١٢٦٥٠ - قالوا : لو باع ما اشتراه قبل أن يقبضه لم يقف العقد على الإجازة وهو

---

(١) في (م) ، (ع) : [من نفذ] ، مكان : [من بعد] ، و [لم ينفذ] ، مكان : [لم يفد] .

(٢) لفظ : [ولا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [ولأنه يوجب] ، مكان : [ولا ولاية فوجب] .

(٣) في (م) : [يعين] ، ونحوه في (ص) بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٤) لفظ : [له] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [المبيع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الهوى] .

(٧) في (م) ، (ع) : [موجب] مكان : [يوجب] ، وفي (ع) : [الهوى] ، مكان المثبت .

يملكه ، فإذا باع ما لا يملكه فهو أولى . فإذا (١) باع ملك نفسه فالعقد يقع موجب التسليم [فإذا كان مقدورًا لم يقف العقد ، وإن باع ملك غيره فالعقد يقع فيوجب التسليم] (٢) ، فيقدره للمنع من الوقوف .

١٢٦٥١ - بيان ذلك : أنه لو باع عينًا غائبة جاز البيع وإن لم يقدر على التسليم في الحال ؛ لأن العقد يقع غير موجب لتسليمها في مكان العقد ، والتعذر (٣) في حالة لا يوجبه العقد لا يؤثر في العقد (٤) .

١٢٦٥٢ - قالوا : لأن المالك ورضاه معنى يتعلق به جواز العقد ، يعني (٥) : إذا وجد معه . فإذا كان معدومًا لم يقف العقد علي وجوده قياسًا على بيع (٦) ما لا يملكه ولا يقف على وجود ملكه حتى إذا ملكه لزمه العقد .

١٢٦٥٣ - وكذلك (٧) لا يقف على رجوع الآبق ، فإذا باع الرهن لا يقف (٨) على النكال ، وإذا باع الصبي ، ثم بلغ أو تزوج بمرتدة ثم أسلمت ، أو بمعتدة ثم انقضت عدتها ، أو ذات زوج (٩) ففارقها .

١٢٦٥٤ - الجواب : أن هذه المعاني لو قارنت أحد شطري العقد منعت صحته ، كذلك إذا قارنت الشطرين ، وعدم الرضا لا يمنع أحد الشطرين ، فكذلك لا يمنعها .

١٢٦٥٥ - ثم نقول : إذا باع ما لم يملك (١٠) ثم ملكه ، طرأ ملك صحيح على عقد موقوف (١١) فأبطله . فوزانه مثل مسألتنا : [أن يبيع ملك غيره فقبضه المالك ثم يخيره المشتري ، فلهذا منع عليه [الصلاة و] السلام أن يبيع عينا لغيره ثم يبتاعها ويسلمها .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فإن] ، مكان : [فإذا] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، إلا أنه غير واضح فيه ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [فيقدر] .

(٤) قوله : [لا يؤثر في العقد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) لفظ : [معنا] ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) إلا أنه ولفظ : [يعني] غير واضحين ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) لفظ : [بيع] ساقط من (ع) .

(٧) في (ص) : [ولذلك] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لم يقف] .

(٩) في (م) ، (ع) : [مات زوج] ، مكان : [ذات زوج] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ما لا يملك بأن قال : إذا باع ما لا يملك] ، مكان : [ما لا يملك] .

(١١) في (م) ، (ع) : [موقوفة] .

١٢٦٥٦ - فأما] [١] إذا باع الآبق ؛ فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا رجع فسلم، جاز ، فأوقف العقد على عوده .

١٢٦٥٧ - وأما الرهن إذا باعه الراهن وقف البيع عندنا على رضا المرتهن ، فإن قضى الدين سقط حقه ونفذ البيع [٢] .

١٢٦٥٨ - وأما الصبي إذا باع فيقف عقده على إجازة وليه ، فإن بلغ قبل الفسخ جاز العقد من جهته .

١٢٦٥٩ - وأما [٣] تزويج المعتدة ، والمرتدة ، وذات زوج ، فلا مجيز لهذا العقد حال وقوعه ، فلم يقف [٤] . وفي مسألتنا : العقد مجيز ؛ بدلالة : أنه لو أذن فيه صح ، فجاز أن يقف على وجود إذنه .

١٢٦٦٠ - فإن قيل : قد تساويا في أن المعنى الذي يصح به العقد عُدِمَ عند الانعقاد وَوُجِد بعده .

١٢٦٦١ - قلنا : بل عدم في أحد الموضعين فلم يصح وجوده ، وفي الآخر كان يصح وجوده وجود بينهما ، بدلالة : أن الإيجاب يوجد ، ورضا المشتري معدوم فيصح ؛ لأن الرضا يصح وجوده بعده .

١٢٦٦٢ - ولو أوجب العقد في خمر فصار خلًّا لم يصح الإيجاب ؛ لأن المالك كان لا يملك رفعه حال الإيجاب .

١٢٦٦٣ - وقد ألزمونا : من حكم بين اثنين ثم ولي القضاء ، وهذا عندنا كان موقوفًا / على إجازة الإمام ، فإن ولي الفاعل القضاء فأجازه جاز ، وكذلك من باع ملك غيره ثم وكَّله المالك ببيعه جاز العقد بإجازته . ٨

١٢٦٦٤ - وأما إذا باع ثم أوصى المالك إليه ومات ، فإن كان عليه دين جاز العقد بإجازة الوصي ، وإن لم يكن عليه دين فقد طرأ ملك صحيح على عقد موقوف فأبطله .

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [العقد] ، مكان : [البيع] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلا مجيز لها العقد حال وقوعه فلم ينف] ، والمثبت من (ص) ، خلا : [حال] ، مكانه فيها : [حالة] .

مسألة ٦٤٤

بيع الأعمى وشراؤه

١٢٦٦٥ - قال أصحابنا : بيع الأعمى وابتياعه جائز ، وله الخيار حين يقف على صفة المبيع بالوصف أو بالخبر إن كان يعرف بذلك (١) .

١٢٦٦٦ - وقال الشافعي : إن كان أكمه » لم يجز بيعه ، وإن عمي بعد ما أبصر جاز عقده على ما كان رآه (٢) إذا كان مما (٣) لا يتغير ، ولم يجز بيعه فيما لم يكن رآه (٤) .

١٢٦٦٧ - لنا : ما روى : « أن طلحة بن يزيد بن ركانة كلم عمر بن الخطاب [في البيوع ، فقال] (٥) : ما أجد لكم شيئًا أوسع مما جعل (٦) رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ ، كان ضرير البصر فجعل له رسول الله ﷺ عهدة ثلاثة أيام ، إن رضي أخذ ، وإن كان سخط ترك » (٧) ، ذكره الدارقطني .

وهذا نص في بيع الأعمى ، وكان (٨) في زمن رسول الله ﷺ عميان (٩) ، وكذلك في زمن الأئمة ، وقد عمي : العباس ، وعبد الله ابن العباس ، وجابر ، وعبد الله بن عمر

---

(١) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي ص٨٣ ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط الصحة » (١٦٤/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب خيار الرؤية » (٣٤٨/٦) ، البناية مع الهداية « باب خيار الرؤية » (١٣٢/٧ ، ١٣٣) ، مجمع الأنهر « باب الخيارات » ، فصل خيار الرؤية » (٣٣/٢ ، ٣٤) ، الدر المختار مع رد المحتار « باب خيار الرؤية » (٧٠/٤ ، ٧١) .

(٢ ، ٣) لفظ : [رآه] ، و[مما] ساقطان من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركهما الناسخ في الهامش .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره » (٣٠٢/٩ ، ٣٠٣) ، حلية العلماء « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (٩٧/٤ ، ٩٨) ، مغني المحتاج « كتاب البيع » (٢١/٢) ، نهاية المحتاج « كتاب البيوع » (٤٢٢/٣ ، ٤٢٣) ، قوانين الأحكام الشرعية « الكتاب الثالث في البيوع » ، الباب الأول « في أركان البيع » ص ٢٤٩ ، شرح الزرقاني « باب في البيع الشامل » (٣٦/٥) ، الإفصاح « كتاب البيوع » (٣٢٠/١) ، المغني « باب المصراة وغير ذلك » (٢٣٧/٤) .

(٥) الزيادة من كتب الحديث .

(٦) في جميع النسخ : [جعل لكم] ، وما أثبتناه من كتب الحديث .

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٥٤/٣) ، الحديث (٢١٦) ، والبيهقي في الكبري « كتاب البيوع » ، « باب الدليل علي أنه لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام » (٢٧٤/٥) .

(٨) في (م) ، (ع) : [باب] ، مكان : [بيع] ، وفي جميع النسخ : [وإن كان] ، والصواب ما أثبتناه بحذف [إن] .

(٩) في (م) ، (ع) : [عمان] .

ﷺ ، ولم ينقل منعهم من البياعات ، فلو كان لا يجوز عندهم لبين لهم ذلك ، ولكانوا لا يعقدون ، ولو فُعِل ذلك لنقل ، فلما لم ينقل دل على أن الأعمى في البيع كغيره .

١٢٦٦٨ – فإن قيل : ولو باعوا وتصرفوا لنقل .

١٢٦٦٩ – قلنا : البيع يفاعل ما كانوا عليه فلم ينقل (١) ، والابتياع متجدد ، وإنما يتغير حال العاقد كتغيرها بالكبر والفقر ، ولم ينقل (٢) أنهم بقوا على حالهم .

١٢٦٧٠ – فإن قيل : يجوز أن يكونوا لم يتبايعوا إلا الأشياء التي تملك (٣) بالتعاطي .

١٢٦٧١ – قلنا : لو كان كذلك لكانوا لم يمتنعوا من أكثر البياعات ، وكان يظهر ذلك مع كثرة عددهم وإشهادهم من أنفسهم ، وهذا أمر معلوم ظاهر لا يدفع بالتجويز (٤) البعيد .

١٢٦٧٢ – ولأنه يصح منه السلم ، فجاز منه البيع ، كالبصير .

١٢٦٧٣ – فإن قيل : قال الشافعي : يجوز للأعمى أن يسلم ما في الذمة .

١٢٦٧٤ – قال المزني : أراد الذي عمي بعد ما أبصر (٥) وكان يعرف الألوان (٦) .

١٢٦٧٥ – قلنا : السلم في الحيوان عنده (٧) لا يفتقر إلى ذكر اللون ، وكذلك السلم في الحنطة عند الجميع .

١٢٦٧٦ – ثم إذا سلم الوصف فيمن يعرف الألوان صحت العلة ؛ لأن هذا الأعمى عنده لا يجوز بيعه في عموم الأشياء ، ويجوز سلمه .

١٢٦٧٧ – ولأن من صح توكيله بالبيع صح شراؤه (٨) ، كالبصير (٩) .

ولأنه فقد حاسة كحاسة (١٠) الذوق .

---

(١) في (ص) ، (م) : [فلا ينقل] ، وهو ساقط من (ع) ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) في (ص) : [ولا ينقل] ، وفي (م) ، (ع) : [فلا ينقل] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم تملك] ، بزيادة : [لم] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالتحرير] .

(٥) لفظ : [ما] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ع) : [بصر] ، مكان : [أبصر] .

(٦) راجع نص الشافعي والمزني في مختصر المزني « كتاب البيع » ، « باب بيع حبل الحبلة والملامسة والمنابذة وشراء الأعمى » ص٨٨ .

(٧) لفظ : [عنده] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) قاعدة : « من صح توكيله بالبيع صح شراؤه » .

(٩) في (م) ، (ع) : [بالبصر] .

(١٠) في (ص) : [كفقد] ، مكان : [كحاسة] .

ولأن كل عقد صح من الأخرس صح من الأكمه [١] ، كالنكاح .

١٢٦٧٨ - فإن قيل : الإشارة من الأخرس تقوم [٢] مقام القول ، والصفة لا تقوم [٣] في معرفة الألوان مقام الرؤية ؛ لأن الأكمه يتصور الألوان .

١٢٦٧٩ - قلنا : الأكمه لا يعلم [٤] الألوان ويقرر في نفسه ، وهذا سنة في بيان مشعره [٥] . ولأن من البياعات ما لا يقصد فيها اللون ، كالأراضي ، والنخل ، والشجر ، والحطب ، والشوك .

١٢٦٨٠ - وهذه مبنية على أصلنا : [أن البصير إذا باع ما لم يشاهد أو اشترى فالبيع صحيح ، وعدم الرؤية] [٦] لا يمنع انعقاد العقد ، والأعمى مثله .

١٢٦٨١ - احتجوا : بحديث أبي هريرة ﷺ : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر » [٧] .

١٢٦٨٢ - الجواب : أنا قد بينا أن الغرر ما كان الغالب فيه تعذر التسليم ، وهذا لا يوجد في بيع الأعمى .

١٢٦٨٣ - قالوا : روى أبو هريرة ﷺ : « أن النبي ﷺ نهى عن الملامسة » [٨] .

١٢٦٨٤ - قالوا : وعندكم إذا اشترى الأعمى قام لمسه مقام نظره .

١٢٦٨٥ - قلنا : بيع الملامسة هو البيع الذي ينعقد بها ، وهو أنهم كانوا يتقاولون على [٩] البيع ، فمن لمسه وجب له . وعندنا [١٠] : بيع الأعمى يثبت فيه الخيار في المجلس إذا كان المبيع مما يعرف باللمس [١١] ، فلا يكون بيع الملامسة .

١٢٦٨٦ - قالوا : بيع عين ، فوجب أن يكون لفقد الرؤية تأثير فيه ؛ أصله : بيع

---

(١) قاعدة : « كل عقد صح من الأخرس صح من الأكمه » .
(٢) في (م) ، (ع) : [في] مكان : [من] وفي (م) : [يقوم] ، مكان : [تقوم] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لا يقوم] . (٤) في (م) ، (ع) : [يعلم] .
(٥) في (م) ، (ع) : [شعره] .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٤) ، هامش (٥٤) .
(٨) أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بيع المنابذة » (١٧/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة » (١١٥١/٣) ، الحديث (١١٥١/١) ، والنسائي في المجتبي « كتاب البيوع » ، في « بيع الملامسة » (٢٥٩/٧) .
(٩) في (م) ، (ع) : [عن] ، مكان : [على] .
(١٠) في (ص) : [وعند] بدون : [نا] .
(١١) قوله : [باللمس] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

البصير ، وشراؤه .

١٢٦٨٧ - قلنا : نقول بموجبه ، فإن لفقد الرؤية تأثيرًا ، وهو ثبوت الخيار عند العلم بصفة المبيع ، كما أن البصير إذا اشترى ما لم يره ثبت له الخيار ، ويجوز أن يسقط وإن لم يشاهده بأن يلحقه عيبًا (١) ويتغير ، كذلك هذا يثبت له الخيار ويسقط (٢) إذا رضي به عند معرفة الصفة .

١٢٦٨٨ - قالوا : قال الشافعي : من قال بجواز شراء الأعمى قيل له : إذا وقف في الدار في موضع لو كان بصيرًا رآها لزمه البيع ، وألزمه البيع في العين من غير مشاهدة ولا معرفة بالصفة .

١٢٦٨٩ - قلنا : هذا قد روي عن أبي يوسف ، وليس (٣) يلزم ذلك كل قائل بشراء الأعمى ؛ والصحيح : أن خياره لا يسقط حتى يوصف له الدار ، فيقف على صفتها ، فيلزمه البيع إذا رضي (٤) فيما عرف صفته .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [عينا] ، بالنون ، مكان : [الباء] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فيسقط] .
(٣) في (م) ، (ع) : [فليس] .
(٤) في (م) ، (ع) : [رضيها] ، مكان : [رضي] .

مسألة ٦٤٥

بيع النحل بغير الكوارات

١٢٦٩٠ - قال أبو حنيفة [١] : لا يجوز بيع النحل منفردة عن الكوَّارات [٢] .

١٢٦٩١ - وقال الشافعي : إذا رآها المتعاقدان وكانت محبوسة في بيوتها وقت العقد ، جاز بيعها [٣] .

لنا : أنه حيوان لا ينتفع بعينه ، فلا يجوز بيعه ، كالذباب .

ولأنه من الحشرات الذي [٤] لا يجوز أكله ، كالزنبور [٥] .

ولأنه من ذوات السموم ، كالحية والعقرب .

١٢٦٩٢ - احتجوا : بأنه يجوز بيع ما يخرج منه ، فجاز بيع جنسه ، كالشاة .

١٢٦٩٣ - قلنا : نقول بموجبه : إذا باع الكوَّارات بعسلها وفيها النحل جاز بيعها عندنا .

١٢٦٩٤ - ولأن الشاة منتفع بعينها ، فلذلك جاز بيع جنسها ، والنحل لا ينتفع بعينه .

١٢٦٩٥ - فإن قيل : الانتفاع بما يخرج منه أبلغ من الانتفاع بلحم الشاة وبعين [٦] الكلب .

---

(١) في [ص] : « ﷺ » ، وهو ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) الكوَّارات : جمع الكُوَّارة ، وهي معسل النحل إذا سوي من طين ، أو خشب وغيرهما . راجع : المغرب ، مادة : « كور » ص٤١٧ ، لسان العرب (٣٩٥٤/٥) ، المصباح المنير (٥١٧/٢) ، فتح القدير (٤٢٠/٦) ، مجمع الأنهر (٥١/٢) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه » (١٤٤/٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب البيع الفاسد » (٤١٩/٦ ، ٤٢٠) ، مجمع الأنهر « باب البيع الفاسد » (٥١/٢ ، ٥٢) ، الدر المختار مع رد المحتار « باب البيع الفاسد » (١١٦/٤) .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (٣٢١/٩ ، ٣٢٢) ، حلية العلماء ، (١١١/٤ ، ١١٢) ، مغني المحتاج « كتاب البيع » (١٢/٢) ، نهاية المحتاج « كتاب البيع » (٣٩٥/٣) ، شرح الزرقاني (١٨/٥ ، ٣٢ ، ٣٣) ، المغني « باب المصراة وغير ذلك » (٢٨٦/٤ ، ٢٨٧) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٢٧١/٤ ، ٢٧٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولأنها من الحشرات التي] ، مكان المثبت .

(٥) الزنبور : ضرب من الذباب ، لسّاع . راجع : لسان العرب ، مادة « زنبر » (١٨٦٩/٣) ، المعجم الوسيط (٤٠٣/١) .

(٦) في (ص) ، (م) : [بعينه] ، وفي (ع) : [وبعنب] ، والصواب ما أثبتناه .

١٢٦٩٦ - قلنا : قد ينتفع بما يخرج من الشيء ، فيدل ذلك على بيع المنتفع به ، ولا يدل على بيع الأصل ، كالماء الخارج من الجبال ، وكالثمار الخارجة [١] من الوقف ولبن الحرة على أصلهم .

* * *

(١) لفظ : [الخارجة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٦٤٦

بيع دود القز وبزره

١٢٦٩٧ - قال أبو حنيفة : لا يجوز بيع دود القز ، ولا بزره [١] .

١٢٦٩٨ - وقال الشافعي : يجوز [٢] .

١٢٦٩٩ - لنا : أن الدود من الحشرات غير مأكول ، كالعقارب ، وأما البزر [٣] فلا ينتفع به في عينه ، فصار كبزر [٤] الجراد .

ولأن ما يتولد منه [٥] حيوان إذا لم ينتفع بعينه لم يجز بيعه . أصله : بيض ما لا يؤكل من الطير .

١٢٧٠٠ - احتجوا : بأنه ينتفع بما يخرج منه من الإبريسم ، فجاز بيع [٦] جنسه ، كالشاة .

١٢٧٠١ - قلنا : نقول بموجبه إذا باعه مع القز [٧] ، والمعنى في الشاة ما ذكرنا .

* * *

(١) في (ع) : [ولا بذره] . والقز : معرَّب ، وهو ما يسوَّي منه الإبريسم ، ولهذا قال بعضهم : القز والإبريسم ، مثل : الحنطة والدقيق . وأما البزر - بالزاي - : فهو الذي يكون منه الدود ، وقولهم لبيض الدود بزر القز مجاز على التشبيه يبرز البقل ؛ لأنه ينبت كالبقل . راجع في : المغرب ص٤٢ ، ٣٨١ ، لسان العرب مادة : « قزز » (٣٦٢٠/٥) ، المصباح المنير مادة : « بذر » أو « بزر » و « قزز » (٤١/١ ، ٤٨) (٢٧٧/٢) ، حاشية ابن عابدين (١١٦/٤) ، بدائع الصنائع ، (١٤٤/٥) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، (٤٢٠/٦ ، ٤٢١) ، البناية مع الهداية ، (٢١٥/٧ ، ٢١٦) ، مجمع الأنهر مع ملتقي الأبحر ، (٥٢/٢) ، الدر المختار مع رد المحتار (١١٦/٤) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٢٢٧/٩ ، ٢٥٣) ، حلية العلماء في « ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٧٢/٤) ، المغني (٢٨٦/٥) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٢٧١/٤) .

(٣) في (ع) : [البذر] .

(٤) قوله : [في عينه] ساقط من (ع) ، ولفظ : [فصار] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ع) : [كبذر] ، مكان : [كبزر] .

(٥) في (ع) : [من] بدون الهاء .

(٦) في (م) ، (ع) : [مع] ، مكان : [بيع] . والإبريسم : أحسن الحرير ، هو معرَّب ، وفيه ثلاث لغات ، والعرب تخلط فيما ليس من كلامها . راجع : لسان العرب (٢٥٧/١) ، المعجم الوسيط (٢/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [إذا باع من القز] ، مكان المثبت .

مسألة ٦٤٧

بيع السرجين

١٢٧٠٢ – قال أصحابنا : يجوز بيع السرجين [١] .

١٢٧٠٣ – وقال الشافعي : لا يجوز ذلك [٢] .

١٢٧٠٤ – لنا : أن الناس يتبايعونه للزرع ، وفي سائر الأزمان من غير نكير .

ولا يقال : لا يعتد بفعل العامة مع نهي الشافعي عن بيعه ؛ لأن بيعه لا يخلو منه عصر ، وقد كان يباع قبل الشافعي ، ولا نعلم أحدًا من الفقهاء منع بيعه قبله .

١٢٧٠٥ – فإن قيل : الناس في سائر الأعصار يدفعون الأجرة إلى المُعَلِّم ، وذاك لا يجوز عندكم .

١٢٧٠٦ – قلنا : لم تجر عادتهم أن يستأجروا ، وإنما يسلمون [٣] الصبي إليه ويدفعون شيئًا لا على طريق الإجارة ، وذلك يجوز عندنا .

١٢٧٠٧ – ولأنها عين تصح [٤] الوصية بها فجاز بيعها ، كالثوب النجس .

١٢٧٠٨ – ولأن ما جاز أن يسجر [٥] به التنور جاز بيعه ، كالحطب .

---

(١) قال الفيومي : « السرجين : الزبل ، كلمة أعجمية وأصلها : سركين بالكاف ، فعربت إلى الجيم والقاف ، فيقال : سرقين أيضًا » ، في المصباح المنير ، مادة : « سرج » (٢٥٧/١) . راجع المسألة في : الجامع الصغير « كتاب الكراهية » ، « باب الكراهية في البيع » ص٤٨٠ ، بدائع الصنائع (١٤٤/٥) ، الهداية مع تكملة فتح القدير ، وبذيله العناية « كتاب الكراهية » ، « فصل في البيع » (٥٣/١٠) ، البناية مع الهداية « كتاب الكراهية » ، « فصل في البيع » (٢٢٥/١١ ، ٢٢٦) ، مجمع الأنهر « كتاب الكراهية » ، فصل « بيع العذرة » (٥٢٤/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار (١١٠/٤) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع (٢٢٥/٩ ، ٢٣٠ ، ٢٣١) ، حلية العلماء (٥٥/٤– ٥٨) ، المدونة « كتاب البيوع الفاسدة » ، « في بيع الزبل والرجيع وجلود الميتة والعذرة » (٢١٨/٣) ، بداية المجتهد « كتاب البيوع » ، « الباب الأول في الأعيان المحرمة البيع » (١٣٦/٢) ، الإفصاح « كتاب البيوع » ، و « باب بيع المرابحة » (٣١٨/١ ، ٣٥٤) ، المغني (٢٨٣/٤) ، الكافي لابن قدامة « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٩/٢) ، الإنصاف « كتاب البيوع » (٢٨٠/٤) .

(٣) في (ص) : [يسلموا] .

(٤) في (م) : [يصح] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يسخن] ، مكان : [يسجر] . قال المطرزى « سجر التنور : ملأه سجورًا وهو وقوده ، وسجره أيضًا : أوقده بالمسجرة ، وهي المسعر ، من باب طلب » . راجع في : المغرب ، مادة : « سجر » ص ٢١٨ ، المصباح المنير (٢٥١/١) ، المعجم الوسيط (٤١٨/١) .

١٢٧٠٩ - ولأنه جامد يجوز الانتفاع به ، فجاز بيع جنسه ، كلحم المعز .

١٢٧١٠ - ولأن الناس استخفوا نجاسته ، بدلالة : أنهم لا يتجنبونه في الطرق كتجنب النجاسات ، ويطينون (١) به السطوح ، ومتى خفت نجاسته جاز بيعه ، كالثوب النجس .

١٢٧١١ - احتجوا : بأنه نجس العين ، فلا يجوز بيعه ، كالخمر ، والدم والعذرة ، والميتة .

١٢٧١٢ - قلنا : الأشياء النجسة لا يجوز أن يقال : إنها نجسة لعينها حقيقة (٢) ، وقد كان يجوز أن يرد الشرع بطهارتها ، وإنما معنى قولنا : نجس العين ما تغلظت نجاسته ، ولا نسلم أن السرجين مغلظ (٣) النجاسة ، فالوصف (٤) غير مسلم .

١٢٧١٣ - والمعنى فيما قاسوا عليه : أن الناس لم يستخفوا نجاسته ، كالثوب النجس .

١٢٧١٤ - ولهذا قال أصحابنا : لا يجوز استعمال العذرة والدم (٥) في الأراضي حتى يغلب التراب عليها ، ويجوز استعمال السرجين من غير أن يخالطه شيء .

* * *

(١) قال الفيومي : « طان الرجل البيت والسطح يطينه من باب باع : طلاه بالطين ، وطينه بالتثقيل مبالغة وتكثير » في المصباح المنير ، مادة « طين » (٣٦١/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [خفيفة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يغلظ] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالوصف] .

(٥) لفظ : [الدم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٦٤٨

تصرف الصبي بالبيع

١٢٧١٥ – قال أصحابنا : يجوز للولي أن يأذن للصبي في البيع ، فإذا باع [١] بإذنه وهو يعقل البيع والشراء ، جاز [٢] .

١٢٧١٦ – وقال الشافعي : لا يجوز بيعه [٣] .

١٢٧١٧ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ [٤] ، والابتلاء هو الاختبار ، وذلك يكون [٥] بأن يمكنه من التصرف في المال حتى يُعْلَمَ هل هو يصلح له أو يفسد ، ، فدل على جواز الإذن .

١٢٧١٨ – فإن قيل : يمكن اختباره بأن يأمره [٦] بالمساومة وطلب الشراء [٧] .

١٢٧١٩ – قلنا : المساومة لا يعلم بها [٨] حفظه للمال وإصلاحه له ، وإنما يعلم بها معرفته كيفية العقد ، وليس إذا كان يعرف العقود يسلم المال إليه .

١٢٧٢٠ – ولأن من يعقل البيع والشراء [٩] ينعقد بيعه ، كالبالغ .

---

(١) في (م) ، (ع) : [باعه] .

(٢) راجع : مختصر القدوري « كتاب المأذون » ص٦٧ ، كنز الدقائق « كتاب المأذون » ص١٥٦ ، روضة القضاة « كتاب المأذون « له في التجارة » (٥٩٩/٢) ، المسألة (٣٥١١) ، تحفة الفقهاء « كتاب المأذون » (٢٨٥/٣) ، بدائع الصنائع « كتاب المأذون » ، « فصل : وأما شرائط الركن » (١٩٣/٧) ، تكملة فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب المأذون » (٣١٠/٩-٣١٣) ، البناية مع الهداية « كتاب المأذون » (٢٠٢/١٠ ، ٢٠٨) ، مجمع الأنهر « كتاب المأذون » ، « فصل في بيان حكم الصبي والمعتوه » (٤٣٧/٢) .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » (١٥٥/٩ ، ١٥٦ ، ١٥٨) ، النكت في « مسائل البيوع الفاسدة » ، ورقة (١٤٦ أ) ، حلية العلماء « كتاب البيوع » (١٠/٤-١٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب المأذون له في التجارة » (٣٤٦/٢) ، شرح الزرقاني ، وبهامشه حاشية البناني في « البيوع » (٧/٥ ، ٨) .

(٤) سورة النساء : الآية ٦ .

(٥) في (ع) : [يجوز] ، مكان : [يكون] .

(٦) قوله : [بأن يأمره] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [الشرى] .

(٨) لفظ : [بها] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [الشري] .

١٤/أ

١٢٧٢١ - ولا يلزم : إذا لم يأذن الولي ؛ لأن بيعه / ينعقد عندنا [١] .

١٢٧٢٢ - قالوا : المعنى في البالغ : أنه مكلف ، ولهذا جاز بيعه [٢] .

١٢٧٢٣ - قلنا : العبد مكلف [٣] ولا يجوز بيعه .

١٢٧٢٤ - ولأن الصبي يكلف [٤] عندنا ببعض الواجبات ، وهي العقليات ، وليس المعتبر عندنا في جواز البيع [٥] تكليف كل الواجبات .

١٢٧٢٥ - فإن قيل : البالغ يصح طلاقه ؛ فصح بيعه ، والصبي بخلافه .

١٢٧٢٦ - قلنا : تصرف الصبي بإذن وليه ، وهو لا يملك الطلاق فلا يملكه بإذنه .

١٢٧٢٧ - ولأن الطلاق يصح منه ؛ لأن الصبي المجنون يفرق القاضي بينه وبين امرأته ، فيكون ذلك طلاقًا ، وعلة الأصل تبطل [٦] بالعبد .

١٢٧٢٨ - ولأن من صحت صلاته صحت عقوده ، كمن له خمس عشرة سنة .

١٢٧٢٩ - ولأن من جاز بيعه إذا بلغ خمس عشرة جاز بيعه وإن لم يبلغها [٧] ، كمن احتلم .

ولأنه مميز محجور عليه في جميع أقواله مما لا يتناوله الإذن لا يجوز منه .

١٢٧٣٠ - احتجوا : بقوله عليه [الصلاة] والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة : الصبي حتى يحتلم ... » [٨] ، وهذا يوجب رفع كل [٩] ما يجري به القلم عليه .

١٢٧٣١ - قلنا : القلم إنما يجري بالثواب والعقاب ، والصبي إذا لزمه أحكام البيع لا يلحقه [١٠] فيها ثواب ولا عقاب ، وإنما يطالب به لحق العامة [١١] ، والبالغ يطالب

---

(١) قوله : [ينعقد عندنا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) قوله : [ولهذا جاز بيعه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) : [يكلف] .

(٤) في (ع) : [مكلف] .

(٥) لفظ : [عندنا] ساقط من (م) ، (ع) ، وقوله : [في جواز البيع] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) : [يبطل] .

(٧) في ص : [لم يبلغها] .

(٨) في (م) ، (ع) : [عن الصبي حتي يحتلم] ، بزيادة : [عن] ، راجع تمام الحديث وتخريجه في مسألة (٤٩٩) .

(٩) لفظ : [كل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في النسخ : [يلحقه أحكام البيع فيها] ، وقد حذفنا [أحكام البيع] ، لأنها سهو بتكرار ما قبلها ولا طائل فيها .

(١١) في (ع) : [الفاقه] ، مكان : [العامة] .

بأحكام بيعه الصحيح .

١٢٧٣٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا (١) فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ (٢) ، فأجاز الدفع (٣) إليهم بشرطين ، فلا يجوز قبلهما .

١٢٧٣٣ - قلنا : ذكر اللّه تعالى دفع المال على وجه ينقطع حق الولي عنه ، وذلك لا يجوز قبل البلوغ ، وإنما يجوز الدفع على وجه الاختبار (٤) الذي دلت الآية عليه .

١٢٧٣٤ - قالوا : غير مكلف ، فلم يصح بيعه ، كالمجنون .

١٢٧٣٥ - قلنا : إن كان مجنونًا يقصد البيع ويعقله ، فهو كالصبي ، وإن كان لا يعقل فهو لا يقصد البيع ، فيصير كالبالغ الهازل بالبيع ، فلا ينعقد بيعه .

١٢٧٣٦ - قالوا : لا يصح طلاقه ، فلا يصح بيعه كالمجنون .

١٢٧٣٧ - قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأن الصبي المجنون يفرق القاضي بينه وبين امرأته ، وذلك طلاق من جهته قام القاضي فيه مقامه .

ولأنه يجوز تصرفه بإذن الولي ليعتاد التصرف ، فينتفع بذلك بعد بلوغه ، كما يعوده العبادات ليألفها (٥) ، فيسهل فعله لها بعد بلوغه ، وليس في تصرفه في الطلاق فائدة تحصل له ببلوغه ، فلذلك لم يجز تصرفه فيه ، والمعنى في المجنون ما قدمنا .

١٢٧٣٨ - قالوا : لا يجوز أن يسلَّم ماله إليه ليتولى حفظه وإن كان ينتفع بذلك بعد بلوغه .

١٢٧٣٩ - قلنا : لا نسلم أنه إذا أُذِن له سُلِّم إليه مالُه ليحفظه ويتصرف فيه .

١٢٧٤٠ - قالوا : لو كان يصح إذنه فيما يملكه بولايته لكان ما لا يملكه بولايته يصح من الصبي ، كما أن العبد لما صح تصرفه بإذن مولاه صح تصرفه فيما لا يملكه بولاية المولى منه ، كالطلاق ، والإقرار ، والجناية ، والحدود .

١٢٧٤١ - قلنا : العبد غير محجور في الطلاق والإقرار والجناية والحد ، فتصرفه فيها يصح ، والحر والعبد غير محجورين في جميع ذلك ، وإنما كيفية التصرف بالإذن فيما يملكه الولي (٦) عليه يصح إذنه فيه ، وما لا يملكه عليه هو على (٧) ما كان عليه قبل الإذن .

---

(١) في (ص) : [به] ، مكان : [منهم] وهو خطأ .

(٢) سورة النساء : الآية ٦ .

(٣) لفظ : [الدفع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ع) : [الاختيار] .

(٥) في (م) : [لتألفها] .

(٦) في (م) ، (ع) : [المولي] .

(٧) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٦٤٩

ما تتعلق به ديون المأذون

١٢٧٤٢ - قال أصحابنا : ديون المأذون تتعلق [١] برقبته ، وتستوفي مما في يده من المال وما يكسبه ، وتباع الرقبة فيها [٢] .

١٢٧٤٣ - وقال الشافعي : تتعلق الديون بذمته وتستوفي مما في يده من المال ، ولا توجد النيابة فيها ، ولا تباع رقبته [٣] .

١٢٧٤٤ - لنا : ما روي : « أن رجلًا اشترى من أعرابي ناقة ثم توارى حتى أكل ثمنَها ، فسماه النبي سارقًا ، وأمر الأعرابي أن يبيعه في دينه » [٤] .

١٢٧٤٥ - فلما كان بيع الحر جائزًا أمر النبي ﷺ ببيعه ، ثم نُسِخ ذلك ، فدل أن كل من أنكر بيعه في دينه يباع فيه ، والعبد بخلافه .

١٢٧٤٦ - قلنا : رقبة العبد محل لقضاء ديونه بالإجماع ، بدلالة : بدل المستهلك .

١٢٧٤٧ - ولأنه مال وجب على العبد بعقد مأذون فيه ، فوجب أن يستوفي من اكتسابه [٥] ؛ أصله : المهر ، والنفقة بالنكاح .

١٢٧٤٨ - قالوا : نقلب فنقول : فلا يتعلق برقبته .

١٢٧٤٩ - قلنا : لا نسلم بأن المهر والنفقة يتعلقان بالرقبة ويباع فيه .

---

(١) في (م) : [يتعلق] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يبايع] ، مكان : [تباع] . راجع : مختصر الطحاوي « كتاب المأذون له في التجارة » ص٨٤ ، ٤٢١ ، متن القدوري « كتاب المأذون » ص٦٦ ، كنز الدقائق « كتاب المأذون » ص ١٥٦، تحفة الفقهاء « كتاب المأذون » (٢٩٠/٣) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب المأذون » ص ٤٦٣، ٤٦٦ ، بدائع الصنائع « كتاب المأذون » ، « فصل : وأما بيان محل التعلق » (٢٠٣/٧ ، ٢٠٤) ، البناية مع الهداية « كتاب المأذون » (١٦٩/١٠-١٧٣) ، تكملة فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب المأذون » (٢٩٢/٩ - ٢٩٤) ، مجمع الأنهر « كتاب المأذون » (٤٣٢/٢ ، ٤٣٣) ، الدر المختار مع رد المحتار « كتاب المأذون » (١٠٧/٥) .

(٣) راجع : فتح العزيز مع الوجيز « كتاب البيوع » ، « في مداينة العبيد » ، بذيل المجموع (١٣٧/٩) وما بعدها ، نهاية المحتاج « باب في معاملة الرقيق » (١٨٠/٤) ، المغني مع مختصر الخرقي ، (٢٧٣/٤ ، ٢٧٤) .

(٤) في جميع النسخ : [مسرفًا] ، مكان : [سارقًا] ، والمثبت من المعاني ، والحديث أخرجه الطحاوي ، في المعاني (١٥٧/٤) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦١/٣) ، الحديث (٢٣٥) .

(٥) في (م) ، (ع) : [اكتسابه به] ، بزيادة : [به] .

١٢٧٥٠ – قالوا : غرض المولى في الإذن بالنكاح : أن يحصل للعبد الاستمتاع ليكف عن الزنا ، وذلك لا يحصل إلا بالمهر والنفقة ، وغرضه بالإذن في التجارة : حصول الربح ، والخسران لم يتضمنه الإذن ، فلذلك لم يوجد به كسبه .

١٢٧٥١ – قلنا : قصد المولى أن يحصل الاستمتاع ، ولو اقتضى أن تستحق الأكساب [1] التي هي علي ملكه ، [فما الذي يمنع أن تستحق أكساب الرقبة التي هي على ملكه] [2] .

١٢٧٥٢ – وأما قولهم : إن إذنه يضمن تحصيل الربح دون غيره فغلط ؛ لأن الذمة تحصل مطلقًا في التجارة .

١٢٧٥٣ – وقد يفضي مرة إلى الربح ومرة إلى الخسران ، والتجارة لا تكون [3] إلا بالأثمان ؛ فوجب أن يستوفي [4] اكتسابه بها ، كما يستوفي بالمهر .

١٢٧٥٤ – ولأنه دين لأجنبي لزمه بالعقد .

١٢٧٥٥ – ولا يلزم مال الكتابة ؛ لأنه لا دين للمولى .

١٢٧٥٦ – ولا يلزم ديون المكاتب ؛ لأن الرقبة تباع فيها بعد العجز .

١٢٧٥٧ – ولأنه نوع دين على العبد يملك استيفاءه من الرقبة ، فجاز أن يتعلق بها ، كضمان [5] المتلفات .

١٢٧٥٨ – ولا يلزم دين المحجور ؛ لأن التعليل بجملة [6] النوع الذي هو الأثمان .

١٢٧٥٩ – ولأن كل محل جاز أن يتعلق به بدل متلف جاز أن يتعلق به أثمان البياعات ، أصله : ذمة الحر .

١٢٧٦٠ – ولأنه دين تصح [7] المطالبة به حال الرق ، فوجب أن يستوفي في رقبته ، كبدل المستهلك ، وعكسه : دين الكفالة إذا تكفل بغير إذن .

١٢٧٦١ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [8] .

---

(١) في (ع) : [الاكتساب] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) : [لا يكون] .
(٤) في سائر النسخ : [أن يستوفي به] ، بزيادة : [به] ، والصواب ما أثبتناه بحذف : [به] .
(٥) في (م) ، (ع) : [لضمان] .
(٦) في (م) : [بحمله] ، وفي (ع) : [بجملة] .
(٧) في (م) ، (ع) : [يصح] .
(٨) سورة البقرة : الآية ٢٨٠ .

١٢٧٦٢ - قلنا : المعسر من لا يكون له ما يجوز أن يقضي في دينه ، والعبد له كسب ويمكن قضاء الدين من رقبته ، فلم يعلم أنه معسر .

١٢٧٦٣ - احتجوا : بأنه حق لزمه باختيار من له الحق .

١٢٧٦٤ - قلنا : ثبوت الحق عليه برضا مستحقه لا يقتضي تأخر قضائه ، كالرهن .

١٢٧٦٥ - ولأن استقراض المحجور تعلق بسبب غير ثابت في حق المولى ؛ فلم يجز أن يستحق به ماله ، ودين المأذون لسببه تأثير في حقه ، فجاز أن يستحق به ماله .

١٢٧٦٦ - ولأن من داين المحجور عليه فقد رضي بتأخر حقه ؛ لأنه يعلم أنه لا يقدر على القضاء ، وأما (١) دين المأذون فلم يرض بتأخير حقه ؛ لأن المأذون يتعجل (٢) القضاء ومتى لم يرض المستحق بتأخر حقه استوفي من الحساب عندهم .

١٢٧٦٧ - قالوا : ما يلزم العبد من الحقوق على ضربين ، أحدهما : يتعلق بذمته كالأثمان ، والآخر : برقبته ، كالأرش غير ما كان محله الرقبة لا يتحول محله ، سواء كان بإذن سيده أو بغير إذنه ، [كذلك ما كان محله الذمة وجب أن يتحول من محله ، سواء كان بإذن سيده أو بغير إذنه] (٣) .

١٢٧٦٨ - قلنا : إذن المولى غير مؤثر في الجناية ؛ لأنه لا يملك الإذن ، فوجود الإذن وعدمه سواء ، وإذنه في البياعات مؤثر ؛ لأنه يملك بالإذن ، فلذلك جاز أن يختلف محل الدين بالإذن .

١٢٧٦٩ - يبين (٤) ذلك : أن العبد يملك إثبات الديون في ذمة نفسه ، فإذن المولى لا يحتاج إليه لما كان يملكه قبل إذنه ، فلم يبق إلا أن يحتاج إليه لا لتعلق الدين بالرقبة التي يمكلها .

١٢٧٧٠ - قالوا : رقبة العبد لم يتناولها الإذن (٥) ، ولهذا لا يملك بيعها ، وما لم يتناوله الإذن لا يباع (٦) في الدين ، كسائر أموال المولى .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ومن] ، مكان : [وأما] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .
(٢) في (م) ، (ع) : [يعجل] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(٥) في (م) ، (ع) : [الإذن بدلالة] ، بزيادة : [بدلالة] .
(٦) في (م) : [لا تباع] .

١٢٧٧١ - قلنا : لا نسلم أن رقبته لم يتناولها الإذن ؛ بدلالة : أنه يملك أن يؤاجر نفسه (١) ، وإنما لا يجوز له البيع ليس لأن الإذن لم يتناولها ، لكن لأن في بيع رقبته إبطالًا ، فلو لحقه بالإذن لم يؤد (٢) إلى إبطاله .

١٢٧٧٢ - ولأن سائر أموال المدين لا تباع في الديون الواجبة ، فالعبد يباع في ديونه الواجبة بالتجارة ، ورقبة نفسه تباع في يد المتلف ، كذلك في الأثمان .

١٢٧٧٣ - قالوا : لو كان ما لزمه تعلق برقبته فإذن سيده يمنع ثبوت مثله فيها كالرهن .

١٢٧٧٤ - قلنا : الرهن إنما يمنع أن تثبت فيه مثلما ثبت ؛ لأن ثبوته يفتقر إلى قبض وكونه مقبوضًا بالإذن الأول لم يمنع من تجديد قبض في الثاني . ولأن هناك تعلق بعقده والغير إذا عقد عليها عقدًا منع من عقد مثله عنها [كالبيع بعد البيع وكالإجارة بعد الإجارة .

وفي مسألتنا الدين الثاني يثبت حكمًا فيصير كالجناية إذا تعلقت بالرقبة لم يمنع من جناية أخرى .

١٢٧٧٥ - قالوا : إذا أذن لا يخلو إما أن يدفع إليه أو لا يدفع ؛ فإن دفع إليه مالًا فقد رضى تصرفه في ذلك القدر دون غيره . وإن لم يدفع إليه مالًا فإنما أذن له أن يشتري ويقبض الثمن فيما يشتريه ، ويحصل الربح ولم يأذن في غير ذلك .

١٢٧٧٦ - قلنا : بل أطلق الإذن ولم يخص بكل تصرف أدى إلى ربح أو خسارة فيتعلق برقبته ثم ما في يده من الأموال المملوكة للمولى عندهم وإن كان عليه ديون ثم قضى ديونه منها كذلك راكسًا به ملك للمولى / فلا يمنع أن يجب قضاء الديون منها ولأن بدل الرقبة تقتضي منه الديون بدلالة دية الحر .

٤٩

* * *

(١) في (ع) : [بنفسه] .

(٢) العبارة مضطربة ، وهي في النسخ : [فلو لم يلحقه بالإذن فلم يؤدى إلى إبطاله] وهناك اختلاف بين النسخ في لفظين ، حيث جاءت [لم] في هامش (ص) وحدها ، كما جاءت [يؤدي] بإثبات حرف العلة ، رغم سبقها بحرف الجزم ، والأقرب للمعنى والصحة ما أثبتناه .

مسألة ٦٥٠

إقرار العبد المحجور بالسرقة

١٢٧٧٧ - قال أبو حنيفة : إذا أقر العبد المحجور بسرقة عين في يده قطع ، وكانت العين للمسروق منه .

١٢٧٧٨ - وقال أبو يوسف : يقطع والعين للمولى ، وبه قال الشافعي .

ومن أصحابه [١] من قال فيها قولان ، أحدهما : هذا ، والآخر : مثل [٢] قول أبي حنيفة [٣] .

١٢٧٧٩ - لنا : أن كل من صح إقراره بسرقة عين قطع فيها ، فإنه يرد العين إلى المقرّ له . أصله : الحر .

١٢٧٨٠ - ولأن كل ما يستحق بإقرار الحر يستحق بإقرار العبد . أصله : القطع [٤] .

١٢٧٨١ - ولا يلزم إذا قال : المال [٥] الذي في يد فلان سرقته من فلان ؛ لأنه يجوز أن يقال : لا يقطع إلا بالحكم بالملك للمسروق منه .

ويجوز أن يقال : يقطع ويحكم [٦] في [٧] ملك [المال] لمن هو في يده ، أو كان وديعة عند المسروق منه .

١٢٧٨٢ - ولأنا لو لم نقبل إقراره في المال ، فمعناه أن [٨] المال محكوم به لمولاه ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [أصحابنا] . (٢) لفظ : [مثل] ساقط من (ع) .

(٣) راجع : المهذب « كتاب الإقرار » (٣٤٤/٢) ، تكملة المجموع الثانية مع المهذب ، « كتاب الإقرار » (٢٩٠/٢٠ - ٢٩٣) ، التفريع « كتاب الحدود » ، « باب حد السرقة » ، « فصل (٩٥١) : حكم العبد يقر بارتكاب ما يوجب العقوبة » (٢٣١/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الكتاب السادس » ، « الباب الأول في الإقرار » ص٣٢٤ ، الكافي لابن قدامة ، « كتاب الإقرار » ، « فصل ويصح إقرار العبد بالحد والقصاص فيما دون النفس » (٥٦٩/٤ ، ٥٧٠) ، المغني « كتاب الإقرار بالحقوق » (١٥١/٥ ، ١٥٢) .

(٤) في جميع النسخ : [إن قطع] ، والصواب ما أثبتناه من هامش (ص) .

(٥) في جميع النسخ : [المالك] ، والصواب ما أثبتناه من هامش (ص) .

(٦) في (م) ، (ع) : [يحكم] بدون العطف .

(٧) [في] : بدل [لأنه] المثبتة في النسخ جميعها ، ولفظ [المال] في الجملة زائد ، توخيا لسلامة المعنى المستفاد من السياق .

(٨) فمعناه أن [المال] بدل [ولمعناه في مال] الوارد في النسخ جميعها .

وهذا لا يجوز كما لو سرق ابتداءً مال المولى .

١٢٧٨٣ - ولأن إقراره بالسرقة لما صح فقد ضمن استحقاق عين ملك المولي استحقاقها بالإقرار ، كاليد .

١٢٧٨٤ - احتجوا : بأنه أقر بسرقة عين [١] ، الظاهر أنها لغيره فقطعناه ، ولم يقبل قوله علي غيره في عينه ، كما لو قال : هذا العبد الذي في يدي قد سرقته من عمرو ، فإنا نقطعه ولا نقبل [٢] قوله على زيد .

١٢٧٨٥ - قلنا : هنالك قد حكمنا بالعين لمن نقطع [٣] بسرقة ماله ، فلذلك نقطع[٤] . وههنا لو حكمنا بالملك للمولى فالعبد لا يجب عليه القطع بسرقة مال [٥] مولاه .

١٢٧٨٦ - ولأنه يجوز أن تكون [٦] العين لمن هي في يده ، أو قد كانت وديعة في يد المسروق منه فيقطع فيها .

١٢٧٨٧ - وفي مسألتنا : لو حكمنا بها للمولى لم يقطع في سرقتها ، وإن كانت وديعة عند غيره لأنه لا يجب القطع بسرقة مال المولى ، وقد ثبت القطع باتفاق .

١٢٧٨٨ - قالوا : أقر بأمرين ، القطع والمال ، فيحكم بأحدهما دون الآخر .

١٢٧٨٩ - قلنا : القطع لا يجوز أن ينفرد عن المال فلم يجز أن يحكم بالقطع فتفرده عنه .

* * *

---

(١) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولا يقبل] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يقطع] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يقطع] الأصوب في الموضعين : [تقطع] .

(٥) لفظ : [مال] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ص) ، (ع) : [أن يكون] .

مسألة ٦٥١

بيع الكلب

١٢٧٩٠ – قال أصحابنا : بيع الكلب جائز [1] .

١٢٧٩١ – وقال الشافعي : لا يصح بيعه [2] .

١٢٧٩٢ – لنا : ما روى عطاء ، عن أبي هريرة ﷺ ، قال : قال رسول الله ﷺ : « ثلاث كلهن سحت ، كسب الحجّام سحت ، ومهر الزانية سحت ، وثمن الكلب ، إلا كلب صيد » [3] .

وروى حماد بن سلمة ، عن أبي الزبير ، عن جابر ﷺ ، قال : « نهي رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب ، والسبع ، إلا كلب صيد » [4] .

---

(١) راجع : مختصر الطحاوي « كتاب البيوع » ، « باب المصراة وغيرها » ص٨٤ ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما الذي يرجع إلي المعقود عليه » (١٤٢/٥ – ١٤٣) الهداية مع فتح القدير « كتاب البيوع » ، في « مسائل منثورة » (١١٨/٧–١٢١) .

(٢) راجع : الأم ، « كتاب البيوع » ، « باب بيع الكلاب وغيرها من الحيوان » (١١/٣–١٣) ، حلية العلماء » باب ما يجوز وما لا يجوز » (٢٢٥/٩) ، المهذب مع المجموع ، « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في ثمن الكلب » (٢٢٥/٩ ، ٢٢٨ ، ٢٢٩) ، الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في ثمن الكلب » (٦٥٦/٢) ، المنتقي « باب ما جاء في ثمن الكلب » (٢٨/٥) ، الكافي لابن عبد البر ، « باب ما يجوز بيعه من الحيوان وما لا يجوز بيعه منه » (٦٧٤/٢ ، ٦٧٥) ، بداية المجتهد ، « الباب الأول في الأعيان المحرمة للبيع » (١٣٦/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الأول في أركان البيع" ص٢٤٩ ، شرح الزرقاني « باب في البيع الشامل » (١٧/٥) ، الإفصاح « كتاب البيوع » (٣١٨/١ ، ٣٥٥) ، المغني في « بيع الكلب » (٢٧٨/٤ ، ٢٧٩) ، الكافي لابن قدامة « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٩/٢) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٢٨٠/٤) .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن ، « كتاب البيوع » (٧٢/٣ ، ٧٣) ، الحديث (٢٧٣ ، ٢٧٥) ، والبيهقي في الكبرى ، « كتاب البيوع » ، « باب النهي عن ثمن الكلب » (٦/٦) ، وابن حزم في المحلى بالآثار ، « كتاب البيوع » (٤٩٤/٧) ، ضمن المسألة (١٥١٤) .

(٤) أخرجه النسائي في المجتبي « كتاب البيوع » ، « في الرخصة في ثمن كلب الصيد » ، وفي « وما استثنى » (/٧ ١٩٠ ، ١٩١ ، ٣٠٩) ، ونحوه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٧٣/٣) ، الحديث (٢٧٦ ، ٢٧٧) وابن حزم في المحلي « كتاب البيوع » (٤٩٤/٧) ، المسألة (١٥١٤) ، وأخرجه أحمد في المسند (٣١٧/٣) .

١٢٧٩٣ - وقولهم : « قال الدارقطني : الصحيح وقفه [١] على جابر » لا يصح ؛ لأن الدارقطني ذكر حديث حماد بن سلمة مسندا من طرقه من وجه آخر .

وروي عن جابر ﷺ ، قال : « نهي عن ثمن الكلب إلا كلب صيد » [٢] .

وقال الدارقطني : هذا صحيح - يعني : أن طريق هذا الخبر أصح من طرق الأول - فكل واحد صحيح ، والراوي في الوجهين حماد بن سلمة ، وإنما أغفل [٣] ذكر النبي ﷺ في أحد الخبرين ؛ فأيهما أولى ؟ ثم الخبر إذا روي مرسلًا ومسندًا [٤] لم يقدح فيه عندنا فيقضي [٥] به .

١٢٧٩٤ - فإن قيل : معناه : ولا كلب صيد ، كما قال اللّٰه تعالى : ﴿ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَيْكُمْ [٦] حُجَّةٌ إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ ﴾ [٧] ، وذلك لأن ظاهر الاستثناء اجتماع بعض الجملة ، وأنه يعتد [٨] بنفس الجملة وضم غيرها إليها على الظاهر .

١٢٧٩٥ - فإن قيل : كلب صيد وغيره سواء بإجماع ، فيحتمل أن يكون الاستثناء من محذوف ، فإنه نُهي عن بيع الكلب وعن إمساكه إلا كلب صيد .

١٢٧٩٦ - قلنا : النبي ﷺ استثنى جواز بيع كلب [٩] لا يمكن الانتفاع به ؛ فدل [١٠] على جواز بيع كلب ينتفع به ، فبقي النهي عما لا يمكن الانتفاع به من الكلاب .

ولأنه جارحة يصاد به ، كالفهد .

ولأنه حيوان تصح الوصية به ، كالفهد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وقوفه] .

(٢) لفظ : [عن] ساقط من (م) . والحديث أخرجه الطحاوي ، في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب ثمن الكلب » (٥٨/٤) ، والبيهقي (٦/٦) ، والدارقطني (٧٣/٣) ، الحديث (٢٧٨) .

(٣) في (م) : [أعقل] .

(٤) في (م) : [مسندًا مرسلًا] ، وفي (ع) : [مرسلًا مسندًا] بدون الواو .

(٥) في (ع) : [فنقضي] .

(٦) قوله : [عليكم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، مكانه : [على اللّٰه] ، وهو خطأ من النساخ .

(٧) سورة البقرة : الآية ١٥٠ .

(٨) في (م) ، (ع) : [إجماع] ، مكان : [اجتماع] ، وفي (م) : [يقيد] ، وفي (ص) ، (ع) : [يعيد] بدون نقط ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، أو [يعيد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الكلب] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [وذلك] ، مكان : [فدل] .

أو أن يكون الوارث أخص به من غيره ، فجاز بيعه [(١)] ، كالشاة .

١٢٧٩٧ - ولا يلزم : النحل ودود القز ؛ فإن بيعهما جائز عندنا إذا باع الكوَّارة بما فيها ، والقز بما فيه من الدود .

١٢٧٩٨ - ولأنه بهيمة يجوز الانتفاع بها من غير ضرورة فجاز بيعها ، كالفهد .

١٢٧٩٩ - فإن قيل : لا نسلم أنه ينتفع به من غير ضرورة ؛ ولأن حفظ الماشية به موضع ضرورة ، وكذلك الاصطياد ؛ لأنا نريد [(٢)] بالضرورة : ما يخافه الإنسان على نفسه وماله [(٣)] ، وترك الاصطياد بالكلاب لا يخاف منه هذا المعنى .

ولأنه حيوان مختلف في أكل لحمه ، كالضبع .

١٢٨٠٠ - احتجوا : بما روى أبو مسعود الأنصاري ﷺ « أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب ، ومهر البغي ، وحُلْوان الكاهن » [(٤)] .

وفي حديث أبي هريرة [(٥)] : « أن النبي ﷺ قال : لا يحل ثمن الكلب ، ومهر البغي ، وحُلْوان الكاهن » [(٦)] .

وفي حديث ابن عباس ﷺ : « أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب ، فإن جاء صاحب الكلب يلتمس ثمنه يملأ كفه ترابًا » [(٧)] .

١٢٨٠١ - الجواب : أن خبرنا فيه زيادة استثناء ، والزيادة في الخبر [(٨)] أولى ، ألا

---

(١) قوله : [فجاز بيعه] ساقط من صلب (ص) واستدركه في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [يراد] .

(٣) في (ص) : [بفر] بدون نقط ، مكان : [يفر] ، وفي (م) ، (ع) : [يفر] ، لعل الصواب : [بفره] ، بزيادة : [هـ] .

(٤) رواه مالك في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب بيع اللحم باللحم » (٦٥٦/٢) والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب ثمن الكلب » (٢٩/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب تحريم ثمن الكلب » (١١٩٨/٣) ، الحديث (١٥٦٧/٣٩) ، كما أخرجه أحمد في المسند ، وأصحاب السنن الأربعة في كتبهم وغيرهم .

(٥) في (م) ، (ع) : [ابن عباس] ، مكان : [أبي هريرة] .

(٦) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الإجارة » ، « باب في أثمان الكلاب » (٢٧٣/٢ ، ٢٧٤) ، والنسائي في المجتبي « كتاب الصيد والذبائح » ، في « النهي عن ثمن الكلب » (١٩٠/٨) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب النهي عن ثمن الكلب » (٦/٦) .

(٧) أخرجه أبو داود ، (٢٧٣/٢) ، وأحمد في المسند (٢٨٩/١ ، ٣٥٠) .

(٨) في (م) ، (ع) : [الأخبار] ، مكان : [الخبر] .

ترى : أن راوي خبرنا سمع ما في خبره وزيادة .

١٢٨٠٢ - ولأن هذا يحتمل أن يكون في الحالة التي أمر النبي ﷺ بقتل الكلاب ، والبيع في ذلك الوقت (١) لا يجوز .

١٢٨٠٣ - ولأن التسليم مُقْتَدَر (٢) ، وقد يصح ذلك ، فأمكن التسليم .

١٢٨٠٤ - احتجوا : بحديث ابن عباس رضي الله عنه « أن النبي ﷺ قال : قاتل اللَّه اليهود ، إن اللَّه حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا ثمنها ، فإن اللَّه إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه » (٣) .

١٢٨٠٥ - والجواب : أن تحريم الأكل لا يدل على تحريم الثمن ؛ بدلالة : الآدمي والفهد ، وكذا شراء الطير ، فلابد أن يكون المراد بالخبر : « إن اللَّه إذا حرم » ما يُقْصَدُ منه الأكل .

١٢٨٠٦ - فإن قيل : إن اللَّه إذا حرم شيئًا حرم ثمنه .

١٢٨٠٧ - قلنا : أكل الكلب حرام ، والثمن ليس بثمن المحرم (٤) ، إنما هو بدل عن غير المحرم ، والانتفاع بها غير محرم .

١٢٨٠٨ - قالوا : حيوان يُغسل الإناء من ولوغه ، فلا يجوز بيعه ، كالخنزير .

١٢٨٠٩ - قلنا : النمر والأسد عندهم لا يُغسل الإناء من ولوغهما ، ولا يجوز بيعها ، فتعلق الحكم على غسل الإناء لا معنى له .

١٢٨١٠ - ولأن الخنزير لا يستحق بسبق (٥) اليد ، ولا يكون الوارث أحق به من غيره ، فلذلك لم يجز بيعه ، والكلب بخلافه .

١٢٨١١ - أو نقول : إن الخنزير حيوان لم يصح الانتفاع به مع الاختيار ، فجاز بيع جنسه ، كالفهد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [البيع في ذلك] ، بحذف العطف ، و [الوقت] .

(٢) في (ص) : [متقدر] .

(٣) أخرجه أبو داود « باب في ثمن الخمر والميتة » (٢٧٤/٢) .

(٤) في جميع النسخ : [ليس بثمن عندنا غير المحرم] ، وهو اضطراب أقمناه بحذف لفظي : [وعندنا غير] ، وفي (ع) : [يدل] ، مكان : [بدل] ، وفي (ص) ، (م) : [علي] ، مكان : [عن] ، وقد حذفنا [ما تعلق] التي جاءت في آخر الجملة بعد قوله [غير محرم] وقد أجرينا هذا التغيير ليستقيم المعنى المستفاد من السياق .

(٥) في (م) ، (ع) : [لبق] .

١٢٨١٢ - ولا يلزم : رباع مكة [1] ؛ لأن بيعها جائز في إحدى [2] الروايتين ؛ ولأنا قلنا حيوان .

١٢٨١٣ - ولا يلزم : النحل ، ودود القز ؛ [لأنه] [3] لا يحرم بيعه على ما قدمنا .

١٢٨١٤ - قالوا : حيوان نجس العين ، كالخنزير .

قلنا : نجاسة الشيء لا تمنع [4] من جواز بيعه ، كالثوب النجس ، وطهارته [5] لا تدل على جواز بيعه ، كالبق [6] والذباب .

١٢٨١٥ - والمعنى في الخنزير : أنه [غير] [7] جارح لم يبح الاصطياد به ، ولما كان الكلب جارحة أبيح الاصطياد بها ، فأشبهت الفهد .

١٢٨١٦ - قالوا : لا يجوز اقتناؤه على الإطلاق ؛ بدلالة : ما روي في حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « من اقتنى كلبًا إلا كلب صيد أو ماشية ، نقص من أجره كل يوم قيراط » [8] ، وإذا لم يجز اقتناؤه مطلقًا لم يجز بيعه .

١٢٨١٧ - قلنا : هذا قاله عليه [الصلاة] والسلام في الحال التي شدد في أمر الكلاب ؛ لأنه قدم المدينة وقد ألِفوها وخالطت بيوتهم ، فشدد فيها حتى حسم المادة ، ثم خف حكمها ؛ ولأنه نبه عليه [الصلاة و] السلام بجواز إمساك الكلب بهذا الغرض ؛ على أن إمساكه لغرض صحيح جائز ، فإن تحريم إمساكه لغير غرض لا يختص بالكلب ؛ لأن الفهد هكذا حكمه ، وكذلك الأسد والنمر .

* * *

---

(١) لفظ : [مكة] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) : [رباع مكة] ، لعل الصواب : [بيع رباع مكة] .

(٢) في (ص) : [أحد] .

(٣) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وطاهريته] .

(٦) البَقّ : حشرة مضرة ، من فصيلة البعوضيات ، الواحدة : بقة . راجع : المصباح المنير ، مادة : « بق » (٥٨/١) ، المعجم الوسيط (٦٥/١) .

(٧) زيادة اقتضاها السياق لكي يستقيم .

(٨) أخرجه مسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب الأمر بقتل الكلاب وبيان نسخه » (١٢٠٣/٣) ، الحديث (١٥٧٥/٥٨) ، وأبو داود في السنن « كتاب الصيد » ، « باب في اتخاذ الكلب للصيد وغيره » (١٠٧/٢) ، والنسائي في المجتبي « كتاب الصيد والذبائح » ، في « باب الرخصة في إمساك الكلب للحرث » (١٨٩/٧) ، والبخاري في الصحيح « في الحرث والمزارعة » ، « باب اقتناء الكلب للحرث » (٤٥/٢) .

مسألة ٦٥٢

ملك الكافر للعبد المسلم

١٢٨١٨ - قال أصحابنا : يجوز أن يملك الكافر العبد المسلم بالميراث ، والشراء ، والهبة ، والوصية [١] .

١٢٨١٩ - وقال الشافعي : يملك بالميراث قولًا واحدًا ، وأما في العقود : فقال في عامة كتبه : إنه يملكه ويجبر على بيعه ، وقال في الأصل : العقد باطل [٢] .

لنا : حديث عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع » [٣] .

ولأنه عبد لو اشتراه المسلم صح ، فإذا اشتراه الكافر ملكه ، كالعبد الصغير إذا أسلم .

١٢٨٢٠ - فإن قيل : المعنى فيه : أن الكفر لا يمنع من استدامة ملك [٤] .

١٢٨٢١ - لم نسلم [٥] ذلك ، بل نقول : إنه يمنع من الاستدامة ، كالمسلم الكبير .

١٢٨٢٢ - ولأنه عبد يصح للكافر بيعه فصح شراؤه ، كالعبد الكافر ، والعبد الصغير إذا أسلم .

١٢٨٢٣ - ولأن المبيع [٦] أحد شطري العقد ، فإذا ملكه الكافر من المسلم ملك الشطر الآخر .

١٢٨٢٤ - فإن قيل : البيع إزالة ملك ، والشراء اجتلاب [٧] الملك ، وفرق / بين ٥٠

(١) في (م) ، (ع) : « والشر » ، مكان : « والشراء » . راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب البيوع » ، « باب من البيوع الفاسدة » ، « فصل : شراء الكافر العبد المسلم » (٤٠١/١ ، ٤٠٢) ، مسألة (٢٠٩٨ ، ٢١٠٠ ، ٢١٠١) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائطها » (١٣٥/٥) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » (٣٥٤/٩ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠) فتح العزيز « كتاب البيوع » ، « باب ما يصح به البيع » بذيل المجموع (١٠٧/٨ ، ١٠٨) ، مغني المحتاج (٨/٢) ، المدونة ، في « اشتراء النصراني المسلم » ، وفي « هبة العبد المسلم للنصراني » (٢٨١/٣ - ٢٨٣) ، المقدمات الممهدات « كتاب البيوع الفاسدة » (٦٣/٢) ، الإفصاح « باب بيع المرابحة » (٣٥٥/١) ، المغني « باب المصراة وغير ذلك » ، « فصل : ولا يصح شراء الكافر مسلمًا » (٢٩٢/٤) .

(٣) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٥) .

(٤) قاعدة : « الكفر لا يمنع من استدامة ملك » .

(٥) في (م) : [لم يسلم] .

(٦) في (ص) : [البيع] .

(٧) في (م) ، (ع) : [والشرى اختلاف] .

الأمرين . بدليل [١] : أن الكافر إذا أسلمت امرأته وطلقها لا يجوز أن يتزوج المسلمة [٢] .

١٢٨٢٥ - قلنا : الكفر يزيل ملكه بأحد شطري العقد ، فلذلك جاز أن يختلف ملك الآخر .

وفي النكاح لا يزيل ملكه بأحد شطري العقد ، ولو جاز أن يزيل ملكه بأحد شطري النكاح [جاز أن يستفيد الملك بالشطر الآخر ؛ لأن الإمساك لا يفصل بين الشطرين] [٣] .

١٢٨٢٦ - فإن قيل : الكفر لا يمنع من استدامة البيع فلم يمنع من البيع ، ولو منع من استدامة الشراء منع من الشراء [٤] .

١٢٨٢٧ - قلنا : البيع لا يوصف بالاستدامة ولا الشراء [٥] ، وإنما يستديم ملك ما اشتراه فيمنع منه ، والمانع [٦] بعد البيع ليس يستديم لشيء حتى يقال : إنه لا يمنع الاستدامة .

١٢٨٢٨ - ثم الشراء [٧] لا نسلم أنه يمنع من استدامة الشراء [٨] ؛ لأنا لا نأمره بالفسخ ، وإنما نأمره بأن يزيل يده ، فإذا أزالها انقطع الملك ، وإن أزالها بالكتابة جاز ، وليس في الكتابة إزالة الملك ، وكلاهما استدامة الشراء [٩] ؛ لأنه لا يتعرض له بالفسخ .

١٢٨٢٩ - قالوا : في بيعه ذل المسلم ، وفي الشراء [١٠] [منه إزالته] .

١٢٨٣٠ - قلنا : إذا لم نمكنه [١١] من استخدامه وأجبرناه على إزالة يده لم يوجد الذل .

١٢٨٣١ - فإن قالوا : أليس في العقد ذل .

١٢٨٣٢ - قلنا : لنفوذ تصرفه بالبيع أيضًا [١٢] ذل .

١٢٨٣٣ - قالوا : ليس يمنع أن يجوز له البيع ، ولا يجوز له الشراء [١٣] ، كما لا

---

(١) لفظ : [بدليل] ساقط من (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [وطلقها جاز] ، مكان : [وطلقها] ، و [المسلم] ، مكان : [المسلمة] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤ ، ٥) في (م) ، (ع) : [الشرى] في الأماكن الثلاثة .
(٦) في (ع) : « البائع » .
(٧ ، ١٠) في (م) ، (ع) : [الشري] .
(١١) في (م) ، (ع) : [يمكنه] .
(١٢) في (ص) ، (م) : [أيضًا بالبيع] بالتقديم والتأخير .
(١٣) في (م) ، (ع) : [الشري] .

يجوز له أن يشتري أباه وأم ولده ، ولا يجوز بيعهما إذا وجد هناك مبيع ، وهو إذا كان وكيلًا في الشراء [١] .

١٢٨٣٤ – أما إذا اشترى لنفسه لم يبق بعد الشراء مبيع ؛ لأن الولد يعتق وأم الولد يستقر فيها الاستيلاد .

١٢٨٣٥ – ولأن كل من جاز أن يملك العبد المسلم بالإرث جاز أن يملكه بالشراء [٢] ، كالمسلم [٣] .

١٢٨٣٦ – فإن قيل : الميراث يدخل في ملكه بغير فعله ، والشراء [٤] استخلاف الملك بفعله ، وحكم الأمرين مختلف ، ولهذا يرث المحرم الصيد ، ولو اشتراه أو اصطاده لم يملكه .

١٢٨٣٧ – قلنا : المحرم ممنوع [٥] من العقد على الصيد ، وليس ممنوعًا [٦] من استدامة الملك ، ولهذا لو كان وكيلًا بالشراء [٧] لم يجز ، وليس في الميراث بملك من جهته .

١٢٨٣٨ – وأما في مسألتنا : فالكافر غير ممنوع [٨] من العقد ، وإنما هو ممنوع [٩] من البقاء على الملك ؛ بدلالة : أنه لو اشتراه جاز ، والملك موجود في الميراث ، والشراء [١٠] على وجه واحد ، فلما جاز أن يثبت له الملك بأحد الشيئين جاز أن يثبت بالآخر .

١٢٨٣٩ – ولأن كل معنى في العاقد يمنع العقد مع صحة القبول إذا وجد بعد العقد قبل القبض أبطل [١١] العقد ، كالإحرام في العقد على الصيد ، فلما كان الكفر طرأ بعد العقد قبل القبض لم يبطل العقد ، دل [١٢] على أنه لا يبطل العقد .

١٢٨٤٠ – ولا يلزم : الحيوان ؛ لأنه [قد] [١٣] يمنع إذا قارنه ، وقد لا يمنع إذا كان له قصد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الشري] . (٢) في (م) ، (ع) : [بالشري] .

(٣) قاعدة : « كل من جاز أن يملك العبد المسلم بالإرث جاز أن يملكه بالشراء » .

(٤) في (م) ، (ع) : [الشري] . (٥) في (ص) : [مم] ، مكان : [ممنوع] .

(٦) في (ص) : [مم] ، مكان : [ممنوعا] . (٧) في (م) ، (ع) : [الشري] .

(٨ ، ٩) في (ص) : [مم] ، مكان : [ممنوع] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [والشري] .

(١١) في (ص) : [قبض] ، مكان : [قبل] ، وفي جميع النسخ : [ابطال] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(١٢) لفظ : [دل] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

ولأنا قلنا مع صحة القبول [١] .

١٢٨٤١ – ولأن المانع من العقد إذا لم يُقْصَدْ عنده قُصِدَ إليه ، بدلالة : أن المجنون إذا كان يقصد البيع [٢] صح بيعه عندنا ، والعقد بعد الانعقاد لا يفتقر إلى القصد .

١٢٨٤٢ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [٣] .

١٢٨٤٣ – الجواب : أن المراد به : أحكام الآخرة ، بدلالة : قوله تعالي : ﴿ فَٱللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ ۗ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [٤] .

١٢٨٤٤ – وقد قيل : [إن] المراد به : الحجة سبيل الذود [٥] والقدرة ، بدلالة : أن المراد لو كان سبيل الملك لكان خبر الباري [٦] قد وجد بخلاف ما أخبر ؛ لأنه قد جعل عليه سبيلًا بالميراث .

١٢٨٤٥ – يبين [٧] ذلك : أنا إذا حملنا الآية على أحد هذين أمكن تبقية عمومها ، وعلى ما قالوا : لا يمكن تبقية عمومها ، فكان التأويل المبقي [٨] للعموم أولي .

١٢٨٤٦ – احتجوا : بقوله عليه [الصلاة] والسلام : « الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه » [٩] .

١٢٨٤٧ – قلنا : لا دلالة فيه ، أن الإسلام عندنا يعلو الأديان كلها في ظهور الحجة ، وليس في الخبر : أن المسلم يعلو [١٠] ولا يعلي .

١٢٨٤٨ – قالوا : حرمة [١١] الإسلام إذا منعت من استيفاء الملك على الدوام منعت ابتداء الملك ، كالنكاح .

---

(١) في (ص) : [القول] .

(٢) في (م) ، (ع) : [العبد] ، مكان : [البيع] .

(٣ ، ٤) سورة النساء : الآية ١٤١ .

(٥) الزيادة من (م) ، (ع) ، وفي (ص) ، (م) : [الدود] بالدالين المهملتين ، وهو تصحيف . الذود : السوق ، والطرد ، والدفع . راجع في لسان العرب ، مادة : « ذود » (١٥٢٥/٣) .

(٦) لفظ : [الملك] ساقط من (ع) ، وفي (ص) : [خبر الباري كان] ، بزيادة : [كان] .

(٧) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [المنفي] .

(٩) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب النكاح » ، « باب المهر » (٢٥٢/٣) ، والبخاري تعليقًا ، في الصحيح في الجنائز ، « باب إذا أسلم الصبي مات هل يُصلى عليه » (٢٣٤/١) .

(١٠) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفيها : [يعلوا] ، بزيادة : [الألف] وهو خطأ .

(١١) في سائر النسخ : [حرجه] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

١٢٨٤٩ - قلنا : لا نسلم أنه يمنع من استيفاء [١] الملك على الدوام ؛ لأنه يكاتبه عندنا ويستديم الملك ثم يملك تسلم [٢] المولى فيقر على الملك أبدا ، ويعتقه فيستديم أحكام الملك وهو الولاء ، وفي النكاح لا يجوز أن يملك ما ابتدأ بحال ، وإذا أسلمت تحته وجب قطع الملك ، ثم لا يجوز أن يبقي الملك [٣] علي التأبيد .

١٢٨٥٠ - ولأنه يجوز أن يملك بالشراء [٤] فلا يستديم الملك فيه ، كما لو اشترى مالًا تجب [٥] فيه الشفعة .

١٢٨٥١ - ثم المعنى في النكاح : أنه ينعقد على الاستباحة ، ولا يجوز أن يستفرش الكافر المسلمة ، فلم يجز أن يعقد عليها مع عدم المعقود عليه ، كما لا يعقد على ذوات محارمه .

١٢٨٥٢ - وفي مسألتنا : العقد يقع على الملك ، ويجوز أن يملك الكافر المسلم ، والمعقود عليه موجود فانعقد العقد .

١٢٨٥٣ - أو نقول : إن الكافر لا يجوز أن يستفيد بنكاح المسلمة تصرفًا مقصودًا بالنكاح ، فلم ينعقد العقد [٦] ، ولا فائدة فيه ، والكافر يستفيد بهذا العقد تصرفًا مقصودًا ، وهو أنه يجوز أن يعتق [٧] ويكاتبه ، والبيع من التصرف المقصود ، فلذلك جاز أن ينعقد عقده .

١٢٨٥٤ - قالوا : كل معني إذا طرأ على الملك كلف برفع يده عنه ، فوجوده مانع من ابتداء الملك ، أصله : الإحرام في الصيد .

١٢٨٥٥ - قلنا : لا نسلم أن الإحرام إذا طرأ على ملك الصيد كلف إزالة اليد ، وإنما يمنع عن إيقاع الفعل [٨] فيه ، ولو كان في قبضته [٩] أو داره لم يؤمر بإزالة اليد الحكمية عنه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يمنع] ، مكان : [يمتنع] ، وفي (ع) : [ابتداء] ، مكان : [استيفاء] .
(٢) في (ع) : [ثم يسلم] ، مكان المثبت بحذف : [يملك] .
(٣) في (م) ، (ع) : [أن ينفي أحكام الملك] ، بزيادة : [أحكام] .
(٤) في (م) ، (ع) : [بالشري] .
(٥) في (م) ، (ع) : [قالوا اشترى ما لا يجب] ، مكان المثبت .
(٦) لفظ : [العقد] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في سائر النسخ : [يعقد] ، والصواب ما أثبتناه من هامش (ص) من نسخة أخرى .
(٨) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [عن] ، وفي (ع) : [إيقاف لفعل] .
(٩) في (م) ، (ع) وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [قبضه] .

١٢٨٥٦ - ثم الصيد دليلنا ؛ لأن الإحرام لو طرأ بعد عقد أبطل العقد ، كذلك إذا وجد مع العقد . وأما الكفر : فمعنى في العاقد إن وجد [١] بعد العقد قبل القبض لم يبطل العقد ، كذلك إذا قارن العقد مع صحة القبول .

١٢٨٥٧ - قالوا : منع من استدامة الملك الثابت وأمر بقطعه ؛ لأن فيه أمرًا بوجود هذه العلة .

١٢٨٥٨ - قلنا : إذا كان المنع لأجل الاستدامة [٢] أو الحرمة فليس في نفس العقد استدامة [٣] ولا يترك للحرمة ؛ ألا ترى [٤] : أن حرمة الأب أعظم من حرمة المسلم من حق الكافر ؛ لأن حرمة الأب منعت من استخدام الأب بالإجارة ومن الحبس بدينه ، والقطع بسرقة ماله ، ومن بقاء القصاص له عليه ، وحرمة الإسلام لا تمنع من استخدام الكافر بالإجارة والحبس بدينه والقطع بماله ، و [وجوب] [٥] القصاص له عليه إذا قتله وهو كافر ثم أسلم .

ثم هذه الحرمة لم تمنع [٦] من ابتياع الابن وثبوت ملكه بالشراء [٧] ، وإنما منعت من الاستدامة ، كذلك [٨] حرمة الأب مثله .

١٢٨٥٩ - فإن قيل : إنما لم يمنع الأب [٩] الابتياع ؛ لأنه يؤدي إلى نفع عظيم وهو العتق .

١٢٨٦٠ - قلنا : يجوز أن يشتري الابن الكافر أباه المسلم ؛ لأنه يفتقر إلي ذلك البيع .

١٢٨٦١ - ولأن الاستدلال [١٠] إنما يكون بالتمكن منه والتبقية ، وإذا لم يبق [١١] على ملكه زال هذا المعنى .

١٢٨٦٢ - فإن قيل : فيجب إذا قال : لا أستخدمه ، أو أجره سنين كثيرة أن يترك على ملكه .

---

(١) في (ص) : [أن يحدد] ، وفي غيرها : [أن يجدد] .
(٢ ، ٣) في (م) ، (ع) : [استدلال] ، مكان : [الاستدامة] .
(٤) في (ص) : [ألا يرى] .
(٥) الزيادة من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) : [لم يمنع] .
(٧) في (م) ، (ع) : [بالشري] .
(٨) في (ص) : [لذلك] .
(٩) في (م) ، (ع) : [حرمة الأب] ، بزيادة : [حرمة] .
(١٠) في جميع النسخ : [الاستدلال] ، بالدال المهملة ، والصواب ما أثبتناه بالذال المعجمة .
(١١) في (م) ، (ع) : [لم ينفذ] ، مكان : [لم يبق] .

١٢٨٦٣ – قلنا : إذا وجد لم يلزمه الوفاء به ، فإذا أجره انفسخت الإجارة بالعذر فعاد إلى خدمته .

١٢٨٦٤ – قالوا : عبد مسلم ، فلا يصح للكافر أن يملكه ، كالمدبر .

١٢٨٦٥ – قلنا : لا نسلم أنه لا يجوز أن يملكه ، بأن يبتاعه ويحكم حاكم بجواز البيع .

١٢٨٦٦ – ولأن المدبر عبد لا يملكه المسلم بالوصية فلا يملكه الكافر بالشراء [١] ، والعبد الذي يملكه الكافر بالإرث يملكه بالشراء .

١٢٨٦٧ – قالوا : الشراء [٢] إنما يصح إذا قصد به أحد أمرين : قربة ، أو ربح .

١٢٨٦٨ – فالقربة : أن يشتري أباه أو جده ، والربح : أن يبتاعه فيبيعه على إجارة فيربح ، فإذا عقد العقد من هذين العوضين لم يصح ، كشراء الحرائر [٣] .

١٢٨٦٩ – ومعلوم أن الكافر ليس من أهل القرب ، ولا يصل إلى الربح ؛ لأن من باع مكرهًا لم يحصل له ربح طيب [٤] .

١٢٨٧٠ – قلنا : قد يشتريه ليعتقه [٥] ، وهذا غرض صحيح ، وهو وإن لم يكن من أهل القرب حكمًا فقد قصد القرب ، وقد يبتاعه فيكاتبه على المال الكثير ، فيحصل له الربح ، ويعتقه على ماله [٦] فيحصل به البدل الكثير في ذمته .

١٢٨٧١ – قالوا : لو جوزنا الشراء [٧] وألزمناه البيع حتى لا يستبدله جاز أن يبيعه من كافر ، ويبيعه الكافر من مثله ، فيدوم ذلك عليه أبدًا .

١٢٨٧٢ – قلنا : إذا باعه من كافر عزرناه وأجزنا بيعه ، إلا إن عزَّ المشتري ، ولم يقصد [٨] أن يبيعه من كافر .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [الشري] . (٢) في (م) ، (ع) : [الشري] .

(٣) في (ص) : [الحرار] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لم يتحصل] ، وفي (ص) ، (م) : [ربحًا طيبًا] ، مكان المثبت .

(٥) لفظ : [قلنا] ساقط من (م) ، (ع) ، وفيهما : [يسرقه ويعتقه] ، مكان المثبت .

(٦) في (ص) : [حاله] ، مكان : [ماله] . (٧) في (م) ، (ع) : [الشري] .

(٨) الجملة الأخيرة مضطربة في النسخ ، ونصها : « فإن تبرع المشتري ما لم نر أن يبيعه من كافر » . ويتفق التغيير الذي أجريناه مع المعنى المستمد من السياق .

مسألة ٦٥٣

بيع وإجارة أراضي مكة

١٢٨٧٣ - قال أبو حنيفة : لا يجوز بيع أراضي مكة ، ولا إجارة بيوتها .

١٢٨٧٤ - وروى الحسن عنه جواز ذلك [١] ، وهو قول الشافعي [٢] .

١٢٨٧٥ - لنا : ما روى إسماعيل بن إبراهيم بن المهاجر ، عن أبيه ، عن مجاهد ، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ؛ أن النبي ﷺ قال : « لا يحل بيع بيوت مكة ، ولا إجارتها » [٣] ، ذكره الطحاوي .

وذكر الدارقطني عن إسماعيل [بن إبراهيم] بن مهاجر / عن أبيه ، [عن عبد الله ابن باباه] [٤] ، عن عبد الله بن عمرو [٥] قال : قال رسول ﷺ : « مكة مناخ لا تباع رباعها ، ولا تؤاجر بيوتها » [٦] .

---

(١) راجع : كتاب الآثار « كتاب المناسك » ، « باب بيع بيوت مكة وأجرها » ص٧٦ ، الأثر (٣٧١ ، ٣٧٢) ، مختصر الطحاوي « كتاب الكراهة » ص٤٣٩ ، ٤٤٠ ، شرح معاني الآثار « كتاب البيوع » ، « باب بيع أرض مكة وإجارتها » (٤٩/٤) وما بعدها ، أحكام القرآن للجصاص ، « سورة الحج » ، « باب بيع أراضي مكة وإجارة بيوتها » (٢٢٨/٣ - ٢٣٠) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه » (١٤٦/٥) ، البناية مع الهداية « كتاب الكراهية » ، « فصل في البيع » (٢٥٤/١١- ٢٦٢) ، تكملة فتح القدير مع الهداية « كتاب الكراهية » ، « فصل في البيع » (٦٠/١٠ ، ٦٢) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر « كتاب الكراهة » ، « فصل في بيع العذرة » (٥٢٤/٢) .

(٢) راجع : المجموع مع المهذب « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٢٤٧/٩ - ٢٥١) ، حلية العلماء « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٦٩/٤ ، ٧١) ، أحكام القرآن لابن العربي ، « سورة الحج » (١٢٧٥/٣ ، ١٢٧٦) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣٢/١٢ ، ٣٣) ، المقدمات الممهدات « كتاب كراء الدور » (٢١٨/٢ ، ٢١٩) ، قوانين الأحكام الشرعية « الكتاب الرابع من القسم الثاني في العقود المشاكلة للبيوع » ، « الباب الأول : في الإجارة ، والجعل ، والكراء إلخ » ، « الفصل الثالث : في الكراء » ص٢٨١ ، ٢٨٢ .

(٣) أخرجه الطحاوي في المعاني ، « كتاب البيوع » ، « باب بيع أرض مكة وإجارتها » (٤٨/٤) ، وأخرج بنحوه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الحج » ، في « من كان يكره كراء بيوت مكة وما جاء في ذلك » (٤١٧/٤) ، الحديث (١) .

(٤) الزيادة من سنن الدارقطني ، والمستدرك للحاكم ، وغيرهما .

(٥) في جميع النسخ : [عبد الله بن عمر] ، المثبت من كتب الحديث .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولايواجر] . والحديث أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٥٨/٣) ، =

١٢٨٧٦ - وروى أبو حنيفة ، عن عبيد اللّه بن أبي زياد ، عن أبي نجيح ، عن عبد اللّه بن عمرو ﷺ أن رسول اللّه ﷺ قال : « مكة حرام ، وحرام بيع رباعها ، وحرام أجر بيوتها » [١] .

١٢٨٧٧ - قال الدارقطني : وَهِمَ أبو حنيفة في هذا الحديث ، فقال : ابن أبي يزيد ، وهو ابن أبي زياد [٢] ، والصحيح أنه موقوف .

١٢٨٧٨ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن أبا حنيفة روى الحديث وفيه ابن أبي زياد ، ذكره محمد في الآثار .

وقال الدارقطني [٣] في كتابه هكذا ، ثم رواه من طريق وفية ابن أبي يزيد ، فلو لم يحصل الوهم أنه دخل على من روي عنه إذا كان المعروف عن أبي حنيفة ، وقد بيناه .

١٢٨٧٩ - ويدل عليه : ما روي عن علقمة بن نضلة [٤] قال : « توفي رسول اللّه ﷺ وأبو بكر وعمر وعثمان ، ورباع مكة تُدعى السوائب [٥] ، من احتاج سكن ، ومن

= الحديث (٢٢٧) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٥٣/٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، باب ما جاء في بيع دور مكة » (٣٥/٦) .

(١) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٥٧/٣) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٥٣/٢) ، والبيهقي في كتاب الآثار « كتاب المناسك » ، « باب بيع بيوت مكة وأجرها » ص٧٦ ، الحديث (٣٧١ ، ٣٧٢) .

(٢) هو : عبيد اللّه بن أبي زياد القداح ، أبو الحصين المكي ، قال يحيى القطان : كان وسطًا ، لم يكن بذاك ، وقال ابن معين : ضعيف ، وقال أحمد : صالح الحديث ، وقال العجلي : ثقة ، وقال أبو داود : أحاديثه مناكير ، وقال ابن عدي : لم أر له شيئًا منكرًا . مات ﷺ سنة خمسين ومائة . راجع ترجمته : في كتاب الضعفاء الصغير ص٧٢ ، الترجمة (٢١٤) ، تاريخ الثقات ص٣١٦ ، الترجمة (١٠٥٥) ، المجروحين (٦٦/٢) ، الكامل (٣٢٧/٤) ، الترجمة (١١٥٩/١٩٢) ، ميزان الاعتدال (٨/٣) ، الترجمة (٥٣٦٠) ، تقريب التهذيب (٥٣٣/١) ، الترجمة (١٤٤٧) .

(٣) في (م) ، (ع) : [وقال ذكره الدارقطني] بزيادة : [ذكره] .

(٤) في سائر النسخ : « علقمة بن ثعلبة » ، الصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . وهو : علقمة بن نضلة بن عبد الرحمن بن علقمة الكندي ، وقيل : الكناني ، سكن مكة ، وروي عنه : عثمان بن أبي سليمان ، قال ابن منده : ذكر في الصحابة وهو من التابعين ، وقال ابن حجر : « تابعي صغير ، مقبول ، أخطأ من عده في الصحابة » . راجع ترجمته في : الجرح والتعديل (٤٠٥/٦) ، الترجمة (٢٢٦١) ، الاستيعاب « باب علقمة بهامش الإصابة » (١٢٦/٣) ، أسد الغابة « باب العين واللام » (١٤/٤ ، ١٥) ، تقريب التهذيب (٣١/٢) ، الترجمة (٢٨٨) .

(٥) السوائب : أي غير المملوكة لأهلها ، بل المتروكة لله لينتفع بها المحتاج إليها ، واحده : السائبة ، وهي المهملة ، وأصله من تسييب الدواب أي : إرسالها ، تذهب وتجيء كيف شاءت . راجع : النهاية : « باب السين مع الياء » (٤٣١/٢) ، لسان العرب ، مادة : « سيب » (٢١٦٦/٣) ، المصباح المنير (٢٨١/١) .

استغنى أسكن »(١) ، ولو جاز البيع ما دعيت السوائب .

١٢٨٨٠ - وقولهم : - إن هذا اسم للصيد دون الأراضي غلط ؛ لأن هذا لكل مال لا ملك عليه .

١٢٨٨١ - فإن قيل : إنما كان كذلك [لأن أكثرها وقوف .

١٢٨٨٢ - قلنا : هذا تجدد بعد العجلة ، وفي البراء ما كانت كذلك](٢) على عهد رسول الله ﷺ ، والأئمة .

١٢٨٨٣ - وقد استدل أصحابنا بقوله تعالى : ﴿ وَإِذْ جَعَلْنَا ٱلْبَيْتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ وَأَمْنًا ﴾(٣) ، فلو لم تكن مواضع نزولهم غير مملوكة عليهم ولا ممنوع منها لم يكن أن يكون قضى به ، ولهذا منع النبي ﷺ أن يحل له ظل بيت(٤) ، وقال : « منى مناخ لمن سبق »(٥) ؛ لأن الناس يحتاجون إلى حضورها لأداء المناسك ، فسوّى بينهم فيها ، وهذا موجود في مكة .

١٢٨٨٤ - فإن قيل : لو كان كذلك لمنع من بنائها(٦) .

١٢٨٨٥ - قلنا : دعت الحاجة إلى بنائها يسكنها من يجاور البيت ويقوم بعمارتها ، فثبت لهم البناء ، ولم يسقط حق جميع الناس بحاجتهم إلى السكنى ، ولهذا المعنى ألزم أبو حنيفة الناس أن يُسْلِموا(٧) ما جاوروا المسجد ليتوسع(٨) به ، وقال لهم : أنتم نزلتم على المسجد ، وقد احتاج إلى ما أخذتموه لزواره .

---

(١) أخرجه ابن ماجه في السنن « كتاب المناسك » ، « باب أجر بيوت مكة » (١٠٣٧/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الحج » ، في « بيع رباع مكة » (٤١٩/٤) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٥٨/٣ ، ٥٩) ، الحديث (٢٢٨ - ٢٣٠) ، والبيهقي في الكبرى (٣٥/٦) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، إلا أن قوله : [بعد العجلة] غير واضح ، و لا يستقيم المعنى .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٢٥ .

(٤) في (ص) ، (م) : [بيتًا] .

(٥) في (ع) : [يباح] ، مكان : [مناخ] ، وفي جميع النسخ : [لم يصق] ، مكان : [لمن سبق] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . هذا جزء من حديث عائشة رضي الله عنها ، أخرجه أحمد في المسند (١٨٧/٦ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧) ، وأبو داود نحوه في السنن « كتاب المناسك » ، « باب تحريم حرم مكة » (٥٠٦/١) ، والترمذي في السنن « باب ما جاء في أن منى مناخ من سبق » (٢١٩/٣) ، الحديث (٨٨١) ، وابن ماجه في السنن « كتاب المناسك » ، « باب النزول بمنى » (١٠٠٠/٢) ، الحديث (٣٠٠٦ ، ٣٠٠٧) ، والدارمي في السنن « كتاب المناسك » ، « باب كراهية البنيان بمنى » (٧٣/٢) .

(٦) في جميع النسخ : [نزالها] .

(٧) في (ص) : [أن يسلموا] ، وفي غيرها : [أن يسكنوا] ، وقد اخترنا ما جاء في (ص) ؛ لأنه الأقرب للمعنى .

(٨) في (م) ، (ع) : [لتوسع] .

١٢٨٨٦ - واحتج بقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ٱلَّذِى جَعَلْنَٰهُ لِلنَّاسِ سَوَآءً ﴾ (١) الآية .

والمسجد اسم للحرم ؛ قال ابن عباس رضي الله عنه : « الحرم كله مسجد » (٢) ، وقال الله سبحانه : ﴿ سُبْحَٰنَ ٱلَّذِىٓ أَسْرَىٰ بِعَبْدِهِۦ لَيْلًا ﴾ ، الآية ، والمراد به : بيت خديجة [رضي الله عنها] (٣) .

وقال تعالى : ﴿ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا ﴾ (٤) . [وقال] (٥) تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُۥ حَاضِرِى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ﴾ (٦) .

١٢٨٨٧ - فإن قيل : الحقيقة تقتضي المسجد ، فلا يعدل عنه إلا بدليل .

١٢٨٨٨ - قلنا : إذا كان في الشرع استعمال الحرم (٧) فيه صار حقيقة بالشرع .

١٢٨٨٩ - ولأنه تعالى قال : ﴿ وَمَن يُرِدْ فِيهِ بِإِلْحَادٍۭ بِظُلْمٍ ﴾ (٨) ، وهذا الحكم

---

(١) سورة الحج : الآية ٢٥ .

(٢) لفظ : [كله] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وأثر ابن عباس رضي الله عنه : أخرجه ابن حزم ، بلفظ : « المسجد الحرام : الحرم كله » ، في المحلى « كتاب الحج » (١٤٧/٥) ، المسألة (٨٣٥) .

(٣) المراد بالمسجد الحرام هنا هو بيت خديجة . وفيما قد ذكره النووي ، عند سرده أدلة المخالفين لهم ، في المصدر السابق (٢٤٨/٩) . وقد اختلفت الرواية في المكان الذي أسرى منه النبي ﷺ ، فجاء في رواية : أنه أسرى من بيته ، أخرجها ابن سعد في الطبقات ، في « ذكر المعراج وفرض الصلوات » (١٤٣/١) ، من القسم الأول . وجاء في حديث أم هانىء : أنه أسري من بيتها ، أخرجه ابن هشام مطولًا ، في السيرة النبوية ، في « ذكر الإسراء والمعراج » (٤٠٢/١) ، وعزاه الحافظ ابن كثير إلى أبي يعلى في مسنده والطبراني ، في تفسير القرآن العظيم ، في « سورة الإسراء » (٢٢/٣) . وفي رواية أخري عن أم هانئ : « أنه أسرى من شِعْب أبي طالب ، أخرجها ابن سعد في الطبقات ، في « ذكر ليلة أسري برسول الله ﷺ إلى بيت المقدس » (١٤٣/١) من القسم الأول . وفي حديث أنس بن مالك المتفق عليه : « أنه أسري من المسجد الحرام » ، أخرجه البخاري مطولًا ، في الصحيح ، « كتاب التوحيد » ، « باب قوله : وكلم الله موسي تكليمًا » (٣٠٠/٤ - ٣٠٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الإيمان » ، « باب الإسراء » (٨٣/١) .

(٤) سورة التوبة : الآية ٢٨ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٧) في (ص) : [برع] بدون نقط ، مكان : [شرع] ، والصواب : [الشرع] ، وفي العبارة تصحيف ؛ لأن العبارة بألفاظها لا يستقيم معناها ، ولذا غيرنا استعمل إلى استعمال ، وزدنا [فيه] .

(٨) في (ع) : [بظلم بإلحاد] بالتقديم والتأخير ، وهو خطأ ، الآية (٢٥) من سورة الحج .

يتعلق بالحرم ولا يختص بالمسجد .

١٢٨٩٠ - ويدل عليه : ما روي « أن عمر بن الخطاب ﷺ كان يضرب أهل مكة حتى لا يغلقوا بيوتهم ليلًا مخافة أن يطرقهم الغريب » [١] ؛ فلو كانت ملكًا لهم لم يمنعهم من إغلاقها [ولأننا نوجب على المحرم أن] [٢] يضمن صيدها بالجزاء ، ولا يجوز الإحرام بالعمرة منها ، ولا يجوز الدخول إليها مع إرادة النسك : الإحرام [٣] ، فصار كموضع السعي والصفا والمروة .

١٢٨٩١ - ولأنها بقعة من الحرم ؛ فلم يجز بيعها ، كالصفا ، ومواضع الجمار ومنى .

١٢٨٩٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ ﴾ [٤] الآية ، فأضاف الديار إليهم ، وإنما أخرجوا من مكة ، فثبت أنها كانت ملكًا لهم ؛ لأنها إضافة ما يملك إلى من يملك ، ولأن [٥] التمليك يقتضي حقيقة الملك .

١٢٨٩٣ - الجواب : أنا لا نسلم أنه أضاف ما يصح أن يملك ، وإنما هو كقوله : أوقف لفلان .

١٢٨٩٤ - ولأنه أضافه إليهم إضافة سُكنى وتخصيص ، كما قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾ [٦] ، فأضاف بيوت النبي إلى نسائه .

١٢٨٩٥ - قالوا : لو قال [٧] هذه الدار لزيد ، وقال : أردت أن له [٨] سكناها ، لم يقبل قوله ؛ لأنه أضاف إضافة تقتضي [٩] التخصيص . وإن لم يرد الملك فلابد من

---

(١) رواه عبد الرزاق في المصنف « كتاب الحج » ، « باب الكراء في الحرم » (١٤٦/٥ ، ١٤٧) ، الحديث (٩٢١٠) ، وابن أبي شيبة مختصرًا في المصنف « كتاب الحج » ، في « من كان يكره كراء بيوت مكة وما جاء في ذلك » (٤١٨/٤) ، الأثر (٧) ، وأخرجه الأزرقي في أخبار مكة ، (١٦٣/٢ ، ١٦٤) .

(٢) إغلاقها : بدلا من الأقراء فيها ، كما جاء في جميع النسخ [ولأننا نبعه] ، بدون نقط في النسخ كلها كذلك ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، ويبدو أن العبارة مصحفة ، أو فيها سقط ؛ لأن المعنى غير مستقيم .

(٣) في جميع النسخ : [الإحرام] ، الصواب إسقاطه ، أو إضافة الواو ، أو الباء قبله .

(٤) سورة الحشر : الآية ٨ .

(٥) في جميع النسخ : [فلا] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) سورة الأحزاب : الآية ٣٣ .

(٧) في (م) ، (ع) ، وصلب (ص) : [كان] ، مكان : [قال] ، وما أثبتناه من هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٨) في (م) ، (ع) : [لو كان له] ، مكان : [إن له] .

(٩) في (م) ، (ع) : [أضاف إليها إضافة] ، بزيادة : [إليه] وفي (م) : [يقتضي] .

السكني واليد ، وإذا أثبت له اليد كان القول قولَ المقرِّ له في الملك .

١٢٨٩٦ - احتجوا : بحديث أبي هريرة ﷺ : أن النبي ﷺ قال يوم الفتح : « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن أغلق بابه فهو آمن » (١) .

١٢٨٩٧ - قالوا : روى أسامة بن زيد الليثي : « أن النبي ﷺ دخل مكة يوم الفتح ، قيل له : ألا تنزل في دارك ؟ ، قال : وهل ترك لنا عقيل من رباع ، لا يرث الكافر المسلم ، ولا المسلم الكافر » (٢) .

١٢٨٩٨ - وفيه أدلة ثلاثة ، أحدها : أنهم أضافوا إليه (٣) داره ، والثاني : أن أبا طالب كان كافرًا وخلف عقيلًا ، وطالبًا ، وعليا ، وجعفرًا ، وبنتين ، فورثه (٤) ولداه الكافران ، فلم يبق لعليٍّ ولا لجعفر شيء (٥) . [والثالث أنه] (٦) كانت العادة أن الملك لا يورث طالما كان مشغولًا .

١٢٨٩٩ - « وهل ترك عقيل لنا (٧) من رباع ؟ » يعني : باعها كلها ، فثبت أن بيعها جائز .

١٢٩٠٠ - الجواب : عن هذه الأخبار من وجهين ، الجواب الأول : أن الإضافة اختصاص وتصرف وسكنى .

١٢٩٠١ - والثاني : قال أصحابنا : كانت مملوكة ، فجرى بيعها بعد الفتح ،

---

(١) أخرجه مسلم في الصحيح « كتاب الجهاد والسير » ، « باب فتح مكة » (١٤٠٨/٣) ، الحديث (١٧٨٠/٨٦) ، وأحمد في المسند (٢٩٢/٢ ، ٥٣٨) ، وأبو داود في السنن « كتاب الخراج والفيء والإمارة » ، « وباب ما جاء في خبر مكة » (١٥٩/٢ ، ١٦٠) .

(٢) أخرجه البخاري باختلاف يسير في الصحيح « كتاب المغازي » ، « باب أين ركز النبي ﷺ الراية يوم الفتح » (٦١/٣) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٢/٣) ، الحديث (٢٣٧) ، ومسلم بمعناه في الصحيح « كتاب الحج » ، « باب النزول بمكة للحاج وتوريث دورها » (٩٨٤/٢) ، الحديث (١٣٥١/٤٣٩) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب بيع أرض مكة وإجارتها » (٤٩/٤) ، والبيهقي في الكبرى ، الباب السابق (٣٤/٦) .

(٣) في (ص) وغيرها : [لما أضافوا إليهم] ، مكان : [إليه] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٤) في (ص) : [فورثاه] .

(٥) في سائر النسخ : [شيئًا] ، والصواب ما أثبتناه .

(٦) ما بين المعكوفتين زيادة ، بدل : [أو] ، وقد أثبتنا [طالما كان مشغولًا] بدل [طالبا لشغوله] ليستقيم المعنى المستفاد من السياق ، في (ص) : [لسغوله] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٧) في جميع النسخ : هكذا بالتقديم والتأخير ، خلاف ما تقدم ، وكان يستحسن أن يزيد : [وقوله] قبل : [وهل] ، حتى يعدل المعنى .

فالإضافة في تلك الحال كانت صحيحة .

١٢٩٠٢ - قالوا : لم يزل الناس يتبايعون (١) منازل مكة فيؤاجرونها ، فصار ذلك إجماعا .

١٢٩٠٣ - قلنا : لا يعتبر فعل الناس إذا أنكره العلماء ، وقد كان عبد الله بن عمر ينكر ذلك (٢) ، وقد بينا أنها كانت تدعي (٣) على عهد الأئمة السوائب .

١٢٩٠٤ - وقال مجاهد : مكة مناخ ، لا يحل بيع رباعها ، ولا إجارة بيوتها (٤) .

١٢٩٠٥ - وكان عطاء بن أبي رباح يكره [القول بأن] (٥) فيها ما يمنع من بيعها ، فوجب أن يجوز بيعها ، كسائر الدنيا .

١٢٩٠٦ - قلنا : لا نسلم أن فيها حدثًا (٦) يمنع البيع .

١٢٩٠٧ - ولأن سائر البقاع لا يجب على جميع (٧) الناس قصدها ، فلم يجز أن ينفرد بها بعضهم ، كمواضع السعي .

١٢٩٠٨ - وكما قالوا : أحد الحرمين ، فوجب أن يكون منه ما يجوز بيعه ، [كالمدينة .

١٢٩٠٩ - قلنا : المدينة بلدة يجوز دخولها بغير إحرام ، فكان فيها ما يجوز بيعه] (٨) ، ومكة بخلافه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يبايعون] .

(٢) لم نعثر على أثر عبد الله بن عمر بعد . وقد أخرجه عن عبد الله بن عمرو عبد الرزاق في المصنف « كتاب الحج » ، « باب الكراء في الحرم » (١٤٨/٥) ، الأثر (٩٢١٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤١٨/٤) ، الأثر (٦) ، والأزرقي بهذا الإسناد (١٦٣/٢) . (٣) في (م) : [يُدعى] .

(٤) أخرجه الطحاوي في المعاني (٤٩/٤) ، وعبد الرزاق في المصنف (١٤٧/٥) ، الأثر (٩٢١١) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤١٨/٤) ، الأثر (٢) ، وأخرجه الأزرقي (١٦٣/٢) .

(٥) يبدو أن عبارةً سقطتْ من مكان النقط ، ولعلها أن تكون ما أثبتناه بين القوسين : [ليس] . وأثر عطاء : أخرجه ابن أبي شيبة ، الأثر (٣) ، وعبد الرزاق في المصنف (١٤٦/٤) ، الأثر (٩٢١٠) .

(٦) في (ص) بعد : [لا تسلم] بياض ، ولفظ : [حدثا] غير واضح ، وفي (م) ، (ع) : [لا نسلم أنه ... فيها حدثا] ، مكان المثبت .

(٧) في (ص) : [سائر] ، مكان : [جميع] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٦٥٤

بيع لبن الآدمية

١٢٩١٠ - قال أصحابنا : لا يجوز بيع لبن الآدمية [١] .

١٢٩١١ - وقال الشافعي : جائز [٢] .

١٢٩١٢ - لنا : أن الصحابة قضوا في ولد المغرور بالقيمة ، ولم يوجبوا عليه قيمة لبنها ، فلو كان مقومًا يجوز بيعه أوجبوا [٣] ضمانه .

١٢٩١٣ - ولا يقال : يجوز أن تكون لم ترضع [٤] الصبي ؛ لأنه كان يجب أن يبينوا ذلك ويسألوا عنه .

ولأنه ليس في العادة أن المرأة تربي [٥] ولدها ولا ترضعه .

١٢٩١٤ - فإن قيل : إذا لم يأمرها بالرضاع لم يضمن [٦] .

١٢٩١٥ - قلنا : اللبن غير مقوم عندكم ، فإذا تلفت في يد الغاصب ضمنها ، وإن لم يكن له [٧] في تلفها صنع .

١٢٩١٦ - ولأنه لبن آدمية ، فلم يجز بيعه ، كما لو انفصل بعد موتها .

---

(١) راجع : طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص٣٢٤ - ٣٢٦ ، مسألة (١٣٥) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه » (١٤٥/٥) ، الهداية مع فتح القدير ، « كتاب البيوع » ، « باب البيع الفاسد » (٤٢٣/٦) ، إيثار الإنصاف « كتاب البيوع » (ص) ٣٠٤ ، ٣٠٥ .

(٢) قال النووي : « بيع لبن الآدميات جائز عندنا لا كراهة فيه ، هذا هو المذهب ، وقطع به الأصحاب إلا الماوردي ، والشاشي ، والروياني ، فحكوا وجهًا شاذًّا عن أبي القاسم الأنماطي من أصحابنا أنه نجس لا يجوز بيعه ، وإنما يربي به الصغير للحاجة ، وهذا الوجه غلط من قائله » . راجع : حلية العلماء « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٦٧/٤ ، ٦٨) ، المجموع مع المهذب « كتاب البيوع » ، « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٢٥٤/٩) ، بداية المجتهد « كتاب البيوع » الباب الأول : « في الأعيان المحرمة » (١٣٨/٢) ، الإفصاح « كتاب البيوع » « باب الربا » (٣٣٥/١) ، الكافي لابن قدامة « كتاب البيوع » « باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز » (٥/٢) ، المغني « باب المصراة وغير ذلك » (٢٨٨/٤) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٢٧٦/٤-٢٧٨) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أو جزاء] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لم يرضع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ترمي] ، مكان : [تربي] .

(٦) في (ص) : [لم نضمن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [به] ، مكان : [له] .

١٢٩١٧ - فإن قيل : ذلك لا يجوز الانتفاع به لم نسلم ؛ لأن اللبن لا ينجس بالموت عندنا [١] .

ولأن كل ما لو انفصل بعد موت الحيوان لم يجز إذا انقضى حال حياته ، كاللحم والشعر ، وعكسه : الشاة على أصلنا .

١٢٩١٨ - ولأنه ليس بلبن [٢] محرم لا يؤكل ، كلبن الحمارة .

١٢٩١٩ - ولأنه مائع متولد للآدمي ولا سبب يوجب التحريم المؤبد [٣] ، كالمني .

١٢٩٢٠ - فإن قيل : المعنى في ذلك في المنى أنه لا يجوز الانتفاع به واللبن بخلافه .

١٢٩٢١ - قلنا : جواز الانتفاع يستدل به على جواز البيع ؛ بدلالة : الماء في الأنهار والأدوية ، وينتفع بالخبز .

١٢٩٢٢ - وعلى أصلنا : النحل ودود القز ، وعلى أصلهم : الكلب .

١٢٩٢٣ - ولأنه لا يجوز بيع لحمها ، فلم يجز بيع لبنها ، كالفهد ، وهذا علي إحدى [٤] الروايتين ، فإن لحم ما لا يؤكل لحمه لا يجوز بيعه .

١٢٩٢٤ - ودليل محمد بن الحسن : أن لبن الآدمية لو جاز بيعه لم يجز عقد الإجارة على استدامته ، كلبن الشاة ، ولهذا لم يجز استئجاره [٥] بالثمن بالإجارة .

١٢٩٢٥ - وطرد العلة على أصلنا : المنافع لما جاز استحقاق استهلاكها بعقد الإجارة لم يجز بيعها [٦] .

١٢٩٢٦ - فإن قيل : عقد الإجارة يقع على اللبن الذي في الضرع ، وذلك لا يجوز بيعه ، وإنما يجوز بيع اللبن المنفصل ، وذلك لا تتناوله الإجارة .

١٢٩٢٧ - قلنا : لو جاز بيعه إذا انفصل لم تجز الإجارة [٧] على استهلاكه ما دام في الضرع ، كلبن الشاة ؛ ثم هذا ليس بصحيح ، فإن الآدمية إذا استؤجرت على رضاع

---

(١) في (م) ، (ع) : [عندنا لا ينجس بالموت] .

(٢) في سائر النسخ : [حيوان] ، الصواب ما أثبتناه من هامش (ص) .

(٣) في (م) ، (ع) : [مؤبد] ، بدون الألف واللام .

(٤) في (ص) : [أحد] .

(٥) في (ص) : [استحاه] ، مكان : [استئجاره] .

(٦) قاعدة : « المنافع لما جاز استحقاق استهلاكها بعقد الإجارة لم يجز بيعها » .

(٧) في (م) ، (ع) : [الإجارة علي إجارة] ، بزيادة : [علي إجارة] .

الصبي ، وما يسقيه مما انفصل من لبنها قبل الإجارة استحقت الأجرة ، ولو لم يتناول العقد اللبن المنفصل لم تستحق الأجرة ، كما لو سقته لبن شاة .

١٢٩٢٨ - فإن قيل : استحق إتلافها بعقد الإجارة ، ويجوز بيعها .

١٢٩٢٩ - قلنا : العقد على الصبغ (١) عندنا عقد إجارة على العمل وبيع الصبغ ، وقد كان القياس يمنع جوازه ، وإنما أجزناه لتعامل الناس عليه في سائر الأعصار .

١٢٩٣٠ - يبين (٢) الفرق بينهما : أن الصبغ لابد أن يكون معلومًا ، فيقول : اصبغه : بعضه عصفرًا وبعضه كذا ، فيكون العصفر على مقدار الصبغ ، وفي الرضاع يجوز وإن لم يبين مقدار اللبن ، ولا يبين صفة يصير بها معلومًا .

١٢٩٣١ - فإن قيل : إذا استأجر أرضًا أو رحى (٣) استحق الماء ، وكذلك إذا استأجر دالية استحق بها النهر (٤) ومع ذلك يجوز بيع الماء .

١٢٩٣٢ - قلنا : إنما جاز ذلك لأن العقد (٥) يقع / على المنافع ، والماء تبع ، كذلك ههنا يقع على الحضانة ، ويستحق عليها اللبن ، كما لو استأجر أرضًا استحق الماء وإن لم يسمه . ٥١

١٢٩٣٣ - على أن العقد يقع على الأرض عندنا دون الماء ؛ بدلالة : أنه لو استأجر الأرض التي تشرب بماء السماء لا يجوز أن يكون ماء السماء معقودًا عليه . وكيف يستحق الماء بالعقد وليس المؤجر أولى به من المستأجر .

١٢٩٣٤ - يبين (٦) ذلك : أن المستأجر لو مُنِع من الانتفاع بالأرض ، فسار الماء إلى أرض له أخرى لم يجب عليه شيء ، ولو منع الشرب الماء (٧) لم يستحق بالعقد ، وبمثله

---

(١) في (م) ، (ع) : [البيع] ، مكان : [الصبغ] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يسلم] .

(٣) في جميع النسخ : [رحى] .

الرحى : هي الطاحون ، والطاحونة والطحانة : التي تدور بالماء . راجع : في المغرب ، « الطاء مع الحاء المهملة » ص٢٨٨ ، وفي لسان العرب ، مادة : « طحن » (٢٦٤٥/٤) ، المصباح المنير ، « الراء والحاء وما يثلثهما » (٢١٠/١) .

(٤) دالية مكان لفظ : [دلوا] ، وهو ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [دارا] ، مكان : [دلوا] ، و [المهر] ، مكان : [النهر] .

(٥) لفظ : [العقد] ساقط من (م) .

(٦) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٧) في جميع النسخ : [هكذا] ، لعل الصواب : [شرب الماء] ، أو : [الشرب فالماء] .

لو استأجر امرأة لترضع صبيًا فأرضعته لبن امرأة أخرى لم تستحق [١] الأجرة ، فثبت أن العقد تناول عين اللبن ، ولم يتناول الماء .

١٢٩٣٥ - ولأنه منفصل عن [٢] الآدمي لا حياة فيه ، كالدم .

١٢٩٣٦ - احتجوا : بقوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [٣] .

١٢٩٣٧ - قلنا : البيع ما وقع على مبيع مقوم ، بدليل : أنه لو قال : بعتك الهواء لم يكن بيعًا ، ونحن لا نسلم أن لبن الآدمية مقوم .

١٢٩٣٨ - وقولهم : أن يقول : باع الحر ، فلأنهم يغلطون فيصورون ما ليس بمقوم مقومًا ويسمونه بيعًا كذلك [٤] .

١٢٩٣٩ - قالوا : لبنٌ طاهر جاز بيعه ، كلبن الشاة ، وربما قالوا : لبن يحل شربه من غير حال الضرورة ، وربما قالوا : مائع للشرب ؛ فجاز بيعه ، كسائر الأشربة .

١٢٩٤٠ - الجواب : أن العبارة الأولى تبطل بتحريم صيد الحرم ، والمعنى فيما ذكر ، أنه قال : لا يستحق بعقد الإجارة استهلاكه ، ولما كان هذا اللبن يستحق [٥] بعقد الإجارة استهلاكه لم ينعقد البيع عليه .

١٢٩٤١ - قالوا : طاهر منتفع به ، وليس في بيعه إسقاط حق الآدمي ، فوجب أن يصح بيعه . أصله : سائر الأموال .

١٢٩٤٢ - قلنا : نقلب فنقول : فلا يجتمع استحقاقها بالبيع ، واستحقاق استهلاكها بعقد الإجارة ، أصله : سائر الأموال .

* * *

---

(١) لفظ : [أخرى] ساقط من (ع) ، وفي (م) : [لم يستحق] .

(٢) في (ص) : [من] .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٧٥ .

(٤) في (ص) : [لذاك] .

(٥) في (م) : [مستحق] ، وفي (ع) : [مستحقًا] .

مسألة ٦٥٥

بيع الزيت النجس

١٢٩٤٣ - قال أصحابنا: يجوز بيع الزيت النجس .

١٢٩٤٤ - قال الحسن عن أبي حنيفة : وكذلك العسل الذائب والخل ، وكذلك ما يؤكل [١] .

١٢٩٤٥ - وقال الشافعي : لا يجوز بيعه ولا هبته ، ولكن يستحقه الموهوب له . وفي الماء النجس وجهان ، وهل يطهر بالغسل ، قالوا : فيه وجهان [٢] .

١٢٩٤٦ - لنا : ما روى معمر ، عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، عن أبي هريرة ﷺ « أن النبي ﷺ سُئل عن فأرة وقعت في سمن ؟ ، قال : إن كان جامدًا فخذوها وما حولها وألقوه ، وإن كان ذائبًا أو مائعًا فاستصبحوا به ، أو قال : فانتفعوا به » [٣] ، والانتفاع عام في البيع وغيره .

١٢٩٤٧ - وروى الزهري ، عن سالم ، عن ابن عمر أنه أخبره : « أنه كان عند النبي ﷺ حيث [٤] سأله رجل عن فأرة وقعت في ودك [٥] لهم ، قال : أجامد ؟ قال : نعم ،

---

(١) راجع : أحكام القرآن للجصاص « باب الفأرة تموت في السمن » (١/١١٨) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه » (٥/١٤٤) ، الجوهر النقي « باب تحريم بيع ما يكون نجسًا لا يحل أكله » ، بذيل السنن الكبرى للبيهقي (٦/١٣ ، ١٤) ، البناية « كتاب الكراهية » ، « فصل في البيع » (١١/٢٢٦) .

(٢) راجع : معالم السنن « كتاب الأطعمة » ، « باب الفأرة تقع في السمن » (٤/٢٥٨) ، المهذب مع المجموع « كتاب الأطعمة » (٩/٣٨ ، ٢٣٥ ، ٢٣٨) ، حلية العلماء (٤/٦١ - ٦٣) ، شرح السنة « كتاب الصيد » ، « باب الفأرة تموت في السمن » (١١/٢٥٨) ، بداية المجتهد « كتاب البيوع » ، « الباب الأول في الأعيان المحرمة البيع » (٢/١٣٧) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الأول في أركان البيع » ص٢٤٩ ، شرح الزرقاني « باب في البيع الشامل » (٥/١٦) ، المسائل الفقهية « كتاب الصيد والذبائح والأطعمة » (٣/٢٤) ، المسألة (١٥) ، الإفصاح « كتاب البيوع » (١/٣١٨) ، المغني « كتاب الصيد والذبائح » (٨/٦٠٨ - ٦١٠) ، الكافي لابن قدامة ، (٢/٩) ، الإنصاف « كتاب البيع » (٤/٢٨١ ، ٢٨٢) .

(٣) قوله : [أو قال : فانتفعوا به] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ع) : [حين] ، مكان : [حيث] .

(٥) الودك : هو دسم اللحم ودُهنه الذي يستخرج منه . راجع : النهاية « باب الواو مع الدال » (٥/١٦٩) ، المغرب (ص) ٤٧٩ ، المصباح المنير مادة : [ودك] (٢/٦٢٥) .

قال : اطرحوها واطرحوا ما حولها ، وكلوا ودككم ، قالوا : فإن كان مائعًا ؟ قال : فانتفعوا به ولا تأكلوا » [(١)] .

١٢٩٤٨ - ذكر الخبر الأول الطحاوي ، والثاني أبو بكر الرازي في أحكام القرآن ، والانتفاع عام في البيع وغيره .

١٢٩٤٩ - وذكر الطحاوي ، عن عليٍّ ﷺ قال : « ينتفع بالسراج » [(٢)] .

١٢٩٥٠ - وذكر مسروق ، عن ابن مسعود ﷺ في فأرة وقعت في سمن قال : « إن كان ذائبًا استُصْبِحَ به » [(٣)] .

١٢٩٥١ - وذكر نافع ، عن ابن عمر ﷺ « أنه [(٤)] أمرهم أن يستصبحوا به ويُدَّهَنَ به الجلود » [(٥)] .

١٢٩٥٢ - وذكر ابن سيرين : « أنهم أُتوا سويقًا فوجدوا فيه وزغة ميتة ، فقال أبو موسى : لا تأكلوه وبيعوه ، ولا تبيعوه من المسلمين ، وبينوا لمن تبيعونه منه » [(٦)] ، فأجاز أبو موسى بيعه ، ولم يحك عن أحد من الصحابة خلافه .

ولأن ما جاز الاستصباح به جاز بيعه ، كالطاهر .

١٢٩٥٣ - ولأنه مائع يجوز بيعه قبل مخالطة النجاسة ؛ فجاز بيعه بعدها ، كالقلتين من الماء .

١٢٩٥٤ - ولا يلزم : النجاسة إذا غلبت ؛ لأن ظاهر الكتاب [يقتضي] [(٧)] جواز

---

(١) أخرجه أبو بكر الرازي ، في أحكام القرآن « باب الفأرة تموت في السمن » (١١٨/١) ، والدارقطني في السنن « باب الصيد والذبائح والأطعمة وغير ذلك » (٢٩١/٤) ، الحديث (٨٠) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الضحايا » ، « باب من أباح الاستصباح به » (٣٥٤/٩) .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الأطعمة » ، في « ما قالوا في الفأرة تقع في السمن » (٥٥١/٥) ، الأثر (٩) ، والدارقطني في السنن « باب الصيد والذبائح » (٢٩٢/٤) ، الأثر (٨٢) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الأطعمة » ، في « ما قالوا في الفأرة تقع في السمن » (٥٥١/٥) ، الأثر (٩) ، والدارقطني في السنن « باب الصيد والذبائح » (٢٩٢/٤) ، الأثر (٨٢) .

(٤) في (ع) : [ذكر نافع] ، بدون الواو ، ولفظ : [أنه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) أخرجه البيهقي ، الأثر (٦) .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٥٥٠/٥) ، الأثر (٤) ، وذكره ابن قدامة في المغني « كتاب الصيد والذبائح » (٦١٠/٨) .

(٧) الزيادة من (م) ، (ع) .

بيعه ، وكان أبو بكر الرازي يقول : لا يجوز بيعه ، فعلى قوله التعليل للجواز ؛ ولأنها نجاسة عين طرأت على عين ، [فلا يمنع جواز البيع ، كالزيت النجس .

١٢٩٥٥ - ولأن الدهن يَطْهُرُ بالغسل ؛ والدليل عليه : أنها نجاسة عين طرأت على عين] [١] يتأتى فيها الغسل ، فجاز أن تطهر ، كالثوب .

١٢٩٥٦ - احتجوا : بما روي عن ابن عباس ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « قاتل الله اليهود ، حرمت عليهم الشحوم فباعوا وأكلوا ثمنها ، وإن الله إذا حرم [على قوم] أكل شيء حرم عليهم ثمنه » [٢] .

١٢٩٥٧ - والجواب [٣] : أن المحرم ليس هذا السمن ، وإنما هو النجاسة ، والسمن غير النجس لم يحرم أكله ، وأما النجاسة فلا ، وهكذا لو باع ثوبًا نجسًا أو دارًا فيها نجاسة أن الثمن لم ينجس .

١٢٩٥٨ - قالوا : روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال في - الفأرة تقع في السمن - : « إن كان جامدًا فألقوها وما حولها ، وإن كان مائعًا فأريقوه » [٤] .

١٢٩٥٩ - قالوا : ولو كان مالا لم يأمر بإلقائه [٥] ؛ لأنه لا يجوز إضاعة المال .

١٢٩٦٠ - قلنا : معنى قوله : « وألقوه « أي : لا تأكلوه ؛ بدلالة : أنه ذكر في الخبر الانتفاع به ، وبدلالة : أنه لا يجب تضييعه [٦] بالإجماع .

١٢٩٦١ - قالوا : مائع نجس ، فوجب أن لا يجوز بيعه ، كالخمر .

١٢٩٦٢ - قلنا : الخمر محرمة العين ولهذا لا يجوز الانتفاع بها ، وليس كذلك

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) الزيادة من سنن أبي داود ، وفي (م) : [كل شيء] ، وفي (ع) : [عليهم شيئًا] ، مكان : [أكل شيء] ، ولفظ : [عليهم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [والجواب بما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال] ، مكان : [والجواب] ، والزيادة سهو من النساخ .

(٤) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الأطعمة » ، « باب في الفأرة تقع في السمن » (٣٥٧/٢ ، ٣٥٨) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الضحايا » ، « باب السمن أو الزيت تموت فيه فأرة » (٣٥٣/٩) ، والنسائي في المجتبي « كتاب الفرع والعتيرة » ، « باب الفأرة تقع في السمن » (١٧٨//٧) .

(٥) في (ص) : [بإيراقه] ، المثبت من (م) ، (ع) ، ومن هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٦) في (ص) : [تصيعه] .

السمن ؛ لأنها نجاسة مخالطة ، وهذا يجوز الانتفاع بعينه ، فصار كالثوب النجس .

١٢٩٦٣ - فإن قيل : الخمر ينتفع بها ، يطفأ بها الحريق ، والميتة تطعم البزاة [(١)] والكلاب ، والعذرة [تربى] [(٢)] بها الأرض ، والدم يطرح في أصول الشجر ، فأمَّا الاستصباح بالدهن فهو إتلاف ، وليس بانتفاع .

١٢٩٦٤ - قلنا : جواز الانتفاع بعين النجاسة محرم بالضرورة . روى عطاء ، عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال - عام الفتح - : « إن الله تعالى حرم بيع الخمر [والأصنام] [(٣)] والميتة والخنزير ، فقال بعض المسلمين : كيف ترى في شحوم الميتة يدهن بها [(٤)] السفن والجلود ويستصبح بها الناس ، فقال : هو حرام ، قاتل الله اليهود لما حرم عليهم الشحوم جملوه فباعوه فأكلوا ثمنه » [(٥)] .

١٢٩٦٥ - فلما أباح الاستصباح بالسمن وحرم الانتفاع بكل [(٦)] الميتة ، دل على الفرق بينهما في جواز الانتفاع ، فإذا أضاف الكلام لمخالفنا حتى أجراهم [(٧)] إلى التسوية بين أمرين خير النص [(٨)] بينهما ، لم يعتد بقولهم في مخالفة النص .

١٢٩٦٦ - وأما قولهم [(٩)] : إن الاستصباح إتلاف ، كالمنفعة [(١٠)] المقصودة من

---

(١) البزاة : جمع البازي ، ضرب من الصقور ، يعني : الطيور الجارحة ، آكلة الجيف . راجع : المصباح المنير « الباء مع الزاى وما يثلثهما » (٤٨/١) المعجم الوسيط (٥٥/١) .

(٢) في الأصل : [تر] والصواب ما أثبتناه .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [به] .

(٥) أخرجه البخاري باختلاف يسير ، في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بيع الميتة والأصنام » (٢٩/٢) ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » (١٢٠٧/٣) ، الحديث (١٥٨١/٧١) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في ثمن الخمر والميتة » (٢٧٤/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في بيع جلود الميتة والأصنام » (٥٨٢/٣) ، الحديث (١٢٩٧) ، والنسائي في المجتبي « كتاب البيوع » ، في « بيع الخنزير » (٣٠٩/٧ ، ٣١٠) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب ما لا يحل بيعه » (٧٣٢/٢) ، الحديث (٢١٦٧) .

(٦) في (م) ، (ع) : [وأكل] ، مكان : [بكل] .

(٧) في (ص) ، (م) : [أحراهم] ، بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٨) في (ص) : [حبر النص] بدون نقط ، وفي (م) ، (ع) : [خبر ونص] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٩) لفظ : [قولهم] ساقط من (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [كالنفقة] ، وفي (ص) كما أثبتناه بدون نقط .

الشيء إذا كانت تقع [1] بإتلاف ، فذلك انتفاع ، كاستعمال البخور ، وأكل الطعام .

١٢٩٦٧ - قالوا : مائع [2] لا يحل شربه ، فوجب أن لا يجوز بيعه ، كاللبن .

١٢٩٦٨ - قلنا : لا نسلم [3] فإن اللبن النجس بالمجاورة يجوز بيعه على ما قدمنا من الرواية .

* * *

---

(١) في (م) : [يقع] .

(٢) في (ع) : [مسألة قالوا] ، بزيادة : [مسألة] ، وفي (ص) : [كمائع] ، بزيادة الكاف .

(٣) في جميع النسخ : [نسلم] ، وتصويبه : بزيادة : [لا] ، أي : [لا نسلم] .

مسألة ٦٥٦

التفريق بين ذوي الأرحام من المماليك في البيع

١٢٩٦٩ - قال أصحابنا : لا يجوز التفريق بين المملوكين إذا كان أحدهما ذا رحم من الآخر حتى يبلغا [١] .

١٢٩٧٠ - وهو قول الشافعي في « البيوع » ، وقال في « سير الواقدي » : إن زاد على سبع سنين جاز بيعه [٢] .

١٢٩٧١ - لنا : حديث عبادة بن الصامت ﷺ قال : « نهى رسول الله ﷺ أن يفرق بين الأم وولدها ، فقيل [٣] : يا رسول الله إلى متى ؟ فقال : حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية » [٤] ، ذكره الدارقطني .

١٢٩٧٢ - ولأنه ولد يكمل بالبلوغ ؛ فلم يجز إفراده من أمه المملوكة بالبيع ؛ أصله : من له ست سنين .

١٢٩٧٣ - ولأنه لا يتوجه عليه الخطاب لصغره ، فلا يفرق بينه وبين والدته بالبيع أصله : الطفل .

١٢٩٧٤ - احتجوا : بما روي أن عمر ﷺ كاتب امرأة بولد غير ولدها الصغير [٥] .

---

(١) راجع : مختصر الطحاوي « كتاب البيوع » ، « باب المصراة وغيرها » ص٨٥ ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها » (٢٢٨/٥ ، ٢٢٩) ، الهداية مع فتح القدير « كتاب البيوع » ، « باب البيع الفاسد » ، « فصل فيما يكره » (٤٧٩/٦ - ٤٨٢) .

(٢) قال الشيرازي في المهذب : « ولا يجوز أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع قبل سبع سنين » . راجع : المهذب مع المجموع « كتاب البيوع » ، « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (٣٦٠/٩ - ٣٦٣) ، حلية العلماء « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (١٢٢/٤ ، ١٢٣) ، المدونة ، « كتاب التجارات بأرض العدو » ، « في التفرقة بين الأم وولدها في البيع » (٢٨٣/٣) ، بداية المجتهد « الباب الخامس في البيوع المنهي عنها من أجل الضرر أو الغبن » (١٨٢/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب السادس في البيوعات الفاسدة » ص٢٦٢ ، الإفصاح « كتاب البيوع » ، « باب بيع المرابحة » (٣٥٥/١) ، الكافي لابن قدامة ، « كتاب البيع » ، « فصل : ولا يجوز أن يفرق في البيع إلخ » (٢٠/٢) ، المغني « كتاب البيوع » ، « باب المصراة وغير ذلك » (٢٩٤/٤) .

(٣) في جميع النسخ : [فقال] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٨/٣) ، الحديث (٢٥٨) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٥٥/٢) .

(٥) في (ص) : [بولد امرأة] بالتقديم والتأخير .

١٢٩٧٥ - قالوا : إذا تجاوز سبع سنين فليس بصغير .

١٢٩٧٦ - قلنا : الصغير اسم لمن لا يبلغ .

١٢٩٧٧ - ولأنا روينا عن النبي ﷺ اعتبارَ البلوغ مُبَيِّنًا ، فكان أولى من المحتمل .

* * *

مسألة ٦٥٧

حكم البيع في عقد فرق فيه بين الأم وولدها

١٢٩٧٨ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : إذا فرق بين الأم وولدها حرم [١] ذلك عليه ، ويصح البيع .

١٢٩٧٩ - وقال أبو يوسف : البيع فاسد [٢] ، وبه قال الشافعي [٣] .

١٢٩٨٠ - لنا « قوله ﷺ : « من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع » [٤] .

١٢٩٨١ - ولأن كل شخصين جاز الجمع [٥] بينهما في العقد ، فالتفريق بينهما لا يمنع صحة البيع ، كالأخوين .

١٢٩٨٢ - ولأنه عقد ، فلا يَمْنَعُ التفريقُ بين [٦] الوالدة وولدها فيه صِحَّتَهُ . أصله : الرهن .

١٢٩٨٣ - ولأن كل معنى لا يمنع التفريقُ بين الأخوين صِحَّتَه [٧] لا يمنع التفريق بين الوالدة وولدها صحته كذلك . أصله : الرد بالعيب ، والبيع للجناية .

١٢٩٨٤ - ولأن كل شخصين جاز التفريق بينهما في الفسخ جاز في البيع كالأخوين .

---

(١) في (ع) : [حرام] .

(٢) راجع : مختصر الطحاوي ص٨٥ ، بدائع الصنائع : « فصل : وأما صفة البيع الذي يحصل به التفريق » (٢٣٢/٥) ، الهداية مع فتح القدير (٤٨٣/٦) .

(٣) قال الشيرازي : « وإن فرق بينهما بالبيع بطل البيع ؛ لأنه تفريق محرم في البيع فأفسد البيع » . راجع : المهذب مع المجموع (٣٦٠/٩ ، ٣٦١) ، حلية العلماء (١٢٣/٤) ، المدونة ، في « الجمع بين الأم وولدها في البيع » (٢٨٤/٣) ، بداية المجتهد (١٨٢/٢) ، الإفصاح (٣٥٦/١) ، الكافي لابن قدامه (٢٠/٢) ، المغني « فصل : فإن فرق بينهما قبل البلوغ » (٢٩٤/٤ ، ٢٩٥) .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٥) .

(٥) في (ص) : [البيع] ، مكان : [الجمع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلا يمنع التفريق من] ، مكان المثبت .

(٧) في (ع) : [يمنع] ، مكان : [لا يمنع] ، وفي (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [بين] ولفظ : [صحته] ساقط من (ع) .

١٢٩٨٥ – فإن صحة الوصف عندنا أنه يجوز أن يرد أحدهما بالعيب بعد القبض . وعند الشافعي : إذا ولدت الجارية المبيعة في يد [1] المشتري ووجد بها عيبًا يردها دون الولد .

١٢٩٨٦ – ولأنهما شخصان ثبت لهما الحضانة فالتفريق بينهما بالبيع لا يمنع صحته ، كالأخوين .

١٢٩٨٧ – ولأنه لا يجوز أن يجب بيع أحد الشخصين حكمًا فجاز أن يجوز البيع باختيار العاقد ، كأحد الأخوين . وعكسه : أم الولد لما لم يجب بيعها حكمًا لم يجب قصدًا .

١٢٩٨٨ – احتجوا : بحديث أبي أيوب الأنصاري ﷺ قال : سمعت النبي ﷺ يقول : « من فرق بين [2] الوالدة وولدها فرق اللَّه بينه وبين أحبته يوم القيامة » [3] .

وروى عمران بن الحصين قال : « ملعون ملعون من فرق بين امرأة وولدها » [4] .

[وروى أبو سعيد الخدْري أن النبي ﷺ قال : « لا تولَّه والدة بولدها »] [5] .

١٢٩٨٩ – قالوا : والنهي يدل على فساد المنهي عنه / . ١٥١

١٢٩٩٠ – الجواب : أنه ﷺ نهى عن التفريق ولم ينه عن بيع أحد الشخصين ، فلم يكن النهي عن العقد .

١٢٩٩١ – ولأن هذا النهي يتعين في غير العقد ، وهو الضرر الذي يلحق العقد عند أذان الجمعة .

١٢٩٩٢ – قالوا : روى جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن جده : « أن أبا أسد الأنصاري قدم بسبي [6] من البحرين فصفوا ، فقام رسول اللَّه ﷺ فنظر إليهم ، فإذا

---

(١) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [في يد] .

(٢) لفظ : [بين] ساقط من (م) .

(٣) أخرجه الترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع » (٥١١/٣) ، وأحمد في المسند (٤١٣/٥) ، والدارمي في السنن « كتاب السير » ، « باب النهي عن التفريق بين الوالدة وولدها » (٢٢٧/٢ ، ٢٢٨) والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٧/٣) ، الحديث (٢٥٦) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٥٥/٢) ، والقضاعي في مسند الشهاب (٢٨٠/١) ، الحديث (٤٥٦) .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٧/٣) ، الحديث (٢٥٣) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . ولم نعثر على هذا الحديث .

(٦) في (م) : [بشيء] .

امرأة تبكي ، فقال : ما يبكيك ، فقالت : بيع ابني في بني عبس [١] ، فقال رسول الله ﷺ لأبي أسد : « اركب ولتجيئن به كما بعته ، فركب أبو أسد فجاء به » [٢] .

١٢٩٩٣ – هذا يدل على فساد البيع ؛ لأنه أمره بالمجيء به ولم يشترط رضا المشتري .

١٢٩٩٤ – الجواب : أن هذا خبر مرسل ؛ لأن عليَّ بن الحسين [٣] لم يشاهد عصر رسول الله ﷺ .

١٢٩٩٥ – ولأن دعوى امرأة للولد لا يثبت به النسب ، فكيف يجوز أن يفسخ النبي ﷺ البيع [٤] لأجل التفريق والنسب لم يثبت ؟ فعلم أنه قال ذلك على طريق الاستحباب ؛ لأنه يجوز أن تكون صادقة [٥] ، ومتى كان الرد استحبابًا فلابد من رضا المبتاع ، وبيع السبي [٦] إنما يجوز بإذن النبي ﷺ ، وهذا لا يأمر بالتفريق في البيع ؛ لأن ذلك يكره ، فإذا باع بخلاف ما أمر به كان البيع فاسدًا .

١٢٩٩٦ – قالوا : روى أبو داود في سننه : « أن عليَّ بن أبي طالب فرق بين الأم وولدها ، فنهى النبي ﷺ عن ذلك فرد البيع » [٧] ، ولم يذكر رضا المشتري .

١٢٩٩٧ – قلنا : المشهور أنه فرق بين الأخوين ، وقد روي أن النبي ﷺ قال له : « اذهب فاستقل » [٨] ، وهذا يدل على جواز البيع .

١٢٩٩٨ – وقد روى الحكم ، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، عن علي ﷺ قال :

---

(١) في (م) ، (ع) : [عنز] ، مكان : [عبس] ، وهو تصحيف .

(٢) رواه ابن سحنون في المدونة ، في « الجمع بين الأم وولدها في البيع » (٢٨٤/٣) ، وعزاه الزيلعي إلي البيهقي في « المعرفة » ، في « كتاب السير » ، عن الحاكم بسنده .

(٣) هو : عليّ بن الحسين بن عليّ بن أبي طالب ، المشهور بزين العابدين ، وهو جد جعفر بن محمد ، راوي الحديث السابق ، تابعي ، ثقة ، ولد في ثمان وثلاثين ، وتوفي رحمه الله سنة أربع وتسعين ، وقيل : ثلاث وتسعين . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص٣٤٤ ، ٣٤٥ ، الترجمة (١١٨٠) ، طبقات ابن سعد (١٥٦/٥) ، الجرح والتعديل (١٧٨/٦ ، ١٧٩) ، الترجمة (٩٧٧) ، البداية والنهاية (١٠٣/٩) وما بعدها ، تقريب التهذيب (٣٥/٢) ، الترجمة (٣٢١) ، شذرات الذهب في « سنة أربع وتسعين » (١٠٤/١ ، ١٠٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [الفسخ] ، مكان : [البيع] ، وهو خطأ .

(٥) في (م) : [أن يكون صادفه] .

(٦) في (م) : [ولا بيع الشيء] ، مكان : [وبيع السبي] .

(٧) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الجهاد » ، « باب في التفريق بين السبي » (٦٤/٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٦/٣) ، الحديث (٢٥١) ، والحاكم في المستدرك ، في « كتاب البيوع » ، وفي » كتاب الجهاد » (٥٥/٢ ، ١٢٥) .

(٨) لم نقف علي هذا الحديث بهذا اللفظ بعد .

« أمرني رسول الله ﷺ أن أبيع غلامين فبعتهما وفرقت [1] بينهما ، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال [2] : أدركهما ، فارتجعهما ، ولا تفرق بينهما » [3] .

١٢٩٩٩ - قالوا : كان وكيلًا في بيعهما ، فإذا باع على غير الوجه المأمور به وجب فسخ البيع . على أن قوله : « ارتجعهما » [يدل على فساد البيع] [4] .

١٣٠٠٠ - قلنا : الوصف غير مسَلم ؛ لأن البيع مكروه ، وليس بمحرم .

١٣٠٠١ - ولأن [النهى عن] [5] البيع ليس هو لمعنى في المعقود عليه ، وإنما هو للضرر الذي يلحق الصغير بفقد الحضانة .

١٣٠٠٢ - ثم هذا يبطل بمن باع العبد ممن [يضره ويشق عليه في] [6] الاستخدام ، فإنه محرم لمعني في المعقود عليه ، وهو الضرر الذي يلحق المبيع ، والبيع جائز .

١٣٠٠٣ - والمعنى في الأصل : أن العقد لا يجوز حكمًا ؛ فلا يجوز قصدًا واختيارًا . وبيع أحد العبدين في مسألتنا : يجوز حكمًا ؛ فجاز قصدًا .

١٣٠٠٤ - قالوا : تفريق محرم في البيع ، فوجب أن يمنع صحة البيع أصله : إذا باع الجارية دون حملها .

١٣٠٠٥ - قلنا : هناك ليس المانع من البيع التفريق ؛ بدلالة : أن الجارية الموصي بحملها لا يجوز للوارث بيعها ، وإن كان لا يفرق بالبيع . ولو باعها من الموصي له لم يجز ، وإن كان البيع يؤدي إلى الجمع دون التفريق .

١٣٠٠٦ - والمعنى في الأصل : أنه لا يجوز بيع الجارية دون حملها حكمًا ، فلا يجوز قصدًا ، ولما جاز أن يجب بيع أحد الاثنين [7] في مسألتنا حكمًا جاز أن يجوز قصدًا .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وفرق] .
(٢) في (م) ، (ع) : [قال] بدون الفاء .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولا يفرق بينهما] .
والحديث أخرجه أحمد في المسند (٩٧/١ ، ٩٨ ، ١٢٦ ، ١٢٧) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٥/٣ ، ٦٦) ، الحديث (٢٤٩) ، وابن الجارود في المنتقي « باب في التجارات » ص١٤٨ ، الحديث (٥٧٥) ، والحاكم في المستدرك في « كتاب البيوع » وفي « كتاب الجهاد » (٥٤/٢ ، ١٢٥) .

(٤) ما بين القوسين بدل ما جاء في النسخ : [بيع المجهول] ، توخيا لاستقامة المعنى المستفاد من السياق .

(٥) زيادة ما بين القوسين لاقتضاء السياق .

(٦) ما بين القوسين بدل المثبت في النسخ بلفظ : [يرده ويسبق عليه من] .

(٧) في (م) : [الابنين] وفي (ع) : بدون نقط ، كما أن في (ص) ، بدون نقطة الأولى ، لعل الصواب ما أثبتناه .

مسألة ٦٥٨

التفريق بين الأخوين ، وذوي الأرحام الصغار

١٣٠٠٧ - قال أصحابنا : لا يجوز التفريق بين الأخوين ، ولا بين ذوي [(١)] رحم محرم إذا كانا صغيرين ، أو كان أحدهما صغيرًا [(٢)] .

١٣٠٠٨ - وقال الشافعي : يجوز التفريق إذا لم تكن القرابة بالولادة [(٣)] .

١٣٠٠٩ - دليلنا : ما روى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه قال : « نهى رسول الله ﷺ أن يفرق بين الأخ وأخته ، والوالدة وولدها » [(٤)] .

١٣٠١٠ - وفي حديثه قال : « لعن رسول [(٥)] الله ﷺ من فرق بين الوالدة وولدها ، وبين الأخ والأخت » [(٦)] ، ذكرهما الدارقطني ، و ذكره الطحاوي بإسناده .

١٣٠١١ - ويدل عليه : ما روى الحكم بن عتيبة ، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، عن عليّ بن [(٧)] أبي طالب قال : « أمرني رسول الله ﷺ أن أبيع غلامين أخوين ، فبعتهما وفرقت بينهما ، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال : أدركهما فارتجعهما ولا تفرق بينهما » [(٨)] .

وروى عمرو بن دينار ، عن عبد الرحمن بن فروخ ، عن أبيه : « أن عمر بن الخطاب

---

(١) في (ص) : [ذي] .

(٢) راجع : مختصر الطحاوي ص٨٥ ، بدائع الصنائع « فصل : وأما بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها » (٣٣٠/٥ ، ٣٣١) ، الهداية مع البناية « باب البيع الفاسد » ، « فصل فيما يكره » (٢٨٣/٧ ، ٢٨٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، نفس الباب والفصل (٤٧٩/٦ ، ٤٨٠) .

(٣) راجع : حلية العلماء (١٢٤/٤) ، المجموع (٣٦١/٩ ، ٣٦٢) ، المدونة في « التفرقة بين الأم وولدها في البيع » (٢٨٣/٣) ، المغني (٢٩٤/٤ ، ٢٩٥) .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٦٧/٣) ، الحديث (٢٥٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع والأقضية » ، « في التفريق بين الوالد وولده » (٣٣٧/٥) ، الحديث (١٣) .

(٥) لفظ : [رسول] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) أخرجه ابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب النهي عن التفريق بين السبي » (٧٥٦/٢) ، الحديث (٢٢٥٠) ، والدارقطني في السنن الحديث (٢٥٥) .

(٧) قوله : [عليّ بن] ساقط من (م) ، وفي (ع) : [عيينة] ، مكان : [عتيبة] وهو تصحيف .

(٨) تقدم تخريجه في مسألة (٦٥٧) .

كتب إليه أن لا يفرق بين الأخوين في البيع » [١] .

فإن قيل : عبد الرحمن بن فروخ وأبوه مجهولان [٢] .

١٣٠١٢ - قلنا : رواية عمرو بن دينار عنه تعديل له . ولأن بينهما [رحمًا كاملًا محرمًا من جهة النسب ، فلم يجز التفريق] بينهما [٣] ، كالوالدة وولدها .

١٣٠١٣ - ولأن كل ما لا يجوز التفريق بين الوالدة وولدها فيه لا يجوز التفريق بين الأخت وأخيها [٤] إذا لم يكن أقرب منها بالحضانة .

١٣٠١٤ - ولأن كل من ثبت له حق الحضانة لا يجوز التفريق بينه وبين الصبي [٥] ، [ومن لم يثبت له هذا الحق يجوز تفريقه عن الصبي] [٦] فوجب أن يكون التفريق بينهما جائزًا أصله : أبناء العم .

١٣٠١٥ - قلنا : جواز البيع لا يدل على زوال الكراهة ، كالبيع عند أذان الجمعة ، وبيع السلاح في أيام الفتنة .

١٣٠١٦ - ولأن ابني العم لم تكمل [٧] قرابتهما ، بدلالة : إباحة المناكحة . ومتى لم يكمل الرحم [ولم يضف] [٨] التحريم إليه ، صار كما لو وجد التحريم من غير رحم وهو الرضاع .

١٣٠١٧ - قالوا : بينهما قرابة لا يتعلق بها رد الشهادة ، ولا يتعلق بها رد القصاص ، ولا يتعلق بها وجوب النفقة مع اختلاف الدينين ، فلا يتعلق بها تحريم التفريق [٩] .

١٣٠١٨ - قلنا : هذا قياس يخالف النص ؛ ولأن هذه [١٠] الأحكام التي ذكروها لم

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٣٦/٥) ، الأثر (٣) .

(٢) قال ابن حجر : عبد الرحمن بن فروخ العدوي ، مولاهم ، مقبول ، وقال : فروخ ، مولى عثمان ، مقبول . راجع ترجمتهما في : تقريب التهذيب ، الأول : في (٤٩٥/١) ، الترجمة (١٠٧٨) ، والثاني : في (١٠٨/٢) ، الترجمة (١٨) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش ، ولفظ : « بينهما » ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (ص) : [وأختها] .

(٥) قاعدة : « كل من ثبت له حق الحضانة لا يجوز التفريق بينه وبين الصبي » .

(٦) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .

(٧) في (م) : [لم يكمل] .

(٨) ما بين القوسين بدل [يضم] المثبت في النسخ كلها .

(٩) في (م) ، (ع) : [التحريم] ، مكان : [التفريق] .

(١٠) لفظ : [هذه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

يمنع [١] انتفاؤها من ثبوت الحضانة : فلذلك لا يمنع من هذا الحكم ؛ لأنه في معنى الحضانة ، ولهذا يزول بالبلوغ كما تزول [٢] الحضانة ، ولو كان معتبرًا برد الشهادة وسقوط القصاص لم يرتفع بالبلوغ مع ثبوت يده عليه .

١٣٠١٩ - قالوا : ذكر ابن المنذر عن الليث بن سعد قال : « أدركت الناس وهم يفرقون بين الأخوين في البيع » .

١٣٠٢٠ - قلنا : فعل الناس لا يثبت به مع نهي رسول الله ﷺ ومخالفة الفقهاء لهم .

* * *

(١) في (ع) : [لم يمتنع] . (٢) في (م) : [يزول] .

مسألة ٦٥٩

اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل في بيع السلم

١٣٠٢١ - قال أصحابنا : لا يصح السلم حتى يكون المسلم فيه موجودًا من حين العقد إلى حين المحل [١] .

١٣٠٢٢ - وقال الشافعي : السلم المؤجل يجوز في المعدوم إذا كان موجودا عند المحل في الغالب [٢] .

١٣٠٢٣ - لنا : ما روى ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحها » [٣] .

---

(١) السلم ، لغة : السلف . قال ابن منظور « السَلَمُ ، بالتحريك : السلف ، واسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد ، والاسم : السَّلَمُ » وقال : « أسلف الرجل في الطعام ، أي : أسلف فيه » . وشرعًا : بيع آجل بعاجل ، قال السمرقندي : « لغةً : عقد يثبت به الملك في الثمن عاجلًا ، وفي المثمن آجلًا ، يسمي : سلمًا وإسلامًا ، وسلفًا وإسلافًا ، لما فيه من تسليم رأس المال للحال ، وفي عرف الشرع : عبارة عن هذا أيضًا مع زيادة شرائط ورد بها الشرع لم يعرفها أهل اللغة » . راجع : تحفة الفقهاء « باب السلم » (٨/٢) ، بدائع الصنائع (٢٠٢/٥) ، البناية (٤١٩/٧ ، ٤٢٠) ، فتح القدير ، وبذيله العناية « باب السلم » (٦٩/٧ ، ٧٠) ، رد المحتار مع الدر المختار « باب السلم » (٢١٢/٤) ، التعريفات للجرجاني « باب السين » ص١٢٠ ، أنيس الفقهاء « باب الحقوق » ص٢١٨ ، ٢١٩ ، لسان العرب مادة : « سلم » (٢٠٨١/٣) ، النهاية (٣٩٦/٢) .

(٢) راجع : المهذب مع تكملة المجموعة الثانية « باب السلم » ، « فصل : ويجوز مؤجلًا للآية » (١٠٧/١٣ - ١٠٩) ، حلية العلماء « باب السلم » (٣٦١/٤) ، المدونة « كتاب السلم الأول » ، في « التسليف في ثمرة قرية بعينها » (١٢١/٣ ، ١٢٢) ، المنتقى « كتاب البيوع » ، « الباب الخامس : أن يكون المسلم فيه موجودًا حين الأجل » (٣٠٠/٤) ، التفريع « باب السلم في الأشياء المبيعات » ، « فصل (٧٥١) : السلم في ما ليس عند البائع أصله إلخ » (١٣٨/٢) ، الكافي لابن عبد البر « باب السلم وما ينعقد به » (٦٩١/٢) ، بداية المجتهد (٢٢٠/٢ ، ٢٢١) ، المقدمات الممهدات (٢٣/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب العاشر في السلم » ، ص٢٧٣ ، الإفصاح « باب بيع السلم » (٣٦٤/١) ، الكافي لابن قدامة ، « كتاب السلم » ، « فصل » (١١٤/٢) ، المغني « باب السلم » ، « فصل : ولا يشترط كون المسلم فيه موجودًا حال السلم » (٣٢٦/٤) ، الإنصاف « باب السلم » (١٠٢/٥ ، ١٠٣) .

(٣) في (م) : [المحل] ، مكان : [النخل] وهو تصحيف ، وفي (ص) ، (م) : [إصلاحها] ، مكان : [صلاحها] . وحديث ابن عمر : أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الإجارة » ، « باب في السلم في ثمرة =

والمراد به : تحريم السلم في النخل (١) .

١٣٠٢٤ - قالوا : المراد به : السلف في ثمرة نخلة بعينها ، بدلالة : ما روي « أن رجلًا أسلم في ثمرة نخل فلم تحمل ، فقال رسول الله ﷺ : « لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحها » (٢) .

١٣٠٢٥ - قلنا : هذه الزيادة لا تصح (٣) ؛ لأن ثمرة نخل بعينه لا يجوز السلف فيه وإن بدا صلاحها .

١٣٠٢٦ - فإن قيل : السلم في التمر لا يجوز إذا بدا صلاحه متى شرطت ؛ فدل على أن المراد : البيع الذي يجوز إذا بدا الصلاح ، وسماه سلفًا ؛ لأنه تعجل (٤) الثمن .

١٣٠٢٧ - قلنا : السلم جائز في التمر (٥) الذي بدا صلاحه بسرًا أحمر وإن لم يجز السلم في رطبه ، وليس في الخبر ذكر الرطب .

١٣٠٢٨ - ويدل عليه : ما روي عن عطاء بن أبي رباح : أنه سئل عن الرجل أنه يبيع (٦) ثمرة أرضه رطبًا ، أو عنبًا يستلف فيها قبل أن يطيب ؟ فقال : لا يصلح ، إن ابن الزبير باع ثمرة أرض له ثلاث سنين ، فسمع بذلك جابر بن عبد الله ، فخرج إلى المسجد ، فقال في أناس : « منعنا رسول الله ﷺ عن بيع [الثمرة حتى تطيب » (٧) .

وهذا يدل على أن نهيه ﷺ عن بيع] (٨) الثمار حتى تزهى وتحمر ؛ فقد فهم (٩)

= بعينها » (٢٧١/٢) ، وابن ماجه نحوه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب إذا أسلم في نخل بعينه لم يطلع » (٧٦٧/٢) ، الحديث (٢٢٨٤) ، وأبو داود الطيالسي في المسند ص٢٦٢ ، الحديث (١٩٤٠) وأحمد في المسند (١٤٤/٢ ، ١٤٥) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب لا يجوز السلف حتى يكون بصفة معلومة لا تتعلق بعين » (٢٤/٦) .

(١) في (ص) ، (م) : [النحل] بالحاء المهملة .

(٢) في (م) : [إصلاحها] . لم نعثر على هذه الزيادة بهذا اللفظ بعد .

(٣) في (م) : [لا يصح] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يعجل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الثمن جائز في الثمر] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [باع] .

(٧) أخرجه الطحاوي بهذا اللفظ ، في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب بيع الثمار قبل أن تتناهى » (٢٥/٤) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [قد فهم منه] ، بزيادة : [منه] .

جابر السلف أنه عقد بيع ، وإنما تفرد باسم .

وذكر الطحاوي : أن أبا البختري الطائي قال : « سألت ابن عباس عن السلم ، فقال : « نهى رسول اللّه ﷺ عن بيع النخل حتى يؤكل منه » ، قال أبو [١] البختري : فسألت ابن عمر عن السلف في الثمر ، فقال : « نهي عمر حتى يصلح » [٢] ، فقد فهم ابن عباس ، وابن عمر عموم الخبر السلف والبيع .

١٣٠٢٩ - ولأن كل وقت يجوز أن يحل فيه السلم ، وجب أن يكون وجوده فيه شرطًا في صحة العقد ؛ أصله : الوقت الذي شرطاه .

١٣٠٣٠ - ولأن المحل يثبت شرطًا وشرعًا فعدمه في أحد المجلس كالآخر .

١٣٠٣١ - ولا يلزم ما بعد المحل ؛ لأنه ليس بوقت للحلول ، وإن [٣] كان وقتًا للمطالبة .

١٣٠٣٢ - فإن قيل : الحلول إنما يراد للمطالبة والتسليم ، كما يجوز أن يموت فيحل ، كذلك يجوز أن يتأخر القبض بغيبته [٤] أو فلسه ، وتثبت المطالبة بعد المحل ، وهو معدوم .

١٣٠٣٣ - قلنا : العدم إذا أثر في العقد فإنما يؤثر عند استحقاق القبض ابتداء ، ولا معتبر بالعدم بعد ذلك في فسخ العقد وإن أثر في الخيار . ألا ترى : أن بيع الآبق لا يجوز [٥] ؛ لأن قبضه يستحق عقيب العقد ، ولو كان موجودًا فأبق بعد العقد لم ينفسخ العقد ، وإنما يثبت الخيار ، كذلك ههنا العدم في حال الحلول يبطل به العقد ، والعدم بعده يثبت الخيار ، وإن كانت تلك الحال حالة وجوب [٦] التسليم .

---

(١) لفظ : [أبو] ساقط من (ع) ، ومن صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش . وهو سعيد بن فيروز ، أبو البحتري الطائي ، تابعي ثقة ، روي عن ابن عمر ، وابن عباس ، وأبي كبشة الأنماري . راجع ترجمته في : تاريخ الثقات ص١٨٧ ، الترجمة (٥٦٠) ، الجرح والتعديل (٥٤/٤ ، ٥٥) ، الترجمة (٢٤١) ، ميزان الاعتدال (٤٩٤/٤) ، الترجمة (٩٩٨٦) ، تقريب التهذيب (٣٠٣/١)

(٢) أخرجه الطحاوي في المعاني (٢٥/٤ ، ٢٦) ، والبخاري في الصحيح « كتاب السلم » ، « باب السلم في النخل » (٣١/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بعينه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يجوز] ، مكان : [لا يجوز] وهو خطأ . انظر حكم بيع الآبق في : الهداية (٣٦/٣) .

(٦) في (م) (ع) : [الحالة حالة لوجوب] ، مكان المثبت .

١٣٠٣٤ - ولأنه عدم يؤثر في العقد ، فوجودة حال حلول المحل يؤثر [1] لعدم / المبيع . ولأن ابتداء العقد أضعف والبقاء أقوى ، فإذا كان العقد في حال بعد المحل يؤثر ، فإذا قارب العقد أولى .

١٣٠٣٥ - ولأن العدم يؤثر في العقد ما لا تؤثره الجهالة ، وتعذر التسليم ، بدلالة : جواز الطلاق والعتاق في المجهول ، فلا يصح في المعدوم ، وبدلالة : أن الآبق وإن لم يجز بيعه جازت هبته ؛ لأنه الضعيف ، وجاز تزويج الأمة ، فلا تجوز هبة المعدوم ولا تزويجه ، وإذا [2] كانت الجهالة بتعذر التسليم تؤثر في السلم فلأن يؤثر فيه العدم أولى .

١٣٠٣٦ - ولأن ما يجوز أن يطرأ على غير السلم فيؤثر في التسليم ويمكن رفعه عن العقد فذلك شرط فيه ، أصله : إذا أسلم بمكيال بعينه أو بوزن حجر بعينه .

١٣٠٣٧ - أو نقول : إن الجهالة مؤثرة [3] كما أن تعذر التسليم مؤثر ، ثم كانت الجهالة المتوهمة التي يمكن رفعها تمنع [4] صحة العقد ، كذلك تعذر التسليم المتوهم ، ونريد [5] بالجهالة المتوهمة : إذا أسلم بمكيال بعينه يجوز أن يهلك فلا يدري ما يسلمه .

١٣٠٣٨ - فإن قيل : المؤثر هناك جهالة المعقود عليه .

١٣٠٣٩ - قلنا : إذا كان المكيال معينًا فليس بمجهول ؛ لأنه إذا كال به عرف القدر . ولو أراد أنه مجهول عنده بطل به إذا ذكر المكيال المعروف ، وهو لا يعرف قدره ، فعرف أن المؤثر طرو الجهالة .

١٣٠٤٠ - فإن قيل : هذا يؤدي إلى أن يبطل السلم وإن كان في الموجود ؛ لأنه يتوهم موت المسلم فيه [6] ، فيحل ويصير الأجل مكانه ، فكأنه قال : أسلمت إلى أجل كذا وكذا [7] .

---

(١) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في (ص) : [إذا] بدون العطف .

(٣) لفظ : [إن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ص) : [مؤثر] ، مكان المثبت .

(٤) في (م) ، (ع) : [يمنع] .

(٥) في (م) : [يريد] .

(٦) في (م) ، (ع) : [إليه] ، مكان : [فيه] .

(٧) لفظ : [فكأنه] ساقط من صلب (م) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفيها : [كذي كدي] مكان المثبت .

١٣٠٤١ - قلنا : هذا صحيح ، لكن لا يمكن رفعه عن العقد ، ولا الاحتراز منه .

١٣٠٤٢ - وكذلك [1] الجواب إن ألزموا النصراني يسلم إلى النصراني في الخمر [2] ، ويجوز أن يسلم أحدهما فيتعذر التسليم [3] ؛ لأن هذا لا يمكن رفعه عن العقد .

١٣٠٤٣ - فإن قيل : العقود تنعقد [4] على السلامة ، وما يجوز أن يحدث لا يعتبر [5] ، بدلالة : جواز إجارة الحيوان ، ويجوز أن يموت فيبطل العقد .

١٣٠٤٤ - قلنا : لأن الإجارة يعتبر فيها حال الانعقاد فلا يعتبر ما يجوز أن يطرأ ، والسلم يعتبر فيه التجويز .

١٣٠٤٥ - على أن الموت لا يمكن الاحتراز منه .

١٣٠٤٦ - فإن قيل : السلم بمكيال بعينه يؤدي إلى جهالة لا يفتقر في العقد إليها ، والعدم معنى يفتقر إلى انعقاد العقد معه .

١٣٠٤٧ - قلنا : إن كان به حاجة إلى السلم قبل حينه [6] فله حاجة إلى بيع الآبق والعين المغصوبة ، ولم يجز مع الحاجة لمعنى يعود إلى التسليم ، كذلك الحاجة ههنا إذا أدت إلى تعذر التسليم في المحل منعت .

١٣٠٤٨ - ولأنه معنى [7] يؤثر في التسليم في كل العقود . لو طرأ بعد صحة العقد أثبت الخيار ، فإذا قارنه منع انعقاده ؛ أصله : إباق العبد .

١٣٠٤٩ - ولا يلزم حدوث العيب ؛ لأنه يوجب تعذر جزء من المبيع ، ولا يتعذر به تسليم [8] كل المبيع .

١٣٠٥٠ - احتجوا : بما روي عن ابن عباس ﷺ قال : « قدم رسول الله ﷺ المدينة وكانوا يسلفون في التمر السنة والسنتين » ، وفي بعضها : « السنتين والثلاثة » ، فقال ﷺ : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » [9] .

---

(١) في (ص) : [ولذلك] .

(٢) في (م) ، (ع) : [خمر] ، بدون الألف واللام .

(٣) في (م) ، (ع) : [تسليمها] . (٤) في (م) : [ينعقد] .

(٥) قاعدة : « العقود تنعقد على السلامة وما يجوز أن يحدث لا يعتبر » .

(٦) في (م) ، (ع) : [حسنه] .

(٧) لفظ : [معنى] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) لفظ : [تسليم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) أخرجه البخاري في الصحيح في « كتاب السلم » ، « باب السلم في وزن معلوم » (٣٠/٢) ، ومسلم =

١٣٠٥١ - الجواب : أن المراد من كيل [١] معلوم : والمكيل وهو الموجود دون المعدوم .

١٣٠٥٢ - ولأن الاحتجاج إن كان بتقريره له ﷺ لهم على عقدهم ، قلنا : يعرف صفة العقد ، ويجوز أن يكون السلم سنين [إن] [٢] كان في الثمار اليابسة ، وذلك لا يعدم من أيدي الناس ، فإن كان يذكره ﷺ هذه الشروط دون غيرها فقد بين ﷺ الشرط الآخر بنهيه عن بيع السنين ، وبنهيه عن بيع الثمار حتى تحمر [٣] .

١٣٠٥٣ - فإن قيل : إطلاق الثمرة عبارة عن الرطب .

١٣٠٥٤ - قلنا : ليس بصحيح ؛ لأن التمرة اليابسة تمر [٤] كما أن الرطبة تمر ؛ ولأن السلف السنة والسنتين إنما يكون في اليابس الذي يدخر دون الرطب الذي يراد للأكل .

١٣٠٥٥ - وقولهم : « إنما نجوز الأمرين » ليس بصحيح ؛ لأن ابن عباس رضي الله عنه حكى فعلًا لهم ، وحكاية الحال لا عموم لها ، فبين صحة ما ذكره ابن عباس راوي هذا الخبر ، وقد روينا عنه . وعن ابن عمر رضي الله عنهما « أن السلف لا يجوز في التمر حتى يبدو صلاحها » [٥] .

١٣٠٥٦ - فدل على صحة ما ذكرنا من التأويل .

١٣٠٥٧ - روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : « لا يحل لرجل مسلم يعبد الله أن يسلم في الحنطة والشعير ما لم يعين المحل » [٦] ، وهذا إنما يعني به الحنطة الحديثة ، فكيف يكون النبي ﷺ أقر على السلم في المعدوم ؟ .

١٣٠٥٨ - قالوا : كل ما لم يجعله المتعاقدان للمسلم [فيه وقت لتسليمه] [٧] لم

= في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب السلم » (١٢٢٧/٣) ، الحديث (١٢٧ / ١٦٠٤) ، وأبو داود في السنن ، في « كتاب الإجارة » ، « باب في السلف » (٢٧٠/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر » (٥٩٣/٣ ، ٥٩٤) ، الحديث (١٣١١) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع « في « السلف في الثمار » (٢٩٠/٧) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب السلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » (٧٦٥/٢) ، الحديث (٢٢٨٠) .

(١) في (م) ، (ع) : [مكيل] .

(٢) في (ص) ، (م) : [سنتين] والزيادة أثبتناها لمقتضى السياق .

(٣) في (م) ، (ع) : [يحمر] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الثمرة اليابسة ثمرة] .

(٥) لم نجد هذا الحديث بلفظه وتقدم تخريجه بلفظ آخر في هذه المسألة .

(٦) لم نقف على هذا الأثر بعد .

(٧) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .

يكن وجود المسلم فيه شرطًا ، كما بعد المحل [١] .

١٣٠٥٩ - وربما قالوا : ما لم يكن وقتًا لمحل السلم عقدًا لم يكن وجوده فيه شرطًا .

١٣٠٦٠ - قلنا : حال العقد وما بعده إلى وقت المحل يجوز أن يكون وقت الحلول ، فعدم المعقود عليه فيه كعدمه في البيع عند العقد ؛ لأنها حالة الانعقاد ويتعقبها وجوب التسليم .

١٣٠٦١ - وعدم المسلم فيه بعد وقت المحل كإباق العبد بعد البيع ؛ لأن تلك الحالة ليست حالة [٢] الانعقاد ولا حال وجوب القبض ، فتعذر التسليم فيها على وجه يرجى وجوده يثبت الخيار ولا يبطل العقد .

١٣٠٦٢ - ولأنهما عقدا على مبيع لا يمكن تسليمه عقيب العقد ، فلم يصح العقد . وكذلك إذا أسلما في المعدوم مطلقًا على أصلهم .

١٣٠٦٣ - ومعلوم أنهما لم يجعلا تلك الحالة محل التسليم ، ، وإنما جعلها الشرع محلًّا ، فلذلك في السلم المحل الذي جعله الشرع محلًّا يجب [٣] أن يكون عدم المسلم فيه يمنع صحة السلم .

١٣٠٦٤ - قالوا : مال مضبوط الصفات فيجوز السلم فيه في كل وقت ، كالحنطة والحبوب .

١٣٠٦٥ - قلنا : لا نسلم الأصل ؛ لأنه إن أسلم في الحنطة مطلقًا جاز ، وإن أسلم في الحنطة الحديثة لم يجز إلا بعد إمكان الحصاد ، والمعنى فيه : إذا أسلم في الحنطة المطلقة أنها مأمونة الوجود عند الحلول .

١٣٠٦٦ - وفي مسألتنا : ليس بموجود عند الحلول ؛ فصار كما عُدِم في المحل المشروط .

١٣٠٦٧ - قالوا : ما يثبت في الذمة ويؤمن انقطاعه في محله يجوز السلم فيه ، أصله : إذا كان موجودًا .

١٣٠٦٨ - قلنا : لا نسلم أنه موجود في محله ؛ لأن كل حالة من أحوال العقد حالُ محلِّه ؛ ولأن الموجود يؤمن عدمه ليس [٤] حاله حال المعدوم ، وقد لا يوجد في

---

(١) قاعدة : « كل ما لم يجعله المتعاقدان وقتا لتسليم المسلم فيه لم يكن وجود المسلم فيه شرطًا كما بعد المحل » .

(٢) في (ع) : [حال] .

(٣) في (ع) : [فلا يجب] ، بزيادة : [فلا] .

(٤) في (ص) : [لئن] ، لعل الصواب ما أثبتناه من (م) ، (ع) .

حال يجوز أن يحل فيها ، فلذلك لم يصح السلم فيه .

١٣٠٦٩ - قالوا : تسليم المسلم فيه يفتقر إلى مكان وزمان ، فلما لم يُشْرَط وجوده في غير المكان الذي هو محله ، فكذلك [1] وجب أن لا يشترط في غير الزمان الذي هو محله .

١٣٠٧٠ - قلنا : إذا كان موجودًا في مكان التسليم أمكن نقله إلى مكان آخر ، فلو تصور وجوب التسليم في غير ذلك المكان أمكن إحضار المسلم فيه . وفي مسألتنا : إذا وجب تسليمه في غير الزمان المشروط لم يمكن تسليمه ، فكذلك [2] لا يصح .

١٣٠٧١ - وإن شئت قلت : إنه إذا شرط تسليمه في مكان لا يخلو إما أن يكون مما له حمل ومؤنة ، أو مما لا حمل له ؛ فإن كان مما لا حمل له فتسليمه في مكانه أو في كل مكان ونقله ممكن ، وإن كان مما له حمل : فلا يلزمه [3] تسليمه في غير المكان المشروط ، فعدمه [4] فيه لا يؤثر .

١٣٠٧٢ - قالوا : الاعتبار برده في وقت المحل ، بدلالة : أنه لو كان موجودًا من حين العقد إلى قبل المجلس وباعه لم يجز العقد لعدمه في وقت المحل .

١٣٠٧٣ - قلنا : بل المؤثر عدمه في وقت يجوز أن يكون وقتًا [5] للمحل ، فالوقت المشروط يجوز أن يكون محلًا ، ويجوز أن لا يكون بل يموت قبله .

١٣٠٧٤ - فكل أحوال العقد هذا التجويز فيها موجود فعدم المعقود عليه فيها يمنع جواز السلم .

* * *

(١ ، ٢) في (ص) : [فلذلك] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلا يلزم] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بعدمه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [وقتا] ، وهو تصحيف .

مسألة ٦٦٠

هل يجوز السلم حالا ومؤجلا

١٣٠٧٥ - قال أصحابنا : يجوز السلم مؤجلا ، ولا يجوز حالًّا (١) .

١٣٠٧٦ - وقال الشافعي : يجوز حالًّا ومؤجلًا ، كالأثمان ، إن أطلق العقد : كان حالًّا ، وإن ذكر آجلًا : كان مؤجلًا (٢) .

١٣٠٧٧ - لنا : ما روى سفيان ، عن ابن أبي نجيح ، عن عبد الله بن كثير ، عن المنهال ، عن ابن عباس ﷺ ، قال : « قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار في السنتين والثلاث ، فقال رسول الله ﷺ : أسلفوا في الثمار في كيل معلوم إلى أجل معلوم » (٣) .

١٣٠٧٨ - قال الطحاوي : هذا حديث ثابت الإسناد لا يطعن في أحد من رواته ، وأبو المنهال : هو عبد الرحمن بن مطعم ، روى عنه عمرو بن دينار وغيره (٤) .

---

(١) وقال السمناني : « وامتنع أصحابنا من ذلك وقالوا : لا يجوز إلا بأجل ؛ لأنه لا فرق بين السلف والسلم ، واللفظ وإذا كان حالًّا لم يتمكن من التسليم عقب العقد » . راجع : مختصر الطحاوي ص٨٦ ، روضة القضاة « كتاب البيوع » ، فصل تعجيل أحد البدلين » (٤١٥/١) ، مسألة (٢٣١٨) ، تحفة الفقهاء (١١/٢ ، ١٢) ، طريقة الخلاف في الفقه ص٣٤٣ - ٣٤٦ ، مسألة (١٤٤) ، الهداية مع البناية (٤٣٧/٧ - ٤٤٠) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٨٦/٧ - ٨٨) .

(٢) قال الشافعي في الأم : « فالسلف بيع مضمون بصفة ، فإن اختار أن يكون إلى أجل جاز ، وأن يكون حالًّا ، وكان الحال أولى أن يجوز لأمرين ، أحدهما : أنه مضمون بصفة كما كان الدين مضمونًا بصفة ، والآخر : أن ما أسرع المشتري في أخذه كان من الخروج من الفساد بغرر وعارض أولى من المؤجل » . راجع : الأم « باب في الآجال في السلف و البيوع » (٩٦/٢ ، ٩٧) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (١٠٧/١٣ ، ١٠٨) ، حلية العلماء (٣٥٩/٤ ، ٣٦٠) ، المنتقى « الباب الرابع أن يكون السلم مؤجلا » (٢٩٧/٤ ، ٢٩٨) ، التفريع (١٣٨/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٦٩٢/٢) ، بداية المجتهد (٢١٩/٢) ، الإفصاح (٣٦٤/١) المغني ، « مسألة : إلى أجل معلوم بالأهلة » (٣٢١/٤) ، الإنصاف (٩٨/٥) .

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح ، في « كتاب السلم » ، « باب السلم إلى أجل » (٣١/٢) ، وابن الجارود في المنتقى « باب في السلم » ص١٥٦ ، ١٥٧ ، الحديث (٦١٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب السلف في الشيء ليس في أيدي الناس » (١٩/٦) ، وعبد الرزاق نحوه في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب لا سلف إلا إلى أجل معلوم » (٤/٨) ، الحديث (١٤٠٥٩) .

(٤) راجع ترجمة أبي المنهال في : الجرح والتعديل (٢٨٤/٥) ، الترجمة (١٣٥٤) ، تقريب التهذيب (٤٩٨/١) ، الترجمة (١١١٢) .

١٣٠٧٩ - فإن قيل : السلف ليس بواجب ، فكيف يحمل الأمر على الوجوب ، .

١٣٠٨٠ - قلنا : هذا بيان لشروط العقد ، وهي واجبة إذا أراد العقد وإن لم يجب من غير إرادة ، كشرائط النكاح وصلاة النفل .

١٣٠٨١ - قالوا : معنى الخبر : من أسلم في مكيل فليكن معلومًا ، ومن أسلم في موزون فليكن معلومًا ، بدلالة : أن السلم لا يجوز إلا في مؤجل فيقر على ظاهره .

١٣٠٨٢ - ولأن النبي ﷺ بين بذكر / الكيل والوزن المقدار المعلوم ، فأقمنا مقامهما الذرع والعدد ، فليس مقام الأجل ما يجري مجراه ، فبقي على ظاهره .

١٣٠٨٣ - ولأن الكيل والوزن لا يوجدان في كل شيء فلم يكونا شرطًا في جميع الأشياء ، والأجل ممكن أن يثبت في كل شيء فلم يكن بناء إلى [1] ترك الظاهر فيه حاجة [2] .

١٣٠٨٤ - فإن قيل : ذكر في الخبر : « في كيل معلوم ووزن معلوم » [3] ، واجتماع الأمرين لا يجب .

١٣٠٨٥ - قلنا : لم يذكر في خبرنا إلا الكيل ، ولو ثبت ما ذكروه لم يضرنا ؛ لأن الكيل والوزن لا يتفق مقدارهما في عين واحدة ، فعلم أنه أراد الكيل فيما يكال ، والوزن فيما يوزن .

١٣٠٨٦ - فإن قيل : هذا الخبر ورد على سبب ، وهو أنهم كانوا يسلمون في ثمار السنتين والثلاث .

١٣٠٨٧ - قلنا : المعتبر اللفظ دون السبب الذي خرج الكلام عليه ، والكلام عام .

١٣٠٨٨ - ويدل عليه : إجماع الصحابة ؛ روى القاسم بن محمد ، عن ابن عباس ﷺ : « أنه سئل عن [السلم] في الكرابيس [4] ، فقال : لا بأس به إذا كان مذروعًا معلومًا إلى أجل معلوم » [5] .

---

(١) لفظ : [إلى] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [بترك الظاهر فيه خاصة] ، مكان المثبت .

(٣) هذا جزء من حديث ابن عباس ﷺ الذي تقدم تخريجه في مسألة (٦٥٩) .

(٤) الزيادة : [من مصنف ابن أبي شيبة] . والكرابيس : جمع كرباس - بكسر الكاف ، وهو الثوب الخشن. راجع : لسان العرب ، مادة : « كربس » (٣٨٤٧/٥ ، ٣٨٤٨) ، المصباح المنير (٥٠٣/٢) ، المعجم الوسيط (٧٨٧/٢) .

(٥) أثر ابن عباس ﷺ : أخرجه ابن أبي شيبة بهذا اللفظ في المصنف ، « كتاب البيوع » ، « في السلم =

وقال عطيه العوفي (١) : « سألت ابن عمر رضي الله عنهما عن السلم في الحنطة والشعير والثمر والزيت ، فقال : لا بأس به إذا كانت صرفت (٢) معلومة إلى أجل [معلوم] ما لم يكن في زرع أو ثمر لم يبدو صلاحه » (٣) .

١٣٠٨٩ - وروي عن أبي سعيد الخدري ، وأبي هريرة رضي الله عنهما : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم » (٤) .

١٣٠٩٠ - ولأن كل معنى يؤثر في جهالته يبطل السلم ، فذكره شرط فيه أصله : مقدار المسلم فيه (٥) .

١٣٠٩١ - ولأن التأجيل أحد صفتي الثمن ، فوجب أن يكون شرطًا ، وكما لو أجل رأس المال والمسلم فيه .

١٣٠٩٢ - ولأن السلم يجوز في الديون ، ولا يجوز في الأعيان ، فلابد من أن يختص العقد بحكم يوجد منه لا يصح في العين ، والأحكام التي يختص بها الدين : جواز التأجيل ، والرهن ، والكفالة . ثم ثبت أن الرهن والكفالة ليس واحد منهما شرطًا في المسلم فيه ، فلم يبق إلا أن يكون التأجيل شرطًا .

١٣٠٩٣ - قالوا : فالكتابة لا تصح إلا ببدل هو دين ، والرهن ، والكفالة لا يشترط بدلهما ؛ ثم لا يشترط التأجيل فيه .

١٣٠٩٤ - قلنا : يجوز الكتابة على الأعيان فيه روايتان ، أحدهما : يجوز الكتابة فيها ، فإن قلنا بهذه الرواية سقط النقض ، وإن سلمنا أن الكتابة لا تجوز (٦) في الأعيان ،

= بالثياب » (١٦٥/٥) ، الأثر (٦) ، والبيهقي ، في الكبري « كتاب البيوع » ، باب السلف في الحنطة والشعير والزبيب ... إلخ » (٢٦/٦) .

(١) في (م) ، (ع) : [عطية الغرفي] .

(٢) في جميع النسخ : [صرف] ، لعل الصواب : [صرفت] ، والزيادة : من (ع) .

(٣) رواه مالك في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب السلفة في الطعام » (٦٤٤/٢) ، الأثر (٤٩) ، وابن أبي شيبة نحوه في المصنف « كتاب البيوع » في « السلف في الطعام » (٢٧٦/٥) ، الأثر (٩) والبخاري معلقًا في الصحيح « كتاب السلم » ، « باب السلم إلى أجل معلوم » (٣١/٢) .

(٤) لم نقف على هذا الأثر من هذين الوجهين بعد . وقد تقدم تخريجه من حديث ابن عباس رضي الله عنه بلفظ آخر .

(٥) لفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) : [لا يجوز] .

[فلأن العاقد لما لا يملك الأعيان] [١] ، فلا يصح أن يملكَها ، ويملك أن يعقد على دين في الذمة [٢] ، فاختص العقد بالدين لهذا المعنى ؛ وفي مسألتنا : العاقد يصح أن يملك الدين والعين [٣] ، واختص العقد بالدين [٤] ، فعلم أنه يختص بشرط لا يوجد إلا في الدين .

١٣٠٩٥ - فإن قيل : بدل القرض لا يصح أن يكون إلا دينًا ، ولا يشترط فيه الرهن ، والكفيل ، ولا الأجل [٥] .

١٣٠٩٦ - قلنا : عندنا [٦] القرض لا يجب البدل به ، بدلالة : أن صحة العقد لا تقف [٧] على تسميته ، وإنما يثبت البدل حكمًا بقتضى القرض ، والبدل الثابت حكمًا لا يكون إلا دينًا ، كالاستهلاك .

١٣٠٩٧ - وفي مسألتنا : يثبت [٨] البدل بالعقد ، والعقد يملك به العين والدين .

١٣٠٩٨ - فإن قيل : الرهن لا يصح إلا بدين ، ولا يصح بعين ، ولو شرط [٩] فيه التأجيل [١٠] .

١٣٠٩٩ - قلنا : إنما شرط فيه الدين ؛ لأنه للاستيفاء ، والديون هي التي يمكن أن تستوفي منه [١١] . وأما الأعيان فلا يمكن أن تستوفي [١٢] من الرهن ، فلذلك اختص بالدين ؛ لأنه يثبت ... [١٣] في سائر البياعات ، فأوجب حكمًا خاصًّا بالبدل الآخر ؛ أصله : عقد الصرف .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [في ذمته] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٣) في (م) ، (ع) : [العين والدين] بالتقديم والتأخير .

(٤) في (ع) : [واختص الدين بالعقد] . (٥) في (ع) : [والأجل] ، بدون : [لا] .

(٦) في (م) ، (ع) : [عند] ، مكان : [عندنا] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا يقف] . (٨) في (م) : [ثبت] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولو شرط] ، مكان : [ولا شرط] ، وفي جميع النسخ : [ولا يصح بدين] ، لعل الصواب : [ولا يصح بعين] .

(١٠) قاعدة : « الرهن لا يصح إلا بدين ، ولا يصح بعين ، ولو شرط فيه التأجيل .. لأنه للاستيفاء ، والديون هي التي يمكن أن تستوفي منه ، وأما الأعيان فلا » .

(١١) في (م) ، (ع) : [هي إلى تمكين أن يستوفي منه] ، مكان المثبت .

(١٢) في (م) ، (ع) : [أن يستوفي] .

(١٣) سقطت من بعد : [لأنه يثبت] عبارة طويلة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركها الناسخ في هامش (ص) ، إلا أننا لم نستطع أن نثبتها لسوء التصوير فاستحالت القراءة .

١٣١٠٠ - فإن قالوا : وجب أن لا يكون التأجيل من شرطه ، كالسلم .

١٣١٠١ - قلنا : يبطل [1] بالسلم في المعدوم .

١٣١٠٢ - ولأن الصرف لا يشترط فيه التأجيل ؛ لأنه يبطل موضوعه ، ألا ترى : أنه يُسمى صرفًا ؛ لأن كل واحد يصرف البدل إلى صاحبه ، ومن لم يشترط التأجيل في السلم بطل موضوعه ؛ لأنه يقتضي تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخر .

١٣١٠٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [2] ، والسلم بيع ؛ وإن انفرد باسم ، كما أنه عقد وإن انفرد باسم .

١٣١٠٤ - والجواب : أن إباحة البيع في الجملة لا يستدل به إذا وقع الاختلاف في شروط البيع ، كما أن الخلاف إذا وقع في شرائط النكاح أو في شرائط الصلاة لم يستدل بإباحة النكاح وبإيجاب الصلاة ، وإنما يرجع في ذلك إلى دلائل الشروط .

١٣١٠٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ ﴾ [3] ، وقد أريد بهذه الآية السلم ، ثم قال تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ ﴾ [4] ، فدل على أن السلم المؤجل .

قال ابن عباس ﷺ : « أشهد أن السلم المضمون إلي أجل مسمي قد أباحه اللّه ، وأنزل فيه أطول آية من كتابه » [5] .

وأما قوله تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً ﴾ فأراد به بيع الأعيان ؛ لأنها هي الحاضرة ، ألا ترى : أنه [تعالى] قال : ﴿ تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ ﴾ ، والذي يقوم بيننا إنما هو [6] الأعيان ، فكأن اللّه تعالى بيَّن حكم السلم وشرط فيه الأجل المعلوم ، وبيَّن حكم بيوع الأعيان .

---

(١) في (م) ، (ع) : [تبطل] .
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٧٥ .
(٣ ، ٤) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .
(٥) أخرجه الشافعي في المسند ، في « كتاب الاستقراض » (١٧١/٢) ، الأثر (٥٩٧) ، وفي الأم « كتاب البيوع » ، « باب السلف ، والمراد به : السلم » (٩٣/٣ ، ٩٤) ، وعبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب لا سلف إلا إلى أجل معلوم » (٥/٨) ، الأثر (١٤٠٦٤) ، وابن أبي شيبة ، في المصنف « كتاب البيوع » ، في « السلف في الطعام والتمر » (٢٧٧/٥) ، الأثر (١٧) ، والحاكم في المستدرك « كتاب التفسير » (٢٨٦/٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب جواز السلف المضمون بالصفة » (١٨/٦) .
(٦) قوله : [تديرونها بينكم] جزء من الآية السابقة ، وفي (م) : [والذين] ، مكان : [والذي] ، وقوله : [إنما هو] ساقط من (ع) .

١٣١٠٦ - قالوا : روي « أن [١] النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ورخص في السلم » [٢] ، فإنه يفرق .

١٣١٠٧ - قلنا : قوله : « ورخص في السلم » من كلام الراوي ، ولم يبين [٣] لفظ النبي ﷺ في الرخصة ، وقد نقلنا [٤] لفظه في قوله : « أسلموا في كيل » ، فكان [٥] الرجوع إلى اللفظ المفسر أولى .

١٣١٠٨ - ثم السلم عقد يقتضي تعجيل أحد البدلين ، وتأخر البدل الآخر لغةً وشرعًا .

١٣١٠٩ - أما [٦] اللغة : فلأنهم يقولون : أسلم [٧] الدين من كذا ، إذا كان أحدهما متأخرًا [٨] ويميزون بينهما ، ولو تعجل لم يكن بها ، ويقال : أسلم [٩] هذا ، وقال : أولى منه [١٠] أن يقال : أسلم [١١] ذلك في هذا .

١٣١١٠ - وأما الشرع : فلأن رب السلم لا يحبس رأس المال حتى يحضر المسلم فيه ، ولو لم يقتض العقدُ تأخرَ المسلم فيه وجب أن يحبس رأس المال حتى يحضر عوضه ، كبيوع الأعيان ، وإذا اقتضى لفظ السلم تأخر أحد العوضين وجب أن تكون مدة التأخير معلومة .

١٣١١١ - قالوا : روي « أن النبي ﷺ اشتري من أعرابي جملًا بوسقٍ من تمر الذخرة [١٢] ، فالتمسه ، فلم يجده ، فقال الأعرابي : واغدراه ، فاستقرضه رسول الله

---

(١) في (ع) : [عن] ، مكان : [أن] . (٢) لم نقف على هذا الحديث بهذا اللفظ بعد .

(٣) في (م) : [ولم تبين] .

(٤) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [نقلنا] .

(٥) في (م) : [مكان] ، بدل : [فكان] . والحديث : تقدم تخريجه ، وأخرجه الشافعي في الأم (٩٤/٣) ، وفي مختصر المزني « باب السلم » ص٩٠ ، وفي المسند « الباب الرابع في السلم » (١٦١/٢) ، الحديث (٥٥٧، ٥٥٨) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لنا] ، مكان : [أما] .

(٧) في سائر النسخ : [اسم] ، مكان : [أسلم] ، والصواب ما أثبتناه .

(٨) في (ص) : [متأخر] . (٩) في (م) ، (ع) : [اسم] .

(١٠) في (م) : [منه] . (١١) في (م) ، (ع) : [اسم] .

(١٢) في جميع النسخ : [الدخير] ، والمثبت من مسند أحمد ، وفيه : [وتمر الذخرة : العجوة] . قال الجوهري : العجوة ضرب من أجود التمر بالمدينة ، وقيل : العجوة ضرب من التمر . راجع : لسان العرب ، مادة : « عجا » (٢٨٣١/٤) .

ﷺ ووفاه إياه » (١) .

١٣١١٢ - قالوا : وشري الثمن في الذمة إلى أجل معين هو السلم .

١٣١١٣ - قلنا : التمر (٢) ههنا ثمن ؛ بدلالة : أن الباء صحبته (٣) ، وهو ما ثبت في الذمة ، ولهذا أضاف الشري إلى المعين ، ولهذا لم يذكر شرائط السلم في الثمن وإن كان سلمًا استوفي الشرائط .

١٣١١٤ - قالوا : نوع معاوضة محضة ، فلا يكون الأجل شرطًا . أصله : بيوع الأعيان .

١٣١١٥ - قلنا : يبطل السلم في المعدوم .

١٣١١٦ - قالوا : الأجل ليس بشرط (٤) ، وإنما الشرط وجود المعقود عليه (٥) .

١٣١١٧ - قلنا : إذا أسلم ببغداد في الرطب وهو موجود بالبصرة ، لم يصح إلا بأجل .

١٣١١٨ - قالوا : الأجل ليس بشرط ، وإنما الشرط إمكان التسليم .

١٣١١٩ - قلنا : كذلك نقول في السلم ؛ لأن الغالب أن الإنسان لا يعقد السلم في العين الحاصلة عنده ، وإنما يستسلف فيما ليس عنده ، فيحتاج إلى الأجل ليسهل التسليم .

١٣١٢٠ - قالوا : السلم في المعدوم بعض البيوع .

١٣١٢١ - قلنا : بل جميعه ؛ لأن السلم جنس ، المعدوم نوع منه ، والمعنى في بيوع الأعيان (٦) : أنها لا تختص بما يقبل التأجيل . ألا ترى : أنها تصح في الأعيان التي لا تقبل (٧) التأجيل ، فإذا وقعت في الذمة حالَّةً لم يكن ذلك بأكثر من وقوعها علي المعين

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢٦٨/٦ ، ٢٦٩) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب جواز السلم الحال » (٢٠/٦) ، والحاكم بمعناه في المستدرك « كتاب البيوع » (٣٢/٢) .

(٢) في سائر النسخ : [الثمن] ، مكان : [التمر] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) ، (ع) : [صحته] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بشرط] ، مكان : [من شرط] ، ولفظ : [من] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [إمكان التسليم] ، مكان قوله : [وجود المعقود عليه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ومعلوم في البيوع الأعيان] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) : [لا يقبل] .

الذي يصح تأجيله ، والسلم لا يصح في [1] الأعيان ، فلابد أن يقع فيما يحتمل التأجيل ، فلم يصح غير مؤجل .

١٣١٢٢ – قالوا : معاوضة ليس من شرطها التنجيم [2] ، فلا يكون من شرطه التأجيل ، كالنكاح [3] .

١٣١٢٣ – قلنا : التنجيم [4] هو تأجيل بصفة ما لم يكن من شرطه التأجيل أصلًا ، وقد يشترط في العقد الأجل المطلق وإن [5] لم يشترط الموصوف على ما قررنا في السلم في المعدوم .

١٣١٢٤ – والمعنى في بدل النكاح ما بينا : أنه يصح في الأعيان التي لا تقبل [6] الأجل ، فإذا وقع على ما في الذمة ، لم يكن من شرطه الأجل .

١٣١٢٥ – قالوا : مدة ملحقة بمعاوضة محضة ، فلم تكن [7] شرطًا فيه ، كخيار الثلاث .

١٣١٢٦ – قلنا : لا نسلم أن الأجل مدة ملحقة بالسلم ؛ لأن الملحق ما استقل العقد [8] دونه ، ولهذا لا يقال : بأن الأجل في السلم مدة ملحقة ؛ لأن العقد لا يستقل دونها .

١٣١٢٧ – ولأن الخيار يخالف مقتضى العقد ؛ لأن الإيجاب والقبول يوجبان نفاذ العقد ، والخيار يمنع [9] ذلك ، فلم يجز أن يكون من شرط العقد ما يخالف مقتضاه ، ويكون شرط العقد [10] ما يقتضيه لفظه ، ولهذا [11] شرط في الصرف التقابض ؛ لأن نفس العقد مأخوذ من صرف كل واحد منهما البدل الآخر .

١٣١٢٨ – قالوا : ما حل بموت من وجد عليه عقيب العقد وتثبت [12] المطالبة به ،

---

(١) حرف : [في] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [التحريم] ، مكان : [التنجيم] .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [التحريم] ، مكان : [التنجيم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٦) في (م) : [لا يقبل] .

(٧) في (م) : [فلم يكن] .

(٨) في (ع) : [للعقد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [يتبع] .

(١٠) في سائر النسخ : [ما يخالف مقتضاها ما يكون شرط العقد] مكان المثبت ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(١١) في (م) ، (ع) : [وهذا] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يثبت] بدون العطف .

جاز أن يثبت حالًا ، كالثمن في بيع العين [١] .

١٣١٢٩ - قلنا : الأثمان لا تختص [٢] بما يحتمل التأجيل ؛ لأنه لا يصح إلا في الديون ، فدل على أن الأجل من شرطه .

١٣١٣٠ - قالوا : الأجل في العقود غرر ، فإذا كان مع الغرر كان مع عدم الغرر أجوز .

١٣١٣١ - قلنا : يبطل / بالسلم في الأعيان ، فإنه أبعد من الغرر ، ومع هذا لا يجوز . ١٥٣

١٣١٣٢ - ولأنا لا نسلم أن الحالَّ أبعد من الغرر ؛ لأن العادة : أن الإنسان يقبل السلم [٣] فيما ليس عنده ، فإذا كان حالًّا تعذر [٤] إحضاره عقيب العقد ، وإذا كان مؤجلًا بمحله أحضره ، فصار المؤجل أبعد من الغرر .

* * *

---

(١) في (م) : [منع العين] ، مكان : [بيع العين] ، وهو ساقط من (ن) .

(٢) في (م) : [لا يختص] .

(٣) لفظ : [السلم] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في سائر النسخ : [إذا] ، مكان : [فإذا] ، والأصوب ما أثبتناه ، وفي (م) ، (ع) : [يقدر] ، مكان : [تعذر] .

مسألة ٦٦١

السلم في الحيوان

١٣١٣٣ - قال أصحابنا : لا يجوز السلم في الحيوان [(١)] .

١٣١٣٤ - وقال الشافعي : يجوز ذلك في كل حيوان يجوز بيعه [(٢)] .

١٣١٣٥ - لنا : ما روى الثوري ، عن معمر ، عن يحيى بن أبي كثير ، عن عكرمة ، عن ابن عباس ﵄ « أن النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان » [(٣)] ، ذكره الدارقطني .

١٣١٣٦ - قالوا : نحمله [(٤)] على السلف في حبل الحبلة .

١٣١٣٧ - قلنا : ذلك سلف فيما يصير حيوانًا ، ولأن النهي عام ، فلا يخصه إلا بدليل .

١٣١٣٨ - روى ابن عباس ، وابن عمر ، وسمرة ﵃ « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » [(٥)] ، وإذا ثبت أن السلم لا يجوز إذا كان رأس المال حيوانًا ،

---

(١) قال السمناني : « السلم في الحيوان لا يجوز ، وإن بين أوصافه ، وعنده (يعني : الشافعي) : يجوز إذا بين جنسه ونوعه وسنه ووصفه » . راجع : مختصر الطحاوي ص ٨٦ ، تحفة الفقهاء (١٥/٢) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص ٣٤٧ ، مسألة (١٤٦) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية (٧٦/٧ - ٧٨) ، البناية مع الهداية (٤٢٧/٧ - ٤٢٩) .

(٢) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [في] . قال الشافعي في مختصر البويطي : « لا بأس بالسلم في الحيوان ، ولا يجوز في الطيور ؛ لأنها لا تضبط بسن ولا تذرع ، ويوصف الحيوان الذي سلف فيه بالسن ، والنوع ، والجنس » . راجع : مختصر البويطي ، في « السلف » ، الأم « باب بيع الحيوان والسلف فيه » (١١٨/٢) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (١٠٩/١٣ ، ١١٤) ، حلية العلماء (٣٦٢/٤) ، المنتقى « الباب الثاني في كونه موصوفًا » (٢٩٣/٤) ، التفريع « باب السلم في الأشياء المبيعات » (١٣٤/٢) ، الكافي لابن عبد البر « باب السلم وما ينعقد به » (٦٩٣/٢) ، بداية المجتهد (٢١٨/٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب السلم » (٢٢/٢) ، الإفصاح (٣٦٥/١) ، الكافي لابن قدامة « كتاب السلم » ، « فصل : وفي الحيوان روايتان » (١١٠/٢) ، المغني « فصل : واختلفت الرواية في السلم في الحيوان » (٣٠٧/٤ ، ٣٠٨) .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن ، في « كتاب البيوع » (٧١/٣) ، الحديث (٢٦٨) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » ، في « النهي عن السلف في الحيوان » (٥٧/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [بحمله] .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٥٧٨) ، وأخرجه بهذا اللفظ عبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب =

كذلك لا يجوز غيره ؛ لأن أحدًا لا يفصل بينهما .

١٣١٣٩ - فإن قيل : نحمله على النسيئة في البدلين ؛ لأن الشرط والصفة والاستثناء يرجع إلى جميع ما قدر ، فيصير كنهيه (١) [عليه الصلاة والسلام] عن « الكالئ بالكالئ » (٢) .

١٣١٤٠ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن قوله : « نسيئة « حال وليست بصفة (٣) ، بدلالة : أنها نكرة ، ولا يجوز أن يوصف بها المعرفة ، والحيوان معرفة ، وإذا كانت حالًا لم يجز أن تكون (٤) حالًا لهما ؛ لأن التعليل في أحدهما : الإضافة ، والآخر : البناء ، والعامل في الاسم هو العامل (٥) في الحال ، ولو كانت حالًا منهما صارت معمولًا لعاملين (٦) ، وهذا لا يصح .

١٣١٤١ - ولأن ما لا يجوز السلم في أطرافه لم يجز في جملته . لأنا قلنا : في أطرافه ، وليس البيض طرفا ، ولو قلنا : في أجزائه لم يلزم ؛ لأن أجزاء البيض المقصودة بالعقد يجوز السلم فيها بالصفرة والبياض ، وإنما لا يجوز فيما لا يتقوم (٧) ولا يقصد .

١٣١٤٢ - ولأن ما لا يضمن بمثله لا يجوز السلم فيه إذا لم يعرف قدره بغيره ، كالقسي والنبل ، والجوهر (٨) .

= بيع الحيوان بالحيوان » (٢٠/٨) ، الحديث (١٤١٣٣) ، وابن الجارود في المنتقي « باب المبايعات المنهي عنها من الغرر وغيره « ص ١٥٦ ، الحديث (٦١٠) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب استقراض الحيوان » (٦٠/٤) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٧١/٣) ، الحديث (٢٦٧) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » (٢٨٨/٥ ، ٢٨٩) .

(١) في (م) ، (ع) .

(٢) [مهبة] ، مكان : [مهيه] ، وهو تصحيف ، والزيادة : أثبتناها لمقتضي السياق ، وقوله : [بالكالئ] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . والحديث أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٧١/٣ ، ٧٢) ، الحديث (٢٦٩ ، ٢٧٠) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » ، في « النهي عن بيع الكالئ بالكالئ » (٥٧/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [صفة] ، بدون الباء .

(٤) في (م) : [أن يكون] .

(٥) في (م) ، (ع) : [العام] ، مكان : [العامل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بعاملين] ، مكان : [لعاملين] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فيما يتقوم] ، بدون : [لا] .

(٨) قاعدة : « ما لا يضمن بمثله لا يجوز السلم فيه إذا لم يعرف قدره بغيره » .

١٣١٤٣ - فإن قيل : القسي من أنواع مختلفة إذا زاد القِرْف على الخشب كان أفضل من زيادة الخشب [١] ، ويمكن وصفه حتى يحمل على تساوي الأجزاء أو غلبها .

١٣١٤٤ - فإن قيل : المعنى فيه : أنه لا يثبت في الذمة مهرا ، لم نسلم ذلك في القسي ، فأما الجوهر فمسلَّم إلا أنه قد يثبت في الذمة مهرًا ما لا يجوز أن يثبت سلمًا [٢] ، كمهر المثل في العقد الصحيح .

١٣١٤٥ - ولأن فساد المهر لا يوجب فساد النكاح ، فجهالته لا تمنع [٣] ثبوته ، والسلم بخلافه ، ويبطل بتعليم [٤] القرآن يجوز أن يكون عندهم مهرًا ، ولا يجوز أن يكون سلمًا .

١٣١٤٦ - قالوا : قال البويطي : يجوز السلم في المنافع .

١٣١٤٧ - قلنا : ذاك إجارة بلفظ السلم ، كما قال : يجوز بيع المنافع ، بمعنى : يجوز إجارتها بلفظ البيع .

١٣١٤٨ - ولأن ما يجوز السلم فيه إذا لم يذكر سنه لا يجوز ، وإن ذكر سنه كالفهد والأسد جاز [٥] .

١٣١٤٩ - ولأنه سلم في حيوان ، كالسلم في غيره [٦] .

١٣١٥٠ - ولأن ما لا يجوز السلم فيه إذا كان رأس المال اللحم لم يجز ، وإن كان رأس المال غيره كالقسي جاز ، ويعني به : اللحم من جنس المسلم فيه [٧] .

١٣١٥١ - ولأنه إذا أسلم [٨] في رَبَاع مؤجل لم يخل أن يكون فيها رَبَاع عند العقد ، أو فيها لم يبلغ ذلك ، فإن تناول العقد الرَّباع في الحال فهو يصير عند حلول الأجل أكثر من رباع ، وإن تناول ما هو أنقص من ذلك وقع السلم في معدوم ، وقد

---

(١) في (م) ، (ع) : [القرب] ، مكان : [القرف] ، وهو تصحيف ، والخشب في المكانين بدون نقط . قال المطرزي : « والقِرْفَة : قشرة شجر يتداوي به وبها » ، وفي لسان العرب : « وكل قشر ، قِرْف بالكسر ، ومنه : قرف الرمانة ، وقرف الخبز الذي يقشر ويبقي في التنور » ، راجع المغرب ، « القاف مع الراء المهملة « ص ٣٧٩ ، لسان العرب ، مادة : « قرف » (٣٥٩٩/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [تسلمًا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .

(٤) قوله : [بتعليم] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) لفظ : [جاز] غير واضح في (ص) .

(٦) لفظ : [البياع] غير واضح في (ص) .

(٧) لفظ : [فيه] ساقط من (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [إذا سلم] .

دللنا على أن ذلك لا يجوز .

١٣١٥٢ - وهذه المسألة مبنية على : أن الحيوان لا يضبط بالصفة الضبط الذي يصير به معلومًا في السلم ؛ لأن المقصود منه معاني [١] عن السن والسمن واللون وهو عظم الحلقة والقوة وقد يضيق الحيوان في السن ، والغلة والعبالة [٢] ، وكثرة الحمل وشدة السير ، فلم تستغرق [٣] الصفة هذه المقاصد .

١٣١٥٣ - لا يسمي التفاضل في بني آدم ؛ بدلالة : قوله ﷺ : « ما من شيء يفضل الواحد منه ألفا من جنسه إلا الآدمي » [٤] .

١٣١٥٤ - ولأنه يظهر من نفسه حالًا [٥] ، وما هي عليه .

١٣١٥٥ - ولأن المنزلة المطلوبة من الحيوان لا تعلم إلا بالاختيار [٦] وذلك لا يأتي الوصف عليه .

١٣١٥٦ - فإن قيل : فرض الله على بني إسرائيل ذبح [٧] بقرة ووصَفَهَا ، فصارت معلومة لهم .

١٣١٥٧ - قلنا : الصفات المفروضة التي كانت عليهم تضبط بالصفة ، ولم يكن المقصود من الإيجاب كل الصفات التي لا تأتي الصفة عليها ، وهذا مقصود في السلم .

١٣١٥٨ - وقوله ﷺ - : « لا تصف المرأة المرأة [٨] لزوجها حتى كأنه شاهدها » [٩] - لا دلالة فيه ؛ لأن الغرض في صفات النساء ذكر ما يتعلق قلب الرجل به من الحسن ، وهذا يمكن وصفه ، والمقصود في السلم ما يزيد على ذلك [١٠] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [معاينا] ، وفي (ص) : [كذلك] ، بدون نقط .

(٢) في (ص) : [الغبالة] ، وكذلك (م) بدون نقط ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) في (م) : [فلم يستغرق] .

(٤) لم نجد هذا الحديث .

(٥) في (م) : [مالا] .

(٦) في جميع النسخ : [لا يعلم] ، والصواب : [لا تعلم] ، وفي (ص) : [الأخبار] ، مكان : [الاختيار] .

(٧) لفظ : [ذبح] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) لفظ : [المرأة] الثاني ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) أخرجه أحمد في المسند (٣٨٠/١) ، والبخاري في الصحيح « كتاب النكاح » ، « باب لا تباشر المرأة المرأة » (٢٦٧/٣) .

(١٠) قوله : [على ذلك] ساقط من (م) ، (ع) .

١٣١٥٩ - قالوا : فقد أوجب اللَّه تعالى الحيوان في الزكاة والديَّة ، فدل على أنه معلوم .

١٣١٦٠ - قلنا : الصفات التي علق اللَّه تعالى [١] الوجوب بها لا يجوز الاقتصار عليها في السلم .

١٣١٦١ - فإن قيل : بيع الحيوان المشاهد جائز وإن لم تدل المشاهدة [٢] على الصفات الباطنة من الفرق اليسير [٣] .

١٣١٦٢ - قلنا : كما يجوز في صبرة مشاهدة مجهولة القدر ، فلا يجوز السلم كذلك [٤] ويجوز ابتياع القسي والغالية ، ولا يجوز السلم فيها .

١٣١٦٣ - فإن قيل : لو أسلم في العصافير لم يجز عندكم ، وهي لا تختلف ولا تتفاوت [٥] .

١٣١٦٤ - قلنا : إذا ثبت في الحيوان المختلف ثبت في العصافير بالإجماع .

١٣١٦٥ - ولأن العصافير لا يجوز السلم [فيها] ؛ لأنها لا تتباين [٦] في العادة ولا يحبس المتوالد ، والسلم فيها في معنى السلم في المعدوم ، وإذا ثبت أن الحيوان لا تُضْبَطُ صفته لم يجز [٧] السلم فيه ، كالرؤوس ، والأكارع ، والقسي ، وهذه الطريقة أكثر أصحابنا عليها .

وقد حكى عمرو بن أبي عمرو [٨] ، عن محمد : أنها تُضْبَطُ بالصفة ، وقال : وصف شاة أسهل من وصف ديباجة ، وإنما امتنعت من السلم للآثار .

١٣١٦٦ - احتجوا : بما روى عطاء بن يسار ، عن أبي رافع « أن النبي ﷺ

---

(١) لفظ : [تعالى] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الشهادة] .

(٣) في (م) : [من الغريق السير] ، وفي (ع) : [من الفريق السبر] ، وفي (ص) غير واضح ، يبدو أنه مصحف ؛ لأنه هكذا لا يستقيم المعنى .

(٤) في (ص) : [لذلك] .

(٥) في (م) : [لا يختلف ولا يتفاوت] .

(٦) ما بين المعكوفتين مزيد من (م) ، (ع) ، ولفظ : [لا تتباين] غير واضح في (ص) .

(٧) في (ع) : [لا يجز] .

(٨) عمرو بن أبي عمرو ، من أصحاب محمد بن الحسن ، وقال الصيمري : هو جد أبي عروبة الحراني . راجعه في : أخبار أبي حنيفة « ذكر أصحاب أبي يوسف وزفر ، ومحمد بن الحسن « ص ١٦٤ ، الجواهر المضية (٦٧٧/٢) ، الترجمة (١٠٨٤) .

استسلف من رجل بِكْرًا فجاءته إبل من الصدقة فأمرني أن أقضيه إياه » [(١)] .

١٣١٦٧ - قالوا : ومعنى استسلف : استقرض .

١٣١٦٨ - قلنا : هذا القرض لم يكن دينًا في ذمته ؛ لأنه لو كان كذلك لم يجز أن يقضيه من الصدقة ، وهي محرمة ، فيحتمل : أن يكون استسلف زكاته ، فحال الحول ولا زكاة على السلف ، فقضاه من حق الفقراء ، أو يكون [(٢)] : استقرض للمسلمين ، فثبت القرض في بيت المال ، ولم يثبت في ذمته ، فجاز أن يثبت مع الجهالة ، كما يثبت المجهول لبيت المال .

١٣١٦٩ - قالوا : روى عبد الله بن عمرو ﷺ[(٣)] « أن النبي ﷺ أمره أن يجهز جيشًا ، قال عبد الله : وليس عندنا ظهر ، قال : وأمرني أن أبتاع ظهرًا إلى خروج المصدق ، فابتعت البعير بالبعيرين [وبالأبعرة ، إلى خروج المصدق بأمر رسول الله ﷺ] » [(٤)] .

١٣١٧٠ - قلنا : هذا الخبر ذكره في السنن ، وفيه : « فأمره أن يأخذ من قلائص الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين [إلى إبل الصدقة » [(٥)] ، ومعنى هذا : أنه أمره أن يستسلف من أرباب الأموال الزكاة وأخذ البعير الكبير الذي يصلح للقتال بالبعير] [(٦)] من أسنان الصدقة ، وهذا جائز عندنا .

١٣١٧١ - فإن ثبت قوله : « فأمرني أن أبتاع ظهرًا » ، فمعناه : آخذ من أرباب الأموال البعير بالبعير ، وسمى ذلك بيعًا ؛ لأن البيع صرف شيء إلى شيء ، ويجوز أن يكون : فآخذ ذلك من أهل الحرب ، والربا معهم جائز ، وقد كان يستعين بهم وبأموالهم في الحروب ، فيجوز أن يبتاع منهم ؛ ألا ترى : إلى ما روي : « أن النبي ﷺ

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند « كتاب الاستقراض » (١٧٠/٢) ، الحديث (٥٩٤) ، والأم « باب بيع الحيوان والسلف فيه » (١١٧/٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ويكون] .

(٣) قوله : [لبيت المال] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي جميع النسخ : [عبد الله بن عمر] ، وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٤) أخرجه الدارقطني باختلاف يسير في السنن « كتاب البيوع » (٦٩/٣) ، الحديث (٢٦١) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه بعضه ببعض نسيئة » (٥/ ٢٨٧ ، ٢٨٨) ، وعبد الرزاق ، في المصنف ، « كتاب البيوع » ، « باب بيع الحيوان بالحيوان » (٢٢/٨ ، ٢٣) ، الحديث (١٤١٤٤) .

(٥) تقدم تخريجه بهذا اللفظ في مسألة (٥٧٨) ، هامش (٢٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

كتب [١] إلى يهود قينقاع : نحن وأنتم من أهل الكتاب ، فإما أن تعينونا على قتال أهل الشرك ، أو تعيرونا » [٢] ، فاستعان بهم واستعار منهم ، وكذلك يجوز أن يكون ابتاع منهم ، ويجوز أن يكون ابتاع لبيت المال ، بدليل : أنه شرط قضاءه من الصدقة ، وديون النبي ﷺ لا تقضي منها ، ويجوز أن يثبت الولى لبيت [٣] المال حقوقا مجهولة ، ولهذا جعل الأجل مجهولًا ، وهو خروج المصدق .

١٣١٧٢ - فإن قيل : إذا شرط قضاء القرض من مال بعينه لم يتعلق به ، كذلك قضاء الدين .

١٣١٧٣ - قلنا : ذلك لأنه يثبت في الذمة ههنا مايثبت في ذمته ، فثبت في بيت المال .

١٣١٧٤ - قالوا : خروج المصدق كان أجلًا معلومًا ؛ لأنه كان يخرج في المحرم .

١٣١٧٥ - قلنا : هذا كقدوم الحاج الذي يجوز [٤] أن يتقدم أو يتأخر ، كالحصاد .

١٣١٧٦ - قالوا : روي عن عليٍّ (ﷺ) : « أنه باع جملًا يقال له : عصيفير بعشرين بعيرًا إلى أجل » [٥] .

١٣١٧٧ - ورُوِيَ : « أن عبد اللّٰه بن عمر ﷺ اشترى راحلة بأربعة أبعرة يوفيها صاحبها بالرَّبذة » [٦] .

١٣١٧٨ - وروي عن القاسم بن عبد الرحمن ، عن [٧] عبد اللّٰه بن مسعود ﷺ : « أسلم في وُصَفاء أحدهم ، أبو زائدة مولانا » [٨] ، « وسئل عبد اللّٰه بن عمر عن السلم

---

(١) لفظ : [كتب] ساقط من (ع) .

(٢) تقدم تخريجه في مسألة (٥٧٨) ، هامش (٢٥) .

(٣) توجد كلمة بعد لفظ : [يثبت] ساقطة من صلب (ص) مستدركة في الهامش وغير واضحة ، ولعلها هذه الكلمة المثبتة بين القوسين ، ولفظ : [لبيت] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) لفظ : [يجوز] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [بعشر] ، مكان : [بعشرين] ، وهو خطأ . وقد تقدم تخريجه في المسألة (٥٧٨) ، هامش (٣٤) .

(٦) تقدم تخريجه في مسألة (٥٧٨) .

(٧) في سائر النسخ : [القاسم بن محمد] ، والصواب ما أثبتنا من الأم ، والسنن الكبرى للبيهقي ، وفي (م) ، (ع) : [بن] ، مكان : [عن] .

(٨) في (م) ، (ع) : [وظائف أحدهما] ، مكان : [وصفاء أحدهم] . والوُصَفاء : جمع الوصيف ، وهو الغلام ، والجارية وصيفة ، وجمعها : وصائف . راجع : المغرب ص ٤٨٦ ، المصباح المنير ، مادة : =

في الوصائف ، ، فقال : لا بأس به » [١] .

١٣١٧٩ - وروى ابن جريج ، عن عطاء ، عن ابن عباس ﷺ : « أنه لم ير بذلك بأسًا » [٢] .

١٣١٨٠ - والجواب : ما روي أن عمر ﷺ خطب الناس ، فقال : « إن الناس يقولون : إن عمر أعلم الناس بأبواب الربا ولئن كنت أعلمكم بها ، لأحب إليَّ من مصر وكورها / إلا أن من الربا أبوابا [٣] لا يخفين على أحد ، منها : السلم في السن [٤] ، وبيع الذهب بالورق عن تأخر » [٥] .

٥٣

١٣١٨١ - وروى شعبة ، عن قيس [بن مسلم ، عن طارق بن شهاب] [٦] قال : « أسلم زيد بن خليدة إلى عتريس بن عرقوب في قلائص [٧] كل قلوص بخمسين ، فلما جاء الأجل جاءه فأعطاه ، فأتى ابن مسعود لينظر فنهاه عن ذلك ، فأمره أن يأخذ رأس ماله » [٨] .

١٣١٨٢ - وروى شعبة ، عن عمار الذهبي ، [عن سعيد بن جبير] قال : « كان

= « وصف » (٦٣٢/٢ ، ٦٣٣) . وهذا الأثر : رواه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع والأقضية » ، في « من رخص في السلم في الوصفاء وفي الحيوان » (١٩٥/٥) ، الأثر (١) ، وذكره الشافعي في الأم « باب الاختلاف في أن يكون الحيوان نسيئة (١٢١/٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب من أجاز السلم في الحيوان » (٢٣/٦) .

(١) سيأتي تخريج هذا الحديث مطولًا في هامش (٦٤) من هذه المسألة .

(٢) لم نقف على هذا الأثر من هذا الوجه بعد . وقد أخرجه ابن أبي شيبة بهذا اللفظ في المصنف (١٩٦/٥) ، الأثر (١٠) .

(٣) من قوله : [قال أصحابنا لا يجوز السلم في الحيوان] إلى قوله : [لأحب إليَّ من مصر وكورها] غير واضح في (ص) لسوء التصوير ، ولفظ : [الربا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) : [أبواب] بالرفع ، وفي (ع) : [أبواب الربا] ، بالتقديم والتأخير .

(٤) في جميع النسخ : [السنين] ، وما أثبتناه من كتب الحديث .

(٥) في (م) ، (ع) : [غير] ، مكان : [عن] ، وفي (ع) : [متأخر] ، مكان : [تأخر] . أخرجه محمد في كتاب الحجة « كتاب البيوع » ، « باب ما يكره من بيع الرقيق والحيوان » ، وعبد الرزاق وأثر عمر في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب السلف في الحيوان » (٢٦/٨) ، الأثر (١٤١٦١) ، وابن أبي شيبة مختصرًا في المصنف « كتاب البيوع » ، في « من كرهه » (١٩٧/٥) ، الأثر (٤) ، والبيهقي في الكبرى (٣٢/٦) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٧) في سائر النسخ : [أسلم زيد بن خليفة إلى عمر ليس لك غير قوت في قلائص] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . والقلائص ، جمع قَلُوص : وهي الناقة الشابة ، وتجمع على قِلاص وقُلص أيضًا . راجع : المغرب ، مادة : « قلص « ص ٣٩١ ، النهاية (١٠٠/٤) ، المصباح المنير (٤٨٨/٢) .

(٨) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٢٤/٨) ، الحديث (١٤١٤٩) ، والطحاوي في المعاني « كتاب البيوع » ، « باب استقراض الحيوان » (٦٣/٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف (١٩٧/٥) الأثر (٣) .

حذيفة يكره السلم في الحيوان » [١] .

١٣١٨٣ - وعن أبي نضرة أنه سأل [٢] ابن عمر عن السلف في الوصائف ، فقال : لا بأس به ، فقلت : إن أمراءنا ينهون عن ذلك ، قال : فأطيعوا أمراءكم ، قال : وأمراؤنا [٣] يومئذ عبد الرحمن بن سمرة ، وأصحاب النبي ﷺ [٤] .

١٣١٨٤ - ذكر هذه الأخبار التي [٥] بعد حديث عمر ﷺ الطحاوي .

١٣١٨٥ - وذكر أصحابنا عن عليٍّ ، وجابر ، وابن عباس والحكم بن عمرو الغفاري ﷺ مثل قولنا [٦] .

١٣١٨٦ - فأما خبر ابن عمر ﷺ فالصحيح : « أنه ابتاع بعيرًا بأربعة أبعرة مضمونة بالربذة » ، وهذا بيع الغائب وشرطُ الضمان ؛ لأن من مذهب ابن عمر ﷺ : أن البائع لا يضمن البيع إلا بالشرط ، وأكثر أحوال هذه الروايات أن تدل على أن في [٧] هذه المسألة خلافًا بين [٨] الصحابة ، فلا يستدل بقول بعضهم .

١٣١٨٧ - قالوا : كل عين صح أن تكون في الذمة مهرًا صح أن تكون في الذمة سلمًا ، كالثياب [٩] .

١٣١٨٨ - قلنا : السلم في الحيوان عندنا ربا ، وكل مهر [١٠] [على ملك المالك إن

---

(١) الزيادة : من معاني الآثار للطحاوي ، وفي جميع النسخ : « خدعة » ، مكان : « حذيفة » ، والصواب ما أثبتناه من معاني الآثار . وهذا الأثر : أخرجه الطحاوي بهذا الإسناد واللفظ ، في المعاني ، الباب السابق (٦٣/٤) ، وابن أبي شيبة مطولًا بمعناه في المصدر السابق ، الأثر (٩) .

(٢) في (م) ، (ع) : [عن ابن بصرة] ، مكان : [وعن أبي نضرة] ، وفي جميع النسخ : [سأل عن] ، بزيادة : [عن] ، والصواب ما أثبتناه بحذف : [عن] .

(٣) في سائر النسخ : [وأميرنا] ، والصواب ما أثبتناه في كتب الحديث .

(٤) أخرجه الطحاوي في المصدر السابق ، وابن أبي شيبة في المصنف ، « كتاب البيوع والأقضية » ، في « من رخص في السلم في الوصفاء وفي الحيوان » ، وفي : « من كرهه » (١٩٦/٥ ، ١٩٧) ، الأثر (١٠ ، ١١)

(٥) في (ص) ، (م) : [الذي] ، وهو ساقط من (ع) ، والصواب ما أثبتناه .

(٦) في (ع) : [عمر الغفاري] . وقد تقدم تخريج آثار هؤلاء الصحابة ، خلا أثر جابر ﷺ في مسألة (٥٧٨) ، ولم نهتد إلي أثر جابر (ﷺ) بعد .

(٧) في (م) ، (ع) : [يدل] ، مكان : [تدل] ، ولفظ : [في] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [بين] .

(٩) قاعدة : « كل عين صح أن تكون في الذمة مهرًا صح أن تكون في الذمة سلمًا » .

(١٠) في (ص) : [شيء] ، مكان : [مهر] .

كان عينا] [(١)] ، فأما الدين فهو في مقابلة البضع ، وذلك لا يثبت فيه الربا .

١٣١٨٩ - ولأن المانع من ثبوت الحيوان في الذمة الجهالة ، وعقد النكاح سومح فيه في باب الجهالة ؛ ألا ترى : أنه يعقد على امرأة غير مشاهدة ولا موصوفة ، ومثل هذا لا يجوز في السلم ، فلما سومح بالجهالة في أحد عوضي النكاح سومح في الآخر ، والسلم بخلافه .

١٣١٩٠ - ولأن الثابت في الذمة هو الذي يلزم من عليه الحق تسليمه مع بقاء العقد ، والمهر يخير فيه الزوج عندنا ، إن [(٢)] شاء سلمه ، وإن شاء [رجع بفعله] [(٣)] عن حقه ، فكيف يسلم ثبوته في الذمة على الإطلاق ، والمعنى في الثياب : أن مقدارها يعرف .

١٣١٩١ - قالوا : جنس معلومة ، فصح أن يكون الحيوان عوضًا لأن الذمة فيه [(٤)] أمثله الأنكحة ، والكتابة ، والصلح من دم العمد ، والخلع .

١٣١٩٢ - قلنا : قد بينا الفرق بين البيع وغيره ؛ لأن الربا لا يثبت في غير الأموال ومنافعها ، وفي النكاح : المال في مقابلة [(٥)] الاستباحة ، والكتابة تثبت [(٦)] الحيوان بدلًا عن العتق ، وفي الصلح عن دم العمد بدلًا عن القصاص ، فلا يثبت في ذلك الربا .

١٣١٩٣ - ولأن النكاح ينعقد صحيحًا من غير [(٧)] بدل ، فيجوز أن ينعقد ببدل لا يستقر في الذمة ، والبيع [(٨)] بخلافه .

١٣١٩٤ - وأما الخلع فهو في معنى النكاح ولأن الزوج يملك بالنكاح البضع ، والمرأة تملك عليه بالخلع [(٩)] .

١٣١٩٥ - وأما الصلح فيجوز أن يثبت الحيوان فيه بدلًا من طريق الحكم ، فجاز أن يثبت بالعقد ، ولا يثبت بالحيوان في السلم حكمًا ، ولا يثبت بالعقد .

---

(١) ما بين القوسين بدل العبارة المضطربة الواردة في النسخ جميعها ، ولفظها : « وكل مهر ملك الملك إن نافع الملك » .

(٢) في (م) ، (ع) : [وإن] ، بزيادة الواو .

(٣) ما بين القوسين زائد ليستقيم المعنى .

(٤) لفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) لفظ : [مقابلة] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (ص) : [ثبت] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بغير] ، مكان : [من غير] .

(٨) في (م) ، (ع) : [البيع] بدون الواو .

(٩) في (م) ، (ع) : [البضع] ، مكان : [الخلع] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

١٣١٩٦ - فأما الكتابة فهي عقد المولى مع عبده والربا ليس [1] بينهما ؛ ولأن المال عوض عن العتق ، والربا لا يثبت في ذلك .

١٣١٩٧ - قالوا : كل ما وجب فيه الزكاة جاز السلم فيه ، كالحبوب .

١٣١٩٨ - قلنا [2] : الحبوب يعلم قدرها بغيرها ، فإذا جاز بيعها جاز السلم فيها ، والحيوان مختلف لا يعرف قدره بغيره .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ليست] .
(٢) في (ص) : [لنا] ، مكان : [قلنا] .

مسألة ٦٦٢

استقراض ما لا مثل له

١٣١٩٩ - قال أصحابنا : لا يجوز استقراض ما لا مثل له [١] .

١٣٢٠٠ - وقال الشافعي : يجوز القرض في كل شيء جاز [٢] بيعه ، إلا الجواري اللاتي لا يحل للمستقرض وطؤهن [٣] .

١٣٢٠١ - لنا : أن ما لا يلزم شيء مثله لا يجوز استقراضه ، كالسباع .

١٣٢٠٢ - ولأن كل تمليك [٤] يصح [يصح في الجوارى يصح] فيما يجوز استباحته [٥] منهن بالبيع ، فلذا لم يصح استقراضهن .

ولأنه كالعين المأخوذة ، ولهذا لا يجوز تأجيله ، كما لا يجوز تأجيل الأعيان ، وما لا مثل له لم يضمن بقيمته ولا يصح أن يجعل المردود كالعين المأخوذة .

١٣٢٠٣ - واحتجوا : بما روى أبو رافع « استسلف رسول الله ﷺ بكرًا [٦] ، فجاءته إبل [من] الصدقة ، [قال أبو رافع] : فأمرني [رسول الله ﷺ] أن أقضي

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة ، « فصل ، قرض مال بمثله » (٤١٦/١) ، مسألة (٢٣١٩-٢٣٢١) .

(٢) في جميع النسخ : [من كل شيء] ، ولعل الصواب ما أثبتناه ، أو : [بكل شيء] ، وفي (ص) : [جائز] ، مكان : [جاز] .

(٣) راجع : المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، « باب القرض » ، « فصل : ويجوز قرض كل مال يملك بالبيع » ، و« فصل : ويجوز استقراض الجارية لمن لا يحل له وطؤها ا١٩٦ » (١٦٨/١٣ ، ١٦٩) ، حلية العلماء « باب القرض » (٣٩٥/٤ - ٣٩٧) ، المدونة « جامع القرض » (١٣٠/٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب حكم السلف وهو القرض » (٧٢٨/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثامن في السلف وهو القرض » ص٢٩٥ الكافي لابن قدامة « باب القرض » ، « فصل : ويصح قرض كل ما يصح السلم فيه » (١٢٢/٢ ، ١٢٣) ، المغني « باب القرض » : « فصل : ويجوز قرض المكيل والموزون » ، وفصل : فأما بني آدم » (٣٥٠/٤ ، ٣٥١) ، الإنصاف « باب القرض » (١٢٣/٥ ، ١٢٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [تملك] .

(٥) ما بين القوسين بدل ما جاء في النسخ بلفظ : [في المماليك صح] ، وفي (ص) : [استباعته] ، بدل : [استباحته] .

(٦) في جميع النسخ : [لرسول الله] ، بزيادة اللام ، والصواب ما أثبتناه من كتب الحديث . والبكرُ ، بالفتح : الفتيُّ من الإبل ، والجمع : أبكُر وبكار . راجع : المغرب « الباء مع الكاف » ص٤٩ ، النهاية (١٤٩/١) ، المصباح المنير ، مادة : « بكر » (٥٩/١) ، المعجم الوسيط (٦٦/١) .

الرجل بِكرةً ، فقلت : « لم أجد في الإبل إلا جملًا خيارًا رباعيًا [١] ، فقال رسول الله ﷺ اعطه [إياه] ، فإن خيار الناس أحسنهم قضاء » [٢] .

١٣٢٠٤ - قلنا : هذا كان قبل تحريم الربا ، وقد كان يجب [٣] في الحيوان المثل .

١٣٢٠٥ - وقد روي : « أن رجلا وطئ جارية امرأته فقضي النبي ﷺ بمثلها » [٤] ، ثم نسخ ذلك ، ووجب في المتلفات التي ليس لها مثل [٥] القيمة ، ففي الحال التي كان الحيوان يضمن بمثله كان يجوز قرضه .

١٣٢٠٦ - ولأن النبي ﷺ لا يجوز له أن يقترض لنفسه ويقضي من الصدقة ؛ لأنها محرمة عليه ، فثبت أنه استقرض [٦] لبيت المال ، وذلك يثبت مع الجهالة ، ألا ترى : أن [٧] العامل يجوز أن يشترط له سهم [٨] من الصدقة ، ولا يجوز في الإجارات مثل ذلك .

١٣٢٠٧ - فإن قيل : ليس يمتنع أن يكون لقرض نفسه ، ثم استقرض من الزكاة ، فقضاه .

---

(١) في (ص) : [لم أجد من الإبل إلا إبلًا مامًا رباعًا] ، وفي (م) ، (ع) : [لم آخذ من الإبل إلا أثلاثًا بأرباع] ، والمثبت من كتب الحديث . والرَّبَاعي : وهو من الإبل الذي دخل في السابعة ، والرباعيات : من الأسنان التي تلي الثنايا ، قال ابن الأثير : « يقال للذكر من الإبل إذا طلعت رباعيته : رباع ، والأنثي : رباعية بالتخفيف ، وذلك إذا دخلا في السنة السابعة » . راجع : المغرب « الراء مع الباء الموحدة » ص١٨١ ، النهاية (١٨٨/٢) ، لسان العرب ، مادة « ربع » (١٥٦٧/٤) .

(٢) الزيادات ، ولفظ : [رسول الله] الأخير من موطأ مالك ، وفي جميع النسخ مكانه : [النبي] . والحديث رواه مالك في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما يجوز من السلف » (٦٨٠/٢) ، الحديث (٨٩) ، والشافعي في الأم « باب بيع الحيوان والسلف فيه » (١١٧/٣) ، وفي المسند « كتاب الاستقراض » (١٧٠/٢ ، ١٧١) ، الحديث (٥٩٤ ، ٥٩٥) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب من استسلف شيئًا فقضى خيرًا منه » (١٢٢٤/٣) ، الحديث (١١٨ / ١٦٠٠) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في حسن القضاء » (٢٤٣/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في استقراض البقر أو الشيء من الحيوان أو السن » (٦٠٠/٣) ، الحديث (١٣١٨) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [يجب] .

(٤) هذا الحديث : أخرجه الطحاوي بلفظ : « أن رجلًا زنا بجارية امرأته ، فقال النبي ﷺ : « إن كان استكرهها فهي حرة ، وعليه مثلها ، وإن كانت طاوعته فعليه مثلها » ، في المعاني « كتاب الحدود » ، « باب الرجل يزني بجارية امرأته » (١٤٤/٣) .

(٥) لفظ : [مثل] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي جميع النسخ : [التي لها مثل] ، ولعل الصواب بزيادة : [ليس] ، أي : التي ليس لها مثل ؛ لأن القاعدة عند الفقهاء ، المثلي يضمن بالمثل ، والقيمي بالقيمة .

(٦) في (ص) : [أن الاستقراض] ، مكان : [استقرض] .

(٧) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) . (٨) في (م) ، (ع) : [منهم] ، مكان : [سهم] .

١٣٢٠٨ - قلنا : إذا لم تحل [١] له لم يجز أن يقترضها ، ولهذا أخذ التمرة [٢] من فم الحسن فألقاها [٣] ، ولم يتركه يأكلها ويعوض مثلها .

١٣٢٠٩ - فإن قيل : إنما يثبت في ذمة النبي ﷺ ولو أن القرض لبيت المال ، وإلا فكيف يثبت الدين في بيت المال ؟ .

١٣٢١٠ - قلنا : كما يثبت في [حق الولى ، أو] [٤] كما تثبت الجناية في رقبة العبد .

١٣٢١١ - قالوا : فكيف يقضيه أفضل من ماله وهو تبرع [٥] بمال الفقراء ، .

١٣٢١٢ - قلنا : يجوز أن يكون القرض من صنف الصدقة بوضع [٦] الفضل فيه ، فوضع الفضل فيه [٧] .

١٣٢١٣ - قالوا : كل ما صح أن يكون في الذمة مهرًا صح أن يكون فيها قرضًا ، كالثياب .

١٣٢١٤ - وقد أجبنا عن هذه العلة في المسألة التي قبل هذه .

١٣٢١٥ - قالوا : ما صح أن يستقرضه لبيت المال صح أن يستقرضه لنفسه ، كالدراهم .

١٣٢١٦ - قلنا : قد بينا أن بيت المال يثبت له حقوق مجهولة ، فلذلك يثبت عليه ، والذم بخلاف هذا ، ويجوز أن يعجل لبيت المال ببدل المسلم فيه [٨] وإن لم يجز لغيره ، ولذلك [٩] يجوز استقراض المجهول له ، وإن لم [١٠] يجز لغيره .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم يحل] . (٢) في (م) ، (ع) : [الثمرة] .

(٣) هذا الواقعة رواها البخاري في الصحيح ، في « الزكاة » ، « باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ » (١/٢٦٠) ، وفي « الجهاد والسير » ، « باب من تكلم بالفارسية » (٢/١٨٢) ، ومسلم نحوه في الصحيح « كتاب الزكاة » ، « باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ وعلى آله » (٢/٧٥١) ، الحديث (١٠٦٩/١٦١) ، والدارمي في السنن « كتاب الزكاة » ، « باب الصدقة لا تحل للنبي ﷺ ولا لأهل بيته » (١/٣٨٧) وأحمد في المسند (١/٢٠٠) .

(٤) في (م) ، (ع) : [دله] وفي (ص) : [دعر] ، وما بين القوسين بدل من : « دله البيت هو » الذي لا يتعلق به معنى . (٥) في (ع) : [يتبر] .

(٦) في جميع النسخ : [صنعًا] بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه ، وفي (م) ، (ع) : [موضع] ، مكان : [بوضع] .

(٧) قوله : [فوضع الفضل فيه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [لا يجوز أن يعجل لبيت المال لحرس التمول فيه] ، وفي (ص) بحرس للتمول فيه ، وقد أبدلنا هذا كله بما أثبتناه بين القوسين حرصا على المعنى .

(٩) في (ص) : [وكذلك] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بأحد] وكذلك في (ص) بدون نقط ، ولفظ : [لم] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش ، وبالجملة والعبارة : من قوله : [ولا يجوز أن يعجل] إلى آخره غامضة ، ولا تعدل معنىً مستقيمًا .

مسألة ٦٦٣

السلم في رأس المال الذي يتعلق العقد على قدره

١٣٢١٧ - قال أبو حنيفة : إذا كان رأس المال مما يتعلق العقد [١] على قدره لم يصح السلم حتى يسمى قدره وإن أشار إليه ، فإن كان مما لا يتعلق العقد على قدره جاز السلم إذا شاهد عينه وإن لم يعرف مقداره ، كالثوب [٢] .

١٣٢١٨ - وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يجوز حتى يكون معروف القدر والصفات ، وسواء كان ثوبًا أو غيره ، وهل يجوز أن يكون مما لا يجوز السلم فيه ؟ قولان .

وقال في القول الآخر : يجوز إذا كان معينًا وإن لم يعرف قدره [٣] .

١٣٢١٩ - لنا : قوله ﷺ « لا ربا إلا في النسيئة » [٤] .

١٣٢٢٠ - ولأنه بدل في السلم فجاز أن تكون معرفة قدره شرطًا [٥] . أصله : إذا

---

(١) لفظ : [العقد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) اشترط أبو حنيفة رحمه الله في جواز السلم فيما يتعلق العقد فيه بالقدر - كالمكيلات ، والموزونات ، والمعدودات المتقاربة - بيان قدر رأس المال . راجع : تحفة الفقهاء ، في « شرائط جواز السلم » (٩/٢ ، ١٠) ، بدائع الصنائع « كتاب البيوع » ، « فصل : وأما شرائط الركن » (٢٠١/٥ ، ٢٠٢) ، الهداية مع البناية (٤٤٣/٧ ، ٤٤٤) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٩٠/٧ ، ٩١) .

(٣) قال المزني : « قلت : والذي اختاره الشافعي أن لا يسلف جزافًا من ثياب ولا غيرها ، ولو كان درهمًا حتى يصفه بوزنه وسكته » . راجع : مختصر المزني « باب السلم » ص٩٠ ، ٩١) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب السلم » ، « فصل : ولا يجوز السلم إلا في قدر معلوم » (١٣٣/١٣ - ١٣٦) ، حلية العلماء « باب السلم » (٣٧٧/٤) ، المدونة ، في « التسليف في الرؤوس والأكارع » وفي « التسليف في الحيتان والطير » (١٢٥/٣) ، المنتقى « الباب الثالث أن يكون المسلم فيه مقدرًا » (٢٩٦/٤) ، التفريع ، الباب السابق (١٣٤/٢ ، ١٣٥) ، بداية المجتهد « كتاب السلم » (٢٢١/٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب السلم » (٢٦/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب العاشر في السلم » ص٢٧٢ ، الكافي لابن قدامة ، الباب السابق « فصل : الشرط الثاني » (١١١/٢) ، المغني « مسألة : إذا كان بكيل معلوم إلخ » (٣١٨/٤ ، ٣٢٠) ، الإنصاف « باب السلم » (١٠٦/٥) .

(٤) أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بيع الدينار بالدينار نسأ » (٢١/٢) ، ومسلم بلفظ : « الربا في النسيئة » ، وبلفظ : « إنما الربا في النسيئة » ، في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب بيع الطعام مثلًا بمثل » (١٢١٧/٣ ، ١٢١٨) ، الحديث (١٠١ ، ١٥٩٦/١٠٢) .

(٥) في سائر النسخ : [شرط] ، والصواب ما أثبتناه .

كان في الذمة .

١٣٢٢١ - فإن قيل : إذا كان في الذمة فهوغير معلوم بالمشاهدة .

١٣٢٢٢ - قلنا : لا يمتنع أن يعلم الشهادة بغير معرفة مقداره ، كقرض (١) رأس مال المضاربة .

١٣٢٢٣ - ولأنه أحد بدلي (٢) عقد السلم ، فوجب أن يكون معرفة ما يتعلق بالعقد على مقداره منه شرطًا (٣) . أصله : المسلم فيه .

١٣٢٢٤ - فإن قيل : لا يصح اعتبار رأس المال بالمسلم فيه ؛ لأن الثوب إذا كان السلم فيه وجب اعتبار قدره ، ولو كان رأس المال مالا (٤) لم يجب .

١٣٢٢٥ - قلنا : لأنه إذا كان رأس مال لم يتعلق العقد على مقداره ، وإذا كان مسلمًا فيه تعلق العقد على قدره .

١٣٢٢٦ - ولأن كل ما شرط في السلم معرفة قدره إذا كان رأس المال في الذمة . فإنه شرط ، وإن أشير إلى دراهم بعينها (٥) . أصله : قدر المسلم فيه .

١٣٢٢٧ - ولأنه عقد يقصد (٦) فيه الرفق بتأخير أخذ بدله ، فوجب أن يكون معرفة مقدار الأجل شرطًا . أصله : القرض .

١٣٢٢٨ - ولأن كل غرر وجهالة يجوز أن يطرأ على عقد السلم ، [يكون وصفه] (٧) شرطًا ، كما لو أسلم بمكيال رجل بعينه . ومعلوم أنه إذا أسلم دراهم لا يعرف قدرها جاز أن يستحق بعضها ، فلا يدري كم القدر الذي صح العقد فيه ، ويجوز أن يكون (٨) بعضها زيوفًا أو سُتوقة (٩) ، فلا يعلم مقدار الباقي من المسلم فيه ، فوجب أن تنتفي هذه الجهالة عن العقد بذكره (١٠) مقدار الدراهم .

---

(١) في جميع النسخ : [كالقرض] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) في (م) ، (ع) : [بدل] .

(٣) في جميع النسخ : [شرط] ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) في (ص) ، (م) : [مال] ، وهي زائدة لا يتعلق بها معنى .

(٥) قاعدة : « كل ما شرط في السلم معرفة قدره إذا كان رأس المال في الذمة فإنه شرط ، وإن أشير إلى دراهم بعينها » .

(٦) في (م) ، (ع) : [يعضد] .

(٧) ما بين القوسين بدل ما جاء في النسخ بلفظ : [ويمكن صفته] والأقرب للمعنى المستفاد من السياق ما أثبتناه .

(٨) في (م) ، (ع) : [إن كان] ، مكان : [أن يكون] .

(٩) في (ع) : [ستوقه] . قال ابن منظور : « درهم سَتُّوق وسُتُّوق : زيف بهرج لا خير فيه ، وهو معرب ، وكل ما كان على هذا المثال فهو مفتوح الأول إلا أربعة أحرف ، جاءت نوادر ، وهي سبوح ، وقدوس ، وذروح ، وستوق ، فإنها تضم وتفتح » . راجع : لسان العرب ، مادة : « ستق » (١٩٣٦/٣) ، المعجم الوسيط (٤١٧/١) .

(١٠) في (م) : [ذكره] بدون الباء .

١٣٢٢٩ - ولا يلزم : إذا أسلم ثوبًا ؛ لأن الاستحقاق يقع في جزء منه شائع فبقي [(١)] الثاني بقدر ما لم يستحق من الثوب ، وهو معلوم .

١٣٢٣٠ - ولا يلزم إذا أسلم ثوبين في كر حنطة أن الاستحقاق يجوز أن يوجد في أحدهما ولا تعرف قيمته ، فيجهل مقدار ما بقى [(٢)] ؛ لأن هذه المسألة لا رواية فيها [(٣)] ، ومن اعتل بهذه العلة قال : السلم لا يجوز .

١٣٢٣١ - فإن قيل : يبطل إذا أسلم ثوبًا فاحترق بعضه في يد رب السلم ، فإنه لا يعلم جهة الباقي .

١٣٢٣٢ - قلنا : لا يمكن الاحتراز منه ؛ لأنه لا يجوز أن يضبط البدل [(٤)] على أجزاء معينة / بين الثوب ، وبين الثوبين حتى يمكن الاحتراز إن سمى [(٥)] حصة كل واحد منهما . ١/أ

١٣٢٣٣ - فإن قيل : يبطل إذا أسلم مائة في كر على أن يرد المسلم إليه [(٦)] ثوبًا بعينه . إذ يجوز أن يملك هذا الثوب ، فلا يدري كم يرد من جنسه ولا كم يبقى من دراهم رأس المال .

١٣٢٣٤ - قلنا : قد ذكر أن هذه المسألة وجدت في نسخ قديمة على الخلاف عند أبي حنيفة ، ولا يجوز .

١٣٢٣٥ - فإن قيل : الجهالة التي يجوز أن تطرأ إنما هي جناية عند الفسخ [(٧)] ، فلا يجوز حفظ العقد منها ، كما لو اشترى ثوبين بألف جاز أن يهلك أحدهما ويعين حصة الآخر مجهولة ، ولا يؤثر في العقد .

١٣٢٣٦ - قلنا : الجهالة في السلم يجب أن تنفي [(٨)] عنه مع بقاء العقد من كل

---

(١) في (م) : [فيفي] ، وكذلك في (ص) ، (ع) بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٢) في (م) ، (ع) : [أن يؤخذ في أحدهما ولا يعرف قيمته فيجهل ما نفي] مكان المثبت .
(٣) قوله : [هذه المسألة لا رواية فيها] مكرر في هامش (ص) .
(٤) لفظ : [بدل] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) في (م) ، (ع) : [أن يسمي] .
(٦) لفظ : [إليه] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [يطري] ، مكان : [تطرأ] ، ولفظ : [جناية] غير واضح في (ص) ، (م) ، وفي (م) ، (ع) : [النسخ] ، مكان : [الفسخ] .
(٨) في (م) : [يبقى] وكذلك في (ع) بدون نقط .

المعقود عليه (١) وفي بعضه ، لأنه متى استحق بعض رأس المال فالجهالة قد حصلت في مقدار ما بقي .

١٣٢٣٧ - فأما البيع إذا هلك أحد العبدين فالجهالة لا تؤثر (٢) ، كما لا تؤثر الجهالة إذا باع بمكيال رجل بعينه وإن كان (٣) العقد لم يفسخ .

١٣٢٣٨ - احتجوا : بقوله ﷺ : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » (٤) ، فأمر بمعرفة قدر المسلم فيه ، فلما كان يجب معرفة قدر أحدهما دل على أن الآخر في حكمه .

١٣٢٣٩ - قالوا : اتفقنا على أنهما لا يتساويان ؛ لأن المسلم فيه (٥) إذا كان ثوبًا وجب أن يصفه ، ولو كان رأس المال لم يجب أن يوصف .

١٣٢٤٠ - قلنا : الواجب أن يتساويا إلا فيما اتفقنا (٦) عليه .

١٣٢٤١ - ولأن صفات الثوب المسلم فيه معقود عليها ، وليست (٧) من رأس المال ؛ لأن العقد يقع على عينه ، فقد تساويا في أن (٨) معرفة مقدار ما يتناوله العقد معتبر فيهما .

١٣٢٤٢ - قالوا : عوض في عقد لا يقتضي رد مثله ، فوجب أن تغني مشاهدته عن معرفة (٩) مقداره ، كالثمن في بيوع الأعيان ، والصداق في النكاح ، والأجرة وإن كان رأس المال من جنس الثياب .

١٣٢٤٣ - قلنا (١٠) : يبطل إذا تصارفا ، فإن مشاهدة كل واحد من الطرفين لا

---

(١) في (م) ، (ع) : [العقود عليه] . (٢) في (م) : [لا يؤثر] .

(٣) في (م) : [مكيال لرجل] ، وفي (ع) : [مكيالا لرجل] ، مكان : [بمكيال رجل] ولفظ : [كان] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) هذا جزء من حديث ابن عباس رضي الله عنه الذي تقدم تخريجه في مسألة (٦٥٩) .

(٥) في (ع) : [والمسلم فيه] ، مكان : [لأن المسلم فيه] .

(٦) في (ص) : [اتفقا] .

(٧) في هامش (ص) : [وليست المعقود عليها] ، وفي (م) ، (ع) : [على المعقود عليها] ، بزيادة : [على] ، وقد حذفنا هذه العبارة لاضطراب المعنى بها .

(٨) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [معرفته] .

(١٠) في (ص) : [قالوا] ، مكان : [قلنا] .

تغنى [١] عن معرفة مقداره إذا كان جنسًا واحدًا ؛ لأنه [٢] لابد أن يعلم أن يساوي الآخر ، وهذه [٣] معرفة مقدار المعنى في الثمن [٤] ، أن معرفة مقدار المبيع [٥] لا يعتبر في جميع الأحوال ، فلم يعتبر معرفة مقدار بدله في السلم بخلافه .

١٣٢٤٤ - ولأن البيع يجوز مع جهالة البدلين في الحال ، بدلالة : أن من باع ملء هذا الزنبيل [٦] بوزن هذا الحجر جاز ولا يجوز السلم ، فإنا لا نعرف مقداره ، كذلك لا يجوز بدله وزن [٧] هذا الحجر حتى لا يعرف مقداره .

١٣٢٤٥ - وأما الصداق : فيجوز مع جهالة القدر وإن كان دينًا . لأنه إذا تزوجها ولم يسم لها مهرًا ثبت لها مهر مثلها بالعقد عندنا وبالوطء عندهم ، ويجوز مع عدم البدل ، فجاز أن يصح مع جهالة مقداره [٨] .

١٣٢٤٦ - وكذا الأجرة في الإجارة لأنه لما جازت الإجارة مع ضرب من الجهالة في المنافع ؛ بدلالة : أنه يستأجر [٩] على نقل هذا الطعام ، كذلك يجوز مع جهالة مقداره ؛ وفي مسألتنا : لا يصح مع جهالة المسلم فيه ، كذلك جهالة مقدار ما يتعلق العقد على قدره [١٠] من رأس المال .

١٣٢٤٧ - فأما إذا كان رأس المال ثوبًا فذرعه صفة فيه وليس معقودًا عليه [١١] ، بدلالة : أن من اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر كان له . وإذا كان الذراع صفة فجهالته كجهالة مقدار الدراهم ، فلا يمنع من صحة السلم .

١٣٢٤٨ - وأما الوزن فهو : معقود عليه ، بدلالة : أن من باع دراهم [١٢] على أنها

---

(١) في جميع النسخ : [لا يغني] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) توجد عبارة في هامش (ص) بحذاء [واحدا] ، إلا أنها غير واضحة ، وقوله : [لأنه] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . (٣) في (م) ، (ع) : [هذا] .

(٤) في (ص) : [مقدار المعنى والثمن] . (٥) في (ص) ، (م) : [البيع] .

(٦) قال ابن منظور : « والزبيل والزنبيل : الجراب ، وقيل : الوعاء ، يحمل فيه ، فإذا جمعوا قالوا : زنابيل ، وقيل : الزنبيل خطأ ، وإنما هو زبيل » ، في لسان العرب ، مادة : « زبل » (١٨٠٨/٣) .

(٧) في (م) ، (ع) : [بدلالة] ، مكان : [بدله] ، وفي (ع) : [وزنه] بزيادة الهاء .

(٨) ما بين الأقواس زيادات مضافة لضرورات المعنى .

(٩) في (م) ، (ع) : [يستأجره] . (١٠) في (ع) : [مقداره] .

(١١) في سائر النسخ : [معقود عليه] ، والصواب ما أثبتناه بالنصب .

(١٢) في (م) ، (ع) : [بدراهم] .

عشرة فوجدها أحد عشر ، فجهالتها كجهالة قدر المسلم فيه .

١٣٢٤٩ – قالوا : كل عوض لا يجب تقديره إذا كان من جنس الثياب ، لم يجب تقديره إذا كان من جنس المكيل والموزن ، كالقرض في البيع .

١٣٢٥٠ – قلنا : يبطل بالعقد إذا وقع على المكيل والموزون بجنسه ، ووجب اعتبار تقدير أحدهما بما يماثل الآخر ، كما لو شرط أكثر أو أقل فسد العقد .

* * *

مسألة ٦٦٤

السلم في اللحم

١٣٢٥١ – قال أبو حنيفة : لا يجوز السلم في اللحم [1] .

١٣٢٥٢ – وقال الشافعي : يجوز إذا سمى جنسه ، وأنه ذكر أو أنثى ، ومعلوف أو راعٍ ، ويذكر سن [2] الحيوان وموضع اللحم من الشاة [3] .

١٣٢٥٣ – لنا [4] : أنه عضو من الشاة ، فلا يجوز السلم [5] فيه ، كالرأس .

١٣٢٥٤ – ولأن المسلم فيه لا يجوز لغير الطبخ والشي [6] ، فلا يجوز سلمه ، كالرأس .

١٣٢٥٥ – ولأنه لو أسلم [7] ولم يبين السن ، لم يجز ، كذلك إذا بين السن . أصله : الرأس ، والأكارع . ولأنه سلم في اللحم ؛ فلم يجز كالمستوي ، وكلحم ما لا يؤكل لحمه .

١٣٢٥٦ – ولأن ما لا يجوز السلم فيه إذا لم يبين الذكر والأنثى لم يجز ، وإن

---

(١) قال أبو حنيفة : لا يجوز السلم في اللحم مع العظم الذي فيه أصلًا ، وفي منزوع العظم : عنه روايتان ، في ظاهر الرواية : لا يجوز وهو الصحيح ، وفي رواية الكرخي : يجوز . راجع : تحفة الفقهاء (١٥/٢) ، بدائع الصنائع « فصل : وأما الذي يرجع إلى المسلم فيه » (٢١٠/٥ ، ٢١١) ، الهداية مع البناية (٤٣٥/٧ ، ٤٣٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية ، الباب السابق (٨٤/٧ ، ٨٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [سن] .

(٣) قال الشافعي في الأم : « من أسلف في لحم فلا يجوز فيه حتى يصفه » . راجعه في : الأم ، « في صفة اللحم وما يجوز فيه وما لا يجوز » (١١٠/٣) ، مختصر المزني « باب السلم » ص٩١ ، ٩٢ ، مختصر البويطي ، في « السلف » ، ورقة (٣٦ب) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (١٠٩/١٣ ، ١١٣ ، ١٢٤) ، حلية العلماء (٣٦٢/٤ ، ٣٦٨) ، المدونة ، في « التسليف في الرؤوس والأكارع » (١٢٥/٣) ، المنتقى « الباب الثاني في كونه موصوفًا » (٢٩٣/٤) ، التفريع « فصل ٧٤٩ : فيما يجوز فيه تأخير الثمن عن المثمن أو المثمن عن الثمن » (١٣٧/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٦٩٢/٢) ، بداية المجتهد « كتاب السلم » ، « الباب الأول في محله وشروطه » (٢١٨/٢) ، الإفصاح « باب بيع السلم » (٣٦٥/١) ، الكافي لابن قدامة « فصل الشرط الخامس » (١١٤/٢) ، المغني « فصل : ويصح السلم في اللحم » (٣١٠/٤) ، الإنصاف « باب السلم » (٨٥/٥ ، ٨٦) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [لنا] .

(٥) لفظ : [السلم] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في جميع النسخ : [الشيء] ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) في (م) ، (ع) : [فلا يجوز قبله كالرأس ولأنه المسلم فيه لو أسلم] ، مكان المثبت .

بين [١] ، كالرأس .

١٣٢٥٧ - ولا يلزم الشحم والألية ؛ لأنها لا تختلف [٢] عندنا باختلاف العظام ، فلا يجوز [السلم] [٣] فيه ، كالرأس .

١٣٢٥٨ - ولا يلزم : السمك ؛ لأنه إن كان كبارًا لا يجوز السلم فيه في إحدى [٤] الروايتين ، وإن كان صغارًا لم يختلف بالعظم ؛ لأن عظمه يؤكل .

١٣٢٥٩ - ولا يلزم الألية أن ليس فيها عظم [٥] ؛ لأن ذلك لا يختلف ولا يتفاوت .

١٣٢٦٠ - فإن قيل [٦] : السلم في الرؤوس فيه قولان .

١٣٢٦١ - قلنا : إذا أسلم وزنًا ونحن نقيس عليها عددًا ونقيس على الرؤوس المستوية .

١٣٢٦٢ - احتجوا : بقوله ﷺ : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم » [٧] .

١٣٢٦٣ - الجواب [٨] : أن النبي ﷺ [شرط أن يكون الوزن معلومًا ، فيستحيل] [٩] أن يعتبر فيها ولا يعتبر موزونًا معلومًا ، ونحن لا نسلم أن اللحم معلوم .

١٣٢٦٤ - قالوا : إذا ذكر نوع الحيوان ، وسنه ، وسمنه ، وأنه ذكر ، أو أنثى ، أو خصي ، أو فحل ، ومعلوف ، أو راع [١٠] ، وذكر موضع اللحم ، فإنه لا يختلف بعد ذلك اختلافًا يختلف الثمن لأجله ، وإن اختلف كان يسيرًا ، فهو كالشحم .

١٣٢٦٥ - قلنا : هذا يوجد في الرؤوس ، ولا يجوز السلم فيها عندنا مع وجود ما ذكروه ، وكذلك اللحم المشوي .

١٣٢٦٦ - وأما الشحم : فالمقصود منه السمن وكله سمن ، وليس فيه عظم ، واللحم يختلف باختلاف عظامه ورعيه وهزاله ، فلم يجز السلم فيه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن يبين] ، مكان : [وإن بين] .

(٢) في (م) : [لا يختلف] .

(٣) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٤) في (ص) ، (م) : [أحد] .

(٥) في هامش (ص) : [إن لم يكن] ، مكان : [أن] ، وفي جميع النسخ : [عظم] ، وقد جمعنا من ذلك ما أثبتناه .

(٦) في (م) ، (ع) : [قالوا] ، مكان : [قيل] .

(٧) هذا جزء من حديث ابن عباس ﷺ ، وقد تقدم تخريجه في مسألة (٦٥٩) .

(٨) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(١٠) في (م) : [فحلًا ومعلوفًا] ، مكان : [فحل ومعلوف] وفي (ع) : [وذكرًا وأنثى أو فحلًا ومعلوفًا أو راعيًا] ، مكان المثبت .

مسألة ٦٦٥

السلم في الجوز والبيض

١٣٢٦٧ - قال أصحابنا ، إلا زفر : يجوز السلم في الجوز والبيض عددًا وكيلًا ووزنًا [١] .

١٣٢٦٨ - وقال الشافعي : يجوز السلم في الجوز واللوز كيلًا ، ولا يجوز عددًا ، ويجوز السلم في البيض [وزنًا] ، ولا يجوز كيلًا ولا عددًا [٢] .

١٣٢٦٩ - لنا : أن كل ما يعرف بتقدير الحول جاز السلم فيه ، أصله : الكيل والوزن .

١٣٢٧٠ - ولأن الكيل يجوِّز السلم في الجوز ، فجاز في البيض أصله : الوزن .

١٣٢٧١ - ولأن ما جاز القرض منه بصفة ، جاز السلم فيه بتلك الصفة إذا كان مما يصح السلم فيه . أصله [٣] : الكيل في الحنطة .

١٣٢٧٢ - احتجوا : بأنه يختلف في العدد اختلافًا متباينًا ؛ لأن الجوزة تكون مثل

---

(١) وقال زفر : يجوز كيلًا ووزنًا ، ولا يجوز عددًا . راجع : تحفة الفقهاء (١٦/٢) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٥) ، الهداية مع البناية (٤٢٥/٧ ، ٤٢٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٧٤/٧ ، ٧٥) ، روضة القضاة « فصل ما يجوز السلم فيه » (٤١٦/١) ، مسألة (٢٣١٨) .

(٢) الزيادة : من كتب الشافعية . قال الشافعي في الأم : « لا يجوز السلف في البطيخ ... ولا البيض ، أي بيض كان ، بيض دجاج أو حمام ، أو غيره ، وكذلك ما سواه مما يتبايعه الناس عددًا ما استثنيت ، وما كان في معناه لاختلاف العدد ، ولا شيء يضبط صفته ، أو بيع عدد فيكون مجهولًا إلا أن يقدر على أن يكال أو يوزن فيضبط بالكيل والوزن » . راجع : الأم ، « باب السلف في العد » (١٢٧/٣) ، مختصر المزني « باب ما لا يجوز السلم فيه » ص٩٢ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « فصل : ولا يجوز السلم إلا في قدر معلوم » (١٣٣/١٣ - ١٣٥) ، حلية العلماء (٣٧١/٤ ، ٣٧٢) ، فتح العزيز « كتاب السلم والقرض » ، « الشرط الرابع أن يكون معلوم المقدار بالوزن أو الكيل » بذيل المجموع (٢٥٦/٩ ، ٢٥٧) ، المدونة ، في « السلف في الجوز والبيض » (١٢٣/٣) ، المدونة « الباب الثالث : أن يكون المسلم فيه مقدرًا » (٢٩٦/٤) ، بداية المجتهد (٢١٨/٢) ، المسائل الفقهية (٣٦١/١) ، مسألة (٥٤) ، الإفصاح (٣٦٣/١) ، الكافي لابن قدامة « فصل : وفي الحيوان روايتان » (١١٠/٢) ، المغني (٣٠٨/٤ ، ٣٠٩ ، ٣٢٠) ، الإنصاف ، الباب السابق (٨٦/٥) .

(٣) لفظ : [أصله] ساقط من (م) ، (ع) .

الجوزتين ، والبيضة مثل البيضتين ، فصار كالرمان ، والبطيخ .

١٣٢٧٣ - والجواب : أن السلم لا يجوز حتى يبين النوع ، والنوع الواحد لا يختلف اختلافًا متباينًا .

١٣٢٧٤ - ولأن الاختلاف يوجد في جملته ولا يوجد في آحاده ؛ ألا ترى : أنه يتقدر تفاضل [1] القيمة بين الجوزتين ، والمؤثر هو تفاوت الآحاد ، وليس كذلك البطيخ والرمانِ ؛ لأن آحاده تختلف ، ولهذا يتقدر فضل القيمة بين آحاده .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لا يتقدر تفاصيل] ، مكان : [يتقدر تفاضل] .

مسألة ٦٦٦

السلم في الدراهم والدنانير وتبرهما

١٣٢٧٥ - قال أصحابنا : لا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتبرهما [١] .

١٣٢٧٦ - وقال الشافعي : يصح [٢] .

١٣٢٧٧ - لنا : أن ما لا يصح السلم فيه إذا كان رأس المال من جنس الأثمان ، لم يصح السلم فيه بحال ، كالجوهر ، والغالية .

١٣٢٧٨ - ولأنه عقد [٣] شرط فيه القبض في المجلس ، أو اختص من نوع البيوع باسم ، فلم يجز على دراهم مؤجلة ، كالصرف .

١٣٢٧٩ - ولأنه أحد بدلي السلم ، فلم يجز أن يكون ثمنًا مؤجلًا ، كرأس المال .

١٣٢٨٠ - ولأن من أصلنا : أن [السلم] [٤] لا يصح إلا بتأجيل ، فليس من شرط ثبوت الأثمان في الذمة تأجيل .

١٣٢٨١ - احتجوا : بقوله ﷺ : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم » [٥] .

---

(١) التِّبْر ، بكسر التاء المشددة وسكون الباء : هو خام الذهب والفضة . راجع : المغرب « التاء مع الباء » ص٥٨ ، النهاية « باب التاء مع الباء » (١٧٩/١) ، لسان العرب ، مادة : « تبر » (٤١٦/١) ، المصباح المنير « كتاب التاء » ، « التاء مع الباء وما يثلثهما » (٧٠/١) . قال الحنفية : لا يصح فيهما السلم لأنهما أثمان ، والمسلم فيه لابد أن يكون مثمنًا لكونه مبيعًا ، والمبيع مما يتعين بالتعين ، والدراهم و الدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات فلم تكن مبيعة . راجع : تحفة الفقهاء (١١/٢) ، بدائع الصنائع (٢١٢/٥) ، روضة القضاة (٤١٧/١) ، مسألة (٢٣٢٥ - ٢٣٢٨) ، الهداية مع البناية (٤٢٣/٧) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٧٢/٧) .

(٢) راجع : الأم « باب في الآجال في السلف والبيوع » ، و « باب السلف في التبر غير الذهب والفضة » (٩٨/٤ ، ١١٦) ، فتح العزيز ، بذيل المجموع (٣١٦/٩ ، ٣١٧) ، حلية العلماء (٣٦٣/٤) ، المنتقى « الباب الثاني في كونه موصوفًا » (٢٩٤/٤) ، المغني « فصل : وكل ما لين حرم النساء فيهما لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر » (٣٣٢/٤) ، الإنصاف (٨٩/٥) .

(٣) لفظ : [عقد] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٦٥٩) .

١٣٢٨٢ – والجواب : أن ثبوت الدراهم في الذمة لا يفتقر إلى التأجيل [١] ، فوجب حمل الخبر على ما يقف ثبوته في الذمة على الأجل ، وهو ما سوى الأثمان [٢] .

١٣٢٨٣ – قالوا : مال يضبط بالصفة ، فجاز السلم فيه ، كالثياب .

١٣٢٨٤ – قلنا : الثياب يجوز أن يكون رأس مالها من جنس الأثمان ، فجاز السلم فيه ، كالثياب .

أو : ما جاز أن يثبت في الذمة صداقًا أو قرضًا جاز السلم في جنسه [٣] .

١٣٢٨٥ – قلنا : لا يخلو مخالفنا أن يثبت معنى العقد أو اسمه ، فإن [٤] أثبت اسمه : فأهل اللغة لا يسمون من باع بدراهم مسلفًا فيها ، وإن أثبتوا معنى العقد من وجوب قبض رأس المال في المجلس : لم يصح ؛ لأن من باع ثوبًا بدراهم لم يشترط في العقد قبض الثوب .

١٣٢٨٦ – على أنه إذا عقد على دراهم في الذمة مؤجلة أو غير مؤجلة وبدلها من جنس الأثمان فالعقد [٥] عندنا جائز ؛ ولأن الأحكام المختصة بالسلم لا تثبت [٦] .

* * *

(١) قاعدة : « ثبوت الدراهم في الذمة لا يفتقر إلى التأجيل » .
(٢) في (ع) : [الأذهان] ، مكان : [الأثمان] .
(٣) قاعدة : « ما جاز أن يثبت في الذمة صداقا أو قرضا جاز السلم في جنسه » .
(٤) في (م) ، (ع) : [وإن] .
(٥) في (م) ، (ع) : [والعقد] ، وهو غير واضح في (ص) ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٦) في (م) : [لا يثبت] .

مسألة ٦٦٧

المسلم في الدراهم مع نقد بعضها في المجلس والتداين في الآخر

١٣٢٨٧ - قال أصحابنا : إذا أسلم ألف درهم : خمس مائة منها دينًا على المسلم إليه ، وخمس مائة نقدها في المجلس ، صح ، وإن لم ينقد إلا خمس مائة ، بطل حصة الدين [(١)] .

١٣٢٨٨ - وقال الشافعي في أحد قوليه : يبطل العقد في الجميع [(٢)]

١٣٢٨٩ - لنا : أن الدراهم لا تتعين [(٣)] بالعقد ، وإذا سمى المَهْر رأْسَ المال انعقد العقد على مال في ذمته ، ثم بطل / في [(٤)] بعضه لترك القبض ، فكأنه سمى ألفًا مطلقة ، فنقد بعضها وافترقا قبل [(٥)] نقد الباقي .

/ب

١٣٢٩٠ - ولأنه سمى في رأس المال ما يجوز أن يملك في [(٦)] البيع ، وبطلانُ العقد في بعضه لا يبطل باقيه ، كما لو أسلم ثوبًا ودراهم في طعام فهلك الثوب قبل التسليم [(٧)] .

١٣٢٩١ - ولا يلزم : إذا أسلم خمس مائة نقدًا أو خمس مائة له في ذمة غير المسلم إليه ؛ لأن العقد إنما فسد عندنا لأنه شرط فيه شرطًا فاسدًا ، وهو استيفاء البدل من غير

---

(١) راجع : الهداية مع البناية (٤٥٣/٧ ، ٤٥٤) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (٩٩/٧ ، ١٠٠) .

(٢) في (م) : [تبطل] ، مكان : [يبطل] . قال القفال : « فإن قبض بعض رأس المال في المجلس دون البعض وتفرقا ، فقد حكي في الحاوي ثلاثة مذاهب ، أحدها : - وهو قول البصريين - أن العقد في الكل باطل قولًا واحدًا ، والثاني - وهو قول البغداديين : أن السلم فيما قبض صحيح لازم ، وفيما بقى باطل ، والثالث : أن السلم فيما لم يقبض باطل ، وفيما قبض على القولين في تفريق الصفقة ، وللمسلم إليه الخيار ، وهذا هو الصحيح » راجع : حلية العلماء (٣٧٩/٤) ، المدونة « التسليف إلى غير أجل ، أو يقدم بعض رأس المال ويؤخر بعضه » (١٣٨/٣) ، المغني في « فصل : إذا كان له في ذمة رجل دينارًا فجعله سلمًا إلخ » (٣٣٠/٤) .

(٣) في (م) : [يتعين] .

(٤) من قوله : [قالوا مال يضبط بالصفة فجاز السلم فيه] في المسألة السابقة إلي قوله : [ثم بطل في] غير واضح في (ص) وذلك لسوء التصوير .

(٥) في (م) ، (ع) : [على] ، مكان : [قبل] .

(٦) لفظ : [في] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) يبدو أن العبارة من قوله : « بطلان العقد » إلى قوله : « قبل التسليم » ناقصة ؛ لأنها لا تعدل المعنى ، لعل صوابه : « وبطلان العقد » في بعضه لا يبطل في باقيه ، كما لو أسلم إلخ .

العاقد ، فالدين لم يتعين عندنا وإلا فسد بعد (١) الإصداق ، ولهذا لو نقده الألف كلها في مسألتنا جاز ولو نقده بعضها لم يجز (٢) .

١٣٢٩٢ - ولا يلزم : إذا أسلم حنطة في شعير وزيت ؛ لأن المفسد للعقد ليس هو بطلانه في بعض المال ، وإنما المبطل دخول التأجيل في الشعير الذي قابل الحنطة .

١٣٢٩٣ - احتجوا : بأنها صفة اشتملت على ما يصح وما لا يصح ، فوجب (٣) أن يبطل في الجميع . أصله : إذا كان رأس المال حرًّا وعبدا (٤)

١٣٢٩٤ - قلنا : لا نسلم أن الصفة اشتملت على ما لا يصح ؛ لأن العقد وقع على ألف في ذمة رب السلم .

١٣٢٩٥ - قالوا : إن كان كما ذكرتم فيجب أن يصح (٥) العقد في حصة الدين ؛ لأنه مقبوض في الذمة ، ولا يصح قبضه بل يبرأ منه بالعقد .

١٣٢٩٦ - قلنا : هذا كلام في مسألة أخرى لا يلزمنا بيانها ، على أنَّا قد بينا : أن من شرط السلم تعجيل أحد بدليه ، وما في الذمة لو كان مقبوضًا فليس بمعجل (٦) .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [بعدم] ، مكان : [بعد] .

(٢) في جميع النسخ : [ولو نقده لم يجز] ، تصويبه : [ولو نقده بعضها لم يجز] ، ولا يستقيم المعنى بدون هذه الزيادة

(٣) لفظ : [فوجب] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [إذا كان المال حرًّا أو عبدًا] ، مكان المثبت .

(٥) في (م) ، (ع) : [أن يضع] .

(٦) في (م) : [بعجل] .

مسألة ٦٦٨

المتصرف في رأس مال السلم قبل قبضه مع تقايلهما السلم

١٣٢٩٧ - قال أصحابنا : إذا تقايلا السلم ، لم يجز التصرف في رأس المال قبل قبضه .

١٣٢٩٨ - وقال زفر : يجوز [١] ، وبه قال الشافعي [٢] .

١٣٢٩٩ - لنا : ما روي في حديث أبي سعيد الخدري ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « من أسلم في شيء فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه ، أو رأس ماله » [٣] ، ذكره الدارقطني .

١٣٣٠٠ - ولأنه تصرف [٤] في رأس مال المسلم ، فلم يجز [٥] . أصله : قبل الفسخ [٦] .

---

(١) لفظ : [زفر] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش . وتقايلا ، بمعنى : فسخا ، من الإقالة وهي الفسخ ، أي رفع العقد . قال ابن الأثير : « يقال : أقاله يقيله إقالة ، وتقايلا إذا فسخا البيع وعاد المبيع إلى مالكه والثمن إلى المشتري ، إذا كان قد ندم أحدهما أو كلاهما ، وتكون الإقالة في البيعة والعهد » . راجع : النهاية « باب القاف مع الياء » (١٣٤/٤) ، لسان العرب ، مادة : « قيل » (٣٧٩٨/٥) ، المصباح المنير « القاف مع الياء وما يثلثهما » ص٤٩٦ ، مختار الصحاح « باب القاف » ص٥٦٠ . قال أبو حنيفة وصاحباه : لا يجوز استحسانًا ، وقال زفر : يجوز قياسًا . راجع : بدائع الصنائع (١٨١/٥ ، ١٨٢) الهداية ، وبذيله العناية (١٠١/٧ ، ١٠٢) ، مختصر الطحاوي ص٨٩ ، ٩٠ .

(٢) راجع : حلية العلماء « باب تسليم المسلم فيه » (٣٨٧/٤) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب تسليم المسلم فيه » ، « فصل : يجوز فسخ عقد السلم بالإقالة » (١٥٩/٣ ، ١٦٠) ، المدونة « كتاب السلم الثالث » ، « في الرجل يسلف الجارية في طعام فتلد أولادًا ثم يستقيله فيقيله » (١٥٩/٣) ، بداية المجتهد « الباب الثاني فيما يجوز أن يقتضي من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السلم إلخ » (٢٢٢/٢) .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٤٥/٣) ، الحديث (١٨٧) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب السلف لا يحول » (٢٧١/٢) ، وابن ماجه في السنن « كتاب التجارات » ، « باب من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » (٧٦٦/٢) ، الحديث (٢٢٨٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب من سلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره » (٣٠/٦) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يصرف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [المال المسلم] ، وقوله : [فلم يجز] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [مثل الفسخ] .

١٣٣٠١ - ولأنه أحد متعاقدي السلم فلم يجز [١] تصرفه في رأس [٢] مال السلم قبل قبضه . أصله : المسلم إليه .

١٣٣٠٢ - احتجوا : بأنه مال عاد إليه بفسخ عقد ، فجاز أن يأخذ بدله قبل قبضه ، كالصرف .

١٣٣٠٣ - قلنا : عقد الصرف لا يجب تعيين البدل فيه ابتداء ؛ لأنهما لو تصارفا فاعتبره بدينار في ذمته جاز ؛ فلذلك [٣] يجوز أن لا يتعين في حال الفسخ ، ولما وجب في السلم تعيين رأس المال ابتداء حتى لا يجوز بدين في ذمة المسلم إليه ، كذلك لابد من التعيين في انتهاء العقد .

١٣٣٠٤ - قالوا : إنه مال مستحق بعقد معاوضة ؛ فجاز صرفه إلى غيره قبل قبضه ، كسائر الديون ، وما ملك بالإرث .

١٣٣٠٥ - قلنا : لا نسلم ؛ لأنه لم يملك لمعاوضة ؛ لأن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما ، فهي بيع في حق الله [٤] والقبض لحقه ، فهو مملوك لمعاوضة . والمعنى في سائر الديون : أن قبض ما في المجلس غير مستحق ، ولا هي بدل سلم ، وفي مسألتنا : هذا بدل السلم ، فلم يصح أن ينصرف فيه بحال بقاء العقد .

* * *

---

(١) في سائر النسخ : [متعاقدين السلم] ، والصواب ما أثبتناه بحذف النون ، ولفظ : [يجز] ساقط من صلب (ض) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [أخذ] ، مكان : [رأس] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلذلك] .

(٤) في (ع) : [حق اليد] .

مسألة ٦٦٩

إعطاء المسلم إليه أجود مما عليه وأفضل مع طلبه العوض عن الزيادة

١٣٣٠٦ – قال أبو حنيفة ، ومحمد [١] : إذا أحضر المسلم إليه ثوبًا أجود مما عليه ، أو أطول ، وقال : خذه وزدني درهمًا ، يجوز [٢] .

١٣٣٠٧ – وقال الشافعي : لا يجوز [٣] .

١٣٣٠٨ – لنا : قوله ﷺ : « من وجبت في إبله بنت مخاض ، فلم توجد ، أخذنا ابنة لبون وأُعطي شاتين » [٤] .

١٣٣٠٩ – فدل على أن من وجب عليه [٥] حق لا ربا فيه ، جاز أن يعطي أفضل منه ، ويأخذ العوض عن الزيادة .

١٣٣١٠ – فإن قيل : الزكاة لا تشبه [٦] السلم ؛ لأنه يجوز أن يعطي أكثر مما عليه . [عليه في السلم ما] [٧] فاته من حصة البعض المعلومة بالعقد ، كما لو أسلم في قفيز فجاءه بأقل منه ، وإنما لا يجوز في الثوب لأن حصة النقصان ليست معلومة البدل ، فلا يصح الفسخ ببدل مجهول .

١٣٣١١ – ولأنها زيادة لم تستحق [٨] عليه بعقد السلم عند ملاقاة جنسها ، فجاز أخذ العوض عنها ، كما إذا جاءه بثوب آخر . أو إذا أسلم في قفيز فجاءه بقفيز ونصف .

---

(١) في (م) ، (ع) : [قال أصحابنا أبو حنيفة ومحمد] .

(٢) قوله : [أو أطول] ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [خذها] ، مكان : [خذه] . ولم نعثر على هذه المسألة في كتب المذهب بعد .

(٣) راجع : المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، « باب تسليم المسلم فيه » (١٣/١٤٥ ، ١٤٦) ، المدونة « في الرجل يسلف رجلًا في ثوب إلى أجل ثم يأتيه قبل الأجل أو بعده فيزيده إلخ » (٣/١٥٤ ، ١٥٥) ، المنتقى » (٥/٣٤) ، المغني (٤/٣٤١) ، الكافي لابن قدامة « فصل : يجب تسليم السلم عند المحل على أقل ما وصف به » (٢/١١٧) ، الإنصاف ، الباب السابق (٥/٩٥) .

(٤) تقدم تخريجه من حديث أنس ﷺ في مسألة (٢٩٧) .

(٥) لفظ : [عليه] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يشبه] .

(٧) [عليه في السلم ما] ، بدل ما جاء في النسخ جميعها بلفظ : « ومعه بفضل إذا » لاستقامة المعنى .

(٨) في (م) : [لم يستحق] .

١٣٣١٢ - ولأنها زيادة في مقدار ما وقع عليه السلم ، فجاز أخذ العوض ، كالزيادة في كيل الطعام .

١٣٣١٣ - احتجوا : بأن الجودة صفة [١] ؛ فلا يجوز إفرادها بالبيع ، كما لو كان المسلم فيه مكيلًا أو موزونًا .

١٣٣١٤ - قلنا : أليس إذا لم يجز إفراد الشيء بالعقد لم يجز أن يُتَعوضَ عنه إذا قضى به دينًا ، وهو أنقص منه ؟ ألا ترى : أن زيادة القيمة في ابنة لبون لا يجوز إفرادها بالبيع ، ولو أخذها في الزكاة عن ابنة مخاض ودفع عنها عوضًا جاز .

١٣٣١٥ - ولأنه لا يجوز إفرادها بالتمليك ؛ لأنه لا يمكن إفرادها بالتسليم ، وفي مسألتنا : يمكن تسليمها مع الأصل ، فجاز أن تملك [بعوضها] [٢] .

١٣٣١٦ - ولأن المعنى في الطعام : أن الجودة لا يجوز أخذ العوض عنها إذا لاقت جنسها ، فلا يجوز أن يأخذ قفيزًا جيدًا عن قفيز رديء ودرهم ، وجودة الثوب يجوز أن يتعوض عنها إذا لاقت جنسها ، فجاز أن يأخذ عن ثوب رديء ودرهم ثوبًا جيدا .

* * *

(١) في (م) : [عوض] ، مكان : [صفة] .
(٢) ما بين القوسين بدل [بعضهم] المثبتة في النسخ جميعها ، ولا يستقيم بها المعنى المستفاد من السياق .

مسألة ٦٧٠

الرجوع بالأرش إذا قبض المسلم إليه فحدث به عيب ثم أطلع عليه

١٣٣١٧ - قال أبو حنيفة : إذا قبض المسلم [١] إليه ، فحدث به عيب ، ثم اطلع على عيبه ، لم يكن له الرجوع بالأرش [٢] .

١٣٣١٨ - وقال محمد ، وزفر : يرجع بأرش العيب [٣] ، وهو قول الشافعي [٤] .

١٣٣١٩ - لنا : أن القبض لو [٥] بطل في جميع المقبوض ، لم يرجع برأس المال ، فإذا تعذر القبض في جزء منه لم يرجع بحصته من رأس المال . [وبيع العين بخلافه] [٦] ألا ترى : أن المبيع لو استحق رجع بالثمن ، فإذا تعذر القبض في جزء منه رجع بحصته .

١٣٣٢٠ - ولأنه لو رده لم ينفسخ السلم ، فلا يرجع بالأرش إذا وجد به عيبًا ، كما لو علم بالعيب وتمكن من الرد فلم يرد حتى حصل فيه عيب آخر .

١٣٣٢١ - ولأن كل ما لم يرده من أول ما تمكن [٧] من الرد لم يكن له الرجوع بالأرش ، وإذا تعذر الرد بالعيب لم يكن له الرجوع بالأرش ، كالدراهم بالدراهم [٨] ،

---

(١) في (م) : [السلم] .

(٢) الأرش : ما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب ، وأرش الجراحة : ديتها ، والجمع أروش راجع : النهاية « باب الهمزة مع الراء » (٣٩/١) ، لسان العرب ، مادة : « أرش » (٦٠/١ ، ٦١) ، المصباح المنير (١٤/١) ، المعجم الوسيط (١٣/١) .

(٣) راجع : المسألة في : مختصر الطحاوي ص٨٨ ، ٨٩ .

(٤) راجع : المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، « فصل إذا قبض المسلم فيه ووجد به عيبًا فله أن يرده » (١٥٧/١٣ ، ١٥٨) ، حلية العلماء (٣٨٤/٤) ، المدونة « في المسلم إليه يصيب برأس المال عيبًا إلخ » (١٣٤/٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب السلم وما ينعقد به » (٦٩٣/٢) ، المسائل الفقهية « كتاب البيوع » (٣٦٢/١) ، مسألة (٥٥) ، المغني (٣٤١/٤) ، الإنصاف (٩٥/٥) .

(٥) لفظ : [لو] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) ما بين القوسين زيادة لازمة لإقامة المعنى .

(٧) في (م) ، (ع) : [يمكن] .

(٨) قوله : [بالدراهم] ساقط من (م) ، (ع) .

والطعام بالطعام .

١٣٣٢٢ - احتجوا : بأنه تعذر رده بعينه بمعنى حدث فيه لا يتضمن الرضا به ، فجاز له الرجوع . أصله : بيع الأعيان .

١٣٣٢٣ - قلنا : يبطل إذا باع دراهم بدراهم .

ولأن بيوع الأعيان لو انفسخ القبض في جملتها رجع بالثمن ، فإذا تعذر الرد في جزء منها رجع بحصته ، وفي مسألتنا بخلافه .

١٣٣٢٤ - قالوا : معنى يستدرك به السلامة من العيب بالمعقود [1] ، فوجب أن يكون له مدخل في السلم . أصله : الرد .

١٣٣٢٥ - قلنا : الرد يجوز أن يثبت في بيع الدراهم بمثلها ، فجاز السلم فيه ، والرجوع بالأرش ليس هو فسخ العقد من أجل الفائت ؛ لأن الثمن لا يتقسط على الأجزاء المعيبة وإنما يتقسط على المبتاعة ، وإنما الأرش إسقاط جزء من الثمن لأجل العيب .

١٣٣٢٦ - قلنا : الجزء الفائت لا حصة له ، ولكنه متى تعذر الرد صحت المطالبة ، وصارت له حصة ، بدلالة : أن المبيع يُقوم صحيحًا ، ثم يقوم معيبًا ويقسم الثمن على ذلك ، وقسمة الثمن تطلب الحصة [2] .

١٣٣٢٧ - فدل على أنَّا نفسخ العقد في مقدار الجزء الفائت ، ويرجع بالثمن الذي يخصه [3] .

* * *

(١) في (ص) : [طلامة] ، مكان : [سلامة] ، وفي (م) ، (ع) : [بالعقود] ، مكان : [بالمعقود] .
(٢) في (م) ، (ع) : [تبطل للحصة] ، مكان : [تطلب الحصة] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يحضره] .

مسألة ٦٧١

السلم فيما له حمل ومؤنة

١٣٣٢٨ - قال أبو حنيفة : لا يصح السلم فيما له حمل ومؤنة حتى يبين [1] موضع تسليمه .

١٣٣٢٩ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : يصح [2] .

١٣٣٣٠ - واختلف قول الشافعي ، واختلف أصحابه في تأويل قوله ، فمنهم من قال : له ثلاثة أقوال ، أحدها : قول أبي حنيفة [3] ، والآخر : يستحب تسمية المكان ، والآخر : قول أبي يوسف ، ومحمد [4] .

١٣٣٣١ - لنا : أن جهالة مكان التسليم توجب فساد العقد ؛ لأنه لو شرط أن يوفيه أي موضع شاء بطل العقد ، فكان بيانه شرطًا في السلم أصله : المقدار ، والصفات .

١٣٣٣٢ - ولا يلزم : ما لا مؤنة فيه ؛ لأن جهالة مكان تسليمه لا يفسد العقد ، لو قال : عليَّ أن أسلم إليك حيث لقيتني صح العقد .

١٣٣٣٣ - ولأن ما تختلف قيمة العقد [5] باختلافه ، ويصح اشتراطه في العقد [6] ، فذكره شرط . أصله : صفة المسلم فيه [7] .

---

(١) في (م) : [تبين] .

(٢) راجع : مختصر الطحاوي ص٨٦ ، ٨٧ ، تحفة الفقهاء « كتاب البيوع » (١٤/٢) ، بدائع الصنائع (٢١٣/٥) ، الهداية مع فتح القدير ، وبذيله العناية (٩١/٧ ، ٩٢) .

(٣) في جميع النسخ : [قول أبي حنيفة] كان الأفضل أن يقول : كقول أبي حنيفة ، أو : مثل قول أبي حنيفة .

(٤) راجع : المهذب مع تكملة المجموع الثانية (١٤٢/١٣) ، حلية العلماء (٣٧٥/٤ ، ٣٧٦) ، بداية المجتهد « كتاب السلم » ، « الباب الأول : في محله وشروطه » (٢٢١/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٢٧٣ ، ٢٧٤ ، المسائل الفقهية (٣٥٩/١) ، مسألة (٤٩) ، الكافي لابن قدامة فصل : « ولا يشترط ذكر مكان الإيفاء » (١١٦/٢ ، ١١٧) ، المغني (٣٣٣/٤ ، ٣٣٤) ، الإنصاف (١٠٧/٥/١٠٨) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يختلف] ، مكان : [تختلف] وفي (ص) : [الجمع] ، مكان : [العقد] .

(٦) قاعدة : « ما تختلف قيمة العقد باختلافه ويصح اشتراطه في العقد فذكره شرط » .

(٧) قوله : [فيه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

١٣٣٣٤ - ولا يلزم : ما لا حمل له ؛ لأن اشتراط مكان التسليم فيه لا يصح . ولو شرطه لم يتعلق به حكم ، فلا يقف العقد على اشتراط ما لا يصح اشتراطه (١) .

١٣٣٣٥ - ولأنا أجمعنا على أن جهالة المكان تمنع (٢) صحة العقد [لأن أي مكان (٣) للتسليم مكان لم يشترط التسليم فيه ، فلا يتعين فيه التسلم] كسائر الأمكان .

ولأن معرفة المكان شرط في صحة العقد باتفاق ، وما شرط في انعقاد عقد السلم فالمعتبر فيه شرط ، لا الحكم بالصفات ؛ لأنه من اشتراط الجيد أو الوسط ، ولا يثبت بإطلاق الوسط .

١٣٣٣٦ - ولأنه أسلم فيما له حمل ومؤنة ، فلم يجز من غيره ، كمكان الإيفاء ، كما لو أسلم في البرية .

١٣٣٣٧ - ولأن كل ما كان شرطًا في السلم إذا وقع العقد في البرية كان شرطًا إذا وقع في المصر ، كسائر الشروط .

١٣٣٣٨ - احتجوا : بقوله عليه [الصلاة و] السلام : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ، وأجل معلوم » (٤) ، ولم يأمر باشتراط مكان التسليم .

١٣٣٣٩ - والجواب : أنه يستحيل أن يشترط كيلًا معلومًا ، ولا يصير الكيل معلومًا إلا ببيان موضع قبضه .

١٣٣٤٠ - قالوا : تسليم / (٥) مستحق بعقد ، فلا يجب شرط موضعه فيه . أصله : إذا لم يكن له حمل ، وبيوع الأعيان . ١٥٥/أ

١٣٣٤١ - قلنا : ما لا يحمل لا يختلف المعقود [فيه] (٦) باختلاف الأماكن ، فلم يكن ذكره شرطًا (٧) ، وماله حمل يختلف باختلاف الأماكن ، فجهالة مكانه تؤدي إلى جهالته .

---

(١) قاعدة : « لا يقف العقد على اشتراط ما لا يصح اشتراطه » .

(٢) في (م) ، (ع) : [يمنع] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بمكان] ، والعبارة مضطربة ، وما أثبتناه بين القوسين فيه تغيير عما جاء في النسخ بلفظ : « ليس لمكان التسليم ، لأنه مكان لم يشترط التسليم فيه ، فلا يتعين فيه التسليم » .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٦٥٩) .

(٥) لفظ : [تسليم] مكرر في (ص) .

(٦) الزيادة أثبتناها لمقتضى السياق .

(٧) في (ص) : [شرط] ، والصواب ما أثبتناه .

١٣٣٤٢ - وأما بيوع الأعيان : فلو شرط غير مكان البيع لم يصح . فعلم أن تسليمه هناك موجب العقد .

وفي مسألتنا : لو شرط تسليمه في غير مكان العقد صح ، فدل على أن موجب العقد لا يقتضي التسليم هناك .

* * *

مسألة ٦٧٢

العقد على استصناع الأواني

١٣٣٤٣ - قال أصحابنا : إذا استصنع الأواني جاز [(١)] العقد ، ولكل واحد منهما الخيار [(٢)] .

١٣٣٤٤ - وقال الشافعي : لا يجوز [(٣)] .

١٣٣٤٥ - لنا : قوله ﷺ : « ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند اللَّه حسن » [(٤)] ، وقد جرت العادة باستصناع الأخفاف [(٥)] ، والأواني في سائر الأعصار من غير نكير .

١٣٣٤٦ - ولا يقال : بأن الشافعي منكر ذلك ؛ ولأنا لا نعرف هذا من عادة السلف ؛ ولأنهم يستصنعون الثياب ، ولا يجوز ذلك عندكم ؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله [(٦)] جوز ذلك ، وترك القياس [(٧)] لما رأى من عادة الناس في زمانه واحترافهم ، وكانوا لا يستصنعون الثياب ، فلا تجوز المكابرة من المشاهدة والاستدلال على ما كانت العادة عليه بما نجد عليه العادة ؛ لأن بها [(٨)] إنكار الشافعي ، فلا يقدح إذا كانت هذه العادة سابقة لزمانه ، لم ينكرها منكر من قبله .

١٣٣٤٧ - ولأن العقود تارةً تقع [(٩)] جائزة غير لازمة ، وتارةً تقع [(١٠)] لازمة ، فلما جاز أن يوجد أحدهما في مبيع في الذمة موصوف جاز أن يقع وهو اللازم بالافتراق .

١٣٣٤٨ - ولأنه نوع بيع منفرد باسم خاص موضوع له ، فكان فيه ما يجوز .

---

(١) في (م) : [مات] ، مكان : [جاز] .

(٢) راجع : بدائع الصنائع (٢٠٩/٥ ، ٢١٠) ، الهداية مع البناية (٤٧٧/٧ - ٤٨٠) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (١١٤/٧ - ١١٧) .

(٣) راجع حلية العلماء (٣٨٩/٤) في المدونة ، في « السلف في الصناعات » (١٢٧/٣) .

(٤) أخرجه أحمد موقوفًا على ابن مسعود ، في المسند (٣٧٩/١) ، وأبو داود الطيالسي في المسند ص٣٣ ، الحديث (٢٤٦) ، والحاكم في المستدرك « كتاب معرفة الصحابة » (٧٨/٣ ، ٧٩) .

(٥) في (م) ، (ع) : [عادة الناسب باستصناع الخفاف] ، مكان المثبت .

(٦) في (ص) : [رضي الله عنه] .

(٧) في (ص) : [القنائص] .

(٨) في (ص) ، (م) : [بما] ، مكان : [بها] ، وفي (ع) : مكانه بياض ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٩) لفظ : [تقع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في (م) : [يقع] .

أصله : الصرف ، والسلم .

١٣٣٤٩ - احتجوا : بأنه بيع ما ليس عنده على غير وجه السلم ، فوجب أن لا يجوز استصناع الثياب .

١٣٣٥٠ - قلنا : هذا صحيح إذا لم تجر (1) العادة باستصناع الثياب ، وما جوزته العادة [دليل على قبولها ممن وجدت لديه] (2) ، كتمليك الأشياء المتخذة (3) بالمعاطاة ، ودفع أجرة الحمام . فإن نازعوا في العادة ، قلنا : إنما نعني عادة السلف ، وقد بينا : أن أبا حنيفة شاهدهم [في عصره] (4) يعقدون على بعض الأعيان دون بعض .

* * *

(١) في (م) : [لم يجر] ، وما بين القوسين زيادة أوجبها السياق .

(٢) ما بين القوسين بدل عما جاء في النسخ بلفظ : [أحضر مما وجدت فيه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [متحدة] .

(٤) الزيادة من (م) ، (ع) .

مسألة ٦٧٣

الشراء بشرط الإجارة

١٣٣٥١ - قال أبو حنيفة : إذا اشترى فلْعة بدرهم على أن يحذوها البائع ، جاز البيع [١] .

١٣٣٥٢ - وقال الشافعي : لا يجوز [٢] .

١٣٣٥٣ - لنا : أن الناس يفعلون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير .

١٣٣٥٤ - ولأنه عقد [٣] يشتمل على بيع وإجارة جرت العادة بالتعامل [٤] فيه ، فصار كصبغ الثوب .

١٣٣٥٥ - ولأن العين والعمل كل واحد منهما يجوز العقد عليه على الانفراد ، فإذا جاز أن يجتمعا في العقد تبع ، وهو العقد على الصبغ ، جاز أن يجتمعا في العقد ، والعمل تبع [٥] له .

١٣٣٥٦ - احتجوا : بأنه اشترى عينًا وشرط على البائع منفعة لا يقتضيه العقد ، فوجب أن يفسد العقد ، كما لو اشترى [٦] طعامًا على أن يطحنه ، أو غزلًا [٧] على أن ينسجه ، أو زرعًا على أن يحصده .

١٣٣٥٧ - الجواب : أن هذه العقود لم تجر العادة بالتعامل بها ، وما خرج عن موضوع العقد ولم يجر التعامل به لم يصح ، وإن جرى التعامل به صح ، كما ذكرناه

---

(١) في سائر النسخ : [سلعة] ، مكان : [فلعة] ، وفي (ص) : [أن حدها] ، وفي (ع) : [أن حددها] ، مكان : [أن يحذوها] ، لعل الصواب ما أثبتناه . قال النووي : « الفلعة - بكسر الفاء وإسكان اللام - جمعها فلع وهي جلدة النعل ، ومعنى يحذوها : يجعلها حذاء » في المجموع (٣٦٨/٩) . راجع : بدائع الصنائع (١٦٩/٥ ، ١٧١) ، الهداية مع فتح القدير « باب البيع الفاسد » (٤٥١/٦ ، ٤٥٢) .

(٢) راجع المهذب مع المجموع « باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسده » (٣٦٧/٩) ، بداية المجتهد « الباب الرابع في بيوع الشروط والثنيا » (١٧٤/٢) ، المغني « باب بيع الأصول والثمار » (١٠٧/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولا عقد] .

(٤) في جميع النسخ : [التعامل] بدون الباء ، والصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) ، (ع) : [بيع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [اشترى منه] ، بزيادة : [منه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [وغزلا] .

في التمليك بالمعاطاة .

١٣٣٥٨ - قالوا : هذا بيع وإجارة ، وأحد العقدين إذا شرط في الآخر أفسده .

١٣٣٥٩ - قلنا : يبطل بما إذا اشترى تمرة على أن يتركها على النخل .

١٣٣٦٠ - ولأن أحد العقدين ههنا [1] تابع ، فيفارق الحكم المشروط صريحًا [2] ؛ بدلالة : الصباغ لو ابتاع منه الصبغ واستأجره على العمل جاز ، وإن كان [3] البيع بيعًا مع عقد الإجارة ، فجاز لتعامل الناس به [4] .

* * *

(١) قوله : [هاهنا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [متفارق] ، مكان : [فيفارق] ، وفي (ع) : [صحيحًا] ، مكان : [صريحًا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وكان] ، بدون : [إن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بها] ، مكان : [به] .

مسألة ٦٧٤

وكاله المسلم إليه رب السلم

١٣٣٦١ - قال أصحابنا : إذا وكل [١] المسلم إليه رب السلم فاشترى له طعامًا واكتاله ، [ثم أمره بقبضه واكتاله] لنفسه ، جاز [٢] .

١٣٣٦٢ - وقال الشافعي : لا يجوز [٣] .

١٣٣٦٣ - لنا : أنه أمانة في يده ، فإذا أذن له في [٤] استيفائها جاز ، كما لو كان وديعة .

١٣٣٦٤ - فإن نازعوا في الوديعة فالدليل فيهما : أن المسلم إليه لو امتنع من الدفع جاز لرب السلم قبض ما في يده بحقه ، فإذا أذن ورضي أولى .

١٣٣٦٥ - ولأنه لو أذن لغيره من غرمائه في قبض ما في يده بدينه جاز ، فإذا أذن له جاز . أصله : إذا كان بمشهد [٥] من المسلم إليه .

١٣٣٦٦ - احتجوا : بأنه قابض من نفسه بإذن غيره ، فلا يصح . أصله : إذا أذن رب السلم للمسلم إليه أن يقبض له ما أخذ منه .

١٣٣٦٧ - قلنا : هناك أمره أن يتصرف في ملك [٦] نفسه ، والإنسان لا يجوز أن يتصرف في ملك نفسه بأمر [٧] غيره ، فبطل أمره ، فكأنه عزل الطعام لغير أمره . وههنا أمره أن يتصرف في ملك الآمر [٨] ، فأمره بفعله [٩] حكم ، فقام فعله مقام فعله .

---

(١) لفظ : [وكل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٣) راجع المسألة في : النكت « مسائل السلم » ، ورقة (١٤٨ ب) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٣٨٣/٤) ، ولم نقف على هذه المسألة في كتب المالكية والحنابلة بعد .
(٤) لفظ : [في] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) في (م) ، (ع) : [يشهد] .
(٦) في (م) ، (ع) : [مال] ، مكان : [ملك] .
(٧) في ص : [بأمره] ، بزيادة الهاء .
(٨) في (م) ، (ع) : [لغيره وأمره هاهنا أمره أن يتصرف في ملك نفسه بأمر غيره الأمر] ، مكان المثبت ، إلا أن لفظ : [يتصرف] ساقط من (ع) .
(٩) في (ع) : [بعلونه] ، مكان : [بعلومه] .

١٣٣٦٨ - ولأنه يجوز مثل هذا القبض بغير أمره ولا رضاه إذا امتنع ، فلأن يجوز بأمره أولى .

* * *

مسألة ٦٧٥

وقت خروج المبيع من ضمان البائع

١٣٣٦٩ – قال أصحابنا : إذا اشترى طعامًا بعينه ودفع غرائره [(١)] إلى البائع بحضرة البائع [(٢)] ، أو وكيله ، فقال : كِله لي ، فكاله فيها [(٣)] ، خرج الطعام من ضمان البائع [(٤)] .

١٣٣٧٠ – وقال الشافعي : لا يخرج من ضمانه إلا أن يكون بحضرة المشتري ، أو وكيله [(٥)] .

١٣٣٧١ – لنا : أن غرائره يده ؛ بدلالة : أنهما [(٦)] لو اختلفا في طعام من غرائر أحدهما كان لصاحب الغرائر ، فإذا كاله فيها بأمره فقد حصل البيع المعتبر في يد المشتري برضاه [(٧)] ، فصار كما لو خلى بينه وبين الثمرة .

١٣٣٧٢ – ولأن القبض في العين يحتاج إلى [(٨)] خروج الشيء من ضمان البائع لا لتعيين الملك ، فكل قبض للخروج من ضمان العين يفيد تعيين الملك ، وأنه يخرج من ضمانه إذا صار في حكم يد مالكه بأمره ، كالعين المغصوبة إذا أمره أن ينقلها إلى داره .

١٣٣٧٣ – ولأن ما جاز أن يصير المغصوب منه قابضًا جاز أن يصير المشتري به قابضًا [(٩)] ؛ أصله : إذا جعله في غرائره بمشهده [(١٠)] .

---

(١) غرائر : جمع غرارة بكسر الغين وهي وعاء . راجع : مختار الصحاح ، مادة « غرر » ، ص٤٨٢ ، لسان العرب (٣٢٣٦/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ودفع غرائره البائع بحضرة المشتري] ، مكان المثبت .

(٣) في جميع النسخ : [فير ما بفعل] ، مكان : [فكاله فيها] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٤) قال العيني : « لو كان الغرائر للبائع لا يصير قابضًا في رواية عن محمد » .

(٥) راجع المسألة في النكت ، في « مسائل القبض » ورقة (١٣٧ أ) .

(٦) قوله : [يده] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش وفي (م) ، (ع) : [أيهما] ، مكان : [أنهما] .

(٧) في جميع النسخ : [برضاهم] ، الصواب ما أثبتناه .

(٨) في (ص) : [إليه] .

(٩) قاعدة : « ما جاز أن يصير المغصوب منه قابضًا جاز أن يصير المشترى به قابضًا » .

(١٠) في (م) ، (ع) : [في الغرائر يشهده] ، مكان المثبت .

١٣٣٧٤ - احتجوا : بأن رب السلم لو دفع غرائره إلى المسلم إليه ، وقال : كِلْ المسلم فيها لم يكن قابضًا ، وما لا يكون قبضًا [للدين [لم يكن قبضًا للعين] [١] ، أصله : إذا كاله المشتري في غرائره ، أو ما لا يكون قبضًا] [٢] لما في ذمة البائع ، لا يكون قبضًا لما في يده .

١٣٣٧٥ - قلنا : قد بينا أن الملك لم يتعين فيه ، وإنما يملكه بالتعيين ، فيصرف المسلم إليه [٣] فيه ، فيقع في ملك نفسه ، ولا يجوز أن يكون بأمر غيره ، فلم يتعلق بالأمر حكم ، فكأنه [٤] كاله بغير أمره ، وفي مسألتنا : أمره بالتصرف في ملك نفسه ، وكان للأمر فائدة .

١٣٣٧٦ - فإن قيل : أمره فيما في ذمته غير [٥] صحيح ، الدليل عليه : أنه لو أذن في تسليمه إلى وكيله .

١٣٣٧٧ - فإن قلنا : هناك يتعين بقبض الوكيل ، ونحن منعنا أن يتصرف الإنسان في ملك نفسه بغير أمره ، فأما الوكيل فإنما أذن له في التصرف فيما يتعين بالدين ، وذلك ملك لموكله كان أمره فيه .

١٣٣٧٨ - قالوا : غرائر المشتري إذا حصلت في يد البائع زالت يد المشتري عنها ، بدلالة : أنهما لو تنازعاها كانت للبائع ، فإذا كان فيها لم يخرج المبيع من يده .

١٣٣٧٩ - قلنا : هذا غلط ، هذه الغرائر مع اعتراف البائع يملك المشتري لها في يد المشتري حكمًا ؛ بدلالة : أنه إذا سلم [٦] أنها له ونازعه ما فيها كان القول قول صاحب الغرائر ، وإن [٧] كانت في يد البائع ، فعلم أنها يده من طريق الحكم ، فإذا كال فيها بأمره خرج المبيع من يده .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، أثبتناه لمقتضى السياق ، كما أن المعني لا يستقيم بدون هذه الزيادة .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [السلم فيه] .

(٤) قوله : [فكأنه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [ذمة غيره] ، مكان : [ذمته غير] .

(٦) في (م) ، (ع) : [أسلم] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فإن] .

فهرس المجلد الخامس

الموضوع | الصفحة

كتاب البيوع

* * *

موسوعة القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري

(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج

أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد

أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

المجلد السادس

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى

١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

القاهرة - جمهورية مصر العربية

الإدارة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر

هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فـرع الأزهـر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)

بريديًا : ص.ب ١٦١ الغورية الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

مسائل الصرف [٦٧٦ - ٦٧٧] [١]

مسألة ٦٧٦

البيع بألف مثقال ذهب وفضة

١٣٣٨٠ - قال أصحابنا : إذا قال : بعتك بألف مثقال [٢] ذهبٍ وفضةٍ ، جاز البيع ، وكان الثمن بينهما نصفين [٣] .

١٣٣٨١ - وقال الشافعي : البيع فاسد .

١٣٣٨٢ - قالوا : ولو أقر على هذا الوجه رجع إلى بيان المقر [٤] .

---

(١) الصرف : في اللغة ، النقل والرد . وقال ابن فارس : « ومعنى الصرف عندنا : أنه شيء صُرِف إلى شيء ، كأن الدينار صُرِف إلى الدراهم ، أي : رجع إليها ، إذا أُخِذَتْ بدله » ، ومنه : الصيرفي . وفي اصطلاح الفقهاء : هو مبادلة الأثمان بعضها ببعض ، قال المرغيناني : « هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان ، سمي به للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلي يد » . وقال العيني عن الاسبيجابي : « هو اسم لمعقود ثلاثة : بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، أو أحدهما بالآخر » . راجع : العين « باب الصاد والراء والفاء معهما » في لسان العرب (١٠٩/٧) ، وفي مقاييس اللغة « باب الصاد والراء وما يثلثهما » (٣٤٢/٣ ، ٣٤٣) ، والتعريفات « باب الصاد » ص ١٣٢ ، لسان العرب ، مادة : « صرف » (٣٤٣٥/٤) .

(٢) المثقال : مقدار من الوزن . قال الخليل في العين : « المثقال : وزن معلوم قدره ، ومثقال الشيء : ميزانه من مثله » ، وقال الفيومي : « والمثقال : وزنه درهم وثلاثة أسباع درهم ، وكل سبعة مثاقيل : عشرة دراهم » ويزن أربعة جرامات وربعًا في بعض التقديرات . راجع : العين « باب القاف والثاء واللام معهما » (١٣٧/٥) ، لسان العرب ، مادة : [ثقل] (٤٩٤/١) ، المصباح المنير « الثاء مع القاف وما يثلثهما » (٨٨/١) .

(٣) يعني : إذا قال الرجل لآخر : بعتك هذه الجارية بألف مثقال ذهب وفضة ، صح البيع ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال ، لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء . راجع المسألة في : الجامع الصغير ص ٣٦٧ ، روضة القضاة (٤١٦/١) ، مسألة (٢٣٢٢ ، ٢٣٢٣) ، الهداية مع البناية ، في [مسائل منثورة] (٤٩٦/٧) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (١٢٨/٧ ، ١٢٩) .

(٤) قال الشيرازي : « فإن قال بعتك (هذا) بألف مثقال ذهبا وفضة ، فالبيع باطل ، لأنه لم يبين القدر من كل واحد منهما فكان باطلًا » . راجع المسألة في : النكت ، في « مسائل البيوع الفاسدة » ورقة (١٤٦ أ) ، المهذب مع المجموع « باب ما نهي عنه من بيع الغرر » (٣٣٨/٩ ، ٣٣٩) . وقال مالك وأحمد : مثل قول الشافعي ، لا يصح العقد ، لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيعتين في بيعة . راجع : المنتقى ، في « النهي عن بيعتين في بيعة » (٣٦/٥) وما بعدها ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الخامس في بيع الغرر » ص ٢٦٠ ، الكافي لابن قدامة « كتاب البيع » ، « فصل : ويشترط لصحة المبيع معرفة الثمن » (١٧/٢) ، المغني « باب =

١٣٣٨٣ - لنا : أنهما دخلا في الإطلاق على وجه واحد ، فاقتضى إطلاقهما التساوي . الدليل عليه : ولد الأم ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ ﴾ (١) .

١٣٣٨٤ - فإن قيل : لفظ الشركة يقتضي المشاركة في كل جزء ، فينفي ذلك انفراد أحدهم بزيادة .

١٣٣٨٥ - قلنا : لو تفاضلوا لكانت الشركة موجودة في كل جزء ، لأنها تثبت بالسهم القليل والكثير ، فعلم أن المساواة (٢) وجبت لدخولهما في الإطلاق .

١٣٣٨٦ - ولأن كل متعاقدين دخلا في عقد فدخولهما فيه (٣) اعتراف بصحته ، فإذا أمكن حمل العقد على الصحة كان أولى من حمله على الفساد .

١٣٣٨٧ - ولأن العقد إذا كان له حالتان : حالة تؤدي إلى الصحة ، وحالة تؤدي إلى الفساد ، فحمله على الحالة (٤) التي تؤدي إلى الصحة أولى . أصله : نقد البلد .

١٣٣٨٨ - احتجوا : بأن اللفظ محتمل التساوي والتفاضل ، فهو بمنزلة أن يقول : ألف مثقال بعضه ذهب وبعضه فضة ، أو ألف مثقال فيها ذهب وفضة (٥) .

١٣٣٨٩ - الجواب : لا نسلم أن اللفظ يحتمل التساوي (والتفاضل) ، بل ظاهره يقتضي تساويهما ، لأن الواو تفيد (٦) الاشتراك بين الشيئين ، فالشركة تقتضي (٧) التساوي ، وليس إذا جاز أن يفسر بالتفاضل ما يدل على الاحتمال ، لأن التفسير (٨) المتصل بغير الجودة إذا قال : سود وزيوف (يحتمل التفاضل) (٩) ، وإن كان الإطلاق يقتضي غير ذلك .

١٣٣٩٠ - فأما إذا قال : بألف ، منها ذهب ومنها فضة ، وبعضها ذهب وبعضها فضة ، [فهو] (١٠) مثل مسألتنا ، لأن الإطلاق يتناولهما (١١) على وجه واحد .

١٣٣٩١ - قالوا : لو قال : « جاءني الناس رجالًا ونساءً » ، فلم يفد ذلك التساوي .

= المصراة وغير ذلك » ، « فصل : ومتى باعاه السلعة برقمها ولا يعلمانه » (٢١١/٤) .

(١) سورة النساء : الآية ١٢ .
(٢) في (م) ، (ع) : [المواساة] .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) ، (ع) : [إلى فساده فالحالة] .
(٥) في (م) ، (ع) : [منها ذهب ومنها فضة] .
(٦) في (م) : [يفيد] .
(٧) في (م) : [يقتضي] .
(٨) لفظ : [التفسير] غير واضح في (ص) .
(٩) ما بين الأقواس في هذه الفقرة زيادات اقتضاها السياق واستكمال المعنى .
(١٠) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(١١) في (م) ، (ع) : [يناولها] .

١٣٣٩٢ - قلنا : ظاهره يقتضي التساوي ، فلم نسلم ما قالوا ، قال الله تعالى : ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ فَلِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۗ ﴾ / [1] ، ولم يفد ذلك التساوي ١٥/ب

١٣٣٩٣ - قلنا : لما ذكر الله تعالى تفضيل الذكر على الأنثى وجب أن يتفاضلا وإن اختلف العقد ، ولولا ذلك لم يثبت التفاضل [2] .

* * *

(١) سورة النساء : الآية ١٧٦ .

(٢) لفظ : [التفاضل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٦٧٧

قبض بعض ثمن الصرف وافتراق العاقدين قبل قبض البعض الآخر

١٣٣٩٤ - قال أصحابنا : إذا تصارفا وتقابضا بعض ثمن الصرف ثم افترقا ، صح العقد في المقبوض وبطل فيما لم يقبض [١] .

١٣٣٩٥ - وقال الشافعي : بطل في الجميع [٢] .

١٣٣٩٦ - لنا : أن العقد وقع صحيحًا في الجميع ، وفسد في بعض المعقود عليه لمعنى طارئ ، وهو الافتراق (قبل تمام القبض) ، فصار كمن اشترى عبدين فمات أحدهما .

١٣٣٩٧ - ولأن الفسخ حصل بفعلهما وهو عدم التقابض ، فصار كالفسخ (بالامتناع عن) [٣] التقابض .

١٣٣٩٨ - ولأن هلاك أحد العبدين أبلغ من الافتراق ؛ بدلالة « أنه لا يصح ابتداء العقد عليه ، ولو افترقا جاز أن يبتدئا العقد ثانيًا ، وإذا كان الهلاك لا يوجب فسخ العقد من جميع المعقود عليه فهذا أولى .

١٣٣٩٩ - احتجوا : بأن القبض معنى يتميز به الصرف ، كالقبول ، والحادث بعد [٤] القبض كالحادث قبل القبض .

١٣٤٠٠ - قلنا : لا نسلم أن العقد (ينتهي) [٥] بالافتراق . بدلالة : أن القاضي

---

(١) راجع المسألة في : الهداية مع البناية « كتاب الصرف » (٥١٣/٧) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية (١٧٣/٧) .

(٢) قال المالكية كالمذهبين ، في قول : يبطل في الجميع وفاقًا للشافعية ، وفي قول آخر : يصح في المقبوض ، ويبطل فيما لم يقبض وفاقًا للحنفية . راجع المسألة في ، الكافي لابن عبد البر « باب الصرف » (٦٣٥/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الصرف » (٢١٤/٢) . وقال الحنابلة : يبطل فيما لم يقبض ، وفاقًا للحنفيه والمالكية ، وفي المقبوض : وجهان . راجع المسألة في : الكافي لابن قدامة ، « باب الربا » (٦٨/٢) ، المغني « باب الربا والصرف » (٥٩/٤ ، ٦٠) .

(٣) ما بين الأقواس في هذه الفقرة زيادة اقتضاها المعنى المستفاد من السياق .

(٤) في (م) ، (ع) : [قبل] .

(٥) [ينتهي] بدل [يتم] المثبتة في النسخ كلها ، ونجدها أوضح في الدلالة على المعنى .

يجبرهما على التقابض في المجلس ، وإنما القبض يستقر به العقد ، فهو يُقْبِض الأعيان ويستقر العقد به [١] ، والافتراق يؤثر في الإبطال كما يؤثر هلاك العين .

* * *

(١) [فهو] في هذه الجملة ترجع إلى القاضي .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسَمَّاة

التجريد

كتاب الرهن

مسألة ٦٧٨

ضمان الرهن [1]

١٣٤٠١ – قال أصحابنا : إذا دفع إليه رهنًا ليقرضه [2] عشرة دراهم ، فالرهن مضمون ، إن هلك قبل القرض رد المرتهن على الراهن الأقل [3] من عشرة ، ومن قيمة الرهن .

١٣٤٠٢ – فإن أقرضه ... [4]

(١) قال المرغيناني : « الرهن : لغة ، حبس الشيء بأي سبب كان » ، وقال الجرجاني : هو في اللغة ، مطلق الحبس . وقال الخليل : « وكل أمر يحتبس به شيء فهو رهنه ، ومَرتَهنُهُ ، كما أن الإنسان رهين عمله » ، وفي لسان العرب : « قال ابن سيدة الرهن ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه » ، « وكل شيء يحتبس به شيء فهو رهينه ومرتهنه » . وفي الشرع : « جعل الشيء محبوسًا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن ، كالديون » كذا ذكره المرغيناني ، وقال النسفي في الكنز : « هو حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه ، كالدين » ، وقال ابن قدامة : « وهو المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه » . جمع الرهن : الرُّهُون ، والرِّهَان ، والرُّهُنُ . راجع : العين « باب الهاء والراء والنون معها » (٤٤/٤) ، الهداية مع البناية « كتاب الرهن » (٥٤٢/١١) ، كنز الدقائق « كتاب الرهن » ص ١٧٢ ، الكافي لابن قدامه « باب الرهن » (١٢٨/٢) ، المغني « كتاب الرهن » (٣٦١/٤) ، لسان العرب ، مادة : « رهن » (١٧٥٧/٣ ، ١٧٥٨) ، التعريفات « باب الراء » ص ١١٣ .

(٢) في (م) : [لتعرضه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الأول] .

(٤) في النسخ زيادة عبارة : « فإن أقرض » وهو سهو من النساخ ولذا حذفناها . وفي الدر المختار (٣٢٨/٥) : « وصح – أي الرهن – بالدين ولو موعودًا ، بأن رهن ليقرضه كذا ، كالألف مثلًا ، فلو دفع له البعض وامتنع أُجبر ، فإذا هلك هذا الرهن في يد المرتهن كان مضمونًا عليه بما وعد من الدين ، فيسلم الألف للراهن جبرًا إذا كان الدين مساويًا للقيمة ، أما إذا كان أكثر فهو مضمون بالقيمة » . وراجع كذلك تفصيل المسألة في : أحكام القرآن للجصاص (٥٢٦/١ – ٥٣١) ، متن القدوري « كتاب الرهن » (ص ٤٠ ، ٤١) ، روضة القضاة « كتاب الرهن » (٤١٨/١ ، ٤٢٢) مسألة (٢٣٣٠ – ٢٣٣٢ ، ٢٣٨٤ – ٢٣٨٦) ، تحفة الفقهاء (٤١/٣) ، بدائع الصنائع (١٥٤/٦ ، ١٥٥) ، الهداية مع البناية (٥٦١/١١) وما بعدها ، إيثار الإنصاف « كتاب الرهن » ص٣٦٥ – ٣٦٨ ، « باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز » . وقال الشافعي : الرهن أمانة في يد المرتهن إذا تلف لم يكن عليه ضمان ، ولا يجوز عقد الرهن قبل وجوب الدين . راجع المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير » ، في « إباحة الرهن » (١٣٩/٣) ، مختصر المزني « باب الرهن » ، و « باب ضمان الرهن » ، ص٩٣ ، ١٠١ ، مختصر الخلافيات ، ورقة (٢١٣ أ ، ب) ، اختلاف العلماء « باب الرهن » ص٢٧٢ ، حلية العلماء « كتاب الرهن » ، وفي « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » (٤/ ٤٠٩ ، ٤١٠ ، ٤٥٨ ، ٤٥٩) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، « كتاب الرهن » (١٨٢/١٣) . قال =

١٣٤٠٣ - فأما ضمان الرهن المقبوض قبل القرض [١] : ففرع على أصلنا ، أن الرهن مضمون [٢] بما قبض على سومه وهو مضمون ، كالبيع ، وعكسه الإجارة .

١٣٤٠٤ - ولأنه ممسك منه على سوم الرهن ، فإذا هلك كان مضمونًا ، كالعارية إذا رهنها عنده على أن يقرضه والعين المغصوبة .

١٣٤٠٥ - ولأن العقود على ضربين ، منها : عقود معاوضة ، ومنها [٣] : ما ليس بمعاوضة ، فإذا كان في [٤] أحد النوعين وهو عقود المعاوضات ما يتعلق الضمان بقبض ثبوته [٥] ، كذلك وجب أن يكون في النوع الآخر مثله .

١٣٤٠٦ - فأما إذا أقرضه فله حبس الرهن بالقبض ، والدليل عليه : قوله ﷺ : « الرهن مركوب ومحلوب » [٦] ، ولم يفصل .

١٣٤٠٧ - ولأنه عقد [٧] يصح مطلقًا ، فلا يكون من شرطه [٨] تقدم الدين عليه ولا ثبوته [٩] معه ، أصله : عقد البيع .

= ابن عبد البر : « الرهون عند مالك على ضربين : مضمونة وغير مضمونة ، فالمضمونة : ما يغاب عليه من الأموال الباطنة ، مثل الثياب ، والحلي ، والمتاع ، وغير المضمونة منها : الأموال الظاهرة ، مثل الرباع ، والحيوان » . إن كان مما يغاب عليه فضمانه من المرتهن ، وإن كان مما لا يغاب عليه فضمانه من الراهن . راجع تفصيل المسألة في : التفريع « باب القضاء في الرهون » ، فصل (١٠١٨) : في ضمان الرهن (٢٥٩/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٨١٦/٢ - ٨١٨) ، قوانين الأحكام الشرعية ص (٣٣٤ ، ٣٣٥) ، شرح الزرقاني « باب الرهن » (٢٤٦/٥ ، ٢٤٧) . وقال أحمد وأصحابه : مثل قول الشافعي ، لا يصح الرهن قبل وجوب الدين ، وأن الرهن أمانة في يد المرتهن ، إن تلف بغير تعد منه فلا ضمان عليه ، وإن كان بتعد منه يضمن . راجع تفصيل المسألة في : الإفصاح « باب الرهن » (٣٦٧/١ ، ٣٧٠) ، الكافي لابن قدامة « باب الرهن » ، « فصل : والرهن أمانة في يد المرتهن » (١٣٠/٢ ، ١٣٥) ، المغني « كتاب الرهن » ، « مسألة : والرهن إذا تلف بغير جناية إلخ » (٣٦٣/٤ ، ٤٣٨) ، الإنصاف « باب الرهن » (١٤٩/٥ ، ١٥٠ ، ١٥٩ ، ١٦٠) .

(١) في (ص) : [القبض] ، وفي (م) : [الفرض] .

(٢) في (م) ، (ع) : [مقبوض] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وفيها] .

(٤) في (ع) : [فيها] .

(٥) في سائر النسخ : [ثبوته] بغير نقط .

(٦) في (ع) : [من كرب] . وهذا الحديث : أخرجه الدارقطني في السنن [كتاب البيوع] (٣٤/٣) ، الحديث (١٣٦) ، والحاكم في المستدرك [كتاب البيوع] (٥٨/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٨/٦) .

(٧) في (م) ، (ع) : [عقود] .

(٨) في (م) ، (ع) : [شرط] بدون الهاء .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا ثوبه] . وهو لا يزال يستدل على مذهب الأحناف في المسألة المعروفة بتقدم الرهن في الدين الموعود .

١٣٤٠٨ - ولا يلزم : القرض ، لأن القرض ينعقد وإن لم يوجد الدين معه وإن تأخر القبض عنه (١) .

١٣٤٠٩ - ولا يلزم : السلم ، لأنه لا يصح مطلقًا إلا مؤجلًا .

١٣٤١٠ - فإن قالوا : نقول بموجبه إذا قال : بعني دارك بألف على أن أرهنك عبدين ، جاز الرهن وإن لم يتقدمه (٢) دين .

١٣٤١١ - قلنا : الدين ههنا يوجد (٣) مع الرهن ، ونحن قلنا : فلم يكن من شرطه تقدم الدين عليه ولا وجوده معه .

١٣٤١٢ - ولأن كل دين صح الرهن به بعد ثبوته صح إيجابه قبل ثبوته (٤) ، أصله : الثمن في البيع إذا قال : بعتك عبدي بألف على أن ترهنني بها (٥) هذه الدار .

١٣٤١٣ - ولأنه رهن مشروط من دين يثبت بفعلهما ، فصار كالرهن بالثمن من البيع (٦) المشروط فيه الخيار .

١٣٤١٤ - ولأن الرهن يجوز أن يتعلق بشرط ، وهو أن يكون الدين ثابتًا (٧) ، ولزومه للراهن يتعلق بأمر كائن لا محالة ، مثل أن يقول : إذا حل دينك على فلان فأنا ضامن له ، ويأخذ بذلك رهنًا ، أو يكون الدين علق الرهن به ، كما يثبت (٨) بفعل متعاقدي الرهن مثل مسألتنا .

١٣٤١٥ - والدليل على ذلك : أن الرهن لا يبطله الشروط (٩) ، بدلالة : قوله ﷺ « لا يُغْلَقُ الرهن ، لصاحبه غنمه ، وعليه غرمه » (١٠) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [القرض] . (٢) في (م) ، (ع) : [لم تقدمه] .

(٣) لفظ [يوجد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) قاعدة : « كل دين صح الرهن به بعد ثبوته صح إيجابه قبل ثبوته » .

(٥) في جميع النسخ : [أن ترهني] . (٦) في (م) ، (ع) : [المبيع] .

(٧) في (م) ، (ع) : [سانا] . (٨) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الشروط به] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لصاحب عنه] . والحديث روي موصولًا ومرسلًا ، أما الموصول : فقد أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٣٢/٣ ، ٣٣) ، الحديث (١٢٥ - ١٣١ ، ١٣٣) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٥١/٢ ، ٥٢) والبيهقي في الكبرى « كتاب الرهن » ، « باب الرهن غير مضمون » (٣٩/٦) . وأما المرسل : فقد أخرجه الشافعي في المسند (١٦٣/٢ ، ١٦٤) ، الحديث (٥٦٧) ، والدارقطني في المصدر السابق (٣٣/٣) ، والبيهقي في المصدر السابق .

١٣٤١٦ - قال إبراهيم النخعي [(١)] : « كانوا يرهنون ، ويشترطون : أن الراهن إذا لم يدفع الدين في محله فالرهن للمرتهن ، فأبطله [(٢)] عليه [الصلاة] والسلام ، وأجاز الرهن » [(٣)] .

١٣٤١٧ - وما لا يبطله الشروط يجوز أن يتعلق بشرط ، كالعتاق .

١٣٤١٨ - ولأنه إذا قبض الرهن ليقرضه ثم أقرضه فإنما أوجب القرض بشرط الرهن المتقدم ، فوجب أن يتعلق بذلك الشرط حكم . أصله : إذا قال : أبيعك عبدي بألف على أن ترهنني [(٤)] بها هذا الثوب ، أن القبول لما حصل مع شرط الوثيقة حَكم بالشرط حُكم .

١٣٤١٩ - احتجوا : بأنها وثيقة صح الاستيثاق بها [(٥)] بعد الحق ، فلم يصح ، كسبق الحق بالشهادة .

١٣٤٢٠ - قلنا : يبطل بضمان الدرك [(٦)] ، وأنه وثيقة يصح العقد (بها) بعد الاستحقاق .

١٣٤٢١ - وقالوا : فيه قولان .

١٣٤٢٢ - قلنا : مذهب الشافعي : أنه لا يصح [(٧)] ، وهو إجماع الأمة ، وإنما قال ابن سريج : إنه يصح ، وكلامنا مع الشافعي .

١٣٤٢٣ - قالوا : فالوثيقة لا تسبق الحق ، لأنه لا يصح الضمان عندنا إلا بعد قبض الثمن ، فإذا استُحِقَّ المبيع تبينًا [(٨)] أنه قبضه بغير حق ، فالضمان بعد تفرق الحق .

١٣٤٢٤ - قلنا : ثبوت الحق في معلوم اللّٰه تعالى لا يعتبر في العقود ، وإنما يعتبر ثبوته

---

(١) تقدمت ترجمته في مسألة (٣٢٤) . (٢) في (م) ، (ع) : [فأبطل بدون الهاء] .

(٣) قول النخعي : أخرجه ابن أبي شيبة بمعناه في المصنف « كتاب البيوع » (٢٠١/٥) ، والطحاوي في المعاني « باب الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه ؟ » (١٠١/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [عبدين] وقوله : [عبدي بألف] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي جميع النسخ : [ترهني] ، الصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) : [الاستيفاف] ، وفي (ع) : [الاستيثاف] . ولفظ : [بها] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الدرك] . الدرك : بفتح الدال وسكون الراء ، التبعة ، يقال : ما لحقك من درك فعلي خلاصه ، وضمان الدرك هو ضمان الاستحقاق . راجع : مختار الصحاح ، مادة : « درك » ص٢٠٣ ، لسان العرب (١٣٦٤/٢) ، المصباح المنير (١٨١/١) ، المعجم الوسيط (٢٨١/١) .

(٧) مذهب الشافعي أن الرهن لا يصح قبل وجوب الدين ولذا زدنا (لا) بين القوسين . وفي النسخ حكاية رأي ابن سريج : أنه لا يصح ، وقد حذفنا « لا » النافية ليصح التقابل بين رأي الشافعي وابن سريج .

(٨) في (م) ، (ع) : [بينا] .

في الظاهر ، [فالضمان صحيح في الظاهر] (١) ، وليس هناك حق ثابت .

١٣٤٢٥ - ولأن الشهادة مأخوذة من مشاهدة الشيء ، فيستحيل قبل وجوده ، وشرط الرهن بدين يوثق بدين يجب في الثاني ، فيجوز أن يتقدم اشتراطه على وجوب الدين ، كالرهن المشروط في بيع الخيار .

١٣٤٢٦ - ولأن الشهادة إذا تعلقت بالشروط يجوز أن تتقدم الحق ، كالرجلين إذا شهدا : أنهما يظهران بيع هذه الدار تلجئة ، أثر ذلك في العقد وإن كانت متقدمة عليه ، كذلك الوثيقة في مسألتنا ، وإنما يتقدم اشتراطها على ثبوت الحق ، فيتعلق الحكم عند العقد كذلك الاشتراط .

١٣٤٢٧ - قالوا : عَقَد الرهن قبل ثبوت الحق ، فوجب أن لا يصح ، كما لو عقد على مشاع .

١٣٤٢٨ - قلنا : لا نسلم أنه عَقَدَ الرهن ، وإنما أضاف العقد إلى حال ثبوت الحق ، والمعنى في رهن المشاع : أن الرهن غير مميز [مما (٢) ليس برهن ، فصار كرهن أحد العبدين ، وفي مسألتنا : الرهن متميز] (٣) من غيره ، فصح إيجابه قبل ثبوت الحق ، كالرهن المشروط في البيع .

١٣٤٢٩ - قالوا : الرهن لا ينفرد عن الحق ، بدليل : أنه إذا أبرأه من الدين أو قضاه انفك الرهن ، ولم يجز (٤) بقاء الرهن مع زوال الحق ؛ فلو قلنا : إن الرهن قد انعقد قبل ثبوت الدين لا نفرد عن الدين ، فهذا لا يجوز .

١٣٤٣٠ - قلنا : إذا قضاه الدين أو أبرأه فأحكام الرهن بحالها ، لأنه يكون مضمونًا ، وإنما يزول الاستحقاق . ومتى عقد الرهن قبل الدين فأحكام الرهن من الضمان ثابتة . والاستحقاق (يزول) (٥) لأن الراهن (٦) يجوز له أخذه ؛ فحكمه عندنا قبل ثبوت الدين حكمه بعد سقوط الدين .

١٣٤٣١ - قالوا : الرهن يتبع الحق ، بدلالة : أن الحق يثبت من غير رهن ، فالرهن

---

(١) ما بين المعكوفتين ، ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [متميز بما] .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ع) : [لم يجر] .

(٥) وقد أبدلنا [يزول] بدل [ليس] المثبتة في النسخ جميعها لإحكام المعنى المستفاد من السياق .

(٦) في (م) ، (ع) : [الرهن] .

لابد فيه من دين ، والبيع لا يصح ثبوته قبل المبيوع [١] .

١٣٤٣٢ - قلنا : لا يثبت (الحق) الرهن [٢] عندنا ، وإنما يثبته شرطه ، فإذا ثبت الدين فالرهن يثبت [٣] ، فلم يسبق البائع المبيوع ، وإنما نفذه اشتراطه ، كما تقدم اشتراط [٤] الضمين والرهن وجوب الثمن ، إذا شرط ذلك في إيجاب البيع .

١٣٤٣٣ - قالوا : الرهن في مقابلة الدين كما أن الثمن [٥] في مقابلة المبيع ، بدلالة : أنه لا يلزم إلا به ، كما لا يصح المبيع بثمن يتقرر من بعده ، كذلك لا يصح الرهن بدين يوجد [٦] من بعده .

١٣٤٣٤ - قلنا : قد بينا أن الرهن عندنا لا يصح (أن) [٧] يلزم حتى يوجد الدين ، فإذا وجد لزم ، ومثل هذا في البيع يصح [٨] . عندنا أنه ينعقد البيع غير لازم ببدل يتقدر في الثاني ، كما إذا قال : بعتك أحد هذين العبدين على أنك بالخيار ، أو بعتك هذا العبد بألف أو بمائة دينار على أني بالخيار .

١٣٤٣٥ - قالوا : رهن معلق بدين [٩] على شرط ، فصار كما لو علقه بدخول الدار .

١٣٤٣٦ - قلنا : ليس هذا عندنا رهنًا معلقًا بشرط ، وإنما هو رهن بشرط في عقد مقدم إيجابه على العقد ، فهو كما لو قال : « أبيعك على أن ترهنني » [١٠] ، فقد قال أصحابنا : إن الدين لو [١١] لم يكن ثابتا في الأصل وعلق [١٢] ثبوته بفعلهما فإن الرهن لا يصح ، كالرهن بالدرك [١٣] ، وكما لو قال : إذا قدم فلان فأنا ضامن لمالك عليه ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [البيوع] .

(٢) في النسخ لا يثبته الرهن ، وقد غيرنا العبارة إلى ما ذكرناه ، وهو مقصود المصنف طبقًا للسياق .

(٣) في (م) ، (ع) : [للدين فالقرض ثبت] . وفي (ص) : [ثبت الدين فالقرض يثبت] ، وقد استبدلنا [فالرهن] بلفظ [القرض] للسياق .

(٤) في (م) ، (ع) : [اشتراطه] . (٥) في (م) ، (ع) : [الرهن]

(٦) في (م) ، (ع) : [يؤخذ] ، مكان : [يوجد] .

(٧) ما بين القوسين بدل [ولا] حتى لا يضطرب التعبير عن مذهب الأحناف .

(٨) لفظ : [يصح] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [برهن] ، مكان : [بدين] ، وكذا في صلب (ص) ، وما أثبتناه من هامش (ص) ، من نسخة أخرى . (١٠) في سائر النسخ : [ترهني] .

(١١) لفظ : [متي] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٢) لفظ : [علق] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٣) قاعدة : « الدين لو لم يكن ثابتًا في الأصل وعلق ثبوته بفعلهما فإن الرهن لا يصح ، كالرهن بالدرك » .

فأعطاه المضمون عنه رهنًا : صح ؛ لأن الدين ثابت ولزومه للضامن غير متعلق بحظر .

١٣٤٣٧ - فأما إذا شرط الرهن في دين لم يثبت (١) ، فثبوته متعلق بفعلهما أو باختيارهما ، فإنه يصح مثل مسألتنا ، ومثل الرهن بالثمن (٢) في البيع المشروط فيه الخيار ، وليس إذا لم يصح تعليق الرهن بدخول الدار لم يصح تعلقه بالقرض ، كما أنه تعلق مع إيجاب البيع بقول المبتاع وإن لم يكن بتعليقه بدخول الدار .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم يكن ثبت] .

(٢) لفظ : [الرهن] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [فالثمن] ، مكان : [بالثمن] .

مسألة ٦٧٩

رهن المشاع

١٣٤٣٨ – قال أصحابنا : لا يصح رهن المشاع من الشريك ولا من غيره ، وإذا طرأت الإشاعة ، هل يبطل الرهن ، فيه روايتان [١] .

١٣٤٣٩ – وقال الشافعي : يجوز رهن المشاع [٢] .

١٣٤٤٠ – لنا : أنه رهن ما لا يتميز مما لم يرهن ، فصار كما لو رهنه (مرهونين) [٣] على أن يعطيه أيهما شاء [٤] .

١٣٤٤١ – [ولا يقال : المعنى فيه : أن البيع فيه] [٥] لا يصح على هذا الوجه ، لأنا لا نسلم ذلك ، لم يجز / البيع إذا ذكر مدة الخيار (دون مدة) [٦] . ١٥٦/أ

١٣٤٤٢ – وقال ابن شجاع [٧] : يجوز البيع وإن [٨] ذكر الخيار من غير مدة . ولأنه وثيقة ليس فيها معنى التمليك ؛ فلم ينعقد في المشاع ، كالكفالة بالنفس إذا قال : تكلفتُ بنصف نفس فلان .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الرهن » ص٩٢ ، ٩٣ ، أحكام القرآن « باب الرهن» ، وفي « ذكر اختلاف الفقهاء في رهن المشاع » (٥٢٤/١) ، متن القدوري « كتاب الرهن » ص ٤١، روضة القضاة (٤١٨/١) ، مسألة (٢٣٣٣ ، ٢٣٣٤) ، طريقة الخلاف ص٤٣٤ ، ٤٣٥ ، مسألة (١٧٦) ، تحفة الفقهاء « كتاب الرهن » (٣٨/٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الرهن » ، « فصل : وأما الشرائط فأنواع » (١٣٨/٦) وما بعدها ، إيثار الإنصاف ص٣٧٠ ، كنز الدقائق « باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز » ص١٧٣ .

(٢) رهن المشاع في الأم : (١٩٠/٣) . وقال مالك ، وأحمد ، وأصحابهما : – مثل قول الشافعي – يجوز رهن المشاع . راجع المسألة في : المدونة « كتاب الرهن » (١٥١/٤) ، التفريع (٢٦٢/٢) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الرهن » ، « باب القول في الرهن ووجوه قبضه وحيازته » (٨١٣/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [على مرتهنين] ، وفي (ص) : [من مرتهنين] ، ويؤيد السياق ما أثبتناه .

(٤) لفظ : [على] ساقط من (ع) ، وفي (ع) : [أيها] ، مكان : [أيهما] ، وفي (م) ، (ع) : [شاع] ، مكان : [شاء] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) [دون مدة] : زيادة استوجبها السياق .

(٧) تقدمت ترجمته في مسألة (٧٩) .

(٨) في (م) ، (ع) : [فإذا] ، مكان : [وإن] .

١٣٤٤٣ - ولأنه رهن يتناول بعض العين مع الإشاعة ، فلم يصح ، كما لو رهن نصف داره على أن يقرضه .

١٣٤٤٤ - ولأن صفة الرهن لو حصل عليها قبل ثبوت الحق لم يصح ، فإذا حصل عليها مع ثبوت الحق أو بعده لم يصح ، أصله [١] : الجهالة ، وإذا رهن المرهون .

١٣٤٤٥ - ولأن المقصود من الرهن التوثق باستحقاق دوام القبض حتى يدفع الراهن الدين .

١٣٤٤٦ - الدليل عليه : - العادة الجارية [٢] في الرهون - ، أن المرتهن يمسكها [٣] على الدوام ، والعقد متى قارنه ما يمنع مقصوده لم يصح ، كمن استأجر للزراعة أرضًا لا تنبت ، وللخدمة غلامًا طفلًا لا يخدم ، وكمن تزوج بذات محارمه [٤] .

١٣٤٤٧ - قالوا : إنما يقصد من الرهن التوثق بمنع [٥] الراهن من التصرف منه ، وتقديم حق المرتهن على حقوق الغرماء ، والإشاعة لا تنافي هذا الغرض [٦] .

١٣٤٤٨ - قلنا : هذا الذي ذكرتموه غرض مقصود ، واستحقاق استدامة القبض مقصود أيضًا ، وبه يتوصل إلى تلك المقاصد ؛ ألا ترى : أنه إذا كان في يد المرتهن لم يجحده الراهن ، وإذا زالت يده عنه اقْتُدِرَ على الجحود .

١٣٤٤٩ - فإن قيل : يتوثق بالشهادة على الرهن والقبض ، فلا يضره الجحود .

١٣٤٥٠ - قلنا : إنما ذكر اللّٰه تعالى الرهن وثيقة إذا لم يتوثق بالشهادة [٧] ، فدل أن المقصود منه : وثيقة تحصل من غير إشهاد ، وما ذاك إلا استحقاق [٨] إدامة القبض .

---

(١) قوله : [أصله] ساقط من (م) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [العادة الحادثة] .

(٣) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [تمسكها] ، مكان : [يمسكها] .

(٤) قاعدة دقيقة : « العقد متى قارنه ما يمنع مقصوره لم يصح ، كمن استأجر للزراعة أرض لا تنبت وللخدمة غلامًا طفلًا لا يخدم ، وكمن تزوج بذات محارمه » .

(٥) في (م) ، (ع) : [فإن قيل إنما مقدم التوثق يمنع] ، مكان المثبت ، ولفظ : [الرهن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأن ما في] ، مكان : [لا تنافي] وفي (ع) : [القرض] ، مكان : [الغرض] .

(٧) في قوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ . سورة البقرة : الآية (٢٨٣) . راجع : أحكام القرآن للجصاص [باب الرهن] (٥٢٣/١) .

(٨) في (م) ، (ع) : [ومازال الاستحقاق] ، مكان المثبت .

١٣٤٥١ - فإن قيل : فعلى هذا الجواب [١] يجوز الرهن من الشريك ، لأنه يستحق القبض على الدوام ، وإنما المرتهن لا يمتنع من بيع نصيبه ، فإذا جاز بيعه استحق المشتري القبض عليه ، فذاك المقصود من العقد [٢] ، وبمعنى قارن العقد ؛ لأن هذا المعنى يستفاد بالإشارة .

١٣٤٥٢ - ولأن يد المرتهن تستحق في الثاني بمعنى قارن العقد المغصوبة [٣] ، وإن شئت قلت : يستحق يده في الثاني إلى يد غيره بمعنى قارن العقد .

١٣٤٥٣ - فإن قيل : الوصف غير مسلَّم ؛ لأن يده لا تستحق غير المبتاع عندنا ، وإنما يصح هذا [٤] على أصلكم في المهايأة [٥] .

١٣٤٥٤ - قلنا : اليد تستحق على المذهبين عندنا بالمهايأة ، وعندكم : يرفع القاضي (يدهما) [٦] إذا تنازعا ويؤجره إلى مدة تنقضي قبل حلول الدين . فإن فرضنا المسألة من الحاكم إذا حكم بالمهايأة ، فإن رَهَن المحكوم عليه لنصيبه جائز عندهم ، ويد المرتهن تستحق [٧] بالاتفاق .

١٣٤٥٥ - فإن قيل : قولكم : - بمعنى قارن العقد - لا بأس به ، فإن يده لو استحقت بمعنى طارئ بطل الرهن عندكم ، وهو (كذلك يبطل) [٨] إذا أجر الرهن بإذن المرتهن .

١٣٤٥٦ - قلنا : إذا أذن المرتهن في الإجارة سقط حقه عن الرهن باختياره ، فالانفكاك اسْتُحِقَّ عليه .

١٣٤٥٧ - قالوا : إذا لم يجّوز أبو حنيفة الرهن من الشريك لم يصح أن يعلل هذه العلة .

١٣٤٥٨ - قلنا : هذا غلط ، لأنه [٩] لا يمتنع أن يعلل الرهن من غير الشريك بهذه العلة ، ويعلل الرهن من الشريك بعلة (غيرها) [١٠] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الخبران] ، مكان : [الجواب] .

(٢) في (م) : [العبد] .

(٣) هكذا في جميع النسخ ، لعل الصواب : [المغصوب] .

(٤) في (ع) : [غير المشاع عندنا وإنما هذا يصح] .

(٥) المهايأة : قال ابن منظور : [والمهايأة : الأمر المتهايأ عليه . المتهايأة : من يتهايأ القوم فيتراضون به] . راجع : لسان العرب ، مادة : [هيأ] (٦/٤٧٣٠) .

(٦) ما بين القوسين بدل « منهما » المثبتة في النسخ كلها .

(٧) في (م) ، (ع) : [يستحق] .

(٨) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .

(٩) قوله : [لأنه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .

١٣٤٥٩ - على أنَّا قد بينا أن الرهن من الشريك يستحق فيه اليد أيضًا [1] إذا باع نصيبه .

١٣٤٦٠ - قالوا : تبطل العلة بمن باع عبدًا قاتلًا أو مرتدًّا .

١٣٤٦١ - قلنا : هناك تستحق يده بحق القصاص والحد ، ونحن قلنا بحق الملك .

١٣٤٦٢ - وعلى العبارة الثانية قلنا : تستحق يده في الثاني إلى غيره ، وههنا تستحق يده بالإتلاف ، فأما أن يستحق إزالتها إلى يد غيره فلا .

١٣٤٦٣ - قالوا : الرهن يبطل [2] عندكم بزوال اليد لزوال الوثيقة ، وهذا موجود إذا زالت [يده] [3] بالقتل ، كما هي موجودة إذا زالت يده إلى يد أخرى .

١٣٤٦٤ - قلنا : جواز زوال اليد بالتلف لا يؤثر في الرهن ، بدلالة : أنه يجوز ، ولا يمنع [4] ذلك من جواز الرهن ، والقتل بالقصاص من هذا القبيل .

١٣٤٦٥ - فإن قيل : المعنى في رهن المقبوض : أن مقصود الرهن لا يوجد فيه ، وهو استيفاء الدين من ثمنه ، والمشاع [5] يوجد فيه هذا الغرض [6] .

١٣٤٦٦ - قلنا : والمشاع لا يوجد فيه استحقاق استدامة القبض الذي يرفع [7] التوثق . وقد بينا أن هذا هو المقصود ، والمعجل بالرهن واستيفاء الدين من ثمنه مقصود يتأخر ، والمقصود الذي ذكرناه أولى ، لأن الرهن لا يخلو منه ، واستيفاء الدين من ثمنه قد يحتاج إليه [8] ، وقد لا يحتاج ، فاعتبار ما لا يخلو الرهن منه أولى .

١٣٤٦٧ - فإن قيل : المعنى في المغصوب : أنه لا يجوز بيعه ، فلم يجز رهنه .

١٣٤٦٨ - قلنا : إن عللت للجملة [9] : قلنا بموجبه ، لأن المشاع يجوز رهنه إذا قسمه وتسلمه بموجب العقد ، وإن عللوا الأحوال : بطل بمن قال لعبده : أنت حر رأس

---

(١) لفظ : [أيضًا] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) : [تبطل] . (٣) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولا يمتنع] .

(٥) قوله : [والمشاع] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [يوجد في هذا العرض] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، (ع) : [يرتفع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [عليه] ، مكان : [إليه] .

(٩) في (ص) ، (م) : [الحملة] .

الشهر ، ثم رهنه بدين ، فحل بعد الشهرين ، لم يجز بيعه ويجوز رهنه ، والزيوف [١] يجوز بيعها ممن هي عليه ولا يجوز رهنها منه ولا من غيره ، ويجوز رهن الأم دون ولدها ولا يجوز بيعها دون ولدها ، ويجوز بيع الثمرة على رؤوس النخل [٢] [ولا يجوز رهنها دون النخل] [٣] .

١٣٤٦٩ - فإن قيل : المعنى في الغصب : أنه عقد على ملك غيره بغير أمره ، فلذلك لم يجز الرهن .

١٣٤٧٠ - قلنا : إنما لا يجوز رهن ملك الغير بغير أمره [٤] ، لأن اليد تستحق [٥] على الوجه الذي بيناه ، فكأنا جعلنا العلة حكمًا من أحكام ، فعارضونا بعلة ذلك الحكم ، فلا يقدح ذلك في تعليلنا ، كما أن علة الربا بأنه [٦] مطعوم ومكيل ، فقيل له : إن [٧] النص يتناوله ، لم يقدح ذلك في تعليله ، وإن كان التحريم في الأصل يثبت بالنص .

١٣٤٧١ - فإن قيل : عندكم إذا رهن ملك الغير ، فالعقد موقوف ، والعقد الموقوف صحيح عندكم ، فكيف قلتم : إنه لا يصح ؟ .

١٣٤٧٢ - قلنا : معنى قولنا : إنه صحيح ، أي ينعقد ، فالذي نريد هاهنا بقولنا : لا يصح ، أي لا يلزم ، وكذلك نقول في المشاع : إنه غير لازم ، وهو منعقد ، فإن قستم وسلمتم [٨] بموجب ذلك العقد ، كما لو أجاز مالك الغصب الرهن ؛ جاز .

---

(١) في (م) : « ويجوز رهنه إذا قسمه وتسلمه بموجب العقد ، وإن عللوا الأحوال بطل بمن قال لعبده والزيوف » ، وفي (ع) : « ويجوز رهنه إذا قسمه وتسلمه بموجب العقد والزيوف » بالزيادة ، وهو سهو . الزيوف : عكس الجياد ، أي رديئًا ، يقال : زافت الدراهم زيفًا ، وزيوفًا ، وزيوفه : إذا ظهر فيها غش ورداءة ، وزيفها : إذا عملها مغشوشة ، فهو زائف ، وهي زائفة . قال الجرجاني : الزيف : « ما يرده بيت المال من الدراهم » ، وفي المغرب : « زافت عليه دراهمه ، أي : صارت مردودة عليه لغش فيها ، وقد زيفت إذا ردت ، ودرهم زيف وزائف ، ودراهم زيوف وزيف ، وقيل : هي دون البهرج في الرداءة ، لأن الزيف ما يرده بيت المال ، والبهرج ما ترده التجار » . راجع : لسان العرب ، مادة : « زيف » (١٩٠٠/٣) المغرب ص٢١٤ - المعجم الوسيط (٤١١/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [التمر على رؤوس النخلة] .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [إنما لم يجز رهن ملك الغير أمره] ، مكان المثبت ، غير أن في (ع) : [لغير] ، مكان : [الغير] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يستحق] .

(٦) في (م) ، (ع) : [علل] ، مكان : [علة] ، وفي (م) : [فيه] ، وفي (ع) : [من] ، مكان : [أنه] .

(٧) في (م) ، (ع) ، (م) : [لأن] .

(٨) في (ص) ، (م) : [وسلم] .

١٣٤٧٣ – فإن قيل : قياسكم عليه إذا رهن يومًا ويومًا لا يصح ؛ لأن هناك يزول في اليوم الثاني العقد والقبض فلذلك لم يصح ، وههنا يزول في الثاني اليد [1] دون العقد ، وهذا لا يمنع صحة العقد .

١٣٤٧٤ – قلنا : لزوم الرهن معلق بالعقد والقبض ، وتأثير القبض من اللزوم كتأثير العقد وأقوى ؛ لأن اللزوم يقع به ويحصل به المقصود ، ولا فرق بين زوال الأمرين وبين زوال أقواهما .

١٣٤٧٥ – احتجوا : بأنه عين يجوز بيعها ، فجاز رهنها ، كالمقسوم . ومنهم من قال : يجوز بيعها في محل الحق .

١٣٤٧٦ – والجواب : أنا لا نسلم أن المشاع عين لا يمكنه أن يشير إليه ، فيعقد عليه ولا يسلمه [2] ثانيًا ، فسقط هذا الوصف ، وبطل بالدين في الذمة فإن بيعه يجوز ممن هو في ذمته ، ولا يجوز رهنه منه ، ولا من غيره ، وقد قال بعضهم : إن رهن الدين [يصح] [3] إذا قلنا : إن تمليكه من غير من هو عليه جائز ، ويقبضه المرتهن ، فيلزم العقد بالقبض .

١٣٤٧٧ – قلنا : فإذا صح الرهن من غير (تسليم) [4] ، ونحن ناقضناكم بالدين أن بيعه يصح ويلزم وهو دين ، ولا يلزم رهنه ، لذلك لا يتجه من النقض [5] ما ذكرتموه ، ويبطل ما قالوا [6] بمن قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر [7] ، فإن بيعه جائز ، ولا يصح رهنه .

١٣٤٧٨ – قالوا : لا يمكن بيعه في محل الحق ، ويجوز [8] إذا كان رهنًا ، وجواز أن يعتق فلا يجوز بيعه لجواز أن يموتا ، فلا يجوز بيعه .

١٣٤٧٩ – وإن كانوا يريدون أن بيعه ممكن في محل الحق بكل حال : لم نسلم ، لأنه إنما يباع ما لم يحدث ما يمنع البيع من التلف .

---

(١) في (م) ، (ع) : [باليد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [أن يسير إليه فيعقد إليه ولا نسلمه] ، غير أن لفظ : [نسلمه] غير منقوط في (م)
(٣) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٤) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .
(٥) في (م) ، (ع) : [كذلك فلا يتجه] ، مكان : [لذلك لا يتجه] ، وفي (ص) ، (م) : [النقص] ، مكان : [النقض] .
(٦) في (م) ، (ع) : [قالوه] .
(٧) في (م) ، (ع) : [حق] ، مكان : [حر] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يجوز] بدون الواو .

١٣٤٨٠ - والمعنى في المقسوم : أن الرهن متميز مما ليس برهن ، فصار رهنه كبيعه ، وفي مسألتنا : الرهن غير متميز مما ليس برهن ، فلم يلزم الرهن فيه [كثوب من ثوبين ، أو نقول : إن المعنى فيه : أنه لا يقارن العقد ما ينافي مقصوده] (١) ، وفي مسألتنا : قارنه (٢) ما ينافي مقصوده على ما بيناه .

١٣٤٨١ - قالوا : كل من صح رهن المفرد عنده (صح رهنه لمتعدد) (٣) كما لو رهن داره من رجلين ، وربما قالوا : كل عقد يصح على عين واحدة لعينين صح على بعضها لأحدهما ، أصله : البيع (٤) .

١٣٤٨٢ - قلنا : نقول : بموجب العلتين ، فإن العين التي يصح رهنها من اثنين يصح رهن بعضها أيضًا معينًا ، والخلاف في المشاع .

١٣٤٨٣ - ولأنه إذا رهن من اثنين فجميع العين رهن عند هذا ، ورهن عند هذا (٥) ، ولهذا لو قضى أحَدَهما حبس الآخرُ جميعَهَا ، فإذا اقتضاها فكل واحد يمسك (٦) لنفسه ولشريكه ، فهو كالعدل في حق شريكه ، فلذلك (٧) صح الرهن منهما .

١٣٤٨٤ - قالوا : كيف يكون كل العين رهنًا عند هذا (٨) وهذا ، ولو رهن من أحدهما ثم رهن من الآخر لم يصح ، لأن بعضها عند أحدهما ، كما لو باع عينًا (٩) من اثنين .

١٣٤٨٥ - قلنا : هذا كلام في مسألة أخرى لم يلزمنا بيانها (١٠) ههنا ، ونحن معنا أصل العلة الأولى ، ولا يجوز أن يكلمنا خصمنا (١١) في إفساد المنازعة .

١٣٤٨٦ - ثم هو فاسد ؛ لأن الوثيقة لا تتضايق (١٢) ، فيصح أن يكون كل الرهن وثيقة لهذا ، ووثيقة لهذا ، كما يتعلق بالشقص (١٣) المبيع الشفعة ، لا يبين لكل واحد

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) : [قارن] بدون الهاء .

(٣) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .

(٤) قاعدة : « كل عقد يصبح على عين واحدة لعينين صح على بعضها لأحدهما » .

(٥) قوله : [ورهن عند هذا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [تمسك] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(٨) في (م) ، (ع) : [الدين رهنًا عندنا] ، مكان : [العين رهنًا عند هذا] .

(٩) في (م) ، (ع) : [عندهما] .

(١٠) قوله : [بيانها] ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [خصمها] .

(١٢) قاعدة : « الوثيقة لا تتضايق » .

(١٣) الشقص : النصيب ، والجزء من الشيء . راجع : المغرب : مادة « شقص » ص٢٥٤ ، المعجم الوسيط (٤٩١/١) .

(جزؤه)[١] من جميعه ، ويتضايق حقهم عند القضاء ، وكما يدفع إلى اثنين نصابه ، ويعقد لكل واحد على جميعه إذا جوز تصرفه /[٢] على حياله ، وكذلك الوثيقة[٣] ثبت لكل واحد في جميع الرهن لأنها لا تتنافى[٤] . ١٥/ب

١٣٤٨٧ - فأما إذا رهن عند أحدهما ثم رهنه عند الآخر ، فإنما لا يصح لأن حق الأول يستقر في العين ، فيمنع من التسليم إلى الثاني .

١٣٤٨٨ - فإن قيل : فعلى قولكم : يتهايأ المرتهنان ، فيمسك الرهن[٥] هذا يومًا ، وهذا يومًا ، فيستحق قبض كل واحد منهما .

١٣٤٨٩ - قلنا : كل واحد يمسك[٦] الرهن لنفسه ولصاحبه ، فهو عدل في حق صاحبه ، ويد العدل في الرهن لا تنافي الرهن ، فلا يقال[٧] : إن قبضه استحق .

١٣٤٩٠ - قالوا : كل حال صح أن يكون[٨] المفرد فيها رهنًا ، صح أن يكون المشاع فيها رهنًا ، كحال الاستدامة[٩] .

١٣٤٩١ - قلنا : الإشاعة الطارئة تبطل الرهن في إحدى الروايتين ، والأصل غير مسلم ، وإن سلمناه على الرواية الأخرى[١٠] لم يصح التعليل ، لأنه قد يفسد العقد[١١] بما يقارنه ، وإذا طرأ بعد انعقاده لم يفسد ، كقتل العبد وإباقه في البيع[١٢] .

١٣٤٩٢ - وقد ادعوا في هذه المسألة جواز الرهن من الشريك ، وهذا غير مسلَّم .

---

(١) ما بين القوسين زائد للسياق .

(٢) من قوله : [نصابه ويعقد] إلى قوله : [وتصرفه] غير واضح في (ص) ، المثبت من (م) ، (ع) ، لعل تصويبه : [على جميعه إذا جوز وتصرف] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ثبت] . (٤) في (ص) : [لا يتنافى] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يتهيأ] ، مكان : [يتهايأ] ، كلاهما صحيحان ، وفيهما : [الراهن] ، مكان [الرهن] وهو ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ من الهامش .

(٦) في (م) : [تمسك] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا يتنافى] . العدل ، بالفتح : ما يقوم مقامه ، ويد العدل في الرهن ، يعني : يد الكفيل فيه ، أي كفالته فيه . وفي لسان العرب : [واليد] الكفالة في الرهن] . راجع : لسان العرب ، مادة : [يدي] (٤٩٥٣/٦) ، المعجم الوسيط (١٠٧٦/٢) . (٨) في (م) : [أن نكون] .

(٩) قاعدة : « كل حال صح أن يكون المفرد فيها رهنًا صح أن يكون المشاع رهنًا ، كحال الاستدامة » .

(١٠) في (م) : [الآخر] .

(١١) [العقد] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٢) قاعدة : « قد يفسد العقد بما يقارنه ، وإذا طرأ بعد انعقاده لم يفسد ، كقتل العبد وإباقه في البيع » .

١٣٤٩٣ – وألزمونا رهن الاثنين عبدًا لهما من واحد بدين له على كل واحد [١] ، وهذا عندنا يصح ، ويكون جميع العبد رهنًا بكل واحد [٢] من الدينين حتى لو قضى أحدهما دينه [٣] حبس جميع العبد بدين الآخر .

١٣٤٩٤ – فإن قيل : لو باع رجل نصف عبد من شريك فيه ثبت له حق الحبس وثيقة بالثمن ، وإن كان المشتري يمسك [٤] يومًا ، والبائع يومًا لا يبطل ذلك وثيقة البائع [٥] فيه .

١٣٤٩٥ – قلنا : عقد البيع يجوز أن ينعقد غير موجب للحبس [٦] ، مثل : أن يبيع من المشتري ما هو في يده ، أو يبيع بثمن مؤجل ، فوقوع [٧] الحبس مع ما يوجب استحقاق يده [٨] لا تبقي العين ، والرهن لا يجوز أن يلزم غير موجب للحبس ، فإذا انعقد مع وجود ما يوجب استحقاق اليد لم يجز .

١٣٤٩٦ – فإن قيل : لو باع نصف عبده من شريك [٩] وسلم إليه ، فإنه يسترجعه منه بالمهايأة ليخدمه [١٠] ، ثم لا يوجب ذلك زوال قبض المشتري عنه ، بدلالة : أنه لو قُتل [١١] في يد البائع فأخذ قيمته ، طاب للمشتري الفضل في النصف ، لذلك أَخْذ [١٢] العبد من يد المرتهن بالمهايأة لا يوجب استحقاق [١٣] قبضه .

١٣٤٩٧ – قلنا : المشتري يملك [١٤] إيجاب اليد فيما ملكه وقبضه ، بدلالة : أنه لو أخذه وليبيعه فأداه [١٥] إليه البائع وتسلمه ، فهذه يد أوجبها المشتري ، فلا يبطل قبضه لكن هذا لا يملك إيجاب اليد لغيره ، فإذا أخذه الشريك فلم يقبضه بإيجاب المرتهن ، كان ذلك استحقاقًا لقبضه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [حال] .
(٢) في (م) ، (ع) : [جميع الرهن عبدًا بكل حال] ، مكان المثبت .
(٣) في (م) ، (ع) : [دية] . (٤) في (م) : [تمسك] .
(٥) في (م) ، (ع) : [البائع] . ، وفي (ص) : [المبايع] .
(٦) في (م) ، (ع) : [عن موجب الحبس] ، مكان المثبت .
(٧) في (م) ، (ع) : [أو يبيع ثمن موجل بوقوع] .
(٨) في (م) ، (ع) : [هذه] . (٩) في (م) ، (ع) : [شريكه] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [منها المهايأة] ، مكان : [منه بالمهايأة] ، وفي (ع) : [لتحديه] ، مكان : [ليخدمه] . (١١) في (م) ، (ع) : [قبل] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [كذلك] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [ولا موجب لاستحقاق] ، مكان : [لا يوجب استحقاق] .
(١٤) في (م) ، (ع) : [تملك] . (١٥) في (ص) : [فأذاها] .

مسألة ٦٨٠

حكم استدامة القبض للمرتهن

١٣٤٩٨ - قال أصحابنا : استدامة القبض حق للمرتهن [١] .

١٣٤٩٩ - وقال الشافعي : ليس بحق له [٢] .

١٣٥٠٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [٣] ، فوَصَفَ الرهن بالقبض فظاهره يقتضي : أن هذه الصفة لازمة .

١٣٥٠١ - فإن قيل : هذا [٤] يدل على اعتبار القبض له ، وكلامنا في الاستدامة .

١٣٥٠٢ - قلنا : الظاهر : أن المرتهن لا يوجد إلا مع هذه الصفة .

١٣٥٠٣ - فإن قيل : القبض مشاهدة ليس بشرط حال اليد بالإجماع ، فعلم أن المراد به مقبوض حكمًا .

١٣٥٠٤ - قلنا : حقيقة القبض تقتضي المشاهدة دون الحكم ، فالظاهر يقتضي اعتبار القبض المشاهد في جميع الأحوال إلا ما منعه دليل ، لأنها حالة من أحوال الرهن ، فكان القبض حقًّا للمرتهن ؛ أصله : الابتداء [٥] .

١٣٥٠٥ - ولأنها عين محبوسة لاستيفاء الدين ، فكان الحبس إلى أن يستوفي الدين ، كالبيع .

١٣٥٠٦ - فإن قيل : المبيع [٦] محبوس لتعين عقد فإذا أسقط الحبس سقط ، والرهن محبوس بعقد فإذا زال الحبس بقي العقد .

١٣٥٠٧ - يبين [٧] ذلك : أن المرتهن لو تبرع بتسليم الرهن لم يسقط حقه في

(١) في (ص) ، (م) : [حقًّا للمرتهن] وتجوز أيضا على تقدير أن الحال سدت مسد الخبر . راجع المسألة في : تحفة الفقهاء « كتاب الرهن » (٣٨/٢) .

(٢) راجع المسألة في : الأم (١٤٠/٣) ، تكملة المجموع الثانية مع المهذب (١٩٢/١٣) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٤٢٢/٤) . وقال مالك ، وأحمد : مثل قول الحنفية ، دوام القبض شرط للزوم الرهن ، وحق للمرتهن . راجع المسألة في المدونة ، (١٥٨/٤ ، ١٦٢) ، الرسالة الفقهية [باب في الشفعة والهبة ، والصدقة ، والحبس ، والرهن إلخ] ص ٢٣١ .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٨٣

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الانتفا] ، بدون نقط .

(٦) في (م) ، (ع) : [البيع] .

(٧) في (م) : [تبين] .

استرجاعه ، ولو تطوع البائع بتسليم المبيع سقط حقه .

١٣٥٠٨ - قلنا : عقد البيع أوجب الحبس ، بدلالة : أن الحبس بالثمن لم يكن حقًّا له قبل البيع ، وإنما تجدد [1] هذا بالبيع ، فكل واحد منهما مُحبس بالمعقود [2] ، فأما سقوط حق البائع إذا تبرع بالتسليم فيدل على ضعف حقه في الحبس [3] وقوة حق المرتهن ، فإذا كان الحق الضعيف يثبت في الاستدامة فالقوي أولى .

١٣٥٠٩ - ولأنه مقبوض بعقد الرهن ، فوجب أن يمنع الراهن من استرداده إلى يده . أصله : إذا كان الرهن مما [4] لا منفعة له ، مثل الحنطة والشعير .

١٣٥١٠ - فإن قيل : إذا لم يكن له منفعة فلا حق للراهن في أخذه ، وإذا كانت له منفعة ثبت له حق الحبس لينتفع [5] به ، كما أن الحرة لزوجها أن يحبسها في بيته ، لأنه لا حق لأحد في منافعها ، والزوجة الأمة لا يحبسها ؛ لأن حق مولاها ثابت في منافعها ، والراهن إنما يمسك ملك نفسه [6] ، وللمالك أن يمسك ملكه لينتفع به (إذا كانت له منفعة) [7] .

١٣٥١١ - قلنا : لم يثبت له حق الإمساك فيما لا منفعة له ، كذلك ماله منفعة .

١٣٥١٢ - احتجوا : بأنه عقد من شرط لزومه القبض ؛ فلم يكن من شرط صحته استدامة استحقاق استدامة القبض ، كالهبة .

١٣٥١٣ - الجواب [8] : أنه لا فرق بينهما ؛ لأن استحقاق استدامة القبض حق (للموهوب) [9] له ما دامت الهبة ، كما أن استدامة القبض حق للمرتهن مادام الدين بحاله .

١٣٥١٤ - قالوا : حالة من حالات ، فوجب أن لا يكون من شرطها استحقاق استدامة القبض ، كما لو بيع بعضه .

١٣٥١٥ - قلنا : إذا بيع بعضه [10] بطل الرهن على إحدى الروايتين ، فلم نسلم هذا .

١٣٥١٦ - قالوا : لا يخلو هذا القبض إما أن يكون شرطًا من حيث المشاهدة ، أو

---

(١) في (م) ، (ع) : [تحدد] . (٢) في (م) ، (ع) : [بالعقود] .

(٣) حرف : [على] ساقط من (ع) ، وفي (م) : [الجنس] ، مكان : [الحبس] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ما] ، مكان : [مما] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ينتفع] بدون اللام . (٦) في (م) ، (ع) : [ملك يمينه] .

(٧) ما بين القوسين بدل ما جاء في النسخ جميعًا بلفظ : [لو لم ينتفع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

(٩) [للموهوب] بدل [للمرهون] المثبتة في النسخ جميعها ، وهو خطأ واضح .

(١٠) قوله : [بعضه] ساقط من (ع) .

الحكم ، وبطل أن يكون من حيث المشاهدة ، لأنه لو كان عارية ، أو على يد عدل ، لم يقدح فيه ، فوجب [١] أن الاعتبار باستدامة قبضه حكمًا ، وكذا نقول : فإن عندنا يكون في يد الراهن ، وهو في يد المرتهن من طريق الحكم .

١٣٥١٧ - قلنا : عندنا استحقاق القبض المشاهد حق المرتهن ، فإذا أعاره فالاستحقاق بحاله ، وإنما أسقط حق نفسه ، فإذا وضعه على يد [٢] عدل فاستحقاق هذا القبض المشاهد حق للمرتهن ، وقد يثبت [٣] حق القبض للإنسان بيد غيره ، كما يثبت [٤] لليتيم حق القبض بيد الوصي .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [فثبت] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يدي] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

مسألة ٦٨١

استيفاء الراهن لمنافع الرهن

١٣٥١٨ - قال أصحابنا : لا يجوز للراهن استيفاء منافع الرهن إلا بإذن المرتهن ، ولا يجوز له إجارة الرهن [١] .

١٣٥١٩ - وقال الشافعي : الراهن [٢] يسكن الدار ، ويؤجرها ، ويركب الدابة ، ويعيرها ، ويزرع الأرض ، ويحلب اللبن ، ويجز الصوف ، ولا يطأ الجارية ، ولا يلبس الثوب .

١٣٥٢٠ - واختلف أصحابه في وطء الجارية الصغيرة ، فمنهم من قال : يجوز وطؤها ، ومنهم : من منع وطأها [٣] .

١٣٥٢١ - لنا : أن الله تعالى بين لنا التوثق في الديون بالشهادة صيانة للديون من الجحود ، وبين صيانة الديون [٤] بالتوثق عند عدم الشهود بمقتضى الرهن [٥] ، حتى لا يجحد الراهن الدين ، وهذا إنما يكون مع بقاء قبضه ، فلو جوزنا للراهن [٦] أخذه

(١) راجع المسألة في : شرح معاني الآثار « كتاب الرهن » ، « باب ركوب الرهن واستعماله وشرب لبنه » (٩٩/٤ ، ١٠٠) ، روضة القضاة « كتاب الرهن » (٤١٩/١) ، تحفة الفقهاء (٤٢/٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [المراهن] .

(٣) قال الشيرازي في المهذب : « ويملك الراهن التصرف في منافع الرهن على وجه لا ضرر فيه على المرتهن » . راجع المسألة في : الأم « باب ما يفسد الرهن من الشرط » (١٥٥/٣) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٦٥/٤ ، ٢٦٦) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، سورة البقرة (٤١١/٣ - ٤١٣) ، شرح الزرقاني « باب الرهن » (٢٤٢/٥ ، ٢٤٣) ، جواهر الإكليل « باب الرهن » (٨٠/٢) ، الإفصاح ، الباب السابق (٣٦٨/١) ، الكافي لابن قدامة « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » ، « فصل : ولا يملك الراهن التصرف في الرهن » (١٤١/٢) ، المغني « فصل وليس للراهن الانتفاع بالرهن » (٤٣٢/٤ ، ٤٣٣) . واتفق الأئمة الأربعة على أن المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن إلا أن يأذن له المالك ، ما عدا الحيوان ، فقال أحمد في الأصح : إذا كان الرهن مركوبًا ، أو محلوبًا فللمرتهن أن يركب ويحلب بقدر نفقته ، وبه قال : إسحاق ، وقال أحمد في رواية أخرى : لا يجوز له ذلك .

(٤) في قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ ﴾ . سورة البقرة : الآية ٢٨٢ . راجع ذلك في : أحكام القرآن للجصاص (٤٨١/١) وما بعدها .

(٥) في قوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنتُمۡ عَلَىٰ سَفَرٖ وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ ﴾ . سورة البقرة : الآية ٢٨٣ .

(٦) في (م) ، (ع) : [للمراهن] .

والانتفاع به ، زال التوثق [١] ؛ لأنه يجحد الدين ، أو يموت والرهن في يده فيجحد الغرماء فيصير أسوة لهم ، فتبطل [٢] الوثيقة ، فثبت أن استدامة القبض حق .

١٣٥٢٢ - يبين [٣] ذلك : أن اللّٰه تعالى وعظ الذي عليه الدين مع عدم الرهن والشهادة ، وأمره بأداء الأمانة [٤] ، فلولا أن التوثق بالرهن مَنَعَ الجحود [٥] لوعظ الراهن أيضًا ، فلما لم يعظ دلَّ أن الدين يُحَصَّن [٦] من الجحود ، كما يُحَصَّن بالشهادة ، وذلك لا يكون مع زوال اليد على ما بيناه .

١٣٥٢٣ - ولأنها منفعة الرهن ، فمنع الراهن من استيفائها ، كمنفعة [٧] البضع ، ومنافع الثوب .

١٣٥٢٤ - فإن قيل : المعنى في منفعة البضع : أن الوطء يؤدي إلى العلوق ، فيبطل به حق المرتهن ، وربما تلفتْ بالولادة ، وكذلك يبلى [٨] باللبس ، فيؤدي إلى نقصان حق المرتهن .

١٣٥٢٥ - قلنا : فاستعمال العبد في الأعمال ربما أدي إلى تلفه من العمل ، ورد الشيء إلى يده يؤدي إلى إسقاط حق المرتهن ؛ لأنه يجحد الدين ؛ فإذا كان الرهن في يد المرتهن لم يجحد الدين ؛ لأن في يد [المرتهن ما هو مثل الدين أو أكثر ، ولا يستفيد الراهن بجحوده الدين فائدة .

١٣٥٢٦ - ولا يلزم على هذا : إذا أعار المرتهن ؛ لأن] [٩] هذا يؤدي إلى إسقاط حقه ، لكنه رضي بذلك .

---

(١) لفظ : [التوثق] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فيصر اسورة لهم فبطل] ، مكان المثبت .

(٣) في (م) : [تبين] .

(٤) بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِى اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُۥ ﴾ ، سورة البقرة : الآية ٢٨٣ .

(٥) في (ص) : [فلو] ، مكان [فلولا] ، وفي (م) ، (ع) : [الحجر] ، مكان : [الجحود] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ذلك أن الدين يحص] .

(٧) في (م) ، (ع) : [استيفاء المنفعة] ، مكان : [استيفائها كمنفعة .

(٨) في (م) : [تبلى] يعني الثوب . بلى الثوب يبلي بلى وبلاء خلق بالضم ، وبلى الميت ، أي : أفنته الأرض ، البلى بكسر الباء : القدم والتقرب إلى الفناء . راجع المصباح المنير [الباب مع اللام وما يثلثهما] (٦١/١) ، المعجم الوسيط ، مادة : [بلى] (٧٠/١)

(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (ع) .

١٣٥٢٧ - فإن قيل : قد يجحد الدين وإن [1] كان الرهن في يده ، ويدعى الرهن .

١٣٥٢٨ - قلنا : المرتهن يقول : لا يستحق عليَّ تسليم هذا العين ، ويحلف على ذلك ، فيكون [2] صادقًا ، ويبقى الرهن في يده بإزاء الدين ، ولا تبطل [3] الوثيقة .

١٣٥٢٩ - ولأنه نوع حبس ؛ فلا يملك من حُبِسَ عنه [4] الانتفاع به ، كالبيع .

١٣٥٣٠ - فإن قيل : ملك المشتري في المبيع لم يتم ، فلذلك [5] لم يجز له الانتفاع ، وملك الراهن تام فجاز له الانتفاع .

١٣٥٣١ - قلنا : حق الغير إذا تعلق بالملك التام أثر في التصرف ، كنقصان الملك

١٣٥٣٢ - الدليل عليه : العبد المؤاجر .

١٣٥٣٣ - فإن قيل : الثمن عوض عن المبيع ، فلم يجز للمشتري التصرف فيه وإن لم يجز في الدين .

١٣٥٣٤ - قلنا : البائع يجوز له التصرف في الثمن ، ولا يجوز للمشتري التصرف في المبيع ، فبطل أن يكون حبس المبيع من التصرف لما ذكروه ، وإنما هو لأن الراهن أثبت له حق الحبس [6] [بعقده حتى يوفيه الدين ، كما أثبت الشرع للبائع حق الحبس] [7] وثيقة بالثمن .

١٣٥٣٥ - ولأن الإجارة عقد يستحق به اليد ، فلا يصح في الرهن ، كالبيع .

١٣٥٣٦ - ولأنه عقد للاستيفاء ممتنع منه / الرهن ، كالرهن . ١٥٧/

١٣٥٣٧ - احتجوا : بحديث أبي هريرة ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « لا يُغْلَق الرهن من راهنه ، له غُنْمه وعليه غُرمه » [8] .

١٣٥٣٨ - والجواب : أن هذا يقتضي أن الغُنم مِلك الراهن ، فكذلك [9] نقول ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٢) قوله : [على ذلك فيكون] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) : [ولا يبطل] .

(٤) في (م) ، (ع) : [جنس] ، مكان : [حبس] في الموضعين ، وفي جميع النسخ : [علته] ولعل ما أثبتناه هو الصواب .

(٥) في (م) ، (ع) : [فكذلك] . (٦) في (م) ، (ع) : [الجنس] .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [عنه] ، مكان : [غنمه] ، وهو خطأ . وقد تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٦٧٨) . قال الشافعي بعد أن أخرجه مرسلًا : [وغنمه : زيادته ، وغرمه : هلاكه ونقصه] ، في المسند (١٦٤/٢) ، الحديث (٥٦٧) . (٩) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

وليس إذا كان ملكًا له جاز له التصرف فيه ، كما أن الرهن ملكه وإن مُنِع من استهلاكه ، وكما أن منفعة الوطء له على ملكه ، وإن منع من استيفائها .

١٣٥٣٩ - فإن قيل : الخبر يقتضي أن الغُنم له مِلْكًا واستيفاء .

١٣٥٤٠ - قلنا : اللفظ لا يفيد إلا الملك ، فأما الاستيفاء فيثبت بحقه إذا لم يتعلق به حق غيره .

١٣٥٤١ - احتجوا : بقوله ﷺ : « الرهن محلوب ومركوب » (١) ، وقد أجمعنا على أنه (٢) ليس بمركوب للمرتهن ، فوجب أن يكون مركوبًا للراهن .

١٣٥٤٢ - الجواب : أن الخبر متروك [الظاهر] ، ولذلك (٣) لا يوصف بالحلب ، وإنما يحملونه على أن المرهون مركوب ، ونحن نقول معناه : الرهن يصح فيما يركب ويحلب ، وليس أحد التأويلين أولى من الآخر .

١٣٥٤٣ - وفائدة الخبر على قولنا : أن الحيوان لما افتقر إلى نفقة جاز أن يستشكل جواز رهنه ، فبين (٤) ﷺ : أنه يصح وإن افتقر إلى ذلك .

١٣٥٤٤ - ولأن الرهن عندنا محلوب ومركوب ، لأنه يستضر بترك الحلب ، فيحلبه المرتهن حتى لا ينقص ويكون اللبن في الرهن ، ويركبه على طريق الرياضة حتى لا يستضر بالوقوف ، ويركبه المرتهن عقبه ويحمل عليه علفه .

١٣٥٤٥ - وجواب ثان (٥) : وهو أن في بدء الإسلام كان نفقة الرهن على من ينتفع بلبنه (٦) وركوبه ، فجوز ﷺ [للمرتهن أن ينفق ويركب ويحلب ، والدليل على ذلك : ما روي أن النبي ﷺ] (٧) قال : « وعلى من يحلبه ويركبه نفقته » (٨) .

---

(١) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٦٧٨) ، وأخرجه الشافعي معلقًا بهذا اللفظ في الأم (١٥٥/٣) ، مختصر المزني ص٩٨ .

(٢) في (ص) : [أن] بدون الهاء .

(٣) الزيادة : من (م) ، (ع) ، وفيهما : [وكذلك] ، مكان : [ولذلك] .

(٤) في (م) ، (ع) : [نفعه جاز أن يشكل] ، مكان : [نفقة جاز أن يستشكل جواز رهنه] ، وفي (م) : [فتبين] ، مكان : [فبين] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ففيه] ، مكان : [عقبه] ، وهو غير واضح في (ص) ، لعل الصواب ما أثبتناه ، وفي (م) ، (ع) [ثالث] ، مكان [ثانٍ] .

(٦) في (م) : [بلبه] ، مكان : [بلبنه] .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) أخرجه البخاري في الصحيح ، في « الرهن » ، « باب الرهن مركوب ومحلوب » (٧٨/٢) والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، باب ما جاء في الانتفاع بالرهن (٥٤٦/٣) ، الحديث (١٢٥٤) ، وابن ماجه في =

١٣٥٤٦ - فإن قيل : هذا لا ينافي قولنا ، لأن النفقة عندنا على الراهن ، والحلاب والركوب له .

١٣٥٤٧ - قلنا : الخبر يقتضي وجوب النفقة بالحلاب ، والراهن يلزمه نفقته بملكه ، لا بالحلب والركوب .

١٣٥٤٨ - قالوا : إنما حدث في ملكه ، فكان له ، كغير [1] الرهن .

١٣٥٤٩ - قالوا : بأنه محبوس بحق متعلّقه ، فكان نماؤه [2] لمالكه ، كالعبد الجاني .

١٣٥٥٠ - قلنا : حكم مسلّم ؛ لأن النماء له ، والكلام في أنه يمنع منه أم لا .

١٣٥٥١ - قالوا : إنما حدث بملكه ، فكأن لم يتعلق بحق ، فكان لمالكه أن يستوفيه لغير الرهن .

١٣٥٥٢ - قلنا : لا نسلم الوصف ، لأن التعليل إن كان في [3] اللبن فهو في الرهن ، وإن كان في المنافع فحق المرتهن متعلق بها من المنع منها ، لأن الوثيقة لا تتم إلا بذلك على ما بينا .

١٣٥٥٣ - والمعنى فيما ليس برهن : أنه لا يمتنع مالكه من الوطء فلم يمنع من الخدمة ، ولما منع الراهن من الوطء الذي يملكه منع من الخدمة .

١٣٥٥٤ - قالوا : محبوس بحق متعلّقٍ به ، فكان لمالكه استيفاء منافعه ، كالعبد الجاني .

١٣٥٥٥ - قلنا : العبد الجاني ليس بمحبوس ، ولا يثبت [4] لولي الجناية حبسه لحقه ، فالوصف غير مسلّم .

١٣٥٥٦ - ولأن الاستخدام لا يبطل حق ولي الجناية [5] ، لأن حقه لم يثبت بالتوثق ، وفي مسألتنا : الرهن يثبت [6] حبسه للتوثق ، وفي استخدام ملكه إبطال التوثق

= السنن ، « كتاب الرهون » ، « باب الرهن مركوب ومحلوب » (٨١٦/٢) ، وأحمد في المسند (٤٧٢/٢) .

(١) في (م) ، (ع) : [لغير] .

(٢) في (م) ، (ع) : [عاده] ، مكان : [نماؤه] .

(٣) لفظ : [الوصف] ، و [في] ساقطان من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولا ثبت] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولأن الجناية تثبت] ، مكان : [ولي الجناية] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

على ما قدمنا .

١٣٥٥٧ - قالوا : الرهن عقد لا يبيح للمعقود له [١] الانتفاع بالمعقود عليه ، فوجب أن لا يمنع مالكه من الانتفاع به أصله : النكاح .

١٣٥٥٨ - قلنا : يبطل بالوطء وبلبس الثوب .

١٣٥٥٩ - قالوا : نحترز عنه فنقول : فوجب أن لا يمنع مالكها من الانتفاع بها مع عدم الضرر .

١٣٥٦٠ - قلنا : هذا الوصف لا تأثير له في الأصل ، لأن المولى لا يمنع من منافع المزوجة وإن أضر ذلك بزوجها [٢] ، ألا ترى : أن في استخدامها ووطئها عنده إلحاق الضرر [٣] به .

١٣٥٦١ - ثم هو مسَّلم ؛ لأن عندنا في استخدامه ضررًا ، لأنه يموت والرهن في يده ، فيجحد الغرماء الرهن ، فيصير المرتهن وهم سواء .

١٣٥٦٢ - والمعنى في الأمة المزوجة : أن حق الزوج تعلق بنوع من منفعتها ، فما لم يتعلق حكمه به لا يمنع المولى منه ، والمرتهن عقد الوثيقة على رقبة الرهن ، والعقد على الرقاب يمنع العاقد من الانتفاع بها ، كعقد البيع ، وكمنفعة الوطء من الرهن .

١٣٥٦٣ - قالوا : عين تعلق بها دين ، فجاز لصاحبها أن ينتفع بها مع عدم الضرر ، كالأمة الجانية .

١٣٥٦٤ - قلنا : يبطل بالمبيعة ، ولأن استخدام الجانية لا يبطل حق الجناية ، وليس كذلك استخدام الرهن ؛ لأنه يبطل الوثيقة منه على ما قدمنا .

* * *

---

(١) في جميع النسخ : « المعقود عليه » ، والصواب ما أثبتناه . راجع قولهم في : النكت في « مسائل الرهن » ، ورقة (١٥٠ ب ، ١٥١ أ)

(٢) في (م) ، (ع) : [فإن أضر ذلك تزوجها] .

(٣) في سائر النسخ : [عند] ، لعل الصواب : [عنده] وفي (م) ، (ع) : [ضرر] بدون [أل] .

مسألة ٦٨٢

رهن العين المغصوبة من الغاصب

١٣٥٦٥ – قال أصحابنا : إذا رهن المالك العين المغصوبة من الغاصب ، صح الرهن ، وزال ضمان الغصب ، وتجدد ضمان الرهن (١) .

١٣٥٦٦ – وقال الشافعي : يصح الرهن ، وضمان الغصب بحاله .

١٣٥٦٧ – وإذا أودع العين عند الغاصب ، نص الشافعي : أن ضمان (٢) الغصب يسقط ، ومن أصحابه من قال : لا يسقط .

١٣٥٦٨ – وإذا أبراه من ضمان الغصب ، ففيه (٣) وجهان ، أحدهما : يزول ، والآخر : لا يزول حتى يرده إلى المالك .

١٣٥٦٩ – وإذا باع الغصب من الغاصب أو وهبه له ، سقط ضمان الغصب (٤) .

١٣٥٧٠ – لنا : أنه عقد صحيح على العين المغصوبة بين المالك والغاصب ، فوجب أن يسقط ضمان الغصب ، كالبيع .

١٣٥٧١ – ولا يلزم : إذا استأجر الغاصبَ لتعليم العبد القرآن ، أو لنقل الثوب ، أو ليحمله من مكان إلى مكان ؛ لأن ذلك [العقد] (٥) لم يقع على العين ، وكذلك إذا وكله بالبيع ، فعقد (٦) الوكالة لم يقع على العين .

١٣٥٧٢ – فإن قيل : المعنى فيه : أن الغاصب ملك العين ؛ فلم يضمنها ضمان

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة للسمناني « كتاب الرهن » (٤١٩/١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [على أن ضمان] ، بزيادة : [على] .

(٣) في جميع النسخ : [فيه] بدون الفاء ، وما أثبتناه أصح .

(٤) راجع المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير » ، وفي « ما يكون قبضًا في الرهن » (١٤٢/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (١٨٣/١٣ ، ١٨٩) ، حلية العلماء « كتاب الرهن » (٤٠٨/٤ ، ٤٠٩) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٥٥/٤) ، بداية المجتهد « كتاب الرهن » ، في « الركن الثاني » (٢٩٦/٢) ، المغني « فصل : وإن رهنه مالًا له في يد المرتهن إلخ » ، و « فصل : فإذا رهنه المضمون ، كالمغصوب » (٣٧٠/٤ ، ٣٧١) .

(٥) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [بعقد] ، بدون نقطة الأولي .

الغصب ، وفي مسألتنا : الحادث عقد لا يفضي إلى زوال الملك [١] ، فإذا قبض الغصب عنه لم يَزَلْ ضمان الغصب ، كالإجارة .

١٣٥٧٣ - قلنا : المسقط للضمان في البيع ليس هو وقوع الملك ، لأن الغاصب لو اشتراه لغيره زال ضمان الغصب وإن لم يملك .

١٣٥٧٤ - ولأنه لا يمتنع أن يكون الشيء على ملكه ويضمنه ضمان الغصب ، كما [لو] [٢] أتلف الراهن الرهن ، أو العبد المدبر ، ضمن قيمته .

١٣٥٧٥ - وأما علة الفرع : فليس يمنع أن يزول ضمان الغصب وإن لم يزل الملك ، كالوديعة على المنصوص عليه [٣] من المذهب .

١٣٥٧٦ - فإن قيل : المعنى في البيع : أنه [٤] يزيل ضمان الجناية ، فأزال ضمان الغصب ، والرهن لا يزيل ضمان الجناية ، فلم يَزُلْ ضمان الغصب .

١٣٥٧٧ - قلنا : ضمان الجناية لا يزول برد المجني عليه إلى ملكه ، فلم يزل بإذن [٥] المالك في إمساكه . وضمان الغصب يسقط برد العين إلى يد مالكها ، فجاز أن يسقط بإذنه في [٦] إمساكه .

١٣٥٧٨ - ولأنه عقد من شرط صحته القبض طرأ على العين المغصوبة ، كالهبة .

١٣٥٧٩ - ولأنه ممسك العين بإذن مالكها فلا تكون مضمونة عليه ضمان الغصب لحقه ، كالرهن [٧] المبتدأ ، وإذا أودع الغصب عند الغاصب [٨] .

١٣٥٨٠ - ولا يلزم : إذا أذن الراهن لرجل في غصب الرهن ، لأنه لا يضمنه لحق الراهن ، بدلالة : أنه يدفع القيمة فيكون رهنًا ، وإذا قضى الراهن الدين عادت القيمة إليه .

١٣٥٨١ - ولا يلزم : الهبة الفاسدة ، وهبة المريض ، لأن الموهوب له يمسك الشيء بحق ملكه ، لا بأمر الواهب .

---

(١) لفظ : [الملك] ساقط من (م) ، (ع) . (٢) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٣) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) . (٤) في (ع) : [أن] بدون الهاء .
(٥) في (م) ، (ع) : [ما دون] ، مكان : [بإذن] .
(٦) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [في] .
(٧) في (م) ، (ع) : [على الرهن] ، مكان : [كالرهن] .
(٨) لفظ : [الغصب] ساقط من (م) ، (ع) ، وقوله : [عند الغاصب] مكرر في (م) .

١٣٥٨٢ - ولا يلزم : إذا أُسْتُأجِرَ لنقل الطعام المغصوب ، لأن الضمان لا يسقط بالعقد ، لأنه تم له في الحبس [١] من غير نقل ، فإذا أحدث في النقل سقط الضمان ، لأنه ممسك له بأمره .

١٣٥٨٣ - ولأن عقد الرهن إذا لزم في العين المغصوبة يسقط ضمان الغصب ، كما لو رهنه عند غير الغاصب وأذن له في قبضه فقبضه .

١٣٥٨٤ - ولأن الضمان حكم متعلق بالغصب ، فوجب أن يسقط بلزوم الرهن أصله : المأثم [٢] ، وضمان الرد ، ولزوم التسليم [٣] .

١٣٥٨٥ - احتجوا : بأنه مضمون ضمان الغصب ، ومن زعم أن الضمان زال فعليه إقامة الدليل .

١٣٥٨٦ - قلنا : نقابله بمثله [إذا] [٤] أجمعنا على أن ضمان الرد سقط [٥] عنه ، فمن زعم أن ضمان العين بقى معه ، وسقط ضمان الرد [٦] ، فعليه إقامة الدليل

١٣٥٨٧ - قالوا : استدامة إمساك الغصب بعقد [٧] لا يفضي إلى زوال الملك ، فلم يزل ضمان الغصب ، وكما لو غصب ثوبًا فاكتراه مالكه ليعلمه صنعه ، أو كان [٨] [عبدًا فاكراه مالكه ليعلمه صنعه ، أو كانت] [٩] دابة فاكتراها ليروضها [١٠] .

١٣٥٨٨ - قلنا : هذه العقود لا تقتضي إفراد [١١] الغاصب باليد . بدلالة : أنه يجوز أن يعمل الثوب في دار مالكه ، ويعلم العبد القرآن عند مولاه [١٢] ، فلما لم يوجب

---

(١) في (م) ، (ع) : [الجنس] .
(٢) في جميع النسخ : [الموتم] ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٣) في (م) ، (ع) : [لزوم التسليم] بدون العطف .
(٤) الزيادة : من (م) ، (ع) . (٥) في (ع) : [يسقط] .
(٦) في جميع النسخ : [فمن زعم أن الضمان العين بقى معه سقط ضمان الرد] ، وتصويبه يكون هكذا : [فمن زعم أن ضمان العين بقى معه وسقط ضمان الرد] .
(٧) في (م) ، (ع) : [لعقد] .
(٨) في (م) ، (ع) : [فأكراه مالكه ليعلمه صنعه] ، مكان المثبت ، وفي جميع النسخ : [كانت] ، مكان : [كان] ، والصواب ما أثبتناه .
(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٠) في (م) ، (ع) : [فاستأجرها لروضها] ، مكان : [فاكتراها ليروضها] .
(١١) في (م) : [لا يقتضي] ، وفي (م) ، (ع) : [انفراد] ، مكان : [إفراد] .
(١٢) قوله : [عند مولاه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

العقدُ الانفرادَ باليد لم يصر [1] إمساكه مأذونًا فيه ، فلم يسقط الضمان ، والرهن يقتضي انفراد المرتهن باليد ، فإذا أذن في إمساكه زال ضمان الغصب ، كما يزول لو رهنه من غيره وأمره (بإقباضه) [2] ، وأما إذا استأجره ليروض الدابة فيجوز أن يقال : إنه إذا أخذ في الرياضة زال ضمان الغصب ، لأنه انفرد باليد بإذن المالك .

١٣٥٨٩ - قالوا : العين مضمونة [3] بالغصب ، و (ضمانه) [4] أكثر من عقد الرهن ، والرهن لا ينافي الضمان ، بدليل : أن المرتهن لو تعدى في الرهن فغصبه أو استعمله فالرهن بحاله ، وهو مضمون بالغصب ، فثبت [5] أنه لا ينافي الضمان ، فوجب أن يجتمعا معًا .

١٣٥٩٠ - قلنا : عقد الرهن لا ينافي ضمان [6] الغصب [7] ، وإنما إمساك الرهن ينافي إمساك الغصب ، فإذا طرأ الرهن [8] زال إمساك الغصب ، فقد انتفى كل واحد من الإمساكين بالآخر ، والطارئ منهما يرفع [9] حكم ما قبله ، كإمساك الوديعة والغصب ، وإن طرأ إمساك الوديعة على إمساك الغصب زال إمساك الغصب ، وإن طرأ الغصب [10] على الوديعة زال إمساك الوديعة وتجدد ضمان الغصب / .

١/ب

١٣٥٩١ - يبين ذلك : أن ضمان الرهن عندنا بالأقل من قيمته ومن الدين ، وضمان الغصب ضمان العين بكل قيمتها ، فإذا تجدد الغصب زال الضمان الأول ، وصارت العين مضمونة بكل [11] قيمتها .

١٣٥٩٢ - قالوا : وإذا كان التعدي الحادث لا يزيل عقد الرهن فالعقد عندكم هو الذي يزيل ضمان الغصب ، ويكون كالإبراء ، فلم يتجدد [12] ضمانٌ معه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يصر] بدون [لم] .

(٢) في سائر النسخ : [للبقية] ، وقد أبدلناها بما بين القوسين .

(٣) لفظ : [العين] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ع) : [مضمون] بدون التاء المربوطة .

(٤) ما بين القوسين بدل : [وما تجدد] المثبتة في النسخ كلها .

(٥) في (م) ، (ع) : [ثبت] بدون الفاء .

(٦) لفظ : [ضمان] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) قاعدة : « عقد الرهن لا ينافي ضمان الغصب ، وإنما إمساك الرهن ينافي إمساك الغصب » .

(٨) في (م) ، (ع) : [الغصب] ، مكان : [الرهن] .

(٩) في (ص) : [يدفع] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [العقد] ، مكان : [الغصب] .

(١١) في (م) ، (ع) : [كل] بدون الباء . (١٢) في (م) ، (ع) : [فلم يجدد] .

١٣٥٩٣ - قلنا : لسنا نقول : إن العقد يسقط إمساك العين بحكم العقد .

١٣٥٩٤ - قالوا : قولكم : عقد المريض بحاله محال من وجهين ، أحدهما : لا يجوز أن يزول كونه بيعًا [(١)] وهبةً مع بقاء عقده ، والثاني : لو زال كونه رهنًا لوجب إذا مات [(٢)] الراهن وعليه دين أن لا ينفرد به المرتهن [(٣)] .

١٣٥٩٥ - قلنا : ما زال بالنقدين كونه [(٤)] رهنًا مع بقاء عقده ، وإنما زال إمساك الرهن ، وهذا لا يوجب زوال العقد [(٥)] بالاتفاق ، كما لو أعاره الراهن .

١٣٥٩٦ - فأما قولهم : - « لو زال كونه رهنًا لم يكن المرتهن أحق به » - فليس بصحيح [(٦)] ، لأنه لم يزل كونه رهنًا ، وإنما زال إمساك الرهن كما يزول بإعارته [(٧)] للراهن ، ثم إذا ارتفعوا إلى الحاكم أمر بإزالة النقدين فيعود إمساك الرهن كما كان .

١٣٥٩٧ - قالوا : إذا ثبت أن التعدي الطارئ لا ينافي الرهن ، وحال البقاء أقوى من حال الابتداء ، [فإذا لم ينف ضمانَ الغصب في حال قوته ، فلأن لا ينفيَهُ حال ضعفه وهي حالة الابتداء أولى] [(٨)] .

١٣٥٩٨ - قلنا : قد بينا أن الرهن لا ينافي الغصب ، وإنما إمساكه ينفي إمساك الغصب ، والإمساك لا يقال فيه [(٩)] : إن البقاء عليه أقوى ، وإنما يقال ذلك من المعقود [(١٠)] ، وأما القبوض المختلفة [(١١)] الأحكام : فالطارئ منها يتجدد حكمه ، فينفي [(١٢)] الأول كالغصب ، والوديعة ، والجناية إذا طرأت على القبض بالغصب .

---

(١) في (م) : [تبعًا] .

(٢) في (ص) : [لوجبه] ، بزيادة الهاء ، وفي (م) : [ماك] ، مكان : [مات] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وعليه أن لا ينفرد بالمرتهن] ، مكان المثبت .

(٤) في (م) : [النقدين] ، وكذلك في (ع) بدون نقط ، وفي (ص) غير واضح ، لعل الصواب : [العقدين] وفي (م) ، (ع) : [وكونه] بالعطف .

(٥) في (م) ، (ع) : [العقل] .

(٦) في (م) : [صحيح] بدون الباء .

(٧) في (م) ، (ع) : [كإعارته] .

(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (ص) : [وكإمساك] ، مكان : [والإمساك] ، وهو ساقط من صلبها ، واستدركه الناسخ في الهامش ، ولفظ : [فيه] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [العقود] .

(١١) في (م) ، (ع) : [المقبوض] ، ومكان : [المختلفة] فيها بياض .

(١٢) في (م) ، (ع) : [فنفى] .

١٣٥٩٩ - قالوا : حال من حالات الرهن ، فوجب أن لا ينافي ضمان الغصب ، كالاستدامة .

١٣٦٠٠ - قلنا : لا فرق بين الابتداء والاستدامة على ما قدمنا ، لأن الرهن لا ينافي ضمان الغصب في الحالتين ، وإنما إمساك العين بالرهن ابتداء ينفي ضمان (١) الغصب ، وكذلك إمساكها رهنًا في حال البقاء يزيل ضمان الغصب ، لأنه إذا تعدى في الرهن ثم زال التعدي حال إمساك الرهن ، فالنافي (٢) الموجود حال البقاء مثله يوجد حال الابتداء .

١٣٦٠١ - ولأن الرهن عندنا يجري مجرى الإبراء من ضمان الغصب ، والبراءة من الحق توجد بعد ثبوته فيصح ، وتوجد قبل ثبوت الحق فلا يتعلق بها حكم ، كالبراءة من الدين ، فلذلك لم يُسقط الرهن ما يتجدد من ضمان الغصب .

١٣٦٠٢ - قالوا : ضمان الغصب لا ينافيه استدامة الرهن ، فوجب أن لا ينافيه (٣) ابتداؤه ، أصله : ضمان الجناية .

١٣٦٠٣ - قلنا : الوصف غير مسّلم ، لأن استدامة الرهن وضمان الغصب يتنافيان ، لأنه يوجد ضمان الغصب وينتفي (٤) إمساك الرهن ، [كما أن إمساك الرهن] لحماية (٥) ضمان الغصب ، ثم ضمان الجناية إن كان يريد به ما تلف بالجناية فالرهن لا يسقط ذلك ، كما لا يسقط حكم ما تلف بالغصب من العين المغصوبة ، وإذا أريد الضمان المتعلق به الجناية وهو السراية ، فذلك لا يسقط بالإذن في الإمساك ، كما لا يسقط برد المجني عليه إلى ملكه ، وأما العلم المتعلق بإمساك الرهن فيسقط برد العين المغصوبة إلى مالكها ، كذلك يسقط بإذنه مع (٦) إمساكها .

* * *

---

(١) لفظ : [ابتداء] ساقط من (ع) ، وفي جميع النسخ : [يبقى] ، مكان : [ينفي] ، لعل الصواب ما أثبتناه ، وفي (ع) : [ضمانه] ، مكان : [ضمان] .

(٢) في (م) ، (ع) : [فالباقي] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أن لا ينافيه استدامة الرهن وضمان] بالزيادة ، وهي مشطوبة في (ص) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ويبقي] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (ص) ، (م) : [لسعاية] ، وفي (ع) : [السراية] ، مكان : [لحماية] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) في هامش (ص) : [في] ، مكان : [مع] ، من نسخة أخرى .

مسألة ٦٨٣

عتق الراهن العبد المرهون

١٣٦٠٤ - قال أصحابنا : إذا عتق الراهن العبد المرهون ، نفذ عتقه [١] وخرج من الرهن ، فإن كان موسرًا : ضمن قيمته وكانت [٢] رهنًا إن كان الدين مؤجلًا ، وإن كان معسرًا : يبقى [٣] العبد في قيمته [٤] .

١٣٦٠٥ - واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من قال في قوله الجديد : إن كان [٥] موسرًا : نفذ العتق قولًا [٦] واحدًا ، وإن كان معسرًا : فعلى قولين .

١٣٦٠٦ - وفي القديم : إن كان معسرًا : قولًا واحدًا ، وإن كان موسرًا : فعلى قولين .

١٣٦٠٧ - ومنهم من قال : فيه ثلاثة أقوال : أحدها : ينفذ بكل حال ، والثاني : لا ينفذ بكل حال ، والثالث : ينفذ إن كان موسرًا ، ولا ينفذ إن كان معسرًا .

١٣٦٠٨ - وأما إذا وطئها فحبلت فالولد حر ، وهي أم ولد [٧] في حق الراهن حتى لو وهبها من المرتهن أو باعها لم يجز ، وهل تكون [٨] أم ولد في حق المرتهن ؟ فيه قولان ، أحدهما : تباع [٩] إذا حل الدين ، ولا ينفذ الاستيلاد في حقه ، كالعتق [١٠] .

---

(١) في (ع) : [عتقه فيه] ، بزيادة : [فيه] .

(٢) في (م) ، (ع) : [وإن كان رهنًا] ، مكان : [وكانت رهنًا] .

(٣) في (ص) : [يسعى] .

(٤) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الرهن » ص٩٣ ، روضة القضاة (٤١٩/١) ، مسألة (٢٣٤٤) ، طريقة الخلاف في الفقه ص ٤٣٦ - ٤٣٨ ، مسألة (١٧٧) ، بدائع الصنائع (١٧١/٦) . الهداية مع البناية « باب التصرف في الرهن » (٢٤/١٢) ، مجمع الأنهر « باب التصرف في الرهن وجنايته » (٥٧٩/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لمن كان] ، مكان : [إن كان] .

(٦) لفظ : [قولًا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [في حق المرتهن] ، مكان : [وهي أم ولد] .

(٨) في (م) : [يكون] .

(٩) في (م) : [يباع] .

(١٠) راجع : الأم ، في « رهن المشاع » (١٩٥/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (٢٣٦/١٣ - ٢٣٩) ، المدونة ، في « فيمن رهن عبدًا فأعتقه وهو في الرهن » (١٦٩/٤) ، المنتقى « الباب الثاني في صفة الحيازة إلخ » (٢٥٠/٥) ، الكافي لابن عبد البر « باب جامع الرهون » (٨٢١/٢) ، =

١٣٦٠٩ – لنا : ما روى [١] عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده : أن النبي ﷺ قال : « لا عتق إلا فيما يملكه ابن آدم » [٢] .

١٣٦١٠ – وروى : أنه ﷺ قال : « من أعتق شركًا له في عبد ، فإن كان موسرًا ضمن قيمة نصيب شريكه ، وإن كان معسرًا سعى العبد غير مشقوق عليه » [٣] ، ولم يفصل بين المرهون وغيره .

١٣٦١١ – وروى أبو هريرة ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « من لعب بطلاق أو عتاق ، فهو جائز » [٤] .

١٣٦١٢ – ولأنه عتق من مكلف صادف رقًا بملكه ، فوجب أن ينفذ ، كالعبد المستأجر ، والمبيع في يد البائع .

١٣٦١٣ – فإن قيل : العبد المستأجر يعتقه لأنه لزمه [٥] أن يخدم بعد العتق حتى تنقضي المدة .

١٣٦١٤ – قلنا : لا نسلم هذا ، بل هو بالخيار إن شاء مضى على العتق ، وإن شاء فسخ .

١٣٦١٥ – فإن قيل : المستأجر تعلق بمنفعته دون رقبته ، (فالعتق يتعلق بما) [٦] فيما لم يتعلق (حق المستأجر به) [٧] .

١٣٦١٦ – قلنا : عقد الإجارة يقع على الرقبة ، والاستيفاء من المنفعة ، كما أن عقد

= الإفصاح (٣٦٩/١) الكافي لابن قدامة « فصل : لا يجوز له عتق الرهن » (١٤٣/٢ ، ١٤٤) ، المغني « مسألة : وإذا أعتق الراهن عبده المرهون إلخ » (٣٩٩/٤ ، ٤٠٠) .

(١) في (م) ، (ع) : [لما روى] ، مكان : [لنا ما روى] .

(٢) تقدم تخريجه في مسألة (٦٤٣) .

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب العتق » ، « باب إذا أعتق نصيبًا في عبد وليس له مال » (٨٠/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب العتق » ، « باب ذكر سعاية العبد » (١١٤٠/٢) ، الحديث (١٥٠٣/٣) ، وأبو داود في السنن « كتاب العتق » ، « باب من ذكر السعاية في هذا الحديث » (٣٨٠/٢) والترمذي في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين » (٦٢١/٣) ، الحديث (١٣٤٨) ، وابن ماجه في السنن « كتاب العتق » ، « باب من أعتق شركًا له في عبد » (٨٤٤/٢) ، الحديث (٢٥٢٧) ، وأحمد في المسند ، في « مسند أبي هريرة ﷺ » (٤٢٦/٢ ، ٤٢٧) .

(٤) لم نقف على هذا الحديث بعد .

(٥) في (م) ، (ع) : [لزم] بدون الهاء .

(٦) ما بين القوسين بدل مما جاء في النسخ بلفظ : [فالعين يتعلق يقع فيما] .

(٧) ما بين القوسين بدل مما جاء في النسخ بلفظ : [الحق به] وليس واضحًا .

الرهن يقع على الرقبة ، ويستوفي المهر من القيمة .

١٣٦١٧ – فإن قيل : لا نسلم أن عتق المشتري يقع في المبيع [(١)] .

١٣٦١٨ – قلنا : هذا لا يسلم على مذهب الشافعي ، وإنما خالف ابن خيران [(٢)] فيه ، وكلامنا مع الشافعي .

١٣٦١٩ – فإن قيل : الثمن يتعلق برقبة المشتري ، والدين في مسألتنا متعلق بعين الرهن .

١٣٦٢٠ – قلنا : كل واحد منهما وثيقة بالمال ، إلا أن التوثيق في البيع يثبت بالشرع ، وفي الرهن بالعقد المعقود من كل واحد منهما [(٣)] على حراسة المال الذي في مقابلته ، لكن صاحب اليد أولى بما في يده من الغرماء ، والثمن عندنا متعلق بذمة المشتري [(٤)] في عين المبيع ، والدين يتعلق بذمة الراهن وبعين الرهن .

١٣٦٢١ – ولأن كل من ملك عينًا مملوكة ، ملك عتق ابنها [(٥)] ، أصله : المستأجرة ، والمبيعة .

١٣٦٢٢ – ولأن حق المرتهن الذي لا يملك عتق من يحدث من أولادها [(٦)] ، لا يمنع عتق أمهم ، كحر في الجناية في الأمة الجانية .

١٣٦٢٣ – ولأنه من أهل العتق صادف عتقه ملكه ؛ فوجب أن يفعل لغير المرهون .

١٣٦٢٤ – فإن قيل : غير [(٧)] المرهون لا يبطل بعتقه حق غيره ، وفي مسألتنا : بخلافه .

١٣٦٢٥ – قلنا : العتق إذا صادف ملك الـمُعْتِق [(٨)] ، وهو من أهل الإعتاق نفذ ، وإن

---

(١) في (م) ، (ع) : [في البيع] .

(٢) في (م) ، (ع) : [خالفًا من خيران] ولفظ : [خيران] في جميع النسخ بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه وابن خيران : هو الحسين بن صالح بن خيران ، أبو عليّ البغدادي ، إمام وشيخ الشافعية في عصره ، توفي رحمه الله سنة عشرين وثلاثمائة ، وقيل : في حدود العشر وثلاثمائة . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (٥٨/١٥ ، ٥٩) ، الترجمة (٢٧) ، طبقات الشافعية للأسنوي (٢٢٢/١) ، الترجمة (٤١٧) .

(٣) في (ص) : [منها] ، مكان : [منهما] . (٤) في (م) : [الشري] .

(٥) في (م) ، (ع) : [والدين يتعلق بذمة الذمة وبغير الراهن ، ولأن كل من ملك غير مملوكه ملكه عتق ابنها] ، مكان المثبت .

(٦) في جميع النسخ : [لا يملك عتق بها إلخ] والعبارة ناقصة إذ لا يتضح المعنى منها .

(٧) في (م) ، (ع) : [لغير] ، بزيادة اللام . (٨) في (م) ، (ع) : [العتق] .

أسقط حق غيره بعتق نصيبه من العبد المشترك وعتق الجارية التي حملها لغيره .

١٣٦٢٦ - ولأنه ملك ولاء له محبوس عليه بدين ، فوجب أن ينفذ عتقه إذا كان من أهل الإعتاق ، [كالبيع] (١) .

١٣٦٢٧ - فإن قيل : لا نسلم أن المبيع محبوس [بدين ، لأن (٢) الواجب تسليم المبيع أولًا ثم الثمن .

١٣٦٢٨ - قلنا : المبيع محبوس] (٣) إلى أن ينقد المشتري (٤) الثمن بالاتفاق ، ولا يجب على البائع تسليم المبيع قبل ذلك .

١٣٦٢٩ - فإن قيل : إنما نفذ العتق في البيع ، لأنه قبض يستقر به الثمن ، كما استقر بالإملاك ، وإذا استقر الثمن به (٥) كان ذلك في حق البائع (٦) ، وعتق الراهن أنه (يسقط) (٧) به حق المرتهن ، كما (يسقط) (٨) باستهلاكه ، فلذلك لم ينفذ .

١٣٦٣٠ - قلنا : لو كان نفوذ العتق لما ذكرتم (٩) ، لوجب أن يملك المشتري القبض قبل إحضار الثمن ، لأن حق البائع يستقر به ، فلما لم يملك ذلك دلَّ على أن نفوذ العتق إنما هو لأنه لا يمكن فسخه ، وهذا المعنى موجود في غير الراهن .

١٣٦٣١ - ولأنه عقد لا يزيل الملك عن الرقبة ، فكان وجوده وعدمه سواء ، ونفوذ (١٠) العتق في الكتابة والنكاح والإجارة .

١٣٦٣٢ - فأما الكلام على القول الآخر : فلأن من نفذ عتقه في ملكه إذا كان موسرًا نفذ عتقه إذا كان معسرًا ، أصله : العتق في الملك المشترك ، وعتق المؤجر ، وعكسه : الوارث إذا كان على الميت دين (١١) ، والمولى في مماليك عبده إذا كان على العبد دين .

---

(١) الزيادة : من (م) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [ولأن] بالعطف .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [أن يحبس] ، مكان : [أن ينقد] .

(٥) لفظ : [به] ساقط من (ع) .

(٦) لفظ : [ذلك] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [كان في حق ذلك البائع] ، مكان المثبت .

(٧) كلمة يسقط بين الأقواس بدل : [يستحق] المثبتة في النسخ .

(٨) كلمة يسقط بدل [لا يستقر] المثبتة في النسخ .

(٩) في (ص) : [ذكر ثم] ، مكان : [ذكرتم] .

(١٠) في (م) : [بعود] ، مكان : [ونفوذ] . (١١) لفظ : [دين] ساقط من (ع) .

١٣٦٣٣ - احتجوا : بأنه حق يبطل وثيقة المرتهن عن غير الرهن مع بقائه ، فلا يصح أن ينفرد (عتق) [١] الراهن ، كالبيع .

١٣٦٣٤ - الجواب أن قولهم : مع بقائه ، احتراز عن الاستهلاك ، والعتق استهلاك في المعنى ، وليس يصح العتق مع بقاء الرهن عندنا ، لأن عقد الرهن إنما يصح في الرق ، والعتق يتلفه ، فالوصف غير مسلم .

١٣٦٣٥ - وقولهم : - فلا يملك الانفراد - احتراز من بيعه بالجناية ، وهذا الاحتراز لا يصح ، لأنه ينفرد بالبيع الذي يبطل الوثيقة ، وإن كان لا يملك ذلك إلا بعد تقدم مطالبة وأن الجناية تبطل إذا رهن نصف عبده ثم أعتق النصف الآخر ، فإن الوثيقة تبطل من عين الرهن وينفرد به الراهن .

١٣٦٣٦ - ثم المعنى في البيع : أن تعذر التسليم يمنع من انعقاد حق المرتهن لمنع التسليم ، وليس كذلك العتق [٢] ، لأن تعذر التسليم لا يمنع من وقوعه ، بدلالة : أن [٣] في العبد الآبق والمغصوب وحق المرتهن يمتنع التسليم .

١٣٦٣٧ - ولأن البيع عندنا ينعقد في الرهن ، بدلالة : أن المرتهن لو أجازه جاز ، ولو قضى الراهن الدين لم يحتج في (إمضاء البيع إلى إذنه) [٤] ، وكذلك العتق يقع ، فقد تساويا في الوقوع إلا أن البيع يلحقه الفسخ فيفسخ [٥] لحق المرتهن ، والعتق لا يمكن فسخه بعد وقوعه ، فلذلك نفذ [٦] ولم ينفسخ .

١٣٦٣٨ - قالوا : قول يزول [الملك به ، ، فوجب أن يزول] [٧] ملك الراهن عنه بلزوم الرهن / كالبيع .

١٥٨/أ

١٣٦٣٩ - قلنا : يبطل [٨] ببيع العبد بالجناية ، وتسليم (الراهن بدل) [٩] الجناية بها .

١٣٦٤٠ - ولأن الملك في البيع لا يجوز أن يزول بقول البائع ، وإنما يزول بنفوذ حكمه حكمًا ؛ ألا ترى : أنه يوجد [١٠] البيع ولا يزول ، ويوجد الإيجاب والقبول

---

(١) كلمة [عين] بدل [بيع] في النسخ . (٢) في (م) ، (ع) : [المعتق] .
(٣) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) ما بين القوسين بدل [في نص كالبيع إلى استيفائه عقد] كما في النسخ ، وهو تصحيف واضح .
(٥) في (م) ، (ع) : [ينفسخ] ، مكان : [فيفسخ] .
(٦) في (م) ، (ع) : [فكذلك تعذر] . (٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) : [تبطل] . (٩) ما بين القوسين بدل [الركاب] في النسخ .
(١٠) في (م) ، (ع) : [يوجب] ، مكان : [يوجد] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

ولا يزول [١] بشرط الخيار ، ويطلق البيع في الآبق فلا يزول [٢] ، ولا يزول ملكه لعدم نفوذ حكمه ، فلم نسلم الوصف . ثم يبطل ما قالوه إذا رهن نصف عبده ثم أعتق النصف الآخر .

١٣٦٤١ - فإن قالوا : لم يزل الملك بقوله .

١٣٦٤٢ - قلنا : وكذلك الملك في البيع لا يزول بقوله على ما بينا ، وإنما يزول بمقتضى ذلك القول حكمًا .

١٣٦٤٣ - ولأن الحكم غير مسلم في الأصل ؛ لأن ملك الراهن لم يزل عن البيع ، بدلالة : أن وكيله وهو العدل يتبع وكالته ، وإنما تعلق بالمبيع حق بيع من نفوذ معين تعلق الحكم بذلك الإنسان ، فلا يمنع من نفوذ عتقه [إذا كان من أهل العتق .

١٣٦٤٤ - ولأن المعنى في البيع : أن تعلق حق البائع بالبيع لا يمنع من نفوذ العتق فيه] ، كذلك [٣] تعلق حق المرتهن لا يمنع من نفوذه .

١٣٦٤٥ - قالوا : معنى يبطل حق الوثيقة من عين الراهن ، فوجب أن يزول ملك [٤] الراهن عنه بلزوم الرهن ، كالبيع .

١٣٦٤٦ - قلنا : يبطل بأكل الرهن إذا كان طعامًا .

١٣٦٤٧ - فإن قالوا : لا يملك الأكل .

١٣٦٤٨ - قلنا : بموجب العلة ؛ لأنه زال ملكه عن العتق عندنا ، لأنه ممنوع منه بالشرع ، إلا أنه يقع بإيقاعه ؛ لأنه مالك الرقبة صحيح القول ، ويبطل بالقتل للرهن ، وأما الراهن فله [٥] اختيار القصاص ، وكذلك إذا جنى فباعه في الجناية .

١٣٦٤٩ - فإن قيل : هذه المعاني حادثة بعد الرهن ، ونحن قلنا بموجبها ، وزوال ملك الراهن عنه بلزوم الرهن [٦] يقتضي ملكًا [٧] كان قبل الرهن .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلا يزول] .

(٢) قوله : [فلا يزول] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [عتقه] ، مكان : [العتق فيه] ، وفي (ص) : [لذلك] ، مكان : [كذلك] .

(٤) لفظ : [ملك] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [له] بدون الفاء . (٦) لفظ : [الرهن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [ملكًا له] بزيادة : [له] .

١٣٦٥٠ - قلنا : الراهن [١] قبل الرهن مالك لاختيار القصاص إذا قتل [٢] وليه ، وإن كان القتل لم يوجد ولم يزل [٣] ملكه عن هذا الاختيار قبل لزوم الرهن ، ألا ترى : أنه مالك قبل الرهن لاختيار البيع إذا وجد القتل .

١٣٦٥١ - والمعنى في البيع : أنه يجوز أن يوجد [ولا يقع به الملك لحق [٤] البائع إذا شرط الخيار ، كذلك يجوز أن يوجد] [٥] غير موجبِ الملكَ لحق المرتهن .

١٣٦٥٢ - وأما العتاق فلا يجوز أن يوجد من المالك الذي هو من أهل العتاق ، ولا يقع لحقه . ألا ترى : أنه لو شرط الخيار بطل خياره ووقع العتق ، كذلك لا يجوز أن يمتنع وقوعه لحق المرتهن .

١٣٦٥٣ - قالوا : إنه محبوس لحق يتعلق به ، فوجب أن لا ينفذ العتق فيه [٦] بغير إذن من له الحق ، كما لو كان العبد تركة وقد تعلق الدين بها .

١٣٦٥٤ - قلنا : يبطل إذا رهن نصف عبده ثم أعتق النصف الآخر ، فهذا العتق في النصف المحبوس [٧] بغير إذن صاحب الحق ، ويبطل بالمبيع في يد البائع .

١٣٦٥٥ - ولأن الوارث يستفيد الملك من جهة الميت ، والعبد محبوس بحق على من استفاد الملك فيه ، فيمنع عتق من خلفه في الملك ، كما لو باع الراهن فأعتق المشتري ، وفي مسألتنا : محبوس بحق على مالكه ، فصار كالبيع .

١٣٦٥٦ - قالوا [٨] : كل من لزمته قيمته بإتلافه لم ينفذ عتقه ، كالواهب ، وعكسه : العارية ، والوديعة ، والمستأجر .

١٣٦٥٧ - قلنا : يبطل بالعبد الموصَى بخدمته إذا أعتقه مالكه نفذ [٩] عتقه وضمن ، وكذلك العبد المدبر .

١٣٦٥٨ - ولأن الراهن لا يضمن القيمة في الحقيقة ، وإنما [١٠] يقال له : [إذا لم

---

(١) لفظ : [الراهن] ساقط من (م) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [قبل] .
(٣) في (م) : [ولم يزول] . (٤) في (م) ، (ع) : [بحق] .
(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٦) في (م) ، (ع) : [به] ، مكان : [فيه] .
(٧) لفظ : [المحبوس] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [قالوا] .
(٩) في (م) ، (ع) : [فقد] ، مكان : [نفد] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [وإذا] ، مكان : [وإنما] .

تقض الدين معجلاً فأقم] [١] مقام الرهن في الوثيقة غيره ، والقيمة التي يدفعها على ملكه ، بدلالة : أنه إذا قضى الدين أخذها [٢] .

١٣٦٥٩ - ولأن وجوب الضمان عليه بإتلاف ملكه لا يمنع من نفوذ عتقه ؛ ألا ترى : أنه يجب عليه الضمان بإتلاف ملك شريكه وبإتلاف حمل الجارية الموصي بحملها ، ولا يمنع ذلك من سراية عتقه فيه ، فوجب الضمان عليه بإتلاف ملكه لو أنه لا ينفرد عتقه فيه .

١٣٦٦٠ - فإن قيل : عتق الشريك إنما ينفذ في ملك نفسه ، ثم يسري إلى نصيب الشريك ، ولو ابتدأ عتق نصيب شريكه [٣] لم يقع .

١٣٦٦١ - قلنا : وفي مسألتنا : حق المرتهن متعلق بحبس [٤] الملك ، فالراهن يوقع العتق في ملكه ، فيسقط بذلك ما تعلق للمرتهن من الحبس فتساويا .

١٣٦٦٢ - قالوا : حق المرتهن تعلق بمحلين ، بذمة الراهن ، وبعين الرهن ، فإذا لم يمكن [٥] الراهنَ نقلُ حقه في أحد المحلين إلا برضاه ، كذلك إذا أراد أن ينقله من المحل الآخر .

١٣٦٦٣ - قلنا : الراهن عندنا لا يملك نقل الحق [٦] ، لكنه إذا أتلفه بالعتق انتقل حقه حكمًا ، كما أن المشتري لا يملك نقل الحق من ذمته ، ولو أعتق العبد نفذ عتقه ، وكذلك الشريك في العبد لو نقل حق شريكه من عين العبد لم يصح النقل ، ولو أعتق نصيبه انتقل إلى نصيب شريكه من طريق الحكم .

١٣٦٦٤ - قالوا : إذا رهن فقد منع نفسه من التصرف ، فصار [٧] كالمحجور .

١٣٦٦٥ - قلنا : المحجور عندنا إذا كان صحيح القول لم يمنع حجره من نفوذ عتقه ، وإنما يمنع الحجرُ بالصغر والجنون من نفوذ [العتق لعدم صحة القول ، وقول الراهن في مسألتنا صحيح ، بدلالة : أنه عقد جائز في عبد من عبيده .

---

(١) في (م) ، (ع) : [إذا لم تقضي الدين معجلًا ، فأقيم] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [أحدهما] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الشريك] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بجنس] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وتعين الرهن فإذا لم يكن] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [نقل الحق من ذمته] ، بزيادة : [من ذمته] .

(٧) في (م) ، (ع) : [معناه] ، مكان : [فصار] .

١٣٦٦٦ - قالوا : العتق والرهن] [١] يتنافيان ، ولابد من تقديم [٢] أحدهما ؛

١٣٦٦٧ - فكان تقديم حق المرتهن أولى ؛ لأن حقه أسبق ، ولأنه يثبت [٣] بتراضيهما .

١٣٦٦٨ - قلنا : حق البائع مقدم على العتق ، ولا يمنع من نفوذ عتق المشتري ، وملك الشريك ينافي العتق ، وهو متقدم عليه ، ولا يمنع سراية عتق الشريك إليه وتلفه به .

١٣٦٦٩ - احتجوا للقول الآخر : بأنه عبد متعلق برقبته دين لا يجوز أن يسقطه ، فوجب أن لا ينفذ فيه عتق المعسر [٤] بغير إذن من له الدين ، أصله : العبد المأذون [٥] إذا أعتقه مولاه ، وعلى المأذون دين .

١٣٦٧٠ - الجواب : أن المولى يستفيد المِلْكَ من جهة عبده ، بدلالة : أن المالك إذا أوجب على العبد فقبله ورده المولى انتقل إليه ، ولم يؤثر رد المولى ، ولو رده العبد وقبله [٦] المولى لم ينتقل إليه ، ثم تعلق حق العبد باكتسابه يمنع عتق المولى إذا كان العبد مكاتبًا ، فتعلق حق من تقدم حقه [٧] على حق العبد وهم الغرماء أولى أن يمنع عتقهم .

١٣٦٧١ - ثم قولهم : « فوجب أن لا ينفذ عتق العبد فيه » إن أرادوا المالك المعسر لم نسلمه في العبد المأذون [٨] ، لأن المولى لا يملكه عند أبي حنيفة ، وإن أرادوا غير المالك فالاعتبار لا معنى لذكره ، لأن عتقه لا ينفذ موسرًا كان أو معسرًا .

١٣٦٧٢ - قالوا : إسقاط حق الغير عن العين [٩] بالعتق ، فوجب أن يختلف بالإعسار واليسار ، كالعبد بين [١٠] شريكين أعتق أحدهما نصيبه .

١٣٦٧٣ - قلنا : لا نسلم أنه يختلف اليسار والإعسار [١١] في نفوذ العتق ؛ لأن

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) : [العقود الرهن] ، وفي (ص) : [العقود والرهن] والصواب ما أثبتناه .
(٢) في (م) ، (ع) : [تقدم] .
(٣) في (ع) : [أثبت] ، مكان : [أسبق] ، وفي (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [يثبت] .
(٤) لفظ : [المعسر] ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في جميع النسخ : [عبد المأذون] بالإضافة ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٦) في (ع) : [وقبله] ، وفي غيرها : [وقتله] .
(٧) في (م) ، (ع) : [مقدمه حق] .
(٨) في (م) : [لم نسلمين] ، وفي (ع) : [لم نسلم] ، مكان : [لم نسلمه] ، وفي (ص) : [من] ، مكان : [في] ، وهو ساقط من (م) ، وفي جميع النسخ : [عبد المأذون] .
(٩) في (م) ، (ع) : [حق العين عين العبد] .
(١٠) في (م) : [بالاعتبار واليسار كالعبد في] ، مكان المثبت .
(١١) في (م) : [والاعتبار] .

نصيب الشريك يعتق عندنا في الحالتين ، وإنما يختلف الضمان ، لأن المعتق الموسر يثبت لشريكه الخيار بين [١] تضمينه وتضمين العبد ، فإذا كان معسرًا ثبت [٢] له تضمين العبد ، كذلك في مسألتنا لا يختلف الوقوع باليسار والإعسار [٣] ، وإنما يختلف الضمان .

١٣٦٧٤ - فإن كان الراهن موسرًا ضمن ، وإن كان معسرًا ضمن العبد ، فلا فرق بينهما .

١٣٦٧٥ - قالوا : أجمعنا أن حق المرتهن لا يسقط إلا بقيمة الرهن لتكون القيمة رهنًا ، وهذا لا يحصل إذا كان الراهن معسرًا ، ولا يصح استسعاء العبد في قيمته ، لأن الراهن لم يستسعه ، وسبب الجناية [٤] من جهته ، لا العبد الذي لم يكن من جهته سبب (فالراهن أولى بالعناية) ؛ لأن كسب [الحر] [٥] أكثر ، وسببه أوسع .

١٣٦٧٦ - قلنا : أما دعوى الإجماع - على أن حق المرتهن لا يسقط إلا بالقيمة - فغلط ، لأن عندنا العتق إتلاف ، فيجب فيه القيمة ، سواء أمكن الوصول إليها أو لم يمكن [٦] ، كسائر المتلفات .

١٣٦٧٧ - وأما قولهم : - « إن المولى أولى بالسعاية [٧] » - ، فعندنا الدين [٨] واجب على المولى ، وهو مطالب [٩] به ، واكتسابه مأخوذ [١٠] به ، وكذلك العبد ، وكما يؤخذ اكتساب المعتَقِ ، كذلك الراهن .

١٣٦٧٨ - وقولهم : - « إن الحر أقدر [١١] على الكسب » - ، فالمعْتَق عندنا حر ، فقدرة كل واحد منهما على الكسب كقدرة الآخر ، والحق يؤخذ من كسبهما جميعًا ، وإنما ظن مخالفنا أنا نقول : إنه يستسعى كما [١٢] في حكم المكاتب ، وذلك إنما نقوله [١٣] فيمن يسعى في بدل رقه .

* * *

---

(١) في (ص) : [من] . (٢) في (م) ، (ع) : [فإن كان معسرًا يثبت] .
(٣) في (م) : [والاعتبار] .
(٤) في (م) ، (ع) : [إذا لم يتبع الجناية] ، مكان المثبت .
(٥) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق ، وما بين المعكوفتين [الحر] في (م) ، (ع) .
(٦) في (ص) : [ولم يكن] . (٧) في (م) ، (ع) : [من السعاية] .
(٨) لفظ : [الدين] ساقط من (م) ، (ع) . (٩) في (م) ، (ع) : [يطالب] .
(١٠) في (ص) ، (م) : [مأخوذة] . (١١) في (م) ، (ع) : [الحر اقر] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [إن] ، مكان : [أنا] ولفظ : [كما] ساقط منهما .
(١٣) في (م) : [بقوله] ، مكان : [نقوله] .

مسألة ٦٨٤

وطء المرهونة

١٣٦٧٩ - قال [أصحابنا] : إذا وطئ المرهونة ولم يدَّع شبهة ، لم يجب عليه الحد في إحدى [(١)] الروايتين ، ويلزمه الحد في الرواية الأخرى [(٢)] .

١٣٦٨٠ - وبه قال الشافعي [(٣)] .

١٣٦٨١ - لنا : أنها محبوسة بعقد لاستيفاء ماله [(٤)] ؛ فلا يلزم من له الحبس - الحد [(٥)] في وطئها ، كالبائع إذا وطئها في مدة الخيار .

١٣٦٨٢ - ولأنه لو وطئها وهو يظن أنها زوجته لم يجب الحد ، كذلك إذا علم أنها أجنبية ، كالأب إذا وطأ جارية ابنه .

١٣٦٨٣ - احتجوا : بأنه ليس له شبهة في العقد ، ولا شبهة في الموطوءة ، ولا شبهة في الفعل ، فوجب عليه الحد .

١٣٦٨٤ - قلنا : لسنا نسلم أنه ليس فيها شبهة ؛ بدلالة : أنها محبوسة في يده بحق ، ويسقط بهلاكها الدين ، فتثبت به [(٦)] المنفعة من هذا الوجه .

١٣٦٨٥ - قالوا : محبوسة بدين ، فصارت كجارية الميت إذا وطئها الغريم [(٧)]

---

(١) في (م) ، (ع) : [أحد] .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الرهن » (٤١٩/١) ، مسألة (٢٣٤٥) .

(٣) راجع المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير » ، في « ما يكون إخراجًا للراهن من يدي المرتهن » (١٤٥/٣) ، مختصر المزني « باب الرهن » ص ٩٤ ، حلية العلماء « باب اختلاف المتراهنين » (٤/ ٤٧٨، ٤٧٩) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (١٨٤/٤) ، المدونة « كتاب الرهن » ، في « المقارض يشتري بجميع مال القراض عبدًا » (١٧١/٤) ، التفريع « فصل (١٠٢٤) : في المرتهن يطأ الأمة المرهونة عنده » (٢٦١/٢) ، الكافي لابن عبد البر « باب جامع الرهون » (٨٢٠/٢) ، شرح الزرقاني « باب الرهن » (٢٥١/٥) ، المغني « فصل : ولا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة (٤٠٦/٤) ، الإنصاف الباب السابق (١٨٧/٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [مال] بدون الهاء .

(٥) في (م) : [الجنس] ، مكان : [الحبس] ، ولفظ : [الحد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) . (٧) في (م) : [القديم] .

١٣٦٨٦ - قلنا : هناك لم يثبت له حق الحبس [1] في رقبتها ، ولا يسقط دينه بتلفها ، فلم يكن له شبهة فيها .

* * *

(١) في (م) : [الجنس] .

مسألة ٦٨٥

وطء المرتهن الجارية بإذن الراهن

١٣٦٨٧ - قال أصحابنا - رحمهم الله - : إذا أذن الراهن للمرتهن في وطء الجارية فوطئها ، فله المهر / [1] . ١٥٨/ب

١٣٦٨٨ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : إذا ادَّعى الجهالة [2] سقط الحد ، وفي المهر قولان [3] .

١٣٦٨٩ - لنا : قوله ﷺ : « لها مهر مثلها بما استحل من فرجها » [4] .

١٣٦٩٠ - فأوجب مهر المثل في الوطء بالنكاح الفاسد ، وكان المعنى سقوط الحد بالوطء ، وهذا المعنى موجود في مسألتنا .

١٣٦٩١ - ولأنه وطء في ملك الغير يتعلق به ثبوت النسب ، فتعلق به المهر ، كما لو وطئ بنكاح فاسد [5] إذا ظنها امرأته .

١٣٦٩٢ - ولأن إذن المالك في سبب الوطء لا يسقط المهر عن الواطئ [6] ، كالنكاح الفاسد .

١٣٦٩٣ - احتجوا : بقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [7] .

١٣٦٩٤ - والجواب : أن المهر يثبت في الذمة ، ولا يحل ماله إلا برضاه أو بحكم

---

(١) راجع المسألة في : حاشية ابن عابدين « كتاب الرهن » (٣٢٠/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الجهالة له] ، بزيادة : [له] .

(٣) راجع المسألة في : الأم (١٥٤/٣) ، مختصر المزني ص٩٤ ، حلية العلماء (٤٧٩/٤) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٨٥/٤ ، ٢٨٦) ، المدونة (١٧٢/٤) ، الكافي لابن عبد البر (٨٢٠/٢) ، التفريع (٢٦١/٢) ، شرح الزرقاني (٢٥١/٥ ، ٢٥٢) ، المغني (٤٠٧/٤) ، الإنصاف (١٨٧/٥) .

(٤) لم نقف على هذا الحديث بهذا اللفظ بعد . وقد أخرجه عبد الرزاق بلفظ : « قال : تزوجت امرأة بكرًا ، فدخلت عليها فإذا هي حبلى ، فقال النبي ﷺ : لها الصداق بما استحل من فرجها ، والولد عبد لك ، فإذا ولدت فاجلدها » ، في المصنف « باب ما رُدّ من النكاح » (٢٤٩/٦ ، ٢٥٠) ، الحديث (١٠٧٠٤) .

(٥) لفظ : [فاسد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [الوطء] .

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٢٥/٣ ، ٢٦) ، الحديث (٨٧ ، ٨٩ ، ٩٠ - ٩٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الغصب » ، « باب لا يملك أحد بالجناية شيئًا » ، و « باب من غصب لوحًا فأدخله في سفينة » (٩٧/٦ ، ١٠٠) .

الحاكم ، فإذا حكم الحاكم فهو حلال بالاتفاق .

١٣٦٩٥ - فإن قيل : فإذا وجد من جنس حقه حل له [١] أخذه عندكم بغير طيب نفس منه .

١٣٦٩٦ - قلنا : مهر المثل يجب من الدراهم أو الدنانير ، والخيار إلى الواطئ [٢] ، ولا يجوز لصاحب الحق أخذ أحدهما إلا برضا من عليه .

١٣٦٩٧ - قالوا : أتلف ملك غيره بإذن مجرد من ملكه ، وإباحة مجردة من ملكه [٣] ، فلم يجب عليه ضمانه ، كما لو استخدمها ، أو قطع يدها ، أو قتلها [٤] بإذن مالكها .

١٣٦٩٨ - قلنا : الأسباب التي يتعلق بها المهر لا يختلف فيها [٥] إذن المالك وعدم إذنه ، كما لو أذن في الوطء بالنكاح الفاسد والصحيح .

١٣٦٩٩ - فإن قيل : هناك يجب المهر بالعقد ، فلم يجب بمجرد إذنه [٦] .

١٣٧٠٠ - قلنا : وههنا يجب بالشبهة ، بل يجب بمجرد الإذن .

١٣٧٠١ - وأما الإذن في استيفاء المنفعة وفي الإتلاف : فلأن البدل يثبت بحق المالك برضاه بالاستيفاء من غير ذكر بدل يسقط البدل ، والوطء يتعلق به المهر لحق الله تعالى ، وحق المالك بالإذن في الاستيفاء لا يسقطه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لنا] .

(٢) لفظ : [إلى] ساقط من (م) ، وفي (ع) : [للواطئ] ، مكان : [إلى الواطئ] .

(٣) في (ص) ، (م) : [مالكه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أو قبلها] .

(٥) في (ع) : [لا تختلف] ، وفي جميع النسخ : [فيه] ، مكان : [فيها] ، والصواب ما أثبتناه .

(٦) في (ص) : [مجرد إذن] ، وفي (م) ، (ع) : [يجب مجرد إذنه] ، والسياق يقتضي ما أثبتناه .

مسألة ٦٨٦

حكم ولد الجارية التي وطئها المرتهن

١٣٧٠٢ - قال أصحابنا : إذا أذن الراهن للمرتهن في وطء الجارية فوطئها فالولد مملوك [١] .

١٣٧٠٣ - وقال الشافعي : الولد [٢] حر .

١٣٧٠٤ - واختلف أصحابه ، فمنهم من قال : تجب [٣] قيمته قولًا واحدًا ، وفي المهر : قولان ، ومنهم من قال : في قيمة الولد قولان ، كالمهر [٤] .

١٣٧٠٥ - لنا : أنه وطء في مملوكة أجنبي مع العلم بحالها ، فصار كوطء الزوجة الأمة ، وكما لو وطأها بغير إذنه .

١٣٧٠٦ - ولأن كل جارية لو وطئها بنكاح كان الولد مملوكًا فإذا وطئها بغير نكاح كان مملوكًا . أصله : غير المرهونة ، وعكسه : جارية الابن .

١٣٧٠٧ - ولأن شبهة الإباحة لا تكون أقوى من [٥] نفس الإباحة ، فإذا كان لو تزوجها رق الولد فشبهة الإباحة أولى .

١٣٧٠٨ - احتجوا : بأنه وطئها وبشبهة يقتضي حرية الولد ، فوجب أن يكون [٦] الولد حرًّا ، أصله : المغرور .

١٣٧٠٩ - قالوا : والدليل على أن شبهته تقتضي حرية [٧] الولد : أنه ظن أنها حلال بغير نكاح ، وهذه صفة مملوكته .

١٣٧١٠ - قلنا : هذا غلط ، بل شبهته أنه ظن أن الإباحة كالعقد أو كالجمعة ،

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة [كتاب الرهن] (٤٢٠/١) ، مسألة (٢٣٤٦ - ٢٣٤٨) .

(٢) لفظ : [الولد] ساقط من (ع) . (٣) في (م) : [يجب] .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : الأم (١٤٦/٣) ، مختصر المزني ص ٩٤ ، حلية العلماء (٤٧٩/٤) ، نهاية المحتاج (٢٨٦/٤) المدونة (١٧١/٤ ، ١٧٢) ، الكافي لابن عبد البر (٨٢٠/٢) ، شرح الزرقاني (٢٥٢/٥) ، المغني (٤٠٦/٤ ، ٤٠٧) الإنصاف (١٨٧/٥) .

(٥) لفظ : [من] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [يقتضي حرمة الولد ، فوجب أن لا يكون] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، (ع) : [حرمة] ، مكان : [حرية] .

وهذه الشبهة لا تفيد حرية [1] الولد .

١٣٧١١ - فأما المغرور : فإنما حُكِم بحرية ولده ، لأن الولد يتبع أباه [2] إلا أن يلتزم رقه ، كوطء مملوكة غيره ، فإذا وطئها على أنها حرة لم يلتزم [3] رق الولد ، فبقي على حكم الأصل ، وفي مسألتنا : وطئها مع العلم برقها ، فصار ملتزمًا لرق الولد ، فلذلك حكم برقه .

١٣٧١٢ - ولأن الغرور لو وجد في النكاح كان الولد حرًا ، كذلك في غيره ، والشبهة لو وجدت في النكاح كان الولد عبدًا ، كذلك في غيره .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [حرمة] ، مكان : [حرية] .

(٢) قوله : [أباه] ساقط من (ع) .

(٣) قوله : [فإذا وطأها] ساقط من (ع) ، وفيها : [لم يلزم] ، مكان : [لم يلتزم] .

مسألة ١٨٧

حكم بيع الرهن بإذن المرتهن

١٣٧١٣ - قال أصحابنا : إذا أذن المرتهن في بيع الرهن قبل حلول دينه فباعه الراهن ، فقيمته رهن مكانه [١] .

١٣٧١٤ - وقال الشافعي : بطل حقه في الرهن ، والثمن للراهن [٢] .

١٣٧١٥ - لنا : أنه بدل عن الرهن ، فوجب أن يكون رهنًا مكانه ، كما لو أتلفه أجنبي فغرم قيمته .

١٣٧١٦ - ولأنه عين الرهن ، فكان رهنًا ، كما لو [كان] بدين [٣] حال .

١٣٧١٧ - ولأن الثمن معنى يتعلق به حق المرتهن إذا كان المهر حالًا ، فيتعلق به إذا كان مؤجلًا ، كالقيمة .

١٣٧١٨ - احتجوا : بأن البيع معنى إزالة ملك الراهن عن عين الرهن [٤] بإذن المرتهن لا لقضاء دينه ، فوجب أن يبطل حق المرتهن من الوثيقة ، كما لو أذن له في عتقه فأعتقه .

١٣٧١٩ - وربما قالوا : معنى يسقط وثيقة المرتهن عن غير الرهن ثم يستحقه المرتهن [٥] .

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الرهن » (٤٢٠/١) ، مسألة (٢٣٤٩ ، ٢٣٥٠) ، تحفة الفقهاء ، في « حكم الرهن » (٤٣/٣) ، بدائع الصنائع (١٤٩/٦) ، الهداية مع البناية « باب التصرف في الرهن والجناية » (٢١/١٢ ، ٢٢) ، العناية مع تكملة فتح القدير « باب التصرف في الرهن والجناية عليه » (١٧٩/١٠) ، مجمع الأنهر (٥٧٨/٢) .

(٢) راجع المسألة في : الأم ، (١٤٥/٣) ، مختصر المزني ص ٩٤ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (٢٤٠/١٣) ، حلية العلماء « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل إلخ » (٤٤٦/٤) ، نهاية المحتاج (٢٦٩/٤) ، المدونة ، في « بيع الراهن الرهن إلخ » (١٥٣/٤) ، شرح الزرقاني (٢٤٣/٥) ، المغني ، فصل « إذن المرتهن للراهن إلخ » (٤٤٦/٤) ، الإنصاف (١٥٨/٥) ، الكافي ، فصل : « وكل ما منع الراهن منه إلخ » (١٤٥/٢) .

(٣) لفظ : [كما] ساقط من (م) ، (ع) ، والزيادة : أثبتناها لمقتضى السياق ، وفي (م) : [تدين] ، مكان : [بدين] .

(٤) في (م) ، (ع) : [عن غير الراهن] .

(٥) في جميع النسخ : [عن غير الرهن ثم يستحقه المرتهن] ، لعل صوابه : [عن عين الرهن ثم لا يستحقه المرتهن] .

١٣٧٢٠ - الجواب : أن هذا يبطل إذا باعه بعد حلول الدين ، واحترازهم الأول : لا يُعْنَى له [١] ، لأنه قد يأذن قبل حلول الدين ليقضي دينه من الثمن إذا حل ، وقد تتفق الرغبة في البيع في زمان دون زمان [٢] ، فهو يأذن في تعجيل البيع وإن لم يستحق الدين ليقضيه منه إذا حل .

١٣٧٢١ - والاحتراز الثاني : لا نسلمه ، لأن الدين إذا حل استحق القضاء ، فإذا امتنع من القضاء استحق البيع عندهم ، وأجبر عليه عندنا ، والمعنى فيه : أنه إذا أذن في العتق أنه رضي بمعنى سقط [٣] الحق من غير بدل ، فلم يثبت هناك عوض ينتقل الإمساك إليه ، وفي مسألتنا : أذن في نقل [٤] الحق من العين إلى بدل ، فلم يسقط ذلك حقه أصلًا .

١٣٧٢٢ - يبين الفرق بينهما : أنه لو أذن في العتق والإتلاف بعد حلول الدين سقط حقه ، كذلك قبله . ولو أذن في البيع بعد حلول الدين لم يسقط حقه ، كذلك قبله .

* * *

(١) في (ع) ، (ن) : [لا معنى له] .
(٢) في (ص) : [دون مان] وهو من سهو الناسخ .
(٣) في جميع النسخ : [أنه رضي بمعنى سقط] ، لعل تصويبه : [فإنه رضي بمعنى : يسقط] .
(٤) في (م) ، (ع) : [أذن بنقل] .

مسألة ٦٨٨

الإذن في بيع الرهن قبل حلول الدين على أن يكون ثمنه رهنًا

١٣٧٢٣ - قال أصحابنا : إذا أذن له في بيع الرهن قبل محل الدين على أن يكون ثمنه رهنًا صح البيع (١) .

١٣٧٢٤ - وهو قول الشافعي في الصرف . وقال في الأم : البيع فاسد إذا صدق المشتري البائع ، أن المرتهن أذن له بهذا الشرط ، وإن كذبه فالبيع صحيح (٢) .

لنا : أن الثمن يكون رهنًا (٣) عندنا وإن لم يشترط على ما قدمنا (٤) ، فقد شرط مقتضى البيع ، فلا يفسده .

ولأنه أذن في البيع بشرط أن يكون الثمن رهنًا ؛ فوجب أن يصح البيع بهذا الإذن ، كما لو كان الدين حالًّا .

١٣٧٢٥ - ولأن (٥) كل إذن لا يمنع صحة البيع إذا كان الدين حالًّا لا يمنع . وإن كان الدين (٦) مؤجلًا ، كما لو كان الدين حالًّا .

١٣٧٢٦ - ولأن كل إذن سابق للبيع لا يفسد البيع ، كسائر الشروط الفاسدة (٧) ، وكما لو أنكره المبتاع .

١٣٧٢٧ - احتجوا : بأنه بيع رهن مجهول ، لأن ثمن العبد لا يعرف قدره ، وليس كذلك الإذن بعد الحلول ، لأن الثمن يكون رهنًا بغير شرط .

١٣٧٢٨ - الجواب : أن عندنا قبل الحلول يكون رهنًا بغير شرط ، فلا فرق بينهما .

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الرهن » (٤٢٠/١) ، مسألة (٢٣٤٩ - ٢٣٥١) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير » ، في « ما يكون إخراجًا للرهن من يدي المرتهن » (١٤٥/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (٢٤٠/١٣) ، حلية العلماء (٤٤٦/٤) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٧٠/٤) ، الكافي لابن قدامة (١٤٥/٢) ، المغني (٤٤٦/٤) ، الإنصاف (١٥٦/٥ ، ١٥٧) .

(٣) لفظ : [الرهن] مكرر في (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ما قدمناه] ، بزيادة الهاء .

(٥) في (م) : [ولا] مكان : [ولأن] .

(٦) لفظ : [الدين] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [فلا يفسد البيع كسائر الشرط الفساد] ، مكان المثبت .

ولو سلمنا ما قالوا لم ينفع ، لأنه شرط في غير عقد البيع ، وإنما هو شرط في أحكام الرهن ، وعقد البيع لم يوجد فيه شرط ، ولا يجوز أن يفسد بشرط لم يوجد في عقده .

* * *

مسألة ٦٨٩

إذن المرتهن في بيع الرهن على أن يعجل له الدين من ثمنه

١٣٧٢٩ - قال [أصحابنا] [(١)] : وإذا أذن المرتهن في بيع الرهن على أن يعجل له الدين من ثمنه ، جاز البيع [(٢)] .

١٣٧٣٠ - وقال الشافعي : لا يصح البيع [(٣)] .

١٣٧٣١ - لنا : أنه شرط سابق للبيع ، فلا يَفْسُد ، كما لو أذن أن يبيعه من فلان . ولأنه [(٤)] أذن له في البيع بشرط التعجل ، فصار كما لو أجل الدين الحال ثم أذن في بيع الرهن بشرط التعجيل ؛ لأن إذنه في البيع إسقاط ، فإذا شرط لنفسه في مقابلته منفعة فلم تسلم ، (جاز الشرط ، و) [(٥)] صح الإسقاط ، كالعتق .

١٣٧٣٢ - احتجوا : بأنه [(٦)] أذن في البيع بشرط أن تسلم له منفعة ، هي التعجيل ، فإذا لم تسلم له لم يستحق عليه [(٧)] إسقاط حقه في العين ، كما لو قال : أبيعك داري بألف على أن تبيعني عبدك بمائة ، لم يستحق أحد الأمرين فلم يستحق الآخر .

١٣٧٣٣ - الجواب : أن بيع الرهن لا يجوز بإذن المرتهن ، وإنما يعمل إذنه [(٨)] في إسقاط حقه [(٩)] ، فيبيع الراهن بحكم الملك ، فيصح وإن خالف الشرط ، كما لو قال : بعه من فلان .

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من سائر النسخ ، أثبتناه تمشيًا مع منهج المصنف .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الرهن » (٤٢٠/١) ، مسألة (٢٣٥٠ ، ٢٣٥١) .

(٣) قال المزني : البيع جائز ، والشرط فاسد . راجع المسألة في : الأم (١٤٥/٣) ، مختصر المزني ص٩٥ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « فصل : وإن أذن له في العتق فأعتق إلخ » (٢٤٠/١٣) ، حلية العلماء (٤٤٧/٤) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٦٩/٤) ، المدونة (١٥٣/٤) ، شرح الزرقاني مع حاشية البناني « كتاب الرهن » (٢٤٣/٥ ، ٢٥٠) ، الكافي لابن قدامة (١٤٥/٢) ، المغني (٤٤٦/٤) ، الإنصاف (١٥٧/٥ ، ١٥٨) .

(٤) في (ص) : [ولأن] بدون الهاء .

(٥) ما بين القوسين بدل ما في (م) ، (ع) : بلفظ : [فلم نسلم] ، وبدل ما في (ص) بلفظ : [فلم تسلم] .

(٦) في (ع) : [أن] بدون الباء .

(٧) لفظ : [عليه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [بإذنه] بزيادة الباء .

(٩) لفظ : [حقه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

ولا يشبه هذا ما قالوه ؛ لأن هناك الشرط حصل في عقد البيع ، والشروط إذا حصلن في عقد البيع فسد إذا لم يكن من مقتضاه ، وليس هذا كالمالك إذا أذن في البيع بشرط ، لأن هناك يستفيد البيع فلا يجوز أن يبيع بخلاف شرط ، وههنا يبيع الراهن بحق الملك ، وإذن المرتهن يعمل في إسقاط حقه .

* * *

مسألة ٦٩٠

رهن العبد الجاني أو المرتد

١٣٧٣٤ - قال أصحابنا : إذا رهن العبد الجاني أو المرتد ، صح الرهن [(١)] .

١٣٧٣٥ - وقال الشافعي : رهن المرتد جائز .

١٣٧٣٦ - واختلفوا [(٢)] في قوله في الجاني ، فمن أصحابه من قال : في جناية العمد والخطأ قولان ، ومنهم من قال : في العمد قولٌ واحدٌ [(٣)] ، والخطأ على قولين [(٤)] .

١٣٧٣٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [(٥)] .

ولأن الجناية حق لا يسري إلى (الرقبة) [(٦)] ؛ فوجوده في العمد لا يمنع جواز الرهن، كالردة .

١٣٧٣٨ - ولأنا قد دللنا على أن بيع العبد الجاني جائز ، وكل عبد جاز بيعه جاز رهنه .

١٣٧٣٩ - ولأن من أصلنا : أن الجناية لا تستقر في الرقبة ، وأن المولى مخير فيها ، فإذا رهنه انتقلت الجناية من رقبته إلى ذمة المولى ، فكأنه رهن عبدًا لا جناية فيه ، أو كما لو [(٧)] رهنه بإذن وليِّ الجناية .

١٣٧٤٠ - احتجوا : بأن العبد الجاني كالمستحق ؛ بدلالة : أن المولى قبله ، فصار

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة ، نفس المصدر السابق (٤٢٠/١) ، مسألة (٢٣٥٢ ، ٢٣٥٣) .

(٢) في (ع) : [واختلف] .

(٣) في (م) ، (ع) : [قولًا واحدًا] .

(٤) في سائر النسخ : [والعمد] ، مكان : [الخطأ] ، الصواب ما أثبتناه .

قال الشافعي في الأم : « ويجوز رهن العبد المرتد ، والقاتل ، والمصيب للحد ، لأن ذلك لا يزيل عنه الرق ، فإذا قتل فقد خرج من الرهن » . راجع المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير » ، في « إباحة الرهن » ، وفي « العيب في الرهن » ، وفي « جماع ما يجوز أن يكون مرهونًا وما لا يجوز » (١٣٩/٣ ، ١٥٢ ، ١٥٨) ، مختصر المزني ص٩٥ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » ، « فصل : وفي رهن العبد الجاني قولان » (٢٠٧/١٣ ، ٢٠٨) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٤٠/٤) ، الكافي لابن قدامة « باب ما يصح رهنه وما لا يصح » (١٣٦/٢) ، المغني « فصل : ويصح رهن المرتد والقاتل » (٣٧٥/٤) .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٨٣ .

(٦) ما بين القوسين بدل مما جاء بلفظ : [الولد] في النسخ كلها .

(٧) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .

كالعبد المغصوب .

١٣٧٤١ - قلنا : المغصوب صادف غير مالكه [بغير إذنه ، وفي مسألتنا : صادف الرهن مالكه ، ويده ثابتة عليه ، فجواز القتل بالقصاص كجوازه بالردة] (١) .

١٣٧٤٢ - احتجوا : في جناية الخطأ : أنه محبوس بحق متعلق به ، فلم ينفذ رهنه فيه ، أصله : الرهن .

١٣٧٤٣ - الجواب (٢) : أن العبد الجاني غير محبوس ، ولا يَدَ فيه لوليِّ الجناية .

١٣٧٤٤ - والمعنى في الرهن : أن الراهن لا يملك نقل الحق من عين (٣) الرهن إلى غيره ، فلم يملك إيجاب الحق فيه بالرهن ، والعبد الجاني يملك / نقل الحق من رقبته إلى ذمته ، فإذا رهنه فقد اختار النقل ، فكأنه فداه ثم رهنه . ١٥/أ

١٣٧٤٥ - قالوا : استدامة العقد أقوى من ابتدائه ، ثم طريان الجناية على عبد الرهن يوجب (٤) تقديم أرشها على حق المرتهن ، فقدمت على حقه ، فإذا تقدمت فهي من ضمان المالك ، فلم تؤثر في حق المرتهن .

١٣٧٤٦ - ولأنها إذا طرأت تعلقت برقبة العبد ولم يوجد من المالك ما يقتضي نقلها من الرقبة ، فإذا تقدمت فقد وجد من المالك (٥) الرهن بعدها وهو اختيار ، فينتقل به الحق عن الرقبة .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

(٣) في (م) ، (ع) : [غير] ، مكان : [عين] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فوجب] .

(٥) لفظ : [المالك] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ٦٩١

الزيادة على ثمن الرهن الأول

١٣٧٤٧ - قال أبو حنيفة، ومحمد [١] : إذا رهن عبدًا بمائة، ثم زاده في الرهن مائة أخرى على أن يكون الرهن بهما لم يصر [٢] رهنًا بالزيادة [٣] .

١٣٧٤٨ - وهو قول الشافعي في الجديد .

١٣٧٤٩ - وقال أبو يوسف : تصح [٤] الزيادة، ويصير العبد رهنًا بهما، وهو قول الشافعي في القديم [٥] .

لنا : أن العبد رهن بالدين الأول ؛ فلم يجز أن يصير رهنًا بدين آخر مع بقاء الرهن الأول، كما لو رهنه عند آخر .

---

(١) قوله : [ومحمد] ساقط من (ع) . (٢) في (ص) : [لم يصير] .

(٣) قال الطحاوي في مختصره : « والزيادة في الرهن جائزة لاحقة بالدين، والزيادة في الدين كذلك في قول أبي يوسف، وأما في قول أبي حنيفة ومحمد فلا يجوز، ولا يكون الرهن رهنًا بها، وبه نأخذ » . راجع المسألة في : الجامع الصغير « كتاب الرهن » ص ٤٨٩، ٤٩٠، مختصر الطحاوي « كتاب الرهن » ص ٩٤، متن القدوري « كتاب الرهن » ص٤٢، روضة القضاة، في « الزيادة في الرهن والدين » (١/ ٤٢٠)، مسألة (٢٣٥٤ - ٢٣٥٨)، تحفة الفقهاء، في « حكم الرهن » (٣/ ٤٦)، كنز الدقائق « باب التصرف في الرهن إلخ » ص١٧٦، بدائع الصنائع، الفصل السابق (٦/ ١٣٩)، الهداية مع البناية « فصل من رهن عصيرًا » (١٢/ ٧٣)، مجمع الأنهر « كتاب الرهن » (٢/ ٥٨٦) .

(٤) في (م) : [يصح] .

(٥) قال الشافعي في الأم : « ولو رهن رجل رجلًا عبدًا بمائة ثم زاده مائة وقال : اجعل لي الفضل عن المائة الأولى رهنًا بالمائة الآخرة ففعل، كان العبد مرهونًا بالمائة الأولى، ولا يكون مرهونًا بالمائة الأخرى » . راجع المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير »، في « الزيادة في الرهن والشرط فيه »، وفي « الرهن الفاسد » (٣/ ١٥٤، ١٦١، ١٦٢)، مختصر المزني ص٩٥، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (١٣/ ٢٠٧)، حلية العلماء « باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز » (٤/ ٤٢٤، ٤٢٥)، كفاية الأخيار « فصل : وكل ما جاز بيعه جاز رهنه في الديون » (١/ ٢٦٥، ٢٦٦)، المدونة « في ارتهان فضلة الرهن وازدياد الراهن على الرهن » (٤/ ١٦١)، الكافي لابن عبد البر « باب جامع الرهون » (٢/ ٨١٩)، المسائل الفقهية « كتاب الرهن، والتفليس إلخ »، في « القرض بشرط » (١/ ٣٧٢)، مسألة (٥)، الكافي لابن قدامة « فصل : ولا يصح رهن ما لا يجوز بيعه » (٢/ ١٣٩، ١٤٠)، المغني « فصل : ولا يصح رهن ما لا يصح بيعه » (٤/ ٣٨٤، ٣٨٥) .

١٣٧٥٠ - فإن قيل : رهنه عند آخر يسقط حق المرتهن الأول عن بعض الرهن ، ورهنه عنده لا يؤدى إلى إسقاط حقه .

١٣٧٥١ - قلنا : بل يؤدي إلى إسقاط حقه عما أوجبه العقد الأول ، لأن بعضه يصير وثيقة بالدين الأول بعد أن كان جميعه وثيقة بها .

يبين [١] ذلك : أن كل عقد منع من تجدد مثله على المعقود عليه إلى غير العاقد منع عن مثله مع العاقد ، كالنكاح ، والإجارة ، وما لا يمنع من (تجدد مثله على المعقود عليه إلى) [٢] غير العاقد لا يمنع معه ، كالكفالة [٣] .

١٣٧٥٢ - فإن قيل : هذا يبطل بالزيادة في الثمن ، فإنه يصح العقد فيها مع العاقد ، ولا يصح [٤] مع غيره .

١٣٧٥٣ - قلنا : بل يصح من المشتري [٥] ، ويصير متبرعًا بها ، وكأنها وجدت على هذه الصفة مع العقد .

ولأن الزيادة في الدين توجب تعيين الجنس الذي أوجبه قبض الرهن مع بقاء قبضه ، وهذا لا يصح ، كما لو رهنه عند غيره .

١٣٧٥٤ - ولا يلزم : إذا رده في الدين ؛ لأن الجنس الأول لا يتعين ؛ بدلالة : أن كل واحد من الرهنين محبوس بجميع الدين ، فالأول لم يتعين جنسه ، وإنما يتعين الضمان .

١٣٧٥٥ - فإن قيل : هذا يبطل إذا رهن عبدين قيمة كل واحد ألف بألف ، فقتل أحدهما الآخر صار القاتل رهنًا بسبع مائة وخمسين ، وقد كان رهنًا بخمسمائة .

١٣٧٥٦ - قلنا : كل واحد من العبدين كان محبوسًا بكل الألف ، فإذا انتقل إليه زيادة الدين فلم ينتقل إليه إلا ما كان محبوسًا به ابتداء .

ولأن الدين من الرهن لا يجوز أن يزيد حكمًا ؛ فلم يجز أن يزيد بزيادتهما ، ألا ترى : أن الرهن لما جاز أن ينفذ حكمًا بازدياد [٦] المرهونة جاز الزيادة في الرهن

---

(١) في (ع) : [تبين] .
(٢) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .
(٣) قاعدة : « كل عقد منع من تجدد مثله على المعقود عليه لغير العاقد منع عن مثله مع العاقد ، كالنكاح والإجارة ، وما لا يمنع من تجدد مثله على المعقود عليه لغير العاقد لا يمنع منه كالكفالة » .
(٤) في (م) ، (ع) : [فلا يصح] .
(٥) في (م) ، (ع) : [من غير المشتري] ، بزيادة : [غير] .
(٦) في (م) ، (ع) : [بازياد] بغير نقط .

بعقدهما ، ولهذا جاز الزيادة في عوض البيع ، لأن كل واحد منهما يجوز أن يزيد حكمًا ، بأن يكون [١] جارية فتلد ، أو تسمن ، أو تتجاسر ، أو تتفرع عروقها [٢] .

١٣٧٥٧ - فإن قيل : الأجل لا يزيد حكمًا وتجوز [٣] الزيادة فيه بفعلهما .

١٣٧٥٨ - قلنا : قد يزيد حكمًا ؛ بدلالة : أنه لو باعه عبدًا بألف إلى شهر فلم يسلم العبد إليه حتى مضى شهر [٤] ، كان له شهر من [٥] يوم قبض العبد .

١٣٧٥٩ - فأما خيار الشرط فإنما جازت الزيادة فيه لأن الخيار يثبت في الأصل ابتداءً من طريق الحكم ، وهو خيار الرؤية والعيب ، فجاز أن تثبت الزيادة في الخيار الثابت في الشرع .

١٣٧٦٠ - فإن قيل : المانع المعقود عليه في الإجارة لا يزيد حكمًا ، ويزيد بالعقد .

١٣٧٦١ - قلنا : قد يزيد حكمًا إذا استأجر خادمًا فتعلمت الخبز والنسج .

١٣٧٦٢ - وهذه المسألة مبنية على : أن رهن المشاع [٦] لا يصح ، فلو ثبت زيادة الدين لم يلحق بعقده ، لأنها زيادة من غير المعقود عليه [ألا ترى : أن عقد الرهن لا يتناول الدين إنما يتناول عين [٧] الرهن ، والزيادة من غير المعقود عليه] لا تلحق [٨] العقد ، فلو ثبت صار بعض الرهن رهنًا بالدين الأول ، وبعضه بالزيادة ، لأنهما دينان مختلفان انفردا بالقيمة ، فكأنه قال : رهنت بعض هذا الرهن بالدين الذي من الجهة الفلانية ، وبعضه بالدين الذي من الجهة الأخرى ، وليس كذلك الزيادة في الرهن ، لأنها زيادة في المعقود عليه ، ملحقة [٩] بالعقد ، وصارت كالموجودة فيه ، فكأنه قال : رهنتهما [١٠] بهذه الألف [١١] .

---

(١) في (ع) : [بأن تكون] أي عوض البيع .

(٢) في (م) : [يجاسر] وفي (ص) ، (م) : كذلك بدون نقط ، وفي (م) ، (ع) : [تنفزع] ، مكان : [تتفرع] ، وفي جميع النسخ : [عروقه] ، لعل الصواب ما أثبتناه ، بأن الضمير عائد إلى الجارية .

(٣) في (م) : [ويجوز] .

(٤) في (ص) : [شهرًا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [شهرين] ، مكان : [شهر من] .

(٦) في (م) ، (ع) : [المبتاع] .

(٧) في (م) ، (ع) : [غير] .

(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [لا يلحق] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فلحقه] .

(١٠) لفظ : [قال] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي جميع النسخ : [رهنهما] ، مكان : [رهنتهما] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(١١) أي ألف درهم ، فالتأنيث لمعنى الدرهم ، لا لمعنى الألف ، وهذا جائز عند بعض أئمة اللغة . راجع : مختار الصحاح ، مادة : [ألف] ص٢١ ، المصباح المنير (٢١/١) .

١٣٧٦٣ - والدليل على أن الدين غير معقود عليه أن عقد الرهن إن كان ثابتًا فله ، والمال إذا تناوله العقد ثبت به ، كالثمن في البيع ، لأنهما لو تفاسخا الرهن لم يبطل الدين ، ولو كان معقودًا عليه سقط بفسخ العقد ، كالثمن .

ولأن الراهن والمرتهن لو التقيا في بلد والرهن في بلد آخر فطالبه [بالدين ، وجب تسليمه ، ولم يجز أن يحبسه حتى يحضر الرهن . ولو كان معقودًا عليه لم يجب تسليمه حتى يحضر ما في مقابلته ، كالبيع إذا التقيا في بلد فطالبه] (١) بالثمن ، لم يلزمه تسليمه حتى يحضر المبيع .

١٣٧٦٤ - فإن قيل : لو اشترى بالدين الذي في الذمة ثوبًا فثبوت الدين سابق لهذا العقد ، وهو معقود عليه ، ولو تفاسخا المبيع لم يسقط الدين .

١٣٧٦٥ - قلنا : البيع عندنا لا يقع (٢) على الدين ، وإنما يقع على ثمن في الذمة يصير قبضًا في الدين ، كما وقع عليه العقد ، لا لسبق ثبوته ، ولا يبقى مع فسخ العقد .

١٣٧٦٦ - فإن قيل : الأجل والخيار كل واحد منهما ليس بمعقود عليه في البيع ، ويجوز إلحاق (٣) الزيادة فيهما .

١٣٧٦٧ - قلنا : كل واحد منهما شرط لتعيين مقتضى المعقود عليه ، فصار من هذا الوجه في حكمه ، فجاز إلحاق الزيادة به ، لأن كل دين لا يصير الرهن به رهنًا عند المرتهن ، أصله : إذا قال : أقرضني مائة ، فقد جعلت هذا الرهن رهنًا بها مع الدين الأول .

١٣٧٦٨ - احتجوا : بأنها وثيقة محضة ، فجاز أن يزاد في دينها كالضمان ، والشهادة .

١٣٧٦٩ - واحترزوا بقولهم : « محضة » عن المبيع في يد البائع ، لأن المقصود هناك ليس هو الوثيقة فحسْبُ (٤) ، بل المقصود العوض عن البيع .

١٣٧٧٠ - وهذا ليس باحتراز ، لأن وجوب الثمن عوض عن البيع ، فأمَّا حبس المبيع به ومنع المبتاع (٥) منه ، فهو وثيقة محضة ، ولهذا لم يثبت له (٦) التفريق ، والثمن

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٢) في باقي النسخ [لايقع عندنا] . (٣) لفظ : [إلحاق] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في باقي النسخ : [حيث] ، تصويبه : [المحضة] ، أو سقطة ما وقعت هنا .
(٥) في (م) ، (ع) : [فأما جنس المبيع به ومبيع المبتاع] ، مكان المثبت .
(٦) لفظ : [له] ساقط من (م) ، (ع) .

المؤجل لم يثبت له الحبس [١] .

١٣٧٧١ - ولأن الدين في الكفالة معقود عليه [٢] ، بدلالة : أنه يتجدد وجوبه في الذمة ، فجازت الزيادة فيه ، وقد بينا أن الدين غير الرهن ليس بمعقود عليه ، فلم تجز [٣] الزيادة فيه .

ولأن المعقود عليه في الكفالة عين [٤] المعقود عليه في الذمة ، بدلالة : أن الذمة متسعة ، فالزيادة في حكم عقد مبتدأ ، لأنها لا تتناول ما تناوله [٥] العقد الأول ، وفي مسألتنا : الزيادة تتعلق [٦] بما تعلق به العقد الأول ، فلهذا وصفت بأنها زيادة .

١٣٧٧٢ - ولأن الكفالة بدين آخر لما جاز أن تتعلق بالذمة لغير المكفول له جاز إن تثبت [٧] للمكفول له ، فلما لم يجز أن يثبت [٨] [الرهن بالرهن الأول عند غير المرتهن ، كذلك لا يثبت عنده ، كالمبيع لما لم يجز أن يعقد] [٩] عليه مع عتق المشتري لم يجز أن يعقد مثل العقد مع المشتري .

١٣٧٧٣ - ولا يلزم على هذه : الزيادة في المبيع ، لأنها إن كانت في الثمن فيجوز من المشتري والأجنبي ، وإن كانت في المبيع فيجوز أن يملكها من المشتري على وجه الزيادة ، ومن أجنبي على وجه ابتداء البيع .

١٣٧٧٤ - فأما الشهادة : فمتى زاد في الدين المشهود به فهو شهادة مبتدأة ضمت إلى الشهادة الأولى ، فوزانه [١٠] في مسألتنا : أن يضم إلى الرهن [١١] رهنًا آخر بدين مستقل ؛ ألا ترى : أن التوثق بالشهادة الثانية لا يتناول ما تتناوله الوثيقة الأولى ، إذ كل واحد منهما ينعقد ، وجاءت الزيادة منهما ولحقت [١٢] بالعقد ، والدين قد بينا أنه غير معقود عليه ، [والرهن معقود عليه ، فجازت الزيادة في المعقود عليه ، ولم تجز فيما ليس

---

(١) في (م) ، (ع) : [الجنس] . (٢) في (م) ، (ع) : [مقصود عليه] .
(٣) في (ص) ، (ع) : [عفي] ، مكان : [غير] ، وفي (م) : [فلم يجز] ، مكان : [فلم تجز] .
(٤) في (ص) ، (م) : [عن] ، مكان : [عين] .
(٥) في (م) ، (ع) : [لا يتناول ما يناوله] . (٦) في (م) : [يتعلق] .
(٧) في (م) ، (ع) : [أن يتعلق بالذمة لغير الكفول له جاز إن ثبت] ، مكان المثبت .
(٨) في (م) ، (ع) : [أن ثبت] .
(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٠) في (ع) : [فوزان] بدون الهاء . (١١) في (م) ، (ع) : [الراهن] .
(١٢) في (م) : [وتحقت] .

بمعقود عليه] (١) ولا هو مشروط فيه .

ولأن زيادة الرهن تؤدي إلى إشاعة الدين ، لأن بعض الدين يكون بهذا الرهن ، وبعضه بهذا ، وإشاعة الدين ابتداءً لا تمنع (٢) جواز الرهن ، بدلالة : أنه [لو] (٣) قال : رهنتك بنصف دينك هذا (٤) وبنصفه هذا ، جاز .

١٣٧٧٥ - قلنا : الزيادة في الدين (٥) تؤدي إلى إشاعة الرهن ، وذلك لا يجوز في الابتداء ، كذلك في الثاني .

١٣٧٧٦ - قالوا : لو (٦) جنى عبدُ الرهنِ جناية لم يمنع (٧) تقدم الرهن من ثبوتها (٨) ، كذلك لا يمنع من تعلق دين آخر به .

١٣٧٧٧ - قلنا : حق الجناية لما جاز أن يتعلق [بالمرهون يستوي أن يثبت للمرتهن أو لغيره ، ولما لم يجز أن يتعلق] (٩) بالرهن دين لغير المرتهن على وجه الرهن ، كذلك لا يتعلق به دين للمرتهن .

١٣٧٧٨ - قالوا : ليس يمتنع أن تجوز الزيادة في الدين ، ويصير الرهن رهنًا بها مع عدم الأصل للمرتهن ، ولا يجوز لغيره ، كما أن من استأجر دارًا سنة جاز أن يستأجرها سنة أخرى ، ولا يجوز لغيره أن يستأجرها .

١٣٧٧٩ - قلنا : لا نسلم ذلك ، لأن عندنا يجوز أن يؤاجرها مدة مستقبلة من المستأجر ومن غيره ، وإنما كان كذلك لأن المدة المعقود عليها غير المدة التي تناولها العقد الأول ، فلا يتنافيان .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٢) في (م) : [لا يمنع] .
(٣) الزيادة : أثبتناها لمقتضى السياق .
(٤) في جميع النسخ : [نصف دينك] بدون الباء ، الصواب ما أثبتناه ، وفي (ع) : [بهذا] ، بزيادة الباء .
(٥) في (ع) : [الرهن] ، مكان : [الدين] .
(٦) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (ع) : [لم تمنع] .
(٨) في (م) ، (ع) : [سوبها] .
(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٦٩٢

إقرار الراهن بما يبطل حق المرتهن

١٣٧٨٠ - قال أصحابنا : إذا أقر الراهن [1] أن العبد المرهون كان جني [2] قبل رهنه وصدقه وليُّ الجناية ، أو أقر أنه كان غصبه من فلان ، أو باعه من فلان وكذبه المرتهن وصدقه المقر له ، لم يقبل إقراره [3] .

١٣٧٨١ - وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في القول الآخر : يقبل إقراره .

١٣٧٨٢ - قالوا : وهل يستحلف ؟ فيه قولان ، أحدهما : أنه لا يمين عليه ، رواه المزني [4] ، والثاني : يحلف .

١٣٧٨٣ - قالوا : نص عليه إذا أقر الراهن أنه غصبه [5] .

لنا : أنه عقد يمنع البيع ، فيمنع الإقرار بالجناية ، كالبيع ، والكتابة ، وعكسه : النكاح .

١٣٧٨٤ - ولأنه معنى يسقط به حق المرتهن مع بقاء الرهن بكماله ، فلا يملكه الراهن ، كالبيع .

١٣٧٨٥ - احتجوا : بأنه أقر في ملكه لغيره [6] بما لا يجرُّ إلى نفسه نفعا ، فوجب أن يقبل إقراره ، كما إذا أقر أنه كان أعتقه .

١٣٧٨٦ - قلنا : لا نسلم أنه لم يجرّ إلى نفسه بهذا الإقرار / نفعًا ؛ بدلالة : أنه ١٥٩/ب

---

(١) في (م) ، (ع) : [الرهن] . (٢) في (م) ، (ع) : [جنيًا] .

(٣) راجع المسألة في : روضة القضاة ، في [إقرار الراهن بجناية العبد المرهون] (٤٢٠/١) ، مسألة (٢٣٥٩، ٢٣٦٠)

(٤) قوله : [رواه المزني] ساقط من (ع) .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : الأم في « جماع ما يجوز أن يكون مرهونًا وما لا يجوز » (١٥٧/٣) ، مختصر المزني ص٩٥ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٢٦٣/١٣) ، حلية العلماء « باب اختلاف المتراهنين » (٤٧٤/٤) ، نهاية المحتاج « فصل في الاختلاف في الرهن » (٣٠١/٤) ، المدونة ، في « فيمن رهن رهنًا فأقر الراهن أنه جنى جناية إلخ » (١٧٤/٤) ، شرح الزرقاني (٢٥٧/٥) ، الكافي « فصل : إذا أقر الراهن أن العبد كان جنى قبل رهنه » (١٥٤/٢) ، الإنصاف (١٧١/٥ ، ١٧٢) .

(٦) في (ع) : [إلى غيره] ، مكان : [لغيره] .

يواطئ المقَرَّ له بالبيع ، فإذا فُكَّ الرهن وسلمه إليه يرده .

١٣٧٨٧ - وقولهم : - « أقر في ملكه » - لا معنى له ، لأن تعلق حق الغير بملكه إذا منعه من ابتداء التصرف منعه من الإقرار بالتصرف (١) .

١٣٧٨٨ - ثم الأصل غير مسلم ، لأنه إذا أقر أنه كان أعتقه لم يقبل إقراره ، وإنما يعتق في الحال ، ولهذا يضمن قيمته ، فيكون (٢) رهنًا مكانه ، ولو صدقناه في العتق لم يلزمه ضمان .

١٣٧٨٩ - قالوا : الراهن محجور عليه ، فيجوز إقراره فيه (٣) ، كالمريض (٤) .

١٣٧٩٠ - قلنا : المريض يجوز تصرفه فيه ، فجاز إقراره بالتصرف الذي يملك أن يبتدئه ، والراهن لا يملك التصرف ، فلا يملك إقراره به ، فيبطل هذه العلة بالمحجور عليه لسفه .

١٣٧٩١ - قالوا : الإقرار أقوى من البينة ، وههنا إقرار في إبطال حق المرتهن ، وهو لا يملك ذلك ، فالبينة في حق الغير أولى من الإقرار .

١٣٧٩٢ - قالوا : لو أجره عبده ثم أقر عليه بجناية ، قبل إقراره .

١٣٧٩٣ - قلنا : لا نسلم ذلك ، فلا فرق بين الإجارة والرهن .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ابتداء الصرف منفعة من الإقرار بالصرف] مكان المثبت .

(٢) في (م) : [بكون] ، وفي (ع) : [بكونه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [منه] ، مكان : [فيه] .

(٤) قاعدة : « الراهن محجور عليه فيجوز إقراره فيه كالمريض » .

مسألة ٦٩٣

حكم ما إذا علق عتقه بصفة ثم رهنه

١٣٧٩٤ - قال أصحابنا : إذا علق عتق عبده بصفة ثم رهنه ، جاز الرهن ، فإن دبره ثم رهنه ، لم يصح (١) .

١٣٧٩٥ - وقال الشافعي : إن علق عتقه بصفة ثم رهنه بحق يحل قبل العتق ، مثل أن يقول : أنت حر إن قدم زيد ، ثم رهنه بحق يحل إلى سنة ، فهو على قولين ، أحدهما : يصح الرهن ، والثاني : أن الرهن باطل .

١٣٧٩٦ - وأما المدبر إذا رهنه ، فمن أصحابه من قال : فيها قولان ، أحدهما : لا يصح الرهن ، والثاني : صحيح ، ويبطل التدبير .

ومنهم من قال : الرهن باطل قولًا واحدًا ، ومنهم من قال : يصح الرهن ، والمدبر بحاله قولًا واحدًا (٢)

لنا : أن العتق بصفة عبد (٣) يجوز بيعه ، فجاز رهنه ، أصله : إذا علق عتقه بصفة فوجدت (٤) بعد حلول الدين .

ولأن ما جاز رهنه بالدين الحالِّ جاز بالدين المؤجل وإن بَعُد الأجل ، كالعبد الذي لم يحلف بعتقه .

١٣٧٩٧ - ولأنه عقد يقصد به الاستيفاء ، فجاز في العبد المعلق عتقه بدخول الدار ، كالإجارة .

١٣٧٩٨ - احتجوا : بأنه معتق بصفة ؛ فجاز تقدمها على محل الدين ، فلا يجوز

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة (١/٤٢٠ ، ٤٢١) ، مسألة (٢٣٦٣ ، ٢٣٦٤) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الرهن » ، « باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز » (٥/٣٢٦) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر المزني ص٩٦ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (١٣/٢٠٠) ، حلية العلماء « باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز » (٤/٤١٨) ، المدونة « فيمن رهن جارية فأعتقها أو دبرها أو كاتبها » (٤/١٦٩) ، الكافي « باب ما يصح رهنه وما لا يصح » (٢/١٣٦ ، ١٣٧) ، المغني « فصل : ويصح رهن المدبر » و « فصل : وأما من علق عتقه إلخ » (٤/٣٧٥ ، ٣٧٧) .

(٣) لفظ : [عبد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [عتقه بعتقه يوجد] .

رهنه ، كالتدبير .

١٣٧٩٩ - قلنا : المعنى في التدبير : أنه يثبت له حرية استحق [١] بها اسمًا مطلقًا ؛ فمنع ذلك من رهنه ، كأم الولد ، والمكاتب ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأن حق حريته لم يوجب لها اسمًا مطلقًا ، فصار كما لو علق عتقه بصفة ، فوجدت بعد [٢] حلول الدين .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت له حرية] ، وفي (ص) ، (م) : [أحق] ، مكان : [استحق] .
(٢) في (م) ، (ع) : [سد] .

مسألة ٦٩٤

إذا رهن عصيرًا فصار خمرًا

١٣٨٠٠ – قال أصحابنا : إذا رهن عصيرًا فصار خمرًا ، لم يبطل الرهن هنا [١] ، فإن استحالت خلًّا فالمرتهن أحق بها [٢] .

١٣٨٠١ – وقال الشافعي : زال ملك الراهن عنها ، ويبطل الرهن ، فإذا صار خلاً عاد ملكه وعاد الرهن [٣] .

١٣٨٠٢ – لنا : أنه معنى إذا حدث في العين المغصوبة لم يقطع حقَّ مالكها عنها ، فلا يزول الملك ، كالحموضة [٤] .

ولأنها إذا تخللت كانت رهنًا من غير تجديد عقد ، فلم يحكم [٥] ببطلان عقد الرهن ، أصله : إذا تغير إلى شدة [٦] لا يسكر كثيرها .

١٣٨٠٣ – ولأن الرهن قد صح فيها [٧] ؛ فلم يزل ملك الراهن عنها وإن استحالت [٨] إلى ما يقوم في الثاني ، كما لو حمضت .

---

(١) في (ع) : [هاهنا] ، وفي (ص) ، (م) [هنا] .

(٢) راجع المسألة في : الجامع الصغير « كتاب الرهن » ص٤٨٨ ، روضة القضاة ، في « تحول العصير المرهون خمرًا » (٤٢١/١) ، مسألة (٢٣٦٥ – ٢٣٦٧) ، الهداية مع البناية « فصل في رهن العصير وتخمره » (٦٧/١٢ ، ٦٨) ، الهداية مع تكملة فتح القدير (١٩٦/١٠) ، كنز الدقائق « باب التصرف في الرهن إلخ » ص ١٧٥ ، ١٧٦ .

(٣) قال الشافعي في مختصر المزني : « فإن حال العصير إلي أن يسكر فالرهن مفسوخ ، لأنه صار حرامًا لا يحل بيعه » . راجع المسألة في : الأم « جماع ما يجوز أن يكون مرهونًا وما لا يجوز » (١٥٩/٣) ، مختصر المزني ص٩٦، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « فصل : فإن كان المرهون عصيرًا » (٢٤٦/١٣ – ٢٤٨) ، حلية العلماء « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » (٤٥٥/٤) ، المدونة « فيمن ارتهن عصيرًا فصار خمرًا » (٤/ ١٧١) ، شرح الزرقاني (٢٣٧/٥) ، جواهر الإكليل « باب الرهن » (٧٨/٢) ، الكافي « فصل : ويصح رهن ما يسرع إليه الفساد » (١٣٧/٢) ، المغني « فصل : ويجوز رهن العصير » (٣٧٨/٤ ، ٣٧٩) .

(٤) في (م) ، (ع) : [كالمحضة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يبطل] ، مكان : [فلم يحكم] .

(٦) في (م) ، (ع) : [سده] ، بدون نقط .

(٧) في (م) ، (ع) : [منها] .

(٨) في (م) ، (ع) : [استحال] .

١٣٨٠٤ - احتجوا : بأن الرهن إنما يتعلق برقبة المال ، وهذا ليس بمال ، فلا يبقى رهنًا ، كما لو كان الرهن عبدًا فمات .

١٣٨٠٥ - قلنا : الرهن ابتداءً يتعلق بالمال ، فأما في حال البقاء فيجوز أن يتعلق بما لا يتعلق به ابتداءً ، كما لو استهلك الرهن فوجبت قيمته (١) في ذمة المتلف كانت رهنًا ، ولو رهن المدبر ابتداءً لم يصح (٢) .

ولأن الخمر وإن لم تكن (٣) مالًا فمعنى المال فيها موجود ينتظر بردها (٤) إلى المالك ، فلهذا يكون الوارث أحق بها .

١٣٨٠٦ - قالوا : القصد من الرهن استيفاء الحق من ثمنه عند امتناع من عليه الحق من بدله ، وهذا لا يمكن فيه إذا صار خمرًا .

١٣٨٠٧ - قلنا : هذا والعين على حالها ، فيمكن التوصل (٥) إلى ذلك التمليك ، ويوكل ذميًّا ببيعها ، ويُقضى دينه من ثمنها ؛ فلم نسلم ما قالوه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [بقيمته] .

(٢) قاعدة : يتعلق الرهن بالمال ابتداء ، فأما في حال البقاء فيجوز أن يتعلق بما لا يتعلق به ابتداء ، كما لو استهلك الرهن فوجبت قيمته في ذمة المتلف كانت رهنًا ، ولو رهن المدبر ابتداء لم يصح » .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يكن] .

(٤) في (م) : [تنظر مودها] ، وفي (ع) : [ننظر مؤدها] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الموصل] .

مسألة ٦٩٥

اختلاف الراهن والمرتهن في صفة المرهون

١٣٨٠٨ - قال أصحابنا : إذا اختلف الراهن والمرتهن ، فقال الراهن [١] : رهنتك عصيرًا فصار خمرًا في يدك [٢] ، وقال المرتهن : رهنتني خمرًا فأقبضتني [٣] خمرًا ، فالقول قول المرتهن [٤] (وفي مذهب الشافعي قولان ، أحدهما أن القول قول الراهن ، والآخر أن القول قول المرتهن) [٥] والقولان منه إذا اتفقا على وقوع (القبض) [٦] على العصير واختلفا في وقت حدوث الشدة ، فأما إذا اختلفا في العقد فالرهن باطل .

١٣٨٠٩ - لنا : أنهما اختلفا في صفة [٧] ما قبضه من ملك عين ، فكان القول قول القابض .

١٣٨١٠ - ولا يلزم : إذا قال المشتري : قبضت المبيع معيبًا ، فقال البائع : صحيحًا ؛ لأنه قبضُ ملك لنفسه ، ولأنه حصل في يده بشيء [٨] لغيره ، فالقول قوله في صفته ، كالغصب .

١٣٨١١ - احتجوا : بأنهما اتفقا على وقوع القبض في العين واختلفا في وقت

---

(١) لفظ : [الراهن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) لفظ : [يدك] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في ص [فأقبضتني] وفي باقي النسخ [فأقبضني] .

(٤) راجع المسألة في : روضة القضاة [كتاب الرهن] ، [باب اختلاف الراهن والمرتهن] (٤٢٤/١) ، مسألة (٢٤٠٠)

(٥) سقط من جميع النسخ حكاية مذهب الشافعي ، وهو ما أثبتناه طبقًا لما يستفاد مما في الأم (١٥٩/٣) ، ونصه : « ولو اختلفا في العصير ، فقال الراهن : رهنتكه عصيرًا ، ثم عاد في يديك خمرًا ، وقال المرتهن : بل رهنتنيه خمرًا ، ففيها قولان ، أحدهما : أن القول قول الراهن ... والقول الثاني : أن القول قول المرتهن » ، القول الأول : هو الأصح في المذهب ، والثاني : اختيار المزني ، وهو مذهب الأحناف . راجع ذلك في مختصر المزني « باب الرهن » ص٩٦ ، المهذب مع المجموع « كتاب الرهن » (٢٥٩/١٣) ، حلية العلماء « باب اختلاف المتراهنين » (٤٦٦/٤ ، ٤٦٧) .

(٦) زيادة اقتضاها السياق .

(٧) في جميع النسخ : [فيما صفه] ، مكان : [في صفة] ، والصواب ما أثبتناه .

(٨) في (م) ، (ع) : [شيء] بدون الباء .

حدوث الشدة [١] فيها ، ومثلها يحدث بعد القبض وقبله ، فيجوز أن يكون [٢] القول قول الراهن ، لأن معه سلامة العقد ، فهو كما لو قال البائع : سلمت المبيع [٣] صحيحًا ، وقال المبتاع : قبضته معيبًا ، كان القول قول البائع .

١٣٨١٢ - قلنا : لا نسلم أنهما اتفقا على قبض الرهن ، لأن المرتهن يقول : لم أقبض الرهن ، والراهن ينكر قبض الرهن ، فالقول قول النافي للقبض ، ويفارق [٤] ذلك : البيع ، لأنهما اتفقا على وقوع القبض في المبيع ، ودخوله في ضمان المشتري ، وادعى المشتري ما يتوصل به إلى إسقاط الضمان بعد لزومه ، فلا يصدق فيه .

١٣٨١٣ - قالوا : إذا اتفقا في الرهن [ثم اختلفا في حدوث الشدة ، فحدوث الشدة في الرهن] [٥] مثل القبض ، فوجب الخيار في فسخ الرهن ، كما أن حدوث العيب بالمبيع أوجب [٦] الخيار في فسخ البيع .

فإذا اختلفا في وقت حدوثه فيجب أن يكون القول قول [٧] من ينفي خيار الفسخ في رهن المشتري الرهن ، كما لو اختلفا في حدوث العيب بالمبيع ، فالقول [٨] قول البائع .

١٣٨١٤ - قلنا : يبطل إذا شرط في البيع رهن عبد بعينه ، فقال المشتري : رهنتك عبدي وأقبضتك إياه فمات عندك ، فلا خيار لك في المبيع [٩] ، وقال البائع : مات في يدك قبل أن ترهنني [١٠] ، فالقول : قول البائع في تقدم الموت ، وإن كان المشتري ملك يثبت له الخيار في البيع .

ولأنا بينا أنهما إذا اختلفا في العيب بعد اتفاقهما على دخول المبيع في ضمان المشتري ، لم يصدق المشتري على إسقاط ذلك الضمان بعد لزومه ، وفي مسألتنا : أنكر

---

(١) في (م) : [النبذة] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ومثلها لحدث قبض القبض وبعده فوجب أن يكون] مكان المثبت .

(٣) لفظ : [المبيع] ساقط من (م) ، (ع) . (٤) في (م) ، (ع) : [ومفارق] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [بالبيع وجب] ، مكان : [بالمبيع أوجب] .

(٧) في جميع النسخ : [قوله] بالهاء ، والصواب ما أثبتناه .

(٨) في (م) ، (ع) : [بالبيع] ، مكان : [بالمبيع] وفي سائر النسخ : [القول] ، الأصوب بالفاء ، أي : [فالقول] مثبت بدل القول .

(٩) في جميع النسخ : [رهنه عندي وقبضه ، فمات عندك فلا خيار عندك .. إلخ] والصواب ما أثبتناه .

(١٠) في (ص) : [ترهني] وفي (م) ، (ع) : [يرهني] ، والصواب ما أثبتناه .

المرتهن القبض الذي يُلْزمه الراهن به فالقول قوله ، كما أن القول قول المشتري إذا قال : لم أقبض المبيع [١] .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [البيع] .

مسألة ٦٩٦

التخليل للخمر

١٣٨١٥ - قال أصحابنا : في جواز التخليل للخمر جائز ، وإذا خللها طهرت [١] .

١٣٨١٦ - وقال الشافعي : لا يجوز تخليلها ، فإن خللها لم تطهر [٢]

١٣٨١٧ - لنا في جواز التخليل : قوله تعالى : ﴿ وَمِن ثَمَرَٰتِ ٱلنَّخِيلِ وَٱلْأَعْنَٰبِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا ﴾ [٣] .

قال ابن عباس ﷺ : « الرزق الحسن الخل » [٤] ، ولم يفصِّل ، فدلت الآية على إباحة التخليل وإباحة خل الخمر بكل حال .

١٣٨١٨ - فإن قيل : إنما أباح اللّه تعالى الخلَّ المتخذ من الثمار ، وذلك مباح ، والخلاف في الخل المتخذ من الخمر تتخذ من الثمار [٥] ، لأنه يصير أولًا خمرًا فيعالج حتى [٦] يصير خلًّا .

---

(١) راجع المسألة في : كتاب الحجة ، في « كتاب الكراهية والاستحسان » ، « باب ما يكره من خل الخمر وما لا يكره » (٣/٨ - ١٤) ، مختصر الطحاوي « كتاب الأشربة وأحكامها » ص٢٧٩ ، روضة القضاة « كتاب الأشربة » ، « فصل : صيرورة الخمر خلًا » (١٣٣٧/٤) ، مسألة (٨١١١) ، تحفة الفقهاء في آخر « كتاب الأشربة » (٣٢٩/٣) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب الأشربة » ص٤٣٩ - ٤٤٤ ، مسألة (١٧٨) ، بدائع الصنائع « كتاب الأشربة » (١١٣/٥ ، ١١٤) ، متن القدوري « كتاب الأشربة » ص٩٨، كنز الدقائق « كتاب الأشربة » ص١٧١ ، الهداية مع البناية « كتاب الأشربة » (٤٥٤/١١ - ٤٥٩) ، الهدية مع تكملة فتح القدير ، وبذيله العناية « كتاب الأشربة » (١٠٦/١٠ ، ١٠٧) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « كتاب الطهارة » ، « باب إزالة النجاسة » ، « فصل : ولا يطهر شيء من النجاسات بالاستحالة » (٥٧٤/٢ - ٥٧٩) ، حلية العلماء « كتاب الطهارة » ، « باب إزالة النجاسة » (٢٤٥/١) ، التنبيه « باب إزالة النجاسة » ص١٧ ، المدونة « كتاب الرهن » ، في « فيمن ارتهن عصيرًا فصار خمرًا ، وهل يجوز له أن يعالجه حتى يصير خلًا » (١٧١/٤) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الأشربة » (٤٤٣/٢) ، المنتقى « كتاب الأشربة » في « جامع تحريم الخمر » (١٥٤/٣) ، المقدمات الممهدات « كتاب الأشربة » ، « فصل : فكل مسكرٍ مطرب » (٤٤٣/١) .

(٣) سورة النحل : الآية ٦٧ .

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى « كتاب الأشربة » ، « باب ما يحتج به من رخص في المسكر إذا لم يشرب منه ما يسكره » (٢٩٧/٨) .

(٥) قوله : [تتخذ من الثمار] ساقط من (ع) .

(٦) لفظ : [حتى] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

وفي حديث ميمونة ﵂ أن النبي ﷺ قال في جلد الميتة : « الدباغ يحللها كما تخلل الخمر فيحل » [(١)] ، وذكر الدارقطني « كما يحل الخل الخمر » [(٢)] .

١٣٨١٩ - قالوا : أجمعنا على ترك ظاهره ، لأن الخل لا يحلها ، وإنما تحل باستحالتها .

١٣٨٢٠ - قلنا : فإذا الخل حللها ، لأنها لما استحالت إليه حلت [(٣)] ، ولو استحالت إلى غيره لم تحل .

١٣٨٢١ - ولأنها عين لو تخللت فحلت ، فجاز أن يتخذ منها الخل ، كالعصير . ولأن كل عين حكم بطهارتها إذا استحالت أبيح التوصل إلى استحالتها ، كالبيض .

١٣٨٢٢ - فإن قيل : من أصحابنا من قال : إن البيضة إذا استحالت فهي طاهرة تصرفًا [(٤)] .

١٣٨٢٣ - قلنا : نحكم بطهارتها إذا استحالت [(٥)] ، وكونها طاهرة [(٦)] ، مثل ذلك لا يمنع هذا الوصف ، فالدليل على طهارتها إذا خللت : قوله ﷺ : « نعم الإدام الخل » [(٧)] .

---

(١) لم نعثر على حديث ميمونة ﵂ بهذا اللفظ بعد ، وقد ذكره الكاساني بنحو هذا اللفظ دون أن ينسب إلى أحد ، في بدائع الصنائع (١١٤/٥) .

(٢) لفظ : [الخل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش . وهذا جزء من حديث أم سلمة ﵂ أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب الطهارة » ، « باب الدباغ » (٤٩/١) ، الحديث (٢٨) ، وفي « كتاب الأشربة » ، « باب اتخاذ الخل من الخمر » (٢٦٦/٤) ، الحديث (٦) ، والبيهقي نحوه في الكبرى « كتاب الرهن » ، « باب العصير المرهون يصير خمرًا » (٣٨/٦) .

(٣) في (م) ، (ع) : [حالت] وفي (ص) [حللت] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لنا] ، مكان : [لأنا] المثبتة في (ص) .

(٥) في (م) : [إذا استحالت ركوبها : ، وفي (ع) : [إذا استحالت كونها] ، بزيادة : [ركوبها] ، و[كونها] .

(٦) في جميع النسخ : [طاهر] ، الصواب ما أثبتناه .

(٧) في (ع) : [الأدم] ، مكان : [الإدام] . وهذا الحديث : أخرجه مسلم في الصحيح « كتاب الأشربة » ، « باب فضيلة الخل ، والتأدم به » (١٦٢١/٣ ، ١٦٢٢) ، الحديث (١٦٤ ، ١٦٦/٢٠٥١ ، ٢٠٥٢) ، والترمذي في السنن « كتاب الأطعمة » ، « باب ما جاء في الخل » (٢٧٨/٤ ، ٢٧٩) ، الحديث (١٨٣٩ ، ١٨٤٠ ، ١٨٤٢) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الأطعمة » ، « باب الائتدام بالخل » (١١٠٢/٢) ، الحديث (٣٣١٦ ، ٣٣١٧) ، وأبو داود في السنن « كتاب الأطعمة » ، « باب في الخل » (٣٥٣/٢) ، والنسائي في المجتبى « كتاب الأيمان » في « إذا حلف أن لا يأتدم فأكل خبزًا بخل » (١٤/٧) ، والحاكم في المستدرك « كتاب معرفة الصحابة » (٥٤/٤) .

١٣٨٢٤ - ولأنها عين محكوم [١] بطهاراتها استحالت بعينها ، فحكم بطهارتها إذا تسبب الآدمي إلى استحالتها ، كالبيض .

١٣٨٢٥ - ولأنها خمر صارت خلًّا ، فوجب أن تطهر ، كما لو استخالت بنفسها .

١٣٨٢٦ - ولأن الاستحالة لما طهرت هذه العين طهرتها وإن تسبب بإزالتها الآدمي ، كالدباغ .

١٣٨٢٧ - ولأنها خلٌّ لم يحصل فيها نجاسة من غيرها ، فجاز تناولها ، كسائر أنواع الخمر .

ولأن ما جاز تناوله إذا كان على حالة صار إليها وحرم ، فإذا خَفَّت حدة الشدة حلّ [٢] ، كعصير العنب ، وهذا دليل على أن نبيذ [٣] التمر والزبيب إذا تخلل جنسه .

١٣٨٢٨ - احتجوا : بما روى أنس عن أبي طلحة قال : « كانت عندي جربان لأيتام ، فابتعت به خمرًا قبل أن ينزل تحريم الخمر ، ثم حرمت ، فأخبرت بذلك رسول الله ﷺ ، فقال : أهرقها ، قلت : فأخللها ، قال : لا » [٤]

١٣٨٢٩ - قالوا : وفيه دليل من خمسة أوجه ، أحدها : أنه ﷺ أمر بإراقتها .

والثاني : أنه نهى عن تخليلها .

والثالث : أنها لو كانت تحل بالتخليل لكانت إضاعتها إضاعة المال ، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال [٥] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [محكومة] .

(٢) العبارة مضطربة في النسخ كلها ، فقد جاء فيها بدل ما بين القوسين [حلت فإذا تخللت] .

(٣) في (م) ، (ع) : [نبذ] .

(٤) أخرجه أحمد في المسند ، بلفظ : [أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيتام ورثوا خمرًا ، فقال : أهرقها ، قال : أفلا نجعلها خلًّا ، قال : لا] (١١٩/٣) ، وأبو داود في السنن « كتاب الأشربة » ، « باب ما جاء في الخمر تخلل » (٣١٩/٢) ، والدارمي نحوه في السنن « كتاب الأشربة » ، « باب في النهي أن يجعل الخمر خلًّا » (١١٨/٢) ، والدار قطني في السنن « كتاب الأشربة » ، « باب اتخاذ الخل من الخمر » (٢٦٥/٤)، الحديث (٤) .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح ، في « الاستقراض » ، « باب ما ينهي عن إضاعة المال » (٥٩/٢) ، وفي « الرقاق » ، « باب ما يكره من قيل وقال » (١٢٥/٤) ، وفي « كتاب الاعتصام » ، « باب ما يكره من كثرة السؤال » (٢٥٩/٤) ، وأحمد في المسند (٢٥٠/٤ ، ٢٥١ ، ٢٥٤ ، ٢٥٥) ، والدارمي في السنن « كتاب الرقاق » ، « باب إن الله كره لكم قيل وقال » (٣١٠/٢ ، ٣١١) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الأقضية » ، « باب النهي عن كثرة السؤال » (١٣٤٠/٣ ، ١٣٤١) ، =

والرابع : أنها لو كانت تحل [١] لوجب أن يعلم ذلك ، كما بين في شاة ميمونة .

والخامس : أنها كانت لأيتام / وقد أمر اللَّه تعالى بإصلاح مالهم ، فكان يجب أن يأمر بتخليلها ليصلح مالهم . ١٦٠

١٣٨٣٠ - الجواب [٢] : أن الأمر بالإراقة والنهي عن التخليل يحتمل لما قالوه ، واحتمل أن يكون لقرب العهد بالتحريم واعتياد الناس شربها ، فلم يأمن إذا بقيت إلى أن تتخلل أن تدعو النفس إليها ، فأراد أن يحسم المادة فيها ويمنع من تبقيتها ، وإن كانت لو بقيت فخللت صارت مالًا ، ومثل هذا غير ممتنع إذا كان فيه مصلحةٌ عامة ، كما أمر بقتل الكلاب لما دخل المدينة [٣] لإلفهم لها وإن كانت تقتنى [٤] للصيد والحفظ إلا أنه حسم المادة في ابتداء التحريم قطعًا للعادة ورفقًا لهم [٥] ، ثم بين إباحة الإمساك من بعد ، ولهذا [٦] روي : « أن عمر بن الخطاب ﷺ كان إذا رأى اللبن [في السوق] [٧] غير آسنٍ أهرقه » [٨] ، روى ذلك ابن شهاب ، عن سالم ، عن أبيه ، عن عمر .

١٣٨٣١ - ومعلوم أن إمساك ذلك ليس بمحرم ، وبيعه إذا بين عيبه [٩] جائز إلا أنه ﷺ أمر بإهراقه حسمًا لمادة الفساد ولمصلحة الناس .

يبين [١٠] ذلك : أنه لو أمسكها حتى تخللت جاز ، ثم لم يأمره بإمساكها إلى [أن] [١١] تصير خلًّا ، ولا معنى يميز ذلك إلا ما ذكرنا .

= الحديث (١٧١٥/١٠) ، (١٢ - ٥٩٣/١٤) .

(١) لفظ : [تحل] ساقط من (م) .

(٢) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

(٣) أخرجه مسلم بلفظ : [كان رسول اللَّه ﷺ يأمر بقتل الكلاب ، فنبعث في المدينة وأطرافها ، فلا ندع كلبًا إلا قتلناه ، حتى إنا لنقتل كلب المُرَيَّة من أهل البادية يتبعها] ، في الصحيح [كتاب المساقاة] ، [باب الأمر بقتل الكلاب] (١٢٠٠/٣) ، الحديث (١٥٧٠/٤٥) ، وأحمد في المسند (١٤٤/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فإن كان يقنيها] . (٥) في (م) ، (ع) : [ورفقًا لها] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وبهذا] . (٧) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٨) في جميع النسخ [إهراقه] ، الصواب ما أثبتناه ، أثر عمر (ﷺ) : أخرجه الطحاوي في المشكل [باب بيان مشكل ما روي في تخليل الخمر والنهي عن ذلك بعد تحريمها] (٣٠٨/٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [عينه] . (١٠) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(١١) في صلب (ص) : [بذلك] ، مكان : [بإمساكها] وما أثبتناه من (م) ، (ع) ، ومن هامش (ص) ، من نسخة أخرى ، والزيادة : من (م) ، (ع) .

١٣٨٣٢ - وقد ذكر ابن المنذر حديث ابن [١] عمر رضي الله عنه : « أن النبي ﷺ حين حرم الخمر شق الزقاق بيده » [٢] .

ومعلوم أن الخمر مال يجوز الانتفاع به ، ومع ذلك أتلفها حسمًا للمادة فيها ، كذلك [٣] المنع من تخليلها .

١٣٨٣٣ - وقد روي : أن النبي ﷺ قال لأبي طلحة حين أمره بإراقتها : « فإذا جاءنا مال عوضناهم » [٤] ، فكأنه ﷺ لما أمر [٥] بإتلافها (المعنى فيها يأتي) [٦] لمصلحة المسلمين ، وعد بتعويضهم [٧] ، فلولا أن الإتلاف وقع في منفعة جائزة لهم [لم] [٨] يعوضهم .

١٣٨٣٤ - قالوا : روي أن عمر رضي الله عنه صعد المنبر فخطب ، فقال : « لا يحل خل خمر أفسدت حتى يكون اللَّه تعالى تولى إفسادها ، ولا بأس على امرئ مسلم ابتاع خلًّا من أهل الكتاب ما لم يتعمدوا إفسادها ، فعند ذلك يقع النهي » [٩] .

١٣٨٣٥ - قالوا : وهذا على المنبر من غير خلاف .

١٣٨٣٦ - والجواب : أن الطحاوي قال : هذا الحديث رواه أبو عاصم ، عن ابن أبي ذئب [١٠] ، عن ابن شهاب ، عن القاسم بن محمد ، عن أسلم مولى عمر ، عن عمر

---

(١) لفظ : [ابن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ينقف] ، مكان : [شق] . حديث ابن عمر رضي الله عنه : أخرجه أحمد مطولًا في المسند (١٣٢/٢ ، ١٣٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الأشربة » ، « باب ما جاء في تحريم الخمر » (٢٨٧/٨) .

(٣) في (ع) : [فكذلك] .

(٤) هذا الحديث : ذكره الهيثمي مطولًا ، بلفظ : [إذا أتانا مال البحرين فأتنا نعوض أيتامك من مالهم] ، « كتاب البيوع » ، « باب في الخمر وثمنها » (٨٨/٤ ، ٨٩) .

(٥) في (م) ، (ع) : [أمرنا] .

(٦) ما بين القوسين بدل المثبت في النسخ بلفظ [يعني فيها باق] والأقرب للصواب ما أثبتناه .

(٧) في (م) ، (ع) : [بعضهم] ، مكان : [بتعويضهم] .

(٨) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٩) هذا الأثر : أخرجه عبد الرزاق بلفظ : [لا يحل خل من خمر أفسدت ، حتى يكون اللَّه هو الذي أفسدها] في المصنف « باب الخمر يجعل خلًّا » (٢٥٣/٩) ، الأثر (١٧١١٠ ، ١٧١١١) ، والطحاوي في المشكل « باب بيان مشكل ما روي في تخليل الخمر إلخ » (٣٠٤/٤) .

(١٠) لفظ : [ابن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [ذؤيب] ، مكان : [ذئب] .

ابن الخطاب ﷺ ، قال : وجدنا أهل الحديث لا يختلفون أنه خطأ من أبي عاصم ، فإن خطأه فيه إنما كان في اختصاره من حديث فيه كلام لعمر ، وكلام ابن شهاب ، فتوهم أن جميع الكلام لعمر ، فاختصر آخره ، ورواه عن عمر ، وإنما هو كلام الزهري ، وحذف [١] كلام عمر ، وقد كان ابن شهاب يروي الحديث ويتبعه بكلامه فيظن [٢] من لا علم له بالحديث أن جميع ما قاله رواية [٣] .

١٣٨٣٧ - وقد روى الحديث بتمامه ابن وهب ، عن ابن أبي ذئب [٤] ، عن ابن شهاب ، عن القاسم بن محمد ، عن أسلم - مولى عمر - : أن عمر أتي بالطلاء ، وهو بالجابية ، وهو يومئذ يطبخ ، وهو كعقيد الرب ، فقال : إن في هذا لشرابًا ما انتهى إليه ، ولا يشرب خلًّا من خمر أفسدت حتى يبدي اللَّه فسادها ، فعند ذلك يطيب الخل [٥] .

١٣٨٣٨ - وروى ابن أبي ذئب الحديث هكذا ، وليس فيه من كلام عمر إلا ذكر الطلاء ، والباقي من كلام الزهري .

١٣٨٣٩ - والدليل عليه : أن يونس روى هذا الحديث عن ابن شهاب [٦] ، وقطع [٧] على قول عمر : « إن في هذا لشرابًا ما انتهى إليه » ، ثم لو ثبت أن هذا من كلام عمر لم يكن فيه حجة ، لأنه روي عن أبي الدرداء خلافه ، وذكره أبو يوسف في الأصل ، وذكره إبراهيم الحربي في غريب الحديث .

وذكره الطحاوي بإسناده عن أبي إدريس الخولاني : أن أبا الدرداء كان يأكل المري ، يعني : فيه [٨] الخمر ، ويقول : « ذبحته الشمس والملح » [٩] ، والمري من الخمر ، كان

---

(١) في (م) ، (ع) : [حديث] ، مكان : [حذف] .

(٢) في (م) ، (ع) : [فينظر] ، مكان : [فيظن] .

(٣) راجع لفظ الطحاوي في نفس المصدر (٣٠٤/٤ ، ٣٠٥) .

(٤) لفظ : [ابن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [ذؤيب] ، مكان : [ذئب] .

(٥) أخرجه الطحاوي (٣٠٤/٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الرهن » ، « باب العصير المرهون يصير خمرًا » (٣٧/٦) ، وعبد الرزاق مختصرًا في المصنف « كتاب الأشربة » ، « باب الرجل يجعل الرُّبّ نبيذًا » (٢٥٤/٩) ، الأثر (١٧١١٦) .

(٦) أخرجه الطحاوي (٣٠٤/٤ ، ٣٠٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [عن ابن شهاب بالإسناد قطع] ، مكان المثبت .

(٨) لفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) أخرجه الطحاوي (٣٠٥/٤) ، وعبد الرزاق في المصنف « كتاب الأشربة » ، « باب الخمر يجعل خلًّا » (٢٥٢/٩ ، ٢٥٣) ، الأثر (١٧١٠٩) .

يتخذه أهل الشام يجعلون فيه الخيار والملح ، فهذا يدل من مذهبه أنها تحل إذا توصل إلى استحالتها .

١٣٨٤٠ - قالوا : الخمر مستلذة مألوفة محبوبة ، والطبع يميل إليها ، وتدعو [1] النفس إلى شربها ، وموافقتها محظورة [2] ، فمنع من التعرض لها ، كما منع من التصريح بالخطبة في العدة حتى لا تخبر المرأة بانقضاء [3] عدتها قبل انقضائها .

١٣٨٤١ - قلنا : إذا طرح فيها الملح أفسدها وأخرجها من الهيئة [4] التي تُستلذ وتُشتهى ، فلم يوجد ما قالوا .

١٣٨٤٢ - وأما [5] التصريح بالخطبة : فلأن النكاح محرم في هذه الحال ، فمنع اللّٰه تعالى من التصريح به ليظهر [6] من كل واحد منهما الإعراض عن العقد المحرم عليها .

١٣٨٤٣ - قالوا : فعل محظور ؛ فوجب أن لا يكون سَببًا لاستباحة غير محظورة ، كذبح الصيد في الحرم ، والإحرام .

١٣٨٤٤ - قلنا : لا نسلم أن التخليل محظور ، بل هو مباح ، ويبطل : بمن تشاغل عن الجمعة بدباغ جلد ، فهو فعل محظور يتوصل به إلى استباحة غير محظور [وينتقض : بالغاصب لجلد الميتة إذا دبغه ، فهو فعل محظور يتوصل به إلى استباحة غير محظور] [7] .

١٣٨٤٥ - قالوا : فعل منهيٌّ عنه لحق اللّٰه تعالى من غير اشتغال به عن عبادة ، فوجب أن لا يتعلق به استباحة مقصودة لفاعله ؛ أصله : إذا اصطاد المحرم صيدًا في الحل ، أو اصطاده [8] الحلال في الحرم .

١٣٨٤٦ - قلنا : لا نسلم الوصف ، أنه ليس بمنهيٍّ عنه ، ثم يبطل بمن طلق امرأته ثلاثًا [9] فتزوجت ، فأكره الزوجُ على [10] وطئها في حال الحيض ، فهذا فعل منهيٌّ عنه

---

(١) في (م) ، (ع) : [ويدعو] . (٢) في (م) ، (ع) : [محضورة] .

(٣) قوله : [بانقضاء] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [الجملة] ، مكان : [الهيئة] .

(٥) في (م) : [فلم يوجد قالوا فأما] ، وفي (ع) : [فلم توجد فأما] ، مكان : [فلم يوجد ما قالوا وأما] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ليطهر] ، بالطاء المهملة .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) . (٨) في (م) ، (ع) : [واصطلاده] .

(٩) في (م) : [قلنا] ، مكان : [ثلاثًا] ، وهو ساقط من (ع) .

(١٠) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) .

لحق اللّٰه تعالى ، ويتعلق به استباحة مقصودة لفاعله ، لأن التحريم المتعلق بالطلاق الثلاث (لا) [١] يزول . ويبطل بمن استخمر [٢] بطعام ، ويبطل بأم الولد إذا قتلت [٣] مولاها ، فإنها تعتق بقتله وتستبيح التصرف في نفسها وكسبها .

١٣٨٤٧ - فإن قالوا : النهي عن قتل المولى لحقه .

١٣٨٤٨ - قلنا : ولحق اللّٰه تعالى ؛ ألا ترى : أنه لو أذن لها في قتله لم يحل القتل ، فلو ارتد جاز لها قتله لمّا زال المانع [٤] لحق اللّٰه تعالى .

١٣٨٤٩ - ولأن الاستباحة المقصودة لا تحصل بالتخليل ، وإنما تحصل بالاستحالة التي يتوصل إليها بالتخليل [٥] وليس كذلك إذا ذبح المحرم صيده [٦] ، لأن الاستباحة لو حصلت أوجبها الفعل المحظور سببًا لأمر آخر يقع به الاستباحة ، كما أن الحامل إذا تداوت لتضع حملها استباحت بالوضع الفطر في رمضان وإن حصلت بسبب هي فيه عاصية .

١٣٨٥٠ - ولأنا لو ملّكنا المحرمَ بالصيد [٧] وأبحنا ما ذبحه بذبحه [٨] ، صار ذلك [ذريعةً إلى إتلاف الصيد والأنعام بفعل محظور ، وإذا أبحنا الخمر بالتخليل ، صار ذلك ذريعة] [٩] إلى إفسادها وإخراجها من أن تكون [١٠] معدة للمعاصي ، وهذا مندوب إليه وغير ممنوع منه .

١٣٨٥١ - قالوا : مائع [١١] متمول في العادة ، فإذا نجس لم يطهر بصنعة آدمي ، كاللبن .

١٣٨٥٢ - وقولهم : « مائع » [١٢] احتراز من جلد الميتة .

١٣٨٥٣ - وقولهم : « متمول » من الماء النجس .

---

(١) ما بين القوسين زيادة غير مثبتة في النسخ . (٢) في (م) ، (ع) : [استجمر] .
(٣) في (م) : [قبلت] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لما جاز المنع] ، مكان المثبت .
(٥) قوله : [بالتخليل] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [وصيده] ، بزيادة الواو .
(٧) في هامش (ص) : [بالاصطياد] ، مكان : [بالصيد] من نسخة أخرى .
(٨) قوله : [بذبحه] ساقط من (م) ، (ع) .
(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [إلى فسادها] ، مكان المثبت . (١٠) في (م) : [أن يكون] .
(١١ ، ١٢) في (م) : [مانع] ، مكان : [مائع] .

١٣٨٥٤ - قلنا : نقول بموجب العلة ، فإن الخمر لا تطهر بصنعة آدمي ، وإنما تطهر [١] بالاستحالة ، وصنعة الآدمي سبب في ذلك ، فهو كما لو نقلها من الشمس إلى الظل [٢] .

١٣٨٥٥ - وقد قالوا : المذهب أن ذلك يخللها [٣] ، وإنما خالف في ذلك بعض المتأخرين منهم .

ولأن اللبن لا يستحيل بالصنعة ؛ فلم يتغير حاله ، والخمر تستحيل [٤] بالصنعة ، والاستحالة أن يتنجس اللبن بمخالطة الخمر ، فيطهر بغلبة الخل عليه [٥] ؛ لأنه يستحيل بذلك .

ولأن اللبن النجس لا يطهر إذا تغير بغير فعل الآدمي ، والخمر إذا تغيرت [٦] بصنعة آدمي كذلك تطهر بالتغيير [٧] إذا كان بصنعة آدمي .

١٣٨٥٦ - قالوا : فعل الآدمي قد يؤثر في الحظر والتحريم ما لا يؤثر غيره . ألا ترى : أنه لو ترك أباه يموت ورثه ، ولو قتله لم يرثه ، ولو ترك صيد الحرم فخرج من الحرم بنفسه حل له قتله ، ولو نفره وأخرجه إلى الحل لم يحل له قتله .

١٣٨٥٧ - قلنا : لم يختلف بما ذكروه من فعل الآدمي وغيره ؛ بدلالة : أن أجنبيًا لو قتل أباه ورثه وارثوه ، كما لو مات حتف أنفه ، وقتل الآدمي فعل الآدمي .

١٣٨٥٨ - وأما الصيد فلم يختلف لما ذكروه [٨] ، ولكن إذا نفره حتى يخرج صار في ضمانه بالإخراج ، فلم يجز له تخفيف الضمان بإتلافه ، فلو ذبح ضمن ، لكن يحل تناوله [٩] ، فقد استوى فعل الآدمي وغيره في الإباحة بالذبح ، وإنما اختلف في الضمان ، لأنه تعدى في إحدى الحالتين دون الأخرى [١٠] ولو قتل كان الأمر بضد ما

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يطهر بصنعة آدمي وإنما يطهر] ، مكان المثبت .
(٢) في (م) ، (ع) : [من الظل إلى الشمس] بالتقديم والتأخير .
(٣) في (م) ، (ع) : [يحللها] ، بالحاء المهملة .
(٤) في (م) ، (ع) : [يستحيل] .
(٥) قوله : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٦) في (م) ، (ع) : [تغير] .
(٧) في (م) ، (ع) : [يطهر] ، مكان : [تطهر] ، وفي (ص) : [بالنعلين] ، مكان : [بالتعيين] .
(٨) في (م) ، (ع) : [بما ذكروه] .
(٩) في (م) ، (ع) : [تناوله له] ، بزيادة : [له] .
(١٠) في (ع) : [أحد] ، مكان : [إحدى] ، وفي (م) ، (ع) : [الآخر] ، مكان : [أخرى] .

قالوه من بابٍ أولى ؛ لأن فعل الآدمي قد يؤثر في الإباحة ما لا يؤثر غيره ، بدلالة : أنه لو ذبح [الشاة حلت ، ولو تركها حتى تموت يحرم تناولها .

ثم لو كان المانع ما قالوه من صنعة الآدمي لوجب لو أطارت الريح] [1] الملح حتى وقع في الخمر فتحللت أن تحل ، لأنه لم يوجد صنعة آدمي .

١٣٨٥٩ - قالوا : مائع استحال فنجس ، فلا يطهر بصنعة آدمي ، كالبول .

١٣٨٦٠ - قلنا : لا نسّلم الأصل ، لأن البول إذا وقع على الأرض طهر بمضي الزمان والاستحالة ، فإذا فعل أجنبي ذلك يطهر [2] بالاستحالة التي ينسب إليها الآدمي .

١٣٨٦١ - قالوا : خمر زالت شدتها بمخالطة غيرها ، فوجب أن لا تطهر [3] ، كما لو غلبها السكر والدبس [4] .

١٣٨٦٢ - قلنا : هناك الشدة [5] لم تزل ، وإنما غلبها الحلاوة ، بدلالة : أنها تحيل السكري إلى الشدة إذا بقي [6] فيها ، فعلم أن الشدة باقية لكنها لا تطهر ؛ لأنها مغلوبة / وليس كذلك إذا تخللت ، لأن الشدة زالت ، بدلالة : أن الخمر كانت هي الغالبة ، ومع ذلك ارتفعت الشدة عنها . ١٥٩/

١٣٨٦٣ - قالوا : مائع [7] لا يطهر بالكثرة ، فوجب أن لا يطهر بالصنعة ، كالسمن الذائب إذا ماتت فيه الفأرة .

١٣٨٦٤ - قلنا : لا نسلم الأصل ، فإن السمن النجس يطهر بالغسل عندنا إذا طبخ بالماء ، وجميع النجاسات تطهر عندنا بالاستحالة بفعل الآدمي وبغير فعله [8] .

١٣٨٦٥ - قالوا : الخمر نجسة ، فإذا طرح فيها الملح ذاب ونجس ، فإذا تخللت ففيها مائع نجس ، فهو كخل وقع فيه بول .

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ودونه طهر] ، مكان : [يطهر] .

(٣) في (م) : [أن يطهر] ، وفي (ع) : [أن تطهر] بحذف : [لا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الدمس] ، وهو تصحيف . والدبس - بالكسر - : عصير الرطب . راجع : المغرب ، مادة : [دبس] ص١٦٠ ، المصباح المنير (١٧٨/١) .

(٥) في (ع) : [النبذة] ، مكان : [الشدة] .

(٦) في (ع) : [النبذة] ، مكان : [الشدة] ، وفي (م) ، (ع) [لفي] ، مكان : [بقي] .

(٧) في (م) : [مائع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [وبفعل غيره] ، مكان : [وبغير فعله] .

١٣٨٦٦ - قلنا : الملح إنما نجس بالخمر ، فإذا استحالت الخمر استحال ما في الملح من أجزائها ، وطهر ذلك كما يطهر كل جزء من الخمر .

يبين [1] ذلك : أن ظرفها نجس ، فإذا استحالت فيه طهر ، ولا يكون ذلك كخل في ظرف نجس .

١٣٨٦٧ - فإذا قيل : زوال ما أوجب نجاسة المائع لا يطهره ، كعظم الخنزير إذا وقع في الماء ثم أخرج منه .

١٣٨٦٨ - قلنا : لم نقل : إنه يطهر بإزالة ما نجسه [لكنه يطهر بإحالة ما نجسه] [2] ، وهذا يطهر المائع بالاتفاق ، ألا ترى : أن الخمر إذا تخللت بنفسها طهرت لزوال المعنى الموجب لنجاستها بالاستحالة [3] ، فأما العظم ينجس الماء ، فإذا أخرج بقيت الأجزاء المتخللة فيه في الماء لم تستحل [4] ، فلم تزل النجاسة بإخراج العظم .

* * *

---

(١) في (ع) : [تبين] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [والاستحالة] .

(٤) في (م) : [لم يستحل] .

مسألة ٦٩٧

رهن ما يسرع إليه الفساد بالدين

١٣٨٦٩ - قال أصحابنا [(١)] : رهن ما يسرع إليه الفساد بالدين الحالّ والمؤجل جائز [(٢)] .

١٣٨٧٠ - وقال الشافعي : ما يمكن استصلاحه ومنعه [(٣)] من الفساد ، كالرطب الذي يصير تمرًا ، والعنب الذي يصير زبيبًا ؛ يجوز رهنه ، ويكلف الراهن حفظه من الفساد بالشمس ويجبر على ذلك .

١٣٨٧١ - فإن كان مما يخشي فساده ولا سبيل إلى حفظه ، كالتفاح ، والقثاء ، والبطيخ ، فرهنه بدين حال أو بأجل لا يفسد إليه جاز ، وإن رهنه إلى أجل لا يبقى إليه وشرط أن يباع إذا خُشى فساده ويكون ثمنه رهنًا جاز ، وإن رهنه بشرط [(٤)] أن لا يباع بطل الرهن ، وإن أطلق ففيه قولان ، أحدهما : الرهن صحيح ، والثاني : الرهن باطل ، قالوا : وهو الصحيح [(٥)] .

١٣٨٧٢ - لنا : أن ما جاز رهنه بدين حال جاز بدين مؤجل وإن بعد الأجل [(٦)] ، كالعنب الذي يتخذ منه الزبيب .

ولأن كل عين صح رهنها بدين بشرط البيع ، جاز رهنها بذلك الدين من غير شرط [(٧)] ؛ أصله : إذا كان لا يفسد قبل الحلول .

١٣٨٧٣ - ولأنه يجوز بيع هذه العين إلى هذا الأجل ، فجاز رهنها إليه مطلقًا ،

(١) قوله : [قال أصحابنا] ساقط من (ع) .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة [كتاب الرهن] (٤٢١/١) ، مسألة (٢٣٦٨ ، ٢٣٦٩) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بيعه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [شرط] ، بدون الباء .

(٥) قال الشيرازي في التنبيه : « وما يسرع إليه الفساد لا يصح رهنه بدين مؤجل في أصح القولين ، ويصح في الآخر » . راجع تفصيل المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير » ، في « الرهن الفاسد » (١٦٣/٣) ، مختصر المزني ص٩٦ ، التنبيه « باب الرهن » ص٧٠ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (١٩٩/١٣) ، حلية العلماء « باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز » (٤١٧/٤) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٣٤١/٤ ، ٣٤٢) ، الكافي لابن قدامة « باب ما يصح رهنه وما لا يصح » (١٣٧/٢) ، المغني « فصل : ويصح رهن ما يسرع إليه الفساد » (٣٧٧/٤ ، ٣٧٨) ، الإنصاف « باب الرهن » (١٤١/٥) .

(٦) قاعدة « ما جاز رهنه بدين حالّ جاز بدين مؤجل وإن بعد الأجل » .

(٧) قاعدة : « كل عين صح رهنها بدين بشرط البيع جاز رهنها بذلك الدين من غير شرط » .

أصله : الأجل الذي لا يفسد إليه .

١٣٨٧٤ - احتجوا : بأنه لا يصح بيعه عند محل الدين ، فلا يصح الرهن به ، أصله : أم الولد .

١٣٨٧٥ - الجواب [١] : أنه يبطل بالرطب الذي يجيء منه التمر إذا رهنه بدين مؤجل لا يمكن بيعه عند محل الدين .

١٣٨٧٦ - فإن قالوا : يجففه ثم يباع [٢] .

١٣٨٧٧ - قلنا : وكذلك هذا إذا خُشي فساده ، بيع وحبس ثمنه ، فيباع في الدين ويستوفي [٣] .

١٣٨٧٨ - ولأن أم الولد لا يمكن بيعها في حال من أحوال الرهن ، [فلم يجز رهنها . وليس كذلك هذا ، لأنه يجوز بيعه في حالٍّ من أحوال الرهن] [٤] ، فصار كما لو رهن ما يفسد بشرط أن يباع قبل فساده .

١٣٨٧٩ - قالوا : المقصود من الرهن [٥] استيفاء الدين من ثمنه إذا حلَّ الدين وامتنع الراهن [٦] من قضائه ، وهذا لا يصبح من هذا النوع ، لأنه [٧] لا يمكن بيعه قبل فساده .

١٣٨٨٠ - قلنا : إذا خُشي فساده باعه الحاكم وأمر بحفظ ثمنه ، فحصل مقصود الرهن منه .

١٣٨٨١ - قالوا : لا يجوز أن يلزم الراهن بيع [٨] الرهن قبل حلول الدين .

١٣٨٨٢ - قلنا : يلزمه ذلك لحق المرتهن حتى لا يتلف الدين ؛ يبين [٩] ذلك : أن الإنسان لا يجبر على تجفيف رطبه وعنبه وبيع ذلك ، وإذا [١٠] كان رهنًا يجبر عليه عندهم لحق المرتهن ، كذلك يجبر على البيع أو يبيعه [١١] الحاكم لتعلق حق المرتهن .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فالجواب] . (٢) في (م) ، (ع) : [تحققه ثم ابتاع] ، مكان المثبت .

(٣) قوله : [ويستوفي] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [بالرهن] ، مكان : [من الرهن] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فامتنع المرتهن] ، مكان المثبت .

(٧) قوله : [لأنه] ساقط من (م) ، (ع) . (٨) في (ص) : [بيبع] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الدين الذي تبين] ، مكان : [الدين يبين] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [إذا] بدون الواو . (١١) في (م) ، (ع) : [أو يبعه] .

مسألة ٦٩٨

توكيل الراهن المرتهن في بيع الرهن

١٣٨٨٣ - قال أصحابنا : إذا وكّل الراهن المرتهن في بيع الرهن عند حلول الدين ، أو شرط ذلك في الرهن ، جاز [١] .

١٣٨٨٤ - وقال الشافعي : لا يجوز للمرتهن أن يبيع الرهن بالوكالة إلا أن يحضر الراهنُ أو وكيلُه .

وقال أصحابه : لا يجوز بيعه من الراهن إن لم يحضره [٢] .

لنا : أن ما جاز أن يشترط في الرهن للعدل ، جاز أن يشترط للمرتهن ، كالإمساك .

١٣٨٨٥ - ولأن ما جاز [٣] أن يشترط الإمساك في الرهن جاز أن يشترط [٤] له البيع عند محل الدين [٥] ، كالراهن .

ولأن الراهن مالك البيع ؛ بدلالة : أنه لو باع بإذن المرتهن جاز ، وقد وكل في

(١) راجع المسألة في : متن القدوري « كتاب الرهن » ص٤١ ، الكتاب مع اللباب « كتاب الرهن » (٨/٢) ، روضة القضاة « فصل : توكيل المرتهن ببيع الرهن » (٤٢١/١) ، مسألة (٢٣٧٠ ، ٢٣٧١) ، تحفة الفقهاء ، في « حكم الرهن » (٤٣/٣) ، الهداية مع البناية « باب الرهن الذي يوضع على يد العدل » (٧/١٢) ، الهداية مع العناية في ذيل تكملة فتح القدير (١٧٥/١٠) ، كنز الدقائق « باب الرهن يوضع على يد عدل » ص ١٧٤ ، حاشية ابن عابدين « باب الرهن يوضع على يد عدل » (٣٣٤/٥) .

(٢) في (ص) : [أو لم يحضره] ، وفي (م) ، (ع) ، [ولم يحضره] ، لعل تصويبه : [إن لم يحضره] ، أي : [لا يجوز بيعه إن لم يحضر الراهن] . راجع المسألة في : الأم في « بيع الرهن ومن يكون الرهن على يديه » (١٦٩/٣) ، مختصر المزني ص٩٦ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (٢٢٥/١٣) ، حلية العلماء (٤٣٢/٤ ، ٤٣٣ ، ٤٦٢) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٣٧٦/٤) ، المدونة ، في « الرهن يجعل على يدي عدل ، أو يكون على يدي المرتهن » (١٥٦/٤) ، الكافي لابن عبد البر « باب جامع الرهون » (٨٢٢/٢) ، المنتقى « الباب الخامس فيمن يلي الرهن » (٢٥٥/٥) ، شرح الزرقاني « باب الرهن » (٢٥٢/٥) ، جواهر الإكليل « باب الرهن » (٨٤/٢) ، الإفصاح « باب الرهن » (٣٦٩/١) ، الكافي لابن قدامة « باب الشروط في الرهن » (١٥٧/٢) ، المغني ، « فصل : والشروط في الرهن تنقسم قسمين » (٤٢١/٤ ، ٤٢٢) ، الإنصاف (١٦٢/٥) .

(٣) في (ص) : [لما جاز] ، بزيادة : [ل] .

(٤) قوله : [أن يشترط] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الحق] ، مكان : [الدين] .

البيع [١] من يملك البيع ، فصح توكيله ، كما لو وكل أجنبيًا ، أو وكل المستعير .

١٣٨٨٦ - احتجوا : بأن المرتهن يبيعه [٢] في حق نفسه ، وبيع ملك الغير في حق نفسه بتولية [٣] لا يصح [٤] ، كما لو وكله في بيع عبده من نفسه .

١٣٨٨٧ - وربما قالوا : توكيل فيما يتعلق بحق الوكيل ، فوجب أن لا يصح . أصله : إذا وكل صاحب الدين من عليه الدين بقبضه من نفسه له .

١٣٨٨٨ - الجواب لا يسلم : لأنه [٥] يبيع ملك الغير لمالكه ثم يستوفي الدين من ثمنه ، وهذا غير ممتنع ، كما لو قال المسلم إليه [٦] لرب السلم : وكلتك أن تشتري بدراهمي طعامًا ثم تستوفيه [٧] لنفسك .

١٣٨٨٩ - قالوا : الوكالة بشراء الطعام جائزة ، والأمر بالاستيفاء لا يصح به ، كذلك ههنا كان يجب أن تجوز [٨] الوكالة بالبيع وإن لم يصح الإذن في الاستيفاء [٩] عندهم .

ولأنه إذا كان يجوز أن يملك بِمُشْتَرَي ملكَ الغير لحقِّ نفسه بأمر الغير جاز أن يبيعه لحق نفسه بأمره .

١٣٨٩٠ - وقولهم : توكيل فيما يتعلق بحق الوكيل ، يبطل بتصرف المضارب ، فإنه يتصرف بأمر رب المال لحق نفسه [١٠] .

فأما الوكالة بأن يبيع من نفسه فإنما لا يصح ؛ لأن حقوق العقد تتنافى [١١] ؛ ألا ترى : أنه تثبت له المطالبة على نفسه بتسليم المبيع وقبضه ، ويطالب نفسه بالثمن ، ويستحيل أن يثبت بالعقد المطالبة للإنسان على نفسه ، وليس كذلك إلا [١٢] إذا باع من نفسه ، لأن المطالبة لا تثبت له بالعقد ، وإنما تثبت بالولاية ، بدلالة : أن الصبي

---

(١) في (ع) ، (ن) : [بالبيع] .
(٢) في (ع) : [بيعه] .
(٣) في (ع) : [لتولية] .
(٤) قاعدة : « بيع ملك الغير في حق نفسه بتولية لا يصح » .
(٥) في (ع) : (ن) : [أنه] .
(٦) لفظ : [إليه] ساقط من (ع) .
(٧) في (م) : [يشتري] و [يستوفيه] ، مكان : [تشتري] ، و[تستوفيه] .
(٨) في (م) : [أن يجوز] .
(٩) في (ع) : [بالاستيفاء] ، مكان : [في الاستيفاء] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [فإنه ينصرف بأمر رب المال حل نفسه] ، مكان المثبت .
(١١) في (م) : [يتنافى] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [الآن] ، مكان : [إلا] .

إذا[(١)] بلغ لزمه أن يبدل [(٢)] التسليم إلى أبيه . وأما إذا وكّله بأن يقبض له الدين من نفسه فلأنه أمره بالتصرف في ملك المأذون ، وأمره له بأن يتصرف في ملكه باطل ، فكأنه عين الدين بغير أمره . وفي مسألتنا : أمره ببيع ملكه ، فهو يتصرف في ملك الغير بأمر مالكه ، وإلا لمن ملك لذلك التصرف ، فلهذا جاز .

١٣٨٩١ - قالوا : إذنه يضاد [(٣)] الغرضين ، لأن المرتهن غرضه : البيع على الفور ، والمبادرة لتعجل حقه ، وغرض الموكل : الزيادة في الثمن ، ولا يمكن هذا مع المبادرة في البيع ، وإذا تضاد الغرضان [(٤)] بطل التوكيل ، كما لو قال : بعني من نفسك .

١٣٨٩٢ - قلنا : يبطل إذا قُدِّرَ الثمن فباعه به فلم يفت عليه غرضه ، ولا يجوز عندهم .

١٣٨٩٣ - ويبطل بتوكيل المسلم إليه رب السلم ليشتري [(٥)] طعامًا يستوفيه من دينه .

١٣٨٩٤ - قالوا : عندنا إذا وكله أن يشتري طعامًا [(٦)] لا يجوز ، وإنما يجوز إذا وكله أن يشتري الطعام له .

١٣٨٩٥ - قلنا : وكذلك في مسألتنا : إنما يوكل [(٧)] ببيع الرهن له ، ثم أذن له في تسليم الدين [(٨)] من ثمنه .

١٣٨٩٦ - وقد قال الشافعي في مسألتنا : إن المرتهن إذا باع فبيعه باطل ، وقال في [(٩)] الوكيل : إذا وكل وكالة فاسدة صح البيع ، وأكثر أحوال الوكالة ههنا أن تكون فاسدة ، فيجب [(١٠)] أن يجوز البيع عنده .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [بالولادة بدلالة أن الصبي لو] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [أن يبذل] ، بالذال المعجمة .

(٣) في (م) ، : [فيه يضاد] ، وفي (ع) : [فيه تضاد] ، مكان : [إذنه يضاد] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فإذا قضاه الغير ضاد] ، مكان : [وإذا تضاد الغرضان] .

(٥) في (م) ، (ع) : [اشترى] ، مكان : [ليشتري] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يشتري] ، بدون : [أن] ، وقوله : [أن يشتري طعامًا] ساقط من صلب (ص)، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [توكل] .

(٨) في (م) ، (ع) : [الرهن] ، مكان : [الدين] .

(٩) حرف : [في] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يجب] بدون الفاء .

مسألة ٦٩٩

شرط توكيل العدل ببيع الرهن

١٣٨٩٧ - قال أصحابنا : إذا شرط في عقد الرهن توكيل العدل أو غيره ببيع الرهن عند حلول الدين ، لم يملك عزله إلا برضا المرتهن [١] .

١٣٨٩٨ - وقال الشافعي : للراهن أن يعزله ، وإن عزله المرتهن وحده ، فالمذهب : أنه ينعزل .

١٣٨٩٩ - ومن أصحابه من قال : لا يملك المرتهن عزله عنه بعد الشرطين ، أصله : الإمساك .

١٣٩٠٠ - ولأن كل من جاز له بيع الرهن عند المحل ، لم يملك الراهن عزله عن البيع ، كالقاضي إذا جعل الرهن عنده .

ولأنه لما شرط البيع في الرهن [٢] صار من حقوقه ، بدلالة : أن في ذلك زيادة وثيقة ، والعقد إذا صار من حقوق [٣] عقد آخر لازم ، لم يملك مَنْ شرطه عليه إسقاطه حتى كأنه لم يشرطه . أصله : إذا شرط في البيع بقي على حاله غير لازم ، بدلالة : أن المشتري لا يجبر على تسليمه ، كذلك الوكالة عقد غير [٤] لازم ، فإذا شرط في الرهن بقي [٥] على ما كان عليه [٦] .

---

(١) قال القدوري : « فإن شرط في عقد الرهن فليس للراهن عزله عنها فإن عزله لم ينعزل وإن مات الراهن لم ينعزل » . راجع : متن القدوري ص ٤١ ، الكتاب مع اللباب (٨/٢) ، روضة القضاة (٤٢١/١) ، مسألة (٢٣٧٢ ، ٢٣٧٣) ، تحفة الفقهاء (٣٩/٢) ، بدائع الصنائع (١٤٩/٦ ، ١٥١) ، الهداية مع البناية (٧/١٢) ، الهداية مع العناية وتكملة فتح القدير (١٧٥/١٠) ، كنز الدقائق ص ١٧٤ ، مجمع الأنهر [باب الرهن يوضع عند عدل] (٥٧٥/٢) ، حاشية ابن عابدين (٣٣٤/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [لما شرط الرهن في البيع] ، بالتقديم والتأخير .

(٣) في (م) : [من حقوق بدلالة أن ذلك زيادة] ، من بعد : [حقوق] تكرار لما سبق ، وهو سهو من الناسخ ، وفي (ع) : [زيادة] ، مكان : [إذا صار من حقوق] .

(٤) لفظ : [غير] ساقط من (ع) . (٥) في (م) : [نفى] ، مكان : [بقي] .

(٦) قال الشافعي وأصحابه : إذا عزله الراهن صح عزله ، وإن عزله المرتهن ففيه وجهان . راجع المسألة في : الأم (١٦٩/٣) ، مختصر المزني ص٩٦ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٢٢٤/١٣) ، حلية العلماء (٤٣٢/٤) الكافي لابن عبد البر ، في آخر [باب جامع الرهون] (٨٢٢/٢) ، المنتقى ، الباب السابق (٢٥٥/٥) ، =

١٣٩٠١ – قلنا : نحن قلنا : إنه لا يملك إسقاطه حتى يصير كأنه لم يشترطه ، وعندهم : يعزله عن الوكالة ، فيصير كأنه لم يوكله . وفي مسألتنا : الراهن [١] وإن لم يجبر على تسليم الرهن فقد تعلق بشرطه حكم لازم ، بدلالة : أنها تثبت للبائع [٢] الخيار إذا لم يسلم المشتري الرهن إليه .

١٣٩٠٢ – احتجوا : بأنها وكالة ، فملك عزل وكيله عنها ، كسائر الوكالات .

١٣٩٠٣ – الجواب [٣] : أنه لا فرق بين هذا وبين سائر الوكالات في أنه متى تعلق بالوكالة حق غير الموكل [٤] لم يملك الموكل إسقاطه [٥] ، ومتى لم يتعلق بالعزل إسقاط حق أحد ، جاز للموكل إسقاط حق نفسه [٦] .

١٣٩٠٤ – يبين [٧] هذا : أن إمساك العدل الرهن لو كان وديعة من غير / رهن ملك الراهن عزله ، ولمَّا تعلق بهذا الإمساك حق المرتهن لم يملك عزله . ١٦٠

١٣٩٠٥ – قالوا : وكالة تبطل بموت الوكيل ، فبطلت بالعزل ، كالوكالة [٨] المجردة .

١٣٩٠٦ – قلنا : موت العدل يسقط [٩] إمساكه للرهن وإن كان الراهن لا يملك عزله عن الإمساك [١٠] ، والمعنى في الوكالة المنفردة ما ذكرنا .

* * *

= شرح الزرقاني ، الباب السابق (٢٥٣/٥) ، جواهر الإكليل الباب السابق (٨٤/٢) الإفصاح (٣٧٠/١) ، الكافي لابن قدامة (١٥٧/٢) ، المغني (٣٩١/٤ ، ٣٩٢) ، الإنصاف (١٦٦/٥) .

(١) في (م) ، (ع) : [وفي مسألة الرهن] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [ثبت للبائع] .

(٣) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .

(٤) في (م) ، (ع) : [عين] ، مكان : [غير] ، ولفظ : [الموكل] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [بإسقاطه] .

(٦) قاعدة : « متى تعلق بالوكالة حق غير الموكل لم يملك الموكل إسقاطه . ومتى لم يتعلق بالعزل إسقاط حق أحد جاز للموكل إسقاط حق نفسه » .

(٧) في (ع) : [تبين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [غير الوكالة] ، مكان : [كالوكالة] .

(٩) في (م) ، (ع) : [سقط] .

(١٠) قاعدة : « موت العدل يسقط إمساكه للرهن ، وإن كان الراهن لا يملك عزله عن الإمساك » .

مسألة ٧٠٠

بيع العدل الرهن وهلاك الثمن في يده

١٣٩٠٧ - قال أصحابنا : إذا باع العدل الرهن فهلك ثمنه في يده ، هلك من ضمان المرتهن (١) .

١٣٩٠٨ - وقال الشافعي : من مال الراهن (٢) .

١٣٩٠٩ - وهذه مبنية على ضمان الرهن ، ووجه البناء : أن ثمن الرهن قام مقامه رهنًا في يد العدل ، فهلاكه كهلاك الرهن ، ولو هلك الرهن كان بالأقل من قيمته ومن الدين ، كذلك الثمن (٣) لما صار رهنًا . وعلى أصلهم : إذا هلك الرهن من غير تفريط كان من مال الراهن لذلك (٤) .

١٣٩١٠ - ويحتج في المسألة من غير بناء : أن العدل أمين يمسك الثمن (٥) لحق المرتهن ؛ فصار كما لو دفع الثمن إلى وكيله بالقبض . ولأن يد العدل للمرتهن ، فصارت كيد وكيله ، ولو هلك الثمن من يد وكيله هلك من ضمانه كذلك هذا .

* * *

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « فصل : تبعة هلاك ثمن الرهن » (٤٢١/١) ، مسألة (٢٣٧٤ ، ٢٣٧٥) ، الهداية مع البناية ، الباب السابق (١٢/١٢ ، ١٣) ، تكملة فتح القدير مع الهداية والعناية ، الباب السابق (١٧٦/١٠) ، حاشية ابن عابدين (٢٣٦/٥) .

(٢) راجع المسألة في : الأم « كتاب الرهن الصغير » ، في « رهن المشاع » (١٩٢/٣) ، مختصر المزني ، الباب السابق ص ٩٦ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (٢٢٥/١٣) ، حلية العلماء « كتاب الرهن » (٤٦١/٤) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٧٧/٤) ، المدونة « فيمن ارتهن رهنًا فأرسل وكيله يقبض له الرهن إلخ » (١٥٦/٤) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٨٢٢/٢) ، الكافي لابن قدامة ، « فصل : وإن أذنا له في البيع بنقد » (١٥٨/٢) ، المغني « فصل : وإذا باع العدل الرهن إلخ » (٣٩٤/٤) .

(٣) لفظ : [الثمن] ساقط من (ع) .

(٤) في (م) و (ع) و (ن) : كذلك .

(٥) في (م) ، (ع) : [اليمين] ، مكان : [الثمن] .

مسألة ٧٠١

رجوع المشتري بالثمن على العدل

١٣٩١١ – قال أصحابنا : إذا باع العدل الرهن وقبض الثمن ، فهلك في يده ثم استحق المبيع ، فللمشتري أن يرجع بالثمن على العدل (١) .

١٣٩١٢ – وقال الشافعي : يرجع به على الراهن (٢) .

١٣٩١٣ – وهذه المسألة مبنية على : أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل (٣) ، والرجوع بالثمن من حقوق العقد ، فيتعلق بالوكيل والمطالبة بالتسليم .

١٣٩١٤ – ولأن كل مكلف توجه (٤) عليه المطالبة بتسليم المبيع بالعقد ، توجه (٥) عليه العهدة بالثمن ، كالراهن إذا باع .

١٣٩١٥ – ولا يلزم : القاضي وأمينه ، لأن التسليم يلزمهم بحكم الولاية لا بالعقد .

١٣٩١٦ – فإن قيل : فكذلك الوكيل لا يلزمه المطالبة بالتسليم ، وإنما يلزمه التسليم بحكم العقد (٦) .

١٣٩١٧ – ولأن كل من ادعى المبيع جعل القول قوله مع يمينه ، والرجوع بالثمن يتوجه عليه عند الاستحقاق ، كالوصي ، والأب .

١٣٩١٨ – ولا يلزم : الصبي والقاضي وأمينه ، لأنه لا يتوجه عليهم اليمين .

١٣٩١٩ – احتجوا : بأنه نائب عن غيره من (٧) غير عقد ؛ فلا يلزمه ضمان

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة [فصل استحقاق الرهن] (٤٢٢/١) ، مسألة (٢٣٧٦ – ٢٣٧٨) ، الهداية مع البناية ، الباب السابق (١٥/١٢) ، الهداية مع تكملة فتح القدير (١٧٧/١٠) ، مجمع الأنهر (٥٧٨/٢) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، الباب السابق (٢٢٥/١٣) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٤٦١/٤ ، ٤٦٢) ، المدونة (١٥٦/٤) ، الكافي لابن عبد البر (٨٢٢/٢) ، الكافي لابن قدامة (١٥٨/٢ ، ١٥٩) ، المغني (٣٩٤/٤ ، ٣٩٥) .

(٣) قاعدة : « حقوق العقد تتعلق بالوكيل » .

(٤) في (م) ، (ع) : [يوجه] بالياء التحتانية ، وهو خطأ .

(٥) في (م) ، (ع) : [يوجه] بالياء التحتانية ، وهو خطأ .

(٦) في (م) ، (ع) : [لزمه التسليم بحكم عقده] ، مكان المثبت .

(٧) في (ع) : [عن] مكان : [من] .

العهدة ، أصله : أمين الحكم .

١٣٩٢٠ - الجواب [1] : أن أمين الحكم [2] قائم مقامه إذا كان من أهل الضمان .

* * *

(١) في هامش (ص) : [الحاكم] ، مكان : [الحكم] ، من نسخة أخرى ، وفي (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .

(٢) في (م) ، (ع) ، وهامش (ص) : [الحاكم] ، مكان : [الحكم] .

مسألة ٧٠٢

اختلاف العدل مع المرتهن في تسليم الثمن بعد بيع الرهن

١٣٩٢١ - قال أصحابنا : إذا باع العدلُ الرهنَ وادعى تسليم [١] الثمن إلى المرتهن ؛ فالقول قوله مع يمينه [٢] .

١٣٩٢٢ - وقال الشافعي : القول قول المرتهن ، والعدل ضامن إلا أن يكون سلم بشهادة فمات الشهود .

١٣٩٢٣ - وإن سلم بشهادة واحد ، ففيه وجهان .

١٣٩٢٤ - وإن سلم بمحضر الراهن من غير إشهاد ، ففيه وجهان .

١٣٩٢٥ - وإذا وكله بأن يودع رجلًا بعينه فقال [٣] : أودعته ، ففيه وجهان [٤] .

١٣٩٢٦ - لنا : أنه أمين في الدفع إليه ؛ فالقول قوله في الدفع ، كالمودع .

١٣٩٢٧ - ولا يلزم : الوصي إذا قال : قبضت دين الميت ، أو سلمت الوصايا ، لأن القول قوله في نفي الضمان عن نفسه .

١٣٩٢٨ - فإن قيل : المعنى في المودع : أنه يدعي التسليم إلى غير [٥] من ائتمنه ، [وفي مسألتنا : يدعي التسليم إلى من ائتمنه] [٦] .

١٣٩٢٩ - قلنا : المرتهن قد ائتمن العدل ؛ لأنه يقبض له ، وهو قائم مقامه ، فكأنه

---

(١) في (ع) : [بتسليم] .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة ، الفصل السابق (٤٢٢/١) ، مسألة (٢٣٧٩ - ٢٣٨١) ، حاشية ابن عابدين ، الباب السابق (٣٣٦/٥) .

(٣) لفظ : [فقال] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) راجع المسألة في : مختصر المزني ، الباب السابق ص٩٧ ، حلية العلماء « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل إلخ » (٤٦٢/٤) ، نهاية المحتاج ، الباب السابق (٢٧٧/٤) ، المدونة ، في « الذي يأمره السلطان ببيع الرهن إلخ » (١٥٧/٤) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٨٢٢/٢) ، الكافي لابن قدامة « فصل : وإذا ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن » (١٥٩/٢) ، المغني « فصل : فإن ادعى العدل إلخ » (٣٩٥/٤ ، ٣٩٦) .

(٥) لفظ : [غير] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [إلى غير من ائتمنه] ، بزيادة : [غير] ، وما بين القوسين ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

ادعى الدفع إليه .

١٣٩٣٠ - احتجوا : بأن العدل مفرط في ترك الإشهاد على المرتهن ؛ لأن [(١)] أمره بقضاء دينه يقتضي دفعًا بينهما إلا بشهادة شاهدين .

١٣٩٣١ - قلنا : أطلق الأمر بالدفع ، فعموم الأمر يقتضي دفعًا بشهادة وبغير شهادة .

١٣٩٣٢ - ولأنه أمره بدفع مبرئ ، وقد دفع دفعًا مبرئًا ؛ لأن الدين سقط بالدفع ، وجواز أن يجحد [(٢)] لجواز أن يدفع بشهادة فيموت الشهود .

ولأن البراءة حاصلة عندنا ؛ لأنا [(٣)] نجعل القول قول العدل في براءة نفسه ، فإذا حلف لا يلزمه الضمان ، فكأن الرهن هلك في يده فأسقط حق المرتهن ، فقد حصل غرض الراهن من سقوط الدين ، فلم يجب الضمان .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لأنه] .

(٢) في (م) ، (ع) : [بجحد] ، مكان : [أن يجحد] .

(٣) في (ع) : [لأن] .

مسألة ٧٠٣

جناية العبد المرهون

١٣٩٣٣ - قال أصحابنا : إذا جنى العبد المرهون جناية واختار المولى الدفع ولم يفده المرتهن ، دفع بجنايته وسقط الدين إن كان العبد مثل الدين أو أكثر [١] .

١٣٩٣٤ - وقال الشافعي : يباع في الجناية والدين بحاله [٢] .

١٣٩٣٥ - قلنا : الكلام في موجب الجناية .

١٣٩٣٦ - ولأن [٣] المولى لا يلزمه في جناية عبده أكثر من إزالة يده عنه ، كما لو كان عمدًا .

١٣٩٣٧ - وأما سقوط الدين : فمبنيٌّ [٤] على أن [٥] الرهن مضمون ، فتلفه في يد المرتهن كتلفه بالموت ، فيسقط الدين .

* * *

(١) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الرهن » ص٩٤ ، روضة القضاة ، الفصل السابق (٤٢٢/١) ، مسألة (٢٣٨٢ ، ٢٣٨٣) ، تحفة الفقهاء ، في « حكم الرهن » (٤٥/٣ ، ٤٦) ، بدائع الصنائع « فصل : وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون » (١٦٦/٦) ، الهداية مع البناية « باب التصرف في الرهن والجناية عليه » (٥٦/١٢ - ٥٨) ، الهداية مع العناية وتكملة فتح القدير (١٩٢/١٠ ، ١٩٣) ، مجمع الأنهر « باب التصرف في الرهن وجنايته » (٥٨٤/٢) .

(٢) قال الشيرازي في التنبيه : « وإن جنى المرهون عمدًا اقتص منه ، وإن جنى خطأً بيع في الجناية » . راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في « جناية العبد المرهون على الأجنبيين » (١٧٩/٣) ، مختصر المزني ، الباب السابق ص٩٦ ، ٩٧ ، التنبيه « باب الرهن » ص٧١ ، حلية العلماء « باب اختلاف المتراهنين » (٤٧٧/٤ ، ٤٧٨) ، نهاية المحتاج « فصل في جناية المرهون » (٢٩٠/٤ ، ٢٩١) ، المدونة ، في « فيمن ادعى سلعة في يدي رجل إلخ » (١٦٠/٤ ، ١٦١) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٨٢٢/٢) ، شرح الزرقاني ، الباب السابق (٢٥٧/٥) ، الكافي لابن قدامة « باب جناية الرهن والجناية عليه » (١٤٩/٢ ، ١٥٠) ، المغني « مسألة : إذا جنى العبد المرهون فالمجني عليه أحق برقبته » (٤٠٨/٤ ، ٤٠٩) ، الإنصاف ، الباب السابق (١٧٨/٥ ، ١٧٩) ، العدة مع العمدة « باب الرهن » ص ٢٤٩ .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلأن] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فيبني] .

(٥) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٧٠٤

إعارة العين ليرهنها المستعير في دينه

١٣٩٣٨ - قال أصحابنا : إذا أعاره عينًا ليرهنه المستعير في دينه ، جاز ، فإن هلكت في يد المرتهن يرجع المعير على المستعير بمقدار (١) ما سقط من الدين (٢) .

١٣٩٣٩ - وللشافعي قولان ، أحدهما : أن العارية للرهن كالعارية للاستعمال ، فإذا تلفت العين ضمن المستعير قيمتها .

والقول الثاني : أن المعير ضامن الدين للمستعير بمقدار ما أدى من دينه ، فإذا قال : إنه عارية صح وإن لم يبين المقدار الذي يرهنه (٣) به ، وجنسه وصفته (٤) .

١٣٩٤٠ - وهذه المسألة مبنية على : أن الرهن مضمون ، فإذا هلك صار المرتهن مستوفيًا لدينه ، فكأن المعير أذن له في قضاء دينه من ماله ، فيرجع عليه .

١٣٩٤١ - ولأنه رهن مال غيره بدين على نفسه ، فكان تلفه من ضمانه ، أصله : إذا أذن له أن يرهنه بدين حالٍّ ، فرهنه بدين مؤجل .

١٣٩٤٢ - ولأنه جمع بين العارية والإذن في الرهن ، فصار كما لو أعاره لينتفع به ، ثم أذن له أن يرهنه .

١٣٩٤٣ - ولأن العارية [للرهن عاريةً ؛ لضربٍ من الانتفاع ؛ فكان يجب أن يتعلق بالقبض الضمانُ ، كالعارية] (٥) للاستعمال على قولهم .

---

(١) في (م) ، (ع) : [مقدار] ، بدون الباء .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « فصل : رهن المستعار » (٤٣٤/١) ، مسألة (٢٤٩٦ ، ٢٤٩٧) ، تحفة الفقهاء ، العنوان السابق (٤٦/٣) ، بدائع الصنائع « فصل : وأما الشرائط فأنواع » (١٣٦/٦) ، الهداية مع البناية « باب التصرف في الرهن إلخ » (٣٩/١٢ - ٤٢) ، الهداية مع العناية وتكملة فتح القدير (١٨٥/١٠ ، ١٨٦) ، مجمع الأنهر ، الباب السابق (٥٨١/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [مقدار الدين يرهنه] .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٤٤/٤ ، ٢٤٥) ، المدونة « في الرجل يستعير السلعة ليرهنها » (١٦٩/٤ ، ١٧٠) ، شرح الزرقاني « باب الرهن » (٢٤٠/٥) ، جواهر الإكليل ، « باب الرهن » (٧٩/٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٧٠٥

رهن المكاتب بمال الكتابة

١٣٩٤٤ - قال أصحابنا : إذا رهن المكاتب بمال الكتابة رهنًا جاز [١] .

١٣٩٤٥ - وقال الشافعي : لا يجوز [٢] .

لنا : أنه دين يصح استيفاؤه ، فصح أخذ الرهن به ، كسائر الديون .

١٣٩٤٦ - ولأنه دين على المكاتب ؛ فجاز أخذ الرهن به ، كأثمان البياعات . ولأنه بدل عن العتق ؛ فجاز أخذ الرهن به ، كالبدل في العتق على مال .

١٣٩٤٧ - قالوا : المعنى في جميع هذه الديون : أنه يجوز أخذ الكفالة بها فجاز أخذ الرهن بها ، فلما لم تجز الكفالة بمال الكتابة لم يجز أخذ الرهن به .

١٣٩٤٨ - قلنا : علة الأصل تبطل بضمان الدرك [٣] الذي تجوز الكفالة به ، ولا يجوز أخذ الرهن به .

١٣٩٤٩ - وعلة الفرع لا تصح [٤] ، لأن الدين لو ثبت في ذمة الكفيل ثبت ثبوتًا صحيحًا ، ودين الكتابة [٥] ليس بدين صحيح ، فلا يجوز أن يثبت في ذمة الكفيل

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « فصل : رهن المكاتب » (٤٢٢/١) ، مسألة (٢٣٨٧ - ٢٣٨٩) ، تحفة الفقهاء ، في « بيان ما يصلح مرهونًا » (٤٠/٣) ، الهداية مع البناية « باب ما يجوز ارتهانه إلخ » (٥٩٣/١١ ، ٥٩٤) ، الهداية مع تكملة فتح القدير ، نفس الباب (١٥٨/١١) ، كنز الدقائق « باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز » ص ١٧٣ .

(٢) راجع المسألة في : الأم في « جماع ما يجوز رهنه » (١٥٠/٣) ، التنبيه ، الباب السابق ص٧٠ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « فصل : ويجوز أخذ الرهن على دين السلم وعوض القرض » (١٨٠/١٣) ، حلية العلماء « كتاب الرهن » (٤٠٧/٤ ، ٤٠٨) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٥٢/٤) ، المدونة « فيمن ارتهن عبدًا فادعى أنه أبق إلخ » (١٦٨/٤) ، حاشية البناني بهامش الزرقاني « باب الرهن » (٢٤٧/٥) ، جواهر الإكليل ، الباب السابق (٨٢/٢) ، الكافي لابن قدامة « فصل : ولا يجوز الرهن بمال الكتابة » (١٢٩/٢) ، المغني ، في « رهن المكاتب » (٣٧٦/٤) ، الإنصاف ، الباب السابق (١٤٠/٥) .

(٣) قال العيني : « الدرك في اللغة : عبارة عن التبعية من كل شيء ، ويراد به ضمان الثمن عند استحقاق المبيع » . والكفالة بالدرك جائزة بلا خلاف إلا في قول من الشافعي لا يصح ، وأحمد في رواية . راجعه في : البناية مع الهداية ، الباب السابق (٥٨٨/١١) . (٤) في (م) : [لا يصح] .

(٥) في (م) ، (ع) : [المكاتبة] .

أقوى من ثبوته في ذمة صاحب الأصل .

١٣٩٥٠ - فأما الرهن : فهو مال المكاتب ، فالدين يتعلق به على الوجه المتعلق بذمته ، فلا يكون أكمل من ثبوته في ذمة صاحب الأصل .

١٣٩٥١ - احتجوا : بأن الرهن وثيقة في دين يستوفي الدين منها ، فوجب أن لا يصح في دين الكتابة ، أصله : إذا ضمن الحرُّ عن المكاتب .

١٣٩٥٢ - الجواب (١) : إنما لا يصح الضمان ؛ لأن من حكمه : أن يثبت في ذمة الضامن [على الوجه الثابت في ذمة المضمون ، ودين الكتابة ناقص في ذمة] (٢) المكاتب ، لأنه دين المولى على عبده ، فلو تكفل الحرية (٣) لثبت في ذمته كاملًا ، وهذا لا يصح ؛ فأما الرهن فإنما يراد لإبقاء الدين ، وهذا المعنى صحيح في أكساب المكاتب .

١٣٩٥٣ - قالوا : من حكم الدين : أن يتعلق بالرهن تعلقًا صحيحًا ، كما يتعلق بذمة الكفيل (٤) .

١٣٩٥٤ - قلنا : المعنى الموجب لنقص مال الكتابة : أنه دينه على عبده ، فإذا تعلق بالرهن فهو دينه تعلق بالكسب الذي هو على حكم ملكه ، فيثبت (٥) فيه كثبوته في الذمة ناقصًا ، فلذلك افترقا .

١٣٩٥٥ - قالوا : دين الكتابة ليس بثابت (٦) ، ولا يئول إلى (٧) الثبوت ؛ فلم يجز الرهن به .

١٣٩٥٦ - قلنا : هذا ثابت عندنا ، لأن المكاتب لا يملك أن يسقطه (٨) عن نفسه مع القدرة على الكسب ، إنما يجوز أن يسقط بالعجز ، وهذا المعنى لا يمنع من جواز الرهن ، كما يجوز بثمن المبيع وإن جاز أن يسقط (٩) بهلاك المبيع قبل القبض ورده بالعيب (١٠) والخيار .

---

(١) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [الجواب] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (ع) : [يكفل الحر] .

(٤) قاعدة : « الدين يتعلق بالرهن تعلقًا صحيحًا كما يتعلق بذمة الكفيل » .

(٥) في (م) ، (ع) : [فثبت] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ليس هو بثابت] ، بزيادة : [هو] .

(٧) حرف : [إلى] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [أن يسقط] ، بدون الهاء .

(٩) في (م) ، (ع) : [فإن جاز أن سقط] ، مكان المثبت .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بالمعيب] .

مسألة ٧٠٦

تزويج الراهن الجارية المرهونة ، ومنع المرتهن زوجها من وطئها

١٣٩٥٧ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : يجوز للراهن تزويج الجارية المرهونة ، وللمرتهن منع الزوج من وطئها .

١٣٩٥٨ - وذكر الطحاوي : أنه استحسان .

١٣٩٥٩ - وذكر عن أبي يوسف روايتين ، إحداهما : للمرتهن فسخ النكاح (١) .

١٣٩٦٠ - وقال الشافعي : إذا زوجها بغير إذن المرتهن ، لم يصح .

١٣٩٦١ - وقال في المبيعة - إذا لم يكن سلم الثمن - : مثل ذلك (٢) .

لنا : قوله تعالى ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾ (٣) ، ولم يفصل .

١٣٩٦٢ - ولأنها محبوسة للاستيفاء ، فكان لمالكها تزويجها ، كالمستأجرة .

١٣٩٦٣ - ولأنه عقد يقصد به المنفعة ، فجاز أن ينعقد من الراهن ، وإنما ينعقد موقوفًا (٤) بغير رضا المرتهن ، كعقد الإجارة .

١٣٩٦٤ - وهذا مسلم على المذهبين ، لأن عندنا عقود الراهن تنعقد موقوفةً ، وعندهم (٥) : إجازته صحيحة .

١٣٩٦٥ - احتجوا : بأن التزويج ينقص قيمة الرهن ؛ فلم يملك ذلك الراهن بغير

(١) راجع المسألة في - روضة القضاة « فصل في تزويج الأمة المرهونة » (٤٢٣/١) ، مسألة (٢٣٩٠ ، ٢٣٩١) .

(٢) لفظ : [مثل] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
راجع المسألة في : الأم « كتاب الرهن الكبير » في « زيادة الرهن » (١٦٤/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « فصل : وأما ما فيه ضرر بالمرتهن إلخ » (٢٣١/١٣) ، حلية العلماء ، في « ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » (٤٤٠/٤) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٦٢/٤ ، ٢٦٣) ، المدونة ، في « الرجل يرهن أمته إلخ » (١٧٥/٤) ، شرح الزرقاني « باب الرهن » (٢٥٢/٥) ، الكافي لابن قدامة « فصل : ولا يملك الراهن بيع الرهن إلخ » (١٤٣/٢) ، المغني « وإن تصرف الراهن بغير العتق إلخ » (٤٠١/٤ ، ٤٠٢) .

(٣) سورة النور : الآية ٣٢ .

(٤) في جميع النسخ : [موقوفة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وعندكم] .

١/ب إذن المرتهن ، أصله : لبس الثوب المرهون ، وصبغه ، ونقض [١] الدار المرهونة / .

١٣٩٦٦ - الجواب [٢] : أنه يبطل على أصلهم بالإجارة ، وإنما يصح من الراهن ، وهي توجب نقص الثمن ، لاسيما إذا طالت مدتها .

١٣٩٦٧ - ولأن عندنا إذا عقد عقدًا لا ينفسخ نفذ [٣] في الرهن ، فإن أتلف القيمة بالتدبير والعتق بعوض والنكاح لا ينفسخ عندنا فينفذ ، وإن أثر في نقصان القيمة .

١٣٩٦٨ - قالوا : الراهن لا يملك وطأها ولا تسليمها للوطء مع عدم الضرر بالموطوءة ، فوجب أن لا يملك تزويجها كالأجنبي .

١٣٩٦٩ - قلنا : الراهن مالك لوطئها ؛ بدلالة : أنها [٤] إذا وطئت شبهة كان المهر له ، وإنما يتعذر تسليمها للوطء لحق المرتهن ، ولا يمكن تسليمها للوطء لحقه ، وتعذر [٥] التسليم لا يمنع انعقاد النكاح ، كالأمة المغصوبة والآبقة .

١٣٩٧٠ - قالوا : إجارة تعلق بها دين آدمي ، فوجب أن لا يجوز تزويجها بغير إذن من له الدين ، كالجارية المأذونة إذا كان عليها دين .

١٣٩٧١ - قلنا : قد بينا أن الجارية المأذونة يتلقاها المولى منه ، وتعلق حقه بها يمنع تزويجها إذا كان مكاتبًا ، فتعلق حق الغرماء المقدم على دين العبد أولى أن يمنع ؛ وفي مسألتنا : الجارية على ملك المولى ، وهو ممن يملك التزويج ، فتعذر تسليمها لا يمنع تزويجها .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [وبعض] .

(٢) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .

(٣) قوله : [لا ينفسخ] مكرر في (ص) ، وفي (م) ، (ع) : [لا ينفسخ عندنا لا ينفسخ بعد] ، مكان : [لا ينفسخ نفذ] .

(٤) قوله : [أنها] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [ومعذر] .

مسألة ٧٠٧

الشرط الفاسد في الرهن

١٣٩٧٢ - قال أصحابنا : إذا شرط في الرهن شرطًا فاسدًا ، صح الرهن ، وبطل الشرط (١) .

١٣٩٧٣ - وقال الشافعي : إذا كان الشرط الفاسد ينقص في حق المرتهن ؛ بطل الرهن قولًا واحدًا ، مثل : أن يشترط أن لا يسلم الرهن إليه أو لا (٢) يبيعه في محله ، أو يبيعه (٣) بعد شهر ، أو لا يبيعه إلا برضا (٤) الراهن ، أو برضا غيره .

فإن كان يزيد في حق المرتهن ، مثل (٥) : أن يشترط دخول الولد والثمرة ، ففيه قولان : أحدهما : يبطل الشرط ويصح العقد ، والثاني : يبطل العقد (٦) .

١٣٩٧٤ - لنا : حديث أبي هريرة ﷺ ، أن النبي ﷺ قال : « لا يُغلق الرهن » (٧) .

١٣٩٧٥ - وروي عن النخعي ، وطاووس أنهما قالا : « كانوا يرهنون ويقولون : إن جئتك بالمال إلى وقت كذا وإلا فهو لك ، فقال النبي ﷺ : لا يغلق الرهن » (٨) . وتأوله على ذلك مالك ، وسفيان (٩) .

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاه [فصل : الشرط الفاسد في الرهن] (٤٢٣/١) ، مسألة (٢٣٩٥ ، ٢٣٩٦) .

(٢) في (م) ، (ع) : [أو لا] . (٣) في (ع) : [بيعه] .

(٤) في (م) : [لا برضا] . (٥) في (م) ، (ع) : [قبل] ، مكان : [مثل] .

(٦) قال الشيرازي في التنبيه : « وإن شرط في الرهن شرطًا ينافي مقتضى الرهن : فإن كان ينفع الراهن بطل الرهن ، وان كان ينفع المرتهن ففيه قولان ، أصحهما : أنه يبطل » . راجع المسألة في : مختصر المزني « باب ما يفسد الرهن من الشروط وما لا يفسده وغير ذلك » ص١٠٠ ، التنبيه ، الباب السابق ص٧١ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « فصل : ويجوز أن يجعل الرهن في يد المرتهن » (٢٢٥/١٣) ، نهاية المحتاج « كتاب الرهن » (٢٣٥/٤ ، ٢٣٦) ، شرح الزرقاني « باب الرهن » (٢٤١/٥ ، ٢٤٢) ، جواهر الإكليل ، الباب السابق (٨٠/٢) ، الكافي لابن قدامة ، « فصل : فإن شرط ما ينافي مقتضى الرهن » (١٦١/٢ ، ١٦٢) ، المغني « فصل : والقسم الثاني : الشروط الفاسدة » (٤٢٣/٤) ، الإفصاح « باب الرهن » (٣٦٩/١) ، الإنصاف ، الباب السابق (١٦٦/٥ ، ١٦٧) . (٧) تقدم تخريجه في مسألة (٦٧٨) .

(٨) قول النخعي : تقدم تخريجه في مسألة (٦٧٨) ، وأما قول طاووس : فقد أخرجه عبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب الرهن لا يغلق » (٢٣٨/٨) ، الأثر (١٥٠٣٦) ، والطحاوي في المعاني « كتاب الرهن » ، « باب الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه ، » (١٠١/٤) .

(٩) راجع تأويل مالك في الموطأ « كتاب الأقضية » ، « باب ما لا يجوز من غلق الرهن » ، (٧٢٩/٢) ، ضمن =

١٣٩٧٦ – وقد أبطل ﷺ هذا الشرط ، ولم يبطل الرهن .

وقال أبو عبيد : لا يجوز في لغة العرب أن يقال للرهن إذا ضاع : قد غلق ، وإنما يقال : غلق ، إذا استحقه المرتهن (١) .

١٣٩٧٧ – ولأنه عقد من شرط تمامه القبض ، فوجب أن لا يبطل بالشرط ، كالعُمرَي (٢) .

١٣٩٧٨ – فإن قيل : قال الشافعي في قوله القديم : الشرط صحيح ، ويرجع العُمرَي بعد الموت إلى الواهب .

١٣٩٧٩ – قلنا : فالتعليل إنما يقع أنها لا تبطل بالشرط وإن خالف مقتضى العقد ، وقد سلمتم هذا .

١٣٩٨٠ – على أن هذا أصل قد دلَّ النصُّ عليه ، وهو قوله ﷺ : « من أُعْمِرَ عُمرَي فهي للمعمَر حياته ، ولورثته من بعده » (٣) .

١٣٩٨١ – فإن قيل : نسلم هذا الأصل على قوله الجديد ، إلا أن الفرق بينهما : أن مقتضى الهبة أن يملكها الموهوب له إلى أن يموت ، فإذا شرط عودها بعد موته ، فهذا شرط على ورثته ، [وذلك لا يخالف مقتضى العقد .

١٣٩٨٢ – قلنا : مقتضى العقد أن ينتقل إلى ورثته] (٤) ، كسائر أملاكه ، فمتي شرط انتقالها إلى غيرهم فقد شرط خلاف مقتضى العقد .

= الحديث (١٣) ، وراجع تأويل مالك وسفيان في المعاني للطحاوي ، في نفس المصدر السابق (١٠١/٤) .

(١) هكذا ذكره الجصاص في أحكام القرآن ، في « باب ضمان الرهن » (٥٢٨/١) ، وابن منظور في لسان العرب ، مادة : « غلق » (٣٢٨٤/٥) .

(٢) العُمْرَي : أن يدفع الرجل إلى أخيه دارًا فيقول : هي لك عُمرِي أو عُمرَك ، أينما مات دفعت الدار إلى أهله . راجع : النهاية « باب العين مع الميم » (٢٩٨/٣) ، مختار الصحاح ، مادة : « عمر » ص٤٥٤ ، لسان العرب (٣١٠١/٤) .

(٣) أخرجه الطحاوي في المعاني « كتاب الهبة والصدقة » ، « باب العمري » (٩١/٤ ، ٩٣) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الهبات » ، « باب العمري » (١٢٤٥/٣) ، الحديث (١٦٢٥/٢٠) وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في العمري » (٢٨٨/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب ما جاء في العمري » (٦٢٣/٣) ، الحديث (١٣٥٠) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الهبات » ، « باب العمري » (٧٩٦/٢) ، الحديث (٢٣٨٠) .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

١٣٩٨٣ - فإن قيل : يبطل إذا رهن يومًا ، ويومًا لا .

١٣٩٨٤ - قلنا : يبطل الرهن بالشرط . وإنما يبطل لأنه عقد على زمان دون زمان ، فلم يجز إثبات العقد فيما لم يعقد فيه ، ولم يصح تبقية العقد ، لأن استحقاق القبض على الدوام لا يوجد .

ولأنه شرط لو عري الرهن عنه صح ، فوجب أن لا يبطله ، أصله : إذا شرط أن يبيعه العدل .

١٣٩٨٥ - احتجوا : بأنه شرط فاسد قارن عقد الرهن ، فوجب أن يفسده ، أصله : إذا رهنه يومًا ويومًا لا .

١٣٩٨٦ - الجواب [1] : أن هذا العقد يفسد بشرط قارنه ، وإنما عَقَدَ زمانا دون زمان ، فلم يجز إثبات العقد في زمان لم يعقد عليه ، ولم يجز إثباته مؤقتًا ، لأن الرهن لا يتوقف .

١٣٩٨٧ - قالوا : رهن لا يصح في المشاع ، فلم يصح في المقسوم ، أصله : الرهن المجهول ، والرهن بضمان الدرك .

١٣٩٨٨ - قلنا : العقود التي تتم بالقبض تبطلها الجهالة ، ولا تبطلها الشروط ، كالهبة [2] .

وأما ضمان الدرك فهو رهن بحق لم يجب ، ووجوبه لا يقف على فعلها ، فلم يصح الرهن به ، وفي مسألتنا بخلافه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .

(٢) قاعدة : « العقود التي تتم بالقبض تبطلها الجهالة ولا تبطلها الشروط كالهبة » .

مسألة ٧٠٨

نماء الرهن

١٣٩٨٩ - قال أصحابنا : نماء الرهن يدخل في الرهن ، مثل : الولد ، واللبن ، والصوف ، والثمر [1] .

١٣٩٩٠ - وقال الشافعي : لا يدخل ذلك في الرهن [2] .

١٣٩٩١ - لنا : ما روي « أن نخلًا مثمرةً مرهونةً عند المرتهن ، فطالب الراهن برد الثمرة عليه ، فاختصما إلى معاذ (فقضى) بكون الثمر رهنًا ، وبإمساكه للمرتهن » [3] .

١٣٩٩٢ - وروي عن حذيفة بن اليمان مثل ذلك [4] ؛ ولا مخالف لهم .

---

(١) في (م) ، (ع) : [والصوف واللبن والتمر] ، مكان المثبت . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الرهن » ص٩٤ ، ٩٥ ، الكتاب مع اللباب « كتاب الرهن » (١٢/٢) ، متن القدوري « كتاب الرهن » ص ٤١، تحفة الفقهاء ، في « حكم الرهن » (٤٢/٣) ، بدائع الصنائع « فصل : في شرائط الرهن » و « فصل : حكم الرهن » (١٣٩/٦ ، ١٥٢) ، الهداية مع البناية « فصل : ومن رهن عصيرًا » (٦٩/١٢) وما بعدها ، الهداية مع تكملة فتح القدير (١٩٧/١٠) وما بعدها ، كنز الدقائق « فصل : رهن عصيرًا » ص ١٧٦ .

(٢) راجع المسألة في : الأم ، في « زيادة الرهن » (١٦٣/٣ ، ١٦٤) ، التنبيه ، الباب السابق ص٧١ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » (٢٢٦/١٣ - ٢٣٠) ، حلية العلماء « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » (٤٣٤/٤ ، ٤٣٥) ، رحمة الأمة « فصل : زيادة الرهن ونماؤه » ص١٥١ ، المدونة « فيمن ارتهن شجرًا هل تكون ثمرتها رهنًا معها » ، و « فيمن ارتهن غنمًا فولدت في الرهن إلخ » (١٥٤/٤ ، ١٥٥ ، ١٥٦) ، المنتقى ، في « القضاء في رهن الثمر والحيوان » (٢٤٠/٥ ، ٢٤١) ، بداية المجتهد « القول في الأحكام » (٢٩٩/٢) ، المقدمات الممهدات « فصل : المرتهن ليس له من نماء الرهن ولا من غلته شيء » (٣٧٠/٢ ، ٣٧١) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الخامس في الرهون » ص٣٣٥ ، المسائل الفقهية ، في « رجوع نماء المبيع المنفصل الخ » (٣٧٣/١ ، ٣٧٤) ، الإفصاح ، الباب السابق (٣٦٨/١) ، الكافي لابن قدامة « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » (١٤١/٢) ، المغني « مسألة : غلة الدار وخدمة العبد إلخ » (٤٣٠/٤ ، ٤٣١) ، الإنصاف ، الباب السابق (١٥٨/٥ ، ١٥٩) .

(٣) في جميع النسخ : [فاختصما إلى معاذ بكون الثمر] ، وقد زدنا ما بين القوسين ليصح المعنى . ولم نجد هذا الأثر بهذا اللفظ . وقد روى عبد الرزاق ما في معناه بلفظ : « قال في كتاب معاذ بن جبل : من ارتهن أرضًا فهو يحسب ثمرها لصاحب الرهن ، من عام حج النبي ﷺ » . في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب ما يحل للمرتهن من الرهن » (٢٤٥/٨) ، الأثر (١٥٠٧٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الرهن » ، « باب ما جاء في زيادات الرهن » (٣٩/٦) .

(٤) لم نعثر على هذا الأثر من وجه حذيفة بن اليمان ﷺ بعد .

١٣٩٩٣ - ولا يجوز أن يحمل ذلك بأن [١] كانت موجودة عند العقد ، لأن قوله : أثمرت عند المرتهن ، فدلَّ على حدوث [٢] الثمرة عنده ، فلم يجز إسقاط السبب المنقول وتعليق الحكم بسبب لم ينقل [٣] .

ولأنه نماء من نفس الرهن ؛ فجاز أن يدخل في الرهن [تبعًا ، كالنماء المتصل .

١٣٩٩٤ - أو نقول : نماء مملوك من نفس الرهن ؛ فوجب أن يتبع الأصل في الرهن ، كأغصان الشجرة .

١٣٩٩٥ - أو نقول : نماء من نفس الرهن لو كان موجودًا في الابتداء صح أن يدخل في الرهن] [٤] .

١٣٩٩٦ - ولا يلزم : إذا وَطِئَ المرهونة واطئ بالغرور أن الولد حر ولا يدخل في الرهن ؛ لأن العلة الأولى في الجواز .

والثانية [قلنا] : نماء مملوك .

والثالثة [قلنا] [٥] : يصح دخوله في الرهن ابتداء بعينه ، فقامت قيمته مقامه ، كما لو أعتق الراهن ولد المرهونة .

١٣٩٩٧ - ولأن ما تبع الشاة الأضحية تبع المرهونة ، أصله : ما ذكرنا [٦] .

١٣٩٩٨ - فإن قيل : المعنى في الزيادة المتصلة : أنها غير متميزة من العين ، والولد بخلافه .

١٣٩٩٩ - قلنا : علة الأصل تبطل بمن رهن نصف داره ، والنصف الآخر غير مميز من المرهون .

وعلة الفرع تبطل بأغصان الشجر ، وبأرش الأعضاء [٧] أنه متميز عن الرهن ، وهو داخل في الجنس .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بمن] ، مكان : [بأن] .

(٢) في (م) ، (ع) : [حديث] .

(٣) قاعدة : « لا يجوز إسقاط السبب المنقول وتعليق الحكم بسبب لم ينقل » .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (ص) ، (م) : [والثالث] ، والزيادة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولأن ما بيع الشاة المرهونة لأضحية بيع المرهونة أمثلة ما ذكرنا] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، ع : [الشجرة وبارس الأغصان] ، مكان المثبت .

١٤٠٠٠ - فإن قيل : المعنى في الزيادة المتصلة : أنها لو كانت موجودةً حال [1] العقد ، [لم يصح إفراد الأصل بالعقد دونها ، وليس كذلك المنفصلة ، لأنها لو كانت موجودةً عند العقد] [2] ، صح إفراد الأصل بالعقد دونها .

١٤٠٠١ - قلنا : علة الأصل تبطل بالحمل الموجود [3] عند العقد لا يصح إفراد الأم بالرهن دونه ، ولا يدخل في الرهن .

١٤٠٠٢ - وعلة الفرع تبطل بولد الهدي ، لأنه لو [4] كان موجودًا عند الإيجاب صح الإيجاب [في الأم ، فالرهن دونه ولا يدخل ، فإذا وجد بعد الإيجاب] [5] تبع الأصل .

١٤٠٠٣ - فإن قيل : المعنى في الزيادة المتصلة : أن حق ولد الجناية تعلق بها ، وليس كذلك الزيادة المنفصلة ؛ لأن حق ولد [الجناية] [6] لا يتعلق بها ، فلم يتعلق بها حق المرتهن .

١٤٠٠٤ - قلنا : حق ولد الجانية ليس له حبس الجانية [7] ، والمرتهن له حبس المرهونة .

١٤٠٠٥ - ولأنه [8] عقد لا ينعقد إلا في مملوك ، [فالولد الذي كان حملًا حال العقد يتبع الأم فيه ، كالبيع .

١٤٠٠٦ - أو نقول : عقد لا يصح إلا في مملوكة] [9] ، كاللبن الذي يحلب بعد العقد يثبت [10] فيه حق الحبس ، كاللبن الموجود في الضرع حال البيع [11] .

١٤٠٠٧ - ولأنه حق معلق ينتقل إلى جميع القيمة بكل حال ، فوجب أن يتعلق بالولد [الحادث ، كإيجاب الهدي ، والأضحية .

١٤٠٠٨ - أو نقول : فوجب أن يتعلق بالولد] المتصل [12] بهذا العقد ، كالولد

---

(١) في (م) ، (ع) : [عند] ، مكان : [حال] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [الموجودة] .
(٤) لفظ : [لو] ساقط من (ع) .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٦) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [جنس الجناية] .
(٨) في (م) ، (ع) : [جنس المرهونة ولا] ، مكان : [حبس المرهونة ولأنه] .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٠) لفظ : [يثبت] ساقط من (م) ، (ع) .
(١١) في (م) ، ع : [المبيع] .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [المنفصل] ، مكان : [المتصل] .

المنفصل في مجلس البيع ، أو في مدة الخيار .

١٤٠٠٩ - ولا يلزم : المستأجرة والموصي بخدمتها ، لأن الحق لا يتعلق برقبتهما ، وإنما يتعلق بمنافعهما .

١٤٠١٠ - ولأن حق المستأجر لا ينتقل إلى القيمة [وحق الموصى له لا ينتقل إلى القيمة] (١) ، وإنما ينقل إلى جارية مثلها .

١٤٠١١ - ولا يلزم : الدية ، لأن العين لا تنتقل إلى قيمتها ، وإنما تنتقل إلى مقدار الرهن من القيمة .

١٤٠١٢ - ولكنْ للمرتهن حقًّا ثابتًا (٢) في الرقبة يسري إلى القيمة ، وينتقل إلى الورثة ، فوجب أن يسري إلى الولد ، [كالملك .

١٤٠١٣ - ولا يلزم : حق ولد] (٣) ، الجناية ؛ لأنه ليس بثابت في الرقبة ، ألا ترى : أن للمولى أن يسقط عنها باختيار الفداء مع تقاضي حق (٤) المجني عليه .

١٤٠١٤ - ولا يلزم : المستأجرة والموصي بخدمتها ؛ لأن الحق في المنافع ، ولا يتعلق برقبتهما .

١٤٠١٥ - ولا يلزم : أيضًا الضامنة ؛ لأنها إن كانت حرة فالحق يثبت في ذمتها لا في رقبتها ، وإن كانت ثابتة فالحق يسري إلى ولدها (٥) .

١٤٠١٦ - ولا يلزم : إذا عجل المستأجر الأجرة ثم انفسخت الإجارة ، فللمستأجر حق الحبس حتى يسترجع الأجرة ؛ لأن له أن يحبس الدار عندنا (٦) ، كما أن للبائع أن يحبس الولد .

١٤٠١٧ - احتجوا بقوله ﷺ ، وبالإجماع (٧) الذي ذكروه .

١٤٠١٨ - احتجوا بقوله ﷺ : « [لا يغلق] (٨) الرهن على راهنه الذي رهنه ، له

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في جميع النسخ : [حق ثابت] بالرفع ، وأن هنا مخففة من الثقيلة وغيرها جملة اسمية واسمها ضمير الشأن محذوف .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٤) لفظ : [حق] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) تكررت الإشارة إلى عدم سريان ما يثبت على الضامنة لولدها في آخر هذه المسألة في الفقرة ١٤٠٤٧ .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأن له يحبس الدار عندها] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، (ع) : [الإجماع] ، مكان : [وبالإجماع] .

(٨) الزيادة : [من كتب الحديث] .

غنمه ، وعليه غرمه » [١] ، فأضاف الملك [٢] إليه بلام الملك ، فثبت أنه له ، ينفرد به .

١٤٠١٩ - الجواب : أن هذا من كلام سعيد بن المسيب ، ولم يصح [٣] عن رسول الله ﷺ ، وسنبينه فيما بعد .

١٤٠٢٠ - ولأن هذا يفيد ملك الراهن بالغنم ، وملكه [٤] لا ينافي ثبوت حق المرتهن فيه ، كأصل الرهن .

ولأن النبي ﷺ جعل للراهن [٥] غنم الرهن ، وغنم الشيء في حكمه .

١٤٠٢١ - فإن قيل : قوله : « له غنمه » يقتضي أن يكون له الملك والتصرف .

١٤٠٢٢ - قلنا [٦] : ملك المشتري لا يقتضي ملك التصرف ، وإنما يثبت [٧] الملك للإنسان مع سقوط الحقوق عنه ، فيملك التصرف فيه ، وقد اختلفنا [٨] في سقوط الحقوق عنه .

١٤٠٢٣ - فإن قيل : ملك الراهن للنماء لا يشكل ، فثبت أنه ﷺ أثبت له التصرف .

١٤٠٢٤ - قلنا : بل هو أمر مشكل ، لأن من الفقهاء من يقول : بأن النماء لمن يملك أن ينفق على الرهن ، وقد كان / ثابتًا في ابتداء الرهن ثم نسخ . ١٦/أ

١٤٠٢٥ - قالوا : حق استيفاء تعلق بالأم ؛ فوجب أن لا يسري إلى ولدها ، كالأمة الجانية .

١٤٠٢٦ - قلنا : الوصف غير مسَّلم ، لأن حق المولى لا يستوفي من الجانية ، وإنما يخاطب المولى بجنايتها ، كما تخاطب العاقلة بجناية الحر ، فإما أن يفدي وينقل [٩]

---

(١) تقدم تخريجه في مسألة (٦٧٨) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الغنم] ، مكان : [الملك] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يصح] ، بدون الواو .

(٤) في (ص) : [ملك] ، مكان : [وملكه] ، وفي (م) ، (ع) : [وملكه لا ينافي حق ثبوت المرتهن منه ، كأصل الرهن ولأنه] ، مكان المثبت ، ولفظ : [حق] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) : [الراهن] ، وفي (ع) : [الرهن] ، مكان [للراهن] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلما] ، مكان : [قلنا] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٨) في (م) ، (ع) : [اختلفا] .

(٩) في (ع) : [وينتقل] .

الحق إلى ذمته ، أو يسلمها إلى وليّ الجناية ويسقط [١] الجناية بملكه لها ، فأما أن يستوفي الحق فلا .

١٤٠٢٧ - ومنهم من غيَّر هذه العلة ، فقال : حق يتعلق بعين قد يستوفي من ذمة المولى إن اختار ذلك ، أو يدفعها ويسقط الحق بملك ولي الجناية [٢] لها - هو المعنى في الجناية ، لأنه حق لا ينتقل [٣] إلى جميع القيمة بكل حال ، ألا ترى : أن الأرش إذا كان أقل من القيمة يثبت حق ولي الجناية [٤] في مقدار الأرش ، وإذا لم يتعلق بكل البدل ، فأولى أن لا يتعلق بالولد ، وحق المرتهن تعلق بجميع القيمة في كل الأحوال ، فصار لحق المالك كالحق المتعلق بالهدي

ولأن الجناية إذا لم يكن حكمها الجاني تعلقت بعاقلته دون غيرهم ، والمولى في حكم عاقلة المملوك ، فإذا خوطب بجناية الأمة لم يتعلق بالولد ، لأنه ليس بعاقلة لها .

١٤٠٢٨ - وأما الرهن فهو حق مالٍ تأكد في الرقبة ، فيجوز أن يتعلق بولدها بحق الملك .

١٤٠٢٩ - قالوا : كل ما لا يتبع الجانية في الجانية [٥] لا يتبع المرهونة في الرهن [٦] ، كالكسب .

١٤٠٣٠ - قلنا : يبطل بما زاد [٧] على أرش الجناية من قيمة الجانية [٨] إذا قتلت ، فإنه لا يتبع الجانية حتى تتعلق الجناية به ، ويتبعه الإمساك في الرهن ، لأن المرتهن يحبس جميع القيمة [٩] وإن زادت على الدين .

١٤٠٣١ - وأما الكسب : فيجوز أن ينفرد عن الرقبة المملوكة ، فيملك عين مالكها ، كالموصي له بالغلة [١٠] والمستأجر ، والغاصب ، فلأن ينفرد عن حق الحبس في

---

(١) في (م) ، (ع) : [قد سقط] ، مكان : [ويسقط] .
(٢) في (م) ، (ع) : [وسقط الحق بملك وإن الجناية] ، مكان المثبت .
(٣) في (ص) : [أنه حق لا ينقل] ، مكان المثبت .
(٤) في (م) ، (ع) : [ثبت حق وأن الجناية] ، مكان المثبت .
(٥) في (م) ، (ع) : [الجانية] ، مكان : [الجناية] .
(٦) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [ما زاد] ، بدون الباء .
(٨) قوله : [من قيمة الجانية] ساقط من (ع) ، وفي (م) : [الجناية ، مكان : [الجانية] .
(٩) في (م) ، (ع) : [جميع القيمة هو] ، بزيادة : [هو] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [بالعلة] ، بالعين المهملة ، وهو خطأ .

الرهن أولى .

١٤٠٣٢ - وأما الولد : فلا ينفرد عنها في الملك مع كونه مملوكًا ، ولا ينفرد بحبس الجنس [١] في الرهن ؛ لأن الحقوق المتأكدة في الرقاب تسري إلى الأولاد ، كحق [٢] الملك ، والاستيلاد ، والتدبير عندنا ، وولد الكتابة [٣] وولد الأضحية على المذهبين ، وولد المغصوبة عندهم ، ولا تسري هذه الوقوف إلى الأكساب [٤] ؛ لأن كسب أم الولد لا يتبعها في الحرية ، وكذلك كسب المدبرة ؛ فلم يجز اعتبار كسب أحدهما بالآخر .

١٤٠٣٣ - قالوا : نماء متميز عن الرهن ، فأشبه الكسب والاحتطاب .

١٤٠٣٤ - قلنا : نماء الصوف ونماء الثمرة [٥] المتصلة عندهم يدخل [٦] في الرهن ، والثمرة ليست برهن ، والأغصان نماء متميز ، وهي داخلة في الرهن

١٤٠٣٥ - قالوا : عقد لا يفضي إلى زوال الملك ، فوجب أن لا يسري إلى الولد ، كالإجارة .

١٤٠٣٦ - قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأن الإجارة تزيل الملك عن المنافع بعقدها عندهم ، وعندنا بملك (الأموال التي) [٧] يفضي عقدها إلى زوال الملك .

١٤٠٣٧ - ولا نسلم الوصف في الأصل ؛ لأن عقد الرهن يقتضى [٨] بيع الرهن عندهم إذا تعذر استيفاء الدين ، وعندنا : إذا مات الراهن فيزول الملك عنه ببيعه بمقتضى عقد الرهن ، وقد أفضى إلى زوال الملك بتوسط البيع ، ويبطل بالوديعة على أحد الوجهين إذا ولدت [٩] جاز للمودَع أن يمسكها وديعة كالأم .

---

(١) في (م) ، (ع) : [من حبس الحبس] ، مكان : [بحبس الجنس] .

(٢) في (م) : [يسري] ، مكان : [تسري] ، وفي (م) ، (ع) : [لحق] ، مكان : [كحق] .

(٣) في (م) ، (ع) : [والكفاية] ، مكان : [وولد الكتابة] .

(٤) في (ص) : [الإكساب] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ونماء الثمرة والصوف] ، بزيادة : [والصوف] .

(٦) في (ص) : [تدخل] .

(٧) ما بين القوسين بدل كلمة غير مقروءة ترسم بهيئة [ما لا محال] .

(٨) وردت في (م) ، (ع) بعد قوله : [عقد الرهم يقتضي] عبارة مضطربة ، لفظها : « عقدها إلى زوال الملك ، ولا نسلم الوصف في الأصل ، لأن عقد الرهن إذا مات الراهن متروك الملك عنه ببيعه بمقتضى عقد الرهن ، وقد أفضى إلى زوال الملك] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولد] .

١٤٠٣٨ – والمعنى في [(١)] ولد المستأجرة : أن العقد لا يجوز أن يتناوله بالعقد عليه ، حتى يدخل تابعًا للعقد على أمه ، وولد المرهونة يجوز أن يتناول عقد الرهن لو وجد مع الأم ، فجاز أن يدخل تابعًا للعقد الذي وقع عليها .

١٤٠٣٩ – فإن قيل : ولد المكاتبة يدخل في كتابتها ، وإن أفرده بالعقد لم يجز .

١٤٠٤٠ – قلنا : لو كاتبها على نفسها وولدها الصغير جاز ، ويكون مكاتبًا ، وإنما لا يجوز أن يفرده بالعقد ؛ لأنه لا يصح منه القبول ، فيصير كالعبد الكبير إذا كاتبه فلم يقبل ، فإذا كاتبه معها [(٢)] صح قبولها في حقه وصحت الكتابة .

١٤٠٤١ – ولأن عقد الإجارة ينعقد على المنافع والولد حادث من الرقبة ، وكل ما [(٣)] حدث من غير ما تعلق العقد به لم يدخل في العقد ، والرهن ينعقد على ورثته [(٤)] المرهونة ، والولد حادث منها ، فجاز أن يسري إليه ما تعلق بها .

١٤٠٤٢ – فإن قيل : الإجارة تتناول [(٥)] الرقبة ، بدلالة : أنه يقول [(٦)] : آجرتك هذه الجارية ، ولا يقول : آجرتك منافعها .

١٤٠٤٣ – [قلنا : الدليل على العقد على منافعها] [(٧)] : أنه لابد أن يقول : آجرتكها للخدمة ، أو لعمل كذا .

ولأنه لو آجر ما لا منفعة له ، كالجارية الطفلة ، والأرض السبخة ، لم تصح الإجارة ، فأما الرهن فينعقد على الرقبة ، بدلالة : أنه يجوز أن يرهن ما لا منفعة له ، كالحنطة ، والشعير .

١٤٠٤٤ – فإن قيل : فنحن نقول في الرهن : إنه لا ينعقد على العين ، وإنما ينعقد على ثمن الرهن ، ويستوفي الدين من ثمنه أو قيمته إذا استهلك .

١٤٠٤٥ – قلنا : إنما يتعلق الحبس بالثمن وبالقيمة لتعلقه بالعين ويستوفي من الثمن ،

---

(١) لفظ : [في] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) قوله : [فلم يقبل ، فإذا كاتبه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [منها] ، مكان : [معها] .

(٣) في (م) : [مظما] ، وفي (ع) : [سظما] ، مكان : [وكل ما] .

(٤) في (ص) : [ودينه] بدون نقط ، والمثبت في (م) ، (ع) ، لعل الصواب : [عين] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يتناول] .

(٦) في (م) ، (ع) : [أنه لو قال] ، بزيادة : [لو] .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

لأنه لا يمكن استيفاؤه من العين ، لأنها من غير جنس حقه ، ولو كانت من جنس الدين استوفي عينها [١] .

١٤٠٤٦ - قالوا وثيقة فلا تسري [٢] إلى ولدها ، كالضامنة والشاهدة .

١٤٠٤٧ - قلنا : إن كانت الضامنة ضمنت بإذن مولاها ، صح الضمان وسَرَى إلى ولدها مثل مسألتنا لا فرق بينهما ، وإن كانت حرة فالحق يتعلق بذمتها لا برقبتها ، والولد متولد من الرقبة ، فلم يسر إليه ما لا يتعلق بها ، فأما الشاهدة : فليس هناك حق تعلق برقبتها ، وإنما رجعت إليها عبادة والعبادة الواجبة على الأم لا تسري إلى الولد .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ثمنها] ، مكان : [عينها] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٢) في (م) ، (ع) : [فلا يسري] .

مسألة ٧٠٩

هلاك الرهن وضمانه

١٤٠٤٨ – قال أصحابنا [(١)] : الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين [(٢)] .

١٤٠٤٩ – وقال الشافعي : الرهن أمانة تهلك من مال الراهن ، والدين بحاله [(٣)] .

١٤٠٥٠ – لنا : ما روى عبد الله بن المبارك ، عن مصعب بن ثابت ، عن عطاء بن أبي رباح : « أن رجلًا ارتهن فرسًا ، فماتت الفرس في يد المرتهن ، فقال رسول الله ﷺ : ذهب حقك » [(٤)] .

١٤٠٥١ – ولا يجوز أن يكون المراد به : ذهب حقك من الوثيقة ، لأن هذا معلوم مشاهد .

---

(١) قوله : [قال أصحابنا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : أحكام القرآن للجصاص « باب ضمان الرهن » (٥٢٦/١) وما بعدها ، متن القدوري « كتاب الرهن » ص ٤٠ ، ٤١ ، الكتاب مع اللباب « كتاب الرهن » (٥/٢) ، طريقة الخلاف في الفقه ، « كتاب الرهن » (ص) ٤٣١ – ٤٣٤ ، مسألة (١٧٥) ، بدائع الصنائع « كتاب الرهن » ، « فصل : وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون » (١٥٤/٦ ، ١٥٥) ، تكملة فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الرهن » (١٤٥/١٠ – ١٤٧) ، كنز الدقائق « كتاب الرهن » ص ١٧٢ .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : الأم « كتاب الرهن » ، في « ضمان الرهن » (١٤٧/٣ ، ١٤٨) ، مختصر المزني « باب ضمان الرهن » ص١٠١ ، اختلاف العلماء « باب الرهن » ص٢٦٧ – ٢٧٠ ، التنبيه « كتاب الرهن » (ص) ٧١ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الرهن » (٢٤٩/١٣ ، ٢٥٠) ، حلية العلماء « باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل » (٤٥٨/٤ ، ٤٥٩) ، التفريع ، في « فصل ١٠١٨ : في ضمان الرهن » (٢٥٩/٢) ، الكافي لابن عبد البر « باب ما يضمن من الرهون وما لا يضمن منها » (٨١٦/٢ ، ٨١٧) ، المقدمات الممهدات « فصل في ضمان الرهن » (٣٦٧/٢ ، ٣٦٨) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الخامس في الرهون » ص٣٣٥ ، الإفصاح « باب الرهن » (٣٧٠/١) ، الكافي لابن قدامة « باب الرهن » ، « فصل : الرهن أمانة في يد المرتهن » (١٣٥/٢) ، المغني « مسألة : الرهن إذا تلف بغير جناية من المرتهن رجع المرتهن بحقه عند محله » (٤٣٨/٤ ، ٤٣٩) ، العدة مع العمدة « باب الرهن » ص ٢٤٧ ، الإنصاف ، الباب السابق (١٥٩/٥ ، ١٦٠) .

(٤) أخرجه الطحاوي في المعاني « كتاب الرهن » ، « باب الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه » (١٠٢/٤) ، وابن أبي شيبة باختلاف يسير في اللفظ ، في المصنف « كتاب البيوع » ، « في الرجل يرهن الرجل فيهلك » (٣٣٣/٥) ، الحديث (١) ، وأبو داود في المراسيل « باب ما جاء في الرهن » ص ٢١، والبيهقي في الكبرى « كتاب الرهن » ، « باب من قال الرهن مضمون » (٤١/٦) ، وابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب الرهن » (٣٧٨/٦) ، المسألة (١٢١٥) .

ولا يجوز أن يكون المراد به : ذهب حق المطالبة برهن آخر ، لأن هذا لم يكن حقًّا ، والخبر يقتضي ذهاب حق ثابت ، فلم يبق إلا أن يكون المراد به : ذهب حقك من الدين .

١٤٠٥٢ - ولأنه ذكر حقًّا مضافًا إليه ، وهذا يقتضي التعريف ، فإن كان المعرف هو الدين فهو قولنا ، وإن كان لا ينصرف إلى معرفة ، انصرف إلى جنس حقه ، فيقتضي إسقاط الوثيقة والدين تبعًا ؛ ألا ترى : أن مخالفنا حمل الخبر على إسقاط الوثيقة ، وذلك لغير حقه ، فلا يكون معرفة .

١٤٠٥٣ - فإن قيل : لو أراد سقوط الدين لسأل عن قيمة الرهن .

١٤٠٥٤ - قلنا : يجوز أن يكون علم قيمة الرهن أكثر من الدين .

ولأن الخبر يقتضي الضمان ، وكيفية الضمان فرع عليه .

١٤٠٥٥ - فإن قيل : راويه مصعب بن ثابت ، وهو ضعيف [١] .

١٤٠٥٦ - قلنا : راويه ابن المبارك عنه تعديل ، وإرساله لا يُقدح فيه ، لأن المرسل والمتصل [٢] عندنا سواء في الاستدلال .

١٤٠٥٧ - ويدل عليه : ما روى عبد الرحمن بن أبي الزناد [٣] ، عن أبيه ، قال : كان من أدركت من فقهائنا الذين [٤] انتهى إلى قولهم ، منهم سعيد بن المسيب ، وعروة ابن الزبير ، والقاسم بن محمد ، وأبو بكر بن عبد الرحمن ، وخارجه بن يزيد ، وعبيد اللَّه بن عبد اللَّه في مشيخة [٥] من نظرائهم ، أهل فقه وصلاح وفضل ، كلهم قالوا : « الرهن بما فيه ، إذا هلك وعميت قيمته » ورفع [٦] ذلك منهم الثقة إلى النبي ﷺ [٧] .

---

(١) مصعب بن ثابت : ضعفه يحيى بن معين ، وأحمد ، وقال أبو حاتم : لا يحتج به ، وقال النسائي : ليس بالقوي ، مات سنة سبع وخمسين ومائة . راجع ترجمته في : المجروحين (٢٨/٣ ، ٢٩) ، ميزان الاعتدال (١١٨/٤ ، ١١٩) ، الترجمة (٨٥٥٨) ، تقريب التهذيب (٢٥١/٢) ، الترجمة (١١٥٠) .

(٢) في (م) ، (ع) : [والمعتل] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أبي الزياد] .

(٤) في جميع النسخ : [البركة] ، مكان : [أدركت] ، والمثبت من المعاني للطحاوي ، وفي (م) ، (ع) : [الذي] ، مكان : [الذين] .

(٥) في سائر النسخ : [وأبو بكر بن عبد الرحمن بن خارجة بن يزيد وعبد اللَّه بن مشيخة] ، مكان المثبت ، وما أثبتناه من المعاني .

(٦) في (م) ، (ع) : [هناك وعمت] ، مكان : [هلك وعميت] ، وقوله : [ورفع] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) أخرجه الطحاوي في المعاني « كتاب الرهن » ، « باب الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه ؟ » =

١٤٠٥٨ - قلنا [١] : ذكر هذا الطحاوي ؛ فدل عليه إجماع السلف .

١٤٠٥٩ - روى عبد اللَّه بن عمر : « أن عمر بن الخطاب [٢] قال في الراهن يرهن الرهن فيضيع ، قال : إن كان بأقل ردوا عليه ، وإن كان بأفضل [٣] ، فهو ليس في الفضل » [٤] .

١٤٠٦٠ - وعن محمد بن الحنفية أن عليًا قال : « إذا رهن الرجل الرجل [٥] رهنًا فقال المعطي : لا أقبله إلا بأكثر مما أعطيك ، فضاع [رد عليه الفضل ، وإن رهنه وهو أكثر مما أعطى بطيب نفس من الراهن ، فضاع] [٦] ، فهو بما فيه » [٧] .

وعن شريح أنه قال : « الرهن بما فيه ولو بخاتم من حديد » [٨] .

١٤٠٦١ - وقد اتفقوا على الضمان ، واختلفوا في كيفيته ، فمن أسقط الضمان خالف الإجماع .

١٤٠٦٢ - قالوا : قد روي عن عليٍّ ﷺ أنه قال : « الرهن أمانة » [٩] .

= (١٠٢/٤) ، وأورده الجصاص في أحكام القرآن [باب ضمان الرهن] (٥٢٩/١) .

(١) لفظ : [قلنا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [عبد اللَّه بن عمر بن الخطاب] ، مكان المثبت .

(٣) في (ع) : [بالفضل] ، مكان : [بأفضل] .

(٤) لم نعثر على هذا الأثر من طريق عبد اللَّه بن عمر بعد . وقد أخرجه الطحاوي بلفظ : [أن عمر بن الخطاب قال في الرجل يرتهن الرهن ، فيضيع ، قال : إن كان بأقل ردوا عليه ، وإن كان بأفضل ، فهو أمين في الفضل] . في المعاني ، الباب السابق (١٠٣/٤) ، والبيهقي نحوه في الكبرى « كتاب الرهن » ، « باب من قال الرهن مضمون » (٤٣/٦) ، وابن أبي شيبة بمعناه بلفظ آخر في المصنف « كتاب البيوع » ، « في الرجل يرهن الرجل فيهلك » (٣٣٥/٥) ، والدارقطني « كتاب البيوع » (٣١/٣) ، الحديث (١١٩ ، ١٢٠) .

(٥) لفظ : [الرجل] الثاني ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) الزيادة : من المعاني للطحاوي .

(٧) أخرجه الطحاوي في المعاني ، الباب السابق (١٠٣/٤) ، والبيهقي نحوه في الكبرى ، الباب السابق (٤٣/٦) ، وابن أبي شيبة من طريق عبد الأعلى بهذا المعنى ، في المصنف ، في العنوان السابق (٣٣٤/٥) ، الأثر (١١) ، والجصاص في أحكام القرآن [باب ضمان الرهن] (٥٢٦/١ ، ٥٢٧) .

(٨) أخرجه عبد الرزاق بمعناه في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب الرهن يهلك » (٢٣٨/٨ ، ٢٣٩) ، الأثر (١٥٠٣٧) ، وابن أبي شيبة في المصنف ، في العنوان السابق (٣٣٣/٥) ، والطحاوي في المصدر السابق (١٠٣/٤) .

(٩) لم نهتد إلى أثر عليٍّ ﷺ بهذا اللفظ بعد .

وروي أنه قال : « إذا تلف الرهن بجائحة [(١)] ، فلا ضمان على المرتهن » [(٢)] .

١٤٠٦٣ - قلنا : المشهور عن [(٣)] عليٍّ ﷺ ما ذكرناه ، ورواه ابن الحنفية ، ورواه قتادة ، عن خلاس ، عن عليٍّ ﷺ ، وما ذكروه لا يعرف ، فإن ثبت أنه قال : « أمانة » ؛ فمعناه : أن عينه غير مضمونة ، فإن كان الدين يسقط [(٤)] بهلاكه وفعله إذا هلك الراهن ، فلا يجب بلا ضمان ، وإنما أسقط ضمانه في بعض الأحوال ، وهذا لا ينفي الضمان ، كما روي عنه في الأجير المشترك .

١٤٠٦٤ - ولأنه محبوس بعقد لاستيفاء مال [(٥)] ، فكان المحبوس مضمونًا ، كالمبيع في يد البائع .

١٤٠٦٥ - قالوا : المبيع غير محبوس بالبيع ، وإنما [(٦)] حبسه لاستيفاء الثمن (وهذا الحق في الحبس) [(٧)] إنما يثبت [(٨)] بعقد البيع ولم يثبت قبله .

١٤٠٦٦ - ولا يلزم : الإجارة ؛ لأن العين محبوسة لاستيفاء منفعة .

١٤٠٦٧ - ولا يلزم : إذا تفاسخا الإجارة وقد أتلف [(٩)] الأجرة أنه يحبس ما استأجره حتى يأخذ الأجرة ، فلا يكون مضمونًا ؛ لأنه محبوس (بالأجرة لفسخ العقد) [(١٠)] .

١٤٠٦٨ - ولا يلزم : الولد أنه مضمون ؛ لأنه لو هلك بعد هلاك / الأم سقط ما يقابله من الدين ، فإن هلك مع بقائها فهو مضمون ، لكن انتقل ما فيه من الضمان إلى الأم . ١/ب

١٤٠٦٩ - ولا يلزم الزيادة على مقدار الدين ؛ لأن جملة الرهن عندنا مضمونة بما في مقابلتها وإن كان أقل من قيمتها ، [كما أن المبيع مضمون بالثمن وإن كان أقل من قيمته] [(١١)] .

---

(١) في (م) ، ع : [لحاجة] .
(٢) لم نعثر على هذا الأثر بهذا اللفظ بعد . وقد أخرجه الطحاوي بلفظ : أن عليًا قال في الرهن : [يترادان الزيادة والنقصان جميعًا ، فإن أصابته جائحة ، بريء] . في نفس المصدر السابق (١٠٣/٤) .
(٣) لفظ : [عن] ساقط من (م) ، (ع) . (٤) في (م) ، (ع) : [سقط] .
(٥) في جميع النسخ : [الاستفاء حال] ، مكان : [لاستيفاء مال] ، الصواب ما أثبتناه .
(٦) في (م) ، (ع) : [فلما] ، مكان : [وإنما] .
(٧) ما بين القوسين بدل عبارة غير مقروءة مثبتة في هامش (ص) ، ولم ترد في غيرها .
(٨) في (م) ، (ع) : [ثبت] . (٩) في (م) ، (ع) : [أتلفه] ، بزيادة الهاء .
(١٠) ما بين القوسين بدل ما جاء في النسخ بلفظ : [بالفسخ لها بالعبد] .
(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

١٤٠٧٠ - قالوا : قولكم لاستيفاء مال ، لا يصح ؛ لأن الدَّين عندكم ليس بمال .

١٤٠٧١ - قلنا : المستوفي هو عين مال ، والرهن محبوس لاستيفاء ملك العين .

١٤٠٧٢ - قالوا قولكم : محبوس لاستيفاء مال ، ليس له تأثير في الأصل ، ولا في الفرع ، أما في الفرع : فلو أعطاه رهنًا ليقرضه كان مضمونًا ، وليس بمحبوس للاستيفاء، ولو قضاه الدين كان الرهن مضمونًا ، وليس بمحبوس ، فكذلك [1] في الأصل لو قضاه الثمن كان المبيع مضمونًا .

١٤٠٧٣ - قلنا : في هذه المواضع العين مضمونة ، لا لهذه العلة ، لكن لغيرها . ومتى يثبت مثل الحكم بعين علته [2] ، لم يبطل تأثيرها إذا وجدت . ثم كل واحد من الموضعين مؤثر في الحكم ، فإن ارتفع الحبس [3] زال الضمان ، مثل أن يعيره الراهن [4] وإن بقي الحبس لا للاستيفاء فقد سقط الضمان ، وهو إذا (أبرأه) [5] المرتهن من الدين ثم هلك الرهن ، وإذا (زال) [6] الحكم بزوال الوصف في موضوع واحد ثبت تأثيره .

١٤٠٧٤ - فإن قيل : المعنى في البيع : أن الثمن وجب بالقول ، فإذا هلك المبيع انفسخ العقد ، فيسقط ما وجب ، والدين في مسألتنا لم يجب بعقد الرهن ، فإذا هلك الرهن لم يسقط الدين .

١٤٠٧٥ - قلنا : إنما انفسخ البيع بهلاك المبيع لأنه مضمون ؛ بدلالة : أن المشتري لو قبضه ثم أودعه إياه لم ينفسخ البيع بهلاكه ؛ لأنه لم يكن مضمونًا

١٤٠٧٦ - قلنا [7] : قولهم إن الدين لما لم يجب بعقد [8] الرهن لم يسقط بهلاكه ، لا يصح ، لأن الدين لا يسقط عندنا ، وإنما يصير مستوفيًا له ، بدلالة : أن هلاك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم ، يصير به مستوفيًا ويتم العقد ، ولو كان إسقاطًا لبطل الصرف ، كالبراءة ، والسبب الذي يقع به [9] الاستيفاء ليس هو بسبب المداينة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بذلك] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ثبت مثل الحكم للعين عليه] ، مكان المثبت .

(٣) في (م) ، (ع) : [الجنس] .

(٤) في جميع النسخ : [للراهن] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) ما بين القوسين بدل ما جاء في (م) ، (ع) بلفظ : [يسر] ، وفي (ص) : [أيسر] .

(٦) في (م) ، (ع) ، (ص) : [ترك] وفي (ص) : [نزل] ، والصواب [زال] كما أثبتناه .

(٧) في (ص) : [قالوا] ، مكان : [قلنا] . (٨) في (م) ، (ع) : [لعقد] .

(٩) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) .

١٤٠٧٧ - ولأنه حبس للاستيفاء ؛ فكان مقتضاه في المعقود عليه المنافع ، وهي مضمونة عندنا .

ولا يلزم الولد ؛ لأنه ليس بمعقود عليه ، ولا الزيادة [١] ، لأنا قلنا : مقتضاه الضمان في المعقود عليه ، وكيفية الضمان لم يتعرض لها .

١٤٠٧٨ - فإن قيل : المعنى في البيع أنها معاوضة [٢] يستحق فيها المشتري حقًّا في مقابلة حق عليه ، وإذا لم يسلم له ماله لم يلزمه ما عليه ، وليس كذلك الرهن ، لأنه وثيقة ، فلم يسقط بزوالها ، كالضمان .

١٤٠٧٩ - قلنا : كون الشيء مضمونًا لا يقف على العوض ؛ بدلالة : الغصب والمقبوض على وجه السوم ، فأما الدين في الرهن وإن لم يكن عوضًا عنه ، فهو في مقابلته كالثمن المقابل للمبيع .

١٤٠٨٠ - ولأنه محبوس بعقد [٣] الرهن ، فكان مضمونًا ، كالعارية والغصب إذا رهنهما .

١٤٠٨١ - ولأنه [٤] حكم يتعلق بالغصب إذا رُهِن [٥] تعلق بالرهن المبتدأ حق [٦] الإمساك ، وحق البيع في الحق .

١٤٠٨٢ - ولأنه عقد وثيقة ؛ فكان مقتضاه الضمان ، كالحوالة ، والبيع .

١٤٠٨٣ - ولأنه عقد اختص بما ليس ثابتًا به ؛ فكان مقتضاه الضمان ، [كالبيع .

ولا يلزم الشركة ؛ لأن شركة الوجوه جائزة عندنا من غير مال .

١٤٠٨٤ - ولأنه عقد يختص بدين من إحدى جنبتيه ، وعمل من الجنبة الأخرى ، فكان مقتضاه الضمان] ، كالسلم .

١٤٠٨٥ - ولأنه لو ادعى رده لم يصدق [٧] ، فكان مقتضاه الضمان ، كالغصب .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولأن الزيادة] .
(٢) قوله : [أنها معاوضة] ساقط من (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [لعقد] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ولأن] ، بدون الهاء .
(٥) لفظ : [رهن] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (ع) : [بحق] ، وفي (م) ، (ص) : [لحق] .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، إلا أن لفظ : [الوجوه] فيه غير واضح ، لعل الصواب ما أثبتناه ، وفي (م) ، (ع) : [لم يقصد] ، مكان : [لم يصدق] . راجع تعريف شركة الوجوه وحكمها في بدائع الصنائع « كتاب الشركة » (٥٧/٦) .

١٤٠٨٦ - ولأن الحق تعلق بالرهن ، فسقط بهلاكه ، كالعبد الجاني إذا هلك .

١٤٠٨٧ - فإن قيل : الحق في الجناية تعلق بمحل واحد ، فسقط بهلاكه .

١٤٠٨٨ - وفي مسألتنا : الحق تعلق بجنس ، فهلاك أحدهما لا يوجب سقوطه عن الآخر .

١٤٠٨٩ - قلنا : الثمن في البيع تعلق بالمبيع والذمة ، فهلاك [1] أحدهما يوجب سقوطه ، والدين تعلق بمحل واحد وهو الذمة [2] ، وتلف الذمة بموت من عليه الدين لا يسقطه [3] .

١٤٠٩٠ - ولأن كل مقبوض على جهة ، فهلاكه يقع على الجهة التي وقع القبض عليها [4] ، كالمغصوب لما اقتصر على الضمان كان هلاكه على ذلك ، وعكسه : الوديعة .

والمقبوض بالسوم لما قبض للتمليك كان هلاكه هلاك المبيع حتى يضمنه القابض ، ومعلوم أن الرهن قبض للاستيفاء ، ألا ترى : أنه يقبضه ليستوفي الدين من ثمنه ، فوجب أن يكون بهلاكه مستوفيًا .

١٤٠٩١ - فإن قيل : إنما قبض الرهن للوثيقة .

١٤٠٩٢ - قلنا : معنى الوثيقة : هو الاستيفاء الذي يقصده صاحب الحق ، إما من الرهن أو من ذمة الراهن ليخلص الرهن .

١٤٠٩٣ - ولا يلزم : [5] إذا تفاسخا الإجارة ، فحبس العين ليس [6] في الأجرة ، لأنه ليس يبتدئ الحبس وإنما يبقى على الحبس [7] الأول ، وذلك كان [8] لغير الاستيفاء .

١٤٠٩٤ - ويجوز أن يقال : إنه يثبت له [9] حق حبس المنافع المعقود عليها دون

---

(١) في (م) ، (ع) : [وهلاك] .
(٢) في (م) ، (ع) : [الدية] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لا يسقط] بدون الهاء .
(٤) قاعدة : « كل مقبوض على حهة فهلاكه يقع على الجهة التي وقع القبض عليها » .
(٥) في (م) ، (ع) : [فلا يلزم] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لحبس] ، مكان : [فحبس] ، ولفظ : [ليس] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) في (م) ، (ع) : [الجنس وإنما يبقى على الجنس] ، مكان المثبت .
(٨) لفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) في (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [يثبت] ، ولفظ : [له] ساقط من (ع) .

العين التي [١] لم يتناولها العقد ، لكن لا يتوصل إلى حبس المنافع إلا بحبس [٢] العين .

١٤٠٩٥ - فإن قيل : يجب أن تكون المنافع مضمونة .

١٤٠٩٦ - قلنا : لا تضمن [٣] عندنا إلا بعقد .

١٤٠٩٧ - احتجوا : بما روى الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، عن أبي هريرة ﷺ: أن النبي ﷺ قال : « لا يغلق الرهن من راهنه [٤] الذي رهنه ، له غنمه ، وعليه غرمه » [٥] .

١٤٠٩٨ - [قالوا : فقوله : « الرهن من راهنه » ، بمعنى : من ضمانه ، وبقوله : « وعليه غرمه »] [٦] يعني : ضمانه وهلاكه .

١٤٠٩٩ - الجواب [٧] : أن هذا حديث مرسل ، رواه كذلك مالك ، وثقات أصحاب الزهري ، وقد رواه يحيى بن أبي أنيسة [٨] ، فذكر أبا هريرة ، وليس يحيي ممن تقبل زيادته على مالك ؛ لأنهم لا يقبلون زيادة من ليس بحافظ على الحافظ [٩] [١٠] .

١٤١٠٠ - فإن قيل : مراسيل سعيد [١١] بن المسيب مقبولة عند الشافعي .

١٤١٠١ - قلنا : ولِمَ كان الشافعي يخص مراسيل ابن المسيب دون سائر أهل المدينة ، مثل : أبي سلمة ، والقاسم ، وسالم ، وعروة ، وسليمان بن يسار ، والشعبي ، والنخعي من أهل الكوفة ، والحسن ، وابن سيرين من أهل البصرة ، ومن فوقهم من التابعين ، مثل : علقمة ، والأسود ، وعمرو بن شرحبيل ، وعبيدة ، وشريح ، فإن جاز

---

(١) في (ص) ، (م) : [الذي] . (٢) في (م) ، (ع) : [لحبس] .

(٣) في (م) : [لا يضمن] .

(٤) لفظ : [الرهن [مكرر في جميع النسخ ، وهو سهو ، وفي (ع) : [رهنه] ، مكان : [راهنه] .

(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٦٧٨) .

(٦) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .

(٨) يحيى بن أبي أنيسة : قال البخاري : ليس بذاك ، وقال أحمد ، والنسائي ، والدارقطني : متروك ، وقال علي بن المديني : ضعيف لا يكتب حديثه ، مات سنة ست وأربعين ومائة . راجع ترجمته في : المجروحين (١١٠/٣) ، الكامل (١٨٦/٧) ، الترجمة (٢٠٩٦/٤٣) ، ميزان الاعتدال (٣٦٤/٤ ، ٣٦٥) ، الترجمة (٩٤٦٣) ، تقريب التهذيب (٣٤٣/٢) ، الترجمة (١٩) .

(٩) في (م) ، (ع) : [على الحفاظ] . (١٠) قاعدة : « لا تقبل زيادة غير الحافظ على الحافظ » .

(١١) لفظ : [سعيد] ساقط من (م) ، (ع) .

قبول مراسيل سعيد فمراسيل هؤلاء مثلها ، وإن يمنع مراسيل هؤلاء فكذلك سعيد .

١٤١٠٢ - ثم هذا الحديث بعضه من كلام رسول الله ﷺ ، وبعضه من كلام ابن المسيب ، فأضاف الراوي جميعه إلى النبي ﷺ .

١٤١٠٣ - قال ابن وهب : سمعت مالكًا ، ويونس ، وابن أبي ذئب ، يحدثون عن ابن شهاب ، عن ابن المسيب : أنَّ رسول اللَّه ﷺ قال : [« لا يغلق الرهن » ، قال يونس بن يزيد ، قال ابن شهاب : وكان ابن المسيب يقول : الرهن لصاحبه غنمه ، وعليه غرمه [1]] ، فمن أدرج أحدهما في الآخر لم يعرف التفصيلَ الذي بيّنه يونس في روايته ، ولو ثبت هذا الخبر لم يكن فيه دلالة ، لأن قوله ﷺ : « لا يغلق الرهن» معناه : لا يصير للمرتهن بدينه ، هكذا فسره أبو عبيد [2] ، وروي هذا التفسير كذلك عن النخعي ، والثوري ، ومالك [3] .

١٤١٠٤ - قال أبو عبيد [4] : من حمله على الهلاك فقد حمله على ما لا وجه له في اللغة ، وأما قوله : « الرهن من راهنه » ، فمعناه : نفقة الرهن من راهنه ، ثم بين ذلك فقال : إذا كان له غنمه وزيادته كان عليه نفقته .

١٤١٠٥ - وهذا مثل الحديث الذي روي : « أن نماء الرهن لمن ينفق عليه » [5] ، وحمله على هذا أولى من حمله على الهلاك ، لأنه [6] بعد الهلاك ليس برهن ، ويحتمل « الرهن من راهنه » : أنه [7] من ملك راهنه .

١٤١٠٦ - فأما قوله : « له غنمه ، وعليه غرمه » ، بمعنى : له زيادة من الولد والثمرة ، وعليه غرمه من النفقة والمؤنة .

١٤١٠٧ - ويحتمل : له غنمه إذا بيع بأكثر من الدين كان الزيادة له ، وإذا بيع بأقل كان غرم النقصان عليه ، ولا يجوز أن يحمل الغرم على الهلاك ، لأن الغرم هو اللزوم ،

---

(١) في (ص) بياض بعد قوله : [أن رسول اللَّه ﷺ] ، وما بين المعكوفتين : أثبتناه من معاني الآثار والحديث : أخرجه الطحاوي بهذا الإسناد واللفظ ، في المعاني ، الباب السابق (٤/١٠٠) .

(٢) في (ص) : [أبو عبيدة] ، وقد تقدم تخريج تفسير أبي عبيدة في مسألة (٧٠٧) .

(٣) راجع تخريج تفسير النخعي في مسألة (٦٧٨) ، وتفسير الثوري ومالك في مسألة (٧٠٧) .

(٤) في (ص) : [أبو عبيدة] .

(٥) لم نعثر عليه بهذا اللفظ. وقد تقدم تخريجه بلفظ : [وعلي من يحلبه ويركبه نفقته[في مسألة (٦٨١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأن] ، بدون الهاء .

(٧) في (ص) ، (م) : [أن] بدون الهاء .

ومنه سُمي الغريم غريمًا .

١٤١٠٨ - وقال الله تعالى ﴿ إِنَّ عَذَابَهَا كَانَ غَرَامًا ﴾ [1] أي لازما ، وقال تعالى : ﴿ إِنَّا لَمُغْرَمُونَ ﴾ [2] ، أي مثقلون [3] بالدين ، لأن من هلك [4] زرعه بقي عليه دينه ، ولا يعرف الغريم بمعنى الهلاك في اللغة ، فلا يجوز حمله عليه .

١٤١٠٩ - قالوا : مقبوض عن عقد لو كان فاسدًا لم يكن مضمونًا ، فإذا كان صحيحًا لم يكن مضمونًا ، كالوديعة ، والمضاربة ، والشركة ، والوكالة ، وعكسه : القرض [5] .

١٤١١٠ - قلنا : الوصف غير مسَّلم ، ولا فرق عندنا بين البيع والرهن في الضمان ، لأن البيع الصحيح مضمون ، وكذلك الرهن الفاسد ، لأنهم قالوا : إذا ارتهن المسلم من ذمي خمرًا فهلكت في يده يضمنها [6] ، والبيع الباطل غير مضمون ، كالبيع بالخمر ، والميتة ، والدم .

١٤١١١ - والرهن الباطل غير مضمون ، كالرهن بالوديعة والمضاربة ، فعلى هذا : الرهن يتعلق به الضمان فلم تصح العلة .

١٤١١٢ - قالوا : مقبوض عن عقد واحد بعضه أمانة ، فوجب أن يكون جميعه أمانة . أصله : المقبوض عن عقد الوكالة والشركة والوديعة والمضاربة .

١٤١١٣ - قلنا : نقول [7] بموجب العلة على قول أبي الحسن : أن المقبوض أمانة ، إلا أن الدين يسقط بهلاكه ، ولا يمتنع أن يقبض بعقد واحد ما يختلف حكمه في الضمان ؛ بدلالة : أن العين المستأجرة مقبوضة بعقد الإجارة ، وهي أمانة ، ومنافعها مقبوضة بذلك العقد ، وهي مضمونة لو استعار من أحد الشريكين نصيبه .

١٤١١٤ - ثم إن المعير ابتاع نصيب شريكه ثم رهن العين عند المستعير كانت العين [8] مقبوضة بعقد الرهن ، بعضها مضمون وبعضها أمانة .

---

(١) سورة الفرقان : الآية ٦٥ .　　(٢) سورة الواقعة : الآية ٦٦ .

(٣) في (م) : [منقلون] . قال الجصاص : [وقال تعالي (إن لمغرمون) ، يعني ملزمون مطالبون بديوننا ، فهذا أصل الغرم في أصل اللغة] ، في أحكام القرآن [باب ضمان الرهن] (٥٢٩/١) .

(٤) في (ع) : [ملك] ، مكان : [هلك] .　(٥) في (م) ، (ع) : [المقرض] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فضمنها] .

(٧) في (م) ، (ع) : [القول] ، مكان : [نقول] .

(٨) لفظ : [العين] ساقط من (م) ، (ع) .

١٤١١٥ – والمعنى فيما قاسوا عليه : أن القول قول المرتهن في الرهن ، ولما لم يقبل قول المرتهن في الرد جرى مجرى الغاصب .

١٤١١٦ – قالوا : حق متعلق بمحلين [١] ؛ فلا يسقط / بتلف أحدهما ، كالضمان . ١٦٢/

١٤١١٧ – قلنا : يبطل بالثمن هو متعلق بذمة المشتري وبعين المبيع ، ويسقط بتلف المبيع .

١٤١١٨ – ولأن ذمة الكفيل وثيقة غير مقبوضة [٢] للاستيفاء ، فهي كنفس الدين إذا استوفى .

أو نقول : مال مقبوض بإزاء مال مقبوض ، فكان مضمونًا .

١٤١١٩ – قالوا : وثيقة في دين ليس بعوض منها [٣] ، فوجب أن [لا يسقط الدين بتلفها ، كالضامن ، والشاهد .

١٤١٢٠ – قلنا : موجَبُها أن] [٤] تجدد ضمانًا لم يكن . أصله : وثيقة الضامن . ولأن ذمة الضامن قائمة مقام ذمة صاحب الأصل ، ولو هلكت الذمة الأصلية لم يسقط الدين ، كذلك [٥] الذمة القائمة مقامها . والرهن قائم مقام الدين ووثيقة به ليستوفي منه ، ولو قبض الدين نفسه فهلك في يده كان مضمونًا ، كذلك [٦] إذا قبض ما قام مقامه .

١٤١٢١ – قالوا : مرهونٌ عريٌّ عن عدوان ، فوجب أن يكون أمانة ، كالزيادة على قدر الحق .

١٤١٢٢ – قلنا : الرهن ليس بمضمون بنفسه عندنا ؛ وإنما يضمن بما يقابله من الدين ، والزيادة ليس في مقابلها دين ، فلا يتعلق بها ضمان .

ولأن الدين عندنا في مقابلة الرهن ، كما أن الثمن في مقابلة المبيع .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بمجلس] .

(٢) سقطت عبارة طويلة من مكان النقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركها الناسخ في الهامش ، إلا أنها غير مقروءة لرداءة التصوير .

(٣) في (ص) ، (م) : [بعرض فيها] ، وفي (ع) : [بفرض فيها] ، الصواب ما أثبتناه من النكت للشيرازي (ورقة ١٥٣ب) .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، إلا أنه غير واضح ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) في (ص) : [لذلك] .

(٦) لفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) : [لذلك] ، مكان : [كذلك] .

١٤١٢٣ - ثم هلاك المبيع يسقط الثمن ، ولا يجب فيما زاد على الثمن ضمان ، كذلك [1] ما زاد على قدر الدين من قيمة الرهن .

١٤١٢٤ - ولأن ضمان الرهن لما تعلق به حق الاستيفاء ، وليس في مقابلة الزيادة حق استيفاء .

١٤١٢٥ - ولا يقال : إن الدين في مقابلة كل جزء من الرهن ، لأنه كذلك [2] حبسًا وإمساكًا ، فأما استيفاء فلا ، لاستحالة أن يستوفي درهمين بدرهم .

١٤١٢٦ - قالوا : غير مضمون بثمنه ولا بمثله وقيمته ، فوجب أن لا يكون مضمونًا ، كالوديعة .

١٤١٢٧ - قلنا : هذه طريقة فاسدة في التعليل ، لأنه استثنى المواضع المتفق عليها ، ثم قال : سواها مضمون [3] عندنا أن الرهن نوع آخر من الضمان بما يقابله [4] من الدين ، فوجب أن يفسد هذا القسم .

١٤١٢٨ - ولأن الجنين مضمون بقيمة ليست ثمنه ولا قيمته [5] ولا مثله ، بل هي نوع ضمان يثبت بقدر من الشرع [6] .

١٤١٢٩ - والمعنى في الوديعة : أنه أمسكها لمالكها ، فصارت يده كيده ، فلم تكن [7] مضمونة ، والرهن يمسكه المرتهن يبيعه لنفسه ويقيمه مقام حقه ، فهلاكه في يده كهلاك دينه في يده [8] .

١٤١٣٠ - قالوا : الرهن إذا تلف بطلت الوثيقة ، كما يبطل بالفسخ ، ثم ثبت أنه لو زال بالفسخ كان الحق بحاله ، كذلك إذا ذهبت الوثيقة بالتلف .

١٤١٣١ - قلنا : هلاك الرهن لا يبطل الوثيقة ، بل يكمل المقصود بها ؛ لأنه يقبضها [9] للاستيفاء ، فإذا هلكت وقع الاستيفاء من طريق الحكم ، وهذا يقتضي تمام

(١ ، ٢) في (ص) : [لذلك] ، مكان : [كذلك] في المكانين .

(٣) في (م) ، (ع) : [غير مضمون] ، بزيادة : [غير] .

(٤) في (م) : [مقابلة] ، مكان : [يقابله] . (٥) قوله : [ولا قيمته] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [بالشرع] ، مكان : [من الشرع] .

(٧) في (م) : [فلم يكن] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فيه] ، مكان : [في يده] .

(٩) في (ع) : [يقتضيها] .

الوثيقة . كما أن الدين إذا استوفى من ذمة الكفيل لم تنفسخ الكفالة ، بل [١] تم المقصود بها وإن زال [٢] العقد . وليس كذلك إذا تفاسخا ، لأن المقصود بالعقد لم يحصل ، فلم يسقط الدين .

١٤١٣٢ - قالوا : لو دفع إليه عبدًا ليبيعه [٣] ويستوفى من ثمنه فهلك لم يسقط الدين ، كذلك الرهن .

١٤١٣٣ - قلنا : لأن العبد قبضه لمالكه ؛ بدلالة : أن المالك [٤] يملك عزله عن البيع واسترجاعه من يده ، ولو مات المالك [٥] كان القابض [٦] أسوة الغرماء فيه ، فلذلك لم يكن مضمونًا عليه .

وأما المرتهن [٧] فإنه يقبضه لنفسه قبضًا مستحقًّا ؛ بدلالة : أن الراهن لا يملك أخذه من يده ، فصار كقبض نفس الدين لما وقع عليه من وجه مستحق كان مضمونًا

١٤١٣٤ - قالوا : المرتهن إذا لحقه ضمان يرجع على الراهن ، فصار كالمودع .

١٤١٣٥ - قلنا : لا يمتنع أن يرجع عليه بالضمان وإن كان المقبوض [٨] مضمونًا عليه ، كالمبيع إذا قبضه المشتري .

١٤١٣٦ - ولأن الضمان المانع من الرجوع ضمان الشيء بقيمته ، كالغصب ، والرهن [٩] مضمون بغيره ، فإذا ألزم المرتهن ضمان القيمة رجع بها .

١٤١٣٧ - ولأن في حبس المرتهن حقًّا له ومنفعة للراهن ، ألا ترى : أنه كما يصير مستوفيًا يصير الراهن موفيًا ، وإذا كان في إمساكه لكل واحد منهما منفعة ، رجع بالضمان على المالك ، كالمستأجر لو استحق من يده .

---

(١) في (م) : [لم ينفسخ] ، و لفظ : [بل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [ما لازال] ، مكان : [وإن زال] .

(٣) لفظ : [ليبيعه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [الراهن] ، مكان : [المالك] .

(٥) لفظ : [المالك] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [للقابض] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الرهن] ، مكان : [المرتهن] .

(٨) في (م) ، (ع) : [الضمان المقبوض] ، بزيادة : [الضمان] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فالرهن] .

١٤١٣٨ - قالوا : الرهن وثيقة للمرتهن ، نظرًا [1] لحقه فإذا سقط حقه بهلاك الرهن بطل المقصود به .

١٤١٣٩ - قلنا : هذا يبطل بالمبيع في يد البائع يثبت له حق الحبس نظرًا له ويسقط حقه بتلفه .

* * *

(١) في (م) ، (ص) : [ونظرا] ، وفي (ع) : [ونظر] ، وقد صححناه بحذف الواو .

مسألة ٧١٠

وضع الرهن عند العدلين وهو مما لا يقسم

١٤١٤٠ - قال أصحابنا : إذا وضع الرهن على يد عدلين ، وهو مما لا يقسم [١] ، جاز لأحدهما أن يسلمه إلى [٢] الآخر ، وإن كان مما يقسم أخذ [٣] كل واحد منهما نصيبه [٤] عند أبي حنيفة ، وإن [٥] تركه عند صاحبه ضمن [٦] .

وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّٰهُ في أحد قوليه : لابد أن يكون في أيديهما يضعانه في حرز [٧] لهما ، سواء كان مما لا يقسم أو يقسم [٨] .

لنا : أنهما أمينان في حفظ العين [٩] فلكل واحد منهما أن يحفظه ، كالوصيين .

١٤١٤١ - ولأنهما يستحفظان فكان لهما القسمة للحفظ ، كما لو قال : أودعت كل واحد منهما نصفه [١٠] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يدي عدلين وهو مما لا ينقسم] ، مكان المثبت .

(٢) لفظ : [إلى] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) : [أخر] ، مكان : [أخذ] .

(٤) في (م) : [نصفه] ، وفي (ع) : [نصيفه] ، مكان : [نصيبه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٦) لم نقف على هذه المسألة في كتب الحنفية . قال القفال بعد أن ذكر مذهب أبي حنيفة كما ذكره المصنف : « وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز أن يضعاه في يد أحدهما بكل حال » في حلية العلماء (٤٣٠/٤) .

(٧) الحرز - بكسر الحاء المهملة ، وسكون الراء - : الموضع الحصين الذي يحفظ فيه الشيء . يقال : أحرزت الشيء إحرازًا حفظته وضمنته وصنته عن الأخذ ، والجمع ، أحراز . راجع : المغرب « الحاء مع الراء » (ص) ١١١ ، لسان العرب ، مادة : « حرز » (٨٣٢/٢) ، المصباح المنير « الحاء مع الراء وما يثلثهما » (١٢٤/١) .

(٨) قال القفال : « فإن اتفقا على وضع الرهن على يد عدلين ، فأراد أحد العدلين أن يجعل الجميع في يد الآخر ، ففيه وجهان ، أصحهما : أنه لا يجوز ، والثاني : يجوز » . راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « فصل : ويجوز أن يجعل الرهن في يد المرتهن » (٢١٩/١٣ - ٢٢٣) ، حلية العلماء « باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز » (٤٢٩/٤ ، ٤٣٠) ، المدونة ، في « الرجلين يرتهنان الثوب بيد من يكون منهما » (١٧٣/٤) ، الكافي « باب الشروط في الرهن » (١٥٦/٢) ، المغني « فصل : فإن جعلا الرهن في يد عدلين جاز » (٣٨٩/٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [العبد] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بصفة] .

١٤١٤٢ - احتجوا : بأن المالك رضي بيدهما [١] ، ولم يرض بيد أحدهما .

١٤١٤٣ - قلنا [٢] : لما استحفظهما وقد علم أنهما لا يتفقان [٣] على إمساكه ، ولا يمكن قسمته ، دلَّ على أنه رضي بكل واحد منهما على الانفراد .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [رضي بيدهما] ، وفي (ص) : [رضي بأحدهما وبيدهما] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) في (ع) : [لنا] مكان [قلنا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يتفقا] ، مكان : [لا يتفقان] .

مسألة ٧١١

شرط الرهن الفاسد في عقد البيع

١٤١٤٤ - قال أصحابنا : إذا شرط في البيع رهنًا فاسدًا ؛ بطل البيع [١] .

١٤١٤٥ - وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يفسد [٢] .

لنا : نهيه ﷺ عن بيع وشرط [٣] .

١٤١٤٦ - ولأنه شرط في البيع رهنًا فاسدًا ؛ فصار كما لو شرط أن يرهن المبيع عنده .

١٤١٤٧ - ولأنه إذا شرط الرهن في البيع ، وذلك تمام البيع على قوله ، وما وقف على [٤] تمام البيع على قول ففساده يوجب فساد البيع ، كالثمن . والله وأعلم .

* * *

(١) لم نقف على هذه المسألة في كتب الحنفية والمالكية بعد .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٢١٥/١٣ ، ٢١٦) ، وفي المغني « كتاب الرهن » (٤٢١/٤) .

(٣) تقدم تخريج هذا الحديث في مسألة (٥٧٠) .

(٤) حرف : [على] ساقط من (م) ، (ع) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب التفليس

مسألة [١] ٧١٢

فسخ البيع بإفلاس المشتري بعد دفع السلعة إليه

١٤١٤٨ - قال أصحابنا : إذا دفع البائع السلعة إلى المشتري فأفلس المشتري [٢] ، فسخ البيع ، وكذلك إن مات المشتري مفلسًا فالبائع [٣] وسائر الغرماء في السلعة سواء [٤] .

١٤١٤٩ - وقال الشافعي رحمه الله : إذا أفلس المشتري ، وسأل [٥] الغرماءُ الحاكمَ الحجر عليه ، حجر عليه ، وكان للبائع بعد ذلك [٦] الخيار ، إن شاء كان أسوة الغرماء ، وإن شاء فسخ البيع ، وكان أولى بالمبيع [٧] ولا خيار له قبل الفلس .

---

(١) التفليس ، من باب تفعيل ، متعد أي ، حكم عليه بالإفلاس ، وهو مفلس ، والمفلس في اللغة : هو الذي لا مال له ولا متاع يدفع به حاجته . وفلس من الشيء فلسًا : خلا منه وتجرد ، فهو فلس ، وأفلس الرجل إفلاسًا : صارت دراهمه فلوسًا ، أي : صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم ، فهو مفلس والفلوس : أدنى أنواع المال . قال الفيومي : « وحقيقته : الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر ، وفلّسه القاضي تفليسًا ، نادى عليه وشهره بين الناس بأنه صار مفلسًا » ، وجمع الفلس : فلوس ، وجمع المفلس : مفلسون ومفاليس . وقال ابن رشد في المقدمات : « الفلس : عدم المال ، والتفليس : خلع الرجل من ماله لغرمائه ، والفلس : المحكوم عليه بحكم الفلس ، والمفلس : الذي لا مال له » . قال ابن قدامة : « والمفلس في عرف الفقهاء : من (كان) دينه أكثر من ماله ، وخرجه أكثر من دخله ، وسمّوه مفلسًا وإن كان ذا مال ، لأن ماله مستحق الصرف من جهة دينه ، فكأنه معدوم » ، وقال ابن رشد في بداية المجتهد : « إن الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين ، أحدهما : أن يستغرق الدين مال المدين ، فلا يكون في ماله وفاء بديونه ، والثاني : أن لا يكون له مال معلوم أصلًا » . راجع : العين « باب السين واللام والفاء معهما » (٢٦٠/٧) ، مقاييس اللغة « باب الفاء واللام وما يثلثهما » (٤٥١/٤) ، المقدمات الممهدات « باب التفليس » (٣١٥/٢) ، بداية المجتهد « كتاب التفليس » (٣٠٧/٢) ، المغني « كتاب التفليس » (٤٥٢/٤) ، النهاية « باب الفاء مع اللام » (٤٧٠/٣) ، المصباح المنير « الفاء مع اللام وما يثلثهما » (٤٥٦/٢) ، لسان العرب ، مادة : « فلس » (٣٤٦٠/٥) ، المعجم الوسيط (٧٠٧/٢) .

(٢) في جميع النسخ : [البائع] ، مكان : [المشتري ، الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (ص) : [والبائع] .

(٤) ساقطة من (ع) .

(٥) في (ع) : [ويسأل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الحجر] ، مكان : [ذلك] .

(٧) في (م) ، (ع) [بالبيع] .

١٤١٥٠ - فإن مات المشتري مفلسًا ثبت [١] للبائع الخيار إذا وجد عين ماله ولا يحتاج إلى الحجر ، ويأخذ المبيع بزيادته المتصلة ، ولا يأخذ الزيادة المنفصلة [٢] .

١٤١٥١ - وإن أفلس الزوج بالمهر ؛ ثبت للمرأة الخيار في فسخ العقد قبل الدخول ، فإن أفلس بعد الدخول ففيه قولان .

١٤١٥٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [٣] ، ظاهر الآية يمنع من تصرف البائع في المبيع من غير رضا المشتري .

١٤١٥٣ - وقال عليه [الصلاة و] السلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [٤] .

١٤١٥٤ - فإن قيل : عندنا لا يحل للبائع مال المشتري ، وإنما يفسخ العقد ، فيصير المبيع ملكه فيتصرف فيه .

١٤١٥٥ - قلنا : ظاهر الخبر يمنع جواز التصرف بالفسخ ، لأنه تصرف في مال

---

(١) في (ص) : [يثبت] .

(٢) راجع المسألة في : مختصر المزني « كتاب التفليس » ص١٠٢ ، المهذب « باب التفليس » (٣٢٢/١) . قال مالك : يكون البائع أحق بالسلعة لو أفلس المشتري ، وفي موته مفلسًا يكون أسوة الغرماء ، وبه قال أحمد وأصحابه ، قال ابن الجلاب في التفريع : ومن باع من رجل سلعة ثم أفلس مشتريها قبل أن يقبض البائع ثمنها ، فوجدها البائع عنده ، فهو بالخيار ، إن شاء أخذها بالثمن الذي باعها به وإن شاء تركها ، وخاص غرماءه بثمنها « وقال ابن جزي » من باع سلعة ثم أفلس المشتري أو مات قبل أداء الثمن ، فله ثلاثة أحوال الأول : يكون البائع أحق بسلعته في فلس المشتري وموته ، وذلك إذا كانت السلعة باقية بيد البائع . الثانية : يكون البائع أحق بالسلعة في فلس المشتري دون موته ، وهو إذا كانت السلعة باقية بيد المشتري ، وقال الشافعي : « هو أحق بها في الموت والفلس ، وعكسه أبو حنيفة ، الثالثة : يكون البائع فيها سواء مع سائر الغرماء في الموت والفلس وهذا إذا كانت السلعة ، قد فاتت أو ذهبت » . وقال علي بن سليمان المرداوي الحنبلي : «إن من وجد عنده عينًا باعها إياه فهو أحق بها ، بشرط أن يكون المفلس حيًّا ، ولم ينقد من ثمنها شيئًا ، والسلعة بحالها » ، ثم قال : « فلو مات كان صاحبها أسوة الغرماء مطلقًا على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب » . راجع تفصيل المسألة في : المدونة ، في « فيمن باع سلعة من رجل فمات المشتري إلخ » (١٢٢/٤) ، التفريع « باب القضاء في المداينات والتفليس » ، فصل ٩٩٦ ، الكافي لابن عبد البر ، « كتاب التفليس ، والحجر] (٨٢٣/٢) ، المنتقى (٨٩/٥ ، ٩١) ، بداية المجتهد « كتاب التفليس » (٣١٠/٢ ، ٣١٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٣٣٠ ، المسائل الفقهية « كتاب الرهن ، والتفليس ، والحجر إلخ » (٣٦٧/١) ، الإفصاح « باب الحجر على المفلس » (٣٧٢/١) ، الكافي لابن قدامة (١٧٤/٢ ، ١٧٩) ، المغني « كتاب المفلس » . (٤٥٣/٤ ، ٤٥٤) .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٩ .

(٤) تقدم تخريجه .

المشتري وفسخ الملك فيه .

١٤١٥٦ - ويدل عليه : ما روى معمر ، عن الزهري ، عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك ، قال : « استدان معاذ بن جبل حتى أغلق [(١)] ماله ، فأتى النبي ﷺ ليكلم له غرماءه ، فلو تركوا لأحد من أجل أحد لتركوا لمعاذ من أجل رسول الله ﷺ ، قال : فباع لهم النبي ﷺ متاعه حتى قام معاذ بغير شيء » [(٢)] .

ولم يرد ﷺ على أحد عين ماله ، ولا بين لهم ثبوت الخيار ، ومعلوم أن من أفلس بمتاع ابتاعه لا يخلو أن يكون [(٣)] فيه ما لم يدفع ثمنه ، فلو كان لمالك المتاع [(٤)] الخيار لذكر ﷺ ذلك له .

١٤١٥٧ - ويدل عليه : أن كل عين إذا قبضت ملك التصرف فيها من جميع الوجوه ، فلا يكون للمقبوض منه حق الفسخ فيها بسبب الفلس ، وإن حكم به ، كالهبة .

١٤١٥٨ - قالوا : الواهب إذا سلم انقطع العَلَق بينه وبين الموهوب [(٥)] ، وفي مسألتنا : علقة الثمن قائمة ، فَوِزَانُ الهبة من المبيع أن يدفع المشتري الثمن ثم يفلس .

١٤١٥٩ - قلنا : لا نسلم أن علقة الواهب انقطعت ، لأن له حق الرجوع عندنا .

١٤١٦٠ - وقولهم إن علق البائع لم ينقطع [(٦)] : يبطل بالراهن إذا رد عليه الرهن ، فعلقة الرهون له لم تنقطع بينهما ولا يثبت [(٧)] له استرجاع الرهن .

ولأنها عين لا يجوز الرجوع فيها [(٨)] قبل الفلس ، فلا يجوز بعد الفلس والموت ، أو

---

(١) في (ص) : [أعور] ، وفي (م) ، (ع) : [أغزر] ، مكان : [أغلق] ، المثبت من كتاب الحديث .

(٢) هذا الحديث رواه أبو داود « باب ما جاء في التجارة » ص٣٠ ، والبيهقي في الكبرى « كتاب التفليس » ، « باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه » (٤٨/٦) ، والمنتقى « كتاب التفليس » ، « باب الحجر على المدين » ص٤٦٤ الحديث (٢٩٩٦) ، وأخرجه البيهقي في « كتاب البيوع » ، « باب المفلس والمحجور عليه » (٢٦٨/٨ ، ٢٦٩) الحديث (١٥١٧٧) « كتاب التفليس » (٣٧/٣) ، الحديث (١٢٣٣) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (٥٩/٨ ، ٦٠) الحديث (١٥٤٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [إما أن يكون] ، بزيادة [إما] .

(٤) في (م) ، (ع) : [المبتاع] .

(٥) في ص : [المعلق] مكان : [العلق] ، وفي (م) ، (ع) : [بنية الموهوب] ، مكان : [بينه وبين الموهوب] .

(٦) في (م) ، (ع) [لا ينقطع] .

(٧) في (م) [لم ينقطع] ، مكان : [لم تنقطع] ، وفي (م) ، (ع) : [ولا ثبت] ، مكان : [ولا يثبت] .

(٨) في (م) ، (ع) [عين مال] ، بزيادة : [مال] ، وقوله [فيها] ساقط منهما .

بعد الفلس والحكم به كالرهن .

١٤١٦١ - قالوا : إذا رد الرهن وفسخ العقد ارتفع العقد ، فلم يحز أن لا يعقد آخر ، وتسليم المبيع ليس بفسخ للبيع ، فإذا نقص محل [1] حقه ، ثبت له الخيار .

١٤١٦٢ - قلنا : رد الرهن فسخ للعقد ، فلا يعود حق المرتهن إلا بعقد . كذلك تسليم المبيع ويستقر به البيع ولا يعود الملك إلى البائع إلا بعقد ، ونقصان محل الحق بالعكس كنقصانه بالجنون .

ولأنه سلم المبيع برضاه ؛ فوجب أن لا يثبت له فسخ البيع من غير عيب ، إذا أفلس ولم يحجر الحاكم عليه ولم يمت .

١٤١٦٣ - ولا يلزم : البيع بالخيار إذا باع عبدًا بجارية ؛ / لأن الأصل والفرع يستويان فيه . ١٦٢/

١٤١٦٤ - ولا يلزم : إذا سلم [2] المبيع [ثم وجد الثمن وسلَّمه لأنه يفسخ القبض ، ولا يفسخ العقد .

١٤١٦٥ - ولا يلزم إذا سلم المبيع] [3] مكرهًا ، لأنا قلنا : سلم برضاه ، ولأن هنا لا يفسخ [4] .

١٤١٦٦ - ولا يلزم إذا باع المريض بمعاينة الشهود ثم مات وعليه ديون في المرض ، لأن البائع لا يفسخ البيع ، وإنما نقدم على ديون المرض .

١٤١٦٧ - ولأنه أثبت البيع [5] بثمن في الذمة ، فلم يكن له فسخه . أصله : قبل الحكم [6] بالحجر .

١٤١٦٨ - احتجوا : بما روى مالك ، عن يحيى بن سعيد ، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ، عن عمر بن عبد العزيز ، عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ، عن أبي هريرة ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « أيما رجل أفلس ، فأدرك الرجل متاعه بعينه ، فهو أحق به من الغرماء » [7] .

---

(١) في (م) ، (ع) [على] ، مكان : [محل] .
(٢) في (ع) : [أسلم] .
(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا ينفسخ] .
(٥) في (م) ، (ع) : [للبيع] .
(٦) في (م) ، (ع) : [الحاكم] .
(٧) أخرجه مالك بهذا الإسناد واللفظ ، في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في إفلاس الغريم » (٦٧٨/٢) =

١٤١٦٩ - قالوا : روى ابن خزيمة : أن النبي ﷺ قال [(١)] : « إذا أفلس الرجل فوجد غريمه ماله بعينه ، فهو أحق به من الغرماء » [(٢)] .

١٤١٧٠ - قالوا : روى ابن جرير ، عن أبي كريب [(٣)] ، عن أسامة ، عن سفيان ، عن يحيى ابن سعيد ، عن أبي بكر بن محمد [بن عمرو] [(٤)] بن حزم ، عن [(٥)] عمر بن عبد العزيز ، عن أبي بكر ﷺ : « أن النبي ﷺ قال : « من باع سلعة [(٦)] فأفلس صاحبها فوجدها ، فهو أحق بها دون الغرماء » [(٧)] .

١٤١٧١ - قالوا : وروى الشافعي ، عن أبي فُديك ، عن ابن أبي ذئب ، قال : أخبرنا أبو المعتمر بن عمرو بن رافع ، عن أبي خلدة الزرقي [(٨)] وكان قاضي المدينة قال :

= الحديث (٨٨) ، والشافعي في المسند « كتاب التفليس » (١٦٢/٢) ، الحديث (٥٦٢) ، وعبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب الرجل يفلس فيجد سلعته بعينها » (٢٦٤/٨) ، الحديث (١٥١٦٠) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده » (٢٨٠/٢) ، والبخاري بألفاظ متقاربة في الصحيح ، في « الاستقراض » ، « باب إذا وجد ماله عند مفلس » (٥٨/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس » (١١٩٣/٣) ، الحديث (١٥٥٩/٢٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء إذا أفلس للرجل غريم » (٥٥٣/٣ ، ٥٥٤) ، الحديث (١٢٦٢) ، والنسائي في المجتبى « كتاب البيوع » ، في « الرجل يبتاع فيفلس » (٣١١/٧) ، وأحمد في المسند ، في مسند أبي هريرة ﷺ (٢٥٨/٢) ، راجع تخريجه أيضا في الهداية في تخريج أحاديث البداية (٦٧/٨ ، ٦٨) ، الحديث (١٥٤٧) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) أخرجه مسلم في الصحيح ، كتاب المساقاة « باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس » (١١٩٤/٣) الحديث (١٥٥٩/٢٤) ، وأحمد نحوه في المسند ، في « مسند أبي هريرة ﷺ » (٤١٠/٢) ، والطحاوي في المعاني « كتاب القضاء » (١٦٤/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [أبي كربت] .

(٤) الزيادة : من كتب الحديث .

(٥) لفظ : [عن] كرر في (ع) .

(٦) في جميع النسخ : [متاعه] ، مكان : [سلعة] ، والمثبت من سنن الدارقطني .

(٧) أخرجه الدراقطني من طريق زيد بن أبي الورقاء ، و الفريابي ، عن سفيان بهذا الإسناد واللفظ ، في السنن [كتاب البيوع] (٢٩/٣) ، الحديث (١٠٨) ، وفي [كتاب في القضية] ، [باب المرأة تقتل إذا ارتدت] (٢٣٠/٤) الحديث (٩١) ، ومسلم من طريق أبي بكر ابن أبي شيبة ، عن سفيان به ، بمعناه في الصحيح ، الباب السابق (١١٩٣/٣) ، الحديث (١٥٥٩/٢٢) ، وابن ماجه في السنن [كتاب الأحكام] ، [باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس] (٧٩٠/٢) ، الحديث (٢٣٥٨) ، والبيهقي من طرق مختلفة عن سفيان بنفس الإسناد ، بمعناه ، في الكبرى ، الباب السابق (٤٥/٦) .

(٨) في سائر النسخ : « وروى الشافعي عن أبي وائل عن ابن أبي ذئب قال أخبرنا المعتمر بن عمرو بن نافع عن جده أو عن أبي حازم الزرقي » مكان المثبت ، وما أثبتناه من مسند الشافعي .

جئنا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس ، فقال : هذا (١) الذي قضى فيه رسول الله ﷺ : « أيما رجل مات أو أفلس ، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه » (٢) .

١٤١٧٢ - قالوا : وروى النيسابوري في الزيادات ، عن الزعفراني ، عن شبابة ، عن ابن أبي ذئب ، عن أبي المعتمر ، عن عمر بن خلدة (٣) الأنصاري ، عن أبي هريرة ﷺ قال : قضى رسول الله ﷺ في رجل مات أو أفلس : « أن صاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه إلا أن يترك وفاء » (٤) .

١٤١٧٣ - قالوا : وروى الدارقطني عن عبد الرزاق ، عن معمر ، عن أيوب ، عن عمرو بن دينار (٥) ، عن هشام بن يحيى ، عن أبي هريرة ﷺ ، عن النبي ﷺ أنه (٦) قال : « إذا أفلس الرجل ، فوجد البائع سلعته بعينها ، فهو أحق بها دون الغرماء » (٧) .

١٤١٧٤ - الجواب (٨) : أن مدار هذا الحديث على أبي هريرة ﷺ ، وقد روي ما ذكروه ، وروي ما يخالفه .

١٤١٧٥ - روى ابن وهب ، عن يونس ، عن ابن شهاب ، قال : أخبرني أبو بكر ابن عبد الرحمن : أن رسول الله ﷺ قال (٩) : « وإن كان قضى من ثمنها شيئًا ، فهو

---

(١) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٢) أخرجه الشافعي بهذا الإسناد واللفظ ، في المسند « كتاب التفليس » (١٦٣/٢) ، الحديث (٥٦٤) ، وابن ماجه في السنن ، الباب السابق (٧٩٠/٢) ، الحديث (٢٣٦٠) ، وابن الجارود في المنتقى « أبواب القضاء في البيوع » ص١٦٠ ، ١٦١ ، الحديث (٦٣٤) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٢/ ٥٠، ٥١) ، وأبو داود ، من طريق الطيالسي ، بنفس الإسناد نحو هذا اللفظ ، « كتاب البيوع » ، « باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده » (٢٨١/٢) ، وانظر : الهداية في تخريج أحاديث البداية (٧١/٨ ، ٧٢) ، ضمن الحديث (١٢٣٥) .

(٣) في جميع النسخ : [عمرو بن خالد] ، والمثبت من سنن الدارقطني .

(٤) أخرجه الدراقطني بهذا الإسناد واللفظ ، في السنن [كتاب البيوع] (٢٩/٣) ، الحديث (١٠٦) .

(٥) في جميع النسخ : [عمرو بن يسار] ، والمثبت من مصنف عبد الرزاق .

(٦) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٧) أخرجه عبد الرزاق بهذا السند واللفظ ، في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب الرجل يفلس فيجد سلعته بعينها » (٢٦٥/٨) ، الحديث (١٥١٦٢) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٣٠/٣) ، الحديث (١١٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب التفليس » ، « باب المشتري يفلس بالثمن » (٤٦/٦) ، كلاهما من طريق عبد الرزاق .

(٨) في (م) ، (ع) : [الجواب] بالعطف .

(٩) لفظ : [قال] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

أسوة الغرماء »[(١)] ، قال أبو بكر : « وقضى رسول الله ﷺ أنه من تُوفي وعنده سلعة رجل بعينها ، لم يقبض شيئًا من ثمنها ، فصاحب السلعة أسوة الغرماء فيها [(٢)] .

١٤١٧٦ - وكذلك رواه مالك عن ابن شهاب [(٣)] ، ورواه إسماعيل بن عياش [(٤)] ، عن الزبيدي ، عن الزهري ، وذكر فيه : أبو بكر بن عبد الرحمن ، عن أبي هريرة ﷺ [(٥)] ، ففرق في هذا الخبر بين أن يدفع بعض الثمن ، أو لا يدفع شيئًا وفرق بين الحياة [(٦)] والموت ، وسوّى في خبرهم بين الأمرين ، وهذا يدلُّ على ضعف الخبر فلم يضبطه في الأصل ، لأن الراوي واحد والخبر واحد ، فإذا قصّاها [(٧)] حكاية عُلِم أنها غير مضبوطة .

١٤١٧٧ - وروى أبو عصمة نوح بن أبي مريم ، عن الزهري ، عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ، عن أبي هريرة ﷺ قال : قال « رسول الله ﷺ : « إذا أفلس الرجل فوجد رجل متاعه ، فهو بين غرمائه » [(٨)] .

١٤١٧٨ - وروى ابن قيس عن أبي مليكة ، عن أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول الله

---

(١) أخرجه أبو داود بهذا الإسناد واللفظ ، في « كتاب البيوع » ، « باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده » (٢٨١/٢) .

(٢) قول أبي بكر : أخرجه الطحاوي في المعاني ، « كتاب القضاء » ، « باب الرجل يبتاع سلعة في قبضها ثم يموت وثمنها عليه دين » (١٦٦/٤) .

(٣) رواه مالك ، عن ابن شهاب ، في الموطأ « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في إفلاس الغريم » (٦٧٨/٢) الحديث (٨٧) ، وعبد الرزاق من طريق مالك نحوه ، في المصنف ، الباب السابق (٢٦٨/٨) ، الحديث (١٥١٥٨) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده » (٢٨١/٢) ، والطحاوي في كتاب القضاء باب الرجل يبتاع سلعة في قبضها ثم يموت وثمنها عليه دين . راجع تخريجه أيضًا في الهداية (٧٣/٨ ، ٧٤) ، ضمن الحديث (١٥٤٨) .

(٤) في جميع النسخ : « إسماعيل بن عامر » ، المثبت من كتب الحديث .

(٥) أخرجه ابن الجارود بهذا الإسناد ، في المنتقى [أبواب القضاء في البيوع] ص١٦٠ ، الحديث (٦٣٢) ، وأبو داود في كتاب البيوع باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه عنده (٢٨١/٢) ، والدار قطني في السنن « كتاب البيوع » (٣٠/٣) ، الحديث (١١٠) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب التفليس » ، « باب المشتري يموت مفلسًا بالثمن » (٤٧/٦) ، راجع تخريجه أيضًا في الهداية (٧٣/٨ ، ٧٣) ، ضمن الحديث (١٥٤٨) .

(٦) في (م) ، (ع) : [حال الحياة] ، بزيادة : [حال] .

(٧) في (م) ، (ع) : [قضاها] .

(٨) أخرجه ابن حزم في « كتاب المداينات والتفليس » (٤٨٨/٦) المسألة (١٢٨٣) ، وقال ابن حزم بعد أن أخرجه : « وأبو عصمة كذاب مشهور بوضع الحديث على رسول الله ﷺ » .

[ﷺ] [١] : « من باع بيعًا فوجده بعينه وقد أفلس الرجل ، فهو ماله بين غرمائه » [٢] .

١٤١٧٩ - ذكر هذين الخبرين أبو بكر الرازي في الشرح ، وإذا اختلفت الرواية عن أبي هريرة وجب التوقف حتى يعلم أصل الخبر .

١٤١٨٠ - ثم حديث عمر بن عبد العزيز ، وحديث بشير بن نهيك [٣] هما أصل الخبر ، ولا دلالة فيهما ؛ لأنه قال : « من وجد متاعه بعينه » ، وحقيقة هذا تقتضي [٤] : متى وجد مال نفسه وما باعه ، وملك [٥] المبتاع ليس بمتاع البائع ، فلابد أن يحمل على ملك الواحد في الحقيقة ، وهو ما يسلمه على وجه السوم ، أو [٦] لو باعه وشرط الخيار لنفسه أو [٧] ، لو كان وديعة عند المفلس ، أو أمانة حتى يستعمل [٨] حقيقة اللفظ ، ولا يعدل إلى مجازه [٩] .

١٤١٨١ - فإن قيل : لو كان المراد ما ذكرتم ، لم يكن لشرط الفلس [١٠] معنى ، لأن السلعة إذا كانت على ملك الطالب ، فهو أحق بها ، أفلس من هي في يده أو لم يفلس .

١٤١٨٢ - قلنا : هو كذلك ، لكن حال المفلس يتعلق فيها [١١] حق الغرماء بماله ، فتبين [١٢] أنه وإن كان كذلك فإن ما لغيره لا يتعلق حقوق الغرماء به وإن كان في ضمانه .

١٤١٨٣ - فإن قيل : فلم شرط أن يجده بعينه ؟ .

١٤١٨٤ - قلنا : لأنه إذا لم يكن بعينه ، صار دينًا في ذمته ، فصاحبه [١٣] وسائر الغرماء في المطالبة سواء .

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) أخرجه ابن حزم في نفس المصدر السابق (٤٨٨/٦) ، وقال : [وعمر بن قيس ضعيف جدًا] .
(٣) في جميع النسخ : [بشير بن نهيك] ، والمثبت من كتب الحديث ، وقد تقدم تخريج حديثهما في هذه المسألة ، ولأحمد بن عليّ الرازي شرح الجامعين لمحمد ، وشرح مختصر الطحاوي ، وشرح مختصر الكرخي ، لعل المراد هنا هو شرح الجامع الصغير ، ويحتمل الكبير .
(٤) في (م) ، (ع) : [يستكمل] .
(٥) في (م) ، (ع) [وملكه] .
(٦) لفظ : [أو] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) لفظ : [أو] ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [يستكمل] .
(٩) في (م) ، (ع) : [عبارة] ، مكان [مجازه] .
(١٠) في (ع) : [المفلس] .
(١١) في (م) ، (ع) : [مال المفلس يتعلق بها] ، مكان المثبت .
(١٢) في (م) ، (ع) : [فبين] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [وصاحبه] .

١٤١٨٥ - قالوا : « أحق به » [(١)] ، ولفظة : « أفعل » تفيد اشتراك الاثنين في الحق .

١٤١٨٦ - قلنا : وقد يستعمل الاثنان [(٢)] الحق لأحدهما ، مع قطعه عن الآخر ، قال الله تعالى : ﴿ وَٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَحَقُّ أَن يُرْضُوهُ ﴾ [(٣)] ، ويقال : محمد أحق بالنبوة من مسيلمة .

ولأن المبيع المشروط فيه الخيار للبائع يثبت فيه حق البائع وحق المشتري ، والبائع أحق به ، فيستحق أن يستعمل فيه لفظة : « أفعل » على الاشتراك .

١٤١٨٧ - فإن قيل : النبي ﷺ بيَّنَ ما يُشْكِلُ ، ولا شبهة في الأحكام ، وإن كانت ظاهرة ، كما تبين ما يشكل ، ولو لم تُبَيَّنْ أحكامٌ بماله لصارت مشكلة ؛ ألا ترى : إلى ماروى سمرة بن جندب قال : قال رسول الله ﷺ : « من سرق متاعه فوجده [(٤)] ، فهو أحق به » [(٥)] ، فإذا قال ذلك في المسروق لم يمتنع أن يقوله في الوديعة ، والمقبوض بالسوم ، والمشروط فيه الخيار .

١٤١٨٨ - فأما حديث أبي كريب ، وفيه : « من باع سلعة فأفلس صاحبها فوجدها ، فهو أحق بها دون الغرماء » ، فمحمول [(٦)] على من باع بشرط الخيار ، لأن النبي ﷺ جعله أحق بها إذا وجدها ، ولم يشترط أن يجدها في يد المشترى ، وهو لا يكون أحق بها في جميع الأحوال إلا أن يكون الخيار له ، فيأخذها من يد المبتاع ومن يد المبتاع منه ، وإذا لم يمكن [(٧)] استعمال العموم إلا بتخصيص أول الخبر خصصناه .

١٤١٨٩ - وأما [(٨)] حديث ابن أبي ذئب ، عن أبي [(٩)] المعتمر ، فأبو المعتمر لا يُدري من هو [(١٠)] ، ولم يسمع له بذكرٍ في حديث سوى هذا الحديث .

---

(١) في (م) ، (ع) : [حق به] .

(٢) في (ع) : [تستعمل] ، مكان : [يستعمل] ، وفي (م) ، (ع) : [الابنان] ، مكان : [الاثنان] .

(٣) سورة التوبة ، الآية (٦٢) .

(٤) في (ص) : [فوجد] ، بدون الهاء .

(٥) حديث سمرة بن جندب ﷺ : أخرجه الطحاوي في المعاني ، « كتاب القضاء » ، « باب الرجل يبتاع سلعة في قبضها ثم يموت وثمنها عليه دين » (١٦٥/٤) .

(٦) في جميع النسخ : [محمول] ، بدون الفاء ، وما أثبتناه أصح .

(٧) في (م) ، ع : [لم يكن] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(٩) لفظ : [أبي] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) راجع ترجمته في : الجرح والتعديل (٤٤٣/٩) ، الترجمة (٢٢٣٨) ، ميزان الاعتدال (٥٧٥/٤) ، الترجمة (١٠٦٢٠) ، تقريب التهذيب (٤٧٤/٢) ، الترجمة (٩٩) .

١٤١٩٠ – على أن فيه ..... [١] فصاحب المتاع أحق بمتاعه « وهذا معنى الكلام الأول ، وقد بينا أنه لايتناول مازال ملك البائع عنه .

١٤١٩١ – وأما [٢] الخبر الذي فيه : « فصاحب المتاع أحق بمتاعه إلا أن يترك [٣] وفاء » فراويه [٤] أيضًا أبو المعتمر ، وقد بينا أنه ليس بحجة .

١٤١٩٢ – ولأنه مستحيل [٥] أن يكون تكلم بهذه الألفاظ جميعًا [٦] ، وإذا أحسنا الظن فقد نقل الرواة المعنى ، وزاد كل واحد منهم فيما حمل [٧] المعنى عليه ، ولا يجوز الرجوع إليه حتى يتحقق لفظ رسول اللّٰه ﷺ ، فكيف نقبل هذا الخبر ؟ .

وأبو هريرة يروي الفرق بين الفلس [٨] والموت ، وفي هذا الخبر التسوية بينهما ، وهل يكون في التضاد والاختلاف أكثر من هذا ؟ .

ثم هو محمول على المريض إذا ابتاع شيئًا وعليه ديون أقر بها في مرضه ثم مات ، فإن لم يترك وفاء فصاحب المتاع [٩] أحق بأن تباع [١٠] ، وإن ترك وفاء حقُّه وحقُّ غرماء المرض ، فاستووا [١١] جميعًا ، ولم يكن [١٢] قضاء دينه من المبيع أولى من بقية التركة .

١٤١٩٣ – وأما [١٣] حديث هشام بن يحيى ، عن أبي هريرة : « إذا أفلس الرجل فوجد البائع سلعته بعينها ، فهو أحق بها دون الغرماء » ، فهذا محمول على من باع وشرط الخيار لنفسه حتى يصح أن يضيف السلعة إليه ، وفائدة ذكر الفلس : أن بَيَّنَ ﷺ أن المشتري وإن ثبت له حق فيها ، فلا يعتد بذلك مع بقاء ما يدل على الاضطراب .

١٤١٩٤ – وخبر معاذ بن جبل خبر ظاهر محكم ، ونحن نعلم أن من ابتاع السلع

---

(١) مكان النقط بياض في (ص) ، وليس في الجملة انقطاع في المعنى .
(٢) في (م) ، (ع) : [فأما] .
(٣) في (ص) ، (م) : [أن يجد] ، وفي (ع) : [أن يترك] .
(٤) في (م) : [فرواته] ، وفي (ع) : [فرواية] .
(٥) في (م) ، (ع) : [يستحيل] .
(٦) لفظ : [جميعًا] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في الأصل [حلم] ، والصواب ما أثبتناه .
(٨) في (ع) : [المفلس] .
(٩) في (م) ، (ع) : [المبتاع] .
(١٠) في جميع النسخ : [بأن تباع] ، لعل الصواب : [بمتاعه] .
(١١) في (م) ، (ع) : [فاستوفى] .
(١٢) لفظ : [يكن] ساقط من (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٣) في (م) ، (ع) : [فأما] .

حتى أفلس لابد أن يكون ما في يده مما ابتاعه وثمنه عليه أو بعضه ، فلما سوى رسول الله [ﷺ [1]] بين غرماء معاذ في ماله ولم يبين لهم اختصاص من باع شيئا بما باعه ، كان الرجوع إليه أولى [2] .

١٤١٩٥ - قالوا : رويَ عن عمر ، وعليٍّ رضي الله عنهما مثل قولنا [3] ، ولا مخالف لهما [4] .

١٤١٩٦ - قلنا : إنما اعتمد أصحابنا في هذه المسألة [5] على قول عليٍّ ، والحسن ، وابن سيرين ، والنخعي [6] .

١٤١٩٧ - وقالوا : العمل على خبر معاذ ، وقد وافقه قول السلف ، فهو أولى .

١٤١٩٨ - وروي حديث هشام الدستوائي [7] ، وشعبة ، عن خلاس ، عن عليٍّ ، قال : « إذا أفلس [8] الرجل أو مات والسلعة قائمة بعينها ، فهو أسوة الغرماء » [9] ، ذكر هذا عيسى [10] في « الحجة » ، وابن شجاع في « الآثار » ، فهذا قول السلف ، عليه عملنا ، وما حكوا عن عثمان [11] لا نعرفه ، ولا بينوا [12] طريقه .

---

(١) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٢) لفظ : [أولى] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) لم نعثر على أثريهما بعد ، وقد عزا البيهقي أثر عليٍّ إلى ابن المنذر ، في مختصر الخلافيات ، ورقة (٢١٤ أ) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لهم] ، مكان [لهما] .

(٥) في (ع) : [هذا] ، مكان : [هذه] ، ولفظ : [المسألة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) [والحسن بن سيرين] ، مكان : [والحسن وابن سيرين] ، وسيأتي تخريج أثر عليٍّ رضي الله عنه في المسألة . وأما قول الحسن : فأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع » (١٩/٥) ، والطحاوي في المعاني « كتاب القضاء » ، « باب الرجل يبتاع سلعة في قبضها ثم يموت وثمنها عليه دين » (١٦٧/٤) ، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » (٢٦٦/٨) ، الأثر (١٥١٦٨) .

(٧) في (م) ، (ع) : [الدستواني] ، بالنون بدل الهمزة .

(٨) في (م) ، (ع) : [أسلف] .

(٩) أثر عليٍّ رضي الله عنه : أخرجه ابن أبي شيبة ، في المصنف « كتاب البيوع » ، الأثر (٩) ، وعبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » (٢٦٦/٨) ، الأثر (١٥١٧٠) .

(١٠) لفظ : [عيسى] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١١) في (م) ، (ع) : [حكوه] ، مكان : [حكوا] ، أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٣١/٣ ، ٣٢) ، الأثر (١٢٢) ، وابن حزم في المحلى بالآثار (٤٨٥/٦) ، المسألة (١٢٨٣) .

(١٢) في (م) ، (ع) : [ولاسوا] .

١٤١٩٩ – وقد رويَ عن عمر ﷺ : « أنه باع متاع أُسَيفع [١] في دَينه ، وقد كان ادَّان حتى أفلس » [٢] .

١٤٢٠٠ – والظاهر في مثله : أنه لم يدفع السلعة ، وسوَّى عمر بين الغرماء فيها / ١٦٣/ بحضرة الصحابة من غير نكير ، وهذا إجماع سبق عثمان .

١٤٢٠١ – قالوا : معاوضة يلحقها الفسخ ، فوجب أن يكون للمعاوض خيار الفسخ بخراب ذمة من عليه الحق ، كالكتابة .

١٤٢٠٢ – قلنا : المعنى في عقد الكتابة أنه لم يسقط حقه من [٣] الرقبة ، فوزانه إذا لم يسلم البائع المبيع ؛ وفي مسألتنا : أسقط حقه بالبيع [٤] فصار وزانه العتق على مال .

١٤٢٠٣ – ويبطل ما قالوه إذا مات [٥] المشترى عن وفاء ، فذمته قد [٦] خربت بموته ، ولا خيار للبائع .

١٤٢٠٤ – ولأن المكاتِب [٧] يثبت له حق الفسخ بخراب ذمته فلا يثبت [٨] لبائعه .

١٤٢٠٥ – ولأن عقد الكتابة لا يكمل فيه الاستحقاق ؛ لأن المولى لا يثبت له [٩] على عبده حق صحيح ، ولا يثبت [١٠] للعبد على مولاه ، فإذا لم يكمل أحكام العقد ، صار كالبيع المشروط فيه الخيار ، فأما البيع فقد كمل الاستحقاق فيه ، فصار كالعتق على مال .

١٤٢٠٦ – قالوا : مبيع على [صفته ، لم يتعلق بحق الغير ، فإذا أفلس بثمنه كان البائع أحق به . أصله : إذا لم يسلم المبيع .

١٤٢٠٧ – قلنا : قولكم : « مبيع على] [١١] صفته » لا تأثير له ؛ لأنه لم يؤثر بزيادة أو نقصان فكان أحق به .

---

(١) في (ع) : [متاعًا] ، مكان : [متاع] ، وفي سائر النسخ : [أسقع] ، مكان : [أسيفع] والذي أثبتناه من موطأ مالك (٧٧٠/٢) .

(٢) سيأتي تخريجه بهذا المعنى مطولًا في مسألة (٧١٣) ، هامش (٤٧) .

(٣) في (م) ، (ع) : [عن] .

(٤) في (م) ، (ع) [بالمبيع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [باع] ، مكان : [مات] .

(٦) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [الكاتب] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلا ثبت] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لا ثبت] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لا ثبت] .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

١٤٢٠٨ - وقولكم : « لم يتعلق حق الغير به » لا نسلم ، لأن حق الغرماء بالموت تعلق به .

١٤٢٠٩ - قالوا : نريد به حال الحياة .

١٤٢١٠ - قلنا لم يصح ؛ لأن الوصف وإن سَلِمَ فالبائع [1] لا يكون أحق به عندهم بالفلس .

١٤٢١١ - فإن قالوا : بالفلس والحجر ، لم نسلم لهم أن الحجر يثبت [2] في الفلس .

١٤٢١٢ - ولأنه إذا لم يسلم المبيع فلم يسقط حقه عنه ، فكان أخص به من الغرماء ، وإذا سلمه فقد رضي بإسقاط حقه ونقله إلى الذمة [3] ، فساوى الغرماء .

ولأن قبل القبض لا يكون البائع أحق به عندنا ، وإنما يكلف [4] المشتري البيع وقضاء الثمن ؛ لأن تصرفه لا يجوز إلا بأمر البائع ، وإذا لم يأذن إلا في تصرف لا يسقط حقه عن الثمن تعلق به ، وبعد القبض تصرف المشتري لا يقف على رضا البائع ؛ فجاز مطلقًا ، فلم يختص بثمنه البائع دون غيره .

١٤٢١٣ - قالوا : ضرر إن لحق البائع في ماله قبل القبض كان أحق بالمبيع ، وكذلك بعد القبض . أصله : إذا باع المريض عبدًا وقبضه وأقر بديون ثم مات ، كان البائع أولى بثمن العبد .

١٤٢١٤ - قلنا [5] : يبطل إذا امتنع المشتري من دفع الثمن مع اليسار ، فالبائع أولى بإمساك المبيع قبل القبض ، وبمثله لا يكون بعد القبض أولى به .

والأصل غير مسلَّم ؛ لأن البائع لا يكون أولى بالمبيع ، وإنما يقدم دينه على الديون التي أقر بها في المرض ، ويساوي [6] ديون الصحة المقدمة على ديون المرض ، والخلاف في ثبوت الفسخ بكون [7] البائع أولى من جميع الغرماء .

١٤٢١٥ - وعلى قولنا : يستوي البائع مع غرماء الصحة [في ثمن هذا العبد ، فلم يسلم

---

(١) في (ص) : [وإن البائع] ، مكان : [فالبائع] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٣) في (م) (ع) : [الرقبة] ، مكان : [الذمة] .
(٤) في (م) ، (ع) [وإن لم يكف] ، مكان : [وإنما يكلف] .
(٥) في (م) ، (ع) : [قلنا له] ، بزيادة : [له] .
(٦) في (م) ، (ع) : [وساوى] . (٧) في (م) ، (ع) : [يكون] .

أنه أولى به منهم] [١] ، ويسلم غرماء الصحة في ثمن هذا العبد .

١٤٢١٦ - ولأن مخالفنا لا يمكنه التصريح [٢] بالحكم ، لأن عندنا يباع هذا العبد في دين البائع ، فأما أن وجود ملك البائع فيه ، فلا .

١٤٢١٧ - وقوله : « كان أحق بالمبيع » يريدون حق تمليكه ، وهذا غير مسلم .

١٤٢١٨ - قالوا : عقد يلحق الفسخ بعجز [٣] أحد المتعاقدين عن تسليم العوض المستحق عليه ، ووجد الآخر عوضه قبل التصرف فيه ، فوجب أن يثبت الخيار ، أصله : إذا أسلم [٤] ثوبًا في رطب فانقطع الرطب قبل تسليمه .

١٤٢١٩ - قلنا : الوصف لا تأثير له في الأصل ، لأن الرطب لو انقطع وقد تصرف في رأس المال ، يثبت [٥] الفسخ .

١٤٢٢٠ - ونقلب فنقول : فكان يقول الحاكم : حجرت وعدمه في ثبوت حق الفسخ .

١٤٢٢١ - ولأن الانقطاع يوجب تعذر تسليم المبيع ، والفلس يوجب تعذر قبض الثمن ، وفرق في الأصول بينهما ؛ بدلالة : انقطاع الرطب يثبت [٦] الفسخ من غير حجر والإفلاس لا يثبت الفسخ إلا بعد الحجر .

ولأن الرطب إذا انقطع أوجب تأخير تسليم المبيع ، وذلك يفسد العقد إذا شرط فيه ، فجاز أن يفيد الفسخ ، والفلس يوجب تأخير قبض الثمن ، وذلك معنى لا يفسد شرطه العقدَ [٧] ، فإذا أثبت [٨] حكمًا لم يثبت به الفسخ ، كما قبل الحجر .

١٤٢٢٢ - قالوا : عقد يجوز فسخه بالعيب ، فجاز فسخه بالإفلاس ، كالكتابة .

١٤٢٢٣ - قلنا : الكتابة لا تفسخ بالإفلاس [٩] ؛ لأن القادر على الاكتساب مفلس لا مال به ، ولا [يفسخ الكتابة بفلسه ، ولا يفسخ بالعجز عن الكسب ، وهنا معنى

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [الصريح] .

(٣) في (م) ، (ع) : [عجز] ، بدون الباء .

(٤) في (م) ، (ع) : [إذا لم يسلم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٦) في (م) ، (ع) [ثبت] ، وقوله : [حجرت وعدمه في ثبوت حق الفسخ] فيه سقطة ، لأنه غير مفهوم .

(٧) في (م) : [لا يوجد شرطه العقد] ، وفي (ع) : [لا يوجد شرطه في العقد] ، مكان : [لا يفسد شرطه العقد] .

(٨) في (ع) : [ثبت] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لا يفسخ الإفلاس] .

زائد على الإفلاس . ولأن الكتابة لا][1] تنفسخ بالعجز حتى يتراضيا بالفسخ ، أو بحكم الحاكم ، ومثله يفسخ البيع عندنا غير الفلس[2] ، فلا فرق بينهما .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، ومن قوله : [بفلسه ولا يفسخ] إلى قوله : [ولأن الكتابة] ساقط من (م) (ع) .

(٢) في (ص) : [المفلس] .

مسألة ٧١٣

أمر المدين بقضاء الديون إذا ثبتت عند الحاكم

١٤٢٢٤ - قال أبو حنيفة : إذا ثبتت الديون عند الحاكم ، أمر المديون بقضائها وحبسه ، ولا يحجر عليه ولا يبيع في الدين ما سوى الأثمان [١] .

١٤٢٢٥ - وقال الشافعي : إذا ثبتت الديون ، وهي مثل ماله ، أو ماله أكثر وليس هناك أمارات الفلس ، أمره بقضاء ديونه ، فإن فعل وإلا حبسه ، فإن فعل وإلا باع [٢] عليه .

١٤٢٢٦ - وإن كان له مال أقل من ديونه وطلب الغرماء الحجر ، حجر عليه ، وباع ماله لهم .

فإن كان له مال وهو ينفق من المال ، ففي الحجر وجهان .

١٤٢٢٧ - وإذا حجر الحاكم تعلقت حقوق الغرماء بماله ، فمن [٣] وجد عين ماله أخذها [٤] وينقطع تصرفه في أعيان ماله . وهل تحل الديون التي عليه ؟ على قولين . فإن تصرف في أعيان ماله بالبيع والهبة والعتق ففيه قولان ، أحدهما : تصرفه باطل ، والثاني : موقوف .

فإن تصرف في ذمته ، فاشترى شيئًا أو استقرض جاز ، ونفقته ونفقة زوجته وأقاربه في مدة الحجر في ماله إلا أن يكون له كسب ، فيكون في كسبه ويبيع القاضي جميع أمواله من الدين إلا أقل ما يكفيه وأهله في مؤنة الطعام والشراب وثياب بدنه : منديل ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [مما سوى] ، مكان : [ما سوى] . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الحجر » ص٩٥ ، ٩٦ ، متن القدوري « كتاب الحجر » ص٤٣ ، الكتاب مع اللباب « كتاب الحجر » (٢٢/٢ ، ٢٣) ، روضة القضاة « فصل : قاعدة التنفيذ جبرًا على المدين الممتنع » (٤٣٥/١) ، مسألة (٥٢٠٨ - ٢٥١٠) ، الهداية مع البناية « باب الحجر بسبب الدين » (١٣٢/١٠ ، ١٣٣) وما بعدها ، الهداية مع العناية وتكملة فتح القدير ، نفس الباب (٢٧١/٩) وما بعدها .

(٢) في جميع النسخ : [فإن فعل وإلا حبسه ، فإن فعل وإلا باع] ، إلا أن في (م) ، (ع) : [يباع] ، مكان : [باع] ، والمعنى أن للقاضي أن يحبس المفلس الممتنع عن بيع أمواله لقضاء حقوق الغرماء ، وإنما يحبسه القاضي ليجبره على هذا البيع ، فإن استجاب فبها ، وإلا باع أمواله عليه ، ويقضي من ثمن البيع ما عليه للغرماء .

(٣) في (م) ، (ع) : [ومن] .

(٤) في (ص) : [أخذه] .

وقميص وسراويل ، أو خميل [١] ، وجبة في الشتاء ، ورداء [٢] إن كان ممن يتصف برداء (يكتسي برداء ، فلا يبيعه إلا بإذنه) [٣] .

والثاني : أنه [٤] لا يحجر عليه في التصرف [٥] .

١٤٢٢٨ - والدليل على الفصل الأول : قوله تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [٦] .

وقال ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [٧] .

وذكر الدارقطني حديث أنس ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « لا يشترين أحدكم مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه » [٨] .

١٤٢٢٩ - الرضا معتبر بالعقد ، فلا يبيع [٩] الحاكم على المدين لغرمائه إلا بإذنه ، كالرداء .

١٤٢٣٠ - و لا يلزم : (إذا عاب) المشتري (ثمنه أو قطعه) والمبيع [١٠] في يد البائع ، لأنه لا يشتري [١١] الرداء (إلا بإذنه) [١٢] .

ولأنه لا يبيعه لغرمائه ، وإنما يبيعه لبائعه خاصة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [جمسك] . (٢) في (ع) : [رداء] بدون الواو .

(٣) ما بين القوسين بدل ما جاء في النسخ جميعها بلفظ [يتصف برداء إلا بإذنه] .

(٤) في (ع) : [أن] بدون الهاء .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الخلافيات « كتاب الرهن والفليس » ، ورقة (٢١٤ أ ، ب) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب التفليس » (٢٧٧/١٣) وما بعدها ، حلية العلماء « كتاب التفليس » (٤٨٤/٤ ، ٤٨٥) التنبية « باب التفليس » ص٧١ ، رحمة الأمة « كتاب التفليس والحجر » ص١٥٢ ، بداية المجتهد « كتاب التفليس » (٣٠٧/٢ - ٣٠٩) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثالث في التفليس » ص٣٢٩ ، ٣٣٠ ، الإفصاح « باب الحجر على المفلس » (٣٧١/١) ، الكافي لابن قدامة (١٦٨/٢ ، ١٦٩) ، المغني (٤٨٤/٤ ، ٤٨٥) ، الإنصاف (٢٨١/٥) . (٦) سورة النساء ، من الآية (٢٩) .

(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٦٨٥) ، هامش (٧) .

(٨) أخرجه الدارقطني بلفظ : [لا يشربن أحدكم ماء أخيه إلا بطيبة من نفسه] ، في السنن « كتاب البيوع » (٢٥/٣) الحديث (٨٨) . (٩) في (م) ، (ع) : [لا يبعه] .

(١٠) في (ع) : [والبيع] .

(١١) في (م) ، (ع) : [لأنه يشتري] ، بدون : [لا] .

(١٢) ما بين الأقواس في هذه العبارة أبدال لما ثبت في النسخ على النحو التالي : [إذا غاب] بدل من [إذا عاب] و [ثمنه أو قطعه] بدل من [عينه مقطعة] و [إلا بإذنه] بدل من [وغيره] .

١٤٢٣١ - قالوا : قولكم : - « ما تعين » - لا تأثير له ، لأنه لو كان ماله وديونه عروضًا [١] لم يمنع .

١٤٢٣٢ - قلنا : إذا كان ماله دراهم فقد يباع في دينه إذا كان دنانير ، وقد لا يباع إذا كان عروضًا ، وما يتغير لا يباع بحال ، فقد أيدت العلة .

١٤٢٣٣ - ولأن ما لا يجوز بيعه قبل المنع والحبس ، لا يجوز بيعه بعده [٢] ، أصله : ثيابه .

١٤٢٣٤ - قالوا : المعنى في ثياب بدنه : أنه لا يلزمه بيعها في الدين ، وعروضه يلزمه [٣] بيعها في الدين ، فإذا امتنع قام القاضي مقامه .

١٤٢٣٥ - قلنا : لا نسلم أن المدين [٤] يلزمه بيع ماله ، وإنما يلزمه قضاء الدين ، ويجوز أن يستدين ويستقرض ويقضى الدين [٥] ، فالقاضي يقوم مقامه في القضاء الواجب عليه ، والقضاء لا يكون إلا وقد حبس حقه .

١٤٢٣٦ - ولا يلزم : الأثمان ؛ لأنه [٦] لا يجوز بيعها قبل الحبس .

١٤٢٣٧ - ولأن القاضي يحبس في الدين ، فلو كان يجوز أن يبيع مال الممتنع لم يجز الحبس ؛ لأنه [٧] يؤدي إلى الإضرار بالغرماء والمديون . أما الغرماء : فيؤخر عنهم حقهم مع إمكان دفعه إليهم ، وأما المديون : فلأنه يقدر أن يقضي دينه من غير حبسه ، فلا معنى للإضرار به ؛ ألا ترى : أن ديون الميت لا يحبس القاضي الوصي فيها ؛ لأنه يقدر على القضاء دونه ، فلما ثبت أن له يحبسه دل على أنه لا يجوز البيع .

١٤٢٣٨ - فإن نازعوا في جواز الحبس ، فالدليل عليه : ما روى أبو هريرة ﷺ : « أن رجلًا أعتق شقصًا له في عبد ، وله غنيمة ، فحبسه رسول الله ﷺ حتى باع غنيمته » [٨] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لو كان له ودينه] ، مكان : [لو كان ماله وديونه] ، وفي جميع النسخ : [عروض] ، والصواب كما أثبتناه .

(٢) قوله : [بعده] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلزمه] . (٤) في (م) : [الدين] .

(٥) لفظ : [الدين] ساقط من (م) ، (ع) . (٦) قوله : [لأنه] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ص) : [لأن] ، بدون الهاء .

(٨) لم نعثر على هذا الحديث من وجه أبي هريرة ﷺ بهذا اللفظ بعد ، وقد أخرجه البيهقي في « كتاب التفليس » ، « باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه » ، وأورده ابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب المداينات والتفليس » (٤٧٦/٦) ، المسألة (١٢٧٦) ، تلخيص الحبير « كتاب التفليس » (٤٠/٣) ، الهداية في تخريج البداية (٨٧/٨) الحديث (١٥٥٣) .

١٤٢٣٩ - ولأن الحكام يفعلون ذلك في سائر الأعصار [١] من غير نكير ، فالإجماع بالقول .

١٤٢٤٠ - والدليل على أن الحجر لا يجوز : قوله تعالى : ﴿ بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴾ [٢] ، يعني شاهدًا ، وهذا يقتضي أنه إذا أقر بأعيان ماله بعد الحجر ، جاز . ولأنه معنى لا يؤثر في الشهادة ؛ فلا يستحق به الحجر ، كالدين القليل ، وعكسه : الصغر [٣] والجنون .

١٤٢٤١ - ولأن تصرفه يجوز في ذمته ؛ فجاز في أعيان ماله ، كمن لا دين عليه .

١٤٢٤٢ - ولأن من صح نكاحه وطلاقه ، جاز تصرفه في ماله ، كمن عليه دين غير مستغرق .

١٤٢٤٣ - ولأن من جاز إقراره بالحد والقصاص ؛ جاز بأعيان ماله ، كالمريض .

١٤٢٤٤ - احتجوا : بما روي : « أن النبي ﷺ باع على معاذ ماله في دينه » [٤] ، وروي : « أنه حجر عليه في ماله وباعه » [٥] .

١٤٢٤٥ - الجواب [٦] : أن هذا مرسل [٧] ، رواه الفقهاء عن معمر ، عن الزهري ، عن عبد الرحمن بن كعب ، عن أبيه ، وزاد : « فقال : إن النبي ﷺ باع على معاذ ماله » .

١٤٢٤٦ - وذكر هذا الحديث [٨] ، فقال : حدثنا عمر بن أحمد بن عليٍّ ، عن عبد الله بن أبي جبير [٩] المروزي ، عن أبي إسحاق إبراهيم بن معاوية بن الفرات ، عن هشام ابن يوسف قاضي اليمن عن معمر .

---

(١) قوله : [في سائر الأعصار] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) سورة القيامة ، الآية ١٤ . (٣) في (ع) : [الصغير] .

(٤) تقدم تخريجه مطولا مسنداً ومرسلًا في مسألة (٧١٢) .

(٥) رواه الدارقطني في السنن « كتاب في الأقضية » ، « في المرأة تقتل إذا ارتدت » (٤/٢٣٠ ، ٢٣١) ، الحديث (٩٥) ، المستدرك « كتاب البيوع » (٥٨/٢) ، والبيهقي في « كتاب التفليس » ، « باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه » (٤٨/٦) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (٦٠/٨) ، الحديث (١٥٤٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .

(٧) في (م) ، (ع) : [غير مرسل] ، بزيادة : [غير] .

(٨) في جميع النسخ : [وذكر هذا الحديث] بحذف الفاعل ، الصواب بإثباته ، وهو : [الدراقطني] ، تكون العبارة هكذا : [وذكر الدارقطني هذا الحديث] .

(٩) في سائر النسخ : [حسين] ، مكان : [جبير] ، والمثبت من سنن الدارقطني .

وهذا إسناد لا يعرف ، لأن مَنْ دون هشام ابن يوسف مجاهيل [(١)] / لا يثبت بقولهم حجة ، فكيف يظن [(٢)] أن النبي ﷺ يحجر على معاذ ؟ ومنزلته [(٣)] من الدين معروفة ، وهو قاضي رسول الله ﷺ ، والحجر إنما يكون حتى [(٤)] لا يتصرف ويسقط [(٥)] حقوق الغرماء ، ومتى أعلمه النبي ﷺ أنه يصرف ماله إلى الغرماء ثم يظن بمعاذ أن يتوصل بالتصرف إلى مخالفة فعل رسول الله ﷺ . ١٦٣/

يبين [(٦)] ذلك أنه قال : « حجر على معاذ ماله » ، معناه : صرفه إلى الغرماء فقطع حقه عنه ، ولم يقل : حجر عليه في ماله .

١٤٢٤٧ – وقد روى جابر ﷺ فذكر فيه بيع المال ، ولم يذكر الحجر [(٧)] ، وإذا لم يثبت الحجر عليه لم يبق إلا بيعه لما له ، فيحتمل أن يكون باعه بإذن معاذ .

١٤٢٤٨ – يبين [(٨)] ذلك : أن البيع عليه يكون إذا امتنع من القضاء ، ولا يظن بمعاذ أنه يأمره بقضاء دينه فيمتنع ، فعلم أنه أذن للنبي في بيع [(٩)] ماله . والفائدة في ذلك : أن يبارك [(١٠)] في ماله فيفي بالدين ، كما روى : أن جابر ﷺ « لما أصيب بأبيه طالبه غرماء أبيه بديونهم ، فسألهم أن يأخذوا ما في حديقته ، ويمهدوه بالباقي إلى أن يدرك الغلة من العام القابل ، فأبوا ذلك ، فسأل رسول الله ﷺ أن يكلمهم فيه [(١١)] ، فكلمهم فأبوا أن يجيبوه ، فأمره النبي ﷺ أن يجذَّ ما في الحديقة من الثمر ، ثم دخل الحديقة ، فبارك عليه وأمره أن يكيل عليهم حقوقهم ، فكال [(١٢)] لهم ، وبقي بعد قضاء حقوقهم من الثمر مثلُ ما كان في الأول [(١٣)] » .

---

(١) تقدم تخريجه بهذا السند آنفًا في هذه المسألة .

(٢) في (م) ، (ع) : [نظن] .

(٣) في (ص) : [منزله] .

(٤) في (ع) : [حين] ، مكان : [حتى] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وسقط] .

(٦) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٧) رواية جابر ﷺ في الطبقات ، القسم الثاني ، في « ترجمة معاذ بن جبل ﷺ » (١٢٣/٣ ، ١٢٤) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب التفليس » ، « باب لا يؤاجر الحرفي دين عليه » (٥٠/٦) ، في الهداية (٦١/٨) ، ضمن الحديث (١٥٤٢) .

(٨) في (م) ، (ع) : [بين] .

(٩) في (م) ، (ع) : [للنهي] ، مكان : [للنبي] ، ولفظ [بيع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ع) : [أن يتبرك] .

(١١) قوله : [فيه] ساقط من (ع) .

(١٢) في (م) : [فكان] .

(١٣) أخرجه البخاري بمعناه ، في الصحيح في « الاستقراض » ، « باب إذا قضى دون حقه أو حلله فهو جائز » (٥٧/٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب الوصايا » ، « باب ما جاء في الرجل يموت وعليه دين » =

فيجوز أن يكون معاذ أذن للنبي ﷺ في بيع ماله طمعًا في البركة [١] ليوفي الدين كما بورك لجابر .

ولأن النبي ﷺ لا يبيع لنفسه وإنما أذن لمن يبيع ويضاف إليه البيع لأمره به ، فيجوز أن يكون أمر معاذًا بذلك ، فباعه بأمر رسول الله ﷺ فأضيف البيع إلى رسول الله ﷺ لأمره به ، وهذا موضع الاتفاق .

١٤٢٤٩ - احتجوا : بما روي أن عمر بن الخطاب ﷺ خطب ، فقال : « ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة [٢] رضى من دينه وأمانته بأن يقال : سبق الحاج ، فادَّان معرضًا فأصبح قَدْرِينَ به ، وإنا بائعو ماله وقاسموه بين غرمائه ، فمن كان له دين فليحضر » [٣] .

١٤٢٥٠ - الجواب [٤] : أن الحجر لا يجوز حتى يخاصم الغرماء فيثبت [٥] الفلسُ ويُسْأَلُ الحجر ، ولم ينقل [٦] ذلك ، فيحتمل أن يكون أسيفع مات [٧] ، فولى الإمامُ في قضاء ديونه ، ويحتمل أن يكون رآه يبتاع الرواحل فيها ماله .

١٤٢٥١ - وقوله : - « إنا بائعو ماله » - إنا نأمر بذلك فيما هو من جنس الأثمان ، وعندنا : يبتاع كل واحد من الثمنين في الآخر .

١٤٢٥٢ - قالوا : يلزمه بيع ماله لقضاء دينه [٨] ، فإذا امتنع باعه الحاكم ، كما لو

= (١١٨/٢) ، والنسائي في المجتبي « كتاب الوصايا » ، « باب الوصية بالثلث » (٢٤٤/٦) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الصدقات » ، « باب أداء الدين عن الميت » (٨١٣/٢ ، ٨١٤) ، الحديث (٢٤٣٤) ، وأحمد مطولًا في المسند ، في « مسند جابر بن عبد الله ﷺ » (٣٩٨/٣) ، راجع تخريجه أيضًا في : الهداية في تخريج أحاديث البداية (٦٢/٨ ، ٦٣) ، الحديث (١٥٤٤) .

(١) في (م) ، (ع) : [للبركة فيه] ، مكان : [في البركة] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الأسقع أسقع] ، مكان [الأسيفع أسيفع] ، وفي سائر النسخ : [حسنة] ، مكان : [جهينة] ، وما أثبتناه من كتب الحديث .

(٣) أثر عمر ﷺ : رواه مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزني ، في الموطأ « كتاب الأقضية » ، « باب جامع القضاء وكرامته » (٢٣٦/٢) ، والبيهقي من طريق مالك ، في الكبرى « كتاب التفليس » ، « باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه » (٤٩/٦) ، وابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب المداينات والتفليس » (٤٧٩/٦) ، المسألة (١٢٧٦) ، راجع تخريجه في : تلخيص الحبير « كتاب التفليس » (٤٠/٣ ، ٤١) ، ضمن الحديث (١٢٣٩) ..

(٤) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .

(٥) في (م) : [فثبت] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولم يقل] .

(٧) في (م) : [استفع] ، مكان : [أسيفع] ، وفي جميع النسخ : [مال] ، لعل الصواب : [مات] .

(٨) لفظ : [دينه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

كان دراهم وعليه دنانير .

١٤٢٥٣ - قلنا : لا نسلم أنه يلزمه بيع [١] ماله ، وإنما يلزمه قضاء دينه ، وهو مخير إن شاء باع ، وإن شاء اقترض ، وإن شاء أجر [٢] نفسه وماله .

١٤٢٥٤ - فإن قيل : إن القاضي يحبسه إذا كان له مال ، ولا يحبسه إذا لم يكن له شيء ، وإنما يحبسه ليبيع المال فيقضي منه .

١٤٢٥٥ - قلنا : غلط ، بل يحبسه لأنه يقدر على قضاء الدين منه أو تأجيله ، لأنه إذا عُلِمَ أن له مالًا [٣] أقرضه الناس ، فيحبسه لهذا المعنى .

١٤٢٥٦ - قالوا : إذا لم يكن له طريق إلى قضاء دينه إلا من بيع المال ؛ وجب باتفاق .

١٤٢٥٧ - قلنا : وإذا قدر على الاستقراض لم يجب البيع باتفاق ، ولا فرق عندكم بين الأمرين . وأما [٤] الدراهم والدنانير فمفارقة [٥] للعرض ، لأن كل واحد منهما بدل عن الآخر .

١٤٢٥٨ - وفي الفقهاء من يقول : إن القاضي [٦] يقضي بأحدهما عن الآخر ، وهو ابن أبي ليلى . وإنما قلنا : إن كل واحد منهما بدل الآخر ، لأن من له دين من أحدهما إذا كسد [٧] قضي له بالآخر ، فلذا كان كل واحد منهما بدلًا عن الآخر .

١٤٢٥٩ - وفي الفقهاء من جوز في القضاء ، أن يكون القاضي مخيرًا : إن شاء قضى الدراهم عن الدنانير ، وإن شاء باعها في الدين ، لأنها بدله ، وهذا المعنى لا يوجد في العروض ، لأنها ليست ببدل الأثمان .

ولا قال أحد من الفقهاء : إنه يقضي عنها ، فلذلك [٨] لم يملك بيعها .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن بيع] ، مكان : [أنه بيع] ، والزيادة : أثبتناها لمقتضى السياق .
(٢) في (م) ، (ع) [آخر] .
(٣) في جميع النسخ : [مال] ، الصواب ما أثبتناه .
(٤) في (م) ، (ع) : [فأما] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فمقارنة] .
(٦) قوله : [إن القاضي] ساقط من (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [كسب] . وفي المعجم الوسيط : [كسد الشيء كسادًا : لم يرج لقلة الرغبة فيه] ، ويقال : سلعة كاسدة . راجع في مادة : [كسد] (٧٩٢/٢) .
(٨) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

١٤٢٦٠ - قالوا : من بيع عليه دراهم بيعت [١] عليه عروضه ، كالميت .

١٤٢٦١ - قلنا : الميت سقطت [٢] ولايته بموته ، فوُلِّيَ عليه في بيع ماله ، والحي ولايته باقية وتصرفه جائز [٣] ، فلم تثبت الولاية .

١٤٢٦٢ - يبين [٤] الفرق بينهما : أن غرماء الحي إذا لم يطلبوه [٥] بالحجر لم يبع القاضي ماله [٦] ، والميت يبيع ماله [٧] من غير مطالبة ، ولو رضى غرماء الميت بتأخير ديونهم ملك القاضي البيع ، فبان الفرق بينهما .

* * *

(١) في (م) ، (ع) [منعت] ، مكان : [بيعت] .

(٢) لفظ : [سقطت] ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [دار] مكان [جائز] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [يبين] ، وكذا في صلب (ص) ، وما أثبتناه من هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٥) في (م) ، (ع) : [إذا يطلبوه] ، بحذف : [لم] .

(٦) في (م) ، (ع) : [من ماله] ، بزيادة : [من] .

(٧) قوله : [والميت يبيع ماله] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٧١٤

إقامة المدين البينة على إعساره أو تلف ماله

١٤٢٦٣ - قال أصحابنا [(١)] : إذا أقام المديون البينة بالإعسار أو بتلف ماله قبل مضي مدة الحبس ؛ لم يسمع منه في إحدى [(٢)] الروايتين ، وتقبل منه البينة في الأخرى [(٣)] .

١٤٢٦٤ - وهو قول الشافعي [(٤)] .

١٤٢٦٥ - لنا : قوله ﷺ « لصاحب الحق اليد واللسان » [(٥)] ، ولم يفصل .

١٤٢٦٦ - وروى الهرماس بن حبيب بن زيادة ، عن أبيه ، عن جده ، قال : « أتيت النبي ﷺ بغريم لي ، فقال ، ثم مر بي رسول الله ﷺ فقال : يا أخا بني تميم ما الذي

(١) قوله : [قال أصحابنا] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في (ص) : [أحد] .
(٣) قال العيني : « والبينة على الإعسار بعد الحبس تقبل بالاتفاق ، فيطالبه القاضي بعد ذلك ، وأما إذا أقام قبل الحبس ففيه روايتان ، في أحدهما : تقبل ، وبه كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن فضل ، وفي الأخرى : لا تقبل ما لم يحبس ، وعليه عامة المشائخ ، وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي في [شرح أدب القاضي [وهو الأصح » . راجع المسألة في : متن القدوري ، نفس المصدرص٤٣ ، الكتاب مع اللباب ، نفس المصدر (٢٤/٢ ، ٢٥) ، روضة القضاة ، « فصل : البينة على الإعسار » (٤٣٦/١) ، مسألة (٢٥١١ ، ٢٥١٢) ، الهداية مع البناية (١٤٠/١٠) ، الهداية « كتاب أدب القاضي » ، « فصل في الحبس » (٨٤/٣) .
(٤) راجع المسألة في : مختصر المزني « باب حبس من عليه الدين » ص١٠٤ ، التنبيه ، نفس المصدر ص٧١ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٢٧٥/٣) ، حلية العلماء ، نفس المصدر (٤٨٥/٤ ، ٤٨٦) ، رحمة الأمة ، نفس المصدرص١٥٤ . قال مالك ، وأحمد مثل قول الشافعي ورواية الحنفية الثانية : تقبل منه البينة بالإعسار قبل الحبس ، ولا خلاف بعد الحبس . راجع المسألة في : الإفصاح (٣٧٤/١) ، الكافي لابن قدامة « فصل : فإن ادعى الإعسار إلخ » (١٦٩/٢) ، المغني « مسألة : ومن وجب عليه حق إلخ » (٤٩٩/٤ ، ٥٠٠) .
(٥) هذا الحديث روي موصولًا ومرسلًا ، أما الموصول : فقد أخرجه ابن عدي (٢٧٨/٦) ، الترجمة (١٧٦٢/١٤١) . وأما المرسل : فقد أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب في الأقضية » ، « باب في المرأة تقتل إذا ارتدت » (٢٣٢/٤) ، الحديث (٩٧) ، وأخرجه البخاري من طريق أبي سلمة « باب لصاحب الحق مقال » (٥٨/٢) ، ومسلم نحوه في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب من استسلف شيئًا فقضى خيرًا منه » (١٢٢٥/٣) ، الحديث (١٦٠١/١٢٠) ، راجع تخريجه أيضًا في نصب الراية « كتاب الحجر » ، « باب الحجر بسبب الدين » (١٦٦/٤) .

ترى أن تصنع بأسيرك ، » [١] ولو كانت البينة بالإعسار تسمع أولًا لسأله عن البينة [٢] .

١٤٢٦٧ - ولأن الإعسار لا يتوصل الشهود إلى حقيقته ، وإنما يختبر [٣] الحال بالحبس ، فما لم يوجد لم يثبت الإعسار ، فلا يسقط الحبس .

١٤٢٦٨ - ولأنه إذا أقام [٤] بينةَ الإعسار قبل اختبار حاله بالحبس ، لم تقبل [٥] . أصله : إذا نكل عن اليمين وأراد أن يقيم البينة قبل يمين المدعى .

ولأنها شهادة بالفقر ؛ فلا يثبت لها حكم بانفرادها . أصله : إذا شهدوا أن لا مأرب [٦] لفلان .

١٤٢٦٩ - ولا يلزم : بعد الحبس ؛ لأن الحكم لا يثبت بانفرادها ، لكن بانضمام الاختبار [٧] إليها ، وغير ممتنع أن ينضم إلى الشهادة بالنفي معنى [٨] آخر ، فيحكم بها [٩] ، كما لو قالوا : هذا وارث فلان ، لا نعلم له وارثًا غيره

١٤٢٧٠ - احتجوا : بأن كل حق يثبت [١٠] بالبينة وجب أن يكون سماعه قبل الحبس وبعده . أصله : إذا ادعى القضاء .

١٤٢٧١ - قلنا : لا نسلم أن الأعيان تثبت بالبينة حتى ينضم إليها [١١] الاختبار . والمعنى في الشهادة بالقضاء : أنها شهادة بإثبات ، فقبلت في جميع الأحوال ، وفي

---

(١) هذا الحديث : أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الأقضية » ، « باب في الحبس في الدين وغيره » (٣٠٧/٢) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الصدقات » ، « باب الحبس في الدين والملازمة » (٨١١/٢) ، الحديث (٢٤٢٨) ، المنتقى لمجد الدين ابن تيمية « كتاب الأقضية » ، « باب ملازمة الغريم إذا ثبت عليه الحق » ص٨١٢ ، ٨١٣ ، الحديث (٤٩٧٩ ، ١٩٨٠) .

(٢) في (م) ، (ع) : [و لو كانت البينة تسمع بالإعسار ابتدأ رسالته] ، مكان المثبت .

(٣) في (م) ، (ع) : [يخبر] . (٤) في (ص) : [قم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلم يقبل] .

(٦) في (ع) : [أنه لا بارث لفلان] ، والمأرب : الحاجة ، أو الحاجة الشديدة ، والجمع : مآرب . راجع المغرب ص٢٣ ، المعجم الوسيط (١٢/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [الاختيار] ، بالياء ، وهو تصحيف .

(٨) في (م) ، (ع) : [يعني] .

(٩) قاعدة : « إذا إنضم إلى الشهادة بالنفي معنى آخر فيحكم بها ، كما لو قالوا هذا وارث فلان ولا نعلم له وارثًا غيره » .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ثبت] . (١١) في (م) ، (ع) : [إليه] .

مسألتنا : شهادة نفي فتقبل [١] تبعًا لغيرها ، ولا تقبل بنفسها كما بينا [٢] .

١٤٢٧٢ - فإن قيل : إذا [٣] شهدوا بتلف ماله ؛ فهذه شهادة بإثبات .

١٤٢٧٣ - قلنا : قضاء الدين لا يختص بمال واحد ، وهم يشهدون بتلف ما عرفوه من المال ، ويجوز أن يكون هناك غيره .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [شهادة قبلت] ، مكان : [شهادة نفي فتقبل] .

(٢) قاعدة : « شهادة النفي تقبل تبعًا لغيرها ، ولا تقبل بنفسها » .

(٣) في (ع) : [فإذا] .

مسألة ٧١٥

إقامة المدين البينة على الفلس بعد حبسه

١٤٢٧٤ - قال أصحابنا : إذا حُبس المديون ، ثم أقام بينة على الفلس ، لم يستحلف بأنه لا مال له [١] .

١٤٢٧٥ - وقال الشافعي في أحد قوليه : أستحلفه استظهارًا ، وفي القول الآخر : على الوجوب [٢] .

١٤٢٧٦ - لنا : قوله ﷺ : « شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » [٣] ، وقال : « البينة على المدَّعِي ، واليمين على المدَّعَى عليه » [٤] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لأنه] ، مكان : [بأنه] . راجع المسألة في : روضة القضاة « فصل لا يمين مع البينة على الإعسار » (٤٣٦/١) ، مسألة (٢٥١٣) .

(٢) راجع المسألة في : مختصر المزني « باب جواز حبس من عليه الدين » ص١٠٤ ، ١٠٥ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب التفليس » (٢٧٥/١٣) ، حلية العلماء « كتاب التفليس » (٤٨٥/٤) ، رحمة الأمة ، نفس المصدرص١٥٤ . قال مالك مثل قول الشافعية : يستحلف إذا طلب الغرماء ذلك . راجع المسألة في : المنتقى ، في « ما جاء في إفلاس الغريم » (٨٢/٥) ، شرح الزرقاني [باب الفلس] (٢٧٨/٥) ، الإفصاح (٥٠٠/٤ ، ٥٠١) ، الإنصاف « كتاب الحجر » (٢٧٨/٥) .

(٣) في (ص) : [له] ، مكان : [لك] . أخرجه مسلم بطوله في الصحيح [كتاب الإيمان] ، باب « وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فأجره بالنار » (١٢٣/١) ، الحديث (٢٢١ - ١٣٨) ، وأحمد في المسند ، في « حديث الأشعث بن قيس الكندي ﷺ » (٢١١/٥) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الدعوى » ، « باب الرجل يجيء بشاهدين على رجل بحق » (٢٦١/١٠) ، وأبو داود في السنن « كتاب الأقضية » ، « باب الرجل يحلف على علمه فيما غاب عنه » (٣٠٦/٢) ، كما أخرجه بهذا المعنى البخاري في الصحيح « كتاب الشهادات » ، « باب سؤال الحاكم المدعى له لك بينة قبل اليمين » (١٠٧/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب تفسير القرآن » ، « باب ومن سورة آل عمران » (٢٢٤/٥) ، الحديث (٢٩٩٦) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » (٧٧٨/٧) ، الحديث (٢٣٢٢) ، وراجع تخريجه أيضًا في : الهداية في تخريج أحاديث البداية (٦٦١/٨) ، الحديث (١٧٩١) ، إرواء الغليل (٧٦١/٨) ، الحديث (٢٦٣٨) .

(٤) في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » (٦١٧/٣) ، الحديث (١٣٤١) ، والدارقطني « كتاب في الأقضية » (٢١٨/٤) ، الحديث (٥٣ ، ٥٤) ، والبيهقي من حديث ابن عباس « كتاب الدعوى » ، « باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » (٢٥٢/١٠) ، كما أخرجه البخاري من حديث ابن عباس مختصرًا في الصحيح « كتاب التفسير » في « سورة آل عمران » (١١١/٣) ، ومسلم =

١٤٢٧٧ - ولأنه حق أقام البينة عليه ، فلا يُسْتَحْلَفُ فيه ، أصله : إذا أقام البينة على ملك عين .

١٤٢٧٨ - ولأن الطالب يدعي البيان ، فالدعوى لا يجمع في [1] إسقاطها بين البينة واليمين ، أصله : إذا ادَّعَى [2] أنه أبرأه من الدين .

١٤٢٧٩ - احتجوا : بأنه دعوى ما يجوز خفاؤه على الشاهدين ، فوجب عرض اليمين إذا طالب المدعي ، فيما إذا شهد عليه شاهدان بدين فادعى المشهود عليه القضاء أو الإبراء .

١٤٢٨٠ - الجواب [3] : أن هناك ادعى معنى لم ينفه الشهود ، فلا [بد من نفيه باليمين إذا ادعى ، وفي مسألتنا : تنفى معنى قد نفاه الشهود ، فلا] [4] يجمع بين النفي والبينة والنفي باليمين ، كما لو شهدوا على إثبات معنى لم يجز أن يستحلف على إثباته مع الشهادة .

١٤٢٨١ - فإن قيل : الشهود ينفون المال في الظاهر ، وقد يكون للإنسان مال يخفي ويكتمه .

١٤٢٨٢ - قلنا : لا يجوز حمل أمر [5] ، الشهود على أنهم [6] رجعوا إلى ظاهر النفي ، لأن هذا قد علمه القاضي ، وإنما يحمل أمرهم على [7] أنهم خبروا حاله بالمخالطة والمعاملة ، فنفوا الباطن والظاهر .

* * *

= في الصحيح « كتاب الأقضية » ، راجع تخريجه أيضًا في : تلخيص الحبير « كتاب الدعاوى » (٢٠٨/٤) ، الحديث (٢١٣٥) ، الهداية في تخريج أحاديث البداية (٦٤٨/٨ - ٦٥٣) ، الحديث (١٧٨٢)

(١) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [في] .

(٢) في (م) ، (ع) : [إذا أداها] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الإبرار القضاء والجواب] ، مكان المثبت .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [إبراء] ، مكان : [أمر] .

(٦) قوله : [على أنهم] ساقط من (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) لفظ : [على] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٧١٦

إخراج المدين من الحبس بعد ثبوت إعساره

١٤٢٨٣ - قال أبو حنيفة : إذا ثبت إعساره أخرجه من الحبس ، ولم يحل بينه وبين الغرماء [١] .

١٤٢٨٤ - وقال الشافعي : يحول بينه وبين الغرماء ، ولا يطالبوه إلي حين البيان [٢] .

لنا : قوله ﷺ : « لصاحب الحق اليد واللسان » [٣] ، فله الملازمة بالاتفاق [٤] .

١٤٢٨٥ - وروي : « أنه ﷺ : اشترى بعيرًا من أعرابي بأوسق من تمر فجاء الأعرابي وطلب الثمن ، فقال رسول الله ﷺ : دعوه ، فإن لصاحب الحق اليد واللسان » [٥] .

---

(١) قال القدوري في « المتن » ، و « الكتاب » : « وإذا حبسه القاضي شهرين أو ثلاثة ، سأل القاضي عن حاله فإن لم ينكشف له مال خلّى سبيله ، وكذلك إذا أقام البينة أنه لا مال له ، ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس ، ويلازمونه ، ولا يمنعونه من التصرف ، والسفر ، ويأخذون فضل كسبه فيقسم بينهم بالحصص » ، وقال أبو يوسف ومحمد : إذا صح أنه معسر ، فلا سبيل إلى لزومه ، وقال إسماعيل بن حماد ليس للمدعي أن يلازمه ، ولكن يأخذ كفيلًا « هكذا ذكره العين نقلًا » عن الناصحي في أدب القاضي ، وهو عن ابن كاس في أدب القاضي ، وعن شمس الأئمة في شرح أدب القاضي للخصاف . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب المداينات » ص٩٦ ، متن القدوري « كتاب الحجر » ص٤٣ ، ٤٤ ، الكتاب مع اللباب « كتاب الحجر » (٢٤/٢ ، ٢٥) ، بدائع الصنائع « كتاب الحجر والحبس » ، « فصل في بيان حكم الحجر إلخ » (١٧٣/٧) ، الهداية مع البناية (١٤٢/١٠ ، ١٤٣) ، الهداية مع تكملة فتح القدير والعناية (٢٧٧/٩) .

(٢) راجع المسألة في : مختصر المزني ص١٠٥ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية (٢٧١/١٣) ، حلية العلماء (٤٨٣/٤) ، رحمة الأمة « كتاب التفليس والحجر » ص١٥٣ . وقال مالك ، وأحمد مثل قول الشافعي : إذا ثبت إعساره عند الحاكم فيخرجه من الحبس ويحول بينه وبين غرمائه ، ولا يجوز بعد ذلك حبسه ولا ملازمته . راجع المسألة في : بداية المجتهد « كتاب التفليس » (٣١٧/٢) ، شرح الزرقاني « باب التفليس » (٢٧٩/٥) ، الإفصاح « باب الحجر على المفلس » (٣٧٣/١ ، ٣٧٤) ، المغني « كتاب المفلس » ، « فصل : ومتى ثبت إعساره عند الحاكم » (٤٩٧/٤ ، ٤٩٨) ، الكافي لابن قدامة « كتاب التفليس » (١٦٧/٢) ، الإنصاف ، نفس المصدر (٢٧٩/٥ ، ٢٨٠) .

(٣) تقدم تخريجه بهذا اللفظ في مسألة (٧١٤) .

(٤) أي المراد بالحديث : الملازمة بالاتفاق ، وفي (م) ، (ع) : [باتفاق] ، مكان : [بالاتفاق] .

(٥) أخرجه أحمد من حديث عائشة (رضي الله عنها) بمعناه ، في « مسند السيدة عائشة » (رضي الله عنها)] (٢٦٨/٦ ، ٢٦٩) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب البيوع » ، « باب جواز السلم الحال » (٢٠/٦) ، قال الهيثمي بعد أن =

١٤٢٨٦ - ومعلوم أن إعسار النبي ﷺ : ثبت بإخباره وهو [1] أبلغ من ثبوته بالبينة ، ومع ذلك أخبر أن لغريمه اليد ، فدلّ على أن الإعسار لا يسقط الملازمة .

١٤٢٨٧ - ولأن دينه في ذمته ، فكان له ملازمته بعد الحبس . أصله : إذا اكتسب مالًا .

١٤٢٨٨ - ولأنه دين يجوز الملازمة به قبل حكم الحاكم بالفلس ، فجاز بعده . أصله : إذا ظهر له مال [2] .

١٤٢٨٩ - ولأنه يتوصل بالملازمة إلى استيفاء / حقه ، لأنه يقف على أكسابه فيأخذ منها ، فصار كمن له مال . ١٦٤/

١٤٢٩٠ - فإن قيل : المعنى فيما ذكرتم أنه يملك المطالبة ، فيملك الملازمة وفي مسألتنا : لا يملك المطالبة .

١٤٢٩١ - قلنا : لا نسلم ، لأن له [3] المطالبة عندنا . وهل تثبت [4] الملازمة إلا للمطالبة ؟ .

١٤٢٩٢ - فإن قيل [5] : المعنى فيه : أنه يثبت [6] الحبس ؛ فجاز أن تثبت الملازمة ، وفي مسألتنا بخلافه .

١٤٢٩٣ - قلنا : إذا ثبت الحق فإن القاضي يأمر بالملازمة ولا يحبسه في الحال حتى يعلم امتناعه . ولأن الحبس إذا كان له مال يتوصل به إلى إخراجه ، فكان في الحبس فائدة ، وكذلك في الملازمة .

١٤٢٩٤ - وإذا لم يكن له مال توصل بالملازمة إلى الأخذ من كسبه ، وفي الحبس لا يقدر على الاكتساب ولا يستفيد بالحبس فائدة .

= ذكره : « رواه أحمد والبزار ، وإسناد أحمد في صحيح » ، في مجمع الزوائد ، « كتاب البيوع » ، « باب حسن القضاء وقرض الخميرة وغيره » (١٣٩/٤ ، ١٤٠) . راجع تخريجه أيضًا في : الهداية في تخريج أحاديث البداية (٣٩٥/٧ - ٣٩٧) ، الحديث (١٤٥٧) .

(١) قوله : [وهو] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [ماله] . (٣) لفظ : [له] ساقط من (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [عندها] ، مكان : [عندنا] ، وفي (م) : [ثبت] ، وفي (ع) : [ثبتت] ، مكان : [ثبت] .

(٥) في (م) ، (ع) : [قاولوا] ، مكان : [فإن قيل] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

١٤٢٩٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [١] .

١٤٢٩٦ - الجواب [٢] : أن الأمر بالإنظار يدلُّ على أنه لم يصر مُنْظَرًا [٣] بنفس الفلس إذ الأمر لا يصح بما وُجِدَ ، وكل من قال : لا يصير مُنْظَرًا بالفلس ، قال : إن الأمر على وجه الاستحباب ، وكذلك نقول : فإنه يستحب أن يتركه ولا يلزمه .

١٤٢٩٧ - قالوا : روى أبو سعيد الخدري ﷺ : « أن رجلًا أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه ، فقال : عليه [الصلاة و] السلام : تصدقوا عليه ، فلم يبلغ وفاء دينه ، فقال : خذوا ما وجدتم ، وليس لكم إلا ذلك » [٤] .

١٤٢٩٨ - الجواب : أن [٥] معناه : ليس لكم أخذ غيره ، ولم يرد نفي غير الأصل ، بدليل : أن الدين ثابت في ذمته باتفاق ، وذلك لهم ، فعلم [٦] أنه نفي الأخذ لنفي ما كان في ابتداء الإسلام من بيع المديون في دينه [٧] [٨] .

١٤٢٩٩ - قالوا : من لا مطالبة له بدينه ، فلا تلزمه المطالبة ، ثم المعنى في الدين المؤجل لأنه لا يلازم به إذا كان له مال ، فلا يلازم إذا كان له كسب .

١٤٣٠٠ - [وفي مسألتنا : يلازم بهذا الدين إذا كان له مال ، فجاز أن يلازم إذا كان له كسب] [٩] .

---

(١) سورة البقرة ، من الآية ٢٨٠ .

(٢) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف .

(٣) لفظ : [يصر [ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [ينظر] ، مكان : [منظرًا] .

(٤) حديث أبي سعيد الخدري (ﷺ) : أخرجه أحمد بهذا اللفظ مع زيادة يسيرة في المسند ، في [مسند أبي سعيد الخدري (ﷺ)] (٣٦/٣) ، ومسلم في الصحيح [كتاب المساقاة] ، [باب استحباب الوضع من الدين] (١١٩١/٣) ، الحديث (١٥٥٦/١٨) ، وأبو داود في السنن [كتاب البيوع] ، [باب في وضع الجائحة] (٢٧١/٢) ، والترمذي في السنن [كتاب الزكاة] ، [باب ما جاء من تحل له الصدقة] (٣٥/٣) ، الحديث (٦٥٥) ، والنسائي في المجتبى [كتاب البيوع] ، في [وضع الجوائح] (٢٦٥/٧) ، وابن ماجه في السنن [كتاب الأحكام] ، [باب تفليس المعدم] (٧٨٩/٢) ، الحديث (٢٢٥٦) ، والبيهقي في الكبرى [كتاب التفليس] ، [باب لا يؤاجر الحر في دين عليه] (٥٠/٦) .

(٥) في (م) ، (ع) : [والجواب لأن] ، مكان : [الجواب : أن] .

(٦) في (ص) : [فلم] ، مكان : [فعلم] . (٧) في (م) ، (ع) : [في ذمته] .

(٨) فائدة : « نفى أخذ غير المال في الإفلاس لنفي ما كان في ابتداء الإسلام من بيع المديون في دينه » .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

١٤٣٠١ - قالوا : هذا [١] الدين في معنى المؤجل ؛ لأنه مؤخر إلى الميسرة .

١٤٣٠٢ - قلنا : الدين حالّ ليس بمؤجل ، بدلالة : أنه لا يتأخر على الكفيل ، وإنما لا يستحق العقوبة بالحبس ، ولا يلحقه مأثم التأخير ، فأما غير ذلك فإن المطالبة باقية ، والملازمة ثابتة ، وإذا وجد شيئًا استوفاه من الحالّ ، فكيف نسلم التأجيل ؟ .

١٤٣٠٣ - قالوا : إذا جوزتم ملازمته لم يكن لإخراجه من الحبس فائدة .

١٤٣٠٤ - قلنا : ليس كذلك ؛ لأنه يتصرف في أعماله ، ويسافر ويذهب حيث شاء . والله أعلم بالصواب [٢] .

* * *

---

(١) لفظ : [هذا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [والله تعالى أعلم] ، مكان المثبت .

مَوْسُوعَة
القواعد الفقهية المقارنة
المُسَمّاة
التَّجْرِيد

كتاب الحجر

مسألة ٧١٧

البلوغ بالسن

١٤٣٠٥ – قال أبو حنيفة : مدة البلوغ بالسن في الغلام ثماني عشرة سنة ، وفي الجارية سبع [١] عشرة سنة .

١٤٣٠٦ – وقال أبو يوسف ، ومحمد : في الغلام والجارية خمس عشرة سنة [٢] .

١٤٣٠٧ – وبه قال الشافعي [٣] .

١٤٣٠٨ – لنا : قوله تعالى : ﴿ يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا۟ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَـٰثَ مَرَّٰتٍ ﴾ [٤] ، ثم قال تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌۢ بَعْدَهُنَّ طَوَّٰفُونَ عَلَيْكُم ﴾ [٥] .

١٤٣٠٩ – فأمر الإماء بالاستئذان في كل [٦] حال ، ومن لم يحتلم بالاستئذان في وقت مخصوص ، دلَّ على أن الاحتلام هو حد البلوغ ، ووجب تعلق الحكم به إلا في

---

(١) في (ع) : [والجارية خمس] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [خمس عشر سنة] . راجع تفصيل المسألة في : أحكام القرآن للجصاص (٣/٣٣١ ، ٣٣٢) ، شرح معاني الآثار « كتاب السير » ، « باب بلوغ الصبي بدون الاحتلام » (٣/٢١٨) ، روضة القضاة « كتاب الحجر » في « مدة البلوغ » (١/٤٤١) ، المسألة (٢٥٥٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الحجر » ، « فصل في حد البلوغ » (٩/٢٧٠) ، البناية مع الهداية « كتاب الحجر » ، « فصل في حد البلوغ » (١٠/١٢٥ – ١٣١) .

(٣) راجع المسألة في : الأم « كتاب البيوع » ، في « بلوغ الرشد وهو الحجر » (٣/٢١٥) ، مختصر الخلافيات « كتاب التفليس والرهن والحجر » ، ورقة (٢١٥ أ ، ب) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب الحجر » (١٣/٣٥٩) وما بعدها ، حلية العلماء « باب الحجر » (٤/٥٣٢ ، ٥٣٣) . وقال مالك : ليس للبلوغ من جهة السن حد ، وقال أصحابه : خمس عشرة سنة ، أو ثمان عشرة سنة راجع تفصيل المسألة في : أحكام القرآن لابن العربي (١/٣٢٠) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٥/٣٥) ، شرح الزرقاني « باب المجنون » (٥/٢٩١) . وقال أحمد في أظهر روايتيه مثل قول الصاحبين والشافعي : سن البلوغ في الغلام والجارية خمس عشرة سنة . وعن أحمد في الجارية خاصة رواية أخرى : أنه لا يحكم ببلوغها إلا بالحيض . راجع تفصيل المسألة في : الإفصاح « باب الحجر » (١/٣٧٥) ، الكافي لابن قدامة « باب الحجر» (٢/١٩٣) المغني « كتاب الحجر » (٤/٥٠٩ ، ٥١٠) .

(٤ ، ٥) سورة النور : الآية ٥٨ .

(٦) في (م) ، (ع) : [حكيم] ، مكان : [حال] .

موضع ما دلَّ الدليل .

١٤٣١٠ - وليس لهم أن يقولوا : هذا استدلال بدليل الخطاب ؛ لأن الدليل من حيث الدين من المحتلم وغير المحتلم في كيفية الإذن ، وهذا الاستدلال بالنطق لا بالدليل .

ويدل عليه : قوله تعالى : ﴿ وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ ﴾ (١) ، قال مجاهد : « إذا بلغ الحلم » (٢) .

ويدل عليه : قوله ﷺ « رُفِعَ القلم عن ثلاث : عن المجنون حتى يفيق ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يستيقظ » (٣) ، وهذا خبر مشهور رجعت إليه الأمة ، وعملت به ، واشتهرت روايته ، وهو يقتضي إسقاط التكليف قبل الاحتلام ، سواء بلغ خمس عشرة (٤) أو تجاوزها .

١٤٣١١ - فإن قيل : الخبر يقتضي رفع القلم عن الصبي ، ومن له خمس عشرة (٥) فهو رجل وليس بصبي .

١٤٣١٢ - قلنا : الخبر يقتضي أنه صبي حتى يحتلم وإن تجاوز الخمس عشرة ، وما دل الخبر عليه لا يدفع بمذهبكم .

ولأنها مدة لانتقال الصبي من حال إلى حال [لها] (٦) معتاد ونادر ، فإذا جاز أن يزاد على نادرها جاز أن يزاد على معتادها ، كمدة الحمل (٧) .

١٤٣١٣ - ولأنها مدة (٨) لا يستفيد بها غير الرشيد التصرف (٩) في ماله ، فلم تكن (١٠) مدة البلوغ كما دون الخمس عشرة .

---

(١) سورة النساء : الآية ٦ .

(٢) أورده الجصاص في أحكام القرآن (٦٣/٢) .

(٣) أخرجه أحمد ، من حديث عائشة (﵂) ، عن النبي ﷺ بنحو هذا اللفظ ، في المسند ، في [مسند السيدة عائشة (﵂)] (١٠٠/٦ ، ١٠١) ، والدارمي في السنن [كتاب الحدود] ، [باب رفع القلم عن ثلاثة] (١٧١/٢) . كما تقدم تخريجه في مسألة (٣١٣) ، هامش (٦) ، وبألفاظ متقاربة في مسألة (٣٨٩) ، هامش (٢٧) .

(٤ ، ٥) في (ص) : [خمسة عشر] .

(٦) الزيادة من (م) ، (ع) .

(٧) قوله : [كمدة الحمل [ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولا مدة] .

(٩) في (ع) : [يستفيد بها [بدون [لا] ، وفي (م) ، (ع) : [بالتصرف] ، بزيادة الباء .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فلم يكن] .

ولأنها مدة لا تكون (١) سببًا لوجوب الزكاة في ماله ، كأربع عشرة .

١٤٣١٤ - ولأن الصلاة عبادة ، فلا تكون الخمس عشرة سببًا في وجودها (٢) ، كالزكاة .

١٤٣١٥ - ولأن الخمس عشرة عدد قدر به حكم غير البلوغ ، [وهو الطهر على المذهبين ، والحيض عندهم ، وكل عدد قدر به حكم غير البلوغ] (٣) لم يتقدر به البلوغ ، كالأربعين من النفاس ، ومدة الحول في الزكاة والتلبية في مدة الخيار .

١٤٣١٦ - ولأن التسوية بين بلوغ الذكر والأنثى خلاف العادة ، لأن المعتاد أن بلوغ الجارية يتقدم ، والعادة أمر مقطوع به ، فإذا خالفه ما طريقه الظن لم يلتفت إليه .

ولأنه إذا شرب الخمر فقد اختلف في تحريم هذا الشرب عليه ، فلم يجب به حد ، كنبيذ التمر ، وإذا (٤) جامع فقد اختلف في كون فعله زنا مع العلم به ، فلم يجب به حد ، كالوطء بالمتعة ، وهذا كلام في إبطال مذهبهم .

١٤٣١٧ - وأما الكلام في تصحيح مذهبنا فقوله تعالى (٥) : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ ﴾ (٦) ، قال ابن عباس ﷺ : « الأشد ثماني عشرة سنة » (٧) .

١٤٣١٨ - وروي عن النبي ﷺ قال : « أيما صبي حج عشر حجج ثم بلغ ، فعليه حجة الإسلام » (٨) ، فأضاف الحج عليه ، وأقل ما يمكن الصبي أن يحج بنفسه إذا كان له سبع سنين أو ثمان ، ثم أثبت له عشر حجج ثم البلوغ ، وهذا يلزم على أن البلوغ يتأخّر إلى ثماني عشرة (٩) سنة .

---

(١) في (م) : [لا يكون] .

(٢) في سائر النسخ : [في وجودها] ، لعل الصواب : [سببًا في وجوبها] ، بزيادة : [سببًا] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) . (٤) في (م) ، (ع) : [فإذا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فأما الدليل على تصحيح مذهبنا بقوله تعالى] ، مكان المثبت .

(٦) سورة الأنعام : الآية ١٢٥ ، وسورة الإسراء : الآية ٣٤ .

(٧) لم نعثر عليه من قول ابن عباس بعد . قال الزيلعي بعد أن ذكره : [غريب] ، في نصب الراية « كتاب الحجر » ، « فصل في حد البلوغ » (٤/١٦٦) ، وقال الحافظ ابن حجر : « لم أجده ، نعم في تفسير البغوي بغير إسناد غير أن ابن عباس قال : الأشد : نهاية قوته ، وغاية شبابه ، وهو ما بين ثماني عشرة سنة إلى أربعين » ، وفي الدراية « كتاب الحجر » (٢/١٩٩) ، ضمن الحديث (٨٨٢) ، وقد أخرجه الطحاوي من قول سعيد بن جبير ، في المعاني « كتاب السير » ، « باب بلوغ الصبي بدون الاحتلام » (٣/٢٢٠) .

(٨) تقدم تخريجه . (٩) في (م) ، (ع) : [عشر] .

١٤٣١٩ - احتجوا : بما روى عبد الله بن عمر قال : « عُرضت على رسول الله ﷺ عام أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة ، فردني ، ولم يرني بلغت ، ثم عُرضت عليه عام الخندق ، وأنا ابن خمس عشرة سنة ، فأجازني في المقاتِلة » (١) . فنقل الحكم (٢) ، وهو الإجازة في المقاتلة (٣) ، والسبب هو أنه ابن خمس عشرة (٤) سنة ، والحكم إذا نقل مع السبب فالظاهر أنه تعلق به (٥) .

والثاني : أنه قال : « عُرضت على النبي ﷺ يوم أحد ، وأنا ابن أربع (٦) عشرة سنة ، فردني ولم يرني بلغت » ، ومعلوم أنه لم يرد أنه من بلغ حدًّا يصلح للخروج ؛ لأن النبي ﷺ كان يخرج النساء والصبيان يستقون الماء ، فثبت أنه أراد بلوغ التكليف .

١٤٣٢٠ - قالوا : ولا يجوز أن يكون المراد به : أنه بلغ (٧) حدًّا يصلح للقتال ، لأن الإجازة في المقاتلة (٨) بمنزلة البلوغ ، ولا يجوز أن يجاز (٩) فيها إلا البالغ .

١٤٣٢١ - قالوا : روي أنه قال : « عُرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة سنة ، فرآني بالغا فأجازني » (١٠) .

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب الشهادات » ، « باب بلوغ الصبيان وشهادتهم » (١٠٦/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الإمارة » ، « باب بيان سن البلوغ » (١٤٩٠/٣) ، الحديث (١٨٦٨/٩١) ، وأبو داود في السنن « كتاب الحدود » ، « باب في الغلام يصيب الحد » (٤٩٥/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب الجهاد » ، « باب ما جاء في حد بلوغ الرجل » (٢١١/٤) ، الحديث (١٧١١) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الحدود » ، « باب من لا يجب عليه الحد » (٨٥٠/٢) ، الحديث (٢٥٤٣) ، كما أخرجه أحمد في المسند ، في « مسند عبد الله بن عمر (رضي الله عنهما) » (١٧/٢) ، والشافعي في المسند « كتاب الجهاد » (١٢٨/٢) ، الحديث (٤٢١) ، والطحاوي في المعاني (٢١٨/٣) ، والدارقطني في السنن « كتاب السير» (١١٥/٤ ، ١١٦) الحديث (٤٠) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الحجر » ، « باب البلوغ بالسن» (٥٤/٦ ، ٥٥) .

(٢) قوله : [فنقل الحكم] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [المقابلة] .

(٤) في (ص) : [خمسة عشر] ، وفي (م) ، (ع) : [خمسة عشرة] ، والصواب ما أثبتنا .

(٥) قاعدة : « الحكم إذا نقل مع السبب فالظاهر أنه تعلق به » .

(٦) قوله : [يوم واحد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش . ولفظ : [أربع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) قوله : [أنه بلغ] ساقط من (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [المقابلة] .

(٩) في (م) ، (ع) : [أن يجاوز] .

(١٠) رواه ابن حبان في صحيحه والبيهقي بالزيادة ، ونقل عن ابن صاعد : أنه استغربها ، في تلخيص الحبير =

١٤٣٢٢ - الجواب [١] : أن هذا الخبر مداره على [عبد الله بن عمر العمري [٢] ، عن نافع ، عن ابن عمر رضي الله عنهما ، وقد ضعف] [٣] مخالفونا عبد الله العمري في رواية : « أن [٤] النبي ﷺ جعل للفارس سهمين » [٥] ، وصححوا خبره ههنا ورجعوا إليه في أصل من أصول الشريعة ، هو أعظم من مقدار السهم ، فاعترضوا بخبره على القرآن والأخبار المتفق عليها [٦] .

١٤٣٢٣ - وكيف يظن أن حد البلوغ خمس عشرة سنة وخفي [٧] هذا الحكم على الأئمة الراشدين ومَن بعدهم حتى سأل [٨] عمر بن عبد العزيز نافعًا عن حضور ابن عمر مع رسول الله ﷺ المغازي ، فروي له هذا الخبر ، فيقول عمر : « هذا حد بين الصغير والكبير » [٩] ، ومدة البلوغ يتعلق بها وجوب العبادات وثبوت الأحكام ، ويحتاج [١٠] الأئمة إلى معرفتها ، فيخفى مثل هذا على جميع الأمة ، حتى يستخرجه عمر بن عبد العزيز من حديث نافع .

= « كتاب الحجر » (٤١/٣) ، الحديث (١٢٤٠) .

(١) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

(٢) هو : عبد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) ، قال البخاري : كان يحيي بن سعيد يضعفه ، قال النسائي : ليس بالقوي ، وقال أحمد : صالحٌ ، لا بأس به ، وقال ابن المديني : ضعيف مات رحمه الله في سنة ثلاث وسبعين ومائة ، وقيل : قبلها . راجع ترجمته في : [كتاب الضعفاء والمتروكين] ص١٤٦ ، الترجمة (٣٤١) ، الجرح والتعديل (١٠٥/٥ ، ١١٠) الترجمة (٤٩٩) ، المجروحين (٢ ، ٦ ، ٧) ، الكامل (١٤١/٤) ، الترجمة (٩٧٦/٩) ، تقريب التهذيب (٤٣٤/١ ، ٤٣٥) ، الحديث (٤٩٠) .

(٣) ما بين المعكوفتين : مكرر في (ع) .

(٤) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) الحديث : أخرجه ابن عدي ، من طريق عبد الله بن عمر ، في الكامل ، في ترجمة « عبد الله بن عمر بن حفص » (١٤٢/٤) ، الترجمة (٩٧٦/٩) ، وأورده ابن حبان في المجروحين ، في ترجمة « عبد الله بن عمر ابن حفص » (٧/٢) ، كما أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب السير » (١٠٧/٤) ، الحديث (٢٢) . راجع تخريجه أيضًا في نصب الراية « كتاب السير » ، « باب الغنائم وقسمتها » (٤١٧/٣ ، ٤١٨) .

(٦) في (م) ، (ع) : [متفق عليها] بدون الألف واللام .

(٧) في (م) ، (ع) : [فخفي] .

(٨) لفظ : [سأل] مكرر في (ع) .

(٩) سبق تخريجه وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب الجهاد » ، « في الغرر بالغلمان ومن لم يجزهم لحكم فيهم » (٧٣٤/٧) ، وابن سعد في الطبقات الكبرى ، في ترجمة « عبد الله بن عمر بن الخطاب (رضي الله عنهما) » (١٠٥/٤) ، القسم الأول .

(١٠) في (ع) : [تحتاج] .

١٤٣٢٤ - ثم هو خبر مضطرب ؛ لأنه روى فيه : « أن ابن عمر عرض يوم بدر وله ثلاث عشرة سنة [١]

١٤٣٢٥ - [وبين] [٢] يوم أحد والخندق سنتان [٣] ، هكذا رواه ابن إسحاق والواقدي ، فعلى هذا كان [٤] لابن عمر في الخندق ست عشرة [٥] سنة ؛ لأن بدرًا كانت في شهر رمضان من السنة الثانية من الهجرة ، وأحدًا في شوال [٦] من السنة الثالثة ، والخندق كانت في ذي القعدة من السنة الخامسة .

١٤٣٢٦ - فإن قيل : قد ذكر الزهري : أن الخندق [٧] كانت سنة أربع [٨] ، فوافق ابن عمر ﵁ .

١٤٣٢٧ - قلنا : ابن إسحاق والواقدي أعلم بهذا من الزهري [٩] ، وقد كان يرجع إلى ابن إسحاق ، والذي يبين [١٠] ذلك : أن بين بَدْر والخندق أُحُدًا الموعد [١١] ، وقد كانت على سنة من أحد ، لأن أبا سفيان واعدهم يوم بدر لأحد [١٢] / من العام ١٦٤/

(١) هذا جزء من حديث ابن عمر (﵄) ، أخرجه ابن سعد بطوله في نفس المصدر السابق ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الحجر » ، « باب البلوغ بالسن » (٦/٥٥) .
(٢) الزيادة : أثبتناها لمقتضى السياق .
(٣) قال ابن إسحاق : كانت غزوة أحد في شوال سنة ثلاث ، وغزوة الخندق في شوال سنة خمس من الهجرة . وقال الواقدي ، وابن سعد : غزوة الخندق كانت في ذي القعدة سنة خمس من الهجرة . راجع : سيرة ابن هشام (٢/٦٠ ، ٢١٤) ، المغازي للواقدي (١/١٩٩) ، (٣/٤٤٠ ، ٤٤١) ، الطبقات لابن سعد ، القسم الأول في ذكر مغازي رسول الله ﷺ (٢/٢٥ ، ٤٧) ، البداية والنهاية (٤/٩٣ ، ٩٤) .
(٤) لفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) في (ص) : [سنة عشرة] ، وفي (م) ، (ع) : [ست عشر] ، والصواب ما أثبتناه .
(٦) في (ص) : [وأحد] بالرفع ، والصواب ما أثبتنا بالنصب ، وفي (م) ، (ع) : [وأخذ في السؤال] ، مكان : [واحدًا في شوال] .
(٧) قوله : [أن الخندق] ساقط من (ع) .
(٨) أورده البيهقي من قول الزهري ، ومالك بن أنس ، في الكبرى ، الباب السابق (٦/٥٦) ، والحافظ ابن كثير في البداية والنهاية ، في [غزوة الخندق] (٤/٩٣) .
(٩) قال ابن كثير بعد أن ذكر الاختلاف في تاريخ أحد والخندق : « والصحيح قول الجمهور : أن أحدًا في شوال سنة ثلاث ، وأن الخندق في شوال سنة خمس من الهجرة » وفي البداية والنهاية (٤/٩٤) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(١١) في (م) ، (ع) : [الوعد] .
(١٢) في جميع النسخ : [الخندق] ، مكان : [أحد] ، وما أثبتناه من كتب التاريخ ، وهو الصواب .

المقبل (١) ، يبين (٢) ذلك : أن أحمد ابن محمد (٣) قال : حدثنا سفيان بن عيينة ، عن ابن أبي (٤) نجيح ، عن مجاهد قال : « شهد ابن عمر الفتح وهو ابن عشرين سنة » (٥) ، والفتح كان في شهر رمضان سنة ثمان (٦) .

١٤٣٢٨ - وعند أصحاب (٧) الحديث : أن شرط الصحيح لم يوجد في شيء من هذه الأسانيد إلا في هذا الحديث (٨) ، وهو يقتضي أن سن ابن عمر كان يوم الخندق تسع عشرة سنة .

١٤٣٢٩ - وقد ذكر الواقدي في كتاب الطبقات ، قال أخبرني أسامة بن زيد بن أسلم ، عن أبيه ، عن جده ، قال : « سمعت عمر بن الخطاب [ﷺ] (٩) يقول : ولدت قبل عام الفجار الأعظم (١٠) بأربع سنين ، وأسلمت في ذي الحجة السنة السادسة من المبعث ، وأنا ابن ست وعشرين سنة (١١) .

وكان عبد اللّٰه بن عمر [﵄] (١٢) يقول : « أسلم عمر وأنا ابن ست سنين » (١٣) ، فعلى هذا سنه من الهجرة ثلاث عشرة سنة ؛ لأن ابن عباس ﷺ روى : « أن النبي ﷺ

---

(١) يراجع في ذلك المغازي للواقدي ، في « غزوة بدر الموعد » (٣٨٤/١) ، الطبقات لابن سعد ، في « غزوة رسول اللّٰه ﷺ بدر الموعد » القسم الأول (٤٢/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وبين] .

(٣) في سائر النسخ : [أحمد بن حنبل] ، والمثبت من طبقات ابن سعد .

(٤) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٥) أخرجه ابن سعد من هذا الطريق بهذا اللفظ ، في الطبقات ، في ترجمة « عبد اللّٰه بن عمر بن الخطاب (ﷺ) » ، القسم الأول (١٢٦/٤ ، ١٢٧) .

(٦) لفظ : [ثمان] ساقط من (ع) .

(٧) لفظ : [أصحاب] مكرر في (ص) .

(٨) في (م) ، (ع) : [إلا في حديث] ، مكان المثبت .

(٩) في (م) ، (ع) : [رسول اللّٰه ﷺ] ، مكان : [عمر بن الخطاب] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [حال الأول] ، مكان : [عام الفجار الأعظم] ، وفي صلب (ص) : [الأول] ، مكان : [الأعظم] ، وما أثبتناه من هامش (ص) من نسخة أخرى .

(١١) في جميع النسخ : [ستة وعشرين] ، والصواب ما أثبتناه ، ولفظ [سنة] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٢) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(١٣) أخرجه ابن سعد من هذا الطريق بهذا اللفظ في الطبقات في ترجمة [عمر بن الخطاب (ﷺ)] ، القسم الأول (١٩٣/٣) .

أقام بمكة [ثلاث] عشر سنة (١) ، فعلى هذا سنه في الخندق ثمان (٢) عشرة سنة .

١٤٣٣٠ - فإن قيل : قد روي : أن النبي ﷺ أقام بمكة (٣) عشر سنين ، وروي : أنه أقام خمس عشرة سنة (٤) .

١٤٣٣١ - قلنا : الصحيح رواية ابن عباس ، وقد استدلّ على ذلك بقول أبي قيس صرمة بن أبي أنس :

ثوى في قريش بضع عشرة حجةً يذكر لو يلقى صديقًا مواتيا

ويعرض في أهل المواسم نفسه فلم ير من يؤوي ولم ير داعيا (٥)

١٤٣٣٢ - على أن كل واحدة (٦) من الروايات الثلاث (٧) لو صحت خالفت قولهم ، إن كان أقام عشرًا فسن ابن عمر كان ببدر (٨) إحدى عشرة سنة وشهور ؛ لأن الهجرة كانت في شهر ربيع الأول ، وبدرًا (٩) في شهر رمضان من السنة الثانية ، وإن (١٠) صحت رواية ابن عباس خرج منها أنه كان يوم بدر في الخامس عشر ، وإن صح أن للنبي ﷺ خمس عشرة سنة فله في بدر سبع عشرة (١١) ، وفي الخندق عشرون .

١٤٣٣٣ - وهذا الاضطراب في الرواية (١٢) يدل على أن خبر نافع ليس بمضبوط ، فلا يجوز الرجوع إليه .

---

(١) في هامش (ص) : [ست] ، مكان : [ثلاث] ، الصواب ما أثبتناه من واقع الحديث .
وحديث ابن عباس (ﷺ) : أخرجه ابن سعد في الطبقات .

(٢) في هامش (ص) : [ثلاث] ، مكان : [ثمان] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) هاتين الروايتين : أخرجهما ابن سعد من وجوه مختلفة ، في الطبقات ، العنوان السابق (١٥١/١) ، والطبري في تاريخه (٢٤٩/٢ - ٢٥١) .

(٥) ذكر البيتين الطبري في تاريخه (٢٥٠/٢) ، وابن كثير في البداية والنهاية (٢٠٤/٣) .

(٦) في (ص) ، (م) : [واحد] .

(٧) لفظ : [الثلاث] ساقط من (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [ببدر كانت] ، مكان : [كان ببدر] .

(٩) الزيادة : من (م) ، (ع) ، وفي (ع) : [ندر] ، مكان : [بدر] . راجع تاريخ الطبري ، في [ذكر الوقت الذي عمل فيها التاريخ] (٢٥٢/٢) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(١١) في جميع النسخ : [ست عشرة] ، مكان : [سبع عشرة] ، والصواب ما أثبتناه .

(١٢) في (م) ، (ع) : [الروايات] .

١٤٣٣٤ - وقد تعاطى مخالفونا في هذا ما أبطلوا به الخبر ، فقالوا : نحمل [(١)] قوله - : « عرضت عليه يوم [أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة » - على أنه كان في أولها [(٢)] .

١٤٣٣٥ - وقوله : « عرضت عليه يوم] [(٣)] الخندق [(٤)] وأنا ابن خمس عشرة« - يعني في آخرها ، فيصح ذلك على رواية أصحاب المغازي .

١٤٣٣٦ - قلنا : فعلى هذا فمن الذي [(٥)] يمنع أن يكون قوله : « وأنا ابن خمس عشرة« بمعنى استكملتها [(٦)] ، ويكون قد مضى صدر من السادس عشرة ولم يكملها ، فيكون حد البلوغ أكثر من خمس عشرة سنة [(٧)] على هذا القول .

١٤٣٣٧ - وهذا هو العادة أن [(٨)] يقال للإنسان أربع عشرة سنة ، يعني استهلها [(٩)] ، ويقال ذلك بمعنى : أكملها وإن كان قد طعن في التي تليها [(١٠)] ومضى بعضها .

١٤٣٣٨ - فإن اعتبروا الحقيقة لم تصح الرواية ، وإن اعتبروا المجاز بطل تحديدهم .

١٤٣٣٩ - على أنه لم ينقل في الخبر أن النبي ﷺ عرف سن ابن عمر ، فعلق الرد والإجازة به ، ولا سأل عنه حتى يكون الحكم تعلق بذلك ، وقد كان يرد البالغ إذا لم يطق حمل السلاح ، ويجيز [(١١)] غير البالغ إذا أطاق ذلك .

١٤٣٤٠ - يدل عليه [(١٢)] : حديث سعد بن أبي وقاص قال : « رأيت أخي عمير بن أبي وقاص قبل أن يعرضنا رسول الله ﷺ فيستصغرني فيردني ، وأنا أحب الخروج ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [فقال يحمل] ، مكان المثبت .
(٢) في (م) ، (ع) : [أنه تكرر وأنا ابن خمس عشرة كان في أولها] ، مكان : [أنه كان في أولها] .
(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [يوم الخندق وأنا ابن أربع عشرة سنة على أنه تكرر] بزيادة ما بعد : [يوم الخندق] ، وهو سهو من النساخ .
(٥) في (م) : [فمن ذي الذي] ، وفي (ع) : [فمن ذا الذي] .
(٦) في (ع) : [يعني] ، مكان : [بمعنى] ، وفي (ص) ، (م) : [أوليلها] ، وفي (ع) : [أولها] ، مكان : [استكملتها] ، وما أثبتناه أقرب إلى الصواب .
(٧) لفظ : [سنة] ساقط من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [أنه] ، بزيادة الهاء .
(٩) في (م) ، (ع) : [أسهلها] .
(١٠) في (ع) : [يليها] .
(١١) في (ع) : [ويجيز] .
(١٢) في (م) : [يدل على] ، وفي (ع) : [يدل على ذلك] ، مكان المثبت .

لعل اللّه أن يرزقني الشهادة ، قال : فَعُرِض [١] على النبي ﷺ فاستصغره ، وقال : ارجع ، فبكي عمير فأجازه [٢] رسول اللّه ﷺ قال : فكان سعد يقول : لقد كنت أعقد له حمائل سيفه من صغره ، فقتل ببدر وهو ابن ست عشرة سنة » [٣] ، فهذا قد رده النبي ﷺ وقد تجاوز سن ابن عمر ، لأنه ظن أنه لا يقدر على حمل السلاح ، فلما رآه يحب الحضور استدل على شجاعته وأجازه .

١٤٣٤١ - وقد روي عن ابن عمر أنه [٤] قال : « أجازني رسولُ اللّه ﷺ ورافعَ بن خديج يوم الخندق وسِنُّنا خمس عشرة سنة » [٥] .

١٤٣٤٢ - وقد كان رسول اللّه ﷺ أجاز رافعًا يوم أحد ، وهو في سن ابن عمر ، فدل [٦] : على أن الإجازة [٧] لا تتبع السن .

وقد رُوي : « أن رافع بن خديج حضر [٨] يوم أحد ، فاستصغره رسول اللّه ﷺ فأمر برده ، فقال عمه ظهير بن رافع : يا رسول اللّه ، إن ابن أخي رام ، فأجازه » [٩] ، أفلا يرى أن رسول اللّه ﷺ أجازه [١٠] لرميه ، لا لسنه .

١٤٣٤٣ - وقد رويَ : « أنه ﷺ أجاز غلامًا في بعث ثم عرض بعده سمرة ابن جندب ، فرده فقال سمرة : يا رسول اللّه أجزت غلامًا ورددتني ، ولو صارعني لصرعته، فقال : فدونك فصارعه ، فصرعته [١١] فأجازني في البعث » [١٢] .

---

(١) في جميع النسخ : [فعرض] ، المثبت من واقع الحديث .

(٢) في (م) ، (ع) : [وأجاره] .

(٣) أخرجه الحاكم مختصرًا ، في المستدرك [كتاب معرفة الصحابة] .

(٤) الزيادة : لمقتضى السياق ، وقوله : [أنه [ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى [كتاب الحجر] ، [باب البلوغ بالسن] (٥٥/٦) ، وفي [كتاب السير] ، [باب من لا يجب عليه الجهاد] (٢٢/٩) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأنه] ، مكان : [فدل] .

(٧) قوله : [على أن الإجازة] ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [خرج وحضر] ، مكان : [فدل] بزيادة : [خرج و] .

(٩) أخرجه الواقدي في المغازي ، في [غزوة أحد] (٢١٦/١) ، والحاكم بمعناه في المستدرك « كتاب معرفة الصحابة » (٥٦٢/٣) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [يراه] ، مكان : [يرى] ، والزيادة : من (ع) ، وقوله : [أجازه] ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) قوله : [فصرعته] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٢) أخرجه الواقدي بهذا المعني في المغازي ، في « غزوة أحد » (٢١٦/٢) ، والطحاوي في المعاني « كتاب =

١٤٣٤٤ - فهذه الأخبار تدل على أن النبي ﷺ كان يجيز من يقوى على حمل السلاح ، ويرد من يضعف عن ذلك ، وأن الحكم لا يتعلق بالبلوغ ، فيجوز رد ابن عمر في أحد ، لأنه كان [1] لا يطيق السلاح ، وأجازه في الخندق لأنه قويَ على حمله ، ولا يصح لمخالفنا التعلق بالخبر .

١٤٣٤٥ - فإن قيل : الجهاد عبادة ، فكيف يجوز فيها [2] من لم يبلغ ؟ .

١٤٣٤٦ - قلنا : كما يجوز في الحج والصوم والصلاة .

١٤٣٤٧ - وقد روي في خبر ابن عمر الذي احتجوا به : « أن النبي ﷺ رده في أحد ، وجعله في حرس المدينة « والحرس عبادة كالجهاد ، إلا أنه أخره وإن كان من أهل [3] القتال ، كما يؤخر الضعيف ويقدم القوي .

١٤٣٤٨ - وكيف يظن أن الحكم يتعلق بهذا السن ، ولم يعلق النبي ﷺ حكمًا من أحكام البلوغ ، بل علق جميعها بغيره [4] ، وقال : « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم » [5] ، وقال : « غسل الجمعة واجب على كل محتلم » [6] ، وقال لمعاذ : « خذ من كل حالم دينارًا » [7] ، وقال : « لا يقبل اللَّه صلاة حائض إلا بخمار » [8] .

١٤٣٤٩ - ولم ينقل [9] عن أحد من الصحابة أنه عمل على ذلك ، ولا علق عليه

= السير » ، « باب بلوغ الصبي بدون الاحتلام » (٣/٢١٩) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب السير » ، « باب من لا يجب عليه الجهاد » (٩/٢٢) .

(١) لفظ : [كان] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) لفظ : [يجوز] ساقط من (م) ، وفي (ع) : [ينهي] ، مكان : [يجوز فيها] .

(٣) لفظ : [أهل] ساقط من (ع) . (٤) في (ع) : [بغيرها] .

(٥) تقدم تخريجه في هامش من هذه المسألة .

(٦) في (م) ، (ع) : [مسلم] ، مكان : [محتلم] . والحديث أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب الجمعة » ، « باب فضل الغسل يوم الجمعة » (١/١٥٨) ، وفي « كتاب الشهادات » ، « باب بلوغ الصبيان » (٢/١٠٦) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الجمعة » ، وجوب غسل الجمعة (٢/٥٨٠) ، الحديث (٥/٨٤٦) .

(٧) تقدم تخريجه في مسألة (٣٢١) .

(٨) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب الصلاة » ، « باب المرأة تصلي بغير خمار » (١/١٦٧) ، والترمذي في السنن « أبواب الصلاة » ، « باب ما جاء لا تقبل صلاة المرأة إلا بخمار » (٢/٢١٥) ، الحديث (٣٧٧) ، وابن ماجه ، في السنن « كتاب الطهارة » ، « باب إذا حاضت الجارية لم تصلِّ إلا بخمار » (١/٢١٥) ، الحديث (٦٥٥) ، والحاكم في المستدرك « كتاب الصلاة » (١/٢١٥) .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا ينقل] .

حكمًا من الأحكام فسقط الاحتجاج به .

١٤٣٥٠ – وقد ذكر بعضهم حديثًا زعم أنه أسند إلى أنس بن مالك « ﷺ » أن النبي ﷺ قال : « إذا استكمل المولود [(١)] خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه [(٢)] ، وأخذت منه الحدود » [(٣)] .

وهذا حديث موضوع لا يمكن أن يضاف إلى كتاب صحيح ولا فاسد ، ولا يعرفه أحد من أصحاب الحديث ، وكيف يسوغ التسامح بذكره ومبنى هذا الحكم مع [(٤)] عموم الحاجة إليه لا يثبت بخبر واحد صحيح ، فكيف بخبر لا يعرف ؟ .

١٤٣٥١ – قالوا : يصح إيمانه ويلزم اعتقاده ، ويعاقب على تركه ؛ فوجب أن يكون بالغًا [(٥)] . أصله : من له تسع عشرة سنة .

١٤٣٥٢ – قلنا : لا نسلم أن الإيمان يلزمه ببلوغ هذا السن ، ولا يصح إيمانه إلا مع إكمال العقل ، فإن ضموا هذا الوصف إلى العلة فالحكم يتعلق به عندنا ، ومن علق الحكم بوصف واحد فهو أولى ممن علقه بوصفين أو بأوصاف .

١٤٣٥٣ – ولا نسلم أن من أسلم في هذا السن يعاقب على ترك الإسلام ، وإنما يجبر على العود ، وأما [(٦)] العقوبة فلا .

١٤٣٥٤ – والمعنى في الأصل : أنه فات وقت الاحتلام [في العادة] [(٧)] فانتقل الحكم عنه [(٨)] إلى غيره ، [وفي مسألتنا : لم يفت وقت الاحتلام في العادة ، فلم ينتقل الحكم عنه] [(٩)] ، وهذا اعتبار صحيح ؛ لأن السن يقوم مقام الاحتلام ، فلا يتعلق به حكم مع توقت الأصل [(١٠)] ، كالإبدال .

١٤٣٥٥ – قالوا : من صح بيعه وتوكيله بالعقود كان بالغًا ، كابن تسع عشرة سنة .

---

(١) في (ص) : [الرجل] ، مكان : [المولود] .

(٢) في (م) ، (ع) : [كتب له ما له وعليه] ، مكان المثبت .

(٣) ذكره البيهقي في الكبرى [كتاب الحجر] ، [باب البلوغ بالسن] (٥٧/٦) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فكيف يسوغ السمح بذلك ومبني هذا الحكم على] ، مكان المثبت .

(٥) في جميع النسخ : [بالبنا] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(٧) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٨) لفظ : [الحكم] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، ولفظ : [عنه] ساقط من (ع) .

(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في (ص) : [الأكل] ، مكان : [الأصل] .

١٤٣٥٦ - قلنا : ينتقض على أصلنا بمن [1] لم يبلغ خمس عشرة سنة .

ولأن صحة البيع لا تعلق لها [2] بالبلوغ [3] ؛ لأن المجنون بالغ ولا يصح بيعه ، ولأن البلوغ حد تتعلق به الأحكام الشرعية ، وجواز البيع والتوكيل يتعلق بالعقل ؛ لأنا نحكم [4] قبل الشرع بصحة البياعات ، والظاهر أن الحد الذي تتعلق به الأحكام الشرعية يثبت [5] بالشرع لا بالعقل ، والمعنى فيما قالوه ما قدمناه .

١٤٣٥٧ - قالوا : إنه معنى يتعلق به البلوغ يشترك فيه الذكر والأنثى ؛ فوجب أن يستويا فيه ، كالاحتلام .

١٤٣٥٨ - قلنا : هذا التعليل لإثبات حكم يخالف العادة ؛ لأن العادة : أن بلوغ الجارية يتقدم ، والعادة دليل مقطوع به .

١٤٣٥٩ - ولأنهما يفترقان [6] فيما يقع به البلوغ ، بدلالة : أنها تبلغ بالحيض والحبل ، ولا يوجد ذلك في الغلام ، وكذلك لا يمتنع أن يختلفا في السن .

ولأن بلوغ الجارية بالاحتلام ، وليس [7] بمنصوص عليه عند أصحابنا ، ومنهم من [8] منع ذلك وقال : لا تبلغ الجارية به .

١٤٣٦٠ - قالوا : حكم يتعلق بمدة تزيد [9] على العشرة ، فلا يبلغ عشرين ، فوجب أن يقف على خمس [10] عشرة كأقل الطهر .

١٤٣٦١ - قلنا : نقلب فنقول : لا يقدر فيه مدة البلوغ ، كمدة الطهر ، ويبطل ما قالوه بمدة [11] العنة ، لأنها تزيد على عشرة أشهر ولا تبلغ العشرين ، ولا تقف [12] على خمس عشرة سنة ، وكذلك الزكاة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ممن] .
(٢) في جميع النسخ : [له] ، والصواب ما أثبتناه .
(٣) قاعدة : « صحة البيع لا تعلق لها بالبلوغ » .
(٤) في (م) ، (ع) : [لا بالحكم] ، مكان : [لأنا نحكم] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٦) في (م) ، (ص) : [يفرقان] .
(٧) في (م) ، (ع) : [ليس [بدون الواو .
(٨) لفظ : [من] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .
(٩) في (م) ، (ع) : [به بزيد] .
(١٠) لفظ : [خمس] ساقط من (م) ، (ع) .
(١١) في (م) ، (ع) : [لمدة] .
(١٢) قوله : [ولا تبلغ العشرين] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) : [فلا يقف] ، وفي (ع) : [فلا تقف] ، مكان : [ولا تقف] .

مسألة ٧١٨

الإنبات دليل البلوغ

١٤٣٦٢ - قال أصحبنا [١] : الإنبات لا يدل على البلوغ [٢] .

١٤٣٦٣ - وقال الشافعي : إذا نبت للغلام [٣] أو الجارية الشعر القوي الخشن حول ذكر الغلام وفرج الجارية ، كان بلوغًا في أولاد / المشركين .

١٦٥/أ

١٤٣٦٤ - وهل هو بلوغ ، أو دلالة على البلوغ ؟ على قولين .

١٤٣٦٥ - فإن قالوا : بلوغ في المشرك ، فهو بلوغ في المسلم [٤] .

١٤٣٦٦ - وإن قالوا : يدل على البلوغ ، ففي المسلم على وجهين [٥] .

لنا : قوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم » [٦] ، وهذا يقتضي أنه ممن رفع القلم عنهم وإن أنبت [٧] .

١٤٣٦٧ - ولأنه شعر عضو ، فخروجه لا يكون بلوغًا ، ولا يستدل به على البلوغ ، كاللحية .

ولأن كل حكم لا يتعلق بخروج النبات لا يتعلق بالإنبات ، أصله : وجوب الزكاة في ماله ، ووجوب صلاة العيد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الغلام] .

(٢) راجع المسألة في : السير الكبير لمحمد « باب الحكم في أهل الحرب إذا نزلوا على حكم رجل من المسلمين » (٥٩٠/٢ - ٥٩٢) ، أحكام القرآن للجصاص « باب استئذان المماليك والصبيان » (٣٣٢/٣ ، ٣٣٣) ، روضة القضاة للسمناني « كتاب الحجر » في « أمارات البلوغ » (٤٤١/١) ، المسألة (٢٥٥٦) ، البناية « كتاب الحجر » ، « فصل في حد البلوغ » (١٢٥/١٠) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الحجر » (١٠٠/٥) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الغلام] .

(٤) في (م) ، (ع) : [على المسلم] .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع المجموع « باب الحجر » (٣٥٩/١٣ ، ٣٦٠ ، ٣٦٣ ، ٣٦٤) ، حلية العلماء « باب الحجر » (٥٣٣/٤) ، نهاية المحتاج « باب الحجر » (٣٥٨/٤) ، الجامع لأحكام القرآن ، في « سورة النساء » (٣٥/٥ ، ٣٦) ، شرح الزرقاني « باب الجنون » (٢٩١/٥) ، الكافي لابن قدامة « باب الحجر » (١٩٣/٢) المغني « كتاب الحجر » (٥٠٩/٤) .

(٦) راجع تمام الحديث وتخريجه في مسألة (٧١٧) .

(٧) في جميع النسخ : [وهذا يقتضي أنه من فرع العلم وإن انتبه] ، خلا في (ع) : [القلم] ، مكان : [العلم] ، وما أثبتناه أقرب للسياق .

١٤٣٦٨ – ولا يلزم : استحباب الحلق ؛ لأن ذلك يتعلق بالشارب .

١٤٣٦٩ – ولأنه موضع من بدنه ، فخروج الشعر فيه وعدمه سواء ، كسائر المواضع .

١٤٣٧٠ – ولأن نبات الشعر حول الفرج يختلف باختلاف الناس ، فيتقدم في بعضهم (١) على البلوغ ويتأخر عنه في بعضهم ، فصار كشعر سائر الأعضاء .

١٤٣٧١ – احتجوا : بما روي عن (٢) عطية ﷺ ، قال : « عُرضت على رسول اللَّه ﷺ يوم قريظة فشكُّوا فيَّ (٣) ، فأمر النبي ﷺ أن ينظر إليَّ هل أنبت ؟ فنظروني فلم يجدوني أنبت ، فخلى عني وألحقني بالسبي » (٤) .

١٤٣٧٢ – وروي : أنه قال : « كنت فيمن حكم فيهم سعد بن معاذ ، فشكوا إليّ من الذرية أو من المقاتلة (٥) ؟ ، فقال النبي ﷺ : انظروا إن (٦) كان قد أنبت وإلا فلا تقتلوه » (٧) .

١٤٣٧٣ – وروى مجاهد عن عطية ، عن رجل من بني قريظة ، أخبره : « أن أصحاب رسول اللَّه ﷺ يوم قريظة جردوه ، فلم يروا الموسي على شعره ، وتركوه من القتل » (٨) .

١٤٣٧٤ – الجواب (٩) : أن عطية القرظي (١٠) قال أصحاب الحديث : لا يعرف بالرواية .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بعضهن] .

(٢) لفظ : [عن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [يوم فريضة فكواني] .

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٣٨٣/٤) ، (٣١١/٥ ، ٣١٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الحجر » ، « باب البلوغ بالإنبات » (٥٨/٦) ، والترمذي بمعناه في السن « كتاب السير » ، « باب ماجاء في النزول على الحكم » (١٤٥/٤) ، الحديث (١٥٨٤) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الحدود » ، « باب من لا يجب عليه الحد » (٨٤٩/٢) ، الحديث (٢٥٤١) .

(٥) في (ع) : [أو المقاتلة] بحذف [من] ، وفي (م) : [المقابلة] ، مكان : [المقاتلة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فأن] .

(٧) لم نعثر على هذه الرواية بهذا اللفظ ، وقد أخرجها أبو داود بمعناها في السنن « كتاب الحدود » ، « باب في الغلام يصيب الحد » (٤٩٢/٢) ، والنسائي في السنن « كتاب الطلاق » ، « باب متى يقع طلاق الصبي » (١٥٥/٦) ، والطحاوي في المعاني « كتاب السير » ، « باب بلوغ الصبي بدون الاحتلام » (٢١٦/٣) .

(٨) أخرجه الطحاوي « كتاب السير » ، « باب بلوغ الصبي بدون الاحتلام » ٢١٧/٣ ، والبيهقي في الكبرى ، « كتاب الحجر » ، « باب البلوغ بالإنبات » (٥٨/٦) . (٩) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

(١٠) عطية القرظي : صحابي صغير ، لا يعرف اسم أبيه ، نزل الكوفة ، روى عنه مجاهد ، وعبد الملك بن عمير ، وكثير ابن السائب . راجع ترجمته في : الاستيعاب بهامش الإصابة « باب عطية » (١٤٦/٣) ، الجرح والتعديل (٣٨٤/٦) ، الترجمة (٢١٣٢) ، أسد الغابة (٤١٣/٣) ، الإصابة (٤٨٥/٢) ، تقريب التهذيب (٢٥/٢) ، الترجمة (٢٢٤) .

وقد اضطرب الخبر ، فمرة يرويه عن نفسه ، ومرة يرويه عن غيره ، ومرة يرفعه [١] إلى النبي ﷺ .

وذكر أهل المغازي : « أن سعدًا حكم بذلك فيمن لم ينبت » [٢] ، وروي اعتبار الإنبات ، وروي : أنه أمر بقتل من اخضر مئزره [٣] .

١٤٣٧٥ - وهذا يدل على الإنبات حول الفرج ، ويقتضي اعتبار الإنبات من السرة إلى العانة .

١٤٣٧٦ - وروي : « أنه أمر بقتل من جرب عليه المواسي » [٤] وهذا يقتضي تكرار الحلق بعد الإنبات ، وكيف يظن أن هذا حد في البلوغ ، أمر به رسول الله ﷺ في بني قريظة بمشهد من أصحابه ، ولم يروه [٥] أحد منهم حتى رواه صبي من أولاد المشركين وغفل [٦] عنه الجماعة ، وهذا يوجب [٧] الشك في الخبر ، ويجوز أن يكون ﷺ أمر برفع القتل عمن لم ينبت ، استظهارًا في ترك القتل ، إلا أن ذلك ينفي البلوغ لا محالة .

١٤٣٧٧ - قالوا : روى محمد بن يحيى بن حبا : « أن غلامًا من الأنصار من آل أبي صعصعة شبَّب [٨] بامرأة في شعره ، فرفع إلى عمر فلم يجده أنبت ، فقال : لو أنبتَّ الشعر لحددتك » [٩] .

١٤٣٧٨ - وروى عبد الله بن عبيد بن [١٠] عمير : « أن عثمان أُتي بغلام قد سرق فقال :

---

(١) الزيادة : أثبتناها لمقتضى السياق .

(٢) أخرجه البخاري ، في الصحيح « كتاب المغازي » باب مرجع النبي ﷺ من الأحزاب] (٤٣/٣) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الجهاد » ، « باب جواز قتال من نقض العهد » (١٣٨٨/٣ ، ١٣٨٩) ، الحديث (١٧٦٨/٦٤) .

(٣) لم نعثر على هذه الرواية بعد ، وقد ذكرها الجصاص دون أن ينسبها إلى أحد ، في أحكام القرآن « باب استئذان المماليك والصبيان » (٣٣٢/٣) .

(٤) أخرجه الواقدي في المغازي « باب غزوة بني قريظة » (٥١٢/٢) ، وابن سعد في الطبقات ، في « غزوة رسول الله ﷺ إلى بني قريظة » ، القسم الأول (٥٤/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلم يروه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وعقل] .

(٧) في (م) ، (ع) : [موجب] .

(٨) في (ص) : [يشيب] ، وفي (ع) : [ثشبب] .

(٩) أخرجه البيهقي ، في الكبرى « كتاب الحجر » ، « باب البلوغ بالإنبات » (٨٥/٦) ، والدارقطني في التلخيص « كتاب الحجر » (٤٤/٣) ، ضمن الحديث (١٢٤٥) .

(١٠) قوله : [عبيد بن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

انظروا هل اخضر مئزره ؟ فإن اخضر فاقطعوه ، وإن لم يكن اخضر فلا تقطعوه » (١) .

١٤٣٧٩ - وروى أبو نضرة الغفاري ، وعقبة بن عامر الجهني أنهما قالا : « من أنبت فاقسموا له من الغنيمة » (٢) .

١٤٣٨٠ - قالوا : وهذا إجماع ، ومن أصل أبي حنيفة ترك القياس بقول (٣) الصحابي الواحد ، فكيف ينكر (٤) لقول الجماعة ، .

١٤٣٨١ - قلنا : روي عن عليّ بن أبي طالب ﷺ أنه قال : « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم » (٥) .

١٤٣٨٢ - وعن ابن عباس ﷺ أنه كتب إلى نجدة الحروري : « إذا احتلم اليتيم فقد خرج من اليُتم ، ووقع حقه في الفيء » (٦) .

١٤٣٨٣ - وعن عليّ بن أبي طالب ﷺ قال : « حفظت عن رسول الله ﷺ لا وصال ولا رضاع بعد فصال (٧) ، ولا يُتم بعد الاحتلام ، ولا صمت يوم إلى الليل ، ولا طلاق إلا بعد نكاح ، ولا عتق إلا بعد ملك » (٨) .

١٤٣٨٤ - فهذا اختلاف بعد (٩) الصحابة على إبطال قولهم في خمس عشرة (١٠) ، لأن منهم من اعتبر الاحتلام ، ومنهم من اعتبر الإنبات ، ولم يقل أحد منهم باعتبار السن (١١) الذي ذكره الشافعي .

---

(١) أخرجه الطحاوي « كتاب السير » ، « باب بلوغ الصبي بدون الاحتلام » (١٢٦/٣) ، (٢١٧/٣) .

(٢) أخرجه الطحاوي بهذا المعنى « كتاب السير » باب بلوغ الصبي بدون الاحتلام (٢١٦/٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لقول] .

(٤) في جميع النسخ : [فالا] مكان : [فكيف] ، لعل الصواب ما أثبتناه ، وفي (ع) : [يترك] ، مكان : [ينكر] .

(٥) أخرجه الحاكم مطولًا ، في المستدرك [كتاب الحدود] ، في [ذكر من رفع عنهم القلم] (٣٨٩٩/٤) ، كما تقدم تخريجه .

(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى « كتاب السير » ، « باب العبيد والنساء والصبيان يحضرون الوقعة » (٥٣/٩) .

(٧) في صلب (ص) : [فطام] ، والمثبت من (م) ، (ع) ، ومن هامش (ص) ومن نسخة أخرى .

(٨) في سائر النسخ : [ولا صمت] ، لعل الصواب : [ولا صوم] . وهذا الحديث أخرجه أبو داود مختصرًا في السنن « كتاب الوصايا » ، « باب ماجاء متى ينقطع اليُتم » (١١٤/٢) ، وابن حزم « كتاب الحجر » (١٦٣/٧) ، المسألة (١٣٩٤) .

(٩) في (م) ، (ع) : [خلاف] ، وفي سائر النسخ : [بعد] ، لعل الصواب : [بين] ، لأن المعنى لا يستقيم ب : [بعد] .

(١٠) في (ص) : [خمسة عشر] .

(١١) في (م) ، (ع) : [الشيء] ، مكان : [السن] .

مسألة ٧١٩

الوقت الذي يدفع فيه المال إلى الغلام

١٤٣٨٥ – قال أصحابنا : إذا بلغ الغلام [١] عاقلًا مصلحًا لماله فاسقًا ؛ دفع إليه ماله [٢] .

١٤٣٨٦ – وقال الشافعي : إذا بلغ مصلحًا لدينه وماله غير مرتكب لمعصية تمنع[٣] شهادته ، دفع إليه ماله ، وإن كان مرتكبًا المعصية تقدح في شهادته ، لم يدفع إليه ماله [٤] .

١٤٣٨٧ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [٥] ، فذكر « رشدًا » واحدًا ، لأنه نكرة في الإثبات ، فظاهره يقتضي : أنه إذا كان رشيدًا في عقله وماله جاز دفعه إليه .

١٤٣٨٨ – فإن قيل : أجمعوا على أنه لم يُرِدْ [٦] رشدًا واحدًا ؛ لأنه إذا بلغ مسلمًا فقد وجد رشد واحد ، ولم يدفع إليه المال .

(١) لفظ : [الغلام] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الحجر » (٩٧ ، ٩٨) ، أحكام القرآن للجصاص « باب دفع المال إلى اليتيم » (٦٣/٢) ، روضة القضاة « كتاب الحجر » ، « حالة الفساد مع حفظ المال » (٤٤٢/١) ، المسألة (٢٥٦٤) فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الحجر للفساد » (٢٦٨/٩) ، البناية مع الهداية « باب الحجر للفساد » (١٢٣/١٠ ، ١٢٤) ، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر « كتاب الحجر » (٤٢٥/٢) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الحجر » (٩٨/٥) .

(٣) في (م) : [يمتنع] .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في « بلوغ الرشد وهو الحجر » (٢١٥/٣) ، مختصر المزني « كتاب الوكالة » ص١١٠ ، المهذب مع المجموع « باب الحجر » (٣٦٦/١٣ – ٣٦٨) ، حلية العلماء « باب الحجر » (٥٣٣/٤ ، ٥٣٤) ، نهاية المحتاج [باب الحجر] (٢٦٥/٤) ، أحكام القرآن لابن العربي ، في « سورة النساء » (٣٢٢/١) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، سورة النساء (٣٧/٥ ، ٣٨) ، الكافي لابن عبد البر « باب الحجر » (٨٣٣/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الحجر » ، « الباب الثاني » (٣٠٥/٢) ، الإفصاح « باب الحجر » (٣٧٦/١) ، المغني « كتاب الحجر » (٥١٦/٤ ، ٥١٧) ، الكافي لابن قدامة « باب الحجر » (١٩٤/٢ ، ١٩٥) .

(٥) سورة النساء : الآية ٦ .

(٦) في (ص) : [لم يردا] .

١٤٣٨٩ - قلنا : لا يقتضي الظاهر إلا رشدًا واحدًا ؛ لأن الآية خوطب بها [١] المسلمون في أبنائهم ، فعلم أن المراد بالرشد معنى زائد على الإسلام ، أو على ضم الإسلام إليه لوجب [٢] أن يثبت جنس الرشد ، أو لأثبتنا [٣] رشدًا واحدًا مع الرشد الذي هو الإسلام .

١٤٣٩٠ - قالوا : روي عن ابن عباس ﷺ في قوله تعالى [٤] : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ ، قال : « إذا أدرك اليتيم بحلم وعقل ووقار » [٥] .

١٤٣٩١ - وقال الحسن البصري : « صلاحًا في دينه وحفظًا لماله » .

١٤٣٩٢ - قلنا [٦] : روي عن ابن عباس ﷺ أنه قال في الرشد : « الصلاح في العقل وحفظ المال » [٧] ، وقال النخعي ، ومجاهد : « العقل » [٨] .

١٤٣٩٣ - وما رووه عن ابن عباس ﷺ : « إذا أدرك بحلم ووقار » ، فلا يدل على صلاح الدين ؛ لأن الحليم [٩] الوقور قد يرتكب المعصية ، فقول ابن عباس دلالة لنا .

١٤٣٩٤ - وما ذكروه عن الحسن يقابل بقول [١٠] النخعي ، وبقي لنا الظاهر الذي بيناه .

١٤٣٩٥ - ولأنه مصلح لماله ؛ فوجب أن لا يمنع من ملكه ، أصله : إذا كان رشيدًا في دينه [١١] .

---

(١) في جميع النسخ : « إلا أن الآية » ، مكان : « لأن الآية » ، والصواب ما أثبتناه ، وفي (ص) ، (م) : [به] ، مكان [بها] .

(٢) في (م) ، (ع) : [لم وجب] ، مكان : [لوجب] .

(٣) في : [أو لا انسا] ، وفي (م) : [وإلا أنها] ، وفي (ع) : [وإلا أثبت] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٤) في جميع النسخ : [أنه قال] ، مكان : [في قوله تعالى] ، المثبت من أحكام القرآن للجصاص .

(٥) أورده الجصاص بهذا اللفظ ، في أحكام القرآن [باب دفع المال إلى اليتيم] (٦٣/٢) ، وابن حزم نحوه ، في المحلى « كتاب الحجر » (١٤٩/٧) ، المسألة (١٣٩٤) .

(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى « كتاب الحجر » ، « باب الرشد هو الصلاح في الدين وإصلاح المال » (٥٩/٦) ، والقرطبي في الجامع لأحكام القرآن (٣٧/٥) ، وفي سائر النسخ ، [لما] ، مكان : [قلنا] ، وهو أوفق للمعنى .

(٧) في (ص) ، (م) : [والصلاح] بالواو ، هكذا ذكره الجصاص في الباب السابق (٦٣/٢) ، والقرطبي في نفس المصدر السابق .

(٨) أخرجه ابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب الحجر » (١٥٢/٧) ، المسألة (١٣٩٤) .

(٩) في (ص) : [الحكيم] ، مكان المثبت ، والحكيم : نقيض السفيه .

(١٠) قوله : [بقول] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١١) في (م) ، (ع) : [ماله] ، مكان المثبت .

١٤٣٩٦ - ولأن من لزمته العبادات لا يمنع ملكه منه لدينه ، كالكافر .

١٤٣٩٧ - ولا يلزمه : المرتد أنه يمنع ماله منه ، لأنه [١] لا يملك ما في يده .

١٤٣٩٨ - فإن قيل : الكافر تثبت له الولاية على ولده ، والفاسق لا تثبت له الولاية على ولده .

١٤٣٩٩ - قلنا : تصرفه في ماله لا يعتبر بولايته على غيره . ألا ترى : أن الفاسق يزوج نفسه عندهم ولا يزوج بنته ، وعندنا يلي في مال نفسه ، ولا يلي في مال ولده . ولأنه نوع [٢] فسق ؛ فلا يمنع من دفع ماله إليه ، كالكفر [٣] .

١٤٤٠٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾ [٤] ، والفاسق سفيه ، فوجب أن لا يجوز دفع ماله إليه .

١٤٤٠١ - الجواب [٥] : أن ظاهر الآية منعنا من دفع مالنا إلى السفهاء ، هذا حقيقة اللفظ .

وقوله تعالى : ﴿ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا ﴾ [٦] ، يعني : معاشًا ، وقد فسر الآية على ذلك ابن عباس ﷺ ، فقال : « لا يقسم الرجل ماله بين ولده وعياله ، ويصير عيالًا عليهم وهم عياله ، والمرأة أسفه السفهاء » [٧] .

وروى الشعبي ، عن أبي بردة ، عن أبي موسى قال : « ثلاثة يدعون اللّه فلا يستجاب لهم : رجل له [٨] امرأة سيئة الخلق فلا يطلق ، ورجل أعطى ماله سفيهًا ، وقد قال اللّه تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾ ، ورجل دائنٌ لرجل فلم يُشهد عليه » [٩] .

وروي عن مجاهد : السفهاء النساء [١٠] ، فقد حمل الآية على حقيقتها صحابيان .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولأنه] بالواو .
(٢) في (ص) : [ولا نوع] ، مكان المثبت .
(٣) في (ص) : [كالكفرة] .
(٤) سورة النساء ، الآية (٥) .
(٥) في (م) ، (ع) : [والجواب] .
(٦) نفس الآية السابقة .
(٧) أثر ابن عباس ﷺ : أورده الجصاص في أحكام القرآن [باب دفع المال إلى السفهاء] (٦٠/٢) .
(٨) قوله : [رجل له] ساقط من (ع) .
(٩) هكذا ذكره الجصاص ، دون أن ينسب إلى أحد ، في المصدر السابق .
(١٠) قول مجاهد : ذكره الجصاص بهذا اللفظ في نفس المصدر السابق ، والقرطبي في الجامع لأحكام القرآن ، في [سورة النساء] (٢٨/٥) . وأخرج ابن حزم من طريق ابن نجيح ، عن مجاهد في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا ﴾ بلفظ : نُهي الرجال أن يعطوا النساء أموالهم ، والسفهاء : من كن أزواجًا ، أو أمهات ، أو بنات ، في المحلى « كتاب الحجر » (١٥٣/٧) ، المسألة (١٣٩٤) .

وروي عن سعيد بن جبير ، أن المراد : « ولا تؤتوا السفهاء أموالهم » [١] ، فأضافها إليهم ، كما قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ ﴾ [٢] ، أي لا يقتل بعضكم بعضًا [٣] إلا أن التابعي لا يقابل قول الصحابة ، لاسيما إذا حملوا اللفظ على الحقيقة .

١٤٤٠٢ – فإن قيل : لو كان المراد به أموالنا لم يكن لتخصيص السفهاء معنى ، لأنه لا يجوز لنا دفع أموالنا إلى السفهاء حتى نصير عيالًا عليهم ، ولا إلى غير السفهاء .

١٤٤٠٣ – قلنا : تخصيص المذكور بالحكم لايلزم أن يكون [٤] له فائدة أكثر من علم الله تعالى أن الصلاح في بيانه دون غيره .

١٤٤٠٤ – على أن له فائدة ؛ لأنه منع من قسمة المال على السفهاء ، النساء والصبيان ، ويجوز أن يقسم المال على الرجال العقلاء المصلحين وإن صار عيالًا عليهم ؛ لأنه يسومهم [٥] ويسكن إلى قيامهم به ، يبين [٦] ذلك : أنه تعالى قال : ﴿ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾ [٧] ، وهذا يجوز أن يقال في النساء والصبيان ، ولا يقال في الفساق ؛ لأنه يجب أن يغلظ على الفاسق ويزجره ويتوعده ، فعلم أن المراد بالآية من ذكرنا : وأنه لا يجوز حملها على الفساق .

١٤٤٠٥ – قالوا : الفسق له تأثير في المنع من مال الغير ، ولايتهم في مال نفسه ، لهذا جوز له مخالفنا أن يزوج ابنته ، والمعنى في المجنون : أنه لا يقف على مصالح ماله ، فلم يجز تسليمه إليه ، والفاسق يقف على مصالح المال ، كالعدل .

١٤٤٠٦ – وتبطل هذه العلة [٨] باختلاف الدين ، لأنه لا يمنع [٩] من التصرف في مال الغير ، ولا يمنع مال نفسه .

١٤٤٠٧ – قالوا : ضبط الفاسق للمال وحفظه له [١٠] غير موثوق به ؛ لأن الفاسق

---

(١) في سائر النسخ : [أموالكم] ، والتصحيح من أحكام القرآن للجصاص .
(٢) سورة النساء : الآية ٢٩ .
(٣) قول سعيد بن جبير : ذكره الجصاص في أحكام القرآن ، الباب السابق (٦٠/٢) .
(٤) في (ع) : [أن تكون] .
(٥) سام فلانًا الأمر يسم سومًا : كلفه إياه وألزمه به . راجع : لسان العرب ، مادة : [سوم] (٢١٥٨/٣) ، المعجم الوسيط (٤٦٨/١) .
(٦) في (م) ، (ع) : [تبين] . (٧) سورة النساء : الآية ٥ .
(٨) قوله : [هذه العلة] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) في (م) ، (ع) : [يمنع] بدون [لا] .
(١٠) الزيادة : من (ع) ، وفي (م) : : [إياه] ، مكان : [له] .

يتبع الشهوة [١] فلا يؤمن أن تعرض له شهوة يفسد ماله فيها ، فكان بمنزلة المبذر .

١٤٤٠٨ - قلنا : إن كان يقف على مصالح [٢] ماله ويتمكن من حفظه لم يجز منعه منه لجواز أن تظهر عليه الشهوات ، كما أن العدل يدفع إليه المال وإن جاز أن يطرأ عليه الفسق والسفه ، ولهذا لا يحجر على السفيه عندنا ، لأنه عارف مصالح [٣] المال ، فإذا لم يستعملها ، فهو المسقط لحق [٤] نفسه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [للشهوة] .
(٢) في (ص) : [صلاح] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لمصالح] :
(٤) في (م) ، (ع) : [عن] ، مكان : [لحق] .

مسألة ٧٢٠

دفع المال لمن بلغ غير رشيد

١٤٤٠٩ - قال أبو حنيفة : إذا بلغ غير رشيد [١] جاز تصرفه في ماله ، ولا يدفع إليه حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة [٢] .

١٤٤١٠ - وقال الشافعي : لا يجوز تصرفه [٣] .

١٤٤١١ - لنا : أن من جاز تصرفه إذا كان رشيدًا جاز وإن كان مفسدًا لماله . أصله : إذا طرأ السفه ولم يحجر الحاكم .

١٤٤١٢ - ولأن من توجه [٤] عليه الخطاب ببلوغه استفاد التصرف فيما يملكنه بالبلوغ .

١٤٤١٣ - ولأن من وجبت الزكاة في ماله جاز تصرفه فيه ، كالرشيد .

١٤٤١٤ - [ولأنه مكلف تصرف في ماله الذي ليس لأحد فيه حق فنفذ تصرفه فيه كالرشيد] [٥] .

١٤٤١٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [٦] .

١٤٤١٦ - الجواب [٧] : أن الحكم المعلق بشرط لا يدل على نفي ما عداه .

---

(١) في (ع) : [راشد] .

(٢) راجع المسألة في : أحكام القرآن للجصاص [باب اختلاف فقهاء الأمصار في الحجر على السفيه] (١/٤٨٩) ، بدائع الصنائع « كتاب الحجر والحبس » (٧/١٧١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الحجر للفساد » (٩/٢٦١ ، ٢٦٢) ، البناية مع الهداية « باب الحجر للفساد » (١٠/١٠٨ ، ١٠٩) ، مجمع الأنهر « كتاب الحجر » (٢/٤٢٢ ، ٤٣٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « كتاب الحجر » (٥/٩٧ ، ٩٨) .

(٣) راجع المسألة في : المهذب « باب الحجر » (١/٣٣٢) ، حلية العلماء « باب الحجر » (٤/٥٣٥ ، ٥٣٦) ، نهاية المحتاج « باب الحجر » (٤/٣٦٥) ، أحكام القرآن لابن العربي ، في « سورة النساء » (١/٣٢٢) ، الجامع لأحكام القرآن ، في « سورة النساء » (٥/٣٠ ، ٣١) ، الإفصاح « باب الحجر » (١/٣٧٧) ، المغني « كتاب الحجر » (٤/٥٠٨) ، الكافي لابن قدامة « باب الحجر » (٢/١٩٧) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يوجب] ، مكان : [توجه] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في هامش (ص) ، ويبدو أن كلمة ما سقطت بعد قوله : [لا لأحد فيه] ، لعلها : [حق] ، أو [تصرف] .

(٦) سورة النساء : الآية ٦ .

(٧) في (م) ، (ع) : [والجواب] .

ثم لو قلنا به لم يدل ؛ لأنه يقتضى منع الدفع إليه ، وعندنا لا يدفع إليه لكن تصرفه نافذ فيه .

١٤٤١٧ - قالوا : من لا يدفع إليه ماله لعدم رشده ؛ وجب أن لا يصح تصرفه ، كالمجنون ، والصبي [(١)] .

١٤٤١٨ - قلنا : المجنون والصبي لا يقع طلاقهما ، ولا يصح إقرارهما بالحدود والقصاص ، فلم ينفذ تصرفهما ، والبالغ العاقل بخلاف ذلك .

١٤٤١٩ - قالوا : منع المال منه مع جواز تصرفه لا فائدة فيه [(٢)] .

١٤٤٢٠ - قلنا : غلط ، لأن الإنسان يتمكن من إتلاف مال [(٣)] نفسه إذا كان في يده ما لا يتمكن منه إذا كان في يد غيره ، وهذا فائدته في المنع ليست بحجر ، كما أن من رأيناه يلقي ماله في البحر لغير غرض خلينا بينه وبين ذلك ولم يحجر عليه [(٤)] ، فإن تصرف جاز تصرفه في ماله ، يبين [(٥)] ذلك : أنا إذا لم نسلم المال إليه لم يتمكن من هبته وإنفاقه ولا بيعه ، لأن الناس لا يرغبون في الشراء منه .

* * *

---

(١) في (ع) : [كالصبي والمجنون] بالتقديم والتأخير .

(٢) الزيادة : أثبتناها لمقتضى السياق .

(٣) لفظ : [مال] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) قوله : [ولم يحجر عليه] ساقط من (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [تبين] .

مسألة ٧٢١

دفع المال إذا بلغ غير رشيد وتمت له خمس وعشرون سنة

١٤٤٢١ - قال أبو حنيفة : إذا بلغ غير رشيد دفع ماله إليه ، إذا تمت له خمس وعشرون سنة [١] .

١٤٤٢٢ - وقال الشافعي : لا يدفع إليه ماله أبدًا [٢] .

١٤٤٢٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾ [٣] . وقد روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال : « بلوغ الأَشُد خمس وعشرون سنة » ، وهذا يعلم من طريق التوقيف .

١٤٤٢٤ - ولأنه يصلح أن يكون جدًّا [٤] ، [ومن صار جدًّا] [٥] فقد بلغ أشده .

١٤٤٢٥ - ولأنه مميز ؛ فلا يجوز منع ماله منه بعد خمس وعشرين سنة ، كالرشيد .

١٤٤٢٦ - فإن قيل : لا تأثير لذكر السن .

١٤٤٢٧ - قلنا : هو في الحكم ، فلا يطالب بتأثيره [٦] ، وإن كان في الوصف أثر في المراهق .

١٤٤٢٨ - ولأن ما اعتبر فيه الاحتلام جاز أن يتعلق بالسن ، كوجوب العبادات .

---

(١) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الحجر » ص٩٧ ، أحكام القرآن للجصاص (٤٩٨/١) ، (٢٤/٣ ، ٢٥) روضة القضاة « كتاب الحجر » ، في « من يحجر عليه عند أبي حنيفة » (٤٣٩/١) ، المسألة (٢٥٣٣ - ٢٥٣٥) ، بدائع الصنائع « كتاب الحجر » ، « فصل : في بيان حكم الحجر » (١٧٠/٧) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية ، الباب السابق (٢٦١/٩ - ٢٦٣) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (١٠٨/١٠ - ١١٠) ، مجمع الأنهر « كتاب الحجر » (٤٢٢/٢ ، ٤٢٣) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار (٩٧/٥ ، ٩٨) .

(٢) راجع المسألة في : الأم « باب الحجر على البالغين » (٢١٨/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب الحجر » (٢٦٦/١٣ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩) ، نهاية المحتاج « باب الحجر » (٣٦٥/٤) ، أحكام القرآن لابن العربي في « سورة النساء » (٣٢/١ ، ٣٢٣) ، الجامع لأحكام القرآن ، في « سورة النساء » (٣٨/٥) ، الإفصاح « باب الحجر » (٣٧٧/١) ، المغني « كتاب الحجر » (٥٠٦/٤ - ٥٠٨) ، الكافي لابن قدامة « باب الحجر » (١٩٦/٢) .

(٣) سورة الأنعام : الآية ١٥٢ ، وسورة الإسراء : الآية ٣٤ .

(٤) في (م) ، (ع) : [صار جدًّا] ، بزيادة : [صار] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [بتأثره] .

ولا عبرة بالبلوغ [(١)] فاختص بحكم [(٢)] من الأحكام ، كالعشر [(٣)] الأول يختص بالأمر بالصلاة والصوم .

١٤٤٢٩ – ولأنه قد ثبت من أصولنا أن السفه لا يوجب الحجر ، وإنما يمنعه من ماله عقيب البلوغ انتظارًا [(٤)] لصلاحه ، لأنه قد يبلغ وهو [على] أخلاق [(٥)] الصبيان ، ثم ينتقل [(٦)] عن ذلك ، فإذا بلغ هذا السن فقد [(٧)] أيس من صلاحه ، فلو منع منه المال كان حجرًا عليه ، والحجر عندنا لا يجوز [(٨)] على البالغ العاقل .

١٤٤٣٠ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ ، والفاء [(٩)] للتعقيب ، فاقتضى دليل الشرط أن المال لا يدفع إليه عقيب البلوغ إذا لم يؤنس رشده .

١٤٤٣١ – وكذلك نقول : وهل يدفع إليه بعد ذلك الحال ، موقوف على الدليل .

١٤٤٣٢ – قالوا : لأنه غير مصلح للمال [(١٠)] ، فوجب أن يمنع ماله منه ، كما قبل خمس وعشرين سنة [(١١)] .

١٤٤٣٣ – [قلنا : ما قبل ذلك صلاحه منتظر ، فكان في المنع فائدة لجواز أن يصلح ، وبعد الخمس والعشرين] لا ينتظر [(١٢)] الصلاح في الغالب ، فلم يكن في المنع إلا الحجر عليه ، والحجر على العاقل البالغ لا يجوز ؛ لأن من بلغ غير ... [(١٣)] مأمون على نفسه ضمه الولي إليه ، فإذا كبر ضمه إلى نفسه ، كذلك المال مثله .

* * *

---

(١) في (ص) : [ولا يزيل البلوغ] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [حكم] بدون الباء .

(٣) في (م) : [كالمفسر] ، وفي (ع) : [كالغشر] بالغين المعجمة .

(٤) في (م) ، (ع) : [انتظامًا] .

(٥) الزيادة : من (م) ، (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [اختلاف] ، مكان : [أخلاق] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ينقل] .

(٧) في (م) (ن) (ع) : [بعد] .

(٨) قوله : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) ، و [لا يجوز عندنا] بالتقديم والتأخير .

(٩) سورة النساء : الآية ٦ ، وقوله : [فادفعوا إليهم أموالهم] غير موجود بـ (م) ، (ع) ، وفي ع : [والتاء] ، مكان : [والفاء] .

(١٠) في (ص) : [لمال] .

(١١) لفظ : [سنة] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [لا ينظر] .

(١٣) في (ص) مكان النقط بياض ، إلا أن المعنى مستقيم .

مسألة ٧٢٢

الحجر عليه بعد بلوغه رشيدًا وطروء السفه والتبذير عليه

١٤٤٣٤ - قال أبو حنيفة : إذا بلغ رشيدًا ، دفع إليه ماله (١) ، فإن طرأ عليه السفه والتبذير لم يحجر عليه (٢) .

١٤٤٣٥ - وقال الشافعي : يحجر الحاكم عليه (٣) ، وتصرفه قبل الحجر جائز (٤) .

١٤٤٣٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا ﴾ (٥) بعد ذكر (٦) المداينة ، فأجاز مداينة السفيه ولم يفصل .

١٤٤٣٧ - يدل عليه ما رُويَ : « أن حبان بن منقد أصابته آمّةٌ (٧) في رأسه وأثرت في عينيه ، فكان يغبن في البيع ، فجاء أهله إلى رسول ﷺ ، فقالوا : احجر عليه ، فقال له رسول الله ﷺ : لا تبع ، فقال : لا أصبر عن البيع ، فقال : إذا بعت فقل : لا خلابة ، ولك الخيار ثلاثًا » (٨) ، فلو كان الحجر واجبًا للسفيه لم يمنع ﷺ منه ، لأنه

---

(١) في (ع) : [ودفع] بزيادة الواو ، وفي (م) ، (ع) : [ماله إليه] بالتقديم والتأخير .
(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الحجر » ص٩٧ ، أحكام القرآن للجصاص ، في « ذكر اختلاف فقهاء الأمصار في الحجر على السفيه » (٤٩٨/١ - ٤٩٣) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية الباب السابق (٢٦٣/٩) ، البناية مع الهداية (١١٠/١٠) ، مجمع الأنهر « كتاب الحجر » (٤٢٢/٢) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « كتاب الحجر » (٩٥/٥ ، ٩٦) ، روضة القضاة « كتاب الحجر » ، في « الحجر بطروء السفه » (٤٢٢/١) ، المسألة (٢٥٥٩) .
(٣) لفظ : [عليه] ساقط من (ع) .
(٤) راجع تفصيل المسألة في : الأم (٢١٨/٣ ، ٢١٩) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب الحجر » (٣٧٤/٣ ، ٣٧٧ - ٣٧٩) ، حلية العلماء ، الباب السابق (٥٣٨/٤ ، ٥٣٩) ، نهاية المحتاج ، الباب السابق (٣٦٥/٤) ، أحكام القرآن لابن العربي ، في « سورة النساء » (٣٢٣/١) ، الجامع لأحكام القرآن ، في « سورة النساء » (٣٩/٥ ، ٤٠) ، بداية المجتهد « كتاب الحجر » ، « الباب الأول في أصناف المحجورين » (٣٠٢/٢ ، ٣٠٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب الحجر » (٨٣٣/٢) ، الإفصاح « باب الحجر » (٣٧٦/١ ، ٣٧٧) ، المغني « كتاب الحجر » (٥١٨/٤ ، ٥١٩) ، الكافي لابن قدامة « باب الحجر » (١٩٦/٢) .
(٥) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .
(٦) لفظ : [ذكر] ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) آمّة : بالمد هي الشجة التي تبلغ أمّ الدماغ حتى يبقى بينها وبين الدماغ جلد رقيق . انظر : مختار الصحاح ص٢٦ .
(٨) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في الرجل يقول عند البيع : لا خلابة » (٢٧٧/٢) ، =

لا يصبر عن التصرف .

١٤٤٣٨ – فإن قيل : سؤالهم الحجر عليه يدل على أنهم عرفوا ذلك من الشرع .

١٤٤٣٩ – قلنا : قد عرفوا الحجر للمجنون ، فظنوا أن ما أصابه بلغ به حد الجنون الموجب للحجر .

١٤٤٤٠ – فإن قيل : إنما لم يحجر عليه لأنه لما [١] قال : « لا أصبر عن البيع » دلَّ على أنه يقصد التجارة ، ولا يقصد تضييع [٢] المال .

١٤٤٤١ – قلنا : من قصد التجارة وهو غير عارف بها ، ويتلُف ماله فيها ، فيحجر [٣] عليه وإن لم يقصد تضييع [٤] المال [٥] .

١٤٤٤٢ – قالوا : فَلِمَ [٦] قال ﷺ : « لا تبع » ؟ .

١٤٤٤٣ – قلنا : إن المبذر نهاه الحاكم عن البيع طلبًا لمصلحة لا على وجه الحجر .

١٤٤٤٤ – ولأنه مكلف [٧] ؛ فلا يحجر الحاكم عليه في ملكه ، كالمصلح .

١٤٤٤٥ – ولأنه لم يستفد [٨] التصرف من جهة غيره ؛ فلا يجوز الحجر عليه في ماله ، كسائر الناس .

١٤٤٤٦ – ولأن من جاز إقراره فتصرفه في ماله ، كالمصلح .

١٤٤٤٧ – ولأنه إذا جاز تصرفه في نفسه وحرمة المال تابعة لحرمة النفس فجواز تصرفه في المال أولى .

١٤٤٤٨ – فإن قيل : العاقل [لا يُتهم في الإقرار بما يهلك نفسه ، ويُتهم في تضييع المال .

= والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء فيمن يخدع في البيع » (٥٤٣/٣) ، الحديث (١٢٥٠) ، والنسائي في السنن « كتاب البيوع » ، في « الخديعة في البيوع » (٢٥٢/٧) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب الحجر على من يفسد ماله » (٧٨٨/٢) ، الحديث (٢٣٥٤) ، وأحمد في المسند (٢١٧/٣) .

(١) لفظ : [لما] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [يضيع] .

(٣) قوله : [يتلف ماله بها] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه في الهامش ، وفي (م) ، (ع) [فحجر] ، مكان : [فيحجر] . (٤) في (م) ، (ع) : [يضيع] .

(٥) قاعدة : « من قصد التجارة وهو غير عارف بها ، ويتلف ماله فيها فيحجر عليه وإن لم يقصد تضييع المال » .

(٦) لفظ [فلم] ساقط من (م) ، (ع) . (٧) في (م) ، (ع) : [تكلف] .

(٨) في (ص) : [يستفيد] ، مكان : [لم يستفد] .

١٤٤٤٩ - قلنا : إنما يتهم العاقل] [١] في صرف المال في الشهوات ، فأما أن يتهم في أن يقر بماله فيتلفه بغير عوض فلا . وإن [٢] جاز أن يقر في ماله بغير حق فيتلفه جاز أن يقر على نفسه بما لا أصل له فيتلفها .

١٤٤٥٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ﴾ [٣] ، فأثبت للسفيه وليًا ، فدلَّ على جواز الحجر عليه .

١٤٤٥١ - الجواب [٤] : أن اللّٰه تعالى قد ذكر في أول الآية : المداينةَ ، ثم ذكر السفيهَ المديونَ فدلَّ [٥] على جواز مداينته ، وهذا ينفي الحجر . وأما ذكر الولي فقد قيل : إن المراد به : ولي الدَّين ؛ لأن السفيه إذا عجز أن يمل أملى وليّ الدين لقدرته على الإملاء ، فإذا سمع السفيه فاعترف بما عليه لزمه [٦] ، ويحتمل : أن تكون الكناية [٧] راجعة إلى السفيه ، فأثبت عليه الولاية ، ويحتمل أن يكون المراد به : وليّ الدين ، وهو [٨] الذي تولى العقد بأمره .

١٤٤٥٢ - وإذا احتملت الولاية [٩] هذه الوجوه ، لم يكن ما ادَّعوه من أن المراد بها ولي [١٠] السفيه بأولى مما ذكرنا . بل ما قلنا [١١] أولى ؛ لأنه ذكر السفيه ، والضعيف ، ومن لا يستطيع الإملاء ، ثم ذكر الولاية ، ولا يجوز أن يكون المراد فيمن لا يقدر على الإملاء ولاية [١٢] الحجر ، فلم يبق [١٣] إلا أن يكون المراد بها ما ذكرناه ؛ يبين [١٤]

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

(٤) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

(٥) في (م) ، (ع) : [المديون السفيه يدل] ، مكان المثبت .

(٦) في (م) ، (ع) : [لزمته] .

(٧) في (ع) : [الكتابة] .

(٨) في (م) ، (ع) : [وهذا هو] ، بزيادة [هذا] .

(٩) في هامش (ص) : [الآية] ، مكان : [الولاية] من نسخة أخرى .

(١٠) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وقوله : [أن المراد] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [وأن] ، مكان : [ولى] .

(١١) في (م) ، (ع) : [ذكرناه بل ما قلناه] ، بزيادة الهاء في الموضعين .

(١٢) في (م) ، (ع) : [ولأنه] .

(١٣) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(١٤) في (م) ، (ع) : [تبين] .

ذلك : أن السفيه يعبر [١] عن خفة العقل ، وعن السفه باللسان والتبذير [٢] والفساد ، فإذا حملنا الولاية على ما ذكرناه كان ذلك عامًّا في وجوه السفه كلها ، وإذا حملوه على ما قالوا خصوه [٣] بنوع من السفه دون بقية أنواعه ، وفيما ذكرناه ... [٤] أولى .

١٤٤٥٣ – ويبين [٥] ذلك : أن إقرار السفيه عليه لا يقبل إلا فيما وليه من العقود عندهم ، والآية تقتضي الإملاء بكل حال ، فإذا حملناها على ما قدمنا جوزنا الإقرار ولم نخصص ، فكان [٦] ذلك أولى من حمله على ما يؤدي إلى التخصيص .

١٤٤٥٤ – فإن قيل : ذكر اللّٰه تعالى المدين الذي [٧] عليه الحق ووصفه ، فالكناية [٨] ترجع إليه لا إلى صفته .

١٤٤٥٥ – قلنا : قال الفراء : إن شئت [٩] جعلت الهاء راجعةً إلى الحق ، وإن شئت إلى المديون ، فدل ذلك على جواز الرجوع إلى كل واحد منهما .

١٤٤٥٦ – احتجوا : بما روي « أن عبد اللّٰه بن جعفر ابتاع أرضًا بستين ألف درهم ، فغبن فيها ، فقال عليٌّ ﷺ : لآتِيَنّ [١٠] أمير المؤمنين عثمان ﷺ أن يحجر عليك ، فذكر ابن جعفر ذلك للزبير ، فقال : أنا شريك فيها ، فجاء عليٌّ [١١] ﷺ إلى عثمان ﷺ فذكر ذلك له ، فقال : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير ؟ » [١٢] .

---

(١) في (م) : [يغير] ، وفي (ص) بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (ص) : [السفيه] ، مكان : [السفه] ، وفي (م) ، (ع) : [التدبير] ، مكان : [التبذير] .

(٣) في (م)، (ع): [ما قالوه خصوها] ، لعل الصواب : أن تكون العبارة هكذا : [وإذا حملوها على ما قالوه خصوها] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فما ذكرناه] بدون الواو ، توجد عبارة في (م) بعد قوله [وفيما ذكرناه] إلا أنها غير مقروءة ، فلذلك نستطع أن نثبتها .

(٥) في (م) ، (ع) : [وتبين] ، غير أن الواو العاطفة ساقطة من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلم يخصص] ، مكان : [ولم نخصص] ، وفي (ع) : [كان] بدوب الفاء .

(٧) في (م) ، (ع) : [الدين] ، مكان : [المدين] ، ولفظ : [الذي] ساقط من (ع) .

(٨) في (ع) : [فالكتاية] .

(٩) لفظ : [شئت] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(١٠) في (م)، (ع): [لا تبين] وهو خطأ. (١١) لفظ : [عليٌّ] ساقط من (ع) .

(١٢) أخرجه الشافعي بألفاظ متقاربة في المسند « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث في الربا » (١٦٠/٢ ، ١٦١) الحديث (٥٥٦) ، وعبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب المفلس والمحجور عليه » (٢٦٧/٨ ، ٢٦٨) الحديث (١٥١٧٦) ، والدارقطني في السنن « كتاب في الأقضية والأحكام » (٢٣١/٤) ، الحديث (٩٦) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الحجر » ، « باب الحجر على البالغين بالسفه » (٦١/٦) .

١٤٤٥٧ - قالوا : وقال [1] ابن الزبير : « لئن لم تنته عائشة لأحجرن عليها » [2] .

١٤٤٥٨ - الجواب : أن توصل ابن جعفر إلى إسقاط الحجر يدل على أنه لا يرى [3] ذلك واجبًا ، وما عدَّه الزبير لَهُ يدل على أنه يراه جائزًا ؛ إذ لو كان حكمًا واجبًا لم يجز له التوصل إلى إسقاطه ، ولوجب أن يحجر عثمان على الزبير أيضًا ؛ لأنه تساوى [4] مع ابن جعفر في تضييع المال [5] .

١٤٤٥٩ - فإن قيل : إنما لم يحجر لأن الزبير كان مشهورًا بحفظ ماله وبمعرفة [6] التجارات ، فعلم أنه لم يغبن فيما شاركه فيه الزبير [7] .

١٤٤٦٠ - قلنا : روي أن عثمان ﷺ قال : « ما يسرني أن تكون لي هذه الأرض بنعلين » [8] .

فهذا يدل على أنه تحقق الغبن ، إلا أنه استعظم أن يحكم على مثل الزبير [9] بخلافه .

وأما [10] خبر عائشة ﷺ فقد روي : أنها حلفت أن لا تكلم ابن الزبير [11] ، وهذا إنكار منها لقوله ، ولو كان ما قاله حكمًا ثابتًا لم يجز أن [12] تنكره .

١٤٤٦١ - فإن قيل : إنما أنكرت أن يكون ما فعلته / موجب الحجر . ١٦/أ

---

(١) في (م) ، (ع) : [وقالوا قال] ، مكان المثبت .

(٢) أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب الأدب » ، « باب الهجرة وقول الرسول ﷺ : لا يحل لرجل أن يهجر أخاه فوق ثلاث » (٦١/٤ ، ٦٢) ، وأحمد نحوه في المسند (٣٢٧/٤) ، وعبد الرزاق في المصنف « كتاب الأيمان والنذور » ، « باب لا نذر في معصية الله » (٤٤٤/٨ ، ٤٤٥) ، الحديث (١٥٨٥١) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الحجر » ، « باب الحجر على البالغين بالسفه » (٦ ، ٦١ ، ٦٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا عدى] ، مكان : [لا يرى] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يساوي] . (٥) في (م) ، (ع) : [ماله] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بمعرفة] بدون الواو .

(٧) في (ص) : [ابن الزبير] ، بزيادة : [ابن] ، وهو سهو .

(٨) أخرجه ابن حزم في المحلى بالآثار « كتاب الحجر » (١٤٧/٧) ، المسألة (١٣٩٤) ، وعزاه ابن حجر لأبي عبيد في كتاب الأموال ، في تلخيص الحبير « كتاب الحجر » (٤٣/٣ ، ٤٤) ، ضمن الحديث (١٢٤٥) .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ابن الزبير] . (١٠) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(١١) راجع تخريجه في هذه المسألة .

(١٢) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

١٤٤٦٢ - قلنا : لو كان [١] كذلك ثبت ، فلما لم يبين دل على أن [٢] إنكارها انصرف إلى جميع الكلام .

١٤٤٦٣ - قالوا : قال اللّه تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓا۟ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ ﴾ [٣] ، ولم يمكن [٤] المنع من ذلك إلا بالحجر .

١٤٤٦٤ - قلنا : بل يمكن [٥] المنع منه بالنهي والإنكار ، كما يفعل في المعاصي .

١٤٤٦٥ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « إن اللّه كره لكم ثلاثًا : القيل والقال ، وكثرة السؤال ، وإضاعة المال » [٦] ، وبالحجر يتوصل [٧] إلى المنع من ذلك .

١٤٤٦٦ - قلنا : الخبر يقتضي النهي ، وكذلك نقول ، والقاضي يزجر [٨] عنها وينكر على فاعلها ، ولا يحجر عليهم فإنه [٩] منع الحجر بها .

١٤٤٦٧ - قالوا : لأنه معنى إذا قارن البلوغ منع دفع المال [١٠] إليه ، فإذا طرأ بعده [١١] أوجب انتزاعه من يده ، كالجنون .

١٤٤٦٨ - قلنا : يبطل بالشك في حاله ، هل هو رشيد أم لا ؟ ولو قارن البلوغ منع من تسليم المال ، ولو تجدد الشك لم ينزع ماله من يده .

١٤٤٦٩ - ولأن الجنون لما تعلق الحجر به لم يقف على حكم الحاكم ، ولما لم يثبت الحجر على المبذر من غير حكم [١٢] ، لم يثبت بالحكم [١٣] .

١٤٤٧٠ - قالوا : كل من كان في الحجر عليه نظر له ، صح أن يجب [١٤] الحجر عليه ، كالمراهق .

---

(١) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٢) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) سورة الإسراء : الآية ٢٧ .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولم يكن] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يمنع] ، مكان : [يمكن] .

(٦) تقدم تخريجه في المسألة (٦٩٦) .

(٧) في (م) ، (ع) : [والحجر يتوصل به] .

(٨) في (ع) : [والمعاصي] ، مكان : [والقاضي] ، وفي (م) : [والعاصي يرجو] ، مكان : [والقاضي يزجر] .

(٩) في سائر النسخ : [فإن] ، لعل الصواب : [وإن] .

(١٠) لفظ : [المال] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(١١) في (ع) : [عليه] ، مكان : [بعده] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [حاكم] .

(١٣) قاعدة : « لما لم يثبت الحجر على المبذر من غير حكم لم يثبت بالحكم » .

(١٤) في (م) ، (ع) : [أن يكون يجب] ، بزيادة : [يكون] .

١٤٤٧١ - قالوا : ولأن المراهق كالسفيه في تضييع المال ولا إثم عليه ، فلأن يحجر على من يبذر ويأثم أولى .

١٤٤٧٢ - قالوا : ولأن المراهق يحجر عليه خوف التأذي (١) ، فلأن يحجر بنفس التبذير أولى

١٤٤٧٣ - الجواب : أن المراهق لا يجوز تصرفه في نفسه فلا يجوز في ماله ، والمبذر يجوز تصرفه في نفسه حتى يجوز إقراره بالقصاص والحدود ، ولذلك (٢) يجوز تصرفه في ماله

١٤٤٧٤ - ولأن الغالب من أمر الصبيان أنهم يضيعون المال ولا يهتدون إلى المصالح ، فأجرى حكم الأغلب على الجميع ، فحجر على من لا يبذر (٣) منهم ، والغالب من حال البالغين أنهم يهتدون إلى حفظ المال ويحفظونه ، فالتبذير نادر فيهم ، فأجرى حكم الأغلب على النادر ولم يحجر عليه .

١٤٤٧٥ - قالوا : شهوات البالغ أعظم من شهوات المراهق ، فهو أشد لتضييعه ، فالحجر عليه أولى .

١٤٤٧٦ - قلنا : الأمر وإن كان كما ذكرتم إلا أن المراهق في الغالب لا يهتدي إلى المصالح فيحفظ ماله عليه ، والبالغ يهتدي إلى مصالحه ويقدر على حفظ ماله ، فإذا أحب أن يضيعه لم يحجر (٤) عليه ؛ ألا ترى : أن الصبي يولَّى عليه لحفظ ماله وإصلاحه ، لأن ماله لو كان محفوظًا بنفسه كالعقار ، فإن الحاكم يولي من يحفظه (٥) ويعمره ويستغله لعجزه (٦) عن القيام بذلك ، ثم البالغ الذي ليس بمبذر إذا لم يثمر ماله لم يلِ (٧) الحاكم من يثمر (٨) ماله ، لأنه قادر على ذلك بنفسه ، كذلك في الحفظ مثله .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [البادي] بدون لفظ .
(٢) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لم يبذر] .
(٤) في (ع) : [فلا يحجر] .
(٥) في جميع النسخ : [لبيهه] بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٦) في (م) ، (ع) : [بعجزه] .
(٧) في (ص) ، (م) : [لم يلي] .
(٨) في (ع) : [تثمير] .

مسألة ٧٢٣

الحجر على الفاسق بعد طروء الفسق عليه

١٤٤٧٧ - قال أصحابنا : إذا طرأ الفسق لم يحجر على الفاسق [١] .

١٤٤٧٨ - قال المروزي : مذهب الشافعي : أنه لا يحجر عليه .

١٤٤٧٩ - وقال ابن سريج : إنه يحجر عليه [٢] .

١٤٤٨٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ﴾ [٣] ، فأوجب الحد بالقذف ولم يوجب الحجر .

١٤٤٨١ - ولأن النبي ﷺ أقام الحدود ولم يحجر على محدود ، وكذلك الصحابة بعده ، فلو وجب الحجر بطريان الفسق لحجروا .

١٤٤٨٢ - ولأن كل معنى لا يوجب الحجر من غير حكم لا يوجب الحجر بحكم ، أصله : إذا أنفق من ماله في ملاذّه [٤] من غير معصية .

١٤٤٨٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا ﴾ [٥] ، والفاسق سفيه .

١٤٤٨٤ - الجواب [٦] : ما بينا أن الآية اقتضت جواز مداينة السفيه بالولاية المذكورة ، فالآية محتملة فسقط التعلق بها .

١٤٤٨٥ - قالوا : كل معنى لو قارن البلوغ استديم الحجر عليه ، فإذا طرأ بعد زواله أعيد عليه ، كالمفسد لماله .

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الحجر » ، « في هل يحجر بطروء الفسق » (٤٤٢/١) ، المسألة (٢٥٦٠ ، ٢٥٦١) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الحجر للفساد » (٢٦٨/٩) ، البناية مع الهداية « باب الحجر للفساد » (١٢٣/١٠ ، ١٢٤) ، مجمع الأنهر « كتاب الحجر » (٣٦٥/٢) .

(٢) راجع المسألة في : الأم « باب الحجر على البالغين » (٢١٩/٣) ، المهذب مع المجموع « باب الحجر » (٣٧٤/١٣ ، ٣٧٧) ، حلية العلماء « باب الحجر » (٥٣٩/٤ ، ٥٤٠) ، نهاية المحتاج « باب الحجر » (٣٦٥/٤) .

(٣) سورة النور : الآية ٤ .

(٤) في (م) ، (ع) : [بلاده] ، مكان : [ملاذه] .

(٥) سورة البقرة ، الآية (٢٨٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : [والجواب] بالعطف .

١٤٤٨٦ - قلنا : هذا غير مسلَّم ، لأن الفسق لا يؤثر في الحج ، كما قدمنا [١] ، وإذا ثبت أن الفسق الطارئ لا يؤثر وهو إجماع قبل هذا القول .

١٤٤٨٧ - قلنا : كل معنى طارئ لا يوجب الحجر فأصله لا يوجبه ، أصله : إذا [٢] تعلق في الملاذِّ المباحة ، وعكسه : الجنون .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [على ما قدمنا] .

(٢) في (م) ، (ع) : [إلا] ، مكان : [إذا] .

مسألة ٧٢٤

أكل الوصي من مال اليتيم

١٤٤٨٨ - قال أصحابنا - : لا يجوز للوصي أن يأكل من مال اليتيم على طريق الأجر ولا القرض [(١)] .

١٤٤٨٩ - وقال الشافعي : إن كان غنيًا ؛ لم يجز له ، وإن كان فقيرًا ، ومتى تشاغل [(٢)] بحفظ مال اليتيم للنظر فيه انقطع عن الكسب الذي مادته منه ، كان له أن يأكل من مال اليتيم بقدر أجرة مثله قولًا واحدًا ، و [(٣)] فيما أكل على قولين ، أحدهما : لا ضمان عليه ، قالوا : وهو الأصح ، والثاني : عليه الضمان يؤديه إليه إذا وجد ، كالمضطر إلى طعام الغير [(٤)] .

١٤٤٩٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ ﴾ [(٥)] .

١٤٤٩١ - وقال : ﴿ وَأَن تَقُومُواْ لِلْيَتَٰمَىٰ بِٱلْقِسْطِ ﴾ [(٦)] .

١٤٤٩٢ - وقال : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ ﴾ [(٧)] .

١٤٤٩٣ - وقال الله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [(٨)] .

١٤٤٩٤ - ولأن من يجوز له أخذ الأجرة على مال الصبي مع الغناء لم يجز مع الفقر .

---

(١) راجع المسألة في : كتاب الآثار « باب المضاربة بالثلث والمضاربة بمال اليتيم ومخالطته » ص١٧١ ، الأثر (٧٧١) ، مختصر الطحاوي « كتاب الوصايا » ص١٦٣ ، أحكام القرآن للجصاص « باب أكل ولي اليتيم من ماله » (٦٤/٢ - ٦٨) ، حاشية ابن عابدين « باب الوصي » (٤٧٠/٥) .

(٢) في (م) : [يشاغل] .

(٣) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٤) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « باب الحجر » (٣٥٧/١٣ - ٣٥٩) ، حلية العلماء « باب الحجر » (٥٣٠/٤ ، ٥٣١) ، نهاية المحتاج « باب الحجر » (٤٧٠/٤) ، البيان والتحصيل « كتاب الوصايا الأول » (٤٥٦/١٢ ، ٤٥٧) ، المنتقى ، في « جامع ما جاء في الطعام والشراب » (٢٥٠/٧ ، ٢٥١) ، أحكام القرآن لابن العربي ، في [سورة النساء] (٣٢٤/١ - ٣٢٦) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، في « سورة النساء » (٤١/٥ - ٤٤) ، الكافي « باب الحجر » (١٨٩/٢) .

(٥) سورة النساء : الآية ٢ .

(٦) سورة النساء : الآية ١٢٧ .

(٧) سورة النساء : الآية ٦ .

(٨) سورة النساء : الآية ٢٩ .

١٤٤٩٥ – ولأنه تصرف في [(١)] مال الصبي ، فلا يجوز له أخذ الأجرة ، كالغني .

١٤٤٩٦ – ولأنه لما قبل الوصية بغير عوض مشروط فقد تبرع بمنافعه عليه ، فلا يجوز أن يقومَها عليه ، كالمودَع .

١٤٤٩٧ – ولأنه يتصرف في مال بأمر ، كالوكيل .

١٤٤٩٨ – فإن قيل : المعنى في المودَع : أنه يمكن موافقة المالك على الأجرة ، والوصي يلي في مال [(٢)] من لا يمكنه موافقته على الأجرة .

١٤٤٩٩ – ولأنه يقدر [(٣)] أن يرفع أمره إلى الإمام حتى يفرض له أجرة أو يَسْتَبْدِل به [(٤)] .

١٤٥٠٠ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [(٥)] .

١٤٥٠١ – قلنا : روي عن الضحاك : أنها منسوخة [(٦)] ، وهي إحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنه [(٧)] ، وقد روي عن ابن عباس : « أنه يأكل منه ، ولا يكتسي » [(٨)] .

فهذه الآية [(٩)] محتملة للوجوه ، والآيات التي ذكرناها محكمة ، وقد أمر الله بحمل المتشابه على المحكم ورده إليه .

١٤٥٠٢ – قالوا : روى « أن أبا بكر رضي الله عنه لما اسْتُخْلف جمع [(١٠)] المهاجرين والأنصار وقال : إن خليفة رسول ﷺ ناظر في أموركم ، وقائم بأحوالكم ، وأنه من المسلمين بمنزلة ولي اليتيم فافرضوا له » [(١١)] ، فهذا يدل على أن ولي اليتيم يفرض له ، وكذا نقول ، والخلاف أنه هل يجوز أن يأكل من غير فرض .

---

(١) في (م) ، (ع) : [إلى] ، مكان : [في] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ماله] .

(٣) في (م) : [مقدار] .

(٤) في (م) ، (ع) : [يفرض أجرة أو يستدل به] ، بحذف : [له] .

(٥) سورة النساء ، الآية (٦) .

(٦) أخرجها الجصاص في أحكام القرآن « باب أكل ولي اليتيم من ماله » (٦٦/٢) .

(٧) أخرجها أيضا الجصاص في « باب أكل ولي اليتيم من ماله » (٦٦/٢) .

(٨) في (ص) : [ولا بحسي] بدون نقط ، وأثر ابن عباس رضي الله عنه هذا : أورده الجصاص بلفظ : [الوصي إذا احتاج يده مع أيديهم ، ولا يكتسي عمامة] في أحكام القرآن ، [باب أكل ولي اليتيم من ماله] (٦٤/٢) .

(٩) في (م) ، (ع) : [آية] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [جميع] .

(١١) لم نعثر على هذا الأثر بعد ، وقد أخرجه ابن سعد في الطبقات ، في [ذكر استخلاف عمر] ، القسم الأول (١٩٧/٣) .

١٤٥٠٣ - قالوا : يلي في مال من لا يمكنه موافقته على الأجرة [١] ، فكان له منه قدر أجرته ، كالعامل في الصدقات .

١٤٥٠٤ - قلنا : العامل لما لم يُمْنَع من أخذ الأجرة مع الغِنَي لم يُمْنَع مع الفقر ، ولما كان الوصي لا يجوز له أخذ الأجرة [مع الغني كذلك مع الفقر ، والأصول له على هذا : أن من جاز له أخذ الأجر] [٢] إذا كان فقيرا جاز له [٣] [إذا كان غنيًا ، [ومن لا يجوز له مع الغنى] [٤] ، كذلك لا يجوز له مع الفقر [٥] .

١٤٥٠٥ - فإن قيل : إذا جاز أن يعمل في ماله [٦] مضاربة ويستحق حقه من الربح ، جاز أن يستحق الأجر .

١٤٥٠٦ - قلنا [٧] : إذا عمل مضاربة بقدر ما يستحقه من الربح لم يملكه الصبي ، وإنما يحدث على ملك المضارب [٨] .

١٤٥٠٧ - ولهذا قالوا : إن المريض لو دفع مالًا مضاربة وشرط للمضارب تسعة أعشار الربح جاز ، وإن كان ذلك أكثر من أجرة المثل ، ولو كان مقدار نصيب [٩] المضارب مستحقًّا من مال رب المال لم يجز إلا أجر المثل .

١٤٥٠٨ - ولأن المضارب لما جاز له عمل المضاربة استوى فيه الوصي ، والغني ، والفقير ، على مقتضى الأصول .

١٤٥٠٩ - فإن قيل : قد روي بشر بن الوليد [١٠] ، عن أبي يوسف : « أن الوصي

---

(١) في (م) ، (ع) : [مرابته على أجرته] ، مكان المثبت .

(٢) من قوله : [مع الغني كذلك] إلى قوله [أخذ الأجر] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) ما بين الأقواس : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) ما بين الأقواس : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) قاعدة : « من جاز له أخذ الأجر إذا كان فقيرًا جاز له إذا كان غنيًا ومن لا يجوز له مع الغنى كذلك لا يجوز له مع الفقر » .

(٦) في (م) ، (ع) : [بماله] .

(٧) لفظ : [قلنا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [وإنما يحذف على ملك الضارب] .

(٩) في (م) ، (ع) : [نصيبه] .

(١٠) هو : بشر بن الوليد بن خالد الكندي القاضي : أحد أصحاب أبي يوسف ، روي عنه كتبه وأماليه ، وولي القضاء ببغداد في زمان المعتصم بالله مات سنة ثمان وثلاثين ومائتين . راجع ترجمته في : الجواهر المضية (٤٥٢/١ - ٤٥٤) ، الترجمة (٣٧٣) ، الفوائد البهية ص٥٤ ، ٥٥ .

لا يأكل من مال اليتيم إذا كان مقيمًا ، وإن خرج في قضاء دين لهم أو إلى [1] ضياع لهم ، فله أن يكتسي وينفق ويركب ، فإذا رجع رد الثياب والدابة إلى اليتيم » [2] .

١٤٥١٠ – وذكر [3] الطحاوي : أن مذهب أبي حنيفة : أنه إذا احتاج أخذ قرضًا ثم يقضيه [4] .

١٤٥١١ – قلنا : هذا مذهب أبي يوسف خاصة أجراه مجرى [5] المضارب ، والذي نعرفه من مذاهب أصحابنا : أنه لا يجوز أن يأخذ قرضًا و لا غير قرض ، ولا يقرضه غيره .

وقد روى إسماعيل بن سالم [6] ، عن محمد بن الحسن [7] ، قال : « أما نحن فلا نحب [8] للوصي أن يأكل من مال اليتيم شيئًا : قرضًا ولا غير قرض » [9] .

وذكر في كتاب الآثار عن ابن مسعود ، قال : « لا يأكل الوصي من مال اليتيم قرضًا ولا غيره » [10] ، قال محمد : وهو قول أبي حنيفة .

* * *

---

(١) لفظ : [إلى] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) هكذا ذكره الجصاص في أحكام القرآن ، « باب أكل ولي اليتيم من ماله » (٦٥/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ذكر] بدون الواو .

(٤) ذكره الجصاص في [باب أكل ولي اليتيم من ماله] .

(٥) في (ع) : [أجره] ، مكان : [أجراه] ، ولفظ : [مجرى] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) إسماعيل بن سالم : أحد أعلام الحنفية ، تفقه على محمد بن الحسن . راجع ترجمته في : الجواهر المضية (٤٠٤/١) ، الترجمة (٣٣٠) ، الطبقات السنية برقم (٤٩٨) .

(٧) في سائر النسخ : [محمد بن سالم] ، والصواب ما أثبتناه .

(٨) في ص : [نجب] بالجيم المعجمة .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا غيره] ، مكان : [ولا غير قرض] ، وهذه الرواية أوردها الجصاص في نفس المصدر السابق .

(١٠) أثر ابن مسعود ﷺ : رواه محمد في « كتاب الآثار » ، « باب المضاربة بالثلث ، والمضاربة بمال اليتيم ومخالطته » ص١٧١ ، الأثر (٧٧١) .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

كتاب الصلح

مسألة ٧٢٥

الصلح مع الإقرار ، والسكوت ، والإنكار

١٤٥١٢ - قال أصحابنا : لا يجوز الصلح مع الإقرار ، والإنكار ، والسكوت (١) .

١٤٥١٣ - وقال الشافعي : إذا ادعى عينًا أو دينًا ؛ لم يصح الصلح ، إلا أن يقرَّبها المدعي عليه ، فإن جاء أجنبي إلى المدعى فقال : المال الذي ادعيته على فلان هو مقر لك في الباطن ، فصالحني منه ، فصالحه صح الصلح ، أذن (٢) له المدعى عليه أو لم يأذن . ولو قال : أنا أعلم أنك صادق وأنه ظالم في جحود الدين فصالحني ، صح الصلح . وإن قال : العين التي (٣) ادعيتها أنت صادق في دعواها وأنا أقدر على انتزاعها فصالحني ففعل ، صح الصلح ، فإن (٤) لم يقدر على انتزاعها ، انفسخ الصلح .

١٤٥١٤ - وقال في الإملاء : إذا بنى رجل مسجدًا فادعى مدع (٥) أنه له فجحد الباني (٦) ، فقال قوم من أهل المسجد : نحن نعلم أن الأرض لك وقد بناها (٧) مسجدًا فصالحنا منها فصالحهم جاز (٨) .

---

(١) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الصلح » ص٩٨ ، روضة القضاة « كتاب الصلح » ، « فصل أضرب الصلح » (٧٦١/٢) ، المسألة (٥١٦١) ، تحفة الفقهاء « كتاب الصلح » (٢٤٩/٣) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب الصلح » ص٤٢٨ - ٤٣٠ ، بدائع الصنائع « كتاب الصلح » (٤٠/٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الصلح » (٤٠٥/٨ - ٤٠٩) ، البناية مع الهداية « كتاب الصلح » (٣٥/٩) .

(٢) في (م) : (ع) : [ادعى] ، مكان : [أذن] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الذي] .

(٤) لفظ : [فإن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٥) لفظ : [مدعى] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الثاني] .

(٧) في سائر النسخ : [بناها] ، لعل الصواب : [بني عليها] .

(٨) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في « الصلح » (٢١١/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الصلح » (٣٨٩/١٣) وما بعدها ، نهاية المحتاج « باب الصلح » (٣٨٣/٤ ، ٣٨٧) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الصلح » (٨٧٨/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الصلح » (٣١٨/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثالث عشر في الصلح » ص٣٥١ ، شرح الزرقاني « باب الصلح » (٤/٦ ، ٥) ، المغني « كتاب الصلح » (٥٢٧/٤ - ٥٢٩) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الصلح » (٢٠٢/٢) ، العدة مع العمدة « كتاب الصلح » ص٢٥١ .

١٤٥١٥ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ (١) ، فذكر اللّٰه تعالى خوف النشوز بين الزوجين وجوز الصلح ، وقد يكون عَرَضَ النشوزُ والإعراضُ بسبب دعوى تدعيها عليه ، ويكون لغير ذلك ، وقد جوز اللّٰه تعالى الصلح عامًا ، ولم يفصل .

١٤٥١٦ - فإن قيل : هذه الآية نزلت (٢) في رافع بن خديج وزوجته خولة بنت محمد بن مسلمة (٣) الأنصاري ، وكان رافع قد تزوج عليها أشب (٤) منها ، فخافت امرأته منه الإقامةَ على النشوز والإعراض ، فنزلت هذه الآية (٥) .

١٤٥١٧ - قلنا : قد روي أنها نزلت في شأن سودة ، وهبت يومها لعائشة (٦) .

وروى [عروة ، عن عائشة] (٧) : « أنها نزلت في المرأة تكون عند الرجل فيريد طلاقها ويتزوج عليها ، فتقول : امسكني ولا تطلقني ثم تزوج وأنت (٨) في حل من النفقة والقسم لي » (٩) .

وروي عن علي ، وابن عباس رضي الله عنهما : « أن اللّٰه / تعالى أجاز لهما أن يصطلحا على رد بعض مهرها ، أو بعض أيامها تجعلها لغيرها » (١٠) . ١٦٦/ب

١٤٥١٨ - وقال عثمان رضي الله عنه : « ما اصطلحا عليه في شيء ، فهو جائز » (١١) .

---

(١) سورة النساء : الآية ١٢٨ .

(٢) في (م) ، (ع) : [نزلت هذه الآية] .

(٣) في (م) ، (ع) : [محمد بن سلمة] ، وهو خطأ .

(٤) في (م) ، (ع) : [محمد بن سلمة] ، وهو خطأ .

(٥) أخرجه الشافعي في المسند « كتاب النكاح » ، « الباب الخامس فيما يتعلق بعشرة النساء والقسم بينهن » (٢٨/٢) ، الحديث (٨٧/٨٦) ، والنيسابوري في أسباب النزول في « سورة النساء » ص١٣٧ ، والحاكم في المستدرك « كتاب التفسير » ، في تفسير « سورة النساء » (٣٠٨/٢ ، ٣٠٩) .

(٦) هذه الرواية أخرجها أبو داود الطيالسي في المسند ص٣٤٩ الحديث (٢٦٨٣) ، والترمذي في السنن « كتاب تفسير القرآن » ، « باب ومن سورة النساء » (٢٤٩/٥) ، الحديث (٣٠٤٠) ، وأبو داود في السنن « كتاب النكاح » ، « باب في القسم بين النساء » (٥٣٤/١ ، ٥٣٥) .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش

(٨) في (م) ، (ع) : [تزوج فأنت] .　　(٩) لفظ : [لي] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فجعلها] ، مكان : [تجعلها] ، وانظر : تفسير القرآن العظيم (٥٦٣/١) .

(١١) في سائر النسخ : [سليم] ، مكان : [شيء] ، والصواب ما أثبتناه ، وقد تقدم تخريجه في هذه المسألة .

١٤٥١٩ - وإذا اخْتُلِف في تأويلها وجب الرجوع إلى عموم اللفظ [(١)] وإن نزل على سبب خاص .

١٤٥٢٠ - ويدل عليه : قوله تعالى : ﴿ لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ ﴾ [(٢)] ، ولم يفصل .

وروي : « أن النبي ﷺ دخل المسجد فرأى اثنين يتنازعان على ثوب ، وقد ارتفعت أصواتهما ، فقال للمدعي : « هل لك إلى الشطر » قال : « لا » ، قال : « هل لك إلى الثلثين » ؟ قال : « نعم » .

وهذا يدل على جواز الصلح على الإنكار .

١٤٥٢١ - فإن قيل : يجوز أن يكون الثوب في أيديهما .

١٤٥٢٢ - قلنا : لو كان كذلك لم يتعين المدعى منهما ؛ ويدل عليه : ما روى أبو هريرة ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « المسلمون على شروطهم ، والصلح جائز بين المسلمين » [(٣)] .

١٤٥٢٣ - وروى أبو رافع عن أبي هريرة ﷺ : أن النبي ﷺ قال : « الصلح بين المسلمين جائز » [(٤)] .

١٤٥٢٤ - فإن قيل : هذا بعض الخبر ، وتمامه : « إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرَّم حلالًا » [(٥)] .

١٤٥٢٥ - قلنا : حديث أبي هريرة ﷺ ليس فيه استثناء ، وإنما هذا رواه كثير بن عبد اللَّه بن عمرو بن عوف ، عن أبيه ، عن جده [(٦)] ، فهما خبران راوي كل واحد

---

(١) في (م) ، (ع) : [لفظها] .
(٢) سورة النساء : الآية ١١٤ .
(٣) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٢٧/٣) ، الحديث (٩٦) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » في « المسلمون على شروطهم » (٤٩/٢) ، وابن الجارود في المنتقى « أبواب القضاء في البيوع » ، ص١٦١ ، الحديث (٦٣٧ ، ٦٣٨) ، وأحمد مختصرًا في المسند (٣٦٦/٢) .
(٤) لفظ : [جائز] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، والحديث أخرجه الدارقطني ، الحديث (٩٧) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » (٥/٢) .
(٥) في (م) ، (ع) : [أو أحرم حرامًا] ، مكان : [أو حرم حلالًا] ، وهو سهو .
(٦) أخرجه الترمذي في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب ما ذكر عن رسول اللَّه ﷺ في الصلح بين الناس » (٦٢٥/٣ ، ٦٢٦) ، الحديث (١٣٥٢) ، والحاكم نحوه في المستدرك « كتاب الأحكام » (١٠١/٤) ، وابن ماجه ما عدا قوله : [والمسلمون على شروطهم] إلى آخره ، في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب الصلح » (٧٨٨/٢) ، الحديث (٢٣٥٣) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الصلح » ، « باب صلح المعاوضة » (٦٥/٦) .

منهما غير الآخر ، ولو ثبت أنه خبر واحد لم يمتنع الاستدلال ، لأنه ﷺ حكم بجواز الصلح وهذا عام ، ثم استثنى صَلحا بصفة خاصة ، فإن لم يثبت أن الصفة موجودة فيه لم يخرج من الخبر . وقد اختلفنا [١] في الصلح علىالإنكار ، هل وجدت فيه صفة الاستثناء ، فلم يجز إخراجه من الخبر .

١٤٥٢٦ - فإن قيل : الدليل على وجود الصفة فيه : أن المدعي إما أن يكون صادقًا أو كاذبًا ؛ فإن كان صادقًا وقد حرم عليه العقد أخذ بقية حقه ، وكان حلالًا له ، فقد حرم عليه حلالًا ، وإن كان كاذبًا فقد أخذ ما لخَصمه ، وهو حرام عليه ، فأحل العقد له [٢] حرامًا .

١٤٥٢٧ - قلنا : لا يجوز حمل الخبر على تحريم أوجبه العقد ، أو تحليل أوجبه ، لأنه لو كان كذلك لم يجز الصلح بعد الإقرار أيضًا . ألا ترى : أنه إن صالحه على غير جنس حقه فقد أحل له الصلح ما كان حرامًا ، وهو [٣] العين المعقود عليها ، وإن وقع على جنس الحق فقد حرم حلالًا ، وهو الباقي [٤] من حقه ، فعلم أن المراد بالخبر غير ما ظنوه ، وهو تحليل حرام لا يجوز استباحته بالعقد ، أو تحريم [٥] حلال لا يجوز تحريمه بالعقد الأول ، مثل : أن يصالحه المدعي على قطع يد المدعى عليه ، أو [٦] أن يدعي قصاصًا في اليد فيصالحه على قطع عضو آخر ، أو يصالح على خمر أو خنزير ، أو يصالح المطلقة ثلاثًا [٧] على أن يتزوجها ، أو يصالح المرأة على أن يزيدها في القسم [٨] ، هذا كله لا يجوز استباحته بالعقد .

١٤٥٢٨ - النوع الثاني : إذا صالحه على عبد لا يبيعه ، أو دار لا يسكنها ، فهنا صلح حرم حلالًا لا يجوز تحريمه بالعقد ، فأما المال فيجوز تحليله وتحريمه بالعقد ، فيجوز الصلح عليه .

١٤٥٢٩ - وأما قولهم : - « إن المدعي إذا كان كاذبًا فقد أحل الصلح حرامًا » - ، فههنا [٩] الصلح باطل عندنا ، ويدل عليه : إجماع الصحابة .

---

(١) في سائر النسخ : [اختلفا] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) لفظ : [له] ساقط من (م) ، (ع) . (٣) في (م) ، (ع) : [وهي] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الثاني] ، مكان : [الباقي] .

(٥) في (م) : [أو يحرم] . (٦) لفظ : [أو] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [غشا] ، مكان : [ثلاثا] .

(٨) في (ع) : [فالقسم] . (٩) في (م) ، (ع) : : [فيها هنا] .

١٤٥٣٠ – وروى عن عمر ﷺ أنه قال : « ردوا [1] الخصوم إلى أن يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يورث الضغائن » [2] .

وروي : « أن رجلين اختصما إلى على ﷺ في بغلة ، فجاء هذا بشاهدين ، وجاء هذا بخمسة ، فقال لأصحابه : ما تقولون ، قالوا : يقضي [3] لأكثرهما شهودًا ، فقال : لعل الشاهدين خير ، ثم قال : فيها قضاء وصلح ، أما الصلح فأن يجعل بينهما على عدد شهودهما » [4] ، فلم يشترط الإقرار ، وروي : « أن حذيفة ﷺ أصاب ناقة في يدي رجل ، فاستحقها بالبينة ، فقال خصمه : ملكتها منك وأطلب يمينك ، فقال حذيفة : خذ مني عشرة ولا تحلفني » [5] .

١٤٥٣١ – ولأنه صلح عن مال لم يحكم ببطلانه في الظاهر ، فصار كالصلح عن المال المقر به .

١٤٥٣٢ – فإن قيل : المال المقر به للعقد [6] وجه صحيح ، لأن المدعي يأخذ عوضًا عن مال محكوم به [7] ، وفي مسألتنا : لم يحكم بشيءٍ [8] حتى يكون ما يأخذه في مقابلته .

١٤٥٣٣ – قلنا : المال المقر به غير محكوم به إلا بظاهر الإقرار ، فجواز [9] الصلح

---

(١) الزيادة : من (م) ، (ع) ، وفي (ص) : [ردد] ، مكان : [ردوا] .

(٢) في (م) ، (ع) : [التغابن] ، وأثر عمر ﷺ أخرجه عبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب في الرجلين يدعيان السلعة يقيم كل واحد منهما البينة » (٨/٧٧ ، ٢٧٨) ، البيهقي في الكبرى « كتاب الدعوى والبينات » ، « باب المتداعيين ما لم يكن في يد واحد منهما ويقيم كل واحد منهما بينة بدعواه » (١٠/٢٥٩) .

(٣) في (م) : [يقولون] ، مكان : [تقولون] ، وفي (ع) : [تقضى] ، مكان : [يقضي] .

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب في الرجلين يدعيان السلعة يقيم كل واحد منهما البينة » (٨/٢٧٧ ، ٢٧٨) ، الحديث (١٥٢٠٧) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الدعوى والبينات » ، « باب المتداعيين ما لم يكن في يد واحد منهما ويقيم كل واحد منهما بينة بدعواه » (١٠/٢٥٩) .

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف « كتاب الأيمان والنذور » ، « باب من يجب عليه التكفير » (٨/٥٠٢) ، الأثر (١٦٠٥٥) ، والدارقطني في السنن « كتاب في الأقضية والأحكام » (٤/٢٤٢) ، الأثر (١٣٩) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الشهادات » ، « باب ما جاء في الاقتداء عن اليمين ومن رخص فيها إذا كان محقًّا» (١٠/١٧٩) .

(٦) لفظ : [مال] ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [العقد] ، مكان : [للعقد] .

(٧) في (م) : [عوض] ، وفي (م) ، (ع) : [من مال المحكوم به] ، مكان المثبت .

(٨) في (ص) ، (م) : [لم يحكم به بشئ] ، بزيادة : [به] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لجواز] .

إنما هو لتجويز أن يكون الأمر كما قال المقر ، لا للحكم به [١] ، ألا ترى : أن عينًا لو علمناها ملكًا لزيد فرأيناها في يد غيره يبيعها ، وزعم أنه وكله ببيعها ، فإن عقده [٢] يجوز عليها لجواز أن يكون صادقا [٣] وإن لم يحكم بالوكالة . ولو تبرع رجل فصدق [٤] المشتري فصالحه جاز الصلح وإن لم يثبت بتصديقه المال على المدعي عليه ، بل جاز الصلح لتجويز أن يكون كما قال .

١٤٥٣٤ - ولأنها دعوى دين لم يحكم ببطلانه في الظاهر ؛ فوجب أن يجوز الصلح عنه . أصله : إذا شهد شاهد واحد وحلف المدعي مع شاهده ثم صالح .

١٤٥٣٥ - فإن قيل : إذا اعترف العاقد بالدين فقد ثبت في حقه . بدلالة : أنه لو ورث المدعى عليه طولب بالدين ، ولو كانت الدعوى في عين يملكها [٥] وجب تسليمها .

١٤٥٣٦ - قلنا : المُصَالِحُ إنما يأخذ عوضًا عما ادعى في ذمة خَصْمه ، وسقط بصلحه ما ادعاه حتى لو اعترف عليه لم يلزمه بعد الصلح شيء ، ولم يثبت بتصديق الأجنبي حق في ذمة المدعى عليه حتى يؤخذ [٦] عنه العوض ، ومع هذا جاز الصلح ، فعلم أن العلة في صحته لمّا لم يحكم ببطلانه .

١٤٥٣٧ - ولأن كل صلح جاز مع إنكاره ؛ أصله : إذا صالح الأجنبي وإذا حكم بصحة المال .

١٤٥٣٨ - ولا يمكن القول بموجب العلة ، وإذا حكم عليه بشاهد ويمين [٧] ، لأن هذا أصل العلة .

١٤٥٣٩ - ولأنه أحد [٨] جوابي الدعوى ؛ فجاز الصلح مع وجوده من المصالح ، كالإقرار .

١٤٥٤٠ - ولأن المقصود بالصلح إسقاط الحق ، والتمليك تابع ، بدلالة : أن من أراد إيفاء ما عليه لم يصالح ، وإنما يصالح ويحط عنه ، والإنكار لا يمنع إسقاط الحقوق ،

---

(١) لفظ : [به] ساقط من (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [عنده] .
(٣) في (م) ، (ع) : [صداقا] .
(٤) في (ع) : [فصدقة] .
(٥) في (م) ، (ع) : [في دين مملكها] ، مكان المثبت .
(٦) في (م) ، (ع) : [وعين] .
(٧) في (ع) : [وعين] .
(٨) في (ع) : [أجد] بالجيم المعجمة .

كالبراءة ، والعتاق ، والطلاق . يبين ذلك : أن من أبرأ من حق مجحود ثم اعترف به من هو [1] عليه ، سقطت المطالبة به .

١٤٥٤١ - قالوا : المقصود بالصلح المعاوضة [2] .

١٤٥٤٢ - قلنا : لو كان كذلك لكان بيعًا [3] ، فلما سمي باسم آخر دل على اختصاصه بمعنى ليس هو المعاوضة ، فهو جائز عندنا ، ولم يجز أن يصالح من المائة على خمسين وإن كان معاوضة ، كما لم يجز أن يعاوض بذلك ، فلما صح علم أن المقصود به : الإسقاط [4] ، والمعاوضة تابعة .

١٤٥٤٣ - قالوا : لو كان إسقاط حق لصح لصاحب الحق وحده ، كالبراءة ، والطلاق .

١٤٥٤٤ - قلنا : في مضمونه تمليك بعوض ، وإن كان المقصود منه الإسقاط .

١٤٥٤٥ - قالوا : البراءة تصح من المدعي [5] وحده ؛ ففي زعمه أن حقه ثابت ، وكذلك العتاق والطلاق [6] يصح بقول المدعي وحده ، وفي زعمه أن ملكه ثابت . وفي مسألتنا : يصح الصلح بهما ، وفي زعم الباذل [7] أنه لا شئ عليه يصح بدل العوض عنه .

١٤٥٤٦ - قلنا : يبطل هذا إذا [8] أقر الرجل على غيره بالعتق ثم اشترى ذلك العبد منه ففي [9] زعم المشتري أنه لا ملك للبائع يصح بدل العوض عنه [10] ، ومع ذلك يصح العقد .

١٤٥٤٧ - فإن قالوا : المشتري يفتدي الحر من ظلم البائع .

١٤٥٤٨ - قلنا : والمدعى عليه يسقط عن نفسه الخصومة واليمين [11] .

---

(١) لفظ : [هو] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [المعاوضة الصلح] ، بزيادة : [الصلح] .

(٣) في (م) ، (ع) : [منعا] .

(٤) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (م) : [بالإسقاط] ، بزيادة الباء .

(٥) في (م) : [يصح بالدعي] ، مكان المثبت ، وفي (ع) : [بالمدعي] ، مكان : [من المدعي] .

(٦) لفظ : [الطلاق] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [السادس] ، مكان : [البادل] .

(٨) لفظ : [إذا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [وفي] .

(١٠) لفظ : [عنه] ساقط من (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [والعين] ، مكان المثبت .

١٤٥٤٩ - ولأن الصلح مع إنكاره عقد لو عقده أجنبي جاز ، فإذا عقده [١] بنفسه جاز ، كالبيع ، والصلح مع الإنكار تبع [٢] الإقرار .

١٤٥٥٠ - ولأن الأجنبي لو عقد الصلح بغير أمره [٣] جاز ، فإذا عقده بأمره كان أولى بالجواز ، كالكفالة . وإذا ثبت أنه يجوز أن يعقده بأمره [جاز للآمر أن يعقده ، كالبيع ، والصلح على الإقرار ، وإذا ثبت أنه لا يجوز [٤] أن يعقده بأمره] [٥] ثبت أنه لا يجوز للآمر أن يعقده ؛ لأن أحدًا لا يفصل بينهما .

١٤٥٥١ - ولأن العقود [٦] اختلفت أسماؤها لاختلاف معانيها ، بدلالة الكفالة والحوالة ، كل واحد منهما عقد ضمان ، إلا أن [٧] اسمهما يختلف لاختلاف معناهما [٨] . وكذلك النكاح ، والإجارة ، وإن كان كل واحد منهما عقدًا [٩] على المنافع ، فلما فرقوا بين الصلح والبيع دل على اختصاص الصلح [١٠] بمعنى يخالف البيع ، وما ذاك إلا جوازه مع الإنكار .

١٤٥٥٢ - ولأن معنى الصلح : أنه وضع لقطع الدعوى والمنازعة ، وذلك يوجد مع الإنكار ، فأما مع [١١] الإقرار فصاحب الحق يبرئ [١٢] أو يستوفي ، فلا توجد حقيقة الصلح ، لهذين الوجهين .

١٤٥٥٣ - قال أبو حنيفة : أجوز ما يكون الصلح عن الإنكار .

١٤٥٥٤ - ولأن الإقرار سبب لثبوت الحق ؛ فلا يعتبر وجوده في صحة الصلح ، كالبينة .

١٤٥٥٥ - ولأن اليمين تفضي [١٣] إلى مال ، فجاز الصلح عنه بمال ، كدم العمد .

---

(١) في (م) ، (ع) : [عقد] بدون الهاء .

(٢) قوله : [الإنكار تبع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) قوله : [أمره] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في سائر النسخ : [يجوز] ، والصواب : [لا يجوز] ، بزيادة : [لا] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [العقد] .

(٧) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ع) : [معانيهما] .

(٩) في جميع النسخ : [عقد] ، والصواب بالنصب ، كما أثبتناه .

(١٠) في سائر النسخ : [دل على اختصاص الصلح والبيع] ، بزيادة : [البيع] ، حذفناها من الصلب لاستقامة المعنى .

(١١) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يسري] .

(١٣) في (ع) : [يفضي] .

١٤٥٥٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ (١) .

١٤٥٥٧ - والجواب : أن اللّه تعالى أجاز أكل المال بالتراضي على وجه التجارة ، والمرجع في التجارة إلى العادة ، ومن عادة التجار أن يتنازعوا في المعاملات ، ثم يصطلحوا ، فيجوز ذلك بظاهر الآية .

١٤٥٥٨ - احتجوا : بقوله ﷺ « إلا صلحاً أحل حرامًا أو حرم حلالًا » (٢) ، وقد جعلنا هذا الخبر دلالة لنا .

١٤٥٥٩ - قالوا : المدعي عاوض على ما لم يثبت له ، فوجب أن يكون له ، وهذا المعنى يقتضي أن يملك بعوضه في الظاهر ، كمن باع شيئًا في يده مَلَكَ في الظاهر عوضَه ، لأنه يجوز أن يملكه / . ١٦٦/أ

١٤٥٦٠ - فإن قيل : هناك يقتضي (٣) الشرع أن المرجع في ملكه إلى قوله (٤) ، فقد ثبت له .

١٤٥٦١ - قلنا : الأمر كذلك إلا أن هذا لا يوجب ثبوته ، فلزم (٥) على الوصف .

١٤٥٦٢ - ويبطل بالأجنبي إذا اعترف بدين ثم صالح المدعي فإنه جائز ، ولم يثبت الدين له ، بدلالة : إنه إنما صالح عليه لو استحق رجع بالدعوى لا بالدين .

١٤٥٦٣ - ولأن حق المدعي وإن لم يثبت فقد وجب بالدعوى حقٌّ على خصمه ، فجاز أن يسقط عن نفسه ذلك الحق بعوض إذا كان المدعي يجوِّزُ أخذ العوض عنه .

١٤٥٦٤ - والمعنى فيمن باع ملك غيره : أن المشتري لم يستحق بهذا العقد شيئًا ، ولا يملك عليه عوضًا (٦) ، وفي مسألتنا : استُحِقَّ بهذا العقد قطعُ الخصومة ، فجاز أن يستحق عوضًا عليه .

١٤٥٦٥ - ولأن هناك عَقَد على مالا يملك وههنا عقد على ما يجوز أن يكون ملكه ، فاستحق عوضه ؛ ألا ترى : أن العقود على الصحة مع التجويز ولا تصح إذا لم

---

(١) سورة النساء : الآية ٢٩ .

(٢) قوله : [أو حرم حلالًا] ساقط من (م) ، (ع) ، هذا جزء من الحديث الذي سبق تخريجه في هامش (٢٦) ، من هذه المسألة .

(٣) في (ع) : [يقضي] .

(٤) قوله : [إلى قوله] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (ص) : [يلزم] .

(٦) في (م) : [عوض] .

يكن لها وجه في الجواز .

١٤٥٦٦ – قالوا : صلح عن جحود أو صلح [١] عن دعوى مجردة ؛ فوجب أن لا يصح [٢] . أصله : إذا ادعى عليه أنه قذفه .

١٤٥٦٧ – قلنا : المعنى فيه : أنه لو كان عن إقرار لم يصح الصلح ، كذلك عن إنكار . وفي مسألتنا : يجوز الصلح [٣] عن المدعي مع وجود الإقرار ، فجاز [٤] مع إنكار المدعى عليه ، كصلح الأجنبي .

١٤٥٦٨ – قالوا : عاوض على ما لا يجوز أخذ العوض عنه و لا يصح له أو لا تملك [٥] العوض ، أصله : إذا باع خمرًا ، أو خنزيرًا ، أو دمًا ، أو ميتة ، أو حد القذف ، أو حق الشفعة ، أو خيار الشرط .

١٤٥٦٩ – قلنا : الوصف غير مسلَّم ، فإن المدعي أخذ العوض عن المال الذي ادعاه ، والمدعى عليه بذل [٦] العوض لإسقاط الخصومة في حق المعاوضة عليه ، وكل واحد من الأمرين يصح أخذ العوض عنه عندنا ، فصار وصفهم مسألة الخلاف .

١٤٥٧٠ – فأما الخمر والخنزير فلا وجه لصحة العقد عليهما ، فلم يصح ، والصلح له وجه [٧] في الصحة ، وهو : أن المدعي يجوز أن يكون صادقًا في دعواه .

١٤٥٧١ – وأما حد [٨] القذف ، وخيار الشرط ، والشفعة : فحقوق ليس فيها معنى المال ، فلا يجوز أخذ المال عنها ، واليمين [٩] حق يفضي إلى مال ، فجاز الصلح عنه .

١٤٥٧٢ – قالوا : مال أخذه على سبيل المعاوضة ؛ فوجب أن لا يلزم مع الإنكار . أصله : إذا ادعى رجل على رجل دارًا فأنكره فجاء أجنبي إلى المدعي فصدقه ، وقال : صالحني منها على كذا ، أو بعينها بكذا ، فإن الصلح صحيح لكنه غير لازم ، لأنه [١٠] إذا لم يقدر على الدار رجع عليه .

١٤٥٧٣ – قلنا : إذا عقد الصلح على أن يسلم الدار للعاقد فلم يسلم له ، لم يستحق عليه عوضها ، وفي مسألتنا : الحق مسلم في يد الخصم أو ذمته ، فقد سلم له ما

---

(١) في (م) ، (ع) : [وصلح] . (٢) في (م) ، (ع) : [أن يصح] ، بحذف : [لا] .
(٣) لفظ : [الصلح] ساقط من (م) ، (ع) . (٤) لفظ : [فجاز] ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [يملك] . (٦) في (ع) : [بذل] بالذال المعجمة .
(٧) لفظ : [وجه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) ، (ع) : [فأما حدا] . (٩) في (م) ، (ع) : [والثمن] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لأنه] ، مكان : [لكنه] .

عقد عليه ، فلذلك [1] استحق عوضه عليه .

١٤٥٧٤ - قالوا : أخْذُ [2] عوض الصلح واجب أن لا يصح حتى يكون محكومًا بملكه لباذله ، كالمال [3] المصالح به .

١٤٥٧٥ - قلنا : لا فرق بين البدلين عندنا ، لأنه لو ادعى كل واحد منهما على صاحبه حقًّا فتصالحا على أن أسقط كل واحد دعواه جاز الصلح وتساوى حكم عوضه . فأما إذا صالح على مال يأخذه فمتى لم يكن محكومًا به لم يسلم لخصمه شئ فلا يصح الصلح ، والمدعي (معارض) [4] ذمة المدعى عليه ، وإنما يستفيد بالعلم سقوط المنازعة فيه ، وهذا معنى قد سلم له ، فلذلك [5] صح العقد فيه وإن لم يحكم به للمدعي .

١٤٥٧٦ - قالوا : لا وجه لاستحقاق المال المبذول ، فإنه لا يخلو من أن يكون عوض المال المدَّعي ، أو لترك الدعوى والخصومة ، أو لافتداء اليمين ، فلا يجوز أن يكون عوضا عن المال المدعي ، لأنه لم يثبت له ولم يملكه فلم يجز أن يملكه ما في مقابلته ، ولا يجوز أن يكون في مقابلة ترك الدعوى والخصومة ، لأن ذلك يقتضي صحة الصلح من دعوى القذف ودعوى النكاح ولا يجوز عندكم فيهما ، ولا يجوز أن يكون في مقابلة ترك اليمين ، [لأن الصلح يمنع الرجوع عن دعوى المال وإقامة البينة عليه ، وسقوط حقه في اليمين لا يمنع من سماع البينة على المال المدعي ، فدل هذا على أنه ليس في مقابلة ترك اليمين] ، فلم يبق إلا بطلان [6] الصلح .

١٤٥٧٧ - وربما قالوا : لو كان عوضًا عن إسقاط اليمين لم تجب [7] الشفعة في عوضها ، فلما وجبت الشفعة في الدار المصالح بها دل على أنها عوض عن الحق .

١٤٥٧٨ - الجواب [8] : أن المال المبذول في حق المدعي في مقابلة حقه الذي زعم أنه له وفي حق خصمه لإسقاط الخصومة وافتداء اليمين ، فالعقد حكم من كل واحد من جنبته بخلاف الجنبة الأخرى ، ومخالفنا يعتبر حكمه بكل واحد من الأمرين على الانفراد ، وهذا لا يصح . يبين [9] ذلك : أن الشاهد على غيره في عتق عبد إذا ردت

---

(١) في (م) ، (ع) : [فكذلك] . (٢) في (ص) : [أحد] .
(٣) في (م) ، (ع) : [لنا وله كمال] ، مكان المثبت .
(٤) ما بين القوسين بدل [سالم] المثبتة في النسخ . (٥) في (م) ، (ع) ، (ن) : [كذلك] .
(٦) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ؛ وفي (م) ، (ع) : [ابطال] ، مكان : [بطلان] . (٧) في (م) : [لم يجب] .
(٨) في (م) ، (ع) : [والجواب] ، بالعطف . (٩) في (ع) : [تبين] .

شهادته ثم ابتاع العبد جاز العقد واستحق البائع البدل ، وحكم هذا العقد في حق البائع المعاوضة ، وما يأخذه عوض عن عبده ، وفي حق المشتري حكمه مخالف لذلك ، فلو اعتبرنا حكم البيع من الطرفين لم يصح العقد مع اعتراف المشتري بفساده ، ولو اعتبرنا حكم المفاداة (١) لم يصح أن يأخذ البائع عوضا عن الحر ، فاعتبر (٢) في حق كل واحد منهما ما صح معه العقد ، كذلك في مسألتنا .

١٤٥٧٩ - فأما قولهم : كيف يأخذ العوض عما لم يحكم بملكه له ، قلنا : هذه مسألة الخلاف فكيف يجعل (٣) دليلًا ؟ .

١٤٥٨٠ - ولأنه قد ادعى الملك ويجوز أن يكون الأمر كما قاله ، فيصح أن يأخذ العوض في ظاهر الحكم ، كمن في يده عبد لا يعلم أنه ملكه إذا باعه ، فقولهم : لا يجوز أن يكون عوضًا عن إسقاط الخصومة واليمين ؛ لأنه لو كان كذلك لصح الصلح في حد القذف ، فهناك عندنا لا تجب (٤) اليمين والحق لله تعالى ، فلا يسقط بعوض ، والخصومة إنما يتعوض عنها إذا كانت فيما يصح أخذ العوض عنها ، فأما دعوى النكاح فيجوز الصلح عنها (٥) ، وإن كان الزوج أخذ المال كان خلعًا في حقه ، وإن أخذته المرأة كان ذلك (٦) زيادة في المهر .

١٤٥٨١ - فأما قولهم : « لو كان لإسقاط اليمين لقبلت البينة بعده (٧) ، كما لو استوفى اليمين ثم أقام البينة » فغلط ؛ لأن المدعي لم يتعوض عن اليمين ، وإنما تعوض عن المال المدعى ، وكيف يصح أن يطالب به ، بعد ذلك ويستوفيه ؟ وإنما الشبهة على مخالفنا : أنه يعتبر الحكم في إحدى جنبتي (٨) العقد مما يقتضيه (٩) الحكم في الأخرى مع اختلافهما .

١٤٥٨٢ - قالوا : ماكان معاوضة في إحدى (١٠) جنبتي العقد كان معاوضة في الجنبة الأخرى (١١) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [المفاداة] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فلما اعتبرنا] ، مكان : [فاعتبر] .
(٣) في (م) ، (ع) : [يجعل] .
(٤) في (م) : [لا يجب] .
(٥) في (م) ، (ع) : [عليها] .
(٦) لفظ : [ذلك] ساقط من (ع) .
(٧) لفظ : [بعده] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في جميع النسخ : [أحد] ، الصواب ما أثبتناه ، وفي (ع) : [حيثيتي] ، مكان : [جنبتي] .
(٩) في (م) ، (ع) : [فما يقبضه] .
(١٠) في سائر النسخ : [أحد] ، والصواب ما أثبتناه .
(١١) في (م) ، (ع) : [الأخرى] .

١٤٥٨٣ – قلنا : يبطل بمسألة دعوى العتق ، فإن العقد بيع في حق البائع ، وليس ببيع عند المشتري .

١٤٥٨٤ – قالوا : العقد مبني على قول من جعل القول قوله في الشريعة ، بدلالة : أن المودع إذا ادعى هلاك الوديعة ثم صالح لم يصح الصلح ، وبقي العقد على قول المودَع الذي جعلت (١) الشريعة القول قوله ، وقد جعلت الشريعة القول قول المدعى عليه ، فيجب أن يبني العقد على قوله ، ولا يصح أخذ العوض عنه ، ولهذا قلنا في مسألة العتق : – إذا اشترى العبد يدعي العتق – إن الشراء جائز ، لأن الشريعة جعلت القول قول المدعى عليه ، ولم تجعل (٢) القول للأجنبي ، [ثم بني العقد على قول الأجنبي] (٣) وصح الصلح ، فدل على أن العقد يبني على قول من يدعي صحة العقد دون من يدعي فساده .

١٤٥٨٥ – وأما (٤) مسألة المودَع : فهي خلاف بين أبي يوسف ومحمد ، وقد قال محمد : إن الصلح بعد دعوى هلاك الوديعة صحيح ، وليس لأبي حنيفة قول ، فلم نسلم (٥) لهم ، فأما على قول أبي يوسف : فلأن المودَع أمين قائم مقام صاحب الوديعة ، فقوله كقول صاحب الوديعة .

١٤٥٨٦ – فإذا قال : هَلَكَتْ ، فكأن صاحب الحق اعترف (٦) بهلاكها ، ولو اتفقا على الهلاك لم يصح الصلح .

١٤٥٨٧ – فإن قيل : إذا ادعى غاصب العبد أنه هلك أو أبق ، ثم صالح مالكَه على مكيل في الذمة لم يصح ، ولو بنى العقد على قول المالك لم يتضمن صحة العقد [ولوجب أن يصح الصلح .

١٤٥٨٨ – قلنا : يجوز ، وإن بنينا العقد على قول المالك ، لم يتضمن صحة العقد] (٧) ؛ لأن العبد ليس بقائم في يد الغاصب ، فلابد من أن يكون في الذمة ، والصلح عما في الذمة على طعام في الذمة لا يصح (٨) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [جعلته] . (٢) في (م) : [لم يجعل] .
(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش
(٤) في (م) ، (ع) : [فأما] .
(٥) في (ص) : [فلم يسلم] ، وفي (ع) : [فلا نسلم] .
(٦) في (م) ، (ع) : [أعرف] .
(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش
(٨) في (ص) : [لم يصح] .

مسألة ٧٢٦

نقض ما شرع من أجنحة في طرق المسلمين

١٤٥٨٩ - قال أبو حنيفة : إذا أشرع جناحًا إلى طريق المسلمين فلكل واحد [١] منعه من إحداثه ، وإن أحدثه فلهم المطالبة بنقضه [٢] .

١٤٥٩٠ - وقال الشافعي : إذا كان لا يضر بالطريق ، بأن كان عاليًا [٣] تجتاز تحته الجمال بأجمالها ولا يتعلق [٤] به ، لم يكن لأحد قلعه .

١٤٥٩١ - ومنهم من قال في الطريق الذي لا ينفذ : مثل ذلك : إذا كان لمن أحدث الروشن [٥] الاستطراق فيه ، فإن أخرج روشنًا من ظهر داره في درب لا طريق فيه ، لم يجز .

١٤٥٩٢ - ومنهم من فرق بين الدرب الذي لا ينفذ له وبين الشارع ، فقال : لا يجوز في الدرب ، ويجوز في الشارع [٦] .

١٤٥٩٣ - لنا : ما روي « أن عمر بن الخطاب مر بدار العباس ، فرأى ميزاباً يقطر منه الماء فقلعه فخرج إليه العباس ، وقال : قلعت ميزاباً نصبه رسول الله ﷺ ، فقال : والله لارددته إلا على عنقي ، فصعد العباس على ظهر عمر حتى رده » [٧] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلك واحد منهم] ، بزيادة : [منهم] .

(٢) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الصلح » ص٩٩ ، ١٠٠ ، روضة القضاة « كتاب الصلح » ، « فصل الروشن على الطريق العام » (٧٧٢/٢) ، المسألة (٥٢٠٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بل كان غالبًا] ، مكان المثبت . (٤) في (م) ، (ع) : [وما يتعلق] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لمن أحد الروشين] ، مكان المثبت ، والروشن : الشرفة . راجع المعجم الوسيط ، مادة [رشن] (٣٤٨/١) .

(٦) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في « الصلح » (٢٢١/٣ ، ٢٢٢) ، المهذب « كتاب الصلح » (٣٣٤/١) ، نهاية المحتاج « باب الصلح » (٣٩٢/٤ ، ٣٩٣) ، المنتقى « كتاب الأقضية » ، في « القضاء في المرفق » (٤٣/٦) ، الكافي لابن عبد البر « باب جامع الأحكام والأقضية » (٩٤٠/٢ ، ٩٤١) ، قوانين الأحكام الشرعية « الكتاب الخامس في الأقضية » ، « الباب الخامس عشر في المرافق » ص٣٥٦ ، المغني « كتاب الصلح » (٥١١/٤ ، ٥٥٢) ، الكافي لابن قدامة « باب الصلح فيما ليس بمال » (٢١٠/٢) .

(٧) أخرجه أحمد بمعناه ، في المسند (٢١٠/١) ، والحاكم في المستدرك « كتاب معرفة الصحابة » في « محاكمة العباس وعمر بن الخطاب إلى حذيفة » (٣٣١/٣ ، ٣٣٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الصلح » ، « باب نصب الميزاب وإشراع الجناح » (٦٦/٦ ، ٦٧) .

١٤٥٩٤ - وجه الدليل : أن عمر قلعه ، فلو كان حقًّا على صاحب الدار لم يرده [١] فلما أخبره أن رسول الله ﷺ نصبه رده [٢] ، لأن الإمام له أن يأذن في ذلك ، ويقوم إذنه مقام / إذن جميع الناس [٣] . ١/ب

١٤٥٩٥ - ولأن من يثبت له حق المنع من البناء في الطريق يثبت له المنع من البناء في هوائه ؛ أصله : إذا أشرع في درب لا ينفذ ، فإن سووا بينهما جعلنا أصل العلة من أشرع من ظهر داره في درب لا طريق له فيه .

١٤٥٩٦ - ولأنه بناء في هواء [٤] أرض مشتركة ، فصار كالبناء في هواء دار مشتركة .

١٤٥٩٧ - ولا يلزم : إذا أذنوا ؛ لأنه يستوي فيه الأصل والفرع .

١٤٥٩٨ - ولأنه بنى فيما لا ينفرد [٥] بملكه بغير إذن آدمي ، فكان كمن له فيه حق منفعة [٦] ، كما لو بنى في دار مشتركة ، أصله [٧] : إذا كان البناء يضره .

١٤٥٩٩ - احتجوا : بإجماع أهل الأعصار في ترك الأجنحة [٨] من لدن النبي ﷺ إلى يومنا هذا ، وإن كان يسوغ المنع لما اتُّفِقَ على تركها .

١٤٦٠٠ - قلنا : عندنا يجوز إخراجها [٩] ويحل الانتفاع بها حتى يمنع مانع منها ، ولم ينقل أن أحدًا من المسلمين اعترض على ذلك فمنع من الاعتراض . فلم يكن في مجرد الفصل [١٠] حجة . وهذا كبناء الدكاكين في الأفنية ، والناس يغطونها [١١] في سائر الأعصار وإن كان للحاكم أن ينقضها بإجماع ، وكذلك الأجنحة التي ليست مرتفعة لا ينكرونها [١٢] وإن لم تجز بإجماع .

---

(١) في سائر النسخ : [لم يقلعه] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) قوله : [رده] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [المسلمين] ، مكان : [الناس] .

(٤) في (ع) : [بنى] ، مكان [بناء] ، وفي (م) ، (ع) : [هوى] ، مكان : [هواء] .

(٥) في (ص) ، (م) : [لا يفرد] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لمن] ، مكان : [كمن] ، وفي (ص) : [منعه] ، مكان : [منفعة] .

(٧) في (م) ، (ع) : [وأصله] . (٨) في (ع) : مكان [جنحة] بياض .

(٩) في سائر النسخ : [احابها] ، بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(١٠) في (ص) : [الفعل] ، بدون نقطة .

(١١) في (ع) : [الأقبية] ، مكان : [الأفنية] ، وفي (ص) ، (م) : [يعطونها] ، وفي (ع) : [يغطونها] .

(١٢) في (ع) : [بمرتفقة] ، بزيادة الباء ، وفي (ص) ، (ع) : [ينكروها] بغير نون الجمع ، وفي (م) : [ينكررها] ، والصواب ما أثبتناه .

١٤٦٠١ - قالوا : الهواء تابع لقراره ؛ لأن من ملك القرار ملك الهواء ، ثم يثبت له أن ينتفع بالقرار على وجه لا يضر بالمارة والمجتازين ؛ فوجب أن ينتفع بالهواء على وجه لا يضرهم ، هذه علة من سوَّى بين الطريق النافذ وغير النافذ .

١٤٦٠٢ - قلنا : يبطل بالمساجد ، فلكل واحد من المسلمين الانتفاع بقرارها على وجه لا يضر أحدًا بها .

١٤٦٠٣ - ولأنه ينتفع بتراب الطريق على وجه لا ينفرد به ولا يقطعه عن غيره ، ولو أراد أن يقتطعه لم يجز وإن لم يضر [1] ، كما لو بنى في الطريق الواسع ، كذلك ليس له أن يقطع الهواء عن غيره فينفرد به وإن كان ذلك لا يضر .

١٤٦٠٤ - قالوا : ارتفق [2] بما لا يتعين ملك أحد عليه من غير إضرار ؛ فوجب أن لا يمنع منه . أصله : الاجتياز في الطريق والجلوس فيه والاحتساب ، وهذه علة من فرق بين الشارع والدرب الذي لا ينفذ [3] ، وهي فاسدة أيضًا ؛ لأنها تبطل إذا بني في الطريق الواسع مالا يضر ، أو بني في هواء [4] المساجد .

١٤٦٠٥ - فإن قيل : قد يعتبر [5] أن المساجد حق الله تعالى .

١٤٦٠٦ - قلنا : المساجد حق لجماعة المسلمين ، وحق الله تعالى يتعلق بها ، كالشوارع . وأصلهم : الاجتياز في الطريق ، وقد ثبت الفرق بينهما .

١٤٦٠٧ - ولأن ما يثبت [6] فيه حق الغير لا يجوز أن يُقْتَطَع عن حقه ، سواء كان (غير معين أو) [7] معينًا ، كمال بيت المال [8] ، فلما ثبت أن الحق إذا ثبت في الطريق لمعين لم يجز أن يقتطع ، وهو الطريق [9] الذي لا ينفذ ، كذلك ما يثبت [10] لغير معين .

---

(١) قوله : أن يقتطعه [أي أن يأخذ لنفسه وينفرد به ، راجع : النهاية] باب القاف مع الطاء (٨٢/٤) ، لسان العرب ، مادة : [قطع] (٣٦٧٧/٥) . وفي (م) ، (ع) : [وإن لم يعتبر] ، مكان : [وإن لم يضر] .

(٢) قوله : [ارتفق] أي : انتفع .

(٣) في (م) ، (ع) : [التي لا تنفذ] .

(٤) في (م) ، (ع) : [إذا بنى] ، مكان : [أو بنى] ، وفي سائر النسخ : [هوى] ، والصواب ما أثبتناه .

(٥) في (ص) : [تغير] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٧) ما بين القوسين زيادة ، يقتضيها السياق .

(٨) يبدو أن عبارة ما سقطت بعد قوله : [كمال بيت المال] ، لعلها : أو غير معين .

(٩) في (ص) : [وهواء الطريق] .

(١٠) في (ع) : [كذ] ، مكان [كذلك] ، وفي (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [يثبت] .

١٤٦٠٨ - قالوا : أخرج جناحًا ، يجوز له إخراجه ، فلا يجوز [١] قلعه بغير إذنه ، [كما لو أخرج] [٢] روشنًا إلى ملك نفسه .

١٤٦٠٩ - قلنا : إنما يجوز الإخراج عندنا إذا صح عدم المانع ، ولو لم يقصد لم يجز له ، فإذا طولب [٣] في الثاني فقد زالت علة الجواز ، فصار كما لو كان المنع ابتداء .

١٤٦١٠ - ولأنه إذا أشرع في ملك نفسه لم يقتطع حقًّا لغيره ، فلم يعترض عليه ، وفي مسألتنا : قد اقتطع [٤] حقًّا لغيره ، فجاز أن يمنع منه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [فلا يجوز له] ، بزيادة : [له] .
(٢) الزيادة : أثبتناها لمقتضى السياق .
(٣) في (م) ، (ع) : [طول] ، مكان : [طولب] .
(٤) في (م) ، (ع) : [أقطع] .

مسألة ٧٢٧

التنازع في ملكية الحائط بين دارين

١٤٦١١ - قال أصحابنا : إذا كان الحائط بين دارين ولأحدهما عليه جذوع [(١)] وليس للآخر اتصال ولا جذوع ، فتنازعاه ، فصاحب [(٢)] الجذوع أولى ، وإن كان لأحدهما جذع [(٣)] واحد وليس للآخر الجذوع . ذكر الطحاوي في مختصره أنه إذا كان لأحدهما عليه حمولة خشب [(٤)] فهو أولى به ، وهذا يدل على أن صاحب الجذع الواحد أولى به . وقال في كتاب الصلح : إذا كان لأحدهما جذوع كثيرة ولآخر جذع واحد ، فلكل واحد منهما ما في يده ، فجعل الجذع الواحد يدًا ، وهنا يقتضي أن صاحب الجذع الواحد أولى [(٥)] .

١٤٦١٢ - وقال الشافعي : الحائط بينهما ولم يرجح بالجذوع ، وقال : إن كان [(٦)] لأحدهما اتصال أو كان عليه أزج [(٧)] ؛ فصاحب الاتصال والأزج أولى .

١٤٦١٣ - واتفق أصحابه : أن راكب البعير أولى من المتعلق بخطامه [(٨)] ، إلا المروزي فإنه قال : إنهما سواء [(٩)] .

١٤٦١٤ - لنا : أنهما لو تنازعا حائطًا [(١٠)] ولأحدهما عليه ما يبني له الحائط ،

---

(١) الجذع - بالكسر - : ساق النخلة ونحوها ، ويسمي سهم السقف جذعا ، والجمع جذوع ، وأجذاع . راجع : المصباح المنير ، مادة : [جذع] (٩١/١) ، المعجم الوسيط (١١٣/١) .

(٢) في (م) : [فينارعاة] ، وفي (م) ، (ع) : [لصاحب] .

(٣) في (م) ، (ع) : [جذوع] . (٤) في (م) ، (ع) : [خشبة] .

(٥) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي [كتاب الصلح] ص ٩٩ .

(٦) قوله : [إن كان] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٧) في النسخ جميعها : [أرح] ، والصواب . الأزج ، وهو بيت يبني طولًا ، وأزجته تأزيجًا إذا بنيته كذلك . ويقال : الأزج : السقف ، والجمع آزاج ، مثل سبب وأسباب . راجع : لسان العرب ، مادة : [أزج] (٧٠/١) ، المغرب ص٢٤ ، المصباح المنير (١٥/١) .

(٨) الخطام : حبل يجعل في عنق البعير ، ويثني في خطمه ، أي أنفه .

(٩) راجع المسألة في : الأم ، في [الصلح] (٢٢٥/٣) ، نهاية المحتاج [باب الصلح] (٤١٧/٤) ، قوانين الأحكام الشرعية ص٣٥٤ ، المغني [كتاب الصلح] (٥٦٢/٤ ، ٥٦٣) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [تنازعا في الحائط] ، أي في حائط .

فوجب أن يكون أولى ممن له مجرد الاستظلال [1] ، كما لو كان لأحدهما عليه أزج .

١٤٦١٥ - ولا يلزم : [إذا كان لأحدهما اتصال توسع ، لأن له معنى زائدًا على الاستظلال .

١٤٦١٦ - ولا يلزم :] [2] الجذع الواحد ؛ لأن صاحبه أولى .

١٤٦١٧ - ولا يلزم : الهوادي [3] ؛ لأن الحائط لا يبني لأجلها [4] .

١٤٦١٨ - ولا يقال : إن الأزج لا يمكن إحداثه إلا بعد كمال البناء ، لأن الأزج يحدث بعد تمام البناء قبل [5] حد التعويج ، كما أن الجذوع توضع [6] بعد إكمال البناء إلى حد الوضع ، ثم توضع [7] الجذوع ويتمم البناء فوقها .

١٤٦١٩ - ولأنه حمل مقصود على ما يتنازعانه [8] ؛ فكان صاحب الحمل أولي ممن [9] لا ترجيح معه ، كمن نازع في جمل لصاحبه عليه حمل

١٤٦٢٠ - ولا يلزم : إذا كان الآخر راكبه ، أو كان لأحدهما اتصال ، لأن له ترجيحا [10] .

١٤٦٢١ - احتجوا : بقوله ﷺ : « البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه » [11] .

١٤٦٢٢ - قالوا : وكل واحد منهما مدعى عليه [12] .

---

(١) في (م) : [الاستقلال] .

(٢) ما بين المعكوفتين : [ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٣) في جميع النسخ : [العراري] ، لعل الصواب ما أثبتناه . والهوادي جمع الهادية ، وهي : العصا ، والصخرة النابته في الماء . راجع : لسان العرب مادة : [هدي] (٤٦٤١/٦ ، ٤٦٤٢) ، المعجم الوسيط (٩٨٨/٢) .

(٤) في (ص) : [لأجل ما] ، مكان : [لأجلها] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الذي قبل] ، بزيادة : [الذي] .

(٦) في (م) ، (ع) : [موضع] .

(٧) في (م) : [موضع] .

(٨) في (ص) : [بينازعانه] ، وفي (م) : [تنازعانه] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فمن] .

(١٠) في سائر النسخ : [ترجيح] ، والصواب ما أثبتناه بالنصب .

(١١) في (م) ، (ع) : [واليمين على من أنكر] ، مكان المثبت . الحديث : تقدم تخريجه في مسألة (٦٣٣) ، بلفظ : [البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر] ، وفي مسألة (٧١٥) ، بلفظ : [البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يدعى عليه] .

١٤٦٢٣ - الجواب [١] : أن المدعى عليه من شهد له الظاهر [٢] ، وصاحب الجذوع شهد له الظاهر ، فهو المدعى عليه ، والآخر لا ظاهر له فهو المدعي .

١٤٦٢٤ - ولأن مخالفنا سلم لنا أن صاحب الجذوع مدعى عليه [٣] ، فاقتضى الخبر أن القول قوله ، ثم زعم أن الآخر مثله ، ونحن لا نسلم هذا .

١٤٦٢٥ - قالوا : معنى حادثٌ في الحائط بعد بنائه ؛ فوجب أن لا تقوم به دعوى أحدهما قياسًا على التجصيص والتزويق [٤] على الجذع الواحد .

١٤٦٢٦ - قلنا : الترجيح أبدًا يقع في الأملاك بمعنى حادث [٥] [٦] ؛ ألا ترى : أنا نرجح في الدار بالسكنى وفي مدعي الدابة بالحمل ، وكل [٧] هذه المعاني حادثة .

١٤٦٢٧ - وقال الشافعي : بالأبرج [٨] و بالأزج ، وهو حادث بعد البناء ، [لأنه يبني الحائط أولًا إلى حد التعويج ثم يحدث التعويج عليه ، كما يبني الحائط ثم يوضع الخشب ، ثم يتمم البناء] [٩] بعد وضع الخشب [١٠] .

١٤٦٢٨ - ولأن التجصيص والتزويق معني لا يبني الحائط لأجله [١١] فلم يقع به الترجيح . والخشب معني يبني الحيطان لأجله في الغالب ، فالظاهر أن صاحب الخشب هو الذي بناه فلذلك رجح به .

١٤٦٢٩ - قالوا : لو كان له ساباط [١٢] على حائط بينه وبين الطريق وادعى أنه له ، كان صاحب الدار أولى به ، وإن كان له حمل يبني له الحيطان .

---

(١) في (م) ، (ع) : [والجواب] . (٢) قاعدة : « المدعى عليه من شهد له الظاهر » .

(٣) في (م) ، (ع) : [يدعي عليه] .

(٤) في (م) : [التخصيص] ، مكان : [التجصيص] ، والتجصيص : الطلاء بالجص ، والتزويق : التحسين والتزيين ، الجمع : تزاويق . راجع : المصباح المنير ، مادة : [جص[و[زوق] (٩٨/١ ، ٢٤٦) ، المعجم الوسيط (١٢٤/١ ، ٤٠٩) . (٥) في (م) ، (ع) : [لمعني حادثه] .

(٦) قاعدة : « الترجيح يقع في الأملاك بمعنى حادث » .

(٧) في (م) ، (ع) : [فكل] .

(٨) في (ص) : [انر آرح] بدون نقط ، وفي (م) ، (ع) : [اترراج] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) قوله : [بعد وضع الخشب [ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(١١) في (م) ، (ع) : [أصله] ، مكان : [لأجله] .

(١٢) الساباط : سقيفة تحتها ممر نافذ ، والجمع : سوابط وساباطات .

١٤٦٣٠ - قلنا : هذا غير مسلَّم ، ويجب أن يكون الحائط لصاحب الساباط ، وقد قال في الأصل : إن صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال [١] ، وهذا هو الحائط بملكه [٢] .

١٤٦٣١ - قالوا : كل مالا يكون [٣] القليل منه يدًا [٤] ، لا يكون الكثير منه [٥] يدًا ، كالتزويق [٦] .

١٤٦٣٢ - قلنا : إن أردت الجذع الواحد فهو غير مسلم على ما بينا ، وإن أردت الهوادي فليست محمولة على الحائط ، ولا هي من عمل الحائط في العادة ، وعندنا أن الحمل على الحائط يد ، وقليل ذلك وكثيره سواء ، فأما القليل الذي ليس بحمل فلا يلزمنا .

١٤٦٣٣ - قالوا : الحائط قبل وضع الجذوع كان بينهما ، وإذا وضع الجذوع جاز أن يكون وضعها لحق ، وجاز أن يكون ظلمًا وتعديًا ، وجاز أن يكون القاضي قضى عليه بوضع جذوع جاره عليه ، لأن من الناس من يقول : « إن الجار يجبر على تمكين جاره من وضع [٧] الخشب » فإذا كان كذلك لم يقع به ترجيح حتى يعلم على أي وجه وضعت .

١٤٦٣٤ - قلنا : الراكب أولى من غيره ، والركوب معني حادث يجوز أن يكون بحق ، ويجوز أن يكون بغير حق ، ويجوز أن يكون بغصب [٨] وتعدٍّ ، ويجوز أن يكون اضطر إلى الركوب ، ومع ذلك لا يمنع أن يقع فيه الترجيح ، كذلك وضع الخشب . يبين ذلك أن : الحائط إلى حد التعويج لو تنازعاه كان بينهما ، ثم يحدث الأزج فيجوز أن يكون حدث بحق ، ويجوز أن يكون حدث باطلًا وغصبًا [٩] ، ثم وقع الترجيح بيد باتفاق ، كذلك ههنا .

* * *

---

(١) في (م) : [الإيصال] .
(٢) في (م) : [يملكه] .
(٣) في (ص) : [ما يجوز] ، وفي (م) ، (ع) : [ما لا يجوز] ، مكان : [ما لا يكون] ، وما أثبتناه أصح .
(٤) في سائر النسخ : [يد] .
(٥) لفظ : [منه [ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) قاعدة : « كل ما لا يكون القليل منه يدًا لا يكون الكثير منه يدا » .
(٧) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [بعضه] ، مكان : [بغصب] .
(٩) في سائر النسخ : [باطل وغصب] ، والصواب ما أثبتناه بالنصب .

مسألة ٧٢٨

وضع خشبة على حائط الجار دون إذنه

١٤٦٣٥ - قال أصحابنا : ليس للرجل وضع خشبة على حائط جاره إلا بإذنه [١] .

١٤٦٣٦ - وقال الشافعي في قوله القديم : له ذلك بغير إذنه

١٤٦٣٧ - قال [٢] أصحابه : يعتبر فيه شرطان ، أحدهما : أن يكون خشبًا خفيفًا لا يضر بالحائط ضررًا بينًا ، والثاني : أن لا يصح في ملكه حائطان [٣] يضع عليهما ، مثل أن تكون أرضه مداخِلةً [٤] لدار جاره ، فلأنه حيطان منها للجار [٥] .

١٤٦٣٨ - لنا : حديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في خطبته في حجة الوداع : « ألا وإن المسلم أخو المسلم ، لا يحل دمه ولا شيء من ماله إلا بطيب نفس منه » [٦] .

١٤٦٣٩ - ولأنه يبني [٧] لنفسه على حائط لا حق له فيه ؛ فوجب أن لا يجوز إلا بإذن مالكه ؛ أصله : إذا قدر على [٨] أن يضع الخشب على حيطانه .

١٤٦٤٠ - ولا يلزم : صاحب العلو ؛ لأن له حقا في حائط صاحب السفل ،

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الصلح » ، « فصل وضع خشبة على حائط الجار » (٧٧٤/٢) ، المسألة (٥٢١٥) .

(٢) في (ع) : [وقال] ، بزيادة الواو .

(٣) في سائر النسخ : [حائطين] ، والصواب ما أثبتناه مرفوعا بالألف . أي لا يصح وضع الخشب في ملك غيره حال كونه يملك حائطين يضع عليهما .

(٤) في (ص) ، (م) : [مداخله] بالهاء المهملة .

(٥) في سائر النسخ : [فلأنه] . راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الصلح » (٤٠٥/١٣ - ٤٠٩) ، نهاية المحتاج « باب الصلح » ، « فصل في التزاحم على الحقوق المشتركة » (٤٠٤/٤ ، ٤٠٥) ، المنتقي « كتاب الاقضية » ، « فصل القضاء في المرفق » (٤٣/٦) ، الكافي « باب جامع الأحكام والأقضية » (٩٤٢/٢) قوانين الأحكام الشرعية ، « الكتاب الخامس » في « الأقضية » ، « الباب الخامس عشر في المرافق » ص٣٥٤ .

(٦) في (م) ، (ع) : [إلا بطيب] مكان : [إلا بطيبة] . والحديث أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ في السنن « كتاب البيوع » (٢٥/٣) ، الحديث (٨٧) ، والبيهقي نحوه في الكبرى « كتاب الغصب » ، « باب لا يملك الغصب » ، « باب لا يملك أحد بالجناية شيئًا » (٩٧/٦) .

(٧) لفظ : [يبني] ساقط من (ع) . (٨) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) .

بدلالة : أن له أن يمنعه من فتح باب فيه .

١٤٦٤١ - ولأنه ملك لجاره ؛ فلا يجوز أن يشغله بخشبة [1] [بغير رضاه ، أصله : إذا كان الخشب يضر به] [2] .

١٦/أ ١٤٦٤٢ - ولأن من لا يجوز له وضع الخشب على حائط غيره إذا / أضر به ، لم يجز وإن لم يَضُرَّ به ، أصله : إذا كان له حائط آخر .

١٤٦٤٣ - ولأنه لا يجوز أن يبني إذا وجد حائطًا غيره ؛ فلا يجوز وإن لم يجد [3] ، كالجار المحاذي إذا كان بينهما الطريق .

١٤٦٤٤ - احتجوا : بما روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ منعه الله فضل رحمته يوم القيامة » [4] .

١٤٦٤٥ - قلنا : الماء غير مملوك لصاحب الري ، بل حق جميع الناس فيه ، والكلأ لا يمنعه صاحب الأرض ، فيمنع الناس حقهم من الماء خوفًا على ما لا يملكه من الكلأ ؛ وفي مسألتنا : يمنعهم من الحائط الذي في ملكه ، وليس أحدهما من الآخر في شيء .

١٤٦٤٦ - قالوا : روى مالك ، عن الزهري ، عن عبد الرحمن الأعرج [5] ، عن أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة في جداره ، فنكس القوم رؤوسهم ، فقال أبو هريرة : مالي أراكم عنها معرضين ، والله لأرمينها بين أكتافكم » [6] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بخشب] . (٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يوجد] .

(٤) أخرجه الشافعي بهذا اللفظ في المسند « كتاب البيوع » ، « الباب الأول فيما نهي عنه من البيوع » (١٥٣/٢) ، الحديث (٥٣٠) ، والبخاري بلفظ : [لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ] في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب من قال إن صاحب الماء أحق بالماء حتي يروي » (٥١/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب تحريم فضل بيع الماء » (١١٩٨/٣) ، الحديث (١٥٦٦/٣٦) .

(٥) في (م) ، (ع) : [عبد الرحمن بن الأعرج] ، وهو خطأ .

(٦) أخرجه مالك بهذا الإسناد باختلاف يسير في اللفظ ، في الموطأ « كتاب الأقضية » ، « باب القضاء في المرفق » (٧٤٥/٢) ، الحديث (٣٢) ، والبخاري في الصحيح « كتاب المظالم » ، « باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره » (٦٩/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب غرز الخشب في جدار الجار » (١٢٣٠/٣) ، الحديث (١٣٦ / ١٦٠٩) . كما أخرجه أحمد في المسند (٢٤٠/٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب الأقضية » ، « أبواب من القضاء » (٣٠٨/٢) وابن ماجه في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب يضع خشبه على جدار جاره » (٧٨٣/٢) ، الحديث (٢٣٣٥) .

١٤٦٤٧ - الجواب [١] : أن معناه لا يمنعه من وضع خشبة على حائط نفسه ، وتكون فائدته أن الجار لا يعارض جاره [٢] في ملكه وإن كان يعلو عليه ، وهذا أولى ؛ لأنا رددنا الكناية إلى أقرب المذكورين .

١٤٦٤٨ - ولأن هذا يحتمل أن يكون في بدء الإسلام ، فنسخ [٣] بقوله عليه [الصلاة و] السلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [٤] .

١٤٦٤٩ - ولأنه خبرُ واحدٍ ورد مخالفًا [٥] للأصول ؛ فلا يجوز قبوله على ظاهره .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [والجواب] .

(٢) في (ع) : [الجار] .

(٣) في (ص) ، (ن) : [بدء] ، مكان : [بدو] وهما بمعنىً إلا (البدو) هو الظهور وفي (م) ، (ع) : [نسخ] ، بدون الفاء .

(٤) تقدم تخريجه في هامش (٦) من هذه المسألة .

(٥) في (م) ، (ع) : [مخالفونا] .

مسألة ٧٢٩

اختلاف صاحبي العلو والسفل في السقف

١٤٦٥٠ - قال أصحابنا : إذا اختلف صاحب العلو [١] وصاحب السفل في السقف ، فهو لصاحب السفل [٢] .

١٤٦٥١ - وقال الشافعي : هو بينهما [٣] .

١٤٦٥٢ - لنا : حديث ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال : « لو أُعْطِيَ الناس بدعواهم ، لادعى [٤] قوم دماء قوم وأموالهم ، لكن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » [٥] ، فأسقط باليمين الدعوي ؛ ومعلوم أن صاحب السفل يجب عليه اليمين ، فوجب أن يدفع بها صاحب العلو ، وهذا يمنع أن يستحق شيئا .

١٤٦٥٣ - ولأنهما تنازعا محمولًا على ملك أحدهما ؛ فوجب أن يكون أولى به إذا لم يكن مع الآخر ترجيح ، كما لو اختلفا في متاع محمول على بعير أحدهما .

١٤٦٥٤ - ولا يلزم : إذا كان الآخر راكبًا فوق المتاع ؛ لأن معه ترجيحًا .

١٤٦٥٥ - ولا يلزم : بناء العلو ؛ لأن صاحب السفل سلم بناء العلو لصاحب العلو .

١٤٦٥٦ - فإن قيل : إذا اختلفا في المتاع المحمول ، فليس للآخر يد ولا تصرف ، فكان صاحب البهيمة أولى ، وفي مسألتنا : لصاحب العلوِّ يد على السقف وانتفاع يساوي صاحب السفل ، فصار [٦] وزانه من الحمال أن يكونا راكبين فوق المتاع .

---

(١) في (م) : [العلق] ، مكان : [العلو] .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الصلح » ، في « النزاع على السقف » (٧٧٣/٢) ، المسألة (٥٢٠٧) .

(٣) راجع المسألة في : الأم ، في [الصلح] (٢٢٦/٣) ، نهاية المحتاج [باب الصلح] (٤١٩/٣) ، قوانين الأحكام الشرعية ، [باب جامع الأحكام والأقضية[ص٣٥٥ ، الإفصاح [باب التنازع في الجدار] (٣٧٩/١) ، المغني [كتاب الصلح] (٥٦٤/٤) .

(٤) في (ص) : [لا أدعى] ، وهو خطأ .

(٥) حديث ابن عباس (ﷺ) : أخرجه البيهقي بنحو هذا اللفظ ، في الكبرى « كتاب الدعوى » ، « باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » (٢٥٢/١٠) . كما تقدم تخريجه .

(٦) في (م) ، (ع) : [وصار] .

١٤٦٥٧ - قلنا : لا نسلم أنه لا يد لأحدهما في المتاع ، لأنهما إذا كانا عنده واقفين [١] فيدهما عليه ، بدلالة : أن الحمل لو لم يمكنهما تناوله ، ونازعهما أجنبي كانا أولى به منه .

وعلى طريقة ، من يقول من أصحابنا : إن البناء لصاحب العلو يقول : تنازعا محمولًا على ما هو ملك لأحدهما باتفاق ، فإذا لزم بناء العلو ، قال : ذلك محمولة على السقف ، وقد اختلف في كونه لأحقهما .

١٤٦٥٨ - ولأن يد صاحب السفل أسبق إلى السقف ، لأن الإنسان يبني ويسقف ثم يبني عليه علوًا ، فإذا كان يده أسبق كان أولى ، كالحائط المداخل لأحدهما .

١٤٦٥٩ - ولا يلزم : صحن الدار إذا كان تحته سرداب [٢] لرجل فتنازعا في الصحن ، لأنه ملك لصاحب السرداب عندنا ، ولهذا قال أبو حنيفة : لا يكون لصاحب العلو نقضه لتعلق صاحب السفل بالسقف .

١٤٦٦٠ - ولأنه سقف ببيته ؛ فوجب أن يكون أولى به عند التنازع ، كما لو اختلفا في السقف الثاني الذي فوق العلو أن صاحب العلو أولى .

١٤٦٦١ - احتجوا : بأنه حاجز بين ملكيهما غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان ، فوجب أن يكون في أيديهما ، أصله : الحائط بين الدارين .

١٤٦٦٢ - قلنا : جذوع السقف مداخِلَةٌ لبناء صاحب السفلُ سابقةٌ [٣] لبناء العلو ، فهو كاتصال ببناء أحدهما .

١٤٦٦٣ - ولأن الحائط بين الدارين ليس بمبني على ملك أحدهما ، وفي مسألتنا : الجذوع محمولة على بناء أحدهما ، فوزان السقف من الحائط أن يكون مبنيا في عرصة أحدهما ، فصاحب العرصة أولي به وإن حجز بين ملكيهما ، ووزان [٤] الحائط في مسألتنا أن يكون حيطان السقف بينهما .

١٤٦٦٤ - قالوا : إنه متصل بملكيهما اتصالًا واحدًا ، وكل واحد منهما يتصل به ، لأنه ظل صاحب السفل من الشمس والمطر ، وقرار صاحب العلو يجلس عليه ويضع

---

(١) في (ع) : [عبده] ، مكان : [عنده] ، وفي سائر النسخ : [واقف] ، لعل الصواب ما أثبتناه بالنصب والتثنية .

(٢) السرداب : بناء تحت الأرض ، يلجأ إليه من حر الصيف ، والجمع : سراديب . راجع : المصباح المنير ، مادة : [سرد] (٢٥٧/١) ، المعجم الوسيط (٤٢٨/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [مداخلة سابقًا] ، مكان : [سابقة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وزان] بدون العطف .

متاعه ، فكانا سواء فيه .

١٤٦٦٥ - قلنا : انتفاع صاحب العلو به معنى حادث بعد كونه ظلا لصاحب السفل ، فكان الأولى على قول مخالفنا أن لا نرجح [(١)] بذلك ، كما لم يرجع ملك الحائط بوضع الجذوع الحادثة [(٢)] بعد بنائه والحكم به لهما .

* * *

(١) في (ع) : [أن لا ترجح] بالتاء .

(٢) في (م) ، (ع) : [فوضع الجذوع الحادث] ، مكان المثبت .

مسألة ٧٣٠

إجبار صاحب السفل على بناء سقف بينهما قد تهدم

١٤٦٦٦ - قال أصحابنا : إذا كان [١] السفل لواحد والعلو لآخر فانهدما ، لم يجبر صاحب السفل على البناء ، فإن بني صاحب العلو كان له ذلك ، ويمنع صاحب السفل من الانتفاع [٢] حتى يرد عليه النفقة في إحدى [٣] الروايتين ، أو قيمة [٤] ما عمل في الرواية الأخرى [٥] .

١٤٦٦٧ - وقال الشافعي في قوله القديم : يجبر صاحب السفل على البناء ، فإن أراد صاحب العلو أن يبني لم يكن لصاحب السفل منعه ، فإن بني الحيطان بآلتهما فهي لصاحب السفل فله [٦] الانتفاع بها ، فإن بناها بآلة جددها [٧] فالحيطان له ، وليس له منع صاحب السفل من السكني ، وله أن يمنعه من الانتفاع بالحائط ، ولا يجوز أن يوتد فيه وتدًا ، فإن اختار صاحب العلو أن يهدمه كان له ذلك [٨] .

١٤٦٦٨ - لنا : حديث أبي سعيد ﷺ « أن النبي ﷺ قال : « لا ضرر ولا ضرار من ضار ضاره [٩] الله ، ومن شاق شاقه الله » [١٠] ، وهذا قد شق وأضر ، فوجب أن يشق

---

(١) لفظ : [كان] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [من الانتفاع بالحائط [بزيادة : [بالحائط] .

(٣) في (ص) : [أحد] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وقيمة] بالواو .

(٥) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الصلح » ص٩٩ ، روضة القضاة « كتاب الصلح » ، « فصل انهدام السفل والعلو » (٧٧٣/٢) ، المسألة (٥٢٠٩) .

(٦) في (ص) : [وله] .

(٧) في (م) ، (ع) : [جددها] .

(٨) راجع المسألة في : الأم ، في [الصلح] (٢٢٦/٣) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الصلح » (٤١٨/١٣ - ٤٢٠) ، الكافي لابن عبد البر « باب جامع الأحكام والأقضية » (٩٤٩/٢ ، ٩٥٠) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الخامس عشر في المرافق ومنع الضرر » ص٣٥٥ ، الإفصاح « باب التنازع في الجدار » (٣٨٠/١ ، ٣٨١) ، المغني « كتاب الصلح » (٥٦٨/٤) ، الكافي لابن قدامة « باب الصلح فيما ليس بمال » (٢١٦/٢) .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا إضرار] ، مكان : [ولا ضرار] ، وفي (ع) : [ضره] ، مكان : [ضاره] .

(١٠) أخرجه الدارقطني بنحو هذا اللفظ ، في السنن « كتاب البيوع » (٧٧/٣) ، الحديث (٢٨٨) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » ، في « النهي عن المحاقلة والمخاصرة والمنابذة » (٥٧/٢ ، ٥٨) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الصلح » ، « باب لا ضرر ولا ضرار » (٦٩/٦) .

عليه بالمنع (١) من الانتفاع .

١٤٦٦٩ - ولأنه يستحق الحمل على بناء غيره ، فإذا أنفق عند الحاجة كان له أن يرجع عليه . أصله : إذا كان صاحب السفل أذن له القاضي في أن يستدين (٢) عليه .

١٤٦٧٠ - ولأنه حائط له حق (٣) الوضع عليه عند امتناع صاحبه (٤) ، فكان له المنع من الانتفاع به ، كما لو بناه بآلة نفسه .

١٤٦٧١ - ولأن من جاز له البناء [في ملك غيره ، لم يكن متبرعا بالإنفاق (٥) ، كالأب ، والوصي ، ومن كان متبرعا بالإنفاق لم يكن مأذونا] (٦) في البناء ، كمن لا حق له في البناء .

١٤٦٧٢ - احتجوا : بأنه ملك لو انفرد به لم يجبر على الإنفاق ، فإذا لم ينفرد به لم يجبر ، كأرض بين شريكين أراد أحدهما بناؤها أو زرعها فامتنع الآخر .

١٤٦٧٣ - الجواب (٧) : أن هناك يمكن التخلص من ضرر الشركة بالقسمة ، فلا يحتاج إلى الإنفاق في ملك غيره .

١٤٦٧٤ - وفي مسألتنا : لا يتمكن من التخلص من الضرر ، فلذلك صار ما ينفقه دينًا على شريكه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [أن شق] ، مكان : [أن يشق] ، وفي جميع النسخ : [من المنع] ، مكان : [بالمنع] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) في (ع) : [أن لمستدين] .

(٣) لفظ : [حق] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) لفظ : [صاحبه] ساقط من (ع) .

(٥) قاعدة : « من جاز له البناء في ملك غيره لم يكن متبرعًا بالإنفاق » .

(٦) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [والجواب] .

مسألة ٧٣١

إجبار أحد الشريكين على إصلاح الدولاب وكري النهر المشتركين

١٤٦٧٥ - قال أصحابنا في الدولاب المشترك ، والنهر المشترك : إذا امتنع أحد الشريكين من كري [1] النهر وإصلاح الدولاب أجبر عليه ، فإن أنفق الشريك [كان ذلك دينا على شريكه] [2] يأخذه منه [3] .

١٤٦٧٦ - وقال الشافعي في قوله [4] القديم : يجبر ، وفي قوله الجديد : لا يجبر [5] .

١٤٦٧٧ - لنا : حديث أبي سعيد ﷺ « أن النبي ﷺ قال : « من ضار ضاره [6] اللّه ومن شاق شاق اللّه عليه » [7] ، وهذا قد أضر ، فوجب أن يشق عليه . ولأنه مشترك لا يفسخ [8] ؛ فوجب أن يجبر الممتنع منهما على الإنفاق [9] مع شريكه عند الحاجة ، كالدار المشتركة ، والعبد المشترك [10] .

١٤٦٧٨ - فإن قيل : المعنى فيه : أنْ [11] يجبر على الإنفاق إذا انفرد به .

---

(١) والكَرْيُ هنا بمعنى : الحفر : جاء في اللسان : كرا الأرض كرْوًا : حفرها وهو من ذوات الواو والياء راجع مادة (كرا) (٣٨٦٦/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) راجع المسألة في روضة القضاة « كتاب الصلح » (٧٧٣/٢ ، ٧٧٤) ، المسألة (٥٢١١ - ٥٢١٤) .

(٤) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٥) راجع المسألة في : الأم ، في « الصلح » (٢٢٦/٣) ، نهاية المحتاج « باب الصلح » ، « فصل في التزاحم على الحقوق المشتركة » (٤١١/٤) ، الكافي لابن عبد البر ، « باب جامع الأحكام والأقضية » (٩٤٥/٢ ، ٩٤٦) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الخامس عشر » في « المرافق ومنع الضرر » ص٣٥٦ ، الإفصاح « باب التنازع في الجدار » (٣٨٠/١) ، المغني « كتاب الصلح » (٥٦٩/٤ ، ٥٧٠) الكافي لابن قدامة ، « باب الصلح فيما ليس بمال » (٢١٧/٢ ، ٢١٨) .

(٦) في (ع) : [ضره] .

(٧) في (م) ، (ع) : [شاقه اللّه عليه] . والحديث : تقدم تخريجه في مسألة (٧٣٠) هامش (١٠) .

(٨) في (ص) ، (م) : [لا يفسح] بالحاء المهملة .

(٩) في (م) ، (ع) : [فوجب أن يجبر المنع منهما عليه الانفاق] ، مكان المثبت .

(١٠) قوله : [والعبد المشترك] ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) في (ع) ، (ن) : [أنه] بدون الهاء .

١٤٦٧٩ - قلنا : لا نسلم هذا في الدابة ؛ لأنا نثبته [١] بالنفقة ولا نجبره ، وأما العبد إذا انفرد أجبرناه لما في كونه (الواجب) [٢] الذي لا يتخلص منه إلا بالنفقة ، وكذلك في حالة [٣] الاشتراك ، فأما النهر فيوجد الإضرار بالغير بهذا الاشتراك ولا يوجد حال الانفراد ، فلذلك اختلفت [٤] الحالات .

١٤٦٨٠ - ولأن الإنفاق ينتفع به المطالب في ملك مشترك [٥] ، فجاز أن يجبر عليه في غير الحيوان ، كالقسمة .

ولا يلزم : إذا طلب أحدهما الزرع أو البناء ، لأن هذا كله من جهة الإنفاق ، والتعليل لجملة الإنفاق ، وقد يثبت الإجبار [٦] على نوع منه ، فلا يلزم أعيان المسائل .

١٤٦٨١ - احتجوا : بأنه ملك لو انفرد به لم يجبر على الإنفاق عليه ، كذلك [٧] إذا كان مشتركًا ، كما لو طلب زراعة الأرض ، أو إذا [٨] اقتسما الدار المشتركة فطالب أحدهما ببناء حاجز بينهما .

١٤٦٨٢ - قلنا : إذا انفرد بالنهر فإنه يسقط حق نفسه ، وإذا كان مشتركًا فيسقط حق غيره ، [وليس إذا أمكن الإنسان من إسقاط حق نفسه ما يجب أن ينزل حتى يسقط حق غيره] [٩] . والمعني في الأصل : أنه يمكن التخلص من الضرر بغير الإنفاق ، لأن الأرض تنقسم فيزرع المطالب في حق نفسه فيبني المطالب لبناء الحاجز [١٠] حائطًا في نصيبه . وأما النهر فلا يمكن التخلص من الضرر بغير إنفاق ؛ لأن قسمته لا تجوز [١١] .

* * *

---

(١) في جميع النسخ : [سنه] بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه ، يقال : أثبت فلانا ، أي حبسه . المعجم الوسيط (٩٣/١) .

(٢) في (ص) : [لونه] ، مكان : [كونه] ، وفي سائر النسخ : مكان ما بين القوسين بياض وقد قدرناه بهذا ليستقيم المعنى بأقل تغيير .

(٣) في (م) ، (ع) : [حال] .

(٤) في (م) ، (ع) ، (ن) : [اختلفت] ، وفي (ص) [اختلف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [الطالب] ، مكان : [المطالب] ، وفي (ع) : [مشتري] ، مكان : [مشترك] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [يثبت] ، وفي (م) : [الإخبار] ، مكان : [الإجبار] .

(٧) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(٨) لفظ : [إذا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لنا] ، مكان : [لبناء] ، وفي (ع) : [الحاج] مكان : [الحاجز] .

(١١) في (م) ، (ع) : [لا يجوز] .

مسألة ٧٣٢

الصلح على المجهول

١٤٦٨٣ – قال أصحابنا : يصح الصلح على المجهول [(١)] .

١٤٦٨٤ – وقال الشافعي : لا يجوز [(٢)] .

١٤٦٨٥ – لنا : ما روي « أن النبي ﷺ بعث عليًا إلى بني جذيمة [(٣)] حين قتل خالد بن الوليد في مأمنهم ، ودفع إليه مالًا وأمره بأن يفدي لهم قتلاهم وما استهلك من أموالهم ، فرد على رضي الله عنه [(٤)] ، كل ما أخذ منهم حتى ميلغة [(٥)] الكلب ، وبقي في يده بقية من مال ، فقال [(٦)] : أعطيكم هذا لما لا تعلمونه [(٧)] ولا يعلمه رسول الله ﷺ فأخبر به [(٨)] النبي ﷺ ، فسر به [(٩)] ، وقال : « ما يسرني بها حمر النعم » [(١٠)] ، وهذا صلح عن [(١١)] مجهول وأجازه رسول الله / ﷺ . ١٦٨/ب

---

(١) مثال ذلك : لو ادعى حقًا في دار إنسان في يده ولم يُسمِّ الحق فاصطلحا على أن يعطي المدعى عليه مالًا معلومًا . راجع تفصيل المسألة في : معين الحكام [الباب السادس والعشرون في القضاء بالصلح بين الخصمين ص١٢٤ ، بدائع الصنائع « كتاب الصلح » ، « فصل : وأما الذي يرجع إلى المصالح عنه » (٤٩/٦) ، مجمع الأنهر [كتاب الصلح] (٢٩٨/٢) .

(٢) راجع المسألة في : الأم ، في [الصلح] (٢٢١/٣) ، تكملة المجموع الثانية « كتاب الصلح » (٣٨٨/١٣) . الكافي لابن عبد البر « كتاب الصلح » (٨٨١/٢) ، « فصل والصلح جائز باتفاق » ، في هامش بصيرة الحكام (٢٤٧/٢) ، شرح الزرقاني « باب الصلح » ص٢٥٢ .

(٣) في سائر النسخ : [بني خزيمة] ، والصواب ما أثبتناه كما تقدم قبلًا بالإفادة مما ورد في سيرة ابن هشام .

(٤) في جميع النسخ : [على عليه السلام] ، وما أثبتناه أنسب

(٥) الميلغة : الإناء الذي يلغ فيه الكلب . راجع النهاية (٢٢٦/٥) .

(٦) في (م) ، (ع) : [وقال] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يعلمونه] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فأخبره] .

(٩) قوله : [فسر به] ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ما سوي] ، مكان : [ما يسرني] ، وفي (ع) : [بهما] ، مكان : [بها] . وقد أخرجه ابن هشام بألفاظ متقاربة ، في السيرة ، في « مسير خالد بن الوليد بعد الفتح إلى بني جذيمة » (٤٢٨/٢) ، والطبري في تاريخ ، في « ذكر الخبر عن فتح مكة » (١٢٤/٣) ، وابن حزم في المحلي بالآثار « كتاب الصلح » (٤٧١/٦) ، المسألة (١٢٧٣) ، وابن كثير في البداية والنهاية ، في « صفة دخوله ﷺ مكة » (٣١٣/٤) .

(١١) لفظ : [عن] ساقط من (ع) .

١٤٦٨٦ - ولأنه إسقاط حق ، فصح في المجهول ، كالعتاق .

١٤٦٨٧ - ولأنها جهالة لا تؤثر في التسليم فلا تؤثر في الصلح ؛ كجهالة القيمة . ولأنه دين واجب ، فجاز الصلح عنه ، كما لو قال : صالحتك من درهم إلى ألف .

١٤٦٨٨ - احتجوا : بأنه أحد عوضى الصلح ، فوجب أن لا يصح حتى يكون معلومًا ، كالمال المصالح به .

١٤٦٨٩ - الجواب : أن المال المصالح به يجوز أن يكون مجهولًا إذا كانت الجهالة لا تؤثر في تسليمه ، كما لو صالح على ألف [1] من الدراهم وعلى صبرة طعام [2] لا يعرف كيلها ، وإنما تؤثر الجهالة متى أضرت في التسليم ، وجهالة المصالح عنه لا تؤثر في التسليم ، لأنه في يد المدعى عليه أو في ذمته [3] ، فلا يفتقر إلى التسليم .

١٤٦٩٠ - ولأنه لو صالح من حق له عليه مجهول على حق [4] يدعيه الآخر عليه ، كذلك ما أسقط [5] كل واحد منهما جاز عندنا مع وجود الجهالة للطرفين في المعنى الذي ذكرنا .

* * *

---

(١) قوله : [على ألف] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [طعامًا] .

(٣) قوله : [أو في ذمته] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) قوله : [على حق] ساقط من (ع) .

(٥) في (ص) ، (م) : [ما سقط] ، وفي (ع) : [فأسقط] ، مكان : [ما أسقط] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

مسألة ٧٣٣

الصلح على أكثر من قيمة عبد أتلفه

١٤٦٩١ – قال أبو حنيفة : إذا أتلف [١] عبدًا قيمته ألف ، فصالحه على ألف ومائة ، جاز [٢] .

١٤٦٩٢ – وحكى أصحابنا عن الشافعي : أنه لا يجوز . وما وجدْتُ هذه لهم [٣] .

لنا : أنه متلف قيمته ألف ؛ فجاز أن [٤] يصالح على أكثر منها ، كما لو أتلف مكيلًا .

١٤٦٩٣ – ولأنه سبب يضمن به العبد ، فجاز الصلح على أكثر من قيمته .

١٤٦٩٤ – ولأن ما جاز الصلح عنه على قيمته جاز على أكثر منها ، كالرطب إذا انقطع من أيدي الناس .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [تلف] .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الصلح » ، « فصل على عبد مغصوب » (٢/٧٧١ ، ٧٧٢) ، المسألة (٥١٩٥) .

(٣) راجع المسألة في : تكملة المجموع الثانية ، « كتاب الصلح » (١٣/٣٨) ، المغني « كتاب الصلح » (٤/٥٤٥) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الصلح » (٢/٢٠٦) .

(٤) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الحوالة

مسألة ٧٣٤

يشترط رضا المحال عليه في صحة الحوالة

١٤٦٩٥ - قال أصحابنا : رضا المحال عليه شرط في صحة الحوالة ، وهذا ظاهر الأصل والمختصرات [١] .

١٤٦٩٦ - وقال الشافعي : إذا كان على المحال عليه دين ، فرضاه ليس بشرط [٢] .

١٤٦٩٧ - لنا : أنها حوالة بدين ، فاعتبر فيها رضا المحال ، كما لو لم يكن عليه دين .

١٤٦٩٨ - ولأن من اعتبر رضاه في الحوالة إذا لم يكن على المحال عليه دين [٣] ، اعتبر وإن كان عليه دين ، كالمحيل .

١٤٦٩٩ - ولأنه نوع ضمان ؛ فاعتبر فيه رضا الضامن ، كالكفالة .

١٤٧٠٠ - احتجوا : بما روي أبو هريرة (رضي الله عنه) أن النبي ﷺ قال [٤] : « من أحيل على مليء فليحتل » [٥] .

---

(١) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الكفالة والحوالة والضمان » ص١٠٢ ، روضة القضاة « كتاب الحوالة » ، « فصل رضا المحال عليه » (٤٦٩/١) ، المسألة (٢٧٢٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الحوالة » (١٥/٦ ، ١٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الحوالة » (٢٣٩/٧ ، ٢٤٠) ، البناية مع الهداية « كتاب الحوالة » (٦٢٣/٧) ، مجمع الأنهر « كتاب الحوالة » (١٣٩/٢) .

(٢) في سائر النسخ : [إذا لم يكن] ، مكان : [إذا كان] ، والصواب ما أثبتناه من كتب الشافعية . قال الشيرازي في المهذب : [وهل تصح - أي الحوالة - من غير رضا المحال عليه ، ينظر فيه ، فإن كان على من لا حق له عليه قلنا : إنه تصح الحوالة على من لا حق له عليه ، لم تجز إلا برضاه ، وإن كان على من له عليه حق ، ففيه وجهان . راجع تفصيل المسألة في : المهذب « كتاب الحوالة » (٣٣٨/١) ، نهاية المحتاج « كتاب الحوالة » (٤٢٣/٤) ، المنتقي « كتاب البيوع » ، في « جامع الدين والحوالة » (٦٧/٥) ، بداية المجتهد « كتاب الحوالة » (٣٢٣/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الكتاب السادس في الأبواب المشاكلة للأقضية » ، « الباب السابع في الحوالة » ص٣٣٨ ، الإفصاح « باب الحوالة » (٣٨٣/١) ، المغني « كتاب الحوالة والضمان » (٥٨٣/٤) ، الكافي لابن قدامة « باب الحوالة » (٢٢١/٢) ، العدة « باب الحوالة والضمان » ص٢٤٤ .

(٣) في (م) ، (ع) : [ومن] ، مكان : [دين] .

(٤) لفظ : [قال] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [أحتل] ، مكان : [أحيل] ، وهو خطأ ، المليء : قال ابن كثير : المليء بالهمزة : الثقة الغني وقد ملؤ ، فهو مليء بين الملاء والملاءة بالمد ، وقد أولع الناس فيه بترك الهمزة وتشديد الياء . راجع : النهاية [باب الميم مع اللام] (٣٥٢/٤) ، لسان العرب مادة : [ملأ] (٤٢٥٢/٦) . وحديث أبي هريرة (رضي الله عنه) : =

١٤٧٠١ - الجواب : أنه قال : تَحَوَّل ذمتُه إلى ذمة أخرى ، وعندنا لا يتحول إلا بالتراضي ، [ومتى لم يوجد التراضي] (١) فلم يتحول دينه ، فلا يوجد الاسم (٢) .

١٤٧٠٢ - قالوا : لصاحب الحق أن يستوفي حقه بنفسه ، وله أن يستوفيه بغيره ، كالوكيل ، كذلك (٣) ههنا جاز أن يستوفيه بنفسه وبالمحتال .

١٤٧٠٣ - قلنا : إذا وكل فحق القبض ثابت له ، فالذي عليه الدين بالخيار إن شاء سلم (٤) الحق إلى الموكل ، وإن شاء إلى الوكيل ، فلم يتعين موجب المطالبة التي اقتضتها المداينة إلا باختيار من عليه الدين ، أو يسلم إلى الوكيل

١٤٧٠٤ - فأما الحوالة : فإن مقتضى المداينة معتبر (٥) بنقل الملك في الدين إلى المحتال ، وتثبت المطالبة له خاصة ، وقد يكون أصعب استيفاءً من صاحب الحق ، فيستضر المدين ، وهذا لا يجوز .

* * *

= أخرجه أحمد في المسند (٤٦٣/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع والأقضية » ، « في مطل الغني ودفعه » (٢٨٧/٥) ، والبخاري بلفظ : « مطل الغني ظلم ، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » ، في الصحيح ، في « الحوالات » ، « باب في الحوالة وهو يرجع في الحوالة » (٣٧/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب المساقاة » ، « باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة » (١١٩٧/٣) ، الحديث (١٥٦٤/٣٣) .

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في سائر النسخ : [الاسم] .

(٣) في (ص) : [لذلك] .

(٤) في صلب (ص) : [أعطي] ، مكان : [سلم] ، والمثبت من (م) ، (ع) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى .

(٥) في (م) ، (ع) : [يعتبر] .

مسألة ٧٣٥

رجوع المحال بدينه على المحيل إذا هلك المال على المحال عليه

١٤٧٠٥ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا توى [1] الدين على المحال عليه ، رجع المحتال بدينه على المحيل [2] .

١٤٧٠٦ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يرجع ، وإن أحاله عليه بشرط الملاءة ، فبان أنه غير مليء ، ففيه وجهان ، أحدهما : يرجع ، والثاني : لا يرجع .

١٤٧٠٧ - قالوا : والصحيح أنه يرجع ، وهو قول ابن سريج [3] .

١٤٧٠٨ - لنا : ما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه « أنه قال - في الحوالة - : إذا مات المحال عليه مفلسًا ، عاد الدين إلى ذمة المحيل ، لا توى على مال مسلم » [4] .

---

(١) توي المال : هلك وذهب فلم يرجع ، والتوي : الهلاك . راجع : لسان العرب مادة : [توا] (٤٥٨/١) ، المغرب ص٦٣ .

(٢) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الكفالة والحوالة والضمان » ص١٠٢ ، ١٠٣ ، روضة القضاة « كتاب الحوالة » ، « فصل إفلاس المحال عليه » (٤٦٩/١ ، ٤٧٠) ، المسألة (٢٧٢٨) ، تحفة الفقهاء « كتاب الحوالة » (٢٤٧/٣) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب الحوالة » ص٤٢٢٥ - ٤٢٢٧ ، بدائع الصنائع « كتاب الحوالة » ، « فصل : وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة » (١٨/٦) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « كتاب الحوالة » (٢٤٣/٧ - ٢٤٥) ، البناية مع الهداية « كتاب الحوالة » (٦٢٥/٧ ، ٦٢٦) ، مجمع الأنهر « كتاب الحوالة » (١٤٠/٢) .

(٣) ابن سريج : هو القاضي أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج البغداي ، أحد أعلام الشافعية البارزين ، صاحب المصنفات الكثيرة ، وعنه انتشر فقه الشافعي في أكثر الآفاق ، توفي رحمه الله ببغداد في سنة ست وثلاثمائة . راجع ترجمته في : تهذيب الأسماء واللغات (٥٢١/٢ ، ٢٥٢) ، الترجمة (٣٧٧) ، طبقات الشافعية (٣١٦/١) ، الترجمة (٥٩٣) ، في [الحوالة] (٢٠٣/٣) ، مختصر المزني [باب الحوالة] ص١٠٧ ، معالم السنن « كتاب البيوع » ، « باب في المطل » (٦٥/٣ ، ٦٦) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، « كتاب الحوالة » (٤٣٤/١٣ - ٤٣٧) ، نهاية المحتاج « كتاب الحوالة » (٤٢٨/٤) ، المدونة « كتاب الحوالة » ، « في الرجل المحتال يموت وعليه دين . . . إلخ » (١٤٨/٤) ، المنتقي (٦٧/٥) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الحوالة » (٧٩٧/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الحوالة » (٢٠/٦) ، الإفصاح « باب الحوالة » (٣٤٨/١) ، المغني « كتاب الحوالة والضمان » (٥٨١/٤ ، ٥٨٢) ، الكافي لابن قدامة « باب الحوالة » (٢٢١/٢ ، ٢٢٢) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع والأقضية » ، « في الحوالة أله أن يرجع فيها ، » (٨٤/٥) ، الأثر (٣) ، والبيهقي في الكبرى « باب من قال يرجع على المحيل لا توي على مال مسلم » (٧١/٦) .

١٤٧٠٩ - فإن قيل : راوي هذا الحديث خليد بن جعفر ، عن معاوية بن قرة ، وخليد ضعيف (١) ، ومعاوية بن قرة لم يلق عثمان (٢) .

١٤٧١٠ - قلنا : مجرد الطعن لم يمنع قبول روايته حتى تبين جهة ضعفه ، وأما إرسال الخبر : فإن ثبت لم يضرنا ، لأن المرسل (٣) والمسند عندنا سواء ، بل المرسل (٤) أولى على قول عيسي بن أبان (٥) .

١٤٧١١ - قالوا : روي « أنه قال في حوالة أو كفالة » (٦) ، فشك الراوي ، وعندنا في الكفالة يرجع فيها على الأصيل على شرط موت الكفيل مفلسًا .

١٤٧١٢ - قالوا : عليٌّ مخالف ، روي « أن حزنًا جد سعيد بن المسيب كان له قِبَل على بن أبي طالب حق فأتاه ، فقال : أحلني به على فلان ، فأحاله عليه فعاد إليه ، فقال : قد مات فلان ، فقال له عليٌّ : اخترت علينا غيرنا أبعدك اللَّه » (٧) .

---

(١) خليد بن جعفر : قال عنه شعبة : كان من أصدق الناس وأشدهم اتقاء ، وقال ابن معين : ثقة ، وقال ابن أبي حاتم : صدوق ، وقال يحيي بن سعيد : بلغني أنه لا بأس به . راجع ترجمته في : الجرح والتعديل (٣٨٣/٣ ، ٣٨٤) ، الترجمة (١٧٥٧) ، تقريب التهذيب (٢٢٦/١) ، الترجمة (١٤٧) .

(٢) معاوية بن قرة : هو أبو إياس المزني البصري ، ثقة ، ذكره ابن سعد في الطبقة الثانية ، وقال ابن حجر : [من الثالثة] ، قال ابن التركماني : [ذكر ابن عساكر في تاريخ دمشق : أن له رؤية ، وحكي عن ابن سعد : أنه عده في الطبقة الثانية ، وحكي عن خليفة وغيره : أنه توفي سنة ثلاث عشرة ومائة ، وعن يحيي وغيره : أنه بلغ ستا وتسعين سنة ، فعلى هذا يكون مولده سنة سبع عشرة ، فكيف لم يكن في زمن عثمان ،] ، في الجوهر النقي ، بذيل السنن الكبري للبيهقي (٧١/٦) . راجع ترجمته في : طبقات ابن سعد ، القسم الأول (١٦٠/٧) ، الجرح والتعديل (٣٧٨/٨ ، ٣٧٩) ، الترجمة (١٧٣٤) ، سير أعلام النبلاء (١٥٣/٥ - ١٥٥) ، الترجمة (٥٥) ، تقريب التهذيب (٢٦١/٢) ، الترجمة (١٢٤٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [المراسيل] .

(٤) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٥) هو الفقيه عيسى بن أبان بن صدقة ، أبو موسي القاضي ، تفقه على محمد بن الحسن ، قال ابن سماعة : كان عيسي حسن الوجه ، وحسن الحفظ للحديث ، وقال أبو حازم القاضي : ما رأيت لأهل بغداد أكثر حديثًا من عيسي ، وبشر بن الوليد ، قال الذهبي في ميزان الاعتدال : ما علمت أحدًا ضعفه ، ولا وثقه ، مات رحمه الله بالبصرة ، في سنة إحدى وعشرين ومائتين . راجع ترجمته في : ميزان الاعتدال (٣١٠/٣) ، الترجمة (٦٥٥٣) ، الجواهر المضية (٦٧٨/٢ - ٦٨٠) الترجمة (١٠٨٦) ، الفوائد البهية ص١٥٠ .

(٦) الزيادة : من كتب الشافعية ، والمغني لابن قدامة (٥٨١/٤) . ولم أعثر على هذه الرواية بعد ، وإنما قال الشافعي : « واحتج ابن الحسن : بأن عثمان (رضي الله عنه) قال في الحوالة أو الكفالة : يرجع صاحبها ، لا توي على مال مسلم » ، في مختصر المزني « باب الحوالة » ص١٠٧ .

(٧) أخرجه ابن حزم بمعناه ، في « كتاب الحوالة » (٣٩٤/٦) ، المسألة (١٢٢٧) ، في المغني « كتاب الحوالة » (٥٨١/٤) .

١٤٧١٣ - قلنا : لم يذكر أنه مات مفلسًا ، وعندنا لا يرجع بمجرد الموت ، والظاهر أنه مليء ، لأن الإنسان لا يختار نقل الحق من ذمة مليء إلى ذمة مفلس .

١٤٧١٤ - قالوا : روي عن شريح أنه قال : « لا يرجع » [١] .

قالوا : لم يبين الموضع الذي أسقط فيه الرجوع ، فيحتمل أن يكون فيمن أفلس حال الحياة أو الموت [٢] غير مفلس ، ولا يجب الخلاف بالشك .

١٤٧١٥ - ولأنه نقل دينه من الذمة إلى غيرها ؛ فوجب أن يكون العود في المطالبة بالسواء ، كما لو اشترى به عينًا فهلكت قبل القبض أو استأجره به .

١٤٧١٦ - ولأنه نقل الدين إلى استيفاء ، فوجب أن يثبت الرجوع عند تعذره . أصله : ما ذكرنا .

١٤٧١٧ - ولا يلزم : إذا أفلس في حال [٣] الحياة ؛ لأنه لم يتو [٤] الحق ، وإنما تأخر الاستيفاء والذمة بحالها .

١٤٧١٨ - ولا يمكن القول بموجب العلة إذا أحال المحال عليه على المحيل لم يعد عند التوي [٥] ولا عند التعذر ، ولا يمكن القول بموجبه ، وإذا شرط أنه مليء ، لأنا [٦] عللنا الوجوب .

ولا يلزم : إذا مات المحيل والمحال عليه مفلسين ، لأن الدين [٧] يعود ويتعذر استيفاؤه .

١٤٧١٩ - ولأن الأصل والفرع يستويان [٨] فيه ، لأن العين إذا هلكت والإجارة إذا انفسخت وقد مات الذي كان عليه [٩] الدين مفلسًا ، فالحكم كذلك [١٠] هنا .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، في العنوان السابق (٨٤/٥) .
(٢) في (م) ، (ع) : [أو من مات] ، بزيادة : [من] .
(٣) لفظ : [حال [ساقط من (ع) .
(٤) في (ص) : [لم يتوي] ، وفي (م) ، (ع) : [لم ينوي] بالنون ، والصواب ما أثبتناه .
(٥) في (م) ، (ع) : [التوا] .
(٦) قوله : [أنه] ساقط من (م) ، (ع) ، وقوله : [لأنا] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) في (م) ، (ع) : [الذي] ، مكان : [الدين] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يستوفيان] .
(٩) قوله : [كان عليه [ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .
(١٠) في (م) ، (ع) : [كذلك فيه] ، بزيادة : [فيه] .

١٤٧٢٠ - قالوا : لا تأثير لقولكم عند التوي من الأصل ، لأنه لا فرق بين أن يملك المبيع (وألا يملكه) (١) إن يجد به عيبًا في أنه يجوز الرجوع .

١٤٧٢١ - قلنا : في مسألة الفرع لا يتصور العيب في المعقود عليه ، وإنما يتصور التوي خاصة ؛ لأن الذمة لا تصير (٢) معينة وما فيها من الدين لا يصير ناقصًا في حال الحياة ، فالعيب (٣) لا يتصور فيها ، ولو تصور النقصان بالعيب يثبت الرجوع أيضًا .

١٤٧٢٢ - ولأنه نوع تمليك مال بمال (٤) ، فجاز أن يلحقه الفسخ بالتوى (٥) ، كالبيع .

١٤٧٢٣ - ولا يلزم : الصرف بما في الذمة ؛ لأنه بعض النوع .

١٤٧٢٤ - فإن قالوا : فوجب أن لا ينفسخ بموت المفلس .

١٤٧٢٥ - قلنا : نقول (٦) بموجبه ؛ لأن عندنا لا ينفسخ بالموت ، وإنما يطَالبُ الحاكم بالفسخ ، فيفسخ بحكمه ، وتنتقض (٧) العلة على أصلهم بموت المستأجر مفلسًا .

١٤٧٢٦ - ولأنه أحد نوعي الضمان ؛ فجاز أن يثبت للمضمون له مطالبة الأصل بحكمه من غير شرط ، كالكفالة .

ولا يمكن القول بموجبه إذا شرط أنه مليء ؛ لأنا قلنا : من غير شرط ، ويدل على أن الدين بالحوالة ليس بمقبوض للمحتال . والدليل عليه : أنه لو (٨) أحاله بثمن الصرف [أو رأس مال السلم ثم افترقا قبل قبضه من المحال عليه بطل العقد في الصحيح من مذهبهم ، ولو كان قبضًا لصح الصرف] (٩) به ، كقبض الشاهد .

ولأن ما في الذمة لا يكون مقبوضًا إلا لصاحب الدين (١٠) ، فأما لغيره فلا .

١٤٧٢٧ - ولأنه لو أحال المشتري البائع بالثمن [ثم بان العبدُ المبيعُ حرًّا واستُحِقَّ

---

(١) زيادة للسياق . (٢) في (م) : [لا يصير] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالعيب]

(٤) في (ص) ، (م) : [بحال] ، وهو ساقط من (ع) ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٥) في (م) ، (ع) : [بالنوي] بالنون . (٦) لفظ : [نقول [ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) : [ينقض] ، وفي (ع) : [تنقض] .

(٨) لفظ : [لو] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى : [الذمة] ، مكان : [الدين] .

بطلت الحوالة ، ولو كان الدين مقبوضًا وجب أن يرجع المشتري على البائع بالثمن][1] ، ولا تبطل الحوالة لهذا المعنى .

١٤٧٢٨ - وقال أصحابنا : إن المحيل لو مات مفلسًا والحوالة في الصحة فغرماء المحيل والمحتال في مال الحوالة سواء .

١٤٧٢٩ - وقالوا [2] : لو أحال المشتري البائع بالثمن لم يكن له قبض المبيع . وإذا ثبت أن الدين ليس بمقبوض بالحوالة ، والتوى حصل قبل قبض [3] العوض ، فهو كهلاك العبد المبيع [4] قبل القبض .

١٤٧٣٠ - احتجوا : بما روي أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « مطل الغني ظلم ، وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع » [5]

١٤٧٣١ - وقوله : « فليتبع » [6] أمر بالاتباع أبدًا .

ولأنه ندبه إلى الاتباع بشرط الملاء احتياطًا لحقه ؛ ولو ثبت له الرجوع لم يكن لشرط الملاء معنى .

١٤٧٣٢ - الجواب [7] : أن النبي ﷺ أمر بالاتباع بشرط الملاء ، والحكم [8] إذا تعلق بشرط لم يقطع بزوال الشرط عندهم ، فصار دليل الشرط يقتضي سقوط الاتباع عند الفلس ، فائدة شرط [9] الملاء : فهي حتى يتمكن معه من الاستيفاء .

١٤٧٣٣ - قالوا [10] : سبب يسقط المطالبة بالدين وببدله عن مليء مكلف ، فوجب أن لا يرجع به بعد ذلك ، كما لو أخذ بالدين عبدًا وقبضه .

١٤٧٣٤ - قلنا : لا نسلم أن المطالبة بالدين وبدله سقطت ؛ لأن ما في ذمة المحال عليه يدل على الدين والمطالبة ببدله [11] ، ويبطل الرجوع إذا انهدمت الدار أو غصبت ،

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) . (٢) في (ع) : [قالوا] بدون العطف .

(٣) في (ع) : [القبض] . (٤) في (ع) : [للمبيع] .

(٥) عزاه الزيلعي بهذا اللفظ إلى الطبراني في [معجمه الأوسط] ، في نصب الراية [كتاب الحوالة] (٣/٥٩ ، ٦٠) ، وقد تقدم تخريجه بنحو هذا اللفظ في مسألة (٧٣٤) .

(٦) قوله : [وقوله : فليتبع [ساقط من : (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [الملاء والجواب] ، بحذف : [معنى] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فالحكم] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فأما فائدة شرط بشرط] ، بزيادة : [بشرط] .

(١٠) في (ع) : [قانوا [بالنون ، بدل اللام . (١١) في (م) ، (ع) : [وببدله] ، بزيادة الواو .

وإذا ابتاع بالدين عينًا هي وديعة عند صاحب الدين على عين من الأعيان ، فقد سقطت المطالبة بالدين وببدله ؛ لأن العوض في الصلح يطالب به الأجنبي دون الغريم ، ولو هلكت العين قبل التسليم عاد الدين ، ثم أصلهم إذا ابتاع ثوبًا وقبضه ، وهو غير مسلم ؛ لأن الدين يجوز أن يعود إذا وجد به عيبًا فرده .

١٤٧٣٥ - قالوا : فأصله : البراءة .

١٤٧٣٦ - قلنا : يعود الدين برد البراءة .

١٤٧٣٧ - فإن قالوا : نقيس [1] على البراءة إذا قبلها .

١٤٧٣٨ - قلنا : المعنى فيه : أنه [2] إذا أسقط حقه من غير ابتغاء عوض ، فإذا تم الإسقاط ولا حق لغيره فيه لم يعد الدين / . ١٦٩

١٤٧٣٩ - وفي مسألتنا : أسقط حقه بعوض ابتغاه ، فإذا لم يسلم له رجع الدين ، كما لو أخذ به عينًا ، فلم يسلم له [3] .

١٤٧٤٠ - قالوا : حول الدين من الذمة [4] إلى بدل كان يمكنه التصرف منه ، فلم يعد حقه إلى الذمة ، سواء كان ذلك البدل (عينا أو دينا) [5] ، كما لو اشتري بالدين شيئًا وقبضه .

١٤٧٤١ - قلنا : يبطل إذا استأجر بالدين دارًا وقبضها ، فإنه نقل الحق إلى بدل كان يمكنه التصرف منه ، ومع هذا يثبت [6] له الرجوع بالدين إذا انهدمت الدار .

١٤٧٤٢ - قالوا : نقل حقه من ذمة إلى ذمة ، فلم يجز له الرجوع إلى ذمة المكفول عنه ، أصله : إذا أفلس في حال حياته وحكم الحاكم بفلسه وحجز عليه .

١٤٧٤٣ - وربما قالوا : حق نقلته [7] الحوالة من ذمة المحيل إلى ذمة [8] المحال عليه ، فلا يجوز له الرجوع إلى ذمة المحيل متى مات على حالته هذه .

والخلاف في المسألة في جواز الرجوع في الجملة ، وليس الخلاف في الرجوع في حال معينة ، ثم هذا الوصف لا معنى له ؛ لأن نقل الحق من ذمة إلى عين أقوي من نقله

---

(١) في (م) ، (ع) : [نفس] .
(٢) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [وإذا لم نسلم له رجعت الدين كما أخذ به عيبًا بل نسلم له] ، مكان المثبت .
(٤) في (ع) : [ذمة] .
(٥) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .
(٦) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٧) في (م) ، (ع) : [نقله] .
(٨) قوله : [المحيل إلى ذمة] ساقط من (م) ، (ع) .

إلى ذمة ، لأن القبض في الأعيان أمكنُ من الديون في الذمم ، فإن [1] كان الدين ينتقل إلى العين ويقبض ثم يعود إلى الذمة الأولى ، كذلك إذا انتقل إلى ذمة أخرى ، والمعنى في الأصل : أن الدين بالفلس يتوى [2] بدليل : أن ذمة المفلس ذمة صحيحة يجوز أن يبتدئ فيها بثبوت نقل ذلك الدين والمطالبة الثانية والدين يتوى متى ذهب محله ، فأما مع بقاء المحل فلا يكون [3] تاويًا ، ألا ترى : أن المديون لو مات غير مفلس فالدين غير تاوٍ [4] وإن كانت الذمة قد بطلت لبقاء المال ، وكذلك إذا ذهب [5] المال وبقيت الذمة ، فله محل باق ولا يكون تاويًا ، ولهذا المعنى قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إن الدين على المفلس يجب فيه الزكاة ، وإن كان مالًا ناقصًا سقطت زكاته ، وأما إذا مات مفلسًا فلم يبق للدين محل يوجد فيه التوى [6] ، فثبت الرجوع .

١٤٧٤٤ - فإن قيل : فيجب أن لا يرجع إذا جحده وحلف ، لأن محل الدين بحاله .

١٤٧٤٥ - قلنا : قد روى عمرو بن أبي عمر [7] ، عن محمد في الإملاء : أن التوى عند أبي حنيفة لا يكون إلا أن يموت مفلسًا .

١٤٧٤٦ - ولو قلنا بالرواية الأخرى ؛ فبقاء محل الدين يعتبر ليتعلق به الدين ، ومتي جحد ولا بينة له وحلف لم يبق [8] هناك دين في الظاهر ، فلا معني لاعتبار محله .

١٤٧٤٧ - قالوا : الدين بالحوالة في حكم المقبوض ؛ بدلالة : أنه يجوز التصرف فيه ، ويسقط المطالبة عن المحيل بكل حال ، ولو كان دراهم بمثلها لم يعتبر فيها القبض في المجلس .

١٤٧٤٨ - قلنا : أما جواز التصرف : فقد كان ثابتًا لصاحب الدين منها في الذمة الأولى ، ولم يكن الدين مقبوضًا ، كذلك في الذمة الثانية جواز التصرف لا يدل على

---

(١) في (م) ، (ع) : [فإذا] .

(٢) في (م) ، (ع) : [بالمفلس ساوي] ، مكان المثبت .

(٣) في (ص) : [لا يكون] بدون الفاء .

(٤) في (م) ، (ع) : [غير ناوي] ، بالنون ، مكان : التاء .

(٥) في (م) ، (ع) : [وهب] .

(٦) في (م) ، (ع) : [النوي] ، بالنون .

(٧) في سائر النسخ : أبي عمر] ، وكذلك في [أخبار أبي حنيفة وأصحابه [للصيمري ، وذكره القرشي [أبي عمرو] ، بزيادة : [و] ، لعل تصويبه كما ذكره القرشي ، وغيره .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلم يبق] .

أنه في حكم المقبوض ، وأما سقوط المطالبة : فيبطل إذا صالحه أجنبي على عين من الأعيان ، وأما اعتبار التقابض : فلأن التمليك يثبت [١] الحوالة حكمًا ، فلا يعتبر فيه التقابض في المجلس كالقرض .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

مسألة ٧٣٦

يشترط رضا المكفول له لصحة الضمان

١٤٧٤٩ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : لا يصح الضمان (١) إلا برضاء المكفول له (٢) .

١٤٧٥٠ - وقال الشافعي : لا يعتبر في الكفالة رضا المضمون (٣) له ، ولا المضمون عنه (٤) .

١٤٧٥١ - لنا : أنه عقد وثيقة ؛ فوجب أن يعتبر فيه رضا من له الوثيقة ، كالرهن ، أو نقول : فجاز أن يبطل لعدم رضا من له الوثيقة ، كالرهن .

ولأنه عقد فافتقر إلى القبول بحال ، كسائر العقود .

ولأنه أحد نوعي الضمان ، فافتقر إلى رضا من له الضمان بحال ، كالحوالة .

١٤٧٥٢ - ولا يلزم على ما ذكرنا : المريض إذا قال لوارثه : اضمن لغريمي دينه مع غيبة الغريم ؛ لأنا إن (٥) عللنا الجواز سقط عنا (٦) هذا ، إذ التعليل وقع لاعتبار الرضا في الجملة لا في جميع الأحوال .

١٤٧٥٣ - وعلى العلة الأولى : لا يلزم ، لأنا قلنا : فوجب أن يعتبر فيه رضا من له الوثيقة ، وفي مسألة المريض : الرضا معتبر عند أبي حنيفة ، وإنما استحسن من أن العقد

---

(١) قوله : [لا يصح الضمان] ساقط من (ع) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الكفالة والحوالة والضمان » ص١٠٤ ، روضة القضاة « كتاب الضمان والكفالة » (٤٥١/١) ، المسألة (٢٥٩٧) ، متن القدوري « كتاب الكفالة » ص٥٧ ، بدائع الصنائع « كتاب الكفالة » (٢/٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الكفالة » (٢٠١/١ - ٢٠٣) ، البناية مع الهداية « كتاب الكفالة » (٥٧٧/٧ - ٥٨٠) ، مجمع الأنهر « كتاب الكفالة » (١٢٩/٢) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الكفالة » (٢٨٠/٤ ، ٢٨١) .

(٣) في صلب (ص) : [المكفول] ، مكان : [المضمون] ، المثبت من (م) ، (ع) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الضمان » (١٣/١٤ ، ١٤) ، حلية العلماء « كتاب الضمان » (٥٢/٥) ، نهاية المحتاج « باب الضمان الشامل للكفالة » (٤٣٨/٤) ، المقدمات الممهدات « كتاب الكفالة » (٣٧٨/٢) ، الإفصاح « باب الضمان » (٣٨٥/١ ، ٣٨٦) ، المغني « باب الضمان » (٥٩١/٤) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الضمان » (٢٢٨/٢) .

(٥) لفظ : [إن] ساقط من (م) ، (ع) . (٦) في (ع) : [عن] .

ينعقد مع عدم حضوره في المجلس فأما أن يقول [1] : إنه يصح بغير رضاه فلا .

ولا يلزم : الوصية ؛ لأن القبول قد اعتبر فيها في جميع الأحوال إلا في مسألة واحدة : إذا مات الموصى له بعد موت الموصي ، وتعليلنا القبض (لا يفيد عدم) [2] افتقار العقد إلى القبول بحال .

١٤٧٥٤ - قالوا : المعنى في الرهن [3] : أن الدين يجوز أن يسقط بهلاكه وإذا ترافعا إلى حاكم يري أنه مضمون ، فلذلك وقف على رضا المرتهن ، والكفالة بخلاف ذلك .

١٤٧٥٥ - قلنا : الرضا إنما يعتبر في حق الراهن [4] ، فكان يجب أن ينعقد من غير رضاه [5] ، والدين لا يسقط بهلاكه بمجرد العقد ، وإنما يهلك بالدين إذا انضم إليه القبض ، والرضا معتبر حكما [6] في العقد ، فلم يجز أن يكون لما ذكروه من المعنى للعلة التي ذكرنا .

١٤٧٥٦ - احتجوا : بما روي « أن علي بن أبي طالب ﷺ قال - في الميت [7] الذي امتنع رسول الله ﷺ من الصلاة عليه لأجل دينه - هما عليّ يا رسول الله [8] وأنا لهما ضامن ، فصلى رسول الله ﷺ » ، ولم ينقل أنه شرط قبول المضمون له ، وكذلك [9] روي في حديث أبي قتادة ﷺ .

١٤٧٥٧ - الجواب : أنهما ضمنا القضاء : عِدَةً به لا كفالة ، فوثق ﷺ بوعدهما وصلي عليه ، كما نصلي على [10] من ترك وفاء لوجود جهة قضاء دينه ، فأما أن يكون على طريق الكفالة فلا ؛ ألا ترى : أن المكفول له لو لم يقبل [11] لم يسأل عنه ، ومعرفته شرط عندهم وإن لم يشترط رضاه .

ولأن النبي ﷺ كان يقضي دين من يموت من المسلمين إذا وجد ما يقضي به ،

---

(١) في (ع) : [أن نقول] .
(٢) ما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .
(٣) في (م) ، (ع) : [الدين] ، مكان : [الرهن] .
(٤) في (ص) ، (م) : [الرهن] .
(٥) في (ع) : [بغير رضا] .
(٦) في (م) ، (ع) : [والراضي] ، مكان : [والرضا] ، وفي (ص) ، (م) : [حكم] ، مكان : [حكما] .
(٧) لفظ : [الميت] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٨) في (م) : [رسول الله] بدون حرف النداء .
(٩) في (ص) : [ولذلك] .
(١٠) في (ع) : [كما يصلي] ، ولفظ : [على] ساقط من (م) .
(١١) في (م) ، (ع) : [كما لو يقبل] ، وفي (ص) : « لما لم يقبل » .

ولهذا قال : « من ترك دينًا أو كلًّا (١) فعليَّ ، ومن ترك مالًا فلورثته » (٢) .

١٤٧٥٨ - وإذا كان يلتزم القضاء قام مقام الميت ، ويجوز أن يكون الميت لا وارث له ، فالمسلمون يرثونه ، فصار خطاب النبي ﷺ لعلي في الكفالة كخطاب الميت لبعض ورثته .

١٤٧٥٩ - قالوا : عقد ضمان ؛ فوجب أن لا يفتقر إلى قبول المضمون له ، أصله : إذا ضمن بعض الورثة عن المريض .

١٤٧٦٠ - قلنا : يبطل بالحوالة ، والأصل غير مسلم ، لأن الوارث إذا ضمن وقف العقد عندنا على رضا صاحب الدين إلا أنه لا يعتبر وقوع الرضا في المجلس ، والكلام في اعتبار الرضا لا في صفاته .

١٤٧٦١ - قالوا : وثيقة تؤمن (٣) سقوط الحق بنقله (٤) ، فوجب أن لا يعتبر في ثبوتها رضا من له الحق ، كالشهادة .

١٤٧٦٢ - قلنا : يبطل بالرهن (٥) .

١٤٧٦٣ - فإن قالوا : يجوز أن يسقط الحق بنقله إذا حكم حاكم .

١٤٧٦٤ - قلنا : وكذلك الكفالة ؛ لأن من الفقهاء من يقول : إنها تبرئ المكفول عنه ، ثم ... (قد لا) (٦) لأن يموت الكفيل مسلمًا ، ولا يرى الحاكم رد المطالبة فيسقط الحق بذهاب الوثيقة ؛ والمعنى في الشهادة : أن رضا الشاهد لا يعتبر في لزومها له ، فلم يعتبر رضا الشهود ، وفي الضمان (٧) يعتبر رضا الضامن في لزومه ، فجاز أن يعتبر رضا المضمون له (٨) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أو دلا] ، مكان : [أو كلًّا] ، والمراد بالكل هنا : العيال . راجع النهاية [باب الكاف مع اللام] (١٩٨/٤) .

(٢) أخرجه البخاري ، بلفظ : [أن رسول الله ﷺ كان يؤتي بالرجل المتوفى عليه الدين ، فيسأل هل ترك لدينه فضلًا ؟ فإن حدّث أنه ترك لدينه وفاء صلى ، وإلا قال للمسلمين : صلوا على صاحبكم ، فلما فتح الله عليه الفتوح قال : أنا أولي بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن توفي من المؤمنين فترك دينًا فعلى قضاؤه ، ومن ترك مالًا فلورثته] ، في الصحيح ، في الكفالة « باب الدين » (٤٠٢/٢) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الفرائض » ، « باب من ترك مالًا فلورثته » (١٢٣٧/٣ ، ١٢٣٨) ، وأبو داود في السنن « كتاب الفرائض » ، « باب في ميراث ذوي الأرحام » ، و « كتاب الخراج » ، « باب في أرزاق الذرية ، » ، و « كتاب البيوع » ، « باب في التشديد في الدين » (١٢٢/٢ ، ١٣٦ ، ٢٤٢) . (٣) في (ع) : [لزم] ، مكان : [تؤمن] .

(٤) قاعدة : « الحوالة وثيقة تؤمن سقوط الحق بنقله من ذمة إلى أخرى » .

(٥) في (م) ، (ع) : [الرهن] ، بدون الباء . (٦) ما بين القوسين بدل : « لأن » .

(٧) في (م) ، (ع) : [فالضمان] . (٨) لفظ : [له] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٧٣٧

رجوع الضامن على المضمون له إن أدى بإذنه

١٤٧٦٥ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : إذا قال الرجل لفلان : اضمن ألفًا ، أو ادفع إلى فلان ، أو انقد فلانًا [١] ، وَفَعَل المأمور ، لم يرجع على الآمر ، إلا أن يكون خليطًا [٢] أو في عياله [٣] .

١٤٧٦٦ - وقال الشافعي : إذا ضمن بإذنه وأدى بإذنه رجع ، وإن ضمن بغير إذنه وأدى بإذنه ؛ فأكثر أصحابه على أنه [٤] لا يرجع ، وهو ظاهر مذهبه .

١٤٧٦٧ - ومن أصحابه من قال : يرجع .

وإن ضمن بإذنه وأدى بغير إذنه ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : يرجع ، والثاني : لا يرجع ، والثالث : إن كان مضطرًا ، مثل أن يكون المكفول عنه غائبًا لا يتوصل إلى إذنه رجع ، وإن كان غير مضطر لم يرجع [٥] .

١٤٧٦٨ - لنا : حديث ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال : « ألا وإن المسلم أخو المسلم ، لا يحل دمه [٦] ولا شيء من ماله إلا بطيب نفسه » [٧] ، وهذا لم تطب نفسه بذلك .

---

(١) في سائر النسخ : [فلان] ، والصواب ما أثبتناه .

(٢) الخليط : الشريك في التجارة والغنم ، وفي لسان العرب : الخليط : المشارك في حقوق الملك ، كالشرب والطريق ونحو ذلك . راجع : لسان العرب مادة : [خلط] (١٢٢٩/٢) ، المصباح المنير (١٦٨/١) ، وفي المغرب [المخالطة] ص١٥١ .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : بدائع الصنائع « كتاب الكفالة » (١٣/٦) ، فتح القدير مع الهداية « كتاب الكفالة » (١٨٨/٧ ، ١٨٩) ، البناية مع الهداية « كتاب الكفالة » (٥٦٥/٧) ، مجمع الأنهر « كتاب الكفالة » (١٢٥/٢ ، ١٢٦) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الكفالة » (٢٨٢/٤ ، ٢٨٣) .

(٤) في (ع) : [إن] .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الضمان » (٢٨/١٤ - ٣١) ، حلية العلماء « كتاب الضمان » (٥٩/٥ - ٦١) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الضمان » ، « الباب الثاني في حكم الضمان الصحيح » ، بذيل المجموع (٣٨٨/١٠ - ٣٩٠) ، المقدمات الممهدات « كتاب الكفالة » (٣٧٨/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الكفالة » (٣٢٣/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الكتاب السادس في الأبواب المشاكلة للأقضية » ، « الباب السادس في الحمالة » ص٣٣٦ ، ٣٣٧ ، المغني « باب الضمان » (٦٠٧/٤ ، ٦٠٨) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الضمان » (٢٣١/٢) .

(٦) في (ع) : [تحل ذمته] ، مكان : [لا يحل دمه] ، وهو تصحيف .

(٧) تقدم تخريج هذا الحديث .

١٤٧٦٩ - ولأنه غير حاضر ؛ فوجب أن لا يرجع عليه بما أمره ، فضمانه مطلقًا كالصبي والمأذون إذا أمرا [١] .

١٤٧٧٠ - ولا يلزم : من في عياله وأقاربه ، لأنه خليط في المنزل .

١٤٧٧١ - ولأنه أمر أجنبيًا بضمان مال غيره ، فضاف إلى نفسه ، فلم يثبت له به [٢] الرجوع وإن أذن له في الأداء ، كما لو قال : أضمن عن فلان ألفًا .

١٤٧٧٢ - ولأنه إذا قال : اضمن ، احتمل الضمان عنه ، واحتمل عن غيره ، وأحدهما يقتضي الرجوع ، والآخر لا يوجب ذلك ، فلم يثبت الرجوع بالشك .

١٤٧٧٣ - ولا يلزم : الخليط ؛ لأن العادة أن يأمره ليرجع عليه ، فصارت العادة كشرط الرجوع .

١٤٧٧٤ - احتجوا : بأنه ضمن بإذنه ؛ فوجب أن يرجع عليه ، كما لو قال : اضمن عني .

١٤٧٧٥ - الجواب [٣] : أنه إذا قال : اضمن عني ، فقد أمر [٤] بإسقاط الدين المضمون عنه ، فإذا قضي فقد ملكه ما في ذمته بأمره ، فصار كمن ملكه عينًا بأمره ، وإذا [٥] لم يقل : عني ، فلم يوجد التمليك ، ولا شرط الرجوع نطقًا ولا عادة ، فلا يرجع [٦] ، كما لو قال : اضمن عن فلان .

١٤٧٧٦ - قالوا : كل من كان له الرجوع عليه بما يضمن إذا قال : اضمن عني ، فإن له الرجوع وإن أطلق الضمان ، كالخليط [٧] .

١٤٧٧٧ - قلنا : الخليط بينهما عادة تقتضي [٨] الضمان ، فقامت مقام الشرط . الدليل عليه / : أن من فتح دكانًا في صناعة كان الظاهر أنه يعمل بالأجرة وإن لم يشرط ، وقامت العادة فيه مقام الشرط ، كذلك ههنا . /ب

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [أمر] بدون ألف التثنية .

(٢) في (ع) : [به له] بالتقديم والتأخير .

(٣) في (م) ، (ع) : [والجواب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أمرنا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فإذا] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولا يرجع] .

(٧) قاعدة : « كل من كان له الرجوع عليه بما يضمن إذا قال : اضمن عني فإن له الرجوع وإن أطلق الضمان كالخليط » .

(٨) في (م) : [يقتضي] .

مسألة ٧٣٨

الضمان بالمجهول

١٤٧٧٨ - قال أصحابنا : يجوز الضمان بالمجهول ، مثل أن يقول : تكلفت بمالك على فلان ، وبما يخرج في حسابك عليه ، ويجوز تعليق [1] الضمان بخطر ، مثل أن يقول : ما قضي لك على فلان وما بايعته [2] .

١٤٧٧٩ - وقال الشافعي : لا يجوز ضمان المجهول ، ولا ضمان ما لم يجب .

قال ابن سريج [3] : وفيها قول آخر : إن ضمان المجهول جائز ، ونص الشافعي على جواز ضمان الدرك [4] ، وخرج ابن سريج فيه [5] .

١٤٧٨٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾ [6] ، فجوز ضمان المجهول ، لأن ما يحمله البعير يزيد وينقص ، وجوز تعليق الضمان بشرط المجيء .

---

(١) لفظ : [تعليق] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الضمان والكفالة » ، « فصل ضمان المجهول » (٤٥٩/١) ، المسألة (٢٦٥٩) ، بدائع الصنائع « كتاب الكفالة » ، « فصل : وأما شرائط الكفالة » (٩/٦) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « كتاب الكفالة » (١٨١/٧ ، ١٨٢) ، البناية مع الهداية « كتاب الكفالة » (٥٥٧/٧ - ٥٥٩) ، مجمع الأنهر « كتاب الكفالة » (١٢٣/٢) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الكفالة » (٢٧٣/٤ ، ٢٧٤) .

(٣) تقدمت ترجمته في مسألة (٧٣٥) .

(٤) الدرك - بفتح الراء وسكونها - : التبعة ، وضمان الدرك هو : ضمان الثمن عند استحقاق المبيع ، أو ضمان المبيع إذا لحقه آفة ، ويسمي ضمان العهدة أيضًا .

(٥) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب الضمان » ، و « في اختلاف العراقيين في الكفالة و الحمالة والدين » (٢٢٩/٣ ، ٢٣٠) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الضمان » (١٨/١٤ ، ١٩ ، ٣٦) ، حلية العلماء « كتاب الضمان » (٥٦/٥ ، ٦٤) ، فتح العزيز « كتاب الضمان » ، « الباب الأول في أركانه » بذيل المجموع (٣٧٠/١٠) ، نهاية المحتاج « باب الضمان الشامل للكفالة » (٤٣٩/٤ ، ٤٤٢) ، كفاية الأخيار (٢٧٩/١) ، المنتقي « كتاب الأقضية » ، في « القضاء في الحمالة والحول » (٨٣/٦) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الحمالة والكفالة » (٧٩٣/٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب الكفالة » (٣٧٦/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الكفالة » (٣٢٣/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب السابق ص٣٣٦ ، شرح الزرقاني « باب الضمان » (٢٥/٦ ، ٢٦) ، الإفصاح « باب الضمان » (٣٨٦/١) ، المغني « باب الضمان » (٥٩٢/٤) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الضمان » (٢٣٠/٢ ، ٢٣١) .

(٦) سورة يوسف : الآية ٧٢ .

١٤٧٨١ - فإن قيل : كان [1] حمل البعير معلومًا ، وهو الوسق .

١٤٧٨٢ - قلنا : حمل البعير ما يحمله ، وهذا يزيد تارة وينقص أخرى .

١٤٧٨٣ - قالوا : كيف تحل هذه [2] الكفالة مع جهالة المكفول ؟ .

١٤٧٨٤ - قلنا : عندنا يصح الضمان إذا كان المضمون له يصير معلوما عند وجوب [3] المال ، كما لو خاطب رجل جماعة فقال : من خاط منكم هذا الثوب فله درهم ، وقال آخر : أنا كفيل به .

١٤٧٨٥ - قالوا : قوله ﴿ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾ يحتمل : أن يكون المؤذن ضمن عن الْمَلِكِ ، ويحتمل : أن يكون حكى [4] قول الملك ، كأنه قال : شرط لمن جاء به حمل بعير وأنا له ضامن .

١٤٧٨٦ - قلنا : ظاهر قوله : « زعيم » أنه ضمن ما يجب على غيره ، فأما من شرط الضمان على نفسه فعقده ، فلا يقال [5] : إنه زعيم ، وإنما يقال ذلك فيمن خاطب عن غيره ، ولهذا يقال : فلان زعيم القوم ، بمعني أنه يتكلم عنهم ، ويدل عليه : قوله ﷺ : « الزعيم غارم » [6] ، ولم يفصل .

١٤٧٨٧ - ولأن المال تارة يجب معلومًا بالعقود ، وتارة مجهولًا بالإتلاف ، فلما جاز ضمان أحدهما جاز ضمان الآخر [7] . وتحريره : كل ما يجب ضمانه جازت

---

(١) لفظ : [كان] ساقط من (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يحمل] ، مكان : [تحل] ، وفي سائر النسخ : [هذا] ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) لفظ : [وجوب] مكرر في (ص) .

(٤) في (م) : [خلا] ، وفي (ع) : [خلاف] ، مكان : [حكي] .

(٥) في سائر النسخ : [ولا يقال] ، وما أثبتناه أصح .

(٦) أخرجه عبد الرزاق في المصنف « كتاب البيوع » ، « باب الكفلاء » (١٧٣/٨) الحديث (١٤٧٦٧) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في تضمين العارية » (٢٩٠/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب البيوع » ، « باب ما جاء في أن العارية مؤداة » (٥٥٦/٣) ، الحديث (١٢٥٦) ، وفي « كتاب الوصايا » ، « باب ما جاء لا وصية لوارث » (٤٣٣/٤) ، الحديث (٢١٢٠) ، وابن ماجه « كتاب الصدقات » ، « باب الكفالة » (٨٠٤/٢) ، الحديث (٢٤٠٥) ، وأبو داود الطيالسي ص١٥٤ ، وأحمد في المسند (٢٦٧/٥) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٤١/٣) ، الحديث (١٦٦) ، والقضاعي في مسند الشهاب (٦٤/١) ، الحديث (٣٣ : ٥٠) .

(٧) فائدة : « المال تارة يجب بالعقود وتارة مجهولًا بالإتلاف ، فلما جاز ضمان أحدهما جاز ضمان الآخر » .

الكفالة به ، كالمعلوم .

١٤٧٨٨ – ولأنه نوع ضمان ؛ فجاز تعليقه بشرط يوجد في الثاني ، كضمان الدرك ، وإن شئت قلت : فجاز في المجهول ، أصله : ضمان الدرك .

١٤٧٨٩ – فإن قيل : إذا استحقت الدار ثبت إن كان [1] ضمن ما كان موجودًا .

١٤٧٩٠ – قلنا : إلا [2] أنه عند العقد يجوز أن يكون هناك استحقاق ، ويجوز أن لا يكون ، فلولا أن الضمان يتعلق بالأخطار [3] لم يصح مع التجويز ، كما لا يصح البيع مع التجويز [4] إذا قال : بعتك هذا العبد إن كنتُ ورثتهُ لم يصح البيع وإن ثبت [5] أنه كان ورثه .

١٤٧٩١ – ولأن [6] ضمان الدرك قد يكون فيما ليس بمستحق عند الضمان ، ألا ترى : أنه يشتري دارًا فتجب الشفعة ثم يبيعها المشتري ، فيضمن ضامن الدرك ، فإذا أخذها الشفيع وجب على الضامن الثمن ، وإن لم يبين البائع [7] ، حتى لا يختص بما لا يستحقه .

١٤٧٩٢ – فإن قيل : في ضمان الدرك إما أن تُستحق جميع الدار أو بعضها [8] ، فالضمان يتعلق بما هو مستحق منها ، وذلك معلوم .

١٤٧٩٣ – قلنا : فيجب أن يقولوا ففي الفرع مثله ، إذا قال : ضمنت لك ما يخرج في حسابك عليه ، فإن ذلك معلوم في نفسه وإن لم يكن معلومًا عنده [9] ، ومع ذلك لا يجوز ضمانه .

١٤٧٩٤ – فإن قالوا : في ضمان الدرك قولان .

١٤٧٩٥ – قلنا : ضمان الدرك نص الشافعي عليه ، وأجمع المسلمون أيضا على جوازه ، حتى قال ابن سريج تخريجًا لقول آخر ، فلا تضرنا المنازعة [10] فيما ثبت بإجماع .

---

(١) في (ص) ، (م) : [سا] بدون نقط ، مكان : [ثبت] ، ولفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) لفظ : [إلا] ساقط من (ع) . (٣) في (م) ، (ع) : [بالإحصار] .
(٤) في (م) ، (ع) : [التجوز] .
(٥) في (ص) : [سا] بدون نقط ، مكان : [ثبت .
(٦) في (م) ، (ع) : [ولا] ، مكان : [ولأن] .
(٧) في (م) ، (ع) : [البالغ] . (٨) في (م) ، (ع) : [وبعضها] .
(٩) في (م) ، (ع) : [عندهم] .
(١٠) في (م) : [فلا يضرنا بالمنازعة] ، وفي (ع) : [فلا يضر بالمنازعة] .

١٤٧٩٦ - فإن قالوا : ضمان الدرك جاز للضرورة في التوثق [١] بالأيمان ؛ لأن البيع لا يؤنس أن يستحق ، ولا يجوز أخذ الرهن به ، ولا تنفع الشهادة ؛ لأنه [٢] ربما استحق المبيع ، وقد أفلس البائع ، فلذلك جوزنا التوثق بالضمان ؛ لأن الجهالة والخطر يسامح فيهما بقدر الحاجة [٣] ، فإذا كان له عليه مالًا يقفان [٤] على مبلغه ، فلا يمكن أخذ الرهن به ، ولا يقع التوثق بالشهادة ، فيجب أن تجوز الكفالة قبل أجل [٥] الحاجة على قولكم .

١٤٧٩٧ - ولأن كل دين لو ذكر مبلغه صح الضمان ، [فإذا لم يذكر صح الضمان] [٦] ، أصله : إذا قال للزوجة : ضمنت لك نفقتك [٧] اليوم ، جاز بالاتفاق ، لأن عندهم : أن النفقة مقدرة .

١٤٧٩٨ - ولأنه عقد على ما ليس في مقابلته مال مشروط ، فجاز [٨] أن يتعلق بخطر ، كالوصية .

١٤٧٩٩ - ولا يلزم : الهبة ؛ لأنه يجوز تعليقها بالخطر إذا قال : وهبت لك الدين [٩] الذي في ذمة فلان ، صح العقد ووقف على قبض الدين منه .

١٤٨٠٠ - ولأنه سبب لضمان ما ليس [١٠] في مقابلته بدل مشروط ، فصح في المجهول ، كالإقرار .

احتجوا : بنهيه [١١] ﷺ عن الغرر [١٢] .

١٤٨٠١ - قلنا : روي « أنه نهي عن بيع الغرر » [١٣] ، وهذا مقيد ، وخبركم مطلق ، ومن أصلكم : بناء المطلق على المقيد ، وقد عارضه قوله ﷺ : « الزعيم غارم » [١٤] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [المتوثق] .
(٢) في (م) : [لا ينفع] ، مكان : [لا تنفع] ، وفي (ص) : [لأن] بدون الهاء .
(٣) قاعدة : « الجهالة والخطر يسامح فيهما بقدر الحاجة » .
(٤) في (م) : [ما لا يقعان] .
(٥) في (م) ، (ع) : [أصل] .
(٦) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش
(٧) في (م) ، (ع) : [بعتقك] وهو تصحيف .
(٨) لفظ : [فجاز] ساقط من (ع) .
(٩) في (م) ، (ع) : [الرهن] ، مكان : [الدين] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [مال ليس] .
(١١) في (م) : [نهيه] بدون الباء .
(١٢) في (م) ، (ع) : [الغرور] .
(١٣) تقدم تخريجه في أول « كتاب البيوع » مسألة (٥٦٤) .
(١٤) راجع تخريجه في هذه المسألة .

فإن قيل : ذلك عام .

١٤٨٠٢ - قلنا : هو عام من وجه خاص في الكفالة ، وخبركم خاص من وجه عام من وجه [١] .

١٤٨٠٣ - فإن قيل : قوله [٢] : « الزعيم غارم » يقضي أن يكون غارمًا في الحال الذي يسمى زعيمًا ، ومتى علق الكفالة بشرط لم يكن غارمًا حتى يسمى كفيلًا .

١٤٨٠٤ - قلنا : قوله : « الزعيم غارم » ، معناه ما يجب على المكفول عنه ، فإذا علق الكفالة بالشرط فإن لزم المكفول عنه مال ، فهو غارم عنه [٣] .

١٤٨٠٥ - قالوا : يثبت [٤] مال في الذمة بعقد ، فوجب أن لا يصح مجهولًا ، كالثمن في البيع ، والأجرة في الإجارة .

١٤٨٠٦ - قالوا : ولا يلزم المهر ؛ لأنه ثبوت مال بعقد ليس يثبت [٥] (بدلًا عن مال آخر) .

١٤٨٠٧ - قلنا : الثمن والأجرة كل واحد منهما بدل في عقد الإبدال ، لا يثبت [٦] في المعاوضات مع الجهالة .

١٤٨٠٨ - وفي مسألتنا : المال لا يثبت [٧] بدلًا ؛ وإنما الكفالة سبب من أسباب الضمان ، وأسباب الضمان مبنية في الأصول على الغرر والخطر والجهالة [٨] ؛ ألا ترى : أنه لو وكل إنسانًا بشراء شيء فإن الموكل يضمن مثل ما يلزم الوكيل ، ويجوز أن يشتري ، ويجوز أن لا يشتري ، ولا يعلم مقدار ما يباع به ، (والكفيل) [٩] بالوديعة يضمن مثل ما يلحق المودَع من الضمان ، وذلك خطر ومجهول ، كذلك [١٠] الكفالة

---

(١) قوله : [من وجه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ضمان فهو عارم له] ، مكان : [مال فهو غارم عنه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٥) في (م) : [في المهر] ، بزيادة : [في] ، وما بين القوسين زيادة اقتضاها السياق .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا ثبت] .

(٧) لفظ : [المال [ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [لا ثبت] .

(٨) في (م) ، (ع) : [الغرور] ، مكان : [الغرر] ، وفي (ع) : [الإباحة] ، مكان : [الجهالة] .

(٩) ما بين القوسين بدل « المودع » المثبتة في النسخ خطأ ، كما لا يخفى .

(١٠) في (ع) : [وكذلك] .

لما كانت من أسباب الضمان .

١٤٨٠٩ - قالوا : ضمان مجهولٍ ؛ فلم يصح ، كما لو قال : ضمنت لك بعض مالك على فلان .

١٤٨١٠ - قلنا : هذا يصح عندنا ، والخيار فيه إلى الضامن يبين أي مقدار منها ، كالراهن (١) .

١٤٨١١ - قالوا : وثيقة بالحق ، فلم يصح (٢) بالمجهول .

١٤٨١٢ - قلنا : يبطل بضمان الدرك ، ثم قد يجوز الضمان بما لا يصح الرهن باتفاق ، بدلالة : لو ضمنه (أي الدرك) جاز ، ولو أعطى به رهنًا لم يجز .

١٤٨١٣ - قالوا : وثيقة بالمال قبل وجوبه ، فصار كما لو قال : إن دخلت الدار .

١٤٨١٤ - قلنا : هناك لم يضف الضمان إلى سبب الوجوب ، ولا إلى سبب يتمكن من المطالبة به ، ولما أضاف الضمان في مسألتنا إلى سبب وجوب الحق ، جاز كضمان الدرك .

* * *

---

(١) في (ص) : [منها] ، وفي (م) ، (ع) : [بها] ، مكان : [منه] ، وفي (م) ، (ع) : [كالرهن] ، مكان : [كالراهن] .

(٢) في (ص) : [فلم نضح] وهو تصحيف ، وقوله : [فلم يصح] ، أي فلم يصح الضمان بالمجهول .

مسألة ٧٣٩

الكفالة عن ميت لم يترك وفاءً

١٤٨١٥ – قال أبو حنيفة : لا تصح [١] الكفالة عن ميت لم يترك وفاء [٢] .

١٤٨١٦ – وقال أبو يوسف : تصح الكفالة [٣] ، وبه قال الشافعي [٤] .

١٤٨١٧ – والكلام في هذه المسألة يقع في فصول ثلاثة . أولها [٥] : في نفس المسألة ، والثاني : مبني [٦] الكلام على سقوط الدين بالموت ، الثالث : على طريقة [٧] أخرى ، أن الدين ينقص .

١٤٨١٨ – أما الكلام في نفس المسألة فالدليل عليه [٨] : ما روي أبو موسي ﷺ أن النبي ﷺ قال : « إن أعظم الذنوب عند الله يلقاه بها [عبد] [٩] بعد الكبائر التي نهى الله عنها أن يموت رجل وعليه دين لا يدع له قضاء » [١٠] ، ذكره أبو داود ، ولو صح

(١) في (م) : [لا يصح] .

(٢) قوله : [وفاء] ، أي مالا يفي بما كان عليه . راجع : المغرب ، مادة : [وفى] (ص) ٤٩٠ .

(٣) وبقول أبي يوسف قال محمد بن الحسن أيضًا . راجع تفصيل المسألة في : روضة القضاة « كتاب الضمان والكفالة » (٤٥٤/١) ، المسألة (٢٦٢٤) ، طريقة الخلاف في الفقة « كتاب الكفالة » ص٤٢٠ – ٤٢٤ المسألة (١٧٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الكفالة » (٢٠٤/٧ – ٢٠٧) ، البناية مع الهداية « كتاب الكفالة » (٥٨١/٧ – ٥٨٤) ، مجمع الأنهر « كتاب الكفالة » (١٢٩/٢) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الكفالة » (٢٨١/٤) .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الضمان » (٨/١٤ ، ٩) ، حلية العلماء « كتاب الضمان » (٤٨/٥) ، شرح السنة للبغوي « باب ضمان الدين » (٢١٢/٨) ، الحديث (٢١٥٣) ، فتح العزيز « كتاب الضمان » ، « الباب الأول في أركانه » (٣٥٥/١٠ – ٣٥٨) ، المنتقى (٨٤/٦) ، المقدمات الممهدات « كتاب الكفالة » (٣٧٨/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الكفالة » (٣٢٢/٢ ، ٣٢٣) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق (٣٣٦) ، شرح الزرقاني « باب الضمان » (٢٣/٦) ، الإفصاح « باب الضمان » (٣٨٦/١) ، المغني « باب الضمان » (٥٩٣/٤) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الضمان » (٢٢٨/٢) ، الإنصاف « باب الضمان » (١٩٧/٥) .

(٥) في (م) : [أو لهذا] ، مكان : [أولها] . (٦) في (ع) : [مبني] وفي غيرها : [يبني] .

(٧) في (م) ، (ع) : [طريق] . (٨) لفظ : [عليه] ساقط من (ع) .

(٩) الزيادة : من كتب الحديث .

(١٠) حديث أبي موسي (ﷺ) أخرجه أبو داود في السنن [كتاب البيوع] ، [باب في التشديد في الدين] (٢٤٢/٢) ، وأحمد في المسند ، في [حديث أبي موسى الأشعري] (٣٩٢/٤) .

الضمان عنه لم يكن لقوله : « ولا يدع له وفاء » معنى .

١٤٨١٩ - ولأن المطالبة سقطت بهذا الدين على التأبيد ؛ فوجب أن لا يصح ضمانه ، كما لو أبرأه صاحب الدين ، أو استرق الحربي ، أو وهب المولى العبد المدين [١] من غرمائه .

١٤٨٢٠ - ولا يلزم : إذا ترك وفاء ؛ لأن المطالبة بالدين لم تسقط [٢] ؛ إذ الوصي يطالب به الوارث .

١٤٨٢١ - ولا يلزم : إذا استعار شيئًا فرهنه به ثم مات [٣] مفلسًا ؛ لأن المطالبة تسقط عندنا ويأخذ صاحب الرهن رهنه ، ولا تصح الكفالة به ، ذكر [٤] محمد في الزيادات ما يدل على ذلك .

١٤٨٢٢ - قالوا : لا نسلم سقوط المطالبة على التأبيد ، لأنه يجوز أن يتبرع [٥] إنسان بالكفالة فيطالب .

١٤٨٢٣ - قلنا : هذه مطالبة تجددت [٦] عندكم بعد أن كانت المطالبة [٧] سقطت عن المدين وعمن قام مقامه على التأبيد ، فالوصف صحيح .

١٤٨٢٤ - فإن قيل : المعنى في البراءة : أنها تمنع [٨] استدامة الكفالة ، فلا تمنع [٩] ابتداءها .

١٤٨٢٥ - قلنا : هذه المعارضة [١٠] لا نسلمها إذا استرق الحربي ؛ لأن الرق لا يمنع الكفالة لو كانت عليه ديون في دار الحرب بها كفيل ، فاسترق لم تبطل الكفالة .

١٤٨٢٦ - ولأنه قد يمنع ابتداء الشيء ما لا يمنع استدامته [١١] ، ألا ترى : أن براءة المحيل لا تمنع استدامة الحوالة ، ولو وقعت الحوالة بعد البراءة لم تصح [١٢] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [المدير] ، مكان : [المدين] .
(٢) في (م) : [لم يسقط] .
(٣) في (ع) : [ثم لما مات] ، بزيادة : [لما] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ذكره] ، بزيادة الهاء .
(٥) في (م) ، (ع) : [لا يجوز أن ينزع] ، مكان المثبت
(٦) في (م) : [يحدث] ، وفي (ع) : [تحدث] .
(٧) لفظ : [المطالبة [مكرر في (ع) .
(٨) في (م) : [يمنع] .
(٩) في (م) ، (ع) : [فلا يمنع] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [العارضة] .
(١١) قاعدة : « قد يمنع ابتداء الشيء ما لا يمنع استدامته » .
(١٢) في (م) ، (ع) : [لم يصح] .

١٤٨٢٧ - ولأن البراءة تسقط الدين في أحكام الدنيا ، وتبقيه [١] في أحكام الآخرة ، فمنع الابتداء ولم يمنع من البقاء .

ولأنه دين طرأ عليه ما يمنع ابتداء المداينة ، وأثر ذلك في منع الكفالة ، كالحربي يسترق [٢] .

١٤٨٢٨ - ولأن كل دين لا يصح ضمان المجهول منه لا يصح ضمان المعلوم ، كمال الكتابة ، ودين الحربي إذا استرق [٣] .

١٤٨٢٩ - وأما الدليل على سقوط الدين بالموت : أن الدين لا يثبت إلا في محل ، إما في ذمة أو عين ، وليس ههنا عين مال يتعلق الدين بها [٤] ، والذمة قد بطلت بالموت ، لأن الذمة عبارة عن التزام الشيء ، والموت ينافي الالتزام . يبين هذا : أن أهل الذمة سموا بذلك لالتزامهم لنا الجزية والتزامنا لهم ترك / القتال والسبي ، ويقال : بيننا ذمام ، بمعنى أنه أمن تلتزم أحكامه . ١٧٠/أ

١٤٨٣٠ - ولأن الدين يحل على الميت بالموت ، ولو كانت ذمته باقية لبقي [٥] الأجل ، لأنه يتعلق بما في الذمم ولا يتعلق بالأعيان ، فلما سقط الأجل علم أنه سقط ، لأن الذمة بطلت وانتقل الدين إلى عين التركة ، فلم يجز أن يثبت [٦] الأجل في الأعيان .

١٤٨٣١ - فإن قيل : إنما سقط الأجل ؛ لأنه يثبت لحق الدين ، ولا حق له في تبقية الأجل .

١٤٨٣٢ - قلنا : حقوق الميت تثبت لورثته إن لم يكن للميت حق في ثبوتها ، ألا تري : أنه لو أَبْرَأَ من دينه وهو أكثر من الثلث ، أو وَهَبَ ، بطل تصرفه فيما زاد على الثلث ، وانتقل ذلك إلى ورثته [٧] وإن كان من حقوقه لنفذ تصرفه ، فلو صح ثبوت الأجل بعد موته انتقل إلى ورثته وإن لم يكن له في انتقاله إليهم حق .

١٤٨٣٣ - ولأن ابتداء الدين لا يجوز أن يلزم [٨] الميت بوجه ، ولو كانت ذمته باقية لجاز أن تلزمه الديون المبتدأة ، كالحي .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وينفيه] . (٢) في (ع) : [استرق] .
(٣) قاعدة : « كل دين لا يصح ضمان المجهول منه لا يصح ضمان المعلوم » .
(٤) في (م) ، (ع) : [العين منها] ، مكان : [الدين بها] .
(٥) في (م) : [لنفي] .
(٦) لفظ : [يجز [ساقط من (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [ثبت] ، مكان : [يثبت] .
(٧) في (م) ، (ع) : [الورثة] . (٨) في (م) ، (ع) : [أن يلتزمه] .

ولا يلزم : المجنون ؛ لأن الدين يلزمه تابعًا له وإن لم يلزمه بعقوده . يبين [١] ذلك : أن من كانت له ذمة في عين متعلق بها [٢] إذا تصرف لحقه من يملك التصرف يثبت [٣] بذلك التصرف على الذي في ذمته ، كتصرف الوكيل والولي [٤] ، فلما كان الوارث أو [٥] الوصي يبتاع الكفن لمنفعة الميت ولا يثبت ثمنه [٦] في ذمته ، دل على أنه لا ذمة له .

١٤٨٣٤ - ولا يقال : إن الميت تلزمه الديون المبتدأة إذا كان حفر بئرًا في الطريق فوقع فيها إنسان بعد موته ، لأن هذا ليس بدين مبتدأ ، وإنما يسند إلى الحفر السابق ويصير كالثابت من ذلك الوقت ، ولهذا تقوم على الميراث والوصايا ، ولو كان حادثًا لم يبطل ما تقدمه من المواريث والوصايا .

١٤٨٣٥ - ولأن الموت معنى يسقط مال الكتابة عن المكاتب [٧] ، فجاز أن يسقط به سائر الديون ، كالاسترقاق ، وصحة العقد .

١٤٨٣٦ - احتجوا : في هذا الفصل بما روي في حديث أنس ﷺ ، قال : « شهدت رسول الله ﷺ قد أتي بجنازة ، فقيل له : تصلي [٨] عليها ، فقال : أليس عليه دين ، قالوا : بلي ، فقال ﷺ : ما ينفعكم أن أصلي عليه وهو مرتَهَنٌ في قبره به » [٩] .

١٤٨٣٧ - الجواب [١٠] : أن الدين عندنا يسقط في أحكام الدنيا بسقوط [١١] المطالبة ولعدم محله ، وهو باقٍ في أحكام الآخرة ، والعقوبة تلحقه للتفريط الذي كان منه ، فلم يكن في الخبر دليل .

١٤٨٣٨ - قالوا : لو برئت ذمته بالموت برئ كفيله [١٢] الذي يكفل عنه ، ولم يصح أن يتبرع متبرع بالقضاء .

١٤٨٣٩ - قلنا : إذا كان له كفيل فالدين له محل يتعلق به ، وهو ذمة الكفيل ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [وتبين] . (٢) لفظ : [بها] ساقط من (ع) .
(٣) لفظ : [يثبت] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [والمولى] .
(٥) قوله : [الوارث أو] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٦) في (م) : [يمنه] ، وفي (ع) : [ثمنه] . (٧) في (م) ، (ع) : [عن الكتابة] .
(٨) في (م) ، (ع) : [يصلي] .
(٩) أخرجه البيهقي بألفاظ متقاربة في الكبري [كتاب الضمان] ، [باب الضمان عن الميت] (٧٥/٦) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [والجواب] . (١١) في (م) ، (ع) : [سقوط] بدون الباء .
(١٢) في (م) : [برئت] ، مكان : [بريء] ، وفي (ع) : [برئت ذمة الكفيل] ، مكان : [بريء كفيله] .

فصار ذلك كالتركة في تعلق الدين بها ، فأما التبرع بقضاء الدين فمن أصحابنا من قال : لا يصح إلا أن تظهر له التركة فيحكم بصحة ذلك القضاء ، ومنهم من يقول : يسقط بالقضاء العقوبة (١) في الآخرة ، فلا يدل ذلك على بقاء الدين .

١٤٨٤٠ - قالوا : يصح أن يبرئه من الدين ، ولو كان سقط لم تصح البراءة .

١٤٨٤١ - [قلنا : إنما تؤثر البراءة] (٢) في إسقاط حق الغريم عن المال الذي يجوز أن يظهر أو يسقط بها العقاب في الآخرة ، فأما أن يسقط (٣) الدين من ذمته فلا .

١٤٨٤٢ - قالوا (٤) : لو كان الموت يوجب بطلان الذمة ونقل الدين إلى التركة لوجب إذا أبرأ الغريمُ الميتَ ألا تصح براءته ؛ لأنه أبرأه بعد انتقال الدين ، فصار كما لو أبرأ المحيل بعد الحوالة ، فلما صحت الحوالة دل على (٥) أن الدين في ذمة الميت .

١٤٨٤٣ - قلنا : الميت مطالب بالدين في أحكام الآخرة غير مطالب به في أحكام الدنيا ، فإذا أبرأه فقد أبرأه من حق ثابت فتسقط (٦) العقوبة ببراءته ، وسقوطها يوجب سقوط الحق عن التركة فلذلك سقط (٧) . وإذا ثبت أن الدين سقط (٨) لم تصح الكفالة به (٩) ، كما لا تصح من ديون الحربي إذا استرق ، والعبد إذا (١٠) ملكه الغريم ، وكالكفالة بعد البراءة .

١٤٨٤٤ - وأما الطريقة الثالثة : وهي نقصان الدين ، فلأن (١١) سقوط المطالبة على التأبيد يدل على سقوط الدين ، فلأن يدل على نقصانه أولى .

١٤٨٤٥ - ولأن هذا الدين سقطت المطالبة به في أحكام الدنيا وبقيت في أحكام الآخرة ، والمطالبة إذا ثبتت في الدين من وجه دون وجه دل على نقصانه (١٢) ، كدين

---

(١) في (م) ، (ع) : [والعقوبة] بالعطف .

(٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [إن سقط] .

(٤) في (م) ، (ع) : [قلنا] ، مكان : [قالوا] .

(٥) لفظ : [على] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٦) في (م) : [فيسقط] .

(٧) في (م) ، (ع) : [تركته فلذلك] ، مكان : [التركة فلذلك] ، ولفظ : [سقط] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ع) : [يسقط] .

(٩) لفظ : [به] ساقط من (ع) .

(١٠) لفظ : [إذا] ساقط من (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [ولأن] .

(١٢) في (ع) : [نقصان] بدون الباء .

المولى على عبده يثبت (١) من وجه دون وجه ، وكذلك دين العبد على مولاه ، وإذا ثبت أن الدين ناقص لم تصح الكفالة به ، كدين الكتابة .

وعلى هذا قال أصحابنا : إن الزكاة لا تصح الكفالة بها ، لأنها دين ثابت من وجه دون وجه ، ألا ترى : أن الإنسان لا يحبس بها ولا يطالب مطالبة (٢) الديون .

١٤٨٤٦ - واحتج المخالف : بما روى أبو سعيد الخدري ﷺ « أن النبي ﷺ قدم إليه جنازة ليصلي عليها (٣) ، فقال : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا : نعم يا رسول اللّٰه درهمان ، فقال : صلوا على صاحبكم ، فقال علي بن أبي طالب : هما عليَّ يا رسول اللّٰه ، وأنا لهما ضامن ، فصلي عليه ، فلما فرغ من صلاته التفت إليه فقال له : جزاك اللّٰه عن الإسلام خيرًا ، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك » (٤) .

١٤٨٤٧ - وروى جابر بن عبد اللّٰه ﷺ « قال : مات رجل فغسلناه وكفناه ، وقدمناه إلى النبي ﷺ ليصلي عليه ، فقال : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا : نعم ديناران ، فقال : صلوا على صاحبكم ، قال أبو قتادة : هما عليَّ يا رسول اللّٰه ، فصلى عليه النبي ﷺ » (٥) ، فدل هذا على (٦) أن الضمان عن الميت (٧) الذي لا يخلف وفاء صحيح .

١٤٨٤٨ - والجواب : أن النبي ﷺ كان يصلي على من ترك وفاءً ، ولم يصل على

---

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ولا يطالبه] ، مكان : [ولا يطالب مطالبة] .
(٣) لفظ : [عليها [ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .
(٤) أخرجه الدارقطني بألفاظ متقاربة في السنن « كتاب البيوع » (٧٨/٣ ، ٧٩) ، الحديث (٢٩١ ، ٢٩٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الضمان » ، « باب وجوب الحق بالضمان » (٧٣/٦) .
(٥) أخرجه أبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب في التشديد في الدين » (٢٤٢/٢ ، ٢٤٣) ، والنسائي في السنن « كتاب الجنائز » ، في « الصلاة على من عليه دين » (٦٥/٤ ، ٦٦) ، وأحمد مطولًا بألفاظ متقاربة في المسند (٣٣٠/٣) ، وأبو داود الطيالسي في المسند ص٢٣٣ ، ٢٣٤ ، الحديث (١٦٧٣) ، والدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٧٩/٣) ، الحديث (٢٢٩٣) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » في « التشديد في أداء الدين » (٥٨/٢) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب الضمان » ، « باب ما يستدل به على أن الضمان لا ينقل الحق » ، « وباب الضمان عن الميت » (٧٤/٦ ، ٧٥) ، كما أخرجه البخاري بهذا المعني في الصحيح ، في « الحوالات » ، « باب إن أحال دين الميت على رجل جاز » (٣٨/٢) .
(٦) لفظ : [على] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .
(٧) في (م) ، (ع) : [فدل على أن هذا للضمان على الميت] ، مكان المثبت .

من لم يترك وفاء .

وجواب آخر [١] : أنه يحتمل أن يكون هذا ابتداء كفالة ، ويحتمل أن يكون أخبر عن كفالة تقدمت الموت ، واللفظ لفظ الخبر ، وإذا احتمل أحد الوجهين لم يصح الاحتجاج به مع الاحتمال .

١٤٨٤٩ – فإن قيل : روي : « فتحملهما أبو قتادة » [٢] ، وهذا يدل على [٣] أنه ابتداء كفالة .

١٤٨٥٠ – قلنا : لم تكن [٤] الكفالة معلومة ، فلما أقر بها صار بإقراره محتملًا لَمَّا لم يكن يُعْلم [٥] أنه حامل له ، هذا كما نقول : أوجب على نفسه [٦] بإقراره ، فوجب عليه بالإقرار ، والإقرار في الحقيقة إخبار عن إيجاب سابق ، إلا أنه [٧] لم يعلم تقدمه إلا بإقراره .

١٤٨٥١ – قيل : أوجب على نفسه ، فوجب عليه .

١٤٨٥٢ – قالوا : روي [٨] حديث أنس (رضي الله عنه) « أن النبي ﷺ قال : ما ينفعكم من صلاتي عليه [٩] وهو في قبره مرتهن بدينه ، فلو قام [١٠] أحدكم فضمن ما عليه صليت عليه ، كانت صلاتي تنفعه » [١١] .

١٤٨٥٣ – قلنا : هذه الزيادة لا تعرف ، ولو ثبت كان معناه : ضمن أن يَقْضِيَ ، بمعني أنه وعد أن يقضي ، كما يقال : إنه ضمن فلان أن يعين فلانًا بكذا ، أو يقرضه كذا [١٢] ، وإذا وجد ذلك فالظاهر أنه يفي فيصلى عليه ، كما يصلي [١٣] على من ترك وفاء .

١٤٨٥٤ – قالوا : إذا كان اللفظ يحتمل معنيين وجب حمله على ما لا يؤدي إلى

---

(١) في (م) : [والجواب] ، بزيادة : [أل] ، ولفظ : [آخر] ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) هذا جزء من حديث جابر ، الذي تقدم تخريجه آنفًا .
(٣) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) : [لن يكن] .
(٥) في (ص) : [نعلم] .
(٦) قوله [على نفسه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٧) في النسخ زيادة [إذا] بعد [إلا أنه] .
(٨) الزيادة : لمقتضى السياق .
(٩) لفظ : [عليه] ساقط من (ع) .
(١٠) في (م) ، (ع) : [أقام] .
(١١) لفظ : [صلاتي] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ع) : [ينفعه] . هذا جزء من حديث أنس الذي سبق تخريجه .
(١٢) الزيادة : من (ع) .
(١٣) في (م) ، (ع) : [فالظاهر أنه يقر فيصلي عليه فيصلي] ، مكان المثبت .

تخطئة النبي ﷺ ، [وإنما يؤدي إلى تصويبه ، وإذا حملناه على ابتداء الضمان كان امتناعه من الصلاة] [١] عليه صوابًا في الظاهر والباطن ، وإذا حملناه على استدامة الضمان كان امتناع النبي ﷺ خطأ في الباطن [٢] ، لأنه امتنع من الصلاة على من له ضامن ويجوز له الصلاة عليه ، فكان حمل الخبر على ابتداء الضمان أولى .

١٤٨٥٥ – قلنا : النبي ﷺ لم يطلع على الغيب ، فإذا امتنع من الصلاة ، لأنه لا تركة له ولا ضامن [٣] في الظاهر ، فقد عمل ما وجب عليه ، فإذا كان الأمر في الباطن بخلاف ذلك ففعله في الظاهر صواب وليس بخطأ ألا ترى : أنا إذا علمنا الدين على زيد فشهدنا به [٤] عليه كانت الشهادة صحيحة ، وإن [٥] جاز أن يكون قضي [٦] الدين ، أو أبرأ عنه ، فإن [٧] ثبت أنه قضى لم يكن الشاهد بالدين مخطئًا في شهادته ، بل كان مصيبًا فاعلًا لما وجب عليه ، فلو لم يفعل [٨] أثم واستحق العقاب .

١٤٨٥٦ – قالوا : فالنبي ﷺ لم يستفصل هل هذا ابتداء ضمان أو غيره ، ولو اختلف الحكم لزمه أن يسأل .

١٤٨٥٧ – قلنا : إذا كان للضمان [٩] جهة صحة وجهة فساد ، حمل الأمر [١٠] على الصحة ، ولم يحمل على الفساد [١١] .

وجواب آخر : وهو أن هذا لم يكن على وجه الكفالة ، وإنما كان وعدا بقضاء [١٢] الدين والقيام بأدائه ، وقوله : « هما عليَّ » [١٣] ، معناه : « على القيام بأدائهما » ، كما نقول : عليَّ أن أحفظ مالك وأنفق عليه . يبين ذلك [١٤] : أن النبي ﷺ قال لأبي قتادة : « هما عليك وفي مالك ، وحق الرجل عليك والميت منهما بريء ، فقال :

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [خطأ في الظاهر والباطن وإذا حلمناه الباطن] ، مكان : [خطأ في الباطن] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولا ضمان] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فشهد بأنه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وإذا] .

(٦) في (م) ، (ع) : [قضاء] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فإذا] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فاعلا بما وجب عليه قلنا لو لم يفعل] ، مكان المثبت .

(٩) في (م) ، (ع) : [للضامن] .

(١٠) لفظ : [الأمر [ساقط من (ع) .

(١١) قاعدة : « إذا كان للضمان جهة صحة وجهة فساد حمل الأمر على الصحة ولم يحمل على الفساد » .

(١٢) في (م) ، (ع) : [لقضاء] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [وقولهم على] ، مكان : [قوله : هما على] .

(١٤) لفظ : [ذلك] ساقط من (م) ، (ع) .

نعم »[١] ، والتأكيد إنما يكون في الوعد الذي لا يجب عليه الوفاء به ، والأولى الوفاء[٢] .

١٤٨٥٨ - فأما الكفالة التي يجب حكمها ، فإذا[٣] اعترف بها الكفيل لزمته ، ولو رجع عنها قُضِي عليه بها وأجبر على أدائها ، فلا يكون للتأكيد بالتكرار معنى ، وليس يمتنع أن يتوقف ﷺ / عن الصلاة ؛ لأنه لا وجه لقضاء الدين ، فإذا وُعِدَ بقضائه كان الظاهر منه الوفاء ، لأن الظاهر القضاء ، كما أنه إذا ترك مالا صلى عليه [وإن جاز أن[٤] لا يقضي الدين بأن تتوي[٥] التركة ، إلا أن الظاهر لما كان القضاء صلى عليه][٦] كذلك هذا .

١٧٠/ب

١٤٨٥٩ - قالوا : من صح الضمان عنه[٧] إذا كان له وفاء ، صح وإن لم يكن له وفاء ، كالحر .

١٤٨٦٠ - قلنا : إذا ترك وفاء فقد ضمن الدين مع بقاء المطالبة به ، فصح الضمان ، وإن لم يترك فقد ضمن مع سقوط المطالبة بالدين عنه ، وعمن قام مقامه على التأبيد ، فلم يصح ، كالمسائل التي بيناها .

١٤٨٦١ - قالوا : « من صح الضمان عنه إذا كان حيًّا صح الضمان عنه إذا كان ميتًا ، كما لو كان له وفاء »[٨] .

١٤٨٦٢ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن الضمان عن الحي لا يصح إلا بدين ثابت ، وبمثله يصح الضمان عنه بعد الموت ، فأما في مسألتنا فلا ؛ لأن بعد الموت وبمثله لا يصح الضمان عن الحر ، كما ذكرنا في الحربي إذا استرق ، والعبد إذا وهب لغريمه .

ولأن من له وفاء المطالبة بدينه ثابتة ، فصح ضمانه عنه ، ومن لم يترك وفاء لا يطالب[٩] بدينه في أحكام الدنيا ؛ وإنما يطالب به في أحكام الآخرة فلا ينتقل[١٠] إلى غيره ، كمن مات وعليه صلاة وزكاة وحج لا ينتقل إلى غيره عندنا في جميع

(١) أخرجه الدارقطني في السنن « كتاب البيوع » (٧٩/٣) ، الحديث (٢٩٣) ، والحاكم في المستدرك « كتاب البيوع » ، في « التشديد في أداء الدين » (٥٨/٢) . (٢) قاعدة : « الوعد لا يجب الوفاء به ، وإن كان الأولى الوفاء » .

(٣) في (ص) : [فإذ] .

(٤) لفظ : [أن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) توي المال : هلك وذهب فلم يرجع ، والتوي : الهلاك . راجع : لسان العرب ، مادة : [توا] (٤٥٨/١) ، المغرب ص٦٣ . (٦) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [عليه] ، مكان : [عنه] .

(٨) قاعدة : « من صح الضمان عنه إذا كان حيًّا صح الضمان عنه إذا كان ميتًا ، كما لو كان له وفاء » .

(٩) في (م) ، (ع) : [لا مطالبة] . (١٠) في (م) ، (ع) : [فلا ينقل] .

الأحوال [١] ، وعندهم إذا لم يترك [٢] وفاء .

١٤٨٦٣ - قالوا : من صح الضمان عن ضامنه إذا كان له ضامن ، صح الضمان عنه إذا لم يكن له ضامن ، كالحر [٣] .

١٤٨٦٤ - قلنا : إنما لا يجوز الضمان عن ضامنه مع بقاء الدين على [٤] الضامن ، فلذلك يصح مع بقاء الدين ، ولا يصح عن الضامن بعد سقوط الدين ، فلا [يصح الضمان عنه مع سقوطه .

١٤٨٦٥ - قالوا : الموت لا يمنع استدامة الضمان ، فلا] [٥] يمنع ابتداء الضمان ، أصله : جنون المضمون عنه وإتلافه [٦] .

١٤٨٦٦ - قلنا : الموت عندنا لا يمنع الابتداء ولا الاستدامة ؛ وإنما يمنع الضمانُ سقوطَ المطالبة عنه ، وعمن قام مقامه على التأبيد .

١٤٨٦٧ - وقولنا : بموجب العلة .

١٤٨٦٨ - فإن قيل : ذكر في الأصل ، أنه إذا قال : إن مات قبل أن يقضي مالك [٧] عليه فأنا ضامن ، فمات ، فإن ذلك جائز على الكفيل في قول أبي حنيفة .

١٤٨٦٩ - قلنا : محمول عليه إذا ترك وفاء ، أو نقول : إن هذا ليس بابتداء ضمان ، وإنما يتعلق الضمان بسبب كان في حال الحياة ، فلم يسقط الدين بالموت [٨] لبقاء ذمة تتعلق المطالبة بها ، وقد ذكر أبو الحسن ، عن ابن سماعة ، عن محمد : أنه قال : لو قال [٩] : قد ضمنت لك مالك على فلان إن توي [١٠] ، فذلك جائز ، فإن مات [١١] فلان فلم يدع شيئًا ، فهو ضامن ، وهذا على قول محمد صحيح ، لأن من أصلنا : أن ابتداء الكفالة يجوز بعد الموت ، فإذا تعلقت بشرط كان [١٢] في حال الحياة أولى .

---

(١) لفظ : [الأحوال] ساقط من (ع) .

(٢) لفظ : [يترك] ساقط من (م) ، (ع) : [لم يكن] ، مكان : [لم يترك] .

(٣) قاعدة : « من صح الضمان عن ضامنه إذا كان له ضامن صح الضمان عنه إذا لم يكن له ضامن » .

(٤) في (م) ، (ع) وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [عن] ، مكان : [على] .

(٥) ما بين القوسين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) في (ع) : [وإتلافه عليه] ، بزيادة : [عليه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بهالك] ، مكان : [مالك] .

(٨) في (م) ، (ع) : [بالميت] . (٩) في (م) ، (ع) : ولو قال [بالواو] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [إن يؤدي] ، مكان : [إن توي] .

(١١) في (م) ، (ع) : [قال] ، مكان : [مات] . (١٢) لفظ : [كان] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٧٤٠

كفالة العبد بإذن سيده

١٤٨٧٠ - قال أصحابنا : إذا تكفل العبد بإذن سيده ولا دين عليه ، صحت الكفالة ، وبيعت رقبته فيها [1] .

١٤٨٧١ - وحكى أصحاب الشافعي : أنه على وجهين ، في أحد الوجهين [2] : لا يجوز وإن أذن المولى . وفي الوجه الآخر : يجوز إذا أذن . والمحجور [3] والمأذون في ذلك سواء .

ومن أين يقضي ؟ في أحد الوجهين : يلزمه بعد العتق في المحجور والمأذون ، [وفي الوجه الآخر : المحجور يلزم المولى أن يخليه حتى يكتسب ويؤدي ، والمأذون] [4] يؤدي ما في [5] يده .

وإن قال له المولى : اضمن على أن تؤدي [6] المال الذي في يدي صح ، فإن كان عليه دين مستغرق شاركهم المكفول له في أحد الوجهين ، ويؤخر عن ديونهم في الوجه الآخر [7] ؟ .

---

(١) راجع تفصيل المسألة في : روضة القضاة « كتاب الضمان والكفالة » (٤٥٦/١ ، ٤٥٧) ، المسألة (٢٦٤٢ - ٢٦٤٨) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « باب كفالة العبد وعنه » (٢٣٥/٧ ، ٢٣٦) ، البناية مع الهداية « باب كفالة العبد وعنه » (٦١٧/٧ ، ٦١٨) ، مجمع الأنهر « باب كفالة الرجلين والعبدين » (١٣٨/٢) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الكفالة » ، و « باب كفالة الرجلين » (٢٦٣/٤ ، ٣٠٠) .

(٢) قوله : [في أحد الوجهين] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [المحجور] بدون الواو .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لما في] ، بزيادة اللام . (٦) في (ع) : [يؤدي] .

(٧) راجع تفصيل المسألة في : الأم « باب الضمان » (٢٠٤/٣) (طبع بولاق) ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الضمان » (٩/١٤ - ١٢) ، حلية العلماء « كتاب الضمان » (٤٨/٥ - ٥١) ، فتح العزيز « كتاب الضمان » ، « الباب الأول في أركانه » ، بذيل المجموع (٣٦١/١٠) ، نهاية المحتاج « باب الضمان الشامل للكفاية » (٤٣٥/٤ - ٤٣٧) . راجع : المدونة « كتاب الكفالة والحمالة » ، « في كفالة العبيد بإذن ساداتهم » ، و « في كفالة العبد المديان بإذن سيده » (١٤٤/٤) ، المنتقى « كتاب الأقضية » ، في « القضاء في الحمالة والحول » (٨٥/٦) ، المغني « باب الضمان » (٥٩٩/٤ ، ٦٠٠) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الضمان » (٢٢٨/٢) ، الإنصاف « باب الضمان » (١٩٤/٥) .

١٤٨٧٢ - فعلى هذا قد سقط الخلاف في صحة الكفالة ، فإذا صحت فالخلاف في ديون العبد عندنا تتعلق [1] برقبته ، وعنده لا تتعلق ، وقد [2] قدمنا الكلام في المسألة [3] .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لا يتعلق] ، ولفظ : [قد] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .
(٣) في (ع) : [في هذه المسألة] ، بزيادة : [هذه] .

مسألة ٧٤١

الكفالة بالنفس

١٤٨٧٣ - قال أصحابنا : الكفالة بالنفس جائزة .

وهل يجوز ببدن مَنْ عليه حد أو قصاص ؟ قال في الأصل : وإذا كفل رجل نفس رجل [١] والطالب يدعي عليه دم عمد أو قصاص فيما دون النفس ، أو حدًّا في قذف أو سرقة ، أو خصومة في دار أو غير ذلك فالكفالة بالنفس في ذلك جائزة ، وقال في الكتاب [٢] : ولا ينبغي للقاضي أن يأخذ كفيلًا بالقصاص في النفس ولا دونها ولا في حد القذف والزنا والشرب والسرقة .

قال أبو بكر الرازي : هذا محمول على أن القاضي لا يطالب بكفيل ، وإن بذل [٣] المدعى عليه جاز [٤] .

١٤٨٧٤ - وقال الشافعي : في عامة الكفالة جائزة ، وقال في الدعوى : هي عندي ضعيفة ؛ فمن أصحابه من قال : يجوز قولًا واحدًا ، وقوله : ضعيفة ، يعني في القياس .

١٤٨٧٥ - وقال المزني : فيها قولان ، استخرج قوله : إنها ضعيفة قولًا واحدًا [٥] .

---

(١) قوله : [نفس رجل] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [وقال يجوز في الكتاب] ، بزيادة : [يجوز] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وإن بدل ذلك] ، بزيادة : [ذلك] .

(٤) قال الكاساني في البدائع : « تجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس وما دونها ، وبحد القذف والسرقة إذا بذلها المطلوب فأعطاه بها » ، بلا خلاف بين أصحابنا ، وهو الصحيح . راجع تفصيل المسألة في : الجامع الصغير « كتاب الكفالة » ، « باب الكفالة بالنفس » ص٣٦٩ ، روضة القضاة « كتاب الضمان والكفالة » (٤٥١/١) ، المسألة (٢٥٩٩) ، تحفة الفقهاء « كتاب الكفالة » (٢٤٣/٣) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب الكفالة » ، « فصل : وأما شرائط الكفالة » (٨/٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الكفالة » (١٦٤/٧ - ١٦٦ ، ١٧٧ ، ١٧٨) ، البناية مع الهداية « كتاب الكفالة » (٥٣٧/٧ ، ٥٣٨ ، ٥٥١ - ٥٥٥) ، مجمع الأنهر « كتاب الكفالة » (١١٧/٢ ، ١٢٢) .

(٥) راجع المسألة في : الأم « باب الضمان » (٢٠٤/٣) (طبع بولاق) ، مختصر المزني « باب الكفالة » ص١٠٩ ، مختصر الخلافيات ، ورقة (٢١٧ أ) ، تكملة المجموع الثانية مع المهذب « كتاب الضمان » (٤١/١٤ - ٤٥) ، حلية العلماء « كتاب الضمان » (٦٧/٥ - ٧٢) ، شرح السنة للبغوي « باب ضمان الدين » (٢١٤/٨) ، نهاية المحتاج « فصل في قسم الضمان الثاني » (٤٤٥/٤ - ٤٤٧) ، كفاية الأخيار ص (٢٧٩ ، ٢٨٠) ، المدونة « كتاب الكفالة » ، في « ما جاء في الحميل بالوجه يغرم المال » (١٢٩/٤) ، =

١٤٨٧٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ لَتَأْتُنَّنِي بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ ﴾ [١] ، فألزمهم رده وهذا معنى الكفالة بالنفس ، قد روي عن [٢] ابن عامر في تأويل الآية : أنه كفلهم بنفسه [٣] .

١٤٨٧٧ - ولا يقال : إنما استحلفهم على رده إليه ؛ لأنه قال موثقًا من اللّٰه ، واليمين هي موثق من اللّٰه .

١٤٨٧٨ - ولا يقال : إنه لم يجب عليه حق لأبيه حتي يكفلهم برده ، لأنه كان يجب عليه طاعة أبيه وخدمته والعود إليه ، فضمنهم [٤] ذلك ، كما يتكفل بإحضار من وجب عليه دين أو غيره ، ويدل عليه : قوله ﷺ « الزعيم غارم » [٥] ، وهو عام .

١٤٨٧٩ - فإن قيل : هذا دليل عليكم ؛ لأنه ﷺ حكم [٦] بصحة الكفالة التي يلزم الكفيل فيها [٧] الغرم ، والكفيل بالنفس لا يغرم شيئًا [٨] .

١٤٨٨٠ - قلنا : المغرم الملزم مستوفي اللزوم ، والكفيل بالنفس ملتزم .

١٤٨٨١ - ويدل عليه : إجماع الصحابة ، روي « أن رجلًا أتى ابن مسعود ﷺ فأخبره أنه سمع ابن نواحة [٩] يؤذن ويقول : أشهد أن مسيلمة رسول اللّٰه ، فدعاه فاعترف بذلك ، فعرض التوبة عليه فلم يتب ، فأمر عبد اللّٰه بن مسعود قرظة بن كعب الأنصاري [١٠] ، فأخرجه إلى السوق فجز [١١] رأسه ، ثم استشار أصحاب محمد ﷺ

= المنتقى ، العنوان السابق (٨٠/٦) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الحمالة والكفالة » (٧٩٣/٢ ، ٧٩٤) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، في « سورة يوسف » (٢٢٥/٩ ، ٣٣٤) ، المقدمات الممهدات « كتاب الكفالة » (٣٩٩/٢ ، ٤٠٠) ، بداية المجتهد « كتاب الكفالة » (٣١٩/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب السادس في الحمالة » ص ٣٣٧ ، شرح الزرقاني « باب الضمان » (٣٧/٥) ، الإفصاح « باب الضمان » (٣٨٧/١) ، المغني « باب الضمان » (٦١٤/٤ ، ٦١٦) ، الكافي لابن قدامة « باب الكفالة » (٢٣٤/٢) ، الإنصاف « باب الضمان » (٢٠٩/٥ ، ٢١٠) .

(١) سورة يوسف : الآية ٦٦ .
(٢) الزيادة : من (م) ، (ع) .
(٣) لم نقف على هذه الرواية بعد .
(٤) في (م) ، (ع) : [فضمهم] .
(٥) تقدم تخريجه في مسألة (٧٣٨) .
(٦) لفظ : [حكم] ساقط من (م) ، (ع) : [قال] ، مكان : [حكم] .
(٧) في (ع) : [تلزم] ، مكان : [يلزم] وفي (م) ، (ع) : [في هذا] ، مكان : [فيها] .
(٨) لفظ : [شيئا] ساقط من (ع) .
(٩) في (م) ، (ع) : [ابن رواحة] .
(١٠) في سائر النسخ : [عبد اللّٰه بن قرضة بن كعب الأنصاري] ، والصواب ما أثبتناه .
(١١) في (م) : [فجوز] .

في قومه ، فقال عدي بن حاتم : ثؤلول [١] الكفر أطلع رأسه فاحسمه ، فلا يكون بعده شيء ، وقال الأشعث بن قيس ، وجرير بن عبد الله : بل استتبهم وكَفِّلْهم عشائرهم ، فاستتابهم وكفلهم عشائرهم ونفاهم إلى الشام » [٢] .

١٤٨٨٢ - فاتفق على جواز الكفالة : ابن مسعود ، وجرير بن عبد الله ، والأشعث بن قيس ، وقرظة بن كعب ، وعدي بن حاتم [٣] ، وغيرهم .

وروي : « أن حمزة بن عمرو الأسلمي أراد أن يرجم رجلًا قد زنا ، [فقيل له : أصلحك الله ، إن أمره رفع [٤] إلى عمر ، فجلده مائة ولم ير عليه الرجم] [٥] ، فأخذ حمزة بالرجل كفيلًا حتى قدم على عمر ، فسأله عن ذلك فصدقه » [٦] ، وحمزة من أكابر الصحابة ، ولم ينكر عمر الكفالة .

وروي : « أنه كان لعبد الله بن عمر على عليٍّ بن أبي طالب دين : فتكفلت أم كلثوم بنت علي بعلي » [٧] .

١٤٨٨٣ - ولا يقال : تكفلت بالدين الذي عليه ؛ لأن المروي : أنها تكفلت به .

١٤٨٨٤ - ومن أصحابنا من حكى عن عثمان ، وعمران بن حصين جواز ذلك [٨] ،

---

(١) في جميع النسخ : [علي بن حاتم] ، مكان : [عدي بن حاتم] ، والمثبت من السنن الكبرى للبيهقي ، والمحلي لابن حزم . الثؤلول - بضم الثاء وإسكان الهمزة - : بثر صغير صلب مستدير ، يظهر على الجلد ، كالحمصة أو دونها ، والجمع : ثآليل . راجع : لسان العرب ، مادة : [ثأل] (٤٦٧/١) ، المعجم الوسيط (٩٢/١) .

(٢) أخرجه ابن حزم في المحلي بالآثار « كتاب الكفالة » (٤٠٨/٦) ، المسألة (١٢٣٧) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب المرتد » ، « باب من قال في المرتد : يستتاب مكانه فإن تاب وإلا قتل » (٢٠٦/٨) ، وأبو داود مختصرًا بمعناه في السنن « كتاب الجهاد » ، « باب في الرسل » (٨٤/٢ ، ٨٥) ، وذكر البخاري الجزء الأخير منه بلا إسناد ، في الصحيح « باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان » (٣٨/٢) .

(٣) في سائر النسخ : [عبد الله بن قريضة بن كعب وعلي بن حاتم] ، غير أن قوله : [عبد الله بن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، والصواب ما أثبتناه كما سبق آنفًا .

(٤) في (م) ، (ع) : [وقع] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) أخرجه الطحاوي مطولًا بمثل هذا اللفظ ، في المعاني « كتاب الحدود » ، « باب الرجل يزني بجارية امرأته » (١٤٧/٣) ، وابن حزم بلفظ آخر ، في نفس المصدر السابق ، وأخرجه البخاري معلقًا .

(٧) ذكره ابن الهمام ، بلفظ : « كان بين علي وعمر (رضي الله عنهما) خصومة ، فكفلت أم كلثوم بنفس علي » ، في فتح القدير (١٦٥/٧) .

(٨) لم نقف على أثر عثمان وعمران (رضي الله عنهما) بعد .

ولا يعرف له مخالف ، وهذه المسألة فيها إجماع بعد الصحابة أيضًا ، أنه لم يقل أحد من الفقهاء ببطلانها ، ولا صرح الشافعي بذلك ، وأهل الأعصار يعتقدونها [١] من غير مانع ولا نكير ، فدل ذلك على جوازها .

١٤٨٨٥ - فإن قيل : أصحاب ابن نواحة تابوا ؛ فلم يجب [٢] عليهم شيء ، فكيف يصح الكفالة بها في حق من لا يجب عليهم ؟ .

١٤٨٨٦ - قلنا : يجوز أن يكونوا أظهروا التوبة ولم يبطنوها [٣] ، ألا ترى : أن ابن مسعود ﷺ قال لصاحبهم : ما فعل القرآن الذي كنت تقرأ ؟ قال : كنت أتقيكم به [٤] ، فلما جوزوا [٥] ذلك يتحقق سقوط الحد عنهم ، فكفلهم لهذا [٦] المعنى .

١٤٨٨٧ - فإن قيل : الكفالة في الحدود لا تجوز عندكم .

١٤٨٨٨ - قلنا : قد بينا أنها جائزة ، وإنما لا يطالب الإمام بها ، فيجوز أن يكون القوم بذلوها ولم يبتدئ بمطالبتهم .

١٤٨٨٩ - ولأنه نوع كفالة ؛ فكان فيها ما يصح ، كالكفالة بالمال .

ولا يمكن القول بموجبها في الأعيان المضمونة ؛ لأن ضمان الأعيان فيها وجهان ، فرع على هذه المسألة .

١٤٨٩٠ - فإذا قالوا : إن الكفالة لا تجوز ، كذلك بالعين .

ولأن كل عقد لا يفتقر إلى التأجيل إذا صح بما في الذمة ، صح بالعين ، كالبيع ، والإجارة .

١٤٨٩١ - فإن قبلوا فقالوا : يصح على نفس الحر ؛ لم يكن للوصف في القلب تأثير .

١٤٨٩٢ - ولأن كل ما يلزم المدعى عليه لا يجوز [٧] فيه النيابة ، صحت الكفالة به

---

(١) في (ص) ، (م) : [يعتقدوها] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ابن رواحة] ، مكان : [ابن نواحة] . في جميع النسخ : [لم يأتوا لم يجب] ، مكان : [تابوا فلم يجب] ، والصواب ما أثبتناه ، فقد ورد في صحيح البخاري ، وفي رواية البيهقي : [فاستتبهم فتابوا] .

(٣) في (ع) : [ولم يبطلوها] .

(٤) هذا جزء من حديث حارثة بن مضرب ، أخرجه البيهقي بطوله ، وفيه : [فقال عبد الله بن مسعود لعبد الله بن نواحة : أين ما كنت تقرأ من القرآن ؟ قال : كنت أتقيكم به] ، في نفس المصدر السابق .

(٥) في (م) ، (ع) : [جوز] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بهذا] .

(٧) في (م) : لما يجوز] ، وفي (ع) : [لما تجوز] .

مع القدرة على تسليمه ، كالأموال .

١٤٨٩٣ – احتجوا : بأنه يثبت في ذمته عينًا بعقد ، أو ضمن بيعه عينًا بعقد ، فوجب أن يكون باطلا ، كما لو أسلم في ثمرة نخلة [١] قائمة .

١٤٨٩٤ – قلنا : لا نسلم أنه يثبت في ذمته عينًا ، وإنما ضمن الإحضار ، وذلك ليس بعين [٢] .

١٤٨٩٥ – فإن قيل : هذه المسألة عبر عنها الفقهاء بأنها كفالة بالنفس [٣] .

١٤٨٩٦ – قلنا : معناه : كفالة بإحضار النفس ، وقد يحذف المضاف ويقام المضاف إليه مقامه [٤] .

١٤٨٩٧ – فأما السلم في الأعيان : فإن لم يشترط التأجيل جاز العقد وكان بيعًا ، وإن ذكر التأجيل فسد العقد ، لأن الأعيان لا يصح تأجيلها [٥] .

١٤٨٩٨ – فأما الكفالة : فالمضمون الإحضار وذلك يجري مجري المنافع ، فيصح دخول عليه .

١٤٨٩٩ – قالوا : كفالة بنفس من عليه حق ؛ فوجب / أن تكون باطلة ، أصله : إذا كانت ببدن من عليه حد . ١٧١/

١٤٩٠٠ – قلنا : هذا الأصل غير مسلَّم ، ويجوز الكفالة فيه بالإحضار على ما بينا .

١٤٩٠١ – قالوا : عقد على غير [٦] شرط فيه تأخير التسليم ؛ فوجب أن لا يصح . أصله : إذا باع عينًا وشرط أن يسلمها في وقت مستقبل [٧] .

١٤٩٠٢ – قلنا : لا نسلم أن العقد وقع على عين ، وإنما وقع على منفعة .

١٤٩٠٣ – وقولهم [٨] : – « شرط فيها تأخير التسليم – » [٩] لا معنى له ؛ لأنه لو كفل بالنفس على أن يسلمها في الحال لم يصح [١٠] عندهم ، ولا معنى لذكر شرط التأخير .

---

(١) في (م) ، (ع) : [نخل] .
(٢) في (م) ، (ع) : [بغيره] .
(٣) في (م) ، (ع) : [في النفس] .
(٤) في (م) ، (ع) : [وقام مقامه المضاف إليه] .
(٥) في (ع) : [لا تصح] ، وفي (م) ، (ع) : [بأجلها] ، مكان : [تأجيلها] .
(٦) في (ع) ، (ن) : [عين] مكان : [غير] .
(٧) في (م) ، (ع) : [مستقل] .
(٨) في (ع) : [وقوله] .
(٩) في (م) ، (ع) : [السلم] .
(١٠) في (ع) : [لا يصح] .

١٤٩٠٤ - ولأن الأعيان إذا شُرِط تأخير تسليمها لم يكن في ذلك فائدة إلا مع موجب العقد فيها ؛ لأن المسلم في الثاني : هو الذي يسلم في الحال ، وليس كذلك تسليم المكفول به ؛ لأن التسليم في وقتٍ غيرُ التسليم في غيره [1] ، لأنه قد ينتفع بإحضاره في وقت مخصوص بإقامة البينة عليه ، فصار ذلك كالأجل في الديون لما كان في ثبوته فائدة صح أن يثبت .

١٤٩٠٥ - قالوا : كفالة بعين ؛ فلم تصح كالكفالة [2] بالمال الذي في يد الموصي والمضارب ، وكما لو تكفل بنفسه ، بغير إذنه .

١٤٩٠٦ - قلنا : قد بينا أن الكفالة ليست بالعين ، والوصف غير مسلَّم . فأما الكفالة بالمال إذا كان أمانة فإنها لا تصح [3] ؛ لأنه غير مضمون على المكفول عنه ، فلا يصح أن يضمنه كفيله ، وإنما يجب على المؤتمن دفع يده ، والتخلية بين المالك وماله ، فإذا [4] ضمن ضامن هذا المعنى صح ، كما أن حضور المدعي معنى يلزمه ويخاصم فيه ، فيصح أن يضمن عنه .

١٤٩٠٧ - فإن قيل : الشاهد يلزمه أن يحضر لأداء الشهادة ، ولا يتكفل بحضوره .

١٤٩٠٨ - قلنا : ما يلزمه [5] عبادة لا يصح أن يخاصم فيها ولا يتكفل بها ، كما لا تصح الكفالة [6] بالعبادات ، فأما [7] إذا تكفل بالنفس بغير أمر المكفول عنه فتصح الكفالة عندنا ، كما تصح الكفالة بالمال بأمره وبغير أمرِه .

١٤٩٠٩ - قالوا : كفالة لا تجب في الذمة ، فوجب أن لا تصح ، كالكفالة بالأمانات .

١٤٩١٠ - قلنا : إذا جاز أن يلزم المدعى عليه مال في ذمته وجاز أن يلزمه حق هو الحضور [8] ، ثم لو جاز أن يضمن أحد [9] الأمرين جاز أن يضمن الآخر .

١٤٩١١ - والمعنى في الأمانات : ما ذكرنا : أن العين غير مضمونة على الأصيل [10] ،

---

(١) زيادة بين [غيره] و [لأنه] في هذه الجملة بلفظ : « وعرض في كل واحد من المسلمين » ولم نشأ إثباتها لفساد المعنى بها ولخروجها عن السياق .

(٢) في (م) ، (ع) : [الكفالة] ، بدون الكاف .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا يصح] . (٤) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يلزمه] ، بدون [ما] .

(٦) في (ع) : [لا تصح الكفالات] . (٧) في (م) ، (ع) : [وأما] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لهذا بخضور] ، مكان : [هو الحضور] .

(٩) فلفظ : [أحد] ساقط من (م) ، (ع) . (١٠) في (م) ، (ع) : [الأصل] .

فلم يضمنها الكفيل ، ولهذا جوزنا الكفالة بالأعيان المضمونة ، فأما أن يكفل بتسليم الأمانة فيجوز فيما يلزم الأصيل [١] تسليمها

١٤٩١٢ - فإن قيل : إنما تثبتون كلامكم في هذه المسألة على أن الحضور يستحق على المدعى عليه ، ونحن لا نسلم ذلك ، لأنه إن كان المدعي صادقا لزم دفع الحق ، وإن كان كاذبا لم يجب عليه الحضور ، وكان له دفعه عن نفسه .

١٤٩١٣ - قلنا : غلط ؛ لأن المدعي قد يكون صادقًا ، فلا يمكن [٢] الخروج من الحق إلا بالحضور ، مثل أنَ تَّدعي [٣] عليه العُنَّة ، فلا يمكن إيفاء [٤] الحق إلا بتأجيل الحاكم . والمدعى عليه القذف إذا [٥] كان صادقًا لم يمكنه إيفاء [٦] حقه إلا بالحاكم . ومن يدعي حقًّا على الميت ولا يمكن الوصي دفع حقه وإن علم صدقه ، لأنه لا يصدق على الصغار ، ولابد من الحضور ليحكم الحاكم ، فعلم أن التقسيم الذي قسموه ليس بصحيح .

١٤٩١٤ - ولأن المدعي إذا كان كاذبًا فإن الحضور فيه [٧] حق اللّه ، ولهذا يطالب الحاكم به ويؤدب على الامتناع منه ، فيجب عليه الحضور لحق اللّه تعالى وإن كان يعلم أنه لا حق عليه ، كما أن القاذف إذا [٨] كان صادقًا يجب عليه الحضور مع مدعي القذف عليه ؛ لأنه تعلق عليه حق اللّه تعالى وهو الجلد ؛ فلزمه الحضور لأجل ذلك .

١٤٩١٥ - قالوا : لو صحت هذه الكفالة لم يبرأ الكفيل منها إلا بالإبراء أو بالأداء ، كالكفالة بالديون ، فلما سقطت بموت المكفول عنه علم أنها لا تصح .

وربما قالوا : كل عين لم تكن مضمونة مع التلف لم تكن مضمونة مع السلامة ، كالوديعة [٩] .

١٤٩١٦ - قلنا : إذا مات المكفول به فموته يسقط [١٠] عنه الحضور ، وسقوط الحق عن الأصيل يوجب سقوطه عن الكفيل . وبمثله في الكفالة بالمال إذا وهب مولى العبد عبده من غريمه برئَ كفيله ، فلم يوجد هناك سقوط الدين عن كفيله .

---

(١) في (م) ، (ع) : [الأصل] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فلا يمكنه] .
(٣) في (م) ، (ع) : [أن يدعي] .
(٤) في (م) ، (ع) : [إبقاء] بالباء ، والقاف المعجمتين .
(٥) في (م) ، (ع) : [فإذا] .
(٦) في (ع) : [إبقاء] .
(٧) لفظ : [فيه] ساقط من (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [إن] .
(٩) قاعدة : « كل عين لم تكن مضمونة مع التلف لم تكن مضمونة مع السلامة ، كالوديعة » .
(١٠) في (م) ، (ع) : [سقط] .

مسألة ٧٤٢

شرط الخيار في الكفالة

١٤٩١٧ - قال أصحابنا : إذا شرط في الكفالة الخيار ، جاز [1] .

١٤٩١٨ - وقال الشافعي : لا يصح شرط الخيار فيها ، وتبطل الكفالة [2] .

١٤٩١٩ - لنا : أنه شرط يجوز في المبيع ، فجاز في الكفالة ، كشرط الأجل .

ولأن كل عقد لا يستحق فيه القبض في حال المجلس لا يبطله خيار الثلاث [3] ؛ أصله : البيع .

ولا يلزم : الصرف ، والسلم ؛ لأن القبض في المجلس فيهما شرط .

ولا يلزم : النكاح ؛ لأن خيار الشرط لا يبطله .

ولأنه عقد يجوز بالدراهم المؤجلة ؛ فلا يبطله خيار الثلاث ، كالبيع .

١٤٩٢٠ - فإن قيل : جواز الخيار في البيع استحسان ، وعندكم : لا يجوز القياس على موضع [4] الاستحسان .

١٤٩٢١ - قلنا : يجوز عندنا إذا كان غير المذكور أولى بالحكم من المذكور ، والخيار فيه خطاب ، والكفالة تحتمل من الأخطار [5] ما لا يحتمله البيع ، فإذا جاز في البيع ففي الكفالة أولى .

١٤٩٢٢ - احتجوا : بأن الكفيل قد دخل على بصيرة بترك حظه ، فلم يثبت له الخيار ، كالمولى في الكتابة .

١٤٩٢٣ - قلنا : الأصل غير مسلَّم ، ويجوز شرط الخيار في الكتابة .

---

(١) في (ع) : [إذا شرط الخيار في الكفالة جاز] ، بتقديم : [الخيار] . راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الضمان والكفالة » (٤٦٠/١) ، المسألة (٢٦٧٢) .

(٢) راجع المسألة في : الأم « باب الضمان » (٢٠٤/٣) ، حلية العلماء « كتاب الضمان » (٧٧/٥) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الضمان » ، « الباب الأول في أركانه » بذيل المجموع (٣٨٠/١٠) ، المغني « باب الضمان » (٦١٣/٤) .

(٣) قاعدة : « كل عقد لا يستحق فيه القبض في حال المجلس لا يبطله خيار الثلاث » .

(٤) في (م) ، (ع) : [مواضع] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يحتمل من الإحصار] ، مكان المثبت .

١٤٩٢٤ - ولأن الكفيل يحتاج إلى الارتياء ؛ لأن من الناس من يكون مليًا بالدين ، فإذا تكفل عنه بأمره قدر على الرجوع ، ومنهم من يكون بخلاف ذلك ، وقد يتكفل ويكون الطالب سهل (١) المطالبة ولا يفسده على غريمه ، وقد يكون بخلاف ذلك ، وهو بشرط الخيار ليختبر (٢) حالهما ، كما شرط في المبيع (٣) لينظر هل له حظ (٤) أم لا ؟ .

١٤٩٢٥ - قالوا : عقد يلزم بنفسه ، فلم يدخله خيار الشرط ، كالنكاح (٥) .

١٤٩٢٦ - قلنا : خيار الشرط للفسخ ، والنكاح لا يدخله الفسخ ، والكفالة يدخلها الفسخ ، ولا يعتبر فيها القبض في المجلس ، كالبيع .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [ممن سهل] ، بزيادة : [ممن] .
(٢) في (م) ، (ع) : [شرط الخيار] بدون الباء ، وفي (ع) : [لتخيير] ، مكان : [لتختبر] .
(٣) في (م) ، (ع) : [البيع] .
(٤) في جميع النسخ : [حط] ، بالطاء المهملة ، لعل تصويبه بالمعجمة .
(٥) في (م) ، (ع) : [كالخيار] ، مكان : [كالنكاح] .

مَوْسُوعَة
القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَةِ
المُسَمَّاة
التَّجْرِيدِ

كتاب الشركة

مسألة (١) ٧٤٣

شركة المفاوضة

١٤٩٢٧ - قال أصحابنا : شركة المفاوضة (٢) جائزة ، وحكمها : أن يتساوي الشريكان في الأموال ، لكن يصح عقد الشركة عليها ، ويتساويا في التصرف ، ويكون كل واحد منهما وكيل الآخر وكفيلًا عنه (٣) .

١٤٩٢٨ - وقال الشافعي : شركة المفاوضة (٤) باطلة ، وقال : إن كانت صحيحة فليس في الدنيا عقد باطل ، ما القمار إلا هذا (٥) .

(١) قال ابن الهمام : « الشركة لغة : خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما ، وما قيل : إنه اختلاط النصيبين تساهل ، فإن الشركة اسم مصدر ، والمصدر : الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركًا ، فظهر أنه فعل الإنسان ، وفعله الخلط » ، في فتح القدير (١٥٢/٦) ، وفي الشرع : قال الشيخ زاده في مجمع الأنهر (٧٢٢/١) : « هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح » ، وقال ابن قدامة في المغني (٣/٥) : « هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف » ، وقال صاحب كفاية الأخيار (٢٨٠/١) : « الشركة : عبارة عن ثبوت الحق في الشيء الواحد لشخصين فصاعدًا على جهة الشيوع » .

(٢) المفاوضة لغة : المساواة والمشاركة ، وهي مفاعلة من التفويض ، كأن كل واحد منهما رد ما عنده إلي صاحبه . راجع : النهاية « باب الفاء مع الواو » (٤٧٩/٣) ، لسان العرب ، مادة : « فوض » (٣٤٨٦/٥) .
وشركة المفاوضة هي : أن يشترك متساويان فأكثر تصرفًا ودينًا ومالًا وربحًا ، وتتضمن الوكالة والكفالة . راجع : فتح القدير مع الهداية (١٥٦/٦) ، مجمع الأنهر (٧٢٥/١) ، المهذب (٣٤٦/١) ، الكافي لابن قدامة (٢٦٦/٢) .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الشركة » ص (١٠٦ ، ١٠٧) ، روضة القضاة « كتاب الشركة » ، « فصل أنواع شركة العقود » (٥٦٢/٢ ، ٥٦٣) ، المسألة (٣٣٢٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » (٥٨/٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الشركة » (١٥٦/٦ - ١٥٨) ، البناية مع الهداية « كتاب الشركة » (٨٢٧/٦ - ٨٣١) ، مجمع الأنهر « كتاب الشركة » (٧٢٥/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [المعاوضة] .

(٥) راجع المسألة في : الأم ، في « الشركة » (٢٠٦/٣) ، مختصر المزني « باب الشركة » ص١٠٩ ، حلية الفقهاء « باب الشركة » ص١٤٤ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، « كتاب الشركة » (٧٣/١٤ - ٧٥) ، حلية العلماء « كتاب الشركة » (٩٩/٥ - ١٠١) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الشركة » ، بذيل المجموع (٤١٣/١٠ ، ٤١٥) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الشركة » ، « باب تصرف الشريك في مال الشركة » (٧٨٣/٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب الشركة » (٣٥/٣ ، ٣٩) ، بداية المجتهد « كتاب الشركة » (٢٧٦/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الخامس في الشركة » ص٢٩٠ ، البهجة في شرح التحفة « فصل في الشركة » (٢٠٩/٢ ، ٢١٠) ، المغني « كتاب الشركة » (٣٠/٥) ، الكافي لابن قدامة « باب الشركة » (٢٦٦/٢) ، الإنصاف « كتاب الشركة » (٤٦٤/٥ ، ٤٦٥) .

١٤٩٢٩ - وهذا كلام يتوجه على ابن أبي ليلى لأنه يقول : ما ورثه أحد المتفاوضين أو وهب له [١] فللآخر نصفه ، وكذلك إذا أخذ أحدهما كراء [٢] ، فأما نحن فلا نقول هذا .

والدليل [٣] على ما قلنا : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [٤] ، وقوله ﷺ : « المسلمون عند شروطهم » [٥] ، وقوله ﷺ : « تفاوضوا فإنه أعظم للبركة » [٦] ، وقال : « إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة ، فإنه [٧] أعظم للبركة ، ولا تجادلوا [٨] فإن المجادلة من الشيطان » [٩] .

١٤٩٣٠ - ولا يقال : إنه محمول على المفاوضة في الرأي ؛ لأن اللفظ عام في الجميع .

١٤٩٣١ - قالوا : هذا الاسم لهذا العقد لم يكن في زمن النبي ﷺ .

١٤٩٣٢ - قلنا : غلط ؛ فإن العُتْبي [١٠] قال في « علوم الحديث » : المفاوضة لغة أهل الحجاز ، وهذا يدل على [١١] أنهم يعرفون الاسم .

---

(١) في (م) ، (ع) : [المتعاوضين إذا وهب له] ، مكان المثبت .

(٢) في جميع النسخ : [كرا] ، لعل الصواب ما أثبتناه بالهمزة ، والكراء : الأجرة . راجع : المصباح المنير ، مادة : [كري] (٥٠٥/٢) .

(٣) راجع في ذلك : اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي [باب في الشركة والعتق وغيره] ص٩٧ ، الأم [كتاب ما اختلف فيه أبو حنيفة وابن أبي ليلي] ، [باب في الشركة والعتق وغيره] (١٣٥/٧) (ط ، دار المعرفة) ، مختصر الطحاوي [كتاب الشركة] ص١٠٧ ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية [كتاب الشركة] (١٦٤/٦) ، وفي ط : [التابل] ، وفي (ع) : [التأويل] ، مكان : [والدليل] .

(٤) سورة المائدة : الآية ١ .

(٥) تقدم تخريجه في المسألة (٦١٧) وفي مسألة (٦٣٨) .

(٦) في (ع) : [تعاوضوا] ، مكان : [تفاوضوا] ، وفي (م) ، (ع) : [البركة] ، مكان : [للبركة] .

(٧) في (ص) : [فإن] ، بدون الهاء .

(٨) قوله : [ولا تجادلوا] ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٩) لم نقف على هذا الحديث بعد .

(١٠) في (م) : [العببي] بدون نقط . قال السمعاني : [العتبي : بضم العين المهملة ، وسكون التاء المنقوطة باثنتين من فوقها ، وكسر الباء بواحدة من تحتها] ، ثم ذكر من اشتهر بهذه النسبة ، ولعل المراد هنا بالعتبي : هو أبو الحسين ، أحمد بن إبراهيم بن عبدوية بن سدوس الهذلي ، العبدويي ، النيسابوري ، والد الحافظ أبي حازم عمر ، حدث عن أبي بكر بن خزيمة ، وغيره ، وحدث عنه ابنه أبو حازم ، والحاكم ، وغيرهما ، توفي رحمه الله في رمضان ، سنة خمس وثمانين وثلاثمائة .

(١١) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) .

١٤٩٣٣ - ولأنه نوع شركة ؛ فكان منه ما يصح ، كشركة العنان (١) .

ولا يلزم : الشركة بالعروض ، وشركة الاحتطاب والاصطياد ؛ لأنها بعض النوع ، ألا ترى : أنها إما أن تقع (٢) مفاوضة ، أو عنانًا (٣) .

١٤٩٣٤ - قالوا : هذه الأنواع المشتركة اصطلح الفقهاء عليها ، ولم تكن متنوعة (٤) على زمن رسول الله ﷺ ، فكيف تكون (٥) علة الحكم ؟ .

١٤٩٣٥ - قلنا : شركة المفاوضة : لغة أهل الحجاز على ما قدمنا ، وشركة العنان : (٦) اسم موضوع في اللغة ، ذكره أهل اللغة في كتبهم وبينوا اشتقاقه ، وجاء في الشعر (٧) :

وشاركنا قريشًا في تقاها ... وفي أحسابها شرك العنان (٨)

١٤٩٣٦ - وإذا كان هذا التنويع في الجاهلية لم يصح ما قالوه .

١٤٩٣٧ - فإن قيل : في الشرع عقود انفرد كل واحد منها باسم وجميعها فاسدة

---

(١) في (م) ، (ع) : [العيان] . وشركة العنان : هي أن يشتركا في شيء خاص دون سائر أموالهما ، قال ابن السكيت : وشركة العنان كأنها مأخوذة من عَنَّ لهما شيء إذا عرض ، فإنهما اشتركا في شيء معلوم ، وانفرد كل منهما بباقي ماله . وقال بعضهم : مأخوذة من عنان الدابة ، إما لاستواء الشريكين في ولاية التصرف والفسخ والربح بقدر المالين ، كاستواء طرفي العنان ، أو لمنع كل منهما الآخر التصرف كما شاء ، كمنع العنان الدابة ، أو لمنع الشريك نفسه من التصرف في المشترك ، وهو مطلق التصرف في أمواله ، كمنع الآخذ العنان بإحدي يديه من استعماله كيف شاء ، ويده الأخرى مطلقة يستعملها كيف شاء ، وقيل : من عن الشيء إذا ظهر ، لأنها أظهر الأنواع ، أو لأنه ظهر لكل من الشريكين مال الآخر ، وقيل : من المعانة ، وهي المعارضة ، لأن كل واحد من الشريكين عارض شريكه بمثل ماله . راجع : المقدمات الممهدات « كتاب الشركة » (٣٧/٣) ، المغرب في « العين مع النون » ص٣٣٠ ، تهذيب الأسماء واللغات ، مادة : [عنن] (٤٧/٣) ، لسان العرب (٣١٤١/٤) ، المصباح المنير (٤١٠/٢) ، أنيس الفقهاء ص١٩٤ ، مغني المحتاج « كتاب الشركة » (٢١٢/٢) .

(٢) في (م) : [أن يقع] .

(٣) في (ص) : [عنان] ، وفي (م) : [عيان] ، وفي (ع) : [عيانًا] ، والصواب كما أثبتناه .

(٤) في (م) : [لم يكن] ، مكان : [لم تكن] ، وفي (م) ، (ع) : [متبوعة] ، مكان : [متنوعة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يكون] .

(٦) في (م) ، (ع) : [العيان] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فبينوا اشتقاه وحاب الشعر] ، مكان المثبت .

(٨) في (ص) : [وشاركها قريشًا في بقاها] ، مكان الشطر الأول ، وفي (م) ، (ع) : [وشاركها قريبًا من بقاها : وفي حسابها ترك العنان] ، مكان المثبت ، والتصويب من لسان العرب . والقائل لهذا البيت هو النابغة الجعدي ، ذكره ابن منظور في لسان العرب مادة : [عنن] (٣١٤١/٤) ، والكاساني في بدائع الصنائع (٥٨/٦) .

كبيع المَجْر [١] ، والملامسة ، والمنابذة [٢] .

١٤٩٣٨ – قلنا : هذا غلط ؛ لأن أنواع البيع مع الأعيان والصرف والسلم ، فأما بيع المجر [٣] فهو : عقد على عين مخصوص ، كبيع الخمر والميتة ، فهو بعض نوع بيوع [٤] الأعيان ، وأما بيع المنابذة والملامسة : فهما أيضًا [٥] بعض نوع بيوع [٦] الأعيان ، وإنما صفة الإيجاب والقبول فيهما تختلف .

١٤٩٣٩ – فإن قيل : المعنى في العنان إذا تفاضلا في المال ، فلا تصح المفاوضة [٧] ، ثم التفاضل يبطل [٨] بموضوع عقد المفاوضة [٩] ، لأن معناها التساوي ، ولا يبطل موضوع العنان .

١٤٩٤٠ – ولا يقال : لَمَّا صح أحد [١٠] العقدين مع وجود معنى لا ينفي مقتضاه صح العقد الآخر معه وإن عين مقتضاه ؛ ألا ترى : أن بيوع الأعيان لا يعتبر فيها التقابض ويعتبر في عقد الصرف [١١] .

ثم لا يصح أن يقال : لما جاز البيع مع ترك التقابض جاز كذلك بالصرف ، لأن الصرف

---

(١) في سائر النسخ : [المحير] ، الصواب ما أثبتناه . والمَجْر – بفتح الميم وإسكان الجيم – : قال أبو زيد : هو أن يباع البعير أو غيره بما في بطن الناقة ، وقيل : هو اشتراء ما في الأرحام ، وقيل : هو المحاقلة والمزابنة . راجع : السنن الكبرى للبيهقي « كتاب البيوع » ، « باب النهي عن بيع حبل الحبلة » (٣٤١/٥) ، النهاية « باب الميم مع الجيم » (٢٩٨/٤ ، ٢٩٩) ، المغرب ص٤٣ ، تهذيب الأسماء واللغات ، مادة : « مجر » (١٣٤/٣) ، لسان العرب (٤١٣٩/٥) ، المصباح المنير (٥٣٧/٢) ، تلخيص الحبير (١٦/٣) ، الحديث (١١٧٢) .

(٢) اختلف العلماء في تفسير الملامسة على ثلاثة أقوال ، أحدها : أن يأتي بثوب مطوي ، أو في ظلمة ، فيلمسه المستام فيقول صاحب الثوب : بعتكه بكذا ، بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ، ولا خيار لك إذا رأيته ، والثاني : أن يجعل نفس الملمس بيعًا بغير صيغة زائدة ، والثالث : أن يجعلا اللمس شرطًا في قطع خيار المجلس . ولهم في المنابذة أيضًا ثلاثة أقوال ، أحدها : أن يجعلا نفس النبذ بيعًا ، بأن يقول : أنبذ إليك ثوبي وتنبذ إلي ثوبك على أن كل واحد مبيع بالآخر ، والثاني : أن يجعل النبذ بيعًا بغير صيغة ، والثالث : أن يجعلا النبذ قاطعًا للخيار ، والبيع على التأويلات كلها باطل . راجع : فتح العزيز « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث في الفساد من جهة النهي » بذيل المجموع (١٩٣/٨) ، البناية مع الهداية « باب البيع الفاسد » (٢١٠/٧ ، ٢١١) ، نيل الأوطار « باب النهي عن بيوع الغرر » (١٥١/٥) .

(٣) في سائر النسخ : [المحير] ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) في (ص) ، (م) : [بنوع] .

(٥) الزيادة : لمقتضي السياق .

(٦) في (ص) ، (م) : [بنوع] .

(٧) في (م) ، (ع) : [المعاوضة] .

(٨) في (م) : [تبطل] .

(٩) في (م) ، (ع) : [المعاوضة] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [أخذ] .

(١١) في (م) ، (ع) : [التصرف] .

١/ب مأخوذ من صرف كل واحد منهما ما عقد عليه إلى الآخر / ، فترك القبض ينفي موضوعه .

١٤٩٤١ - فإن قيل : المعنى في شركة العنان : أنها تصح مع اختلاف الدين ، فصحت مع الاتفاق (١) ، [والمفاوضة لا تصح مع الاختلاف في الدين ، فلم تصح مع الاتفاق] ، أو (٢) يقولون : المعنى في العنان : أنها تصح (٣) بين الحر والعبد .

١٤٩٤٢ - قلنا : أصل علتنا (٤) العنان مع اختلاف الدين بين الحر والعبد ، ثم المسلم والكافر ، والحر (٥) والعبد لا يتساويان في تصرفهما ، وموضوع أحد التساوي ، ولهذا تجوز المفاوضة بين اليهودي والنصراني وإن اختلف دينهما لتساويهما (٦) في عرفهما والاختلاف في التصرف لا ينفي مقتضي العنان ، وينفي مقتضي المفاوضة ، فلم يجز أن يقال : لما صح العقد مع وجود معنى لا ينفي (٧) مقتضاه ، صح مع وجود معنى ينفيه على ما قدمنا .

١٤٩٤٣ - ولأن ما يعقد (٨) عليه الشركة يجوز أن يشرط (٩) فيه التساوي . الدليل عليه : أن التساوي في صفة المال مشروط في الشركة باتفاق عندهم في جميع الشركة ، وعندنا في المفاوضة إذا كان الاختلاف يوجد فلا يوجد في (١٠) اختلاف القيمة ، كذلك التساوي في قدر رأس المال يجوز أن يكون (١١) شرطًا .

١٤٩٤٤ - ولأن الشركة عقد يقصد به المال ، فجاز أن يكون فيه ما شرطه التساوي في المال ، كالصرف (١٢) .

١٤٩٤٥ - [ولأنه عقد يتناول ثمنين ؛ فجاز أن يكون التساوي فيهما شرطًا ، كالصرف] .

---

(١) في جميع النسخ : [إنما يصح مع اختلاف الدين وصحت مع الاتفاق] ، مكان المثبت ، الصواب ما أثبتناه .
(٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [إذ] ، مكان : [أو] .
(٣) في (م) ، (ع) : [الاعشارة إنما يصح] ، مكان : [العنان أنها تصح] .
(٤) في (م) ، (ع) : [علنا [بدون نقطة ، لعل الصواب ، [علتنا] .
(٥) قوله : [والحر] ساقط من (م) ، (ع) . (٦) قوله : [لتساويهما[ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (ع) : [لا يبقى] .
(٨) في (م) ، (ع) : [ولازمًا] ، مكان : [ولأن ما] ، وفي (ع) : [بعقد] ، مكان : [يعقد] .
(٩) في (ص) ، (م) : [أن شرط] . (١٠) في (م) ، (ع) : [موجب] .
(١١) لفظ : [يكون] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(١٢) في (م) ، (ع) : [كالتصرف] .

ولأن العنان [١] عقد شركة خاصًّا ؛ فجاز أن تنعقد شركة هي أعم منها ، كالشركة في نوع من المال [٢] .

ولأن الكفالة نوع معاملة ، أو عقد يوجب الضمان ، أو عقد يتضمن تمليك دراهم بدراهم [٣] ، فجاز أن تتضمنه الشركة والإذن في التصرف بها ، أصله : البيع ، والشركة .

١٤٩٤٦ - ولا يلزم : النكاح ؛ لأن مضمون المفاوضة [٤] أن كل واحد من المتفاوضين يتزوج أيتهما شاء [٥] .

١٤٩٤٧ - ولأن عقود المعاملات أحد نوعي العقود ؛ فجاز أن يؤثر اختلاف الدين في فساده ، كالنكاح [٦] .

١٤٩٤٨ - احتجوا : بما روي « أن النبي ﷺ نهى عن الغرر » [٧] ، وفي هذه الشركة غرر ؛ لأنه لا يدري ما يضمن صاحبهُ ، وإنما يعرف قدره .

١٤٩٤٩ - الجواب : أنا قد بينا [٨] أن أصل الخبر : « نهى عن بيع الغرر » [٩] مطلق ، والمطلق عند مخالفنا يحمل على المقيد .

ولأن الغرر : ما كان الغالب [١٠] فيه عدم السلامة ، وهذا لا يوجد في الشركة ، لأن الغالب فيها [١١] السلامة .

١٤٩٥٠ - قالوا : شركة لا تصح [١٢] مع اختلاف الدين ؛ فلم تصح مع اتفاقه [١٣] ، كالشركة في العروض والاحتطاب .

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [الأعيان] ، مكان : [العنان] .

(٢) قوله : [من المال [ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) قوله : [بدراهم] ساقط من (م) ، (ع) . (٤) في (م) ، (ع) : [المعاوضة] .

(٥) في جميع النسخ : [الشرك] ، ولا يستقيم به المعنى ، لعل الصواب : [شاء] ، مكان : [الشرك] .

(٦) في (م) ، (ع) : [في النكاح] . (٧) في (م) ، (ع) : [الغرور] .
والمعروف : أنه عليه الصلاة والسلام نهي عن بيع الغرر .

(٨) في (م) ، (ع) : [والجواب [بالعطف ، وفي (ع) : [قدمنا] ، مكان : [قد بينا] .

(٩) تقدم تخريجه في مسألة (٥٦٤) ، وفي مسألة (٥٩٥) .

(١٠) في (م) : [الغايب] . (١١) في (م) ، (ع) : [منها] .

(١٢) في (م) : [لا يصح] . (١٣) في (م) ، (ع) : [إتعابه] .

١٤٩٥١ - قلنا : إذا اختلفا في الدين تفاوت تصرفهما ، فلم يوجد مقتضى العقد ، وإذا اتفقا وجد مقتضاه .

١٤٩٥٢ - ولا يقال : إن العقد إذا لم يصح مع فقد مقتضاه ، كذلك مع وجوده ، فأما العنان فمقتضي العقد يوجد مع اختلاف الدين واتفاقه ، فصح كل الوجهين ، كالبيع .

يبين [١] ذلك : أن النكاح لما كان مقتضاه الإباحة لم يوجد بين المسلم والمجوسية ، وبين الكافر والمسلمة لم يصح العقد لفقد [٢] مقتضاه ، وصح مع [٣] اتفاق الدين لوجود [٤] مقتضاه . ولهذا نقول : إن اختلاف الدين إذا لم يوجب اختلاف التصرف لم يمنع المفاوضة [٥] ، كالكافرين ، وكذلك اختلاف الدين إذا لم يمنع الإباحة لم يؤثر في النكاح ، كالمسلم والكتابية واليهودية والنصرانية . وأما الشركة [٦] في العروض والاحتطاب ، فلو عقداها خاصة وهي العنان لم تصح ، كذلك إذا عقداها عامة وجب أن لا تصح [٧] .

١٤٩٥٣ - قالوا : شركة لا تصح [٨] مع التفاضل في جنس المال الذي اشتركا فيه ، فكذلك مع اتفاقه ؛ أصله : إذا شرطا أن ينفرد أحدهما بشيء من الربح والباقي بينهما .

١٤٩٥٤ - قلنا : التفاضل في المال يزول به مقتضى العقد ، والتساوي فيه يوجد معه مقتضاه .

ولا يقال : لما لم يصح (مقتضى) العقد [٩] (وهو البقاء) إذا البقاء مقتضاه لم يصح إن وجد ، أصله [١٠] : إذا [شرطا التفاضل في الربح .

---

(١) في (م) ، (ع) : [تبين] . (٢) في (ع) : [لعقد] .
(٣) لفظ : [مع] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (ص) : [لوجوده] .
(٥) في (م) ، (ع) : [الصرف فلم يمنع] ، مكان : [التصرف لم يمنع] ، وفي (ع) : [المعاوضة] ، مكان : [المفاوضة] .
(٦) في (م) ، (ع) : [واليهودية والنصرانية وإنما الشركة] ، مكان المثبت .
(٧) في (م) ، (ع) : [أن تصح] ، بدون : [لا] .
(٨) في (م) : [لا تصح] .
(٩) لفظ : [مقتضى] زيادة ، ولفظ : [العقد] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وما بين القوسين : [وهو البقاء] زيادة اقتضاها السياق .
(١٠) في (م) ، (ع) : [وأصله] .

١٤٩٥٥ - والمعنى : أنه شرطٌ لو صح أدي إلى التفاضل المفسد للعقد . وإذا] شرطا [1] التساوي بخلافه ، ولهذا نقول : إن شرط الربح في العنان [2] يصح ، لأنه لا يؤدي إلى إبطال الشركة بنفي مقتضاها [3] .

١٤٩٥٦ - قالوا : عقد لا يصح بين المسلم والذمي من غير أن يلحق بالمسلم صغار ، فلم يصح بين المسلمين ، كشركة الاحتطاب .

١٤٩٥٧ - قلنا : هذا الوصف الذي احترزتم به عن النكاح لعدم الإباحة للصَّغَارِ . ألا ترى : أن المسلم لم يتزوج الوثنية والمجوسية لعدم الإباحة [4] وإن لم يلحقه بذلك صغار ، فثبت أن اختلاف الدين يؤثر في العقد إذا انتفى مقتضاه ، كذلك الشركة إذا انتفي باختلاف الدين مقتضاها من التساوي في التصرف لم يصح ، وإن وجد مقتضاها مع اختلاف الدين .

١٤٩٥٨ - قالوا : عقد شركة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه في ضمان ما لا تقتضيه الشركة ، فوجب أن تكون باطلة . أصله [5] : إذا شرطا أن يدخلا في ضمان الجناية [6] على الآخر .

١٤٩٥٩ - قلنا [7] : عندنا يضمن كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه من الضمان فيما يتعلق بالتجارات وضمان البيع الفاسد ، وكذلك الضمان المتعلق بالمغصوب [8] يتعلق بالتجارة ، لأن ضمانه موضوع للتمليك عندنا .

١٤٩٦٠ - ولأن التجار قد يكون منهم التفريط في الأمانات ، فلم نسلم أنه شَرَطَ المشاركة في ضمان [9] ما لا تقتضيه الشركة . والأصل غير مسلم ؛ لأنها تقتضي مشاركة كل واحد منهما صاحبه فيما يكتسبه بصنعته [10] من غير مال الشركة [11] ،

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [شرط] ، مكان : [شرطا] .

(٢) قوله : [في العنان [ساقط من (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [مقتاضاه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الإباحة للصغار] ، بزيادة : [للصغار] .

(٥) لفظ : [أصله] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) لفظ : [الجناية] ساقط من (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [وإن قلنا] ، بزيادة : [وإن] .

(٨) في (ص) : [بالغصوب] .

(٩) في (م) ، (ع) : [فيما في ضمان] ، بزيادة : [فيما] .

(١٠) في (م) : [بصيعته] .

(١١) في (ص) : [للشركة] . وما أثبتناه من (م) ، (ن) ، (ع) .

والثاني : المشاركة في الضمان الذي يلزمه في غير مال الشركة بعقد [١] الكفالة وبالغصب وضمان ما يتقبله [٢] من الأعمال .

١٤٩٦١ - قالوا : بدل عمله لا يجوز أن يشارَكَ فيه ؛ لأن عمله ملكه ، فهو كبدل ثوبه ، وكمهر الشريكة .

١٤٩٦٢ - قالوا : ولا تصح المشاركة في الضمان ؛ لأن المضمون له مجهول ، فهو كما لو [٣] قال (أضمن شخصًا فلا يصح) [٤] : لأن عندنا ما يتقبله أحدهما من الأعمال يلزمهما جميعًا ، وكأنهما [٥] عقدا عليه . وما ابتاعه [٦] أحدهما فكأنهما ابتاعاه ، والعمل واجب عليهما والأجرة لهما ، فكل واحد منهما يستحق بدل العمل الذي لزمه بالعقد ، فإذا [٧] انفرد بالعمل صار معينًا لشريكه ، فحكمه حكم من يقبل بعمل من الأعمال واستعان برجل حتي يعمله ، فإن الأجرة للعاقد وإن [٨] كان العمل حصل من غيره فيكون مستحقًّا بالعقد ، وجاز فيها ما لا يجوز بالانفراد ، ألا ترى : أن شركة العنان تتضمن الوكالة وتصح [٩] مع جهالة ما وكله بابتياعه ، ولو أفرد الوكالة بذلك لم تصح [١٠] ، فإذا صارت تابعة للعقد جاز فيها ما لا يجوز على الانفراد . وكذلك المضاربة [١١] إذا قال : خذ هذه الألف مضاربة [١٢] بالنصف جاز .

١٤٩٦٣ - ولو قال : وكلتك [١٣] ، ولم يبين ما وكله لم يصح ، ولو انفرد بالوكالة انعزل بالنهي ، ولو نهي المضارب عن التصرف بعد الشرى لم يؤثر النهي في منعه من

---

(١) في (ع) : [بقصد] .

(٢) في صلب (ص) : [يبلغه] ، وما أثبتناه من (م) ، (ع) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى .

(٣) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) . (٤) ما بين القوسين زيادة .

(٥) في (م) ، (ع) : [وكأنها] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وكان ما ابتاعه] ، بزيادة : [كان] ، غير أن الواو العاطفة ساقطة من (م) .

(٧) في (م) ، (ع) : [فإن] . (٨) في (ع) : [فإن] .

(٩) في (م) : [يتضمن الوكالة ويصح] . (١٠) في (م) ، (ع) : [لم يصح] .

(١١) المضاربة في اللغة : مفاعلة من ضرب في الأرض إذا سار فيها ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ ﴾ ، يعني الذين يسافرون للتجارة ، وفي الشرع : المضاربة هي عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر . راجع : المغرب ص٢٨١ ، التعريفات ص٢١٨ ، تحفة الفقهاء (١٩/٣) ، فتح القدير مع الهداية (٤٤٥/٨ - ٤٤٧) ، أنيس الفقهاء ص٢٤٧ .

(١٢) في (م) ، (ع) : [وضاربه] ، مكان : [مضاربة] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [وكيلك] .

البيع ، وبيع الشريك [١] على الانفراد لا يصح ، ولو دخل تابعا على الأرض جاز ، ولو باع عبدًا بثمن مجهول لم يصح البيع ، ولو باع عبدين بألف جاز العقد مع جهالة حصة [٢] كل واحد من العبدين ، فثبت أن الشيء يجوز فيه تبعًا [٣] لعقد ما لا يجوز فيه إذا أفرده [٤] بالعقد ، كذلك الكفالة لمكفول له مجهول لا تصح [٥] ، وإن صارت تابعة لعقد الشركة جازت .

* * *

(١) في (ع) : [الشركة] ، وفي غيرها : [الشرك] .
(٢) في (م) ، (ع) : [صحة] .
(٣) في (ع) : [بيعا] ، وفي غيرها : [تباعًا] .
(٤) في (م) ، (ع) : [أقرره] .
(٥) في جميع النسخ : [لا يصح] ، والصواب ما أثبتناه ، لأنه راجع إلى الكفالة .

مسألة ٧٤٤

حكم شركة الصنائع

١٤٩٦٤ - قال أصحابنا : شركة الصنائع جائزة (1) .

١٤٩٦٥ - وقال الشافعي : باطلة (2) .

لنا : أن الناس يعقدون هذه الشركة في سائر الأعصار ، وقد قال رسول اللَّه ﷺ : « ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند اللَّه حسن ، وما رآه المسلمون سيئة فهو (3) عند اللَّه سيئة » (4) .

١٤٩٦٦ - ولأنها نوع شركة كان منها ما يجوز ، كشركة المال .

ولأن ما يستحق به الربح في المضاربة يجوز أن يستحق به الربح في الشركة ، كالأموال .

---

(١) شركة الصنائع : هي أن يشترك اثنان على عمل من الأعمال ، مثل الخياطة والحدادة والصباغة ، على أن يكون الكسب بينهما على ما شرطا ، وتسمي شركة الأعمال ، وشركة التقبل ، وشركة الأبدان ، ولا يشترط الحنفية في جواز هذه الشركة اتحاد العمل والمكان ، خلافًا لزفر . راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الشركة » ص١٠٧ ، روضة القضاة « كتاب الشركة » (٥٧١/٢) ، المسألة (٣٣٧١) ، تحفة الفقهاء « كتاب الشركة » (١١/٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » (٥٧/٦ ، ٥٨ ، ٦٣ ، ٦٥) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الشركة » (١٨٦/٦ ، ١٨٧) ، البناية مع الهداية « كتاب الشركة » (٨٧٠/٦ - ٨٧٢) ، مجمع الأنهر « كتاب الشركة » (٧٣٤/١) .

(٢) راجع المسألة في : المهذب « كتاب الشركة » (٣٤٦/١) ، حلية العلماء « كتاب الشركة » (٩٧/٥ - ٩٩) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الشركة » ، بذيل المجموع (٤١٣/١٠ - ٤١٥) ، كفاية الأخبار « فصل الشركة » (٢٨١/١) ، مغني المحتاج « كتاب الشركة » (٢١٢/٢) ، المدونة « كتاب الشركة « ، « في الصانعين يشتركان بعمل أيديهما » (٢٣/٤) ، التفريع « كتاب الشركة » (٢٠٦/٢) ، الكافي لابن عبد البر « باب شركة الذمم وشركة الأبدان في الأعمال » (٧٨٤/٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب الشركة » (٣٧/٣ ، ٣٨) ، بداية المجتهد « كتاب الشركة » ، في « القول في شركة الأبدان » (٢٧٦/٢ ، ٢٧٧) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق ص٢٩٠ ، كتاب العقد المنظم بهامش تبصرة الحكام (٣٠/٢) ، الإفصاح في « باب الشركة » (٢٠٤/١) ، المغني « كتاب الشركة » (٥/٥ - ٧) ، الكافي لابن قدامة « باب الشركة » (٢٦٢/٢ ، ٢٦٣) ، العمدة مع العدة « باب الشركة » ص٢٥٦ ، الإنصاف « كتاب الشركة » (٤٦٠/٥) ، المحلى بالآثار « كتاب الشركة » (٥٤١٢/٦) ، المسألة (١٢٣٨) .

(٣) قوله : [سيئة فهو] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) تقدم تخريجه .

١٤٩٦٧ - ولأنها نوع [١] شركة ينعقد على مال من جنبة وعمل من الأخرى [٢] ، وذلك مختلف ؛ فإذا انعقدت من الجنبتين [٣] كانت أقرب إلى الجواز ، لأن الاتفاق فيما تنعقد عليه الشركة أقرب إلى الصحة من الاختلاف ، ألا ترى : أنهما إذا اشتركا ومال كل واحد منهما دراهم جازت الشركة باتفاق ، فإذا [٤] كان من أحدهما : دراهم ، ومن الآخر : دنانير لم تجز مع الاختلاف في العقد [٥] ، فإذا جازت الشركة في المضاربة على مال وعمل ، فلأن تجوز في مسألتنا على [٦] عملين أولى .

١٤٩٦٨ - فإن قيل : المضاربة تنعقد على المال ، والعمل تبع ، بدليل : أنها إذا فسدت كان جميع الربح لرب المال ، وللآخر أجرة مثله .

١٤٩٦٩ - قلنا : لا يجوز أن يكون المعقود عليه من إحدي الجنبتين تابعًا لما في الجنبة [٧] الأخرى ، وإنما يكون ما هو من جنبة واحدة بعضه تابع لبعض .

١٤٩٧٠ - فأما استحقاق الربح : فلأن التسليم يبطل في العقد الفاسد ، فيستحق المضارب قيمة ما بذله [٨] وهو أجر المثل .

١٤٩٧١ - ولأن ما تصح فيه الوكالة تصح [٩] فيه الشركة [١٠] ، أصله : المال وعكسه الاحتطاب .

ولأن ما جاز أن يشرط في المضاربة من أحد جانبيها جاز أن تنعقد [١١] عليه الشركة من الجنبتين [١٢] ، كالمال .

١٤٩٧٢ - احتجوا : بأنهما عقدًا [١٣] شركة على أن يشارك كل واحد منهما

---

(١) في (ص) : [كالأقوال ولا نوع] ، مكان المثبت .
(٢) في (ع) : [من جنسه وعمل من الآخر] ، مكان المثبت .
(٣) في (ع) : [الجنسين] . (٤) في (م) ، (ع) : [وإذا] .
(٥) في جميع النسخ : [اختلاف في العقد] ولا يستقم بدون إضافة المعنى ، لعل تصويبه : اختلف في جواز العقد . وسيأتي رأي الأئمة الأربعة في حكم هذا العقد ، في مسألة (٧٤٦) .
(٦) في (م) ، (ع) : [في ، مكان : [على] .
(٧) في (ع) : [من إحدى الجنسين تابعًا لما في الجنسية] ، مكان المثبت .
(٨) في (ص) ، (م) : [بدله] بالدال المهملة .
(٩) في (م) : [يصح] ، مكان : [تصح] ، في الموضعين .
(١٠) قاعدة : « ما تصح فيه الوكالة تصح فيه الشركة » .
(١١) في (م) ، (ع) : [أن يعقد] . (١٢) في (م) ، (ع) : [الجنسين] .
(١٣) في (ع) : [بأنها] ، مكان : [بأنهما] ، وفي (م) ، (ع) : [عقد] ، مكان : [عقدًا] .

صاحبه في فائدة كسبه المنفرد به ، فوجب أن تكون باطلة ، كالشركة في الاصطياد .

١٤٩٧٣ - قلنا : الوصف غير سليم ؛ لأن كل ما يتقبله كل واحد منهما يلزمه نصف العمل ونصفه يلزم / شريكه ؛ لأنه [(١)] وكيله في تقبل العمل ، فإن عملا فكل واحد منهما يستحق فائدة عمله فهو كسبه ، فإن انفرد أحدهما بالعمل فقد أعان شريكه فيما يلزمه فوقع عمله ، وكأن شريكه استعان بأجنبي حتى عمل .

١٧١/أ

١٤٩٧٤ - فإن قيل : هذا يصح إذا تقبل العمل مطلقًا ، فأما إذا استؤجر أحدهما على أن يعمل بنفسه لم يجز أن يلزم شريكه العمل ، فلا يجوز ضمانه عنه [(٢)] .

١٤٩٧٥ - قلنا : العمل وحده [(٣)] لا يدخل في الشركة عندنا ، وإنما يدخل فيها ما يتقبله [(٤)] مطلقًا ، فيلزم العمل لكل واحد منهما ، وأما إذا أجر نفسه خاصة لم يصح ضمان هذا العمل ولا الوكالة فيه ، فلا يدخل في الشركة .

١٤٩٧٦ - فإن قيل : لو أخذ أحدهما عملًا على وجه الجعالة [(٥)] فقيل له : إن خطت [(٦)] هذا الثوب فلك درهم [دخل في الشركة والعمل غير مضمون ، فإنه مخير إن شاء عمل وإن شاء لم يعمل .

١٤٩٧٧ - قلنا : الجعالة لا نعرفها ، ومتى قال : إن خطت هذا الثوب فلك درهم] فقيل [(٧)] هي إجارة بالعرف ، والعمل مضمون فيها .

١٤٩٧٨ - قالوا : عقد شركة على غير [(٨)] مال ، أو عقد على غير [(٩)] الدراهم و الدنانير ، أو على غير الأثمان ، أو على [(١٠)] ما لا مثل له ، فصار كالشركة في

---

(١) في (م) ، (ع) : [لأن] . (٢) لفظ : [عنه] ساقط من (ع) .

(٣) في (ص) ، (ع) : [فريدًا] ، بدون نقط ، وفي (م) : بالنقط ، وما أثبتناه هو الأقرب للسياق .

(٤) في (م) ، (ع) : [يدخله] ، مكان : [يدخل] ، وفي (م) : [مقبلة ، مكان : [يتقبله .

(٥) الجعالة - بكسر الجيم ، وقيل : بتثليثها - : ما يجعل للعامل على عمله . راجع : المغرب ص٨٤٠ ، النهاية (٢٧٦/١) ، لسان العرب (٦٣٧/١) ، مغني المحتاج (٤٢٩/٢) ، التعريفات ص٧٦ .

(٦) في (م) ، (ع) : [خيطت] .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) ، [فقبل] ، بالباء بنقطة واحدة ، مكان : [فقيل] بالياء بنقطتين . (٨) الزيادة : من كتب الشافعية .

(٩) في جميع النسخ : [عين] ، والصواب ما أثبتناه ، لأن شركة الصنائع تنعقد على عمل من غير رأس مال ، كما يدل عليه قول المصنف : [أو على غير الأثمان] .

(١٠) قوله : [أو على] ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

الاحتطاب ، والاصطياد ، والعروض [١] .

١٤٩٧٩ - قلنا : إن قلتم : على غير مال لم يعلم الوصف في الأصل ، لأن الحطب [٢] والصيد مال ، وإن قلتم : ما لا مثل [٣] له ، لم يصح ؛ لأن العمل له مثل ، ولهذا يلزم الضامن .

١٤٩٨٠ - فإن قالوا : معنى قولنا : « أنه لا مثل له« أنه لا يجب بالاستهلاك ، وبضمان العقد الفاسد مثله .

١٤٩٨١ - قلنا : أما بالاستهلاك فالعمل لا يضمن عندنا ، وأما [٤] بالعقد الفاسد فإنما يلزم مثل العمل ؛ لأن معاوضة العمل بجنسه [٥] لا يجوز عندنا .

١٤٩٨٢ - وأما تقومه بغير الأثمان [٦] أو بغير الدراهم والدنانير ، فلا يصح ، لأن هذا العقد لو اختص من أحد جنبتيه [٧] بالأثمان لم ينعقد حتى يوجد الأثمان من جنسه [٨] كعقد الصرف ، فلما جازت المضاربة وليس الثمن في أحد جنبيها ، دل على [٩] أن العقد لا يختص بالأثمان [١٠] . يبين ذلك : أن كل عقد انعقد من أحد جنبيه على العمل ، يفعل على تحمل جنبه [١١] (الآخر البدل) [١٢] ، كالإجارة .

---

(١) اختلف الفقهاء هل تصح الشركة في الاحتطاب والاصطياد ، فأجازها مالك وأحمد ، ومنع منه أبو حنيفة والشافعي . راجع بدائع الصنائع (٦٣/٦) ، فتح القدير مع الهداية (١٩١/٦) ، مجمع الأنهر (٧٣٦/١) ، المدونة ((٢٧/٤) الإفصاح (٢٠٥/١) ، الكافي لابن قدامه (٢٦٣/٢) ، المغني (٥/٥)

(٢) في (ص) : [الخطب] بالخاء المعجمة ، وهو تصحيف .

(٣) لفظ : [ما] ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [لا مال] ، مكان : [لا مثل] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(٥) في (م) : [بحبسه] ، وفي (ع) : [بحسبه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فإنما نقوله] ، مكان : [وأما تقومه] ، وفي (م) : [الأيمان] ، مكان : [الأثمان] ، وقوم السلعة استقام قدرها ، أي جعل لها قيمة معلومة . راجع : لسان العرب ، مادة : [قوم] (٣٧٨٣/٥) ، المصباح المنير (٤٩٥/٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [لو اختصر من أحد جنبيه] .

(٨) قوله : [الأثمان من جنسه] غير واضح في (ص) .

(٩) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) : [بالأيمان] .

(١١) في (ص) ، (م) : [بفعل على بعمل جنبيه] وفي (ع) : [تعمل جنبه] .

(١٢) ما بين القوسين زيادة أثبتناها لمقتضى السياق فيما يغلب على الظن أنه مقصود المصنف .

١٤٩٨٣ - فأما أصل العلة في الفساد إن كانت الشركة في الاحتطاب ، فالمعنى [(١)] فيها : أنها لو صحت استحق كل واحد منهما كسب الآخر من غير مال ولا عمل .

١٤٩٨٤ - ولأن الضمان كالربح في الشريعة لا يستحق إلا بأحد هذه الوجوه ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه يستحق بعض الكسب بالضمان ، لأنه وكله بالتقبل [(٢)] فضمن الموكل العمل فاستحق بعض [(٣)] بدله بضمانه ، وقد فرق أصحابنا بينهما تفريقًا[(٤)] ، ذكره محمد ، وهو أن الشركة تنعقد فيما تصح به الوكالة .

١٤٩٨٥ - فأما إذا [(٥)] اشتركا شركة عنان ، فكل واحد منهما وكيل الآخر في نصف ما يبتاعه . وإذا اشتركا في الصنعة فكل واحد [(٦)] وكيل الآخر في التقبل ، فلما وقعت الشركة فيما يصح التوكيل فيه صحت .

١٤٩٨٦ - وأما الاحتطاب : فالشركة تقع على وجه لا يصح التوكيل فيه ، لأنه لو قال : وكلتك على أن تحتطب ، فاحتطب ، كان ذلك للوكيل دون الموكل ، فلما لم تصح [(٧)] الوكالة على هذا الوجه لم تصح الشركة ، فصار لمخالفنا الكلام على هذا الفرق ، وقال : يجوز أن يستأجره يومًا فيحتطب [(٨)] له ، وهذا عدول عن الطريق لأنا لا نمنع أن يُسْتَحَقَّ ذلك بالاستئجار . والكلام في الوكالة .

١٤٩٨٧ - وقال بعضهم : في الوكيل بالاحتطاب وجهان .

فإن قيل : يجوز أن يوكله بأن يحتطب له لم نسلم [(٩)] الفرق ، وهذا عدول عند ضيق الكلام بهم إلى مخالفة الإجماع .

ثم هو فاسد ؛ لأن الحطب يملك بالحيازة [(١٠)] ، وقد حصل ذلك بفعل المحتطب ،

---

(١) في جميع النسخ : [وإن كان الشركة الاحتطاب] ، وفي (م) ، (ع) : [والمعني] ، مكان المثبت ، والصواب : ما أثبتناه .

(٢) في جميع النسخ : [التقبض] ، لعل الصواب : التقبل .

(٣) في (م) ، (ع) : [بعد] .

(٤) في (ص) ، (م) : [تفرق] ، وفي غيرهما : تفرقا

(٥) في (م) ، (ع) : [فإذا] ، مكان : [فأما إذا] .

(٦) في (ع) : [فكل واحد منهما] ، بزيادة : [منهما] .

(٧) في (م) : [لم يصح] ، ولفظ : [لم [ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (ص) ، (م) : [فحبط] .

(٩) في (م) : [لم يسلم] .

(١٠) في (ع) : [الحارة] .

وكيف ينتقل الملك إلى غيره ؟ .

ومنهم من تعاطى الكلام مع التسليم ، فقال : التوكيل يجوز في عمل الصنائع [١] ، وعندكم الوكالة بتملك [٢] الكسب ، فهو كالتوكيل بتملك الحطب .

١٤٩٨٨ - وهذا كلام من لا يتصور مذهب خصمه ، لأن التوكيل قد بينا أنه في التقبل له ، فيقوم مقامه في قبول عقد الإجارة ، كما يقوم مقامه في قبول عقد الشرى ، ثم في تملك [٣] الكسب لا بالوكالة ، لكن لأنها بدل عقد وقع له ، فإن كان أصل العلة الشركة بالعروض ، لأنها لا تصير مضمونة على بائعها بالعقد ، وإنما ينفسخ العقد [٤] بهلاكها ، فلو صحت الشركة اسْتحَقَّ أحدهما ربح ما لم يضمن من مال صاحبه ، وفي مسألتنا : يستحق ربح ما قد ضمنه ، فلذلك افترقا .

١٤٩٨٩ - قالوا : عمله له ، فبدله له كبدل منافع داره .

١٤٩٩٠ - قلنا : العمل بالعقد لزمهما ، والأجرة بدل عن العمل [٥] المعقود عليه [٦] والعمل بينهما على ما وجب على شريكه بالأجرة كمن ضمن العمل ، كالقصار [٧] إذا استعان برجل على قصارة الثوب كان الأجرة للقصار دون العامل ، ولم يجز أن يقال : إن الأجرة بدل عمل العامل [٨] ، فكانت له ، كذلك في مسألتنا .

١٤٩٩١ - قالوا : عقد شركة على منافع أعيان مثمرة ، فوجب أن تكون باطلة ، كما [٩] إذا كان لكل واحد منهما دار فاشتركا [١٠] في منافعهما .

١٤٩٩٢ - قلنا : اشتركا في تقبل الأعمال وضمانها بالعقود ، ولو اشتركا في المنافع لم يجز . ولا فرق بين الأصل والفرع عندنا ؛ لأنهما لو اشتركا في أن يتقبلا من الناس

---

(١) في (م) ، (ع) : [الصناع] . (٢) في (ع) : [تملك] .

(٣) في (م) ، (ع) : [لم يملك] ، مكان : [ثم تملك] .

(٤) في (ع) : [تنفسخ] ، مكان : [ينفسخ] ، وفي (م) ، (ع) : [للعقد] ، مكان : [العقد] .

(٥) في (م) ، (ع) : [تدل على العمل] ، مكان المثبت .

(٦) لفظ : [عليه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) القصار : المبيض للثياب . راجع : لسان العرب (٣٦٤٩/٥) ، المعجم الوسيط (٧٤٥/٢) .

(٨) في (م) ، (ع) : [العين] ، وفي غيرهما : [المعين] .

(٩) الزيادة : أثبتناها لمقتضي السياق .

(١٠) في (ص) : [دارًا] ، مكان : [دار] ، وفي جميع النسخ : [اشترك ، مكان : [اشتركا] لعل الصواب ما أثبتناه .

إحراز أموالهم ووضعها في الدور فتقبلا بذلك ووضعا المتاع في داريهما ، أو في دار أحدهما ، استحقا الأجرة ، وإن اشتركا في منافع الدارين لا على هذا الوجه لم يصح ، كذلك في مسألتنا .

١٤٩٩٣ - قالوا : العقد يقع على العمل ؛ بدلالة : أنه إذا كان فاسدًا وجب لكل واحد أجر مثله والعمل مجهول لا يعرف قدره ، فلم يصح العقد عليه .

١٤٩٩٤ - قلنا : قد بينا أن العقد لا يقع على العمل ؛ وقولهم : « إنه يستحق في الشركة أجر المثل غلط ، لأنهما اشتركا على أن يعمل أحدهما خاصة ، فالشركة[1] بينهما كانت باطلة ، كذلك إذا اشتركا على أن يعملا ؛ لأنه يفضي إلى ذلك ، بدليل : أنه لو مرض أحدهما وعمل الآخر خاصة ، صحت هذه الشركة عندنا .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [قالوا هذه] ، مكان : [فالفائدة] .

مسألة ٧٤٥

حكم شركة الوجوه

١٤٩٩٥ – قال أصحابنا : شركة الوجوه جائزة ، وهي : الرجلان يشتركان بغير مال على أن [(١)] ما اشتريا فهو بينهما [(٢)] .

١٤٩٩٦ – وقال الشافعي : الشركة باطلة ، وما يشتريه [(٣)] أحدهما يكون له ، إلا بشرائط أربعة : أن يأذن له ، ويذكر جنس المبيع [(٤)] ، وقدره ، ويبين أن يشتريه [(٥)] بينهما ، فإذا اجتمعت الشرائط كان المشترَي بينهما [(٦)] .

لنا : أن الناس يعقدون هذه الشركة في سائر الأعصار من غير نكير .

ولأنه نوع شركة ؛ فوجب أن يكون منه ما يصح ، كشركة الأموال .

ولأنهما اشتركا في الابتياع ، فما يبتاعه أحدهما يكون بينهما ، كما لو قال : اشتركنا فيما نشتريه [(٧)] من البر اليوم بألف درهم ، فابتاع الآخر يكون [(٨)] لهما .

---

(١) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الشركة » (٥٧١/٢ ، ٥٧٢) ، المسألة (٣٣٧٨) ، تحفة الفقهاء « كتاب الشركة » (١٠/٣ ، ١١) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » (٥٧/٦ ، ٥٨) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الشركة » (١٨٦/٦ ، ١٩٠) ، البناية مع الهداية « كتاب الشركة » (٨٧٤/٦ ، ٨٧٥) ، مجمع الأنهر « كتاب الشركة » (٧٣٥/١) .

(٣) في (ع) : [وما اشتراه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [البيع] .

(٥) في (م) : [تبين] ، مكان : [يبين] ، وفي (م) ، (ع) : [أنه شرته] ، مكانه : [أن يشتريه] .

(٦) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الشركة » (٧٥/١٤) ، حلية العلماء « كتاب الشركة » (١٠٢/٥) ، فتح العزيز « كتاب الشركة » ، بذيل المجموع (٤١٦/١٠ ، ٤١٧) ، مغني المحتاج « كتاب الشركة » (٢١٢/٢) ، المدونة « كتاب الشركة » ، « في الشركة بغير مال » (٢٢/٤ ، ٢٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب شركة الذمم » (٧٨٤/٢) ، المقدمات الممهدات « كتاب الشركة » (٣٩/٣) ، البيان والتحصيل « كتاب الشركة » (٣٩/١٢ ، ٤٠) ، بداية المجتهد « كتاب الشركة » (٢٧٧/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق ص٢٩٠ ، البهجة في شرح التحفة (٢١١/٢) ، العقد المنظم للحكام ، بهامش تبصرة الحكام (٢٨/٢) ، الإفصاح « باب الشركة » (٢٠٤/١) (ط . العلمية) ، المغني « كتاب الشركة » (١٤/٥ – ١٦) ، الكافي لابن قدامه « باب الشركة » (٢٦٦/٢) ، العدة مع العمدة « باب الشركة » ص٢٥٦ ، الإنصاف « كتاب الشركة » (٤٥٨/٥ ، ٤٥٩) .

(٧) في (م) : [يشتريه] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ويكون] .

١٤٩٩٧ - ولأن ما جازت الوكالة فيه بالشري جازت الشركة فيه ، أصله : الأموال ، ونعني بذلك إذا سمى الجنس والقدر .

١٤٩٩٨ - ولأن الوكالة فيه بالشرى تارة تقع [١] بمال معين ، وتارة بمال في الذمة ، فلما جازت الوكالة مع الجهالة في إحدي وكالتين تابعة للشركة [٢] ، جازت كذلك الأخرى .

١٤٩٩٩ - احتج أصحاب الشافعي في هذه المسألة بما احتجوا به في الأولى ، ونحن نذكر ما يجوز أن يحتج به .

إن قيل : لو اشترى [٣] ابتداء بالمال فهلك ، بطلت الشركة ، فإذا عقداها بغير مال لم تنعقد [٤] . ألا ترى : أنهما لو تبايعا فهلك المبيع بطل العقد ، فلو تبايعا مبيعًا معدومًا لم ينعقد .

١٥٠٠٠ - فإن [٥] قيل : لو وكله أن يشتري له بدراهم سلمها إليه فهلكت بطلت الوكالة ، فلو وكله ابتداء بالشرى ولم يدفع إليه مالًا ، صحت الوكالة ، كذلك الشركة .

١٥٠٠١ - وإنما [٦] كان هكذا ؛ لأنه إذا عين المال لم يرض أن يثبت في ذمته مطالبة ، وإنما رضي بإثبات الحق في المال المعين ، فلو لم تبطل الشركة [٧] والوكالة بالهلاك ثبت [٨] له الثمن في ذمته ، ولم يرض بهذا المعنى . وإذا وكله أو شاركه بغير [٩] مال فقد رضي بإثبات الحق في ذمته والرجوع عليه ، فلذلك جاز أن تنعقد الشركة .

١٥٠٠٢ - فإن قيل : نوع شركة ، فلم ينعقد بغير مال ، كالمضاربة .

١٥٠٠٣ - قلنا : المضاربة استئجار العامل بجزء من ربح المال ، والإجارة لا تصح [١٠] إلا أن يذكر فيها أجرة ، وفي مسألتنا : وكالة بالشرى ، والوكالة لا تفتقر [١١] إلى تسمية مال ، ولا إلى أجرة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يقع] .
(٢) في (م) ، (ع) : [الشركة] .
(٣) في (ص) : [اشترا] ، لعل الصواب : اشتريا .
(٤) في (م) ، (ع) : [لم ينعقد] .
(٥) لفظ : [فإن] ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [وإذا] ، مكان : [وإنما] .
(٧) في (م) : [لم يبطل] ، مكان : [لم تبطل] ، وفي (ص) : [للشركة] ، مكان : [الشركة] .
(٨) في (ص) : [يثبت] .
(٩) في (م) ، (ع) : [بعين] .
(١٠) في (م) : [لا يصح] .
(١١) في (م) : [لا يفتقر] .

مسألة ٧٤٦

حكم الشركة بالأثمان المختلفة الجنس والصفة

١٥٠٠٤ - قال أصحابنا : تجوز الشركة بالأثمان [١] ، المختلفة الجنس والصفة .

١٥٠٠٥ - وقال زفر : لا تصح [٢] .

١٥٠٠٦ - وقال الشافعي : لا تصح [٣] الشركة حتى يكون مال كل [٤] واحد منهما من جنس مال الآخر وعلى صفته ، حتى إذا اختلطا لم يتميزا ، فلو كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير لم تجز [٥] . وكذلك لو كان لهما دراهم إلا أن صفتها تختلف ، كالمكسرة ، والصحاح ، أو المغراة ، لم تصح الشركة [٦] .

١٥٠٠٧ - لنا : أن الناس يشتركون في سائر الأعصار / بالمال ولا تتفق صفاته ، لأنه قد يكون في رأس مال أحدهما مكسرة أكثر من الآخر ، أو يكون في أحد المالين قطوع ١٧٢/ب

(١) في (م) : [يجوز الشركة بالإيمان] ، مكان المثبت .

(٢) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الشركة » (٥٦٧/٢ ، ٥٦٨) ، المسألة (٣٣٥٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » (٦٠/٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الشركة » (١٧٨/٦) ، البناية مع الهداية « كتاب الشركة » (٨٥٩/٦ ، ٨٦٠) ، مجمع الأنهر « كتاب الشركة » (٧٣٠/١) .

(٣) في (م) : [لا يصح] .

(٤) لفظ : [مال] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [لكل] ، بزيادة اللام .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يجز] .

(٦) في (ص) : [المعراة] بالعين المهملة ، لعل الصواب كما أثبتناه بالمعجمة (المغرَّاة) : أي المطلية . انظر السان (٣٢٥٠/٥) (والمعرَّاه) : أي المجردة ، لعله أراد الممسوحة المعالم ! انظر اللسان (٢٩١٩/٤) . من (م) ، (ع) ، وفي (م) : [لم يصح الشركة] ، مكان المثبت . انظر : مختصر المزني [باب الشركة] ص١٠٩ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الشركة » بذيل المجموع (٤٠٨/١٠) ، كفاية الأخيار « فصل : وللشركة خمس شرائط » (٢٨٠/١ ، ٢٨١) ، المدونة « كتاب الشركة » ، « في الشركتين في المالين المختلفي السكة » ، و « في الشركة بالدنانير والدراهم » (٣٤/٤ ، ٣٥) ، التفريع « كتاب الشركة » ، « باب في الشركة وحكمها » (٢٠٦/٢) ، فصل (٨٨٦) ، المقدمات الممهدات « كتاب الشركة » (٤٦/٣) ، البيان والتحصيل « كتاب الشركة » (٢٤/١٢ - ٢٦) ، بداية المجتهد « كتاب الشركة » (٢٧٤/٢) ، شرح الزرقاني « باب الشركة » (٤٢/٦) ، البهجة في شرح التحفة « فصل في الشركة » (٢١٢/٢) ، العقد المنظم للحكام ، بهامش تبصرة الحكام (٢٦/٢) ، الإفصاح « كتاب الشركة » (٢٠٣/١) ، المغني « كتاب الشركة » (١٩/٥) .

وليس في الآخر كذلك ، أو يكون في بعضها درهم مغري أو مثقوب [١] ، ولا ينكر أحد ذلك ، فدل على جوازه .

ولأن المالين من جنس الأثمان [٢] ، فجاز أن ينعقد عليهما عقد الشركة . أصله : إذا كانا من جنس واحد على صفة واحدة .

ولأن كل عقد جاز على الدراهم بمثلها والدنانير ، كالصرف .

ولأنه عقد يقصد به الربح ؛ فجاز أن يكون المعقود في أحد جنبيه يخالف ما في الجنب الآخر ، كالمضاربة .

١٥٠٠٨ - ولأن الوكالة يصح [٣] أن تنعقد على هذا الوجه إذا وكل أحدهما الآخر أن يشتري له نصف العبد بدراهم ، ووكله الآخر أن يشتري له نصف العبد [٤] بدنانير ، وما جاز أن تنعقد عليه الوكالة بالشرى جازت الشركة عليه ، كالنوع الواحد .

١٥٠٠٩ - احتجوا : بأنهما مالان لا يختلطان ، فإذا عقدا فيهما [٥] الشركة لم يصح ، كالحنطة والشعير .

وربما قالوا : مالان مختلفان في الصفة ، أو مالان لا يختلط أحدهما بالآخر ، فوجب أن لا يصح عقد الشركة عليهما ، أصله : إذا أخرج أحدهما دراهم أو دنانير والآخر طعامًا .

١٥٠١٠ - قلنا : المعنى في الأصل : أنهما ليسا من جنس الأثمان [٦] [وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنهما من جنس الأثمان] [٧] ، كالصنف الواحد .

١٥٠١١ - فإن قيل : اتفاقهما في أنهما ثمن [٨] لا يقتضي جواز الشركة ، كما أن اتفاق المالين في كونهما ثمنين لا يوجب جواز الشركة .

١٥٠١٢ - قلنا : اتفاقهما فيما ذكرتم إنما يكون علة ؛ لأنها تنتقض [٩] بالعروض ، واتفاقهما في الثمنية لا ينتقض [١٠] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أو يكون في بعضهما دراهم معدي أو منقوب] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [الأيمان] . (٣) في (ص) : [تصح] .

(٤) في (م) ، (ع) : [نصفه] ، مكان : [نصف العبد] .

(٥) في (ص) ، (م) : [فيها] . (٦) في (م) : [الأيمان] .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [في أيهما بمن] ، مكان المثبت .

(٩) في (ص) : [لا تنتقض] ، مكان : [لأنها تنتقض] ، وفي (م) : [ينتقض] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لا ينقض] .

١٥٠١٣ - ولأن الحنطة والشعير لا تصح علتهما [١] مطلقًا ، فلذلك انعقدت الشركة عليهما [٢] ، كالنوع الواحد .

١٥٠١٤ - قالوا : الشركة في العروض لا تصح ؛ لأنها تفضي [٣] إلى أن يشتركا في ربح أحدهما ، وهو أن يربح أحد المالين دون الآخر .

١٥٠١٥ - قلنا : الربح يتعين بالشراء [٤] ، وما يشتريه بأحد المالين بينهما ، ويثبت [٥] مثل نصف الثمن عليه ، فيحصل الربح في ماله .

١٥٠١٦ - قالوا : الشركة مأخوذة من الاختلاط ؛ فلا تصح [٦] فيما لا يختلط .

١٥٠١٧ - قلنا : إن المطلوب [٧] بالشركة الربح ، وهو لا يظهر إلا مشتركًا [٨] ، فإذا حصل الاختلاط في مقصود العقد وجد معناه .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لا يصح عليهما] . (٢) في (ص) : [عليها] .
(٣) في (م) : [لا يصح لأنها يقتضي] ، مكان المثبت ، وفي (ع) : [تقتضي] ، مكان : [تفضي] .
(٤) في (م) ، (ع) : [بالشرى] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فيهما وثبت] ، مكان المثبت .
(٦) في (م) : [فلا يصح] . (٧) في (ص) : [المط] ، مكان [المطلوب] .
(٨) الزيادة : من (م) ، (ع) ، وفي جميع النسخ : [مشترك] ، والصواب كما أثبتناه بالنصب .

مسألة ٧٤٧

حكم الشركة إذا اشتركا في المال ولم يخلطاه

١٥٠١٨ – قال أصحابنا : إذا اشتركا في المال صحت الشركة ، وإن لم يخلطا المالين [١] .

١٥٠١٩ – وقال الشافعي : لا تصح [٢] الشركة حتى يختلط مالهما ، ولا يتميز أحد المالين من الآخر [٣] .

لنا : أنه عقد قصد به الربح ، فلا يشترط فيه الخلط ، كالمضاربة .

١٥٠٢٠ – ولأنه نوع عقد ؛ فلا تقف [٤] صحته على الخلط ، كسائر العقود .

١٥٠٢١ – ولأنهما اشتركا في جنس الأثمان ، فصحت الشركة كما لو خلطا .

١٥٠٢٢ – ولأن الخلط إذا حصل ثم ابتاعا بالمال شيئًا كان الربح بينهما من غير عقد ، فلو شرطنا الخلط صار وجود العقد وعدمه سواء على قول مخالفنا .

١٥٠٢٣ – احتجوا : بأنهما مالان متميزان [٥] ، فإذا عقدا عليهما [٦] الشركة لم يصح ، كالحنطة .

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الشركة » (٥٦٧/٢) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » (٦٠/٦) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الشركة » (١٨١/٦ – ١٨٣) ، البناية مع الهداية « كتاب الشركة » (٨٦٤/٦ – ٨٦٧) ، مجمع الأنهر « كتاب الشركة » (٧٣٠/١) .

(٢) في (م) : [لا يصح] .

(٣) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الشركة » (٦٧/١٤ ، ٦٩) ، حلية العلماء « كتاب الشركة » (٩٤/٥ ، ٩٥) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الشركة » بذيل المجموع (٤٠٧/١٠) ، كفاية الأخيار ، الفصل السابق (٢٨٠/١ ، ٢٨١) ، المدونة « كتاب الشركة » ، « في الشريكين بالمالين يضيع أحد المالين » (٣٦/٤ ، ٣٧) ، التفريع « كتاب الشركة » (٢٠٦/٢) ، فصل (٨٨٦) ، الكافي لابن عبد البر « باب الشركة » (٧٨١/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الشركة » (٢٧٤/٢ ، ٢٧٥) ، شرح الزرقاني « باب الشركة » (٤٣/٦) ، البهجة « فصل في الشركة » (٢١٣/٢) ، العقد المنظم للحكام ، بهامش تبصرة الحكام (٢٧/٢) ، المغني « كتاب الشركة » (٢٠/٥) ، الإنصاف « كتاب الشركة » (٤١٢/٥) .

(٤) في (م) : [فلا يقف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [مميزان] .

(٦) في هامش (ص) ، [فيهما] ، مكان : [عليهما] ، من نسخة أخرى .

١٥٠٢٤ - قلنا : العقد صحيح ، لكنه [١] لم يتم عندهم ، فالوصف لا يستقيم ، والمعني في الحنطة : أنها من غير الأثمان ، أو أن [٢] إطلاق الشرى بها لا يصح .

١٥٠٢٥ - قالوا : معنى الشركة : أن يختلط المالان حتى يصيرا كالشيء الواحد ، وهذا لا يوجد [قبل الخلط .

١٥٠٢٦ - قلنا : معنى الشركة : أن يكون المطلوب بها يثبت [٣] مختلطًا ، وهذا يوجد] [٤] وإن لم يخلط المال ، فإنهما إذا ابتاعا شيئًا ملكاه غير متميز [٥] ، فوجد معنى الشركة ؛ يبين [٦] ذلك : أنهما بهذا العقد لم يقصدا أن يوجب كل واحد منهما للآخر حقًّا في رأس المال ، وإنما قصدا إيجاب الحق في المشتري وفي الربح ، وذلك موجود .

١٥٠٢٧ - قالوا : مال كل واحد منهما يتلف على ملكه ، فلا يوجد معنى الشركة [٧] .

١٥٠٢٨ - قلنا : مال المضاربة يتلف على ملك رب المال ، ومعنى الشركة فيه [٨] موجود .

ولأنا بينا أن الشركة إيجاب فيما يستفاد بها ، وليست [٩] إيجاب حق في رأس المال ، فلو وقف تمامها على أن يكون الهالك من مالهما صارت إيجاب حق في رأس المال ، وهذا خلاف المقصود .

١٥٠٢٩ - قالوا : الشركة تحصل عند العقد ، فإذا لم يختلطا فما [١٠] اشتركا في شيء .

١٥٠٣٠ - قلنا : هذا حجة عليكم ، لأنه يقال [١١] : اشتركا إذا عقدا العقد ، وإن كان تمامه يقف عندكم على الخلط الموجب [١٢] للاشتراك ، كذلك عندنا يوجد الاسم بالعقد ، وتمامه يقف على وجود التصرف الذي يحصل به معنى العقد من الاشتراك .

---

(١) في (ع) : [لكن] ، بدون الهاء .
(٢) في (م) : [الأيمان] ، مكان : [الأثمان] ، وفي (م) ، (ع) : [وأن] ، مكان : [أو أن] .
(٣) لفظ : [يثبت] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) في (ع) : [مميز] .
(٦) في (م) ، (ع) : [تبين] .
(٧) في (م) ، (ع) : [الشركة] .
(٨) في (ص) : [للشركة] ، مكان : [الشركة] ، ولفظ : [فيه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٩) في (م) ، (ع) : [بهما فليست] ، مكان المثبت .
(١٠) في (م) ، (ع) : [فيما] .
(١١) في (ص) : [لا يقال] ، مكان : [لأنه يقال] .
(١٢) في (م) : [الوجب] .

مسألة ٧٤٨

حكم التفاضل في الربح مع التساوي في المال

١٥٠٣١ - قال أصحابنا [١] : إذا تساويا في المال وتفاضلا في الربح ، جاز .

١٥٠٣٢ - وقال زفر : لا يجوز [٢] ، وبه قال الشافعي [٣] .

لنا : قوله ﷺ : « المسلمون عند شروطهم » [٤] .

وروى عن علي ﷺ أنه قال : « الربح على [٥] ما شرطا ، والوضيعة على قدر المالين » ، ولم يفصل .

١٥٠٣٣ - ولأن ما [٦] جاز أن يستحق به الربح في المضاربة جاز أن يستحق به في الشركة ، كالمال .

١٥٠٣٤ - ولأن كل شخصين جاز أن يتساويا في الربح جاز أن يتفاضلا فيه ، كرب المال ، والمضارب .

١٥٠٣٥ - ولا يلزم : المتفاوضان [٧] ، لأنه يجوز أن يتفاضلا في الربح وتصير

---

(١) قوله : [قال أصحابنا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الشركة » ص١٠٧ ، روضة القضاة « كتاب الشركة » (٥٦٧/٢ ، ٥٦٨) ، المسألة (٣٣٥٤) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » (٦٢/٢) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الشركة » (١٧٧/٦ ، ١٧٨) ، البناية مع الهداية « كتاب الشركة » (٨٥٦/٦ - ٨٥٨) ، مجمع الأنهر « كتاب الشركة » (٧٢٩/١) .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية ، « كتاب الشركة » (٧١/١٤ ، ٧٢) ، حلية العلماء « كتاب الشركة » (٩٦/٥) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الشركة » ، بذيل المجموع (٤٢٤/١٠ - ٤٢٧) ، المدونة « كتاب الشركة » ، « في الشريكين بالمال بالسوية يفضل أحدهما صاحبه في الربح » (٣٤/٤) ، التفريع « كتاب الشركة » (٢٠٥/٢) ، الفصل (٨٨٤) ، الكافي لابن عبد البر « باب الشركة وما يجوز فيها من الأموال » (٧٨١/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، « الباب الخامس في الشركة » ص٢٩٠ ، شرح الزرقاني « باب الشركة » (٤٧/٦) ، الإفصاح « باب الشركة » (٢٠٣/١) ، المغني « كتاب الشركة » (٣١/٥) ، الكافي لابن قدامة « باب الشركة » (٢٦٣/٢) .

(٤) تقدم تخريجه في مسألة (٦١٧) ، وفي مسألة (٦٣٨) ، وتكرر في كتاب الشركة ، مسألة (٧٤٣) .

(٥) لفظ : [على] ساقط من (م) ، (ع) .   (٦) حرف : [ما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [المتعاوضان] .

شركتهما عنانًا [١] .

١٥٠٣٦ – ولأنها شركة لا تقتضي المساواة ؛ فجاز أن يستحق الربح فيها بالعمل ، كالمضاربة [٢] .

١٥٠٣٧ – [فإن قيل : المضاربة يستحق [٣] بإطلاقها مال في مقابلة العمل ، فجاز أن يستحق بالشرط ، فالشركة لا يستحق بإطلاقها] [٤] شيء في مقابلة العمل ، فلم يستحق بالشرط .

١٥٠٣٨ – قلنا : في الشركة شرط التفاضل في الربح يصيرها في معنى المضاربة [٥] ، فإذا أطلقه لم يوجد فيها هذا المعنى ، والمضاربة مع الإطلاق والشرط هي صريح العقد المقتضي للعوض في مقابلة العمل ، فاستوى فيها الشرط وعدم الشرط ، يبين [٦] ذلك : أن الهبة تصير في معنى البيع بشرط العوض [٧] ، فثبت فيها أحكام البيع ، [فإذا لم يشترط العوض لم يثبت أحكام البيع] [٨] والبيع يثبت [٩] أحكامه بإطلاقه لا بمعنى آخر .

١٥٠٣٩ – ولأن المال المعقود عليه في الشركة مقصود بها ، وكذلك المال المستفاد بها ؛ ثم إذا جاز أن يتفاضلا في أحد المالين ، جاز أن يتفاضلا في الآخر ، وتحريره : مال مقصود بعقد [١٠] الشركة ؛ فجاز التفاضل فيه ، كرأس المال .

١٥٠٤٠ – احتجوا : بأنه عدل بالربح عن التقسيط على قدر المالين ؛ فوجب أن تبطل الشركة . أصله : إذا شرط كل الربح لأحدهما .

١٥٠٤١ – قلنا : يبطل بالمال المشترك إذا دفعاه مضاربة ، وشرطا [١١] للمضارب

---

(١) في (م) : [ويصير شركتهما عيانًا] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : زيادة [يستحق] وفي (ص) تستحق بعد لفظ [كالمضاربة] ، وقد رأينا حذفها لعدم تعلق فائدة بها .

(٣) قوله : [فإن قيل المضاربة يستحق] ساقطة من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، غير أن فيه : [تستحق] ، لعل الصواب كما أثبتناه بالياء .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [المضارب] .

(٦) في (ع) : [تبين] .

(٧) قاعدة : « الهبة بشرط العوض تصير في معنى البيع » .

(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بعد] ، مكان : [بعقد] .

(١١) في (م) : [وشرطاه] .

جزءًا من الربح ولكل واحد منهما جزءًا فقد عدلا بالربح عن التقسيط على قدر المالين ، ولا تبطل الشركة .

١٥٠٤٢ – والمعنى في الأصل : أنهما أخرجا العقد عن موضوع الشركة حين أُفرِدَ أحدهما بالربح ، فصار نصيب شريكه فرضًا عليه ، ومتى شرط لكل واحد مقدارًا من الربح ، فلم يخرجاه عن موضوع الشركة (لشيوع) [١] الربح بينهما ، فلم يبطل معنى الشركة [٢] . يبين ذلك : أن [٣] المضارب لو شرط جميع الربح لأحدهما بطل معنى المضاربة ، فإذا شرط لرب المال صار المضارب مبضعًا [٤] وإن شرط للمضارب كان رب المال مقرضًا ، ولو تفاضلا [٥] في الربح لم يخرج العقد عن موضوع المضاربة [٦] ، كذلك في مسألتنا .

١٥٠٤٣ – قالوا : أحد موجبي الشركة ، فإذا شرطا التفاضل فيه بطل ، كالوضيعة .

١٥٠٤٤ – قلنا : الوضيعة جزء هالك من المال ، وذلك لا يتبع العمل ، والربح يستفاد بالمال ، وذلك يتبع العمل . ألا ترى : أن العمل مؤثر في الربح غير مؤثر في الوضيعة ، ولهذا يجوز استحقاق الربح في المضاربة بالشرط ، ولو شرطا الوضيعة عليهما كانت في رأس المال ، فأثر الشرط في استحقاق الربح ، ولم يعتبر في تغيير [٧] حكم الوضيعة .

ولأن الوضيعة [٨] : لما كانت هلاك جزء من المال ، وذلك لا يكون مستحقا على غير المال [٩] ، والربح نماء من المالك ، وذلك يستحقه [١٠] غير مالك المال .

١٥٠٤٥ – قالوا : شرطا قسطًا من الربح من [١١] لا يقتضيه إطلاقهما ؛ فوجب أن

---

(١) في (م) ، (ع) : [موضع الشركة لباع] ، وفي (ص) : [لبباع] بدون نقط ، مكان ما بين القوسين .

(٢) في (م) ، (ع) : [الشركة فيه] ، بزيادة : [فيه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [تبين] ، مكان : [يبين] ، ولفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) المبضع : اسم فاعل من أبضع ، وهو أن يتبرع شخص بالعمل في مال لآخر بدون أجر أو بدون مقابل .

(٥) في (م) ، (ع) : [مفاضلا] . (٦) في (ع) : [المضارب] .

(٧) قوله : [في تغيير] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) قوله : [ولأن الوضيعة] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) : [المال] ، وفي (ع) : [رأس المال] ، مكان : [المالك] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [مستحقة] .

(١١) في جميع النسخ : [من لا يقتضيه] ، لعل الصواب : [ما لا يقتضيه] .

تكون باطلة (١) ، كما لو شرط ذلك لأجنبي .

١٥٠٤٦ - قلنا : الربح يستحق في الأصول بالمال أو العمل أو الضمان ، ولم يوجد في الأجنبي واحد من هذه الشروط ، فلم يستحق . والشريك في مسألتنا وجد من جهته العمل وذلك من أسباب استحقاق الربح ، ولهذا يستحق المضارب ما شرط لوجود شرط العمل ولو جعل للأجنبي (٢) لم يصح لعدم المال والعمل .

١٥٠٤٧ - قالوا : إذا فضل أحدهما في الربح كان مضاربة في نصيب شريكه ، وقد شرط عمل رب المال فيها ، وهذا يبطل المضاربة .

١٥٠٤٨ - قلنا : هذا العقد فيه معني المضاربة وليس بصريحها ، ولا يجوز اعتبار جميع شرائط المضاربة ؛ ألا ترى : أن في المضاربة معني الإجارة ، ولا يعتبر (٣) فيها جميع شرائط الإجارة ؛ بدلالة : أنها تصح وإن لم يسم مدة معلومة ولا أجرة معلومة .

١٥٠٤٩ - ثم لا فرق بين هذا وبين المضاربة ، لأن من أصحابنا من قال : إذا شرط عمل رب المال وعمل المضارب ولم يشترط اجتماعهما في التصرف ، فلم تبطل المضاربة ، وإنما يبطلها إن شرط عمل رب المال معه حتى لا يجوز الانفراد بالعمل ، كذلك / (٤) في مسألتنا : إن شرط عملهما مجتمعا ومتفرقا جاز . وإن قال : على أن لا يتصرفا إلا معًا لا يصح حتى يوجد تسليم المال إلى المضارب ، وهذا لا يوجد في مسألتنا . ١٧٣/أ

١٥٠٥٠ - قلنا : هذا الاختلاف لمعنى صحيح ، وذلك لأن المضاربة ائتمان للمضارب ، فلا تتم الأمانة إلا بالتسليم ، كالوديعة ؛ وفي الشركة : كل واحد منهما مؤتمن للآخر (٥) ، فتصح الأمانة وإن لم ينفرد أحدهما ، كالمودعين (٦) والمضاربين .

١٥٠٥١ - قالوا : نماء مشترك ؛ فوجب أن يكون على قدر المالين ؛ أصله : ثمرة البستان ، وأجرة العقار ، وكسب العبد ، وأولاد الماشية وألبانها .

١٥٠٥٢ - قلنا : النماء إذا لم يجز أن يستحق غير الشريك جزءًا (٧) منه بالعمل في

---

(١) في (م) ، (ع) : [أن يكون] ، وفي (ع) : [باطلا] .
(٢) في (ع) : [جعله] ، مكان : [جعل] ، وفي (م) ، (ع) : [الأجنبي] بدون اللام .
(٣) في (م) ، (ع) : [فلا يعتبر] . (٤) في (ع) : [في العمل وكذلك] ، مكان المثبت .
(٥) في (م) ، (ع) : [للآخر] ، مكان : [كالآخر] .
(٦) في (م) ، (ع) : [كالمودن] ، وفي (ص) : [كالودن] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .
(٧) في (م) ، (ع) : [جزء] .

المال [لم يجز أن يستحق فيه الشريك ، والربح يجوز أن يستحق غير الشريك جزءا منه بالعمل في المال] [(١)] فجاز أن يستحقه الشريك . يبين [(٢)] ذلك : أنه ليس لأحدهما تأثير في حصول الولد ، فلا يستحق بعضه بالعمل ، فأما الربح فللعمل تأثير فيه ، فجاز أن يستحق به .

١٥٠٥٣ – فإن قيل : لو عمل الشريك الذي شرط له أقل النصيبين استحق الآخر الفضل ، فدل على أنه لا يستحقه بالعمل .

١٥٠٥٤ – قلنا : إنما نعني [(٣)] بقولنا : أنه يستحقه بالعمل أنه يستحقه بشرط العمل لا بوجوده . يبين [(٤)] ذلك : أن المضارب يستحق الربح بالعمل ، ولو لم يعمل وعمل رب المال استحق [المضارب الربح ؛ لأن عمل رب المال وقع إعانة له ، كذلك في مسألتنا .

١٥٠٥٥ – فإن قيل : إذا عملا جميعا في المال استحق] [(٥)] عندكم أحدهما عوضا بعمله [(٦)] ، ولم يستحق الآخر شيئًا .

١٥٠٥٦ – قلنا : لأن أحدهما تبرع بعمله ، وهذا غير ممتنع ، كما لو استأجر رجل رجلا للخدمة .

١٥٠٥٧ – قالوا : هذه شركة تتضمن ، [(٧)] المضاربة ، والعقد الواحد لا يجمع بين عقدين ، وكذلك لو باع ثوبا بدينار وخدمة المشتري شهرًا ؛ جاز وجمع العقد الإجارة والبيع .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (ع) : [تبين] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يعني] .

(٤) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [بعلة] .

(٧) في (م) : [يتضمن] .

مسألة ٧٤٩

لمن تكون الأجرة في الشركة الفاسدة ؟

١٥٠٥٨ - قال أصحابنا : إذا اشتركا شركة فاسدة والربح على مقدار رأس المال ؛ فلا أجرة [١] لواحد منهما [٢] .

١٥٠٥٩ - وقال الشافعي : يقتسمان الربح على مقدار رؤوس مالهما ولكل واحد منهما [٣] أجر مثله فيما عمل ، أو يسقط منه حصة نصيبه ، ويستحق الباقي ويتقاصّان به ، فإن فضل شيء استحقه من ثبت له [٤] .

١٥٠٦٠ - لنا : أن من استحق الربح المشروط في الشركة لم يستحق أجرة عمله فيها ، كالشركة الصحيحة ، وهذا [٥] فرض فيه إذا شرطا في الشركة الربح بقدر المال .

١٥٠٦١ - ولأنه استحق جزءًا من ربح ما عمل منه ؛ فلا يستحق الأجرة في شيء منه ، كالمضارب .

١٥٠٦٢ - احتجوا : بأنه عقد يبتغي [٦] منه الفضلَ في باقي الحال [٧] ؛ فوجب أن يقابل العملَ فيه عوضٌ ، كالمضاربة .

١٥٠٦٣ - قلنا : يبطل بالشركة الصحيحة ، ولأن المضاربة لا تخلو صحتها من

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولا أجرة] .

(٢) راجع المسألة في : بدائع الصنائع « كتاب الشركة » ، « فصل : وأما حكم الشركة » (٧٧/٦) .

(٣) من قوله : [وقال الشافعي] إلي قوله : [ولكل واحد منهما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الشركة » (٧٢/١٤ ، ٧٣) ، حلية العلماء « كتاب الشركة » (٩٦/٥ ، ٩٧) ، فتح العزيز مع الوجيز ، بذيل المجموع « كتاب الشركة » (٤٢٤/١٠ ، ٤٢٧ - ٤٣٢) ، كفاية الأخيار (٢٨٢/١) ، مغني المحتاج « كتاب الشركة » (٢١٥/٢) ، نهاية المحتاج (١٢/٥) ، المدونة « كتاب الشركة » ، « في الشركة بالعروض » ، و « في الشريكة بالمالين المتفاضلين » (٣٠/٤ ، ٣٢ ، ٣٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب الشركة » (٧٨١/٢ ، ٧٨٣) ، شرح الزرقاني « باب الشركة » (٤٧/٦) ، البهجة في شرح التحفة (٢١١/٢) ، المغني « كتاب الشركة » (٢٠/٥ ، ٢١) ، الإنصاف « كتاب الشركة » (٤٢٤/٥ ، ٤٢٥) .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولأن المضاربة وهذا] ، بزيادة : [ولأن المضاربة] .

(٦) في (ع) : [يتبقي] .

(٧) هكذا في جميع النسخ بلفظ : [في باقي الحال] ، ولعل المعنى فيما يأتي من الزمان .

عوض في مقابلة [١] العمل ، كذلك فاسدها .

١٥٠٦٤ - قالوا : إذا كان المال متساويًا وشرط التفاضل في الربح فلم يرض الذي شرط له الفضل بالعمل إلا أن يستحق الأجر وإن لم يشرط في مقابلة عمله عوضًا إذا كانا قد شرطا الربح على مقدار المال ، فلا معنى لاعتبار شرط العوض ، [فأما على قولنا فالأجرة لا تستحق في مقابلة العمل في مال الشركة ، فهو ضمان بشرط العوض] [٢] لا يكون آكد من شرط الأجرة .

١٥٠٦٥ - فإن قيل : عندكم يستحق العوض عن عمله في الشركة الصحيحة إذا شرط له الفضل ، كذلك في الفاسدة [٣] .

١٥٠٦٦ - قلنا : الربح في الشركة ليس بعوض ، وإنما يقابل العمل ، ولهذا استحق المضارب الربح ، وهو شريكٌ بأول جزء منه ، لأنه في مقابلة عمله ، لا على طريق البدل . فأما الأجرة فلا تكون [٤] إلا بدلًا عن العمل ، وذلك لا يستحق العمل في المال المشترك .

* * *

(١) في (ص) : [مقابل] .

(٢) ما بين القوسين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (ص) : [الفاسد] .

(٤) في (م) : [فلا يكون] .

مسألة ٧٥٠

جواز شراء كل منهما وبيعه عند اشتراكهما في المال

١٥٠٦٧ - قال أصحابنا : إذا اشتركا في المال جاز لكل واحد منهما الشراء والبيع بغير إذن الآخر [١] .

١٥٠٦٨ - وقال المزني عطفًا على الشركة في العروض ، والشركة في الدراهم : وإن اشترى فليس لأحدهما أن يبيع دون صاحبه .

١٥٠٦٩ - فمن أصحابه من قال : هذا راجع إلى الشركة في العروض خاصة ، ومنهم من قال : إلى شركة العنان ، وقد نص على [٢] ذلك في جامعه [٣] .

١٥٠٧٠ - لنا : أنه نوع شركة ؛ فلم يفتقر المتصرف إلى إذن ، كالمضاربة .

ولأن مقتضى الشركة : التصرف ، والشرى ، والبيع ، ومقتضى العقد لا يحتاج إلى التصريح بذكره ، كذلك في البيع .

١٥٠٧١ - ولأن التصرف في شركة العقود لو وقف [٤] على الإذن ، لصارت [٥] وشركة الأملاك سواء .

١٥٠٧٢ - احتجوا : بأن الشركة لا تفيد التصرف في ملك العين ، بدلالة شركة الأملاك .

١٥٠٧٣ - الجواب : أن هذا يبطل بالمضاربة .

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الشركة » ، « فصل ما لكل شريك من التصرفات » (٥٧٠/٢) ، المسألة (٣٣٦٧) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » ، « فصل : وأما حكم الشركة » (٦٨/٦) .

(٢) لفظ : [على] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [على جامعه] . وراجع المسألة في : مختصر المزني « باب الشركة » ص١٠٩ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الشركة » (٧٠/١٤) ، فتح العزيز مع الوجيز : « كتاب الشركة » ، بذيل المجموع (٤٠٤/١٠ - ٤٠٦) ، كفاية الأخيار « فصل وللشركة خمس شرائط » (٢٨٢/١) ، مغني المحتاج « كتاب الشركة » (٢١٤/٢ ، ٢١٥) ، الكافي « باب تصرف الشريك في مال الشركة » (٧٨٣/٢) ، شرح الزرقاني « باب الشركة » (٤٥/٦ ، ٤٧) ، المغني « كتاب الشركة » (٢١/٥) ، الكافي لابن قدامة « باب الشركة » (٢٥٩/٢ ، ٢٦٠) .

(٤) في (ص) : [لوقف] . مكان : [لو وقف] .

(٥) في (ع) : [لصارت] ، والأصح أن يقال : [لصارت هي] ، بزيادة : [هي] .

١٥٠٧٤ - ولأن شركة الأملاك لم تعقد [١] فيها على التصرف ، فلم يجز التصرف بغير إذن ، وشركة العقود معقودة [٢] على التصرف ، فلم يفتقر إلى الإذن [٣] ، كالمضاربة .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [لم يعقد] ، أي لم تعقد الشركة في الأملاك على التصرف .
(٢) في (ص) ، (م) : [معقود] .
(٣) في (ع) : [فلم تفتقر] ، مكان : [فلم يفتقر] ، أي فلم يفتقر التصرف .

مسألة ٧٥١

تصح الشركة مع الشرط الفاسد

١٥٠٧٥ – قال أصحابنا : إذا شرط أن الوضيعة (١) بينهما أثلاثًا مع التساوي في المال ، بطل الشرط ، وصحت الشركة ، وكانت الوضيعة (٢) على قدر المال (٣) .

١٥٠٧٦ – وقال الشافعي : الشركة باطلة (٤) .

١٥٠٧٧ – لنا : أن النماء يتبع (٥) رأس المال في الشركة . وإذا شرط أن لا يتبع (٦) المال لم تبطل الشركة ، كالربح .

١٥٠٧٨ – ولأنه شَرَط في الشركة ما لا يمنع التصرف ، فلم يبطلها . أصله : إذا قال : على أن لا تسافر .

١٥٠٧٩ – ولأن كل عقد لا يتم بالقول (٧) لا يبطله الشرط ، كالهبة ، إذا وقتها بعمر الموهوب (٨) .

١٥٠٨٠ – ولا يلزم : الصرف (٩) ، والسلم ، لأنهما يتمان (١٠) بالقول ، ولهذا يجبرهما (١١) القاضي على التقابض ، وإنما يبطلان بالتفرق (١٢) ، كما يبطل البيع بهلاك

---

(١) في (م) ، (ع) : [الوظيفة] ، وهو تصحيف . والوضيعة : الخسارة في التجارة ، وفي المغرب : [وضع في تجارته وضيعة خسر ولم يربح] . راجع : مقاييس اللغة ، مادة : [وضع] (١١٧/٦) ، المغرب ص ٤٨٧، المصباح المنير (٦٣٤/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الوظيفة] ، وهو تصحيف .

(٣) راجع المسألة في : مجمع الأنهر : « كتاب الشركة » (٧٣٠/١) .

(٤) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الشركة » (٧١/١٤) ، شرح الزرقاني « باب الشركة » (٤٧/٦) ، الإفصاح : « باب الشركة » (٢٠٤/١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [أن ما يتبع] ، مكان المثبت .

(٦) في (ع) : [يبيع] ، وفي (ص) : بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٧) في سائر النسخ : [لا يتم القول] ، لعل الصواب ما أثبتناه بزيادة الباء .

(٨) قاعدة : « كل عقد لا يتم بالقول لا يبطله الشرط ، كالهبة إذا وقتها بعمر الموهوب » .

(٩) في (م) ، (ع) : [التصرف] .

(١٠) في (ع) : [لأنها] ، مكان : [لأنهما] ، وفي (ص) : [يتما] ، بدون : [ن] .

(١١) في (م) ، (ع) : [يخيرهما] .

(١٢) في (ص) : [التعرف] .

المبيع قبل القبض .

١٥٠٨١ - احتجوا : بأنه إطلاق شرط [(١)] يخالف مقتضى الشركة ، فصار كشرط تصرفهما معًا .

١٥٠٨٢ - قلنا : هناك شرط ما ينافي التصرف في [(٢)] المعقود عليه ، وههنا شرط التفاضل في الوضيعة ، وذلك شرط عين [(٣)] المعقود عليه ، فلا يبطلها .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [شرط ما] ، بزيادة : [ما] .

(٢) في (م) ، (ع) : [وهو] ، مكان : [في] .

(٣) في جميع النسخ : [عين] .

مسألة ٧٥٢

توكيل الشريك والمضارب

١٥٠٨٣ – قال أصحابنا : توكيل الشريك والمضارب جائز [١] .

١٥٠٨٤ – وحكي أصحابنا عن الشافعي : أنه لا يجوز [٢] .

١٥٠٨٥ – لنا : أنه يملك عموم التصرف ، فجاز توكيله ، كالوصي .

١٥٠٨٦ – ولأنه يملك البيع والشراء [٣] مطلقًا ، كالوصي .

١٥٠٨٧ – ولا يلزم : الوكيل ، لأنه لا يملك أن يشترى مطلقًا حتى يعين له ما يشتريه .

١٥٠٨٨ – ولأنه عقد يملكه الوصي على اليتيم فملك الشريك جنسه في مال الشركة ، كالبيع والرهن .

١٥٠٨٩ – ولا يلزم : التزويج : لأن الشريك المفاوض يملك ذلك في جارية مشتركة [٤] .

* * *

(١) راجع المسألة في : تحفة الفقهاء « كتاب الشركة » (٩/٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الشركة » ، و « كتاب المضاربة » (٦٩/٦ ، ٨٨) ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الشركة » (١٨٤/٦ ، ١٨٥) ، البناية مع الهداية « كتاب الشركة » (٨٦٩/٦) ، مجمع الأنهر « كتاب الشركة » (٧٣١/١) .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : المغني « كتاب الشركة » و « كتاب الوكالة » (٢٣/٥ ، ٩٨) ، الكافي لابن قدامة « باب الشركة » ، و « كتاب الوكالة » (٢٤١/٢ ، ٢٦٠) ، الإنصاف « كتاب الشركة » (٤١٥/٥ ، ٤١٨) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الشراء والبيع] ، بالتقديم والتأخير .

(٤) في (م) ، (ع) : [المشتركة] .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسمَّاة

التجريد

كتاب الوكالة

مسألة (١) ٧٥٣

التوكيل في الخصومة

١٥٠٩٠ - قال أبو حنيفة : توكيل الحاضر الصحيح لا يلزم الخصم إلا برضاه .

١٥٠٩١ - وقال في الأصل : لا يقبل توكيل (٢) الحاضر إلا من عذر ، وقال في الشفعة : الوكالة باطلة .

١٥٠٩٢ - وقال الطحاوي : وليس للحاضر أن يوكل إلا عن عذر .

وهذا يدل على أن الوكالة لا تصح (٣) ، والأظهر : أنها صحيحة ، إلا أنه لا يلزم الخصم الجواب عنها .

١٥٠٩٣ - وأما (٤) الغائب والمريض فيقبل توكيلهما ، والمخدرة (٥) ظاهر الأصل يقتضي : أنها لا توكل (٦) ، وكان أبو بكر الرازي يقول : إنها كالمريض .

١٥٠٩٤ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : الوكالة جائزة ، وعلى الخصم أن يجيب الوكيل (٧) .

---

(١) الوكالة - بفتح الواو وكسرها - لغة : التفويض والتسليم ، من وكل إليه الأمر إذا فوضه إليه واكتفي به ، ومنه : توكلت على الله ، فيكون الوكيل بمعني المفعول ، لأنه موكول إليه الأمر ، ويقال : الوكالة لغة : الحفظ ، ومنه قوله تعالى : ﴿ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ فَٱتَّخِذۡهُ وَكِيلٗا ﴾ (سورة المزمل : الآية ٩) ، فيكون الوكيل بمعنى فاعل ، وهي اسم للتوكيل ، من وكله يوكله توكيلًا . (مادة وكل) . راجع : المغرب ص٤٩٣ ، المصباح المنير (٦٤١/٢) ، أنيس الفقهاء ص٢٣٨ ، ٢٣٩ ، البناية (٢٦١/٨) . وأما شرعًا : فهي عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم . راجع : فتح القدير مع العناية (٤٩٩/٧ ، ٥٠٠) ، مجمع الأنهر (٢١١/٢ ، ٢١٢) ، كفاية الأخيار (٢٨٣/١) ، مغني المحتاج (٢١٧/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [توكيله] .

(٣) في (م) : [لا يصح] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فأما] .

(٥) في (ص) : [المحذرة] ، وفي (م) ، (ع) : [المحدرة] ، وكل ذلك تصحيف ، الصواب ما أثبتناه بالخاء المعجمة ، والدال المهملة . واختلفت عبارات المشائخ في تفسير المخدرة ، فقال بعضهم : هي المرأة التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس القاضي . وقال البزودي : هي التي لا يراها غير المحارم من الرجال ، وأما التي جلست على المنصة فرآها الأجانب لا تكون مخدرة . راجع : فتح القدير (١١/٨) ، البناية (٢٧٣/٨) .

(٦) في (م) ، (ع) : [أنه لا يوكل] ، مكان المثبت .

(٧) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي [كتاب الوكالة] ص١٠٨ ، روضة القضاة « كتاب =

١٥٠٩٥ - وبه قال الشافعي [(١)] .

١٥٠٩٦ - لنا : حديث أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال [(٢)] : « إذا ابتلي أحدكم بالقضاء ، فليسو بينهما في المجلس والنظر والإشارة ، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر » [(٣)] .

١٥٠٩٧ - وروي : « من ولي القضاء بين اثنين ، فليسو بينهما في المجلس والنظر » [(٤)] ، وليس من التسوية أن يكون أحدهما في منزله والآخر على باب الحكم يناظر الوكيل ويدخل [(٥)] معه .

١٥٠٩٨ - فإن قيل : إذا جوز القاضي للحاضر أن يوكل كما وكل خصمه فقد سوى بينهما ، والخصم هو المختار لترك المساواة حين لم يوكل .

١٥٠٩٩ - قلنا : قد لا يقدر أحدهما على التوكيل ، وقد لا يأمن وكيله ، فإذا

= الوكالة » (٦٣٨/٢) ، المسألة (٣٥٩٠) ، تحفة الفقهاء « كتاب الوكالة » (٢٢٨/٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : وأما الشرائط » (٢٢/٦) ، الهداية مع تكملة فتح القدير « كتاب الوكالة » (٨/٨ - ١١) ، البناية مع الهداية « كتاب الوكالة » (٢٦٩/٨ - ٢٧٣) ، مجمع الأنهر « كتاب الوكالة » (٢١٣/٢ ، ٢١٤) ، معين الحكام « الفصل الرابع في الوكالة والكفالة والحوالة » ص٢٥٠ ، ٢٥١ ، حاشية ابن عابدين « كتاب الوكالة » (٤١٧/٤ ، ٤١٨) .

(١) انظر : حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٢٣/٥) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الوكالة » ، بذيل المجموع (٦/١١ ، ٩) تكملة المجموع مع المهذب « كتاب الوكالة » (٩٨/١٤ ، ١٠٠) ، الكافي لابن عبد البر « كتاب الوكالات » ، « باب ما تنعقد به الوكالة وتصرف الوكيل » (٧٨٧/٢) ، بداية المجتهد « كتاب الوكالة » ، « الباب الأول في أركانها » (٣٥٢/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثامن في الوكالة » ص٣٣٩ ، حاشية البناني في هامش شرح الزرقاني (٧٣/٦) ، الإفصاح « باب الوكالة » (٢٠٧/١) ، المغني « كتاب الوكالة » (٨٩/٥ ، ٩٠) ، مختصر الإنصاف والشرح الكبير « باب الوكالة » ص٣٦٦ .

(٢) الزيادة : من (م) ، (ع) ، ولفظ : [قال] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش

(٣) حديث أم سلمه (رضي الله عنها) عزاه الزيلعي بمثل هذا اللفظ إلي إسحاق بن راهويه في مسنده ، والطبراني في معجمه ، في نصب الراية « كتاب أدب القاضي » (٧٣/٤ ، ٧٤) ، في مجمع الزوائد « كتاب الأحكام » ، « باب التسوية بين الخصمين » (١٩٧/٤) .

(٤) أخرجه الدارقطني ، بلفظ : « من ابتلي بالقضاء بين الناس ، فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعده » ، وفي « كتاب في الأقضية والأحكام » (٢٠٥/٤) ، الحديث (١٠) ، والبيهقي في الكبرى « كتاب آداب القاضي » ، » باب إنصاف الخصمين في المداخل عليه ... إلخ » (١٣٥/١٠) .

(٥) لفظ : [يدخل] غير واضح في (ص) ، وفي (م) ، (ع) : [وسل] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

ألزمناه الحضور مع التوكيل وهو لا يتمكن من التوكيل [١] ، فقد تركنا التسوية .

١٥١٠٠ - ولأن عند مخالفنا : إذا وجبت اليمين وجب على المستحلف أن يحضر ، فلا يجوز أن يستنيب ، ويجوز لخصمه أن يوكل من يستوفي اليمين ، وهذا ترك التسوية بينهما في مجلسه ومخالفة للخبر .

١٥١٠١ - ولأنها استنابة فيما يختص بحضرة الحاكم ، فلم يلزم الخصم حكمها ابتداء من غير عذر ، كالشهادة على الشهادة .

١٥١٠٢ - ولأن ما يختص بحضرة القاضي لا يلزم الاستنابة فيه ابتداء ، كالشهادة .

١٥١٠٣ - فإن قيل : التوكيل يصح إذا رضي الخصم ، والشهادة لا تصح [٢] .

١٥١٠٤ - قلنا : لأن المانع من الشهادة على الشهادة مع القدرة حق اللّٰه تعالى فلم يسقط برضا غيره ، والمنع من التوكيل لحق الخصم فسقط برضاه .

١٥١٠٥ - قالوا : دعوى الوكيل والموكل سواء ، فلم يقف [٣] أحدهما على العجز عن الآخر ، وقول شهود الفرع يخالف [٤] قول شهود الأصل ، لأنهم يثبتون [٥] الشهادة دون المشهود به .

١٥١٠٦ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن الوكيل يباينه ثم يذكر الدعوى .

١٥١٠٧ - والجواب أن الخصم يذكر الدعوى خاصة ، وشهود الفرع يذكرون استنابتهم أولًا ، ثم يذكرون الشهادة التي يأتي بها شهود القضاء ، فهما من هذا الوجه سواء [٦] .

١٥١٠٨ - قالوا : على الحاكم مشقة في قبول الفرع مع حضور الأصل [٧] ، لأنه يحتاج إلى تأمل وبحث [٨] عن حال شهود / الأصل والفرع ، وإذا اقتصر على شهود الأصل لم يحتج إلى هذا البحث ، والتوكيل مع القدرة لا مشقة على القاضي في سماع دعوى الوكيل .

١١/ب

---

(١) قوله : [من التوكيل] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) : [لا يصح] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلم يعف] .

(٤) في (ع) : [تخالف] .

(٥) في (ع) : [سون] ، مكان : [يثبتون] ، وهو غير منقوط في (ص) ، (م) ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) في (م) ، (ع) : [من سواء] ، بزيادة : [من] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الخصم] ، مكان : [الأصل] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ويجب] .

١٥١٠٩ - قلنا : لو كان امتناع قبول الشهادة لهذا المعنى لوجب إذا رضي القاضي بتحمل هذه المشقة أن يجوز سماع الشهادة ؛ لأنه أسقط حق نفسه ، وأنه لا فرق بينهما ، لأن القاضي يلحقه مشقة بالوكالة ، لأنه محتاج إلى ثبوت الوكالة والنظر في صفات الوكيل وهل هو ممن تصح [١] وكالته أم لا ، ويجتهد في جواز إقراره أو إبطاله ، وإذا سمع الدعوى من الموكل [٢] كان أيسر وأسهل ، ولا فرق بينهما .

١٥١١٠ - قالوا : ليس على المدعي ضرر في الامتناع من قبول شهود الفرع ، لأنه يثبت [٣] حقه بشهود الأصل ، وعليه ضرر إذا لم يسمع من وكيله ، لأنه ممن يكون لا يلحن بحجته ، فإذا لم يسمع من وكيله أضرَّبه .

١٥١١١ - قلنا : قد يضره رد شهود الفرع ؛ لأنهم يكونون في المجلس ، فيتعجل ثبوت [٤] الحق ، فإذا ردوا احتاج [٥] إلى إحضار شهود الأصل فتأخر حقه .

١٥١١٢ - فأما قولهم : إن في منع التوكيل إضرارا [٦] به ؛ لأنه لا يلحن بحجته ، ففي قبوله إضرار بخصمه ، لأنه لا يقدر على مقاومة الوكيل ومحاجته ، فلم يجز إلحاق الضرر به .

١٥١١٣ - ولأنه توكيل في الخصومة ؛ فلم يلزم الخصم قبوله ابتداء من غير عذر ، أصله : إذا وكل صبيًا مأذونًا .

١٥١١٤ - ولأن كل من لا يلتزم وكالته المتعلقة بالشرط ، لا يلزم وكالته مطلقة [٧] ، كالصبي والمجنون [٨] .

١٥١١٥ - ولأنه استنابة في الخصومة على من اختلف في جواز إقراره عليه ، فصار كما لو وكل صبيًا ، وهذه المسألة مبنية على أن المدعى عليه [٩] يلزمه الحضور .

١٥١١٦ - وقال الشافعي : لا يلزمه ، وإنما يقال : احضر أو وكل [١٠] .

---

(١) في (م) : [يصح] .

(٢) قوله : [من الموكل] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [ثبت] . (٤) في (ص) : [بثبوت] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فما احتاج] ، و في (ص) : [فاحتاج] .

(٦) في سائر النسخ : [إضرار] ، الصواب كما أثبتناه بالنصب .

(٧) في (ع) : [مطلقا] .

(٨) في (م) ، (ع) : [كالصبي المجنون [بدون الواو .

(٩) لفظ : [عليه] ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [احضروا وكل] ، مكان المثبت .

١٥١١٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ﴾ [١] ، فذمهم بترك الحضور .

١٥١١٨ - ولا يقال : إنما [٢] ذمهم بالإعراض ، ومن وكل فلم يعرض ، لأنه قد أعرض عن الحضور بنفسه ، والذم يتناول الإعراض بكل وجه ، يبين ذلك : قوله تعالى : ﴿ وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلۡحَقُّ يَأۡتُوٓاْ إِلَيۡهِ مُذۡعِنِينَ ﴾ [٣] ، فذمهم على الإعراض عن الإتيان الذي يفعلونه إذا كان الحق لهم .

١٥١١٩ - ويدل عليه : حديث الحسن « أن النبي ﷺ قال : « من دعي إلى [٤] حاكم من حكام المسلمين فلم يُجِب ، فهو ظالم [٥] لا حق له » [٦] ، ذكره الدارقطني ، فذمه على ترك الإجابة ، فدل : أنها واجبة .

١٥١٢٠ - وروي : « أن امرأة استعدت على زوجها فأعطاها رسول الله ﷺ هدبة من ثوبه [٧] ، وقال : قولي له : لم [٨] يحضر ولم يقل أو يحضر وكيله » [٩] .

١٥١٢١ - ولأن البينة أحد ما يقطع به الخصومة ، فجاز أن يجب على المدعى عليه أن يحضر لأجلها [١٠] ، كاليمين إذا وجبت [١١] عليه .

١٥١٢٢ - ولأن المدعي أحد المتداعيين [١٢] ؛ فجاز أن يستحق عليه الحضور ، كالمدعي عليه الحد والقصاص .

١٥١٢٣ - ولأن من تُقطع [١٣] الخصومة بقوله إذا لم يلحقه مشقة في الحضور ،

---

(١) سورة النور : الآية ٤٨ .
(٢) في (ع) : [إنه] ، مكان : [إنما] .
(٣) سورة النور : الآية ٤٩ .
(٤) لفظ : [إلى] ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) الزيادة : من سنن الدارقطني ، والبيهقي .
(٦) في سائر النسخ : [إلا فلا حق له] ، والمثبت من سنن الدارقطني ، وأحكام القرآن للجصاص . وحديث الحسن : أخرجه الجصاص ، في أحكام القرآن « باب لزوم الإجابة لمن دعي إلي الحاكم » (٣٢٩/٣) والدارقطني في السنن « كتاب في الأقضية والأحكام » (٢١٤/٤) ، الحديث (٣٦) ، والبيهقي دون قوله : [لا حق له] ، في الكبرى « كتاب من دعي إلي حكم حاكم » (١٤٠/١٠) .
(٧) في (م) ، (ع) : [نوبه] .
(٨) لفظ : [لم] مكرر في (ص) .
(٩) لم نعثر على هذا الحديث بعد .
(١٠) في (م) ، (ع) : [الحضور لأجله] ، مكان المثبت .
(١١) في سائر النسخ : [وجب] ، والصواب ما أثبتنا .
(١٢) في (م) : [المتداعين] .
(١٣) في (ع) : [نقطع] .

جاز أن يجب عليه الحضور ، كالشاهد .

١٥١٢٤ - قلنا : حق لزمه ، فلا ينتقل إلى غيره بغير رضاه (١) ، كالحوالة .

١٥١٢٥ - أو نقول (٢) : الحضور للخصومة قد لزمه ، وهذا معني يتفاوت (٣) الناس فيه تفاوتا (٤) ظاهرًا ؛ لأنَّ فيهم من يستعين بنيابة ، فيصور (٥) الباطل بصورة الحق ، ولهذا قال النبي ﷺ : « إنكم لتختصمون إليَّ ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض » (٦) ، فإذا كان كذلك لم يجز نقل ما لزمه إلى غيره إلا برضا خصمه ، كما أن الدين لما لزمه كان الناس يختلفون في الذمم اختلافًا ظاهرًا ، لم يملك نقل الدين من ذمته (٧) إلى ذمة غيره إلا برضا خصمه .

ولا يلزم : المريض والمسافر (٨) ، لأن الحضور لا يلزمهما (٩) .

ولا يلزم : إذا وكل بقضاء الدين ؛ لأن الوكيل إذا شدد لم يدفع (١٠) أكثر من الحق ، ولم يأخذ أقل منه ، وذلك غير مستحق ، والوكيل بالخصومة يثبت ما ليس بحق .

١٥١٢٦ - احتجوا : بما روي « أن عليًا (رضي الله عنه) (١١) وكَّل أخاه عقيلًا عند أبي بكر وعمر ، فلما كان عثمان أمر عقيل ، فوكل عبد الله بن جعفر ، وكان يقول : إن للخصومة قحمًا ، وأن الشيطان يحضرها ، وإني أكرهها » (١٢) ، فهذا يدل على أن

---

(١) في (م) ، (ع) : [برضاه] ، مكان : [بغير رضاه] .

(٢) في (م) ، (ع) : [أو يقول] .

(٣) في (م) ، (ع) : [تتفاوت] .

(٤) في (م) : [معاونا] .

(٥) في (م) : [فتصور] .

(٦) هذا جزء من حديث أم سلمة (رضي الله عنها) ، أخرجه البخاري بطوله في الصحيح « كتاب الحيل » ، « باب بعد » باب إذا غصب جارية » (٢٠٤/٤) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الأقضية » ، « باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة » (١٣٣٧/٣) ، الحديث (١٧١٣/٤) ، وأبو داود في السنن « كتاب الأقضية » (٢٩٥/٢) ، والترمذي في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب ما جاء في التشديد على من يقضي له بشيء » (٦١٥/٣) ، الحديث (١٣٣٩) ، والنسائي في المجتبي « كتاب آداب القاضي » ، في « الحكم بالظاهر » (٢٣٣/٨) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الأحكام » ، « باب قضية الحاكم لا تحل حرامًا » (٧٧٧/٢) ، الحديث (٢٣١٧) .

(٧) في (ص) : [ذمة [بدون الهاء .

(٨) في (م) : [لا يلزمها] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لم يقع] ، مكان : [لم يدفع] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(١٠) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(١١) لم نجد هذا الحديث بهذا اللفظ بعد ، وقد أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف « كتاب البيوع والأقضية » ، في « الوكالة في الخصومة » (٣٨٩/٥) ، والبيهقي نحوه في الكبرى « كتاب الوكالة » ، « باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة » (٨١/٦) .

(١٢) في (م)، (ع) : [سعوا] ، مكان : [امتنعوا] .

التوكيل إلى اختياره .

١٥١٢٧ - الجواب : أن هذا يدل على جواز التوكيل ، وكذلك نقول : وإنما للخصم أن يمتنع ، ولم ينقل : أن خصوم عليّ امتنعوا [١] فألزموا خصومة وكيله ، فلم يكن في التوكيل ومخاصمة خصومه باختيارهم دليل .

١٥١٢٨ - والظاهر منهم [٢] الرضا لوجهين ، أحدهما : أنهم [٣] كانوا يرون تعظيمه وتوقيره ، ولا يكلفونه بالحضور ، والثاني : أنه أقوم بالخصومة من عقيل وأفقه وأعرف بمواقع الحجج ، والظاهر أن الخصم لا يختار مخاصمة أشد الخصمين ، وأنه إذا خاصمه أضعفهما رضي به .

١٥١٢٩ - قالوا : توكيل في حقه ؛ فوجب أن لا يفتقر في [٤] المطالبة إلى رضا خصمه ، كما لو وكله في قبض حقه بعد ثبوته .

١٥١٣٠ - قلنا : الوكالة في القبض إنما يختلف الناس فيها ، لأن منهم السهل الذي يأخذ دون حقه ، ومنهم الصعب الذي يستوفي حقه ، وترك [٥] بعض الحق لا يجب ، فلم يختلف الواجب باختلاف من يتولاه ، وليس كذلك الخصوم ، لأن العارف بها يصور [٦] الباطل بصورة الحق ، فيثبت ما لا يجب ويسقط ما يجب ، فلما اختلف ذلك باختلاف الولي وقف [٧] على الرضا .

١٥١٣١ - قالوا : كل وكالة لا تفتقر إلى رضا الخصم مع المرض والسفر كذلك مع الحضور والصحة .

١٥١٣٢ - قلنا : لا يخلو أن تكون [٨] الوكالة من المدعي المريض أو المدعى عليه [٩] [فإن كان المريض هو المدعى عليه] [١٠] فالحضور لا يمكنه إلا بضرر ، فسقط عنه

---

(١) في (م) ، (ع) : [منهما] .
(٢) لفظ : [أنهم] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٣) في (م)، (ع) : [إلى] ، مكان : [في] . (٤) في (م) ، (ع) : [بالقبض] .
(٥) في (م) ، (ع) : [وهذا هو وقول] ، مكان : [وترك] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يتصور] .
(٧) في (م) ، (ع) : [المولي ووقع] ، مكان المثبت .
(٨) في (م) : [أن يكون] .
(٩) في (م) ، (ع) : [والمدعي عليه] ، أي : أو تكون من المدعي عليه المريض .
(١٠) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

للعجز [١] ، فجاز أن يوكل ، وإن كان المدعي هو المريض فهو [٢] لا يقدر على الحضور ، ولو [٣] لم يجز له التوكيل أدى إلى تأخير حقه ، وفي ذلك ضرر عليه ، وهذا المعنى لا يوجد في الصحيح القادر .

١٥١٣٣ - فإن قيل : حقوق الآدمي المحضة لا تسقط بالأعذار ، وإنما تؤثر الأعذار في حقوق [٤] الله تعالى .

١٥١٣٤ - قلنا : قد تؤثر [٥] في حقوق الآدمي ؛ ألا ترى : أن المفلس يسقط [٦] عنه الحبس للعذر ، والمريضة لا يلزمها تمكين [٧] زوجها من الوطء ، لأجل الضرر ، وكذلك الحضور إن كان حقًّا لآدمي سقط بالعذر .

١٥١٣٥ - فإن قيل : المرض ليس بعذر في التوكيل ؛ لأن القاضي يُنْفِذُ إلى المريض من يحكم بينه وبين خصمه .

١٥١٣٦ - قلنا : المرض يمنع المخاصمة واستيفاء الحجة ، كما يمنع الحضور .

١٥١٣٧ - قالوا : فالأعذار تؤثر في تأخير الحقوق ، لا في إسقاطها .

١٥١٣٨ - قلنا : العذر إذا أخر [٨] الحق أسقطه في الحال ، وإن كان المدعى عليه مريضًا ، فخصمه بالخيار : إن شاء أخر الحق ، وإن شاء خاصم الوكيل ، وإن كان المدعي هو المريض ففي تأخير الحق ضرر به ، ولذلك [٩] جاز له أن يقيم غيره مقامه .

١٥١٣٩ - قالوا : من لا يعتبر رضاه في صحة التوكيل لا يعتبر في لزومه ، كالحاكم .

١٥١٤٠ - قلنا : الوصف غير مسلَّم على ظاهر لفظ [١٠] الكتاب والمختصر ، والوكالة موقوفة عندنا ، فأما أن نقول [١١] صحت ، فلا .

١٥١٤١ - ولأن الرضا قد يؤثر في تمام الشيء وإن لم يؤثر في صحته ، ألا ترى : أن رضا المقر له لا يعتبر في صحة الإقرار [١٢] ويعتبر في تمامه ، لأنه لو رده بطل ، وإن لم يرده

---

(١) في (م) ، (ع) : [للعجز] . (٢) في (ص) : [وهو] .
(٣) الزيادة : من (م) ، (ع) . (٤) في (ص) : [حق] .
(٥) في (م) : [يؤثر] . (٦) في (ص) ، (م) : [سقط] .
(٧) في (م) : [يمكن] ، وفي (ع) : [تمكن] .
(٨) في (م)، (ع) : [أخرج] ، مكان : [أخر] . (٩) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .
(١٠) في (ع) : [وصف] ، مكان : [لفظ] . (١١) في (م) ، (ع) : [أن يقول] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [في صحته للاقرار] ، مكان المثبت .

حتى مات المقر له ثبت ، فلولا أنه صح لم يلزم [(١)] بالموت ، وأما الحاكم فلا يعتبر رضاه في انتقال الدين بالحوالة ، وجاز أن يعتبر في انتقال الخصومة ، [ولما كان رضا الخصم يعتبر في انتقال الدين بالحوالة ، جاز أن يعتبر في انتقال الخصومة] [(٢)] بالوكالة ، والوديعة .

١٥١٤٢ – قالوا : المقصود من التوكيل تصرف الوكيل ، وإذا صحت الوكالة وجب أن يشتمل على جواز التصرف .

١٥١٤٣ – قلنا : لا نسلم صحتها ، بل نقول : إنها موقوفة على ما بينا .

١٥١٤٤ – قالوا : الدليل على أن الحضور ليس بمستحق : أن الخصم لو بعث بما يدعي عليه ، لم يكلف الحضور .

١٥١٤٥ – قلنا : الحضور مستحق لا لنفسه ، لكن لإثبات الحق واستيفائه ، فإذا بذل [(٣)] الحق سقط ما طلب الحضور لأجله [(٤)] ، فسقط الحضور . يبين [(٥)] ذلك : أنه لمَّا لم يلزمه عندهم لم يكن مستحقًّا .

١٥١٤٦ – قال الشافعي : إن كان المانع من التوكيل أنه مقيم مقامه من [(٦)] هو أقوى بالخصومة منه ، فيجب إذا وكل من هو دونه في الخصومة أن يجوز .

١٥١٤٧ – قلنا : المانع من الوكالة أمران ، أحدهما : هذا الذي ذكر ، والآخر : ما في ذلك من ترك التسوية ، وكون أحد الخصمين في داره ، والآخر بباب القاضي ، فإذا استناب من هو دونه في الخصومة وأجزناه يثبت الحكم بأحد العلتين ، ثم هذا لا يصح ، لأنه لا يمتنع [(٧)] أن يقف الوكالة للاختلاف الذي [(٨)] ذكره ، فيعتبر الرضا فيها في جميع الأحوال ، كما أن الحوالة بالدين امتنعت بغير تراض لاختلاف الذمم ، ثم لو نقل [(٩)] الحق إلى ذمة أوثق من [(١٠)] ذمته ، لم يجز إلا برضا خصمه ، كذلك هذا .

---

(١) في (ع) : [لم يلزمه] .

(٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (ص) ، (م) : [بدل] بالدال المهملة .

(٤) في (م) ، (ع) : [لنفسه لأجله] ، بزيادة : [لنفسه] .

(٥) في (ع) : [نبين] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لمن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .

(٨) الزيادة : من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [لم يقل] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [أو ثمن] ، مكان : [أوثق] ، ولفظ : [من [ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٧٥٤

الإقرار عند القاضي بالتوكيل

١٥١٤٨ - قال أصحابنا [١] : إذا أقر عند القاضي أنه وكل هذا والقاضي يعرف الموكل ، صح الإقرار ، وإن كان لا يعرفه لا يسمع / هذا الإقرار حتى يشهد شاهدان بعرفانه . ١٧٤/أ

١٥١٤٩ - قال الخصاف [٢] : وإن كان القاضي يعرف الموكل قبل وكالته وأنفذها الوكيل .

١٥١٥٠ - وقال أصحاب الشافعي رحمهم الله : إذا سمع القاضي الإقرار يثبت [٣] وكالته عن من ناب عنه ، ولهذا [٤] الوكيل التصرف [٥] .

وإن [٦] كانوا يعنون بثبوت [٧] الوكالة أن القاضي علمها وأنه لا يحتاج في [٨] إنفاذها إلى إعادة الإقرار ، فهذا صحيح ، وهذا [٩] كمن أقر بدين لرجل عند القاضي فقد ثبت الإقرار بمعنى أن القاضي علمه ، وأنه لا يحتاج في إلزامه المقر إلى إعادة الإقرار .

---

(١) لفظ : [قال] ساقط من (م) ، (ع) ، والزيادة : أثبتناها تمشيًا بمنهج المصنف .

(٢) الخصاف : هو القاضي أحمد بن عمرو - وقيل : عمر - بن مهير - وقيل : مهران - ، أبو بكر الخصاف الشيباني ، أخذ عن أبيه ، عن الحسن ، عن أبي حنيفة وحدث عن أبي داود الطيالسي وعلي بن المديني وغيرهما . ومن مصنفاته : كتاب « الحيل » ، توفي رحمه الله ببغداد في سنة إحدي وستين ومائتين . راجع ترجمته في : الجواهر المضية (٢٣٠/١ - ٢٣٢) ، الترجمة (١٦٠) ، الفوائد البهية ص٢٩ ، ٣٠ . راجع تفصيل المسألة في : المبسوط ، « كتاب الوكالة » (١٦/١٩) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لهذا] ، بدون الواو .

(٥) قال ابن قدامة : « إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصمًا لموكله وقال : أنا وكيل فلان ، فأنكر الخصم كونه وكيله ، فإن قلنا : لا يحكم الحاكم بعلمه ، لم تسمع دعواه حتي تقوم البينة بوكالته ، وإن قلنا : يحكم بعلمه ، وكان الحاكم يعرف الموكل بعينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف ، لأن معرفته كالبينة ، وإن عرفه بعينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البينة عنده بالوكالة ، لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله ، فلم يقبل » ، في المغني « كتاب الوكالة » (١٤٧/٥) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [ثبوت بدون الباء] .

(٨) في (م) ، (ع) : [إلي] ، مكان : [في] .

(٩) في (م) ، (ع) : [وهو] .

وإن أرادوا بذلك أن الوكالة تثبت (١) بمعني أن القاضي يحكم بها بغير (٢) دعوى ولا خصم ، فهو موضع خلاف . وعندنا : لا يقضي (٣) بها حتى يحضر المدعى عليه (٤)، فينفذ ذلك الإقرار عليه ، وهذا فرع على امتناع القضاء على الغائب (٥) .

١٥١٥١ - وإن أرادوا (٦) بقولهم : إن الوكالة صارت محكومة بها بنفس الإقرار وسماع الحاكم من غير إنفاذ ، فهذا (٧) ليس بصحيح ؛ لأنه عقد جرى بحضرة الحاكم ، فلا يصير محكومًا به (٨) أو لا يجوز الحكم به بغير (٩) دعوى ، كسائر العقود .

١٥١٥٢ - ولأنه أذن في الخصومة ؛ فلا يحكم (١٠) به الحاكم بغير دعوى ، أصله (١١) : إذا قال : إذا قدم فلان (١٢) ، فقد وكلتك .

[ولأنه توكيل] (١٣) بحضرة القاضي ، فلم يحكم به بغير دعوى ، كتوكيل الولي الفاسق في تزويج وليته .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت] . (٢) لفظ : [بغير] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) : [لا يقتضي] .

(٤) لفظ : [عليه [ساقط من (م) ، (ع) ، و من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [الغالب] . (٦) في (م) : [أردوا] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الفدا الهذا] ، مكان : إنفاذ فهذا] .

(٨) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) . (٩) في (م) ، (ع) : [لغير] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ولا يحكم] .

(١١) في (م) ، (ع) : [وأصله [بالعطف .

(١٢) في (م) ، (ع) : [على فلان] ، بزيادة : [على] .

(١٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

مسألة ٧٥٥

سماع القاضي البينة على الوكالة هل يشترط فيه حضور الخصم ؟

١٥١٥٣ - قال أصحابنا : لا يسمع القاضي البينة على الوكالة إلا بعد حضور الخصم ، فإذا حضر الخصم فادعى [١] أنه وكيل فلان وأن لموكله [٢] على هذا ألفا سمع هذه الدعوى [٣] .

١٥١٥٤ - وقال الشافعي : يسمع القاضي البينة بغير حضور الخصم [٤] ، فإن أحضر خصمًا وادعى عليه ألفًا ، لم يسمع هذه [٥] الدعوى إلا بعد ثبوت الوكالة [٦] .

١٥١٥٥ - وهذا مبني على أصلنا في امتناع القضاء على الغائب [٧] ، وهذا قضاء على الغائب [٨] ، لأنه يثبت له حق المطالبة على الغائب [٩] ، فلا يجوز .

١٥١٥٦ - [ولأنه أقام بينة على إذن ، فلم يسمع من غير خصم ، كالوكالة المعلقة بشرط ، وتوكيل الولي الفاسق بالنكاح] [١٠] .

١٥١٥٧ - ولأنه إقامة بينة بالوكالة من غير خصم ، فصار كتوكيل المرأة بالنكاح .

١٥١٥٨ - احتجوا : بأن من [١١] لم يعتبر رضاه في تثبيت [١٢] الوكالة لم يعتبر

---

(١) في (م) ، (ع) : [فأوحي] . (٢) في (م) : [الموكلة] .

(٣) راجع المسألة في : المبسوط « كتاب الوكالة » (١٩/ ١٠ ، ١١) ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٥٥/٢) ، المسألة (٣٧٠٧) .

(٤) في (م) ، (ع) : [من حضور خصم] ، مكان : [بغير حضور الخصم] .

(٥) في (ع) : [هذا] .

(٦) راجع المسألة في : الأم ، في [الوكالة] (٢٠٧/٣) ، مختصر المزني « كتاب الوكالة » ص١١٠ ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٢٢/٥ ، ١٢٣) ، فتح العزيز « كتاب الوكالة » ، « الباب الثاني في حكم الوكالة » ، بذيل المجموع (٥٤/١١ ، ٥٥) ، بداية المجتهد « كتاب الوكالة » ، « الباب الثاني في الأحكام » (٣٢٧/٢) ، الإفصاح « باب الوكالة » (٢٠٨/١) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٤٧/٥ ، ١٤٨) .

(٧) في (م) ، (ع) : [القاضي على القضاء] ، مكان : [القضاء على الغائب] .

(٨) في (م) ، (ع) : [غائب] ، بدون [أل] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الغالب] .

(١٠) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) في (ع) : [لمن] . (١٢) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

حضوره ، كسائر الناس .

١٥١٥٩ - قلنا : الحق يثبت [١] على الغرماء ، وما يثبت [٢] على الإنسان من الحقوق ولا يعتبر [٣] في ثبوته الرضا . وقد تعتبر الخصومة فيما يثبت [٤] على الإنسان ؛ بدلالة أن النكول على اليمين لا يثبت حكمه إلا بعد حضوره .

١٥١٦٠ - ولأن الخصومة إنما يحتاج إليها للطعن وليحتج ، وقد طعن من لا يؤثر رضاه ، فلم يجز أن يعتبر الحضور بالرضا .

١٥١٦١ - قالوا : بأنه تثبت [٥] وكالته فلا يعتبر فيه حضور الموكل عليه . أصله : إذا حضر غريم واحد فحكم عليه بالوكالة ، ثم حضر بقية الغرماء .

١٥١٦٢ - قلنا : إذا حضر واحد من الغرماء [٦] وحكم بمحضر منه ، تثبت [٧] الوكالة على خصمه ، فصار ثبوتها على واحد بالحكم كثبوتها بالإقرار في حق جميع [٨] الناس ، وإذا لم يحضر واحد من الغرماء فقد حصل الحكم ، وليس هناك محكوم عليه لم ينفذ الحكم من غير خصم

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٢) في (م) ، (ع) : [وما ثبت] .
(٣) في (م) : [ولا تعبر] .
(٤) في (ع) : [ثبت] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٦) قوله : [من الغرماء [ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [ثبت] .
(٨) في (ع) : [الجميع] .

مسألة ٧٥٦

لا ينعزل الوكيل إلا بعلمه وعلم الموكل

١٥١٦٣ – قال أصحابنا : إذا عزل الموكل وكيله لم ينعزل حتى يعلم بالعزل . وإن عزل الوكيل نفسه ، لم ينعزل حتى يعلم موكله بذلك [١] .

١٥١٦٤ – وقال الشافعي : إذا عزل الوكيل نفسه ، انعزل . فإن عزله الموكل فيه وجهان ، أحدهما : ينعزل ، والآخر : لا ينعزل [٢] .

أما الكلام في الوكيل إذا عزله : فلأن العزل نهي ، فلا يثبت حكمه في حقه [٣] إلا بالعلم ، كنهي صاحب الشرع [٤] .

١٥١٦٥ – فإن قيل : نهي صاحب الشريعة يثبت [٥] وإن لم يعلم .

١٥١٦٦ – قلنا : غلط ؛ الدليل عليه : أنه لا يستحق الذم والتوبيخ بالفعل .

١٥١٦٧ – فإن قيل : أمر صاحب الشريعة واجب وخلافه معصية ، والأمر قائم حتى

---

(١) راجع : مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١٠٩ ، المبسوط « كتاب الوكالة » (١٥/١٩ ، ١٦) ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٦١/٢ ، ٦٦٢) ، الحديث (٣٧٤٨) ، تحفة الفقهاء « كتاب الوكالة » (٢٣٠/٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : وأما بيان به الوكيل عن الوكالة » (٣٧/٦) تكملة فتح القدير مع الهداية « باب عزل الوكيل » (١٣٧/٨ - ١٤٠) ، البناية مع الهداية « باب عزل الوكيل » (٣٧٥/٨ - ٣٧٧) ، مجمع الأنهر « باب عزل الوكيل » (٢٣٧/٢) ، حاشية ابن عابدين « باب عزل الوكيل » (٤٣٤/٤) .

(٢) انظر المهذب مع تكملة المجموع « كتاب الوكالة » (١٥٤/١٤ - ١٥٦) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٥٤/٥ ، ١٥٥ ، ١٥٦) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق (٦٦/١١ - ٦٨) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٣١/٢) ، البناية (٣٧٧/٨) ، الكافي لابن عبد البر « باب ما تنعقد به الوكالة وتصرف الوكيل » (٧٨/٢) ، تبصرة الحكام « فصل : الوكالة جائزة بعوض أو بغير عوض » (١٢٦/١) ، شرح الزرقاني « باب صحة الوكالة » (٩١/٦) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثامن في الوكالة » ص٣٤٠ ، البهجة في شرح التحفة « باب الوكالة » (٢١١/١) ، المسائل الفقهية « كتاب الشركة والمضاربة والوكالة (٣٩٥/١) ، المسألة (١٢) ، الإفصاح « باب الوكالة » (٢٠٧/٢) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٢٣/٥ ، ١٢٤) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٥١/٢) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٧٢/٥) .

(٣) قوله : [في حقه] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [صاحب الشريعة] . (٥) في (ع) : [ثبت] .

يعلم النهي ، ومخالفة أمر الوكيل ليس بمعصية ، فلذلك يثبت [1] النهي قبل العلم .

١٥١٦٨ - قلنا : نسخ المندوب لا يثبت إلا بعد العلم وإن كان لا يقضي بتركه ، ثم هذا ليس بصحيح ، لأن أمر [2] الموكل غير واجب ، إلا أنه يفسد جواز التصرف ، والعزل يقتضي حظر ذلك ، فهو كالأمر الذي أفاد الوجوب ، والنهي يقتضي حظر ذلك الفعل .

١٥١٦٩ - ولأنه عقد فلا ينفسخ بلفظ الفسخ من غير علم [3] ، كسائر العقود .

١٥١٧٠ - ولا يلزم : الطلاق ؛ لأنه ليس بفسخ .

ولأن التصرف موجب الوكالة ، فلم يملك بغيره [4] ، كالفسخ من غير علم الوكيل .[5] .

ولأنه باع ما وكله ببيعه مع بقاء الموكل فيه من غير علم ، وصحته الترك [6] ممن يعزل ؛ فجاز بيعه ، كما لو لم يعزله [7] .

١٥١٧١ - ولأنه نهي عن تصرف استفاده ؛ فوجب أن لا يلزمه من غير علم ، أصله : عزل المودَع عن إمساك الوديعة .

١٥١٧٢ - ولأنه نهي يوجب [8] الضمان عليه بالتصرف فيما كان مؤتمنًا فيه ؛ فوجب أن لا يلزمه من غير علمه [9] ، كالوديعة .

١٥١٧٣ - فإن قيل : المودع يستفيد بالوديعة ، الحفظ والاستئمان ، ولا يستفيد [10] التصرف ، والعزل يقع في التصرف ، وذلك غير موجود في الوديعة ، فكيف يقاس عليها ؟ .

١٥١٧٤ - قلنا : الوديعة تتضمن [11] التصرف ، كالوكالة ؛ بدلالة : أن نقل [12]

---

(١) في (م) ، (ع) : [ثبت] . (٢) لفظ : [أمر] ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (ع) : [حكم] ، مكان : [علم] . (٤) في (م) ، (ع) : [لغيره] .
(٥) في (ص) : [وصحه نرل [بدون نقط ، لعل الصواب ما أثبتناه .
(٦) في النسخ جميعها زيادة : « كالإمساك وكونه أمانة » بعد عبارة : كالفسخ من غير علم الوكيل » .
(٧) في (م) ، (ع) : [كما لو يعزله] ، بدون : [لم] .
(٨) في (م) ، (ع) : [موجب] . (٩) في (م) ، (ع) : [عله] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ولا يفسد] .
(١١) في (م) ، (ع) : [قوله الوديعة يتضمن] من زيادة : [قوله] .
(١٢) في (م) : [يقل] .

الوديعة من مكان إلى مكان تصرف فيها ، والعزل يقتضي قطع ذلك ، كما يقتضي قطع التصرف الذي هو البيع .

١٥١٧٥ - قالوا : الوديعة لا تنفسخ [(١)] بالعزل ؛ بدلالة : أنهما لو اجتمعا فقال : عزلتك ، لم يبطل الائتمان حتى لو هلكت قبل الرد لم يضمنها ، كذلك لا ينعزل مع الغيبة ؛ والوكالة تنفسخ بالقول إذا [(٢)] اجتمعا ، وإذا لم يفتقر إلى الرضا لم يفتقر إلى الحضور .

١٥١٧٦ - قلنا : إذا عزله عن الوديعة انقطع بعزله تصرفه حتى لا يجوز له [(٣)] نقلها ، فزال حكم الائتمان بالعقد وبقيت [(٤)] أمانته بمعنى آخر ، وهو أن العين متى حصلت في يده لا على وجه التعدي والتمليك كانت أمانة ، فكذلك الوكالة إذا عزله في وجهه انقطع تصرفه وزال الائتمان بالوكالة وبقي حكم الأمانة بالمعنى الذي [(٥)] ذكرنا ، ولا فرق بينهما [(٦)] .

١٥١٧٧ - وأما الكلام إذا عزل الوكيل نفسه : فلأن العقد يتعلق بهما ، فلما لم يملك أحدهما العزل من غير علم [(٧)] صاحبه ، فكذلك الآخر .

١٥١٧٨ - ولأن العقد تم بينهما ولا يملك أحدهما فسخه من غير [(٨)] علم الآخر ، كالبيع .

ولا يلزم : الطلاق ، لأنه ليس بفسخ .

١٥١٧٩ - ولا يلزم : إذا باع الموكل ما وكله فيه ، لأنه لم ينعزل عندنا ، وإنما تعذر البيع ولهذا لو رد المبيع [(٩)] عليه بعيب بقضاء ، جاز للوكيل بيعه .

١٥١٨٠ - ولأنه التزم أمانة في حق غيره ، فلم يملك فسخ ذلك بغير علم صاحبه ، كالمودع إذا عزل نفسه عن حفظ الوديعة .

---

(١) في (م) : [لا ينفسخ] .

(٢) في : [ينفسح] ، مكان : [تنفسخ] ، وفي (م) : إنما ، مكان : [إذا] .

(٣) لفظ : [له [ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [ويبقيه] .

(٥) في (ع) : [بالذي] ، مكان : [بالمعني الذي] .

(٦) قوله : [ولا فرق بينهما] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (ص) : [علم بغير بالتقديم والتأخير] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلأن] .

(٩) في (م) : التعاقدين] .

١٥١٨١ - ولأنه لو وكله بشراء عبد بعينه لم يملك الوكيل أن يبتاعه لنفسه ، ولو ملك العزل ملك الابتياع ويكون ذلك عزلًا عن الوكالة .

١٥١٨٢ - احتجوا : بأنه قطع عقد ؛ فوجب أن لا يفتقر إلى حضور من لا يفتقر إلى رضاه ، كالطلاق .

١٥١٨٣ - قلنا : يبطل بالعزل عن حفظ الوديعة [على ما قررنا .

١٥١٨٤ - ولأن الطلاق إسقاط لحق الزوج عما ملكه بالعقد] (١) ، كعتاق العبد وإتلاف المبيع . فأما في مسألتنا : فالوكيل يسقط حق موكله الذي التزمه ، فصار كعزله نفسه عن الوديعة .

١٥١٨٥ - قالوا : معني تنفسخ به الوكالة ؛ فوجب أن لا يفتقر إلى علم الوكيل ، كموت الموكل ، كما لو باع ما وكل (٢) ببيعه .

١٥١٨٦ - قلنا : الموت عزل من طريق الحكم ، وفي مسألتنا : عزل بالفسخ ، وحكمهما (٣) يختلف ؛ بدلالة : أن فسخ البيع بهلاك المبيع لا يقف على الرضا والعلم ، والفسخ بالإقالة يقف على ذلك ، وإذا باع الموكل ما وكل (٤) ببيعه ، فلم ينعزل الوكيل عندنا ، وإنما تعذر التصرف لخروج المبيع من (٥) ملك موكله ، ولو (٦) عاد المبيع إليه بحكم الملك الأول ، جاز لوكيله بيعه ، ولو كان انعزل لم يملك البيع إلا بوكالة مجددة .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .
(٢) في (م) ، (ع) : [ما يوكل] .
(٣) في (م) ، (ع) : [وحكمها] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ما وكله] .
(٥) في (م) ، (ع) : [عن] .
(٦) قوله : [ولو] مكرر في (ص) .

مسألة ٧٥٧

إقرار الوكيل على موكله

١٥١٨٧ – قال أصحابنا : إقرار الوكيل على موكله جائز ، وذكر في باب الصلح من كتاب الوكالة : أن التوكيل بالإقرار جائز (١) .

١٥١٨٨ – وقال الشافعي : إذا أقر على موكله ، لم يلزمه إقراره .

١٥١٨٩ – و [اختلف أصحابه في التوكيل بالإقرار ، فقال ابن سريج] (٢) : لا يصح التوكيل بأن يقر عنه ، ومنهم من قال : يصح التوكيل ، وهو ظاهر مذهبه .

١٥١٩٠ – وهل يكون التوكيل بالإقرار إقرارًا ؟ قال ابن سريج : لا يكون إقرارًا (٣) ، ومنهم من قال : الأمر بالإقرار والتوكيل به إقرار (٤) .

---

(١) قال القدوري في مختصره ص٥٥ ، ٥٦ : « وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي ، جاز إقراره ، ولا يجوز إقراره عليه عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد ، إلا أنه يخرج من الخصومة » . راجع تفصيل المسألة في : الجامع الصغير « باب الوكالة بقبض مال أو عبد » ص٤٠٦ ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٣٩/٢ ، ٦٤٧) ، المسألة (٣٥٦٦ ، ٣١٤٢) ، تحفة الفقهاء « كتاب الوكالة » (٢٢٩/٣) ، طريقة الخلاف في الفقة « كتاب الوكالة » ص٤١٣ ، ٤١٤ ، المسألة (١٦٩) ، بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : وأما الشرائط » ، و « فصل : وأما بيان حكم التوكيل » (٢٢/٦ ، ٢٤) ، البناية مع الهداية « باب الوكالة بالخصومة والقبض » (٣٦٠/٨ – ٣٦٥) ، تكملة فتح القدير مع الهداية « باب الوكالة بالخصومة والقبض » (١١٣/٨ – ١٢٣) ، مجمع الأنهر « باب الوكالة بالخصومة والقبض » (٢٣٣/٢ ، ٢٣٤) حاشية ابن عابدين (٤٣٠/٤) .

(٢) ما بين المعكوفتين : مكرر في (م) .

(٣) في (م) : [إقرار] .

(٤) راجع المسألة في : الأم ، في « الوكالة » (٢٠٧/٣) ، الأم « كتاب الوكالة » ص١١٠ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١١٤/١٤ ، ١١٥) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١١٤/٥ ، ١٢١) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الوكالة » ، المجموع (٦/١١ ، ٨) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٢١/٢) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب (٧٨٧/٢ ، ٧٨٨) ، بداية المجتهد « كتاب الوكالة » ، « الباب الأول في أركانها » (٣٢٦/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق ص٣٣٩ ، ٣٤٠ ، تبصرة الحكام « الفصل السادس في حكم الوكالة في الدعوى » (١٢٣/١ ، ١٢٥) ، العقد المنظم للحكام ، بهامش تبصرة الحكام (٢٣٧/٢) ، شرح الزرقاني وبهامشه حاشيه البناني ، الباب السابق (٧٤/٦ ، ٧٥) . الإفصاح « باب الوكالة » (٢٠٨/١) ، المغني « كتاب الوكالة » (٩٠/٥ ، ٩٩ ، ١٠٠) ، الكافي لابن قدامه « كتاب الوكالة » (٢٤٠/٢ ، ٢٤٣) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٥٧/٥ ، ٣٩٣) .

١٥١٩١ – لنا : أنه يملك الخصومة فيما يقبل البراءة [١] ، فملك الإقرار باستيفاء غيره كالموكل إذا أقر باستيفاء الوكيل ، والوكيل إذا جعل إليه أن يوكل .

ولا يلزم : إذا استثني لأنا عللنا للجواز .

١٥١٩٢ – ولا يلزم : الأب ، والوصي ، لأن مال الصبي لا تثبت به [٢] البراءة .

ولا يلزم : الوكيل بإثبات القصاص ، وحد القذف ، لأنه يملك الإقرار باستيفاء غيره .

١٥١٩٣ – قالوا : المعنى في الموكل : أن إقراره يجوز بحضرة الحاكم وبغير حضرته ، ولما كان الوكيل لا يجوز / إقراره بغير حضرة الحاكم لم يجز بحضرته . ١٧/ب

١٥١٩٤ – قلنا : الوكيل يقر في الحالة التي [وكل فيها ، وهو إنما وكل في الخصومة ، والخصومة تختص بحضرة الحاكم في الحالة التي] [٣] فيها مما في يده ، فأقر في غيرها .

١٥١٩٥ – ولأنه أحد جوابي [٤] الدعوى ؛ فوجب أن يملك وكيل الخصم بإطلاق الوكيل بالخصومة كالإنكار .

١٥١٩٦ – قالوا : جواب الدعوى الإنكار خاصة .

١٥١٩٧ – قلنا : القاضي يقول للمدعى عليه : إما أن تقر [٥] أو تحلف ، ويعظه [٦] حتى يقر ، فدل على أن ذلك أحد الجوابين .

١٥١٩٨ – ولا يلزم : وكيل القاتل والقاذف ؛ لأنه يملك الإقرار ، إلا أن إقراره لا يستوفي به الحد والقصاص ، لأنه قائم مقام إقرار الموكل ، كالحد والقصاص لا يستوفيان بما قام مقام الغير ، كالكتابات [٧] ، وشهادة النساء مع الرجال ، لأنها قائمة مقام شهادة الرجال .

١٥١٩٩ – ولا يلزم : إذا أقر في غير مجلس القاضي ، لأن بالوكالة ملك الإقرار ، كما ملك الإنكار ، ثم إنكاره يختص بمجلس الحاكم [٨] ، كذلك إقراره .

١٥٢٠٠ – ولا يلزم : إذا استثنى ؛ لأن الوكالة ليست بمطلقة ، ولا يمكن القول

---

(١) في سائر النسخ : [المراءة] ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) في (م) ، (ع) : [فيه] ، مكان : [به] .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش

(٤) في (م) ، (ع) : [جواب] .
(٥) في (م) : [يقر] .

(٦) في (م) ، (ع) : [ويقظه] .
(٧) في (م) ، (ع) : [كالكنايات] .

(٨) في (م) ، (ع) : [القاضي] ، مكان : [الحاكم] .

بموجبها إذا وكله بالإقرار ، لأن ذلك ليس بإطلاق [١] للوكالة بالخصومة .

١٥٢٠١ – ولأن التعليل للوجوب ؛ ولا يلزم : وكيل الأب ، والوصي ، لأنا قلنا : وكيل المدعى عليه .

١٥٢٠٢ – فإن قيل : الإنكار موافق للتوكيل بالخصومة ، والإقرار مخالف لها .

١٥٢٠٣ – قلنا : إن لكل واحد منهما مقتضاه ، بدلالة : أنه يوكله ليخاصم بالحق لا بالباطل والمخاصم بالحق إذا عرف الحق [٢] أقرَّ به .

١٥٢٠٤ – فإن قيل : نقلب العلة فنقول : فوجب أن يملك الموكل إبطاله ، كالإنكار .

١٥٢٠٥ – قلنا : عندكم الإقرار لم يصح .

ولا يقال : إن الموكل يبطله ، بل هو باطل بنفسه .

١٥٢٠٦ – ولأن الموكل لو أنكر ملك الرجوع [٣] عن ذلك بالإقرار ، كذلك إذا أنكر وكيله ، ولو أقر الموكل لم يملك إبطال إقراره بالرجوع ، كذلك لا يملك إبطال إقراره .

١٥٢٠٧ – ولأنه قبض يسقط به حق الموكل ، فجاز أن يملك الوكيل الإقرار به بإطلاق الوكالة . أصله : إذا أقر بقبض نفسه .

١٥٢٠٨ – فإن قيل : الوكيل بالخصومة لا يملك القبض والإقرار به .

١٥٢٠٩ – قالوا : والوكيل بالبيع إذا أقر أن [٤] موكله قبض الثمن ، لم يقبل [٥] إقراره ، وإن قال : قبضت أنا الثمن فهلك ، ففيه وجهان [٦] .

١٥٢١٠ – قلنا : أصل العلة : الوكيل بالخصومة والقبض هل [٧] يملك الإقرار بالقبض بلا خلاف ؟ لأن من ملك الاستيفاء ملك الإقرار بقبض غيره ، كالمالك .

ولا يلزم : الأب ، والوصي ؛ لأنهما يملكان الإقرار بقبض وكيلهما .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بإقرار] ، مكان : [بإطلاق] .

(٢) في (م) ، (ع) : [اعترف] ، مكان : [عرف] ، وفي (ع) : [بالحق] ، بزيادة الباء .

(٣) في (م) : [بطل ملك الرجوع] ، بزيادة [بطل] .

(٤) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) لفظ : [يقبل] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [قولان] ، مكان : [وجهان] ، وكذا في هامش (ص) من نسخة أخرى .

(٧) في (م) ، (ع) : [وهل] بالواو .

١٥٢١١ - قالوا : فنقول [١] بموجبه : إن الوكيل يملك الإقرار بقبض موكله .

١٥٢١٢ - قلنا : التعليل للوكالة المطلقة التي لم يجعل فيها أن يوكل .

١٥٢١٣ - ولأن الوكيل إذا أقر باستيفاء نفسه قبل إقراره ، فملك أن يقر باستيفاء من يملك الاستيفاء في الحال ، كالموكل .

١٥٢١٤ - ولا يلزم : الأب [٢] ، لأن الأب لا يملك الاستيفاء في الحال .

١٥٢١٥ - احتجوا : بأنه معنى يقطع الخصومة ، فإذا لم يملكه الوكيل في غير مجلس الحكم ، لم يملك في مجلس الحكم ، كالإبراء ، وعكسه : القصاص .

١٥٢١٦ - قلنا : يملكه بإقامة البينة ، لأنه معنى يقطع الخصومة يملكه الوكيل في مجلس الحكم ، ولا يملكه في غير ذلك .

١٥٢١٧ - ولأنه يملك الإقرار عندنا في الحالتين ، إلا أن إقراره في غير مجلس القاضي لم يعتد بإنكاره حتى يسأله [٣] القاضي فينكر بحضرته .

ولأن البراءة تبرع وإسقاط ، فلا يملكها في حق غيره ، ومتى أقر بإبراء موكله ؛ لأن ذلك ليس بتبرع [٤] منه ، وإنما أقر بالبراءة على من يملكها ، وأما القبض فهو يملكه ، فجاز إقراره به ، وجاز إقراره بقبض موكله ، لأنه يملك القبض أيضًا .

١٥٢١٨ - قالوا : لا يصح إقراره في غير مجلس الحكم ؛ فوجب أن لا يصح في مجلس الحكم ، [كما لو نهاه عن الإقرار .

١٥٢١٩ - قلنا : الموكل أقامه مقام نفسه في الخصومة ، وذلك يختص بمجلس الحكم] [٥] ، وأما المنازعة في غير مجلسه فهي لغو ، ولهذا [٦] لا يلزم الخصم الجواب عنها ، ولو حلف لم يعتد بيمينه ولم تسقط [٧] الخصومة بها ، ومتي أقر في حال لم يقمه مقام نفسه ، فهنا لم ينفذ إقراره عليه ؛ ثم أصلهم إذا استثنى ؛ والمعنى فيه : أنه

---

(١) في (م) ، (ع) : [قال] ، مكان : [قالوا] ، وفي (م) : [فيقول] ، مكان : [فنقول] .

(٢) في (م) ، (ع) : [الوصي] ، مكان : [الأب] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يسلمه] .

(٤) في جميع النسخ : [تبرع] ، والصواب ما أثبتناه بزيادة الباء ، أو يكون تصويبه : [تبرعًا] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [فهو لغو وهذا] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) : [ولم يسقط] .

خص الوكالة ، فزال إطلاقها بالتخصيص ، كما لو قال : وكلتك بالخصومة ولم أجعل إليك الاستحلاف ولا إقامة البينة ، لم يملكه [١] الوكيل ، وإن كان يملكه بإطلاق الوكالة .

١٥٢٢٠ - قالوا : وكيل في خصومة مجردة أقر على موكله فيها ، فوجب أن لا يصح إقراره . أصله : إذا ادعي رجل على موكله القصاص أو حد القذف ، فأقر له بذلك .

١٥٢٢١ - قلنا : إذا أقر الوكيل قام إقراره مقام موكله ، والأموال تثبت [٢] بما قام مقام الغير . وإقرار الوكيل يقوم مقام [٣] إقرار موكله فلا يحكم به ، كما لا يحكم بشهادة النساء والكتابة [٤] القائمة مقام الصريح .

١٥٢٢٢ - قالوا : شهادة النساء لا يقضى بها في الحدود لضعفها ، لا [٥] لأنها تقوم [٦] مقام الغير ، بدلالة : أنها تقبل مع القدرة على شهادة الرجال .

١٥٢٢٣ - قلنا : ما قام مقام الغير يجوز مع القدرة على أصله ، كمسح الخفين .

١٥٢٢٤ - فقالوا : من لا يصح يمينه لا يصح إقراره ، كالوصي [٧] .

١٥٢٢٥ - قلنا : الوصي تصرفه يختص بمصلحة الصبي والتصرف في ماله بالأصلح والأحسن ، وليس الإقرار في مصلحته ، والوكيل تصرفه في الخصومة عام ، كموكله [٨] ولا الوصي في التصرف ينوب [٩] عما لا يثبت إقراره وهو الصبي ، فلم يجز [١٠] إقرار النائب عنه ، والوكيل نائب عمن يجوز إقراره ، فملك الإقرار بمطلق وكالته .

١٥٢٢٦ - فإن قيل : الوصي يقوم مقام من لا يملك الإقرار ويجوز إقراره .

١٥٢٢٧ - قلنا : في التصرف في ماله ضرورة ؛ لأنه يستضر [١١] بتأخير التصرف

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم يملك] ، بدون الباء .

(٢) في (ع) : [الأحوال] ، مكان : [الأموال] ، وفي (م) : [ثبت] ، مكان : [تثبت] .

(٣) لفظ : [مقام] ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (ع) : [والكتابة] .

(٥) لفظ : [لا] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (ص) : [لا تقوم] ، بزيادة : [لا] .

(٧) قاعدة : « من لا يصح يمينه لا يصح إقراره كالوصي » .

(٨) في (م) ، (ع) : [لموكله] .

(٩) في (م) ، (ع) : [ثبوت] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ولم يجز] .

(١١) في (م) ، (ع) : [لا ستضر] ، مكان : [لأنه يستضر] .

إلى البلوغ ؛ فلذلك جوزنا له التصرف ، وتأخير الإقرار إلى حين بلوغه لا ضرر عليه فيه وفي تعجيله ضرر ، فلذلك لم يملكه الوصي عليه .

١٥٢٢٨ - قالوا : التوكيل بالخصومة أمر بإقامة الخصومة ، والنيابة والامتناع من قطعها ، وفي الإقرار على موكله قطع لها ، ولا يكون [١] التوكيل في الشيء توكيلاً [٢] في ضده ، ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الإبراء والصلح .

١٥٢٢٩ - قلنا : هو وكيل بالخصومة والجواب بالحق دون الباطل ؛ لأن الوكالة لو تناولت الخصومة بالباطل لكانت باطلة ، إذ كل أمر ينعقد على الباطل باطل ، وإذا انضم [٣] بالوكالة الأمر بالنيابة عنه ، وقد يكون الحق الإنكار ، وقد يكون الإقرار ، والخصومة تشتمل [٤] عليهما ، [بدلالة : أن القاضي يستدعي من الخَصْم أحدَ الأمرين ، إما الإقرار أو الإنكار .

١٥٢٣٠ - وليس هذا كالصلح والإبراء ، لأن الخصومة لا تتناوله] [٥] ، بدلالة : أن القاضي لا يستدعي الناس إلى ذلك ولا يطالبهم به [٦] ولا يحثهم عليه ، وإذا لم تشمل [٧] الوكالة بالخصومة ، لم يملكه الوكيل .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلا يكون] . (٢) في (ص) ، (م) : [توكيل] .

(٣) في جميع النسخ : [انضمت] ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) في (م) ، (ع) : [يشتمل] .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من (ع) ، وفي (م) : [لا يتناوله] ، مكان : [لا تتناوله] .

(٦) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) . (٧) في (م) ، (ع) : [لم تشتمل] .

مسألة ٧٥٨

استيفاء حد القذف والقصاص مع غيبة الموكل

١٥٢٣١ - قال أصحابنا : لا يجوز استيفاء حد [١] القذف والقصاص مع غيبة الموكل [٢] .

١٥٢٣٢ - وقال الشافعي في « الوكالة » ما يدل على : أنه لا يجوز ، وقال في « الحدود » [٣] : يجوز .

١٥٢٣٣ - واختلف أصحابه ، فقال المروزي [٤] : يجوز قولًا واحدًا ، وما قال في الوكالة استحباب ، ومنهم من قال : هي على قولين [٥] .

١٥٢٣٤ - لنا : أنه يستوفي القصاص مع تجوز العفو للظاهر ، فلم يجز ، أصله : إذا [٦]

---

(١) لفظ : [استيفاء] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (ص) : [الحد] .
(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١٠٩ ، المبسوط « كتاب الوكالة » (٩/١٩) ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٣٧/٢) ، المسألة (٣٥٨٦) ، تحفة الفقهاء « كتاب الوكالة » (٢٢٨/٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : وأما الشرائط » (٢١/٦ ، ٢٢) ، البناية مع الهداية « كتاب الوكالة » (٢٦٦/٨ ، ٢٦٧) ، تكملة فتح القدير مع الهداية « كتاب الوكالة » (٧/٨) ، مجمع الأنهر « كتاب الوكالة » (٢١٣/٢) .
(٣) في (م) ، (ع) : [الجديد] ، مكان : [الحدود] .
(٤) هو إبراهيم بن أحمد ، أبو إسحاق المروزي ، شيخ الشافعية ، ذو التصانيف ، انتهت إليه رئاسة مذهب الشافعي ببغداد ، انتقل في آخر عمره إلى مصر ، فمات فيها سنة أربعين وثلاثمائة ، ودفن عند ضريح الشافعي رحمهما اللّٰه . راجع ترجمته في : سير أعلام النبلاء (٤٢٩/١٥ ، ٤٣٠) ، الترجمة (٢٤٠) ، طبقات الشافعية (١٩٧/٢ ، ١٩٨) ، الترجمة (١٠١٥) ، شذرات الذهب (٣٥٥/٢ ، ٣٥٦) .
(٥) راجع تفصيل المسألة في : الأم ، في [الوكالة] (٢٠٧/٣) ، (ط . بولاق) ، وفي « كتاب جراح العمد » من الأم ، في « تعدي الوكيل والولي في القتل » (٢١/٦) ، (ط . دار المعرفة) ، مختصر المزني « كتاب الوكالة » ص١١٠ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (٩٨/١٤ - ١٠١) ، النكت في « مسائل الوكالة » ورقة (١٦٤) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١١٣/٥ ، ١١٤) ، فتح العزيز « كتاب الوكالة » بذيل المجموع (٩/١١ ، ١٠) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٢١/٢) ، نهاية المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٥/٥) . وقال مالك ، وأحمد في أظهر الروايتين عنه : مثل أحد قولي الشافعي ، يصح استيفاء القصاص وحد القذف في غيبة الموكل ، وقال أحمد في رواية أخرى : مثل قول الحنفية ، لا يصح استيفاؤهما في غيبته ، قال ابن رشد في بداية المجتهد : « وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك » . راجع المسألة في : بداية المجتهد ، الباب السابق (٣٢٦/٢) ، الإفصاح « باب الوكالة » (٢٠٨/٢) ، المغني « كتاب الوكالة » (٨٩/٥ ، ٩٢) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٤٠/٢) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٦١/٥) .
(٦) لفظ : [إذا] ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

أخبره بالعفو فاسق .

١٥٢٣٥ - ولا يلزم : إذا كان حاضرًا ؛ لأن ليس هناك عفو ظاهر [١] ، ولو أظهر العفو شاهده ، يبين [٢] ذلك : أن الحدود يعتبر فيها الاحتياط ، لأنها لا تستدرك [٣] بعد الاستيفاء ، والظاهر أن الولي يرق فيعفو ، وهو مندوب إلي العفو [٤] ، ولو استوفى الوكيل مع غيبة الموكل استوفى مع شبهة ظاهرة ، وهذا لا يجوز .

١٥٢٣٦ - فإن قيل : صحت إذا شهد الشهود ثم غابوا [٥] أن يستوفي الحد لجواز أن يكونوا رجعوا في القصاص ، ولم يسقط في أحد الروايتين ، والتجويز مع غيبتهما مؤثر [٦] .

١٥٢٣٧ - ولا يلزم : إذا اقتص [٧] مع غيبة الإمام وقد اجتهد في إيجاب الحد ، ويجوز أن يكون بغير اجتهاد [٨] ؛ لأنا لا نعرف [٩] هذه المسألة ولا نغير الاجتهاد مع الحكم بالحد ، وإنما يؤثر إذا أمضى الاجتهاد الثاني .

١٥٢٣٨ - ولا يجوز أن يمضي ذلك وهو لا يقدر على المنع من الحد ، لأنه لا فائدة فيه إلا إيجاب [١٠] الضمان على من أقام مقامه في الحد .

١٥٢٣٩ - ولا يلزم : من غاب عن المدينة في زمن رسول الله ﷺ ، وقد ولاهم الحكم يستوفون الحد [١١] مع تجوز الفسخ ، لأنه ليس هناك أمارة ظاهرة تدل على العفو، وهو الندب إلى ذلك .

١٥٢٤٠ - ولأن الفسخ لا يسقط الحد في حق من لم يبلغ ، والعفو يسقط القصاص باتفاق وإن [١٢] لم يبلغ الوكيل .

١٥٢٤١ - ولأنه استوفي القصاص لغائب لا ولاية له عليه ؛ فصار كما لو قال : إن وجب لي قصاص فاستوفه .

١٥٢٤٢ - ولأنها حالة لا يجوز لوكيل [١٣] الإنسان أن يستوفي القصاص لابنه الصغير ، فلم يجز للوكيل أن يستوفيه لموكله ، كما لو [١٤] أقر الوكيل بالعفو .

---

(١) في (ع) : [عفوًا ظاهرًا] .
(٢) في (ع) : [تبين] .
(٣) في (ع) : [لا تدرك] .
(٤) في (م) : [العفر] .
(٥) في سائر النسخ : [عابوا] .
(٦) في (ع) : [يؤثر] .
(٧) في (م) ، (ع) : [إذا أقبض] .
(٨) في (م) ، (ع) : [اجتهاده] .
(٩) في (م) ، (ع) : [نعرف] ، بدون : [لا] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [الإيجاب] .
(١١) في (م) ، (ع) : [الحدود] .
(١٢) في (م) ، (ع) : [فإن] .
(١٣) في (م) ، (ع) : [توكيل] .
(١٤) لفظ : [لو] ساقط من (م) ، (ع) .

١٥٢٤٣ - ولأنه توكيل باستيفاء القصاص [١] ، فصار كتوكيله الصبي .

١٥٢٤٤ - احتجوا : بأنه حق تدخله النيابة ؛ فجاز أن يوكل باستيفائه مع غيبته ، كالدين .

١٥٢٤٥ - قلنا : الديون لا تسقط بالشُّبَه ويمكن استدراكها ، وأكثر [٢] الأحوال أن يكون صاحب الدين قد أبرأ فيستوفي مع [٣] الشبهة ، وهذا لا يمنع الاستيفاء ، والقصاص لا يستدرك بعد تناوله ، والشبهة تؤثر [٤] فيه ، فلم يجز الاستيفاء مع الشبهة .

١٥٢٤٦ - قالوا : كل ما صحت النيابة فيه بمحضر من الموكل / فكذلك مع غيبته ، ٧٥ كاستيفاء القصاص [٥] .

١٥٢٤٧ - قلنا : النيابة مع حضور الموكل تدعو [٦] إليه الضرورة ، لأنه ليس كل أحد يحسن استيفاء ذلك ، فلو لم يجز له أن يستنيب [٧] بطل حقه ، ولا ضرورة في التوكيل مع الغيبة . فأما الإثبات : فلا شبهة فيه ؛ لأنه ليس فيه معنى العقوبة ، وإنما تحصل العقوبة [٨] بالاستيفاء . وإذا ثبت القصاص ولم يستوفه [٩] إلا مع حضور الموكل أو يقع التجويز بحضوره ، وقد نص أصحابنا هذه العلة بتسليم ثمن الصرف يجوز التوكيل والنيابة [١٠] فيه مع حضور الموكل ، ولا يجوز مع غيبته .

١٥٢٤٨ - قالوا : هناك بطل الحق بالإقرار ؛ فلم يبق ما يثبت فيه [١١] النيابة .

١٥٢٤٩ - قلنا : لو تعاقدا فسلم الوكيل إلى وكيل العاقد الآخر ، جاز [١٢] ، فلو قام العاقدان من المجلس ولم يفترقا لم يجز لأحد الوكيلين أن يدفع الثمن إلى الآخر لغيبة الموكلين وإن كان العقد لم يبطل والدين لم يسقط ، ومنهم من احترز فقال : كل حق جاز للوكيل دفع ثمن الصرف مع غيبة الموكل جاز مع حضوره وإن كان الحق باقيًا على ما قدمناه .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) في (ص) : [وأكبر] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بيع] ، مكان : [مع] .

(٤) في (م) : [يؤثر] ، والشبه : جمع الشبهة .

(٥) قاعدة : « كل ما صحت النيابة فيه بمحضر من الموكل فكذلك في غيبته كاستيفاء القصاص » .

(٦) في (م) : [يدعو] .

(٧) في (م) ، (ع) : [أن يستلب] .

(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [لم يستوفيه] .

(١٠) في (م) : [النيابة] ، بدون الواو ، وقوله : [والنيابة] ساقط من (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [ما ثبت منه] ، مكان المثبت .

(١٢) في (م) ، (ع) : [فجاز] .

مسألة ٧٥٩

بيع الوصي وشراؤه مال الصغير بنقصان كبير أو بزيادة كبيرة

١٥٢٥٠ - قال أبو حنيفة : إذا باع الوصي ماله من الصغير بنقصان كثير [١] ، أو ابتاع مال الصغير بزيادة كثيرة [٢] ، جاز .

١٥٢٥١ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : لا يجوز [٣] ، وبه قال الشافعي [٤] .

١٥٢٥٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ [٥] ، والمرجع في الأحسن إلى العادة ، ومتى باعه ما يساوي درهمًا بنصف ، فهذا من الأحسن ، فوجب أن يجوز بظاهر الآية .

١٥٢٥٣ - ولأنه يجوز أن يبيع مال الصغير من زوجته وإن لم ينص عليه ، فجاز أن يبيعه من نفسه ، كالأب ، لأنه قائم مقام الأب بعد موته ، فجاز أن يبيع مال الصغير من نفسه ، كالجد .

---

(١) في (ع) : [كبير] . (٢) في (م) ، (ع) : [كبيرة] .

(٣) راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١١٠ ، ١١١ ، أحكام القرآن للجصاص (٢٤/٣) ، مجمع الأنهر « كتاب الوصايا » ، « باب الوصي » (٦٩٦/٢) ، العناية ، بذيل فتح القدير « كتاب الوصايا » ، « باب الوصي وما يملكه » (٥٠٩/١٠) ، حاشية ابن عابدين « كتاب الوصايا » ، « باب الوصي » (٤٦٨/٥) ، وفي « كتاب الوكالة » ، « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٤٢٤/٤) .

(٤) راجع المسألة في : مختصر المزني « كتاب الوكالة » ص١١١ ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٢٧/٥) ، وفي « باب الأوصياء » (١٥٠/٦) ، تكملة المجموع « كتاب الوكالة » (١٢٣/١٤ ، ١٢٤) . قال ابن القاسم في المدونة : « أما الوصي فقد قال مالك فيه : لا يشتري لنفسه ، ولا يشتري له وكيل له ، ولا يدس من يشتري له » ، وقال الغرناطي في قوانين الأحكام : « ويجوز للوكيل والوصي أن يشتريا لأنفسهما من مال الموكل واليتيم إذا لم يحابيا أنفسهما » ، فقد اتضح من هذين النصين المتناقضين أن للمالكية في هذه المسألة قولين ، في قول : يجوز ، وفي قول آخر : لا يجوز . وأما رأي المالكية ، فراجعه في : المدونة « كتاب الوصايا الأول » ، « في الوصي يشتري من تركة الميت » (٢٨٨/٤) ، الكافي لابن عبد البر « باب الأوصياء » (١٠٣٣/٢ ، ١٠٣٤) ، بداية المجتهد « كتاب الوكالة » ، « الباب الثاني في الأحكام » (٣٢٧/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق ص ٣٣٥، شرح الزرقاني « باب في الوصية » (٢٠٢/٨) . واختلفت الرواية فيه عن أحمد ، فقال في رواية : مثل قول الصاحبين والشافعي ، الوصي لا يشتري من مال اليتيم ولا يبيعه شيئًا ، وهو اختيار الخرقي ، وقال في رواية أخرى : له أن يشتري بشرطين ، أحدهما : أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء ، والثاني : أن يتولى النداء غيره . راجع تفصيل المسألة في : المسائل الفقهية « كتاب الشركة والمضاربة والوكالة » (٣٩٨/١ ، ٣٩٩) ، المغني « كتاب الوكالة » (١١٧/٥ ، ١١٨) الإنصاف « باب الوكالة » (٣٧٧/٥) .

(٥) سورة الأنعام : الآية ١٥٢ ، وسورة الإسراء : الآية ٣٤ .

١٥٢٥٤ - ولأن ما جاز البيع منه [١] ، جاز للوصي البيع منه .

١٥٢٥٥ - احتجوا : بما روي « أن رجلًا أوصي إلى رجل ، فكان للموصي قماش ، فأراد الوصي أن يشتريه لنفسه ، فسأل ابن مسعود ﷺ ، فقال : لا يجوز ذلك » [٢] .

١٥٢٥٦ - قلنا : تقليد الصحابي لا يجوز عندكم ، وعندنا الرجوع إلى عموم القرآن أولى .

١٥٢٥٧ - قالوا : الوصي يلي بتولية ، فلم يجز أن يبيع من نفسه ، كالوكيل .

١٥٢٥٨ - قلنا : الوكيل يتصرف بالأمر ، والوصي يتصرف من طريق الحكم ، بدلالة : أنه يتصرف مع انقطاع أمر الوصي ، فصار [٣] كالجد .

١٥٢٥٩ - قالوا : يجوز بيعه من نفسه بمثل قيمته ، فلا يجوز الزيادة عليها ، كالوكيل .

١٥٢٦٠ - قلنا : إنما لا يجوز إلا بمثل القيمة ؛ لأنه متهم في تحصيل العين [٤] لنفسه ، وفي الأعيان عوض مطلوب ، فإذا بذل الزيادة زالت التهمة ، فصار [٥] كالأب .

١٥٢٦١ - قالوا : الأب والجد لهما اختصاص النسب ، وهي مرتفعة في حق الوصي ، فاعتباره بالوكيل أولى من اعتبارهما .

١٥٢٦٢ - قلنا : إنما انتقل إليه ما كان إليهما من الولاية ، فثبت له حكمها [٦] وإن لم يوجد فيها [٧] ما لهما من الخصائص ، كما أن وصي [٨] الأب يتقدم على الجد مع وجود الخصائص في الجد إلا أن الوصي مقدم لا تنتقل ولاية الأب إليه وإن عدمت الخصائص فيه .

* * *

---

(١) لفظ : [منه] ساقط من (ع) .

(٢) لم نعثر على هذا الأثر بهذا اللفظ . وقد أخرجه البيهقي من طريق شعبة ، عن أبي إسحاق ، قال : سمعت صلة يقول : « شهدت عبد اللّٰه يعني ابن مسعود وأتاه رجل من همدان على فرس أبلق ، فقال : إن رجلًا أوصى إلي وترك يتيمًا ، أفأشتري هذا الفرس أو فرسًا آخر من ماله ؟ فقال عبد اللّٰه : لا تشتر شيئًا من ماله ، وفي الكتاب لا تشتر شيئًا من ماله ولا تستقرض من ماله » ، في الكبرى « كتاب الوصايا » ، « باب ما يجوز للوصي أن يصنعه في أموال اليتامي » (٣٨٥/٦) .

(٣) لفظ : [فصار] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [الغير] ، مكان : [العين] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فصارت] .

(٦) في (م) : [بالولاية فثبتت له حكمهما] ، مكان المثبت .

(٧) في النسخ : [فيهما] .

(٨) في (م) ، (ع) : [رضي] ، مكان : [وصي] .

مسألة ٧٦٠

يجوز بيع الوكيل بقليل الثمن وكثيره

١٥٢٦٣ - قال أبو حنيفة : إذا باع الوكيل بقليل الثمن وكثيره جاز .

١٥٢٦٤ - وروى الحسن عنه : أن بيعه لا يجوز إلا بمثل القيمة ، أو بنقصان يتغابن بمثله .

١٥٢٦٥ - وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، والشافعي .

١٥٢٦٦ - [وأما الوكيل بالشرى ، ففيه روايتان ، كان قوله الأول : إن الشرى يجوز بالقليل والكثير ، وقوله الثاني : إن الشرى] (١) لا يجوز إلا بمثل الثمن وزيادة يسيرة (٢) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [المشتري] ، مكان : [الشري] ، وما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) قال الطحاوي في مختصره : « ولا يجوز ابتياع الوكيل ما وكل بابتياعه إلا أن يبتاعه بما يتغابن الناس فيه إذا لم يسم له في الوكالة ما يبتاعه به ، وجائز في قول أبي حنيفة بيع الوكيل ما وكل في بيعه بما يتغابن الناس فيه وبما لا يتغابن فيه ، ولا يجوز ذلك في قول أبي يوسف ومحمد إلا بما يتغابن الناس فيه لا بما سواه » . راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١١١ ، المبسوط « باب الوكالة بالقيام على الدار وقبض الغلة والبيع » (٣٦/١٩) ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٤٧/٢) ، المسألة (٦٣٤٦) ، طريقة الخلاف في الفقه « كتاب البيوع » ص٣٥٢ ، ٣٥٣ ، المسألة (١٤٨) ، إيثار الإنصاف « كتاب البيوع » ص٣١٦ ، بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : أما بيان حكم التوكيل » (٦٢٧) ، البناية مع الهداية « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٣٢٧/٨ ، ٣٣٠) ، تكملة فتح القدير مع الهداية « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٧٧/٨ ، ٨٢) ، مجمع الأنهر « باب الوكالة بالشراء والبيع » (٢٢٥/٢ - ٢٢٨) ، مجمع الضمانات « الباب التاسع عشر في الوكالة والرسالة » ص٢٤٩ ، حاشية ابن عابدين « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٤٢٤/٤ ، ٤٢٥) . وقال الشيرازي في المهذب : « ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بدون ثمن المثل بما لا يتغابن به من غير إذن ، ولا للوكيل في الشراء أن يشتري بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن » . راجع المسألة في : مختصر المزني « كتاب الوكالة » ص١١١ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٣٩/١٤ ، ١٤٢ - ١٤٤) ، فتح العزيز مع الوجيز « الباب الثاني في حكم الوكالة » ، بذيل المجموع (٢٦/١١ ، ٢٧) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٢٤/٢) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٣٩/٥) . وقال مالك : مثل قول الصاحبين والشافعي ، لا يجوز بيع الوكيل أو شراؤه إلا بثمن المثل أو بما يتغابن الناس في مثله . راجع تفصيل المسألة في : المدونة « كتاب الوكالات » (٢٦٦/٣) ، التفريع « باب القضاء في الوكالة » (٣١٨/٢) ، فصل (١١٥٣) الكافي لابن عبد البر « باب أمانة الوكيل وما =

١٥٢٦٧ - لنا : أن أمره بالبيع عام في قليل الثمن وكثيره ، ومن حكم اللفظ أنه يحمل على عمومه إلا أن يمنع منه مانع .

١٥٢٦٨ - ولا يلزم : الوكيل بالشرى ؛ لأنا خصصنا الكلام بدليل ، لأن ما ملك الموكل أن يبيع العين به ملك الوكيل بإطلاق الوكالة بيعها به ، كثمن المثل .

١٥٢٦٩ - قالوا : المعنى في ثمن المثل : أن الأب والوصي يملكان البيع به ، ولا [1] كذلك ثمن القليل ، لأنهما لا يملكان البيع به [2] ، كذلك لا يملك الوكيل .

١٥٢٧٠ - قلنا : تصرف الأب والوصي يختص بما فيه الحظ [3] ، لأنهما يتصرفان حكمًا ، لا بأمر [4] المالك ، وتصرف الوكيل يقع بالأمر ، فاعتبر عموم الأمر .

١٥٢٧١ - ولا يلزم : الوكيل بالشرى ؛ لأنه لا يتصرف بأمر عام ، بدلالة : أنه لا يملك الشري بعمومه أملاك الموكل ، فثبت أن تصرفه يقع خاصًّا في الأعراض .

١٥٢٧٢ - ولأنه سبب [5] يملك به بيع مال المكلف بما يتغابن الناس فيه ، فيجب أن يجوز بما لا يتغابن الناس فيه ، أصله : إذا قال : بع بما شئت ، أو عين الثمن ، أصله : الملك .

١٥٢٧٣ - ولا يلزم : الولاية ؛ لأنه لا يملك بها بيع مال المكلف .

ولأنه حط لو نص عليه جاز للوكيل البيع به ، فجاز له البيع بالإطلاق ، أصله : ما يتغابن به .

١٥٢٧٤ - ولا يلزم الوكيل بالشرى ، لأنه زيادة ، والزيادة ليست بحط .

١٥٢٧٥ - ولأن الإنسان يأمر ببيع ماله لطلب العوض ، ويأمر ببيعه ضجرًا منه

= يقبل قوله فيه » (٧٩٠/٢) ، بداية المجتهد ، (٣٢٧/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية الباب السابق ص٣٣٩ ، شرح الزرقاني « باب صحة الوكالة » (٧٨/٦) . وقال أحمد في رواية : إن باع بأقل من ثمن المثل ، فالبيع باطل ، وقال في رواية أخرى : يصح البيع ، ويضمن الوكيل النقص ، قال المرداوي في الإنصاف : « وهو المذهب » ، وإن اشترى بأكثر من ثمن المثل فللحنابلة فيه وجهان : أحدهما : لا يصح الشراء ، والثاني : يصح قال المرداوي : « وهو المذهب ، نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب » . راجع تفصيل المسألة في : المسائل الفقهية ، العنوان السابق (٣٩٦/١) المسألة (١٣) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٣٥/٥ ، ١٣٦) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٤٥/٢ ، ٢٤٦) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٧٩/٥ ، ٣٨٠ ، ٣٨٣) .

(١) قوله : [ولا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) . (٣) في (ص) : [بالحظ] بالظاء المعجمة .

(٤) في (م) : [لا يأمن] . (٥) في (م) ، (ع) : [بسبب] .

وكراهة له ، وإذا أراد العوض قدره وإن لم يرد [1] فغرضه إزالة الملك ، لا العوض ، فإذا أزاله على وجه البيع فقد فعل ما أمره به [2] ، فوجب أن يجوز ، ولهذا قال ﷺ : « إذا زنت أمة أحدكم ، فليحدها ، فإذا زنت فليحدها ، فإذا [3] زنت فليبعها ولو بظفير » [4] .

١٥٢٧٦ - ولأنه باعه بما يجوز أن يكون ثمنًا ، فوجب أن يصح البيع ، كما لو باع بثمن المثل ، وإذا نقص عن [5] القدر .

١٥٢٧٧ - احتجوا : بأنه موكل في معاوضة ، فوجب أن يقتضي إطلاقها عوض المثل ، كالشرى .

١٥٢٧٨ - قلنا : الأصل غير مسلَّم على أحد الروايتين ، والفرق بينهما على الرواية الأخرى : أن الأمر بالشرى يقع خاصًا في الأثمان ؛ لأنه لا يجوز أن يشتري بأعيان ملك الموكل .

١٥٢٧٩ - ولأنا نقول ، وإذا وقع خاصًا في ذلك رد إلى العادة ، والأمر بالبيع يقع عامًا في الأثمان [6] ، ولم يثبت تخصيص في الأثمان [7] بالتبرع ، فوجب اعتبار العموم .

١٥٢٨٠ - ولأن الوكيل بالشرى لم يؤمر بالتصرف في ملك الآمر ، فلم يجز اعتبار أمر عمومه فيما لا يملك ، فوجب الرجوع إلى العادة ، والوكيل بالبيع مأمور بالتصرف في ملك الآمر ، فأمكن اعتبار عموم أمره .

ولأن الوكالة بالبيع لا تثبت [8] لنفسه حقًا على موكله ببيعه ، فلم يلحقه تهمة ، والوكيل بالشرى يرجع على موكله بضمان الثمن ، فإذا أثبت لنفسه [9] ضمانًا في

---

(١) في (م) : [لم يزد] .
(٢) لفظ : [به] ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [فإن] ، مكان : [فإذا] في الموضعين .
(٤) في (م) ، (ع) : [بطفير] . وقد أخرجه مالك من حديث أبي هريرة في الموطأ « كتاب الحدود » ، « باب جامع ما جاء في حد الزنا » (٨٢٦/٢) ، الحديث (١٤) ، والبخاري في الصحيح « كتاب البيوع » ، « باب بيع العبد الزاني » (١٨/٢) ، وفي « كتاب المحاربين » ، « باب إذا زنت الأمة » (١٨٢/٤) ، ومسلم في الصحيح « كتاب الحدود » ، « باب رجم اليهود » (١٣٢٩/٣) ، الحديث (١٧٠٣/٣٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب الحدود » ، « باب في الأمة تزني ولم تحصن » (٥١٢/٢ ، ٥١٣) .
(٥) في (م) ، (ع) : [نقض على] ، مكان : [نقص عن] .
(٦) في (م) : [الأيمان] .
(٧) في (م) : [الأيمان] .
(٨) في (م) ، (ع) : [لا يثبت] .
(٩) ما بين القوسين : ساقط من (م) ، (ع) .

الزيادة ، لم يحصل (١) له العوض عنها لحقته التهمة ، فلم ينفذ تصرفه .

١٥٢٨١ – ولأن الوكيل بالشرى لم يسلطه (٢) في ماله ، وإنما سلطه على التصرف في عين ماله ، وفرق في (٣) الأصول بين الأمرين ؛ بدلالة : أنه لو دفع إلى رجل دراهم ، وقال له : اقض بها ديني الذي لفلان عليَّ ، فقال : قد قضيت ، صدقه في براءة نفسه ، وبمثله لو لم يدفع مالًا وقال : اقض فلانًا ، فقال : قد قضيت (٤) فأنكر ذلك ، لم يقبل قوله في الرجوع .

١٥٢٨٢ – وإنما افترقا لأنه سلطه في أحد الموضعين (٥) على التصرف في عين المال فيقبل قوله ، وإن لم يسلم له البدل في الموضع الآخر (٦) لم يسقط حق التصرف في مالهئ، وإنما جعل إليه إثبات الحق في ذمته ، ومتى (٧) لم يسلم له البدل (٨) ، وهو سقوط الدين عن ذمته لم يصدق في الرجوع ، كذلك في مسألتنا .

١٥٢٨٣ – قلنا : من ملك هذه الطريقة نقول (٩) يجوز تصرفه فيها على العموم .

١٥٢٨٤ – قالوا : كل ما يملك به الشرى بأكثر من ثمن المثل لا يملك به البيع بأقل من ثمن المثل (١٠) ، كالأب والجد .

١٥٢٨٥ – قلنا : الأب والجد يتصرفان من طريق الحكم ، فاعتبر عموم الأمر .

١٥٢٨٦ – ولا يلزم : الوكيل بالشرى ؛ لأنه لا يتصرف من طريق الأمر لاستحالة أن ينفذ أمر الإنسان في ملك غيره .

ولأن الأب والوصي يقومان مقام من لا يصح التبرع في ماله ، فلا يجوز تصرفهما بما لا حظَّ (١١) له فيه ، والوكيل يقوم مقام من صح التبرع منه في ماله ، فإذا فوض التصرف في ماله مطلقا إليه (١٢) ملك منه ما يملكه موكله .

---

(١) في (ع) : [فلم يحصل] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لم يسلط] ، بدون الهاء .
(٣) في (م) : [بين] ، مكان : [في] .
(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٥) في (م) ، (ع) : [الوصفين] .
(٦) في (ص) : [للأخر] .
(٧) في (م) : [فمتي] .
(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (ع) .
(٩) لفظ : [نقول] ساقط من (ع) .
(١٠) في (ص) : [الملك] ، مكان : [المثل] .
(١١) في (ع) : [حظ] بالظاء المعجمة .
(١٢) لفظ : [إليه] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

١٥٢٨٧ - ولا يلزم : الوكالة بالشرى ؛ لأن الوكيل لم يفوض إليه التصرف في ماله .

١٥٢٨٨ - قالوا : تصرف الأب أقوى من تصرف الوكيل ؛ بدلالة : أن التهمة تنتفي عنه ، ويملك أن يبيع من نفسه ، فإذا لم يجز له البيع بالقليل (١) فالوكيل أولى .

١٥٢٨٩ - قلنا : الأب وإن كان تصرفه أقوى إلا أنه ليس لتصرفه جهة إلا لطلب الحظِّ (٢) ، فإذا تصرف فيما لا حظَّ له فيه لم يجز ، والوكيل أقامه المالك مقام نفسه في ماله ، فيملك من التصرف ما كان يملكه .

١٥٢٩٠ - قالوا : المحاباة (٣) بمنزلة الهبة لا يملكها الوكيل ، كذلك المحاباة .

١٥٢٩١ - قلنا : إنما لا يملكِ الهبة لأنها عقد لم يؤذن فيه ، وليس كذلك البيع بالمحاباة ، لأنه نوع العقد الذي أُذِن فيه .

ولأنه يملك المحاباة من لا يملك الهبة ، مثل أن يقول : بع بما شئت وبما رأيت .

١٥٢٩٢ - قالوا : الوكالة مجهولة (٤) على العادة ، بدلالة أنه لو وكل بشراء طعام بدرهم حمل على الخبز (٥) ، ولو وكله بذلك تارة (٦) حمل على الحنطة ، والعادة : أن الناس لا يبيعون المعاينة ، فوجب أن يختص ذلك بالعادة .

١٥٢٩٣ - قلنا : [العادة أن] (٧) يبتاع الثياب في سوقها ، فلو باع الوكيل في سوق الغنم أو الجمال ، جاز وإن خالف العادة .

ولأن العادة : أن الإنسان إذا قصد بما دون ثمن المثل غير الثمن ، وإن (٨) أطلق الأمر في التصرف في ماله ولم / يعين علم أن القصد البيع خاصة (٩) على أي وجه وقع . /ب

* * *

(١) في (م) : [فالقليل] ، وقوله : [بالقليل] ساقط من (ع) .

(٢) في (ص) : [إلى] ، مكان : [إلا] ، وفي (م) ، (ع) : [الحظ[بالظاء المعجمة .

(٣) حاباه محابة : سامحه ، مأخوذ من حبوته ، إذا أعطيته . راجع : المغرب ، مادة : [حبا] ص١٠٢ ، لسان العرب (٧٦٦/٢) ، المصباح المنير (١١٥/١) .

(٤) في جميع النسخ : [مجهولة] .

(٥) في (ص) ، (م) : [الخبر] ، بالراء المهملة .

(٦) لفظ : [تارة] غير واضح في (ص) .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [وإذا] .

(٩) في (م) ، (ع) : [أنه قصد المبيع بخاصة] ، مكان المثبت .

مسألة ٧٦١

الحكم إذا وكله بالبيع مطلقًا فباع بالأثمان أو العروض

١٥٢٩٤ - قال أبو حنيفة : إذا وكله بالبيع مطلقًا فباع بالأثمان أو العروض ، جاز .

١٥٢٩٥ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : لا يجوز البيع إلا [1] بالأثمان [2]

١٥٢٩٦ - وقال الشافعي : لا يجوز إلا بنقد البلد [3] .

١٥٢٩٧ - لنا : أن كل ثمن جاز للموكل أن يبيع به جاز للوكيل [4] أن يبيع به بإطلاق الوكالة ، كنقد البلد [5] .

ولأنه [6] سبب يملك به البيع بنقد البلد [7] ، فملك البيع بغيره من غير تعيين ، كالوصية ، والشركة ، والمضاربة .

١٥٢٩٨ - ولا نقول بموجبه إذا عين له ؛ لأنا قلنا : من غير تعيين .

١٥٢٩٩ - ولا يلزم : إذا قال : بع بنقد البلد ، أو بع لأقضي ديني ، لأنا عللنا

---

(١) لفظ : [إلا] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٢) راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١١١ ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٤٧/٢) ، المسألة (٣٦٤٧) ، تحفة الفقهاء « كتاب الوكالة » (٢٣٤/٣) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٧/٦) ، البناية مع الهداية ، الباب السابق (٣٢٧/٨) وما بعدها ، تكملة فتح القدير مع الهداية ، الباب السابق (٧٧/٨) ، مجمع الأنهر ، الباب السابق (٢٢٦/٢) ، الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٤٢٤/٤) ، مجمع الضمانات ، الباب السابق ص٢٤٩ .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٢٩/١٤ - ١٣١ ، ١٣٣) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٣٣/٥ ، ١٣٤) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الوكالة » ، « الباب الثاني في حكم الوكالة » (٢٦/١١) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٢٣/٢) ، نهاية المحتاج « كتاب الوكالة » ، « فصل : في أحكام الوكالة بعد صحتها » (٣١/٥) . وقال مالك ، وأحمد : مثل قول الشافعي ، ليس له البيع بغير نقد البلد . راجع المسألة في : المدونة « كتاب الوكالات » ، وفي « الدعوى في بيع الوكيل السلعة » (٢٦٥/٣ ، ٢٦٧ ، ٢٦٨) ، بداية المجتهد ، الباب السابق (٣٢٧/٢) ، شرح الزرقاني ، الباب السابق (٧٨/٦) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٣٤/٥) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٧٨/٥ ، ٣٧٩) .

(٤) لفظ : [للوكيل] ساقط من (ع) .

(٥) قاعدة : « كل ثمن جاز للموكل أن يبيع به جاز للوكيل أن يبيع به بإطلاق الوكالة ، كنقد البلد » .

(٦) في (م) ، (ع) : [لنقد البلد لأنه] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، (ع) : [البيع] ، مكان : [البلد] .

السبب المطلق ولم نعلل لأحواله ، لأن هذا تعيين لما يباع به .

١٥٣٠٠ - فإن قيل : قد يكون دينه من الحنطة ، فيجب أن يجوز [١] بيعه بها .

١٥٣٠١ - قلنا : كذلك نقول ، ولأنه سبب يملك به البيع على الغير ، فملك بإطلاقِ البيعَ بغير الأثمان ، كالشركة ، والوصية .

١٥٣٠٢ - ولا يلزم : الوكيل بالشراء [٢] ، لأنا قلنا : سبب [٣] يملك به البيع .

١٥٣٠٣ - ولأن ابن شجاع ذكر في نوادره : الوكيل بالشرى إذا اشترى في الذمة جاز .

ولأنه إذا وكله ببيع عبد قيمته مائة ، فباعه بمائة وثوب ، لم يجز أن يقال [٤] : يجوز البيع أو لا يجوز .

١٥٣٠٤ - فإن قيل : لا يجوز البيع [٥] لم يصح ، لأنه لو باعه بالمائة خاصة جاز ، وإذا زاده [٦] ثوبًا فقد زاده خيرًا ، فهو أولى بالجواز .

١٥٣٠٥ - وإن قلنا : يجوز ، قلنا : كل سبب يجوز أن [٧] يملك بإطلاقه البيع بالأثمان والعروض يملك [بإطلاقه البيع] [٨] بالعروض ، كالمضاربة ، والوصية .

١٥٣٠٦ - احتجوا : بأنه عارض ما ليس من نقد البلد ، فوجب أن لا يصح ، أصله : إذا باع عينًا بمنافع دار أو دابة .

١٥٣٠٧ - قلنا : المعنى فيه : أنه وكله بالبيع لا بعقد الإجارة [٩] ، فصار عدوله إلى الإجارة كعدوله إلى النكاح إذا زوجه امرأة ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه وكله [١٠] بالبيع مطلقًا فعقد ما يتناوله اسم البيع على الإطلاق ، فكذلك جاز .

١٥٣٠٨ - قالوا : العقد في البيع إذا انعقد بثمن مطلق وجب [١١] حمله على غالب

---

(١) في (م) ، (ع) : [فيجوز أن يجب] بالتقديم والتأخير .

(٢) في (م) ، (ع) : [بالشرى] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بسبب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [أن يقول] .

(٥) لفظ : [البيع] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) : [ازاده] .

(٧) لفظ : [أن] ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [إجارة] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [وكل] بدون الهاء .

(١١) في (م) ، (ع) : [فوجب] ، بزيادة : [الفاء] .

نقد البلد ، فكذلك الوكالة إذا انعقدت ببيع مطلق وجب أن يحمل على غالب نقد البلد .

١٥٣٠٩ – قلنا : البيع المطلق إنما يختص بنقد البلد ؛ لأنه لا طريق إلى تصحيح العقد عند الإطلاق إلا أن نحمله [١] على ذلك . ألا ترى : أنه لو باع بأي ثمن شاء [٢] المشتري ، لم يصح ، وهذا المعنى لا يوجد في الوكالة ، لأنه لو عقدها على عموم الأعواض جاز ، فلم يكن بنا حاجة إلى تخصيصها بنقد البلد ليصح [٣] ، فحملت على العموم .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [يحمله] .

(٢) في (م) ، (ع) : [شيئًا] ، مكان : [شاء] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ليصلح] .

مسألة ٧٦٢

بيع الوكيل بالنقد والنسيئة

١٥٣١٠ – قال أصحابنا : يجوز للوكيل أن يبيع بالنقد والنسيئة (١) .

١٥٣١١ – وقال الشافعي : لا يجوز أن يبيع بالنسيئة (٢) .

١٥٣١٢ – لنا : أنها مدة ملحقة بالعقد ، فملك الوكيلُ المطلقُ الوكالةِ شرطَها في العقد . أصله : إذا شرط الخيار .

١٥٣١٣ – فإن قيل : إنما جاز للوكيل البيعُ بشرط الخيار (٣) لما فيه من الاحتياط ، ولأن إطلاق العقد يقتضيه (٤) .

---

(١) قال الطحاوي في مختصره : « وجائز لمن وكل ببيع شيءٍ ولم يسم له نقدًا ولا نسيئة في قول أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول أبي يوسف القديم ، ثم روى عنه أصحاب الإملاء : أنه قال بعد ذلك : إن كان الآمر أمره ببيع ما أمره ببيع لحاجته إلى ثمنه ، وبين ذلك له في توكيله إياه ، فقال : بع عبدي لأقضي ديني بثمنه ، أو قال له : بع عبدي لأبتاع بثمنه دقيقًا لأهلي ، فمعناه في ذلك من قوله كهو لو قال له : بع عبدي نقدًا ، فلا يجوز له أن يبيعه بغير ذلك ، وبه نأخذ . وإن كانت الوكالة وقعت مطلقة لم يذكر الوكيل فيها من هذا شيئًا ، كان للوكيل أن يبيع ما وكل به بالنقد وبالنسيئة » . راجع تفصيل المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١١١ ، ١١٢ ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٤٧/٢) ، المسألة (٣٦٤٧) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٧/٦) ، البناية ، الباب السابق (٣٢٧/٨) ، تكملة فتح القدير ، الباب السابق (٧٧/٨) ، مجمع الأنهر ، الباب السابق (٢٢٦/٢) ، الدر المختار بهامش رد المحتار ، الباب السابق (٤٢٤/٤) ، لسان الحكام مع معين الحكام « الفصل الرابع في الوكالة » ص٢٥٠ .

(٢) في (م) ، (ع) : [بالنساء] . راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٣٦/١٤ ، ١٣٧) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٣٣/٥ ، ١٣٤) فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٢٦/١١ ، ٢٧) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٢٤/٢) ، نهاية المحتاج ، العنوان السابق (٣٢/٥) . وقال مالك وأحمد : مثل قول الشافعي ، ليس للوكيل أن يبيع نساء . راجع المسألة في : المدونة « كتاب الوكالات » (٢٦٥/٣) ، الكافي لابن عبد البر ، الباب السابق (٧٨٨/٢) ، بداية المجتهد ، الباب السابق (٣٢٧/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق ص٣٣٩ ، العقد المنظم بهامش تبصرة الحكام (٢٣٨/٢) ، المسائل الفقهية ، العنوان السابق (٣٩٦/١) ، المسألة (١٣) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٣٤/٥) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٧٨/٥ ، ٣٧٩) .

(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش

(٤) في (ع) : [يقتضه] .

١٥٣١٤ - قلنا : وفي النساء احتياط ؛ لأنه يزاد في الثمن .

ولأنه إذا أمره بالبيع بشرط الخيار لنفسه فقد منع به تمام العقد ، وهذا ضد ما أمره به ، فلا يكون فيه احتياط .

ولأنها أحد وصفي [(١)] الثمن ، فجاز للوكيل بمطلق الوكالة البيع عليها ، كالنقد .

١٥٣١٥ - ولأن كل سبب يملك به البيع ، يملك به البيع [(٢)] بالوكالة المعينة ، والشركة ، والمضاربة ، والملك والأبوة والوصية .

١٥٣١٦ - ولأنه مما يعتاد التجار بيعه ، فجاز للوكيل المطلق البيع به [(٣)] ، كنقد البلد .

١٥٣١٧ - احتجوا : بأن إطلاق العقد يقتضي النقد ؛ بدلالة : أن البائع إذا قال : بعتك ، تناول إطلاق النقد .

١٥٣١٨ - قلنا : قوله : - « بعتك » ، إنما كان نقدًا ، ؛ لأنه لو جعل مؤجلًا لم يكن أجل فيبطل [(٤)] العقد لجهالة الأجل ، فحمله على النقد حتى لا يفسد ، لا لما ذكروه من الإطلاق . وهذا المعنى لا يوجد في قول الموكل : بع [(٥)] ، لأنا إذا اعتبرنا عموم الأمر في الحالِّ والمؤجَّل جاز ، لأنه قال : بع بثمن مؤجل ، وجهالة الأجل لا تبطل [(٦)] التوكيل .

١٥٣١٩ - فإن قيل : قوله : « بع » لو كان عامًا في الحال والمؤجل فسد العقد ، كما لو قال : بعتك بألف ، إما حالَّة وإما مؤجلة .

١٥٣٢٠ - قلنا : لفظه يقتضي الأمرين ، وإنما خصصناه بأحدهما ، لأن التأجيل لو أراده لبين مدته ، لأنه لا يصح إلا بمدة معلومة [(٧)] ، فلما لم يبين مدته دل على أنه أراد الحلول ، والوكالة لا يفتقر [(٨)] جواز التأجيل في عقدها إلى مدة معلومة ، لأنه لو قال : بع بثمن مؤجل جاز وإن لم يبين الأجل ، فلذلك حمل على الإطلاق في عموم الأمرين .

---

(١) في (ص) : [صفتي] ، وفي (م) : [صفي] .

(٢) قوله : [يملك به البيع] في (م) ، وليس في غيرها ، ولفظ : [يملك] ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الوكالة البيع به] ، بزيادة : [الوكالة] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فبطل] .

(٥) لفظ : [بع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (ع) : [لا يبطل] .

(٧) لفظ : [معلومة] ساقط من (ع) .

(٨) في (ص) : [لا يفتقر إلى] ، بزيادة : [إلى] .

١٥٣٢١ - قالوا : توكيل في معاوضة مطلقة ؛ فوجب أن يكون العوض الذي يحصل للموكل حالًّا قياسًا على الوكيل في الشرى .

١٥٣٢٢ - قلنا : هذا غير مسلَّم ؛ لأنه إذا وكله بالشراء (١) جاز أن يشتري بالثمن (٢) الحال والمؤجل ، لأن عموم اللفظ يتناول الأمرين . وإنما قالوا : إذا دفع إليه مالًا وأمره أن يشتري به لم يجز أن يشتري بثمن مؤجل ، لأن الوكالة تعلقت بالعين ، فلا يجوز أن يشتري في الذمة . ولذلك إن أسلفه الذي (٣) وكله في ابتياعها جاز ، فالأجل غير مسلَّم .

١٥٣٢٣ - فإن قالوا : أصلنا : إذا أمره (٤) ببيع ثوب فأسلف في حنطة .

١٥٣٢٤ - قلنا : يجوز ذلك عند أبي حنيفة ، ذكره (٥) في باب الوكالة في كتاب البيوع .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [بالشرى] .

(٢) قوله : [بالثمن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [وكذلك إن أسلفه الذي] ، وليس في (ص) .

(٤) في (م) ، (ع) : [أبرأه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ذكر] ، بدون الهاء .

مسألة ٧٦٣

ادعاء شخص الوكالة وتصديق الغريم له

١٥٣٢٥ - قال أصحابنا [: إذا ادعى رجل أنه وكيل صاحب الدين في قبضه وصدقه الغريم ؛ ألزمه الحاكم التسليم . وكذلك إذا قال : مات صاحبه وأنا ولده لا وارث له غيري فصدقه ، لزمه التسليم إليه في رواية الأصول .

١٥٣٢٦ - وروى ابن سماعة [1] ، عن محمد : أنه يجبر في العين أيضًا .

١٥٣٢٧ - وإن ادعى : أن صاحب الدين مات وأنه كان أوصى إليه ، فصدقه ، لم يجبر على التسليم [2] .

١٥٣٢٨ - وقال الشافعي : لا يجبر على التسليم في الوكيل والوصي ، ويجبر في الوراث .

١٥٣٢٩ - وإن زعم أن صاحب الدين أحاله [3] بالدين فصدقه ، ففيه وجهان ، أحدهما : يجبر على التسليم إليه ، والثاني : أنه لا يجبر [4] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ابن سماعة] . وابن سماعة : هو أبو عبد الله محمد بن سماعة التميمي ، أحد أعلام الحنفية ، حدث عن الليث بن سعد ، وأبي يوسف ، ومحمد ، وأخذ الفقة عنهما وعن الحسن بن زياد ، وكتب النوادر عن أبي يوسف ومحمد ، وروى الكتب والأمالي ، توفي رحمه الله في سنة ثلاث وثلاثين ومائتين ، وله مائة وثلاث سنين . راجع ترجمته في : أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص١٦١ ، الجواهر المضية (١٦٨/٣ - ١٧٠) ، الترجمة (١٣٢٢) ، تقريب التهذيب (١٦٧/٢) ، الترجمة (٢٧٨) ، شذرات الذهب (٧٨/٢) ، الفوائد البهية ص١٧٠ .

(٢) راجع المسألة في : المبسوط « كتاب الوكالة في الدين » (٧٦/١٩) ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٥٦/٢ ، ٦٥٧) ، المسألة (٣٧١٧) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٦/٦) ، البناية مع الهداية « باب الوكالة بالخصومة والقبض » (٣٦٦/٨ ، ٣٦٧) ، تكملة فتح القدير مع الهداية « باب الوكالة بالخصومة والقبض » (١٢٥/٨) ، مجمع الأنهر « باب الوكالة بالخصومة والقبض » (٢٣٢/٢) ، الدر المختار بهامش رد المحتار « باب الوكالة بالخصومة والقبض » (٤٣١/٤) ، مجمع الضمانات « الباب التاسع عشر في الوكالة » ص٢٥٣ ، لسان الحكام مع معين الحكام ، الفصل السابق ص٢٥٢ .

(٣) في (ع) : [حاله] .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : الأم « الوكالة » (٢٠٧/٣) ، مختصر المزني « كتاب الوكالة » ص١١١ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٥١/١٤ - ١٥٣) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٥١/٥ ، ١٥٢) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الوكالة » ، « الباب الثالث في النزاع » (٨٤/١١ ، ٨٦) ، =

١٥٣٣٠ - لنا : أنه إقرار بحق الاستيفاء منه ، فوجب أن يجبر على التسليم إليه (١) إذا لم يؤد إلي إبطال حق الغير . أصله : إذا ادعى أنه وارثه لا وارث له غيره ، أو ادعى الدين لابنه الصغير فصدقه .

١٥٣٣١ - ولا يلزم : إذا ادعى وكالة بقبض العين ؛ لأن في التسليم إسقاط حق الموكل من العين .

ولا يلزم : إذا أقرّبه وصي ؛ لأن القاضي لو قضى بالتسليم جعله وصيًا ، لأنه يملك نصب (٢) الوصي ، فيسقط (٣) ذلك حق الورثة .

١٥٣٣٢ - فإن قيل : المعنى في الوارث : أنه إقرار لا مستحق له سواه ، ، فلزمه التسليم إليه ، وفي مسألتنا : إقرار (٤) هناك مستحق سواه .

١٥٣٣٣ - قلنا : علة الأصل غير مسلمة لأنه يجوز أن يكون على الميت دين أو يكون (٥) هناك وصية ، فيستحق التركة سواه (٦) .

١٥٣٣٤ - ويبطل علة الأصل : بمسألة الحوالة على أحد الوجهين أنه لا يجبر على التسليم وإن كان لا مستحق سواه (٧) .

١٥٣٣٥ - ولأنه ادعى على غيره وجوب تسليم ما في ذمته إليه من غير ولاية ، فوجب أن يجبر على وجوب (٨) تسليمه إليه ما في ذمته إذا صدقه . أصله : إذا ادعى أنه وارث .

= مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٣٧/٢) . وقال المالكية في المشهور ، والحنابلة : مثل قول الشافعي ، من صدق مدعي الوكالة بقبض الدين ، لم يلزمه الدفع إليه . وأما الوارث والمحال بالدين : فلم نقف فيهما على رأي المالكية بعد ، وقال الحنابلة : يلزم الدفع في الوارث ، وفي المحال وجهان : أحدهما : يجب الدفع ، والآخر : لا يجب . راجع المسألة في : البهجة « باب الوكالة » (٢٠٧/١) ، العقد المنظم للحكام ، بهامش تبصرة الحكام (٢٣٩/٢) ، المغني « كتاب الوكالة » (١١٤/٥ - ١١٦) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٤٠٤/٥ - ٤٠٦) .

(١) في (م) ، (ع) : [علية] ، مكان : [على التسليم إليه] .

(٢) لفظ : [نصيب] ساقط من (م) ، (ع) . (٣) في (م) ، (ع) : [فسقط] .

(٤) في (م) ، (ع) : [إقرار إليه] ، بزيادة : [إليه] ، وهي مشطوبة في (ص) .

(٥) ما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٦) وردت في (م) ، (ع) بعد قوله : [فيستحق التركه سواه] العبارة الآتية : [فلزمه التسليم إليه وفي مسألتنا إقرار له مستحق سواه] وهو سهو من الناسخ .

(٧) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٨) لفظ : [وجوب] ساقط من (م) ، (ع) .

١٥٣٣٦ - ولا يلزم : الوصي ، لأنه لا يدعي حق القبض إلا بالولاية .

ولأنه اعترف له بثبوت المطالبة في حق في [١] ذمته بسبب يتبعض [٢] ، فوجب أن يجبر على التسليم ، كما لو أقر له بدين .

١٥٣٣٧ - ولا يلزم : الوصي لأنه يدعي المطالبة بسبب لا يتبعض [٣] .

١٥٣٣٨ - ولأن ما يدفعه من الدين ملك نفسه ، فإذا أقر بوجوب تسليمه ، فلهذا حق اعترف به على نفسه لا يسقط به حق غيره ، فنفذ إقراره فيه كما لو أقر بدين . وليس كذلك العين ، لأن إقراره لو نفذ سلم [٤] ملك الغائب ، فإذا حضر وجحد الوكالة فاتت العين ، وفي الأعيان أعراض [٥] ، فلم يقبل إقراره بحق المقر ، لأنه إبطال حق غيره . وأما الدين : فإذا حضر الغائب فجحد الوكالة ، فدينه بحاله ، فلم يكن الإقرار نافذًا في حقه .

١٥٣٣٩ - ولا يلزم : إذا ادعى أنه وصي ؛ لأنا نجوز أن يكون صاحب الدين مات [٦] وللقاضي ولاية في نصب الوصي [٧] ، فإذا أقر بالتسليم إلى مدعي الوصية صار وصيًا بإذن القاضي وبرئ البائع بقبضه ، ويجوز أن يكون كاذبًا ، فيسقط الدين في حق الورثة .

١٥٣٤٠ - احتجوا : بأنه أقر بوكيل غيره في قبض دينه [٨] ، فلم يلزمه الإقباض ، كما لو كان الحق عينًا .

١٥٣٤١ - الجواب : أن الأصل غير مسلَّم على رواية ابن سماعة . والفرق بينهما على رواية الأصول ما بينا : أنه في الدين مقر في حق نفسه ، ودين الغائب بحاله ، وفي العين مقر بحق الغائب [٩] لأن العين تفوت [١٠] . وأكثر الأحوال أن يضمن المقر قيمتها

---

(١) لفظ : [في] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ينتقص] .

(٣) في (ع) : [يتبعض] ، بدون : [لا] .

(٤) في (ع) : [تسليم] .

(٥) في (ع) : [أعواض] .

(٦) في (ع) : [لأنه يجوز أن يكون صاحب الدين قد مات] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، (ع) : [والقاضي ولأنه في نصب وصي] ، مكان المثبت .

(٨) في (م) ، (ع) : [غيره] ، وفي هامش (ص) من نسخة أخرى : [حقه] ، مكان : [دينه] .

(٩) في (م) ، (ع) : [في حق] ، مكان : [بحق] ، ولفظ : [الغائب] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي هامش (ص) : [الغير] ، مكان : [الغائب] من نسخة أخرى .

(١٠) في (م) : [تفوت] .

ففي الأعيان أعواض .

١٥٣٤٢ - قالوا : وكالة لم تثبت في حق صاحب المال ، فلا يجبر على دفعه إليه ، كما لو كذبه في الوكالة .

١٥٣٤٣ - قلنا : المقر إنما يدفع مال نفسه ، لا مال صاحب الدين ، فوجب أن يعتبر ثبوت الوكالة في حقه ، لا في حق الغائب [١] . ألا ترى : أنه لو [٢] أقر أن صاحب الدين مات وهذا ابنه ، لم يثبت [٣] النسب في حق صاحب الدين ، ومع ذلك يدفع إليه ، لأن النسب يثبت في حق المقر ، فأما إذا كذبه فلم تثبت / الوكالة في حق صاحب الدين ولا في حق غريمه ، فلم يجبر على الدفع بدعوى الوكيل . وفي مسألتنا : تثبت الوكالة في حق الغريم [٤] ، والواجب بها تسليم ماله ، فلهذا وجب عليه التسليم .

١٧٦/أ

١٥٣٤٤ - قالوا : إنه دفع غير مؤثر في البراءة ، فلا يجبر عليه ، كما لو ادعي أنه وصى .

١٥٣٤٥ - قلنا : يبطل إذا قال : أنا وارث صاحب هذا الدين فصدقه .

١٥٣٤٦ - ولأن في زعم المقر أنه دفع مبرئ ويجزيه [٥] أن يكذبه صاحب الحق لا يعتبر ، كما لو أقام الوكيل البينة وجب التسليم وإن جاز أن يقيم الموكل بينة [٦] أنه كان عزله .

١٥٣٤٧ - والمعنى في دعوى الوصية : أنه يزعم أن صاحب الدين مات ، والولاية للقاضي إذا لم يثبت عنده [٧] وصية ، فلم ينفذ إقراره في حقه

١٥٣٤٨ - وأما مدعي الوكالة : فلم يعرف بثبوت [٨] حق الوكالة للقاضي ، فلم يعتبر ثبوت الوكالة عنده .

---

(١) في (م) : [الغالب] .

(٢) في (م) ، (ع) : [إذا] ، مكان : [لو] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فلم يثبت] .

(٤) في (م) ، (ع) : [تثبت الوكالة في حق صاحب الدين ولا حق الغريم] بالزيادة .

(٥) في (م) ، (ع) : [سري] ، مكان : [مبرئ] ، وفي هامش (ص) : [ويجوز] ، مكان : [ويجزيه] من نسخة أخرى .

(٦) في (م) ، (ع) : [أجاز أن يقيم الموكل البينة] ، مكان المثبت .

(٧) في (م) ، (ع) : [عنه] ، مكان : [عنده] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ثبوت] بدون الباء .

ولأن القاضي له ولاية في نصب الوصي [١] ، فإذا أقر بالتسليم إليه سقط الدين بقبضه ، ويجوز أن يكون كاذبًا ، ولا ولاية للقاضي في نصب وكيل ، وإذا أقر بالدفع لم يصر بذلك وكيلًا ، فلم يسقط الدين في حق الموكل ، فلذلك لزم التسليم إليه .

١٥٣٤٩ - قالوا : دفع لا تبرأ [٢] به ذمة حكمًا ؛ فلم يجبر عليه ، كما لو كان عليه دين ببينة [٣] فطلبه منه بغير شهادة ، لم يجز تسليمه .

١٥٣٥٠ - قلنا : لا نسلِّم ، بل يجب على من في ذمته الحق تسليمه في جميع الأحوال ، حضرت البينة أو لم تحضر [٤] ، ومتى أخر المال حتى تحضر البينة مع المطالبة ، كان ظالمًا .

* * *

---

(١) في سائر النسخ : [الصبي] .

(٢) في (ع) : [ما لا يبرئ] ، بزيادة : [ما] .

(٣) في (ع) : [ببينه] بدون نقط .

(٤) في (م) : [لم يحضر] .

مسألة ٧٦٤

إذا تلف المقبوض في يد الوكيل بعد تصديق الغريم له وإنكار صاحب الحق فعلى من يكون الضمان ؟

١٥٣٥١ – قال أصحابنا : إذا صدقه في الوكالة وسلم إليه ثم حضر صاحب الحق فأنكر التوكيل وحلف وقد (١) تلف المقبوض في يد الوكيل ؛ فإن كان عينًا فهو بالخيار في تضمين الدافع أو القابض ، وإن كان دينًا فله تضمين الدافع دون القابض (٢) .

١٥٣٥٢ – وقال المزني : له أن يضمن القابض منهما ، وهو اختيار (٣) المروزي . وقال عامة أصحاب الشافعي مثل قولنا (٤) .

١٥٣٥٣ – لنا : أنه دفع الدين إلى من لا يبرأ (٥) بقبضه ، فصار كما لو دفع إلى وكيله وأمره (٦) بالتسليم ، فتلف في يده ، لم يكن لصاحب الحق أن يضمنه .

ولأن الحق في الذمة لا يتعين بالدفع ، فكان له اتباع الذمة ، فأما الوكيل فإنما قبض مال الدافع ، فلا سبيل للغريم عليه .

---

(١) لفظ : [قد] ساقط من (ع) .

(٢) راجع المصادر في المسألة السابقة ، روضة القضاة (٦٥٧/٢) ، المسألة (٣٧٢٢) ، بدائع الصنائع (٢٦/٦) ، البناية مع الهداية (٣٦٧/٨ ، ٣٦٨) ، تكملة فتح القدير مع الهداية (١٢٦/٨) ، وما بعدها ، مجمع الأنهر (٢٣٤/٢ ، ٢٣٥) ، لسان الحكام مع معين الحكام ص٢٥٢ ، الدر المختار بهامش رد المحتار (٤٣١/٤) ، مجمع الضمانات ص٢٥٣ .

(٣) في (م) : [اخيار] .

(٤) قال المزني في مختصره : « ولو كان لرجل على رجل حق ، فقال له رجل : وكلني فلان بقبضه منك فصدقه ودفعه وتلف وأنكر رب الحق أن يكون وكله ، فله الخيار ، فإذا أغرم الدافع لم يرجع الدافع على القابض ، لأنه يعلم أنه وكيل برئ وإن أغرم القابض لم يكن له أن يرجع على الدافع ، لأنه يعلم أنه مظلوم برئ » . راجع : مختصر المزني « كتاب الوكالة » ص١١١ ، المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٥١/١٤ ، ١٥٣ ، ١٥٤) ، حلية العلماء (١٥١/٥ ، ١٥٢) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٨٤/١١ ، ٨٥) . لم نقف على هذه الجزئية في كتب المالكية بعد ، وقال الحنابلة مثل قول الحنفية إن كان المدفوع عينًا ، فلصاحبها الرجوع ببدلها على من شاء منهما ، وإن كان دينًا لم يرجع إلا على الدافع وحده . راجع تفصيل المسألة في : المغني « كتاب الوكالة » (١١٥/٥ ، ١١٦) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٤٠٤/٥) .

(٥) في (ص) : [لم يبرأ] ، وفي (م) : [لم يبر] .

(٦) في (م) ، (ع) : [وأمر] بدون الهاء .

١٥٣٥٤ - احتجوا : بأن الوكيل اعترف [١] بأنه قبض مال صاحب الحق وأنه ائتمنه عليه ، وقوله في الأمانة لا يقبل ، وقبل قوله في قبضه إياه بغير أمره ، فضمن .

١٥٣٥٥ - قلنا : إنما أقر أنه قبض ماله وكذبه في هذا الإقرار ، لأن هناك قبض ملك المالك بغير أمره على وجه التعدي ، فكان له أن يضمنه .

* * *

(١) لفظ : [اعترف] ساقط من (ع) .

مسألة ٧٦٥

الحكم فيما إذا وكله ببيع فاسد فباع بيعاً صحيحًا

١٥٣٥٦ - قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : إذا وكله [١] ببيع فاسد فباع بيعا صحيحا جاز .

١٥٣٥٧ - وقال محمد : لا يجوز [٢] ، وبه قال الشافعي .

١٥٣٥٨ - قالوا : إن وكله ببيع عبد بثمن [٣] نَسَاءً فباعه بمثل [٤] ثمن النساء نقدًا ففيه وجهان : أحدهما : يجوز ، والآخر : لا يجوز [٥] .

١٥٣٥٩ - لنا : أنه أمره ببيع بشرط [٦] ، فملك أن يبيع بيعًا صحيحًا ، كما لو أمره بالبيع [٧] بشرط العتق .

١٥٣٦٠ - ولأنه إذا أمره بالبيع إلى العطاء فقد وكله ببيع عين بثمن مؤجل ، فجاز بهذا التوكيل البيع بأجل .

١٥٣٦١ - ولأنه إذن في البيع لو عري عن شرط التأجيل ملك به البيع [٨] . أصله : إذا قال : بع بكل مالي بأي أجل شئت .

١٥٣٦٢ - ولأنه وكل ببيع بثمن مؤجل ، فإذا باع بثمن حالٍّ [٩] جاز ، كما لو

---

(١) في (ص) ، (م) : [وكل] بدون الهاء .

(٢) راجع المسألة في : المبسوط « باب من الوكالة بالبيع والشراء » (٥٦/١٩) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٩/٦) .

(٣) لفظ : [بثمن] ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [مثل] بدون الباء .

(٥) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٢١/١٤ ، ١٣٦) ، النكت في « مسائل الوكالة » ، ورقة (١٦٥أ) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٢٤/٥ ، ١٢٥ ، ١٣٧) ، فتح العزيز « كتاب الوكالة » ، « الباب الثاني في حكم الوكالة » (٥٧/١١) . ولم نهتد إلى هذه المسألة في كتب المالكية بعد . وقال الحنابلة مثل قول محمد والشافعي : إن وكله في بيع فاسد فباع بيعا صحيحا ، لم يصح . راجع المسألة في : المغني « كتاب الوكالة » (١٣٢/٥) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٤٤/٢) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٩٢/٥) .

(٦) في (م) ، (ع) : [شرط] بدون الباء .

(٧) في (ع) : [ببيع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [المبيع] .

(٩) قوله : [مؤجل فإذا باع بثمن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

وكله ببيع إلى أجل صحيح فباعه بمثل ثمن النساء نقدًا .

١٥٣٦٣ - فإن نازعوا في الأصل : دللنا عليه بأنه حصل له العوض وهو زيادة الثمن وزاده خيرًا بأن أسقط التأجيل ، فصار كما لو وكله ببيع بمائة [١] فباعه بمائتين ، وهذه المسألة مبنية على أن البيع [٢] الفاسد يقع به الملك ، كما يقع في الصحيح .

١٥٣٦٤ - وقد دللنا على هذه المسألة ، فنقول : ملكه بالتمليك على وجه البيع فجاز أن يملك به البيع على الوجه المأمور به ، وزاده خيرًا فوجب أن يجوز . ولا يجوز على الوجه الأول إذا وكله أن يبيع ويشترط الخيار للآمر لأنه يملك بهذا التوكيل البيع الصحيح .

١٥٣٦٥ - ولا يلزم على الثاني : إذا وكله أن يبيع بخمر فباعه بدراهم ، لأنه لم يعقد على الوجه المأمور به ، بل خالف في جنس الثمن .

١٥٣٦٦ - فإن قيل : البيع الفاسد لا يقع الملك بعقده .

١٥٣٦٧ - قلنا : يقع [٣] الملك بالعقد إذا سلم [٤] المبيع أولًا على وجه السوم ثم باعه ، وعموم التوكيل يقتضي ذلك .

١٥٣٦٨ - فإن قيل : البيع الفاسد لا ينبرم ، بل يثبت فيه حق الفسخ لكل واحد منهما ، فإذا باع بيعًا صحيحًا فقد خالف في صفة العقد .

١٥٣٦٩ - قلنا : البيع الفاسد قد [٥] لا يثبت فيه الفسخ ، مثل أن يوكله ببيع عبد فيبيعه [٦] من أبيه أو ممن حلف بعتقه ، أو يوكله ببيع عين من الأعيان من رجل قد أقر أنها لغير مالكها [٧] ، فلا يثبت حق الفسخ في هذا .

ولأن حق المقر له تعلق به .

١٥٣٧٠ - احتجوا : بأن كل من لم يملك [٨] البيع على الوجه المأمور به لم يملكه على غير الوجه المأمور به ، كتوكيل المراهق [٩] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [مائة] بدون الباء .

(٢) لفظ : [البيع] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [قد يقع] ، بزيادة : [قد] .

(٤) في (ع) : [أسلم] .

(٥) لفظ : [قد] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [فبيعه] .

(٧) لفظ : [لغير] ساقط من (م)، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [لمالكها] ، بزيادة اللام .

(٨) في (ع) : [لا يملك] .

(٩) قاعدة : « كل من لم يملك البيع على الوجه المأمور به لم يملكه عبى غير الوجه المأمور به كتوكيل المراهق » .

١٥٣٧١ - قلنا : المراهق وكله بالتمليك وَشَرَطَ الفَسَادَ ، وهو يملك [1] التمليك ولا يملك الأمر بالفساد ؛ فجاز تصرف الوكيل فيما يملكه الموكل ، وذلك كما لو وكله ببيع عبده وعبد غيره ، وأما [2] المراهق فلا يملك ما وكل فيه ولا شيئًا منه ؛ فلم يجز تصرف وكيله عليه .

١٥٣٧٢ - قالوا : وكالة لا تتضمن [3] بيعًا شرعيًّا ؛ فلا يملك بها البيع الشرعي ، كما لو وكله بالشراء [4] لم يملك البيع .

١٥٣٧٣ - قلنا : لا نسلم أن الوكالة لا تتضمن [5] البيع الشرعي ، لأنها تضمنت التمليك على وجه البيع ، وتضمنت الفساد ، وهو معنى زائد على البيع ، والوكالة بالشراء لم تتضمن [6] البيع بوجه ، فلذلك لا يملكه .

١٥٣٧٤ - قالوا : وكله ببيع عبد آبق .

١٥٣٧٥ - قلنا : وكل بالبيع والتسليم وإن كان البيع لا يوجب ذلك ، فإذا باع وسلم فقد فعل ما وكله به ، فأما إذا وكله ببيع عبده الآبق [7] فحضر العبد ، جاز له بيعه بتلك الوكالة ووجب له تسليمه .

١٥٣٧٦ - قالوا : البيع إلى العطاء لا يملك الموكل توكيله به ، فلم يصح ، كما لو وكله ببيع عبد لغيره .

١٥٣٧٧ - قلنا : الموكل لا يملك هذا البيع ، فإذا فعل وقع به التمليك ، فوكيله في حكمه .

١٥٣٧٨ - ولأنه ملك البيع والتأجيل ولا يملك جهالة الأجل ، فينتقل إلى وكيله ما يملك دون ما لا يملك .

١٥٣٧٩ - قالوا : وكيل ببيع فاسد ، فلا يملك به بيعًا صحيحًا ، كمن وكله ببيع خمر بدراهم .

١٥٣٨٠ - قلنا : الوصف غير مسلَّم في الأصل ، لأن الوكيل لو أمر ذميًّا فباعه [8] من ذمي بخمر بمشهد منه جاز ، وهو بيع صحيح عندنا ، وإنما لا يملك أن يبيع بالدراهم ؛ لأنه خالف في جنس الثمن ، فهو كما لو أمره أن يبيع بالحنطة ، فباعه بالشعير .

* * *

(١) في (ع) : [بملك] .
(٢) في (م) ، (ع) : [فأما] .
(٣) في (م) : [لا يتضمن] .
(٤) في (م) ، (ع) : [للشرى] .
(٥) في (م) : [لا يتضمن] .
(٦) في (م) ، (ع) : [لم يتضمن] .
(٧) في (م) : [عبد الآبق] ، وفي (ع) : [عبد آبق] .
(٨) قوله : [فباعه] ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٧٦٦

من تتعلق به حقوق العقد

١٥٣٨١ - قال أصحابنا : حقوق العقد تتعلق [١] بالوكيل ، فإذا باع فله أن يطالب بالثمن دون الموكل ، وعليه تسليم المبيع ، وإذا ابتاع فعليه تسليم الثمن ، وضمان العهدة عليه ، وهو المخاصم في العيب [٢] [٣] .

١٥٣٨٢ - وقال الشافعي : إذا باع الوكيل [٤] فالمطالبة بالثمن لموكله وله [٥] . وإذا ابتاع ففي أي ذمة يثبت الثمن ، فيه ثلاثة أوجه ، أحدها : الثمن وجب على الموكل ، والوكيل ضامن له عن الموكل وللبائع مطالبة أيهما [٦] شاء . والوجه الثاني : الثمن يتعلق بذمة الوكيل وحده ولا مطالبة على الموكل حتى يزن [٧] الوكيل الثمن ويرجع [٨]

---

(١) في (م) : [يتعلق] .

(٢) قاعدة : « حقوق العقد تتعلق بالوكيل ، فإذا باع فله أن يطالب بالثمن دون الموكل ، وعليه تسليم المبيع ، وإذا ابتاع فعليه تسليم الثمن ، وضمان العهدة عليه وهو المخاصم في العيب » .

(٣) قال القدوري في مختصره ص٥٤ : « والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين ، فكل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه ، مثل البيع والإجارة فحقوق ذلك العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل ، فيسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم بالعيب ، وكل عقد يضيفه إلى موكله ، كالنكاح والخلع والصلح من دم العمد ، فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل » . راجع المسألة في : مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١٠٩ ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٢/٦٤٥) ، المسألة (٣٦٣١) ، تحفة الفقهاء « كتاب الوكالة » (٣/٢٣٥) ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص٣١٦ ، ٣١٧ ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٦/٣٣) ، البناية مع الهداية « كتاب الوكالة » (٨/٢٧٧ ، ٢٧٨) ، تكملة فتح القدير مع الهداية وبذيلة العناية « كتاب الوكالة » (٨/١٥ - ١٧) ، مجمع الأنهر « كتاب الوكالة » (٢/٢١٤ ، ٢١٥) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « كتاب الوكالة » (٤/٤١٨ ، ٤١٩) ، مجمع الضمانات ، الباب السابق ص٢٤٣ .

(٤) لفظ : [الوكيل] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) قوله : [بالثمن] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش ، وقوله : [وله] ساقط من (ع) .

(٦) في (م) : [أيتهما] .

(٧) أي ينقد ، قال المطرزي : [يقال : وزنت له الدراهم فاتزنها ، كقولك : نقدتها فانتقدها] . راجع : المغرب ص٤٨٣ ، لسان العرب ، مادة : [وزن] (٦/٤٨٢٨) .

(٨) في (م) ، (ع) : [ورجع] .

حينئذٍ . والوجه الثالث : الثمن في ذمة الوكيل ويثبت مثل ذلك للوكيل [١] في ذمة موكله ، ويكون للبائع مطالبة الوكيل ، فإذا طولب كان له مطالبة موكله [٢] بخلاصه .

١٥٣٨٣ - للوكيل بالبيع تسليم المبيع . وفي قبض الثمن وجهان : له ذلك . وإذا سلم [٣] الثمن وقدر على قبض المبيع فلم يقبضه ؛ ضمن ، والثاني : ليس له ذلك [٤] .

١٥٣٨٤ - لنا : أن كل من لزمه تسليم الثمن بالعقد كانت [٥] له حقوق العقد المتعلقة به ، والعهدة عليه . أصله : من اشتري لغيره ولم يضف العقد إليه ولم يصدقه البائع أنه اشتراه لغيره .

١٥٣٨٥ - ولا يلزم : الصبي ، والعبد ، لأن التسليم لا يجب عليه بعقده في الحال ، [ولا عهدة عليه في الحال] [٦] ، فإذا عتق وجب عليه تسليم الثمن والعهدة .

١٥٣٨٦ - ولا يلزم : القاضي ، وأمينه ؛ لأن الثمن لا يجب بالعقد ، وإنما يجب عليهم بالولاية . ألا ترى : أن العقد لو تولاه غيرهم وجب عليه [٧] تسليم الثمن .

١٥٣٨٧ - فإن قيل : لا نسلم أن تسليم الثمن وجب بالعقد ، وإنما وجب بالضمان .

---

(١) في (م) ، (ع) : [وثبت للوكيل مثل ذلك] ، مكان المثبت .

(٢) في (م) ، (ع) : [طولت] ، مكان : [طولب] ، وما بين المعكوفتين : مكرر في (م) .

(٣) في (ع) : [أسلم] .

(٤) لفظ : [ليس] ساقط من (م) ، (ع) . راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٣٤/١٤ ، ١٣٥) ، فتح العزيز مع الوجيز ، الباب السابق ، بذيل المجموع (٣٣/١١ ، ٣٤ ، ٦٢ ، ٦٣) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٣٥/٥) . قال التسولي في البهجة : « أن من وكل على بيع مبيع فباعه ، فإذا عليه أن يقبض ثمنه إذا أغفل الموكل قبض الثمن ، أي سكت عنه ، لأنه كما عليه تسليم المبيع عليه قبض ثمنه ، وإن وكل الشراء فعليه قبض السلعة أيضًا ، فإن لم يفعل حتى تعذر القبض ضمن فيهما ، وهذا ما لم يبعه لأجل بنص من الموكل ، وإلا فلا يقبضه إلا بتوكيل مستأنف » ، قال ابن فرحون في التبصرة نقلًا عن ابن يونس : « الوكلاء على ثلاثة أضرب : وكيل مفوض إليه ووصي ، فعلى هذين العهدة واليمين ، ووكيل غير مفوض إليه ، فعليه العهدة ، إلا إن أخبر أنها لغيره ، فإن أخبر بذلك فلا عهدة عليه ولا يمين ، ونخاسون وسماسرة فهؤلاء لا عهدة عليهم ولا يمين » . راجع تفصيل المسألة في : شرح الزرقاني « باب صحة الوكالة » (٧٧/٦) ، تبصرة الحكام « فصل الوكالة جائزة بعوض أو بغير عوض » (١٢٧/١) ، البهجة في شرح التحفة « باب الوكالة » (٢١٣/١) . وقال أحمد ، وأصحابه : حقوق العقد متعلقة بالموكل على الإطلاق . راجع المسألة في : الإفصاح « باب الوكالة » (٢٠٩/١) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٧٥/٥) .

(٥) في (م) ، (ع) : [كان] .

(٦) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [أن العقد تولاه به غيرهم وجب عليهم] ، مكان المثبت .

١٥٣٨٨ – قلنا : لم يجز بين الوكيل والبائع [١] إلا عقد الشراء .

ولأن من يجب عليه الثمن إذا قبل البيع تعلقت حقوقه به ، أصله : من ابتاع لنفسه ، وإذا أمره أن يشتري بالدراهم فابتاع بالدنانير .

١٥٣٨٩ – ولا يلزم : القاضي ، وأمينه ، والصبي المحجور عليه ، لأن الثمن لا يلزمهم ولا يلزم العبد المحجور ، لأن الحقوق تتعلق [٢] به ، لكنها تتأخر ، لأن العهدة حكم من أحكام بيع الوكيل المكلف ، فوجب أن يتعلق به . أصله : تسليم المبيع والثمن .

ولأن عقد الصرف [٣] يصح من الوكيلين مع غيبة موكليهما [٤] ، فلو لم تتعلق الحقوق بهما لم ينعقد الصرف [٥] ، كما لا ينعقد بالرسولين .

١٥٣٩٠ – فإن قيل : حقوق الصرف [٦] لا تتعلق بهما ، وإنما يعتبر محلهما [٧] ، لأنهما أوجبا العقد .

١٥٣٩١ – قلنا : لولا أن حقوق العقد تعلقت بهما / لم يؤثر تفرقهما [٨] ، كالرسولين . ٦

١٥٣٩٢ – قالوا : القاضي إذا عقد الصرف اعْتُبِرَ المجلس ، ولم تتعلق الحقوق به .

١٥٣٩٣ – قلنا : من أصحابنا من قال : إن الحقوق تتعلق [٩] به إلا أنه لا يلزمه الضمان .

١٥٣٩٤ – احتجوا : بأن الثمن حق الموكل يجوز لوكيله المطالبة به ؛ فجاز للموكل أن يطالب به . أصله : سائر حقوقه .

١٥٣٩٥ – قلنا : الوصف غير مسلَّم ؛ لأن الثمن حق الوكيل عندنا يتعين به حق الموكل . ولهذا تجوز [١٠] البراءة منه .

١٥٣٩٦ – وقولهم : « يجوز لوكيله المطالبة به » ، لا نسلمه ؛ لأن الوكيل لا يطَالبُ بالثمن بمقتضى الوكالة ، وإنما يطالب بحكم عقده ، ولهذا لو عزله الموكل عن المطالبة

---

(١) في (م) ، (ع) : [من] ، مكان : [بين] ، وفي (م) : [الوكيل البائع] بدون الواو .
(٢) لفظ : [تتعلق] ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [التصرف] .
(٤) في (م) ، (ع) : [موكلهما] .
(٥) في (م) ، (ع) : التصرف .
(٦) في (م) ، (ع) : [التصرف] .
(٧) أي مجلسهما .
(٨) في (م) ، (ع) : [لم ينعقد التصرف مؤثر تفرقهما] ، مكان : [لم يؤثر تفرقهما] .
(٩) في (م) : [يتعلق] .
(١٠) في (م) : [يجوز] .

لم ينعزل .

١٥٣٩٧ - قالوا : لما جاز للموكل مطالبة وكيله إذا قبضه كان له مطالبة من حل محله قبل قبض وكيله ، قياسًا على الوكيل بقبض الدين .

١٥٣٩٨ - قلنا : يبطل إذا أطلق الوكيل العقد ثم زعم أنه باع لغيره ، فلم يصدقه المبتاع .

١٥٣٩٩ - ولأن الوكيل التزم هذا الحق لموكله فملك أن يطالبه ، والمشتري لم يلتزم [١] للموكل حقا ، فلم يملك مطالبته ، ولهذا لو أطلق العقد ثم زعم أنه وكيل غيره فلم يصدقه العاقد معه ، لم يثبت للمقر له مطالبته .

١٥٤٠٠ - فإن قيل : لو قبض الموكل الثمن من المشتري برئ من حق الوكيل ، فدل أن القبض من حقوقه .

١٥٤٠١ - قلنا : قبض ما ليس بحق له إلا أنه لا يفسخ قبضه ، لأنا لو فسخنا وقبضه [٢] الوكيل لتعين في يده للموكل واحتجنا [٣] إلى إعادة قبضه ، ولا معنى لفسخ قبض يجب إعادته في الحال .

١٥٤٠٢ - قالوا : الوكيل نائب عن الموكل في العقد ؛ فوجب أن تثبت الحقوق للمنوب عنه ، كالحاكم .

١٥٤٠٣ - قلنا : الحاكم يعقد [٤] بولاية القضاء ، فلو تعلقت به الحقوق صار خصمًا ، وهذا يبطل معنى الولاية ، فلما أدى تعليق حقوق العقد بها إلى إبطال عقده ، لم تتعلق [٥] . وفي مسألتنا : الوكيل تعليق الحقوق به لا يؤدي إلى إبطال البيع بالوكالة ، لأن الوكيل يجوز أن يكون خصمًا ، فلذلك تعلقت الحقوق به .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لم يلزم] .

(٢) في (م) : [وقبض] بدون الهاء .

(٣) في (م) : [احتمال] ، وفي (ع) : [احتاج] ، مكان : [احتجنا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [ينعقد] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لم يتعلق] .

مسألة ٧٦٧

هل الملك ينتقل للوكيل أو للموكل ؟

١٥٤٠٤ - كان الشيخ أبو الحسن [١] يقول : إن الملك المنتقل في الشري ينتقل [٢] للوكيل ملكًا غير مستقر ، وينتقل منه إلى الموكل .

١٥٤٠٥ - وقال أبو طاهر [٣] : الملك بالعقد ينتقل ابتداءً إلى الموكل .

وأما الحاكم وأمينه : فمن أصحابنا من قال : لا ينتقل الملك إليهما ، وكان الشيخ أبو عبد الله [٤] يقول : ينتقل الملك إلى القاضي ، إلا أن الحقوق لا تتعلق به [٥] .

١٥٤٠٦ - وقال الشافعي رحمه الله : ينتقل [٦] الملك ابتداءً إلى الموكل [٧] .

لنا : أن من [٨] لزمه تسليم ثمن المبيع [٩] ، دخل البيع في ملكه [١٠] ، أصله : إذا اشترى لنفسه ، وإذا وكله في شراء [١١] عبد بمائة فاشتراه في صفقتين .

١٥٤٠٧ - ولا يلزم : القاضي ؛ لأن تسليم الثمن يلزمه بالولاية لا بالبيع .

١٥٤٠٨ - ولأنه مكلف اشترى ما وكل في شرائه ، فانتقل الملك إليه . أصله : إذا وكله أن

---

(١) هو عبيد الله ، أبو الحسن الكرخي : تقدمت ترجمته في مسألة (١٠٠) ، وتكرر ذكره في أماكن عديدة .

(٢) في (م) ، (ع) : [المنقل في الشري ينقل] ، مكان المثبت .

(٣) راجع ترجمته في مسألة (٣٠٢) . (٤) سبقت ترجمته في مسألة (٤١٩) .

(٥) في (م) : [لا يتعلق به] . وفي الدر المختار : [والملك يثبت للموكل ابتداء في الأصح] . راجع تفصيل المسألة في : روضة القضاة [كتاب الوكالة] (٦٤٥/٢) ، المسألة (٣٦٣٢) ، البناية مع الهداية [كتاب الوكالة] (٢٧٨/٨ ، ٢٧٩) ، تكملة فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية [كتاب الوكالة] (١٧/٨ ، ١٨) ، مجمع الأنهر [كتاب الوكالة] (٢١٥/٢) ، الدر المختار بهامش رد المحتار (٤١٩/٤) .

(٦) في (م) ، (ع) : [ينقل] .

(٧) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٤٦/١٤ ، ١٤٧ ، ١٤٨) ، فتح العزيز الباب السابق ، بذيل المجموع (٦٢/١١) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٤٥/٥) . وقال المالكية ، والحنابلة ، مثل قول الشافعي : الملك في الشراء ينتقل إلى الموكل دون الوكيل . راجع المسألة في : بداية المجتهد « كتاب الوكالة » ، « الباب الثاني في الأحكام » (٣٢٨/٢) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٤١/٥ ، ١٤٢) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٥٠/٢) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٧٥/٥) .

(٨) لفظ : [من] ساقط من (م) . (٩) في (م) ، (ع) : [المبيع به] ، بزيادة : [به] .

(١٠) قاعدة : « من لزمه تسليم ثمن المبيع دخل المبيع في ملكه » .

(١١) في (م) ، (ع) : [شرى] .

يشتري بمائة دينار ، وهذا أصل مركب ، لأن الحسن روى عن أبي حنيفة : أن الشري للموكل .

ولأنه أضاف الشراء [(١)] إلى نفسه إضافة صحيحة من غير ولاية ، فلم ينتقل الملك بالعقد إلى غيره . أصله : إذا اشترى لنفسه .

١٥٤٠٩ - ولا يلزم : الصبي المحجور ؛ لأن إضافته ليست بصحيحة [(٢)] ، بدلالة : أنه لا يملك الإضافة .

١٥٤١٠ - ولا يلزم : القاضي ، وأمينه ؛ لأنهما يتصرفان بولاية . هذا على طريقة من يقول : إن الملك لا ينتقل إلى القاضي ، فإن عللت على طريقة من يقول : إن الملك ينتقل إلى القاضي [(٣)] فأسقط من الولاية .

١٥٤١١ - ولأن الملك لو لم ينتقل [(٤)] إلى الوكيل لم يضف العقد إلى نفسه كالوكيل بالنكاح إذا خالف لم يلزمه العقد ؛ لأن المعقود عليه لا ينتقل إليه [(٥)] عند موافقة الأمر .

١٥٤١٢ - فإن قيل : إنما [(٦)] لا يلزم النكاح مع الخلاف ، لأن لفظ العقد لا يصلح له ، ولما صلح [(٧)] لفظ البيع له انتقل مع الخلاف إليه .

١٥٤١٣ - قلنا : هذا دليلنا أن الملك لو لم ينتقل إلى الوكيل لم يجز أن يعقده بلفظ يصلح له ، كالرسول بالعقد ، وكالوكيل بالنكاح .

١٥٤١٤ - احتجوا : بأنه يقبل لغيره عقدًا صح له ؛ فوجب أن ينتقل [(٨)] الملك إلى المقبول له ، لا إلى القابل ، كالوكيل بالنكاح .

١٥٤١٥ - قلنا : النكاح لا ينتقل [(٩)] الملك فيه إلى الإنسان ، ثم ينتقل من جهته إلى غيره ، فلذلك انتقل إلى الموكل ابتداءً والبيع فيه إلى الإنسان ثم ينتقل من جهته إلى غيره، فجاز أن ينتقل [(١٠)] بالعقد إلى الوكيل ، ثم ينتقل منه إلى غيره .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أصاب الشرى] . (٢) في (م) ، (ع) : [صحيحة] بدون الباء .
(٣) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .
(٤) في (م) ، (ع) : [لم ينقل] .
(٥) في (م) ، (ع) : [لا ينقل إلى غيره إليه] ، بزيادة : [إلى غيره] .
(٦) في (م) ، (ع) : [إن ما] ، مكان : [إنما] .
(٧) في (م) ، (ع) : [حصل] ، مكان : [صلح] .
(٨) في (م) ، (ع) : [أن ينقل] . (٩) في (م) ، (ع) : [لا ينقل] .
(١٠) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) : [أن ينقل] .

١٥٤١٦ - ولأن [١] العاقد لغيره النكاح لا يجوز أن ينتقل الملك إليه مع المخالفة (فلم يجز) [٢] أن ينتقل [٣] إليه مع الموافقة .

١٥٤١٧ - ولا يلزم : الحاكم ، لأنه لا يجوز أن ينتقل [٤] إليه مع الموافقة إذا عقد بوكالة .

١٥٤١٨ - ولأن العاقد في النكاح يضيف [٥] العقد إلى غيره ، فوقع الملك لمن أضيف العقد إليه ، والعاقد في الشراء يضيف العقد إلى نفسه فوقع الملك بعقده لمن أضيف إليه [٦] .

١٥٤١٩ - ولا يلزم : الحاكم ، وأمينه ، والمحجور عليه ؛ لأن الملك ينتقل إليهم على قول بعض أصحابنا .

١٥٤٢٠ - قالوا : قبل لغيره عقدًا صح له ، فوجب أن ينتقل [٧] فيه إلى المقبول له ، أصله : الأمين .

١٥٤٢١ - قلنا : انتقال الملك إلى الموكل إجماع ، وموضع الخلاف : هل ينتقل إلى العاقد أوَّلًا ، أو لا ؟ .

١٥٤٢٢ - ولأن الأصل غير مسلَّم على ما بينا ، ومن سلم ذلك من أصحابنا يقول : الأمين قائم مقام القاضي ، وهو يتصرف بولاية الحكم ، فلو ملك ما يتصرف فيه بطل معنى الولاية [٨] ، فلم يجز عقده ، وهذا لا يوجد في الوكيل .

١٥٤٢٣ - قالوا : الرجل يوكل بالبيع تارةً وبالشراء أخرى ، فلما كان الوكيل بالبيع لا ينتقل الملك إليه ، كذلك الوكيل بالشراء .

١٥٤٢٤ - قلنا : لا نسلم أن الوكيل بالبيع يحل الثمن بعقده ثم [٩] يملك الثمن من جهته ، فلا فرق بينهما .

١٥٤٢٥ - فإن قالوا : إنه لا يملك المبيع [١٠] .

١٥٤٢٦ - قلنا : العاقد لا يملك بالعقد ما يملكه غيره ، وإنما يملك البدل الذي من جهة غيره .

١٥٤٢٧ - قالوا : لو ملك المبيع لكان إذا وكَّل بشراء ابنه يعتق [١١] عليه .

---

(١) في (ع) : [لان] ، بدون العطف .
(٢) ما بين القوسين بدل : « جاز » المثبتة في النسخ .
(٣) في (م) ، (ع) : [أن ينقل] .
(٤) في (م) ، (ع) : [أن ينقل] .
(٥) في (م) : [نصف] ، وفي (ع) : [يضف] .
(٦) ما بين المعكوفتين : [ساقط من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [أن ينقل] .
(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (ع) .
(٩) في (ص) : [تم] بالتاء .
(١٠) في (م) ، (ع) : [البيع] .
(١١) في (م) : [بعتق] .

١٥٤٢٨ - قلنا : يملكه ملكًا غير مستقر ، والعتق لا يقع إلا في ملك (١) مستقر ، ألا ترى : أنه إذا ملك ابنه وقع عليه الملك ثم العتق (٢) في الحالة الثانية بالملك ، وفي مسألتنا يتلو (٣) ملك الوكيل الانتقال ، فلا يستقر الملك (٤) في حالة الوقوع .

١٥٤٢٩ - قالوا : من اشترى أباه عتق عليه قبل قبضه ، وإن كان الملك لم يستقر .

١٥٤٣٠ - قلنا : لم نرد بالاستقرار تمام الملك ، وإنما أردنا به ما فسرناه . وقبل القبض يملك ويستقر ملكه بالحالة الثالثة للمالك إلا أن يطرأ (٥) على الملك ما ينافيه (٦) ، فاستقر بمعنى بقي (٧) على ما كان عليه ، فوقع العتق عليه .

١٥٤٣١ - قالوا : لو وكَّل رجل عبدًا يشتري له نفسه من مولاه لم يعتق ، ولو كان الملك بالعقد ينتقل إلى ملك (٨) العاقد لعتق .

١٥٤٣٢ - قلنا : هذا على وجه إن أضاف العقد إلى نفسه ولم يذكر الآمر عتق ؛ لأن المولى قصد العتق . وإن أضاف العقد إلى الآمر : لم يعتق ، لأنه يصير كالرسول بالبيع ، وكالوكيل بالنكاح ، فلا ينتقل (٩) الملك إليه .

١٥٤٣٣ - قالوا : إذا وكله بشراء عبد زيد بثوبه (١٠) ففعل ، فقد ملك زيد الثوب من جهة الوكيل ، وملك الموكل العبد الذي هو عوضه من جهة زيد في مقابلة ملك العوض .

١٥٤٣٤ - قلنا : زيد يملك الثوب عن المِلْك الموكَّل بتمليك الموكل إياه ، فيجب أن يملك العبدَ في مقابلة الثوب بتمليك الوكيل أيضًا ، والوكيل لا يملك التصرف في العبد ؛ لأن مالكه لم يجعل له التصرف فيه ، فلم يبق إلا أن ينتقل إليه حتى يملكه الموكل من جهته ، كما ملك زيد الثوب من الموكل بتمليك الوكيل ، وليس يمتنع عنده أن يملك العوض من ملك إنسان ويملك بعوضه غيره ، كمن قال : اشترِ عبد فلان لنفسك بثوبي (١١) ، جاز ذلك ، ويصير مقرضًا للثوب .

---

(١) في (م) : [إلى] ، مكان : [إلا] ، وما بين المعكوفتين : ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش.

(٢) في (م) ، (ع) : [عتق] ، بدون : [ال] .

(٣) في (ص) : [لو] ، مكان : [يتلو] .

(٤) لفظ : [الملك] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [مطري] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بما ينافيه] .

(٧) في (م) : [نفي] .

(٨) لفظ : [ملك] ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [والوكيل بالنكاح فلا ينقل] .

(١٠) الثوب هو الثمن في هذه المسألة .

(١١) في (م) : [يتولي] ، مكان : [بثوبي] .

مسألة ٧٦٨

إبراء الوكيل المشتري من الثمن

١٥٤٣٥ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : إذا باع الوكيل ثم أبرأ من الثمن جازت [١] براءته ، وضمن للموكل .

١٥٤٣٦ - وقال أبو يوسف : لا تصح براءته [٢] ، وبه قال الشافعي [٣] .

١٥٤٣٧ - لنا : أنه دين يقبل الإبراء وجب ببيعه [٤] ، فكان له البراءة فيه إذا كان من أهل البراءة . أصله : إذا باع ملك نفسه .

١٥٤٣٨ - ولا يلزم : القاضي ؛ لأن الثمن الذي يجب بعقده لا يحتمل الإبراء .

ولأنه معنى يملكه الموكل ، فسقط به الثمن من ذمة المشتري ، فجاز أن يملكه الوكيل ، أصله : الرد بالعيب والاستيفاء .

١٥٤٣٩ - ولا يلزم : الإقالة ؛ لأن الوكيل يملكها عندنا ، ولأنها فسخ ، وهو يملك الفسخ .

ولأن كل من لزمه تسليم المبيع في البيع [٥] كان له البراءة من ثمن المبيع في الشراء من غير ولاية له [٦] أو عليه ؛ أصله : من باع ملك نفسه ، أو إذا وكله بالإبراء .

---

(١) في (م) ، (ع) : [جاز] .

(٢) في (م) : [لا يصح] . وقد ذكر في أغلب كتب الحنفية قول محمد مع قول أبي حنيفة في هذه المسألة ، وذكر في تحفة الفقهاء وبدائع الصنائع قول محمد فيها مثل أبي يوسف ، خلافًا لأبي حنيفة . راجع تفصيل المسألة في : المبسوط « باب الوكالة على الدار وقبض الغلة والبيع » (٣٥/١٩) ، تحفة الفقهاء « كتاب الوكالة » (٢٣٥/٣ ، ٢٣٦) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٨/٦) ، البناية مع الهداية « كتاب الوكالة » (٢٨٣/٨) ، تكملة فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « كتاب الوكالة » (٢٥/٨) ، مجمع الأنهر « باب الوكالة بالشراء والبيع » (٢٢٧/٢) ، مجمع الضمانات ، الباب السابق ص٢٤٥ .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١١٥/١٤ ، ١١٦) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٢٤/٥) ، ولم نهتد إلى هذه المسألة في كتب المالكية . وقد ذكر العيني في البناية (٢٨٣/٨) قول مالك : مثل قول أبي يوسف والشافعي : لا يملك الوكيل الإبراء من الثمن ، وبه قال أحمد وأصحابه . راجع المسألة في : المغني « كتاب الوكالة » (١٠١/٥) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٤٣/٢ ، ٢٤٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يتبعه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [البيع في المبيع] .

(٦) الزيادة : لمقتضى السياق .

١٥٤٤٠ - ولا يلزم : القاضي ، وأمينه ؛ لأن له ولاية .

١٥٤٤١ - ولا يلزم : المأذون ؛ لأن عليه ولاية .

١٥٤٤٢ - وهذه مبنية على أن حقوق العقد تتعلق [١] بالعاقد ، والدين في الذمة ، هو والمطالبة من حقوق العقد ، والعاقد ممن يملك إسقاط حق نفسه ، والدين يقبل الإسقاط .

١٥٤٤٣ - فإن قيل : الدين في الذمة ، بدلالة : أن الحول ينعقد عليه ويجب فيه الزكاة ، لأنه [٢] حق يتعين به في الثاني ، فتجب الزكاة لأجل ذلك .

١٥٤٤٤ - احتجوا : بأنه إبراء من دين لغيره بغير إذنه ، فوجب أن لا يصح . أصله [٣] : إذا أبرأه من دين يثبت بعين عقده .

١٥٤٤٥ - قلنا : لا نسلم أنه أبرأ من دين لغيره ، والدين للوكيل [٤] وما يتعين به لغيره ، والمعنى / فيما وجب بغير عقده : أن العقد لم يوجب له المطالبة ، فلم يملك بحكم العقد البراءة منه . وفي مسألتنا : دين يحتمل البراءة أوجبه [٥] بعقده ، فوجب أن يملك أن يبرئ منه ، كما ملك [٦] أن يسقط حقوق نفسه ، بدلالة : أنه لو أذن لرجل في قطع يده ، لم يسقط ما يجب بالقطع .

١/أ

١٥٤٤٦ - فإن قيل : إنه يملك بالطلاق ، وهو إسقاط حقه .

١٥٤٤٧ - قلنا : لا يملك من حيث الإسقاط ، وإنما يملكه لأنه وقع عقدٌ يَسْقُطُ [٧] برفعه حق عليه ، وهو النفقة والقسم ، فصار كالإقالة [٨] .

١٥٤٤٨ - قالوا : لا تصح [٩] هبة الدين بعد قبضه ، فلا يصح [١٠] إبراؤه منه [١١]

---

(١) في (م) : [يتعلق] .
(٢) في (م) : [لأن] بدون الهاء .
(٣) لفظ : [أصله] ساقط من (ع) .
(٤) في (م) : [للوكل] ، وفي (ع) : [للموكل] ، مكان : [للوكيل] .
(٥) في (م) ، (ع) : [وجبه] .
(٦) في (م) ، (ع) : [يملك] .
(٧) لفظ : [وقع] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ الهامش وفي (م) ، (ع) : [شرط] ، مكان : [يسقط] .
(٨) الإقالة في اللغة : الرفع مطلقًا ، مشتقة من [القيل] على الأصح ، وقيل : من [القول] ، وفي الشرع : عبارة عن رفع العقد . راجع : لسان العرب ، مادة : [قيل] (٣٧٩٨/٥) ، المصباح المنير (٤٩٦/٢) ، فتح القدير (٤٨٦/٦) ، مجمع الأنهر (٦٥/٢) ، حاشية ابن عابدين (١٥٠/٤ ، ١٥١) ، أنيس الفقهاء ص٢١٢ .
(٩) في (م) ، (ع) : [لا يصح] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [ولا يصح] .
(١١) لفظ : [منه] ساقط من (م) ، (ع) .

قبل قبضه أصله : العبد المأذون له ، وولي البكر .

١٥٤٤٩ – قلنا : إذا قبض الدين فقد استوفى الوكيل حقه ، وتعين المقبوض ملكا للموكل ، فلم يملك عليه ، وقبل القبض ليس هناك إلا المطالبة التي قد ثبتت [١] عندنا أنها حق للوكيل بالعقد ، فملك إسقاطها كما يملك إسقاط حقوق نفسه [٢] ، فلا يملك إسقاط ما ثبت له من حق [٣] المطالبة بالعقد ، والوكيل بخلافه .

١٥٤٥٠ – وأما الأب في النكاح فلا يملك المطالبة بالمهر بالعقد ، وإنما يملك عندنا [٤] بالتوكيل ، والوكيل بالقبض لا يملك البراءة .

١٥٤٥١ – فأما الوكيل فمن أصلنا : أنه يملك المطالبة بالثمن بالعقد لا بالولاية ، وليس بمولى عليه ، فملك الإسقاط .

١٥٤٥٢ – قالوا : لو قبض الموكل الثمن أو أبرأ عنه صح ، ولو كانت المطالبة من حقوق الوكيل ، والدين [٥] لم يصح ذلك .

١٥٤٥٣ – قلنا : أما براءة الموكل فلأنه يسقط [٦] بالبراءة ما يتعين له الثاني ، وإسقاط الحقوق عند وجود أسبابها يجوز .

١٥٤٥٤ – وأما القبض فإنه قبض ما ليس بمستحق له ، وإنما لا يفسخ قبضه ، لأنا لو فسخنا قبضه احتجنا أن نعيده به [٧] في الحال ، ولا معنى لفسخ شئ تجب إعادته .

* * *

---

(١) في (ع) : [تثبت] .

(٢) لفظ : [نفسه] ساقط من (م) وفي (ع) : [حقوقه] ، مكان : [حقوق نفسه] .

(٣) قوله : [من حق] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) قوله : [عندنا] ساقط من (ع) .

(٥) في سائر النسخ : [والدين] .

(٦) في (م) ، (ع) : [فلا يسقط] .

(٧) في (م) : [أن نعيد به] ، وفي غيرها : « أن نعتد به » .

مسألة ٧٦٩

تعليق الوكالة بالشرط

١٥٤٥٥ - قال أصحابنا : يجوز تعليق الوكالة بالشرط ، مثل : أن يقول : إذا جاء رأس الشهر فبع عبدي ، وإذا قدم الحاج فاقبض ديوني [(١)] .

١٥٤٥٦ - وقال الشافعي : لا يجوز تعليق الوكالة بالشرط ، فإن أطلقها وعلق التصرف بالشرط جاز ، مثل أن يقول : وكلتك بالبيع ، فلا تبع حتى يهلَّ الشهرُ أو يقدم الحاج .

١٥٤٥٧ - قالوا : إذا علق الوكالة بشرط فوجب الشرط ؛ لم يملك الوكيلُ التصرفَ ، فإن تصرف نفذ تصرفه [(٢)] ، فعلى هذا يسقط [(٣)] الخلاف ، إذ لا فائدة فيه إلا العبارة .

١٥٤٥٨ - فإن قيل : فائدته [(٤)] : أنه إذا وكله بأجرة استحق المسمي عندكم ، وعندنا : يستحق أجرة المثل .

١٥٤٥٩ - قلنا : الوكالة بأجرة لا تستحق [(٥)] المسمى ؛ لأن العمل في البيع ، والاقتضاء يقل ويكثر ، وإنما يجب أجرة المثل ، وهذا خلاف لا يعود إلى هذه المسألة .

١٥٤٦٠ - لنا : أنه أذن في التصرف ، فيجوز تعليقه بالشرط . أصله : الولاية . وقد دل على [(٦)] ذلك أنه ﷺ لما جهز جيش مؤتة قدم إمارة زيد بن حارثة ، ثم قال : « إنْ

---

(١) راجع المسألة في : روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٤٣/٢) ، المسألة (٣٦٧٣) ، بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : وأما بيان ركن التوكيل » (٢٠/٦) ، لسان الحكام مع معين الحكام « الفصل الرابع في الوكالة » ص٢٥٥ ، مجمع الضمانات « الباب التاسع عشر في الوكالة والرسالة » ص٢٦٠ .

(٢) في (م) ، (ع) : [يفسد] ، مكان : [نفذ] . راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٠٨/١٤ ، ١٠٩) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١١٨/٥ ، ١١٩) ، فتح العزيز « كتاب الوكالة » (٢١/١١ ، ٢٢) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٢٣/٢) ، نهاية المحتاج « كتاب الوكالة » (٢٨/٥ ، ٢٩) . وقال أحمد ، وأكثر أصحابه : مثل قول الحنفية ، تعليق الوكالة على الشرط جائز . راجع المسألة في : المغني « كتاب الوكالة » (٩٣/٥ ، ٩٤) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٤٢/٢) ، الإنصاف « باب الوكالة » (٣٥٥/٥) .

(٣) في (م) ، (ع) : [سقط] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فإن قالوا فائدة] .

(٥) في (م) : [لا يستحق] .

(٦) لفظ : [على] ساقط من (ع) .

قتل زيد فأميركم جعفر ، فإنْ قتل فأميركم عبد اللّٰه بن رواحة »[١] .

١٥٤٦١ – فإن قيل : هذه مشورة منه ﷺ لا ولاية ، بدلالة : أن الولاية في هذا الوقت لا يجوز تعليقها بشرط .

١٥٤٦٢ – قلنا : قوله : « فأميركم فلان » إن كان خبرًا اقتضى ظاهُرهُ أن يكون أميرًا قلده أو لم يقلدوه[٢] ، وهذا لا يكون إلا بتوليته ﷺ ، وإن كان أمرًا[٣] فهو على الوجوب .

١٥٤٦٣ – وقولهم : « الولايات لا يجوز تعليقها بالشروط » ، غلط ، لأن ذلك جائز عندنا .

١٥٤٦٤ – ولأنها استنابة في التصرف ؛ فجاز تعليقها بالشروط[٤] ، كالوصية .

١٥٤٦٥ – فإن قيل : إطلاق الوصية يقتضي تعليقها بالشروط وهو الموت ، فجاز أن يتعلق بالشرط ، وإطلاق الوكالة يقتضي التصرف في الحال ، فلم يجز أن يتعلق بالشرط .

١٥٤٦٦ – قلنا : إطلاق الوكالة يقتضي جواز التصرف عقيب العقد ، ولو علق التصرف بالشرط وأطلق الوكالة جاز ، وإن خالف ذلك مقتضاها .

١٥٤٦٧ – فإن قيل : الوصية لا تؤثر الجهالة فيها فجاز تعليقها بالشرط . والوكالة تؤثر الجهالة فيها فلم يجز تعليقها بالشرط ، ألا ترى : أنه لابد من بيان الجنس الموكل به وصفته .

١٥٤٦٨ – قلنا : الوكالة تحتمل الجهالة[٥] أيضًا ؛ بدلالة : أنه يوكله[٦] بقبض ديونه ، ولا يعلم ما هي وما يتجدد من ديونه على الناس ، ويوكله بشراء عبد زنجي فيجوز مع جهالته ؛ فلما احتملت الوصية الجهالة من كل وجه لم توجد[٧] إلا متعلقة بشرط ، ولما احتملت الوكالة الجهالة من وجه دون وجه ، جاز أن تقع[٨] مطلقة ،

---

(١) أخرجه البخاري من حديث ابن عمر (ﷺ) في الصحيح « كتاب المغازي » ، « باب غزوة مؤتة من أرض الشام » (٥٨/٣) ، وأحمد من حديث عبد اللّٰه بن جعفر ، ومن حديث أبي قتادة ، ومن حديث ابن عباس مطولًا ، في المسند (٢٠٤/١ ، ٢٥٦) ، (٢٩٩/٥) .

(٢) في (م) : [ولم يقلدوه] .
(٣) في (م) ، (ع) : [أميرًا] .

(٤) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ الهامش .

(٥) لفظ : [الجهالة] ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [يوكل] بدون الهاء .

(٧) في (م) : [لم يوجد] .
(٨) في (م) : [أن يقع] .

وجاز أن تتعلق بالشرط .

ولأن كل إذن إذا تصرف به نفذ ملك [١] التصرف به ، أصله : الإذن المطلق .

ولأنه لو جعل إليه البيع وقت القدوم ، فصار كما لو وكَّله في الحال ببيع إذا قدم [٢] .

١٥٤٦٩ - فإن قيل : ههنا انعقدت الوكالة في الحال على بيع عند القدوم ، وفي مسألتنا : علق العقد بشرط القدوم ، وهما مختلفان ، بدلالة : أنه لو أجَّر داره مدة لم تحضر ، فإن عقد في الحال الإجارة على تلك المدة جاز عندكم ، وإن عقد عقدًا متعلقًا بحضور [٣] تلك المدة لم يجز .

١٥٤٧٠ - قلنا [٤] : لا فرق بينهما ؛ لأنه إن عقد [٥] في الحال جاز ، وإن أراد المؤجر مع الدار قبل حضور [٦] المدة لم يجز ، وإن جاء رأس الشهر فأراد بيعها قبل ذلك أو بعده جاز ولنعقد صحيح في الحالين .

١٥٤٧١ - احتجوا : بأنه عقد يملك به البيع ، فإذا لم يكن على التعليق لم ينعقد بالشرط ، كالنكاح والبيع والهبة .

١٥٤٧٢ - قلنا : لا نسلم أن الوكالة عقد ، بل هي إباحة التصرف ، يبين [٧] ذلك : أن العقد افتقر في وضعه [٨] إلى إيجاب وقبول ، والوكالة لا تفتقر إلى قبول ، فلا نسلم الوصف في الأصل ؛ لأن التوكيل لا يملك الوكيل به المبيع ، وإنما يملك به البيع ، ثم يملك المبيع [٩] بمقتضى الملك لا بالبيع .

ويبطل ما ذكروه بالوصية ؛ لأنها على قولهم عقد يملك به البيع وينعقد بالشرط .

١٥٤٧٣ - فإن [١٠] قالوا : الوصية لا يملك بها البيع وإنما يملك بها وبالموت .

١٥٤٧٤ - قلنا : غلط ، بل البيع يُمْلَكُ بها إذا وجد شرط التصرف ، كما أنه إذا

---

(١) في (م) ، (ع) : [فقد تصرفه ملك] ، مكان : [نفذ ملك] .

(٢) في (م) ، (ع) : [أقدم] .

(٣) في (ص) ، (م) : [بحصور] بالصاد المعجمة .

(٤) في (م) ، (ع) : [قلت] . (٥) في (م) ، (ع) : [انعقد] .

(٦) في (ص) ، (م) : [حضور] . (٧) في (م) ، (ع) : [تبين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [موضعه] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لا يملك به البيع وإنما يملك به المبيع ثم يملك البيع] ، وفي (م) : [البيع] ، مكان : [المبيع] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [وإن] .

قال : وكلتك ببيع عبدي فبعه إذا قدم الحاج ، فالبيع يملك بالوكالة إذا وجد شرط التصرف ، والمعنى في البيع والنكاح : أنه إذا علقها بشرط لم ينفذ تصرفه في مقتضاها عند وجود الشرط ، وفي مسألتنا : إذا علق الوكالة (١) بشرط لم ينفذ (٢) تصرفه فيما وكل فيه عند وجود الشرط فدل ذلك على صحة تعلقها بالشرط .

١٥٤٧٥ - قالوا : التوكيل سبب له مسبَّبه ، ومسبَّبه التصرف بالبيع والهبات وغير ذلك ، ثم ثبت أن مسبَّبه لا يتعلق بشرط (٣) ، وكذلك السبب . وعكسه الوصية : لما تعلق مسبَّبُهَا بشرط ، وهو إذا قال : وصيت لك بما تحمل (٤) ناقتي ، جاز أن يتعلق السبب بالشرط (٥) .

١٥٤٧٦ - قلنا : الوكالة سبب في مسبَّبٍ ، منه : ما يتعلق بشرط ، ومنه : ما لا يتعلق بشرط ، بدليل : أن البيع والهبة والنكاح لا يتعلق بالشرط (٦) ، وقد يوكل (٧) بالطلاق والخلع والعتاق ، واستيفاء (٨) ما يتجدد من ديونه ، كما أن الوصية مسببها منه : ما يتعلق بشرط ومنه : ما لا يتعلق (٩) ؛ لأنه قد يوصي إليه ببيع (١٠) ماله ، ثم جاز تعليق الوصية بشرط كذلك الوكالة .

١٥٤٧٧ - قالوا : وكالة معلقة بشرط مستقبل ؛ فوجب أن لا تصح . أصله (١١) : إذا قال : إذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك في الآخر (١٢) .

١٥٤٧٨ - قلنا : قولكم : - « فوجب أن لا تصح (١٣) » - لا يعمل ؛ لأن التصرف نافذ في هذه الوكالة ، كما هو نافذ من مطلقها ، ثم المعنى في الإيصاء (١٤) : أنه وكله بالتصرف فيما ليس بحق للموكل ، ولا يثبت بالتصرف فيه ضمان عليه ، فلم

---

(١) من قوله : [فالبيع يملك الوكالة] إلى قوله : [إذا علق الوكالة] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالشرط] .

(٤) في (م) : [يحمل] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بشرط] .

(٦) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (ع) : [توكل] .

(٨) في (م) ، (ع) : [أو استيفاء] .

(٩) في (م) : [ما يتعلق] ، بدون : [لا] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [بيع] بدون الباء .

(١١) في (م) : [أن لا يصح] ، ولفظ : [أصله] مكرر في (ع) .

(١٢) في (ص) : [الاجر] بدون نقطة .

(١٣) في (م) : [لا يصح] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [الإصياء] .

يصح بمطلق الوكالة ولا بقيدها لهذا (١) المعنى ، وفي مسألتنا بخلافه .

١٥٤٧٩ - قالوا : عقد يستفاد به التصرف في حق العاقد حال حياته ، فلا يجوز تعليقه بالصفة ، أصله : الشركة ، والمضاربة .

١٥٤٨٠ - قلنا : قولكم - « عقد » - قد بينا أنه غير مسلَّم أيضًا ؛ لأن الشركة والمضاربة (٢) يجوز تعليق كل واحد منهما بالشرط ، لأنها في معنى الوكالة . وقد قالوا فيمن قال : بعْ هذا المال واعمل فيه مضاربةً : جاز ، ولو قال (٣) : ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيننا : جاز .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ولهذا] .

(٢) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [قالوا] .

مسألة ٧٧٠

توكيل الصبي بالبيع والشراء

١٥٤٨١ - قال أصحابنا : إذا وكل صبيًا يعقل بالبيع والشراء ، جاز [(١)] .

١٥٤٨٢ - وقال الشافعي : لا يجوز توكيله [(٢)] .

١٥٤٨٣ - لنا : ما روي « أن النبي ﷺ خطب أم سلمة ، فقالت : إنه ليسَ أحد [(٣)] من أوليائي شاهد وإني امرأة مصبية ، فقال : ليس من أوليائك أحد إلا وهو يرضاني [(٤)] لك ، فأمرت ابنها عمر فزوجها منه وكان صبيًا » [(٥)] .

وذكر الزبير بن بكار قال : زوَّجها لرسول اللَّه [(٦)] ﷺ ابنها سلمة بن أبي سلمة في

(١) راجع المسألة في : المبسوط « كتاب الوكالة » ، وفي « باب وكالة الوكيل » (١٢/١٩ ، ١٥٩) ، بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : وأما الشرائط » (٢٠/٦) ، البناية مع الهداية « كتاب الوكالة » (٢٧٥/٨) ، تكملة فتح القدير مع الهداية « كتاب الوكالة » (١٤/٨) ، مجمع الأنهر « كتاب الوكالة » (٢١٢/٢ ، ٢١٣) ، حاشية ابن عابدين مع الدر المختار « كتاب الوكالة » (٤١٧/٤) ، مجمع الضمانات ، الباب السابق ص٢٤٣ .

(٢) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٠٣/١٤) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٢٩/٥ ، ١٣٠) ، فتح العزيز مع الوجيز « كتاب الوكالة » بذيل المجموع (١٦/١١) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (٢١٨/٢) ، مغني المحتاج « كتاب الوكالة » (١٨/٥) . وقال المالكية : كل من جاز له التصرف لنفسه في شيء ، جاز له أن ينوب فيه عن غيره ، ويخرج من هذا الضابط : أنه يصح كون الصبي المميز وكيلًا في البيع والشراء ، لأن تصرفه فيه يجوز عندهم ، وقد تقدم الكلام فيه في المسألة التي سبقت برقم (٦٣٤) ، في « كتاب البيوع » . قال ابن هبيرة في الإفصاح في معرض بيان أقوال الفقهاء في توكيل الصبي المميز : [وقال القاضي عبد الوهاب : لا أعرف فيه نصًا عن مالك ، وعندي : أنه يصح] . راجع المسألة في : بداية المجتهد « كتاب الوكالة » ، « الباب الأول في أركانها » (٣٢٦/٢) ، قوانين الأحكام الشرعية ، الباب السابق ص٣٣٩ . وقال أحمد وأصحابه مثل قول الحنفية : توكيل الصبي المميز الذي يقصد العقد ويعقله جائز . راجع المسألة في : الإفصاح « باب الوكالة » (٢٠٩/١) ، المغني « كتاب الوكالة » (٨٨/٥) .

(٣) لفظ : [أحد] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [رضائي] ، مكان : [يرضاني] .

(٥) أخرجه النسائي من حديث أم سلمة في المجتبى « كتاب النكاح » في « إنكاح الابن أمه » (٨١/٦ ، ٨٢) ، والحاكم في المستدرك « كتاب معرفة الصحابة » (١٦/٤ ، ١٧) ، وفي « كتاب النكاح » (١٧٨/٢ ، ١٧٩) ، وأحمد بمعناه ، في المستدرك ، في « حديث أم سلمة » (٢٩٥/٦) ، وابن سعد من حديث أم سلمة بنحو لفظ النسائي ، في الطبقات (٦٢/٨ - ٦٤) .

(٦) في (م) ، (ع) : [رسول اللَّه] بدون اللام .

شوال سنة أربع .

وقال ابن سعد في الطبقات : الذي زوجها سلمة بن أبي سلمة دون غيره من أهل بيتها ، فزوجه النبي ﷺ ابنة حمزة ، فرأي رسول اللَّه ﷺ أنه قد حار صبع [1] .

١٥٤٨٤ - فإن قيل : إنما زوجها ابنها عمر ، وكان [2] ابن عمها زوجها بالولاية ، وكان بالغًا .

١٥٤٨٥ - قلنا : كيف يكون بالغًا وهي تقول : « ليس أحد من أوليائي شاهد » ، وهي [3] تقول : « إني امرأة مصبية » ، أي ذات صبيان .

على أنه إن كان الأمر كما ذكر [4] الزبير وهو أعلم الناس [5] بأخبار قريش ، فسلمة كان طفلًا ، لأن ابن [6] إسحاق ذكر : أنها هاجرت وابنها طفل في حجرها يرضع [7] فجذبوه من حجرها فانخلعت يده .

١٥٤٨٦ - وإن كان الذي زوجها عمر ، فقد قال ابن سعد في الطبقات : إن عمر أصغر سنًّا من سلمة [8] .

ولأنه يعقل البيع والشراء فصح توكيله ، كالبالغ .

ولأن التوكيل حكم يتعلق بمن بلغ خمس عشرة سنة [9] وإن لم يحتلم ، فتعلق بمن لم يبلغها . أصله : الأمر / بالصلاة والصوم ، وجواز الرجوع إلى قوله في الإذن ، وصحة [10] الطهارة . ١١/ب

١٥٤٨٧ - ولأنه يؤمر بالصلاة ؛ فجاز توكيله بالبيع ، أصله : من بلغ خمس عشرة سنة [11] .

---

(١) في (م) ، (ع) بعد [ابنة حمزة] زيادة : [فرأى رسول اللَّه ﷺ أنه قد حار ام صبع] ، وفي (ص) : [قد حار صبع] ، بدون نقط ، ولم نستطع أن نثبت الصواب لتعذر الوقوف عليه . راجع ما قاله الشوكاني في نيل الأوطار ، كتاب النكاح ، باب الابن يزوج أمه (٢٥٦/٦) .

(٢) في (ع) : [كان] بدون الواو .

(٣) لفظ : [هي] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [زعم] ، مكان : [ذكر] .

(٥) في (م) : [بالناس] ، بزيادة الباء .

(٦) في (ع) : [أبي] ، مكان : [ابن] .

(٧) لفظ : [يرضع] ساقط من (ع) .

(٨) لم نقف على قولي ابن إسحاق ، وابن سعد بعد .

(٩) في (ص) : [خمسة عشر سنة] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [الاذان] ، مكان : [الاذن] ، وفي (ص) : [صحت] ، مكان : [صحة] .

(١١) في (ص) : [خمسة عشر سنة] .

١٥٤٨٨ - احتجوا : بقوله عليه [الصلاة و] السلام : « رفع القلم عن ثلاث » (١) .

١٥٤٨٩ - قلنا : هذا يقتضي رفع التكليف ، وصحة العقود لا تتعلق (٢) بالتكليف .

١٥٤٩٠ - قالوا : غير مكلف ؛ فلم يجز توكيله ، كالمجنون .

١٥٤٩١ - قلنا : المجنون لا يقصد البيع ؛ فلا ينعقد بيعه ، كالعاقل الهازل ، والصبي له قصد صحيح ، فيصح توكيله ، كالبالغ .

١٥٤٩٢ - قالوا : لا يصح طلاقه كالمجنون .

١٥٤٩٣ - قلنا : الطلاق إسقاط لحقه ، وليس له (٣) إذا لم يملك أن يسقط حقوقه ، فلا تصح (٤) فيه النيابة عن غيره ، ألا ترى : أنه لو وهب ماله لم يصح ، ولو كان رسولًا في هدية أو إذن (٥) في دخول دار غيره صح إذنه ، كذلك لا يملك أن يطلق زوجته وإن صح أن ينوب عنه غيره في الطلاق .

* * *

(١) في سائر النسخ : [ثلاثة] ، وما أثبتناه من كتب الحديث ، تقدم تخريجه في مسألة (٣١٣) ، وفي مسألة (٣٨٩) ، وفي مسألة (٧١٧) .

(٢) في (م) ، (ع) : [لا يتعلق] .

(٣) لفظ : [له] ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) : [لا يصح] .

(٥) في (م) : [أو اذان] .

مسألة ٧٧١

إطلاق الوكالة للوكيل في البيع يقتضي سلامة المبيع

١٥٤٩٤ - قال أبو حنيفة : إذا وكله بشراء [١] عبد فاشترى عبدًا أعمى أو مقطوع اليدين بقيمته [٢] جاز .

١٥٤٩٥ - وقالا : لا يجوز [٣] ، وبه قال الشافعي [٤] .

١٥٤٩٦ - لنا : أن كل عبد لو عينه جاز له شراؤه ؛ فجاز له شراؤه بإطلاق الوكالة ، كالبصير .

ولأنه عيب لا يؤثر في النكاح ؛ فلا يمنع جواز الشراء بإطلاق الوكالة ، كالزاني ، والسارق .

ولأنه عبد يجوز للموكل أن يشتريه ، فجاز للوكيل بإطلاق [٥] الوكالة أن يشتريه ، كالعبد الصحيح .

١٥٤٩٧ - احتجوا : أن إطلاق البيع يقتضي الصحة ، بدلالة : أن من اشترى شيئًا فوجد به عيبًا لم يلزمه ، فكذلك إطلاق الأمر بالشراء .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بشري] . (٢) لفظ : [بقيمته] ساقط من (ع) .

(٣) راجع المسألة في : بدائع الصنائع « كتاب الوكالة » ، « فصل : وأما بيان حكم التوكيل » (٢٩/٦) ، مجمع الضمانات ، الباب السابق ص٢٥٠ .

(٤) راجع تفصيل المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٢٦/١٤) وما بعدها ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٣٠/٥) . وقال مالك ، وأحمد ، مثل قول الشافعي : لا يجوز للوكيل شراء الأعمى ومقطوع اليدين . قال مالك في المدونة فيمن وكل رجلًا بشراء جارية فاشتراها عمياء أو عوراء أو عرجاء : « من العيوب عيوب يجترأ على مثلها في خفتها ، وشراؤها فرصة ، فإذا كان مثل ذلك رأيته جائزًا ، وأمَّاما كان من عيب مفسد فلا يجوز عليه إلا أن يشاء ، فإن أبي فله أن يضمنه ماله » . وقال ابن قدامة في الكافي : « وإن وكله في شراء موصوف ، لم يجز أن يشتري معيبًا ، لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة ، ولذلك يرد بالعيب ، فإن اشترى معيبًا يعلم عيبه ، لم يقع للموكل ، لأنه مخالف له ، وإن لم يعلم بالعيب ، فالبيع صحيح » . راجع المسألة في : المدونة « كتاب الوكالات » (٢٦٥/٣) ، الكافي لابن عبد البر « باب أمانة الوكيل وما يقبل قوله فيه » (٧٩١/٢) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٤٠/٥ ، ١٤١) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٤٨/٥) .

(٥) في (م) : [إطلاق] بدون الباء .

١٥٤٩٨ - قلنا : يبطل بالعيب اليسير وبالعبد السارق ، وهذا موضع لا شبهة فيه ؛ لأنهم قالوا في الوكيل : إذا اطلع على عيب هل يملك الرد أم لا ؟ على وجهين . ولو كان الأمر اقتضى الصحة لكان العيب غير داخل تحت الأمر ، فيلزم الوكيل دون الموكل .

١٥٤٩٩ - واحتج أبو يوسف ومحمد : بأن هذا العبد لا يمكن استخدامه ، والعبد يراد للخدمة [١] .

١٥٥٠٠ - قلنا : يبطل بالمقطوع اليد والرجل من خلاف أنه يجوز شراؤه عندهما وإن لم يمكن استخدامه . ويبطل إذا اشترى للموكل أباه أو ابنه ، فإنه يعتق وتعذر الاستخدام بالعتق ، كتعذره [٢] بالعمى ، ومع ذلك يجوز الشراء .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [للاستخدام] ، مكان : [للخدمة] .
(٢) في (م) : [كتعدده] .

مسألة ٧٧٢

يجوز أن يبيع نصف العبد لو وكل ببيعه جملة

١٥٥٠١ - قال أبو حنيفة : إذا وكله ببيع عبده فباع نصفه ، جاز [1] .

١٥٥٠٢ - قالا : لا يجوز [2] ، وبه قال الشافعي [3] .

١٥٥٠٣ - لنا : أنه أطلق له الأمر ببيع جملته [4] ، فملك بيع بعضها ، أصله : الطعام .

ولأنه باع ما يملك بيعه من غيره بوكالة مطلقة ، فوجب أن يجوز ، أصله : بيع الصبرة ، وإذا وكله ببيع عبدين فباع أحدهما .

ولأنه قد ثبت من أصولنا : أنه لو باع الجميع بما باع به النصف جاز ، فإذا حصل له ذلك العوض وزاده خيرًا بتبقية [5] بقية العبد على ملكه ، كان أولى بالجواز .

١٥٥٠٤ - احتجوا : بأنه تبعيض الصفة فيما على الموكل فيه ضرر ، فوجب أن لا يلزم الموكل [6] . أصله : إذا وكله بشراء عبد [7] فاشترى نصفه .

١٥٥٠٥ - قلنا : هناك ألحق الضرر بموكله فيما عقد عليه ، وههنا أدخل الضرر فيما

---

(١) لفظ : [جاز] ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) راجع المسألة في : الجامع الصغير « باب الوكالة بالبيع والشراء » ص٤٠٨ ، ٤٠٩ ، مختصر الطحاوي « كتاب الوكالة » ص١١١ ، المبسوط « باب من الوكالة بالبيع والشراء » (٤٣/١٩ ، ٤٤) ، روضة القضاة « كتاب الوكالة » (٦٤٨/٢) ، المسألة (٣٦٥١) ، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٢٧/٦ ، ٢٨ ، ٣٠) ، البناية مع الهداية « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٣٣٣/٨ ، ٣٣٤) ، فتح القدير مع الهداية وبذيله العناية « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٨٥/٨ ، ٨٦) ، مجمع الأنهر « فصل في بيان أحكام من يجوز للوكيل أن يعقد معه ومن لا يجوز » (٢٢٦/٢) ، الدر المختار بهامش رد المحتار « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٤٢٥/٤) .

(٣) راجع المسألة في : المهذب مع تكملة المجموع الثانية « كتاب الوكالة » (١٢٩/١٤ ، ١٣٠) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٤٦/٥) . وقال الحنابلة : إذا باع النصف بثمن الكل جاز ، وإن باع بأقل من ثمن الكل لم يجز . راجع المسألة في : المغني ، « كتاب الوكالة » (١٣٧/٥ ، ١٣٨) .

(٤) في (م) ، (ع) : [جمله] بدون الهاء .

(٥) لفظ : [خيرًا] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [تبقية] بدون الباء .

(٦) في (م) ، (ع) : [الموكله] .

(٧) في (م) ، (ع) : [بشري عبد] بدون الهاء .

لم يعقد [١] عليه ، كذلك ههنا .

١٥٥٠٦ - فإن قيل : هناك الضرر يلحقه فيما بقي بتصرفه في نصف العبد [٢] الذي باعه .

١٥٥٠٧ - قلنا : إذا كان الضرر فيما لم يؤثر فيه لم يؤثر فيما تصرف فيه وإن حصل الضرر بذلك التصرف ، ألا ترى : أنه لو وكل [٣] ببيع أمة فباعها من زوجها قبل الدخول سقط المهر وإن كان هذا الضرر لحق الموكل بتصرف الوكيل ، كذلك [٤] لو وكله أن يزوجه [٥] فزوجه أخت جاريته التي وطئها ، جاز ، وإن ألحق به ضررًا بتصرفه ؛ لأنه لا يجوز له وطؤها حتى يخرج استباحة جاريته من ملكه .

* * *

---

(١) الزيادة : من (م) .

(٢) في (ص) : [من تصرفه في النصف عبد] ، وفي (م) ، (ع) : [بتصرفه في النصف عقد] .

(٣) في (م) ، (ع) : [وكله] .

(٤) في (م) ، (ع) : [وكذلك] بالعطف .

(٥) في (م) : [تزوجته] .

مسألة ٧٧٣

جواز توكيل المسلم للذمي في بيع الخمر وشرائها

١٥٥٠٨ - قال أبو حنيفة : إذا وكل مسلم ذميًّا ببيع خمر أو ابتياعها [١] جاز .

١٥٥٠٩ - وقالا : لا يجوز [٢] ، وبه قال الشافعي [٣] .

١٥٥١٠ - لنا : أنه وكل بالتصرف في الخمر من أُقِرَّ على شرائها ، فوجب أن لا يلزم الآمر إذا اشتراها ، أصله : الذمي إذا وكل ذميًّا .

١٥٥١١ - ولأنه شراب متمول ؛ فجاز للمسلم أن يوكل ذميًّا في شرائه ، أصله : سائر الأشربة .

١٥٥١٢ - ولا يلزم : لبن الآدمية ؛ لأنه ليس بمتمول ، ولأن [٤] ما أقر الذمي على بيعه جاز بيعه للمسلم ، أصله : ما ذكرنا .

١٥٥١٣ - فإن قيل : المعني فيما قستم [٥] عليه : أن الموكل لو باشر العقد جاز ، فصح توكيله . وفي مسألتنا : لو باشر العقد لم يصح ، فكذلك توكيله .

١٥٥١٤ - قلنا : لو وكل بعقد الصرف [٦] لم يصح .

---

(١) في (ع) : [ابتاعها] .

(٢) راجع المسألة في : إيثار الإنصاف في آثار الخلاف « كتاب البيوع » ص٣١٦ ، فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب البيع الفاسد » (٤٣٩/٦ - ٤٤١) ، البناية مع الهداية « باب البيع الفاسد » (٢٣٦/٧ - ٢٣٨) ، البناية « كتاب الوكالة » (٢٦٢/٨) ، تكملة فتح القدير « كتاب الوكالة » (٤/٨) ، مجمع الأنهر « كتاب الوكالة » (٢١٢/٢ ، ٢١٣) ، الدر المختار مع رد المحتار « كتاب الوكالة » (٤١٧/٤) ، لسان الحكام ، الفصل السابق ص٢٥٠ .

(٣) راجع المسألة في : حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٤٦/٥) . وقال مالك وأحمد مثل قول الصاحبين والشافعي : لا يصح توكيل مسلم ذميًّا ببيع خمر أو شرائها . راجع المسألة في : المدونة « كتاب التجارة بأرض العدو » ، في « اشتراء المسلم خمرًا » (٢٧٩/٣) ، قوانين الأحكام الشرعية « الباب الثامن في الوكالة » ص٣٣٩ ، العقد المنظم بهامش تبصرة الحكام (٢٣٦/٢) ، البهجة ، وبهامشه حلي المعاصم « باب الوكالة » (٢٠١/١) ، المغني « كتاب الوكالة » (١٤٢/٥) ، الكافي « كتاب الوكالة » (٢٤١/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولا] ، مكان : [ولأن] .

(٥) في (م) : [قسمتم] .

(٦) في (م) ، (ع) : [التصرف] ، في (م) ، (ع) : [التصرف] ، وقوله : [الموكل بعقد الصرف لم =

١٥٥١٥ - ولأنه لا يمنع [١] أن يصح عقد الغير [٢] له ، ولا يصح عقده [٣] لنفسه [٤] ، كما أن شهادة الغير [٥] مقبولة ، ولا تصح شهادته لنفسه ، وكذلك يجوز حكمه لغيره ، ولا يجوز [٦] حكمه لنفسه .

ولأن الموكل من أهل التوكيل ، ويَمْلِكُ هذا العقد لنفسه ولغيره ، وحقوق العقد تتعلق به ، فوجب أن يصح التوكيل قياسًا على الغائب إذا [٧] وكل حاضرًا بعقد الصرف .

١٥٥١٦ - ولا يلزم : المجنون ، والصبي إذا وكلا ؛ لأنهما ليسا من أهل التوكيل .

١٥٥١٧ - ولا يلزم : إذا وكل [٨] الحر مكاتبًا أو مأذونًا يشتري له نسيئة ، لأنهما لا يملكان الشراء لغيرهما نساء .

١٥٥١٨ - ولا يلزم : المسلم إذا وكل مجوسيًا يزوجه مجوسية ، أو المجوسي وكَّلَ مسلمًا يزوجه مسلمة ؛ لأن حقوق النكاح [٩] لا تتعلق بالعاقد ، وإنما تتعلق بالمعقود له [١٠] .

١٥٥١٩ - احتجوا : بأنه عقد لا يجوز للمسلم أن يتولاه بنفسه ، فلا يجوز توكيل الذمي به ، أصله : نكاح المجوسية :

١٥٥٢٠ - الجواب : أن النكاح يضاف إلى المعقود له [١١] لا إلى العاقد ، فاعتبر حكمه به [١٢] قياسًا على مكاتب المسلم إذا كان نصرانيا فاشترى خمرًا .

= يصح] يظهر أن المراد به : الموكل إذا وكل غيره الصرف فلم يصح عقده ، أو : إذا وكل الموكل بعقد الصرف فلم يصح عقده لنفسه .

(١) في (ع) : [لم يمنع] .

(٢) في (م) ، (ع) : [المقر] ، مكان : [الغير] .

(٣) في (م) ، (ع) : [عقد] ، بدون الهاء .

(٤) قاعدة : « لا يمتنع أن يصح عقد الغير ، ولا يصح عقده لنفسه » .

(٥) في (م) : [المقر] .

(٦) قوله : [ولا يجوز] ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [المعائب وإذا] ، مكان : [الغائب إذا] .

(٨) ما بين المعكوفتين : ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) في (م) ، (ع) : [أو المجوسية إذا وكلت مسلما يزوجه مسلمة ، لأن عقود النكاح] ، مكان المثبت .

(١٠) في (م) ، (ع) : [عليه] ، مكان : [له] .

(١١) في صلب (ص) : [عليه] ، والمثبت من (م) ، (ع) ، وهامش (ص) من نسخة أخرى .

(١٢) في (ع) : [به حكمه] بالتقديم والتأخير .

١٥٥٢١ - فإن قيل : نحن لا نسلم أن هذا العقد يصح في عقد الذمي ولا يلزم : وإنما نقره عليه مع بطلانه ، كما نقره على الكفر [(١)] .

١٥٥٢٢ - قلنا : نحن لا نتكلم في هذه المسألة إلا بعد تسليم هذا الأصل ، لأنها فرع عليه ، فإن [(٢)] التسليم بأن عقدهم في الخمر منعقد لازم تكلمنا في هذا الفرع وإلا تشاغلنا بالأصل ، وتكلمنا في هذه مع أبي يوسف ومحمد .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [الكحل] ، مكان : [الكفر] .

(٢) في (م) ، (ع) : [فإذا] .

مسألة ٧٧٤

الحكم إذا وكله في شراء سلعة بثمن فاشترى ضعفها بنفس الثمن

١٥٥٢٣ - قال أصحابنا : إذا وكله ليشتري له عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلًا بدرهم من لحم يباع عشرة أرطال بدرهم ؛ لزم [١] الآمر عشرة بنصف درهم وعشرة للوكيل ، وإن اشترى عشرة وربعًا أو نصفًا بدرهم [٢] ، لزم ذلك الآمر استحسانًا ، وإن أمره أن يشتري عبدًا بمائة فاشترى بها [٣] عبدين يساوي كل واحد منهما [٤] مائة ، قال في المنتقى : عن أبي حنيفة : إنه لا يلزم الآمر واحد منهما [٥] .

١٥٥٢٤ - وقال الشافعي : إذا اشترى بثمن في الذمة ، ففيها قولان ، أحدهما : الملك في الجميع للموكل ، والثاني : يملك الموكل النصف ، والنصف للوكيل ، وللموكل أخذه منه . وأما إذا اشترى بمال الموكل ففي أحد القولين : الجميع [٦] للموكل ، وفي القول الثاني [٧] : البيع باطل في الزيادة [٨] .

---

(١) في (م) : [لزمًا] ، وفي (ع) : [لرب] ، مكان : [لزم] .

(٢) في (ص) ، (م) : [وربع أو في نصف] ، مكان : [وربعًا أو نصفًا] ، إلا أن لفظ [في] ساقط من (م) ، ولفظ : [بدرهم] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٣) لفظ : [بها] ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش .

(٤) لفظ : [منهما] ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [أحد] ، مكان : [واحد] . قال القدوري في مختصره : [إذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم واحد فاشترى عشرين رطلًا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة بدرهم ، لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : يلزمه العشرون] ، قال المرغيناني في الهداية : [وذكر في بعض النسخ أي في بعض نسخ مختصر القدوري قول محمد مع قول أبي حنيفة ، ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل . راجع تفصيل المسألة في : مختصر القدوري « كتاب الوكالة » ص ٥٥، بدائع الصنائع ، الفصل السابق (٣٠/٦ ، ٣١) ، البناية مع الهداية « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٢٩٨/٨ - ٣٠٠) ، تكمله فتح القدير مع الهداية ، وبذيله العناية « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٤١/٨ - ٤٤) ، مجمع الأنهر « باب الوكالة بالشراء والبيع » (٢٢٣/٢ ، ٢٢٤) ، الدر المختار مع رد المحتار « باب الوكالة بالبيع والشراء » (٤٢١/٤) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الجمع] .

(٧) في (م) : [قول الثالث] ، وفي (ع) : [قول ثالث] ، مكان : [القول الثاني] .

(٨) راجع تفصيل المسألة في : المهذب « كتاب الوكالة » (٣٥٥/١) ، حلية العلماء « كتاب الوكالة » (١٤٣/٥ - ١٤٥) . وقال المالكية : إذا وكله بشراء شاة بدينار فاشترى به اثنتين ، فإذا لم يمكن إفرادها لزم الموكل ، وإلا خير =

١٥٥٢٥ - لنا : أنها زيادة متحققة ابتاعها لغيره بغير أمر ولا ولاية ، فوجب أن تلزمه [١] . أصله : إذا اشترى ابتداء .

ولا يلزم : الزيادة القليلة ؛ لأنها تدخل بين الوزنين ، ويسترجع مثلها في العادة [٢] ، فلا يتحقق حصول الزيادة .

ولأنه أمره بشراء عبد فلم يلزمه عبدان ، أصله : إذا اشتراهما بأكثر مما سمي له .

١٥٥٢٦ - احتجوا : بحديث عروة البارقي ﷺ : « أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا وأمره أن يشتري له شاة ، فاشتري شاتين ثم باع إحداهما [٣] بدينار وجاءه [٤] بشاة ودينار ، فدعا له بالبركة » [٥] .

١٥٥٢٧ - الجواب : أن هذا الخبر طعن عليه أصحاب الشافعي [٦] في استدلالنا به في وقوف البيع .

١٥٥٢٨ - قالوا : يُروى [٧] عن أناس من الحي ، عن عروة ، فهو مرسل ، فكيف

= الموكل في قبول الثانية . راجع تفصيل المسألة في : شرح الزرقاني « باب في الوكالة » (٨١/٦) . قال ابن قدامة في المغني : « وإن وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحد منهما أقل من دينار ، لم يقع للموكل ، وإن كانت كل واحدة منهما تساوي دينارًا أو إحداهما تساوي دينارًا والأخرى أقل من دينار ، صح ولزم الموكل » . راجع المسألة في : المغني « كتاب الوكالة » (١٣٩/٥) ، الكافي لابن قدامة « كتاب الوكالة » (٢٤٦/٢) .

(١) في (م) : [لا يلزمه] .　　(٢) في (م) ، (ع) : [العبارة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أحدهما] .　　(٤) في (م) : [جاء] بدون الهاء .

(٥) أخرجه البخاري في الصحيح « كتاب بدء الخلق » ، « باب » قبل « باب فضائل أصحاب النبي ﷺ » (٢٨٦/٢) ، وابن ماجه في السنن « كتاب الصدقات » ، « باب الأمين ينحر فيه فيربح » (٨٠٣/٢) ، الحديث (٢٤٠٢) ، والبيهقي نحو هذا اللفظ ، « باب المضارب يخالف مما فيه زيادة لصاحبه » (١١١/٦ ، ١١٢) ، وأبو داود في السنن « كتاب البيوع » ، « باب المضارب يخالف » (٢٥٢/٢) ، والشافعي في المسند « كتاب البيوع » ، « الباب الثالث في الربا » (١٥٩/٢ ، ١٦٠) ، الحديث (٥٥٣) ، وأحمد في المسند (٣٧٥/٤) . « تابع سعيد بن زيد على رواية هذا الحديث هارون بن موسي الأعور ، قال الترمذي : ثنا أحمد بن سعيد الدارمي ، ثنا حبان بن هلال ، ثنا هارون الأعور ، ثنا الزبير بن خريت ، فذكره ، وهذا السند على شرط الشيخين ، فظهر بهذا أنه حديث ثابت متصل ، وروي من وجوه » ، في الجوهر النقي ، بذيل السنن الكبرى للبيهقي (١١٢/٦) راجع تخريجه أيضًا في : نصب الراية « كتاب الوكالة » (٩٠/٤ - ٩٢) ، إرواء الغليل (١٢٨/٥ ، ١٢٩) ، الحديث (١٢٨٧) .

(٦) في (م) ، (ع) : [أصحاب الشافعي عليه] ، بالتقديم والتأخير .

(٧) في (ع) : [المبيع وقالوا روي] ، مكان المثبت .

صح لهم الرجوع إليه ؟ .

ثم قد ذكر الطحاوي في هذا الخبر : « أن النبي ﷺ أمره أن يشتري شاة أضحية » (١) ، والأضحية اسم لما يضحي به (٢) ، وذلك يتناول الواحدة (٣) والعدد .

١٥٥٢٩ - فإن قيل : أضحية اسم للواحدة ، يقال : أضحية وأضحيات والأضاحي فتثني وتجمع .

١٥٥٣٠ - قلنا : الاسم يصلح للواحدة وللجماعة (٤) ، فإذا ثني دلَّ على أن المراد به الواحدة ، وإذا أطلق احتمل .

ولأن عندنا إذا سلم المأمور ما ابتاعه (٥) إلى الموكل ورضي به ، جاز وانتقل إليه ، هكذا رواه بشر (٦) عن أبي يوسف ، وقد سلم ذلك عروة إلى النبي (٧) ﷺ فرضيه ، وليس في الخبر ما دل على أنه ملكه بالعقد الأول .

١٥٥٣١ - قالوا : فعل المأمور به وزاد خيرًا من جنسه ، فوجب أن يلزم الآمر ، كمن قال : بعْ هذا الثوب بعشرة فباعه بعشرين .

١٥٥٣٢ - قلنا : إذا أمره بالبيع فالثمن عوض ملك الآمر ، وعوض ملك الغير لا يجوز أن يستحقه الوكيل بإذنه ولا بغير إذنه ، لأنه إذا قال له : بع ثوبي على أن ثمنه لك ، لم يصح ، فلهذا كانت الزيادة للآمر ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأن الزيادة مشتراة (٨) بثمن على ملك الآمر ، ويجوز أن يشتري بمال غيره شيئا لنفسه ، كما لو قال : اشتر لنفسك عبدًا بدراهمي (٩) جاز ، فكذلك لم تلزم (١٠) الآمر ولزمت المأمور .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أمره أن يشتري له شاة أو أضحيه] . لم نعثر على هذا الحديث من رواية الطحاوي بعد . وقد تقدم تخريجه بهذين اللفظين من رواية الآخرين آنفًا .

(٢) قوله : [والأضحية] ساقط من (م) ، (ع) ، وفي (م) ، (ع) : [منه] ، مكان : [به .

(٣) في (ص) : [الواحد] . (٤) في (ع) : [والجماعة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [إذا أسلم المأمور باتباعه] ، مكان المثبت .

(٦) هو بشر بن الوليد بن خالد الكندي ، وقد سبقت ترجمته في مسألة (٧٢٤) .

(٧) لفظ : [إلى] ساقط من صلب (ص) ، واستدركه الناسخ في الهامش ، وفي (م) ، (ع) : [رسول الله] ، مكان : [النبي] .

(٨) في (م) ، (ع) : [مرآة] .

(٩) في (م) : [بدراهم] ، وفي (ع) : [بدراهم كذا] ، بزيادة : [كذا] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لم يلزم] .

فهرس المجلد السادس

الموضوع الصفحة

مسائل الصرف [٦٧٦ - ٦٧٧]

كتاب الرهن

كتاب التفليس

كتاب الحجر

كتاب الصلح

كتاب الحوالة

كتاب الشركة

كتاب الوكالة

* * *

مَوْسُوعَةُ

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيدُ

لِلإِمَامِ أَبِي الحُسَيْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ جَعْفَرٍ البَغْدَادِيِّ القُدُورِيِّ

(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مَرْكَزُ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالاقْتِصَادِيَّةِ

أ. د مُحَمَّدُ أَحْمَدُ سِرَاجُ

أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د عَلِي جُمُعَة مُحَمَّد

أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

المُجَلَّدُ السَّابِعُ

دَارُ السَّلَامِ

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
لصاحبها
عبد القادر محمود البكار

الطبعة الأولى

١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م
تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م، ٢٠٠٠م، ٢٠٠١م هي عمر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

القاهرة - جمهورية مصر العربية
الإدارة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)
بريديًا : ص.ب ١٦١ الغورية الرمز البريدي ١١٦٣٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الإقرار

(بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ) (١)

كتاب الإقرار (٢)

---

(١) بين المكوفتين ساقط من (ص) .

(٢) التمهيد في بيان معنى الإقرار لغةً واصطلاحًا والأدلة على مشروعية الإقرار من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول : الإقرار لغة : أ – الإقرار إفعال من أقر يقر إقرارًا بمعنى وضع الشيء في قراره ، أو أثبت ما كان متزلزلًا أو مترددًا بين الثبوت والجحود ويطلق على معان منها : الاعتراف : ومنه قوله تعالى : ﴿ وَءَاخَرُونَ ٱعْتَرَفُوا۟ بِذُنُوبِهِمْ ﴾ الآية (١٠٢) من سورة التوبة . أي أقروا ، ويقال : مازلت به حتى أقر أي اعترف . الإذعان : ومنه قوله تعالى : ﴿ قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى قَالُوٓا۟ أَقْرَرْنَا قَالَ فَٱشْهَدُوا۟ وَأَنَا۠ مَعَكُم مِّنَ ٱلشَّٰهِدِينَ ﴾ من الآية (٨١) من سورة آل عمران . ويقال : ما زال معاندًا حتى ظهر له الحق فأقر به أي أذعن له . الوضع : يقال أقر الشيء في مقره أي وضعه في موضعه ، وهذا في المحسوسات . الموافقة : تقول : أقرك على هذا الأمر أي أوافقك عليه ، ومنه قول المحدثين : « كان الصحابة يفعلون كذا فيقرهم عليه رسول الله ﷺ » أي يوافقهم عليه . الثبات والاستقرار يقال : « قر القوم على رأيهم » أي ثبت واستقر ، وقرت النفس أي ثبتت بعد تردد ، انظر ذلك في لسان العرب ج٥/٣٥٨٠ ، المصباح المنير ٦٨١/٢ ، ٦٨٢ ، أساس البلاغة للزمخشري ص٧٥٦ . ب – الإقرار في اصطلاح الفقهاء : عرف الفقهاء الإقرار بتعريفات مختلفة ومن هذه التعريفات ما عرفه به بعض الحنفية بأنه : « إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه » .

الإقرار وعند المالكية : « خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه » .

وأما الشافعية فقد عرفوا الإقرار بأنه : إخبار عن حق ثابت على المخبر .

وأما الحنابلة قد عرفوا الإقرار بأنه : « إظهار المكلف الرشيد المختار ما عليه لفظًا أو كتابة في الأقيس أو إشارة أو على موكله أو موليه أو مورثه بما يمكن صدقه فيه » .

التعريف المختار : من هذه التعريفات الأربعة هو تعريف بعض الحنفية ، لأنه تعريف جامع ومانع ولأنه عرّف الإقرار بحقيقته ، أما المالكية فعرفوه بلازمه ، أي ما يلزم الإقرار من وجوب الحكم على المقر ، والتعريف بالحقيقة يقدم على التعريف باللازم . وتعريف الشافعية فيه عموم لعدم ذكر كلمة « للغير » .

وتعريف الحنابلة فيه عموم لدخول غيره فيه ، واقتصاره على المعنى اللغوي وخروجه عن حقيقة الإقرار إلي مسائله . كما يلاحظ أن تعريف بعض الحنفية أخرج الرواية بلفظ « الغير » ، وأما تعريف المالكية فقد أخرجها بلفظ « فقط » ويزيد تعريف المالكية عبارة : « بلفظه أو لفظ نائبه » ليشمل إقرار المقر وإقرار نائبه . ولكن تعريف الشافعية خال من قيد يخرج الرواية التي اشتمل عليها التعريف ، بينما هذا اللفظ خرج من التعريف بلفظ للغير » عند الحنفية . وبلفظ « فقط » عند المالكية ، إلا أن تعريف الحنفية أشمل . أما تعريف الحنابلة فإنه اشتمل على من يصح إقراره وبما ينعقد حيث ينعقد باللفظ والكتابة والإشارة ، وهذه الأمور كلها خارج عن ماهية الإقرار وحقيقته . انظر نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار على الهداية شرح بداية المبتدي ٣١٨/٨ ط دار الفكر ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٢/٥ ط دار المعارف ، بيروت ، شرح الخرشي على مختصر خليل (٨٦/٦ ، ٨٧) دار صادر بيروت ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج ٥، ص٢١٦ ، ط =

دار الفكر بالقاهرة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد عرفة الدسوقي (٣٩٧/٣) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (٢٣٨/٢) ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي (٦٤/٥) ط دار الفكر القاهرة ، كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتي (٤٥٢/٦ ، ٤٥٣) ط دار الفكر ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لعلاء الدين أبي الحسن على بن سليمان المرداوي (١٢٥/١٢) ط السنة المحمدية بالقاهرة .

ج - أدلة مشروعية الإقرار : قامت الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول على مشروعية الإقرار ، أما الكتاب ، فآيات كثيرة : منها قوله تعالى : ﴿ وَإِذْ أَخَذَ ٱللَّهُ مِيثَٰقَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ لَمَآ ءَاتَيْتُكُم مِّن كِتَٰبٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَآءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِۦ وَلَتَنصُرُنَّهُۥ ۚ قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى ۖ قَالُوٓا۟ أَقْرَرْنَا ۚ قَالَ فَٱشْهَدُوا۟ وَأَنَا۠ مَعَكُم مِّنَ ٱلشَّٰهِدِينَ ﴾ الآية رقم (٨١) من سورة آل عمران . وجه الدلالة من الآية الكريمة ، أنه تعالى طلب منهم الإقرار ولو لم يكن الإقرار حجة لما طلبه . انظر نتائج الأفكار (٣١٩/٨) . وقوله تعالى : ﴿ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ ﴾ من الآية رقم (١٣٥) من سورة النساء . وجه الدلالة : الشهادة على الإقرار ، ولولا أن الإقرار حجة لما أمر به ولكنه قد أمر به فدل على أنه حجة . انظر المبسوط لشمس الدين السرخسي (١٨٥/١٧) ط دار الكتب العلمية ، نتائج الأفكار (٣١٩/٨) .

وأما السنة المطهرة فأحاديث كثيرة منها :

١ - عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني ﵄ قالا : « إن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله : أنشدك إلا قضيت لي بكتاب الله ، فقال الخصم : وهو أفقه منه ، نعم ، فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لي ، فقال رسول الله ﷺ : قل ، قال : إن ابني كان عسيفًا أي (أجيرًا) عند هذا ، فزنى بامرأته ، وإني أخبرت أن على ابني الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة وخادم ثم سألت رجلاً من أهل العلم فأخبروني أن على ابني جلدَ مائة ، وتغريبَ عام ، وأن على امرأته الرجم ، فقال رسول الله ﷺ : والذي نفسي بيده ، لأقضين بينكما بكتاب الله ، المائة شاه والخادم ردٌّ عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها فاعترفت فقضى عليها ، فأمر رسول الله ﷺ فرجمت » هذا الحديث متفق على صحته رواه الإمام البخاري في صحيحه ، كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة ، باب الاعتراف بالزنا (٢٠٧/٨ ، ٢٠٨) واللفظ له والإمام مسلم في صحيحه (١٢٠/٥) والإمام أحمد في مسنده (١١٥/٤) ونيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكاني ٢٤٩/٧ ، ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر . وجه الدلالة أنه ﷺ علق الرجم الذي هو أمر خطير على الاعتراف ؛ فلو لم يكن الاعتراف حجة لم يعلق الرجم عليه فثبت أن الإقرار حجة . انظر حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب ١٣٧/٢ ، نتائج الأفكار ٣١٩/٨ . وكذلك رجم رسول الله ﷺ ماعزًا والغامدية لإقرارهما بالزنا . انظر صحيح مسلم بشرح النووي (١٩٦/١١ ، ٢٠١) مسند الإمام أحمد (٢٣/٥) فلو لم يكن الإقرار حجة لم يقم عليهما الحد فدل ذلك على أنه حجة فإذا كانت الحدود تندرئ بالشبهات فيكون حجة فيها وحجيته في غيرها يكون من باب أولى . أما الإجماع فقد أجمع المسلمون على كون الإقرار حجة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير إنكار فدل ذلك على أنه حجة . انظر نتائج الأفكار (٣١٩/٨) بداية المجتهد

مسألة ٧٧٥

إقرار الصبي المأذون

١٥٥٣٣ - قال أصحابنا : [إقرار الصبي [(١)] المأذون [(٢)] لازم [(٣)] .

١٥٥٣٤ - وقال الشافعي] [(٤)] : لا يصح إقراره [(٥)] .

= ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد (٤٧١/٢) ط دار المعرفة ، مغني المحتاج (ج٢٣٢/٢) . أما المعقول فلأن الخبر كان مترددًا بين الصدق والكذب في الأصل ، لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي إلى الصدق لأن عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ، والنفس أمارة بالسوء ربما تحمله على الكذب في حق غيره أما في حق نفسه فلا . فصار عقله ودينه وطبعه دواعي إلى الصدق وزواجر عن الكذب ، فكان الصدق ظاهرًا فيما أقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به . انظر تبيين الحقائق (٣/٥) المبسوط (١٨٤/١٧) ولأن أكثر الحقوق لا يوصل إليها إلا بالإقرار ، فكانت الضرورة داعية إلى الأخذ به ، والحاجة ماسة إلى العمل به ، ولأنه لما لزم الحكم بالشهادة مع احتمالها كان الحكم بالإقرار مع قلة احتماله أولى .. وبذلك ثبت أن الإقرار حجة ولا خلاف في ذلك . ولا يحتاج فيه إلى القضاء فينفذ عليه وحده ، إلا أن يرده المقَرُّ له فيرتد برده . انظر تبيين الحقائق (٣/٥) الحاوي الكبير للماوردي ، تحقيق وتعليق الشيخ علي معوض والشيخ عادل عبد الموجود (٤/٧) ط دار الكتب العلمية ، المغني مع الشرح الكبير (٢١٧/٥) .

(١) الصبي في اللغة : هو الغلام الصغير والجمع صبية وصبيان وصبوة . انظر لسان العرب (٢٣٩٧/٤ ، ٢٣٩٨) المصباح المنير للفيومي (٤٥٤/١) الطبعة السابعة بالمطبعة الأميرية بالقاهرة ، مادة صبي .

(٢) الإذن لغة : أذن بشيء إذنًا وأذنًا وإذانة أي علم ، وفي الاصطلاح : فك الحجر الثابت شرعًا وإسقاط الحق مطلقًا ، الإذن يثبت صراحة ودلالة ، فالصراحة : إذا قال لغلامه : أذنت لك بالتجارة ، وأما الدلالة : بأن يرى غلامه يبيع ويشتري فسكت ولم يمنعه منه ، فسكوته إذن له في التجارة . انظر لسان العرب (٥١/١) المصباح المنير (١٣/١) مادة أذن . ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٤٤٥/٢) اللباب شرح الكتاب (٢٢٣/٢) .

(٣) انظر بدائع الصنائع للكاساني (٢٢٢/٧) نتائج الأفكار (٣٢٣/٨) حاشية ابن عابدين (٤٤٨/٤) الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني (١٨٠/٢) . (٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) انظر كتاب الأم للشافعي (٢٣٩/٣) مغني المحتاج (٢٣٧/٢) الحاوي الكبير (٣/٧) المهذب للشيرازي (٤٣٨/٢) التكملة الثانية للمجموع شرح المهذب (٢٩٠/٢٠) . اختلف الفقهاء في إقرار الصبي وتصرفاته على مذهبين : فذهب الحنفية والمالكية ، والحنابلة في قول ، إلى أن تصرفات الصبي مقسمة إلى ثلاثة أقسام : القسم الأول : التصرفات النافعة المحضة ، فإنها جائزة منه كإسلامه وقبول الهداية والصدقة ونحو ذلك ، ومقتضى ذلك صحة إقراره بها ما دام يملكها ، ولو بدون إذن .

القسم الثاني : التصرفات الضارة المحضة ، فإنها لا تصح منه كالطلاق والعتاق والصدقة والقرض والوصية ونحوها ، ومقتضى ذلك عدم صحة الإقرار بها بسبب عدم ملكية الصبي لهذه التصرفات فلا يتصور إقراره بما لا يقدر على الإنشاء . =

١٥٥٣٥ - لنا [١] أنه هذا مبني على جواز الإذن له في التجارات [٢] ، وعلى صحة توكيله [٣] وقد دللنا على الأصلين [٤] .

١٥٥٣٦ - ومن صح تصرفه جائز إقراره كالبالغ [٥] ، ....

= القسم الثالث : التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، كالبيع والشراء والإجارة والرهن ونحوها فيصح تصرفه إذا كان مأذونًا له في التصرف ومن ثم يصح إقراره . وفي قول عند الحنابلة : إنه لا يصح إقرار الصبي المأذون إلا بالشيء اليسير ، وهو اختيار أبي بكر وابن أبي موسى ، كما جاء في المغني مع الشرح الكبير . وذهب الشافعية إلى أن تصرفات الصبي غير جائزة مطلقًا ، إلا في الوصية في قول فتصح وصية الصبي إن كان مميزًا كما نص عليه في الإملاء ، ورجحه جمع من الأصحاب ، وهذا القول يوافق الجمهور في اعتبار قول الصبي المأذون المميز وهذا القول لم يذكره الإمام القدوري في تجريده انظر اللباب شرح الكتاب ١٧٨/٤ ، مجمع الأنهر (٤٥٤/٢) تبيين الحقائق (٣/٥) بدائع الصنائع (١٧١/٧) الفتاوى الهندية (١١٠/٥) حاشية الدسوقي (٣٩٧/٣) بداية المجتهد (٢٣٩/٢) الحاوي الكبير (٣/٧) الأم (٢٣٩/٣) مغني المحتاج (٤٢٤/٢ ، ٣٩/٣) كتاب الوجيز للغزالي (١٩٤/١) دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ، المغني مع الشرح الكبير (٢٢٧/٥ ، ٢١٦) كشاف القناع (٤٥٧/٣) الإنصاف (١٢٨/١٢) .

(١) أي دليل الحنفية .

(٢) قال اللّه تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ الآية (٦) من سورة النساء . وجه الدلالة إن ابتلاء اليتيم هو إظهار عقله بدفع شيء من أمواله إليه ، لينظر الولي أنه هل يقدر على حفظ أمواله عند النوائب ولا يظهر ذلك إلا بالتجارة فكان الأمر بالابتلاء إذنًا بالتجارة ، من هنا يرتفع الحجر عن الصبي بأمرين :

١ - إذن الولي إياه بالتجارة ، ٢ - البلوغ . انظر بدائع الصنائع (١٩٣/٧) الاختيار لتعليل المختار (١١١/٢ ، ١١٢) .

(٣) الوَكالة لغة : بكسر الواو وفتحها التفويض والتسليم ، من وكلت الأمر إليه أي فوضته إليه ، والتوكيل : إظهار العجز والاعتماد على الغير ، والوكيل هو القائم بما فوض إليه والجمع وكلاء . واصطلاحا إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم . انظر لسان العرب (٤٩٩/٦) المصباح المنير (٩٢٤/٢) كتاب التعريفات للجرجاني ص٢٢٧ ، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية للنسفي ص٢٨٤ ، ط دار النفائس ، البناية شرح الهداية (٢٦١/٧) ط دار الفكر ، تحفة الفقهاء للسمرقندي (٣٨٠/٣) تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكي عبد البر ، الطبعة الأولى مطبعة جامعة دمشق .

(٤) الأصل الأول هو صحة التوكيل ، والأصل الثاني هو الإذن له في التجارة ، فإذا كان الصبي مأذونًا له في التجارة يصح منه التوكيل بها لأنه يملكها بنفسه فإن البلوغ ليس بشرط لصحة التوكيل ، فتصح وكالة الصبي العاقل المأذون ، لما روي عن رسول اللّه ﷺ لما خطب أم سلمة رضي الله عنها قالت : إن أوليائي غُيَّبٌ يا رسول اللّه فقال ﷺ : « ليس فيهم من يكرهني » ثم قال لعمر بن سلمة : « قم فزوج أمك مني » فزوجها من رسول اللّه ﷺ . أخرجه النسائي في سننه في باب إنكاح الابن أمه عن ابن عمر عن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة (٨١/٦ ، ٨٢) والزيلعي في نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية (٩٢/٤ ، ٩٣) .

(٥) البلوغ لغة : الوصول والانتهاء من بلغ الشيء يبلغ بلوغا وبلاغًا إذا وصل وانتهى ، وبمعنى شارف عليه ، =

ولأنه عاقل [١] مميز فجاز أن يصح إقراره كالبالغ [٢] ؛ ولأنه يؤمر بالصلاة فجاز أن يصح إقراره . أصله [٣] : إذا بلغ خمس عشرة [٤] سنة .

١٥٥٣٧ - ولأنه معنى يصح في حق من بلغ خمس عشرة سنة ، ولم يحتلم [٥]

= ومنها قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ ﴾ من الآية (٢) من سورة الطلاق . أي إذا شارفن انقضاء العدة ، وبلغ بمعنى أدرك يقال : بلغت الثمار أي إذا نضجت ، وبلغ الشجر وبلغ الصبي بلوغًا وهو بالغ إذا احتلم وأدرك . انظر لسان العرب (٣٤٥/١) المصباح المنير (٨٤/١ ، ٨٥) الصحاح (١٣١٦/٤) مادة بلغ . وفي الاصطلاح عند الحنفية انتهاء حد الصغر كما جاء في حاشية ابن عابدين ١٥٣/٦ ط مصطفى البابي الحلبي . وعرفه المالكية بأنه قوة تحدث لشخص تنقله من حالة الطفولة إلى غيرها . انظر شرح الخرشي (٢٩١/٥) ، أسهل المدارك ٥/٣ ، ط عيسى البابي وشركاه . ولما كان البلوغ عبارة عن قوة تحدث لشخص فتنقله من حالة الطفولة إلى غيرها ، وتلك القوة لا يكاد يعرفها أحد ، فجعل الشارع الحكيم لها علامات يستدل بها على حصولها . وهذه العلامات منها يشترك فيها الرجال والنساء وهي الاحتلام والإنبات والسن ، وشيئان تختص بها النساء دون الرجال وهما الحيض والحمل .

(١) العقل لغة : عقل يعقل عقلاً ومعقولاً فهو عاقل ، والعقل الحجر والنهي ضد الحمق والجمع عقول ، والعقل المنع أيضًا لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب الفواحش ، ومحله القلب . وهو نور روحاني به تدرك النفس العلوم الضرورية ، والنظرية وابتداء وجوده عند اجتنان الولد ، ثم لا يزال ينمو إلى أن يكمل عند البلوغ . وقيل العاقل : من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادرًا ، والمجنون ضده ، والصبي المميز هو الصبي العاقل الذي يميز بين النفع والضرر ، وكل عاقل أَخْبَرَ بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينًا للظن به وهو الأصل . انظر لسان العرب (٣٠٤٦/٤) مختار الصحاح ص٤٢٦ ، قاموس المحيط (١٨/٢) فصل العين ، باب اللام ، مجموعة سبعة كتب مفيدة ص٢٤ ، بدائع الصنائع (٢٥٢/٦) فتح القدير (٤٨٧/٣)

(٢) انظر الهداية (٤/٤) البناية شرح الهداية (٥٣٨/٨) بدائع الصنائع (١٩٣/٧) نتائج الأفكار (٣٢٤/٨) .

(٣) أصله : أي دليله ، الأصل في اللغة ما ينبي عليه غيره ، سواء أكان هذا الانبناء حسيًّا كانبناء الجدار على أساسه أو عقليًّا كانبناء الحكم على دليله ، وجمعه أصول ، وفي الاصطلاح يطلق على الراجح والمستصحب والقاعدة الكلية والدليل وهذا هو المراد هنا .

والدليل لغة : المرشد والكاشف وما يستدل به وجمعه أدلة ، على وزن فعيل بمعنى فاعل كعليم وسميع بمعنى عالم وسامع ، وفي الاصطلاح : هو الذي يمكن أن يتوصل لصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري قطعيًّا كان أو ظنيًّا . انظر المصباح المنير (٢٧٠/١) لسان العرب (٨٩/١ ، ١٤١٤/٢) إرشاد الفحول (٤٦/١) شرح الكوكب المنير (٥١/١) ط مكة ، شرح البدخشي على منهاج الأصول (١٣/١) .

(٤) في نسخة (ص) خمس عشرة سنة والصواب ما أثبته كما في نسختي (م) ، (ع) .

(٥) اختلف الفقهاء في السن الذي تعتبر بلوغًا في الصبي سواء أكان ذكرًا أو أنثى إذا ما تأخرت فيه ظهور علامات البلوغ كالإنزال والإنبات والحيض والحمل فقد ذهب الصاحبان من الحنفية ورواية عن الإمام أبي حنيفة وابن وهب من المالكية والشافعية والحنابلة أن الصبي إذا أتم خمس عشرة سنة عُدَّ بالغًا ، مستدلين=

فجاز في من لم يبلغها على تلك الصفة أصله : وجوب صدقة الفطر ، ولأنه أحد نوعى الحجر [١] فجاز أن يكون منه ما يرتفع بالإذن من التجارة أصله / النوع الآخر [٢] . ١٧٨/أ

١٥٥٣٨ - ولا يلزم المجنون [٣] ، لأنه دخل في الفرع ؛ ولأن إذن المجنون الذي يحسن الشراء يجوز [٤] .

= بحديث ابن عمر ﷺ قال : « عُرِضْتُ على رسول الله ﷺ يوم أحد في القتال وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني » قال نافع : فقدمت على عمر بن عبد العزيز وهو يومئذ خليفة فحدثته هذا الحديث فقال : « إن هذا الحدُّ بين الصغير والكبير فكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن كان ابن خمس عشرة سنة ، ومن كان دون ذلك فاجعلوه في العيال » . رواه البخاري في صحيحه في كتاب الشهادات ، انظر صحيح البخاري مع فتح الباري لابن حجر العسقلاني (٢٧٦/٥ ، ٢٧٧) مسلم في صحيحه واللفظ له في كتاب الإمارة (٣٠/٦) الترمذي في جامعه الصحيح في كتاب الجهاد وقال عنه : حديث حسن صحيح غريب من حديث سفيان الثوري (١٢٧/٣) وروى أبو داود في سننه في كتاب الحدود (١٤١/٢) : السنُّ المعتبرة في البلوغ هي خمس عشرة سنة وتحديد عمر بن عبد العزيز استحقاق العطاء المفروض لمن بلغ سن خمسة عشر عامًا يعتبر دليلاً على ثبوت البلوغ في هذا السن وهذه علامة من علامات البلوغ المعتبرة . وذهب الإمام أبو حنيفة في قول والمشهور من مذهب مالك أنه إذا أتم سن ثمانية عشر عامًا اعتبر بالغًا ، وإن كانت أنثى فإذا أتمت سبع عشرة سنة اعتبرت بالغة ، وبذلك ذهب المالكية إلى عدم التفريق بين الذكر والأنثى في السن فكلاهما في البلوغ سواء . والراجح هو المذهب الأول ، وهو قول الجمهور استنادًا إلى ما جرى من أحوال الناس وغالب أمرهم . انظر ذلك تبيين الحقائق (٢٣٠/٥) نتائج الأفكار (٢٧٠/٩) شرح الخرشي (٢٩١/٥) أسهل المدارك (٥/٣) الحاوي الكبير (٤٤٢/٦ - ٤٦٦) روضة الطالبين (١٧٨/٤) المغني مع الشرح الكبير (٥١٤/٤ ، ٥١٥) .

(١) الحجر لغة : المنع ، حجر عليه حجرًا من باب قتل أي منعه من التصرف ، وهو محجور عليه ويطلق على الحرام لأنه مُنِعَ عنه ، والحِجْر بالكسر العقل لأنه مانع عن الغباء ، والحِجْر حَطِيمِ الكعبة في مكة ، لأنه منع من الإدخال في قواعد البيت ، وحجْرُ السفيه منعه عن التصرفات . انظر لسان العرب (٧٨٢/٢) المصباح المنير (١٦٧/١) القاموس المحيط (٤/٢) طلبة الطلبة ص٢٢٤ . وفي الاصطلاح : عبارة عن منع النفاذ في التصرفات القولية وسببه الرق والصغر والجنون ، وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال فلا تنفذ العقود بها . انظر البناية شرح الهداية (٢١٤/٨) تبيين الحقائق (١٩٠/٥) اللباب (٦٦/٢) .

(٢) النوع الآخر هو السفه ، فإذا زال الحجر في السفه بالإذن صح إقراره ، فمن باب أولى أن يصح في الصبي المميز .

(٣) الجنون لغة : هو نقصان في العقل ، وبمعنى الستر وهو من جن الشيء يَجُنُّه أي يستره ، وكل شيء ستر عنك فقد جُنَّ عنك وسمي به الجن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار وسمي كذلك الجنين لاستتاره في بطن أمه ، وهو بمعنى زوال العقل أو فساده . وفي الاصطلاح : اختلال في العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرًا . أنظر لسان العرب (٣٠٧/١) الصحاح للجوهري (٣٠٩٣/٥) التعريفات ص٩٢ .

(٤) المراد هنا جنون غير ممتد ، ثم في الدليل نظر : لأن المجنون إذا كان جنونه ممتدًا لا تجوز تصرفاته ، وإن كان غير ممتد ففي وقت جنونه لا تصح تصرفاته ، وفي وقت إفاقته لا يعتبر مجنونًا ، لأن المجنون لا يحسن =

١٥٥٣٩ - لأن الحجر تارة يكون مع عدم وجود التكليف [١] وتارة مع وجوده فلما كان الإذن يؤثر في إزالة أثر أحد الحجرين [٢] جاز أن يؤثر في الآخر [٣] .

١٥٥٤٠ - احتجوا [٤] بقوله ﷺ : رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم » [٥] .

١٥٥٤١ - الجواب : أن هذا يقتضي رفع التكليف الشرعي ؛ وجواز الإقرار غير معلوم بالشرع [٦]

= الشراء البتة ، قوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث » منهم المجنون حتى يفيق ، فلا اجتهاد مع النص والجنون يؤثر في الأهلية فيعدمها لأنها تثبت بالعقل والتمييز ، والمجنون فاسد العقل عديم التمييز ، ولهذا كان حكمه حكم الصغير غير المميز في تصرفاته وأفعاله . انظر الهداية (٢٨٠/٣) الاختيار (١٢٤/٢) .

(١) عدم التكليف بأن يكون صبيًا فيحجر عليه ، والتكليف في اللغة هو الأمر بما يشق عليك وعند الأصوليين : إلزام ما فيه كلفة ، أو طلب ما فيه كلفة ، وتارة مع وجود التكليف بأن يكون بالغًا ولكن السفيه يحجر عليه والإذن يزيل هذا الحجر ويدل على أهليته . انظر لسان العرب (٣٩١٧/٦) مختار الصحاح ص٦٠٢ ، القاموس المحيط (١٩٢/٣) البرهان لإمام الحرمين الجويني تحقيق دكتور عبد العظيم الديب (١٠١/١) ط دار الأنصار القاهرة .

(٢) في نسخة (ص) : [الحجر] والصواب ما أثبته كما في (ع) ، (م) .

(٣) هكذا في جميع النسخ . صحة العبارة « فلما كان الإذن يؤثر في إزالة أثر أحد الحجرين جاز أن يؤثر في الآخر ، ومعناه أن الإذن يؤثر في إزالة الحجر الواقع على البالغ السفيه ، فيجوز أن يؤثر في إزالة الحجر على الصبي المميز غير البالغ ، بجامع نقصان العقل فيهما .

(٤) يقصد بذلك استدلال الشافعية على مدعاهم

(٥) روى هذا الحديث الإمام البخاري في صحيحه موقوفًا على الإمام علي في كتاب الطلاق ، كتاب الحدود بلفظ عن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يدرك (٢٠٤/٨ ، ٢٠٥ ، ٥٩/٧) ورواه أحمد عن علي أيضًا في مسنده (١٠٠/٦ ، ١٠١) ، وفي رواية أخرى عن الصغير حتى يكبر ، وكما رواه الدارمي في سننه مرفوعًا عنها في كتاب الحدود (٩٣/٢) وروى أبو داود في سننه مرفوعًا عنها ، وعن علي في كتاب الحدود (١٤١/٢) ورواه ابن ماجه مرفوعًا عنها وعن علي في كتاب الطلاق (٦٥٨/١ ، ٦٥٩) والترمذي في سننه (٣٢/٤) وقال حديث حسن غريب من هذا الوجه .

(٦) الشرع لغة البيان والإظهار ومثله الشريعة . وهو مورد الناس للاستقاء ، سميت بذلك لوضوحها ، وجمعها شرائع . واصطلاحًا : ما سن اللّه تعالى من الدين . انظر المصباح المنير (٤٢١/١) تهذيب الأسماء واللغات للنووي (١٦١/٣) التعريفات للجرجاني ص١٣٩ ، لسان العرب (٢٢٣/٤ ، ٩٣٢٢) . والمراد به جواز إقرار المأذون غير معلوم بالشرع ، والإجماع على أن حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد ، فلا يراد الآخر معه وإلا عمم ، فسبب الخلاف بين الجمهور والشافعية هو أن الشافعية يرون أن الحديث عام يشمل الدنيا والآخرة ولكن الجمهور يرون أنه يتعلق بالآخرة من المؤاخذة والإثم المرفوع عنه ، لورود الحديث الشريف . أما حكم الدينا فباق عليه كأرش الجناية ، وضمان إتلافه والدية في القتل وغير ذلك من الأحكام . انظر فتح القدير لابن الهمام الحنفي (٤٨٧/٣ - ٤٨٩) الهداية (٢٨٠/٣) المغني مع الشرح الكبير (٢٧٢/٥) .

١٥٥٤٢ - قالوا : غير مكلف فلم يصح إقراره كالمجنون (١) .

١٥٥٤٣ - قلنا : المجنون إذا كان يعقل التصرف فأذن له جاز إقراره ، فلا فرق بينه وبين الصبي (٢) .

١٥٥٤٤ - قالوا : [إقرار (٣) من غير مكلف فصار ، كمن لم يؤذن له] (٤) .

١٥٥٤٥ - قلنا : إذا لم يؤذن له لم يملك التصرف فلم يجز إقراره ، وإذا أُذِن له ملك التصرف فجاز إقراره ، (بما يدل على) الفرق بينهما (٥) .

١٥٥٤٦ - [فإن قيل] (٦) : العبد المحجور لا يلزم إقراره في الحال .

١٥٥٤٧ - قلنا (٧) : فإن كان مأذونًا لزم للمعنى (٨) الذي ذكرنا .

١٥٥٤٨ - قالوا : لو أقر الأب عليه لم ينفذ ، وهو يستفيد التصرف بإذنه ، فكيف يملك منه ما لا يملكه » (٩) .

١٥٥٤٩ - قلنا : « إذن الأب لا يملك الإقرار به ، وإنما يرتفع الحجر فيكون إقراره بنفسه .

١٥٥٥٠ - ويجوز أنه يكون الإذن سببًا (١٠) فيما لا يملكه الإذن وهو الأب »

---

(١) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٤/٧) ، وعبارته : عدم التكليف يمنع من صحة الإقرار كالمجنون .

(٢) في نسخة (ص) : [عنه وعن الصبي] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٤) انظر : المعنى في الحاوي الكبير (٤/٧) .

(٥) ما بين القوسين زائد للسياق .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، والسياق يقتضيه .

(٧) كلمة (قلنا) ساقطة من جميع النسخ ، زيدت ليستقيم المعنى .

(٨) في (ع) ، (م) : [المعنى] .

(٩) قال الشافعي : من لم يجز بيعه لم يجز إقراره ، وتأوله أصحابه بتأويلين : أحدهما : من لم يجز بيعه بحال كالصبي والمجنون لم يجز إقراره في حال من الأحوال . والثاني : أن من لم يجز بيعه في شيء لم يجز إقراره في ذلك الشيء . انظر الحاوي الكبير (٧/٧) .

(١٠) في نسخة (ص) شبه والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (ن) . والسبب في اللغة : الحبل ، وهو كل شيء يتوصل به إلى غيره ، والجمع أسباب ، نقول : جعلت فلانا لي سببًا إلى فلان أي وصلة وذريعة . وفي الأصطلاح : عبارة عما يكون طريقًا للوصول إلى الحكم غير مؤثر فيه . وجاء في البحر المحيط : هو الوصف الظاهر المنضبط الذي أنيط به الحكم الشرعي كجعل دلوك الشمس معرفًا لوجوب الصلاة . والسبب نوعان : النوع الأول : السبب التام : وهو الذي يوجد المسبب لوجوده فقط ، والثاني : السبب غير التام : وهو الذي يتوقف وجوب المسبب عليه لكن لا يوجد المسبب بوجوده وحده . انظر لسان العرب (١٩١٠/٣) المصباح المنير (٣٥٦/١) التعريفات ص١٠٣ ، البحر المحيط للزركشي (٦/٢) .

بدلالة [١] : أن شهادة القابلة سبب يفضي إلي ثبوت النسب [٢] ولو شهدت بالنسب لم يجز [٣] والعبد يملك الطلاق [٤] بإذن المولى في النكاح [٥] والمولى لا يملك الطلاق عليه [٦] .

* * *

(١) الدلالة : من دل يدل دلالة بمعنى الإرشاد ، وجمعها دلائل ودلالات ، والدلالة بفتح الدال على الأفصح مصدر . وفي اصطلاح الأصوليين : هي ما النظر فيها يفضي إلى العلم ، أو : هي ما يلزم من فهم شيء فهم شيء آخر ، وعرفها الجرجاني بأنها كون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر ، والشيء الأول هو الدال ، والثاني هو المدلول . انظر المعجم الوسيط (٣٠٤/١) لسان العرب (١٤١٤/٢) المعتمد لأبي الحسين البصري (١٠/١) شرح الكوكب المنير (١٢٥/١) التعريفات ص٩٣ .

(٢) النسب في اللغة : القرابة ، يختص بجهة الآباء ، فيقال انتسب إلى أبيه وأجداده ، كما يقالَ انتسب لنا ، أي اذكر لنا آباءك وأجدادك ، ويقولون رجل نسيب أي ذو حسب ونسب إلى آباء كرام . ويطلق على الطريق المستقيم ، وبمعنى الشدة والقوة ، يقال انتسبت الريح إذا اشتدت ، وقال صاحب معجم مقاييس اللغة ، كلمة النسب ترجع في الأصل إلى معنى واحد وهو اتصال شيء بشيء . انظر لسان العرب (٤٤٠٥/٦ ، ٤٤٠٦) معجم مقياس اللغة لابن فارس (٤٢٣/٥ ، ٤٢٤) طلبة الطلبة ص٢٧٩

(٣) لأن شهادتها حجة لثبوت النسب ، انظر الهداية (٣٦/٢ ، ١١٧/٣) . ثم النسب من جانب الرجال يثبت بالفراش ، ومن جانب النساء يثبت بالولادة ، ولا يثبت بالولادة إلا بالدليل ، وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو شهدت عليه بالنسب ، ولم تحضر الولادة فإنها لا تصح ولا يثبت النسب بها . انظر بدائع الصنائع (٢٥٣/٦) الهداية (٣٥/١ ، ٣٦ ، ١١٧/٣) .

(٤) الطلاق لغة : رفع القيد والتطليق كذلك ، يقال طلق تطليقًا وطلاقًا ، كما يقال سلم تسليمًا وسلامًا ، والطلاق ارتفاع القيد والإطلاق . والإرسال لكن جعل في المرأة طلاقًا وفي غيرها إطلاقًا وهما ضد الحبس . وفي الشرع : رفع القيد الثابت شرعًا بالنكاح . انظر لسان العرب (٢٦٣٩/٤) المصباح المنير (٥١٣/٢) ٥١٥ ، طلبة الطلبة ص١٤٤ ، تبيين الحقائق (١٨٨/٢) فتح القدير (٣٦٤/٣) .

(٥) النكاح لغة : بمعنى الوطء وبمعنى العقد ، وهو التزوج من باب ضرب والمرأة ناكح أي ذات زوج ، واستنكح بمعنى أنكح وتزوج وهي بمعنى الضم ، يقال : تناكحت الأشجار إذا انضم بعضها إلى بعض ، وفي الاصطلاح : عبارة عن عقد مخصوص أحد ركنيه الإيجاب والآخر القبول ، بلفظ مخصوص وهو زوجت وتزوجت وأنكحت . انظر لسان العرب (٤٥٣٦/٦) المصباح المنير (١٢٧/٢) معجم مقاييس اللغة (٧/٥) طلبة الطلبة للنسفي ص١٢٤ .

(٦) أي إذا تزوج العبد امرأة بإذن مولاه وطلقها وقع طلاقه ، ولا يقع طلاق مولاه على امرأته ، لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون مولاه . انظر الهداية (٢٨٠/٣) ، البحر الرائق لابن نجيم (١٧٥/٤) ط المطبعة العلمية ومجمع الأنهر (٧٧/١) .

مسألة ٧٧٦

مقدار ما يصدق فيه من أقر بمال عظيم

١٥٥٥١ - قال في الأصل [١] : وإذا أقر بمال عظيم لم يصدق بأقل من مائتي درهم عند أبي يوسف [٢] ومحمد [٣] وروي عن أبي حنيفة [٤] نحوه [٥] .

١٥٥٥٢ - وذكر في المنتقى [٦] في المال القليل أنه درهم [٧] وذكر أيضًا في مال

---

(١) هو كتاب الأصل في الفروع للإمام المجتهد محمد بن الحسن الشيباني ، وهو المبسوط سماه به ، لأنه أول ما صنعه وأملاه على أصحابه ، رواه عنه أبو سليمان الجوزجاني والشيخ أبو حفص الكبير البخاري ، فإن محمدًا جمع فيه طوائف من المسائل التي أفتى فيها الإمام أبو حنيفة ، وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد إن كان ثمة خلاف ، وما لم يذكر فيه خلاف فهو متفق عليه بينهم ، وهو يبدأ كل كتاب بما ورد فيه من الآثار التي صحت عندهم ، ثم بعد ذلك يذكر المسائل وأجوبتها ، وقد يذكر خلاف ابن أبي ليلى إن كان له خلاف . فالكتاب على هذه الصورة ، صورة صادقة للفقه العراقي وآثاره ، لكنه خال من التعليل الفقهي في جملته ، شرح هذا الكتاب جماعة من المتأخرين مثل الشيخ خواهر زاده ويسمى المبسوط الكبير وشمس الأئمة الحلواني . هذا الكتاب من كتب ظاهر الرواية في المذهب الحنفي ، وهذا الكتاب مطبوع اعتنى بتصحيح الكتاب والتعليق عليه الأستاذ أبو الوفاء الأفغاني ، يقع في خمسة مجلدات . انظر كشف الظنون لحاجي خليفة (١٠٧/١) الفهرست لابن النديم ص٢٨٧ ، ط دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت .

(٢ ، ٣ ، ٤) سبقت ترجمته .

(٥) يرى الصاحبان والإمام أبو حنيفة في المشهور أنه لو قال لفلان عليّ مال عظيم لا يصدق في أقل من مائتي درهم ، وروي عن أبي حنيفة في رواية أخرى أن عليه عشرة دراهم . والأصح أن قول الإمام مبني على حال المقر في الفقر والغنى ؛ فإن القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم . انظر الهداية (١٨٠/٣) نتائج الأفكار (٣٢٨/٨) بدائع الصنائع (٢٢٠/٧) اللباب في شرح الكتاب (٧٧/٢) المبسوط (٩٨/١٨) ، رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين (٤٥٠/٤) .

(٦) هو كتاب المنتقى في فروع الحنفية للحاكم الشهيد أبي الفضل محمد بن أحمد بن عبد الله المقتول شهيدًا سنة ٣٣٤هـ وفيه نوادر المذهب ، قال : نظرت في ٣٠٠ جزء مثل الأمالي والنوادر ، حتى انتقيت كتاب المنتقى . وقيل هو المبتغي بالباء والغين ولكن الصواب هو المنتقى ، هو في فروع المسائل ونوازل الوقائع وله غيره من المصنفات منها الكافي ، وشرح الجامع وأصول الفقه وغيرها ، الظاهر أن كتاب المنتقى من التراث المفقود حيث لم نعثر عليه بعد الرجوع إلى فهارس المكتبات ، والكتب الخاصة لبيان الكتب المخطوطة أو المطبوعة . انظر كشف الظنون (١٨٥١/٢) الفوائد البهية ص١٨٥ ، ١٨٦ .

(٧) ذكر في شرح الأقطع لمختصر القدوري ناقلا عن المنتقى في المال القليل أنه درهم بظاهر حكم العادة . انظر حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي (٥/٥) .

لا قليل ولا كثير مائتي درهم [١] وهو إذا قال : « مال عظيم من الدراهم » فأما إذا لم يقل « من الدراهم » صُدِّق في أي جنس ذكر ؛ فإن كان مما يجب فيه الزكاة [٢] لم يصدق في أقل من نصاب [٣] منه ، وإن كان مما لا نصاب له صدق فيما يبلغ قيمة النصاب [٤] .

١٥٥٥٣ - وقال الشافعي : يصدق فيما يصح إذا قال مال ، ولو قال : مال عظيم ، أو حقير ، أو جليل ، فالمرجع في تفسير ذلك إلى قوله . ويقبل في كل واحد من ذلك ما يقبل في الآخر [٥] .

---

(١) نقل في كتاب الأجناس عن نوادر هشام عن محمد أنه لو قال : لفلان عليّ مال لا قليل ولا كثير يلزمه مائتا درهم ؛ لأنه لما قال لا قليل لزمه الكثير ، والمال الكثير في الشرع مائتا درهم . انظر حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٥/٥) اللباب في شرح الكتاب (٧٧/٢) البناية في شرح الهداية للبابرتي (٥٤٣/٧) .

(٢) الزكاة لغة : هي مصدر زكا يزكو زكاة ، وزكاء على زنة فعلة كالصدقة . والزكاة هي الزيادة والنماء يقال زكا الزرع ويزكو أي نما وزاد ، وهي الطهارة والصلاح والمدح أيضًا ، سميت الزكاة زكاة لأنه يزكو بها المال بالبركة ويطهر بها المرء بالمغفرة ، وفي الشرع : القدر الذي فرضه اللّٰه تعالى ورسوله في الأموال ليدفع إلى الفقراء والمساكين وغيرهم . وتعريف ابن الهمام للزكاة أنها عبارة عن إيتاء جزء من النصاب الحولي إلى الفقير . انظر لسان العرب (١٨٤٩/٣) ، المصباح المنير (٣٤٦/١) ، المعجم الوسيط (٣٩٨/١) ، طلبة الطلبة ص ٩١، فتح القدير (١١٢/٢) .

(٣) النصاب هو كل مال لا يجب فيما دونه الزكاة ، فنصاب الإبل خمسة فتجب فيها شاة ، ونصاب البقر ثلاثون ففيها تبيع أو تبيعة وفي الغنم أربعون شاة تجب فيها شاة ، ونصاب الذهب عشرون متقالاً فيها نصف مثقال من الذهب ، ونصاب الفضة مائتا درهم فتجب خمسة دراهم وهكذا . انظر طلبة الطلبة ص٩١ ، الهداية (٩٦/١ - ١٠٤) .

(٤) الحاصل أنه إذا ملك جنسين من أجناس الأموال الزكوية فالمعتبر ما يكون نصابًا في ذلك الجنس وفي غير مال الزكاة يقدر قيمة الزكاة راجع حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٥/٥) ، حاشية أبي سعود على شرح الكنز لملا مسكين (١٦٠/٣) ، نتائج الأفكار (٣٢٧/٨ - ٣٢٩) ، الهداية (١٨١/٣) ، مجمع الأنهر على ملتقى الأبحر (٢٩٠/٢) .

(٥) انظر الحاوي الكبير (١٣/٧) ، المهذب للشيرازي (٤٤٣/٢) ، الوجيز للغزالي (١٩٧/١) وحاشية قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين (٨/٣) ، مغني المحتاج (٢٤٨/٢) ، نهاية المحتاج (٨٦/٥) ، روضة الطالبين (٣٧٥/٤) ، أسنى المطالب شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري (٣٠١/٢) . وحكى وجه غريب في المذهب أن يحمل مال عظيم على ما يزيد مطلق المال ، ليكون لوصفه بالعظم فائدة . انظر روضة الطالبين (٣٧٥/٤) والحاصل أن الشافعية لم يفرقوا بين مطلق المال ومال عظيم أو حقير ، وفسروا العظمة ونحوها من حيث إثم غاصبه وكفر مستحله وحملوا صفات الاحتقار أو القلة أو الخسيس على احتقار الناس إياه أو على أنه تافه ، فلو قال : مال عظيم أو خطير أو كثير أو كبير أو جليل أو نفيس أو نحوها ثم فسره بأقل متمول قبل بكل ما يصدق اسم المال عليه . وذهب المالكية في المعتمد أن الشخص إذا أقر لشخص بمال سواء قال « مال عظيم » أم لا فإن المقر يلزمه للمقر له نصاب الزكاة على الأشهر ، وقيل يلزمه نصاب السرقة ، وعلي الأول فيلزمه أقل ما يسمي نصابًا من جنس مال المقر ، فيلزمه عشرون دينارًا إن كان من أهل الذهب ، ومائتا درهم إن كان من أهل الورِق وخمس من الإبل إن كان من أهل الإبل ، وثلاثون من =

١٥٥٥٤ - لنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها [١] قالت : « كان لا تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه » [٢] .

١٥٥٥٥ - فهذا يدل على أنه ما لا تقطع فيه تافه والتافه : ضد العظيم [٣] .

١٥٥٥٦ - [و] [٤] لأن كل ما لو فسّر به النصاب لم يصدق ، فإذا فسر به المال العظيم لم يصدق . أصله : (الحمل على) [٥] الكلب الذي لا يساوي نصابا ؛ ولأنه

= البقر إن كان من أهل البقر ، وأربعون من الضأن أو الماعز إن كان من أهل الضأن أو الماعز ، وخمسة أوسق من الحب إن كان من أهل الحرث . وفي المذهب المالكي آراء أخرى غير ذلك في المال العظيم ؛ فقال بعضهم : هو كما لو أقر بمال . وحكى الدسوقي في حاشيته خمسة أقوال عن ابن الحاجب ، هي : ١ - نصاب الزكاة ، ٢ - نصاب السرقة ، ٣ - يلزمه الزيادة على النصاب اللازم له في الفقراء بالمال المطلق الذي لم يقيد بعظيم ، ويرجع في تلك الزيادة لتفسيره . ٤ - تلزمه الدية . ٥ - يؤمر بتفسيره ويلزمه ما فسره . ذكر الدسوقي أن المعتمد في المذهب هو نصاب الزكاة . انظر حاشية الدسوقي (٤٠٥/٣) ، شرح الخرشي على مختصر خليل (٩٤/٦) ، وقال الحنابلة إذا أقر بمال قبل تفسيره بقليل المال وكثيره ، وإن قال مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال مال ، هذا هو الراجح في المذهب وعليه الأصحاب ، وقال الشيخ تقي الدين : يرجع إلى عرف المتكلم فيحمل مطلق كلامه على أقل محتملاته واختار ابن عقيل في مال عظيم أو خطير أنها صفة لا يجوز إلغاؤها . انظر المغني مع الشرح الكبير لابن قدامه (٣١٥/٥) ، كشاف القناع (٤٨٢/٦) ، الإنصاف للمرداوي (٢١١/١٢) . وسبب الخلاف أن الحنفية والمالكية يرون أنه لابد من مقدار معين عندهم لصحة الإقرار ؛ فلا يجوز أن يتولى المقر تفسير ما أقر به ، بل هم يقدرونه بناء على العرف والشرع ، وأما الشافعية والحنابلة فيعطون للمقر فرصة البيان للمجمل .

(١) هي السيدة عائشة بنت أبي بكر الصديق أم المؤمنين زوج النبي ﷺ ، أمها أم رومان عامر بن عويمر الكنانية ، ولدت سنة أربع من البعثة وتزوجها الرسول ﷺ قبل الهجرة بسنتين . وقيل بثلاث وهي بكر ، وكان عمرها ست سنين ، وقيل سبعة وبنى بها وهي بنت تسع سنين بالمدينة . وكناها الرسول ﷺ أم عبد الله بابن أختها أسماء بنت أبي بكرٍ عبد الله بن الزبير ، وتوفي رسول الله ﷺ وعندها ثمانية عشر سنة ، وتوفيت سنة ست وخمسون من الهجرة ، وهي من أفقه الصحابة ولها في كتب السنة ٢٢١٠ حديثا . انظر الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر العسقلاني (٣٩٥/٤) ، وبهامشه الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر الأندلسي (٣٥٦/٤) ، أسد الغابة في معرفة الصحابة لعز الدين بن الأثير (١٨٨/٦) ، والطبقات الكبرى لابن سعد (٥٨/٨) ، ووفيات الأعيان ابن خلكان (١٦/٣) .

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه . انظر المصنف في الأحاديث والآثار للإمام الحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة (٤٧٦ ، ٤٧٧) .

(٣) وجه الدلالة من الحديث أن التافه قطع فيه ، ولا يدل على أن ما ليس بتافه تقطع فيه اليد كالغاصب والجاني .

(٤) بين المعكوفتين وهو حرف الواو ساقط من جميع النسخ ، والسياق يقتضيه عطفًا على الدليل الذي سبقه .

(٥) زيادة اقتضاها السياق .

فسر المال العظيم بقدر لا تجب به الزكاة منفردًا ، فلم يصدق أصله : إذا فسره بالكلب [١] .

١٥٥٥٧ - ولأنه لو قلنا : إنه يُقبل تفسيره في القليل والكثير ، ألغينا الصفة وجعلنا قوله : مال ، وقوله مال عظيم أو كثير سواء ، والصفة لا يجوز إلغاؤها ، أصله : إذا قال دراهم لا يصدق (في درهم [٢]) .

١٥٥٥٨ - ولا يلزم النفيس والخطير والكثير والمعلوم ، لأن هذه المسائل لا رواية فيها . وكان شيوخنا يقولون في النفيس والخطير لا يصدق في أقل من مائتي درهم [٣] .

١٥٥٥٩ - ولا يلزم إذا قال : مال حقير أو قليل أو كثير ، لأن ظاهر الصفة يقتضي أن يقبل قوله إذا بين بأقل من درهم [٤] .

١٥٥٦٠ - ولو قال مالاً مطلقًا لم يصدق في أقل من درهم [٥] وقد جعلنا للوصف تأثيرًا . ولأن قوله مال عظيم صفة يفهم منها زيادة القدر في العادة ، فلا يجوز إلغاؤها بقوله هو مال أو هو نصاب أو عقود أو عشرات .

١٥٥٦١ - واحتجوا : بأن كل ما لو فسر به المالَ قُبِل ، فإذا فسر به المال العظيم قُبِلَ كما لو فسره بألف [٦] .

١٥٥٦٢ - قلنا : هذا يؤدي إلى إلغاء الصفة والتسوية بين ذكرها وفقدها ، والصفة الموضوعة للتكثير لا يجوز أن نلغيها و نجعل وجودها وعدمها سواء .

---

(١) المراد أنه لو أقر بنصاب لم يصدق في أقل منه ، فإذا فسر بكلب لم تصل قيمته إلى النصاب لم يصدق ، فكذلك هنا ، ولكن إذا بلغت قيمة الكلب إلى النصاب يقبل تفسيره . حكي الزيلعي عن الكاكي بأنه يقبل تفسيره بالكلب ، وبه قال مالك والشافعية في وجه وأحمد في رواية ، جاء في نهاية المحتاج : ولو فسره بما لا يتمول لكنه من جنسه كحبة حنطة أو بما يحل اقتناؤه ككلب معلم لحراسة أو صيد قبل تفسيره في الأصح كما قاله الإمام الجويني . انظر تبيين الحقائق (٥/٤) ، نهاية المحتاج (٥/٨٦) ، كشاف القناع (٦/٤٨٠ ، ٤٨١) .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) ولو قال : مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل كان يقول الشيخ الجرجاني يلزمه مائتان ، والشيخ الجرجاني قد كان شيخ القدوري في الفقه . انظر حاشية شلبي على تبيين الحقائق (٥/٥) .

(٤) انظر المبسوط (١٨/٩٨ ، ٩٩) ، نتائج الأفكار (٨/٣٢٧) ، الهداية (٣/١٨٠) .

(٥) وإذا قال عليّ مال فالمرجع في بيانه إليه ، لأنه مجمل ، ويقبل قوله في بيانه في القليل والكثير ، لأن اسم المال المطلق يطلق عليها فإنه اسم لما يتمول إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالًا عرفًا . انظر الهداية (٣/١٨٠) ، نتائج الأفكار (٨/٣٢٨) ، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار (١/٣٢٩) .

(٦) انظر هذا المعنى في حاشية البيجرمي (٣/٨١) ، حاشية الشرقاوي (٢/١٤١) ، الحاوي الكبير (٧/١٤) .

١٥٥٦٣ - ولأنه إذا فسر بالألف [١] فقد فسر بما تبلغه الصفة الزائدة ولأنه قدر يوصف بالتمول والعظم ، فجاز أن يكون تفسيرًا لها و والدرهم صفة للمتمول وليس يستعظم ، فجاز أن يفسر به المال ولا يفسر به العظم .

١٥٥٦٤ - يبين هذا أنه [لو قال : « رأيت زيدًا جاز أن يفسر بالقصير والطويل] [٢] ، فلو قال : « رأيت زيدًا الطويل لم يفد تفسيره بالقصير ، كذلك هذا .

١٥٥٦٥ - قالوا : « لفظ مجمل [٣] فوجب أن يرجع في تفسيره إلى المجمِل ، كالكلام من صاحب الشرع [٤] .

١٥٥٦٦ - قلنا : نحن نرجع في تفسيره إلى المفسر ، ويقبل إقراره في النصاب وما زاد وإلى ما لا نهاية له ، ولا يرجع إليه في بيان مقدارٍ ما لا يفيده ظاهر كلامه ، كما أنه إذا فسر بما ليس متمولا لم يقبل قوله وإن كان هو المحمل .

١٥٥٦٧ - قالوا قوله مال مبهم ، وقوله عظيم مبهم ، لأنه لا يفيد معلومًا فقد وصف مبهما بمبهم فكان الكل مبهمًا كقوله : « مال معلوم » [٥] .

١٥٥٦٨ - قلنا : قوله عظيم وإن كان مبهمًا بمعنى أنه لا يفيد مقدارًا بالوضع فهو غير مبهم في العظم والزيادة .

١٥٥٦٩ - فهو كقولنا : « دراهم جياد في أن الجودة مبهمة لأنها تتنوع وتختلف إلا أنا لا نلغيها ، بل نثبت أدناها ، كذلك هنا نثبت أدنى العظم [٦] وإن كان مبهمًا .

١٥٥٧٠ - قالوا : قوله مال [مبهم] [٧] وقوله عظيم يحتمل العظمة في المقدار ، ويحتمل العظمة في الحلال والعقاب والثواب » [٨] .

---

(١) في نسختي (ع) ، (م) [الألف] المحلى بالألف واللام .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) المجمل ما له دلالة على أحد معنيين ، لا مزية لأحدهما على الآخر بالنسبة إليه . قاله الآمدي ، وقال الجرجاني : ما خفي المراد فيه بحيث لا يدرك بنفس اللفظ إلا ببيان من المجمل . انظر الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٠/٣) ، كتاب التعريفات ص٢١٧ .

(٤) في (ع) ، (م) [كالكلام من صاحب الشريعة] . انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٤/٧) ، إرشاد الفحول (١٣/٢) .

(٥) الحاوي الكبير (١٤/٧) .

(٦) أدنى العظم هنا : مقدار نصاب الزكاة أو مقدارأقل المهر أو مقدار حد السرقة .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) وموجود في هامش (ص) .

(٨) انظر الحاوي الكبير (١٤/٧) ، وعبارته : « إن العظيم لا يتقيد في الشرع ولا في اللغة ولا في العرف =

١٥٥٧١ - قلنا : ظاهر الكلام [١] أن العظيم صفة للمال ومتى حمل على ما قالوا صار صفة لغيره ، وهذا ترك لظاهره .

١٥٥٧٢ - ألا ترى أنه لو قال رأيت رجلًا طويلًا لم يجز أن يحمل الطول على طول ثيابه أو رمحه أو طول باعه وامتداده بالعطاء ، لأن ذلك يجعل الطول صفة لغيره كذا هذا .

١٥٥٧٣ - قالوا : قال الشافعي : لو كان المرجع إلى المتعارف لوجب أن نفرق بين الخليفة والفقير في هذا الإقرار .

١٥٥٧٤ - فإذا قال الخليفة عظيم ، لم يقبل فيه النصاب ، لأنه لا يستعظم هذا القدر في العادة [٢] .

١٥٥٧٥ - قلنا : إذا كان النصاب أدني ما يستعظم من الأموال اعتبر صفته في نفسه ، ولم يعتبر حال الواصف » [٣] .

* * *

= حدًا ولا يختص من الأموال جنسًا ولا قدرًا ، لأنه يحتمل أن يراد به عظيم الجنس ، ويحتمل أن يراد بالعظيم أنه حلال أو أنه موجب للثواب أو العقاب » .

(١) هو وضوح الكلام وهو اسم لكلام ظهر المراد منه للسامع بنفس الصيغة من غير تأمل ، ويكون محتملاً للتأويل والتخصيص . انظر أصول السرخسي (١٦٣/١ ، ١٦٤) ط دار الكتب العلمية ، بيروت ، كشف الأسرار للنسفي (٢٠٥/١) ، التعريفات للجرجاني ص١٥٧ .

(٢) انظر الحاوي الكبير ١٤/٧ وعبارته : « لأن عظيم القدر قد يختلف عند الناس ، بسبب اختلاف يسارهم وإعسارهم ، فالخليفة يرى الألف عظيم القدر والفقير يرى الدرهم عظيمًا . ثم يختلف باختلاف سعة النفوس وضيقها ؛ فذو النفس الواسعة يرى الكثير قليلًا ، وذو النفس الضيقة يرى القليل كثيرًا عظيمًا ، ومع اختلاف الاستعمال له وتباين المراد به يبطل أن يكون له حد أو يتناول من الأموال جنسًا .

(٣) في المذهب الحنفي من يجعل لوصف الواصف اعتبارًا كالسرخسي وغيره مع اعتبار حال الواصف من الفقر والغنى . انظر المبسوط (٩٨/١٨) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٥٠/٤)

مسألة ٧٧٧

مقدار ما يصدق فيه من أقر بدراهم كثيرة

١٥٥٧٦ – قال أبو حنيفة : إذا قال لفلان : عليّ دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة [١] ، و [قالا] [٢] : « مائتان » [٣] .

١٥٥٧٧ – وقال الشافعي : ثلاثة دراهم [٤] .

١٥٥٧٨ – لنا : أن أكثر ما يتناوله اسم الدراهم فيما له عدد محصور عشرة ، وأقله

---

(١) انظر الهداية (١٨١/٣) ، بدائع الصنائع (٢٢٠/٧) ، المبسوط (٩٨/١٨) ، نتائج الأفكار (٣٢٩/٨) .

(٢) ما بين القوسين بدل من [قال] المثبتة في النسخ جميعها ، والموهمة نسبة رأيهما إلى أبي حنيفة ، وهو رواية عنه ، نقلها ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن من أقر بدراهم كثيرة يلزمه مائتان ، ولكن المشهور في المذهب وهو ظاهر الرواية أنه قول الإمام أبي يوسف والإمام محمد كما في بدائع الصنائع ونتائج الأفكار وغيرهما ، وبناء على ما تقدم يتضح لنا أن الصاحبين ورواية عن أبي حنيفة يرون أنه يلزمه مائتان لكن المشهور عن أبي حنيفة أنها عشرة .

(٣) وجه قول الإمام ﷺ أنه جعل الكثرة صفة للدراهم ،ﷺ وأكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم عشرة ، ألا ترى أنه إذا زاد على العشرة يقال أحد عشر درهمًا واثنا عشر درهمًا وهكذا . ولا يقال دراهم فكانت العشرة أكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم فلا تلزمه الزيادة عليها . ولأن العشرة أقصى ما ينتهي إليه الجمع عند كونه مميِّزًا للعدد ، فيقال عشرة دراهم ويقال أحد عشر درهمًا ، والعدد إذا جاوز العشرة يصير مميزه مفردًا لا جمعًا ، فتكون العشرة هي الأكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فينصرف إليه . ووجه قول الصاحبين والإمام في رواية أن المقر به دراهم كثيرة ، وما دون المائتين في حد القلة ، ولهذا لم تجب فيما دون نصاب الزكاة . انظر فتح القدير (٣٨/٧) ، بدائع الصنائع (٢٢٠/٧) ، تبيين الحقائق (٥/٥) ، تحفة الفقهاء (٣٢٥/٣) ، مجمع الأنهر (٩٩١/٢) . وذهب مالك إلى أنه إن قال له : عليّ دراهم كثيرة لزمه أربعة ، لأنه أول مبادئ الكثرة بعد مطلق الجمع ، هذا هو المشهور في المذهب كما قال ابن عبد الحكم . وقيل : يلزمه تسعة دراهم لأن ذلك تضعيف لأقل الجمع ثلاث مرات ، وقيل يلزمه نصاب الزكاة ، وهذه الرواية توافق ما نقل عن الصاحبين . انظر حاشية الدسوقي (٤٠٧/٣) ، كتاب مواهب الجليل وبهامشه التاج والإكليل (٢٢٩/٥) ، بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي (١٩٢/٢) ، شرح الخرشي (٩٥/٦) .

(٤) انظر الحاوي الكبير (١٦/٧) ، المهذب (٤٤٥/٢) ، التنبيه في الفقه الشافعي للشيرازي ص٢٧٥ . وعبارة الحاوي : « وسواء قال له : عليّ دراهم كثيرة أو عظيمة أو لم يقلها فهي ثلاثة ، أي ثلاثة دراهم » . وبه قال الإمام أحمد بن حنبل . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٩٩/٥) ، كشاف القناع (٤٨٢/٦) ، الإنصاف (٢١٢/١٢) ، عبارة ابن قدامة وإن قال له عليّ دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة » ، وقال المرداوي : يقبل تفسيرها بثلاثة فصاعدًا . هذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب .

ثلاثة وما زاد على العشرة يقال : أحد عشر درهمًا فلما وصف الدراهم بالكثرة وجب أن يلزمه أكثر ما يتناوله هذا الاسم ولا يصدق فيما دونه [١] .

١٥٥٧٩ - فإن قيل : ما زاد على الثلاثة دراهم كثيرة والعشرة غايتها فلم ألزمتموه أعلي [٢] ما يتناوله اسم الكثرة .

١٥٥٨٠ - قلنا : هذا السؤال لا يتوجه لكم ؛ لأن الكثرة لغو عندكم وذكرها والسكوت عنها [سواء] [٣] والكلام في كيفية ما يفيده ، فصح على قول من جعل لها فائدة .

١٥٥٨١ - فأما على أصلنا فلأنه ذكر الكثرة في لفظ الجنس ، وجنس ما سمي دراهم فيما له عدد محصور عشرة [٤] .

١٥٥٨٢ - ولأنه أقر بدراهم موصوفة بالكثرة فلم يصدق في أقل من عشرة . أصله : إذا قال لفلان علي دراهم (صدق في [٥]) أكثر ما يقع عليه اسم الدراهم . وما لا يتقدر به أقل المهر [٦] لا يصدق أو يفسر به الدراهم الكثيرة . أصله الدرهمان . ولأنه أقر

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٢٢٠/٥) ، فتح القدير (٣٨٠/٧) . أجاب الشافعية والحنابلة على هذا الدليل بأننا لا نسلم ذلك ، بل نقول : يقبل تفسيره فيما زاد على أقل الجمع ، وإن قل فلو فسره بثلاثة دراهم ودانق قبل منه ، لكن لا يلزمه العشرة ، لأن الكثرة لا حد لها شرعًا ولا لغة ، ولا عرفًا . وتختلف بالإضافات وأحوال الناس ، فالثلاثة أكثر مما دونها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير . ويحتمل أن المقر أراد كثيرة بالنسبة إلى ما دونها أو كثيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال فإن الإقرار موضوع على إلزام اليقين واطراح الشك . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٩٩/٥) ، الحاوي (١٧/٧) .

(٢) في (ع) ، (م) : [عليه] . (٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٤) انظر بدائع الصنائع (٢٢٠/٧) ، فتح القدير (٣٨٠/٧) .

(٥) ما بين القوسين زيادة .

(٦) المهر في اللغة الصداق والجمع المهور ، وفي الاصطلاح اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج ، إما بالتسمية أو بالعقد . انظر لسان العرب (٤٢٨٦/٦) ، المصباح المنير (٧١١/٢ ، ٧١٢) ، حاشية ابن عابدين (١٠٠/٣ ، ١١٠) أجمع العلماء على أن المهر لا حد لأكثره ، واختلفوا في أقله هل هو مقدر أم لا . ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه مقدر ولكنهم اختلفوا في التقدير فقال الحنفية : إن أقله عشرة دراهم ، أو ما قيمته عشرة دراهم ، ولا يجوز إلا أن يكون مالاً ، وذهب المالكية إلى أن أقل المهر ربع دينار من ذهب أو ثلاثة دراهم من فضة ، وذهب الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين أنه ليس لأقله حد كما لا حد لأكثره ، بل كل ما جاز أن يكون ثمنًا أو أجرة ، جاز جعله صداقًا . استدل الحنفية بحديث رسول اللَّه ﷺ عن جابر بن عبد اللَّه قال : قال رسول اللَّه ﷺ : « لا مهر أقل من عشرة دراهم » . إلا أنه ضعيف لا تقوم به الحجة . انظر نصب الراية (١٩٦/٣ - ١٩٩) . واستدل الشافعية ومن معهم بما روى سهل بن سعد الساعدي قال : « جاءت امرأة إلى رسول اللَّه ﷺ فقالت إني جئت أهب نفسي ، فنظر إليها رسول اللَّه ﷺ فصعد النظر فيها =

بالدراهم ووصفها بصفة فلم يجز إلغاء الصفة كما لو قال له صحاح أو بيض [١] .

١٥٥٨٣ - احتجوا بأنه ذكر قدرًا مبهمًا وضم إليه صفة مبهمة يحتمل كثرة في الثواب ، ويحتمل في العقاب [٢] .

١٥٥٨٤ - قلنا : هذا يقتضي أن تكون الصفة لغير [٣] الموصوف ، وقد أبطلنا هذا الكلام في المسألة الأولى .

١٥٥٨٥ - قالوا : العشرة غاية الكثرة ، والمقِرُّ يلزمه أقلَّ ما يتناوله الاسم .

١٥٥٨٦ - قلنا : العشرة عندنا أقل ما يتناوله اسم الدراهم الكثيرة [٤] وقد تكلمنا على هذا السؤال

١٥٥٨٧ - قالوا : هلا حملتم الدراهم الكثيرة على المائتين كما حملتم في المال العظيم .

١٥٥٨٨ - قلنا : من أصحابنا من قال : المال العظيم والدراهم الكثيرة عند أبي حنيفة سواء ، كل واحد منهما يحمل على العشرة .

١٥٥٨٩ - قال أيده الله : وقد كان الشيخ أبو عبد الله يروي عن أبي حنيفة أن المال

= وصوبه ثم طأطأ رسول الله ﷺ رأسه ، فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها شيئًا جلست فقام رجل من أصحابه فقال يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها . فقال رسول الله ﷺ وهل عندك شيء؟ قال : لا والله يا رسول الله ، فقال : اذهب إلى أهلك فانظر هل تجد شيئًا ، فذهب ، ثم رجع فقال : لا والله ما وجدت شيئًا ، فقال رسول الله ﷺ : التمس ولو خاتمًا من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئًا ، فقال رسول الله ﷺ : هل معك من القرآن شيء قال : نعم ، سورة كذا وسورة كذا ، فقال رسول الله ﷺ زوجتكما بما معك من القرآن » رواه مسلم في صحيحه (٢١١/٩) وأبو داود في سننه (٣١٨/٣) والترمذي في جامعه (٤٢١/٣) والنسائي في سننه (٦٨/٢) وابن ماجه في سننه (٦٠٨/١) ، والبيهقي في سننه الكبرى (٥٧/٧) . وهذا دليل على أنه لا حدَّ لأقله لأنه لو كان له حدٌّ لبينه الرسول ﷺ ؛ إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة . انظر الهداية (٢٠٤/١) ، الاختيار (٣٨/٣) ، حاشية الدسوقي (٢٩٤/٣) ، بداية المجتهد (١٨/٢ ، ١٩) ، روضة الطالبين (٢٤٩/٧) ، المغني (٢١٠/٧) .

(١) انظر هذا المعنى في المبسوط (٩٨/١٨) . (٢) انظر الحاوي الكبير (١٤/٧) .

(٣) « لغير » بدل « لأمر » المثبتة في النسخ جميعها .

(٤) قال الماوردي في هذا المعنى أن « وصف الشيء بالكثرة والعظم لا يقتضي زيادة قدر محدود لما له من الاحتمال والتجويز ، والإقرار موضوع على إلزام اليقين واطراح الشك » وجاء في مغني المحتاج : قال الشافعي ﷺ : « أصل ما انبنى عليه الإقرار أن ألزم اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبة » . انظر الحاوي الكبير (١٧/٧) ومغني المحتاج (٢٤٨/٢) .

العظيم مائتان [١] والفرق [٢] أن الدراهم تفيد العدد وكثيرة تفيد العدد [أيضًا] [٣] لأن الكثرة لا تكون إلا بزيادة العدد [فاعتبرت الكثرة التي ترجع إلى العدد وقوله عظيم لا يتضمن عددًا ، فوجب أن يحمل على المستعظم لا من حيث العدد] [٤] .

١٥٥٩٠ - والعظيم في الشرع [ما لم يرد به عيب] [٥] فتجب الزكاة فيه بنفسه وتجب على [٦] من تجب عليه الزكاة [٧] .

* * *

(١) انظر حاشية الشيخ شلبي على تبيين الحقائق (٥/٥) .
(٢) في نسخة (ص) : [يظهر أنه لا فرق] وفي (ع) ، (ن) : [الفرق] لعل الصواب ما أثبتناه كما في حاشية الشلبي على التبيين (٥/٥) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٥) في (ع) ، (م) : [لم يرد] وفي (ص) : [لم ير] والصواب ما أثبتناه كما في حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٥/٥) . العظيم في الشرع ما يصير به غنيًا ، هذا ما ذكره الشلبي في حاشيته على التبيين ، وما جاء في التجريد : العظيم في الشرع ما لم يرد عيبًا .
(٦) كلمة [على] ساقطة من جميع النسخ .
(٧) انظر حاشية شلبي على تبيين الحقائق (٥/٥) .

مسألة ٧٧٨

مقدار ما يصدق مَنْ أقر بمائة ودرهم وما شابه ذلك

١٥٥٩١ - قال أصحابنا : إذا قال له عليّ مائة و [١] درهم فالجميع دراهم [٢] فكذلك إن قال مائة و [٣] دينار [٤] وكذلك مائة وشاة [كان الجميع شياه] [٥] استحسانًا [٦] .

١٥٥٩٢ - ذكر في الأصل [٧] ، عن أبي يوسف إذا قال عشرة وثوب كانت كلها ثيابًا وذكر في المنتقى ولو قال : علي عشرة وعبد أنه يرجع في تفسير العشرة إليه [٨] .

---

(١) حرف الواو ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر تبيين الحقائق (٨/٥) ، نتائج الأفكار (٣٣٨/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) ، البناية على الهداية (٥٥٢/٧) ، المبسوط (٩٩/١٨) ، متن القدوري ص٤٤ ، عبارته : « وإن قال له على مائة ودرهم فالمائة كلها دراهم » .

(٣) حرف الواو ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) انظر بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) ، تبيين الحقائق (٨/٥) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) الاستحسان لغة : عد الشيء حسنًا . ويطلق أيضًا على ما يهواه الإنسان ويميل إليه وإن كان ذلك مستقبحًا عند غيره . انظر لسان العرب (٨٧٩/٢) التعريفات للجرجاني ص١٣ . وفي الاصطلاح هو اسم لدليل يعارض القياس الجلي فإنهم سموه بهذا الاسم ، لاستحسانهم ترك القياس بدليل آخر فوقه ، وذلك قد يكون نصًا أو إجماعًا أو ضرورة أو قياسًا خفيًا ، وعرفه السرخسي بأنه : ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس . وقيل : هو طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلي فيه الخاص والعام . وحاصله أنه ترك العسر لليسر وهو أصل في الدين . قال اللَّه تعالى : ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾ من الآية (١٨٥) من سورة البقرة . هذا وقد كثر فيه الخلاف والمدافعة ومنشأ ذلك عدم تحديد مقصود الاستحسان ، فالقائلون به وهم الحنفية وأصحاب مالك . وقد هاجم الشافعي الأخذ به بقوله في رسالته : « من استحسن فقد شرع » ومراده أن من أثبت حكمًا بالاستحسان من غير دليل من الشارع فهو الشارع لذلك الحكم وعنده أن الاستحسان إثبات الحكم بالتشهي من غير دليل شرعي . ولا شك في أن الاستحسان إذا انصرف إلى القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه من غير دليل فهو باطل بالاتفاق ولا يقول به أحد ، وإن كان هو العدول عن دليل إلى دليل أقوى منه فيكون من شرع اللَّه ولا ينكره أحد . انظر كشف الأسرار شرح المصنف على المنار للنسفي (٢٩١/٢ ، ٢٩٢) ، المبسوط (١٤٥/١٠) ، حاشية العطار على جمع الجوامع (٣٩٥/٢) ط دار الكتب العلمية بيروت ، مختصر ابن الحاجب (٢٨٨/٢ ، ٢٨٩) ، البحر المحيط للزركشي (٩٥/٦) ، الرسالة للشافعي ص٢٠٢ .

(٧) انظر المبسوط (٩٩/١٨) .

(٨) حاصل الخلاف بين الحنفية أنه إن قال له عليّ مائة ودرهم كانت كلها دراهم ، وكذا قوله مائة ودرهم أو =

١٥٥٩٣ - وقال الشافعي : في جميع ذلك يرجع في تفسير المعطوف عليه إلى قوله [١] .

١٥٥٩٤ - قالوا : والمذهب [٢] إذا قال مائة وخمسون درهمًا أن الجميع دراهم وكذلك إذا قال عشرة وثلاثة دراهم [٣] .

= مائة وثلاثة دراهم اتفاقًا وكذلك المكيلات والموزونات أي كل ما ثبت في الذمة ، وإن قال : له عليّ مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة إلى المقر وكذلك مائة وثوبان ، هذا ظاهر الرواية . وروى ابن سماعة عن أبي يوسف قوله في مائة وثوب أنه يلزمه مائة ثوب وثوب وكذلك مائة وشاة ، والراجح في المذهب هو الأخذ بظاهر الرواية . انظر نتائج الأفكار (٣٣٩/٨ ، ٣٤٠) ، المبسوط (٩٩/١٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) .

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/٧) ، المهذب للشيرازي (٤٤٦/٢) ، مغني المحتاج (٢٤٩/٢ ، ٢٥٠) . وصورة هذه المسألة : أنه إذا قال له عليّ مائة درهم ودرهم فكل ذلك دراهم إجماعًا ، وإذا قال له عليّ مائة وله عليّ درهم فيرجع إليه في تفسير المائة إجماعًا لإبهامها ، ولا يكون الدرهم المعطوف عليها تفسيرًا لها ، وإذا قال له على مائة ودرهم اختلف العلماء فذهب الشافعية إلى أنه يرجع إليه في تفسير الألف لإبهامها ولا يكون العطف بالدرهم تفسيرًا لها . وبه قال المالكية ، حيث قالوا : إذا قال لفلان على ألف ودرهم أو له ألف وعبد ، أو ألف وثوب ونحو ذلك وأبهم في الألف فإنه يقبل تفسير الألف لأي شيء ذكره سواء فسره بألف دينار أو درهم أو ثوب أو حمار ، ولا يكون المعطوف مفسرًا للمعطوف عليه . وأما الحنابلة فقد ذهب بعضهم مذهب الحنفية حيث قالوا : إن قال عليّ ألف ودرهم أو مائة ودرهم أو مائة وثوب ، فالمجمل من جنس المفسر . وكذلك لو قال ألف درهم وعشرة وألف ثوب وعشرين . وهذا قول القاضي من الحنابلة وابن حامد وأبو ثور ، وقال التميمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير المجمل إليه ، لأن الشيء يعطف على غير جنسه . قال اللّه تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ سورة البقرة من الآية (٢٣٤) ، ولأن الألف مبهم فيرجع في تفسيره إلى المقرّ ، كما لو لم يعطف عليها ، انظر حاشية الدسوقي (٤٠٥/٣) ، الذخيرة للقرافي (٢٧٨/٩) ، الحاوي الكبير (١٨/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٠٧/٥) ، كشاف القناع (٤٨٢/٦) ، الإنصاف (٢١٦/١٢) .

(٢) حيث يقول المذهب أو على المذهب يقصد به الراجح في حكاية المذهب أي يكون هناك أكثر من طريق في نقل المذهب كأن يحكي بعضهم في المسألة قولين أو وجهين لمن تقدم ويقطع بعضهم بأحدهما . انظر تحفة المحتاج (٥١/١ ، ٥٢) ، نهاية المحتاج (٤٩/١) ، مجموعة سبعة كتب مفيدة ص٤٦ .

(٣) وإن قال عليّ مائة وخمسون درهمًا ففيه وجهان عند الشافعية ، أحدهما : أنه يلزمه خمسون درهمًا ويرجع في تفسير المائة إليه كما قلنا في قوله ألف ودرهم ، الثاني : وهو الصحيح أنه يلزمه مائة وخمسون درهمًا . الفرق بينها وبين قوله ألف ودرهم أن الدرهم المعطوف على الألف لم يذكر للتفسير وإنما ذكر للإيجاب ، ولهذا يجب به زيادة على الألف والدراهم المذكورة بعد الخمسين ذكرها للتفسير ، ولهذا لا يجب به زيادة على الخمسين فجعل تفسيرًا لما تقدم ، ويقاس على قوله مائة وخمسون درهمًا وعشرة وثلاثة دراهم أن فيهما الوجهين المتقدمين . انظر نهاية المحتاج (٩١/٥) ، حاشية القليوبي وعميرة (٩/٣) ، روضة الطالبين (٣٧٧/٤) ، المهذب (٤٤٦/٢) ، التكملة الثانية للمجموع (٣٤٠/٢٠) .

١٥٥٩٥ – وقال الإصطخري [١] ابن خيران [٢] أن الخمسين دراهم وكذلك الثلاث ويرجع إليه في بيان الباقي [٣] .

١٥٥٩٦ – لنا : أن حرف العطف يقتضي تساوي الشيئين [كما يقتضيه] [٤] حرف التثنية . هذا ظاهر الكلام / فوجب أن يحمل عليه إلا أن يمنع مانع . ١٧٨/ب

١٥٥٩٧ – و [لا] [٥] يلزم ما إذا قال مائة وعبد ، لأن العبد لا يثبت في الذمة بنفسه [٦] .

١٥٥٩٨ – وقوله عليّ مائة يقتضي ثبوتها في الذمة فجعل في اللفظ ما يقتضي التغاير فخالف بينهما للدلالة [٧] .

---

(١) هو أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى الإصطخري أحد أئمة الفقه الشافعي ، ولد عام ٢٤٤هـ ، والإصطخري منسوب إلى الإصطخر البلدة المعروفة ببلاد فارس ، وكان أبو سعيد قاضيًا لقم أشهر المدن العلمية في إيران ، ولي الحسبة في بغداد وكان ورعًا وزاهدًا في الدنيا وهو من أصحاب الوجوه في المذهب ، قال الإسنوي : كان أبو سعيد وابن سريج شيخي الشافعية ببغداد . ومن مؤلفاته أدب القضاء ، وكتاب الفرائض الكبير وكتاب الشروط والوثائق والمحاضرات والسجلات وغيرها ، توفي الشيخ أبو سعيد يوم الجمعة ١٢ جمادى الآخر سنة ٣٢٨هـ ببغداد ودفن بباب الحرب . انظر ترجمته في طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ١٩٣/٢ ، البداية والنهاية (١٩٣/١١) ، شذرات الذهب (٣١٢/٢) ، تاريخ بغداد (٢٦٨/٧) ، تهذيب الأسماء واللغات (٢٣٧/٢) .

(٢) في (ص) : [ابن جبران] ، وفي (ع) : [رين حيران] ، وفي (م) : [دين جيران] . والصواب : ابن خيران بفتح الخاء المعجمة وسكون الياء وفتح الراء ، هو أبو علي الحسين بن صالح بن خيران من كبار أئمة الشافعية ببغداد بعد ابن سريج ، كان ورعًا متقشفًا ، عرض عليه القضاء فأباه ، وكان يعيب على ابن سريج ولايته القضاء ، توفي يوم الثلاثاء لثلاث عشر بقيت من ذي الحجة عام ٣٢٠هـ . انظر طبقات الشافعية الكبرى (٢١٣/٢) ، تاريخ بغداد (٥٣/٨) ، وفيات الأعيان (٤٦١/١) ، شذرات الذهب (٢٨٧/٢) ، العبر (١٠/٢) .

(٣) جاء في روضة الطالبين : ولو قال خمسة عشر درهمًا فكلها دراهم ، ولو قال خمسة وعشرون درهمًا فكلها دراهم على الصحيح ، وقال ابن خيران والإصطخري : العشرون دراهم والخمسة مجملة ، وعلى هذا الخلاف قوله مائة وخمسون وثلاثة عشر . انظر روضة الطالبين للنووي (٣٧٧/٤) ، المهذب للشيرازي (٤٤٦/٢) ، التكملة الثانية للمجموع (٣٤٠/٢٠) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) الدراهم والدنانير والمكيل والموزون في جميع المعاملات حالة أو مؤجلة تثبت في الذمة ، أما الثياب فلا تثبت في الذمة دينًا إلا في السلم ، والشاة ونحوها كالعبد لا تثبت دينًا في الذمة أصلًا ، وكذلك الدار . انظر نتائج الأفكار (٣٤٠/٨) ، المبسوط (١٠٠/١٨) .

(٧) انظر نتائج الأفكار (٣٣٩/٨) .

١٥٥٩٩ - ولأنه أقر بقدر من جنسه ثبت في الذمة بنفسه عطفًا على عدد مبهم ، فكان الجميع من جنسه . أصله إذا قال : لفلان عليّ مائة درهم [و] (١) درهم زعفران .

١٥٦٠٠ - ولا يلزم إذا قال : مائة وعبد لأن العبد ليس بقدر ، ولأنه لا يثبت في الذمة بنفسه ، ولأنه أقر بجملتين عطف إحداهما على الأخرى ، أحدهما من جنس الدراهم فوجب أن يكون المبهم من جنسها أصله إذا قال : ثلاث دراهم ودينار .

١٥٦٠١ - ولأنه عطف جملة معلومة تتقدر بنفسها ، والجنس على جملة مبهمة فوجب أن يكون الجميع من جنسها . أصله إذا قال : مائة وخمسون درهمًا ، ولا يلزم إذا قال : مائة وثوب ، لأن ثوبًا لا يدل على القدر بنفسه (٢) .

١٥٦٠٢ - وقد قال أصحابنا إنه لو قال مائة وثوبان [اثنان] (٣) كان الجميع من الثياب ولأنه ذكر العدد الدال على المقدار .

١٥٦٠٣ - فإن قيل (٤) : الأصل غير مسلم .

١٥٦٠٤ - قلنا : خلاف الإصطخري لا ينقض الإجماع (٥) وقد أجمع المسلمون (٦) على أن من باع ثوبًا بمائة وخمسين درهمًا جاز . ولولا أن الجميع من

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر المبسوط (١٨/١٠٠) ، بدائع الصنائع (٧/٢٢٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) في (ص) : [قالوا] : لعل الصواب « فإن قيل » كما في (ع) ، (م) .

(٥) في (ص) ، (ع) : [لا يعقد على الإجماع] ، وفي (م) « لا يعقد عن الإجماع » وقد أبدلنا به : « لا ينقض » .

(٦) الإجماع لغة يطلق على معنيين أحدهما : العزم على الشيء والتصميم عليه كأنه جمع نفسه عليه والأمر مجمع ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فَأَجْمِعُوٓاْ أَمْرَكُمْ وَشُرَكَآءَكُمْ ﴾ » الآية (٧١) من سورة يونس : . وفي الحديث : « من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له » أخرجه الترمذي في سننه عن حفصة مرفوعًا . (٢/١١٧) . وفي باب ما جاء لا صيام لمن لم يعتزم من الليل ، والنسائي في سننه في باب النية في الصيام (٤/١٩٧ ، ١٩٨) . والثاني : الاتفاق ، يقال أجمع القوم على كذا أي اتفقوا ، وصاروا ذوي جمع كما يقال : ألبن وأثمر إذا صار ذا لبن وذا ثمر . انظر لسان العرب (١/٦٨١) ، القاموس المحيط (٣/١٥) ، المصباح المنير (١/١٣٢) وفي الاصطلاح عرفه القاضي البيضاوي بأنه : اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ على أمر من الأمور . وجاء في إرشاد الفحول أنه : اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور على أمر من الأمور . انظر منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي المتوفى سنة ٦٨٥هـ ، إرشاد الفحول (٢٨٦) . ويتميز هذا التعريف الأخير بذكر بعد وفاته ﷺ إذ لا ينعقد الإجماع في حياته ، وذكر في عصر من العصور حتى يخرج ما يتوهم من =

الدراهم لم تصح [١] .

١٥٦٠٥ - فإن قيل : قوله : [مائة وخمسون درهمًا] [٢] ذكر التفسير فاقتضى كون المفسر من جنس الدراهم [٣] .

١٥٦٠٦ - قلنا : غلط لأن درهما لا يفسر المائة ، لأنه لا يفسر من الأعداد إلا أحد عشر وتسعة وتسعين ، وما سوى ذلك إضافة وليس بتفسير [٤] فقوله : درهمًا تفسير للخمسين وهي معطوفة على المائة فصارت من جنسها [٥] .

١٥٦٠٧ - احتجوا : بأن العرب تعطف جنسًا على جنس وجنسًا على غيره فتقول : رأيت زيدًا وعمرًا ، ورجلاً وحمارًا فجاز أن يكون العطف من جنس الأول ، وجاز أن يكون من غير جنسه . وتحرير هذا : أنه مسوق على غيره فوجب أن لا يكون [٦] تفسيرًا للمعطوف عليه كقوله مائة ودار [٧] .

١٥٦٠٨ - الجواب : ما بينا أن عطف الجملة على الجملة يقتضي تساويهما في الظاهر كما تقتضي التثنية ؛ فقوله (عليّ مائة) مبتدأ ، وقوله (ودرهم) معطوف على

= أن المراد بالمجتهدين جميع مجتهدي الأمة في جميع الأعصار إلى يوم القيامة فإنه يؤدي إلى عدم ثبوت الإجماع .

(١) قال ابن المنذر في كتابه الإجماع : وأجمعوا على من باع معلومًا من السلع حاضرًا بمعلوم من الثمن قد أحاط البائع والمشتري بالسلعة معرفة البيع جائز . انظر كتاب الإجماع ص٥٥ ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٣) انظر مغني المحتاج (٢٤٩/٢ ، ٢٥٠) .

(٤) والمائة عدد معروف وهي من الأسماء الموصوف بها ، حكى سيبويه : مررت برجل مائة إبله ، والجمع مئات ومئون على وزن معون ، ويقول العرب مائة درهم مضاف ومضاف إليه . انظر لسان العرب (٤١٢٤/٦) ، المبسوط (١٠٠/١٨) .

(٥) لأن المعطوف مع المعطوف عليه بمنزلة المضاف مع المضاف إليه إذ كل منهما للتعريف ، ثم المضاف يجعل تعريفًا للمضاف إليه إذا كان صالحًا له ، فكذلك المعطوف يجعل تعريفًا للمعطوف عليه إذا كان صالحًا له - والصلاحية موجودة في المكيلات والموزونات ، لأنها تثبت في الذمة في جميع المعاملات حالا ومؤجلا ويجوز الاستقراض فيها ولعموم البلوى جعلنا العطف فيها تفسيرًا . انظر المبسوط (١٠٠/١٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) .

(٦) في (ع) ، (م) : [لا وجب أن يكون] وذلك مخالف لمذهب الشافعي والصحيح ما أثبتناه كما في (ص) . المهذب (٤٤٦/٢) .

(٧) انظر هذا الدليل في المهذب للشيرازي (٤٤٦/٢) ، وعبارته لأن العطف لا يقتضي أن يكون المعطوف من جنس المعطوف عليه ، لأنه قد يعطف الشيء على غير جنسه ، ألا ترى أنه يجوز أن تقول رأيت رجلًا وحمارًا ، كما يجوز أن تقول رأيت رجلًا ورجلًا » .

المقدار مرتفعة بالابتداء ، وقوله (عليّ) خبر مقدم على المبتدأ ، هذا ظاهر الكلام ، وغيره معدول به عن الظاهر ، فلا اعتبار به والمعنى في الأصل أن الدار لا تثبت في الذمة بنفسها ، وقوله (عليّ مائة) يقتضي ثبوت عدد في الذمة ، فلما عطف عليه ما يخالفه في حكمه دل ذلك على التغاير ، وهذا لا يوجد في قوله : [مائة] [1] ودرهم .

١٥٦٠٩ - ومعنى قولنا : أنه ثبت في الذمة بنفسه أنه ثبت بإطلاق العقد وبالاستهلاك ثبوتًا صحيحًا . ولهذا قلنا : في مائة وشاة أنها من الشياه ، ولأن الشاة تثبت [2] بالإطلاق في النكاح [3] .

١٥٦١٠ - فإن قيل : المستهلكات كلها تثبت في الذمة عند أبي حنيفة .

١٥٦١١ - قلنا : لا تثبت ثبوتًا صحيحًا ، لأن المطلق لا يتعلق بما لا مثل له [4] .

١٥٦١٢ - قالوا : قولكم إن عَلَيَّ يقتضي ثبوت المائة في ذمته [5] .

١٥٦١٣ - قلنا : لا نسلم ، لأن عندنا إذا قال : لفلان عليّ [مائة ثم أحضر مائة فقال : هي هذه ، وهي وديعة عندي ، قبل قوله ، علمًا بأننا قد اتفقنا أنه لو قال لفلان عليّ] [6] ألف ثم قال : كانت وديعة عندي فهلكت لم يقبل قوله .

١٥٦١٤ - وهذا يدل [على] [7] أن الإقرار اقتضى الثبوت في الذمة وما ادعيتموه مذهبا لكم لا نوافقكم عليه ولا يضرنا [8] .

١٥٦١٥ - فإن قيل : لو قال له عليّ مائة وسكت [9] ، ووقف ثم قال : هي إثبات قبل قوله [فلو كان] [10] إطلاق قوله عليّ يقتضى ما ثبت في الذمة بنفسه لم يصح

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) في (ص) : [يطلق] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٣) انظر هذا المعنى في بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) ، المبسوط (١٠٠/١٨) .

(٤) انظر المرجعين السابقين .

(٥) انظر الحاوي (٦١/٧) ، بدائع الصنائع (٢٠٧/٧) وعبارته : « ركن الإقرار نوعان : صريح ودلالة : فالصريح نحو أن يقول : لفلان عليّ ألف درهم لأن كلمة (عليّ) كلمة إيجاب لغة وشرعًا . قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً ﴾ من الآية (٩٧) سورة آل عمران .

(٦ ، ٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٨) انظر هذا المعنى في فتح القدير (٣١٢/٧ ، ٣٥٠) .

(٩) في (ع) ، (م) : [وقف وسكت] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

هذا التفسير .

١٥٦١٦ – قلنا : إذا قال عليّ مائة وسكت لم يصدق إلا أن [١] يفسر بما يثبت في الذمة بنفسه .

١٥٦١٧ – قالوا : كل من أقر جملة ووصلها بصلة [لم يجز أن يلزمه بصلة] [٢] زيادة لما يلزمه [٣] . فإن لزمه بها زيادة لم يكن تفسيرًا كقوله مائة وثوب ، وإن لم تلزمه بها زيادة لم يكن تفسيرًا [٤] .

١٥٦١٨ – قلنا : ليس بتفسير عندنا ؛ فقد بينا أن التفسير [عندنا] [٥] لا يكون في أكثر من تسعة وتسعين ، وإنما هو عطف على موضع مسلم .

١٥٦١٩ – قالوا : الصلة إذا وقع بها للتفسير بجملة خالفت الجملة في إعرابها كقوله عشرون درهمًا و ألف درهم ، وإذا وافقتها في إعرابها لم يكن تفسيرا لها كقوله ألف درهم [٦] .

١٥٦٢٠ – قلنا : قد بينا أنها اسم عُطِفَ على اسم وليست بتفسير . و قولهم في ألف درهم أنه تفسير غلط ، وإنما هو إضافة ولا يكون التفسير إلا في العدد الذي بيناه من أحد عشر إلى تسعة وتسعين فضيلة وزائدة ، والمضاف والمضاف إليه كالشيء الواحد [٧] .

* * *

---

(١) في نسخة (ع) أنه .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ع) ، (م) : [لا يلزمه] .

(٤) انظر هذا المعنى في الحاوي (٧/١٨) ، الذخيرة للقرافي (٩/٢٧٨) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) انظر النكت ورقة ٣٠٦ (ع) في هذا المعنى في أثناء الجواب على أدلة الحنفية .

(٧) انظر المبسوط (١٨/١٠٠) .

مسألة ٧٧٩

الإقرار بالمظروف يقتضي الإقرار بالظرف كالثوب في المنديل

١٥٦٢١ - قال أصحابنا : إذا قال غصبت ثوبًا في منديل لزماه جميعًا [١] ولو قال : ثوبًا في عشرة أثواب لزمه أحد عشر ثوبًا عند محمد [٢] وهو الصحيح [٣] .

١٥٦٢٢ - وقال الشافعي : إذا قال ثوبًا في منديل أو تمرًا في جراب ، فالوعاء للمقر [٤] ولو قال له : السفينة بطعامها والدابة بسرجها لزماه [٥] .

---

(١) انظر الهداية (١٨٣/٣) ، نتائج الأفكار (٣٤٢/٨) ، فتح القدير (٣١٩/٧) ، بدائع الصنائع (٢٢١/٧) . وبه قال سحنون من المالكية وهو وجه عند الحنابلة . انظر التبصرة (٥٥/٢) والتاج والإكليل على هامش مواهب الجليل (٢٣٠/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٠٠/٥ ، ٣٠١) .

(٢) عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يلزمه إلا ثوب واحد لأن حرف (في) يستعمل في البين والوسط أيضا ، فقال الله تعالى : ﴿ فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ﴾ الآية (٢٩) من سورة الفجر . أي بين عبادي ، فوقع الشك في المراد بحرف (في) ، وبالشك لا يثبت ما زاد على الواحد والأصل براءة الذمة . انظر الهداية (١٨٣/٣) ، نتائج الأفكار (٣٤٢/٨ ، ٣٤٣) ، بدائع الصنائع (٢٢١/٧) .

(٣) الراجح في المذهب هو ما ذهب إليه الإمام محمد بن الحسن ، لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف ، حيث جعلها ظرفا لثوب واحد فأشبه الإقرار بثوب في منديل أو في ثوب وقد أمكن العمل بالحقيقة فلا يصار إلى المجاز . انظر فتح القدير (٣١٩/٧) ، تبيين الحقائق (١٠/٥) ، البدائع (٢٢١/٧) .

(٤) انظر كتاب الأم للشافعي (٢٤٥/٣) ، الحاوي الكبير (٢٥/٧) ، حاشية قليوبي وعميرة (١٠/٣) مغني المحتاج (٢٥١/٢) . وبه قال ابن عبد الحكم من المالكية ، وهو المشهور عندهم وهو المذهب عند الحنابلة . انظر التاج والإكليل على هامش مواهب الجليل (٢٣٠/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٠٠/٥ ، ٣٠١) . وتفصيلاً لذلك قال المالكية : لو قال له عندي ثوب في صندوق وزيت في جرة لزمه المظروف . وفي لزوم ظرفه قولان : إذا كان المظروف يستقل بدون ظرفه كالثوب لا يلزم الظرف ، وأما إن كان لا يستقل بدون ظرفه كالزيت فإن الظرف يلزم اتفاقًا كالمظروف ، فقال ابن شاش : إذا قال عندي زيت في جرة كان مقرًا بالزيت والظرف ، ولو قال ثوب في صندوق أو في منديل فقال ابن عبد الحكم يكون مقرًا بالثوب دون الوعاء وهو المشهور ، وقال سحنون يلزمه الوعاء أيضًا . انظر حاشية الدسوقي (٤٠٩/٣) ، التاج والإكليل على هامش مواهب الجليل (٢٣٠/٥) ، الذخيرة (٢٧٩/٩ ، ٢٨٠) . وعند الحنابلة إذا قال غصبت منه ثوبًا في منديل أو زيتًا في زق ففيه وجهان : أحدهما : يكون مقرًا بالمظروف دون الظرف ، هذا اختيار ابن حامد والقاضي وأصحابه ، لأن إقراره لم يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه ، الثاني : يلزمه الجميع لأنه ذكر ذلك في سياق الإقرار ويصلح أن يكون مقرًا به فلزمه ، وقد نقل صاحب الإنصاف الوجهين أيضًا وقال إن المذهب أنه إقرار بالمظروف دون الظرف . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٠٠/٥ ، ٣٠١) ، كشاف القناع (٤٨٦/٦) ، الإنصاف (٢٣٣/١٢) .

(٥) انظر التكملة الثانية للمجموع (٣٢١/٢٠) ، وفي الشامل [ولو قال دابة بسرجها كان مقرًا بالسرج ولو =

١٥٦٢٣ - لنا : أنه وصف المنديل بأنه ظرف للثوب حال الغصب [وهذا يقتضي إيقاع الفعل فيهما فدخلا في ضمانه ، ولأن المنديل ظرف له حال الغصب] [(١)] فصار كما لو قال : ثوبًا في منديل غصبته [(٢)] .

١٥٦٢٤ - ولأنه أقر بإيقاع الغصب فيما هو ملفوف في غيره فلزمه ردهما ، كما لو قال غصبت ثوبًا بلفافة .

١٥٦٢٥ - ولا يلزم إذا قال : غصبت درهمًا في درهم أو في قفيز لأن هذه الأشياء لا تكون ظروفًا .

١٥٦٢٦ - ولا يلزم إذا قال : [بعت] [(٣)] زعفرانًا في سلة ، لأن التعليل وقع للغصب ولإيقاع الفعل . والفرق بينهما من طريق المعنى : أن البيع طريقه الإقرار فتميز بعضَ الشيء ، والغصب فعل فلا يمكن إيقاعه في ثوب ملفوف دون الظرف .

١٥٦٢٧ - ولا يلزم إذا قال دابة في إصطبل [(٤)] لأنه يقر بغصب الإصطبل والعقار لا يضمن بالغصب [(٥)] .

١٥٦٢٨ - احتجوا : بأنه أقر بشيء في ظرفه فوجب أن لا يكون مقرًا بظرفه ، كقوله دابة في إصطبل ونخلة في بستان .

١٥٦٢٩ - قلنا : إيقاع الفعل لا يمكن في الثوب الملفوف إلا بعد إيقاع الفعل في ظرفه فوجب ضمانه . [(٦)] ويمكن إيقاع الفعل في الدابة دون موضعها فلم يدخل في

= قال له عندي سفينة بطعامها كان مقرًا بهما ، لأن الباء تعلق الثاني على الأول] . وبه قال الحنفية من باب أولى والحنابلة بلا خلاف . انظر نتائج الأفكار (٣٤٠/٨) ، مغني المحتاج (٢٥٢/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٠٢/٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، ويوجد بهامش نسخة (ص) .

(٢) انظر نتائج الأفكار (٣٤٢/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢١/٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) الإصطبل بكسر الهمزة أعجمي معرب وهو بيت الخيل ونحوها . والجمع إصطبلات . انظر المصباح المنير (٢١/١) ، لسان العرب (٨٨/١) ، تهذيب الأسماء واللغات (٩/٣) .

(٥) من أقر بدابة في إصطبل لزمه الدابة خاصة لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما . لأن الغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل عندهما . وعند محمد يضمن الدابة والإصطبل لأن محمدًا يرى غصب العقار فيدخلان في الضمان عنده كما يدخلان في الإقرار . انظر نتائج الأفكار (٣٤١/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢١/٧) ، الهداية (١٨٣/٣) .

(٦) في (ع) ، (م) : [فدخل في ضمانه] .

ضمانه (١) .

١٥٦٣٠ - قالوا : المفسر يلزمه ما صرح به . وإن كان مبهمًا رُجِع في تفسيره إليه . وقوله ثوب في منديل مبهم ، لأنه يحتمل أن يكون منديلاً له ويحتمل (أن يكون لغيره) ، (٢) فلم يلزمه المنديل بالشك (٣) .

١٥٦٣١ - قلنا : هذا يبطل إذا قال دابة بسرجها ، لأن الدابة قد تكون لمالكها ويكون [السرج] (٤) لغيره ومع ذلك يلزم المقر الدابة والسرج ، وكذلك إذا قال : ثوب بلفافة (٥) .

* * *

(١) انظر نتائج الأفكار (٣٤٠/٨) .

(٢) في (ع) ، (م) : [ويحتمل له] .

(٣) انظر هذا المعنى في مغني المحتاج (٢٥١/٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) مذهب الشافعي في ذلك : لو قال عندي دابة مع سرجها إنه إقرار بهما فيلزمه جميعًا . انظر الحاوي الكبير (٢٥/٧) . ورغم ذلك فإنهم يقولون بلزوم الدابة مع سرجها والسفينة بطعامها ، ولا يقولون بلزوم الثوب مع المنديل . الأصل في ذلك أن من أقر بشيئين أحدهما ظرف للآخر فإما أن يذكرهما بكلمة (في) أو بكلمة (من) فإن كان الأول كقوله : غصبت من فلان تمرًا في قوصرة وهي وعاء التمر ، أو ثوبًا في منديل لزماه لأن غصب الشيء هو مظروف لا يتحقق بدون الظرف . وإن كان الثاني : كقوله : تمرًا من قوصرة وثوبًا من منديل لم يلزم إلا المظروف لأن كلمة (من) للانتزاع فيكون إقرارًا بغصب المنزوع ، لا يلزمه الثاني لأنه غير صالح أن يكون ظرفًا لما أقر بغصبه . انظر نتائج الأفكار (٣٤١/٨) .

مسألة ٧٨٠

الاستثناء مما أقر به

١٥٦٣٢ - قال أصحابنا : إذا أقر واستثنى [١] من جنس [٢] المقر به جاز [٣] . وإن استثنى من غير جنسه ، فإن كان استثنى ما لا يثبت في الذمة بنفسه لم يصح [٤] وإن استثنى ما ثبت في الذمة من غير جنسه جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللَّه [٥] .

---

(١) الاستثناء لغة : هو استفعال من ثنى يثني ثنيا من الكف والرد ، والاستثناء والثنية رد الشيء بعضه على بعض . وفي الاصطلاح عرفه فخر الدين الرازي أنه : ما يدخل في الكلام لإخراج بعضه بلفظه ولا يستقل بنفسه . وعرفه الجرجاني بأنه : إخراج الشيء من الشيء بأداة لولاها لوجب دخوله فيه . وأدواته من الحروف : « إلا » ومن الأسماء : « غير وسوى » ومن الأفعال : « ليس ولا يكون وعدا وخلا المقرونتان بما . ومما اتفق على أن يكون حرفًا واختلف في أنه هل يكون فعلًا حاشا . ومن مجموع الحرف والاسم « لا سيما » . انظر المصباح المنير (١١٨/١) ، لسان العرب (٥١٧/١) ، المغرب للمطرزي ٧١ ، التعريفات ٣٩ ، الاستغناء في الاستثناء للقرافي تحقيق محمد عبد القادر عطا (٢١/١٤) ، دار الكتب العلمية بيروت . من ١٤ - ٢٩ .

(٢) كقوله : عليّ ألف درهم إلا درهم ، فيلزمه تسعمائة وتسعة وتسعون درهمًا . انظر الهداية (١٨٤/٣) ، الاختيار (١٧٧/٢) ، وتبيين الحقائق (١٣/٥ - ١٤) ، وحاشية الشلبي عليه .

(٣) إذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه فهو على ثلاثة أوجه :

١ - استثناء القليل من الكثير نحو أن يقول : على عشرة دراهم إلا ثلاثة دراهم ، ولا خلاف في جوازه ، ويلزمه سبعة دراهم .

٢ - استثناء الكثير من القليل بأن قال : لفلان على تسعة دراهم إلا عشرة جائز في ظاهر الرواية ، ويلزمه درهم ، وروي عن أبي يوسف أنه لا يصح ، وعليه العشرة ، والصحيح أنه يجوز لكنه غير مستحسن عند أهل اللغة .

٣ - استثناء الكل من الكل بأن يقول : لفلان على عشرة دراهم إلا عشرة دراهم فباطل وعليه عشرة كاملة لأنه ليس باستثناء بل إبطال الكلام ورجوع عن الإقرار فلا يجوز ، فيلزمه العشرة . انظر بدائع الصنائع (٢١٠/٧) المبسوط (٨٧/١٨) .

(٤) الاستثناء من غير جنسه إما أن يكون مما يثبت دينًا في الذمة وإما أن يكون مما لا يثبت دينًا في الذمة مطلقًا كالثوب ، ولا يصح الاستثناء وعليه جميع ما أقر به عند الحنفية ؛ فإن قال : له على عشرة دراهم إلا ثوبًا لزمته الدراهم العشرة ، ومثله الشاة والدار لأنها ليست بثمن أصلاً أي لا ذاتا ولا وصفًا . انظر نتائج الأفكار (٣٥٦/٨) ، وبدائع الصنائع (٢١٠/٧) .

(٥) إن كان المستثنى ما لا يثبت دينًا في الذمة مطلقًا من المكيل أو الموزون أو العددي المتقارب بأن قال : لفلان على مائة درهم إلا دينارًا أو إلا حنطة أو دينارًا إلا مائة جوزة يصح الاستثناء عند الشيخين ﵄ ويطرح مما أقر به قدر قيمة المستثنى استحسانًا ، وفي القياس لا يصح هذا الاستثناء . وهو قول محمد وزفر من الحنفية . وبه قال الحنابلة . وذهب الإمامان مالك والشافعي إلى صحة الاستثناء من غير الجنس مطلقًا ، جاء في=

١٥٦٣٣ - وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ : لا يجوز الاستثناء من غير الجنس [١] .

١٥٦٣٤ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : يجوز استثناء غير الجنس الموجب في جميع الاستثناء ويخرج من الجملة المستثنى [٢] .

١٥٦٣٥ - لنا : أن الاستثناء يُخْرِجُ من الكلام ما لولاه لدخل فيه ، وهذا لا يوجد في غير الجنس فإن ألزمونا لزم ما لم يثبت في الذمة [٣] .

١٥٦٣٦ - قلنا : هذا أصل من الأصول يجب استعماله إلا أن يمنع مانع [كالعموم فلا يناقض ولأنه استثناء ما لا يثبت في الذمة بنفسه مما يثبت في الذمة] [٤] فصار كما لو قال ألف إلا كلب .

١٥٦٣٧ - احتجوا : بأن الاستثناء من غير الجنس ورد به الشرع واللغة ، قال الله تعالى : ﴿ فَسَجَدَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ۝ إِلَّآ إِبْلِيسَ ﴾ [٥] وقال ﴿ لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْثِيمًا ۝ إِلَّا قِيلًا سَلَٰمًا سَلَٰمًا ﴾ [٦] .

= حاشية الدسوقي وصح الاستثناء بغير الجنس ، كألف من الدراهم إلا عبدًا ، وسقطت من الألف قيمته ولزمه ما بقي ، والإقرار صحيح . ولو قال : له عندي عبد إلا ثوبًا طرحت قيمة الثوب من قيمة العبد . وفي قوله : « له عندي ألف درهم إلا عشرة » طرح صرفها منه فإن استغرقت القيمةُ المقرَّ به بطل الاستثناء » وهو استثناء الكل من الكل . انظر حاشية الدسوقي (٤١١/٣) ، التاج والإكليل هامش مواهب الجليل (٢٣١/٥) ، الذخيرة (٢٩٩/٩) . وقال الماوردي : لا يختلف أصحابنا في أن الاستثناء في الإقرار يصح من جنسه أو من غير جنسه بشرط أن لا يستغرق . فإن قال : له عليّ ألف درهم إلا ثوبًا يكون الثوب قيمته دون ألف حتى لا يستغرق ، فإن فسره بثوب قيمته ألف بطل التفسير فيلزمه ألف . انظر الحاوي الكبير (١٩/٧) ومغني المحتاج (٢٥٨/٢) . وقال ابن قدامة في المغني : من أقر بشيء واستثنى من غير جنسه كان استثناؤه باطلًا ، إلا أن يستثنى عينًا من ورق أو ورقًا من عين . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٧٧/٥) وكشاف القناع (٤٦٨/٦ - ٤٦٩) والإنصاف (١٧٧/١٢) .

(١) انظر بدائع الصنائع (٢١٠/٧) ، والمبسوط (٨٧/١٨) .

(٢) انظر المهذب للشيرازي (٤٤٦/٢) ، الحاوي (١٩/٧) ، مغني المحتاج (٢٥٨/٢) . وعبارة الشربيني : « ويصح الاستثناء من غير الجنس بألف إلا ثوبًا ويبين بثوب قيمته دون ألف حتى لا يستغرق . وهو الراجح .

(٣) انظر الأفكار (٣٥٤/٨) والهداية (١٨٤/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) سورة الحجر : الآية ٣٠ ، ٣١ . وتكملتها ﴿ أَبَىٰٓ أَن يَكُونَ مَعَ ٱلسَّٰجِدِينَ ﴾ .

(٦) سورة الواقعة : الآية ٢٥ ، ٢٦ . وجه الدلالة من الآيات : أن الله تعالى استثنى إبليس من الملائكة في الأولى وليس منهم ، واستثنى سلامًا من اللغو في الثانية وهو غير جنسه فدل ذلك على جوازه من غير الجنس . انظر هذا الدليل مع وجه الدلالة في المهذب (٤٤٦/٢) والحاوي الكبير (١٩/٧) ومغني =

١٥٦٣٨ - وقالوا [١] :

وبَلْـدةٍ ليـس بهـا أنـيـس إلا اليَعَافِيرُ وإلا العِيسُ [٢]

١٥٦٣٩ - وقال النابغة [٣] :

وَقَفْتُ بها أُصيلانًا أُسَائِلُهَا أعْيَتْ جَوَابًا وما بالرَّبْعِ من أَحَدِ

إلا أَوَارِيَّ لأْيًا ما أُبيِّنُها والنُّؤْيُ كالحَوْضِ بالمظلومةِ الجَلَدِ [٤]

=المحتاج (٢٥٨/٢) .

(١) هذا البيت قطعة من الرجز لعامر بن الحارث ، وهذه رواية النحاة وهي غير واردة في ديوانه . الشاهد هو استثناء الشيء من غير جنسه حيث إنه استثنى اليعافير والعيس من الأنيس ، وإن لم يكن منهم . وهو استثناء منقطع معناه الذي يقوم مقام الأنيس اليعافير والعيس ، اليعافير جمع يعفور وهو ولد الظبية أو ولد البقرة الوحشية ، وقيل تيوس الظباء ، والعيس الإبل البيض الذي يخالط بياضها شيء من الشقرة ويقال هي كرائم الإبل ، وواحدها أعيس ، والأنثى عيساء . انظر ذلك كتاب سيبويه (٣٢٢/٢) ، أوضح المسالك (٢٦١/٢) ، النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن أحمد الركبي بذيل المهذب (٤٤٧/٢) .

(٢) انظر هذا الشعر كدليل عند الشافعية في الحاوي الكبير (١٩/٧) ومغني المحتاج (٢٥٨/٢) والمهذب (٤٤٧/٢) .

(٣) هو النابغة الذبياني ، أبو أمامة زياد بن معاوية بن ضباب الذبياني الغيطاني المضري ، شاعر جاهلي من الطبقة الأولى من أهل الحجاز ، مات قبل الهجرة نحو سنة ٦٠٥ ميلادية ، كانت تضرب له قبة من جلد أحمر بسوق عكاظ فتقصده الشعراء فتعرض عليه أشعارها وكان الأعشى وحسان والخنساء ممن يعرض شعرهم على النابغة وكان أبو عمرو وابن العلاء يفضلانه على سائر الشعراء وهو أحد الأشراف في الجاهلية ، له شعر كثير جمع بعضه في ديوان صغير . انظر الأعلام (٥٥/٣) ومعجم المؤلفين (١٨٨/٤) .

(٤) هذان البيتان من قصيدة الدالية للذبياني التي يعدونها من المعلقات ومطلعها :

يا دار ميَّة بالعلياء فالسند أقوت وطال عليها سالف الأمد

ومعنى : (وقفت بها أصيلانا) : أنه مر بالدار عشيًّا قصيرًا فوقف فيها وسألها عن أهلها توجعًا وتذكرًا ، وأصيلان تصغير أصيل وهو العشي ، وإنما صغره ليدل على قصر الوقت ، وأنه لشدة حزنه وتوجعه لم يمنعه ضيق الوقت وقصره من الوقوف بالدار والسؤال عن أهلها . وقوله : (أعيت جوابا) : أي أعيت بالجواب فلم تجبني وليس بها أحد يكلمني ، وقوله : (الربع) منزل القوم وكأنه سمي بذلك لإقامتهم فيه زمن الربيع ، (الأواري) : محابس الخيل ومرابطها واحده أري ، (النوي) حاجز من التراب حول الخباء لئلا يدخله السيل ، (المظلومة) : الأرض التي لم تمطر فجاءها السيل فملأها ، (الجلد) : الأرض الصلبة ، يقول : ليس في الدار شيء إلا محابس الخيل قد خفي أثرها فلا أتبينها إلا بعد جهد ، الشاهد أنه استثنى الأواري من أهل القرية وليست من جنسها . انظر ديوان النابغة الذبياني تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ط دار المعارف (١٥/١٤) ، كتاب سيبويه لابن قنبر (٣٢١/٢) ، وأوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك (٢٦٣/٢) ، وشرح الأشموني على ألفية ابن مالك (٤٣٥/٢) .

١٥٦٤٠ - قلنا : هذا كلام لا تعرفه لغة العرب في الاستثناء وإنما سمى الاستثناء المنقطع ، وتكون بمعنى لغة . فأما أهل الحجاز فيقولون : إنه ليس باستثناء والقرآن [١] بلغتهم نزل ، ولهذا قال : إلا إبليس بالنصب ، وقال : سلاما [٢] ولم يعدلوا ، لأن البدل [٣] لا يكون إلا من الجنس .

١٥٦٤١ - فأما بنو تميم [فيقولون] [٤] فإنها وجدت علاقة أبدلت ورفعت [٥] .

١٥٦٤٢ - حكى سيبويه [٦] عنهم : لا أحد فيها إلا حمار واحد [٧] لا يقع إلا على من يعقل ، إلا أنهم قالوا : معناه ليس فيها شيء إلا حمار .

---

(١) القرآن مصدر بمعنى القراءة وفي الاصطلاح : كلام اللّه تعالى المعجز المنزل على الرسول ﷺ بواسطة جبريل الأمين المكتوب في المصاحف المنقول إلينا نقلاً متواترًا المتعبد بتلاوته المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس . انظر إرشاد الفحول (١٤١/١) ، دراسات حول القرآن والسنة للدكتور شعبان إسماعيل ١٧ ، ١٨ ، طبع مكتبة النهضة المصرية .

(٢) بالنصب .

(٣) البدل هو العوض ، وفي الاصطلاح : التابع المقصود بالحكم بلا واسطة . انظر أوضح المسالك (٣٩٩/٣) والتعريفات ص٥٨ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٥) التحقيق في ذلك إن كان الكلام تامًا ، فإن كان موجبًا وجب نصب المستثنى نحو : ﴿ فَشَرِبُوا۟ مِنْهُ إِلَّا قَلِيلًا مِّنْهُمْ ﴾ من سورة البقرة : الآية رقم (٢٤٩) . وإن كان الكلام غير موجب فإن كان الاستثناء متصلاً فالأرجح اتباع المستثنى للمستثنى منه ، بدل عند البصريين وعطف نسق عند الكوفيين ، فقال البصريون : الاسم الواقع بعد إلا بعد كلام تام منفي إذا أتبع ما قبله فهو بدل بعض من كل . وقال الكوفيون : إن (إلا) حرف عطف بمنزلة لا العاطفة التي تعطي لما بعدها ضد حكم ما قبلها ، والاسم الذي بعدها معطوف عطف نسق بإلا على الاسم الذي قبلها . وإن كان الاستثناء منقطعًا فإن لم يكن تسليط العامل على المستثنى وجب النصب اتفاقًا ، نحو : ما نفع زيد إلا ما ضره إذ لا يقال نفع الضر . وإن أمكن تسليطه فالحجازيون يوجبون النصب وعليه قراءة السبعة في قوله تعالى : ﴿ مَا لَهُم بِهِۦ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا ٱتِّبَاعَ ٱلظَّنِّ ﴾ من الآية (١٥٧) سورة النساء . وتميم ترجحه وتجيز الإتباع كقوله : وبلده ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس . انظر أوضح المسالك (٢٦١/٢) ، شرح الأشموني (٤٤١/٢ ، ٤٤٢) .

(٦) هو إمام النحاة أبو بشير عمرو بن عثمان بن قنبر ، وهو فارسي الأصل المعروف بسيبويه ، ولد بالبيضاء نحو عام ١٣٨هـ ويقال إن مولده ومسقط رأسه كان بالأهواز ثم هاجر أهله إلى البصرة ونشأ بها ، وتوفي على الراجح سنة١٨٠هـ . من تأليفاته : الكتاب أو كتاب سيبويه وهو من أجل ما ألف في هذا الشأن ، شيوخه : حماد بن سلمة ، والخليل بن أحمد ، ويونس بن حبيب البصري ، أما تلاميذه : فقد كان لسيبويه تلاميذ كثيرون أبرزهم : الأخفش وقطرب البصري . انظر سير أعلام النبلاء (٣٥١/٨) وإنباه الرواة على أنباه الرواة للقفطي تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم (٣٤٦/٢ - ٣٦٠) ط دار الفكر العربي بالقاهرة ، العبر (٢١٥/١) ، مرآة الجنان (٤٤٥/١) ، شذرات الذهب (٢٥٢/١) ، بغية الوعاة (٢٢٩/٢) ، البداية (١٧٦/١٠) .

(٧) انظر كتاب سيبويه (٣١٩/٢) تحقيق وشرح عبد السلام هارون ، وأوضح المسالك (٢٦١/٢ ، ٢٦٢) شرح الأشموني (٤٤٠/٢ ، ٤٤١) .

١٥٦٤٣ - وقولهم : مالي غياث إلا السيف [١] . وأنشدت بنو تميم قول النابغة .

١٥٦٤٤ - وقالوا : معناه ما بالربع من شيء إلا أواري . وقوله : وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير أنسُ ذلك المكان . ثم اتفق أهل الحجاز وبنو تميم [٢] على أنه ههنا منقطع لا يصح فيه البدل [٣] .

١٥٦٤٥ - فأبو حنيفة عمل على لغة بني تميم أنه ههنا منقطع ، لا يصح فيه البدل ، وجوز استثناء ما ثبت في الذمة .

١٥٦٤٦ - [ومتى قلنا] [٤] : جعل هذا الاستثناء علاقة ، ومشابهة ، ولم يعمل على لغة أهل الحجاز حتى ثبت في الإقرار المتيقن [٥] ما أمكن ، ثم لم يكن بد من بقية شيء لا يصح أن يجعل [مستثنى] [٦] ويكون منقطعا ، لأن هذا باب باتفاق اللغويين / ومتى قلنا بقول الشافعي لم يبق في الكلام منقطعًا بوجه ، وهذا خلاف أهل اللغة . ١٧٩/

١٥٦٤٧ - قالوا : استثناء لا يرفع الجملة فوجب أن يصح ، أصله إذا كان من جنسه [٧] .

١٥٦٤٨ - قلنا : نحن لا نسلم أن هذا استثناء ، لأن الخلاف في هذا واقع [٨] .

١٥٦٤٩ - ولأن الاستثناء من الجنس يجوز أن يكون بدلاً ومتى كان من غير الجنس لم يصح أن يكون بدلاً فلم يجز استثناؤه [٩] .

* * *

---

(١) هكذا في جميع النسخ والصواب : (مالي عتاب إلا سيف) كما في كتاب سيبويه (٣٢٠/٢) .

(٢) في (ع) ، (م) : [اتفقوا على أهل الحجاز وبنو تميم] .

(٣) انظر الكتاب (٣٢١/٢) ، شرح الأشموني (٤٤١/٢) ، أوضح المسالك (٢٦١/٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) في (ع) ، (م) : [المنفي] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) انظر المهذب (٤٤٦/٢) .

(٨) انظر هذا الخلاف شرح الأشموني (٤٤١/٢ ، ٤٤٢) ، أوضح المسالك (٢٦١/٢ ، ٢٦٢) .

(٩) يقول الماوردي : ولأن الاستثناء إذا رجع إلى جملة صار المراد بها ما بقي بعد المستثنى منها فلم يقع الفرق بين أن يكون ما عدا المراد جنسا أو غير جنسٍ . انظر الحاوي الكبير (٢٠/٧) .

مسألة ٧٨١

الإقرار بكذا كذا درهمًا ، كذا وكذا درهمًا

١٥٦٥٠ - قال أصحابنا : إذا قال لفلان عليّ كذا كذا درهمًا لزمه أحد عشر [درهمًا] [١] . وإن قال : كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون درهمًا .

١٥٦٥١ - وقال الشافعي : يلزمه درهم [٢] . وفي كذا و كذا [٣] نقل المزني [٤] عنه درهمان . قال المزني : وقال في موضع آخر : درهم واحد [٥] .

---

(١) كذا اسم مبهم والكاف للتشبيه وذا اسم إشارة ، تقول فعلت كذا وقد تجري مجرى كم فتنصب ما بعده على التمييز . وتقول : عندي كذا وكذا درهما ، وجاء في همع الهوامع كذا اسم مركب من كاف التشبيه وذا اسم إشارة وهو بعد التركيب كناية عن عدد مبهم ككم الخبرية لكن يفارقها في أنها ليس لها الصدر ، تقول قبضت كذا وكذا درهمًا . انظر لسان العرب (٣٨٤٤/٥) ، النظم المستعذب في شرح غريب المهذب (٤٤٥/٢ ، ٤٤٦) ، همع الهوامع شرح جمع الجوامع في علم العربية للسيوطي ط ١٣٢٧هـ على نفقة محمد أمين وشركاه بمصر والأستانة (٧٦/٢) .

(٢) انظر بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) ، مختصر اختلاف العلماء لأبي بكر الرازي الجصاص (٢٢١/٤) ، الهداية (١٨١/٣) ، الباب في شرح الكتاب (٧٧/٢) ، تبيين الحقائق (٦/٥) ، الجوهرة النيرة لمختصر القدوري (٢٥٠/١) ، المبسوط (٩٨/١٨) . وبه قال الإمام مالك : جاء في حاشية الدسوقي ولزمه في كذا وكذا بالعطف أحد وعشرون لأن المعطوف في العدد من إحدى وعشرين إلى تسعة وتسعين فيلزمه المحقق وهو مبدؤها ، وفي كذا كذا بلا عطف أحد عشر ، لأنه المحقق إذ العدد المركب من أحد عشر إلى تسعة عشر فيلغي المشكوك انظر حاشية الدسوقي (٤٠٦/٣ ، ٤٠٧) ، الخرشي (٩٤/٦) .

(٣) أي في كذا كذا بلا عطف يلزمه درهم وبه قال الحنابلة . انظر الحاوي الكبير (٢٧/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٣١٨/٥) والإنصاف (٢١٤/١٢) .

(٤) هو أن يقول : على كذا وكذا فهذا إقرار بشيئين لدخول واو العطف بينهما . فقال الشافعي ههنا يلزمه درهمان . وحكى المزني عنه أنه قال في موضع آخر أنه يلزمه درهم واحد . انظر مختصر المزني مع كتاب الأم (١٢/٣) ، مغني المحتاج (٢٤٩/٢) ، الوجيز (١٩٨/١) ، روضة الطالبين (٣٧٦/٤ ، ٣٧٧) ، المهذب للشيرازي (٤٤٥/٢) ، الحاوي الكبير (٢٧/٧) . وقال الحنابلة في كذا وكذا درهم بالرفع يلزمه درهم واحد ، لأنه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهمًا فصار كأنه قال : درهما درهم وإن قال درهمًا بالنصب ففيه ثلاثة أوجه : أحدها : يلزمه درهم واحد وهو قول أبي عبد الله بن حامد والقاضي واختاره ابن عبدوس وهو المذهب ، والثاني : يلزمه درهم وهو اختيار أبي الحسن التميمي ، والثالث : يلزمه أكثر من درهم . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣١٨/٥ - ٣٢٠) ، الشرح الكبير مع المغني (٣٤١/٥ - ٣٤٤) ، الإنصاف (٢١٤/١٢ ، ٢١٥) .

(٥) هو الإمام أبو إبراهيم إسماعيل بن يحي بن إسماعيل بن عمرو بن مسلم المزني المصري الشافعي فقيه مجتهد =

١٥٦٥٢ - واختلف أصحابه فمنهم من قال : فيها قولان ، ومنهم من قال يلزمه درهم قولاً واحدًا . والذي قال درهم إذا نوى [١] .

١٥٦٥٣ - ومنهم من قال : منصوص الشافعي [٢] في الإقرار أنه إذا قال : كذا وكذا درهما [بالنصب لزمه درهمان] [٣] وإن قال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد [٤] .

١٥٦٥٤ - لنا : أن قوله كذا [٥] عبارة غير عدد ، فإذا قال كذا كذا فهي جملة

= صحب الشافعي وحدث عنه ، ولد سنة ١٧٥هـ وكان زاهدًا ورعًا قانعًا ، من مصنفاته الجامع الكبير والجامع الصغير والمختصر والمسائل المعتبرة والترغيب في العلم وغيرها ، توفي رحمه الله لست بقين من شهر رمضان سنة ٢٦٤هـ ، والمزني نسبة إلى مزنة قبيلة مشهورة في مصر . انظر طبقات الشافعية الكبري للسبكي (٢٣٨/١) ، الفهرست ٣١٢ ، وفيات الأعيان (١٩٦/١) ، طبقات الفقهاء للشيرازي ص٩٧ ، شذرات الذهب (١٤٨/٢) ، معجم المؤلفين (٢٩٩/٢) .

(١) قال الإمام المزني إن المسألة على قولين ، أحدهما : يلزمه درهمان لأن كذا وكذا شيئان ، فأوجب تفسيرهما بالدرهم أن يكونا درهمين . والقول الثاني : هو اختيار المزني يلزمه درهم واحد ، لأن كذا يقع على أقل من درهم فيصير شيئان درهمًا . الحاوي الكبير (٢٧/٧ ، ٢٨) ، مختصر المزني مع كتاب الأم (١٢/٣) . وانظر الحاوي (٢٨/٧) .

(٢) منصوص الشافعي رحمه الله عليه : هو ما نص عليه في أحد كتبه لكن في مقابله وجه ضعيف أو قول مخرج ، وسمي نصًا لأنه مرفوع إلى الإمام من نصصت الحديث إذا رفعته . انظر تحفة المحتاج (٤٨/١) ، نهاية المحتاج (٥٠/١) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، وإن السياق يقتضيه ، فإنه مذكور في المهذب للشيرازي ٤٤٥/٢ .

(٤) وقد نص الشافعي على ذلك . انظر المهذب للشيرازي (٤٤٥/٢) ، الحاوي الكبير (٢٨/٧) .

(٥) أقوال العلماء فيمن قال لفلان علي كذا درهم : عند الحنفية لو قال المقر علي كذا درهمًا يلزمه درهم ، وبالخفض يلزمه مائة درهم . وعند المالكية : بالنصب يلزمه عشرون لأن العدد غير مركب من عشرين إلى تسعين إنما يميز بالواحد المنصوب فيلزمه المحقق وهو أقله ، ويلغى المشكوك فإن رفعه أو وقف بسكون الميم لزمه درهم واحد ، لأنه المحقق ، لأنه بدل أو بيان لكذا ، أو خبر عن مبتدأ محذوف . ولو خفضه لزمه مائة . ولو جمعه لزمه ثلاثة دراهم ، وهذا إن كان المقر نحويًا وإلا طلب منه التفسير ، لأن العرف ليس جاريًا على قانون اللغة الفصحى . ولذا قال سحنون : لا أعرف هذا بل يقبل تفسيره . وعند الشافعية : فإن قال له علي كذا رجع في التفسير إليه لأنه مبهم ، كما لو قال : له علي شيء . وإن قال له علي كذا درهم بالنصب والرفع والخفض والوقف يلزمه درهم واحد ، لأنه فسر المبهم بالدرهم . وعند الحنابلة : في حالة النصب والرفع يلزمه درهم ، وفي حالة الجر والوقف يلزمه جزء الدرهم . وقال القاضي يلزمه في جميع الحالات درهم واحد ، وإن قال المقِرُّ للمقَرِّ له : علي كذا يرجع في التفسير إليه ، لأنه أقر بمبهم ، فصار كما لو قال له علي شيء . انظر الهداية (١٨١/٣) ، نتائج الأفكار (٣٣٣/٨) ، حاشية الدسوقي (٤٠٦/٣) ، الذخيرة (٢٩١/٩) ، المهذب (٤٤٥/٢) ، مغني المحتاج (٤٤٨/٢) ، الحاوي الكبير (٢٦/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٣١٨/٥) .

رتبها على جملة من غير عطف ، وفسرها بقوله درهما ، وأقل ذلك أحد عشر درهمًا ، وأكثره تسعة عشر [درهمًا] [١] وإذا قال كذا وكذا ، فقد ذكر جملتين عطف إحداهما على الأخرى بواو العطف ، فإذا فسره بدرهم فأقله أحد وعشرون درهمًا [٢] وأكثره تسعة وتسعون [درهمًا] [٣] فثبت النص المتيقن [٤] فهذا ترتيب صحيح [٥] .

١٥٦٥٥ - ذكره ابن كيساني [٦] وذكره أبو سعيد [٧] في الإقناع [٨] وفرع عليه .

١٥٦٥٦ - وقال أبو علي [٩] : هذا قياس حسن ولكن العرب لم تتكلم

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ والسياق يقتضيه .
(٤) في (ع) ، (م) : [النص] .
(٥) انظر بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) ، الهداية (١٨١/١) ، نتائج الأفكار (٣٣٢/٨) ، حاشية الشلبي (٦/٥) .
(٦) هو أبو الحسن محمد بن أحمد بن كيسان البغدادي النحوي صاحب التصانيف في القراءات والغريب منها كتاب غريب الحديث وكتاب البرهان وكتاب الحقائق وكتاب الوقف والابتداء وكتاب القراءات وكتاب مختصر النحو وكتاب معاني القرآن وغيرها من الكتب ، توفي في ذي القعدة سنة ٢٩٩هـ ، وقال ابن مجاهد : كان ابن كيسان أنحى من الشيخين المبرد وثعلب ؟ انظر العبر (٤٣٧/١) ، البداية والنهاية (١١٧/١١) ، شذرات الذهب (٢٣٢/٢) ، الفهرست ص١٢٠ .
(٧) هو أبو سعيد الحسن بن عبد الله بن المرزبان السيرافي النحوي المعروف بالقاضي ، سكن بغداد وتولى القضاء بها وكان أبوه مجوسيًا فأسلم وسماه عبد الله ، ولد عام ٢٨٤هـ وكان رأسًا في النحو بصيرًا بمذهب الإمام أبي حنيفة ، قرأ القرآن على ابن مجاهد وأخذ اللغة عن ابن دريد ، والنحو عن ابن السرّاج ، وكان ورعًا يأكل من النَّسخ . وقد شرح كتاب سيبويه ، ولكنه لم يكمله ثم كمله ابنه يوسف ، وله كتاب ألفات القطع والوصل ، وكتاب أخبار النحويين البصريين ، وكتاب الإغناء في النحو ، وكتاب جزيرة العرب ، وغيرها . توفي يوم الاثنين في رجب ببغداد سنة ٣٦٨هـ . انظر البداية والنهاية (٢٩٤/١١) ، العبر (١٢٨/٢ ، ١٢٩) ، شذرات الذهب (٦٥/٣ ، ٦٦) ، وفيات الأعيان (٤١٥/١ - ٤١٧) ، مرآة الجنان (٣٩٠/٢ ، ٢٩١) ، الفهرست ٩٣ .
(٨) الإقناع في النحو لأبي سعيد الحسن بن عبد الله السيرافي النحوي ، ولم يكمله ثم كمله ولده الجمال يوسف النحوي المتوفى سنة ٣٨٩هـ بعد وفاة أبيه وكان يقول وضع والدي النحو في المزايل بالإقناع أي سهله جدًا حتى لا يحتاج إلى مفسر ، وهو شرح كتاب سيبويه . انظر كشف الظنون لحاجي خليفة (١٤٠/١) ، الفهرست لابن النديم ٩٣ . إلا أن هذا الكتاب مفقود .
(٩) هو أبو علي الحسن بن أحمد بن عبد الغفار بن محمد الفارسي النحوي ، ولد عام ٢٨٨هـ بمدينة فسا من أعمال فارس وإلى فسا ينسب ايضا فيقال أبو على الفسوي ، واشتغل ببغداد ودخل إليها سنة ٣٠٧ ، وكان إمام وقته في النحو ، أقام بحلب عند سيف الدولة بن حمدان مدة وكان قدومه عليه عام ٣٤١هـ وجرت بينه وبين المتنبي مجالس ثم انتقل إلى بلاد فارس . من تصانيفه : كتاب التذكرة ، كتاب المقصور والممدود ، كتاب الحجة في القراءات ، كتاب العوامل المائة ، المسائل الحلبيات والبغداديات ، والشيرازيات وغيرها . توفي =

[به][1] وهذا لا يقدح فيما قلنا ، لأنه إذا كان على قياس كلامهم وجب اعتباره وحمل الإقرار عليه .

١٥٦٥٧ – ولأن له مدخلًا في القياس ، وقد نص عليه مَنْ قوله حجة [2] في العربية وهو ابن كيسان وأبو سعيد . وما قاله مخالفنا لا يدل قياس العربية عليه ، ولا حُكِي عن أحد من أهل اللغة ، فسقط حكمه .

١٥٦٥٨ – وقد أنكر أبو علي قولنا في كذا درهم وقال : إن ذا معرفة في التوحيد والتثنية ، والمعرفة لا يصح إضافتها . وهذا كلام صحيح إلا أن محمدًا لا يسقط حكم الإقرار لغلط القرون في العربية فاعتبر قياسه لو صحت الإضافة [3] .

١٥٦٥٩ – احتجوا : بأن كذا كذا مبهم يحتمل درهمًا وأقل منه وأكثر وغير ذلك من أجناس المال ، فإذا قال درهمًا فقد فسره بدرهم ، فوجب أن يلزمه درهم واحد ، وإذا عطف عليه بالواو فقال : كذا وكذا درهمًا احتمل أن يكون تفسيرًا لهما ، فيكون درهمًا واحدًا ، ويحتمل أن يكون تفسيرًا لكل واحد منهما ، فيكون درهمين فخرج منقولان [4] .

١٥٦٦٠ – الجواب : أن قوله : كذا وكذا يتناول عددًا مبهمًا مثل كم ، هكذا ذكر أبو الحسن الأخفش [5] فقد ذكر عددًا مبهمًا يزيد عليه عددًا مبهمًا ، ودرهمًا ، تفسيرًا

=يوم الأحد ١٧ من ربيع الآخر سنة ٣٧٧هـ ببغداد . انظر البداية والنهاية (٣٠٦/١١) ، الكامل لابن الأثير (١٣١/٧) ، النجوم الزاهرة (١٥١/٤) ، العبر (١٤٩/٢) ، وفيات الأعيان (٤١٧/١ – ٤٢٠) ، الفهرست لابن النديم ص٩٥ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٢) الحجة لغة : الدليل والبرهان وقيل ما دفع به الخصم ، وحجه يحجه حجًا أي قبله على حجته ، واحتج بشيء أي اتخذه حجة . قال الإمام الزركشي نقلًا عن القاضي أبي الطيب : يسمى الدليل حجة وبرهانًا ، وقيل هما اسم لما دل عليه صحة الدعوى . وقال القاضي الروياني في البحر في الفرق بين الدليل والحجة وجهان ، أحدهما : أن الدليل ما دل على مطلوبك والحجة ما منع من ذلك . الثاني : الدليل ما دل على صوابك والحجة ما دفع عنك قول مخالفك . انظر لسان العرب (٧٧٩/٢) ، البحر المحيط (٣٥/١) .

(٣) انظر مختصر اختلاف العلماء (٢٢٢/٤) . قال أبو جعفر الطحاوي : قوله كذا درهمًا يقتضي عددًا ما ، فإذا قال كذا كذا درهمًا ، فهما عددان يتناولهما هذا الاسم ، وأقله أحد عشر وأكثره تسعة عشر ، فألزمناه الأقل وإن قال كذا وكذا فقد أدخل بين الكلمتين واو العطف فيكون أقلّه أحد وعشرون .

(٤) انظر في هذا المعنى الحاوي الكبير (٢٦/٧ ، ٢٧) ، المهذب (٤٤٥/٢) .

(٥) هو أبو الحسن سعيد بن مسعدة البلخي النحوي النجاشي بالولاء ، الأخفش الأوسط ، إمام العربية ، كان =

له ، والتفسير يقع لواحدة [١] نكرة من الجنس فلم يصح أن يكون التفسير كل المفسر وهذا يسقط كلامهم .

١٥٦٦١ - فإن قيل : لو قال لفلان عليّ كذا وسكت وقال : أردت به درهمًا واحدًا صح فدل على أنه يتضمن الواحد .

١٥٦٦٢ - قلنا : كذا [٢] يقتضي العدد فلا بد أن يفسره بعدد ، والواحد ليس بعدد إلا أنه يقبل قوله لأنه يتضمن عدًّا من الدوانيق [٣] والحبات لو فسر الإقرار بها صح . فأما إذا قال كذا وكذا درهما فقد أقر بعدد فسره بواحد من جنسه فلا بد أن يكون العدد دراهم [٤] فأما الدرهم الواحد فهو خلاف اللغة لا محالة .

= يقول : ما وضع سيبويه في كتابه شيئًا إلا وعرض عليّ ، وكان يرى أنه أعلم مني وأنا اليوم أعلم منه ، وقد كان مبتكرًا حيث زاد في العروض بحر الخَبَب على الخليل بن أحمد الفراهيدي ، من مصنفاته كتاب الأوسط في النحو وتفسير معاني القرآن ، وكتاب الاشتقاق والعروض والقوافي وكتاب معاني الشعر وكتاب الملوك وكتاب الأصوات وكتاب المسائل الكبير والصغير وغيرها . والخفش في اللغة ضعف في البصر وضيق في العين ، وقيل صغر في العين خلقة ، وقيل فساد في جفن العين واحمرارها توفي رحمه الله سنة ٢١٦هـ . انظر سير أعلام النبلاء (٢٥٦/١٥) ، شذرات الذهب (٣٦/٢) ، بغية الوعاة (٥٩٠/١ ، ٥٩١) ، أنباه الرواة (٣٩/٢) ، مفتاح السعادة (١٥٨/١ ، ١٥٩) .

(١) في (ع) ، (م) : [لواحد بحذف تاء التأنيث] .

(٢) في (ص) : [لذا] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٣) الدوانيق : جمع الدانق ، والدانق : قيراطان معرب ، وهو سدس درهم وعند اليونان حبتا خرنوب لأن الدرهم عندهم اثنتا عشرة حبة خرنوب . والدانق الإسلامي حبة خرنوب وثلثا حبة خرنوب فإن الدرهم الإسلامي ست عشرة حبة خرنوب وتفتح النون وتكسر . وبعضهم يقول الكسر أفصح ، وجمع المكسور أي دانق ودانق ، وجمع المفتوح دوانيق بزيادة ياء قاله الأزهري ، وقيل كل جمع على فواع ومفاع يجوز أن يمد بالياء فيقال : فواعيل ومفاعيل ، والأخير شاذ . انظر المصباح المنير (٢٤٣/١) مادة دنق ، لسان العرب (١٤٣٣/٢) ، المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي ص١٦٩ .

(٤) لمزيد بيان في معنى كذا واستعمالاتها انظر ما جاء في ارتشاف الضرب من لسان العرب لأبي حيان الأندلسي وأما كذا فالكاف للتشبيه وذا اسم إشارة للمفرد المذكر فإن العرب استعملتها كناية عن عدد وعن غير عدد ، وفي كلتا الحالتين تكون مركبة ، وكذلك لا يثنى ولا يجمع ولا يؤنث ولا يتبع بتابع ولا نعت ولا عطف بيان ، ولا تأكيد ولا بدل ولا عطف نسق ، وإذا كانت كناية عن العدد فمذهب البصريين أن تمييزها يكون مفردًا سواء كانت مفردة أم معطوفة العدد ، وأريد بها عدد قليل أو كثير ، فتقول : له عندي كذا درهمًا وله عندي كذا وكذا درهمًا . ومذهب الكوفيين أنها تفسر به العدد الذي هي كناية عنه فمن الثلاثة إلى العشرة بالعدد المخفوض نحو له عندي كذا جوار . وتفرد في المركب بالمفرد المنعوت ، وتركب كأن تقول : له عندي كذا وكذا درهمًا ، وفي العقود بالمفرد المنعوت ، وتكون هي معطوفة على مثلها تقول : له عندي كذا =

١٥٦٦٣ - فإن قيل في الدراهم هلا حملتموه على عشرة دراهم كما قال الفراء [1] .

١٥٦٦٤ - قلنا : لأن كذا عدد وقد فسره بواحد منكر من جنسه ، فدل على أنه أقر بجملة من الدراهم أضافها إلى درهم وأقل ذلك مائة .

* * *

= وكذا درهمًا . وعن المائة والألف بالمفرد المجرور وتفرد هي نحو له كذا درهم . وقد وافق الكوفيون الأخفش على هذا المذهب فيما نقله صاحب البسيط والمبرد وابن الدهان وابن معد . وذهب الأخفش وابن كيسان والسيرافي فيما نقله أبو بكر عتيق بن داود اليماني إلى موافقتهم في المركب والمعطوف . واضطرب أبو علي فمرة قال بقول البصريين ومرة بقول الكوفيين . انظر ارتشاف الضرب من لسان العرب لأبي حيان الأندلسي تحقيق وتعليق د/ مصطفي أحمد نحاس (٣٨٨/١ - ٣٩٠) . ط مطبعة المدني المؤسسة السعودية بمصر القاهرة .

(١) هو أبو زكريا يحيى بن زياد بن عبد الله بن منذور الأسلمي الكوفي النحوي ، كان يقال له أمير المؤمنين في النحو . ولد سنة ١٤٤هـ ونزل بغداد وحدث عن قيس بن الربيع وأبي الأحوص ، وهو أجل أصحاب الكسائي وكان رأسًا في النحو وفي اللغة بحرًا ، وباختلاف القوم عارفًا وفي الطب خبيرًا وبأيام العرب وأشعارها حاذقًا ، صنف الفراء للمأمون كتاب الحدود في النحو ، وله كتاب المعاني والمصادر في القرآن والجمع والتثنية في القرآن والوقف والابتداء ، وله كتاب النوادر وغير ذلك من الكتب ، كان يؤدب ابني المأمون وتوفي سنة ٢٠٧هـ في طريق مكة وعمره ٦٣ سنة . انظر وفيات الأعيان (٢٢٥/٥ - ٢٣٠) ، شذرات الذهب (١٩/٢ ، ٢٠) ، البداية والنهاية (١٠ ، ٢٦١) ، الفهرست لابن النديم (٩٨ ، ٩٩) ، معجم المؤلفين (١٩٨/٣) .

مسألة ٧٨٢

هل ديون الصحة وديون المرض سواء في القضاء ؟

١٥٦٦٥ - قال أصحابنا : إذا كان على المريض [١] دين أقر به في صحته ثم أقر بديون في مرضه ، قدمت ديون الصحة [٢] في القضاء [٣] فما فضل عنها كان لديون المرض [٤] .

١٥٦٦٦ - وإن لزمه دين في المرض ببينة أو بابتياع بمعاينة أو بنكاح كانت كديون الصحة [٥] .

١٥٦٦٧ - وقال الشافعي : ديون الصحة والمرض سواء لا يقدم بعضها [٦] .

(١) المريض هنا هو المريض مرض الموت ، وحده الذي تطبق عليه هذه الأحكام أن يكون مما يمنع صاحبه من القيام بحاجته كما يعتاده الأصحاء وأن يكون نفس المرض مما يخاف منه الهلاك غالبًا . وأن يتصل به الموت فعلاً . فهذه ثلاث صفات لابد من تحقيقها كلها بحيث لو لم تتحقق واحدة منهن لم يعتبر المرض مرض الموت . وقد عبر عنه بعض الفقهاء بتعبيرات مختلفة . قال الفقيه أبو الليث : المريض مرض الموت هو أن لا يقدر أن يصلي قائمًا . وقيل من عجز عن قضاء حوائجه خارج البيت فهو مريض ، والمختار ما كان الغالب منه الموت وإن لم يكن صاحب فراش . انظر ذلك في حاشية اللباب في شرح الكتاب (٤٨/٢) ، حاشية الطحطاوي على الدر المختار (٣٣٩/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٦١/٤) .

(٢) هي ما كان ثبوتها بالبينة أو بالإقرار في حال الصحة .

(٣) أي في أداء الدين .

(٤) ما كان ثبوتها بإقراره في مرض موته . انظر حاشية مختصر الطحاوي ص١١٦ .

(٥) أي ما لزمته بأسباب معلومة . راجع ذلك مختصر الطحاوي ص١١٦ ، بدائع الصنائع (٢٢٥/٧) ، المبسوط (٢٥٤/١٨) ، تبيين الحقائق (٢٣/٥) ، الهداية (١٨٩/٤) ، البناية على الهداية (٥٨٧/٧) ، البحر الرائق (٢٢٧/٧) ، اللباب في شرح الكتاب (٨٤/٢) ، نتائج الأفكار (٣٨٠/٨) ، رؤوس المسائل للزمخشري ص٣٤٠ .

(٦) انظر الحاوي الكبير (٢٨/٧) ، المهذب (٤٤٠/٢) ، مغني المحتاج (٢٤٠/٢) . وبقول الشافعية قال ابن أبي ليلى والمالكية والحنابلة . انظر المبسوط (٢٦/١٨) ، حاشية الدسوقي (٣٩٩/٣) ، الذخيرة (٢٦٠/٩) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٤٣/٥) ، شرح منتهي الإرادات (١٧٨٣/٥) ، الفروع لابن مفلح (٦١٠/٦) ، الإنصاف (١٣٤/١٢) . قال القرافي : « إذا أقر المريض لأجانب لا يتهم عليهم وأقر لبعضهم في الصحة ولبعضهم في المرض وضاقت التركة استووا في المحاصة » وقال ابن قدامة في المغني : « فإن أقر لأجنبي بدين في مرضه وعليه دين ثبت ببينة أو إقرار في صحته وفي المال سعة لهما فهما سواء ، وإن ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الخرقي أنهما سواء وهو اختيار التميمي » .

١٥٦٦٨ - لنا : أنه مال أوجبه في حال مرضه لا يعلم سببه إلا بقوله ، فكان دين الصحة أولى . أصله هبته [(١)] ومحاباته [(٢)] .

١٥٦٦٩ - فإن قيل : لا يمنع أن ينفذ إقراره ، وإن لم ينفذ تبرعه ، بدلالة أن ما زاد على الثلث لا يجوز تبرعه به ، ولو أقر به جاز .

١٥٦٧٠ - قلنا : إذا لم يكن عليه دين فتبرعه جائز في محل التبرع [وهو الثلث ، وإقراره جائز في محل الإقرار وهو جميع المال فإذا كان عليه ديون الصحة منعت تبرعه في محل التبرع] [(٣)] ، ومنعت إقراره في محل الإقرار ، وهو المال كله .

١٥٦٧١ - ولأن الإقرار إنما ينفذ في جميع المال ؛ لأن المانع من تصرف المريض حق الوارث وبالدين تبين أنه لا حق للوارث ، وأما التبرع فالمانع منه ديون المريض وبالإقرار الثاني لا يتبين أنه لم يكن للغريم الأول حق ، بل حقه ثابت ، فمنع من الإقرار المسقط لحقه من التبرع .

١٥٦٧٢ - ولأن حالة الصحة حال إطلاق بدليل جواز التصرف بكل وجه ، وحال المرض حال حجر ، بدلالة أن التبرع لا ينفذ فيها كما ينفذ في حال الصحة ، ودين الإطلاق مقدم على دين الحجر إذا لم يعلم سببه [(٤)] .

١٥٦٧٣ - أصله ؛ العبد المأذون إذا أقر ثم حجر عليه فأقر [(٥)]

---

(١) الهبة لغة : العطية الخالية من الأعواض فإن كثرت سمي صاحبها وهّابًا وهي التبرع بما ينفع الموهوب له ، وقد تكون بالعين وقد تكون بالدين وقد تكون بغير المال ، وفي الاصطلاح : هي تمليك المال بلا عوض ، أو تمليك العين مجانًا . انظر لسان العرب (٤٩٢٨/٦) ، المصباح المنير (٨٤٣/٢) مادة وهب ، طلبة الطلبة ص٢٣٢ ، البناية على الهداية (٧٩٦/٧) ، حاشية الطحاوي (٣٩٢/٣) .

(٢) المحاباة في اللغة : ما يحبو به الرجل صاحبه ويكرمه به ، حبا الرجل حبوة أي أعطاه ومنها حبوت الرجل حباء ، أي أعطيته بغير عوض ، ومنه بيع المحاباة وهي إذا باع شيئًا قيمته عشرة دراهم بسبعة فكأن في حق سبعة أجزاء من عشرة أجزاء منه مبادلة مال بمال وفي حق ثلاثة أجزاء من العشرة منه هبة وعطاء لخلوها عن البدل معنى . ولذلك ألحق بالهبات في حق المريض مرض الموت ، واعتبر خروجه من الثلث . انظر لسان العرب (٧٦٦/٢) ، المصباح المنير (١٦٤/١ ، ١٦٥) ، طلبة الطلبة ص١٦٤ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) انظر المبسوط (٢٦/١٨) ، تبيين الحقائق (٢٥/٥) .

(٥) الإقرار الأول في حالة الإذن والإطلاق يصح اتفاقًا ، أما في الحالة الثانية وهي حالة الحجر والتقييد فلا يصح عند الصاحبين ، وسواء أقر بغصب أو أمانة أو أقر بدين . أما إذا حجر على العبد المأذون له فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه =

١٥٦٧٤ - ولأن الدين تارة يثبت على حُرّ وتارة يثبت على عبد ؛ فإذا كان لأحدهما [١] حالتان يقدم إقراره في إحداهما على الأخرى لمعنى يعيد إلى حالة المداينة كذلك الآخر .

١٥٦٧٥ - فإن قيل : العبد المحجور لا يملك سبب المداينة فلم يملك الإقرار بالدين .

١٥٦٧٦ - قلنا : المريض إنما يملك السبب الذي هو المعاوضة ، فإن أعملنا [٢] المعاوضة صح الإقرار . وإذا لم يعملها [٣] ببدله وهو إخراج ما له بغير عوض في الظاهر ، وهو لا يملك هذا المعنى .

١٥٦٧٧ - و [٤] لأن دين الصحة أقوى بدلالة أنه يثبت في حالة لا يقف شيء منها من التصرف بعوض وبغير عوض ، ودين المرض ثبت في حال ينفذ فيها بعض التصرف دون بعض ، والحقوق في مال المريض يقدم منها الأقوى على الأضعف ، بدلالة أنه يقدم الكفن على الديون والديون على المواريث [٥] .

١٥٦٧٨ - ولأنه أقر بدين في مرض موته فوجب أن يؤخر عن ديون صحته . أصله المريض المحجور عليه [٦] لسفه أو دين [٧] .

= فيقضي ما في يده ، وقال : لا يصح إقراره انظر الهداية (٧/٤) ، الاختيار (١٣٦/٢) ، مختصر الطحاوي ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ ، تكملة حاشية ابن عابدين (١٦٣/٨) ، حاشية الطحاوي (٣٤٠/٣) .

(١) أي الحجر والإطلاق .

(٢) في (ع) ، (م) : [فإن علمنا] . (٣) في (ع) ، (م) : [لم يعلمها] .

(٤) حرف الواو ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٥) انظر هذا المعنى في المبسوط (٢٨/١٨) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٣٠٢/٢) .

(٦) هكذا في جميع النسخ الصواب حذف كلمة المريض لأنه يقيس المريض على السفيه والمفلس ، لعل الصواب أن يعبر عنه الشخص المحجور عليه لسفه أو دين .

(٧) السفه لغة : خفة العقل وقيل الجهل . والسفيه : خفيف العقل ، والجمع سفهاء . والأنثى سفيهة والجمع سفيهات . انظر لسان العرب (٢٠٣٢/٣) ، المصباح المنير (٣٨٠/١) . وفي اصطلاح الفقهاء ، عبارة عن التصرف في المال على خلاف مقتضى الشرع والعقل مع قيام العقل . انظر شرح المنار ص٩٨٨ ، بدائع الصنائع (١٧١/٧) . من الملاحظ أن الحجر على السفيه ليس مصادرة لحريته ولا تعطيلاً لإرادته بل حماية لماله ثم هو تقدير للمال وصيانته ، وهو كذلك تربية حكيمة وأسلوب عملي للدولة في رعاية مالها العام سواء أكان في يد الأفراد أم في بيت المال العام . انظر : السياسة المالية في الإسلام للأستاذ عبد الكريم الخطيب ص١٢١ ، ط دار الفكر العربي . ويحجر القاضي على السفيه وإن كان كبيرًا ، لماله ، إما لإنفاقه باتباعه لشهوته وإما لعدم معرفته بمصالحه وإن كان صالحًا في دينه . وقد اختلف العلماء في الحجر على السفيه على قولين ، الأول : هو قول جمهور الفقهاء ومنهم الصاحبان من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أنه يحجر =

١٥٦٧٩ - قالوا : فيه قولان أحدهما : أنه إذا أقر صح إقراره وساوى الديون التي حجر عليه لأجلها [١]

١٥٦٨٠ - قلنا : هذا غلط ؛ لأنه يبطل معنى الحجر فلا يكون فيه فائدة ، لأن المريض مع دين الصحة لا يملك إخراج شيء من ملكه بغير عوض يحصل [له] [٢] أو منفعة يختص بها في نفسه .

١٥٦٨١ - والإنسان يملك الإقرار بما يملك إيجابه [٣] .

١٥٦٨٢ - ألا ترى أن الوكيل بعد العزل [٤] لا يقبل [٥] إقراره [بالبيع ، لأنه لا يملك إيجابه وكذلك الزوج إذا أقر بالرجعة [٦] ....

= على السفيه ، والسفه سبب في الحجر عليه ، إلا أن الصاحبين أبا يوسف ومحمد اختلفا في الحجر عليه ، فقال أبو يوسف : إن السفيه لا يصير محجورًا إلا بحجر القاضي عليه ، وقال محمد : ينحجر بنفس السفه من غير حاجة إلى حجر القاضي . والقول الثاني : هو قول الإمام أبي حنيفة وصاحبه زفر بن الهذيل وأنه لا يحجر على الحر العاقل البالغ وإن كان سفيهًا ينفق ماله فيما لا مصلحة له فيه . يلاحظ أن الإمام أبا حنيفة وزفر بن الهزيل حصرا أسباب الحجر في ثلاثة ، وهي : الجنون ، والصبا ، والرق . انظر بدائع الصنائع (١٧٠/٧) ، تكملة فتح القدير (٣١٠/٧) ، القواعد الفقهية ص٢٧٥ ، مغني المحتاج (١٧١/٢) ، المغني (٤٢٦/٤) .

(١) إقرار السفيه ينقسم إلى ثلاثة أقسام : ١ - قسم يتعلق ببدنه ويصح منه كإقراره بما يوجب حدًا أو قودًا .
٢ - قسم يتعلق بالمال ولا يلزمه لحصول التهمة فيه سواء كان المال عن معاملة أو إتلاف .
٣ - قسم مختلف في لزومه ويشمل شيئين :
أ - جنايات الخطأ على النفوس ففي لزومها قولان . ب - السرقة ففي لزومها ووجوب غرمها بإقراره قولان . انظر الحاوي الكبير (٣٦١/٦) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٣) الإيجاب : من أوجب بمعنى أوقع ، وفي المصباح وجب البيع والحق يجب وجوبًا ، أي لزم وثبت ، ووجب الحائط أي سقط وأوجبت البيع بالألف فوجب ، والإيجاب : ما يصدر من البائع ، والقبول : ما يصدر عن المشتري ، وهذا عند الجمهور ، وأما عند الحنفية فما صدر أولاً من أحد العاقدين هو إيجاب ، وما صدر ثانيًا فهو قبول . انظر فتح القدير (١٠٢/٣) ، شرح الخرشي (٣٦٦/٥) ، نهاية المحتاج (٣٧٥/٣) ، كشاف القناع (١٤٦/٣) ، طلبة الطلبة ص٢٣٦ .

(٤) العزل : خطاب ملزم للوكيل بأن يمتنع عن التصرف بعد العلم به ، فلا يجوز له أن يتصرف بالوكالة ومن ثم لا يجوز إقراره بعد العزل . انظر نتائج الأفكار (١٣٩/٨) بتصرف .

(٥) في (ع) ، (م) : [لا يملك] .

(٦) الرجعة بفتح الراء وكسرها لغتان والفتح أفصح وهي مصدر رجعه يرجعه رجعًا ورجعة أي أعاده ورده ، يقال رجعت الأمر إلى أوائله إذا رددته إلى ابتدائه ومنه مراجعة الرجل أهله . وفي الشرع رد الزوجة إلى زوجها وإعادتها إلى الحالة التي كانت عليها وهي استدامة النكاح ، وللزوج مراجعتها في العدة بغير رضاها ، وتثبت بقوله ، وبكل فعل يثبت حرمة المصاهرة . انظر المصباح المنير (٢٩٩/١) ، معجم مقاييس اللغة (٢٩٨/٢) ، طلبة الطلبة ١٤٨ ، المغرب في ترتيب المعرب ص١٨٤ ، الاختيار (١٠٦/٣ ، ١٠٧) ، الهداية (٦/٢) ، فتح القدير (١٤/٤) .

بعد العدة [١] وإذا ثبت هذا لم ينفذ إقراره] [٢] في حق غرماء الصحة ؛ إذ لم يحصل [له] [٣] عوض [معلوم] [٤] أو منفعة يختص بها في نفسه .

١٥٦٨٣ - فإن قيل : إذا أقر بدين في الصحة [٥] « وأحاط بماله » فإنه لا يملك بعده إخراج شيء من ملكه بغير عوض . ولو أقر (في المرض و) [٦] جاز إقراره تساوى الدينان .

١٥٦٨٤ - قلنا : الدين الأول والثاني في كل واحد منهما حصل وهو ممنوع من إخراج ملكه بغير عوض .

١٥٦٨٥ - لأن التبرع إذا حصل من المريض ثم لحقه دين بطل التبرع فتساوى حكم الدينين [٧] فكذلك هنا [٨] .

١٥٦٨٦ - وهذه المسألة [مبنية] [٩] على أن الدين يتعلق بمال المريض .

١٥٦٨٧ - والدليل عليه أن المريض ممنوع من التبرع في شيء من ماله مع صحة القول ، لأن حق الغير [١٠] متعلق به . أصله الثلثان في حق الورثة وهذا أصل مسلم ، لأنهم يقولون في حق الورثة ، الذين هم في معلوم اللّه أنهم ورثته - متعلق بالمال .

(١) العدة مأخوذة من العد والإحصاء أي ما تحصيه المرأة وتعده من الأيام والأقراء . واحتساب العدة يبدأ من حين وجود سببها وهو الطلاق أو الوفاة أو الوطء بالشبهه وهي اسم للمدة التي تنتظر فيها المرأة وتمتنع عن التزويج بعد وفاة زوجها أو فراقه لها ، وقد عرفها ابن الهمام بأنها : تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت . أنظر المصباح المنير (٥٤١/٢) ، تهذيب الأسماء واللغات (٧/٣) ، الاختيار (١٤٣/٣) ، فتح القدير (١٣٥/٤) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٥) في (ع) ، (م) : [المرض] .

(٦) ما بين الأقواس في هذه الفقرة زيادة اقتضاها السياق فيما يبدو .

(٧) في (ع) ، (م) : [حكم الدين] .

(٨) تبرعات المريض تعتبر من الثلث كالهبة والعتق والتدبير والمحاباة فيما لا يُتغابن فيه والإبراء من الديون وأشباه ذلك . وقد روي عن أبي بكر الصديق ﷺ أن رسول اللّه ﷺ قال : « إن اللّه تصدق عليكم بثلث أموالكم عند موتكم رحمة بكم وزيادة في أعمالكم وحسناتكم » . انظر سنن ابن ماجه باب الوصايا ، ص ١٩٩ ، سنن الدارقطني (١٣٤/٤) ، نيل الأوطار (١٧٠/٧) . فدل ذلك على أن المريض لا يستطيع أن يتصرف فيما زاد على الثلث حيث تعلق به حق الورثة والدائنين عملًا بمبدأ سد الذرائع . انظر العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٥٤/٢ . ط دار المعرفة بيروت .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (١٠) في (ع) ، (م) : [حق العين] .

١٥٦٨٨ – ولا يلزم المرتد [١] لأنه إذا قبل حكمنا فإن تصرفه [لا] [٢] ينفذ ولأن حق الورثة كان متعلقًا بماله .

١٥٦٨٩ – ولأنه منع من التصرف في المال لحق الغرماء بدليل أنه لولا حقهم نفذ تصرفه وكل حالة منع من التصرف في المال في حق غرماء الصحة كان حقهم متعلقًا بماله . أصله بعد الموت .

١٥٦٩٠ – ولا يلزمه دَيْنُ المرض [٣] لأنه يتعلق بمال المريض عندنا تعلقا مراعى ، ولأن المريض لا يملك أن يخص بعض الغرماء بالقضاء ولولا أن حق الجميع تعلق بالمال ملك القضاء كحال الصحة [٤] .

١٥٦٩١ – فإن قالوا : إنه يملك [القضاء] [٥] كحال الصحة دللنا عليه فقلنا : القضاء فعل يصح في حال المرض ويصح أن يفعل عنه بعد الموت بأمره ، فكان بعد الموت وفي حال المرض سواء كالهبة والعتق والصدقة

١٥٦٩٢ – فإن قيل : إنما يتعذر تبرعه ليس لما ذكرت ، ولكن لأن التبرع من الثلث [ومن عليه دين فلا ثلث لماله . بيان ذلك أنه لو تبرع ولا دين عليه ، ثم لحقه دين بطل ذلك التبرع لأنه لا ثلث لماله] [٦] .

١٥٦٩٣ – قلنا : ما من مال إلا له ثلث ، إلا أن التبرع لم ينفذ في هذا الثلث لتعلق حق الغرماء به . فأما إذا تبرع المريض ولا دين عليه ثم لحقه دين فلأن تبرعه مراعى كموقوف على الموت . فإذا لزمه دين قبل الموت استقر قبل استقرار التبرع فكأنه تقدم عليه في المعنى .

---

(١) الردة لغة : هي من ارتد أي تحول إلى الكفر ، والاسم الردة ، أي عن الإسلام : الرجوع عنه وارتد فلان عن دينه إذا كفر بعد إسلامه ، وفي الاصطلاح إجراء كلمة الكفر على اللسان بعد وجود الإيمان ؛ إذ الردة عبارته عن الرجوع عن الإيمان . وقال ابن جزي من المالكية : هو المكلف الذي يرجع عن الإسلام طوعًا إما بالتصريح بالكفر وإما بلفظ يقتضيه أو بفعل يتضمنه ، ويجب أن يستتاب ويمهل ثلاثة . انظر لسان العرب (١٦٢١/٣) ، المصباح المنير (٣٠٦/١) ، بدائع الصنائع (١٣٤/٧) ، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزي ص٣٩٤ ط دار العلم للملايين بيروت .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ع) ، (م) : [المريض] .

(٤) انظر هذا المعنى في بدائع الصنائع (٢٢٥/٧) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

١٥٦٩٤ – قالوا : لو تصرف في ماله بالإنفاق على نفسه في ملاذّه ونكاحه نفذ تصرفه ، فلو كان ماله مشغولًا بحق غرمائه لم ينفذ / تصرفه فيه كالرهن [1] . ١١/ب

١٥٦٩٥ – قلنا : لا يمنع أن يتعلق الحق بماله ، ويجوز صرفه في المنافع المختصة ، به كما أنه بعد الموت تتعلق الديون بالتركة بالإجماع ، ولا يمنع ذلك من صرف المال في الكفن ومؤنة الدفن .

١٥٦٩٦ – ولأن ما لابد له منه أَخَدهُ ، وإن كان حقه متعلقا به ، كما يثبت للإنسان أخذ ما يحتاج إليه من مال غيره وما زاد [2] على قدر الحاجة بالشراء [3] [و] [4] لأنه لا يفوت به حق الغرماء فإذا تناوله بعد ذلك صار كإتلافه للرهن .

١٥٦٩٧ – وأما المهر فلا يثبت بقوله لكنه إذا أقر بالنكاح ثبت النكاح ، لأنه يملكه فإذا لزمه وجب المهر من طريق الحكم فصار كالدين المعروف السبب وليس كذلك إذا أقر بالشراء .

١٥٦٩٨ – لأن الشراء لا يجوز أن يثبت ، ثم يثبت حكمًا ، لأنه لا ينفرد عنه وإنما يتعلق الثمن بإقراره وهو لا يملك ذلك من غير عوض يحصل له في الظاهر .

١٥٦٩٩ – قالوا : لو تعلق حقهم بالمال لم يجز تصرفه فيه وإن كان ينمي المال بالتصرف [كالرهن] [5] ولكان إذا وجب عليه دين بالبينة لا يساويه كالرهن [6] .

١٥٧٠٠ – قلنا : المرتهن تعلق حقه بعين الرهن والغرماء تعلق حقهم بعين المال

---

(١) النكت للشيرازي ورقة ٣٠٨ (ب) .　　(٢) في (ع) ، (م) : [ما زاده] .

(٣) في (ص) ، (ع) : [السري] والصواب ما أثبتناه كما في (م) .

(٤) حرف الواو ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . الرهن لغة : من رهن الشيء يرهن رهونًا : أي ثبت ودام ورهنته المتاع بالدين رهنًا أي حبسته به فهو مرهون والأصل مرهون بالدين فحذف للعلم به وجمعه رهون مثل فلس وفلوس ، ورهان مثل سهم وسهام . انظر المصباح المنير (٣٣٠/١) ، معجم مقاييس اللغة (٤٥٢/٢) وما بعدها والمغرب ص٢٠٣ ، التعريفات ص١٥٠ . وفي الشرع عرفه الحنفية بأنه : جعل الشيء محبوسًا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وعرفه ابن عرفة من المالكية : بأنه ما قبض توثقًا به في دين ، وعرفه الشافعية بأنه : جعل عين مالية وثيقة بدين ليستوفي منها عند تعذر وفائه . وعرفه الحنابلة بأنه هو : المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه . انظر الهداية (١٢٦/٤) ، حاشية الدسوقي (٢٣١/٣) ، الإقناع (٢٣/٢) ، المغني (٢٤٥/٤) ط مكتبة القاهرة .

(٦) انظر في هذا المعنى الإقناع (٢٥/٢) ، المغني (٢٨٨/٤ ، ٢٨٩) .

لا بعينه (١) .

١٥٧٠١ - الدليل على ذلك أن المرتهن يحبس العين ، فلولا أن حقه تعلق بها لم يثبت له حبسها . فأما الغرماء فليس لهم حبس الأعيان وإنما لهم استيفاء الحق منها فلا يمنع ذلك التصرف كحق الفقراء في مال الزكاة ، وكما أن حق الورثة متعلق بالمال وإن لم يمنع التصرف .

١٥٧٠٢ - فأما مشاركة من أقام البينة على دين فلأن حقه ثبت لسبب لا تهمة فيه . وبمثله في الرهن : لو أقام رجلٌ البينة على الدين . والرهن ساوى المرتهن .

١٥٧٠٣ - كذلك إذا أقام بينة على دين ساوى غرماء الصحة . وإذا ثبت أن حق الغرماء يتعلق بماله لم يملك أن يسقط حقهم عن ذلك بمجرد قوله كالدين الذي به رهن .

١٥٧٠٤ - فإن قيل : هذا موجود في دين المريض إذا لزمه ، ثم أقر بدين .

١٥٧٠٥ - قلنا : دين المريض متعلق بالمال ، إلا أنه غير مستقر ، لجواز أن يكون عليه دين في حال الصحة . وإنما يستقر بالموت فيتساوى الدينان في الثبوت .

١٥٧٠٦ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴾ (٢) أي شاهد ، فدل على قبول قوله على نفسه (٣) .

١٥٧٠٧ - قلنا : قوله مقبول عندنا ، وثبت به الدين عليه ، وإنما يقدم على غيره والآية (٤) لا تدل على ترتيب الديون .

١٥٧٠٨ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ ﴾ (٥) فلولا أن شهادة الإنسان تقبل على نفسه لم يؤمر بها (٦) .

١٥٧٠٩ - قلنا : نحن قد قبلنا شهادته على نفسه وأثبتنا الدين بها ، وإنما نمنع أن تقبل شهادته على غيره - وهم غرماء الصحة - وليس إذا وجب قبول قوله على نفسه

---

(١) هكذا في جميع النسخ لعل صحة العبارة هي تعلق حقهم بالمال لا يعينه .

(٢) من سورة القيامة : الآية رقم (١٤) .

(٣) انظر هذا الدليل في الذخيرة للقرافي (٢٦٠/٩) .

(٤) الآية : طائفة من القرآن يتصل بعضها ببعض إلى انقطاعها طويلة كانت أو قصيرة . انظر كتاب التعريفات ص٦٥ .

(٥) من سورة النساء : الآية رقم (١٣٥) .

(٦) انظر ذلك في أسنى المطالب (٢٨٧/٢) والذخيرة للقرافي (٢٦٠/٩) . وجه الدلالة من الآيتين أن الشهادة على النفس إقرار ، وذلك عام في جميع الأحوال ، ولكل أحد ، والتخصيص يحتاج إلى دليل ولا دليل على ذلك فيبقى على عمومه .

قبل في إسقاط حق غيره .

١٥٧١٠ - ألا ترى أنه لو أقر بملك الرهن لغيره قبل إقراره على نفسه ولم يقبل في إسقاط حق المرتهن .

١٥٧١١ - قالوا : حق لو ثبت عليه بالصفة [التي] [١] بيّنا وآخر ثبت له مثله [٢] حال الصحة ، فإذا ثبت عليه بالاعتراف وجب أن يساوي من ثبت له مثل حال الصحة . أصله النسب [٣] .

١٥٧١٢ - قلنا : لا نسلم أن أحد الدينين مثل الآخر بدلالة أن دينه [٤] متعلق بالذمة والمال ودين المرض متعلق بالذمة غير مستقر في المال . وإن سقط هذا الوصف انتقضت العلة ، كدين به رهن [إذا] [٥] أقر الراهن بدين آخر لا يساوي الغريم الأول في الرهن . والمعنى في النسب ثبوت الإنسان على الأنساب . وتعلق الحقوق بماله لا يجعله محجورًا [عليه] [٦] في الإقرار بسبب آخر ، وليس كذلك الديون ؛ لأن ثبوت الدين قد يؤثر في الحجر ومنع المشاركة [بما يقر به دلالة أن الدين به رهن . ولذلك جاز أن تكون حقوق غرماء الصحة تؤثر في الحجر ومنع المشاركة] [٧] بين ديونهم والدين المقر به .

١٥٧١٣ - قالوا : دين ثبت على المريض فوجب أن يساوي ما ثبت مثله في حال الصحة ، كما لو ثبت [بالبينة] [٨] ، وكما لو صح من هذا المرض ثم مرض [٩] .

١٥٧١٤ - قلنا : لا نسلم أن دين الصحة مماثل لما ثبت] [١٠] في حال المرض ؛ فإذا سقط هذا الوصف بطل بدين في الصحة به رهن . ودين أقر به في المرض لا يساوي المرتهن في الرهن والمعنى فيما ثبت [بالبينة] [١١] لأن قول الشهود مقبول على المريض

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٢) أي مثل هذا الحق .

(٣) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٩/٧) ، الذخيرة للقرافي (٢٦١/٩) ، النكت للشيرازي ورقة ٣٠٨ (ب) ، وعبارة الماوردي « لأن كل حال يستوي فيها ثبوت النسب بالبينة والإقرار وجب أن يستوي فيها ثبوت الدين بالبينة والإقرار كالصحة » .

(٤) في (ع) ، (م) : [ذمته] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٦ ، ٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٨) البينة هي الحجة الظاهرة . انظر طلبة الطلبة ص١٧٨ .

(٩) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٩/٧) ، مغني المحتاج (٢٤٠/٢) .

(١٠ ، ١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

وعلى غرمائه فثبت الدين في حقهم فساواهم .

١٥٧١٥ - وأما المقِرُّ فقوله مقبول على نفسه [و] [(١)] غير مقبول على غرمائه فثبت الاستحقاق في حقه دونهم ؛ فتبين الفرق بينهما في أن المبيع لو استحق من يد المشتري بينة رجع على البائع [(٢)] بالثمن [(٣)] ، ولو أقر المشتري للمدعى لم يرجع على البائع ، وكان [المعنى] [(٤)] فيه : أن البينة مقبولة في حق البائع والمشتري ، وإقرار المشتري مقبول في حقه خاصة .

١٥٧١٦ - فأما قياسهم عليه إذا صح من مرضه فلأنه لو كان تصرف في إخراج ماله من ملكه بغير عوض لم يصح جاز ، وإن أسقط بذلك حق غرمائه . كذلك إذا أقره ، وإذا لم يصح لم ينفذ تصرفه في إخراج شيء من ماله بغير عوض كذلك لا ينفذ قوله في الإقرار المؤدي إلى استحقاق ماله بغير عوض معلوم .

١٥٧١٧ - قالوا : المريض غير متهم فيما اعترف به من الدين [و] [(٥)] العين ، لأنه في حال الحذر من الله تعالى والخروج من المظالم وتجديد التوبة ، وكان أبعد في التهمة من الصحيح ؛ فإذا نفذ إقرار الصحيح فالمريض أولى [(٦)] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٢) البيع ضد الشراء وهو من الأضداد يطلق أحدهما على الآخر ويجمع على البيوع ، والبيع مطلق المبادلة يقع على البيع والشراء ، يقال باع داره أي ملكها غيره بثمن وباع دار فلان بكذا أي اشتراها به وقد قال النبي ﷺ : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » إلا أن تكون صفة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله أخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع في باب خيار المتبايعين (٢٧٣/٣) رقم ٣٤٥٦ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، ورواه أحمد بن حنبل في مسنده (٥٦/١) والزيلعي في نصب الراية (٢٠١/٢) فأطلق الاسم عليهما وكذلك الشراء وهو تمليك مال بمال غير أن الغالب في الاستعمال أن البيع في إخراج المبيع عن الملك قصدًا أكثر وتبادر الذهن إلى هذا المعنى أقوى ، والشراء في إخراج الثمن من الملك قصدًا أكثر وتبادر الذهن إليه أسرع ، والبيع في الاصطلاح هو مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكًا وتملكًا . انظر المصباح المنير (٩٦/١) ، معجم مقاييس اللغة (٣٢٧/١) ، لسان العرب (٤٠١/١) ، الاختيار لتعليل المختار (١/٢) ، فتح القدير (٤٥٤/٥) ، التعريفات ص٧٤ .

(٣) الثمن اسم لما عرض من المبيع والأثمان المعلومة ما يجب دينًا في الذمة كالدراهم والدنانير وأما غيرهما من العروض ونحوها فلا . والثمن اسم للمشتري به ، وقال الليث : « ثمن كل شيء قيمته » انظر المغرب ٦٩ ، ٧٠ ، تهذيب الأسماء واللغات (٤٦/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٥) حرف الواو ساقط من جميع النسخ .

(٦) انظر هذا في أسنى المطالب شرح روض الطالب (٢٩٠/٢) حاشية الشيخ سليمان على الجمل (٤٣٢/٣) ، =

١٥٧١٨ - قلنا : لو صح ما ذكرتموه لوجب إذا أقر بالعين المرهونة أنها لغيره أن يبطل حق المرتهن ، لأنه متهم في إقراره ولكان إذا قال هذا العبد [١] رهنته عند فلان وإن عدا في حقه ، ويقبل إقراره فلما لم يقبل علم أن بُعده عن التهمة [٢] لا يوجب قبول قوله في إسقاط حق .

١٥٧١٩ - ولأن المريض لو شهد لأبيه وابنه لم تقبل شهادته ، [٣] كما لا تقبل في حال الصحة للتهمة ، وإن كانت التهمة في إحدى الحالتين أبعد من الأخرى .

١٥٧٢٠ - قالوا : المرض [٤] يؤثر في التبرع ولا يؤثر في الواجبات ، ولهذا لو اعتق المريض أو حابى كان من الثلث . ولو أقر كان من جميع المال . وإذا أبرأ [٥] المريض في التبرع دون غيره جاز [إقراره] [٦] .

١٥٧٢١ - قلنا : إقراره جائز بلا خلاف ، والكلام في تساوي الديون أو تقديم بعضها على بعض . وهذا المعنى قد يوجد في ديون الصحة كذلك يجوز أن يوجد في دين الصحة والمرض .

١٥٧٢٢ - قالوا : قد قلتم إنه لو تزوج وطلق قبل الدخول كانت المرأة مساوية لغرماء الصحة فيما وجب لها من المهر . وكذلك لو استقرض مالًا ببينة أو أتلف مالًا على إنسان ثبت له الحق مساويًا لغريم الصحة ، كذلك ما ثبت عليه بإقراره .

١٥٧٢٣ - قلنا : إما إذا استقرض أو ابتاع فلم يخرج من ملكه شيء إلا بعوض ، تتعلق حقوقهم به وهو غير ممنوع من أعيان المال ، وإنما منع إبطال معناها . وأما التزويج فلأنها منفعة يختص بها المريض ، وله أن يصرف ماله في المنافع التي يختص بها ، وإن تعلق حق الغرماء بالمال بعد الموت . ولأن المهر لا يثبت بقوله [وإنما يثبت بعقد النكاح ، فإذا ثبت وهو لا ينفك عن المهر يثبت من طريق الحكم ، والكلام

= الإقناع (٥١/٢) .

(١) في (ع) ، (م) : [الرهن] .

(٢) المراد بالتهمة ما إذا قامت قرينة دالة على أن مراده إضرار الورثة أو الغرماء وأنه كاذب في ذلك الإقرار كما لو أشهدت المرأة شهودا على نفسها لأبنها أو لأخيها تريد بذلك إضرار الزوج ، أو أشهد الرجل شهودًا على نفسه بمال لبعض الأولاد يريد به إضرار باقي الأولاد والشهود يعلمون ذلك ، وسعهم أن لا يقبلوا الشهادة . انظر العقود الدرية (٥٥/٢)

(٣) شهادة الوالد لولده والولد لوالده لا تقبل لوجود التهمة . انظر الهداية (١٢٢/٣) .

(٤) وفي (ع) ، (م) : [المريض] .

(٥) في (م) : [أقر] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ع) ، (م) . انظر هذا في الجمل على شرح المنهج للأنصاري (٤٣٢/٣) .

فيما يثبت بقوله][1] وما يسقط به حقوق الغرماء .

١٥٧٢٤ - فأما الإتلاف فإنما يجب عوضه من طريق الحكم لا بقوله ، وإنما بفعل الإتلاف وهو لا يملكه فيثبت بحكمه ضمان العوض . وهذا الثبوت لا تهمة فيه فساوى ديون الصحة .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

مسألة ٧٨٣

حكم إقرار المريض للوارث

١٥٧٢٥ - قال أصحابنا : إقرار المريض لوارثه باطل إن مات في مرضه [١] .

١٥٧٢٦ - وهو أحد قولي الشافعي [٢] . وقال في قول آخر [٣] : إقراره جائز [٤] .

---

(١) انظر مختصر اختلاف العلماء (٢١١/٤) ، بدائع الصنائع (٢٢٤/٧) ، البناية على الهداية (٥٩٢/٨) ، نتائج الأفكار (٣٨٧/٨) ، المبسوط (٢٤/١٨) ، الاختيار (١٨٣/٢) هذا إذا لم يصدقه الورثة . أما إن صدقه الورثة فصحيح ؛ وبه قال المالكية وأحمد في أصح الروايتين وقال المرداوي : هذا هو المذهب بلا ريب وعليه جماهير الأصحاب وهو قول شريح القاضي وإبراهيم النخعي ويحيى الأنصاري والقاسم وسالم وأبو هاشم . إلا أن المالكية قيدوا ذلك بوجود التهمة فإن أقر المريض لوارث قريب مع وجود الأبعد أو المساوي كان الإقرار باطلًا ، وإن أقر لوارث بعيد كان صحيحًا إن كان هناك وارث أقرب منه ، سواء كان ذلك الأقرب حائزًا للمال أم لا . وإن أقر لقريب غير وارث كالخال أو لصديق ملاطف أو مجهول حاله صح الإقرار إن كان لذلك المقر ولد أو ولد ولد وإلا فلا . وأما لو أقر لأجنبي غير صديق كان الإقرار لازمًا . وإن أقر المريض لوارث أبعد فيصح مطلقًا ويلزمه الإقرار بلا قيد ، لانعدام التهمة . وبهذا فإن المريض يصح إقراره إذا لم يتهم ويبطل إذا اتهم . انظر حاشية الدسوقي (٣٩٩/٣) ، بلغة السالك (١٩٠/٢ ، ١٩١) ، بداية المجتهد (٢٨٥/٢) ، مواهب الجليل مع التاج والإكليل (٢١٨/٥ - ٢٢١) ، الذخيرة (٢٦٣/٩) ، والمغني مع الشرح الكبير (٣٤٤/٥) ، الفروع (٦٠٨/٦) ، الإنصاف (١٣٥/١٢) .

(٢) انظر مغني المحتاج (٢٤٠/٢) ، نهاية المحتاج (٧٠/٥) ، المهذب (٤٤٠/٢) ، الحاوي الكبير (٣٠/٧) ، وعبارة الشربيني : « إن أقر المريض لوارثه فالإقرار لا يصح لأنه متهم بحرمان بعض الورثة الخلاف في الصحة أما التحريم فعند قصد الحرمان لا شك فيه كما صرح به جمع ، منهم القفال في فتاويه وقال : إنه لا يحل للمقَرّ له أخذه ، وإذا أدعى بقية الورثة على المقر له أنه لا حقيقة لإقرار مورثهم له فأحلف فعليه أن يحلف ، وإن نكل حلف فيه الورثة ، وقاسموه ، ولذلك اختار الروياني مذهب مالك » .

(٣) قال الماوردي : « إقراره في الصحة لازم كالأجنبي . وأما إقراره للوارث في المرض المخوف فإن صح من مرضه لزمه إقراره . وإن مات منه ، فقد ذكر الشافعي لزوم إقراره . واختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق المروزي في غير الشرح يخرجه على قولين : أحدهما لازم والثاني باطل ، وهو اختيار ابن أبي هريرة : يجعل إقراره للوارث لازمًا قولًا واحدًا ويجعل ما قاله من بطلان إقراره حكاية عن مذهب غيره » . انظر الحاوي الكبير (٣٠/٧) ، المهذب (٤٤٠/٢) ، الإفصاح لابن المنذر النيسابوري ص٣٨٣ ، مغني المحتاج (٢٤٠/٢) ، والصحيح في المذهب أنه جائز وليس بباطل ، وبه قال الإمام أحمد ابن حنبل في رواية أخرى . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٤٤/٥) والإنصاف (١٣٥/١٢) .

(٤) منشأ الخلاف بين الحنفية والشافعية في الإقرار هو : أن الشافعية قالوا : إن الفعل إذا وجد مطابقًا لظاهر=

١٥٧٢٧ - لنا : ما روي عن ابن عمر [١] ﷺ أنه قال : إذ أقر المريض لوارثه لم يجز وإن أقر لأجنبي بجميع ماله جاز [٢] ذكره [٣] محمد في (الأصل) [٤] .

١٥٧٢٨ - ومن أصحابنا من روى عن عمر [ﷺ] مثله [٥] ولا نعرف لهما مخالفًا ، ولأنه لو أقر لوارثه في مرض موته [لم يصح] [٦] فلم يصح إقراره ، أصله السفيه .

١٥٧٢٩ - ولأنه نفَّع وارثه في ماله في حال مرضه فيما لا يُعلم سببه إلا بقوله ، فصار كهبته [٧] ولأنه مال أثبته لوارثه في مرض موته بقوله ، لا يعلم سببه إلا به ، فصار كهبته ووصيته [٨] .

= الشرع حكم بصحته ، ولا تعتبر التهمة في الأحكام ، لأن الأحكام تتبع الأسباب الجلية دون المعاني الخفية . وقال الحنفية : كل فعل تمكنت التهمة فيه حكم بفساده لتعارض دليل الصحة والفساد . انظر تخريج الفروع على الأصول للزنجاني تحقيق د . محمد أديب صالح ص٢١٢ . ط مؤسسة الرسالة .

(١) هو أبو عبد الرحمن عبد اللَّه بن عمر بن الخطاب ﷺ القرشي العدوي ، أحد الصحابة الأجلاء ولد سنة ٣ من البعثة وأسلم وهو صغير ، هاجر قبل أبيه أو معه ، شهد المواقع مع رسول اللَّه ﷺ من غزوة الخندق وهو ممن بايع تحت الشجرة وأحد الستة المكثرين من الرواية عن رسول اللَّه ﷺ ، توفي ٧٣هـ انظر أسد الغابة (٢٣٦/٣ - ٢٤١) ، الإصابه (٣٤٧/٢ - ٣٥٠) ، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء (٢٩٢/١) ، تذكرة الحفاظ (٣٧/١) ، سير أعلام النبلاء (٢٠٣/٣ - ٢٣٩) .

(٢) أخرجه الزيلعي في كتابة نصب الراية وعبارته عن عمر ﷺ أنه قال : « إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته » قال الزيلعي : غريب . انظر نصب الراية (١١١/٤) . هذا وقد روي خواهر زاده مثله في مبسوطه عن ابن عمر أيضًا . وكذا روي في الأصل عن يعقوب بن عبد اللَّه النافع عن ابن عمر كما روي عن عمر كما في الهداية والكافي وغيرهما ، فيجوز أن يكون مرويًا منهما . ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب بدائع الصنائع حيث قال : « ولنا ما روي عن عمر وابنه عبد اللَّه ﷺ أنهما قالا : إذا أقر المريض لوارثه لم يجز ، وإن أقر لأجنبي وإن أحاط ذلك بماله جاز » هذا الأثر مثل الخبر فلابد أن ابن عمر قد سمعه من النبي ﷺ وقول الواحد من فقهاء الصحابة مقدم عند الحنفية على القياس . يدل هذا الأثر على بطلان إقرار المريض لوارثه وجواز إقراره لأجنبي . انظر الهداية (١٨٩/٣) ، المبسوط (٢٤/١٨) ، تبيين الحقائق (٢٦/٥) ، حاشية الشلبي عليه ، بدائع الصنائع (٢٢٤/٧) ، نتائج الأفكار (٣٨٨/٨ ، ٣٨٩) .

(٣) الضمير المذكر المتصل الغائب ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) ما بين القوسين بدل مما جاء في النسخ بلفظ : « في الأصول » . وكتاب محمد بن الحسن الأصل أو المبسوط معروف مشهور . انظر : كشف الظنون ١٠٧/١ وما بعدها والفهرست ٢٨٧ وما بعدها .

(٥) قال ابن المنذر : « وأجمعوا على أن إقرار المريض في مرضه بالدين لغير وارث جائز إذا لم يكن عليه دين في الصحة » . انظر بدائع الصنائع (٢٢٤/٧) ، كتاب الإجماع للإمام ابن المنذر ص٣٨ .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) انظر بدائع الصنائع (٢٢٤/٧) .

(٨) انظر تبيين الحقائق (٢٥/٥) .

١٥٧٣٠ - فإن قيل : لم يثبت وإنما أخبر عن وجوب سابق .

١٥٧٣١ - قلنا : إذا لم يعلم بقدم الوجوب فإنما أثبت بقوله .

١٥٧٣٢ - فإن قيل : لا يمنع (١) أن لا يجوز تبرعه ويجوز إقراره ، كما أن الأجنبي يجوز التبرع عليه في جميع محل التبرع ، ويجوز الإقرار له في جميع محل الإقرار ، إلا أن محل التبرع الثلث ومحل الإقرار جميع المال ، والوارث لا يجوز التبرع عليه من محل التبرع وهو الثلث فلم يجز الإقرار له في محل الإقرار . وهذه مبنية على أصل أبي حنيفة أن عقود (٢) المرض مع وارثه لا يصح (٣) ، ومتى لم يصح منه سبب الإقرار لم يصح منه الإقرار كالعبد المحجور إذا أقر (٤) .

١٥٧٣٣ - وهذه المسألة مبنية على أن المريض محجور عليه في حق وارثه . بدلالة أن الثلث الذي يملكه (٥) ، ولا حق لأحد فيه لا يجوز وضعه في وارثه . وهذه صفة الحجر أن يمنع الإنسان من التصرف في ماله مع عدم تعلق حق الغير به (٦) .

١٥٧٣٤ - ولا يقال : إنه ممنوع من التبرع فيما زاد على الثلث في حق الأجنبي وليس بمحجور عليه ، لأنه منع من التبرع / في (الزائد عن الثلث) (٧) لتعلق حق الوارث به . ١٨٠/أ

١٥٧٣٥ - ومن منع من التصرف في مال (٨) لتعلق حق الغير به لم يكن محجورًا [عليه] (٩) كالرهن ، ولو كان المنع لهذه العلة حجرًا لكان جميع الناس محجورًا عليهم لأنهم ممنوعون من التصرف في حقوق غيرهم (١٠) .

---

(١) في (ص) : [لا يمتنع] ، والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٢) في (ع) : [عقوق] ، وفي (م) : [حقوق] .

(٣) لأن معاملة المريض مع الوارث نادرة إذ يمكن التحرز عنه من غير حرج ، لوجود التهمة . انظر تبيين الحقائق (٥/٢٥) .

(٤) هذا قول زفر بن الهذيل والصاحبين حيث قالوا : « لا يصح إقرار العبد المحجور ، وقد قاسوه على أمر غير متفق عليه . انظر حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٥/٩٢) ، حاشية ابن عابدين (٨/١٦٣) ، الهداية (٤/٧) .

(٥) أي يملك تبرعه .

(٦) وحقيقة الحجر هي منع التصرفات القولية ذلك أن الشرع قصر تصرفه على الثلث وعلق حق الورثة بالثلثين . انظر تبيين الحقائق (٥/١٩٠) ، المبسوط (١٨/٣١) .

(٧) ما بين القوسين زائد والسياق يقتضيه . انظر النكت للشيرازي ورقة ٣٠٨ (ب) .

(٨) في (ع) ، (م) : [في ماله] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(١٠) في (ع) ، (م) : [عدمهم] . هذا خطأ والصواب ما أثبتناه .

١٥٧٣٦ - فإن قيل : لو كان المنع من التصرف في الثلث لحق الورثة لمنع من التصرف فيه بالواجبات ، كما يمنع في الرهن .

١٥٧٣٧ - قلنا : إذا أقر بان بإقراره أنه لا ملك له ، وحق الورثة يتعلق بثلثي ماله وإذا بان بالإقرار أن لا مال له لم يتعلق حقهم بشيء مما في يده . وإذا ثبت أنه محجور عليه فئي حقه لم يجز إقراره كالصبي في حق جميع الناس .

١٥٧٣٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴾ (١) يعنى شاهدًا ، وبقوله تعالى : ﴿ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ ﴾ (٢) وبقوله تعالى : ﴿ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ﴾ (٣) .

١٥٧٣٩ - والجواب : أن هذا يدل على جواز إقرار الإنسان ، ولا يدل على قبول قوله في حق غيره ، فالخلاف في قبول إقراره في حق ورثته .

١٥٧٤٠ - وقوله تعالى : ﴿ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ ﴾ (٤) يعني بالعدل ، والشاهد بالعدل هو الذي لا يلحقه تهمة ، والمريض عندنا متهم فيما يقر به (٥) .

١٥٧٤١ - قالوا : من صح إقراره له في صحته صح إقراره [له] (٦) في مرضه ، كالأجنبي ، أو من صح إقراره للأجنبي (٧) صح للوارث . أصله : الصحيح (٨) .

١٥٧٤٢ - قلنا : إنما صح إقراره له في الصحة ، لأنه لو نقل ملكه إليه بالتبرع المبتدأ صح ، فلم يتهم في الإقرار ، لأنه لو كان كاذبًا لعُدل (٩) إلى التمليك المبتدأ وحصل له به المال . ألا ترى أنه من خُيّر بين أمرين لم يجز أن يعدل عن المباح (١٠) منهما إلى

---

(١) سورة القيامة : الآية ١٤ . (٢) سورة النساء : الآية ١٣٥ .

(٣) من آية الدين رقم (٢٨٢) سورة البقرة . وجه الدلالة من الآيات : أن الشهادة على النفس إقرار ، وذلك عام في جميع الأحوال ، ولكل أحد والتخصيص يحتاج إلى دليل ، ولا دليل على ذلك فثبت المدَّعى . انظر الذخيرة للقرافي (١٦١/٩) . (٤) سورة المائدة : الآية ٨ .

(٥) كما أن المريض متهم عند الشافعية في قول ، حيث جاء في مغني المحتاج (٢٤٠/٢) النص على ذلك بعبارة : « وفي قول لا يصح إقرار المريض مرض الموت لوارث ، لأنه متهم بحرمان بعض الورثة » .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٧) في (ع) ، (م) : [كالأجنبي] .

(٨) انظر هذا المعنى في المهذب (٢٤٠/٢) ، الحاوي الكبير (٣٠/٧) .

(٩) في (ع) ، (م) : [بالعدل] .

(١٠) المباح مشتق من الإباحة وهي الإظهار والإعلان ويأتي بمعنى الإذن والإطلاق ، يقال أبحته كذا أي أطلقته فيه وأذنت له . وأما في الشرع : فهو ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل=

المحظور .

١٥٧٤٣ - وأما في المرض فهو لا يملك نقل ملكه إليه بالتبرع ، فاتهم أن يكون أراد تحصيل المال له ، فعدل عما لا ينفذ إلى الإقرار [بوجوب سابق . وأما الأجنبي فلا تلحقه تهمة في حقه فيملك إيجاب التبرع له في جميع محل التبرع فيملك الإقرار] [١] له في محل الإقرار . وفي الوارث تلحقه تهمة في حقه بدلالة أنه لا يملك التبرع عليه في محل التبرع ، فلم يملك الإقرار له في محل الإقرار . تبين ذلك أن الغالب أن الإنسان يؤثر بعض ورثته ويفضلهم ، [٢] وليس الغالب أن الإنسان يؤثر تحصيل ما زاد على ثلثه للأجنبي ويمنع بذلك وارثه [٣] .

١٥٧٤٤ - قالوا : يصح إقراره للوارث كالصحيح . وهذا إقرار ؛ لأنه إذا أقر لوارث لثبت النسب والتوارث والولاية ، وإذا أقر لوارث فقد أثبت حقًا واحدًا [٤] .

١٥٧٤٥ - قلنا : هذا يبطل على الصحيح من مذهبهم بالمحجور [عليه [٥]] بالسفه والدين ؛ يملك الإقرار بالوارث ولا يملك الوارث .

١٥٧٤٦ - ومنهم من التزم [٦] هذا ، وقال : لا يصح إقرار المحجور بنسب ، ثم هذا لا يصح ، لما قدمنا في المسألة الأولى أن الإنسان لا يحجر عليه في الإقرار بالنسب مع صحة القول ، ويحجر عليه في [الإقرار] [٧] في التصرف في المال ، فلم يعتبر أحدهما بالآخر .

١٥٧٤٧ - ولأنه إذا أقر بالوارث حصل ابتداء الإقرار له وهو أجنبي ، وإذا أقر للوارث حصل إقراره له وهو وارث .

١٥٧٤٨ - ولأن المورث لا يتهم في أنه يستلحق بولد ليس منه ويتهم أنه موجب

= والترك من غير بدل . وقال الجرجاني : ما استوي طرفاه ، انظر التعريفات ص٢١٠ والإحكام في أصول الأحكام (٩٤/١) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) في جميع النسخ « تفضيله » بدلًا من « يفضلهم » المثبتة في المتن .

(٣) انظر تبيين الحقائق (٢٥/٥) .

(٤) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٣٠/٧) ، المهذب (٤٤٠/٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٦) في (ع) ، (م) : [ألزم] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

لوارثه ما ليس له ، قصد إلى منفعته فلذلك افترق الأمران .

١٥٧٤٩ - ولأن الإقرار بالنسب ليس بإقرار بمال ويجوز أن يفضي إلى مال [ويجوز أن لا يفضي] (١) .

١٥٧٥٠ - وقد يقبل (٢) في السبب المفضي إلى معنى لا يقبله في ذلك المعنى شهادة القابلة للولادة المؤدية إلى ثبوت الإرث وأنه لم يقبل في الإرث .

١٥٧٥١ - قالوا : المريض غير متهم فيما يقر به ، لأنه حال مفارقة الدنيا والمصير إلى الآخرة (٣) وقد أجبنا عن هذا الكلام في المسألة التي قبل هذه .

١٥٧٥٢ - قالوا : لو كانت الوصية (٤) جائزة فلا شك أن الإقرار كان جائزًا لأن الإقرار أبعد من الوصايا ، ولم تستحب الوصية للوارث فبقي الإقرار على ما كان عليه .

١٥٧٥٣ - قلنا : لا نعلم هذا ويجوز أن تكون الوصية جائزة والإقرار لا يجوز . ثم الوصية إنما كانت تجوز لجميع الورثة ولم تكن جائزة لبعضهم دون بعض ، فيجب أن يكون الإقرار فيه جائزًا على هذا الوجه ، فتستحب الوصية ويبقى الإقرار .

١٥٧٥٤ - وعندنا يجوز الإقرار لجميع الورثة ، ويخيرون بين أخذ المال بالإقرار والإرث .

١٥٧٥٥ - قالوا : المريض مأمور بالتخلص من الديون وإيصالها إلى مستحقها ، فإذا كان عليه دين لوارثه فقد أمر بإيصاله إليه ، فيستحيل أن يكون مأمورًا بذلك ، وإذا ثبت

---

(١) بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٢) في (ع) ، (م) : [قيل] .

(٣) انظر أسنى المطالب (٢٩٠/٢) ، الإقناع (٥٢/٢) ، الحاوي الكبير (٣٠/٧ ، ٣١) ، ويرد الماوردي على الحنفية بأن الإنسان في مرض الموت في حال يجتنب الإنسان فيها المعاصي ويخلص الطاعة ولذلك قال أبو بكر الصديق ﷺ في عهده إلى عمر : هذا ما عهد به أبو بكر خليفة رسول الله ﷺ عند آخر عهده بالدنيا وأول عهده بالآخرة في الحال التي يؤمن فيها الكافر ويتقي فيها الفاجر .

(٤) الوصية بمعنى العهد والاتصال ، تقول وصاه توصية أي عهد به أو إليه ، ووصى الشيء يصيه إذا أوصله به ، وأرض واصية كثيرة النبات ، وسمى هذا التصرف وصية لما فيه من وصل القرابة الواقعة بعد الموت بالقرابات المنجزة في الحياة . يقال أوصيت له أو إليه : جعلته وصيًا يقوم بعمله بعده ، والوصايا جمع الوصية . انظر المصباح المنير (٨٢٧/٢) ، تهذيب الأسماء واللغات (١٩٢/٣) ، القاموس المحيط (٤٠/٤) ، الصحاح للجوهري (٢٥٢٥/٦) ، وفي الاصطلاح هي اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته ، وعرفها الجرجاني أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت . انظر بدائع الصنائع (٣٣٣/٧) ، التعريفات ص٢٦٤ ، مجمع الأنهر (٦٩١/٢) . انظر الحاوي الكبير (١٩٠/٨) .

لم يقبل منه .

١٥٧٥٦ – قلنا : هو مأمور بإيصال الحق إلى وارثه ، ويقدر أن يقضيه [١] دينه باطنًا ، ويوصله إليه فيتخلص بذلك من مظلمته ، وإن كان لو أقر لم يقبل إقراره . كما أن الوصي إذا كان شاهدًا على الميت بدين ، وليس معه شاهد غيره فهو مأمور سرًا بإيصاله إلى مستحقه لتخليص الميت ، ولو أظهر ذلك وأقر به لم يقبل قوله [فيه] [٢] ولم يثبت به الدين وإن كان مأمورًا [بالقضاء] [٣] .

* * *

(١) هكذا في جميع النسخ لعل الصواب يقضي .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

مسألة ٧٨٤

حكم قضاء المريض المديون بعض غرماء الصحة دون البعض

١٥٧٥٧ - قال أصحابنا : إذا قضى [المريض (١) المديون] (٢) بعض غرماء الصحة دون بعضهم لم يصح القضاء (٣) .

١٥٧٥٨ - وقال الشافعي : يصح (٤) . وهذا مبني على أصلنا أن حق الجميع تعلق بالمال على وجه واحد فلا يفرد بعضهم بالقضاء دون بعض . أصله الدين إذا كان به رهن (٥) ولأنها حالة يعتبر العتق فيها من الثلث فلا يجوز أن يفرد بعض الغرماء بالقضاء . أصله بعد الموت . ولا يلزم إذا [قضى] (٦) دين الصحة ، وهناك دين في المرض ، لأن ذلك يجوز بعد الموت أيضًا ، فاستوى الفرع (٧) والأصل (٨) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبته كما في (ع) ، (م) .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٣) أي أداء الدين . انظر هذه المسألة في الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن ص١٣٠ ط دار إحياء التراث العربي بيروت ، الهداية (١٨٩/٣) ، نتائج الأفكار (٣٨٥/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٥/٧ ، ٢٢٦) ، المبسوط (٢٨/١٨) ، تبيين الحقائق (٢٤/٥) ، وعبارة المرغيناني « ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض ، لأن في ذلك الإيثار للبعض إبطال حق الباقين . وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه ، أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علمه بالبينة » وبه قال المالكية . جاء في المدونة الكبرى « أرأيت إن قضى بعض غرمائه دون بعض في مرضه أيجوز ذلك ؟ قال : لا يجوز ذلك له إذا كان الدين يغترق ماله » وبه قال بعض الحنابلة وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار التميمي . انظر المدونة الكبرى (٥٨/٤) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٤٣/٥) .
(٤) انظر الحاوي الكبير (٢٩/٧) وعبارته : « إذا ضاق مال المريض عن قضاء ديونه ، فقدم بعض غرمائه بدينه فقضاه لم يشركه الباقون فيه . وبه قال بعض الحنابلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٤٣/٥) .
(٥) فإن مال المريض صار كالمرهون في حقهم وإعطاؤه لبعض الغرماء دون البعض إيثار منه لبعضهم بعد ما تعلق حقهم جميعًا بماله ، فهو نظير إيثاره بعض الورثة بالهبة والوصية له بعد ما تعلق حق الورثة . انظر المبسوط (٢٨/١٨) ، تبيين الحقائق (٢٤/٥) ، بدائع الصنائع (٢٢٦/٥) .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .
(٧) الفرع هو المقيس والمحل المشْبِهُ عند الفقهاء ، لأن القياس حاصله : اعتبار الفرع بالأصل . وجمعه فروع . وهو من أركان القياس ، وهو من كل شَيء أعلاه ، وهو ما يتفرع من أصله . انظر التعريفات ص٤٣ ، المصباح المنير (٥٦٢/٢) مادة فرع ، مختصر المنتهى (٣٠٨/٢) ، البحر المحيط (٩٦/٧) .
(٨) الأصل هو ما يبنى عليه غيره ، وجمعه الأصول ، وهو عبارة عما يُفْتَقَره إليه ، ولا يَفْتَقِر هو إلى غيره . =

١٥٧٥٩ - ولأن القضاء فعل يصح في حال المرض [ويصح أن يفعل عنه بعد الموت بأمره ، فكان فعله بعد الموت وفي حالة المرض] [١] سواء ، أصله العتق .

١٥٧٦٠ - احتجوا : بأنه قضى [٢] دينه ، وهو من أهل القضاء ، فصار كحال الصحة [٣] .

١٥٧٦١ - قلنا : لا نسلم أنه من أهل القضاء على الإطلاق ، [وإنما هو من أهل القضاء] [٤] على صفة مخصوصة ، والمعنى في حال الصحة : أنه يملك أن يزيل ملكه على طريق التبرع ، فيملك أن يفرد بعض الغرماء بالقضاء . ولما كان في حال المرض لا يملك مع الدين أن يتبرع بماله لم يملك أن يفرد [٥] بعض غرماء الصحة بالقضاء .

١٥٧٦٢ - قالوا : يملك قضاء الجميع فملك قضاء البعض كحال الصحة [٦] .

١٥٧٦٣ - قلنا : إذا قضى الجميع فلم يُسْقِطْ حقَّ بعضهم . وإذا أفرد بعضهم فقد أسقط حق الباقين . وحكم [٧] الأمرين مختلف ؛ بدلالة الرهن إذا كان عند جماعة فسلم بدينهم جاز ، ولو أفرد به بعضهم لم يجز [٨] .

١٥٧٦٤ - ولأنه إذا قضى الجميع لم تلحقه تهمة وإذا أفرد بعضهم فإنه متهم . وتصرف المريض لا يصح مع التهمة ويجوز مع عدمها [٩] .

* * *

= وفي الاصطلاح : عبارة عما يبني عليه غيره ، ولا يبني هو على غيره ، والأصل ما يثبت حكمه بنفسه ، ويبنى عليه غيره . انظر التعريفات ص٤٩ ، ٥٠ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٢) في (ع) : [قضاء] .

(٣) انظر الحاوي الكبير (٢٩/٧) وعبارته « لأن من صح منه الأداء مع وجود الوفاء صح منه الأداء مع العجز كالصحيح طردًا والصغر عكسًا » .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٥) في (ع) ، (م) : [لو أراد] .

(٦) انظر : الحاوي الكبير (٢٩/٧) .

(٧) في (ع) ، (م) : [لحكم] .

(٨) انظر الهداية (١٨٩/٣) ، بدائع الصنائع (٢٢٦/٧) .

(٩) انظر نتائج الأفكار (٣٨٧/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٥/٧ ، ٢٢٦) ، تبيين الحقائق (٢٤/٥) .

مسألة ٧٨٥

الإقرار للحمل

١٥٧٦٥ - قال أبو يوسف : إذا أقر لحمل امرأة [١] بدين مطلق لم يصح الإقرار . ولو أقر بسبب معين ، فقال : له عندي ميراث أبيه أو وصيته من فلان جاز [٢] .

١٥٧٦٦ - وقال محمد : إذا أطلق الإقرار للحمل صح [٣] .

١٥٧٦٧ - وللشافعي في الإقرار المطلق قولان : أحدهما مثل قول أبي يوسف ، والثاني مثل قول محمد [٤] .

---

(١) يصح الإقرار للحمل عند من أجازه شريطة وجوده وقت الإقرار ويعلم ذلك إذا جاءت المرأة بالولد في مدة يعلم أنه كان موجودًا قبل الإقرار ؛ فيلزم لصحة الإقرار أن تأتي بالولد لأقل من ستة أشهر إذا كانت ذات زوج ، أو لأقل من سنتين من وقت الفراق إذا كانت معتدة . فيحكم حينئذ بثبوت النسب ، ويكون ذلك حكمًا بوجوده في البطن حين موت المورث أو الوصي ، فلا يصح الإقرار إلا لحمل يتيقن وجوده عند الإقرار . انظر حاشية قرة العيون (١٣٢/٨) ، حاشية ابن عابدين (٤٥٥/٤) ، تبيين الحقائق (١٢/٥) ، نتائج الأفكار (٣٤٥/٨ ، ٣٤٦) .

(٢) انظر الهداية (١٨٣/٣) ، نتائج الأفكار (٣٤٥/٨ - ٣٤٨) ، حاشية قرة العيون (١٣٢/٨ ، ١٣٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٥٥/٤) ، المبسوط (١٩٧/١٧) ، بدائع الصنائع (٢٢٣/٧) ، تبيين الحقائق (١١/٥ ، ١٢) ، مختصر اختلاف العلماء (٢١٩/٤) . وذكر قاضي زاده : بأن أبا حنيفة مع أبي يوسف في هذا الرأي في قول ضعيف ، ووجهه : أن الإقرار المبهم له جهة الصحة ، لأنه إن كان يصح بالحمل على الوصية والإرث يفسد بالحمل على البيع والغصب والقرض فلا يصح مع الشك مع أن الحمل في نفسه محتمل الوجود والعدم والشك في وجه واحد يمنع صحة الإقرار فمن وجهين أولى . انظر بدائع الصنائع (٢٢٤/٧) .

(٣) انظر المراجع السابقة وهو قول الإمام مالك والإمام الشافعي في الأصح والإمام أحمد في الصحيح وهو اختيار ابن حامد . انظر حاشية الدسوقي (٤٠١/٣) ، مواهب الجليل (٢٢٣/٥) ، شرح الخرشي (٩٠/٦) ، الذخيرة (٢٦٦/٩) ، الأم (٢٤٤/٣) ، مختصر المزني مع الأم (١٤/٣) ، الحاوي (٣٤/٧) ، المهذب (٤٤٠/٢) ، مغني المحتاج (٢٤١/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٢٧٦/٥) ، الإنصاف (١٥٦/١٢) .

(٤) انظر كتاب الأم (٢٤٤/٣) ، المهذب (٤٤٠/٢) ، نهاية المحتاج (٧٣/٥ ، ٧٤) ، مغني المحتاج (٢٤١/٢) ، الحاوي الكبير (٣٤/٧) . قال الماوردي : فإن عزاه إلى جهة كقوله له عليّ إرث من أبيه أو وصية عن موص صح الإقرار ولزم ، وإن أرسله وأطلقه ففي صحته قولان : القول الأول : الإقرار باطل ، هذا القول يوافق قول أبي يوسف لأن إثبات الحقوق يجري بين الأحياء الموجودين غالبًا وذلك منتف عن الحمل فبطل بغالب هذه الحال أن يصح له إقرار . القول الثاني : أن إقراره صحيح وهذا أصح القولين وهو يوافق قول محمد بن الحسن .

١٥٧٦٨ – قالوا : وهو الصحيح [(١)] أما إذا بيّن فقال : اقترضت منه فهو [(٢)] على قولين [(٣)] .

١٥٧٦٩ – [إن] [(٤)] قلنا : المطلق لا يصح فهذا إقرار وإن قلنا المطلق يصح فهذا على قولين [(٥)] بناء على قوله إذا وصل بإقراره ما يقره فيه قولان [(٦)] .

١٥٧٧٠ – لنا : إنه إقرار وقع للحمل فلا يصح ، أصله إذا خرج ميتًا ومات المقر قبل أن يبينه [(٧)] .

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٣٤/٧) ، المهذب (٤٤٠/٢) ، الصحيح في اصطلاح الشافعية قال الإمام النووي : فحيث أقول الأصح أو الصحيح من الوجهين أو الوجوه فإن قوي الخلاف قلت الأصح المشعر بصحة مقابله وإلا فالصحيح . انظر روضة الطالبين (٦/١) ، نهاية المحتاج (٤٨/١ ، ٤٩) ، مغني المحتاج (١٢/١) . يلاحظ أن الإمام القدوري إتجه نهج الماوردي في ذكر الاصطلاح والصواب هو في الأظهر ، لأن الخلاف منقول عن الإمام الشافعي أما إن كان الخلاف بين الأصحاب فيقال في الصحيح أو الأصح ، وهذا هو ما عبر به صاحب مغني المحتاج .

(٢) في (ع) ، (م) : [فإنه وكلاهما صواب] .

(٣) وإن عزاه إلى جهة مستحيلة كقوله : اقترضت منه فإن القرض مع الجنين لا يتصور فإذا وصل الإقرار بها فإن قيل ببطلان إقراره مع الإطلاق فهذا إن وصفه بالمحال أبطل ، فإن قيل بصحة إقراره مع الإطلاق ففيه إذا وصله بصفة مستحيلة قولان : من تبعيض الإقرار فيما قال ضمنت ألفًا عليّ أنني بالخيار ، أحدهما : أن الإقرار لازم على ما تقدم والصلة رجوع فلم يقبل ، والثاني : أن الإقرار باطل ، لأن بعض الكلام مرتبط ببعض وحكم أوله موقوف على آخره ، غير أن قول الثاني صحيح ببطلان الإقرار حيث جاء في مغني المحتاج « وإن أسنده إلى جهة لا تمكن في حقه فلغو للقطع في كذبه في ذلك » . انظر الحاوي الكبير (٣٤/٧) ، مغني المحتاج (٢٤١/٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) قال الماوردي : وإن قلنا بصحة إقراره مع التقييد بالممكن أو مع الإطلاق في أحد القولين فحينئذ يكون التفريع عليه . انظر الحاوي (٣٤/٧) .

(٦) تحرير محل النزاع : الإقرار لما في البطن على ثلاثة أوجه : أحدها أن يبين سببًا صالحًا مستقيمًا بأن يقول لما في بطن فلان عليّ ألف درهم من جهة ميراثه عن أبيه فاستهلكته أو وصية أوصى بماله فاستهلكته فهذا صحيح ، لأنه بين سببًا مستقيمًا لو عاينه حكمنا بوجوب المال عليه فكذلك إذا ثبت بإقراره هذا ، والوجه الثاني أن يبين سببًا بمستحيل بأن يقول لما في بطن فلان على ألف درهم ثمن بيع بايعته أو قرض اقترضته فهذا باطل ، لأن المبايعة والإقراض لا يتصور من الجنين حقيقة ولا حكمًا . والثالث أن يقر للجنين بمال مطلق من دين أو عين فيقول لما في بطن فلانة على ألف درهم أوهذا العين ملك لما في بطن فلان ، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين : الأول : هو قول الإمام أبي يوسف وقيل هذا قول أبي حنيفة أيضًا والشافعي في قول وأبو الحسن التميمي من الحنابلة بأنه باطل إلا أن يبين سببًا ، والثاني : هو ما ذهب إليه الإمام محمد والإمام مالك والشافعي في الأصح والحنابلة في الصحيح أن الإقرار للحمل صحيح . انظر المبسوط (١٩٦/١٧ ، ١٩٧) ، الذخيرة (٢٦٦/٩) ، الحاوي (٣٣/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٢٧٦/٥) .

(٧) يناقش هذا أن الإقرار للحمل يصح لأن الإقرار صدر من أهله مضافًا إلى محله ولم يتيقن بكذبه فيما أقر به =

١٥٧٧١ - [و] [١] لا يلزم إذا ورثه من أبيه أو أوصى به فلان ؛ فإن هذا إقرار للميت أو [٢] الوصي .

١٥٧٧٢ - ولأنه إقرار لمجهول ، لأنه لا يعلم هل هو واحد أو أكثر ، وهل هو ذكر أم أنثى ، فصار كإقراره لواحد من الناس [٣] .

١٥٧٧٣ - ولأن الحقوق إذا ثبت للحمل وقعت على الولادة ، بدلالة الميراث والوصية . والإقرار لا يقف على الشروط [٤] .

١٥٧٧٤ - فإن قيل : الإقرار يقف على القبول .

١٥٧٧٥ - قلنا : الإقرار قد يصح [٥] ، والرد يبطله ، والقبول يسقط المراعاة . فأما

= فكان صحيحًا ، فإن الإقرار كما هو معلوم إخبار عن ثبوت الحق لا إنشاء الحق ابتداء ، فإن خرج الحمل ميتا فالمال للموصي أو المورث حتى يقسم بين ورثته لأنه إقرار في الحقيقة لهما ، وإنما ينتقل منهما إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل إليه ههنا ، لأنه مات قبل الولادة . فإن مات المقر قبل أن يبين يرجع تفسيره إلى الورثة فلا تناقض ، فيصح الإقرار للحمل سواء أطلق أو بين السبب . ألا ترى أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار بالاتفاق فكيف يمنعها جهالة سبب المقر به . انظر نتائج الأفكار (٣٤٩/٨) ، المبسوط (١٩٧/١٧) ، الحاوي (٣٥/٧) .

(١) حرف الواو ساقط من جميع النسخ .

(٢) حرف أو ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٣) في الدليل نظر ، نعم الإقرار لمجهول لا يصح ولكن هنا ليس كذلك ، لأنه إقرار لحمل امرأة معينة إما بالاسم كهند أو بالإشارة كهذه وما شابه ذلك . فإن وضعت الحمل وكان الحمل واحدًا فجميع الإقرار له ذكرًا كان أو أنثى سواء أكان الإقرار وصية أو ميراثًا ، وإن وضعت عددًا فإن كانوا ذكورًا لا غير أو إناثًا لا غير فالإقرار بينهم على السواء ، وإن كانوا ذكورًا وإناثًا نظرنا فإن كان الإقرار ميراثًا فهو بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وإن كان وصية فهو بينهم بالسوية ، وإن لم يعلم حاله فهو بينهم بالسوية أيضًا لأن الأصل التساوي حتى يعلم سبب التفاضل ، فلو مات أحدهم بعد تولده كان على حقه في الميراث ، ويقسم بين ورثته على فرائض الله . وإن وقع ميتًا سقط سهمه وكان الإقرار لمن سواه من الحمل ، فالاستدلال بأنه إقرار لمجهول كواحد من الناس لا يصح . انظر الحاوي الكبير (٣٥/٧ ، ٣٦) ، المبسوط (١٩٧/١٧) .

(٤) الشروط جمع شرط ، والشرط لغة هو تعليق أمر مستقبل بمثله أو إلزام الشيء أو التزمه في البيع ، واصطلاحًا : هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود ولا العدم كالوضوء شرط للصلاة . أو ما يتوقف عليه وجود الشيء وهو خارج عن ماهيته . انظر الصحاح للجوهري (١١٣/٣) ، القاموس المحيط (٣٦٠/٢) ، لسان العرب (٢٢٣٥/٤) ، التعريفات ص١٣٨ . ولكن هذا غير موقوف على شيء بل إنه يحتاج إلى مدة وهي فترة الجنين في بطن الأم حتى الولادة فلا يلزم الدور ، والتعليق أن تقول لفلان عليّ مائة درهم وإلا فعبدي حر بخلاف ما إذا قال : لفلان عليّ مائة درهم إذا مت أو جاء رأس السنة ، لأنه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلًا لا تعليقًا . انظر المبسوط (٧٩/١٨) .

(٥) في (ع) ، (م) : [صح] .

أن يصح الإقرار فلا [١] .

١٥٧٧٦ - احتجوا : بأنه إقرار من جائز الأمر بما يمكن فوجب أن يحمل على الصحة . أصله إذا أقر لطفل أو لبالغ ، فلا يبطل إذا قال : لولد هذا الحمل عليّ كذا فإنه يمكن حمله على الصحة ، بأن يكون بوقف وقف عليه وعلي ولده .

١٥٧٧٧ - ومع ذلك لا يلزم ، والمعنى في الأصل : أن الإقرار يثبت له على طريق القطع ، وليس كذلك الحمل ، لأن الإقرار يثبت له بشرطه [٢] .

١٥٧٧٨ - وقد ناقض [٣] أصحابنا هذا : بمن أقر لدابة فلان [٤] .

١٥٧٧٩ - فإن قالوا : الإقرار في الدابة لصاحبها [٥] .

١٥٧٨٠ - قلنا : وكذلك في الحمل الإقرار لم ينتقل إليه الشيء [من جهته] [٦] .

١٥٧٨١ - قالوا : حيث صح الإقرار بالوصية والإرث صح بالمال المطلق كالبالغ [٧] .

---

(١) بل الإقرار لا يقف على القبول ،ﷺ ويثبت الملك له من غير تصديق ، لكن بطلانه يتوقف على الإبطال . انظر حاشية ابن عابدين (٤/٤٥٥) .

(٢) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٧/٣٤) ، بدائع الصنائع (٧/٢٢٣ ، ٢٢٤) ، المبسوط (١٧/١٩٧ ، ١٩٨) ، نتائج الأفكار (٨/٣٤٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٥/٢٧٦) .

(٣) النقض في اصطلاح الأصوليين : هو تخلف الحكم مع وجود العلة ولو في صورة . انظر البحر المحيط (٧/٣٢٩) ، التعريفات ص٢٥٤ ، وفي النقض نظر : لأن مطلق كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن ، لأن عقله ودينه يدعوانه إلى التكلم بما هو صحيح ، لا بما هو لغو فيجعل مطلق إقراره صحيحًا بمنزلة ما لو بين سببًا صحيحًا لإقراره ، ولأن الإقرار حجة مهما أمكن إعماله لا يجوز إبطاله والجنين جعل في حكم المنفصل . ثم هناك فرق بين المقيس والمقيس عليه ؛ فالإقرار لدابة فلان لا يصح ، لانعدام أهلية الأداء وأهلية الوجوب في الدابة ولكن الجنين له أهلية الوجوب ، وبهذا صار صالحاً للوجوب له لا عليه فثبتت له الحقوق التي لا يحتاج في ثبوتها إلى قبول كالميراث والوصية والاستحقاق في الوقف . انظر الحاوي (٧/٣٤) ، المبسوط (١٧/١٩٧ ، ١٩٨) ، تبيين الحقائق (٥/١٢) .

(٤) لو أقر لبهيمة بأن لها عليه ألفًا وأطلقه لم يصح الإقرار ، لأنها ليست من أهل الاستحقاق . أما لو ذكر سببًا يمكن أن ينسب إليه كما لو قال عليّ كذا لهذه الدابة بسبب الجناية عليها فالجمهور على أن هذا الإقرار صحيح ويكون الإقرار لصاحب الدابة . انظر حاشية ابن عابدين (٤/٤٥٥) ، الاختيار (٢/١٧٦) ، حاشية الدسوقي (٣/٩٨) ، المهذب (٢/٢٤٦) ، مغني المحتاج (٢/٢٤١) ، الإنصاف (١٢/١٤٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٥/٢٧٧) .

(٥) انظر مغني المحتاج (٢/٢٤١) ، الحاوي الكبير (٧/٨) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) انظر النكت للشيرازي ورقة ٣٠٨ (أ) .

١٥٧٨٢ - قلنا : الإقرار بالوصية لا يصح ، بدلالة أنه لو ولد ميتًا كان ذلك للوصي ، فعلم أن الإقرار له والمعنى في البالغ ما ذكرناه .

* * *

مسألة ٧٨٦

حكم ما إذا قال : غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان

١٥٧٨٣ - قال أصحابنا : إذا قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل [١] من فلان سلمه للأول وضمن قيمته للثاني [٢] .

١٥٧٨٤ - وهو أحد قولي الشافعي [٣] وقال في قول آخر : لا ضمان عليه والثاني خصم للأول [٤] .

---

(١) (لا بل) (بل) لإثبات ما بعده والإعراض عما قبله على سبيل التدارك وقد تدخل عليه كلمة [لا] لتأكيد النفي الذي تضمنه بل . وهذا يسمى بالاستدراك والاستدراك لغة استفعال من درك والدرك اللحاق والبلوغ ، والمراد به هنا الإضراب والإضراب لغة الإعراض عن الشيء والكف عنه بعد الإقبال عليه . وفي اصطلاح النحويين : إبطال الحكم السابق ببل . والفرق بين الاستدراك والإضراب ، أن في الاستدراك لا يبطل الحكم السابق ، كقولك جاء زيد لكن أخاه لم يأت فإثبات المجيء لزيد لم يلغ ، بل نفي المجيء عن أخيه ، وفي الإضراب يبطل الحكم السابق ، فإذا قلت جاء زيد ثم ظهر لك أنك أخطأت فيه فقلت بل عمرو بطل الحكم بمجيء زيد وثبت مجيء عمرو . انظر المصباح المنير (١/٢٦١ ، ٢٦٢) ، لسان العرب (٢/١٣٦٤) ، كشاف اصطلاح الفنون للتهانوي (٢/٢٧٩) ، شرح المنار وحواشيه في علم الأصول (١/٤٥٢) ، المبسوط (١٨/٩) .

(٢) انظر مختصر الطحاوي ص١١٤ ، بدائع الصنائع (٧/٢١٣) ، المبسوط (١٨/٧٦) ، حاشية قرة العيون (٨/١٥٧) . وبه قال المالكية ، وفي الذخيرة : لو قال غصبته من فلان لا بل من آخر فهو للأول وقضي للثاني بقيمته يوم الغصب إن كان مقومًا ، وبمثله إن كان مثليًا ولا يمين عليهما على قول ابن القاسم . انظر الذخيرة (٩/٣٤٠) ، شرح الخرشي (٦/٩٨) . وبه قال الحنابلة . جاء في المغني : « وإن قال غصبت هذه الدار من زيد ، لا بل من عمرو ، أو غصبتها من زيد وغصبها زيد من عمرو حكم بها لزيد ولزمه تسليمها إليه ، ويغرمها لعمرو » . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥/٢٨٨) ، كشاف القناع (٦/٤٧٦) ، الإنصاف (١٢/١٩٧) .

(٣) هذا هو الصحيح في المذهب الشافعي ، قال الشيرازي : إن قال غصبتها من زيد ، لا بل من عمرو ، حكم بها لزيد وهل يلزمه أن يغرم قيمتها لعمرو ؟ فيه قولان : الصحيح يلزمه ، ووجه هذا القول عند الشافعية : أنه بالإقرار الأول مفوت على الثاني بفعله فصار كالمستهلك ، فلزمه الغرم ، وأنه مقر للثاني بالغصب والغصب موجب لغرم القيمة عند تعذر ردّ العين وإن كانت قائمة ، كالعبد الآبق ، والمغصوب من الغاصب . انظر المهذب (٢/٤٤٨) ، الحاوي الكبير (٧/٣٩) ، مغني المحتاج (٢/٢٥٧) .

(٤) انظر مختصر المزني مع الأم (٣/١٥ ، ١٦) ، الحاوي الكبير (٧/٣٨) ، المهذب (٢/٤٤٨) ، مغني المحتاج (٢/٢٥٧) ، وعبارة المزني : ولو قال غصبتها من فلان ، لا بل من فلان ، كانت للأول ، ولا غرم عليه للثاني ، وكان الثاني خصمًا للأول .

١٥٧٨٥ - لنا : أنه أقر بغصب وانتقل ، فإذا تعذر رده عليه لزمه قيمته [١] . أصله [٢] : إذا أقر له ابتداء ثم سلمه [٣] إلى غيره [٤] .

١٥٧٨٦ - ولا يلزم إذا قال هذا لزيد / ، لا ، بل لعمرو ثم [٥] سلمه إلى الأول بقضاء [٦] . ١٨٠/

١٥٧٨٧ - لأنا قلنا : أقر [بالغصب ، ولأنه أقر بنقل مضمون في ملكه ، فوجب أن يلزم الضمان . أصله : إذا أقر] [٧] بالقتل [٨] .

١٥٧٨٨ - ولأنه أقر له بغصب ، وتعذر تسليم المغصوب بفعله ، فصار كما لو قتله [٩] .

١٥٧٨٩ - احتجوا : بأنه أقر به لغيره فلا يتعلق به الضمان . أصله : إذا أقر له من غير ذكر الغصب وسلم إلى الأول بقضاء [١٠] .

١٥٧٩٠ - قلنا : هناك لم يوجد فيه فعل مضمون ، وإنما وجد مجرد الإقرار ، وذلك لا يتعلق به ضمان في ملك الغير . وفي مسألتنا : أقر بفعل مضمون عليه ، فإذا تعذر الرد وجب الضمان .

١٥٧٩١ - قالوا : إذا سلّمه القاضي إلى الأول بمقتضى إقراره فكأنه هو الذي سلمه ، لأنه [١١] الفاعل . للسبب [١٢] .

---

(١) قيمة الشيء قدره وقيمة المتاع ثمنه بالتقويم . انظر لسان العرب (٣٧٨٣/٥) ، المصباح المنير (٧١٤/٢) ، الأشباه والنظائر ص٣٦٣ ط دار الكتب العلمية ، بيروت .

(٢) في (ع) ، (م) : [أصلنا] . (٣) في (ع) ، (م) : سلم .

(٤) جاء في بدائع الصنائع (٢١٣/٧) أن « الغصب سبب لوجوب الضمان ، فكان الإقرار به إقرارًا بوجود سبب وجوب الضمان ، وهو رد العين عند القدرة وقيمة العين عند العجز ، وقد عجز عن رد العين إلى المقر له الثاني فيلزمه رد قيمته .

(٥) في (ع) ، (م) : [ربما] .

(٦) إن دفعها بقضاء القاضي لم يضمن للثاني شيئًا عند أبي يوسف ، لأن مجرد إقراره لم يتلف على الثاني شيئًا ، والدفع حصل بقضاء فلا يوجب الضمان عليه . انظر المبسوط (٧٦/١٨) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٨) القتل هو : فعل يحصل به زهوق الروح . انظر المصباح المنير ٦٧١/٢ ، التعريفات ص١٨٦ .

(٩) وجب عليه رد المغصوب كما يجب من قتل نفسًا أن يقتص منه أو يقدم الدية لأن رجوعه عن الإقرار باطل فيلزمه القيمة عند تعذر رد المغصوب . انظر المبسوط (٧٦/١٨) .

(١٠) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٣٩/٧) . (١١) في (ع) ، (م) : [لأن] .

(١٢) جاء في الحاوي الكبير (٣٩/٧) أنه « إن سلمها بنفسه لزم الغرم قولًا واحدًا لما باشره من الأصالة بالتسليم ، فإن سلمها الحاكم فعلى قولين ، لأنه حكم لا يقدر على رده » .

١٥٧٩٢ - قلنا : في مسألتنا قد وجد السبب من الغاصب وانضم إليه الفعل ومع ذلك لا ضمان عندهم . ويبطل على أصلهم بالشهود بالمال إذا رجعوا ؛ فإنهم لا يضمنون وإن كان [الفعل] (١) بسبب وجد منهم .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

مسألة ٧٨٧

حكم ما إذا قال لك علي ألف درهم ثم جاء بألف وقال كانت وديعة

١٥٧٩٣ - قال أصحابنا : إذا قال لفلان عليّ ألف درهم ثم جاء بألف قال هذه التي أقررت بها كانت وديعة عندي ، فقال المُقَرُّ له : لي عليك ألف وهذه لي عندك [وديعة] (١) فالقول قول المقَرِّ له ، ويلزمه ألف آخر (٢) .

١٥٧٩٤ - وقال الشافعي : يقبل قول المُقِرِّ (٣) [مع يمينه] (٤) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ : « والوديعة : المال المتروك عند إنسان على وزن فعيلة من الودع وهو ترك : وهي أمانة دفعت إلى الغير ليكون حافظًا لها فإذا تمت الوديعة بالإيجاب والقبول فحكمها وجوب الحفظ ، فإن هلك المال في يد المودَع فلا يضمنه بدون التعدي ويضمنه بالتعدي » انظر : طلبة الطلبة ص٢١٧، حاشية قرة العيون (٣٢٨/٨) .

(٢) في (ص) : [أخرى] ، والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) : [لأن الألف مذكر] . وانظر لسان العرب (١٠٧/١) . انظر هذه المسألة الفقهية في مختصر الطحاوي ص١١٤ ، معين الحكام ص١٢٧ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ومجمع الأنهر (٢٩٢/٢) ، حاشية رد المحتار (٥٩٢/٥) . وقال المالكية : « لو أقر بوديعة لرجل ، وادعى أنه دفعها إليه ، وكان مصدقًا كان القول قول المقر . وفيها قول آخر لمالك وأصحابه أيضًا : أن القول قول رب المال أن له وديعة . وفيها قول ثالث أنهم أيضًا قالوا : إن علم أن المقر حركه أو اشترى به أو شرع في ذلك فالقول قول ربه ، لأنه لا يعمل فيه مودعًا . وإن لم يحركه فالقول قول المقر . انظر الخرشي (٩٠/٦) ، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٤٥٩/١) .

(٣) انظر الحاوي الكبير (٤٣/٧) ، المهذب (٤٤٧/٢) ، حلية العلماء (٣٥٦/٨) ، وروضة الطالبين (٣٩٩/٤) . ولكن في المهذب وحلية العلماء وروضة الطالبين أن فيه قولين ، قال الشيرازي : وإن قال لفلان عليّ ألف درهم ثم أحضر ألفًا وقال هي التي أقررت بها وهي وديعة . فقال المقر له : هذه وديعة لي عنده ، والألف التي أقر بها دين لي عليه غير الوديعة ففيه قولان : أحدهما أنه لا يقبل قوله لأن قوله إخبار عن حق واجب عليه ، فإذا فسر بالوديعة فقد فسر بما لا يجب عليه فلم يقبل ، والثاني : أنه يقبل ، لأن الوديعة عليه ردها وقد يجب عليه ضمانها إذا تلفت .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ . وهذه الإضافة موجودة في مختصر المزني (١٦/٣) ، الحاوي الكبير (٤٤/٧) ، قال الماوردي : « القول قول المقر مع يمينه وليس عليه غيرها ، وعند الحنابلة وجهان كالقولين عند الشافعية . وجاء في المغني مع الشرح الكبير : وإذا قال لك عليّ مائة درهم ثم أحضرها ، وقال هذه التي أقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي أقررت بها غيرها وهي دين عليك ، فقول الخرقي يقتضي أن القول قول المقر له ، وقال القاضي : القول قول المقر مع يمينه . انظر الشرح الكبير مع المغني =

١٥٧٩٥ – لنا : أنه أقر بألف عليه مطلقًا ، فإذا فسرها بوديعة لم يُقبل . أصله : إذا قال بعد الإقرار : كانت وديعة فهلكت (١) .

١٥٧٩٦ – ولأنه أقر بما يحمل (٢) ظاهره على الدين ، فلا يصدق في الوديعة بعد استقرار الكلام . أصله : إذا قال له : عليّ ألف دِينار ثم قال وديعة (٣) .

١٥٧٩٧ – ولأن ظاهر قوله [عليّ] (٤) يقتضي الضمان ، بدلالة أنه إذا قال له (٥) مَا لَكَ على فلان عليّ كان كفيلًا (٦) ؛ فلولا أن اللفظ ظاهره يفيد الضمان لم تصح الكفالة ، ومتى كان ظاهر اللفظ الضمان لم يصدق في صرفه عن ظاهره .

١٥٧٩٨ – احتجوا : بأن عليّ يقتضى الوجوب وما في الذمة يجب عليه أداؤه كما يجب أن يؤدى ما في يده ، وإذا صلح اللفظ لها قُبل تفسيره (٧) .

١٥٧٩٩ – قلنا : هذا غلط لأن قوله عليّ معناه واجب أو مستقر عليّ . وهذا يقتضي أن يتعلق الوجوب بها ؛ فالوديعة لا يتعلق الوجوب بها ، وإنما يتعلق بردها ، فإذا صرف الوجوب عن العين إلى الفعل كان تاركًا لظاهر كلامه .

١٥٨٠٠ – فإن قيل : لو قال له عندي . ثم فسر فقال هو دين قبل قوله ، لأن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض (٨) .

١٥٨٠١ – [قلنا : إذا قال عندي ثم فسّر بالدين قُبل ؛ لأن الوديعة قد تعتبر دينًا بالتعدي فأمكن حمل إقراره على صفة . فإذا قال : عليّ ، ثم فسّره بالوديعة لم يصح ذلك . فهذا لأن الدين لا يصير وديعة . وأما قولهم : إن حروف الصفات يقوم بعضها

=(٣١٨/٥ ، ٣١٩) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٠٩/٥ ، ٣١٠) ، المبدع في شرح المقنع (٣٤٢/١٠) .

(١) انظر المهذب ٤٤٧/٢ ، المغني مع الشرح الكبير ٣٠٩/٥ .

(٢) في (ع) ، (م) : [يحتمل] .

(٣) لا يقبل قوله لأن الدين ثبت في الذمة بإقراره ولا يستطيع الرجوع عنه . انظر المبسوط (٧٦/١٨) ، المغني (٢٨٨/٥) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٥) (له) ساقط من (ص) وفي (ع) ، (م) : [إذا قال له] وهو الصواب .

(٦) الكفالة عبارة عن ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة . انظر الهداية (٨٧/٣) ، الاختيار (٢٢٦/٢) .

(٧) المغني مع الشرح الكبير (٣٠٩/٥) .

(٨) انظر الحاوي الكبير (٤٤/٧) ، عبارته (إن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض ، فجاز أن يقول عليّ بمعنى عندي) .

مقام بعض] [١] فهو كذلك إلا أنه غير الظاهر .

١٥٨٠٢ - قالوا : قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنْبٌ ﴾ [٢] معناه عندي ذنب [٣] .

١٥٨٠٣ - قلنا : معنى قوله ﴿ عَلَيَّ ذَنْبٌ ﴾ أي جناية أو حكم أو دية [٤] فلم يكن بنا [٥] ضرورة إلى حمله على [٦] غير ظاهرة .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) من سورة الشعراء : الآية رقم (١٤) .

(٣) انظر الشرح الكبير (٢٠٩/٥) ، قال ابن قدامة : « لأن حروف الصفات يخلف بعضها بعضًا ، فيجوز أن يستعمل عليّ بمعنى عندي ، كما قال تعالى إخبارًا عن موسى عليه السلام أنه قال : ﴿ وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنْبٌ ﴾ أي عندي . وحروف الصفات هي حروف الجر .

(٤) الدية هي المال الواجب في الشرع بدل النفس ، وجمعها الديات ، وقد وَدَيْتُ المقتول أي أديت ديته ، فالدية اسم للمال ومصدر أيضًا انظر طلبة الطلبة ص٣٢٧ ، التعريفات ص١١٧ .

(٥) في (ع) ، (م) : [منا] .

(٦) في (ع) ، (م) : [إلى] .

مسألة ٧٨٨

إقرار العبد المأذون بالغصب

١٥٨٠٤ – قال أصحابنا : إذا أقر العبد المأذون بالغصب صح إقراره ، ولزمه فيما في يده أو يباع فيه (١) .

١٥٨٠٥ – وقال الشافعي : يلزمه بعد الحرية (٢) .

١٥٨٠٦ – لنا : أنه أقر علي نفسه ببدل عين مملوكة فوجب أن يؤخذ مما في يده ، أصله : إذا أقر بثمن متاع .

١٥٨٠٧ – ولأنه لو أقر بثمن متاع أخذ منه في الحال ، فكذا إذا أقر ببدل غصب أخذ منه في الحال . أصله : الحر وعكسه العبد المحجور (٣) .

١٥٨٠٨ – ولأن ما يتعلق به دين المأذون إذا أقر بثمن متاع تعلق به ، كما إذا أقر بالغصب . أصله : ذمته . وهذه مبنية علي أن ديون العبد تتعلق بما في يده وبرقبته . وقد بينا هذه المسألة في البيوع (٤) .

* * *

---

(١) انظر المبسوط (١٤٩/١٨) ، وقيل : قوله يباع فيه هو قول الإمام أبي يوسف خاصة .

(٢) انظر مختصر المزني مع الأم (١٦/٣) ، الحاوي الكبير (٤٠/٧ ، ٤١) ، مغني المحتاج (٢٣٩/٢) ، روضة الطالبين ٣٥١/٤ . قال الماوردي : « إن كان العبد مأذونًا له في التجارة تعلق إقراره بما في يده من أموال التجارة ، لأنه بالإذن في التجارة مسلط على الإقرار بموجبها . فإن ضاق ما بيده عن دينه الذي أقر به كان الفاضل عنه في ذمته يعد إذا أعتق وأيسر به ولا يتعلق برقبته . قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : لا يجوز إقرار العبد في المال إلا أن يأذن له سيده في التجارة فإن لم يأذن سيده فمتى عتق وملك غرم ، ولا يجوز إقراره في القتل والقطع والحد ، لأن ذلك علي نفسه .

(٣) المبسوط (١٤٩/١٨) .

(٤) لم يتعرض الإمام القدوري لإيراد أدلة الشافعية على مذهبهم . ودليلهم أن « كل حق ثبت برضاء مستحقه كان محله فى الذمة دون الرقبة قياسًا علي غير المأذون له في التجارة ، ولأنه كما استوى حق الجناية من المأذون له وغير المأذون في تعلقه بالرقبة وجب أن يستوي حكم المداينة من المأذون له وغير المأذون في تعلقه بالذمة » . انظر الحاوي الكبير (٤١/٧) .

مسألة ٧٨٩

حكم ما لو أقر لشخص بدرهم تحت درهم أو فوق درهم أو معه درهم أو درهم فدرهم أو درهم ودرهم أو درهم ثم درهم أو قبله درهم وبعده

١٥٨٠٩ - قال أصحابنا : إذا قال [له] [1] عليّ درهم [تحت درهم] [2] لزمه درهم . ولو قال معه درهم أو فوق درهم أودراهم أو ثم درهم لزمه درهمان [3] .

١٥٨١٠ - وقال الشافعي : إذا قال تحت درهم أو فوق درهم فعليه درهم [واحد] [4] ،

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) جاء في المبسوط (٧/١٨ ، ٨) أنه لو « قال : عليّ درهم مع درهم فالأصل في جنس هذه المسائل أنه متى ذكر الوصف بين الاثنتين فإن ألحق به حرف هاء يكون الوصف منصرفًا إلى المذكور آخرا . وإن لم يلحق به حرف الهاء يكون نعتًا للمذكور أولًا ، كالرجل يقول جاءني زيد قبل عمرو فتكون قبل نعتًا لمجيء زيد ، ولو قال جاءني زيد قبله عمرو يكون قبل نعتًا لمجيء عمرو ، ولو قال له : عليّ ألف درهم مع أو معه درهم صار مقرًّا بهما ، لأن كلمة مع للضم والقران . ولو قال له عليّ درهم قبل درهم يلزمه درهم واحد ، لأن قبل نعت للمذكور أولًا كأنه قال قبل درهم آخر يجب عليّ . ولو قال قبله درهم فعليه درهمان ، لأنه نعت للمذكور آخرًا أي قبله درهم قد وجب عليّ . ولو قال درهم بعد درهم أو بعده درهم يلزمه درهمان ، لأن بعد درهم قد وجب علي أو بعده درهم قد وجب لا يفهم من الكلام إلا هذا . وكذلك لو قال درهم ودرهم لأن الواو للعطف وموجب العطف الاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر فصار مقرًّا بهما ، ولو قال درهم فدرهم يلزمه درهمان . وعند المالكية : إذا قال : علي درهم ودرهم أو درهم بدرهم أو درهم مع درهم أو فوق درهم أو تحت درهم أو قبل درهم أو بعد درهم لزمه درهمان . ولو قال درهم بل دينار لزمه الدينار وسقط الدرهم . وإن قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة . ولو قال له علي درهم فوق درهم أوتحت درهم أو مع درهم أو معه درهم وجب درهم واحد ، لأنه يحتمل « درهم » في الجودة أو فوق درهم لي . وقيل درهمان . ولو قال له علي دراهم يلزمه ثلاثة . وفي الجواهر : لو قال له علي درهم أو درهم بدرهم لزمه درهم . وللطالب إحلافه أنه ما أراد درهمين . لأن لفظه دائر بين التأكيد والإنشاء . ولو قال : درهم ودرهم أو ثم درهم يلزمه درهمان ، لأن العطف يقتضي التغاير . ودرهم مع درهم أو تحت درهم أو فوق درهم لزمه درهمان ، لأن المعية والفوقية والتحتية تقتضي التعدد . وكذلك درهم علي درهم وقيل : درهم واحد ، لأن عليّ درهم يحتمل علي درهم آخذه ، ودرهم قبل درهم أو بعد درهم لزمه درهمان . ودرهم بل درهمان يلزمه درهمان ، لأن بل للإضراب . فقد أضرب عن الاقتصار علي الواحد . انظر قوانين الأحكام ص٣٣١ ، الذخيرة (٩/٢٧٥ - ٢٧٨) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . انظر ذلك في المهذب (٢/٤٤٥) ، الحاوي الكبير (٧/٥٦) ، =

وكذلك لو قال واحد درهم فدرهم [١] .

١٥٨١١ - ووافقنا في قوله : قبله درهم أو بعده درهم [٢] وفي قوله درهم ثم درهم [٣] وفي قوله : درهم ودرهم [٤] .

١٥٨١٢ - لنا : أنه أقر بشيء عطف عليه مثله بما [لا] [٥] [يوجب التخيير فوجب أن يلزماه إذا لم يكن استدراكًا . أصله إذا قال درهم ودرهم .

١٥٨١٣ - ولا يلزم إذا قال : درهم أو درهمان لأن هذا للتخيير] [٦] .

= جاء في الماوردي : « لو قال درهم تحت درهم أو درهم فوق درهم فعليه درهم . لجواز أن يقول فوق درهم في الجودة أو تحته في الرداءة ، وهو اختيار الربيع أن ليس عليه إلا درهم واحد . وفيه قول ثان : قاله الشافعي رحمه الله في كتاب الإقرار والمواهب من الأم أن عليه درهمين » .

(١) الحاوي الكبير (٥٥/٧) ، حلية العلماء (٣٤٤/٨) ، مغني المحتاج (٢٥٢/٢) ، المهذب (٤٤٤/٢) . روى عن الشاشي القفال أنه وإن قال له عليّ درهم فدرهم لزمه درهم فإن قال لامرأته أنت طالق فطالق وقع طلقتان . واختلف أصحاب الشافعية في ذلك فقال أبو علي بن خيران : لا فرق بين المسألتين وجعلهما على قولين ، ومنهم من قال : يلزمه في الإقرار درهم واحد ، وفي الطلاق يقع طلقتان ، وفرق بينهما .

(٢) الحاوي (٥٧/٧) ، حلية العلماء (٣٤٥/٨) ، المبسوط (٨/١٨) . قال القفال : وإن قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم يلزمه درهمان وقال المزني في الإقرار والمواهب أنه يلزمه درهم .

(٣) جاء في الحاوي الكبير (٥٦/٧) ، أنه لو قال له عليّ درهم ثم درهم لزمه درهمان ، لأن ثم موضوعة لعطف التراخي .

(٤) جاء في الحاوي الكبير (٥٥/٧) أنه لو قال عليّ درهم ودرهم فهما درهمان ، قال الماوردي : لأنه عطف على الأول بواو النسق فاقتضى اثنان في الحكم ، كما لو قال : رأيت زيدًا وعمرًا . وفي هذا يستوي الإقرار مع قوله أنت طالق وطالق في لزوم طلقتين . ويخالفه في الطلقة الثالثة في أنها على قولين . وعند الحنابلة : وإن قال له عليّ درهم ودرهم أو درهم فدرهم ثم درهم لزمه درهمان . وذكر القاضي وجهًا فيما إذا قال درهم فدرهم وقال أخذت درهمًا فدرهم لزمه درهمان ، لأن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو وثم . ولأنه عطف شيئًا علي شيء بالفاء فاقتضى ثبوتهما ، كما لو قال أنت طالق فطالق . وإن قال له علي درهم ودرهمان لزمه ثلاثة . وكذا إذا قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة . وإن قال له علي درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان . وإن قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان ، وإن قال قبله وبعده درهم لزمه ثلاثة ، لأن قبل وبعد تستعمل للتقديم والتأخير في الوجوب . وإن قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم ، لأنه يحتمل فوق درهم في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم ، ولو قال له علي درهم معه درهم لي ، قال أبو الخطاب يلزمه درهمان . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٩٥/٥ - ٢٩٨) ، الإنصاف (٢٢٥/١٢) .

(٥ ، ٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

١٥٨١٤ - ولا يلزم إذا قال بل درهمان ؛ لأنه للاستدراك ، ولأنه عطف علي المقرّ به [١] كما [مر] [٢] فلزمه ، كما لو قال درهم ثم درهم ، ولأن الفاء للترتيب فما عطف به لزمه درهم [٣] .

١٥٨١٥ - وقد قالوا : الصحيح من المذهب في قوله : أنت طالق فطالق أنه تطليقتان [٤] وإنما التزم ابن خيران .

١٥٨١٦ - ونقل جواب الإقرار إلى الطلاق ، فقال في كل واحد منهما قولان [٥] . والكلام مع الشافعي ، فنقول : كما لو عطف به تطليقة كان تطليقتين ، فإذا عطف به درهما علي درهم كان درهمين كالواو [٦] .

١٥٨١٧ - ولأن قوله : فوقه درهم أو فوق درهم يقتضي زيادة درهم فلزمه درهمان كما لو قال قبله درهم [٧] .

١٥٨١٨ - احتجوا : بأن قوله قدر درهم [٨] يحتمل أن يكون أراد به فدرهم [٩] لازم أو بدرهم جيد وإذا احتمل لم يلزم [١٠] .

١٥٨١٩ - قلنا : الفاء عاطفة وظاهر العطف أنه غير المعطوف عليه فلا نسلم الاحتمال [١١] .

---

(١) في (ع) ، (م) : [المقر له] .

(٢) في (ع) ، (م) : [ترتب] والصواب ما أثبتناه بدلالة السياق .

(٣) انظر المبسوط (٨/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٢٩٦/٥) .

(٤) الحاوي الكبير (٥٥/٧) ، المهذب (٤٤٤/٢) ، حلية العلماء (٣٤٤/٨ ، ٣٤٥) ، مغني المحتاج (٢٥٢/٢) .

(٥) كان الشيخ أبو علي بن خيران رحمه الله يقول : لا فرق بين الإقرار بدرهم فدرهم وبين قوله لامرأته أنت طالق فطالق فجعلهما على قولين . وقال بعض الشافعية : يلزمه في الإقرار درهم ، وفي الطلاق طلقتان . والفرق بينهما أن الطلاق لا يدخله التفضيل ، والدراهم يدخلها التفضيل ، فيجوز أن يريد له عليه درهم فدرهم خير منه . المهذب (٤٤٤/٢) ، مغني المحتاج (٢٥٢/٢ ، ٢٥٣) الحاوي (٥٥/٧ ، ٥٦) وقد أشار إليه الإمام الشافعي في الأم (٢٣٨/٦) .

(٦) انظر المهذب (٢٤٤٤/٢) ، مغني المحتاج ٢٥٢/٢ ، الحاوي (٥٥/٧ ، ٥٦) .

(٧) انظر المبسوط (٨/١٨) .

(٨) هكذا في جميع النسخ [قدر درهم] والصواب [درهم فدرهم] .

(٩) في (ع) ، (م) : [فدرهم وهو الصواب] وفي (ص) : [قدر درهم] .

(١٠) مغني المحتاج (٢٥٢/٢) ، المهذب (٤٤٥/٢) .

(١١) جاء في المبسوط (٨/١٨) : « أن الفاء للوصل والتعقيب ، فقد جعل الثاني موصولًا بالأول ، ولا=

١٥٨٢٠ – قالوا : الفاء قد تكون عاطفة وقد تكون صارفة بدلالة قولهم : يريد أن يُعْرِبَه فيعجمه معناه : فهو يعجمه [١] .

١٥٨٢١ – قلنا : الفاء تكون عاطفة وتكون مجازية وتكون زائدة ، ولا يجوز حملها علي الزائد لأن ذلك لا يصار إليه إلا بدليل . وأما أنها صارفه فلا يعرف . وقوله يريد أن يُعربه [٢] فيعجمه عطف جملة من مبتدأ وخبر علي جملة من فعل وفاعل ، وإحدى الجملتين غير الأخرى .

١٥٨٢٢ – قالوا : إذا قال فوق درهم احتمل في الجودة وفي المكان ، فصار كقوله تحت درهم [٣] .

١٥٨٢٣ – قلنا : ظاهر فوق أنه يستعمل في الزيادة ، بدلالة قوله لفلان عليّ فوق ألف وفوق مائة ، ولأن هذا ظرف مكان تقديره [٤] له [عليّ] [٥] درهم مستقر علي درهم فيقتضي وجوبهما عليه .

* * *

= يتحقق هذا الوصل إلا بوجوبها وكان هذا الوصل في معنى العطف .

(١) في لسان العرب الفاء حرف هجاء وهي من حروف العطف ولها ثلاثة مواضع يعطف بها وتدل على الترتيب والتعقيب مع الإشراك ، تقول ضربت زيدًا فعمرًا ، وجاء في مقام آخر يريد أن يعربه فيعجمه معناه يريد أن يبينه فيجعله مشكلًا لا بيان له . قال الفراء : رفعه على المخالفة لأنه يريد أن يعربه ، ولا يريد أن يعجمه . انظر لسان العرب (٣٣٣٣/٥) ، (٢٨٢٥/٤) ، (٢٨٢٦) . وانظر الحاوي الكبير (٥٦/٧) .

(٢) يُعْرِبُه : يبينه ويوضحه .

(٣) انظر المهذب (٤٤٥/٢) ، التكملة الثانية للمجموع (٣١٢/٢٠) .

(٤) في (ص) : [تقدير بحذف الضمير الغائب المتصل] ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

مسألة ٧٩٠

حكم الإقرار بألف في مجلسين

١٥٨٢٤ - قال أبو حنيفة : إذا أقر بألف في مجلس ، وأقر بألف في مجلس آخر لزمه ألفان (١) . وإن كان ذلك في مجلس واحد فذكر أبو بكر الرازي عن أبي الحسن أنه كذلك أيضًا (٢) وأنه لا فرق بين المجلس والمجلسين (٣) .

١٥٨٢٥ - وذكر الطحاوي (٤) [أنه في المجلس الواحد مال واحد (٥) .

١٥٨٢٦ - وظاهر الأصل (٦) يدل علي ما حكى الطحاوي] (٧) لأنه قال : ولو أقر له بمائة في موطن ثم أقر له في موطن آخر بمائة درهم وأشهد به شاهدين فإنه يؤخذ بمائتين إذا ادعاه الطالب ، وكذا لو كانت الثانية أقل أو أكثر أخذ بذلك كله في قول أبي

---

(١) المبسوط (٩/١٨ ، ١٠) ، حاشية الطحاوي (٣٣٥/٣) ، مختصر اختلاف العلماء (٢١٣/٤ ، ٢١٤) ، الفتاوى الهندية (١٦٨/٤) ، تكملة حاشية ابن عابدين (١٣٩/٨) ، وقال الصاحبان من الحنفية : أنه لا يلزمه إلا ألف واحد .

(٢) وهو ما روي الحسن عن زفر . انظر مختصر اختلاف العلماء (٢١٤/٤) .

(٣) بناء على أن التأسيس خير من التأكيد والمجلس والمجالس فيه سواء . انظر تكملة حاشية ابن عابدين (١٣٩/٨) ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ، وحاشية الطحطاوي علي الدر المختار (٣٣٥/٣) .

(٤) هو الإمام أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الأزدي المصري ، ولد عام ٢٢٩ أو ٢٣٠هـ والطحاوي بفتح الطاء والحاء المهملتين نسبة إلى طحية أو طحا قرية بصعيد مصر ، قرأ على المزني الشافعي وهو خاله ، وكان الطحاوي يكثر النظر في كتب الحنفية فقال له المزني : والله لا يجئ منك شيء فغضب وانتقل من عنده وتفقه في مذهب أبي حنيفة وصار إمامًا ، له تصانيف كثيرة منها أحكام القرآن والمعاني والآثار ومشاكل الآثار والمختصر والعقيدة واختلاف الفقهاء الذي ما زال مخطوطًا . أخذ الطحاوي الفقه عن أبي جعفر أحمد بن عمران الحنفي ، ثم خرج إلى الشام فلقي أبا خازم عبد الحميد قاضي القضاة بالشام ، فأخذ عنه وعن عيسى بن أبان بن محمد ، كان إمامًا في الأحاديث والأخبار والفقه ، قال الشيخ أبو إسحاق : انتهت إليه رئاسة الحنفية بمصر ، توفي رحمه الله ليلة الخميس في مستهل ذي القعدة سنة ٣٢١هـ . انظر البداية والنهاية (١٧٤/١١) ، سير أعلام النبلاء (٢٧/١٥) ، مرآة الجنان (٢٨٠/٢) ، الجواهر المضية (٢٧١/١) ، الفوائد البهية (٢٣ ، ٣٣) ، شذرات الذهب (٢٨٨/٢) ، الفهرست ص٢٩٢ .

(٥) انظر تكملة حاشية ابن عابدين (١٣٩/٨) ، حاشية الطحطاوي على الدر المختار (٣٣٥/٣) .

(٦) انظر مختصر اختلاف العلماء (٢١٣/٤) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ .

١٥٨٢٧ - أما في قول أبي يوسف ومحمد فهو مال واحد يؤخذ بالأكثر في ذلك [(١)] والموطن [(٢)] في هذا والموطنان سواء حتى يجيء في [(٣)] الإقرار أنه يدل علي أن المال الأول غير الآخر ، فقوله في موطن آخر يدل علي أن الموطن الواحد بخلافه [(٤)] .

١٥٨٢٨ - وقد قال أصحابنا : إذا قال له عليَّ [ألف] [(٥)] بل ألفان أن الألف مُدْخَلٌ في الألفين ، فلولا أن المجلس الواحد يحمل الإقرار فيه علي مال واحد لم يصح هذا [(٦)] . ولو ادعى عليه ألفا عند القاضي فأقر به ، ثم ادعى في يوم آخر عليه ألفًا فأقر به فإنه مال واحد ، ذكره الطحاوى عن ابن سماعة [(٧)] عن أبي يوسف [(٨)] .

١٥٨٢٩ - قال : وهو قول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ . ولو كان المال المقر به في صك فإنه مال واحد ، وإن أقر به في مجلسين [(٩)] . وإن أشهد شاهدين على ألف قدمه إلى القاضي

---

(١) انظر مختصر اختلاف العلماء (٢١٣/٤) .

(٢) في (ع) : [المواطن] . (٣) في (ع) ، (م) : [من] .

(٤) انظر المبسوط (٩/١٨ ، ١٠) ، الفتاوى الهندية (١٦٨/٤) ، تكملة حاشية ابن عابدين (١٣٩/٨ - ١٤١) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) وموجود في هامش (ص) .

(٦) من قال له علي ألف لا بل ألفان يلزمه في القياس ثلاثة آلاف . وبه قال زفر بن الهذيل . وفي الاستحسان يلزمه ألف . وجه القياس أن (لا بل) لاستدراك الغلط بالرجوع عن الأول وإقامة الثاني مقام الأول ، فرجوعه عن الإقرار بالألف باطل وإقراره بالألفين على وجه الإقامة مقام الأول صحيح فيلزمه المالان ، كما لو قال علي مائة درهم لا بل مائة دينار فيلزمه مائة درهم ومائة دينار . ووجه الاستحسان أن الإقرار إخبار ، والغلط يتمكن في الخبر ، والظاهر أن مراده بذكر المال الثاني استدراك الغلط بزيادة على المال الأول لا ضم الثاني إلى الأول . ألا ترى أن الرجل يقول : سني خمسون لا بل ستون وهكذا . انظر المبسوط (٩/١٨ ، ١٠٤) ، مختصر اختلاف العلماء (٢٢٠/٤) .

(٧) في جميع النسخ (أبي سماعة) والصواب ما أثبتناه وهو القاضي أبو عبد اللّٰه محمد بن سماعة بن عبد اللّٰه التيميمي ولد عام ١٣٠هـ ، وحدث عن الليث بن سعد وروي عن أبي يوسف ومحمد بن الحسن ، وأخذ الفقه عنهما وعن الحسن بن الزياد اللؤلؤي . ولي القضاء للمأمون ببغداد ، بعد وفاة أبي يوسف عام ١٩٢هـ وبقي فيه إلى أن ضعف بصره . من مصنفاته : كتاب أدب القاضي والمحاضر والسجلات وتلخيص الاكتساب في الرزق المستطاب والنوادر . توفي سنة ٢٣٣هـ . انظر ترجمته في البداية والنهاية (٣١٢/١٠) ، سير أعلام النبلاء (٦٤٦/١٠) ، العبر (٣٢٦/١) ، شذرات الذهب (٨٧/٢) ، الفوائد البهية ص١٧٠ - ١٧١ ، الجواهر المضيئة (١٦٨/٣ - ١٧٠) ، تاج التراجم ص٤٥ وأخبار أبي حنيفة وأصحابه ص١٥٤ - ١٥٥ ، الفهرست ص٢٨٩ .

(٨) انظر مختصر اختلاف العلماء (٢١٣/٤ ، ٢١٤) .

(٩) في (ع) ، (م) : [في مجلس] .

فادعى عليه ألفا فأقر بها فهما ألف واحد . ولو جاء بشاهدين علي ألف وجاء بشاهدين علي ألف ولا يعلم في مجلس واحد شهداء وفي مجلسين فهما مالان ، إلا أن يعرف أنه في موطن واحد (١) . ولو أشهد شاهدًا في موطن وشاهدا آخر في موطن فهما مال واحد (٢) .

١٥٨٣٠ - وقال الشافعي : إذا أقر له يوم السبت بدرهم ويوم الأحد بدرهم فهو درهم واحد (٣) .

١٥٨٣١ - لنا : أنه أشهد على مالُ منكَّرٍ ليوم استيفاء الإشهاد علي مال في مجلس آخر فوجب أن يلزمه المالان . أصله إذا أشهد أن له ألفا من ثمن عبد اشتراه يوم الجمعة ، وأشهد في مجلس آخر أن له ألفا من ثمن عبدٍ اشتراه يوم السبت .

١٥٨٣٢ - ولا يلزم إذا ادعى المقر له مالًا واحدًا ؛ لأنه قد لزم المقر وإنما أسقط المقر له .

١٥٨٣٣ - ولا يلزم إذا أشهد على ألف ثم أقر بألف عند القاضي ؛ لأن الثاني ليس بإشهاد .

١٥٨٣٤ - ولا يلزم إذا كرر الإقرار في مجلس واحد لأن المجلس والمجلسين سواء ، على طريقة أبي الحسن ، وقد احترزنا بقولنا في مجلس آخر .

١٥٨٣٥ - ولا يلزم إذا أشهد ، شاهدين بأنه أقر بألف يوم الخميس ، وشهد شاهد أنه أقر بألف يوم الجمعة ، لأنه لم يستوف (٤) الإشهاد في مجلس . ولا يلزم إذا كان في

---

(١) انظر المبسوط (١٨/١٠) .

(٢) انظر المبسوط (١٨/١٠) ، مختصر اختلاف العلماء (٢١٣/٤ ، ٢١٤) . قال السرخسي : لو كان أشهد على كل إقرار شاهدًا واحدًا ، ولم يُشْهد على واحد من الإقرارين لم يلزمه إلا مال واحد .

(٣) هذا ما نقله المزني عنه فيما ذكره الماوردي الذي قال . إذا أقر بدرهم دفعتين فهو إقرار بدرهم واحد ، ما لم يخالف بين صفتيهما أو سببيهما . انظر مختصر المزني مع الأم (٢٢/٣) ، الحاوي الكبير (٥٩/٧) ، مغني المحتاج (٢٥٤/٢) ، المهذب (٤٤٤/٢) ، التكملة الثانية للمجموع (٣١٢/٢٠) . وذهب الإمام مالك إلى أنه إذا أشهد على نفسه في وثيقة أن لفلان عليه مائة ولم يذكر سببها ، ثم أشهد في وثيقة أخرى بمائة ، وهما متساويتان قدرًا ونوعًا فإنه يلزمه مائة واحدة . والثانية تأكيد للأولى . ويحلف المقر على ذلك إن ادعاهما المقر له . أما إن اختلفا قدرًا أو صفة فإنه يلزمه المائتان معًا . وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية ، فقالوا : إذا أقر بدرهم ، ثم أقر بدرهم ، لزمه درهم واحد ، لا فرق بين أن يكون الإقرار في وقت واحد أو في أوقات ، أو في مجلس واحد ، أو مجالس . المغني مع الشرح الكبير (٢٩٥/٥) ، شرح الخرشي (٩٦/٦) ، شرح الزرقاني على مختصر خليل (١٠١/٦) ، الذخيرة للقرافي (٢٨٥/٩) .

(٤) في (ع) : [لم يستوفي] . والصواب ما أثبتناه .

صك واحد ، لأن الثاني ليس بمنكرٍ ، بل نعرف أنه هو الذي أشهد عليه أولًا ، ولأنه أقر في مجلسين بمالين لم يتعلق أحدهما بالآخر من غير حاجة فوجب أن لا يدخل أحدهما بالآخر من غير حاجة كما لو أقر بألف / مؤجل ثم أقر بألف حال . ١٨١/أ

١٥٨٣٦ - فإن قيل : لا نسلم أنه أقر بمالين .

١٥٨٣٧ - قلنا : يعني أنه إذا أقر بألف ثم ألفين ولا يلزم إذا اجتهد ثم أقر عند القاضي ، لأن له إلى ذلك حاجة وكذلك إذا أشهد واحدا ثم أشهد آخر .

١٥٨٣٨ - ولا يلزم الصك الواحد [لأنه] [1] تعلق أحد الإقرارين بالآخر ، ولأنه أقر بألف منكَّرٍ فإذا أقر بألف منكرٍ فالظاهر أن الثاني غير الأول إلا أن تدل دلالة على خلافه يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝ إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ﴾ [2] .

١٥٨٣٩ - قال علي [3] وابن عباس [4] ﵄ « لن يغلب عسر يسرين » [5] فلما عرف

---

(١) هكذا في جميع النسخ لعل الصواب لأنه .

(٢) من سورة الانشراح : الآية (٥) ، (٦) ، وانظر هذا الدليل في المبسوط (١٠/١٨) . والأصل أن المعرف والمنكر إذا أعيد معرفًا كان الثاني عين الأول أما المنكر إذا أعيد فإنه يكون غير الأول .

(٣) هو أمير المؤمنين الإمام أبو الحسن والحسين علي بن أبي طالب الهاشمي كناه الرسول ﷺ بأبي تراب رابع الخلفاء الراشدين وأحد العشرة المبشرين بالجنة ، وأحد أصحاب الشوري الستة ، وابن عم الرسول ﷺ وأخوه بالمؤاخاة ، وزوج ابنته فاطمة الزهراء ، وأول الناس إسلاما بعد خديجة بنت خويلد كان عنده عشر سنين ، ولي الخلافة بعد استشهاد أمير المؤمنين عثمان بن عفان سنة ٣٥هـ ولد قبل البعثة بعشر سنين واستشهد بيد عبد الرحمن بن ملجم ليلة الأحد ١٩ من رمضان سنة ٤٠ من الهجرة ، وعندما استشهد كان له من العمر ثلاث وستون سنة علي الأصح . انظر البداية والنهاية (٢٢٣/٧) ، أسد الغابة (٢٥٥/٣) ، الإصابة (٥٠٧/٢) ، الاستيعاب (١٠٨٩/٣) ، تهذيب الأسماء واللغات (٣٤٤/١) ، الأعلام (١٠٧/٥) .

(٤) هو الصحابي الجليل أبو العباس عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي ابن عم الرسول ﷺ يسمى حبر الأمة وترجمان القرآن ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين في شعب أبي طالب ، وكان عمره حين توفي رسول الله ﷺ ١٣ سنة على الأصح وتوفي ﵁ بالطائف سنة ٧٠ من الهجرة ، قال ابن عباس ﵁ ضمني رسول الله ﷺ وقال : اللّهم علمه الحكمة . انظر الاستيعاب (٩٣٣/٣ - ٩٣٩) ، أسد الغابة (١٨٦/٣) ، الإصابة (٣٣٠/٢) ، وفيات الأعيان (٦٢/١٣) ، شذرات الذهب (٧٥/١) .

(٥) هذا القول منسوب إلى ابن عباس وابن مسعود وعمر بن الخطاب ، قال ابن عباس : يقول الله تعالى : « خلقت عسرًا واحدًا بين يسرين فلن يغلب عسر يسرين » . وروى مقاتل عن النبي ﷺ أنه قال لن يغلب عسر يسرين وقرأ آية الانشراح ، وجاء في الموطأ عن مالك عن زيد بن أسلم قال : كتب أبو عبيدة بن الجراح إلى عمر ابن الخطاب يذكر له جموعًا من الروم ، وما يتخوف منهم ، فكتب إليه عمر بن الخطاب : أما بعد فإنه مهما ينزل بعبد مؤمن من منزول شدة يجعل الله بعده فرجًا ، وأنه لن يغلب عسر يسرين ، إن مع العسر يسرًا ، إن مع العسر =

العسر [١] جعل [٢] الثاني [عين] [٣] الأول ولما نّكر اليسر جعل الثاني غير الأول [٤] .

١٥٨٤٠ - ولهذا قال أصحابنا : إذا قال لامرأته أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وربع تطليقة أنه ثلاث تطليقات ، لأنه لما نكر اختلف كل واحد عن الآخر . ولو قال : أنت طالق نصف تطليقة وثلثها كانت واحدة لأنه عرف الثلث . كذلك في مسألتنا [٥] .

١٥٨٤١ - احتجوا : بأنه أقر بألف ، بعد هذا أقر له بألف فيحتمل الإخبار عن الأول ويحتمل استئناف غيره . وإذا احتمل الأمرين لم يلزمه إلا باليقين [٦] . وتحريره إقراران لفظهما سواء ، فلا يلزمه إلا أحدهما كما لو كان في مجلس واحد [٧] .

١٥٨٤٢ - قلنا : لا نسلم ما ذكرتموه من الأخبار ، لأن المفسر إنما يفسر من نفسه ، فإذا أكمل الشهادة فقد حصل المقصود فقوله بعد ذلك [له] [٨] ألف منكر ، الظاهر أنه لو أراد الأولى لعرفها فلما لم ينكر ولم يكن هناك دليل يقتضي حمل إقراره على التكرار حمل على الإقرار المبتدأ كما لو كانا في صكين .

١٥٨٤٣ - فأما قولهم : إقراران لفظهما واحد فلا معنى له ؛ لأن عندهم لو أقر بألف ثم بألف أو بألف ثم بألفين دخل أحدهما في الآخر ، وإن اتفق لفظ أحد الإقرارين واختلف الآخر [٩] . وقياسهم على المجلس الواحد غير مسلم لما قدمنا . وعلى طريقة من سَلَّم ذلك نقول : إن الإقرار قد يتكرر [١٠] في المجلس الواحد ليفهمه الشهود وقد

= يسرًا ، أي مع ذلك العسر المذكور يسرًا آخر ، لما تقرر من أنه إذا أعيد المعرف يكون الثاني عين الأول ، سواء كان المراد الجنس أو العهد ، بخلاف المنكر إذا أعيد فإنه يراد بالثاني فرد مغاير لما أريد بالفرد الأول في الغالب . ولذلك قال النبي ﷺ لن يغلب عسر يسرين . وقال الفراء والزجاج : ذكر العسر مع الألف واللام ثم ثنى ذكره فصار المعنى أن مع العسر يسرين . انظر التفسير الكبير للرازي (٦/٣٢) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٠٧/٢٠) ، تفسير الكشاف (٢٧٦/٤) ، الموطأ لمالك بن أنس (٢٧٧/١) ، تفسير فتح القدير للشوكاني (٤٦٢/٥) ، روح المعاني للألوسي (٢٦٧/٤) ، أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الجصاص (٣٧٣/٥) .

(١) في (ع) ، (م) : [اليسر] . (٢) في (ع) ، (م) : [دخل] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) انظر المبسوط (١٠/١٨) ، التفسير الكبير للرازي (٦/٣٢) .

(٥) انظر الهداية (٢٣٢/١) ؛ فقد جاء فيهما : وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت طالقًا تطليقة واحدة .

(٦) في (ع) ، (م) : [اليقين بحذف حرف الباء] .

(٧) انظر الحاوي الكبير (٥٩/٧) ، المهذب (٤٤٤/٢) ، مغني المحتاج (٢٥٤/٢) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٩) انظر مغني المحتاج (٢٥٤/٢) .

(١٠) في جميع النسخ قد ينكر . والصواب ما أثبتناه .

يفعل[١] ذلك ليتم به الوثيقة وهذا لا يوجد إذا تمت الوثيقة بالشاهدين في المجلس الأول . ولأن من أصلنا أن ما جمعه مجلس واحد فكأنه حصل في لفظ واحد ، وما حصل في مجلسين فهو كالحاصل بسببين مختلفين ، بدلالة إقرار المقر بالزنا أربع مرات في مجلس واحد أو في مجالس ، وتكرار تلاوة السجدة [٢] في مجلس واحد لا يوجب إلا سجدة واحدة . وإن تكررت التلاوة في مجلسين تعلق بكل تلاوة سجدة [٣] .

١٥٨٤٤ - قالوا : لو أقر بحضرة الشهود بألف ثم قدمه إلى الحاكم فادعى عليه ألفًا فأقر له ، وشهد الشهود بالألف كان ألفًا واحدًا . وإن اختلف مجلس الإقرار كذلك في مسألتنا [٤] .

قلنا : المقر إنما يوثق بالشهادة ليثبت بها اليمين فإذا أشهد عليه ثم أقر أو جحد لقامت عليه البينة فهو يقر حتى لا يثبت بالبينة تكذيبه ، فكذلك كان مالًا واحدًا ؛ وأما إذا استوفى الشهادة في المجلس ثم أقر في آخر ، فإن كان الإقرار لا يلزمه حتى يكون خاف التكذيب - فالظاهر أنه إذا لم يعرف إقراره مقر بدين آخر .

* * *

---

(١) في (ع) ، (م) : [قد يفهم] .

(٢) في (ع) : [تلاوة المسجد] وفي (م) : [تلاوة السجدة بحذف الآية] .

(٣) الهداية (٧٩/١ - ٨٠) .

(٤) الحاوي الكبير (٥٩/٧ ، ٦٠) ، مغني المحتاج (٢٥٤/٢) .

مسألة ٧٩١

الإقرار بالهبة

١٥٨٤٥ - قال أبو حنيفة ﷺ : إذا أقر أنه وهب فأقبض ثم ادعى أنه لم يسلم فطلب بدين المقر له لم يستحلف [١] .

١٥٨٤٦ - وقال الشافعي : أحلفه ، لأن العادة أن الإنسان قد يعلم بذلك قبل فعله .

١٥٨٤٧ - وقال المروزي [٢] : إنما يستحلف إذا لم يقر بأنه سلم هو بل قال أن وكيله زعم أنه أقبضه ، ثم قال : بَانَ لي أنه خانني ، ولم يكن أقبض . فأما إذا قال أقبضته أنا ، لم يستحلف [٣] . قال الإسفراييني : إنه يستحلف في الموضعين .

---

(١) المبسوط (٦/١٨) وفيه أنه : « إن أقر الواهب بالهبة والقبض ثم أنكر التسليم بعد ذلك وأراد استحلاف الموهوب له لم يحلفه القاضي في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . ويحلفه في قول أبي يوسف استحسانًا . وأصل المسألة : البائع إذا أقر بقبض الثمن ثم جحد وأراد استحلاف المشتري لم يكن له ذلك عندهما ، لأنه مناقض في كلامه ، راجع عما أقر به من القبض . والمناقض لا قول له . والاستحلاف يبقى على دعوى صحيحة . واستحسن أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ بما عرف من العادة الظاهرة أن البائع يقر بالثمن للإشهاد ، وإن لم يكن قبضه حقيقة فالاحتياط لحقه أن يستحلف الخصم إذا طلب هو ذلك . والإمام محمد في هذا القول مع أبي حنيفة » .

(٢) هو الشيخ أبو إسحاق إبراهيم بن أحمد بن إسحاق المروزي تفقه على ابن سريج وعبد الله المروزي والإصطخري ، صنف كتبا كثيرة وشرح مختصر المزني ، وانتهت إليه رياسة العلم ببغداد ، ثم انتقل في آخر عمره إلى مصر ، وتوفي بها سنة ٣٤٠هـ ودفن بالقرب من تربة الإمام الشافعي . انظر وفيات الأعيان (١/٧) ، طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٢/٥٠ - ١٩٢) ، طبقات الفقهاء للشيرازي ص٩٢ ، شذرات الذهب (٨٩/٢) ، تذكرة الحفاظ (١٩/٢) .

(٣) الحاوي الكبير (٧٣/٧) ، مغني المحتاج (٢٥٦/٢) ، مختصر المزني مع الأم (٢٤/٣ ، ٢٥) ، حلية العلماء (٣٥٩/٨) . قال الماوردي قال الشافعي ﷺ : ولو قال وهبت لك هذه الدار وقبضتها ، ثم قال لم تكن قبضتها فأحلفته لقد قبضها فإن نكل رددت اليمين على صاحبه ورددتها إليه ، لأنه لا تتم الهبة إلا بالقبض عن رضا الواحد . فإذا أقر مالك الدار عند الحاكم بهبتها لرجل وأنه أقبضه إياها وصدقه المقر له على قبضها وهبتها ، ثم عاد الواهب فذكر أنه لم يقبضها وإنما تقدم من إقراره سهو أو كذب ، فإن صدقه الموهوب له فالدار الموهوبة على ملكه ، وهو مخير إن شاء أقبض وإن شاء منع ، فإن أكذبه وادعى القبض بما تقدم من إقراره فالقول قول الموهوب له . فإن سأل الواهب إحلاف الموهوب له بالله : لقد قبضها لم يخل حال الواهب عند إقراره من أن يكون قد أقر بإقباضها بنفسه أو وكيله ، فإن كانت الدار غائبة وأقر أن وكيله أقبض أجيب إلى إحلاف الموهوب له بالله لقد قبض . فإن حلف الموهوب له على القبض استقر له الملك ، وإن نكل ردت اليمين على الواهب ، فإن =

١٥٨٤٨ - قالوا : ولو قامت عليه البينة بالإقرار بالهبة والقبض وطُلِبَ بدين الموهوب لم يستحلف [١] .

١٥٨٤٩ - لنا : أن إقراره بالقبض قد ثبت فلا يُسْتَحلَفُ المقر له ، أصله إذا ثبت ببينة . ولأنه طلب اليمين على نفس [٢] ما أقر فلم يستحلف كما لو قال : استوفيت شيئًا وأتلفته ، ثم قال : حَلِّفْه أنه وَفَّاني .

١٥٨٥٠ - ولا يلزم إذا ادعى أنه باع تَلْجِئَة ، لأنه يستحلف على معنى غير ما أقر به .

١٥٨٥١ - ولأنه أقر بما تتم الهبة به ، فصار كما لو جحد أن يكون وهب ، فطلب اليمين على ذلك .

١٥٨٥٢ - احتجوا : بأن ما ادعاه محتمل فوجب أن يستحلف ليزول الاحتمال [٣] .

١٥٨٥٣ - [قلنا شهادة الشهود لا تبطل إذا شهدوا بإقراره . قالوا هناك يدعي كذب الشهود] [٤] .

١٥٨٥٤ - قلنا : الشهود لم يشهدوا [٥] على معاينة القبض وإنما شهدوا على إقراره فهو مكذب لنفسه بدعواه ، كما يكذبها إذا أقر ولم يشهد عليه الشهود .

* * *

= حلف أنه لم يكن قبضها كانت الدار على ملكه . وإن كانت الدار حاضرة فالظاهر أنه أقبضها بنفسه أو بوكيله فأقر بإقباضها بنفسه ففي إجابته إلى إحلاف الموهوب له على قبضها وجهان : أحدهما هو قول أبي العباس بن سريج أنه يجاب إلى إحلاف الموهوب له ، فإن نكل ردت اليمين على الواهب ، والدار له ؛ لاحتمال ما ادعاه . والوجه الثاني : هو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة : لا يجاب إلى إحلاف الموهوب له لأنه قد كذب هذه الدعوى بسابق إقراره ، فردت ، وليس لتخريج الاحتمال وجه إلا على الكذب في إحدي الحالين ، فكان حمل الإقرار على الصدق والدعوى على الكذب أولى الأمرين .

(١) وقال المالكية : من وهب شيئًا من ماله لزمه دفعه إلى الموهوب له إذا طالبه به ، فإن أبى ذلك حكم عليه به إذا أقر أو قامت عليه بينة . وإن أنكر الهبة حلف عليها وبرأ منها ، وإن نكل عن اليمين حلف الموهوب له وأخذها منه . وقال الحنابلة : إن أقر أنه وهب وأقبض أو أقر بقبض ثمن أو غيره ثم أنكر ، وقال ما قبضت ولا أقبضته ، وسأل إحلاف خصمه فهل يلزمه اليمين ، على الوجهين أو روايتين عند الحنابلة . أحدهما لا يستحلف ، والثانية : يستحلف ويلزمه اليمين . المغني مع الشرح الكبير (٣٤١/٥) ، المبدع (٣٤٤/١٠ ، ٣٤٥) بالتفريع لابن جلاب دراسة وتحقيق دكتور/ حسين بن سالم الدهمان ط دار الغرب الإسلامي (٣١٢/٢ ، ٣١٣) .

(٢) في (ع) ، (م) : [نفسه] .

(٣) انظر الشرح الكبير (٣٤١/٥) .

(٤) في (ص) : [زيادة : « قلنا الشهود يبطل إذا شهد بإقراره »] .

(٥) في (ع) : [لم تشهد] ، وفي (م) : [لم يشاهد] .

مسألة ٧٩٢

حكم ما إذا أقر بأن عليه ألفًا من ثمن مبيع غير معين وادعاء المقر له غصبًا

١٥٨٥٥ - قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ : إذا أقر بأن عليه ألفا من ثمن مبيع لم يعينه ، وادعى المقر له الألف غصبًا ، لم يقبل قول المقر وصل أو قطع .

١٥٨٥٦ - وكان قول أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ : الأول : أنه يقبل قوله إذا قال المقر له قد قبضها . وهو قول محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ [١] .

١٥٨٥٧ - وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ : إن وصل قُبِل ، وإن قطع لم يقبل [٢] ، وإن قال : علي ألف من ثمن خمر أو خنزير ففيه قولان [٣] .

(١) انظر الجامع الصغير ص٤١٧ ، المبسوط (٢٢/١٨ ، ٢٣) ، مجمع الأنهر (٣٩٩/٢) ، الهداية (١٨٥/٣) نتائج الأفكار (٣٦٣/٨) ، تبيين الحقائق (١٨/٥) ، حاشية الشلبي على التبيين (١٨/٥) ، البناية على الهداية (٥٧٣/٧) مختصر اختلاف العلماء (٢١٨/٤) وعبارته الطحاوي قال محمد في الإملاء : إذا قال له على ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبض منك ، وقال البائع قد قبضته ، فالقول قول البائع وصل أو قطع . وفي قول أبي يوسف ومحمد : إن وصل فالقول قول المشتري مع يمينه ، وإن قطع فقال : له على ألف درهم ثم قال بعد ما سكت : هي من ثمن عبد لم أقبض منك ، سئل البائع هل لك عليه من ثمن العبد ، فإن قال : نعم ، إلا أنني قد دفعته فالقول قول المشتري . وإن قال هي من دين أو من غصب فالقول قوله . وقال الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة وزفر : إذا قال لك على ألف درهم من ثمن متاع اشتريته منك ، ثم قال بعد ذلك : لم أقبض المتاع وقال المقر له : قبضت فالقول قول المقر له ، وقال أبو يوسف القول قول المقر » . وعند المالكية أنه إذا قال له على ألف من ثمن عبد ابتعته ولم أقبضه وقال المقر له : بل قبضته فإن ذلك يكون إقرارًا منه ويلزمه الألف وهو قول ابن القاسم وسحنون وهو المشهور ، وعند الحنابلة : إن قال : على ألف من ثمن مبيع لم أقبضه ، وقال المقر له بل هو دين في ذمتك فعلى وجهين ، أحدهما : القول قول المقر لأنه اعترف له بالألف وادعى عليه بيعًا ، والوجه الثاني : القول قول المقر . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣١٠/٥) ، الشرح الكبير مع المغني (٣١٧/٥) ، الإنصاف (١٨٩/١٢ ، ١٩٠) ، كشاف القناع (٤٦٧/٦) ، الخرشي (٩٢/٦) ، مواهب الجليل (٢٢٦/٥) ، الذخيرة (٣٢٠/٩) .

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧٥/٧) ، المهذب (٣٥٢/٢) ، حلية العلماء (٣٥٨/٨) ، مغني المحتاج (٢٥٤/٢) .

(٣) انظر مختصر المزني مع الأم (٢٤/٣ ، ٢٥) ، حلية العلماء (٣٥٩/٨) ، التكملة الثانية للمجموع (٣٢٣/٢٠) ، المهذب (٤٨٤/٢) ، مغني المحتاج (٢٥٤/٢) . قال الشاشي : « إذا وصل إقراره بما يسقطه بأن قال لفلان على ألف من ثمن خمر أو خنزير . ففيه قولان ، الأول : أنه يقبل مع يمينه وهو قول المزني وأبي إسحاق المروزي ، أي يلزمه ما أقر به ولا يقبل ما وصله به ، لأنه يسقط ما أقر به فلم يقبل » ، وقال=

١٥٨٥٨ - لنا : أنه وصل بإقراره ما يُسقطه ، لأن ثمن المبيع المجهول لا يلزم ، فصار كما لو قال له : علي ألف من ثمن عبد اشتريته فرأيته ولا أثر له أو أنه حمل .

١٥٨٥٩ - ولأنه أقر بألف وادعى ما يوجب تأخيرها إلى غير غاية ، فصار كما لو قال له عليّ ألف من ثمن مبيع أعطيه متى شئت أولا أعطيه أبدًا .

١٥٨٦٠ - وإنما قلنا : أنه أقر بتأخيرها إلى غاية ، لأن البائع كلما أحضر مبيعًا قال المقر ليس هذا الذي ابتعته ، ولأن كل معنى لو ألحق بإقراره المطلق لم يسقطه . فإذا ألحق بإقراره الموصوف لم يسقطه . أصله إذا قال قد أبرأني منه .

١٥٨٦١ - احتجوا : بأنه أقر بحق في [مقابلة] [1] حق له لا ينفك أحدهما عن الآخر ، فإذا لم يسلم ما له لم يلزمه [ما] [2] عليه كما لو كان المبيع معيبًا . وعكسه إذا قال لعبده : بعتك نفسك بألف ، فأنكر وحلف ، فإنه يعتق ويسقط الألف .

١٥٨٦٢ - لأنه أقر بحق في مقابلة حق لا ينفك أحدهما عن الآخر . وكذلك إذا أقر أنه طلق امرأته علي مال فجحدت [3] .

١٥٨٦٣ - قلنا : أقر بمال وفي مقابلته ما لا يجوز أن يكون في مقابلة الأموال ، فثبت ما عليه . ولا يتعلق بما لا يجوز [تعليق الأموال به ، كما لو قال : علي ألف من ثمن عبد ابتعته من غير عبيده . وليس كذلك المبيع المعين لأن ثمنه يجوز] [4] أن يلزمه ، فلهذا تعلق المال المقر به عليه . يتبين ذلك أنه يصح أن يقال : أقر بحق عليه في مقابلة

= صاحب مغني المحتاج وهو الأظهر ويلزمه الألف . والثاني : يقبل . وعند الحنفية أنه إذا قال لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ، ولم يقبل تفسيره عند الإمام أبي حنيفة وصل أم فصل ، لأن ثمن الخمر لا يكون واجبًا على المسلم . وقال الصاحبان أبو يوسف ومحمد : إذا وصل لا يلزمه شيئًا ، لأنه بين بآخر كلامه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره : إن شاء الله . وعند المالكية من قال : على ألف من ثمن خمر أو خنزير مما لا يصح بيعه فقال المدعي بل من ثمن عبد مثلاً لأنه لما أقر بالألف أقر بها في ذمته فتلزمه الألف ويحلف المقر له أنها ليست من ثمن خمر ، فيلزم الإقرار وقال ابن جزي : لم يلزمه شيء . انظر حاشية الدسوقي (٤٠٣/٣) ، الخرشي (٩٢/٦) ، قوانين الأحكام ص٣٣٢ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه (١٨/٥ ، ١٩) ، نتائج الأفكار (٣٦٨/٨) ، البناية على الهداية (٥٧٣/٧) .

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) انظر النكت للشيرازي ورقة ٣٠٧ (ب) ، فقد جاء فيها أنه أقر بحق في مقابل ، حتى لا ينفك أحدهما عن الآخر ، فإذا لم يَسْلَمْ الذي له لم يجب الذي عليه ، كما لو عتق المبيع .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

حق له إذا كان مما يجوز أن يتعلق أحد الحقين بالآخر .

١٥٨٦٤ – فإن قيل : هو لم يقر بثمن مبيع مجهول ، بل هو أقر بثمن مبيع ، فيجوز أن يكون معلومًا .

١٥٨٦٥ – قلنا : إذا لم يكن معلومًا في الحال فإن كان [لا يؤول] . [١] لذلك فثمنه [٢] غير لازم . وإن كان معلومًا في الأصل ثم صار مجهولاً لا يسقط الثمن . ودعوى ما يُسْقِطُ ما أَقَرَّ به لا تُقْبَلُ .

* * *

---

(١) ما بين المكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) في (ع) ، (م) : [قيمته] .

مسألة ٧٩٣

اختلاف الشاهدين في شهادتهما بزيادة أو نقص

١٥٨٦٦ - قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا شهد أحد الشاهدين أنه أقر بألف وشهد الآخر أنه أقر بألفين أو بخمسمائة فإن شهادتهما لا تقبل حتى ينضم إلى كل واحد [منهما] (١) شاهد آخر (٢) . ولو شهد أحدهما بجملة ، والآخر بها ، وبجملة معطوفة عليها - قبلت شهادتهما في الجملة الأولى (٣) .

١٥٨٦٧ - قال الشافعي رحمه الله : إذا شهد له شاهد بألف ، وآخر بألفين ، ثبت له ألف بشاهدين ، وإذا أراد ألفًا أخرى (٤) حلف وكانت له (٥) .

١٥٨٦٨ - لنا : أنهما شهدا بجملتين لا تعتبر إحداهما دون الأخرى ، فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بمائة دينار ، ونعني بالجملتين إذا شهد أحدهما بألف والآخر بتسعمائة .

١٥٨٦٩ - ولأن أحدهما شهد بألف والآخر بألفين فلم تقبل شهادتهما ، كما لو شهد أحدهما أنه باعه بألفين وشهد الآخر أنه أقر بألف من ثمن عبد . ولا يلزم إذا شهد

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٢) الهداية (١٢٦/٣) ، فتح القدير (٤٣٦/٧) ، تحفة الفقهاء (٦٢٧/٣) ، واللباب في شرح الكتاب (٦٥/٣) ، تبيين الحقائق (٢٣٠/٤) ، مجمع الأنهر (٢٦٠/٢) . يقول المرغيناني : « يعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة ، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده ، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين .

(٣) انظر المراجع السابقة ، وقد جاء في الهداية (١٢٧/٣) : « فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفًا وخمسمائة ثبت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظًا ومعنى » .

(٤) في (ع) ، (م) : [آخر] .

(٥) الحاوي الكبير (٧٦/٧ ، ٧٧) ، حلية العلماء (٣٦٦/٨) ، روضة الطالبين (٣٩/٤) . وبه قال الصاحبان من الحنفية . انظر المراجع السابقة في مذهب الحنفية . وعند المالكية أنه لو شهد عليه رجل أنه أقر بألف ، وشهد آخر أنه أقر له بألفين ، نسباها إلى جهة واحدة أم لا ، أو نسبها أحدهما وأطلق الآخر ، فإن الألف ثبتت له بشهادتها ويحلف على الأخرى مع شاهده . انظر الذخيرة (٢٨٠/٩) ، التفريع (١٠٥/٢) . وعند الحنابلة أنه إن شهد شاهد أنه أقر بألف ، وشهد آخر أنه أقر له بألفين ثبت له الألف لاتفاقهما عليه ، كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه . وللمدعي أن يحلف مع شاهده على الألف الأخرى ؛ لأن المال يثبت بشاهد . وقال المرداوي : وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . انظر المغني مع الشرح الكبير (١٣١/٥) ، الإنصاف (٢٨/١٢) .

أحدهما بألف [والآخر] [١] بألف وألف .

١٥٨٧٠ - لأن قولنا : شهد الآخر بألفين يعني هذا اللفظ . ولأن كل واحد منهما شهد بجملة ليس فيها لفظ الجملة التي شهد بها الآخر ، فوجب أن لا تثبت إحداهما ، كما لو شهد أحدهما بمائة دينار والآخر بألف دينار . ونعني بالجملتين ألف وتسعمائة أو عشرة دراهم وألف .

١٥٨٧١ - ولأن أحدهما بين الجملة التي شهد بها صاحبه ، فوجب أن لا يثبت بشهادتهما إحدى الجملتين ، كما لو شهد أحدهما بألف من ثمن عبد ، والآخر بألفين من ثمن ثوب .

١٥٨٧٢ - احتجوا : بأنهما عددان لو أقر بهما في مجلس واحد دخل الأقل في الأكثر ، كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة . والمعنى فيه : أنهما اتفقا علي ألف وانفرد أحدهما بعدد آخر عطف عليه ، فيقبل ما اتفقا عليه [٢] .

١٥٨٧٣ - قلنا : وفي مسألتنا كل واحد شهد بعدد غير عدد الآخر . وإنما يتفقان في المعنى لا في اللفظ ، فصار كما لو شهد أحدهما بمائة والآخر بعشرة دنانير .

١٥٨٧٤ - فإن قيل : اجتمعت [٣] العرب أن الجمع ضربان : أحدهما ما سلم لفظ الواحد فيه ، والآخر جمع التكسير ، وهو ما لم يسلم فيه لفظ الواحد . فأما التثنية فلفظ الواحد لا ينكسر فيه ، فألفَانِ : هما ألف زيد عليها ألف وألف ثوب ، فهي كألف زيد عليها ثوب ، وألف وخمسمائة هي الألف الموجودة وقد زيد عليهما / خمسمائة . ١٨١/

١٥٨٧٥ - قلنا : هذا غلط ، لأن معنى قولهم إنَّ جَمْعَ السلامة ما سَلِمَ فيه لفظ الواحد ، وإنما يراد به الصورة . فأما أن يكون هو الاسم المفرد فلا يدل عليه ، لأن حروف الإعراب في زيد الدال ، وفي زيدون الواو ، وخرجت الدال أن تكون حرف إعراب [فلا يكون] [٤] أحد الأمرين هو الآخر ، وكذلك في ألف حرف الأعراب فيه الفاء وفي التثنية ألفان حرف الإعراب الألف فكيف يكون أحدهما الآخر ، وليس إذا اتفقت الحروف كان الاسم واحدًا كامرئ وامرأة ؟ ولا شبهة في اللغة أن التثنية والجمع بناؤهما غير بناء الواحد ، فسقط ما قالوه .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٢) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٧٧/٧) .

(٣) في (ع) ، (م) : [اجتمعت] .

(٤) في جميع النسخ فيكون بحذف لا النافية ، والسياق الصواب ما أثبتناه طبقًا لما يفيده .

مسألة ٧٩٤

حكم ما لو مات فخلف ولدين فأقر أحدهما بأخ ثالث وأنكر الآخر شارك المقر في الميراث دون النسب

١٥٨٧٦ - قال أصحابنا : إذا مات الرجل وترك ابنين ، فأقر أحدهما بأخ وكذبه أخوه ، شارك المقِرُّ به المقرَّ في الميراث ، ولم يحكم بالنسب [١] .

١٥٨٧٧ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يثبت الإرث ولا النسب [٢] . فإن أقر أحدهما بزوجة لأبيه وكذبه أخوه ففيه وجهان [٣] .

١٥٨٧٨ - وإذا أقر ببيع شقص [٤] وكذبه المشتري ، قال المزني : قياس قوله أن

---

(١) انظر الهداية (١٩١/٣) ، نتائج الأفكار (٤٠٠/٨) ، تبيين الحقائق (٢٨/٥) ، بدائع الصنائع (٢٣٠/٧) ، اللباب في شرح الكتاب (٧٨/٢) وبه قال المالكية والحنابلة : جاء في بداية المجتهد « ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين وأقر أحدهما بأخ ثالث وأنكر الثاني ، فقال مالك يجب عليه أن يعطيه حقه في الميراث ولا يثبت بقوله نسبه » . وقال القرافي : « إذا أقر الوارث بوارث آخر يشاركه فإنه يثبت بذلك الإرث دون النسب » . وجاء في المغني قوله « لو مات فخلف ولدين فأقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطي الفضل الذي للمقر لمن أقر له به » . انظر بداية المجتهد (٣٥٦/٢) ، حاشية الدسوقي (٤١٧/٣) ، الذخيرة (٣٠٩/٩) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٢٥/٥) ، الإنصاف (١٥٠/١٢) .

(٢) الحاوي الكبير (٨٧/٧) ، المهذب (٤٥٠/٢) ، لأن النسب لا يتبعض . فإذا لم يثبت في حق أحدهما لم يثبت في حق الآخر . ولا يشاركهما في الميراث ، لأن الميراث فرع على النسب ، والنسب لم يثبت فلم يثبت الإرث .

(٣) الوجه أو الوجوه لأصحاب الشافعي يستخرجونها من كلام الشافعي على أصوله ويستنبطونها من قواعده ويوصف بالصحيح أو الأصح إذا كان من الوجهين ، فإن قوي الخلاف يقولون الأصح . انظر مغني المحتاج (١٢/١) ، روضة الطالبين (٦/١) ، نهاية المحتاج (٤٨/١) ، المجموع (٦٥/١) . وإذا أقر الورثة بزوجية امرأة المورث ثبت لها الميراث ، وإن أقر بعضهم وأنكر البعض ففي ذلك وجهان عند الشافعية : أحدهما أنها لا تشارك بحصتها من حق المقر كما لا يشارك الابن إذا اختلف الوارثان في نسبه . والثاني : أنها تشارك بحصتها من حق المقر ، لأن الـمقَرَّ به حقُّها من الإرث ، لأن الزوجية زالت بالموت . انظر المهذب (٤٥٠/٢) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٤/٢٠) ، التنبيه للشيرازي ص٢٧٨ ، الحاوي (٩١/٧ ، ٦٥) ، روضة الطالبين (٦٩/٤) ، نهاية المحتاج (١١٥/٥) ، وعند الحنفية تأخذ ثُمُنَ ما في يده . انظر تبيين الحقائق (٢٩/٥) .

(٤) الشِّقْصُ : الطائفة من الشيء والقطعة من الأرض ، تقول أعطاه شِقْصًا من ماله أي جزءًا منه ، وقيل هو القليل من كثير والجمع أَشْقاص وشِقَاص . قال الشافعي في باب الشفعة فإن اشترى شقصًا من ذلك أراد =

للشفيع الشفعة [١] .

١٥٨٧٩ - وقال ابن سريج [٢] : لا شفعة [له] [٣] ، ومتى علم المقر في الباطن أنه أخوه فيه وجهان :

١٥٨٨٠ - أحدهما : لا يلزم أن يشاركه . والصحيح أنه يلزمه [٤] . فإذا قالوا شاركه هل يأخذ النصف أو الثلث فيه وجهان [٥] .

= بالشقص نصيبًا معلومًا غير مفروز . لسان العرب (٢٢٩٩/٤) ، طلبة الطلبة ١٠٧ ، المغرب ٤٥٠ .

(١) الحاوي الكبير (٢٩٥/٧ ، ٢٩٦) . قال الماوردي : « صورتها في رجل ادعى بيع شِقْصه على رجل فأنكر المشتري الشراء وحضر الشفيع مصدقًا البائع ومطالبًا للشفعة ، فهذا على ضربين : أحدهما أن يكون البائع مدعيًا ببقاء الثمن على المشتري ، والضرب الثاني : أن يكون مقرًا بقبضه فإن كان مع ادعاء البيع مدعيًا ببقاء الثمن حكم عليه للشفيع بالشفعة ، لأنه مدع على المشتري ومقر للشفيع فحكم عليه بإقراره . وإن كان البائع مع ادعاء البيع مقرًا بقبض الثمن من المشتري ففي الشفعة وجهان : أحدهما : قول ابن سريج وطائفة : أنها باطلة ، لأن الشفعة لا تستحق إلا بيمين وليس واحد من البائع والمشتري مستحقًا لقبض الثمن . أما البائع فلإقراره بقبضه ، وأما المشتري فلإنكاره لاستحقاقه . والوجه الثاني : هو قول كثير من أصحاب الشافعية ومنهم المزني كما نقله المصنف أن الشفعة واجبة ؛ لأن البائع مقر باستحقاقها من يده فيحكم بها للشفيع ، الظاهر من قول الشافعي أن الشفعة واجبة .

(٢) هو الشيخ القاضي أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج البغدادي ، تفقه على أبي القاسم الأنماطي وسمع الحسن بن محمد الزعفراني وأبا داود السجستاني وروي عنه أبو القاسم الطبراني وأبو الوليد حسان بن محمد وغيرهما . له مصنفات كثيرة يقال إنها بلغت أربعمائة في الرد على المخالفين من أصحاب أبي حنيفة والظاهرية منها كتاب الرد على محمد بن الحسن وكتاب الرد على عيسي بن أبان وكتاب التقريب بين المزني والشافعي وكتاب المختصر في الفقه وغيرهما وكل كتبه غير موجودة . ولي قضاء شيراز وهو عالم ذلك القرن ، وقد اعتبروه مجدد ذلك القرن . ولد سنة ٢٤٩هـ وتوفي في جمادى الأولى عام ٣٠٦هـ ببغداد . انظر وفيات الأعيان (٥١/١) ، طبقات الفقهاء للشيرازي ص٨٩ ، البداية والنهاية (١٢٩/١١) ، شذرات الذهب (٣٥٥/٢) ، العبر (٤٥٠/١) ، الفهرست لابن النديم ص٢٩٩ ، ٣٠٠ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٤) فإنه بينه وبين الله إذا علم صدق المدعي أن يدفع إليه من سهمه الذي ورثه وجهان ، الأول : لا يلزمه الحكم بإبطال النسب الذي هو سبب استحقاقه ، الوجه الثاني : يلزمه لأن بطلان النسب في ظاهر الحكم دون باطنه . وهو الصحيح . ونحن نلزمه في باطن الحكم دون ظاهره . انظر الحاوي الكبير (٩١/٧) .

(٥) فإذا قلنا إنه يشاركه في الميراث فكم يأخذ من الميراث ، فإن الشافعية اختلفوا في قدره الذي يأخذ على ثلاثة أوجه : الأول : أنه يلزمه دفع الفاضل من سهمه إذا اشتركوا ، وهو السدس الزائد على الثلث . الثاني : أنه يدفع إليه نصف ما في يده ، لأنه مقر أنه وإياه في مال أبيه سواء . الثالث : يعطيه الثالث ما بقي في يده ، ويضمن له سدسًا في يد أخيه ، إلا أن يكون قاسمه بحكم الحاكم فلا يضمن مما في يد أخيه شيئًا . وذهب الحنفية إلى أنه =

١٥٨٨١ - لنا : أنه إقرار من وارث ممن يرث معه فوجب أن يشاركه إذا لم يحكم ببطلانه كما لو كان الوارث واحدًا .

١٥٨٨٢ - ولا يلزم إذا أقر بمعروف النسب ، لأنا حكمنا ببطلان اعترافه وإن أسقطت من الحكم الآخر وسوت بين الأصل والفرع جاز .

١٥٨٨٣ - ولأنه أقر بنسب لم يحكم ببطلانه فوجب المشاركة في مال الميت فوجب أن يوجب استحقاق بعض الميت فجاز أن يشاركه .

١٥٨٨٤ - وإذا [لم] (١) يثبت في حق الباقين كما لو أقر بدين ولا يلزم إذا كذبه المقر به ؛ لأن الحق يثبت بالإقرار فأبطله المقر به ؛ بعد ثبوته .

١٥٨٨٥ - قالوا : المعنى في الدين والوصية أنه أقر بحق مطلق ليس في مقابلته حق له ، وفي مسألتنا أقر بحق عليه في مقابلته حق له فإذا لم يثبت ماله لم يثبت ما عليه ، ألا ترى أنه لو أقر بعقد مطلق لزمه الإقرار ولو أقر أنه باعه عبدًا بألف لم يلزمه الإقرار حتى يصدقه ويسلم له الثمن (٢) .

= يأخذ النصف . قال الكاساني : لو ترك ابنين فأقر أحدهما بأخ ثالث فإن صدقه الأخ المعروف في ذلك شاركه في الميراث كما إذا أقرا جميعًا ، وإن كذبه فيه فإنه يقسم المال بين الأخوين المعروفين أولاً نصفين فيدفع النصف إلى أخ المنكر . وأما النصف الآخر فيقسم بين الأخ المقر وبين المقر له نصفين عند عامة العلماء . وعند ابن أبي ليلى يقسم أثلاثًا ثلثاه للمقر وأخيه وثلثه للمقر له ، لأن المال بين الأخوة الثلاثة أثلاثة وإن ثلث المقر له : نصفه في يده ونصفه في يد أخيه المنكر على الشيوع ، إلا أن إقراره على أخيه لا ينفذ فيما في يد أخيه فينفذ فيما في يده فيعطيه ثلث . استدل الحنفية أن المقر له يأخذ النصف وهو في زعم المقر يساويه في الاستحقاق ، والمنكر ظالم ، فيجعل ما في يده كالهالك ، فيكون الباقي بينهما بالسوية ، وذهب المالكية والحنابلة إلى أنه يلزمه الثلث فلا يستحق مما في يده إلا الثلث ؛ لأن الشركة بينهم أثلاث . واستدل المالكية والشافعية في وجه والحنابلة وابن أبي ليلى على أنه يأخذ الثلث : بأن التركة بينهم أثلاثًا فلا يستحق مما في يده إلا ثلثا ، كما ثبت نسبه ببينة ، ولأنه إقرار بحق يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه كالإقرار بالوصية ، وكإقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين ، ولأنه حق ، ولأنه لو ثبت ببينة لم يلزمه إلا قدر حصته فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية . بدائع الصنائع (٢٣٠/٧) ، تبيين الحقائق (٢٨/٥) ، نتائج الأفكار (٤٠٠/٨) بداية المجتهد (٣٥٦/٢) ، الحاوي الكبير (٩١/٧ ، ٩٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٢٦/٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) الحاوي الكبير (٨٧/٧) . وقد قال الإمام الماوردي : والأصول تشهد لصحة هذا القول . وضرب المثال على ذلك فقال : ألا ترى لو قال لعبده بعتك نفسك بألف وأنكر العبد لم يقبل قوله على العبد بادعاء الألف عليه ، ولزمه إقراره على نفسه في وقوع العتق .

١٥٨٨٦ - قلنا : هذا يبطل بمن قال : بعتك نفسك بألف ، فجحد المقر له عتق العبد ولم يثبت البيع ولم يسلم له الثمن . بل عندنا [أنه] (١) أقر بحق عليه في مقابلته حق له وهو الميراث من المقر له ، وقد ثبت الحقان باعترافهما ، لأن كل واحد منهما يرث الآخر إذا مات ، وليس له وارث معروف ، وإنما لا يثبت إقرارهما في حق غيرهما والمعتبر لحقهما .

١٥٨٨٧ - ألا ترى أنه إذا قال بعتك هذا العبد بألف فصدقه ثبت حق كل واحد منهما من جهة الآخر ، وإن كان الحق لم يثبت في حق غيرهما ، بدلالة أن لكل واحد من الناس أن يقيم البينة علي استحقاق المبيع بجهة من جهات الاستحقاق ، لأن كل نسب لو أقر به وارثه (٢) يجوز الميراث فوجبت مشاركته . فإذا أقر به ولزمه لم يجز الميراث وما وجبت مشاركته . أصله الوصية ، وعكسه إذا أقر بنسب معروف بنسب وإن سلموا للزوجة علي الصحيح .

١٥٨٨٨ - قلنا : أحدهما يُسْتَحَقُّ به الإرث فإذا أقر به بعض الورثة جاز أن يشاركه به ، أصله الزوجة .

١٥٨٨٩ - فإن قيل : المعنى فيه أنه لم يقر بحق في مقابلته حق له ؛ لأنه إذا ماتت لا يرثها ، وفي مسألتنا بخلافه .

١٥٨٩٠ - قلنا : ليس إذا أقر أنه وارث أبيه ففي (٣) مقابلته أنه يرث منه ، لأن الآخرين يشتركان في ميراث أبيهما ، ولا يرث كل واحد منهما الآخر إذا كان لهما أولاد ، وإنما في مقابلته ميراث من أبيه [و] (٤) ميراث أبيه منه لو [كان] (٥) مات قبله . ثم قد بينا أنه يثبت لكل واحد منهما الميراث من الآخر في حقهما ، وإنما لا يثبت في حق غيرهما .

١٥٨٩١ - ولأنه حق يتعلق بسببه لم يحكم ببطلانه فوجب أن يلزم إذا أقر به ، كما لو أقر بأنه باع شقصًا له فجحد المشتري وجبت الشفعة . فإن لم يسلموا ذلك فأصله إذا قال تكلفت لك بألف عن فلان وأنكر فلان أن يكون عليه دين ؛ أو أصله : إذا قال بعتك إياك عتق بلا خلاف (٦) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٢) في (ع) ، (م) : [وارث] . (٣) في (ع) ، (م) : [في] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٦) انظر الحاوي الكبير (٨٧/٧) .

١٥٨٩٢ - فإن قيل : المعنى في الشفعة أن البائع أقر بحق عليه في مقابلة حق له . وقد سلم له الثمن من جملة الشفيع ، فإذا أسلم له عوضه لم يعتبره أعيان الناس . وفى مسألتنا أقر بحق عليه في مقابلته حق له ولم يسلم ماله فلم يُسْتَحقّ ما عليه .

١٥٨٩٣ - قلنا : العوض وإن سلم له إلا أنه أقر بسبب يثبت بحكم الشفعة لم يثبت ذلك السبب ولم يحكم ببطلانه وثبتت الشفعة التي هي من أحكامه كذلك في مسألتنا لم يثبت ذلك السبب وإن لم يحكم ببطلانه فجاز أن يثبت الحكم المتعلق به .

١٥٨٩٤ - قالوا : المعنى في الشفعة أنا لو حكمنا ببطلان السبب بأن جحد المشترى وحلف [لم] [1] يسقط كذلك إذا لم يبطل السبب .

١٥٨٩٥ - وفي مسألتنا لو حكم ببطلان السبب سقط الإرث كذلك إذا لم يثبت .

١٥٨٩٦ - قلنا : إذا جحد المشتري وحلف فلم يحكم ببطلان السبب [وإنا قطعنا الخصومة ، بدلالة أن البائع لو أقام البينة قبلت . ولو كنا حكمنا ببطلان السبب لم تسمع البينة ، وإنما يحكم ببطلان السبب] [2] إذا استحق المبيع وحكم [به للمستحق ، وذلك يمنع من ثبوت الشفعة .

١٥٨٩٧ - فإن قيل : المعنى فيه إذا قال له : بعتك إياك أن العتق ليس هو في مقابلة العوض فلم يقف وقوعه علي سلامة العوض] [3] [وحكم ببطلانه] [4] .

١٥٨٩٨ - قلنا : وفي مسألتنا استحقاق المال ليس في مقابلته ولا في وقوعه علي سلامة العوض فلا يحتاج إلى السبب [5] لأنه يجوز [6] أن ينفرد عنه فجاز أن يثبت وإن لم يحكم بالنسب [في حق غير المقر . ولأن العتق وإن لم يكن في مقابلة عوض فقد أقر به وعلقه بسببه ، فلم يثبت النسب] [7] وثبت ما تعلق به من العتق .

١٥٨٩٩ - احتجوا : بأنه أقر بحق في مقابلته حق له حتى لا ينفك أحدهما عن الآخر ، فإذا لم يسلم له ماله لم يلزمه ما عليه . أصله إذا قال : بعتك عبدي هذا بألف

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) وفي (ع) : [ثم] .
(٢ ، ٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .
(٥) في جميع النسخ [ليس في مقابلته ولا وقوعه على سلامة إلى السبب] والصواب ما أثبتناه .
(٦) في (ع) ، (م) : [لا يجوز] .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

فأنكر المشتري فإن البائع لا يلزمه ما أقر به (١) .

١٥٩٠٠ - قلنا : هذا الوصف غير صحيح ؛ لأنه أقر بالأخوة [وهي ثابتة في حقه دون حق غيره ، ففي مقابلتها ثبوت الحق المقر به ، لا في حق غيره وقد ثبت ذلك . ولهذا يرثه إذا لم يكن له وارث غيره ولم تثبت الأخوة] (٢) في حق غيرهما ، فكذلك قدم عليه الوارث المعروف .

١٥٩٠١ - ولأنه أقر بما يوجب مشاركته فيما في يده من الإرث ففي مقابلة هذا أن يشاركه هو فيما يحصل في يده من الإرث .

١٥٩٠٢ - وكذلك نقول إن وصل إلى يد المقر به شيء من تركة الميت يشاركه فيه المقر . فأما ميراث المقر به من المقر فلا يثبت إلا إذا لم يكن له وارث [معروف] (٣) . وكذلك ثبت له بماله مثله مثل ذلك .

١٥٩٠٣ - ثم هذا يبطل بمن قال لعبده أعتقتك علي ألف ، ولامرأته طلقتك علي ألف وكذباه فثبت الطلاق والعتق ، وإن لم يثبت المال . واحترازهم عنه بأنه لا ينفك أحدهما عن الآخر ليس باحتراز .

١٥٩٠٤ - لأن ملك المبيع ينفك عن الثمن (٤) إذا ملكه لا علي وجه البيع وإنما لا ينفك إذا ملكه بالبيع [كما أن الطلاق بغير عوض في المعنى في البيع] (٥) أن البائع لم يقر بسقوط حقه عن المبيع ؛ لأن حق الحبس ثابت حتى يستوفي الثمن ، فلما لم يعترف بسقوط حقه عن المبيع لم يجز أن يستحقه المقر له لا لما قالوه ، لأن الوارث قد أقر بسقوط حقه [عن مقدار نصيب المقر له] (٦) فكذلك لزمه المال وإن لم يثبت النسب .

١٥٩٠٥ - قالوا : إقرار بنسب (٧) ، وإذا لم يثبت النسب لم يثبت الإقرار ، كما لو أقر بمعروف النسب ، وكما لو أقر بمن لا يلد أبوه مثله .

---

(١) الحاوي الكبير (٧/٩٠) ، وعبارة الماوردي [أنه مال يقتضي ثبوته ثبوت سببه فلم يجز إثباته إلا بإثبات سببه . أصله أنه إذا أقر أنه اشترى عبد زيد بألف وأنكر لم يقض عليه بالألف] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) وثابت في هامش نسخة (ص) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) وثابت في هامش (ص) .

(٤) في (ع) ، (م) : [اليمين] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) في (ع) ، (م) : [عن المبيع لم يجز مقدار نصيب المقر له] الظاهر أن عبارة [عن المبيع لم يجز] زيادة من النساخ .

(٧) يشترط لصحة الإقرار بالنسب أن لا يكذبه الحس بأن يمكن صدقه ، وذلك أن يكون الولد المقر بنسبه=

١٥٩٠٦ – قلنا : النسب ثابت عندنا في حق المقر ، غير ثابت في حق غيره . وليس يُمنَع أن يثبت النسب في حق الواحد ، فتثبت أحكامه ، وإن لم يثبت ذلك في حق غيره [١] ، كما يثبت التبايع في حق البائع والشفيع ولا يثبت في حق المشتري ، وكما ثبتت الكفالة في حق الكفيل والمكفول له إذا تصادق ولم يثبت المال في ذمة الأصيل . والمعنى في معروف النسب [٢] أنا حكمنا بثبوت النسب من غيره ، والحكم بذلك تكذيب له في إقراره ، فصار التكذيب بالحكم كتكذيب المقر ، فلا يستحق شيئًا .

١٥٩٠٧ – وفي مسألتنا يحكم بكذبه فيما أقر به فجاز أن يثبت في حقه ، وإن كان المقَرُّ له أكبرَ من أبيه فقد علمنا كذبه فيما أقر به من طريق المشاهدة [٣] . ولو كذبه الحاكم لم يثبت إقراره فإذا كذبته المشاهدة فهو أولى . [٤] فإن لزم [٥] علي هذا إذا قال لعبده ولمثله لا يولد مثله هذا ابني إنا قد كذبناه مشاهدة وإن حكمنا بالعتق .

١٥٩٠٨ – قلنا : تكذيب المشاهدة كتكذيب المقَرّ له وذلك لا يمنع من وقوع العتق

١٥٩٠٩ – فإن قيل إذا أقر بمجهول النسب لم يحكم [٦] بالنسب ، لأنا [٧] حكمنا بكذبه ، والوقوف كالحكم بالتكذيب بدلالة أن البينة إذا لم يعدلها القاضي فهو كما لو

= يولد مثله لمثله ، وأن يكون المقر به مجهول النسب فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره والنسب لا يقبل بعد ثبوته ، وأن يصدق الولد المقر في إقراره إن كان يستطيع أن يعبر عن نفسه بأن كان بالغًا أو صغيرًا مميزًا . انظر الفتاوى الهندية (٤/٢١٠ – ٢١٣) ، شرح فتح القدير (٣٧٢/٧) ، تبيين الحقائق (٢٧/٥) ، حاشية الدسوقي (٤١٢/٣ – ٤١٩) ، نهاية المحتاج (١٧٠/٥) ، الروضة (٤١٤/٤ – ٤٢٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٢٧/٥ ، ٣٢٨) ، كشاف القناع (٤٦٠/٦) .

(١) هكذا في (ع) ، (م) وفي (ص) : [حق الغير ولا فرق بينهما] .

(٢) في (ص) ، (ع) : [المعروف النسب] والصواب ما أثبتناه كما في (م) .

(٣) لأنه يشترط لثبوت النسب أن يمكن صدقه كي لا يكون مكذبًا في الظاهر بأن يكون في سن يولد مثله لمثله بأن لا يكون أكبر منه سنًّا أو مساويًا وأن يكون المقر به مجهول النسب فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره وأن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول وهو المكلف وغيرها من الشروط التي ذكرتها آنفًا . انظر نتائج الأفكار (٣٩٣/٨) ، تبيين الحقائق (٢٧/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٢٧/٥ ، ٣٢٨) .

(٤) في (ع) ، (م) : [ولو] .

(٥) في (ع) ، (م) : [فلم يحكم] .

(٦) في جميع النسخ فظنوا أولن لا معنى له لعل الصواب ما أثبتناه .

(٧) في (ص) : [ألزم] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

ثبت كذب الشهود .

١٥٩١٠ - قلنا : غلط ؛ لأنهم إذا لم يعدَّلوا جاز أن يحكم بها في الثاني بأن ينضم إليها التعديل ، فإذا خرجوا لم يجز الحكم بها أبدًا ، فلم يتساو الأمران .

* * *

مسألة ٧٩٥

ثبوت النسب بإقرار الورثة ولو كان واحدًا

١٥٩١١ - قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما اللَّه : لا يثبت النسب في حق الميت ١٨/أ بإقرار وارث [١] . ويثبت إذا كان الورثة / رجلين أو رجلًا وامرأتين [٢] .

١٥٩١٢ - وكان أبو الحسن يقول : يثبت النسب بقول الوارث إن كان واحدًا ، وهو قول أبي يوسف [٣] .

١٥٩١٣ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : من يجوز ميراثه يثبت النسب بقوله وإن كان واحدًا [٤] .

١٥٩١٤ - لنا : أنه إقرار وارث واحد فلا يثبت به نسب علي الميت ، كما لو كان الورثة جماعة فأقر أحدهم ، ولأنه إثبات نسب علي الغير [٥] بقول واحد فلم يجز . أصله الخال إذا أقر بوارث ولا يلزم الشهادة بالولاية [٦] ، لأن النسب لا يثبت بذلك وإنما يثبت بالولادة ، ولأن النسب معنى يثبت به العتق فلا يثبت علي الغير بقول الواحد ،

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٢٢٩/٧ ، ٢٣٠) ، اللباب شرح الكتاب (٧٨/٢) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٦٧/٤) .

(٢) جاء في بدائع الصنائع (٢٢٩/٧ ، ٢٣٠) . أنه إن كان أكثر من واحد بأن كانا رجلين أو رجلًا وامرأتين فصاعدًا يثبت النسب بإقرارهم بالإجماع ، وإن أقر رجلان وامرأتان وأنكر الوارث الآخر لا يثبت النسب اتفاقًا .

(٣) في (ع) ، (م) : [وهو قول أبو حنيفة] والصواب ما أثبتناه . انظر كتاب البدائع (٢٢٩/٧) ، وبقول الطرفين من الحنفية قال المالكية . انظر الذخيرة للقرافي (٣١١/٩) ، بداية المجتهد (٣٩٦/٢) ، وقد نقل القرافي عن الطرطوشي قوله : « فإذا ترك ابنًا واحدًا لا وارث له غيره فأقر بأخ لم يثبت نسبه ، ولا يثبت إلا بقول وارثين عدلين . فإن كان جميع الورثة غير عدول لم يثبت بإقرارهم . ووافقنا الحنفية فإنه لا يثبت بالوارث الواحد وإن حاز جميع المال » .

(٤) انظر الحاوي الكبير (٩٢/٧) ، حلية العلماء (٣٧٢/٨) ، روضة الطالبين (٤٢١/٤) ، وعبارة الماوردي « إن إقرار الوارثين بمدعي البنوة يوجب ثبوت نسبه ، هكذا لو كانوا جماعة وأقروا أو كان واحدًا وأقر ، لأن المراعى إقرار من يجوز الميراث » . وبه قال الحنابلة ، قال ابن قدامة : [وإن أقر جميع الورثة بنسب من يشاركها في الميراث ثبت نسبه ، سواء كان االورثة واحدًا أو جماعة ، ذكرًا أو أنثى لأن الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه] ا . هـ . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٢٦/٥) ، المبدع (٣١١/١٠) ، الإنصاف (١٥٠/١٢) .

(٥) في (ع) ، (م) : [علي العتق] .

(٦) قال الكاساني : « الإقرار بالأخوة إقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره » . انظر بدائع الصنائع (٢٣٠/٧) .

أصله الاستيلادُ والكتابة .

١٥٩١٥ - ولأن الشهادة أقوى في حق الغير من الإقرار ، بدلالة أن البنين لو كانوا ثلاثة فيشهد اثنان منهم بنسب ثبت النسب ، ولو أقرا لم يثبت ، ومعلوم أن شهادة الواحد من الأولاد في الحال التي تعتبر الشهادة وهي حال الحياة لا يقبل ، كذلك [١] إقرار الواحد في الحال التي يعتبر فيها الإقرار إقرارًا لا يقبل .

١٥٩١٦ - احتجوا : بما روى الزهري [٢] عن عروة [٣] عن عائشة رضي الله عنها قالت : اختصم سعد بن أبي وقاص [٤] وعبد بن زمعة [٥] إلى رسول الله ﷺ في ابن أمة

---

(١) في (ع) ، (م) : [لذلك] .

(٢) هو الإمام محمد بن مسلم بن عبد اللّه بن شهاب الزهري المدني التابعي المشهور ، أول من دون السنة الشريفة ، من أكابر الحفاظ والفقهاء ولد عام ٥٠ أو ٥١ هـ وتوفي سنة ١٢٢ أو ١٢٤هـ ، حدّث عن ابن عمر وسهل بن سعيد الأنصاري وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وله نحو ألفي حديث ورأى عشرة من الصحابة . طبقات ابن سعد (٣٨٣/٢ ، ٣٨٩) ، تذكرة الحفاظ (١١٣/١) ، البداية والنهاية (٣٤٠/٩) ، سير أعلام النبلاء (٣٢٦/٥) ، شذرات الذهب (١٦٣/١) ، العبر (١٢١/١) .

(٣) هو عروة بن الزبير بن العوام القرشي أخ عبد اللّه بن الزبير ، أمهما أسماء بنت أبي بكر الصديق . وهو من فقهاء المدينة السبعة ولد عام ٢٩هـ وحفظ عن والده وتوفي سنة ٩٤هـ على الراجح . قال الزهري رأيت عروة بحرًا لا ينفذ . انظر التاريخ الكبير للبخاري (٣١/٤) ، طبقات ابن سعد (١٣٢/٥) ، الكامل في التاريخ (٤٦/٢ - ٥٦) ، سير أعلام النبلاء (٤٢١/٤) ، تذكرة الحفاظ (٦٢/١) ، العبر (٨٢/١) ، تهذيب الكمال (١١/٢٠ - ٢٥) .

(٤) هو الصحابي الجليل أبو إسحاق سعد بن أبي وقاص بن مالك بن وهب بن عبد مناف القرشي الزهري الملكي المدني ، من السابقين إلى الإسلام ومن المهاجرين الأوائل ، شهد بدرًا وأحدًا وسائر المشاهد وحامي رسول اللّه ﷺ ، يقال له فارس الإسلام وهو فاتح العراق وغيرها وأول من رمى سهمًا في سبيل اللّه ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة . وأحد أصحاب الشورى الستة توفي قرب المدينة بالعقيق ودفن بالبقيع سنة ٥٥هـ ، وله في كتب الحديث ٢٧٠ حديثًا ، روى عن الرسول ﷺ وعن الصحابة وولي الكوفة لعمر واعتزل الفتنة . انظر البداية والنهاية (٧٢/٨) ، الإصابة (٣٣/٢ ، ٣٤) ، الاستيعاب (١٨/٢) ، طبقات ابن سعد (٣٣/٢) ، شذرات الذهب (٦١/١) ، مرآة الجنان (١٢٨/١) ، تهذيب الأسماء واللغات (٢١٣/١) ، الأعلام (١٣٧/٣) .

(٥) هو عبد بن زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبدود بن نصر العامري القرشي أخو سودة بنت زمعة لأبيها أم المؤمنين ، ثبت خبره في كتب الصحاح في مخاصمة سعد بن أبي وقاص في ابن وليدة زمعة ، وكان زمعة مات قبل فتح مكة ، وأسلم ابنه عبد هذا يوم الفتح ونازعه سعد بن أبي وقاص في ابن وليدة زمعة فقضى به النبي ﷺ لعبد بن زمعة وقال احتجبي منه يا سودة ، قال ابن عبد البر الأندلسي : كان من سادات الصحابة . انظر الإصابة في تمييز الصحابة (٤٣٣/٢) ، أسد الغابة (٤١١/٣ ، ٤١٢) .

زمعة (١) فقال سعد : أوصاني أخي عتبة (٢) إذا قدمت مكة (٣) أن أنظر إلى ابن أمة أبي زمعة ، وأقبضه ، فإنه ابنه . وقال عبد بن زمعة : أخي ابن أمة أبي زمعة (٤) ، ولد علي فراش أبي فرأى رسول الله ﷺ شبهًا بينًا بعتبة فقال : هو لك يا عبد بن زمعة « الولد للفراش وللعاهر الحَجَرُ » (٥)

١٥٩١٧ - والجواب : أن زمعة خلَّف ولدين : عبد وسودة (٦) واعتراف أحد الوارثين لا يثبت النسب به في حق الميت باتفاق .

---

(١) اسمه عبد الرحمن المتنازع عليه .

(٢) في جميع النسخ أبي عتبة ، الصواب أخي عتبة طبقًا لما هو موجود في كتب الحديث . هو عتبة بن أبي وقاص بن مالك وهو الذي شج وجه رسول الله ﷺ وكسر رباعيته يوم أحد ، وما عُلِمَ إسلامهُ ولم يذكره أحد من المتقدمين من جملة الصحابة ، قيل إنه مات كافرًا ، قال الزبير بن بكار عتبة بن أبي وقاص كان أصاب دمًا في قريش فانتقل إلى المدينة قبل الهجرة فاتخذ بها منزلًا ومالًا ومات في الإسلام وأوصى إلى سعد بن أبي وقاص بتلك الوصية . انظر أسد الغابة (٤٦٨/٣) ، تهذيب الأسماء واللغات (٣٢٠/١) .

(٣) قال أبو بكر الأنباري : سميت مكة لأنها تمك الجبارين أي تذهب نخوتهم ، ويقال سميت مكة : لازدحام الناس بها وسماها الله تعالى أم القرى والبلد الطيب ، وبكة ، قيل : إن اسم مكة اسم مدينة وبكة اسم البيت . يرجع تاريخ عمارتها إلى عهد إبراهيم الخليل وابنه إسماعيل عليهما السلام سنة ١٨٩٢ قبل الميلاد . انظر معجم البلدان لياقوت الحموى (١٨١/٥ - ١٨٨) .

(٤) في (م) : [ربيعة] .

(٥) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه كتاب المغازي (١٩٢/٥) . ومسلم في صحيحه كتاب الرضاع باب الولد للفراش وتوقي الشبهات (١٠٨١/٢) رقم ١٤٥٧ ، الترمذي في سننه كتاب الرضاع باب ما جاء أن الولد للفراش رقم ١١٥٧ وقال حديث حسن صحيح ، وأبو داود في سننه (٢٨٢/٢) كتاب الطلاق باب الولد للفراش وللعاهر الحجر رقم ٢٢٧٣ ، وابن ماجه في سننه كتاب النكاح باب الولد للفراش وللعاهر الحجر (٦٤٦/١ ، ٦٤٧) رقم ٢٠٠٦ ، ٢٠٠٧ ، الدارمي في سننه (٢٠٢/٢) باب الولد للفراش رقم ٢٢٣٧ ، البيهقي في السنن الكبرى (٨٦/٦) كتاب إقرار الوارث بوارث .

(٦) هي أم المؤمنين سودة بنت زمعة بن قيس ، كانت قبل رسول الله ﷺ تحت ابن عمها السكران بن عمرو أخي سهل بن عمرو ، وكان سكران بن عمرو ﷺ مسلمًا وهو من المهاجرين إلى الحبشة ، ثم قدم مكة فمات بها السكران مسلمًا ، وقال ابن سعد أسلمت سودة بمكة قديمًا وبايعت وأسلم زوجها سكران وخرجا مهاجرين إلى أرض الحبشة في الهجرة الثانية ، تزوج رسول الله ﷺ سودة في رمضان سنة ١٠ من البعثة بعد وفاة خديجة وقبل زواج عائشة ودخل بها بمكة وهاجر بها إلى المدينة ، فهي أول امرأة تزوجها بعد خديجة رضي الله عنها روي عنها خمس أحاديث عبد الله بن عباس ، وماتت في آخر خلافة عمر ﷺ . وقيل توفيت في شوال سنة ٥٤هـ في خلافة معاوية بن أبي سفيان في المدينة . انظر سير أعلام النبلاء (٢٦٥/٢ ، ٢٦٩) ، تهذيب التهذيب (٣٤٨/٢) .

١٥٩١٨ - فإن قيل : زمعة مات كافرًا وكان عبدا علي دينه ، وكانت سودة مسلمة ، فلم ترثه . الدليل عليه ما روي أن عبدًا قال : أسلمت أختي فحملتها وَوَدَّتْ أن أكون أسلمت يوم أسلمت [١] .

١٥٩١٩ - قلنا : الذي ذكرتموه يحتاج إلى شرائط منها : موت زمعة علي الكفر ، وكفر عبد حين موته ، وتقدم إسلام سودة علي موت أبيها ، وهذه شرائط لا تثبت إلا بالنقل ولم ينقل واحد منها [٢] .

١٥٩٢٠ - فإن قيل : يجوز أن يكون النبي ﷺ سمع إقرار سودة قبل ذلك [٣] .

١٥٩٢١ - قلنا : الظاهر تعلق الحكم بالسبب المنقول دون غيره . ولم ينقل إلا إقرار عبد [٤] خاصة ، فعلم أنه أثبت النسب في حقه بإقراره ، ولم يثبت في حق أبيه . وكذلك نقول . تبين من هذا أنه عليه الصلاة والسلام قال لسودة : احتجبي عنه يا سودة ، فإنه ليس بأخ لك [٥] ، ولو ثبت النسب في حق الميت [لثبتت الأخوة في حقنا ، فعلم أنه أثبت النسب في حق الميت] [٦] .

١٥٩٢٢ - قلنا : هذا تعليل لقطع النسب عن عتبة لانتسابه من زمعة ، ولأنه إذا ثبت النسب في حقه بإقرار فقد أثبته ، لأنه أقر بالفراش فثبت النسب في حقه باعترافه علي أبيه بالفراش ، وإن لم يثبت في حق أبيه بدلالة أمره لسودة بالاحتجاب [٧] .

---

(١) قال الماوردي وهو بصدد الجواب على اعتراضات الحنفية والمالكية : إن عبدًا هو وارث أبيه وحده ، لأن سودة كانت قد أسلمت قبل موت أبيها ، وكان عبد على كفره ، فكان هو الوارث لأبيه الكافر دون أخته المسلمة . انظر الحاوي الكبير (٩٣/٧) .

(٢) قوله [ولم ينقل واحد منها] غير صحيح ، بل نقل جميعها ، لأن زمعة مات قبل الفتح في مكة على الكفر ، وأسلم ابنه عبد عام الفتح سنة ثمانٍ من الهجرة ، وسودة كانت من المهاجرين إلى الحبشة وذلك يدل على سبق إسلامها على إسلام أخيها عبد . انظر الإصابة (٤٣٣/٢) ، أسد الغابة (٤١١/٣ ، ٤١٢) ، سير أعلام النبلاء (٢٦٥/٢ - ٢٦٩) .

(٣) انظر الحاوي الكبير (٩٣/٧) .

(٤) في (م) : [عندنا] ، وفي (ع) : [عند] .

(٥) انظر صحيح البخاري (١٩٢/٥) ، وعبارته « قال رسول الله ﷺ لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص ، قالت : فما رآها حتى لقي الله » .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) اتفق الفقهاء على عدم ثبوت النسب باعتراف أحد الوارثين مع إنكار الآخرين . انظر بدائع الصنائع (٢٢٩/٧) ، الذخيرة (٣١١/٩) ، بداية المجتهد (٣٩٦/٢) ، الحاوي الكبير (٩٢/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٢٧/٥) .

١٥٩٢٣ - فإن قيل : إنما أمرها أن تحتجب احتياطًا لما رأى من الشبه بعتبة [(١)] .

١٥٩٢٤ - قلنا : الشبه الذي لا يثبت به النسب لا يجوز أن يقطع أحكام النسب الثابت [(٢)] .

١٥٩٢٥ - فإن قيل : أراد أن يبين أن للزوج أن يحجب الزوجة عن أقاربها [(٣)] .

١٥٩٢٦ - قلنا : لا يجوز ذلك .

١٥٩٢٧ - قالوا : كل من جاز إرثه ملك إلحاق النسب ، أصله إذا كانوا جماعة [(٤)] .

١٥٩٢٨ - قلنا : الجماعة لو شهدوا عليه في حال الحياة جاز أن يثبت النسب بشهادتهم [(٥)] فجاز أن يثبت بإقرارهم في الحال التي تعتبر الإقرار ، والواحد لا يثبت النسب بشهادته [(٦)] في الحال التي تعتبر الشهادة فيها ، لذلك لا يثبت في حق الغير بإقراره في الحال التي لا يعتبر الإقرار فيها .

١٥٩٢٩ - قالوا : [كل] [(٧)] حق ثبت بالاعتراف صح أن يثبت باعتراف واحد كما لو كان المعترف به أباه [(٨)] .

١٥٩٣٠ - قلنا : الأصل أن الاعتراف يثبت به الحق في حق المعترف دون غيره فلا يصح أن يقال : اعتراف الأب لما ثبت به الحق علي نفسه يجب أن يثبت باعتراف غير الأب علي غيره .

---

(١) إنه ﷺ أمرها بالاحتجاب منه على سبيل الاحتياط والورع وصيانة لأمهات المؤمنين من بعض المباحات مع الشبهة ، وذلك لما رأى ﷺ في الولد من الشبه البين بعتبة بن أبي وقاص . انظر الحاوي الكبير (٧/٩٤) ، سبل السلام (٣/٢١١) .

(٢) لأن المسألة مبنية على القطع أو الظن دون الشك ، ومن شروط صحة ثبوت النسب أن يكون المدعى مجهول النسب ليصح أن يلحق نسبه بمن يدعيه ، فإن كان معروف النسب فدعواه مردودة لبطلانها . انظر تبيين الحقائق (٥/٢٧) ، الحاوي الكبير (٧/٨٦) .

(٣) انظر الحاوي الكبير (٧/٩٤) ، وفيه « أن للزوج منع زوجته من الظهور لأخيها وأهلها فلم يكن في المنع دليل على اختلاف النسب » .

(٤) انظر بدائع الصنائع (٧/٢٣٠) ، هذا استدلال للإمام أبي يوسف أن إقرار الواحد مقبول في حق الميراث فيكون مقبولاً في حق النسب كإقرار الجماعة .

(٥) في (ع) ، (م) : [بشهادته] .

(٦) في (ع) : [بشهادتهم] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٨) انظر الحاوي الكبير (٧/٩٤) ، وفيه « أن من ثبت الميراث بإقراره ثبت النسب بإقراره كالموروث » .

١٥٩٣١ - ولأن الأب إذا أقر فهو يثبت النسب علي نفسه ، ثم يسري إلى غيره ، فلذلك جاز أن يعتبر العدد في أحدهما دون الآخر .

١٥٩٣٢ - قالوا : أخبار لا يراعى فيها العدالة فوجب أن لا يراعى فيها العدد . أصله سائر الإقرارات [١] .

١٥٩٣٣ - قلنا : من أصحابنا من اعتبر العدالة في الورثة المقرين والعدد جميعًا ، فعلى هذا الوصف غير مسلم [٢] . وإن سلمنا فلأن العدالة شرط لنفي التهمة ، والمقر هنا غير متهم ، لأنه يلزم نفسه الحق ، وههنا يلزم غيره فقوله [٣] يثبت بالشهادات فجاز أن يعتبر العدد كما اعتبر في الشهادات .

١٥٩٣٤ - قالوا : الوارث يقوم مقام مورثه ، بدليل أنه يثبت باعترافهم عليه ما يثبت باعترافه على نفسه ، ويملك إقامة بيناته ودعاويه فإذا كانوا كهو ثم ثبت أنه يستلحق النسب فلذلك ملكوا أن يستلحقوه [٤] .

١٥٩٣٥ - قلنا : إنما قاموا مقامه في استيفاء حقوقه وقضاء ديونه وأما فيما عليه فلم يقوموا مقامه بدلالة أنهم [لو] [٥] أقروا بدين لم يحكم بثبوته عليه ، والنسب حق لثبوته عليه ، فلم يقوموا مقامه فيه .

١٥٩٣٦ - ولأنه إذا أقر على نفسه فهو أصل في الالتزام ، وإذا ألزموه فهو فرع عليه .

١٥٩٣٧ - ويجوز أن تختلف صفة الفرع والأصل في الالتزام ، كما يختلف شهود الفرع في العدد عند مخالفنا ، وفي سائر الصفات عندنا .

* * *

---

(١) المغني مع الشرح الكبير (٣٢٧/٥) . قال ابن قدامة : إنه حق يثبت بالإقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ، ولأنه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كإقرار المورث ، واعتباره بالشهادة لا يصح ، لأنه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ، ويبطل الإقرار بالدين .

(٢) بدائع الصنائع (٢٢٩/٧) ، الذخيرة للقرافي (٣١١/٩) .

(٣) في (ع) ، (م) : [يثبت] .

(٤) الحاوي الكبير (٩٤/٧) ، وفيه « أن الورثة يخلفون مورثهم في حقوقه إثباتًا كالحجج والبينات ، وقبضًا كالدين والقصاص . والنسب حق له إثباته حيًا فكان للورثة إثباته ميتًا . ويتحرر منه قياسان : أحدهما : أن ما ملك المورث إثباته من حقوقه ملك الورثة إثباته بعد موته كالدين والقصاص ، والثاني : أن من ملك إثبات الحقوق ملك إثبات الأنساب كالموروث » .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

مسألة ٧٩٦

إقرار أحد الورثة بالدين وإنكار الآخرين

١٥٩٣٨ - قال أصحابنا : إذا أقر أحد الورثة بدين وجحد الباقون أُخِذَ جميعُ الدين من نصيب المقر خاصة [١] .

١٥٩٣٩ - وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم [٢] وقال الشافعي رحمه الله في الجديد [٣] يؤخذ من حقه بمقدار نصيبه من الإرث [٤] .

---

(١) مختصر العلماء (٢٠٨/٤) ، المبسوط (٤٨/١٨) ، تبيين الحقائق (٢٩/٥) ، البناية على الهداية (٦٠١/٧) ، نتائج الأفكار (٤٠١/٨) . ورؤوس المسائل ص١٤١ ، وقد نص الزمخشري على أنه « إذا ادعى على الميت دينًا فأقر أحد الورثة بهذا الدين على أبيه فإن عندنا يجب أداؤه في حصة نفسه من نصيبه ، لأن إقرار الإنسان إنما يصح في حق نفسه ؛ لأنه لا تهمة فيه وأما في حق غيره فإنه متهم فوجب ألا يصح » .

(٢) انظر روضة الطالبين (٤١١/٥) .

(٣) القول ينقسم إلى قديم وجديد ، والقول القديم : هو ما قاله الشافعي في العراق أو قبل انتقاله إلى مصر أو صنفه في كتاب أو أفتى به في هذه الفترة . ومن أهم كتبه الحجة ومن أهم رواته الإمام أحمد بن حنبل والزعفراني وأبو ثور سواء رجع عنه وهو الغالب وهذا ما عناه الشافعي بقوله لا أجعل في حل من رواه عني أو لم يرجع عنه وهو قليل في مسائل محدودة قيل إنها : ثلاث مسائل ، وقيل إنها (١٧) مسألة وقال كثير هي عشرون مسألة . وقد أشار النووي إلى أن إفتاء الأصحاب بالقديم في هذه المسائل وترجيحهم له لا يلزم منه نسبته إلى الإمام ، بل هو محمول على أن اجتهادهم داخل المذهب أدي بهم إليه لظهور دليله ، إلا إذا عضده حديث صحيح غير معارض له فهو مذهبه ومنسوب إليه حيث قال : « إذا صح الحديث فهو مذهبي » . القول الجديد : هو ما قاله الشافعي بمصر تصنيفًا وإفتاء ومن أهم كتبه الأم . الإملاء ، مختصر المزني ومختصر البويطي ومن أهم رواته المزني والبويطي والربيع المرادي والجيزي وابن عبد الحكم وغيرهم . إذا كان في المسألة قولان قديم وجديد فالجديد هو الصحيح ، وعليه العمل إلا في بعض المسائل . مغني المحتاج (١٣/١) ، نهاية المحتاج (٤٨/١ - ٥٠) ، المجموع (٦٦/١ - ٦٧) ، سبعة كتب مفيدة ص٤٧ .

(٤) انظر الحاوي الكبير (١٠٣/٧) ، المهذب (٤٥٢/٢) ، كتاب الأم (٣١٧/٣) ، التنبيه ص١٦٦ وقال الشيرازي في المهذب : « إن كان المقر عدلًا جاز أن يقضي بشهادته مع شاهد آخر أو مع امرأتين أو مع يمين المدعي . وإن لم يكن عدلًا حلف المنكر ولم يلزمه شيئًا . وأما المقر به ففيه قولان : الأول : إنه يلزمه جميع الدين في حصته ، والثاني : إنه لا يلزمه من الدين إلا بقدر حصته » . والملاحظ أن الشيرازي لم يذكر هل القولان في الجديد أم في القديم ، إلا أن النووي في روضة الطالبين تعرض للقولين فقال : إقرار الورثة على الميت بالدين والعين مقبول ، فلو أقر بعضهم بدين وأنكر بعضهم فقولان : القديم : على المقر قضاء جميع الدين من حصته من التركة إن وفىٰ به وإلا فيصرف جميع حصته إليه ، لأنه إنما يستحق الميراث بعد قضاء الدين . =

١٥٩٤٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ (١) فأثبت الله الإرث بعد الدين ، ولو لم يعتبر جميع ما أقر به استحق الميراث مع بقاء الدين على الميت في زعمه ، وهذا لا يصح .

١٥٩٤١ - ولا يقال : إنه تعالى سوى بين الدين والوصية ، وإن جاز أن يُسلّم له الميراث قبل استيفاء الوصية المقر بها ؛ لأن الظاهر منع ثبوت الإرث قبل الوصية لولا قيام الدلالة .

١٥٩٤٢ - ولأن الإقرار بالدين معنى يجوز أن يستحق به جميع التركة من يد الورثة فجاز أن يستحق به جميع ما أقر به بعض الورثة من نصيبه . أصله : إذ أقر بعين وعليه الوصية .

١٥٩٤٣ - ولا يقال : الوصية وتُستحق بها جميع التركة عندكم ولا تستحق جميعها إذا أقر بها الوارث من نصيبه ، لأن الوصية يُستحق بها جميع المال إذا لم يكن هناك ورثة .

١٥٩٤٤ - ونحن قلنا : معنى يستحق به جميع التركة من يد الورثة .

١٥٩٤٥ - فإن قالوا : بموجب العلة فيمن مات وترك ابنين وألفين فأقر أحدهما بألفين استوفى جميع ما في يده (٢) .

١٥٩٤٦ - قلنا : فجاز أن يستحق به ما أقر به من نصيبه ، وهناك لا يستحق جميع ما أقر به ولأنه لو أقر على الميت بدين يستغرق ما في يده من التركة فللمقر له استيفاء [ما في يده إذا لم يقدر على استيفائه] (٣) من غيره ، كما لو كان الوارث واحداً

= والجديد : أنه لا يلزمه إلا بقصد حصته من التركة . فعلى الجديد لو مات المنكر وورثه المقر فهل يلزمه الآن جميع الدين المقر به ؟ وجهان : أصحهما نعم ، لحصول جميع التركة في يده . ويتفرع على القولين فرعان ، أحدهما : لو شهد بعض الورثة بدين على الورث إن قلنا لا يلزمه بالإقرار إلا حصته قبلت شهادته وإلا فلا ، لأنه متهم . وسواء كانت الشهادة بعد الإقرار أو قبله . وبقول الشافعي في الجديد قال مالك والحنابلة ، وهو قول النخعي والحسن البصري وابن أبي ليلى وابن شبرمة والأوزاعي وأبي ثور . قال ابن قدامة : « وإن أقر أحدهم بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه ، فإن كانا اثنين لزمه النصف وأن كانوا ثلاثة فعليه الثلث » . وجاء في الذخيرة قول الطرطوشي : إذا أقر بعض الورثة بدين على الميت لزمه بقدر حصته ، قاله مالك . الذخيرة (٢٦٢/٩) .
المغني مع الشرح الكبير (٣٣٩/٥) ، الإنصاف (١٥٥/١٢) ، مختصر اختلاف العلماء (٢٠٨/٤) .

(١) سورة النساء : الآية ١١ .

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٠٣/٧) ، وعبارته « لو كانت التركة ألفًا والورثة ابنين فأقر أحدهما بألف درهم لزمه منها على القولين خمسمائة درهم ؛ لأنها جميع حصته فلا يلزم أكثر منها » .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

وبعض التركة في يد الغاصب .

١٥٩٤٧ - ولأنه تعذر استيفاء الدين مما ليس في يده فوجب أن يستوفى مما في يده منها إذا كان فيه وفاء . أصله : إذا قامت البينة وبقية الورثة غيب .

١٥٩٤٨ - ولأن الوارث الجاحد غاصب لما في يده في (١) زعم المقر ، فصار كالأجنبي إذا غصب بعض التركة (٢) .

١٥٩٤٩ - فإن قيل : إذا أقر أحد الابنين بوصية خمسين درهما ، وجحد الآخر والتركة ثلاثمائة استوفى من نصيب المقر خمسة وعشرين [درهمًا] (٣) . ولو كان نصف المال في يد الغاصب استوفى منه جميع الخمسين .

١٥٩٥٠ - قلنا : لا نعرف رواية في هذه المسألة .

١٥٩٥١ - وإنما قالوا : إذا أقر أحدهما أنه وصى بالثلث لم يلزمه إلا بقدر حقه ، لأن الموصى له شهد له الوارث ؛ فالهالك من المال والمجحود على الحقين [سواء] (٤) والدين يثبته على وجه التقديم ، ولا يثبته على وجه الشركة .

١٥٩٥٢ - فأما في هذه المسألة فلو هلك بعض المال لم ينقص الموصى له من وصيته . كذلك إذا جحد الشريك .

١٥٩٥٣ - فإن قيل : قد قلتم أنه إذا أقر أحد الابنين أن الميت أوصى بالثلث دفع ثلث ما في يده . وقد كان يجب أن يدفع نصف ما في يده ، لأن الجاحد استوفى نصيبه والمقر زعم أن حقه وحق الموصى له سواء .

١٥٩٥٤ - لعل هذا كان القياس عندهم ، وإنما تركوه لأنه يؤدى إلى ما لا يصح . ألا ترى أنا لو ألزمنا المقر نصف ما في يده جاز أن يقر الابن الآخر بوصية الثلث فيدفع إلى المقر له مثل ذلك فيستحق بالوصية نصف مال الميت ، وهذا لا يجوز .

١٥٩٥٥ - وليس هذا كالدين ؛ لأن المقر متى ألزمناه دفع ما في يده [و] (٥) في يد شريكه وألزمناه دفع ما في يده فيستحق جميع ما في التركة بالدين وهذا غير ممتنع .

١٨/ب ١٥٩٥٦ - ولأن / كل جزء من التركة مشغول بكل الدين ، بدلالة أن التركة لو

---

(١) في (ع) ، (م) : [من] . (٢) انظر بدائع الصنائع (٧/٢٣٠) .

(٣ ، ٤) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

كانت أضعاف الدين فهلكت إلا مقدار الدين استوفى الغرماء ما بقي بدينهم .

١٥٩٥٧ - ولو كان كل جزء من التركة مشغولًا بجزء من الدين لسقط من الدين بحصة الهالك . وتبين ذلك أن الدين لو ثبت بالبينة فتصرف بعض الورثة بنصيبه أخذ جميع الدين من الحاضر . ولو كان الدين منقسماً عليها لم يؤخذ (١) من الحاضر إلا مقدار نصيبه ولو كان في التركة عين ودين أخذ الغريم جميع ماله من العين (٢) ولم ينتظر خروج الدين بقدره [وتعلق كل جزء بجزء من المال يؤخذ من العين بقدره ، ومن الدين بقدره] (٣) وليس هذا كالوصية ؛ لأنها ثبتت مشتركة مع الوارث ، بدلالة أنها إذا كانت بجزء مشاع ثم هلك بعض المال بطل من الوصية بقدره ، فلذلك لا يستحق الموصى له من نصيب المقر جميع وصيته .

١٥٩٥٨ - احتجوا : بأنه أقر بدين تعلق بمال مشترك فوجب أن يجب عليه بقدر حقه منه . أصله : العبد المشترك إذا أقر أحد الشريكين باستهلاك مال وجحد الآخر استوفى من نصيب المقر النصف ، كذلك هذا (٤) .

١٥٩٥٩ - قلنا : دين العبد في أحد النصيبين غير متعلق بالنصيب الآخر ، بدلالة أن الدين لو ثبت ببينة ثم غاب أحد الشريكين لم يستوف جميع الدين من نصيب الآخر ، وإذا أقر استوفى من نصيبه بقدره . وأما الدين فكل جزء من التركة مستحق بجميعه ، بدلالة أنه لو ثبت بالبينة ثم غاب أحدهما استوفى من نصيب الآخر . وإذا أقر تعذر الاستيفاء من نصيب الآخر فصار كتعذر غيبته (٥) .

١٥٩٦٠ - قالوا : ما ثبت بالإقرار في حق المقر كالثابت بالبينة . ومعلوم أن الدين لو ثبت بالبينة استوفى من نصيب أحدهما النصف كذلك إذا ثبت بالإقرار (٦) .

١٥٩٦١ - قلنا : إذا ثبت الدين بالبينة (٧) وتعذر الاستيفاء من أحدهما بعينه استوفى جميع الدين من الحاضر . فإذا أقر أحدهما فقد تعذر الاستيفاء من الجاحد ، فوجب أن

---

(١) في (ع) ، (م) : [لم يوجد] .
(٢) في (ع) ، (م) : [من الدين] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٤) انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٣٩/٥) في هذا المعنى .
(٥) في (ع) ، (م) : [بعينه] .
(٦) عبارة [ولأن ما كان متابعًا في جميع التركة إذا ثبت بالبينة فكذلك بالإقرار كالوصية] انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٠٣/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٣٩/٥ ، ٣٤٠) .
(٧) في (ع) ، (م) : [بالهبة] .

يستوفى الجميع من المقر .

١٥٩٦٢ - فأما إذا أقرا [١] جميعًا أو قامت عليهما [٢] البينة وهما حاضران فقد أمكن استيفاء الدين منهما .

١٥٩٦٣ - فلو قلنا : إن جميعه يستوفى من أحدهما ، ويثبت له الرجوع على شريكه لم يكن في ذلك فائدة .

١٥٩٦٤ - فقلنا : يأخذ من كل واحد منهما بمقدار نصيبه .

١٥٩٦٥ - قالوا : لو وجب جميع الدين من نصيب المقر لم تقبل شهادته بالدين مع غيره ، لأنه يدفع عن نفسه بهذه الشهادة مغرمًا ويتخلص من بعض [ما وجب] [٣] [عليه] [٤] فلما قبلت شهادته دل على أنه لا يجب عليه بالإقرار إلا مقدار نصيبه [٥] .

١٥٩٦٦ - الجواب : أن أحد الوارثين عندنا لو أقر ثم شهد لم تقبل شهادته ، لأنه يدفع شهادة بعض ما وجب عليه بإقراره فأما إذا ابتدأ فشهد فشهادته مقبولة ، ولا يعتبر ما في ضمن شهادته ؛ لأنه لو ثبت [لثبت بالإقرار] [٦] لا بالشهادة .

١٥٩٦٧ - ألا ترى أن شهود الزنا في ضمن شهادتهم القذف [٧] ، ولو تقدم القذف لم تقبل شهادتهم ؛ لأنهم يدفعون بها الحد [٨] . ومتى لم يقذفوه حتى شهدوا جازت

---

(١) في (ع) : [أقر] ، في (م) : [أقروا] . (٢) في (ع) ، (م) : [عليهم] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٥) الحاوي الكبير (١٠٣/٧) ، المهذب (٤٥٢/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٤٠/٥) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٧) القذف لغة : هو الرمي تقول : قذف بالحجارة قذفًا من باب ضرب أي رمى بها ، وقذف المحصنة قذفًا أي رماها بالفاحشة . وفي الاصطلاح هو الرمي بالزنا . والقذف من الكبائر بالإجماع إذا قذف رجل رجلًا محصنًا أو امرأة محصنة بصريح الزنا ، وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطًا ، إن كان حرًا يُفرق على أعضائه ، ولا يجرد عن ثيابه ، غير أنه ينزع عنه الفروة والحشو . وإن كان عبدًا جلده أربعين . لسان العرب (٣٥٦٠/٥) والمصباح المنير (٦٧٨/٢) ، اللباب شرح الكتاب (١٩٥/٢) .

(٨) الحد في اللغة : الفصل والمنع فمن الأول قول الشاعر وجاء على الشمس حدًا لا خفاء به ، ومن الثاني حددته عن أمره إذا منعته ، فهو محدود ومنه الحدود المقدرة في الشرع وجبت حقًا لله تعالى لأنها تمنع من الإقدام ، ويسمى الحاجب حدادًا لأنه يمنع من الدخول من غير أهلها ، وحد الشيء يمنع أن يدخل فيه ما ليس منه ، وأن يخرج منه ما هو منه . انظر المصباح المنير ١٧١/١ ، التعريفات ص٩٧ ، النظم المستعذب (٢٦٥/٢ ، ٢٦٦) .

الشهادة ولم يعتبر ما في ضمنها من دفع الحد [١] .

١٥٩٦٨ - الحد كذلك في مسألتنا على هذا : إذا ادعى الوكيل أنه باع وفي ضمن إقراره أنه انعزل - ولو انعزل لم يجز إقراره ولم يعتبر ما في ضمن إقراره - لتنافي الإقرار .

١٥٩٦٩ - فإن قيل : من أصلنا على أحد القولين أن الشهادة ليست بقذف فلا تتضمن الشهادة دفع الحد .

١٥٩٧٠ - قلنا : فكذلك [٢] الشهادة ليست بإقرار . فإن جاز أن يعتبروا ما في مضمونها من الإقرار جاز أن يعتبر ما في ضمن الشهادة من القذف بالزنا ، ولا فرق بين الأمرين .

١٥٩٧١ - قالوا : وعلى القول الآخر أن الشهادة إذا لم تتم حُدَّ الشهود .

١٥٩٧٢ - فنقول : لو تمت الشهادة لم يثبت القذف ، فلم يكونوا بالشهادة دافعي مغرم [٣] ولو تمت الشهادة بالدين ثبت الدين فقد دفعوا مغرمًا .

١٥٩٧٣ - قلنا : إذا تمت الشهادة لم يلزم الشاهد كل الدين ، فلم يدفع بشهادته شيئًا ، كما أن الشهادة إذا تمت بالزنا لم يثبت القذف ، فلم يصر دافعًا بشهادته شيئًا ، ولا فرق بينهما .

١٥٩٧٤ - ولأن الدين إذا ثبت بالإقرار لم يجز أن يستوفى من نصيب الشريك باتفاق . وإذا ثبت بالبينة جاز أن يستوفى من نصيب الشريك إذا غاب الشاهد ، ومع ذلك تقبل شهادته ، ولا يصير كأنه شهد بأن شريكه تكفل عنه ، بذلك تقبل شهادته ولا يصير دافعًا عن نفسه .

* * *

(١) في (م) : [الحد] وهو الصواب أما في (ص) ، (ع) : [حد القذف] .

(٢) هكذا في (ع) ، (م) : [وهو الصواب] .

(٣) في (ص) : [معدم] . والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

مسألة ٧٩٧

هل إقرار الرجل بنسب ولد يثبت زوجية أمه الحرة ؟

١٥٩٧٥ - قال أصحابنا : إذا أقر الرجل بنسب ولد ثم مات فجاءت أمه تدعي الزوجية وهي حرة كان لها الميراث (١) .

١٥٩٧٦ - وقال زفر (٢) : لا ميراث لها (٣) .

١٥٩٧٧ - وبه قال الشافعي رحمه الله (٤) .

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (٢٠٨/٤) ، مختصر الطحاوي ص١٥٣ ، الهداية (٣٦/٢) ، البناية على الهداية (٨٣٤/٤ ، ٨٣٥) ، تبيين الحقائق (٤٦/٣) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٧٩/١) ، الفتاوى الهندية (٥٣٩/١ ، ٥٤٠) ، وفي الهداية « ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته فهي امرأته وهو ابنه يرثانه » . وبه قال الإمام مالك . انظر الذخيرة للقرافي (٣١٦/٩) .

(٢) هو الإمام القاضي زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري ، ولد سنة ١١٠هـ وتوفي بالبصرة سنة ١٥٨هـ وله ثمان وأربعون سنة ، كان أبوه من أهل أصبهان . تولي زفر قضاه البصرة وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي . كان الإمام أبو حنيفة يجله ويعظمه ويقول : هو أقيس أصحابي . وقال الحسن بن زياد : إن المقدم من مجلس الإمام كان زفر . وعن سليمان العطار قال : تزوج زفر ، ودعا إلى عرسه الإمام والتمس منه أن يخطب ، فقال الإمام في خطبته : هذا زفر إمام من أئمة المسلمين وعلم من أعلامهم في شرفه وحسبه ونسبه . قال ابن معين وأبو نعيم : كان ثقة مأمونًا ، وقال ابن حبان : كان فقيهًا حافظًا قليل الخطأ . البداية والنهاية (١٢٩/١٠) ، تاريخ بغداد (٣٢٣/١٣) ، طبقات ابن سعد (٢٧٠/٦) ، وفيات الأعيان (٣١٧/٢ - ٣١٩) ، ميزان الاعتدال (٧١/٢) ، العبر (٢٢٩/١) ، الجواهر المضية (٢٠٧/٢ ، ٢٠٨) ، تاج التراجم ص ٢٨، الفوائد البهية ص٧٥ ، ٧٦ ، شذرات الذهب (٢٤٣/١) ، الفهرست لابن نديم ص٢٠٢ .

(٣) جاء في مختصر اختلاف العلماء ٢٠٨/٤ وعبارته « وروى ابن سماعة عن محمد : أنها إذا كانت مجهولة لم يكن لها ميراث إذا لم تعرف بالحرية ، والولد ولده منها . وإن كانت معروفة الأصل فالقياس أن لا يكون . ووجه الاستحسان : أنه لعله وطأها بشبهة ولكني أستحسن إذا كانت معروفة أنها حرة أن أجعلها امرأته] . اهـ . من المختصر .

(٤) انظر حلية العلماء (٣٧٣/٨) . وبه قال الحنابلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٥٥/٥) ، المبدع (٣١٠/١٠) ، الفروع لابن مفلح (٦١٧/٦) وقال ابن قدامة : « إن أقر بنسب صغير لم يكن مقرًا بزوجية أمه لأن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقرًا بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية ، وما ذكروه لا يصح ؛ لأن النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء في النكاح الفاسد والشبهة فلا يلزمه بحكم إقراره ما لم يتضمنه لفظه ولم يوجب .

١٥٩٧٨ - لنا : قوله ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » [١] وهذا ولد فوجب أن يكون أبوه زوجًا ؛ ولأن نسب ولد الحرة يثبت من الميت فوجب أن يكون أبوه زوجًا وبحكم بالزوجية .

١٥٩٧٩ - ولا يلزم إذا قال : وطئتها بشبهة ، لأنه عرف بنسب غير النكاح ولأنها محصنة [٢] فلا يثبت نسب ولدها إلا من زوج ، أصله إذا قال بنكاح .

١٥٩٨٠ - ولا يلزم إذا أقر بولد من غيرها ؛ لأنها محصنة وكذلك الموطوءة بشبهة غير محضة .

١٥٩٨١ - ولأن نسب ولد الحرة يثبت إما من نكاح أو من سبب محظور ، ولا يجوز حمل أمر المسلم على الوطء المحظور من غير حاجة ، فلم يبق إلا أن يُحمل على الوجه المباح . وليس كذلك ولد الأمة ، لأن نسب ولد الأمة يثبت من وجه مباح غير النكاح ، وهو ملك اليمين [وليس بنا حاجة] [٣] إلى إثبات النكاح ، ولأن الزوجية إذا ثبتت فإن ولد الزوجة [ثبت] [٤] نسبه من الزوج ، وإن جاز أن توطأ بشبهة فثبت النسب من الوطء ، وكذلك إذا ثبت نسب ولدها [ثبت النكاح وإن جاز أن توطأَ بشبهة .

١٥٩٨٢ - احتجوا : بأنه إقرار بنسب ولد] [٥] فلا يكون إقراراً بنكاح أمه . أصله ، إذا لم تُعرف حريتها .

١٥٩٨٣ - قلنا : هناك يجوز أن يثبت النسب من وجه مباح غير النكاح فلم يكن بنا حاجة إلى إثبات النكاح ، وفي مسألتنا لا يجوز أن يثبت النسب من وجه مباح إلا بالنكاح حتى لا يحمل وطؤها على وجه محظور .

* * *

(١) سبق تخريج الحديث .

(٢) في (ع) ، (م) : [مختصة] .

(٣) في (ع) : [من غير حاجة] ، وفي (م) : [بنا حاجة بحذف ليس] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) وفيه تكرار في السطور .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

مَوْسُوعَة
القواعد الفقهية المقارنة
المُسَمَّاة
التجريد

كتاب العارية

مسألة ٧٩٨ [1]

هل العارية مضمونة أو أمانة ؟

١٥٩٨٤ – قال أصحابنا : العارية أمانة لا يضمنها المستعير لا بالتعدي . وهل يضمن بالشرط [2] ؟ .

(١) العارية أمانة في يد المستعير في حالة الاستعمال المأذون فيه بالإجماع ، وإن تعدى في المعار ، كما لو كانت دابة فكبحها باللجام أو فقأ عينها بالضرب ، أو حملها ما يعلم أن مثلها لا يحمله ، أو استعمله ليلًا ونهارًا مما لا يستعمل فيه مثلها من الدواب . وكذا لو نزل عن الدابة ودخل المسجد وتركها في سكة فهلكت ، فهي مضمونة بالإجماع . أما في غير حالة الاستعمال المأذون فيه فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذاهب : فقد ذهب الحنفية وأهل الظاهر إلى أن العارية غير مضمونة إلا أن يتعدى فيها المستعير . وبه قال الحسن البصري وإبراهيم النخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والأوزاعي وابن شبرمة وفي قول ضعيف عند الشافعية . وذهب المالكية في المشهور عندهم إلى التفصيل ، فقالوا : يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه . وبه قال عثمان البتي . واستدلوا على ذلك بأنه جاءت أحاديث تفيد بأن العارية مضمونة وتفيد بأنها أمانة ، فحمل الضمان على ما يغاب عليه ، والأمانة على ما لا يغاب عليه ، فإن الضمان في باب العارية ضمان تهمة . ورد ابن حزم على الإمام مالك فقال : وليس لهم حجة إلا أنهم قالوا نتهم المستعير فيما غاب . فقلنا : ليس بالتهمة تستحل أموال الناس ؛ لأنها ظن . والله تعالى قد أنكر اتباع الظن فقال تعالى : ﴿ إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا ٱلظَّنَّ وَإِنَّ ٱلظَّنَّ لَا يُغْنِى مِنَ ٱلْحَقِّ شَيْـًٔا ﴾ الآية (٢٨) سورة النجم وقال رسول الله ﷺ : « إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث » أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٤٦٥/٢) عن أبي هريرة والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الإقرار باب ما جاء في إقرار المريض لوارثه (٨٥/٦) ، ويلزمهم إذا أعملوا الظن أن يضمنوا المتهم ولا يضمنوا من لا يتهم . ويلزمهم أن يضمنوا الوديعة أيضًا بهذه التهمة . وذهب الشافعية في المشهور والحنابلة إلى أن العارية مضمونة سواء تلفت بفعل أو بجائحة سماوية . والمذهب الرابع أن المعير إن شرط الضمان في العارية فهي مضمونة وإن لم يشترط فليس بشيء ، هذا قول قتادة وعبيد الله بن الحسن وداود الظاهري . والمذهب الخامس هو مذهب ربيعة أنها إن تلفت بالموت لم يضمن وإن تلفت بغيره ضمن . انظر تبيين الحقائق (٨٤/٥) ، البناية على الهداية (١٧٥/٧) ، مجمع الأنهر (٣٤٧/٢) ، بدائع الصنائع (٢١٧/٦) ، المبسوط (١٣٤/١٣) ، مختصر الطحاوي ص١١٦ ، البحر الرائق (٢٨١/٧) ، تكملة حاشية ابن عابدين (٣٨٩/٨) ، حاشية الدسوقي (٤٣٦/٣) ، الخرشي (١٢٣/٥) ، القواعد الفقهية ٢٨٧ ، بداية المجتهد (٣١٣/٢) ، التفريع (٢٦٧/٢ ، ٢٦٨) ، الحاوي الكبير (١١٨/٧) ، المهذب (٣٦٣/١) ، المجموع (٢٠٥/١٤) ، مغني المحتاج (٢٦٧/٢) ، نهاية المحتاج (١٢٦/٥) ، روضة الطالبين (٤٣١/٤) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١٤٦/٢) ، مختصر خلافيات البيهقي (٤٠٨/٣ – ٤١٠) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٥٥/٥) ، المبدع (١٤٥/٥) ، المحلى (١٦٩/٩) .

(٢) اختلف مشايخ الحنفية هل العارية تضمن بالشرط ، كقول الرجل للآخر أعرني ثوبك فإن ضاع مني فأنا =

١٥٩٨٥ - قال أبو سعيد : تُضمن . وذكر ابن رستم [١] عن محمد أنها لا تُضمن . وذكر البقالي [٢] عن محمد أنه تأول حديث صفوان علي شرط الضمان

١٥٩٨٦ - وقال الشافعي : كل عارية مضمونة علي المستعير ، وإن تلفت بغير [٣] فعله . وأما الأجزاء [٤] فغير مضمونة عندهم مع بقاء الأصل إذا تلفت بالاستعمال .

١٥٩٨٧ - وأما إذا أتلفت الجملة بعد ذلك فالمذهب أنه يضمن القيمة يوم التلف ، ولا يضمن الأجزاء [٥] . وقال ابن سريج يضمن الأجزاء معها .

= ضامن . فقال أبو سعيد البردعي بضمانه لاشتراطه ، والمسلمون عند شروطهم ، كما قال به قتادة والعنبري ورواية عند الحنفية . انظر المبسوط (١٣٦/١١) ، الإشراف (١٤٦/٢) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٩ .

(١) هو الشيخ أبو بكر إبراهيم بن رستم المروزي ، تفقه على محمد بن الحسن وروى عن أبي عصمة نوح كتاب الجامع ، وسمع من مالك وغيره وروى عن أسد البجلي . قدم بغداد غير مرة فروى عنه أئمة الحديث ، ومنهم أحمد بن حنبل وأبو خيثمة وزهير بن حرب وغيرهم . عرض المأمون عليه القضاء فامتنع ، وله كتاب النوادر كتبه عن محمد بن الحسن . قال يحيى بن معين : إنه ثقة ، توفي بنيسابور ، قدمها حاجًا يوم الأربعاء من جمادى الآخر سنة ٢١١هـ وقد مرض بسرخس ، ينسب إلى مرو وهي بلدة معروفة يقال لها مروة شاة جهان [ملك العالم] انظر الجواهر المضية (٨١/١ ، ٨٢) ، الفوائد البهية (١٠/٩) ، تاج التراجم ص٣ ، ٤ .

(٢) هكذا في جميع النسخ وقد جاء هذا القول منسوبًا إلى الإمام محمد في مختصر اختلاف العلماء ، برواية محمد بن العباس الرامي ، وقد ذكر أن اسمه محمد بن العباس ، وذكر صفته السمعاني وغيره بأنه : الرامي . قال أبو جعفر الطحاوي « وقد ذكر لنا محمد بن العباس أن محمدًا تأول في ذلك أن صفوان كان مشركًا يومئذ ، فشرط الضمان ، وقد يجوز ذلك بين المسلمين وأهل الحرب » . انظر مختصر اختلاف العلماء (١٨٧/٤) . وقد بان من ذلك أنه هو أبو سعيد محمد بن العباس الغازي الرامي ، كان ناسكًا من أتباع أبي حنيفة شديد المحبة لأهل العلم ، ومات في أول سنة ٣٧٤هـ أو آخر سنة ٣٧٣هـ ، والنسبة إلى الرمي بالقوس ، سمع من أبي الحسن محمد بن أبي الفضل السمرقندي أحاديث في فضل الرمي والجهاد ، وسمع منه أبو سعيد الإدريسي . انظر الأنساب للسمعاني (٥٤/٦) ، اللباب (١٠/٢) ، الجواهر المضية (١٨١/٣) .

(٣) في (ع) ، (م) : [من غير] .

(٤) انظر الحاوي الكبير (١١٨/٧) ، المهذب (٣٦٣/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٤/١٤) ، حيث جاء أن العارية كلها مضمونة : الدواب والرقيق والدور والثياب لا فرق بين شيء منها ، فمن استعار شيئًا فتلف بفعله أو بغير فعله فهو ضامن له .

(٥) قال النووي في روضة الطالبين أما الأجزاء فما تلف بسبب الاستعمال المأذون فيه كانمحاق الثوب باللبس لا يجب ضمانه على الصحيح . وما تلف منها بغير الاستعمال ففيه وجهان : أحدهما : لا يضمن كالتالف بالاستعمال وأصحهما الضمان كتلف العين كلها . وقال ابن قدامة : إن تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال فعليه ضمانها ، لأن ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه كالمغصوب ، وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كحمل المنشفة والقطيفة وخف الثوب بلبسه ففيه وجهان ، أحدهما : يجب ضمانه لأنها أجزاء عين =

١٥٩٨٨ - لنا : ما روى همام (١) عن عطاء بن أبي رباح (٢) عن صفوان بن يعلي (٣) عن أبيه (٤) ، قال : قال رسول الله ﷺ : إذا أتاك رسلي فأعطهم ثلاثين درعًا وثلاثين

= مضمونة ، فكانت مضمونة كما لو كانت مغصوبة . والثاني لا يضمنها لأنه مأذون في الاستعمال فلا يجب ضمانه كالمنافع . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٥٧/٥) . وقال الماوردي : اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزائها بالاستعمال غير مضمون على المستعير . انظر روضة الطالبين (٤٣٢/٤) ، الحاوي الكبير (١١٨/٧) . أما متي يُضمن فهل هو يوم القبض أم يوم التلف أم أقصى القيمة عند من يرى الضمان ؟ وإن كانت مثلية يضْمن مثلها يوم تلفها . قال النووي : وإذا ضمن ففي القيمة المعتبرة أوجه أصحها قيمته يوم التلف والثاني يوم القبض والثالث أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف ، وقال صاحب نهاية المحتاج : الأصح أن العارية تضمن يوم التلف متقومة كانت أم مثلية ، فالمذهب أنه يضمن بالقيمة إن كانت متقومة ، وبالمثل إن كانت مثلية . ولا تضمن العارية بأقصى القيمة ولا بيوم القبض خلافًا لمقابل الأصح ، وقال الغزالي : وما ينمحق من أجزائها بالاستعمال غير مضمون . روضة الطالبين (٤٣١/٤) ، مغني المحتاج (٢٧٤/٢) ، نهاية المحتاج (١٤١/٥) ، الوجيز (٢٠٤/١) ، السراج الوهاج على متن المنهاج ص٢٦٤ ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٣/١٤) .

(١) هو أبو بكر همام بن يحيى بن دينار الأسدي المحلي البصري ، روى عن عطاء بن أبي رباح وزيد بن أسلم وقتادة وغيرهم . وروى عنه الثوري وابن المبارك وابن مهدي ويزيد بن هارون ووكيع وغيرهم . كان أحد أركان الحديث ببلده . قال أحمد بن حنبل هو ثبت في كل مشايخه ، توفي سنة١٦٣هـ وقيل ١٦٤هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٩٦/٧) ، تهذيب التهذيب (٦٠/١١ - ٦٢) ، شذرات الذهب (٢٥٨/١) .

(٢) هو أبو محمد عطاء بن أبي رباح الجندي اليماني التابعي أحد الفقهاء والأئمة ، ولد باليمن ونشأ بمكة وحدث عن عائشة وأبي هريرة وابن عباس وشهد له بالفتيا ، وروى عنه الإمام أبو حنيفة والزهري وغيرهما ، وهو ثقة وعالم كثير الحديث ، توفي بمكة سنة ١١٤هـ وقيل سنة ١١٥هـ . انظر طبقات الحفاظ ص٣٩ ، طبقات فقهاء اليمن ص٥٨ ، تهذيب التهذيب (١٩٩/٧) ، البداية والنهاية (٣٤٣/٩) ، حلية الأولياء (٣١٠/٣) .

(٣) في (ص) : [صفوان بن علي] ، وفي (ع) : [صفوان بن فعلي] ، وفي (م) : [صفوان بن يعلى] . وهو الصواب كما أثبتناه وهو صفوان بن يعلى بن أمية التميمي ، تابعي مشهور ، روى عن أبيه وعن ابن أخيه محمد بن حيي بن يعلى وعطاء بن أبي رباح والزهري وغيرهم . وذكره ابن حبان في الثقات . انظر : تهذيب التهذيب (٣٧٩/٤) ، رجال صحيح البخاري (٣٦٢/١) ، تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٢١٨/١٣) ، التاريخ الكبير للبخاري (٣٠٨/٤) ، الجرح والتعديل (٤٢٢/٤) ، الإصابة (٤٧١/٣) .

(٤) هو الصحابي يعلى بن أمية التميمي ، حليف قريش أسلم يوم الفتح ، استعمله أبو بكر على حلوان في الردة ، ثم عمل لعمر على بعض اليمن فحمي لنفسه حمي ، فعزله عمر . ثم عمل لعثمان على صنعاء اليمن ، وحج سنة قتل عثمان ، وخرج مع عائشة في واقعة الجمل ، ثم شهد صفين مع علي ، روى عن النبي ﷺ وعن عمر وعتبة بن أبي سفيان ، وروى عنه أولاده صفوان وعثمان ومحمد وعبد الرحمن وابن ابنه صفوان وعطاء ومجاهد وغيرهم . قال ابن سعد : شهد حنينًا والطائف واليرموك وغيرها قيل قتله في صفين . انظر الإصابة (٦٦٨/٣) ، أسد الغابة (٤٤٧/٤) .

بعيرًا ، قال : قلت يا رسول الله أعارية مضمونة أو عارية مؤداة ؟ قال ﷺ : بل مؤداة [١] . ذكره أبو داود [٢] .

١٥٩٨٩ - ويدل عليه حديث أبي أمامة [٣] قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ، لا تنفق المرأة من بيتها إلا بإذن زوجها ، فقيل يا رسول الله : ولا الطعام ، قال : ذلك أفضل أموالنا ثم قال : العارية مؤداة [٤] والمنحة [٥] مردودة ، الدَّيْن مقضي والزعيم غارم [٦] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه : كتاب البيوع ، باب تضمين العارية بنفس الإسناد (٢٩٧/٣) وأخرجه النسائي في سننه (٤٠٩/٣) ، رقم ٥٧٧٦ ، وقال ابن حزم الأندلسي في كتابه المحلى : هذا حديث حسن ليس شيء مما روي في العارية خبر يصح غيره ، وأما ما سواه فلا يساوي الاشتغال به . وقد فرق فيه بين الضمان والأداء وأوجب في العارية الأداء فقط دون الضمان فبطل كل ما تعلقوا به من النصوص . انظر المحلى (١٧٣/٩) .

(٢) هو الأمام أبو داود سليمان الجارود بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأسدي السجستاني محدث حافظ فقيه ، رحل وطاف وجمع وصنف وخرج وسمع من مشايخ الشام ومصر والجزيرة والعراق وخراسان ، ولد سنة ٢٠٢هـ ، وهو من كبار أصحاب أحمد بن حنبل ، وكان مشهورًا بالورع . من مصنفاته كتاب السنن والناسخ والمنسوخ والقدر والمراسيل وغيرها ، توفي بالبصرة في ١٤ شوال سنة ٢٧٠ هـ . انظر طبقات الحنابلة (١٥٩/١) ، العبر (٥٤/٢) ، البداية والنهاية (٦٢/١١) ، تذكرة الحفاظ ص٢٦١ ، سير أعلام النبلاء (٤٥/٩ - ٥٣) .

(٣) هو أبو أمامة الباهلي صدي بن عجلان بن وهب سكن مصر وارتحل عنها إلى حمص ومكث بها وكان من المكثرين في الرواية عن رسول الله ﷺ ، مات سنة ٨٦هـ بحمص وقيل سنة ٨١هـ ، قيل إنه آخر من مات من الصحابه بالشام وله في الصحيحين ٢٥٠ حديثًا ، روى عن النبي ﷺ وعمر وعثمان وعلي ، وروى عنه شرحبيل بن مسلم وآخرون ، وهو ممن بايع رسول الله ﷺ تحت الشجرة . انظر الاستيعاب (١٦٠٢/٤) ، الإصابة (١٨٢/٢) ، سير أعلام النبلاء (٣٥٩/٣) ، تهذيب الأسماء واللغات (١٦٧/٢) .

(٤) هي التي تجب تأديتها مع بقاء عينها فإن تلفت لم تضمن بالقيمة . انظر سبل السلام للصنعاني ٦٩/٣ .

(٥) بمعنى أن يمنح الرجل أخاه ناقة أو شاة يحلبها زمانًا ثم يردها . وقال النسفي : المنحة ما يعطى ليتناول ما يتولد منه كالثمر واللبن ونحو ذلك ثم يرد الأصل . وقال الشافعي : هي أن يدفع رجل ناقته أو شاته لرجل ليحلبها ثم يردها فيكون اللبن ممنوحًا ولا ينتفع فيها بغير اللبن . انظر طلبة الطلبة ص٢٣٥ ، شرح السنة للبغوي (٢٢٦/٨) ، الحاوي (١١٧/٧) ، المصباح المنير (٧٠٨/٢) ، المغرب للمطرزي ص٤٣٤ .

(٦) أخرجه أبو داود في سننه من طريق إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم في كتاب البيوع ، باب تضمين العارية (٢٩٧/٣) ، رقم ٣٥٦٥ ، الترمذي في الجامع الصحيح (٢٦٨/٢) رقم ١٢٨٥ النسائي في سننه (٤١١/٣) ، رقم ٥٧٨٢ ، وابن ماجه في سننه (٨٠١/٢ ، ٨٠٢) ، رقم ٢٣٩٨ الدارقطني في سننه (٤٠/٣ ، ٤١) ، رقم ١٦٦ ، البيهقي في السنن الكبرى بنفس السند ، باب العارية مؤداة (٨٨/٦) ، ابن حبان في صحيحه (٢٧٧/٧) من طريق حاتم . وقال : « حديث حسن » وعن أبي أمامة ، في باب ما جاء أن العارية مؤداة ، والإمام أحمد في مسنده (٢٦٧/٥) .

١٥٩٩٠ - فوصف العارية بأنها مؤداة [ولا فرق بينها وبين الزعامة المقتضية الغرم فهذا المنع تعلق الغرم بها ، ثم وصفها بأنها مؤداة] [١] وهذا مقيد ، لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ [٢] .

١٥٩٩١ - وقد ذكر أصحاب الشافعي في هذا الخبر والعارية مضمونة [٣] . وهذا لا أصل له [٤] ، وقد ذُكر الخبر علي ما ذكره أبو داود والدارقطني [٥] .

١٥٩٩٢ - ويدل عليه حديث عمرو بن شعيب [٦] عن أبيه [٧] عن جده [٨] أن النبي ﷺ قال : « ليس علي المستعير غير المغل ضمان ، ولا علي المودَع غير المغل ضمان » [٩] ،

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) من سورة النساء : الآية رقم (٥٨) . (٣) انظر الحاوي الكبير (١٢٠/٧) .

(٤) قوله : [وهذا لا أصل له] محل نظر ، روي عن يزيد بن هارون عن شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه أن رسول اللَّه ﷺ استعار منه أدرعًا يوم حنين فقال : أغصبًا يا محمد ؟ فقال : لا بل عارية مضمونة . انظر سنن أبي داود باب تضمين العارية رقم (٣٥٦٢ ، ٢٩٦/٣) فهذا هو الأصل في ذلك .

(٥) هو أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي البغدادي الشافعي المعروف بالدارقطني نسبة إلى دار قطن محلة كبرى ببغداد . قال الخطيب البغدادي : كان فريد عصره في علوم الحديث وعالمًا بعلوم أخرى ، وهو إمام كبير ومحدث وحافظ وفقيه ، له تصانيف كثيرة : منها : السنن والعلل الواردة في أحاديث نبوية والمجتبى من السنن والمأثور ما زال مخطوطًا والمؤتلف والمختلف والضعفاء وغيرها . ولد سنة ٣٠٦ بدار قطن ورحل إلى مصر وتوفي ببغداد سنة ٣٨٥هـ . انظر البداية والنهاية (٣١٧/١١) ، تذكرة الحفاظ (١٨٦/٣) ، تاريخ بغداد (٣٤/١٢) ، الأعلام (٣١٤/٤) ، الكامل في التاريخ (١٧٤/٧) ، العبر (١٦٧/٢) ، شذرات الذهب (١١٦/٣) ، النجوم الزاهرة (١٧٢/٤) ، مفتاح السعادة (١٤/٢) .

(٦) هو أبو إبراهيم عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد اللَّه بن عمرو بن العاص القرشي . وروي عن أبيه وهو شعيب وجل رواياته عنه وعمته زينب وسعيد بن المسيب وطاووس وعروة بن الزبير وغيرهم ، وروى عنه عطاء وعمرو بن دينار وهما أكبر منه والزهري وقتادة ومكحول والأوزعي وغيرهم . قال يحيى بن معين وإسحاق بن راهويه : إنه ثقة ، وتوقف فيه بعضهم ، والراجح أنه حسن الحديث ، توفي بالطائف سنة ١١٨هـ . انظر تهذيب الكمال (٦٤/٢٢) ، سير أعلام النبلاء (١٦٥/٥) ، العبر (٢١٠/١) ، شذرات الذهب (٢٥٥/١) ، تهذيب الكمال (٥٣٤/١٢) ، تهذيب التهذيب (٣١١/٤) .

(٧) هو شعيب بن محمد روى عن جده وأبيه وابن عباس وابن عمر ومعاوية . وذكر البخاري وأبو داود أنه سمع من جده .

(٨) هو محمد بن عبد اللَّه ، روى عن أبيه ، وروى عنه ابنه شعيب وحكم بن الحارث ، وتوفي في حياة أبيه . انظر تهذيب التهذيب (٢٣٧/٤ - ٢٣٨) ، تهذيب الكمال (٥١٤/٢٥) .

(٩) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩١/٦) عن محمد بن عبد اللَّه بن المناوي عن يونس بن محمد عن =

وقد اعترض الدارقطني هذا الحديث فقال : رواه عمر بن عبد الجبار [١] عن عبيدة بن حسان [٢] عن عمرو بن شعيب ، وعمرو وعبيدة ضعيفان [٣] . وهذا ليس بصحيح لأن البخارى [٤] ذكر في تاريخه : عبيدة بن حسان السنجاري الجزري وذكر من روى عنه ، لم يذكره بضعف ولا طعن [٥] ، والبخاري لا يكاد يسلم عليه أحد [٦] .

= محمد بن سلمة عن أيوب وقتادة وحبيب ويونس عن بن سيرين أن شريحًا قال : ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ورواه عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ، قال البيهقي : عمرو وعبيدة ضعيفان وإنما يروي عن شريح غير مرفوع . وانظر أيضًا مصنف ابن أبي شيبة (١٧٨/٨) ، مصنف عبد الرزاق (١٧٨/٨) باب العارية ، سبل السلام (٦٧/٣) .

(١) هو عمرو بن عبد الجبار السنجاري ، قال ابن عدي : روى عن عمه مناكير يكنى أبا معاوية وروى عن عبيدة بن حسان عمه ، وعن قتادة . وقال ابن عدي أحاديثه كلها غير محفوظة . انظر لسان الميزان (٣٦٨/٤) ، ميزان الاعتدال (٢٧١/٣) ، الكامل في ضعفاء الرجال للإمام الحافظ أبي أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني (١٤١/٥) طبع دار الفكر .

(٢) هو عبيدة بن حسان العنبري السنجاري . قال أبو حاتم : هو منكر الحديث وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات . وقال الدارقطني : ضعيف ، روى عنه خالد بن حبان الرقي ، وابن أخيه عمرو بن عبد الجبار . انظر لسان الميزان (١٢٥/٤) ، التاريخ الكبير (٨٦/٥) .

(٣) انظر سنن الدارقطني (٤١/٣) ، ونقل هذا الاعتراض البيهقي في كتابه السنن الكبرى (٩١/٦) .

(٤) هو الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بَرْدِزْبَه البخاري . ولد يوم الجمعة في شوال سنة ١٩٤هـ وسمع من مكي بن إبراهيم وأبي عاصم النبيل وأحمد بن حنبل وخلق كثير ، كان من أوعية العلم يتوقد ذكاء . رحل في طلب العلم إلى سائر محدثي الأمصار وكتب بخراسان ومدن العراق والحجاز ومصر . قال : كتبت عن ألف نفر من العلماء وزيادة ولم أكتب إلا عمن قال : الإيمان قول وعمل . من مصنفاته الجامع الصحيح صنفه في ١٦ سنة وخرجه فيما يقال من ستمائة ألف حديث والتاريخ الكبير والصغير والأوسط وكتاب الأسماء والكني وكتاب الضعفاء وكتاب السنن في الفقه وكتاب الأدب وكتاب خلق أفعال العباد وكتاب القراءة خلف الإمام وغيرها . أجمع الناس على صحة كتابه واعترفوا بفضله وشهدوا له بانفراده في علم الرواية والدراية . توفي في ليلة السبت عند صلاة العشاء ليلة عيد الفطر ودفن يوم الفطر سنة ٢٥٦هـ. انظر تهذيب الأسماء واللغات (٦٧/١ - ٧١) ، شذرات الذهب (١٣٥/٢) ، مرآة الجنان (١٦٧/٢) ، العبر (٣٦٨/١) ، الفهرست لابن النديم ص٣٢١ ، ٣٢٢ .

(٥) فقد ذكر الإمام البخاري في كتابه التاريخ الكبير القسم الثاني من الجزء الثالث المجلد الخامس ص٨٦ أن عبيدة بن حسان السنجاري الجزري روى عن محمد بن سلمة عن عبيدة بن حسان عن أبي جوزاء وحفص بن أبي صفية وروى ابن حبان عن عبيدة بن حسان عن عبد الله بن كرز عن نافع وقال ابن أبي حاتم : روى عن ابن أبي أيوب الأنصاري ، وروى عنه خالد بن حبان ومحمد بن سلمة .

(٦) والمعنى أنه إذا كان الإمام البخاري لم يتعرض له بضعف ولا طعن مع شدته في اعتبار الرواة فلا مجال للاعتراض عليه .

١٥٩٩٣ - وقال الدارقطني أيضًا إن هذا الخبر عن شريح [(١)] ورواه بإسناده عنه ، وهذا ليس بطعن ، لأن شريحًا إذا أفتى بما أفتى به رسول الله ﷺ لم يقدح ذلك في رواية من روى . قوله : غير المغل [(٢)] هو الآخذ لغلته والقابض لفائدته .

١٨٢/أ **١٥٩٩٤** - قالوا : والخائن هو غال يقال : غَلّ / يَغُلُّ غَلُولاً إذا خان . فأما الغلُّ فهو من الغلة يقال : خراج يغل فلو أراد الخيانة لقال : علي المستعير غير الغال ضمان ، والدليل علي أن أغل يغل من الغلة قول زهير [(٣)] :

فتُغْلِلْ لكم ما لا يُغَلُّ لأهلها قرى بالعِراق من قَفِيزٍ ودِرْهَمِ [(٤)]

١٥٩٩٥ - قالوا : وإذا ثبت أن المستغل استعملناه في موضوعين : أحدهما : قبل قبض العارية فلأنه لا ضمان عليه . والثاني : إذا كان عنده وديعة ، فقال له السيد : متى اخترت أن تستخدمه عارية فافعل ، فما لم يستخدمه فهو أمانة ووديعة ، فإذا استعمله كان عارية مضمونة فههنا لا ضمان عليه قبل الاستعمال ، فإذا استعمله ضمنه .

١٥٩٩٦ - والجواب : أن المغل هو الخائن .

١٥٩٩٧ - قال النمر بن تولب [(٥)] :

---

(١) هو القاضي أبو أمية شريح بن قيس بن الجهم بن معاوية بن عامر الكندي الكوفي . كان من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن وقال ابن معين : كان في زمن النبي ﷺ ولم يسمع منه ، وأن عمر بن الخطاب ولاه قضاء الكوفة وكان قاضيًا في زمن عثمان وعلي ومعاوية ستين سنة إلى أيام الحجاج فاستعفي عنه . وتوفي بالكوفة وله ١٢١ سنة في عام ٧٨هـ وقد كان فقهيًا وشاعرًا . انظر البداية والنهاية (٢٢/٩ - ٢٦) سير أعلام النبلاء (١٠٠/٤ - ١٠٦) ، تهذيب التهذيب (٢٨٧/٤ ، ٢٨٨) ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص٢٠ ، العبر (٦٦/١) ، الإصابة (٣٣٥/٣) .

(٢) المُغل بضم الميم فغين معجمة : المستغل وأراد به القابض ، لأنه يكون بالقبض مستغلًا ، والثاني إذا لم يجن في العارية والوديعة فلا ضمان عليه ، من الإغلال وهو الخيانة . انظر سبل السلام (٨٩٨/٣ ، ٨٩٩) .

(٣) هو زهير بن أبي سلمى ربيع بن رباح المزني شاعر جاهلي ، كان أحد الثلاثة المقدمين على سائر الشعراء وإن اختلف في تقديم أحدهم على الآخرين ، وهو أمرؤ القيس والنابغة الذبياني وزهير . ولد في بلاد مزنية بضواحي المدينة . توفي سنة ٦٠٩ م . انظر معجم المؤلفين لعمر كحاله (١٨٦/٢) ومقدمة ديوانه .

(٤) قال زهير بن أبي سلمى في معلقته يمدح هرم بن سنان والحارث بن عوف ويحذر القبيلتين من الحرب .

فتغلل لكم مالا يُغَلُّ لأهلها قري بالعراق من قفيز ودرهم

انظر ديوان زهير بن أبي سلمى ص٨٣ ، ط دار صادر بيروت ، كتاب شعر زهير بن أبي سلمى تحقيق د . فخر الدين قباوة ص١٩ ، ط بيروت ، وشرح شعر زهير بن أبي سلمي تحقيق د . فخر الدين قباوة ط بيروت ص٢٨ .

(٥) هو الصحابي النمر بن تولب بن زهير العكلي ، قال الأسمعي : هو من المخضرمين الذين أدركوا =

جَزَى اللَّهُ عَنّيَ عمرةَ بنَ نوفلٍ جزاءَ مُغِلٍّ بالأمانة كاذبِ
بما حدثت عني الوشاة ليكذبوا عليّ وقد أوليتها في النوائب

١٥٩٩٨ - وقال النبي ﷺ : « لا إغلال [١] في الغنيمة » [٢] .

١٥٩٩٩ - وقال أبو عبيد [٣] يعنى الخيانة [٤] .

١٦٠٠٠ - وقولهم : مغل معناه مستغل ، لا يصح ، لأن مفعل لا يستعمل مستفعل إلا في موضع المنقول عن أهل اللغة . وقول زهير : فتغلل لكم مالا يغل لأهلها ، إنما قال ، القرى تغل ، وهي مغلة ، ولم يقل إن أهلها مُغِلُّونَ .

١٦٠٠١ - ولو سلمنا ما قالوا كانت الحجة قائمة ، لأنه يفضي إلى أن العارية غير مضمونة ما لم يستغلها ، والاستغلال ليس هو الاستعمال وإنما هو الإجارة ، وإن كان الاستعمال استغلالا اقتضى ألا [يضمنها قبل الاستعمال وعندهم يضمنها [٥] .

= الجاهلية والإسلام ، كان أبو عمرو بن العلاء يسميه الكيس لجودة شعره وكان شاعر الرباب في الجاهلية لا مدح أحدًا ولا هجا . أدرك الإسلام وهو كبير ، وكان فصيحًا عمر طويلًا . انظر الإصابة (٤٦٩/٦) ، أسد الغابة (٣٥٧/٥ - ٣٥٩) ، تهذيب التهذيب (٤٢٢/١٠ ، ٤٢٣/) .

(١) في (ص) : [لا اغتلال] وفي (م) : [لا غلالة] وفي (ع) : [لا عتلال] والصواب ما أثبتناه كما في كتب الحديث .

(٢) انظر المعجم الكبير (١٨/١٧) عن إبراهيم بن دحيم الدمشقي قال : حدثنا أبي حدثنا مروان بن معاوية عن كثير بن عبد اللَّه عن أبي عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا إسلال ولا إغلال ومن يغلل يأت بما غل يوم القيامة » . وانظر أيضًا كنز العمال (٣٨٨/٤) رقم ١١٠٥٣ . والغنيمة لغة الفوز بالشيء من غير مشقة ، قال الأزهري : الغنيمة ما أوجف عليه المسلمون بخيلهم وركابهم من أموال المشركين ، يقال : غنم غنمًا وغنيمة . والغنيمة والمغنم اسمان للمال المأخوذ من مال الكفار . وفي الاصطلاح : اسم لما يؤخذ من أموال الكفار على وجه القهر والغلبة . انظر لسان العرب (٣٣٠٧/٥) ، طلبة الطلبة ص١٨٨ ، الاختيار (٣٢٢/٣) .

(٣) هو أبو عبيد القاسم بن سلام الهروي ، ولد بمدينة هراة غرب أفغانستان حاليًا سنة ١٥٤هـ وتعلم فيها . سمع من سفيان بن عيينة ، وعبد اللَّه بن مبارك ، وغيرهما ثم سافر إلى العراق ، ولي قضاء طرطوس وعمره ثماني عشرة سنة ، ثم سافر إلى مكة المكرمة سنة ٢١٤هـ ، وتوفي بها سنة ٢٢٤هـ وهو بحج ، كان إمامًا عابدًا عالمًا بالفقه واللغة والحديث وله كتاب الأموال والغريب ، وغريب الحديث وهو أول من ألف في غريب الحديث ، يقول ابن النديم : إن عدد مؤلفاته يبلغ إلى ٧١ كتابًا . انظر سير أعلام النبلاء (٤٩٠/١٠) ، التاريخ الكبير (١٩٢/٧) ، البداية والنهاية (٢٩١/١٠ ، ٢٩٢) ، النجوم الزاهرة (٢٤١/٢) ، شذرات الذهب (٥٤/٢ ، ٥٥) ، الفهرست ص٧٨ ، الأعلام (١٠/٦) ، تاريخ بغداد (٤٠٣/١٢ - ٤١٦) ، طبقات ابن سعد (٣٥٥/٧) ، صفوة الصفوة (١٣٠/٤) .

(٤) نقل ابن منظور عن أبي عبيد الإغلال بمعنى الخيانة . انظر لسان العرب (٣٢٨٦/٥) .

(٥) عند الشافعية لو هلك قبل الاستعمال يضمن المستعير المعار للمعير ولا فرق عندهم قبل الاستعمال أو بعده =

١٦٠٠٢ - ولأن ما ذكروه ليس بعارية ؛ لأنها لا] [1] تصير عارية قبل القبض ، ولأن مغلًّا صفة للمعير لا للمستعير ، يقال أرض مغلة . ولا يقال رجل مغل للدار .

١٦٠٠٣ - [قالوا] [2] : حَمَله [3] على نفي الضمان ، وإنما أراد ضمان المعير ، ولأن الأجزاء عندهم مضمونة مع الأصل ، إلا أن ضمانها سقط بالاستعمال [4] .

١٦٠٠٤ - قالوا معناه : أنه لا يجب عليه ضمان منافعها ، وهو أجرة المثل ، إلا أن يكون قد خان فيها واستعملها فيما لم يؤذن فيه ، فيلزمه أجرة مثلها .

١٦٠٠٥ - [قلنا] [5] ظاهر الخبر يقتضي نفي ضمان الأجرة والعين ، وحمله على ضمان الأجرة تخصيص [6] .

١٦٠٠٦ - ولأنه إذا أجر ولم يستعمل ضمن فيه لظهور الخيانة أيضًا بالاستعمال فيما لم يؤذن فيه . ولأنها عين أخذها دون مالكها لا علي وجه التمليك والوثيقة فلا تكون مضمونة له ؛ أصله الوديعة .

١٦٠٠٧ - وإن شئت ذكرت عبارة أصحابنا فقلت : لا علي وجه البدل والوثيقة . ولا يلزم الهبة الفاسدة ؛ لأنه يقبضها على وجه التمليك . وعلى العبارة الثانية يقبضها بإذن من كان مالكها ، ولا يلزم المقبوض بالسوم [7] لأنه مأخوذ على وجه التمليك ،

= بل تمامها بالقبض . انظر نهاية المحتاج (١٢٦/٥) ، الحاوي الكبير (١١٨/٧) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٣/١٤) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) الظاهر في جميع النسخ علمه أو حلمه والصواب ما أثبتناه لما يقتضيه السياق .

(٤) انظر الحاوي الكبير (١١٨/٧) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٣/١٤) ، وعبارته « وتصير الأجزاء تابعة للعين إن سقط ضمانها بالرد سقط ضمان الأجزاء . وإن وجب ضمانها بالتلف وجب ضمان الأجزاء » وقال الرملي في نهاية المحتاج (١٢٧/٥) ، الأصح أن المستعير لا يضمن ما ينمحق أي يتلف من ثوب أو ينسحق أي ينقص باستعمالٍ مأذون فيه لحدوثه بإذن المالك ، والثاني يضمن مطلقًا ، والثالث يضمن المنمحق دون المنسحق .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٦) التخصيص من غير مخصص لا يجوز كما قاله علماء الأصول .

(٧) يقال سام البائع السلعة سومًا من باب عرض للبيع وسامها المشتري واستامها طلب بيعها ، ومنه حديث رسول اللّه ﷺ : لا يساوم الرجل على سوم أخيه . أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٢٠/٦) والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الإجارة (١٢٠/٦) ، مسند أبي حنيفة ص١٦١ ، والمساومة بين الاثنين أن يعرض البائع السلعة بثمن ويطلبه صاحبه دون الأول فإن المقبوض بسوم الشراء مضمون بالعقد . انظر المصباح المنير =

وعلي العبارة الثانية هو مأخوذ على وجه البدل ، وإن شئت أسقطت من العلة ذكر الوثيقة وقلت : الرهن ليس بمضمون . وإنما يسقط الدين بهلاكه على قول أبي الحسن وأبي طاهر [١] .

١٦٠٠٨ - فإن قيل : على العبارة الثانية إن أردتم بقولكم قبضها لا على وجه البدل بدلاً مشروطًا بطل بالقرض ، وإن أردتم بدلًا من طريق الحكم لم نسلم ذلك في العبارة ، لأنها عندنا مضمونة يرد عينها أو قيمتها إذا تلفت .

١٦٠٠٩ - قلنا [٢] : يريد أن الأخذ لم يقع لتحصيل البدل .

١٦٠١٠ - فإن قيل : ينتقض بمن دفع إلى رجل ألفًا على أن نصفه هبة ونصفه مضاربة [٣] فهلك ذلك ، فإن الموهوب له لا يضمن نصف الألف الذي هو الهبة . ذكر هذا محمد في أصل المضاربة [٤] .

١٦٠١١ - قلنا : لا يلزم ، لأنا قلنا : عين قبضها ، والمقبوض مشاع فليس بعين ، وإن شئت أن تحترز بلفظ آخر قلت عين قبضها بإذن مالكها قبضًا صحيحًا . ولا يلزم الراهن إذا أعار الرهن فأخذه المستعير بغير إذن المرتهن ، لأنا قلنا : فلا تكون مضمونة [٥] وههنا يضمنها للمرتهن لا للمالك .

= (٢٩٧/١) ، لسان العرب (٢١٥٨/٣) ، طلبة الطلبة ص٢٦١ ، البناية على الهداية (١٧٧/٩) .

(١) في (ع) ، (م) أبي الظاهر وفي (ص) أبي طاهر وهو الشيخ أبو طاهر محمد بن محمد بن سفيان الدباس الفقيه الحنفي ، قال ابن النجار : هو إمام أهل الرأي بالعراق . كان إمام الحنفية بالعراق ، وكان أكثر أخذه عن القاضي أبي حازم ، كان من أهل السنة والجماعة صحيح المعتقد ، تخرج على يده جماعة من الأئمة . ولي القضاء بالشام وتوفي بمكة في القرن الرابع الهجري . هو من أقران أبي الحسن الكرخي يوصف بالحفظ ومعرفة الروايات . انظر الجواهر المضية (٣٢٣/٣ ، ٣٢٤) ، الفوائد البهية ص١٨٧، طبقات الفقهاء للشيرازي ص١٤٢ . وانظر المسألة الفقهية في البناية على الهداية (٦٥٣/٩) ، تكملة فتح القدير (١٤١/١٠) .

(٢) في جميع النسخ قالوا .

(٣) ويقال لها القراض أيضًا والمضاربة لغة أهل العراق والقراض لغة أهل الحجاز أصلها من القراض في الأرض وهو قطعها بالسير فيها . والمضاربة في الاصطلاح هي عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ، ومراده الشركة بالربح . انظر الهداية (٢٠٢/٣) ، لسان العرب (٣٥٨٩/٥) ، طلبة الطلبة ص٣٠١ .

(٤) انظر الجامع الصغير ص٤٢٧ ، ط عالم الكتب .

(٥) إذا أعار الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فإن هلك الرهن يضمن الراهن عند الحنفية . قال صاحب الاختيار : « فإن أودعه أو تصرف فيه ببيع أو إجارة أو إعارة أو رهن ونحوه ضمنه بجميع قيمته » . انظر الاختيار لتعليل المختار (٨٣/٢) .

١٦٠١٢ - فإن قيل : المعنى في الوديعة أنها غير مضمونة الرد ، وليس كذلك العارية ؛ لأنها مضمونة الرد فكانت مضمونة العين [١] .

١٦٠١٣ - قلنا : ضمان الرد والعين قد ينفرد أحدهما عن الآخر ، بدلالة أن المبيع مضمون في يد المشتري ولو تفاسخا كان مضمونًا ، ورده ليس بمضمون ؛ لأن أجرة النقل على البائع والمبيع مضمون على البائع ، وأجرة المثل تنتقل إلى يد المشتري فيلزمه المشتري ، ومن غصب صبيًّا حرًّا فهو غير مضمون عندهم [٢] ورده مضمون . والحربي إذا غلب على أموالنا ملكها عندهم ، وإن هلكت لم يضمنها ، وردها مضمون عليه [٣] .

١٦٠١٤ - قالوا : الوديعة أخذها لمنفعة صاحبها ، والعارية أخذها لمنفعة نفسه [٤] .

١٦٠١٥ - قلنا : الوصي له بالخدمة أخذ العين لمنفعة نفسه ولا يضمنها .

١٦٠١٦ - ولأن الشافعي وافقنا أن أجزاء العارية إذا أتلفت بالاستعمال لم يضمنها [٥] .

١٦٠١٧ - ولنا من ذلك طرق في الاستدلال :

١٦٠١٨ - أحدها : أن كل عين لا يضمنها بالإتلاف لا يضمنها إذا تلفت . أصله : ملكه والعين الموصى بمنفعتها له ، والعين المستأجرة .

١٦٠١٩ - ولأنه مأخوذ على وجه العارية فلا يكون مضمونًا . أصله : الأجزاء إذا أتلفها .

---

(١) الحاوي الكبير (١١٩/٧) ، وعبارة الماوردي : « ولأنه مضمون الرد فوجب أن يكون مضمون العين كالغصب » .

(٢) قال الماوردي : إذا غصب حرًّا صغيرًا فمات في يده حتف أنفه أو لسعته حية فلا ضمان عليه . انظر الحاوي الكبير (١٤٥/٧) .

(٣) قال الماوردي : إذا أحرز المشركون أموال المسلمين بغارة أو سرقة لم يملكوها ، سواء أدخلوها دار الحرب أم لم يدخلوها ، فإن باعوها على مسلم كان صاحبه أحق به من مشتريه بغير ثمن وإن غنمها المسلمون استرجعه صاحبه بغير بدل سواء قبل القسمة وبعدها . انظر الحاوي الكبير (٢١٦/١٤) .

(٤) انظر الحاوي (١١٩/٧) ، فقد جاء فيه « أن تعجيل النفع للمودع والمؤجر لما يتعجله من استحقاق الأجرة وفي العارية للمستعير » .

(٥) انظر الحاوي الكبير (١١٨/٧) ، قال الماوردي : « قد اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزائها بالاستعمال غير مضمون على المستعير » .

١٦٠٢٠ - ولا يلزم إذا كانت لغير المعير ؛ لأن العين والأجزاء تتساوى في الضمان ، ولأن الإتلاف له من التأثير في الضمان ما ليس للتلف ، بدلالة أن الوديعة لم تضمن بالتلف وتضمن بالإتلاف (١) ثم لو أتلف الأجزاء بالاستعمال لم يضمنها ، فإذا تلفت أولى أن لا يضمنها .

١٦٠٢١ - فإن قيل الأجزاء مضمونة عندنا وإنما سقط ضمانها ، لأن المالك [أذن] (٢) في إتلافها (٣) .

١٦٠٢٢ - قلنا : إذا كان الإذن في الإتلاف يسقط الضمان [فالإذن في القبض لا على وجه التمليك ، والوثيقة يجب أن يُسقط الضمان] (٤) أيضًا .

١٦٠٢٣ - فإن قيل : لا يمتنع أن يختلف الضمان بالأجزاء والجملة ، كما أن المبيع في يد البائع جملته مضمون يسقط الثمن بتلفها ، وأجزاؤه غير مضمونة لا يسقط بتلفها شيء .

١٦٠٢٤ - قلنا : هذا لا يلزم على لفظ علتنا . والفرق بينهما أن المبيع ضمن بالعقد فلم يضمن إلا ما يصح أن ينفرد بالعقد والأجزاء لا تنفرد بالمبيع فلا تنفرد بضمانه .

١٦٠٢٥ - وأما العارية فضمانها عندهم يتعلق بالقبض ، ويمكن إفراد الأجزاء بالقبض ، فيمكن إفرادها بضمانه كالغصب .

١٦٠٢٦ - فإن قيل : الرهن مضمون ، وما زاد على مقدار الدين غير مضمون ، فقد خالفت الأجزاء الجملة .

١٦٠٢٧ - قلنا : غلط ، مقدار الدين من الرهن مضمون الجملة والأجزاء ، ومقدار الزيادة على الدين غير مضمون الأصل ، والأجزاء فتساويا . و [لأنها عين أخذها ثمن عقد على منفعة فلم تكن مضمونة كالإجارة] (٥) .

---

(١) اتفق الفقهاء على أن الوديعة أمانة عند المستودع ، ولا يضمنها إن تلفت . ولكن إن تعدى عليها وأتلفها فإنها مضمونة عليه . انظر الهداية (٢١٥/٣) ، الاختيار (٢٦٩/٢) ، بداية المجتهد (٣١٠/٢) ، نهاية المحتاج (١١٢/٥) ، التكملة الثانية للمجموع (١٧٧/١٤) ، شرح منتهى الإرادات (٣٥٢/٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٣) انظر روضة الطالبين (٣٤٢/٤) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . والإجارة في الاصطلاح : عقد على المنافع بعوض . انظر الهداية (٢٣١/٣) ، طلبة الطلبة ص٢٦١ .

١٦٠٢٨ - ولأنها عين أخذها ليستوفي منفعتها [من غير تعد فأشبه الموصي بخدمته ولأنها عين أخذها ليستوفي منفعتها] [١] وردها كالمستأجرة .

١٦٠٢٩ - ولأن العقد إذا كان ببدل فهو داخل في الضمان ، كالعقد إذا كان بغير بدل . ألا ترى أن تمليك الرقبة ببدل يقتضي ضمانها على المشتري كالبيع ، والتمليك بغير عوض لا يضمن قيمة الرقبة كالهبة .

١٦٠٣٠ - ثم اتفقنا على أن العقد على المنفعة ببدل لا يضمن العين مستوفى المنفعة فلأن لا يضمن في العقد على المنفعة بغير عوض أولى .

١٦٠٣١ - فإن قيل : المبيع ملك المشتري فكيف يكون مضمونًا عليه ؟ .

١٦٠٣٢ - قلنا : لو تفاسخا البيع كان المبيع مضمونًا على المشترى ، ولو تفاسخا الهبة لم تكن العين مضمونة على الموهوب ، وهذا يبين أن أحد القبض مضمون والآخر بخلافه .

١٦٠٣٣ - قالوا : المستأجر لو ضمن رجع بالضمان على المؤجر فلا فائدة في تضمينه ، والمستعير لا يرجع بما يلحقه من الضمان على المعير ، فلذلك لزمه الضمان [٢] .

١٦٠٣٤ - قلنا : الموصى له لا يرجع بما يلحقه من الضمان على الموصي ، ولا في ماله . ومع ذلك لا يلزم الضمان . ولأن ولد المرهونة وولد المبيعة كل واحد منهما غير مضمون على ما حدث في يده . وإن كان المشتري يرجع بقيمة الولد عند الاستحقاق وإذا كان منه والموهوب لا يرجع ، فعُلم أن الرجوع وعدم الرجوع لا يدل على إيجاب الضمان ولا نفيه ، لكن المشتري يرجع بما يلزمه من قيمة الولد . لأن البائع يستحق بدلًا على المشتري بإزاء ملكه فصار غارًّا له بذلك ، فلا يرجع بما يلحقه من الضمان ، والمعير ملكه المنافع متبرعًا بها فلم يصر غارًّا له بذلك فلا يرجع بما لحقه من الضمان ، وطريقة أخرى في المسألة : وهو أن المستأجر إذا أعار ما استأجره من إنسان لم يخلُ أن يضمن المستعير أو لا يضمن .

١٦٠٣٥ - فإن قالوا : لا يضمن .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر الحاوي الكبير (١١٩/٧) ، ففيه [ولأن الغاصب لو أعار كان المستعير منه ضامنًا ولو أودع كان المستودع منه غير ضامن ، لأن المستودع لو أغرم رجع على الغاصب والمستعير إذا أغرم لم يرجع على الغاصب وكذلك إذا كان مقبوضًا من المالك] .

١٦٠٣٦ - قلنا : إعارة غير المالك إذا أسقطت الضمان فإعارة المالك أولى أن تسقط الضمان .

١٦٠٣٧ - فإن قالوا : إن المستعير يضمن .

١٦٠٣٨ - [قلنا] [١] : لم يصح ، لأن المستعير من المستأجر يملك الشيء بحكم الإجارة ، بدليل أن المؤجر يستحق الأجرة بإمساكه ، ويستحيل أن يكون الشيء في يد الإنسان بحكم الإجارة من المالك ويكون مضمونًا عليه .

١٦٠٣٩ - احتجوا : بما روي ابن أبي مُليكة [٢] عن أمية بن صفوان [٣] عن أبيه [٤] أن النبي ﷺ استعار منه درعًا فقال : أغصبًا يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة مؤداة [٥] .

١٦٠٤٠ - وصفوان كان كافرًا جاهلًا بالأحكام ، فبين له ﷺ أنها ليست غصبًا ، وإنما هي عارية ، ولم يكن له حكم العارية في شريعته فدل / أن من حكم العارية الضمان [٦] . ١٨٣

١٦٠٤١ - الجواب : أن أمية بن صفوان هو أمية بن صفوان بن عبد الله بن صفوان

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٢) هو عبد الله بن عبيد الله بن أبي مُلكية أبو بكر التميمي المكي تابعي ثقة كثير الحديث ، روى عن العبادلة الأربعة وعائشة وأم سلمة وغيرهم ، وروى عنه ابنه يحيى والليث وعطاء بن أبي رباح وعبد العزيز بن رفيع وغيرهم ، كان إمام الحرم ومؤذنًا فيه ، وولاه عبد الله بن الزبير قضاء الطائف ، توفي سنة ١١٧هـ . انظر تهذيب التهذيب (٢٦٨/٥) ، شذرات الذهب (١٥٣/١) ، الأعلام (١٢٣٦/٤) .

(٣) هو أمية بن صفوان بن أمية بن خلف بن وهب القرشي الجمحي ، وأمه أيضا جمحية من ولد جمح بن عمر يكنى بأبي وهب ، وكان زوج الدرداء بنت أبي الدرداء ، روى عنها وعن جده أبي الدرداء وعلي وسعد وروى عنه الزهري وعمرو بن دينار وغيرهما . انظر تهذيب التهذيب (٣٤٣/١) ، الاستيعاب (٨١٢/٢) .

(٤) هو أبو أمية صفوان بن أمية بن خلف من كبراء قريش في الجاهلية والإسلام ، قتل أبوه يوم بدر كافرًا ، وأسلم هو بعد الفتح ، وحسن إسلامه وشهد حنينًا مع النبي ﷺ واليرموك وكان من المؤلفة قلوبهم ، وروي عدة أحاديث عن النبي ﷺ ، وروى عنه أولاده أمية وعبد الله وعبد الرحمن وابن ابنه صفوان بن عبد الله ، مات بمكة سنة ٤١ وقيل ٤٢هـ . انظر الاستيعاب (٧١٨/٢) ، أسد الغابة (٢٣/٣) ، طبقات ابن سعد (٤٤٩/٥) ، التاريخ الكبير (٣٠٤/٤) ، العبر (٣٦/١) ، تهذيب التهذيب (٣٧٢/٤) ، والإصابة (١٨٧/٢) وسير أعلام النبلاء (٥٦٢/٢ - ٦٧٥) .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع باب تضمين العارية رقم ٣٥٦٢ ٢٩٤/٣ ، عن يزيد بن هارون عن شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان عن أبيه ، ورواه قيس بن الربيع عن عبد العزيز عن أبي مليكة عن أمية بن صفوان عن أبيه ، ورواه الحاكم في المستدرك (٤٧/٢) ، البيهقي في السنن الكبرى (٨٩/٦) .

(٦) انظر الحاوي الكبير (١١٩/٧) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٥/١٤) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٥٥/٥) .

ابن أمية ، ذكر هذا البخاري [١] .

١٦٠٤٢ – فصفوان بن أمية صاحب القصة جده لأبيه [٢] ، فإذا قال في الخبر عن أبيه فهو مرسل [٣] .

١٦٠٤٣ – والثاني : أن هذا الخبر لم يرده بلفظ الضمان إلا شريك [٤] بن عبد الله القاضي عن عبد العزيز بن رفيع [٥] عن أمية بن صفوان قال أبو داود هكذا رواه يزيد بن هارون [٦] عن شريك ببغداد [٧] وفي روايته بواسط [٨] على خلاف

(١) ذكر الإمام البخاري في كتابه التاريخ الكبير (٣٠٤/٤) أنه هو أمية بن صفوان بن عبد الله بن صفوان ابن أمية الجمحي المكي القرشي ، سمع جده وأبا بكر بن أبي زهير ، وروى عنه ابن جريج وابن عيينة ونافع بن عمر ، وروي شريك بن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه أن النبي ﷺ استعار منه ... إلى آخر الحديث . وقال إسرائيل عن عبد العزيز عن ابن أبي مليكة عن عبد الله بن صفوان بن أمية : استعار النبي ﷺ درعا من صفوان .

(٢) في جميع النسخ « جد أبيه » لعل المقام يقتضي أن يكون [صاحب القصة جده لأبيه] .

(٣) المرسل من الحديث ما أسنده التابعي أو تابع التابعي إلى النبي ﷺ من غير أن يذكر الصحابي الذي روى الحديث عن النبي ﷺ كما يقول : قال رسول الله ، قال ابن صلاح في مقدمته : إن حكم المرسل حكم الحديث الضعيف إلا أن يصح مخرجه بمجيئه من وجه آخر . انظر التعريفات ص٢٦١ ، مقدمة ابن صلاح ومحاسن الاصطلاح توثيق وتحقيق د . عائشة عبد الرحمن ط دار الكتب ص١٣٠ – ١٣٦ .

(٤) هو أبو عبد الله شريك بن عبد الله القاضي ، ولد ببخارى سنة ٩٥هـ وولي القضاء في عهد أبي جعفر المنصور ، حدث عن عطاء وهشام بن عروة وغيرهما وحدث عنه ابن المبارك والليث بن سعد وغيرهما ، قال النسائي : ليس به بأس ، وقال ابن حجر : صدوق يخطئ كثيرًا ، تغير حفظه منذ ولي القضاء بالكوفة وتوفي بها سنة ١٧٧هـ . انظر ميزان الاعتدال (٢٧٠/٢) ، تقريب التهذيب ص٢٦٦ ، تهذيب التهذيب (٢٩٣/٤ – ٢٩٦) .

(٥) هو أبو عبد الله عبد العزيز بن رفيع الأسدي ، هو تابعي ثقة ، روى عن ابن عباس وعنه أبو الأحوص وشريك وآخرون ، وثقه أحمد ويحيى وأبو حاتم والنسائي ، توفي سنة ١٣٠هـ . انظر سير أعلام النبلاء (٢٢٨/٥) ، تهذيب التهذيب (٣٣٧/٦) .

(٦) هو يزيد بن هارون الواسطي بن رادعي أبو خالد السلمي الحافظ ، ولد سنة ١١٨هـ وسمع ابن حكيم وشريك وغيرهما . قال أبو حاتم إنه كان ثقة إمامًا لا يسأل عن مثله ، ووثقه ابن معين وابن سعد وأحمد وغيرهما ، توفي سنة ٢٠٦هـ . انظر طبقات ابن سعد (٣١٤/٧) ، تهذيب التهذيب (٣٦٦/١١) ، الجرح والتعديل للرازي (٢٩٥/٩) ، سير أعلام النبلاء (٣٥٨/٩) .

(٧) بغداد عاصمة العباسيين والعراق ، أصله أعجمي فارسي معرب يعني بستان رجل ، وسماها المنصور مدينة السلام . كان أول من مصرها وجعلها مدينة ووضع أساسها هو أبو جعفر المنصور وجعل قصره في وسطها ، وجعل لها أربعة أبواب وبين كل باب ميل ، أنفق على بنائها ثمانية ألف ألف دينار . انظر معجم البلدان (٤٥٦/١ – ٤٦٨) .

(٨) هي مدينة واسط عمرها الحجاج بن يوسف الثقفي وكان قبله هناك موضع يسمى واسط قصب ، سميت =

هذا [١] .

١٦٠٤٤ - وهذا قدح في الخبر .

١٦٠٤٥ - الثالث : روى جرير [٢] بن عبد العزيز بن رفيع عن أناس من آل عبد الله ابن صفوان أن رسول الله ﷺ قال : يا صفوان هل عندك من سلاح ؟ قال : أعارية تأخذها أم غصبًا ؟ قال : لا ، بل عارية . فأعاره ما بين الثلاثين إلى الأربعين درعًا . وغزا رسول الله ﷺ حنين [٣] . فلما هزم المشركون جمعت دورع صفوان وفقد منها أدرعا ، فقال عليه الصلاة والسلام لصفوان : قد فقدنا من أدرعك درعًا فهل نغرم لك ؟ قال يا رسول الله في قلبي اليوم ما لم يكن يومئذ [٤] .

١٦٠٤٦ - وروى أبو الأحوص [٥] عن عبد العزيز بن رفيع عن عطاء عن أناس من

= واسط ؛ لأنها متوسطة بين البصرة والكوفة . للعرب سبعة أواسط منها : واسط نجد ، وواسط الحجاز ، وواسط الجزيرة ، وواسط اليمانة ، وواسط عراق ، شرع الحجاج في عمارة مدينة واسط في سنة ٨٤هـ ، وفرغ منها سنة ٨٦هـ . انظر معجم البلدان (٣٤٧/٥ - ٣٥٣) .

(١) سنن أبي داود باب تضمين العارية (٥٩/٣) رقم ٣٥٦٢ .

(٢) هو جرير بن عبد الحميد بن قرط الضبي الرازي ، ولد في قرية من قرى أصبهان عام ١١٠هـ ، ونشأ بالكوفة ونزال الري ، روى عن عبد الملك بن عمير وأبي إسحاق الشيباني ويحيى بن سعيد الأنصاري وعبد العزيز بن رفيع وخلق كثير . ورروي عنه إسحاق بن راهويه وأحمد بن حنبل ويحيى بن معين كان ثقة يرحل إليه ، ينزل إلى ابن إسحاق ومالك . وكان من مشايخ الإسلام . كان رجلًا صالحًا لا شك في صلاحه وفضله . وتوفي سنة ١٨٨هـ . انظر تهذيب التهذيب (٦٥/٢ ، ٦٦) ، العبر (٢٣١/١) ، سير أعلام النبلاء (٩/٩ - ١٨) ، شذرات الذهب (٣١٩/١ ، ٣٢٠) .

(٣) حنين : واد قريب من الطائف ، بينه وبين مكة بضعة عشر ميلاً . قال الواقدي : بينه وبين مكة ثلاثة أميال وهو يذكر ويؤنث والأغلب عليه التذكير ، لأنه اسم ماء وإن قصدت به البلدة والبقعة أنثته كما قال حسان بن ثابت : نصروا نبيهم وشدوا أزره - بحنين يوم تواكل الأبطال . وهذا الموضع هو الذي هزم فيه رسول الله ﷺ هوازن ، وذكره الله تعالى في كتابه ﴿ لَقَدْ نَصَرَكُمُ ٱللَّهُ فِى مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ وَيَوْمَ حُنَيْنٍ ﴾ من الآية ٢٥ سورة التوبة . انظر : معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع ، لأبي عبد الله بن عبد العزيز الأندلسي ، تحقيق مصطفى السقا (٤٧١/١ - ٤٧٢) طبع دار عالم الكتب ، بيروت بدون تاريخ ولسان العرب (١٠٣٢/٢) ، ومعجم البلدان (٣١٣/٢) .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٦/٣) رقم ٣٥٦٣ ، وقال كان أعاره قبل أن يسلم ، ثم أسلم ، بنفس الإسناد ، باب تضمين العارية . والبيهقي في السنن الكبرى (٨٩/٦) باب العارية مضمونة والدارقطني في سننه (٤٠/٣) رقم ١٦٢ .

(٥) هو أبو الأحوص سلام بن سُلَيم - كما ضبط البخاري الحنفي الكوفي - روى عن عبد العزيز بن رفيع =

آل صفوان قال : استعار النبي ﷺ فذكر معنى حديث جرير [١] فقد خالف جرير وأبو الأحوص شريكًا في [إسناد الخبر] [٢] .

١٦٠٤٧ - فرواه جرير عن عبد العزيز بن رفيع عن أناس من آل صفوان ، [ورواه أبو الأحوص عن عبد العزيز بن رفيع عن عطاء عن أناس من آل صفوان] [٣] وخالفا جميعًا شريكًا في متنه فلم يذكرا الضمان .

١٦٠٤٨ - ومتى اختلفوا على عبد العزيز بن رفيع [تطرق الاحتمال] ، وأبو الأحوص أثبت من شريك [٤] ؟!

١٦٠٤٩ - قال البخاري : سمعت أبا بكر بن الأسود [٥] يقول : سمعت عبد الرحمن ابن مهدي [٦] يقول : أبو الأحوص سلام بن [سليم] الحنفي الكوفي [٧] أثبت من شريك

= وابن حرب وآدم بن علي والأسود بن قيس وغيرهم ، وأخذ عنه عبد الرحمن بن مهدي ووكيع وسعيد بن منصور والحسن بن الربيع وغيرهم ، وقال العجلي : كان ثقة صاحب سنة . وقال أبو زرعة والنسائي ، إنه ثقة ، وقال ابن مهدي : إنه أثبت من شريك ، وقال ابن خيثمة عن ابن معين : ثقة متقن توفي سنة ١٧٩ . انظر التاريخ الكبير (١٣٥/٤) ، التاريخ الصغير للبخاري تحقيق محمود إبراهيم زايد (٢١٨/٢) ط دار الوعي بحلب ، ميزان الاعتدال (١٧٦/٢) ، تهذيب التهذيب (٢٨٢/٤) .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٦/٣) رقم ٣٥٦٤ باب تضمين العارية والدارقطني في سننه (٤٠/٣) .

(٢) في جميع النسخ في إسناده الخبر . والصواب ما أثبتناه .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة غير موجودة في النسخ ، وانظر معنى ذلك في التاريخ الكبير للبخاري (١٣٥/٤) ، تهذيب التهذيب (٢٨٣/٤) ، ميزان الاعتدال (١٧٦/٢) .

(٥) هو الحافظ أبو بكر عبد اللّه بن محمد بن أبي الأسود واسمه حميد بن الأسود البصري ، ابن أخت عبد الرحمن بن مهدي قاضي همذان وقد ينسب إلى جده . سمع عبد الواحد وأبا عوانة البصري ، قال الخطيب : كان حافظًا متقنًا . وذكره ابن حبان في الثقاة ، وتوفي سنة ٢٢٣هـ . انظر تهذيب التهذيب (٦/٦) ، تهذيب الكمال (٤٦/١٦ ، ٤٧) ، التاريخ الكبير (١٨٩/٥) ، رجال صحيح البخاري (٤٢٦/١) .

(٦) هو عبد الرحمن بن مهدي بن حسان بن عبد الرحمن العنبري ، ولد عام ١٣٥هـ ، روى عن أيمن بن نائل وجرير بن خازم وعكرمة بن عمار ومهدي بن ميمون ومالك وشعبة والسفيانين وإسرائيل وغيرهم . وروى عنه عبد اللّه بن المبارك وابن وهب وأحمد وإسحاق وعلي ويحيى بن معين وأبو ثور ، قال أبو حاتم : هو إمام ثقة أثبت من يحيى بن سعيد وأتقن من وكيع وقال الأثرم عن أحمد : إذا حدث عبد الرحمن عن رجل فهو حجة . وقال الشافعي : لا أعرف له نظيرًا في الدنيا ، توفي بالبصرة سنة ١٩٨هـ . انظر تهذيب الكمال (٤٣٠/١٧ - ٤٤٢) ، تهذيب التهذيب (٢٥٠/٦ - ٢٥٢) ، شذرات الذهب (٢٤١/١) .

(٧) في جميع النسخ سلام بن سليمان ولكن الإمام البخاري ضبطه في نص منقول عنه بأنه [سلام بن سليم الحنفي الكوفي] وأما أن يكون أبو الأحوص سلام بن سليمان ، فهذا تحريف من النساخ ، وهو الأحوص سلام بن =

ابن عبد اللّٰه القاضي [١] وأخرج البخاري جريرًا وأبا الأحوص في الصحيح [٢] ، ولم يخرج شريكًا ؛ فالرجوع عند الاختلاف إلى الأثبت أولى ، ورواية اثنين عن عبد العزيز بن رفيع أولى من رواية واحد .

١٦٠٥٠ - الرابع : قد عارض هذا رواية همام عن قتادة [٣] عن عطاء بن أبي رباح عن صفوان بن يعلي عن أبيه قال : قلت يا رسول اللّٰه أعارية مضمونة أو عارية مؤداة ؟ قال : بل مؤداة [٤] ، وهذا نص في نفي الضمان فلا يكون الرجوع إلى ما رووه في حديث شريك من إثبات الضمان بأولى مما في حديث قتادة من إسقاطه . وقد وافق قتادة أبو الأحوص وجرير ، ولم يوافق شريكًا أحد .

١٦٠٥١ - الخامس : أنا لو سلمنا ذكر الضمان لم يكن فيه دلالة ، لأن عندنا العارية مضمونة الرد ، وعندهم العارية مضمونة بالهلاك [٥] والخبر يقتضي ثبوت الضمان ، فليس ما يقولونه أولى مما نقوله . يبيِّن ذلك : أن العارية اسم للعقد لا للعين . هذا هو الحقيقة ، والعقد لا يوصف بالضمان ، فلم يكن بد من الانصراف عن الظاهر فليس بأن يحمل على العين بأولى من حملنا له على الرد .

١٦٠٥٢ - فإن قيل : النبي ﷺ جعل الضمان صفة للعين [٦] .

١٦٠٥٣ - قلنا : لم نسلم ؛ لأنه وصف به العارية ، والعارية ليست العين فلم يبق لهم ظاهر .

= سليم سبقت ترجمته انظر التاريخ الكبير (١٣٥/٤) ، التاريخ الصغير البخاري (٢١٨/٢) تحقيق محمود إبراهيم زايد ط دار الوعي بحلب ، ميزان الاعتدال (١٧٦/٢) ، تهذيب التهذيب (٢٨٢/٤) .

(١) انظر التاريخ الكبير (١٣٥/٤) ، ميزان الاعتدال (١٧٦/٢) ، تهذيب التهذيب (٢٨٣/٤) .

(٢) انظر كتاب رجال صحيح البخاري (٤٣٢/١) .

(٣) هو قتادة بن دعامة بن قتادة بن عزيز أبو الخطاب السدوسي البصري ، كان عالمًا بالحديث ، رأسًا في العربية . من آثاره تفسير القرآن الكريم ، روى معمر عنه ، قال قتادة : ما قلت لمحدث قط أعد عليّ وما سمعت شيئًا إلا وعاه قلبي . قال شيخه ابن سيرين : قتادة أحفظ الناس . وقال أحمد بن حنبل : قل أن نجد من يتقدم قتادة ، كان عالمًا بالتفسير واختلاف العلماء . توفي سنة ١١٨هـ . انظر معجم المؤلفين (١٢٧/٨) ، شذرات الذهب (١٥٤/١) ، العبر (١١٢/١) .

(٤) أخرجه الإمام أبو داود في سننه . باب تضمين العارية (٢٩٧/٣ ، ٢٩٨) رقم ٣٥٦٦ .

(٥) المبسوط (١٣٦/١١) ، الحاوي الكبير (١١٨/٧) .

(٦) الحاوي الكبير (١١٩/٧) ، قال الماوردي في تفسير الحديث المروي عن شريك عن عبد العزيز عن أبيه عن أمية بن صفوان بن أمية أن رسول اللّٰه ﷺ استعار منه أدرعًا يوم حنين ، فقال : أغصب يا محمد ، فقال : بل عارية ، فوصفها بالضمان بيان لحكمها عند جهله به .

١٦٠٥٤ - فإن قيل : ضمان الرد قد فهم بقوله : مؤداة (١) .

١٦٠٥٥ - قلنا : مؤداة يقتضي وجوب الرد ، فأما ضمان أجرة المثل فلا يفيده .

١٦٠٥٦ - ألا ترى أن الوديعة [أمانة] (٢) فالأمانات أمر اللّٰه تعالى بأدائها ولم يدل ذلك على ضمان أجرة الرد .

١٦٠٥٧ - الجواب السادس : أن النبي ﷺ أخذه بغير رضاه ، بدلالة قوله أغصبًا تأخذها يا محمد ؟ وهو رجل من أهل اللغة لا يسمي العارية المأخوذة بالإذن غصبًا ، وإنما ذلك اسم للمأخوذ بغير إذن المالك ، فبين له عليه الصلاة والسلام أن ذلك ليس بغصب ، وإنما هو عارية أذن الشرع فيها مضمونة ؛ لأنها أُخذت بغير رضاه . وعندنا : للإمام إذا احتاج إلى السلاح أن يأخذه بغير طيب نفس أصحابه ويضمنه لهم (٣) .

١٦٠٥٨ - فإن قيل : في الخبر استعار .

١٦٠٥٩ - قلنا : استعار معناه طلب العارية ، وكذلك يفعل الإمام ، فإذا امتنع المالك من الدفع أخذها بغير إذنه ، وكانت عارية مباحة بالشرع ، يتعلق بها الضمان (٤) .

١٦٠٦٠ - الجواب السابع : أن أبا سعيد البردعي قال : إن العارية إذا شرط فيها الضمان ضمنت ، وقد شرط عليه السلام الضمان (٥) .

١٦٠٦١ - قالوا : لو كان مقتضاها الأمانة لم يضمن بالشرط ، كما لا يضمن الوديعة بالشرط (٦) .

---

(١) انظر المرجع السابق في الموضع السابق . في جواب اعتراض الحنفية قال الماوردي : فإن قيل هو محمول على ضمان الرد كالودائع التي هي مضمونة الرد وليست مضمونة العين . قيل إطلاق القول يتناول ضمان الأعيان ، ولذلك امتنع أن يطلق على الأمانات المؤداة حكم الضمان ، على أنه قد روي عنه ﷺ أنه قال : عارية مضمونة مؤداة ، فكان الأداء محمولًا على الرد ، والضمان على التلف .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، لعل السياق يقتضيها .

(٣) المبسوط (١٣٦/١١) ، تبيين الحقائق (٨٥/٥) ، البناية على الهداية (١٧٩/٩) . قال السرخسي : فإن قيل : إنه أخذ تلك الدروع بغير رضاه ، وقد دل عليه قوله أغصبًا يا محمد ، إلا أنه إذا كان محتاجًا إلى السلاح كان الأخذ له حلالاً ثمة شرعًا ، ولكن بشرط الضمان ، كمن أصابته مخمصة له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان .

(٤) المبسوط (١٣٦/١١) .

(٥) وهذا أيضًا مذهب قتادة وعبد اللّٰه بن حسن العنبري كما سبق ذكره . انظر المبسوط (١٣٦/١١) ، البناية على الهداية (١٧٦/٩) ، تبيين الحقائق (٨٥/٥) .

(٦) انظر كتاب الأم (٢٥٠/٣) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٣/١٤) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٦٦/٥) .

١٦٠٦٢ - قلنا : الوديعة يمسكها لمنفعة صاحبها ، فلا يجوز أن يضمنها . ولو ضمنها دفع بالضمان ، فلا معنى لإثباته ، والعارية [يمسكها] [١] لمنفعة يختص بها ، فيصح إن شرط ضمانها ، لأنه إذا ضمن لم يرجع بالضمان فكان في شرطه فائدة [٢] .

١٦٠٦٣ - الجواب الثامن : قال محمد بن مقاتل الرازي [٣] : صفوان بن أمية كان كافرًا مستأمنًا ، أخذت له زوجته الأمان من رسول الله ﷺ والمستأمن في دارنا على حكم دار الحرب ، يجوز له من الشرط ما لا يجوز للمسلمين ولهذا لا يلزم عليه الحدود لتبعيته على حكم الحرب ، فلهذا شرط عليه الصلاة والسلام له ضمان العارية ، وإن كان ذلك لا يجوز اشتراطه للمسلمين [٤] .

١٦٠٦٤ - وذكر الطحاوي في الاختلاف [٥] عن محمد بن عباس الرامي [٦] أنه تأول الخبر فقال : لأنه كان حربيًا فشرط ذلك [٧] له .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) المبسوط (١٣٦/١١) . قال السرخسي : كان هذا من رسول الله ﷺ اشتراط الضمان على نفسه ، والمستعير وإن كان لا يضمن ، ولكن يضمن بالشرط كالمودع على ما ذكر في المنتقى .

(٣) هو محمد بن مقاتل الرازي من أصحاب محمد بن الحسن من طبقة سليمان بن شعيب وعلي بن معبد قاضي الري ، روى عن محمد ووكيع وأبي مطيع وغيرهم وروى عنه عيسى بن موسى المروزي ، وسمع عنه البخاري ولم يحدث عنه . كان فقيهًا وعالمًا بالعلوم والفنون ، توفي سنة ١٤٨هـ بالري . انظر الفوائد البهية ص٢٠١ ، الجواهر المضية (٣٧٢/٣) ، أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص١٩٧ ، تهذيب التهذيب (٤٩٦/٩) ، لسان الميزان (٣٨٨/٥) .

(٤) انظر المبسوط (١٣٦/١١) ، تبيين الحقائق (٨٥/٥) ، حاشية شلبي عليه (٨٥/٥) ، البناية على الهداية (١٧٩/٩) . قال السرخسي : ولكن صفوان كان يومئذ حربيًا ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين ، وهكذا ذكر الزيلعي وشرحه الشلبي فقال : ولأن صفوان كان حربيًا ؛ لأنه كان مستأمنًا .

(٥) هو كتاب اختلاف العلماء أو الاختلاف بين الفقهاء كما ذكره ابن النديم لأبي جعفر الطحاوي ويقال له : اختلاف الروايات وهو في مائة ونيف وثلاثين جزءًا قد اختصره الإمام أبو بكر أحمد بن علي الجصاص وطبع هذا المختصر مع تحقيق ودراسة د/ عبد الله نذير أحمد الأستاذ المساعد بقسم الدراسات الإسلامية ، كلية الآداب ، جامعة الملك عبد العزيز ط دار البشائر الإسلامية ، لبنان ، بيروت . وسماه اختصار اختلاف العلماء . انظر كشف الظنون (٣٢/١) ، الفهرست ص٢٩٢ .

(٦) في (ص) : [الرازمي] ، وفي (ع) ، (م) : [الدارمي] والصواب ما أثبتناه كما في كتاب الأنساب للسمعاني (٥٤/٦) .

(٧) انظر مختصر اختلاف العلماء للطحاوي الذي اختصره الرازي (١٨٧/٤) .

١٦٠٦٥ - فإن قيل : مكة يومئذ كانت دار الإسلام والشروط التي تجوز مع أهل الحرب إنما تجوز في دار الحرب .

١٦٠٦٦ - قلنا : قد بينا أن المستأمن على حكم دار الحرب ، فيصح أن يُشترط معه ما لا يجوز للمسلمين ، ولهذا يجوز للإمام أن يأخذ أموالهم رهينة ، وإن لم يجز ذلك مع المسلمين .

١٦٠٦٧ - الجواب التاسع [١] : أن النبي ﷺ أمن أهل مكة في أنفسهم بقوله : « من دخل دار أبي سفيان [٢] فهو آمن » [٣] ولم يتعرض لأموالهم بشيء فكانت موقوفة على حكم أموال أهل الحرب ، فأخذها النبي ﷺ على هذا الوجه ، وشرط له الضمان بإبقائه على الإسلام ، ولهذا جاز الأخذ بغير رضاه حتى قال : يا محمد ؟ .

١٦٠٦٨ - الجواب العاشر : إن محمد بن جرير الطبري [٤] ذكر أن هذه الأدرع لم

---

(١) في جميع النسخ جواب تاسع فزيد الألف واللام ليناسب ما سبقها من الأجوبة وكذلك الجواب العاشر .

(٢) هو أبو سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس القرشي الأموي وله كنية أخرى : أبو حنظلة ، ولد قبل عام الفيل بعشر سنين ، وأسلم ليلة الفتح ، وشهد حنينًا والطائف مع النبي ﷺ ، وأعطي له رسول الله ﷺ من غنائم حنين مائة بعير وأربعين أوقية ، كما أعطى سائر المؤلفة وأعطى لابنيه يزيد ومعاوية فقال له أبو سفيان : والله إنك لكريم فداك أبي وأمي وإني لقد حاربتك فلنعم المحارب كنت ! ولقد سالمتك فلنعم المسالم أنت ! جزاك الله خيرًا ! قد كان رأس المشركين يوم أحد وفقئت عينه يوم الطائف وقيل فقئت عينه الأخرى يوم اليرموك ، واستعمله رسول الله ﷺ علي نجران ، ومات النبي ﷺ وهو وال عليها . توفي سنة (٣١) هـ بالمدينة . أسد الغابة (٣٩٢/٢ ، ٣٩٣) ، الإصابة (١٧٨/٢ ، ١٧٩) ، الأعلام (٢٨٨/٣) .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة كتاب الجهاد باب فتح مكة (١٤٠٨/٣) رقم (٨٦/١٧٨٠) مكرر . ورواه أبو داود في سننه (١٦٢/٣) رقم ٣٠٢٢ عن ابن عباس كتاب الخراج والإمارة والفيء باب ما جاء في خبر مكة ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٤/٦) ، كتاب البيوع باب ما جاء في بيع دور مكة ، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده (٥٣٨/٢) عن أبي هريرة ، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب المغازي ، باب فتح مكة (٤٧٥/١٤) رقم ١٨٧٤٦ وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، كتاب المغازي ، باب غزوة الفتح (٣٧٦/٥) رقم ٩٧٣٩ .

(٤) هو الإمام الجليل أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري ، ولد بآمل بطبرستان سنة ٢٢٤هـ وطاف الأقاليم في طلب العلم ، واستوطن بغداد ، وأقام بها إلى حين وفاته سنة ٣١٠هـ ، سمع إسحاق بن إسرائيل ومحمد بن حميد الرازي وطبقتهما ، وسمع منه محمد الباقر والطبراني وخلق كثير ، كان مجتهدًا لا يقلد أحدًا ، قال الخطيب : كانت الأئمة يحكمون بقوله ، ويرجعون إلى روايته لمعرفته وفضله ، جمع من العلوم ما لم يشاركه فيه أحد من أهل عصره ، من مؤلفاته القيمة : جامع البيان في تأويل آي القرآن ، اختلاف الفقهاء ، تهذيب آثار مسند عبد الله بن عباس ، التبصير في أصول الفقه ، تاريخ الرسل والملوك وغيرها . انظر تاريخ بغداد (٢١٦٢ - ١٦٩) ، شذرات الذهب (٢٦٠/٢) ، وفيات الأعيان (٣٣٢/٣) ، تهذيب الأسماء =

تكن لصفوان وإنما كانت في يده لغيره ، فأخذها النبي ﷺ بإذن صفوان ، فلم يسقط ضمانها في حق مالكها ، فقال عليه الصلاة والسلام بل عارية مضمونة لهذا المعنى .

١٦٠٦٩ - الجواب الحادي عشر : أن النبي ﷺ لما رد الأدرع فُقد بعضها ، فقال لصفوان : إن شئت غرمناها لك ، فقال صفوان : لا أنا اليوم أرغب في الإسلام من ذلك اليوم [١] ، ولو كانت مضمونة لم يخير صفوان في الضمان ، ولم يقنع منه بقوله حتى يؤدى إليه المضمون أو يبرئه منه [٢] . يتبين ذلك أنه عليه الصلاة والسلام اقترض [٣] من عبد اللّه بن ربيعة [٤] ثلاثين ألف درهم ، فلما أراد أن يعطيه أبَى أن يقبل . فقال عليه الصلاة والسلام : إنما جزاء القرض الوفاء والحمد [٥] .

١٦٠٧٠ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « إن اللّه [قد] [٦] أعطى كل

= واللغات (١/٧٨) .

(١) سبق تخريج الحديث .

(٢) قال القرافي : إن الضمان صفة للعارية لم يعلق على مشيئته . انظر الذخيرة (٦/٢٠١) .

(٣) في (ص) : [أقرض] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٤) في جميع النسخ عبد اللّه بن ربيعة ، ولكن بالرجوع إلى المراجع تبين أنه هو عبد اللّه بن أبي ربيعة بن المغيرة ابن عبد اللّه بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومي ، وأمه ثقفية ، كان اسمه في الجاهلية بحيرا ، فسماه رسول اللّه ﷺ عبد اللّه ، واسم أبي ربيعة عمرو وقيل حذيفة ، وقيل اسمه كنيته ، والأكثر يقوله عمرو . كان أبو ربيعة يقال له : ذو الرمحين ، وكان من أشراف قريش في الجاهلية ، وأسلم يوم فتح مكة ، وكان من أحسن الناس وجهًا . قال البخاري : هو الذي أرسلته قريش مع عمرو بن العاص إلى النجاشي في طلب أصحاب رسول اللّه ﷺ الذين كانوا بالحبشة ، وهو أخو أبي جهل لأمه ، ويقال إنه هو الذي أجارته أم هانئ ، وولاه رسول اللّه ﷺ الجند ولاية باليمن ، ولم يزل واليًا عليها حتى قتل عمرو بن الخطاب ، وكان عمر قد أضاف إليه صنعاء ، ثم ولي عثمان الخلافة ، فولاه ذلك أيضًا ، فلما حُصِر عثمان جاء لينصره فسقط عن راحلته بقرب مكة فمات سنة ٣٥هـ .

انظر أسد الغابة في معرفة الصحابة (٣/١٢٩) ، الإصابة (٢/٣٠٥) .

(٥) روى النسائي في سننه عن إسماعيل بن إبراهيم عن عبد بن أبي ربيعة عن جده عبد اللّه قال : استقرض مني رسول اللّه ﷺ أربعين ألفًا فجاءه مال فدفعه إليّ ، وقال : بارك اللّه لك في أهلك ومالك ، إنما جزاء السلف الحمد والأداء ، واللفظ له . كتاب البيوع باب الاستقراض (٧/٣١٤) ، رقم ٤٦٨٣ ، أسد الغابة في معرفة الصحابة (٣/١٢٩) . هذا ويلاحظ : أن الإمام القدوري استطاع في هذه المسألة بمقدرته الفقهية وجدارته في علم الحديث أن يرد على الشافعية بأحد عشر جوابًا على دليل واحد ، وهذا لا يأتي إلا ممن انتهت إليه رئاسة المذهب الحنفي في عصره ، ووافق الإمام ابن حزم ما ذكره القدوري علي مدعاه بأن العارية أمانة لا تضمن إلا بالتعدي ، والإمام ابن حزم فقيه ومحدث .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) : [وفي سائر كتب السنن] .

ذي حق حقه فلا وصية لوارث . العارية مضمونة والمنحة مردودة »[(١)] وهذا الخبر ليس فيه ذكر الضمان .

١٦٠٧١ - ذكره الدارقطني وأبو داود ، وكذا رويناه ، وجعلناه حجة لنا . ولو ثبت حملناه على ضمان الرد ، وعلى عارية المكيل والموزون ، وعلى عارية الرهن للمرتهن بغير رضا المرتهن .

١٦٠٧٢ - قالوا : روى قتادة عن الحسن[(٢)] عن سمرة[(٣)] أن رسول الله ﷺ قال : علي اليد ما أخذت حتى تؤديه[(٤)] .

١٦٠٧٣ - قلنا : لا دلالة فيه ، لأنه يقتضي وجوب رد المأخوذ ، وهذا متفق عليه . والخلاف في رد البدل ، والخبر لا يدل على ذلك[(٥)] .

---

(١) انظر هذا الحديث في الحاوي الكبير (١١٦/٧) ، وقد سبق تخريجه عند الاستدلال به ضمن أدلة الحنفية .

(٢) هو الإمام أبو سعيد الحسن بن يسار البصري ، كان إمام أهل البصرة وحبر الأمة في زمانه ، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر بن الخطاب ، وسمع خطبة عثمان ، أبوه مولى زيد بن ثابت ، وأمه مولاة أم سلمة ، وكان جميلًا وفصيحًا ، قال ابن سعد في طبقاته : كان جامعًا رفيعًا فقيهًا حجة مأمونا ناسكًا كثير العلم ، توفي سنة ١١٠هـ . انظر ميزان الاعتدال (٢٥٤/١) ، حلية الأولياء (١٣١/٢) ، العبر (١٠٣/١) ، شذرات الذهب (١٣٦/١) .

(٣) هو سمرة بن جندب بن هلال الفزاري ، سكن البصرة ، قدمت به أمه إلى المدينة بعد موت أبيه ، فتزوجها رجل من الأنصار اسمه مري بن سنان . وكان في حجره إلى أن صار غلامًا وغزا مع رسول الله ﷺ غير غزوة ، وكان زياد يستخلفه على البصرة إذا سار إلى الكوفة ، ويستخلفه على الكوفة إذا سار إلى البصرة ، وكان شديدًا على الخوارج وكان إذا أتى بواحد منهم قتله ، كان ابن سيرين والحسن البصري وفضلاء البصرة يثنون عليه ، روى عنه الشعبي وابن أبي ليلى وعلي بن ربيعة وعبد الله بن بريدة والحسن البصري وابن سيرين وغيرهم ، توفي سنة ٥٩هـ بالبصرة . انظر أسد الغابة (٣٠٣/٢) ، الإصابة (٧٩/٢) .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه كتاب العارية باب تضمين العارية (٢٩٧/٣) ، رقم ٣٥٦١ ، وقال : ذكر أن الحسن نسي فقال هو أمينك ولا ضمان عليه وأخرجه الترمذي في الجامع الصغير باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٣٦٩/٢) رقم ١٢٨٤ وقال حديث حسن صحيح ، ورواه الدارمي (٢٦٤/٢) ، وابن ماجه (٨٠٢/٢) ، رقم ٢٤٠٠ ، البيهقي في السنن الكبرى كتاب العارية باب العارية مضمونة (٩٠/٦) ، أحمد في مسنده (١٣/٥) . وانظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١١٩/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٥٥/٥) ، ذكر الماوردي أن في هذا الحديث دليلين : الأول : أنه جعل عليها ما أخذت ، وهذا تضمين . والثاني : أنه واجب الأداء ، وذلك بمقتضى عموم الحالين من قيمة وعين .

(٥) قال الزيلعي في تفسير هذا الحديث : على اليد ما اخذت يقتضي رد العين ، وبه نقول ، لأن رد العين واجب في الأمانات . انظر تبيين الحقائق (٨٥/٥) .

١٦٠٧٤ - قالوا : روي أن عائشة رضي الله عنها استعارت قصعة [١] وانكسرت فأمر النبي ﷺ أن يغرم لهم قصعة مثلها [٢] .

١٦٠٧٥ - قلنا : الذي روي أن صفية [٣] رضي الله عنها حملت إلى النبي ﷺ طعامًا في قصعة فكسرتها عائشة رضي الله عنها ، وليس يمتنع أن يكون كسرتها ويقال انكسرت ، لأنهم يقولون كسرته فانكسر ، ولو ثبت أنها كانت عارية انكسرت بنفسها احتمل أن يكون النبي ﷺ أمر بذلك على طريق حسن العشرة وتطمين القلب ولو كان على وجه الوجوب لضمنت بالقيمة ، لأن القصعة لا تضمن بمثلها [٤] .

١٦٠٧٦ - قالوا : روي عن ابن عباس وأبي هريرة [٥] رضي الله عنهم أنهما قالا : العارية

---

(١) القصعة هي الآنية الضخمة التي تشبع العشرة . انظر لسان العرب (٣٦٥٣/٥) مادة قصع ، طلبة الطلبة ص٢٦١ .

(٢) روى أبو داود في سننه باب تضمين العارية (٢٩٧/٣ ، ٢٩٨) رقم ٣٥٦٨ ، عن خالد بن حميد عن أنس أن رسول الله ﷺ كان عند بعض نسائه ، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادمها قصعة فيها طعام ، قال : فضربت بيدها فكسرت القصعة ، قال ابن المثنى : فأخذ النبي ﷺ فضم أحدهما إلى الأخرى فجعل فيها الطعام ويقول غارت أمكم . وزاد ابن المثنى : كلوا فأكلوا حتى جاءت قصعتها التي في بيتها وقال : كلوا ، وحبس الرسول القصعة حتى فرغوا ، فدفع القصعة الصحيحة إلى الرسول وحبس المكسورة في بيته . وفي حديث آخر قالت عائشة رضي الله عنها ما رأيت صانعًا مثل صفية ، صنعت لرسول الله ﷺ طعامًا فبعث به فأخذني أفكل فكسرت الإناء وقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت . قال : إناء مثل إناء وطعام مثل طعام . وروى البخاري في صحيحه باب إذا كسر قصعة أو شيئًا بغيره (١٧٩/٣) ، البيهقي في السنن الكبرى (٩٠/٦) . انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١١٩/٧) .

(٣) هي أم المؤمنين صفية بنت حيي بن أخطب بن سعية بن ثعلبة من سبط لاوي بن يعقوب ثم ولد هارون بن عمران أخي موسى عليه السلام ، أمها برة بنت سموئيل ، كانت زوج سلام بن مشكم اليهودي ثم خلف عليها كنانة ابن أبي الحقيق وهما شاعران قتل كنانة يوم خيبر ، روى أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ لما فتح خيبر وجمع السبي أتاه دحية بن خليفة ، فقال : اعطني جارية من السبي ، قال : اذهب ، فخذ جارية ، فذهب فأخذ صفية . قيل يا رسول الله إنها سيدة قريظة والنضير ما تصلح إلا لك ، فقال رسول الله ﷺ خذ جارية من السبي غيرها ، وأخذها رسول الله ﷺ واصطفاها وحجبها وأعتقها وتزوجها وجعل عتقها صداقها ، ماتت سنة ٥٢هـ في خلافة معاوية ، روت عن النبي ﷺ وروى عنها ابن أخيها ومولاها كنانة ومولاها الآخر يزيد بن معتب وزين العابدين علي بن الحسين وغيرهم . انظر أسد الغابة (١٦٩/٧ - ١٧١) ، الإصابة (٧٣٨/٧ ، ٧٤٢) .

(٤) انظر المبسوط (١٣٦/١١ ، ١٣٧) ، الذخيرة للقرافي (٢٠١/٦) .

(٥) هو أبو هريرة عبد الرحمن بن صخر الدوسي صاحب رسول الله ﷺ ، وكان اسمه في الجاهلية عبد الشمس وسماه الرسول عبد الرحمن ، وكان من أصحاب الصفة ، أسلم يوم خيبر وشهدها مع رسول الله ﷺ ثم لزمه وواظب عليه ، قد كان أحفظ أصحاب النبي ﷺ وأكثرهم رواية عنه ، ومن أشهر من سكن =

مضمونة ولا مخالف لهما (١) .

١٦٠٧٧ - قلنا : ذكر الطحاوي بإسناده عن علي ﷺ أنه كان لا يضمن العارية ، ويقول : هي معروف ، وذكر عن ابن عمر عن عمر ﷺ مثله (٢) .

١٦٠٧٨ - قالوا : مقبوض بغير استحقاق لنفسه له الانتفاع به ، فوجب أن يكون هلاكه من ضمانه ، كالقرض (٣) .

١٦٠٧٩ - وقولهم : بغير استحقاق احتراز من الإجارة والموصى بخدمته .

١٦٠٨٠ - [وقولهم] (٤) : لنفسه احتراز من الشركة والمضاربة والوكالة .

١٦٠٨١ - [وقولهم] (٥) له الانتفاع به : احتراز من الرهن .

١٦٠٨٢ - الجواب : أن القبض لا يستحق . إنما يخالف المستحق متى لم يكن جائزًا ، وأما إذا جاز القبض وأذن فيه فالاستحقاق / وعدم الاستحقاق سواء ، وينتقض ١٨٤/أ

= الصفة واستوطنها طوال عمر النبي ﷺ ، قال البخاري : روى عن أبي هريرة أكثر من ثمانمائة رجل من صاحب وتابع ، واستعمله عمر على البحرين ثم عزله ثم عرضه على العمل فامتنع وسكن المدينة ، وبها كانت وفاته سنة ٥٧هـ ، وقيل غير ذلك وهو ابن ٧٨ سنة . انظر أسد الغابة (٣١٨/٥ - ٣٢١) ، الإصابة (٢٠٣/٤ - ٢١١) ، حلية الأولياء ٣٧٦/١ .

(١) روى عبد الرزاق في مصنفه عن إسرائيل عن عبد العزيز بن رفيع عن أبي مليكة وكان قاضيًا قال : سألت ابن عباس أُضَمن العارية ؟ قال : نعم إن شاء أهلها . وروي أيضًا عن ابن عيينة عن عمر وابن دينار عن عبد الرحمن بن السائب عن أبي هريرة ﷺ قال : العارية تغرم حيث إن رجلًا استعار بعيرًا من رجل فعطب ، فأتي به مروان ابن الحكم فأرسله مروان إلى أبي هريرة فسألة فقال : يغرم ، وروي عن ابن عباس مثله . انظر مصنف عبد الرزاق (١٨٠/٨) ، السنن الكبرى للبيهقي (٩٠/٦) ، المحلى لابن حزم (١٧٠/٩) . وانظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١١٨/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٥٥/٥) .

(٢) انظر مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (١٨٧/٤) ، وروى عبد الرزاق في المصنف (١٧٩/٨) عن محمد بن الحنفية عن علي كرم الله وجهه ليست العارية مضمونة إنما هو معروف إلا أن يخالف فيضمن ، وروى عنه أيضًا ابن عيينة فقال : قال علي : ليس على صاحب العارية ضمان .

(٣) قال القاضي الماوردي : إنها عين تفرد باحتباسها لنفسه من غير استحقاق ، فوجب أن تكون من ضمانه كالقرض ، ولأنه مقبوض لم يزل ملك صاحبه فوجب أن يكون من ضمان من تعجل الانتفاع به كالإجارة والوديعة . انظر الحاوي (١١٩/٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه . وكل ذلك شرح وتوضيح من قبل الإمام القدوري على الدليل قبل الرد عليه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

بالمقبوض على سوم الإجارة إذا قال استعمله والأوصاف موجودة ، ولا ضمان .

١٦٠٨٣ - ومعنى قولنا : إنه مقبوض بنفسه أنه يقبضه حتى ينظر هل يصلح له أم لا ؟ وهذه منفعة يختص بها ولا شبهة في أنه غير مضمون ، لأنه مقبوض على سوم عقد لا يقتضي الضمان . والمعنى في القرض أنه قبضه ليتملكه بالعوض ، فكان مضمونًا عليه ، والعارية قبضها بإذن مالكها لا يملكها ولا يقضي بها حقًّا عليه فلم يكن مضمونًا كالإجارة والوديعة . أو نقول : لفظ العوض موضوع لوجوب المثل . يقولون : الأيادي من قرض ، بمعنى من أسدى معروفًا وجب له مثله . وإذا اقتضى اللفظ وجوب المثل كان مضمونًا ، والعارية أخذها بإذن مالكها ، لا ليمتلكها ولا ليقضي بها حقًّا فلم تكن مضمونة .

١٦٠٨٤ - قالوا : كل مال ضُمن بالرد ضُمن بالقبض ، كالمأخوذ على سبيل السوم . وعكسه الوديعة والمضاربة والشركة والعين المستأجرة [1] .

١٦٠٨٥ - قلنا : يبطل بمن استأجر رجلًا ليحمل له حمولة في منزله فالمتاع مضمون الرد على الحمال ، وليس مضمون العين ، [والحربي إذا غصب من المسلم مالاً فليس بمضمون العين] [2] وهو مضمون الرد عندهم [3] لأنه لا [يملكه] [4] بالغلبة وكذلك عن أصلهم إذا غصب صبيًا حرًّا فهو مضمون الرد عندهم ، وليس بمضمون العين .

١٦٠٨٦ - ولأن ضمان الرد إنما يجب لمعنى ، وهو أن المالك لا منفعة له في قبض المستعير ، وإنما انفرد بالمنفعة فلم يجز تكليف المالك مؤنة ، وعليه ضمان العين للتعدي في الأجرة أو القبض للتمليك أو للقضاء ، وهذا لم يوجد في العارية . والمعنى في المقبوض على وجه السوم أنه يشبه لو قبض به الموصى له ضمن ، كذلك إذا قبض به غير الموصى له ضمن ، بيانه : أن رجلًا لو أوصى أن يباع عبده من فلان ، فمات الموصي ، ودفع إلى الموصي له لينظر هل يصلح له أم لا ، فهلك في يده كان مضمونًا عليه . وأما العارية فهو تسليم العين على طريق التبرع بمنفعتها وهذا المعنى لو وقع إلى الموصى له لم تصر العين مضمونة عليه ، كذلك إذا قبضها عن الموصى له علي ذلك الوجه لم تكن

---

(١) انظر هذا المعنى في النكت للشيرازي ورقة ١٧٢ (أ) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) قال الماوردي : إذا أحرز المشركون أموال المسلمين بغارة أو سرقة لم يملكوها . انظر الحاوي الكبير (٢١٦/١٤) .

(٤) في جميع النسخ [يمكنه] بدلًا من [يملكه] ، والمثبت هو الصواب .

مضمونة عليه .

١٦٠٨٧ - قالوا : مقبوض عن عقد لا يتضمن زوال الملك فوجب أن يكون هلاكه ممن تكملت المنفعة له كالوديعة [١] .

١٦٠٨٨ - قلنا : يبطل بالعبد الموصى بخدمته . ونقلب فنقول : ألا يكون مضمونًا على القابض ، كالوديعة ؟ .

١٦٠٨٩ - قالوا : المستعير من الغاصب إذا ضمن لصاحبه لم يرجع على الغاصب . فوجب إذا قبضه من صاحبه لم يكن مضمونًا [٢] . أصله : القبض لشراء فاسد على سبيل السوم وغصبه من الغاصب . وتحريره [٣] أن كل ما قبضه من الغاصب ضمنه لصاحبه ، ولم يرجع على الغاصب ، فإذا قبضه من صاحبه كان مضمونًا عليه ، أصله ما ذكرنا .

١٦٠٩٠ - قلنا : الرجوع فيما لزمه من الضمان ليس من وجوب الضمان في شيء ، لأن الرجوع إنما يكون لأجل الغرور بإيجاب عقد فيه بدل أو يقتضى [٤] نفعه [ولا يوجد في قبض المستعير ، لأن قبضه نفعه لمنفعة نفسه] [٥] بغير عوض ؛ فلهذا لا يرجع . وإنما عليه الضمان بأن يكون القبض وقع بغير رضا المالك أو على وجه التملك ببدل ، أو قضاء الحق ، وهذا لا يوجد في العارية .

١٦٠٩١ - فإن قيل : إذا كان قبض المستعير لنفسه فيجب أن يتعلق به الضمان ، إذا أعار [الغاصب] [٦] أقبض المودَع الذي وقع قبضه للمالك .

١٦٠٩٢ - قلنا : يبطل هذا بقبض الموصى له الخدمة .

١٦٠٩٣ - فإن قيل : هناك القبض مستحق بدلالة أن الورثة لا تملك الرجوع .

---

(١) المغني مع الشرح الكبير (٣٥٦/٥) .

(٢) الحاوي الكبير (١١٩/٧) وعبارته : « لأن الغاصب لو أعار كان المستعير منه ضامنًا ، ولو أودع كان المستودع منه غير ضامن ، لأن المستودع لو أغرم رجع على الغاصب ، والمستعير إذا غرم لم يرجع على الغارم ، وكذلك إذا كان مقبوضًا من المالك .

(٣) قال الماوردي : ويتحرر من اعتلاله قياسان ، أحدهما : أن كل قبض وقع من غير المالك مضمونًا يكون كذلك لو وقع من المالك كالغصب طردًا والوديعة عكسًا . والثاني : أنه مستعار فوجب أن يكون مضمونًا على المستعير كالمغصوب قياسًا على المستعير من الغاصب . انظر الحاوي الكبير (١١٩/٧ ، ١٢٠) .

(٤) في (ع) ، (م) : [يقتضي] ، وفي (ص) : [العبارة غير واضحة ، ولعلها يقتصر] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) وموجود في هامش (ص) .

١٦٠٩٤ - قلنا : ليس بمستحق بدلالة أن الموجَبَ له ، وهو الموصي ، يملك الرجوع فيه وإنما يتعذر عليه ما كان يملكه بموته ولم يتعذر على المعير ، فلا فرق بينهما . وأصل العلة المقبوض على وجه السوم وبيعٍ فاسدٍ ، وقد بينا الفرق بين ذلك وبين العارية ، وهو أن ذلك يشبه لو قبض به الموصى له كان مضمونًا وبذل المنافع على وجه التبرع سبب لو قبض به الموصي لم يكن مضمونًا ، وإن جعلوا الأصل الغصب .

١٦٠٩٥ - والمعنى فيه أنه قبض تضمن به الأجزاء فضمنت به العين ، وهذا القبض لا يضمن به الأجزاء على ما قدمنا فلا يضمن به العين [1] . أو نقول المعنى في الغصب أنه مأخوذ على جهة التعدي فكان مضمونًا على القابض .

١٦٠٩٦ - وفي مسألتنا مأخوذ بإذن المالك لينتفع بالعين ويردها ، فلم يكن مضمونا كالمستأجر والموصى [2] بخدمته .

١٦٠٩٧ - قالوا : العارية على ضربين : عارية المكيل والموزون ، وعارية المنافع ، فإذا كان يقتضي أحدهما الضمان كذلك الآخر [3] .

---

(١) في (م) : [المعنى] .

(٢) في (ع) ، (م) : [الوصي] .

(٣) يشترط الشافعية وغيرهم في المستعار كونه منتفعًا به مع بقاء عينه فلا يعار النقدان ، لأنه لا ينتفع بهما الانتفاع الغالب إلا بإخراجهما من اليد وإنفاقهما ، وأما منفعة التزيين بها والضرب على طبعها فمنفعة ضعيفة ، ويقاس على ذلك المكيل والموزون بجامع عدم بقاء العين وهذا محل اتفاق الفقهاء . ففي تبيين الحقائق : عارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود قرض ، لأن الإعارة إذن في الانتفاع ، ولا يتأتى الانتفاع بهذه الأشياء إلا باستهلاك عينها ، ولا يملك الاستهلاك إلا إذا ملكها ، فاقتضت تمليك عينها ضرورة ، وذلك بالهبة أو القرض ، والقرض أدناهما ضررًا لكونه يوجب رد المثل . وفي الذخيرة : الشرط الأول للمستعار أن يكون منتفعًا به مع بقائه فلا معنى لإعارة أطعمة ونحوها من المكيلات والموزونات بل ذلك قرض . وعند الشافعية كما جاء في مغني المحتاج ، ونهاية المحتاج : شرط المستعار كونه منتفعًا به مع بقاء عينه ، فلا يعار النقدان إذ منفعة التزيين بها والضرب على طبعها منفعة ضعيفة ومعظم منفعتها في الإنفاق والإخراج . وإذا صرح به أو نوى صحت عند بعض المتأخرين ، فلا يعار المطعوم ونحوه فإن الانتفاع به إنما هو بالاستهلاك فانتفى المقصود من الإعارة . وجاء في المغني : ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها فإن استعارها لينفقها فهذا قرض ، ثم قال : إن هذا معنى القرض فانعقد القرض كما لو صرح به . انظر كل ذلك في تبيين الحقائق (٥/٨٧) ، الذخيرة للقرافي (٦/١٩٨) ، مغني المحتاج (٢/٢٦٥) ، نهاية المحتاج (٤/٢٤٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٥/٣٥٩) . ومن نصوص الفقهاء يتبين أنه لا عارية للمكيل والموزون وكل ما لا تبقى عينه ، بل إن أعاره فهو قرض ، لأن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ ، لأن الانتفاء يحصل هنا باستهلاك العين فهو مناف لوضع العارية ، ولم يخالف في ذلك إلا ما نقل عن بعض متأخري الشافعية . وعند الحنابلة في قول يجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزين بها ، مستدلين على ذلك بقول النبي ﷺ : من منح منحة ورق كان له كعدل ورقة . رواه الإمام أحمد في مسنده (٤/٢٧٢) . فقد قيل =

١٦٠٩٨ - قلنا : عارية المكيل والموزون قرض عبر عنه بالعارية [١] فله أحكام القرض ، وإن عبر عنه بغير عبارته ، كما أن النكاح ينعقد عندنا بلفظ الهبة ، ويكون له أحكام الأنكحة [٢] لا أحكام الهبات .

* * *

= أراد به القرض ههنا . انظر مجمع الزوائد للهيثمي (٨٥/١٠) .

(١) قياس العارية المطلقة على عارية المكيل والموزون في وجه ضعيف عندهم أنه يصح أن يعار ولكن الصواب أنه عارية مجازًا لا حقيقة . قال السمرقندي : إعارة المكيل والموزون وكل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه قرض حقيقة ولكن عارية مجازًا ؛ لأنه عارض الانتفاع به باستهلاكه ببدل فكان تمليكًا ببدل ، وهو القرض . انظر تحفة الفقهاء (٢٨٤/٣) .

(٢) انظر الهداية (١٨٩/١ ، ١٩٠) .

مسألة ٧٩٩

حكم من أعار أرضًا ليبني فيها أو يغرس

١٦٠٩٩ - قال أصحابنا : إذا أعاره أرضًا ليبني فيها ويغرس فبنى وغرس ، وقد أطلق العارية ، فله الرجوع ومطالبته بقلع البناء والغراس ، ولا ضمان عليه .

١٦١٠٠ - وإن وَقّت العارية فرجع قبل مضي الوقت كان له المطالبة بالقلع ويضمن النقصان . وإن مضت المدة فطالبه بالقلع فليس عليه ضمان . وكذلك الإجارة إذا انقضت وفي الأرض بناء أو غراس فله المطالبة بالقلع ، ولا ضمان عليه (١) .

١٦١٠١ - وقال الشافعي : إذا كانت العارية مطلقة لم يقلع إلا بشرط الضمان . وكذلك إن كانت مؤقتة ، فمضت المدة . وكذلك الإجارة إذا انقضت لم يلزم المستأجر إلا بشرط الضمان ، إلا أن يكون شرط أنه يَقْلَعُ بعد مضي المدة (٢) .

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدي (٢٢٢/٣) ، البناية على الهداية (١٨٧/٩) ، المبسوط (١٤١/١١) ، تبيين الحقائق (٨٨/٥) ، الاختيار لتعليل المختار (٣١٤/٢) ، بدائع الصنائع (٢١٦/٦ ، ٢١٧) . قال الكاساني : إن الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم فكان للمعير أن يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وَقّت لها وقتًا . وعلى هذا إذا استعار من آخر أرضًا ليبني عليها أو ليغرس فيها ثم بدا للمالك أن يخرجه فله ذلك ، سواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة ، غير أنها إن كانت مطلقة له أن يجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء ؛ لأن في الترك ضررًا بالمعير ؛ لأنها لا نهاية لها ، وإن قلع ونقض لا يضمن المعير شيئًا من قيمة الغرس والبناء . وإن كانت مؤقتة فأخرجه قبل الوقت لم يكن له أن يخرجه ولا يجبر على النقض والقلع ، والمستعير بالخيار ، إن شاء ضمن صاحب الأرض قيمة غرسه وبناءه قائمًا سليمًا وترك ذلك عليه ، فكان له أن يرجع عليه بالضمان وإن شاء أخذ غرسه وبناءه ولا شيء على صاحب الأرض . عبارة الكاساني أوضح وأدق .

(٢) كتاب الأم (٢٥٠/٣ ، ٢٥١) ، التهذيب (٣٦٤/١) ، التنبيه ص ١١٢ ، التكملة الثانية للمجموع (٢١١/١٤) ، مغني المحتاج (٢٧١/٢) ، نهاية المحتاج (١٣٦/٥) ، حلية العلماء (١٩٦/٥ - ١٩٨) ، الوجيز (١٠٤/١ ، ٢٠٥) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١٤٧/٢) ، روضة الطالبين (٤٣٧/٤) . وذهب المالكية إلى أنه إذا أعاره أرضه ليبني فيها بنيانًا أو يغرس غرسًا فلما غرس أو بني أراد إخراجه بقرب ذلك فله ذلك ، بشرط أن يدفع للمستعير ما أنفقه ، وكلفه ، على ذلك البنيان أو الغرس . وإذا لم يدفع المعير للمستعير ما أنفقه يلزم المعتاد في البناء والغرس حتى يستكمل ما أراده لأن العادة الشرط ، ومن أعار شخصًا أرضه ليبني فيها أو يغرس إلى مدة معلومة ثم انقضت مدة البناء أو الغرس المشترط أو المعتادة فإن المستعير يصير حكمه حكم الغاصب ، فإن شاء ربُّها أمره بقلع البناء أو الشجر وتسوية الأرض أو أمره بإبقاء ما فعل ، ويدفع له قيمة ذلك منقوضًا . شرح الزرقاني (١٦٢/٦) ، التفريع (٢٦٨/٢) ، الخرشي (١٢٦/٦) ، بداية =

١٦١٠٢ - لنا : حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : المنحة مردودة والعارية مؤداة [١] وهذه عارية فيجب أن تكون مؤداة في كل حال .

١٦١٠٣ - وهذا لا يكون حتى يرد مواضع البناء والغراس [٢] ولأنه لم يوجد غرر [٣] من المعير فله أن يطالبه بقلع الشجر من غير ضمان ، أصله إذا شرط في العارية القلع وعكسه إذا طالب بالقلع قبل مضي المدة [٤] .

١٦١٠٤ - فإن قيل : لا نسلم أنه لم يغرره ؛ لأن البناء والغرس يراد للتأبيد فالظاهر أنه أبّد العارية .

١٦١٠٥ - قلنا : العارية لا يصح التأبيد فيها وما لا يصح لا يجوز أن يقتضيه العقد ، ولأن الغرس قد يقصد به التأبيد وقد لا يقصد فلم نسلم لهم ما ذكروه ، ولأنه شغل العارية بما لا غاية لقلعه فيجبر على قلعه ، أصله إذا بدل النقصان .

= المجتهد (٣١٤/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٣٩/٣) ، الذخيرة (٢١١/٦ ، ٢١٢) . وعند الحنابلة : إذا أطلق المدة في العارية فله أن ينتفع بها ما لم يرجع أو ينقضي الوقت ؛ لأنه استباح بالإذن وفيما عدا محل الإذن يبقي على أصل التحريم ، فإن كان المعار أرضًا لم يكن له أن يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع . فإن فعل شيئًا من ذلك لزمه قلع غرسه وبنائه ، وحكمه حكم الغاصب ، كما تجوز إعارة الأرض للبناء والغراس وله الرجوع ما لم يضعه وبعد وضعه ما لم يبن عليه ؛ لأنه لا ضرر فيه ، فإن بنى عليه لم يجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء وذلك ضرر بالمستعير فلا يجوز ، فإن شرط المعير على المستعير قلعه لزم القلع بلا نزاع مجانًا ، فإن لم يشترط قلع غرسه أو بنائه بوقت أو رجوع وأبي المستعير قلعه لم يجبر عليه . وللمعير قلعه ، ويضمن نقضه بالقلع ، قال المرداوي : وهو المذهب جمعًا بين الحقين . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٦٤/٥ ، ٣٦٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٩٤/٢) ، الإنصاف (١٠٦/٦ ، ١٠٧) .

(١) سبق تخريج الحديث.

(٢) انظر الاختيار لتعليل المختار (٣١٤/٢) .

(٣) الغرر : الخطر « وقد نهي رسول الله ﷺ عن بيع الغرر » . أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده عن أبي هريرة (٣٧٦/٢) ، وعن ابن عمر (١٤٤/٢) ، وعن ابن عباس (٣٠٢/١) ، وأبو داود في سننه كتاب البيوع والإجارات باب بيع الغرر (٦٧٢/٣) . وهو ما كان له ظاهر ليغر المشتري وباطن مجهول . قال الأزهري : بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة ، وتدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول ، كبيع السمك في الماء والطير في الهواء . انظر طلبة الطلبة ص٢٩٦ ، لسان العرب (٣٢٣٣/٥) ، المصباح المنير (٦٠٩/٢) .

(٤) إن كان وقّت له وقتًا عشرين سنة أو نحو ذلك ، ثم أخرجه قبل الوقت فهو ضامن للمستعير قيمة بنائه وغرسه . وحجتنا في ذلك أن المعير بالتوقيت يصير غارًّا للمستعير ، بخلاف ما إذا أطلق فهلك المعار لم يصر غارًّا ولكن المستعير مغتر بنفسه حتى ظن أنه بمطلق العقد يتركها في يده مدة طويلة . انظر المبسوط (١٤١/١١ ، ١٤٢) .

١٦١٠٦ - ولأنه لم يوقّت العارية فكان له المطالبة بالقلع من غير ضمان . أصله إذا أطلق ، وإن أذن له في الغراس فبنى [١] .

١٦١٠٧ - ولأنه استأجر ، فإذا مضت المدة لم يجز أن تتأبد يده فيما استأجر ، كمن استأجر للسكنى [٢] .

١٦١٠٨ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام « وليس لعرق الظالم حق [٣] » دليله أن عرق غير الظالم له حق ، فوجب أن لا يقلع . فإذا مضت المدة فهو ظالم لنفسه بالغرس في أرض المالك ، فهو عرق ظالم في هذه الحال [٤] .

١٦١٠٩ - قالوا : غرس مأذون فيه له بشرط قلعه ، فوجب أن لا يجبر على قلعه على وجه يضر بغارسه ، كما لو أعاره للغراس سنة فطالبه بالقلع قبل مضيها [٥] .

١٦١١٠ - قلنا : هناك لما سمى له المدة ، والظاهر أنه يفي بوعده ، فصار غارًّا بذلك ، فلزمه الضمان . فأما إذا مضت المدة فلا غرر ؛ لأنه قدَّر له مدة الانتفاع ، وعلم أنه قدر له ذلك ليخص العارية به .

١٦١١١ - فإن قيل : إنما قدر المدة حتى لا يتعدى بالغراس بعدها .

١٦١١٢ - قلنا : غلط . الظاهر أن تقدير المدة ليختص الانتفاع بها ، فلا يثبت له

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٢١٧/٦) .

(٢) إذ المنافع تارة تصير معلومة بالمدة واستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة ، فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت . انظر الهداية (٢٣١/٣) .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الخراج والإمارة والفيء باب في إحياء الموات (١٧٨/٣) رقم ٣٠٧٣ عن سعيد بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال : « من أحيا أرضًا ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » . واللفظ له . وأخرجه الترمذي في سننه ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في إحياء الأرض الموات وقال : حديث حسن غريب . وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً . وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب إحياء الموات ، باب ما جاء من أحيا أرضًا ميتة فهي له عن هشام عن أبيه (١٤٣/٦) ، وروي الإمام مالك في الموطأ باب القضاء في الموات عن هشام بن عروة عن أبيه ص٤٦٣ ، والإمام الشافعي في مسنده كتاب اختلاف مالك والشافعي ٢٢٤ ، سبل السلام (٧٢/٣) .

(٤) شرح منتهي الإرادات (٣٩٤/٢) ، وعبارته : فإن لم يشترط المعير على المستعير قلع غرسه أو بنائه بوقت أو رجوع وأبى المستعير قلعه لم يجبر عليه لمفهوم حديث : « ليس لعرق ظالم حق » لأنه قبضه بإذن رب الأرض ، ولم يشترط عليه قلعه وعليه فيه ضرر ، بنقص قيمته بذلك .

(٥) انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٦٧/٥) ، وعبارته : ولنا أنه لو بنى وغرس بإذن المعير من غير شرط القلع لم يلزمه القلع من غير ضمان ، كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت .

حق فيما بعد .

١٦١١٣ - قالوا : الظاهر أن الغراس يراد للتأبيد ، فحمل إطلاق العقد على ظاهره ، ولم يجز له الرجوع كما لو أعاره موضعًا ليدفن فيه (١) .

١٦١١٤ - قلنا : عندهم لا فرق بين التوقيت وعدم التوقيت ، فلا معنى للرجوع إلى العادة في التأبيد ، فأما الغرس فغير مسلم ، وأما إذا أعاره له - للبناء فتجوز له المطالبة بالنقل من ملكه ، ولو سلمنا فلأن النقل بالتراضي ممنوع منه ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنه بالتراضي غير ممنوع منه .

* * *

(١) انظر مغني المحتاج (٢٧٠/٢) ، وعبارته : للمعير والمستعير رد العارية متي شاء ، وإن كانت مؤقتة والمدة باقية ، إلا إذا كانت العارية لازمة كمن أعار أرضًا لدفن ميت محترم ، وفَعَلَ المستعيرُ فلا يرجع المعيرُ في الموضع الذي دُفن فيه ، وامتنع على المستعير ردها للزومها من جهتها ، حتى يندرس أثر المدفون .

مسألة ٨٠٠

رد العارية

١٦١١٥ – قال أصحابنا : إذا رد العارية إلى منزل صاحبها ، كما لو كانت دابة فردها إلى اصطبله أو إلى عبده أو إلى زوجته كان ذلك ردًّا صحيحًا ، ولم يلزمه ضمان [1] .

١٦١١٦ – وقال الشافعي : لا يبرأ حتى يردها إلى يد مالكها أو وكيله [2] .

١٦١١٧ – لنا : حديث سمرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « على اليد ما أخذت حتى ترده » [3] وهذا قد رد .

---

(١) المبسوط (١٣٩/١١ ، ١٤٠) ، البناية على الهداية (١٩٢/٩) ، تبيين الحقائق (٨٩/٥) ، الهداية (٢٢٣/٣) ، وعبارته : « إذا استعار دابة فردها إلى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن ، وهذا استحسان وفي القياس يضمن ، لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها ، وجه الاستحسان : أنه أتى بالتسليم المتعارف ؛ لأن رد العواري إلى دار الملاك معتاد ، كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار ، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده » وقال صاحب الاختيار (٣١٥/٢) : « لو رد الثوب إلى داره ، ومع من في عياله ، أو عبده ، أو أجيره الخاص برئ » ولم يذكر المصنف حقيقة المذهب كما ذكره غيره من الفقهاء . وبه قال المالكية ، انظر الذخيرة (٢٠٥/٦) ، مواهب الجليل على مختصر الخليل (٢٧٣/٥) ومذهب الحنابلة في ذلك أنه : « إن ردها إلى من جرت العادة بجريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفة في ماله ، ورد الدابة إلى سائسها ، فقياس المذهب أنه يبرأ من الضمان ، قاله القاضي ، وقال المرداوي : هذا المذهب وعليه الأصحاب . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٥٨/٥) ، شرح منتهي الإرادات (٣٩٨/٢) ، الإنصاف (١١٦/٦) .

(٢) الحاوي الكبير (١٣١/٧) ، حلية العلماء (١٩٣/٥) ، روضة الطالبين (٤٤٦/٤) ، المهذب (٣٧١/١) . قال الماوردي : « وإذا استعار دابة ثم ردها إلى إصطبل المعير لم يبرأ من ضمانها ، حتى يدفعها إلى المعير أو إلى وكيله فيها » وقال النووي : قال أصحابنا : الرد الواجب المبرئ هو أن يسلم العين إلى المالك أو وكيله في ذلك ، فلو رد الدابة إلى الإصطبل أو الثوب ونحوه إلى البيت الذي أخذه منه لم يبرأ من الضمان . وبقول الشافعية قال الحنابلة كما جاء في المغني : فإذا كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها يبرأ بذلك من ضمانها . وإن ردها إلى المكان الذي أخذت منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها . المغني مع الشرح الكبير (٣٥٨/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٩٨/٢) ، الإنصاف (١١٧/٦) . نلاحظ أن الحنابلة يوافقون الحنفية في بعض الفروع ، حيث حكموا العادة في ذلك ، ويوافقون الشافعية في فروع أخرى . وإجمال الخلاف في ذلك أن الأحناف ذهبوا إلى القول ببراءة المستعير على وجه الاستحسان برد العارية إلى أماكن حفظها في العرف والعادة ؛ لأن العادة محكمة ، وذهب الشافعية إلى أنه لا يبرأ من الضمان حتى يردها إلى يد مالكها أو وكيله .

(٣) قد سبق تخريج الحديث والنص هكذا : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » .

١٦١١٨ – فإن قيل : المراد به حتى تُرَدَّ إلى المالك .

١٦١١٩ – قلنا : قد يبرأ بالرد إلى وكيل المالك والمولى عليه .

١٦١٢٠ – فإن قالوا : يضمن جميع ذلك .

١٦١٢١ – قلنا : فنحن نضمن الرد المعتاد ، وهو أخص مما أضمرتم فكان أولى .

١٦١٢٢ – ولأنه رد العارية إلى الموضع الذي يعتاد كونها فيه ، فوجب أن يبرأ من ضمان الرد . أصله إذا رد وهو حاضر [١] . ولأنه إذا ردها إلى من جرت العادة بالرد عليه فأشبه إذا ردها إلى صاحبها [٢] .

١٨٤/ب ١٦١٢٣ – ولأنه رد العارية إلى من يحفظ به العين في العادة فوجب / أن يبرأ من ضمان الرد . أصله : إذا رد العارية إلى المالك [٣] .

١٦١٢٤ – احتجوا : بأن ما وجب رده وجب رده على مستحقه ، أو من هو في مقامه بوكالة أو ولاية . ولأنه في منزله . أصله : الوديعة ومال المضاربة والمال الذي في يد الشريك والوصي والمسروق والمغصوب [٤] .

١٦١٢٥ – قلنا : الرد يعتبر فيه العادة [٥] ، والودائع لم تجر العادة بردها إلى البيوت ، وإنما ترد إلى المالك ، والعواري قد جرت العادة بردها إلى منزل صاحبها وبرد الدواب إلى إصطبلها ، فوجب أن تعتبر العادة في كل واحد من الأمرين .

---

(١) المبسوط (١١/١٤٠) ، البناية على الهداية (٩/١٩٢) .

(٢) الهداية (٣/٢٢٣) ، الاختيار (٢/٣١٥) .

(٣) الهداية (٣/٢٢٣) ، البناية على الهداية (٩/١٩٢) ، المبسوط (١١/١٤٠) ، الاختيار (٢/٣١٥) .

(٤) شرح منتهى الإرادات (٢/٣٩٨) ، المغني مع الشرح الكبير ٥/٣٥٩ ، وعبارته : لنا أنه لم يردها إلى مالكها ولا نائبة فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي .

(٥) العادة في اللغة : مأخوذة من العودة والمعاودة بمعنى التكرار ، والعادة اسم لتكرير الفعل والانفعال حتى يصير ذلك سهلًا تعاطيه ، كالطبع . قال ابن منظور : العادة : الديدن يعاد إليه ، ومعرفة ، وجمعها عاد وعادات ، والمعاود المواظب على أمر . وعند الأصوليين : أنها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية . وعند الفقهاء : عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطبائع السليمة . أنواعها ثلاثة : العرفية العامة كوضع القَدَم ، واليد . والعرفية الخاصة لاصطلاح كل طائفة مخصوصة : كالرفع للنحاة والفرق والجمع والنقض للنظار . والعرفية الشرعية كالصلاة والزكاة والحج تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية وهذه المسألة مرتبطة بالقاعدة الفقهية « العادة محكمة » . وأصل هذه القاعدة هو الحديث الموقوف « ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند اللَّه حسن » . رواه الحاكم في المستدرك (٣/٧٨) انظر لسان العرب (٤/٣١٥٨) ، المصباح المنير (٢/٥٩٧) ، التعريفات ص١٦٠ ، الأشباه والنظائر ص٩٣ غمز عيون البصائر للحموي (١/٢٩٥) .

مسألة ٨٠١

إعارة المستعار وإجارته

١٦١٢٦ - قال أصحابنا : إذا استعار جاز أن يعير ، إلا أن يُشْتَرَطَ استيفاءُ المستعير للمنفعة ، والعين مما يختلف باختلاف الاستعمال [(١)] .

١٦١٢٧ - وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز أن يؤجر قولًا واحدًا [(٢)] ، وهل له أن يعير ؟ على وجهين : [(٣)] .

---

(١) مذهب الأحناف أن ما كان استعماله يتفاوت بتفاوت المستعمل ، كمن استعار ثوبًا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن ؛ لأن الناس يتفاوتون في لبس الثوب ، ولبس القصاب والدباغ لا يكون كلبس البزاز والعطار ، فكان هذا تقييدًا مفيدًا في حق صاحب الثوب فإذا ألبسه المستعير غيره صار مخالفًا ، وكذلك الدابة إذا استعارها يركبها هو ، لأن الناس يتفاوتون في الركوب ، فرب راكب يروض الدابة وآخر يقتلها . فأما إذا استعاره ولم يسم من يلبسه فأعاره غيره لم يضمن ؛ لأن صاحب الثوب رضي باستيفاء منفعة اللبس من ثوبه مطلقًا ، فسواء لبسه المستعير أو غيره ، لم يكن مخالفًا لما نص عليه المستعير ، وكذلك إذا كان المستعار مما لا تتفاوت الناس في الانتفاع به كسكنى الدار وخدمة العبد ؛ لأن تقييده هنا بنفسه غير مفيد فيكون وجوده كعدمه ، وهو بناء على أصلنا أن للمستعير أن يعير . انظر المبسوط (١٤٠/١١) ، بدائع الصنائع (٢١٥/٦ ، ٢١٦) ، الهداية (٢٢١/٣) ، البناية على الهداية (١٨١/٩) ، الاختيار (٣١٢/٢) ، حاشية ابن عابدين (٥٠٣/٢) ، تبيين الحقائق (٥٨/٥ ، ٥٩) ، رؤوس المسائل ص٣٤٣ ، وبه قال ابن شاش وابن الحاجب من المالكية ؛ لأن المعير مالك المنفعة غير محجور عليه ، فصح من المستعير والمستأجر أن يعيرا . إلا أنهما لو لم يشترطا استيفاء المستعير المنفعة بنفسه فيما لا يختلف باختلاف الاستعمال والركوب ، وقالا بجوزاها مطلقًا ، وبه قال الشافعية في وجه . انظر مواهب الجليل (٢٦٨/٥) ، الحاوي الكبير (١٢٧/٧) ، مغني المحتاج (٢٦٤/٢) .

(٢) هذا محل اتفاق بين جمهور فقهاء المذاهب الأربعة الذين ذهبوا إلى أنه ليس للمعير أن يؤجر المستعار ؛ ففي الهداية : وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره ، فإن أجرهْ فعطب ضمنه . وفي شرح الزرقاني : ليس له - المستعير - أن يعير ولا يؤجر . وفي الحاوي : ولم يجز أن يؤجرها ؛ لأن الإجارة لازمة والعارية غير لازمة . وفي المغني : وليس له أي للمستعير أن يؤجره ؛ لأنه لا يملك المنافع فلا يصح أن يملكها ولا نعلم في هذا خلافًا . انظر الهداية (٢٢١/٣) ، البناية (١٨١/٩) ، تبيين الحقائق (٨٥/٥) ، شرح الزرقاني (١٢٧/٦) ، الحاوي (١٢٧/٧) ، المجموع (٢٠٩/١٤) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٦١/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٩٦/٢) . ويلاحظ أن الإمام القدوري لم يتعرض إلى إجارة المستعار في المذهب الحنفي ولكن الاتفاق بين الأئمة الأربعة على عدم الجواز .

(٣) قال الماوردي : وفي جواز إعارتها وجهان : أحدهما : يجوز أن يعير كما يجوز للمستأجر أن يؤجر ، والوجه الثاني : لا يجوز أن يعير وهو الصحيح . انظر الحاوي الكبير (١٢٧/٧) ، حلية العلماء (١٩٥/٥) ، =

١٦١٢٨ - لنا : أن التبرع في حال الحياة تارة يقع بالأعيان وتارة بالمنافع ، فإذا كان من تُبُرِّعَ عليه بعين وجاز له أن ينتفع بها بنفسه جاز أن ينقل الانتفاع إلى غيره ، كذلك إذا تُبُرِّع عليه بالمنفعة .

١٦١٢٩ - ولأن التبرع بالمنفعة تارة يكون في الحياة وتارة بعد الموت بالوصية ، ثم جاز للموصى له بالمنفعة أن يعير ، كذلك المستعير . ولأنه عقد يدخله التوقيت فجاز أن ينقل المعقود له إلى غيره ، كالإجارة .

١٦١٣٠ - ولأن الأعيان يصح تمليكها كالمنافع ، ثم كان التبرع بالأعيان في حال الحياة تارة إباحة وتارة تمليكا ، كذلك المنافع [١] .

١٦١٣١ - احتجوا : بأنه تبرع لم يتصل بالقبض كالهبة التي لم تقبض .

١٦١٣٢ - قلنا : قبض العين التي تستوفى المنفعة عند مخالفنا قبض لمنافعها فلم يصح هذا الكلام على أصله . فأما على أصلنا فإن قبض العين ثبت لجواز التصرف في المنافع بدلالة المستأجر .

١٦١٣٣ - قالوا : أما بالانتفاع على الصفة فلم يجز له أن يبيح لغيره ، لأن ذلك استيفاء على غير الوجه الذي أثبت له [٢] .

١٦١٣٤ - قلنا : إذا أطلق العارية ولم يقل : إن تركت أنت فقد أباحه مطلقًا فلم يكن في ذلك استيفاء ماله بوجه ، فأما إن أعير ركوبه فليس له أن يعير . ثم هذا تمليك وليس بإباحة . الدليل عليه : أن هذا العقد مختلف في تعلق الصحابة به ، ولو كان إباحة لم يصح ذلك فيه .

= مغني المحتاج (٢٦٤/٥) ، المهذب (٣٧١/١) ، وبوجه الصحيح عند الشافعية قال المالكية في الأظهر والحنابلة قولًا واحدًا . ففي بداية المجتهد : الأظهر أنها لا تصح من المستعير أن يعيرها . وفي شرح الزرقاني : أن ليس له أن يعير . وفي المغني : وليس للمستعير أن يعير ما استعاره لغيره . انظر بداية المجتهد (٣١٢/٢) ، شرح الزرقاني (١٢٧/٦) ، التفريع (٢٦٩/٢) ، مواهب الجليل (٢٦٨/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٦١/٥) ، شرح منتهي الإرادات (٣٩٦/٢) .

(١) المبسوط (١٤٠/١١) ، وعبارته : إن المستعير مالك للانتفاع بالعين ، فيملك أن يعبره من غيره كالمستأجر والموصى له بالخدمة .

(٢) الحاوي الكبير (١٢٧/٧) ، مغني المحتاج (٢٦٤/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٦١/٥) ، قال ابن قدامة : إن العارية إباحة المنفعة ، فلم يجز أن يبيحها غيره ، كإباحة الطعام . وفارق الإجارة ، لأنها ملك الانتفاع على كل وجه ، فملك أن يملكها ، وفي العارية لم يملكها ، إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له ، =

١٦١٣٥ - ولأنه إذا ذكر فيه عوضًا كان تمليكًا . وكذلك إذا كان بغير عوض . ولأن العارية إذا علقت بالأعيان التي لا منافع لها كانت قرضًا . فلولا أن مقتضاها التمليك لم تملك بعقدها الأعيان .

١٦١٣٦ - ولأن عند مخالفنا يستحق لها اليد على التأبيد [1] ؛ فلو كانت إباحة لم تتأبد اليد فيها . ولأن مطلق العارية يجوز أن ينقل به العين إلى حيث شاء ؛ فلو كانت إباحة لم يجز النقل بالإطلاق ، كمن أباح لغيره أكل طعامه .

١٦١٣٧ - فإن قيل : لو كان تمليكًا لجاز له أن يؤجرها [2] .

١٦١٣٨ - قلنا : إنها لا تجوز ؛ لأنه يؤدي إلى قطع حق المُعِير عنها ، وهو يملكه على أن ينقطع حقه متى شاء أن يرتجعها .

* * *

= فأشبه من أبيح له أكل الطعام .

(١) العارية عند الشافعية عقد إرفاق ومعونة ، وهي لهذا عقد جائز غير لازم إلا في مواضع الضرورة ، كما إذا أعار أرضًا لدفن الميت فلا يرجع حتى يندرس أثر المدفون . ولو أعار أرضًا للزرع فلا يرجع قبل انتهائه ، ومنها لو أراد الصلاة المفروضة فأعاره ثوبًا ليستتر به أو ليفرشه في مكان نجس ففعل ، وكان الرجوع فيه مؤديًا إلى بطلان الصلاة . ومنها لو استعار سلاحًا ليدفع به عما يجب الدفع عنه . ومنها ما إذا استعار ما يدفع به أذى الحر والبرد المهلكين ، ومنها ما ينجي به من الغرق ، ويطفئ به الحرق ، ويقاس ما في معناه . انظر الحاوي (١٨٠/٧) ، مغني المحتاج (٢٧٠/٢) .

(٢) البناية على الهداية (١٦٩/٩) . قال صاحب البناية : « لا يملك المستعير إجارة ما استعاره ، ولو كان تمليكًا جاز له ذلك ، كما يجوز للمستأجر أن يؤجره لتملكه المنافع » . ويتجه عليه أن القياس على الإجارة لا يصح ؛ لأنها تمليك للمنفعة من كل وجه ، وأما المستعير فليس له الانتفاع إلا على الوجه المأذون له فيه ، بل إن العارية إباحة المنفعة ، فليس له أن يبيحها غيره ، فأشبهت إباحة الطعام للضيف فله أن يأكل منه ، وليس له أن يعطي أحدًا منه شيئًا .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الغصب

مسألة ٨٠٢

خرق الثوب

١٦١٣٩ - قال أصحابنا : إذا خرق ثوبًا لغيره خرقًا كبيرًا [(١)] فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة الثوب ، ويسلم إليه الثوب ، وإن شاء أمسكه و ضمنه النقصان [(٢)] . وإن ذبح شاة فهي مثله في رواية الأصل [(٣)] .

١٦١٤٠ - وروى الحسن [(٤)] عن أبي حنيفة في الشاة إذا ذبحها [إن شاء] [(٥)]

---

(١) الخرق الكبير أو الفاحش ضد اليسير . قيل : ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش ، وما دونه يسير . وقيل الفاحش ما ينقص به نصف القيمة لاستواء الهالك والقائم ، فيخير المالك بين أن يميل إلى الهالِك أو إلى القائم . والصحيح : أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة ، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل في نقصان المنفعة . انظر تبيين الحقائق (٢٢٩/٥) وحاشية الشلبي عليه ، مجمع الأنهر (٤٦٢/٢) ، بدر الملتقي في حاشيته ، الهداية (١٧/٤) .

(٢) انظر الهداية (١٦/٤ - ١٧) ، تبيين الحقائق (٢٢٨/٥) ، المبسوط (٨٦/١١) ، بدائع الصنائع (١٥٨/٧) وعبارة السرخسي : « ولو اغتصب ثوبًا فخرقه ، فإن كان خرقًا صغيرًا ضمن الغاصب النقصان فقط ، وأخذ صاحب الثوب ثوبه ، لأن العين قائمة من كل وجه فبهذا القدر من الخرق لا يخرج من أن يكون صالحًا ، لما كان صالحًا قبله وإنما يتمكن في قيمته نقصان فيضمن ذلك النقصان . وإن كان الخرق كبيرًا وقد أفسد الثوب فصاحبه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه ؛ لأنه مستهلك من كل وجه ، فإنه لا يصلح بعد هذا الخرق لجميع ما كان صالحًا قبله . وإن شاء أخذ الثوب لكونه قائما حقيقة ، وضمنه ما نقصه فعل الغاصب .

(٣) هذا في ظاهر الرواية ، لأن الذبح استهلاك من وجه ، فإنه يفوت به بعض ما كان مقصودًا من النسل واللبن ، فلصاحبه أن يضمنه قيمتها إن شاء وإن شاء ، أخذ المذبوح مسلوخًا كان أو غير مسلوخ ، وضمن الغاصب النقصان . انظر المبسوط (٨٦/١١) ، البدائع (١٥٨/٧) ، تبيين الحقائق (٢٢٨/٥) .

(٤) هو الإمام أبو علي الحسن بن زياد الأنصاري اللؤلؤى الكوفي صاحب الإمام أبي حنيفة النعمان . ذكر السمعاني وغيره أن اللؤلؤي نسبة إلى بيع اللؤلؤ . وقد اشتهر برواية الحديث حتى كان يقول : كتبت عن ابن جريج اثني عشر ألف حديث ، كلها يحتاج إليها الفقهاء ، وولي القضاء بالكوفة بعد حفص بن غياث سنة ١٩٤هـ ثم استعفي ، وكان محبًا للسنة ، وقد أخذ عنه محمد بن سماعة ومحمد بن شجاع الثلجي ، وعلي الرازي وعمر بن مهير والد الخصاف القاضي . من تصانيفه كتاب المجرد لأبي حنيفة بروايته ، وكتاب أدب القاضي والأمالي وكتاب الفرائض وكتاب الوصايا وغيرها . توفي سنة ٢٠٤ هـ . الفوائد البهية ص ٦٠- ٦١، الفهرست لابن النديم ص٢٨٨ وسير أعلام النبلاء (٥٤٣/٩ - ٥٤٥) ، العبر (٢٧٠/١) لب اللباب للسيوطي ص٢٣١ ، واللباب في تهذيب الأنساب (١٣٦/٣) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء أخذها و لا شيء له [١] .

١٦١٤١ - وقال الشافعي : يضمنه القيمة و لا يضمنه النقصان [٢] .

---

(١) المبسوط (٨٦/١١) ، البدائع (١٥٨/٧) ، تبيين الحقائق (٢٢٨/٥) ففي تبيين الحقائق : « روي الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يضمنه النقصان إذا أخذ اللحم ؛ لأن الذبح والسلخ زيادة فيها ، لانقطاع احتمال الموت حتف أنفها ، وأمكن الانتفاع بلحمها بيقين . وقال السرخسي : ولكن ما ذكره في ظاهر الرواية أصح ؛ لأنه زيادة من حيث التقرب إلى الانتفاع باللحم ، ولكنه نقصان بتفويت سائر الأغراض من الحيوان ، ولأجله يثبت الخيار ، فكان هذا والقطع في الثوب سواء ، يضمنه النقصان إن شاء . وهو رواية عن الحنابلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٨٥/٥) والمبدع (٨٣/٥) . وقال المالكية : للمالك الخيار بين أخذ قيمته يوم الغصب وبين أخذه ناقصًا وأخذ ما نقصت قيمته ولا أرش له ؛ ففي حاشية الدسوقي : « أن الذبح ليس بمفوت ، ولربها الخيار بين أخذ قيمتها ، وأخذها مذبوحة من غير أن يأخذ معها ما نقصه الذبح ، كما هو قول ابن القاسم في سماع يحيى . وقيل : إنه يخير بين أخذ قيمتها ، وأخذها مذبوحة مع ما نقصه الذبح . وهو قول ابن مسلمة ، قال ابن ناجي : هو بعيد عن أصول المذهب ، ولكنهم فرقوا بين النقصان الناتج عن فعل الغاصب ، أو النقصان الذي يكون من السماء ، فقالوا : النقصان الذي يكون بأمر من السماء ليس له إلا أن يأخذه ناقصًا ، أو يضمنه قيمته يوم الغصب . وأما إن كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب منه مخير في المذهب بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب ، أو يأخذه وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم ، وعند سحنون ما نقصته يوم الغصب . وذهب أشهب إلى أنه مخير بين أن يضمنه القيمة ، أو يأخذه ناقصًا ولا شيء له في الجناية ، كالذي يصاب بأمر من السماء . وإليه ذهب ابن مواز . والمعتمد : أنه إما أن يأخذ القيمة أو يأخذ الشيء المذبوح أو الناقص بدون قيمة . انظر بداية المجتهد (٣١٧/٢ - ٣١٨) والخرشي (١٣٢/٦) وحاشية الدسوقي (٤٤٤/٣) .

(٢) قال الماوردي : للمغصوب ثلاثة أحوال : أحدها : أن يكون باقيًا . والثاني : أن يكون تالفًا . والثالث : أن يكون ناقصًا . فهي على ضربين ، الأول : أن يكون حيوانًا والثاني أن يكون غير حيوان ، فإن كان غير حيوان فالنقص على ضربين الأول : أن يكون متميزًا كالحنطة يتلف بعضها ، فيكون ضامنًا للنقص بالمثل ، إذا كان ذا مثل وبالقيمة إذا لم يكن ذا مثل ، ويرد الباقي بعينه . الثاني : أن يكون النقص غير متميز كثوب شقه أو إناء كسره ، فإن كان الناقص أكثر منافعه ، ذهب الشافعي أنه يأخذه ، وما نقص من قيمته حتى لو كان يساوي مائة درهم ، فصار بعد النقص يساوي درهمًا أخذه وتسعة وتسعين درهمًا . هكذا لو تمزق الثوب وترضض الإناء حتى لم يبق لهما ، قيمة أخذ قيمتهما كاملة وأخذ المرضوض والممزق ، ولم يملكه الغاصب مع أداء القيمة . انظر الحاوي (١٣٦/٧ - ١٣٨) . ويبدو من هذا أن مذهب الشافعية ، خلافًا لما نقله المصنف ، هو رد العين المغصوبة وأرش ما نقصه الغاصب . وفي المهذب كذلك (٣٦٩/١) أنه إن « نقص المغصوب نقصانًا تنقص به القيمة نظرت ، فإن كان في غير الرقيق لم يخل إما أن يكون نقصًا مستقرًا أو غير مستقر ، فإن كان مستقرًا بأن كان ثوبًا فتخرق ، أو إناء فانكسر ، أو شاة فذبحت ، أو طعامًا فطحن ونقصت قيمته رده ورد معه أرش ما نقص ، لأنه نقصان عين في يد الغاصب نقصت به القيمة ، فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب . فإن ترك المغصوب منه المغصوب على الغاصب ، وطالبه ببدله لم يكن له ذلك . =

١٦١٤٢ - لنا : حديث ابن عمر [رضي الله عنهما] (١) أن النبي ﷺ قال : من كان له شريك في عبد أو أمة فأعتق نصيبه فإن عليه عتق ما بقى من حصص شركائه من العبد يقوم عليه قيمة عدل (٢) .

١٦١٤٣ - فحكم عليه الصلاة و السلام ببقاء (٣) ملك الشريك وأوجب على المعتق جميع قيمته (٤) نصيب شريكه ؛ لأنه أتلف أعظم منافع ملكه .

١٦١٤٤ - وذكر الحسن بن زياد عن محمد بن الحسن : أن دهقانًا فقأ عين فرس لعروة البارقي (٥) فكتب بذلك إلى عمر ﷺ وكتب عمر إلى سعد (٦) أن قوم الفرس صحيحًا فإن شاء الدهقان فليأخذه ويعطى قيمته وإن شاء فليعط عروة ربع ثمنه (٧) .

= وقال في موضع آخر (٢١١/١) : فإذا غصب حنطة فطحنها ، أو ثوبًا فقصره أو خاطه ، أو طينًا فضربه لبنًا أو شاة فذبحها وشواها ، لم يملك شيئًا من ذلك بل يرده على حاله ، وأرش النقص إن نقص . انظر أيضًا الوجيز للغزالي (٢١٠/١) ، روضة الطالبين (٣٢/٥ - ٣٣) . وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية في رواية أخرى . قال ابن قدامة : إن على الغاصب ضمان نقص الأرض ، إن كان نقصها الغرس أو نقصت بغيره ، وهكذا كل عين مغصوبة على الغاصب ضمان نقصها ، وإن كان نقصًا مستقرًا ، كثوب تخرق وإناء تكسر ، وطعام سوَّس وبناء خرب ونحوه بأنه يردها وأرش النقصان . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٨٥/٥) ، المبدع (١٨٣/٥ - ١٨٤) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٦/٢) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٨٧/١٠) كتاب العتق ، باب من أعتق شركًا في عبد وهو معسر ، عن ابن عمر ﷺ . أخرجه الدارقطني في سننه (١٢٣/٤) كتاب المكاتب عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ من كان له شريك في عبد أو أمة فأعتق نصيبه فإن عليه عتق ما بقي من العبد والأمة من حصص شركائه ، يقوم قيمة عدل ، ويؤدي إلى شركائه قيمة حصصهم ، ويعتق العبد والأمة في مال المعتق بقيمة حصص شركائه .

(٣) في (ع) ، (م) : [مقام] .

(٤) في (ع) ، (م) : [جميع قيمته] .

(٥) هو عروة بن أبي جعد البارقي الأزدي ، سكن الكوفة ، روى عن النبي ﷺ وعن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص . وروى عنه الشعبي وسماك بن حرب وشبيب بن غرقدة والسبيعي ، وكان مرابطًا في موضع بالجانب الشرقي من بغداد . وقال شبيب بن غرقدة : رأيت في دار عروة بن الجعد سبعين فرسًا مربوطة للجهاد في سبيل الله ، استعمله عمر على قضاء الكوفة ، وضم إليه سليمان بن ربيعة قبل شريح القاضي . وهو أول من قضى على الكوفة . انظر ترجمته في الاستيعاب (١٠٦٥/٣) ، أسد الغابة (٥٢٤/٣) وتهذيب التهذيب لابن حجر (١٦١/٧) .

(٦) هو سعد بن أبي وقاص سبقت ترجمته .

(٧) أخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير (٥٥/٣) قال : ورواه الدمياطي في كتاب الخيل من حديث عروة البارقي ، قال : كانت لي أفراس ، فيها فحل شراء عشرون ألف درهم ففقأ عينه دهقان ، فأتيت عمر فكتب إلى سعد ابن أبي وقاص : أن خير الدهقان بين أن يعطيه عشرين ألف درهم ويأخذ الفرس ، وبين أن يدفع ربع الثمن .

وهذا منه لم يذكره أحد .

١٦١٤٥ - ولأنه أتلف عليه المنفعة المقصودة من العين ، فكان له أن يضمنه قدر جميع[1] قيمته . أصله إذا قطع يدي عبد [ضمن][2] القيمة[3] .

١٦١٤٦ - وذكر الطحاوي في الخلاف : وأنه لا يضمنه[4] ، فعلى هذا نقول تلف بعض منافعه ولم يتلف جميعها .

١٦١٤٧ - ولأن كل عين لو أتلفها وجب عليه بدلها ، جاز أن يجب قدر ذلك البدل بالجناية عليها مع بقاء عينها ، أصله إذا غصب طعامًا فأكله أو شيرجًا وعسلًا فاتخذه خبيصًا . ولأنه بالذبح فوت الروح فجاز تضمينه جميع القيمة كما لو قتله .

١٦١٤٨ - فإن قيل : هناك قد أتلف جميع منافعها[5] .

١٦١٤٩ - [قلنا][6] : لم نسلم ، لأنه بقى الجلد والشعر والعظم . ولأن العين مضمونة في يد الغاصب ببدلها ، فجاز أن يثبت لمالكها المطالبة ببدلها لأجل نقصانها كالمبيع في يد البائع إذا حدث به عيب .

١٦١٥٠ - فإن قيل : هناك ثبت الخيار بالعيب اليسير .

١٦١٥١ - قلنا : لأن المشتري يستدرك [فائدة][7] في المطالبة بالقيمة عند حدوث العيب الكبير ، وهو أخذ الثمن ، وفي الغصب لا يستدرك في المطالبة بالقيمة عند حدوث العيب اليسير فائدة ، لأن أرش العيب يدخل بين تقويم المقومين ، والعيب الكبير[8] لا يدخل بين تقويم المقوّمين فيغتفر استدراك الفائدة فيه ، وكذلك ثبت الخيار . وإن شئت

---

(١) في (ع) : [جمع] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) والصواب ما أثبتناه كما في (م) .

(٣) في (ص) : [العبد] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) : [أي ضمن قيمة العبد] .

(٤) قال أبو جعفر الطحاوي : الخرق الكبير المفسد يبطل عليه منافعه واليسير لا يبطلها فله تضمينه في الكبير ، إلا أنهم قالوا : لو قطع يد عبد لم يضمن جميع القيمة مع بطلان عامة منافعه فبطل الاعتبار الذي ذكرناه . انظر مختصر اختلاف العلماء (١٧٦/٤) .

(٥) وفي المغني مع الشرح الكبير (٣٨٦/٥) ولأنها جناية تنقص فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها ، وفي الشاة تلف جميعها ؛ لأن الاعتبار في الإتلاف في المجني عليه لا بغرض صاحبه ، لأن هذا إن لم يصلح لهذا صلح لغيره .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٧) كلمة فائدة ساقطة من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٨) وفي نسخة (ص) : [الكثير] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

جعلت أصل العلة المهر في يد الزوج ، فلا تسلم المعاوضة لأنه لا يرد بالعيب اليسير

١٦١٥٢ - قالوا : البائع ضمن للمشتري سلامة المبيع من العيوب ؛ ولهذا يرد عليه بالعيب الموجود قبل البيع ، والغاصب لم يضمن سلامة العين من العيوب ، ولهذا لا يثبت للمالك الخيار بعده ، كما قبل الغصب .

١٦١٥٣ - قلنا [١] : البائع لم يضمن السلامة ، ولذلك اقتضى كون العيوب من ضمانه ، كما اقتضى كونها من ضمان الغاصب فلا فرق بينهما ، إلا أن العيب الحادث قبل الغصب كان في يد المالك فلا يثبت لأجله خيار له ، وفي البيع كان في يد البائع ، فيثبت الخيار لغيره . وهذا غير ممتنع .

١٦١٥٤ - احتجوا : بأنه أتلف جزءًا معينًا بجناية استقر أرشها فوجب أن لا يجب على الجاني إلا أرشها ، أصله الجناية اليسيرة [٢] .

١٦١٥٥ - وقولهم : جزءًا معينًا احتراز من غصب عبد وفقء [٣] [عين] [٤] عبده [٥] لأن التالف بالنار جزء غير معين [٦] .

١٦١٥٦ - وقولهم : بجناية استقر أرشها - احتراز من الطعام إذا أكله ؛ لأن الجناية لم تستقر [٧] .

١٦١٥٧ - الجواب : أن إتلاف الجزء المعين وغير المعين يتساويان في الضمان وكذلك في إيجاب الضمان ، وكذلك في كيفيته .

١٦١٥٨ - فأما قولهم : بجناية استقر أرشها فلا يصح ، لأن ما استقر من الجنايات قر أولم يستقر سواء [٨] .

١٦١٥٩ - ألا ترى أن العيب في الطعام يجوز ببدل ، فسقط الضمان ، فإذا ثبت له

---

(١) في (ع) ، (م) : [فقلنا بإضافة الفاء] .

(٢) انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٨٦/٥) وعبارته : لنا أنها جناية على مال أرشها دون قيمته ، فلم يملك المطالبة بجميع قيمته ، كما لو كان الشق يسيرًا .

(٣) في (ع) ، (م) : [وقعتا] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) عبده بدلًا من « بعقده » في غير (م) .

(٦) في (ع) : [جزءًا معيبًا] وفي (م) : [جزءًا معينا بحذف غير في كليهما] ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) كل ذلك شرح وتوضيح من قبل الإمام القدوري على الدليل قبل الرد عليه .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

المطالبة بجميع البدل في جناية لم تستقر ففيما استقر أولى .

١٦١٦٠ - وأصلهم الجناية اليسيرة ، والمعنى فيها أن أرشها يجوز أن يدخل بين تقويم المقومين فلا ينتقل استدراك الحق بالمطالبة بالبدل .

١٦١٦١ - وهذا لا يوجد في العيب الكبير ؛ لأنه لا يدخل بين تقويم المقومين فتيقن أنه يستدرك حقًّا بأخذ البدل ، فكذلك ثبت له المطالبة . ولهذا المعنى قلنا : يرد المبيع بالعيب اليسير ، ولا يرد المهر به .

١٦١٦٢ - قالوا : جناية على بهيمة أو حيوان فلا يجب على الجاني إلا أرش ما جنى . أصله : إذا قطع يد حر ، وإذا قلع عين دابة (١) .

١٦١٦٣ - قلنا : المعتق لنصيبه (٢) من العبد جنى على ملكه ، وضمن نصيب شريكه ، ولم يجب عليه ، ولأنه إذا ذبح الشاة فقد جنى على جميعها ؛ لأنه أبطل أكثر المقصود منها ، فلم يضمنه إلا ما جنى عليه .

١٦١٦٤ - فأما إذا قطع يد الحر فلأنه غير مضمون باليد ، وإنما يضمن بالإتلاف ، فما لم يتلف لم يضمن ، والغصب مضمون باليد فيجوز أن يضمن قيمته (٣) ما لم يتلف إذا دخله نقص ، وأما غير الدابة فغير مسلم على ما قاله الشيخ أبو عبد الله [رحمة الله عليه] (٤) .

* * *

(١) الحاوي الكبير (١٤٠/٧) وعبارته : « فإن كان بهيمة فإنه يردها ويرد معها نقص ما بين قيمتها سليمة وناقصة ، وسواء كان النقص بجناية أو حادثة ، وسواء كانت البهيمة ذات ظهر أو در » .

(٢) في (ص) ، (م) : [لنفسه بدلًا عن نصيبه] .

(٣) في (ص) : [رمته] وفي (ع) : [العبارة غير واضحة] وفي (م) : [غير موجودة أصلًا] لعل الصواب ما أثبتناه لأن السياق يقتضيه .

(٤) سبقت ترجمته في المسألة رقم (٧٩٠) . فقد ذكر الماوردي أدلة أخرى نذكرها إتمامًا للفائدة فقال : دليلنا : قوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ من الآية ١٩٤ من سورة البقرة . فإن اعتدى باستهلاك البعض لم يجز أن يتعدى عليه باستهلاك الكل ، ولأن ما لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أقله لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أكثره قياسًا على النقص المميز ، ولأن ما لم يكن تمييز بعضه موجبًا لغرم لم يكن عدم تمييزه موجبًا لغرم جميعه قياسًا على النقص الأقل . انظر الحاوي الكبير (١٣٩/٧) .

مسألة ٨٠٣

حكم قطع يدي العبد

١٦١٦٥ - قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا قطع يدي عبد فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه جميع القيمة وسلم العبد إليه ، وإن شاء أمسك العبد ولا شيء له [١] .

١٦١٦٦ - وقال الشافعي رحمه الله : يمسك العبد ويأخذ جميع قيمته [٢] .

١٦١٦٧ - لنا : أنها جناية على مملوك يصح تمليكه ، فلم يسلم للمالك بها جميع القيمة مع بقاء المجني على ملكه كالثوب [٣] .

١٦١٦٨ - ولا يلزم إذا قطع يدي مُدَبَّر [٤] ، لأنه يضمن ما نقص ، ولا يلزم إذا غصبه فأبق منه ، لأن الغصب لا يقال : إنه جناية في الإطلاق ولأنه مملوك لا يصح تمليكه .

---

(١) الهداية (٢١١/٤ - ٢١٢) ، البناية على الهداية (٣٠٥/١٠ - ٣٠٦) ، بدائع الصنائع (٤٤٧/٩) ، مجمع الأنهر (٦٧٢/٢) وعبارة الزمخشري : « إذا غصب عبدًا ثم فقأ عينيه أو قطع يديه يلزمه تمام القيمة ، وإذا أدى قيمته يصير العبد مملوكًا للغاصب عندنا » . وفي مجمع الأنهر : « وفي يد الرقيق نصف القيمة كما أن في يد الحر نصف ديته قال الإمام : إن شاء المولى دفعه إليه وأخذ قيمته ، وإن شاء تركه » . ويلاحظ أن الإمام القدوري ذكر رأي الإمام أبي حنيفة رحمه الله فقط ، ولم يتعرض لرأي الصاحبين في هذه المسألة وفي الهداية إشارة لذلك ، ففيها : « ومن فقأ عين عبد فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه ولا شيء له من النقصان عند الإمام . وقال الصاحبان : إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه ، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته » . وبقول الإمام أبي حنيفة قال المالكية ؛ فقد جاء في الذخيرة : إن قطع يدي العبد أو رجليه فللسيد الخيار في تسليم العبد وأخذ القيمة » . أو يمسك العبد ولا شيء له » . انظر كتاب الذخيرة للقرافي (٢٩٢/٨) .

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٤١/٧) ، روضة الطالبين (٣٢/٥) ، الوجيز (٢٠٧/١ - ٢٠٨) وبقول الشافعي قالت الحنابلة . جاء في المغني مع الشرح الكبير : إذا غصب عبدًا ، وقطع خصيتيه أو يديه أو ذكره أو لسانه أو ما تجب فيه الدية من الحر لزمه رده ورد قيمته كلها نص عليه أحمد » . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٨٩/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٧/٢) ، المبدع (١٦٤/٥) .

(٣) في (ع) ، (م) : [بالثوب] .

(٤) المدبر : هو الذي أعتق عن دبر أي بعد موت المولى وهو الذي قيل له أنت حر بعد موتي أو إذا مت فأنت حر . المدبر لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك ، لأنه ملك نفسه من وجه . انظر لسان العرب (١٣٢١/٢) مادة دبر وطلبة الطلبة ص١٠٧ و ١٦١ والبناية على الهداية (٣٠٧/١٠) .

١٦١٦٩ - ولأنه معنى يجب به جميع قيمة المملوك القن [(١)] فيجب تسليمه إذا سلمت القيمة له . أصله إذا وطئ جارية / ابنه وادعى حملها . /١٨٥

١٦١٧٠ - فإن قيل : هناك القيمة بدل العين [(٢)] .

١٦١٧١ - [قلنا] [(٣)] : لم نسلم ، لأن في الموضعين القيمة بدل عن الرقبة عندنا .

١٦١٧٢ - فإن قيل : ضمان الإحبال لو حصل من جزء من الرقبة اقتضى نقل الملك من ذلك الحر في بدل الجارية المشتركة إذا وطئها أحد الشريكين ، فكذلك إذا حصل في جميعها ، وضمان الجناية لو حصل في إحدى اليدين لم ينتقل شيء من الرقبة ، كذلك إذا حصل في جميعها .

١٦١٧٣ - قلنا : الاستيلاد في الجارية المشتركة دليلنا ، لأنه ضمان بدل جميع ما هو على ملك الغير ، فهو كمسألتنا .

١٦١٧٤ - فأما الجناية على إحدى اليدين فليست بسبب لضمان جميع ما هو على ملك الجاني ، فصار كضمان العقد في الوطء فلا ينقل به شيء من الرقبة ، وإن شئت قلت : إنه سبب يضمن به جميع ما هو على ملك الغير الذى يصح تمليكه فصار كوطء أحد الشريكين إذا ادعى الولد .

١٦١٧٥ - ولأن قدر قيمة العبد إذا وجب بالجناية أوجب زوال الملك عن الرقبة كالقتل .

١٦١٧٦ - ولأن كل عين لو أتلفها ضمن بدلها ، فإذا استوفى قدر بدلها بالجناية وهي مما يملك وجب تسليمها إليه . أصله إذا خلط الزيت بالأرز .

١٦١٧٧ - ولأن ملك المولى من العبد مقدارُ قيمته ، بدلالة أنه لو كان للتجارة لم يجب أكثر من ذلك ، فلو ضمناه جميع القيمة وأبقيناه [(٤)] على ملكه زاد ملكه بالجناية ، والجناية ليست من أسباب زيادة الأموال .

---

(١) القن : الرقيق الذي لم ينعقد له سبب عتق . وجاء في الصحاح : القن : العبد إذا مُلِك هو وأبوه ، يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث ، ويجمع على أقنة وقيل هو المملوك كلًّا . انظر المصباح المنير (٧٩٨/١) والصحاح للجوهري (٢١٨٤/٦) وأنيس الفقهاء للقاسم القونوي ص١٥٢ وطلبة الطلبة ص١٠٧ .

(٢) في (ع) ، (م) : [اليدين] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، والسياق يقتضيه .

(٤) في (ع) ، (م) : [معيناه] .

١٦١٧٨ - ولأن القيمة [بدل عن الرقبة ، بدلالة أن المملوكات لا يجوز أن يكون جميع قيمتها بدلًا عن أجزائها التامة ، لأن القيمة] (١) لو كانت بدلًا عن اليدين لوجب بإتلاف الرقبة جميع القيمة كالحر إذا قطعت يداه (٢) .

١٦١٧٩ - ولما كانت الذمة في مقابلة الدين لم ينتقص بدل النفس بالقتل ، وإذا ثبت أنها بدل [من] (٣) اليدين ، فلو استوفى القيمة ولم يسلم العبد اجتمع في ملكه العوض والمعوض فيما يصح تمليكه بالعقود ، وهذا لا يصح كالمبيع والثمن .

١٦١٨٠ - ولا يلزم إذا شرط تعجيل الأجرة في الإجارة فتعجلها ؛ لأن المنافع ليست على ملك المؤجر .

١٦١٨١ - فإذا حدثت ملكها المستأجر فلم يجتمع على ملك المؤجر البدل والمبدل .

١٦١٨٢ - ولا يلزم إذا جنى العبد في يد الغاصب (٤) ثم رده على مولاه فجنى ، فدفعه المولى بالجنايتين ، ويرجع على الغاصب بنصف قيمته إن كان ولي الجناية الأولى يأخذ نصف القيمة [وهو بدل عن النصف الذي سلم إليه فيجتمع له البدل والمبدل ؛ وذلك لأن المولى يأخذ نصف القيمة] (٥) من الغاصب بدلًا عن نصف العبد ، وقد خرج ذلك عن ملكه ثم يأخذه ولي الجناية الأولى بدلًا عما سقط حقه عنه من رقبة العبد بالمزاحمة ، وأما أن يأخذه بدلًا عما يسلمه فلا ، فإذًا لم يجتمع له البدل والمبدل .

١٦١٨٣ - احتجوا : بأنها جناية على ملك ، فوجب أن لا يكون من شرط أخذ أرشها تسليم المجني عليه ، كما لو كان أرشها دون قيمة الملك (٦) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٢) انظر مجمع الأنهر (٦٧٢/٢) .

(٣) في جميع النسخ يظهر أنه حر والسياق يقتضي أن يكون من .

(٤) في الهداية (٢١٤/٤) : « ومن غصب عبدًا فجني في يده ، ثم رده فجنى جناية أخرىَ ، فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين ، ثم يرجع إلى الغاصب بنصف القيمة ، فيدفعه إلى الأول ، ويرجع به على الغاصب . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يرجع بنصف القيمة فيسلم له » .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٤١/٧) وعبارته « ودليلنا من وجهين : أحدهما : أن الجاني لا يملك العبد بجنايته والثاني : أنها قد توجب أكثر من قيمته . أما الدلالة على أن الجاني لا يملك العبد بجنايته فهو أن كل ما لم يُمْلَكْ به غير العبد لم يُمْلَكْ به العبد كالغصب . ولأن كل من يملك بالجناية على نصفه لم يملك بالجناية على أكثره كالمدبر وأم الولد والمكاتب ، ولأنها جناية على عبد فلم يجز أن يُمْلَكَ بها قياسًا على من لم يزد أرشه على النصف » .

١٦١٨٤ - قلنا : لا يمتنع أن يكون أخذ الأرش تمليك الضامن ، ألا ترى أن رجلًا لو قطع يد العبد المغصوب كان للمالك [أن] (١) يضمن الغاصب ، ويملك بالضمان الأرش على القاطع ثم المعنى في الجناية إذا كانت توجب بعض القيمة أنه يجوز أن يجتمع على ملك الإنسان . بعض البدل مع بقاء المملوك على ملكه ، كما يأخذ المشتري أرش العبد مع كون المبيع على ملكه .

١٦١٨٥ - ولا يجوز أن يرجع بجميع الثمن في الاستحقاق مع بقاء المبيع على ملكه . كذلك في مسألتنا . ولأن العبد لا يصير مستهلكًا بقطع إحدى اليدين ، فبقى ملك المولى فيه مع الضمان وقطع اليدين استهلاك .

١٦١٨٦ - ولأن منفعة الجنس تُعْدَمُ فصار كتلفه ، ولا يجوز أن يبقى على ملكه مع السبب الذي يضمن به جميع بدله .

١٦١٨٧ - قالوا : كل عضوين يجب في كل واحد منهما على الانفراد أرش وجب فيهما معا أرش كل واحد كالإصبعين ويدي الحر (٢) .

١٦١٨٨ - قلنا : الواجب بإحدى اليدين بعض بدل الجملة ، وذلك لا يجوز أن يجب في أبعاض المملوكات .

١٦١٨٩ - فأما الحر فدليلنا ؛ لأن الدية لما وجبت في يديه لم يؤثر في نقصان بدل نفسه ، وقد التزم مخالفونا في هذه المسألة إذا قطع اثنان كل واحد منها إحدى اليدين .

١٦١٩٠ - وهذا لا يلزم لأنهما إن قُطِعا معا وجب بقطعهما جميع القيمة ، وكان من شرط ضمانهما تسليم العبد إليهما ، وإن (٣) قطع إحداهما بعد الأخرى فالواجب بالجناية أولى من نصف القيمة ، فلا يجب التسليم .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٢) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٤١/٧) وعبارته « وكل ما كان مقدرًا في الحر من ديته كان مقدرًا في العبد من قيمته ؛ فعلى هذا في يدي العبد قيمته لأن في يدي الحر ديته ، وفي إحدى يديه نصف قيمته ؛ لأن في إحدى يدي الحر نصف ديته ، وفي إحدى أصابعه عشر قيمته ؛ لأن في إحدى أصابع الحر عشر ديته » .

(٣) في (ع) ، (م) : [لأن] .

مسألة ٨٠٤

أرش عين الفرس

١٦١٩١ - قال أبو حنيفة : في عين الفرس ربع قيمته ، وفي عينيه جميع قيمته استحسانًا [١] .

١٦١٩٢ - وقال الشافعي : فيها النقصان [٢] .

١٦١٩٣ - لنا : ما روى منصور [٣] عن إبراهيم [٤] قال : كتب قاضي البصرة [٥]

---

(١) الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن ص٥١٧ ط عالم الكتب ، الهداية (٢٠٢/٤) ، البناية على الهداية (٢٥٦/١٠) . جاء في الجامع الصغير « وفي عين بقرة الجزار وعين جزورها ربع قيمتها ، وكذلك عين الحمار والبغل والفرس . وقال أبو يوسف : على الغاصب ما نقصه في جميع البهائم اعتبارًا بالشاة » . وقوله : « استحسانًا » إشارة أنه مخالف القياس على الشاة ، فإن المقصود منها اللحم ، وفقء العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزمه نقصان المالية . البناية على الهداية (٢٥٧/١٠) .

(٢) الحاوي الكبير (١٣٩/٧ - ١٤٠) ، الوجيز (٢٠٨/١) ، حلية العلماء (٢٢٤/٥) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٤٥/١٤) . قال الغزالي في الوجيز « ولا يجب في عين البقرة والفرس إلا أرش ما نقص » وبقول الشافعية قال الإمام مالك وأحمد بن حنبل في رواية . وجاء في بداية المجتهد : يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص من ثمنها ، قياسًا على التعدي في الأموال ، جاء في المغني مع الشرح الكبير أن الأرش قدر نقص القيمة في جميع الأعيان ، وروي عن الإمام أحمد رواية أخري توافق قول الإمام أبي حنيفة ، ونصره القاضي وأصحابه ، ولكنها مقصورة على العين الواحدة من الفرس والبغل والحمار فقال : إن الدابة تضمن بربع قيمتها ، فإنه قال في رواية أبي حارث في رجل فقأ عين دابة لرجل عليه ربع قيمتها ، قيل له : فقأ العينين ، فقال : إذا كانت واحدة فقال عمر : ربع القيمة ، وأما العينان فما سمعت فيهما شيئًا يدل على أن الإمام أحمد أوجب مقدارًا في العين الواحدة من الدابة ، وهي الفرس والبغل والحمار خاصة ، للأثر الوارد فيه . وما عدا هذا يرجع إلى القياس . انظر ذلك في بداية المجتهد (٣٢٤/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٨٦/٥) ، الشرح الكبير مع المغني (٤٠٢/٥) ، المبدع (١٦٥/٥) .

(٣) هو الحافظ منصور بن المعتمر أبو عتاب السلمي الكوفي من كبار تابعي التابعين ، حدث عن إبراهيم النخعي وسعيد بن جبير وغيرهما وحدث عنه خلق كثير منهم شعبة والسفيانان ، قيل : أصح الأسانيد مطلقًا سفيان عن منصور عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود ، له فضائل كثيرة . قال عبد الرحمن بن مهدي : لم يكن بالكوفة أحفظ منه ، توفي رحمه الله سنة ١٣٢هـ . انظر سير أعلام النبلاء (٤٠٢/٥ - ٤١٢) ، العبر (١٣٦/١) ، تهذيب التهذيب (٢٧٧/١٠) ، تهذيب الأسماء واللغات (١١٤/٢ - ١١٥) .

(٤) سبق ترجمته .

(٥) هو القاضي هشام بن هبيرة بن فضالة الليثي قاضي البصرة من العلماء بالتشريع وكان قليل الحديث . استقضاه =

إلى شريح يسأله عن عين الدابة إذا أصيبت [ما فيها ؟ فقال : قضى عثمان [١] ﷺ على عين الدابة إذا أصيبت ربع] [٢] قيمتها [٣] .

١٦١٩٤ - وروي عن شريح قال : كتبت إلى عمر في ذلك فكتب : إنا كنا ننزلها بمنزلة عين الآدمي ، إلا أنه أجمع رأينا على أن فيها ربع الثمن .

١٦١٩٥ - وروى الحكم [٤] عن عمر وعلي ﷺ أنهما قالا : في عين الدابة ربع

= عبد الله بن الزبير سنة ٦٤ هـ وهو شاب ، فكتب إلى شريح : إني استعملت على القضاء على حداثة سني وقلة علمي بكثير منه ، وإنه لا غناء بي عن مشاورة مثلك . ثم جاء ليسأله فيما يعرض له ، وعزل وأعيد إلى أن قتل مصعب بن الزبير سنة ٧١هـ . وتنحي قليلًا وأعيد بعد تولية الحجاج بن يوسف على العراق فلم يلبث أن مات وهو على القضاء سنة ٧٥هـ . انظر طبقات ابن سعد (١٥١/٧) ، النجوم الزاهرة (١٨٠/١ - ١٨٤) ، الأعلام (٨٩/٨) .

(١) هو أمير المؤمنين وثالث الخلفاء الراشدين ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة ، وأحد أصحاب الشورى الستة عثمان بن عفان الأموي القرشي ذو النورين ، جمع الأمة على مصحف واحد بعد الاختلاف ، هاجر إلى الحبشة ثم إلى المدينة ، كان من السابقين الصادقين المنفقين في سبيل الله ، ولد في السنة السادسة بعد عام الفيل تولى الخلافة غرة محرم سنة ٢٤هـ واستشهد مظلومًا سنة ٣٥هـ وله بضع وثمانون سنة يوم الجمعة في ذي الحجة وصلى عليه جبير ، تزوج رقية بنت رسول الله ﷺ قبل النبوة ثم تزوج أختها أم كلثوم بعد وفاتها ، ودفن ليلًا بالبقيع . وروى عن النبي ﷺ ١٤٦ حديثًا ، وروى عنه زيد بن خالد الجهني وابن الزبير والسائب بن يزيد وغيرهم من الصحابة ، وروي عنه التابعيون منهم أبان بن عثمان وعبيد الله بن عدي وغيرهما وحج بالناس عشر سنين في خلافته . انظر : أسد الغابة (٤٨٠/٣ - ٤٩٢) ، الإصابة (٤٦٢/٢ - ٤٦٣) ، طبقات الحفاظ (٨/١ - ١٠) ، العبر (٢٦/١) ، تهذيب الأسماء واللغات (٣٢١/١ - ٣٢٦) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ص) : [ثمنها] ، والأصح ما أثبتناه ليوافق ما في المسألة كما في (ع) ، (م) . انظر المصنف لابن أبي شيبة (٢٧٥/٩ ، ٢٧٦) روى عن الشعبي قال : كتب هشام بن هبيرة قاضي البصرة إلى شريح يسأله عن عين الدابة فكتب إليه : أن في عين الدابة ربع ثمنها . وانظر أيضًا مصنف عبد الرزاق (٧٦/١٠) و٧٧ رقم ١٨٤١٧ عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال : قضي شريح في عين الدابة إذا فُقِئَتْ بربع ثمنها إذا كان صاحبها قد رضي ثمنها وإن شاء شراها ، قال معمر : بلغني أن عمر بن الخطاب قضي بذلك . انظر أيضًا نصب الراية في أحاديث الهداية للزيلعي (٣٨٨/٤) وتلخيص الحبير (٥٥/٣) . وعلاوة على ذلك فإن زيد بن ثابت روى عن رسول الله ﷺ : أنه قضي في عين الدابة ربع ثمنها . انظر مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي (٢٩٨/٦) إلا أن الإمام البيهقي قال : إنه منقطع . انظر السنن الكبرى (٩٨/٦) . يلاحظ أن عمر بن الخطاب قضى بذلك ، وشريح القاضي قضى بذلك أيضًا في خلافة عثمان كما أن رسول الله ﷺ قضى بذلك من قبل ، إلا أننا لم نعثر على قضاء عثمان في ذلك كما ذكر الإمام القدوري .

(٤) هو الفقيه الحكم بن عتيبة ، عالم كبير من أهل الكوفة ، أبو محمد الكندي ، حدث عن شريح القاضي وعبد الرحمن بن أبي ليلي وإبراهيم النخعي وسعيد بي جبير وطاووس وعكرمة ومجاهد وعلي بن الحسين وعطاء =

القيمة [1] ووجه الاستدلال أن عمر ﷺ حكى عنه الإجماع .

١٦١٩٦ - ولأن عمر وعليًا ﷺ اتفقا على هذا الحكم من غير خلاف [2] .

١٦١٩٧ - ولأن هذا الحكم لا يستدرك من جهة القياس ، فإذا قاله الصحابة [3]

= ابن أبي رباح وخلق سواهم . وروي عنه منصور والأعمش والأوزاعي وشعبة وآخرون . ولد في نحو سنة ٤٦هـ . قال سفيان بن عيينة : ما كان بالكوفة مثل الحكم وحماد بن أبي سليمان . مات الحكم سنة ١١٥هـ على المشهور . انظر سير أعلام النبلاء (٢٠٨/٥ - ٢١٢) ، تهذيب الكمال (١١٤/٧ - ١٢٠) ، شذرات الذهب (١٥١/١) ، تذكرة الحفاظ (١١٧/١) . ويلاحظ أن شريح القاضي قد روى عن عمر وعلي فيحتمل أنه يروى موقوفًا عليه ما روى القاضي شريح عنهما .

(١) روى البيهقي عن عمر بن الخطاب في عين الدابة ربع ثمنها ، وعلق عليه فقال : هذا منقطع . روي عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريج عن عبد الكريم أن عليًا ﷺ قال في عينها الربع . وروي ابن أبي شيبة عن شريح قال : أتاني عروة البارقي من عند عمر أن في عين الدابة ربع ثمنها . انظر السنن الكبري للبيهقي (٩٨/٦) ، مصنف عبد الرزاق (٧٧/١٠) رقم ١٨٤٢١ ، مصنف ابن أبي شيبة (٢٧٥/٩ ، ٢٧٦) ، نصب الراية (٧٧/٤) كتاب الديات باب في عين الدابة . بناء على ذلك فقد ثبت أن عمر وعليًا قالا ذلك .

(٢) هذا إجماع سكوتي وهو اطلاع أهل الحل والعقد على حكم شرعي مع سكوتهم عن إنكاره ، وصورته : أن يقول بعض أهل الاجتهاد بقول وينتشر ذلك القول بين المجتهدين من أهل الحل والعقد في ذلك العصر ولا يظهر منهم اعتراف ولا إنكار ، وفيه أكثر من ثلاثة عشر مذهبا . منها أنه ليس بإجماع ولا حجة ، وهو قول داود وابنه . وعزاه جماعة إلى الشافعي وعيسى بن أبان والباقلاني وبعض أصحاب مالك ، الثاني : أنه إجماع وحجة ، وهو قول أكثر الحنفية . وقال الباجي : هو قول أكثر المالكيين والقاضي أبي الطيب وأبي إسحاق وأكثر أصحاب الشافعي وأحمد بن حنبل . الثالث : أنه حجة ، وليس بإجماع ، حكاه أبو الحسين في المعتمد عن أبي هاشم بن علي الجبائي ، وهذا أحد الوجهين عند الشافعية . واختار الآمدي أنه إجماع ظني يحتج به ، أيده ابن الحاجب والكرخي من الحنفية . الرابع . أنه إجماع بشرط انقراض العصر ، وبه قال أبو علي الجبائي وأحمد بن حنبل في رواية عنه . وقال الشيخ أبو إسحاق في اللمع : إنه المذهب . الخامس : أنه إجماع إن كان فتيا لا حكمًا ، وبه قال ابن أبي هريرة . السادس : إن كان في عصر الصحابة كان إجماعًا وإلا فلا . انظر البحر المحيط (٤٩٤/٤ - ٥٠١) ، المستصفي (١٢١/١) ، الإحكام للآمدي (١٢٩/١) ، شرح العضد على مختصر المنتهى (٣٧/٢) ، شرح الإسنوي (٣٧٥/٢) التقرير والتحرير (١٠١/٣) والتمهيد للإسنوي ص٤٥١ - ٤٥٢ . تيسير التحرير لأمير بادشاه (١٣٣/٣ (وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني (٣٢٦/١ - ٣٣٠) .

(٣) الصحابي من لقي رسول الله ﷺ وكان مؤمنًا ومات على الإسلام وواحده الصحابي وقال الفيومي : والأصل في هذا الإطلاق لمن حصل له رؤية ومجالسة . انظر المعجم الوسيط (٥٠٦/١) ، المصباح المنير (٤٥٤/١) . والمراد بقول الصحابة هو مذهبه في المسألة الاجتهادية ، وهو ما نقل إلينا عن أصحاب رسول الله ﷺ من الفتاوى والقضايا التي لم يكن فيها نص من كتاب أو سنة ولم يحصل عليها إجماع . وقد اتفق العلماء على حجية قول الصحابي والعمل به إذا كان فيما لا يدرك بالرأي والاجتهاد ؛ لأن الظاهر أن يكون من سماع عن رسول =

حمل على التوقيف (١) .

١٦١٩٨ - ولا يجوز أن يقال : يحتمل أنهما أوجبا النقصان ، فبلغ هذا القدر كما روى عن أبي بكر (٢) وزيد (٣) ﵄ أنهما قالا : في العين القائمة ثلث الدية (٤) ، لأن

= الله ﷺ فهو من قبيل السنة والسنة من الأدلة الشرعية باتفاق المسلمين ، والأخذ بقول الصحابي دليل عند الإمام أبي حنيفة ، ثم اختلف العلماء في الأخذ بقول التابعين ومن بعدهم من المجتهدين ؛ فذهب الأشاعرة والمعتزلة والشافعي في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايتين عنه والكرخي من الحنفية إلى أنه ليس بحجة . وذهب مالك بن أنس والرازي والبردعي من الحنفية والشافعي في قول وأحمد بن حنبل في رواية له إلى أنه حجة مقدمة على القياس . وذهب قوم إلى إنه إن خالف القياس فهو حجة وإلا فلا ، وذهب قوم أُخر إلى أنه حجة في قول أبي بكر وعمر دون غيرهما . واختار ابن الحاجب وأيده الآمدي : أنه ليس بحجة مطلقًا ، مستدلين بقوله تعالى : ﴿ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ ﴾ الآية ٥٩ سورة النساء . وجه الدلالة أن الله أوجب الرد عند الاختلاف إلى الله والرسول ؛ فالرد إلى مذهب الصحابي يكون تركًا للواجب ، وهو ممتنع . انظر الإحكام في أصول الأحكام للآمدي بحقيق د . سيد الجميلي ط دار الكتاب العربي ، لبنان (١٥٥/٤ - ١٥٦) ، تيسير التحرير (١٣٣/٣) ، منتهي السول والأمل في علمي الأصول والجدل ص٢٠٦ ط دار الكتب العلمية بيروت ، الأدلة المختلف فيها وآثارها في الفقه الإسلامي د . عبد الحميد أبو المكارم إسماعيل ص٢٨٢ - ٢٨٦ .

(١) فإنه كالمرفوع ، لأنه لا يدرك بالرأي . انظر تيسير التحرير (١٣٣/٣) ، كشف الأسرار (١٧٣/٢) ، البحر المحيط (٣٠٣/٤) .

(٢) هو الصحابي الجليل أول الخلفاء الراشدين عبد الله بن عثمان أبو بكر الصديق ﵁ ولد بعد عام الفيل بسنتين وستة أشهر صحب النبي ﷺ قبل البعثة وكان أول من أسلم من الرجال ، وأسلم على يديه جماعة لمحبتهم له ، ورافقه في الهجرة إلى المدينة ، وكان ثاني اثنين في الغار ، وشهد بدرًا والغزوات كلها ، وحج بالناس في حياة الرسول ﷺ سنة ٩هـ توفي ﵁ يوم الجمعة لسبع بقين من جمادي الآخرة سنة ١٣هـ وصلي عليه عمر بن الخطاب ودفن بالبقيع . انظر أسد الغابة (٢٠٥/٢ - ٢٢٩) ، الإصابة (٣٤١/٢ - ٣٤٤) ، الاستيعاب (١٧/٤) ، تذكرة الحفاظ (٢/١ - ٥) .

(٣) هو الصحابي الجليل زيد بن ثابت الأنصاري الخزرجي المقرئ ، كاتب الوحي للنبي ﷺ ، أمره النبي ﷺ أن يتعلم خط اليهود ، حفظ القرآن الكريم وأتقنه وشهد الخندق وما بعدها من الغزوات ، وانتدبه الصديق لجمع القرآن فجمعه ثم عينه عثمان لكتابة المصحف ثقة بحفظه وأمانته واستخلفه عمر بن الخطاب على المدينة ثلاث مرات ، مرتين في حجين ومرة في مسيرة إلى الشام ، وكان عثمان يستخلفه أيضًا إذا حج . مات ﵁ سنة ٤٥هـ . انظر أسد الغابة (١٢٦/٢ - ١٢٧) والاستيعاب (٥٣٧/٢) ، الأعلام (٩٥/٣ - ٩٦) ، تهذيب التهذيب (٣٤٤/٣) .

(٤) روي عبد الرزاق في مصنفه (٢٢٤/٩) رقم ١٧٤٤١ و ١٧٤٤٢ عن قتادة قال قضي عمر بن الخطاب في العين القائمة إذا فقئت بثلث ديتها ، وروي عن ابن عباس مثله ، وروى البيهقي في السنن الكبرى (٩٨/٨) عن قتادة عن عبد الله بن بريرة عن يحيى بن يعمر عن ابن عباس عن عمر بن الخطاب ﵁ أنه قال : في العين =

قول عمر ﷺ : كنا ننزلها بمنزلة عين الإنسان ينفى هذا ، ولأنه كتب بذلك في دابة لم يشاهدها ، فلا يجوز أن يكون قوم بعضها وهو [لا] [١] يعرفها ، ولأنه حيوان يستحق بنفسه جزءًا من المغنم ، فوجب أن يكون في أعضائه ما يتقدر أرشه شرعًا كالعبد .

١٦١٩٩ - ولأن ما [لا] [٢] يؤكل أحد نوعي الحيوان ، فوجب أن يكون فيه ما يتقدر أرش عينه كما يؤكل [٣] .

١٦٢٠٠ - فإن قالوا : فوجب أن لا يتقدر أرش عينه بربع قيمته .

١٦٢٠١ - قلنا : هذا فرض في صحة التقدير ، والكلام في نفس التقدير . ولأنه لو قال حيوان استقل الحكم به ، فلا يحتاج إلى قوله أحد نوعي الحيوان .

١٦٢٠٢ - احتجوا : بأنها جناية على بهيمة فلم يجب بها مقدار كما لو قطع يدها ، ولأن كل حيوان لا يجب في أطرافه المقدَّرَ لم يجب في عينه مقدَّرٌ كالغنم ، ولأن عين الدابة لو تقدرت لتقدرت بنصف قيمتها كعين العبد [٤] .

١٦٢٠٣ - الجواب : أن القياس في هذه المسألة مسلم ، وإنما تركناه لقضاء الأئمة المهديين ، والرجوع إلى قولهم عندنا أولى من القياس [٥] . وليس إذا لم يتقدر أرش اليد لم يتقدر أرش العين . لأن الحر تتقدر أطرافه ، ثم يكون فيها ما لا يتقدر كاليد الشلاء ،

= القائمة والسن السوداء واليد الشلاء ثلث الدية . وروي عن الشافعي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبد الله عن سليمان بن يسار أن زيد بن ثابت قضى في العين القائمة إذا طفئت بمائة دينار . وقال مالك : ليس على هذا العمل . إنما فيها الاجتهاد . وعن إبراهيم النخعي : أنه قال في العين القائمة واليد الشلاء ولسان الأخرس حكومة عدل . وفي مصنف ابن أبي شيبة (٢٠٧/٩) رقم ٧١١٣ عن قتادة عن ابن هريرة عن يحيى ابن يعمر عن ابن عباس قال : في العين القائمة إذا نخست ثلث ديتها . فإن قلع العين القائمة وهي التي بقيت صورتها وهيأتها وذهب بصرها فقد أجمع على وجوب حكومة عدل . انظر كتاب الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي د . عوض أحمد إدريس ص٢٨٢ ط دار الهلال بيروت .

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ع) ، (م) : [لا يؤكل] .

(٤) « العبد » بدل من « الدابة » في جميع النسخ وإنما أبدلناها لأن عين العبد هي التي تقدر بنصف قيمته ولا يكون المقيس والمقيس عليه شيئًا واحدًا . انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٤٠/٧) .

(٥) قال ابن قدامة : هذا إجماع يقدم على القياس . وبناء على النص سالف الذكر عن الإمام أبي حنيفة فإن قول الصحابي يقدم على القياس ، حيث إن القياس نوع من الاجتهاد . قال أبو سعيد البردعي : إن تقليد الصحابي واجب يترك به القياس ، لاحتمال السماع . انظر تيسير التحرير (١٣٣/٣) وكشف الأسرار للنسفي (١٧٤/٢) والمغني مع الشرح الكبير (٣٨٧/٥) .

ولا يمنع ذلك من تقدير الباقي [١] ، ولأن الفرس كثرت منافعها فأخذ شبها [من الآدمي شبهًا] [٢] من الشاة فأعطيناه الشبه من الأصلين فقدرنا عينه ولم نقدر بقية أطرافه . فأما الشاة فلا ينتفع بها إلا من حيث اللحم ، والفرس ينتفع بعينه وظهره ، فلكثرة منافعه وجب تقدير أرش بعض أعضائه [٣] .

* * *

(١) في (ع) ، (م) : [الثاني] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) لأن بعض البهائم عاملة كالآدمي فينتفع بها ، ولأن في الفرس مقاصد أخرى سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل ، فمن وجه الزينة والجمال تشبه الآدمي ، وقد تمسك للأكل ، ومن هذا الوجه تشبه المأكولات ، فعملنا بالشبهين فيشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف . وأما القياس على الشاة فقياس مع الفارق ، فإن المقصود من الشاة اللحم وفقء العين لا يفوته ، بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المالية . انظر البناية على الهداية (٢٥٧/١٠) .

مسألة ٨٠٥

حكم زيادة العين المغصوبة

١٦٢٠٤ - قال أصحابنا : إذا زادت العين المغصوبة في يد الغاصب ثم نقصت لم يضمن الزيادة وإن استهلك هذه الزيادة .

١٦٢٠٥ - فذكر الطحاوي عن أصحابنا [1] [من الإملاء] [2] عن أبي يوسف عن أبي حنيفة : [أنه لا تضمن الزيادة إلا أن يكون الاستهلاك قتلًا .

١٦٢٠٦ - وروى محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة] [3] أنه تضمن الزيادة بالاستهلاك [4] .

١٦٢٠٧ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : إذا غصب جارية تساوي مائة فزادت في يده بالتعليم أو

---

(١) في (ع) ، (م) : [أصحابنا] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) وأصحاب الإملاء الذين يطلق عليهم ذلك في اصطلاح العلماء هم من يقعدون حول العالم بالمحابر بالقراطيس فيتكلم العالم ويكتب التلاميذ فيصير كتابًا ، ويسمونه الإملاء والأمالي . وكذلك كان السلف من الفقهاء والمحدثين وأهل العربية فقد ترك علماؤنا الأجلاء كتبًا كثيرة بهذه الطريقة ، منها كتاب الأمالي لمحمد بن الحسن ، والأمالي لأبي يوسف ، وكذا الإملاء للإمام الشافعي ، والأمالي لقاضيخان . انظر مجموعة رسائل ابن عابدين (١٧/١) وكشف الظنون (١٦٢/١) وأسماء الكتب والمتمم لكشف الظنون تأليف عبد اللطيف بن محمد تحقيق وتوضيح د . محمد التونجي ص٦٤ - ٦٥ ط مكتبة الخانجي بمصر .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) انظر مختصر الطحاوي ص١١٧ - ١١٨ ، الهداية (١٩/٤) ، تبيين الحقائق (٢٣٢/٥) ، بدائع الصنائع (٦٦٥/٧) ، رؤوس المسائل ص٣٥٢ - ٣٥٣ . وعبارة الطحاوي « ولا ضمان عليه في زيادة إلا أن يكون استهلكها ، فيجب عليه ضمانها باستهلاكها إياها . كذا روي محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ﷺ ، وقد روي أصحاب الإملاء عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال : لا يجب على الغاصب ضمان الزيادة ، وإن استهلكها ، إلا أن يكون المغصوب عبدًا فيقتله بعد الزيادة خطأً ، فيختار المغصوب تضمين عاقلة الغاصب بالجناية بأن يضمنها قيمة العبد زائدة . وأما أبو يوسف ومحمد فقولهما في ذلك مثل القول الأول من القولين الأولى اللذين روياهما عن أبي حنيفة لا اختلاف عنهما فيه وبه نأخذ . وبقول الإمام أبي حنيفة في عدم ضمان زوائد المغصوب قال المالكية . جاء في الذخيرة : زوائد العين المغصوبة في يد الغاصب كالسمن وتعلم الصنعة وعلو القيمة ثم يذهب ذلك لا يضمنه الغاصب ، وتأخذ سلعتك ولا شيء لك ، وكذلك الولد بخلاف ما كان عند الغصب . انظر الذخيرة للقرافي (٢٩٣/٨) ، التفريع لابن الجلاب (٢٧٨/٢) .

بالسمن حتى صارت تساوي ألفًا ، ثم نقصت حتى صارت تساوى مائة فإنه يأخذها وتسعمائة معها ، كما لو غصبها وفي تساوى ألفا فنقصت [1] .

١٦٢٠٨ - لنا : أنها زيادة لم تعتبر بالغصب فلا تضمن بفواتها في يد الغاصب ، كما لو زاد سعرها ثم نقصت ، أو كانت زيادة القيمة عند الغاصب [2] ثم نقصت فردها .

١٦٢٠٩ - فإن قيل : زيادة القيمة لو كانت موجودة عند الغصب لم يضمنها ، كذلك إذا حدثت وزيادة البدن بخلاف ذلك .

١٦٢١٠ - قلنا : إذا جنى على زيادة السعر حال الغصب لم يصح هذه المعاوضة ثم الزيادة حال الغصب لا تضمن ، لأنها غير مغصوبة . كذلك زيادة البدن الحادثة .

١٦٢١١ - فأما زيادة البدن الموجودة حالة [3] الغصب فهي مغصوبة فلذلك ضمنت .

١٦٢١٢ - ولأنها عين [4] حدثت في يده بغير فعله فلم تحدث مضمونة ، أصله الثوب إذا ألقته الريح في حجره أو في داره ، ولا يلزم الزيادة في بدل الصيد ؛ لأنها تحدث أمانة ، ثم يضمن بمعنى حادث .

١٦٢١٣ - فإن قيل : لو زاد الصيد أو ولد في يده وهو لا يعلم ضمنه ، وإن كان لا يلزم رده .

١٦٢١٤ - قلنا : لا يضمنه هكذا قال أبو بكر الرازي [5] وقد روى ابن سماعة [6] عنهم : أنه يضمنه وليس بصحيح .

---

(١) مختصر المزني مع كتاب الأم (٣٦/٣ ، ٣٧) ، المهذب (٣٧٠/١) ، روضة الطالبين (٢٧/٥ ، ٤٣) ، الحاوي الكبير (١٤٦/٧) وعبارة الحاوي هي ما نقلها الإمام القدوري إلا كلمة وهي تسعمائة ثم قال الماوردي وهذا كما قال : وهذه المسألة مشتملة على فصلين ، أحدهما : أن يغصبها زائدة فتنقص ثم تزيد ، والثاني : أن يغصبها ناقصة فتزيد ثم تنقص فهي مسألة الكتاب . وصورتها فيمن غصب أمة تساوي مائة فزادت ببرء أو سمن أو تعليم قرآن أو خط حتى صارت تساوي ألفًا ثم نقصت وعادت لحالها حين غصبت لعود المرض والهزال ونسيان ما عملت من الخط والقرآن حتى صارت تساوي مائة ، فإنه يردها ويرد معها تسعمائة لنقص الزيادة الحادثة في يده . وبقول الشافعية قال الحنابلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٩٩/٥ - ٤٠٠) ، الشرح الكبير مع المغني (٤٠٣/٥ ، ٤٠٤ ، ٤٠٩) ، المبدع (١٦٦/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٨/٢) .

(٢) في (ع) ، (م) : [الغصب] .

(٣) في (ع) ، (م) : [عند] .

(٤) في (ع) ، (م) : [غيره] .

(٥) انظر مختصر اختلاف العلماء لأبي بكر الرازي الجصاص (١٧٥/٤) .

(٦) سبقت ترجمته .

١٦٢١٥ - ولأنه عين حصلت في يده بفعله ، وهلكت بغير فعله ، فوجب أن لا يضمنها من غير منع . أصله ما ذكرنا .

١٦٢١٦ - وإنما قلنا من غير منع في الحكم لأنه لا تأثير له في الفرع ، إذا كان المالك عندنا لو طالب بالعين المغصوبة فلم يردها لم يضمن / زيادتها فلذلك لم يذكر المنع في الأصل . ١٨/ب

١٦٢١٧ - ولا يحتاج إلى ذكر يوم المطالبة لأن المنع لا يكون إلا بعد المطالبة .

١٦٢١٨ - ولأنها زيادة غير متميزة لم يتناولها الغصب فلا يضمنها الغاصب به ، أصله : زيادة السعر [١] .

١٦٢١٩ - ولا يلزم إذا منعها لأنه لا يضمن به ، ولا يلزم [٢] الولد إذا منع ، لأنها زيادة متميزة .

١٦٢٢٠ - ولأنه لا يضمن بالغصب الولد ، وإنما المنع غصب آخر ، والزيادة تضمن عندنا بغصب آخر ، ولا يتصور ذلك إلا إذا ردها ثم غصبها .

١٦٢٢١ - ولأنه رد العين كما غصبها فلم يلزمه ضمان الزيادة التي فاتت بالغصب ، أصله : إذا سمنت فنقصت قيمتها بالسِّمن ثم ذهب السِّمن فعادت قيمتها .

١٦٢٢٢ - ولا يلزم الصيد ؛ لأنا خصصنا الضمان بالغصب ، ولا يلزم إذا ذهب السمن بفعله ، لأن ذلك الضمان يجب بالإتلاف لا بالغصب .

١٦٢٢٣ - ولا يلزم إذا رد الأمة زانية أو آبقة ، لأنه لم يرد العين كما غصبها ، لأن صفتها تغيرت ، ولأن الأصل والفرع يستوي في ذلك .

١٦٢٢٤ - احتجوا : بأنها زيادة في عين مغصوبة لو أتلفها الغاصب ضمنها ، فوجب أن يضمنها وإن تلفت .

١٦٢٢٥ - أصله : الزيادة الموجودة حال الغصب ، أو أصله : إذا منعه ثم رده [٣] .

١٦٢٢٦ - قلنا : قد يضمن بالإتلاف ما لا يضمن بالتلف ، بدلالة الأمانات .

---

(١) في (ن) : [السعر] وهو ما أثبتناه في المتن .

(٢) في (ن) : [يلزمه بزيادة الضمير المذكر الغائب المتصل] .

(٣) انظر هذا المعنى في الشرح الكبير مع المغني (٥/٤٠٤) وعبارته : (ولنا أنها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل ولأنها زادت على ملك المغصوب منه فلزمه ضمانها كما لو كانت موجودة حال الغصب) .

والمعنى في الزيادة [١] الموجودة حال الغصب أنها مال حدث في يده فضمنها به ، وهذه الزيادة حدثت بغير فعله فلم تحدث مضمونة وإن كانت [على] [٢] أصلهم إذا منعه ثم بذل ، فالمنع لا يُضَمِّن عندنا الزيادة ، فالأصل غير مسلم .

١٦٢٢٧ - فإن قيل : علة الأصل تبطل بمن غصبها حاملًا فإنها زيادة حصلت في يده بفعله فلا يضمنها ، و [٣] علة الفرع تبطل بزيادة الصيد .

١٦٢٢٨ - قلنا : الحمل لا تثبت اليد عليه ، فلا يقال إنه حصل في يده بفعله ، وإنما ثبتت يده على الأم .

١٦٢٢٩ - الحاصل : أنه إن كان الحمل زيادة فيها ضمنها ، وإن كان نقصانًا فيها فصفة النقص لا يوجب زيادة الضمان .

١٦٢٣٠ - وأما علة الفرع فلا يلزم عليها إبطال زيادة الصيد ؛ لأنها [لا تحدث] [٤] [زيادة الضمان ، وأما علة الفرع فلا يلزم عليها زيادة] [٥] مضمونه .

١٦٢٣١ - فإن قيل : الزيادة وإن لم تحدث بفعله فقد حدثت بسبب إمساكه للعين المغصوبة [٦] . وإذا حصلت في يده بسبب من جهته على وجه التعدي تعلق به الضمان ، كحفر البئر .

١٦٢٣٢ - قلنا : غصبه وإمساكه ليس بسبب لحدوث الزيادة ، فلم تحصل الزيادة في يده بسبب تعديه . وحفر البئر سبب الوقوع فقد حصلت الجناية بسبب هو متعد فيه ، ثم يبطل ما قالوه بمن جلس في الطريق فألقت الريح ثوبًا في جحره ، فإنه حصل في يده بسبب هو فيه غير متعد على فرض [٧] قولهم ، ولا يحدث مضمونًا عليه [٨] .

---

(١) في (ع) ، (م) : [الزيادات] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) و (ن) .

(٣) حرف الواو ساقط من (ن) .

(٤) هكذا في (ع) ، (م) ، (ن) وهو الصواب وحرف لا ساقط من (ص) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٦) في (ع) ، (م) المضمونة .

(٧) هكذا في (م) وهو الصواب أما في (ص) ، (ع) ، (ن) فرد .

(٨) في حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢٣٢/٥) « فإذا لم يوجد حد الغصب في الزيادة لا يجب الضمان ؛ لأن الزيادة حصلت في يده بغير صنعه بإيجاد الله تعالى ، ولا صنع للغاصب في إحداث الولد ، فصار كما إذا هبت الريح علي ثوب إنسان فألقته في حجر غيره فإنه لا يكون مضمونًا عليه ، لأنه لم يوجد صنع من جهته ، =

١٦٢٣٣ - قالوا : كل ما لو تلف في يد المبتاع من الغاصب ضمنه الغاصب فكذلك إذا تلف في يده ، أصله الزيادة الموجودة حال الغصب [١] .

١٦٢٣٤ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه اللَّه تعالى : إذا باع الغاصب زائدة ضمن قيمتها يوم الغصب ويضمن المشتري قيمتها يوم قبضها [٢] .

١٦٢٣٥ - فإن قالوا : كل ما يضمنه المشتري من الغاصب المغصوب منه ضمن الغاصب له ، أصله : الزيادة الموجودة حال الغصب .

١٦٢٣٦ - قلنا : المشتري من الغاصب قبض الثمن زائدة فضمن الزيادة بغصبه وأما الغاصب فلم يغصب هذه الزيادة فلم يضمن بالغصب ما لم يغصبه وقد تكلمنا على الأصل .

١٦٢٣٧ - قالوا : زيادة في عين مضمونة باليد المتعدية فوجب أن تكون مضمونة كالزيادة في الصيد في يد المحرم [٣] .

١٦٢٣٨ - قلنا : يبطل بالمشترى إذا قبض المبيع بغير أمر البائع فزاد في يده ثم هلك ويبطل ، بالجارية الموصى بها يحدث من أولادها إذا غصبها الموصى له فحملت في يده .

١٦٢٣٩ - وأما زيادة الصيد فلا تحدث مضمونة عندنا ، وإنما يتجدد ضمانها ؛ لأن المالك لها حق اللَّه تعالى طالبه بردها فضمن بترك الإرسال مع المطالبة .

١٦٢٤٠ - والزيادة في مسألتنا لم تحدث مضمونة ولكنها تضمن عندنا متى حدث [٤] معنى يوجب ضمانها .

١٦٢٤١ - فإن قيل : الغصب قد أمر اللَّه تعالى برده كما أمر برد الصيد فيجب أن يضمنه بالحبس .

= ولكنه يكون واجب الرد إلى مالك الأصل ، حتى إذا فوت الرد بالتعدي كالأكل والبيع ونحو ذلك أو بالمنع عند الطلب يكون ضامنًا » .

(١) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٤٦/٧ ، ١٤٧) وعبارته « ولأنه لو باعها بعد حدوث الزيادة بها ضمن نقصها . كذلك إذا لم يبعها . ويتحرر من اعتلاله قياسان ، أحدهما : أن كل عين ضمنت بالغصب ضمن ما تلف من زيادتها في الغصب قياسًا على تلفها في يد المشتري . والثاني : أن كل زيادة ضمنها الغاصب لو تلفت في يد المشتري ضمنها ، وإن تلفت في يد نفسه ، قياسًا على تلفها بجنايته » .

(٢) أنظر البناية على الهداية (٣٦٦/٨) .

(٣) انظر الحاوي الكبير (١٤٧/٧) وعبارته « ولأن ما ضمن أصله بالتعدي ضمنت زيادته في حال التعدي ، قياسًا على الصيد إذا زاد في يد المحرم ثم نقص » .

(٤) في (ع) ، (م) : [عندنا معنى] .

١٦٢٤٢ - قلنا : ضمان الغصب يجب لحق الآدمي ، فالمعتبر بمطالبته . وضمان الصيد يجب لحق اللّه تعالى فالمطالبة من جهته هي المعتبرة . يبين ذلك أن اللّه تعالى أمر المودع برد الوديعة إذا عجز عن حفظها . ثم لا يضمنها ، لأن المالك لم يطالبه ، وقد أذن اللّه تعالى للمضطر أن يأخذ مال غيره ، ولا يسقط ضمانه [١] لأن المالك لم يأذن .

١٦٢٤٣ - قالوا : الغاصب مأمور برد العين بزيادتها ، فإذا لم يفعل [٢] حتى نقصت وذهب السمن ضمن ؛ لأنه لو تلف في يده ما كان عليه رده [٣] .

١٦٢٤٤ - قلنا : الوديعة يلزمه رد جميع أجزائها ، فإذا نقصت فقد هلك في يده ما كان يجب عليه رده ولا ضمان عليه . وكذلك إذا اختلط الغصب بالوديعة فهو مأمور برد الغصب ، وذلك لا يتميز من الوديعة ، فهو مأمور برد الوديعة ، وإذا هلكت الجملة ضمن الغصب دون الوديعة .

* * *

(١) وذلك لأن الضرورات تبيح المحظورات . وفي حالة الضرورة يجوز للمضطر أن يأكل مال غيره ويضمنه ؛ لأن الضرورات تقدر بقدرها ، كما يجوز أكل الميتة وشرب الخمر ولحم الخنزير في حالة الضرورة بقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ من الآية ١٧٣ سورة البقرة . وقال اللّه في آية أخرى ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ من الآية ١١٩ سورة الأنعام . ومعنى الاضطرار هنا : هو خوف الضرر على نفسه أو بعض أعضائه بتركه الأكل . انظر أحكام القرآن للجصاص (١٥٦/١ - ١٥٩) ، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر للحموي (٢٧٦/١) ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٢) في (ن) : [لم يقول] .

(٣) انظر هذا المعنى في المهذب للشيرازي (٣٧٠/١) وعبارته « إذا زاد المغصوب في يد الغاصب ، بأن كانت شجرة فأثمرت أو جارية فسمنت أو ولدت ولدًا مملوكًا ثم تلف ضمن ذلك كله ؛ لأنه مال للمغصوب منه حصل في يده بالغصب ، فضمنه بالتلف كالعين المغصوبة .

مسألة ٨٠٦

ضمان منافع العين المغصوبة

١٦٢٤٥ – قال أصحابنا (١) : لا يضمن الغاصب منافع العين المغصوبة إذا تلفت في يده أو استوفاها (٢) .

١٦٢٤٦ – قال الشافعي : تضمن المنافع كالأعيان (٣) .

١٦٢٤٧ – وحصروا (٤) المذهب فقالوا : كل منفعة تُضمن بعقد الإجارة فإنها تضمن بالغصب (٥) (٦) .

١٦٢٤٨ – لنا : ما روي أن جارية غرت رجلًا فتزوجها ، فكانت عنده مدة ، فولدت منه أولادًا ثم جاء صاحبها واستحقها فقضى عمر ﷺ بالجارية لصاحبها بالعقد ، وبقيمة الأولاد

(١) صورة المسألة : إذا غصب دابة أو عبدًا فاستخدمه أو أجره حتى استوفى منافعه فإن هذه المنافع عند الحنفية ومن معهم لا تكون مضمونة على الغاصب والعين مضمونة ، بلا خلاف . وعند الشافعية ومن معهم تكون المنافع مضمونة كالعين .

(٢) مختصر الطحاوي ص١١٨ ، المبسوط (٧٨/١١) ، الهداية (٢٠/٤) ، الاختيار (٣٢٤/٢) ، رؤوس المسائل ص٣٥١ ، تبيين الحقائق (٢٣٣/٥ ، ٢٣٤) وعبارة الزيلعي : « ومنافع الغصب غير مضمونة ، استوفاها أو عطلها أو استغلها لعدم ورود الغصب عليها ولا مماثلة بينها وبين الأعيان لبقاء الأعيان . وبه قال ابن القاسم من المالكية ففي الذخيرة للقرافي (٢٨١/٨) : منفعة الأعيان لا تضمن بالفوات تحت اليد العادية عند ابن القاسم . وقال أشهب وغيره : عليه الكراء إذا غلق الدار وبور الأرض ولم يستخدم العبد ووقف الدابة . وقال ابن حبيب : إذا باع الغاصب أو وهب غرم الغلة التي اغتل المشترى والموهوب ، فإن كان معسرًا غرم الموهوب أو وارثه ولا يغرم المشترى . وقال اللخمي : إنما يقرن ما حرم ربها من تلك الغلات بغصبه ، لأنه المستهلك . انظر أيضًا بداية المجتهد (٣٢٠/٢ ، ٣٢١) ، شرح الخرشي (١٣٧/٦) .

(٣) وبه قال الحنابلة . انظر كتاب الأم للشافعي (٢٥٤/٣) ، الحاوي الكبير (١٦٠/٧) ، المهذب (٣٧٠/١) ، مغني المحتاج (٢٨٦/٢) ، الوجيز (٢١٠/١) ، المبدع (١٨٥/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٦/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٣٥/٥) ، الإنصاف للمرداوي (٢٠١/٦ ، ٢٠٢) وعبارة الماوردي : منافع المغصوب مضمونة على الغاصب بالأجرة سواء انتفع أو لم ينتفع . وعبارة ابن قدامة : أنه متى كان للمغصوب أجر فعلي الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يديه سواء استوفي المنافع أو تركها تذهب ، هذا هو المعروف في المذهب ، نص عليه أحمد في رواية الأثرم . وقال المرداوي : هذا ما عليه جماهير الأصحاب ، ونص عليه في قضايا كثيرة .

(٤) في (ع) ، (م) ، (ن) [وحصلوا] .

(٥) انظر هذا المعنى في حلية العلماء (٢١٠/٥) والحاوي الكبير (١٦٠/٧) .

(٦) قاعدة : « كل منفعة تضمن بعقد الإجارة تضمن بالغصب » .

ولم يقض بقيمة منافعها التي كانت في يده واستوفاها ، فلو وجب لبينه لمستحقه [١] .

١٦٢٤٩ - وعن علي بن أبي طالب ﷺ مثل ذلك ، ولم يخالفهما أحد ، فصار لشهرته إجماعًا ، ولأنها منفعة استوفاها من غير عقد ، ولا شبهة فلا يلزم شيء في مقابلتها .

١٦٢٥٠ - ولا يلزم بدلها ، كمن زنا بمطاوعة من غير عقد ولا شبهة فلا يلزمه شيء في مقابلتها .

١٦٢٥١ - فإن قيل : قوله من غير عقد ولا شبهة لا تأثير له ؛ لأن المنافع لو استوفاها بشبهة لم يضمنها كمن ركب دابة فضمنها له .

١٦٢٥٢ - قلنا : هذا الوصف [ليس] [٢] له تأثير فيمن زُفَّت إليه غير امرأته ، وفي من استوفاها بشبهة الإجارة . وإذا بينا تأثيره في هذين الموضعين لم يلزم بيان تأثيره [٣] في كل المواضع .

١٦٢٥٣ - فلا يلزم من يرد آبقًا [لأن المالك لم يستوف المنفعة ، وإنما ملك بدلها [٤] ، ولأن جُعل الآبق صفته وليس ببدل عبد] [٥] وإنما هو في مقابلة المنافع ، كرزق القاضى ونصيب المضارب من الربح .

١٦٢٥٤ - ولا يلزم الأب إذا وطئ جارية ابنه ، لأنه استوفى المنفعة بشبهة الملك .

١٦٢٥٥ - ولا يلزم إذا وصى الرجل بخدمة عبده ويعتقه بعد ذلك فأعتقه الوارث أنه يضمن للموصى له [٦] ، لأن الوارث لم يستوف المنفعة ، ولأنه لا يضمن المنفعة وإنما يضمن الرقبة فيشتري بالقيمة عبدًا فيخدمه .

١٦٢٥٦ - قالوا : المطاوعة بذلت منفعتها له فلا يجب عليه عوضها ، كما لو بذلت له قطع يدها [٧] .

---

(١) روي البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح باب من قال يرجع المغرور بالمهر وقيمة الأولاد على الذي غره (٢١٩/٧) قال أخبرنا أبو سعيد عن أبي العباس عن الربيع عن الشافعي عن مالك أنه بلغه أن عمر أو عثمان قضي أحدهما في أمة غرت بنفسها رجلًا فذكرت أنها حرة فولدت أولادًا فقضي أن يفدي ولده بمثلهم . وقريب من هذا اللفظ ما رواه عبد الرزاق في مصنفه (٢٧٩/٧) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٣) ساقط من (ع) .

(٤) في (ن) : [مالكها بدلًا] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) كلمة له ساقطة من جميع النسخ ، والسياق يقتضيها .

(٧) انظر الحاوي الكبير (١٥٢/٧) هذا أحد الوجهين في وجوب المهر إذا كانت مطاوعة وهو ظاهر مذهب =

١٦٢٥٧ - قلنا : الأسباب التي يجب بها بدل البضع لا يسقط بدلها ، كالمقبوضة ، ولأن الأمة المطاوعة [١] لا مهر لها ، ولا يسقط حق [٢] مولاها .

١٦٢٥٨ - قالوا : العاقلة [٣] لو دعت مجنونًا إلى نفسها فلا مهر لها ، لبذلها .

١٦٢٥٩ - قلنا : غلط ؛ لأنها إن ضمنته المهر رجع به عليها ، لأنها هي التى أدخلته في سبب الضمان ، فمن حيث ثبت سقط

١٦٢٦٠ - ولهذا قالوا : إنه لو أكرهها [٤] وجب المهر ، ولأنها نوع منفعة فلا تضمن باليد [أصله المنفعة] [٥] . بيان هذا : أن من غصب أمة فأمسكها ، فقد فوت علي المولى وطأها في مدة الغصب ولا ضمان عليه .

١٦٢٦١ - قالوا : لأن منفعة البضع في يد المولى ، بدلالة أنه لو زوجها جاز ، واستحق المهر ، ومنافع الأعضاء ليست في يده ، بدلالة أنه لو عقد عليها لم يجز [٦] .

١٦٢٦٢ - قلنا : [المولى يملك وطء الأمة] [٧] ، كما أن عوضه قد يكون في المهر وهو ممنوع من العوض الذي هو الوطء ، فكان يجب أن يضمن ، كما لو بذل الغاصب تمكينه من استعمالها في [٨] وجه دون وجه .

١٦٢٦٣ - ولأن تزويجه إنما يجوز ليس لأن منافع بضعها [٩] تحت يده لكن لأن صحة النكاح لا يقف علي إمكان التسليم ، ولأنا لا نسلم أن العوض عن البضع يسلم له [١٠] إذا زوجها ، بدلالة أن الزوج لا يلزمه تسليم المهر إذا كان ممنوعًا من الزوجة .

١٦٢٦٤ - قالوا : منفعة البُضْع غير مقدرة بالزمان [فلم يفوت على المولى شيئًا ،

= الشافعي ، وهو قول جمهور أصحابه أنه لا مهر لها عليه ، لأنها بالمطاوعة تكون بغيًا ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن مهر البغي . والوجه الثاني : وهو قول أبي العباس بن سريج أن المهر عليه واجب ، لأنه حق لسيدها فلا يسقط بمطاوعتها ، كما لو بذلت قطع يدها لم يسقط عن القاطع ديتها .

(١) في (ع) ، (م) : [المطاوعة الأمة] .

(٢) في (ع) ، (م) : [من] . (٣) في (ع) ، (م) : [العلة] .

(٤) في (ع) ، (م) : [لو أنه أكرهها] . (٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) انظر روضة الطالبين (٥/١٤) وعبارته « منفعة البضع لا تضمن بالفوات تحت اليد ، لأن اليد لا تثبت عليها ، ولهذا يزوج السيد المغصوبة ، ولا يؤجرها كما لا يبيعها » .

(٧) ما بين القوسين غير واضحة في النسخ الأربعة .

(٨) في (ص) ، (ع) ، (م) على والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٩) في (ع) ، (م) [بعضها] . (١٠) في (ع) ، (م) [إليه] .

لأنه يطؤها بعد ردها ، ومنفعة الأعضاء مقدرة بالزمان] [(١)] ، بدلالة أن العقد يقع فيها على المدة وينقسم عليها ، فإذا حبسها فقد أتلف منفعتها [(٢)] .

١٦٢٦٥ - قلنا : إذا حبسها فقد أتلف منفعة البضع ، ومنع المولى في المدة ، وإمكان الوطء في الباقي لا يمنع ضمان التالف في يد الغاصب ، كما لو وطئها ضمن عندهم ، وإن كان المولى يطؤها في الثاني ، ومنفعة الوطء لا تتقدر بالزمان .

١٦٢٦٦ - [ولأن / منفعة الأعضاء في حق المالك لا تقدر بالزمان] [(٣)] وإنما تتقدر في حق المستأجر ، ولهذا لو حبس البائع المبيع بغير حق لم يسقط شيء من الثمن ، وإن حبس المؤجر سقطت الأجرة ، فلا فرق بين منافع البضع ، والأعضاء حق المالك . ١٨٦/أ

١٦٢٦٧ - ولأن كل سبب يضمن به المنفعة يستوي فيه منفعة الحر والعبد . أصله : الإجارة الصحيحة والفاسدة . ومعلوم أن من حبس حرًّا صانعًا وحال بينه وبين العمل لم يضمن أجرته ، كذلك إذا حبس عبدًا أومنعه من مولاه ، وهذا أصل مسلم ، وزعموا أنه هو المذهب .

١٦٢٦٨ - قالوا : وقال ابن شريح من أصحابنا : من قال يضمن منفعة الحر فليس بمذهب ، وهو فاسد [(٤)] ، لأن المنافع تتولد عن رقبة الحر فلا يضمن بالغصب ، كالولد .

١٦٢٦٩ - فإن قيل : الحر لا تضمن رقبته بالغصب ، كذلك منفعته

١٦٢٧٠ - قلنا : لأنها لا تضمن بالعقد ، والمنافع تضمن بالعقد .

١٦٢٧١ - فإن قيل : منافع الحر تحت يده فلا يضمنها الغاصب ، كما لا يضمن ما

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر هذا المعنى في المغني مع الشرح الكبير (٤٣٦/٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) جاء في المهذب للشيرازي (٣٧٤/١) « وإن غصب حرًّا وحبسه ومات عنده لم يضمنه ؛ لأنه ليس بمال فلم يضمنه باليد ، وإن حبسه مدة لمثلها أجرة . فإن استوفى فيها منفعته لزمته الأجرة لأنه أتلف عليه ما يقوم فلزمه الضمان ، كما لو أتلف عليه ماله أو قطع أطرافه . وإن لم يستوف منفعته ففيه وجهان ، أحدهما : تلزمه الأجرة ؛ لأن منفعته تضمن بالإجارة ، فضمنت بالغصب كمنفعة المال . والثاني : لا تلزمه ؛ لأنها تلفت تحت يده فلا يضمنه الغاصب بالغصب ، كأطرافه وثياب بدنه » . وجاء في روضة الطالبين (١٤/٥) أن « منفعة بدن الحر مضمونة بالتفويت ، فإذا قهر حرًّا وجبره في عمل ضمن أجرته ، وإن حبسه وعطل منافعه لم يضمنها على الأصح ، لأن الحر لا يدخل تحت اليد فمنافعه تفوت تحت يده بخلاف المال . وقال ابن أبي هريرة يضمنها » . ويلاحظ أن ما ثبت عن ابن سريج ليس هو الرأي الراجح عند الشافعية وإنما قائله هو ابن أبي هريرة من الشافعية وهو المرجوح عندهم .

عليه من الثياب والحلي ، فيضمنها الغاصب .

١٦٢٧٢ - قالوا : وكذلك لو غصب جملًا ، وعليه متاع ، ومالكه فوقه لم يضمنه . ولو كان عبدُه [١] فوقه ضمنه .

١٦٢٧٣ - قلنا : منافع الحر في يده كما أن منافع العبد في يده ، والغاصب يحبسه بمنافعه فكل واحد من المنتفعين فاتته المنفعة ، فلا فرق بينهما . وما ذكره من المسألتين لانسلمه ، فلا يضمن عندنا المتاع إذا كان عند مالكه عليه ، ولا يضمن ثياب العبد المغصوب إذا لم تزل يده عنها ، كما لا يضمن ثياب الحر .

١٦٢٧٤ - ولأنه لا تُضْمَنُ منفعة بضعها فلا تُضْمَنُ منفعة أعضائها ، كالجارية المستعارة .

١٦٢٧٥ - ولأنه رد العين على الصفة التي غصبها ، فلم يلزمه بدل شيء من منافعها بالغصب . أصله إذا غصب دراهم أو دنانير . ولا يلزم إذا وطئ الجارية بشبهة ؛ لأن العقد لا يلزمه بحكم الغصب .

١٦٢٧٦ - ولأن الغصب سبب يَضْمن به الرقبة فَيَضْمن به المنفعة كالقتل والغرور .

١٦٢٧٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [٢] .

١٦٢٧٨ - قلنا : حقيقة اللفظ يقتضي الاعتداء على الأنفس دون الأموال . ومن حكم اللفظ أن يحمل على حقيقته ، ولا يحمل على مجازه إلا بدليل .

١٦٢٧٩ - قالوا : كل ما يضمن المسمى في العقد الصحيح يضمن بالغصب كالأعيان . [٣] ولا يلزم منفعة الحر ؛ لأنه يضمن بالغصب إذا أكرهه على العمل [٤] .

١٦٢٨٠ - قلنا : قد يضمن بالعقود ما لا يضمن بغيرها ، بدلالة أن منافع البضع مضمونة على المرأة بالخلع ولا تضمنها بغيره ، كذلك إذا باعه عينًا قيمتها مائة بمائتين فما

---

(١) في (ن) : [عليه] .

(٢) سورة البقرة : الآية ١٩٤ . وجه الدلالة من الآية الكريمة : ما ذكره الماوردي حيث قال : « فلما لم يجز أن يتعدى على مالكه باستهلاك منافعه أوجب العموم مثلًا مشروعًا وهو الأجرة ؛ لأن القيمة أحد المثلين » . انظر الحاوي الكبير (١٦٠/٧) .

(٣) قاعدة : « كل ما يضمن به المسمى في العقد الصحيح يضمن بالغصب كالأعيان » .

(٤) هكذا في (ن) وفي باقي النسخ بالعمل . انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٦٠/٧) وعبارته « ولأن ما ضمن بالعقود ضمن بالغصوب كالأعيان » .

زاد على مقدار القيمة يضمن بالعقد ولا يضمن بالغصب . والمعنى في الأعيان أنها إذا ملكت [١] كان بدلها لمالكها ، والمنافع تملك ، ثم يستحق بدَلها غيرُ مالكها ، بدلالة أن الزوجة إذا وطئت بشبهة كان المهر لها ولم يستحقه الزوج المالك لمنافع بضعها .

١٦٢٨١ - ولأن الأعيان المملوكة لما [٢] جاز أن تنتقل إلى الوارث منفردة [٣] عن [غيرها ضمنت بالغصب والمنافع قد تملك ثم لا يجوز أن تنتقل إلى الوارث منفردة عن] [٤] الأعيان ، وهي منافع البضع ، فلذلك لم يضمن بالغصب . أو نقول : الأعيان لا توجد مملوكة إلا وحق الغرماء يجوز أن يتعلق بها ، والمنافع قد توجد فلا يتعلق حق الغرماء [بها] [٥] ، وهي منافع المديون [٦] ، فلذلك لم تضمن بالغصب .

١٦٢٨٢ - قالوا : جهتا الضمان عليه العقد الصحيح والفاسد كالغصب ، ثم ثبت أن المنافع تجرى مجرى الأعيان في الجهتين : العقد الصحيح والفاسد . كذلك الغصب [٧] .

١٦٢٨٣ - قلنا : أما قولكم : إن الأعيان تضمن بالعقد الصحيح والفاسد فغير مسلم ، بل هي مضمونة بنفسها فأما كونهما سببا يقتضي ضمانها فلا ، وإنما المنافع هي التي تضمن بأسباب .

١٦٢٨٤ - وقولهم : إن المنافع تضمن بالعقد الفاسد فغير مسلم ، وإنما تضمن متى أتلفها لأجل العقد الفاسد ، بدلالة ، أنها لو تلفت [تحت يده] [٨] لم يضمنها عندنا .

١٦٢٨٥ - ثم الغصب من ضمان الشيء بنفسه ، وليس إذا ضمنه الأعيان بأنفسها يجب أن يضمن المنافع كذلك ، لأن الأعيان أدخل في التمول من المنافع والضمان يتعلق بالأموال [٩] ، ولأن الخلاف بيننا في أن المنافع هل تضمن بأنفسها .

---

(١) في (ع) ، (م) : [بدلت] .
(٢) هكذا في (ن) وهو الصواب وفي باقي النسخ كما .
(٣) وفي (ن) : [متفرقة] .
(٤ ، ٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٦) في (ع) ، (م) : [الديون] .
(٧) انظر الحاوي الكبير (٧/١٦٠ ، ١٦١) وعبارته (ولأن ما ضمن به الأعيان ضمن به المنافع كالعقود) . وعبر عنه ابن قدامة فقال : لنا أن كل ماضمنه بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الإتلاف كالأعيان . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥/٤٣٥) .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٩) فائدة : « الأعيان أدخل في التمول من المنافع ، والضمان يتعلق بالأموال » .

١٦٢٨٦ - فإذا قالوا : لما استوت المنافع والأعيان في الضمان بالعقد وجب أن يتساويا في الضمان من غير عقد ، فلم يدلوا في المعنى على موضع الخلاف .

١٦٢٨٧ - قالوا : استدل الشافعي رحمه اللّٰه تعالى ، فقال : لو استأجر قميصًا فلبسه فنقل فيه التراب كان عليه [ضمان] (١) المنافع (٢) . ولو اكترى دكانًا للبُرّ فعمل فيه الطحن ضمن المنافع ، وإن كان الاستيفاء بغير إذن المالك ، كذلك في مسألتنا .

١٦٢٨٨ - قلنا : هذه غفلة ، لأن الأجرة لا يضمنها في مسألتنا ، لاستيفاء المنافع ، وكذلك الإجارة الصحيحة تضمن الأجرة فيها [بكون العين] (٣) في يده ، فهو يضمن الأجرة لأجل ذلك إذا لم يفسد القميص . فأما أن يكون ضَمِنَ بدلَ المنافع المستوفاة بغير إذن المالك فلا .

١٦٢٨٩ - قالوا : ضمان الغصب أوسع من ضمان العقود (٤) ، بدلالة أن كل ما يضمن بالغصب ضمن بالعقد ، وقد يضمن به ما لا يضمن بالعقد ، مثل (٥) أم الولد ، ثم لو ثبت أنه يضمن المنافع بالعقد فلأن يضمنها بالغصب أولى (٦) .

١٦٢٩٠ - قلنا : ما يضمن بالعقد يضمن بالغصب ، إذا حصل الغصب فيه . والمنافع لا يتصور غصبها في أنفسها ، وإنما بغصب الأعيان التي تتولد منها المنافع ، فتضمن (٧) تلك الأعيان ، وضمانها يسقط معه ضمان المنافع . بدلالة أنّ بتلف العين تتلف منافعها فتضمن العين ، ولا تضمن المنافع ، ويسقط ضمان العين المتلفة فلا يجب ضمان المنافع ، بدلالة أن المرأة لو تأذن لرجل في قتلها فيسقط بإذنها ضمان نفسها ، ولا يضمن منافعها لزوجها .

١٦٢٩١ - وكذلك لو أذن المولى في ضمان أمته المتزوجة وإن أتلفها عليه ، كذلك

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٤٤٣/٧) وحلية العلماء (٤١١/٥ ، ٤٣٤) .

(٣) ما بين المعكوفتبن ساقط من (ص) ، والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة .

(٤) قاعدة : « ضمان الغصب أوسع من ضمان العقود » .

(٥) في (ع) ، (م) و (ن) : [قبل] .

(٦) انظر الحاوي الكبير (١٦١/٧) وفيه « ولأن منافع الغصب أعم من ضمان العقد ، وضمان المنافع أعم من ضمان الأعيان ؛ لأن الوقف مضمون بالغصب دون العقد ، ويصح العقد منه على المنفعة دون الرقبة ، فلما ضمنت المنافع بالعقود فأولى أن تضمن بالغصوب ، ولو ضمن بالغصب الأعيان فأولى به المنافع ، فيكون هذا ترجيحًا في الأصلين من طريق الأولى » .

(٧) في (ن) : [فلا تضمن] .

إذا ضمن العين المغصوبة يسقط ضمان منافعها لأجل ضمانها .

١٦٢٩٢ - قالوا : المنافع مال بدلالة جواز الوصية بها (١) .

١٦٢٩٣ - قلنا : الكلب عندكم موصي به ، وليس بمال (٢) . ولأن جواز الوصية بالمنافع يدل على جواز تمليكها ، وقد تملك الأموال وغيرها ، بدلالة أن الإنسان يملك بالعقد على من يلي عليه ، وليس ذلك بمال . ويملك المقذوف الحد عندهم وليس بمال . وكذلك يملك القصاص وليس بمال . وقد يملك بالوصية التصرف كما يملك المنافع ، وإن لم يكن التصرف مالًا .

١٦٢٩٤ - قالوا : لو أوصى بمنافع عبد اعتبرت من الثلث فدل أنها مال (٣) .

١٦٢٩٥ - قلنا : هذا غير مسلم ولا يعتبر عندنا خروج الرقبة من الثلث ؛ لأنها خصصت من الوراثة ، ولهذا تقول : لو عقد المريض على المنافع بغير مال فإن أعارها لم يعتبر ذلك من الثلث .

* * *

(١) الحاوي الكبير (١٦٠/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٣٥/٥) .

(٢) رد الماوردي على ذلك فقال : « ولا يدخل عليه الكلب ، لأن الوصية به بذل تمليك لا تمليك » . انظر الحاوي (١٦٠/٧) .

(٣) الحاوي الكبير (١٦١/٧) وفيه : ولأن الوصية بالمنافع معتبرة من الثلث فكانت مالًا كالرقاب .

مسألة ٨٠٧

إجارة المغصوب

١٦٢٩٦ - قال أصحابنا : إذا أجّر الغاصب المغصوب فأخذ أجرة المغصوب ملكها ، ولزمه أن يتصدق بها ، ولا شيء عليه للمغصوب منه [١] .

١٦٢٩٧ - وقال الشافعي : على الغاصب الأجر [٢] .

١٦٢٩٨ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام « الغلة بالضمان » [٣] والغاصب ضامن فكانت الغلة له [٤] .

١٦٢٩٩ - ولأنه انفرد بعقد الإجارة فكانت الأجرة له ، ولا يلزمه أجرة لغيره كالراهن [٥] .

١٦٣٠٠ - ولأن كل من لو أجر ملك نفسه كانت الأجرة له ، فإذا أجر ملك غيره

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (١٧٦/٤) ، تبيين الحقائق (٢٢٥/٥) ، الهداية (١٣/٤) ، المبسوط (٧٧/١١) ، بدائع الصنائع (١٤٥/٧) ، تكملة البحر الرائق (١٢٩/٨) وعبارة السرخسي : « رجل غصب عبدًا أو دابة فأجره وأصاب من غلته فالغلة للغاصب ، ويؤمر أن يتصدق بها » .

(٢) وبه قال المالكية وابن شبرمة . انظر شرح الخرشي (١٣٧/٦) ، المدونة الكبرى (٣٥٩/٥) ، مختصر اختلاف العلماء (١٧٦/٤) وكتاب الأم (٢٥٤/٣) ، الإشراف (٣٤٣/٣) ، الحاوي الكبير (١٥٨/٧) ، روضة الطالبين (٦٥/٥) . وعبارة النووي : « ولو أجر العين المغصوبة غرم المستأجر أجرة المثل للمالك . وأما عند الحنابلة إذا أجر الغاصب المغصوب فالإجارة باطلة على إحدى الروايات كالبيع ، ولمالكه تضمين أيهما شاء أجر مثلها ، فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك ؛ لأنه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة ، إلا أن يزيد أجر المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ، ويسقط عنه المسمى في العقد . وإن كان دفعه إلى الغاصب رجع به . المغني مع الشرح الكبير (٤١٣/٥) .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع باب من اشتري عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا (٢٨٤/٣) رقم ٣٥٠٩ . روي الترمذي في سننه كتاب البيوع باب ما جاء في من يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبًا (٥٧٢/٣ ، ٥٧٣) وابن ماجه في سننه كتاب التجارات باب الخراج الضمان (٧٥٤/٢) والنسائي في سننه كتاب البيوع (٢٥٤/٧ ، ٢٥٥) باب الخراج بالضمان ، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب البيوع ، باب المشتري يجد بما اشترى عيبًا وقد استغله زمانًا (٣٢١/٥) والإمام أحمد في مسنده (٤٩/٦) .

(٤) المبسوط (٧٧/١١) .

(٥) تكملة البحر الرائق (١٢٩/٨) حيث جاء « لأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد ، والعاقد هو الغاصب فتكون الأجرة له » .

لم يلزمه أجرة ، وكانت الأجرة له ، أصله المستأجر إذا أجر والولي والوكيل .

١٦٣٠١ – ولأنه أجر ما ليس له أن يؤجره من غير إذن ، فلم تلزمه أجرة ، وكانت الأجرة له ، كالبائع إذا أجر العبد في يد المشتري [١] .

* * *

(١) لم يتعرض الإمام القدوري على خلاف عادته لذكر أدلة المخالف مع الرد عليها طبقًا لما جاء في كتب المذهب الحنفي وغيره دليل مذهب الشافعية : أن الأجرة عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الغاصب كعوض الأجزاء . ويرد الأحناف بقولهم : نسلم أن الأجرة عوض المنافع المملوكة لرب الدار ولكن المنافع غير مضمونة عندنا ، إذ الغصب لا يثبت إلا بيد مفوتة ليد المالك وذلك لا يتحقق في المنافع ، لأنها لا تبقي وقتين فلا نتصور كونها في يد المالك ثم انتقالها إلى يد الغاصب . ثم إن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد والعاقد هو الغاصب ، فإذا هو الذي جعل منافع العبد بعقده مالًا فكان بدلًا له . والأهم من ذلك كله أن المغصوب في هذا الوقت كان في ضمان غير المالك ، لقوله ﷺ الخراج بالضمان ، فحين كان في ضمان غيره فهو الذي التزم تسليمه بالعقد دون المالك فكان الأجر له دون المالك . ويؤمر أن يتصدق بها لأنها حدثت له بكسب خبيث . وإن مات المغصوب فالغاصب ضامن بقيمته وله أن يستعين بتلك الغلة في ضمان القيمة ، لأنها ملكه وما فضل بعد ذلك تصدق به اعتبارًا للجزء بالكل . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤١٤/٥) والمبسوط (٧٧/١١ ، ٧٨) .

مسألة ٨٠٨

ولد الجارية المغصوبة

١٦٣٠٢ - قال أصحابنا : إذا غصب جارية فولدت في يده لم يضمن الولد ، إلا أن ينقله . أو يطالبه مالكه فيمنعه [١] .

١٦٣٠٣ - وقال الشافعي رحمه الله : يضمن الولد [٢] .

١٦٣٠٤ - وقال المروزي [٣] : لا يضمنه إلا أن تضعه حيًا ثم يموت . وقال بعضهم: يضمنه بقيمته إن كان حيًا [٤] .

١٦٣٠٥ - والكلام في هذه المسألة في فصلين . أحدهما : في الحمل الحادث في يد الغاصب ، والثاني في الحمل الموجود حال الغصب .

١٦٣٠٦ - فأما الفصل الأول فالكلام فيه قد تقدم في مسألة المغصوبة إذا زادت في يده . والوجه فيه : أن الحمل زيادة حدثت في يده بغير فعله [فلم تحدث مضمونة . كذلك الوديعة . وإن شئت قلت [عين] [٥] حدثت في يده بغير فعله] [٦] كالثوب تلقيه الريح في داره أو في حجره .

١٦٣٠٧ - وإذا ثبت أنه أمانة لم يضمن إلا بما تضمن به الأمانات من المنع والتعدي .

١٦٣٠٨ - ولأن غصب الأم لا يوجب ضمان الولد الحادث في يده . أصله إذا كان

---

(١) المبسوط (١١/٥٤) ، الهداية (٤/١٩) ، تبيين الحقائق (٥/٢٣٢) ، تكملة البحر الرائق (٨/١٣٧ ، ١٣٨) .

(٢) الحاوي الكبير (٧/١٥٠) ، المهذب للشيرازي (١/٣٧٠) ، التكملة الثانية للمجموع (١٤/٢٩٤) . (ب) ، روضة الطالبين (٥/٦٥) قال الماوردي : « ولد المغصوبة مضمون على الغاصب ، سواء كان الحمل موجودًا عند الغصب أو حادثًا » .

(٣) سبقت ترجمته .

(٤) وإن ألقت الجارية الولد ميتًا ففيه وجهان : أحدهما : أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع ، كما لو كان حيًا وهو ظاهر النص ، لأنه غصبه بغصب الأم فضمنه بالتلف كالأم . والثاني : أنه لا يضمنه ، وهو قول أبي إسحاق (المروزي) لأنه إنما يقوم حال الحيلولة بينه وبين المالك ، وهو حال الوضع ، ولا قيمة له في تلك الحال ، ولم يضمن . وحمل النص عليه إذا ألقته حيًا ثم مات . المهذب (١/٣٧٠) ، حلية العلماء (٥/٢٢٦ ، ٢٢٧) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

حرًّا أعتقه المولى .

١٦٣٠٩ - ولا يقال : إن الحر لا يضمن كالغصب ؛ لأنا لا نسلم ذلك في الصغير لأنه يضمن إذا تلف بالأسباب التي يمكن الحفظ منها .

١٦٣١٠ - ولأنه نماء مغصوبة فلم تحدث مضمونة ، أصله الجارية التي خلع عليها والتي أوصى له بحملها .

١٦٣١١ - فإن قيل : المعنى أن الولد ملكه .

١٦٣١٢ - قلنا : لا يمتنع أن يضمن ملكه إذا تعدى في التصرف فيه ، كما يُضَمِّن الرَّاهِنَ الرهن ، وههنا هو متعد عند مخالفنا في الولد حين تعدى في الأم . وأما الكلام إذا غصب الأم وهي حامل .

١٦٣١٣ - ولأن كل سبب لا يضمن به الحر لا يضمن به حمل الآدمية . أصله العقود وعكسه الجناية . ولا يلزم ولد الصيد .

١٦٣١٤ - ولأنا خصصنا / الحمل بحمل الآدمية . ولأنه حمل المغصوبة فلم يضمن من غير جناية فيه . أصله إذا كان الولد حرًّا . ١٨٦

١٦٣١٥ - ولأن الغصب معنى لا يحصل [من غير جناية فيه . ولأن الغصب] [1] لا يحصل إلا بإزالة يد المالك عنه ، فلا يصح في الحمل كالرهن .

١٦٣١٦ - ولأنه ضمان وجب للآدمي بالتعدي في الأم ، فلا يتعلق بالولد كالجناية على الأم ، ولأنه ضمان فعل لا يتعلق بحكم عقد سابق ، فلا يكون ضمان الأم سببًا في ضمان الولد كالجناية .

١٦٣١٧ - ولأنه ضمان لا يتبع الولد الأم فيه شرطًا فلم يتبعها « شرعًا » [2] كضمان الجناية وعكسه الرهن والبيع .

١٦٣١٨ - احتجوا بأن كل ما ضُمِن بالغصب خارج الوعاء ضُمِن كذلك إذا كان في الوعاء ، كالدر في الصدف ، والدراهم في الكيس [3] .

١٦٣١٩ - قلنا : ضمان الغصب ضمان النقل ، بدلالة أنه لو حال بين المالك وملكه ، ومنع من الانتفاع به لم يضمنه . والنقل من الكيس نقل لما فيه ؛ لأن ثبوت اليد على

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) . (٢) في (ع) ، (م) : [شرطًا] .

(٣) انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (٧/ ١٥٠) وعبارته : (ولأن ما صح أن يضمن بالغصب خارج وعائه صح =

الظرف ثبوت يد على ما فيه لأنه يمكن التصرف ، فيه وثبوت [اليد] [١] على الجارية لا يوجب ثبوت اليدعلى حملها ، فلم يوجد فيه النقل فلم يصح ضمانه من غير نقل . ولأن الدراهم في الكيس لمّا ضمنها بغصب الكيس ضمنها منفردة منه كما لو أفردها بالغصب ، ولو ضمن الحمل بغصب الأم ضمنه منفردًا عن الأم ، فلما لم ينفرد بالضمان دل على مفارقة الأصل للفرع .

١٦٣٢٠ - قالوا : كل ما ساوى العين ملكًا ساواها الغصب ، كالزيادة الموجودة حال الغصب [٢] .

١٦٣٢١ - قلنا : زيادة البدل يحصل فيها بالنقل والتحويل ، وضمان الغصب متعلق به . والحمل لا يصح فيه النقل والتحويل ، فلم يساو الأصل في الضمان ، مع افتراق الأصل والحمل في سبب الضمان .

١٦٣٢٢ - ولأن زيادة البدن تساوي الأصل في الغصب إذا ساوت الأصل في النقل . كذلك الولد إذا ساوى الأم في النقل و « إيقاع » [٣] الفعل فيه ساواها في الغصب .

١٦٣٢٣ - قالوا : كل ما ضمن به الولد منفصلًا ضمن به متصلًا ، كأخذ المحرم الصيد [٤] .

١٦٣٢٤ - قلنا : لا نسلم أن حمل الصيد مضمون ، فإنما يُضْمَن عندما يُتْرك إرساله بعد الولادة ، لأن المالك طالبه بإزالة « يده » [٥] عنه ، فكيف يقول إنه يضمنه حال الاتصال .

١٦٣٢٥ - ولأن ولد الصيد مضمون لحق اللّه تعالى ، وقد طلب إزالة يده عنه ،

= أن يضمن به في وعائه كالدرهم في كيس والحلي في حق) . وانظر أيضًا التكملة الثانية للمجموع (٢٤٩/١٤) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٥٠/٧) وعبارته : « لأنه متصل بالمغصوب ، فصح أن يكون مضمونًا كالسِّمَن ولأن ما ضمن بالجناية ضمن بالغصب كالمنفصل » .

(٣) في (ع) ، (م) : [ارتفاع] .

(٤) الحاوي الكبير (١٥٠/٧) وعبارته : « ولأن ضمان الغصب أقوى من ضمان الصيد . ثم ثبت أن ولد الصيد مضمون على المحرم ، فولد الغصب أولى أن يكون مضمونًا . ويتحرر من اعتلاله قياسان : أحدهما أن ما ضمنت به الأم من التعدي ضمن به الولد كالصيد على المحرم ، والثاني : أن ما ضمن به ولد الصيد ضمن به ولد المغصوبة ، كما لو منع » .

(٥) في (ن) : [ملكه] .

فضمن بترك إزالة اليد مع المطالبة ، وولد المغصوبة يضمن لحق الآدمي ولم يوجد من جهته مطالبة بالرد ، فلم يضمن .

١٦٣٢٦ - ولا يجوز اعتبارُ أمرِ اللَّهِ تعالى الغاصِبَ بالرد ؛ لأن ما يضمن لحق الآدمي يعتبر « بمطالبة » [١] الآدمي . ألا ترى أن إذن « المالك » [٢] في تناول ماله يسقط الضمان ، وإذن اللَّه تعالى في تناوله عند حاجة المضطر لا يسقط الضمان .

١٦٣٢٧ - ولأن الصيد يضمن بالأسباب عندنا قبل الدلالة ، فجاز أن يضمن بالسبب الذي هو غصب الأم . وضمان مال الآدمي لا يضمن بالسبب الذي هو الدلالة ، كذلك لا يضمن بحصول يده على الأم فتبين الفرق بينهما ، إذ المالك لو أتلف المغصوب في يد الغاصب لسقط الضمان . ولو أمات اللَّه تعالى الصيد في يد المحرم لم يسقط ضمانه ، وإن كان الإتلاف بفعل « الآدمي المالك » [٣] .

١٦٣٢٨ - قالوا : « النماء » [٤] ليس له حادث في يده من أصل مضمون عليه بيد متعدية ، فوجب أن يكون مضمونًا عليه . أصله ولد الصيد في يد المحرم [٥] .

١٦٣٢٩ - قلنا : يبطل بالولد الحر تثبت عليه اليد ، كما تثبت على العبد . وهذا معلوم مشاهد ، لهذا إذا أسلم الأجير الخاص نفسه ولم يعمل استحق الأجر ، فدل أن اليد تثبت عليه وإذ لا يضمن باليد يلزمه النقص .

١٦٣٣٠ - ولأن اعتبار حدوثه في يده لا يؤثر ؛ لأن الحادث الموجود عند الغصب مضمون عندهم وهو القليل ، وإنما زاد في ألفاظ العلة لنوع من الناس ثم لم يتخلص منه .

١٦٣٣١ - وقولهم : بيد متعدية لا يؤثر في الأصل ولا في الفرع ، لأنه لو أخذ العين يظنُّها له فليس بمتعد ويضمنها ، ولو أخذ الصيد للضرورة فليس بمتعد ويضمنه .

١٦٣٣٢ - قالوا : الضمان يتعلق بالأم فسرى إلى الولد [٦] .

١٦٣٣٣ - قلنا : لا نسلم أن الضمان حكم متعلق بالأم ، وإنما هو متعلق بذمة الغاصب . وكذلك يسري ضمانها إلى ولدها إذا كانت أمة .

---

(١) في (ع) ، (م) : [مطالبة بحذف حرف الباء] .

(٢) في (ع) ، (م) : [الملك] .

(٣) كلمة الآدمي ساقطة من (ع) ، (م) ، (ن) وكلمة المالك ساقطة من (ص) إلا أنها موجودة في الهامش .

(٤) في (ع) ، (م) ، (ن) [بما] .

(٥) انظر الحاوي الكبير (٧/١٥٠) .

(٦) انظر المرجع السابق (٧/١٥٠) .

مسألة ٨٠٩

متى يضمن المغرور ؟

١٦٣٣٤ - قال أصحابنا : يضمن المغرور قيمة الولد يوم الخصومة (١) .

١٦٣٣٥ - وقال الشافعي : يضمن حين وضعه حيًّا (٢) .

١٦٣٣٦ - لنا : أن كل وقت لم يطالب بقيمة ولد المغرور لم يعتبر قيمة ولد المغرور فيه ، أصله حال العلوق .

١٦٣٣٧ - وهذه مبنية على أن ولد المغصوبة أمانة (٣) ، وإنما يضمن بالمطالبة .

١٦٣٣٨ - فأما قبل ذلك لا ضمان عليه فلا تعتبر القيمة .

١٦٣٣٩ - احتجوا : بأنه منع المالك من التصرف في الولد حين وُلِدَه ، لأنه حكم بحريته ، فوجب أن يلزم الضمان حين المنع (٤) .

١٦٣٤٠ - قلنا : المنع من التصرف مثل قبل الوضع ، لأنه كان يقدر على عتقه لولا الغرور ، وقد منعه من التصرف الذي هو العتق ، ولم يضمن قيمته قبل الوضع عندهم (٥) .

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (١٧٧/٤) ، الفتاوي الهندية (١٥٥/٥) ، نتائج الأفكار (٣٤٩/٩) . قال صاحب الفتاوى الهندية : اشترى جارية فاستولدها ثم اسْتُحِقَّت ، فالولد حر الأصل وعليه للمولي قيمة الولد ، هكذا قضى علي ﷺ بحضرة الصحابة وتعتبر قيمة الولد يوم الخصومة . وجاء في مختصر اختلاف العلماء : قال أبو حنيفة : إذا غصبه شيئًا مما يكال أو يوزن فانقطع من أيدي الناس فعليه قيمته يوم يختصمون . وقال أبو يوسف : يوم غصبه ، وقال زفر ومحمد : آخر ما انقطع من أيدي الناس .

(٢) كتاب الأم (٢٥٢/٣) ، الحاوي الكبير (١٥٣/٧) ، روضة الطالبين (٦١/٥) ، حلية العلماء (٢٢٧/٥ ، ٢٢٨) . وجاء في حلية العلماء : إذا ألقت الأمة المغصوبة ولدًا ميتًا ففيه وجهان : أحدهما : وهو قول أبي إسحاق أنه لا يضمنه . والثاني : أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع وهو ظاهر النص .

(٣) المبسوط (٥٤/١١) .

(٤) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٥٣/٧) وهو في صدد رد قول الحنفية . .

(٥) الحاوي الكبير (١٥٢/٧) ، أسنى المطالب (٣٦١/٢) وعبارة الحاوي : هذا أحد الوجهين في المذهب ، وهو الأصح ، وبه قال أبو علي بن أبي هريرة : أنه لا يكون مضمونًا أي إذا غصب جارية فوضعت ولدًا ميتًا أنه لا يكون مضمونًا ، لأننا لا نعلم له حياة متيقنة حتى يضمن بالتلف ويستقر عليه حكم الملك . والوجه الثاني : لعله قول أبي العباس بن سريج وهو الظاهر من قول الشافعي رحمه الله أنه يكون مضمونًا بقيمته لو كان حيًّا ، كما يضمنه بالجناية إذا سقط ميتا .

١٦٣٤١ - قالوا : ما قبل الوضع لا نعلم حياته [١] .

١٦٣٤٢ - قلنا : إذا وضعته حيًّا فقد تيقنا وجود الحياة قبل الوضع .

* * *

(١) انظر روضة الطالبين (٦١/٥) ، الحاوي الكبير (١٥٣/٧) ، أسنى المطالب (٣٦١/٢) .

مسألة ٨١٠

رجوع المغرور على الغار

١٦٣٤٣ - قال أصحابنا : لا يرجع المغرور على الغَارِّ بالعُقْر [(١)] .

١٦٣٤٤ - وهو قول الشافعي في الجديد [(٢)] .

١٦٣٤٥ - وقال في القديم : يرجع عليه بالعُقْر وبالأجرة [(٣)] .

١٦٣٤٦ - لنا : أنه يدل عما نسلم له فلا يرجع على غيره ؛ أصله إذا اشترى طعامًا فأكله ثم استحق لم يرجع بالقيمة على البائع ، ولا يلزم قيمة الولد ، لأنه جزء القيمة « يدلّ على الرق » [(٤)] ، وذلك لم يسلم له .

---

(١) العقر : هي مهر المرأة إذا وطئت عن شبهة ، وسمي العقر عقرًا لأنه يجب على الواطئ بعقره إياها بإزالة بكارتها ، هذا هو الأصل ثم صار للثيب وغيرها . قال المناوي : العُقْر بالضم دية فرج المرأة إذا غصبت على نفسها ، ثم كثر حتى استعمل في المهر . وقال المطرزي : العُقر صداق المرأة إذا وطئت بشبهة . انظر طلبة الطلبة ص١٣٤ و١٣٥ ، التوقيف على مهمات التعاريف معجم لغوي مصطلحي لمحمد عبد الرؤوف المناوي تحقيق د . محمد رضوان ، ط دار الفكر المعاصر بيروت ، المغرب ص٣٢٢ . وانظر هذه المسألة في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى للإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم تصحيح وتعليق الشيخ أبي الوفاء الأفغاني ص١٣ ط مطبعة الوفاء ، مختصر اختلاف العلماء (١٤٤/٣) ، حاشية ابن عابدين (١٩٨/٥) ، المبسوط (٧٠/١١ ، ٧١) ، تبيين الحقائق (٢٣٤/٥) وفي اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى : « وإن اشترى الجارية فوطئها فاستحقها رجل فقضى له بها القاضي ، فإن أبا حنيفة كان يقول : على الواطئ مهر المثل على مثل ما يتزوج به الرجل مثلها يحكم به ذوا عدل ، ويرجع بالثمن على الذي باعه ولا يرجع بالمهر ، وبه نأخذ » وهو قول محمد كما في المبسوط . وكان ابن أبي ليلى يقول : على الواطئ المهر ويرجع البائع بالثمن والمهر ، لأنه قد غره منها » .

(٢) روضة الطالبين (٤٦٥/٣) ، الحاوي الكبير (٣٠٧/٦) ط دار الفكر ، مختصر خلافيات البيهقي (٣٢٧/٣) ، حلية العلماء (٢٦٦/٤) وعبارته « فإن اشترى أمة مُزَوَّجَةً ولم يعلم بالتزويج حتى أقبضها الزوج فهل يجوز له الرد بعيب التزويج على قولين : أحدهما : لا يرد ويرجع بالأرش ، والثاني : له الرد » .

(٣) انظر المراجع السابقة في المواضع السابقة . ويلاحظ أن الشافعية لم يصرحوا بتصنيف هذين القولين من حيث أنهما جديدان أو جديد وقديم كما ذكره الإمام القدوري ، فقالوا : إن فيها قولين ، إلا أن الإمام البيهقي ذكر في السنن الكبرى (٢١٩/٧) كتاب النكاح باب من قال يرجع المغرور بالمهر قول الشافعي في القديم : قضى عمر وعلي وابن عباس في المغرور يرجع بالمهر على من غره . وقال في الجديد : لا يرجع بالمهر فهذا يدل على تمييز القولين المنسوبين للشافعي ، وتصنيفهما إلى قديم وجديد .

(٤) هكذا في (د) وفي (ص) ، (ع) ، (م) : [بدل على الرق] .

١٦٣٤٧ - فإن قيل : دخل في العقد ليسلم له الاستباحة من غير عوض ، كما لو دخل ليسلم له الولد من غير عوض ، فإذا رجع رجع بما غرم من قيمة الولد كذلك العقد .

١٦٣٤٨ - قلنا : الولد مُوجَب بالعقد ، بدلالة أنه يجوز أن يُسْتَحَقَّ بالشرط . والمنفعة غير موجبة بعقد البيع ، بدلالة أنها لا تستحق به شرطًا ، وما ليس بموجب لا يثبت لأجله رجوع .

* * *

مسألة ٨١١

إكراه الرجل امرأة على الزنا

١٦٣٤٩ - قال أصحابنا : إذا أكره [١] الرجل امرأة على الزنا فعليه الحد ولا مهر عليه [٢] .

١٦٣٥٠ - وقال الشافعي : عليه الحد والمهر [٣] .

---

(١) الإكراه لغة : من الكره بالفتح ، وهو المشقة ، وبالضم القهر . وقيل بالفتح الإكراه وبالضم المشقة . وقيل هما لغتان في المشقة . وهو الإجبار والحمل على فعل شيء كارهًا تقول : أكرهته على أمر إكراهًا أي حملته عليه قهرًا . ويقال فعلته كَرْها بالفتح أي إكراها ، وعليه قوله تعالى : في سورة الفصلت ، الآية ١١ ﴿ طَوْعًا أَوْ كَرْهًا ﴾ فقابل بين الضدين . قال الفراء : الكره بالضم : المشقة . يقال قمت على كره ، أي على مشقة . انظر المصباح المنير (٦٤٣/٢) مادة كره ، لسان العرب (٣٨٦٥/٥) ، طلبة الطلبة ، ص٣٢٣ ، المغرب ص٤٠٦ . وفي الاصطلاح : هو اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب . انظر المبسوط ، (٣٨/٢٤) .

(٢) انظر المبسوط ، (٩٠/٢٤) ، بدائع الصنائع ، (١٨١/٧) وعبارة السرخسي : « وفي كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب المهر لها ؛ إذ الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بسبب فعل واحد » ، وهو قول الإمام أحمد . رواه عنه ابن منصور . واختاره أبو بكر : أن الثيت لا مهر لها ، وإن أكرهت . انظر المغني مع الشرح (٤١٣/٥) .

(٣) كتاب الأم للشافعي (٢٦٤/٣) ، مختصر المزني مع الأم (٣٩/٣) ، الوجيز (٢١٣/١) ، الحاوي الكبير (١٦٣/٧) ، مغني المحتاج (٢٩٣/٢ ، ٢٩٤) وعبارة الحاوي « قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ : ولو استكره أمة أو حرة فعليه الحد والمهر . وقال الماوردي وهذا كما قال : إذا استكره الرجل امرأة على نفسها ، حتى وطئها كرهًا وجب عليه الحد دونها . واختلفوا في وجوب المهر لها ؛ فذهب الشافعي إلى وجوب المهر عليه حرة كانت أو أمة . وقول الشافعية قال الإمام أحمد في رواية ، وهي الأصح . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤١٢/٥) ، الإنصاف (١٦٨/٦) . وعند المالكية أقوال مختلفة . قال محمد بن المواز : اختلفوا في وجوب الصداق لها على ثلاثة أحوال : الأول : أنه يجب لها ، وهو قول مالك في رواية أشهب ، والثاني : أنه لا يجبُ لها ، وهو قول ابن القاسم في رواية عيسى عنه من كتاب الحدود . الثالث : أنه يجب لها الصداق إن كانت حرة ، ولا يجب لها إن كانت أمة . وهو قول ابن ماجشون . وقال الباجي : إن كانت حرة فلها صداق مثلها على من استكرهها ، ويجب على المكره الحد . وفي الأمة ما نقصها بكرًا كانت أو ثيبًا ، تغليبًا لشائبة المالية عليها . وذكر ابن رشد الحفيد : أن عليه الصداق والحد جميعًا قولًا واحدًا . انظر : التحصيل والبيان (٢٣٤/١١) ط دار المغرب الإسلامي ، المنتقى للباجي (٢٦٨/٦) ، بداية المجتهد (٣٢٤/٢) ، الذخيرة (٣٠٦/٨) . والحاصل أن مذهب الإمام أبي حنيفة وأصحابه وابن القاسم من المالكية والإمام أحمد بن حنبل في رواية منصور عنه أنه يجب عليه الحد ولا مهر لها . وذهب الإمام الشافعي والمالكية في المعتمد في رواية أشهب والحنابلة في أصح الروايتين إلى وجوب الحد عليه والمهر لها . وانفرد ابن الماجشون من المالكية بالتفرقة بين الحرة والأمة فأوجب المهر للحرة دون الأمة .

١٦٣٥١ - لنا قوله تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ (١) ظاهر الآية أنها بيان جميع الحكم الواجب على الزاني ، ولو كان يجب عليه غير الحد لذكره .

١٦٣٥٢ - ولا يقال النبي ﷺ بَيَّنَ حُكْم الزانيين ، وهذا لا مهر للزانية ، وذلك لأنه تعالى ذكر حكم الزاني والزانية ، وهذا لا يقتضي اجتماعهما ، بل يقتضي وجوب الحد على كل واحد ، إذا وجد منه الزنا ، وإن لم يكن الآخر زانيًا . وهذا كقوله ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ ﴾ (٢) [ظاهره] (٣) يقتضي وجوب القطع على كل واحد ، وإن لم يشاركه (٤) الآخر في السرقة .

١٦٣٥٣ - فإن قيل وجوب الحد لا ينفي وجوب المهر . قلنا لم نستدل بالآية من هذا الوجه ، وإنما قلنا : إنه معنى الحكم الواجب على الزاني ، وكأن بيان الحق الواجب للآدمي أولى ، لأنه أحوج إلى حقه .

١٦٣٥٤ - ولأن كل وطء يجب به المهر استوى فيه الإكراه والطوع ، كالوطء للنكاح الفاسد .

١٦٣٥٥ - ولا يلزم المجنون إذا أكره عاقلةً على الوطء فوجب عليه المهر . وإن طاوعته لم يجب . لأنا لم نوجب إذا طاوعت من غير استدعاء ، وإنما سقط المهر إذا استدعته ، فالحكم يختلف بالاستدعاء وغيره ، لا يختلف بالطوع والإكراه . ولأنه وطء وجب [(٥) به] الحد عليه فلم يجب عليه المهر لها ، أصله إذا طاوعته (٦) .

١٦٣٥٦ - « فإن قيل » : المعنى في المطاوعة أن الحد يجب عليهما . قلنا : الحقوق التي تجب للمرأة على وجه العوض يستوي فيه الزانية وغيرُها ، بدلالة سائر حقوقها .

١٦٣٥٧ - فإن قيل (٧) المعنى في الزانية وجوب الحد عليها .

١٦٣٥٨ - قلنا : اعتبرنا في نفي المهر وجوب الحد على الواطئ ، واعتبرنا وجوبه على الموطوءة ، والوجوب يعود إلى فعله ، (٨) وكان وجوب السبب المنافي في حقه أولى

---

(١) سورة النور : الآية ٢ .
(٢) سورة المائدة : الآية ٣٨ .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .
(٤) في (ع) ، (م) ، (ن) : [يشركه] .
(٥) ما بين المعكوفتين بدل من « له » الموجودة في جميع النسخ .
(٦) أجاب الماوردي عن هذا الدليل فقال : « وأما قياسهم على المطاوعة فالمعنى فيه وجوب الحد عليها » . انظر الحاوي الكبير (١٦٤/٧) .
(٧) في (ع) ، (م) : [قيل] .
(٨) عبارة « وكان وجوب يعود إلى فعله » مكررة في (ع) ، (م) .

بالإعادة .

١٦٣٥٩ - « فإن قيل » [١] الواجب لها وصفته الواجبة معتبرة بمنزلة الوجوب .

١٦٣٦٠ - قلنا : الوجوب يعتبر في ثبوته صفة الموجِبِ له والموجَبِ عليه ، فمتى لم يوجد محل الإيجاب لا يجب ، ألا ترى أن العبد إذا أكره مولاته على الوطء لم يجب المهر ، لأنه لا محل للإيجاب وإن كانت ممن يجب لها الحقوق .

١٦٣٦١ - كذلك في مسألتنا الزاني ليس بمحل لوجوب المهر ، فلا معنى لاعتبار صفة من وجب له .

١٦٣٦٢ - فإن قيل : المعنى في المطاوعة : أنها رضيت بإسقاط حقها ، فصارت كمن أذن لغيره في قطع [يده] [٢] وأذن في أكل طعامه [٣] .

١٦٣٦٣ - قلنا : « الباذلة » والآذنة في الوطء هي التي وجد فيها زائد على الطوع . وأصل علتنا المطاوعة ، وهي التي أمسكت عن المنع . وهذا المعنى لا يسقط الأعواض في الأصول ، بدلالة من لم يمنع « من إتلاف » [٤] ماله ومن إتلاف أعضائه لم يسقط ضمان ذلك وإنما / يسقط إذا أذن و « بذل » [٥] وهذه صفة زائدة على الطوع . ١٨١/أ

١٦٣٦٤ - فلا يجوز لمخالفنا أن يعارضنا في غير الأصل على أن هذا فاسد . لأن الأسباب الموجبة يستوي فيها الرضاء بإسقاط البدل وعدمه في وجوب [المهر] [٦] بدلالة وطء المفوضة والمنكوحة نكاحًا فاسدًا على أن لا مهر لهما ، فلو كان الوطء من غير عقد ولا شبهة موجبٌ البدلَ استوى طوعها وإكراهها .

١٦٣٦٥ - ولأن الأمة لا مهر لها ، فوجب الحد على الواطئ ، ولا يجوز أن يكون أرضاها بإسقاط المهر ، لأن مهرها حق لمولاها وهي لا تملك إسقاطه ، فإن لم يسلموا هذا فقد دل عليه نهيه ﷺ عن مهر البغي [٧] وهي الزانية [٨] .

---

(١) هكذا في (ن) وفي (ص) ، (ع) ، (م) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٣) انظر الحاوي الكبير (١٦٤/٧) .

(٤) في (ع) ، (م) : [بإتلاف] . (٥) في (ع) ، (م) : [بذلت] .

(٦) ما بين بالمعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) روى البيهقي عن عطاء عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ نهى عن مهر البغي وعسب الفحل . في كتاب البيوع باب النهي عن ثمن الكلب . وروى الإمام أحمد في مسنده عن عبد الله بن عباس أنه ﷺ نهى عن مهر البغي وثمن الكلب وثمن الخمر . انظر السنن الكبرى (٦/٦) ، مسند الإمام أحمد (٢٣٥/١) ، مصنف ابن أبي شيبة (٢٠١/١٤) .

(٨) الحاوي الكبير (١٦٤/٧) حيث أجاب الماوردي عن هذا الحديث فقال : فأما الجواب عن نهيه عن مهر =

١٦٣٦٦ - ولأنه وطء واحد فلا يجب به حد ومهر . أصله إذا وجد على فراشه امرأة فوطئها .

١٦٣٦٧ - ولأن الحد والمهر كل واحد منهما مُوجِبٌ للوطء ، وكل وطء تعلق به أحد موجبيه لم يتعلق به الآخر ، بدلالة الوطء بشبهة . ولأن الحد سقط بالشبهة والمهر لا يسقط [بها] (١) ولا يختار بفعل واحد كالأرش « والقصاص » (٢) .

١٦٣٦٨ - ولأن الأسباب الموجبة للحدود لا يتعلق بها « المال » (٣) أصله الردة والقذف .

١٦٣٦٩ - قالوا : يبطل بالزنا في رمضان حيث يتعلق به الحدود والكفارة .

١٦٣٧٠ - قلنا : لا يلزم على العلة الأولى لأن كل واحد من الحدود وكفارة الصوم يسقط بالشبهة .

١٦٣٧١ - ولا يلزم على الثانية ، لأن الحد يجب بالوطء والكفارة لهتك حرمة الشهر وهما أمران مختلفان .

١٦٣٧٢ - ولا يلزم إذا شرب خمر الذمي أنه يجب عليه الحد والضمان ولأن الضمان يجب بحصولها في فمه ، لأن ذلك استهلاك لها والحد بوصولها إلى جوفه ، وهما فعلان مختلفان ولا يلزم إذا زنى بها مكرهة فأفضاها ، لأن الحد يجب بالتقاء الختانين والإفضاء يكون بمجاوزة الموضع المعتاد للوطء ، وكل واحد من الفعلين غير الآخر .

١٦٣٧٣ - لا يلزم إذا وطئ امرأة ابنه قبل دخول زوجها بها يقصد بذلك إفساد النكاح أنه يحد ويجب عليه ضمان نصف المهر .

١٦٣٧٤ - لأن الضمان عندنا لا يجب بالوطء بدلالة أن الزوج لو دخل بها لم يضمن الواطئ وكذلك لو لم يقصد « الإفساد » (٤) .

١٦٣٧٥ - وإنما يجب الضمان لأنه « فوت » (٥) عليه ضمانًا ، فجاز أن يتخلص منه بوقوع الفرقة بفعل المرأة . وهذا معنى غير الوطء ، ألا ترى أنه بالرضاع على وجه الفساد ثبت الرجوع لتفريق المهر عليه .

= البغيّ فروي بالتشديد يعني مهر الزانية ، والمستكرهة غير زانية ، ألا ترى أن الحد ساقط عنها ، ولو كانت بغيًا لوجب الحد عليها .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) في (ع) ، (م) ، (ن) القصاص وهو الصواب أما في نسخة (ص) فبلفظ « النقصان » . وهو خطأ .

(٣) في (ص) : [الحدود] والصواب ما من أثبتناه من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٤) في (ص) : [الفساد] .

(٥) في (ع) ، (م) ، (ن) : [فرق] .

١٦٣٧٦ - فإن قيل : المعنى في القصاص والدية أنهما بدلان عن مبدل واحد ، فلم يجز اجتماعهما كالمثل والقيمة ، وليس كذلك الحد والمهر ، لأنهما حقان بجملتين مختلفتين ، فلهذا وجبا معًا .

١٦٣٧٧ - [وكما] (١) لا يجوز اجتماع المثل والقيمة ، لا يجوز أن يجب مثلان ، ولا قيمتان (٢) . ثم وجب في قتل النفس قتل جماعة (٣) وكل واحد منهم مثل ، فعلم أن المانع من اجتماع القصاص والدية ليس هو لما ذكروه ، وإنما هو اختلاف « سببهما » (٤) . وأما المهر والحد وإن وجب [بجملتين مختلفتين] (٥) ، فسببهما متناف ، بدلالة أن الحد لا يجب إلا مع ارتفاع أسباب الاستحقاق وما جرى مجراها ، والمهر موضوعه أن يجب عند العقود وما جرى مجراها ، فلم يجتمعا مع تنافي سببهما .

١٦٣٧٨ - احتجوا : بقوله ﷺ : (فإن دخل بها فلها مهر مثلها بما استحل من فرجها (٦)) .

١٦٣٧٩ - قلنا : استحل : استفعل من التماس الحِلِّ ، وهذا « يوجد » (٧) في النكاح والشبهة دون غيره .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٢) قاعدة : « لا يجوز اجتماع المثل والقيمة ، ولا يجوز أن يجب مثلان ، ولا قيمتان » .
(٣) ذهب جمهور فقهاء الأمصار منهم الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد وغيرهم إلى أن الجماعة تقتل بالواحد ، وبه قال عمر بن الخطاب وعلي والمغيرة بن شعبة وابن عباس من الصحابة وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقتادة من التابعين ، وهو مذهب الثوري والأوزاعي وإسحاق وأبي ثور . وروي عن عمر بن الخطاب أنه قتل نفرًا خمسة أو سبعة برجل قتلوه قتل غيلة ، وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعًا » وفي رواية أخرى عنه : « لو اشترك أهل صنعاء لقتلتهم » انظر السنن الكبرى (٤١/٨) ، الاختيار (٨٢/٤) وبداية المجتهد (٣٩٩/٢) نهاية المحتاج (٢٧٧/٧) المغني (٢٦٨/٨) لابن قدامة بتصحيح محمد خليل هراس مطبعة الإمام بمصر .
(٤) في (ع) ، (م) : [شبههما] .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٦) رواه الترمذي في الجامع الصحيح (٤٠٧/٣ ، ٤٠٨) كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ، رقم ١١٠٢ ورواه أبو داود في سننه (٥٦٦/٢ ، ٥٦٧) رقم ٢٠٨٢ عن عائشة كتاب النكاح ، باب في الولي ورواه ابن ماجه في سننه (٦٠٥/١) كتاب النكاح رقم ١٨٧٩ باب لا نكاح إلا بولي ، ورواه الحاكم في المستدرك (١٦٨/٢) كتاب النكاح ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢١٩/٧) كتاب النكاح ، والإمام أحمد في مسنده ٦٦/٦ عن عروة عن عائشة . وانظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٦٣/٧) ووجه الدلالة : أن المستكره مستحل لفرجها فاقتضى أن يلزمه مهرها .
(٧) في (ع) ، (م) : [بوجب] .

١٦٣٨٠ - قالوا : كل ما ضمن بالإتلاف في العقد الفاسد ضمن بالإكراه . والغصب كالأعيان [١] .

١٦٣٨١ - قلنا : نقول بموجبه فإن المجنون إذا أكره امرأة فوطئها ضمن مهرها . والمعنى في الأعيان لو أتلف مع ترك مالكها للمنع ضمنه . وكذلك إذا أتلف مع الإكراه . ومنفعة البضع لو أتلف مع إمساكها عن المنع لم يضمن ، كذلك إذا استوفت ممن أكرهها لم يضمن .

١٦٣٨٢ - قالوا : ملتزم حق الإسلام صادف وطئه من يملك عليه بدل المتلف ، فإذا لم يجب الحد عليها كان لها المهر كالوطء بشبهة [٢] .

وقولهم : (ملتزم حكم الإسلام) : احتراز من الحربي إذا أكره مسلمة . وقولهم : (صادف وطؤه) احتراز مما إذا استدخلت ذكر النائم ، لأنه لم يوجد وطؤه .

١٦٣٨٣ - وقولهم : (من يملك عليه البدل) احتراز من وطء العبد مولاته أو أمة لسيده أو وطء المسلم حربية كرهًا . وقولهم : إذا لم يوجب الحد على الموطوءة احتراز من المطاوعة إذا وجب عليها الحد .

١٦٣٨٤ - الجواب : أن وجوب الحد عليها إذا نفى المهر فوجوب الحد عليه مثله ، لأن المعنى المنافي قارن سبب الوجوب .

١٦٣٨٥ - ولأن الوطء بالشبهة [لما لم يجب به الحد على الواطئ جاز أن يجب به المهر ، ولَمَّا وجب بهذا الوطء الحدُّ عليه لم يجب المهر كالمطاوعة .

١٦٣٨٦ - قالوا : الموطوءة بشبهة] [٣] رضيت بالوطء ، فإذا وجب لها المهر فالمكرهة التي لم ترض بالبذل أولى [٤] .

١٦٣٨٧ - قلنا : قد بينا الأسباب التي يتعلق بها [المهر] [٥] ويستوي فيها الطوع والإكراه ، وهي الوطء بنكاح فاسد وشبهة ، والوطء الذي لا يتعلق به مهر ويستوي فيه

(١) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٦٤/٧) قال الماوردي : « ولأن منافع البضع تجري مجرى الأموال ، لأنها تملك بعوض في النكاح ويملك بها عوض الخلع . ثم ثبت أن الأموال تضمن بالغصب ، وكذلك منافع البضع » .

(٢) انظر هذا المعنى في المغنى مع الشرح الكبير (٤١٣/٥) وعبارته « فإذا كان الواطىء من أهل الضمان في حقها وجب عليها مهرها كما لو وطئها بشبهة » .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٤) الحاوي الكبير (١٦٣/٧ ، ١٦٤) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

الإكراه والطوع . ولأنا بينا أن « المطاوِعةَ » [١] ما بَذَلَتْ وإنما أمسكت عن الامتناع ، وهذا ليس ببذل بدلالة الممسك حتى يتلف ماله . قالوا : الحد يجب لحق اللّٰه تعالى والمهر لحقها ، وكل واحد منهما ينفرد عن الآخر فجاز أن يَجِبَا بفعل كل واحد كالجزاء و القيمة [٢] .

١٦٣٨٨ - قلنا : الحد يجب لحق اللّٰه تعالى ، والمهر يجب لحقه وحقها ، فهما كالحقين « لمستحق » [٣] واحد . والمعنى في الجزاء و القيمة أنهما يجبان لحق مستحق واحد [بدلالة الصيد المنذور إذا أتلفه المحرم ، فجاز أن يجب لحق مستحقين ، والمهر والحد لا يجتمعان لحق مستحق واحد] [٤] فلم يجتمعا لحق اثنين .

١٦٣٨٩ - قالوا : المهر يجب لإتلاف حقها ، والحد بفعل منهي عنه لحق اللّٰه تعالى ، فإذا أكرهها فقد فعل ما حظر اللّٰه تعالى ، وأتلف حقها فاجتمع الواجبان كالجزاء والقيمة [٥] .

١٦٣٩٠ - [قلنا : هذا يبطل بالمطاوِعَة على ما أمرها ، وقد تكلمنا على الجزاء والقيمة] [٦] .

١٦٣٩١ - قالوا : كل حكم تعلق بفعل محظور اعتبر ثبوته [ورضا [٧]] المتلف عليه ، بدلالة من بذل لغيره فقطع يده فالقطع محظور ولا ضمان . ولو أكرهه على قطعها فالفعل محظور ويجب الضمان ، واختلف الحكم باختلاف المتلف عليه [٨] .

١٦٣٩٢ - قلنا : إذا وطئها بنكاح فاسد مكرهة أو « باذلة » [٩] فلها المهر . وإن اختلفت صفتها [كذلك لا يمنع أن يسقط المهر في المطاوعة وإن اختلف صفتها] [١٠] .

---

(١) في (ص) : [الطابعة] وفي (ع) ، (م) : [المطابقة] والصواب ما أثبتناه من (ن) .
(٢) انظر هذا المعنى في بداية المجتهد (٣٢٤/٢) وعبارته وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان حق لله وحق للآدمي فلم يسقط أحدهما الآخر ، أصله السرقة التي يجب بها عندهم غرم المال والقطع .
(٣) في (ع) ، (م) : [مستحق بحذف حرف اللام] .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٥) انظر بداية المجتهد (٣٢٤/٢) .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٧) بدل من « سقوطه » في النسخ جميعها .
(٨) في هذا المعنى قال الماوردي في محل رده على أدلة الحنفية فقال : إن كان فعلًا منه فحكمه معتبر بحال من أتلف عليه . ألا ترى أن رجلًا لو قتل عبدًا بإذن سيده سقطت القيمة عنه . ولو كان بغير إذنه وجبت القيمة عليه ، وهو في الحالتين قاتل عاص ، لكن سقط عنه في الحال الأول لرضا المتلف عبده وإذنه ووجب عليه في الحال الثاني لعدم رضاه وإذنه . كذلك الموطوءة إن طاوعت فهي راضية بإتلاف بضعها بغير بدل ، وإن استُكْرِهت فهي غير راضية بإتلافه على غير بدل . انظر الحاوي الكبير (١٦٤/٧) .
(٩) في (م) : [باذلة] وفي (ع) : [نادلة] . (١٠) ما بين المعكوفتين ساقطِ من (ع) ، (م) .

مسألة ٨١٢

غصب العقار وضمانه

١٦٣٩٣ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف : العقار [(١)] لا يضمن بالغصب [(٢)] .

١٦٣٩٤ - وقال محمد : يضمن [(٣)] وبه قال الشافعي رحمه الله [(٤)] .

١٦٣٩٥ - وهل يكون العقار مغصوبًا ؟ قال في الجامع الكبير [(٥)] : العقار لا يغصب .

---

(١) العقار بالفتح في اللغة : كل ما له أصل وقرار ثابت كالأرض والدار والضياع والنخيل والجمع عقارات . انظر لسان العرب (٣٠٣٧/٤) مادة عقر . والمصباح المنير (٥٧٦/٢) وكتاب التعريفات ص١٩٨ .

(٢) انظر بدائع الصنائع (١٦٥/٧) والمبسوط (٧٣/١١) .

(٣) هو قول الإمام أبي يوسف الأول ، وبه قال زفر بن الهذيل من الحنفية والإمام أحمد في رواية ابن منصور . انظر المبسوط (٧٣/١١) ، تبيين الحقائق (٢٢٤/٧) ، البناية على الهداية (٣٥١/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٧٨/٥) .

(٤) انظر الوجيز (٢٠٦/١) ، حلية العلماء (٢٣٨/٥) ، الإشراف (٣٢٠/٣ ، ٣٢١) ، الحاوي (١٦٦/٧) ، المهذب (٣٧١/١) وبه قال الإمام مالك والإمام أحمد في ظاهر مذهبه ، وهو المنصوص عن أصحابه ، وابن حزم ، ففي بداية المجتهد واختلفوا في ما لا ينقل ولا يحول مثل العقار فقال الجمهور : إنها تضمن بالغصب ، أعني أنها إن تهدمت الدار ضمن قيمتها . وقال القرافي : العقار عندنا يضمن بالغصب . وقال ابن قدامة : إنه يتصور غصب العقار من الأراضي والدور ، ويجب ضمانها على غاصبها . هذا ظاهر مذهب أحمد ، وهو المنصوص عن أصحابه . انظر بداية المجتهد (٣١٦/٢) ، الذخيرة (٢٨٥/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٢٧٨/٥) ، الشرح الكبير مع المغني (٣٧٥/٥) ، المبدع (١٥١/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٠/٢) ، الإنصاف (١٢٣/٦) ، المحلى (٤٤/٨) .

(٥) هو كتاب الجامع الكبير في الفروع للإمام المجتهد أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩هـ . قال الشيخ أكمل الدين البابرتي عن هذا الكتاب هو كاسمه لجلائل مسائل الفقه جامع كبير ، اشتمل على عيون الروايات ومتون الدرايات ، بحيث كاد يكون معجزًا . وقد قام بشرحه كثير من الأئمة منهم الفقيه أبو الليث السمرقندي المتوفى سنة ٣٧٣هـ وفخر الإسلام البزدوي المتوفى سنة ٤٨٢هـ والقاضي الدبوسي المتوفى سنة ٤٣٠هـ وأبو جعفر الطحاوي المتوفى سنة ٣٧١هـ وأبو عبد الله الجرجاني المتوفى سنة ٣٩٨هـ وأبو بكر الرازي الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ وغيرهم من الشراح . وهذا الكتاب مطبوع بدار إحياء التراث العربي بيروت . انظر كشف الظنون (٥٦٧/١ - ٥٧٠) ومقدمة الجامع الكبير ٣ - ٧ ، هذا وقد تصفحناه صفحة بعد صفحة ولم نر فيه هذه المسألة ولكن بالرجوع إلى مختصر الطحاوي وجدنا قول الإمام محمد بن الحسن أن العقار مضمون .

١٦٣٩٦ - وكذلك ذكر الطحاوي من أصحابنا من قال : يغصب ومن قال : لا يضمن بالغصب [١] .

١٦٣٩٧ - والدليل على أنه لا يضمن ما روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « من أخذ شبرًا من الأرض بغير حق طوقه [يوم القيامة] [٢] من سبع أرضين » [٣] .

١٦٣٩٨ - وروى يعلى بن مرة [الثقفي] [٤] أن النبي ﷺ قال : « من أخذ أرضًا

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ص١١٨ ، وعبارته « ومن حال بين رجل وداره فحدث فيها في تلك الحال هدم أو ما أشبهه من غير فعل الحائل بينه وبينها فإن أبا حنيفة كان يقول : لا ضمان في ذلك . وكان مذهبه أن الدور لا تغصب ، وأنه لا يغصب إلا ما يجوز تحويله ونقله من مكان إلى غيره وأما أبو يوسف ومحمد فكانا يجعلانها بذلك مضمونة ، ويوجبان على ضامنها قيمة ما حدث فيها » وقال الطحاوي في اختلاف الفقهاء في كتاب الغصب : « قال أبو حنيفة وأبو يوسف : العقار لا يضمن بالغصب ، إلا إذا انهدم من فعله . وقال محمد : يضمن بالغصب ، وإن انهدم من غير عمل » . والحاصل إن الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة على قولين ؛ فذهب الإمام أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف في قوله الثاني ، والإمام أحمد في رواية ابن منصور إلى أن العقار لا يضمن بالغصب . وذهب محمد وزفر وأبو يوسف في قوله الأول والإمام مالك والشافعي وأحمد في رواية وابن حزم إلى أن العقار يضمن بالغصب . وسبب اختلافهم في ذلك : هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول ، فمن جعل حكم ذلك واحدًا قال بالضمان ، وهو قول محمد ومن معه ، ومن لم يجعل حكم ذلك واحدًا قال بعدم الضمان . وهو قول أبي حنيفة ومن معه . انظر المراجع السابقة في نفس المواضع .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٣) في صحيح البخاري كتاب المظالم باب إثم من ظلم شيئًا من الأرض عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وكانت بينه وبين أناس خصومة في الأرض فدخل على عائشة ﵂ فذكر لها ذلك ، فقالت : يا أبا سلمة اجتنب الأرض ، فإن رسول الله ﷺ قال : من ظلم قيد شبر طوقه من سبع أرضين . وعن سالم عن أبيه قال النبي ﷺ : « من أخذ شيئًا من الأرض بغير حقه خسف به يوم القيامة إلى سبع أرضين » . (١٣٠/٤) وأخرج مسلم عن أبي هريرة في صحيحه كتاب المساقاة ، باب تحريم الظلم وغصب الأرض (١٢٣١/٢) رقم ١٤١ - ١٦١١ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن أبي هريرة بلفظ من أخذ (٩٩/٦) وأخرجه الإمام أحمد في مسنده عن أبي هريرة (٤٣٢/٢) وتلخيص الحبير (٥٣/٣) رقم ١٢٦٩ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) . وهو الصحابي الجليل يعلى بن مرة بن وهب بن جابر الثقفي ، أسلم وشهد مع النبي ﷺ الحديبية ، وبايع بيعة الرضوان ، وشهد خيبر والفتح وهوازن والطائف ، كان من أصحاب علي بن أبي طالب ، سكن الكوفة ، وقيل سكن البصرة ، وروى عنه ابنه عبد الله وعثمان ، وروى عنه أيضًا عبد الله بن حفص وسعيد بن راشد وغيرهم . روى عنه ٢٦ حديثًا . انظر أسد الغابة (٥٢٥/٥ ، ٥٢٦) ط دار الشعب ، والاستيعاب (١٤٩/٤) وتهذيب الكمال (٣٩٨٠/٣٣) وأسماء الصحابة الرواة ، وما لكل واحد من العدد لابن حزم تحقيق سيد حسن دار الكتب العلمية بيروت ص١٠٨ والإصابة (٦٨٧/٦) رقم ٩٣٦٨ ط نهضة مصر القاهرة .

بغير حقها كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر » (١) فالنبي ﷺ ذكر الوعيد ، ولم يذكر الضمان وهو الحكم المعجل فلو كان واجبًا لذكره (٢) .

١٦٣٩٩ - ولأنه لم يُحْدِثْ فيه فعلًا فلم يصر غاصبًا ، أو فلم يضمنه ضمان الغاصب ، كالمنقولات إذا مُنِعَ صاحبُهَا منها ولم ينقلها .

١٦٤٠٠ - ولأنه باقٍ في المكان الذي كانت يد صاحبه ثابتة عليه فيه ، فلم يكن مغصوبًا ، أو لم يضمنه ضمان الغصب . أصله المنقول إذا لم ينقله ، ولأن الضمان إذا تعلق بالفعل استوى فيه العقار وغيره أصله الإتلاف . ومن علتنا (٣) أن ما سوى العقار لا يضمن ضمان الغصب بالتخلية ، وكذلك العقار .

١٦٤٠١ - ولأن العقار ممنوع من الانتقال ، فصار كالعبد إذا رام غصبه فمنعه من نفسه ، أو فلم يتابعه .

١٦٤٠٢ - ولا يلزم على ما ذكرنا جاحد الوديعة ، والشاهدان إذا رجعا ، وولد المغصوبة إذا طولب به فلم يرده ، والثوب تلقيه الريح إلى داره فيُطْلب منه فلا يرده .

١٦٤٠٣ - لأن هذا كله عندنا ليس بغصب ، ولا يضمن بضمان الغصب ، وإنما هو ضمان آخر . فأما جاحد الوديعة والشاهدان إذا رجعا فهو ضمان تعلق بالقول لا بالفعل .

١٦٤٠٤ - ولهذا يقول أبو حنيفة رحمه الله : إن الصبي إذا جحد الوديعة لم يضمنها ، لأنه لا يضمن بالقول وكذلك العبد الجحود (٤) .

١٦٤٠٥ - وكان أبو بكر الرازي يقول : إنه يضمن ضمان التمليك ، لأنا حكمنا له

---

(١) أخرجه الحافظ أبو بكر الخطيب البغدادي في موضح أوهام الجمع والتفريق (٢٩٢/١) ط مؤسسة الكتب الثقافية عن أيمن أبي ثابت قال : سمعت يعلى بن مرة الثقفي يقول : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من أخذ أرضًا بغير حق كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر » ، وكذلك رواه الهيثمي في مجمع الزوائد (١٧٥/٤) ، كنز العمال (٦٤١/١٠) رقم ٣٠٣٦٤ .

(٢) انظر المبسوط (٧٤/١١) وتبيين الحقائق (٢٢٤/٥) قال السرخسي : حجتنا في ذلك الحديث فإن النبي ﷺ بين جزاء غاصب العقار من الوعيد في الآخرة ، ولم يذكر الضمان في الدنيا ، فذلك الدليل على أن المذكور جميع أجزائه . ولو كان الضمان واجبًا لكان الأولى أن يبين الضمان لأن الحاجة إليه أمس .

(٣) في (ص) ، (ع) ، (ن) : [علمنا] والصواب ما أثبتناه من (م) .

(٤) لأن كون المودَع مكلفًا شرط لوجوب الحفظ عليه ، حتى لو أودع صبيًّا فاستهلكها لم يضمن ولو كان عبدًا محجورًا ضمن بعد العتق . وأما بلوغ المودع فليس بشرط ، حتى يصح الإيداع من الصبي المأذون . انظر البحر الرائق لابن نجيم (٢٩٨/٧) ، بدائع الصنائع (٢٠٧/٦) .

بحكم الملك [السابق] [١] في المجحود ، ويضمن الشهود بإتلاف الملك ، بدلالة أن المشهود عليه لا يقبل ضرر نفسه . والعقار يضمن عندنا بالإتلاف [٢] .

١٦٤٠٦ - ولأن الشهود نقلوا الملك في الظاهر والعقار يضمن بنقل الملك كالمبيع .

١٦٤٠٧ - ومن أصحابنا من قال : جاحد الوديعة يضمنها بالنقل الثابت / بدلالة أنها لو هلكت قبل جحوده ضمنها ، فدل على أنه يضمن عند الجحود بالنقل السابق [٣] . وأما ولد المغصوبة إذا جحده ، وولد الوديعة والثوب الذى ألقته الريح ، فضمانه يشبه ضمان الغصب وليس بغصب . [وهذا غير ممتنع] [٤] كضمان المقبوض بالسوم ، وبالبيع الفاسد ، وضمان العارية عند مخالفتنا .

١٨٩/ب

١٦٤٠٨ - ولأن هذا قد جرى مجرى المنقول وإن لم ينقل ؛ بدلالة أنه في مكان لم يكن يد المالك ثابتة عليه فيه ، مع منع المالك منه . ويدل عليه أن كل عين لا يجب القطع بسرقتها لا يجب الضمان بثبوت اليد عليها . أصله الحر .

١٦٤٠٩ - ولأن الضمان أخذ ما يستوفى من السارق فلم يتعلق بأخذ العقار . أصله القطع ، ولأن ما يصح سرقته لا يصح غصبه . أصله الحر .

١٦٤١٠ - احتجوا بما روي أن رجلًا من حضرموت [٥] ورجلاً من كندة [٦] تحاكما إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي : أرضي غصبها [وهي في يده] [٧] أبو هذا ، ولم ينكر عليه ﷺ ذلك [٨]

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٢) هذا متفق عليه انظر مختصر اختلاف العلماء لأبي بكر الرازي (١٧٦/٤) وتبيين الحقائق (٢٢٤/٥) والمبسوط (٧٣/١١) والمغني مع الشرح الكبير (٣٧٩/٥) .

(٣) انظر نتائج الأفكار (٢٥١/٨) ، فقد جاء فيها : إذا كان العقار وديعة في يده فجحده كان ضامنًا بالاتفاق فكذا بالغصب .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) حضرموت اسمان مركبان والنسبة إليه حضرمي وكذلك الجمع يقال من الحضارمة وهي ناحية واسعة في شرق عدن في اليمن بقرب البحر ، وحولها رمال كثيرة تعرف بالأحقاف وبها قبر هود عليه السلام وبهذه القبيلة عرفت مقاطعة حضرموت . انظر معجم البلدان (٢٦٩/٢ ، ٢٧٠) ومعجم قبائل العرب القديمة والحديثة لعمر رضا كحالة (٢٨٢/١) ط دار العلم للملايين .

(٦) كِندة بالكسر اسم قبيلة وموضع باليمن . انظر معجم البلدان (٤٨٢/٤) ومعجم قبائل العرب (٩٩٨/٣) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) ، والصواب إثباتها كما هو موجود في الحديث ، وكما هو ثابت في (ن) .

(٨) رواه الإمام مسلم في صحيحه ، كتاب الإيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجر بالنار (١٣٣/١ ، ١٣٤) رقم ٢٢٣ ورواه الطبراني في المعجم الكبير (٨/٢٢) وأحمد بن حنبل في مسنده (٣١٧/٤) .

فدل على أن العقار يغصب [١] .

١٦٤١١ - [قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « من أخذ شبرًا من أرض » وروي من غصب »] [٢]

١٦٤١٢ - قلنا : إن كان هذا دليلًا على إثبات الاسم فمن أصحابنا من سلم ، أو نقول : هو مغصوب ، وقد يغصب ما لا يضمن كغصب الحر وغصب الخمر على المسلم . ومن أصحابنا من منع الغصب وقال تسميته غصبًا على وجه المجاز ، كما يقال باع حرًا .

١٦٤١٣ - وكما روي في هذا الخبر من سرق شبرًا من أرض [٣] فسماه سارقًا وإن كانت السرقة لا تثبت في الحقيقة . وإنما شبهه بالسارق ، كذلك ذكر الغصب والغاصب .

١٦٤١٤ - وقولهم : إنه قال وهي في يده فلا يمنع أن اليد ثبتت على العقار ، إلا أن الغصب ليس هو مجرد ثبوت اليد حتى ينضم إليه النقل .

١٦٤١٥ - وإن كان هذا احتجاجًا في الحكم فقد بينا أنه دلالة لنا ، و أن النبي ﷺ لم يذكر الضمان مع شدة الاهتمام به ووقوع الحاجة إليه ، فلو كان واجبًا لذكره .

١٦٤١٦ - قالوا : كل ما يضمن بمقتضى عقد صح غصبه ، وصح أن يضمن بالغصب كما ينقل ويحول [٤] .

١٦٤١٧ - قلنا : ضمانه بمقتضى عقد أوجب الضمان بأمرين : بالعقد وما ثبت من توابعه ، وهو القبض . والغصب مجرد القبض . وليس إذا ضمن الشيء بأمرين وجب أن يضمن بأحدهما .

١٦٤١٨ - ولأنه قد يضمن بالقبض كحكم العقود ما لا يضمن بغير عقد ؛ بدلالة أن من استأجر حرًا فلم يفسد اليد ، فتلفت المنافع تحت يده ضمنها . ولو غصبه فحبسه تلفت المنافع تحت اليد على ذلك الوجه ولا يضمنها .

---

(١) انظر الإشراف (٣٢١/٣ ، ٣٢٢) ، المحلى لابن حزم (١٤٤/٨) فقال ابن حزم بعد ذكر حديث أبي هريرة المتقدم : صح أن الأرض تؤخذ بغير حق ، فصح أنها تغصب .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) انظر هذا الدليل في الذخيرة (٢٨٥/٨) ، المبسوط (٧٣/١١) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٧٨/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٠/٢) .

(٣) رواه الطبراني انظر المعجم الكبير للطبراني (١٤٩/١ ، ١٥٠) رقم ٣٤٢ ط بغداد ، وكذلك رواه الإمام أحمد ابن حنبل في مسنده ١٨٨/١ عن سعيد بن عمر بن النفيل . انظر أيضًا كنز العمال (٦٢٠/١٠) رقم ٣٠٣٥٩ .

(٤) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٣٥/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٣٧٨/٥) .

١٦٤١٩ - ولأن قبض العقود ثبت به الضمان . وإن كان قبضًا حكمنا بذلك عليه أن المشتري لو أعتق العبد المبيع صار بذلك قابضًا . وبمثله لو أعتق العبد المشترى لم يصر (١) [غاصبًا] (٢) لنصيب شريكه . ولهذا لا يضمنه مع الإعسار (٣) .

١٦٤٢٠ - ولأن الحكم إذا كان بصحة الغصب فعندنا يصح غصب العقار بما يصح به غيره ، وهو النقل . فإذا نقل الأبنية وتراب البقعة صار بنقله لذلك غاصبًا . وإنما الكلام هل يصير غاصبًا من غير نقل ؟ وعليه (٤) لا يعطى أكثر من إثبات الغصب في الجملة ، وإن كان الحكم [صح] (٥) أن يضمن بالغصب .

١٦٤٢١ - قلنا : بموجبه إذا نقله أو نقل بعضه . ثم أصلهم المنقولات ، وهي دلالة لنا أنها لـمَّا ضمنت بالقبض عن عقد لم يضمن في العقد من غير نقل كالمنقول (٦) .

١٦٤٢٢ - قالوا : كل سبب ضمن به ما ينقل ويحول ضمن به ما لا ينقل ولا يحول ، كالإتلاف (٧) .

١٦٤٢٣ - قلنا : نقول بموجبها ، لأن الغصب يُضْمَنُ به ما لا ينقل ولا يحول إذا نقل ، كما تُضمن المنقولات .

١٦٤٢٤ - ولأن الإتلاف لمَّا ضَمِنَ به أحد الأمرين كما ضمن الآخر تساويا في كيفية وقوع سبب الضمان ، وهو الإتلاف ؛ ولمَّا لم يتساويا في صفة السبب الذي هو الغصب - لم يتساويا في ضمانه .

١٦٤٢٥ - ولأنه قد يضمن بالإتلاف ما لا يضمن بالغصب كالحر .

١٦٤٢٦ - قالوا : أسباب الضمان : قبض ، وغصب ، وإتلاف . فلما استوى المنقول وغيره في ضمان القبض والإتلاف ، كذلك في ضمان الغصب (٨) .

١٦٤٢٧ - [قلنا : يتساويان عندنا في وجوب الضمان بالغصب . وإنما الكلام كيف

---

(١) في (ع) ، (م) : [لم يضمن] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٣) في (ع) ، (م) ، (ن) : [الاعتبار] .
(٤) في (ص) ، (ع) : [عليهم] والصواب ما أثبتناه من (م) ، (ن) .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٦) في (ص) ، (م) : [كالمنقولات بالجمع] .
(٧) انظر الذخيرة (٢٦٥/٨ ، ٢٨٦) وعبارته « ولأنه يضمن بالعقود فيضمن بالغصب كالمنقول أو نقول يضمن بالإتلاف فيضمن بالغصب كالمنقول » .
(٨) انظر قوانين الأحكام الشرعية والمسائل الفقهية لابن جزي ص٢٨٧ .

يغصب ؟ فلم يسو بين المنقول وغيره في كيفية الغصب] [١] كما سوى بينهما في كيفية الإتلاف والقبض . مخالفنا يفرق بينهما في كيفية الغصب ، فيجعله غاصبًا في المكان بالتخلية ولا يجعله غاصبًا بها في المنقول ، وكنا نحن أسعد بهذا الكلام منهم .

١٦٤٢٨ - قالوا : الغصب إزالة يد المالك ظلمًا وقهرًا ، وهذا موجود في العقار ، فوجب أن يكون به غاصبًا ضامنًا . الدليل على أن يده قد حصلت عليه : أنهما لو تنازعا ولم يعلم سبب اليد كان القول قول صاحب اليد [٢] .

١٦٤٢٩ - قلنا : هذا دليل من زعمكم على إثبات الغصب فلم يجب أن يضمن به . وقد يغصب ما لا يضمن كالحر وخمر المسلم .

١٦٤٣٠ - فإن قالوا : الحر لا يثبت عليه اليد . قلنا : غلط ، بل يثبت اليد عليه مشاهدة ، وبهذا استحق الأجرة بتسليم نفسه في الإجارة وإن لم يعمل . ولهذا لو غصب صبيًّا صغيرًا لا يعبر عن نفسه ثم نوزع فيه [٣] كان القول قوله أنه عبده . فدل على أن اليد تثبت عليه ، ومع هذا لا يضمن . ولأن الحد الذي ذكروه غير مسلم .

١٦٤٣١ - و [لأن] [٤] الغصب عندنا هو نقل الملك عن المكان الذي كانت يد المالك [عليه فيه ، بغير حق . الدليل عليه أن من منع المالك] [٥] من ملكه وحبسه عنه فقد أزال يد المالك] [٦] ظلمًا وقهرًا ، وأثبت يده عليه ، ولا يكون غاصبًا .

١٦٤٣٢ - قالوا : نوع مال ؛ فجاز أن يضمن بالغصب ، أصله ما ينقل [٧] .

١٦٤٣٣ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأنه يضمن عندنا إذا وجب [أن يضمن] [٨] الغصب فيه بالنقل والتحويل على ما بيَّنَّا .

١٦٤٣٤ - قالوا : الأرض تثبت عليها اليد . فإذا ثبت بعدوان وصاحب اليد من أهل

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر هذا المعنى في المبسوط (٧٣/١١) ، حاشية الدسوقي (٤٤٢/٣ ، ٤٤٣) ، شرح الخرشي (٢٩/٦) ، الذخيرة (٢٨٥/٨) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٠/٢) .

(٣) في (ع) ، (م) ، (ن) فيه وهو الصواب أما في (ص) فمه .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه من (ن) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٦٧/٧) وعبارته : « كل ما ضمن باليد ضمن بالغصب كالمنقول » .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

الضمان في حق المضمون له وجب الضمان . أصله المنقولات إذا نقلها [١] .

١٦٤٣٥ - قلنا : قد ثبت يد الغاصب إلا أن يد المالك [٢] في حكم الثابتة ، [فيه . ومن ثبت للمعتدي يد ، وللمالك يد ولم يكن غاصبًا كمن دخل دار غيره] [٣] بغير إذنه ، وكمن غصب بعيرًا عليه متاع ، وصاحب المتاع عليه ، لم يكن غاصبًا [٤] ، وإن ثبت يده لبقاء يد المالك مع يده .

١٦٤٣٦ - وكذلك لو يمسك بعبد ، والعبد يمتنع عليه - فقد ثبت يده عليه ؛ بدلالة أن القول قوله فيه ، ولا يكون غاصبًا لبقائه في المكان الذي كانت « تحت يد المالك » [٥] فيه ، لأن المنقولات إذا نقلها فيه أثر نقله في ملك المالك ، بدلالة أنها تغيب في العادة فلا يمكن البينة عليها . والعقار محفوظ بنفسه والمالك متمكن من إقامة البينة عليه ، فلم يقدح الغصب في ملكه ، فلم يوجد فيه المعنى الموجود من المنقولات .

* * *

---

(١) انظر الذخيرة (٢٨٥/٨) وعبارته : ولأن انتقال ضمانها للمشتري بالقبض فتكون قابلة لوضع اليد فإذا كانت عدوانًا فهو الغصب .

(٢) في (ن) : [الغاصب] .

(٣) ساقطة من (ص) والمثبت فيها : [لأن العين باقية في المكان الذي كانت يد المالك] .

(٤) انظر تبيين الحقائق (٢٢٤/٥) .

(٥) هكذا في (ن) وفي باقي النسخ [تحت المالك فيه] . والصواب ما أثبتناه .

مسألة ٨١٣

حفر البئر في ملك الغير وإرادة الطم

١٦٤٣٧ - قال أصحابنا : إذا حفر بئرًا في ملك غيره بغير أمره فليس له أن يَطُمَّهَا [١] ولا للمالك أن يطالبه بطمها ولكنه يضمن النقصان ، فإن أبرأه من الضمان برئ منه [٢] .

١٦٤٣٨ - وقال الشافعي رحمه الله : للمالك مطالبته برد ترابها ؛ فإن أراد الغاصب [طمها ، ورد التراب] [٣] وامتنع المالك فللغاصب أن يَطُمَّهَا . فإن أبرأه المالك من ضمان ما صنع ، ففيه وجهان :

١٦٤٣٩ - أحدهما : لا يبرأ ، [فعلى هذا الوجه] [٤] : يطمها بعد البراءة .

١٦٤٤٠ - والثاني وهو المذهب : أنه يبرأ ؛ فعلى هذا ليس له أن يَطُمَّهَا إلا أن يكون له فيه غرض ، وهو أن يكون نقل التراب إلى ملكه ، أو إلى ملك غيره ، أو إلى طريق المسلمين [٥] .

---

(١) الطم لغة : هو الكبس يقول طممت البئر بالتراب طمًّا من باب قتل أي ملأتها حتى استوت مع الأرض ، وطمها التراب فعل بها ذلك ، وطم الأمر طمًّا أيضًا علا وغلب ، ومنه قيل للقيامة طامة . انظر لسان العرب (٢٧٠٦/٤) مادة طمم ، المصباح المنير (٥١٧/٢) ، المغرب ص٢٩٤ ، طلبة الطلبة ص٣٣٣ .

(٢) انظر معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام تأليف الإمام علاء الدين أبي الحسن على الطرابلسي الحنفي (٢٨٢/١) ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر . وعبارته « الغاصب إذا حفر بئرًا في الدار المغصوبة ورضي به المالك فإن أراد الغاصب طمها ليس له ذلك عندنا » . وبه قال الإمام المزني من الشافعية والحنابلة في وجه . قال الشيرازي في المهذب : وقال المزني لا يجبر كما لو غصب غزلاً ونسجه لم يجبر المالك على نقضه . قال الشيرازي : هو غير صحيح . وقال ابن قدامة : وإن لم يكن له غرض في طم البئر ، مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المغصوب منه ، وأبرأه المغصوب منه مما حفر وأذن فيه لم يكن له طمها في أحد الوجهين . انظر المهذب (٣٧٢/١) ، حلية العلماء (٢٣٤/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٩٣/٥) ، المبدع (١٦٢/٥) .

(٣) نصه في الأصل [إن يطمها ، ويرد ترابها] .

(٤) في (ع) : [فعلى هذا الرواية] ، وفي (م) ، (ن) : [فعلى هذه الرواية] . والصواب ما ذكره في (ص) لأنه يوافق مصطلحات الشافعية . انظر المهذب (٣٧٢/١) .

(٥) انظر الحاوي الكبير (١٧٠/٧ ، ١٧١) ، المهذب (٣٧٢/١) ، حلية العلماء (٢٣٤/٥ ، ٢٣٥) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٦٠/١١ ، ٢٦١) ، مغني المحتاج (٢٨٩/٢) قال الشافعي رحمه الله : ولو حفر بئرًا فأراد الغاصب دفنها فله ذلك وإن لم ينفعه . وقال الماوردي : هذا كما قال : إذا غصب أرضًا وحفر فيها بئرًا كان متعديًا بحفرها ، وعليه سدها ، وضمان ما تلف فيها . ثم لا يخلو حال رب الأرض والغاصب من أربعة أحوال . أحدهما : أن يتفقا على سدها ليبرأ الغاصب من ضمان ما يسقط فيها . والحال الثاني : أن يتفقا على =

١٦٤٤١ - لنا : أنه حفر بئرًا في ملك غيره فليس له أن يطمها مع كراهة المالك أصله إذا طرح التراب في ملك المغصوب وأبرئه من الضمان .

١٦٤٤٢ - [ولأنه] [1] جنى على عقار غيره فلم يكلف إصلاحه [ولم يملك إصلاحه] [2] بغير رضاه أصله إذا نقض حائطه وقال أنا أبنيه ، وعلي هذا إذا فتق قميص غيره بشرط أن يخيطه .

١٦٤٤٣ - احتجوا : بأنه هل ملكه غير ملكه فكان له مطالبته برده كما لو حول طعامًا من داره [3] كان عليه رده [4] .

١٦٤٤٤ - قلنا : لا يملك رده ؛ لأنه [لم] [5] يفعل أكثر من إزالة يد المالك فكان عليه رد يده على الوجه الذي كانت عليه ، وفي مسألتنا أحدث نقصًا في الملك يتعلق به الضمان ، فكان عليه النقصان كنقص الحائط .

١٦٤٤٥ - قالوا : حفرها على سبيل التعدي فكان له طمها . أصله إذا حفرها في

= تركها فذاك لهما ، وعلى الغاصب ضمان ما سقط فيها . والحال الثالث أن يدعو رب الأرض إلى سدها ويأبى الغاصب فإن الغاصب يجبر على سدها إن كان فيه غرض صحيح . وإن لم يكن له غرض صحيح فعلى وجهين ، الأول : إبراؤه منها ، والثاني : أنه لا يصح ، لأن الإبراء إما يكون من واجب ، ولم يجب بعدُ الشيء فلم يصح . والحال الرابع : أن يدعو الغاصب إلى سدها ويأبى ربها ؛ فإن لم يبرئه ربها من ضمان ما تلف فيها فله سدها ليستفيد به سقوط الضمان عنه . وإن أبرأه من الضمان ففيه وجهان : أحدهما أن للغاصب أن يسدها ، لأن الضمان قد يجب لغيره فلا يسقط بإبرائه ، والوجه الثاني : أن الغاصب يُمْنَعُ من سدها ، لأنه بالإبراء يصير كالآذن له في الابتداء ، فيرتفع التعدي ، ولا يلزمه ضمان . وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة . وذهب المالكية إلى أن له طمَّها . انظر المدونة الكبرى (١٩٠/٤ (، البيان والتحصيل (٢٦١/١١) . وذهب الحنابلة إلى أن من غصب أرضًا فحفر فيها بئرًا ، فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك ، لأنه يضر بالأرض . ولأن التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الأرض . وإن أراد الغاصب طمها فيمنعه المالك ، نظرنا : فإن كان له غرض في طمها ، بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها ، أو يكون قد نقل ترابها إلى ملك نفسه ، أو ملك غيره ، أو طريق يحتاج إلى تفريغه فله الرد ، لما فيه من الغرض . فإن لم يكن لم غرض في طم البئر ، مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المغصوب منه ، وأبرأه المغصوب منه مما حفر ، وأذن فيه ، لم يكن له طمها في أحد الوجهين ، لأنه إتلاف لا نفع فيه ، فلم يكن له فعله . وفي الوجه الثاني له طمها . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٨٢/٥ ، ٣٨٣) ، المبدع (١٦٢/٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه من (ن) .

(٣) في (ن) : [دابة] .

(٤) انظر المهذب (٣٧٢/١) وعبارته : « لأن التراب ملكه وقد نقله من موضعه ، فلزمه رده إلى موضعه » .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل .

طريق ضيق للمسلمين [١] .

١٦٤٤٦ - قلنا : لا نسلم بل يضمِّنُه الإمامُ نقصانَ الطريق ، ويأمره بسدها إن رأى ذلك ، أو سد رأسها حتى لا يضر بالمارين .

١٦٤٤٧ - قالوا : للغاصب غرض في طمها ، لأنه حفرها على طريق التعدي فلا يأمن أن يقع فيها شئ فيتلف فيضمنه / [٢] . ١٨٨/أ

١٦٤٤٨ - قلنا : إذا أبرأه المالك من الضمان زال التعدي ، وصار كأنه حفرها بإذنه . وإن لم يبرئه ، لكنه [ضمنه] [٣] فقد أزال التعدي بالتضمين .

١٦٤٤٩ - وإن « قال » [٤] [المالك] [٥] لا أبرئه ، ولا أتركه يطمها ، فله ذلك . وإن كان الغاصب لا يأمن التبعة ، لأن المالك ليس عليه تمكينه مما يضر به ليسقط على نفسه التبعة كما أنه لو جرح عبده وقال أنا أداويه ليبرأ ، فيسقط الضمان بالبراءة ؛ كان للمالك منعه من ذلك .

١٦٤٥٠ - قالوا : يجوز أن يكون نقل التراب إلى ملك آخر فطولب بنقله عنه [٦] .

١٦٤٥١ - قلنا : فلم يجب نقله إلى البئر ، وهو إذا نقله إلى المغصوب ولم يطم البئر زال عنه هذا الضرر . ثم المالك لا يخلو أن يطالب أو لا يطالب . فإن طالب به : فهو ينقله ، أو يكلف الغاصب نقله حيث شاء . وإن لم يطالبه : فعلى الغاصب أن ينقله إلى الصحراء ؛ لأنه هو الذي أدخل نفسه في هذه الجناية ، وليس على « المالك » [٧] أن يبطل غرضه ويطم البئر ، ليخلص الغاصب من جنايته .

* * *

(١) انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٨٣/٥) وعبارته : « لنا أن الضمان إنما لزم لوجود التعدي فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان ، وليس هذا إبراء مما لم يجب ، وإنما هو إسقاط التعدي برضائه به ، وهكذا ينبغي أن يكون إذا لم يتلفظ بالإبراء ولكن منعه من طمها ؛ لأنه يتضمن رضاه بذلك » .

(٢) انظر المهذب (٣٧٢/١) وعبارته : « لأن له غرضًا في طمها وهو أن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها » ، وانظر كذلك في هذا المعنى : المغني مع الشرح الكبير (٣٨٣/٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه من (ن) .

(٤) في (ع) ، (م) : [كان] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٦) المغني مع الشرح الكبير (٣٨٣/٥) .

(٧) في (ن) : [على مالك الدار] .

مسألة ٨١٤

صبغ الثوب المغصوب

١٦٤٥٢ - قال أصحابنا : إذا غصب ثوبًا فصبغه بصبغ الغاصب ؛ فالمالك بالخيار : إن شاء ضمنه قيمة ثوبٍ أبيض ، وإن شاء ضمن له ما زاد الصبغ في ثوبه ، وكان الثوب بصبغه له . (١) وإن شاء شاركه فكان الصبغ والثوب بينهما (٢) ، فإذا بيع ضرب صاحب الثوب بقيمة ثوب أبيض وضربت للغاصب بقيمة صبغ في الثوب . وليس للغاصب أن يقول أنا أقلع الصبغ (٣) .

١٦٤٥٣ - وقال الشافعي رحمه الله : للغاصب أن يقلع الصبغ ، بشرط أن يضمنه ما نقص ذلك الثوب (٤) .

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (١٨٠/٤) ، بدائع الصنائع (١٦٠/٧ ، ١٦١) ، المبسوط (٩٣/١١ ، ٩٤) ، الهداية (١٧/٤) ، الاختيار (٣٢٢/٢) ، تبيين الحقائق (٢٢٩/٥ ، ٢٣٠) وعبارة الزيلعي في التبيين : « إذا غصب ثوبًا فصبغه ؛ فالمالك بالخيار : إن شاء ضَمَّنَ قيمة ثوبه أبيض ، وإن شاء أخذ المصبوغ ، وغرم ما زاد الصبغ » .

(٢) قاله أبو عصمة ، وهو عصام بن يوسف بن ميمون بن قدامة أبو عصمة البلخي الحنفي صاحب الإمام أبي حنيفة ، اشتهر بالفقه ، وروى الحديث ، توفي سنة ٢١٤ أو سنة ٢١٥هـ ببلخ - إحدى محافظات أفغانستان حاليًا - من مؤلفاته : مختصر في الفقه . انظر هداية العارفين (٦٦٣/٥) ، الجواهر المضيئة (٣٤٧/١) ، معجم المؤلفين (٢٨٢/٦) . قال : له خيار ثالث وهو أن له ترك الثوب على حاله وكان الصبغ للغاصب فيباع الثوب ويقسم الثمن على قدر حقهما ، كما لو انصبغ لا بفعل أحد . انظر تبيين الحقائق (٢٣٠/٥) ، بدائع الصنائع (١٩١/٧) وقريب من مذهب الحنفية مذهب المالكية . وعندهم أن « من تعدى على ثوب آخر فصبغه فربه مخير بين أن يأخذ من المعتدي قيمته أبيض يوم التعدي ، أو يأخذه ويدفع للمعتدي قيمة صبغه يوم الحكم ، ولا يكونان شريكين . وهذا التخيير فيما إذا زاده الصبغ عن قيمته أبيض . أو لم يزده ولم ينقصه ، وما نقصه الصبغ عن قيمته أبيض فيخير في أخذه مجانًا ، أو يأخذ قيمته » . انظر شرح الخرشي (١٤٢/٦) ، حاشية الدسوقي (٤٥٤/٣) ، بداية المجتهد (٣١٩/٢) .

(٣) انظر المراجع السابقة عند الحنفية في المواضع السابقة .

(٤) الحاوي الكبير (١٨٠/٧) ، روضة الطالبين (٥١/٥) ، مغني المحتاج (٢٩١/٣ ، ٢٩٢) ، الإشراف (٣٤٦/٣ ، ٣٤٧) ، المهذب (٣٧٩/١) ، النكت ورقة ١٧٦ (ب) ، حلية العلماء (٢٣٩/٥ ، ٢٤٠) وفي الحاوي : « قال الشافعي : ولو كان ثوبًا فصبغه فزاد في قيمته ، قيل للغاصب : إن شئت فاستخرج الصبغ على أنك ضامن لما نقص ، وإن شئت فأنت شريك بما زاد الصبغ ، فإن محق الصبغ فلم تكن له قيمة ، قيل : ليس لك ههنا مال يزيد فإن شئت فاستخرجه وأنت ضامن لنقصان الثوب ، وإن شئت فدعه . وإن كان ينقص الثوب ضمن النقصان . وله أن يخرج الصبغ على أن يضمن ما نقص الثوب . وإن شاء ترك » . وبقول =

١٦٤٥٤ - لنا : أن إزالة الصبغ من الثوب جناية عليه ، كما لو كان الثوب يهلك بذلك حتى لا يبقى منه شئ [١] .

١٦٤٥٥ - ولأن [٢] ملكه صار تابعًا لملك المغصوب منه على وجه [في] [٣] إزالته ضرر ، كمن غصب عبدًا فأطعمه ، ثم أراد أن يكلفه القيء ، كما لو خاط الغاصب جرح العبد المغصوب بخيطه .

١٦٤٥٦ - ولا يقال : إن في العبد ليس له نزع الخيط ، وإن رضى المالك وههنا له قلع الصبغ إذا رضى المالك ، لأنا لا نسلم هذا ، لأن المالك يفسد ثوبه والآخر يتلف صبغه من غير غرض صحيح ، ثم هذا ليس بصحيح ، لأنه إذا رضى [المالك] [٤] بما فيه نقصان ماله [٥] فجاز ما يراه ، دون من يُجَوِّزُ ذلك بغير رضاه .

١٦٤٥٧ - احتجوا : بأن الصبغ عين مال الغاصب له قلعه برضاء المغصوب منه ، فكان له قلعه بغير رضاه . أصله : إذا بنى في ملك غيره أو غرس [٦] .

١٦٤٥٨ - قلنا : إن كان البناء والغرس لا يزول إلا بالضرر على صاحب الأرض فله أن يمنع ذلك ، ويغرم قيمة البناء والغراس ، ولا فرق بينهما . وأما إن طالب صاحب

= الشافعية قال الحنابلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٣٥/٥) ، الشرح الكبير مع المغني (٤١٢/٥) ، المبدع (١٧٠/٥ ، ١٧١) ذكر ابن قدامة أنه إن غصب الغاصب ثوبا ، فصبغه بصبغ له لا يخلو من ثلاثة أحوال : أحدها : أن يكون الثوب والصبغ بحالهما لم تزد قيمتهما ولم تنقص فهما شريكان . الحال الثاني : إذا زادت قيمتهما فصارا يساويان عشرين نظرت فإن كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب . وإن كان لزيادة الصبغ في السوق فالزيادة لصاحبه . وإن كان لزيادتهما معًا فهي بينهما . فإن أراد الغاصب قلع الصبغ قال الحنابلة : له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ، ويضمن نقص الثوب إن نقص . وظاهر كلام الخرقي أنه لا يُمَكَّنُ من قلعه ، إذا تضرر الثوب بقلعه » .

(١) قال أبو جعفر الطحاوي : لا معنى لإباحة الغاصب استخراج الصبغ مع نقصان الذي يلحق بالثوب ، لأنه إن كان من حق الغاصب أخذ صبغه فمن حق المغصوب أن لا ينقص ثوبه . وينبغي أن لا يكون عليه ضمان النقصان ، لأن ذلك من حقوقه . ولما أوجب النقصان بالاستخراج دل على أنه ليس من حقوقه وأنه ممنوع منه ، فلما بطل هذا صح أن للمغصوب منه احتباس الثوب ، لأن الصبغ مستهلك في الثوب ، وليس الثوب مستهلكًا في الصبغ . انظر مختصر اختلاف العماء (١٨٠/٤) .

(٢) حرف النون ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) حرف في ساقط من (ص) ، (م) ، (ع) والصواب ما أثبتناه من (ن) .

(٤) ساقطة من [ص] . (٥) في (م) ، (ع) : [ما لكه] .

(٦) انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٣٢/٥) ، المهذب (٣٧٢/١) .

الثوب الغاصب بقلع الصبغ والغاصب ممتنع فليس له ذلك ، وبه قال ابن سريج [(١)] .

١٦٤٥٩ - وقال المروزي : له إجباره [(٢)] ، وهذا غلط ؛ لأن إتلاف مال الغاصب وإلحاق الضرر بمال المغصوب ، والغصب ، لا يبيح ذلك . وليس هذا كالبناء والغرس ؛ لأن صاحب الأرض إذا ألزم الغاصب قلعه نقصت قيمته بالقلع . فأما أن يتلف فلا [(٣)] .

١٦٤٦٠ - ولأن العادة جارية أن الناس يقلعون البناء والغراس بغرض فيه ، ولم تجر العادة أن يقلعوا الصبغ من الثياب .

١٦٤٦١ - وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في القديم : لصاحب الثوب أخذه ، ولا شيء للغاصب عليه [(٤)] . وهذا غلط ؛ لأن الصبغ عين مال قائمة ، فلم يجز أن [(٥)] يتملكه المالك بغير شيء ، كالبناء والغراس .

١٦٤٦٢ - وليس هذا كالقصارة ؛ لأنه ليس فيها عين مال ، وإنما هو يتبعض الثوب ، وذلك في حكم المنفعة ، فلا يقوم بغير عقد أو شرط .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ابن شريح] .

(٢) ففي المهذب (٣٧٢/١) : « وإن طلب صاحب الثوب استخراج الصبغ وامتنع الغاصب ففيه وجهان : أحدهما : لا يجبر ، وهو قول أبي العباس (أحمد بن عمر بن سريج) لأن الصبغ يهلك بالاستخراج ، ولا حاجة به إلى ذلك ؛ لأنه يمكن أن يستوفي حقه بالبيع ، ولا يجوز أن يتلف مال الغير . وهو اختيار أبي حامد ، وهو ظاهر كلام الشافعي . والثاني : يجبر ، وهو قول أبي إسحاق إبراهيم بن أحمد المروزي وأبي علي بن خيران ؛ لأنه عرق ظالم ، لا حق له فيه ، فأجبر على قلعه ، كالغراس في الأرض المغصوبة » . وقال الماوردي : إن الوجه الثاني : أصح . انظر الحاوي الكبير (١٨٣/٧) .

(٣) في (ع) ، (م) : [وإلا فلا] بزيادة إلا .

(٤) جاء في روضة الطالبين (٤٧/٥) ما ملخصه : « للصبغ الذي يصبغ به المغصوب ثلاثة أحوال : الأول : أن يكون للغاصب ، وإن حصل فيه عين مال بالانصباغ فهو ضربان : الأول : إذا لم يمكن فصله فقولان : القديم : أنه يفوز به صاحب الثوب تشبيهًا له بالسمن . والمشهور أنهما شريكان ، فينظر إن كان قيمة الثوب مصبوغًا مثل قيمته وقيمة الصبغ قبل الصبغ جميعًا ، بأن كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة ، وصار يساوي مصبوغًا عشرين ؛ فهو بينهما بالسوية . الضرب الثاني : إذا أمكن فصله من الثوب فقد حكي قول عن القديم : أنه إن كان المفصول لا قيمة له فهو كالسمن ، والمشهور أنه ليس كالسمن فلا يفوز به المغصوب منه » .

(٥) في (ص) : [يملكه على المالك] .

مسألة ٨١٥

غصب الطعام وتغيير حالته

١٦٤٦٣ - قال أصحابنا : إذا غصب طعامًا فعفن عنده ، أو صب فيه ماء ، أو كسر قلبًا ، أو درهمًا ؛ فالمالك بالخيار : إن شاء ضمنه مثله ، وإن شاء أخذه ولا شيء له (١) .

١٦٤٦٤ - وقال الشافعي رحمه الله : له أن يأخذه ويضمن النقصان (٢) .

١٦٤٦٥ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « على اليد ما أخذت حتى ترد » (٣) فظاهره يقتضي أنه إذا رد العين سقط الضمان (٤) .

١٦٤٦٦ - ولأنه أخذ قدر المغصوب من الطعام وزيادة ، فصار كما لو هلك فأعطاه

(١) مختصر اختلاف العلماء (١٨١/٤) ، بدائع الصنائع (١٥٩/٧) ، تكملة فتح القدير (٣٢٨/٩) ، المبسوط (٩٠/١١) جاء في البدائع « إذا غصب حنطة فعفنت في يد الغاصب ، أو ابتلت ، أو صب الغاصب فيها ماء فانتقصت قيمتها فإن صاحبها بالخيار : إن شاء أخذها بعينها ولا شيء له غيرها ، وإن شاء تركها على الغاصب وضمنه مثل ما غصب ، وليس له أن يأخذها ويضمن النقصان » . وبه قال المالكية . انظر : الكافي لابن عبد البر (٨٤١/٢) . وعبارته : « وإن وجد المغصوب ماله بعينه قد نقصت قيمته عما كانت عليه يوم الغصب لعيب حدث به ونقصه فهو مخير بين أخذه ولا أرش له فيما حدث به ونقصه ، وبين تركه وأخذ قيمته يوم غصبه » .

(٢) انظر كتاب الأم (٢٦٠/٣) ، الحاوي الكبير (١٩١/٧) ، روضة الطالبين (٥٤/٥ ، ٥٥) ، حلية العلماء (٢١٦/٥) ففي الحاوي : « وإن كان قمحًا فعفن عنده رده وقيمة ما نقص » قال الماوردي : « وهذا صحيح إذا عفنت الحنطة في يد غاصبها ، أو ساست بالسوس ، أو دادت بالدود فله استرجاعها وما نقص من قيمتها قل النقص أو كثر » وجاء في حلية العلماء : « وإن كان النقصان غير مستقر بأن ابتل الطعام فخيف عليه الفساد فقد قال في الأم : للمغصوب منه مثل مكيلته . وقال الربيع : فيه قول آخر : إنه يأخذه وأرش ما نقص » . وذهب الإمام أحمد بن حنبل إلى أنه إن نقص المغصوب نقصًا غير مستقر ، كطعام ابتل وخيف فساده ، أو عفن وخشي تلفه فعليه ضمان نقصه . وقال القاضي : لا يلزمه بدله ، لأنه لا يعلم قدر نقصه وكل ما نقص شيء ضمنه ، لأنه يستند إلى السبب الموجود في يد الغاصب فكان كالموجود في يده . وقال أبو الخطاب : يتخير صاحبه بين أخذ بدله ، وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ أرش نقصه . وذكر ابن مفلح قولًا ضعيفًا : أنه يجب الأرش مطلقًا . وقال ابن قدامة : قول أبي الخطاب لا بأس به . وقال المرداوي : هذا أحد الوجوه . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٩١/٥) ، المبدع (١٦٧/٥) ، الإنصاف (١٥٨/٦) .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث .

(٤) يناقش هذا الدليل : أنه عين ماله وليس ببدل عنه ، وعلة الربا غير متحققة في هذه الحالة .

أكثر من كيله ، ولأنه قومه بما لا قيمة له عند ملاقاة جنسه ؛ فلم يجز تضمينه شيئا . أصله : إذا تغير تغيرًا لا يوجب نقصان القيمة .

١٦٤٦٧ - ولأن ما لا يجوز أخذه مع مقدار الكيل إذا تلف لا يجوز أخذه مع مقداره إذا [عين] [١] . أصله جميع القيمة .

احتجوا : بأن جنايته قد استقرت فصار كما لو غصب ثوبًا فدخله عيب [٢] .

١٦٤٦٨ - قلنا : الثوب نقص منه ما له قيمة عند ملاقاة جنسه ، وما لا يدخله الربا [٣] بخلاف ذلك ، ولأن الثوب لو تلف جاز أن يأخذ من الغاصب مثله وزيادة ، فجاز أن يأخذه معيبًا مع الأرش ، وما يدخله الربا لو هلك لم يجز أن يأخذ مثله وزيادة [٤] ، كذلك لا يأخذه معيبًا مع الأرش .

* * *

(١) في (ص) : [غير] .

(٢) انظر هذا المعنى في كتاب الأم للشافعي (٢٦٠/٣) .

(٣) الربا لغة : الزيادة والنماء تقول : ربا الشيء يربو ربوًا ورباء ، أي زاد ونما . انظر لسان العرب (١٥٧٢/٣) والمصباح المنير (٢٩٥/١ ، ٢٩٦) وفي الاصطلاح : فضل مال بالمعيار الشرعي خال عن عوض شرط لأحد العاقدين في معاوضة مال بمال . انظر ملتقى الأبحر (٨٣/٢ ، ٨٤) علة الربا عند الحنفية : هي الكيل أو الوزن مع الجنس لقوله عليه السلام عن عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلًا بمثل ، سواء بسواء ، يدًا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف ؛ فبيعوا كيف شئتم » . أخرجه الجماعة إلا البخاري . انظر نصب الراية للزيلعي (٣٥/٤) بناء على ذلك فإن الجودة بانفرادها لا قيمة لها في الأموال الربوية ولكنه يخير بين أن يأخذه ولا شيء له ، وبين أن يتركه على الغاصب ويضمنه مثله أو قيمته . انظر البناية على الهداية (٥٢٥/٦ ، ٥٢٦) ، تكملة البحر الرائق (١٢٩/٨) ، بدائع الصنائع (١٥٩/٧) ، الهداية (٦١/٣) .

(٤) قاعدة : « ما يدخله الربا إذا هلك لم يجز أن يأخذ مثله وزيادة » .

مسألة ٨١٦

تغيير العين المغصوبة بفعل الغاصب

١٦٤٦٩ - قال أصحابنا : إذا غصب شاة فذبحها وشواها ، أو حنطة فطحنها ، أو ثوبًا قطعه أو خاطه ، أو حديدًا فاتخذه أواني انقطع حق المغصوب منه عنها ، ولا يحل للغاصب الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها [١] .

١٦٤٧٠ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : لا ينقطع حق صاحب العين ، وله أن يأخذها ويضمنه النقصان [٢] .

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (١٨١/٤) ، الهداية (١٥/٤) ، البناية على الهداية (٣٦٦/٨ ، ٣٦٧) ، تبيين الحقائق (٢٣٠/٥) ، بدائع الصنائع (١٤٨/٧) ، المبسوط (٨٦/١١ ، ٨٧) . وعبارة الهداية : « وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وأعظم منافعها ، زال ملك المغصوب منه عنها ، وملكها الغاصب وضمنها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها ، كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها ، أو حنطة فطحنها ، أو حديدًا فاتخذه سيفًا ، أو صُفْرًا فعمله آنية ، قال أبو يوسف في رواية : لا ينقطع حق المالك ، غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده ؛ لأنه يؤدي إلى الربا » . قال الكرخي : فإن أبا حنيفة ومحمد قالا : لا سبيل لرب الحنطة على الدقيق ، وكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ، وعلى الغاصب حنطة كالتي غصبت . قال ابن سماعة عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ . لا يأخذ المغصوب منه الدقيق مكان الحنطة ، لكن يبيع الدقيق ويشتري له حنطة مثل حنطته ، وهو أحق بذلك من جميع الغرماء إن مات الغاصب . وروى ابن سماعة عنه في موضع آخر : أن رب الحنطة بالخيار : إن شاء ضمنه حنطة مثل حنطته ودفع إليه الدقيق ، وإن شاء أخذ ذلك الدقيق وبرئ الطاحن لأنه متاعه بعينه . قال المصنف : ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها دون أن يذكر قياسًا أو استحسانًا . عند الحنفية هو استحسان ، والقياس أن يكون له الانتفاع قبل أداء البدل ، وهو قول الحسن وزفر . وهكذا روي الفقيه أبو الليث عن أبي حنيفة ، وذهب المالكية كما جاء في الذخيرة (١٩/٩) إلى القول بأنه « إن ذبح شاة وشواها فله قيمتها ، وكذلك لو لم يشوها » وهذا يوافق الحنفية في الجملة .

(٢) الحاوي الكبير (١٩١/٧ ، ١٩٤ ، ١٩٧ ، ٢٠٠) ، الوجير (٢١٠/١) ، روضة الطالبين (٤٦/٥) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٥١/١٤) وعبارة الحاوي : « فإن غصب منه حنطة فطحنها ، أو دقيقًا فخبزه فللمغصوب منه أن يرجع به دقيقًا وخبزًا وينقص إن حدث فيه وليس للغاصب أن يرجع بأجر العمل ولا بزيادة إن حدثت » . وقال فيما يتعلق بالشاة ص١٩٤ : « لو غصب شاة فذبحها وطبخها ؛ لم يملكها ويرجع بها للمغصوب منه مطبوخة وبنقص إن حدث فيها » . وقال الماوردى فيما يتعلق بالثوب وقطعه وخياطته ص١٩٧ : « ولو غصب ثوبًا فقطعه قميصًا ، فإن لم يخطه فربه أحق به ويرجع بأرش نقصه » وقال في ما يتعلق بالحديد ص٢٠٠ ، ٢٠١ : ولو عمل اللوح المغصوب بابًا ، أو بناه سفينة ، أو غصب حديدًا فعمله درعًا ، لم يملكه في هذه الأحوال كلها ؛ وللمغصوب منه استرجاعه منه معمولاً ، ولا شيء للغاصب في عمله ، إلا أن يكون له أعيان =

١٦٤٧١ - لنا : ما روي عن أبي حنيفة عن عاصم بن كليب [(١)] عن أبيه [(٢)] عن رجل [(٣)] من أصحاب النبي ﷺ قال : « صنع رجل من أصحاب النبي ﷺ طعامًا ثم دعا النبي ﷺ فقام وقمنا معه فوضع الطعام بين يديه فأخذ [(٤)] بضعة من ذلك فلاكها [(٥)] طويلاً فلم يقدر على أن يسيغها [(٦)] فألقاها عن فمه وأمسك عن الطعام ، فلما رأيناه فعل ذلك أمسكنا عن الطعام كما أمسك ، ثم قال لصاحب الطعام : أخبرني عن لحمك هذا من أين هو ؟ قال : يا رسول الله ، شاة كانت لجاري وكان غائبًا فذبحناها حتى يأتي صاحبها فنعطيه ثمنها ، فأمره النبي ﷺ أن يرفع الطعام ويطعمه الأسرى » [(٧)] .

= مزالة فيسترجعها ويضمن نقص المغصوب » . وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية بأن للمغصوب منه أخذ ماله وضمان نقصه ، قال ابن قدامة : « وإذا غصب حنطة فطحنها ، أو شاة فذبحها وشواها ، أو حديدًا فعمله سكاكين أو أواني ، أو خشبة فنجرها بابًا أو تابوتًا ، أو ثوبًا فقطعه وخاطه ، لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وأرش نقصه إن نقص ولا شيء للغاصب في زيادته في الصحيح من المذهب » ويوافق هذا رواية عن أبي يوسف . انظر المغني الشرح الكبير (٤٠٣/٥) ، المبدع (١٦١/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٦/٢) ، الإنصاف (١٤٦/٦) ، المبسوط (٨٦/١١ ، ٨٧) ، البناية على الهداية (٣٦٦/٨ ، ٣٦٧) .

(١) هو عاصم بن كليب بن شهاب بن المجنون الجرمي الكوفي ، روى عن أبيه وعن أبي بردة بن أبي موسي وعبد الرحمن بن الأسود ومحارب بن دثار وعلقمة بن وائل بن حجر وغيرهم ، وروى عنه ابن عوف وشعبة والقاسم وأبو الأحوص وشريك والسفيانان وغيرهم . قال ابن معين والنسائي : إنه ثقة ، وكان من أفاضل الكوفة توفي سنة ١٣٧هـ . انظر تهذيب التهذيب (٥٥/٥) ، تهذيب الكمال (٥٣٧/١٣) ، كتاب التاريخ الكبير (٤٨٧/٦) رقم الترجمة ٣٠٦٣ .

(٢) هو الكليب بن شهاب الجرمي والد عاصم ، روي عن سعد بن أبي وقاص وأبيه شهاب بن المجنون ، وعبد الله ابن عباس وعلي بن أبي طالب وعمر بن الخطاب وخاله الغلبان بن العاصم الجرمي وأبي ذر الغفاري وأبي موسي الأشعري وأبي هريرة وغيرهم ، وروي عنه إبراهيم بن مهاجر وابنه عاصم وغيرهما ، قال أبو زرعة : إنه ثقة يقال : إن له صحبة ، وقال ابن أبي خيثمة والبغوي : قد لحق النبي ﷺ ، وذكره ابن منده وأبو نعيم وابن عبد البر في الصحابة . انظر تهذيب التهذيب (٤٠٠/٨) ، كتاب التاريخ الكبير (٢٢٩/٧) ، تهذيب الكمال (٢١١/٢٤ - ٢١٣) .

(٣) هو الصحابي الجليل عبد الله بن قيس بن سليم الأشعري ، كما رواه الطبراني في إسناده في معجمه الأوسط عاصم بن كليب عن بردة عن أبي موسي ، أسلم أبو موسي قبل الهجرة وهاجر إلى الحبشة ثم إلى المدينة بعد خيبر ومات سنة ٤٢ وقيل ٤٤هـ . انظر الإصابة (٣٥٩/٢) وتهذيب الأسماء واللغات (٢٦٨/٢) وشذرات الذهب (٥٣/١) .

(٤) في (ص) : [يمضغها] .

(٥) لاكها أي مضغها من المضغ . انظر طلبة الطلبة ص٢١٥ .

(٦) أي لا يقدر على ابتلاعها بسهولة . نفس المرجع السابق .

(٧) قد أخرجه الإمام أبو حنيفة في مسنده ص٢١٠ و٢١١ كما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٣٥/٥) =

١٦٤٧٢ - ولو كان ملكه باقيًا ؛ لم يجز أن يأمره بالصدقة بها بغير أمره ، فلما أمرهم بالصدقة دل [على] [١] أنهم ملكوها ، ولم يجز لهم التصرف فيها قبل ضمان البدل ، وجاز فسادها إن تركوها فأمرهم بالصدقة .

١٦٤٧٣ - قالوا : التصرف فيها عندكم محظور [فكيف يأمره ﷺ بالصدقة المحظورة ؟ .

١٦٤٧٤ - قلنا : التصرف فيها محظور] [٢] حتى يضمن ، فإذا لم يكن يجوز بيعها لم يجز الصدقة بها .

١٦٤٧٥ - فإن قيل : يجوز أن يكون على ملك الغائب ، إلا أنها كانت لا تبقى [٣] .

١٦٤٧٦ - قلنا : ملك الغائب إذا خاف الإمام عليه التلف باعه وحبس ثمنه عليه ، ولم يجز أن يتصدق به .

١٦٤٧٧ - قالوا : يجوز أن يكون لم يجد من يبتاعه .

١٦٤٧٨ - قلنا : هذا محال ؛ لأنه لا يتعذر في الأمصار من يبتاع الشاة المشوية ، ولأن [الذي] [٤] ذبحها قد رضى بدفع عوضها ، فكان يجب أن يبيعها منه .

١٦٤٧٩ - فإن قيل : يجوز أن يكون الغائب أراد الصدقة بها على الأسرى .

١٦٤٨٠ - قلنا : النبي عليه الصلاة والسلام لم يعرف صاحبها ، فكيف عرف أنه يتصدق بها ؟ وكيف يجوز أن يتعلق الحكم بسبب لم ينقل ويترك المنقول ؟ وعلى أن من أوجب بالشاة لا يجوز لغيره أن يمضى نذره بغير أمره .

١٦٤٨١ - [قالوا : يجوز أن يكون الأسرى قد اضطروا إلى أكل مال الغير بغير أمره] [٥] .

= والإمام أحمد في مسنده (٢٩٤/٥) وأبو داود في سننه كتاب البيوع باب اجتناب الشبهات (٢٤٤/٣) رقم ٣٣٣٢ والدارقطني في سننه (٢٨٦/٤) والطبراني في الأوسط (٢٦٠/٢) والزيلعي في نصب الراية (١٦٨/٤) . انظر هذا الدليل في المبسوط (٨٧/١١) ، تبيين الحقائق (٢٢٧/٥) وحاشية الشلبي عليه ، البناية على الهداية (٣٦/٨) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) فقد اعترض الشافعية على ذلك الخبر المذكور سابقًا ، فقالوا : فأما الخبر الذي استدل به فيحمل على أن يكونوا قد أخذوا ذلك عن إذنهم من غير ثمن مقدر : ويحتمل أن يكون لتعذر استبقاء الطعام لهم ، فأمرهم بذلك حفظًا بقيمته على أربابه . انظر هذا الجواب في الحاوي الكبير (١٩٤/٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبت كما في (ع) ، (م) ، (ن) .

١٦٤٨٢ - قلنا : هذا لا يؤدي إلى تعليق الحكم بسبب لم ينقل ، ولأنه لو كان الأسرى على هذه الصفة ما أمر النبي ﷺ بإطعامهم قبل أن يبين حال الشاة ، وهذا خبر صحيح الإسناد لا يسوغ العدول عنه بمثل هذا التمحُّل البعيد .

١٦٤٨٣ - ولأنه [1] غصب حنطة ، فلا يطالب برد الدقيق . أصله : إذا أتلفها . ولا يلزم إذا طحنها بإذن مالكها ، لأن قولنا : لا يطالب معناه : لا يطالب الغاصب ، ومتى طحنها بإذنه فليس بغاصب .

١٦٤٨٤ - ولأنه أزال الاسم وأكثر المنافع المقصودة بفعلٍ لم يأذن المالك فيه ، فوجب أن يزول ملك صاحبه عنه ؛ أصله : إذا غصب دهنًا بأن خلطه [2] بالبذر أو حزها ثم شواها .

١٦٤٨٥ - ولا يلزم إذا ذبح الشاة ؛ لأن الاسم لم يزل ؛ بدلالة أنه يقال : شاة مذبوحة ، فإن ألزموا إذا ذبحها وقطعها .

قلنا : لا رواية فيه ، ولأن معظم المنافع لم يزل ؛ لأنه يتخذ من المذبوحة جميع ما يتخذ من اللحوم وإنما المنفعة للدر والنسل ، فهذا بعض المنفعة .

ولا يلزم إذا غصب عصيرًا فصار خلًا . لأنه [3] إن تخلل بنفسه فلم يزل الاسم وعامة المنافع بفعله وإن خلل هو زال الملك .

ولا يلزم إذا غصب خمرًا فخللها ؛ لأنه لم يزل عامة المنافع المباحة إن يتخذها خلًّا . ولا يلزم إذا غصب فضة فضربها ؛ لأن اسم الفضة لا يزول بالصفة ، ولأنه فعل لو حصل من الخمَّار - أزال الملك ، فإذا حصل في الشاة أزال الملك كالبيع .

١٦٤٨٦ - ولأنه أخرج العين عن [المعنى] [4] المقصود بها بزيادة معنى ، فزال ملك المالك / كأحد الشريكين إذا وطئ الجارية فأحبلها . /ب

١٦٤٨٧ - ولأن العقود والمقبوض كلٌّ واحد منهما سبب لضمان الأموال ، فإذا كان في أحدهما ما يوجب نقل ملك العين بعوض ، كذلك الآخر . ولا يمكن القول

(١) في (ع) ، (م) : [لا] بحذف حرف النون .

(٢) في جميع النسخ : ثم خلطه ، والصواب ما أثبتنا ؛ لأن السياق يقتضيه .

(٣) في (ع) ، (م) : [لزمه] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) ، (ن) .

بموجبه في خلط الزيت بالبذر [١] ، لأن الملك المنقول غير متعين .

احتجوا : بحديث الحسن عن سَمُرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » [٢] .

١٦٤٨٨ - قلنا : هذا دليل عليكم ، لأنها أخذت الحنطة ؛ فعليه أداؤها ، وأما الدقيق فلم يأخذه ؛ فلا يلزمه أداؤه بالظاهر .

١٦٤٨٩ - قالوا : روى أنه عليه الصلاة والسلام قال : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [٣] فظاهره أنه لا يتملكه ولا يمسكه ولا يتصدق به [٤] .

١٦٤٩٠ - قلنا : الفعل الذي هو جهة التملك ههنا لا يحل له عندنا ويملك به حكمًا ، فقد قلنا بالظاهر ؛ فأما قولهم : إنه لا يحل له إمساكه والتصدق به حكمًا ، ففي تلك الحال ليس بملك لغيره فلم يتناوله الخبر عندنا .

١٦٤٩١ - قالوا : فعل لو فعله في ملك نفسه لم يزل ملكه ، فإذا فعله في ملك غيره [لم يزل ملكه] [٥] . أصله : إذا ذبح الشاة ولم يشوها ، وإذا قطع الثوب ولم يخطه ، وإذا ضرب الفضة دراهم أو حليًا [٦] .

١٦٤٩٢ - قلنا : يبطل إذا غصب ذهبًا [٧] فخلطه بجنس آخر دونه لا يختلف المذهب أنه استهلاك ، فإن صاحبه لا حَقَّ له في العين ، فأما إذا خلطه بجنسه

---

(١) البذر أول ما يخرج من الزرع والبقل والنبات لا يزال ذلك اسمه ما دام على ورقتين ، والبزر بالزاي للبقل وغيره ، وبذر البذر في الأرض ، وقيل : البذر جميع النبات إذا طلع من الأرض فنجم ، والبذر مصدر بذرت أي زرعت . انظر : طلبة الطلبة ص٣٠٩ ولسان العرب (٢٣٧/١) مادة بذر .

(٢) سبقت ترجمة سلسلة الرواة كما تم تخريج الحديث ص١٧٩ انظر الحاوي الكبير (١٦٥/٧) وعبارته «ودليلنا قوله ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » فجعل الأداء غاية الحكم .

(٣) أخرجه الدارقطني (٢٦/٦) عن أنس بن مالك عن رسول الله ﷺ ، وعن أبي حرة الرقاشي عن عمه عن النبي ﷺ ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى (١٨٢/٨) في كتاب قتال أهل البغي باب أهل البغي إذا فاءوا عن أبي حرة الرقاشي عن عمه عن النبي ﷺ الإمام أحمد في مسنده (٧٢/٥) عن أبي حرة الرقاشي عن عمه وابن حجر في تلخيص الحبير (٤٥/٣ - ٤٦) .

(٤) انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٩٤/٧) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) قال ابن قدامة : لنا أن عين مال المغصوب منه قائمة ؛ فلزم ردها إليه ، كما لو ذبح الشاة ولم يشوها . ولأنه لو فعله بملكه ؛ لم يزل عنه ، فإذا فعله بملك غيره لم يُزَل عنه كما لو ذبح الشاة أو ضرب النقرة دراهم . انظر المغني مع الشرح الكبير ٤٠٣ - ٤٠٤ .

(٧) في (ع) ، (م) : [درهمًا] .

فالمنصوص أن للغاصب [(١)] أن يعطيه مثله ، ومنهم من قال : يشاركه فيه وخالف المنصوص .

١٦٤٩٣ - فعلى هذا الخلط الذي يزيل الملك ، لو حصل في ملك نفسه لم يزل ملكه ، فإذا حصل في ملك غيره أزال ملكه .

١٦٤٩٤ - ولأن من طحن حنطة نفسه زال ملكه عنها ويحدد على « دقيقها » [(٢)] ، فالوصف غير مسلم . فأما إذا ذبح الشاة ؛ [فالاسم] [(٣)] لم يزل ، يقال : شاة مذبوحة ، ولم تَفُت عامة المنافع .

١٦٤٩٥ - وإنما [فات] [(٤)] بعضها ، ألا ترى أن سائر منافع الأكل باقية مثل إمكان «الشواء » [(٥)] والطبخ والقديد وإنما فاتت منافع الحياة ؛ وأما الحنطة إذا طحنت ؛ فقد زال الاسم .

١٦٤٩٦ - الدليل عليه : أن الدقيق لا يستحق بالعقد على الحنطة . ولو عقد على حنطة فوجدها دقيقًا كان البيع باطلًا ، وقد فات أكثر المنافع ؛ لأنها لا تزرع بعد الطحن وفاتت بعض منافع الأكل ، وهو الطبيخ والقلي وعمل السويق . وكذلك إذا قطع الثوب ولم يخطه فلم يزل اسم الثوب عنه ، وأكثر منافع الثياب باقية .

١٦٤٩٧ - وأما إذا ضرب الدراهم فلم يزل اسم الفضة عنها ، ولا زال المنافع ، بدلالة : أن كل شيء يتخذ من النقرة يتخذ من المصوغ والمضروب .

١٦٤٩٨ - قالوا : التعدي على مال الغير إذا طرأ ؛ يخرجه من أن يكون مملوكًا [لم يزل ملك صاحبه عنه أصله ما تقدم] [(٦)] .

١٦٤٩٩ - قلنا : [التعدي على مال الغير] [(٧)] لم يزل الملك عندنا ، وإنما صار سببًا في الإزالة إذا حدث عن التعدي معنى من المعاني ، وهذا يزيل الملك ، بدلالة وطء الجارية المشتركة إذا حبلت ، ووطء الأبِ جاريةَ الابن عندنا [(٨)] ....

---

(١) في (ع) ، (م) : [للغائب] .
(٢) في (ع) ، (م) : [وصفها] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .
(٤) في (ع) ، (م) : [قامت] .
(٥) في (ع) ، (م) ، (ن) : [الشيء] وفي (أ) الخط غير واضح يظهر ، أنه الشراء أو الشواء والصواب ما أثبتنا لمناسبته لما بعده .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٨) الأب إذا استولد جارية ابنه فلا خلاف أنه يلزمه كمال قيمتها وتصير الجارية أم ولد له ، فلا يلزمه المهر =

وفى أحد القولين عندهم [1] .

١٦٥٠٠ - قالوا : لو ملكها حل له أكلها والتصرف فيها ، ولم يجب عليه أن يتصدق بها ؛ لأن من ملك شيئًا لم ينحصر تصرفه . أصله إذا ملك بالبيع [2] .

١٦٥٠١ - قلنا : لا يمنع أن يملك الإنسان ما منع من التصرف فيه كما يمنع المشترى من التصرف في المبيع قبل دفع الثمن . هذا مع رضاء المالك بزوال الملك . فلأن يمنع من التصرف في الموضع الذي لم يرض المالك بزوال ملكه أولى .

* * *

= عند الحنفية . والدليل على ذلك : هو قول النبي ﷺ : « أنت ومالك لأبيك » أخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع باب الرجل يأكل من مال ولده (٢٨٩/٢) رقم ٣٥٢٨ وابن ماجه في سننه في كتاب التجارات باب ما للرجل من مال ولده (٧٦٩/٢) وجه الدلالة : أنه ﷺ جعل مال الابن مضافًا إلى الأب ، فالأب ههنا إذا وطئ جارية الابن واستولدها أوجبوا صيانة ماء الأب ، ولا يمكن صيانة مائه إلا بعد تقديم الملك ، فقدموا الملك على الوطء بالقيمة ، فجعل كأن الأب ههنا واطئ ملك نفسه ، فإذا جعلناه في حكم أنه وطئ ملك نفسه فلا مهر عليه ، لأن للأب حق الملك في مال ولده ، ولو وطئ جارية ابنه مع علمه بحرمتها لا يلزمه الحد . انظر المبسوط (١٢٢/٥) ، رءوس المسائل ص٣٨٤ ، الهداية (١٠٠/٢ - ١٢٢) .

(١) قال الشافعية : يحرم على الأب نكاح جارية ابنه ؛ لأن له فيها شبهة تسقط الحد بوطئها ، فلم يحل له نكاحها كالجارية المشتركة بينه وبين غيره ، وإذا وطئ الأب جارية ابنه فتحرم على الابن بالمصاهرة وينسب الولد وتصير مستولدة الأب على القول المنصوص ، ويقدر انتقال الملك إليه مع العلوق حتى ينتفي قيمة الولد على أظهر الوجهين . انظر المهذب (٤٥/٢) ، الوجيز (٢١/٢) ، حلية العلماء (٣٩٣/٦) ، الروضة (٢٠٨/٧) ، نهاية المحتاج (٣٢٦/٦ ، ٣٢٧) .

(٢) انظر هذا الدليل في المغني مع الشرح الكبير (٤٠٣/٥ ، ٤٠٤) .

مسألة ٨١٧

تمليك الغاصب بالتضمين

١٦٥٠٢ - قال أصحابنا : الضمان سبب للتمليك ، فإذا غصب عينًا فتعذر ردها ، ضَمِنَ قيمتها ، وملكها بالضمان ، إن كانت مما تملك بالعقود . وإن [١] أحضرها الغاصب فهي له [٢] .

١٦٥٠٣ - وقال الشافعي رحمه الله : لا تملك بالضمان ، فإذا قدر على ردها أخذها مالكها ، ورد القيمة التي قبض [٣] .

١٦٥٠٤ - لنا : أن كل [ما] [٤] يضمن به العين جاز أن يملكه . أصله البيع فلا يلزم القتل والاستهلاك ؛ لأنه لا يملك بهما .

١٦٥٠٥ - ولأنه ضمن العقد الذي يجوز نقل الملك فيها ؛ فوجب أن يكون سببًا للتمليك . أصله : إذا خلط الدهن بالبذر ، وإذا وطئ الجارية المشتركة .

---

(١) في (ع) ، (م) : [فإذا] وكلاهما صواب .

(٢) مختصر الطحاوي ص١١٨ ، المبسوط (١١/٦٦ - ٦٧) ، تبيين الحقائق (٥/٢٣٠) ، الهداية (٤/١٨) ، البناية (٨/٣٩٩) ، رؤوس المسائل ص٣٤٧ . وعبارة الزمخشري : « إذا غصب عبدًا فأبق من يد الغاصب فأخذ المغصوب منه القيمة ثم عاد العبد من الإباقة ؛ فإنه يعود إلى ملك الغاصب عندنا » .

(٣) انظر الإشراف على مذاهب أهل العلم (٣/٣٣٤) ، المهذب (١/٣٦٨) ، التكملة الثانية للمجموع (١٤/٢٣٧) ، حلية العلماء (٥/٢١٤ - ٢١٥) ، الحاوي (٧/٢١٦) وعبارة الشيرازي في المهذب : « وإن ذهب المغصوب من اليد وتعذر رده بأن كان عبدًا فأبق أو بهيمة فضلت كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة ؛ لأنه حيل بينه وبين ماله ، فوجب له البدل كما لو تلف . وإذا قبض البدل ملكه ؛ لأنه بدل ماله فملكه ببدل التلف . ولا يملك الغاصب المغصوب ؛ لأنه لا يصح تملكه بالبيع ، فلا يملك بالتضمين كالتالف » . وهو قول الإمام مالك والإمام أحمد ، فقد جاء في الذخيرة للقرافي (٨/٣٠١) فإذا قضينا على الغاصب بالقيمة ثم ظهر المغصوب فلك أخذه إن علمت أنه أخفاه وترد القيمة . لأنه ملكك فإن لم تعلم فلا » . وقال صاحب الكافي (١/٤٢٨) : فأما إذا وجد ، فصاحبه أولى به على أي حال زاد أو نقص ، لأنه ملكه وماله » . وجاء في المغني مع الشرح الكبير (٥/٤١٧) : ومن غصب شيئًا ولم يقدر على رده لزمت الغاصب القيمة ، فإن قدر عليه ، رده وأخذ القيمة . وجملته : أن من غصب شيئًا يعجز عن رده كعبد أبق ، أو دابة شردت فللمغصوب منه المطالبة ببدله ، فإذا أخذه مَلَكه ولم يملك الغاصب العين المغصوبة بل متي قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي أداها » انظر أيضًا الشرح الكبير مع المغني (٥/٤٣٦ - ٤٣٧) ، المبدع (٥/١٨٤) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

١٦٥٠٦ - فإن قيل : لا نسلم أن العبد الآبق يجوز نقل الملك فيه [١] .

١٦٥٠٧ - قلنا : إذا عين العين المغصوبة في بلد آخر فللمالك تضمينه ، ونقل الملك فيها جائز . لأنه [لو] [٢] باعه ، صح باتفاق الحق بها في يده . ولو غصب العبد منه غاصب فضمن الأول ، فالعين يصح تمليكها ، لأنه يجوز بيعها من الغاصب الثاني . فأما العبد الآبق : فبيعه يصح من الغاصب عندنا ، لأنه في ضمانه ، وهذه المسألة مبنية على أن القيمة بدل عن العين وعند مخالفنا بدل عن الحيلولة بين المالك وملكه [٣] وهذا غلط ؛ لأنه مال مأخوذ عن مال [٤] مملوك ، فكان بدلًا عنه [كالعبد إذا قتله .

١٦٥٠٨ - ولأنه سبب لضمان القيمة فكانت بدلاً عن المضمونة] [٥] كالقبض في البيع الفاسد . ولأنها مأخوذة في مقابلة ما يصح تمليكه ، كالثمن في البيع .

١٦٥٠٩ - ولأن الحيلولة السبب الموجب للضمان ، فالبدل في مقابلة السبب كالثمن في البيع في مقابلة المبيع . وليس هو بدل في مقابلة البيع ، والدية في القتل بدل من المقتول لا عن القتل ، والمهر في النكاح بدل عن الاستباحة لا عن النكاح .

١٦٥١٠ - وإذا ثبت هذا قلنا : [٦] [ملك] البدل عن العين التي يصح تمليكها ، فوجب أن يملك [العين كالثمن في المبيع ، ولأنه سلم بدل ملكه والملك محل النقل ؛ فوجب أن يملك] [٧] عليه كالبيع . ولا يلزم إذا غرم الغاصب قيمة المدبر ، لأنها بدل عنه عندنا لا عن الحيلولة ، كما يظن مخالفنا . إلا أن تمليكه لا يجوز فلا يملك ، كالدية المأخوذة في قتل الحر .

١٦٥١١ - ولا يلزم على هذا هبة على شرط العوض ، إذا سلم العوض مَلَكَهُ بالقبض بدلًا عن الموهوب ، ولا يزول مِلْكُه عن الموهوب ؛ لأن الهبة لا تتم إلا بقبض عوضها ، فإذا قبض أحد العوضين فقد ملك هبة مضمونة ، ولم يصر بدلاً حتى يقبض البدل الآخر ، ولهذا يضمن هذا المقبوض بقيمته حتى يسلم ما في مقابلته .

١٦٥١٢ - ولا يلزم إذا أكره على أن يبيع عبدًا [في] [٨] جارية ، وسلم العبد

---

(١) في (ع) ، (م) : [فيها] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٣) انظر المهذب للشيرازي ص٣٦٨ وعبارته : لأنه حيل بينه وبين ماله ؛ فوجب له البدل حتى لو تلف .
(٤) في (ع) ، (م) : [غير] .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٦) ساقطة من (ص) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٨) ساقطة من (ص) وفي (ع) ، (م) أن يبيع عبدًا وجارية والصواب ما أثبتناه .

فأعتقه القابض مَلَكه ونفذ عتقه فيه ، والجارية على ملكه [لأن بدل هذا العبد القيمة ، وقد استحقت على قابض العبد .

١٦٥١٣ – ولا يلزم البيع الفاسد ، فإذا اتصل به القبض ولم ينقد الثمن لزم ، لأن الثمن ليس ببدل ، وإنما القيمة البدل ، وقد ملكت عليه [1] .

١٦٥١٤ – فإن قالوا : من أصحابنا من قال : إنه لا يملك القيمة ، وإنما يقبضها لتحول بينها وبين الغاصب .

١٦٥١٥ – قلنا : هذه عبارة لا يحصل معناها ؛ لأنه يقبض القيمة ، ويجوز تصرفه فيها بسائر جهات التصرف [2] وتورث عنه ، وهذه صفات المملوكات فتجتمع العبارة ولا يضرنا .

١٦٥١٦ – احتجوا : بقوله – عليه الصلاة والسلام – : « على اليد ما أخذت حتى ترد » [3] .

١٦٥١٧ – قلنا : المراد به ما أخذت من ملك العين حتى ترد ، وبعد أخذ القيمة والمطالبة بها لم تبق العين ملكًا يجب عليه رده بظاهر الخبر .

١٦٥١٨ – وأما قوله تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [4] فالله تعالى أباح الأكل والتجارة ، ونهي عن أكل المال بالباطل ، فما ليس بتجارة ولا أكل مال بباطل لا تتناوله الآية .

١٦٥١٩ – وقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [5] لا دلالة فيه ، لأنه لما طالب بالقيمة وأخذها فقد رضى ، وطابت نفسه بعوض ما أخذه .

---

(١) ساقطة من (ص) ومكانها : (لأنه يلزم البيع الفاسد ، إذا اتصل به القبض ولم ينقد الثمن ، لأن الثمن ليس ببدل وإنما القيمة البدل وقد ملكت عليه .

(٢) في (ع) ، (م) : [بسائر الجهات التي للتصرف] .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث ، انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (٢١٧/٧) والتكملة الثانية للمجموع (٢٤٠/١٤) وذكروا وجه الدلالة من الحديث الشريف فقالوا : فجعل الرد غاية الأخذ ، فاقتضى عموم الظاهر استحقاقه في الأحوال كلها .

(٤) سورة النساء : الآية ٢٩ ، وقالوا في وجه الدلالة من الآية : فما خرج عن التراضي خرج عن الإباحة في التمليك . انظر الحاوي الكبير (٢١٧/٧) .

(٥) سبق تخريج هذا الحديث في المسألة رقم (٨١٦) .

١٦٥٢٠ - قالوا : غرم ما تعذر رده بخروجه من يده فلا يملكه . أصله إذا غصب مدبرًا فأبق منه (١) .

١٦٥٢١ - قلنا : المعنى في المدبر : أنه لا ينتقل الملك فيه إلى الموصى له فلم يملك بالضمان [كما لو أخذ] (٢) القيمة بالتراضي .

١٦٥٢٢ - فإن قيل : المدبر ينتقل إلى الموصى له إذا [أبطل] (٣) المولى (٤) التدبير ، فجاز أن يملك بالضمان كما لو أعتق أحد الشريكين [العبد] (٥) وهو موسر ، ملك نصيب شريكه . « فالضمان » (٦) من أسباب الملك لم يصح إلا فيما يملك « بالبيع » (٧) . فما ثبت في المدبر وأم الولد علم أنه ليس من أسباب الملك .

١٦٥٢٣ - قلنا : ضمان الغصب الذي يفيد الملك لا يصح إلا فيما يملك عندنا ؛ لأن المدبر يجوز أن ينقل فيه الملك بحكم الحاكم ، والآبق يجوز بيعه ممن هو في يده ، ويجوز بيعه من الغاصب ، لأنه في ضمانه : ولهذا قال أبو حنيفة : إن ما لا ينقل فيه الملك لا يضمن بالغصب ، كأم الولد (٨) .

١٦٥٢٤ - ولأن البيع تمليك بالعقد ، وهنا تمليك من طريق الحكم فهو آكد ، فيجوز أن يصح فيما لا يصح بيعه ، كما أن الإرث ينتقل به ما لا ينتقل بالبيع (٩) .

١٦٥٢٥ - قالوا : بدل عن جناية فلم يستقر ، فإذا تبين أن الجناية غير موجودة ؛ وجب رد البدل (١٠) ، كمن ضرب عين رجل فابيضت فغرم الأرش ثم زال البياض وجب رد الأرش (١١) .

---

(١) انظر هذا الدليل في المغني مع الشرح الكبير (٤١٧/٥) وعبارته « ولأنه غرم ما تعذر عليه رده ، بخروجه عن يده ، فلا يملكه بذلك كما لو كان المغصوب مدبرًا » .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ص) : [إذا أبطل] .

(٤) في جميع النسخ الولي والصواب ما أثبتناه لأن السياق يقتضيه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) في (ع) ، (م) : [كالضمان] .

(٧) في (ع) ، (م) : [كالبيع] .

(٨) انظر الهداية (٢٣/٤) ، تبين الحقائق (٢٣٩/٥) .

(٩) قاعدة : « الإرث ينتقل به ما لا ينتقل بالبيع » .

(١٠) في (ع) ، (م) وجب به البدل .

(١١) الحاوي الكبير (٢١٧/٧) وعبارة الماوردي : « ولأن كل بدل وجب بفوات المبدل كان عود المبدل =

١٦٥٢٦ – وربما قالوا : غرم على ظن أن حقه قد فات ، فصار كالبياض إذا زال .

١٦٥٢٧ – قلنا : يبطل إذا تعذر تسليم المبيع فقضى للمشتري بالثمن ، ثم أمكن التسليم . والمشتري يجد [بالمبتاع] [١] عيبًا [٢] فيرده ويأخذ الثمن ويزول العيب ، و [بالقاضي] [٣] إذا فسخ النكاح بالعُنَّة بعد مضى السنة [٤] ثم زالت العنة .

١٦٥٢٨ – ولا نسلم أن الغاصب يغرم البدل على الجناية ، وإنما يغرم بدل العين على ما قدمنا . والمعنى في الجناية : أن الأرش يجب بفوات المنفعة ، أو الجمال إذا زال البياض فلم / يفت واحد منهما . والقيمة [في مسألتنا عوض عن العين ، والعين قد سلمت للغاصب ، فلم يفسخ التضمين فيها] [٥] .

١/أ

١٦٥٢٩ – قالوا : إذا كان يغرم القيمة لعدم القدرة على الأصل ، يسقط البدل بالقدرة ، كالمتيمم إذا قدر على الماء [٦] .

١٦٥٣٠ – قلنا : قدر على المبدل بعد الملك المغصوب [منه] [٧] البدل فصار كالقدرة على الماء بعد الصلاة بالتيمم .

١٦٥٣١ – قالوا : المأخوذ لا يخلو أن يكون ثمنًا أو قيمة ، والثمن لا يكون إلا بالتراضي ، والقيمة لا تجب إلا عن متلف [٨] .

١٦٥٣٢ – قلنا : تعذر الوصول إلى العين جعل العين في حكم المتلف ، ولهذا يجوز إيجاب القيمة مع بقائها كما يجب عند تلفها .

١٦٥٣٣ – قالوا : غرم القيمة على قولهم فوات العين ، فإذا ظهرت كان له المطالبة

= موجبًا لسقوط البدل قياسًا على الجاني على عين فابيضت ثم زال بياضها ، أو على يد فشلت ثم زال شللها » .

(١) في (ص) : [بالمتاع] .

(٢) في جميع النسخ والعبد يجد به المبتاع عيبًا ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (ص) : [كالقاضي] .

(٤) في (ع) ، (م) ، (ن) : [العنة] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٦) الحاوي الكبير (٢١٧/٧) وعبارة الماوردي : « ولأن كل بدل جاز المصير إليه لفقد مبدله كان وجود المبدل مانعًا في التصرف في بدله ، كالمتيمم إذا وجد الماء ، وآكل الميتة إذا وجد الطعام » .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٨) في (ع) ، (م) : [مكلف] . انظر هذا الدليل في المهذب (٣٦٨/١) ، الوجيز (٢٠٩/١) وعبارة الشيرازي : « ولا يملك الغاصب المغصوب لأنه لا يصح تمليكه بالبيع فلا يملك بالتضمين كالتالف » .

بها ، كما لو أخذ القيمة بقول الغاصب (١) .

١٦٥٣٤ - قلنا : إذا ضمن بقوله ثم ظهرت العين زائدةَ القيمة ، فقد تم التمليك وثبت للمغصوب [منه] (٢) الخيار . ولأن القاضي نقل الملك على شرط فبان بخلافه . وهذا كمن ابتاع عبدًا على أنه خبّاز فوجده بخلاف ذلك .

١٦٥٣٥ - قالوا : ظلمًا إذا وقع على ما يملك ملكًا لا يقع على مالا يملك كالبيع والنكاح وعكسه الوكالة (٣) .

١٦٥٣٦ - قلنا : ضمان الغصب الذي يُمْلَك به لا يثبت إلا فيما يُمْلَك على ما قدمنا . ويبطل هذا بالوصية ، فإنها إذا وقعت فيما يملك مُلِكَ ، ويصح فيما لا يملك عندهم وهو الكلب (٤) ويكون الموصى لهم الحق به .

* * *

(١) انظر هذا المعنى في المغني مع الشرح الكبير (٤١٧/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٣) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢١٧/٧) وعبارته : « ولأن ما أوجب ملكُ بدله تمليكُ مبدَلِهِ كان امتناع ملك المبدلَ مبطلًا لملك البدَل ، كالبيع لا يملك به ثمن أم الولد ؛ لأنها لا تملك ، ويملك به ثمن غيرها فما يملك ، فلما استوي في الغصب بدلُ ما يجوز أن يملك من الأموال وما لا يجوز أن يملك من الأوقاف وأمهات الأولاد دل على أن ملك البدل فيما لا يوجب تمليك مبدله .

(٤) تصح الوصية عند الشافعية بكل مقصود يقبل النقل ، بشرط أن لا يزيد عن الثلث . ولا يشترط كونه موجودًا أو عينًا ولا كونه معلومًا ومقدورًا عليه ، ولا كونه معينًا ولا كونُه مالًا ؛ إذ تصح بالكلب ، المنتفع به ، وجلد الميتة ، والخمر المحترمة ، وكل ما ينقل إلى الوارث . ولو أوصي بكلب ولا كلب له لم يصح ، لأن شراءه متعذر ، وإن كان له كلاب ولا مال له سواها ، توجه اعتباره من الثلث . اهـ انظر الوجيز (٢٧١/١) .

مسألة ٨١٨

غصب الساجة والبناء عليها أو حولها

١٦٥٣٧ - قال أصحابنا : إذا غصب « ساجة » (١) فبنى عليها نقض البناء . (٢) وإن بنى حولها لم ينقض (٣) .

١٦٥٣٨ - وذكر محمد في كتاب الصرف ما يقتضي التسوية بين الأمرين (٤) وهو الصحيح .

١٦٥٣٩ - وقال الشافعي رحمه الله : ينقض وترد على صاحبها . وقال فيمن غصب خيطًا فخاط به جرحه أو جرح عبده : فإن نزعه خاف التلف أو زيادة العلة لم ينزعه . وإن كان لا يخاف التلف ولا زيادة العلة ولا النتن ولا إبطاء برءٍ فإنه ينزعه .

---

(١) في (ع) ، (م) ، (ن) ساجة والساجة نوع من الشجر له خشب حسن وجمعها ساجات لا ينبت إلا بالهند ويجلب منها إلى غيرها ، وقال الزمخشري : الساج خشب أسود رزين يجلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه والجمع السيجان مثل النار والنيران . وله معان أخرى والمعنى المذكور هو المقصود . المصباح المنير (٣٤٥/١) مادة سوج ، لسان العرب (٢١٤١/٣) ، تهذيب الأسماء واللغات (١٥٨/٣) مادة سيج .

(٢) هذا إذا كانت قيمة البناء أكبر من قيمة الساجة ، أما إن كانت قيمة الساجة أكبر من قيمة البناء ؛ لم يَزُلْ ملك مالكها عنها بالإجماع . انظر البناية على الهداية (٣٧٩/٨) .

(٣) بدائع الصنائع (١٤٩/٧) ، المبسوط (٩٣/١١ - ٩٤) ، الهداية (١٦/٤) ، البناية على الهداية (٣٧٨/٨ - ٣٧٩) ، تبيين الحقائق (٢٢٨/٥) ، تكملة البحر الرائق (١٣١/٨ - ١٣٢) ، رءوس المسائل ص٣٤٩ ، نتائج الأفكار (٢٦٥/٨) . وعبارة الزيلعي : « قال الكرخي والفقيه أبو جعفر : إنما ينقطع حق المالك عن الساجة إذا بني عليها ، وأما إذا بني حولها فلا ينقطع حق المالك ؛ لأنه متعد في البناء عليها . والساجة من وجه كالأصل لهذا البناء فيهدم للرد ، كما إذا بني في الأرض المغصوبة . وقال الكاساني في البدائع : وذكر الكرخي : أن موضوع مسألة الساجة ما إذا بني الغاصب حوالي الساجة لا على الساجة ، فأما إن بني على نفس الساجة ؛ لا يبطل ملك المالك ، بل ينقص ، وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله .

(٤) قال السرخسي : ذكر الإمام محمد بن الحسن في كتاب الصرف : أنه لو غصب بقرة واتخذ منها عروة مزادة انقطع حق المالك عنها ، وهو في العمل هنا متعد ؛ لأن عمله في ملك الغير ؛ فدل أنه لا فرق بين أن يكون عمله في ملك الغير أو في ملك نفسه . انظر المبسوط (٩٤/١١) والضابط فيه : أنه متي تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها ومعظم منافعها ، أو اختلطت بملك الغاصب ، بحيث لا يمكن تمييزها أصلًا إلا بحرج ، زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها . والبناء على الساجة بهذه المثابة فيملكها الغاصب . انظر تبيين الحقائق (٢٢٦/٥) والبحر الرائق (١٣٠/٨) .

١٦٥٤٠ - وإن خاف النتن أو إبطاء البرء ، فقيمته . والبغل والحمار كالآدمي . والكلب والخنزير تقلع في جميع الأحوال ، وأما الحيوان المأكول كالبقر والغنم فنص على أنه لا يجب الرد .

١٦٥٤١ - قال الربيع (١) فيها قول أخر : أنه يجب الرد (٢) .

---

(١) هو أبو محمد الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل المرادي بالولاء ، المصري المؤذن ، صاحب الإمام الشافعي وراوي كتبه ، وأول من أملى الحديث بجامع ابن طولون . ولد سنة ١٧٤هـ وروى عنه أبو داود والنسائي وابن ماجه وأبو زرعة الرازي والطحاوي ، وقد روى عنه أكثر من مائتي رجل كُتُبَ الشافعي ، كان من كبار العلماء لكن ما كان يبلغ رتبة المزني في الفقه ، كما أن المزني لا يبالغ رتبة الربيع في الحديث ، وتوفي سنة ٢٧٠هـ بمصر . انظر المنتظم (٢٣٨/١٢) ، شذرات الذهب (١٥٩/٢) ، سير أعلام النبلاء (٥٨٧/١٢ - ٥٩١) طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (١٣٢/٢ - ١٣٣) ، الأعلام (١٤/٣) .

(٢) الأم (٢٦١/٣) ، حلية العلماء (٢٤٢/٥) ، المهذب (٣٧٢/١ - ٣٧٣) ، مغني المحتاج (٢٩٣/٢) والحاوي الكبير (١٩٨/٧ - ٢٠٢) ، روضة الطالبين (٥٤/٥ - ٥٦) . وعبارة الشيرازي في المهذب : « فإذا غصب ساجًا فأدخله في البناء أو خيطا فخاط به الشيء نظرت ، فإن عفن الساج وبلي الخيط ، لم يؤخذ برده ؛ لأنه صار مستهلكًا فسقط رده ووجبت قيمته . فإن كان باقيًا على جهته نظرت ، فإن كان الساج في البناء والخيط في الثوب ، وجب نزعه ورده ؛ لأنه مغصوب يمكن رده ، فوجب رده كما لو لم يبن عليه ولم يخط به ، وإن غصب خيطًا فخاط به جرح حيوان : فإن كان مباح الدم كالمرتد والخنزير والكلب العقور وجب نزعه ورده ؛ لأنه لا حرمة له فكان كالثوب . وإن كان محرم الدم : فإن كان مما لا يؤكل كالآدمي والبغل والحمار وخيف من نزعه الهلاك لم ينزع ؛ لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة المال ، ولهذا يجوز أخذ مال الغير بغير إذنه لحفظ الحيوان ، ولا يجوز أخذه لحفظ المال ، فلا يجوز هتك حرمة الحيوان لحفظ المال . وإن كان مما يؤكل ففيه قولان : أحدهما يجب رده ؛ لأنه يمكن نزعه بسبب مباح فوجب رده كالساج . والثاني : لا يجب رده ، لأن النبي ﷺ نهي عن ذبح الحيوان أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٩٧/٢) . والقول الأول : رواه الربيع فقال : تذبح لينزع الخيط منها ، لأنه قد يوصل إلى أخذه على وجه مباح . والقول الثاني : رواه المزني وحرملة : أنه يقر الخيط ولا ينزع ويؤخذ الغاصب بقيمته . وقال زفر من الحنفية : لا ينقضي حق صاحب الساجة . فهو في هذه المسألة مع الشافعية . انظر المبسوط (٩٣/١١) والبناية (٣٧٩/٨) وحاشية الشلبي على التبيين (٢٢٨/٥) وذهب المالكية إلى ما ذهب إليه الشافعية في هذه المسألة ؛ فقد جاء في الذخيرة : إذا غصب خشبة أو حجرًا فبني عليهما فلك أخذهما ، وهدم البناء . وكذلك إن غصب ثوبًا فجعله ظهارة لجبة فلك أخذه أو تضمينه قيمة الثوب » . انظر الذخيرة (٣٢٤/٨) ، التفريع لابن الجلاب (٢٧٧/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٤٣١/١) ، حاشية الدسوقي (٤٤٨/٣) . قال الحنابلة وإن غصب شيئًا فشغله بملكه كخيط خاط به ثوبًا أو نحوه أو حجرًا بني عليه نظرنا : فإن بلي الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يؤخذ برده ، ووجبت قيمته ؛ لأنه صار هالكًا فوجبت قيمته ، وإن كان باقيًا بحاله لزم رده وإن انتقض البناء وانفصل الثوب . المغني مع الشرح الكبير (٤٢٤/٥) ، المبدع (١٥٥/٥) .

١٦٥٤٢ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » [ولا ضرر] [١] في الإسلام [٢] : وفى قلع البناء إضرار بمال الغاصب [٣] .

١٦٥٤٣ - فإن قيل : في منع الساحة إضرار بمالكها .

قلنا : الضرر يلحقه بنقل ملكه إلى العوض ، فذلك أخف من إتلاف الملك من غير عوض . وإذا وجب دفع الضرر ولم يكن بد من الضرر فإن دفع [أعظم] [٤] الضررين أولى [٥] .

١٦٥٤٤ - ولا يقال : الإضرار بمال الغاصب الجاني أولى ؛ لأن الخلاف بيننا فيمن بنى على ساحة اعتقد غصبها ، ومن بنى على ساحة فظنها له يكونان سواء ، وهذا ليس

---

(١) بدل من [ولاضمان] في جميع النسخ وهو من تحريف النساخ فكلمة [ولا ضمان] زائدة وغير موجودة في كتب الحديث .

(٢) أخرجه الزيلعي في نصب الراية (٣٨٤/٤) في كتاب الديات ، باب ما يحدث الرجل في الطرق بهذا اللفظ . وأخرجه ابن ماجه في سننه عن ابن عباس ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » وكذلك روى عن عبادة بن الصامت (٧٨٤/٢) رقم ٢٣٤٠ و٢٣٤١ كتاب الأحكام ، باب ما بَنَي في حقه ما يضر بجاره . وفي الزوائد : حديث عبادة رجاله ثقات إلا أنه منقطع ، لأن إسحاق بن الوليد كما قال الترمذي وابن عدي لم يدرك عبادة بن الصامت ، وقال البخاري : لم يلق عبادة . ورواه الدارقطني (٧٧/٣) عن أبي سعيد الخدري ، ورواه البيهقي في السنن الكبري (٦٩/٦) عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال « لا ضرر ولا ضرار ، من ضار ضره الله ، ومن شاق ، شق الله عليه » كتاب العلم باب لا ضرر ولا ضرار . وروي أحمد في مسنده (٣١٣/١) عن عبد الله بن عباس . ورواه الحاكم في المستدرك عن أبي سعيد الخدري ، كتاب البيوع (٥٨/٢) وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ، على شرط مسلم ، ولم يخرجاه . ورواه الطبراني في معجمه الكبير عن ابن عباس (٣٠٢/١٨) رقم ١١٨٠٦ .

(٣) انظر هذا الدليل في تبيين الحقائق (٢٢٨/٥) وقد أجاب الشافعية عليه فقالوا : فأما الجواب عن قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » : فهو أنه مشترك الدليل ؛ لأن في منع المالك نوع إضرار به ، فكان دخول الضرر به على الغاصب ورفعه عن المغصوب منه ، أولى من دخوله على المغصوب منه في تيسير أمره ورفعه عن الغاصب . انظر الحاوي الكبير (١٩٩/٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، والصواب ما أثبتناه من باقي النسخ الثلاثة .

(٥) بناء على القاعدة : إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما . ومثاله : لو أن امرأة : لو صلت قائمة ينكشف من عورتها ما يمنع جواز الصلاة ، ولو صلت قاعدة لا ينكشف منها شيء ، فإنها تصلي قاعدة لأن ترك القيام أهون . وذلك أن دفع الضرر واجب ويتعين دفع الضرر هنا بإيجاب قيمة المغصوب حقًا للمغصوب منه ، ليتوصل هو إلى مالية ملكه ، ويبقي حق صاحب الوصف ، فإنه لابد من إلحاق الضرر بأحدهما ، إلا أن في الإضرار بالغاصب إهدار حقه ، ودفع الضرر واجب بحسب الإمكان ، وضرر النقل دون ضرر الإبطال ، وإن كان الغاصب ظالماً إلا أن الظالم لا يُظْلم بل ينصف . انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٩ والمبسوط (٩٤/١١) .

بظالم ولا جان ، ولأن جنايته لا يبيح إتلاف ماله ؛ فصار من هذا الوجه كغير الغاصب .

١٦٥٤٥ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ ﴾ [1] الآية والغاصب لم يقصد أن ينقض البناء ؛ فلا يجوز أن ينقض بناؤه .

١٦٥٤٦ - فإن قيل : الواجب الاعتداء بإيجاب الرد بدلالة ما قبل البناء .

١٦٥٤٧ - قلنا : الظاهر يقتضي إيجاب المثل قبل البناء وبعده ، والمثل في القيمة ، وإنما تركنا الظاهر قبل البناء [به] [2] .

١٦٥٤٨ - ولأن ملك الغير صار تابعًا لملكه على وجه يلحقه الضرر برده ، فسقط رده عنه ، كمن غصب خيطًا فخاط به جرحه أو جرح عبده أو حماره . قالوا : لا نسلم أنه صار تابعًا .

١٦٥٤٩ - قلنا : يعنى بذلك أن الساجة لو كانت للغاصب دخلت في بيع الدار من غير تسمية ، فدل أنها تابعة .

١٦٥٥٠ - قالوا : إنما تكون تابعة إذا اتفق الملك ، فإذا اختلف لم تتبع ، كمن باع جارية حاملاً دخل حملها في البيع ، ولو كان حملها لغيره لم يدخل لافتراق الملكين .

١٦٥٥١ - قلنا : هي تابعة من الوجهين ؛ لأنه إذا باع الدار والمشترى لا يعلم بحال الساجة ، اقتضى العقد دخول الساجة حتى لا [يصح بجميع الثمن دونها ، وكذلك إذا باع الجارية الحامل وحملها لغيره بطل البيع] [3] فلولا أنها تابعة للأصل في المسألتين لم يثبت [لها حصة] [4] من غير تسمية ، ولم يفسد البيع ولصارت والجارية الحامل سواء .

١٦٥٥٢ - ولا يلزم إذا غصب أرضًا فبنى أو غرس ؛ لأن الأرض تصير تابعة للغرس والبناء ، بدلالة أنها لا تدخل في بيعه على وجه البيع .

١٦٥٥٣ - فإن قيل : المعنى في الخيط : أن له أخذه ابتداء من غير إذن المالك .

١٦٥٥٤ - قلنا : إذا خاف الرجل بوقوع حائط عليه أو على مارة الطريق كان له أخذ ساجة الغير بغير إذنه ليعمل بها حائطه . وأما الأصل : فهو أن من أخذ خيطًا وهو يجد خيطًا غيره فلا نسلم أن له أخذه من غير إذن صاحبه .

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٩٤ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه من (ن) .

(٣) في (ص) : [يصبح لغيره إبطال البيع] . (٤) في (ص) : [حصته] .

١٦٥٥٥ - قالوا : المعنى في الخيط أنه ليس للغاصب رده فلم يجب عليه ، وفى مسألتنا له رد الساحة فلزمه ردها .

١٦٥٥٦ - قلنا : إذا وجب له على عبده القصاص فله أن يختار القصاص ، ويرد الخيط ، ولا يجب عليه . وأما الفرع : فلا نسلم [قبل النقض] (١) أن له الرد ؛ لأنه « لا يجوز » (٢) له إتلاف ماله من غير عوض ، وهو يقدر على إسقاط الضمان بالقيمة .

١٦٥٥٧ - فإن قيل : له عرض صحيح ليتخلص من المأثم بإجماع .

١٦٥٥٨ - قلنا : لا يجوز له ذلك لهذا الغرض . ألا ترى أن من كان في سفر فوجد ما يتوضأ به بجميع ماله [لم يحل له] (٣) ابتياعه . وإن كان يتخلص بذلك من المأثم ، على قول من يوجب عليه ابتياع الماء « بما عزَّ وهان » (٤) .

١٦٥٥٩ - فإن قالوا : المعنى في الحيوان أن له حرمة بنفسه وحرمة بمالكه فإذا سقطت حرمة مالكه بالتعدي [بقيت حرمة الحيوان ، فلم يجز قلع الخيط . والبناء له حرمته بمالكه ، فإذا سقطت حرمة المالك بالتعدي] (٥) ، وفي الغصب لم يبق هناك حرمة أخرى .

١٦٥٦٠ - قلنا : إذا خاط به جرحه فقد سقطت حرمته بالتعدي ، ولم يبق هناك حرمة أخرى ، فكان يجب [أن] (٦) يقلع الخيط ، وقد أجمعنا أنه لا يقلع ، ثم لا

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٢) في (ن) : [يجوز] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٤) في (ع) ، (م) : [بما غروها] . توضيح هذه المسألة أنه إذا كان الإنسان في سفر ولم يجد الماء إلا بثمن باهظ يجوز له أن يتيمم بالصعيد الطاهر تيسيرًا وتخفيفًا له من اللّٰه تعالى ؛ إذ لا حرج في الدين . وإن كان لا ثمن له ، أو كان له ثمن ، ولكن لا يبيعه إلا بغبن فاحش يتيمم . ولا يلزمه الشراء عند عامة العلماء . وقال الحسن البصري : يلزمه الشراء ولو بجميع ماله ، لأن هذه تجارة رابحة . واستدل عامة العلماء أنه عجز عن استعمال الماء إلا بإتلاف شيء من ماله . لأن ما زاد على ثمن المثل لا يقابله عوض ، وحرمة مال المسلم كحرمة دمه . قال النبي ﷺ : « حرمة مال المسلم كحرمة دمه » أخرجه الدارقطني في سننه كتاب البيوع رقم (٢٦/٩٤٣) ، تلخيص الحبير (٤٦/٣) ، مجمع الزوائد (١٧٥/٤) ، حلية الأولياء ٣٣٤/٧ ط دار الفكر ، وكنز العمال (٩٣/١) رقم ٤٠٤ . ولهذا أبيح له القتال دون ماله ، كما أبيح له دون نفسه وعرضه ، ثم خوف فوات بعض النفس مبيح للتيمم ، فكذا فوات بعض المال ، بخلاف الغبن اليسير . والغبن الفاحش مقدر بتضعيف الثمن . وذكر في النوادر أنه : إن كان الماء يشتري في ذلك الموضع بدرهم وهو لا يبيعه بدرهم ونصف يلزمه الشراء . وإن كان لا يبيع إلا بدرهمين لا يلزمه . وإن كان يبيعه بثمن المثل في ذلك الموضع يلزمه الشراء ، لأنه قدر على استعمال الماء بالقدرة على بدله من غير إتلاف ، فلا يجوز له التيمم . انظر الهداية (٢٥/١) ، بدائع الصنائع (٤٧/١ - ٤٩) .
(٥ ، ٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

نسلم أن حرمة مال الغاصب تسقط بسبب غصبه بما لا يسقط حرمة عبده بغصبه ، وكما لا تسقط حرمته في نفسه .

١٦٥٦١ - قالوا : المعنى في الأصل : أنه إدخال ضرر على حيوان ، والبناء بخلافه .

١٦٥٦٢ - قلنا : يبطل إذا خاط به جرح كلبه وشاته .

١٦٥٦٣ - قالوا في الكلب يقلع ، وجهًا واحد ، وفي الشاة ، على وجهين ولأن المغصوب صار تبعًا لملك الغاصب ومستهلكًا فيه ، فصار كما لو غصب الساجة . حتى لو قلع البناء [1] . وكما لو غصب مسمارًا فسمر به السفينة وهي في لجة البحر .

١٦٥٦٤ - ولأنه لا يمكن رد ماله إلا بإتلاف مال متبوع ، فصار كما لو ابتلع لغيره درهمًا لم يجب ذبح البعير لرد الدرهم على صاحبه .

١٦٥٦٥ - ولا يلزم إذا ابتلعت الدجاجة لؤلؤة ألا يجب على صاحب الدجاجة ذبحها ، وله أن يضمن قيمة اللؤلؤة لصاحبها [2] .

١٦٥٦٦ - ولأن من غصب خيطًا فخاط به جرح حماره وليس في رده نفس التلف ، بل يجوز أن يتلف ماله بذلك ، ويجوز أن يسلم . وفى مسألة البناء يتيقن [3] تلف ملكه ، فإذا لم يجب قلع الخيط مع عدم تعيين التلف فلأن لا يجب في مسألتنا أولى .

١٦٥٦٧ - احتجوا بما روى قتادة عن الحسن عن سمرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : «[على] [4] اليد ما أخذت حتى تؤديه » [5] .

١٦٥٦٨ - قلنا : معناه ما أخذت من ملك الغير [فقوله : « تؤديه » كناية عن ملك الغير ، لا نسلم أن الساجة ملك الغير] [6] فلم يتناولها الخبر .

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٢٠١/٧ - ٢٠٢) .

(٢) عند الشافعية إذا غصب جوهرة فبلعتها بهيمة له ، فإن كانت البهيمة لا توكل ضمن قيمة الجوهرة ؛ لأنه تعذر ردها فضمن البدل ، وإن كانت مما تؤكل ففيه وجهان ، بناء على القولين في الخيط الذي خيط به جرح ما يؤكل : الأول : تذبح عليه ، وتؤخذ الجوهرة من جوفها ، والثاني : لا يجوز ذبحها وتؤخذ منه قيمة الجوهرة . وعند الحنفية : لو بلعت دجاجة لؤلؤة ينظر أيهما أكثر قيمة فلصاحبه أن يأخذ ويضمن قيمة الأخرى . انظر المهذب (٣٧٣/١) ، الحاوي (٢٠٢/٧ - ٢٠٣) ، البحر الرائق (١٣٣/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٢٦/٥) .

(٣) في (ع) ، (م) : [بنقض] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ وكما في كتب السنن .

(٥) انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٩٩/٧) وقد سبقت ترجمة سلسلة أعلامه وتخريجه ص١٩٧ مسألة .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

١٦٥٦٩ - قالوا : روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [(١)] .

١٦٥٧٠ - قلنا : لا يحل عندنا (لمن أخذ الساجة أَخْذُها ولا التصرف فيها) [(٢)] وإنما حل له تَبْقِيتُها بعد ما زال ملك مالكها عنها ، فأما أن يكون أحللنا ملكه بغير اختياره فلا .

١٦٥٧١ - قالوا : روى عبد الله بن السائب [(٣)] عن أبيه [(٤)] عن جده [(٥)] أن النبي ﷺ قال : « لا يأخذ أحدكم مال أخيه جادًّا ولا لاعبًا ، فمن أخذ عصا أخيه فليردها » [(٦)] .

---

(١) سبق تخريج هذا الحديث . انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٩٩/٧) ولكن برواية عبد الله بن سعيد عن أبي حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ قال : لا يحل لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه ، وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم وهذا خبر ظاهر كالنص . رواه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٠/٦) كتاب الغصب ، باب من غصب لوحًا فأدخله في سفينته . وانظر أيضًا التلخيص الحبير (٤٦/٣) وكنز العمال (٣٣٧/١٠ - ٣٣٨) رقم ٣٠٣٤٣ - ٣٠٣٤٤ .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) هو أبو محمد عبد الله بن السائب بن يزيد بن سعيد الكندي الأسدي ، روى عن أبيه وعن جده عن النبي ﷺ الحديث الذي في المتن ، وروى عنه الأعمش وأبو إسحاق الشيباني والعوام بن الحوشب وسفيان الثوري وغيرهم . قال النسائي : ثقة . وذكره ابن حبان في كتاب الثقات . توفي سنة ١٢٦هـ في خلافة الوليد ابن يزيد بن عبد الملك . انظر تهذيب الكمال (٥٥٥/١٤ - ٥٥٦) ، التاريخ الكبير للبخاري (١٠٣/٥) رقم ٢٩٦ ، تهذيب التهذيب (٢٠٢/٥) ، تقريب التهذيب (٤١٨/١) .

(٤) أبوه هو السائب بن يزيد بن سعيد ولد سنة ثلاثة من الهجرة وتوفي بالمدينة سنة ٩١هـ أو نحو ذلك . روي عن النبي ﷺ وسعد بن أبي وقاص وطلحة بن عبيد الله وعثمان بن عفان وعمر بن الخطاب ومعاوية بن أبي سفيان وأبيه يزيد بن سعيد وغيرهم ، وروى عنه ابنه عبد الله ومحمد بن مسلم بن شهاب الزهري وغيرهما ، قال السائب : حج بي أبي مع النبي ﷺ وأنا ابن سبع سنين ، قال الذهبي : له نصيب من الصحبة والرواية . قال ابن عبد البر : كان عاملاً لعمر على سوق المدينة وهو آخر من مات من الصحابة بالمدينة . انظر الإصابة (٣١٤/٢) ، سير أعلام النبلاء (٤٣٧/٣ - ٤٣٨) ، تهذيب الكمال (١٩٣/١٠ - ١٩٤) ، تهذيب التهذيب (٣٩١/٣) .

(٥) هو يزيد بن سعيد ، له صحبة أسلم يوم الفتح ، وصحب النبي ﷺ ، وروى عنه ابنه السائب بن يزيد . انظر أسد الغابة (٤٩٠/٥) وتهذيب الكمال (١٤١/٣٢) وتهذيب التهذيب (٢٨٩/١١) .

(٦) رواه الترمذي في الجامع الصحيح (٤٦٢/٤) كتاب الفتن ، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلمًا عن عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده رقم ٢١٦٠ . قال أبو عيسي الترمذي : هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب . ورواه أبو داود في سننه كتاب الأدب باب من يأخذ الشيء على المزاح (٣٠١/٤) رقم ٥٠٠٣ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٢/٦) كتاب الغصب ، باب تحريم الغصب وأخذ أموال الناس بغير حقه . ورواه الإمام أحمد في مسنده (٢٢١/٤) وكنز العمال (٦٣٧/١٠) =

١٦٥٧٢ - قلنا : أمره برد عصا أخيه ، وقد بينا أنها لا تكون للأخ بعد البناء فلم يتناولها الخبر .

١٦٥٧٣ - قالوا : روى أن النبي ﷺ قال : « وليس لعرق ظالم حق » (١) .

١٦٥٧٤ - قال الشافعي : المراد به كل موضوع بغير حق (٢) .

١٦٥٧٥ - قلنا : العرق يكون للغراس والزرع ، وقول الشافعي المراد به كل موضوع بغير حق [لا] (٣) يدل عليه الظاهر ، ولا أجمعوا عليه ، وإن كان ينقص ذلك عندنا فيما بينا ، فيجب أن يبين العلة ويسقط الاستدلال بالخبر .

١٦٥٧٦ - قالوا : مغصوب ، له رده وكان عليه رده إذا لم يبن عليها ، وإذا أدخلها بيتًا وسده (٤) .

١٦٥٧٧ - قلنا : لا نسلم أن له رده قبل « نقض » (٥) البناء على ما قرره ، ويبطل بالحربي إذا دخل دار الإسلام (٦) فغصب مالًا ونقله إلى دار الحرب (٧) فله رده . وإن امتنع لم يجبر على الرد ، ويبطل بمن غصب عبدًا فرهنه المالك عند الغاصب ، فللغاصب رده ، ولا يجبر على الرد (٨) .

١٦٥٧٨ - قالوا : لا يجوز إلا بعد فسخ الرهن ، فإذا فسخ صيح الرد ووجب (٩) .

١٦٥٧٩ - قلنا : يجوز له الرد بشرط تقديم الفسخ ، ولا يجبر على الرد . وعلى

= رقم ٣٠٣٤١ والتلخيص الحبير (٤٦/٣) ونصب الراية (١٦٧/٤) . والمغني مع الشرح الكبير (٤٢٣/٥) .

(١) هذا جزء من الحديث الشريف قد سبق تخريجه .

(٢) انظر كتاب الأم للشافعي (٢٥٥/٣) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٤) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٩٩/٧) ، المهذب (٣٧٢/١) ، عبارة الشيرازي في المهذب "لأنه مغصوب يمكن رده فوجب رده كما لو لم يبن عليه ولم يخط به » .

(٥) في (ع) ، (م) : [قبض] .

(٦) هي كل موضع كان الظاهر فيه حكم الإسلام فالقوة فيه للمسلمين . انظر المبسوط (١١٤/١٠) .

(٧) هي كل موضع ظهر فيه حكم الشرك فالقوة في ذلك الموقع للمشركين . قال ابن منظور : دار الحرب بلاد المشركين الذين لا صلح بينهم وبين المسلمين . انظر المبسوط (١١٤/١٤) ولسان العرب (٨١٦/٢) .

(٨) فإن غصب شيئًا رهنه المالك عند الغاصب لم يبرأ الغاصب وقال المزني : يبرأ ، وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحمد ، لأنه أذن له في إمساكه فبرئ من الضمان كما لو أودعه ، والمذهب الأول ، لأن الرهن يجتمع مع الضمان وهو إذا رهنه شيئًا فتعدى فيه ينافي الضمان . انظر حلية العلماء (٢٤٦/٥) ، المهذب (٣٨١/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٧٤/١١) .

(٩) في (ص) : [وجبت] وفي باقي النسخ « وجب » .

هذا الوجه ، يبطل بمن خاط بالخيط جرح عبده ؛ فوجب له على عبده [القصاص ، فيجوز له الرد بشرط استيفاء القصاص .] [١] فأما إذا لم يبن عليه / فالعين المغصوبة بحالها ، وليس في ردها إتلاف مال متبوع . فأما إذا سد عليها الباب : ففي فتح البيت منفعة مالكه ؛ لأن البيوت لا تتخذ لتسد ، وإنما تتخذ لتسكن ، فلم يكن في رد العين المغصوبة ضرر .

١٦٥٨٠ - وفي مسألتنا في ردها إتلاف مال متبوع .

١٦٥٨١ - قالوا : [شغل] [٢] ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له بنفسه غصبًا ، فلم ينقطع حق مالكه . أصله إذا غصب [٣] أرضًا فغرس فيها [٤] .

١٦٥٨٢ - قلنا : اختلف أصحابنا المتأخرون في هذا الأصل ، فكان أبو طاهر يقول : إن كان البناء والغراس أكثر قيمة من الأرض لم يجب عليه ردُّ الأرض وردَّ قيمتها [٥] ؛ فعلي قوله لا نسلم ، وإن سلمنا فالمعنى فيه أن الأرض [٦] لا تصير تابعة لبنائها وغرسها ، بدلالة أن بيع الأرض دون البناء والغرس لا يجوز ، فدل أنه من توابعها وبيع الغرس [٧] منفردًا عن الأرض جائز ، فدل على أنه ليس من توابعها ، فلم يكن في رد الأصل إتلاف مال متبوع ، وفى مسألتنا بخلافه ، بدلالة أنه لو باع البناء دون الساجة لم يجز ، فدل أنها تتبع البناء .

١٦٥٨٣ - قالوا : قال الشافعي : لما لم يكن له أخذ مساجة الغير ابتداء ليبني عليها ، لم يكن له في الثاني بنفسها ، ألا ترى أن الخيط لما كان له أخذه ابتداء بغير رضاء المالك جاز تبقيته ؟ [٨] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) وفي (ع) سفل .

(٣) في (ع) ، (م) : [غرس] .

(٤) انظر الحاوي الكبير (١٩٩/٧) وعبارة الماوردي : « ولأنه شغل المغصوب بما لا حرمة له ، فوجب أن يلزمه أرضه كما لو كانت أرضًا فزرعها أو غرسها » .

(٥) انظر تبيين الحقائق (٢٢٨/٥) وعبارته : « إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء لم ينقطع حق المالك عنها » .

(٦) في (ع) ، (م) : [أنه] .

(٧) في (ن) : [الغرس] ، وفي غيرها : « الأرض » ، وهو خطأ » .

(٨) انظر هذا المعنى في المغني مع الشرح الكبير (٤٢٤/٥) وقال ابن قدامة : « ولأن حاجته إلى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء » .

١٦٥٨٤ - قلنا : هذا قياس عكسي [(١)] وهو لا يقول به [(٢)] ، ثم لا فرق بين الأمرين ؛ لأن الساجة ليس له أن يأخذها مع عدم الحاجة ، وله أخذها إذا اضطر وخاف على نفسه أو عبده ، والخيط ليس له أخذه إذا وجد غيره ، وله أخذه إذا اضطر إليه . ثم جاز عندهم تبقيته الخيط في الوجهين مع اختلاف حكمهما ابتداء ، كذلك الساجة عندنا .

١٦٥٨٥ - قال الشافعي : لو غصب جارية فأولدها أولادًا ، فإنه يحكم عليه بردهم [(٣)] إلى المغصوب منه يكونون عبيدًا له ، ولا يقبل من الغاصب قيمتهم . فالضرر الذي يلحقه باستخدام أولاده واسترقاقهم أعظم ، ولم يسقط ذلك حق المغصوب منه في أعيانهم [(٤)] .

١٦٥٨٦ - قلنا : نحن لم نسقط حق صاحب الساجة عنها بمجرد الضرر بالغاصب ، والإلزام يجب أن يكون على العلم . ثم هو غلط ، لأن الغاصب « إن » [(٥)]

---

(١) قياس العكس عبارة عن إثبات نقيض الحكم في غيره لافتراقهما في علة الحكم . وقد وقع في الكتاب والسنة استعمال هذا النوع ، قال اللَّه تعالى : ﴿ لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا ﴾ الآية ٢٢ من سورة الأنبياء وقال ﷺ : « في بضع أحدكم صدقة » قالوا : يا رسول اللَّه أيأتي أحدنا شهوته ويؤجر ؟ فقال ﷺ : « أرأيت لو وضعها في حرام أكان عليه وزر ؟ » قال : نعم قال : « فكذلك إذا وضعها في حلال كان له أجرا » . أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب الزكاة باب بيان أن اسم الصدقة تقع على كل نوع من المعروف (٦٩٨/٢) رقم ٥٣ - ١٠٠٥ وأخرجه الإمام أحمد في مسنده عن أبي ذر ﷺ مرفوعًا (١٥٤/٥) فقد جعل رسول اللَّه ﷺ نقيض حكم الوطء المباح وهو الإثم في غيره وهو الوطء الحرام ، لافتراقهما في علة الحكم ، وهو كون هذا مباحًا ، وكون هذا حرامًا » . انظر البحر المحيط للزركشي (٤٦/٥) .

(٢) قال الزركشي : اختلف أصحابنا في الاستدلال به على وجهين : أحدهما : أنه لا يصح . وأصحهما وهو المذهب أنه يصح . وقد استدل الشافعي به في عدة مواضع ، والدليل عليه أن الاستدلال بالعكس - استدلال بقياس مدلول على صحته بالعكس وإذا صح القياس في الطرد وهو غير مدلول على صحته فلأن يصح الاستدلال بالعكس وهو قياس مدلول على صحته - أولى ، ويدل عليه أن اللَّه تعالى دل على التوحيد بالعكس فقال تعالى : ﴿ لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ رَبِّ ٱلْعَرْشِ عَمَّا يَصِفُونَ ﴾ الآية ٢٢ من سورة الأنبياء . ودل على أن القرآن من عنده بالعكس ، فقال تعالى : ﴿ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُوا۟ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا ﴾ من آية ٨٢ من سورة النساء . انظر البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي (٤٩/٥ - ٤٧) .

(٣) في (ص) ، (ع) : [بردة] والصواب ما أثبتنا من (م) ، (ن) .

(٤) انظر كتاب الأم (٢٥٢/٣) وفي مغني المحتاج (٢٩٤/٢) أنه إن أحبل الغاصب أو المشتري منه حال كونه عالمًا بالتحريم للوطء فالولد رقيق للسيد غير نسيب لأنه من زنا ، وإن انفصل حيًّا فمضمون على الغاصب ، أو ميتًا بجناية فبدله للسيد ، أو بغيره ففي وجوب ضمانه على المحبل وجهان : أوجههما نعم ، كما هو ظاهر النص ، لأن ثبوت اليد عليه تبع للأم ، والثاني : لا ، لأن جنايته غير متيقنة .

(٥) هكذا في (ع) ، (م) وفي (ص) ، (ن) : [إذا] ، وكلاهما صواب .

وطئها من غير شبهة فلا ولد له وإن وطئها بشبهة فلا يكون ذلك بأكثر من الوطء المباح بالنكاح . وذلك لا يوجب حرمة الولد ، وإن أضر الاسترقاق بالواطئ فالغصب أولى .

١٦٥٨٧ - وفى مسألتنا : لو بنى على الساحة بإذن مالكها لم يلزمه القلع ، وكذلك إذا كانت بغير إذنه ، لا يتغير ملكه في الوصفين على وجه لو كان في إزالتها ضرر .

* * *

مسألة ٨١٩

إذا غصب طعامًا فقدمه إلى مالكه فأكله برئ الغاصب من الضمان

١٦٥٨٨ - قال [أصحابنا] (١) : إذا غصب طعامًا فقدمه إلى مالكه فأكل برئ الغاصب من الضمان (٢) .

١٦٥٨٩ - وقال الشافعي رحمه الله : إن كان المالك عالمًا برئ الغاصب ، وإن كان جاهلاً ففيه قولان (٣) .

١٦٥٩٠ - لنا : حديث سمرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » (٤) والغاصب قد رد .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) (٢) المبسوط (١١/١٩٩) ، البناية على الهداية (٨/٤٤٦) ، الفتاوى الهندية (٥/١٣٤) ، تكملة البحر الرائق (٨/١٣١) . ففي المبسوط : رجل غصب من رجل ثوبًا ، ثم إن الغاصب كسا الثوب رب الثوب فلبسه حتى تخرق ولم يعرفه ؛ فلا شيء له على الغاصب ، وكذلك المكيل والموزون إذا غصب منه ثم أطعمه إياه بعينه ، أو وهبه فأكله ولم يعرفه فالغاصب برئ من الضمان عندنا . وبه قال المالكية . انظر : الذخيرة للقرافي (٨/٢٩٩) ، شرح منح الجليل (٣/٥٣٤) . قال القرافي : إذا قدم الطعام للمغصوب منه برئ منه . كذلك لو أكرهه على الأكل .

(٣) الأم (٣/٢٦٠) ، المهذب (١/٣٧٣) ، والحاوي (٧/٢٠٧) ، التكملة الثانية للمجموع (١١/٢٧٠) . وقال الشيرازي في المهذب : إن غصب من رجل طعامًا فأطعمه رجلا فللمالك أن يضمن الغاصب ، وله أن يضمن الآكل ، فإن أطعمه المالك ، فإن علم أنه له ، برئ الغاصب من الضمان ، لأنه استهلك ماله برضائه مع العلم به . وإن لم يعلم ، ففيه قولان : أحدهما : يبرأ الغاصب ، لأنه عاد إلى يده فبرئ الغاصب من الضمان . كما لو رده عليه . والثاني : لا يبرأ ، لأنه إنما ضمن لأنه أزال يده وسلطانه عن المال ، وبالتقديم إليه ليأكله لم تعد يده وسلطانه ، لأنه لو أراد أن يأخذه لم يملكه فلم يزل الضمان . وقريب من مذهب الشافعية قول الحنابلة : جاء في المغني : وإن أطعم الغاصب المغصوب لمالكه فأكله عالمًا أنه طعامه برئ الغاصب . وإن لم يعلم وقال له الغاصب : كله فإنه طعامي استقر الضمان على الغاصب . وإن كانت له بينة بأنه طعام المغصوب منه وإن لم يقل ذلك ، بل قدمه إليه وقال كله ، أو قال : وهبتك إياه ، أو سكت ، فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ . لأنه قال في رواية الأثرم في رجل له قِبَلَ رجلٍ تبعةٌ فأوصلها إليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال : كيف هذا ؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي . وهذا يدل على أنه لا يبرأ ، ههنا يأكل المالك طعامه بطريق الأولى . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥/٤٢٧) ، الشرح الكبير مع المغني (٥/٤٢٤) ، المبدع (٥/١٧٩) ، الإنصاف (٦/١٨٦) .

(٤) سبق تخريجه .

١٦٥٩١ - ولأنه أتلف مال نفسه فلم يرجع بضمانه على غيره . أصله : إذا أكله مع العلم ، ولأن كل ما لو فعله بحال العلم برئ به الغاصب فإذا فعله مع الجهل برئ . أصله : إذا أكله من غير إذن الغاصب .

١٦٥٩٢ - ولأن أمر الغاصب في ملك الغير لا حكم له ، فسقط ، وصار كأن المالك أكله ابتداء .

١٦٥٩٣ - ولأن ثبوت يد المالك على ملكه يسقط الضمان [١] وكل سبب يسقط الضمان يستوي فيه العلم والجهل كالبراءة من الحقوق . ولهذا نقول : إنه لو طلق امرأته وهو يظن أنها أجنبية ، أو أعتق عبده وهو يظن أنه لغيره وقع الطلاق والعتاق .

١٦٥٩٤ - فإن قيل : الغاصب أزال يدًا كاملة الأحكام ، فإذا أباحه له الغير فلم تعد يد المالك بكمالها ، بدلالة أنه ليس له في الظاهر أن يبيع ويهب ويمسك ويدخر ، فإذا لم تَعُد اليد التي زالت بالغصب لم يسقط الضمان .

١٦٥٩٥ - قلنا : سقوط الضمان لا يتعلق عندنا [بتمكين] [٢] الغاصب ، وإنما يتعلق بثبوت يد المالك ، فصار كما لو أكله من غير تمكين . ولأن يده لما ثبتت ، فقد صار بحيث يجوز تصرفه بكل حال ، إلا أنه لا يعلم ، والأسباب المسقطة للضمان يستوي فيها العلم والجهل .

١٦٥٩٦ - احتجوا : بأنه أكل ما غصبه مع الجهل بحاله ، فأشبه إذا كان الغاصب غصب شاة فذبحها وشواها ، فأطعمها المالك [٣] .

١٦٥٩٧ - قلنا : الوصف غير مسلم ، لأن الغاصب ملك الشواء فلم يأكله المغصوب منه ، وإنما أكل مال الغاصب . والمعنى فيه : أن حق المالك غير متعين من الشواء ، لأن عندنا لاحق له فيه . وعندهم هو مخير : إن شاء أخذ العين ، وإن شاء أخذ القيمة [٤] .

١٦٥٩٨ - وإذا أكلها وهو لا يعلم فلم يأكل ما تعين حقه فيه ، فلم يسقط الضمان .

١٦٥٩٩ - وفي مسألتنا : أَكَلَ ما تعين حقه فيه فسقط الضمان بأكله ، كما لو أكل ابتداء . وقد ادعوا أن من غصب حطبًا فأمر المغصوب منه بأن يحرقه فحرقه لم يبرأ

---

(١) في (ص) ، (ع) : [بالضمان] والصواب ما أثبتناه كما في (م) ، (ن) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) . (٣) انظر النكت للشرازي ورقة ١٧٦ (ع) .

(٤) انظر الهداية (١٥/٤) ، تبيين الحقائق (٢٣٠/٥) ، بدائع الصنائع (١٤٨/٧) ، الذخيرة (٣٠٠/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٢٧/٥) .

الغاصب من الضمان [١] . وهذا غلط ؛ لأن عندنا ثبوت يده على المغصوب وتصرفه لا بأمر [٢] الغاصب ، فلا فرق بين أن يأكل الطعام أو يوقد الحطب .

* * *

(١) انظر روضة الطالبين (٥/١١) قال النووي : لو أمر الغاصب رجلًا بإتلاف المغصوب بالقتل والإحراق ونحوهما ففعله جاهلًا بالغصب ، فالمذهب : القطع بالاستقرار على المتلف لأنه حرام بخلاف الأكل ولا أثر للتغرير مع التحريم . وقيل : على القولين . اهـ .

(٢) في (ن) : [لا يأمن] .

مسألة ٨٢٥

فتح القفص وطيران ما فيه

١٦٦٠٠ - قال أصحابنا : إذا فتح القفص فطار ما فيه لم يضمن إلا أن يكون هيّجه [(١)] .

١٦٦٠١ - قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في اللقطة : فإن قعد الطائر ثم ذهب فلا ضمان [(٢)] .

١٦٦٠٢ - قالوا : ومفهومه : أنه إذا طار من فوره ضمن [(٣)] .

١٦٦٠٣ - وقال في القديم : ولو حل دابة ، أو فتح قفصًا عن طائر ففي هذا لا ضمان عليه [(٤)] . وعمومه يقتضي سقوط الضمان بكل حال [(٥)] .

(١) انظر بدائع الصنائع (١٦٦/٧) ، البناية على الهداية (٤٤٦/٨ - ٤٤٧) ، معين الحكام (٢٧٨/١) ، قال الكاساني : ولو فتح باب قفص فطار الطير منه وضاع لم يضمن في قولهما . وقال محمد : يضمن . وأضاف صاحب البناية فقال : سواء طار من فوره ، أو مكث ساعة ثم طار . وعلى هذا الخلاف إذا حل رباط الدابة ، أو فتح باب الإصطبل حتى خرجت الدابة وضلت وإن كان متآلفًا فلا ضمان . نلاحظ أن قوله (قال أصحابنا) محل نظر إذ في المسألة خلاف بين الشيخين من الحنفية والإمام محمد والتعبير (بقال أصحابنا) يشير إلى عدم وجود الخلاف بينهم ، والواقع أن بينهم خلافًا كما سبق بيانه .

(٢) الحالة الثانية من الضرب الثاني هي : أن لا يكون منه تهييج ولا تنفير للدابة والطائر ، ففيه حالتان : أحدهما : أن يلبثا بعد حل الرباط وفتح القفص زمانًا وإن قل فلا ضمان عليه ، لانفصال السبب عن المباشرة . والحالة الثانية : أن تشرد الدابة ويطير الطائر في الحال من غير لبث ، ففي الضمان لأصحاب الشافعية وجهان : أحدهما : هو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة : عليه الضمان لاتصال السبب . والوجه الثاني : هو نص الشافعي في كتاب اللقطة : لا ضمان عليه لعدم الإلجاء . انظر الحاوي الكبير (٢٠٨/٧) . يلاحظ دقة الإمام القدوري في النقل عن المذهب الشافعي في هذه الجزئية .

(٣) انظر مغني المحتاج (٢٧٨/٢) ، الحاوي الكبير (٢٠٨/٧) . قال الماوردي : لو فتح قفصًا عن طائر وهيجه فطار في الحال ، ضمنه بالإجماع . وقال الشيرازي : إذا فتح قفصًا عن طائر فطار في الحال ضمن في أحد القولين . ولا تميز مصادر الشافعية بين ما هو قديم أو جديد منهما .

(٤) قال النووي في روضة الطالبين (٥/٥) لو فتح قفصًا عن طائر وهيجه حتى طار ضمنه ، فإن لم يزد على الفتح : فثلاثة أقوال : أظهرها إن طار في الحال ضمن وإلا فلا ، والثاني يضمن مطلقًا ، والثالث : لا يضمن مطلقًا .

(٥) هذا النقل عن المذهب الشافعي محل نظر ؛ فقد جاء في المهذب (١٧٣/١) : وإن فتح قفصًا عن طائر نظرت فإن نفره حتى طار ضمنه ؛ لأن تنفير الطائر سبب ملجئ إلى ذهابه ، فصار كما لو باشر إتلافه . وإن لم ينفره نظرت : فإن وقف ثم طار لم يضمنه ؛ لأنه وجد منه سبب غير ملجئ ووجد من الطائر مباشرة ، والسبب إذا لم يكن ملجئًا واجتمع مع المباشرة سقط حكمه ، كما لو حفر بئرًا فوقع فيها إنسان باختياره ، فإن طار عقيب الفتح ففيه قولان ، أحدهما : لا يضمن ، لأنه طار باختياره فأشبه إذا وقف بعد الفتح ثم طار . =

١٦٦٠٤ - قالوا : وهو الصحيح [(١)] .

١٦٦٠٥ - لنا : أنه طار باختياره من غير تنفير فلم يجب على الغاصب ضمان كما [لو] [(٢)] مكث ثم طار [(٣)] .

١٦٦٠٦ - ولأنه سبب غير ملجئ ؛ لأن القفص قد يفتح فلا يطير ، وإذا انضم إليه فعل الحيوان لم يضمن به المال [(٤)] ، كمن فتح باب البيت حتى أبق العبد [(٥)] .

١٦٦٠٧ - ولا يلزم الدال على الصيد ولا الممسك ؛ لأنهما لا يضمنان المال وإنما تلزمهما كفارة .

١٦٦٠٨ - ولأنه سبب لا يتعلق به الضمان إذا تأخر التلف عنه فلا يتعلق به إذا وجد عقيبه . أصله : من حفر بئرًا في داره . وعكسه إذا حفر بئرًا في الطريق ، والسراية مع الجراحة ، ولا يلزم إذا فتح رأس الزق [(٦)] فسال ما فيه أنه يضمن . وإن تأخر السيلان لم يضمنه [(٧)] . لأنه إذا فتحه [(٨)] وهو مائع فقد باشر الإتلاف [لأنه لا يحدث أن يتماسك .

= والثاني : يضمن لأن من طبع الطائر النفور ممن قرب منه ، فإذا طار عقيب الفتح كان طيرانه بنفور منه ، فصار كما لو نفره ، فإذا لا يسقط الضمان بكل حال .

(١) انظر ذلك في الحاوي الكبير (٢٠٨/٧ - ٢٠٩) ، المهذب (٣٧٤/١ - ٣٧٥) ، مغني المحتاج (٢٧٨/٢) ، روضة الطالبين (٥/٥) ، حلية العلماء (٢٤٩/٥ - ٢٥٠) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٨٥/١٤ - ٢٨٦) ، نهاية المحتاج (١٥٤/٥) ، الوجيز (٢٠٦/١) ، أسنى المطالب (٣٣٨/٢) . وذهب المالكية إلى ضمانه سواء هاجه على الطيران أو لم يهجه ؛ ففي بداية المجتهد إن فتح قفصًا فيه طائر فطار بعد الفتح ، فقال مالك يضمنه ، هاجه على الطيران ، أو لم يهجه . انظر بداية المجتهد (٣١٦/٢) ، الذخيرة (٦٠/٨) . وذهب الحنابلة إلى أنه إذا فتح قفصًا على طائر فطار ، أو حل دابة فذهبت ضمنها . قال ابن مفلح : وإن فتح قفصًا عن طائره فطار ، أو حل قيد عبده فهرب ، أو رباط فرسه فشردت ضمنه ، لأنه تلف بسبب فعله ، فلزمه الضمان كما لو نفره . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٤٩/٥) ، المبدع لابن مفلح (١٩٠/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) انظر بدائع الصنائع (١٦٦/٧) .

(٤) في (ع) : [به المالك] وفي (م) يد المالك .

(٥) جاء في الذخيرة قوله : « لا نسلم أن الطائر مختار للطيران ولعله حينئذ كان يختار لانتظار العلف أو خوف الكواسر وإنما خوفًا من الفاتح فيصير ملجئًا للطيران ، والتسبب معلوم فيضاف الضمان إليه ، كما يجب على حافر البئر إن وقع فيها حيوان مع إمكان اختياره . ثم لا نسلم أن الفتح سبب مجرد ، بل هو معنى المباشرة ، لما في طبع الطائر من النفور من الآدمي » . انظر الذخيرة (٢٦١/٨) .

(٦) الزِّقُّ بالكسر : الظرف والوعاء ، وجمع القلة أزقاق ، والكثرة زقاق ، مثل ذئب وذؤبان ، وهي : كل وعاء اتخذ لشراب ونحوه . انظر لسان العرب (١٨٤٥/٣) مادة زقق ، المصباح المنير (٣٠١/١) .

(٧) انظر المهذب للشيرازي (٣٧٥/١) .

(٨) في (ع) ، (م) : [فتح بحذف ضمير الغائب المتصل المذكر] .

وإن كان جامدًا فأذابه بالحر فقد حصل الإتلاف] [١] بفعل غيره . وهذا المعنى إن وجد عقيب الفتح تعلق به الضمان ، كمن فتح رأس الزق فأراقه آخر .

١٦٦٠٩ - احتجوا : بأنه يوصل إلى الذهاب بفعله ، فأشبه إذا نفره [٢] .

١٦٦١٠ - قلنا : يبطل بالعبد إذا حبسه مولاه ، ففتح رجل الباب ، أو حل العبد . ويبطل إذا مكث ثم طار . والمعنى فيه إذا نفره فقد ألجأه ، فانتقل فعله إليه . وإذا لم ينفره فلم يلجئه ، فحصل الخروج بانفتاحه وخرج عن الباب .

١٦٦١١ - قالوا : خرج بسبب كان منه ، وقد يضمن بالأسباب ، كما يضمن بالمباشرة . أصله : حفر البئر ، وإذا فتح رأس الزق [٣] .

١٦٦١٢ - قلنا : حفر البئر إذا انضم إليه فعل حيوان [مختار] [٤] لم يتعلق به الضمان ، كما لو ألقى رجل نفسه بالبئر ، أو ألقاه آخر . كذلك في مسألتنا ، انضم إلى السبب فعلُ مختارٍ ، فلم يضمن به في حق الآدمي .

١٦٦١٣ - فأما إذا وقع فيها بغير اختياره [كما لو اجتاز بالليل] [٥] ، أو لأن رأسها مغطًى فهو ملجأ والطائر ليس بملجأ ، وإنما فتح رأس الزق فليس بسبب ، وإنما هو إتلاف ؛ لأن المائع لا اختيار له ، والإراقة حصلت بفعل من فتح الزق .

١٦٦١٤ - ولهذا لا يجوز أن يتأخر التلف ولا هكذا [٦] الحيوان ؛ لأن له اختيارًا وقصدًا ، بدلالة أن الطائر يهرب ممن يصيده ويطلب الماء والعلف ، فقد حصل خروجه باختياره ، كما يفتح رأس الزق فيريقه آخر .

١٦٦١٥ - فأما إذا كان السمن جامدًا ، ففتح رأس الزق فليس بإتلاف ، وإنما هو سبب التلف . ويمكن أن يكون بتجدد فعل بعد ذلك ، فيتعلق الحكم [بعد ذلك] [٧] بالفعل ويسقط حكم السبب [٨] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) المهذب (١/٣٧٥) وهذا استدلال على القول الثاني للشافعية . قال الشيرازي : لأن من طبع الطائر النفور ممن قرب منه ، فإذا طار عقيب الفتح كان طيرانه بنفوره منه فصار كما لو نفره .

(٣) المهذب (١/٣٧٤) عبارته « لأن تنفير الطائر سبب ملجئ إلى ذهابه فصار كما لو باشر إتلافه » .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) في (ع) ، (م) : [كما لابد من اجتيازه بالليل] . (٦) في (ع) ، (م) : [كذلك] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٨) استدل الإمام محمد ومن معه من المالكية والشافعية في قول والحنابلة بأن فتح باب القفص وقع إتلافا للطير =

مسألة ٨٢١

هل في كسر البربط أو الطبل ضمان أو لا ؟

١٦٦١٦ - قال أبو حنيفة : إذا كسر [على غيره] [١] بربطًا [٢] أو طبلًا ضمن قيمته [٣] لصاحبه خشبًا ، أو منحوتًا يصلح لغير التلهي .

١٦٦١٧ - وقال : في المنتقى [٤] عن أبي حنيفة : يضمن قيمة الخشب مخلعًا ، إنما الذي يحرم منه التأليف على أنه عود أو طنبور ، وليست الألواح محرمة ، لأنها تستعمل في غير ذلك [٥] .

١٦٦١٨ - وقال أبو يوسف ومحمد : لا ضمان على المستهلك [٦] .

١٦٦١٩ - وحكى أصحابنا : عن الشافعي مثل قولهما [٧] .

١٦٦٢٠ - وقد قال الشافعي : وإن كسر لنصراني صليبًا ، فإن كان يصلح لشيء

= تسببًا ، لأن الطيران للطير طبع له ، فالظاهر أنه يطير إذا وجد المخلص ، فكان الفتح إتلافًا له تسببًا ، فيوجب الضمان ، كما إذا شق زق إنسان فيه دهن مائع وهلك . انظر بدائع الصنائع (١٦٦/٧) والمغني (٤٥٠/٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) البربط على وزن جعفر من ملاهي العجم ، ولهذا قيل . معرب ، والعرب تسميه المزهر أو العود ، وهي آلة وترية لها قاعدة مستطيلة كالقارب الخشبي وعمقها متوسط ، وكلمة بربط مركبة من كلمتي (بر) أي الصدر (وبط) الطائر المعروف ؛ لأنه يشبه صدر البط . انظر المصباح المنير (٥٣/١) ، لسان العرب (٢٤١/١ - ٢٤٢) مادة بربط ، ومعجم عميد باللغة الفارسية لحسن عميد (٣٣٣/١) ط مؤسسة انتشارات امير كبير بإيران .

(٣) في (ع) ، (م) : [فيه] .

(٤) في (ن) : [الشفاء] .

(٥) انظر الهداية (٢٣/٤) والبناية على الهداية (٤٤٠/٨) وبدائع الصنائع (١٦٧/٧ - ١٦٨) ونتائج الأفكار (٢٩٣/٨) وتبيين الحقائق (٢٣٧/٥ - ٢٣٨) وحاشية الشلبي عليه ، والاختيار (٤٢٤/٢) وفي حاشية الشلبي : قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي : قال أبو حنيفة : إذا كسر رجل على رجل بربطًا أو طبلاً ضمن قيمته خشبًا منحوتًا ؛ وقال في المنتقى عن أبي حنيفة : يضمن قيمته خشبًا مخلعًا إنما الذي يحرم منه التأليف .

(٦) انظر المراجع السابقة ففي الهداية (٢٣/٤) من كسر لمسلم بربطًا أو طبلاً أو مزمارًا أو دفًا أو أراق له سكرًا أو منصفًا ، فهو ضامن ، وبيع هذه الأشياء جائز . وهذا عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يضمن ولا يجوز بيعها . وقال المرغيناني : الفتوى في الضمان على قولهما . قيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو ، فأما طبل الغزاة ، أو طبل الصيد ، أو دف يلعب به الصبية في البيت فيضمن بالإتلاف من غير خلاف .

(٧) انظر روضة الطالبين (١٧/٥) ، المهذب (٣٧٤/١) ، مغني المحتاج (٢٨٥/٢) وعبارة النووي : آلات الملاهي كالبربط والطنبور وغيرهما ، وكذا الصنم والصليب لا يجب في إبطالها شيء لأنها محرمة =

من المنافع مفصلًا فعليه قيمته مفصلًا ؛ [١] . وهذا مثل قول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ [٢] .

١٦٦٢١ - لنا : أن كل [عين] [٣] لو أتلفها قبل حصول الصنعة فيها ضمنها ، فإذا أتلفها على غيره بعد الصنعة ضمنها ، أصله الثياب التي فيها تصاوير .

١٦٦٢٢ - ولا يلزم إذا غصب خشبة فعملها بابًا أنه لو أتلفها قبل الصنعة [ضمنها] [٤] وبعد الصنعة لا يضمنها .

١٩٠/أ ١٦٦٢٣ - لأنا قلنا : أتلفها على غيره / وههنا ملكها فأتلفها على نفسه ، ولأنها عين يمكن أن ينتفع بها على وجه مباح فجاز أن يضمن بالإتلاف . أصله الثوب المصور [٥] .

١٦٦٢٤ - ولا يلزم الخمر لأنه يضمن إذا أتلفها على ذمي .

١٦٦٢٥ - ولأنه لا يمكن الانتفاع بعينها على وجه مباح . وهما يقولان [٦] : إنها عين لا تستعمل في الغالب إلا في معصية كالخمر [٧] .

= الاستعمال ، ولا حرمة لتلك الصنعة .

(١) في الحاوي الكبير (٢٢٠/٧) قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ : فإن كسر لنصراني صليبًا : إن كان يصلح لشيء من المنافع مفصلًا فعليه ما بين قيمته مفصلًا ومكسورًا ، وإلا فلا شيء عليه .

(٢) انظر الهداية (٢٣/٤) ، تبيين الحقائق (٢٣٨/٥) ، حاشية الشلبي عليه . قال المرغيناني : إذا أتلف على نصراني صليبًا يضمن قيمته ؛ لأنه مقر على ذلك . وذهب المالكية إلى عدم ضمان آلات الملاهي بكسرها وتغييرها عن حالتها . وكذلك قال الحنابلة بعدم الضمان في مثل هذه الأمور المنهي عنها مطلقا » قال ابن قدامة : إن كسر صليبًا أو مزمارًا أو طنبورًا أو صنمًا لم يضمنه . وقال ابن مفلح : ومن أتلف مزمارًا أو طنبورًا أو صليبًا لم يضمنه في قول الجمهور ، ولو مع صبي ، نص عليه . انظر الذخيرة للقرافي (٢٨٠/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٤٥/٥) ، المبدع (٢٠٠/٥ - ٢٠١) ، الإنصاف (٢٤٧/٦) ، شرح منتهى الإرادات (٤١٢/٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة .

(٥) ولو أحرق بابًا منحوتًا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش ، لأن نقش التماثيل حرام غير متقوم . وإن كان مقطوع الرأس يضمن قيمته منقوشًا ، لأنه غير حرام . انظر الاختيار (٣٢٤/٢) وبدائع الصنائع (١٦٨/٧) .

(٦) في (ن) : [يعدلان] . والضمير هنا يرجع إلى الصاحبين من الحنفية كما سبق بيانه .

(٧) لم يورد الإمام أبو الحسين القدوري أدلة المخالفين في هذه المسألة ، وإتماما للفائدة نذكر بعض أدلتهم . لقد استدل الصاحبان من الحنفية ومن معهما من الجمهور بأنه لا يحل بيعه ، فلم يضمنه كالميتة ، والدليل على أنه لا يحل بيعه : قول النبي ﷺ « إن اللّٰه حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » . رواه أبو داود (٢٧٩/٣) رقم٣٤٨٦ عن جابر بن عبد اللّٰه ، وقوله ﷺ : « بعثت بكسر المزامير وأقسم ربي ﷻ لا يشرب عبد في الدنيا خمرًا إلا سقاه اللّٰه يوم القيامة حميمًا معذبًا هو أو مغفورًا ، ثم قال رسول اللّٰه ﷺ : « كسب المغني والمغنية حرام ، وكسب الزانية سحت ، وحق على اللّٰه أن لا يدخل الجنة بدنًا نبت من سحت » . انظر كنز العمال =

مسألة ٨٢٢

إتلاف المسلم خمر الذمي أو خنزيره

١٦٦٢٦ - قال أصحابنا : إذا أتلف المسلم على الذمي خمرًا أو خنزيرًا ضمن [١] .

١٦٦٢٧ - وقال الشافعي رحمه الله : لا ضمان عليه [٢] .

= (٢٢٦/١٥) رقم ٤٠٦٨٩ ، ولأن هذه آلة اللهو والفساد فلم يكن متقوما كالخمر . قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير : روي عن أبي يوسف أنه حكي عن شريح أن رجلين اختصما إليه في طنبور فلم يلتفت إليهما ، حتى قاما من عنده . قال أبو يوسف : لو كنت أنا لقضيت بينهما ، فإن كانت خصومتهما في ذلك الشيء وهو في يد أحدهما أو في أيديهما ، كسرته وعزرتهما . ولو كانت خصومتهما بأن أحدهما كسره والآخر يطلب الضمان جزيت الذي كسره أجرًا وعزرت الآخر . وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما : أنه رأى في يد بعض الناس المعازف فكسره في رأسه . ولأن هذه الآلات أعدت للمعاصي فلا يضمن كالخمر ، وما يؤدي إلى الحرام حرام ، ومتلفها يتأول فيها النهي عن المنكر لقول رسول الله ﷺ : « من رأي منكم منكرًا فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان » . أخرجه الترمذي في الجامع الصحيح (٤٧٠/٤) رقم ٢١٧٢ وقال : حديث حسن صحيح ؛ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٧٧/٣) وإنما هو مأذون به شرعًا فلا يضمن كإذن القاضي ، بل أولى . انظر بدائع الصنائع (١٦٨/٧) ، الهداية (٢٣/٤) ، تبيين الحقائق (٢٣٨/٥) وحاشيته ، مغني المحتاج (٢٨٥/٢) ، روضة الطالبين (١٧/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٤٦/٥) ، إحياء علوم الدين (٢٦٦/٢) ط دار إحياء الكتب العربية . ومما تقدم يتضح أن الخلاف في هذه المسألة بين الإمام أبي حنيفة والجمهور ، وكل منهما استدل بقياس ؛ فأبو حنيفة استدل بقياسها على الثياب التي فيها تصاوير ، وأما جمهور العلماء فيستدلون بقياسها على الخمر .

(١) بدائع الصنائع (١٦٧/٧) ، تبيين الحقائق (٢٣٤/٥) وحاشيته ، المبسوط (١٠٢/١١) ، الهداية (٢١/٤) ، البناية على الهداية (٤٢٢/٨) ، الاختيار (٣٢٤/٢) . وفي الهداية : إذا أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن قيمتها . وبه قال المالكية كما جاء في الذخيرة (٢٧٧/٨ - ٢٧٨) وعبارته : وإذا غصب خمر الذمي فأتلفها فعليه قيمتها يقومها من يعرف القيمة من المسلمين .

(٢) الحاوي الكبير (٢٢١/٧) ، المهذب (٣٧٤/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٨٢/١٤) ، مغني المحتاج (٢٨٥/٢) ، نهاية المحتاج (١٦٧/٥) ، الإشراف (٣٥٠/٣) ، حلية العلماء (٢٢٨/٥) ، روضة الطالبين (١٧/٥) قال النووي : الخمر والخنزير لا يضمنان لا لمسلم ولا لذمي ، سواء أراق حيث تجوز الإراقة ، أو حيث لا تجوز . ثم خمور أهل الذمة لا تراق ، إلا إذا تظاهروا بشربها أو بيعها ، ولو غصبت منهم والعين باقية ، وجب ردها ، وإن غصبت من مسلم ، وجب ردها إن كانت محترمة ، وإن لم تكن محترمة لم يجب الرد ، بل تراق . وبه قال الحنابلة ؛ فقد جاء في المغني مع الشرح الكبير : ومن أتلف لذمي خمرًا أو خنزيرًا فلا غرم عليه ، وينهي عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه . وجملة ذلك : أنه لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلمًا أو ذميًا لمسلم أو ذمي ، نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهرق مسكرًا لمسلم أو لذمي خمرًا فلا ضمان =

١٦٦٢٨ - لنا : ما روى [أن] [١] عمر ﷺ كتب إلى عماله يأمرهم بقتل الخنازير وأن تقاصوا بأثمانها من الجزية [٢] .

١٦٦٢٩ - وذكره أبو عبيد في كتاب الأموال [٣] ولا يعرف له مخالف .

١٦٦٣٠ - ولأنه شراب لهم فجاز أن يضمن بالإتلاف ، أصله سائر أموالهم [٤] .

= عليه . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٤٢/٥ - ٤٤٤) والمبدع (٢٠١/٥) وشرح منتهى الإرادات (٤٣٢/٢ - ٤٣٣) وشرح الزركشي على مختصر الخرقي للشيخ شمس الدين الحنبلي (١٨٣/٤) . ويلاحظ أن هذه المسألة على أربعة أوجه : الأول : إتلاف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ، فإنه يضمن عند الحنفية . هكذا ذكر القدوري في مختصره ، وفي شرح مختصر الكرخي . وذكر صدر الإسلام البزدوي في شرح الكافي : ولو أتلف مسلم على ذمي خنزيرًا على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئًا ، وفي قول يوسف ومحمد يضمن قيمته . وهو قياس قول أبي حنيفة فيما إذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلم أحدهما قبل القبض فلها الخمر والخنزير إذا كانا عينين ، وإن كانا دينين : ففي الخمر تجب القيمة ، وفي الخنزير مهر المثل . والثاني : إتلاف المسلم خمر المسلم لا يضمن بلا خلاف . والثالث : إتلاف الذمي خمر المسلم ، فإنه لا يضمن بلا خلاف . والرابع : إتلاف الذمي خمر الذمي أو خنزيره ، أو إتلاف المسلم خمر الذمي أو خنزيره فإنه يضمن عند الحنفية والمالكية ولا يضمن عند الشافعية والحنابلة . ومنشأ الخلاف في ذلك : النظر إلى اعتقادهم ومقتضي عقد الذمة وإلى شرعنا . الحالات الثلاثة الأخيرة لم يتعرض لها الإمام القدوري في تجريده . انظر البناية على الهداية (٤٢٢/٨ - ٤٢٣) ، تبيين الحقائق (٢٣٣/٥ - ٢٣٤) ، الذخيرة (٢٧٧/٨ - ٢٧٨) ، نهاية المحتاج (١٦٨/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٤٢/٥ - ٤٤٣) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٢٣/٦) كتاب أهل الكتاب باب أخذ الجزية في الخمر رقم ٩٨٨٧ وفي كتاب البيع باب بيع الخمر رقم ١٤٨٥٣ وأخرجه البيهقي بمعناه في سننه الكبرى باب ما يأخذ منه في الجزية خمرًا لا خنزيرًا (٢٠٥/٩ - ٢٠٦) وأبو عبيد في كتاب الأموال ص٢٩ .

(٣) في جميع النسخ كتاب الأصول ، والصواب ما أثبتناه ، وهو كتاب الأموال للإمام الفقيه والمحدث واللغوي أبي عبيد القاسم بن سلام الأزدي الهروي أوسع كتاب ألف في بابه وأنفسه وأجمله لكل ما يتعلق بالأموال في الدولة الإسلامية ، وطالما حرص أهل العلم شديد الحرص على اقتنائه والانتفاع به ، وقد طبع هذا الكتاب سنة ١٩٨١م لأول مرة : انظر مقدمه كتاب الأموال للأستاذ محمد حامد الفقي ص٣ .

(٤) انظر كتاب الأموال لأبي عبيد ص٢٩ وعبارته : حدثني علي بن معبد عن عبد الله بن عمر وعن الليث بن أبي سليم : أن عمر كتب إلى العمال يأمرهم بقتل الخنازير اقتصاص أثمانها لأهل الجزية من جزيتهم . وقال أبو عبيد : فهو لم يجعلها قصاصًا من الجزية إلا وهو يراها مالاً من أموالهم . قال القرافي : هذا الأثر يدل على أنها مال لهم من ثلاثة أوجه : أحدهما : أن أمر الإمام العادل بالبيع يدل على أن المبيع متمول . ثانيها : إيجاب العشر في ثمنها ولا يجب إلا في متمول . ثالثها : تسمية ما يقابل ثمنها ، وهو لا يكون إلا في بيع صحيح عند الإطلاق . ولا يصح البيع إلا في متمول .الذخيرة (٢٧٨/٨) . انظر هذا الدليل في المبسوط (١٠٢/١١) وذكر وجه الدلالة فقال : فهذا تنصيص منه على أنه مال متقوم في حقهم يضمن بالإتلاف عليهم ، والمعنى فيه : =

١٦٦٣١ - ولا يلزم العبد المرتد ؛ لأننا ننزعه من أيديهم فنقتله ، والأمة نأخذها لنعزرها أبدًا ونمسكها ، وهذا يمنع الإقرار [١] .

١٦٦٣٢ - فإن قيل : المعنى في سائر أموالهم أنها تضمن في حق المسلم ، فضمنت في حق الذمي ، والخمر لا تضمن للمسلم فلم تضمن للذمي .

١٦٦٣٣ - قلنا : المسلم أقر على تمول سائر الأموال كما أقر أهل الذمة ، فتساووا . وليس يمتنع أن يختلف الضمان باختلاف المالك [٢] ، والمتلف على صنف واحد ، كما أن الملك لا يضمن للحربي ويضمن للذمي ، والمال على صفة واحدة واختلف لاختلاف المتلف عليه .

١٦٦٣٤ - ولأن كل إباحة مطعوم يقر عليه فإنه يجوز أن يضمن له بالإتلاف . أصله الشاة التي تركت التسمية [٣] عليها عمدًا [٤] .

١٦٦٣٥ - فإن قيل : ملك يضمن لمن لا يعتقد [٥] إباحتها .

١٦٦٣٦ - قلنا : لا نسلم بأنها لو تلفت على من يعتقد تحريمها لم يضمن [٦] له . وهذه المسألة مبنية على أنهم يقرون على بيعها وتمولها . والدليل عليه [ما روي] [٧] أن عمر ﷺ كتب إلى عمالة ولّوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها [٨] .

١٦٦٣٧ - فأذن لهم في بيعها وسمى العقد عليها بيعًا وبدلها ثمنها ، والثمن لا يجب إلا في عقد صحيح ، وواجب فيها العشر ، وهذا لا يوجد إلا من الأموال .

= أن الخمر كان مالًا متقومًا في شريعة من كان قبلنا ، وكذلك في شريعتنا في الابتداء . ثم أن الشرع أفسد تقومه بخطاب خاص في حق المسلمين .

(١) انظر النكت للشيرازي ورقة ١٧٦ (ع) .

(٢) في (ص) : [المال] والصواب ما أثبتناه من باقي النسخ الثلاثة .

(٣) في (ن) : [القيمة] .

(٤) انظر تكملة البحر الرائق (١٤٠/٨) .

(٥) في (ع) ، (م) : [لا يضمن] .

(٦) في (ع) ، (م) : [لمن يضمن] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من) ص (و) ع (و) م (والصواب ما أثبتناه من (ن) .

(٨) روى أبو عبيد عن سويد بن غفلة قال : بلغ عمر بن الخطاب أن ناسا يأخذون الجزية من الخنازير ، وقام بلال فقال : إنهم ليفعلون ، فقال عمر لا تفعلوا ولوُّهُمْ بيعها . قال أبو عبيد يريد أن المسلمين كانوا يأخذون من أهل الذمة الخمر والخنزير من جزية رءوسهم ، وخراج أراضيهم بقيمتها ، ثم يتولي المسلمون بيعها . فهذا الذي أنكره بلال ونهي عنه عمر ، ثم رخص لهم أن يأخذوا ذلك من أثمانها ، إذا كان أهل الذمة المتولين لبيعها ، لأن الخمر والخنزير مال من أموال أهل الذمة ، ولا تكون مالًا للمسلمين . انظر كتاب الأموال ٢٨ - ٢٩ . وانظر هذا الدليل في تبيين الحقائق (٢٣٥/٥) . وجه الدلالة : أنها متقومة وبيعها جائز لهم ، وإلا لما أمرهم بذلك .

١٦٦٣٨ - وقضايا عمر لا تخفى على الصحابة ﷺ فلم ينكروا فهو إجماع ولأن من أصلنا تقليد الصحابي إذا لم يعرف له مخالف (١) .

١٦٦٣٩ - فإن قيل : ذكر ابن المنذر (٢) عن سويد بن غفلة (٣) أن عمر ﷺ ذكر : أن له عمالًا يأخذون الخمر والخنازير في الجزية ، قال : فنشد لهم عمر ، فقال بلال (٤) : إنهم ليفعلوه . فقال : لا يكونوا أمثال اليهود حرمت عليهم الشحوم فابتاعوها وأكلوا أثمانها ولُّوهُمْ ببيعها (٥) ولم يزد على ذلك ومعنى قوله ولو هم : أي لا تعترضوا عليهم .

١٦٦٤٠ - قلنا : عمر أنكر تصرف المسلمين فيها وكذلك نقول ، ولذلك بين ذلك بالشحوم .

---

(١) انظر تيسير التحرير على كتاب التحرير (١٣٢/٣) - ١٣٣ .

(٢) هو الإمام المجتهد أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، ولد سنة ٢٤١هـ وروي عن الربيع بن سليمان ومحمد بن عبد الله بن عبد الحكم ومحمد بن ميمون وخلق ، وروى عنه ابن المقرئ ومحمد بن يحيى الدمياطي وغيرهما ، كان مجتهدًا لا يقلد أحدًا . من مصنفاته : المبسوط في الفقه والإشراف في اختلاف العلماء وكتاب الإجماع والإقناع والتفسير وكتاب السنن وغيرها توفي سنة ٣١٠هـ وقيل غير ذلك . انظر سير أعلام النبلاء (٤٩٠/١٤) ، معجم المؤلفين (٢٢٠/٨) ، مرأة الجنان (٢٦١/٢) ، طبقات الشافعية الكبرى (١٠٢/٣) ، شذرات الذهب (٢٨٠/٢) ، لسان الميزان (٢٧/٥) ، تذكرة الحفاظ (٧٨٢/٣) .

(٣) هو سويد بن غفلة بن عوسجة الجعفي الكوفي ، أدرك الجاهلية ، قدم المدينة بعد دفن رسول الله ﷺ ، وشهد فتح اليرموك وروى عن أبي بكر الصديق عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وبلال وأبي ابن كعب وابي الدرداء وغيرهم من الصحابة ، وروى عنه أبو إسحاق وخيثمة بن عبد الرحمن وإبراهيم النخعي والشعبي وغيرهم . قال ابن معين والعجلي : ثقة . كان مولده عام الفيل . قال أبو نعيم مات سنة ٨٠هـ . وقيل غير ذلك . كان فقيهًا « إمامًا » عابدًا » جليل القدر . انظر تهذيب التهذيب (٢٤٤/٤) ، العبر (٦٨/١) ، مرآة الجنان (١٦٥/١) ، شذرات الذهب (٩٠/١) .

(٤) هو الصحابي الجليل بلال بن رباح يكني أبا عبد الكريم وقيل : أبا عبد الله ، وهو مولي أبي بكر الصديق اشتراه وأعتقه لله ﷻ وكان مؤذنًا لرسول الله ﷺ وخازنًا له ، وكان من السابقين إلى الإسلام ، شهد بدرا والمشاهد كلها ، وقد عذب في سبيل الله فصبر . كان أمية بن خلف يعذبه ويتابع عليه العذاب فقدر الله تعالى أن بلالًا قتله ببدر ، توفي بدمشق ودفن بباب الصغير سنة ٢٠هـ وهو ابن بضع وستين سنة . انظر أسد الغابة (٢٤٣/١ - ٢٤٥) ، الاستيعاب (١٧٨/١ - ١٨٢) ، الإصابة (١٦٥/١) .

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف كتاب أهل الكتاب باب أخذ الجزية من الخمر (٢٣/٦) رقم ٩٨٨٦ (١٩٥/٨) كتاب البيع باب بيع الخمر رقم ١٤٨٥٢ وانظر أيضا السنن الكبرى (٢٠٦/٩) كتاب الجزية باب لا يأخذ منهم في الجزية خمرا ولا خنزيرًا .

١٦٦٤١ - وقوله (ولوهم) : ظاهره الأمر فمن حمله على غيره فقد ترك الظاهر وقولهم إن ابن المنذر لم يذكر الزيادة ، لا يضرنا ، لأنه روى بعض الخبر والزائد أولى (١) .

١٦٦٤٢ - فإن قيل : لا يعرف انتشار هذا الخبر .

١٦٦٤٣ - قلنا : ما يكتب عمر ﷺ إلى عماله يعلمون به ، والصحابة يحضرونه (٢) ، وعماله من الصحابة ، ومعهم الصحابة فلا بد أن ينتشر .

١٦٦٤٤ - قالوا : القياس مقدم على قول الصحابي ؛ لأن القياس دليل من صاحب الشريعة ، فلا يجوز تركه لقول غيره (٣) .

١٦٦٤٥ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الصحابي يحكم توقيفًا [أو قياسًا فإن قالوا : توقيفًا] (٤) : فهو أولى من القياس .

١٦٦٤٦ - وإن قالوا قياسًا : فقياسه دليل من صاحب الشريعة ، فقد تساويا وانفرد بمشاهدة التنزيل ، والعلم بمقاصد الرسول ﷺ وأيده التوفيق فقياسه أولى .

١٦٦٤٧ - قالوا : فقد قال عمر ﷺ : إن وطء الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث (٥) ولا مخالف له . فلم لا تقلدونه (٦) وتركتم قوله بالقياس ، وأوجب على هبار

---

(١) قال الشافعي ﷺ : الذي يزيد في الحديث أولي بالحفظ من الذي لم يأت بالزيادة . انظر السنن الكبرى (١٧٥/٥) .

(٢) في (ن) : [بحضرته] .

(٣) إذا تعارض خبر الواحد والقياس بحيث لا يجمع بينهما ؛ قدم الخبر مطلقًا عند الأكثر ، منهم أبو حنيفة والشافعي وأحمد ، وقيل : قدم القياس ، وهو منسوب إلى مالك ، إلا أنه استثني أربعة أحاديث فقدمها على القياس ، وهي حديث : غسل الإناء من ولوغ الكلب ، وحديث المصراة ، وحديث العرايا ، وحديث القرعة . وقال الشافعي : لا يجوز القياس مع نص القرآن أو خبر مسند صحيح . أما عند عدمهما فإن القياس واجب في كل حكم . انظر البحر المحيط (٤٦/٧ - ٤٧) ، أصول الشاشي ص٢٧٥ لأبي على الشاشي وبهامشه عمدة الحواشي ط دار الكتاب العربي بيروت ص٢٧٦ ، الرسالة للشافعي ص١٩٦ - ١٩٧ ط مصطفي البابي الحلبي بمصر ، تيسير التحرير (١١٦/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) عن سليمان بن يسار وحميد بن عبد الرحمن قالا : سمعنا أبا هريرة ﷺ يقول : سألت عمر عن رجل من أهل البحرين طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين فتزوجت ، ثم إن زوجها طلقها ، ثم إن الأول تزوجها على كم هي عنده ، قال : هي على ما بقي من الطلاق . انظر المصنف لابن أبي شيبة (١٠١/٥) كتاب الطلاق ، والمصنف لعبد الرزاق (٣٥١/٦) باب النكاح جديد والطلاق جديد ، والسنن الكبرى (٣٦٤/٧ - ٣٦٥) بنفس الإسناد باب ما يهدم الزوج من الطلاق ومالا يهدم .

(٦) في الأصل تقلدوه وما أثبتناه هو الصواب .

ابن الأسود [١] هديًا لفوات حجه [٢] فلم تقلدوه .

١٦٦٤٨ - قلنا : هذا غلط ، لأن وجوب تقليد الصحابي إذا صح لم يسع مخالفنا العدول عنه في مسألة أخرى . وكأنه يقول أخطأتم هناك فأنا أخطئ ههنا ، فنحن نقدر عليه الخطأ في هذه المسألة .

١٦٦٤٩ - ولا ينفعه خطأ خصمه في غيرها ، ثم ما قاله غلط ؛ لأن مسألة الهدى [٣] ترك أبو حنيفة قول عمر ﷺ وأخذ بقول أبي [٤] وابن عمر ﷺ في هدي فائت الحج [٥] .

---

(١) في (ع) ، (م) ، (ن) : [هنار بن الأسود] . وهو هبار بن الأسود بن المطلب بن أسد بن عبد العزي بن قصي الأسدي القرشي كان سبابًا وسيء الخلق ، وعفا عنه رسول الله ﷺ عندما أسلم بعد الفتح وحسن إسلامه وصحب النبي ﷺ . الاستيعاب (١٥٣/٤) ، الإصابة (٥٩٧/٣ - ٥٩٨) ، أسد الغابة (٦٠٨/٤) .

(٢) جاء في الموطأ كتاب الحج باب هدي من فاته الحج (٣٨٣/١ - ٣٨٤) رقم ١٥٤ مالك عن نافع عن سليمان بن يسار أن هبار بن الأسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحر هديه ، فقال يا أمير المؤمنين أخطأنا العدة ، كنا نري أن هذا اليوم يوم عرفة ، فقال عمر : اذهب إلى مكة فطف أنت ومن معك وانحروا هديًا إن كان معكم ، ثم احلقوا أو قصروا وارجعوا . فإذا كان عام قابل فحجوا وأهدوا ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع . انظر أيضا السنن الكبرى (١٤/٥) كتاب الحج باب ما يفعل من فاته الحج وشرح السنة للبغوي (١٧٧/٤) وعند الحنفية من فاته من الحج الوقوف بعرفة حتى يطلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج ؛ فيفعل ما يفعل المعتمر وعليه القضاء ولا هدي عليه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « من فاته عرفة بليل ؛ فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة » . رواه ابن عمر وابن عباس . انظر نصب الراية (١٤٥/٣) كتاب الحج ، السنن الكبرى (١٧٤/٥) ، الدارقطني (٢٤١/٢) رقم ٢١ كتاب الحج ومختصر الطحاوي ص ٧٢، الهداية (١٨٢/١) فتح القدير (٣٠٢/٢) .

(٣) في (ع) ، (م) : [هدم] .

(٤) هكذا في (ن) وفي (ص) ، (ع) ، (م) : [ابن لدا] . بعد الرجوع إلى كتب التراجم والتواريخ لم نعثر على ابن لدا ، وبالرجوع إلى كتب السنن والآثار لم نعثر على هذا الأثر منسوبًا إلى (أبي) والظاهر أنه ابن الزبير ، كما في السنن الكبرى (١٧٥/٥) . وهو عبد الله بن الزبير بن العوام الأسدي القرشي ولد في السنة الأولى من الهجرة هاجرت أمه أسماء وهو في بطنها ، شهد اليرموك وفتح أفريقيا ، بويع بالخلافة بعد موت يزيد سنة ٦٤هـ . قاتله بنو أمية وانتصروا عليه في الكعبة فقتل سنة ٧٣هـ . روي عن النبي ﷺ وجده أبي بكر الصديق وعمر وعثمان وخالته عائشة وغيرهم ، قال النووي : « إن ابن الزبير كان مظلومًا والحجاج كان ظالمًا خارجًا عليه . انظر ترجمته : الإصابه (٨٩/٤ - ٩٥) ، شذرات الذهب (٧٩/١) ، العبر (٦٠/١) ، أسد الغابة (٢٤٢/٣) .

(٥) قد روي عن ابن عمر وابن الزبير ما يدل على وجوب الحج ، انظر السنن الكبرى (١٧٥/٥) باب ما يفعل من فاته الحج .

١٦٦٥٠ - وروى عن الأسود [١] قال : سألت عمر عمن فاته الحج فقال : يتحلل بالطواف والسعي وعليه الحج من قابل ولا هدى عليه ، فلقيتُ زيد بن ثابت بعد ثلاثين سنة ، فسألته [فقال] [٢] مثل ذلك [٣] .

١٦٦٥١ - وهذا قول عمر وزيد وهو خبر متصل عن عمر ﷺ وخبر هبار بن الأسود منقطع لأن سليمان بن يسار [٤] لم يلق عمر فسقط هذا الاعتراض [٥] .

١٦٦٥٢ - قالوا : السنة [٦] أولى من قول عمر ﷺ ، وقد روى عن النبي ﷺ أنه

---

(١) هو الأسود بن يزيد بن قيس النخعي أبو عمر ويقال : أبو عبد الرحمن ، روى عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وحذيفة وبلال وعائشة وغيرهم ، وروى عنه ابنه عبد الرحمن وأخوه عبد الرحمن وابن أخته إبراهيم بن يزيد النخعي ومحارب بن دثار وجماعة . وثقه الإمام أحمد ويحيى بن معين وابن سعد . قال أبو إسحاق : توفي سنة ٧٥هـ بالكوفة وقيل : ٧٤هـ . انظر تهذيب الكمال (٢٣٣/٣) ، تهذيب التهذيب (٢٩١/١) ، شذرات الذهب (٨٢/١) ، العبر (٦٣/١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) روى الأعمش عن إبراهيم عن الأسود قال : سألت عمر عن رجل فاته الحج ، فقال : يهل بعمرة وعليه الحج من قابل . ثم خرجت العام المقبل فلقيت زيد بن ثابت فسألته عن رجل فاته الحج فقال : يهل بعمرة وعليه الحج من قابل ، وكذلك روي عن عبد الرحمن بن الأسود عن أبيه عنه ، ورواه سفيان الثوري عن الأعمش بإسناده ، وقال : يهل بعمرة ويحج من قابل وليس عليه هدي ، قال : فلقيت زيد بن ثابت بعد عشرين سنة ، فقال مثل قول عمر ﷺ . انظر السنن الكبرى للبيهقي (١٧٥/٧) .

(٤) هو الفقيه الإمام سليمان بن يسار المدني أبو أيوب أحد الفقهاء السبعة ، ولد في خلافة عثمان ، وحدث عن زيد بن ثابت وابن عباس وأبي هريرة وحسان بن ثابت وجابر بن عبد الله ورافع بن خديج وعائشة وغيرهم . وكان من أوعية العلم بحيث إن بعضهم قد فضله على سعيد بن المسيب . روى عنه أخوه عطاء والزهري وربيعة الرأي وأبو الزناد وغيرهم ، قال الزهري : كان من العلماء . وقد وثقه يحيى بن معين ، وأبو زرعة والنسائي وابن سعد ، توفي سنة ١٠٧هـ وهو ابن ٧٣ سنة . سير أعلام النبلاء (٤٤٤/٤ - ٤٤٦) ، تهذيب التهذيب (١٩٩/٤ - ٢٠٠) ، العبر (١٠٠/١) ، شذرات الذهب (١٣٤/١) ، البداية والنهاية (٢٤٤/٩) ، التاريخ الكبير (٤١/٤ - ٤٢) .

(٥) قال البيهقي : وما قبلها عن الأسود عن عمر متصلة ، ورواية سليمان بن يسار عنه منقطعة . قال الشافعي : الحديث المتصل عن عمر يوافق حديثًا عن عمر ويزيد حديثًا عليه الهدي ، والذي يزيد في الحديث أولي بالحفظ من الذي لم يأت بالزيادة . انظر السنن الكبرى (١٧٥/٥) كتاب الحج باب ما يفعل من فاته الحج .

(٦) السنة لغة : الطريقة المعتادة ، حسنة كانت أو سيئة . ومنه قوله ﷺ من سن في الإسلام سنة حسنة كتب له مثل أجر من عمل بها ، لا ينقص من أجورهم شيء ومن سن في الإسلام سنة سيئة كتب عليه مثل وزر من عمل بها ، لا ينقص من أوزارهم شيء رواه الترمذي في الجامع الصحيح (٤٣/٤) كتاب العلم باب ما جاء إلى هدي فاتبع أو إلى الضلالة . رقم ٢٦ وقال : حديث حسن صحيح ورواه الإمام أحمد في مسنده (٣٦١/٤) . انظر لسان =

قال : « لعن اللّٰه الخمر وشاربها وعاصرها ومعتصرها ومشتريها وآكل ثمنها »[١] .

١٦٦٥٣ - وروى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : « ثمن الخمر حرام وثمن الكلب »[٢] .

١٦٦٥٤ - قلنا : هذا النهي يتناول آكل الثمن ، وعندنا أنه منهي عنه ، والكلام في صحة العقد مع ذلك وفى تمولها للكفار .

١٦٦٥٥ - قالوا : عندكم يجوز للمسلم أخذ دينه من الذمي فيأكل ثمن الخمر .

١٦٦٥٦ - قلنا : المسلم لم يأخذه ثمنًا للخمر[٣] وحكم الملك يختلف باختلاف المالكين[٤] ؛ بدلالة أن بريرة[٥] كانت تأخذ الصدقة فيأكلها رسول اللّٰه ﷺ هدية[٦]

= العرب (٢١٢٤/٣) . وفي الاصطلاح : عبارة عن قول الرسول ﷺ وفعله وتقريره ما ليس من الأمور الطبيعية . وفي اصطلاح فقهاء الحنفية : ما واظب النبي ﷺ على فعله مع تركه بلا عذر . انظر تيسير التحرير (٢٠/٣) .

(١) أخرجه الترمذي في جامعه الصحيح (١١٢١/٢ - ١١٢٢) كتاب البيوع باب النهي أن تتخذ الخمر خلًّا عن انس بن مالك رقم ١٢٩٥ ، وقال : هذا حديث غريب من حديث أنس ، وقد روي نحو هذا عن ابن عباس وابن مسعود وابن عمر ، ورواه أبو داود في سننه (٣٢٦/٣) كتاب الأشربة باب العنب يعصر للخمر . رقم ٢٦٧٤ وابن ماجه عن ابن عمر ، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه (١١٢١/٢ - ١١٢٢) وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٢٧/٥) في كتاب البيوع ، باب كراهية بيع العصير ممن يعصر الخمر عن ابن عمر قال : قال رسول اللّٰه ﷺ : « لعن اللّٰه الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحول إليه وآكل ثمنها » . واللفظ له ، والإمام أحمد في مسنده (٩٧/٢) ومجمع الزوائد (٩٠/٢) وتلخيص الحبير (٧٣/٤) .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٧/٣) كتاب البيوع رقم ١٩ وابن ابي شيبة في مصنفه (٢٤٥/٦) كتاب البيوع والأقضية عن ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ أنه قال : « ثمن الخمر حرام ، ومهر البغي حرام ، وثمن الكلب حرام ، وإن أتاك صاحب الكلب يلتمس ثمنه فاملأ يديه ترابًا ، والكوبة حرام ، وثمن الكلب حرام ، والخمر حرام ، والميسر حرام ، وكل مسكر حرام » ، واللفظ له أخرجه أحمد في مسنده (٣٥٦/١) والبيهقي في السنن الكبرى (١٢/٦ - ١٣) كتاب البيوع باب تحريم بيع الخمر .

(٣) في (ع) ، (م) المسلم يأخذ ثمنًا للخمر بحذف لم النافية الجازمة . وفي (ن) لا يأخذه .

(٤) قاعدة : « حكم الملك يختلف باختلاف المالكين » .

(٥) هي بريرة بنت صفوان مولاة عائشة رضي الله عنها ، صحابية ولها أحاديث ، كان زوجها مولي فخيرها رسول اللّٰه ﷺ فاختارت فراقه ، وكان يحبها ويمشي في المدينة يبكي عليها واستشفع إليها برسول اللّٰه ﷺ فقال لها فيه ، فقالت : أتأمر ، قال : « بل أشفع » قالت : فلا أريده . انظر أسد الغابة (٣١/٦) ، الإصابة (٢٥١/٤ - ٢٥٢) ، المعجم الكبير (٢٠٤/٢٤ - ٢٠٥) .

(٦) في (ع) ، (م) هذه روي عن عروة بن الزبير عن بريرة قالت : تُصُدِّق على بلحم فأهديته لعائشة فأبقته حتى دخل رسول اللّٰه ﷺ فقال : « ما هذا اللحم ؟ » قالت : لحم تُصُدِّق به على بريرة فأهدته لنا ، فقال : =

والصدقة محرمة عليه ، ثم جاز باختلاف المالكين .

١٦٦٥٧ - قالوا : روي عن علي ﷺ : أنه نهاه عن بيعها [١] .

١٦٦٥٨ - قلنا : إنما نهاه عن إظهار بيعها . وكذلك نقول ، ويدل على أنها مال لهم : أنهم يتمولونها ويعتقدونها مالًا [فكانت مالًا لهم] [٢] كالعبد المرتد .

١٦٦٥٩ - ولا يلزم الميتة والدم ؛ لأنهم إن تمولوها كانت كالخمر ، ولأنه شراب ممدوح عندهم ، فوجب أن يكون مالًا لهم كسائر أشربتهم .

١٦٦٦٠ - ولأنهم يُقَرُّون على إمساكه والانتفاع به فكان مالًا لهم ، كالشاة التي تركت التسمية عليها عمدًا ، ولأنها كانت متمولة قبل التحريم بعد الأحكام دون الأسماء .

١٦٦٦١ - ولأن أهل الذمة لم يعتقدوا التحريم ، فبقى التمول في حقهم كما كان ، وإذا ثبت أنها مال لهم ، فإذا أتلفها من غير إباحة لذمِّيّ ضمنها كسائر أموالهم .

١٦٦٦٢ - ولا يلزمه العبد المرتد ؛ لأنه بِردَّتِه أباح قتل نفسه . وهو يملك الإباحة بدلالة أنه لو أقر على نفسه بالقتل قتل ، فلذلك سقط الضمان .

١٦٦٦٣ - احتجوا : بما روى أبو الزناد [٣] عن الأعرج [٤] عن أبي هريرة ﷺ قال :

= « هو على بريرة صدقة ، ولنا هدية » . انظر المعجم الكبير (٢٠٥/٢٤) ، مجمع الزوائد (٢٤٧/٤) .

(١) انظر مسند الإمام الشافعي ص٢٨٦ ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٣) هو الإمام الفقيه عبد اللّه بن ذكوان القرشي أبو عبد الرحمن المدني المعروف بأبي الزناد ، وكان أبوه ذكوان مولي رملة بنت شيبة بن ربيعة زوجة الخليفة عثمان بن عفان ، وقيل مولي بنته عائشة . روي عن أبان ابن عثمان وأنس بن مالك وعروة بن الزبير وعلي بن الحسين والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وعبد الرحمن بن هرمز الأعرج وغيرهم . وروى عنه السفيانان وغيرهم . قال فيه عبد اللّه بن أحمد بن حنبل عن أبيه : ثقة . ولد في نحو سنة خمس وستين في حياة عبد اللّه بن عباس ولقي ابن عمر وأنس بن مالك وغيرهم، وتوفي سنة ١٣١هـ في ليلة الجمعة لتسع عشرة خلت من رمضان ، وهو ابن ست وستين سنة . كان فقيهًا وأحد علماء المدينة . انظر سير أعلام النبلاء ٤٤٥/٥ - ٤٥١ ، تهذيب التهذيب ١٧٨/٥ - ١٧٩ ، تهذيب الكمال ٤٧٦/١٤ . ، شذرات الذهب ١٨٢/١ .

(٤) هو عبد الرحمن بن هرمز الأعرج المدني ، مولي ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب . روي عن أسيد ابن خديج ، والسائب بن يزيد وأبي هريرة وغيرهم ، وروى عنه أبو الزناد عبد اللّه بن ذكوان وعكرمة وعلقمة وغيرهم ، توفي بالإسكندرية سنة ١١٧هـ . قال ابن سعد : كان ثقة كثير الحديث ، وكان عالمًا بالأنساب العربية . التاريخ الكبير (٣٦٠/٥) ، تهذيب التهذيب (٢٩٠/٦) ، تهذيب الكمال (٤٦٧/١٧ - ٤٧١) ، شذرات الذهب (١٥١/١) .

إن الله تعالى لعن الخمر وحرم ثمنها ، ولحم الخنزير وحرم ثمنه (١) .

١٦٦٦٤ - قلنا : ثمنها محرم عندنا لكنهم أُقِرُّوا عليه ، والمختلف فيه القيمة وليس الثمن (٢) .

١٦٦٦٥ - قالوا : نجس العين فلم يكن مالًا ، ولا يجوز بيعه ، ولا يضمن بالإتلاف كالبول (٣) .

١٦٦٦٦ - قلنا : المعنى فيه أنهم لا يتمولونه في العادة بالإتلاف ، إلا أن توجد إباحة ممن يملك الإباحة (٤) .

١٦٦٦٧ - قالوا : علة الأصل تبطل بالمصحف والشحوم .

١٦٦٦٨ - قلنا : هذا غلط ؛ لأنهم يتمولون المصحف [لمطالعته (٥) واقتنائه] كما يتمولون كتب اللغة والشعر . وأما الشحوم (٦) : فإنهم يتمولونها لأجل أثمانها وإن حرموها كما يتمول السمن النجس . فإن كانوا لا يتمولون الشحوم لم تضمن لهم .

١٦٦٦٩ - قالوا : فتبطل العلة بالموقوذة وذبائح المجوس (٧) .

١٦٦٧٠ - قلنا : أما الموقوذة : فإنها تُضمن ، وأما ذبائح المجوس (٨) فجوابنا عنها جوابنا في الشحوم .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢/٦) كتاب البيوع باب تحريم الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، وأخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع في ثمن الخمر والميتة (٢٧٩/٣) رقم ٣٤٨٥ والدارقطني في سننه (٧/٣) كتاب البيوع رقم ٢١ وكنز العمال (٧٩/٤) رقم ٩٦١٨ . انظر هذا الدليل في المهذب للشيرازي (٣٧٤/١) ولكن في حديث آخر في هذا المعنى ما روي عن ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال : « إن الله تعالى إذا حرم شيئًا حرم ثمنه » أخرجه البيهقي في سننه الكبرى ، كتاب البيوع ، باب تحريم التجارة في الخمر (١١/٦) والهيثمي في مجمع الزوائد (٨٩/٤) .

(٢) قال العيني : نحن نقول بموجب ذلك ، وهما حرام علينا ، ولكنهم أُقِرُّوا على ذلك ، فكان حلالًا لهم . انظر البناية على الهداية (٤٢٤/٨) .

(٣) انظر مغني المحتاج (٢٨٥/٢) وفيه « ولا تضمن الخمر سواء أكانت لمسلم أو لغيره محترمة أم لا ؛ إذ لا قيمة لها كالدم والميتة وسائر الأعيان النجسة » .

(٤) انظر البناية على الهداية (٤٢٤/٨) .

(٥) بدلًا من : « القضاء صاحبها » المثبت في النسخ » .

(٦) [لا] ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) . والصواب حذفها كما في (ص) ، (ع) ، (م) أما ما في (ن) فخطأ لأن المعنى يصح .

(٧) انظر الحاوي الكبير (٢٢١/٧) .

(٨) في (ن) : [المسلمين] .

١٦٦٧١ - قالوا : علة الأصل تبطل بالعبد المرتد [(١)] .

١٦٦٧٢ - قلنا : هو مال لهم يجوز ، بيعه ولا يجب على [(٢)] مستهلكه ضمان ، لأنه أباح دم نفسه فيملك الإباحة على ما قدمنا .

١٦٦٧٣ - قالوا : ما لا يتقوم لأهل ملة لم يتقوم عليها [(٣)] [(٤)] .

١٦٦٧٤ - قلنا : لا يتقوم للمسلمين ؛ لأنهم منعوا من تموله والانتفاع به ، ويتقوم عليهم لمن يتموله وأقرَّ على الانتفاع به ، ولهذا يضمن الشاة التي تركت التسمية عليها عمدًا لمخالفينا [(٥)] ولا يضمنهم إذ أتلفوا علينا .

١٦٦٧٥ - قالوا : المعتبر في الأحكام بما يقرون عليه في شرعنا دون ما اعتقده الكفار وإن أقررناهم عليها ، كما نقرهم على كفرهم بالجزية ، ولا يعتبر ذلك إقرارًا بأحكام الكفر .

١٦٦٧٦ - قلنا : عندنا أن شريعتنا لما منعت التعرض لهم في الخمر وحظرت إتلافها عليهم ، وأوجبت إقرارهم على تمولها ؛ اقتضت شريعتنا تقويمها [(٦)] .

---

(١) انظر مع الشرح الكبير (٤٤٣/٥) .

(٢) هكذا في (ن) وهو الصواب أما في باقي النسخ في .

(٣) انظر التكملة الثانية للمجموع (٢٨٣/١٤) وفيه لأن صفات الشيء قد تختلف فيختلف حكمه في كونه مالًا » ويختلف مالكوه فلا يختلف حكمه في كونه مالًا كالحيوان هو مال لمسلم وكافر ، فلما لم يكن الخمر والخنزير مالاً لمسلم أو كافر ، ثم لو دبغ جلد ميتة صار مالًا لمسلم وكافر ، ويتحرر من هذا قياسان : الأول : أن كل ما ليس مضمونًا في حق المسلم لم يكن مضمونًا في حق الكافر ، كالميتة والدم أو كل عين لم يصح أن تشتغل ذمة المسلم بثمنها لم يصح أن تشتغل ذمة المسلم بقيمتها . والثاني : أن ما لم يستحقه من عوض الحكم لم يستحقه الكافر كالثمن .

(٤) قاعدة : « ما لا يتقوم لأهل ملة لا يتقوم عليها » .

(٥) وفي (ن) : [لمخالفتنا] . ولكن الحنفية والشافعية متفقون على عدم ضمان من أتلف الشاة المذبوحة المتروكة التسمية . انظر البحر الرائق (١٤٣/٨) .

(٦) هذه مسألة مرتبطة بمسألة أصولية وهي : هل الكفار مكلفون بفروع الشريعة الإسلامية بعد اتفاق العلماء أنهم مكلفون بأصول الشريعة ؟ وقد نقل القاضي أبو بكر الباقلاني الإجماع على تكليفهم بتصديق الرسل وترك تكذيبهم ، أما في الفروع فقد اختلف العلماء على عدة مذاهب ، المشهور منها مذهبان : الأول : أنهم مكلفون بها ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ فعلى هذا يكونون مكلفين بفعل الواجب وترك الحرام وبالاعتقاد في المندوب والمكروه والمباح . والثاني : أنهم ليسوا مكلفين بها ، وبه قال الحنفية واختاره الإسفراييني . وقال الشافعية : حصول الشرط الشرعي لفعل المكلف ليس شرطًا للتكليف به ، فيجوز التكليف به وإن لم يحصل شرطه . انظر أصول السرخسي (٧٣/١) تحقيق أبو الوفا الأفغاني ط طبائع دار الكتاب العربي ، التمهيد للإسنوي ص١٢٦ ، تيسير التحرير (١٤٨/٢) .

١٦٦٧٧ - فأما أن تُقَوَّمَ بحكم دينهم فلا .

١٦٦٧٨ - قالوا : قد اقتضت شريعتنا عند أبي حنيفة إقرارهم على تزويج ذوات المحارم ، ثم لم يوجب التوارث بهذا النكاح - لم ينقض توارثًا عليهم لأن الزواج الصحيح قد يخلو من التوارث وأحكامه . فلو منعنا البيع وأسقطنا الضمان عن المتلف لنقضنا معنى إقرارهم على تمولها .

١٦٦٧٩ - فإن قيل : لو ترافعوا إلى الحاكم ، أبطل نكاح ذوات المحارم وحكم على المشترى بثمن الخمر ، فكان يجب أن يتساويا في الإبطال أو في التصحيح .

١٦٦٨٠ - قلنا : ملك الإنسان لاستباحة أمه وبنته وأخته لا يجوز في الإسلام بحال فلم يجز أن يحكم الحاكم به . وملك المسلم الخمر يجوز ، لأنه تملكها بالميراث والضمان ، فلما جاز تملكها في الإسلام جاز للحاكم أن ينفذ الحكم [1] المتفق عليه في الشرع والقضاء بالثمن ، كالقضاء بالمسمى في نكاح ذوات المحارم إذا [دخل] [2] بهن وكذلك نقول / .

٧/ب

(١) في (ع) ، (م) : [العتق] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) .

مسألة ٨٢٣

هبة الطعام والمغصوب لغير المغصوب منه

١٦٦٨١ - قال أصحابنا : إذا غصب طعامًا فوهبه لغيره فأكله ، فللمالك تضمين أيهما شاء ، فإن ضمن الغاصب لم يرجع على الآكل وإن ضمن الآكل لم يرجع على الغاصب (١) .

١٦٦٨٢ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : إن أطلق الهبة ثم ضمن الموهوب له ، فهل يرجع على الواهب ؟ فيه قولان . وإن ضمن الغاصب رجع على الموهوب له ، على القول الذي قال : الموهوب لا يرجع .

١٦٦٨٣ - وعلي القول الآخر : يرجع ، وإن قال : كُلْهُ ؛ فهو طعام فلان ، ثم ضَمَّنَ الغاصب رجع عليه . وإن ضمَّنه هو لم يرجع على الغاصب . وإن قال : هذا طعامي فكله ، فإن رجع عليه الغاصب لم يرجع على الآكل قولًا واحدًا ، وإن رجع على الآكل فهل يرجع على الغاصب ؟ قولان (٢) .

---

(١) المبسوط (٤١/١١) ، الفتاوى الهندية (١٤٧/٥) . وعند المالكية إذا وُهِبَتَ طعامًا أو إدامًا فأكلته ، أو ثوبًا فلبسته حتى أبليته رجع مستحقه على الغاصب المليء ؛ لأنه المتعدي المسلط ، وإن كان معدمًا أو معجوزًا عنه فعليك لأنك المنتفع بماله ، ولا ترجع أنت على الواهب بشيء لعدم انتفاعه . انظر المدونة (١٨٦/٤) ، الذخيرة (٢٧٢/٨) ، البيان والتحصيل (٢٤٠/١١ - ٢٤١) .

(٢) انظر الحاوي الكبير (٢٠٥/٧ - ٢٠٦) ، المهذب (٣٧٣/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٨٠/١٤) ، حلية العلماء (٢٢٤/٥) ، روضة الطالبين (١٠/٥) قال الماوردي : من غصب طعامًا فأطعمه غيره ففيه ثلاثة فصول : فأما الفصل الأول : وهو أن يهبه لرجل فيأكله الموهوب له ، فرب الطعام بالخيار بين أن يرجع به على الغاصب لتعديه بأخذه ، وبين أن يرجع على الموهوب له لاستهلاكه بيده ، فإن رجع على الموهوب له فأغرمه إياه رجع بغرمه على الغاصب ؛ لأنه غار له في إيجاب الغرم . والقول الثاني : أنه لا يرجع على الغاصب لبطلان هبته ، فصار كاستهلاكه إياه من غير هبته . وإذا رجع المالك بغرمه على الغاصب الواهب ، فإن كان الموهوب له عالمًا بأنه مغصوب رجع الغاصب عليه بما غرم ، وإن لم يعلم بأنه مغصوب ففي رجوعه بالغرم على الموهوب له قولان : أحدهما : لا يرجع به لأنه غار ، والقول الثاني : أنه يرجع على الموهوب له بالغرم لأنه متلف . وعند الحنابلة : إذا غصب طعامًا فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء ؛ لأن الغاصب حال بينه وبين ماله ، والآكل أتلف مال غيره بغير إذنه ، وقبضه عن يد ضامنه بغير إذن مالكه . فإن كان الآكل عالمًا بالغصب استقر الضمان عليه ، لكونه أتلف مال غيره بغير إذن عالمًا من غير تغرير . فإذا ضمَّن الغاصب رجع عليه ، وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحد . وإن لم يعلم الآكل نظرنا فإن كان الغاصب قال له : كل فإنه طعامي ؛ استقر الضمان عليه ، =

١٦٦٨٤ - لنا : أن الموهوب له قابض لنفسه من غير بدل ، فوجب أن لا يرجع على من أقبضه . أصله إذا قال : هذا طعام فلان غصبته ، ولأن منفعة الأكل سلمت له فلا يرجع ببدله على غيره ، أصله إذا غصب منه فأكله .

١٦٦٨٥ - [ولأنه وهب ملك غيره ، فإذا ضمن لم يرجع على من وهب له ، كما لو قال : هذا طعامي فكله] [1] .

* * *

= لاعترافه بأن الضمان باق عليه ، وأنه لا يلزم الآكل شيء . وإن لم يقل ذلك ؛ ففيه روايتان ، إحداهما : يستقر الضمان على الآكل . والثانية يستقر الضمان على الغاصب ، وهذا ظاهر كلام الخرقي . المغني مع الشرح الكبير (٤٣٦/٥) ، الشرح الكبير مع المغني (٤٢٢/٥ - ٤٢٣) ، المبدع (١٧٨/٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

مسألة ٨٢٤

جبر نقصان الولادة بالولد

١٦٦٨٦ - قال أصحابنا : إذا ولدت المغصوبة في يد الغاصب فنقصتها الولادة وفي الولد وفاء بالنقصان لم يضمن ذلك [١] .

١٦٦٨٧ - وقال زفر : يضمنه [٢] .

١٦٦٨٨ - وبه قال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ [٣] .

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ص١١٨ ، المبسوط (١١/٥٨ - ٦١) ، تبيين الحقائق (٥/٢٣٢) ، البحر الرائق (٨/١٣٨) ، رءوس المسائل ص٣٥٤ ، الهداية (٤/١٩) ، البناية على الهداية (٨/٤١٠ - ٤١١) .
قال الزمخشري : نقصان الولادة يجبر بوفاء الولد عندنا إن كان في الولد وفاء بنقصان الولادة . وقال الطحاوي في مختصره : وإذا غصب رجل جارية فحملت في يد الغاصب فولدت ثم مات ولدها من غير فعل الغاصب فلا ضمان عليه فيه ، وعليه ضمان نقصان الجارية بالولادة للمغصوب منه . ولو لم يمت الولد في يد الغاصب نظر إلى قيمة الولد ، وإلى قيمة النقصان بالولادة . فإن كان في قيمة الولد ما يفي به فلا ضمان على الغاصب فيه ، وإن كان لا يفي به ضمن للمغصوب منه قيمة نقصان الولادة .

(٢) انظر الهداية (٤/١٩) ، البناية (٨/٤١١) ، تكملة البحر الرائق (٨/١٣٨) ، تبيين الحقائق (٥/٢٣٢) ففي البناية قال زفر : لا ينجبر النقصان بالولد ؛ لأن الولد ملكه فلا يصح جابرًا » لملكه ؛ لأن الضمان جبر ما فات منه ، ولم يوجد كما في ولد الظبية إذا أخرجها من الحرم ونقصت قيمتها بسبب الولادة ، وقيمة ولدها يساوي ذلك النقصان ، فإنه لا ينجبر بها فيجب ضمان النقصان مع وجوب ردها إلى المغصوب منه . وكما إذا هلك الولد قبل الرد فإنه يجب ضمان النقصان . ولو ماتت الأم بسبب الولادة وبالولد وفاء صار حكم هذا كما إذا جز صوف شاة غيره فنبت صوفٌ غيره أو قطع قوائم شجرة غيره فنبتت قوائم أخري مكانها . فإن هذا النماء لا يجبر النقصان . وبهذا القول قال الإمام مالك والإمام أحمد ، جاء في الذخيرة : إذا ولدت من الغاصب فمات الولد غرم أرش نقص الولادة ، وعليه قيمته يوم الولادة إن ولد حيًا واشتراها حاملًا أو ولدت عنده ، وإذا استحقت الأمة المشتراة غرم قيمة الولد ونقص الولادة للمغصوب منه ورجع بذلك على الغاصب . انظر البيان والتحصيل (١١/٢٥٦) ، التفريع (٢/٢٨٠) ، الذخيرة (٨/٣٠٥) . وجاء في الشرح الكبير مع المغني (٥/٤١٧) ويضمن نقص الولادة لا ينجبر بزيادتها بالولد ، وانظر أيضًا المغني مع الشرح الكبير (٥/٤٠٨) .

(٣) انظر حلية العلماء (٥/٢٢٧) وروضة الطالبين (٥/٦٥) قال النووي : لو نقصت الجارية بالولادة والولد رقيق تفي قيمته بنقصها لم ينجبر به النقص بل يأخذ الولد والأرش . الحاصل : ذهب الإمام أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد إلى عدم ضمان نقص الولادة ، بل ينجبر النقص الحاصل من الولادة بالولد إذا كان به وفاء لذلك ، ولكن الإمام زفر بن الهذيل من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة يرون أن ولد المغصوبة لا يجبر نقصان الولادة ، بل يضمنه الغاصب .

١٦٦٨٩ - لنا : أن حدوث الولد وانفصاله أوجب النقص ، وكل نقص وقع لملوك جاز أن يجبر به . أصله : إذا جنى على [الأم] [(١)] ، ولأن الولادة أوجبت نقصًا وأفادت مالًا ، فجاز أن يجبر النقص بالفائدة . أصله : إذا قلع سن المغصوبة فنبتت ، أو قطع يدها فأخذ الغاصب الأرش [(٢)] .

١٦٦٩٠ - فإن قيل : لا نسلم أن الولادة أفادت مالًا ؛ لأن الولد كان ملكًا قبلها ، ولهذا يجوز تصرفه [(٣)] فيه بالعتق .

١٦٦٩١ - قلنا : إنما صار مالًا بالولادة ، بدلالة أنه صار بحيث يعتاض عنه ، وقبلها كان لا يجوز الاعتياض عنه .

١٦٦٩٢ - فإن قيل : هذا ينتقض إذا قطع غصن شجرة فنبت ، أو جزَّ صوفًا فنبت [(٤)] .

١٦٦٩٣ - قلنا : إنما يضمن الغصن والشعر ولا يضمن نقصان الأم . ألا ترى أنه لو لم تنقص [قيمة الشجرة والشاة] ضمن ، وإتلاف الأغصان ما أوجد ما حدث من الأغصان ؟ .

١٦٦٩٤ - قالوا : [(٥)] إذا قطع أنثيي العبد أو الأصبع الزائدة فإن قيمة العبد تزيد ولا يجبر الأرش بزيادة القيمة [(٦)] .

١٦٦٩٥ - قلنا : ههنا يضمن التلف ولا يضمن النقصان ، بدلالة أن تضمين اليدين بجميع العبد والنقصان لا يبلغ كل القيمة ، فصار ذلك كالأغصان .

١٦٦٩٦ - ولأن زيادة القيمة في العين المغصوبة غير معتد بها ، كما لا يعتد عندنا بنقصانها ، فوجودها وعدمها سواء ، فبقي فوات الغصن وهو نقص .

١٦٦٩٧ - قالوا : الأرش مال وجب للمغصوب منه ، فقام الغاصب مقامه في قبضه .

١٦٦٩٨ - قلنا : إنه [(٧)] وجب للمغصوب منه فاعْتُدَّ به في مقابلة النقصان الذي

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) المبسوط (٥٩/١١) ورءوس المسائل ص٣٥٤ قال الزمخشري : ، سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة ؛ لأنه بالولادة انتقصت ، وبالولد زادت ، فتجبر هذه الزيادة بهذا النقصان ، كما لو قلع سن إنسان ثم نبت مكانه آخر ، فإنه ينجبر ولا ضمان على القالع لهذا المعنى ، لأن سبب الزيادة النقصان واحد .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) في (ص) : [قبلت] والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة .

(٥) في (ص) : [زيادة] (يبطل) .

(٦) انظر تكملة البحر الرائق (١٣٨/٨) ، تبيين الحقائق (٢٣٢/٥) .

(٧) هكذا في (ص) وفي باقي النسخ (إلا أنه) .

كان يضمنه الغاصب ، كذلك الولد . وإن حدث على ملكه يجبر به النقصان الحادث على ملكه إذا كان سببًا في حصوله .

١٦٦٩٩ – ولأنه نقص لو حصل في الموهوبة لم يسقط به شيء من الدين فلم يلزمه غرامته في الغصب ، أصله نقصان الشعر .

١٦٧٠٠ – ولأنه نقص حصل [١] بالولادة ، وفى الولد وفاء به فلم يضمن لأجله شيئًا . أصله الموهوبة إذا ولدت .

١٦٧٠١ – احتجوا : بأن الولد مال مغصوب منه فوجب أن لا يجبر به النقصان الحادث في يد الغاصب ، كسائر أمواله [٢] .

١٦٧٠٢ – قلنا : يبطل بالأرش [وبالسن] [٣] إذا قلعها فنبتت ، ولأن سائر أمواله لم يستنفدها بسبب الولادة فلم يجبر بنقصانها . وفى مسألتنا بخلافه .

١٦٧٠٣ – قالوا : نقص حصل بالولادة فلا يجبر بالولد ، كما لو ماتت الأم [٤] .

١٦٧٠٤ – قلنا : إذا ماتت الأم سقط نقصان الولادة وتعلق الحكم بالأصل . وإذا سقط ضمانه بطل جبرانه [بما حدث بسببه] [٥] وقبل الموت ضمانه واجب ، فجاز أن يجبر ؛ ولأن الولد تبع والنقصان تبع والأم أصل ، والتبع يقوم مقام الأصل .

* * *

---

(١) في (ن) حدث .

(٢) هذا الدليل للإمام زفر رحمه الله حيث قال هو ضامن لجميع النقصان ، لأن ضمان النقصان واجب عليه بفوات جزء مضمون منها فلا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ممن له الحق وقد انعدم الإسقاط ممن له الحق ، وهو برد الولد لا يكون مؤديًا للضمان ؛ لأن الولد ملك المضمون له وأداء الضمان بملك غير المضمون له ؛ لأن الضمان بجبران ما فات عليه ، وملكه لا يكون جابرًا لملكه . المبسوط (٥٨/١١) وفي الشرح الكبير مع المغني (٤١٧/٥) : أن ولدها ملك للمغصوب منه فلا ينجبر به نقص حصل بجناية الغاصب كالنقص الحاصل بغير الولادة . وانظر أيضًا المغني مع الشرح الكبير (٤٠٨/٥) ونتائج الأفكار (٣٥٠/٩) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) انظر نتائج الأفكار (٣٥١/٩) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

مسألة ٨٢٥

ضمان أم الولد بالغصب

١٦٧٠٥ - قال أبو حنيفة : أم الولد لا تضمن بالغصب إذا تلفت في يد الغاصب [١] .

١٦٧٠٦ - وقال الشافعي : تضمن [٢] .

١٦٧٠٧ - لنا : أنه سبب لا تضمن به الحرة ، فلم تضمن به أم الولد [كما لا يضمنها] [٣] مولاها بالعقد .

١٦٧٠٨ - ولأنه ضمان يد ؛ فلا يثبت في أم الولد . أصله : إذا مات المولى وعليه دين تحملته في يد نفسها .

١٦٧٠٩ - قالوا : كل ما يضمن بالقيمة إذا أتلفه الغاصب ضمن بها إذا أتلف في يده كالمدبر [٤] .

١٦٧١٠ - قلنا : المدبر لو حصل في يد نفسه بموت المولى جاز أن يضمن رق نفسه عندنا من طريق الحكم . وعندهم إذا كوتب جاز أن يضمنه الغاصب باليد ، وأم الولد بخلاف ذلك .

* * *

(١) الهداية (٢٣/٤) ، البناية (٤٤٦/٨) ، تبيين الحقائق (٢٣٩/٥) قال الزيلعي : « من غصب أم ولد أو مدبرة فماتت ضمن قيمة المدبرة ، لا أم الولد ، وهذا عند أبي حنيفة . وبقول الإمام أبو حنيفة قال ابن القاسم من المالكية ، فقال : إذا ماتت أم الولد عند غاصبها غرم قيمتها لسيدها ، قيمة أم الولد لا عتق فيها . انظر الذخيرة للقرافي (٢٧٧/٨) .

(٢) انظر حلية العلماء (٢٢١/٥) وبقول الشافعية قال الصاحبان من الحنفية وسحنون من المالكية والإمام أحمد . انظر البناية على الهداية (٤٤٦/٨) ، الذخيرة (٢٧٧/٨) ، البيان والتحصيل (٢٤٢/١١) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٤٩/٥) .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) انظر تبيين الحقائق (٢٣٩/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٤٩/٥) قال ابن قدامة : لنا أن ما يضمن بالقيمة يضمن بالغصب كالقن ، ولأنها مملوكة فأشبهت المدبرة ، وفارقت الحرة فإنها ليست مملوكة ، ولا تضمن بالقيمة .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسَمَّاة

التجريد

كتاب الشفعة

كتاب الشفعة (١)

(١) الشُفْعة لغة : الزيادة من باب نفع شفعت الشيء ضممته إلى الفرد ، وشفعت الركعة جعلتها ثنتين ، من هنا اشتقت . والشفعة هي اسم للملك المشفوع مثل اللقمة اسم للشيء الملقوم ، وتستعمل بمعنى التملك لذلك الملك ، ومنه قولهم : من ثبت له شفعة فأخر الطلب من غير عذر بطلت شفعته ، ففي هذا المثال جمع بين المعنيين ؛ فإن الأولى للمال ، والثانية للتملك ، اسم الفاعل شفيع والجمع شفعاء مثل كريم وكرماء وشافع أيضًا . لسان العرب (٢٢٩٠/٤) ، المصباح المنير (٤٣٣/١) ، القاموس المحيط (٤٦/٣) مادة « شفع » . وأما الشفعة في الاصطلاح فقد عرفها الفقهاء بتعريفات مختلفة ، فعرفها الحنفية بأنها عبارة عن حق التملك في العقار ودفع ضرر الجوار . وقال الحنفية في تعريف آخر : الشفعة عبارة عن تملك العقار على مشتريه بما قام عليه جبرًا . وأما المالكية فقد عرفوها بأنها استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة . أما الشافعية فقد عرفوها بأنها حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض . وأما الحنابلة فقد عرفوها بأنها استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه . تبيين الحقائق (٢٣٩/٥) وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢٣٩/٥) ، الهداية (٢٤/٤) ، حاشية ابن عابدين (١٨٨/٥ - ١٨٩) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٤٧١/٢ - ٤٧٢) ، نتائج الأفكار (٣٦/٩) ، الشرح الصغير للدردير على حاشية بلغة السالك للصاوي (٢٢٦/٢) ، مغني المحتاج (٢٩٦/٢) وحاشية القليوبي وعميرة على المحلى (٤٢/٣) والبجرمي على الخطيب (١٤٥/٣) ، الإقناع على حل ألفاظ أبي شجاع (٥٨/٢) ، نهاية المحتاج (١٩٤/٥) . المغني مع الشرح الكبير (٤٥٩/٥) ، الإنصاف (٢٥٠/٦) ، المبدع (٢٠٣/٥ - ٢٠٤) . وهذه التعريفات الأربعة قد اختلفت تبعًا لاختلاف الفقهاء في بعض الأحكام المتعلقة بها خاصة فيما يتعلق بشفعة الجار ؛ حيث اعتبر الحنفية الجوار سببًا من أسباب الشفعة ، بينما ذهبت المذاهب الثلاثة الأخرى إلى أنه لا يثبت للجار شفعة ، وبالنظر إلى هذه التعريفات نجد أن الراجح هو تعريف الحنفية ، لأن تعريف المالكية والشافعية والحنابلة خصصت الاستحقاق بالشريك دون الجار ، فكانت الشفعة عندهم مقصورة عليه بخلاف تعريف الحنفية الذي أثبت الشفعة للشريك والجار وإذا كانت الشفعة قد شرعت لدفع الضرر فإن هذا الضرر يأتي من الجار كما يأتي من الشريك .

أما أدلة مشروعية الشفعة .

فيرجع ثبوتها إلى السنة والإجماع والأحاديث الموجبة لها كثيرة ، منها قول رسول الله ﷺ « الشريك شفيع والشفعة في كل شيء » . أخرجه الترمذي عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلاً . انظر الجامع الصحيح (٦٤٥/٣) رقم ١٣٧١ . وقول رسول الله ﷺ بأن جار الدار أحق بشفعة الدار والأرض ، أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٦/٢) رقم ٣٥١٧ وغيرهما من الأحاديث . وأما الإجماع : فقد نقله كثير من الفقهاء منهم الموصلي صاحب الاختيار ، والماوردي صاحب الحاوي ، وابن قدامة صاحب المغني ، وغيرهم . انظر الاختيار (٥١/٢) والحاوي (٢٢٧/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٤٥٩/٥) وحلية العلماء (٢٦٣/٥) . فقد قال ابن منذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم ، فيما بيع من أرض أو دار أو حائط . كتاب الإجماع لابن المنذر ص٥٦ ولكن قد خالف بعض العلماء هذا الإجماع ، منهم أبو العباس محمد بن =

مسألة ٨٢٦

هل شراء الأرض والنخيل يستلزم دخول الثمر في الشفعة

١٦٧١١ – قال أصحابنا : إذا اشترى أرضًا ونخلًا وفي النخل تمر ؛ أخذ الشفيع ذلك بالشفعة [1] .

١٦٧١٢ – وقال الشافعي [رَحِمَهُ اللَّهُ] [2] : لا تجب الشفعة في الثمر . وإن كان غير مؤبر [3]

= يعقوب الأصم المتوفى سنة ٣٤٠هـ وجابر بن زيد من التابعين المتوفى سنة ٩٣هـ وأبو بشير إسماعيل بن إبراهيم الأسدي المعروف بابن علية المتوفي سنة ٩٣ ، انظر ترجمتهم في سير أعلام النبلاء (١٠٧/٩ – ١٢٠ ٤٨١/٤ – ٤٨٢) وطبقات الشافعية للإسنوي (٧٢/١ – ٧٧) ، فقالوا : لا تثبت الشفعة ؛ لأن في ذلك إضرارًا لأرباب الأملاك ، فإن الشريك إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبعه ، ويتقاعد الشريك عن الشراء ، فيتضرر المالك . المغني مع الشرح الكبير (٢٦٠/٥) والحاوي الكبير (٢٢٧/٧) وحلية العلماء (٢٦٣/٥) وتمسكوا بظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » سبق تخريج هذا الحديث . وهذا خطأ ؛ لأن ما روي في الشفعة وإن لم يكن متواترًا فالعمل به مستفيض يصير به الخبر كالمتواتر ، ثم إنه ليس بشيء لمخالفة الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله ، وليس في التمسك بقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » ما يمنع من الشفعة ؛ لأن المشتري يعاوض على ما بذله فيصل إليه وترجع . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٦٠/٥) والحاوي الكبير (٢٢٧/٧) .

وترجع حكمة مشروعية الشفعة إلى العمل على رفع ما قد يصيب الشريك أو الجار من ضرر شركته وتجنب ما قد يحدث له إما بسبب مشاركته لشخص لا تأمن عواقبه ، وإما بسبب مجاورته فقد يكون ذلك الشخص غليظ الطبع رديء الخلق سيئ المعاشرة والضرر يجب أن يدفع قدر الإمكان ، مصداقًا لقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » . (سبق تخريجه) ، وخاصة ما أمر به الشارع الكريم من إكرام الجار لقوله ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب الإيمان باب الحث على إكرام الجار (٦٨/١) رقم ٧٤ عن أبي هريرة ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الجزية باب ما جاء في الضيافة ثلاثة (١٩٧/٩) .

فالضرر يجب دفعه وتجنبه ما أمكن فمن طريق الشفعة يتصل ملك الشفيع بالشيء المشترى فيندفع ضرر المشتري عن الشفيع . انظر مجمع الأنهر (٤٧٢/٢) وحاشية ابن عابدين (١٤٤/٥) وتبيين الحقائق (٢٣٩/٥) وأعلام الموقعين ص٣٤٧ – ٣٤٨ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٢) انظر بدائع الصنائع (٢٧/٥ – ٢٨) ، الهداية (٣٤/٤) ، تبيين الحقائق (٢٥١/٥) ، الاختيار (٦٢/٢) . وبه قال المالكية كما جاء في الذخيرة التي جاء فيها : « إذا اشترى أصولًا فيها ثمر مؤبر بغير ثمرها ؛ جاز شراء الثمر قبل طيبها ، وكأنهما صفقة واحدة ، وشفع فيها الشريك ، وليس له أخذ أحدهما دون الآخر » .

(٣) التأبير : التلقيح والإصلاح يقال أبر النحل والزرع يأبره ويأبره أبرًا وأبارًا وأبارة وأبرة أي أصلحه وألقحه . =

دخل فى البيع بغير شرط ، وهل يؤخذ بالشفعة على قولين (١) ؟ .

١٦٧١٣ – لنا : ما روى ابن أبى مليكة عن ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال : « الشريك شفيع ، والشفعة فى كل شيء » (٢) .

١٦٧١٤ – ولأنه متصل بما تجب به الشفعة ؛ فوجب أن تثبت فيه الشفعة كالبناء والأبواب .

١٦٧١٥ – ولأنه نماء الشجر فتبع الأصل فى الشفعة حال اتصاله كالأغصان والورق .

١٦٧١٦ – ولأنه سبب يملك به الشجر ؛ فجاز أن يملك به نماؤها كالبيع (٣) .

١٦٧١٧ – احتجوا : بما روى جابر (٤) ﷺ قال : إنما جعل رسول اللَّه ﷺ الشفعة

= طلبة الطلبة ص٣١٠ ، لسان العرب (١/٥) مادة أبر .

(١) المهذب للشيرازي (٣٧٧/١) ، روضة الطالبين (٦٩/٥) ، الحاوي الكبير (٢٧٠/٧ – ٢٧١) ، حلية العلماء ٢٦٥/٥ ، مغني المحتاج ٢٩٧/٢ . وفي حلية العلماء : وإن بيعت الأرض مع الزرع أو الثمرة الظاهرة مع الأصل لم تؤخذ الثمرة والزرع بالشفعة ، وإن كانت الثمرة مؤبرة ففيها وجهان : أحدهما : أنها تؤخذ مع الأصل بالشفعة والثاني : أنها لا تؤخذ ، وبقول الشافعية في الوجه الثاني قال الحنابلة ؛ ففي المغني مع الشرح الكبير (٤٦٣/٥ – ٤٦٤) الشرط الثاني : أن يكون المبيع أرضًا ، وأما غيرها فينقسم قسمين : أحدهما : تثبت فيه الشفعة تبعًا للأرض وهو البناء ، والغرس يباع مع الأرض فإنه يؤخذ بالشفعة تبعًا بغير خلاف في المذهب . القسم الثاني : مالا تثبت فيه الشفعة تبعًا ولا مفردًا وهو الزرع ، والثمرة الظاهرة تباع في الأرض ؛ فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل .

(٢) قال أبو عيسي : هذا حديث لا نعرف مثله إلا من حديث أبي حمزة السكري وقد روى غير واحد عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي ملكية عن النبي ﷺ مرسلاً وهذا أصح . انظر الجامع الصحيح كتاب الأحكام باب ما جاء أن الشريك شفيع (٦٤٥/٣) رقم ١٣٧١ . والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٩/٦) كتاب الشفعة باب لا شفعة فيما ينقل ويحول بنفس الإسناد . والطبراني في معجمه (١٢٣/١١) رقم ١٢٤٤ والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢٥/٤) كتاب الشفعة باب الشفعة بالجوار . ط مطبعة أنوار المحمدية بالقاهرة . وكنز العمال (٧/٧) رقم ١٧٧٠٣ عن ابن عباس .

(٣) انظر تبيين الحقائق (٢٥١/٥) وبدائع الصنائع (٢٨/٥) . يقول الكاساني : والقياس أن لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والثمر بالشفعة ، وجه القياس : أن الشفع إنما يتملك ما يثبت له فيه حق الشفعة ، وأنه يثبت في العقار لا في المنقول ، وهذه الأشياء منقولة فلم يثبت فيها الحق ، فلا تتملك بالشفعة وخاصة الزرع والثمر لأنهما مبيعان مقصودان ، لا يدخلان في العقد من غير تسمية فلم يثبت الحق فيهما لا أصلاً ولا تبعًا .

(٤) هو الصحابي الجليل أبو عبد اللَّه جابر بن عبد اللَّه بن عمرو الخزرجي السلمي ، روى عن النبي ﷺ وعن أبي بكر وعمر وعلي وأبي عبيدة وطلحة ومعاذ بن جبل وعمار بن ياسر وخالد بن الوليد وأبي قتادة وأبي هريرة وغيرهم من الصحابة . وروى عنه أولاده عبد الرحمن وعقيل ومحمد ، وسعيد بن المسيب ومحمد بن المنكدر والحسن البصري وسعيد بن هلال والشعبي وعطاء بن أبي رباح وعروة بن الزبير وخلق كثير . اختلف في سنة =

فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » [١] .

١٦٧١٨ - [قالنا] [٢] : وقد يقتضي وجوب الشفعة فيما يقع فيه الحدود ولا ينفى غيره .

١٦٧١٩ - لأن قوله إنما يفيد التأكيد ولا ينفي غير المذكور [٣] ؛ قال اللّٰه تعالى : ﴿ إِنَّمَا يَفْتَرِى ٱلْكَذِبَ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِـَٔايَـٰتِ ٱللَّهِ ﴾ [٤] . ولم يدل ذلك على أن غير الكافرين لا يفترون .

١٦٧٢٠ - قالوا : كل ما لا يدخل مع الأرض بإطلاق البيع لا يجب فيه الشفعة كالثياب والمتاع والبعر [٥] الذي في الأرض [٦] .

١٦٧٢١ - قلنا : يبطل بالطريق الخارج من الحدود والشرب ، والمعنى في الأصل : أنه منفصل عما تعلقت به الشفعة وليس كذلك الثمرة ؛ لأنه متصل بما قامت به فتتبعها [٧] في الشفعة .

= وفاته ، قال أبو سعيد والهيثم : مات سنة ٧٣هـ وقيل : مات سنة ٧٧هـ وقيل : مات سنة ٩٤هـ ، وصلى عليه أبان بن عثمان ، وهو آخر من مات من الصحابة بالمدينة ، يقال إنه عاش ٩٤ سنة . تهذيب التهذيب (٣٧/٢ - ٣٨) ، الإصابة (٢١٣/١) ، تهذيب الكمال (٢٩٢/١) رقم٢٩٠ ، أسد الغابة (٣٠٧/١) رقم٦٤٧ .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٢/٦) كتاب الشفعة ، باب الشفعة فيما لم يقسم ، عن الزهري وعن أبي سلمة عن جابر بن عبد اللّٰه وأخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير (٥٥/٣ - ٥٦) انظر هذا الدليل في المغني مع الشرح الكبير (٤٦٥/٥) .

(٢) « قالوا » في جميع النسخ . وقد أبدلناها إلى (قلنا) بدلًا عن قالوا في جواب دليل المخالف .

(٣) قال ابن عطية : (إنما) لفظ لا تفارقه المبالغة والتأكيد حيث وقع ، ويصلح مع ذلك للحصر إن دخلت في قصة ساعدت عليه فجعل وروده للحصر مجازًا يحتاج إلى قرينة . ولكن أصل ورودها للحصر ، لكن قد يكون في شيء مخصوص ، كقوله تعالى في سورة النساء ﴿ إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَـٰهٌ وَٰحِدٌ ﴾ من الآية رقم ١٧١ « فإنه سبق باعتبار منكري الوحدانية ، وإلا فله سبحانه صفات أخري كالعلم والقدرة . وكقوله تعالى في سورة النازعات الآية ٤٥ ﴿ إِنَّمَآ أَنتَ مُنذِرُ مَن يَخْشَىٰهَا ﴾ فإنه سبق باعتبار منكري الرسالة ، وإلا فله ﷺ صفات أخري كالبشارة إلى غير ذلك من الأمثلة في منع إفادتها للحصر مطلقًا ، فتح الباري (١٤/١) .

(٤) وتكملتها : ﴿ وَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَـٰذِبُونَ ﴾ من سورة النحل من الآية ١٠٥ انظر تفسير الآية في تفسير الطبري (١٨٠/١٤) ، تفسير الكشاف للزمخشري (٤٢٩/٢) ، تفسير القرآن العظيم لابن كثير (٥٨٧/٢) .

(٥) هكذا في (ص) ، (ع) أما في (م) « الثغر » والصواب ما أثبتناه من (ن) والبعر لغة : جمع البعرة وهو رجيع الخف والظلف من الإبل والشاة وبقر الوحش والظباء إلا البقر الأهلية فإنها تخثي وهو خثيها وأرنب تبعر أيضًا » . انظر لسان العرب (٣١٢/١) مادة بعر والمصباح المنير (٧٤/١) .

(٦) انظر هذا الدليل في والمغني مع الشرح الكبير (٤٦٤/٥) .

(٧) في (ن) : [فبعنا] . والصواب ما أثبتناه من النسخ الثلاثة .

مسألة ٨٢٧

الجوار سبب الشفعة

١٦٧٢٢ - قال أصحابنا : الشفعة واجبة للجار بالجوار [(١)] .

١٦٧٢٣ - وقال الشافعي رحمه الله : لا شفعة للجار [(٢)] .

١٦٧٢٤ - لنا : ما روى الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال : « جار الدار أحق بشفعة الدار والأرض » [(٣)] .

١٦٧٢٥ - وذكر أبو داود « جار الدار أحق بدار الجار والأرض » [(٤)] .

١٦٧٢٦ - فإن قيل : لم يسمع الحسن من سمرة إلا حديث الهدي [(٥)] .

١٦٧٢٧ - قلنا : أكثر الأحوال أن يكون مرسلًا والمرسل عندنا مقبول [(٦)] على أن

---

(١) الهداية (٢٤/٤) ، تبيين الحقائق (٢٣٩/٥) ، البناية على الهداية (٤٥١/٨) ، بدائع الصنائع (٤/٥) ، المبسوط (٩١/١٤) .

(٢) المهذب (٣٧٧/١) ، حلية العلماء (٢٦٦/٥) ، الحاوي الكبير (٢٢٦/٧ - ٢٢٧) وبقول الشافعية قال المالكية والحنابلة في أحد الوجهين . كتاب الكافي ٨٥٢/٢ ، بداية المجتهد ٢٥٦ ، التفريع (٢٩٩/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٦١/٥) ، المبدع (٢٠٦/٥) ، الإنصاف (٢٥٨/٦) .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٦/٢) رقم ٣٥١٧ كتاب البيوع ، باب الشفعة ، الترمذي (٦٤١/٣) رقم ١٣٦٨ بلفظ : « جار الدار أحق بالدار » وقال : حديث حسن صحيح ، والإمام أحمد في مسنده (١٨/٥) ، ونصب الراية بعناية أيمن صالح شعبان (٤١٨/٥ - ٤١٩) . ط دار الحديث ، وكنز العمال (٦/٧) رقم ١٧٦٩٩ .

(٤) انظر سنن أبي داود (٢٨٦/٣) رقم ٣٥١٧ كتاب البيوع باب الشفعة .

(٥) انظر الحاوي الكبير (٢٣٠/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٤٦٣/٥) قال ابن قدامة : « وبقية الأحاديث في أسانيدها مقال ، فحديث سمرة يرويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة ، قاله أصحاب الحديث » تهذيب التهذيب (٢٣٤/٢) . وقال الصنعاني : للحفاظ في سماعه منه ثلاثة مذاهب : الأول : أنه سمع منه مطلقًا ، وهو مذهب على بن المديني والبخاري والترمذي . والثاني : أنه لم يسمع منه مطلقًا ، وهو مذهب يحيى بن سعيد القطان ويحيى بن معين . والثالث : أنه لم يسمع منه إلا حديث العقيقة ، وهو مذهب النسائي واختاره ابن عساكر ، وادعي عبد الحق أنه الصحيح . انظر سبل السلام شرح بلوغ المرام (٨٩٨/٣) .

(٦) قال ابن المديني : إن مرسلات الحسن إذا رواها عنه الثقات صحاح . والمرسل هو : ترك التابعي ذكر الواسطة بينه وبين رسول الله ﷺ : كقول سعيد بن المسيب قال رسول الله ﷺ ، فلو سقط واحد قبل التابعي كقول الراوي عن ابن المسيب قال رسول الله ﷺ ؛ فهو منقطع ، وإن سقط أكثر سمي معضلًا ، هذه طريقة جمهور المحدثين . وعند الأصوليين : المرسل قول من لم يلق النبي ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ ، سواء =

أصحاب الحديث أخرجوا للحسن عن سمرة في المسند (١) فلم يصح هذا الاعتراض ،

١٦٧٢٨ - قالوا : لم يذكر في هذا الخبر أحق بأي حكم (٢) .

١٦٧٢٩ - قلنا : ذكره أبو بكر الرازي في الشرح (٣) : أحق بشفعة الدار ، ولم يذكر فيه احتمالا ، لأنه لا حق يثبت للجار في دار غيره على طريق الوجوب إلا الشفعة .

١٦٧٣٠ - ويدل عليه حديث عبد الملك بن أبي سليمان (٤) عن عطاء بن أبي رباح عن جابر ﷺ قال : قال : رسول اللّه ﷺ : « الجار أحق بشفعة جاره وإن كان غائبًا انتظر إذا كان طريقهما واحدًا » (٥) . وهذا يدل على وجوب الشفعة بالطريق والجوار .

= التابعي أو تابع التابعيْ فمن بعده . ثم اختلف الأصوليون في حجية الحديث المرسل على مذاهب : الأول : ذهب الجمهور ومنهم الإمام أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأحمد في إحدى الروايتين إلى أنه حجة مطلقًا ، والثاني : ذهب فريق آخر ومن بينهم الشافعي إلى أنه ليس بحجة ، فنص على أنه لا يقبل إلا بأحد أمور خمسة : ١ - أن يسنده غيره ٢ - أن يرسله آخر ويعلم أن شيوخهما مختلفان ٣ - أن يعضده قول الصحابي ٤ - أن يعضده قول أكثر أهل العلم ٥ - أن يعلم من حاله أنه لا يرسل إلا بروايته عن عدل ، واختاره ابن الحاجب . وإن كان الراوي من أئمة نقل الحديث قبل ، وإلا فلا كإرسال ابن المسيب والشعبي وإبراهيم النخعي . انظر : الرسالة للشافعي ص١٩٨ - ١٩٩ ، البحر المحيط (٣٣٨/٦) ، تيسير التحرير (١٠٢/٣) ، المسودة ص١٠٢ ، مختصر المنتهى (٧٤/٢) ، كشف الأسرار ٣٢ ص٤٢ .

(١) مسند الإمام أحمد بن حنبل (١٨/٥) .

(٢) الحاوي (٢٣٠/٧) قال الماوردي وهو في صدد الجواب على أدلة الحنفية : أما الجواب عن قوله : « الجار أحق بصقبه » فمن وجهين ١ - أنه أبهم الحق فلم يصرح به ، فلم يجز أن يحمل على العموم لأن العموم مستعمل في المنطوق ، دون المضمر . ٢ - أنه محمول على أنه أحق بالفِناء .

(٣) هذه الكلمة غير واضحة في جميع النسخ إلا أنه يفهم منها الشرح والمراد به شرح مختصر الكرخي للإمام أبي بكر أحمد بن على الجصاص أو شرح مختصر الطحاوي أو شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن .

(٤) هو عبد اللّه بن أبي سليمان واسمه ميسرة أبو محمد ويقال أبو سليمان العزرمي الكوفي مولي فرازة هو أحد الأئمة ، روى عن أنس بن مالك وعطاء بن أبي رباح وسعيد بن جبير وأنس بن سيرين وغيرهم وروى عنه شعبة والثوري وابن المبارك ويحيى القطان وغيرهم . قال أبو زرعة الدمشقي : سمعت أحمد ويحيي يقولان عبد الملك بن أبي سليمان ثقة . توفي سنة ١٤٥هـ . انظر التاريخ الكبير (٤١٧/٥) ، تاريخ بغداد (٣٩٣/١٠) ، تهذيب التهذيب (٣٥٢/٦ - ٣٥٣) ، تهذيب الكمال (٣٢٢/٨ - ٣٢٩) .

(٥) أخرجه الترمذي في الجامع الصحيح (٦٤٢/٣) رقم ١٣٦٩ وقال أبو عيسى : هذا حديث غريب ولا نعلم أحدًا روي هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر ، ورواه أبو داود في سننه (٢٨٦/٣) رقم ٣٥١٨ ، ابن ماجه في سننه (٨٣٣/٢) كتاب الشفعة ، باب الشفعة بالجوار ، والدارمي في سننه كتاب البيوع (٢٧٧/٢) وأحمد بن حنبل في مسنده (٣٠٣/٣) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢٠/٤) .
قال صاحب بلوغ المرام : رواه أحمد والأربعة ورجاله ثقات ، قال الصنعاني : أحسن المصنف بتوثيق رجاله وعدم =

١٦٧٣١ - فإن قيل : عبد الملك العرزمي تكلم فيه أصحاب الحديث (١) وتوقف عنه شعبة (٢) ، قال يحيى بن سعيد القطان (٣) : لو روى عبد الملك حديثًا آخر مثل حديث الشفعة تركت الرواية عنه (٤) .

١٦٧٣٢ - قلنا : وثقه سفيان الثوري (٥) وأحمد بن حنبل وأخرج في

= إعلاله ، وإلا فإنهم قد تكلموا في هذه الرواية ؛ فإنه انفرد بزيادة قوله : إذا كان طريقهما واحدًا مع عبد الملك بن أبي سليمان العزرمي ، قلت : عبد الملك ثقة مأمون لا يضره إفراده ، كما عرف في الأصول وعلوم الحديث . قال ابن قيم الجوزية : هذا حديث صحيح فلا يرد . ويجيب على اعتراض الترمذي في كلام شعبة في عبد الملك : أن عبد الملك هذا حافظ ثقة صدوق ولم يتعرض له أحد بجرح البتة ، وأثنى عليه أئمة زمانه ومن بعدهم . وإنما أنكر عليه من أنكر هذا الحديث ظنًّا منهم أنه مخالف لرواية الزهري عن أبي سلمة عن جابر عن النبي ﷺ الشفعة فيما لم يقسم . . إلخ . فقال ابن القيم : إن حديث عبد الملك عن جابر لا يناقض حديث أبي سلمة عنه بل مفهومه يوافق منطوقه وسائر أحاديث جابر يصدق بعضها بعضًا . وذكر ابن حجر أنه قول الترمذي : سمعت محمد البخاري يقول : كلا الحديثين عندي صحيح كما صححه الإمام ابن حزم في المحلى . انظر سبل السلام (٣/٩١٢ - ٩١٣) ، وفتح الباري على صحيح البخاري (٥/٣٤٣) وأعلام الموقعين لابن قيم الجوزية (٢/١٤٤ - ١٤٥) والمحلى لابن حزم الأندلسي (٩/١٠٤) .

(١) في (ع) ، (م) : [أصحاب الشافعي] .

(٢) هو شعبة بن الحجاج بن الورد العتكي الأزدي البصري ولد سنة ٨٢هـ وتوفي سنة ١٦٠هـ وله ٧٧سنة وكان من سادات أهل زمانه حفظًا وإتقانًا وورعًا وفضلًا . روى عن خلق كثير ، وروى عنه أيضًا خلق كثير ، قال يحيى القطان : ما رأيت أحدًا قط أحسن حديثًا من شعبة . انظر تهذيب التهذيب (٤/٢٩٧ - ٣٠٢) ، تهذيب الكمال (١٢/٤٧٩ - ٤٩٥) .

(٣) هو الحافظ أبو سعيد يحيى بن سعيد بن فروخ القطان التميمي البصري الأحول . روى عن سليمان التميمي وهشام بن عروة وعكرمة بن عمار وابن جريج والأوزاعي ومالك وشعبة وسفيان الثوري وسفيان بن عيينة وغيرهم ، وروى عنه ابنه محمد ، وحفيده أحمد بن محمد ويحيى بن معين وابن أبي شيبة وأبو خيثمة وعبد الرحمن بن مهدي وخلق كثير . ولد في أول سنة ١٢٠هـ ومات سنة ١٩٨هـ ، كان من سادات أهل زمانه حفظًا وورعًا وفهمًا وعلمًا ، وهو الذي مهد لأهل العراق رسم الحديث وأمعن في البحث عن الثقات وترك الضعفاء . انظر العبر (١/٢٥٥) ، البداية والنهاية (١٠/٢٤٤) ، تهذيب التهذيب (١١/١٩٠ - ١٩٣) .

(٤) انظر هذه العبارة المذكورة في تاريخ بغداد (١٠/٣٩٥) والسنن الكبرى (٦/١٠٧) والحاوي الكبير (٧/٢٣٠) قال الخطيب البغدادي : سئل أبو زكريا يحيى بن معين عن حديث عطاء عن جابر عن النبي ﷺ في الشفعة قال : هذا حديث لم يحدث به أحد ، فقد أنكره عليه الناس ولكن عبد الملك ثقة صدوق لا يرد على مثله . قلت له : تكلم شعبة فيه ؟ قال : نعم ، قال شعبة : لو جاء عبد الملك بآخر مثل هذا الحديث لرميته بحديثه .

(٥) هو أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي روى عن أبيه وأبي إسحاق الشيباني وحماد ابن أبي سليمان ومحارب بن دثار وغيرهم ، وروى عنه شعبة وابن معين وأبي عاصم وغيرهم ، وهو أمير =

الصحيح[١] عنه مسلم بن الحجاج ، وإنما تكلموا في عمه محمد بن عبد اللَّه الغرزمي[٢] ذكره ابن مروان[٣] ، وقال سفيان : هو حافظ ثقة[٤] ، وإنما هو مذهب يحيى[٥] وشعبة ألا يقبلا ما انفرد الواحد حتى يرويه عنه فتوقفا في هذا الخبر لانفراده به ، مع روايتهما عنه وشهادتهما بحفظه ، ومتى قدحا بعلة فاسدة عند الفقهاء ، لم يلتفت إلى قدحهما ، ولو أسقطنا ما انفرد به الواحد سقط أكثر أحاديث الفقه .

١٦٧٣٣ – قالوا : فأنتم لا تقولون بالخبر ؛ لأن الجار تجب له الشفعة إذا كان غائبًا ،

= المؤمنين في الحديث ، ولد سنة ٩٧ هـ وتوفي بالبصرة سنة ١٦١هـ له من الكتب : كتاب الجامع الكبير ، وكتاب الجامع الصغير وكتاب الفرائض وغيرها . تهذيب التهذيب (٩٩/٤ - ١٠٢) ، الفهرست ص٣١٤ ، تهذيب الكمال (٣٢٨/١٨) . قال يعقوب بن سفيان : حدثنا أبو نعيم قال حدثنا سفيان أن عبد الملك بن أبي سليمان العرزمي ثقة متقن فقيه ، وقال في موضع آخر : عبد الملك بن أبي سليمان فزاري ثقة بل هو من حفاظ الناس عند سفيان الثوري . انظر سير أعلام النبلاء (١٠٧/٦) ، تهذيب الكمال (٣٢٨/١٨) .

(١) انظر كتاب رجال صحيح مسلم لأبي بكر بن منجويه (٤٣٥/١) .

(٢) هو أبو عبد الرحمن محمد بن عبيد اللَّه بن أبي سليمان الفرازي الكوفي العرزمي ابن أخ عبد الملك بن أبي سليمان . روى عن عطاء بن أبي رباح وعطية العوفي ومكحول ونافع وغيرهم . وروى عنه ابنه عبد الرحمن وشعبة والثوري وشريك وأبو الأحوص وغيرهم . قال عبد اللَّه بن أحمد عن أبيه : ترك الناس حديثه ، وقال ابن معين : ليس بشيء ولا يكتب حديثه ، قال وكيع : كان العرزمي رجلًا صالحًا ذهبت كتبه ، فكان يحدث للحفظ فمن ذلك أتي بالمناكير . وقال الدارقطني : هو ضعيف الحديث ، قال الخطيب : أساء شعبة في اختياره لمحمد وتركه عبد الملك ؛ لأن محمد بن عبيد اللَّه لم يختلف أئمة الحديث في ذهاب حديثه وسقوط روايته ، توفي في خلافه أبي جعفر المنصور ، كأنه مات سنة ١٥٥هـ . تهذيب التهذيب ٢٨٧/٩ وتهذيب الكمال (٤١/٢٦ - ٤٤) ميزان الاعتدال في نقد الرجال (٦٣٥/٣ - ٦٣٧) والتاريخ الكبير (١٧١/١) يلاحظ وما قاله الإمام القدوري محل نظر ؛ لأن الذي تكلموا فيه هو محمد بن عبيد اللَّه ابن أخ عبد الملك وليس عمه كما ذكر الإمام القدوري في تجريده .

(٣) هو الإمام الحافظ أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الرحمن بن عبد الملك القرشي المعروف بابن مروان ، سمع من ربيع المرادي ومحمد بن عبد الحكم ويونس بن عبد الأعلم وغيرهم ، وحدث عنه خلق كثير ، ومات في رجب سنة ٣١٩هـ . انظر سير أعلام النبلاء (٦٢/١٥) مختصر تاريخ دمشق (٧٥/٤) وتذكره الحفاظ (٨٠٥/٣) والعبر (٤/٢) ، شذرات الذهب (٢٨١/٢) .

(٤) روى عبد اللَّه بن مبارك عن سفيان الثوري قال : حفاظ الناس إسماعيل بن أبي خالد وعبد الملك بن أبي سليمان ويحيى بن سعيد الأنصاري . انظر سير أعلام النبلاء (١٠٧/٦) .

(٥) طعن شعبة في عبد الملك بنسبة هذا الحديث إليه لا يقدح فيه فإنه ثقة ، وشعبة لم يكن من الحذاق في الفقه فيجمع بين الأحاديث إذا ظهر تعارضها ، وإنما كان حافظًا ، وغير شعبة إنما طعن فيه تبعًا لشعبة ، وقد احتج بعبد الملك مسلم في صحيحه واستشهد به البخاري . البناية على الهداية (٤٥٥/٨) .

وإن لم يكن طريقهما واحدًا ؟ .

١٦٧٣٤ - قلنا : تعليق الحكم بالشرط لا يدل على نفى ما عداه ، وبهذا ورد القرآن في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَـٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا ﴾ (١) .

١٦٧٣٥ - ويدل عليه ما روى [أبو] رافع بن خديج (٢) ﷺ أن النبي ﷺ قال : « الجار أحق بصقبه ما كان » (٣) وروى عمرو بن شريك (٤) ....

---

(١) سورة النور : الآية ٣٣ .

(٢) في جميع النسخ : رافع بن خديج ، والصواب أنه أبو رافع كما جاء في كتب السنة . وترجمة رافع بن خديج أنه هو رافع بن خديج الأنصاري الأوسي الصحابي الجليل ، كان عريف قومه بالمدينة وشهد أحدًا والخندق وله ٧٨ حديثًا ، توفي بالمدينة متأثرًا من جراحة له سنة ٧٤هـ . انظر الإصابة (٤٣٦/٢) والاستيعاب (٤٧٩/١) والأعلام (١٢/٣) وشذرات الذهب (٨٢/١) . أما أبو رافع : فهو أبو رافع القطبي مولي رسول اللَّه ﷺ يقال اسمه إبراهيم : قيل : كان مولي العباس بن عبد المطلب فوهبه للنبي ﷺ فأعتقه لما بشر بإسلام العباس بن عبد المطلب ، كان إسلامه قبل بدر ولم يشهدها ، وشهد أحدًا وما بعدها ، روى عن النبي ﷺ وعن عبد اللَّه بن مسعود . وروى عنه أولاده رافع والحسن وعبيد اللَّه والمغيرة وأحفاده الحسن وصالح وعبيد اللَّه وعطاء ابن يسار وعمرو بن شريد وآخرون قال الواقدي : مات أبو رافع بالمدينة قبل عثمان بيسير أو بعده ، وقال ابن حبان : مات في خلافة على بن أبي طالب وهو الصواب . انظر الإصابة (١٣٤/٧ - ١٣٥) ط دار النهضة ، أسد الغابة (١٠٦/٦ - ١٠٧) .

(٣) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه كتاب الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم ، وإذا وقعت الحدود فلا شفعة (١١٥/٣) وروي أبو داود في سننه (٢٨٦/٣) رقم ٣٥١٦ كتاب البيوع باب الشفعة عن عمرو بن شريد عن أبي رافع . وأخرجه الدارقطني في سننه : كتاب الأقضية والأحكام (٢٢٢/٤ - ٢٢٣) والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٥/٦) وأحمد بن حنبل في مسنده (٣٨٩/٥) وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب البيوع والأقضية (١٦٤/٧ - ١٦٥) رقم ٢٧٦١ وأبو يوسف في كتاب الآثار عن أبي رافع ص١٦٧ رقم ٧٦٧ والإمام أبو حنيفة في مسنده برواية الإمام الحصكفي ص٢٦ كتاب الشفعة ط المطبعة النموذجية . السقب بالسين والصاد في الأصل القرب يقال : سقبت الدار وأصقبت إذا قربت . انظر لسان العرب (٢٠٣٦/٣) مادة سقب ، وانظر هذا الدليل في المبسوط (٩٠/١٤ - ٩١) وتبيين الحقائق (٢٣٨/٥) ، قال السرخسي : روي هذا الحديث بالسين والمراد القرب بالصاد ، والمراد الأخذ والانتزاع يعني لما جعله الشرع أحق بالأخذ بعد البيع فهو أحق بالعرض قبل البيع أيضًا . وهو دليل لنا أن الشفعة تستحق بالجوار ؛ لأنه ذكر اسمًا مشتقًا من معنى ، والحكم متى علق باسم مشتق فذلك المعنى هو الموجب للحكم خصوصًا إذا كان مؤثرًا فيه ، كما في قوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾ من الآية ٣٨ سورة المائدة .

(٤) هكذا في جميع النسخ ، والصواب هو عمرو بن شريد بالدال المهملة . كما ذكر في كتب الأحاديث . وهو أبو الوليد عمرو بن الشريد بن سويد الثقفي الطائفي ، روى عن أبيه شريد وأبي رافع مولي النبي ﷺ وصالح بن دينار وغيرهم . قال العجلي : تابعي ثقة . انظر كتاب التاريخ الكبير (٣٤٣/٦) وتهذيب الكمال =

عن أبيه شريك [١] أن النبي ﷺ قال : « الجار أحق بسقبه » .

١٦٧٣٦ - قيل : يا رسول اللّٰه ما سقبه ؟ قال : « شفعته » [٢] .

١٦٧٣٧ - وروى ابن [٣] عمرو بن شعيب عن عمرو بن شريك [٤] عن أبيه قال : قلت : يا رسول اللّٰه أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قَسْمٌ ، غير أن جدارنا واحد بيعت فقال رسول اللّٰه ﷺ « الجار أحق بسقبه » [٥] .

١٦٧٣٨ - قالوا : حق مجمل لأنه لم يبين الحكم الذى هو أحق ، فيحتمل أحق بالعرض عليه [٦] .

١٦٧٣٩ - قلنا : هذا قد بينه شريك [٧] في خبره حتى قيل : يا رسول اللّٰه ما سقبه / ٩١ قال : « شفعته » . فهذا يدل على أن الحكم المذكور هو الشفعة [لا العرض] [٨] على أن « أحق » تقتضي الوجوب ، والعرض مستحب ، ونحن نستعمله على ظاهره في الوجوب ، وعلى أنه عليه الصلاة والسلام أحق بما قرب منه ، وعندهم أحق بعرض ما

= (٦٣/٢٢ - ٦٤) تهذيب التهذيب (٤٣/٨) وتاريخ الثقات للعجلي (٤٣/٨) .

(١) هكذا في جميع النسخ ، والصواب عن أبيه الشريد كما تقدم . وهو الشريد بن سويد الثقفي له صحبة . روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه ابنه عمرو وعمرو بن نافع الثقفي الطائفي وغيرهما ومات في خلافة يزيد بن معاوية سنة ٦٨هـ قال أبو نعيم : أردفه النبي ﷺ وراءه ، وقيل اسمه مالك وفد على النبي ﷺ فسماه الشريد وشهد بيعة الرضوان ، قال البغوي سكن الطائف والمدينة وله أحاديث . انظر تهذيب الكمال (٤٥٨/١٢ - ٤٥٩) وتهذيب التهذيب (٢٩٢/٤) والإصابة (٤٤٠/٣ - ٤٤١) والتاريخ الكبير (٢٥٩/٤) والاستيعاب (٧٠٨/٢) .

(٢) أخرجه النسائي في سننه كتاب الشفعة عن عمرو بن شريد عن أبي رافع قال : قال رسول اللّٰه ﷺ : « الجار أحق بسقبه » أن رجلاً قال : يا رسول اللّٰه ، أرضي ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة إلا الجوار ، فقال رسول اللّٰه ﷺ : « الجار أحق بسبقه » . انظر سنن النسائي (٣٢٠/٧) رقم ٤٧٠٢ - ٤٧٠٣ ونصب الراية في أحاديث الهداية (٤٢١/٥) .

(٣) هكذا في جميع النسخ الثلاثة والصواب عن لأن الراوي هو عمرو بن شعيب وليس ابن عمرو بن شعيب كما في (ن) .

(٤) هكذا في جميع النسخ ، والصواب أن يكون (الشريد) كما تقدم .

(٥) انظر سنن النسائي كتاب الشفعة وأحكامها (٣٢٠/٧) فقد روي أن أبا رافع كان جارًا لسعد بن أبي وقاص ولم يكن شريكًا له ؛ لأنه كان يملك شقصًا شائعًا من مَنزل سعد . انظر سبل السلام (٩١٢/٣) ، فتح الباري (٣٤٤/٥) .

(٦) انظر الحاوي الكبير (٢٣٠/٧) .

(٧) هكذا في جميع النسخ والصواب الشريد كما سبق .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

قرب منه ، ومتى استعمل اللفظ بغير حدف [١] كان أولى .

١٦٧٤٠ - قالوا : الجار يُعَبر به عن الشريك والحادث والناصر والحليف والزوجة [لاشتراكهما في العقد ، الدليل عليه أن : حمل بن مالك [٢] قال : كنت] [٣] بين [جارتين] [٤] يعنى زوجتين [٥] قال : الأعشى [٦] : يا جارتي بيني فإنك طالق [٧] .

١٦٧٤١ - قلنا : هذا غلط ، لأن في الحديث ما يمنع منه ، وهو قوله : أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم غير أن جدارنا ، وهذا خاص في الجار ، ثم هو غلط في اللغة ، قال ابن درستويه [٨] .

١٦٧٤٢ - وهذا ظاهر العصبية للشافعي ، والجار من جاورك في المسجد ومن

---

(١) في (ع) ، (م) : [حدث] .

(٢) هو حمل بن مالك بن النابغة الهذيلي أبو فضلة ، له صحبة ، روى عن النبي ﷺ في قصة الجنين ، وليس له عندهم غيره ، وروى عنه عبد الله بن عباس ، وذكر أبو ذر الهروي في مستدركه أن عمر بن الخطاب روي عنه أيضًا ، نزل البصرة وله بها دار ، وعاش إلى خلافة عمر . قيل : إنه قتل في عهد النبي ﷺ ، وقال ابن حجر : إنه من الأوهام . انظر التاريخ الكبير (١٠٨/٣) وتهذيب الكمال (٣٤٩/٧) وتهذيب التهذيب (٣٢/٣) والمدخل إلى السنن الكبرى للبيهقي ص٩٣ ط دار الخلفاء للكتاب الإسلامي .

(٣ ، ٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) روي عن ابن عباس عن عمر أنه سأل عن قضية النبي ﷺ في ذلك فقام حمل بن مالك بن نابغة فقال : كنت بين امرأتين فضربت إحداهما الأخري بمسطح فقتلتها وجنينها ، فقضي رسول الله ﷺ في جنينها بغرة وأن تقتل . أخرجه أبو داود في سننه كتاب الديات باب دية الجنين (١٩١/٤) رقم ٤٥٧٢ .

(٦) هو الأعشى الأكبر ، كنيته أبو بصير اسمه ميمون بن قيس بن جندل الأسدي اليماني المعروف بالأعشي الأكبر من شعراء الجاهلية ، وأحد أصحاب المعلقات ولد في قرية باليمامة ، أدرك الإسلام ولم يسلم ، وعمي في آخر عمره . توفي سنة ٧ من الهجرة له ديوان شعر مشهور . انظر هدية العارفين (٤٨٧/٦) ، معجم المؤلفين (٦٥/١٣) .

(٧) انظر هذا الحديث في ديوان الأعشى من بحر الكامل يخاطب زوجته بعد ما طلقها فقال :

يا جارتي بيني فإنك طالق ... كذلك أمور الناس غاد وطارقة

بيني فإن البين خير من العصا ... وإلا تزال فوق رأسك بارقة

انظر ديوان الأعشى ص١١٧ ط دار الكتب العلمية بيروت . انظر هذا الاعتراض في الحاوي الكبير (٢٣١/٧) .

(٨) هو أبو محمد عبد الله بن جعفر بن درستويه المرزبان الفارسي النحوي ، كان شديد الانتصار للبصريين ، ولد سنة ٢٥٨هـ وتوفي سنة ٣٤٧ من مؤلفاته : كتاب الإرشاد في النحو ، وشرح كتاب الجرمي ، وكتاب الجهاد ، وتصحيح الفصيح ، وغريب الحديث ، وأدب الكاتب ، والمذكر والمؤنث ، والمقصور والممدود ، والمعاني في القراءات . انظر بغية الوعاة (٣٦/٢) والبداية والنهاية (٢٣٣/١١) وشذرات الذهب (٣٧٥/٢) وسير اعلام النبلاء (٥٣١/١٥) تاريخ بغداد (٤٢٨/٩ - ٤٢٩) الفهرست ص٩٣ - ٩٤ .

استجارك في الأمر ، ومن هذا قيل للزوجة جارة ؛ لأنها تجاور زوجها في البيت [١] كما قال الأعشى :

* يا جارتي بينى فإنك طالق *

١٦٧٤٣ - وزعم الشافعى أن الجار هو الشريك ، واحتج بهذا البيت [٢] وهو غلط منه ، والعرب لا تسمي الشريك [٣] جارًا إلا إذا جاور في المنزل أو استجار ، وزوجة الرجل لا تكون جارة إلا إذا ساكنته ببلده أو قريته أو داره ، فسقط بهذا ما ادعوه على أن أكثر ما في هذا الباب أن اسم الجار يتناول الشريك والجار .

١٦٧٤٤ - والخبر يقتضي وجوب الشفعة لهما ، ومدعي التخصيص يحتاج إلى دلالة .

١٦٧٤٥ - ويدل عليه حديث أبي سعيد الخدري [٤] ﷺ أن النبي ﷺ قال : « الخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من غيره [٥] » .

١٦٧٤٦ - وهذا يدل على أن الشفعة تجب لغير الخليط ، وذكره محمد في الأصل .

١٦٧٤٧ - وقولهم [لفظه] [٦] متناقض ؛ لأن الخليط شفيع ، فكيف نقول الخليط أحق من الشفيع ؟

١٦٧٤٨ - قلنا : [تقديره : أن] [٧] الخليط أحق من الشفيع الذى لأجله يثبت له ، ولا يرد كلام رسول اللّه ﷺ إذا أمكن حمله على الصحة .

(١) انظر لسان العرب (٧٢٢/١ - ٧٢٣) والمصباح المنير (١٥٧/١ - ١٥٨) .
(٢) انظر الحاوي الكبير (٢٣١/٧) . (٣) في (ع) ، (م) ، (ن) : [الصديق] .
(٤) هو الصحابي الجليل أبو سعيد سعد بن مالك بن سنان بن عبيد بن ثعلبة الخدري استصغر بأحد واستشهد أبوه فيها وغزا ما بعدها من المشاهد ، وروى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وغيرهم ، وروى عنه ابن عباس وابن عمر وجابر وغيرهم ، له ١٧٠ حديثًا وأول مشاهده الخندق . توفي يوم الجمعة سنة ٧٤هـ ودفن بالبقيع . انظر الإصابة (٥٣/٢) وأسد الغابة (٢١٣/٢) والاستيعاب (٦٠٢/٢) .
(٥) انظر نصيب الراية مع الهداية بعناية أيمن صالح شعبان (٤٢٣/٥) قال الزيلعي : حديث غريب وقال : إن حديثه لا يعرف ، وإنما المعروف ما رواه سعيد بن منصور عن عبد اللّه بن المبارك عن هشام بن المغيرة الثقفي قال : قال الشعبي : قال رسول اللّه ﷺ : « الشفيع أولى من الجار ، والجار أولى من الجنب » وفي مصنف عبد الرزاق (٧٨/٨) رقم ١٤٣٨ قال : أخبرنا معمر عن أيوب عن الشعبي وابن سيرين عن شريح قال : الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق ممن سواء ، وكذلك روى ابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٧/٧) عن معاوية عن عاصم عن الشعبي عن شريح برقم ٢٧٦٧ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٦٦/٢) .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) وفي (ص) : [لعله] والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

١٦٧٤٩ - ويدل عليه أنه سبب يملك به الثمن ، فلا يختص بالمبتاع [1] ، وجاز أن يملك به ابتداء ، ما لم يعلم فيه إشاعة ، أصله البيع .

١٦٧٥٠ - ولا يلزم القيمة ؛ لأنها لا تملك بها ابتداء .

١٦٧٥١ - فإن قالوا : نقول بموجبه إذا بيع الشقص فقسم القاضى على الشريك الغائب ثم حضر أخذ بالشفعة النصيب المقسوم .

١٦٧٥٢ - قلنا : قد علمنا المشاع فيما قبل القسمة ، ولأن كل سبب جاز أن يملك به بعض الدار ابتداء جاز أن يملك به جميعها أصله البيع والصلح [2] .

١٦٧٥٣ - ولا يلزم القسمة ؛ لأنها لا يملك بها ابتداء ، ولأنه قد يملك بالقسمة جميع الدار إذا قسم الدار [3] بعضه في بعض بالتراضي .

١٦٧٥٤ - ولأنه سبب لنقل الملك فلا يختص بالمشاع كالبيع .

١٦٧٥٥ - ولا يلزم القيمة ؛ لأنها لا تنقل الملك ، وإنما وضعت [4] ليتميز أحد الملكين من الآخر

١٦٧٥٦ - ولأن الجار يستحب عرض الملك عليه عند البيع ، فوجب أن يستحق الشفعة كالشريك [5] ، ولأنه يخاف التأذي على وجه الدوام ، فوجب أن يستحق الشفعة بسبب ملكه كالشريك .

١٦٧٥٧ - فإن قيل : إن أردتم التأذي بالباطل ، فهذا موجود في المحاذي ، وإن أردتم التأذي بالحق فذاك معنى واجب فلا نريد به التأذي بالمضاربة فيما يجوز للجار أن يسامح له ، ويجوز له أن يمنع منه ، كوضع الخشبة على الحائط والمنع من التعلية .

١٦٧٥٨ - فإن قيل : يبطل بالموصى له بالسكنى أبدًا .

---

(١) في (ن) : [بالمشاع] .

(٢) الصلح لغة : من المصالحة أي المسالمة وهي خلاف المخاصمة ، وقد صالح فلانًا وتصالح القوم بينهم وقد اصطلحوا وصالحوا ، وقوم صلوح متصالحون ، كأنهم وصفوا بالمصدر وفي الاصطلاح : عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم . انظر لسان العرب (٢٤٧٩/٤) مادة صلح وطلبة الطلبة ص٢٩٤ ، المصباح المنير (٤٧٢/١) . والاختيار لتعليل المختار (٢٣٨/٢) .

(٣) في (ع) ، (م) ، (ن) : [العقار] وكلاهما صواب .

(٤) هكذا في (ع) وفي باقي النسخ وصفت والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٥) انظر المبسوط (٩١/١٤) .

١٦٧٥٩ - قلنا : لا يخاف التأذي به على وجه الدوام ؛ لأن حقه يسقط بموته .

١٦٧٦٠ - ولا يلزم الهبة والخلع ، لأنا عللنا أن هذا الضرر من الضرر الذي يستحق به الشفعة ولم يتعلق بالأسباب التي (١) [لا] يتعلق بها .

١٦٧٦١ - فإن قيل : يبطل بالوقف .

١٦٧٦٢ - قلنا : ذكرنا أنه يستحق بسبب ملكه ، ولا ملك له .

١٦٧٦٣ - فإن قيل : المعنى في الشريك [أن التأذي بالشركة لا يزول إلا بالشفعة والتأذي بالجوار يرتفع بالسلطان .

١٦٧٦٤ - قلنا : إذا فسرنا الضرر بما حددنا لم يرتفع ذلك الضرر بالسلطان .

١٦٧٦٥ - فإن قيل : المعنى في الشريك] (٢) الضرر الذي في الشركة من اشتراك الأيدي ، ودخول كل واحد منهما إلى ملك صاحبه ، وما يلزمهما من مؤنة المقاسمة في النماء والغلة والثمرة .

١٦٧٦٦ - قلنا : هذا تعليل لعلتنا وزيادة أوصاف ولا يصح . ولأن هذه العلة تقتضي تساوي الشريك والجار في الضرر ، ولإثبات مزية في الشركة وهذا يوجب تقديم حق الشريك وأما اختصاصه مع المشاركة في الضرر فلا .

١٦٧٦٧ - فأما اعتبار أجرة القسام فلا يصح ؛ لأن الشفعة لو وجبت لذلك لم يختص العقار .

١٦٧٦٨ - لأن الأجرة تلزمه في كل ملك مشترك .

١٦٧٦٩ - ولأن الأجرة تلزم بالمطالبة عندنا (٣) ؛ فلا نسلم أن من لم يطالب يستضر . ويدل عليه أن كل شركة تفضي إلى مجاورة تتعلق بها الشفعة ، وهي الشركة في العقار ، وكل شركة لا تفضي إلى مجاورة لا تتعلق بها الشفعة .

١٦٧٧٠ - فدل على أن تأثير المجاورة في الشفعة ؛ فوجب أن يتعلق بها .

١٦٧٧١ - فإن قيل : هذا يقتضي أن يكون الجار أولى من الشريك ، لأن العلة إذا وجدت فحكمها أقوى منها قبل وجودها .

---

(١) هكذا في (م) وفي باقي النسخ لأسباب الذي وقد زدنا ما بين المعكوفتين للسياق . والصواب ما أثبتناه كما في (م) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٣) انظر تبيين الحقائق (٢٤٠/٥) .

١٦٧٧٢ - قلنا : لا يمتنع أن تكون المجاورة أقوى ، ويتقدم غيرُها ، كما أن النسب أقوى في استحقاق الميراث من الزوجية على السبب [(١)] .

١٦٧٧٣ - فإن قيل : إذا كانت الدار بين جماعة فكل واحد منهم شفيع ، وشركته لا تفضي إلى المجاورة ؛ لأنها إذا قسمت حال نصيب كل واحد بين اثنين .

١٦٧٧٤ - قلنا : جواز المجاورة موجودة قبل القسمة فأثرت هذه العلة لتجويز وجودها .

١٦٧٧٥ - وهذا يدل على ما عداها .

١٦٧٧٦ - احتجوا : بما روى مالك [(٢)] عن الزهري عن سعيد بن المسيب [(٣)] وأبي سلمة [(٤)] ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه قال : « الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » [(٥)] .

---

(١) في (ع) ، (م) : [كما أن المسيب أقوي في استحقاق الميراث من الزوجية على المسيب] .

(٢) هو الإمام أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي نسبة إلى بطن من حمير يقال له ذو أصبح الفقيه المدني إمام دار الهجرة . ولد سنة ٩٣هـ وسمع نافعا والزهري وطبقتهما ، له من الكتب كتاب الموطأ ورسالته إلى الرشيد رواها أبو بكر بن عبد العزيز من ولد عمر بن الخطاب توفي رحمه الله سنة ١٧٩ في ١٤ ربيع الأول في خلافة هارون الرشيد ودفن بالبقيع . انظر الديباج المذهب (٦٣/١) وشذرات الذهب (٢٩٨/١) والعبر (٢١٠/١ - ٢١١) ومرآة الجنان (٣٧٣/١ - ٣٧٤) والفهرست (٢٨١ ١٠/٥ - ٨) .

(٣) هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب القرشي المخزومي التابعي الكبير . روى عن أبي بن كعب وأنس بن مالك وجابر وحسان وزيد وسعد بن أبي وقاص وصهيب وعبد الله بن عمرو بن العاص وعثمان وعلي وأبي ذر الغفاري وأبي سعيد الخدري وغيرهم ، وروى عنه خلق كثير منهم زيد بن أسلم وأبو الزناد وابنه محمد ومحمد بن شهاب الزهري ، قال الواقدي : مات سنة ٩٤هـ وهو ابن ٧٥ سنة . وقال أبو نعيم : مات سنة ٩٣هـ كان من أفقه التابعين . انظر سير أعلام النبلاء (٢١٧/٤ - ٢٤٦) وتهذيب الكمال (٦٦/١١ - ٧٥) ، تهذيب التهذيب (٧٤/٤ - ٧٧) .

(٤) هو التابعي الكبير أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف القرشي الزهري المدني قيل : اسمه عبد الله ، وقيل : إسماعيل ، وقيل : اسمه كنيته . روى عن أسامة بن زيد وأنس بن مالك وجابر بن عبد الله وحسان بن ثابت ورافع بن خديج وزيد بن ثابت والشريد بن سويد وعبد الله ابن عباس وأبيه عبد الرحمن وغيرهم . وروى عنه أبو الزناد وعروة بن الزبير ومحمد بن مسلم بن الشهاب الزهري وغيرهم . كان ثقة فقيهًا كثير الحديث توفي سنة ٩٤ بالمدينة وهو ابن ٧٢ سنة وقيل غير ذلك في تاريخ وفاته . انظر تهذيب التهذيب (٢١٤/٤) ، العبر (١١٢/١) ، البداية والنهاية (١١٦/٩) . وسير أعلام النبلاء (٢٨٧/٤ - ٢٩٢) .

(٥) روى الإمام مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف : أن رسول الله ﷺ قضى فيما لم يقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه . انظر الموطأ للإمام مالك (٣١٧/٢) كتاب الشفعة ، باب ما تقع فيه الشفعة ، والبخاري في الصحيح (١١٤/٣) كتاب =

١٦٧٧٧ – ورواه عاصم النبيل [١] عن مالك بسند : عن أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ [٢] .

١٦٧٧٨ – وروى الترمذي عن أبي سلمة عن جابر قال : إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة [٣] .

وروى ابن جريج [٤] عن أبي الزبير [٥] عن جابر أنه قال : قضى رسول الله ﷺ

= الشفعة والشافعي في مسنده (١٦٤/٢) رقم ٥٧١ كتاب الشفعة والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٣/٦) كتاب الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم ، فقال : هكذا رواه مالك بن أنس في الموطأ مرسلًا ، وقد روى ذلك عنه من أوجه آخر موصولًا بذكر أبي هريرة فقال : حدثنا مالك عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة ابن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » . انظر أيضًا التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر (٣٨/٧) تحقيق عبد الله بن الصديق مؤسسة القرطبة . وانظر هذا الدليل في بداية المجتهد) ٢٥٦/٢) والحاوي الكبير (٢٢٦/٧ – ٢٢٨) والمهذب (٣٧٧/١) والمغني مع الشرح الكبير (٤٦٢/٥) .

(١) هو أبو عاصم الضحاك بن مخلد بن الضحاك الشيباني النبيل البصري . ولد سنة ١٢٢هـ وروى عن يزيد بن أبي عبيد وجعفر الصادق وشعبة والأوزعي وسفيان ومالك وخلق كثير ، وروى عنه البخاري وإسحاق بن راهويه وغيرهما ، قال يحيي بن معين : ثقة . وقال العجلي : أيضًا : إنه ثقة كثير الحديث له فقه . توفي سنة ٢١٢هـ . انظر تهذيب الكمال (٢٨١/١٣) وتهذيب التهذيب (٣٩٥/٤ – ٣٩٧) وسير أعلام النبلاء (٤٨٠/٩) .

(٢) السنن الكبرى (١٠٣/٦ – ١٠٤) والتمهيد (٣٩/٧) .

(٣) الجامع الصحيح للترمذي (٦٤٤/٣) رقم ١٣٧٠ كتاب الشفعة باب ما جاء إذا حدت الحدود ووقعت السهام فلا شفعة . عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح .

(٤) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج القرشي الأموي ، روى عنه أبان بن صالح البصري وإسماعيل ابن محمد بن سعد بن أبي وقاص وجعفر الصادق ، وحدث عن عطاء وعن أبي مليكة ونافع وطاووس والزهري وعبيد الله بن أبي يزيد ، وروى عنه الأوزاعي والليث والسفيانان ويحيى بن سعيد القطان والحسن البصري وسالم بن نوح وغيرهم . مات على الراجح سنة ١٥٠هـ وهو أول من دون العلم بمكة . عاش سبعين سنة . تهذيب الكمال (٣٣٨/١٨ – ٣٥٤) وسير أعلام النبلاء (٣٢٥/٦ – ٣٣٦) ، تهذيب التهذيب (٣٥٧/٦ – ٣٦٠) .

(٥) هو أبو الزبير محمد بن مسلم بن تدرس القرشي الأسدي المكي روى عن جابر بن عبد الله وسعيد بن جبير وطاووس بن كيسان وعبد الله بن الزبير وعبد الله بن عمرو بن العاص وغيرهم ، وروى عنه عطاء والزهري وهشام بن عروة وشعبة والسفيانان والليث ومالك وغيرهم ، قال يحيى بن معين والنسائي وجماعة : إنه ثقة ، وقال أبو زرعة الدمشقي وأبو حاتم الرازي والبخاري : لا يحتج به ، مات سنة ١٢٨هـ . انظر تهذيب الكمال (٤٠٢/٢٦ – ٤١١) وسير أعلام النبلاء (٣٨٠/٥ – ٣٨٦) ، تهذيب التهذيب (٣٩٠/٩) .

بالشفعة في كل شرك لم يقسم : ربعةً ، أو حائطًا لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه ؛ فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به [(١)] .

١٦٧٧٩ - قالوا : والاحتجاج بالخبر أنه ذكر الألف واللام ، وهما للعهد أو للجنس ، ولا عهد فلم يبق إلا الجنس .

١٦٧٨٠ - والثاني : دليل الخطاب ، لأن العقد مقسوم وغير مقسوم ، فإذا علق الحكم بإحدى صفتيه دل على نفي ما عداها .

١٦٧٨١ - قالوا : وآخر الخبر دليل ، لأنه قال : فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وهذا يقتضي نفي الشفعة في المقسوم [(٢)] .

١٦٧٨٢ - الجواب : أما حديث مالك الذي ابتدأوا به فهو خبر الموطأ [(٣)] . ولفظه : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم » [(٤)] . وخبر جابر ذكره أبو داود وذكر فيه : قضى رسول الله ﷺ] [(٥)] وهذا يقتضي الفعل ولا عموم لفعله حتى يستدل به . وإنما بين أنه حكم بالشفعة فيما لم يقسم وحكمه بالشيء لا يدل على تخصيص الحكم بما قضى فيه .

١٦٧٨٣ - وقد يستعمل قضى بمعنى أمر [(٦)] ، لأن اللفظ إذا احتمل الأمرين يسقط

---

(١) رواه الإمام مسلم في صحيحه عن ابن جريج عن أبي الزبيرعن جابر ، قال : قضي رسول الله ﷺ : إلى آخر الحديث في كتاب المساقاة باب الشفعة (١٢٢٩/٣) وأبو داود في سننه كتاب البيوع باب الشفعة (٢٨٥/٣) رقم ٣٥١٣ والإمام البيهقي في السنن الكبرى (١٠٤/٦) وعبد الرزاق في مصنفه (٨٢/٨) كتاب البيوع باب الشفيع يأذن قبل البيع رقم ١٤٤٠٣ وابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٨/٧) كتاب البيوع والأقضية

(٢) انظر الحاوي الكبير (٢٢٨/٧ - ٢٢٩) .

(٣) هو كتاب الموطأ للإمام مالك كتاب قديم ومشهور قصد جمع الصحيح من الأحاديث لكن لا على اصطلاح أهل الحديث ؛ لأنه يروى المراسيل ، وقد قام كثير من العلماء بشرحه وتلخيصه ، قال ابن حزم : هو كتاب في الفقه والحديث ولا أعلم نظيره . انظر كشف الظنون (١٩٠٧/٢ - ١٩٠٨) .

(٤) انظر كتاب الموطأ (٧١٣/٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . انظر سنن أبي داود (٢٨٥/٣) رقم ٣٥١٣ - ٣٥١٤ ، وهما عن جابر بن عبد الله الأول قال : قال رسول الله ﷺ : « الشفعة في كل شرك ربعة أو حائط . . إلخ » والثاني : قال : إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

(٦) القضاء يأتي لمعانٍ كثيرة ومنها الحكم ، والجمع أقضية ، قال الزهري : القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه ، وكل ما أحكم عمله أو أتم أو ختم أو أدى أداء أو أوجب أو مضي فإن القضاء يأتي بمعنى الخلق لقوله تعالى ﴿ فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ فِى يَوْمَيْنِ ﴾ من سورة فصلت من الآية ١٢ أي خلقهن . والقضاء يأتي بمعنى العمل لقوله تعالى في سورة طه : ﴿ فَٱقْضِ مَآ أَنتَ قَاضٍ ﴾ الآية ٧٢ أي فاعمل =

التعلق به فلم يكن لهم واحد من الخبرين حجة ، لا من حيث اللفظ ، ولا من حيث الدليل . لأن الفعل لا دليل له ، وأما آخر الخبر وهو قوله : فإذا وقعت الحدود فلا شفعة : فليس من كلام النبي ﷺ ؛ لأن الرجل حكى أنه فعل القضاء ، وهذا إخبار عن حكم ماض .

١٦٧٨٤ - وقوله : فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق ، بيان حكم مستقل ، ولا يكون معطوفًا على الأول ، فتعين أن يكون قول واحد من الرواة ، فلا يُحْتجّ به [١] .

١٦٧٨٥ - ولأن القول لايعطف على الفعل ، فأما الذى ادعوه من قوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة فيما لم يقسم » لم يدخل في واحد من الخبرين .

١٦٧٨٦ - ولا يلزم الكلام عليه أنه يجوز ثبوته غير مقسوم [٢] اقتضى وجوب الشفعة للجار فيما لم يقسم ، وإذا باع الرجل بعض داره وجبت الشفعة لجاره فيما باعه وهو غير مقسوم ؛ فصار الخبر دليلًا عليهم من هذا الوجه .

١٦٧٨٧ - فإن قيل : الشفعة فيما لم يقسم أراد به الشريك .

١٦٧٨٨ - قلنا : هذا تخصيص بغير دليل .

١٦٧٨٩ - قالوا : قد بين ذلك بقوله : لا يحل أن يبيعه حتى يوجد شريكه ، ويبينه

= ما أنت عامل . والقضاء يأتي بمعنى الأمر أيضًا لقوله تعالى : ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ ﴾ أي أمر ربك . وقد يكون بمعنى الفراغ تقول : قضيت حاجتي وقضيت ديني ، وقد يأتي بمعنى العهد كقوله تعالى في سورة الإسراء : ﴿ وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ فِى ٱلْكِتَٰبِ ﴾ الآية ٤ أي عهدنا وغير ذلك من المعاني . انظر لسان العرب (٣٦٦٥/٥) مادة قضى والمصباح المنير (٦٩٦/١) .

(١) نقل ابن القيم عن أبي بكر بن محمد بن عمر بن حزم عن عثمان بن عفان أن قوله : إذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها ، وهذا قول ابن العباس وقد نقل ابن حجر في تلخيص الحبير (٥٦/٣) وفي فتح الباري (٣٤٣/٥) حكاية عن أبي حاتم في العلل عن أبيه أنه قال : إن قوله (إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) من قول جابر ، والمرفوع إلى قوله ﷺ « لم يقسم » ثم قال : فيه نظر ؛ لأن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه حتى يثبت الإدراج بدليل ، وقد نقل صالح بن أحمد عن أبيه أنه رجح رفعها ، وقال الإمام ابن حزم ردًا على من يقول بأنه قول الراوي : من عظيم إقدام المتاخرين في زمانهم وأديانهم وعند الله قول بعضهم في الثابت عن رسول الله ﷺ من قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، إن هذا اللفظ ليس من كلام النبي ﷺ ، فليت شعري أين وجدوا هذا ومن أخبرهم ؟ والقوم قد رزقهم الله من استسهال الكذب في الدين حظًا وافرًا نعوذ بالله من مثله . انظر المحلى (١٠٤/٩) وأعلام الموقعين (١٤٦/٢) .

(٢) هكذا في (د) وفي باقي النسخ يثبت أما كلمه غير مقسوم فساقطة من (ص) ، (ع) ، (م) .

بآخر الخبر ؛ لأنه نفى الشفعة إذا وقعت الحدود [1] .

١٦٧٩٠ - قلنا : قد بينا أن الخبر إذا كان بيانًا لقضاه رسول الله ﷺ فيما يعد قول الراوي إما جابر أو من بعده ، فلا يختص به عموم اللفظ الذي رووه ، ثم إذا أوجبنا الشفعة بالخبر للجار إذا باع جاره نصف داره فليس هناك شريك حتى يحمل الخبر عليه .

١٦٧٩١ - وأما قولهم : قد نفى بآخر الخبر فسيجيء الكلام عليه .

١٦٧٩٢ - وجواب آخر : وهو أن جنس الشفعة عندنا يتعلق بما لم يقسم ؛ لأن الجار متى لم يكن بينهما طريق فالحد الفاصل بين الملكين مشترك بينهما ، فيجب للجار الشفعة في ذلك الجزء ، فكل من أوجبها في ذلك أوجبها في بقية الدار .

١٩/ب **١٦٧٩٣** - فقد قلنا بموجب دعواهم وجعلنا خبر الشفعة / مختصًا بما لم يقسم .

١٦٧٩٤ - وأما دليل الخطاب [2] فنحن لا نقول به ، ثم مخالفنا يسقط الشفعة في المقسوم من الدار بدليل الخطاب ، ومع [3] ذلك الخبر الفاصل المشترك ، ونحن نوجب الشفعة من ذلك الخبر بنطق [4] الخبر ونتبعه [5] بقية الدار فتساوينا في ذلك بل نحن أولى ؛ لأنا احتججنا بالنطق المجمع على وجوب العمل به .

١٦٧٩٥ - وقالوا : بالدليل المختلف فيه ، فأما خبر الزهري عن أبي سلمة عن جابر قال : « إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم » .

١٦٧٩٦ - قالوا : [وإنما] للحصر وتحقيق ما يتناوله اللفظ ونفى ما عداه [6] ، لقوله

---

(١) انظر المغني في الحاوي الكبير ٢٢٩/٧ .

(٢) وهو مفهوم الموافقة إذا كان موافقًا للمنطوق في الإيجاب والسلب ، كدلالة قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ ﴾ الآية ٢٣ من سورة الإسراء على تحريم ضرب الأبوين ؛ لأن الضرب أعظم من الأف ، فمن باب أولى أن يحرم الضرب ، ودلالة قوله تعالى : ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ٱلرَّفَثُ ﴾ من الآية ١٨٧ من سورة البقرة التي تدل على صحة الصوم جنبًا فيكون حجة ويسمى أيضًا فحوى الخطاب ، وتنبيه الخطاب ، ولحن الخطاب ، ومفهوم الموافقة . ودليل الخطاب : لأن الخطاب دل عليه . المنطوق : ما فهم من دلالة اللفظ في محل النطق . والمفهوم : ما فهم من دلالة اللفظ لا في محل النطق . انظر أصول السرخسي (٢٣٦/١ - ٢٤٨) ، الإحكام (٢٠٩/٢ - ٢٣٥) . التمهيد للأسنوي ص٢٤٠ - ٢٤١ ، إرشاد الفحول (٥٦/٢) .

(٣) في (ع) ، (م) : [مع] وهو الصواب أما في (ن) : [يتبع] .

(٤) في (ن) : [بالتعلق] .

(٥) هكذا في (ن) وفي باقي النسخ ويبعه .

(٦) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٢٩/٧) .

تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ ﴾ [١] معناه لا إله إلا اللّٰه .

١٦٧٩٧ - قلنا : إنا قد بينا أنه يدخل للتعظيم أو للتحقيق وهي لتأكيد المذكور ، وإنما لنفي ما سواه ، فلا يدلك عليه قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جُعِلَ ٱلسَّبْتُ عَلَى ٱلَّذِينَ ٱخْتَلَفُوا فِيهِ ﴾ [٢] وقال : ﴿ إِنَّمَآ أَنتَ مُنذِرُ مَن يَخْشَىٰهَا ﴾ [٣] وقال : ﴿ إِنَّمَا تُنذِرُ مَنِ ٱتَّبَعَ ٱلذِّكْرَ ﴾ [٤] الآية ، وقال : ﴿ لِتُنذِرَ قَوْمًا مَّآ أُنذِرَ ءَابَآؤُهُمْ فَهُمْ غَٰفِلُونَ ۝ لَقَدْ حَقَّ ٱلْقَوْلُ عَلَىٰٓ أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ ﴾ [٥] ولو كانت إنما لنفي ما عداها تناقض الكلام . وتعالى اللّٰه عن ذلك .

١٦٧٩٨ - فثبت أنها لا تنفى ما سوى المذكور وإنما تؤكده وقوله : ﴿ إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ ﴾ لم يدل على نفي إله آخر باللفظ وإنما ثبت ذلك بدليل آخر .

١٦٧٩٩ - إن قول الراوي إنما جعل رسول اللّٰه ﷺ الشفعة يحتمل أن يكون قال ذلك ويحتمل فعله وقضى به ، والفعل لا عموم له فوجب التوقف عن ادعاء العموم [٦] كما وجب التوقف في قوله قضى .

١٦٨٠٠ - وجواب آخر : وهو أن قوله الشفعة فيما لم يقسم لو ثبت أنه قوله : لم يخل أن يكون المراد به الشفعة فيما لم يقسم للشريك ولغير الشريك ، أو يكون المراد به الوجه الثاني .

١٦٨٠١ - قلنا : مقتضاه ؛ لأن حق الشفعة ثبت عندنا فيما لم يقسم للشريك وإنما تثبت الشفعة لغيره إذا سقط حقه .

١٦٨٠٢ - وقد قلنا : بموجب ما قالوا وسقط دليل الخطاب على هذه الطريقة ؛ لأن الدليل يصير كأنه قال : لا شفعة للشريك فيما قسم ، وكذلك نقول : إن الشفعة التى أثبتها للشريك لا تثبت إلا فيما لم يقسم وهي الشفعة التي تتقدم على غيرها .

---

(١) سورة النساء : الآية ١٧١ وتكملتها ﴿ سُبْحَٰنَهُۥٓ أَن يَكُونَ لَهُۥ وَلَدٌ لَّهُۥ مَا فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِى ٱلْأَرْضِ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ وَكِيلًا ﴾ .

(٢) سورة النحل : الآية ١٢٤ وتكملتها ﴿ وَإِنَّ رَبَّكَ لَيَحْكُمُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ فِيمَا كَانُوا فِيهِ يَخْتَلِفُونَ ﴾ .

(٣) سورة النازعات : الآية ٤٥ .

(٤) سورة يس : الآية ١١ وتكملتها ﴿ وَخَشِىَ ٱلرَّحْمَٰنَ بِٱلْغَيْبِ فَبَشِّرْهُ بِمَغْفِرَةٍ وَأَجْرٍ كَرِيمٍ ﴾ .

(٥) سورة يس : الآية ٦ ، ٧ .

(٦) عرف العام الآمدي فقال : هو اللفظ الواحد الدال على مسميين فصاعدًا مطلقًا معًا . انظر الإحكام في أصول الأحكام (٥٤/٢) .

١٦٨٠٣ - فأما احتجاج مخالفنا بقوله ﷺ : « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » [١] .

١٦٨٠٤ - فالجواب عنه : أن العقار متى زالت الشركة فيه حتى لم يبق بين الحدين شركة سقطت الشفعة عندنا .

١٦٨٠٥ - والجواب الثاني : أن قوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة فيما لم يقسم » إن كان تقديره الشفعة للشريك فيما لم يقسم ، فقوله عليه الصلاة والسلام : فإذا وقعت الحدود [معناه إذا قاسم خوف الشفعة بطلت شفعته .

١٦٨٠٦ - لأن رضاه بالقسمة إبطال الشفعة فيكون قد نفى في آخر الخبر الشفعة التي أثبتها في أوله .

١٦٨٠٧ - وجواب ثالث : قال إذا وقعت الحدود] [٢] فلا شفعة ، يعني بالقسمة حتى لا يظن ظان أن القسمة إذا كانت تمليكًا من كل واحد من الشريكين للآخر كالتمليك بالبيع .

١٦٨٠٨ - فإن قيل : أول الخبر يقتضي وجوب الشفعة فيما بيع ، وآخره يقتضي نفي ما أثبته أولًا ، وهو سقوط الشفعة في البيع لا في القسمة .

١٦٨٠٩ - قلنا : أول الخبر ما اقتضى الشفعة في البيع ؛ لأنها عندكم تجب في البيع والنكاح والخلع والإجارة [٣] فالمراد من أول الحديث التمليك والقسمة فيها معنى تمليك فقد نفى بعض ما أثبت .

١٦٨١٠ - ثم قوله عليه الصلاة والسلام : « فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » ينصرف إلى صرف الحدود لا إلى أول الخبر ؛ لأن من حكم الغاية أن يتعلق ما بعدها بما قبلها ، وهذا يوجب نفي الشفعة عن القسمة لا عن التمليك المضمر في أول الخبر .

١٦٨١١ - جواب أخر : وهو أن قوله عليه الصلاة والسلام : « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق [فلا شفعة » تقتضي سقوط الشفعة بهذين الشرطين فإذا وقعت الحدود

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٢٢٩/٧) والمهذب (٣٧٧/١) والمغني مع الشرح الكبير (٤٦٢/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) انظر مغني المحتاج (٢٩٨/٢) فإنه عند الشافعية تثبت الشفعة إذا بيع الشقص بمعاوضة محضة كالبيع أو بمعاوضة غير محضة كالمهر ، والخلع والإجارة وغير ذلك سيأتي تفصيله في مسألة مستقلة - إن شاء اللّٰه تعالى - .

ولم تصرف الطرق] [١] لم تسقط ؛ لأن الحكم إذا علق سقوطه بشرطين لم يسقط بوجود أحدهما ، فاقتضى الظاهر أن الحدود إذا وقعت ولم تصرف الطرق فالشفعة واجبة بالشركة في الطريق الذي لم [٢] يقسم ، والطريق الضيق الذي لا يقسم [٣] .

١٦٨١٢ - قالوا : روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما مثل قولنا ولا مخالف لهما [٤] .

١٦٨١٣ - قلنا : ذكر أصحابنا عن ابن مسعود [٥] رضي الله عنه وجوب الشفعة للجار [٦] وعن أبي رافع مثله [٧] وكان شريح يقضي بشفعة الجوار [٨] وخلافه معتد به على عثمان رضي الله عنه ؛ لأنه قضى في خلافته .

١٦٨١٤ - قالوا : ملكه محوز عن ملكه ، فوجب أن لا يستحق أحد الملكين بشفعة الملكَ الآخرَ . أصله : إذا كان بينهما طريق نافذ [٩] .

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) انظر بدائع الصنائع (٥/٥) وعبارته وآخر الحديث حجة على الشافعية ؛ لأنه علق عليه الصلاة والسلام سقوط الشفعة بشرطين : وقوع الحدود وصرف الطرق ، والمعلق في الشرطين لا يترك عند وجود أحدهما . وعنده يسقط بشرط واحد وهو وقوع الحدود وإن لم تصرف الطرق ، ثم هو مؤول وتأويله : فإذا وقعت الحدود وتباينت وصرفت الطرق فتباعدت فلا شفعة .

(٤) انظر سنن الترمذي (٦٤٤/٣) وسبل السلام (٩١٢/٣) والحاوي الكبير (٢٢٧/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٤٦١/٥) .

(٥) هو الصحابي الجليل أبو عبد الرحمن عبد الله بن مسعود بن غافل من أكابر الصحابة والسابقين إلى الإسلام ، روى عن النبي ﷺ وعمر وسعد بن معاذ أحاديث كثيرة ، وروى عنه ابنه عبد الرحمن وأبو عبيدة وأبو رافع وغيرهم ، هاجر الهجرتين إلى الحبشة وإلى المدينة وصلى إلى القبلتين ، وشهد بدرًا وأحدًا وغيرهما من المشاهد ، ومات عن نيف وستين سنة ، عام ٣٢هـ بالمدينة ودفن بالبقيع وصلى عليه عثمان بن عفان . انظر الإصابة (٣٦٩/٢) الاستيعاب (٢٨٠/٣ - ٢٨٦) وحلية الأولياء (١٢٤/١) وصفوة الصفوة (١٧٣/١) .

(٦) روى جرير عن عبد الحميد عن منصور عن الحكم عن علي وعبد الله قالا : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة للجوار . انظر المصنف لابن أبي شيبة (١٦٤/٧) كتاب البيوع باب رقم ٢٧٥٨ ورقم ٢٧٦٠ وانظر المصنف لعبد الرزاق في هذا المعنى (٧٨/٨) رقم ١٤٣٨٣ .

(٧) انظر كنز العمال (٧/٧) رقم ١٧٧٠٠ ومصنف عبد الرزاق (٧٧/٨) باب الشفعة بالجوار والخليط أحق رقم ١٤٣٨١ وكذلك رقم ١٤٣٨٢ بلفظ آخر .

(٨) قال ابن أبي شيبة في المصنف (١٦٦/٧) رقم ٢٧٦٦ حدثنا ابن عيينة عن عمر وعن أبي بكر بن حفص قالا : « كتب عمر إلى شريح أن يقضي بالجوار قالا : فكان شريح يقضي للرجل من أهل الكوفة على الرجل من أهل الشام . وهذا الأثر يدل على أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب يقول بوجوب الشفعة للجار واتبعه في هذا الأمر شريح القاضي وكان حكمه نافذًا في خلافة عثمان .

(٩) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٢٩/٧) وعبارته : « والدليل من طريق القياس هو أن تمييز المبيع =

١٦٨١٥ - قلنا : الشفعة تثبت في الأصل ليدفع الشفيع عن نفسه [الأذية] [(١)] ويجمع الملكين فيصير أن ملكًا واحدًا ، وهذا موجود في الشريك والجار ، فإذا حصل الطريق بين الملكين فهذا المعنى لا يوجد .

١٦٨١٦ - ولأنه إذا لم يكن بينهما طريق [فالخلطة موجودة في الحائط والتأذي بسوء المشاركة موجود إذا كان بينهما طريق] [(٢)] فلا شركة بينهما في شيء فلم تجب الشفعة .

١٦٨١٧ - قالوا : ما لا يجب فيه إذا ملك بعقد النكاح لم يجب إذا ملك بعقد البيع كالعروض [(٣)] .

١٦٨١٨ - قلنا : المعنى في سائر الأموال أن الشركة فيها لا تؤدي إلى المجاورة ، وليس كذلك المقسوم ، لأن الشركة [فيه] [(٤)] تؤدي إلى المجاورة .

١٦٨١٩ - ولأن سائر الأموال لا يخشى فيها التأذي على وجه الدوام ، والمقسوم يخشى فيه التأذي على وجه الدوام .

١٦٨٢٠ - قالوا : الشفعة وجبت لإزالة الضرر عن الشفيع ، فلو أوجبنا للجار ، دخل الضرر على البائع ، لأنه لا يقدر على بيع داره بقيمتها ، لأن أحدًا لا يقدم على ابتياعها لعلمه بأن الشفيع يأخذها منه بالشفعة وهذا ضرر ، والضرر لا يزال بالضرر .

١٦٨٢١ - قلنا : الضرر قد وجب بالشرع إزالته عن الشفيع [وإن لحق غيره ، بدلالة أنَّ أخذ المبيع ضرر بالمشتري ، فقد وجب إزالة الضرر عن الشفيع] [(٥)] بهذا الضرر ، ثم هذا غلط ؛ لأن عندهم الشفعة تجب في المشاع [(٦)] فإذا أراد الشفيع إسقاط شفعة شريكه

= يمنع من وجوب الشفعة فيه كالذي بينهما طريق نافذة ، لأن المبيع لم يكن له حال تترتب فيها المقاسمة لم يثبت فيه الشفعة قياسًا على مشاع الغراس والأبنية » .

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) بل عند الشافعية تجب الشفعة ولو ملك بعقد النكاح خلافًا للحنفية فقد جاء في روضة الطالبين (٧٨/٥) ما نصه : إذا جعل الشقص أجرة أو جعلاً أو رأس مال في السلم أو صداقًا أو متعة أو عوض خلع أو صلح عن دم أو مال ثبتت الشفعة في كل ذلك . وانظر مثل ذلك في الحاوي الكبير (٢٤٩/٧) ومغني المحتاج (٢٩٨/٢) والمهذب (٣٧٩/١) والهداية (٣٥/٤) . واستدلوا على ذلك بأن المنفعة لا مثل لها ، فأخذ بقيمتها كالثوب والعبد . بل محل نظر .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) انظر الحاوي الكبير (٢٢٧/٧) قال الماوردي : الشفعة مستحقة في عراص الأرضين ، ويكون ما اتصل =

قسم وباع . كذلك عندنا إذا أراد إسقاط الشفعة ، باع الدار إلا الحائط المشترك ، وباع الدار إلا ذراعًا من طول الجدار ، ثم يهب ذلك الذراع فيسقط الضرر عن نفسه بهذا كما يسقط الشريك الضرر عندهم بتكليف القسمة (١) .

١٦٨٢٢ - قالوا : زعمتم أن الشفعة تجب لخوف التأذي وهذا يبطل بإيجار المحاذي ، ويمكن إزالة الضرر بالسلطان .

١٦٨٢٣ - وعندنا : يجب لتكمل انتفاعه بالدار ، فإن انتفاعه بالنصف مع الإشاعة أكثر من انتفاعه إذا قسم بالثمن والمبايعة ؛ لأنه سقط عند إحداث المرافق إن قاسمه المشتري فاحتاج إلى باب وبئر وبالوعة ويسقط عن نفسه أجرة القَسَّام وهذه المعاني : خوف التأذي - باطلة ، واعتبار الحق أولى .

١٦٨٢٤ - قلنا : قد بينا أن التأذي بالباطل لا نعتبره ، وإنما نعتبر التأذي بالحق على ما قدمنا وبينا الكلام على أجرة القسام ، وإنما يبطل بالشركة في المنقولات . وأما كمال الانتفاع وسقوط المؤن بالمرافق ؛ فمثله موجود في الجار .

١٦٨٢٥ - لأنه إذا أخذ بالشفعة استغنى عن بناء الحائط الحاجز ، ويكمل انتفاعه بملكه ؛ لأنه يجرى ماؤه إلى الدار التي يأخذها ، وقد كان لا يتمكّن من ذلك ويستطرقها إلى طريق آخر وقد كان يمنع من ذلك ويساوي الجار الشريك في هذين الوجهين .

* * *

= بها من البناء والغراس تبعًا ، وإن كان المبيع منها مشاعًا كانت الشفعة على قولين .

(١) هذا من أنواع الحيل في إسقاط الشفعة ، ففي الهداية (٣٩/٤) : وإذا باع دارًا إلا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له ، لانقطاع الجوار وهذه حيلة ، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه لما بينا . وقال الإمام محمد : يكره الحيلة في إسقاط الشفعة قبل وجوبها ؛ لأنها شرعت لدفع الضرر والحيلة تناقيه . وعند الحنابلة : لا يحل الاحتيال على إسقاط الشفعة فإن فعل لم يسقط ، نص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة ،فقال : لا يجوز شيء من الحيل في ذلك ، ولا في إبطال حق مسلم . انظر الشرح الكبير مع المغني (٤٦٠/٥) .

مسألة ٨٢٨

طلب الشفعة

١٦٨٢٦ - ظاهر رواية الأصل : أن طلب الشفعة على الفور ، وروى هشام [١] عن محمد أنه على المجلس ، ولم يحك خلافًا [٢] .

---

(١) هو الفقيه هشام بن عبيد الله الرازي المازني ، تفقه على الإمام أبي يوسف ومحمد ، وتوفي الإمام محمد في منزله بالري ، ودفن في مقبرته سنة ٢٠١هـ . من مصنفاته : كتاب النوادر في الفقه وغيره ، قال أبو حاتم : صدوق ، ما رأيت أعظم قدرًا منه بالري . هدية العارفين من كشف الظنون ٥٠٨/٦ والفوائد البهية ص٢٢٣ وميزان الاعتدال (٣٠٠/٤) والجواهر المضية (٥٦٩/٣) .

(٢) روي في المذهب روايتان : الأولى : طلب الشفعة على الفور ، قاله الكرخي : وقال ابن سماعة عن أبي يوسف : إنْ لم يطلب حين بلغه بطلت شفعته . وقال في موضع آخر : فإن لم يطلب ساعتئذ بطلت شفعته . وقال هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف . ثم قال الكرخي : وقال ابن رستم عن محمد : إذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضاء ، وترك للشفعة . وقال الإمام القدوري في شرحه على مختصر الكرخي : هذا يدل أنه على الفور ، قال الكاساني : أما شرطه : فهو أن يكون فور العلم بالبيع إذا كان قادرًا عليه حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفعة في رواية الأصل . والرواية الثانية : هي رواية هشام بن عبيد الله الرازي عن الإمام محمد في نوادره أنه إذا بلغه فسكت هنيهة ثم ادعاها من ساعته فهو على شفعته كذلك . وكذا إذا قال : الله أكبر أو قال : خلصني الله من فلان ، أو قال : لا حول ولا قوة إلا بالله ونحوه لا تبطل شفعته ، على هذه الرواية . وكذلك إذا قال بكم باعها ؟ أو متى اشتراها ؟ بهذا القدر من الكلام لا تبطل شفعته وهو على حقه إذا طلب . وقال القدوري في شرحه : إن هذا يقتضي الطلب على المجلس ، وهو اختيار الشيخ أبي الحسن الكرخي وقال : إنه أصح الروايتين ، قال الكرخي في مختصره بعد ما ذكر روايات الأصل والنوادر : وليس هذا عندي اختلافًا في رواية ولا معنى ؛ لأن جميع العبارات الدالة على ألا يكون الطلب متراخيًا القصد منها ألا تدل على ترك المطالبة بالشفعة أو الإعراض عنها . الهداية (٢٦/٤) وتبيين الحقائق (٢٤٣/٥) وحاشية الشلبي عليه ، وبدائع الصنائع (١٧/٥) والمبسوط (١١٦/١٤ - ١١٧) والاختيار (٥٤/٢) .

وذهب المالكية إلى أنه ليس على الفور بل وقت وجوبها متسع . واختلف قول مالك في هذا الوقت ، مرة قال : غير محدود ، وأنها لا تنقطع أبدًا إلا أن يحدث له تغيير كثير بمعرفته ، وهو حاضر عالم ساكت ، ومرة حدد هذا الوقت فروي عنه : السنة وهو الأشهر ، وقيل : أكثر من سنة ، وقيل : خمس سنوات . انظر الكافي (٨٦٠/٢ - ٨٦١) وبداية المجتهد (٢٦٣/٢) والذخيرة (٣٧١/٧) .

وعند الحنابلة الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور وإلا بطلت ، نص عليه الإمام أحمد في رواية أبي طالب ، فقال : الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم ، وهو المختار لعامة أصحاب الحنابلة ، وحكي عن أحمد رواية ثانية : أن الشفعة على التراخي ، ولا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا من عفو أو مطالبة بقسمة أو نحو ذلك . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٧٧/٥) والشرح الكبير مع المغني (٤٧٨/٥) والمبدع (٢٠٨/٥)=

١٦٨٢٧ - وللشافعي رَحِمَهُ اللهُ أربعة أقوال :

١٦٨٢٨ - أحدها : على الفور .

١٦٨٢٩ - والثاني : ثلاثة أيام .

١٦٨٣٠ - والثالث : على التأبيد [إلا أن للمشتري مطالبة الشفيع أن يأخذ أو يسقط حقه .

١٦٨٣١ - والرابع : أنه على التأبيد] [١] كحق القصاص وليس على المشتري مطالبة الشفيع بالأخذ أو الإسقاط . ونص في اختلاف العراقيين [٢] على أنه إذا أسقطها فله أن يرجع في مجلسه ويطالب بها .

١٦٨٣٢ - قال ابن شريح : وفيه وجه آخر : أنه لا يطالب بعد الإسقاط [٣] فإن دللنا على الفور ، فما [٤] روي أن النبي ﷺ قال : « الشفعة لمن واثبها » [٥] وقال : « إنما

= والإنصاف (٢٦٠/٦) وقال ابن أبي ليلي : الشفيع بالخيار ثلاثة أيام بعد علمه . انظر اختلاف أبي حنيفة وأبي ليلى ص٣٦ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) هو كتاب اختلاف العراقيين للإمام الشافعي ﷺ مطبوع مع الأم . انظر كتاب أسماء الكتب المتمم لكشف الظنون ، لعبد اللطيف بن محمد رياضي زاده ص٣٣ .

(٣) في المهذب (٣٧٩/١ - ٣٨٠) والحاوي الكبير (٢٤٠/٧) ومغني المحتاج (٣٠٧/٢) وروضة الطالبين ١٠٧/٥ والوجيز ٢٢٠/١ وحلية العلماء ٢٨٣/٥ - ٢٨٥ . وفي المهذب أن الشفيع بالخيار بين الأخذ والترك ؛ لأنه حق ثبت له بما يدل على العفو كقوله بعني أو قاسمني وما أشبههما كالخيار في القصاص . والثاني : أنه بالخيار إلى أن يرفعه المشتري إلى الحاكم ليجبره على الأخذ أو العفو . والثالث : نص عليه في سير حرملة أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام والرابع : نص عليه في الجديد أنه على الفور وهو الصحيح .

مما تقدم يتضح لنا أن الحنفية في ظاهر الرواية والشافعية في الجديد عندهم وهو الصحيح ، والحنابلة في الصحيح من المذهب يرون أن الشفعة على الفور ، أما المالكية قالوا : إنها على التراخي ، وحكي عن ابن أبي ليلى أنها مقدرة بثلاثة أيام وهو قول عند الشافعية ، ونقل أيضًا عن الشافعية قولان آخران ذكرهما الإمام القدوري وأقوال أخرى منقولة عن العلماء إلا أننا تركناها حيث لم نجد لها دليلًا .

(٤) في (ع) ، (ع) : [فما] ، بحذف اللام وهو ما أثبتناه في المتن .

(٥) أخرج عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن بن عمارة عن رجل عن شريح قال : إنما الشفعة لمن واثبها ، وقال عبد الرزاق : هو قول معمر . انظر مصنف عبد الرزاق (٨٣/٨) رقم ١٤٤٠٦ وذكر ابن حجر في تلخيص الحبير (٥٧/٣) كتاب الشفعة أنه من قول شريح ، وقال : ذكره قاسم بن ثابت في دلائله ، وقال صاحب البناية (٤٨٦/٨) هذا ليس بحديث ، وإنما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح . وقال الزيلعي : إنه حديث غريب ، قوله « لمن واثبها » أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة وهو من الوثوب على الاستعارة ، لأن من يثبت هو الذي يسرع في طي الأرض بمشيه . وانظر هذا الدليل في الهداية (٢٦/٤) وتبيين الحقائق (٢٤٢/٥) =

الشفعة كنشطة عقال إن قيدها مكانها يثبت حقه وإلا فالغرم عليه » [١] .

١٦٨٣٣ – وروي : « فإن ترك فاللوم على من تركها » [٢] .

١٦٨٣٤ – ولأنه خيار تَمُّلك ، ولا يختص بثلاثة أيام ، ولا يقف على التأبيد كخيار القبول [٣] .

١٦٨٣٥ – ولأنه خيار يثبت من طريق الحكم فلا يتقدر بالثلاث كخيار العيب . ولأنه ترك المطالبة في المجلس الذي بلغه فيه البيع فوجب أن تبطل شفعته إذا بيعت الدار بعبد فمات قبل القبض ثم علم الشفيع فترك الطلب .

١٦٨٣٦ – وأما إن دللنا على المجلس فلأنه اختيار تَملك [٤] كخيار المخيرة [٥] ، ولأن الشفيع يحتاج إلى الفكر والارتياء .

١٦٨٣٧ – فإن قلنا : إنه على الفور لم يتمكن من اختيار الأصلح له ، وفى هذا إلحاق ضرر به [٦] ولأنه طلب في المجلس الذى علم فيه البيع ؛ فكان له الشفعة ، كما لو

= والحاوي الكبير (٢٤٠/٧) والمهذب (٣٨٠/١) والمغني مع الشرح الكبير (٤٧٨/٥) . ويلاحظ أن الإمام القدوري قد نقل هذا القول كأنه حديث بينما علماء الحديث والفقهاء يذكرون أنه من قول شريح ، وليس من قول النبي ﷺ ، فهذا تجاوز منه كما أنه تجاوز في نقل أحاديث ضعيفة قد ضعفها العلماء ومنهم الزيلعي وهو حنفي ، حيث قال : إنه حديث غريب . وما استدل به الإمام القدوري استدل به كل من قال بأن الشفعة على الفور إلا أن الإمام ابن قدامة حينما ذكر هذا القول « الشفعة لمن واثبها » قال رواه الفقهاء في كتبهم ، وهو بهذا الصنيع قد تدارك هذا التجاوز . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٧٨/٥) .

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨٣٥/٢) كتاب الشفعة باب طلب الشفعة عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٨/٦) كتاب الشفعة ، باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة ، وكنز العمال عن ابن عمر (٤/٧) رقم ١٧٦٨٦ كتاب الشفعة . وفي الزوائد : في إسناده محمد بن عبد الرحمن البيلماني قال فيه ابن عدي : كل ما يرويه البيلماني فالبلاء فيه منه ، وإذا روى عنه محمد بن حارث فهما ضعيفان لا يجوز الاحتجاج بهما . وقال الزيلعي في نصب الراية (٤٢٦/٥) حديث غريب .

(٢) وفي تلخيص الحبير (٥٧/٣) الشفعة كنشطة عقال إن قيده ثبتت ، وإلا فاللوم على من تركها ، قال ابن حجر : هذا حديث ذكره أبو الطيب وابن الصباح والماوردي هكذا بلا إسناد ، وهذا جزء من الحديث الضعيف السابق تخريجه . انظر هذا الدليل في بدائع الصنائع (١٧/٥) .

(٣) انظر حاشية الشلبي على التبيين (٢٤٣/٥) والمبسوط (١١٧/١٤) ، وهذا رد على قول ابن أبي ليلى والشافعي ومالك من باب أولى .

(٤) انظر بدائع الصنائع (١٧/٥) .

(٥) المخيرة في الطلاق كأن يقول رجل لزوجته : أمرك بيدك . حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢٤٣/٥) .

(٦) بدائع الصنائع (١٧/٥) .

علم بالبيع وهو في الصلاة فتّمها ثم طلب [(١)] .

١٦٨٣٨ - فإن احتجوا بالخبرين [(٢)] .

١٦٨٣٩ - قلنا : إذا طلب في مجلسه فقد واثبها ، ولأنه قال في الخبر الآخر : إن فقدها مكانها / فاعتبر المكان وهذا معنى المجلس .

١٩٢/أ

١٦٨٤٠ - قالوا : أخرها عن غير عذر ، فصار كما لو طلبها بعد المجلس .

١٦٨٤١ - قلنا : يبطل إذا علم وقد دخل الوقت ، فتوضأ ، فأذن ، وصلى ، فإنه يقدر على الطلب ويؤخر الصلاة إلى وسط الوقت أو آخره ، ولأنه إذا قام من مجلسه قبل المطالبة فقد أعرض عما هو فيه بدلالة المخيرة . وإذا لم يقم ولم يتشاغل فهو في الارتياء [(٣)] فلم يعرض عما هو فيه ومتى طلبه قبل الإعراض صار كالطلب على الفور .

١٦٨٤٢ - قالوا : خيار جعل لإزالة الضرر عن الإنسان من ماله فوجب أن لا يختص بالمجلس كالرد بالعيب [(٤)] .

١٦٨٤٣ - قلنا : الرد بالعيب حق تعلق بسبب مستقر ، بدلالة أن المشتري وجب له على البائع تسليم المبيع بجميع أجزائه ، فلم يسلم ما وجب عليه ، والحق إذا تعلق بسبب مستقر لم يختص بالمجلس ، وفي مسألتنا تعلق الحق بسبب لم يستقر - فهو كخيار المخيرة ، وتسليم ثمن الصرف ورأس مال السلم - فيختص بالمجلس .

---

(١) انظر المرجع السابق .

(٢) وهما الشفعة لمن واثبها ، وإنما الشفعة كنشطة عقال . الحاوي الكبير (٢٤٠/٧) والمهذب (٣٨٠/١) ، وللشافعية أربعة أقوال ، الصحيح منها وهو الجديد في المذهب عندهم أنه على الفور ، وهو بذلك يكون موافقًا لظاهر الرواية عند الحنفية ، فلا خلاف بينهما ، بل إن ما استدل به الشافعية على الفور هو بعينه ما استدل به الحنفية في ظاهر الرواية عندهم . أما الأقوال الثلاثة الأخرى فهي أقوال مرجوحة في المذهب ، ومن المعلوم عند الشافعية أن المذهب عندهم هو أقوال الإمام الشافعي في الجديد ، ولا يعمل بالقديم إلا في مسائل محدودة منصوص عليها ، قالوا : هي ثلاث مسائل ، وقال بعضهم : أربع عشرة مسألة ، وقال بعضهم : سبع عشرة مسألة ، وقال كثيرون : إنها عشرون مسألة ، وقد أشار النووي إلى أن إفتاء الأصحاب في هذه المسائل وترجيحهم لا يلزم نسبته إلى الإمام الشافعي بل هو محمول على أن اجتهادهم داخل المذهب أدى بهم إليه لظهور دليله إلا إذا عضده حديث لا معارض له ؛ فهو مذهبه ومنسوب إليه كما قال : إذا صح حديث فهو مذهبي . وليس من بينها هذه المسألة ، فإن إيراد أدلة الشافعية ثم الرد عليها على نفس المدعي لا طائل تحتها . انظر المجموع (٦٧/١) ومغني المحتاج (١٤/١) .

(٣) أي أنه تمليك فلابد من التأمل فيه كسائر التمليكات . انظر تبيين الحقائق (٢٤٣/٥) .

(٤) انظر الحاوي الكبير في هذا المعنى (٢٤٠/٧) .

مسألة ٨٢٩

حكم ما إذا كان بدل الشقص صداق امرأة أو خلع إو إجارة أو صلح دم عمد وغيرها

١٦٨٤٤ – قال أصحابنا : إذا تزوجها على شقص ، أو خالع به ، أو استأجر به ، أو صالح به من دم عمد فلا شفعة فيه (١) .

١٦٨٤٥ – وقال الشافعي : تجب الشفعة في هذه المواضع (٢) .

١٦٨٤٦ – لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه » (٣) .

١٦٨٤٧ – ولأنه مملوك بسبب لا يثبت فيه خيار الشرط كالمملوك بالهبة والوصية والميراث . ولا يلزم إذا حصل الشقص في رأس مال السلم (٤) أن الشفعة تجب فيه

---

(١) انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي ص٣٥ ، المبسوط (١٤/١٤٤ – ١٤٥) ومختصر الطحاوي ص١٢٠ والهداية (٤/٣٥) وتبيين الحقائق (٥/٢٥٣) وهذه أشهر رواية عند الحنابلة وهو ظاهر كلام الخرقي وقول أبي بكر من الحنابلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥/٤٦٩) والمبدع (٥/٢٣٨) وشرح منتهى الإرادات (٢/٤٣٥) .

(٢) روضة الطالبين (٥/٧٨) والحاوي الكبير (٧/٢٤٩ ، ٢٥٢ ، ٣٠٠) والمهذب (١/٣٧٩) ومغني المحتاج (٢/٢٩٨) وبه قال المالكية ، وهو قول ابن حامد من الحنابلة وابن أبي ليلى . قال ابن الجلاب في التفريع . ومن تزوج امرأة بسهم في أرض أو دار ففيه الشفعة بقيمته دون صداق المثل . ومن صالح من دم عمد على سهم من دار أو أرض مشتركة ففي ذلك الشفعة بقيمة السهم . ومن صالح عن دم خطأ على سهم من دار أو أرض مشتركة ففيه الشفعة بالدية . وقال النووي في الروضة : إذا جعل الشقص أجرة أو جعلًا ، أو رأس مال في سلم ، أو صداقًا ، أو متعة ، أو عوض خلع ، أو صلح عن دم أو مال ، أو جعله المكاتب عوضًا عن النجوم ثبت الشفعة في كل ذلك . وقال ابن قدامة : ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهرًا ، أو عوضًا في الخلع ، أو في الصلح عن دم العمد ؛ فظاهر الخرقي أنه لا شفعة فيه ، وهو قول أبي بكر . وقال ابن حامد : تجب فيه الشفعة . انظر المدونة (٣/٢٢٩) والكافي (٢/٨٥٦) والتفريع (٢/٣٠٠) والذخيرة (٧/٣٢٥) وبداية المجتهد (٢/٢٥٨) والمغني مع الشرح الكبير (٥/٤٦٩) والمبدع (٥/٢٢٨) واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص٣٠ .

(٣) استدل الإمام القدوري بهذا الحديث العام الذي يشمل أبوابا مختلفة من غصب وسرقة واختلاس وغير ذلك ؛ فهو بعيد عن الموضوع علاوة على ذلك أن الشفعة شرعت لدفع الأذى والضرر .

(٤) في (ن) : [المسلم] . والسلم لغة : السلف وأسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد والاسم السلم . المصباح المنير (١/٣٨٩) لسان العرب (٣/٢٠٨١) مادة سلم . وفي الشرع : اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلًا وفي المثمن آجلًا » . الاختيار (٢/٤١) .

والسلم لا يثبت فيه خيار الشرط ؛ لأن الخيار يثبت عندنا ، فإذا قبض الدار لم يملكها ، ولو فسد العقد بِغيَرِ جدار ملكها ، فدل على أن الخيار ثابت .

١٦٨٤٨ - ولأنه مملوك بعقد لا يفتقر إلى تسمية عوض كالهبة والوصية .

١٦٨٤٩ - ولأنه ليس في مقابلته عوض هو مال كالهبة ، أو ليس في مقابلته عوض يورث كالهبة (١) .

١٦٨٥٠ - فإن قيل : المعنى في الهبة أنه ملكها بغير عوض .

١٦٨٥١ - وفي مسألتنا ملك بمعاوضة ما تقبل الشفعة .

١٦٨٥٢ - قلنا : الهبة والوصية مملوكة بعوض هو الثواب ، فعلَّة الأصل غير مسلَّمة وعلة الفرع لا تصح ، لأن العوض إذا لم يكن له حكم الأموال جرى مجري العوض الذي هو الثواب ، فلم توجد الشفعة .

١٦٨٥٣ - ولأنه عقد لا يستحق الجارُ بالشفعة المعقودَ عليه فيه ، فلم يستحقه الشريك . أصله : بيع ما لا يقسم وعقد الوصية ، ولأنه سبب لو ملك به الحمام ، لم يؤخذ بالشفعة ، فإذا ملك به غيره لم يؤخذ بها . أصله . الوصية والغنيمة ، ولأنه نقل ملك بالبدل ؛ فلا يصح في المهر كالتولية (٢) والمرابحة (٣) .

١٦٨٥٤ - ولأن البضع لا يتقوم إلا على من ملك الاستباحة ، أو أتلف المنفعة ، والإتلاف يكون مشاهدة وحكمًا ، فالشفيع لم يؤخذ منه ذلك ، فلم يتقوم عليه . وإذا لم يجز تقويمه عليه تعذر أخذ الشقص بغير بدل ، كما أن المملوك بالصدقة لما تعذر تقويم العوض الذى هو الثواب لم تجب الشفعة فيه .

١٦٨٥٥ - فإن قيل : عندنا يتقوم البضع على المكره والشهود إذا رجعوا

---

(١) قال الماوردي في الحاوي الكبير (٢٤٩/٧) ردًّا على هذا الدليل : إن البضع في حكم الأموال لأمرين : أحدهما : أنه يعاوض عليه بمال . والثاني : أنه مقدم في اغتصابه بالمال ، وما لم يكن مالًا لم يقوم في استهلاكه بالمال . ثم المعنى في الهبة والميراث أنه مملوك بغير بدل ؛ فلم تجب فيه الشفعة . والصداق مملوك ببدل فوجبت فيه الشفعة .

(٢) التولية : بيع ما اشترى بما اشتري . وقال الجرجاني : هي بيع المشتري بثمنه بلا فضل . انظر طلبة الطلبة ص٢٤٠ التعريفات ص١٠١ .

(٣) المرابحة : البيع بما اشتري وبزيادة ربح معلوم عليه . وقال الجرجاني هي البيع بزيادة على الثمن الأول . انظر طلبة الطلبة ص٢٤٠ التعريفات ص٢٦٣ .

والمرضعة [١] .

١٦٨٥٦ - قلنا : هذا كله إتلاف فقد دخل في التقييم .

١٦٨٥٧ - فإن قيل : يجوز أن يتقدم على الشفيع وإن لم يؤخذ منه أحد هذه الأقسام ، كما يأخذ الشقص بقيمة العوض [ويقوم العوض] [٢] عليه ، وليس بملك له ولا متلف .

١٦٨٥٨ - قلنا : هو متلف من طريق الحكم ؛ لأن المبتاع إذا لم يسلم له المبيع استحق الرجوع بالعوض فيما [٣] أخذ الشفيع الدار ولا طريق له على العوض صار الشفيع كالمتلف للعوض عليه حكمًا فقومناه عليه .

١٦٨٥٩ - وفى مسألتنا استحقاق المهر لا يوجب رجوع المرأة بالبضع حتى يُقَوَّم عليها ذلك ، فصار الشفيع كالمتلف له فلم يتقوم عليه .

١٦٨٦٠ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » [٤] .

١٦٨٦١ - قلنا : قد بينا أن أصل الخبر قضى بالشفعة فيما لم يقسم وَقَبِل الشفعة .

١٦٨٦٢ - وبيَّنَّا : أن هذا يحتمل الفعل فلا يجوز دعوى عمومه حتى يثبت أنه قول ، ثم قد أجمعوا على أن الشفعة تجب فيما لم يقسم إذا ملك بسبب ، فأضمرنا البيع وأضمروا الملك ، فوجب إضمار ما أجمعوا عليه وإسقاط زيادة إضمار لم تدل عليه الدلالة .

١٦٨٦٣ - قالوا : معاوضة يملك بها ما يحتمل الشفعة فجاز أن تجب بها الشفعة كالبيع [٥] .

١٦٨٦٤ - قالوا : وقولنا يملك بها ما يحتمل الشفعة احتراز من الكتابة .

١٦٨٦٥ - قلنا : لا نسلم إطلاق المعاوضة ؛ لأن [عقد] [٦] النكاح لا يقف على تسمية عوض ، ولا يجوز أن يكون مرادهم أنه لا ينفك عن العوض ؛ لأن عندهم [٧] قد

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٢٥٠/٧) في الجواب على أن البضع لا يقوم إلا في عقد أو شبه عقد . ويرى الماوردي أنه غير مسلم ، لأن المغتصبة مقومة البضع عندنا على غاصبها ، والمشهود بطلاقها مقومة البضع على الشهود إذا رجعوا للزوج دونها ، فصار بضعها مقومًا من غير عقد أو شبهة في حقها وحق غيرها ، فلم يمنع من تقويمه في شفعة صداقها .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ع) ، (م) : [فلما] .

(٤) استدل الماوردي في الحاوي الكبير (٢٤٩/٧) بعموم قوله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم ، على الشفعة .

(٥) انظر الحاوي الكبير (٢٤٩/١) قال الماوردي : ولأنه عقد معاوضة فجاز أن تثبت فيه الشفعة كالبيع .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٧) الوجيز للغزالي (٢٩/٢) .

يخلو من العوض في المفوضة (١) .

١٦٨٦٦ - ولا يجوز أن يكون المراد به : أنه يصح ذكر العوض فيه ، لأن هذا موجود في الهبة . ولأن البيع عقد ، المقصود منه العوض بمالين ، والنكاح ليس المقصود منه العوض فصار في حكم عقد المعاوضات .

١٦٨٦٧ - ولأن البيع يجوز أن يكون عوضه بالتولية والمرابحة ، فلم تجب فيه الشفعة ولأن البيع عوضه مال ؛ فجاز أن تجب فيه الشفعة ، والمهر عوضه ليس بمال ؛ بدلالة أن الحربى إذا أخذ أمانًا لنفسه وماله جاز أن تسبى زوجته ، ولو كان البضع مالًا له دخل في أمانة (٢) .

١٦٨٦٨ - قالوا : الشفعة وجبت لإزالة الضرر لما يلحقه من نقصان التصرف وأجرة القسام وهذا موجود في المهر (٣) .

١٦٨٦٩ - قلنا : هذا يبطل بالهبة والحمام وما لا يقسم ؛ فإن الضرر فيه بنقصان التصرف أكثر ، ولا شفعة فيه ، والعروض فيها ضرر بأجرة القسام ولا أجرة فيها .

١٦٨٧٠ - فإن قيل : الهبة لا تجب فيها الشفعة ؛ لأنا لو أوجبنا ما [أخذناها] (٤) بعوض ، وفي هذا ضرر بالموهوب له ، فلم يجز إزالة الضرر بالضرر .

١٦٨٧١ - قلنا : كان يجب أن توجب الشفعة بقيمة الدار الموهوبة كما قال مالك (٥) لأن القيمة كالعوض ، ألا ترى أن الإنسان يهب ليعوض في العادة مثل ما وهب ؟ .

١٦٨٧٢ - قالوا : اعتبرتم المعاوضة بغير المعاوضات ، واعتبرها الشافعي بمعاوضة غير مختصة ، واعتبار الشيء بجنسه أولى . ولأن حكم المهر حكم الثمن بدلالة أنه يرد بالعيب ويرجع به عند الاستحقاق (٦) .

---

(١) المفوضة بفتح الواو هي التي زَوَّجها وليها من رجل من غير تسمية مهر ، وبكسر الواو : هي التي زوجت نفسها من رجل من غير تسمية مهر . والتفويض : هو التسليم ، وهو ترك المنازعة والمضايقة ويراد به تفويض أمر المهر إلى الزوج وترك المنازعة في تقديره . انظر طلبة الطلبة ص١٣٤ ، التعريفات ص٢٧٨ .

(٢) انظر كتاب الهداية في هذه المسألة بالتفصيل (١٥٥/٢) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٤٩/٧) وفيه أنه معنى وضع لدفع الضرر عن المالك ؛ فوجب أن يثبت في الصداق كالرد بالعيب .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٥) انظر التفريغ (٣٠٠/٢) وعبارته : « من وهب سهمًا من جدار أو أرض مشتركة ففيها روايتان : إحداهما : أن فيه الشفعة ، والأخرى : أنه ليس فيه شفعة » .

(٦) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٤٩/٧) حيث استدل الماوردي على قول الشافعية بوجوب الشفعة بهذه المواضع بعد ذكر الحديث الشريف الذي لم يفرق بين شفعة وشفعة فقال : لأنه عقد معاوضة فجاز أن =

١٦٨٧٣ – قلنا : إذا كانت الشفعة تجب في البيع وهي معاوضة بصفة ، فمتى زالت الصفة فهو كزوال المعاوضات . ألا ترى أن ارتفاع أحد وصفي العلة كارتفاعهما ، فمتى ألحقنا النكاح بالهبات فقد أعطينا العلة حكمها عند وجود شروطها ، ورفعنا حكمها لارتفاع أحد الشرطين كما يرفع لزوال الشرط جميعًا ، فأما الرد بالعيب فلا يستوى المهر والمبيع عندنا .

١٦٨٧٤ – لأن في البيع يرد بكل عيب ، والمهر يرد ببعض العيوب ، والبضع لا يرد بعيب أصلًا ؛ فلم يسلم التساوى .

١٦٨٧٥ – ولأن الرد بالعيب والرجوع عند الاستحقاق حكم ثابت بين المتعاوضين ، والنكاح معاوضة في حق الزوجين . والكلام في أنه هل يصير معاوضة في حق الشفيع أم لا ؟ وقد بَيَّنا في حق الشفيع أنه [كالمملوك بغير عوض لأن السبب الذي به يتقوم العوض لا يوجد في حق الشفيع] (١) فلا معنى لاعتبار أحكام المعاوضات بين الزوجين .

* * *

= تثبت فيه الشفعة كالبيع ، ولأنه عقد يجري فيه الرد بالعيب فوجب أن تثبت فيه الشفعة كالبيع ، ولأنه معنى وضع لدفع الضرر عن الملك ؛ فوجب أن يثبت في الصداق كالرد بالعيب . ولأنه معنى يوجب زوال اليد المستحقة عن المشتري فوجب أن يستحق به إقباض اليد عن الصداق كالاستحقاق ، ولأن كل عقد استحق فيه إقباض الشفعة استحق به إقباض شفعة كالبيع ، ولأن كل قبض وجب في عقد الصداق بيانه : أن في البيع قبضين : الأول : قبض المشتري من البائع . الثاني : قبض الشفيع من المشتري ، ثم وجب في الصداق قبض الزوجة من الزوج ؛ فوجب قبض الشفيع من الزوجة .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

مسألة ٨٣٠

بم يأخذ الشفيع إذا اشترى المشتري الشقص بثمن مؤجل ؟

١٦٨٧٦ - قال أصحابنا : إذا اشترى بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار إن شاء أخذ بثمن حال ، وإن شاء يدع ، فإذا مضى الأجل أخذها [١] .

١٦٨٧٧ - وهو قول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في الجديد [٢] .

١٦٨٧٨ - وقال في القديم [٣] يأخذها بثمن مؤجل ، فإن كان الشفيع غير مليء طالبه تكفيل نفسه .

١٦٨٧٩ - وقال في الشروط [٤] يأخذها بسلعة تساوي ذلك الثمن بمثل ذلك

---

(١) انظر المبسوط (١٠٣/١٤) والهداية (٣٢/٤) البناية على الهداية (٥٢٣/٨) وحاشية الشلبي على التبيين . وعبارة الزيلعي : وإذا ابتاع بثمن مؤجل ، فالشفيع بالخيار : إن شاء أخذها بثمن حال ، وإن شاء صبر حتى يأخذها في الحال بثمن مؤجل .

(٢) انظر الحاوي الكبير (٢٥٣/٧) قال الشافعي في الجديد : إن الشفيع لا يتعجل الشقص بالثمن المؤجل ، ويقال له : أنت مخير بين أن تعجل الثمن فتتعجل أخذ الشقص ، وبين أن تصير إلى حلول الأجل فتدفع الثمن وتأخذ الشقص . وقد وصف هذا الرأي صاحب مغني المحتاج (٣٠١/٢) بالأظهر ، وصاحب المهذب بالصحيح في (٣٧٨/١ - ٣٧٩) وانظر كذلك حلية العلماء (٢٧٨/٥ - ٢٧٩) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٥٣/٧) قال الإمام الشافعي في القديم : إن للشفيع أن يتعجل أخذها ويكون الثمن بذمته إن كان ثقة ، وإن كان غير ثقة أقام ضمينًا ثقة ، وقال الشافعي : وهذا أشبه بصلاح الناس . هو قول الشافعي في القديم وزفر بن الهذيل من الحنفية والمالكية والحنابلة . تبيين الحقائق (٢٤٩/٥) والمبسوط (١٠٣/١٤) وبداية المجتهد (٢٥٩/٢) والمدونة (٢٠٩/٣) والذخيرة (٣٤١/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٥٠٧/٥) والشرح الكبير مع المغني (٥٢٣/٥) والمبدع (٢٢٥/٥) وشرح منتهى الإرادات (٤٤٦/٢) وعبارة ابن رشد : قال مالك : يأخذه بذلك الأجل إذا كان مليئًا أو يأتي بضامن مليء ، وقال ابن قدامة : إذا كان الثمن مؤجلًا أخذه الشفيع بذلك الأجل إن كان مليئًا وإلا أقام ضمينًا مليئًا وأخذ . وذهب الشافعي في قول ثالث أنه يأخذه بسلعة تساوي مائة إلى الأجل . انظر المهذب (٣٧٩/١) وحلية العلماء (٢٧٩/٥) نلاحظ أن الإمام القدوري ذكر عن الشافعية قولين في القديم والجديد كما في الحاوي الكبير وبالرجوع إلى كتاب المهذب للشيرازي وحلية العلماء للقفال الشاشي تبين لنا أن عند الشافعية ثلاثة أقوال ، قولان ذكرهما الإمام القدوري في تجريده ، والقول الثالث ذكرناه آنفًا .

(٤) ذكر عبد اللطيف بن محمد رياضي زاده عدة كتب تحمل هذا الاسم ، منها : الشروط الكبير ليحيي بن بكر من الحنفية ، والشروط الكبير والصغير لأبي زيد الشوطي ، والشروط الكبير والصغير في الأحكام =

الأجل [١] .

١٦٨٨٠ - لنا : أنها مدة ملحقة بالعقد ؛ فلا تثبت في حق الشفيع كمدة الخيار .

١٦٨٨١ - ولأنه ملك بسبب لم يشترط فيه التأجيل ، فلم يتأجل البدل في حقه كما لو كان في البيع بعض ملحق ، ولأنه تمليك بمثل الثمن ؛ فلا يثبت التأجيل من غير شرط كالتولية .

١٦٨٨٢ - ولأن الشفيع يملكها بسبب حادث ، فلا يتأجل الثمن عليه كالوارث .

١٦٨٨٣ - وأما القول [٢] الآخر : فلأن المبيع وقع بثمن فلا تجب الشفعة بالسلعة ؛ كما لو اشترى حالًا .

١٦٨٨٤ - ولأن السلعة لو اشترى بها لم يأخذ بها ، فإذا اشترى بعدها أولى .

١٦٨٨٥ - احتجوا : بأن الأجل صفة للثمن كالسواد [٣] .

١٦٨٨٦ - قلنا : الأجل [ليس] [٤] بصفة بدلالة أن الثمن يحل فيسقط ، ولو كان صفة لم يحل للموصوف منه ، وإنما هو حق أثبته البائع للمشتري في ماله فلا يثبت لغيره إلا برضاء من له الحق [٥] .

١٦٨٨٧ - قالوا : أحد صفتي الثمن فكان للشفيع الأخذ بها كالحلول [٦] .

١٦٨٨٨ - قلنا : الأخذ بالحال لا يؤدى إلى الإضرار بالمشترى ؛ والأخذ بالأجل إضرار به ، لأن ماله يتأجل بغير اختياره .

١٦٨٨٩ - احتجوا للقول الآخر فقالوا : لا يجوز أن يأخذه بثمن حال ؛ لأنه إضرار بالشفيع : يأخذ ما يساوي مائة إلا سنة بمائة نقدًا .

١٦٨٩٠ - ولا يجوز أن يأخذه إلى سنة ، لأنه إضرار بالمشتري ، ولا يجوز أن يخير

= للخصاف ، والشروط الكبير والصغير للطحاوي . انظر كتاب أسماء الكتب ص١٩٩ - ٢٠٠ .

(١) انظر المهذب (٣٧٩/١) حلية العلماء (٢٧٩/٥) .

(٢) في (ع) ، (م) : [قول بحذف الألف وللام] .

(٣) انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٠٨/٥) والمهذب (٣٧٨/١ - ٣٧٩) . الحاوي الكبير (٣٥٣/٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) التأجيل والحلول صفتان تابعتان للثمن تقول بثمن حال أو بثمن مؤجل .

(٦) انظر المجموع (٣١٤/١٤) والمغني مع الشرح الكبير (٥٠٨/٥) وعبارته « ولأن في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر » .

بين أن يؤخر الأجل أو يأخذه في الحال ، لأن حق الشفيع في الأخذ لا تخيير فيه ، فلم يبق إلا أن يأخذه بالسلعة [١] .

١٦٨٩١ – قلنا : إذا كان الشفيع لا يخير فيه بين التقديم والتأخير ، فكذلك الشفعة إذا وقع البيع [بالأثمان] [٢] لم يؤخذ بالسلع ، فلم يكن برد أحد الأمرين أولى من الآخر بل كان التخيير أولى .

١٦٨٩٢ – لأن الشفعة قد يتأخر أخذها إذا تعذر تعجيله بغيبة الشفيع وبغيبة المشترى عندنا / ؛ فجاز أن يوجد في مسألتنا إذا تعذر الأخذ في الحال . ولم يثبت في الأصول لِمَا قالوه نظير ؛ لأن الشفعة لا تؤخذ بالسلعة ، وإن بيعت بها فأولى أن لا يؤخذ بها إذا بيعت بالأثمان . ١٩٢/ب

* * *

(١) انظر المهذب (٣٧٩/١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

مسألة ٨٣١

هل تجب الشفعة للأخ والعم أو للأخ فقط

١٦٨٩٣ - قال أصحابنا : إذا مات الرجل وترك ابنين ودارًا فمات أحدهما وترك ابنين فباع أحدهما نصيبه فأخوه وعمه في الشفعة [سواء] [١] .

١٦٨٩٤ - وهذا أحد قولي الشافعي [٢] .

وله قول آخر : أن الأخ أولى [٣] .

وكذلك لو اشترى رجل نصف دار فاشترى اثنان نصفها فباع أحدهما فشريكه أولى من المشترى عنده [٤] .

١٦٨٩٥ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة للشريك الذي لم يقاسم » [٥]

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ . انظر كتاب الحجة على أهل المدينة للإمام محمد بن الحسن ط المعارف الشرقية بالهند (٨٣/٣) وعبارته قال أبو حنيفة في رجل يورث الأرض نفرًا من ولده فيكون بينهم ، ثم يولد لأحد النفر أولاد ، ثم يهلك الأب الثاني فيبيع أحد ولد الميت الثاني حقه في تلك الأرض : إن جميع الشركاء في الأرض شركاء في الشفعة ، ولا يكون أحدهم أحق بالشفعة من غيرهم ، لأنهم لم يقسموا . وبه قال الحنابلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٢٤/٥) والشرح الكبير مع المغني (٥٤٣/٥) .

(٢) كتاب الأم (٣/٤) والحاوي الكبير (٢٥٥/٧) والمهذب (٣٨١/١) والتنبيه ص١١٨ وروضة الطالبين (١٠٠/٥) حلية العلماء (٣٠٠/٥) قال الشيرازي في المهذب : وإن ورث رجلان من أبيهما دارًا ثم مات أحدهما وخلف ابنين ، ثم باع أحد هذين الابنين حصته ، ففي الشفعة قولان : أحدهما : أن الشفعة بين الأخ والعم وهو الصحيح ، وقال الشاشي واختاره المزني : لأنهما شريكان للمشتري ، فالشركاء في الشفعة كما لو ملكاه بسبب واحد . والقول الثاني : أنها للأخ دون العم ؛ لأن الأخ أقرب إليه في الشركة ؛ لأنهما ملكاه بسبب واحد والعم ملك بسبب قبلهما .(٣) انظر المراجع السابقة في المواضع السابقة .

(٤) انظر الحاوي الكبير (٢٥٦/٧) وروضة الطالبين (١٠٠/٥ - ١٠١) وحلية العلماء (٣٠٠/٥ - ٣٠١) والمهذب (٣٨١/١) . قال الشيرازي : وإن كان بين ثلاثة أنفس دار ، فباع أحدهم نصيبه من رجلين وعفا شريكاه عن الشفعة ، ثم باع أحد المشترين نصيبه فعلى قولين ، أحدهما : أن الشفعة للمشتري الآخر ، لأنهما ملكاه بسبب واحد ، والشريكان الآخران ملكاه بسبب سابق لملك المشترين . والثاني : أنها بين الجميع لأن الجميع شركاء في حال وجوب الشفعة . وبه قال المالكية . انظر المدونة (٢٠٦/٣) والكافي (٤٤٠/٢) والخرشي (١٧٧/٦ - ١٧٨) ، والبيان والتحصيل لابن رشد الجد (٨٦/١٢) .

(٥) هذا جزء من الحديث الذي سبق تخريجه وبيان أقوال العلماء فيه ، إلا أنه ورد بلفظ آخر . وذكره بهذا اللفظ ابن عبد البر ، فقال : الشفعة في كل شرك لم يقسم . فأوجب الشفعة في المشاع وأبطلها في =

ولأنهم شركاء في نفس المبيع ، فكانوا شركاء في الشفعة كما لو ملكوا بسبب واحد (١) .

١٦٨٩٦ - ولأن العم لو باع نصيبه كان لكل واحد منهما الشفعة ، وكل شريكين ثبت لأحدهما الشفعة في نصيب شريكه ثبت لشريكه في نصيبه إذا [كانا] (٢) ملكا بسبب واحد .

١٦٨٩٧ - احتجوا : بأن الأخوين ملكا بسبب واحد ، فَمِلْكُ أحدهما إلى الآخر أقرب فكان أولى به ، كالشريك والجار (٣) .

١٦٨٩٨ - وقلنا : قرب الملك واحد وإن اختلف الأسباب ، والشفعة تجب بقرب الملك لا بأسبابه (٤) .

١٦٨٩٩ - قالوا : سببهما كالشيء الواحد بدلالة أن رجلاً لو أقام البينة أن أباهما غصبه أخذ نصيبه أونصيب عمهما ، فدل أنه كالشيء الواحد .

١٦٩٠٠ - قالوا : لو قُسمت الدار قسم للعم نصفها [ولهما نصفها] (٥) .

١٦٩٠١ - قلنا : لا نسلم ؛ لأن الواجب قسمة نصيب كل واحد منهم وإفراده عن نصيب الآخر ، فإن اختاروا جمع النصيبين ووقف ذلك على التراضي ؛ فيجوز أن يجمع نصيب الأخوين باختيارهما ، كما يجوز أن يجمع نصيب أحدهما إلى نصيب عمه باختياره .

* * *

= المقسوم . انظر التمهيد (٥٠/٧) . وقال ابن حجر في كتابه الدراية في تخريج أحاديث الهداية كتاب الشفعة (٢٠٢/٢) : لم نجده هكذا ، وإنما أخرجه مسلم من طريق أبي الزبير عن جابر قال : قضي رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك ربعة أو حائط . اهـ .

(١) المغني مع الشرح الكبير (٤٢٥/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٥٥/٧) وعبارته : إن الأخ أحق بشفعة أخيه من العم لأمرين : أحدهما : أنهما اشتركا في سبب ملكه ، وتميز العم عنهما بسببه ، فكان الأخ لمشاركته في السبب أحق بشفعة أخيه من العم المفرد بسببه . والثاني : أن ملك الأخوين كان مجتمعًا في حياه العم وقد يجري عليه حكم الاجتماع بعد موت الأب ، ألا ترى أنه لو ظهر على الأب دين تعلق بالسهمين ولم يتعلق بسهم العم ؟ .

(٤) انظر هذا الدليل في المغني مع الشرح الكبير (٥٢٥/٥) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) . انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (٢٥٥/٧) .

مسألة ٨٣٢

هل الشفعة بين الشركاء على عدد الرءوس أم على مقادير الأنصبة ؟

١٦٩٠٢ - قال أصحابنا : الشفعة بين الشركاء على عدد الرءوس [١] .

١٦٩٠٣ - وهو أحد قولي الشافعي [٢] . وقال في القول الآخر : إنها على مقادير الأنصباء [٣] .

١٦٩٠٤ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة للشريك الذى لم يقاسم » [٤] . وهذا يقتضى تعلقها باسم الشركة ، وقد تساووا في ذلك .

١٦٩٠٥ - ولأن كل واحد منهما لو انفرد استحق الجميع قَلَّ أو كثر بالسبب الذى يستحق به صاحبه ، وإذا اشتركا تساويا ، أصله ميراث الابنين وعكسه الدينين المتفاضلين .

---

(١) انظر كتاب الحجة (٨٥/٣) وبدائع الصنائع (٥/٥) والمبسوط (٩٧/١٤) ومختصر الطحاوي ص١٢١ (٢٥/٤) وتبيين الحقائق (٢٤١/٥) ، وبه قال الحنابلة في رواية واختاره ابن عقيل . المغني مع الشرح الكبير (٥٢٣/٥) .

(٢) مغني المحتاج (٣٠٥/٢) وحلية العلماء (٢٩١/٥ - ٣٠٠) والمهذب (٣٨١/١) وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري .

(٣) مغني المحتاج (٣٠٥/٢) والمهذب (٣٨١/١) جاء في مغني المحتاج : ولو استحق الشفعة جمع من الشركاء أخذوا بها في الأظهر على قدر الحصص من الملك ، فلو كانت الأرض بين ثلاثة لواحد نصفها ، ولآخر ثلثها ، ولآخر سدسها ، فباع الأول حصته ؛ أخذ الثاني سهمين ، والثالث سهمًا . وفي قول : أخذوا على قدر الرءوس التي للشركاء ، فيقسم النصف في المثال المذكور بين الشريكين سواء ، لأن سبب الشفعة أصل الشركة ، واختار هذا جمع من المتأخرين ، بل قال الإسنوي : إن الأول خلاف مذهب الشافعي . وبه قال المالكية انظر بداية المجتهد (٢٦٠/٢) والتفريع (٢٩٩/٢) والذخيرة (٣٣٣/٧) والكافي ص٤٤٤ . وعند الحنابلة هو الصحيح في المذهب ، واختاره أبو بكر . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٢٣/٥) والمبدع (٣١٣/٥) والإنصاف (٢٧٥/٦) . وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين : الأول : أنها على قدر الرءوس ، وبه قال الحنفية والشافعية في قول ، وهو قول المزني والحنابلة في رواية . الثاني : أنها على قدر الحصص ، وبه قال المالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة في رواية ، وقالوا : هو الصحيح في المذهب . انظر المراجع السابقة في المواضع السابقة .

(٤) سبق تخريج الحديث .

١٦٩٠٦ – ولا يلزم الفارس والراجل [1] في الغنيمة [2] ؛ لأن الفارس لا يستحق بالسبب الذي يستحق به الراجل ؛ لأن الفارس يستحق بنفسه وفرسه والراجل يستحق بنفسه .

١٦٩٠٧ – ولا يلزم إذا ترك مائة وعليه لرجل مائة ولآخر مائتان ؛ لأن صاحب المائة لا يستحق جميع التركةَ قَلَّت أو كثرت .

١٦٩٠٨ – ولا يلزم العبد بجني جنايتين مختلفتين ؛ لأن ولي الجناية لا يستحق العبد وإنما يستحق الأرش ، وللمولى إسقاط ذلك عن نفسه بتسليم العبد ؛ فلم يصح أن يقال كل واحد منهم يستحق جميعه عند الانفراد .

١٦٩٠٩ – ولا يلزم الأب والابن والبنت وبنت الابن ؛ لأنهم لا يستحقون [بسبب واحد . ألا ترى أن الأبوة ليست البنوة ، والبنت تذكر به وبنت الابن تذكر بابنه فاختلف سببهما ؟ .

١٦٩١٠ – ولأنه مستحق] [3] الشفعة فاستحق عند قلة النصيب ما استحقه عند كثرته . أصله : إذا انفرد .

١٦٩١١ – ولأنهما شريكان اشتركا في أخذ مشفوع ، فوجب أن يتساويا في قدر الاستحقاق . أصله : إذا اشترى نصيبها وانفرد أحدهما بالشركة في حق المبيع .

١٦٩١٢ – فإن قيل : نقلب فنقول : فوجب أن يستحقا بقدر نصيبه .

١٦٩١٣ – قلنا : لا نسلم ؛ لأن الشريك في الطريق استحق النصف ، وقد زادت شركته على شركة الآخر ، ولأنه قد ثبت لهما حق الملك ببيع مطلق فوجب أن يتساويا في التمليك ، كما لو وجب البيع لهما .

١٦٩١٤ – احتجوا : بأنه حق مستفاد بالملك ، فوجب أن يتقسط حال الاشتراك

---

(١) اتفق الفقهاء على أنه إذا كان المقاتل راجلاً يأخذ سهمًا واحدًا من الغنيمة . واختلفوا في مقدار استحقاق الفارس في الغنيمة : ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الفارس يستحق السهمين : سهم لفرسه ، وسهم له ، وذهب الصاحبان من الحنفية والإمام مالك والشافعي وأحمد إلى أن الفارس يعطي ثلاثة أسهم : سهمان بسبب فرسه ؛ وسهم بسبب نفسه . والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار ومعارضة القياس للأثر ، انظر الاختيار (٣٢٦/٣) والهداية (١٤٦/٢) وبداية المجتهد (٣٩٤/١) والمهذب (٢٤٥/٢) والمغني مع الشرح الكبير (٤٣٤/١٠) .

(٢) الغنيمة لغة : مأخوذة من غنمت الشيء أغنمه غنمًا أي أصبته غنيمة ومغنمًا والجمع غنائم ، وهي ما يأخذه المسلمون من أموال الكفار . وفي الاصطلاح : اسم لما يأخذ من أموال أعدائهم على وجه القهر والغلبة . انظر المصباح المنير (٥٤٥/٢) ولسان العرب (٣٣٠٧/٥) وطلبة الطلبة ص١٨٨ والاختيار لتعليل المختار (٣٢٢/٣) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

على قدر الملك كالثمار والنتاج وغلة العقار [١] .

١٦٩١٥ - قلنا : لا نسلم أنه حق يجب بالملك ، وإنما يجب بمعنى يوجد بوجود ملك مخصوص ، وهو خوف التأذي على وجه الدوام ، ولهذا تجب الشفعة للمكاتب ولا ملك له ، ولا يجب في العروض مع وجود الملك ؛ لفقد التأذى فيها على وجه الدوام .

١٦٩١٦ - وقولهم : المكاتب مستحق للشفعة بالملك وإن كان غير مالك لا يصح ، لأن المعتبر استحقاق المالك في الملك عندهم . لولا ذلك استحقت الشفعة بالوقف ، لأنه ملك ولكن لا مالك له .

١٦٩١٧ - فإن قال مخالفنا أن الشفعة تستحق بالملك لم نسلم له ، وإن قال بمعنى يوجد بوجود الملك ، قلنا لم يوجد في الأصل ، أويبطل بعبد بين ثلاثة ، لأحدهما النصف وللآخر السدس ؛ اعتق صاحب النصف والسدس نصيبهما معًا ؛ انتقل الثلث إليهما نصفين ولم يتقسط على قدر ملكهما .

١٦٩١٨ - فإن قالوا : الضمان ههنا بالجناية فتقسمها على عدد الجناة .

١٦٩١٩ - قلنا : لسنا نلزمكم الضمان ، وإنما نلزمكم انتقال نصيب صاحب الثلث إلى المعتقين ، والانتقال يوجد عند الشافعي قبل الضمان ، ثم يكون الضمان بقدر المنتقل .

١٦٩٢٠ - فلم يصح قولهم إنه ضمان متعلق بالجناية ثم قول مخالفنا ، فوجب أن يتقسط على قدر الملك عند الاشتراك . يقال له : إن أردت أنه يتقسط بقدر الملك عند الثبوت والوجوب لم يصح ؛ لأن كل واحد من الشريكين يثبت حقه في جميع الشقص .

١٦٩٢١ - وإنما ينتقص بالمزاحمة ؛ بدلالة أن أحد الشريكين لو ترك أخذ الآخر الجميع . وإن أراد الحق ثبت بقدر الملك عند المضايقة والمزاحمة ، لأن حق كل واحد من الشريكين من الثمار لم يثبت إلا في مقدار ملكه ، ولم يثبت له حق فيما يخص الآخر بمال . وهذه الطريقة هي الفرق . وذلك لأن الشفيعين كل واحد منهما ثبت حقه في جميع المشفوع بكل سببين متماثلين ، فتعلق حق كل واحد منهما بمثل ما تعلق به حق الآخر فتساويا ، والنماء بخلاف ذلك .

١٦٩٢٢ - ولأن الولد والثمر متولد من الملك فانقسم على قدره ، والشفعة تستحق بمعنى متساو يعتبر فيه الملك ، فصار كالوصية للجيران ، أن يكون صاحب القليل والكثير

---

(١) انظر المهذب (٣٨١/١) وعبارته « لأنه حق يستحق بسبب الملك فيتقسط عند الاشتراك على قدر الأملاك ، كأجرة الدكان ، وثمرة البستان ، وانظر أيضًا في المغني مع الشرح الكبير (٥٢٣/٥) .

سواء ، وإن اختلف ملكهما .

١٦٩٢٣ - قالوا : تخصيص الشفعة بالملك أقوى وآكد من تخصيص النماء ، بدلالة أن النماء يستحقه عن المالك بالوصية [به] [١] والشفعة لا تستحق إلا بقدر الملك ، فإذا كان النماء على قدر الملك فلأن تكون الشفعة على قدر الملك أولى [٢] .

١٦٩٢٤ - قلنا : يبطل بانتقال نصيب الشريك إلى المعتقين على ما قررنا ؛ فإنه يختص بالملك ثم لا ينتقل على قدر اختصاص الشفعة ، فلم يمنع أن يستحق بها عند الانفراد الجميعُ ؛ فالنماء الذي يختص بالملك لا يستحق فيه الجميع فكذلك عند الاجتماع لا يمنع أن يستحق الشقص [٣] [و] [٤] المشفوع مالا يستحق من النماء [٥] والغلة .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٢٣/٥) .

(٣) في (ع) ، (م) : [النقص] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) في (ن) : [الثمار] .

مسألة ٨٣٣

هل تسقط الشفعة بموت الشفيع

١٦٩٢٥ - قال أصحابنا : إذا مات الشفيع سقطت شفعته ، ولم تنتقل إلى وارثه [١] .

١٦٩٢٦ - وقال الشافعي رحمه الله : تنقل إلى وارثه [٢] . ونقل المزني : أنها بينهم على عدد الرءوس : الزوجة والابن سواء [٣] .

١٦٩٢٧ - وقال ابن سريج والمروزي [٤] : تنتقل على قدر مواريثهم [٥] .

١٦٩٢٨ - لنا : أنه خيار الاستحقاق بالثمن ، فوجب أن لا يورث ، كخيار القبول

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٢٣ والمبسوط (١١٦/١٤) والهداية (٣٨/٤) وتبيين الحقائق (٢٥٧/٥) وبدائع الصنائع (٢٢/٥) والفتاوى الهندية (١٩٨/٥) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٥٧/٧) والمهذب (٣٨٣/١) ومختصر المزني (٥٢/٣) وروضة الطالبين (١٠١/٥) . وبه قال المالكية . انظر بداية المجتهد (٢٦٣/٢) والذخيرة (٢٧٥/٧) والكافي ص٤٤٣ . أما قول الحنابلة : فعندهم تفصيل ، فقالوا : إن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها لم يخل من حالين : أحدهما : أن يموت قبل الطلب بها فتسقط ، ولا تنتقل إلى الورثة ، قال الإمام أحمد : الموت يبطل الشفعة إذا لم يطالب ، فلا تجب إلا أن يشهد أني على حقي من كذا وكذا ، فإن مات بعدها كان لوارثه الطلب به . وخرج أبو الخطاب بأنه يورث . والحال الثاني : إذا طالب بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثه قولًا واحدًا . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٣٦/٥ - ٥٣٧) والشرح الكبير مع المغني (٥١٦/٥ - ٥١٧) والمبدع (٢٢٢/٥ - ٢٢٣) والإنصاف (٢٩٧/٦) .

(٣) قال الشافعي رحمه الله : لورثة الشفيع أن يأخذوا ما كان يأخذ أبوهم بينهم على العدد ، امرأته وابنه في ذلك سواء ، قال المزني : هذا يؤكد ما قلت أيضًا ، انظر مختصر المزني (٥٢/٣) والحاوي الكبير (٢٥٧/٧) .

(٤) في جميع النسخ المزيدي . الصواب ما أثبتناه وقد سبق ترجمته .

(٥) هذا هو القول الثاني : أنها مقسمة بينهم على قدر مواريثهم ، للزوجة ثمنها ، وللابن الباقي . وهذا إذا كان موت الشفيع قبل البيع . وإن كان موت الشفيع بعد البيع فقد ملك الشفعة بالبيع ، وانتقلت عنه بالموت إلى ورثته ، ويستوي فيها الوارث بنسب وسبب ، وهي بينهم على قدر مواريثهم للزوجة الثمن والباقي للابن قولًا واحدًا . هذا ما قاله الماوردي في الحاوي الكبير (٢٥٩/٧) . وقال الشاشي في حلية العلماء (٣١٦/٥ - ٣١٧) : إن مات الشفيع بعد الأخذ فمن أصحابنا من قال : يرثون الشفعة على حسب فروضهم من التركة قولاً واحدًا ، وإن مات قبل الأخذ فمن أصحابنا من قال يكون على عدد الرءوس ومنهم من قال على قدر الأنصباء .

في البيع والتولية .

١٦٩٢٩ - ولأنه خيار لاستجلاب مال كخيار القبول . ولا يلزم خيار العيب ، لأنه يثبت لاستدراك السلامة .

١٦٩٣٠ - ولأنه خيار تملك كخيار القبول وخيار المخيرة .

١٦٩٣١ - فإن قيل : المعنى في خيار القبول أنه ليسَ بثابت ، بدلالة أن من أوجبه يملك أن يرجع عنه [1] ، وخيار الشفعة ثابت ، بدلالة أن من ثبت عليه لا يملك إسقاطه .

١٦٩٣٢ - قلنا : خيار الشفعة ليس بثابت بدلالة أنه يبطل بالسكوت وبزوال ملكه عن الشقص الذى به شفع ، فإن فرقوا بالثبوت لم نسلم ذلك ، فإنهم ذكروا إحدى علامات الثبوت ، وإن جعلوا التفسير فرقًا ، فقالوا : الشفعة لا تملك من يثبت عليه إسقاطها . قلنا باطل بالرد بالعيب [2] .

١٦٩٣٣ - لأن البائع يملك إسقاطه بأن يجنى على المبيع في يد المشتري ، ومع ذلك ينتقل إلى الوارث ، ولا تملك المرأة إسقاط حق الزوج عن بُضْعها ، ولا يورث .

١٦٩٣٤ - ولأن الوارث لا يستحق الشفعة حال إبرام العقد فلم يستحق له بذلك العقد أبدًا ، أصله وارث الجار والموصى له .

١٦٩٣٥ - ولأن الشقص الذي تثبت به الشفعة كان ملكًا لغيره ، فلم يستحق هذه الشفعة . أصله المشتري والموصى له . ولأن الوارث أخذها لنفسه ، فملكه حادث ، كملك الموصى له ، وإن أخذها للميت فقد زال ملك الميت عما يشفع به ، فصار كمن باع نصيبه بعد وجوب الشفعة .

١٦٩٣٦ - فإن قيل : لا يستحق الوارث لجوار مستحدث ، وإنما ترك الدار بحقوقها .

١٦٩٣٧ - قلنا : فالسؤال باق ، إلا أنا نقول : إذا ورث هذا الحق لم يحل أن يأخذها لنفسه وللميت .

---

(١) هكذا في (ص) وفي باقي النسخ عليه . والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) ، (ن) .

(٢) قال الماوردي فأما الجواب عن قياسهم على خيار البدل والقبول فهو : أنه منتقض بخيار الرد بالعيب ، ثم خيار البدل والقبول يجوز أن يورث ، لولا أنه مستحق على الفور ، فكان بطلان ميراثه لتراخي زمانه لاستحالة إرثه ، ثم المعنى في خيار القبول أنه لما لم يجز أن يستنيب المبذول له من يقبل عنه لم ينتقل إلى وراثه ، ولما جاز أن يستنيبْ الشفيع من يطالب عنه انتقل إلى وارثه . انظر الحاوي (٢٥٨/٧) .

١٦٩٣٨ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾ (١) .

١٦٩٣٩ – قلنا : الشفعة تسقط بالموت فلا تكون متروكة (٢) .

١٦٩٤٠ – قالوا : كل ما كان للإنسان إلى حين موته ، إما أن يبقى ، أو ينقل إلى وارثه (٣) .

١٦٩٤١ – قلنا : بضع المرأة لم يبق على ملكه ولا انتقل إلى وارثه . وتصدق الإمام كان حقًّا [له] (٤) إلى حين موته مستقر بدلالة أن المسلمين لا يملكون فسخه ولم يبق له بعد موته / ولا انتقل إلى وارثه . ١٩/أ

١٦٩٤٢ – وحق الرجوع في الهبة كذلك ، ونفي نسب ولده كان حقًّا إلى حين الموت ، ولم يبق على ملكه ، ولا انتقل إلى وارثه .

١٦٩٤٣ – قالوا : خيار ثابت لدفع الضرر عن ماله (٥) ، فوجب أن يقوم الوارث مقام مورثه فيه ، كخيار العيب (٦) .

١٦٩٤٤ – قلنا : لا نسلم أنه خيار ثابت على ما قدمنا ، ولأن خيار العيب يثبت للمشتري ، وبعد موته يسبق فيه الوارث .

١٦٩٤٥ – ألا ترى أنه إذا تعذر الرد أخذ الأرش ، وقضيت منه ديونه ، ونفذت وصاياه ، فلذلك لم يؤثر الموت فيه .

١٦٩٤٦ – وخيار الشفعة لا يسبق فيه الوارث للميت ، بدلالة أنه لا يقضي بالشقص ديونه ؛ ولا ينفذ فيه وصاياه ، فعلم أن الوارث يأخذ لنفسه ، ولم يثبت له هذا الحق بالعقد ، فلا يثبت بعده .

١٦٩٤٧ – ولأن خيار العيب فيه [معنى] (٧) المال ، بدلالة أنه يسقط حكمًا ولا يجب المال عند سقوطه ؛ فلم يورث كالوكالة ، والمضاربة .

---

(١) سورة النساء : الآية ١٢ . انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (٢٥٧/٧) والذخيرة (٢٧٥/٧) .
(٢) يجاب بأن سقوط الشفعة بالموت محل خلاف فلا يصح الجواب به .
(٣) انظر هذا المعنى في المهذب (٣٨٣/١) وعبارته : « لأنه قبض استحقه بعد البيع ، فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع » .
(٤) هكذا في (ن) ، وساقط من باقي النسخ .
(٥) في (ع) : [خيار ثابت لدفع الضرر بماله] ، وفي (م) : [خيار ثابت عن دفع الضرر لماله] .
(٦) انظر المهذب (٣٨٣/١) وعبارته : « ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث ، كالرد بالعيب » .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

١٦٩٤٨ - قالوا : من ورث مالاً ورثه بحقوقه ؛ بدلالة أن من ورث أرضًا ورثها بحقوقها ، ومن ورث دينًا به رهن ورث الرهن ، وكذلك لما ورث الشقص ورثه بحقه الذي هو الشفعة (١) .

١٦٩٤٩ - قلنا : لا نسلم أن الشفعة من حقوق الشقص وإنما هو يثبت للمالك بسبب الملك ، كما ثبت له جواز التصرف فيه .

١٦٩٥٠ - وأما حقوق الدار فهي ملك لصاحبه فيورث كنفس الدار ، وأما الرهن والكفالة ففيهما معنى المال ؛ لأن الرهن يستوفى الدين منه عند الفلس ، والكفيل يؤخذ المال منه .

١٦٩٥١ - والحقوق التي فيها معنى المال تورث ، وحق الشفعة ليس فيه معنى المال ، وإنما هو سبب للتملك بعوض [كالقبول] في الشراء [والإقالة] (٢) .

١٦٩٥٢ - قالوا : الشفعة لإزالة الضرر كالقصاص ، ثم ثبت أن القصاص يورث . كذلك الشفعة (٣) .

١٦٩٥٣ - قلنا : القصاص فيه معنى المال ، بدلالة أنه إذا سقط بشبهة وجب المال ، وحق الشفعة بخلاف ذلك .

١٦٩٥٤ - قالوا : الشفعة تعلقت بشقصين : المبيع ، والمشفوع ، ثم انتقال الملك إلى وارث المشتري لا يسقط الشفعة ، كذلك انتقال الشقص المشفوع لا يسقط الشفعة (٤) .

١٦٩٥٥ - قلنا : الشفعة حق [على] (٥) المشتري ، وليس إذا لم يسقط الحق بموت من عليه الحق لم يسقط بموت المستحق ، كما أن الأجل يسقط بموت المستحق له ولا يسقط بموت صاحب الدين .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٥٧/٧) وعبارته : ولأن الشفعة من حقوق الملك ؛ فوجب أن تكون موروثة مع الملك ، كطرق الأملاك ومرافقها ، والرهن في الديون وضمانها .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبته كما في (ن) .

(٣) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٥٨/٧) .

(٤) لم نعثر على هذا الدليل في كتب الشافعية ، ثم إن الشفعة لم تتعلق إلا بشقص واحد ، وهو المبيع أو المشفوع ؛ لأن المبيع هو المشفوع ، والمشفوع هو المبيع إلا أنه انتقلت الملكية بموت صاحبه إلى ورثته عند من يقولون به . وهناك دليل آخر ذكره الماوردي في الحاوي وهو : وما سقط به التكليف لم تبطل به الشفعة كالجنون . انظر الحاوي الكبير (٢٥٧/٧) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

١٦٩٥٦ – ولأن زوال ملك المشتري بالبيع لا يسقط الشفعة عنه ، فكذلك انتقال الملك بموته . ولما سقطت الشفعة زال ملك الشفيع في حال حياته ، كذلك إذا زال بموته .

١٦٩٥٧ – فإن قيل : إذا باع فقد رضي بإسقاط حقه فسقط بإسقاطه ، وإذا مات فلم يرض بإسقاطه حقه فلم يسقط .

١٦٩٥٨ – قلنا : لو زال ملكه في حال حياته بغير اختياره ، مثل أن يبيعها الحاكم سقطت الشفعة ، وإن كان لم يرض بإسقاط حقه .

* * *

مسألة ٨٣٤

حكم تلف الشقص المشفوع

١٦٩٥٩ - [قال] [(١)] أصحابنا : إذا انهدم البناء وَحَدَثَ النقص بآفة من السماء [أو] [(٢)] احترق فالشفيع بالخيار : إن شاء أخذ الباقي بكل الثمن ، وإن شاء تركه ، فإن ذهب بفعل آدمي أخذها الشفيع بحصتها إن شاء ، ولا يأخذ البناء المنقوض [(٣)] .

١٦٩٦٠ - واختلف قول الشافعي رحمه الله في هذا [(٤)] ، فاختلف أصحابه في توجيه قوله على طرق [(٥)] ، إلا أن ظاهر مذهبه إذا احترق البناء أنه على قولين :

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) [والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٣) الهداية (٣٣/٤) وتبيين الحقائق (٢٥١/٥) والمبسوط (١١١/١٤ - ١١٢) وبدائع الصنائع (٢٨/٥) . وبه قال أبو عبد الله بن حامد من الحنابلة . المغني مع الشرح الكبير (٥٠٣/٥) .
(٤) الحاوي الكبير (٢٦٥/٧) وروضة الطالبين (٨٩/٥) والمهذب (٣٧٨/١) ففي الحاوي قال الشافعي : لو أصابها هدم من السماء : إما أخذ الكل بالثمن ، وإما ترك . قال الماوردي : وصورتها في رجل اشتري شقصًا من دار فانهدمت بجائحة أو جناية أو شقصًا من أرض فأخذ السيل بعضها ، فالذي نقله المزني ههنا وقاله في القديم وفي كتاب التفليس من كتبه الجديدة : إن الشفيع مخير بين أن يأخذ الباقي بجميع الثمن أو يدع ، وقال الشافعي في القديم : يأخذ الباقي بحصته من الثمن .
(٥) قال الماوردي واختلف أصحابنا في اختلاف هذين النقلين على خمسة مذاهب :
أحدها وهو قول أبي طيب بن أبي سلمة وأبي حفص بن الوكيل : أن المسألة لاختلاف النقل على قولين : أحدهما : أن يأخذ الباقي بجميع الثمن كالعبد المبيع إذا ذهبت عينه في يد البائع بجائحة أو جناية ، كان للمشتري إذا اختار الإمضاء أن يأخذه بجميع الثمن ، كذلك حال الشفعة . القول الثاني : أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن ؛ لأن ما تناولته الصفقة بالثمن مقسط على أجزائه ، كما لو اشترى مع الشقص سيفًا أخذ بحصته من الثمن . المذهب الثاني : هو مذهب أبي العباس بن سريج وأبي اسحاق المروزي أنه يأخذ الباقي بحصته من الثمن قولًا واحدًا المذهب الثالث هو قول ابن على بن أبي هريرة : بأنه محمول على اختلاف حالين ، فالموضع الذي يأخذه بكل الثمن إذا ذهبت الآثار وكانت أعيان الآلة والبناء باقية ، والموضع الذي يأخذه بحصته من الثمن ، إذا كانت أعيان الآلة والبناء تالفة . المذهب الرابع : أنه محمول على اختلاف حالين من غير هذا الوجه ، فالموضع الذي يأخذه بكل الثمن إذا هدمه بفعل آدمي ، والموضع الذي يأخذه بحصته من الثمن ، إذا كان هدمه بجائحة سماوية . لأنه في هدم الآدمي قد يرجع عليه بأرش النقص ، فلذلك أخذها بجميع الثمن ، وفي جائحة السماء ليس يرجع بأرش النقص ، فلذلك أخذها بحصته من الثمن . المذهب الخامس : أنه على اختلاف حالين من غير هذا الوجه ، فالموضع الذي يأخذه بكل الثمن إذا كانت العرصة باقية ، وإن تلفت الآلة والموضع الذي يأخذه بحصته من الثمن إذا ذهبت بعض العرصة بسيل أو غرق ؛ لأن العرصة المغصوبة والآلة تتبع . انظر الحاوي (٢٦٥/٧ - ٢٦٦) .

١٦٩٦١ - أحدهما : يأخذ الباقي بكل الثمن . والآخر : يأخذ بحصته .

ومنهم من قال : إذا هدمه آدمى على قولين .

١٦٩٦٢ - واختلفوا في الأنقاض ، فمنهم من قال : يأخذها مع العرصة بالشفعة .

١٦٩٦٣ - ومنهم من قال : لا يأخذها .

١٦٩٦٤ - وقال الشافعى متكلمًا عن أبي حنيفة رحمه الله : إن ذهب بفعل آدمى أخذه بالحصة ، وإن ذهب بآفة سماوية أخذه بكل الثمن ، ثم ناقض هذا فقال : وإن غرقت بعض العرصة أخذ الباقي بكل الثمن أو تركه [1] .

١٦٩٦٥ - الدليل على أن الشفيع لا يأخذ النقض : أنه منقول منفصل عن المشفوع ، فلا يؤخذ [2] بالشفعة كالثمرة إذا انفصلت .

١٦٩٦٦ - وإنما قلنا إنه يأخذ بكل الثمن إذا ذهب بآفة من السماء أنه نقص حصل بغير فعل آدمي ، فأشبه إذا دخله في يد المشتري عطب بتشقيق الحيطان أو وهن السقوف .

١٦٩٦٧ - ولأنه يأخذها بالثمن الآجل فلم يحطّ عنه شيء لنقصٍ بغير فعل آدمى . أصله المشتري تولية .

١٦٩٦٨ - واعتمد أصحابنا في هذا على المبيع في يد البائع ، فقال مخالفنا : هو على قولين أيضًا [3] .

١٦٩٦٩ - والدليل على أن البناء [إذا هلك] [4] بفعل المشتري أو أجنبي سقطت

---

(١) وذهب المالكية إلى أنه لا يضمن المبتاع للشفيع ما حدث عنه من هدم أو حرق أو غرق أو ما غار من بئر أو عين ، ولا يحط الشفيع بذلك شيئًا من الثمن لئلا تتفرق الصفقة ولا ضرر عليه ، لأنه يخير : إما يأخذ بجميع الثمن ، أو يترك ، وكذلك لو هدم المبتاع البناية ليبنيه أو يوسع فيه : فإما أخذه مهدومًا مع نقضه بالثمن ، أو يترك لئلا يتضرر المبتاع بغير عوض يحدث له . انظر الذخيرة (٣٥٧/٧ - ٣٥٨) والمنتقى (٢١٢/٦) وحاشية الدسوقي (٤٩٤/٣) . وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية في قول أنه إذا تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري أو بعضه في يد المشتري فهو في ضمانه لأنه . مِلْكه تلف في يده ، ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن ، سواء كان التلف بفعل اللّه تعالى أو بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيار المشتري كنقضه للبناء ، أو بغير اختياره مثل : أن انهدم . ثم إن كانت الأنقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة ، وإن كانت معدومه أخذ العرصة وما بقي من البناء . هذا ظاهر كلام أحمد في رواية . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٠٣/٥) والمبدع (٢١٦/٥) والكافي (٤٣١/٢) .

(٢) هكذا في (ص) وفي باقي النسخ فلا يؤخذ مبني للمجهول .

(٣) انظر الحاوي الكبير (٢٦٥/٧ - ٢٦٦) . (٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

حصته ، أن العقد يتناول شيئين ، فإذا أخذ الشفيع أحدهما لم يبق الباقي للمشتري بغير شيء . أصله : إذا اشترى شقصًا وثوبًا .

١٦٩٧٠ - ولأن المشتري أتلف بعض المبيع ؛ فكان للشفيع أخذ الباقي بالحصة . أصله : إذا أكل الثمرة .

١٦٩٧١ - احتجوا على أنه يأخذ الباقي بالحصة : أنه أَخَذَ بالشفعة بعض ما تناولته الصفقة فَوَجَبَ أن يكون بالحصة من الثمن ، كما لو اشترى شقصًا وسيفًا [١] .

١٦٩٧٢ - قلنا : لا نسلم أن للبناء حصة بالعقد ، وإنما الثمن في مقابلة العرصة [٢] والبناء لا حصة لها ، ولا يقابلها عوض إلا أن ينفصل بفعل مضمون . وإن كان جميع الثمن في مقابله العرصة لم يصح قولهم أنه يأخذها بالحصة ولا حصة هناك منقسمة ، وإنما الثمن كله في مقابلة العرصة . وأصلهم : إذا ابتاع شيئين وهلك أحدهما فالثمن ينقسم عليهما . وهنا البناء تابع ، فالبدل في مقابلة المشفوع دون البيع .

١٦٩٧٣ - قالوا : الشفيع يأخذ بما قابل المبيع من الثمن [٣] .

١٦٩٧٤ - قلنا : كذلك نقول في الثمن كله مقابل للعرصة ، فقد قلنا بموجب كلامهم .

١٦٩٧٥ - قالوا : الدليل على أن يأخذ الأنقاض أنه يقبلها بالثمن الذي وقع المبيع عليه والاستحقاق وجب [له ضمن] [٤] العقد ، فكان له أخذ كل ما يتناوله عقد البيع [٥] .

١٦٩٧٦ - قلنا : الأبنية متعلق بها الشفعة لاتصالها بالعرصة ، فإذا انهدمت زال المعنى الذى أوجب استحقاقها فصارت كالمقبوض حال العقد .

١٦٩٧٧ - وما قاله الشافعي رحمه الله مناقضة على صورة المسألة ، ويجب أن تكون المناقضة على معنى . فأما قوله : إذا غرقت بعض العرصة أخذ الباقى بالحصة فهو سهو منه ؛ لأن

---

(١) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٦٦/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٥٠٤/٥) والمهذب (٣٧٨/١) .

(٢) العرصة ساحة الدار ، وهي بقعة واسعة ، ليس فيها بناء ، والجمع عراص ، مثل كلبة وكلاب وعرصات ، مثل سجدة وسجدات . قال أبو منصور الثعالبي في كتابه فقه اللغة : كل بقعة ليس فيها بناء فهي عرصة . وفي التهذيب : سميت ساحة الدار عرصة ، لأن الصبيان يتعرصون فيها أي يلعبون ويمرحون فيها . انظر المصباح المنير (٥٥٠/٢) والصحاح للجوهري (١٠٤٤/٣) فصل العين باب الصاد ، لسان العرب (٢٨٨٣/٤) .

(٣) المهذب (٣٧٨/١) وعبارته لأن الذي يقابل الثمن أجزاء العين وهي باقية وإن تلفت بعض الأجزاء من الآجر والخشب أخذه بالحصة ؛ لأنه تلف بعض يقابله الثمن ، فأخذ الباقي بالحصة .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٠٤/٥) .

العرصة لا تذهب بالغرق ، وهو مخير عندنا : إن شاء أخذ بجميع الثمن ، وإن شاء ترك [١] .

* * *

(١) انظر المبسوط (١١١/١٤ - ١١٢) والحاوي الكبير (٢٦٦/٧) .

مسألة ٨٣٥

حكم ما لو بنى المشتري أو غرس في الشقص الذي اشتراه

١٦٩٧٨ - قال أصحابنا : إذا بنى المشتري أو غرس كان للشفيع نقض البناء والغرس [أو أخذ المبيع بالثمن] [1] ، وإن شاء غرم له قيمة البناء والغرس مقلوعًا وأخذه [2] .

١٦٩٧٩ - وقال الشافعي : الشفيع بالخيار : إن شاء أخذ بالثمن وبقيمة البناء والغرس ، وإن شاء ألزم المشتري القلع بشرط أن يضمن له النقصان ، وإن شاء ترك الشفعة [3] .

١٦٩٨٠ - لنا : أن الشفيع له حق في استحقاق يد المشتري بعد البناء والفرس بغير رضائه ، ولا رضا من قام مقامه ، فوجب أن يكون له نقض البناء وقلع الغرس من غير ضمان . أصله : المستحق .

١٦٩٨١ - ولا يلزم المقبوض على وجه بيع فاسد إذا بنى فيه . ومن اشترى دارًا بعبد

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ ، فيأخذ الأرض فارغة . انظر التبيين (٢٥٠/٥) .

(٢) مختصر الطحاوي ص١٢٣ والمبسوط (١١٤/١٤) وتبيين الحقائق (٢٥٠/٥) والهداية (٣٣/٤) . قال المرغيناني : وإذا بني المشتري فيها أو غرس ثم قضي للشفيع فيها بالشفعة فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس ، وإن شاء كلف المشتري قلعه .

(٣) الأم (٢٣٤/٣) ومختصر المزني مع الأم (٥٢/٣) وحلية العلماء (٢٧٦/٥ - ٢٧٧) والمهذب (٣٨٢/١) والحاوي الكبير (٢٦٦/٧ - ٢٧٧) وروى أصحاب الإملاء عن الإمام أبي يوسف مثل قول الشافعي ، وبه قال الإمام مالك ، والإمام أحمد . انظر الهداية (٣٣/٤) والمبسوط (١١٤/١٤) وتبيين الحقائق (٢٥٠/٥) . وبداية المجتهد (٢٦٤/٢) وحاشية الدسوقي (٤٩٤/٣) والمغني مع الشرح الكبير (٥٠٠/٥ - ٥٠١) والإنصاف (٢٩٢/٦) ففي المبسوط روي أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أن الشفيع لا ينقض بناء المشتري ، ولكنه يأخذ بالثمن وقيمة البناء مبنيًا إن شاء . وفي بداية المجتهد : إذا أحدث المشتري بناء أو غرس ما يشبهه في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطلب شفعة فلا شفعة ، إلا أن يعطي المشتري قيمة ما بنى وما غرس . وقال ابن قدامة : إذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه ، فله هذا ، إذا لم يكن في أخذه ضرر . وسبب اختلاف العلماء في هذه المسألة كما قال ابن رشد : هو تردد تصرف المشفوع عليه تصرف الغاصب ، وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق ، وقد بنى في الأرض وغرس . وذلك أنه وسط بينهما ، ثم من غلب عليه شبه التعدي قال إنه يأخذه بنقضه ، أو يعطيه قيمته منقوضًا . انظر بداية المجتهد (٣٦٤/٢) .

فبنى فيها ، ثم أصاب بائع الأرض بالعبد عيبًا فرده ، لأن ههنا يثبت له حق في استحقاق اليد بعد البناء .

١٦٩٨٢ – فإن قيل : المعنى في المستحق أنه غرس في ملك غيره . وههنا غرس في ملكه الذي يملك بيعه .

١٦٩٨٣ – قلنا : علة الأصل تبطل على مذهبك بالمستأجر والمستعير ، وعلة الفرع لا تصح ؛ لأنه وإن بنى في ملكه فهو في حكم من بنى في ملك غيره في استحقاق يده ، كذلك في نقض تصرفه .

١٦٩٨٤ – فإن قيل : إذا استحقت الأرض فقد تعدى في التصرف .

١٦٩٨٥ – قلنا : المشتري إذا بنى ولم يعلم فغير [١] متعد .

١٦٩٨٦ – فإن قيل : المستحق يقلع الزرع ، [والشفيع] [٢] لا يقلع الزرع فلم يقلع الغرس .

١٦٩٨٧ – قلنا : الشفيع يقلع الزرع ، عندنا في الباقي ، والكلام ليس هو في أوقات القلع وإنما هو في وجوب القلع . ولأنه تصرف في المبيع مع تعلق حق الشفيع به فكان تصرفه كالتصرف في ملك الغير ، أصله إذا باع . ولا يلزم إذا زرع ؛ لأن تصرفه كالتصرف في ملك الغير ، بدلالة أن يترك في الأرض بالأجرة .

١٦٩٨٨ – ولأنه تصرف يلزم الشفيع زيادة لم يوجبها البيع ، فكان له الأخذ من غير التزام [بشيء] [٣] . أصله : الزيادة في الثمن .

١٦٩٨٩ – ولأن كل من لو تصرف في ملكه بالبيع كان للغير نقضه إذا تصرف فيه بالبناء كان له المطالبة بنقضه من غير ضمان . أصله الراهن إذا بنى في الرهن وقيمة الأرض إذا قلع البناء أكثر وهي لا [تفي] [٤] بالدين مع نقصانها .

١٦٩٩٠ – فإن قيل : الراهن ليس له التصرف بالبناء فكذلك القلع .

١٦٩٩١ – قلنا : يبطل إذا كان البناء لا ينقص الأرض وعلة الفرع لا تصح ؛ لأن المشتري وإن ملك البناء فإنه يملك شرط إسقاط الشفيع لحقه ، بدلالة أنه لو طالبه / وخاصمه لم يملك البناء ، فإذا قضى له فلم يوجد الشرط الذي أبيح البناء لأجله فصار

١/ب

---

(١) في (ن) : [ليس] .
(٢ ، ٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

كمن تصرف وليس له حق التصرف .

١٦٩٩٢ - ولأنه تصرف من المشتري في المشفوع ليس له مدة ينتهي إليها ، فكان للشفيع نقضه كالبيع .

١٦٩٩٣ - احتجوا : بأنه غرس ملكه في ملكه الذي يُمْلَكُ بالبيع [1] فوجب أن لا يجبر على قلعه ، كما لو غرس في ملك له مطلق ، أو الموهوب له إذا غرس [2] .

١٦٩٩٤ - قلنا : الحكم لا يصح ، لأنه [لا] [3] يجبر على قلعه بإجماع [4] .

١٦٩٩٥ - وإنما الخلاف هل من شرط القلع الضمان [5] ؟ فإن أطلقت الحكم [لا يصح لأنه يجبر على قلعه] [6] وهو موضع الإجماع ، وإن شرطت لم يوجد الوصف في الأصل . والمعنى في الملك المطلق أن حق الغير لا يثبت في استحقاق يده من غير رضائه ولا رضاء من يقوم مقامه ، فجاز أن يستحق قلع غرسه بغير ضمان .

١٦٩٩٦ - والمعنى في الهبة أن الغرس لا يقع بشرط ضمان النقصان ، فلم يقلع من غير ضمان .

١٦٩٩٧ - وفي مسألتنا حق القلع ثابت من غير عذر ، فلم يقف على ضمان النقصان .

١٦٩٩٨ - قالوا : غرس من غير متعد فلا يجوز قلعه مع الإضرار من غير رضاء .

---

(١) في (ع) ، (م) ، (ن) : [بيعها] .

(٢) الحاوي الكبير (٢٦٧/٧) وعبارته : « ولأن من بنى في ملكه لم يكن جواز انتزاعه من يده موجبًا لتعديه ونقض بنائه ، كالموهوب له إذا غرس ، ورجع الواهب في هبته » .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، والسياق يقتضيه .

(٤) قال الماوردي في الحاوي الكبير (٢٦٧/٧) : « ولا يجبر المشتري على قلعه ، لأنه بناه غير متعد . وقيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وبقيمة البناء قائمًا » .

(٥) ذهب الإمام أبو حنيفة أنه لا يرجع المشتري بقيمة البناء والغراس . وهي رواية عن الإمام محمد ، معناه كما قال الزيلعي : لا يرجع بما نقص بالقلع . وروى بشير بن الوليد والحسن بن زياد عن أبي يوسف : « أن الشفيع يرجع على المشتري بقيمة البناء ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد أن الشفيع يضمن للمشتري قيمة ما نقص بالقلع . وجه قول أبي يوسف ومن معه قول النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ولا يزول الضرر عنها إلا بذلك . ووجه قول الإمام أبي حنيفة هو الفرق بينه وبين المشتري ، لأن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ، ولا غرور للشفيع من جهة المشتري ، لأن الشفيع أخذها منه قهرًا قياسًا على الجارية . انظر تبيين الحقائق (٢٥١/٥) وبداية المجتهد (٢٦٥/٢) والمهذب (٣٨٢/١) والمغني مع الشرح الكبير (٥٠١/٥) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

أصله المستعير للغرس مدة مؤقتة .

١٦٩٩٩ - قلنا : هناك وُجِدَ ممن يثبت له القلع غرورًا بالغارس ، فيضمن النقصان بالغرور وهذا المعنى [ليس] (١) موجودًا في الشفيع .

١٧٠٠٠ - قالوا : الأرض والغرس مملوك الرقبة والمنفعة ، ويده ثابتة عليه بحق ، فوجب أن لا يقلع بناؤه مع الإضرار . أصله : الصداق (٢) .

١٧٠٠١ - قلنا : المعنى فيه أنه مال مملوك بالمناكحة ، فلم يملك الشريك (٣) الاعتراض فيه كالميراث .

١٧٠٠٢ - وفي مسألتنا عقار مملوك بالبيع ، فملك الشفيع المطالبة بنقض البناء الحادث ، كما لو بنى بعد المخاصمة .

١٧٠٠٣ - قالوا : من لا يقلع زرعه لا يقلع غرسه ، كالزوجة في الصداق .

١٧٠٠٤ - قلنا : لا نسلم ؛ فإن الزرع عندنا يقلع إذا لم يبذل صاحب (٤) الزرع الأجرة . والمعنى في الصداق [ما] ذكرنا] (٥) .

١٧٠٠٥ - قالوا : حق الشفيع لا يملك به إجبار المشتري على قلع ما أحدثه . أصله إذا زرع (٦) .

١٧٠٠٦ - قلنا : حق الشفعة يوجب قلع المستحدث باتفاق [والكلام في شرط الضمان ولأن الزرع مستحق القلع] (٧) إلا أن له مدة ينتهي إليها ، فأقررناه بأجرة حتى يوفى كل واحد منهما حقه ، وهذا لا يوجد في الغرس .

١٧٠٠٧ - قالوا : روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « ليس لعرق ظالم حق » دليله أن عرق غير الظالم له حق (٨) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٢) انظر هذا المعنى في المغني مع الشرح الكبير (٥٠١/٥) .

(٣) هكذا في (ص) [وفي باقي النسخ الشفيع] .

(٤) في (ص) : [صاحبه والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) انظر تبيين الحقائق (٢٥٠/٥) وعبارته : « كما إذا زرعها المشتري ، فإن كل واحد منهم لا يكلف القلع ، لتصرفه في ملكه ، فكذا المشتري في المشفوعة ، ولهذا لا يكلف قلع الزرع » .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٨) وقال ابن قدامة : فإنه غير ظالم فيكون له حق . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٠١/٥) .

١٧٠٠٨ - قلنا : ذلك يقتضي ثبوت الحق لعرق واحد ، ولا يقتضي العموم . وعندنا ههنا له حق فسقط التعلق بالدليل .

* * *

مسألة ٨٣٦

الشفعة فيما لا يحتمل القسمة

١٧٠٠٩ - قال أصحابنا : الشفعة واجبة في الحمام والرحى والبئر [(١)] .

١٧٠١٠ - وقال الشافعي رحمه الله : ما لا يجوز قسمته شرعًا لا شفعة فيه [(٢)] .

١٧٠١١ - لنا : حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الشفعة في كل شرك : ربع أو حائط » [(٣)] .

١٧٠١٢ - ولأن ملكه متصل [(٤)] بالمبيع فوجبت له الشفعة كما وجبت يقسم .

١٧٠١٣ - ولأن الشفعة واجبة في البقعة قبل البناء فوجبت بعده كالدار الكبيرة .

١٧٠١٤ - ولأن كل بقعة تجب فيها الشفعة بعد البناء [(٥)] تجب قبله . أصله : ما

---

(١) الحجة (٩٠/٣ - ٩١) والمبسوط (١٣٥/١٤) والهداية (٣٤/٤) وتبيين الحقائق (٢٥٢/٥) . وبه قال الحنابلة في رواية ، وأبو العباس بن سريج من الشافعية . المهذب (٣٧٧/١) والمغني مع الشرح الكبير (١٦٥/٥) والمبدع (٢٠٧/٥) .

(٢) الأم (٢٣١/٣) والحاوي الكبير (٢٧١/٧ - ٢٧٢) وحلية العلماء (٢٦٨/٥) ونهاية المحتاج (١٩٧/٥) والإشراف على مذاهب أهل العلم (٤٣/١) وبقول الشافعية قالت الحنابلة في رواية ثانية ، وهو ظاهر المذهب الصحيح وعليه جماهير الأصحاب . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٦٥/٥) والإنصاف (٢٥٦/٦ - ٢٥٧) قال الشيرازي في المهذب : ولا تجب إلا فيما تجب قسمته عند الطلب ، فأما ما لا تجب قسمته كالرحى والبئر الصغيرة والدار الصغيرة فلا تثبت فيه الشفعة ، وهو المذهب ، خلافًا لقول أبي العباس بن سريج . وقال ابن قدامة الشرط الثالث : أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والعضادة والطريق الضيق والعراص الضيقة فعن أحمد فيها روايتان : إحداهما لا شفعة فيه ، وهو ظاهر المذهب والثانية فيها شفعة . وأما المالكية فقد اختلفت أقوالهم فيها فبعضهم قال بوجوب الشفعة في الحمام ، وأما الرحا والبئر وما شابه ذلك فقالوا بعدم الوجوب . انظر أقوالهم بالتفصيل في المدونة (٣٣٢/٥) وبداية المجتهد (٢٥٨/٢) والكافي (٣٣٧/١) ونلاحظ أن كل من قال بوجوب الشفعة فيها فرق بين ما يمكن تقسيمه وما لا يمكن تقسيمه ؛ فما أمكن تقسيمه وجبت شفعته ، وما لم يمكن تقسيمه فلا تجب شفعته .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث ونصبه كما في سنن أبو داود (٢٨٥/٣) رقم ٣٥١٣ عن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل شرك ربعة أو حائط ، لا يصلح أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإذا باع فهو أحق به ، حتى يأذنه .

(٤) في (ع) ، (م) : [ولأنه يملك منفصل بالمبيع] .

(٥) في الألف عدم البناء والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ بحذف عدم .

ينقسم . ولأن ما يملك به السهم في الدار الكبيرة يملك به السهم في الدار الصغيرة . أصله البيع .

١٧٠١٥ - ولا يلزم القسمة لأن السهم يملك بها من الحمام إذا كان بين شريكين نصف حمام ودار فاقتسما ، وأخذ هذا نصف الحمام ، والآخر الدار . ولأن الشفعة تجب لإزالة الضرر لخوف التأذى على وجه الدوام ، والضرر فيما لا يقسم أعظم ؛ لأنه لا يتخلص منه بالقسمة ، فهو أولى بإيجاب الشفعة [١] .

١٧٠١٦ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » وقوله إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم [٢] .

١٧٠١٧ - قلنا : لا دلالة في الخبر لأن ظاهره يقتضي وجوب الشفعة في الحمام ، لأنه ليس يقسم ، والحكم متى علق بنفي وصف عن شيء وذلك الوصف لا يوجد فيه فهو آكد للحكم .

١٧٠١٨ - وقولهم : لم يقسم إلا فيما يصح قسمته ليس يُعْلَم ، بدلالة أن اللّه تعالى وصف نفسه فقال : ﴿ لَمْ يَلِدْ وَلَمْ يُولَدْ ﴾ [٣] وهذه الصفات لا تجوز عليه تعالى .

١٧٠١٩ - ولو سلمنا أن ما قالوه يقتضى ما يصح فيه القسمة والحمام يجوز فيه القسمة ، وإنما لا يجب [٤] .

١٧٠٢٠ - ولا يقال : إن المراد به القسمة الشرعية ، لأن هذا دعوى ، ولأن عندنا يصح فيه القسمة الشرعية ؛ لأن القاضي يقسم بينهم بالتراضي . وقد قال بعضهم : القياس يمنع الأخذ بالشفعة ، وإنما ورد النص بوجوبها فيما لم يقسم فيما سواه على أصل القياس .

١٧٠٢١ - وهذا غلط ، لأن من مذهب مخالفنا أن العلة لا تجوز أن تخصص [٥]

---

(١) المغني مع الشرح الكبير (٥/٤٦٦) .

(٢) هذا الدليل في المغني مع الشرح الكبير (٥/٤٦٦) فقال ابن قدامة : ووجه هذا عموم قوله ﷺ : « الشفعة فيما لم يقسم » وسائر الألفاظ العامة .

(٣) سورة الإخلاص : الآية ٣ .

(٤) قال الرملي في نهاية المحتاج (٥/١٩٥) قوله لم يقسم : ظاهر في أنه يقبل القسمة إذ الأصل فيما نفي بلم كونه في الممكن بخلاف ما نفي بلا واستعمال أحدهما مكان الآخر تجوز أو إجمال . قاله ابن دقيق العيد .

(٥) قال الزركشي : اعلم أن العلة إما عقلية أو سمعية ، فالعقلية يمتنع تخصيصها بإجماع أهل النظر كما نقله =

وأنه متى ورد نص فعارض بعض ما اقتضته العلة دل على بطلانها . ثم هذا ليس بصحيح ؛ لأن الشفعة أصل من الأصول [١] ثابت بالإجماع [٢] .

١٧٠٢٢ - ولا يقال : إن القياس بنفيه ، بل هو أصل لأن غيره أصل . ألا ترى أنه لا يقال : القياس يقتضى أن تكون صلاة الفجر أكثر من ركعتين قياسًا على غيرها ؛ لأنها أصل كما أن غيرها أصل .

١٧٠٢٣ - قالوا : روى عن عثمان ﷺ أنه قال : لا شفعة في بئر ولا فحل [٣] .

١٧٠٢٤ - قلنا : ليس من أصلكم القول بتقليد الصحابي . وعندنا عموم [قول] [٤] رسو ل الله ﷺ [أولى] [٥] من قوله .

١٧٠٢٥ - قالوا : كل ما تجب الشفعة فيه إذا ملك بالنكاح لم تجب فيه الشفعة إذا ملك بالبيع ، أصله البناء المنفرد [٦] .

= ابن فورك والقاضي أبو بكر والأستاذ أبو منصور . فإذا كانت مستنبطة فجزم الماوردي والرؤياني بامتناع تخصيصها على معنى أن العلة لا تبقي حجة فيما وراء الحكم المخصوص لبطلان الوقوف بها ، وقال ابن فورك : لا يجوز تخصيصها . وقال ابن كج : إنه قول أصحاب الشافعي ، وقال الأستاذ أبو منصور : أجمع عليه أصحاب الشافعي ، وقالوا أيضًا : تخصيص العلة نقض لها ، ونقضها يتضمن إبطالها . وقال أبو منصور الماتريدي : تخصيص العلة باطل . انظر البحر المحيط للزركشي (١٣٥/٥ - ١٤٢) .

(١) قال الإمام السرخسي في مبسوطه (٩٠/١٤) « والأصح أن نقول الشفعة أصل في الشرع ، فلا يجوز أن يقال : إنه مستحسن من القياس ، بل هو ثابت ، وقد دلت على ثبوته الأحاديث المشهورة عن رسول الله ﷺ وعن أصحابه رضوان الله عليهم . من ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ قال : « الشفعة في كل شيء » .

(٢) وقد نقل هذا الإجماع كثير من الفقهاء ، منهم الموصلي والماوردي وابن قدامة وابن المنذر . انظر الاختيار (٥١/٢) والحاوي (٢٢٧/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٤٥٧/٥) وبداية المجتهد (٢٥٦/٢) وكتاب الإجماع ص٥٦ .

(٣) روى الإمام مالك في الموطأ كتاب الشفعة باب ما لا تقع فيه الشفعة (٧١٧/٢) عن محمد بن عمار عن أبي بكر بن حزم عن عثمان بن عفان قال : « إذا وقعت الحدود فلا شفعة فيها ، ولا شفعة في بئر ولا في فحل النخل » . وانظر ذلك أيضًا في مصنف أبي شيبة (١٧٢/٧) كتاب البيوع والأقضية : باب إذا صرفت الطرق والحدود فلا شفعة رقم ٢٧٨٦ ومصنف عبد الرزاق (٨٨/٨) باب هل في الحيوان أو البئر أو النخل أو الدين شفعة رقم ١٤٤٢٨ وغريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام الهروي (١٢١/٣) وكنز العمال (٣/٤) رقم ٣٩ كتاب الشفعة والفائق في غريب الحديث للزمخشري (١٢٢/٣) وانظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (٢٧١/٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة .

(٦) لم نجد هذا الدليل في المصادر التي وقعت لنا ، إلا أن ابن قدامة ذكر أدلة تفيد هذا المعنى ، وهي : ما =

١٧٠٢٦ - قلنا : المعنى في البناء أنه لا يبقى على التأبيد ، فلا يخاف الضرر فيه على الدوام ، كالعروض وليس كذلك الشقص فيما لم يقسم ، لأن الضرر يخاف فيه على الدوام مثل ما يقسم .

١٧٠٢٧ - قالوا : ما لا يقسم شرعًا لا تجب فيه الشفعة . أصله إذا ملك بالنكاح .

١٧٠٢٨ - قلنا : المعنى فيه أنه مملوك بسبب لا يقف على تسمية عرض كالمملوك بالوصية .

١٧٠٢٩ - قالوا : الشفعة وجبت لإزالة الضرر ، فلو وجبت في الحمام لم يَبِعْ الشقص أحد ، خوفًا من الشفيع فتدعوه الضرورة إلى بيعه للشريك باختياره .

١٧٠٣٠ - قلنا : الضرر إذا جعل بالشركة على وجه لا يتخلص منه لم تلزم القيمة .

١٧٠٣١ - ألا ترى أن الشريكين في العبد كل واحد منهما يستضر بعتق شريكه ، ولا طريق إلى إزالة هذا الضرر . والقصاص المشترك كل واحد يستضر بعفو شريكه ، ولا يمكن رفع هذا الضرر ، فلا يمتنع أن توجب الشركة حق [1] الشفعة ، وإن كان يلحق بالشريك ضرر ولا يزول . ثم الشريعة قضت برفع الضرر عن الشفيع وإن أضر ذلك بالمتبايعين ، ألا ترى أن أخذ المبيع بينهما فيه ضرر ثم قضى بإزالة ضرر الشفيع بإلحاق هذا الضرر بالمشتري .

١٧٠٣٢ - ثم إنا نقول إذا أضر الشريك شريكه جاز له أن يحتال لإبطال حقه فيبيع على وجه لا شفعة فيه فيزيل هذا الضرر عن نفسه .

١٧٠٣٣ - قالوا : الشفعة تجب لخوف الضرر بالتزام أجرة القسام [2] .

١٧٠٣٤ - قلنا : قد أبطلنا هذا بالشركة في غير العقار ، وأن أجرة القسام فيها

= روي عن النبي ﷺ « أنه قضي أن لا شفعة في فِنَاء ولا طريق ولا منقبة ولا ركح » أخرجه أبو عبيد القاسم بن سلام في غريب الحديث (١٢١/٣) والزمخشري في الفائق (١٢٢/٣) واستدل من طريق المعقول فقال : لأن إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع ؛ لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة من نصيبه بالقسمة ، وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يمتنع البيع ، لتسلط الشفعة ، فيؤدي إثباتها إلى نفيها . ويمكن أن يقال : إن الشفعة إنما ثبتت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصة ، ولا يوجد هذا في ما لا ينقسم . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٦٦/٥) .

(١) في (ع) : [حتى] .

(٢) المهذب (٣٧٧/١) وعبارته : « ولأن الشفعة إنما تثبت بالضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لا يوجد في ما لم يقسم » .

واجبة ولا شفعة ، [بينا أن من] [١] مذهبنا أن الأجرة تلزم المطالب بالقيمة دون غيره فسقط .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

مسألة ٨٣٧

عدم أخذ الولي الشفعة وبلغ المولى عليه هل هو له أخذها أو لا ؟

١٧٠٣٥ – قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : إذا أسقط الولي شفعة الصغير ، أو أمسك عن المطالبة سقطت (١) .

١٧٠٣٦ – وقال الشافعي رحمه الله : لا تسقط . وللصبي المطالبة بها بعد البلوغ (٢) .

١٧٠٣٧ – وأما إن تركها لأنها بيعت بزيادة كبيرة ، أو لأنها مال للصبي ثم بلغ الصبي فالمذهب أنه لا يأخذها (٣) .

١٧٠٣٨ – قالوا : ومن أصحابنا من قال يأخذها ، وزعم أنه قول آخر للشافعي رحمه الله (٤) .

---

(١) الهداية (٤١/٤) وتبيين الحقائق (٢٦٣/٥) وبدائع الصنائع (١٦/٥) وهو قول المالكية وقول ابن حامد من الحنابلة واختاره أبو محمد الجوزي . قال القرافي يقوم بشفعة الصغير أبوه أو وصيه ، لأنها من باب تنمية المال فإذا لم يكونا فالأم تنظر له ، ولا أخذ للجد ، بل يرفعه للإمام لأنه ناظر لمن لا ناظر له . فإن عدم الأب والوصي بموضع لا إمام به أخذ إذا بلغ ؛ لأنها حقه ولم يسقطها . ولو سلمها الأب أو الوصي أو السلطان امتنع أخذه إذا بلغ ، لنفوذ تصرفهم عليه . ولو أهمل الأب حتى بلغ وقد مضى بذلك عشرة سنين فلا شفعة ، لأن إهمال أبيه كإهماله . الذخيرة (٢٧١/٧) والإنصاف (٢٧٢/٦) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٩٥/٥ - ٤٩٦) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٧٦/٧) كتاب الأم (٢٣٥/٣) ومختصر المزني (٥٤/٣) وبه قال الإمام محمد وزفر من الحنفية والحنابلة في رواية ابن منصور . بدائع الصنائع (١٦/٥) وتبيين الحقائق (٢٦٣/٥) والمغني مع الشرح الكبير (٤٩٥/٥ - ٤٩٦) والإنصاف (٢٧٢/٦) ففيه : « وإن ترك الولي شفعة للصبي فيها حظ لم تسقط ، وله الأخذ بها إذا كبر . وإن تركها لعدم الحظ فيها سقطت . قال المرداوي : هذا أحد الوجوه . اختاره ابن حامد والشيخ تقي الدين . وقيل : لا تسقط مطلقًا ، وله الأخذ بها إذا كبر ، وهو المذهب ، فيما نص عليه . وهو ظاهر كلام الخرقي .

(٣) انظر الحاوي الكبير (٢٧/٧) .

(٤) الصبي والمجنون إذا وجبت لهما الشفعة لا يخلو حالهما من ثلاثة أقسام عند الشافعية . أحدها : أن يكون في أخذها له حظ وغبطة ، فعلي وليهما أن يأخذها لهما . وللولي حالتان : الأولى يأخذ الشفعة . والثانية : يردها . فإن أخذها لزمت ولم يكن لهما إذا صارا رشيدين أن يردا . وإن عفى الولي عنها ولم يأخذها فللمولي عليه إذا بلغ رشيدًا أن يأخذها . والقسم الثاني : أن لا يكون للمولي عليه حظ في أخذ الشفعة إما لزيادة الثمن وإما لأمر آخر فلا يجوز للمولي أن يأخذها ، كما لا يجوز أن يشتري له ما لا حظ في شرائه . ففي هذا القسم الولي ممنوع من أخذها ، فإذا بلغ الصبي رشيدًا وأراد أخذ الشفعة ففيه وجهان رشيدين ، أحدهما : هو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أن شفعته قد بطلت بترك وليه وليس له أخذها بعد رشده . =

١٧٠٣٩ - لنا : أن كل من ملك المطالبة بالشفعة من غير أمر ملك التسليم ، كالمأذون والمكاتب ، ولا يلزم الوكيل لأنه يملك الترك عندنا [١] .

١٧٠٤٠ - ولأنه كبيع من أجنبى علم به الأب وأعرض عنه ، فلم يكن للصبي أخذه بالشفعة بعد بلوغه ، أصله الدار إذا بيعت في جواره . ولا يلزم الأب إذا باع واشترى .

١٧٠٤١ - لأنا قلنا : من أجنبي ولأن الأب إذا اشترى لا شفعة للصبي على قياس قول أبي حنيفة ، ذكره في المنتقى . [٢] وأما إذا باع فهو لا يملك المطالبة فلا يتصور الإعراض . لأن مالا يأخذه الصبى بعد بلوغه بشفعة الجوار لا يأخذه بشفعة الشركة كالشقص من الحمام .

١٧٠٤٢ - احتجوا : بأنه حق هو مال ترك الاستيفاء له ، فكان له أن يستوفيه بعد بلوغه . أصله استيفاء الدين [٣] .

١٧٠٤٣ - قلنا : يبطل إذ كان الحظ في تركه . ولأن الدين [لا يسقط بتأخير المطالبة به فلذلك لم يسقط بالترك والشفعة] [٤] تسقط بالتأخير فلم يجز المطالبة بها مع ترك المطالبة ممن يملك الأخذ . وإن قاسوا عليه إذا أبرأ من الدين .

١٧٠٤٤ - قلنا : إذا أسقط الشفعة فقد ترك حظًا إلى عوض حَصَّله ، وهو تبقية الثمن على ملكه ، فكأنه أخذها ثم باعها بمثل الثمن . وأما الدين فقد أسقطه من غير عوض حصله له في مقابلته ، فلم يصح .

= والوجه الثاني : أن شفعته باقية لا تبطل بترك وليه ، وله أخذها بعد رشده .

والقسم الثالث : أن يستوي حظ المولي عليه في أخذ الشفعة وتركها ؛ ففي أخذ الولي ثلاثة أوجه : أحدها : لا يجوز أن يأخذها ما لم يظهر الحظ في أخذها ، لأن الحظ معتبر فيها ، الوجه الثاني : أنه يجب عليه أن يأخذها ؛ لأن الأخذ بالشفعة أحظ ما لم يظهر ضرر . والوجه الثالث : أنه مخير بين أخذها وتركها لاستواء الحالين . الحاوي الكبير (٢٧٦/٧) .

(١) ذكر الكاساني أدلة للشيخين في البدائع ، وهي : أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فتسليمه امتناع من الشراء ، وللولي ولاية الامتناع من الشراء ، ألا تري أن من قال : بعت هذا الشيء لفلان الصبي لا يلزم الولي القبول . وهذا لأن الولي تصرف في مال الصبي على وجه المصلحة ، والمصلحة قد تكون في الشراء وقد تكون في تركه ، والولي أعلم بذلك فيفوض إليه . انظر بدائع الصنائع (١٦/٥) .

(٢) في (ن) : [الشفاء] .

(٣) الحاوي الكبير (٢٧٦/٧) وعبارته : « لأن الولي مندوب إلى فعل ما عاد بصلاح من يلي عليه في استيفاء حقوقه كالديون » .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

١٧٠٤٥ - ولا يصح قياسهم على القصاص وخيار الغيب إذا أسقطهما [الأب] [١] لأن الأب [٢] [إن] [٣] أسقطهما بعوض جاز ، وإن أسقطهما بغير عوض لم يجز .

١٧٠٤٦ - وفي مسألتنا : إذا أسقط الشفعة فقد حصل العوض للصغير وأبقاه على ملكه فكأنه حصل العوض على / إسقاط القصاص [٤] .

٩٤

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) في (ع) ، (م) : [الإنسان] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) القصاص لغة : القطع والمماثلة والتتبع ، تقول قصصت الأثر أي تتبعته وقاصصته مقاصة وقصاصًا من باب قاتل إذا كان لك عليه دين مثل ما له عليك ، ثم غلب استعمال القصاص في قتل القاتل ، وجرح الجارح . واقتص السلطان فلانا ، أي قتله قودًا ، وهو أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل . لسان العرب (٣٦٥٢/٥) ، المصباح المنير (٦٩٤/٢) ، المغرب ص٣٨٥ ، كتاب التعريفات ص١٩٠ .

مسألة ٨٣٨

قبض الشفيع الشقص من البائع

١٧٠٤٧ - قال أصحابنا : إذا كانت الدار في يد البائع فللشفيع أخذها من يده [١] .

١٧٠٤٨ - وقال الشافعي رحمه الله : يستحقها الشفيع على المشتري ، ويدفع الثمن إليه ، ويقبض الشفيع من يد البائع ، ويكون قبض الشفيع بمنزلة قبض المشتري ، ويدفع الثمن إليه من البائع . وقال ابن شريح : فيه وجهان .

١٧٠٤٩ - أحدهما : ليس للشفيع أخذه من البائع ، بل على المشتري أخذه وتسليمه إلى الشفيع . وإن كان المشتري غائبًا أخذه القاضي وسلمه إلى الشفيع وحفظ الثمن له

١٧٠٥٠ - والوجه الثاني : يأخذه من البائع ، وإن كان المشتري حاضرًا [٢] .

---

(١) انظر الشروط الصغير للطحاوي (٣٧٤/١) ط العراق والبناية على الهداية (٥٠٧/٨) وبه قال المالكية والحنابلة . قال المرداوي هذا المذهب بلا ريب ومشهور عند الأصحاب . وفي المغني مع الشرح الكبير (٤٧٥/٥) إذا أراد الشفيع أخذ الشقص وكان في يد المشتري أخذه منه ، وإن كان في يد البائع أخذه منه ، وكان كأخذه من المشتري . هذا قياس المذهب . شرح الخرشي (١٧٨/٦) والإنصاف (٢٨٧/٦) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٨٤/٧) والمهذب (٣٨٢/١) قال الماوردي : فأما قبض الشفيع الشقص من البائع قبل قبض المشتري له أو من ينوب عنه ففيه وجهان ، حكاهما ابن سريج . أحدهما : ليس له ذلك ، لأنه يحل محل المشتري في الأخذ بالثمن ولا يجوز شراء ما لم يقبض ، فكذلك لا يجوز أخذ شفعة ما لم يقبض . فعلى هذا يأخذ الحاكم المشتري بالقبض ، فإذا صار بيده انتزعه الشفيع منه . فإن كان المشتري غائبًا وكَّل الحاكم عنه من يقبض له ثم حكم للشفيع بأخذه منه . وبه قال أبو إسحاق المروزي . والوجه الثاني : هو اختيار ابن سريج أن للشفيع أخذه من البائع قبل قبض المشتري ؛ لأن الشفيع يأخذه جبرًا بحق . بوجه الثاني من المذهب الشافعي قال القاضي أبو يعلى الفراء من الحنابلة وقال القاضي ليس له أخذه من البائع ويجبر الحكم المشتري على قبضه ثم يأخذ الشفيع منه انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٧٦/٥) والإنصاف (٢٨٧/٦) . خلاصة المسألة : اتفق الفقهاء إذا كان الشقص المشفوع بيد المشتري أخذه الشفيع من المشتري ثم اختلفوا إذا كان الشقص في يد البائع فذهب الحنفية والمالكية والشافعية في وجه والحنابلة إلى جوازه أخذه من البائع كأخذه من المشتري وذهب الشافعية في وجه آخر إلى أنه لا يجوز أن يأخذ الشفيع الشقص من يد البائع بل يجبر المشتري على القبض ثم يأخذه منه . انظر البناية (٥٠٧/٨) والخرشي (١٧٨/٦) والحاوي (١٧٨/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٤٧٥/٥) .

١٧٠٥١ – لنا : حديث جابر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « فإن باعه ولم يؤده فهو أحق به » [١] ظاهره يقتضي أنه عقيب البيع أحق من المشتري . ولأنه أحد المتبايعين فكان للشفيع أخذ المشفوع من يده . أصله إذا وجبت الشفعة ، فباع المشتري ، فللشفيع أخذها من البائع وله أخذها من المشتري .

١٧٠٥٢ – فإن قيل : هناك [باع] [٢] بعد وجوب حقه ، وفى مسألتنا ثبت حق المشتري بعد ثبوت حق الشفيع ؛ لأنه حقه ثبت برغبة البائع عن ملكه .

١٧٠٥٣ – احتجوا : بأن الشفيع يستحق بعد تمام البيع ، بدلالة أنهما لو شرطا الخيار للبائع أولهما لم يستحق ، ومن استحق بعد ملك المشتري استحق من ملكه كالمشترى منه [٣] .

١٧٠٥٤ – قلنا : الشفعة تجب عندنا بخروج الشيء من ملك البائع قبل دخوله في ملك المشتري . ولهذا لو قال : بعت من فلان ، فجحد ، استحق الشفعة عندنا وعلي أحد الوجهين عندهم [٤] .

١٧٠٥٥ – وبهذا تجب الشفعة إذا كان الخيار للمشترى ، وإن كان لا يملك عند أبى حنيفة ولم يتم ملكه عند أبى يوسف ومحمد [٥] . وإذا ثبت حقه بخروج الشيء من ملك البائع قبل دخوله في ملك المشتري يستقر في ثبوت الحق ، فلذلك أخذ من يد

---

(١) هذا جزء من الحديث الذي رواه الإمام مسلم في صحيحه كتاب المساقاة باب الشفعة (١٢٢٩/٣) رقم (١٦٠٨/١٣٤) عن أبي زبير عن جابر قال : « قضي رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم : ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به » وأخرجه أيضًا البيهقي في السنن الكبرى (١٠٤/٦) كتاب الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم ومصنف عبد الرزاق (٨٢/٨) عن الثوري وابن جريج عن أبي الزبير عن جابر بن عبد اللّٰه رقم ١٤٤٠٣ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) . الصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٣) انظر المهذب (٣٨٢/١) وعبارته : « لأنه استحق فملك الأخذ كما لو كان في يد المشتري » .

(٤) الحاوي الكبير (٢٩٥/٧ – ٣٠٠) .

(٥) الهداية (٣٦/٤) وتبيين الحقائق (٢٥٤/٥) وحاشية الشلبي على التبيين (٢٥٤/٥) قال الإتقاني : « وأما خيار الشروط للمشتري فلا يمنع من ثبوت الشفعة ، لأن المبيع خرج من ملك البائع بالاتفاق ، وإن اختلف أصحابنا : هل دخل في ملك المشتري أو لم يدخل ؟ والشفعة إنما تجب برغبة البائع عن ملكه ، بدلالة أنه لو أدعي أنه باع داره من زيد وجبت الشفعة ، لأجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه ، وإن لم يحكم بدخوله في ملك المشتري » .

البائع . فأما إذا باع بشرط الخيار [١] فلأن ذلك يمنع من خروج المبيع من ملكه فلهذا لم تثبت الشفعة [٢] ، لا لما ذكروه من عدم تمام البيع !

* * *

(١) انظر المراجع السابقة في المواضع السابقة .

(٢) في (ن) : [الشقص] .

مسألة ٨٣٩

هل العهدة على البائع أو على المشتري ؟

١٧٠٥٦ - قال أصحابنا [(١)] : إذا أخذ الشفيع الشقص من يد البائع انفسخ البيع بينه وبين المشتري ، وكانت العهدة [(٢)] على البائع [(٣)] .

١٧٠٥٧ - وقال الشافعي رحمه الله : عهدة الشفيع على المشتري وإن أخذ من يد البائع ، وليس له أخذ ملك آخر فكان الأخذ من ملكه ، أصله المشتري [(٤)] .

(١) هذه المسألة محل خلاف بين أئمة الحنفية ؛ فقد ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف في رواية والإمام محمد إلى أن عهدة الشفيع على البائع . وذهب الإمام أبو يوسف في رواية أخري إلى أن الشفيع يأخذ الشقص المشفوع من يد البائع ، وعهدته على المشتري ، وذهب الإمام زفر بن الهذيل والإمام عبد الرحمن بن أبي ليلي إلى أن عهدة الشفيع على البائع في الوجهين . انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي للإمام أبي يوسف ص٣٧ ، المبسوط (١٠١/١٤) والبناية على الهداية (٥٠٧/٨) . ويشير المؤلف إلى الرأي الأول بقوله « قال أصحابنا » ، وهو بهذا ينسب إلى المذهب الحنفي رأي أكثر علمائه دون أن يشير إلى وجود اختلاف بينهم .

(٢) العهدة على وزن فعلة من العهد وللعهد معان متعددة ؛ فمنها الوفاء ، والعهدة يجمع على العهد وهو الميثاق واليمين التي تستوثق بها ممن يعاهدك . وقولهم عُهْدته عليه من ذلك ، لأن المشتري يرجع على البائع بما يدركه ، وتسمي وثيقة المتبايعين عهدة ، لأنه يرجع إليها عند الالتباس . انظر لسان العرب ٣١٤٩/٤ مادة عهد والمصباح المنير (٥٢٠/٢) .

(٣) المبسوط (١٠١/١٤) ومختصر اختلاف العلماء (٢٤٢/٤) وبدائع الصنائع (٣٠/٥) والهداية (٢٢/٤) والبناية على الهداية (٥٠٦/٨ - ٥٠٧) وتبيين الحقائق (٢٤٦/٥) وحاشية الشلبي على التبيين . قال السرخسي : وإن أخذها من البائع ودفع إليه فعهدته وضمان ماله على البائع عندنا .

(٤) كتاب الأم (٢٣٥/٣) ومختصر المزني مع الأم (٥٤/٣) والحاوي الكبير (٢٨٣/٧) وحلية العلماء (٣١٠/٥) . قال الماوردي : اختلف الفقهاء في عهدة الشفيع فذهب الشافعي إلى أن عهدة الشفيع على المشتري ، وعهدة المشتري على البائع . وبه قال الإمام أبو يوسف من الحنفية ؛ ففي المبسوط (١٠١/١٤) روى عن أبي يوسف أنه يأخذ من يد البائع وعهدته على المشتري وإليه يدفع الثمن ، لأن حق الشفيع يثبت بالشراء فكان من حقوق الشراء ، وما يكون من حقوق الشيء لا يكون ناسخًا له . وبه قال المالكية والحنابلة . قال القرافي في الذخيرة : العهدة على المشتري وحده للشفيع ، وإليه يدفع الثمن قبضه البائع قبله أم لا ، ويرجع المشتري أو البائع في الاستحقاق ، ولا شيء للشفيع على البائع . وجاء في الكافي : « العهدة في الشفعة للشفيع على المشتري دون البائع » . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك (٤٢/٣) وبداية المجتهد (٢٦٣/٢) والتفريع (٣٠٢/٢) والمدونة (٢٠٩/٤) والذخيرة (٣٢٩/٧) والكافي ص٤٤٤ والخرشي (١٨٠/٦) والمغني مع الشرح الكبير (٥٣٤/٥) والإنصاف (٣١١/٦) وشرح الزركشي على مختصر الخرقي (٢٠٣/٤) . وقال زفر وابن أبي ليلى وعثمان البتي : عهدة الشفيع على البائع في الوجهين جميعًا ؛ لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع ، فكان رجوعه عليه كالمشتري . البناية (٥٠٧/٨) وحلية العلماء (٣١١/٥) والمغني مع الشرح الكبير (٥٣٤/٥) ، اختلاف أبي حنيفة وابن ليلى ص٣٧ .

١٧٠٥٨ - ولأن الشفيع إذا أخذ الشقص من يد البائع فسخ البيع بيته وبين مشتريه . أصله إذا باع المشتري ، فأخذ الشفيع من البائع الثاني بالبيع الأول (١) .

١٧٠٥٩ - ولأنه معنى يوجب زوال ملك المشتري عن المبيع قبل القبض بغير رضائه مع بقاء تكليفه فأوجب فسخ البيع . أصله هلاك المبيع .

١٧٠٦٠ - ولا يلزم إذا مات المشتري ؛ لأن تكليفه لا يبقى مع الموت .

١٧٠٦١ - ولا يلزم إذا باع ، لأن الملك زال برضاهما .

١٧٠٦٢ - احتجوا : بأنه حق يثبت لحق (٢) المتبايعين بعد انعقاد البيع شرعًا ، فوجب أن يكون على المشتري . أصله وقوع العتق في ذوى الأرحام (٣) .

١٧٠٦٣ - قلنا : عندنا تثبت الشفعة عند الانعقاد بخروج الشيء من ملك البائع ، فلا نسلم أنها تجب بعد الانعقاد . فأما غير ذوى الأرحام فهو معنى يستحق على المشتري ، فلا يلزم البائع ؛ فالشفعة تثبت لإزالة الضرر الذي يلحق الشفيع ، وهذا المعنى موجود في حق البائع والمشتري ، فتوجهت على كل واحد منهما .

١٧٠٦٤ - قالوا : أخذ المبيع من [يد] (٤) البائع يؤدى إلى فسخ البيع ، والفسخ يسقط الشفعة ، بدلالة أن من ابتاع شقصًا بعبد فهلك العبد قبل القبض انفسخ البيع وسقطت الشفعة (٥) .

١٧٠٦٥ - قلنا : هذا غير مسلم ، وفسخ البيع عندنا بعد وجوب الشفعة لا يسقطها سواء كان الفسخ بفعلهما أو من جهة الحكم . فإذا هلك العبد وانتقض البيع لم يسقط حق الشفيع ، وله أن يأخذ الشقص بقيمة العبد الهالك (٦) .

---

(١) المبسوط (١٠٢/١٤) وأجاب ابن قدامة فقال : قياسه على المشتري في جعل عهدته على البائع لا يصح ؛ لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٣٥/٥) .

(٢) هكذا في (ص) ، (ع) ، (م) وفي (ن) : [لغير] .

(٣) استدل الماوردي على مذهبه فقال : دليلنا هو أن الشفيع يملك الشقص عن المشتري ، بدليل أنه لو تركه لكان مقرًا على ملك المشتري ، ولو حدث منه نماء لكان للمشتري ، فوجب أن تكون العهدة عليه ، كما كانت على البائع للمشتري . انظر الحاوي الكبير (٢٨٣/٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) هذا المعنى في المغني مع الشرح الكبير (٢٣٤/٥) والذخيرة (٥٣٩/٧) .

(٦) ذكر ابن قدامة أدلة أخرى على مذهبه ، فقال : لنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء ، وحصول الملك للمشتري ، ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع ، فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه بيبع . ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الأول . واستدل ابن رشد أيضًا فقال : وعمدة مالك أن الشفعة إنما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة . المغني مع الشرح الكبير (٥٣٤/٥) وبداية المجتهد (٢٦٣/٢) .

مسألة ٨٤٠

إذا حط البائع بعض الثمن عن المشتري هل يشمل ذلك الشفيع أم لا ؟

١٧٠٦٦ - قال أصحابنا : إذا حط [١] البائع بعض الثمن [٢] أخذها الشفيع بما بقى [٣] .

١٧٠٦٧ - وقال الشافعي : إن كان الحط في المجلس ثبت في حق الشفيع ، وإن كان بعد الافتراق وليس في البيع خيار أخذها بالجميع [٤] .

١٧٠٦٨ - لنا : أنه حط بعض الثمن على المشتري فوجب أن يثبت في حق الشفيع ، أصله : الحط في المجلس .

---

(١) في (ع) ، (م) : [حفظ] ، والحط لغة : الوضع ، وله معان متعددة : منها حط أي وضع الأحمال على الدواب وحط أي نزل وحط اللّه عنه وزره وضعه عنه قال اللّه تعالى : ﴿ وَقُولُواْ حِطَّةٌ ﴾ الآية ١٦١ سورة الأعراف ، قال أبو إسحاق في معناها : قولوا مسألتنا حطة أي حط ذنوبنا عنا . وحط السعر إذا رخص ونقص وهو المراد . انظر لسان العرب (٩١٤/٢) والمصباح المنير (١٩٣/١) .

(٢) هذا إن حط بعض الثمن ، وأما إن حط البائع عن المشتري جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع منه شيء لأن حط الكل لا يلحق بأصل العقد لعدم بقاء ما يكون ثمنًا . انظر اللباب شرح الكتاب (١١٥/٢) .

(٣) الهداية (٣١/٤) وتبيين الحقائق (٢٤٨/٥) وبدائع الصنائع (٢٧/٥) والمبسوط ١٠٧١١ وعبارة السرخسي : « إذا كان البيع بألف درهم فحط البائع عن المشتري تسعمائة فللشفيع أن يأخذها بمائة درهم عندنا . وأصل المسألة أن الزيادة والحط في بعض الثمن يثبت على سبيل الإلحاق بأصل العقد عند الحنفية » . وبه قال المالكية جاء في شرح الخرشي أن « الشفيع إذا أخذ الشقص بشفعة فإنه يحط عنه من الثمن الذي دفعه المشتري للبائع مقدار ما حطه البائع عن المشتري من الثمن لأجل العيب الذي اطلع عليه المشتري في الشقص . وكذلك يحط عن الشفيع ما حطه البائع عن المشتري مما جرت العادة بحطيطته من الثمن بين الناس . وكذلك يحط من الشفيع ما حطه البائع عن المشتري من الثمن تبرعًا من غير عادة ، إذا كان الباقي بعد الحطيطة يشبه أن يكون ثمنًا للشقص » . انظر الخرشي (١٨٠/٦) وحاشية الدسوقي (٤٩٥/٣) .

(٤) الحاوي الكبير (٢٨٧/٧) والوجيز (٢١٧/١ - ٢١٨) ونهاية المحتاج (٢٠٥/٥) والروضة (١٠/٥) جاء في الحاوي الكبير : « قال المزني ولو حط البائع للمشتري بعد التفرق فهي هبة ، وليس للشفيع أن يحط ، وقال الماوردي : هذا ما قاله الشافعي ﷺ أن الحطيطة إن كانت قبل التفرق فهي موضوعة عن الشفيع ، ويأخذ الشقص بالباقي من الثمن . وإن كانت بعد التفرق اختص بها بالمشتري وأخذ الشفيع بكل الثمن » . وبقول الشافعية قالت الحنابلة ؛ ففي المغني : يستحق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد ؛ فلو تبايعا بقدر ثم غيراه في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير في حق الشفع . فأما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد » . المغني مع الشرح الكبير (٥٠٦/٥) والشرح الكبير مع المغني (٥٢٢/٥ - ٥٢٣) والمبدع (٥٢٤/٥) وشرح منتهى الإرادات (٤٤٦/٢) .

١٧٠٦٩ - ولأنه يستحق المبيع بالثمن فيثبت الحط في حقه كالمشترى ، وكالحط في المجلس . ولأن كل من يثبت الحط في المجلس في حقه ثبت بعدمه [١] كالمشترى [٢] وهذه فرع على أن حط بعض الثمن يلحق بالعقد . وقد بيناه في البيوع .

١٧٠٧٠ - احتجوا : بأنه حط بعد [٣] لزوم البيع فلا يخلو العقد كحط الجميع [٤] .

١٧٠٧١ - قلنا : هناك لو لحق العقد أخرجه عن موضوعه فلم يلحق كحال المجلس [٥] .

* * *

(١) في (ع) ، (م) : [لعدمه] .

(٢) أجاب الماوردي على ذلك فقال : « فأما الجواب عن الجمع بين ما قبل التفرق وبعده فهو أن العقد يلزم بالتفرق ، وانقضاء الخيار ، فلم يصح الجمع بين ما قبل اللزوم وبعده . انظر الحاوي (٢٨٧/٧) .

(٣) في (ص) ، (ع) ، (م) : [بعض] . والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٤) انظر الحاوي الكبير (٢٨٧/٧) وفيه أنه تغيير للثمن بعد لزوم العقد فلا يثبت في حق الشفيع كالزيادة ، ولأنه حط بعد لزوم البيع فأشبه حط الجميع .

(٥) ذكر الإمام الماوردي أدلة أخري على مذهبه منها : أن ما سقط من الثمن بالإبراء بعد التزام المبيع لم يسقط في حق الشفيع قياسًا على الإبراء من الجميع ، ولأن ماحصل بين متعاقدي المبيع من النزع لا يتعدى إلى الشفيع كالنزع بالزيادة في الثمن . ولأن كل عقد لا يلحقه الزيادة لم يلحقه النقصان قياسًا على ما بعد القبض .

مسألة ٨٤١

هل للشفيع أن يأخذ من المشتري نصيب أحد البائعين أو لا ؟

١٧٠٧٢ - قال أصحابنا : إذا اشترى رجل من اثنين شيئًا فليس للشفيع أخذ نصيب أحد البائعين دون الآخر [١] . وإن اشترى اثنان من واحد جاز أن يأخذ نصيب أحدهما [٢] .

١٧٠٧٣ - وروي عن أبي حنيفة : أنه يجوز له أخذ نصيب البائعين إذا أخذه من يد البائع ، وليس له أخذه من يد المشتري .

١٧٠٧٤ - قال : وإن اشترى اثنان من واحد لم يكن له أخذ نصيب أحد المشتريين قبل القبض ، وله ذلك بعده [٣] .

١٧٠٧٥ - وقال الشافعي : له أن يأخذ من يد المشتري نصيب أحد البائعين [٤] .

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ص١٢٢ - ١٢٣ ومختصر اختلاف العلماء (٢٤٦/٤) والهداية (٤٠/٤) وتبيين الحقائق (٢٦١/٥) وبدائع الصنائع (٢٥/٥) والمبسوط (١٤٠/١٤) .

(٢) معناه أن المشتري إذا تعدد بأن اشتري جماعة عقارًا والبائع واحد يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي . وإن تعدد البائع بأن باع جماعة عقارًا مشتركًا بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم ، حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض . والفرق : أن الشفيع في الوجه الثاني لو أخذ نصيب بعضهم يفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة عن الضرر بالأخذ منه ؛ فإن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع ، فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررًا زائدًا سوي الأخذ . وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة على أحدهم . تبيين الحقائق (٢٦١/٥ - ٢٦٢) .

(٣) ذهب الحنفية في ظاهر الرواية إلى أنه إذا كان المشتري واحدًا والبائع متعددًا فليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين ، سواء كان المشتري قبض أو لم يقبض ، لما فيه من تفريق الصفقة . وفي رواية أخري عنهم أن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض ، وليس له أن يأخذ من المشتري نصيب أحدهما بعد القبض ، إلا أن الكاساني يرجح الرواية الأولى القاضية بعدم التفريق ، سواء كان المشتري قبض الشقص أو لم يقبضه . وإن كان المشتري متعددًا البائع واحدًا ، وذلك بأن اشتري رجلان من رجل ، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشترين في قولهم جميعًا في ظاهر الرواية . وروي أنه ليس للشفيع أن يأخذ قبل القبض إلا الكل ، وبعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشترين . انظر المراجع السابقة عند الحنفية . ومن المالكية ذهب عبد الرحمن بن القاسم في المدونة إلى أنه إذا كان بائع الشقص رجلًا والمشتري رجلين فليس للشفيع أن يأخذ حصة أحدهما بل يجب عليه أن يأخذ الجميع أو يدع ، لأن الصفقة وقعت واحدة ، فليس له أن يأخذ بعضها ويترك بعضها ؛ لأن الصفقة واحدة وإن اشتراها رجلان . انظر المدونة (٢٠١/٤ - ٢٠٢) والمنتقى (٢١٥/٦ - ٢١٦) .

(٤) الحاوي الكبير (٢٨٩/٧) ونهاية المحتاج (٢١٥/٥) والروضة (١٠٦/٥) ومغني المحتاج (٣٠٦/٢) . قال =

١٧٠٧٦ - لنا : أنه أخذ بعض ما ثبت له في حق الشفعة بقبولٍ واحد لنفسه ، فوجب أن لا يجوز . أصله : إذا كان البائع واحدًا ، والمشترى واحدًا .

١٧٠٧٧ - فإن قيل : لا نسلم أنه قبول واحد ؛ لأن قوله قبلت منكما كأنه قال : قبلت منك ، وقبلت منك .

١٧٠٧٨ - قلنا : معنى قولنا قبول واحد لأنه لا يفتقر إلى تكرار القبول وإنما يكتفي بقوله قبلت البيع . ولا يلزم إذا كان المشتري اثنين ؛ لأن ذلك مِلْكٌ بقبولين .

١٧٠٧٩ - ولا يلزم إذا كان اشترى دارين هو شفيع أحدهما ، لأن الطحاوي روى عن أبي حنيفة أنه يأخذها [١] ولأنه أخذ بعض ما ثبت له فيه الشفعة ، وهناك أخذ جميع ما ثبت الشفعة فيه .

١٧٠٨٠ - ولا يلزم على المشتري ما ملكه بثمن واحد مع ثبوت حق الشفعة في جميعه ، فصار كما لو اشترى شقصين من دارين هو شفيعهما . ولأن ما لا يملك أخذ بعض ما اشتراه من واحد بالشفعة لا يملك أخذ بعض ما اشتراه من اثنين . أصله الجار .

١٧٠٨١ - احتجوا : بأنه بيع في أحد طرفيه عاقدان ، فوجب أن ينفرد [٢] كل

= الماوردي : هما مسألتان متفق عليها ومختلف فيها ؛ فأما المتفق عليها فهي شقص لرجل واحد باعه صفقة على رجلين فللشفيع أن يأخذ الشقص كله منهما ، وله أن يأخذ حصة أحدهما ويعفو الأخر . وأما المختلف فيها فهي في شقص لرجلين باعاه صفقة على رجل واحد فعند الشافعي أن الشفيع بالخيار بين أن يأخذ من المشتري جميع الشقص وبين أن يأخذ منه حصة أحد البائعين دون الآخر . وبه قال الحنابلة . قال ابن قدامة : وعند الحنابلة إذا اشترى رجل من رجلين شقصًا فللشفيع أخذ أحدهما دون الآخر . وإن اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحد المشترين . وإذا تعدد المشتري والبائع واحد بأن ابتاع اثنان أو جماعة شقصًا واحدًا فقال ابن الزاغوني في المبسوط : نص الإمام أحمد على أن شراء الاثنين من الواحد عقدان وصفقتان ؛ فللشفيع إذن أخذ نصيب أحدهما وترك الباقي كما قال المصنف وغيره من الأصحاب ، وحكي عن القاضي أبو يعلي الفراء رواية أخرى تنص على عدم جواز تفرق الصفقة في الشفيع وذلك في حالة تعدد البائع . المغني مع الشرح الكبير (٥٣٠/٥) ، الإنصاف (٢٧٨/٦ - ٢٧٩) .

(١) قال الكرخي في مختصره : وإذا كان الشفيع شفيعًا لإحداهما دون الأخرى وقع البيع عليهما صفقة واحدة ؛ فإن الحسن بن أبي مالك روى عن أبي حنيفة أنه ليس له إلا أن يأخذ التي تجاوره بالحصة ، وكذلك روى ابن سماعة عن أبي يوسف . وكذلك روى هشام بن محمد في رجل اشترى دارين متلاصقين ، وله جار يلي إحداهما قال : فإنه يأخذ التي تليه ، ولا شفعة له في الأخرى . وقال القدوري في شرحه : وذلك لأن حق الشفعة تعلق بإحدى الدارين دون الأخرى ، والصفقة إذا جمعت بين ما لا تعلق به الشفعة وبين ما تتعلق به أخذ الشفيع ما تعلقت به الحصة . حاشية الشلبي على التبيين (٢٦٢/٥) ومختصر اختلاف العلماء (٢٤٦/٤) .

(٢) في (ع) ، (م) : [يتصرف] .

واحد منهما بحكم الشفعة . أصله : إذا باع الواحد من اثنين [1] .

١٧٠٨٢ - قلنا : هناك لا ضرر على المأخوذ منه ، لأنه يأخذ منه جميع ما ملكه ، ولا ضرر على شريكه ؛ لأنه قد رضي بضرر الشركة فلا فصل بين أن يشاركه المشتري أو الشفيع .

١٧٠٨٣ - وفي مسألتنا على المشتري ضرر في التبعيض ؛ لأن الشفعة وجبت في جميع ما ابتاعه بقبول واحد لنفسه فلم يجز الأخذ منه على وجه يُضرُّ به كما لو اشترى من واحد .

* * *

(١) انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (٢٨٩/٧) وفيه : « أنه عقد اجتمع في عقد أحد طرفيه عاقدان فوجب أن يكون في حكم العقدين ، كما لو كان المشتري اثنين ، ولأن اجتماع البائعين في عقد كافتراقهما في عقدين . ألا ترى أنه لو كان لكل واحد منهما عبد فباعاهما في عقد واحد بثمن واحد لم يجز للجهالة بثمن كل واحد منهما ، ولو كانا لرجل واحد جاز للعلم بثمنهما ؛ فعلى هذا لو كان الشقص لرجلين فباعاه معًا في عقد واحد على رجلين فحكم هذا العقد حكم أربعة عقود فيكون للشفيع أن يأخذ الشقص كله بالعقود الأربعة » .

مسألة ٨٤٢

إذا أقر المشتري بثمن معين وأخذها الشفيع بذلك الثمن ثم أقام البائع البينة على خلاف ذلك

١٧٠٨٤ - قال أصحابنا : إذا أقر المشتري أنه اشترى بألف فأخذ الشفيع بذلك ، ثم أقام البائع البينة أنه باع بألفين فقضى له القاضي ، أخذ من المشتري ألفين ورجع على الشفيع بألف (١) .

١٧٠٨٥ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يرجع عليه بشيء (٢) .

١٧٠٨٦ - لنا : أن ثمن الشقص لزم المشتري بالعقد ، فثبت في حق الشفيع ، كما لو أقام البائع البينة ابتداء . ولأن ثمن الشقص لزم المشتري ، لم يلحق به زيادة ، فلزم الشفيع . أصله الثمن الذي تصادق المشتري والبائع عليه .

١٧٠٨٧ - احتجوا : بأن الشفيع أقر بأن الثمن ألف ، فإن أقام البينة على هذا فقد زعم أن البائع أخذ منه ظلمًا وتعديًا فلا يرجع به ، وإن عاد إلى تصديق البائع فقد أكذب نفسه فيما أقر به للشفيع فلا يقبل .

١٧٠٨٨ - قلنا : أبطل القاضي اعترافه بحكمه ، فسقط اعتباره ، كما لو أقر أن المبيع للبائع فاستحق رجع بالثمن ، وإن كان في زعمه أنه ظالم بأخذه المبيع منه بغير حق .

---

(١) المبسوط (١٢٥/١٤) فيه : « إذ أقر الرجل أنه اشترى دارًا بألف درهم فأخذها الشفيع بذلك ، ثم ادعي البائع أن الثمن ألفان ، وأقام البينة فإنه يؤخذ ببينته ؛ لأنه يثبت بها حقه ويرجع الشفيع على المشتري بألف أخرى ، لأن الشفيع إنما يأخذها بالألف الذي سلمت به للمشتري ، وقد تبين أنها سلمت له بألفين ، ولا معتبر بإقرار المشتري أن الثمن كان ألف درهم ؛ لأنه صار مكذبًا في إقراره بقضاء القاضي فيسقط اعتبار إقراره » .

(٢) مختصر المزني مع الأم (٥٧/٣) والحاوي الكبير (٢٩٠/٧) وحلية العلماء (٢٩٧/٥) والروضة (٩٧/٥) ؛ ففي الحاوي قال المزني رحمه الله : ولو زعم المشتري أنه اشتراها بألف درهم فأخذ الشفيع بألف ، ثم أقام البائع البينة أنه باعه إياها بألفين فعلى المشتري ولا يرجع على الشفيع ، لأنه مقر أنه استوفى جميع حقهئ. وبه قال المالكية والحنابلة ؛ ففي الكافي : إذا اختلف البائع والمشتري فقال البائع الثمن ألفان ، وقال المشتري هو ألف ، وأقام البائع بينة بدعواه ثبتت وللشفيع أخذه بألف ؛ لأن المشتري مقر أنه لا يستحق أكثر منها وأن البائع ظلمه فلا يرجع بما ظلمه على غيره . وفي المغني : إذا اختلف المتبايعان في الثمن فادعى البائع أن الثمن ألفان وقال المشتري هو ألف فأقام البائع بينة أن الثمن ألفان أخذهما من المشتري ، وللشفيع أخذه بالألف ، لأن المشتري مقر باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه . الكافي (٤٢٧/٢) والمنتقى (٢٠٦/٦) والمغني مع الشرح الكبير (٥٢٠/٥) والمبدع (٢٢٦/٥) ، الإنصاف (٣٠٥/٦) .

مسألة ٨٤٣

إذا كان المشتري شريكًا فهل للشفيع الآخر الشفعة أو لا ؟

١٧٠٨٩ - قال أصحابنا : إذا ابتاع أحد الشركاء نصيبًا في شركته فطالبه شريك آخر كانت الشفعة لهما وقسم الشقص المبتاع بينهما [١] . وكذلك [٢] فرع المزني على قول الشافعي [٣] .

١٧٠٩٠ - ومن أصحابهم [٤] من قال يأخذ الشقص الشفيع ولا شيء للمشتري فيه [٥] .

١٧٠٩١ - لنا : حديث ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال : « الشريك شفيع وهما شريكان » [٦] .

١٧٠٩٢ - ولأنهما يتساويان في السبب الموجب الذى يستحق به الشفعة ، فوجب

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (٢٥٢/٤) . وفيه : « قال أصحابنا : إذا اشتري دارًا هو شفيعها ولها شفيع آخر فإنه يأخذ نصفها » . وبقول الحنفية قال المالكية والحنابلة انظر المدونة (٤٠٧/٥) والبيان والتحصيل (٥٣/١٢) والكافي (٨٦٥/٢ - ٨٦٦) والمغني مع الشرح الكبير (٢٢٥/٥) والمبدع (٢١٤/٥) قال ابن قدامة : « إذا كان المشتري شريكًا فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه » .

(٢) في (ص) ، (ع) ، (م) : [ولذلك] . والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٣) مختصر المزني (٥٢/٣) والحاوي الكبير (٢٩٨/٧) والمهذب (٣٨١/١) . قال المزني ولو اشترى شقصًا وهو شفيع فجاء شفيع آخر فقال له المشتري : خذها كلها بالثمن أو دع وقال هو : بل آخذ نصفها كان ذلك له ؛ لأنه مثله وليس له أن يلزم شفعته لغيره . وقال الشيرازي في المهذب : هو المذهب .

(٤) في (ع) ، (ن) : [بين أصحابهم] .

(٥) حكاه أبو حامد الإسفراييني عن أبي العباس بن سريج وقال : وجدت أبا العباس بن سريج قائلاً بخلافه وموافقًا لأصحابه . الحاوي الكبير (٢٩٨/٧) . وفي المهذب (٣٨١/١) وللشريك أن يأخذ الجميع .

(٦) روى الإمام الترمذي في الجامع الصحيح كتاب الأحكام باب ما جاء أن الشريك شفيع رقم (١٣٧١ ٤١٤/٣) عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : « الشريك شفيع والشفعة في كل شيء » . قال أبو عيسي هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث أبي حمزة السكري وقد روى غير واحد هذا الحديث عن عبد العزيز عن ابن رفيع عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلًا ، وهذا أصح . ورروي البيهقي في السنن الكبرى كتاب الشفعة باب لا شفعة في ما لا ينتقل ويحول (١٠٩/٦) والدارقطني في سننه كتاب الأقضية والأحكام (٢٢٢/٤) رقم ٦٩٠ ورروي الطحاوي في شرح معاني الآثار كتاب الشفعة باب الشفعة بالجوار (١٢٥/٤) وفي كنز العمال (٨/٧) رقم ١٧٧٠٣ . ويلاحظ أن لفظ « وهما شريكان » غير موجود في الحديث ، بناء على ما رجعنا إليه من المصادر .

أن يتساويا في استحقاقها إذا لم يتقدمه استحقاق ، أصله إذا اشتراه أجنبي .

١٧٠٩٣ - ولأنه شريك يملك ما هو شريك فيه ولم يعدل عن المطالبة بشفعة ثانية ، فإذا استحق عليه بالشفعة شارك المستحق ، كما لو ابتاع الشقص أجنبي فأخذه منه بالشفعة ، ثم حضر شفيع آخر .

١٧٠٩٤ - ولا يلزم إذا ابتاع الشفيع من المشتري ؛ لأنا احترزنا عنه في العلة الأولى بقولنا إذا لم يتقدمه استحقاق ، وفي العلة الثانية .

١٧٠٩٥ - قلنا : ولم يعدل عن المطالبة . ومتى وجبت له الشفعة بطل البيع فقد عدل عنها

١٧٠٩٦ - احتجوا : بأنه مشتر فوجب أن لا يستحق الشفعة على نفسه ، أصله إذا كانت الدار بين رجلين فاشترى أحدهما نصيب شريكه [1] .

١٧٠٩٧ - قلنا : لا يستحق الشفعة على نفسه لكن الشريك لا يستحق جميع الشقص لمساواة [2] المشتري .

١٧٠٩٨ - قالوا : الإنسان إنما يستحق حقًّا في [ملك] [3] غيره ، فأما أن يستحق في ملك نفسه فلا ، كما لو أتلف عبده [4] .

١٧٠٩٩ - قلنا : ليس يستحق / الشفعة في ملكه ، كمن يدفع شريكه استحقاق الشفيع عليه . ب

١٧١٠٠ - ولا يجوز أن يثبت له حق في ملك نفسه إذا زاحمه غيره ، كما يثبت لرب المال الشفعة في الدار التي اشتراها المضارب ، ويصير كسائر الشركاء متى ابتاع المضارب شقصًا منها .

* * *

(١) انظر هذا المعنى في المهذب (٣٨١/١) وفيه : « أن المشتري لا يأخذ النصف من نفسه وإنما نمنع الشريك أن يأخذ الجميع ويبقى الباقي على ملكه » .

(٢) في (ع) : [مسافات] وفي (م) : [مافات] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٤) هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٩٩/٧) .

مسألة ٨٤٤

حكم ما إذا اشترى الذمي من الذمي شقصًا بخمر أو خنزير

١٧١٠١ - قال أصحابنا : إذا اشترى الذمي من الذمي شقصًا بخمر [1] أو خنزير وجبت الشفعة فيه للمسلم والذمي [2] .

١٧١٠٢ - وقال الشافعي : لا شفعة فيه [3] .

١٧١٠٣ - لنا : أن النبي ﷺ قال : « الشفعة في كل شرك من ربع أو حائط » [4] .

١٧١٠٤ - ولأنه شقص لو أخذه الشفيع من غير حكم أقره الحاكم في يده ؛ فإذا طلب أَخْذَه حُكِم له بأخذه . أصله إذا باعه بمال مباح ، ولأنه بيع لغير أهل الذمة ، فجاز أن يستحق المسلم به عليهم الشفعة . أصله البيع وسائر المباحات .

١٧١٠٥ - ولأن كل متبايعين لو تقابضا وأُقِرّا على المبايعة فإنه يحكم للشفيع بالشفعة . أصله : إذا باعه شاة تركت التسمية عليها .

---

(١) الخمر لغة اسم لكل مسكر خامر العقل . يقال خمرت الشيء تخميرًا غطيته وسترته ، والجمع خمور وسميت بذلك لمخامرتها العقل . لسان العرب (١٢٥٩/٢) والمصباح المنير (٢١٧/١) مادة خمر .

(٢) الهداية (٣٢/٤) واللباب في شرح الكتاب (١١٤/٢) وتبيين الحقائق (٢٤٩/٥) والمبسوط (١٦٨/١٤) وفي التبيين : لو اشتري ذمي من ذمي عقارًا بخمر أو خنزيرًا فإن كان شفيعه ذميًا أخذ بمثل الخمر وقيمة الخنزير ؛ لأن هذا البيع يقتضي صحته فيما بينهم ، فإذا صح ترتبت عليه أحكام البيع . ومن جملة الأحكام وجوب الشفعة به فيستحقه ذميًا كان أو مسلمًا . غير أن الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر فيأخذه بها ؛ لأنها من ذوات الأمثال . والمسلم لا يقدر على ذلك ، لكونه ممنوعًا من تمليكها وتملكها ، فيجب عليه قيمتها . وبه قال المالكية . الذخيرة للقرافي (٢٦٢/٧) وعبارته : « إن باع بخمر أو خنزير فقيمة الشقص عند أشهب ، لتعذر رد الثمن ، ولا قيمة للخمر ، وبقيمة الخمر عند عبد الحكيم ، وهو أشبه بمذهب ابن القاسم ؛ لأنه مما يضمن بالقيمة عند استهلاكه للنصراني » .

(٣) مختصر المزني (٥٩/٣) والحاوي الكبير (٣٠٢/٧) وروضة الطالبين (٧٣/٥) . قال الماوردي : إذا تبايع الذميان شقصًا بخمر أو خنزير تقابضًا فلا شفعة لمسلم ولا ذمي . وقال : لأن الخمر والخنزيز لا قيمة له عنده بحال . والمسلم والذمي في الشفعة سواء . وأما عند الحنابلة فإن اشترى الذمي من الذمي شقصًا بخمر أو خنزير وقد أخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه . وإن جري التقابض ين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلى قضاة المسلمين لم يحكم لهم بالشفعة . وقال أبو الخطاب : فإن تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكمنا لهم بالشفعة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٥٢/٥) والشرح الكبير المغني (٥٤٥/٥) .

(٤) سبق تخريجه

١٧١٠٦ - احتجوا : بأنه بيع بما هو نجس العين فلا يصح البيع ، ولا تجب الشفعة كالبيع بالميتة والدم [١] .

١٧١٠٧ - قلنا : هناك لم يقر الذمي على العقد ، وفى مسألتنا أقر على هذا العقد ، فصار كالبيع بالثمن المباح .

١٧١٠٨ - قالوا : بيع بخمر فصار كالمسلم إذا باع بها [٢] .

١٧١٠٩ - قلنا : المسلم منع من تمول الخمر و التصرف فيها ، والكافر لم يمنع من التصرف [فيها] [٣] وأقر على تمولها [٤] .

* * *

(١) هذا الدليل في الحاوي الكبير (٣٠٢/٧) وفيه : « لأن كل بيع لو عقده مسلم سقطت فيه الشفعة وجب إذا عقده الذمي أن تسقط فيه الشفعة ، كما لو عقده بميتة أو دم » .

(٢) الحاوي الكبير (٣٠٢/٧) وفيه : « لأن كل من سقطت الشفعة في عقده بالميتة والدم سقطت الشفعة في عقده بالخمر والخنزير كالمسلم » .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) هذا وقد أجمع الفقهاء على ثبوت الشفعة للمسلم على الذمي والذمي على الذمي ، واختلفوا في ثبوتها للذمي على المسلم . ولهم في ذلك قولان : القول الأول : هو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية إلى ثبوت الشفعة للذمي على المسلم مستدلين بعموم الأحاديث الواردة في ذلك وإجماع الأمة . والقول الثاني : هو ما ذهب إليه الحنابلة والحسن البصري والشعبي والأوزاعي مستندًا في ذلك بما روى البيهقي في السنن الكبرى (١٠٨/٦ - ١٠٩) في باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الفقه عن رسول الله ﷺ « لا شفعة لنصراني » . انظر المبسوط (٩٣/١٤) ، تبيين الحقائق (٢٤٩/٥ - ٢٥٠) ، المدونة (٢٠٥/٤) ، مواهب الجليل (٣١٠/٥) ، الخرشي (١٦٢/٦) ، نهاية المحتاج (١١٢/٥) ، مغني المحتاج (٢٩٨/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٥٥١/٥) .

مسألة ٨٤٥

هل طلب الشفعة يسقط بالتأخير ؟

١٧١١٠ - قال أبو حنيفة : إذا صح طلب الشفعة لم يسقط بالتأخير (١) . هذه الرواية المشهورة . وذكر الطحاوى عن الحسن عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ : إذا أخرها ثلاثة أيام مع القدرة سقطت .

١٧١١١ - وكذلك روى [بشير] (٢) بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ (٣) ذكره في المنتقى (٤) .

١٧١١٢ - وذكر أبو الحسن عن الحسن أنه قال : قياس قول أبو حنيفة أنه إذا أخرها شهرًا سقطت ، وهو قول محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ (٥) .

---

(١) انظر الهداية (٢٨/٤) والبناية في شرح الهداية (٤٩٥/٨) ونتائج الأفكار (٣٨٥/٩) وتبيين الحقائق (٢٤٤/٥) وحاشية الشلبي عليه والمبسوط (١١٨/١٤) وبدائع الصنائع (١٩/٥) ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٧٥/٢) وفيه ولا تبطل الشفعة بتأخيره أي بتأخير طلب الأخذ مطلقًا بعد ما استقرت شفعته بالإشهاد عند الشيخين في ظاهر المذهب ، وعليه الفتوى ؛ لأن الحق قد ثبت بالطلب فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق . ولو كان التأخير بعذر من مرض أو سفر أو حبس أو عدم قاض يري الشفعة بالجوار في بلده لا يسقط بالإجماع ، وإن طالت المدة . وعن أبي يوسف إن أخره إلى مجلس حكم يبطل لتركه عند إمكان الأخذ ، وفي رواية إلى ثلاثة أيام ، وقيل يفتي بقول محمد وزفر ورواية أخرى عن أبي يوسف أن الشفيع إن أخر طلب الخصومة شهرًا بلا عذر بطلت الشفعة لتغيير أحوال الناس وحاجتهم إليه ، وعليه المشاهير .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) . وهو الفقيه القاضي بشير بن الوليد بن خالد الكندي نسبة إلى كندة بكسر الكاف قبيلة مشهورة باليمن ، هو أحد أصحاب الإمام أبي يوسف روى عنه كتبه وأماليه وسمع مالك بن أنس ، وولي القضاء ببغداد في زمان المعتصم بالله وشهد محنة خلق القرآن وحبس من أجله ، فهو كان يرى أن القرآن غير مخلوق . وتوفي سنة ٢٣٨هـ . الفوائد البهية ص٥٤ - ٥٥ والجواهر المضية (٣٥٣/١ - ٣٥٤) والفهرست لابن النديم ص٢٨٦ - ٢٨٧ وشذرات الذهب (٥٤/٢) .

(٣) مختصر اختلاف العلماء ص١٢١ . وفيه : « وإذا أشهد الشفيع على شفعته ، ثم تراخي بعد ذلك عن طلبها ، وقد أمكنه ذلك ، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا قالا : هو على شفعته أبدًا ما لم يسلمها ، وبه نأخذ . وقال محمد : إن طلبها إلى شهر قضى له بها . وإن تركها حتى يمضي لها شهر لا يطالبها فيه لم نقض له بها .

(٤) في (ن) : [الشفاء] .

(٥) البناية في شرح الهداية (٤٩٥/٨) وتبيين الحقائق (٢٤٤/٥) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٥٧/٢) .

١٧١١٣ - وقال الشافعي : إذا قال الشفيع للمشتري : قد أخذتها بالثمن والثمن معلوم ملكها بغير اختيار [المشتري] [١] ، وكذلك إن قال الحاكم قد أخذتها .

١٧١١٤ - قالوا : فإن لم يدفع الثمن بعد الملك حتى مضت ثلاثة أيام أبطل الحاكم أخذه [٢] .

١٧١١٥ - لنا : أن حقه قد استقر بالطلب ، والحقوق المستقرة لا تسقط بالتأخير كالديون . وهذا الوصف غير مسلم ؛ لأن عندهم إذا صحت المطالبة مَلَكَ ، والمِلْكُ يقتضي استقرار الحق ، ولأنه إذا ملك عندهم بقوله : أخذت ، لم يفسخ البيعُ الملكَ بتأخير الثمن كالمشتري إذا أخر ، ولأنه أخر الأخذ بعد صحة المطالبة ، فلم تسقط شفعته . أصله : إذا أخر بعذر .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) ، (ن) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٢) حلية العلماء (٣٠٥/٥) والحاوي الكبير (٢٤١/٧) . قال القفال الشاشي : فإن أراد الأخذ بالشفعة فإنه يملك الأخذ من غير حكم حاكم ، وإذا اختار تملكه ملكه ثم يدفع الثمن . وللمشتري أن يمنع تسليمه حتى يأخذ الثمن ، فإن تعذر على الشفيع الثمن في الحال قال ابن سريج : أجلته ثلاثًا فإن أدي وإلا فسخ الأخذ .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسمّاة

التجريد

كتاب المضاربة

مسألة [(١)] ٨٤٦

المضاربة بالدراهم المغشوشة

١٧١١٦ - قال أصحابنا : « الدراهم التي فيها غش » [(٢)] ....

(١) تعريف المضاربة : في اللغة . ضارب فلان لفلان في ماله إذا اتجر فيه . . . وكأنه مأخوذ من الضرب في الأرض لطلب الرزق . قال تعالى : ﴿ وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾ [٢٠ : المزمل] . وعلى قياس هذا المعنى يقال للعامل ضاربٌ ؛ لأنه هو الذي يضرب في الأرض . وجائز أن يكون كل واحد من رب المال ومن العامل يسمى مضاربًا ؛ لأن كل واحد منهما يضارب صاحبه ، راجع لسان العرب لابن منظور (٢٥٦٦/٤) - ٢٥٦٩ ط دار المعارف . ويسميها البعض قراضًا أو مقارضة وهو إطلاق أهل المدينة .
أما في الاصطلاح : فهي عند الأحناف : عقد على الشركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر . اللباب في شرح الكتاب للميداني (١٣١/٢) ط . محمد على صبيح . وعرفها الزيلعى بقوله : « المضاربة هي شركة بمال من جانب ، وعمل من جانب ، والمراد الشركة في الربح « . تبيين الحقائق للزيلعى (٥٢/٥) . ط دار المعرفة - بيروت - لبنان . ومن تعريف الأحناف للمضاربة تبين لنا أن المضاربة لو اختل فيها شرط كون الربح بين العامل ورب المال لا تكون مضاربة .
والمضاربة : عند المالكية ، أو القراض توكيل على تجر في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرهما . مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب (٣٥٥/٥ ، ٣٥٦) ط النجاح بليبيا ، وعرفها الدردير بقوله : القراض دفع مالك مالًا من نقد مضروب مسلم معلوم لمن يثمر به من ربحه . راجع حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير (١٥٧/٣) ط دار أحياء الكتب العربية .
أما عند الشافعية : فعرفها الرملي بقوله : « العقد المشتمل على توكيل المالك لآخر ، وعلى أن يدفع إليه مالًا ليتجر فيه والربح مشترك بينهما « نهاية المحتاج لشرح المنهاج (١٦١/٤) ط دار الفكر ، وعرفها الخطيب بقوله : « هو توكيل مالك يجعل ماله بيد آخر ليتجر فيه ، والربح مشترك بينهما » الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع [١٥٥/٢] ط الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .
وقد عرفها ابن قدامة بقوله من الحنابلة بأنها هي أن يشترك بدن ومال . ومعناها أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه ، وأن ما حصل من الربح بينهما ، حسب ما يشترطانه . (المغني لابن قدامة (٢٦/٥) ط دار الحديث) .
(٢) الدرهم اسم للمضروب من الفضّة وهو معرب ، وزنه فعلل بكسر الفاء وفتح اللام في اللغة المشهورة وقد تكسر هاؤه فيقال درهم حملًا على الأوزان الغالبة ، والجمع دراهم ، وجمع التكسير دراهيم . اللسان (١٣٧٠/٢) ، المصباح ١٩٣ « دره » ، والدراهم أنواع أربعة - جياد ، نبهرجه - النبهرج كالبهرج ، والدراهم البهرج : الذي فضته رديئة . اللسان بهرج (٣٧٢/١) ، نبهرج (٤٣٣٢/٦) . وزيوف - زافت عليه دراهم أي صارت مردودة لغش فيها . لسان العرب ، مادة « زيف « ٣ / ١٩٠٠ » . وستوقة - درهم - .
واختلفوا في تفسير النبهرجة : قيل : هي التي تضرب في غير دار السلطان ، والزيوف هي المغشوشة ، والستوقة صفر مموه بالفضة ، وقال عامة المشايخ : الجياد فضة تروج في التجارات ، وتوضع في بيت المال ، والزيوف ما =

تجوز المضاربة بها [(١)] .

١٧١١٧ - وقال الشافعي : لا يجوز [(٢)] .

= زيفه بيت المال « أي رده » ولكن تأخذه التجار في التجارات . ولا بأس بالشراء بها ، ولكن يبين البائع أنها زيوف ، والنبهرجة ما يرده التجار ، والستوقة أن يكون الطاق الأعلى فضة والأسفل كذلك وبينهما صفر ، وليس لها حكم الدراهم » . (حاشية ابن عابدين (٢٣٣/٥) ط مصطفي البابي الحلبي) . ونستطيع أن نستخلص من نص ابن عابدين السابق أن الدراهم أربعة أنواع : نوع لا خلاف على المضاربة به بين الفقهاء ، وهو الجياد ، وثلاثة دخلها غش على اختلاف درجته حسب الترتيب السابق ، ونص الإمام القدورى هنا يشعر بأن الدراهم المغشوشة تجوز المضاربة بها جميعًا قولًا واحدًا وليس كذلك ؛ ففي البدائع : « وأما الزيوف والنبهرجة : فتجوز المضاربة بها ، ذكره محمد رحمه الله ؛ لأنها تتعين بالعقد كالجياد ، وأما الستوقة وهي أكثر أنواع الدراهم غشًا كما سبق ، إن كانت لا تروج ؛ فهي كالعروض ، أي لا تجوز المضاربة بها ، وإن كانت تروج فهي كالفلوس ، وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف في الدراهم التجارية أنها لا تجوز المضاربة بها ؛ لأنها كسدت عندهم وصارت سلعة ، قال : ولو أجزت المضاربة بها أجزتها بمكة بالطعام ؛ لأنهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس . بدائع الصنائع للكاسانى (٨٢/٦) ، ط دار الكتب العلمية ، بيروت . ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن القول في المضاربة بالدراهم المغشوشة جائز عند محمد في نوعين هما الأقل غشًا : الزيوف والنهرجة ، أما الستوقة : فأمرها معلق على رواجها ، فإن وجد الرواج جاز ، وإن كسدت امتنع كالفلوس . هذا عند محمد .. أما أبو يوسف فلا يرى جواز المضاربة بها ، من غير نظر إلى الرواج أو عدمه . وربما أرجع جواز المضاربة بالدراهم المغشوشة عند الأحناف إلى تعلق الزكاة بها ؛ فإن الأحناف لا ينظرون إلى الغش الواقع في الدراهم إذا بلغت نصابًا ما لم يكن الغش أكثر من الفضة ، ففي البدائع روي الحسن عن أبي حنيفة : أن الزكاة تجب في الدراهم الجياد ، والزيوف ، والنبهرجة ، والمكحلة ، والمزيفة ، قال : لأن الغالب فيها كلها الفضة ، وما تغلب فضته على غشه يتناوله اسم الدرهم مطلقا . والشرع أوجب « أي الزكاة » باسم الدراهم ، وإن يمسكها للتجارة يعتبر قيمتها ، فإن بلغت قيمتها مائتي درهم من أدنى الدراهم التي تجب فيها الزكاة وهي التي الغالب عليها الفضة تجب فيها الزكاة وإلا فلا « . (البدائع ١٧/٢) .

(١) راجع المسألة في البدائع (٨٢/٦) ، المبسوط (٢١/٢٢ ، ٢٢) ، وللمالكية فيها قولان أصحهما يوافق رأي الأحناف في الجواز ، راجع مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب (٣٥٨/٥) ، الدسوقي على الشرح الكبير (١٥٨/٣) .

(٢) الشافعية يقولون بمنع المضاربة بالدراهم المغشوشة ، إلا أنه يجب تقييد ذلك بألا يكون الغش مستهلكًا ، كيسير المعدن الذي يضاف إلى الفضة لمصلحة الصك ونحوه ؛ فإنه لا يؤثر في جواز التعامل بالدراهم عندهم . جاء في نهاية المحتاج بعد أن ذكر منع المضاربة بالمغشوش : « نعم إن استهلك غشه جاز العقد عليه كما جزم به الجرجاني » . - وقد نقل صاحب نهاية المحتاج ومغني المحتاج وغيرهما أن الإمام السبكي من الشافعية قد خالف المذهب ، واختار الجواز إن كان يروج رواج غير المغشوش كالأحناف ، راجع نهاية المحتاج (٢٢١/٥) ، مغني المحتاج لأبي زكريا النووي (٣١٠/٢) ط مصطفى البابي الحلبي ، المهذب (٥٠٥/١) ، حاشية البجرمي على الخطيب (١٥٩/٣) ط مصطفى الحلبي ، فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي (٢/١٢) ط =

١٧١١٨ - لنا : أنه يجوز التجوز بها في ثمن الصرف [١] كالسـود [٢] والنوع الرديء ، ولأنها أثمان في المعاملات كالجياد [٣] .

١٧١١٩ - ولأن الفضة لا تنطبع إلا بغش يسير ، ولا يغير ذلك حكمها لأن الغالب في الفضة كذلك في مسألتنا ، ولأنه لا يجوز بيعها بالجياد [٤] متفاضلًا ، فجاز المضاربة بها كالسود .

١٧١٢٠ - احتجوا : بأنها دراهم مغشوشة ؛ فصار كما لو كان الغش أكثر [٥] .

١٧١٢١ - قلنا : إذا كان الغالب غير الفضة فلا يخلو أن تكون نافقة [٦] أو كاسدة [٧] . فإن كانت نافقة فهي كالفلوس [٨] .

١٧١٢٢ - [وقد ذكر الحسن [٩] عن أبي حنيفة ومحمد] [١٠] جواز

= مع المجموع للنووي دار الفكر ، حاشية الشرقاوي على التحرير (١٣/٢) ، إعانة الطالبين للسيد البكري (١٠٠/٣) ط مصطفى الحلبي . ويقول الشافعي قال المالكية في القول المرجوح والحنابلة ولهم وجه يوافق الأحناف ، ولكن المذهب الأول . راجع مواهب الجليل (٣٥٨/٥) ط . الدسوقى على الشرح الكبير (٣٥٨/٣) ، والإنصاف للمردى (٤٧١/٥) ط السنة المحمدية سنة (١٣٧٦) هـ .

(١) الصرف بيع الذهب بالفضة وهو من ذلك ؛ لأنه ينصرف به من جوهر إلى جوهر ، اللسان (٢٢٣٥/٣) « صرف » والمصباح (٣٣٨) « صرف » .

(٢) نوع من الدراهم .

(٣) الجيد نقيض الردئ والجمع جياد وجيادات جمع الجمع ، والجياد أحد أنواع الدراهم الأربعة . راجع : القاموس المحيط باب الدال فصل الجيم (٢٩٥/١) ، والمصباح (١١٤) « جـود » .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالخيار وهو تصحيف] .

(٥) راجع الحاوي صـ ١١٠ .

(٦) نفق البيع نفاقًا : راج ، ونفقت السلعة تنفق نفاقًا بالفتح : غلت ورغب فيها . اللسان (نفق) (٤٥٠٧/٦) .

(٧) الكساد : خلاف النفاق ونقيضه ، والفعل يكسد ، وسوق كاسدة : بائرة . لسان العرب مادة (كسد) .

(٨) القاموس المحيط باب السين فصل الفاء (٢٤٦/٢) ، واللسان (٣٤١٠/٤) ، والمراد بالفلوس : ما يتعامل به الناس من المال من العملة المصكوكة من غير الذهب والفضة ، كالنحاس والبرونز وغيرها .

(٩) بجمع النسخ أبو الحسن وهو خطأ ما أثبتناه من بدائع الصنائع (٨٢/٦) ، والمبسوط (٢١/٢٢) ، وهو الحسن بن زياد اللؤلؤ ﷺ صاحب أبي حنيفة ولى قضاء الكوفة سنة ١٩٤ هـ ثم استعفى ، أخذ عن محمد بن سماعة ، وله كتاب المجرد والأمالي وهو ينسب إلى بيع اللؤلؤ ، توفي سنة ٢٠٤ هـ الفوائد البهية في تراجم الحنفية للعلامة أبي الحسنات اللكنوي صـ ٦٠ ط دار المعرفة بيروت . أما أبو الحسن المذكور . فالمراد به أبو الحسن الكرخي وتأتي ترجمته .

(١٠) - ساقطة من (ع) .

المضاربة [١] بالفلوس . وإن كانت كاسدة فالمعني فيها أنها ليست بثمن ، وهذا معنى يمنع المضاربة من غير وجود العين ، كالنقرة [٢] .

* * *

(١) المضاربة بالفلوس عن محمد في جوازها روايتان : إحداهما : ما ذكره المصنف ، وهي رواية الحسن ، وبها قال محمد بن الحسن أيضًا ، وهناك رواية أخرى عن محمد بعدم الجواز ، وهو رأى زفر أيضًا ، راجع البدائع (٨٢/٦) .

(٢) النقرة من الذهب والفضة : القطعة المذابة ، وقيل : هو ما سبك مجتمعًا منهما ، والنقرة السبيكة ، والجمع نقار . راجع اللسان (نقر) (٤٥١٩/٦) ، والمصباح (٦٢١) (نقر) .

مسألة ٨٤٧

المضاربة بثمن السلعة

١٧١٢٣ - قال أصحابنا : إذا دفع إليه ثوبًا [١] وقال : بعه واعمل بثمنه مضاربة ؛ جاز .

١٧١٢٤ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز [٢] .

١٧١٢٥ - لنا : أنها استنابة في التصرف ؛ فجاز تعليقها بالشرط . أصله الوصية [٣] .

١٧١٢٦ - ولأنه [٤] جعل إليه [٥] الشراء بثمن جعل إليه بيعه ، كما لو قال : وكلتك ببيع هذا العبد بألف ، وشراء هذا الثوب بثمنه . مبنية على جواز تعليق الوكالة بالحظر [٦] .

١٧١٢٧ - احتجوا : بأن المضاربة لا تنعقد على مال مجهول ، فلا تتعلق بشرط كالبيع .

١٧١٢٨ - قلنا : هذا الوصف [٧] غير مسلم ؛ لأنه لو دفع إليه دراهم لا يعلم

---

(١) ذكر الثوب هنا على سبيل المثال ، وكل عرض يمكن بيعه يقوم مقامه . قال في المبسوط : « ولو قال بع عبدي هذا واقبض ثمنه واعمل فيه مضاربة على أن ما رزق اللّٰه تعالى في ثمنه من شيء فهو بيننا نصفان فهو جائز » ، وفي البدائع : « وقد قالوا إنه لو دفع إليه عروضًا ، فقال له : بعها واعمل بثمنها مضاربة ، فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها جاز . راجع المبسوط (٣٦/٢٢) ، البدائع (٨٢/٦) ، حاشية ابن عابدين (٦٤٨/٥) ، اللباب (١٣١/٢) ، وبه قال الحنابلة ، راجع شرح منتهى الإرادات للبهوتي . (٣٣٠/٢) ط دار الفكر .

(٢) - راجع المهذب (٥٠٥/١) ، والحاوي (١٢٠) وهو مذهب مالك . بداية المجتهد (١٧٨/٢) .

(٣) قال في البدائع : ولو قال : إن كان في بطن فلانة جارية فلها وصية ألف ، وإن كان في بطنها غلام فله ألفان فولدت جارية « لستة أشهر إلا يومًا ، وولد غلام بعد ذلك بيومين ، فلهما جميع الوصية « البدائع (٣٣٦/٧) ، ويفهم من النص السابق جواز تعليق الوصية على الشرط .

(٤) أي رب المال .

(٥) أي إلى المضارب .

(٦) تعليق الوكالة جائز عند الأحناف ، أما عند الشافعية : فليس على إطلاقه ، لأن المذهب عندهم عدم جوازه . وجوزه بعض الأصحاب منهم ، وإنما الجائز على إطلاقه عندهم أن ينجز الوكالة ، ثم يعلق التصرف على شرط مستقبل ، كأن يقول مثلًا : وكلتك أن تطلق امرأتي أو تبيع مالي بعد شهر ؛ لأنه لم يعلق عقد الوكالة على شرط ، وإنما علق التصرف . راجع البدائع (٢٠/٦) والمهذب (٥٦٠/١ ، ٥٦١) .

(٧) أي أن المضاربة لا تنعقد على مال مجهول كالبيع ، وهو ما يترتب على تعليق أي منهما على شرط يؤثر في المال مجهول كالبيع ، وهو ما يترتب على تعليق أي منهما على شرط يؤثر في المال كمسألتنا بالنسبة للمضاربة .

وزنها ، لم يعرف مقدارها ، فالمضاربة أولى [١] .

١٧١٢٩ - ولأن المقصود من البيع الملك ، وذلك لا يقف على شرط ، فلم يقف العقد على شرط ، والمقصود بالمضاربة الربح ، وذلك موقوف على الشرط [٢] ؛ فجاز أن يقف العقد على الشرط .

* * *

(١) معنى هذا : أنه لو دفع ثمنًا في البيع صرة من المال ، لا يعلم قيمتها وزنًا ، جاز بها البيع مع كون مقدار الثمن مجهولًا ، كمن قال بع لي هذا الكتاب بهذه الصرة من المال . وعلى ذلك فكان ينبغي أن يجوز في المضاربة . والحق أن الجهالة ينبغي أن تنتفي عن المضاربة أكثر من البيع ؛ لأن الجهالة مغتفرة في البيع مع الرضى بها ، لأن ضررها محدود ينتفي بمعرفة وزن الصرة أو عدها ونحوه ، ثم يملك كل واحد منهما عوضه بعد ذلك ، وقد رضى به ، أما في المضاربة : فإن الجهالة يترتب عليها نزاع عند المقاسمة وفصل رأس المال عن الربح .

(٢) من المعلوم أن العامل في المضاربة يستحق الربح بالشرط ، ولذا فمقدار المشروط « يكون له حتى ولو قال رب المال ضاربني على الثلث أو الربع ، يفهم منه : أن المشروط للعامل وليس لرب المال ؛ لأن رب المال يستحق برأس ماله .

مسألة ٨٤٨

تأقيت المضاربة

١٧١٣٠ - قال أصحابنا : إذا وَقَّتَ المضاربة جاز (١) .

١٧١٣١ - وقال الشافعي : لا يجوز أن يقارض إلى مدة (٢) .

١٧١٣٢ - قال أصحابه (٣) : قال : قارضتك سنة ، فإذا مضت فلا تبع (٤) ولا تشتر ، أو تشتري ولا تبيع ، فالقراض باطل ، وإن قال : عَلى أنك بعد السنة لا تشتري ولك أن تبيع ؛ فهو جائز .

١٧١٣٣ - لنا : حديث عائشة (٥) رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال « الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » (٦) .

---

(١) وهو قول الحنابلة في إحدى الروايتين . راجع البدائع (٩٩/٦) ، الهداية للمرغيناني (٢٠٥/٣) ، طبع مع تكملة فتح القدير بدار إحياء التراث العربي تكملة فتح القدير لابن الكمال (٤٥٧/٨) ، المغني لابن قدامة (٦٨/٥) .

(٢) وهو مذهب مالك وبه قال الحنابلة ، وفي الرواية الثانية . راجع الأم (٢٣٥/٣) للشافعي ط الشعب ، مختصر المزني بهامش الأم (٦١/٣) ، البجرمي على الخطيب (١٦١/٣ ، ١٦٢) ، الجمل على شرح المنهج لزكريا الأنصاري (٥١٤/٣) ، ط دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان ، الحاوي (١٢٦) ، بداية المجتهد (١٨٠/٢) ، المغني لابن قدامة (٦٨/٥) .

(٣) الصواب : « بعض أصحابه » راجع المهذب (٥٠٦/١) ، فتح العزيز (١٨/١٤ ، ١٩) .

(٤) في (م) ، (ع) : [بيع] .

(٥) الصديقة بنت الصديق أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديق بن عثمان ، أفقه نساء المؤمنين وأعلمهن بالدين والأدب تكنى بأم عبد الله ، تزوجها النبي ﷺ في السنة الثانية بعد الهجرة فكانت أحب نسائه إليه ، توفيت بالمدينة المنورة سنة ٥٧ هـ ولها ٢٢١٠ حديث . راجع : الأعلام للزركلي (٣ / ٢٤٠) ط دار العلم للملايين - بيروت ، والإصابة في تمييز الصحابة (٣٥٩/٤) ، ط دار النهضة / ووفيات الأعيان لابن خلكان (١٦/٣) وغيرها .

(٦) الحديث أخرجه البخاري معلقًا وأغلب أحاديث البخارى المعلقة وصلها ابن حجر في شرحه ، فهي صحيحة ويحتج بها . صحيح البخاري باب أجر السمسرة (١٢٠/٣) ، ط الشعب ، ومن حديث عائشة أخرجه الدارقطني وفيه زيادة « ما وافق الحق » سنن الدارقطني (٢٧/٣) رقم ٩٨ والحاكم في المستدرك باللفظ السابق (٤٩/٢) . راجع : السنن له (٢٠/٤) ، رقم (٣٥٩٤) وكذا الطبراني في المعجم الكبير (١٢/٧) رقم ٣٠ وانظر مصنف ابن أبي شيبه فقد ذكره من حديث « عمر وشريح » في كتاب البيوع والأقضية المصنف (٥٦٨/٦) ط الرشيد بالمدينة المنورة ، ومن المعلوم أن كثرة الطرق يقوي بعضها بعضًا ، لاسيما وقد ذكره البخاري ، وهو من أصح الكتب بعد كتاب الله ﷻ .

١٧١٣٤ - ولأنه أذن في التصرف ؛ فلا يبطله التوقيت كالوكالة [١] .

١٧١٣٥ - ولأن البيع عقد تتضمنه المضاربة ، فإذا شرط توقيته فيها لم يبطل كالشراء [٢] .

ولأنه أحد شطري عقد البيع ، فإذا وقته في المضاربة لم يبطل كالشراء [٣] .

١٧١٣٦ - احتجوا : بأنه شرط ليس من مصلحة العقد ينافي مقتضاه ، فأشبه إذا شرط في البيع أنه لا يقبض المبيع [٤] .

١٧١٣٧ - قلنا : يبطل إذا قال على أن لا تشتري بعد المدة ، ولأن القبض في المبيع موجب البيع ، فصار في مسألتنا كما لو قال : عليّ أن لا أسلم إليك المال . وأما عموم التصرف : فليس من موجب [٥] العقد ، وإنما هو مقتضاه [٦] . ومقتضى المضاربة إذا نفاه لم يفسدها كما لو [٧] نفى الشراء .

١٧١٣٨ - قالوا : عقد غير مؤقت ؛ فإذا شرط فيه التوقيت بطل كالنكاح [٨] .

١٧١٣٩ - قلنا : يبطل بالوكالة ، ويبطل بتوقيت الشراء ، والمعنى في النكاح : أن التوقيت إذا دخل في بعض مقتضاه ؛ لم يصح كذلك في مقتضاه ، ولما كان دخول التوقيت في بعض مقتضى المضاربة يصح كذلك فصح في باقيها .

١٧١٤٠ - قالوا : المقصود بالعقد : تحصيل الربح عند المقاسمة [٩] فإذا شرط أن لا

---

(١) هذا الاستدلال الذى استدل به المصنف يتفق مع قول بعض أصحاب الشافعي بجواز تأقيت الشراء ، وقد استدلوا به في تعليلهم لجواز تعليق الوكالة على شرط مستقبل ، وإن كان المذهب على خلافه ، حيث قالوا : ولأنه أذن في التصرف ، فلا يبطله التأقيت كالوصية . ومن المعلوم أن كلًّا من الوصية والوكالة يقبلان التأقيت ؛ لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فهي مؤقتة أصلًا . والوكالة استثناء من أصل وهو تصرف الإنسان لنفسه ، فإذا وكل غيره ليتصرف له ، كان هذا استثناء من الأصل السابق ، فجاز أن يجعل له مدة معينة ، والمذهبان متفقان على هذا . راجع البدائع (٢٠/٩٦) ، المهذب (٤٦٢/١) ، فتح العزيز (١٩/١٢) .

(٢) هذا رد على تفريق بعض أصحاب الشافعي بين تأقيت الشراء وتأقيت البيع ، حيث أجازوه في الشراء ، ومنعوه في البيع .

(٣) الحق أن هذا قياس مع الفارق ، لأن تأقيت الشراء لا يترتب عليه ضرر ، بخلاف تأقيت البيع فقد يترتب عليه ضرر يعود على المضارب ؛ إذ إن حقه يتعلق بظهور الربح ، وهذا لا يتم إلا بالبيع ، ففارق البيع الشراء من هذا الوجه .

(٤) راجع المهذب (٥٠٦/١) .

(٥) أي سبب إنشائه .

(٦) ما يترتب على العقد من أثر .

(٧) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) .

(٨) راجع المهذب (١/ ٥٠٦) .

(٩) راجع المهذب المرجع السابق والحاوي (١٢٧) .

يبيع بعد السنة فربما انقضت وعنده عروض لا يتمكن من بيعها ، فلا تظهر الفائدة ، فيبطل مقصودة بعقد [١]

١٧١٤١ - قلنا : عندنا لا يبطل العقد ، ولا يثبت هذا القول ، ثم هذا لا يبطل مقصود العقد لأنه يجوز أن يلزم [٢] ربَّ المال المضاربُ العروضَ ، ويدفع [٣] نصيب المضاربِ [٤] ، فيحصل له مقصوده من العقد مع وجود الشرط .

* * *

(١) راجع فتح القدير (١٩/١٢) .

(٢) أي يُلزم المضارب رب لمال العروض .

(٣) أي رب المال للمضارب .

(٤) في (م) ، (ع) : [المضاربة] .

مسألة [(١)] ٨٤٩

تقيد رب المال للعامل في التصرف

١٧١٤٢ - قال أصحابنا : إذا دفع إليه مضاربة على أن لا يشتري سلعة إلا بعينها ، أو لا يشتري إلا من فلان ، جاز [(٢)] .

١٧١٤٣ - وقال الشافعي : لا يجوز أن يخص الشراء من واحد ، أو يخص [(٣)] سلعة بعينها [(٤)] .

١٧١٤٤ - قال أصحابه : إن عين له شيئًا لا ينقطع من أيدي الناس غالبًا جاز التخصيص [(٥)] ، كالطعام والثياب القطن . وإن عين ما يجوز أن يوجد ، وأن لا يوجد كلحم الصيد ببغداد ، وما يوجد في بعض الزمان كالرطب والعنب لم يجز [(٦)] .

١٧١٤٥ - لنا : أنه إذن في التصرف حال الحياة ، فلا يبطله التخصيص بعين من الأعيان ، كالوكالة [(٧)] .

---

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) وهو مذهب الحنابلة أيضًا راجع . المبسوط (٤٢/٢٢) ، البدائع (١٠٠/٦) والمغني (٦٨/٥ ، ٦٩) .

(٣) معطوف على النفي السابق .

(٤) وهو مذهب مالك راجع : مختصر المزني (٦١/٣) ، المهذب (٥٠٦/١) ، الحاوي (١٣٥) ، البجرمي على الخطيب (١٦٠/٣) ، بداية المجتهد (١٨٠/٢) المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس (١١٩/٥) ط دار صادر بيروت .

(٥) التخصيص هو إخراج بعض ما تناوله الخطاب منه . راجع : المحصول للإمام الرازي (٣٩٦/١) ، ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٦) راجع المراجع السابقة للشافعية .

(٧) الوِكالة بكسر الواو وفتحها : التفويض والتسليم ، من وكلت الأمر إليه أي فوضته إليه واكتفيت به ، والتوكيل : إظهار العجز والاعتماد على الغير ، والوكيل القائم بما فوض إليه والجمع وكلاء ، راجع المصباح مادة « وكل » والقاموس المحيط باب اللام فصل الواو (٦٧/٤) والتعريفات للجرجاني (٢٢٧) ط مصطفي الحلبي . واصطلاحًا عرفها العيني : « بأنها إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم » ، وعرفها الشربيني : « بأنها تفويض شخص ماله وفعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته . بدائع الصنائع (١٩/٦) والأصل في الوكالة أن تكون مخصصة ، لأن الوكيل يملك التصرف بالإذن ، فلزم أن يكون المأذون فيه معلومًا ، ولذا فإن الإمام الشافعي لم يجزها إلا في تصرف معلوم أي خاص ، ومنع عمومها لما فيه من غرر . وقسمها باقي الفقهاء إلى عامة وخاصة ، وفهم المراد قد يكون باللفظ ، وقد يكون بالعرف وبالجملة ، فإنهم مجمعون على جواز تخصيصها . راجع : البدائع (٢٩/٦) ، بداية المجتهد (٢٢٦/٢ ، ٢٧٧) تكملة المجموع (١٠٦/١٤) ط دار الفكر ، المغني (١٣١/٥ ، ١٣٢) .

١٧١٤٦ - ولا يلزم الوصية [١] ، لأنها تصرف بعد الموت ، ولأن التخصيص لا يبطلها [٢] .

١٧١٤٧ - ولا يلزم الإذن في التجارة ، لأن تخصيصه لا يبطله [٣] . ولأن ما جاز شراؤه من المضاربة جاز تخصيص المضاربة فيه ، إذا صح شراؤه وبيعه كالبر .

١٧١٤٨ - ولأن لرب المال غرضًا صحيحًا في تخصيص رجل بعينه لأمانته وثقته ، فصار كتخصيص النوع .

١٧١٤٩ - احتجوا [٤] : بأن المقصود بهذا العقد تحصيل الربح ، فإذا خص رجلًا بعينه ، جاز أن لا يبيعها مالكها ، وإذا خص ما لا يوجد في عموم الأوقات لم يقدر عليه المضارب [٥] ، فلم يوجد مقصود العقد .

١٧١٥٠ - قلنا : العقد قد أوجب له الربح فيما [٦] يبتاعه . فإذا كان يجوز أن يكون ، ويجوز أن لا يكون لم يمنع صحة العقد ، كما لو سمى نوعًا جاز العقد وإن جاز أن يحصل فيه الربح وجاز أن لا يحصل . فإن قيل تخصيص النوع مناف [٧] لتخصيص العين . ألا ترى أن في السلم [٨] لو خص نوعا جاز ، ولو خص متاعَ [٩] فلان [لم يجز ؟ .

١٧١٥١ - قلنا : لا نسلم ، وأنه لا يجوز أن تنعقد ، ولا يحصل الملك والتسليم ، فإذا سمى متاع] [١٠] فلان جاز أن يحصل [وجاز ألا يحصل [١١]] ، فلم يصح

(١) أوصى الرجل ووصاه : عهد إليه ، والوصية ما أوصيتَ به ، والوصي الذي يوصى والذي يوصى له . اللسان (وصى) (٤٨٥٣/٦ ، ٤٨٥٤) ، القاموس المحيط باب الياء فصل الواو (٤٠٣/٤) .

(٢) لأن الوصية تبرع محض .

(٣) تأتي المسألة فيما بعد ، وانظرها في البدائع (١٩٢/٧) ، المبسوط (٢٥/٥) تبيين الحقائق (٢٠٤/٥) .

(٤) راجع المهذب (٥٠٦/١) ، تكملة المجموع (٣٦٩/١٤) ، البجرمي (١٦٠/٣) والحاوي (١٣٥) .

(٥) في (ن) : [المضاربة وهو خطأ] . (٦) في (ن) : [فلم] وهو خطأ .

(٧) في (ن) : [مفارق] .

(٨) السلم : لغة السلف والتقديم والتسليم ، والسلم الاسم : من أسلمت وهو تسليم رأس المال . وشرعًا : اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلًا ، وفي المثمن آجلًا ، والمبيع مسلمًا فيه ، والثمن رأس المال ، والبائع مسلمًا إليه والمشتري رب السلم . راجع : القاموس المحيط باب الميم فصل السين (١٣١/٤) ، التعريفات (١٠٦) ، البدائع (٢٠١/٥) ، وحاشية ابن عابدين (٢٠٩/٥) .

(٩) في (م) ، (ع) : [متاعًا] . (١٠) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) زيد ما بين المعكوفتين ، حتى يستقيم المعنى .

العقد ، لأن المضاربة يجوز أن توجد صحيحة ولا يستحق المضارب فيها [١] ربحًا ، فإذا وقعت على وجه يجوز أن يحصل ويجوز أن لا يحصل لم تبطل .

١٧١٥٢ - فإن قيل : الوكالة يجوز أن تقع بالشراء دون البيع [٢] وبالبيع دون الشراء ، فكذلك يجوز أن تختص . والمضاربة لا يجوز أن تقع علي الشراء دون البيع ، فلم يجز أن تختص .

١٧١٥٣ - قلنا : إذا شرط الشراء دون البيع لم يجز أن يحصل الربح فلم يصح الشرط ، ومتى شُرِطَ الشراء من فلان فيجوز أن يحصل ، ويجوز أن لا يحصل ، [فهو كالشراء المطلق الذي يجوز أن يحصل فيه الربح ويجوز أن لا يحصل] [٣] .

* * *

---

(١) وذلك في حالة عدم حصول ربح فيها .

(٢) لأن موجب المضاربة هو الربح ولا يحصل بالشراء دون البيع .

(٣) ما ين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٨٥٠

نفقة المضارب في السفر [١]

١٧١٥٤ - قال أصحابنا : إذا سافر المضارب فنفقته [٢] في مال المضاربة .

١٧١٥٥ - وقال الشافعي في البويطي [٣] : نفقته في طعامه وكسوته على نفسه [٤] .

---

(١) ينبغي التفريق بين السفر المباح والممنوع ؛ لأن محل النزاع في المسألة يتعلق بالسفر المباح فقط . فعقد المضاربة لا يخلو إما أن يكون نص فيه على الإذن بالسفر ، أو المنع منه ، وإما أن يكون مطلقًا لم ينص فيه على واحد من الأمرين . فإن كان مطلقًا فيرى الأحناف والمالكية والحنابلة في رواية جواز السفر للمضارب بمال المضاربة ، لأن السفر من عادة التجار ، فيستفاد من إطلاق عقد المضاربة ، بينما منعه الشافعي والحنابلة في الرواية الثانية ؛ لأن فيه تغريرًا ومخاطرة بالمال . وأما إن نص في العقد على واحد من الأمرين المنع أو الجواز فيجب الالتزام بما نص عليه ، ولم تجز المخالفة بإجماع الفقهاء . ومن خلال ما سبق نرى أن السفر المباح للمضارب يأتي من جهتين : الإطلاق على رأى الجمهور ، أو الإذن بالإجماع . فإذا كان السفر جائزًا للمضارب ، فهل له أن ينفق من مال المضاربة أو لا ؟ هذا هو محل الخلاف ، فبالجواز قال الأحناف والمالكية والحنابلة ، إلا أن الحنابلة يقولون : إذا اشترط النفقة لنفسه ، وبه قال إسحاق وأبو ثور أيضًا . راجع فيما سبق المبسوط (٦١/٢٢) ، الهداية (٢١١/٣) ، والبناية (٧١١/٧) ، مختصر الطحاوي صـ (١٢٥) ، ط دار الكتاب العربي بالقاهرة البدائع (٨٨/٦) ، وحاشية ابن عابدين (٦٥٧/٥) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لدامادا أفندى (٣٣٣/٢) ط ، إحياء التراث العربي بيروت ، لبنان ، بداية المجتهد (٢ /١٨١) ، المدونة (٩٢/٥) المغني (٤١/٥) وتأتي مراجع الشافعية .

(٢) النفقة التي للمضارب في حال المضاربة عند الأحناف هي طعامه وكسوته ودهنه وغسل ثيابه ، وركوبه في سفره إلى المصر الذي أتاه بالمعروف ، وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف : أن دهنه ليس من مال المضاربة ؛ لأنه تندر الحاجة إليه ، أما أجر الطبيب وثمن الدواء وغير ذلك : فقد روى الحسن عن أبي حنيفة : أن ذلك في مال المضاربة . وتعقبه السرخسي قائلًا : إن المضارب يستوجب النفقة (أي كنفقة الزوجة) وثمن الدواء وأجر الطبيب والحجام وما يحتاج إليه للعلاج ليس منها بدليل أن الزوجة لا تستحق شيئًا منها . وهذا هو الذي يتمشى مع ما ذكره المصنف هنا من استدلال . راجع المبسوط (٦٣/٢٢) ، تحفة الفقهاء للسمرقندى (٢٩/٣) ، ط جامعة دمشق .

(٣) أبو يعقوب يوسف بن يحيى البويطي المصري فقيه مناظر صحب الإمام الشافعي وقام مقامه في الدرس والإفتاء بعد وفاته ، وحمل إلى بغداد أيام الواثق محمولًا على بغل مقيدًا ، وأريد منه القول بأن القرآن مخلوق فامتنع ، فسجن وتوفى في سجنه ببغداد سنة ٢٣٢ هـ ، من آثاره : المختصر الكبير والصغير وكلاهما في الفقه ، والفرائض وغيرها . له ترجمة في طبقات الشافعية للأسنوي (٢٠/١) ط بغداد ، طبقات السبكي (٢٧٥/١ - ٢٧٩) ، الشيرازي (٩٨) ، الأعلام (٩ / ٣٣٨) وغيرها .

(٤) جاء في مختصر البويطي « وليس له أن يأكل ويلبس من القراض في حضر ولا سفر إلا أن يأذن صاحبه » راجع مختصر البويطي ، مخطوط بمكتبة أحمد الثالث بتركيا برقم ١٠٧٨ ورقة ٣٩ وراجع المهذب (٥٠٨/١) =

١٧١٥٦ - وقال في المزني [١] : له أن ينفق بالمعروف [٢] ، فمن أصحابه [٣] من قال لا ينفق من المضاربة قولًا واحد ، ومنهم من قال على قولين ، ومقدار ما ينفق على وجهين : أحدهما : جميع ما يكفيه ، والآخر : ينفق من المال الزيادة على نفقة الحضر [٤] .

١٧١٥٧ - لنا : أنها مؤنة تلزمه لسفر المضاربة ، فوجب أن تكون منها . أصله : حمل المتاع ، ولأنه منفرد بالتجارة في ملك غيره بإذنه لمنفعته من غير ضمان ؛ فجاز أن ينفق منه كالعبد المأذون . ولا يلزم الوصي [٥] .

١٧١٥٨ - ولأن [٦] تصرفه من طريق الحكم لا بالإذن ، [ولأنه لا يتصرف] [٧] بإذن المالك ، ولأنه / لا يتصرف لمنفعة نفسه .

١٩٥/

١٧١٥٩ - ولا يلزم الأجير [٨] لأنه يعمل ببدل مضمون .

١٧١٦٠ - ولا يلزم المبْضَع [٩] والوكيل ؛ لأن ، كل واحد منهما لا [١٠] يتصرف لمنفعة نفسه .

١٧١٦١ - احتجوا : بأنه رضي بنصيبه من الربح فلا يستحق الزيادة عليه من غير شرط [١١] .

١٧١٦٢ - قلنا : النفقة ليست مستحقة له ، لكنها من مؤن المال ، كأجر الأجراء للعمل

= وهو رأي الحنابلة أيضًا في حالة عدم اشتراطه النفقة . راجع المغني (٤١/٥) .

(١) إسماعيل بن يحيى بن عمرو بن إسحاق أبو إسحاق أبو إبراهيم المزني ، أحد أصحاب الإمام الشافعي المتقدمين الذين نقلوا عنه مذهبه الجديد ، قال الشافعي عنه : لو ناظره الشيطان لغلبه . له تضانيف ، منها : المختصر والترغيب في العلم » توفي سنة ٢٦٤ هـ . طبقات الشيرازي (٢٩٩/٢) ، الأعلام (٣٢٩/١) ، وغيرها .

(٢) روى المزني في مختصره : أن له النفقة بالمعروف ، وقال في جامعه الكبير : « والذي أحفظ له أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة في كل يوم وعما يشتريه فيكتسبه ، فجعل النفقة في الجامع واجبة معلومة ، كنفقات الزوجات ، وجعلها في المختصر بالمعروف . راجع مختصر المزني (٣ / ٦٢) ، ط الشعب والحاوي (١٥٠) .

(٣) في ن [فمن أصحابنا] وهو خطأ .

(٤) راجع المهذب (٥٠٨/١) ، نهاية المحتاج (٢٣٥/٥) ، الجمل على شرح المنهج (٥١٩/٣) ، الحاوي (١٥١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الوطئ] وهو خطأ . (٦) في (م) ، (ع) : [ولأنه] .

(٧) ما بين القوسين ساقط من (ن) . (٨) في (ن) ، (م) : [والأجر] .

(٩) في (م) : [البضع] . (١٠) ساقطة من (ع) .

(١١) راجع شرح البهجة (٢٩٠/٣) ، ط الميمنية بمصر ، مغني المحتاج (٣١٧/٣) ، وهذا القول للحنابلة أيضًا ، المغني (٤٢/٥) .

في المال ، وأجرة الحمال [١] ، ولأنه [٢] شرط لنفسه قدرًا من الربح ليسلم له ، فإذا جعلنا نفقة السفر الذي تكلفه لأجل المال عليه يسلم له المقدار الذي شرطه فيتقابل الأمران .

١٧١٦٣ - قالوا : نفقة تخص المضارب فكانت في ماله كنفقة الحضر [٣] وأجر الطبيب وثمن الدواء [٤] .

١٧١٦٤ - قلنا : نفقة الحضر في ماله ؛ لأنه لم يتكلف الإقامة لأجل المال ، ألا ترى أنه لو لم يأخذ المضاربة لأقام في وطنه ، وإذا لم يتكلف الإقامة لأجل المال لم ينفق منه ؟ وأما السفر فقد تكلفه لأجل المال المنفعة غير مضمونة ؛ فلذلك كانت النفقة من المال . وأما أجرة الطبيب وثمن الدواء فلأن النفقة أوجبتاها بالعادة ؛ فاعتبرت النفقة التي اعتادها [٥] الناس .

١٧١٦٥ - ولأن العقد إذا اقتضى نفقة من مال الغير [٦] لم يدخل فيها الدواء ، وأجر الطبيب كنفقة الزوجة في مال الزوج [٧] .

١٧١٦٦ - قالوا : من لا يجوز له أن ينفق من مال الغير في الحضر لا ينفق في السفر كالأجير [٨] [٩] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أنه] .

(٢) قال في النكت : ردًا على قول المصنف « ولأنه شرط لنفسه .. » قلنا يبطل بنفقة الحضر ، ثم هذا يعارضه أن رب المال إنما قصد أن يسلم له الربح ، فإذا جعلنا الربح والنفقة عليه ، فربما أتت على الربح ، وقد تزيد فيأخذ من رأس المال . راجع النكت (كتاب المضاربة) .

(٣) المهذب (٥٠٨/١) ، والمغني (٤٢/٥) .

(٤) أي كأجر الطبيب وثمن الدواء في حالة السفر ، فهي في ماله عند القائلين بالنفقة له في السفر وليس في مال المضاربة .

(٥) في (ن) : [يعتادها] . (٦) في (م) ، (ع) : [العين] وهو خطأ .

(٧) من المعلوم أن من جعل للمضارب النفقة في السفر وجعلها بالمعروف قاسها على نفقة الزوجة من مال الزوج ؛ لأن المضارب في سفره محبوس لأجل المضاربة ، كما حبست الزوجة في بيت الزوج ، فوجبت لها النفقة في مال الزوج . وقد اتفق المذهبان على أن نفقة الزوجة في مال الزوج لا يدخل فيها ثمن الدواء ولا أجر الطبيب . راجع البدائع (٢٠/٤) ، المهذب (٢٠٧/٢) ، وقد ناقش الشيرازي قياس نفقة المضارب على نفقة الزوجة بجامع الحبس في كل بقوله : « قلنا : فيجب ذلك - أي النفقة - في الحضر كما قلنا في نفقة المرأة » ولأن النكاح آكد في البدل من المضاربة ، ولهذا يجب جميع البدل بالموت قبل التسليم ، ولا يجب في المضاربة . ولأن النكاح أخذ شبها من النسب ، ألا ترى أنه يستحق به الميراث بخلاف المضاربة ، راجع النكت (كتاب المضاربة) .

(٨) في جميع النسخ « الأجر » وهو خطأ ظاهر ؛ لأن المراد أن الأجير لا يجوز له أن ينفق من مال المؤجر وليس له إلا الأجرة سواء أكان في السفر أم الحضر .

(٩) قاعدة : « من لا يجوز أن ينفق من مال الغير في الحضر لا يجوز له أن ينفق منه في السفر كالأجير » .

١٧١٦٧ - قلنا : الأجير [١] يستحق بدلًا مضمونًا [٢] ، فإذا وثق بسلامة ما رضي به من البدل لم يستحق النفقة . وأما المضارب فيجوز أن يَسْلَمَ له العوض ، ويجوز أن لا يَسْلَمَ [٣] ، والإنسان لا يعمل إلا طلبا للمنفعة فلا نحملهُ [٤] الإنفاق من ماله لغرض يجوز أن يسلم له ويجوز أن لا يسلم [٥] .

* * *

---

(١) بالنسخ [الأجر] وهو خطأ أيضًا . (٢) وهو الأجر .

(٣) وذلك في حالة عدم حصول ربح في مال المضاربة .

(٤) في (ن) ، (م) ، (ع) : [فتجعله] .

(٥) استدل الشافعية بدليل آخر لم يذكره المصنف ، قالوا إن النفقة قد تستغرق الربح فيلزم انفراده به « أي المضارب » وقد تزيد عليه فيلزم أخذه من رأس المال وهو ينافي مقتضاه (أي العقد) شرح البهجة (٢٩٠/٣) ، نهاية المحتاج (٢٣٥/٥) .

مسألة ٨٥١

شراء المضارب من يعتق عليه

١٧١٦٨ - قال أصحابنا : إذا اشترى المضارب من يعتق عليه وليس في المال فضل [١] ؛ صح الشراء [٢] . فإذا ظهر ربح ، عتق عليه نصيبه ، وإن اشتراه وفي المال فضل فالشراء لنفسه لا للمضاربة [٣] .

١٧١٦٩ - وقال الشافعي [٤] : إذا قلنا إن الربح لا يملك إلا بالمفاصلة [٥] لم يعتق بظهور الربح .

١٧١٧٠ - وإن قلنا يملك بالظهور فهل يعتق ؟ فيه وجهان [٦] ، والكلام في وقوع الملك بالظهور يأتي من بعد .

١٧١٧١ - فأما قولهم : إنه يملك ، ولا يعتق [٧] ففاسد ؛ لحديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا [٨] أن النبي ﷺ قال : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرِمٍ عَتَقَ عَلَيْهِ » [٩] .

---

(١) إنما قيدوه بذلك ؛ لأنه لو كان في المال فضل - أي ربح - ملك المضارب نصيبه فيه ؛ فيحصل العتق لمن اشتراه ، أما إذا لم يكن في المال ربح فالمضارب لم يملك شيئًا ، ومن ثم يملك جزءًا من العبد الذي اشتراه ، فلم يعد ضرر على المضاربة .

(٢) هذا باتفاق الفقهاء . راجع البدائع (٩٨/٦) ، والمهذب (٥٨/١) ، والمدونة (٥ / ١٢٤) ، وإن كان المالكية يجعلون الشراء للمضارب إن كان موسرًا .

(٣) في (ن) [للمطالبة] . راجع المسألة في البدائع (٩٨/٦) ، المبسوط (٥٨/٢٢) ، حاشية ابن عابدين (٦٥١/٥) ، وبه قال المالكية إن كان يعلم بأنه يعتق عليه ، المدونة (١٢٤/٥) .

(٤) خلاف الإمام الشافعي هنا متعلق بالحالة الثانية فقط ، وهي إذا ظهر ربح في مال المضاربة . راجع : المهذب (٥٠٨/١) .

(٥) في (ن) ، (م) : [المقاولة] وفي (ع) : [المعادلة] والمراد المقاسمة .

(٦) قال في المهذب : أحدهما : أنه يعتق منه بقدر حصته ؛ لأنه ملكه فعتق . والثاني : لا يعتق ؛ لأن ملكه غير مستقر ، لأنه ربما تلف بعض المال فلزمه جبرانه بماله . المهذب (٥٠٨/١) ، نهاية المحتاج (٢٣٤/٥) ، والحاوي (١٧٤) ، وهو رأي الحنابلة أيضًا ، المغني (٤٦/٥ ، ٤٧) وجزم المزني بالثاني ، وهو أنه لا يعتق . مختصر المزني (٦٣/٣) .

(٧) هذا رد على الوجه الثاني للشافعية القائل بأنه لا يعتق ، لأن ملكه غير مستقر .

(٨) الحديث بهذا اللفظ لم يرو من طريق عائشة ولفظ رواية عائشة : « من ملك ذا رحم منه فهو حر » وإسناده من طريق عائشة ضعيف ، وإن كان له طرق أخرى قوية ، أخرجها أصحاب السنن . راجع نصب الراية للزيلعى (٢٨٠/٣) ط المكتبة الإسلامية .

(٩) هذا اللفظ أخرجه النسائي في سننه من طريق ابن عمر ، وقال عنه منكر ، وقال الترمذي عن الحديث وهو خطأ عند أهل الحديث ورواه البيهقي وقال إنه وهم فاحش ، والخلاف فيه يدور حول ضمرة بن ربيعة ، وقد وثقه ابن معين وغيره . راجع سنن الترمذي باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم (٦٤٧/٣) ، وسنن أبي =

١٧١٧٢ - [ولأنه إذا ظهر المال مساويًا قدر مال المضاربة لم يعتق عليه ، وإذا تفاضلا جاز أن يعتق عليه من المضاربة قبل المفاضلة] (١) ، أصله رب المال . ولأنه حالة يملك رب المال فيها الربح فيعتق على المضارب فيها أبوه إذا كان من المضاربة . أصله عند المفاضلة .

١٧١٧٣ - احتجوا : بأن ملك المضارب لم يتم فيه ؛ لأن نصيبه وقاية لمال « رب المال (٢) ، والكلام إذا لم يتم المال لم يعتق كالمكاتب (٣) ، إذا ملك أباه (٤) .

١٧١٧٤ - قلنا : المضارب مالك تام الملك ، وإنما يزول ملكه بنقصان المال . وجواز أن (٥) يزول الملك بسبب طارئ لا يوجب نقصان الملك ، كما يجوز (٦) أن يزول ملك البائع عن الثمن (٧) بهلاك المبيع قبل القبض ، ولا يدل ذلك على نقصان ملكه فيه . فأما المكاتب إذا ملك أباه فإنه يساويه في صفته كما يساوي الحر أباه إذا ملكه .

١٧١٧٥ - قالوا : لو (٨) عتق من نصيب المضارب سَلِمَ له نصيب من الربح قبل أن يسلم لرب المال نصيبه (٩) بالقسمة .

١٧١٧٦ - قلنا : فأما (١٠) من طريق الحكم فلا يمتنع ؛ ألا ترى أن لأحد الشريكين في المال يعتق نصيبه (١١) من العبد ، فيسلم له نصيبه قبل أن يسلم لشريكه حقه ، ولو أراد ذلك لغير (١٢) العتق لم يصح .

= داود (٤/٢٦٠) في الباب السابق حديث رقم (٣٩٤٩) .

(١) كذا هذه العبارة . بجميع النسخ « ولأنه أخذ سواء قدر المضاربة لم يعتق عليه » أن صوابها « ولأنه أحد شراء قدر للمضاربة يعتق عليه إذا تفاضلا فجاز أن يعتق عليه من المضاربة قبل المفاضلة » .

(٢) في (م) ، (ع) : [لرب المال] .

(٣) العبد يكاتب عَلى نفسه بثمنه ، فإذا سعى وأداه عتق . اللسان « كتب » (٤/٣٨١٧) ، والكتابة لم تكن تعرف في الجاهلية ، وقيل كانت الكتابة متعارفة قبل الإسلام فأقرها الرسول ﷺ . نيل الأوطار (٦/٩٢) ، والمكاتب حكمه حكم العبد ما بقي عليه شيء « ، وهو عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم » . راجع نيل الأوطار (٦/٩٣) .

(٤) راجع المهذب (١/٥٠٨) ، فتح العزيز (١٢/٣٩٠) ، الحاوي (١٧٥) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) . (٦) في (ن) : [لا يجوز] وهو خطأ .

(٧) في (م) ، (ع) : [اليمين] وهو خطأ . (٨) ساقط من (ص) ، (م) ، (ع) .

(٩) في (ن) ، (م) ، (ع) : [زيادة] ، [قبل لرب المال] وهي زيادة تفسد المعنى .

(١٠) ساقطة من (ص) ، (م) ، (ع) .

(١١) وذلك لقوله ﷺ ، فيما رواه الجماعة عن ابن عمر : « من أعتق شركًا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد ، قوم العبد عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم ، وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق عليه ما عتق » . راجع نيل الأوطار للشوكاني (٦/٨٥) ، وسنن النسائي (٧/٣١٩) رقم ٤٦٩٨ ، وراجع مختصر الطحاوي ١٢٦ .

(١٢) في (م) ، (ع) : [لعين] .

مسألة ٨٥٢

شراء المضارب زوج ربة المال

١٧١٧٧ - قال أصحابنا : إذا اشترى مضارب [١] المرأة زوجها صح الشراء وبطل النكاح [٢] .

١٧١٧٨ - وقال الشافعي : في أحد قوليه [٣] : الشراء للمضارب .

١٧١٧٩ - لنا : أنه يملك بيعه على المضاربة إذا اشتراه ، فملك شراءه للمضاربة بإذن رب المال ، وجاز بإطلاق المضاربة عليها . أصله : الزوج الذي طلقها طلاقًا رجعيًّا .

١٧١٨٠ - ولا يلزم إذا اشترى أمة قد ولدت منه أنه لا يجوز شراؤها للمضاربة بإذن رب المال [٤] ، ولأن زوج أحد متعاقدي المضاربة يملك المضارب بإطلاق المضاربة شراءه . أصله : إذا اشترت [٥] المضاربة زوجها .

١٧١٨١ - احتجوا : بأن المضاربة تقتضي ما ينتفع بشرائه ويحصل به الربح ولا يستضر به ، وشراء زوجها ينفسخ به النكاح ، ويسقط به المهر والنفقة ، فلم يجز [٦]

---

(١) في (ن) : [المضارب للمرأة] وفي (م) : [لمضارب المرأة] .

(٢) قال الزيلعي : « ولو كان الذي دفع إليه المال امرأة فاشترى به المضارب زوجها صح الشراء ، وبطل النكاح ؛ لأنه دخل في ملكها بالشراء » راجع (تبيين الحقائق ٥ / ٦٠) ومذهب الحنابلة يوافق الأحناف في هذه المسألة ، راجع المغني (٥/ ٤٥) ، كشاف القناع (٣ / ٥١٤) .

(٣) اختلفت كتب المذهب الشافعي في الوارد في هذه المسألة على قولين أو وجهين ، وأكثرها على أنها وجهان ، وذكر الإمام الماوردي أنهما قولان ، ومعلوم أن القول للإمام ، والوجه للأصحاب عند الشافعية . والقولان أو الوجهان الواردان في المسألة يجريان في الشراء بغير إذنها ، فإن كان بإذنها صح الشراء وبطل النكاح عندهم ، راجع الحاوي (١٧٢) وقد ذكر صاحب المهذب الوجهين فقال : « أحدهما لا يلزمها ؛ لأن المقصود شراء ما ينتفع به ، وشراء الزوج تستضر به ، لأن النكاح ينفسخ وتسقط نفقتها واستمتاعها . والثاني : يلزمها ؛ لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه ، والزوج كغيره في الربح ، فلزمها شراؤه » راجع المهذب (٥٠٨/١) ، نهاية المحتاج (٢٣٤/٥) ، فتح العزيز (٣٥/١٢) وجزم البجرمي بأن الشراء للمضارب إن كان الثمن في الذمة ، فإن لم يكن في الذمة فلا يصح الشراء أصلًا . راجع البجرمي على الخطيب (١٦٣/٣) والجمل على شرح المنهج (٥١٨/٣) .

(٤) قال الشيرازي معترضا لا ضرر عليها في شراء غيره وفي شرائه ضرر « النكت » .

(٥) في (ن) : [اشتر] وهو خطأ .

(٦) في (م) ، (ع) : [تسقط] وهو خطأ من الناسخ .

كشراء ذوى أرحامها [١] .

١٧١٨٢ - قلنا : الزوج يحصل بشرائه [٢] منفعة وهو الربح ، وليس فيه ضرر على المضاربة [والمعتبر المنفعة والضرر الذي حدث رجع إلى المضاربة لا] [٣] إلى غيرها [٤] .

١٧١٨٣ - ألا ترى أنه لو اشترى عبدًا قد حلف رب المال لا يملكه صح الشراء ، وإن استضر بالحنث . وكذلك لو كان المال لا يبلغ ثمن رقبة وليس لرب المال غيره ، وقد لزمته كفارة الظهار فاشترى المضارب عبدًا فإن رب المال يستضر ، لأنه يجب عتقه ويصح الشراء .

١٧١٨٤ - لأن هذا الضرر لا يعود إلى مال المضاربة كذلك هذا . أما الضرر الذي يلحقها بسقوط المهر والنفقة فغير مؤثر ؛ لأنها لو كانت قد استوفت [٥] المهر وأسقطت نفقتها بالنشوز ؛ لم يصح الشراء عندهم ، وإن لم تستضر في مهرها ولا نفقتها [٦] . والمعنى في شراء من يعتق عليها أنه [٧] لا يتمكن من بيعه على المضاربة ومقتضاها شراء ما يمكن بيعه عليها .

* * *

(١) المهذب (٥٠٨/١) ، ونهاية المحتاج (٢٣٤/٥) ، فتح العزيز (٣٥/١٢) ، والنكت .
(٢) في (ع) : [شراؤه] وهو خطأ . (٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٤) وإنما تحصل المنفعة بشراء الزوج ؛ لأن فسخ النكاح وسقوط المهر أمر خارجي لا يؤثر في بيعه فالضرر يعود على ربة المال وليس على المضاربة ، وقد استدل بهذا الحنابلة والشافعية في وجههم الموافق للأحناف والحنابلة ، راجع المهذب (٥٠٨/١) ، كشاف القناع (٥١٤/٣) .
(٥) في (ن) ، (م) : [استوفيت] . (٦) لأن مهرها ساقط أصلًا .
(٧) في (م) لأنها لا تتمكن [وفي ع] إنها لا تتمكن .

مسألة [١] ٨٥٣

شراء المأذون بالتجارة أبا مولاه

١٧١٨٥ - قال أصحابنا : إذا اشترى المأذون أبا مولاه جاز وعتق ، إن كان لم يكن على العبد دين [٢] .

١٧١٨٦ - وقال الشافعي : لا يجوز الشراء في أحد القولين إلا بإذن المولى [٣] .

١٧١٨٧ - لنا : أن المأذون يتصرف لنفسه ، بدلالة أنه لا يرجع على المولى بديونه ؛ فجاز أن يشترى من يعتق بالشراء كالحرّ .

١٧١٨٨ - ولأنه رفع للحجر [٤] ، كما لو أعتقه وكما لو بلغ الصبي [٥] .

١٧١٨٩ - احتجوا : بأنه أذن له ، لتحصيل المال والاكتساب لا بتلفه [٦] .

١٧١٩٠ - قلنا : تصرفه [٧] عندنا ليس من طريق الإذن ، وإنما هو بزوال الحجر ، بدلالة أنه لو نهاه عن شراء من يعتق عليه [٨] ؛ لم يصح نهيه [٩] ، ولو أذن له في شيء خاص ملك التصرف العام [١٠] . وإذا لم يسلم أن تصرفه بالإذن لم يعتبر صفة الإذن ومقاصد المولى فيه .

---

(١) تبع المصنف الماوردى من الشافعية في ذكر هذه المسألة ضمن مسائل المضاربة ، وسائر كتب الشافعية ذكرت المسألة ضمن مسائل العبد المأذون .

(٢) راجع البحر الرائق (٢٨٩/٧) . ابن عابدين (٦٥١/٥) ، وهو مذهب الإمام مالك راجع المدونة (٣٣٠/٥) .

(٣) والقول الثاني : أنه يصح ، لأن العبد لا يصح منه الشراء لنفسه ، فإذا أذن له فقد أقامه مقام نفسه ؛ فوجب أن يملك جميع ما يملك . المهذب (٥١١/١) ، والحاوي (١٧٣) .

(٤) في (م) ، (ع) : [دفع الحجر] والضمير في لأنه راجع على الإذن . والحجر بفتح الحاء وسكون الجيم - لغة المنع . القاموس المحيط باب الراء فصل الحاء (٤٢١) وشرعا « المنع من التصرفات المالية وأسبابه بوجه العموم : السفه والفلس والصبا والجنون والعته . راجع البدائع (١٦٩/٧) ، اللباب (٦٦/٢) ، مغني المحتاج (١٦٥/٢) ، والمهذب (٤٣٢/١) ، بداية المجتهد (٢١٠/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٢٧٢/٢) ، والمحلى لابن حزم (٢٧٨/٨) .

(٥) فإن الصبي بالبلوغ يرتفع عنه الحجر .

(٦) راجع الحاوي (١٧٣) .

(٧) في (ع) : [تسرفه] وهو تصحيف .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) أي نهى المولى ، وهو فرق بين المأذون والمضارب ، حيث إن المأذون يتصرف بالحكم لا بالإذن عند الأحناف ، خلافًا للمضارب .

(١٠) في (ن) [والغام] راجع البدائع (٧ / ١٩٢) .

مسألة ٨٥٤

اشتراط جميع الربح لأحد المتضاربين

١٧١٩١ - قال أصحابنا : إذا دفع مالًا مضاربة على أن جميع الربح للمضارب صح وكان قرضًا (١) . وإن قال : على أن جميع الربح لي (٢) صح وكان مبضعًا (٣) .

١٧١٩٢ - وقال الشافعي : يكون قراضًا فاسدًا (٤) .

١٧١٩٣ - لنا : أنه أذن له في التصرف على أن يكون (٥) جميع الربح له فكان قرضًا (٦) .

١٧١٩٤ - أصله : إذا قال : اتجر فيه على أن يكون (٧) ربحه لك ، ولم يذكر المضاربة أو [نقول أذن له] (٨) في التصرف في المال على أن جميع الربح لصاحب المال ، فكان

---

(١) القرض - ما أسلفت من إساءة أو إحسان وما تعطيه لتقضاه . اللسان (٣٥٨٨/٤) (قرض) ، القاموس المحيط باب الضاد فصل القاف (٣٥٤/٢) .

(٢) في (ن) : [إن] وهو خطأ .

(٣) في (ع) : [منصفًا] وهو خطأ والإبضاع : أخذ المال ليتجر فيه وربحه كله لرب المال . راجع المسألة في المبسوط (٢٤/١٢) ، والبحر الرائق (٢٨٧/٧) ، ابن عابدين (٦٤٧/٥) .

(٤) وإن كان الشافعية لا يفرقون بين الفاسد والباطل فكلاهما يعني عدم الصحة عندهم ، إلا أنهم استثنوا من ذلك بعض الأمور التي فرقوا فيها بين الفاسد والباطل ، قال السيوطي : « الفاسد والباطل عندنا مترادفان إلا في الكتابة والخلع والعارية والوكالة والقراض ، وفي العبادات في الحج ؛ فإنه يبطل بالردة ويفسد بالجماع ولا يبطل » . الأشباه والنظائر للسيوطي ١٨٧ ط دار الفكر ، والتمهيد للأسنوى صـ (٦١) ط مؤسسة الرسالة . ونرى مما سبق أن الفاسد في القراض عند الشافعية هو الفاسد الذي قال به الأحناف ؛ لأن الفاسد عندهم يخالف الباطل . فالباطل : ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه . كبيع ما في بطون الأمهات ، والفاسد : ما شرع بأصله دون وصفه كالربا . وقد استثنى الأحناف من قاعدتهم السابقة أمورًا لم يفرقوا فيها بين الفاسد والباطل ، وهي : العبادات ، والنكاح . راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٣٧) ط مؤسسة الحلبي للطباعة والنشر ، والفرق بين الفاسد والباطل عند الأحناف أن الفاسد لو كان في البيع يملك به المبيع ، خلافًا للباطل ، فكأن العقد فيه لم يكن ، كما أن الفاسد يمكن تصحيح العقد فيه برفع سبب فساد العقد خلافًا للباطل . راجع المسألة في المهذب (٥٠٦/١) ، والبجرمى على الخطيب (١٦١/٣) ، الحاوي (١٨٩) ، وحاشية الشرقاوى على التحرير (١٠٣/٢) ، والجمل على المنهج (٥١٣/٣) ، ونهاية المحتاج (٢٢٥/٥) ، وهو مذهب الحنابلة راجع المغني (٣٥/٥) ، وحكى صاحب فتح العزيز في الصورتين وجهين . قال في الأولى التي شرط فيها الربح للمضارب أصحها أنه قراض فاسد ، رعاية للفظ وفي الثانية حكى الوجهين من غير تصحيح .

(٥) ساقط من (ن) .

(٦) في (ن) : [قرض] وهو خطأ .

(٧) ساقط من (ن) .

(٨) في (ع) : [أتأذن لي به] .

بضاعة [١] .

١٧١٩٥ - كذلك إذا شرط الانفراد بالربح كان قرضًا [٢] وإن لم يصرح به ، ولأن كل لفظ لو أقرن [٣] بشرط مقاسمة الربح كان قراضًا ، وإذا أقرن [٤] بشرط سلامة الربح للعامل كان قرضًا [٥] . أصله : إذا قال خذه واتجر فيه .

١٧١٩٦ - احتجوا بأنه لما ذكر القراض صحيحًا [٦] ومن حكمه مقاسمة الربح . ثم شرط الانفراد بالربح ، وقد نفى موجب العقد [٧] ، ففسد العقد .

١٧١٩٧ - قلنا : الحكم يتعلق بمعاني العقود لا بألفاظها [٨] ، ألا ترى لو عبر العقد [٩] .

---

(١) يقصد بذلك أن العبرة بمعنى العقد لا بلفظه ، ومعناه هنا : أنه بضاعة . واختلف أصحاب الشافعي في اعتبار اللفظ هنا أو عدم اعتباره ، ففي فتح العزيز : « ولو قال : خذ هذه الدراهم فتصرف فيها والربح كله لك فهو قرض صحيح عند ابن سريج والأكثرين ، بخلاف ما لو قال : قارضتك على أن الربح كله لك ؛ لأن اللفظ يصرح بعقد آخر « أي عقد المضاربة » قال الشيخ أبو محمد : لا فرق بين الصورتين . وعن القاضي حسين : أن الربح والخسران للمالك ، وللعامل أجرة المثل ، ولا يكون قرضا ؛ لأنه لا يملكه ، ولو قال : تصرف فيها ، والربح كله لي فهو إبضاع » راجع فتح العزيز (١٢/١٩) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) بالنسخ [قراضًا] وهو خطأ .

(٤) في (ن) : [أقر] ، وفي (ع) : [أقر من] وكلاهما خطأ .

(٥) في (ن) : [قرن] .

(٦) بالنسخ قراضا وهو خطأ .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) راجع : نهاية المحتاج (٥/٢٢٥) .

(٩) هذا عند الأحناف ؛ فإنهم ينظرون إلى المعنى الذي دل عليه العقد لا إلى لفظه ، ولذا فإن الإجارة تنعقد عندهم بلفظ الهبة والتمليك ، وينعقد النكاح بما يدل على ملك البضع . كالبيع والشراء والهبة والتمليك . وقد قال ابن نجيم : « الاعتبار للمعنى لا للألفاظ ، صرحوا به في مواضع ، منها : الكفالة ، فهي بشرط براءة الأصيل حوالة ، وهي بشرط عدم براءته كفالة ، ثم قال : ويتفرع على هذه القاعدة أنه لو شرط رب المال للمضارب كل الربح كان المال قرضًا ، ولو شرط لرب المال كان بضاعة « راجع الأشباه والنظائر له (٢٠٨) . أما الشافعية : فقد اختلفوا في كون العبرة للفظ أم للمعنى ؛ وهو ما نص عليه السيوطي فقال : « هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ؟ خلاف ، والترجيح مختلف .. ثم قال : وهو يفرع على هذا الخلاف عند الشافعية .. ومنها لو قال : خذ هذه الألف مضاربة ؛ ففي قول إبضاع لا يجب فيه شراء ، وفي آخر مضاربة فاسدة توجب أجرة المثل .. وكذا فرع عليها المسألة التي نحن بصددها ، فقال : ومنها إذا قال : قارضتك على أن كل الربح لك ؛ فالأصح أنه قراض فاسد رعاية للفظ ، والثاني : قراض صحيح رعاية للمعنى ، وكذا لو قال : على أن كله لى ، فهل هو قراض فاسد او إبضاع ؛ الأصح الأول . راجع الأشباه والنظائر للسيوطي (١١١ ، ١١٢) ، المواهب السنية بهامشه صـ (٢٨٣) ، شرح القواعد الفقهية للزرقا صـ (١٣) ، ط الغرب الإسلامي . والخلاف حول هذه القاعدة هو الخلاف الرئيس في اختلافهم في حكم المسألة ، وقد رأينا الأحناف يرون أن العبرة بالمعنى لا باللفظ ، =

١٧١٩٨ - ألا ترى لو عبر عن البيع بالتمليك أو بالمعارضة جاز ؟ وقد فسر معنى القرض ومعنى البضاعة ، فوجب أن يعتبر المعنى الذي فسره دون لفظ العقد كما قال لعبده : بعتك نفسك بألف كان ذلك عتقًا ، ولم يعتبر صريح لفظ البيع ؛ لأنه أتى بمعنى العتق (١) .

* * *

= ولذا لم ينظروا للفظ المضاربة ، بل إلى معنى الكلام ، فلما شرط الربح للعامل دون رب المال فقد عبر عن حقيقة القرض ، ولما شرط العكس عبر عن حقيقة الإبضاع ، فانصرف كل واحد منها إلى عقده . أما غير الأحناف فإنهم نظروا إلى اللفظ ، ومع ذلك اختلفوا في حكم المسألة على هذا النحو . أبطلها الشافعية والحنابلة ؛ لأن العقد صرح فيه بعقد المضاربة ، ثم اشترطا ما ينافي مقتضاه ، والشرط المنافي لمقتضى العقد عندهم يَبْطُل ، ويُبْطِل العقد (راجع المهذب ٥٢٨/١) ولذا لو استعمل في هذا الموضع عندهم لفظًا آخر غير المضاربة لصح العقد عندهم كالأحناف . أما المالكية : فمع أنهم نظروا إلى اللفظ أيضًا إلا أنهم صححوا العقد ولم يبطلوه . ووجهه نظرهم : أنه عقد صحيح تصدق أحدهما للآخر بنصيبه من الربح ، فكأنه وهبه له ، والهبة جائزة ، مع ملاحظة أن العقد عندهم ليس عقد مضاربة كما سيأتي . راجع المسألة وأصولها في المبسوط (٢٤/١٢) ، والبحر الرائق (٢٨٧/٧) ، ابن عابدين (٦٤٧/٥) ، تكملة فتح القدير (٤٤٧/٨) ، نهاية المحتاج (٢٢٦/٥) ، مواهب الجليل (٣٦٣/٥) ، المدونة الكبرى (١٠٩/٥) ، المغني (٣٥/٥) ، شرح منتهى الإيرادات (٢ / ٣٢٨) .

(١) قال في النكت معترضًا على ما ذكره المصنف هنا (قالوا : الحكم يتعلق بمعاني العقود لا بألفاظها ، كما لو قال لعبده : بعتك نفسك بألف ، فإنه يكون عتقا ، ولا يعتبر صريح لفظ البيع ، قلنا : يبطل بما قسنا عليه . والمعنى في العتق أنه يصح بلفظ البيع ، والقراض لا يصح بلفظ البيع) . راجع النكت (المضاربة) .

مسألة ٨٥٥

اقتضاء ديون المضاربة بعد فسخها

١٧١٩٩ - قال أصحابنا : إذا تفاسخا [١] المضاربة والمال ديون على الناس ولا ربح فيها [٢] لم يجبر المضارب على الاقتضاء ، وله أن يحيل رب المال بالديون ليقبضها [٣] .

١٧٢٠٠ - وقال الشافعي [٤] : يجبر المضارب [٥] على الاقتضاء [٦] .

١٧٢٠١ - لنا : أن الديون ملك لصاحب المال ، فلا يجبر من لا يملكه [٧] على المطالبة بها من غير عوض ولا ولاية . أصله : إذا باع الوكيل [٨] .

١٧٢٠٢ - ولأنه تصرف بأمره ولم يحصل له عوض في مقابلة [٩] تصرفه ؛ فلم يلزمه الاقتضاء كالوكيل .

١٧٢٠٣ - ولا يلزم إذا كان في المال ربح ؛ لأن تصرفه بعوض فيجبر [عليه كالأجير] [١٠] .

١٧٢٠٤ - فإن قيل : المضارب يجب عليه رد رأس المال على صفته ، فيجب أن

(١) انفسخ العزم والبيع والنكاح : انتقض . راجع القاموس المحيط باب الخاء فصل الفاء (٢٧٦/١) .
(٢) قوله : « ولا ربح » قيد مهم للدلالة على محل النزاع ؛ لأنه لو كان فيها ربح أجبر على الاقتضاء ؛ لأن عمله له مقابل ، وهذا لا خلاف عليه كما سيتضح في ثنايا المسألة .
(٣) البحر الرائق (٢٩٢/٧) ، حاشية ابن عابدين (٦٥٦/٥) ، تبيين الحقائق (٢٦٧/٥) تكملة فتح القدير (٤٧٠/٨) .
(٤) ساقط من (ص) ، (ن) .
(٥) في (م) ، (ع) : [المقارض] وكلاهما صواب .
(٦) المهذب (٥٠٩/١) ، نهاية المحتاج (٢٣٩/٥) ، البجرمي على الخطيب (١٦٥/٣) ، فتح العزيز (٧٣/١٢) ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا . المغني (٦٥/٥) . أما المالكية فإنهم يفوضون أمر إنضاض المال عند اختلاف الطرفين إلى الحاكم ، فإن لم يكن فإلى جماعة المسلمين . وهم بذلك يفتحون بابا للعرف . راجع الدسوقى على الشرح الكبير (٥٣٥/٣) .
(٧) أي المضارب .
(٨) أي إذا باع الوكيل ثم عزاه إلى الموكل قبل أن يقبض الوكيل الثمن . وقد أجاب الشيرازي عن هذا بقوله (الوكيل لا يلزمه ببدل ، والعامل يلزمه مع الربح ؛ فلزمه من غير عوض) . النكت .
(٩) في (م) ، (ع) : [مطالبة] وهو خطأ .
(١٠) غير مقروءة بجميع النسخ ، ويدل عليها ما جاء في تبيين الحقائق « ولو افترقا وفي المال ديون وربح أجبر على اقتضاء الديون ، لأنه كالأجير والربح كالأجرة ، وقد سلم له ذلك فيجبر على إتمام عمله » تبيين الحقائق (٦٧/٥) . وكذا ما جاء في شرح العناية على الهداية : « وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب أجبره الحاكم على اقتضاء الديون ، لكونه بمنزلة الأجير ، وأجره الربح » . شرح العناية (٣٤٧/٧) ، وفي الهداية : وإذا افترقا ، وفي المال ديون =

يقتضي الديون حتى يصير بصفة [(١)] رأس المال [(٢)] .

١٧٢٠٥ – قلنا : المضارب لا يلزمه التسليم ، وإنما يلزمه رفع يده عن المال كالمودع [(٣)] ، فإذا أحال بالدين فقد أزال يده وتصرفه عنه ، فلا يلزمه أكثر من ذلك .

١٧٢٠٦ – وقولهم : إنه يلزمه رد رأس المال بصفته [(٤)] فهذا يلزمه عند حصول الربح ، فأما مع عدم الربح فلا يلزمه إلا رفع يده .

١٧٢٠٧ – قالوا : لو تفاسخا وهناك عروض وجب على المضارب بيعها ، لرد رأس المال بصفته [(٥)] .

١٧٢٠٨ – قلنا : بيع العرض حسن للمضارب يجوز أن يحصل فيه الربح ، فإذا لم يكن فيه ربح ونص بتسليمه إلى رب المال ؛ لم يجبر على بيعه / . ١٩٥

= وقد ربح المضارب فيه ، أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لأنه بمنزلة الأجير ، والربح كالأجر له ، وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء ؛ لأنه وكيل محض ، والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به . الهداية (٤٣٨/٧) ، طبع مع تكملة فتح القدير والكفاية وشرح العناية بمطبعة دار إحياء التراث العربي .

(١) في (م) ، (ع) : [نصفه] وهو خطأ .

(٢) قال في المهذب : « وإن فسخ العقد وهناك دين وجب على العامل أن يتقاضاه ؛ لأنه دخل في العقد ، على أن يرد رأس المال ، فوجب أن يتقاضاه ليرده » . المهذب (٥٠٩/١) .

(٣) المودَع هو من تجعل عنده الوديعة ويأتي تعريفها ، ومعنى ما قاله المؤلف أن المودع يلزمه تسليم الوديعة إلى أهلها برفع يده عنها ، وتخليتها لصاحبها ، وأداء الوديعة واجب بالإجماع ، ففي المبسوط : وبعد القبول ، أي قبول المودع للوديعة عليه أداء ما التزم وهو الحفظ حتى يؤديها إلى صاحبها لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ النساء : ٥٨ . راجع المبسوط (١٠٦/١١) وفي البدائع قال وهو يعدد أحكام الوديعة : « ومنها وجوب الأداء إلى المالك ؛ لأن اللّه أمر بأداء الأمانات إلى أهلها ، وأهلها مالكها ، حتى لو ردها إلى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها إلى من هو في عيال المالك دخلت في ضمانه فلو ضاعت يضمن المودع . البدائع (٢١١/٦) . وقد نقل ابن المنذر إجماع العلماء على ذلك . راجع الإشراف على مذاهب أهل العلم (٢٥١/١) ط إدارة إحياة التراث الإسلامي ، قطر . ومن خلال ما سبق أرى فساد قياس المصنف المضارب على المودع ، لعدم ثبوت الحكم في الأصل .

(٤) قال في فتح العزيز فيه حالتان : أن يكون فيه ربح فعلى العامل بيعه إن طلبه المالك ، وله بيعه وإن أباه المالك . وليس للعامل تأخير البيع إلى توسم رواج المتاع ، لأن حق المالك يعجل ، ولو قال للمالك : تركت حقي لك ولا تكلفني البيع ، هل عليه فيه الإجابة ؟ فيه وجهان : أقربهما المنع ، ليرد المال كما أخذ ، فإن في التنضيض مشقة ومؤنة . فتح العزيز (٧٤/٢ ، ٧٥) .

(٥) استدلوا كذلك « بأن الدين ملك ناقص ، وقد أخذ منه ملكا كاملا فليرد . فتح العزيز » (٧٣/١٢) ، وإنما كان الدين ملكا ناقصا لأنه على خطر ؛ فقد لا يحصل عليه صاحبه بأن يجحده المدين مثلا أو يعسر . راجع قولهم في العروض إذا انفسخت المضاربة ، وإجبار المضارب على بيعها . في الحاوي (١٨٠ ، ١٨١) ، النكت والمغني لابن قدامة (٦٥/٥) .

مسألة ٨٥٦

ملك الربح بالظهور أو بالقسمة

١٧٢٠٩ - قال أصحابنا : إذا ظهر ربح في مال المضاربة ملك المضارب منه حصته (١) .

١٧٢١٠ - وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في القول الآخر : لا يملك إلا بالقسمة (٢) .

١٧٢١١ - واختلف أصحابه في المساقاة ، فمنهم من قال : إنها على قولين كالمضاربة ، ومنهم من قال : إن حصة (٣) العامل تملك (٤) بالظهور قولًا واحدًا . وهو الصحيح (٥) .

١٧٢١٢ - لنا : أنه غير صحيح على أصل يوجب الاشتراك (٦) في النماء ؛ فوجب أن يظهر النماء على الشركة . أصله : عقد الشركة .

١٧٢١٣ - ولأن له المطالبة بالقسمة إذا نض (٧) المال . [وكل من له] (٨) . المطالبة بقسمة ربح المضاربة لنفسه كان مالكًا لجزء منه . أصله : رب المال . ولأن كل من ملك مطالبة غيره بقسمة مال بينه وبينه وجب أن يكون شركة بينهما : كالمواريث . والشركاء شركة عِنان (٩) .

---

(١) ولذلك قالوا بصحة شراء المضارب من يعتق عليه إن كان في المال ربح ؛ لأنه يملك نصيبه في الربح ؛ فيكون ما اشتراه مملوكًا له . البدائع (٩٨/٦) ، المبسوط (٥٨/٢٢) ، حاشية ابن عابدين (٦٥١/٥) .

(٢) في المهذب (وإن ظهر في المال ربح ففيه قولان ، أحدهما : أن الجميع لرب المال ، فلا يملك العامل حصته من الربح إلا بالقسمة ، لأنه لو ملك حصته من الربح لصار شريكًا لرب المال ، حتى إذا هلك شيء كان هالكًا من المالين ، فلما لم يجعل التالف من المالين دل على أنه لم يملك منه شيئًا . والثاني : أن العامل يملك حصته من الربح ؛ لأنه أحد المتقارضين ، فملك حصته من الربح بالظهور كرب المال . المهذب (٥٠٨/١) ، وانظر نهاية المحتاج ، وعبر عن عدم الملك إلا بالقسمة بالأظهر (٢٣٦/٥) ، فتح العزيز (٥٦/١٢) ، الجمل على شرح المنهج (٥١٩/٣) ، والحاوي (١٧٤ ، ١٧٥) . (٣) ساقطة من (ص) .

(٤) في (م) ، (ع) : [تختلف] وفي (ص) : [يملك] .

(٥) انظر المهذب (٥١٥/١) ، وقد ذكر البجرمي الثاني مجزومًا به ، البجرمي على الخطيب (٣ / ١٧٠) .

(٦) من (م) ، (ع) : [الإثراء] .

(٧) الناض من المال : ما تحول وَرِقًا (أي فضة) أو عينًا (ذهبًا) بين يديه . اللسان نضض (٤٤٥٦/٦) .

(٨) في (م) ، (ع) : [وكان له من] وهو خطأ .

(٩) شركة العنان : نوع من أنواع الشركة . والشركة : هي الاجتماع في تصرف أو استحقاق . وشركة العنان =

١٧٢١٤ - فإن قيل : لا نسلم أن المال بينه وبينه [(١)] .

١٧٢١٥ - قلنا : يملك مطالبته بقسمة المال بينه وبينه [(٢)] ، وهذا يقتضي إذا اقتسما وهذا مسلم ، ولأن كل حالة كان الربح في الشركة ملكًا لهما كان في المضاربة ملكًا بينهما [(٣)] . أصله بعد المفاصلة .

١٧٢١٦ - احتجوا : بأنه لم يسلم إلى رب المال رأس المال ، فوجب أن لا يمتلك حصته من الربح [(٤)] .

١٧٢١٧ - أصله : إذا كان رأس المال ألفا فاشترى به عبدين ، كل واحد يساوي ألفًا .

١٧٢١٨ - قلنا : عندنا يملك المضارب حصته من الربح ولكن لا ينفذ عتقه فيه [(٥)] ولأنه

= سميت بذلك كما قال في المعجم الوسيط إذا اشتركا على السواء ، لأن العنان طاقان متساويان (المعجم الوسيط عن (٦٣٢/٣) ط مجمع اللغة العربية مطبعة مصر . ومعنى ذلك : أن الشريكين في شركة العنان يتساويان في المال والتصرف في الشركة . وشركة العنان مجمع على جوازها ، وإنما الخلاف في بعض شروطها وعلة تسميتها ، وقد جمع ابن قدامة ذلك كله فقال : « هي أن يشترك رجلان بماليهما على أن يعملا فيها والربح بينهما » حسب ما يشترطانه . (وهي جائزة بالإجماع ، ذكره ابن المنذر ، وإنما الخلاف في بعض شروطها وفي علة تسميتها شركة عنان ، فقيل : سميت بذلك ، لأنهما يتساويان في المال والتصرف كالفارسين إذا سَوّيَا بين فرسيهما ، وتساويا في السير ، فإن عنانيهما يكونان سواء . وقال الفراء : هي مشتقة من عن الشيء إذا عرض ، يقال : عنت لي حاجة إذا عرضت ، فسميت الشركة بذلك لأن كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه : وقيل : هي مشتقه من المعاننة وهي المعارضة : يقال : عانتُ فلانًا أو عارضته بمثل ماله وأفعاله ، فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله . راجع المغني لابن قدامة (١٦/٥) .

(١) وجه عدم التنسليم بذلك أن الذي بينهما في المضاربة إنما هو الربح لا رأس المال ، إذ هو لرب المال وليس للمضارب فيه شيء ، والربح لا يظهر إلا بعد تمام رأس المال ، وهذا لا يظهر إلا بالقسمة خلافًا للشركة والميراث ؛ فإنهما يشتركان في أصل المال إلا في بعض أنواع من الشركة ، كالوجوه والمضاربة عند من يجعلها شركة ، كما سبق .

(٢) في (م) ، (ع) : [مطالبه] . (٣) في (ن) : [منها] .

(٤) هذا الدليل استدل به الشافعية على فرع فرعوه على هذه المسألة ، حيث قالوا : إذا قلنا : « إنه يملك حصته بالظهور فليس ذلك ملكًا مستقرًا بل لا يتسلط العامل عليه ولا يملك التصرف فيه ؛ لأن الربح وقاية لرأس المال عن الخسران مادامت المعاملة باقية ، حتى لو اتفق خسران كان محسوبًا من الربح ، دون رأس المال » . ولذلك قالوا : لو طلب أحدهما قسمة الربح قبل الفسخ وامتنع الآخر يجبر عليه ؛ لأن العامل يقول : لا آمن الخسران فنحتاج إلى رد ما اقتسمنا ، والمالك يقول . الربح وقاية مالي ، فلا أدفع إليك شيئا حتى تسلم لي رأس المال . راجع المهذب (٥٠٨/١) ، فتح العزيز (٥٧/١٢ ، ١٠٤) والحاوي (١٧٥) .

(٥) ليس في هذا مخالفة لما سبق أثناء الحديث عن شراء من يعتق على المضارب من اعتراض المصنف على =

إذا أعتق أحدهما بعينه لم يجز أن [١] ينفرد به إلا على طريق القسمة ، وقسمة العبد [٢] لا تصح عندنا ، وإن أعتقهما جميعًا ، لم ينفذ عتقه ؛ لأن عتق رب المال يصح فيهما [٣] .

١٧٢١٩ – والذي يدل على [٤] أنه مالك لحقه : أن رب المال لو إعتقهما ضمن للمضارب نصيبه .

١٧٢٢٠ – قالوا : لو كان الربح للمضارب كان الهالك من الحقين [٥] .

١٧٢٢١ – قلنا : كذلك نقول الهالك من الربح الذي بينهما [٦] لا يختص به نصيب أحدهما .

١٧٢٢٢ – فإن قالوا : كان يجب أن يكون الهالك من الربح ورأس المال .

١٧٢٢٣ – قلنا : هذا لا يدل على أن المضارب لا يملك [ألا ترى أن رب المال يملك الربح والهالك [ورأس المال ، والمضارب يملك في الربح والهالك] دون رأس المال ؟] [٧] .

١٧٢٢٤ – ولأنه [يجوز [٨] أن يكون المال بين اثنين ، والهالك من نصيب أحدهما ، كمن أوصى لرجل بمائة] [٩] من ثلث ماله ولآخر بما بقى من الثلث ، فالثلث مشترك بينهما ، والهالك من نصيب الموصى له بما بقي .

١٧٢٢٥ – قالوا : الربح وقاية لرأس المال [١٠] ، فلو ملك المضارب [لا ستحق] [١١] قبل سلامة رأس المال [١٢] .

= قول الشافعية في أحد الوجهين فيما إذا ملكوا المضارب حقه بظهور الربح ، فهل يعتق العبد أولا ؟ وقال بأن قولهم إنه يملك ولا يعتق فاسد ؛ لحديث عائشة رضي الله عنها : من ملك ذا رحم محرم منه عتق ؛ وذلك لأن الكلام هناك كان يتعلق بالعبد ذي الرحم ، وهو يعتق بالملك لنص الحديث ، خلافا للعبد هنا ؛ فإنه مطلق عبد وليس ذي رحم ، وقد يملك العبد ولا يعتق .

(١) في (ن) : [أو] . (٢) في (م) ، (ع) : [العقد] .

(٣) لأن رأس المال ملك فيه ، فيملك ما حصل من الشراء به .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) راجع المهذب (٥٠٨/١) ، البجرمي على الخطيب (١٦٤/٣) ، فتح العزيز (٥٦/١٢) ، والحاوي (١٧٥) .

(٦) أي ليس من رأس المال والربح ، بل من الربح فقط .

(٧) ما بين المعكوفتين زيادة غير موجودة في أي النسخ ، وإثباتها من ضرورات السياق .

(٨) في (ع) : [لا يجوز] وهو خطأ .

(٩) في (ن) : [كتابة] وهو خطأ . (١٠) قاعدة : « الربح وقاية لرأس المال » .

(١١) في (م) ، (ع) : [لا يستحق] وهو خطأ .

(١٢) راجع نهاية المحتاج (٢٣٦/٥) ، والحاوي (١٧٥) .

١٧٢٢٦ - قلنا : رأس المال سالم له ، لأن يد المضارب قائمة مقام يده ، فصار كما لو سلم رأس المال إلى وكيله ، فإن نقص المال ؛ زال ملك رب المال لفوات الشرط الذي ملك به .

* * *

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيدِ

كتاب العبد المأذون في التجارة

مسألة [١] ٨٥٧

استفادة التصرف العام بالإذن الخاص

١٧٢٢٧ - قال أصحابنا : إذا أذن لعبده في نوع من التجارة ؛ جاز أن يتصرف في جميع الأنواع [٢] .

١٧٢٢٨ - وقال الشافعي : لا يجوز أن يتصرف إلا فيما أذن له [٣] .

١٧٢٢٩ - لنا : أن الإذن إطلاق [٤] من حَجْرٍ فلا يختص تصرفه بنوع من الأموال كالعتق .

١٧٢٣٠ - ولأنه يتصرف لنفسه بدلالة أنه لا يرجع عليه بالديون فصار كالمكاتب [٥] .

١٧٢٣١ - فإن قيل : لو كان إطلاقًا ؛ لجاز أن يتزوج .

١٧٢٣٢ - قلنا : [لا يمتنع] [٦] أن يكون الإذن له إطلاقًا ، ولا يستفاد به التزويج كالمكاتب في إطلاقه [٧] ، فيجوز أن يتصرف المكاتب [٨] في جميع التجارات ، ولا يجوز أن يتزوج [٩] . وبلوغ المرأة عند مخالفنا سبب لإطلاق حجرها [١٠] ولا يجوز أن

---

(١) هذا الكتاب وما به من مسائل أصبح غير ذي فائدة مباشرة في عصرنا بعد انتهاء الرق ووقف العمل به .

(٢) راجع بدائع الصنائع (١٩٢/٧) ، المبسوط (٢٥/٥) ، تبيين الحقائق (٢٠٤/٥) ، وليس للإمام مالك رحمه الله في المسألة قول ، ومذهب ابن القاسم يوافق الأحناف . راجع المدونة (٢٤٢٩/٥) .

(٣) قال في المهذب : « لا يتجر إلا فيما أذن به ، لأن تصرفه بالإذن ، فلا يملك إلا ما دخل فيه ، فإن أذن له في التجارة لم يملك الإجارة . ومن أصحابنا من قال يملك إجارة ما يشتريه للتجارة ، لأنه من فوائد المال فملك العقد عليها كالصوف واللبن والمذهب الأول » . وقد وافق الشافعي زفر من الأحناف والحنابلة أيضًا : راجع ما سبق للأحناف والمهذب (٥١١/١) ، مغني المحتاج (٩٩/٢) ، نهاية المحتاج (١٧٤/٤) ، الجمل على شرح المنهج (٢٢١/٣) ، السراج الوهاج (٢٠٣) ، والمغني لابن قدامة (٨٤/٥) .

(٤) الإذن لغة : الإطلاق والإباحة . وأذن له في الشرع : أباحه له ، واصطلاحًا : الإطلاق في حق التجارة بإسقاط الحجر عنه . راجع القاموس المحيط باب النون فصل الهمزة (١٩٧/٤) ، تبيين الحقائق (٢٠٤/٥) .

(٥) في (ن) : [كالكتابة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .

(٧) في (ن) : [إطلاق] .

(٨) العبد يكاتب على نفسه بثمنه فإذا سعى وأداه عتق . اللسان (كتب) (٣٨١٧/٤) .

(٩) وهو عند الشافعية كذلك راجع المهذب (١٧/٢) .

(١٠) قال في المهذب : « لا يفك الحجر عن الصبي » ذكرًا كان أو أنثى حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد . المهذب » (٤٣٥/١) .

تتزوج عندهم [١] .

١٧٢٣٣ - فإن قيل : فالوكيل [٢] والمضارب كان تصرفهما جائزًا قبل الإذن ، وإنما منعا [٣] من التصرف في مال غيرهما لحقه ، وهذا ليس بحجر .

١٧٢٣٤ - فلا يقال إن الإذن لهما إطلاقٌ من حَجْر ، ولأنه معنى يستفيد به العبد التصرف لنفسه فلا يتخصص تصرفه كالكتابة [٤] ولأن كل ما ملك [٥] المكاتب أن يشتريه جاز للمأذون أن يشتريه ، كالنوع الذي سماه المولى .

١٧٢٣٥ - فإن قيل : المكاتب يزوج أمته ، ويكاتب عبده ويصالح من دم العمد [٦] .

١٧٢٣٦ - قلنا : نحن اعتبرنا أحدهما بالآخر [٧] في الشراء ، فلا يلزم هذا من حيث [٨] النقص ، والفرق من طريق المعنى : أن المكاتب يملك هذه المعاني بإطلاق الكتابة فيملكها بتقييدها ، والمأذون لا يملكها بالإطلاق فلا يملكها بالتقيد ، ولما ملك المأذون عموم التصرف بإطلاق الإذن [٩] كان كذلك بالتقييد .

١٧٢٣٧ - ولأنه إذا قال : اشتر البر ؛ فعموم أمره يقتضي الشراء بالأثمان والمكيلات والموزونات .

١٧٢٣٨ - فإذا لزمه ذلك جاز له [١٠] أن [يشتريه من طريق الحكم ، ومن جاز أن يشترى الحنطة حكمًا جاز أن يشتريها بأي نوع شاء ، فصارت الأجناس كلها داخلة في الإذن من طريق الحكم ، وبطل التخصيص .

١٧٢٣٩ - ولأن التعيين إذا لم يفد سقط [١١] كقوله على أن تزن بهذا الميزان فلا فائدة في التعيين ؛ لأن المولى رضى باستحقاق رقبته وكسبه بديونه ، فلا فرق أن يستحق

---

(١) أي لا يجوز أن تتولى عقد النكاح لنفسها من غير ولي ، قال في المهذب : « لا يصح النكاح إلا بولي ، فإن عقدت المرأة لم يصح » . المهذب (٤٥/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الوكيل] .

(٣) في (م) ، (ع) : [منع] وهو خطأ .

(٤) في (م) ، (ع) : [كالمكاتبة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ملكه] ، والمراد بالملك الجواز أي جواز التصرف .

(٦) لا يتأتى هذا القول من جهة الشافعية ، لأنهم لا يجوزون للمكاتب أن يكاتب عبده ، قال في المهذب : « ولا يعتق ولا يكاتب ولا يهب ولا يبرئ من الدين ولا يكفر بالمال ولا ينفق على أقاربه الأحرار ولا يسرق في نفقة نفسه » . المهذب (١٧/١) .

(٧) أي المكاتب والعبد المأذون .

(٨) في (م) ، (ع) : [يثبت] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الأدنى] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فجاز أن] .

(١١) في (م) ، (ع) : [ينفد] .

بهذا النوع أو بغيره . ويفارق الوكيل والمضارب والشريك ؛ لأنهم يرجعون بالدين وللآمر غرض ؛ إذ [١] يثبت الرجوع في بعض الأشياء [٢] .

١٧٢٤٠ - احتجوا بأنه [٣] تصرف مستفاد بالإذن من جهة الآدمي [٤] ، فوجب أن يكون متصورًا على مقتضى الإذن [٥] . أصله : المضارب .

١٧٢٤١ - قلنا : المضاربة لا يجوز أن يرتفع الإذن فيها إلا في مال رب المال ، فجاز أن يتخصص بتخصيصه [والإذن في التجارة يجوز أن يوجد غير مختص بمال المولى ، فلما لم يختص بماله لم يتخصص بتخصيصه] [٦] .

١٧٢٤٢ - وقد قال أصحابنا : في الفرق بين الموضعين [٧] أن المأذون لنفسه ؛ بدلالة أنه لا يرجع بالديون على مولاه ، فصار كالمكاتب [٨] . والمضارب يتصرف لرب المال ؛ بدلالة أنه يرجع بالديون عليه ، فلذلك اختص بما أذن فيه .

١٧٢٤٣ - فقال مخالفونا : لا نسلم هذا الفرق ؛ لأن المضارب إذا اشترى بثمن في ذمته ، وهلك مال المضاربة صار ما اشتراه لنفسه ، ولم يرجع على رب المال على أحد الوجهين [٩] وهذا المنع لا يضرنا [١٠] .

١٧٢٤٤ - لأنا نقول : إن العبد يتصرف لنفسه بدلالة أن المشتَري يملكه المولى ولا يرجع عليه بثمنه ، والمضارب لا يجوز أن يملك رب المال الشفعة إلا وثمنها مستحق من

---

(١) في (ن) : [إن] .

(٢) أي في حالة الوكيل والمضارب والشريك ؛ لأن التصرف هناك من طريق الإذن خلافًا للتصرف هنا في المأذون ؛ فإنه يتصرف من طريق الحكم ، ولذلك لا يرجع على مولاه بالديون خلافًا للوكيل والمضارب والشريك . ومن ثم فإنه ليس للتقيد فائدة بالنسبة للمأذون خلافًا لهم .

(٣) أي تصرف العبد المأذون .

(٤) أي من جهة المولى .

(٥) المهذب (٥١١/١) ، نهاية المحتاج (١٧٤/٤) ، مغني المحتاج (٦٩/٢) المغني (٨٤/٥) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) أي بين المضاربة والإذن في النجاة .

(٨) انظر : تبيين الحقائق (٥ / ٢٠٣ ، ٢٠٤) .

(٩) قال في المهذب : فإن دفع (أي المضارب) إليه (أي العامل) ألفًا فاشترى عبدًا في الذمة ثم تلف الألف قبل أن ينقده في ثمن العبد ، انفسخ القراض لأنه تلف رأس المال بعينه . وفي الثمن وجهان . أحدهما : أنه على رب المال لأنه اشتراه له ، فكان الثمن عليه ، كما لو اشترى الوكيل في الذمة ما وكل في شرائه ، فتلف الثمن في يده قبل أن ينقده . والثاني : أن الثمن على العامل ، لأن رب المال لم يأذن له في التجارة إلا في رأس المال ، فلم يلزمه ما زاد . المهذب (٥٠٩/١) .

(١٠) في (ن) : [لا يضر] .

ماله ؛ فدل أن تصرفه يقع لرب المال .

١٧٢٤٥ - وقولهم تصرف مستفاد بالإذن غير مسلم [١] ، لأن عندنا يستفيد [٢] العموم من طريق [٣] الحكم ، لا بالإذن .

١٧٢٤٦ - قالوا : تصرف لم يتناوله إذن المولى فلا يستبيحه العبد من جهة الإذن ، كعقد النكاح [٤] .

١٧٢٤٧ - قلنا : الإذن إذا وقع في نوع من التجارات [٥] كان إذنًا في جميعها حكمًا ؛ لأن عموم الأمر يقتضي التصرف في جميع الأموال .

١٧٢٤٨ - فإذا لزمته لم يتوصل إلى تحصيلها إلا بالشراء ، فأما منافع البضع [٦] فلا يضمنها الإذن نطقًا ، ولا يؤدي إلى وجوبها عليه حتى يحتاج إلى تحصيلها ، فلذلك لم يدخل في الإذن .

١٧٢٤٩ - ولأنا نقول : بموجب العلة ، لأن العبد [لا يستفيد [٧]] العموم بالإذن ، وإنما يستفيد الإطلاق ، كما لو أذن البائع للمشتري في نوع من التصرف قبل القبض كان له التصرف في كل نوع .

١٧٢٥٠ - وكذا لو أذن الشفيع للمشتري في البيع من زيد فباع من عمرو ، وتساويا في سقوط الشفعة عليهما .

١٧٢٥١ - فإن قيل : لو أذن له في تزويج امرأة بعينها لم يجز له أن يتزوج غيرها ، ولا فائدة للولي في التعين ؛ لأن استحقاق رقبته بمهر واحدة كاستحقاق رقبته بمهر غيرها .

١٧٢٥٢ - قلنا : التزويج تصرف مملوك للمولى [٨] على عبده ؛ لأنه يملك [٩] تزويجه بغير إذنه عندنا [١٠] .

---

(١) راجع عبارة الزيلعي السابقة .
(٢) في (ن) : [يفيد] .
(٣) ساقط من (ن) .
(٤) راجع المهذب (٥١١/١) .
(٥) في (م) ، (ع) : [التجارة] .
(٦) البَضع بالفتح : التزويج والمجامعة ، والبُضع بالضم : الجماع أو الفرج نفسه أو المهر والطلاق وعقد النكاح . القاموس المحيط باب العين فصل الباء (٥/٣) .
(٧) ما بين المعكوفتين بدل من « يفيد » المثبت في النسخ جميعها .
(٨) في (م) ، (ع) : [المولى] .
(٩) في (ن) : [يملك التصرف] .
(١٠) قال في البدائع : « وأما إنكاح العبد : فإن كان صغيرًا يجوز ، وإن كان كبيرًا فقد ذكر في ظاهر الرواية أنه يجوز من غير رضاه ، وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز إلا برضاه » . البدائع (٢٣٧/٢) .

فإذا ملكه منه شيئًا معينًا لم يتملك غيره [١] فالشراء ليس مع كونه عاقلًا بالغًا لحق المولى حتى لا يستحق رقبته عليه . فإذا أذن فقد أسقط حق نفسه ، فهو كما لو أسقط حقه عن رقبته بالكتابة لم يتخصص ما يتصرف فيه ، وإن خصصه له . يبين الفرق بين النكاح والشراء أنه لو أطلق له الأمر بالنكاح لم يستفد العموم ، ولم يجز أن يتزوج أكثر من واحدة . فعلم أن مقتضاه الخصوص ، فإذا اعتبر لم يتجاوز ما [٢] عينه ، ولو أطلق له الإذن في التجارة ؛ لم يتخصص ما يشتريه ، ولكان على العموم ، فإذا خص [٣] له الإذن في الشراء لنفسه لم يتخصص ، وكان على العموم .

١٧٢٥٣ - ولا يلزم المضارب والشريك ؛ لأنه لا يأذن لهما في الشراء لأنفسهما [٤] ، فوزانه من العبد أن يوكله المولى ليشتري [٥] له شيئًا فلا يملك أن يشترى غيره [٦] .

١٧٢٥٤ - فإن قيل : لو أمر أن يشترى ثوبًا يلبسه [٧] لم يكن إذنًا .

١٩٦/أ **١٧٢٥٥** - قلنا : إذا [٨] أطلق له الرأي وجعل إليه / [٩] أن يشتري لنفسه ؛ فهو إذن في جميع الأشياء [١٠] . وإن قال له : اشتر من فلان ثوبًا لي فهذا توكيل له ، وليس بإذن ، فلا يستفاد به العموم .

١٧٢٥٦ - فإن قيل : إذا أذن له [١١] في نوع خاص فلم يرض بدخول ما سواه في ملكه ، ولا يملك المأذون أن يدخله [١٢] في ملك مولاه [١٣] بغير رضاه .

---

(١) قال الزيلعي : يملك العقد عليه بغير رضاه ، ولهذا لو أذن له في التزويج لا يكون مأذونًا حتى لا يملك أن يتزوج إلا واحدة ؛ لأن التوكيل لا يتعمم ، ولا يثبت بالسكوت ، بخلاف البيع . راجع تبيين الحقائق (٢٠٥/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [مما] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أخص] .

(٤) بل يشتريان للشركة والمضاربة فهما بمنزلة الوكيل .

(٥) في (م) ، (ع) : [يشترى] .

(٦) هذا ما يسميه الأحناف بالإذن الخاص . راجع البدائع (١٩١/٧) ، تبيين الحقائق (٢٠٥/٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [لنفسه] والضمير عائد على العبد .

(٨) ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) المراد بالأشياء أي ثوب يشتريه ومن أي تاجر .

(١١) ساقط من (م) ، (ع) .

(١٢) أي ما سوى المأذون فيه .

(١٣) في (م) زيادة بدليل أنه يملك وهو سهو من الناسخ .

١٧٢٥٧ - قلنا : المأذون غير محجور عليه في إدخال الأموال في ملك مولاه ، بدليل أنه يملك قبول الهبة ، فيملك المولى ما قبل من الهبة ، وإن لم يرض المولى بذلك .

* * *

مسألة ٨٥٨

استفادة الإذن عن طريق السكوت

١٧٢٥٨ - قال أصحابنا : إذا رأى المولى عبده يبيع أو يشترى فلم ينهه كان ذلك إذنًا [١] .

١٧٢٥٩ - وقال الشافعي : لا يكون مأذونًا ، وبيعه لما في يده باطل [٢] . واختلف أصحابه إذا اشترى بثمن في ذمته .

١٧٢٦٠ - قال : الإصطخري [٣] : [لا يصح] [٤] .

وقال ابن أبي هريرة [٥] : يصح ويكون للمولى الدين في ذمة العبد وللبائع الفسخ فإن أخذه المولى من يده سقط حق الفسخ [٦] .

١٧٢٦١ - لنا : أن كل من يتصرف لنفسه يجوز تصرفه من غير إذن كالمكاتب ، ولأنه يملك قبول الهبة ، فيملك قبول الشراء من غير إذن . أصله : الحر [٧] .

(١) قال في البدائع : « وأما الإذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهاه ، ويصير مأذونًا في التجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السكوت ، وأما في الشراء فيصير مأذونًا » . راجع البدائع (١٩٢/٧) ، تبيين الحقائق (٢٠٤/٥) المبسوط (٢٥/١١) .

(٢) وبه قال زفر والحنابلة أيضًا . راجع تبيين الحقائق (٢٠٤/٥) ، المهذب (٥١١/١) ، مغني المحتاج (١٠٠/٢) ، نهاية المحتاج (١٧٧/٤) ، والمغني لابن قدامة (٨٥/٥) .

(٣) أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد كان هو وابن سريج شيخي الشافعية ببغداد . كان أبو إسحاق المروزي لا يفتى بحضرته إلا بإذنه . من مصنفاته كتاب الأقضية ، والفرائض الكبير ، وقيل : إنه لم يؤلف أحد بعده إلا نقلًا عنه . توفي سنة ٣٢٨ هـ راجع : اللباب في تهذيب الأنساب (٥٥/١) ط دار بيروت ، معجم المؤلفين (٢٠٤/٣) ، شذرات الذهب لابن العماد (٣١٢/٢) ، ط دار الفكر بيروت ، تاريخ بغداد (٢٦٨/٧) ، كشف الظنون (٤٧/١ ، ١٣٩٥) ، بلاد فارس ، اللباب في تهذيب الأنساب (٥٥/١) .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) الحسن بن الحسين بن أبي هريرة البغدادي المعروف بابن أبي هريرة (أبو علي) فقيه درس ببغداد ، وتخرج عليه خلق كثير ، مثل أبي علي الطبري والدارقطني . وتولى القضاء . من تصانيفه : شرح مختصر المزني في فروع الفقه الشافعي . توفي سنة ٣٨٧ هـ . راجع : معجم المؤلفين (٢٢٠/٣) ، كشف الظنون (١٦٣٦/١) ، طبقات الشافعية للسبكي (٢٠٦/٢-٢١٠) ، مرآة الجنان (٣٣٧/٢) وغيرها .

(٦) راجع المهذب (٥١١/١) .

(٧) استدل الزمخشري للأحناف بقوله : « إنه لما رأى عبده يبيع ويشتري وسكت يكون هذا إذنًا من طريق الدلالة ، كالإذن من طريق الإفصاح ، فالأب إذا زوج ابنته البالغة فاستأذنها فسكتت فإن ذلك يكون رضًا منها لهذا المعنى ، =

١٧٢٦٢ - احتجوا بأنه تصرف يفتقر إلى إذن ، فوجب أن لا يقوم السكوت مقام الإذن فيه .

١٧٢٦٣ - أصله : إذا باع الراهن الرهن والمرتهن [(١)] ساكت ، وباع الأجنبي ماله وهو ساكت ، وتزوج العبد أو تزوجت الأمة والمولى ساكت [(٢)] .

١٧٢٦٤ - قلنا : لا نسلم أنه تصرف يفتقر إلى إذن المولى ، وإنما يفتقر إلى إمساكه عن النهي مع علمه بتصرفه ، وإذا وجد الإذن فقد حصلت [(٣)] زيادة على [(٤)] الإمساك ، فيجوز التصرف . فأما الراهن إذا باع فإنما لا ينفذ بيعه لسكوت المرتهن [(٥)] ، وكذلك الأجنبي إذا باع ملكه .

١٧٢٦٥ - لأن كل واحد منهما لا يملك أن يدخل الشيء في ملك من تصرف عليه بغير رضاه ، فجاز أن ينفذ تصرفه في حقه لسكوته . وأما التزويج : فلأن العَادة جارية أن كل واحد من الزوجين يبحث عن حال [الآخر عند العقد ، فلما لم تبحث المرأة عن إذن المولى وهي المفرطة فلا يكون بالسكوت غارًّا لها ، ولم تجر العادة أن يبحث] [(٦)] الناس عن حال من يبيع ويشتري إذا جلس في السوق وفتح الدكان ، فلما لم ينكر المولى جاز التصرف ؛ إذ لو لم يجز تصرفه صار غارًّا للناس والغرور [(٧)] لا يجوز [(٨)] .

= فكذلك ههنا وأرى أن قياس الزمخشري سكوت المولى عن تصرف عبده على سكوت البكر لا يصح لأنه قياس مع الفارق ؛ لأن سكوت البكر اعتبره الشارع رضًا لعذر وهو الحياء لقلة خبرتها بالرجال ، ولذلك فإن الشارع لم يعتبره في حق الأيم التي سبق لها الزواج بل اشترط تصريحها قولا ولم يعتبر السكوت ، والمولى هنا لا يوجد لديه العذر السابق ؛ لأنه لا يستحي من نهيه عبده ، أو التصريح له بالقول حتى نعدل إلى اعتبار سكوته تصريحًا ؛ وما ورد في حالة خاصة وهو سكوت البكر لا يُعدى إلى غيرها . راجع رؤوس المسائل الخلافية للزمخشري صـ ٢٩٥ ط دار البشائر الإسلامية .

(١) إنما لم يجز للراهن أن يبيع الرهن مع أنه ملكه لتعلق حق الغير وهو المرتهن به ، فإن المرهون وثيقة عند المرتهن يستوفى من ثمنها إن تعذر وفاء الراهن له ، فلذلك أبطل تصرف الراهن في العين المرهون للضرر العائد على المرتهن . قال في المهذب : ولا يملك التصرف في العين لما فيه ضرر على المرتهن ، لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » فإن باعه أو وهبه أو جعله مهرًا في نكاح أو أجرة أو كان عبدًا فكاتبه لم يصح ، ولا يسري إلى ملك الغير فيبطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن بنفسه ، كالفسخ . المهذب (٤١٢/١) .

(٢) راجع المهذب (٣٤٩/١ ، ٤١٢ ، ٥١١) ، مغني المحتاج (١٠٠/٢) ، نهاية المحتاج (١٧٧/٤) ، المغني لابن قدامة (٨٥/٥) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [عن] .

(٥) في (ن) : [الراهن] وهو خطأ .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (ن) .

(٧) غرّه غرورًا وغرة : بالكسر فهو مغرور وغرير كأمير : خدعه وأطعمه بالباطل . القاموس المحيط باب الراء فصل الغين (١٠٤/٢) .

(٨) لما روى عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر » . أخرجه أحمد في المسند (٣٠٢/١ ، ١٥٥/٢) ، والنسائي باب بيع الحصاة (٢٦٢/٧) ، وانظر مجمع الزوائد (٨٠/٤) .

مسألة ٨٥٩

ما يجوز للمأذون من التصرف في المال

١٧٢٦٦ – قال أصحابنا : يجوز للمأذون أن يتخذ الوليمة التي يعتادها التجار ويهب الطعام [١] .

١٧٢٦٧ – وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز ذلك إلا بإذن المولى [٢] .

١٧٢٦٨ – لنا : ما روي أن النبي ﷺ : « كَانَ يَرْكَبُ الْحِمَارَ وَيُجِيبُ دَعْوَةَ الْمَمْلُوكِ » [٣] .

وروي أن سلمان الفارسي [٤] كان مكاتبًا فحمل إلى النبي ﷺ رطبًا وقَالَ : هَذَا صَدَقَةٌ ، فَقَالَ لِأَصْحَابِهِ : « كُلُوا » وَلَمْ يَأْكُلْ ، ثُمَّ حَمَلَ إِلَيْهِ رُطَبًا وَقَالَ : هُوَ هَدِيَّةٌ فَأَكَلَ وَأَكَلُوا » [٥] .

١٧٢٦٩ – فدل على جواز قبول هديته . فإن قيل : يجوز أن يكون إذن المولى في الدعوة .

١٧٢٧٠ – قلنا : لو وقف ذلك على إذن المولى لسأل عن الإذن ، ولو سأل لنقل .

١٧٢٧١ – ولأنه يملك الشراء والبيع فيملك التبرع كالحر ، ولأن من [٦] ملك التصرف في اكتسابه ملك التبرع فيها كالحر .

---

(١) قال في التبيين : ويهدي طعامًا يسيرًا ، ويضيف من يطعمه ؛ لأن التجار يحتاجون إليه لاستجلاب قلوب المجاهزين . ثم قال : ولا يمكن أن يقدر للضيافة تقدير ، لأنه يختلف باختلاف المال وغيره ، ووافق الأحناف في هذه المسألة كلٌّ من المالكية والحنابلة . راجع تبيين الحقائق (٢٠٨/٥) ، البدائع (١٩٧/٧) ، والمدونة الكبرى (٢٤٣/٥) ، ط دار صادر ، بيروت ، والمغني لابن قدامة (٨٦/٥) .

(٢) راجع : نهاية المحتاج (١٧٦/٤) الجمل على شرح المنهج (٢٢٢/٣) ، مغني المحتاج (١٠٠/٢) .

(٣) أخرجه الحاكم بمعناه عن مسلم الأعور عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال : كان رسول الله ﷺ يعود المريض ويتبع الجنائز ويجيب دعوة المملوك ويركب الحمار » وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه . – أي الشيخان البخاري ومسلم – والمستدرك للحاكم (٤٦٦/٢) ، ط دار المعرفة بيروت ، لبنان .

(٤) من متقدمي الصحابة ، كان يسمي نفسه سلمان الإسلام وأصله من بلاد فارس ، قرأ كتب الفرس فأظهر إسلامه عاش عمرًا طويلًا . قال عنه الرسول : « سلمان منا آل البيت » توفي سنة ٣٦ هـ . راجع الإصابة (٢٩٣/٣) ، شذرات الذهب (٤٤/١ ، ٦٢) ، الأعلام (١٢٢/٣) وغيرها .

(٥) أخرجه أحمد في المسند (٤٣٨/٥ ، ٤٣٩ ، ٣٥٤) ، وفيه ابن إسحاق وهو مدلس ، وبقية رجاله رجال الصحيح . راجع مجمع الزوائد للهيثمي (٩٠/٣ ، ٢٤٠/٨) ، ط دار الريان للتراث .

(٦) ساقطة من (ن) .

١٧٢٧٢ - احتجوا بأنه تبرع بمال مولاه فلم يجز بغير إذنه . كما لو وهب الدراهم والثياب

١٧٢٧٣ - [قلنا : الدراهم والثياب] [١] ، لم تجر عادة التجار بأن يهبوها طلبًا لإصلاح التجارة [٢] فلم يملكها المأذون .

١٧٢٧٤ - وأما الطعام : فقد جرت عادة التجار ببذلة طلبًا لإصلاح التجارة [٣] واختلاف الناس على أن يملكه إذا ملك التجارة [٤] .

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [والتجار] .
(٣) في (م) ، (ع) : [التجار] .
(٤) في (ص) ، (ن) : [التجار] .

مسألة ٨٦٠

رفع الإذن بالهرب

١٧٢٧٥ - إذا أبق المأذون صار محجورًا [١] .

١٧٢٧٦ - وقال الشافعي : إذنه بحاله [٢] .

١٧٢٧٧ - لنا : أن إباقهُ يبطل تصرف المولى في إجارته فيبطل إذنه في التجارة . أصله : بيعه ، ولأنه صار في يد نفسه ، فلم ينفذ تصرفه بإذن مولاه كالمكاتب .

١٧٢٧٨ - احتجوا بأن الإباق [لا يمنع] [٣] ابتداء الإذن فلم يمنع استدامته . أصله : إذا غصبه غاصب [٤] .

١٧٢٧٩ - [قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأنه لا يجوز أن يبتدئ الإذن للآبق [٥] . والمعنى فيه : إذا غصبه غاصب] [٦] أنَّ تصرف المولى يجوز فيه بالإجارة من الغاصب فجاز تصرفه بإذن المولى ، والآبق لا يجوز تصرف المولى فيه بالمعاوضات ، فلم يجز تصرفه بإذن المولى ، على أن من أصحابنا من قال يصير محجورًا إذا غصب [٧] .

١٧٢٨٠ - قالوا : هربه لا يبطل إذنه [٨] كهرب المضارب .

١٧٢٨١ - قلنا : هرب المضارب لا يوجب زوال يد رب المال عن المال المتصرف

---

(١) راجع بدائع الصنائع (٢٠٧/٧) ، تبيين الحقائق (٢١١/٥) .

(٢) راجع نهاية المحتاج (١٧٧/٤) ، ومغني المحتاج (١٠٠/٢) ، والجمل على شرح المنهج (٢٢١/٣) ، وهو رأي زفر أيضًا ، راجع تبيين الحقائق الموضع السابق ، وهو رأي الحنابلة . راجع المغني (٨٥/٥) .

(٣) في (م) ، (ع) : [يملك] .

(٤) معلوم أن زفر مع الشافعي ، وعلى ذلك أوردت كتب الأحناف له هذا الدليل في تبيين الحقائق ، وقال زفر والشافعي رحمهما اللَّه : لا يكون محجورًا عليه بالإباق ؛ لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن ، ألا ترى أنه لو أذن لعبده المحجور عليه الآبق صح ؟ . تبيين الحقائق (٢١١/٥) ، والمغني (٨٥/٥) .

(٥) هذا عند بعض الأحناف ، والبعض الآخر قال : إن الإباق يمنع ابتداء الإذن دون إبقائه . تبيين الحقائق (٢١١/٥) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في التبيين : « وأما الغصب فإن كان المولى يتمكن من أخذه بأن كان الغاصب مقرًا بالغصب أو كان للمالك بينة تمكنه أن ينتزعه من يد الغاصب وينتزع كسبه من الغاصب أو إذا كان الغاصب جاحدًا ، ولم يكن للمالك بينة امتنع الإذن ابتداء ، فكذا بقاءً لعدم ما يدل عليه » . تبيين الحقائق (٢١٢/٥) .

(٨) في (م) ، (ع) : [إذنه] .

فيه ، فلم يتعين التصرف .

١٧٢٨٢ - وإباق العبد يوجب زوال يد المولى عما يقع التصرف فيه ، وهو الإذن ، فلم يجز التصرف بإذنه . فصار وزانه أن يجحد المضارب المال ، فلا يجوز تصرفه على المضاربة .

١٧٢٨٣ - قالوا : تصرف يملكه قبل الإباق ، فلم يزل بالإباق كطلاق [١] زوجته [٢] .

١٧٢٨٤ - قلنا : الطلاق معنى يملكه بنفسه فحاله قبل الإباق وبعده فيه سواء . وأما التصرف : فيملكه بإذن المولى ، وبالإباق تزول يد المولى عما تصرف فيه ، وهي الذمة فيبطل تصرفه .

١٧٢٨٥ - قالوا : ما تعلق به صحة الإذن باق ، فوجب أن يكون الإذن باقيًا . أصله : إذا لم يأبق .

١٧٢٨٦ - قلنا : إذنه يصح لولايته والولاية تزول بالإباق ، بدلالة أن تصرفه فيه ناقص عما كان عليه ، حتى لا تجوز إجارته ولا بيعه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [طلاق] .

(٢) راجع هذا القول وسائر أقوالهم في هذه المسألة في النكت (المضاربة) .

مسألة ٨٦١

إجارة المأذون لنفسه

١٧٢٨٧ - قال أصحابنا : يجوز للمأذون أن يؤاجر نفسه [١] .

١٧٢٨٨ - وقال الشافعي : ليس له ذلك [٢] .

١٧٢٨٩ - لنا : أنه يتصرف لنفسه ، فيملك أن يؤجر نفسه كالمكاتب ، لأنه [٣] يملك التصرف فتتلف [٤] . هذه المنافع بغير عوض ، فلأن [٥] يتلفها بعوض يحصله لمولاه (أولى) [٦] .

١٧٢٩٠ - ولأن الإذن يتضمن تحصيل الأكساب ، والمعتبر أنه في نفسه ، يحصل [٧] الكسب بإجارة نفسه فصار ذلك من مضمون الإذن ، ولأن من ملك أن يؤجر العبيد الذين من كسبه ملك أن يؤجر نفسه كالمكاتب ، ولأنها إجارة الذوات [٨] والعبد ملك إجارة نفسه ، كالمكاتب .

١٧٢٩١ - احتجوا بأنه عقد على رقبته فصار كبيعها ورهنها [٩] .

١٧٢٩٢ - قلنا : الإجارة عقد على المنافع لا على الرقبة وأنه قد يملك إجارة نفسه من لا يملك بيع رقبته ورهنها كالمكاتب . ولأن الإذن (يتضمن) [١٠] جواز التصرف والبيع والرهن . وكل واحد منها يوجب الحجر عليه لو صح المنع منه ، فلم يجز أن يتضمن الإذن تصرفًا يرفع الإذن ، والإجارة لا توجب رفع الإذن ، وهي من العقود التي يتبعها المال فمِلْكُها بإطلاق الإذن . يبين ذلك أنه [١١] لو أذن له في بيع نفسه من إنسان صار بالبيع محجورًا ، ولو أذن له في إجارة نفسه لم يصر بذلك محجورًا .

١٧٢٩٣ - قالوا : عقد على المنافع كالنكاح ، والمأذونة لا تملك أن تزوج نفسها [١٢] .

---

(١) البدائع (١٩٥/٧) ، تبيين الحقائق (٢٠٧/٥) .

(٢) نهاية المحتاج (١٧٥/٤) ، المهذب (٥١١/١) ، مغني المحتاج (١٠٠/٢) . وبه قال الحنابلة . راجع المغني (٨٥/٥) .

(٣) في (م) ، (ع) : [ولا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فتلف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلا] وهو خطأ .

(٦) في (م) ، (ع) : [المولى] وهو خطأ .

(٧) أي : [تحصيل] .

(٨) في جميع النسخ [الدواب] ولعله تصحيف .

(٩) راجع نهاية المحتاج (١٧٥/٤) ، مغني المحتاج (١٠٠/٢) ، والمغني (٨٥/٥) ، النكت (المضاربة) .

(١٠) في (ن) : [يتضمنا] .

(١١) ساقطة من (ن) .

(١٢) راجع نهاية المحتاج (١٧٥/٤) ، النكت (المضاربة) والمغني (٨٥/٥) .

١٧٢٩٤ - قلنا : لما لم تملك أن يزوجها [١] أبوها لم تزوج نفسها ، ولما ملكت أن تؤاجر اكتسابها كذلك تملك أن تؤجر نفسها .

١٧٢٩٥ - قالوا : منافعه ملك المولى فلا يملك العقد عليها كسائر أموال المولى [٢] .

١٧٢٩٦ - قلنا : يبطل بالعقد [٣] على أكسابه ، ولأن هذه المنافع وإن كانت على حكم ملك المولى فقد أذن المولى في إتلافها لتحصيل الأكساب .

١٧٢٩٧ - ألا ترى أنه إذا اشتغل [٤] بالتجارة تلفت منافعه على المولى ، فجاز أن يتلفها بعوض وسائر أموال المولى لم يتضمن الإذن إتلافها لتحصيل الأكساب ، فلم يتضمن العقد عليها لتحصيل [٥] عوضها [٦] .

* * *

---

(١) المثبت بالنسخ : [أن يزوج أباها ولا يستقيم معناه] . ولعل صوابها [أن تزوج غيرها] .

(٢) راجع نهاية المحتاج ، والنكت والمغني في المواضع السابقة .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالعبد] وهو خطأ .

(٤) في (م) ، (ع) : [اشتغل به] .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) : [عوضا] .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسمَّاة

التجريد

كتاب المساقاة

مسألة ٨٦٢

كتاب المساقاة [1]

١٧٢٩٨ - قال أبو حنيفة : المساقاة باطلة [2] .

١٧٢٩٩ - وقال الشافعي في الجديد : تجوز في النخل والكرم [3] دون غيرهما .

(١) المساقاة لغة : مفاعلة من السقي . والمساقاة في النخيل والكرم على الثلث والربع وما أشبهه . يقال : ساقى فلان نخله أو كرمه إذا دفعه إليه واستعمله فيه ، وأهل العراق يسمونها معاملة . راجع اللسان (سقى) (٢٠٤٤/٣) وتهذيب اللغة للأزهري (سقى) (٢٣٠/٩) وشرعًا : عرفها الأحناف بأنها : (دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمر بينهما ، أو العقد على العمل ببعض الخارج (تبيين الحقائق ٢٨٤/٥) .

وعرفها المالكية بأنها : « عقد على مؤنة نمو النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة » . مواهب الجليل (٧٢/٥) . وعند الشافعية : هي معاملة على تعهد شجر بجزء من ثمرته . نهاية المحتاج (٢٤٤/٥) ، فتح العزيز (٩٩/١٢ ، ١٠٠) .

وعرفها الحنابلة بقولهم : « دفع شجر مغروس معلوم له ثمر مأكول لمن يعمل عليه بجزء مشاع معلوم من ثمره » . شرح منتهى الإرادات (٣٤٣/٢) ، والمغني لابن قدامة (٣٩١/٥) . وبالنظر إلى التعريفات السابقة نراها تتفق حول حقيقة المساقاة ، وهي دفع الشجر إلى من يعمل فيه على جزء من ثمرته . غاية الأمر : أن بعضها تعرض لبيان ما تجوز فيه وشرائط جوازها وغير ذلك ، وبعضها غير مانع من دخول غير الجائز فيها ، فمثلًا تعريف الأحناف لها يشمل المساقاة على كل شجر له ثمر ولو لم يكن مقصودًا . وتعريف المالكية يدخل فيه المساقاة التي شرط فيها جميع الثمر للعامل ، وكذلك المساقاة على البعل من الشجر (أي الذي لا ثمرة له) . وأرى أن تعريف الحنابلة هو أتم تعريف للمساقاة ؛ حيث تناول شرائطها ، وما تجوز فيه ، وما يجب على العامل فيها ، حتى إن الناظر فيه يكاد يقف على رأيهم في مسائل المساقاة جميعًا . وإنما سمي العمل على الأشجار مساقاة ؛ لأن أكثر حاجة شجر أهل الحجاز إنما هي السقي ، وإلا فالمعاملة على الشجر أعم من السقي ، فهي تعهد الشجر ورعايته في كل ما يحتاج إليه حتى إن الأحناف يسمونها معاملة ، وقد يطلقون عليها مساقاة .

(٢) راجع البدائع (١٨٥/٦) ، تبيين الحقائق (٢٨٤/٥) .

(٣) الكرم : العنب . وقد نهى رسول الله ﷺ عن تسمية العنب بالكرم فقال : « لا تقولوا الكرم ، فإن الكرم هو المؤمن » . راجع : القاموس المحيط باب الميم فصل الكاف (١٧٢/٤) ، ومسند أحمد (٢٧٢/٢) ، النظم المستعذب في شرح تقريب المهذب (٣٩٠/١) .

١٧٣٠٠ - وقال في القديم [(١)] تجوز في كل شجر [(٢)] له [(٣)] ثمرة [(٤)] .

١٧٣٠١ - لنا : حديث رافع بن خديج [(٥)] ﷺ أن النبي ﷺ نَهَى عَنِ الْمُخَابَرَةِ [(٦)] ، وعن جابر [(٧)] ﷺ قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « مَنْ لَمْ يَذَرِ الْمُخَابَرَة فَلْيَأْذَنْ

(١) القديم ما قاله الشافعي بالعراق قبل انتقاله إلى مصر ، ومن أشهر رواته : أحمد بن حنبل ، والزعفراني ، أبو ثور ، ومن أشهر كتبه : الحجة ، وإذا أطلق القديم كان مقصودًا به . والجديد : ما قاله بمصر ، وأشهر رواته : البويطي والمزني ، والمرادي والخيري وحرملة . ومن أشهر كتبه كتاب الأم . . وقد رجع الشافعي عن القديم وقال : لا يحل عد القديم من المذهب ، والفتوى في المذهب على الجديد ، وإذا كان فيها قولان فالجديد هو الصحيح ، وقد استثنى بعض الأصحاب بعض المسائل قالوا : الفتوى فيها على القديم . ذكر النووي أنها نحو عشرين مسألة أو أكثر ، وذكر السيوطي منها بضع عشرة مسألة ، قال في الأشباه : « المسائل التي يفتي فيها على القديم بضع عشرة مسألة : التثويب في أذان الصبح القديم استحبابه ، ومسألة التباعد عن النجاسة في الماء الكثير : القديم أنه لا يشترط ، ومسألة قراءة السورة في الركعتين الأخيرتين : القديم لا يستحب ، ومسألة الاستنجاء بالحجر فيما جاوز المخرج : القديم جوازه ، ومسألة لمس المحارم القديم لا ينقض (الوضوء) ، ومسألة تعجيل العشاء : القديم أنه أفضل ، ومسألة وقت المغرب : القديم امتداده إلى غروب الشفق ، ومسألة شرط التحلل من الإحرام بمرض ونحوه : القديم جوازه ، ومسألة الجهر بالتأمين في صلاة جهرية : القديم استحبابه ، ومسألة من مات وعليه صوم : القديم يصوم عنه وليه ، ومسألة الخط بين يدى المصلى إذا لم يكن معه عصا : القديم استحبابه . راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٩٩ ، كشف الظنون (٦٣١/١) ، والمجموع النووي (١٠٨/١-١١١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [شيء] . (٣) في (ن) : [لها] .

(٤) راجع : الأم (٣٣٨/٣) ، مختصر المزني (٧٠/٣ ، ٧١) ، المهذب (٥٢١/١) ، نهاية المحتاج (٢٤٦/٥) ، والقديم في مذهب الشافعي يتفق مع رأى المالكية والحنابلة ؛ فقد جوزوها في جميع الشجر المثمر ، وهو مروي أيضًا عن الخلفاء الراشدين وسعيد بن المسيب والثوري والأوزاعي ، وهو مذهب محمد وأبو يوسف من الأحناف . وبداية المجتهد (١٨٥/٢) ، المغني (٣٩٣/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٤٣/٢) ، ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع إلا عند ابن دينار ؛ فإنه أجازها في البقول أيضًا ، راجع ما سبق وبداية المجتهد (١٨٥/٢) .

(٥) رافع بن خديج بن رافع الأنصاري الأوسي . صحابي جليل كان عريف قومه بالمدينة وشهد أحدًا ، والخندق له ٧٨ حديثًا . توفى بالمدينة متأثرًا من جراحة له سنة (٧٤) هـ ، راجع الإصابة (٤٣٦/٢) ، الاستيعاب (٤٧٩/١) ، شذرات الذهب (٨٢/١) ، الأعلام (١٢/٣) .

(٦) الحديث من طريق رافع وغيره مختصرا ، ومطولًا ، أخرجه أحمد في مسنده (٤٦٣/٣) ، (١٨٧/٥ ، ١٨٨) ، ومسلم في صحيحه ، باب كراء الأرض (١١٧٧/٣) ، وأبو داود في سننه (٦٩٥/٣) ، حديث رقم (٣٤٠٧) كتاب المخابرة ، الترمذي بمعناه عن جابر (٦٠٥/٣) ، رقم ١٣١٣ ، وابن ماجه (٨٤/٧) رقم (٣٩١٧) والنسائي من طريق جابر باب بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه (٢٦٢/٧) ، والطبراني في المعجم الكبير عن زيد بن ثابت (١٥٩/٥) رقم (٤٩٣٨) وراجع تلخيص الحبير (٥٩/٣) ونيل الأوطار (٢٧٥/٥) .

(٧) الصحابي الجليل : جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن ثعلبة الخزرجي السلمي ، أبو عبد الله ، ويقال له : أبو عبد الرحمن ، وأبو محمد ، روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وغيرهم ، وعنه أولاده وسعيد بن المسيب =

بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسوَلِهِ » [١] .

قال ابن الأعرابي [٢] : المخابرة مشتقة من معاملة رسول الله ﷺ أهل خيبر [٣] [ثم صارت لغة مستعملة ، وقيل للأَكَّار [٤] خبير] [٥] .

١٧٣٠٢ - وقال أبو عبيدة [٦] : الخبير الأكار ، والمخابرة المواكرة [٧] ولذلك سمى الأكار أكارًا [٨] لأنه مواكر الأرض ، والمواكرة تكون في المزارعة [٩] والمساقة جميعًا

= وغيرهم . توفي سنة (٧٣ هـ) ، وقيل : سنة (٧٧ هـ) ، وهو آخر من مات من الصحابة بالمدينة ﷺ . راجع التهذيب (٤٢/٢ ، ٤٣) ، الإصابة (٤٣٧/١) ، شذرات الذهب (٨٤/١) ، تقريب التهذيب (١٢٢/١) ، أسد الغابة (٣٠٧/١) ، الجمع بين رجال الصحيحين (٧٢/١) ، ط دار الكتب العلمية بيروت .

(١) الحديث أخرجه أبو داود في سننه باب المخابرة (٦٩٥/٣) ، رقم ٣٤٠٦ ، وانظر كنز العمال (٥٣٠/١٥) ، حديث رقم (٤٢٠٥٠) كتاب المزارعة . وقال أبو نعيم في حلية الأولياء : غريب ، راجع الأولياء وطبقات الأصفياء (٢٣٦/٩) ط دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان .

(٢) محمد بن زياد أبو عبد الله بن الأعرابي من موالى بني هاشم ، كان عالمًا باللغة والشعر ناسبًا كثير السماع من المفضل بن محمد الضبي ، راوية للأشعار ، وكان يزعم أن الأصمعي وأبا عبيدة لا يحسنان قليلًا ولا كثيرًا . له من الكتب : النوادر ، وصفة الدرع ، والخيل ، ومدح القبائل ، ومعاني تفسير الأمثال ، النبات والألفاظ ، وغيرها ، توفي سنة ثلاثين وقيل : إحدى وثلاثين ومائتين وقيل غير ذلك . راجع : الأعلام (١٣١/٦) ، شذرات الذهب ٧٠/٢) ، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة للسيوطي (١٠٥/١ ، ١٠٦) ، ط عيسى الحلبي ، وفيات الأعيان (٣٠٦/٤) ، تاريخ بغداد (٢٨٢/٥) .

(٣) خيبر : ناحية على ثمانية برد من المدينة لمن يريد الشام ، وقد فتحها النبي ﷺ سنة (٧ هـ) ، وقيل سنة (٨ هـ) ، راجع معجم البلدان لياقوت الحموي (٤٠٩/٢) ، وانظر قول ابن الأعرابي في تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٨٧/٣) ط دار الكتب العلمية بيروت ، وفي اللسان غير منسوب (١٠٩١/٢) (خبر) .

(٤) الأُكرةُ : بالضم : الحفرة يجتمع فيها الماء فيعرف صافيًا ، والأَكْرُ والتأَكُّر حفرها ؛ ومنه الأكار للحراث ، والمواكرة المخابرة . راجع القاموس المحيط باب الراء فصل الهمزة (٣٧٨/١) ، واللسان (١٠٩١/٢) مادة : (خبر) .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (ن) .

(٦) معمر بن المثني اللغوي البصري ، أبو عبيدة ، مولى بنى تميم رهط أبو بكر الصديق . أخذ عن يونس وأبي عمرو ، وهو أول من صنف غريب الحديث ، وأخذ عنه أبو عبيد وأبو حاتم والمازني والأثرم وغيرهم ، كان أعلم من الأصمعي وأبي زيد بالأنساب والأيام ، سئل أبو نواس عنه وعن الأصمعي فقال عن الأصمعي : بلبل في قفص ، وعن أبي عبيدة : أديم طوي على علم . من تصانيفه : المجاز في غريب القرآن ، والأمثال في غريب الحديث ، ومعاني القرآن وغيرها . توفي سنة (٢٠٩ هـ) .

(٧) راجع تهذيب اللغة الأزهري (٣٦٧/٧) (خبر) ط الدار المصرية للتأليف والترجمة . تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٨٧/٣) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) المزارعة لغة : مفاعلة من الزرع ، وهو الإثبات ، والإنبات المضاف إلى العبد مباشرة ، فعل أجرى الله ﷺ =

فتدخل تحت النهي [١] .

١٧٣٠٣ - ولا يقال : إن العقود لا يشتق لها اسم من الأماكن كما لا يشتق لعقد رسول الله ﷺ مع أهل مكة [اسم من مكة] [٢] لأن إخبار ابن الأعرابي بذلك حجة [٣] .

١٧٣٠٤ - ولأن ذلك غير ممتنع كما قال أعرق [٤] وألحد [٥] وبدا [٦]

١٧٣٠٥ - ولأنه عقد لا يصح من غير ذكر مدة فلم يجز [بذكر] [٧] ثمرة [٨] « معدومة كالإجارة ، وعكسه الخلع [٩] والمضاربة .

١٧٣٠٦ - ولأنه شرط له جزءا من ثمرة معدومة عوضًا عن عمله ، فوجب أن لا يجوز .

= العادة بحصول النبات عقيبه لا بتخليقه وإيجاده ، وفي اللسان : المزارعة معروفة ، والمزرعة والمزارعة والزراعة والمزروع موضع الزرع . اللسان (٨٢٦/٣) . وشرعًا : العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه . بدائع الصنائع (١٧٥/٦) .

(١) أراد المصنف رحمه الله بما ساقه من النصوص وأقوال أهل اللغة : أن يثبت أن المساقاة مخابرة حتى يصح إدخالها في النهي الوارد في الحديث ، فعند أبي حنيفة . المعاملة أو المساقاة ، وهي دفع الشجر لمن يعمل فيه على أن الثمر بينهما ، والمزارعة وهي العقد على المزارعة ببعض الخارج كلاهما مخابرة ، حكمهما عنده البطلان للحديث السابق ، وأما عند الشافعية : فالمساقاة وهي المعاملة على الشجر بجزء من ثمرته ليست مخابرة ؛ فلا تدخل في النهى الوارد في الحديث . أما المخابرة والمزارعة : فعند الشافعية يكونان في الزراعة ، وعند بعضهم : لا فرق بينهما وهما بمعني واحد . وعند الأكثرين منهم بينهما فرق ، وهو أن المزارعة يكون البذر فيها من رب المال ، والمخابرة يكون البذر فيها من العامل ، وحكم المزارعة والمخابرة في صحيح المذهب ، وهو ما ذكره النووي عن الشافعي الفساد فيهما جميعًا ، وعند بعض المحققين منهم الصحة ، وبه قال ابن سريج وابن خزيمة ، وأكثر المحققين من الشافعية على القول بجواز المزارعة . راجع البدائع (١٧٥/٦ ، ١٨٥) ، تبيين الحقائق (٢٧٨/٥ ، ٢٨٤) ، تهذيب الأسماء واللغات (٨٨/٣) خبر المهذب (٥١٢/١ ، ٥١٦) ، فتح العزيز (٩٩/١٢ ، ١٠٩) ، روضة الطالبين للنووي (١٦٨/٥) ، ط المكتب الإسلامي للطباعة والنشر .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) يقصد قوله بأن المخابرة من معاملة أهل خيبر .

(٤) أعرق : أتى العراق . القاموس المحيط . باب القاف فصل العين (٢٧٣/٣) .

(٥) ألحد : مال وعدل وجادل ، وألحد في الحرم : ترك القصد فيما أمر به وأشرك بالله . القاموس المحيط باب الدال فصل اللام (٣٤٧/١) ، وألحد في دين الله : أي حاد عنه وعدل . مختار الصحاح (٦١٧) (الحد) .

(٦) بدا القوم : خرجوا إلى باديتهم . مختار الصحاح (٥٧) (بدا) القاموس : باب الواو والياء فصل الباء (٣٠٤/٤) .

(٧) ساقطة من (ص) ، (ن) .

(٨) في (ص) ، (ن) : [بثمرة] .

(٩) الخلع : إزالة ملك النكاح بأخذ المال . التعريفات (٩١) .

١٧٣٠٧ - أصله : إذا ساقاه على نخل على أن يستحق نصف ثمرة نخلة واحدة [١] منه .

١٧٣٠٨ - فإن قيل هذا لا يجوز مثله في المضاربة .

١٧٣٠٩ - قلنا : المضاربة نوع شركة ، فلا تجوز مع قطع الربح عن بعض المال .

١٧٣١٠ - والمساقاة إجارة ، فإذا جازت على نوع مال جازت على أبعاضه [٢] / . ١٩١/ب

١٧٣١١ - ولأنه شرط جزءا مما يحدث من ملكه بدلًا عن [٣] عمله ، فوجب أن يكون باطلًا . أصله المزارعة [٤] المنفردة والغنم إذا عامله راعيها [٥] بجزء من أولادها ، وألبانها .

١٧٣١٢ - فإن قيل : الأرض المنفردة يمكن إجارتها فلم تجز المعاملة عليها .

١٧٣١٣ - قلنا [٦] : والنخيل يمكن الاستئجار على عمله بثمن في الذمة .

١٧٣١٤ - فإن قيل : الغنم لا يحصل النماء بعمله عليها ، وإنما يقربها من العلف ويقرب الفحل منها ، ثم يكون الولد من فعل اللّٰه .

١٧٣١٥ - قلنا : لا نفرق [٧] بينهما ؛ لأن النخل والكرم يقرب الماء منهما ، كما يقرب العلف إلى الغنم ، أو يقرب الغنم إلى العلف ، ويوقع فعلًا فيها وهو حلابها وجزها ، كما يلقح النخل ويقرب الفحل [لضرابها] [٨] ، فيخلق اللّٰه سبحانه وتعالى الولد ، كما يلقح النخل فيخلق اللّٰه الثمرة ، ويقلبها من حال إلى حال ، فلا فرق بينهما .

١٧٣١٦ - ولأن العمل على النخل معاوضة لازمة ، فلا يجوز بدل معدوم [٩] كالبيع والإجارة .

---

(١) في (ن) : [فأخذ] وهو خطأ .

(٢) في (م) ، (ن) : [أنعاضه] ، وهو خطأ .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا من] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الزراعة] .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (ن) : [لنا] وهو خطأ .

(٧) في (ص) ، (ن) : [لا فرق] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لصوابها] . وضرب الفحل ضرابًا : نكح .. القاموس المحيط باب الباء فصل الضاد (٩٩/١) .

(٩) في (م) ، (ع) : [معلوم] وهو خطأ .

١٧٣١٧ - احتجوا بما روى نافع [1] عن ابن عمر [2] [﵁] [3] أن النبي ﷺ « عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ » [4] .

١٧٣١٨ - وروى مِقْسِم [5] عن ابن عباس [6] قال : افْتَتَحَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خَيْبَرَ ، وَاشْتَرَطَ أَنَّ [7] لَهُ الْأَرض مِنْ كَلّ صَفْرَاءَ وَبَيْضَاءَ . وَقَالَ أَهْلُ خَيْبَر : نَحْنُ أَعْلَمُ بِالْأَرْضِ مِنكُمْ « فَأَعْطِنَاهَا » [8] عَلَى أَنَّ لَكُمْ نِصْف الثَّمَرَةِ وَلَنَا النِصْف [9] .

١٧٣١٩ - والجواب : أن هذا لم يكن على طريق المساقاة ، بدلالة أنه لم يذكر مدة معلومة فقال « نُقِرُّكُمْ فِيهَا مَا شِئْنَا » [10] .

---

(١) أبو عبد اللّه نافع المدني من أئمة التابعين بالمدينة ، كان فقيهًا متفقًا على رياسته ، كثير الرواية للحديث ، ثقة لا يعرف له خطأ في جميع ما رواه ، وهو ديلمي الأصل مجهول النسب . أصابه عبد اللّه بن عمر صغيرا في بعض مغازيه ، ونشأ بالمدينة ، وأرسله عمر بن عبد العزيز إلى مصر ليعلم أهلها السنن . توفى سنة (١١٧) هـ . راجع التهذيب (٤١٢/١٠) ، وفيات الأعيان (٣٦٧/٥) ، الأعلام (٦/٨) وغيرها .

(٢) أبو عبد الرحمن : عبد اللّه بن عمر بن الخطاب أسلم وهو صغير ، وهو ممن بايع تحت الشجرة ، توفي سنة (٧٣) هـ . راجع سير أعلام النبلاء للذهبي (٣٠٢/٣) ، ط مؤسسة الرسالة ، أسد الغابة (٣٤٠/٣) ، التهذيب (٣٢٨/٥) .

(٣) ساقط من (ص) .

(٤) حديث صحيح أخرجه الجماعة . البخاري باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة (١٣٨/٣) ، مسلم كتاب المساقاة باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (١١٨٦/٣) رقم ١ (١٥٥١) ، مسند أحمد (١٧/٢ ، ٢٢ ، ٣٧) ، سنن الترمذي (٣ / ٥٩) ، كتاب المساقاة والمزارعة ، ونيل الأوطار (٢٧٢/٥) .

(٥) مقسمَ بكسر أوله وسكون ثانيه - ء بن بُجْرة بضم الموحدة وسكون الجيم ، ويقال : ابن الجدة ، أبو القاسم ، ويقال : أبو العباس مولى عبد اللّه بن الحارث بن نوفل ، ويقال : مولى ابن عباس للزومه له ، روى عن ابن عباس وعبد اللّه بن الحارث بن نوفل وعائشة وغيرهم ، وتوفي سنة ١٠١ هـ ، راجع التهذيب (٢٨٩/١٠) ، وشذرات الذهب، (١٢١/١) وغيرها .

(٦) عبد اللّه بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي القرشي الهاشمي يكنى أبا العباس ابن عم رسول اللّه ﷺ ويسمى حبر الأمة وترجمان القرآن ، كان عمره يوم توفى رسول اللّه ﷺ عشر سنين وقيل خمس عشرة ، توفى بالطائف سنة ٧٠ هـ . راجع الاستيعاب (٩٣٣/٣ - ٩٣٩) ، وفيات الأعيان (٦٢/١٣) ، التهذيب (٧٦/٥- ٢٧٦) ، أسد الغابة (٢٩٠/٣) ، الإصابة (١٤١/٤) .

(٧) في (ن) : [على ص ،] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فأعطها] .

(٩) أخرجه أبو داود ضمن حديث طويل ، راجع السنن له (٦٩٨/٣) رقم (٣٤١٠) وابن ماجه في الرهون (٨٢٤/٢) رقم (٢٤٠٨) ، باب معاملة النخيل والكرم مختصرًا ، وفي الزكاة باب خرص النخل ، وأبو داود (٥٨٢/١) ، رقم (١٨٢٠) .

(١٠) أخرج الشيخان عن ابن عمر : أن عمر بن الخطاب أجلى اليهود والنصارى من أرض الحجاز ، وأن =

١٧٣٢٠ - ذكر ذلك ابن إسحاق [١] وروي [٢] « نُقِرُّكُم مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ » [٣] وهذا لا يجوز شرطه باتفاق [٤] فاحتمل أن يكون النبي ﷺ جعل جزيتهم العمل في الأرض ودفع إليهم سهمًا من الثمرة على طريق المعونة ؛ لأن الإمام يجوز له معونة أهل الذمم ، إذا لم يجدوا شيئًا .

١٧٣٢١ - فإن قيل : إذا أجمعنا على أن المساقاة لا تجوز إلا بمدة معلومة [٥] علمنا أن النبي ﷺ ذكر المدة ، ولم تنقل ، ولا يجوز بأن [٦] يحمل أمره على أنه عقد مالا يجوز بالإجماع .

١٧٣٢٢ - قلنا : قوله [٧] : تُقِرُّكُمْ [٨] ما شئنا ، ينفي ذكر مدة معلومة ، ولو كانت مذكورة لنقلت ، فلا يجوز ثبت مدة لم تنقل ، بل قد نقل ما ينفيها ويوجب حمل الأمر [٩] على غير عقد المساقاة من الوجه الذي بينا [١٠] .

١٧٣٢٣ - قالوا : قوله : « عَلَى أَنْ نُقِرَّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ وَ مَا شِئْنَا » يحتمل أن يكون شرطًا تَقَدَّمَ العقد .

=رسول الله لما ظهر عليها أراد إخراج اليهود ، فسألت اليهود رسول الله أن يقرهم بها على أن يكفوه عملها ولهم النصف من الثمر ، فقال رسول الله : « نقركم بها على ذلك ماشئنا » فقروا بها حتى أجلاهم عمر إلى تيماء ، أو أريحاء . صحيح البخاري . إذا قال رب الأرض أقرك ما أقرك الله (٣/١٤٠) ، مسلم (٣/١١٨٨) رقم (١٥٥١) .

(١) محمد بن إسحاق بن يسار المطلبي بالولاء المدني (أبو بكر ، أبو عبد الله) محدث حافظ من تصانيفه : السيرة النبوية ، الخلفاء ، المبدأ ، رأى أنس بن مالك ، وحدث عن أبيه وعمه موسى ونافع وغيرهم . وعنه جرير بن حازم وإبراهيم بن سعد وغيرهم توفي ببغداد سنة ١٥١ هـ . وفيات الأعيان (٤/٢٧٦) ، شذرات الذهب (١/٢٣٠) ، تذكرة الحفاظ للذهبي (١/١٧٢) ، ط دار إحياء التراث العربي ، العبر (١/٢١٦) ، لسان الميزان لابن حجر (٦/٦٨٢) ، ط الهند ، التهذيب (٩/٣٨) ، و غيرها .

(٢) في (م) ، (ع) : [روي] .

(٣) راجع الموطأ للإمام مالك (٢/٧٠٣) ، مسند الشافعي (٩٥) ط بيروت .

(٤) أي لا يجوز شرطه في المساقاة ؛ لأن من شرطها بيان المدة من غير جهالة .

(٥) عند الشافعية : لابد من ذكر المدة صراحة . وعند الأحناف : لا يشترط النص ، لأنه يفهم من العادة ، ولذلك قالوا : « وأما بيان المدة فليس بشرط استحسانًا للعلم بوقته » . راجع المهذب (١/٥١٣) ، البدائع (٦/١٨٦) ، ابن عابدين (٦/٢٨٦) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأنه] .

(٧) في (ن) ، (م) ، (ع) : [قولكم] وهو خطأ .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [العقد] .

(١٠) قصد بذلك تعليق المدة على المشيئة مما يتنافى مع حقيقة عقد المساقاة ، للجهالة المترتبة على ذلك وعدم =

١٧٣٢٤ - قلنا : المنقول أن العقد وقع على هذا الشرط ، ولأنه لو كان قبله لم يتعلق به حكم ، ولا يجوز أن تحمل شروط رسول الله ﷺ على مالا يؤثر في الحكم .

١٧٣٢٥ - فإن قيل : قوله [١] : « نُقَرُّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ » معناه : ما لم ينسخ [٢] . هذا الحكم [٣] .

١٧٣٢٦ - قلنا : قد روينا : « نُقِرُّكُمْ مَا شِئْنَا » وهذا لا يمكن حمله على النسخ .

١٧٣٢٧ - ولأن رسول الله [٤] ﷺ أقرهم على هذه المعاملة [٥] وأبو بكر [ﷺ] [٦] وَبَعْضُ أَيَّامِ [٧] « عُمَرَ » [٨] ﷺ فلما أراد عمر ﷺ أن يجليهم قال [٩] : إن رسول الله ﷺ شَرَطَ أَنْ يُقِرَّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ فِي أَحْلامِكُمْ . ولو كان هذا الشرط لبيان

= بيان مدتها .

(١) في (م) ، (ع) : [قولكم] وهو خطأ .

(٢) يطلق النسخ في اللغة ويراد به أحد معنيين : الإزالة ، أو النقل مع بقاء الأول ، مثل الأول : نسخت الشمس الظل ، والثاني : نسخت الكتاب . واصطلاحًا : عرفه علماء الأصول : بأنه رفع أو إزالة حكم شرعي بدليل شرعي . راجع القاموس المحيط باب الخاء فصل النون (٢٨١/١) ، غاية الوصول شرح لب الأصول . لأبى يحيى زكريا الأنصاري ص (٨٧) ط عيسى الحلبي ، والمحصول للرازي (٥٢٦/١) ، ط دار الكتب العلمية ، بيروت . والبرهان لإمام الحرمين (٢٩٤/٢) ط دار الأنصار ، واللمع للشيرازي صـ (٣٠) ، ط مصطفى الحلبي ، إرشاد الفحول (١٨٣) ط مصطفى الحلبي ، والإحكام للإمدى (٣ / ١٤٦) ط دار الحديث .

(٣) هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء ، أو التخيير ، أو الوضع . راجع الأحكام (١٣٥/١) ، المحصول (١٥/١) ، التمهيد للإسنوى ص ٤٨ ، والتعريفات صـ ٨٢ .

(٤) في (ن) « الرسول » .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) ساقطة من (ن) وهو عبد الله بن أبي قحافة أبو بكر الصديق ﷺ ، كان اسمه في الجاهلية عبد الكعبة ، فسماه رسول الله ﷺ عبد الله ، وهو أول من أسلم من الرجال ، وأول من صلى مع رسول الله ﷺ ، ورافقه في هجرته ، وأول خليفة للمسلمين ، توفي بعد رسول الله بسنتين وثلاثة أشهر وسبع ليال سنة (١٣ هـ) . راجع الاستيعاب (٩٦٣/٣ -٩٧٧) ، الإصابة (٤٤/٧) ، وفيات الأعيان (٦٤/٣) ، شذرات الذهب (٢٧/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [وبعدهما عمر] وما أثبتناه أدق ؛ لأن عمر أجلاهم في أيامه كما سبق القول .

(٨) أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ بن نفيل بن عبد العزى بن رياح القرشي (أبو حفص) كان إسلامه عزًّا ظهر به الإسلام ، وأسلم بعد أربعين رجلًا وإحدى عشرة امرأة . ولي الخلافة بعد الصديق ، وقتله أبو لؤلؤة وهو في صلاة الصبح سنة ٢٣ هـ ﷺ . الإصابة (٥٨٨/٤) ، أسد الغابة (١٤٥/٤) ، الاستيعاب (١١٤٤/٣-١١٥٩) ، شذرات الذهب (١٦/١) ووفيات الأعيان (٤٣٦/٣) والأعلام (٤٥/٥) .

(٩) ساقطة من (ن) .

انقطاع العقد بالفسخ ؛ لم يجز أَنْ يَفْسَخَ [(١)] عمر ﷺ ، ولَمَّا وجِدَ الفسخ علم أنه يؤقت بمشيئة الإمام ما رأى أن في تبقيته مصلحة ، لا كما قالوا .

١٧٣٢٨ - وجواب آخر [(٢)] : وهو أن النبي ﷺ فتح أكثر خيبر عنوة [(٣)] فثبت له حق الاسترقاق في رقابهم ، فعَقْدُه [(٤)] معهم كعقد المولى مع عبده ، فيجوز فيه ما لا يجوز في عقود الأحرار .

١٧٣٢٩ - فإن قيل : لو كانوا استرقوا لم يجز له [(٥)] أن (يجليهم) [(٦)] ويسقط حق المسلمين من رقابهم .

١٧٣٣٠ - قلنا : النبي ﷺ لم يسترقهم ولم يحكم بحريتهم ، بل أوقف ذلك على الارتباط بالعقود معهم ، وحق الاسترقاق ثابت كالعقد مع الرقيق فرأى عمر ﷺ أن يأخذ وجهي الاختيار [(٧)] وسقط حق الاسترقاق عنهم [(٨)] .

١٧٣٣١ - فإن قيل : لما خرص [(٩)] عبد الله بن رواحة [(١٠)] قال : إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ وَإِنْ

---

(١) انفسخ العقد والبيع والنكاح : انتقض . القاموس المحيط باب الخاء فصل الفاء (٢٧٦/١) .

(٢) في (ن) : [ثان] .

(٣) أخرج أبو داود عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ افتتح بعض خيبر عنوة ، راجع نيل الأوطار (١٣/٨) ، والبداية والنهاية (١٨١/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فعقد] .

(٥) في (ن) [لهم] وهو خطأ والمراد عمر ﷺ . (٦) بالنسخ [يجللهم] وهو خطأ ظاهر .

(٧) في (م) ، (ع) : [الأخبار] .

(٨) أرى أن قول المصنف بأن النبي ﷺ لم يسترقهم ولم يحكم بحريتهم بل جعل أمرهم موقوفًا على العقد معهم فيه نظر ؛ لأن هذا الأمر من الأمور المهمة التي تحتاج إلى بيان ؛ ، لأنه من المعلوم أن هناك فارقًا بين كون أهل خيبر أحرارًا أو كونهم عبيدًا ، بالنسبة للتعامل من قبل المسلمين ، إذ لو استرقوا لتعلق برقابهم حق المسلمين ، ولو كانوا أحرارًا لم يكن للمسلمين عليهم غير الجزية . كما لا يحق لمن جاء بعد الرسول ﷺ أن يضرب عليهم الرق ، وهم أحرار ، ولما توقف فهم حقيقة العقد الذي عقده رسول الله ﷺ ، وهو التوقف على معرفة كونهم أحرارًا أم عبيدًا وحسب بيان حالهم ولم يكن التوقف مناسبًا ، ولا يعقل أن يترك رسول الله ﷺ أمرًا بهذه الأهمية ولا يبينه ومن الممكن أن يشار إلى أن مجرد وقف الحرية على الارتباط بالعقود معهم دليل على إثبات حريتهم .

(٩) الخرص : حزر ما على النخل من الرطب ثمرًا . مختار الصحاح خرص (١٩١) ، القاموس المحيط باب الصاد فصل الخاء (٣١٠/٢) .

(١٠) عبد الله بن رواحة بن ثعلبة الأنصاري النقيب الصحابي ، الشاعر شهد بدرًا والخندق والحديبية واستشهد في مؤتة . راجع الاستيعاب (٨٩٨/٣) ، التهذيب (٢١٢/٥) ، سير أعلام النبلاء (٢٣٠/١) ، =

شِئْتُمْ فَلَنَا [(١)] ، فدل أنهم أحرار ؛ لأن العبيد لا يملكون .

١٧٣٣٢ - قلنا : العبد يضاف [(٢)] إليه الملك وإن لم يملك حقيقة ؛ لأن العرب تضيف بأدنى ملابسة ، على أنا بينَّا أن حق الاسترقاق كان متعلقًا برقابهم ، وهذا لا يمنع من ثبوت ملكهم إلا أن [(٣)] يسترقوا .

١٧٣٣٣ - وجواب ثالث : أن النبي ﷺ نَزَّل على أملاكهم بعض خيبر على طريق الطعمة لهم [(٤)] ، لأنه لما أجلاهم عمر ﷺ : قَوم لَهُمْ مِلْك الطُّعْمَةِ [(٥)] فيجوز أن يكون جعل عليهم العمل في حصة المسلمين جزية [(٦)] ، وأعطاهم النصف حصة ما تركه لهم من الأملاك طعمة ، يبين ذلك أن النبي ﷺ لم [(٧)] يأخذ منهم جزية . ولا يجوز تبقية الكافر في دار الإسلام بغير شيء ؛ فعلم أن عملهم كان جزية .

فإن قيل : إن النبي ﷺ قَسَّم خيبرَ بينَ المسلمِينَ [(٨)] فكيف يكون بعضها لهم ؟ .

١٧٣٣٤ - قلنا : إنما بيَّنَ رسول اللَّه ﷺ الكتيبة [(٩)] خاصة فجعلها لنفسه ، وجعل

= حلية الأولياء (١١٨/١) ، ط الفكر بيروت .

(١) راجع الموطأ (٧٠٣/٢) ، مسند الشافعي (٩٥ ، ٢٢٣) ، التمهيد لابن عبد البر (٤٤٤/٦ ، ٤٦٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [مضاف] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ألا] .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) راجع مغازى الواقدى [٧٠٧/٢] .

(٦) الجزية بالكسر خراج الأرض وما يؤخذ من الذمي . القاموس المحيط باب الواو والياء فصل الجيم (٣١٤/٤) . واصطلاحًا : اسم لما يؤخذ من أهل الذمة لأنها تعصمهم من القتل وقيل ليست مأخوذة في مقابلة الكفر ولها التقرير عليه بل هي نوع إذلال لهم ومعونة لنا ، وربما يحملهم ذلك على الإسلام مع مخالطة المسلمين الداعية إلى معرفة محاسن الإسلام . والأصل فيها قوله تعالى : ﴿ قَٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلْحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴾ .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) عن بشير بن يسار عن رسول بن أبي حتمة ، قال قسَّمَ رسولُ اللهِ ، ﷺ خيبرَ نصفين نِصْفًا لِنَوائِبِهِ وَحوَائِجِهِ ، ونِصفًا بَيْنَ المسلمينَ قسَّمَها عَلى ثمانيةَ عَشَرَ سَهْمًا . راجع نيل الأوطار (١٣/٨) .

(٩) في (ن) : [الكمية] وفي (م) ، (ع) الكيفية وكلاهما خطأ ، والكتيبة حصن من حصون خيبر لما قسمت خيبر كان القسم على نطأة والشق والكتيبة ، فكانت نطأة والشق في سهام المسلمين ، وكانت الكتيبة خمس اللّه وسهم النبي ﷺ . راجع معجم البلدان لياقوت الحموي (٤ / ٤٣٧) ، ط دار صادر للطباعة والنشر . بيروت ومغازى الواقدى (٢ / ٦٩٣) .

سهام المسلمين من الشِّقّ [١] ، وَالنَّطْأَة [٢] ، ولم يقسم الأراضي [٣] وإنما جعل لهم سهامًا من الأوسق ، وهذا لا ينفي أن تكون طعمة اليهود فيها ، يدل على [ذلك] [٤] ما ذكر الواقدي [٥] : أن عمر ﷺ لما أجلاهم خرج إليها ومعه القسام ، وقسمها بين المسلمين [٦] ، ولو كانت القسمة سبقت لم يكن للقسمة الثانية معنى ، يُبَيِّنُ صحة ما ذكرنا : أن النبي ﷺ انفرد بالكتيبة ، وجعل سهام المسلمين في الشَّقّ والنَّطْأَة [٧] ولم ينقل أنه استأذنهم في عقد ، ولا يجوز أن يعقد على أملاكهم عقد معاملة بغير إذنهم .

١٧٣٣٥ - ويجوز أن يعقد الجزية لهم بغير إذنهم [٨] .

١٧٣٣٦ - فدل أن هذا العقد كان على أن جعل عملهم جزية عليهم ، وهذا لا يقف على إذن المسلمين ، فكان حمل العقد على ذلك أولى . ثم هذه الأخبار لو دلت

---

(١) الشَّقُّ بالفتح عن الزمخشري ويروى بالكسر من حصون خيبر معجم البلدان (٣/٣٥٥) ، والمغازى (٢/٦٨٠) .

(٢) النطأة : بالفتح ، قيل : اسم لأرض خيبر ، وقال الزمخشري : نطاة حصن من حصون خيبر ، وهو الذي يناسب المعنى هنا . البلدان (٤/٢٩١) .

(٣) أراد المصنف بما سبق القول بأن أراضي خيبر لم تقسم ، وإنما قسم ما حصل عليه المسلمون من غنائم وأموال غير الأرض ، أما الأرض فقد كان يقسم ما يخرج منها وليس عينها . قال الواقدى : الشَّقُّ والنَّطَاة والكتيبة حصون من حصون خيبر ، جمع فيها رسول الله ما غنم المسلمون ، ثم جعل لنفسه الكتيبة خاصة ، وقسم بين المسلمين النطاة والشق . راجع المغازى (٢/٦٨٠ ، ٦٩٣) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) محمد بن عمر بن واقد السهمي الأسلمي بالولاء الواقدي أبو عبد الله محدث حافظ ، مؤرخ ، أديب ، مفسر ، ولد بالمدينة ، وسمع من مالك بن أنس وسفيان الثوري ، وانتقل إلى العراق ، وولي قضاء الجانب الشرقي من بغداد ، من تصانيفه : تاريخ الفقهاء ، السنة والجماعة ، ذم الهوى ، ترك الخوارج في الفتن ، تفسير القرآن ، المغازى وغيرها . توفي سنة ٢٠٧ هـ . راجع : تاريخ بغداد (٣/٣ - ٢١ ، ١٩٦) الفهرست لابن النديم (١/٩٨ ، ٩٩) ط طهران ، وفيات الأعيان (٤/٣٢٨ ، ٦٤١) ، البداية والنهاية (١٠/٢٦١) ، شذرات الذهب (١/٦٩) ، ميزان الاعتدال (٣/١١٠ ، ١١١) ، جمهرة الأمثال (١/١٧) ط المؤسسة العربية .

(٦) انظر المغازى (٢/٧١٨) ، وسمى القُسَّام وهم أربعة فروة بن عمر البَيَّاضِيّ ، حباب بن صخر السلمي ، وأبو الهيثم التيهان ، زيد بن ثابت .

(٧) في (ع) : [العطاء] وهو خطأ .

(٨) من المعلوم أن الجزية نوعان صلحية وهى التي يصالح عليها الإمام أهل البلد المفتوح ، ومقدارها حسب ما يتفق عليه . وهى كتلك التي صالح عليها رسول الله أهل نجران على ألف ومائتي حلة . وجزية عنوية يضعها الإمام من غير رضاهم ، وهذه تختلف في تقديرها بين الغني والفقير فهي على الغني ثمانية وأربعين درهما ، وعلى الفقير المعتمل اثنا عشر درهما وعلى الوسط أربعة وعشرين درهما وهذا النوع ما قصده المصنف . راجع البدائع (٧/١١١) .

على جواز العقد كان خبر رافع بن خديج مستأخرا عنها فالرجوع إليه أولى [١] .

١٧٣٣٧ - واحتجاجهم بالإجماع [٢] لا يصح ، لأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما أقرَّا على فعل رسول الله ﷺ ولم يستأنفا عقدًا [٣] وقد بينا أنه لا دلالة في فعله لاحتماله [٤] .

١٧٣٣٨ - ومن روي عنه أنه كان يعامل بالمدينة [٥] فقوله معارض بقول [٦] رافع بن خديج وبما روي أن ابن عمر رضي الله عنهما لما سمع حديث رافع بن خديج انثنى [٧] عنها وتركها [٨] .

١٧٣٣٩ - قالوا : عين يتوصل إلى نمائها بالعمل عليها ، فإذا لم يمكن [٩] إجارتها

---

(١) لأنه يكون ناسخا لما تقدم .

(٢) الإجماع لغة : يطلق على معنيين - العزم ، والاتفاق . فمن الأول : قوله تعالى : ﴿ فَأَجْمِعُوٓاْ أَمْرَكُمْ ﴾ [يونس : ٧١] أي اعزموا ، ومن الثاني قولهم أجمعوا على كذا ، أي اتفقوا عليه .
وفي الاصطلاح : اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ على أمر من الأمور في عصر من العصور .
راجع القاموس المحيط باب العين فصل الجيم (١٥/٣) والمحصول (٣/٢) ، نهاية السول وشرح البدخشي (٢٧٣/٢) ، ط صبيح ، والوجيز في أصول الفقه (٦١) ، ط المكتب الثقافي للنشر والتوزيع . وقد احتج الشافعية على جواز المساقاة بالإجماع ، ثم اختلفوا في تفسيره ، هل هو إجماع الصحابة الحاصل من تقرير أبو بكر ، وإقرار عمر صدرًا من إمارته بعد فعل الرسول ، أم إجماع من بعدهم أيضًا ؟ وكلام المصنف هنا ينصب على الأول ، وهو إجماع الصحابة فقط ، وإن قصد الشافعية إجماع التابعين ومن بعدهم فهو لا يستقيم أيضًا ، لأن الإجماع كما سبق اتفاق أهل الحل والعقد ولا ينعقد الإجماع مع ثبوت المخالفة .
راجع استدلال الشافعية بالإجماع في مغني المحتاج (٣٢٢/٢) ، نهاية المحتاج (٢٤٤/٥) ، البجرمي على الخطيب (١٦٦/٣) .

(٣) في (ع) : [عقد] وهو خطأ .

(٤) أي احتمال كونه عقد جزية ، أو أن الدفع كان على سبيل الطعمة كما سبق .

(٥) في نيل الأوطار : قال البخاري ، عن قيس بن مسلم ، عن أبي جعفر قال : ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث والربع ، وزارع عَلّي عليه السلام وسعد بن مالك وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر ، وآل علي وآل عمر قال : وعامل عُمَر الناس على إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا » نيل الأوطار (٢٧٢/٣) ، والخبر وإن كان واردًا في المزارعة فقد علمنا أن المزارعة والمساقاة مخابرة عند أبي حنيفة فالكلام فيهما واحد .

(٦) في (م) ، (ع) : [لقول] . (٧) في (ن) : [انتهى] .

(٨) أخرج مسلم في صحيحه عن ابن عمر ، قال : « كُنَّا لاَ نَرَى بِالْخَبْرِ بَأْسًا ، حَتَّى كَانَ عَامُ أَوَّل ، فَزَعَمَ رَافِع أَنَّ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ نَهى عنها فَتَرَكْنَاهُ مِنْ أَجْلِهِ . مسلمَ بيوع (١١٧٩/٣) ، ونحوه عند النسائي ، باب النهي عن كراء الأرض (٤٩/٧) وابن ماجه في الرهون ، باب في المزارعة (٨١٩/٢) ، مسند أحمد (١١/٢) ، وأبو داود (٦٨٧/٣) .

(٩) في (م) ، (ع) : [يكن] .

جاز العقد عليها ببعض نمائها كالأثمان [١] .

١٧٣٤٠ - قلنا : الوصف غير مُسَلَّم ؛ لأن الأثمان تجوز إجارتها عندنا للرهن ولتعبُّر بها الموازين [٢] ، ويبطل بالحنطة والشعير ، لأن إجارتها على قولهم لا تجوز ، ولا يجوز العقد عليها مضاربة ، لأن المضاربة نوع شركة ، والشركة يعتبر فيها أن يعلم السهم [٣] المستحق دون غيره ، والمساقاة نوع إجارة بدلالة اشتراط المدة فيها ، والإجارات يعتبر فيها العلم بمقدار الأجرة ، فإذا جمعت جهالة المقدار وتعلقها بمعدوم [٤] وخطر [٥] لم يصح [٦] .

١٧٣٤١ - قالوا : الغرر [٧] في المضاربة أكثر من المساقاة بدلالة أن النخل في الغالب يحمل والربح يجوز ويجوز أن لا يوجد ، فإذا جازت المضاربة فالمساقاة أولى [٨] .

١٧٣٤٢ - قلنا : الغالب وجود كل واحد من الأمرين [٩] والخطر موجود فيهما جميعا إلا أن أحدهما شركة [١٠] والشركة لا يؤثر فيها الأخطار والجهالة ، والآخر [١١] إجارة فيؤثر ذلك فيها . يُبين الفرقَ بينهما أن صاحب « العمل » [١٢] شرط بعض ماله في مقابلة العمل كما شرط في الإجارة ، وصاحب المال [١٣] لم يشترط بعض ماله وإنما شرط بعض

---

(١) راجع : نهاية المحتاج (٥/٢٤٥) ، فتح العزيز (١٢/١٠٠ ، ١٠١) ، والمهذب (١/٥٠٥) .

(٢) في (ن) : [السهر] وهو خطأ ، والمراد به نصيب العامل .

(٣) إنما كان مقدار الأجرة في المساقاة مجهولًا لأنه يقدر بالجزء كالربع والثلث ونحوه ، ومعرفة قدره يتوقف على معرفة مقدار الناتج وهو لم يحصل بعد .

(٤) في (ن) : [معلوم] وهو خطأ والمراد الثمرة .

(٥) لأن الثمرة قد تسلم فيسلم المشروط وقد لا تسلم .

(٦) الحق أن كل هذه المعاني التي استدل بها المصنف على بطلان المساقاة توجد في المضاربة ، لأن الربح فيها مجهول ، ومعدوم على خطر أيضًا لأن نصيب العامل مقدر بالجزء وهو لم يحصل بعد ، ولا يستحق العامل إلا بعد سلامة رأس المال ، وتحقق وجود الربح ، وقد لا يتحقق ، ومع ذلك أجمعوا على جوازها

(٧) الغرر : ما يكون مجهول العاقبة لا يدرى أيكون أم لا ، وهو منهي عنه لنهيه ﷺ عَنْ بَيعِ الْغَرَرِ وَبَيْعِ الْحَصَاةِ « ويأتي تخريج الحديث . راجع التعريفات ص (١٤١) .

(٨) قال في فتح العزيز : وقد يقيس الأصحاب المساقاة على القراض في الحجاج معه - فتح العزيز (١٢/١٠١) .

(٩) يقصد الربح والثمرة .

(١٠) أي المضاربة .

(١١) المساقاة .

(١٢) في (ن) : [الحلّ] وهو خطأ ، لأن المراد به صاحب البستان .

(١٣) هو رب المال في المضاربة .

ما يتحصل للمضارب بتصرفه [(١)] ، وضمانه [(٢)] ، كما يشرط في الشركة [(٣)] ألا ترى أن الثمرة يجوز أن توجد بلا سقى [(٤)] ولا عمل والربح لا يوجد إلا بالعمل ! .

١٧٣٤٣ - فدل على أن [(٥)] رب المال لم يشترط للمضارب بعض ماله « والمساقي » [(٦)] شرط بعض ماله . كما شرط في المعاوضات .

١٧٣٤٤ - قال ابن أبي هريرة [(٧)] أجمعت الصحابة ﷺ على صحة المضاربة والإجماع لا ينعقد إلا عن دليل [(٨)] .

١٧٣٤٥ - والدليل توقيفٌ عن النبي ﷺ أو قياسٌ [(٩)] ، وليس مع الصحابة توقيف علي جوازها ، فثبت أنهم أجازوها قياسا ، ولابد للقياس من أصل [(١٠)] ، وليس للمضاربة أصل إلا المساقاة ، فثبت أنهم جوزوا المضاربة قياسًا على المساقاة ، فإذا جاز الفرع فالأصل أولى بالجواز [(١١)] .

١٧٣٤٦ - وهذا غلط ظاهر ؛ لأن الأمة أجمعت على جواز المضاربة ، وما أجمع

---

(١) أي المضارب .

(٢) أي رب المال لأن العامل أمين في المضاربة لا يضمن من غير تفريط .

(٣) في (م) ، (ع) : [كما شرط في الشرك] .

(٤) في (ن) : [بلا شيء] .

(٥) ساقطة من (ن) .

(٦) في (ن) : [المسافر] وهو خطأ .

(٧) في (م) ، (ع) : [وبرة] وهو خطأ وقد سبقت ترجمته .

(٨) اختلف الأصوليون حول انعقاد الإجماع لا عن دليل ، فالجمهور منهم وهو ما رجحه الرازى في المحصول ، والآمدي في الأحكام على أنه لا ينعقد إلا عن دليل من نص أو قياس ، ذهب البعض إلى أنه يجوز أن ينعقد الإجماع عن توفيق لا توقيف ، بأن يوفقوا إلى الحكم الصحيح ، راجع المحصول (٨٨/٢) ، الأحكام للآمدي (٣٧٤/٢) طدار الحديث . نهاية السول (٣١٠/٢) .

(٩) القياس في اللغة التقدير والمساواة ، فقاس على غيره ، أي سواه به . وقاس الثوب بالمتر قدره به . واصطلاحًا : رد فرع إلى أصل بعلة جامعة . أو إثبات حكم الأصل في الفرع لاجتماعهما في علة الحكم . راجع القاموس المحيط باب السين فصل القاف (٢٥٣/٢) ، شرح الكوكب المنير لابن النجار (٦/٤) ط جامعة أم القرى ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، المعتمد في أصول الفقه للبصري المعتزلي (٤٤٣/٢) ط الكتب العلمية بيروت . وقد اختلف القائلون باشتراط المستند لصحة الإجماع في جواز كون المستند في الصلاة في حياة النبي ﷺ فأجمعوا على صحة خلافته . راجع المحصول (٨٩/٢) .

(١٠) سمي الأصل في القياس بالمقيس عليه والفرع بالمقيس .

(١١) راجع الحاوي (١٠٥) وهو بنصه في تكملة المجموع الثانية (٤٠٤/١٤) .

عليه هو الأصل ، وما اختلف فيه فهو الفرع [١] ، وكيف يقال إنهم أخذوا المجمع عليه [٢] من المختلف فيه [٣] .

١٧٣٤٧ - وقوله : إنه لا توقيف مع الصحابة على المضاربة غلط ؛ لأن النبي ﷺ يجوز أن يكون بَيَّنَ لهم ذلك فاكتفوا بالإجماع على [٤] نقل الطريق الذي انعقد الإجماع عنه / [٥] ، ويجوز أن يكون [٦] لجوازها طريق ثالث ، وهو [٧] إقرار النبي ﷺ ١٩١/أ لأهل عصره عليها كما أقرهم على سائر العقود ، وانعقد الإجماع على هذا التقرير ، ولو وجب ما قالوا [٨] لجاز أن يكونوا قاسوها على الشركة [٩] .

١٧٣٤٨ - لأن [١٠] شركة العنان [١١] يجوز [١٢] بالمال من الجهتين [١٣] ، وشركة الوجوه [١٤] تجوز بالعمل من الجهتين ، والمضاربة يجتمع فيها الأمران فجوزوها اعتبارًا بالأصلين ، فهذا أجاز أن يوجد ما أجمع [١٥] عليه مما اختلف فيه [١٦] .

---

(١) الفرع خلاف الأصل وهو اسم لشيء يبنى عليه غيره . التعريفات (١٤٥) .

(٢) المضاربة .

(٣) المساقاة .

(٤) كذا بالنسخ [ولعلها] [عن] .

(٥) توقيفًا كان أو قياسًا .

(٦) في (ن) : زيادة [بين لهم ذلك] وهي تفسد المعنى .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) أي كون الإجماع على صحة المضاربة مستندًا على القياس .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الشركة] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [لا] وهو خطأ .

(١١) سبق تعريفها .

(١٢) في (ن) ، (م) ، (ع) : [لجوازها] وهو خطأ .

(١٣) في (ن) : [الجانبين] .

(١٤) شركة الوجوه . هي أن يشترك اثنان فيما يشتريانه بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثًا أو أرباعًا أو نحو ذلك ، ويبيعان ذلك ، فما قسم اللَّه تعالى فهو بينهما . وسميت بذلك لأنها على الجواز فجوزها الإمام أبو حنيفة بشرط ذكر الوقت أو المال أو صنف من الثياب ، واشترط الإمامان مالك والشافعي لجوازها استيفاء شرائط الوكالة ، وأجازها الحنابلة مطلقًا كشركة العنان ومعهم محمد بن الحسن ، وابن المنذر ، والثوري . راجع : البدائع (٢٥٧/٦) ، المدونة (٤٠/٥) ، المهذب (٤٥٦/١) ، المغني (١٥/٥) .

(١٥) في (ن) : [جمع] ، في (م) ، (ع) [اجتمع] .

(١٦) المراد بما أُجمِع عليه المضاربة ، وما اختلف فيه الشركة . لأنه تَبَيَّنَ مما سبق أنهم اختلفوا في حكم شركة الوجوه حيث تبطل عند الأحناف والمالكية والشافعية إن خلت عن الشروط التي ذكروها ، بينما لا تبطل عند الحنابلة ومن وافقهم .

١٧٣٤٩ - ثم كيف تكون المساقاة أصل المضاربة والتوقيت شرط في المساقاة، وعند مخالفنا التوقيت يبطل المضاربة [١]، وعندنا: إن جاز فيها فليس من شرائطها [٢]، ورأس المال في أحدهما [٣] يجوز إخراجه من الملك والنخيل [٤] في المساقاة لا [٥] يجوز إخراجها من الملك، والمضاربة لا تجوز بالعروض، والمساقاة لا تقع إلا على العروض [٦]، والمضاربة شرط للمضارب بعض الفاضل عن رأس المال، فلو شرط أن الربح ورأس المال بينهما كان باطلًا، والمساقاة [٧] إذا كان [منها] [٨] مزارعة فمن شرطها قسمة الخارج.

١٧٣٥٠ - فإن شرط المقاسمة فيما زاد على البدل كان باطلًا، وكيف يكون أحد العقدين [٩] مثل الآخر، وعندهم المساقاة من العقود اللازمة والإجارة والمضاربة من العقود الجائزة. [١٠]، ولو أخذتم أحد العقدين من الآخر لاستويا [١١] في اللزوم، أو في الجواز [١٢].

١٧٣٥١ - ثم قال الشافعي: في الجديد لا تجوز المساقاة على غير النخل والكرم [١٣].

١٧٣٥٢ - فإن كان لأن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر على ذلك؛ فقد أجمع أهل النقل على أنه لم يكن بخيبر كروم، وإن جوزوا [١٤] الكرم قياسًا على النخل فكان يجب أن يجوزوا جميع الشجر قياسًا على النخل [١٥] ثم منع المزارعة في الأرض، إذا

---

(١) سبقت هذه المسألة في المضاربة.

(٢) أي التوقيت، وهذا المذهب وهو مخالف ما سبق عند المصنف؛ حيث افترض اعتراضًا يشعر بأن الأحناف يشترطون تأقيت المساقاة حيث قال: «فإن قيل: إذا أجمعنا على أن المساقاة لا تجوز إلا بمدة معلومة..» وقد سبق الإشارة إليه. راجع البدائع (١٨٦/٦)، وحاشية ابن عابدين (٢٨٦/٦).

(٣) وهي المضاربة.

(٤) معنى ذلك: أن الضارب قد يخسر، فيخرج رأس المال عن ملك صاحبه، خلافًا للنخيل.

(٥) في (م)، (ع): [ولا].

(٦) لأن المساقاة معاملة على الشجر.

(٧) لأن رأس المال خالص لربه، والعامل إنما يستحق من الربح لا من رأس المال.

(٨) ساقطة من (ن).

(٩) في (م)، (ع): [العوضين].

(١٠) راجع: المهذب (٥٠٩/١، ٥١٤، ٥٢٤)، مغني المحتاج (٣١٩/٢، ٣٢٩، ٣٥٥).

(١١) في (م)، (ع): [لا يستويا] وهو خطأ.

(١٢) المراد بالعقد اللازم: هو العقد الذي ليس لأحد العاقدين أن يفسخه العقد من غير إذن الآخر، والجائز يكون لأي منهما الفسخ فيه من غير إذن صاحبه.

(١٣) راجع: الأم (٣٣٨/٣)، مختصر المزني (٧٠/٣).

(١٤) في (ن): [جوز].

(١٥) إنما فرق الشافعي بينهما وبين سائر الشجر بقوله: لأن رسول الله أخذ فيهما بالخرص، وساقى على =

لم تكن بين النخل [١] فإن كان المرجع إلى معاملة خيبر [٢] فقد عاملهم رسول الله ﷺ على ما فيها من نخل وزرع ، ونحن نعلم أن خيبر كسائر البلاد .

١٧٣٥٣ - ولا تخلو من أرض بيضاء [أو من أرض] [٣] فيها نخل يمكن أن ينفرد بسقي النخل عن سقي الأرض ، وقد جوز النبي ﷺ المعاملة في جميع ذلك ، ولم يستثن شيئًا منه .

١٧٣٥٤ - فكان يجب أن تكون المزارعة في الجميع كما قال أبو يوسف ومحمد [٤] رحمهما الله أو يبطلها في الجميع كما قال أبو حنيفة رضي الله عنه .

١٧٣٥٥ - [قلنا : يبطل بنصيب العامل في المساقاة ، أن المعاوضة تناولت الثمرة وهي معلومة وليست مملوكة .

١٧٣٥٦ - قالوا : ليست معلومة] [٥] .

١٧٣٥٧ - قلنا : وكذلك مقدار خدمة العبد (في الشهر غير معلومة) [٦] [القدر] [٧] والمعنى في المبيع أنه [٨] موجود « بمعاوض [٩] » عنه ، فكان مملوكًا ، والمنفعة « معدومة » [١٠] [في الشهر] [١١] فلم تملك وإن تناولها العقد كسهم العامل من النخل [١٢] .

= النخل وثمرها مجتمع لا حائل دونه ، وليس هكذا شيء من الثمر ، لأن دونه حائل وهو متفرق غير مجتمع راجع الأم (٣٣٨/٣) ، مختصر المزني (٧٠/٣) ، ثم زاد أصحاب الشافعي استدلالًا وتفريقًا بين الكرم والنخل وغيرهما . أن النخل والعنب يخالفان سائر الشجر في أربعة أمور : الزكاة والخرص وبيع العرايا والمساقاه . البجرمي على الخطيب (١٦٦/٣) .

(١) راجع الأم والمختصر في الموضعين السابقين . والمهذب (٥١٦/١) ومغني المحتاج (٣٢٤/٢) ، ونهاية المحتاج (٢٤٨/٥) .

(٢) بل رجع أصحاب الشافعي ذلك إلى أن البياض القليل بين الشجر لا يمكن أن يفرد بالمعاملة عليه فجوز للضرورة تبعًا لعقد المساقاة خلافًا للبياض الكثير ، فلا حاجة إلى تعدية الحكم إليه ، لأنه يمكن أن يزرع منفردًا . راجع (٥١٦/١) ، فتح العزيز (١٠٩/١٢) .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) من المعلوم أن القديم للشافعي يوافق قولهما .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) . قولهم : « إن الثمرة ليست معلومة لأنها لم تخلق بعد وإنما المعلوم هو الجزء المشروط ، أي القدر ، كالثلث ونحوه ، وليست الثمرة بدليل أنها قد لا تخرج . راجع المهذب (٥ / ٥١٣) .

(٦) ما بين القوسين مكرر في (ن) .

(٧ ، ٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) في (ن) : [يعارض] .

(١٠) في (م) : [مملوكة] .

(١١) ساقطة من (ن) .

(١٢) نصيب العامل في المساقاة وإن كان محددًا بالجزء إلا أنه لا يملك إلا بتحقق الوجود لأنه قد لا يحمل النخل ، فلا يستحق العامل .

١٧٣٥٨ - قالوا : الملك ليس بإشارة إلى العين [(١)] وإنما هو [(٢)] عبارة عن حكم ؛ لأن الملك هو التصرف في العين [(٣)] . بدلالة أن المولى يملك التصرف [(٤)] في العين والتصرف في المنافع فدل أنها ملكه [(٥)] .

* * *

(١) في (ص) ، (ن) : [عين] .

(٢) في (ن) ، (م) ، (ع) : [هي] .

(٣) قال ابن قدامة : الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلة كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين ، فلما أجرها صار المستأجر مالكًا للتصرف فيها كما يملكه المؤجر . المغني (٥ / ٤٤٣) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يتصرف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ملكه] وهو خطأ .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسَمَّاة

التجريد

كتاب الإجارة

مسألة [١] ٨٦٣

فسخ عقد الإجارة بالعذر

١٧٣٥٩ - قال أصحابنا : الإجارة تنفسخ بالعذر [٢] ، ويستوي في الفسخ عذر المؤجر وعذر المستأجر وإن اختلفا في كيفية الإعذار [٣] .

---

(١) الإجارة لغة : اسم للأجرة ثم اشتهرت في العقد على وجه المجاز المرسل وعلاقته الجزئية ، تقول : آجره اللّٰه أجرًا وآجره بالمد إذا أثابه ، وأجرت الدار والعبد باللغات الثلاث . قال الزمخشري : وأجرت الدار على أفعلت فأنا مؤجر ولا يقال : مؤاجرة فهو خطأ ، ويقال : آجرته مؤاجرة مثل عاملته وعاقدته معاقدة . راجع المصباح المنير (٥ ، ٦) ، مختار الصحاح (١٧ ،) القاموس المحيط باب الراء فصل الهمزة (٣٧٩/١) .
وفي الشرع : عرفها الأحناف بأنها : عقد على المنافع بعوض . أو تمليك منفعة بعوض ، أو عقد على منفعة معلومة لا لاستباحة البضع بعوض معلوم . راجع : اللباب [٢/ ٨٨] ، تبيين الحقائق [٣٢٤/٧] ، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق [٣٢٤/٧] حاشية ابن عابدين [٣/٦] . ومن الشافعية عرفها الرملي بمثل تعريف الأحناف ، فقال : هي تمليك منفعة بعوض بالشروط الآتية : منها علم عوضها ، وقبولها للبذل والإباحة ؛ فخرج بالأخير نحو منفعة البضع على أن الزوج لم يملكها وإنما ملك أن ينتفع بها ، وبالعلم : المساقاة والجعالة ، لأنهما على عمل مجهول ، فلا يشترط في الأول علم العوض وإن أمكن أن يكون معلومًا كأن ساقاه على ثمرة موجودة وقد تقع الثانية على عمل معلوم . راجع نهاية المحتاج (٢٦١/٥) . المالكية عرفها الدسوقي بقوله : تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض . راجع حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير [٤/ ٢] ط عيسي الحلبي . رابعًا : الحنابلة : عرفها المرادي بقوله : بذل عوض معلوم في منفعة معلومة مباحة مدة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة أو في عمل معلوم . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٦ / ٣) ط السنة المحمدية . والإجارة جائزة بإجماع العلماء ، والأدلة على مشروعيتها قبل الإجماع الكتاب والسنة ، فمن الكتاب : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] . ومن السنة : ما روى عن أبي هريرة ﷺ أن رسول اللّٰه ﷺ قال : « قال اللّٰهُ ﷻ ثَلاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ : رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، ورَجُل اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوَفِّهِ أَجْرَهُ » . رواه البخاري وأحمد ويأتي تخريجه . وقد أجمع على جوازها أهل العلم ولم ينكر ذلك أحد في العصور كلها إلا ما حكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه غرر لأنه عقد على منافع لم تخلق .

(٢) اتفق الفقهاء على انفساخ الإجارة بالعيب المخل بالانتفاع على الوجه الذي أوجبه العقد ، لا خلاف بينهم في ذلك وإنما الخلاف في حدوث عذر لا يتعلق بالعين التي تستوفي منافعها بحكم العقد ، وإنما هو عذر من قبل أحد العاقدين هل يكون مسوغًا لفسخ الإجارة كالعيب أو لا ؟ هذا هو محل النزاع كما سيأتي .

(٣) المراد بالعذر الذي يسوغ فسخ الإجارة : هو عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، وبعد اتفاق المذهب الحنفي على أن العذر يسوغ فسخ عقد الإجارة اختلفت كلمة علماء هذا =

١٧٣٦٠ – وقال الشافعي : لا يفسخ (١) إلا بعيب (٢) .

١٧٣٦١ – لنا : حديث أبي سعيد (٣) ﷺ أن النبي ﷺ قال « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ ، مَنْ ضَارَّ ضَارَّهُ (٤) اللَّهُ ، وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ (٥) اللَّه عَلَيْهِ » (٦) وَلَوْ بَقَّيْنَا الإجارة مع

= المذهب في الفسخ ، هل يحتاج إلى حكم قاض ، أو أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحدوث العذر ؟ فالمروى عن محمد : أن العذر يجعل الإجارة منفسخة من غير حاجة إلى حكم قاض ، وروي عن البعض اشتراط حكم القاضي لفسخها ؛ لأنها راجعة إلى الاجتهاد كالرجوع في الهبة ، وفصل البعض الآخر فقال : تنفسخ بالعذر الظاهر من غير حكم ، وفي غير الظاهر يشترط فيه الحكم من القاضي ، وقد أفاضت كتب المذهب في بيان الأعذار التي تجوز فسخ عقد الإجارة . البدائع (١٩٦/٤) ، وما بعدها ، تبيين الحقائق (١٤٥/٥ ، ١٤٦) ، حاشية ابن عابدين (٨١/٦) ، ورأس المسألة في مختصر القدورى واللباب (١٠٥/٢) .

(١) وافق الإمام الشافعي المالكية والحنابلة كما جاء في : المهذب (٥٣٠/١) ، مغني المحتاج (٣٥٥/٢) ، البجرمي على الخطيب (١٧٩/٣) ، نهاية المحتاج (٣١٦/٥) ، بداية المجتهد (١٧٣/٢) ، المغني (٤٤٨/٥) الروض المربع (٢١٧) .

(٢) العيب – ما يؤثر في المنفعة تأثيرًا يظهر به تفاوت في الأجرة لا في القيمة ؛ لأن مورد العقد المنفعة . راجع أسنى المطالب (٤٢٣/٢) ط دار الكتب . وقد جاء في نهاية المحتاج ما يبين الفرق بين العيب والعذر حيث قال : « ولا تنفسخ بعذر في غير المعقود عليه لمؤجر أو مستأجر ، فالأول : كمريض مؤجر دابة عجز عن خروجه معها ؛ إذ هو من أعمال الإجارة حيث كانت الدابة غير معينة . والثاني : « كتعذر وقود حمام على مستأجر والوقود بفتح الواو : ما يوقد به من حطب غيره ، وبضمه : مصدر وقدت النار (وَسفِرَ) بفتح الفاء عرض للمستأجر دار بسكنها ، كما وقع للسبكي في أنه لابد للمسافر من رفقة وهم السفر أي المسافرون إذا تعذر لم يستطع خروجهم وكعروض مرض مستأجر دابة لسفر عليها ، والمعنى في الجميع : أنه لا خلل في المعقود عليه والاستنابة في كل منهما ممكنة ، ومحل عدم الانفساخ في غير العذر الشرعي أما هو كمن استأجر شخصًا لقلع سن مؤلمة فزال الألم ؛ فإن الإجارة تنفسخ لتعذر قلعها حينئذ بالشرع . مغني المحتاج (٣٥٥/٢) ويفهم من النص السابق أن مسوغات الفسخ عند الشافعية هي :

أ – العيب : وهو الخلل الحادث في المعقود عليه نفسه كموت الدابة أو انهدام الدار المؤجرة .

ب – العذر الشرعي : كما هو الحال في السن المؤلمة إذا سكن الوجع حرم القلع شرعًا .

(٣) أبو سعيد الخدري : سعد بن مالك بن سنان بن عبيد بن ثعلبة . استصغر بأحد واستشهد أبوه فيها وغزا هو ما بعدها ، روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وغيرهم ، وعنه : ابن عباس وابن عمر وجابر وغيرهم ، له ١١٧٠ حديثًا اتفق منها على ٤٦ توفي سنة ٧٤ هـ ودفن بالبقيع . راجع الإصابة (٨٠/٣) ، أسد الغابة (٣٦٥/٢) ، الاستيعاب (٦٩٠/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ضره] وكلاهما رواية للحديث .

(٥) في (م) ، (ع) : [شق] وكلاهما رواية أيضًا .

(٦) هذا الحديث تلقاه الفقهاء بمثابة قاعدة شرعية فرعوا عليها ما لا يحصى من الفروع الفقهية ، وقد أخرج الحديث من حديث أبي سعيد البيهقي : في سننه وقال : تفرد به محمد عن الداوردى ، راجع السنن الكبرى (٩٦/٦) ، =

الفلس [١] ومع لزوم الدين للمؤجر كان إضرارًا به ، وهذا لا يصح ، ولأن كل عقد تناول [٢] المنفعة جاز فسخه لعذر غير العيب كالعارية [٣] . وكمن قال : إن خِطْتَهُ اليوم فلك درهم [٤] .

١٧٣٦٢ - فإن قيل : المعنى فيه أنه غير لازم ، لم نسلم ذلك في مسألة الخياطة ، ثم الإجارة عندنا عقد لازم ما لم تحدث الأعذار ، فلا نسلم لزومها مع ذلك .

١٧٣٦٣ - ولأنه أحد متعاقدي الإجارة ؛ فجاز أن يثبت الخيار في فسخها بسبب فاسد : أصله : المستأجر إذا أفلس بالأجرة عندهم [٥] .

١٧٣٦٤ - وعلى أصلنا : إذا أفلس فلم يتمكن من الانتفاع بالدكان ، ولأنه لا يمكنه استيفاء المعقود [٦] عليه إلا بضرر لم يلتزم [٧] بالعقد فلا يلزمه الوفاء به .

= والدارقطني (٧٧/٣) رقم (٢٨٨) ، (٢٢٨/٤) مختصرًا . وللحديث طرق أخرى فقد أخرجه مالك في الموطأ عن عمر بن عيسى عن أبيه مرسلًا الموطأ (٤٧٥/٢) ، وابن ماجه من حديث « ابن عباس » ، وعبادة بن الصامت ، وقال : عن حديث عبادة . رجاله ثقات إلا أنه متقطع لأن ابن عدى لم يدرك عبادة . راجع سنن ابن ماجه ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (٧٨٤/٢) رقم ٢٣٤٠ ، ٢٣٤١ . وانظر الفروع المخرجة على الحديث في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٥ ، السيوطي ص١١٤ .

(١) في (م) ، (ع) : [العكس] والفلس بالتحريك عدم النيل . من أفلس إذا لم يبق له مال كأنما صارت دارهمه فلوسًا أو صار بحيث يقال ليس معه فلس . القاموس باب السين فصل الفاء (٢٤٦/٢) .

(٢) في (ن) : [يتناول] .

(٣) إعارة الشيء وإعارة منه وعاوره إياه وتعور واستعار : طلبها ، واستعاره منه : طلب إعارته . القاموس المحيط باب الراء فصل العين (١٠١/٢) . واختلف الفقهاء في تعريفها شرعًا بحسب اختلاف آثارها ، فعرفها القدوري وغيره من الأحناف بأنها تمليك المنافع بغير عوض ، وعرفها الشربيني من الشافعية بأنها إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه . راجع الكتاب ، واللباب (٢٠١/٢) ، مغني المحتاج (٢٦٣/٢) .

(٤) قال في اللباب تعليقا على هذه المسألة : « وإن قال : إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غدًا فبنصف درهم ، فإن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غدًا أو بعده فله أجر مثله عند أبي حنيفة ؛ لأن ذكر اليوم للتعجيل ، بخلاف الغد ؛ فإنه للتعليق حقيقة وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان الوقت والعمل دون اليوم ، فيصح الأول ويجب المسمى في اليوم ، ويفسد الثاني ويجب أجر المثل . راجع اللباب (٢ / ٩٨) .

(٥) قال في مغني المحتاج : « وإفلاس المستأجر مثل تسليم الأجرة ومضي المدة ؛ فإنه يوجب للمؤجر الفسخ » مغني المحتاج (٢ / ٣٥٥) . وفي اللباب : وتنفسخ الإجارة بالأعذار الموجبة ضررًا لم يستحق بالعقد ؛ « كمن استأجر دكانًا ثم أفلس ولزمته ديون » اللباب [١٠٥/٢] .

(٦) المراد بالمعقود عليه [المنفعة] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يلزم] .

١٧٣٦٥ - أصله : إذا استأجر لقلع ضرسه فسكن الوجع [١] .

١٧٣٦٦ - ولا يقال : إذا سكن انفسخ العقد ؛ لأنه تعذر استيفاء العمل بالشرع ، فهو كما لو تعذر الاستيفاء بالهلاك لأنا [٢] عللنا لإسقاط لزوم الوفاء به وهذا مسلم .

١٧٣٦٧ - ولأنه لا يمكنه استيفاء المعقود عليه علي ما أوجبه العقد ، فكان له فسخها [٣] كما لو أبق العبد المستأجر .

١٧٣٦٨ - فإن قيل هناك [٤] تعذر الاستيفاء .

١٧٣٦٩ - [قلنا : إذا أمكن رده بجعل بدل لمن يرده لم يتعذر الاستيفاء] [٥] لكن يلحق فيه ضرر مثل مسألتنا .

١٧٣٧٠ - فإن ألزم [٦] على هذا إذا مرض مستأجر الدكان .

١٧٣٧١ - قلنا : إن كان مما لا يمكنه معه الانتفاع بالدكان ثبت الفسخ ، فإن ألزم الجمال إذا أجر [٧] إبله [وبدا له] [٨] مانع من الخروج .

١٧٣٧٢ - قلنا : خروجه مع الجمال غير مستحق [٩] .

١٧٣٧٣ - ولا يلزم إذا استأجر نعلًا ليلبسها في يوم بعينه فجاء المطر الشديد . لأن عندنا لكل واحد من صاحب النعل والمستأجر الفسخ ؛ لأن صاحب النعل يستضر [١٠] والمستأجر لا يتمكن من استيفاء المنفعة .

١٧٣٧٤ - ولأن البقاء على الإجارة في المدة موجَبٌ بها [١١] . كما أن ارتفاع العقد

---

(١) في (م) ، (ع) : [الموضع] وهذه الصورة يفسخ العقد معها باتفاق . مغني المحتاج (٣٥٥/٢) .
(٢) في (م) ، (ع) : [لأن] .
(٣) في (م) ، (ع) : [فسخا] .
(٤) أي في حالة هرب العبد .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) في (ن) : [اللزوم] .
(٧) في (م) ، (ع) : [أجره] .
(٨) ساقطة من (م) ، (ع) : والمراد رأي صاحب الإبل عدم خروجه مع إبله .
(٩) جاء في المبسوط : وإن عرض لصاحب الدابة مرض لا يستطيع الشخوص مع دابته لم يكن له أن ينقض الإجارة ؛ لأنه بامتناعه من الخروج لا يتعذر تسليم المعقود عليه ، فيؤمر بتسليم الدابة ، وأنه يرسل معه رسولا يتبع الدابة . وكذلك لو حبسه غريمه . وروى بشير عن أبي يوسف رحمهما اللّٰه . قال : إذا امتنع رب الدابة من الخروج فيكون هذا عذرًا وإن مرض فهو عذر له ؛ لأنه يقول غيري لا يشفق على دابتي ، ولا يقوم بتعاهدها كقيامي . راجع المبسوط (٤/١٦) .
(١٠) فرصة المسألة أن يستضر صاحب النعل إذا خرج المستأجر بالنعل في المطر ؛ لأن النعل يتلف .
(١١) أي استيفاء المنفعة .

وإزالة اليد بعد المدة موجَبٌ بها . ثم جاز أن تبقى العين في يد المستأجر للعذر إذا انقضت المدة وفي الأرض زرع ، كذلك يجوز أن يرتفع العقد في المدة [لوجود العذر (١)] (٢) .

١٧٣٧٥ - ولأنه أحد موجَبَي الإيجارة ، فجاز مخالفته بعذر غير العيب ، أصله : رفع اليد بعد المدة ، ولأنه لا يتمكن من قضاء ديونه إلا من بيع المستأجر فكان له فسخ الإجارة . [أصله : إذا أخذها بعد حجر الحاكم في الدين ، ولأنه عقد يقصد به المنفعة ؛ فجاز رفعه من غير عيب] (٣) ، أصله : النكاح والمضاربة .

١٧٣٧٦ - قالوا : الطلاق ليس بفسخ وإنما هو إزالة ملكه عن البضع ، كما يزول ملكه [عن العبد بالعتق] .

١٧٣٧٧ - قلنا : الطلاق رفع العقد بدلالة أنه يرجع بنصف المهر قبل الدخول . ولو كان أتلف ملكه] (٤) كما يتلفه بالعتق لم يجز أن يرجع بالعوض .

١٧٣٧٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ (٥) .

١٧٣٧٩ - قلنا : المراد به الوفاء بأحكامها ، وعندنا حكم هذا العقد مع وجود العذر الفسخ ، وعندهم تبقية العقد فتساوينا .

١٧٣٨٠ - قالوا : ضرر لا يملك المكري به الفسخ فوجب أن لا يملك « المكترى » (٦) بمثله الفسخ كالعين (٧) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) قصد المصنف بذلك : أن العذر يؤثر في ارتفاع العقد أثناء المدة كما جاز أن يؤثر فيه بعد انقضاء المدة فيبقى العقد إذا كان في الأرض زرع فيستمر انتفاعه بالأرض مع أن عقد الإجارة قد انتهى بانتهاء وقتها . جاء في الاختيار : « وإذا استأجر أرضًا للبناء والغرس فانقضت المدة يجب عليه تسليمها فارغة كما قبضها ليتمكن من الانتفاع بها فيقلع البناء والغرس ، لأنه لا نهاية لها والرطبة كالشجر لطول بقائه في الأرض ، أما الزرع : فله نهاية معلومة فيترك بأجر المثل إلى نهايته رعاية للجانبين . الاختيار (٦٨/٢) . وقد أجاب الشيرازي عن قول المصنف السابق بقوله : « قلنا يحق أن يستحق ما لم يعقد عليه تبعًا للمعقود عليه للعذر ولا يفسخ فيما عقد ، كالمشتري يستحق ما لم يعقد عليه وهو نصيب الشريك بالشفعة ، ثم لا يفسخ البيع في بعض ما عقد عليه للحاجة .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٥) من صدر سورة المائدة . قال الماوردي بعد الاستدلال بهذه الآية : (فكان عموم هذا الأمر يوجب الوفاء بكل عقد ما لم يقم دليل يخصه) . انظر الحاوي صـ ١٥٥ .

(٦) في (م) ، (ع) : المكري والمراد به المستأجر .

(٧) كذا بالنسخ ولعل صوابها [العيب] .

١٧٣٨١ - قلنا : عندنا أن هذا العقد يفسخ من كل واحد من [جهته] [(١)] بالعذر وقد تساويا من هذا الوجه ، وإن كان الشيء يكون عذرا في حق أحدهما ولا يكون عذرا في جنب [(٢)] الآخر ألا ترى أن المبيع يرد بالإباق والرق والزنى ويرد الثمن بالعيب وإن [(٣)] لم يتصور فيه هذه العيوب ؟ .

١٧٣٨٢ - وقد [(٤)] قال مخالفنا : إن النكاح يفسخ بالقرن [(٥)] والرتق [(٦)] ولا يتصور ذلك في الفروج ، وإن كان يفسخ العقد بعينه وجنسه كذلك في مسألتنا . وأصلهم (العين) [(٧)] .

١٧٣٨٣ - والمعنى فيه : أنه حصل بتفريط العاقد ؛ لأنه كان يمكنه أن يتثبت في العقد ولا [(٨)] يعقد على وجه فيه عيب [(٩)] وليس كذلك الأعذار ؛ لأنها توجد ، ولا

---

(١) في النسخ : من جنسه بدل ما أثبتناه.

(٢) في (ص) ، (ن) : [جنبه] .

(٣) في (ن) : [إن] .

(٤) ساقطة من (ص) ، (ن) .

(٥) القرناء من النساء : التي في فرجها مانع يمنع ولوج الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحمه أو عظم ، يقال لذلك كله القرن . راجع اللسان (٣٦١٠/٤) (قرن) وبعض الفقهاء يجعلون كلًّا من القرن والرتق لمعنى واحد وهو انسداد الفرج ويفرقون بينهما بجعل الرتق للانسداد باللحم والقرن بالعظم . قال البجرمي : الرتق انسداد الفرج باللحم ، ويخرج البول من ثقبة صغيرة كإحليل الرجل ، القرن « انسداد الفرج بعظم على الأصح ، وقيل : بلحم ، وعليه فالرتق والقرن واحد » البجرمي على الخطيب (٣٦٣/٣ ، ٣٦٤) . والصحيح أن القرن يخالف الرتق لامتناع الترادف .

(٦) الرتق بالتحريك مصدر قولك رتقت المرأة رتقًا وهي رتقاء : بينة الرتق ، التصق ختانها فلا يستطاع جماعها . والرتقاء : المرأة المنضمة الفرج التي لا يكاد الذكر يجوز فرجها لشدة انضمامه ، وفرج أرتق : ملتزق ، وقد يكون الرتق في الإبل . اللسان : رتق (١٥٧٨/٢) . والرتق والقرن عيبان في المرأة وهما من العيوب التي اختلفت كملة الفقهاء حول ثبوت الخيار في فسخ النكاح بعيب منها ، فيرى الأحناف عدم ثبوت الخيار للزوج مطلقًا بوجود هذه العيوب في المرأة ، وكذلك لا يثبت للمرأة الخيار في فسخ النكاح عندهم إذا كان بالزوج عيب ماعدا الجب والعنة ؛ فإنه يجوز لها بهذين العيبين المخلين للوطء الخيار ، وذلك لدفع ضرر فوات حق المرأة المستحق بالعقد ، وهو الوطء ، بخلاف العيوب التي من جانب المرأة فإن الزوج وإن كان يتضرر بها يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ؛ لأن الطلاق بيده ، فلا حاجة لثبوت الخيار له في الفسخ خلافًا للمرأة ؛ لأنها لا تملك الطلاق ، فوجب إثبات حق الفسخ لها دفعًا للضرر . وذهب الشافعية إلى إطلاق ثبوت الخيار للزوجين بوجود عيب من هذه العيوب في الجانب الآخر ، وقد اختلف المذهبان في ثبوت الفسخ ووقته وآثاره المترتبة عليه من فرقة ومهر ، وكذلك إذا كانت العيوب من كليهما . يراجع في ذلك المبسوط (٩٥/٥) ، البدائع (٣٢٢/٢) ، البجرمي على الخطيب (٣٦٣/٣) .

(٧) كذا بالنسخ ولعلها [العيب] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلا] .

(٩) في (ن) : [عين] .

تفريط من العاقد فيها ؛ فلذلك [١] جاز أن يثبت الخيار [٢] .

١٧٣٨٤ - قالوا : عذر لا يتضمن نقصًا في المعقود عليه ، فوجب أن لا يملك به الفسخ كالمكري إذا أجر داره لينتقل [٣] من البلد ، ثم بدا له [٤] .

(١) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(٢) قصد المصنف بذلك : أن الشافعية وقد أجازوا فسخ الإجارة بالعيب ، « وهو الخلل بالمعقود عليه ، وهو يمكن التحرر عنه بالاحتياط والتريث من العاقد والتحري من جهته ، فكان أولى أن يجوزوا الفسخ بالأعذار ؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنها ، فهي أولى بالجواز . (٣) في (م) ، (ع) : [لينقل] .

(٤) راجع أدلة الشافعية في المسألة في المهذب (٥٣٢/١) ، مغني المحتاج (٣٥٥/٣) ، الحاوي (١٥٤) والناظر إلى أدلة الشافعية في هذه المسألة كمثل هذا الدليل وسابقه والذي يليه يشعر بأن رأي الأحناف في هذه المسألة يفرق بين المكري (المؤجر) والمكترى (المستأجر) في الفسخ بالعذر ؛ حيث أجازوا الفسخ من قبل المكتري دون المكري ، وليس هذا ما فهمه الشافعية فقط ؛ بل والحنابلة أيضًا ومما يؤكد ذلك ما قاله الماوردي : وقال عن أبي حنيفة أنه : يجوز للمستأجر فسخ الإجارة بالأعذار الظاهرة مع السلامة من العيوب ، ويجوز للمؤجر أن يفسخ بالأعذار . الحاوي (١٥٣) . وفي المغني قال ابن قدامة بعد أن نص على منع الجمهور للفسخ بالعذر من قبل المكري أو المكترى : وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز للمكتري فسخها لعذر في نفسه ، مثل أن يكتري جملًا ليحج عليه فيمرض فلا يتمكن من الخروج .. أو يكتري دكانًا فيحترق متاعه ، وما أشبهه هذا ؛ لأن العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها ، فيملك به الفسخ كما لو استأجر عبدًا فأبق .. ثم يستدل للجمهور قائلًا ولأنه لو جاز فسخه لعذر المكتري لجاز لعذر المكري تسوية بين المتعاقدين ودفعًا للضرر . المغني (٤٨٨/٥) وكلامه يشعر كما يشعر كلام الشافعية بالتفريق بينهما من قبل الأحناف . وليس كذلك ؛ فإن كلام المصنف في صدر المسألة : ويستوي في ذلك عذر المؤجر والمستأجر ، ثم قوله بعد ذلك في معرض الرد على الشافعية عندنا يفسخ من كل واحد بالعذر من جهته ينفى هذا الفرق وليس هذا كلام القدورى فقط ؛ بل هو رأى المذهب في كتبهم الأصيلة . ففي البدائع بعد أن ذكر رأى المذهب وشرع في بيان الأعذار قال : « وإذا ثبت أن الإجارة تفسخ بالأعذار فلابد من بيان الأعذار المثبتة للفسخ على التفصيل فنقول وبالله التوفيق : إن العذر قد يكون من جانب المستأجر ، وقد يكون من جانب المؤجر ثم ضرب أمثلة لكل منهما . البدائع (١٩٧/٤) . وفي اللباب : وتفسخ الإجارة بالأعذار الموجبة ضررًا لم يستحق بالعقد ، وذلك كمن استأجر دكانًا في السوق ليتجر فيه ، فذهب ماله . وكمن أجر دارًا أو دكانًا ثم أفلس ولزمته ديون بعيان أو برهان . اللباب (١٠٥/٢) . وقد اتضح من خلال هذين النصين بالإضافة إلى ما ذكره المصنف أنه لا فرق بين المؤجر والمستأجر عند الأحناف ، وأن لكل واحد منهما الحق في فسخ العقد من جهته إذا وجد العذر ، ومن ثم فلا يصح أن يجعل الشافعية أحد العاقدين أصلًا يقيسون عليه الآخر ، ويبدو أن الشافعية والحنابلة إنما فهموا رأى الأحناف على هذا الوجه من خلال صورة لم يجعلها الأحناف من الأعذار المسوغة للفسخ ، فلم يجعلوا للمؤجر الحق في فسخ العقد فيها بالعذر ؛ فقد جاء في المبسوط : « وإن انهدم فنزل المؤجر ولم يكن له منزل آخر فأراد أن يسكنه لم يكن له أن ينقض الإجارة ؛ لأنه لا ضرر عليه فوق ما التزمه بالعقد فإنه يتمكن من أن يكترى منزلًا آخر . المبسـوط (٣/١٦) ، ولا يخفى الفرق بين هذه الصورة =

١٧٣٨٥ - قلنا : يبطل بمن [١] استأجر ظئرًا [٢] فلم يأخذ الصبي من لبنها ، ومن استأجر عبدًا فأبق ، فعيب الإباق لا يؤثر في منافعه ؛ بدلالة : أن من استأجر عبدًا للخدمة فوُجد آبقًا لم يكن له خيار .

١٧٣٨٦ - فأما الأصل الذي ذكروه [٣] فليس بمنصوص عليه . ويجوز أن يقال : إن الدار إذا كانت لسكناه فبدا له ترك السفر فذلك [٤] عذر في الفسخ .

١٧٣٨٧ - قالوا : عقد معاوضة محضة فإذا لزم من أحد الطرفين منع اللزوم منه ، ولم يمنع من الآخر [كالبيع .

١٧٣٨٨ - قلنا : هو مع عدم الأعذار ملزم ، فإن وجد العذر من الطرفين ؛ لم يلزم ، وإن وجد من أحد الطرفين ؛ منع اللزوم منه ولم يمنع من الآخر] [٥] كالعيب الموجود من أحد الطرفين دون الآخر .

١٧٣٨٩ - ولأن البيع لا يستحق فيه العذر ما لم يعقد عليه [فلم ينقض العقد بالعذر فيما عقد عليه ، والإجارة يستحق فيها بالعذر ما لم يعقد عليه] [٦] إذا انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد ، كذلك يجوز أن ينقض بالعذر فيما عقد عليه .

١٧٣٩٠ - قالوا : كل عقد يفسخ بالعذر يفسخ من غير عذر كالشركة والوكالة [٧] .

١٧٣٩١ - قلنا : العقود إذا تناولت المنافع ضعف لزومها عن [٨] عقود الأعيان

= وما جعله الأحناف عذرًا في فسخ الإجارة ، ولذا علل السرخسي لعدم جواز الفسخ من قبل المؤجر بأنه لا ضرر يعود عليه من بقاء الإجارة ، ثم هذا نوع عذر لم يجز به الأحناف فسخ العقد ، وليس معنى هذا أنه لا يجوز للمؤجر الفسخ بكل عذر ، وقد سبق ما ينفي ذلك .

(١) في (م) ، (ع) : [من] .

(٢) المرضعة ويأتي تعريفها .

(٣) يقصد قولهم [كالمكري إذا أجر داره] وقد سبق الرد عليه .

(٤) في (م) ، (ع) : [وذلك] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (م) ، (ع) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) معنى قول الشافعية هذا : أن الإجارة لو جاز فسخها بالعذر لجاز من غير عذر أيضًا ، وهذا لا يقول به أحد ؛ لأنهم يتفقون على عدم فسخها من غير عذر أو عيب وملازمة الشافعية الإجارة للشركة والوكالة بعيد ، لأنهما أي الشركة والوكالة من العقود الجائزة لكل واحد من العاقدين فسخهما ، خلافًا للإجارة ؛ فإنها عقد لازم ليس لأحد العاقدين فسخها من غير مسوغ على الخلاف في كونه عذرًا أو عيبًا ففارقت الإجارة الشركة والوكالة من هذا الوجه .

(٨) في (م) ، (ع) : [من] .

بدلالة النكاح ، وكذلك الإجارة تضعف في اللزوم عن البيع ، فيجوز رفعها من غير عيب كما يجوز في النكاح .

١٧٣٩٢ - قالوا : عقد لازم فلا يفسخ لمعنى في غير المعقود عليه كالمبيع [١] .

١٧٣٩٣ - قلنا : يبطل إذا استأجر ظئرًا فلم يأخذ الصبي من لبنها [٢] وإذا أسلمت المجوسية فسخ النكاح [٣] بينها وبين زوجها [٤] عندنا .

١٧٣٩٤ - وعندهم : ينفسخ العقد بمضي الحيض [٥] ، ولم يحدث بإسلامها عيب بالمعقود عليه [٦] والمعنى في البيع ما قدمناه [٧] .

* * *

---

(١) انظر قول الشافعية هذا وسابقة في النكت للشيرازي ورقة ١٦٧ .

(٢) في البدائع : وأما العذر في استئجار الظئر . فنحو أن لا يأخذ الصبي من لبنها ؛ لأنه لم يحصل بعض ما دخل تحت العقد . البدائع (٢٠٠/٤) وفى مغني المحتاج . « وإذا لم يقبل الرضيع ثديها ففي انفساخ الإجارة وجهان . مغني المحتاج (٣٤٥/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [البيع] وهو خطأ .

(٤) غير المسلم ؛ لأنه لا يحل للمسلم زواج المجوسية ابتدءً وتجدر الإشارة إلى أن الفرقة بينهما ليست بنفس الإسلام عند الأحناف ، بل بعد أن يعرض من أسلم منهما الإسلام على الآخر . ففي البدائع : وإن كانا مشركين أو مجوسين فأسلم أحدهما ، أيهما كان يعرض الإسلام على الآخر ولا تقع الفرقة بنفس الإسلام عندنا ، فإن أسلم فهما على النكاح ، وإن أبي فرق القاضي بينهما . البدائع (٣٣٦/٢) .

(٥) أي مضي العدة ، وذلك إذا كان إسلامها بعد الدخول ، والحاصل : أن الشافعية يرون في حالة إسلام المرأة دون زوجها أن تقع الفرقة بينهما بنفس الإسلام ، غير أنه إن كان قبل الدخول ؛ فإن الفرقة تحدث في الحال ، وإن كان بعد الدخول تحدث بعد انقضاء العدة خلافًا للأحناف ؛ فإن الفرقة لا تتوقف على مضي العدة . إلا أنه لا تقع الفرقة بنفس الإسلام كما سبق ، بل يعرض من أسلم منهما الإسلام على الآخر ، فإن أسلم ، وإلا فرق القاضي بينهما ، ولا اعتبار للحيض أو العدة . راجع المهذب (٢٦٧/٢) ، البدائع (٣٣٦/٢) .

(٦) لأن منافع البضع بحالها وإنما العيب أمر خارجي ترتيب عليه امتناع أثر العقد لاختلاف الدين كما هو الحال في مسألة الظئر ؛ فإن المعقود عليه بحاله وامتناع الطفل أمر خارجي .

(٧) أي أن البيع لا يجب بالعذر فيه ما لم يعقد عليه خلافًا للإجارة .

مسألة ٨٦٤

وقت وجوب الأجرة [١]

١٧٣٩٥ - قال أصحابنا : لا تجب الأجرة في الإجارة بنفس العقد ، وإنما تجب بإيفاء المنفعة ، فإن كانت المنفعة مما ينفرد بعضها عن بعض بالمنافع ؛ وجب أجر كل جزء عند استيفائه كأجرة الدار [٢] وإن كان لا ينفرد [٣] لم تجب الأجرة بإيفاء جميعها [٤] كالقصَّار [٥] والصبَّاغ [٦] وري عن محمد أنها تجب بالعقد وجوبًا مؤجلًا .

١٧٣٩٦ - [قال الشافعي رحمه الله : إذا أطلق العقد استحق الأجرة بالعقد] [٧] .

١٧٣٩٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [٨] .

---

(١) الإجارة لا يخلو العقد فيها من إحدى حالتين : إما أن يشترط فيه تعجيل أو تأجيل أو تنجيم الأجرة ، وإما أن يطلق العقد فلا يتعرض للأجرة بذكر ، والحالة الأولى محل اتفاق بين العلماء على أن العقد يلزم المتعاقدين بما نص فيه ، فتعجل في حاله اشتراط التعجيل ، وكذا في حاله التأجيل أو التنجيم . أما الحالة الثانية وهي حالة الإطلاق : فهي محل الخلاف ، هل تجب الأجرة فيها بالعقد أو باستيفاء المنفعة ؟ راجع الاختيار (٧٢/٢) ، اللباب (٩٦/٢) ، مغني المحتاج (٣٠٩/٢) ، بداية المجتهد (١٧٢/٢) ، المغني (٤٤٣/٥) .

(٢) هذا هو رأى الصاحبين ، وللإمام فيها قولان : أحدهما يوافق رأى الأصحاب ، والآخر وبه قال زفر : لا يستحق شيئًا حتى يفرغ من العمل ، ثم رجع الإمام عن هذا الرأي ، وقال : إنه يستحق شيئًا فشيئًا . : وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول في الكراء إلى مكة لا يعطى شيئًا من كرائه حتى يرجع من مكة ، وكذلك كان يقول في جميع من يحمل الحمولة على ظهره أو على دابته أو سفينته ، ثم رجع عن ذلك فقال : كل ما سار مسيرًا له من الأجر شيء معروف فله أن يأخذه بذلك . المبسوط (١٠٧/١٥ ، ١٠٨) ، والبدائع (٢٠١/٤) .

(٣) في (ن) : [وإن كانت لا تنفرد] وكلاهما صواب .

(٤) راجع الاختيار (٧٢/٢ ، ٧٣) ، البدائع (٢٠١/٤) ، البحر الرائق (٣٢٦/٧) ، ابن عابدين (١٠/٦) ، وقد وافق المالكية الأحناف في هذه المسألة . راجع بداية المجتهد (١٧٢/٢) .

(٥) في (ع) : كالقصاص وهو خطأ ، والقصار والمقصر : المجور للثياب ؛ لأنه يدقها بالقصرة التي هي القطعة من الخشب . اللسان « قصر » (٣٤٦٩/٤) . وانظر : المبسوط (١١٢/١٥) ، تبين الحقائق (١٠٦/٥) .

(٦) (الصباغ) : ما يصطبغ به من الإدام . وانظر مادة « صبغ » (٢٣٩٥/٤) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من(ب) وقد وافق الشافعيّ الحنابلةُ . راجع الأم (١٥١/٣) . والمزني (٨١/٣) ، والمهذب (٥٢٣/١) ، وفتح العزيز (١٩٧/١٢) ، البجرمي على الخطيب (١٧٦/٣) ، ومغني المحتاج (٣٣٤/٢) ، نهاية المحتاج (٢٦٥/٥) ، والمغني (٤٤٣/٥) .

(٨) سورة الطلاق : الآية ٦ .

١٧٣٩٨ - ومن أصحابنا من يقول إن الحكم المعلق بالشرط يدل على نفى ما عداه (١).

١٧٣٩٩ - وعلى قول الباقين (٢) / الأمر يتناول الحالة المقصودة ، وهي ابتداء [الإيجاب] (٣) فلو تقدم الوجوب على الإرضاع لأمر بدفع الأجر حين وجب .

١/ب

١٧٤٠٠ - فإن قيل : المراد بالآية أن يذكر الإرضاع كقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ ﴾ (٤) أي يبذلوها .

١٧٤٠١ - والدليل على ذلك : قوله (٥) تعالى في سياق الآية : ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ (٦) وهذا لا يكون بعد الرضاع .

١٧٤٠٢ - قلنا : قوله : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ [لَكُمْ ﴾] (٧) حقيقة (٨) تقتضي فعل الرضاع ، وحمله على البذل مجاز (٩) فلا يصار إليه إلا بدليل ، وإذا حملنا الآية على غير ظاهرها [جاز] (١٠) صرف هذه الآية عن ظاهرها بغير دليل .

١٧٤٠٣ - فأما قوله : ﴿ وَإِن (١١) تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ : فيتناول ما قبل الرضاع ، فكأن اللّٰه ذكر حال ما إذا فعلت ، ثم ذكر حالها لو لم تفعل ، وهذا كقوله : من دخل الدار فله درهم ، ومن لم يدخلها عاقبته .

١٧٤٠٤ - ويدل عليه (١٢) قوله ﷺ : « ثَلاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَمَنْ كُنْتُ خَصْمَهُ خَصَمْتُهُ : رَجُل اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى عَمَلَهُ وَلَمْ يُوَفِّهِ أَجْرَهُ » (١٣) .

---

(١) تعرف هذه المسألة بمفهوم المخالفة ، حيث عدها الشافعية وبعض الحنفية في الشرط حجة ، وقال جمهور الحنفية : مفهوم المخالفة ليس بحجة ، وقول المصنف هنا ، ومن أصحابنا من يقول : إن الحكم المعلق بالشرط يدل على نفي ما عداه ، مبني على القاعدة المشهورة . أن الشروط اللغوية أسباب شرعية ؛ أي أنه يلزم من وجودها الوجود ومن عدمها العدم . راجع تيسير التحرير لأمير بادشاه (١/١٠٠) ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٢) أي أنه لا يدل على نفى ما عداه .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) سورة التوبة : الآية ٢٩ .

(٥) في (ن) : زيادة [أن] .

(٦) سورة الطلاق : الآية ٦ .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) الحقيقة : هي استعمال اللفظ فيما وضع له في اصطلاح التخاطب .

(٩) المجاز : هو استعمال اللفظ في غير ما وضع له في اصطلاح التخاطب لعلاقة وقرينة مانعة من إرادة المعنى الأصلي .

(١٠) « وجب » بالنسخ ولعلها « جاز » أو « ولزم » أي لزم على القول بحمل الآية على ذكر البذل صرف الآية عن ظاهرها بغير دليل .

(١١) في (م) ، (ع) :] فإن [وهو خطأ .

(١٢) أي على وجوب الأجرة بإيفاء المنفعة .

(١٣) أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة قال : قال رسول اللّٰه ﷺ : « قال اللّٰه ﷻ : « ثَلاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ : رَجُل أَعِطى بِي ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ وَرَجُل اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ =

١٧٤٠٥ - فدل على تأخير الأجرة بعد العمل ، ولو وجبت بالعقد لَذَمَّهُ على تأخيره عن تلك الحال ، ويدل عليه قوله ﷺ : « اعْطِ الْأَجِيرَ أُجْرَتَه قَبْلَ أَنْ يَجُفَّ عَرَقُهُ » [١] وإنما يجف العرق بعد مفارقة العمل ؛ فدل أن الأجرة تجب حينئذ .

١٧٤٠٦ - وقولهم : يحتمل أن تكون أجرة مؤجلة يحل أجلها قبل أن يجفَّ العرق [٢] لا يصح ، لأن اللفظ يقتضي سائر الإجارات [٣] ولأنه لم يجر [٤] للتأجيل ذكر [٥] .

١٧٤٠٧ - قالوا : ليس المراد من الخبر بيان وقت الوجوب ، وإنما المقصود بيان دفع الأجرة من غير مطل [٦] .

١٧٤٠٨ - قلنا : الأمر إنما يتناول أقل أحوال الوجوب ، لأنها المقصود ، وما بعدها حال أخرى ، وليس بعض الأحوال أولى من بعض ، فلا فائدة لتخصيص حال منها

١٧٤٠٩ - ولأنه مال في مقابلة منفعة ، فلا يستحق بنفس العقد كالربح في المضاربة [٧] .

١٧٤١٠ - ولا يلزم المهر ؛ لأنه في مقابلة [استباحة] [٨] المنفعة .

= وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ » . راجع صحيح البخاري باب إثم من منع أجر الأجير (١١٨/٣) ، وأحمد في مسنده (٣٥٨/٢) ، والبيهقي في سننه (١٢١/٦) ، وابن ماجه (٨١٦/٢) باب أجر الأجراء رقم (٢٤٤٢) ، وانظر نصب الراية (١٣٢/٤) .

(١) هذا الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من حديث أبي هريرة ، وللحديث طرق أخرى وجميعها لا يخلو من ضعف ، وقد نسبه البعض إلى البخاري وهو خطأ ، وإنما ما في البخاري من حديث أبي هريرة السابق ثلاثة أنا خصمهم ... راجع جمع الجوامع للسيوطى صـ١٠٨٧ رقم ٣٥٠٠ الطبعة الأولى مجمع البحوث الإسلامية والجامع الصغير له أيضًا صـ ١٧٥ رقم ١١٦٤ ط دار الفكر وتلخيص الحبير (٥٩/٣) .

(٢) أجاب الماوردي عن استدلال الأحناف بهذا الحديث بقوله وأما الجواب عن قوله ﷺ أعطوا الأجير ... الحديث فهو أن استدلالنا به كاستدلالهم ، لأنه قد يعرق حين يعمل فيقتضي أن يستحق أخذها قبل إتمام العمل ، على أنه يجوز أن يكون واردا فيمن شرط تأخير أجرته « الحاوي (١٨٧) ، الشيرازي في النكت ١٦٧ .

(٣) في (ن) : [الإيجارات] . (٤) بالنسخ [يجز] وهو خطأ .

(٥) بالنسخ [ذكره] وهو خطأ أيضًا .

(٦) المطل : التسويف بالعدة والدين . القاموس المحيط باب اللام فصل الميم (٥٢/٤) . ومن المعلوم أن الحنابلة وافقوا الشافعية في هذه المسألة ، ومن ثم فقد أورد ابن قدامة هذا الدليل في معرض رده على استدلال الأحناف السابق ، حيث قال : ويحتمل أنه توعده على ترك الإيفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة . (المغني ٤٤٤/٥) .

(٧) اعترض الماوردي على قياس عدم استحقاق الأجر في الإجارة بالعقد على عدم استحقاق الربح في المضاربة بقوله : « أما قياسهم على الجعالة والقراض ؛ فالمعنى فيهما إن سلم القياس من النقض بالنكاح أن العقد فيهما غير لازم ، فلم يقع فيهما إجبار ، والإجارة لازمة فوقع فيها إجبار . راجع الحاوي صـ ١٨٧ .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

١٧٤١١ - فإن قيل : المعنى في الربح أنه [1] لا يملك بشرط التعجيل [2] . [فلم يملك بالإطلاق ، والأجرة تملك بشرط التعجيل] [3] فملكت بالإطلاق .

١٧٤١٢ - قلنا : قد ثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقـود .

١٧٤١٣ - الدليل عليه : الأجل ، والخيار إذا سمى أو غير نقد البلد ، ولأنه عقد بنى على منفعة فلا يستحق به الأجرة .

١٧٤١٤ - أصله : إذا أجره دارا شهر رمضان وهما في رجب .

١٧٤١٥ - ولا يلزم [4] النكاح ؛ لأن البدل ليس بأجرة . ولا يلزم إذا عجل الأجرة أو شرط تعجيلها ؛ لأنها لا تملك بنفس [5] العقد [6] لأنه لم يسلم المنفعة المستأجرة فلا يلزم تسليم بدلها بالعقد .

١٧٤١٦ - أصله : إذا لم يسلم العين ، ولأنه عقد معاملة لا يملك به المعوض [عنه] [7] فلا يستحق به البدل كالبيع الفاسد .

١٧٤١٧ - ولا يلزم للمسلم [8] لأن المسلَم [9] فيه يتعين من العوض [10] الثاني فيملك بالعقد ؛ لأنه عقد على منافع يتعذر استيفاؤها عقيب [11] العقد فأشبه الإجارة التي شرط فيها الخيار [12] ولأنها [13] معاملة لا توجب تسليم أحد البدلين في الحال ، فإذا لم يجب قبض البدل الأجر [14] في المجلس لم يوجب العقد تسليمه كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع [15] والبيع الفاسد ، ولا يلزم النكاح لأنه ليس بمعاملة .

---

(١) أي المضارب لا يملك شرط تعجيل الربح في عقد المضاربة .

(٢) في (ن) : [شرط لتعجيل] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) ، (ع) .

(٤) هذا جواب على اعتراض الماوردي السابق .

(٥) في (م) ، (ع) : [بنقض] وهو خطأ .

(٦) وإنما تملك الأجرة في حالة التأجيل أو التعجيل بالشرط .

(٧) بالنسخ : غير والأصواب ما أثبتناه .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) من (ن) وفي غيرها السلم وخطأ لأن المراد السلعة المسلم فيها .

(١٠) ساقطة من (ن) .

(١١) في (م) ، (ع) : [عقب] .

(١٢) راجع اللباب (٢/١٠٥) .

(١٣) في (م) ، (ع) : [لأنه] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [الأجرة] وهى تفسير للبدل وكلاهما يغني عن الآخر .

(١٥) البيع المشروط فيه الخيار للبائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ، ولذا لو قبضه المشترى فهلك عنده في مدة الخيار ضمنه المشتري بالقيمة لا بالثمن ، بخلاف البيع المشروط فيه للمشتري ، فإنه لا يمنع خروج المبيع عن =

١٧٤١٨ - ولا يلزم السلم ؛ لأن قبض بدله يجب في المجلس [(١)] ، ولا يلزم إذا شرط التعجيل ؛ لأن ذلك لا يوجبه العقد ، وهذه المسألة مبنية على أن المنافع لا تملك بالعقد [(٢)] وإنما تملك بالاستيفاء .

١٧٤١٩ - والدليل على أنها [لا تملك] [(٣)] [أنها معدومة والملك من صفات الموجود ، ولأنها نماء [(٤)] يحدث من ملكه فلا يملك بالعقد كسائر المعدومات

١٧٤٢٠ - ولا يلزم السلم] [(٥)] لأن العقد يقع على دين [(٦)] في الذمـة . والديون في الذمة لا توصف بالعدم كالشراء بالأثمان في الذمة ولا النكاح [(٧)] .

١٧٤٢١ - لأن المنافع لا تملك به ، وإنما يقدر على ملك الاستباحة .

١٧٤٢٢ - قالوا : الثمرة المعدومة لا يجوز التصرف فيها ، فدل [على أنها لم تملك ، والمنفعة المعدومة يجوز التصرف فيها] [(٨)] ؛ فدل أنها مملوكة [(٩)] .

١٧٤٢٣ - قلنا : إنما جاز التصرف في المنافع حال عدمها ؛ لأنها إذا وجدت

= ملك البائع ، وإن كان لا يدخل في ملك المشترى عند أبي حنيفة خلافًا للصاحبين ، ولذا لو قبضه المشترى فهلك عنده في مده الخيار ضمنه بالثمن لا بالقيمة . راجع اللباب (١٣/٢) .

(١) في اللباب ولا يصح السلم حتى يقبض المسلم إليه رأس المال قبل أن يفارق رب السلم بيدنه . اللباب (٤٤/٢)

(٢) هذا هو رأى الأحناف ، فعندهم لا تملك المنافع بالعقد بل بالاستيفاء . ووجهة نظرهم : أن عقد الإجارة عبارة عن مجموعة عقود على حسب أجزاء المنفعة ، فكل جزء استوفاه كان بمثابة العقد المنفرد بملكه بالاستيفاء الفعلي ويجب في مقابلته الأجرة للمؤجر فكلاهما (الأجرة والمنفعة) لا تملك بالعقد عندهم ووافقهم في هذا المالكية أيضًا فإن المنفعة عندهم تحدث على ملك المؤجر ، ولا تنتقل للمستأجر إلا بعد استيفائها الفعلي ؛ لأن المنافع لا تحدث مرة واحدة بل تحدث جزءًا فجزءًا بحسب ما يقبض منها . راجع تبيين الحقائق (٣٢٦/٧) ، المهذب (٥٢٣/١) .

(٣) أي بالعقد وهى ساقطة من (ص) ، (ن) . (٤) في (ن) : [ولأنه لما] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٦) في (م) ، (ع) : [عين] .

(٧) أي ولا يلزم النكاح ، قال في تبيين الحقائق بعد أن عرف الإجارة بأنها بيع منفعة معلومة بأجر معلوم يعنى تمليك منفعة بعوض فخرج البيع والهبة والعارية والنكاح ؛ فإنه استباحة المنافع بعوض لا يملكها . تبيين الحقائق (٣٢٤/٧) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) هذا الدليل استدل به الشافعية على رأيهم في المسألة الفرعية التي ذكرها المصنف على أنها سبب الخلاف في هذه المسألة ، وهي امتلاك المنفعة بالعقد أو الاستيفاء على ما سبق بيانه . راجع مغني المحتاج (٣٣٤/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٤٣/٥) .

عدمت[١] فلم يمكن التصرف فيها بعد وجودها [فلهذه الضرورة جاز التصرف فيها ، والثمرة يمكن التصرف فيها بعد وجودها][٢] فلم توجد تلك الضرورة [فيها][٣] ، وإن ساوت المنفعة في فقد الملك[٤] .

١٧٤٢٤ - ولأنها[٥] لو ملكت بالعقد وجدت في ضمانه بالقبض الأول كالأعيان .

١٧٤٢٥ - احتجوا في هذا الفصل بأن عقد المعاوضة إذا تناول معلومًا بعينه ؛ كان المعقود عليه مملوكًا كالأعيان المبيعة .

١٧٤٢٦ - [قلنا : يبطل بنصيب في المساقاة أن المعاوضة تناولت الثمرة وهي معلومة وليست مملوكة .

١٧٤٢٧ - قالوا ليست معلومة][٦] .

١٧٤٢٨ - قلنا : وكذلك مقدار خدمة العبد [في الشهر غير معلومة][٧] القدر[٨] والمعنى في المبيع أنه[٩] موجود بمعاوض[١٠] عنه فكان مملوكًا ، والمنفعة « معدومة »[١١] [في الشهر][١٢] فلم تملك ، وإن تناولها العقد كسهم العامل من النخل[١٣] .

١٧٤٢٩ - قالوا : الملك ليس باشارة إلى العين[١٤] ، وإنما هو[١٥] عبارة عن حكم ؛ لأن الملك هو التصرف في العين[١٦] بدلالة أن المولي [يملك التصرف][١٧] في العبد

---

(١) أي عدمت المنافع باستيفاء المنتفع بها واستهلاكها .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) والضمير عائد علي الثمرة .

(٤) أي لم يجز التصرف فيها أثناء عدمها .

(٥) أي المنافع .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) : والحق ماقالوا : « إن الثمرة لسيت معلومة لأنها لم تخلق بعد . والمعلوم هو الجزء المشروط أي القدر كالثلث ونحوه ، ولسيت الثمرة بدليل أنها قد لا تخرج . راجع المهذب (٥/٥١٣) .

(٧) ما بين المعكوفتين مكرر في (ن) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) في (ن) : [يعارض] .

(١١) في (م) ، (ع) : [مملوكه] .

(١٢) ساقطة من (ن) .

(١٣) نصيب العامل في المساقاة وإن كان محددًا بالجزء إلا أنه لايملك إلا بتحقيق الوجود ؛ لأنه يحمل النخل فلا يستحق العامل .

(١٤) في (ص) ، (ن) : [عين] .

(١٥) في (ن) ، (م) ، (ع) : [هي] .

(١٦) قال ابن قدامة : الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلة كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين ، فلما أجرها صار المتسأجر مالكًا فيها ما كان يملكه المؤجر . المغني (٥/٤٤٣) .

(١٧) في (م) ، (ع) : [يتصرف] .

فإذا أعتقه فالرقبة لا تجوز له لأن الملك زال عنه . ثم المالك له كمال التصرف في المنافع ؛ [فدل أنها ملكه] (١) .

١٧٤٣٠ - قلنا : الثمرة المعدومة يملك التصرف (فيها) (٢) بالوصية ، وبالمعاوضة في المساقاة (٣) ، ولم يدل جواز التصرف فيها على أنها مملوكة [إذا ثبت أن المنافع لا تملك إلا بالعقد] (٤) .

١٧٤٣١ - قلنا : إن كل معاملة لا يملك فيها أحد البدلين بنفس العقد لا يملك به البدل الآخر (٥) كالهبة بعوض (٦) . والبيع المشروط فيه الخيار لهما (٧) والبيع الفاسد (٨) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ملكا] وهي خطأ .   (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) جاء في البدائع في معرض اشتراط وجود الموصى به في حياة الموصى النص على أنه : وأما الوصية بثمرة البستان والشجر فلا شك أنها تقع عن الموجود وقت موت الموصى والحادث بعد موته إن ذكر الأبد ؛ لأن اسم الثمرة يقع على الموجود والحادث . والحادث منها يحتمل الدخول تحت بعض العقود وهي عقد المعاملة والوقف ، فإذا ذكر الأبد يتناوله . البدائع (٣٥٤/٧) ، ومن هذا النص يفهم أن الثمرة المعدومة يجوز التصرف فيها بالوصية من قبل الموصى ثم التصرف فيها في المساقاة معلوم فإن المجوزين للمساقاة يجعلون للعامل نصيبًا منها يشرط له عند العقد ، وهذا معنى التصرف فيها .

(٤) لعل صواب العبارة يقتضي الزيادة الموجودة بين المعكوفتين .

(٥) قاعدة : « كل معاملة لا يملك فيها أحد البدلين بنفس العقد لا يملك به البدل الآخر ، كالهبة بعوض والبيع المشروط فيه الخيار لهما والبيع الفاسد » .

(٦) الهبة بعوض بيع عند الأحناف . قال في اللباب : لو قال : وهبتك بكذا بالباء كان بيعًا ابتداء وانتهاء ، هذا إذا كان العوض معينًا ، أما إذا لم يكن معينًا بأن كان مجهولًا يبطل اشتراطه ويصح عقد الهبة ويكون هبة ابتداء وانتهاء . أما إذا كانت الهبة بشرط العوض كأن قال : أهبك بشرط أن تعوضني كذا فهو هبة ، يعتبر فيها شروط الهبة . وحكمه حكم البيع في الرد بالعيب والخيار . راجع اللباب (١٧٧/٢) .

(٧) يرى الإمام أبو حنيفة أن البيع المشروط فيه الخيار لهما ملك المبيع فيه للبائع ، ووافقه في هذا الأصحاب ، وعلى ذلك لو قبضه المشترى وهلك في يده ضمنه قيمًا كان أو مثليًا ، وإن كان مشروطًا للمشترى خرج المبيع من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشترى عند الإمام ويدخل عند الأصحاب في ملك المشترى . راجع اللباب (١٣/٢) ، وللشافعي فيها ثلاثة أقوال : أحدها : ينتقل بالعقد ؛ لأنه عقد معاوضة يوجب الملك فانتقل الملك فيه بنفس العقد كالنكاح وهو مقتضى كلام الأم (٥/٣) . والثاني : أنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار ؛ لأنه لا يملك التصرف إلا بالعقد وانقضاء الخيار . والثالث : أنه موقوف مراعى فإن لم يفسخ العقد تبينا أنه ملك بالعقد وإن فسخ تبينًا أنه لم يملك .. راجع المهذب (٣٤٥/١) .

(٨) سبقت الإشارة إلى أن الأحناف يفرقون بين الفاسد والباطل ، وعلى ذلك فالبيع الفاسد عندهم يترتب عليه ملك المبيع إذا قبضه المشتري بإذن البائع ، فلو باعه صح بيعه ، لأن البيع الفاسد عندهم يمكن تصحيحه ؛ لأن الخلل راجع إلى فساد العوض كبيعه سلعة بثمن هو خمر مثلًا فيمكن تصحيح العقد باستبدال خل بالخمر =

١٧٤٣٢ - احتجوا بأنه عقد يجوز شرط تعجيل العوض فيه ، فوجب أن يقتضي إطلاقه تعجيل العوض كالبيع [(١)] .

١٧٤٣٣ - قلنا : قد يجوز أن يشرط في [(٢)] العقد مالا يقتضيه الإطلاق بدلالة تأجيل الثمن والخيار إذا [(٣)] شرط غير نقد البلد ويبطل ، بالعقد على الجزية فإنه يجوز أن يشرط [(٤)] الإمام تعجيلها ، وإطلاق عقد الذمة [(٥)] لا يقتضي التعجيل .

١٧٤٣٤ - والمعنى في البيع أنه يمكن تسليم المعقود عليه [(٦)] عقيب العقد ، فجاز أن يستحق عوضه بالعقد . والإجارة لا يمكن تسليم المعقود عليه [(٧)] عقيب العقد فلم يجب بدله بالعقد كالعبد الآبق وكربح المضارب .

١٧٤٣٥ - ولأن المبيع لما [(٨)] ملك بالعقد ملك العوض عنه بالعقد ، فلم يسبق ملك أحد العوضين ملك الآخر ، ولما ثبت أن المنافع لا تملك بالعقد لم يملك عوضها إلا حين [(٩)] ملكها حتى يتساوى الملك في العوضين كما يتساوى في المبيع .

١٧٤٣٦ - قالوا : معاوضة لا يملك أحد المتعاقدين فسخها لغير عذر ، فوجب أن يقتضي إطلاقها تعجيل العوض كالنكاح [(١٠)] .

١٧٤٣٧ - قلنا : يبطل بالمساقاة ، فإنه معاوضة لا يملك أحد المتعاقدين فسخها لغير عذر ، فوجب أن يقتضي إطلاقها تعجيل العوض وهو الجزء من الثمرة .

١٧٤٣٨ - ولأن البدل في النكاح أقوى من [(١١)] الثبوت من الأجرة ، بدلالة أن المرأة لو

= أو زيت مثلًا . أما إذا كان العوض دمًا أو ميتة مثلًا فهو باطل ، وعلى ذلك لا يصح العقد . ولا تترتب عليه الآثار . ومع أن الشافعية لا يفرقون بين الفاسد والباطل إلا أنهم فرقوا بينهما في البيع ، فذهبوا إلى ما ذهب إليه الأحناف . راجع اللباب (٢٨/٢) ، التمهيد للأسنوي (٦١) ، المهذب (٥٢٣/١) .

(١) راجع فتح العزيز (١٩٩/١٢) ، الحاوي (١٨١) ، المغني (٤٤٣/٥)

(٢) في (م) ، (ع) : [إن] .

(٣) بالنسخ [وإذا] والواو زيادة لا حاجة لها .

(٤) ساقطة من (ن) ، وفي (م) ، (ع) : [شرط] .

(٥) ساقطة من (ن) .

(٦) ساقطة من (ن) والمعقود عليه المبيع .

(٧) ساقطة من (ن) والمعقود عليه في الإجارة المنفعة .

(٨) في (م) ، (ع) : [البيع لا يملك] وهو خطأ ظاهر .

(٩) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [الأجنبي] وهو خطأ .

(١٠) قال الماوردي : دليلنا هو أن ما لزم من عقود المنافع استحق العوض فيه حالًا كالنكاح . الحاوي (١٨١) وقال ابن قدامة : « عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق . المغني (٤٤٣/٥) .

(١١) كذا بالنسخ ولعل صوابها [في] .

ماتت عقيب العقد فلم يتمكن الزوج من الاستمتاع ووجب البدل [١] . ولو احترقت الدار المستأجره ، أومات العبد لم تستحق الأجرة فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر . ولو طلقها قبل الدخول وجب نصف المهر ، ولو عادت المنافع إلى المؤجر لم [٢] يستحق شيئًا من البدل .

١٧٤٣٩ - والمعنى في النكاح : أن المعنى الذي يستقر به المهر هو وطء واحد [٣] ، وذلك يمكن تسليمه عقيب العقد ؛ فلذلك جاز أن يجب عوضه بالعقد والمعنى الذي تستقر به الأجرة هو استيفاء جميع المنافع [٤] وذلك لا يمكن تسليمه عقيب العقد ؛ فلذلك لم يجب بدله [٥] بالعقـد .

١٧٤٤٠ - قالوا : المنافع بمنزلة العين القائمة [٦] بدلالة جواز العقد عليها مطلقًا ، ولو لم تكن كالعين لم يجز العقد عليها قبل أن تخلق كالثمرة والنتاج قبل أن يخلقا [٧] وإذا كانت كالعين فإذا قبض الدار كانت [٨] المنافع في حكم المقبوضة [٩] له [١٠] ؛ دلالة جواز تصرفه فيها كالإجارة والإعارة ؛ ولو لم تكن كالمقبوضة ما جاز هذا . ولو رجل [١١] أصدق امرأة منفعة دارٍ شهرًا فسلم الدار إليها [١٢] لزمها تسليم نفسها ،

---

(١) أي وجب المهر .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) عبر المصنف عن استقرار المهر بالوطء إيجازًا وإختصارًا ، وتمام ذلك أن المهر يستقر عند الأحناف بواحدة من ثلاث : الخلوة الصحيحة أو الدخول أو الموت قبل الدخول ، ووافق الشافعية الأحناف في استقراره بالوطء وبالموت ، واختلف قولهم في استقراره بالخلوه . ففي القديم : يستقر بها المهر ، وفي الجديد : لا يستقر بها وهو المذهب عندهم . راجع البدائع (٢٩١/٢) ، المهذب (٧٤/٢) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٢٦٥/٥) ، المهذب (٥٢٣/١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [بدلالة] وهو خطأ .

(٦) قال الإمام الشافعي في الأم : ردًا على أن الإجارة تخالف البيوع في أنها واردة على غير عين وأنها إلى مدة « ببيان أنها واردة على منفعة معقولة من عين معروفة فهي كالعين » الأم (٢٥١/٣) . وقال الماوردي : « إنها لو كانت مؤجلة وبالتمكين غير مقبوضة لما جاز لمستأجر الدار أن يؤجرها ، لأن بيع ما لم يقبض باطل ، وفى إجماعهم على جواز إجارتها دليل على حصول قبضها . . والزوجة لا يلزمها التمكين من نفسها إلا بعد قبض صداقها ، ولو كان صداقها سكنى دار تسلمتها لزمها تسليم نفسها ، فلولا حصول قبضها لصداقها ما ألزمت تسليم نفسها كما أن الأجرة لو لم تملك بتسليم الدار والتمكين من السكنى لما جازت المضاربة عليها . الحاوي صـ ١٨٤ . وقال ابن قدامة : « وقولهم : إن المنافع معدومة قلنا هي مقدرة الوجود ؛ لأنها جعلت موردًا للعقد والعقد لا يرد إلا على موجود » المغني (٤٤٣/٥) .

(٧) في (ع) : [يخلق] وهو خطأ .

(٨) في (ن) : [فاتت] وهو خطأ .

(٩) في (م) ، (ع) : [المقبوض] .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [وكل رجل لو] .

(١٢) في (ع) : [فسلم إليها الدار] .

وإذا[١] ثبت أنه كالقابض للمنافع[٢] لزمه تسليم الأجرة .

١٧٤٤١ - الجواب : أما قولهم : إن المنافع بمنزلة الأعيان بدلالة جواز العقد فغلط ؛ لأن المنافع متى[٣] تعيّنت عدمت مع التعين ، فلم يجز العقد عليها ، فكيف يستدل بجواز العقد على أنها في حكم الأعيان ؟ .

١٧٤٤٢ - وهذا المعنى يمنع جواز العقد عليها ، فأما الثمرة والنتاج [فلا يمكن العقد عليها مع عدمها][٤] بل وقف جواز العقد على الوجود ، وأما المنافع : فلا يمكن العقد عليها بعد وجودها[٥] فاضطررنا إلى تصحيح العقد قبل وجودها .

١٧٤٤٣ - فأما قولهم : إن قبض الدار في حكم قبض المنافع ، فلا يصح بدلالة أنها لو صَارت / مقبوضة لتلفت من ضمان المستأجر ، ولكان العيب الحادث فيها لا يوجب[٦] الرد[٧] .

١٩٠/أ

١٧٤٤٤ - وفي علمنا : أن الدار لو احترقت بعد القبض سقطت الأجرة ، ولو دخلها عيب ثبت الفسخ ، ولو غصبها غاصب سقط ضمانها ؛ دل ذلك على أنها ليست في حكم القابض ، وإنما يقبضها إذا وجدت باستيفائه لها .

١٧٤٤٥ - فإن قيل : لو اشترى عبدًا أو قاتلًا فقبضه ، استقر بدله ، وإن سقط عندكم متى قتل في يد المشتري[٨] .

---

(١) في (ن) : [فإذا] . (٢) في (م) ، (ع) : [المنافع] .

(٣) ساقطة من (ن) .

(٤) العبارة بجميع النسخ فيمكن العقد عليهما مع عدمهما . وإثباتها في المتن بالنفي « فلا يمكن » هو الذي يتفق ورأى أبي حنيفة السابق في المساقاة ؛ حيث أبطلها لأنها معاملة على ثمرة معدومة . ويدل عليه كلام المصنف بعده : بل وقف جواز العقد على الوجود ، ومما يدل على صحة ما ذكرت كلام الكاساني في أثناء الحديث عن شروط المعقود عليه في البيع ، ولزوم أن يكون موجودًا فلا ينعقد بيع المعدوم ، وما له خطر العدم كبيع نتاج النتاج بأن قال : بعت ولد ولد هذه الناقة ، وكذا بيع الحمل ؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم ، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم ، وكذا بيع اللبن في الضرع ؛ لأنه على خطر ، لاحتمال انتفاخ الضرع ، وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره . البدائع (١٣٨/٥) .

(٥) لأنها إذا وجدت عدمت بالانتفاع بها .

(٦) في (م) ، (ع) : [إلا موجب] وهو خطأ .

(٧) أجاب الماوردي عن هذا فقال : وأما استدلالهم بأنه لو ملكها ما استرجعت بالانهدام فهو باطل باشتراط التعجيل ، وبالنكاح ، وبالبيع في استرجاع بعض الثمن في أرش العيب فبطل الاستدلال . الحاوي (١٨٧) .

(٨) يجوز عند الأحناف بيع العبد المرتد أو الجاني علم بذلك المولى ، أو لم يعلم ، ولكن يضمنه المولى البائع =

١٧٤٤٦ - قلنا : قتله عندنا بسبب [١] كان عند [٢] البائع يقام [٣] عليه البينات يفسخ قبضه الموجود ، فيزول ضمان الثمن كما يزول الاستحقاق ، وهلاك الدار وغصبها لا يوجب فسخ القبض ومع ذلك يسقط البدل .

١٧٤٤٧ - فدل على أن المنافع لم تصر مقبوضة . [وأما جواز التصرف فيها بغير قبض الدار فليس لأن المنافع مقبوضة] [٤] ، ألا ترى أنه يعقد عليها ، ولم يملكها ؟ كما يعقد المؤجر عليها ولم يملكها وعدم الملك أكثر من عدم القبض ، وإنما وقف تصرفه على قبض الدار

١٧٤٤٨ - لأنه ما لم يقبض تحدث [٥] المنافع في ضمان المؤجر ، فلم يجز أن يملكها المستأجر الثاني عند حدوثها من جهة المستأجر الأول ، وإذا قبض الدار حدثت المنافع على ضمانه ، فجاز أن يملكها المستأجر الثاني بعد دخولها في ضمان المستأجر الأول ، فإذا تزوج امرأة على سكنى فسلم الدار فإنما لزمها تسليم نفسها . لأنها رضيت ببدل مؤجل ، فلم يجز أن تحبس نفسها مع الرضا بالتأجيل [٦]

١٧٤٤٩ - فإن قيل : فكان يجب أن تسلم نفسها قبل [٧] قبض الدار .

١٧٤٥٠ - قلنا : الجزء الأول من المنفعة [٨] قد استحقت [٩] تعجيله [١٠] فوجب أن يسلِّم الدار إليها حتى [١١] لا يفوتها ذلك الجزء المعجل [١٢] .

= بحسب علمه بجنايته ، فإن باعه قبل علمه ، ضمن الأقل من قيمته ومن أرش الجناية ، وإن باعه بعد علمه بها وجب عليه الأرش كاملًا . وللشافعية في العبد القاتل قولان ، وفي المرتد وجهان ؛ فإن قُتَلَ في يد المشتري ففيه وجهان : ينفسخ البيع ويرجع بالثمن ، والثاني : إن علم المشترى لم يرجع بشيء ، وإن لم يعلم رجع بالثمن . راجع البدائع (١٦٥/٥) ، ورؤوس المسائل للزمخشري ص٢٨٧ ، المهذب (٣٨١/١) .

(١) في (م) ، (ع) : [بسبب] .
(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [مقام] .
(٤) ساقط في (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [لحدث] .
(٦) اتفق الأحناف والشافعية على أن المرأة يجوز لها أن تحبس نفسها عن الزوج حتى تقبض المهر ، إن كان المهر مشروطًا تعجيله في العقد ، أو أطلق العقد ذلك قياسًا على جواز حبس البائع السلعة عن المشتري حتى يستوفي ثمنها ، وعلى أنه ليس لها أن تحبس نفسها إذا كان المهر مشروطًا تأخيره في العقد كتلك الصورة التي ذكرها المصنف ، لأنها رضيت بتأخيره . راجع البدائع (٢٨٨/٢) ، البجرمي على الخطيب (٣٧٣/٣) .
(٧) في (ن) : زيادة [ذلك] ولا حاجة لها .
(٨) أي على القول بأنها رضيت بتأخير تسليم نفسها .
(٩) أي على القول بأنها رضيت بتأخير بدلها .
(١٠) في (م) : [استحق] .
(١١) وإنما استحقت تعجيل الجزء الأول بتسليم نفسها .
(١٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

١٧٤٥١ - [قالوا : لو كانت المنافع لا تملك عندنا ولا الأجرة [١] فكلما وجد جزء من المنافع ملكه وقد تعين واستحق [٢] غرمه دينًا ، فيكون في الحقيقة تمليك عين بدين] [٣].

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [الأول] قال في البدائع : ولو كان بعضه - المهر - حالًّا وبعضه مؤجلًا معلومًا فله أن يدخل بها إذا أعطاها الحال بالإجماع . البدائع (٢٨٩/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [والأجرة] .

(٣) العبارة كذا بجميع النسخ ، والظاهر أن النساخ قد خلطوا بين قول الشافعية وجواب المصنف في هذه العبارة ؛ وذلك لأن صدر العبارة يناسب اعتراض الشافعية ، وعجزها يناسب ردّ الأحناف ، كما أن العبارة لم ينص فيها على جواب المصنف . وهو خلاف المعتاد عنه ، ولذا فإننا نرى أن صواب العبارة هو : قالوا : لو كانت المنافع لا تملك عندنا - الأحناف - ولا الأجرة ، فإذا شرط في العقد تأجيل الأجرة ، كان تمليك دين بدين ، وهو منهي عنه ، قلنا : إذا شرط تأجيل الأجرة ، فكلما وجد جزء من المنافع ملكه وقد تعين - أي هذا الجزء - من المنفعة واستحق غرمه دينًا ، فيكون في الحقيقة تمليك عين بدين . يدل على صحة ما ذكرت النصوص التالية للشافعية احتجاجًا ، وللأحناف ردٌّ عليهم . قال المزني في مختصره : يملك المستأجر المنفعة التي في العبد والدار والدابة إلى المدة التي اشترطها حتى يكون أحق بها من مالكها ، ويملك بها صاحبها العوض ؛ فهي منفعة معقولة من عين معلومة ، فهي كالعين المبيعة ، ولو كان حكمها بخلاف العين ؛ كانت في حكم الدين ، ولم يجز أن يكترى بدين ؛ لأنه حينئذ يكون دينا بدين ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن الدين بالدين . مختصر المزني (٨٠/٣) . وقال الماوردي : والمنافع بالتمكين مقبوضة حكمًا وإن لم يكن القبض مستقرًّا لأمور أربعة : أحدها : ما ذكره الشافعي : أنها لو كانت مؤجلة وبالتمكين غير مقبوضة لما جاز تأجيل الأجرة ؛ لأنه يصير دينًا بدين ، وقد ورد النهي عنه ، وفي إجماعهم على جواز تأجيلها - أي الأجرة - دليل على حصول قبضها . الحاوي ١٨٤ . . وقد سبق ذكر الثلاثة الأخرى أثناء المسألة ، وقال الزيلعي مجيبًا : فإن قيل : لو لم تملك المنافع يلزم الافتراق عن دين بدين ، قلنا : لو صح ذلك لزم التقابض في المجلس ، فلما جاز التفرق من غير تقابض لا يكون دينًا بدين فبطل ما قالوا . تبيين الحقائق (١٠٧/٥) .

مسألة (١) ٨٦٥

إجارة الدار كل شهر بكذا

١٧٤٥٢ - قال بعض (٢) أصحابنا : إذا استأجر دارا كل شهر (٣) بدرهم صح العقد في شهر واحد ، وفسد في بقية الشهور (٤) .

---

(١) من المعلوم أن بيان مدة الإجارة شرط في صحتها ، ومن ثم فقد فرع العلماء هذه المسألة ، فاختلفوا فيما إذا انعقدت الإجارة الصيغة التي ذكرها المصنف وتسمى بالمشاهرة ؛ لأنه لم يذكر مدة تنتهي إليها الإجارة .

(٢) ما ذكره المصنف هو رأي أبي حنيفة ، وهو ما صرحت به كتب المذهب ، فكان أولى أن ننسب المسألة إليه! وقد اختلف النقل عن الإمامين محمد وأبي يوسف فعامة الكتب تذكر المسألة على أنها رأي المذهب من غير تفصيل إلا ما تعرض له الكاساني في بدائعه نقلًا عن القدوري رحمه الله حيث قال : أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم ، جاز في شهر عند أبي حنيفة ، وهو الشهر الذي يعقب العقد كما في بيع العين ، فإن قال : بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم ، أنه لا يصح إلا في قفيز واحد عنده ؛ لأن جملة الشهور مجهولة ، فأما الشهر الأول فمعلوم ، وهو الذي يعقب العقد ، وذكر القدوري أن الصحيح من قول أبي يوسف ومحمد : أنه لا يجوز أيضًا ، وفرقا بين الإجارة وبيع العين من حيث إن الإجارة كل شهر بكذا لا نهاية لها ، فلا يكون المعقود عليه معلومًا بخلاف الصبرة ؛ لأنه يمكن معرفة الجملة بالكيل . البدائع (١٨٢/٤) .

(٣) محل النزاع في إجارة الشهور والسنين هي هذه الصورة فقط ، أما لو أجره داره سنة كل شهر بكذا فهو صحيح بالإجماع ، وكذا لو أجره شهرًا كل يوم بكذا ؛ لأن انتهاء المدة معلوم ، وإنما كان الخلاف هنا لأن انتهاء المدة غير معلوم ، وإنما المعلوم فقط هو مقدار أجرة الشهر ، ووجهة نظر المجوزين للإجارة في شهر واحد هي : أن كل إذا دخلت على مالا نهاية له تنصرف إلى واحد . . وقال في اللباب : ومن استأجر دارًا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح شهرًا واحدًا لكونه معلومًا فاسد في بقية الشهور لجهالتها ، والأصل : أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلومًا ؛ فصح العقد فيه ، فإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء مدة العقد الصحيح . اللباب (٩٩/٢) .

(٤) المذهب عند الأحناف هو ما ذكره المصنف من أن العقد صحيح في شهر واحد هو الذي يلي العقد مباشرة . وقد ذكر صاحب التبيين ما يشعر أن هناك من المشايخ من أجاز العقد في الشهر الثاني والثالث ، فقد قال : ولا معنى لقول من قال من المشايخ إن العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس ؛ لأن التعامل المخالف للدليل لا يعتبر . تبيين الحقائق (١٢٢/٥) وسوف يظهر من خلال استعراض آراء المذاهب الأخرى أن هذا الذي رده صاحب التبيين هو مذهب البعض حيث يرون صحة العقد في سائر الشهور .

١٧٤٥٣ - وهو قول الشافعي (١) في الإملاء واختيار الإصطخري (٢) .

١٧٤٥٤ - قالوا : والمذهب أن العقد فاسد (٣) في الجميع (٤) .

١٧٤٥٥ - لَنَا : مَا رُوِىَ أَنَّ عَلِيًّا (٥) ﵁ أَجَّرَ نَفْسَهُ مِنْ يَهُودِيٍّ لِيَسْتَقِيَ لَهُ لِلْمَاءَ كُلَّ دَلْو بِثَمْرَةٍ فَأَخَذَ الثَّمَرَ (٦) وَحَمَلَهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ لِجُوعٍ رَأَى بِهِ (٧) وَلَمْ يُنْكِرْ ذَلِكَ

---

(١) وهو أحد أقوال ثلاثة للمالكية أيضًا ، فهم وإن كانوا قد رجحوا صحة العقد لكن علماء المذهب أختلفوا فيه تفرقوا في تفسيره إلى ثلاثة أقوال : الأول : مثل رأى الأحناف وقول الشافعي في الإملاء بلزوم العقد في الشهر الأول وجواز الفسخ فيما عداه . والثاني : لزوم العقد في أي شهر سكن في بعضه فلا يكون لأحدهما أن يفسخه بالنسبة لهذا الشهر . والثالث : صحة العقد غير أنه عقد جائز لأي من الطرفين فسخه متى شاء ، وتلزم الأجرة بقدر ما سكن سواء في الشهر الأول أو غيره . ووافق القائلين بالصحة الحنابلة في قول لهم أيضًا ، ذكره الخرقي واختاره القاضي ، راجع البدائع (١٨٢/٤) ، المبسوط (١٣٠/١٥) ، اللباب (٩٨/٢) تبيين الحقائق (١٢٢/٥) ، بداية المجتهد (١٧٠/٢) ، المهذب (٥١٨/١) ، فتح العزيز (٣٤٢/١٢) مغني المحتاج (٣٤٠/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٤٦/٥) .

(٢) سبقت ترجمته .

(٣) قال في المذهب : وما عقد على مدة لا يجوز إلا على مدة معلومة الابتداء والانتهاء ، فإن قال : أجرتك هذه الدار كل شهر بدينار فالإجارة باطلة ، وقال في الإملاء : تصح في الشهر الأول وتبطل فيما زاد ؛ لأن الشهر الأول معلوم وما زاد مجهول فصح المعلوم ، وبطل في المجهول كما لو قال : أجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه ، والصحيح هو الأول . المهذب (٥١٩/١) ، وفي فتح العزيز : وإذا قال : أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم من الآن ؛ لم تصح الإجارة ؛ لأنه لم يبين لها مدة ... ثم صرح بالرأي الأول فقال وفي الإملاء : أن تصح في الشهر الأول لأنه معلوم ، والزيادة مجهولة ، وبه قال الإصطخري . فتح العزيز (٣٤٣/١٢) . والراجح في مذهب الشافعية وهو ما عبر عنه المصنف في المهذب : بطلان الإجارة ، وهو قول الحنابلة ، الثاني الذي اختاره أبو بكر وجماعة من الحنابلة . قال ابن قدامة : « وذهب أبو بكر وجماعة من الحنابلة إلى أن العقد باطل لأن العقد على كل الشهور وهي مبهمة مجهولة ، فلم يصح كما لو قال : أجرتك مدة أو عدة أشهر ، ولا يخفي أن هذا هو ما صححه الإمام القدوري عن الإمامين محمد وأبي يوسف في نصه السابق . راجع البدائع (١٨٢/٤) ، المغني (٤٤٦/٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [الجمع] .

(٥) أمير المؤمنين علي بن أبي طالب الهاشمي (أبو الحسن) رابع الخلفاء الراشدين وأحد العشرة المبشرين بالجنة وابن عم رسول الله ﷺ ، وزوج ابنته فاطمة ، وأول الناس إسلامًا بعد خديجة ﵂ . ولي الخلافة بعد مقتل عثمان سنة (٣٥ هـ) - سنة (٤٠ هـ) روى عن النبي - ﷺ ٥٨٦ حديثا . راجع الأعلام (١٠٧/٥) ، تاريخ الطبري (١١٠/٤) ط دار المعارف ، الاستيعاب (٢٦/٣) ، الإصابة (٥٠١/٢) ، تهذيب التهذيب (٣٣٤/٧) ، تهذيب الأسماء (٣٤٤/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الثمرة] . (٧) في (م) ، (ع) : [رابة] .

عَلَيْهِ (١) (٢) .

ولأنه ذكر جزءًا (٣) من الجملة معلومًا (٤) بدلًا معلومًا (٥) وأبعاضها غير مختلفة ؛ فوجب أن يصح العقد في ذلك الجزء إذا كان مما (٦) يصح إفراده به (٧) .

١٧٤٥٦ - أصله : إذا باع صبرة كل قفيز بدرهم (٨) ولأنه سمى أجرة معلومة لمدة معلومة مع جملة مجهولة ؛ فوجب أن يصح في المعلومة . أصله : إذا قال : أجرتك داري كل شهر بدرهم ، وكل شهر بعده بدرهم ، وأما إذا سكن من الشهر الثاني يومًا صح العقد فيه ، ولزم جميع الشهر بالمسمى (٩) .

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) روى ابن ماجه في سننه عن عكرمة عن ابن عباس قال : أَصَابَ نَبِيَّ اللَّهِ خَصَاصَة ، فَبَلَغَ ذَلِكَ عَلِيًّا فَخَرَجَ يَتَلَمَّسَ عَمَلًا يُصِيبُ فِيهِ شيئًا لِيَقِيتَ بِهِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَأَتَى بسْتَانًا لِرَجُلٍ مِنَ الْيَهُودِ ، فاسْتَقَى لَهُ سَبْعَةَ عَشَرَ دَلْوًا كُلُّ دَلْوٍ بِتَمْرَة ، فَخَيَّرَهُ الْيَهُودِيُّ مِنْ ثَمْرِه سَبْعَ عَشْرَةَ عَجْوَة ، فَجَاءَ بِهَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ - راجع سنن ابن ماجه . باب الرجل يستقى كل دلو بتمرة (٨١٨/٢) رقم (٢٤٤٦) ، تلخيص الحبير (٦١/٣) .

(٣) في (ص) : [جزء] وهو خطأ .

(٤) في (ص) : [معلوم] وهو خطأ أيضًا .

(٥) نظنها زائدة .

(٦) في (م) ، (ع) : [ما] .

(٧) ساقطة من (ن) .

(٨) هذا الأصل محل خلاف عند الأحناف ؛ حيث جوزه الإمام في القفيز الأول فقط وبنى عليه هذه المسألة بينما صححه الأصحاب في الجميع ، قال في تبيين الحقائق وهو في معرض التدليل على رأى المذهب في هذه المسألة : كما إذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم ، فإنه يجوز في قفيز واحد ، فكذا هذا ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر ؛ لأنه سوى بين البابين أي إجارة كل شهر بكذا وبيع كل قفيز بكذا ، وهما - محمد وأبو يوسف - وافقاه في الشهور وأجازا العقد في الكل في الصبرة . تبيين الحقائق (١٢٢/٥) ، والشافعية يصححون العقد في الجميع ، لو قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم ، واختلفوا في قوله : بعتك من هذه الصبرة كل صاع بدرهم ، فصححه ابن سريج في صاع واحد ، وأبطله غيره في الجميع ، وسوى البعض بين الصورتين في الصحة . فتح العزيز (٣٤٥/١٢) . وإن كان هذا هو رأى الشافعية في مسائل الصبرة إلا أنهم فرقوا بينها وبين هذه المسألة للجهالة في العقد على الشهور بخلاف الصبرة فهي تنحصر بالكيل . راجع الحاوي (٢٦٢) .

(٩) هذا لأن العقد عند الأحناف بالنسبة الشهر الثاني يلزم بالتلبس أي بالدخول فيه ، أما قبله فلكل منهما الفسخ ، فإذا دخل فيه وسكن يومًا أو يومين وفقد أصبح لازمًا كالشهر الأول . قال في التبيين : وكل شهر سكن أوله ساعة صح فيه لأنه صار معلومًا ، فتم العقد فيه ، فلا يكون لأحدهما الامتناع عن المضي ، وهذا قول بعض المشايخ ، وهو القياس ، وفي ظاهر الرواية : لكل واحد منهما الخيار في الليلة الأولى من الشهر ويومها ، وبه يفتي ؛ لأن في اعتبار الساعة حرجًا عظيمًا . تبيين الحقائق (١٢٢/٥) .

١٧٤٥٧ - وقالوا : يجب فيه أجر المثل [(١)] وإن صححنا العقد في الشهر الأول .

١٧٤٥٨ - لنا : أَنَّ عَلِيًّا ﷺ اسْتَوْفَى الْمُسَمَّى فِي الدَّلْوِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ وَلَمْ يُنْكِرِ النَّبِيُّ ﷺ عَلَيْه [(٢)] ، ولأنها ما [(٣)] تناولها العقد وأفردها بالتسمية ، فاستيفاء المنفعة فيها توجب التسمية كالشهر الأول .

١٧٤٥٩ - احتجوا : بأن المدة التي تناولها العقد مجهولة ، فكان العقد باطلًا كما لو [(٤)] قال : أجرتك مدة معشرة [(٥)] .

١٧٤٦٠ - قلنا : وهناك [(٦)] كل [(٧)] جزء من المدة لو أفرده لم يصح العقد فيه لجهالة بدله .

وههنا : لو أفرد الشهر الواحد [صح ، فإذا ضم إليه جملة مجهولة صح كما لو قال : أجرتك شهرًا بدرهم ، وكل شهر بدرهم .

١٧٤٦١ - قالوا : الشهر الواحد] [(٨)] معلوم إلا أنه ضم إليه جملة مجهولة ، فهو كقوله : بعتك هذا العبد بدرهم ، وكل عبد لي كل [(٩)] عبد بدرهم .

١٧٤٦٢ - قلنا : يبطل بما قال الشافعي : رَحِمَهُ اللَّهُ ، ولو أكرى حملًا بمكيلة ، وما زاد فبحسابه ، فهو في المكيلة جائز وفي الزيادة فاسد [(١٠)] وإن كان قد ضم جملة مجهولة إلى قدر معلوم .

١٧٤٦٣ - ثم عندنا : إذا جمع بين الصحيح والفاسد في غير المعقود عليه ؛ صح في الصحيح ، وبطل في الفاسد ؛ فلم يسلم ما قالوا [(١١)] .

* * *

---

(١) قال الماوردي : لا يخلو أن تصح الإجارة فلا يكون له فسخها من غير عذر ، أو تبطل فلا يخلو أن يقيم عليها مع العذر ، ويلزم أجرة المثل إن سكن دون المسمى . الحاوي (٢٦٣) . ويقصد أن له أجرة المثل في حالة سكنه وليس الأجر المتفق عليه .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ص) ، (م) ، (ع) .

(٣) كذا بالنسخ ولعلها [مما] .

(٤) ساقطة من (ن) .

(٥) راجع المهذب (٥١٩/١) ، الحاوي ص (٢٦١) .

(٦) أي في قوله أجرتك مده .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [وكل] .

(١٠) قاله الشافعي وقد سبق ذكره ، وراجعه في مختصر المزني (٨٨/٣) ، والحاوي ص (٣٧٥) .

(١١) في (ع) : [نسلم قالوا] .

مسألة ٨٦٦

انفساخ الإجارة بالموت

١٧٤٦٤ - قال أصحابنا : الإجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين [١] .

١٧٤٦٥ - وقال الشافعي : لا تنفسخ بموت [٢] أحدهما ، وإذا ورث المستأجر وحده ففيه [٣] وجهان [٤] . [وإذا باع العين المستأجرة من المستأجر ففيه وجهان] [٥] .

١٧٤٦٦ - قالوا : الصحيح فيهما أن الإجارة باقية .

١٧٤٦٧ - لنا : قوله ﷺ : « إِذَا مَاتَ المَرءُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلاَّ مِنْ إِحْدَى ثَلاَثٍ » [٦] .

١٧٤٦٨ - ظاهره يقتضي أن عقوده كلها [٧] تبطل بموته [٨] إلا ما دل عليه دليل ،

---

(١) راجع المبسوط (١٥٣/١٥) ، واللباب (١٠٥/٢) ، البدائع (٢٢/٤) .

(٢) في (م) ، (ع) :] في موت [. قال المزني : ولا تنفسخ بموت أحدهما إن كانت الدار قائمة . راجع : مختصر المزني (٨١/٣) الأم (٢٥٥/٣) المهذب (٥٣٣/١) الحاوي صـ٢٨ ، فتح العزيز (١٧٨/٣) مغني المحتاج (٣٥٦/٢) وبقول الشافعي قال مالك وأحمد وإسحاق . راجع بداية المجتهد (١٧٣/٢) كشاف القناع (٥٦٧/٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فيها] .

(٤) أفرد الشافعية هذه الصورة بمسألة خاصة بها وكلامهم فيها يخالف ما ذكره المصنف هنا . قال الماوردي : وإذا استأجر رجل من أبيه دارًا سنة ودفع إليه الأجرة ثم مات الأب المؤجر ، نظر ، فإن لم يكن له غير هذا الابن المستأجر فقط سقط حكم الإجارة لأنه صار مالكًا للدار ، والمنفعة إرثًا فامتنع بقاء عقده على المنفعة كما لو تزوج أمته ثم ورثها بطل نكاحها . . فلو كان للأب ابن آخر انفسخت الإجارة في نصف الدار ، وهو حصة المستأجر ، ولزمت في حصة الابن الآخر ، ورجع المستأجر منهما بنصف الأجرة في تركة أبيه ؛ لأنها صارت دينًا عليه . راجع الحاوي صـ ٢٢٤ وما ذكره المصنف لم نعثر على أحد قال به من الشافعية ، ولا وجه له ؛ إذ لا معنى لبقاء الإجارة بعد أن ملك العين والمنفعة : ولمن يدفع الأجرة إذا لم يكن وارث غيره ؟.

(٥) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ع) . ومسألة بيع العين المؤجرة من المستأجر تأتي بعد .

(٦) من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ وتمامه : « صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ » راجع الأدب المفرد للبخاري صـ ٣٠ ، « مسلم كتاب الوصية » باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته (١٢٥٥/٣) ، سنن الترمذي (٦٦٠/٣) رقم ١٣٧٦ ، سنن أبي داود باب ما جاء في الصدقة على الميت (٣٠٠/٣) رقم (٢٨٨٠) ، تلخيص الحبير - الوقف (٧٨/٣) رقم (١٣١١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [عقودها] وهو خطأ .

(٨) ربما كان المراد من الحديث انقطاع إنشاء العقود بالموت وليس أثرها ؛ إذ المعلوم أن عقد الإجارة وقع في =

ولأنه عقد يقصد به المنفعة حال الحياة ، فوجب أن لا يبقى بعد موت من عقد له ووجب [١] أن يرتفع إذا مات من عقد له . أصله [٢] : النكاح .

١٧٤٦٩ - ولا يلزم الوصية بالمنافع ؛ لأنها ترتفع بموت الموصى له ، فأما موت الموصى فيوجد قبل وقوع العقد فلا يؤثر فيه .

١٧٤٧٠ - ولا يلزم إذا زوَّج أمته ثم مات ؛ لأن العقد يقع لها ، بدلالة أن مقاصد النكاح التي تثبت للزوجة تثبت لها ، وإنما يستحق المقر له المهر وليس هو من مقاصده ، ولأنه ينتقل إليها ثم يملكه الولي من جهته كما يملك أكسابه [٣] .

١٧٤٧١ - ولا يلزم إذا مات المؤجر وفي الأرض زرع [٤] ؛ لأن العقد ارتفع ، وإنما يبقى حكمه ، وتبقية الزرع بالمسمى لا يدل على بقاء العقد ، لكن التسمية صحت في المنافع ابتداء ، فإذا استوفيت على وجه مأذون ؛ تثبت [٥] التسمية .

١٧٤٧٢ - فإن قيل : النكاح لا يرتفع بالموت ، لكن مضت المدة المعقود عليها ؛ لأن النكاح يتوقت بالحياة .

١٧٤٧٣ - قلنا : النكاح لا يتوقت [٦] وإنما يتأبد فما حدث [٧] مما يقطع التأبيد .

١٧٤٧٤ - لا يقال [٨] . إن العقد انتهى بوجوده كما لو هلك المبيع قبل القبض ، ولا يقال : إن البيع كان مؤقتًا بذلك .

= حال الحياة ، والانتفاع بمنفعة المؤجر هو أثر العقد المترتب عليه ، ولم يقل أحد بأن أثر العقد الصحيح يبطل بالموت . والدليل على ذلك : عقد البيع والهبة وغيرهما من العقود ، فإنَّ أثر العقد فيهما يظل بعد موت أحد المتعاقدين ولا يتأثر بالموت .

(١) في (ن) : [أو موجب] .

(٢) في (م) ، (ع) : [إصلاح] وهو خطأ .

(٣) في (م) : [اكتسابه] .

(٤) قال في البدائع : ولو مات أحد من وقع له عقد الإجارة قبل انقضاء المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد يترك ذلك في الأرض إلى أن يستحصد ، ويكون على المستأجر وعلي ورثته ما سمى من الأجر ؛ لأن في الحكم بالانفساخ وقلع الزرع ضررا بالمستأجر ، وفى الإبقاء من غير عوض ضرر بالوارث ، ويمكن توفير الحقين من غير ضرر بإبقاء الزرع إلى أن يستحصد بالأجر ، فيجب القول به ، وإنما وجب المسمى استحسانًا ، والقياس أن يجب أجر المثل لأن العقد انفسخ حقيقة بالموت ، وإنما بقيناه حكمًا فأشبه العقد . راجع البدائع (٢٢٣/٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يتوقت بالنكاح] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فما حذف] وهو خطأ .

(٨) في (ص) ، (ن) : [ولا يقال] .

١٧٤٧٥ - يبين هذا أن المبيع كان يجوز أن يبقى فيكون العقد بحاله ، وكذلك كان يجوز أن لا يموت الزوج فيبقى النكاح بحاله .

١٧٤٧٦ - فإن قيل : إذا مات الزوج فالاستباحة (١) لا تنتقل إلى الورثة ولا يجوز أن ينتقل الملك فيها حال حياته ، ولا يجوز أن يستوفى له بالنيابة (٢) وإن ماتت المرأة تلف المعقود عليه (٣) فهو كتلف العبد المستأجر .

١٧٤٧٧ - [قلنا : والمنافع في الإجارة ينتقل الملك من جهة المستأجر لها] (٤) لأنه يتملك المنافع حالًا (٥) فحالًا (٦) فيملكها المستأجر من جهته ، فإذا مات ؛ لم يجز أن يتملك بعد الموت فلم يصح أن يتملكها الوارث من جهته ، فساوت الإجارة النكاح بعد الموت وإن اختلفا (٧) في حال الحياة .

١٧٤٧٨ - فإن قيل : الزوج معقود عليه [فبطل العقد بموته .

١٧٤٧٩ - قلنا : المعقود عليه (٨)] من جهة الزوج : المهر ، والزوج معقود له كما أن المستأجر يعقد (٩) على الأجرة وهو معقود له .

١٧٤٨٠ - فإن قيل : المعنى في النكاح أنه غير لازم من جهة الزوج ؛ فلذلك انفسخ بالموت .

١٧٤٨١ - قلنا : الرهن (١٠) غير لازم من جهة المرتهن ، ولا يبطل بموته ولا بموت

---

(١) في (م) ، (ع) : [بالاستباحة] وهو خطأ .

(٢) في (م) ، (ع) : [بالبناء] وهو خطأ .

(٣) وهو استباحة البضع . (٤) ساقط من (ن) .

(٥) هذا على رأي الأحناف ، فهم يرون أن عقد الإجارة بمثابة عقود متفرقة .

(٦) في (ن) : [فحال] وهو خطأ .

(٧) في (م) ، (ع) : [اختلف] وهو خطأ لأن الضمير عائد على الإجارة والنكاح .

(٨) ساقط من (ن) . (٩) في (م) ، (ع) : [يعتقد] .

(١٠) الرهن لغة : الدوام والثبوت والحبس قال تعالى : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ سورة المدثر : ٣٨ ، أي مرهونة بمعنى محبوسة ، ويطلق الرهن لغة على العقد ، وعلى الشيء المرهون من باب إطلاق المصدر وإرادة المفعول وجمعه رهان ، ورهن ورهون . راجع مختار الصحاح « رهن » ٢٨١ ، القاموس المحيط باب النون فصل الراء (٢٣٣/٤ ، ٢٣٤) . وشرعًا : اختلف الفقهاء في تعريف الرهن تبعًا لاختلافهم في شروطه وما يصح به . فعند الأحناف : هو جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون . وعند الشافعية : جعل عين متمولة وثيقة بدين ليستوفى منها عند تعذر وفائه ، وعلى هذا فيكون الدائن وهو المرتهن والمدين وهو الراهن ، والرهن عقد له طرفان : طرف لازم ، وطرف جائز . فهو لازم في حق الراهن إذا قبضه المرتهن وجائز في حق المرتهن بمعنى أنه يجوز له أن يفسخ العقد من جهته إذا شاء ، لأنه قبض الرهن توثيقا لدينه =

الراهن [١] .

١٧٤٨٢ - ولأنه يقبل التوقيت فمطلقه يقع على حال الحياة كالوكالة والعارية .

١٧٤٨٣ - فإن قيل [٢] : المعنى في الوكالة أنها عقد جائز من الطرفين ، وليس كذلك الإجارة لأنها لازمة من الطرفين .

١٧٤٨٤ - قلنا : الرهن لازم من جهة الراهن غير لازم من جهة المرتهن ، ولا يبطل بموت من ليس بلازم من جهته ، كما لا يبطل بموت من هو لازم من جهته ، فسقط اعتبار اللزوم في الفسخ .

١٧٤٨٥ - ولأنه عقد يوجب [٣] التصرف في العين من غير انتقال ملكها ؛ فوجب أن ينقطع بموت المعقود له ؛ كالشركة والمضاربة والوكالة والعارية والنكاح [٤] وعكسه البيع . ولأنه معنى [٥] ينقضي بانقضاء المدة ، فوجب أن ينقطع بموت المستحق ،

= فإن وثق بذمة المدين كان له أن يسقط هذا الحق الذي جاء الرهن توثيقا له بل له أن يسقط الدين نفسه ، فكذا الرهن . وليس للراهن ذلك لأن ذمته مشغولة بدين المرتهن والرهن وثيقة لذلك . راجع المبسوط (٦٣/٢١) ، المهذب (٤٠٥/١) .

(١) هذا هو رأي الأحناف ، لكن الشافعية اختلفوا في فسخ الرهن بالموت ، فمنهم من قال في المسألة قولان : أحدهما : ينفسخ بموتهما ، لأنه عقد لا يلزم بحال فانفسخ بموت العاقد كالشركة والوكالة ، والثاني : لا ينفسخ ، لأنه عقد يؤول إلى اللزوم كالبيع في مدة الخيار ، ومنهم من قال : يبطل بموت الراهن دون المرتهن ، ومنهم من قال : لا يبطل بموت واحد منهما . راجع المهذب (٤٠٥/١) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) . (٣) في (م) ، (ع) : [موجب] .

(٤) قال الماوردي : رادًّا هذا القياس : « وأما الجواب عن قياسه على النكاح والمضاربة فمع انتقاضه بالوقف فهو إن رده إلى النكاح فالنكاح لم يبطل بالموت وإنما انقضت مدته بالموت ، فصار كانقضاء مدة الإجارة - وقد سبق رد المصنف عن مثل هذا الاعتراض - وإن رده إلى المضاربة والوكالة فالمعنى فيهما عدم لزومهما في حال الحياة وجواز فسخهما بغير عذر ، وليست الإجارة كذلك للزومها في حال الحياة . راجع الحاوي (٢١٦) .
وقال الشيرازي : قالوا : عقد على المنفعة فانفسخ بموت المعقود له كالنكاح والعارية والقراض ، قلنا : يبطل إذا زوج أمته ثم مات ، ثم إن النكاح لا يبطل بموت الزوجين بل ينتهي بالموت ؛ لأنه معقود إلى الموت ، فهو كالإجارة إذا انتهت ، ولذا يتعلق به الميراث والعدة وجواز الغُسْل ، ثم الزوجان معقود عليهما ؛ ولهذا يجب تعيينهما ، فوزانه من الإجارة أن يؤجر نفسه ثم يموت ، والعاقد ههنا غير معقود عليه ، فوزانه من النكاح أن يزوج أمته ثم يموت ، وأما العارية : فهي إباحة ، ولهذا لا يملك المستعير أخذ العوض عنه ، فهو كالطعام إذا أبيح له ، وهذا تمليك ، ولهذا يملك المستأجر أخذ العوض عنه ؛ فهو كالطعام المشترى ، ثم المعنى في العارية والقراض أنهما من العقود الجائزة وهذا من العقود اللازمة ؛ فهو كالبيع » النكت ورقة ١٦٧ب .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

ولأن ملك المؤجر زال عما أجره ، فلم يجز استيفاء المنافع بحكم عقده [١] أصله : إذا أجره [٢] داره في أول رجب ثم مات في [٣] أول شعبان .

١٧٤٨٦ – احتجوا : بأنه عقد معاوضة محضة ليس لأحد المتعاقدين فسخه بغير عذر ، فوجب أن لا ينفسخ بالوفاة . [أصله : البيع ، ولأنه عقد يملك به ما يملك نقله إلى غيره ؛ فوجب أن لا ينفسخ بالوفاة [٤]] . أصله : البيع .

١٧٤٨٧ – قلنا : يبطل إذا مات العبد المستأْجَر [٥] .

١٧٤٨٨ – قالوا : لا يبطل العقد بموته [٦] لكن بتلف [٧] المعقود عليه [٨] بدلالة أنه [٩] لو استأجر للخياطة فقطعت يده بطل العقد .

١٧٤٨٩ – قلنا : وكذلك نفعل : إن الإجارة لا تنفسخ بالموت ، وإنما تنفسخ بانتقال الملك في العين المستأجرة ، بدلالة أن المؤجر لو باعها يرضي المستأجر بطل العقد أيضًا .

١٧٤٩٠ – ثم المعنى في البيع أنه عقد على عين [١٠] والأعيان تورث ، والإجارة عقد على منفعة والمنافع لا تورث .

١٧٤٩١ – يدل على ذلك : أن من أوصى بجاريته لواحد وبحملها لآخر [١١] فمات الموصى / ورد الموصى [١٢] له بحمل [١٣] الوصية كان الحمل للورثة ، والجارية للموصى له ١٩٨

---

(١) في (م) : [عقد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [أجر] .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٤) ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) أي إذا مات العبد المستأجر للخدمة بطلت الإجارة ، والحق أن هناك فارق بين موت العبد هنا وبين موت أحد العاقدين ؛ لأن العبد هنا معقود على منافعه ، فهو بمثابة الدار المؤجرة إذا انهدمت ، وهذا عيب تفسخ به الإجارة باتفاق خلافًا لموت أحد العاقدين فالعين والمنفعة كلاهما لا خلل به .
(٦) راجع مغني المحتاج (٢ / ٣٥٦) ، المهذب (١ / ٥٣٣) ، الحاوي ص (٢١٢) .
(٧) « تلف » بالنسخ وصوابها ما أثبتناه : [بتلف] .
(٨) قاله الماوردي ردًا على قول المصنف : يبطل إذا مات العبد المسَتأْجَر ، فقال : « فإن قيل ينقضه بموت من أجر نفسه لم يصح ؛ لأن العقد إنما يبطل بتلف المعقود عليه لا بموت العاقد ، ألا تراه لو كان حيًا فمرض بطلت الإجارة ، وإن كان العاقد حيا . الحاوي صـ (٢١٢) .
(٩) ساقط من : (ن) .
(١٠) في (ن) : [غير] .
(١١) في (ن) ، (م) ، (ع) : [وتحملها الآخر] وهو خطأ .
(١٢) في (م) ، (ع) : [للموصى] .
(١٣) كذا في (ص) ، (ن) وفي (م) ، (ع) : [لها يحمل] وأعتقد أن كلاهما خطأ والصواب [بحملها] .

برقبتها . ولو أوصى لرجل بجاريته وبخدمتها لآخر فمات الموصِي وردَّ الموصىَ له بالخدمة [١] الوصية كانت المنافع للموصىَ له بالرقبة . ولو كانت المنافع تورث كما أن العين تورث لاستحق [٢] الورثة الخدمة كما استحقوا الحمل [٣] ، أو نقول : المعنى في البيع : أن العقد لا ينفسخ فيه بتلف المعقود عليه بعد القبض [٤] فلم نسلم أنه [٥] ينفسخ بالموت ، والإجارة تنفسخ بتلف المعقود عليه بعد قبض العين المستأجرة ، فكذلك انفسخ بالموت [٦] .

١٧٤٩٢ - قالوا : عقد على منفعة ليس له فسخه من غير عذر ، فوجب أن لا ينفسخ بوفاته . أصله : النكاح [٧] .

١٧٤٩٣ - قلنا : يبطل إذا زوج أمته من وارثه فمات المولى وورثها [٨] الزوج .

١٧٤٩٤ - فإن قالوا [٩] : لا نفسخ النكاح بموت المولى لكن بملك الزوج لها .

١٧٤٩٥ - قلنا : كذلك نقول في الإجارة إنها لا تبطل بالموت ، وإنما تبطل بانتقال الملك في الرقبة على ما قررنا . والمعنى في النكاح : أنه أجرى مجرى العقد على العين ، ولهذا لا يقبل التوقيت ، والأعيان لا يبطل العقد [١٠] عليها بالموت ، والإجارة عقد على المنافع ، والعقود المختصة بالمنافع تبطل بالموت كالعارية .

١٧٤٩٦ - ولأن عقد النكاح يقع للأمة ، بدلالة أن مقاصد المرأة من النكاح تحصل لها وتعتق [١١] فلا يبطل العقد مع زوال ملك المولى ، والمهر إنما يملكه المولى من جملتها ، فلما وقع العقد لها لم يبطل بموت العاقد كما لا تبطل الإجارة بموت الوكيل ،

---

(١) في (ن) : [الخدمة] .
(٢) في (م) ، (ع) : [لاستحق] .
(٣) راجع المبسوط (١٥٤/١٥) . وجاء في نهاية المحتاج ما يشير إلى أن المنافع تعود للورثة أيضًا لا إلى مالك الرقبة . قال : والمتجه فيما لو أوصى بمنفعة عبد لزيد وبرقبته لآخر فرد زيد الوصية رجوع المنافع للورثة . « نهاية المحتاج (٣٢٨/٥) .
(٤) في (م) ، (ع) : [قبل قبض] وهو خطأ .
(٥) ساقطة من (ن) .
(٦) أجاب الماوردي على هذا القياس قائلًا : وأما الجواب عن قياسه على انهدام الدار وهو معنى كلام المصنف هنا أن الإجارة تنفسخ بتلف المعقود عليه بعد قبض العين ، فهو أن المعنى فيه فوات المعقود عليه ، قبل قبضه . الحاوي صـ ٢١٦ . ويقصد الإمام الماوردي بذلك أنه لما انهدمت الدار تعذر استيفاء المنفعة المعقود عليها لهلاك العين ، ومن المعلوم أن المعقود عليه في الإجارة إنما هو المنفعة لا العين خلافًا للبيع ، فإن المعقود عليه هو المبيع .
(٧) قال الماوردي في الحاوي : عقد لازم على منافع ملكه فلم يبطل بموته كالنكاح على أمته . انظر الحاوي (٢١٣) .
(٨) في (م) ، (ع) : [ورثها] .
(٩) في (م) ، (ع) : [قلنا] وهو خطأ .
(١٠) في (ن) : [في العقد] .
(١١) في (ن) : [ويعتق] وهو خطأ .

وليس كذلك الإجارة ؛ لأنها وقعت للمولى ، وعقود المنافع تبطل بموت من وقع له العقد كالعارية والمضاربة [١] .

١٧٤٩٧ - قالوا : عقد على منفعة عين ليس له فسخه [٢] من غير عذر ، فوجب أن لا ينفسخ بوفاته . أصله : الناظر [٣] في الوقف إذا أجره ثم مات [٤] .

١٧٤٩٨ - قلنا : العقد لم يقع للمولى وإنما وقع لغيره فلا يبطل بموت من لم يقع العقد [٥] له [٦] ، والعقد على المنفعة يبطل بموت من عقد له كالعارية .

١٧٤٩٩ - قالوا : عقد لازم على ما يجري فيه الإرث ، فوجب أن لا يبطل بموت العاقد وينتقل المعقود عليه إلى الوارث [٧] . أصله : البيع .

١٧٥٠٠ - قلنا : لا نسلم أنه لازم ؛ لأنه يفسخ عندنا بغير عذر ، وهذا يمنع اللزوم[٨] ، ولا نسلم أن العقد وقع على ما يجري فيه الإرث ؛ لأن المنافع لا تورث عندنا ، وقد بيّنا ذلك [٩] والمعنى في البيع أنه يقع على الأعيان ، والأعيان تنتقل بالعقد وبالموت . والإجارة تقع على المنافع وهي لا تنتقل بالموت ؛ بدلالة أن سبب ملكها لابد أن يضاف إلى أوقات حدوثها في المستقبل ، فإذا سمى شهرًا ملك ذلك الشهر ، والميراث ينتقل بالموت وبالموت لا يجوز أن يضيف الملك إلى أوقات مستقبلة ، وإنما

---

(١) قال الشيرازي : وأما العارية : فهي إباحة ، لهذا لا يملك المستعير أخذ العوض عنه ، كالطعام إذا أبيح له فلا يكون له تمليكه ، لكن يملك المستأجر أخذ العوض عنه فهو كالطعام المشترى ، ثم المعنى في العارية والقراض أنها من العقود الجائزة ، وهذا من العقود اللازمة ؛ فهو البيع . النكت ورقة ١٦٦ .

(٢) في (م) ، (ع) : [نفعه] وهو خطأ .

(٣) في (ن) ، (م) ، (ن) : [النظر] وهو خطأ وناظر الوقف هو القائم على أمره .

(٤) قال الماوردي : إنه عقد إجارة يمكن استيفاء المنفعة فيه ، فوجب ألا يبطل بموت المؤجر كالوقف . انظر الحاوي صـ ٢١٥ .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) « له » غير موجودة بالنسخ ، وقد زدناها فتكون العبارة فلا يبطل بموت من لم يقع العقد له .

(٧) راجع مغني المحتاج (٣٥٦/٢) ، الحاوي (٢١٣) .

(٨) هذا يخالف ما عليه مذهب الأحناف ؛ فإن عقد الإجارة عندهم عقد لازم ليس لأحد العاقدين فسخه من غير عذر ، والذي قال بأن العقد فيها جائز هو شريح ، قال في الأصل : عن شريح من استأجر بيتًا فمتى ألقى مفاتيحه إلى صاحبه فهو بريء من الإجارة ، وقال أبو حنيفة : ليس له ذلك إلا من عذر .. راجع الأصل لمحمد بن الحسن مخطوط بدار الكتب المصرية رقم ٣٤ ميكرو فيلم رقم ٣٦٥٩١ ورقة ٣٧ .

(٩) يقصد بذلك قوله السابق : إذا أوصى بعبده لفلان وبخدمته لآخر فرد الموصى له بالخدمة الوصية ملكها الموصى له بالرقبة وليس الورثة ؛ لأن المنافع لا تورث .

يصح ذلك في العقود [١] فلهذا لا تنتقل المنافع بالموت ، وأما الأعيان : فسبب ملكها لا يجب إضافته إلى [٢] وقت مستقبل فصح أن يملك بالموت .

١٧٥٠١ - قالوا : حق المرتهن يتعلق بعين الرهن ويستوفى الحقَ من ثمنه ، ولا يزول ملك المالك عن رقبته ، كما أن حق المستأجر يتعلق برقبه الدار يستوفي حقه فيها ولا يزول ملك المُكْرِي عن رقبتها ثم [٣] لم ينفسخ الرهن بموت الراهن [٤] كذلك الإجارة [٥] .

١٧٥٠٢ - قلنا : عقد الرهن في حكم العقد على الأعيان بدلالة أنه لا يقبل التوقيت [٦] ويصح مع الإبهام ، وعقود الأعيان [لا [٧]] تبطل بالموت ، والإجارة عقد على المنفعة بدلالة قبوله [٨] للتوقيت فبطل بالموت كالعارية .

١٧٥٠٣ - ولأن الرهن يعقد لقضاء الدين ؛ فإن مات الراهن [فقضى الدين واحد] [٩] عن وارثه ، فلم يبطل عقد القضاء بموته ، فأما الإجارة فتنعقد لاستيفاء المنافع ، والموت يؤثر [١٠] في عقود المنافع بدلالة ما قدمنا .

١٧٥٠٤ - قالوا : المنافع تملك بالوصية ، وما ملك بالوصية ملك بالميراث كالأعيان [١١] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [المعقود] . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (ن) . (٤) في (ن) : المراهن وهو خطأ .

(٥) قال الماوردي : « ولأن منافع الأعيان مع بقاء ملكها قد تستحق بالرهن تارة وبالإجارة أخرى ، فلما كان ما تستحق منفعة ارتهانه إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان رهنه ؛ وجب أن يكون ما استحقت منفعته بالإجارة إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان إجارته . وقد استدل الشافعي بهذا في الأم أيضًا . راجع : الأم (٢٥٥/٢) .

(٦) قال في البدائع وهو يعدد شرائط الرهن : وأما الذي يرجع إلى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقًا بشرط ، ولا مضافًا إلى وقت ؛ لأن في الرهن والارتهان معنى الإيفاء والاستيفاء ، فيشبه البيع ، وأنه لا يحتمل التعليق بشرط الإضافة إلى وقت كذا . البدائع (١٣٥/٦) .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) . (٨) ساقط من (ن) .

(٩) كذا بالنسخ ولعل صوابها [فقضاء الدين واجب] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [مؤثر] .

(١١) جاء في الأم : الرجل يوصي للرجل برقبة داره ، ولآخرأنْ ينزلها في كل سنة عشرة أيام ، ثم يموت الموصَى له برقبة الدار ، فيملك وارثه الدار ، فإن أراد منع الموصَى له بالنزول قيل : ليس ذلك لك ، أنت للدار مالك ، ولهذا شرط في النزول ، ولا تملك عن أبيك إلا ما كان يملك ، ولا يكون لك فيها أكثر مما كان له . راجع الأم (٢٥٦/٣) .

١٧٥٠٥ - قلنا [١] : الثمرة [٢] المعدومة تملك بالوصية ، ولا يجوز أن تملك الثمرة المعدومة بالميراث .

١٧٥٠٦ - ولأن الوصية عقد بيع بعد الموت ، والملك في الرقبة ينتقل بالموت ؛ فيستحق المنفعة ابتداء مع حصول الرقبة للوارث [٣] فلذلك لم يؤثر في هلاكها موت الموصِي ، والمنفعة في الإجارة عقدت على ملك المؤَجِّر ؛ فموته يؤثر فيها .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [كالثمرة] .

(٣) في (ن) : [الوارث] .

مسألة ٨٦٧

مدة الإجارة

١٧٥٠٧ - قال أصحابنا : تجوز الإجارة أكثر من سنة [١] .

١٧٥٠٨ - وقال الشافعي في أحد أقواله : لا تجوز أكثر من سنة . و [٢] ما زاد على السنة ، قالوا: فيه قولان : أحدهما : تجوز ما شاء ، والآخر : لا [٣] تجوز أكثر من ثلاثين سنة [٤] .

١٧٥٠٩ - وأما إذا [٥] أجر الشيء مدة لا يبقى إليها ، مثل : أن يؤجر عبده على [٦] مائتي سنة ؛ فلا يجوز عندهم قولًا واحدًا [٧] .

(١) وافق الأحناف جمهور الفقهاء عدا الشافعي . راجع البدائع (١٨١/٤) ، الهداية (٧/٨) ، بداية المجتهد لابن رشد (١٧١/٢) ط دار الفكر ، الشرح الصغير (٣٠٧/٣) ط المعاهد الأزهرية ، المغني (٥/ ٤٣٧) .

(٢) ساقط من (ن) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) يتفق المصنف هنا مع صاحب الحاوي الذي ردَّ الأقوال في الزائد على السنة إلى قولين . أحدهما : لا يجوز أكثر منها : والثاني : يجوز ، ثم جعل ما اعتبرته عامة كتب الشافعية قولين تفسيرًا للجواز ، وهما : ما شاء ، والآخر : ثلاثين سنة . قال الماوردي : وللشافعي فيما زاد على السنة قولين . أحدهما : لا تجوز أكثر من سنة .. والثاني : وهو أصح القولين أن الإجارة تجوز أكثر من سنة ، قال الشافعي هنا « أي في الإجارة . ثلاثين سنة : وقال في كتاب الدعوى والبينات : ما شاء . راجع الحاوي صـ ٢٥٠ . وما سارت عليه كتب المذهب الشافعي من اعتبار أقوال الشافعي في المسألة ثلاثة أقوال أولى مما سار عليه الإمام الماوردي والقدوري . والحاصل أن للشافعي في هذه المسألة ثلاثة أقوال : أحدها : موافق لرأي الجمهور لا حدَّ لأكثرها ، والثاني : تجوز ثلاثين سنة . والثالث : لا تجوز أكثر من سنة . جاء في المهذب : واختلف قوله في أكثر مدة الإجارة والمساقاة ، فقال في موضع : سنة ، وقال في موضع : يجوز ما شاء ، وقال في موضع : يجوز ثلاثين سنة . فمن أصحابنا من قال فيه ثلاثة أقوال : إحداها لا تجوز بأكثر من سنة ؛ لأنه عقد على غرر أجيز للحاجة ، ولا تدعو الحاجة إلى أكثر من سنة ؛ لأن منافع الأعيان تتكامل في سنة . والثاني : تجوز ما بقيت العين ؛ لأن كل عقد جاز إلى سنة جاز إلى أكثر منها ، كالكتابة والبيع إلى أجل ، والثالث : أنه : لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة ؛ لأن الثلاثين شطر العمر ، واعتبار الأقوال ثلاثة أو قولين عند الشافعية لا يترتب عليه ثمرة ؛ لأن وجهة نظر المذهب محصورة فيها على أي حال . راجع المهذب (١٥٣/١) ، مغني المحتاج (٣٤٩/٢) ، نهاية المحتاج (٣٠٥/٥ ، ٣٠٦) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) ساقطة من (ن) .

(٧) قال في فتح العزيز : قال معظم الأصحاب : يجب أن تكون المدة بحيث يبقى إليها ذلك الشيء غالبًا ، فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة ، والدابة إلى عشر سنين ، والثوب إلى سنتين أو سنة على ما يليق به ، =

١٧٥١٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَـٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَـٰنِىَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ ﴾ [١] وما جاز في شرعية من قبلنا فهو جائز في شرعنا إلا أن يمنع منه دليل [٢] .

١٧٥١١ - ولأنها مدة معلومة فجاز عقد الإجارة عليها : أصله السَّنَة . ولأن كل مدة جاز أن تكون أجلًا في الديون جاز أن تكون مدة في [٣] الإجارة كالسنة . ولأنه عقد يجوز أن يشترط فيه مدة سنة فجاز أن يشترط ما زاد عليها ، كالبيع والكتابة [٤] .

١٧٥١٢ - احتجوا : بأن القياس يمنع الإجارة لأنها تنعقد على منافع « معدومة » [٥] وإنما جوزناها للضرورة ، فوجب أن يجوز منها مقدار ما تدعو إليه الضرورة ، وذلك سنة ؛ لأن في الإجارات ما لا يتكامل منافعه إلا في سنة ، وهو الأرض المستأجرة للزراعة ، وما زاد على ذلك لا تدعو الحاجة إليه [٦] .

١٧٥١٣ - قلنا : هذا كلام من يرى تخصيص العلة [٧] ، والشافعي رحمه الله لا يقول

= والأرض إلى مائة أو أكثر . راجع فتح العزيز (٣٣٦/١٢) وقد فسر في مغني المحتاج الحكم إذا زاد على هذا الحد ، فقال : « فلو أجره مدة لا تبقى إليها غالبًا فهل يبطل في الزائد فقط ؟ أقول : القياس نعم ، وتتفرق الصفقة » . مغني المحتاج (٣٠٥/٢) . ومعنى هذا : أنه لو أجره الشيء مدة لا يبقى المعقود عليه إليها غالبا فإنه يصح فيما يبقى ويبطل في الزائد .

(١) سورة القصص : الآية : ٢٧ .

(٢) هذه مسألة خلافية بين العلماء ، وهي التعبد بشرع من قبلنا ، والأصل فيها الخلاف في أنه عليه السلام هل كان متعبدًا بشرع من قبله أم لا ؟ وهو لا يخلوا من إحدى حالتين : قبل النبوة ، أو بعدها أما بعد النبوة : فعند المعتزلة وكثير من الفقهاء أنه لم يكن متعبدًا بشرع أحد . وقال قوم من الفقهاء : بل كان متعبدًا بذلك إلا ما استثناه الدليل الناسخ ، ثم اختلفوا فقال قوم : كان متعبدًا بشرع إبراهيم ، وقيل : بشرع موسى ، وقيل : بشرع عيسى . أما قبل النبوة : فقد أثبته قوم ، ونفاه آخرون ، وتوقف فيه فريق ثالث . راجع المحصول (٥١٨/١) ، والإحكام (١٩٠/٤) .

(٣) ساقطة من (ن) .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الإجارة] وهو خطأ .

(٥) في (ن) : [معلومة] وهو خطأ .

(٦) راجع المهذب (١٥٣/١) ، مغني المحتاج (٣٤٩/٢) ، الحاوي (٢٤٩) .

(٧) قال الأسنوي : تخصيص العلة جوزهُ بعضهم ، ومنعه الشافعي وجمهور المحققين . راجع التمهيد للأسنوي صـ (٣٦٨) ، المحصول (٥٦١/٢) ، شرح البدخشي لمحمد بن الحسن البدخشي (٧٩/٢) ط محمد على صبيح . وتخصيص العلة معناه : إذا وجد فرع علة الأصل وفقد حكم الأصل فيه ، فهل يدل ذلك على فساد العلة وانتقاضها أو يبقيها علة ولكن يخصصها بما وراء موقعها ؟ فقال قوم : إنه ينقض العلة ويفسدها ويبين أنها لم تكن علة ولو كانت علة لاطردت ووجد الحكم حيث وجدت . وقال قوم : تبقى علة =

بذلك ، ثم الحاجة قد [(١)] تدعو إلى ما زاد على السنة ، لأن المستأجر الأرض للزراعة يعمرها في السنة الأولى ، وقد لا يتكامل انتفاعه بها ، فهو يعقد على أكثر من سنة ليحصل له الانتفاع بما [(٢)] عمره في السنة الأولى ويستأجر [(٣)] ويكره أن ينتقل [(٤)] منها كل سنة ، فيعقد على أكثر من ذلك ليحصل له الغرض [بالاستقرار] [(٥)] .

١٧٥١٤ - واحتجوا [(٦)] لقول الذين قالوا ثلاثين سنة بأنها نصف العمر ، فإذا أجر بتعين فيها في الغالب . [قلنا] [(٧)] : فتزيد [(٨)] الأجرة أو تنقص أو تخرب الدار ؛ [قلنا] اختلاف السعر في « المعقود » [(٩)] عليه لا يؤثر في العقود ، وأما خراب الدار إذا حدث . فيثبت [(١٠)] للمستأجر الخيار كما لو حدث قبل هذه المدة) .

١٧٥١٥ - قلنا : إذا عقد مدة لا يبقى المعقود عليه فيها غالبًا فمن أصحابنا من أجاز العقد ، وعلى قوله يستمر العمل [(١١)] ، ومنهم من قال : لا يجوز ذلك [(١٢)] .

= فيما وراء النقض وتخلف الحكم عنها يخصصها ، ومثال العلة المخصصة : إيجاب صاع من التمر في لبن المصراة ، فإن علة إيجاب المثل في المثليات المتلفة تمثل الأجزاء ، والشرع لم ينقض هذه العلة إذ عليها تعويلنا في الضمانات ، لكن استثنى هذه الصورة .. وكذلك صدور الجناية من الشخص علة وجوب الغرامة عليه ، فورود الغرامة على العاقلة لم ينقض هذه العلة ، ولم يفسد هذا القياس ، لكن استثنى هذه الصورة فتخصص العلة بما وراءها . راجع المستصفى للإمام الغزالي (٣٣٧/٢) ط الكتب العلمية بيروت .

(١) في (م) ، (ع) : [وقد] .

(٢) في (ن) : [بها] .

(٣) كذا بالنسخ ولعل صوابها [واستأجره] أو تكون زائدة .

(٤) في (م) ، (ع) : [ينقل] .

(٥) « باستقرار » هو ما جاء في النسخ ، ولعل صوابها ما أثبتناه .

(٦) في (م) ، (ع) : [احتجوا] راجع احتجاجهم في المهذب (١٥٣/١) ، فتح العزيز (٣٣٤/١٢) ، والحاوي ٢٥٢ .

(٧) زائدة .

(٨) في (م) ، (ع) : [فترد] وهو خطأ .

(٩) في (م) ، (ع) : [العقود] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ثبت حدث] .

(١١) في (ن) : [لعلل] .

(١٢) قال في العناية شرح الهداية : وأما إذا كانت بحيث لا يعيش إليها أحد المتعاقدين فمنعه بعضهم ؛ لأن الظن في ذلك عدم البقاء إلى تلك المدة ، والظن مثل اليقين في حق الأحكام ، فصارت الإجارة مؤبدة معنى ، والتأبيد يبطلها . وجوزهُ آخرون منهم الخصاف ؛ لأن العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين ، وأنه يقتضي التوقيت ، ولا معتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة ؛ لأنه قد يتحقق في مدة يعيش إليها الإنسان غالبًا ولم يعتبر ، كما إذا تزوج إمراة إلى مائة سنة فإنه متعة ، ولم يجعل بمنزلة التأبيد ليصح النكاح ، وإن كان لا يعيش إليها غالبًا ، وجعل ذلك نكاحًا مؤقتًا ، اعتبارًا للصيغة . العناية (٨١/٨) .

١٧٥١٦ - واحتج المخالف في هذا الفصل بأن قال : لو أجر عبده مدة [١] حياته لا يصح فإذا أجره أكثر من ذلك أولى [٢] أن لا يصح

١٧٥١٧ - وهذا غلط ؛ لأن العقد على مدة حياته عقد على مدة مجهولة ، والعقد على ما زاد على ذلك عقد على مدة معلومة . يبين ذلك : أنه لو أجره [٣] عمره لم يصح ، ولو أجره [٤] مدة لا يبقى إليها جاز ، ثم لا يصح أن يقال : إذا أمكن أن يؤجر [٥] عمره فما زاد على ذلك أولى .

* * *

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) في (ص) ، (ن) : [أدى إلى] .

(٣) في (ن) : [أجله] .

(٤) في (ن) [أجله] .

(٥) في (ن) : [يؤجله] .

مسألة ٨٦٨

تقسيط الأجرة على عدد السنين

١٧٥١٨ - قال أصحابنا : إذا أجر داره أو أرضه عدة [١] سنين جاز ، وإن لم يسم حصة [٢] كل سنة من الأجرة [٣] .

١٧٥١٩ - وقال الشافعي على القول الذي جوز العقد على ما زاد على السنة في وجوب تفصيل الأجرة قولين : أحدهما : لا يجوز حتى يبين حصة [٤] كل سنة [٥] .

١٧٥٢٠ - لنا : أن كل مدة صحت فيها الإجارة لم يفتقر العقد إلى تقسيط الأجرة على أجزائها كالسنة [٦] ولأن السنة بعض مدة الإجارة فلا [٧] يفتقر إلى ذكر حصة من الأجرة كالشهر من السنة ، ولأن الأجرة معلومة ؛ فوجب أن لا يبطل العقد لجهالة الحصة .

١٧٥٢١ - أصله : إذا استأجر شهرًا [٨] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [عدد] . (٢) في (م) ، (ع) : [حصته] .

(٣) ما تعرضت له كتب الأحناف هو إجارة السنة من غير تقسيط الأجرة على شهورها ، ويبدو أنهم لم يفرقوا بين إجارة السنة وإجارة السنين لجوازهما عندهم ، فاعتبروا الشهر من السنة كالسنة من السنين . ومن المعلوم أن المالكية والحنابلة وافقوا الأحناف في جوازها لسنين كثيرة ، وكذا في هذه المسألة لأنها فرع السابقة . راجع . اللباب (٩٩/٢) ، بداية المجتهد (١٧١/٢) ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير (١١/٤) ، المغني (٤٣٧/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٦٤/٢) . (٤) في (م) : [حصته] .

(٥) والقول الثاني كقول الأحناف لا يجب ذكر قسط كل سنة ، قال في المهذب : « وإن ساقاه إلى سنة لم يجب ذكر قسط كل شهر ؛ لأن شهور السنة لا تختلف منافعها . وإن ساقاه إلى سنين ففيه قولان : أحدهما : لا يجب ذكر قسط كل سنة ، كما إذا اشترى أعيانًا بثمن واحد لم يجب ذكر قسط كل عين منها . والثاني : يجب لأن المنافع تختلف باختلاف السنين ، فإذا لم يذكر قسط كل سنة لم يؤمن أن ينفسخ العقد ، فلا يعرف ما يرجع فيه من العوض ، ومن أصحابنا من قال القولين في الإجارة . فأما في المساقاة : يجب ذكر قسط كل سنة من العوض ؛ لأن الثمار تختلف باختلاف السنين ، والمنافع لا تختلف في العادة باختلاف السنين . المهذب (١٥٣/١) ، الحاوي صـ (٢٥٧) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) . (٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ولا] .

(٨) هذا باتفاق المذاهب ؛ فقد أجمعوا على إن الإجارة إن كانت على سنة لا تحتاج إلى ذكر قسط كل شهر ، وكذا إن كانت على شهر فلا تحتاج إلى قسط كل يوم ، لأن المنافع متماثلة ، وفي اشتراط تقسيطها حرج شديد . راجع اللباب (٩٩/٢) ، المهذب (٥١٣/١) ، بداية المجتهد (١٧٠/٢) ، المغني (٤٣٧/٥) .

١٧٥٢٢ - احتجوا : بأن الإجارة تقع مترقبة منتظرة معرضة [١] للفسخ ؛ لأن المكرَي [٢] قد يهلك فيبطل عقد الإجارة فيحتاج المكري أن يرد حصة ما بقي من المدة ويلزمَ المكري حصة ما نكر [٣] ، وذلك يختلف اختلافًا شديدًا فيتعذر الوصول إليه ، فلهذا كان ذكره شرطًا وليس هذا كالسنة الواحدة ؛ لأن الأجرة لا تختلف فيها [في] [٤] العادة [٥] . .

١٧٥٢٣ - والجواب : أن المنافع في السنين متماثلة ، فالأجرة تسقط عليها بالأجزاء كما تتقسط أجرة السنة على شهورها ، وأجرة الشهر على أيامه ، ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله في رأس مال السلم : لا ينقسم عليه بالأجزاء فيصير معلومًا بنفس العقد [٦] .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [معرضة] ، وفي غيرهما : بعرضة .

(٢) في (ن) : [الكراء] والمراد به العين المؤجرة .

(٣) كذا بالنسخ و (نَكَر) الشيء : صعُب واشتد . و (نكَّر) الشيء : غيره بحيث لا يعرف ، والمراد ما لم يوفه من مدة الإجارة .

(٤) ساقطة من (ن) .

(٥) قال الماوردي : « ووجه ذلك : أن عقد الإجارة غير منبرم بخلاف بيوع الأعيان المنبرمة ، لتردده بين السلامة والعطب ما لم يذكر قسط كل سنة منها ، وأجور السنين قد تختلف فيتعذر العلم بقدر ما يستحق الرجوع به من الأجرة عند انتقاض الإجارة في بعض المدة ، وليس كذلك شهور السنة المتماثلة غالبًا . راجع الحاوي (٢٥٨) ، المهذب (٥١٣/١) .

(٦) جاء في البدائع : ولو أسلم عشرة دراهم في ثوبين متفقين من جنس واحد ونوع واحد وصفة واحدة وطول واحد جاز السلم بالإجماع ، ولو لم يبينٌ حصة كل واحد منهما من رأس المال ؛ ولو حلَّ الأجل له أن يبيعهما جميعًا مرابحة على العشرة بلا خلاف . فإن باع أحدها مرابحة على خمسة لم يجز عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف ومحمد يجوز . ثم علل لأبي حنيفة بأن المقبوض ليس عين المسلم فيه ، لأن المسلم فيه دين حقيقة وقبض الدين لا يتصور . فلم يكن المقبوض مملوكًا بعقد السلم بل بالقبض ، فكان القبض بمنزلة إنشاء العقد كأنه اشتراهما جميعًا ابتداء ولم يبين حصة كل واحد منهما ثم أراد أن يبيع أحدهما . راجع البدائع (٢٢١/٥) .

مسألة ٨٦٩

تأجير المستأجر العين لصاحبها الذي أجرها له

١٧٥٢٤ - قال أصحابنا : لا يجوز للمستأجر أن يؤاجر [١] العين المستأجرة من المؤجر [٢] .

١٧٥٢٥ - وقال الشافعي رحمه الله : يجوز بعد قبض العين وجهًا واحدًا ، وقبل قبضها فيه وجهان [٣] .

١٧٥٢٦ - لنا : أنه عقد يختص المنفعة ، فلا يجوز أن يعقد لمالك العين . أصله : المضاربة والعارية ، ولهذا قال أصحابنا : لا يجوز للموصىَ له بالمنفعة أن يؤجر العين من « الورثة » [٤] .

---

(١) في (ص) : [يؤاجر] .

(٢) الخلاف في هذه المسألة في إجارة المستأجر العين المؤجرة لمالك العين . أما لغيره فلا خلاف على جوازها بعد القبض . راجع الدر المختار (٩١/٦) ، المهذب (٥٢٧/١) ، بداية المجتهد (١٧٢/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٢ / ٣٦١) . مع ملاحظة أن المالكية والحنابلة يجوزون الإجارة من المؤجر ومن غيره قبل القبض وبعده بنفس السعر ، أو مع زيادة عليه ، أو نقص منه كل ذلك سواء .

(٣) بل ثلاثة أوجه ، قال في المهذب : « وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها ؛ لأن الإجارة كالبيع ، وبيع المبيع يجوز بعد القبض ، فكذلك إجارة المستأجر ، ويجوز من المؤجر وغيره كما يجوز بيع المبيع من البائع وغيره . وهل يجوز قبل القبض فيه ثلاثة أوجه إحداها : لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض . والثاني : يجوز لأن المعقود عليه هو المنافع ، والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين فلم يؤثر فيها قبض العين . والثالث : أنه يجوز إجارتها من المؤجر لأنها في قبضته ، ولا يجوز من غيره لأنها ليست في قبضته . المهذب (٥٢٧/١) أما الوجهان فهما في إجارتها من مؤجرها بعد القبض ، لا قبله . يدل على ذلك ما ذكره الماوردي : « وإذا استأجر الرجل دارًا ثم أراد أن يؤجرها بعد قبضها ما بقي له من مدة إجارته نظر ، فإن أجرها من غير مؤجرها جاز ، سواء أجرها بمثل الأجرة ، أو بأقل ، أو بأكثر ، أحدث فيها عمارة أو لم يحدث . وإن أجرها من مؤجرها ففي جواز الإجارة وجهان بناء على اختلاف أصحابنا في المنافع ، هل تحدث على ملك المؤجر أو على ملك المستأجر فأحد الوجهين : أنها تحدث على ملك المؤجر ، فعلى هذا لا يصح أن يستأجر ما أجره . والوجه الثاني . أنها تحدث على ملك المستأجر فعلى هذا يجوز أن يؤجر من المؤجر . الحاوي (٢٦٧) وقد تبين مما سبق أن المصنف نقل الوجهين في إجارتها بعد القبض لا إجارتها قبل القبض .

(٤) في (م) ، (ع) : [المورثة] وإنما لم يجز ذلك ؛ لأن الإجارة تقع بقصد استيفاء منفعة العين وليست العين مقصودة أصلًا ، وهنا المنفعة مملوكة للمستأجر بالوصية فيتعذر استيفائها بعقد الإجارة .

١٧٥٢٧ - ولأنه [١] عقد لا يزيل الملك عن العين ، فلا يملك به مثله مع مالكها . أصله : البيع المشروط فيه الخيار والرهن [٢] .

١٧٥٢٨ - ولأنه عقد يقصد به الاستيفاء ، فلا يعقد لمالك العين كالرهن [٣] .

١٧٥٢٩ - احتجوا : بأن كل عقد صح مع الأجنبي صح مع العاقد ، أصله البيع [٤] .

١٧٥٣٠ - قلنا : البيع من / البائع في حكم البيع من الأجنبي ؛ لأن من يقع له العقد غير مالك للمعقود عليه ولا لما يستوفى منه [٥] . /١٩٩

١٧٥٣١ - والإجارة يعقدها [٦] مع المالك للعين التي يستوفي المنفعة منها ، فلذلك لم يصح العقد .

١٧٥٣٢ - ولأن المبيع يجوز بيعه من البائع إذا أمن بهلاكه فسخ [٧] العقدين [٨] ومتى لم يؤثر [٩] ذلك لم يجز البيع كما قبل القبض .

١٧٥٣٣ - ولهذا نقول : إن بيع العقار من البائع قبل القبض جائز ؛ لأنه أمن فيه فساد [العقد الأول ، فأما الإجارة : فإنها تعقد على المنفعة من المؤجر ، والعقد الأول يتعرض للفسخ] [١٠] ؛ فصار كبيع المشروط فيه الخيار من البائع .

١٧٥٣٤ - ولأن المنافع إذا تلفت كان تلفها فسخًا ، فلم يجز أن يعقد عليها العاقد ،

---

(١) أي عقد الإجارة .

(٢) البيع المشروط فيه الخيار : الملك فيه للبائع في مدة الخيار إذا كان الخيار للبائع ، وللشافعي فيه ثلاثة أقوال : أحدها : أنه ملك للمشترى ينقل إليه بنفس العقد . والثاني : أنه باق على ملك البائع ولا يملكه المشتري إلا بعد انقضاء الخيار من غير فسخ . والثالث : أنه موقوف فإن تم البيع كان للمشتري ، وإلا فهو باق على ملك البائع . راجع اللباب (١٢/٢) ، المهذب (٣٤٥/١) .

(٣) أجاب البيهقي قائلًا : « قلنا إنه بمنزلة العقد المزيل للملك عن العين ، ولهذا يملك به العقد مع غير العاقد كما لو تملك في العقد ، على العين بخلاف ما قاسوا عليه . راجع النكت ورقة ١٦٧ .

(٤) المهذب (٥٢٧/١) ، والنكت الموضع السابق ، بداية المجتهد (١٧٢/٢) ، شرح منتهى الإيرادات (٣٦١/٢) .

(٥) وذلك لأن العقد في البيع يقع على العين خلافًا للإجارة فإنها واقعة على منافع العين .

(٦) أي المستأجر .

(٧) وإنما أمن الفسخ ؛ لأن الهالك هالك على ملك صاحبه .

(٨) عقد البيع الأول والثاني .

(٩) كذا بالنسخ ولعل صوابها [يؤمن] لأنها عكس الأولى .

(١٠) ساقط من (ن) والعقد الأول يتعرض للفسخ كما إذا هدم الدار المؤجر مثلًا فإن الإجارة تنفسخ لفوات المنفعة .

كالمبيع المنقول [١] قبل القبض . وليس كذلك المبيع المقبوض ، لأن ملكه لا يوجب فسخًا ، فجاز أن يعقد عليه مع العاقد الأول . وتنتقض العلة بالعارية إذا أذن المالك للمستعير أن يعيرها [٢] جاز مع الأجنبي ولم يجز مع المالك ، فكذلك المضاربة إذا أذن المالك للمضارب أن يدفعها إلى غيره .

* * *

(١) في (م) ، (ع) [كالبيع المفعول] .

(٢) في (م) ، (ع) : [بغيرها] وهو خطأ .

مسألة ٨٧٠

إجارة المأجور

١٧٥٣٥ - قال أصحابنا : لا يجوز للمستأجر أن يؤجر قبل قبض العين [١] .

١٧٥٣٦ - وقال أصحاب [٢] الشافعي : إذا أجر من الأجنبي ففيه وجهان : وإن أجر من المؤجر فإذا جاز من الأجنبي فالمؤجر أجوز .

١٧٥٣٧ - وإذا قلنا : لا يجوز من الأجنبي ففي المؤجر وجهان [٣] .

١٧٥٣٨ - لنا : أن كل حالة لا يجوز العقد على المبيع المعين لم يجز على المنفعة المستأجرة .

١٧٥٣٩ - أصله : حال المجلس قبل القبض ، ولأنه عقد يخشى فسخه بالهلاك ، فلا يجوز أن يعقد مثله على المعقود عليه قبل قبضه . أصله : البيع وعكسه المهر والعقار [٤] .

١٧٥٤٠ - احتجوا : بأنه لا أثر لقبض العين ؛ لأنه لا يصير بقبضها [٥] قابضًا للمنافع ، فصار وجود القبض وعدمه سواء [٦] .

---

(١) هذه المسألة هي إحدى حالتين في الإجارة ، لأن الإجارة إما أن تكون بعد القبض أو قبله : فإن كانت بعده فقد مضى حكمها في المسألة السابقة ، وهذه هي الحالة الثانية ، وهي حكم تأجير العين المستأجرة قبل قبضها ، وكتب المذهبين جمعت بين المسألتين في مسألة واحدة ولم يفردوا لكل منهما مسألة مستقلة وهو أولى . وقد سبق نقل ما يشير إلى أن إجارة المستأجر لما استأجره إما أن تكون بعد قبض العين أو قبلها ، فإن كانت بعدها من غير المؤجر فهو جائز من غير خلاف ، وإن كانت من المؤجر فهو غير جائز عند الأحناف وعلى ذلك كان من باب أولى أن لا يجوز قبل القبض كما هو مشار إليه في عبارة المصنف هنا . وخلاصة القول : أن الإجارة للمؤجر لا تجوز عند الأحناف ، لا قبل القبض ولا بعده ، أما لغير المؤجر فهي جائزة بعد القبض فقط . وقد سبق القول بأن المالكية والحنابلة يجوزون الإجارة قبل القبض وبعده من المؤجر وغيره . راجع الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٩١/٦) وبداية المجتهد (١٧٢/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٣٦١/٢) .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) سبق نقل نص المهذب والحاوي وظهر لنا أن الوجوه في الإجارة قبل القبض ثلاثة ، وقد أعاده المصنف هنا ، غير أنه هناك قصد الحديث عن إجارتها للمؤجر ، وهنا له ولغيره . وكلام الشافعية لا يفصل بينهما بل يجمع في وجهين ويفرق في الثالث كما سبق . راجع المهذب (٥٢٧/١) .

(٤ ، ٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) راجع المهذب (٥٢٧/١) .

١٧٥٤١ - الجواب : أنه إذا قبض العين فالمنافع تحدث على ضمانه ، فإذا لم يقبض حدثت وليست في ضمانه ، وللضمان مدخل في جواز التصرف بدلالة المبيع [1] إذا قبض .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [البيع] .

مسألة ٨٧١

اشتراط الخيار في عقد الإجارة

١٧٥٤٢ - يجوز شرط الخيار [١] في الإجارة [٢] .

١٧٥٤٣ - وقال الشافعي : لا يجوز شرط الخيار إذا استأجر عينًا قولًا واحدًا ، وفى خيار المجلس [٣] وجهان .

١٧٥٤٤ - وإن كانت المنفعة في المدة [٤] ففيه ثلاثة أوجه :

---

(١) الخيار مشتق من الاختيار وهو طلب خير الأمرين : إما إمضاء البيع ، وإما فسخه . واصطلاحًا : أن يشرط في العقد أو بعده الخيار لأحد المتعاقدين كليهما في فسخ العقد أو إمضائه . راجع اللسان (٢٢٠/٢) ، البداية شرح الهداية (٢٥٨/٦) ط الفكر .

(٢) راجع اللباب (١٠٥/٢) ، البدائع (٢٠١/٤) ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٧٦/٦ ، ٧٧) ، تبيين الحقائق (١٤٥/٥) وبه قال المالكية . راجع بداية المجتهد (٢ / ١٧٢) .

(٣) خيار المجلس : هو أن يكون لكل واحد من العاقدين حق فسخ العقد ما لم يتفرقا بأبدانهما ، أو يخير أحدهما الآخر فيختار العقد . فإذا تفرقت المجالس وتباعدت الأبدان سقط حق الفسخ بهذا السبب ، والأصل فيه : قوله ﷺ : « البَيِّعَانِ بالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِلآخَرِ اخْتَرْ » راجع نيل الأوطار (١٨٤/٥) ، مغني المحتاج (٤٣/٢) ، اللباب (٤/٢) .

(٤) في (ن) : [الذمة] وهو خطأ . لأنه يتبين لنا من النص الآتي أن الإجارة إذا كانت على منفعة في الذمة ففي دخول الخيار فيها وجهان فقط ، وليس ثلاثة . قال في المهذب « وما عقد من الإجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار ؛ لأن الخيار يمنع التصرف ، فإن حسب ذلك على المكري زدنا عليه المدة ، وإن حسب على المكتري نقصنا من المدة . وهل يثبت فيه خيار المجلس ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا يثبت لما ذكرناه من النقصان والزيادة في خيار الشرط ، والثاني : يثبت ، لأنه لكل واحد منهما إسقاطه ، وإن كانت الإجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : لا يثبت فيه الخيار ؛ لأنه عقد على غرر فلا يضاف إليه غرر الخيار ، والثاني : يثبت فيه الخياران ؛ لأن المنفعة المعينة كالعين المعينة ، ثم العين المعينة يثبت فيها الخياران فكذلك المنفعة ، والثالث : يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ؛ لأنه عقد على منتظر فيثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط كالسلم ، وإن كانت الإجارة على منفعة في الذمة ، ففيه وجهان : أحدهما : لا يثبت فيه الخياران لأنه عقد على غرر فلا يضاف إليه غرر الخيار . والثاني : يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ، لأن الإجارة في الذمة كالسلم ، وفي السلم يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط ، وكذلك الإجارة . راجع المهذب (٥٢٤/١) . وراجع أيضًا مغني المحتاج (٤٤/٢) . رأي المالكية في هذه المسألة يوافق الأحناف ؛ فإن الحنابلة يتفقون مع الشافعية في إجارة العين مدة تلي العقد ، فلا يجوز فيها خيار الشرط ، وفي خيار المجلس وجهان . أما إذا لم تكن الإجارة كذلك : فإنه يدخلها الخيار كما قال الأحناف . قال ابن قدامة إذا أجره مدة =

١٧٥٤٥ - أحدها : لا يدخلها الخياران [١] .

١٧٥٤٦ - والثاني : يدخلها خيار المجلس دون خيار الشرط .

١٧٥٤٧ - والثالث : يدخلها الخياران .

١٧٥٤٨ - لنا : أنه عقد معاملة لا يستحق فيه القبض حال المجلس فجاز شرط الخيار فيه كالبيع ، ولأنها مدة ملحقة بالعقد كالأجل ، ولأن كل خيار ثبت في البيع يثبت في الإجارة [٢] .

١٧٥٤٩ - أصله : خيار العيب [٣] ولأنه معاملة يدخلها وليس من شرطها فيدخلها خيار الشرط كالبيع ، ولأنه عقد يفسخ بالإقالة [٤] ، لا يعتبر فيه القبض في المجلس ، فجاز أن يدخله الخيار كالبيع .

١٧٥٥٠ - احتجوا : بما روى أن النبي ﷺ [نَهَى عَنِ الْغَرَرِ] [٥] وَالْخِيَارُ غَرَر [٦] .

١٧٥٥١ - قلنا : روى عن النبي ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ ومن أصل مخالفتنا أن الخبر إذا ورد في حكم المطلق يحمل [٧] على المقيد [٨] .

١٧٥٥٢ - قالوا : القياس عندكم يمنع شرط الخيار في العقود ، وإنما جاز في البيع

= تلي العقد لم يجز شرط الخيار ، لأنه يمنع التصرف فيها أو في بعضها فينقص عما شرطاه ، وفي خيار المجلس وجهان : أحدهما : لا يثبت له ذلك ، والثاني : يثبت لأنه يسير ، وإن كانت لا تلي العقد يثبت فيها الخياران لأنها بيع ، ولا مانع من ثبوتها فيها ، وكذلك إن كانت على عمل في الذّمة أو على منفعة عين في الذمة ثبتا فيها كذلك . الكافي لابن قدامة (٣٢٤/٢) ط منشورات المكتب الإسلامي بدمشق .

(١) في (م) ، (ع) : [الخيار] والمراد بهما خيار المجلس والشرط .

(٢) قال الشيرازي : قالوا : عقد معاملة لا يعتبر فيه التقابض في المجلس فأشبه البيع ، قلنا : عندهم يجوز فيما ليس بمعاينة « معاملة » وهو الضمان فلم يؤثر الوصف ، ولأنا جعلنا البيع حجة لنا . النكت ورقة ١٦٧ .

(٣) في (م) ، (ع) : [المعيب] .

(٤) في (م) ، (ع) : [المغرور] .

(٥) راجع نص المهذب السابق .

(٦) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه من حديث أبي هريرة . كتاب البيوع باب النهي عن بيع الحصاة وبيع الغرر (١١٥٣/٣) والترمذي « كراهية بيع الغرر » (٥٣٢/٣) رقم (١٢٣٠) وأبو داود - باب بيع الحصاة (٦٧٢/٣) رقم (٣٣٧٦) ، وابن ماجه « في التجارات » باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر (٧٣٩/٢) رقم (٢١٩٥) ، والنسائي باب بيع الحصاة (٢٦٢/٧) رقم (٤٥١٨) ومن حديث سعيد بن المسيب مرسلًا أخرجه مالك في الموطأ (٦٦٤/٢) وفي مسند أحمد (١١٦/١ ، ٣٠٢) ، (١٥٥/٢) وانظر مجمع الزوائد (٨٠/٤) .

(٧) ساقطة من (ن) .

(٨) قاعدة : « الخبر إذا ورد في حكم المطلق يحمل على المقيد » .

بالخبر فما سواه على أصل القياس (١) .

١٧٥٥٣ - قلنا : الخيار يجوز في البيع ، والإجارة تحتمل من الغرر (٢) والخطر ما لا يحتمله البيع ، فإذا جاز في البيع خطر الخيار ففي الإجارة أولى . وعند القياس يجوز على المخصوص من طريق الأولى .

١٧٥٥٤ - قالوا : عقد على منفعة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالنكاح (٣) .

١٧٥٥٥ - قلنا : النكاح أجرى مجرى العقد على الأعيان بدلالة بطلانه بالتوقيت ، وبدلالة استحقاق جميع البدل (٤) مع هلاك المعقود عليه (٥) عقيب العقد وإذا أجرى مجرى العقد على الأعيان لم يصح اعتبار عقد الإجارة .

١٧٥٥٦ - ولأن النكاح لا يصح فيه الفسخ بالإقالة (٦) [بعد انبرامه فلم يدخله الخيار ، ولما كانت الإجارة يلحقها الفسخ بعد انبرامها بالإقالة] (٧) ولا يعتبر فيها (٨) القبض في المجلس جاز اشتراط الخيار فيها .

١٧٥٥٧ - قالوا : عقد لابد أن يكون أحد بدليه غير عين فلم يصح فيه خيار الشرط كالسلم (٩) .

١٧٥٥٨ - قلنا : السلم شرط صحته قبض بذله في المجلس ، وخيار الشرط منع صحة القبض ، فلهذا لم يصح شرط الخيار في الصرف (١٠) وإن جاز أن يتعين بدلالة أنه وأما الإجارة فلا يتعين قبض بدلها في المجلس ، ويدخلها الفسخ بالإقالة فصح شرط الخيار فيها .

١٧٥٥٩ - قالوا : شرط الخيار في الإجارة لا فائدة (١١) فيه ؛ لأنه إن شرط الخيار

---

(١) وهو قوله ﷺ : « الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا أَوْ حَتَّى يَفْتَرِقَا » . راجع نيل الأوطار (١٨٤/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الغرور] وإنما كانت الإجارة أكثر احتمالا للغرر من البيع لأنها إجارة منافع معدومة كما أن العقد فيها معرض للفسخ .

(٣) راجع المهذب (٥٢٤/١) ، الحاوي صـ (١٦٣) .

(٤) أي المهر .

(٥) أي البضع .

(٦) « كالإقالة » بالنسخ والصواب ما أثبتناه .

(٧) ساقط من (ن) .

(٨) أي الإجارة .

(٩) راجع المهذب (٥٢٤/١) .

(١٠) سبق تعريف الصرف وهو بيع الأثمان كبيع الفضة بالذهب والذهب بالفضة ، ومنع الخيار فيه لأن من شرطه القبض في المجلس دفعًا للربا ، لأنه إن كان متحد البدلين حرم الفضل والنساء وإن اختلفا جنسًا حرم النساء ، والخيار بمنع القبض فليزم منه النساء وهو محظور . راجع اللباب (٤٧/٢) .

(١١) في المهذب بمعناه (٥٢٤/١) .

للمستأجر فإنه عند الفسخ لا يمكنه تسليم المنفعة المعقود عليها بكمالها ، وهذا المعنى يمنع الرد بالخيار كما لو تلف بعض المبيع في مدة الخيار . وإن شرطه للمؤجر لم يمكنه تسليم المعقود عليه بكماله ، فصار كما لو باع بشرط الخيار ، فكيف يختلف بعض المبيع في المدة ؟ .

١٧٥٦٠ - قلنا : الإجارة في هذا مخالفة للبيع ، وذلك لأن البائع لو أراد تسليم بعض المبيع إلى المشترى لم يجز .

١٧٥٦١ - ولو أراد المشترى رد البعض لم يكن له ذلك . وكذلك [1] إذا كان فيه خيار الشرط . وأما الإجارة : فلو أراد المؤجر تسليم بعض المنافع من غير خيار جاز ، مثل أن يؤجر داره شهرًا فيمنعها منه بعض المدة ثم يسلمها

١٧٥٦٢ - وكذلك إذا كان في الإجارة خيار ، وكذلك يجوز للمستأجر رد بعض المنفعة ، كما إذا سكن الدار ثم أراد ردها بخيار الرؤية أو العيب وكذلك بخيار الشرط [2] .

١٧٥٦٣ - وإنما افترقا لأن المبيع يمكن تسليمه إلى المشترى جملة ، ويمكن للمشترى رده كله ، فإذا أراد البائع تسليم البعض أو أراد المشتري رد بعضه دون بعض [لم يكن له ذلك ، وأما المنافع : فلا يمكن قبضها جملة واحدة ، فجاز تسليم بعضها دون بعض] [3] ورد بعضها على المؤجر دون بعض ، فحمل عليه .

* * *

---

(١) في (ن) : [ولذلك] .

(٢) قاعدة : « للمستأجر رد بعض المنفعة ، كما إذا سكن الدار ثم أراد ردها بخيار العيب أو بخيار الرؤية أو بخيار الشرط » .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٨٧٢

مشاهدة المحمل المؤجر

١٧٥٦٤ - قال أصحابنا : إذا اكترى [1] محملاً [2] مغطى [3] إلى مكة جاز ، وإن لم يشاهد المحمل [4] استحسانًا [5] .

١٧٥٦٥ - وقال الشافعي : لا يجوز حتى يشاهد المحمل ، ويسمى الوطاء [6] فإن أطلق

(١) في (ن) : [أكرى] .
(٢) المَحِيلُ هو كَمَجْلِسٍ : شقان على البعير يحمل فيهما العديلان ، والحمول بالضم : الهوادج ، الواحد حمل بالكسر ويفتح . راجع القاموس المحيط باب اللام فصل الحاء (٣٧٢/٣) ، المغرب (١٣٨/١) .
(٣) في (م) : [معطى] وفي (ع) : [يفضي] وكلاهما خطأ .
(٤) راجع اللباب (٩٥/٢) ، المبسوط (١٩/١٦) ، حاشية ابن عابدين (٩٠/٦) ، البدائع (١٨٣/٤) .
(٥) الاستحسان في اللغة : هو عد الشيء واعتقاده حسنًا . واصطلاحًا : هو اسم لدليل من الأدلة الأربعة يعارض القياس الجلي ويعمل به إذا كان أقوى منه ، سموه بذلك لأنه في الأغلب يكون أقوى من القياس الجلي فيكون قياسًا مستحسنًا . التعريفات (١٣) وقد تناول الغزالي في المستصفى (٢٧٤/١) توضيح معنى الاستحسان فقال : له ثلاثة معان الأول الذي يسبق الفهم . الثاني : الدليل المنقدح في نفس المجتهد لا يقدر على إظهاره لعدم مساعدة العبارة . الثالث : وهو المنقول عن الكرخي وبعض أصحاب أبي حنيفة أنه قول بدليل فيندرج تحته أجناس منها : العدول بحكم المسألة عن نظاهرها بدليل . قال السرخسي في المبسوط (١٤٥/١٠) : القياس والاستحسان في الحقيقة قياسان أحدهما جلي ضعيف أثره سمي قياسًا ، والآخر : خفي قوي أثره فسمى استحسانًا أي قياسًا مستحسنًا . وقال الشاطبي في الموافقات (١١٦/٤) : إن الاستحسان عند المالكية : الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي . وقد تفاوت الفقهاء في الأخذ بالاستحسان في الأحكام فتوسع فيه الحنفية ، وتوسط المالكية والحنابلة ، وأبطله الشافعية . راجع مناهج الاجتهاد في الإسلام للدكتور سلام مدكور من ص (٢٦٦ - ٢٨٠) أصول التشريع الإسلامي علي حسب الله ص (٢٠٤ - ٢٠٦) . وإذا طبقنا ما سبق على المسألة نرى أن القياس فيها يقتضي بطلان الإجارة لأن من شرطها رؤية المؤجر . أما الاستحسان : فالعلة فيه أن العادة جارية على ذلك فمراعاة هذه العلة الخفية اقتضت العدول عن أصل القياس الجلي إلى هذا القياس الخفي .
(٦) في (ص) ، (ن) : [الغطاية] وفي (م) : [بالعطاية] وكلاهما خطأ . جاء في مغني المحتاج : ويشترط روية الوطاء وهو الذي يفرش في المحمل ليجلس عليه أو وصفه . مغني المحتاج (٣٤٢/٢) . وقال الشافعي : « لا يجوز من ذلك شيء على مغيب حتى يرى الراكب والراكبين وظرف المحمل والوطاء وكيف الظل إن شرطه . الأم (٢٥٩/٣) ، وانظر مختصر المزني (٨٢/٣) .

الغطاء [١] جاز [٢] فأما التعليق من السطحية [٣] والركوة [٤] ، فلابد من مشاهدتها ، وإن أطلق فمن أصحابنا من قال على قولين ، والصحيح أنه قول واحد : لا يجوز حتى يشاهد [٥] .

١٧٥٦٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ [٦] قال : تحجوا وتكروا الإبل [٧] ولم يفصل .

١٧٥٦٧ - ولأن المحمل غير مقصود بالكري وإنما يطلب تسهيل حمله [ولم يقف

---

(١) الغطاء : هو ما يستظل به ويتوقى به من المطر . مغني المحتاج (٣٤٢/٢) .

(٢) إنما جاز إطلاق الغطاء ؛ لأنه لا يختلف اختلافًا كثيرًا .

(٣) السطحية والسطيح : المزادة التي من أديمين قوبل أحدهما بالآخر ، وتكون صغيرة أو كبيرة ، وهي من أواني المياه . اللسان « سطح » (٢٠٠٦/٣) .

(٤) الركوة . إناء صغير من جلد يشرب فيه الماء والجمع ركوات . اللسان « ركا » (١٧٢٢/٣) .

(٥) الأم (٢٥٩/٣) ، مختصر المزني (٨٢/٣) ، المهذب (٥٢٠/١) ، مغني المحتاج (٣٤٢/٢) ، نهاية المحتاج (٢٨٧/٥) ، وقريب من مذهب الشافعية مذهب الحنابلة والمالكية وأبو ثور وابن المنذر . راجع بداية المجتهد (١٧١/٢) ، المغني (٥١٢/٥) .

(٦) سورة البقرة : الآية ١٩٨ . قال القرطبي : في الآية دليل على جواز التجارة في الحج مع أداء العبادة وأن القصد إلى ذلك لا يكون شركًا ولا يخرج به المكلف عن رسم الإخلاص المفترض عليه . راجع تفسير القرطبي (٨٩٥/١) الناشر دار الغد العربي ، وانظر أيضًا روح المعاني للألوسي (٨٧/٢) ط دار إحياء التراث بيروت ، وجامع البيان في تفسير القرآن للطبري (١٦٤/٢) ط دار المعرفة بيروت .

(٧) هذا القول لابن عباس تفسير للآية ، قال ابن قدامة بعد أن ذكر نص الخرقي : « ومن اكترى إلى مكة فلم ير الجمَّال الراكبين المحامل والأغطية والأوطئة لم يجز الكراء . قال ابن قدامة : أجمع أهل العلم على إجازة كراء الإبل إلى مكة وغيرها ، وقد قال اللَّه تعالى : ﴿ وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ﴾ ولم يفرِّق بين المملوكة والمكتراة . وروي عن ابن عباس في قوله تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ أن تحج وتكرى ونحوه عن ابن عمر . المغني لابن قدامة (٥١١/٥) . وفي أسباب النزول للسيوطي : وعن ابن عباس قال : كانت عكاظ ومجنة وذو المجاز أسواقًا في الجاهلية فتأثموا أن يتجروا في الموسم ، فسألوا رسول اللَّه ﷺ عن ذلك فنزلت : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ في موسم الحج . وأخرج أحمد وابن أبي حاتم وابن جرير والحاكم وغيرهم من طرق عن أبي أمامة التيمي قال : قلت لابن عمر : إنا نكري فهل لنا من حج ؟ فقال ابن عمر : جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله عن الذِي سألتنِي عنهُ فلمْ يُجِبْهُ حتى نزل عليه جبريل بهذِهِ الآية : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ ... الآية ﴾ فدعاه النبي ﷺ فقال : « أَنْتُمْ حُجَّاج » . أسباب النزول للسيوطي (٣٧) ط مكتبة نصير . ونرى أن استدلال المصنف بالآية ، وتفسير ابن عباس لها خارج عن محل النزاع ؛ إذ الآية دلت على جواز التجارة والكراء ، وهذا ليس محلًّا للنزاع بل هو مجمع على جوازه كما سبق ، وإنما محل النزاع في اشتراط رؤية المُكرَي . وثبوت الجواز بالآية لا ينفى مراعاة شروط الصحة عند العقد .

العقد [1] على] مشاهدته كالمتاع .

١٧٥٦٨ - [ولأن ما لا يشترط] [2] في الظلال [3] والسرج [4] لا يشترط في المحمل كالوزن .

١٧٥٦٩ - احتجوا بأن المحمل يختلف بالثقل والخفة ، وذلك يوجب اختلاف المنفعة المعقود عليها فمنع من صحة العقد [5] .

١٧٥٧٠ - الجواب : أن هذا يبطل بالسرج والظلال [6] ولأن المحامل تعتاد [7] في كل بلد والعقد يقع على المعتاد فإن جاء بما [8] يخالف العادة لم يستحق بالعقد .

* * *

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولا مالا يشترط] .

(٣) الظلال : هو ما يستظل به فوق الهودج كالخيمة الصغيرة . راجع القاموس باب اللام فصل الظاء (١٠/٤) .

(٤) السرج : رحل الدابة ، معروف والجمع سروج ، وأسرجها إسراجًا وضع عليها السرج . اللسان (١٩٨٣/٣) « سرج » .

(٥) سبقت إشارة المصنف إلى أن الشافعي أجاز إطلاق الغطاء وهو الظلال ، أما السرج : فإنه إن كان من رب الدابة ، فيكفى فيه العرف ، ولا يشترط أن يراه بل يحمل على المعهود ، أما إن كان من المستأجر وكان متفاوتًا ولم يكن هناك عرف فيشترط رؤيته أو وصفه وصفًا تامًّا عندهم . راجع نهاية المحتاج (٢٨٧/٥) .

(٦) ساقطة من (ن) .

(٧) في (ن) : [معتادة] .

(٨) في (م) ، (ن) : [ما] .

مسألة ٨٧٣

استبدال المحمول كلما نقص

١٧٥٧١ - قال أصحابنا : إذا استأجر جملًا إلى مكة على أن [١] يحمل عليه الزاد [٢] كلما منه جاز أن يرد مثله [٣] .

١٧٥٧٢ - وقال الشافعي : القياس [٤] أن يبدل ما بقى [٥] من الزاد .

١٧٥٧٣ - ولو قيل : إن [٦] الزاد ينقص ولا يبدَّل [٧] كان مذهبًا [٨] .

١٧٥٧٤ - قالوا [٩] : ففيه [١٠] قولان : أحدهما : يستبدل [١١] . والآخر : لا يستبدل .

١٧٥٧٥ - قال المروزي [١٢] : هذا إن [١٣] اتفق السعر [١٤] في المنازل ، فإن

---

(١) في (م) ، (ع) : [أنه] .

(٢) في (م) : [مكملًا] ، وفي غيرها : « كلما أكل منه » .

(٣) صورة هذه المسألة : رجل استأجر جملًا ليحمل عليه طعامًا ويركبه إلى مكة ، فأكل من الطعام في سفره فنقص عن القدر الذي وقع العقد على حمله ، فهل له استكمال الحمل بشراء طعام جديد أم يستبدل ؟ جاء في اللباب : إن استأجر بعيرًا ليحمل عليه مقدارًا من الزاد فأكل منه في الطريق جاز له أن يرد عوض ما أكل من زاد ونحوه ؛ لأنه يستحق عليه حملًا مسمى في جميع الطريق ، فله أن يستوفيه . اللباب (٩٦/٢) ، وانظر المبسوط (٢١/١٦) ، والدر المختار وابن عابدين (٩٠/٦) .

(٤) وجه القياس أنه استحق حملًا معلومًا ، فجاز أن يستوفيه .

(٥) كذا بجميع النسخ ، وهو موافق لما في مختصر المزني ، وأظن أن صوابها : يعنى لأن ما بقى من الزاد يزاد عليه ولا يبدَّل .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) معنى هذا : أن الشافعي يرى أن القياس يقتضي الإبدال . غير أنه ترك بابًا للعرف ، فإن تعارف الناس عدم الإبدال فبها قال في الأم : وإن اختلفا في الزاد الذي يأكل بعضه ، فقال صاحب الزاد : أبدله بوزنه . فالقياس أن يبدل له حتى يستوفي الوزن ، ولو قال قائل : ليس له أن يبدل من قبل أنه معروف أن الزاد ينقص قليلًا ولا يبدل مكانه كان مذهبًا والله أعلم من مذاهب الناس . الأم (٢٦٠/٣) . فكأنه ترك الثاني للعرف ولم يجزم به وبمثل هذا قال المالكية . مواهب الجليل (٤٢٧/٥) .

(٨) مرجع هذا القول العرف .

(٩) أي أصحاب الشافعي .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فيه] .

(١١) وهو ما يقتضيه القياس ، واختاره المزني في المختصر (٨٥/٣) .

(١٢) أبو اسحاق إبراهيم بن أحمد المروزي ، من أصحاب ابن سريج ، انتهت إليه رئاسة العلم في بغداد ، وصنف في الأصول والفروع ، وعنه وعن أصحابه انتشر فقه الشافعي في الأقطار توفي سنة (٣٤٠ هـ) بمصر . راجع طبقات الشيرازي صـ (٩٢) .

(١٣) ساقطة من (ن) .

(١٤) بالنسخ « السفر » وهو خطأ .

اختلف . فله أن يستبدل ليخلص نفسه من زيادة السعر [١] .

١٧٥٧٦ - لنا : أنه اسْتُحِقَّ عليه قدر من الزاد ، فإذا نقص ؛ كان له رد بدله . أصله . إذا سرق ، ولأن كل حمل لو سرق منه كان له أن يبدله [فإذا انتفع به كان له أن يبدله] [٢] أصله : الماء ، ولأن ما شرط حمله [٣] وزنًا إذا نقص كان له رد مثله . أصله : المتاع ، ولا يلزم إذا نقص [٤] لأن ذلك لا يشترط حمله وزنًا .

١٧٥٧٧ - احتجوا : بأن مطلق العقود يحمل على العرف . والعادة أنهم يأكلون الزاد ولا يردون بدله ويشربون الماء ويردون بدله [٥] فحمل العقد على المعتاد [٦] .

١٧٥٧٨ - الجواب : أنهم إذا شرطوا حمل وزن معلوم فلم يطلقوا العقد بل عينوا المعقود عليه ، ثم [٧] هذه العادة منتفية فإنهم قد يردون تارة ولا يردون أخرى ، فلم يصح الرجوع إلى العادة مع انقسامها .

١٧٥٧٩ - ولأن العادة أنهم يشترطون قدرًا من الحمل ويحملون أكثر منه ، ولا يحمل العقد على ذلك فكذلك النقصان [٨] .

* * *

---

(١) راجع المهذب (٥٢٦/١) ، مغني المحتاج (٣٤٩/٢) وبرأي الشافعية قال المالكية والحنابلة . راجع مواهب الجليل (٤٢٧/٥) ، المغني (٥١٤/٥) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) . قد يفرق البعض بين النقص بالسرقة والنقص بالانتفاع خلافًا للسرقة وتبديل ما شرق . راجع الحاوي ٣٢٧ .

(٣) في (ن) : [عمله] .

(٤) ربما قصد بذلك إذا نقص من غير أكل أو سرقة كأن جف مثلًا .

(٥) في (م) ، (ع) : [له] .

(٦) هذا هو معنى قول الشافعي السابق في الأم . وانظره أيضًا في الحاوي صـ (٣٢٧) .

(٧) في (م) ، (ع) : [و] .

(٨) استدل في الحاوي أيضًا لعدم التبديل بقوله : « ولأن أجرة الزاد في العرف أقل من أجرة المتاع ، لما استقرت به العادة من إبدال المتاع دون الزاد . الحاوي (٣٢٨) .

مسألة ٨٧٤

إجارة الظئر بطعامها وكسوتها

١٧٥٨٠ – قال أبو حنيفة رضى اللّٰه تعالى عنه : إذا استأجر ظئرًا [١] بطعامها وكسوتها [٢] جاز استحسانًا [٣] .

١٧٥٨١ – وقال الشافعي : لا يجوز [٤] .

١٧٥٨٢ – قالوا : والصحيح من مذهبنا أن العقد يقع على الحضانة والتربية ، واللبن والحفظ تبع [ومنهم من قال : اللبن هو المعقود عليه وما سواه تبع [٥]] .

١٧٥٨٣ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [٦] وهذا أجر [٧] الرضاع وليس بنفقة [٨] الزوجة ؛ بدلالة أنه عطف قوله : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ

(١) الظئر مهموز : العاطفة على غير ولدها المرضعة له من الناس والإبل الذكر والأنثى في ذلك سواء والجمع أظؤر وأظئار وظئور . اللسان « ظأر » (٢٧٤١/٤) .

(٢) ينبغي الإشارة إلى أن الخلاف في هذه المسألة في نوع الأجر لا في إجارة الظئر ؛ وذلك لأن إجارتها بأجر معلوم لا خلاف عليه بين العلماء لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ ؛ الطلاق : ٦ وإنما الخلاف في كون الأجر هو الطعام . راجع الإشراف لابن المنذر (٢١٩/١) .

(٣) وافق الإمام أبو حنيفة في رأيه هذا الإمام مالك وإسحاق وروى عن أبي بكر وعمر ، لكن أبا حنيفة لم يجزه إلا في الظئر فقط ، خلافا لهم ، فأطلقوا جواز كون الأجر طعاما أو كسوة . راجع البدائع (١٩٣/٤) ، المبسوط (١٨/١٥) ، اللباب (١٠١/٢) وحاشية ابن عابدين (٥٣/٦) ، بداية المجتهد (١٧١/٢) ، والمغني (٤٩٢/٥) وللحنابلة رواية توافق أبا حنيفة بالجواز في الظئر فقط . وأخرى توافق الشافعي في المنع في الظئر وغيرها . ولكن ابن قدامة صحح الجواز مطلقًا . المغني (٤٩٢/٥) .

(٤) وافق الشافعي الصاحبين من الأحناف ورواية الحنابلة . راجع المواضع السابقة للأحناف والحنابلة وللشافعية فتح العزيز (٢٠٠/١٢) ، أسنى المطالب (٤٠٤/٢) شرح المحلى على المنهاج (٦٨/٣ – ٦٩) ، الحاوي (١٤٣) والشافعية لا يفرقون بين الظئر وغيرها .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) . جاء في المهذب (١ / ٥٢٥) واختلف أصحابنا في المستأجرة على الرضاع هل يلزمها الحضانة وغسل الخرق ؟ فمنهم من قال : يلزمها ، لأن الحضانة تابعة للرضاع فاستحقت بالعقد على الرضاع ، ومنهم من قال : لا يلزمها ؛ لأنهما منفعتان مقصودتان تنفرد إحداهما عن الأخرى ، فلا تلزم بالعقد على إحداهما الأخرى . ومن النص يتبيّن لنا أن المعقود عليه هو اللبن .. وهو مذهب الأحناف أيضًا ففي المبسوط (١١٨/١٥) « والأصح أن العقد يرد على اللبن ؛ لأنه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع » .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٣٣ . (٧) في (م) ، (ع) : [أجرة] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

أَوْلَٰدَهُنَّ ﴾ (١) على قوله : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ ﴾ (٢) .

١٧٥٨٤ - ولأنه ذكر رضاع الوالدة ، وقد تكون الوالدة زوجة وتكون (٣) غير زوجة ، والآية تقتضي استحقاقها بكل حال ، وذلك لا يكون إلا على وجه الأجرة . وقال : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ (٤) . والذي يجب مثله على الوارث هو أجرة الرضاع ، دون نفقة الزوجة .

١٧٥٨٥ - ولأنه جعل الطعام في مقابل إرضاعها ، والزوجة تستحق النفقة أرضعت أو لم ترضع ، ولا يقال : إن اللّه تعالى ذكر الرزق والكسوة من غير عقد ، وذلك لا يكون إلا في الزوجة . وذكر إرضاعها / ليس لأن النفقة في مقابلته لكن ليبين أن اشتغالها (٥) بالصبي لا يسقط نفقتها كما يسقط [إذا امتنعت] (٦) على زوجها بعمل من الأعمال ؛ وذلك لأنه لما ذكر الطعام في الوالدات (٧) على العموم ، ولم يفصل (٨) بين الزوجة وغيرها ، ولا يمكن حمل ذلك على العموم إلا بشرط الإجارة ، صارت الإجارة مشروطة وإن لم يثبتها .

١٧٥٨٦ - فإن قيل : الآية دلت على وجوب الرزق والكسوة والأصول دلت على أن بدل الأجرة لا يجوز مجهولًا ، فحملنا الآية على الموصوف من الطعام والكسوة ، والأصول دلت على الموصوف من الطعام والكسوة .

١٧٥٨٧ - قلنا : لما قال ﴿ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ علم أن المرجع في صفته إلى العادة ، لقوله تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (٩) وقال ﷺ لهند (١٠) : « خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَيَكْفِي وَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ » (١١) .

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٣ . (٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٢ .

(٣) ساقطة من (ن) والمراد أنها قد تكون زوجة ترضع ، أو تكون مطلقة أو متوفى عنها زوجها .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٣ .

(٥) في (م) ، (ع) : [استعمالها] . (٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [الولدان] . (٨) في (م) ، (ع) : [ولم يسقط] .

(٩) سورة البقرة : الآية ٢٤١ وتمامها ﴿ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ .

(١٠) هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف القرشية زوج أبي سفيان وأم معاوية . أخبارها قبل الإسلام معروفة . شهدت أحدًا وفعلت بحمزة ما فعلت ، كانت تؤلبُ على المسلمين إلى أن جاء اللّه بالفتح فأسلم زوجها ثم أسلمت هي يوم الفتح ، توفيت في خلافة عمر ، وقيل : في زمن عثمان . راجع الإصابة (١٥٦/٨) ، الاستيعاب (١٩٢٣/٤) ، والأعلام (٩٨/٨) .

(١١) أخرج البخاري في صحيحه من حديث عائشة رضي الله عنها قالت هند أم معاوية لرسول اللّه ﷺ : إِنَّ أَبَا =

١٧٥٨٨ - ولأنها مؤنة يجبر الأب عليها لتغذية الولد ؛ فجاز أن يكون طعامًا [١] وسطًا غير موصوف . أصله : نفقة الولد ، ولأن كل ما جاز أن يستحق في نفقه الزوجة جاز أن يستحق في أجرة الرضاعة .

١٧٥٨٩ - أصله : الطعام الموصوف والكسوة الموصوفة [٢] ولأن الإجارة نوع عقد يقصد به المنفعة فجاز أن يكون سببًا لاستحقاق طعام وكسوة ، وسطًا غير موصوف كالنكاح .

١٧٥٩٠ - احتجوا : بأن الطعام والكسوة مجهولان جنسًا وقدرًا وصفة ، فلا يجوز أن يكونا أجرة في الرضاع . أصله : الدراهم المجهولة [٣] .

١٧٥٩١ - قلنا : الحاجة داعية إلى أن يكون تدبير طعام الظئر إلى أهل الصبي ؛ لأن صلاح الصبي [إنما يكون بصلاح لبنها ، وصلاح لبنها إنما يكون بصلاح طعامها ، وذلك يختلف] [٤] بحسب طبع الصبي وباختلاف الأوقات [٥] ، فجوز مع الجهالة ليدبروه [٦] في كل وقت بحسب ما يصلحها ويصلح اللبن ، وهذا يدعو إلى اختلاف الأغذية ، فسومح بالجهالة لهذا العذر ، وهو غير موجود في الدراهم إذا كانت أجرة .

١٧٥٩٢ - لأنه لا يعطى مضطرًا إلى جهالتها ؛ فلم يجز شرطها مع الجهالة .

١٧٥٩٣ - قالوا : ما لا يجوز أن يكون أجرة في غير الرضاع [لا يجوز أن يكون

= سُفْيَانَ رَجُل شَحِيح ، فَهَلْ عَلَيَّ جُنَاح أَنْ آخُذَ مِنْ مَالِهِ سرًا ؟ قَالَ : « خُذِى أَنتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ » . صحيح البخاري (١٠٣/٣) ، مسلم بمعناه باب قضية هند (١٣٣٨/٣) رقم (١٧١٤) ، وابن ماجه في سننه باب ما للمرأة من مال زوجها (٧٦٩/٢) رقم (٢٢٩٣) .

(١) في (م) : [طعامها] وكلاهما صحيح .

(٢) اتفق العلماء على جواز كون الأجر طعامًا موصوفًا كوصف السلم الذي تنتفي به الجهالة . فقال ابن قدامة في المغني (٤٩٣/٥) وإن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كما يوصف في السلم جاز عند الجميع وإن لم يشرط طعامًا ولا كسوة ؛ فنفقته وكسوته على نفسه ، وكذلك الظئر . راجع الإشراف لابن المنذر (٢٢٧/١) .

(٣) راجع أسنى المطالب (٤٠٤/٢) والحاوي (١٤٣) وفي المبسوط لمحمد وأبي يوسف (١١٩/١٥) .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) قصد المصنف بذلك أن الأطفال قد يختلف الطبع عندهم من طفل إلى آخر ، فربما احتاج صبي إلى لبن كثير ، ويحتاج غيره إلى قدر يسير ، وربما احتاج طفل في وقت معين إلى لبن أكثر من وقت آخر وبالعكس ، فاقتضت المصلحة ترك تدبير أمر الطعام إلى أهل الصبي ليناسب احتياج الطفل من اللبن حسب كل وقت .

(٦) في (ن) : [ليدروه] .

أجرة في الرضاع [١] . أصله : الدراهم المجهولة . قلنا : غير الرضاع [٢]] مبدله [٣] معلوم [٤] فكذلك بدله والرضاع سومح في جهالة المقصود منه ، وهو اللبن [فسومح في جهالة البدل [٥]] والفرق بين [٦] الطعام المجهول [٧] والدراهم المجهولة ما قدمنا [٨] .

١٧٥٩٤ - قالوا : بدل مستحق بعقد إجارة ، فوجب أن لا يصح مجهولًا ، كما لو استأجرها للخدمة [٩] .

١٧٥٩٥ - قلنا : هنالك لم يسامح في جهالة المعوض [فلم يسامح في جهالة العوض] [١٠] وفي مسألتنا : لما سومح بجهالة المعوض الذي هو اللبن كذلك العوض .

١٧٥٩٦ - فإن قيل : العوض في الإجارة هو الخدمة والحضانة [١١] دون اللبن [١٢] .

---

(١) انظر أقوالهم في نص البيهقي الآتي في المسألة ، وقولهم هنا يوافق ما استدل به الصاحبان من الأحناف ، ففي المبسوط (١٩/١٥) : وهذه الجهالة تمنع صحة التسمية كما في سائر الإجارات .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بدله] .

(٤) في (م) : [معلومها] ، وفي (ع) : [معلومًا] وكلاهما خطأ .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) وفي غيرهما : « فسومح في جهة البدل » والمراد سومح بالجهالة في جهة البدل .

(٦) في (م) ، (ع) : [من] .

(٧) في (م) ، (ع) : [المجهول] .

(٨) أي ما سبق من قول المصنف أنه مسموح بالجهالة في جهة الطعام والكسوة للحاجة .

(٩) هذا الدليل بمعنى الدليل السابق ، وكذا رد المصنف عليه .

(١٠) ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) حَضَنَ الصبي حضنًا وحِضَانَة بالكسر : جعله في حضنه أو رباه . وفي الاصطلاح : تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كبيرًا مجنونًا كأن يتعهده بغسل جسده وثيابه .. وهي نوع ولاية وسلطنة ، لكن الإناث أليق بها ؛ لأنهنَّ أشفق وأهدى إلى التربية ، وأصبر على القيام بها . راجع القاموس باب النون فصل الحاء (٢١٧/٣) . والإقناع (١٤٤/٣) .

(١٢) اختلفت كلمة الفقهاء في كون العقد في إجارة الظئر واردًا على اللبن أم على الحضانة ، مما يستلزم التعرض لذلك بنوع تفصيل ثم اختيار ما يظهر رجحانه منها ؛ فعند الأحناف أن العقد وارد على اللبن وما سواه فيما ذكر السرخسيّ في مبسوطه . بينما يرى صاحب تبيين الحقائق عكسه فيقول : « لا نسلم أن العقد يرد على استهلاك العين (أي اللبن) بل على المنفعة وهو حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وخدمته وتربيته واللبن تابع » . وسبب الخلاف : أن اللبن عين ، والعين لا يجوز عقد الإجارة عليها بل على المنفعة ، فمن تمسك بهذا منع ورودها على اللبن وجعلها على الحضانة ، ومن قال : إنها على اللبن جعل ذلك مستثنى من أصل الإجارة ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ... ﴾ وهذا الخلاف الوارد عند الأحناف لا يكاد يخلو منه مذهب من المذاهب الأربعة بيانه : - عند المالكية : الذي يظهر من مذهب المالكية رجحان كون العقد واردًا على اللبن ، ففي بداية المجتهد في الكلام على فسخ الإجارة : فإن كان مما يقصد عينه انفسخت =

١٧٥٩٧ - قلنا : المقصود بالعقد هو اللبن ، ولهذا يضاف العقد إلى الرضاع دون غيره ، والعقد يضاف إلى ما تناوله العقد .

١٧٥٩٨ - فإن قيل : إذا استأجر دارًا فالماء الذي في البئر تتناوله الإجارة ، وما يؤخذ منه مجهول ، ولا يدل ذلك على جواز جهالة الأجرة .

١٧٥٩٩ - قلنا : الماء لا تتناوله الإجارة ولا يملك بها إنما [(١)] هو على أصل الإباحة فيتناوله بإباحة الأصل ، لا بالعقد .

١٧٦٠٠ - قالوا : لو كان كذلك لم يثبت الخيار للمستأجر إذا نضب ماء البئر .

١٧٦٠١ - قلنا : يثبت له الخيار إذا انقطع ماء النهر ، وإن كان ماء النهر لا يملك بل [(٢)] يوجد على الإباحة إلا أن الخيار يثبت ؛ لأن الدار مستأجرة ، وانقطاع الماء يوجب [(٣)] نقصان منافعها .

= الإجارة كالظئر إذا مات الطفل . وفي الشرح الصغير : جواز إيجار مرضع لترضع طفلًا ، وإن كان فيه استيفاء عين قصدا ، للضرورة . وإن كان هذا هو المذهب إلا أنه ورد ما يشعر بالخلاف فيه ، ففي شرح الزرقاني على مختصر خليل وهامشه يجوز على استرضاع طفل استئجارٌ ، وإن كان اللبن عينًا ، لأن اللبن الذي يرضعه الصبي لا قدر له . أما عند الشافعية فقد سبق ذكر نص المهذب في هذه المسألة وتبينَّ أنه يميل إلى كون العقد واردًا على اللبن ، إلا أن صاحب نهاية المحتاج ذكر خلافه ، فيرى أن المعقود عليه الحضانة حتى إنه قال : لو استأجرها للإرضاع ونفي الحضانة الصغرى ، وضعه في الحجر وإلقامه الثدي لم يصح . وعند الحنابلة الخلاف السابق . ورجح البهوتي في شرح منتهى الإيرادات وابن قدامة في المغني كونه واردًا على اللبن . والذي نراه راجحًا : كون العقد في الإجارة على الإرضاع واردًا على اللبن . قال السرخسي : والأصح أن العقد يرد على اللبن ؛ لأنه هو المقصود ، وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع ، والمعقود عليه هو منفعة كل عضو على حسب ما يليق به ، وهكذا ذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه قال : استحقاق لبن الآدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه يجوز استحقاقه بعقد الإجارة ، وقد ذكر في الكتاب - أي القدوري - أنها لو ربت الصغير بلبن الأنعام لا تستحق الأجرة ولو قامت بمصالحه ؛ فلو كان اللبن تبعًا ولم يكن بمقابلته لاستوجب الأجر . راجع المسألة في المبسوط (١١٨/١٥ ، ١١٩) ، اللباب (١٠١/٢) ، تبيين الحقائق (١٢٧/٥) ، بداية المجتهد (١٧٣/٢) ، شرح الزرقاني على مختصر خليل (١٤/٧ ، ١٥) ، الشرح الصغير (٣٠٨/٣) ، المهذب (٥٢٥/١) ، نهاية المحتاج (٢٩٥/٥ ، ٢٩٦) ، شرح منتهى الإيرادات (٣٥٤/٢) ، المغني (٤٩٧/٥) .

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .　　　(٢) بالنسخ [بابا] وهو خطأ .

(٣) في (م) ، (ع) : [موجب] . قال الشيرازي مستدلًا للشافعية ومناقشًا أدلة الأحناف : « لنا أنه بدل يستحق بالشرط ، فلا يجوز أن يكون طعمة وكسوة مجهولة كالثمن والمهر والأجرة في سائر الإجارات ، فإن قيل في الأصل : « الثمن والمهر » المعوض معلوم المبيع والبضع وها هنا اللبن مجهول ، قلنا : بل هو معلوم بتقدير =

١٧٦٠٢ - قالوا : يجوز أن يسامح في أحد بدلي العقد للحاجة ، ولا يدل ذلك على جواز مثله في البدل الآخر ، كما جاز التأجيل في المسلم فيه للحاجة إليه ، ولم يدل ذلك على جوازه في رأس المال .

١٧٦٠٣ - قلنا : التأجيل لو جاز في رأس المال لصار دينًا بدين ، وذلك ممنوع منه .

* * *

= المدة كالخدمة معلومة بذكر المدة ، فإن قيل : لا حاجة في الأصل إلى الطعمة وههنا حاجة لأن صلاح اللبن بصلاح الطعمة ، قلنا : فيجب أن لا يجوز بالكسوة المجهولة ، ولوجب أن لا يجوز على طعمة بنتها ؛ لأنه لا حاجة إلى ذلك ، ولأنه لو جعل الأجرة ثوبًا مجهولًا ؛ لم يجز ولم يجهل عين الصفة فلأن لا يجوز ههنا وقد جهل الجنس والقدر والصفة أولى . فإن احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ ... ﴾ الآية ، قلنا : يحتمل أنه أراد نفقة الزوجة ، وخص حال الرضاع ، لئلا يظن ظان أنها كالناشزة لاشتغالها عن خدمة الزوج بالولد ، قالوا : نوع عقد يقصد به المنفعة ، فجاز أن يكون سببًا لاستحقاق طعمة وكسوة غير موصوفة كالنكاح . قلنا : النكاح يجوز مع الجهل بالمدة ، ولا يجوز ذلك ههنا ، ولأن ذاك بدل يثبت من طريق الحكم فهو كمهر المثل ، وهذا بدل يثبت بالشرط فهو كالمهر المسمى . قالوا : مؤنة يجبر عليها لتغذية الولد ، فجاز أن يكون طعامًا وسطًا غير موصوف كنفقة الولد . قلنا : ذاك يجب على جهة الصلة ، وهذا يجب بالعقد على سبيل العوض ، فهو كالأعواض في العقود . النكت ورقة (١٦٩) .

مسألة ٨٧٥

إجارة المؤجر ما استأجره بأكثر من أجرته

١٧٦٠٤ - قال أصحابنا : إذا أجر [١] ما استأجره [٢] بجنس الأجرة [٣] لم يطب له الفضل [٤] إلا أن يكون زاد في الدار ما يزيد الانتفاع به [٥] .

١٧٦٠٥ - وقال الشافعي رحمه الله : يطيب [٦] له الفضل [٧] .

١٧٦٠٦ - لنا : نهيه عليه السلام عَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنْ [٨] والمنافع لم تدخل في ضمان

---

(١) في (م) ، (ع) : [أجره] .
(٢) لغير مؤجره ؛ لأنا علمنا مما سبق أنه لا يجوز إجارتها لمؤجرها .
(٣) قوله : بجنس الأجرة قيد مهم لأنها لو كانت بغير جنس الأجرة طاب له الفضل .
(٤) إنما قال : لم يطب ولم يقل لم يجز ؛ لأن الإجارة إن كانت بأكثر مما أستأجرها به تجوز عند الأحناف ، غير أنه يلزمه التصدق بالزيادة كما سيأتي .
(٥) الحاصل : أن المستأجر إذا أجر ما استأجره لغير مؤجره جاز ذلك بمثل ما استأجرها به أو أقل ، فإن كان بأكثر مما استأجرها به فلا يطيب الفضل مع جواز الإجارة إلا في حالتين . الأولى : أن يكون زاد فيها عملًا يزيد به الانتفاع ، كأن يكون أحدث فيها تجديد بياض أو إنارة ، أو غير ذلك . الثانية : أن تكون الأجرة من غير جنس ما استأجرها به ، كأن يكون استأجرها بذهب فيؤجرها بفضة ، ففي هاتين الحالتين يطيب له الفضل والإجارة في غيرهما صحيحة والفضل يجب التصدق به . ففي البدائع : ولو أجرها المستأجر بأكثر من الأجرة الأولى فإن كانت الثانية (الأجرة) من خلاف جنس الأولى ، طابت له الزيادة ، وإن كانت من جنس الأولى لا تطيب له حتى يزيد في الفضل ويتصدق به لكن تجوز الإجارة لأن الزيادة في عقد لا يعتبر فيه المساواة بين البدل والمبدل لا تمنع صحة العقد ، وهنا كذلك فيصح العقد ، وأما التصدق بالفضل إذا كانت الأجرة الثانية من جنس الأولى ، فلأن الفضل ربح ما لم يضمن ، لأن المنافع لا تدخل في ضمان المستأجر . هذا هو رأى الأحناف وللحنابلة رواية توافق رأي الأحناف . راجع البدائع (٢٠٦/٤) ، حاشية ابن عابدين (٩١/٦) ، الكافي (٣٢٤/٢ ، ٣٢٥) .
(٦) في (ن) : [يطب] .
(٧) وافق الشافعي في هذه المسألة المالكية ، وما عليه العمل عند الحنابلة . وقد سبق أن لهم رواية توافق الأحناف ، ولهم رواية ثالثة أنه إذا أذن له المؤجر في الزيادة جاز إلا أن المذهب عندهم يتفق مع الشافعية . راجع المهذب (٥٢٧/١) ، مواهب الجليل (٤١٦/٥ ، ٤١٧) ، شرح الخرشي (٩/٧) ، الكافي لابن قدامة (٣٢٤/٢ ، ٣٢٥) .
(٨) أخرجه أحمد في المسند من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ، وَعَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ ، وَعَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنْ ، وَعَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ . المسند (١٧٥/٢ ، ٢٠٥) ، وابن ماجه في سننه باب النهى عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن (٧٣٨/٢) رقم (٢١٨٩) ، والدارمي باب النهي عن شرطين في بيع (٢٥٣/٢) .

المستأجر [١] بل [٢] يطيب له ربحها .

١٧٦٠٧ - فإن قيل : نحمله على ما يصح طلب الربح فيه بعد الضمان .

١٧٦٠٨ - قلنا : هذا تخصيص بغير دليل ، ولأن المنافع لم تدخل في ضمان المستأجر فلم يطلب له الأجر [٣] بأكثر من المسمى .

١٧٦٠٩ - أصله إذا استأجر دارًا [٤] مدة لم يحضرها [٥] ثم أجرها ، ولأن المعقود عليه لو هلك كان في ضمان غيره فلم يطب له الربح فيه . أصله المبيع في يد البائع إذا جنى عليه ، وكانت القيمة أكثر من الثمن .

١٧٦١٠ - ولأنه عقد يختص بالمنفعة [٦] [فإذا عقد [٧]] على المنفعة المعقود عليها فيه ببدل لم يملك عليه لم يطب له [٨] . أصله العارية .

١٧٦١١ - ولا يلزم الموصي له بالغلة إذا أجر ، لأن ذلك العقد لا يختص بالمنفعة .

١٧٦١٢ - [ولا يلزم [٩]] إذا زاد في الدار شيئًا ؛ لأن زيادة الأجرة [١٠] تكون مقابلة للزيادة ، فلا يحصل هناك ربح في المنفعة .

١٧٦١٣ - احتجوا بأن كل عقد جاز تقدير رأس المال جاز طلب الربح فيه أصله البيع .

١٧٦١٤ - قلنا : ينتقض إذا اشترى درهمًا بدرهم يجوز العقد عليه بقدر رأس المال ، وبأن يبيعه بغير جنسه .

١٧٦١٥ - قلنا : فعلى هذا نقول بموجب العلة ؛ لأن عندنا يؤجر الدار بمثل الأجر في الوزن من جنس أجود [١١] منها ، فيجوز ويؤجرها [١٢] بغير جنس رأس المال فيطيب له الربح [١٣] .

---

(١) الدليل على أنها لا تدخل في ضمان المستأجر : ما ذكره صاحب البدائع من أنه : لو هلك المستأجَر فصار بحيث لا يمكن الانتفاع به كان الهلاك على المؤجِّر وكذا لو غصبه غاصب . « البدائع » (٢٠٦/٤) .

(٢) كذا بالنسخ ولعل صوابها [فلا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الأمر] .

(٤) في (م) ، (ع) : [داره] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يحضر] ويقصد إذا استأجر دارا فلم يسكنها .

(٦) في (م) ، (ع) : [المنفعة] .

(٧) ساقط من (ن) .

(٨) في (م) ، (ع) : [عليه] .

(٩) ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (ن) : [الأجر] .

(١١) في (م) ، (ع) : [ما أجر] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [ومؤجرها] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [رأس المال] وهو خطأ .

١٧٦١٦ - قالوا : ما جاز إجارته [١] برأس المال جاز أكثر منه . أصله إذا أحدث فيها عملًا [٢] .

١٧٦١٧ - قلنا : إذا أحدث فيها عملًا [٣] يؤثر في زيادة المنافع ، فزيادة [٤] الأجرة في مقابلتها ، ويصير عاقدًا على المنفعة التي ملكها وزيادة منفعة يملكها فكأنه أجر دارين [٥] .

١٧٦١٨ - ولا يلزم إذا زاد السعر في المنافع أو كنس الدار ؛ لأنه لم يزد عينًا يختص بمنفعتها حتى يتناولها العقد ، وإنما عقد على المنفعة الأولى زائدة السعر .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [جازته] .

(٢) استدل الإمام الماوردي للشافعية في هذه المسألة ، فقال : « دليلنا هو أن من يملك الإجارة في حق نفسه لم تتقدر عليه الأجرة كالمالك ، ولأن كل قدر صح أن يؤجر به المؤجر صح أن يؤجر به المستأجر كالمثل ، ولأن كل حال جاز له العقد فيها بقدر جاز له الزيادة عليه كما أو أحدث عمارة ، ولأنها منفعة ملكها بعوض فصح أن يزيل ملكه بأكثر من ذلك العوض كالزوج يجوز أن يخالع بأكثر من الصداق . راجع الأدلة في النكت ورقة ١٦٨ .

(٣) في (م) ، (ع) : [عينا] .

(٤) في (ن) : [بزيادة] .

(٥) ناقش الشيرازي هذا ، فقال : « إذا لم تساو العمارة الزيادة يجب أن لا يجوز ، كما قلتم فيمن اشترى عبدًا يساوى عشرة بألف وباعه مع عبد يساوي عشرين من بائعه بألفين ، ولأنا بينا أن المنافع كالأعيان المقبوضة في جواز العقد عليها ، فكان الربح فيها كالربح في الأعيان ، ولأنه لو لم يطب له الربح لما أمر بالتصدق به ؛ إذ لا يتصدق الإنسان إلا بأطيب مال . النكت ورقة (١٦٨) .

مسألة ٨٧٦

بيع العين المؤجرة

١٧٦١٩ - قال أصحابنا : إذا باع الدار بعد ما أجرها فالبيع موقوف ، فإن أجازه المستأجر جاز [١] .

١٧٦٢٠ - وقال الشافعي : في أحد قوليه [٢] : البيع جائز ، وللمشترى الخيار إن كان لم يعلم بالإجارة [٣] .

١٧٦٢١ - لنا : أنها محبوسة لاستيفاء حق ، فلا ينفذ بيعها بغير رضا من له الحق كالرهن .

١٧٦٢٢ - ولا يلزم الأمة المنكوحة ؛ لأنها ليست محبوسة .

١٧٦٢٣ - ولا يلزم إذا حبس المؤجر في دين [٤] ؛ لأن البيع لا يجوز حتى يزول

---

(١) اختلفت الروايات عن الأحناف في هذه المسألة ، ولذا اختلف النقل في كتب المذهب . إلا أن صاحب البدائع وفق بينها فقال : « لو باع المؤجر الدار المستأجرة بعد ما أجرها من غير عذر ، ذكر في الأصل أن البيع لا يجوز ، وذكر في بعض المواضع أن البيع موقوف ، وذكر في بعضها أن البيع باطل ، والتوفيق ممكن ، لأن معنى قوله : لا يجوز أي لا ينفذ . وهذا لا يمنع التوقف ، وقوله : باطل ، أي ليس له حكم ظاهر للحال ، وهو تفسير التوقف ، والصحيح أنه جائز في حق البائع والمشترى ، موقوف في حق المستأجر ، فإن أجاز جاز ، وإن أبي فللمشترى أن يفسخ البيع ، ومتى فسخ لا يعود جائزًا بعد انقضاء مدة الإجارة . راجع البدائع (٢٠٧/٤) ، تبيين الحقائق (١٤٥/٥) .

(٢) القولان للشافعي في مسألة بيعها لغير المستأجر . أما لو باعها للمستأجر فجائز قولًا واحدًا . قال في المهذب : وإن أجر عينًا ثم باعها من غير المستأجر ففيه قولان : أحدهما : أن البيع باطل لأن يد المستأجر تحول دونه ، فلم يصح البيع كبيع المغصوب من غير الغاصب ، والمرهون من غير المرتهن . والثاني : يصح لأنه عقد على المنفعة فلم يمنع صحة البيع ، كما لو زوج أمته ثم باعها ، ولا تنفسخ الإجارة كما لا ينفسخ النكاح في بيع الأمة المزوجة . وإن باعها من المستأجر صح البيع قولًا واحدًا ؛ لأنه في يده ولا حائل دونه فصح بيعها منه . راجع المهذب (٥٣٣/١) ، مغني المحتاج (٣٦٠/٢) ، الحاوي (٢٢٦) ، نهاية المحتاج (٣٢٨/٥) . ومذهب المالكية والحنابلة صحة البيع للمستأجر وغيره مع ثبوت الخيار إذا كان البيع لغير المستأجر إن لم يكن يعلم المشترى بالإجارة ، كالقول الذي أثبته المصنف للشافعي هنا . راجع مواهب الجليل (٤٠٧/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٧٢/٥) ، كشاف القناع (٣١/٤) .

(٣) راجع مغني المحتاج والحاوي والمهذب في المواضع السابقة .

(٤) في تبيين الحقائق : « وإن كان عليه دين فحبس به فباعه (أي المأجور) فهذا عذر وبيعه جائز ؛ لأنه لا يتخلص عن عهدة الدين إلا ببيعه » تبيين الحقائق (١٤٥/٥) .

الحبس بفسخ الإجارة .

١٧٦٢٤ - قال في الزيادات [١] : يفسخها القاضي [٢] ، ولا يلزم إذا أجر داره شهر رمضان وهما في المحرم ثم باعها قبل شهر رمضان .

١٧٦٢٥ - لأن الطحاوي [٣] ذكر في الاختلاف [٤] عن ابن سماعة [٥] عن محمد

---

(١) الزيادات على الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن تأليف سليمان الحنفي ، مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم (١٢٤٢) رقم ميكروفيلم (٢٠٠٢) .

(٢) جاء في المبسوط : « وإن كان على المؤجر دين فحبس في دينه فباعه فهذا عذر ؛ لأن في إيفاء العقد ضررا لم يلتزمه بالعقد ، وهو الحبس فإن عقد الإجارة لا يزيل ملكه عن العين ، ولا يثبت للمستأجر حق في ماليته فيكون المديون مجبورًا على قضاء الدين من ماليته محبوسًا لأجله إذا امتنع ، فلهذا كان ذلك عذرًا له في الفسخ ، ثم ظاهر ما يقول هنا يدل على أنه يبيعه بنفسه فيجوز ، وقد ذكر في الزيادات أنه يرفع الأمر إلى القاضي ليكون هو الذي يفسخ الإجارة ويبيعه ، وهو الأصح ؛ لأن هذا فصل مجتهد فيه ، فيتوقف على إمضاء القاضي كالرجوع في الهبة . المبسوط (٣/١٦) . وتبعًا لهذا الاختلاف في النقل عن محمد بن الحسن اختلف الأحناف في الفسخ هل يلزم فيه رفع الأمر إلى القاضي أو لا ؟ ففي كنز الدقائق نقلًا عن الجامع الصغير : « وكل ما ذكر أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض » ثم قال : وهذا يشير إلى أنه لا يحتاج إلى قضاء القاضي ؛ لأنه بمنزلة العيب في المبيع قبل القبض فينفرد العاقد بالفسخ . وفي الزيادات : أن الأمر يرفع إلى الحاكم ليفسخ الإجارة ؛ لأنه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضي كالرجوع في الهبة . قال السرخسي : هو الأصح ، ومنهم من وفق فقال : إذا كان العذر ظاهرا انفسخ وإلا فيفسخه الحاكم ، وقال قاضيخان والمحبوبي : العذر الظاهر مثل استئجار الحداد لقلع الضرس ثم سكن الوجع . راجع كنز الدقائق ، تبيين الحقائق (٥/١٤٦) ، واللباب (٢/١٠٥) .

(٣) أحمد بن محمد بن سلامة أبو جعفر الطحاوي ، إمام جليل القدر مشهور ، كان يقرأ على المزني الشافعي وهو خاله ، وكان الطحاوي يكثر النظر في كتب أبي حنيفة ، فقال له المزني : والله لا يجئ منك شيء ، فغضب وانتقل من عنده ، وتفقه في مذهب أبي حنيفة وصار إمامًا . له تصانيف كثيرة منها : أحكام القرآن ، ومعاني الآثار ، ومشكل الآثار ، والمختصر واختلاف الفقهاء وغيرها ، والطحاوي بفتح الطاء والحاء المهملتين نسبة إلى طليحة قرية بصعيد مصر توفي سنة ٣٢١ هـ . راجع الفوائد البهية ص (٣٢) ، حسن المحاضرة (١/٣٥٠) ، طبقات المفسرين للداوودي (١/٧٣) ، العبر (٢/١٨٦) ، مرآة الجنان (٢/٢٨١) ، طبقات الحفاظ (٣٣٧) وغيرها .

(٤) قال الطحاوي : قال أصحابنا : لا يجوز بيعه إلا أن يكون عليه دين فحبس به فباعها في دينه ، فهذا عذر والبيع جائز . وحكى ابن أبي عمران عن أبي يوسف في إملائه أن المشتري إن علم أنه مستأجر فالبيع جائز ، وينتظر انقضاء الإجارة بمنزلة من اشترى سلعة وعلم بها عيبًا ، وإن لم يعلم أنه مستأجر فهو بالخيار : إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء رضي . راجع اختلاف الفقهاء للطحاوي مخطوط بدار الكتب رقم ٦٤٧ ميكروفيلم رقم ٣٠٢٩٧ ورقه ١١٤ .

(٥) محمد بن سماعة بن عبد الله بن هلاك بن وكيع أبو عبد الله التميمي ، حدث عن الليث بن سعد وأبي =

أنه لا يجوز بيعه .

١٧٦٢٦ - وكذلك ذكر أبو الحسن [١] في الجامع [٢] والحكم في المنتقى ، على أنه لا يلزم على العلة ؛ لأن الدار ليست محبوسة قبل المدة .

١٧٦٢٧ - ولا يلزم إذا أنفق على اللقطة [٣] بإذن القاضي وحبسها ؛ لأنه لا رواية فيه ، والظاهر أن بيع المالك لا يجوز .

١٧٦٢٨ - قالوا : الرهن عقد على الرقبة [٤] يعقد رقبة بعقد [٥] البيع على ما يتناوله العقد الأول ، والإجارة عقد على المنفعة [٦] فلا يمنع العقد على الرقبة التي لم يعقد عليها ، وصار وزان الرهن : إن يؤجر الدار المستأجرة فلا يجوز ؛ لأنه [٧] عقد على ما

= يوسف ومحمد ، وأخذ الفقه عنهما ، وولي القضاء للمأمون ببغداد بعد موت أبي يوسف ، له مصنفات منها : أدب القاضي وكتاب المحاضر والسجلات وغيرها توفي سنة (٢٣٣ هـ) وكان له من العمر مائة وثلاث سنوات . راجع الفوائد البهية ص (١٧٠) ، مختصر طبقات الحنفية ص (١٤٣) ، شذرات الذهب (٢٣٦/١) وغيرها .

(١) عبيد الله بن الحسن أبو الحسن الكرخي . أخذ الفقه عن أبي سعيد البردعي عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة عن أبيه عن جده ، وانتهت إليه رياسة الحنفية بعد أبي خازم . تفقه عليه أبو بكر الرازي وأبو علي أحمد بن محمد الشاشي الفقيه وأبو حامد الطبري وغيرهم . وهو ينسب إلى كرخ قرية بنواحي العراق توفي سنة (٣٤٠ هـ) ليلة النصف من شعبان . راجع : الفوائد البهية (١٠٨) ، الأعلام (١٩٣/٤) ، معجم المؤلفين (٢٣٩/٦) .

(٢) لأبي الحسن الكرخي الجامع الصغير والكبير ، ذكرهما صاحب كشف الظنون نقلًا عن ذكر الكرخي لهما في مختصره ، قال : « الجامع الكبير لأبي الحسن الكرخي ... ذكره في مختصره وقال : من أراد مجاوزة ما في هذا أكثر من ذلك فالكبير يستغرق ذلك كله . راجع كشف الظنون (٥٧٠/١) أبي الفضل محمد بن أحمد صاحب الكافي المقتول شهيدًا سنة (٣٣٤ هـ) وكتابه المنتقى كتاب في فروع الحنفية فيه نوادر من المذهب ولا يوجد ، وقال الحكم : نظرت في ثلاثمائة جزء مؤلف مثل الأمالي والنوادر حتى انتقيت كتاب المنتقى . راجع كشف الظنون (١٨٥١/٢) ، معجم المؤلفين (١٨٥/١١) .

(٣) اللقطة بضم اللام وفتح القاف على المشهور عند أهل اللغة والمحدثين ، وقال عياض : لا يجوز الإسكان ، وقال الزمخشري في الفائق : والعامة تسكنها . واللقطة : ما يلتقط ويوجد على غير طلب ولا يعرف صاحبه . راجع الفائق للزمخشري (٣٦٥/١) ط مصر ، ومشارق الأنوار للقاضي عياض (٣٦٢/١) ط مصر ، جامع الأصول لابن الأثير (٢٩٠/٩) ط الملاح - دمشق .

(٤) في غير (ن) : [الرهن عقد رقبة بعقد رقبة] .

(٥) في (ع) : [بعقد] .

(٦) راجع المهذب (٥٣٣/١) ، مغني المحتاج (٣٦٠/٢) .

(٧) في غير (ن) : [لأنها] .

يتناوله العقد الآخر [١] .

١٧٦٢٩ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن الرهن عقد على الرقبة وثيقةً وحبسًا [٢] والبيع عقد على الرقبة ملكًا [٣] فما وقع عليه أحد العقدين [٤] غير ما وقع عليه الآخر .

١٧٦٣٠ - ولهذا يصح أن يعقد الرهن في ملك غيره إذا أعاره [٥] فيكون الملك لمالكه والرهن من المستعير [٦] فأما البيع وإن وقع على [٧] الرقبة فمن حكم منافعها أن تستحق بمقتضى ملك الرقبة ، فصارت المنفعة من هذا الوجه كأن العقد [٨] تناولها .

١٧٦٣١ - قالوا : من حق المرتهن أن يباع الرهن في ذمته إذا تعذر القضاء [٩] ؛ فلو جوزنا بيع الراهن [١٠] سقط بذلك حق المرتهن [١١] .

١٧٦٣٢ - قلنا : وكذلك الإجارة عندنا ؛ لأن المؤجر إذا مات مفلسًا انقضت الإجارة ، وإن كان المستأجر أحق بإمساك الدار من سائر الغرماء ، وتباع فيقضي دينه منها ، فإذا جوزنا بيع المؤجر أبطل هذا الحق على المستأجر ، وهو كبيع الراهن المبطل لحق المرتهن من البيع [١٢] .

---

(١) أي إجارة الدار المستأجرة عقد على المنفعة التي سبق وعقد عليها المستأجر الأول .

(٢) من المعلوم أن عقد الرهن من عقود التوثيقات ، ولا يملك المرتهن في المرهون إلا حق الحبس حتى يستوفى دينه ، ثم يرده إلى الراهن ، فملك العين فيه للراهن وليست للمرتهن ، حتى في حالة بيع الرهن فإنه يباع على ملك الراهن .

(٣) لأن عقد البيع يقتضي ملك البائع للثمن والمشتري للمبيع .

(٤) عقد البيع وعقد الرهن .

(٥) في (م) ، (ع) : [أعادة] وهو خطأ ، والمراد صحة استعارة الشيء لرهنه .

(٦) قال ابن عابدين : « وصح استعارة شيء ليرهنه ، لأن المالك رضى بتعلق دين المستعير بماله ، وهو يملك ذلك كما يملك تعلقه بذمته بالكفالة فيرهن بما شاء إذا أطلق - أي المعير - ولم يقيده بشيء ، وإن قيده بقدر أو جنس أو مرتهن أو بلد تقيد به - أي المستعير - . راجع حاشية ابن عابدين (٥١٣/٦) ، المبسوط (١٥٨/٢١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [عين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [كالعقد] .

(٩) أي قضاء الدين الذي على الرهن .

(١٠) في (م) ، (ع) : [الرهن] .

(١١) قال في المهذب : ولا يملك - الراهن - التصرف في العين بما فيه ضرر على المرتهن لقوله ﷺ : « لا ضَرَرَ وَ لاَ ضِرَارَ » فإن باعه أو وهبه ، أو جعله مهرًا في نكاح ، أو أجرة في إجارة ، أو كان عبدًا فكاتبه لم يصح ؛ لأن تصرفه لا يسري إلى ملك الغير ؛ لأنه يبطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن بنفسه كالفسخ . راجع المهذب (٤١٢/١) .

(١٢) يرى جمهور الفقهاء أن الراهن ليس له أن يبيع العين المرهونة وهي في يد المرتهن ؛ لأن ذلك إبطال لحق المرتهن ، وأن الراهن إن باعها فللمرتهن الحق في الإجازة أو الفسخ . راجع المبسوط (٦٣/٢١) ، المهذب =

١٧٦٣٣ - ولأنه عقد يمنع الرهن من غيره فيمنع نفوذ البيع . أصله : الرهن والكتابة والبيع ، ولأنه عاجز عن تسليم العين عقيب العقد لعدم ثبوت يده عليها ، فوجب أن لا ينفذ بيعه [١] فيها ، كالعبد الآبق [٢] .

١٧٦٣٤ - فإن قيل : تعذر التسليم لأنه إن كان عقارًا خلى بين المشتري وبين الرقبة وهى في يد المستأجر [٣] وإن كان مما ينقل [٤] أخذه من يده [٥] فسلمه إليه [٦] ثم رده إليه [٧] ولا ضرر [٨] عليه [٩] في هذا القدر ، وهذا كما لو انسدت البالوعة فقال المؤجر : أنا أعملها وذلك في مدة يسيرة جاز وإن زالت يد المستأجر [١٠] .

١٧٦٣٥ - قلنا : المستحق على البائع تسليم العقار مفرغًا ، وأما إذا سلمه وهو مشغول بسكنى المستأجر ومتاعه فلا يجوز في مدة يسيرة ولا كثيرة ؛ لأنه مستحق للسكنى في جميع المدة .

١٧٦٣٦ - وهذا معنى [١١] قولنا : إن التسليم يتعذر [١٢] . فأما إصلاح [١٣] البالوعة / ٢٠٠

= (٤١٢/١) ، بداية المجتهد (٢٠٩/٢) ، شرح منتهى الإيرادات (٢٣٤/٢) ، وتوثيق الدين بالرهن والكفالة للدكتور كمال جودة أبو المعاطى ص (٤٩) ط دار الهدى .

(١) أي المؤجر إذا باع الدار المستأجر ؛ لأنها مشغولة بإجارة المستأجر لها ، ومن شرط صحة البيع القدرة على تسليم المبيع .

(٢) وإن كان هذا هو المذهب عند الأحناف إلا أن الكرخي منهم يرى جواز بيع العبد الآبق حتى لو ظهر وسلم يجوز ، ولا يحتاج إلى تجديد البيع ؛ لأن الإباق لا يوجب زوال الملك . راجع البدائع (١٤٧/٥) .

(٣) فيكون هذا تسليمًا ؛ لأن شأن التسليم في غير المنقول هو التخلية ، وفي المنقول نقله وتسليمه إلى المشتري وقيل تكفى التخلية أيضًا .

(٤) في (ع) : [ينفذ] وهو خطأ .

(٥) أي المؤجر .

(٦) من يد المستأجر .

(٧) إلى المشتري .

(٨) أي إلى المستأجر ومعناه : وإن كان المباع مما ينقل أخذه البائع من يد المستأجر فسلمه إلى المشتري ثم رده إلى مستأجرة مرة أخرى ليستوفى إجارته ، ويكون حصل بذلك التسليم ، ولم يعد من جراء هذا الأمر ضرر على المستأجر ؛ لأن غاية ما هناك أن العين انتقلت من مالك ، أما المنافع فهي بحالها في يد المستأجر .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا قدر] وهو خطأ .

(١٠) أي على المستأجر .

(١١) في مغني المحتاج : « العين تؤخذ منه وتسلم للمشتري ثم تعاد إليه يستوفي منفعتها إلى آخر المدة ، ويعفى عن القدر الذي تم التسليم فيه ؛ لأنه يسير لا يثبت فيه خيار المستأجر كما لو أسندت بالوعة الدار فلا خيار ، لأن زمن فتحها يسير . مغني المحتاج (٣٦٠/٢) .

(١٢) ساقطة من (م) ، (د) .

(١٣) في (ن) : [متعذر] .

فذلك لا يوجب زوال يد المستأجر ، وإنما يفسخها [١] المؤجر . واليد للمستأجر كما يعملها الصانع والكلام فيما يوجب زوال يده [٢] .

١٧٦٣٧ - احتجوا : بأن الحاكم لو باعها في دين على المؤجر لم يجز فسخ بيعه ، وكل من لا يعتبر إذنه في بيع الحاكم لا يعتبر إذنه في بيع مالكه [٣] . أصله : الزوج في بيع الأمة المزوجة [٤] .

١٧٦٣٨ - قلنا : الحاكم لا يجوز بيعه عندنا حتى يقدم عليه فسخ الإجارة ، فيحصل بيعه [٥] .

١٧٦٣٩ - ولاحق هناك للمستأجر حتى يعتبر إذنه في بيع الحاكم [٦] . ولو باع المؤجر بعد فسخ الحاكم جاز أيضًا ، ولم يعتبر في بيعه إذن المستأجر فلا فرق بينهما .

١٧٦٤٠ - قالوا : عقد على منفعة فلا يمنع العقد على الرقبة كمن زوج أمته ثم باعها [٧] .

١٧٦٤١ - قلنا : الزوج لا يثبت له [٨] حق الحبس [٩] في الأمة فلا يمنع ذلك من تسليمها والمستأجر ثبت له حق الحبس [١٠] فيمنع حقه من التسليم ، ومنع التسليم مؤثر [١١] في البيع .

١٧٦٤٢ - فإن قيل : الزوج له حق في الاستمتاع إذا فرغت من خدمة المولى وذلك

---

(١) في (م) ، (ع) : [صلاح] .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [البدل] وهو خطأ .

(٣) قصد الشافعية بهذا عدم فسخ الإجارة ؛ لأن بيع الدار المؤجرة عندهم على القول الذي يجيز بيعها ، فالبيع جائز ، والإجارة بحالها لا تنفسخ على الأصح عندهم ، فلا يثبت للمستأجر حق الفسخ . قال في المهذب : « ولا تنفسخ الإجارة كما لا ينفسخ النكاح في بيع الأمة المزوجة . المهذب (٥٣٣/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [والزوجة] وهو خطأ .

(٥) هذا هو اختيار المصنف ، والأمر محل خلاف في المذهب ؛ ففي تبيين الحقائق : « واختلفوا في كيفية فسخه فقال بعضهم : يبيع الدار أولًا وينفذ بيعه وتنفسخ الإجارة ضمنًا لبيعه ، وقال بعضهم : يفسخ الإجارة أولًا ثم يبيع » . تبيين الحقائق (١٤٦/٥) .

(٦) لأن الإجارة انفسخت قبل البيع .

(٧) راجع المهذب (٥٣٣/١) ، مغني المحتاج (٣٦٥/٢) ، والحاوي (٢٢٦) .

(٨) في (ن) ، (م) ، (ع) : [به] وهو خطأ .

(٩ ، ١٠) في (م) ، (ع) : [الجنس] وهو خطأ .

(١١) في (ن) : [يؤثر] .

لا يؤثر في التسليم ، لأنه ما من وقت يريد الزوج وطئها إذا أراد المولى استخدامها إلا وله منعه [١] من الوطء للخدمة كذلك له منعه من الوطء ليسلّم .

١٧٦٤٣ – قالوا : العين أمانة في يد المستأجر خالية من العقد [٢] ، فجاز العقد عليها كالوديعة [٣] .

١٧٦٤٤ – قلنا : المودع ليس له حق في بيع العين من المالك فلم « تمنع » [٤] يده من بيعها والمستأجر له حق في منع العين من المالك فأثر ذلك في بيعها .

١٧٦٤٥ – قالوا : لو باع ثمرة على النخل ثم باع رقبة النخل جاز ، ولم [٥] يمنع العقد على الثمرة العقد على النخل كذلك لا يمنع العقد على المنفعة العقد على الرقبة [٦] .

١٧٦٤٦ – قلنا : الثمرة لا تستحق تبقيتها [٧] [على النخل فإذا باع النخلة فتسلمها ممكن لأنه يأخذ الثمرة فيسلمها فهو كمن باع دارا فيها متاعه [٨]] جاز البيع ، لأنه ينقل متاعه ويسلمها . ولو استحق تبقية [٩] الثمرة على النخل كالثمرة الموصى بها لم يجز بيع النخلة [١٠] لأن التسليم متعذر [١١] مثل مسألتنا .

* * *

(١) أي منع الزوج .

(٢) جاء في نهاية المحتاج « ويد المستأجر لا تعد حائلة في الرقبة لأن يده عليها يد أمانة ومن ثم لم يمنع المشتري من تسلمها لحظة لطيفة ليستقر ملكه ثم يرجح للمستأجر » . نهاية المحتاج (٣٢٨/٥) . وبهذا علل صاحب المهذب عدم ضمانها إذا تلفت في يده من غير تعد فقال : « وإن استأجر عينا فاستوفى المنفعة وحبسها حتى تلفت فإن كان حبسها لعذر لم يلزمه الضمان لأنها أمانة في يده فلم يضمن بالحبس لعذر كالوديعة . المهذب (٥٣٤/١) .

(٣) الوديعة لغة الترك . مأخوذة من ودع الشيء يدع إذا سكن واستقر وجمعها ودائع وهي من الأضداد يقال : أودعته دفعت إليه وديعة وأودعته قبلت وديعته وهذا غير معروف . وفي الشرع . تطلق على الإيداع وعلى العين المودعة وعلى العقد وهو الأصح . وهي عند الأحناف . تسليط الغير على حفظ ماله . وعند الشافعية . توكيل في حفظ مملوك أو محترم على وجه مخصوص . راجع مختار الصحاح ، والمصباح « ودع » ص ٧١٤، اللباب (١٩٦/٢) ، مغني المحتاج (٧٩/٣) .

(٤) في (ن) ، (م) ، (ع) : [يمنع] .
(٥) في (ن) : [إن] .

(٦) في مغني المحتاج لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع الرقبة كالأمه المزوجة . مغني المحتاج .

(٧) في (م) ، (ع) : [بنفسها] بدل تبقيتها .
(٨) ما بين القوسين ساقط من (ن) .

(٩) في (م) ، (ع) : [بنفسه] .
(١٠) ساقطة من (ن) .

(١١) في (م) ، (ع) : [تعذر] بدل « متعذر » .

مسألة ٨٧٧

ما تلف في يد الأجير المشترك من غير فعله

١٧٦٤٧ - قال أبو حنيفة لا ضمان على الأجير المشترك [١] فيما تلف في يده من غير عمله [٢] .

١٧٦٤٨ - وقال أبو يوسف ومحمد [رحمهما الله تعالى بضمانه إلا أن يكون ما لا يمكن التحفظ منه كالحريق الغالب ، واللصوص الغالبين [٣] .

١٧٦٤٩ - وقال الشافعي] [٤] إن استعمله و [٥] يد المالك ثابتة على المعمول فيه [٦] لم يضمن ، كما لو قال : خط الثوب في دارى . فإن دفع الثوب إليه ففيها قولان .

١٧٦٥٠ - أحدهما : لا يضمن كقولنا .

١٧٦٥١ - والثاني : يضمن ، وسوّى على [٧] هذا القول بين ما يمكن الاحتراز منه وما لا يمكن .

١٧٦٥٢ - واختلف أصحابه في صورة الأجير المشترك فمنهم من قال الأجير [٨] المشترك أن تكون المنفعة معلومة بالعمل ، كقوله : خِط هذا الثوب ، والمنفرد أن تكون المنفعة معلومة بالمدة ، مثل أن يقول استأجرتك للخياطة يومًا .

١٧٦٥٣ - واختلف من قال هذا في تضمين الأجير المنفرد ؛ فمنهم من قال لا

---

(١) الأجراء نوعان : مشترك ، وخاص فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصبّاغ والقصّار ، وكل من يقبل الأعمال من غير واحد ، أو هو بعبارة أخرى كل من يعمل للمستأجر ولغيره . والخاص هو الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل ، كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعي الغنم ونحوه . والفرق بينهما أن المشترك يعمل للمستأجر ولغيره وعمله غير مرتبط بمدة ، خلافا للخاص فإنه في الوقت المؤجر فيه مشغول لمن استأجره ، فلا يستطيع العمل لغيره . راجع المبسوط (١٥/٨٠) .

(٢) مثل أن يحترق الثوب عند الخياط أيتلف بفعل حشرة ونحوها وليس بفعل الخياطة .

(٣) راجع اللباب (٢/٩٤) ، المبسوط (١٥/٨٠) ، البدائع (٤/٢١٠) ، تبيين الحقائق (٥/١٣٤) ، تكملة فتح القدير (٨/٦٢) .

(٤) ساقط من (ن) .

(٥) في (ن) : [في] .

(٦) في (م) ، (ع) : [عليه] .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) ساقطة من (ن) .

يضمن قولًا واحدًا ، ومنهم من قال على قولين (١) .

١٧٦٥٤ – الطريقة الثانية (٢) : منهم من قال : المشترك هو المشارك في الرأي مثل أن يقول ترعى غنمي [حيث ترى ، والمنفرد هو الذي يعمل بمفرد رأي المالك مثل أن يقول ترعى غنمي (٣)] في هذا البستان . هذا (٤) المشترك على قولين ، والمنفرد لا يضمن قولًا واحدًا (٥) .

١٧٦٥٥ – لنا : حديث عمرو (٦) بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لاَضَمَانَ عَلَى مُؤْتَمَنٍ » (٧) والأجير مؤتمن ، ولأنها عين قبضها بإذن مالكها لا على وجه التمليك والوثيقة ، فلا تكون اليد مضمونة عليه ، كالوديعة (٨) .

١٧٦٥٦ – ولأنها عين قبضها على وجه الإجارة فلا يضمنها إلا بفعل من جهته . أصله إذا قبض الدار لسكنها أو والعبد [لعمله] (٩) .

١٧٦٥٧ – ولا يلزم الأجرة ، لأنها لا يقبضها على وجه الإجارة لكن يقبضها « على » عقد

---

(١) راجع الأم (٢٦١/٣) ، المهذب (٥٣٤/١) ، نهاية المحتاج (٣١٠/٢) ، وللحنابلة رواية توافق الشافعي في أنه إن كان يعمل ويد المالك ثابتة لا يضمن إلا أن المذهب عندهم الضمان مطلقا . ومذهب المالكية ضمان الصناع فيما يغاب عليه لا فيما لا يغاب عليه . راجع بداية المجتهد (١٧٥/٢) ، الشرح الصغير (٣١٢/٣) ، الحَطاب وهامشه (٤٢٦/٥) ، المغني (٥٢٥/٥ ، ٥٢٦) ، الكافي (٣٢٨/١ – ٣٣١)

(٢) أي للشافعية في تفسير الأجير المشترك والخاص .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) . (٤) في (ن) : [هذه] .

(٥) راجع : المهذب (٥٣٤/١) ، وانظر تفصيل المسألة في الحاوي (٣٤٧ –٣٦٩) .

(٦) عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص القرشي أبو إبراهيم ويقال أبو عبد الله المدني روى عن أبيه ، وجلُّ روايته عنه ، وعمتهِ زينبَ بنت محمد وزينبَ بنت أبي سلمة وعنه عطاء وعمرو بن دينار وهما أكبر منه والزهري وقتادة ومكحول وغيرهم وقد اختلف العلماء في الاحتجاج بأحاديثه اختلافًا كثيرًا . توفي سنة ١١٠ هـ . راجع الأعلام (٧٩/٥) ، التهذيب (٤٨/٨) ، تقريب التهذيب (٧٢/٢) الطبعة الثانية سنة ١٣٩٥ هـ ، ميزان الاعتدال (٢٦٣/٣) ، شذرات الذهب (١٥٥/١) ، البداية والنهاية (٣٢١/٩) ، سير أعلام النبلاء (١٦٥/٥) وغيرها .

(٧) أخرجه الدارقطني ، وقال فيه ضعف . انظر السنن له (٤١/٣) رقم (١٦٧) ، كنز العمال من حديث ابن عمر – كتاب الوديعة (٦٣١/١٦) رقم (٤٦/٣٣) ط حلب .

(٨) أجاب الشيرازي على هذا القياس قائلًا « قلنا الوديعة لو تلفت بالفعل المأدون لم تضمن وههنا تضمن » . النكت ورقة (١٧٠) .

(٩) زيادة اقتضاها السياق .

الإجارة [١] . وإن شئت قلت عين قبضها على وجه الإجارة لا يتعلق حقه بها [٢] .

١٧٦٥٨ - ولأنه مأمور بالحفظ والعمل ، فلو لم يستحق عليهما بدلًا لم يضمن كالعين . فإذا لم يستحق على أحدهما عوضا لم يلزمه ضمان له على الانفراد ، كما لا يضمنه عند الاجتماع . والدليل على أن الأجير لا يستحق أجرة [٣] الحفظ أنه لو حفظ ولم يعمل لم يستحق شيئًا .

١٧٦٥٩ - ولأن الأجرة لو كانت للحفظ والعمل فسد العقد ، لأن مقدار الحفظ مجهول ، فلا تعرف حصته .

١٧٦٦٠ - احتجوا : بما روي عن عمر بن الخطاب [٤] وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما أنهما [ضمنا الصُنَّاع [٥]] .

١٧٦٦١ - الجواب : أنه روي عن علي رضي الله عنه أنه لا يضمنه [٦] .

١٧٦٦٢ - فنقول : ما روي عنهما [٧] من التضمين يجوز أن يكون فيما كان من عمل الأجير [٨] . وما روي عن علي رضي الله عنه أنه لم يُضَمِّنْ معناه : ما كان من غير عمله . وكذلك نقول .

١٧٦٦٣ - قالوا : روي عن قتادة [٩] عن الحسن [١٠] عن سمرة [١١] رضي الله عنه أن النبي

---

(١) في (م) ، (ع) : [التجارة] وهو خطأ . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) في (ن) : [أجر] . (٤ ، ٥) سبقت ترجمته رضي الله عنه .

(٦) جاء في مصنف ابن أبي شيبة بسنده أن عليا ضمن نجارا ، وفيه أيضًا عن عمر بن الخطاب أنه ضمن الصناع الذين انتصبوا للناس في أعمالهم . راجع المصنف (٢٨٥/٦) ، رقم (١٠٩٠ ، ١٠٩١) ، تلخيص الحبير (٦١/٣) .

(٧) جاء في مصنف ابن أبي شيبة بسنده « أن عليا رضي الله عنه كان لا يضمن الأجير المشترك » راجع المصنف (٥٣٧/٦) .

(٨) في (ن) : [الأجر] وهو خطأ .

(٩) قتادة بن دِعامة بن قتادة بن عزيز بن عمرو بن ربيعة بن عمرو الحارث البصري ولد بمكة وروي عن أنس ابن مالك وأبي الطفيل والحسن البصري وغيرهم وعنه سليمان التميمي وجرير وعمرو بن الحارث المصري وغيرهم . كان من علماء الناس بالقرآن والفقه . قال عنه سعيد بن المسيِّب ما أتاني عراقي أحسن من قتادة ت سنة ١١٧ هـ . راجع الاستيعاب (١٢٧٤/٣) ، الإصابة (٤٢٤/٥) ، التهذيب (٣٥١/٨) .

(١٠) الحسن بن أبي الحسن بن يسار البصري أبو سعيد روى عن أبي بن كعب وسعيد بن عبادة وعمر بن الخطاب ، ولم يدركهم . وعن ابن عباس وعمرو بن العاص ومعاوية وسمرة وغيرهم وروى عنه حميد الطويل ويزيد بن أبي مريم وقتادة وغيرهم . قيل رواية سمرة بن جندب سماع وقيل كتابة توفي سنة ١١٠ هـ . راجع تهذيب التهذيب (٣٦٢/٢) ، تقريب التهذيب (١٦٥/١) ، شذرات الذهب (١٣٦/١) .

(١١) سمرة بن جندب بن هلال بن جريح بن مرة بن حزن بن جابر يكنى أبا عبد الرحمن وقيل أبو عبد الله =

ﷺ قال : [عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّ] [١] .

١٧٦٦٤ - قلنا : هذا يقتضي وجوب رد العين ، وذلك لا يكون إلا مع بقائها [٢] وكذلك نقول والخلاف في رد القيمة بعد هلاك العين ، والخبر لا يتضمن ذلك .

١٧٦٦٥ - فإن قيل : لا يخلو أن يكون المراد على اليد رد العين [التي أخذت أو قيمة العين [٣]] ، ولا يجوز أن يكون رد العين حتى يرد العين لأنه يقتضي أن يعتبر الشيء غاية نفسه [٤] ، فبقي أن يكون المراد على اليد قيمة العين حتى ترد .

١٧٦٦٦ - قلنا : قال سيبويه [٥] : عليَّ كذا يعني استقر عَلَيَّ كذا .

١٧٦٦٧ - قال : وقولهم على فلان دين . شبه بالشيء الذي يستعلى على غيره ويستقر عليه [٦] ، وإذا كان كذلك فتقديره استقر على صاحب اليد ما أخذ حتى [٧] يرد ، وهذا يفيد وجوب حق عليه فسقط رد العين . فأما القيمة فلم يجر لها ذكر ، فلا حاجة بنا إلى إضمارها .

١٧٦٦٨ - قالوا [٨] لو أجر عبده فسلمه كان ضمان ملكه ، لأنه بذل المنفعة بعوض . كذلك إذا استأجره فسلم الثوب إليه كان من ضمان باذل المنفعة بعوض [٩] .

= وقيل غير ذلك سكن البصرة وكان زياد يستخلفه عليها ستة أشهر وعلى الكوفة ستة أشهر فلما مات زياد أقره معاوية على البصرة عاما أو نحوه ثم عزله . كان من الحفاظ المكثرين عن رسول الله ﷺ ت سنة ٥٨ هـ راجع : الاستيعاب (٦٥٤/٢) ، التهذيب (٢٣٦/٤) ، الإصابة (١٧٨/٣ ، ١٧٩) .

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٨/٥) بلفظ « حَتَّى تُؤَدِّيهِ » وفي (١٢/٥) بلفظ « حَتَّى تُؤَدّى » وفي سنن أبي داود باب تضمين العارية (٨٢٢/٣) رقم (٣٥٦١) وفي سنن ابن ماجه باب العارية (٨٠٢/٢) رقم (٢٤٠٠) ، والدارمي باب العارية مؤداه (٢٦٤/٢) ، والحاكم في المستدرك . كتاب البيوع (٤٧/٢) ، والطبراني في الكبير (٢٠٨/٤) ، وانظر تلخيص الحبير (٥٣/٣) رقم (١٢٦٧) .

(٢) في (م) ، (ع) : [إبقائها] .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) عمرو بن عثمان بن قنبر أعلم الناس بالنحو بعد الخليل يكنى أبا بشر وأبا الحسين والأول أشهر ، ألف كتابه في النحو الذي سماه الناس قرآن النحو وإذا أطلق الكتاب في اللغة انصرف إليه . ت سنة ١٦١ هـ. راجع . طبقات النحويين واللغويين ص١٦ ، معجم الأدباء (١١٤/١٦) ط عيسى الحلبي ، إنباه الرواة (٣٤٦/٢) ، بغية الوعاة (٢٢٩/٢) ، تاريخ بغداد (١٩٥/١٢) ، وفيات الأعيان (٨١/٥) ، كشف الظنون (٨٠٢/٥) .

(٦) راجع كتاب سيبويه (٢٦٨/٣) ، (٤٢٠/١) ط الهيئة المصرية للكتاب .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (ع) : [قال] .

(٩) معنى هذا أن باذل المنفعة بعوض عليه الضمان مؤجرا كان أو مستأجر . فإن كان المالك هو باذل المنفعة =

١٧٦٦٩ - قلنا : إنما كان العبد من ضمان مالكه ، لأنه يسلم العين بالإجارة لاستيفاء العمل فيها ، كذلك الثوب قبضه الأجير [١] بالإجارة [٢] ولإيقاع العمل فيه فلم يكن مضمونًا .

١٧٦٧٠ - قالوا : العمل مضمون وقد استحق على الأجير [٣] تسليم العين معمولة ، والبذل في مقابلة ذلك فكانت العين [٤] والعمل مضمونين عليه [٥] .

١٧٦٧١ - قلنا : الواجب عليه تسليم العمل ، إلا أنه لا ينفرد عن العين ، فيلزمه تسليم العين الأمانة ليسلم العمل المضمون ، فلا يوجب ذلك ضمان العين ، كمن عنده ألف وديعةً وألف مغصوبةً اختلطا بغير [فعله [٦]] فعليه تسليمها [٧] ، ولا يضمن الوديعة ، وإن لم ينفرد تسليم العين المضمونة عنها [٨] .

١٧٦٧٢ - واحتج أبو يوسف ومحمد : بأن الأجير [٩] لمّا ضمن [١٠] بالعمل ضمن بالقبض كالمأخوذ على وجه السوم [١١] وعكسه البزاغ [١٢] لما لم يضمن بالعمل لم يضمن قبله .

١٧٦٧٣ - قلنا : التلف بالعمل ليس بمضمون ، بدلالة أنه لو تلف في حال العمل

= بعوض فالضمان عليه كمن أجر عبده فسلمه كان الضمان على المالك وإذا كان الأجير هو باذل المنفعة بعوض كان الضمان عليه ، كمن سلم الثوب إلى خياط ليخيطه كان الضمان على الخياط ، لأنه هو باذل المنفعة بعوض .

(١) في (ن) : [الآخر] .
(٢) في (ع) : [كالإجارة] وهو تصحيف .
(٣) في (ن) : [الأجر] .
(٤) في (ن) : [العمل والعين] .
(٥) راجع الحاوي (٣٥٣) .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) أي الألف المغصوبة لأنها مضمونة .
(٨) أي يلزمه تسليم الوديعة الألف مع الألف الأخرى المغصوبة ، لأن المغصوب مضمون ، ولا يمكن تسليمه إلا بتسليم المخلوط معه ، ولذلك ألزم بتسليم الوديعة مع أنها غير مضمونة إن تلفت بغير تعد منه والفرض أن الوديعة والمغصوب كليهما مملوكان لشخص واحد .
(٩) في (ن) : [الأجر] .
(١٠) في (ن) : [يضمن] .
(١١) سمت بالسلعة وساومت واستمت بها وعليها غاليت واستمته إياها وعليها سألته سومها . وقال الجرجاني : السوم طلب المبيع بالثمن الذي تقرر به البيع . راجع القاموس المحيط باب الميم فصل السين (١٣٥/٤) ، التعريفات ص١٠٩ ، وقد استدل الشافعية بهذا الدليل أيضًا للقول الثاني بالضمان . راجع مغني المحتاج (٣٥١/٢) .
(١٢) بالنسخ [النزاع] وهو خطأ والبزاغ الحجام والبيطار . راجع القاموس المحيط باب العين فصل الباء (١٠٦/٣) .

من غير العمل [لم يضمن [1]] فكذلك قبل العمل ، وإنما المضمون ما تولد من العمل وذلك لا يوجب ثبوت الضمان قبل العمل .

١٧٦٧٤ - ألا ترى أن الوديعة تضمن بإيقاع الفعل ولا تضمن بقبضها ، ثم الضمان لو تعلق بالقبض استوى ما يحترز منه و [2] مالا يحترز منه بقبض الغصب والمقبوض على وجه السوم .

* * *

---

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) . جاء في مختصر خلافيات البيهقي « في تضمين الأجير المشترك ما يتلف من غير تعديه قولان . وقال العراقيون . ما تلف بفعله ضمنه ، وإن لم يكن مفرطا فيه . وما تلف بغير فعله فلا يضمنه . روي عن علي ﷺ كان يضمّن الصنّاع وقال لا يصلح الناس إلا ذاك . وروي عن عمر ﷺ تضمين بعض الصنّاع من وجه فيه نظر وقضى شريح على قصّار أو صبّاغ بالضمان وعن الفقهاء من التابعين أنهم كانوا يقولون الغُسّال والصُّواغ والخياط وأصحاب الصناعات كلهم ضامنون لكل ما دفع إليهم وممن قال لا يضمن عطاء بن أبي رباح قال : لا ضمان على صانع ولا على أجير . ذكره في السنن . وروي عن علي ﷺ من وجه لا يثبت مثله أنه كان لا يضمن أحدا من الأجراء . ذكره في السنن وروى حماد بن أبي سليمان عن النخعي أنه قال : لا يضمن . وقال سليمان بن مهران : سألت إبراهيم عن القصّار فقال يضمن . فهذا اختلافهم في الضمان ولم يحك عن أحد منهم التفصيل بين ما يكون بفعله أو فعل غيره وما ثبت فيه الأثر أولى القولين والله تعالى أعلم . راجع مختصر خلافيات البيهقي لأبي عبد الله محمد بن فرح مخطوط بمكتبة أحمد الثالث بتركيا تحت رقم (١٠٨٠) فقه ورقة (٢٢٢) .

مسألة ٨٧٨

تلف المعقود عليه بفعل الأجير المشترك

١٧٦٧٥ - قال أصحابنا : إلا زفر [١] ما تلف بعمل الأجير [٢] المشترك مضمون [٣] .

١٧٦٧٦ - وقال الشافعي إن قلت الأجير يضمن ما تلف بغير عمله فما تلف بعمله أولى به . وإن قلت لا يضمن ما تلف من غير عمله فكذلك ما تلف بعمله [٤] .

١٧٦٧٧ - لنا : أن العمل مضمون عليه فما يتولد منه يكون مضمونا كالخياطة .

١٧٦٧٨ - وإنما قلنا إن العمل مضمون ، لأن في مقابلته بدل مضمون [٥] ويجبر على تسليمه .

١٧٦٧٩ - ولا يلزم البزاغ [٦] . والفاصد [٧] والحاجم [٨] لأن العمل ليس بمضمون

---

(١) في (ن) : [الأدقة] ، وفي (ج) ، (د) : [ألا إن فيه] وكلاهما تحريف .

(٢) هذه المسألة تعني تلف المعقود عليه بفعل الأجير المشترك من غير قصد منه ولا تعد لأن الفقهاء مجمعون على أن التلف إن كان عن تعد يضمن . فإن الثوب المستأجر على صبغة أو خياطته مثلا إذا تلف فإما أن يكون بغير فعل الأجير وقد مضى حكمه في المسألة السابقة وإما أن يكون بفعله مقصودا إتلافه أولا ؛ فإن قصد إتلافه فلا خلاف على ضمانه ، وإن كان غير مقصود فهذا هو محل النزاع في المسألة .

(٣) وافق المالكية والحنابلة الأحناف في هذه المسألة . راجع : اللباب (٩٣/٢) ، تبيين الحقائق (١٣٥/٥) ، المبسوط (٨٣/١٥) ، تكملة فتح القدير (٦٣/٨) ، بدائع الصنائع (٢١١/٤) ، الشرح الصغير (٣١٤/٣) ، المدونة الكبرى (١٧٥/٢) ، المغني (٥٢٥/٥) .

(٤) وافق الإمام الشافعي زفر من الأحناف . ومعلوم أن للشافعي في تضمين الأجير المشترك ما تلف بغير عمله قولين سبقت الإشارة إليهما في المسألة السابقة ، إلا أن القول بعدم الضمان هو الراجح في المذهب وهو اختيار المزني ، واختار الربيع الضمان قال « كان الشافعي رحمه الله يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير ولكنه لا يفتى به لفساد الناس » . راجع المهذب (٣٥٤/١) ، الأم (٢٦١/٣) ، مختصر المزني (٨٥/٣) ، نهاية المحتاج (٣١٠/٥) ، مغني المحتاج (٣٥٠/٢) .

(٥) أي : الأجر .

(٦) في (م) ، (ع) : [النزاع] .

(٧) الفصد : شق العرق . فصده يفصده فصدا وفصادا ، فهو فصيد ، فصد الناقة شق عرقها ليستخرج دمه ، وقيل الفصد قطع العرق . اللسان « فصد » (٣٤٢٠/٤) .

(٨) الحجم - المص - يقال حجم الصبي ثدي أمه إذا مصه والحجام المصاص قال الأزهري يقال للحجّام حجّام لامتصاصه فم المحجمة . والمحجمة ما يحجم به اللسان « حجم » (٧٩٠/١) .

عليهم ، لأنهم لا يجبرون عليه لو امتنعوا عنه [١] .

١٧٦٨٠ - ولا يلزم من استأجر دابة ليحمل عليها عبدًا فعثرت [٢] فمات العبد ، لأن سير الدابة عمل غير مضمون وتلف العبد متولد منه .

١٧٦٨١ - ولا يضمن لأن من أصحابنا من قال : إن المسألة [٣] موضوعة على الكبير الذي يستمسك على الدابة [فالدابة [٤]] في يده ، وهو [٥] في يد نفسه فلا يضمنه [٦] المكاري [كما لا يضمن [٧]] المتاع إذا تلف بسقوط الدابة وصاحبه فوقه ، فإن كان العبد صغيرا فهو في يد المكاري فيضمنه كالمتاع .

١٧٦٨٢ - وهذا معنى صحيح لأنا نعني بقولنا عمل مضمون عمل الأجير ، وسير الدابة ليس هو « عمله » [٨] ، وإنما عمله السوق . فإذا كان العبد عليها وهو « مستمسك » [٩] عليها فهو المسير لها ، فتلفه من عمله ، لا من عمل المكاري ، وإذا كان لا يستمسك فليس بمسير لها ، فاعتبر سوق المكاري ووجب عليه الضمان .

١٧٦٨٣ - فإن قيل : المضمون هو عمل في ذمة الأجير ، وما في الذمة لا يتولد منه تلف .

١٧٦٨٤ - قلنا : إيفاء ما في الذمة [١٠] هو المضمون الذي يجبر الأجير عليه ، والبدل في مقابلته ، والتلف متولد من ذلك الإيفاء ، والبدل في مقابلة ما يتعين عما في الذّمة .

١٧٦٨٥ - ولا يلزم على العلة الأجير الخاص ، لأن عمله « لا يقابله » [١١] بدل .

١٧٦٨٦ - ألا ترى أنه يستحق البدل بتسليم نفسه في المدة عمل أو لم يعمل . ولأن « العقد » [١٢] تناول القصارة . وهو العمل المصلح للثوب ، فإذا عمل عملا أفسده فقد

---

(١) في (ن) : [منه] راجع تبيين الحقائق (١٣٧/٥) .

(٢) في (ن) : [نفرت] بدلًا من « عثرت » .

(٣) قال في كنز الدقائق « ولا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من على الدابة وإن كان بسوقه وقوده ، لأن ضمان الأدمي لا يجب بالعقد وإنما يجب بالجناية ، ولهذا لا تتحمله العاقلة إلا إذا كان بالجناية . وقيل هذا إذا كان كبيرًا ممن يستمسك على الدابة ، ويركب وحده ، وإلا فهو كالمتاع . والصحيح أنه لا فرق . راجع كنز الدقائق والتبيين (١٣٥/٥ ، ١٣٦) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [وهي] بدلًا من [هو] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يضمن] .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [عمل] .

(٩) في (ع) : [يستمسك] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [المدة] .

(١١) في (م) ، (ع) : [مقابلة] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [العمل] .

فعل ما يتناوله العقد فصار كما لو [١] اعتمد الدواء المفسد مع العلم .

/ب

١٧٦٨٧ - ولا يلزم الفصّاد ، لأن العقد تناول / الجراحة التي لا يتجاوزها الموضع المعتاد فإن فعل ذلك فقد فعل ما يتناوله العقد ، وإن تجاوز ضمن عندنا . فأما القصار [٢] فتخريق الثوب لا يكون إلا بأن يأتي من الدق بما لا يحتمله الثوب أو يحصل من مطاوي الثوب [إن كان فيه حصاة] [٣] والدق على هذه الصفة غير مأذون يبيّن هذا أنه يصح إن شرط في المعقود مالا يحرقه ولا يصح إن شرط على البزاغ بزغا لا تموت الدابة منه لأن [٤] البزغ جراحة والجراحة [٥] لا يمكن التحفظ فيها من الموت .

١٧٦٨٨ - ولا يلزم على العلة إذا استعان [٦] برجل « يدق له ثوبا » ، لأنه أذن له في الدق مطلقا فتناول ما يخرق وما لا يخرق ومن القصارة [٧] العمل الذي يصلح الثوب فإن أذن للمستعان به في دق يحسن الثوب ويصلحه فهو كالقصارة .

١٧٦٨٩ - احتج المخالف : بأن كل ما لو تلف في يده بغير فعله لم يضمنه [٨] فكذلك بفعل ما تعدى به كالوديعة [٩] .

١٧٦٩٠ - قلنا : يبطل بمن ضرب زوجته فماتت فهو غير متعد في ضربها ويضمن .

١٧٦٩١ - ولأن [١٠] الفعل وإن لم يتعدَّ [١١] فيه فلا يمتنع أنه يقع على شرط

---

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) القصار والمقصر المحور للثياب لأنه يدقها بالقصرة التي هي القطعة من الخشب وفرقته القصارة والمقصرة خشبة القصار . راجع : اللسان (قصر) (٣٦٤٩/٤) ، المصباح المنير ١٥٨ .

(٣) ما بين المعكوفتين بدل من : « جنباه » الواردة في النسخ جميعها ، والمعنى مع هذه الزيادة أن القصار دق الثوب وكان في طياته حصاة لم يتحر وجودها فيكون مقصرا عن التحري فيضمن . ففي تبيين الحقائق « أن الفساد إما أن يكون لخرق في العمل بالدق لا على الوجه الذي يحتمله الثوب أو لخشونة في المدقة أو لخلل في الثوب بأن كان فيه حصاة أو فساد طي وغير ذلك والرجل إذا كان بصيرًا في صنعته يمكنه التحرز عن ذلك بالمبالغة في البحث عن الخلل والمراقبة في الدق . التبيين (١٣٧/٥) .

(٤ ، ٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [استعار رجل] وهو خطأ .

(٧) في (م) ، (ع) : زيادة [العقد تحصين] وهي تفسد المعنى .

(٨) قاعدة : « كل ما تلف في يده بغير فعله لم يضمنه » .

(٩) راجع الأم (٢٦١/٣) : [وما] نافية والمراد لم يتعد به .

(١٠) في (ن) : [فرن] .

(١١) في بعض النسخ [يتنفذ] جاء في تبيين الحقائق : ولو شرط على القصّار العمل على وجه لا يتخرق صح لأن في وسعه ذلك تبيين الحقائق (١٣٧/٥) .

السلامة ، كالجلوس في طريق المسلمين للاستراحة إذا تعثر بالجالس إنسان فتلف . كذلك في مسألتنا القصّار لم يفعل [إلا] [١] الدق ، إلا أن عمله بشرط السلامة ، فيضمن ما تولد منه . فأما الوديعة إذا تلفت [٢] بعمل مأذون [٣] فذلك العمل غير مضمون على المودَع ، وقد وقع الإذن مطلقا فلم يضمن .

١٧٦٩٢ - وفي مسألتنا العمل مضمون فما يتولد منه مضمون [٤] .

١٧٦٩٣ - قالوا : هلاك لو كان في يد الأجير المنفرد لم يضمنه فكذلك في يد [٥] غير المنفرد [٦] كما لو هلك بغير فعله . ولأنها عين هلكت في يد الأجير من غير عدوان فلم

---

(١) « إلا » زيادة إقتضاها السياق فيما هو ظاهر . (٢) في (م) ، (ع) : [تلف] .

(٣) بالنسخ (ص) ، (م) ، (ع) [ما دون] .

(٤) يرى الأحناف في الأجير المشترك إذا كان قصّارا فأتلف الثوب أنه يضمن وصاحب الثوب بالخيار في تضمينه الثوب مقصورًا أو غير مقصور مع دفع الأجرة إليه في حالة ضمانه الثوب مقصورًا . قال الأسمندي مبينا وجهة نظر المذهب ومناقشا المخالف « الأجير المشترك يضمن ما جنت يداه ، والمالك بالخيار إن شاء ضمنه الثوب غير مقصور ، ولم يعطه الأجر . والقياس أن لا يضمن . والوجه أن الأجير يضمن أنه أتلف مالا مملوكا متقوما معصوما حقا لمالكه من غير رضاه ، فيجب عليه الضمان ، قياسا على ما إذا خرقه قبل العقد ، فإن قيل : قولكم بأنه أتلف مال الغير ، قلنا : لا نسلم بأنه أتلف ، وهذا لأن الإتلاف ما يقصد به التلف ولم يوجد منه إلا القصارة ، فلا يكون إتلافا ولئن سلمنا أنه أتلف المال بهذه الأوصاف ، ولكن لم قلتم بأنه بغير رضى المالك ؟ قوله : الظاهر من حاله عدم الرضا . قلنا : بلى ، ولكن جاز أن يوجد منه تصرف يدل على الرضا بالتلف لغرض من الأغراض ، أو نقول : لا يرضى به قصدا أم ضمنا ؟ وهذا لأن المستحق بالعقد يجب تسليمه ، وهو مأذون فيه من جهة العاقد ، والعمل المصلح قطعا كما يصلح طريقا ، فكذلك المصلح من وجه المفسد من وجه طريق ، ولئن سلمنا أنه حصل ابتداء ولكن إنما يجب الضمان إذا أمكن فلم قلتم بأنه أمكن ، وبيان عدم الإمكان أن لو وجب الضمان لا يخلو : إما أن يجب ضمان ثوب مقصور أو ضمان ثوب غير مقصور . لا وجه للأول لأن وصف القصارة هلك على ملك الأجير . ولا وجه للثاني لأن الإتلاف ما صادف ثوبا غير مقصور . الجواب : قوله : لم قلتم بأن هذا الفعل إتلاف قلنا : لأنا أجمعنا على أنه لو وجد قبل العقد يكون إتلافًا ، والفعل الحقيقي لا يتفاوت أن يكون قبل العقد أو بعده ، والقصد ليس بشرط الضمان . قوله : جاز أن يرضى به لغرض من الأغراض قلنا : لا نسلم . قوله : لا يرضى به قصدًا أم ضمنا قلنا : لا قصدًا ولا ضمنًا : أما قصدًا فظاهر ، وأما ضمانًا فلأن الحاجة تندفع باستحقاق المعقود عليه من غير إلحاق الضرر . قوله : إما أن يجب ضمان ثوب غير مقصور أو مقصور قلنا : يجب ضمان ثوب غير مقصور . قوله : الإتلاف صادف ثوبًا مقصورًا قلنا : بلى ولكن ذات الثوب ملكَه ، وصفة القصارة ليست ملكه ، فيجب ضمان ملكه لا ضمان غير ملكه . راجع : طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة لمحمد بن عبد الحميد الأسمندي ص (٣٦٧ - ٣٦٩) ط مكتبة التراث .

(٥) ساقطة من (ن) . (٦) في (م) ، (ع) : (المرتهن) : وهو خطأ .

يلزمه الضمان كالأجير المنفرد [١] .

١٧٦٩٤ - قلنا : الأجير المنفرد عمله غير مضمون بدلالة أن البدل [لا يقابله] [٢] ، فما تولد منه لا يضمن كقطع السارق . وعمل الأجير المشترك مضمون فما تولد منه مضمون كالقطع بغير حق ، واعتبار العدوان [٣] يبطل بضرب الرجل امرأته ، وبالجلوس في الطريق .

١٧٦٩٥ - قالوا : عمل الأجير الخاص مضمون ، بدلالة أنه لو امتنع في المدة من العمل لم يوجب الأجر . وإنما تجب الأجرة إذا سلم نفسه ، لأن المستأجر لم يستعمله فأتلف منافعه عليه ، وهي في يده ، فصار كما [لو [٤]] أتلف المشترى [المبيع] [٥] في يد البائع .

١٧٦٩٦ - قلنا : إذا امتنع من العمل فلم يسلم نفسه ، والعقد وقع على ذلك . فأما قولهم إن أتلف المنفعة في يده فغلط لأنه امتنع من [تسليمها] [٦] وهذا ليس بإتلاف ، ومن أصل مخالفنا أن المنقولات لا تضمن بالتخلية [٧] .

* * *

---

(١) في الحاوي : « لأنه لما كان أحد الأجيرين وهو المنفرد مؤتمنا وجب أن يكون الأجير المشترك مؤتمنًا » الحاوي (٣٥٦) .

(٢) في (م) ، (ع) : « مقابلة » والمراد أن الأجر لا يقابل العمل في الأجير المنفرد ، لأن عقد الإجارة يقع على المدة فيها ويستحق الأجير الأجر ، عمل أو لم يعمل ، بخلاف الأجير المشترك فلا يستحق إلا بالعمل .

(٣) في (م) ، (ع) : [اليدان] بدلًا من « العدوان » وهو خطأ .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [البيع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [تسلمها] .

(٧) لأن التسليم في المنقولات لا يتم إلا بالنقل عندهم . قال في المهذب « والقبض فيما ينقل النقل ، لما روى زيد بن ثابت أن رسول اللّه ﷺ نَهَىَ أَنْ تُبَاعَ السِّلَعُ حَيْثُ تُبَاع حَتَّى يَجُوزهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ . وفيما لا ينقل كالعقار والثمر قبل أوان الجداد التخلية ، لأن القبض ورد به الشرع وأطلقه فحمل على العرف ، والعرف فيما ينقل النقل وفيما لا ينقل التخلية . راجع المهذب (٣٥٠/١) . وعند الأحناف يتم التسليم بالتخلية في المبيع عقارا كان أومنقولا . قال في اللباب « ثم التسليم يكون بالتخلية على وجه يتمكن من القبض بلا مانع ولا حائل ، لأن التخلية قبض حكما مع القدرة عليه بلا كلفة » . اللباب (١٢/٢) وعلى هذا فالمنقول يضمن بالتخلية عند الأحناف .

مسألة ٨٧٩

الدابة المستأجرة إذا تلفت بضربة

١٧٦٩٧ – قال أبو حنيفة عليه إذا استأجر دابة فضربها أو كبحها فماتت ضمن [١] .

١٧٦٩٨ – وقال أبو يوسف ومحمد إن فعل ما يعتاده الناس لم يضمن ، وبه قال الشافعي [٢]

١٧٦٩٩ – لنا : أنه ضرب لاستيفاء منفعة [٣] لنفسه فما تولد منه يكون مضمونا أصله ضرب امرأته [٤] .

١٧٧٠٠ – ولا يقال : إن الآدمي يمكن رده عما هو عليه بالكلام والعيب ، والدابة لا يمكن [تسييرها] [٥] إذا وقفت إلا بالضرب ، لأن الدابة يمكن تسييرها بالصياح عليها وتحريك الرجل [٦] لأن في [٧] الآدميين من لا يزجر إلا [٨] بالعنف ، ولهذا أمر الله تعالى بضرب النساء ولم يقتصر على زجرهن بالكلام [٩] .

---

(١) وافق أبا حنيفة في هذه المسألة الثوري . راجع اللباب (٩٢/٢) ، البدائع (٢١٣/٤) ، المبسوط (١٧٤/١٥) ، والمغنى (٢٣٧/٥) .

(٢) وافق الشافعي في هذه المسألة جمهور الفقهاء . راجع : الأم (٢٦١/٣) ، المهذب (٥٣٣/١) ، مغني المحتاج (٣٥٣/٢) ، الحاوي (٣٧٠) ، المغني (٥٣٧/٥) .

(٣) في (ن) : [منفعته] .

(٤) قال الشيرازي : « إذا استأجر دابة للركوب فضربها أو كبحها باللجام فتلفت لم يضمن ، وقال أبو حنيفة بضمن . لنا أنها هلكت في يده بغير عدوان فأشبه الوديعة ولأن ضرب البيهمة للسوق متعارف والمتعارف كالمنطوق به ثم المنطوق به لا يتعلق به الضمان وهو ضرب الرائض فكذلك ها هنا . قالوا ضرب لم يقع العقد عليه فأشبه ضرب الزوجة . قلنا : إلا أنه لا يتوصل إلى المعقود عليه إلا به فصار كالمعقود عليه كالافتضاض في النكاح . ويخالف الزوجة لأنه يمكنه استيفاء المعقود عليه بالزجر والكلام فإذا عدل إلى الضرب وجب عليه الضمان بخلاف البهيمة . النكت ورقة (١٧٠) .

(٥) في (م) ، (ع) : [سيرها] .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [وفي] .

(٨) في (ص غير واضحة وتتعذر قراءتها ، وفي باقي النسخ ساقطة والسياق يقتضي إدراج [إلا])

(٩) الدليل عليه قوله تعالى : ﴿ ... وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴾ من الآية : ٣٤ من سورة النساء .

١٧٧٠١ - ولأن دابة الغير تلفت بضربه [١] من غير إذن من طريق النطق ، فوجب أن يضمن [٢] .

١٧٧٠٢ - أصله : إذا كان الضرب غير [٣] معتاد ولا يلزم جواز أهل الحرب لأن الضرب المعتاد وغير المعتاد سواء . ولأنه مخير بين [٤] الاستيفاء [بضرب معتاد وبدونه] وإذا [٥] تلف من ضربه ضمنه كالمرهونة ولا يلزم إذا أذن نطقا لأنهما يستويان .

١٧٧٠٣ - ولأنه فعل يمكن تحصيل المعقود عليه دونه ، فإذا أدى إلى التلف ضمن أصله ضرب المعلم والزوجة [٦] .

١٧٧٠٤ - احتجوا [٧] : بأنها هلكت بفعل لم يخرج المكتري من العرف به فصار كما لو هلكت من الركوب .

١٧٧٠٥ - قلنا : يبطل إذا استأجر عبدًا للخدمة فضربه . والمعنى في الركوب أنه مأذون منه نطقا ، فما تولد منه لا يضمن ، وفي مسألتنا تلفت من فعل لمنفعة المستأجر لم يتناوله الإذن نطقا .

١٧٧٠٦ - قالوا : الرائض [٨] إذا ضرب الدابة لم يضمن [٩] .

١٧٧٠٧ - قلنا : لا نسلم هذا ويلزمه الضمان إلا إن أذن [١٠] له في الضرب .

---

(١) أي يضرب المستأجر .

(٢) إذا كان الضرب بإذن رب الدابة فإن أبا حنيفة لا يضمنه . راجع البدائع (٢١٣/٤) . المبسوط (١٧٤/١٥) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) . (٤) كذا بالنسخ ولعل صوابها : [في] .

(٥) كذا بالنسخ ولعلها : [فإذا] وما بين المعكوفتين قبلها زيادة اقتضاها السياق .

(٦) قال في نهاية المحتاج اعتراضا على هذا الأصل : « فإن قيل ضرب الزوج زوجته الضرب المعتاد يوجب الضمان . أجيب بأن تأديبها ممكن باللفظ وعلى تقدير الظن أنه لا يفيد إلا الضرب فهو اجتهاد فاكتفى به للإباحة دون سقوط الضمان » مغني المحتاج (٣٥٣/٢) .

(٧) ساقطة من (ن) .

(٨) بالنسخ الرابض وهو خطأ . والرائض مفرد جمعها رواض تقول رضت الدابة رياضا ذللتها ودربتها فالفاعل رائض وهي مروضة « والرائض على هذا هو معلم الدواب » المصباح المنير (٢٤٥) .

(٩) قال في الحاوي قال الشافعي فأما الرواض فإن شأنهم استصلاح الدواب وحملها على السير والحمل عليها بالضرب على أكثر مما يفعله الراكب . فإن فعل من ذلك ما يراه الرواض صلاحا بلا إعنات (مشقة) بيّن لم يضمن . الحاوي (٣٧٣) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [أذن] ، وفي غيرهما : « يأذن » .

١٧٧٠٨ - قالوا : (لهم مستأجرة تلفت بما يضمنه [١] . وعقد الإجارة [٢] لم يتناول الضرب [٣] . والمغني في التلف من الحمل ما قدمنا [٤] .

١٧٧٠٩ - فإن قيل : لا فرق بين ما يتناوله العقد عرفا ونطقا بدلالة نقد البلد .

١٧٧١٠ - قلنا : نقد البلد لا يصح [العقد [٥]] دون اعتبار العرف فيه . وفي مسألتنا يصح العقد دون ذلك . فصار كالنقد المسمى ، وما لم يفتقر العقد إلى العرف لم يعتبر فيه .

١٧٧١١ - قالوا : (لو استأجر دابة فأسرجها أو أوكفها لم يضمن ، وإن لم يتناول العقد ذلك نطقا ، لأن السرج يوضع [٦] المنفعة الدابة ومنفعة المستأجر .

١٧٧١٢ - ونحن قلنا : تلف من فعل لمنفعة المستأجر لم يؤذن فيه نطقا [٧] .

* * *

---

(١) في (ن) : [تضمنه] . (٢) في (م) ، (ع) : [الإيجار] .

(٣) قال ابن قدامة : لنا أنه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كما لو تلف تحت الحمل ، ولأن الضرب معنى تضمنه عقد الإجارة ، فإذا تلف منه لم يضمن كالركوب . راجع المغني (٥/٥٣٧) .

(٤) تقدم الكلام على التلف بالركوب وهو أنه مأذون فيه ، وهو يشير إليه .

(٥ ، ٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) استدل الماوردي على إباحة ضرب الدابة المستأجرة فقال « والدليل على إباحة ضربها ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : اضْرِبُوهَا عَلَى الْعِثَارِ وَ لاَ تَضْرِبُوها عَلَى النِّفَارِ » يعنى أنها في العثار ساهية ، فالضرب يوقظها وفي النفار تزداد بالضرب نفورًا فكان ذلك على عمومه ، وروى جابر بن عبد الله قال سافرت مع رسول الله ﷺ فطلع بعيري فاشتراه مني رسول الله ﷺ بأربعة دنانير وحملني عليه إلى المدينة فكان يسوقه وأنا راكبه وإنه ليضربه بالعصا . ولأن له أن يفعل ما يتوصل به إلى استيفاء حقه إذا كان معهودًا ، فإذا لم يتوصل إلى استيفاء المسير إلا بالضرب فذلك مباح ، ولاضمان عليه قولًا واحدًا إذا لم يتعد . الحاوي ٣٧٢ .

مسألة ٨٨٠

إجارة المشاع

١٧٧١٣ - قال أبو حنيفة إجارة المشاع من غير الشريك لا تجوز .

١٧٧١٤ - وقال أبو يوسف ومحمد تجوز [١] .

١٧٧١٥ - وبه قال الشافعي [٢] أنه أجر من غير الشريك فذكر في الأصل أنه يجوز [٣] .

١٧٧١٦ - وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز [٤] وهو قوله ، وأما الإشاعة في حال البقاء مثل أن يستأجر رجلان فيموت أحدهما فروى الحسن [٥] عن أبي حنيفة أن الإجارة تبطل في نصيب الآخر [٦] .

١٧٧١٧ - لنا : أنه أجر ما لا يتميز مما [٧] لم يؤجر [٨] فوجب أن [لا يجوز] [٩] أصله : إذا أجر دارين على أن يسكن المستأجر أيهما شاء . ولا يلزم إذا أجر من الشريك

---

(١) بقول أبي حنيفة قال الحنابلة أيضًا . راجع اللباب (١٠٠/٢) ، المبسوط (١٤٤/١٥ ، ١٤٥) ، (٣٢/١٦) ، تبيين الحقائق (١٢٥/٥) حاشية ابن عابدين (٤٦/٦) ، البدائع (١٨٧/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٣٥٩/٢) .

(٢) قال في المهذب . وتجوز على عين مفردة وعلى جزء مشاع ، لأنا بينا أنه بيع والبيع يصح في المفرد والمشاع ، فكذلك الإجارة . راجع . الأم (٣ / ٢٥٢) ، المهذب (٥١٨/١) ، الحاوي (٤٥٤) . وبقول الشافعي والصاحبين قال مالك وأبو ثور . راجع بداية المجتهد (١٧١/٢) .

(٣) أي محمد بن الحسن راجع الأصل مخطوط بدار الكتب رقم ٣٤ ميكروفيلم رقم (٣٦٥٩١) .

(٤) راجع المبسوط (١٤٦/١٥) وفي تبيين الحقائق وإن أجرة من شريكه جاز في أظهر الروايتين . تبيين الحقائق (١٢٥/٥) .

(٥) الحسن بن زياد اللؤلوي الكوفي صاحب أبي حنيفة كان يقظًا فطنًا فقيهًا ولي قضاء الكوفة سنة ١٩٤ هـ ثم استعفى وكان محبا للسنة واتباعها . له كتاب المجرد والأمالي توفي سنة ٢٠٤ هـ وهو ينسب إلى بيع اللؤلؤ. راجع الفوائد البهية صـ ٦٠ .

(٦) راجع المبسوط (١٤٦/١٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [ما لم] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يؤاجره] .

(٩) في (ن) : [يجوز] .

لأنه لا يجوز على رواية زفر [١] وإن شئت احترزت [٢] فقلت مما [٣] يستحق المستأجر الانتفاع به بما لا يتميز « مما » [٤] لا يستحقه .

١٧٧١٨ - ولا يلزم إذا أجر من اثنين فمات أحدهما أن [٥] الإجارة تبطل في نصيب الآخر على رواية الحسن ، وعلى الرواية الأخرى نقول : ما يستحق المستأجر الانتفاع به لا يتميز بالعقد عما لم يؤجره ، ولأنه أجر بعض عين يملكها ، فوجب أن لا يجوز .

١٧٧١٩ - أصله : إذا أجره شهرا متراخيا عن العقد ، ولأنه عقد يقصد به المنافع فوجب أن يؤثر فيه الشياع كالنكاح [٦] . و [لأن] [٧] ما لا يصح إجارته إذا شرط فيه الخيار لا يصح [٨] وإن شرط فيه . أصله إذا أجره أحد عبيده الأربعة .

١٧٧٢٠ - ولأن يد المستأجر تستحق في [المدة] [٩] بمعنى [قارنَ] [١٠] العقد بحق الملك فوجب أن لا يجوز . أصله إذا أجره على أن المؤجر يأخذه متى شاء ، ولا يلزم إذا [استأجره [١١] يوما ويوما ، لأن يد المستأجر] تستحق في غير مدة الإجارة [١٢] .

١٧٧٢١ - فإن قيل : هذا على أصلكم في المهايأة [١٣] .

---

(١) القاضي أبو الهذيل زفر بن الهُذيل بن قيس الكوفي العنبري البصري كان ممن جمع بين العلم والعبادة ، وهو أبرع أصحاب الإمام الأعظم في القياس ، توفي بالبصرة سنة ١٥٨ هـ . راجع الجواهر المضية (٢٤٣/١) ، تاج التراجم صـ ٢٨ ، الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء لابن عبد البر صـ ١٧٣ ط القدس المعارف لابن قتيبة صـ ٤٩٦ ط دار الكتب المصرية .

(٢) في (م) : [أحرزت] وهو خطأ .

(٣) في (م) ، (ع) : [ما] .

(٤) أي يد المستأجر لليوم الثاني تستحق في غير إجارة اليوم الأول .

(٥) في (ن) ، (م) ، (ع) : [بما] .

(٦) كذا بالنسخ ولعلها : [لأن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [في النكاح] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولأنه] .

(٩) في (ن) ، (م) ، (ع) بعد هذه العبارة زيادة « وإن شرط فيه الخيار لا يصح » وهو خطأ .

(١٠) في (م) ، (ع) : [الذمة] وهو خطأ .

(١١) في (م) ، (ع) : [فأذن] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [استأجر] .

(١٣) في (ن) : [المهايا] والمهايأة الأمر المتهايأ عليه والمهايأة قسمة المنافع على التعاقب والتناوب . راجع القاموس المحيط باب الباء فصل الهمزة (٣٦/١) ، التعريفات (٢١٣) .

١٧٧٢٢ - قلنا : بل على الأصلين لأن عندهم [يرفع] [(١)] القاضي يد الشريكين [ويؤجرها] [(٢)] لهما ، ولأنه لا يمكن استيفاء المنفعة على الوجه الذي اقتضاه [(٣)] لأن العقد اقتضى استيفاء المنفعة من ملك المؤجر وهو [يستوفيها] [(٤)] من ملكه وملك الشريك ، والإجارة متى [تعذر] [(٥)] استيفاء المنفعة فيها على الوجه الذي اقتضاه العقد لم يصح كمن استأجر أرضا سبخة [لا تنبت] [(٦)] الزراعة وكمن استأجر [طفلًا] [(٧)] للخدمة .

١٧٧٢٣ - [ولا يلزم إذا أجر من اثنين لأن العقد اقتضى أن يستوفي كل واحد منهما من ملك المؤجر وهذا يمكن [(٨)]] « على الوجه الذي اقتضاه العقد » [(٩)] .

١٧٧٢٤ - احتجوا : بأنه عقد يصح في المشاع مع شريكه فوجب أن يصح مع غيره كالبيع [(١٠)] .

١٧٧٢٥ - قلنا : الوصف غير مسلم على إحدى الروايتين [(١١)] ، ويبطل بالشريك في العبد إذا غصبه جاز إجارته منه ولم يجز من غيره . والمعنى في البيع أن الملك يقع لعقده ، وذلك في المشاع والمقسوم سواء ، والمنافع عندنا لا تملك بالعقد وإنما تملك بالاستيفاء ولا يمكن استيفاء المنفعة المعقود عليها ، فلم يصح العقد .

١٧٧٢٦ - ولأن البيع ينعقد [على الملك] [(١٢)] ولا يتناول المنافع ، والملك حاصل على ما اقتضاه العقد ، والإجارة تنعقد على استيفاء المنافع ، وذلك غير ممكن على ما

---

(١) في (ن) : [رفع] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ومؤجرها] .
(٣) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) .
(٤) في (ن) : [يسبق عنها] ، في (م) ، (ع) : [سبق عنها] وكلاهما خطأ .
(٥) في (م) ، (ع) : [تعذرت] .
(٦) في (م) ، (ع) : [تثبت] .
(٧) في (ص) ، (ن) : [صبيا طفلا] .
(٨) ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) .
(٩) في (ص) ، (ن) : بدل هذه العبارة : [على ما أوجبه العقد] .
(١٠) راجع أدلتهم في المهذب (٥١٨/١) ، الحاوي (٤٥٤) ، المبسوط (١٤٥/١٥) ، تبيين الحقائق (١٢٦/٥) ، البدائع (١٨٧/٤) .
(١١) يقصد رواية الأصل التي لا تجوز إجارة المشاع من الشريك .
(١٢) في (م) ، (ع) : [ما لملك] .

اقتضاه العقد .

١٧٧٢٧ - قالوا : ما صح أن يعقد عليه الاثنان صح [أن [1]] يعقد على بعضه لأحدهما أصله البيع [2] .

١٧٧٢٨ - قلنا : نقول بموجبه ، لأنه يصح أن يؤجر دارا من اثنين ، ويصح أن يؤجر من أحدهما بعضها معينا ، ولأنه إذا عقد لاثنين استوفيا المنفعة فيكون أحدهما مستوفيا ومستعيرا حق صاحبه ، وإعارة المستأجر لا تسقط الأجرة [عنه] [3] . وإذا أجر من أحدهما [بعضها] [4] فاستوفى منفعة بعض الدار فهو [مستوف] [5] لبعض ما عقد عليه [ومستعير] [6] للباقي ، وما يستوفيه غير موجب العقد ، ثم أعار للمؤجر بعض ما استأجره . والمستأجر إذا أعار المؤجر سقطت الأجرة عنه [7] فقد [استوفاها] [8] المؤجر .

١٧٧٢٩ - قالوا : كل ما لو انفرد به جاز عقد الإجارة عليه ، فإذا كان له بعضه جاز عقد الإجارة عليه كما لو عقد مع شريكه [9] .

١٧٧٣٠ - قلنا : إذا أجر من الشريك غير مسلم على رواية زفر ، ولو سلمناه فالمعنى فيه أن الشريك يستوفي المنفعة على ما يقتضيه العقد فيستوفي بعضها بحق الملك ، وبعضها بحق

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) يأتي في نص الشيرازي .

(٣) في (م) ، (ع) : [عنها] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بعضا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يستوفيه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [واستقر] وهو خطأ .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (ص) ، (ن) : [استوفاه] .

(٩) قال الشيرازي « تجوز إجارة المشاع وقال أبو حنيفة لا يجوز من غير الشريك وفي الشريك روايتان أصحهما أنه يجوز . لنا أن كل عين جاز إجارتها مع غيرها جاز إجارتها منفردة كالمقسوم ، ولأن كل عقد صح مع الشريك صح مع غيره كالبيع . قالوا عقد على المنفعة فأثرت فيه الإشاعة كالنكاح ، قلنا لو كان كالنكاح لم يصح مع الشريك ، ولأن الاستمتاع لا يمكن في الملك المشاع والانتفاع يمكن في الملك المشاع . قالوا لا يمكن استيفاء المنفعة على الوجه الذي اقتضاه العقد وهو تملك المؤَجَّر « أي للمنفعة » فلم يصح كما لو استأجر أرضا لا تنبت الزراعة » . قلنا يمكن لأن العقد في المشاع يقتضي الاستيفاء على حسب العادة في المشاع إما بان يسكنا أو يكريا وتخالف « الأرض » فإنه لا يمكن زراعتها بحال - النكت ورقة ١٦٦ .

الإجارة . وإذا أجر البعض لم يتمكن من استيفاء المنفعة على ما اقتضاه العقد [(١)] .

---

(١) قال الأسمندي من الأحناف معبرًا عن وجهة نظر المذهب في المسألة ورادًّا على الشافعية . « إجارة المشاع » من غير الشريك غير صحيحة ، سواء كان محتملا للقسمة كالدار ونحوها ، أو غير محتمل كالدابة ونحوها . خلافًا له (الشافعي) وثمرة الخلاف في وجوب المسمى عند التسليم . والوجه فيه أن هذا عقد لا يمكن توفير مقصوده على الوجه الذي اقتضاه العقد فوجب القضاء بفساده ، قياسا على ما إذا أجر الآبق . وإنما قلنا ذلك لأن المقصود من إجارة المشاع هو التمكن من الانتفاع بالمشاع فلا يخلو : إما أن ينتفع المستأجر والآجر بكل الدار معا ، أو أحدهما ، أو ينتفعان بطريق التهايؤ ، لا وجه للأول لأنه يحتاج إلى جبر الآجر على الانتفاع بملكه ولا يجوز . ولا وجه للثاني لأنه لا يستحق الانتفاع بالكل . ولا وجه للثالث لأنه لا يخلو : إما أن يكون أصيلًا في النصف نائبًا في النصف أو ينتفع بالنصف أصالة وبالنصف عوضًا لا وجه للأول لأن مالك الرقبة لا يصلح نائبًا . و لا وجه للثاني لأنه يؤدى إلى جعل الشخص الواحد مملوكًا ومتملكًا من شخص واحد في حالة واحدة ، لأن المنفعة تحدث على ملك المالك أولًا ثم تصير مملوكة للمستأجر بتمليكه ، فلو صار ممتلكًا المنفعة عليه بطريق المعاوضة يؤدى إلى خلاف الحقيقة . ثم أورد اعتراضات يمكن للخصم أن يوجهها على ما سبق فقال . فإن قيل : قولكم بأن هذا عقد لا يمكن توفير مقصوده على ما ذكر قلنا « أي الخصم « لم قلتم بأنه لا يمكن الانتفاع بالمشاع بطريق التهايؤ ؟ قوله : بأن طريقه أنه يصير كل واحد منهما نائبا عن الآخر في استيفاء منفعة النصف ، أو يصير ممتلكا بطريق المعاوضة وكل ذلك متعذر قلنا : لم قلتم بأنه لا يمكن استيفاء منفعة التصرف بالتهايؤ بدون هذين الطريقين . بيانه أن المملوك له بإجارة المشاع منفعة النصف الشائع ، فكان المقصود منفعة النصف الشائع ومنفعة النصف الشائع في مدة الشهر منفعة مقدرة بمقدار خاص ، فإذا انتفع بكل الدار في نصف المدة بطريق التهايؤ أو على سبيل الدوام فقد استوفى عين المملوك له بالمنفعة . ولأنا لو سلمنا أنه لا يتحقق التهايؤ إلا بالإنابة أو المبادلة فلم قلتم بأنه لا يمكن القول بهما ؟ قوله : بأن المالك لا يصلح نائبا قلنا : لا نسلم بأن ملك الرقبة نائب للآجر في حق الانتفاع في هذه الحالة ، وهذا لأن الملك إطلاق التصرف وهو غير ثابت ، ولئن سلمنا أن ملك الرقبة يقتضي إطلاق الانتفاع للآجر ، لكنا أجمعنا على أنه لم يثبت له الإطلاق بل هو يثبت للمستأجر . وأما المعاوضة فإنا لا نحقق المعاوضة بينهما في الملك . بل في إطلاق استيفاء المملوك بطريق المعاوضة ، وصار هذا كما إذا أجر من شريكه فإنه يجوز . وكذلك الشيوع الطارئ ، لا يفسد الإجارة . ثم أجاب الأسمندي عن الاعتراضات السابقة قائلا ، قوله بأنه يستوفي منفعة كل الدار في نصف المدة قلنا هذا لا يخرج عما ذكرناه من القسمين ، لأن طريق القسمة فيها معنى المبادلة . قوله : لم قلتم بأن ملك الرقبة في حق الانتفاع قائم للمالك ، قلنا : لأنه ثبت مطلقا بسبب مطلق فيبقى ، والإجارة سبب لملك المنفعة لا لملك الرقبة وإطلاق التصرفات ثابت لولا المانع . قوله بأنا لا نحقق المعاوضة في الملك ، بل في استيفاء المملوك على طريق الإباحة . قلنا : هذا باطل لأن انتفاع المالك في حصة المستأجر لو كان بطريق الإباحة لكان المستأجر بسبيل من الاسترداد والمنع من الانتفاع . وأما الإجارة من الشريك فلأن كل واحد منهما يملك الانتفاع بالنصف فصلح نائبًا عن صاحبه في النصف الآخر . وأما الشيوع الطارئ ... فإنه ليس من ضرورة كون الشيء مانعا صحة العقد إذا قارن أن يكون مفسدا إذا طرأ ، كالجهالة الطارئة وغيرها . راجع : طريقة الخلاف في الفقه للأسمندي صـ ٣٦٥ - ٣٦٧ ط مكتبة التراث .

مسألة ٨٨١

اختلاف رب الثوب والخياط

١٧٧٣١ - قال أصحابنا : إذا اختلف رب الثوب والخياط فقال [(١)] صاحب الثوب أمرتك أن تقطعه قميصا [(٢)] فقطعته قباء [(٣)] فلا أجرة لك وعليك الضمان ، وقال الخياط : بل [(٤)] أمرتني أن أقطعه قباء فلا ضمان عَلَيَّ ولي الأجرة / (فالقول) [(٥)] قول رب الثوب مع يمينه [(٦)] . ٢٠١/أ

١٧٧٣٢ - وحكى الشافعي : رَحِمَهُ اللَّهُ قولنا ، ثم حكى قول ابن أبي ليلى [(٧)] [أن القول قول الخياط [(٨)]] .

١٧٧٣٣ - قال : وأصح القولين أن القول قول رب الثوب [(٩)] .

---

(١) في (ن) : [وقال] .

(٢) القميص : الشعار تحت الدثار والجلباب ، وهو لباس رقيق يرتدى تحت السترة غالبا وجمعه أقمصة وقمصان . المعجم الوسيط (٧٦٥/٢) .

(٣) القباء : ثوب معروف وهو مفرج من القدم إلى الحلق لا يحتاج لابسه إلى إدخال رأسه فيه وجمعه أقبية . راجع النظم المستعذب (٤١٠/١) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) بالنسخ [والقول] وهو خطأ .

(٦) راجع البدائع (٢١٩/٤) ، حاشية ابن عابدين (٧٥/٦) ، تبيين الحقائق (١٤٢/٥) ، اللباب (١٠٢/٢) .

(٧) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري أبو عبد الرحمن الكوفي الفقيه قاضي الكوفة روى عن أخيه عيسى وابن أخيه عبد اللّٰه بن عيسى ونافع مولى ابن عمر وغيرهم وروى عنه ابنه عمران وقريبه عيسى بن المختار بن عبد اللّٰه بن عيسى وزائدة وابن جريج وغيرهم . اختلف في حفظه . ت سنة ١٤٨ هـ . راجع : تهذيب التهذيب (٣٠١/٩) ، وفيات الأعيان (١٧٩/٤) ، شذرات الذهب (٩٢/١) وغيرها .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) وبقول ابن أبي ليلى قال مالك وأحمد أيضًا . راجع : بداية المجتهد (١٧٦/٢) ، المغني (٥٣١/٥) وفيه أن مالك قال بقول أبي حنيفة وهو خطأ .

(٩) حكى الإمام الشافعي القولين في اختلاف العراقيين ونقل معهما قولًا لأبي يوسف أنه إن كان شيئا متقاربا قبل قول المستأجر ، وإذا تفاوت لم يقبله ، ولم يتعرض الشافعي بعد حكاية الأقوال لتصحيح شيء منها ، وفي كتاب اختلاف الأجير والمستأجر قال الشافعي : بأنهما يتحالفان ، ثم قال الربيع والذي يأخذ به الشافعي في هذا أن القول قول رب الثوب . أما قول المصنف هنا نقلا عن الشافعي وأصح القولين .. فما نقلته كتب المذهب الشافعي عن الشافعي في هذا المقام أنه قال بعد أن ذكر قول أبي حنيفة وهو أشبه ثم قال تعليقًا على القولين (قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى) وكلاهما مدخول . والذي يظهر أن هذه العبارة لا توافق عبارة =

١٧٧٣٤ - فقال عامة أصحابه : المسألة [١] على قولين : أحدهما مثل : قول أبي حنيفة والآخر . كقول ابن أبي ليلى .

١٧٧٣٥ - ومنهم من قال فيها قول ثالث . أنهما يتحالفان ، ومنهم من قال فيها قول واحد بأنهما يتحالفان [٢] ، لأنه قال في موضع آخر بعد حكاية القولين هما مدخولان [٣] .

١٧٧٣٦ - وإذا قالوا بالتحالف فإذا حلف أحدهما دون الآخر قضى [٤] له وإن حلفا جميعًا ففيها قولان :

= المصنف هنا لأن « أشبه » أي شبه المنصوص رواية والراجح دراية فتكون الفتوى عليه الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ ٣٩١ . ولو كان كذلك لتساوت عبارة الشافعي مع عبارة المصنف غير أنه قال بعد ذلك وكلاهما مدخول (أي يمكن الدخول فيه وإفساده) النظم المستعذب (٤١٠/١) . وهذا ينافي الصحة لأنه لو كان صحيحا لما أمكن الدخول فيه وإفساده . جاء في المهذب » وإن دفع ثوبا إلى خياط فقطعه قباء ثم اختلفا فقال رب الثوب أمرتك أن تقطعه قيمصا فتعديت بقطعه قباء فعليك ضمان النقص ، وقال الخياط بل أمرتني أن أقطعه قباء فعليك الأجرة فقد حكى الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في اختلاف العراقيين قول ابن أبي ليلى أن القول قول الخياط وقول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ أن القول قول رب الثوب ثم قال : وهذا أشبه ، وكلاهما مدخول . راجع المذهب (٥٦/١) ، الأم (٢٦٣/٣) ، الحاوي (٤٠٢) .

(١) عند هذا الموضع حدث انتقال من الناسخ في النسخة (ع) فأدخل المسألتين التاليتين هنا ثم عاد فأكمل المسألة .

(٢) قائل هذا القول تمسلك بقول الشافعي السابق في الأم « وكلاهما مدخول فكأنه رد القولين ثم صرح بمذهبه وهو أنهما يتحالفان » . راجع الأم (٢٦٣/٣) .

(٣) قال الماوردي بعد أن ذكر رأي الإمام في المسألة « واختلف أصحابنا في ذلك على ثلاثة طُرق : أحدها : وهي طريقة ابن سريج وأبي إسحاق المروزي وابن علي ابن أبي هريرة وأبي حامد المروزي أن المسألة على قولين : أحدهما - أن القول قول الخياط وهو مذهب ابن أبي ليلى والثاني : أن القول قول رب الثوب وهو مذهب أبي حنيفة وحملوا قول الشافعي وكلاهما مدخول بمعنى محتمل لا يقطع بصحته لما يعترضه من الشبه التي لا يخلوا منها قول مجتهد ثم مال إلى ترجيح أحدهما لقوته على الآخر وهو قول أبي حنيفة أن القول قول رب الثوب واختاره المزني والطريقة الثانية لأصحابنا ولعلها طريقة أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل أن المسألة على ثلاثة أقاويل على ما حكاه المزني في جامعه الكبير منهما هذان القولان . والثالث : أنهما يتحالفان . والطريقة الثالثة : وهي طريقة المتأخرين من أصحابنا أن المسألة على قول أنهما يتحالفان لأنه وإن ذكر قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى فقد رغب عنهما بقوله وكلا القولين مدخول . راجع الحاوي ص٤٠٤-٤٠٦ . والقول بالتحالف رجحه الإمام الماوردي وصاحب المهذب . قال في المهذب « والثالث أنهما يتحالفان وهو الصحيح لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه لأن صاحب الثوب يدعي الأرش والخياط ينكره فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن . راجع المهذب (٥٣٦/١) ، الحاوي (٤١١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قضاه] .

١٧٧٣٧ - أحدهما يأخذ الثوب وأرش [١] القطع .

١٧٧٣٨ - والثاني : يأخذ الثوب ولا أرش له كما لا أجرة عليه [٢] .

١٧٧٣٩ - لنا : أنه قطع ثوبا لغيره وادعى الإذن فوجب أن يكون اليمين عليه [٣] .

١٧٧٤٠ - أصله : إذا قال لم آذن لك في شيء .

١٧٧٤١ - وعلى القول الآخر [٤] نقول ، إذا جحد الإذن لم يتحالفا ، ولأنه إذن . . خاص مستفاد من جهة صاحب الثوب ، فوجب أن يكون القول قول [٥] الآذن في صفة الإذن كالوكيل والموكل .

١٧٧٤٢ - ولا يلزم المضارب ورب المال لأن الإذن في المضاربة إذا وقع « خاصًا » [٦] فالقول قول رب المال .

١٧٧٤٣ - ولأنه [٧] يدعي استحقاق الأجرة بإيفاء العمل فلا يقبل قوله ، [أولا يثبت] [٨] التحالف . أصله إذا جحد الإذن [٩] .

١٧٧٤٤ - احتجوا بقوله ﷺ [١٠] « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى المُدَّعى [١١] عَلَيْهِ [١٢] » .

---

(١) الأرش الفرق في القيمة بين السلامة والعيب في السلعة . القاموس باب الشين فصل الهمزة (٢٧١/٢) .

(٢) راجع المهذب (٥٣٧/١) .

(٣) سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة يرجع إلى اختلافهم في تعين المدعي والمدعى عليه منهما . قال ابن رشد وسبب الخلاف من المدعِي منهما على صاحبه و من المدعَى عليه بداية المجتهد (١٧٦/٢) . وبالنظر إلى نص المصنف يتبين لنا أن الخياط هو المدعي عند الأحناف فلما أنكر المدعى عليه وهو صاحب الثوب لزمه اليمين . وهذا ما قصده المصنف بقوله : « فوجب أن يكون اليمين عليه » أي على صاحب الثوب ، وإنما كانت اليمين على صاحب الثوب في حالة الإنكار لما يأتي في الحديث .

(٤) أي على القول بأنهما يتحالفان .

(٥) ساقطة من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [خاصة] .

(٧) أي الخياط .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولا يثبت] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الابن] وهو خطأ .

(١٠) ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) الحديث يستدل به الشافعية هنا على القول الصحيح عندهم بأنهما يتحالفان لأنهم يرون أن كل واحد منهما مدعًى عليه . ومع ذلك فالحديث يصلح استدلالا للأقوال الثلاثة الواردة في المسألة فيمكن أن يستدل به الأحناف على مذهبهم لأنهم يجعلون صاحب الثوب مدعًى علبه ، ويستدل به ابن أبي ليلى والحنابلة والمالكية والشافعية في قولهم الموافق لهم لأنهم يجعلون الخياط مدعًى عليه وكل مدعًى عليهِ إذا أنكر يلزمه اليمين .

(١٢) الحديث بلفظه أخرجه مسلم في صحيحه من حديث ابن عباس « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لادَّعَى رِجَالُ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَائَهُمْ ولكنِ البينةُ عَلَى المدَّعِي واليمينُ علَى المدَّعَى عَلَيْهِ » . صحيح مسلم الأقضية (١٣٣٦/٣) =

١٧٧٤٥ - وكل واحد منهما مدع ، لأن صاحب الثوب يدعي الضمان ، والخياط يدعي الأجرة .

١٧٧٤٦ - قلنا : المدعي من خالف قوله الظاهر ، والمدعى عليه من شهد له الظاهر وصاحب الثوب يجحد الإذن والأصل أنه لم يأذن [فالظاهر] [١] معه فهو المدعى عليه [٢] .

١٧٧٤٧ - ولا يجوز القياس على اختلاف المتبايعين لأن هناك إذا تخالفا فسخ العقد وعاد المعقود عليه لأن [٣] المبيع ما خرج من ملكه ، وهذا لا يوجد في مسألتنا فلا يثبت التحالف ، ولهذا [نقول] [٤] في [المبيع] [٥] الهالك لا تحالف فيه .

١٧٧٤٨ - احتجوا : للقول الآخر [٦] [بأنهما] [٧] اتفقا على الإذن ، واختلفا في التعدي ووجوب الضمان ، والأصل أنه غير [متعد] [٨] و [أنه] [٩] لا ضمان عليه . فوجب أن يكون القول قوله كما لو ادعى عليه القطع فأنكره الخياط [١٠] .

= وبلفظ مسلم أخرجه ابن ماجه في سننه . الأحكام (٢/٧٧٨) وأبو داود في سننه الأقضية (٤/٤٠) ، الطبراني في الكبير (١١/١١٦) وأصل الحديث في البخاري مختصرا بلفظ « أن النبي ﷺ قضَى أن اليمين على المدعَى عليهِ » . صحيح البخاري رهون إذا اختلف الراهن والمرتهن ... (٣/١٨٧) وانظر فتح الباري لابن حجر كتاب التفسير (٨/٢١٣) . وأخرجه البيهقي عن ابن عباس أيضًا بلفظ « . . وَلكِنِ البينَةُ عَلَى مَن أنْكَرَ » السنن الكبرى . كتاب الدعوى والبينات باب البينة على المدعى عليه واليمين على المدعى عليه (١٠/٢٥٢) . ومن حديث عمرو ابن شعيب في سنن الدارقطني كتاب الدعوى والبينات باب البينة على المدعي (٤/٢٠٨) ، والترمذي كتاب الأحكام باب ما جاء في أن البينة على المدعِي واليمين على المدعَى عليه « بلفظ مسلم » (٣/٦٢٥) .

(١) في (ن) : [قال طاهر] وهو تحريف .

(٢) قال الشيرازي بعد أن ذكر الأقوال في المسألة : الدليل على أن القول قول الخياط أنهما اتفقا على الإذن واختلفا في التعدي فكان القول قول المأذون كالمضارب ورب المال . قالوا : الخياط مدعًى عليه بما ينكره فأشبه إذا أدعى عليه الإذن في القطع فأنكره قلنا هناك الظاهر مع رب الثوب فإن الأصل عدم الإذن وههنا الظاهر مع الخياط لأن رب الثوب يدعي عليه تعديا الأصل عدمه ، ولهذا لو اختلف رب المال والمضارب في الإذن في التصرف كان القول قول رب المال ولو اختلفا في التعدي كان القول قول المضارب » النكت ورقة ١٧٠ .

(٣) كذا بلانسخ ولعل الصواب [إلى] .

(٤) في (ن) : [نقوله] .

(٥) في (م) ، (ع) : [البيع] .

(٦) أي القول الذي يوافق ابن أبي ليلى أن القول قول الخياط .

(٧) في (ن) : [فإنهما] .

(٨) في (م) ، (ع) : [متعدى] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لأنه] وفي ب [أنه] .

(١٠) راجع المهذب (١/٥٣٦) ، الحاوي (٤٠٢ ، ٤٠٩) .

١٧٧٤٩ - قلنا : يبطل إذا قال أودعتك ، فقال وهبت لي ، وقد استعمل العتق فإنهما اتفقا على الإذن وادعى [الدافع] (١) التعدي ، ثم جعلنا القول قوله .

١٧٧٥٠ - قالوا : لو اختلف المضارب ورب المال في عموم التصرف كان القول قول المضارب ، وإن كان الإذن يستفاد من جهة رب المال (٢) .

١٧٧٥١ - قلنا : لأن لفظ المضاربة يقتضي العموم ، فمن يدعي تخصيص اللفظ لا يقبل قوله . وفي مسألتنا الإذن وقع [خاصا] (٣) فالقول قول الآذن في صفته ، كما لو اتفق على مضاربة خاصة ، ثم اختلفا في كيفية الإذن كان القول فيه قول رب المال .

١٧٧٥٢ - قالوا : وقد تجوز الإجارة عامة (٤) إذا قال للخياط اقطعه ما شئت فهو كالمضاربة (٥) .

١٧٧٥٣ - قلنا (٦) : المضاربة مقتضاها العموم بدلالة أنها تصح بإطلاق اللفظ فيثبت العموم حكما والخياطة ليس كذلك .

١٧٧٥٤ - لأنه لو قال اقطع هذا الثوب لم يصح حتى يخص الإذن أو يجعل المشيئة إليه فيقول اقطعه ما شئت فعلم أن مقتضى اللفظ ليس هو العموم .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لدفع] والمراد بالدفع صاحب الثوب .

(٢) راجع المغني لابن قدامة في هذا القول والاحتجاج السابق أيضًا (٥٣١/٥) .

(٣) في (م) ، (ع) : [خالصا] .

(٤) قاعدة : « تجوز الإجارة عامة ، كما لو قال للخياط اقطع ما شئت » .

(٥) بيَّن الإمام الماوردي وجه أن القول قول الخياط فقال « إن العادة جارية بأن الخياط يعمل في الثوب ما أذن له فيه ولا يقصد خلافه . وإن جرى غير ذلك فنادر فصارت العادة مصدقة لقول الخياط دون رب الثوب ، ثم استدل بدليل آخر فقال » إن الخياط لما صدق على الإذن المبيح لتصرفه صار مؤتمنًا فلم يقبل ادعاء رب الثوب عليه فيما يوجب غرما ، لما في ذلك من الإفضاء إلى أن لا يشاء مستأجر أن يثبت غرما ، ويسقط أجرا ، بادعائه خلافًا وهذا يدخل على الناس الضرر فحسم . فعلى هذا يحلف الخياط بالله تعالى لقد أمره أن يقطعه قباء ولا غرم عليه » . الحاوي (٤٠٧) .

(٦) في (م) ، (ع) : [قالوا] وهو خطأ .

مسألة ٨٨٢

إجارة الدار شهرًا مطلقًا

١٧٧٥٥ - قال أصحابنا : إذا استأجر دارا شهرا جاز وكان أول المدة عقيب العقد [١] .

١٧٧٥٦ - وقال الشافعي : لا تصح الإجارة إلا أن تتصل المدة بالعقد ولا يتصل به إلا إن [سمى] [٢] ذلك [٣] .

١٧٧٥٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ ﴾ [٤] ولم يبين أول المدة ، ولأنه تقدير لمدة [بغير] [٥] [مزاحمة] [٦] [فوجب أن يختص بعقيب السبب عند إطلاقها . أصله إتلاف سائر الأثمان ، ولأنها مدة مشروطة في العقد [٧]] فوجب أن يقتضي إطلاقه كونها من حين العقد كالأجل .

١٧٧٥٨ - ولأنه نوع إجارة فإطلاقها يقتضي ثبوت المطالبة بالشفعة عقيب العقد .

---

(١) وافق الأحناف كل من مالك وجمهور الحنابلة . راجع البدائع (١٨١/٤) ، المبسوط (١٣١/١٥) ، بداية المجتهد (١٧٠/٢) ، المغني (٤٣٦/٥) .

(٢) في (ن) : [يسمى] .

(٣) ما أثبته المصنف هنا يتفق مع ما ورد في المهذب من ضرورة النص على ابتداء المدة عقب العقد . قال في المهذب : فإن قال أجرتك هذه الدار شهرا لم يصح لأنه ترك تعيين المعقود عليه في عقد شرط فيه التعين فبطل كما لو قال بعتك عبدا . المهذب (٥٢٣/١) ، وفي النكت « إذا قال أجرتك هذه الدار شهرا لم يصح . وقال أبو حنيفة : يصح في شهر واحد من حين العقد ، النكت ورقة ١٦٧ . غير أن كتب المذهب الشافعي لم تتفق على هذا ؛ ففي مغني المحتاج ما يدل على الجواز من غير اشتراط أن تلي المدة العقد ، ففيه : « ولو أجره شهرا مثلا وأطلق صح وجعل ابتداء المدة من حينئذ لأنه المفهوم المتعارف ، وإن قال ابن الرفعة : لابد أن يقول من الآن » مغني المحتاج (٣٤٠/٢) . فقوله لأنه هو المفهوم المتعارف يدل على أنه يؤخذ من العرف لا من القول وكذا قوله وإن قال ابن الرفعة ... إلخ يشعر بعدم اشتراط ذلك ومثله أيضًا في البجرمي « ولا يشترط تعين ابتداء مدة الإجارة ؛ فلو قال : أجرتك سنة أو شهرا ولم يقل من الآن صح وحمل على ما يتصل بالعقد » البجرمي على الخطيب (١٧٨/٣) ، وفي فتح العزيز شرح الوجيز جمع بين الاتجاهين فقال « قول العاقد أجرتك شهرا أو سنة محمول على ما يتصل بالعقد في أظهر الوجهين ، وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنه المفهوم المتعارف ، قال أحمد : لابد وأن يقول من الآن وإلا فهو كقوله بعتك عبدا من العبيد « فتح العزيز (٣٤٢/١٢) . وبقول الشافعي قال بعض الحنابلة استنادا إلى رواية إسماعيل من سعيد عن أحمد أنه قال « إذا استأجر أجيرًا شهرًا فلا يجوز حتى يسمى الشهر المغني (٤٣٦/٥) .

(٤) سورة القصص : الآية ٢٧ .

(٥) في (ن) : [لغير] .

(٦) بياض في (ن) .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) .

١٧٧٥٩ - أصله : إذا [استأجر] [١] ليخيط ثوبًا .

١٧٧٦٠ - احتجوا : بأن الشهر [لا يذكر [٢]] في العقد أجلا وإنما يذكر ليتقدر المعقود عليه به وما ذكر لتقدير المعقود عليه به [معلوما كقوله أسلمت إليك في كذا من طعام وتحريره ما يقدر به المعقود عليه في المعاوضة لم يتعين به كقوله بعتك كذا [٣]] .

١٧٧٦١ - قلنا : يبطل بالمدة في الإتلاف فإنها ليست باختلاف وإنما يتقدر بها المعقود عليه ، ومع ذلك [تتعين] [٤] بها المدة عقيب العقد [ولأنا [٥]] لا [نعتبر] [٦] المدة مما يلي العقد بالتقدير [ولكن] [٧] لأنا لو [لم [٨]] نحملها على ذلك بطل العقد ، وهذا كما نقول جميعا في الأجل إنه يختص بعقيب العقد ليس لتقدير المدة لكن ليصح العقد بنفس المدة [٩] .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [استأجر] .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) ، وانظر النكت ورقة ١٦٧ .

(٤) في (م) ، (ع) : [تعين] .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [تعتبر] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لكنه] .

(٨) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) .

(٩) قال الشيرازي ردًا على قول المصنف : إن الأجل يختص بعقيب العقد فكذا إجارة الشهر . قال « لأن القصد في الأجل الزمن لتأخير المطالبة فحمل على ما يعقب وههنا القصد تقدير المعقود عليه فلم يتعين به . النكت ورقة ١٦٧ .

مسألة ٨٨٣

إجارة مدة لا تلي العقد

١٧٧٦٢ - قال أصحابنا : إذا أجر داره شهر رمضان وهما في رجب جاز [1] .

١٧٧٦٣ - وقال الشافعي : لا يجوز . وإن أجرها سنة [ثم أراد أن يؤجرها سنة [2]] أخرى من غير المكتري [3] لم يصح قولًا واحدًا . وإن أكراها من [المكتري] [4] فالمنصوص أنه يصح .

١٧٧٦٤ - ومن أصحابهم من قال : لا يصح . وإن كانت المنافع في الذمة بشرط التأخير عن العقد جاز [5] .

---

(١) وبه قال الحنابلة والمالكية أيضًا . راجع البدائع (٢٠٣/٤) ، تبيين الحقائق (١٠٦/٥) ، حاشية ابن عابدين (٦/٦) ، بداية المجتهد (١٧٠/٢ ، ١٧١) ، المغني (٤٣٦/٥) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣ ، ٤) في (م) ، (ع) : [المكري] وهو خطأ والمراد المستأجر .

(٥) يفرق الشافعية بين إجارة العين وإجارة الذمة في جواز تأخير المنفعة حيث لم يجوزوا التأجيل في إجارة العين قولًا واحدًا وأجازها بعضهم في الإجارة الواقعة على عمل في الذمة كما أنهم فرقوا في إجارة الدار سنة مثلًا بين أن يؤجرها المؤجر سنة أخرى من المستأجر للسنة الأولى وبين إجارتها لغيره حيث أجازوها بالنسبة للمستأجر الأول في أحد الوجهين ومنعوها إذا كانت لغيره . قال في فتح العزيز شارحا نص الوجيز « وإجارة الدار للسنة القابلة فاسد إذ لا تسلط عليه عقيب العقد ... قال : عرفت انقسام الإجارة إلى واردة على العين ووارد على الذمة إما إجارة العين فلا يجوز إيرادها على المستقبل كإيجار الدار للسنة القابلة والشهر الآتي وكذا إذا قال أجرتك سنة مبتدأة من الغد أومن الشهر الآتي أو أجرتك هذه الدابة للركوب إلى موضع كذا على أن تخرج غدًا وقال أبو حنيفة وأحمد يجوز ذلك . لنا القياس على البيع فإنه لو باع على أن يسلم بعد شهر فإنه باطل ولو قال أجرتك سنة فإذا انقضت السنة فقد أجرتك سنة أخرى فالعقد الثاني باطل على الصحيح كما لو قال إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك مدة كذا فأما الإجارة الواردة على الذمة فيحتمل فيها التأجيل والتأخير كما إذا قال ألزمت ذمتك حملي إلى موضع كذا على دابة صفتها كذا غدا أو غرة شهر كذا كما لو أسلم في شيء مؤجلًا وإن أطلق حالًا وإن أجر داره سنة من زيد ثم أجرها من غيره السنة الثانية قبل انقضاء الأولى لم يجز فإن أجرها من زيد ثم أجرها من غيره أو منه مدة لا تتصل بآخر المدة الأولى والثاني يجوز لاتصال المدتين كما لو أجر منه السنتين في عقد واحد وهو أصح عند صاحب التهذيب وغيره ورجح في الوسيط الوجه الأول محتجًا بأن العقد الأول ينفسخ فلا يتحقق شرط العقد الثاني وهو الاتصال بالأول ... راجع فتح العزيز شرح الوجيز (٢٥٧/١٢-٢٥٩) ، المهذب (٥٢٣/١-٥٢٤) ، نهاية المحتاج (٢٧٥/٥-٢٧٧) ، مغني المحتاج (٣٣٨/٢) .

١٧٧٦٥ - لنا : أن كل شهر لو أجره مع ما يليه جاز فإذا أجره منفردا [من[١] أجنبي][٢] جاز . أصله الشهر الأول .

١٧٧٦٦ - ولا يمكن القول بموجبه إذا أجره من المستأجر ، لأنا قلنا من الأجنبي ولأن كل مدة جاز عقد الإجارة عليها جاز إفرادها بالعقد مع عموم الناس . أصله المدة التي تلي العقد ، ولأن كل وقت جاز أن [يعقد][٣] فيه الإيلاء[٤] جاز أن يبتدئ فيه عقد الإجارة كالمدة التي تتعقب الإجارة .

١٧٧٦٧ - ولأنه أحد نوعي الإجارة فجاز تأخير المنفعة فيه ، أصله[٥] كما لو كانت الإجارة على ما في الذمة .

١٧٧٦٨ - فإن قيل : إذا كانت المنفعة في الذمة جاز شرط تأخيرها ، كما يجوز تأخير المبيع في الذمة [وإذا كانت في غير الذمة لم يجز شرط تأخيرها ، كما لا يجوز تأخير المبيع المعين[٦]] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [عن] .
(٢) في (ن) : [أجير] .
(٣) في (ن) : [انعقد] .
(٤) في (م) ، (ع) : [الإيلا] . والإيلاء : هو اليمين على ترك وطء المنكوحة مدة مثل والله لا أجامعك أربعة أشهر التعريفات ص٣٤ . وعرفه الكمال بن الهمام : بأنه اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله تعالى . فتح القدير (١٨٩/٤) . وفصله النووي في المنهاج فقال « هو حلف زوج يصح طلاقه . ليمتنعن من وطئها مطلقًا أو فوق أربعة أشهر وكذلك لو علق طلاقا أو عتقا أو قال إن وطئتك فلله عليّ صلاة أو صوم كان موالياً . » المنهاج ص١١١ ط الحلبي . وقصد المصنف بذلك أن الإيلاء يبدأ بعد انعقاد اليمين بالامتناع عن الوطء ثم يستمر مدة الشهور الأربعة . وأرى أن هذا لا يصلح دليلا على تأجير الدار مدة لا تلي العقد ، لأن الإيلاء يبدأ بعد انعقاد اليمين ، فهو يصلح دليلا على إجارة الدار شهرًا مطلقًا ، من غير أن ينص في العقد على أنه يبدأ بعد العقد ، كما سبق في المسألة السابقة وقد استدل به ابن قدامة في المغني على مسألة تأجير العين شهرًا مطلقًا فقال « فإن أطلق وقال أجرتك سنة أو شهرا صح ، وكان ابتداؤه من حين العقد ، وهذا قول مالك وأبي حنيفة . وقال الشافعي وبعض أصحابنا لا يصح حتى يسمى الشهر ويذكر أي سنة هي فإن أحمد قال في رواية إسماعيل بن سعيد إذا استأجر أجيرًا شهرًا فلا يجوز حتى يسمي الشهر . ولنا قوله تعالى : ﴿ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ ﴾ ولم يذكر ابتداءها ولأنه تقدير بمدة ليس فيها قربة فإذا أطلقها وجب أن تلي السبب الموجب كمدة السلم والإيلاء وتفارق النذر فإنه قربة » المغني (٤٣٦/٥-٤٣٧) . ولا يخفى الفرق بين إجارة مدة مطلقة ، وبين إجارة مدة لا تلي العقد .
(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

١٧٧٦٩ - قلنا : المنافع المستقبلة لا يمكن قبضها في الحال فيجوز أن يتعلق قبضها بالوقت الممكن كبيع العبد .

١٧٧٧٠ - احتجوا : بأنه عقد معاوضة على معين ، شرط فيها تأخير تسليم المعقود عليه فوجب أن لا يصح . أصله : إذا باع على أن يُسَلِّمَ في وقت مستقبل (١) .

١٧٧٧١ - قلنا : لم يشترط تأخير التسليم وإنما (٢) علق التسليم (٣) بحال إمكان التسليم فهو كبيع العبد الغائب عن حضرتهما ، وكتزويج الصغيرة التي لا يمكن وطؤها ، فإن العقد يصح ويقف التسليم على حين إمكانه فيهما .

١٧٧٧٢ - ولأن البيع لا يقع على عبدين يكون تسليم أحدهما وشرط [تأخير الآخر (٤)] . كذلك لا يقع على غير شرط تأخير تسليمها . ولما جاز أن تقع الإجارة على مدتين يتأخر تسليم أحدهما جاز أن يبتدئ العقد عليهما .

١٧٧٧٣ - فإن قيل : إذا عقد على شهرين فهو تسليم في الحال تسليما يفضي إلى تسليم الشهر الآخر فهو (٥) كمن باع صبرة لا يقدر على [نقلها] (٦) دفعة جاز لأن [بدءه] (٧) عقيب العقد بنقل جزء منها يفضي إلى نقل كلها .

١٧٧٧٤ - قلنا : لا يثبت به للصبرة مدة الإجارة ، لأن الشهر الثاني لا سبيل إلى قبضه عقيب العقد (٨) فحكمه في حال الاجتماع والانفراد سواء . والصبرة كل جزء منها يصح نقله عقيب العقد فعلم أن العقد لم يقتض تأخير قبض (٩) شيء منها .

١٧٧٧٥ - قالوا : معاوضة لا توجب ملك العوض في إحدى الجانبين فلم يصح كبيع الآبق (١٠) .

---

(١) قال في المهذب : « فإن كان على مدة لم يجز إلا على مدة يتصل ابتداؤها بالعقد ، فإن كان على عمل معين لم يجز إلا في الوقت الذي يمكن فيه الشروع في العمل ، لأن إجارة العين كبيع العين ، وبيع العين لا يجوز إلا على ما يمكن الشروع في قبضها فكذلك الإجارة » المهذب (٥٢٣/١) وفي النكت « لنا أنه معاوضة على معين شرط فيه تأخير التسليم فلم يصح البيع « النكت ورقة ١٦٧ .

(٢) في (م) ، (ع) : [وإذا] . (٣ ، ٤ ، ٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) بدلًا مما جاء في النسخ بلفظ : « نقل ما » . (٧) بدلًا ما جاء في النسخ بلفظ : « يبتدئ » .

(٨) المعنى أنه قد امتنع سبيل قبض الشهر الثاني عقيب العقد لانشغال العين باستيفاء منفعة الشهر الأول . خلافا للصبرة فإن المانع من التسليم إنما هو عجز المشتري عن حملها اما تسليمها فهو غير ممتنع .

(٩) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) : [قصر] وهو خطأ .

(١٠) منع بيع العبد الآبق هو مذهب جمهور العلماء ، لأن من شرط البيع القدرة على تسليم المبيع ، غير أن =

١٧٧٧٦ - قلنا : يبطل إذا زوج المولى [١] أمته الصغيرة عبدا ولم [يسم] [٢] مهرا فعندهم المهر لا يملك بالعقد [٣] ، والاستباحة لا تملك لأنه لا يجوز وطؤها [٤] وإنما خصصنا النقص [٥] لأنهم يقولون الصغيرة [لا يزوجها [٦]] إلا الأب والجد [٧] ولا يملكان إسقاط مهرها .

١٧٧٧٧ - قالوا : لا يجوز تزويج الأمة إلا إذا خشي العنت [٨] وهذا لا يتصور في الصغيرة [٩] .

= بعض العلماء خالف في ذلك وأجاز بيع العبد الآبق ، لأن الإباق لا يزول به الملك فالبائع يكون بائعا لملكه ، حتى و لو كان آبقا . ففي المغني : بيع العبد الآبق لا يصح سواء علم مكانه أو جهله ، وكذلك ما في معناه من الجمل الشارد والفرس العاثر الذى انفلت من صاحبه وشبههما ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي . وروي عن ابن عمر أنه اشترى من بعض ولده بعيرًا شاردًا وعن ابن سرين لا بأس ببيع العبد الآبق إذا كان علمهما فيه واحدا ، وعن شريح مثله » المغني (٢٢١/٤ ، ٢٢٢) . وفي البدائع ... ذكر الكرخي رحمه الله أنه ينعقد بيع الآبق حتى لو ظهر وسلم يجوز ولا يحتاج إلى تجديد البيع إلا إذا كان القاضي فسخه بأن رفعه المشتري إلى القاضي فطالبه بالتسليم وعجز عن التسليم ففسخ القاضي البيع بينهما ثم ظهر العبد . ووجه قول الكرخي رحمه الله أن الإباق لا يوجب زوال الملك ألا ترى أنه لو أعتقه أو دبره ينفذ ، ولو وهبه من ولده الصغير يجوز ؛ فقد باع مملوكا إلا أنه يقف على التسليم لما قلنا . البدائع (١٤٧/٥) . وربما كان هذا الذي رواه ابن سرين وشريح والكرخي في جواز بعدم الوقوع فيه . بيع العبد الآبق أقرب إلى التيسير المطلوب في المعاملات ، إذ يصح بناء عليه بيع الملك الهارب من صاحبه حيوانا كان أو غيره شريطة تعرفه المشتري بحال المبيع وعدم وجوده في يد صاحبه بعدًا عن دائرة الغرر الذي تمسك به الجمهور فإن ابن سريج وابن سرين يشترطان تساويهما في العلم أي بأن يعلم المشتري كما يعلم البائع بهرب المبيع وبأن المبيع ليس تحت يد المشتري وبذلك يكون العقد قد حصلت فيه المكاشفة والوقوف على حقيقة المعقود عليه والأصل في العقود رضا العاقدين فإن تراضيا على هذه الصورة فما المانع من إمضاء رغبتيهما . كما أن الكرخي جعل البيع موقوفا على تسليم البائع المبيع للمشتري ، وإلا فسخه القاضي ، فلا ضرر على أي منهما .

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [يسلم] .
(٣) قال في البجرمي : « أما لو زوج الأمة بدون مهر المثل أو بغير نقد البلد أو بمؤجل فينعقد به ولا يكون تفويضا لأن الحق فيه له لا لها » . البجرمي على الخطيب (٣٧١/٣) .
(٤) المانع من الوطء هنا هو الصغر وليس عدم تسمية المهر .
(٥) أي يجعل الصغيرة أمة وليست حرة .
(٦) بياض في النسخة (ع) .
(٧) في المهذب « ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلغ وتأذن » . المهذب (٤٨/٢) .
(٨) العنت : الفساد والإثم والهلاك والزنا والأخير هو المراد هنا . راجع القاموس المحيط باب التاء فصل العين (١٥٩/١) .
(٩) قال في المهذب : « وأما الأمة المسلمة فإنه إن كان الزوج حرا نظرت فإن لم يخش العنت وهو الزنا لم يحل له نكاحها لقوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ =

١٧٧٧٨ - قلنا : هذا الشرط يعتبرونه في الحر ، ونحن بقضاء تزوجها [من عبد] (١) فيجوز العقد وإن لم يخش العنت ، وكذلك ينتقض بمن (٢) زوج أمته الصغيرة « من » (٣) عبده ، والمعنى في العبد أنه لو باعه مع عبد آخر في يده لم يصح ، كذلك إذا أفرده لم يصح .

١٧٧٧٩ - وفي مسألتنا لو أجر الشهر الثاني مع الأول صح (٤) وليس أحد الشهرين من حقوق الآخر ، فإذا أفرده صح .

١٧٧٨٠ - قالوا : لو صحت الإجارة لم يخل أن يقول يجوز بيع المؤجر للدار قبل حضور مدة الإجارة أو لا يجوز .

١٧٧٨١ - فإن لم يجز فقد منعتموه من بيع ملكه [في] (٥) حال ليس بينهما إجارة .

١٧٧٨٢ - وإن قلتم يجوز البيع بطلت الإجارة فيخرج من أن يكون يستحقه .

١٧٧٨٣ - قلنا : اختلفت الرواية عن أصحابنا في ذلك ، فإن قلنا : يجوز بيعه قبل المدة لم يمتنع كما نقول فيمن قال [لعبده (٦)] أنت حر رأس الشهر جاز بيعه [له (٧)] قبل ذلك ، وإن أدى بيعه إلى بطلان العتق ، [ولا يخرج ذلك (٨)] أن يكون إيقاعا صحيحًا .

١٧٧٨٤ - فإن قلنا : لا يجوز بيعه فلأنه علق بالدار حقا يستحق التسليم به في المستقبل فيمنع ذلك البيع قبل استحقاق التسليم ، كمن أوصى بسكنى داره سنة بعينها لم يجز لوارثه أن يبيعها بعد الموت وإن كانت السنة لم تحضر (٩) .

= أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ .. إلى قوله تعالى : ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ [٢٥ : النساء] فدل على أنها لا تحل لمن لم يخش العنت ولم تكن عنده حرة ولا يجد طولا وهو ما يتزوج به حرة ولا ما يشتري به أمة جاز له نكاحها للآية المهذب (٥٨/٢) .

(١) في (م) ، (ع) : [للعبد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [من] .
(٣) في (م) ، (ع) : [مع] .
(٤) في (م) ، (ع) : [من] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ممن] .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) ساقطة من (ن) .
(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) رأي الشافعي اشتراط أن تلي المنفعة العقد إلا أن الشافعية نصوا في بعض المسائل أنها مستثناة من هذا الأصل . قال في نهاية المحتاج « ويستثنى من المنع في المستقبلة صور كما لو أجره ليلا لمن يعمل نهارا ، وكإجارة عين شخص للحج عند خروج قافلة بلده أو تهيئتهم للخروج ولو قبل أشهره « الحج » إذا لم يتأت الإتيان به من بلد العقد إلا بالسير في ذلك الوقت . وفي أشهره قبل الميقات ليحرم منه وإجارة دار ببلد غير بلد العاقدين ودار مشغولة بأمتعة وأرض مزروعة لا يتأت تفريغها قبل مضي مدة لها أجرة . نهاية المحتاج (٢٧٦/٥) .

مسألة (١) ٨٨٤

عتق العبد وبلوغ الصبي في مدة الإجارة

١٧٧٨٥ - قال أصحابنا : إذا أجر عبده ثم أعتقه فله الخيار (٢) إن شاء فسخ الإجارة وإن شاء مضى عليها وكانت [الأجرة] (٣) فيما بعد العتق له يقبضها المولى من المستأجر أو يوكله بقبضها (٤) .

١٧٧٨٦ - وقال الشافعي لا خيار للعبد (٥) ، ويرجع على المولى [بأجر المثل] (٦) في قوله القديم .

---

(١) جمع المصنف في هذه المسألة بين مسألتين استقلت كل واحدة منهما ببحث خاص في كتب المذاهب وهما عتق العبد المؤَجَّر في مدة إجارته ، وبلوغ الصبي الذي أجَّره الولي في مدة الإجارة وربما رأى المصنف أن الجامع بينهما زوال الحجر عن كل منهما واتحاد الحكم عند الأحناف فيهما فلم يكن لإفراد كل منهما في بحث خاص داع .

(٢) لا خلاف بين الفقهاء في نفاذ عتق العبد المؤَجَّر ، وإنما الخلاف في ثبوت الخيار له في فسخ الإجارة واستدامتها وكذا في الرجوع على مؤجره بأجر المدة التي بعد العتق .

(٣) بدلا من « الإجارة » المثبتة بالنسخ : م ، ع ، وهذه الكلمة ساقطة من (ن) .

(٤) معنى هذا أن العبد إن اختار البقاء على الإجارة وعدم فسخها فالأجرة عن المدة التي بعد العتق له وليست للمؤجر وإن كان المؤجر هو الذي يقبضها وليس العبد فإنه لا يقبضها إلا بوكالة من المولى لأنه هو العاقد الأصلي . وهذا كله إذا لم يكن قد شرط في عقد الإجارة تعجيل الأجرة فإن كان شرط تعجيل الأجرة أو عجلها فإنها تكون للمولى وليس للعبد . قال في البدائع و قبض الأجرة كلها للمولى وليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى ، لأن العاقد هو المولى وحقوق العقد ترجع إلى العاقد . هذا إن لم يكن المستأجر عجل الأجرة ، ولا شرط المولى عليه التعجيل ، فإن كان عجل أو شرط عليه التعجيل فأعتق العبد واختار المضي على الإجارة فالأجرة كلها للمولى ، لأنه ملكها بالتعجيل أو باشتراط التعجيل . وإن اختار الفسخ يرد النصف إلى المستأجر ، لأن الأجرة بمقابلة المنفعة ، ولم يسلم له إلا منفعة نصف المدة . راجع : بدائع الصنائع (١٩٩/٤-٢٠٠) ، تبيين الحقائق (١٤١/٥) .

(٥) معنى هذا أن الإجارة بحالها وليس للعبد الخيار في فسخها . وقد وافق الشافعي في هذا المالكية والحنابلة ، فقالوا بعدم فسخ الإجارة وبقائها بعد العتق ، إلا أن المالكية يرون أن الأجر عن المدة التي بعد العتق للعبد إن أراد المولى أنه حر من الآن ، وإن أراد أنه حر بعد انتهاء مدة الإجارة فالأجرة للمولى . والحنابلة يرون أن الأجرة للمولى ، ولا يرجع العبد عليه بشيء ولا يخفى أن مذهب المالكية قريب من المذهب القديم للشافعي . راجع المهذب (٥٣٢/١) ، الحاوي ، أسنى المطالب (٤٣٣/٢) ، وشرح الخرشي على مختصر خليل (٣٣/٧-٣٤) بولاق ، شرح منتهى الإرادات (٢٦٣/٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : « أجرة المثل » وهذا فارق آخر بين الأحناف والشافعية الذين لا يجعلون للعبد خيارًا ، =

١٧٧٨٧ - وفي الجديد لا يرجع ، وإذا أجر الصبي ثم بلغ فله الخيار (١) .

١٧٧٨٨ - وقال الشافعي (٢) تبطل الإجارة (٣) .

١٧٧٨٩ - لنا : أنه عقد يقصد به المنفعة صح من المولى عليه في حال لا يملك التصرف في نفسه ، فإذا ملك التصرف ثبت له الخيار في قطعه .

٢٠/ب ١٧٧٩٠ - أصله : الأمة إذا زوجها المولى ثم أعتقها / [...] (٤) عبده .

١٧٧٩١ - ولا يلزم المولى إذا زوج عبده ثم أعتقه ، لأن له رفع العقد ولأنه عقد صح من المولى على أمته ، فإذا أعتقها ثبت لها الخيار كالنكاح ، ولأنه أجر مولى عليه فإذا ملك التصرف على نفسه [لم يجبر (٥)] على إتمام العقد كالصبي إذا أجره الوصي ، ولأنه حر مكلف فلا يستحق « منفعة » المستأجر بغير رضاه كما لو أجره الغاصب ثم أعتق .

١٧٧٩٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾ (٦) .

١٧٧٩٣ - قلنا : هذا خطاب للعاقد ولم يوجد من العبد عقد حتى يخاطب بالوفاء به .

١٧٧٩٤ - قالوا : عقد لازم قبل أن يملك التصرف ، فإذا ملك التصرف لم يثبت له

= ويوجبون له أجر المثل ، أما الأحناف فيثبتون له الخيار ، ويرجع بالأجر المسمى لا أجر المثل .

(١) راجع البدائع (١٧٨/٤ ، ٢٠٠) وبه قال المالكية راجع حاشية الدسوقي (٢٩/٤) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) كذا بالنسخ وهو أحد وجهين عند الشافعية والصحيح عندهم أنها لا تبطل ، ويذكر الشيرازي هذين الوجهين بقوله : « وإن أجر صبيًا في حجره أو أجر ماله (يأتي حكم هذه المسألة عند الأحناف) ثم بلغ فيه وجهان ، أحدهما : لا يبطل العقد لأنه بان بالبلوغ أن تصرف الولي إلى هذا الوقت . ثم قال والصحيح عندي في المسائل كلها أن الإجارة لا تبطل . المهذب (٥٣٣/١) . وهذا الذي صححه صاحب المهذب هو ما جزم به الماوردي في الحاوي قال « فإذا أجر الأب أو الوصي صبيًا ثم بلغ الصبي في مدة الإجارة رشيدًا فالإجارة لازمة لا تنفسخ ببلوغه . الحاوي ٢٣١ وكذا في البجرمي (١٧٩/٣) . وفرق صاحب نهاية المحتاج بين البلوغ بالاحتلام في سن لا يبلغ فيها كأن أجره وهو ابن أربع عشرة سنة ثم بلغ بالاحتلام أو غيره فلا تنفسخ الإجارة ، وإن أجره في سن يبلغ فيها بالسن كأن أجره في المسألة السابقة (وهو ابن أربع عشرة سنة) سنين تبطل في السنة الزائدة لأن البلوغ عند الشافعية بالسن على خمس عشرة سنة . راجع نهاية المحتاج (٣١٩/٥) ورأي الحنابلة يوافق الصحيح من مذهب الشافعية بأن الإجارة لا تنفسخ ببلوغه إلا إذا أجره وهو يعلم أنه يبلغ في المده . راجع . شرح منتهى الإرادات (٣٦٣/٢) .

(٤) في النسخ زيادة « زوجها عبده » .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) من صدر سورة المائدة .

الخيار بملكه التصرف ، كما لو زوج عبده ثم أعتقه أو زوج ابنه أو ابنته [١] أو باع مالهما أو أجر عقارهما [٢] .

١٧٧٩٥ - قلنا : [لا يثبت الخيار [٣] بملك] التصرف لأنه لو أذن له يملك التصرف ولا خيار له ، والمعنى فيه إذا زوج عبده : أنه يملك رفع العقد الذي عقده من كملت ولايته عليه بالطلاق فلم يثبت رفعه بالخيار .

١٧٧٩٦ - وفي الإجارة عقد على منافعه لا يملك رفعه [بغير] [٤] الخيار فملك رفعه بعد الحرية بالخيار . [وأما] [٥] إذا زوج ابنه أو ابنته [٦] فالعقد وقع لهما من كامل الولاية وليس في تبقيته شين . فكأنهما عقداه بأنفسهما . وفي مسألتنا وقع العقد للمولى فلم يلزم [العبد] [٧] بعد الحرية البقاء عليه كما لو ابتدأه . وأما إذا أجر عقارهما فالعقد أيضًا وقع لهما [ولاشين في تبقيته] [٨] فلم يثبت فيه حق [الفسخ] [٩] مع كمال ولاية العاقد .

* * *

---

(١) في (ن) : [ابنته] .

(٢) راجع المهذب (٥٣٢/١) ، أسنى المطالب (٤٣٤/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٣٦٣/٢) .

(٣) في (م) ، (ع) بدل هذه العبارة : [الخيار بملك] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لغير] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لنا] وهو خطأ .

(٦) في (ص) : [بنته] .

(٧) في (م) ، (ع) : [العقد] وهو خطأ .

(٨) في (م) ، (ع) بدل هذه العبارة : [ولا تبين في بيعه] وهو تحريف .

(٩) في (م) ، (ع) : [العقد] وهو خطأ .

مسألة ٨٨٥

بلوغ الصبي وماله مؤجر

١٧٧٩٧ - قال أصحابنا : إذا أجر الأب مال ابنه ثم بلغ الابن فلا خيار له (١) .

١٧٧٩٨ - وقال الشافعي ارتفع العقد (٢) .

١٧٧٩٩ - لنا : أنه عقد لازم فإذا عقده على مال ولده لم يبطل العقد بعد بلوغه كالبيع ، ولأنه عقد على منافع ملكه كتزويج أمته .

١٧٨٠٠ - ولأن العقد صح من [المولى] (٣) وانبرم فلا يرتفع [بزوال] (٤) ولايته عنه كمن أجر عبده ثم أعتقه ولأنه عقد (٥) يقصد به المنفعة صح من الأب في مال الصغير فلم يؤثر بلوغه كالنكاح .

١٧٨٠١ - احتجوا : بأنه عقد إجارة في حق الصبي فوجب أن يزال بزوال الولاية عنه ، كما لو كانت الإجارة عليه .

---

(١) فرق المصنف بين إجارة الصبي وإجارة ماله فجعل لكل منهما مسألة مستقلة وذلك لأن حكمهما مختلف ، ففي المسألة السابقة ثبت له الخيار عند الأحناف أما هذه فلا خيار له فيها والفرق بين إجارة الصبي وإجارة ماله « وهو ما سبقت الإشارة إليه من أن العقد على النفس فيه تقليل من شأنها خلافا للعقد على المال . قال صاحب البدائع : « إن إجارة ماله تصرُّف نظرٍ في حقه فلا يملك إبطاله بالبلوغ . فأما إجارة النفس فهو في وضعها إضرار وإنما يملكها الولي أو الوصي من حيث هي تأديب ، وقد انقطعت ولاية التأديب بالبلوغ (وقال أيضًا) « لأن في استيفاء العقد إضرارًا به لأنه بعد البلوغ تلحقه الأنفة من خدمة الناس وقد أجره أبوه وهذا قبيح » ! راجع البدائع (١٧٨/٤ ، ٢٠٠) .

(٢) الحكم في هذه المسألة عند الشافعية كالسابقة حتى إنهم لم يفرقوا بينهما في كتبهم بل جمعوا بين إجارة الصبي وإجارة ماله ثم بينوا الحكم فيهما على ما سبق تقريره في المسألة السابقة بأن فيهما وجهين الصحيح عدم البطلان وبقاء الإجارة لازمة وعلى هذا يظهر أن ما أثبته المصنف هنا هو أحد الوجهين وقد سبق نقل نص المهذب وفيه « وإن أجر صبيا في حجره أو ماله ثم بلغ ففيه وجهان .. » . راجع : المهذب (٥٣٣/١) . ولأن حكم المسألتين واحد عند الشافعية فإن الإمام الماوردي لم يتعرض لإجارة ماله واكتفى ببيان حكم إجارة الصبي . راجع الحاوي (٢٣١) ولا يخفى أنه لم يذكر فيه إلا قولًا واحدًا وهو لزوم الإجارة ومثله ما في البجرمي أيضًا (٧٩/٣) . وبذلك يكون ما أثبته المصنف هنا هو الوجه المقابل للصحيح عند الشافعية وبه قال المالكية أيضًا . راجع مواهب الجليل (٤٣٤/٥) .

(٣) في (ن) : [الولي] .

(٤) في (ن) : [زوال] .

(٥) في (ن) بدل الجملة : [ولا عقد] .

١٧٨٠٢ - قلنا : إذا كانت الإجارة لم تزل بزوال الولاية فإنما ثبت له الخيار من تبقية الإجارة ، لأن في [١] تبقية الإجارة شينا [٢] عليه ، لأنه يخدم الناس ، فثبت له الخيار للضرر الذي يلحقه بتبقية العقد ، وليس في تبقية إجارة داره شين عليه ، فلم يثبت له [٣] الخيار [٤] .

* * *

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) شانه يشينه ضد زانه (عابه) . القاموس المحيط باب النون فصل الشين (٢٤٣/٤) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) كلام المصنف هنا بمعنى كلام البدائع السابق في بيان الفرق بين إجارة الصبي وإجارة ماله . ومعناه أن في إجارة نفسه ضررا يعود عليه ، لأن خدمة الناس نقص في حقه فلزم ثبوت الخيار في إجارة النفس ، حتى إن أراد أن يدفع ذلك عن نفسه أمكنه ذلك . أما في إجارة ماله فلا خسة ولا نقص في حقه ، فلم تلزم العلة السابقة . راجع البدائع في هذه المسألة جـ٤/١٧٨-٢٠٠ .

مسألة ٨٨٦

استئجار منفعة بجنسها

١٧٨٠٣ – قال أصحابنا : لا يجوز استئجار منفعة بجنسها كاستئجار دار بدار ، ويجوز بغير جنسها كاستئجار دار بخدمة عبد [١] .

١٧٨٠٤ – وقال الشافعي : [٢] يجوز في الوجهين [٣] .

١٧٨٠٥ – لنا : ما روي أن النبي ﷺ « نَهَى عَنِ الْكَالِئِ [٤] بِالْكَالِئِ وَرُوِيَ عَنِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ » [٥] .

١٧٨٠٦ – ومتى استأجر رجلا يخيط له ثوبا بخياطة ثوب فقد ثبت كل واحد من العملين في الذمة فهو دين بدين ، ولأنه عاوض منفعة بجنسها فلم تصح القسمة كنكاح الشغار [٦] .

١٧٨٠٧ – ولا يلزم المهايأة لأنه ليس بمعاوضة وإنما هو [تمييز] [٧] المنافع ، ولا يلزم

---

(١) راجع المبسوط (١٣٩/١٥) ، تبيين الحقائق (١٠٦/٥) ، تكملة فتح القدير (٥٤/٨) ، حاشية ابن عابدين (٦٢/٦) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) المراد بالوجهين الصورتين أي إجارة المنفعة بمنفعة من جنسها أو من غير جنسها . قال في المهذب : « ويجوز إجارة المنافع من جنسه ومن غير جنسها ، لأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع » . راجع المهذب (٥٢٢/١) ، فتح العزيز (٢١٠/١٢) ، الحاوي (١٤٠) وقد وافق الشافعي المالكية والحنابلة في القول بالجواز . راجع بلغة السالك على الشرح الصغير (٢٣٢/٢) ط الحلبي ، المغني (٤٤١/٥) .

(٤) الكالئ والكلأة بالضم النسيئة (التأجيل) . راجع القاموس المحيط باب الهمزة فصل الكاف (٢٧/١) .

(٥) أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن ابن عمرَ نَهى ﷺ « عَنْ كَالئ بِكَالِئِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ » . راجع السنن الكبرى كتاب البيوع باب ما جاء في بيع الدين بالدين (٢٩٠/٥) .

(٦) وسمي النكاح بذلك لخلوه من المهر ، ويقال أيضًا : شغر الكلب شغرا من باب نفع إذا رفع إحدى رجليه ليبول . وقيل سمي النكاح به لأنهما رفعا المهر من العقد . وشرعا : هو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه المتزوج ابنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر . وهو من أنكحة الجاهلية التي حرمها الإسلام . راجع . القاموس المحيط باب الراء فصل الشين (٦٢/٢) ، المبسوط (١٠٥/٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [غير] وهو خطأ .

الموصى [له [(١)]] بسكنى دار إذا صالحه الورثة على سكنى دار أخرى ، لأنه ليس بمعاوضة ، وإنما هو [لإسقاط [(٢)] حقه [(٣)]] عن الوصية .

١٧٨٠٨ - ولهذا قالوا : لو أجر الدار الموصى بسكناها من الورثة لم يصح [(٤)] .

١٧٨٠٩ - ولأنه عاوضه ما ليس بغير جنسه [(٥)] فوجب أن تبطل التسمية إذا لم يستويا في المجلس « كمن » [(٦)] باع درهما بدرهم [(٧)] أو قفيز حنطة غير معين بمثله غير معين .

١٧٨١٠ - ولا يلزم [الشغار لأن التسمية تبطل ولا يلزم [(٨)]] بيع الطعام بالطعام لأنه إذا تعين جاز [(٩)] ، وقد احترزنا عنه وإن كان غير معين فهو أصل علتنا ، ولأنه آجَرَ دارًا بدار للسكنى فوجب أن لا يصح . أصله : إذا أطلق المدة .

١٧٨١١ - احتجوا : بأنهما منفعتان يجوز إجارة كل واحدة منهما على الانفراد

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) . (٢) في (ن) : « إسقاط » .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) وإنما لم تصح إجارة الدار الموصى بمنفعتها لأن الموصَى له يستحق منفعة الدار بحكم الوصية فلا يصح العقد عليها مرة أخرى بالإجارة لتعذر الاستيفاء ، وسواء في هذا إذا كان الموصى له بالمنفعة هو المستأجر أم غيره . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٥) أي أن المعاوضة في إجارة الدار بسكنى دار أخرى معاوضة جنس بجنسه ، ومعلوم أنه عند اتحاد الجنس في المعاوضات يلزم التقابض في المجلس وعدم التفاضل وإلا كان ربا . (٦) في (م) ، (ع) : [من] .

(٧) إنما قصد المصنف بما سبق التعليل لمنع صحة الإجارة إذا كانت الأجرة منفعة من جنس المنفعة المؤجرة كمن أجر دارًا بسكنى دار أخرى ، وذلك لجِريان ربا النسيئة في هذه الحالة لأنه إذا اتحد الجنس وجب التقابض في المجلس كما سبق وحرم التأجيل ، وفي الإجارة لا يمكن التقابض في المجلس ، لأن المنافع لم تحدث بعد ، والعقد يقع عليها فيتحقق المحظور السابق . قال في المبسوط مبيّنا سبب المنع في إجارة الدار بالدار : « المعقود عليه ما يحدث من المنفعة ، وذلك غير موجود في الحال ، فإذا اتحد الجنس كان هذا مبادلة الشيء بجنسه يحرم نسيئة ، وبالجنس يحرم النساء عندنا بخلاف ما إذا اختلف الجنس كإجارة الدار بخدمة العبد « . راجع المبسوط (١٣٩/٥) . وأرى أن هناك فارق بين إجارة الدار بالدار وبين بيع الدرهم بالدرهم لأن الإجارة مورد العقد فيها المنافع خلافا للبيع فإنه وارد على العين وإن مراعاة المماثلة في الأعيان ممكنة وكذا التقابض بالإضافة إلى النص على أن عدم مراعاة ذلك يكون من قبيل الربا خلافا للمنافع فإن التقابض فيها في المجلس غير ممكن كما أن التماثل فيها يتعذر ، حتى وإن تماثلت المنافع بأن تماثلت الديار المؤجرة في كل شيء فقد لا يتساوى لانتفاع لأنه يختلف من شخص إلى آخر ولذا فإن جريان الربا في المنافع فيما ذهب إليه بعض الأحناف نوع توسع في تفسير الربا ، قادهم إليه تصورهم الفلسفي لطبيعة المنافع وتولدها شيئًا فشيئًا . (٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) قال في اللباب : وما سوى الأثمان مما يثبت فيه الربا يعتبر فيه التعين ولا يعتبر فيه التقابض لتعينه لأن غير الأثمان يتعين بالتعين . اللباب (٣٩/٢) .

فجاز إجارة إحداهما بالأخرى . أصله منفعة الدار بمنفعة العبد [١] .

١٧٨١٢ – قلنا : منفعة الدار ومنفعة العبد جنسان لا ربا فيهما فلا يعتبر فيهما التعين ولا التقابض ، وليس كذلك الدار بالدار ولأنه [٢] جنس واحد غير معين فلا يصح إذا تأخر استيفاؤه عن مجلس العقد .

١٧٨١٣ – فإن قيل [٣] باطل إذا [٤] استأجر عبدا يرعى الغنم بعبد يخبز له .

١٧٨١٤ – قلنا : منفعة « العبيد » [٥] جنس [٦] واحد وهذا اختلاف الأنواع [٧] فهو كالحنطة البيضاء والحمراء .

١٧٨١٥ – قالوا : لو كان المانع عذر القبض لم يجز [في الجنسين] [٨] لأنه دين بدين [٩] .

١٧٨١٦ – قلنا : المانع عدم القبض [١٠] .

---

(١) قال الشيرازي : تجوز إجارة المنفعة بالمنفعة وقال أبو حنيفة لا تجوز بجنسها . لنا : أنهما منفعتان تجوز إجارة كل واحدة منهما فجاز إحداهما بالأخرى كما لو كانت من جنسين . قالوا معاوضة منافع بمنافع من جنس واحد فلم يجز كما لو زوجه أمته على أن يزوجه ذاك أمته . قلنا : إذا لم يجعل بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى جاز و ولأنه شرط الصداق لغير المرأة ، وها هنا شرط الأجرة لمالك المنفعة ، وإن جعل بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى لم يجز ، لأنه أشرك في البضع بين الزوجين وغيرهم . قالوا : المدة في الإجارة نسَاء والنَّساء يحرم في الجنس الواحد . قلنا : لا يحرم عندنا ، ثم المدة في الإجارة ليست نسَاء وإنما هو تقدير للمعقود عليه ولهذا ينقضي الحق بانقضائها والنَّساء ما يحل الحق بانقضائه ، ولأنه لو كان نسَاء لما جاز بأجرة مؤجلة ، ولوجب أن لا يجوز في الجنسين ، لأنه بيع نسيئة بنسيئة . راجع المهذب (٥٢٢/١) ، الحاوي (١٤٠) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولأنه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [قلنا] وهو خطأ .

(٤) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [العبد] .

(٦) الجنس كل مقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو . التعريفات (٦٩) .

(٧) النوع كل مقول على واحد أو على كثيرين متفقين بالحقائق في جواب ما هو . التعريفات (٢٢١) .

(٨) في (م) ، (ع) : [الجنس] .

(٩) قال ابن قدامة : « وما قاله أبو حنيفة لا يصح لأن المنافع في الإجارة ليست في تقدير النسيئة ولو كانت نسيئته ما جاز في جنسين لأنه يكون بين دين بدين » . المغني (٤٤١/٥) .

(١٠) قال في المبسوط : « لما كان المعقود عليه مما يحدث في المدة لا يتصور حدوثه جملة بل يكون شيئًا فشيئًا فهذا بمنزلة اشتراط الأجل ؛ فإن المطالبة بالتسليم تتأخر بالأجل ، فكذلك المطالبة بتسليم جميع المعقود عليه لا تثبت في الحال ، بل تتأخر إلى حدوث المنفعة ، وهذا أبلغ من ذلك ، لأن بالأجل لا يتأخر انعقاد العقد وهنا يتأخر انعقاد العقد في حق المعقود عليه ، ولكن ليس بدين على الحقيقة ، لأن الدين ما يثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة ، والمحرم : الدين بالدين فلكون المنفعة ليست بدين جوزنا العقد عند اختلاف الجنس ، وللجنسية أفسدنا العقد عند اتفاق الجنس » . راجع المبسوط (١٤٠/١٥) .

مسألة ٨٨٧

استئجار الكتب

١٧٨١٧ - قال أصحابنا : إذا استأجر دفترًا يقرأ فيه لم تصح الإجارة (١) .

١٧٨١٨ - وقال الشافعي تصح (٢) .

١٧٨١٩ - لنا : أنها إجارة لا تصح على مدة مطلقة فلا تصح وإن عين المدة .

١٧٨٢٠ - أصله : ما ليس له قيمة ، ولأنه عين استأجرها ليقرأ فيها فأشبه إذا استأجر [دراهم] (٣) ليقرأ ما عليها ، ولأنها منفعة تستوفى بالنظر فلم تستحق بالإجارة .

١٧٨٢١ - أصله : إذا استأجر ثيابا لينظر إلى نقوشها ، وإذا استأجر الحائط لينظر إلى ما عليه من الكتابة .

١٧٨٢٢ - فإن قيل : النظر إلى هذا مباح بغير إجارة (٤) .

١٧٨٢٣ - قلنا : النظر في المصحف مباح بغير إجارة (٥) .

---

(١) راجع البدائع (١٧٥/٤) ، حاشية ابن عابدين (٣٥/٦) ، تبيين الحقائق (١٢٥/٥) ، المبسوط (٣٦/١٦) .

(٢) قال الشيرازي : « يجوز استئجار الكتب وقال أبو حنيفة : لا يجوز : لنا أنه منفعة يصح إعارتها فجازت إجارتها كمنفعة السكنى ، قالوا استئجار للنظر والقراءة فأشبه استئجار الدراهم والحائط الذي عليه كتابة . قلنا يحتمل أن يجوز استئجار الدراهم لقراءة ما فيها والحائط الذي في الدار ، وإن كان خارج الدار فلأن ذلك مباح له من غير عقد وهذا محرم عليه من غير عقد فجاز العقد عليه . راجع النكت ورقة ١٦٨ وبقول الشافعية قال المالكية والحنابلة . راجع مواهب الجليل (٤٢٣/٥) ، المغني (٥٥٤/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٥٧/٢) .

(٣) في (ن) : [درهما] .

(٤) راجع نص النكت السابق وقال ابن قدامة « لنا أنه انتفاع مباح يحتاج إليه وتجوز الإعارة له فجازت إجارته كسائر المنافع . وفارق النظر إلى السقف فإنه لا حاجة إليه ، ولا جرت العادة بالإعارة من أجله . وفي مسألتنا يحتاج إلى القراءة في الكتب والحفظ منها والنسخ والسماع منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج إليه . المغنى (٥٥٤/٥) .

(٥) أي أن المصحف يجوز النظر فيه بغير إجارة فلا تجوز إجارته . قال في البدائع : « وعلى هذا يخرج إجارة المصحف أنه لا يجوز ، لأن منفعة المصحف النظر فيه والقراءة منه والنظر في مصحف الغير والقراءة منه مباح . والإجارة بيع المنفعة والمباح لا يكون محلا للبيع كالأعيان المباحة من الحطب والحشيش » . البدائع (١٧٥/٤) . هذا وقد وافق الأحناف في منع إجارة المصحف الحنابلة في وجه عندهم ، وفرقوا بين إجارة المصحف وإجارة سائر الكتب بأن في منع إجارة المصحف صيانة لكلام اللّٰه عن الابتذال ، قال في المغني : « وفي إجارة =

١٧٨٢٤ - احتجوا : بأنها منفعة مقصودة ، يجوز إعارتها فجاز إجارتها ، أصله : إجارة الحلي والثياب [١] .

١٧٨٢٥ - قلنا : يبطل بإجارة الفحل [٢] .

١٧٨٢٦ - قالوا : [هناك المقصود الماء دون المنفعة [٣] ، والماء تبع] [٤] ولهذا يجوز إعارة الفحل والأعيان لا تستحق بالعارية [٥] .

١٧٨٢٧ - ولأن الثياب تستوفى منفعتها بإيقاع الفعل فيها ، والدفاتر لا يوقع فيها فعلا ، وإنما هو بفعل النظر وذلك لا يستحق به أجرة .

* * *

= المصحف وجهان أحدهما : لا تصح إجارته مبنيا على أنه لا يصح بيعه وعلة ذلك إجلال كلام الله وكتابه عن المعاوضة به ، وابتذاله بالثمن في البيع والأجر في الإجارة والثاني : تجوز إجارته وهو مذهب الشافعي لأنه انتفاع مباح تجوز الإعارة من أجله فجازت فيه الإجارة كسائر الكتب وأما سائر الكتب الجائز بيعها فتجوز إجارتها . المغني (٥/٥٥٣) .

وبجواز إجارة المصحف قال ابن المنذر والمالكية أيضًا .

راجع الإشراف (١/٢٣٩) ، مواهب الجليل (٥/٤٢٣) .

(١) راجع نص النكت السابق في المسألة والمغني (٥/٥٥٤) .

(٢) أي أن الفحل تجوز إعارته ولا تجوز إجارته وسوف يأتي مزيد تفصيل لإجارة الفحل .

(٣) هذا ما علل به الجمهور لمنعهم إجارة الفحل بالإضافة إلى النهي الوارد في ذلك .

(٤) كذا العبارة بالنسخ ولعل صوابها « قالوا هناك المقصود الماء دون المنفعة « قلنا المقصود المنفعة والماء تبع ... » .

(٥) أي لو كان العقد في إجارة الفحل على الماء لما جازت إعارته .

مسألة ٨٨٨

إجارة الدراهم والدنانير

١٧٨٢٨ - قال أصحابنا : إذا استأجر دراهم ليعيِّر بها أو حنطة ليُغيِّرَ بها المكايل جازت الإجارة [١] .

١٧٨٢٩ - « ذكره [٢] في الأصل [٣] ، وذكره الطحاوي في الاختلاف [٤] .

١٧٨٣٠ - وقال أبو الحسن [٥] . في المختصر : لا يجوز إجارة الدراهم ولا الدنانير [٦] .

١٧٨٣١ - قال أبو بكر الرازي [٧] معناه إذا أطلق الإجارة [٨] .

---

(١) راجع البدائع (١٧٥/٤) ، المبسوط (٣١/١٦ ، ٣٢) وبه قال الحنابلة . راجع المغني (٥٤٦/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ذكر] .

(٣) راجع الأصل لمحمد بن الحسن ورقة ٥٠ وذكر أيضًا في الأصل عن أبي حنيفة أنه قال « لا تجوز إجارة الدراهم والدنانير » الأصل ورقة ٥١ .

(٤) قال في الاختلاف قال أصحابنا : لا تجوز إلا أن يقال أستأجره لأزن به ويؤقت . اختلاف الفقهاء ورقة ١١٦

(٥) أبو الحسن الكرخي سبقت ترجمته .

(٦) الدينار وزن إحدى وسبعين شعيرة ونصف تقريبًا . المصباح المنير (٢٠٠ - ٢٠١) .

(٧) أحمد بن علي الرازي الحنفي المعروف بالجصاص « أبو بكر « فقيه مجتهد ورد بغداد في شبابه وتوفي بها سنة ٣٧٠ هـ وله ٦٥ سنة من تصانيفه شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن ، شرح مختصر الطحاوي ، أحكام القرآن وغيرها . راجع الفوائد البهية ص ٢٧ ، ٢٨ ، الأعلام (١٧١/١) وغيرهما .

(٨) اختلفت كتب المذهب الحنفي في جواز إجارة الدراهم والدنانير . وقد سبق أن في الأصل ذكر الجواز وعدم الجواز ، والظاهر أنه لا تعارض فعدم الجواز محمول على الإطلاق أي من غير أن يذكر نوع المنفعة المستأجر لها وهو ما احترز عنه المصنف هنا بقوله « لتعيّر بها الموازين أو حنطة لتعير بها المكاييل » والجواز محمول على ما إذا عين كما هو الحال في هذه المسألة . قال في المبسوط قال رحمه الله رجل استأجر من رجل ألف درهم بدرهم كل شهر يعمل بها فهو فاسد وكذلك الدنانير وكل موزون أو مكيل لأن الانتفاع بها لا يكون إلا باستهلاك عينها ولا يجوز أن يستحق بالإجارة استهلاك العين ولا أجر عليه لأن العقد لم ينعقد أصلا لانعدام محله فمحل الإجارة منفعة تنفصل عن العين بالاستيفاء وليس لهذه الأموال منفعة مقصودة تنفصل عن العين ، وبدون المحل لا ينعقد العقد وهو ضامن للمال ، لأن العقد لما صار لغوا بقي مجرد الإذن فكأنه أعاره إياه . وقد بينا أن العارية في المكيل والموزون قرض ، وإذا استأجر ألف درهم ليزن بها يوما إلى الليل بأجرة مسماة فهو جائز وكذلك لو استأجر حنطة مسماة يعير بها مكاييل له يوما إلى الليل فهو جائز . وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره أنه لا يجوز . قيل ما رواهُ الكرخي رجحه محمول على ما إذا استأجرها ليعير بها مكيالا وما ذكره في الكتاب محمول على ما إذا استأجرها ليعيّر بها مكيالًا لا بعينه فيكون المعقود عليه معلومًا . وقيل بل =

١٧٨٣٢ - وقال أصحاب الشافعي فيها وجهان ، المذهب منهما أنه لا يجوز [١] .

١٧٨٣٣ - لنا : أنها منفعة معلومة يحل استيفاؤها من العين مع بقائها فجاز العقد عليها .

١٧٨٣٤ - أصله : سائر المنافع ولأنها أبيح الانتفاع بها [٢] فإذا استأجرها ليزن بها جاز كالحجر ولأنه من جنس الأثمان فجاز استئجاره ليزن به [كقطع الذهب] [٣] .

= فيه روايتان ، وجه ما قال الكرخي رَحِمَهُ اللَّهُ أن هذا النوع من الانتفاع غير مقصود بهذه الأعيان ، وإذا كان لا يجوز استئجارها للمنفعة التي هي مقصودة منها فلأن لا يجوز استئجارها للمنفعة التي هي غير مقصودة منها أولى . وجه ظاهر الرواية أن ما سمى عملا بالمستأجر مع بقاء عينه فإن الوزن بالدراهم عمل مقصود كالوزن بالحجر ، ولو استأجر حجرًا ليزن به يوما جاز فكذلك الدراهم » . المبسوط (٣١/١٦ ، ٣٢) .

(١) وافق المالكية الشافعية في ورود الوجهين في مذهبيهما ، وقد أورد الحنابلة كذلك هذين الوجهين في إجارتهما إذا أطلق العقد ولم يبين نوع المنفعة . قال في المهذب « واختلفوا في استئجار الدراهم والدنانير ليجَمّل بها الدكان واستئجار الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال . فمنهم من قال : يجوز لأنه منفعة مباحة فجاز الاستئجار لها كسائر المنافع ومنهم من قال : لا يجوز . وهو الصحيح لأن الدراهم والدنانير لا تراد للجمال ولا الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال ، فكان بذل العوض فيه من السفه وأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل . ولأنه لا يضمن منفعتها بالغصب فلم يضمن بالعقد . المهذب (١ / ٥١٧) . وفي بداية المجتهد « ومن هذا الباب اختلاف المذهب في إجارة الدراهم والدنانير ، وبالجملة كل ما لا يعرف بعينه ، فقال ابن القاسم : لا يصح إجارة هذا الجنس وهو قرض ، وكان أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه وإنما منع من منع إجارتها ، لأنه لم يتصور فيها منفعة إلا بإتلاف عينها ، ومن أجاز إجارتها تصور فيها منفعة ، مثل أن يتجمل بها أو يتكثر أو غير ذلك « بداية المجتهد (١٦٩/٢) . وفي المغني : « وإن أطلق الإجارة فقال أبو الخطاب تصح الإجارة وينتفع بها فيما شاء منها ، لأن منفعتها في الإجارة معينة في التحلي والوزن ، وهما متقاربان فوجب أن تحمل الإجارة عند الإطلاق عليها كاستئجار الدار مطلقا ، فإنه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها . وقال القاضي لا تصح الإجارة ويكون قرضا ... لأن الإجارة تقتضي الانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير ، وإنما هو بأعيانها فإذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفاع المعتاد » ، ثم صحح ابن قدامة قول أبي الخطاب بصحة إرادتها عند الإطلاق . أما إذا بيَّن نوع المنفعة كما إذا كانت الدراهم للوزن والتحلي فقد سبق القول بأنهم مع الأحناف في القول بالجواز قولًا واحدًا . راجع المغني لابن قدامة (٥٤٥/٥ ، ٥٤٦) . ومن خلال العرض السابق يتبين لنا أن الأحناف والحنابلة يفرقون بين إطلاق العقد لنوع الانتفاع ، وبين بيان نوع الانتفاع ، فإن أطلق ففيه وجهان ، وإن بين نوع الانتفاع فهو جائز . والشافعية والمالكية يجعلون في إجارة الدراهم والدنانير وجهين من غير فرق بين بيان نوع الانتفاع وعدمه . غير أنهم عند تفسير الوجهين يحملون الجواز على المنفعة التي قال بها الحنابلة والأحناف ، وهي الوزن أو الكيل أو التحلي ، وعدم الجواز على التعامل بها وصرف عينها ، ومن ثم يمكن أن نقرر أن إجارة الدراهم والدنانير والحنطة للتعامل بها وصرف عينها لا يجوز عند الجميع وأن إجارتها للوزن والكيل يجوز عند الأحناف والحنابلة وفي وجه للمالكية والشافعية .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) في (ن) ، (م) ، (ع) : « كإقطاع الذهب » ولعله قصد قطع الذهب التبر (غير المضروب) لأنها =

١٧٨٣٥ - احتجوا : بأنه لا يجوز إجارتها [مطلقة] [١] فلا يجوز إن عين كالفحل [٢] .

١٧٨٣٦ - قلنا : يبطل باستئجار رأس الحائط لو أطلق الإجارة لا يصح ولو عقد [للبناء] [٣] عليه جاز عندكم ، ولأن الإجارة المطلقة تتناول المنفعة المقصودة من العين والمقصود من منافع الدراهم إنفاقها فإذا أطلق العقد على ذلك يبطل ، وإذا قيد [٤] فقد صرف العقد إلى [٥] منفعة يباح استيفاؤها من غير استهلاك فجاز العقد .

* * *

= تكون بمنزلة الحجر المؤجَّر للوزن به .

(١) في (م) ، (ع) : [مطلقا] والمراد إجارتها من غير تعيين نوع المنفعة .

(٢) في (م) ، (ع) : [الفحل] ويأتي حكم إجارة الفحل . راجع فتح العزيز (٢/٢٢٥) .

(٣) غير مقروؤة بجميع النسخ . وإنما لم يجز الإجارة المطلقة في الحائط لأن من شرط صحة الإجارة تعيين المنفعة قال في مغني المحتاج « ولو صلحت الأرض لبناء وزراعة وغرس اشترط تعيين المنفعة » مغني المحتاج (٢/٣٤١) .

(٤) في (ن) : [قبل] وهو خطأ .

(٥) ساقطة من (ن) .

مسألة ٨٨٩

استئجار الحائط لوضع خشبه عليه أو الشجر لنشر الثياب

١٧٨٣٧ – قال أصحابنا : إذا استأجر حائطا ليضع [عليه] (١) خشبا أو يبني « عليه » (٢) سترة لم يجز (٣) .

١٧٨٣٨ – وقال الشافعي : يجوز ذلك (٤) .

١٧٨٣٩ – قالوا : لو استأجر نخلة ليبسط على أغصانها [الثياب] (٥) أو يسند إليها دابة جاز (٦) .

١٧٨٤٠ – لنا : أنها منفعة لا تصلح للسكنى فلا تجوز إجارتها . أصله : إذا استأجر كوة ليدخل عليه الضوء منها ، ولا بقعة (٧) ؛ لا يجوز أن يكريها شهرًا مطلقًا فلم يجز أن يكريها وإن عين الشهر ﷺ .

١٧٨٤١ – أصله : إذا كان رأس الحائط لا يمكن الانتفاع به .

١٧٨٤٢ – ولأنه استأجر حائطًا للبناء عليه فصار كما لو لم يسم جنس البناء « ولا صفته » (٨) .

(١ ، ٢) في (م) ، (ع) : [عليها] .

(٣) راجع المبسوط (٤٣/١٦) ، البدائع (١٨١/٤) .

(٤) وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . راجع نهاية المحتاج (٢٨٤/٥) ، مواهب الجليل (٤٢٣/٥) ، المغني (٥٤٨/٥) ، الروض المربع ص٢١٥ ، شرح منتهى الإرادات (٥٣٧/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الباب] .

(٦) راجع فتح العزيز (٢٢١/١٢ ، ٢٢٧) ، المهذب (٥١٧/١) ، والمغني (٥٤٧/٥) وهو غير جائز عند الأحناف راجع البدائع (١٩٢/٤) .

(٧) أي بقعة لا تصلح للسكنى قال في البدائع : « و لو استأجر من الحائط موضع كوة ليدخل عليه الضوء أو موضعا من الحائط ليدق فيه وتدًا لم يجز » البدائع (١٨١/٤) . وما ذكره المصنف هنا غير مسلم من قبل الشافعية يبين ذلك من نص الشيرازي الآتي قال : « يجوز استئجار الحائط لوضع الجذوع وقال أبو حنيفة لا يجوز ، لنا أنه منفعة يجوز بذلها من غير عوض فجاز بعوض . أصله استئجار البهيمة للحمل ، قالوا بقعة لا تصلح للسكنى فأشبه إذا استأجر كوة يدخل منها الضوء . قلنا إلا أنه يصلح لمنفعة مقصودة كالسكنى والأصل يحتمل فلا يسلم . راجع النكت ورقة ١٦٩ .

(٨) في (م) ، (ع) : [منفعة] .

مسألة ٨٩٠

الاستئجار لحمل الخمر لغير الإراقة

١٧٨٤٣ - قال أصحابنا : إذا استأجر رجلا لينقل له خمرًا صحت الإجارة [١] .

١٧٨٤٤ - قال الشافعي لا يجوز [٢] .

١٧٨٤٥ - لنا : أنه استئجار لحمل ما قد يباح حمله فوجب أن يصح . أصله إذا استأجره ليحمل له ظهر ميتة .

١٧٨٤٦ - والدليل على الوصف : أن نقلها للإراقة جائز باتفاق [٣] ، ولأنه نوع [٤] شراب ، فجازت الإجارة على حمله كسائر الأشربة .

١٧٨٤٧ - ولأنه شراب يجوز أن يستأجر لحمله للإراقة فجاز مطلقًا كسائر الأشربه [٥] .

١٧٨٤٨ - ولأن العقد لا يختص بحمل الخمر ؛ لأنه لو أمر بحمل خل مثله جاز ،

(١) هذا هو رأي الإمام أبيب حنيفة ومذهب الصاحبيين مع الشافعي في عدم الجواز . قال في المبسوط « ولو أن ذميا استأجر مسلما يحمل له خمرًا فهو على هذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما اللّٰه لا يجوز العقد لأن الخمر يحمل للشرب ، وهو معصية والاستئجار على المعصية لا يجوز . والأصل فيه قوله ﷺ : لَعَنَ اللَّهُ الْخَمْرِ عَشْرًا وَذَكَرَ فِي الْجملة حَاملهَا والمحمولة إليه . وأبو حنيفة رحمه الله يقول : يجوز الاستئجار . وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه لا يتعين عليه حمل الخمر ، فلو كلفه بأن يحمل عليه مثل ذلك يستوجب الأجر ولأن حمل الخمر قد يكون للإراقة وللصب في الخل ليتخلل فهو نظير ما لو استأجره ليحمل ميتة وذلك صحيح . المبسوط (٣٨/١٦) . وراجع أيضًا البدائع (١٩٠/٤) .

(٢) وافق الشافعي في هذا الصاحبان من الأحناف والمالكية والحنابلة . راجع المبسوط والبدائع في الموضعين السابقين ، مغني المحتاج (٣٣٧/١٢) ، نهاية المحتاج (٢٧٤/٥) ، مواهب الجليل (٤٠٩/٥) ، المغني (٥٥١/٥) .

(٣) راجع نص المبسوط السابق وفي فتح العزيز « يجوز الاستئجار لنقل الميتة عن الدار إلى المزبلة والخمر لِتُراق » . فتح العزيز (٣٢٧/١٢) . وفي مغني المحتاج : « وأما الاستئجار على حمل الخمر للإراقة فجائز ، كنقل الميتة إلى المزبلة ، وكما يحرم أخذ الأجرة على المحرم يحرم ، اعطاؤها إلا لضروة ، كفك الأسير وإعطاء الشاعر لئلا يهجوه الظالم ليدفع ظلمه ، والحاكم ليحكم بالحق فلا يحرم عليه . انظر : مغني المحتاج (٣٣٧/٢) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) لم يسلم الشيرازي بهذا فقال : « لا يجوز الاستئجار على نقل الخمر ، وقال أبو حنيفة : يجوز ، لنا أن نقلها محرم لقوله ﷺ : « لَعَنَ اللَّهُ الخَمْرَ وعَاصِرَها وَمُعْتَصِرَهَا وَحَامِلَهَا وَالمَحْمولة لَهُ » فَأشبه سائر المعاصي ، قالوا نقل الخمر فأشبه النقل للإراقة قلنا : هناك مباح وهذا معصية راجع النكت ورقة ١٦٩ .

فإذا لم يتعين ذلك صار كأنه استأجره على نقل أرطال مطلقة [١] .

١٧٨٤٩ - ولا [٢] يقال إذا استأجر دارًا ليصلى فيها لم يتعين [٣] الصلاة ، ولا يجوز عندكم [٤] ، لأنها تتعين عندنا ألا ترى أن نوع المنفعة المسماة لا يستحق أكثر منه ، والسكنى أكثر من الصلاة فتتعين الصلاة [٥] وما تعين [هنا معنى من [٦] العمل] وذلك مجهول فيتعلق العقد ، وإنما لا تصلح الإجارة له أو بنوعه وهو غير [٧] معروف .

١٧٨٥٠ - احتجوا : بأن تخليل الخمر [٨] لا يجوز ، فصار النقل معصية والإجارة

---

(١) قول المصنف هنا بأن العقد في نقل الخمر لا يتعين في نقل الخمر بل للمستأجر أن يأمره بنقل مثله خلًّا أو زيتًا مما هو مباح يستقيم لو كان العقد وقع على حمل أرطال معدودة من غير بيان نوع المحمول ورضى المستأجر بذلك فلمن أجره حينئذ أن يكلفه بحمل المقدار المشروط من أي نوع شاء مما هو مباح أيضًا . أما إذا وقع العقد على شيء معين ورضى به المستأجر فلا يجوز لمن استأجره أن يكلفه بنقل غيره حتى ولو كان مباحًا مثله فقد يرضى الإنسان بحمل الماء أو الخل ولا يرتضي حمل الزيت أو القار وغيره لما يلحقه من توسخ الثياب ونحوه مع أن الحمل لهذه الأنواع جائز من غير خلاف ، ولو صح ما قال المصنف لوجب أن يكون حكم العقد عندهم الفساد وليس الصحة فيكون الاستئجار على نقل الخمر فاسدًا ويصحح باستبدال المحمول خلًّا أو زيتا بناء على قاعدتهم في الفاسد والباطل ، ولكنهم لا يقولون بذلك بل يقولون بأن العقد حكمه الصحة ابتداءً . ولو سلم ما قال أيضًا لكان ينبغي لمن استأجر رجلًا ليحمل له زيتًا أو خلًّا أن يأمره بحمل مثله خمرًا ولا يخفى الفرق بين حمل الخل وحمل الخمر فقد تنفر نفس المسلم من حمل الخمر خلافًا للخل والزيت ، ثم هذا جائز وذلك حرام .

(٢) في (ن) : [فلا] . (٣) في (ن) : [تجز] .

(٤) أي لا يعترض علينا في قولنا بأن العقد في نقل الخمر لا يتعين بأن العقد في إجارة الدار للصلاة تتعين عند الأحناف . وهو ما قصده ابن قدامه بقوله « يبطل باستئجار أرض ليتخذها مسجدًا » . المغنى (٥٥١/٥) .

(٥) هذا جواب المصنف على الفرق بين العقد على حمل الخمر والدار للصلاة فيها لأن الحمل لا يستحق أكثر منه خلافا لعدم تعين الصلاة فيلزم منه استحقاق السكنى ، وهى زيادة منفعة لم يقع العقد عليها .

(٦) من (ن) وفي غيرها غير مقروءة . (٧) ساقطة من (ن) .

(٨) تخليل الخمر هو تحويلها إلى خل وقد اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك قال الإمام الشوكاني بعد أن ذكر عدة أحاديث في منع تخليلها منها ما روى عن أنس أن النبي ﷺ : « سُئِلَ عَنِ الْخَمْرِ يُتَّخَذُ خَلًّا فَقَالَ : لاَ » وعن أنس أيضًا أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيْتَام وَرِثُوا خَمْرًا قَالَ أَحرِقْهَا قَالَ أَفَلاَ نَجْعَلُهَا خَلاً ؟ قَالَ : « لاَ » قال الإمام الشوكاني قوله « قال لاَ » فيه دليل للجمهور على أن لا يجوز تخليل الخمر ولا تطْهر بالتخليل هذا إذا خللها بوضع شيء فيها أما إذا كان التخليل بالنقل من الشمس إلى الظل ونحو ذلك فأصح وجه عند الشافعية أنها تحل وتطهر . وقال الأوزاعى وأبو حنيفة : تطْهر إذا خللت بإلقاء شيء فيها ، وعن مالك ثلاث روايات أصحها أن التخليل حرام ، فلو خللها عصى وطهرت . راجع نيل الأوطار (١٨٧/٨) ، المبسوط (٢٢/٢٤) ، رؤس المسائل ٣٠٨ ، طريقة الخلاف للأسمندي ص٤٣٩ .

على المعاصي لا تجوز (١) .

١٧٨٥١ - قلنا : تخليل الخمر عندنا مباح ، ونقلها كذلك مباح ، ولا نسلم الوصف .

١٧٨٥٢ - ولأن نقلها وإمساكها حتى تتخلل بنفسها غير محظور ، والنقل [يجوز أن يكون (٢) لذلك] (٣) .

١٧٨٥٣ - قالوا : روى عن النبي ﷺ أنه [لَعَنَ الخَمْرَ وَحَامِلَهَا] (٤) .

١٧٨٥٤ - قلنا : المراد به الحمل المحظور باتفاق ، وذلك لا يكون إلا في نقلها للشرب خاصة .

* * *

(١) استدل به الصاحبان من الأحناف أيضًا راجع المبسوط (٣٨/١٦) ، وقال ابن قدامة « استئجار لفعل محرم فلم يصح ، كالزنا » (٥٥١/٥) .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) في (م) ، (ع) : [كذلك] .

(٤) عن عبد الله بن مسعود قَالَ : « لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْخَمْرَ وَشَارِبَهَا وَسَاقِيهَا وَعَاصِرَها ومُعْتَصَرهَا وحَامِلَهَا والمحْمُولَةَ إِلَيْهِ وَبَائِعها وَمبتَاعَهَا وَآكل ثمنهَا » . أخرجه البيهقى في السنن كتاب الأشربه والحد فيها (٢٨٧/٨) ، وأبو داود من حديث ابن عمر كتاب الأشربة باب ما جاء في تخليل الخمر (٨٢/٤) ومن طريق ابن عمر أخرجه أيضًا الحاكم في المستدرك (٣٢/٢) ، أخرجه أحمد من حديث ابن عباس عن رسول الله ﷺ . راجع المسند (٢١٦/٢) ، (٩٧/٣) من طريق ابن عمر . قال الهيثمي : « من طريق عبد الله بن مسعود فيه عيسى الخياط وهو ضعيف ، ومن طريق عبد الله بن عمر فيه ليث بن أبي سليم وهو ثقة ولكنه مدلس » راجع مجمع الزوائد (٨٩/٤ ، - ٩٠) .

مسألة ٨٩١

استئجار الدار للصلاة

١٧٨٥٥ - قال أصحابنا : إذا استأجر دارًا ليتخذها مسجدًا أو يصلى فيها الغرض لم يجز [(١)] .

١٧٨٥٦ - وقال الشافعي : / يجوز [(٢)] . ٢٠١/أ

١٧٨٥٧ - لنا : أنه عمل [(٣)] لا يستحق بالإجارة ، فلا يجوز إجارة الدار له . أصله إذا [استأجرها لينظر إليها ، ولأن كل فعل لو [(٤)]] استأجر له الدار مدة مطلقة لم يجز فإذا عينها لم يجز .

١٧٨٥٨ - أصله : إذا [استأجرها] [(٥)] لنوع المعاصي ، وأما إذا قال لأتخذها مسجدا فالمسجد يقتضي زوال الملك عن الرقبة والإجارة لا يستحق بها أصلًا كالأعيان .

١٧٨٥٩ - احتجوا : بأنه استأجر عينًا لإيقاع فعل فيها يجوز استباحته بالإذن فأشبه الاستئجار للسكنى [(٦)] .

١٧٨٦٠ - قلنا : يبطل إذا استأجر دابة [لينزي] [(٧)] عليها فحلًا ، وإذا استأجر حيوانا ليذبحه فيتعلم الذبح .

١٧٨٦١ - والمعنى في السكنى أنها تجوز [لمنفعة [(٨)] وذلك يجوز أن [(٩)]] يستحق

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣٤/٦) ، المبسوط (٣٨/١٦ ، ٣٩) وهو قول جمهور المالكية راجع مواهب الجليل (٤١٩/٥) .

(٢) وبه قال بعض المالكية وهو مذهب الحنابلة . راجع مغني المحتاج (٣٤٤/٢) ، فتح العزيز (٣٥٦/١٢) ، مواهب الجليل (٤١٩/٥) ، المغني (٥٤٨/٥) .

(٣) أي الصلاة المفروضة . وقد اتفقت كلمة الفقهاء على عدم جواز الاستئجار لأدائها عن صاحبها ، لأن الغرض منها الابتلاء والاختيار فلا يتحقق بأداء الغير .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) . (٥) في (ن) : [استأجره] .

(٦) قال الشيرازي « يجوز استئجار دار ليتخذها مسجدًا أو يصلى فيها ، وقال أبو حنيفة لا يجوز . لنا أنها منفعة تجوز إعارة الدار لها فجاز إجارة الدار لها كالسكنى . قالوا : عمل لا يستحق بعقد الإجارة فلا يجوز استئجار الدار له كالزنا . قلنا لبس الثوب لا يستحق على الأجير بعقد الإجارة ، ثم يجوز استئجار الثوب للبس . راجع النكت ورقة ١٦٨ ، وانظر المغني لابن قدامة (٥٤٨/٥) .

(٧) نَزَا نَزْوًا وَنُزُوًّا بالضم ونُزُوانًا وثب . القاموس المحيط باب الباء فصل النون (٣٩٧/٤) .

(٨) في (ص) ، (ن) : [في البقعة] . (٩) من (ص) ساقطة من غيرها .

بعقد الإجارة إذا استأجره ليحفظ داره فجازت الإجارة له [١] والصلاة [٢] لا تستحق على الإنسان بالإجارة فلا يجوز الاستئجار لها .

١٧٨٦٢ - قالوا : إذا استأجر قميصًا ليلبسه [٣] جاز ولبس القميص لا يستحق على الإنسان بعقد الإجارة [٤] .

١٧٨٦٣ - قلنا : يجوز أن [يستحق] [٥] إذا استأجر ثوبًا يلبسه ، أو الثياب [٦] [ليحفظها [٧]] عليه أو ليعرف مقاديرها .

١٧٨٦٤ - قالوا : منفعة يجوز إعارة العين [٨] لها فجاز إجارتها كالسكنى .

١٧٨٦٥ - قلنا : يبطل بضراب الفحل [٩] .

١٧٨٦٦ - قالوا : المقصود الماء دون الضراب [١٠] .

١٧٨٦٧ - قلنا : الإجارة تقع على منافع ، وإن كان فيها عين مقصودة كالإجارة على الرضاع والصبغ .

١٧٨٦٨ - قالوا : إذا استأجر دارًا للسكنى استحق الصلاة فيها فجاز إفراد ذلك بالإجارة .

١٧٨٦٩ - أصله : وضع متاعه فيها .

---

(١) من (ن) وساقطة من غيرها . (٢) في (ن) : [فالصلاة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يلبسه] .

(٤) راجع نص النكت السابق في المسألة . وقال ابن المنذر « إذا استأجر الرجل الثوب ليلبسه يومًا إلى الليل بأجرة معلومة فهو جائز ، وكذلك كل ثوب يلبس وكل بساط يبسط أو وسادة يتكأ عليها ، ولا أعلم في هذا اختلافًا » . راجع الإشراف (٢٣٨/١) ، تبيين الحقائق (٣٣٤/٧) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يستحقه] . (٦) ساقطة من (ن) .

(٧) في (ص) : [ليحققها] . (٨) ساقطة من (ن) .

(٩) اختلفت كلمة الفقهاء في إجارة الفحل للضراب فمنعه الجمهور وأجازه مالك إذا كانت الأكوام معلومة ولا يجوز لضرابها حتى تحمل ، وللشافعية فيها وجهان ، والخلاف في أخذ الأجرة لا في الضراب ، لأن به النسل . راجع المبسوط (٨٣/١٥) ، (٢١/١٦) ، البدائع (١٧٥/٤) ، المهذب (٥١٧/١) ، بداية المجتهد (٢/ ١٦٩) ، المغني (٥٤٩/٥) وقد رجح ابن المنذر رأي الجمهور فمنع الأجرة عليه . راجع الإشراف (٢٤٨/١) .

(١٠) في (ن) ، (م) ، (ع) : [المنفرد] وهو خطأ . ضرب الفحل ضرابًا نكح . راجع القاموس المحيط باب الباء فصل الضاد (٩٩/١) .

١٧٨٧٠ - قلنا : ليس كل مستَحَقٍّ بالعقد جاز أن ينفرد به كبيع الشِّرب والطريق ولأنه إذا استأجر للسكنى [فقد [١]] استحق نوعًا من المنفعة الصلاة في الدار دونه ، فجاز أن يستوفى ذلك المنفعة [و [٢]] أما إذا [استأجر] [٣] للصلاة فلابد من تعين ذلك الفعل ، لأنه لا يجوز أن يستوفي لسكنى وهي أكثر من فعل الصلاة ، وإذا تعينت الصلاة لم يجز أن يتناولها العقد كما لا يجوز استئجار الدار للصوم فيها .

* * *

(١ ، ٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) في (ن) : [استأجره] .

مسألة ٨٩٢

إجارة الدار لمن يتخذها كنيسة أو صومعة

١٧٨٧١ - قال أصحابنا : إذا استأجر الذمي بيتًا في السواد [١] ليتخذه صومعة أو كنيسة جاز [٢] .

١٧٨٧٢ - وقال الشافعي : لا يجوز [٣] .

١٧٨٧٣ - والمسألة موضوعة على أنه إذا استأجرها شهرا للسكنى وليصلى الجماعة فيه فتكون الإجارة جائزة ، لأن الصلاة لا تتعين وكان [٤] أبو بكر الرازى يقول [٥] المسألة محمولة على أنه لم يشترط [٦] ذلك لكن علم من حاله أنه يفعل ذلك ، وإنما جاز لأن السواد في ذلك الوقت كان لأهل الذمة فلا [يمنعوا] [٧] من اتخاذ الكنائس في أملاكهم فكيف إذا استأجروه ، ولأنه معنى أقروا عليه بعقد الإجارة فجاز استئجار الدار له .

١٧٨٧٤ - أصله : إذا اكتروها لذبائحهم .

١٧٨٧٥ - احتجوا : بأنه إجارة لمعصية كسائر المعاصي [٨] .

١٧٨٧٦ - قلنا : الإجارة [٩] إن وقعت للصلاة لم تجز عندنا ، وإنما يستأجره ويعلم من حاله أنه يريده لذلك ، فلا تكون الإجارة للمعصية وعلى قول بعض [١٠] أصحابنا إذا استأجرها للسكنى والصلاة فلا تتعين الإجارة للصلاة فكيف يقال إن العقد على معصية .

---

(١) سواد البلدة قراها . راجع القاموس المحيط باب الدال فصل السين (٣١٥/١) .

(٢) راجع المبسوط (١٣٤/١٥) ، (٣٩/١٦) ، البدائع (١٧٦/٤) ، حاشية ابن عابدين (٣٤/٦) .

(٣) وبه قال المالكية والحنابلة أيضًا . راجع النكت ورقة ١٦٩ ، ومواهب الجليل (٤٢٤/٥) ، المغني (٥٥٢/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٥٨/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [وقال] .

(٥) ساقطة من (ع) .

(٦) في (ع) : [يشترط] .

(٧) في (ع) : [يمنع] .

(٨) قال الشيرازي : « إذا أجر بيتا ممن يتخذ بيت نار أو بيع الخمر لم تصح الإجارة . وقال أبو حنيفة : تصح ، قال الرازى المسألة إذا لم يشترط ذلك وإنما علم من حاله أنه يفعل ذلك وقال غيره المسألة إذا استأجر للسكنى والعبادة ، والدليل على فساد ظاهر الرواية أنه فعل لمعصية فلا تصح الإجارة له كسائر المعاصى . قالوا : بالعقد لا يستحق فعل المعصية فصار ذكرها كلا ذكر . قلنا يبطل به إذا استأجر دارًا للصلاة فإنه لا يستحق عليه أن يصلى فيها ثم يبطل عندهم » . راجع النكت ورقة ١٦٩ .

(٩) زيادة : « و » بعد لفظ الإجارة بجميع النسخ ، ولا معنى لها .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) .

مسألة ٨٩٣

إجارة السمسار

١٧٨٧٧ - قال أصحابنا : إذا استأجر رجلًا ليبيع له ثوبًا لم يجز [١] .

١٧٨٧٨ - وقال الشافعي يجوز [٢] .

١٧٨٧٩ - لنا : أن العقد يتناول منفعة عين لا يمكنه إيفاؤها بنفسه ، فوجب أن لا يصح العقد [٣] .

١٧٨٨٠ - أصله : إذا استأجر فحلا للضراب .

١٧٨٨١ - [ولا يلزم] [٤] إذا استأجره ليحمل [له] [٥] خشبة لا يقدر الواحد على حملها ؛ لأن العقد لم يتناول منفعة المستأجر ولو قال على أن تحملها بنفسك بطل العقد ، وإنما يقع العقد على عمل مطلق [٦] .

١٧٨٨٢ - وفي مسألتنا وقع على عمله ؛ لأنه لا يجوز أن يوكل غيره بالشراء ، وهو لا يقدر على إيفاء المعقود عليه بنفسه .

١٧٨٨٣ - فإن قيل : إجارة الفحل تجوز عند ابن أبي هريرة [٧] .

١٧٨٨٤ - قلنا : الإجماع يسقط قوله [٨] . وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ نَهْيُهُ ﷺ « عَنْ

---

(١) راجع المبسوط (١١٥/١٥) ، البدائع (١٨٤/٤) .

(٢) وبه قال المالكية أيضًا . راجع مغني المحتاج (٣٣٥/٢) ، والنكت ورقة ١٦٨ ، والإشراف لابن المنذر (٢٤٠/١) ، مواهب الجليل (٤٠٦/٥) .

(٣) وإنما لا يمكن السمسار هنا إيفاء المنفعة بنفسه ؛ لأن البيع لا يتم إلا بفعل المشتري وقبوله . قال في المبسوط « وإذا دفع الرجل إلى سمسار ألف درهم وقال اشتر بها زطيا لي بأجر عشرة دراهم فهذا فاسد ؛ لأنه استأجره لعمل مجهول فالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات ثم استأجره على عمل لا يقدر على إقامته بنفسه فإن الشراء لا يتم ما لم يساعده البائع على البيع » . راجع المبسوط (١١٥/١٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يلزمه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [عليه] .

(٦) وهو حمل الخشبة وإنما كان العقد غير واقع على منفعة المستأجر نفسه ؛ لأنه لا يستطيع حملها ، ولذا فهو يستعين على حملها بغيره .

(٧) علي بن أبي هريرة وقد سبقت ترجمته . وقد سبق القول بأن للشافعية في إجارة الفحل وجهين . راجع المهذب (٥١٧/١) .

(٨) منع إجارة الفحل هو رأى جمهور الفقهاء كما سبق ، إلا أنه لا يصل إلى درجة الإجماع لأنه روى =

عَسَبِ [(١)] الْفَحْلِ [(٢)] ، ومعلوم أن النهى لم يتناول الفعل [(٣)] وإنما يتناول العقد عليه ، ولأنه استئجار على عقد فكان فاسدًا .

١٧٨٨٥ - أصله : إذا استأجره [(٤)] لبيع زيت نجس [(٥)] .

١٧٨٨٦ - ولأنه قول [(٦)] يقتصر إلى قول غيره فلم يصح الاستئجار عليه . أصله : إذا استأجر رجلًا ليشهد له بحق [(٧)] أو استأجر من يبتاع له صيدًا من الهواء .

= الترخيص فيه أيضًا عن الحسن وابن سيرين ومالك إن كانت الأكوام معلومة ، وعن عطاء إن لم يجد الرجل من يطرق له بغير أجر . وبهذا يكون الخلاف مستقرًا وباستقرار الخلاف لا يحصل الإجماع على قول من الأقوال المختلف فيها لأن الإجماع هو اتفاق أهل الحل والعقد جميعًا . راجع الإشراف لابن المنذر (٢٤٧/١) .

(١) عسب الفحل المنهى عنه هو كراء ضرابه وقيل العسب الضراب وقيل : العسب ماء الفحل فرسًا كان أو بعيرًا . راجع القاموس المحيط باب الباء فصل العين (١٠٨/١) ، تهذيب المطالع لترغيب المطالع لابن الخطيب الدهشة (عسب) ص١٥٣ تحقيق ناصر محمد أبو زيد .

(٢) الحديث صحيح أخرجه الجماعة ، وهو يروى من طرق عدة ، فمن حديث ابن عمر أخرجه البخاري كتاب الإجارة باب عسب الفحل (١٢٣/٣) ، مسلم المساقاة باب تحريم بيع فضل الماء (١١٩٧/٣) ، الترمذى باب ما جاء في كراهية عسب الفحل (٥٧٢/٢) رقم ١٢٧٣ والنسائي باب بيع ضراب الجمل (٣١٠/٧) أبو داود كتاب البيوع باب عسب الفحل (٧١١/٣ ، ٧١٢) حديث رقم ٣٤٢٩ ، والبيهقي باب النهي عن عسب الفحل (٣٣٩/٥) ومن حديث أبي هريرة أخرجه الدارمي باب النهي عن عسب الفحل (٢٧٣/٢) وابن ماجه ضمن حديث طويل السنن باب النهي عن ثمن الكلب ومهر البَغِيّ ... الخ (٧٣١/٢) رقم ٢٠٦٠ ، وأحمد في المسند (١٤/٢) ومن حديث أبي سعيد الخدرى أخرجه الدارقطني (٤٧/٣) رقم ١٩٥ ، وانظره في ابن أبي شيبة (١٤٥/٨) رقم ٢٦٨٢ ، تلخيص الحبير (٦٠/٣) .

(٣) أي الضراب .

(٤) في (م) ، (ع) : [استأجر] .

(٥) أرى أن هناك فارقا بين الإجارة لبيع ثوب والإجارة على بيع زيت نجس العلة في منع الإجارة على بيع الزيت النجس هو عدم جواز بيع الزيت النجس نفسه فامتنعت الإجارة عليه فهو كالإجارة على بيع الخمر ، وهو يحمل عليه الإجارة على بيع الثوب من جهة أن المنفعة ذاتها غير مشروعة ؛ فالاشتراك بين البيع والإجارة في أن محل العقد غير مشروع ، فيما يراه أصحاب هذا الرأي .

(٦) أي الإيجاب الذي يحدث من البائع وهو ما وقعت عليه الإجارة يحتاج إلى قبول المشترى .

(٧) إذا تعينت الشهادة على الشخص فإنه لا يجوز له شرعًا طلب الأجرة عليها ؛ لأنها حينئذ فرض عين عليه ولا يصح أخذ أجرة في مقابل أداء الواجب العيني كالصلاة فإذا لم يتعين الشهادة على الشخص بأن كانت على الكفاية فهنالك خلاف في أخذ الأجرة على وجهين . أحدهما : يجوز لأنها غير متعينة عليه ؛ لأن كل من لم يتعين على الإنسان إذا طلب منه فعله جاز له أن يأخذ في مقابلته أجرًا كما يجوز ذلك بلا خلاف للكاتب الذي يكتب وثيقة بحق ، والشهادة عند عدم تعينها كالوثيقة التي يبين بها الحق . والثاني : لا يجوز أخذ الأجرة على الشهادة مطلقًا لأن الأجرة تلحق بالشاهد ، والشرط في صحة الشهادة العدالة ، والبعد عن =

١٧٨٨٧ - احتجوا : بأنها منفعة يجوز العقد عليها [إذا] [١] كانت مقدرة بزمان فجاز العقد عليها إذا كانت معلومة مقدورًا على تسليمها [٢] .

١٧٨٨٨ - قلنا : يبطل إذا استأجره ليصيد له ظبيًا أو طائرًا .

١٧٨٨٩ - فإن قالوا : ذلك لا يقدر على تسليمه [٣] .

١٧٨٩٠ - قلنا : قد يتمكن من تسليمه ، وقد يتعذر ، كما أنه إذا استأجره ليبتاع له ثوبًا بعينه فقد يقدر على ذلك وقد يتعذر عليه أن يمتنع بائعه من بيعه ، ولأنه قد تجوز الإجارة إذا تقدرت بزمان ، ولو [٤] لم يقدرها لم تجز الإجارة .

١٧٨٩١ - فإن قيل : إذا أطلق المنفعة لم تكن معلومة .

١٧٨٩٢ - قلنا : لا فرق بين مسألتنا وبين هذا ، لأنه إذا استأجر دارا ليبيع فيها هذه [٥] الثياب لم يجز ؛ لأن المنفعة لا تنحصر بزمان معلوم كما أن المستأجر على أن [يبيع] [٦] هذه الثياب لا تنحصر منفعته بزمان معلوم ، ولكنه يتعلق بالفراغ من العقد ، وفى استئجار الدار لبيع الثياب فيها مثل ذلك .

* * *

= التهمة ، راجع نظرية الدعوى والإثبات للدكتور نصر فريد واصل ص٥١ الناشر دار النهضة العربية .

(١) بجميع النسخ « فإذا » والصواب ما أثبته . قال في المبسوط « وإن استأجره يومًا إلى الليل بأجر معلوم ليبيع له أو ليشترى له فهذا جائز ؛ لأن العقد يتناول منافعه هنا وهو معلوم ببيان المدة والأجير قادر على إيفاء المعقود عليه ، ألا ترى أنه لو سلم نفسه في جميع اليوم استوجب الأجر وإن لم يتفق له بيع أو شراء بخلاف الأول فالمعقود عليه هناك البيع والشراء حتى لا يجب الأجر بتسليم النفس إذا لم يعمل به » . المبسوط (١١٥/١٥) .

(٢) انظر نص الشيرازي الآتي في المسألة .

(٣) قال الشيرازي : « يجوز الاستئجار لبيع ثوب وشراء ثوب . وقال أبو حنيفة لا يجوز . لنا أنها منفعة يجوز عقد الإجارة عليها إذا قدرت بزمان فجاز عقد الإجارة عليها إذا كانت معلومة مقدورًا على تسليمها كالخياطة والبناء ، ولا يلزم منفعة العقار ؛ لأنها لا تكون معلومة إلا بالزمان قالوا العقد تناول منفعته بعينه وهو لا يقدر على تسليم ذلك لأنه يفتقر إلى غيره فصار كاستئجار الفحل للضراب والاستئجار على حمل خشبة ثقيلة بنفسه وحيد طائر بعينه قلنا لا نسلم بل يقدر من طريق العادة ويجد من يساعده على البيع والشراء فصار كما لو استؤجر على نقل حجر البزازين فإنه يصح ؛ لأنه يحضر من يساعده على نقله بخلاف الطائر والخشبة الثقيلة فإنه لا يقدر عليه بنفسه وأما استئجار الفحل فإنه يجوز في قول أبي علي ابن أبي هريرة . وإن سلّم فلأن القصد من ذلك عين المني وذلك لا قيمة له » النكت ورقة ١٦٨ .

(٤ ، ٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (ن) ، (م) ، (ع) : [يمتنع] وهو خطأ ، ولفظ « من » مثبت بجميع النسخ بعد « يبيع » ، وهي زائدة .

مسألة ٨٩٤

الإجارة على تعليم القرآن

١٧٨٩٣ - قال أصحابنا : لا يجوز الاستئجار على تعليم القرآن ولا تعليم شيء من الأشياء ولا على الإمامة [١] .

١٧٨٩٤ - وقال الشافعي تجوز الإجارة [٢] .

١٧٨٩٥ - لنا حديث عبد الرحمن بن شبل [٣] الأنصاري . أن النبي ﷺ قال : « اقْرَءُوا الْقُرآنَ وَلاَ تَغْلُوا فِيهِ [٤] وَ لاَ تَأْكُلُوا بِهِ وَ لاَ تِسْتَكْثِرُوا [٥] بِهِ » وروى أَنهُ نَهَى « أَنْ يَسْتَأْكِلَ الرَّجلُ بالقرآن » [٦] .

---

(١) مذهب الحنابلة يوافق الأحناف في هذه المسألة . راجع البدائع (١٩١/٤) ، تكملة فتح القدير (٢٤٠/٨) ، المبسوط (٣٧/١٦) ، المغني (٥٥٥/٥) .

(٢) وهو مذهب المالكية أيضًا . راجع فتح العزيز (٢٨٥/١٢ ، ٢٢٨) ، المهذب (٥٢٢/١) ، والنكت ورقة ١٦٨ وبداية المجتهد (١٦٨/٢) وانظر المسألة في الإشراف (٢١٧/١ ، ٢١٨) .

(٣) في جميع النسخ « يسار » وهو خطأ وما أثبتناه من كتب الحديث المذكورة بعد ، وليس لعبد الرحمن بن يسار رواية لهذا الحديث . وعبد الرحمن بن شبل هو عبد الرحمن بن شبل بكسر الشين وسكون الموحدة بن عمرو بن زيد الأنصاري أحد النقباء المدني نزيل حمص روي عن النبي ﷺ وعنه تميم بن محمود وأبو راشد الحبراني ويزيد بن خمير وأبو سلام مات في زمن معاوية . راجع . التهذيب (١٩٣/٦) ، التقريب (٤٨٣/١) ، الإصابة (٣١٣/٤) والاستيعاب (٤٥٦/٣) . أما عبد الرحمن بن يسار فهو أخو الحباب بن سعيد بن يسار يكنى أبا مزرد ت سنة ٨٣ هـ . راجع التهذيب (٢٣٣/١٢) ، (٢٦٠/٦) ، والتقريب (٤٩٦/٣) ، والتاريخ الكبير (٣٦٨/٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولا تغلوًا به] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ولا تستكبروا] ، وفي (ن) غير منقوطة والصواب ما أثبتناه .

(٦) أخرجه أحمد في مسنده (٤٢٨/٣) . قال في مجمع الزوائد رجال أحمد ثقات راجع مجمع الزوائد (١٦٨/٧) . وراجع مصنف ابن أبي شيبه (٤٠١/٢) ، نصب الراية للزيلعي (١٣٥/٤ ، ١٣٦) قال الشوكاني بعد أن ذكر جملة أحاديث منها حديث عبد الرحمن بن شبل « وقد استدل بأحاديث الباب من قال لا تحل الأجرة على تعليم القرآن وهو أحمد ابن حنبل وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه وبه قال عطاء والضحاك بن قيس والزهري وإسحاق بن شقيق وظاهره عدم الفرق بين أخذها على تعليم الكبير لأجل وجوب تعليمه القدر الواجب وهو غير متعين ، ولا يحرم على تعليم الصغير لعدم الوجوب عليه ، وذهب الجمهور إلى أنها تحل الأجرة على تعليم القرآن وأجابوا عن أحاديث الباب بأجوبة منها ... أن حديث عبد الرحمن بن شبل أخص من محل النزاع ؛ لأن المنع من التأكل بالقرآن لا يستلزم المنع من قبول ما دفعه المتعلم بطيبة من نفسه . راجع نيل الأوطار (٢٨٨/٥) وسوف تأتى مناقشة الشيرازي للاستدلال بهذا الحديث .

١٧٨٩٦ - و [١] لأن العقد [وقع [٢]] على عمل لا يقدر على إيفائه ، فوجب أن لا يجوز ، كما لو [٣] استأجره ليحمل هذه الخشبة [وحده] [٤] وهو لا يقدر على حملها [٥] .

١٧٨٩٧ - ولأنها إجارة على التعليم ، كما لو استأجره على تعليم كل سورة بدرهم ولأن الإمامة من شرطها أن تكون قربة لفاعلها يصح أخذ الأجرة عليها كالصوم [٦] ، وكما لو استأجر قوما يصلون خلفه الجمعة والظهر .

١٧٨٩٨ - احتجوا : بأن ما جاز التطوع به جاز أخذ [٧] الأجرة عليه كسائر الأعمال [٨] .

١٧٨٩٩ - قلنا : يبطل بضراب الفحل وباصطياد طير بعينه [٩] .

---

(١) ساقط من (ن) . (٢ ، ٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [هذه] وهو خطأ .

(٥) وجه الشبه بين التعليم وحمل الخشبه الثقيلة أن التعليم لا يتم إلا بمساعدة المتعلم وكذا الخشبة لا يمكن حملها إلا بمساعدة الغير وقد سبق جواب الشافعية عن مثل هذا الاعتراض ويأتي في نص الشيرازي .

(٦) نرى أن هناك فرقًا بين الصوم والإمامة ، حيث إن الصوم فرض عين لا يصح الإنابة فيه ، خلافًا للإمامة فقد تتعين كما تجوز الإنابة فيها فافترقا . (٧) من (ص) وساقطة من غيرها .

(٨) قال الشيرازي : « يجوز الاستئجار على التعليم . وقال أبو حنيفة لا يجوز . لنا أنه منفعة يجوز التطوع بها ، فجاز عقد الإجارة عليها كسائر المنافع . فإن احتجوا بقوله ﷺ « اقْرَأُوا الْقُرْآنَ وَلاَ تَغْلُوا فِيهَ وَ لاَ تَأْكُلُوا بِهِ » . قلنا : نحمله على نهى الكراهة . ثم يعارضه قوله ﷺ « إِنَّ أَحَقَّ مَا اتَّخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ » قالوا روي أن أبيًا أخذ قوسًا عَلَى القرآنِ فقالَ لهُ النبيُّ ﷺ : « أَتُحِبُّ أَنْ يُقَوِّسَكَ اللَّهُ بِقَوْسٍ مِنْ نَارٍ » .؟ قلنا : لعله أخذ في موضع تعين عليه أو أخذ قوسا فيه عاج . قالوا : عمل لا يقدر على إيفائه فهو كما لو استأجره على حمل خشبه ثقيلة . قلنا : يقدر عليه من طريق العادة . قالوا : تعليم القرآن قربة فأشبه الصلاة والصوم . قلنا : ذاك لا تعود منفعته إلى المعقود له فهو كالاستئجار على خياطة قميص الأجير ، وهذا تعود منفعته إليه ، فهو كالاستئجار على خياطة قميصه . راجع النكت ورقة ١٦٨ ، فتح العزيز (٢٨٥/١٢) ، وبداية المجتهد (١٦٨/٢) ، وقال ابن المنذر بعد أن ذكر المذاهب في المسألة على النحو السابق والقول الأول « قول الشافعية ومن معهم » أصح لأن النبي ﷺ لما جاز أن يأخذ الرجل على تعليم القرآن عوضًا في باب النكاح ويقوم ذلك مقام المهر جاز أن يأخذ الرجل على تعليم القرآن الأجر أبو حنيفة يجيز أن يستأجر الرجل الرجل على أن يكتب له نوحًا أو شعرًا أو غناء معلومًا بأجر معلوم « البدائع (٤ / ١٨٩) » . فيجوز الإجارة على معصية ويبطلها فيما هو طاعة ومما قد دلت السنة على جوازه ؟! راجع الإشراف لابن المنذر (٢١٨/١) .

(٩) قصد المصنف بذلك نقض العلة التي احتج بها الشافعية وهو أن ما جازت إعارته جازت إجارته . وذلك بأن الفحل تجوز إعارته ولا تجوز الإجارة لضرابه وكذا الطير لا تجوز الإجارة على صيده . وقد سبق القول في ضراب الفحل وأنه محل خلاف بين العلماء بين مجيز ومانع ، ومن ثم فلا يحتج به وبخاصة على الشافعية لأن منهم من قال : يجوز الإجارة في إجارة الفحل وكذلك فإن المانعين منهم لإجارة الفحل عللوا ذلك بأن العقد يقع على عين وهو الماء وذلك شيء هين لا قيمة له وعلى ذلك فليس لجواز الإعارة وعدمها دخل في إجارة الفحل عندهم . وكذلك الإجارة على صيد طير معين لا علاقة له بجواز الإعارة وعدمها بل لأن الطير لا يجوز بيعه قبل القدرة عليه لعدم القدرة على التسليم ومن ثم امتنعت الإجارة على صيده .

مسألة ٨٩٥

موجب الأجرة في الإجارة الفاسدة

١٧٩٠٠ - قال أصحابنا : لا تجب الأجرة في الإجارة الفاسدة [١] إلا باستيفاء المنفعة [٢] .

١٧٩٠١ - وقال الشافعي : في كتاب المزارعة [إذا مضت المدة [٣]] والعين في يد المستأجر لزمه الأجرة ، انتفع بها أو لم ينتفع [٤] .

١٧٩٠٢ - لنا : أنه عقد يقصد به المنفعة ، فلا يجب البدل [في فاسده إلا باستيفاء المنفعة كالنكاح ، ولأنه عقد لا يستحق به تسليم المعقود عليه فلا يجب البدل [٥]] فيه إلا باستيفائه . أصله النكاح ، وإذا قال : من جاء بعبدي الآبق فله أربعون [٦] .

١٧٩٠٣ - فإن قيل منافع البضع غير مقدرة بالزمان ، ولهذا يجوز العقد عليها مطلقًا ولا يجوز مؤقتًا ، ومنافع الإجارة مؤقتة بالزمان ، ولهذا لا يجوز العقد عليها مطلقًا فما يتقدر بالزمان يتلف في يد العاقد بمضيه فيضمن وما لا [يتقدر] [٧] لا يتلف تحت يده بمضي الزمان [فلا يضمن [٨]] .

---

(١) سبق القول بأن الإجارة من العقود التي فرق فيها الأحناف بين الفاسد والباطل ، وعلى ذلك فالباطل منها ما رجع الخلل فيه إلى ركن من أركان العقد ، والفاسد ما اختل فيه شرط من شروط الصحة . قال ابن نجيم « وأما في الإجارة فمتباينان - الفاسد ، والباطل - ، قالوا لا يجب الأجر في الباطلة كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام مشترك ويجب أجر المثل في الفاسدة » راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٣٧) ، والإجارة الفاسدة كأن لا يذكر الأجر في عقد الإجارة أو يشترط فيها شرطًا لا يقتضيه العقد كأن يؤجر الدار ثم يشترط المؤجر أن يسكنها شهرًا ثم يسلمها إلى المستأجر ونحوه وكذا إذا كان الأجر خمرًا ونحوه فإن كان ميتة فباطلة .

(٢) راجع بدائع الصنائع (١٩٥/٤) ، تبيين الحقائق (١٢١/٥) وبرأي الأحناف قال أحمد في رواية . راجع المغني (٤٤٦/٥) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) راجع الأم (٢٤٤/٣) وبه قال أحمد في رواية . المغني (٤٤٦/٥) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) قصد المصنف بذلك أن الأجرة في الإجارة الفاسدة لا تملك إلا باستيفاء المنفعة كما لا يملك المهر في النكاح الفاسد إلا بالدخول ، وفي الإجارة على رد العبد إلا بالمجيء به . قال في البدائع « وفي النكاح الفاسد يجب المهر لكن لا بنفس العقد بل بواسطة الدخول .

(٧) في (م) ، (ع) : [يقدر] .

(٨) ساقط من (م) ، (ع) .

١٧٩٠٤ - قلنا : إنما لا تقدر منافع البضع بالزمان لأنه متأبد ، فهو عقد على كل الزمان فإذا مضى جزء من الزمان والبضع تحت يده فقد تلفت تحت يده المنفعة التي كان يجب البدل باستيفائها ، كما أن منافع الأعضاء تتلف تحت يد المستأجر عندهم ، فيجب بدلها الذي كان يجب باستيفائها .

١٧٩٠٥ - قالوا : منافع البضع لا تثبت اليد عليها ، بدلالة أن المولى يزوج المغصوبة .

١٧٩٠٦ - قلنا : ثبوت يد الزوج على منفعة البضع كثبوت يده على منفعة [الحر] [١] إذا سلم نفسه ولا فرق بينهما .

١٧٩٠٧ - [فإن قيل] [٢] منافع البضع تحت يد المرأة .

١٧٩٠٨ - قلنا : ومنافع الحر تحت يده ، فأما جواز نكاح المغصوبة فليس لما قالوا [و[٣]] لكن لأن العقد لا يقف على إمكان التسليم .

١٧٩٠٩ - قالوا : الإجارة فرع متردد بين [٤] البيع والنكاح و فكان اعتباره بالبيع [أولى ؛ لأنه يوافقه في شرائطه وجواز بدله وإباحته ولا يتنصف بدله برفع العقد ولا يستقر بالموت .

١٧٩١٠ - قلنا : اعتبار المنفعة بعقود الأعيان ؛ لأن رد الشيء إلى جنسه [٥] [أولى من رده إلى غير جنسه [٦] .

١٧٩١١ - فأما افتراق النكاح والإجارة في امتناع الإباحة وكذلك الإجارة قد [٧] فارقت البيع في جوازها على ما لم « يحِلّ » [٨] وفي افتقارها إلى التوقيت [٩] وامتناع

---

(١) في (م) ، (ع) : [الحق] .

(٢) في (ن) : [فإن قالوا] .

(٣) ساقط من (ن) .

(٤) في (ن) : [يبيع] وهو خطأ .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) أي رد الإجارة إلى النكاح أولى من ردها إلى البيع وذلك ؛ لأن النكاح يقع على منافع البضع وكذا العقد في الإجارة يقع على المنفعة لا على العين خلافًا للبيع فإنه يقع على العين .

(٧) في (ن) : [وقد] .

(٨) في (ص) ، (م) : [يخلوا] وربما كان صوابها يحل ؛ لأن إجارة المشغول لا تجوز ، لأنه لا يمكن الانتفاع بها . ويكون المراد أن الإجارة تجوز على ما لم يحل يخلق وهو المنفعة ؛ لأنها غير موجودة حين العقد وإنما توجد بعد ذلك .

(٩) يشترط في الإجارة بيان مدتها كما سبق فإن أجر إجارة مطلقة من غير بيان مدة فلا تجوز ، خلافًا للبيع فلا يفتقر إلى التوقيت بل لو وجد فيه لأفسده ؛ لأن البيع يقتضي التمليك المطلق خلافًا للإجارة فإنها تفيد =

ذلك في البيع فأما استقرار المهر بالموت وتنصفه بالطلاق قبل الدخول على تأكده [١] ثم مع [٢] هذا التأكيد لم يجب بدل في العقد الفاسد بالتخلية فالإجارة أولى .

١٧٩١٢ - احتجوا : بأنها منفعة تلفت في يده بإجارة فاسدة فوجب أن تكون مضمونة [عليه [٣]] .

١٧٩١٣ - أصله : إذا انتفع [٤] بها فقد استوفى المنفعة بحكم العقد الفاسد وإذا لم ينتفع لم يستوفها فلم يجب بدلها مع الفساد .

١٧٩١٤ - أصله : النكاح الفاسد . ولأنه لو استأجر خياطًا يخيط له ثوبًا بإجارة فاسدة ضمن الأجرة إذا استوفى المنفعة . ولو حبسه تلفت المنفعة تحت يده ولم [٥] يضمنها .

١٧٩١٥ - قالوا : كل منفعة وجب ضمانها إذا انتفع بها وجب ضمانها [إذا تلفت في يده [٦]] .

١٧٩١٦ - ولم ينتفع [٧] . أصله الإجارة الصحيحة [٨] .

= الملك المقيد بوقت تعود بعده المنافع إلى المؤجر .

(١) أي تأكد تنصف المهر بالطلاق ، وذلك يكون عند الأحناف إذا تم الطلاق قبل الدخول ولم تسبقه خلوة صحيحة . فإن سبقته خلوة وجب الصداق كاملًا ، قال في البدائع « التأكد بالخلوة مذهبنا وقال الشافعي : لا يتأكد المهر بالخلوة حتى لو خلا بها خلوة صحيحة ، ثم طلقها قبل الدخول بها في نكاح فيه تسمية يجب عليه كمال مهر المثل عندنا ، وعنده يجب عليه المتعة .. وأما التأكد بموت أحد الزوجين فنقول : لا خلاف في أن أحد الزوجين إذا مات حتف أنفه قبل الدخول في نكاح فيه تسمية أنه يتأكد المسمى سواء أكانت المرأة حرة أم أمة ، لأن المهر كان واجبا بالعقد والعقد لم ينفسخ بالموت بل انتهى » . البدائع (٢٩١/٢ ، ٢٩٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [مع] .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) راجع المغني (٤٤٦/٥) .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلم] .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) راجع الأم (٢٤٤/٣) ، المغني الموضع السابق .

(٨) يرجع رأي الشافعية في هذه المسألة إلى القاعدة المشهورة التي تقول فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه بمعنى أن العقد الصحيح إذا كان يجب به الضمان في المعقود عليه فكذا إذا فسد هذا العقد . قال السيوطي « قال الأصحاب كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده ، وما لا يقتضي صحيحه الضمان فكذلك فاسده . أما الأول فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى وأما الثاني فلأن إثبات اليد عليه بإذن المالك ولم يلزم العقد ضمانًا » . راجع الأشباه والنظائر للسيوطي صـ (١٧٦) . وإن كانت هذه القاعدة مشهورة بين الأصولين إلا أنه يمكن القول بعدم اطرادها على إطلاقها عند الشافعية ، فقد استثنى =

١٧٩١٧ - قلنا : الإجارة الصحيحة أوجبت [التسليم] [1] فإذا تلفت المنافع في يده فقد / وجد التسليم الذي أوجبه العقد فوجب البدل والعقد الفاسد لا يوجب التسليم [فلم يوجد التسليم [2]] الموجَب بالعقد ولا استيفاء المعقود عليه فلم يضمن البدل كالنكاح .

٢/ب

١٧٩١٨ - قالوا : تلف في يده عن عقد معاوضة فوجب أن يكون مضمونًا عليه .

١٧٩١٩ - أصله : إذا تلف المبيع عن عقد صحيح [ولأن ما [3]] ضمنه إذا تلف في يده [عن عقد صحيح ضمنه إذا تلف في يده [4] عن عقد فاسد . أصله البيع .

١٧٩٢٠ - قلنا : يبطل بالنكاح الفاسد إذا وجدت التخلية على ما قررناه أن المنافع تلفت في يده ، ولأنه لا فرق بين البيع والإجارة لأن البيع الصحيح يضمن المبيع بالتخلية وإن لم يستوفه المبتاع وكذلك يضمن المنافع في الإجارة الصحيحة والنكاح الصحيح . والبيع الفاسد لا يدخل في ضمان المشتري بالتخلية لأن ضمانه عندنا كضمان المغصوب وإنما يضمن بالقبض الذي هو استيفاء المعقود عليه ، كذلك المنافع في الإجارة الفاسدة لا تضمن إلا [5] بالاستيفاء ولأنها تضمن بالتخلية ، وكذلك النكاح الفاسد .

* * *

السيوطي بعض العقود التي خالف فاسدها صحيحها . قال « واستثنى من الأول (كل عقد إقتضى صحيحه الضمان . .) مسائل « الأولى » إذا قال قارضتك على أن الربح كله لي فالصحيح أنه قراض فاسد ، ومع ذلك لا يستحق العامل أجرة على الصحيح « الثانية » إذا ساقاه على أن الثمرة كلها له فهي كالقراض « الثالثة » ساقاه على أن يغرسه ويكون الشجر بينهما . . فسد ولا أجرة « الرابعة » إذا حدث عقد الذمة من غير الإمام لم يصح على الصحيح ولا جزية فيه على الذمي على الأصح « الخامسة » إذا استؤجر المسلم للجهاد لم يصح ولا شيء « السادس » إذا استأجر أبو الطفل أمته لإرضاعه وقلنا لا يجوز فلا تستحق أجرة المثل في الأصح ... الخ . ثم استثنى من النوع الثاني وهو « ما لا يقتضي صحيحه الضمان ... مسائل منها : « الأولى الشركة فإنها إذا صحت لا يكون عمل كل منهما في مال صاحبه مضمونًا عليه ، وإذا فسدت يكون مضمونًا بأجرة المثل . « الثانية » إذا صدر الرهن والإجارة من الغاصب فتلفت العين في يد المرتهن أو المستأجر فللمالك تضمينه على الصحيح مع أنه لا ضمان في صحيح الرهن والإجارة . « الثالثة » لا ضمان في صحيح الهبة وفي المقبوض بالهبة الفاسدة وجه أنه يضمن ... إلخ الصور المستثناه « راجع الأشباه والنظائر للسيوطي صـ (١٧٦) . ومما سبق تبين أن استثناء قاعدة الضمان في الصحيح والفاسد يدخل الإجارة أيضًا .

(١) في (م) ، (ع) : [الضمان] . (٢) ساقط من (ن) .

(٣ ، ٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٨٩٦

مقدار الأجرة في الإجارة الفاسدة

١٧٩٢١ - قال أصحابنا : الواجب في الإجارة الفاسدة الأقل من المسمى ومن أجر المثل [١] .

١٧٩٢٢ - وقال الشافعي الواجب أجر المثل بالغًا ما بلغ [٢] .

١٧٩٢٣ - لنا : أنه عقد على المنفعة ببدل ، فجاز أن تثبت للتسمية فيه حكم فلا يزاد على قيمة المسمى . أصله العقد الصحيح [٣] .

١٧٩٢٤ - ولا يلزم إذا استأجره بميتة أو دم أنه يجب أجر المثل [٤] ، لأنا عللنا للعقد لا لأحواله ، وعلى العبارة الثانية قلنا : فلا يزاد على قيمة المسمى وهناك لا قيمة للمسمى [٥] .

١٧٩٢٥ - ولا يلزم إذا قال إن خطته اليوم فلك درهم ، وإن خطته غدًا فلك نصف درهم ، لأنه [قد ثبت للتسمية حكم [٦]] لأنه لا ينقص من نصف . وقد [٧] روى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه إن خاط في الثاني لم يزد على نصف [٨] وهو الصحيح .

١٧٩٢٦ - ولأنه بدل عن منفعة فلا يزاد على ما رضي به [٩] . أصله إذا استأجره ليبيع له ثوبًا فباعه . ولا يلزم المحجور إذا أجر نفسه ؛ لأنه لا يزاد على المسمى .

---

(١) راجع البدائع (١٩٠/٤ ، ٢١٨) ، تبيين الحقائق (١٢١/٥) ، البحر الرائق (٣٤٠/٧) .

(٢) هو قول زفر من الأحناف والمالكية والحنابلة . راجع . البدائع الموضع السابق ، تكملة فتح القدير (٣٤/٨) ، نهاية المحتاج (٣٢٧/٥) ، البجرمي على الخطيب (٧٧/٣) ، حاشية الدسوقي (١٣/٢) ، والمغني (٤٤٦/٥) .

(٣) مبني أيضًا على قاعدة فاسد كل عقد كصحيحه ... السابق ذكرها .

(٤) الفرق بين هذه الصورة والصورة السابقة أن هذه الصورة حكم العقد فيها البطلان وليس الفساد ؛ لأنه سبق القول بأن العوض إن كان دما أو عذرة أو ميتة ونحو ذلك مما هو ليس مالًا عند أحد فإن العقد يكون حكمه البطلان ، فلما كانت الأجرة هنا ميتة أو دما كان حكم العقد هنا البطلان وكأن التسمية لم تكن فلزم الرجوع إلى أجر المثل . خلافًا للفاسد لأنه يمكن تصحيح العقد فيه بتعديل التسمية .

(٥) في حالة تسمية الدم أو الميتة .

(٦) ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [فقد] .

(٨) راجع البدائع (١٨٦/٤) .

(٩) إذا كان كذلك فيجب أيضًا أن لا ينقص عما رضى به وقد يكون أجر المثل أقل مما رضى به وهو المسمى .

١٧٩٢٧ - ولأن البدل في الإجارة تارة يكون المسمى [١] وتارة يكون أجر المثل [٢] ثم جاز أن يرد المسمى إلى أجر المثل وسقط [٣] الزيادة [٤] إذا استأجر المريض بأكثر من أجر المثل أو باعه [وعليه دين . كذلك أجر المثل جاز أن يرد إلى المسمى وتسقط الزيادة عليه .

١٧٩٢٨ - احتجوا : بأنه يضمن البدل المسمى في العقد الصحيح فوجب أن يضمن بجميع المثل [٥]] أصله الأعيان [٦] .

١٧٩٢٩ - قلنا : العقد الصحيح أقوى ، لأنه موجب للبدل ، والفاسد أضعف ، لأنه لا يوجب البدل بنفسه ، فلا يقال لمَّا وجب جميع البدل بأقوى العقدين وجب بمثله بحكم أضعفهما .

١٧٩٣٠ - ولأن الأعيان مقومة بأنفسها والمنافع لا تتقوم عندنا بنفسها [٧] بكل حال وعندهم في الزانية المطاوعة [٨] وإذا لم تتقوم المنفعة بنفسها [٩] وجب الرجوع إلى ما قومها العقد وسقط ما زاد عليه .

* * *

---

(١) وذلك في الإجارة الصحيحة .

(٢) كما هو الحال في الإجارة الفاسدة .

(٣) كذا بالنسخ ولعلها : [تسقط] .

(٤) في (ن) : [زيادة] .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) راجع المغني (٤٤٦/٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [نفسها] .

(٨) الزانية المطاوعة عندهم لا تستحق مهرا ، قال في المهذب : فإن طاوعته على الزنا نظرت : فإن كانت حرة لم يجب لها المهر ، لما روى أبو مسعود البدري ﷺ « أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ وَمَهْرِ الْبَغِيِّ وَحُلوانِ الْكَاهِنِ » وإن كانت أمة لم يجب لها المهر على المنصوص للخبر ومن أصحابنا من قال : يجب ، لأن المهر حق للسيد فلم يسقط بإذنها كأرش الجناية » . راجع المهذب (٨٠/٢) .

(٩) في (م) ، (ع) : [نفسها] .

مسألة ٨٩٧

انقضاء مدة الإجارة وفي الأرض غرس أو بناء

١٧٩٣١ - قال أصحابنا : إذا أجر أرضه للغراس [(١)] والبناء فانقضت المدة وفيها غرس [أو [(٢)]] بناء فله أن يجبره على قلعه [(٣)] .

١٧٩٣٢ - وقال الشافعي : إن كان شرط في العقد قلعه بعد انقضاء المدة فله المطالبة بالقلع ، وإن أطلق العقد فالمؤجر بالخيار إن شاء طالبه بالقلع [(٤)] وضمن له النقصان الذي يحصل بالقلع ، وإن شاء أعطاه القيمة [(٥)] وملك الغرس وإن شاء [(٦)] تركه بأجر المثل [(٧)] .

١٧٩٣٣ - لنا : قوله ﷺ « لاَ يَحِل مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلاَّ بِطيبِ نَفْسٍ مِنْهُ » [(٨)]

---

(١) غرس الشجر يغرِسه . أثبته في الأرض القاموس المحيط باب السين فصل الغين (٢٤٣/٢) . وتجدر الأشارة إلى أن الخلاف في هذه المسألة في الغرس والبناء فقط ولا يدخل فيه الزرع ؛ لأنهم متفقون على مراعاة الضرر العائد من جراء قلعه ؛ لأن الزرع إن حلّ أجل الإجارة ولم ينضج بعد فإنه يحتاج إلى زمن قصير لا يعود به كثير ضرر على صاحب الأرض فتبقى في يد المستأجر بأجر المثل . أما الغرس والبناء فلا غاية له ينتهي إليها وإن كان فهي بعيدة مما يعظم به الضرر العائد على صاحب الأرض ففارق الغرسَ والبناءَ الزرع ومن هذا الوجه ، ولذا اختلفوا في حكمهما خلافًا للزرع . (٢) ساقط من (ن) .

(٣) راجع البدائع (٢٠٠/٤ ، ٢٢٣) ، مجمع الأنهر (٣٧٦/٢) ، تبيين الحقائق (١١٤/٥) ، اللباب (٩٠/٢) ، حاشية ابن عابدين (٣٣/٦) ، وبه قال المالكية راجع حاشية الدسوقي والشرح الكبير (٤٧/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [العقد] . (٥) في (ن) : [العين] وهو خطأ .

(٦) في (م) ، (ع) : [كان] وهو خطأ .

(٧) يمثل قول الشافعية قال الحنابلة . راجع المهذب (٥٢٩/١) ، والمغنى (٤٩٠/٥) وفي مختصر المزني بعد أن ذكر رأي الشافعي السابق قال المزني القياس عندي وبالله التوفيق أنه إذا أجل له أجلًا يغرس فيه فانقضى الأجل وأذن له البناء في عرصة له سنين وانقضى الأجل أن الأرض والعرصة مردودتان ، لأنه لم يعره شيئًا ، فعليه رد ما ليس له فيه حق على أهله ، ولا يجبر صاحب الأرض على شراء غراس ولا بناء إلا أن يشاء والله ﷻ يقول « إلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ » وهذا قد منع ماله إلا أن يشترى ما لا يرضى شراءه فأين التراضي ؟ راجع مختصر المزني (٩٩/٣-١٠٠) . ومن النص السابق نرى أن المزني يقول بقول الأحناف في هذه المسألة .

(٨) أخرجه البيهقي من حديث أبي حرَّة الرقاش عن عمه . راجع السنن الكبرى (١٠٠/٦) ، (١٨٢/٨) . وكذا الدارقطني بلفظ « ... إلا بِطِيبِ نَفْسِهِ ، إلاَّ عَنْ طِيب نَفْسِهِ » . راجع السنن له (٢٦/٣) ، الطبراني في الكبير (٥٠/٩) رقم (٨٣٨٧) . قال الهيثمي أبو حرَّة وثقة أبو داود وضعفه ابن معين . راجع مجمع الزوائد (١٧٢/٤) .

ولأن الإجارة انقضت والمستأجر مشغول بملك المستأجَر فوجب أن يؤمر بالرد إذا لم يكن لفعله وقت مقدر كالثياب والمتاع .

١٧٩٣٤ - قالوا : إنما يلزم نقل المتاع من الدار على الوجه المعتاد [١] .

١٧٩٣٥ - قلنا : لا نسلم هذا بل يلزمه نقل المتاع [من الدار [٢]] على الوجه الممكن .

١٧٩٣٦ - ولا يلزم الزرع [٣] ، لأن لوقت حصاده زمانا مقدرًا ، ولأنها إجارة لو شرط فيها الرد بعد « المدة » [٤] تبرعا وجب . فإذا لم يشترط وجب [٥] .

١٧٩٣٧ - أصله : سائر الإجارات ، ولا يلزم إذا انقضت المدة وفي الأرض زرع ؛ لأنه يجوز تركه وإن شرط في الإجارة قلعه . ولأن كل حالة [توجب] [٦] على المستأجر نقل المتاع توجب نقل البناء والغرس أصله : إذا أعطاه قدر النقصان ، وإذا شرط النقل . ولأن كل حالة يجوز للمؤجر المطالبة بالقلع يجب القلع من غير « غرم » [٧] . أصله إذا شرط .

١٧٩٣٨ - احتجوا : بأنه استأجر شيئًا مدة [ليشغله] [٨] بما اكتراه به [٩] .

١٧٩٣٩ - دليله : إذا انقضت المدة وفي الأرض زرع [١٠] .

١٧٩٤٠ - قلنا : يبطل بمن استأجر دكانا [فأحرز] [١١] متاعًا ثقيلًا لا يباع إلا في [١٢] وقت معتاد كالثلج والفحم [١٣] ثم انقضت الإجارة فالعادة أن ذلك لا ينقل [إلا] [١٤] وقت بيعه ممن لا يلزمه تركه إلى الوقت المعتاد .

١٧٩٤١ - ولأن الزرع يجب قلعه كما يجب قلع الغرس إلا أن [١٥] في الزرع وقت الحصاد متقدر في يد فأمكن اتصال كل واحد إلى حقه ، فجعلنا لصاحب الأرض الأجر

---

(١) راجع المهذب (٥٢٩٩١) . (٢) ساقط من (ن) .

(٣) أي ولا يلزم من القول بقلع الغرس والبناء القول بقلع الزرع إذا انقضت المدة ؛ لأنه له غاية ترجى .

(٤) في (م) ، (ع) : [الموت] وهو خطأ .

(٥) هذا رد على التفريق بين اشتراط القلع وعدمه ، كما هو رأي الشافعي في صدر المسألة .

(٦) في (ن) : [توجد] . (٧) في (م) ، (ع) : [عزم] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لينقله] وهو خطأ . (٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) راجع المهذب (٥٢٩/١) . (١١) في (ن) : [تأجر] وهو خطأ .

(١٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٣) ساقطة من (ن) ، والثلج يباع صيفا والفحم يباع شتاءً .

(١٤) في (م) ، (ع) : [إلى] . (١٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

وكملنا [١] من المستأجر ، وأبطلنا حق صاحب الأرض ونظير مسألة الزرع من الغرس أن تنقضي المدة وفى [٢] الغرس ثمرة [٣] لم تدرك [أنا نبقى] [٤] الغرس بأجر المثل إلى حين إدراك الثمرة .

١٧٩٤٢ - قالوا : غرس في أرض غيره بإذن مطلق فإذا طالبه بقلعه « بغير » [٥] ضمان النقص لم يكن له كما إذا أراد [القلع] [٦] في المدة [٧] .

١٧٩٤٣ - قلنا : في المدة لا تثبت المطالبة متى بذل الضمان فلم تثبت له بغير ضمان .

١٧٩٤٤ - وفي مسألتنا : يثبت له القلع متى بذل الضمان من غير غرور كذلك ، وإن لم يبذله ، كالمغصوب منه .

* * *

(١) في (ن) : [كلمنا] وهو خطأ والمراد كملنا الأجر فيما زاد على المدة من المستأجر في مقابلة إبطال حق صاحب الأرض في استرادها بعد انتهاء المدة .

(٢) في (ن) : [في] .

(٣) في (ن) : [ثم] وهو خطأ .

(٤) في (ن) : [أننا نقر] ، وفي (م) ، (ع) : [أنه يبقى] .

(٥) في (م) ، (ع) : [تعين] وهو خطأ .

(٦) في (ن) : [القطع] .

(٧) راجع : [القطع] .

مسألة ٨٩٨

اشتراط اختلاف الأجر باختلاف نوع المنفعة ووقتها

١٧٩٤٥ - قال أبو حنيفة إذا قال : إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته غدًا فنصف صح الشرط الأول [١] ، وإن قال إن خطته روميًا فبدرهم ، وإن خطته فارسيًا [٢] فبنصف صح الشرطان .

١٧٩٤٦ - وقال الشافعي الشرطان باطلان [٣] .

١٧٩٤٧ - لنا : ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ : قَالَ « مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعلِمْهُ [٤] أَجرَهُ » [٥] .

١٧٩٤٨ - ولأنه خيره [٦] بين عملين معلومين ، كل واحد منهما ببدل معلوم [فوجب] [٧] أن يصح . أصله إذا قال : إن رددت عبدي الآبق من الكوفة فلك درهم

---

(١) أي قوله إن خطته اليوم وبطل الثاني وهو قوله إن خطته غدًا والصاحبان قالا بصحة الشرطين . وعلى هذا فله ما شرط عندهما حسب نوع العمل الذي يعمله وعند أبي حنيفة إن عمل في اليوم الأول استحق المسمى وإن عمل غدًا استحق أجر المثل . وعلة تصحيح أبي حنيفة للشرط الأول أنه سمى في اليوم الأول عملًا معلومًا وبدلًا معلومًا - (خياطة الثوب - والأجر درهم) - أما فساد الشرط الثاني (العمل في الغد) فلأنه خالف في اليوم الثاني بدليل أنه لو لم يذكر لليوم الثاني بدلًا آخر وعمل في اليوم الثاني يستحق المسمى الأول . أما وجه الصحة عند الصاحبين في الأول والثاني أن البدل والعمل عندهما معلومان في الثاني كالأول . راجع المبسوط (٩٩/١٥ ، ١٠٠) ، البدائع (١٨٥/٤-١٨٦) ، اللباب (٩٧/٢ ، ٩٨) وقد وافق أحمد في رواية رأي محمد وأبي يوسف بصحة الإجارة في اليومين . راجع المغني (٥٠٨/٥) .

(٢) قال في فتح العزيز : الخياطة الرومية بغرزتين والفارسية بغرزة واحدة « فتح العزيز » (٢٠٢/١٢) .

(٣) وافق الشافعي زفر من الأحناف ومالك وأحمد في الرواية الثانية وإسحاق وأبو ثور . راجع المراجع السابقة للأحناف والحنابلة ، فتح العزيز (٢٠٢/١٢) ، والإشراف لابن المنذر (٣٤٦/١) ، مواهب الجليل (٤٠٣/٥) ، وشرح منتهى الإيرادات (٣٥٥/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فليعلم] .

(٥) الحديث يروى عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري . راجع السنن الكبرى للبيهقي باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة (١٢٠/٦) . وأخرجه النسائي موقوفًا على أبي سعيد . كتاب المزارعة باب الشروط في المزارعة (٣٢/٧) . وانظر تلخيص الحبير (٦٠/٣) ، نصب الراية (١٣١/٤) .

(٦) في (ن) : [خيروه] .

(٧) في (ن) : [فوجب] .

وإن رددته من المصر فلك نصف ، ولأنه عقد تناول المنفعة ، فجاز أن يخيِّره [1] فيه بين شيئين منهما ، ويصح العقد .

١٧٩٤٩ – أصله : إذا استأجر دابة إن [ركبها] [2] إلى النهروان [3] فبدرهم وإن ركبها إلى طريق له مسافة مثلها فبدرهم ، ولأنه خيره بين شيئين يصح أن يفرد كل واحد منهما بالإجارة فوجب أن يصح .

١٧٩٥٠ – أصله : إذا استأجره [ليخيط] [4] هذا الثوب أو هذا ، وهما سواء .

١٧٩٥١ – احتجوا : بأن المعقود عليه غير [معتبر] [5] فصار كما لو قال : إن خطته فلك نصف نقدا أو درهم إلى شهر [6] .

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يركبها] وهو خطأ .

(٣) في (م) ، (ع) : [الهروان] وهو خطأ . والنَّهروان بكسر النون ثلاثة نِهروانات الأعلى والأسفل والأوسط وهي كوة واسعة بين بغداد وواسط من الجانب الشرقي حدها الأعلى متصل ببغداد وفيها عدة بلاد متوسطة . راجع معجم البلدان لياقوت الحموى (٣٢٤/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يخيط] . (٥) كذا بالنسخ ولعلها : [متعين] .

(٦) قال ابن قدامة : « لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح ، كما لو قال : بعتك نقدا بدرهم أو بدرهمين نسيئة » المغني (٥٠٨/٥) . ونلاحظ أن المصنف هنا جمع بين قول القائل إن خطته اليوم فبكذا وإن خطته غدًا فبكذا وبين قوله إن خطته فارسيًا وإن خطته روميًا في مسألة واحدة واكتفى بهذا الاستدلال بالنسبة للشافعية . وقد أفرد الشيرازي كلا منهما بمسألة مستقلة . قال في الأولى « إذا قال إن خطته روميًا فلك درهم وإن خطته فارسيًا فبنصف درهم لم تصح الإجارة ، وقال أبو حنيفة : تصح وأيهما خاط استحق . لنا أن الإجارة وقعت على مجهول غير معين فأشبه إذا قال بعتك أحد هذين الثوبين أو بعتك بدرهم نقدًا أو بدرهمين نسيئة ، قالوا : خيره بين عملين معلومين كل واحد منهما بدله معلوم ، فصح كما لو قال : إن رددت عبدي الآبق من الكوفة فلك درهم وإن رددته من المصر فلك دينار ، قلنا ينكسر بما قسنا عليه ، وقال في الثانية : إذا قال : إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدًا فلك نصف درهم لم يصح العقد . وقال أبو حنيفة : إن خاط على الشرط الأول استحق المسمى وإن خاط على الشرط الثاني فله أجرة المثل لا يزاد على الدرهم ولا ينقص عن النصف . لنا أن المعقود عليه أحد الأمرين وهو مجهول ، فأشبه إذا قال : بعتك أحد هذين الثوبين لأن الأجرة مجهولة فأشبه إذا قال بعتك بدرهم نقدا أو بدرهمين نسيئة ، ولأن الشرط الثاني فاسد فكذلك الأول ، ولأنه لو صح الشرط الأول للزم كسائر الإجارات . قالوا الشرط الأول صحيح ؛ لأنه عمل معلوم بأجرة معلومة والشرط الثاني باطل ؛ لأنه شرط النقصان لأجل الوقت والوقت لا يقابل ببدل ، ولهذا لا يجوز لمن له على رجل ألف مؤجل ن يحط خمس ماله على أن يعجل الباقي ، فيبطل الثاني . ولا يؤثر ذلك في الأول ، كما لو قال : بعتك هذا بألف وأجرتك داري بإناء خمر . قلنا : الأول صحيح لو =

١٧٩٥٢ - قلنا : ههنا [١] المعقود عليه معلوم و [أحد البدلين] [٢] مجهول لا يدرى إذا عمل ما الذي يستحق ؟ وفي مسألتنا بدل كل واحد من العملين معلوم وهو [يستحق] [٣] الأجرة بالعمل ، وعند الاستحقاق يصير البدل معلومًا [٤] .

* * *

= اقتصر عليه ، فأما إذا خيره بينه وبين الثاني صار المعقود عليه أحدهما لا بعينه ، بخلاف ما لو قال بعتك هذا بألف وأجرتك داري بخمر ، فإن ذاك عقدان في عقد على أحدهما » .

(١) أي في قولهم إن خطته فلك نصف نقدًا أو درهم إلى شهر فالمعقود عليه خياطة الثوب والبدل مجهول ، لأنه إما نصف درهم نقدا أو درهم إلى شهر . وذلك خلافًا للمسألة التي نحن بصددها ؛ لأن العمل في اليوم الأول أجره معلوم ، وكذا البدل في اليوم الثاني . غير أنه كان يلزم على قول المصنف هذا أن يصح العقد في اليومين ، وهو ما قال به محمد وأبو يوسف .

(٢) في (ن) : [واحد والبدل] ، وفي (م) ، (ع) واحد البدل .

(٣) في (ن) : [لا يستحق] وهو خطأ .

(٤) حسب نوع العمل الذي عمله .

مسألة ٨٩٩

الإجارة على القِصاص في النفس

١٧٩٥٣ - قال أبو حنيفة : إذا استأجر للقصاص [1] في النفس لم تصح الإجارة [2] .

١٧٩٥٤ - وقال محمد والشافعي : يجوز [3] .

١٧٩٥٥ - لنا : أن القصاص هو [إفاتة] [4] الروح وذلك من فعل الآدمي ، ولا يقدر عليه وإنما هو فعل اللّٰه تعالى ، والاستئجار على ما لا يقدر عليه الأجير لا يصح .

ولا يلزم ذبحه الشاة ، لأنه لا يستأجره على تفويت الروح ، وإنما يستأجره على قطع الأوداج [5] ، بدلالة أنه لو فوت الروح بالخنق لم يستحق شيئًا .

١٧٩٥٦ - ولا يلزم القصاص فيما دون النفس ، لأن ذلك إفاتة العضو ، وهذا من فعل الآدمي فجاز أن يستأجر عليه ، ولأن القصاص ضرب القاتل بالسيف مع التجافي [6] وذلك تارة يقع على وجه مأذون وتارة على وجه [محظور] [7] فلم يجز .

---

(١) القصاص بكسر القاف . قال الأزهري : القصاص المماثلة وهو مأخوذ من القص وهو القطع ، وقال الواحدى وغيره من المحققين هو من اقتصاص الأثر وهو تتبعه ؛ لأن المقتص يتبع جناية الجاني فيأخذ مثلها . يقال اقتص من غريمة واقتص السلطان فلانًا اقتصاصًا ، أي قتله قودًا ، وأقصه من فلان : جَرحَه مثل جرحه ، واستقصاه : سأله أن يقصه . راجع : القاموس المحيط باب الصاد فصل القاف (٣٢٤/٢) .

(٢) اتفق المذهبان على جواز الإجارة على القصاص فيما دون النفس كما سيتضح من خلال هذه المسألة والآتية ، واختلفوا في الإجارة على القصاص في النفس كما هو مبينٌ في نص المصنف . وبقول أبي حنيفة قال أبو يوسف . راجع المبسوط (٤٠/١٦) ، البدائع (١٨٤/٤ ، ١٨٩) .

(٣) راجع المبسوط والبدائع في المواضع المذكورة ، فتح العزيز (٣٢٧/١٢) ، الإشراف لابن المنذر (٢٤٥/١) ، مغني المحتاج (٣٣٧/٢) ، وبه قال مالك أيضًا . راجع مواهب الجليل (٤٠٩/٥) وهو مذهب الحنابلة أيضًا راجع المغني (٦٩١/٧) .

(٤) في (م) ، (ع) : [وقاية] وهو خطأ .

(٥) الودج عرق في العنق . راجع القاموس المحيط باب الجيم فصل الواو (٢١٨/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [التحامي] ، جفا عليه كذا . ثقل ، جفيته ، أجفيه ، صرعه . راجع القاموس المحيط باب الباء فصل الجيم (٣١٤/٤) .

(٧) في (ن) : [محظور ومباح] ورجحنا أن : [مباح] زائدة ، ولذا حذفناها .

١٧٩٥٧ - وليس كذلك [الطرف [1]] لأن قطعه بإمرار السكين وذلك يتميز فيه المحظور من المباح . ولأنه استأجره [على القتل كالقتل بغير حق . ولأن الإجارة لو صحت [2]] على القتل لحق ، [استحق [3]] البدل ، إذا استأجره على تفويت روح غير مستحق كالذبح لما جاز أن يستأجره على ذبح شاة استحق الأجرة إذا استأجره على ذبح الشاة فذبحها .

١٧٩٥٨ - احتجوا : بأنه أحد نوعي القصاص كالأطراف [4] والفرق بينهما ما بينا [5] .

١٧٩٥٩ - قالوا : حق يجوز فيه التوكيل كما [يجوز [6]] في الأعمال المجهولة ، مثل اقتضاء ديونه وخصومة من [خاصمه] [7] ، والإجارة لا تصح إلا في [المعلوم] [8] ، والمعنى في الأطراف ما قدمنا .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٢) ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٤) ذكره في البدائع للتدليل على رأى أحمد . قال « وجه قوله أنه استأجره لعمل معلوم ، وهو القتل ومحله معلوم وهو العنق إذ لا يباح له العدول عنه فيجوز كما لو استأجره لقطع اليد وذبح الشاة « راجع البدائع (٤/ ١٨٤) . قد ذكره الشيرازي في النكت في معرض الاستدلال للشافعية ومناقشة الأحناف حيث قال : « لنا أنه أحد نوعي القصاص فأشبه الطرف ، ولأنه يجوز التوكيل فيه فجاز الاستئجار عليه كذبح الشاة . قالوا إفاتة الروح لا يقدر عليه ، فأشبه ضراب الفحل . قلنا : إلا أنه يوصف بالقدرة عليه لما أجرى اللّٰه تعالى فيه من العادة بإزهاق الروح عند فعله . ولهذا يضاف إليه . ثم انفصال الأطراف أيضًا لا يقدر عليه وإنما هو من فعل اللّٰه تعالى ثم يجوز أن يستأجر عليه . قالوا القتل بالسيف مع التجافي قد يقع على وجه محظور ، ولا يستأجر على محظور . قلنا لا يستأجر إلا من يحسن فلا يقع إلا مباحا ، ثم لو كان هذا صحيحا لوجب أن يسقط القصاص كما يسقط فيما لا يمكن من الجوايف وغيرها .
(٥) القصاص في الأطراف ممكن لأنه بإمرار السكين وذلك يتميز فيه المحظور من المباح .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [خاصم] .
(٨) في (ن) : [معلوم] .

مسألة ٩٠٠

الأجرة في استيفاء القصاص على المقتضي أو المقتضى منه

١٧٩٦٠ - قال أصحابنا : الأجرة في استيفاء القصاص في الطرف [١] على المقتضى له .

١٧٩٦١ - وقال الشافعي على المتقضى منه [٢] .

---

(١) أكثر كتب الأحناف لم تتعرض للكلام عن الأجرة في القصاص ، إلا أن الطحاوي تعرض لذلك فجمع رأي المذهب في هذه المسألة وكذا السابقة بنوع تفصيل فقال : قال أبو حنيفة إذا استأجر رجلًا ليقتص له في النفس لم تجز الإجارة ، ولم يكن له أجر . وإن استأجر ليقتصَّ له فيما دون النفس جاز وفي قول محمد هو جائز في النفس وما دونها وهو قول مالك والشافعي والليث . وقال أصحابنا فيما تجوز فيه الإجارة على الاقتصاص أن أجرة الأجير على المقتص له لا على المقتص منه ، وقال مالك والليث والشافعي هو على المقتص منه . قال أبو جعفر ذلك أن أبا حنيفة إنما لم يجز الإجارة على القصاص في النفس لأن الإجارة تقع فيه على مجهول ، لا يدري في أي موضع تقع الضربة ، ويجوز فيما دون النفس ؛ لأنه يقطع من المفصل وهو معلوم ، إلا أنه أجاز الأجرة على ذبح الشاة وموضع الذبح مجهول لا يدري أسفل العنق أو أعلاه وأما الأجرة فإنما تجب على المقتص له من قبل أن المجني عليه لو كان ممن يحسن الاقتصاص فأراد الجاني أن يتولى ذلك من نفسه كان للمجني عليه أن يأباه ويتولاه هو ، لا خلاف بين أهل العلم فيه فدل أن القصاص إلى المجني عليه لا إلى الجاني ، فالأجرة عليه دون الجاني . وليس مثل الكيل والوزن أنه على من عليه الدين ؛ لأن الطالب لا يصل إلى الانتفاع إلا بتميزه من حق المطلوب فعلى المطلوب أن يميزه له ويقطعه عن ماله ويعينه بالكيل أو الوزن . راجع اختلاف الفقهاء للطحاوي ورقة ١١٩ . وبه قال المالكية مع ملاحظة أن نص الطحاوي اشتمل على أن رأي مالك يوافق الشافعي وهو خطأ . راجع مواهب الجليل (٤٠٩/٥) .

(٢) تجدر الإشارة إلى أن الخلاف فيما إذا لم ينصب الإمام رجلا يقيم الحدود أو لم يجد من يستوفى من غير أجرة . راجع : نهاية المحتاج (٢٧٣/٥) ، مغني المحتاج (٣٣٧/٢) ، والمهذب (٢٣٧/٢) ، ويأتي نصه . وللحنابلة في المسألة تردد قال في المغني « وإن كان الولي لا يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل فيه لأنه حقه ، فكان له التوكيل في استيفائه كسائر حقوقه . فإن لم يجد من يوكله إلا بعوض أخذ العوض من بيت المال . قال بعض أصحابنا : يزرق من بيت المال رجل يستوفى الحدود والقصاص ؛ لأن هذا من المصالح العامة . فإن لم يحصل ذلك فالأجرة على الجاني ، لأنها أجرة لإيفاء الحق الذي عليه فكانت عليه ، كأجرة الكيال في بيع المكيل ويحتمل أن تكون على المقتص ؛ لأنه وكيله ، فكانت الأجرة على موكله كسائر المواضع . والذي على الجاني التمكين دون الفعل ، ولها لو أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه ، ولأنه لو كانت عليه أجرة التوكيل للزمته أجرة الولي إذا استوفى بنفسه » المغني (٢٩١/٧ ، ٢٩٢) ، ومن خلال هذا النص نرى أن الحنابلة يجعلون أجرة المقتص في بيت المال إن عين الإمام من يقوم بذلك كما قال الشافعية . فإن لم يفعل فهي على المقتص منه عند بعضهم ، وعند البعض الآخر وهو ما يظهر ميل ابن قدامة إليه أنها على المقتص له .

١٧٩٦٢ - لنا : أن [حق [1]] المجني عليه [لمعنى] [2] في الطرف والقطع للفصل بين حقه وبين ما لاحق له فيه فكانت الأجرة على صاحب الحق كمن باع ثمرة على النخل فأجرة جذاذها [3] عليه .

١٧٩٦٣ - فإن قيل : هناك قد حصلت التخلية ، فدخلت في ضمان المشترى ، وسقط الإيفاء [عن] [4] البائع ، وفي مسألتنا لم يسقط الحق عن الجاني / فالأجرة لإيفاء حق عليه .

٢٠٢/أ

١٧٩٦٤ - قلنا : [لوجدَّ] [5] المشترى الثمرة قبل التخلية كانت الأجرة عليه ، وإن كان الإيفاء لم يسقط عن البائع ولأن الجاني إنما يلزمه التخلية وقد فعل ، فصار كالبائع إذا سلم .

١٧٩٦٥ - فإن قيل : البائع سقط عنه التسليم . والجاني إذا لم يقطع في الحال لم يسقط عنه التسليم .

١٧٩٦٦ - قلنا : لأن العضو تحت يده ، فقد فسخ التخلية ، فصار كالبائع إذا عادت يده إلى [الثمرة] [6] لزمه تسليم أجرة الجذاذ [7] .

١٧٩٦٧ - ولأن القصاص لمنفعة المقتص له ، ولا منفعة فيه للمقتص منه فكانت الأجرة على من تجعل له المنفعة كالجذاذ [8] وكالعامل في الزكاة ، ولأن الأجرة لو وجبت على الجاني [9] لجاز أن يتولى القطع بنفسه كالختان [10] .

١٧٩٦٨ - ولا يقال إنه يجوز أن يستوفيه بنفسه في أحد الوجهين [11] لأنه لو جاز

---

(١) ساقطة من (ع) . (٢) في (ع) : [بمعنى] .

(٣) الجذاذ والجداد صرم النخل والمراد قطع ثمرها . راجع القاموس المحيط باب الدال فصل الجيم (٢٩١/١) .

(٤) في (ن) : [على] .

(٥) في (ن) : [لو وجد] ، في (م) ، (ع) : [وجد] وكلاهما خطأ .

(٦) في (ص) ، (ن) : [الثمن] .

(٧) في (ص) ، (ن) : [أجر] والمراد إذا عادت الثمرة إلى البائع لفساد العقد ونحوه لزم البائع دفع أجرة الجذاذ .

(٨) في (ص) ، (ن) ، (م) : [أجر] وهو خطأ .

(٩) قياس أجرة المقتص على أجرة العامل في الزكاة قياس مع الفارق ؛ لأن أجرة العامل في الزكاة من مال الزكاة ؛ لأن له سهما فيها ، ولذا فهي ليست على المزكي ، ولا على من تدفع له الزكاة خلافا للمقتص فإن أجرته إما على المقتص له وإما على المقتص منه .

(١٠) الختن القطع والختان موضعه من الذكر . راجع القاموس المحيط باب النون فصل الخاء (٢٢٠/٤) .

(١١) للشافعية في استيفاء القصاص للجاني من نفسه قول واحد . قال في المهذب « فإن لم يكن من يستوفى القصاص بغير عوض استؤجر من خمس المصالح من يستوفى ، لأن ذلك من المصالح . وإن لم يكن خمس أو =

أن يستوفى القصاص فيما دون النفس جاز في النفس والنص [١] قد منع ذلك .

١٧٩٦٩ – احتجوا : بأنها أجرة وجبت [لإيفاء] [٢] حق فوجب أن يكون على « الموفي » [٣] دون المستوفي .

١٧٩٧٠ – أصله أجرة الكيال والوزان [٤] .

١٧٩٧١ – قلنا : لا نسلم أن الأجرة في مسألتنا للإيفاء بل هي للاستيفاء ، بدليل أن المقتص له يجوز أن يتصرف فيه في الطرف بغير إذن الجاني وأجرة الكيال [للإيفاء] [٥] بدلالة أن المشترى لا يجوز أن يفعل ذلك إلا بإذنه .

١٧٩٧٢ – والمعنى في الكيال [أن] [٦] حق المشترى لم يتعين [والمتعين] [٧] واجب عليه والكيل المتعين المستحق عليه فكانت الأجرة عليه وفي مسألتنا الحق [متعين [٨]] والقطع للفصل كالجداد .

١٧٩٧٣ – قالوا : يبطل بمن ابتاع صبرة على أنها عشرة أقفزة كل قفيز درهم [فقد] [٩]

=كان ولكنه يحتاج إليه لما هو أهم منه وجبت الأجرة على الجاني ، لأن الحق عليه فكانت أجرة الاستيفاء عليه كالبائع في كيل الطعام المبيع . فإن قال الجاني أنا أقتص بنفسي ولا أؤدي الأجرة لم يجب تمكينه منه ؛ لأن القصاص أن يؤخذ منه مثل ما أخذ . ولأن من لزمه إيفاء حق لغيره لم يجز أن يكون هو المستوفي كالبائع في كيل الطعام المبيع » . راجع المهذب (٢٣٧/٢) . ويدل عليه أيضًا كلامه في النكت وسيأتي نصه .

(١) يقصد قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ الآية : ٢٩ من سورة النساء .

(٢) في (ن) : [لإيفاء] وهو خطأ . (٣) في (ن) : [المتوفى] وهو خطأ .

(٤) قال الشيرازي « الأجرة في القصاص على من عليه القصاص ، وقال أبو حنيفة على من له . لنا أنه إيفاء حق ، فكانت الأجرة على من عليه كأجرة الكيال في البيع . قالوا : تعين حقه فكانت الأجرة في الأخذ عليه ، كما لو اشترى ثمرة نخلة . قلنا المغصوب منه والمعير تعين حقهما ثم أجرة التسليم على الغاصب والمستعير ، ولأن البائع قد سلم المبيع ، وههنا ما سلم فإن القصاص هو القطع ولهذا لو قطع يده في سرقة كان من ضمانه ، فوجب عليه مؤنة الإيفاء كالمبيع في يد البائع قالوا منفعة للمتقص فكانت الأجرة عليه كقطع الختان . قلنا : الختان حجة لنا لأن الأجرة فيه على من يجب عليه فليكن ههنا مثله . قالوا : مال فلا يجتمع مع القصاص كالدية . قلنا : الدين بدل عما كان القصاص بدلا عنه ، وقد سلم . قالوا : لو وجب عليه القطع مُكِّن منه . قلنا : لا يمكن ، لأنه متهم بأن يجبن فيجبني على نفسه ، كما لا يمكن البائع إذا اتهمه في الكيل وإن كان ذلك عليه » .

(٥) في (ن) : [للإيفاء] وهو خطأ . (٦) في (م) ، (ع) : [أنه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [والعين] وهو خطأ . (٨) ساقطة من (ن) .

(٩) في (م) ، (ع) : [فالزيادة] .

تعين حق المشترى وأجرة الكيال على البائع .

١٧٩٧٤ - قلنا : لم يتعين الحق ؛ لأن الصبرة يجوز أن تزيد فتكون الزيادة للبائع .

١٧٩٧٥ - قالوا : الجاني إذا سلم نفسه [فالجناية] [١] مضمونة عليه عندنا ، ولهذا [لو أتلف] [٢] الطرف وجب عليه الأرش ، وهو يحتاج إلى القطع ، ليسقط عن نفسه الضمان .

١٧٩٧٦ - قلنا : إن كان هذا الكلام على جوابنا فلا تعلق له به ؛ لأنا اعتبرنا التعين ولم نتعرض للضمان ، وإن كان ابتداء دليل فهو غير مسلم ، لأن عندنا إذا تلف الطرف سقط الضمان عن الجاني .

١٧٩٧٧ - قالوا : [قطع [٣]] واجب فأشبه قطع السارق ، [إذا] [٤] لم يكن في بيت المال شيء .

١٧٩٧٨ - قلنا : لا يجب عندنا على السارق [أجرة] [٥] في الحالين .

١٧٩٧٩ - قالوا : قطع مستحق فالأجرة على المستحق عليه كالختان .

١٧٩٨٠ - قلنا : الختان عندنا غير واجب فكيف يجب عليه أجرته ، ثم المعنى في الختان أنه يجب لمنفعة المختون وهو ما يحصل [بعد] [٦] الطهارة ويتميز [به من المشركين فكانت الأجرة عليه] [٧] .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [فالزيادة] .

(٢) في (ن) : [لو تلف] .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [وإذا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وأجره] .

(٦) في (ن) : [بعض] وهو خطأ .

(٧) يدل هذه العبارة في (ن) : [به بين المشركين الأجرة] وهو خطأ .

مسألة ٩٠١

إمساك العين مدة الإجارة من غير انتفاع بها

١٧٩٨١ - إذا استأجر دابة إلى الكوفة [فسلمها] (١) المؤجر وأمسكها المستأجر [ببغداد] (٢) حتى مضت مدة [يمكنه] (٣) المسير فيها فلا أجرة عليه ، [إن] (٤) ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجبت الأجرة (٥) .

١٧٩٨٢ - وقال الشافعي (٦) يجب الأجرة في الوجهين (٧) .

١٧٩٨٣ - لنا : أن العقد وقع على مسافة ، فالتسليم [في غيرها] (٨) لا يستحق به البدل ، كما أن العقد لو وقع على مدة فسلم في غيرها لم يستحق البدل .

١٧٩٨٤ - ولأنه لو سلم الدابة في مسألتنا بالبصرة (٩) لم تستحق الأجرة لأنه تسليم

(١) في (ن) : [تسلمها] .
(٢) في (ع) [إلى ببغداد] وهو خطأ لأن المراد حبسها في مكان إجارتها دون الانتفاع بها والإجارة هنا كما هو ظاهر محلها بغداد .
(٣) في (ع) : [تمكنه من] . (٤) كذا بالنسخ ولعلها [وإن] .
(٥) راجع المسألة في تبيين الحقائق (١٠٧/٥) ، البدائع (٢١٥/٤) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٣٧/٢) ط دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان تكملة فتح القدير (١٦/٨) ، الكفاية (١٥/٨) ، شرح العناية على الهداية (١٥/٨) وحاشية السفدي على شرح العناية (١٦/٨) .
(٦) ساقطة من (ص) ، (م) ، (ع) .
(٧) وبه قال المالكية والحنابلة . راجع : مغني المحتاج (٣٥٨/٢) ، الحاوي صـ ٤١٢ ، ومواهب الجليل (٤١٤/٥) ، المغني (٤٤٥/٥) . وقد أورد الإمام الماوردي تفصيلًا حسنًا فقال : « رجل استأجر دابة ليركبها شهرًا أو ليركبها من البصرة إلى الكوفة من غير أن يركبها فهذا على ضربين أحدهما أن يفعل ذلك لعذر مانع من ركوبها . والثاني أن يفعل ذلك لغير عذر ، فإن فعل ذلك لغير عذر فقد استوفى ما استحقه بالإجارة وإن لم يركب ضمن جميع الأجرة ... فإن أمسك عن ركوبها لعذر فهو على ثلاثة أقسام إحداها أن يكون لعذر في الطريق فإن كان العذر عائدًا إلى المستأجر كمرض حابس أو أمر عائق فقد استوفى حقه وعليه الأجرة ؛ لأن له أن يستوفى ذلك بنفسه وبغيره فلم يكن عجزه عن استيفاء ذلك بنفسه مانعا من استيفائه بغيره -لا يخفى أن هذا ناشيء عن قول الشافعية بأن الإجارة لا تنفسخ بالعذر - وإن كان العذر عائدا إلى الدابة لمرضها فلا أجرة على المستأجر ؛ لأنه ممنوع من استيفاء حقه بنفسه وبغيره . ثم ينظر في الإجارة فإن كانت على مدة قد انقضت فقد بطلت وإن كانت إلى مسافة معلومة نهى بحالها وإن كان العذر في الطريق من جدب أو خوف ، فهو كما لو كان لعذر في الدابة لكون العذر في الحالين من غير المستأجر ، فصار ممنوعًا من استيفاء حقه . راجع الحاوي (٤١٢ - ٤١٥) . (٨) في (م) ، (ع) : [بغيرها] .
(٩) في (م) ، (ع) [بالبصرة] وهو تصحيف .

في غير الأماكن التي تناولها العقد (١) ، كذلك في مسألتنا .

١٧٩٨٥ - ولأن العقد وقع على المسير ، فلو أوجبنا (٢) الأجرة بالإمساك صار كالعقد على مدة ، وحكم الأمرين يختلف بدلالة أن الخياط لو سلم نفسه لم يستحق الأجرة ؛ لأن العقد وقع على العمل دون المدة ، ولأن الإجارة على ضربين : تارة تقع على (٣) منفعة معينة وتارة تقع (٤) على مدة ، فإذا وقع العقد على المدة (٥) استقر البدل بالتسليم كمن استأجر رجلًا للخدمة شهرا وإن وقع على (٦) المنفعة [لم يستحق إلا بالعمل] (٧) كالخياطة ، كذلك العقد على الدابة إن استأجرها مدة معلومة لم تستحق الأجرة بمجرد (٨) التسليم .

١٧٩٨٦ - ولأنه لو خلى بينه وبين الدابة لم يستحق الأجرة من غير قبض ، كذلك لا يستحق [وإن] (٩) وجد القبض ، كما لو أجر مدة متراخية فسلم قبلها .

١٧٩٨٧ - احتجوا : بأن المستأجر قبض العين المستأجرة وتمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها فوجب أن تستقر الأجرة عليه (١٠) .

١٧٩٨٨ - أصله : إذا استأجرها شهرًا للركوب .

١٧٩٨٩ - قلنا : التمكن من الاستيفاء في غير محل المعقود عليه [كلا تمكن] (١١) فلا يستقر به بدل . والمعنى فيه أنه (١٢) إذا استأجرها شهرًا وفرّق في الأصل بينهما كما لو استأجر لخياطة ثوب أو استأجر [يومًا] (١٣) .

١٧٩٩٠ - قالوا : وأصل العلَة إذا سيرها إلى الكوفة ولم يركبها .

١٧٩٩١ - قلنا : هناك وجد التسليم في المحل المعقود عليه ، فصار كالتسليم في المدة المعقود عليها .

١٧٩٩٢ - وفي مسألتنا وجد التسليم في غير المحل المعقود عليه ، فصار كالتسليم في غير المدة .

---

(١) وذلك لأن العقد في هذه المسألة واقع على المسير من بغداد إلى الكوفة .

(٢) في (ع) : [وجبنا] .

(٣) ساقطة من (ن) .

(٤) ساقطة من (ص) ، (ن) ، (ن) .

(٥) في (ع) : [مدة] .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) بدل هذه العبارة في (ن) : [لم يستقر إلا بالعلم] وهو خطأ .

(٨) في (ن) : [لمجرد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [إن] .

(١٠) مغني المحتاج (٢ / ٥٣٨) ، المغني (٥ / ٤٤٥) .

(١١) في (ص) ، (ن) ، (م) : [كالتمكن] وهو خطأ .

(١٢) من (ن) وساقطة من غيرها .

(١٣) في (م) ، (ع) : [ثوبا] وهو تحريف .

مسألة (١) ٩٠٢

(المزارعة)

١٧٩٩٣ - قال أبو حنيفة المزارعة (٢) ....

(١) خالف المصنف هنا سائر الكتب في جعله المزارعة من مسائل الإجارة ؛ لأنها بمثابة إجارة الأرض ببعض الخارج منها .

(٢) المزارعة لغة : المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها . راجع تاج العروس للزبيدي (٣٦٨/٥) ط المطبعة الخيرية بالجمالية والقاموس المحيط باب العين فصل الزاي (٣٥/٣) . وشرعًا : عرفها الأحناف بأنها « عقد على الزرع ببعض الخارج » راجع الهداية (٣٨٤/٧) وعرفها المالكية بأنها « الشركة في الزرع ، وقيل الشركة في حرث » راجع الشرح الصغير (١٩٧/٣) ، مواهب الجليل (١٧٦/٥) . وكما هو ظاهر من تعريفها عندهم فإنهم يجعلونها نوعا من أنواع الشركة ، حتى تعتبر فيها شروطها ، كالاشتراك في البذر ونحوه . وعرفها الشافعية بأنها « تسليم الأرض لرجل ليزرعها ببعض ما يخرج منها والبذر من المالك . راجع حاشية البجرمي على الخطيب (١٩١/٣) . وعند الحنابلة : هي . دفع الأرض لمن يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما . راجع المغني (٤١٦/٥) . أما عن حكمها فقد اختلف العلماء فيها ، وقد اتجهوا في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات . المنع المطلق ، والجواز المطلق والجواز إذا كانت على بياض أرض بين شجر ولا تجوز في الأرض البيضاء . **الاتجاه الأول** . وهو الجواز المطلق . مروى عن ابن مسعود وعلي ابن أبي طالب ومعاذ بن جبل وسعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وطاووس وعبد الرحمن بن الأسود وعمر بن عبد العزيز والزهري والحنابلة ومحمد وأبي يوسف من الأحناف ، وابن حزم الظاهري . راجع المبسوط (١٧/٢٣) ، الهداية (٣٨٤/٧) ، الإشراف لابن المنذر (١٥٧/١) ، المغني (٤١٦/٥) ، كشاف القناع (٥٣٢/٣) ، والمحلى (٢١٤/٨) . **الاتجاه الثاني** : المنع المطلق وهو مروي عن ابن عباس وعكرمة وسعيد بن جبير ومجاهد والنخعي وأبي حنيفة . راجع كتب الأحناف المذكورة ، المغني (٤١٦/٥) . **الاتجاه الثالث** : وهو القائل بالجواز إذا كانت على بياض بين النخيل المساقي عليه فتجوز تبعا للمساقاة . وهو مذهب الشافعي . راجع المهذب (١ / ٥١٦) .

الأدلة لكل فريق :

أولًا : استدل أصحاب الاتجاه الأول القائلين بالجواز مطلقا :

١ - بما روى عن ابن عمر أن النبي ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيبر بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ زَرْعٍ أَوْ ثَمرٍ .

ووجهه الدلالة من ناحيتين :

الأولى : جواز المزارعة بنص الحديث « مَا يَخْرُجُ مِنْ زَرْعٍ أَوْ ثَمرٍ » .

الثانية : أن أرض خيبر لا تخلو من أرض بيضاء وأخرى بين الشجر والعقد وقع على الجميع .

٢ - كما استدلوا أيضًا بالإجماع . وقد استنبط الإجماع من معاملة الصحابة في عصر الرسول وبعد وفاته .

قال أبو جعفر « محمد بن علي » عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلى ثم =

عقد فاسد [١] .

١٧٩٩٤ – وقال الشافعي [٢] إذا ساقاه على نخل وكان فيها [٣] بياض [لا يتوصل] [٤] إلى عمله إلا بالدخول على النخل ولا الوصول إلى سقيه [إلا بسقي] [٥] النخل في الماء [أو] [٦] كان غير [متميز] [٧] جاز أن يساقي عليه مع النخل ، ولا يجوز منفردًا [٨] .

١٧٩٩٥ – قالوا : وإنما [٩] يجوز إذا كان من رب الأرض البذر والفدن [١٠] ومن العامل [١١] العمل [١٢] .

= أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع وهذا أمر مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ، ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ، ثم أهلوهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به وعمل به أزواج رسول الله ﷺ من بعده المغني (٥/٤٢١) .

١ – واستدلوا كذلك بالمعقول : وهو الحاجة الداعية إليها ؛ لأن رب الأرض قد لا يحسن زرعها كما أن العامل قد لا تكون لديه أرض يزرعها مع حاجة كل منهما إلى ما يخرج منها فجازت كالمساقاة والمضاربة . راجع الأدلة في المغني لابن قدامة (٥/٤١٨ ، ٤٢١) ، المحلى (٨/٢١٤) .

ثانيًا : استدل القائلون بالمنع مما ذكره المصنف من حديث جابر « مَنْ لَم يَذَرِ المُخَابَرَةَ فَلْيَأْذَنْ بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ » وسيأتي تخريجه . وكذا بأنها إجارة مجهولة الأجرة فلا تصح . راجع المبسوط (٢٣/١٨) .

ثالثًا : استدل الإمام الشافعي على جوازها إن كانت على بياض بين النخل فقط تبعا للمساقاة . بأن هذه الصورة جوزت للضرورة التي اقتضاها عقد المساقاة فجازت تبعا له ، فيبقى ما عداها على النهي الوارد في الحديث . راجع المهذب (١/٥١٦) .

(١) راجع المبسوط (٢٣/١٧) ، تبيين الحقائق (٥/٢٧٨) ، تكملة فتح القدير (٨/٣٨٤) مجمع الأنهر (٢/٤٩٨) ، البدائع (٦/١٧٥) ، اللباب (٢/٢٢٨) .

(٢) ساقطة من (ص) ، (م) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (ع) ، (ن) : [يوصل] .

(٥) في (ن) : [يشرق] وفي (م) ، (ع) : [بشق] وكلاهما خطأ .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [مثمر] وهو خطأ .

(٨) راجع الأم (٣/٢٣٩) ، المهذب (١/٥١٦) ومذهب مالك قريب من مذهب الشافعي إلا أن مالكًا حدد القلة بكونها لا تزيد على الثلث فإن كان أكثر من الثلث فلا تجوز . راجع بداية المجتهد (٢/١٥٨) .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لا] وهو خطأ .

(١٠) الفدن . الثور أو الثوران يقرن للحرث بينهما ولا يقال الواحد فدان أو هو آلة الثورين للحرث . راجع . القاموس المحيط باب النون فصل الفاء (٤/٢٥٧) ، مختار الصحاح (فدان) - ٥١٩ والفدن في هذا السياق بمعنى الحرث .

(١١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٢) قال ابن المنذر : اختلف الذين أجازوا المزارعة بالثلث والربع فيمن يخرج البذر : العامل أو رب المال ؟ =

١٧٩٩٦ - وإن كان البياض بين نخل يسير ففيه وجهان [١] .

١٧٩٩٧ - لنا : حديث جابر [٢] رضي الله عنه [عن النبي صلى الله عليه وسلم [٣]] قال « مَنْ لَمْ يَذَرِ المُخَابَرَةَ فَلْيأْذَنْ بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ [٤] « ذكره » [٥] أبو داود [٦] . ولأنه عقد لا يصح

= فقال طائفة يكون من عند العامل روى ذلك عن سعد بن مالك وابن مسعود وابن عمر . وفيه قول ثان . وهو أن البذر يكون من عند رب الأرض والعمل من الداخل « العامل » . هذا قول أحمد وإسحاق . وقالا : لا يعجبنا أن يكون البذر من عند الداخل . وفيه قول ثالث . قاله بعض أهل الحديث . قال من أخرج البذر منهما فهو جائز ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم دفع خيبر معاملة ، وفي تركه اشتراط البذر من عند أحدهما دليل على أن ذلك يجوز من عند أيهما كان . راجع الإشراف لابن المنذر (١ / ١٥٧) ، الأم (٣ / ٢٣٩) ، المغني (٥ / ٢٤٣) ومحمد وأبو يوسف من الأحناف جوزا المزارعة وهى على أربعة أوجه عندهما تصح في ثلاثة منها :

قال في اللباب : وهي عندهما على أربعة أوجه تصح في ثلاثة منهما وتبطل في واحد « لأنه إذا كانت الأرض والبذر لواحد ، والعمل والبقر من آخر ، جازت المزارعة وصار الأرض والبذر مستأجرًا للعامل والبقر تبعا ، لأن البقر آلة العمل . وكذا إذا كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت أيضًا ، وصار العامل مستأجرا للعامل ببعض الخارج ... وإذا كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة ، لأنه لو قدر إجارة للأرض فاشتراط البقر على صاحبها مفسد للإجارة ؛ إذ لا يمكن جعل البقر تبعا للأرض ، لاختلاف المنفعة ، لأن الأرض للإنبات والبقر للشق ، ولو قدر إجارة للعامل فاشتراط البذر عليه مفسد لأنه ليس تبعًا له « اللباب (٢٢٩/٢) . ويؤخذ من النص السابق بالإضافة إلى صور إخراج البذر من رب الأرض أو العامل أن المزارعة صورة من صور الإجارة وهو الذي جعل المصنف كما سبق يأتي بها في آخر مسائل الإجارة ، ولم يفردها بباب مستقل كما هو الحال في عامة الكتب . وقد ذكر صاحب اللباب بعد أن ذكر نص القدورى وشرحه له على النحو السابق ثلاثة أوجه أخرى للمزارعة باطلة وهى إحداها « أن يكون البذر والبقر لأحدهما والآخران للآخر (أي العمل والأرض) لأنها استئجار الأرض وشرط العمل ، الثاني أن يكون لأحدهما البقر والباقي للآخر ، لأنه استئجار للبقر ببعض الخارج . الثالث أن يكون لأحدهما البذر والباقي للآخر ؛ لأنه شراء للبذر ببعض الخارج راجع اللباب (٢٣٠/٢) .

(١) أي إذا كان البياض كثيرًا والنخل قليل . راجع المهذب (٥١٦/١) .

(٢) الصحابي الجليل جابر بن عبد اللَّه وقد سبقت ترجمته .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) سبق تخريج الحديث في كتاب المساقاة .

(٥) في (م) ، (ع) : [وذكره] راجع السنن - باب المخابرة (٦٩٥/٣) رقم (٣٤٠٦) .

(٦) سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأزدى « أبو داود « محدث حافظ فقيه رحل وطوف وجمع وصنف وخرج وسمع الكثير من مشايخ الشام ومصر والجزيرة والعراق وخرسان وتوفي بالبصرة في شوال سنة ٢٧٥ هـ من تصانيفه كتاب السنن ، الناسخ والمنسوخ ، والقدر ، والمراسيل ، وغيرها . راجع . معجم المؤلفين (٢٥٥/٤) ، سير أعلام النبلاء (٤٥/٩ - ٥٣) ، الوافي بالوفيات (١٢١/١٣ ، ١٢٢) =

منفردًا فلا يصح تبعًا للمساقاة كما لو كان البذر والفدن من العامل .

١٧٩٩٨ - ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من الربع [١] فلم يجز . أصله إذا كان البذر من العامل .

١٧٩٩٩ - احتجوا : بما روى أن النبي ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَر عَلَى [٢] نِصْفِ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ [٣] .

١٨٠٠٠ - وقد أجبنا عن هذا الخبر [٤] ، ولأن خبرنا متأخر فكان أولى . يبين ذلك أنه لم ينقل أنه ﷺ أَعْطَاهُمْ الْبذْرَ وَالْبَقَر [٥] والمزارعة على هذا الوجه لا تصح باتفاق .

١٨٠٠١ - ولأن الشافعي رحمه الله إن عمل بظاهر هذا الخبر فيجب أن تجوز المزارعة في الأرض وإن انفردت عن النخل لأنه [٦] لم يفصل في الخبرين [٧] الأمرين وإن [٨] عمل بخبر

= الناشر فرانز شتايز بفيسباون سنة (١٧٨١) هـ تذاكرة الحفاظ صـ (٢٦١) ، طبقات الحنابلة (١٥٩/١) ، طبقات المفسرين للداودي (٢٠١/١) ، العبر (٥٤/٢) ، واستدلال المصنف بهذا الحديث من طريق جابر أسلم لأن النهى ورد من طريق رافع بن خديج أيضًا إلا أنه اعترض عليه من عدة وجوه أفاض فيها ابن قدامة في المغني (٤١٨/٥ - ٤٢٠) وأما حديث جابر فإن كان أصح رواية من حديث رافع إلا أنه لم يسلم من التأويل . وقال ابن قدامة بعد أن قال حديث رافع يحمل على أنه ورد للنهى عن الصور التي لا خلاف على فسادها كأن يكري الأرض على أن للعامل هذه الناحية ولرب الأرض هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج تلك ، أو يحمل على أنه وارد في الكراء بثلث أو ربع والنزاع في المزارعة ولم يدل حديثه عليها أصلًا ، وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضًا لأن القصة واحدة ، رويت بألفاظ مختلفة ، فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر (وحديثه الذي يلفظ المزارعة عن ابن عمر قال . قال رسول الله ﷺ مَا كُنَّا نَرَى بِالْمُزَارَعةِ بَأسًا حَتَّىٰ سَمِعْنَا رَافِعَ بْنَ خَدِيجٍ يَقُولُ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْهَاَ) أو يحمل على فرض صحته وامتناع تأويله وتعذر الجمع على أنه منسوخ ، لأنه لابد من نسخ أحد الخبرين ، ويستحيل القول بنسخ حديث خيبر لكونه معمولًا به من جهة النبي ﷺ إلى حين موته ثم من بعده إلى عصر التابعين فمتى كان نسخه ؟! قال بعد ذلك أما حديث جابر في النهي عن المخابرة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع ، فإنه قد روى حديث خيبر أيضًا (عَامَلَ رَسُولُ اللَّهِ أَهْلَ خَيْبَر . . . الحديث) فيجب الجمع بين حديثه لاستحالة نسخهما كما ذكرنا « راجع المغني قدامة (٤٢٠/٥) .

(١) راع بريع نما وزاد . راجع القاموس المحيط باب العين فصل الراء (٣٤٩/٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [عما] .

(٣) الحديث بمعناه ولفظه « عامَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ خَيْبَر بِشطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ « وقد سبق تخريج الحديث في المساقاة .

(٤) راجع جواب المصنف في المساقاة .

(٥) في (م) ، (ع) : [المقر] وهو خطأ .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [بين الخبرين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [من] .

النهى فيجب أن يبطل العقد [في الوجهين [١]] ولا يقال إن المزارعة تجوز على طريق التبع [٢] للمعاملة [٣] لأن العقود تتبعها حقوقها .

١٨٠٠٢ – فأما أن يصح العقد الذي لا يجوز إفراده [تبعا لعقد] [٤] آخر فلا [٥] .

* * *

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) والمراد بالأمرين والوجهين الأرض البيضاء والتي بين النخيل .

(٢) في (م) ، (ع) : [البيع] وهو تحريف .

(٣) يقصد قول الشافعي بجواز المزارعة على بياض الأرض الذي بين الشجر تبعًا للمساقاة .

(٤) في (ن) : [بالعقد] وهو خطأ .

(٥) ناقش ابن حزم الظاهري المانعين لجواز المساقاة مطلقًا أو إذا كانت على بياض الأرض فقط فقال « حجة جميعهم في المنع من ذلك نَهْيُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ إِعْطَاءِ الأَرْضِ بِالنِّصْفِ وَالثُّلُثِ وَ الرُّبعِ قال علي ﷺ : ولسنا نخارجهم الآن في ألفاظ ذلك الحديث بل نقول نعم قد صح عن النبي ﷺ « أَنَّهُ نَهَى عَنْ أَنْ يُؤْخَذَ لِلأَرضِ أَجْر أَوْ حَظّ . وقال « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْض فَليزْرعْهَا أو يَمْنَحْهَا فَإِنْ أَبَىَ فَلْيُمْسِكْ أَرْضَهُ « وهذا نهي عن إعطائها بجزء مما يخرج منها لكن فعله ﷺ في خيبر هو الناسخ ... فأما أبو حنيفة فخالف الناسخ وأخذ بالمنسوخ وأما مالك والشافعي وأبو سليمان فحيّرهم فعل النبي ﷺ فأخرجوه على ما ذكرناه عنهم – (حمله على البياض الذي بين النخل) – وكل تلك الوجوه تحكم ويقال لمن قلد مالكًا من أين أين لكم تحديد البياض بالثلث ؟ ولم يأت قط في شيء من الأخبار تحديد ثلث ولا دليل عليه ومثل هذا في الدين لا يجوز ... ما الظن ببلد أخذ فيه القسمة مائتا فارس وأضعافهم من الرّجالة فتمولوا منها وصاروا أصحاب ضياع فمن أين لمالك تحديد الثلث وقد كان فيها بياض لا سواد فيه وسواد لا بياض (فيه) وبياض وسواد فما جاء قط في شيء من الآثار تخصيص ما خصه (أي مالك) . راجع المحلى لابن حزم (٢١٨/٨) وقد رد ابن رشد أيضًا وهو مالكي المذهب رأي مالك راجع بداية المجتهد (١٨٦/٢) .

فهرس المجلد السابع

الموضوع | الصفحة

كتاب الإقرار

كتاب العارية

كتاب الغصب

كتاب الشفعة

كتاب المضاربة

كتاب العبد المأذون في التجار

كتاب المساقاة

كتاب الإجارة

* * *

مَوْسُوعَةُ

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيدُ

لِلإِمَامِ أَبِي الحُسَيْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ جَعْفَرٍ البَغْدَادِيِّ القُدُورِيِّ

(٣٦٢ ـ ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مَرْكَزُ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالاقْتِصَادِيَّةِ

أ. د مُحَمَّد أَحْمَد سَرَاج

أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د عَلِي جُمُعَة مُحَمَّد

أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

المُجَلَّدُ الثَّامِنُ

دَارُ السَّلَامِ

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى

١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عمر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

القاهرة - جمهورية مصر العربية
الإدارة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)
بريديًا : ص.ب ١٦١ الغورية الرمز البريدي ١١٦٣٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب إحياء الموات

مسألة (١) ٩٠٣

إحياء الأرض من غير إذن الحاكم

١٨٠٠٣ - قال أبو حنيفة لا يملك الموات بالإحياء إلا أن يأذن الإمام فيه .

١٨٠٠٤ - وقال أبو يوسف ومحمد إنه (٢) يملك بنفس الإحياء (٣) .

١٨٠٠٥ - وبه قال الشافعي (٤) .

١٨٠٠٦ - لنا : ما روى معاذ بن جبل (٥) ﷺ أن النبي ﷺ قالَ : « لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلاَّ

---

(١) الموات كسحاب ما لا روح فيه وأرض لا مالك لها والمَوَتان بالتحريك خلاف الحيوان أو أرض لم تحي بعد . القاموس المحيط باب التاء فصل الميم (١٦٤/١) . والحيّ ضد الميّت - وأحياه جعله حيًا . راجع القاموس المحيط باب الواو والياء فصل الحاء (٣٢٣/٤) .
وفي الاصطلاح : إصلاح الأرض الموات بالبناء أو الغرس ونحوه .
والموات . ما لا ينتفع به من الأرض لانقطاع الماء عنه بارتفاعه عنه أو ارتدام مجراه أو غير ذلك أو لغلبة الماء عليه وما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة راجع اللباب (٢١٨/٢ ، ٢١٩) وكما هو ظاهر لا خلاف بين المعنى اللغوي والشرعي لإحياء الموات . وعبر الفقهاء المسلمون عن استغلال ظاهر الأرض وقشرتها عن طريق تعميرها بالزرع والغرس أو البناء والإنشاء بالإحياء مستمدين هذا الاصطلاح من كتاب اللّه تعالى ومن سنة رسوله ﷺ من مثل قوله تعالى : ﴿ وَءَايَةٌ لَّهُمُ ٱلْأَرْضُ ٱلْمَيْتَةُ أَحْيَيْنَٰهَا وَأَخْرَجْنَا مِنْهَا حَبًّا فَمِنْهُ يَأْكُلُونَ ﴾ الآية : ٣٣ من سورة يسٓ وقوله تعالى : ﴿ يُخْرِجُ ٱلْحَىَّ مِنَ ٱلْمَيِّتِ وَيُخْرِجُ ٱلْمَيِّتَ مِنَ ٱلْحَىِّ وَيُحْىِ ٱلْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا ۚ وَكَذَٰلِكَ تُخْرَجُونَ ﴾ الروم : ١٩ ومن السنة قوله ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » ويأتي تخريجه . وكذا المناسبة الظاهرة للحياة والموات لأن الأرض قبل عمارتها لا ينتفع بها فهي كالميتة ، وبالعمارة تنبت الزرع وينتفع بها فهي حية .
(٢) ساقطة من (ن) .
(٣) راجع اللباب (٢١٩/٢) ، حاشية ابن عابدين (٤٣٢/٦) ، البدائع (١٩٤/٦) .
(٤) وبه قال الحنابلة وكذا المالكية في البعيد من العامر أما القريب فإن المالكية يشترطون إذن الإمام لإحيائه وابن حزم الظاهري لم يشترط الإذن كالشافعية والحنابلة مطلقًا . راجع المهذب (٥٥٣/١) ، الأم (٢٦٩/٣) ، الأحكام السلطانية للماوردي صـ ١٥٣ ، الشرح الصغير (٣٣٥/٣) ، مواهب الجليل (١٢/٦) ، الدسوقي على الشرح الكبير (٦٩/٤) ، المغني (٥٧٠/٥) والمحلى (٢٣٣/٨) .
(٥) الصحابي الجليل - معاذ بن جبل بن عمر بن أوس بن عائذ بن عدي الأنصاري الخزرجي ، يكنى أبا عبد الرحمن ، بعثه النبي ﷺ قاضيًا إلى الجند في اليمن . اختلف في وفاته ، فقيل سنة ثمان عشرة وقيل سبعة عشرة وقيل تسعة عشرة بناحية الأردن وله خمس وثلاثون سنة تقريبًا . راجع الاستيعاب (١٤٠٣/٣) ، شذرات الذهب (٣٠/١ ، ٦٢) ، طبقات ابن سعد ج ٣ ق صـ١٢٠ ط دار التحرير ، طبقات القراء لابن الجزري (٣٠١/٢) ، العبر (٢٢/١) ، خلاصة تهذيب الكمال صـ ٣٢٤ ، طبقات الحفاظ صـ ٦ .

مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ » .

١٨٠٠٧ - [فإن قالوا] (١) هذا مرسل (٢) رواه محكول (٣) ، عن جنادة (٤) بن أبي أمية قال : نزلنا مع أبي عبيدة (٥) بن الجراح دابق (٦) وذكر الخبر . فإن قيل قد طابت به نفس رسول الله ﷺ وهو الإمام ، قلنا : هذا الخبر رواه معاذ بن جبل ﵁ حين طلب حبيب ابن مسلمة (٧) فقال معاذ : مهلًا يا حبيب ، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول « إِنَّمَا لِلْمَرْءِ مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ » (٨) فقد فهم معاذ أن المراد الإمام من بعد

---

(١) ساقط من (م) .

(٢) الحديث المرسل . هو ما رواه التابعي عن الرسول ﷺ دون أن يذكر اسم الصحابي الذي رواه . راجع . تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي للسيوطي (٢٠٥/٢) ط الكتب العلمية بيروت ، مقدمة ابن الصلاح صـ (٤٢٠) ط دار الكتب . والحديث المرسل لا يعتد به الشافعي ويعتد به الجمهور وقد استثنى الشافعي بعض المراسيل كمراسيل سعيد بن المسيب فإنه يعتد بها راجع المحصول (٢٢٤/٢ ، ٢٢٨) .

(٣) راجع : تهذيب التهذيب (٢٩١/١٠ - ٢٩٣) ، طبقات الحفاظ صـ ٤٢ ، خلاصة تهذيب الكمال صـ ٢٣١ ، طبقات ابن سعد (٢٨٥/٧) صـ (١٦٠) ، العبر (١٤٠/١) ، النجوم الزاهرة (٢٧٢/١) .

(٤) في (ن) « حيادة » ، في (م) ، (ع) « عبادة » وكلاهما خطأ . وهو جنادة بن أبي أمية الأزدى ... ومنهم من قال جنادة الأزدي ولم يقل ابن أبي أمية اختلف في صحبته . سكن الشام ومات بها سنة ٦٧ هـ . راجع الإصابة (٥٠٣/١) ، الاستيعاب (٢٤٩/١) ، شذرات الذهب (٨٨/١) الثقات (٤ - ١٠٣) ط : الهند .

(٥) في (ن) ، (م) [ابن عبيد] وهو خطأ . وهو عامر بن الجراح وقيل عبدالله بن عامر بن الجراح والصحيح أن اسمه عامر بن عبدالله بن الجراح بن هلال بن أهيب القرشي الفهري شهد بدرًا مع النبي ﷺ وما بعدها من المشاهد كلها وهو الذى انتزع من وجه رسول الله ﷺ حلقتى الدرع يوم أحد فسقطت ثنيتاه وكان لذلك أثره ، وهو أحد العشرة الذين شهد لهم رسول الله ﷺ بالجنة .

(٦) دابق . بكسر الباء وروى بفتحها قرية قرب حلب بينها وبين حلب أربعة فراسخ وبها قبر سليمان بن عبد الملك . راجع معجم البلدان لياقوت الحموي (٤١٦/٢) .

(٧) في جميع النسخ [سلمه] وهو خطأ . وهو حبيب بن مسلمة بن مالك بن وهب بن ثعلبه واثله بن عمرو بن شيبان بن محارب بن فهر بن مالك الفهري سكن الشام ، ومات بأرمينية وقيل بالشام سنة ٤٢ هـ وصلى عليه مروان بن الحاكم . راجع الثقات (٨١/٣) ، الاستيعاب (٣٢٠/١) ، وفيات الأعيان (١٨٦/٣) .

(٨) أخرج الطبراني في الكبير عن موسى بن يسار عن مكحول عن جنادة بن أبي أمية قال : نزلنا دابق وعلينا أبو عبيدة بن الجراح فبلغ حبيب بن مسلمة أن بنَّة صاحب قبرس خرج بطريق أذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وذهب وديباج في خيل . فقتله ، وجاء بما معه فأراد أبو عبيدة أن يخمسه فقال حبيب : لا تحرمني رزقا رزقنيه الله فإن رسول الله جعل السلب للقاتل ، فَقَالَ مُعَاذ : يَا حَبِيبُ إِنِّى سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يقولُ « إِنَّمَا لِلْمَرْءِ مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ » . انظر المعجم الكبير للطبراني (٢٠/٤) رقم ٣٥٣٣ ، مجمع الزوائد (٣٣١/٥) ، وقال الهيثمي فيه عمرو بن واقد وهو متروك وقد ناقش ابن حزم الاستدلال بهذا الحديث فقال « أما الأثر =

النبي ﷺ ولم يخالفه في ذلك أبو عبيدة ولا حبيب بن مسلمة (١) .

١٨٠٠٨ - ولأن النبي ﷺ إمام في الحقيقة ، إلا أنه يذكر (٢) الاسم الأعظم الأخص وهو النبوة واسم الإمام يحمل على من يسمى بذلك على الإطلاق .

١٨٠٠٩ - ولأنه أحيا مواتا بغير إذن الإمام ، فوجب أن لا يملكها به . أصله : الذمي (٣) إذا أحيا في دار الإسلام .

١٨٠١٠ - فإن قيل : المسلم (٤) آكد حكمًا في التمليك بدلالة أنه يملك العبد المسلم والكافر ، والذمي ممنوع من تملك المسلم ، ويمنع من نكاح المسلمة ، ويملك المسلم الصدقات المفروضة ، ولا يملكها الذمي ، ويملك المسلم السهم الكامل من الغنيمة والذمي [يرضخ] (٥) له .

١٨٠١١ - قلنا : الذمي أيضًا يملك (٦) مالا يملكه المسلم ، لأنه يملك [الخنزير والخمر] (٧) . ويتزوج المجوسية ، ويملك الصدقات إذا [دفعت إليه] (٨) باجتهاد (٩) ونقصان حقه في الغنيمة كنقصان حق المرأة ، ولا يدل ذلك على أنها غير مساوية

=فموضوع لأنه من طريق عمر بن واقد وهو متروك بالإجماع . ثم هو حجة عليهم ؛ لأنهم أول من خالفه ، فقد أباحوا الصيد لمن أخذه بغير إذن الإمام ... ولا يعارض بمثل هذا الأثر الكاذب حكم رسول الله ﷺ بالسلب للقاتل وبالأرض لمن أحياها . راجع المحلى (٢٣٤/٨) .

(١) بالنسخ [سلمة] وهو خطأ كما سبق في ترجمته .

(٢) في (ن) ، (م) ، (ع) : [لم يذكر] وهو خطأ والمراد أن النبي ﷺ إمام غير أنه ينادى بالنبي وهو الاسم الأخص ولا ينادى بالإمام .

(٣) يأتي حكم إحياء الذمي أرض الموات في المسألة التالية .

(٤) في (ن) : [السلم] وهو خطأ .

(٥) رضخ زيد شيئا أعطاه كارها . القاموس المحيط باب الخاء فصل الراء (٢٦٩/١) والمراد بالرضخ إعطاء من لا سهم لهم مقدارا من الغنيمة كالنساء والصبيان والذمي ممن شهد الوقعة . وقد اختلف أهل العلم في الإسهام للنساء والصبيان والعبيد والذميين إذا حضروا القتال مع المسلمين ، إلا أن الجمهور يرى عدم الإسهام لهؤلاء وأنهم يرضخ لهم رضخًا . وهو ما رجحه الإمام الشوكاني قال « والظاهر أنه لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد والذميين . وما ورد من الأحاديث مما فيه إشعار بأن النبي ﷺ أسهم لأحد من هؤلاء فينبغي حمله على الرضخ ، وهو العطية القليلة . راجع نيل الأوطار (٢٨١/٧) .

(٦) في (ن) : [يملك أيضا] .

(٧) في (ن) : [الخمر و الخنزير] .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ع) : [عليه] ولعلها [دفعت إليه] .

(٩) أي إذا دفعت إليه الزكاة على أنه مُسْلِم وذلك على رأى أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف فإنه لا يملكها ولا تسقط الزكاة عن مخرجها وتلزمه الإعادة عنده . راجع البدائع (٥٠/٢) .

للرجل في أسباب التملك .

١٨٠١٢ - فإن قيل : الذمي ليس من أهل دارنا بدلالة أنه لا يقيم فيها إلا بعوض فلذلك لا يملك [بالإحياء] (١) .

١٨٠١٣ - قلنا : هذا غير مسلم بل هو من أهل الدار ، ولهذا تجرى عليه أحكامنا وتقام عليه الحدود .

١٨٠١٤ - ولأنه سبب [لا يملك] (٢) به الميراث إذا كان فيه أثر العمارة فلم يملك به ما ليس عليه أثرها [بالتحيّز (٣) ، ولأن] (٤) كل عين جاز للإمام أن يقطعها لإنسان ويخصه بها وقف جواز [تصرفه] (٥) فيها على إذنه (٦) .

١٨٠١٥ - أصله : مال بيت المال ، وخمس الغنيمة وعكسه « الماء » (٧) والحطب والحشيش والصيد (٨) .

١٨٠١٦ - ولأنه مال / [ظاهر] (٩) وصل إلينا بزوال أهل الشرك عنه فلم يجز الانفراد به إلا بإذن الإمام كالأرض العامرة . ٠٣

---

(١) في (م) ، (ع) : [الإحياء] .

(٢) في (م) ، (ع) : [يملك] .

(٣) في (م) ، (ع) : [بالتمييز] .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلأن] .

(٥) في (ن) : [تعرفه] وهو خطأ .

(٦) يريد أن أرض الموات لما جاز للإمام أن يقطع منها من شاء من المسلمين فلا يجوز لأحد أن يتصرف فيها إلا بإذنه . قال الماوردي « (إقطاع السلطان يختص بما جاز فيه تصرفه ونفذت فيه أوامره لا يصح فيما تعين فيه مالكه وتميز مستحقه ، وهو ضربان . إقطاع تمليك وإقطاع استغلال . فأما إقطاع التمليك فتنقسم فيه الأرض المقطعة ثلاثة أقسام : موات ، وعامر ، ومعادن . فأما الموات فعلى ضربين أحدهما ما لم يزل مواتًا على قديم الدهر ، فلم تجر فيه عمارة ، ولا يثبت عليه مالك فهذا يحوز للسلطان أن يقطعه من يحييه ومن يعمره ، ويكون الإقطاع على مذهب أبي حنيفة شرطًا في جواز الإحياء ، لأنه يمنع من إحياء الموات إلا بإذن الإمام ، وعلى مذهب الشافعي أن الإقطاع يجعله أحق بإحيائه من غيره ، وإن لم يكن شرطا في جواز الإحياء ، لأنه يجوز إحياء الموات بغير إذن الإمام » . ويؤخذ من هذا النص جواز إقطاع الإمام أرض الموات لمن يحييها في المذهب الشافعي . ومثله في ذلك المذهب الحنفي أيضًا . راجع الأحكام السلطانية ﷺ - ١٦٤ ، بدائع الصنائع (١٩٤/٦) .

(٧) في (م) ، (ع) : [المال] وهو خطأ .

(٨) وإنما لم يقف جواز التصرف في هذه الأربعة على إذن الإمام لأنها توجد على أصل الإباحة ، والناس جميعًا شركاء فيها ، ولا فرق بين المسلم وغيره لقوله ﷺ : « النَّاسُ شُرَكَاء فِي ثَلَاثَةٍ الْمَاءِ وَالْكَلأِ وَالنَّارِ » ويأتي تخريجه .

(٩) في (ن) : [طاهر] وهو خطأ .

١٨٠١٧ - ولا يقال : لا نسلم أنها مال [١] ، لأن الإمام يجوز أن يقطعها ، ولو باعها جاز ، والبيع لا يجوز إلا في مال .

١٨٠١٨ - ولا يقال : لا نسلم أنها كانت في يد المشركين . لأن يد أهل المصر [ثابتة] [٢] على جميع المصر [العامر فيه] [٣] و [الغامر] [٤]

١٨٠١٩ - ولا يلزم الصيد والحشيش ؛ لأن ذلك ليس بمال ولا يجوز بيعه قبل الحيازه [٥]

١٨٠٢٠ - ولا يلزم [المعدن] [٦] والركاز [٧] « لأنه ليس بظاهر » [٨] .

١٨٠٢١ - فإن [قيل [٩]] المعنى في الأراضي المغنومة [١٠] أن قدر المستحق [مختلف] [١١] فيه فيوقف على [الإمام لأن] [١٢] الجيش لو كانوا كلهم [رَجَّالة] [١٣]

---

(١) ووجه عدم التسليم بماليتها أنها ميته لا نفع فيها والمال ينتفع به .

(٢) في (ن) : [نائبه] وهو خطأ . (٣) في (ن) : [العام فيه] وهو خطأ .

(٤) ساقطة من (ن) وفي (م) : [العام] وهو خطأ والغامر . الخراب أو الأرض كلها ما لم تستخرج حتى تصلح للزراعة . القاموس المحيط باب الراء فصل الغين (١٠٨/٢) .

(٥) في (ن) : [الحيازة] ، وفي غيرها : « انحيازه » .

(٦) المعدن . كمجلس منبت الجواهر من ذهب ونحوه لإقامة أهله فيه دائمًا أو الإنبات اللّٰه ﷻ إياه فيه . القاموس المحيط باب النون فصل العين (٢٤٨/٤) .

(٧) ركز الرمح يركزه ويركزه غرزه في الأرض .... والركاز هو ما ركزه اللّٰه تعالى من المعادن ، أي أحدثه كالركيزة ودفين أهل الجاهلية . القاموس المحيط باب الزاى فصل الراء (١٨٣/٢) . وجمهور الفقهاء يجعلون ما وجد في الأرض بأصل الخلقة من المعادن وما كان من دفين البشر ركازًا . والأحناف يجعلون ما وجد في الأرض بأصل الخلقه معدِنا ، وما كان من دفين البشر كنزا ، والركاز يطلق عليهما ويجعلون استعماله للمعدن حقيقة وللكنز مجازًا . راجع بدائع الصنائع (٦٥/٢) ، النظم المستعذب (٢١٩/١) ، بداية المجتهد (١٨٨/١) ولهم رواية توافق الأحناف في أن المعدن ركاز ، المغني (١٨/٢ ، ٢٤) .

(٨) في (ن) : [لأنه مال ليس بمال ظاهر] . (٩) ساقطة من (ص) ، (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) : [المضمومه] وفي (ن) : [المضمونه] وكلاهما خطأ .

(١١) في (ن) : [يختلف] . ووجه الاختلاف في القدر المستحق هو اختلاف الآثار الواردة في قدر السهام للفارس والفرس . ولذا اختلف الفقهاء في مقدار السهم المستحق لهم . فيرى الإمام أبو حنيفة أن للفارس وفرسه سهمين سهم للفارس وسهم للفرس . ويرى الجمهور أن للفرس سهمين وللفارس سهما واحدا . أما الراجل فلا خلاف بين الفقهاء على أنه يستحق سهمًا واحدًا .

(١٢) كذا بالنسخ ولعل صواب العبارة الإمام قلنا لا نسلم لأن .... » .

(١٣) الرجَّالة . جمع راجل والمراد من يقاتل على غير فرس .

لم يختلف في قدر استحقاقهم ومع ذلك يفتقر [تعيين] [١] حق كل واحد إلى إذن الإمام وفي مسألتنا وإن لم يختلف في قدر التملك ، فقد اختلف في نفس التمليك فأولى أن يقف ذلك على الإمام .

١٨٠٢٢ - احتجوا : بما روى سعيد [بن] [٢] زيد بن عمرو بن نفيل ﷺ[٣] عن النبي ﷺ [أنه قال] [٤] : مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ ، وَلَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ [٥] [٦] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بغير] وهو خطأ .

(٢) في (ن) : [و] وهو خطأ لأنه اسم واحد وهو : سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل بن عبد العزى العدوي . أحد العشرة المشهود لهم بالجنة . أسلم قبل دخول الرسول ﷺ دار الأرقم . وهاجر وشهد أحدًا والمشاهد بعدها ولم يشهد بدرًا لأنه لم يكن بالمدينة وضرب له النبي ﷺ بسهم في غنائمها وكان إسلام عمر عنده في بيته ؛ لأنه زوج أخته . توفى بالعقيق فحمل إلى المدينة سنة ٥٠ هـ وقيل إحدى وخمسين وقيل اثنتين وخمسين . راجع الإصابة (١٠٣/٣ - ١٠٤) ، التهذيب (٣٤/٤) ، التقريب (٢٩٦/١) ، الاستيعاب (٦١٤/٢) ، أسد الغابة (٣٨٧/٢) .

(٣) ساقطة من (ص) وفي (م) : [ﷺ] . (٤) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) .

(٥) من طريق سعيد أخرجه أبو داود - كتاب الخراج (٤٥٤/٣) والترمذي (٦٦٢/٣) وقال عنه حسن غريب . قال الشوكاني . حسّنه الترمذي وأعله بالإرسال فقال روى مرسلًا وقد اختلف في تعيين الصحابي الذي روى عنه ، راجع نيل الأوطار (٣٠٢/٥) وهذا الاختلاف لا يوهن الحديث ؛ لأنه روي موصولًا من طريق جابر فقد أخرجه البخاري من طريق جابر (١٣٩/٣) ، ابن حجر في الفتح (١٨/٥) وأحمد في مسنده (٣٣٨/٣) ، الترمذي أيضًا (٦٦٢/٣) وقال عنه حسن صحيح . وانظر موطأ الإمام مالك . باب عمارة الموات (٧٤٣/٢) ونصب الراية (١٧٠/٤) .

(٦) جاء في مختصر خلافيات البيهقى « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ أَذِنَ لَهُ الْإِمَامُ فِي إِحْيَائِهَا أَوْ لَمْ يَأْذَنْ . وقال أبو حنيفة لا يملكها إلا بإذن الإمام ودليلنا من طريق الخبر ما روى عن سعيد بن زيد عن النبي ﷺ قال : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ » . عن عروة قال : « أشهد أن رسول اللّه ﷺ قضى أن الأرض أرضُ اللّه والعباد عبادُه ومن أحيا مواتًا فهو أحق بها . وروى عن عائشة مرفوعًا وعند أبي داود عن أحمد بن حنبل بإسناده عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قَالَ : « مَنْ أَحاط عَلَى أَرضٍ فهِيَ لَهُ » وروى الشافعي عن مالك عن هشام . عن أبيه أن النبي ﷺ قال : « من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » . قال وأخبرنا مالك عن ابن شهاب عن سالم عن أبيه أن عمر ﷺ قال من أحيا أرضا ميتة فهي له ، وروى عن رجل من أصحاب النبي ﷺ قال : غزوت مع رسول اللّه ﷺ سبع غزوات أو ثلاث غزوات فسمعته يقول المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلأ والنار فالنبي ﷺ جعل الناس شركاء فيما لم يكن ملكًا لأحد ولم يشترط في الانتفاع بها إذن السلطان وكذلك إحياء الموات الذي ليس بملك لأحد يجوز دون إذن السلطان . وكذلك إحياء الموات الذي ليس بملك لأحد يجوز دون إذن السلطان راجع مختصر خلافيات البيهقي ورقة ٢٢٣ .

١٨٠٢٣ - الجواب : أن الإحياء في اللغة هو [١] العمارة ، وذلك مما لا يملك فيه باتفاق إلا بشرائط عندنا : إذن الإمام وانتفاء حق المستحق فيها ، وعندهم لابد من انتفاء الحقوق عنها [٢] . والاسم اللغوي لا يفيد ذلك [٣] فعلم أنه شرعي ، فلا يثبت إلا في الموضع الذي دل الشرع عليه .

١٨٠٢٤ - ولهذا قال أبو حنيفة لا يكون الإحياء إلا بإذن الإمام ، رواه أبو يوسف [٤] عنه [٥] فجعل الاسم شرعيًا [٦] . [ولأنا] [٧] أجمعنا على أن المراد بالخبر من أحيا أرضا لا حق [لغيره] [٨] فيها ، ولو صرح بهذا في الخبر [لم] [٩] نسلم لمخالفنا [وجود] [١٠] ذلك في أراضى دار الإسلام ، [١١] لأن حق جماعة المسلمين متعلق بها كما يتعلق بمال بيت المال .

١٨٠٢٥ - ولأن النبي ﷺ بين الشرع ، ويتصرف بالولاية [بالأول] [١٢] ، كقوله « من بدل دينه فاقتلوه » [١٣] ، ....

---

(١) في (ع) : [هي] وهو خطأ

(٢) انتفاء حق الغير شرط في الإحياء باتفاق خلافا لإذن الإمام الذي هو موضوع المسألة .

(٣) يقصد أن الاسم اللغوي للإحياء لا يشترط فيه خلو الأرض المحياة من حقوق الغير ولا إذن الإمام بل بمجرد حصول أسباب الصلاح للأرض تكون محياة في اللغة حتى لو لم يأذن الإمام أو تعلق بها حق الغير .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) من (ن) وساقطة من غيرها . راجع الرواية في المصادر المذكورة في صدر المسألة .

(٦) يقصد أن المراد بالإحياء الوارد في الحديث هو الإحياء بمعناه الأخص الذي تراعى فيه الشروط الشرعية . فيكون المراد عمارة الأرض الموات التي لا يتعلق بها حق الغير بإذن الإمام .

(٧) في (ن) : [ولانا إذا] .

(٨) في (ن) : [لا حد فيها] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لا] .

(١٠) من (ن) وفي غيرها [يجوز] .

(١١) العبارة كذا بالنسخ ولعل صوابها « ولأنا أجمعنا على أن المراد بالخبر من أحيا أرضًا لا حق لغيره فيها - ولم يصرح - بهذا في الخبر ، ولو صرح بهذا في الخبر لا نسلم لمخالفنا وجود ذلك في أراضى دار الإسلام .

(١٢) كذا بالنسخ ولعلها [فالأول] .

(١٣) للحديث روايات مختصرة ومطولة اتفقت جميعها على حكم المرتد والحديث يروى من طريق عكرمة عن ابن عباس . ومن هذا الطريق أخرجه البخاري - باب لا يعذب بعذاب الله (٧٥/٤) ، باب حكم المرتد (١٨/٩) ، وأبو داود كتاب الحدود باب الحكم فيمن ارتد (٥٢٠/٣) رقم ٤٣٥١ ، والنسائي (١٠٣/٧) رقم ٤٠٥٩ ، الدارقطني (١٠٨/٣) رقم ٩٠ . ويروى من طريق معاذ - وقد أخرجه من هذا الطريق أحمد في المسند (٢٣١/٥) ، والبيهقي باب قتل المرتد عن دين الإسلام (١٩٥/٨ ، ٢٠٢ ، ٢٠٥) ٧١/٩ وانظر الحديث في مصنف ابن أبي شيبه (٢٦٢/١٢) ، (٢٧٠/١٤) والمعجم الكبير للطبراني (٣٣٠/١٠) رقم ١٠٦٣٨ .

ومن اشترى طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه [١] . ومن باع عبدا فماله للبائع [٢]

١٨٠٢٦ - والثاني [٣] : كقوله « من دخل دار أبي سفيان [٤] فهو آمن ، ومن تعلق بأستار الكعبة فهو آمن ، ومن ألقى سلاحه فهو آمن » [٥] وقوله ﷺ : « من أحيا أرضا ميتة فهي له » يحتمل أن يكون بيانًا لحكم ، فيتناول ذلك جميع الناس إلى قيام الساعة ، ويحتمل أن يكون شرطًا من حيث التصرف للمسلمين ، والولاية عليهم ، فيختص بمن خاطبه ، ومن توجه الكلام إليه ولا يعتبر عمومه فلم يجز حمله على العموم .

١٨٠٢٧ - ولهذا قلنا : في قول ﷺ « من قتل قتيلاً فله سلبه » [٦] أنه شرط بحق

---

(١) الحديث يروى من طريق ابن عباس وابن عمر بألفاظ متقاربة . راجع ، صحيح البخاري - باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك (٣/٩٠) ، ومسلم باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (٣/١١٦٠) رقم ١٥٢٥ ، (٣/١٦١) ، سنن أبي داود - كتاب البيوع والإجارات (٣/٧٦٣) رقم ٣٤٩٧ النسائي كتاب البيوع بيع الطعام قبل أن يستوفى (٧/٢٨٦) رقم ٤٦٠٠ . وانظر كشف الأستار عن زوائد البزار باب من باع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه (٢/٨٥) .

(٢) حديث صحيح أخرجه البخاري - باب الرجل يكون له ممر أو شِرْب فللبائع . عن سالم بن عبد الله عن أبيه رضي الله عنهما قال سمعت رسول الله ﷺ يقول من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، ومن ابتاع عبدا وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع . صحيح البخاري (٣/١٥١) ، ومسلم في صحيحه - باب من باع نخلاً عليها ثمر (٣/١١٧٣) رقم ١٥٤٣ ، وأبو داود كتاب البيوع والإجارات باب في العبد يباع وله مال (٣/٧١٣) ، النسائي باب العبد يباع ويستثنى المشتري ماله (٧/٢٩٧) رقم ٤٦٣٦ . والترمذي باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال (٣/٥٤٦) رقم ١٢٤٤ ، ابن ماجه ، في التجارات ، باب ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبرًا أو عبدًا له مال (٢/٧٤٦) رقم ٢٢١١ .

(٣) أي من أمثلة تصرفه عن طريق الولاية .

(٤) أبو سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف الأموي القرشي والد معاوية ويزيد .. أسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله ﷺ حنينًا وأعطاه من غنائمها مائة بعير ، وأربعين أوقية ، أتى به العباس يوم الفتح وأردفه خلفه وسأله أن يؤمنه فلما رآه رسول الله ﷺ قال : ويحك يا أبا سفيان أما آن لك أن تعلم أنى رسول الله فقال بأبي أنت وأمي ما أوصلك وأحلمك وأكرمك أما هذه ففي النفس منها شيء فقال له العباس ويلك اشهد شهادة الحق قبل أن تضرب عنقك فشهد وأسلم ، ثم سأل العباس رسول الله أن يؤمن من دخل داره توفى سنة ٣٣هـ وقيل غير ذلك . راجع . الاستيعاب (٤/١٦٨٠) ، الإصابة (٣/٤١٢) ، تقريب التهذيب (١/٣٦٥) .

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه من حديث العباس بن عبد المطلب - باب فتح مكة (٣/١٢٨٠) رقم ٣٢ ، ومن حديث أبي هريرة أخرجه أحمد في مسنده بلفظ مقارب (٢/٢٩٢ ، ٥٣٨) ، والبيهقى في السنن ، باب بيع دور مكة وكرائها وجريان الإرث فيها (٦/٣٤) ، والدارقطني (٣/٦٠) رقم ٢٣٢ .

(٦) أخرجه البخاري - كتاب الخمس (٤/١٢) ، ومسلم باب استحقاق القاتل سلب القتيل (٣/١٣٧١) رقم ١٧٥١ ولهما زيادة له عليه بينه بعد قوله من قتل قتيلاً . وأخرجه أحمد بلفظ مقارب (٢/٢٩٥) =

الولاية والمصلحة ، وليس لبيان الشرط .

١٨٠٢٨ - قالوا : روى أن ﷺ قال : « موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني » [١] .

١٨٠٢٩ - قال أهل اللغة : بفتح الميم [٢] .

١٨٠٣٠ - قالوا : « وقولنا هذا يدل على أنها لجماعة المسلمين . وكذلك نقول » [٣] فلا يجوز الانفراد بعمارتها إلا بإذن من يملك التصرف على جماعتهم وهو الإمام .

١٨٠٣١ - قالوا : روى أسمر بن مضرس [٤] قال : أتيت النبي ﷺ فبايعته فقال : « من سبق إلى ما لا يسبقه إليه مسلم له فهو له فخرج الناس يتعادون و [٥] يتخاطون » [٦]

١٨٠٣٢ - قلنا : الجواب عن هذا الشرط كالجواب عن الخبر الأول

١٨٠٣٣ - قالوا : عين [٧] مباحة فلا يفتقر تملكها إلى إذن الإمام كالحشيش والصيد والماء [٨] .

= وأبو داود (١٦١/٣) ولأبي داود برواية كافرًا « بدل « قتيلًا » (١٦٢/٣) . والدارمي - باب من قتل قتيلًا فله سلبه - بلفظ « كافرًا » (٢٢٩/٢) ومالك في الموطأ باب ما جاء في السلب وله زيادة « إلا يوم حنين (٤٥٥/٢) . » وانظر مصنف ابن أبي شيبة (٣٧٢/١٢) رقم ١٤٠٣٦ ، (٥٢٤/١٤) رقم ١٨٨٣٤ .

(١) راجع السنن الكبرى للبيهقي - باب لا يترك ذمي يحييه لأن رسول الله ﷺ جعلها لمن أحياها (١٤٣/٦) وانظر تلخيص الحبير (٦٢/٣) .

(٢) يقصد بذلك أنها من المن ومن عليه منا أنعم واصطنع عنده صنيعه . راجع القاموس المحيط باب النون فصل الميم (٣٧٤/٤) وانظر نص النكت الآتي .

(٣) العبارة كذا بالنسخ ولعل صوابها قالوا « هذا يدل على أنها لجماعة المسلمين قلنا وكذلك نقول » .

(٤) في جميع النسخ إسماعيل بن مضرس وهو خطأ وما أثبتناه من كتب التراجم . وهو أسمر بن مضرس الطائي - ويقال هو أخو عروة بن مضرس روت عنه ابنته عقيلة وأسمر هذا أعرابي ، ولم يرو عن رسول الله غير هذا الحديث راجع الاستيعاب (١٤٣/١) ، التهذيب (٣٣٨/١) ، التقريب (٧٥/١) .

(٥) ساقط من ن .

(٦) أخرجه أبو داود أسمر بن مضرس عن النبي ﷺ راجع السنن له (٤٥٣/٣) رقم ٣٠٧١ ، البيهقي - باب القاضي يقدم الناس الأول فالأول (١٣٩/٦) ، الطبراني في الكبير (٢٨٠/١) . قال المنذري هذا الحديث غريب ، وقال البغوي فيه ثلاث مجهولات ، وقال لا أعلم بهذا الإسناد حديثا غير هذا راجع شرح السنة (٢٨١/٣) ، تلخيص الحبير (٦٣/٣) ومعنى يتعادون أي يسرعون ويتخاطون أي يحاول كل واحد منهم أن يسبق الآخر إلى تخطيط ما يريد أن يضع يده عليه ويضع عليه علامة تبين ذلك . « وهو مايسمى بالتحجير» راجع سنن أبي داود في الموضع المذكور .

(٧) ساقط من (ع) وفي (ن) ، (م) : [غير] وهو خطأ .

(٨) راجع المهذب (٥٥٣/١) ، مغني المحتاج (٣١٦/٢) ويأتي في نص النكت .

١٨٠٣٤ – قلنا : لا نسلم أن الموات مباح بل حق جميع المسلمين يتعلق به ، وإن لم يتعين ملك أحد فيه كمال بيت المال والغنيمة قبل القسمة .

١٨٠٣٥ – قالوا : معنى [(١)] قولنا مباح : أنه لم يجر عليه ملك ، ولا سبب ملك ولا يضمن متلفه .

١٨٠٣٦ – قلنا : هذا غير مسلم ، لأنه قد جرى عليه سبب ملك وهو الغلبة وإتلافه لا يتصور ، فإن فعل فاعل فيه ما يزيد في خرابه وتقل معه عمارته ضمن الإمام عنه .

١٨٠٣٧ – والمعنى فيه ما ذكروه أن الإمام لا يملك أن يفرد بالموات واحدا من الناس فلم يقف تملكه على إذنه [(٢)] . ولما لم يملك [أن يفرد بالموات واحدًا] [(٣)] دون غيره وقف الانفراد به على إذنه كمال بيت المال ، ولآن الحشيش لا يتعلق بتملكه حق يتولاه الإمام ، ولا يد له عليه فلم يقف تملكه على إذنه ، وتملك الموات يتعلق به [إما] [(٤)] عشر [(٥)] أو خراج [(٦)] . وذلك مما يتولاه الإمام ، فوقف على إذنه ، ليأذن لمن يتق في حق المسلمين ، ونعكس العلة فنقول . عين مباحة فاستوى في تملكها المسلم والذمي [(٧)] والوصف مؤثر ، لأن قولنا : عين مباحة يحترز به عن الخمر والخنزير [(٨)]

١٨٠٣٨ – قالوا : الإحياء جهة للتملك فلا يفتقر إلى إذن الإمام أصله البيع والهبة [(٩)] .

---

(١) ساقط من (ن) .

(٢) لأن الحشيش والصيد والماء يوجد على أصل الإباحة والناس جميعًا سواء في تملكها ولا يتعلق بها حق لأحد .

(٣) في (ن) : [أن ينفرد بالموات واحد] . (٤) في (ع) : [إثبات] .

(٥) عشر يعشر أخذ واحدا من عشرة . القاموس المحيط باب الراء فصل العين (٩٢/٢) .

(٦) الخرج والخراج الإتاوة . القاموس المحيط باب الجيم فصل الخاء (١٩١/١) . والمراد بالعشر هو زكاة الخارج من الأرض الذي يقصد بزراعته نماء الأرض والغلة . وهو لا يجب إلا على المسلم لأنه زكاة . راجع حاشية ابن عابدين (٣٢٥/٢) والخراج ما يخرج من غلة الأرض والأراضي على قسمين عشرية وخراجية ، وكل واحد منهما له أنواع ، فمن أنواع العشرية : أرض العرب وكل أرض أسلم أهلها عليها طوعا وكل ما اتخذه المسلم من بستان أو إحياء من أرض الموات والأراضي التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين وأهم أنواع الأرض الخراجية . سواد العراق كلها وكل أرض فتحت عنوة وتركت على أيدي أربابها وكذلك ما اتخذه الذمي من بستان أو إحياء « راجع الخراج لأبي يوسف ص ٢٥ – ٧٥ ط السلفية » . ومن خلال ما سبق أن العشرية هي الأرض التي أحياها مسلم والخراج يتعلق بما أحياه الذمي .

(٧) أي في الحشيش والصيد والماء . (٨) فإنهما مباحان فلا يملكهما المسلم .

(٩) ذكره الشيرازي مع غيره من أدلة المسالة في معرض استدلاله للشافعية ومناقشة الأحناف حيث قال « يجوز إحياء الموات بغير إذن الإمام . وقد قال أبو حنيفة لا يجوز . لنا ما روى سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال : « من =

١٨٠٣٩ - قلنا : يبطل [بما] [١] يوجد من مال بيت المال .

١٨٠٤٠ - فإن قالوا : إن ذلك مملوك فإنما يعنى [الإمام] [٢] الملك فيه

١٨٠٤١ - قلنا : وكذلك نقول في الموات [فيه] [٣] حق للجماعة كما لهم في بيت المال والإمام يعين ذلك الحق بالإذن .

١٨٠٤٢ - ولأن البيع والهبة لا يتحدد بالتملك بهما حق اللّه تعالى في المملوك .

١٨٠٤٣ - ولا يتميز حق الواحد عن غيره فلم يقف على الإمام ، والإحياء يتحدد بالتملك به حق اللّه تعالى [٤] متعلق بالمملوك ، وذلك الحق يختلف باختلاف المالكين ، فمنهم من يتوقى به الحق ومنهم من يُزْريه ، فوقف على إذن الإمام ليتخير الأصلح للمسلمين . أو نقول إن البيع والهبة يقفان على إذن من له حق في المعقود عليه فلا يقع [الملك] [٥] دون إذنه ، وكذلك التملك بالإحياء يقف على الإمام الذي يملك التصرف في الحق المتعلق بالمملوك وهو الخراج [أو] [٦] العشر .

١٨٠٤٤ - قالوا : أجزاء الأرض متساوية لا ميزة لبعضها على بعض ، ولا خلاف أن

= أحيا أرضا ميتة فهي له » ولأنه له مباح فلا يفتقر إلى إذن الإمام كالصيد . والدليل على الوصف أنه يجوز أخذ أجزائه ، ولو لم يكن مباحًا لم يجز . ولأنه سبب من أسباب التملك فلا يفتقر إلى إذن الإمام كالبيع والهبة والاصطياد . ولا يلزم عليه أخذ مال بيت المال لأن الأخذ ليس سببا لتمليكه ، بل هو مملوك قبل الأخذ ، وإنما الأخذ تعيين لما يملكه ، وإن سلم أنه سبب فلا يفتقر الآخذ إلى الإذن وإنما يفتقر إلى الدفع ، كالإيجاب لقبول البيع لا يفتقر إلى الإذن فيه . احتجوا بقوله ﷺ : « ليس لكم إلا ما طابت به نفس إمامكم . « قلنا : الرسول ﷺ إمام الخلق ولهذا يقال فيه إمام المتقين ، وقد طابت به نفسه فيما رويناه ، ثم هو عام فنخصه . قالوا للإذن فيه مدخل ، ولهذا إذا أقطع رجلًا أرضًا كان أحق بإحيائها ، ولو حجر رجل أرضا فإن للإمام أن يطالبه بإتمام العمارة أو التخلية بينه وبينها فافتقر تملكه إلى إذنه ، كالحمى ومال بيت المال . قلنا ينكسر بالكلأ فإن له أن يحمى ما يرى ثم لا يفتقر إلى إذنه ، والغنيمة مملوكة لأهلها ، وإنما يفتقر إلى الدفع . ثم الغنيمة تفتقر إلى الإذن في قدر ما يعطى الفارس والراجل وأهل الرضخ ، ومعرفة قدر حاجات أهل الخمس ومال بيت المال للمصالح ، فوقف ذلك على رأي الإمام ، والموات بخلافه . يدل عليه أنه لا يجوز في مال بيت المال أن يبيح ما شاء لمن شاء ويجوز ذلك في الموات . راجع النكت ورقة ١٧٩ ، ١٨٠ .

(١) في (م) ، (ع) : [بمن] .
(٢) كذا بالنسخ ولعل صوابها [للإمام] .

(٣) في (م) (ع) : [لو فيه] وفي غيرهما : « أو فيه » .

(٤) لعله من الأفضل إضافة كلمة [فهو] .
(٥) في (ن) : [بالملك] .

(٦) في (ن) : [و] وهو خطأ لأن العشر والخراج لا يجتمعان عند الأحناف . راجع رؤوس المسائل للزمخشري ص ٢١٤ .

بعض أجزاء الموات [يصح [١]] تملكه بغير إذن الإمام ، وهو إذا أخذ ترابا من الموات ليطين به داره . [وكذلك] [٢] جاز تملك باقي الأرض بغير إذن الإمام . ألا ترى أن الحطب لما تساوت أجزاؤه وجاز تملك [بعضه] [٣] بغير إذن الإمام جاز تملك جميعه .

١٨٠٤٥ - قلنا : يبطل بالغنيمة فإن مقدار العلف منها وما يحتاج إليه من الطعام يجوز تملكه بغير إذن الإمام . ولا يجوز تملك بقية أجزاء الغنيمة بغير إذنه . وكذلك يجوز أن يسرج الإنسان من نار غيره بغير إذنه وذلك تناول جزء منها ، ولو أراد أخذ جميعها بغير إذنه لم يجز .

١٨٠٤٦ - ولأن التراب عندنا لا يجوز أخذه من الموات إلا بإذن الإمام ، لأن أخذه تارة يضر بالأراضي [٤] وتارة يصلحها [٥] فوقف ذلك على إذنه كما وُقِف تملكها على إذنه .

* * *

(١) ساقطة من (ن) .
(٢) في (ن) : [ولذلك]
(٣) في (ن) : [بعد] وهو خطأ .
(٤) وهو ما يطلق عليه التجريف .
(٥) كأن تكون الأرض بها ارتفاع وانخفاض فيأخذ الجزء المرتفع فتسوى الأرض فهذا إصلاحها .

مسألة ٩٠٤

إحياء الذمي لأرض الموات

١٨٠٤٧ - قال أصحابنا : إذا أحيا الذمي أرضا بإذن الإمام ملكها (١)

١٨٠٤٨ - وليس للشافعي في ذلك نص ، إلا أنه قال من أحيا مواتا من المسلمين فهو له (٢) . فدل كلامه أنه لا يجوز للذمي .

١٨٠٤٩ - وقال أصحابه وليس للإمام أن يأذن للذمي في الإحياء وإن أذن له [فأحيا] (٣) لم يملك (٤) .

١٨٠٥٠ - لنا : حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « البلاد [بلاد الله (٥)] والعباد عباد الله فمن أحيا من الموات أرضا فهي له (٦) ولأن كل سبب يملك به المسلم أرضًا جاز أن يملك به الذمي أرضًا في دار الإسلام .

١٨٠٥١ - أصله : الميراث والشفعة (٧) وعكسه [التحجر] (٨) .

---

(١) بقول الأحناف قال الحنابلة . أما المالكية فإنهم يجوزون إحياء الذمي إلا أنهم اختلفوا فيما يحييه رواية عندهم أنه يحيى القريب من العامر والبعيد كالمسلم وفي رواية أخرى أنه لا يحيي إلا البعيد فقط وهو الراجح عندهم . راجع اللباب (٢٢٠/٢) ، البدائع (١٩٥/٦) ، مواهب الجليل (١٠/٦) ، ١١ ، الشرح الصغير (٣٣٥/٣) ، حاشية الشرقاوي على الشرح الكبير (٦٩/٤) ، والمغني (٥٦٦/٥) .

(٢) راجع الأم (٢٦٨/٣) .

(٣) في (ن) : [فإحياؤه] .

(٤) بقول أصحاب الشافعي قال ابن حزم الظاهري راجع المهذب (٥٥٤/١) ، نهاية المحتاج (٣٣٢/٥) ، المحلى (٢٤٣/٨) .

(٥) ساقطة من (ن) .

(٦) الحديث أخرجه البيهقي في سننه بلفظ : من أحيا أرضا ميتة فهي له بعطيه رسول الله ﷺ دون السلطان (١٤٢/٦) ، والدارقطني (٢١٧/٤) انظره في نصب الراية (١٧١/٤) .

(٧) ملك الذمي في دار الإسلام عن طريق الميراث لا يكون إلا من ذمي مثله ؛ إذ لا تورث بين مسلم وذمي طبقًا للإجماع . أما الشفعة فإنها تثبت أيضًا بين الذمي والذمي بالإجماع كذلك أما بين الذمي والمسلم فالجمهور يرون ثبوتها أيضًا ، ومنعها البعض . قال ابن المنذر « واختلفوا في الشفعة للذمي فأثبتت طائفة له الشفعة روي ذلك عن شريح وبه قال عمر ابن عبد العزيز وإياس بن معاوية والنخامي وحماد بن سليمان ومالك وفي قول آخر أنه لا شفعة له . روى ذلك عن الحسن البصري والشعبي . وبه قال أحمد لأنه ليس له حرمة . راجع الأشراف (٤٨/١ ، ٤٩) ، البدائع (١٦/٥) ، المغني لابن قدامه (٣٨٧/٥) .

(٨) في (ن) ، (م) ، (ع) : [الحجر] وهو خطأ . لأن المراد وما لا يملك به المسلم لا يملك به الذمي =

١٨٠٥٢ - ولا يلزم دفع الزكاة ؛ لأن الدفع على وجه الصدقة يملك به ما سوى الزكاة إذا دفعت إليه باجتهاد [(١)] ، وإذا رأى الإمام صرف الزكاة على مذهب ابن شبرمة [(٢)] .

١٨٠٥٣ - فإن قيل : التملك بالشراء والصداقة [(٣)] ليس فيه ضرر على المسلمين والتملك بالإحياء فيه ضرر ؛ لأن الدار تضيق بهم .

١٨٠٥٤ - قلنا : [إثبات] [(٤)] التملك يجوز أن يثبت لأهل الذمة وإن [أضر] [(٥)] بالمسلمين ، بدلالة الشفعة ثبت للذمي الأخذ بها ، وإن أضرَّ ذلك بالمشتري المسلم .

١٨٠٥٥ - ولأن إحياء الذمي أنفع من إحياء المسلم ، لأن الخراج يتعلق بالأرض ، وهذا أنفع من العشر المتعلق بإحياء المسلم .

= كالتحجير والمراد بالتحجير هو ما يجعله من يريد إحياء الأرض حولها من جمع التراب أو الأحجار أو إحاطتها بحائط أو أسلاك ونحوه ، وهذا لا يفيد التمليك وإن كان المحتجر أحق بإحيائها من غيره ، فإن لم يعمرها مدة ثلاث سنين جاز للإمام دفعها لغيره ليحييها حتى لا تتعطل عن الانتفاع . راجع المغني لابن قدامة (٥٦٩/٥) .

(١) لا خلاف بين العلماء في أن الذمي لا يملك الزكاة إذا دفعت إليه ما لم يكن من العاملين عليها ، أما إذا دفعت إليه الصدقة ، ولم تكن زكاة ، بأن كانت كفارة مثلًا ، فإنه يملكها عند أبي حنيفة ومحمد . قال في البدائع : « ومنها - أي من شروط دفع الزكاة - أن يكون مسلمًا فلا يجوز صرف الزكاة إلى الكافر بلا خلاف ، لحديث معاذ ﷺ خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم » . وأما ما سوى الزكاة من صدقة الفطر والكفارات والنذور فلا شك أن صرفها إلى فقراء المسلمين أفضل ، لأن الصرف إليهم يقع إعانة لهم على الطاعة . وهل يجوز صرفها إلى أهل الذمة ؟ قال أبو حنيفة ومحمد يجوز ، وقال أبو يوسف لا يجوز . وهو قول زفر والشافعي راجع البدائع (٤٩/٢) وكما هو واضح من النص فإن غير الزكاة إذا دفعت إلى الذمي صح وتملكها عند الإمام أبي حنيفة ومحمد بل إنهما يريان إن دفعت الزكاة إلى الذمي بطريق الاجتهاد على أنه مسلم فتبين غير ذلك فإنها تجزئ عن مخرجها ، وتسقط عنه ولا تلزمه الإعادة ، خلافا لأبي يوسف والشافعي . راجع البدائع (٥٠/٢) ، المهذب (٢٣٦/١) ، المغني (٦٥٣/٢ ، ٦٥٤) .

(٢) عبد اللّٰه بن شبرمة بن حسان بن المنذر بن ضرار بن عمرو بن مالك أبو شبرمة الكوفي وقيل في نسبه غير ذلك القاضي الفقيه روى عن أنس وأبي الطفيل وعبد اللّٰه بن شداد وإبراهيم النخعي وعامر الشعبي وطلحة وغيرهم ، وروى عنه ابنه عبد الملك وسعيد ومحمد بن طلحة وغيرهم توفي سنة ١١٤ هـ . راجع تهذيب التهذيب (٢٥٠/٥) - ٢٥١ ، شذرات الذهب (١٥١/١) .

(٣) في (ن) : [الهبة] وهو خطأ لأن المقصد تملك الذمي الصدقة التي تخرج في الكفارات ونحوها أو الزكاة إن دفعت إليه اجتهادا عند أبي حنيفة ومحمد .

(٤) « إثبات » بدل من « إمساك » الواردة في النسخ ، وهي أقرب للمعنى المقصود .

(٥) في (ن) : [أضرت] .

١٨٠٥٦ - فإن قيل : التملك بالإحياء يفارق التملك بالشراء [والهبة] [١] بالإجماع ؛ لأن عندنا شرط فيه الإسلام وعندكم شرط فيه إذن الإمام .

١٨٠٥٧ - قلنا : أسباب التملك قد تختلف شروطها ، بدلالة أن شرط النكاح مفارق لشرط البيع ، وشروطهما يفارق شرط الهبة ، ولم يكن اختلاف شروطهما مانع للذمي من التملك بجميعها ؛ لأن كل من ملك بالميراث ملك بالإحياء ثم يصير ذميًّا بوضع الخراج عليه .

١٨٠٥٨ - ولأنه أحيا مواتا بإذن الإمام ، فوجب أن يملكها كالمسلم ، ولأنه يملك البناء فجاز أن يملك بالإحياء في دارنا كالمسلم ، فإن يل المعنى في المسلم أنه من أهل الدار والذمي ليس من أهلها . ولهذا لا يمكن [المقام] [٢] فيها إلا بعوض .

١٨٠٥٩ - قلنا : الذمي من أهل دارنا بدلالة جريان أحكامنا عليه ، والعوض لإسقاط القتل ، على أن الذمية [٣] . يجوز أن تقيم في دارنا بغير / عوض ولا يجوز لها الإحياء عندهم . ٢٠٤/أ

١٨٠٦٠ - [قالوا] [٤] : الذمي يفارق [٥] المسلم في التملك ، بدلالة [أنه] [٦] لا يملك بضع [المسلمة] [٧] ولا يملك من الغنيمة السهم ويملكه المسلم [٨] .

١٨٠٦١ - قلنا : المسلم والذمي يتساويان في تملك الأبضاع ، وينفرد المسلم بجواز

---

(١) قال الشيرازي « لا يملك الكافر بالإحياء في دار الإسلام . وقال أبو حنيفة يملك . لنا ما روى أن النبي ﷺ قال موتان الأرض لله ولرسوله ، ثم هي لكم مني . فجمع الموات كله وجعله للمسلمين فلا يبقى ما يكون للكفار . ولأنه امتن بذلك ، والكافر لا يعتقد المنة في عطيته ، ولأنه كافر فلا يملك بالإحياء في دار الإسلام كالحربي . قالوا : جهة من جهات التملك ، فاستوى المسلم والكافر كالبيع والهبة والاصطياد . قلنا : فيما قستم عليه يستوي المسلم والحربي وفي الإحياء لا يستويان ، ولآن في الاصطياد لا يدخل الضرر على المسلم لأنه يستخلف ، وفي البيع والهبة يملك برضاه ، وفي الإحياء يتملك بغير رضاه ، ويدخل الضرر عليه في التضييق ، فمنع منه . قالوا يملك بالنكاح فيملك بالإحياء كالمسلم . قلنا : الذمي لا يملك المنكوحة المسلمة ولا يملك بالنكاح ويملك المال المزكى ولا يملك بالزكاة ، ثم المسلم من أهل الدار ، ولهذا تضاف إليه الدار وَيَقِرُّ فيها بغير عوض ، والذمي ليس من أهل الدار ولهذا لا يقر فيها بغير عوض ، فلم يملك حقوق الدار كالمستأجر لا يملك شفعة الدار . راجع النكت ورقة ١٨٠ .

(٢) في (م) ، (ع) : [القيام] .

(٣) قال الماوردي « ولا تجب الجزية إلا على الرجال الأحرار العقلاء ولا تجب على امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا عبد ، لأنهم أتباع وذراري ، ولو تفردت منهم امرأة على أن تكون تبعا لزوج لم تؤخذ منها جزية ، لأنها تبع لرجال قومها ، وإن كانوا أجانب منها . راجع الأحكام السلطانية ص ١٢٥ ، المهذب (٣٢٣/٢) .

(٤) ليست بالنسخ وبها يستقيم الكلام .

(٥) في (ن) : [مفارق] .

(٦) من (ن) : وساقطة من غيرها .

(٧) في (م) ، (ع) : [المسألة] وهو خطأ .

(٨) راجع نص النكت السابق .

نكاح المجوسية .

١٨٠٦٢ - فأما الغنيمة فاستحقاقها يتعلق بحضور الوقعة ، والمسلم يملك الحضور بنفسه ، والذمي لا يملك إلا بإذن غيره [(١)] ، فصار [كنساء] [(٢)] المسلمين . وعندهم لما لم يجز لهم حضور القتال إلا بإذن الغير لم يستحقوا السهم مع وجود الإسلام .

١٨٠٦٣ - احتجوا : بقوله ﷺ موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني [(٣)]

١٨٠٦٤ - قالوا : وهذا خطاب للمسلمين ، بدلالة أنه خرج على وجه الامتنان ، وإنما المنة على المسلم الذي يعتقد المنة ، دون الكافر الذي لا يعتقد ذلك [(٤)]

١٨٠٦٥ - الجواب : أن هذا الخطاب يحتمل أن يكون لأهل الذمة ، ويحتمل أن يكون كالخطاب بالشرائع الذي لا يختص [المسلمين] [(٥)] كقوله ﴿ وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ [(٦)] وقوله : ﴿ وَسَارِعُوٓا۟ إِلَىٰ مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ [(٧)] وإذا احتمل ذلك وجب التوقف فيه . فأما الامتنان فإنه يتناول المسلمين والكفار ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِىٓ ءَادَمَ ﴾ [(٨)] وقوله : ﴿ أَلَمْ نَجْعَل لَّهُۥ عَيْنَيْنِ ۝ وَلِسَانًا وَشَفَتَيْنِ ﴾ [(٩)]

١٨٠٦٦ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « لا تبدؤهم بالسلام واضطروهم إلى أضيق [(١٠)] الطريق [(١١)] » ، وفي جواز الإحياء توسعة عليهم .

١٨٠٦٧ - قلنا : قد ساووا المسلمين في أخذ الصيد والحشيش مع الأمر بالتضييق عليهم كذلك في الإحياء .

---

(١) الذمي لا يملك سهما من الغنيمة حتى وإن أذن له . قال الماوردي : « وأهل الذمة يرضخ لهم من الغنيمة بحسب عنائهم ولا يبلغ برضخ أحدهم سهم فارس ولا راجل » الأحكام السلطانية ص (١٢٢) وقال في المهذب « والمشرك إذا حضر بالإذن لم يسهم له » . راجع المهذب (٣١٤/٢) .

(٢) في (ن) ، (م) (ع) : [كسائر] وهو خطأ .

(٣) سبق تخريج الحديث .

(٤) راجع نص النكت السابق .

(٥) كذا بالنسخ ولعلها [بالمسلمين] .

(٦) سورة البقرة : الآية ٤٣ وتمامها ﴿ وَٱرْكَعُوا۟ مَعَ ٱلرَّٰكِعِينَ ﴾ .

(٧) سورة آل عمران : الآية ١٣٣ .

(٨) سورة الإسراء : الآية ٧ .

(٩) سورة البلد الآيتان ٨ ، ٩ .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ضيق] .

(١١) الحديث أخرجه أحمد في مسنده « عن أبي هريرة براويات عدة فله رواية » لا تبدؤهم بالسلام واضطروهم إلى ضيقه « (٣٤٦/٢) ، إذا لقيتم اليهود في الطريق فاضطروهم إلى أضيقها ولا تبدؤهم بالسلام» (٢٤٤/٢) ، وله رواية فيها أهل الكتاب بدل اليهود (٢٤٩/٢) .

١٨٠٦٨ - ولأن جواز الإحياء حق للمسلمين لأن دار الإسلام تَعْمُرُ ، ويكثرُ الخراج ، فصار في إحيائهم منفعة وتوسعة على المسلمين .

١٨٠٦٩ - قالوا : كافر أحيا مواتًا في دار الإسلام فلم يملكه ، كما لو كان بغير إذن الإمام (١) . وربما قالوا منقوص بالكفر يملك [بالإحياء] (٢) في دار الإسلام (٣) .

١٨٠٧٠ - قلنا : الكفر ليس له تأثير في المنع من أنواع التملك (٤) . والدليل عليه سائر الأسباب . والمعنى في الأصل (٥) : أنه انفرد فيما للإمام فيه [تدبير بإفراده] (٦) . فصار كمال بيت المال .

١٨٠٧١ - قالوا : من لا يجوز له الإحياء بغير إذن الإمام لم يجز بإذنه كالصبي .

١٨٠٧٢ - قلنا : لا نسلم لو أذن الإمام [لصبي] (٧) في الإحياء ، فأحيا ملك كما يملك بقبول الهبة والصدقة .

١٨٠٧٣ - قالوا : الذمي ليس من أهل دارنا ، بدلالة أن الدار تضاف إلى المسلمين ، وبدليل أن الذمي لا ينزل فيها بغير عوض ، والإحياء من حقوق الدار (٨) .

١٨٠٧٤ - قلنا : الذمي من أهل دارنا (٩) ، وما ذكروه من [الغرم] (١٠) قد بينا أنه ليس [للمقام] (١١) في الدار ، وإنما هو لإسقاط القتل بدلالة أن النساء [يُقِمْنَ (١٢)] بغير شيء لما لم يجب عليهن القتل (١٣) ، فأما إضافة الدار إلى المسلمين [فلإنفاذ] (١٤)

---

(١) في (ص) : [إذن الآذان] وفي (م) : [الإذن] وما أثبتناه من (ن) .

(٢) في (ن) : [الإحياء] .

(٣) سبق في نص النكت المذكور في المسألة .

(٤) قاعدة : « الكفر ليس له تأثير في المنع من أنواع التملك » .

(٥) أي إحياؤه من غير إذن الإمام .

(٦) في (ن) : [بإفراده] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الصبي] .

(٨) راجع نص النكت السابق ، المهذب (٥٥٤/١) .

(٩) قاعدة : « الذمي من أهل دارنا » .

(١٠) في (م) ، (ع) : [القوم] وهو خطأ والمراد [بالغرم] الجزية .

(١١) في (م) : [بمقام] وفي (ع) : [مقام] وكلاهما خطأ .

(١٢) ساقطة من (ن) .

(١٣) المعنى أن الجزية التي يدفعونها ليست بدلًا عن إقامتهم في دار الإسلام وإنما هي لحقن دمائهم . وبهذا قال المالكية أيضًا . قال القرطبي « اختلف العلماء فيما وجبت الجزية عنه . فقال علماء المالكية وجبت بدلا من القتل بسبب الكفر وقال الشافعي وجبت عن الدم وسكنى الدار . وقال بعض الحنفية بقولنا وقال بعضهم إنما وجبت بدلًا عن النصر والجهاد .. وقول مالك أصح » راجع تفسير القرطبي (٣٠٤٠/٤) ، المهذب (٣٢٣/٢) .

(١٤) في (ص) : [وإنفاذ] وهو خطأ .

أحكامهم ، وإلا فالملك للمسلم والذمي . ولو سلمنا أن الذمي ليس من أهل الدار لم نسلم أن الإحياء من حقوق الدار ، بل حق أهل الدار عمارة الموات ، والانتفاع بما يتعلق به من حق اللَّه تعالى (١) . أما الخراج أو العشر فوجب اعتبار حصول هذا الحق لأهل الدار دون ملك [المحظور] (٢) بما قاسوا على المستأمن (٣) ، وهو غير مسلّم لأن المستأمن إذا أذن له الإمام فأحيا ملك .

١٨٠٧٥ - قالوا : يصير عندكم بالإحياء ذميًّا ، فلا يملك بالإحياء [كونه] (٤) من أهل الحرب .

١٨٠٧٦ - قلنا : غلط بل [يحيى] (٥) ويملك ، وهو حربي ، فإذا وضع الإمام عليه الخراج صار بذلك [ذميًّا (٦)] وهذا أمر [يتأخر] (٧) عن الملك .

١٨٠٧٧ - قالوا : الموات مال شريف ، لأنه مضاف إلى اللَّه ورسوله (٨) ، وهو مال حلال لا شبهة فيه ، وكل مال بني على الشرف والفضيلة فإن الكافر لا يساوي المسلم فيه كالغنيمة .

١٨٠٧٨ - قلنا : قد بينا أن الكافر يساوي المسلم في الغنيمة ، ويستحق منها مثل ما يستحق نساء المسلمين وصبيانهم وعبيدهم لأن حضوره يقف على إذن غيره ، كما يقف [حضورهم] (٩) ولما كان المسلم الحر لا يقف حضوره على إذن استحق السهم ، فصار هذا الاختلاف عائدا إلى صفة الحضور لا إلى الكفر والإسلام (١٠) .

---

(١) ساقطة من (ن) . (٢) في (م) ، (ع) : [المحصول] .

(٣) المستأمن هو من دخل ديار الإسلام من أهل الحرب بعقد أمان لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَعْلَمُونَ ﴾ (٦) التوبة .

(٤) كذا بالنسخ ولعلها [لكونه] . (٥) في (م) ، (ع) : [بحق] وهو خطأ .

(٦) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) . (٧) في (م) ، (ع) : [ناجز] وهو خطأ .

(٨) راجع نص النكت السابق والمهذب (٥٥٤/١) .

(٩) كذا بالنسخ ولعل صوابها [حضور هؤلاء] لأنه عائد على النساء والصبيان والعبيد ولو كان عائدًا على النساء لكان ينبغي أن يقول [حضورهن] .

(١٠) يظهر لنا أن نقصان ما يستحقه الذمي من الغنيمة عن مقدار السهم ربما لم يكن لتوقف خروجه للجهاد على الإذن ولو كان الأمر كذلك لاستحق سهما ، لأنه بالإذن له يزول المانع ، ولكن النقصان لنقصان فيه هو كما هو الحال والشأن في النساء والعبيد فإن المرأة حتى وإن أذن لها لا تستحق سهما ؛ لأنها لا تساوي الرجال كما هو الحال في الميراث وكذلك العبد فنقصان القدر المستحق ليس للإذن بل هو لنقصان الجنس عند النساء والبلوغ عند الصبيان والحرية عند العبد والدين عند الذمي ، بجامع النقص في كل . ثم من المعلوم أن النقص يراعى في توزيع السهام حتى بين الذين يستحقون سهما كاملا فنصيب الفارس يزيد على نصيب الراجل ولا دخل للإذن فيه ، فكلاهما لا يقف حضوره على إذن الإمام ، ومع ذلك اختلفا في مقدار الاستحقاق نظرًا لحالة كل منهما في الجهاد .

مسألة ٩٠٥

الأرض إذا كان عليها أثر الإحياء ولا يعرف لها صاحب

١٨٠٧٩ – قال أصحابنا : إذا كان على الموات أثر العمارة ولا يعرف له [١] مستحق جاز إحياؤه بإذن الإمام [٢] .

١٨٠٨٠ – وقال الشافعي : إذا كان من أملاك المسلمين لم يملك بالإحياء ، وإن كان من أملاك الكفار [ففيه] [٣] وجهان .

١٨٠٨١ – أحدهما : يملك بالإحياء ، والآخر ، يملك على وجه الغنيمة فيملك بإذن [٤] الإمام لا بالإحياء [٥] .

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) ما ظهر عليه أثر العمارة من أرض الموات ولم يعرف له مستحق فإن الأحناف يعتبرونه في حكم اللقطة يتصرف فيها الإمام ، فيجوز لمن أذن له أن يحيها ، إلا أن محمدا يرى انه إن كان في الإسلام ليس لأحد أن يتصرف فيه غير صاحبه أو ورثته ، وهو بهذا يوافق الشافعي . ويجب تقييد قول المصنف هنا بذلك . وقد قال بقول الأحناف ابن حزم الظاهري والمالكية في الراجح عندهم ، وهو المروي عن ابن القاسم ، وهو ما جرت عليه كتب المذهب ، إلا أن الدسوقي ذكر قول محنون أنها للأول ، ولا يجوز لغيره أن يحيها كقول الشافعي ومحمد . والحنابلة يوافقون الأحناف إن كانت في أملاك غير المسلمين . وفي أملاك المسلمين روايتان راجع اللباب (٢١٩/٢) ، حاشية ابن عابدين (٤٣٣/٦) ، البدائع ١٩٣/٦ ، ومجمع الأنهر (٥٥٧/٢) ، مواهب الجليل (٣/٦) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٦٦/٤) ، المحلى (٢٣٣/٨) ، المغني (٥٦٥/٥) . وعلى قول الأحناف أن الأرض التي عليها أثر العمارة ولا يعرف لها مالك في حكم اللقطة فإنها إن ظهر لها مالك بعد إحياء الثاني ترد عليه . قال في ملتقى الأنهر « لكن لو ظهر لها مالك يرد عليه ، ويضمن نقصانها إن نقصت بالزراعة ، وإلا فلا » ملتقى الأنهر (٥٥٧/٢) .

(٣) في (ن) : [فعنه] وهو خطأ لأنه يلزم أن يكون قولان .

(٤) « بإذن » زائدة .

(٥) في (م) ، (ع) : [لا بإحياء] والفرق بين الملك بالأحياء والملك بالغنيمة أن الإحياء الملك فيه لا يقف على إذن الإمام عند الشافعية كما سبق . أما الملك بالغنيمة فلا يملك إلا كان مستحقا لسهم منها . و لذا فهو لا يتصرف إلا بعد أن يقسم الإمام وسيأتي في نص المهذب ما يدل على ذلك وما ذكره المصنف هنا للشافعي هو بعض ما ورد في كتب الشافعية وهو ما اكتفى به الشيرازي في النكت فقال « ما باد أهله لا يجوز إحياؤه » ولم يفرق بين أملاك المسلمين وغيرهم « راجع النكت ورقة ١٧٩ . وفي نهاية المحتاج ومغني المحتاج « أنها إن كانت من عمارة المسلمين فهي كاللقطة ، وإن كانت من أملاك الكفار فالظاهر أنه يملك بالإحياء » وعلى =

١٨٠٨٢ - ولنا قوله عليه السلام « من أحيا أرضًا ميتة فهي له » [١] . واسم الميتة أخص بما تقدمت عمارته ، كما أن اسم الميت اسم لما سبقت الحياة فيه ، ولا يقال إن أهل اللغة قالوا : إن الميتة ما [لا مستحق] [٢] له لأن هذا لم ينقله أحد وإنما الميت من الأراضي ما هو على صفة لا ينتفع به شبيها بالحيوان إذا مات بطل الانتفاع به .

١٨٠٨٣ - فإن قيل هذه الأراضي قد ملكها المالك [٣] الأول بالإحياء فيجب أن يكون وجوبها بظاهر الخبر [٤] .

١٨٠٨٤ - قلنا : النبي ﷺ جعل الإحياء من أسباب التملك ، فإذا تكرر كان الثاني

= ذلك فإن قولهما يتفق مع الأحناف في المسلم ويخالفان في الكافر ، وهو قريب مما أثبته المصنف للشافعية هنا . وذكر صاحب المهذب في المسألة أوجها ثلاثة ، وقد سبق أنه ذكر في النكت قولًا واحدًا . قال في المهذب « وأما الموات الذي جرى عليه الملك وباد أهله ، ولم يعرف مالكه ، ففيه ثلاثة أوجه . أحدها أنه يملك بالإحياء لما روى طاووس أن النبي ﷺ قال (عادى الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم بعد) ، ولأنه إن كان في دار الإسلام فهو كاللقطة التي لا يعرف لها مالك ، وإن كان في دار الحرب فهو كالركاز . والثاني : لا يملك لأنه إن كان في دار الإسلام فهو لمسلم أو لذمي أو لبيت المال فلا يجوز إحياؤه ، وإن كان في دار الحرب جاز أن يكون لكافر لا يحل ماله أو لكافر لم تبلغه الدعوة فلا يحل ماله ولا يجوز تملكه . والثالث : أنه إن كان في دار الإسلام لم يملك ، وإن كان في دار الحرب ملك ؛ لأن ما كان في دار الإسلام فهو في الظاهر لمن له حرمة ، وما كان في الحرب فهو في الظاهر لمن لا حرمة له ... وإن قاتل الكفار عن أرض ولم يحيوها ثم ظهر المسلمون عليها ، ففيه وجهان أحدهما : لا يجوز أن تملك بالإحياء بل هي غنيمة بين الغانمين ، لأنهم لما منعوا عنها صاروا فيها كالمحتجرين ، فلم تملك بالإحياء . والثاني أنه يجوز أن تملك بالإحياء لأنهم لم يحدثوا فيها عمارة ، فجاز أن تملك بالإحياء ، كسائر الموات . » المهذب (٥٥٣/١) .. وصاحب المغني المحتاج وكذا نهاية المحتاج لم يذكرا في العمارة إذا كانت إسلامية إلا وجها واحدا ، وهو أنه مال ضائع فحكمه حكم اللقطة ، يقف على إذن الإمام . وإن كانت جاهلية فالأظهر عندهما أنه يملك بالإحياء . ثم قال في مغني المحتاج محل الخلاف أي في عمارة الجاهلية إذا كانت ببلادهم وهم لا يذبون عنه ، وإلا فالظاهر أنه لا يملك بالإحياء ، كما علم مما مر . يقصد إذا كانوا يذبون عنها .

راجع مغني المحتاج (٣٦٢/٢ - ٣٦٣) ، ونهاية المحتاج (٣٣٣/٥) . وخلاصة ما سبق أن الشيرازي في النكت منع إحياء ما باد أهله مطلقا ، وفي المهذب جعل فيه ثلاثة أوجه المنع المطلق ، الجواز والتفريق بين عمارة المسلم والكافر . أما صاحب نهاية المحتاج وصاحب مغني المحتاج فعندهما وجه واحد وهو جواز الإحياء مع الاحتفاظ بحق المسلم إن كانت العمارة إسلامية ، وجوازه في عمارة الكافر ، وهو الأظهر عندهما .

(١) سبق تخريج الحديث .

(٢) « لا مستحق » بدل من : « لا يستحق » في النسخ جميعها .

(٣) بالنسخ الملك والصواب ما أثبتناه

(٤) أي وجوب ملكها لمالكها الأول الذي أحياها بظاهر الحديث السابق .

أولى من الولي كما لو [١] وجد البيع بعد البيع ، ولأنه موات لا يعرف له مالك فجاز أن يملك بالإحياء [٢] .

١٨٠٨٥ - أصله : الأراضي العارية [٣] ولا يلزم ما قرب من العامر ، لأنه يملك بالإحياء عندنا إذا خرب ما يقاربه من العامر ، ولأن ما يملك به الأرض جاز أن يملك به أرض ملكها مسلم .

١٨٠٨٦ - أصله الشفعة . ولأنه مال ظاهر في دار الإسلام لا [٤] يعرف له مالك معين فجاز تصرف الإمام فيه كاللقطة [٥] ومال بيت [٦] المال ، ولأنه أحيا بإذن الإمام مالًا لمعين [فيه حق [٧]] فملكه بالإحياء . أصله : إذا لم يكن عليه أثر العمل [٨] .

١٨٠٨٧ - احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ أنه قال « من سبق إلى ما لم يسبقه مسلم فهو له » [٩] دليله [١٠] : أن [من] [١١] سبق إلى ما سبق إليه مسلم لم يملكه

١٨٠٨٨ - الجواب : أن الخبر يقتضي ما تملك بسبق اليد ، وذلك يخص الصيد والحطب ، وأما الموات فلا يملك بسبق اليد بإجماع [١٢] .

١٨٠٨٩ - قالوا : روي عن عروة بن الزبير [١٣] عن عائشة [١٤] رضي الله عنها أن النبي ﷺ

---

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) في نص النكت الآتي رد على هذه النقطة حيث قال « قلنا بل يعرف مالكه وهم المسلمون » .

(٣) أي العارية من أثر العمارة .

(٤) ساقطة من (ن)

(٥) في (ن) : [كالقطعة] وهو خطأ .

(٦) في (م) : [ثبت] وهو خطأ .

(٧) ساقطة من (ن) .

(٨) أي العمارة .

(٩) سبق تخريج الحديث .

(١٠) أي دليل الخطاب أو ما يسميه الأحناف مفهوم المخالفة .

(١١) في (ن) : [ما]

(١٢) أي لا يكفى لتملك الموات وضع اليد عليه ولكن لا يملك إلا بالإحياء الفعلي ، خلافا للحطب والصيد فإنه يملك بالتحيز .

(١٣) عروة بن الزبير بن العوام بن خالد الأسدي أبو عبد اللّٰه . كان ثقة كثير الحديث فقيها عالما . روى عن أبيه وأخيه عبد اللّٰه وأمه أسماء بنت أبي بكر وخالته عائشة وعلي بن أبي طالب وغيرهم ، وروى عنه أولاده عبد اللّٰه وعثمان وهشام ومحمد وغيرهم توفي سنة ٩٤هـ وقيل غير ذلك . راجع تهذيب التهذيب (١٨٠/٧) ، التقريب (١٩/٢) ، وفيات الأعيان (٢٥٥/٣) ذكر أسماء التابعين (٢٧٦/١) ، طبقات الحفاظ ص ٢٢ ، خلاصة تهذيب الكمال ص ٢٢٤ ، طبقات القراء لأبن الجزري (٥١١/١) ، العبر (١١٠/١) وغيرها .

(١٤) سبقت ترجمتها .

قال [من أحيا أرضًا ميتة ليست لأحد فهو أحق بها [١] وروى عن كثير [٢] بن عبد الله المزني عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال [٣] من أحيا مواتًا من أرض في غير حق مسلم فهو أحق به [٤] .

١٨٠٩٠ - قلنا : [ذكر هذين الخبرين] [٥] الثاني وما تفرد [منه] [٦] لا يقبل عند أصحاب الحديث ولا سيما إذا خالف الأخبار المشهورة ، وقد ذكر أبو داود وغيره [من هذه الأخبار [٧]] من غير ذكر هذه الزيادة [٨] .

١٨٠٩١ - ولأنه لا يقال إنه لا حق إلا ما يثبت فيه حق معين ، فإما ما لا يثبت الحق فيه لمعين فلا يضاف إلى واحد ، وإنما هو حق الجماعة .

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه باب من أحيا أرضا مواتا بلفظ « من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها » ثم قال معلقا قال عروة : فقضى به عمر ﷺ في خلافته راجع البخاري (١٤٠/٣) وكذا البيهقي في السنن الكبرى « كتاب إحياء الموات » باب « ما يكون إحياء » وما يرجى منه من الأجر (١٤٧/٦) .
(٢) كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف بن زيد اليشكري المزني المدني . روى عن أبيه ومحمد بن كعب القرظي ونافع مولى ابن عمر وبكير بن عبد الرحمن المزني وجماعة ، وعنه يحيى بن سعيد وأبو إدريس وزين بن الحباب وعبد الله بن وهب وعبد الله بن نافع وغيرهم . قال الأجرى سئل أبو داود عنه ، فقال : كان أحد الكذابين ، وذكر عند الشافعي قال ذاك أحد الكذابين ، أو أحد أركان الكذب ، ولأهل العلم فيه أقوال تتردد بين الضعف والترك والكذب مات سنة ١٥٠ هـ راجع التهذيب (٤٢١/٨) ، التقريب (١٣٢/٢) ، الضعفاء والمتروكين لأبي عبد الرحمن أحمد بن سيف النسائي ص٢٠٥ ، التعديل والتجريح ٦١٠/٢ ط دار اللواء الجرح والتعديل (١٥٤/٧) ط الهند ، تنزيه الشريعة (٩٨/١) ، الكامل في الضعفاء (٢٠٧٨/٦) وقال لا يحدث عنه ومثله لابن معين في معرفة الرجال (٦١/١) ط مجمع اللغة العربية بدمشق .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) وترتب على هذا السقط جعل لفظ حديث كثير لعائشة وليس كذلك .
(٤) الحديث أخرجه البيهقي في سننه الكبرى كتاب إحياء الموات باب ما يكون إحياء (٦ / ١٤٧) وهو حديث يغلب عليه الضعف . قال صاحب الفتح الحديث عند البيهقي وكثير هذا ضعيف . راجع فتح الباري (١٩/٥) وفي نصب الراية قال : أعله ابن عدي بكثير بن عبد الله وضعفاه النسائي وأحمد تضعيفًا شديدا . راجع نصب الراية (١٧١/٤) تلخيص الخبير (٦٢/٧) .
(٥) كذا بالنسخ وهي خطأ وصوابها « ذكر هذا الخبر » لأن الكلام على هذا الذي هو مثبت يرجع إلى حديث عائشة وكثير ولا يمكن حمل اعتراض المصنف هنا على حديث عائشة والذي سبق تخريجه من البخاري . أما حديث كثير فقد أجمع أهل العلم على وهنه . وإذا كان الشافعية هم المستدلون به فقد سبق نقل قول الشافعي في راوي الحديث بأنه أحد أركان الكذب . راجع ترجمة كثير السابقة .
(٦) في (ص) ، (ن) : [به] . (٧) ساقطة من (ن) وفي (ص) : [هذه الأخبار] .
(٨) يقصد [في غير حق مسلم] راجع تخريجه حديث من أحيا أرضًا ميتة فهي له .

١٨٠٩٢ - قالوا : أرض جرى عليها ملك فلا تملك بالإحياء .

١٨٠٩٣ - أصله : إذا كان مالكها معروفًا ، ومن يحترز عن موات [دار الحرب (١)] يقول جرى عليها ملك من له حرمة (٢) .

١٨٠٩٤ - قلنا : نقول بموجبه ، لأنه لا يملك عندنا بالإحياء ، بل يملك بإذن الإمام والإحياء .

١٨٠٩٥ - والمعنى في أرض المالك المعروف أن مستحق هذا المال معتبر ، فلا ينفذ تصرف الإمام عليه ، إلا بسبب يقتضي الولاية . وفي مسألتنا [المالك] (٣) غير معين ، فجاز تصرف الإمام في المال كاللقطة .

١٨٠٩٦ - ولأن « المالك » (٤) إذا كان معلومًا أمكن إلزامه العمارة ، حتى لا يتعطل تحصيل حق المسلمين [من العشر (٥) أو الخراج] ، وإذا لم يعرف لها مالك لم يتوصل إلى تحصيل حق المسلمين بالإحياء [فصارت] (٦) كالموات الأصل .

١٨٠٩٧ - قالوا : لا يخلوا مالك الأرض : أعقب أو لم يعقب ، فإن كان أعقب (٧) فالأرض [لعقبه ، وإن كان لم يعقب فالأرض (٨)] للمسلمين والإمام يملكها لمن رأى من غير شرط الإحياء .

١٨٠٩٨ - قلنا : الإمام لا يجوز أن يأذن في إحيائها حتى يبحث عن مالكها أو يتلوم (٩) في طلبه .

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) قال الشيرازي : « ما باد أهله لا يجوز إحياؤه . وقال أبو حنيفة يجوز . لنا أنه أرض جرى عليها ملك من له حرمة ، فأشبه إذا بقي المالك أو مباح ملك بالعمل فلا يغني المالك فيه بذلك العمل كالصيد . قالوا : موات لا يعرف مالكه فأشبه إذا لم يملك ، وما باد أهله في دار الحرب . قلنا بل يعرف مالكه ، وهو المسلمون ، وما لم يملك لا حق لأحد فيه فهو كالصيد المباح ، وهذا صار للمسلمين بموات أهله ، فهو كالصيد المملوك ، وما باد أهله في دار الحرب غير مسلم في أصح الوجهين ، وإن سلم فلأن مال الحربي يؤخذ بغير اختياره ، ومال المسلم لا يؤخذ بغير اختياره . ولهذا لو وجد مالاً في دار الحرب كان غنيمة ، ولو وجد في دار الإسلام كان لقطة راجع النكت ورقة ١٧٩ .

(٣) في (م) ، (ع) : [المال] وهو خطأ .

(٤) في (م) ، (ع) : [الملك] وهو خطأ .

(٥) في (م) ، (ع) : [العشر إلى الخراج] وهو خطأ .

(٦) في (م) ، (ع) : [فصار] وهو خطأ لأن المقصود الأرض التي لا يعرف لها مالك .

(٧) في (ن) : [أعقبها] بدلًا من « أعقب » في غيرها .

(٨) ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) التلوم في الطلب ومعناه بذل الجهد بإجراء معين ، وهو أن يرسل له من ينادي عليه في مكانه المعروف =

١٨٠٩٩ - وإذا لم يظهر لها مستحق فالظاهر أنه لا مستحق لها ، وله التصرف فيها إلا أنه لا يأذن إلا بشرط الإحياء حتى يؤدي إلى عمارة الدار ، ويوفر حق المسلمين فيها .

* * *

= ثلاثة أيام متتالية .

مسألة ٩٠٦

إحياء الأرض القريبة من العمران

١٨١٠٠ - قال أصحابنا : الموات الذي يجوز إحياؤه ما بعد عن العامر وما قرب منه فليس بموات .

١٨١٠١ - وقال أبو يوسف الموات هو (١) الذي إذا وقف رجل في أدناه من العامر فنادى بأعلى صوته « لم » (٢) يسمعه أقرب من في العامر إليه (٣) (٤) .

١٨١٠٢ - وقال أصحاب الشافعي ما قرب من العامر يملك بالإحياء إلا ما لابد للعامر منه ، وهو فناء العامر وحقوقه ، كالطريق ومجرى الماء ، ومسيله ونحو ذلك .

١٨١٠٣ - لنا : أن ما يبلغه الصوت لا يجوز الإذن في إحيائه [أصله ما لابد للعامر منه . ولأن كل أرض جرى عليها ملك لا تملك بالإحياء (٥)] .

١٨١٠٤ - أصله : حريم البئر والنهر ، [ولأن كل من لا يجوز له إحياء حريم النهر لم يجز له إحياء ما قرب من العامر كالذمي . وما لا يجوز للذمي إحياؤه لا يجوز للمسلم كحريم النهر (٦)] (٧) .

---

(١) ساقطة من (ن) . (٢) في (ع) : [ولم] . (٣) ساقطة من (ن) .

(٤) تجدر الإشارة إلى أن محل النزاع هنا فيما قرب من العامر من غير أن يتعلق به مصلحة لأحد . أما ما تتعلق به مصلحة أهل العامر كحريم الدور والطرق وغيرها فلا خلاف بين أهل العلم في عدم التملك بإحيائه . ولذا قال ابن قدامة « ما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طريق ومسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته فلا يجوز إحياؤه بغير خلاف في المذهب ، وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل مائها لا يملك بالإحياء ، لا نعلم فيه أيضًا خلافًا بين أهل العلم » راجع المغني (٥٦٦/٥) . أما ما قرب من العامر ولم تتعلق به مصلحة أحد فهل يجوز فيه الإحياء أم لا وما هو مقدار القرب والبعد من العامر ؟ هذا هو محل الخلاف . وقد نص المصنف على رأي الأحناف ، وهو أنه لا يجوز إحياؤه وقدر أبو يوسف القريب بانتهاء الصوت . وبه قال المالكية ، وقدروا القريب بما تصل إليه مواشي العامر في رعيها . وهو إحدى روايتين عن الحنابلة ، وتركوا تقدير المسافة للعرف . راجع : البدائع (١٩٤/٦) ، اللباب (٢١٩/٢) ، حاشية ابن عابدين (٤٣٣/٦) ، مواهب الجليل (٣/٦) ، والمغني (٥٦٧/٥) . (٥) ساقطة من (ص) .

(٦) ساقطة من (ع) ونرى أن كلام المصنف هنا لا تقوم به الحجة على الشافعية على وجه الخصوص لأن تحديد البعد والقرب بوصول الصوت هو رأي الأحناف وليس الشافعية وهو محل نزاع في المسألة فلا يرد رأي الخصم . والقياس أيضًا على ما لابد للعامر منه قياس مع الفارق لأن ما لابد للعامر منه تتعلق به مصلحة أهل العامر ، وفي الإذن بإحيائه ضرر يعود عليهم ، بخلاف ما لا مصلحة فيه فلا ضرر في الإذن بإحيائه ، بل ربما كانت فيه منفعة . كما أن قياس عدم جواز إحياء ما قرب من العامر للمسلم على عدم جوازه للذمي لا تقوم به حجة عليهم فقد سبق القول بأن الشافعية لا يجوزون إحياء الذمي أصلًا لا في البعيد ولا في القريب .

(٧) قاعدة : « كل ما لا يجوز للذمي إحياؤه لا يجوز للمسلم إحياؤه ، كحريم النهر » .

١٨١٠٥ – احتجوا بقوله ﷺ من أحيا أرضًا ميتة [١] فهي له [٢] .

١٨١٠٦ – الجواب : أن المراد / بالخبر إذا لم يتعلق بها حق ، وما قرب من العامر ٢٠٤/ب يتعلق به حق القرية [٣]

١٨١٠٧ – قالوا : روي أن النبي ﷺ قطع الدور حين ورد المدينة

١٨١٠٨ – فقال : حي من عدو يقال لهم بنو عبد بن زهرة [٤] نكب عنا ابن أم عبدُ [٥] .

١٨١٠٩ – قلنا : يجوز أن يكون فعل ذلك برضاء أهل المدينة ، ألا ترى أن الدور اسم للعامر [٦] وذلك ليس [٧] نفيا [٨] لغيره .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ميتا]

(٢) سبق تخريج الحديث . قال الشيرازي : « ما جاور العامر من الموات ولم يتعلق بمصلحة العامر يجوز إحياؤه . وقال أبو يوسف لا يجوز إلى مدى الصوت . لنا أنه موات لم يملك ، ولا يتعلق بمصلحة العامر ، فجاز أن يملك بالإحياء ، كما لو زاد على مدى الصوت . قالوا : لا تستغني القرية العامرة عما قرب منها من الموات ، لطرح القمامة وغيرها من المصالح ومقدار ما يبلغه الصوت في حكم القريب ، ولهذا جعلتم هذا القدر كالحضر في وجوب الجمعة . قلنا : الحاجة لا تختص بهذا القدر ، وتخالف الجمعة فإن هناك توقيفا ولأن النداء للدعاء إلى الصلاة يوجب الإجابة على كل من بلغه وليس في بلوغ الصوت ههنا هذا المعنى . فلم يكن لاعتباره وجه . النكت . ورقة ١٨٠ .

(٣) نرى أن هذا الجواب لا يرد على الشافعية لأنهم يقولون به فقد سبق في نص النكت المذكور أن ما قرب من العامر وتعلت به مصلحة العامر لا يجوز تملكه بالإحياء وإنما الخلاف فيما لا مصلحة لأهل العامر فيه . راجع نص النكت السابق .

(٤) في (ن) : [عبد الدار] وهو خطأ .

(٥) بقية الحديث فقال رسول الله ﷺ : فلم ابتعثني الله إذا ؟ أن الله لا يقدس أمة لا يؤخذ للضعيف فيهم حقه . أخرجه البيهقي . كتاب إحياء الموات باب سواء كل موات لا مالك له أين كان (١٤٥/٦) ، الطبراني في الكبير (٢٧٤/١٠) رقم ١٠٥٣٤ وفي مسند الشافعي صـ ١٣٨ . قال الهيثمي حديث الطبراني رجاله ثقات . راجع مجمع الزوائد باب أخذ حق الضعيف من القوي (١٩٧/٤) ، وفي تلخيص الحبير « حديث البيهقي مرسل وحديث الطبراني إسناده قوي . راجع تلخيص الحبير (٦٣/٣) والمراد بـ « نكب « أي نحه عنا ومنه قوله تعالى : ﴿ وَإِنَّ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱلْآخِرَةِ عَنِ ٱلصِّرَٰطِ لَنَٰكِبُونَ ﴾ المؤمنون ٧٤ . والمراد بابن أم عبد . عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب أبو عبد الرحمن الهذلي وأمه أم عبد بنت عبد بن سواد ، من هذيل له صحبة . أسلم بمكة قديمًا وهاجر الهجرتين وشهد بدرا والمشاهد كلها . روى عن النبي ﷺ وابن سعد بن معاذ وعمر وغيرهم ، وروى عنه ابناه عبد الرحمن وأبو عبيدة وأبو سعيد الخدري وغيرهم توفي بالمدينة سنة ٣٢ وقيل سنة ٣٣هـ . راجع . التهذيب (٢٧/٦) ، طبقات الحفاظ ص١٠٦ ، طبقات القراء لابن الجزري (٤٥٨/١) ، العبر (٣٣/١) ، النجوم الزاهرة (٨٩/١) وغيرها

(٦) بدل هذه العبارة في (ن) : [إن الدارهم] وهو خطأ

(٧) من (ن) وساقطة من غيرها .

(٨) في (ع) : [يعنى] وهو خطأ .

١٨١١٠ - قالوا : روي عن عمر رضي الله عنه أنه أقطع العقيق [1] وهو بين البساتين .

١٨١١١ - قلنا : هو اليوم كذلك ، ويجوز أن يكون إذ ذاك غير متصل بالعامر ، ويجوز أن يكون أقطعه لمن يلي بساتينه فلا يستضر بإقطاعه أحد .

١٨١١٢ - قالوا : موات لا يملك ولا يتعلق بمصلحة مملوك ، فجاز أن يملك بالإحياء كالموات البعيد [2] .

١٨١١٣ - قلنا : إن كان لا يتعلق بمصلحة أحد جاز الإذن في إحيائه ، وإنما منع مما يحتاج إليه أهل القرية لرعى [3] مواشيهم ومطارح غلاتهم وإخراج فاضل مياهم ، وفي تملك ذلك تضيق عليهم وإلحاق ضرر بهم .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [الطريق] وهو خطأ والعقيق بكسر أوله واد عليه أموال أهل المدينة وهو على ثلاثة أميال أو ميلين وقيل ستة أو سبعة وهي أعقه إحداها عقيق المدينة وفيه بئر عروة وعقيق آخر أكبر من هذين وفيه بئر رومة ويسمى الأصغر ، والعقيق الأكبر بعد هذا وفيه بئر على مقربة منه وهو من بلاد مزينة وهو الذي أقطعه رسول الله ﷺ بلال بن الحارث المزني ثم أقطعه عمر الناس راجع البلدان لياقوت (١٣٩/٤) .راجع البلدان لياقوت (١٣٩/٤) .

(٢) راجع المغني (٥٦٧/٥) .

(٣) في (م) ، (ع) [لرعى] ، وفي غيرهما : « لمرعى » .

مسألة ٩٠٧

اقتطاع جزء من الأرض للمنفعة العامة

١٨١١٤ - قال أصحابنا : للإمام أن يحمي [١] موضعا يرعى فيه مواشي بيت المال وخيل المجاهدين [٢] .

١٨١١٥ - وقال الشافعي يجوز ذلك للنبي ﷺ [٣] . وهل يجوز للإمام « فيها » [٤] قولان [٥] .

١٨١١٦ - لنا : ما روى ابن عباس [٦] ﷺ « عن » [٧] النبي ﷺ قال « لا حمى إلا

---

(١) حمى الشيء يحميه حمًا بالكسر ومحميه منعه . القاموس المحيط باب الياء فصل الحاء (٣٢١/٤) . ومعنى الحمى أن يحمي أرضًا من الموات يمنع الناس رعي ما فيها من الكلأ ليختص بها دونهم . وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك وقد أبطل الإسلام هذا النوع من الحمى . راجع المغني (٥٨٠/٥) أما الحمى الشرعي الذي هو مقصود الفقهاء فهو اقتطاع جزء من الأرض لتكون مرعى عامًا ، لا يملكه أحد ، بل ينتفع به عامة المسلمين . راجع النظام الاقتصادي في الإسلام للدكتور أحمد العسال ، دكتور فتحي عبد الكريم صـ ٥٩ ط مكتبة وهبة . قال أبو عبيد : والحمى لله ولرسوله يكون في وجهين أحدهما : أن تحمي للخيل الغازية في سبيل الله ، عمل بذلك رسول الله ﷺ . والوجه الآخر : أن تحمي الأرض لنعم الصدقة إلى أن توضع مواضعها ، وتفرق في أهلها ، وقد عمل بذلك عمر ﷺ . راجع الأموال لأبي عبيد صـ ٣٧٥ ط دار الفكر للطباعة والنشر .

(٢) محل الخلاف في حمى غير الرسول ﷺ فقد ثبت عنه الحمى ، غير أن البعض قصره عليه ، والبعض جعله لغيره من الأئمة ، وهو مذهب الأحناف والمالكية والحنابلة . راجع البدائع (١٩٤/٦) ، مواهب الجليل (٣/٦) ، المغني (٥٨١/٥) .

(٣) « وسلم » ساقطة من (ن) .

(٤) في (ن) : [فيه] .

(٥) قال في المهذب « أحدهما : لا يجوز للخبر ، والثاني : يجوز لما روى عامر بن عبد الله ابن الزبير عن أبيه قال : أتى أعرابي من أهل نجد عمر ، فقال : يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية ، وأسلمنا عليها في الإسلام ، فعلام تحميها ؟ فأطرق عمر ﷺ - وجعل ينفخ ويفتل شاربه وكان إذا كره أمرا فتل شاربه ، ونفخ ، فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله والعباد عباد الله ، فلولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الأرض شبرا في شبر . راجع . المهذب (٥٥٨/١) الأم (٢٧٠/٣) ، ٢٧٣ ، نهاية المحتاج (٣٤٢/٥) واختار جواز الحمى للإمام ، ورآه الأظهر ، النكت ورقة ١٨٠ والحكام السلطانية للماوردى ص ١٦٠ .

(٦) سبقت ترجمته .

(٧) في (ع) : [أن] .

لله ولرسوله ولائمة المسلمين » (١) .

١٨١١٧ - ولأن من ملك الولاية على بيت المال ملك أن يحمي الموات . أصله النبي ﷺ .

١٨١١٨ - ولأن ما كان للنبي ﷺ إمساكه لمؤنة (٢) بيت المال جاز للإمام ، كالحشيش النابت في أراضي بيت المال ، ولآن من جاز له أن يقطع جاز له أن يحمي . أصله « النبي » (٣) ﷺ .

١٨١١٩ - ولأن كل تصرف جاز للنبي ﷺ في مصالح المسلمين جاز للإمام . أصله الإقطاع (٤) (٥) .

١٨١٢٠ - وقد روي أن عمر (٦) ﷺ حمى الربذة (٧)

١٨١٢١ - وروى زيد (٨) بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب ﷺ ولى على الحمى

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه ، باب لا حمى إلا لله ولرسوله (١٤٨/٣) ، وابن حجر في الفتح - الباب السابق (٤٤/٥) وأخرجه أحمد في مسنده (٣٨/٤) ، ٧١ ، ٧٣ أبو داود باب الأرض يحميها الإمام أو الرجل (٤٦١/٣) رقم ٣٠٨٣ ، البيهقي - باب ما جاء في الحمى (١٤٦/٦) ، سنن الدارقطني (٢٣٨/٤) رقم ١٢٠ .

(٢) في (م) ، (ع) : [لمؤتة] وهو خطأ . (٣) في (ن) : [للنبي] بدلًا من « لمؤنة » .

(٤) قطعه كمنعه قطعا .. أبانه . القاموس المحيط باب العين فصل القاف (٧٢/٣) وهو : جعل بعض الأراضي الموات مختصة ببعض الأشخاص فيصير ذلك البعض أولى بها من غيره ، على ألا يكون لأحد اختصاص بها . راجع نيل الأوطار للشوكاني (٣١١/٥) ، البدائع (١٩٤/٦) ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٦٤ ، المهذب (٥٥٧/١) .

(٥) قاعدة : « كل تصرف جاز للنبي ﷺ في مصالح المسلمين جاز للإمام . أصله الإقطاع » .

(٦) سبقت ترجمته

(٧) الربذة من قرى المدينة على ثلاثة أيام ، قريبة من ذات عرق على طريق الحجاز وبها قبر أبو ذر الغفاري . كانت من أحسن المنازل في طريق مكة تخربت من كثرة الحروب بين أهلها . راجع - : البلدان لياقوت (٢٤/٣) . وقد ورد في كتب الأحاديث بعد قوله ﷺ « لا حمى إلا لله ولرسوله » بلغنا أن النبي حمى النقيع وأن عمر حمى السرف والربذة ، وقيل إنها من قول الزهري راوي الحديث حكاية لفعل النبي ﷺ وعمر ﷺ راجع صحيح البخاري (١٤٨/٣) ، فتح الباري لابن حجر (٤٤/٥) ، مسند أحمد (١٥٥/٢) ، ١٥٧ ، شرح السنة (٢٧٣/٨) .

(٨) زيد بن أسلم المدني الفقيه أبو أسامة ، ويقال أبو عبد الله مولى عمر ، وقيل مولى ابن عمر بن الخطاب روى عن أنس ، وجابر بن عبد الله وسلمة بن الأكوع وابن عمر وأبي هريرة وعائشة وروى عنه ابنه أسامة وروح بن القاسم ، وابن جريج وغيرهم ، وكان له حلقة في المسجد النبوي ، وله كتاب في التفسير توفي سنة ١٣٦ هـ راجع طبقات الحفاظ ٥٣ ، التهذيب (٣٩٥/٣) ، خلاصة تهذيب الكمال ص ١٠٨ ، طبقات القراء لابن =

مولى له يقال له [(١)] هنى [(٢)] ، وقال له : « اخفض جناحك للناس ، واتق دعوة المظلوم فإنها مجابة وأدخل رب الصريمة [(٣)] والغنيمة ، وإياي ونَعَمَ [(٤)] ابن عفان [(٥)] ونَعَمَ ابن عوف فإنهما إن تهلك ماشيتهما [(٦)] يرجعا إلى نخل وزرع ، وإن رب الصريمة والغنيمة [(٧)] إن تهلك ماشيتهما يأتيني ، ببنيه ، فيقول : يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا ؟ لا أبا لك الكلأ [(٨)] أهون علي من الدينار والدراهم [(٩)] وايم اللّٰه ليرون أني قد ظلمتهم ، إنها لبلادهم فقاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام . والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل اللّٰه ما حميت شبرًا [(١٠)] . وهذا بحضرة الصحابة ﷺ

= الجزري (٢٩٦/١) ، العبر (١٨٣/١) .

(١) ساقطة من (ص) ، (ن) .

(٢) في جميع النسخ [هبة] بدلا من « هنى » وما أثبتناه هو ما أورده البخاري وغيره ، وهو هُنَى مولى بن عمر وعامله على الحمى روى عن أبي بكر وعمر ومعاوية وعمرو بن العاص وعنه ابنه عمرو أبو جعفر محمد بن علي بن الحسن وقيل إن الذي روى عن عمر وعن جعفر رجل آخر مولى لعمرو بن العاص ترجم له صاحب التهذيب ، وقال إن اسمه هني ، وقال إن البخاري ذكر أنه هنيا وضبط صاحب نيل الأوطار اسمه على نحو ما ذكره البخاري فقال هنيا بضم الهاء وفتح النون وتشديد التحتية الياء ولم تذكر التراجم سنة وفاته . راجع التهذيب (٧٣/١١) ، ٧٤ ، ٧٤ ، التقريب (٣٢٢/٢) وانظر ضبط اسمه في نيل الأوطار (٥٢/٦) .

(٣) الصُّرَيْمَةُ تصغير صُرْمَة وهي فما بين العشرين إلى الثلاثين من الإبل أو من العشر إلى الأربعين . راجع نيل الأوطار (٥٢/٦) والمراد أدخل رب الإبل والغنم القليلة .

(٤) في (م) ، (ع) : [نفح] وهو خطأ .

(٥) أمير المؤمنين عثمان بن عفان بن العاص بن أمية ، ثالث الخلفاء الراشدين وأحد العشرة المبشرين ، زادت في عهده الفتوحات الإسلامية وجمع القرآن وكان أبو بكر قد جمعه وأبقى ما بأيدي الناس من الرقاع وغيرها ، روى ١٤٦ حديثا ، وسمي بذي النورين لأنه تزوج رقية ثم أم كلثوم ابنتا رسول اللّٰه ﷺ قتل ﷺ سنة ٣٥ هـ وهو يقرأ القرآن . راجع الاستيعاب (١٠٣٧/٣) ، شذرات الذهب (١٠/١) ، ٣٥ ، ٦٣ الإعلام (٢١٠/٤) ، خلاصة تهذيب الكمال ص٢٢١ ، طبقات ابن سعد (٣/) ١ صـ ٣٦ ، طبقات القراء لابن الجزري (٥٠٧/١) ، العبر (٣٦/١) ، النجوم الزاهرة (٩٢/١) ، طبقات الحفاظ صـ ٤ .

(٦) في (م) ، (ع) : [ما بينهما] .

(٧) (ص) ، (م) : [النخيلة] وفي (ن) [النخيلة] وفي (ع) : [النخيلة] وما أثبتناه من كتب الحديث انظر : نيل الأوطار (٥٢/٦) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [من الدنيا دون الدراهم] وهو خطأ .

(١٠) أخرجه البخاري في صحيحه باب إذا أسلم قوم في دار الحرب ولهم مال وأرضون فهي لهم بلفظ قريب (٤/ ٨٧) ، والبيهقي باب ما جاء في الحمى (١٤٦/٦ ، ١٤٧) ومالك في الموطأ (١٠٠٣/٢) بلفظ قريب (٨٧/٤) والبيهقي باب ما يتقى من دعوة المظلوم ، والشافعي في المسند صـ ٣٨١ وانظر تلخيص الحبير ٦٧/٣ ، شرح السنة (٢٧٣/٨) ، ٢٧٤ .

من غير خلاف .

١٨١٢٢ - فإن قيل : يحتمل أن يكون حمى حماه [١] رسول الله ﷺ [لأن النبي [٢]] ﷺ قد [٣] يستغني [٤] عنه فيترك الحمى ثم يحتاج إليه فيحميه [٥] الإمام [٦] .

١٨١٢٣ - قلنا : النبي ﷺ « حمى » [٧] النقيع [٨] .

١٨١٢٤ - وقد [٩] روينا أن عمر حمى الربذة . ثم عمر يقول : يرون أني ظلمتهم ، ولو كان حمى حماه رسول الله ﷺ لما جاز أن يظنوا هذا .

١٨١٢٥ - فإن قيل : فقد روي أن عثمان ﷺ ذكر له فيما أنكر [١٠] عليه الحمى ، فدل أن الصحابة اختلفوا في ذلك .

١٨١٢٦ - قلنا : ما فعله عمر حق وصواب ، ومن أنكر عليه لا يعتد بإنكاره ولا يلتفت إلى خلافه ، ولم يثبت إنكار من الصحابة عليه وإنما هم أهل مصر ومن أشبههم .

١٨١٢٧ - احتجوا : بقوله ﷺ لا حمى إلا لله ولرسوله [١١]

---

(١) أي ما حماه الرسول ﷺ .
(٢) من (ص) وساقطة من غيرها .
(٣) في (ن) ، (م) ، (ع) : [ولم] .
(٤) في (ن) : [يستغنيا] .
(٥) في (ص) ، (ن) : [فيحمله] وهو خطأ وفي غيرهما : « فيحميه » وهو ما أثبتناه .
(٦) قال الشيرازي « لا يجوز للإمام أن يحمي الحشيش في أرض الموات في أحد القولين . وقال أبو حنيفة يجوز . لنا ما روى أبو داود عن الصعب بن جثامة أن النبي ﷺ حمى النقيع وقال لا حمى إلا لله ولرسوله ولأن من لا يملك الحمى لنفسه لم يملك للرعية كالرعية ولأن ما لا يجوز إقطاعه لا يملك حماه كالماء العد فقالوا روي أن عمر حمى أرضًا بالمدينة وولى عليه مولى يقال له هني قلنا لعله حمى ما حماه النبي - ﷺ قالوا إمام كالرسول قلنا فقد فرق النبي ﷺ بينه وبين غيره فلا يجوز الجمع ولأن النبي ﷺ ملك الحمى لنفسه ولا يملك غيره راجع النكت ورقة ١٨٠ مختصر خلافيات البيهقي ورقة ٢٢٣ .
(٧) في (ن) : [جاء] وهو خطأ .
(٨) بالنسخ [البقيع] وهو تصحيف ، والنقيع بالفتح ثم الكسر الموضع الذي يستقر به الماء ، وهما نقيعان نقيع الخضمات موضع حماه عمر بن الخطاب لخيل المسلمين وهو من أودية الحجاز . . ونقيع قرب مكة ، وهو الذي حماه الرسول ﷺ وهو غير نقيع الخضمات السابق وكلاهما بالنون قال ياقوت قد صحفه بعض أهل الحديث بالباء وليس كذلك ، ﷺ وإنما الذي بالباء مدفن أهل المدينة . راجع البلدان (٣٠١/٤ - ٣٠٢) .
(٩) في (ن) : [وقال] وهو خطأ .
(١٠) كذا بالنسخ ولعل صوابها [ذكر فيمن أنكر عليه الحمى] .
(١١) سبق تخريج الحديث .

١٨١٢٨ – قلنا : خبرنا زائد فكان أولى [١] ، ولأن ما جاز للنبي ﷺ من التصرف لمصالح المسلمين [٢] جاز للأئمة بعده .

١٨١٢٩ – قالوا : روى عن النبي ﷺ أنه قال : « الناس شركاء في ثلاثة » [٣] وهذا يمنع الحمى [٤]

١٨١٣٠ – قلنا : لا يمنعه ، لأنه حق لجميع الناس ، فإذا حماه كان لهم ، فقد وصل نفعه إلى جماعتهم ، وهذا لا يمنع الشركة .

١٨١٣١ – قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من يمنع فضل الماء لفضل الكلأ منعه اللّه فضل رحمته » [٥]

١٨١٣٢ – قلنا : هذا يدل على أنه لا يجوز منع الماء مخافة على الكلأ ، والكلام في منع الكلأ .

١٨١٣٣ – ولأن فضل الماء وفضل الكلأ إنما يكون في ملك الإنسان وأما في المباح فلا يُمْنَع فضله ولا أصله . وعند مخالفنا : الكلأ [٦] الذي في أرضه يجوز

(١) يقصد زيادة البخاري وغيره والتي صرح فيها بحمى النقيع والسرف والربذة . وقد سبقت الإشارة إليها

(٢) في (م) ، (ع) : [لصالح المسلمين] .

(٣) الحديث يروى من طريق ابن عباس ومن طريق رجل من الصحابة وقد أخرجه البيهقي من الطريقين في باب ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة بلفظ المسلمون بدل « الناس « (١٥٠/٦) . وابن ماجه من حديث ابن عباس بلفظ المسلمون أيضًا (٨٢٦/٢) حديث رقم ٢٤٧٢ ، وفي سنن أبي داود – باب منع الماء (٧٥١/٣) رقم ٣٢٤٥ وقد ذكروا الثلاثة وهي « الماء والكلأ والنار » . وروايته عن طريق رجل من الصحابة غير معلوم لا تطعن في صحة الحديث ، لأن أصحاب النبي كلهم ثقات ، وترك أسمائهم في الإسناد لا يضر عند المحدثين إن لم يعارض بما هو أرجح منه . راجع نصب الراية (٢٩٤/٤) ، تلخيص الحبير (٦٥/٣) كما أنه يقوى بروايته من طريق ابن عباس .

(٤) أي أن حق الشركة الثابت للناس جميعًا في الكلأ النابت في الأرض غير المملوكة لأحد يمنع الحمى لما فيه من تخصيصه بطائفة معينة دون غيرهم ، وهم المجاهدون ودواب بيت المال ..

(٥) حديث صحيح متفق على معناه وإن اختلف اللفظ ، فقد أخرج البخاري من طريق أبي هريرة قال : قال رسول اللّه ﷺ لا يمنع فضل الماء ليمتنعوا به فضل الكلأ ، صحيح البخاري باب من قال صاحب الماء أحق به حتى يروى (١٤٤/٣) . ولفظ حديث الباب أخرجه مسلم باب تحريم فضل بيع الماء (١١٩٨/٣) رقم ١٥٦٦ ، ابن ماجه – باب نهي عن بيع فضل الماء .. إلخ (٨٢٨/٢) رقم ٢٤٧٨ ، وأبو داود – باب في بيع الماء (٢٣٧/٣) ، والترمذي مختصرًا (٥٧٢/٣) رقم ١٢٧٢ ومالك في الموطأ – باب القضاء في المياه بلفظ البخاري ٧٤٤/٢ ، والشافعي في المسند بلفظ مسلم صـ ٣٨٢ .

(٦) في (م) : [الكلام] وهو خطأ وفي غيرها : الكلأ .

المنع [١] منه .

١٨١٣٤ - قالوا : لا يجوز أن يحمي لنفسه فلم يجز أن يحمي لمصالح المسلمين . أصله : الرعية ، وعكسه النبي ﷺ [٢] .

١٨١٣٥ - قلنا : الواحد من الرعية : لا يملك التصرف على المسلمين . وعندنا يجوز الحمى لمواشي المسلمين وخيل المجاهدين . فمن لا يجوز أن يتصرف عليهم لا يجوز أن يحمي لهم [٣] ، ولما كان الإمام يملك التصرف جاز أن يحمي لهم إقطاعه لا يجوز [للإمام إقطاعه ولا التصرف فيه لا يجوز] [٤] أن يحميه كالمياه .

١٨١٣٦ - قلنا : لا نسلم الوصف لأن الحمى إنما يكون في المباح ، وذلك كله يجوز للإمام إقطاعه ، وتخصيص الواحد به إذا رأى ذلك من المصلحة . فأما الماء فإن كان المسلمون [٥] يستضرون بحماه لم يجز ، كما لو استضروا بالحمى في الحشيش . وإن لم يستضروا فلا بأس أن يحمي ماء بعينه تشرب منه إبل الصدقة ، وترده دون غيرها حتى لا تختلط .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [البيع] بدلًا من « المنع » وكلاهما صواب وتأتي المسألة .

(٢) راجع نص النكت السابق .

(٣) يقصد سائر الرعية .

(٤) زائدة لضرورة السياق .

(٥) في (م) : [المسلمين] وهو خطأ .

مسألة ٩٠٨

الحشيش النابت في أرض مملوكة

١٨١٣٧ - قال أصحابنا : إذ نبت الكلأ في أرض مملوكة لم يملكه صاحبها [١] وكل من أخذه فهو له ، إلا أنه [٢] يكره دخول الأرض بغير إذن مالكها [٣] ، وكذلك ماء البئر والعين [٤] غير مملوك [٥] لصاحبها . ومن أخذ منه شيئًا ملكه ، ولم يلزمه رده [٦] .

١٨١٣٨ - وقال الشافعي إذا نبت الحشيش في أرض مملوكة فهو ملك لصاحبها ، يجوز له بيعه ، وإن أخذه ، غيره لزمه رده عليه [٧] .

١٨١٣٩ - وقال في كتاب الأقضية في القديم ، وفي [٨] كتاب حرملة [٩] : إن

(١) بياض في (ن) محل « صاحبها » .

(٢) في (ع) : [صاحبه] وهو خطأ لأن الضمير عائد على الأرض لاعلى الكلأ .

(٣) في (ن) : [أن] . (٤) ساقطة من (م) ، (ع) . (٥) في (ن) : [مملوكة] .

(٦) وبه قال الحنابلة في رواية . راجع البدائع (١٨٩/٦) ، ١٩٣ ، المغني (٥٧٣/٥) .

(٧) قال الشيرازي « ما ينبت في أرض الإنسان من الحشيش ملك لصاحب الأرض . وقال أبو حنيفة ليس بملك له . لنا أنه نماء ملكه فأشبه الشجر والشعر والصوف . قالوا روي أن النبي ﷺ قال : الناس شركاء في ثلاثة الماء والنار والكلأ . قلنا نحمله على المباح منه . قالوا : حشيش نابت في الأرض فأشبه النابت في الموات . قلنا ذاك نابت في المباح ، فهو كشعر الصيد ، وهذا نابت في مملوك فهو كشعر الغنم . راجع النكت ورقة ١٨٠ . وقد ذكر الشيرازي في هذا النص المسألة على أنها قول واحد لكنه نقل في المهذب ما يشير إلى أن المسألة محل خلاف في المذهب ففي المهذب « وإذا أحيا الأرض ملك الأرض وما فيها من المعادن كالبلور والحديد والرصاص ؛ لأنها من أجزاء الأرض ، فملكه بملكها ، ويملك ما ينبع فيها من الماء والقار وغير ذلك .. ويملك ما ينبت فيها من الشجر والكلأ . وقال أبو القاسم الصيمري لا يملك الكلأ ولأنه لو أفرخ في الأرض طائر لم يملكه ، فكذلك إذا نبت فيه الكلأ . وقال أكثر أصحابنا يملك لأنه نماء الملك فملكه كشعر الغنم » راجع المهذب (٥٥٥/١) ومثله في نهاية المحتاج (٣٥٥/٢) . ومذهب المالكية في هذه المسألة قريب من مذهب الشافعية ، لكنهم وضعوا ضوابط للمنع ؛ فقالوا في ماء البئر : له أن يمنع غيره إن كان البئر في حائط يستضر بالدخول عليه كبئر في المنزل أو كان يحتاج إلى مائه . وفي الكلأ قالوا إذا كان في أرض بها زرع له أو محوطة يستضر بدخول الغير فيها . أما إذا كانت أرضا تركها ينبت فيها الكلأ فليس له أن يمنع أحدًا منها وكذلك ليس له أن يمنع فضل ماء بئره عن شخص خاف عليه الهلاك وإن جاز بيعه له ، فإن امتنع أجبر على بيعه له . راجع الشرح الصغير (٣٣٤/٣) ، حاشية الدسوقي (٧٤/٤ - ٧٥) ، مواهب الجليل (١٦/٦ - ١٧) .

(٨) في (ع) وساقطة من غيرها .

(٩) أبو حفص وأبو عبد الله حرملة بن يحيى بن عبد الله بن حرملة بن عمران التيجي المصري صاحب الإمام =

الماء[١] ملك[٢] لصاحب البئر ويجوز له بيع مقدار معلوم بالكيل أو الوزن ومن استقاه لزمه رده على صاحبه وإن أتلفه لزمه قيمته[٣]

١٨١٤٠ - لنا : ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلأ والنار[٤] . وهذا ينفي أن يختص به واحد .

١٨١٤١ - وروى مالك[٥] [عن أبي الزناد][٦] عن الأعرج[٧] عن أبي

= الشافعي رضي الله عنه كان أكثر أصحابه اختلافًا إليه واقتباسًا منه وكان حافظًا للحديث . صنف المبسوط والمختصر وروى عنه الإمام مسلم بن الحجاج فأكثر في صحيحه من ذكره . توفي ليلة الخميس لتسع بقين من شوال سنة ثلاث وأربعين ومائتين سنه ٢٤٣ هـ بمصر . راجع التهذيب (٢٢٩/٢) ، وفيات الأعيان (٦٤/٢) ، طبقات الشافعية للاسنوي (٢٨/١) ، طبقات الحفاظ ص ٢١٠ ، حسن المحاضرة للسيوطي (٣٠٧/١) ، العبر (٤٤٠/١) ، خلاصة تهذيب الكمال صـ ٦١ .

(١) في (م) ، (ع) : [يقول إن الماء] . (٢) في (م) ، (ع) : [المالك] وهو خطأ .

(٣) راجع المهذب (٥٥٥/١) ، نهاية المحتاج (٣٥٥/٢) وهي الرواية المقابلة للأظهر عند الحنابلة . راجع المغني (٥٧٣/٥) . (٤) سبق تخريج الحديث .

(٥) الإمام مالك بن أنس بن أبي عمرو بن الحارث الأصبحي الحميري أبو عبد الله المدني ، إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة ، وإليه ينتسب المذهب المالكي . روى عن نافع ومحمد بن المنكدر ، وجعفر الصادق وخلق كثير وروى عنه الشافعي وغيره كثير . قال ابن المديني له نحو ألف حديث . قال البخاري أصح الأسانيد مالك عن نافع عن بن عمر . وقال الشافعي إذا جاء الأثر فمالك النجم . كان صلبًا في دينه بعيدًا عن الأمراء والملوك ، وشي به إلى جعفر عم المنصور فضر به سياطا انخلع لها كتفه . وأرسل إليه الرشيد ليحدثه فقال العلم يؤتى ، فقصده الرشيد ، وجلس بين يديه . وسأله المنصور أن يصنع كتابا للناس يحملهم على العمل به فصنف الموطأ وله رسائل في الوعظ وكتاب في المسائل ورسائل في الرد على القدرية وتفسير غريب القرآن وغيرها . توفي رضي الله عنه سنة ١٧٩ هـ وهو ابن تسعين سنة . راجع الأعلام (٢٥٧/٥) ، وفيات الأعيان (١٣٥/١) ، معجم المؤلفين (١٦٨/٨) ، التهذيب (١٧٤/١٠) ، طبقات الحفاظ ص ٨٩ ، خلاصة تهذيب الكمال صـ ٣١٣ صفوة الصفوة (٩٩/٢) ، طبقات القراء (٣٥/٢) ، طبقات المفسرين للداودي (٢٩٣/٢) ، العبر (٢٧٢/١) ، ومرآة الجنان (٣٧٣/١) ، النجوم الزاهرة (٦٩/٢) .

(٦) في (م) ، (ع) [أبي الزياد] وهو خطأ وهو أبو الزناد عبد الله بن أحمد بن بشير بن ذكوان الدمشقي صدوق متقدم في القراء . روى عن أنس وعائشة وغيرهم ، وعنه ابناه عبد الرحمن وأبوالقاسم وصالح بن كيسان وغيرهم . قال البخاري أصح أسانيد أبي هريرة أبو الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة توفي سنة ١٣٠هـ. راجع التهذيب (٢٠٣/٥) ، ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم (١٩٠/١) ، طبقات الحفاظ ١٠٦، خلاصة تهذيب الكمال ص ١٩٢ ، العبر (٢٦٥/١) .

(٧) عبد الرحمن بن هرمز الأعرج أبو داود المدني . روى عن أبي هريرة وأبي سعيد وعبد الله بن مالك وابن عباس وغيرهم وعنه زيد بن أسلم وصالح بن كسيان والزهري ، وأبو الزناد وجعفر بن ربيعة ومحمد بن =

هريرة [١] ﷺ أن النبي ﷺ قال : « من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته يوم القيامة » [٢]

١٨١٤٢ - ولو كان الكلأ ملكًا له [٣] لم يلحقه الوعيد بمنع شيء منه لأن الغالب في الكلأ المباح فما حصل منه في ملكه بغير « فعله » [٤] . لم يملكه كالصيد .

١٨١٤٣ - احتجوا : بأنه نماء ملكه لا يملكه غيره ، فوجب أن يكون له أصله : الحطب والقصب [٥] .

١٨١٤٤ - قلنا الأصل غير مسلم لأن الحطب والقصب إذا نبت في أرض إنسان [٦] بغير فعله لم يملكه كالصيد ، فإن قاسوا على ما أثبته من ذلك

١٨١٤٥ - قلنا : حصل في ملكه بفعله فهو كالسمك إذا حصله في حظيرة لصيده وما نبت بنفسه كالسمك الذي خرج به السيل إلى أرضه فصاحب الأرض وجميع الناس فيه سواء .

* * *

= إسحاق وغيرهم . وهو ثقة توفي بالمدينة سنة ١١٧ هـ . راجع التهذيب (٢٩٠/٦) ، التقريب (٥٠١/١) ، ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم (٢١٤/١) ، شذرات الذهب (١٥٣/١) ، طبقات الحفاظ صـ ٣٨ خلاصة تهذيب الكمال صـ ٢٠٠ ، طبقات القراء (٣٨١/١) ، النجوم الزهرة (٢٧٦/١) وغيرها .

(١) عبد الرحمن بن صخر الدوسي على أرجح الروايات اختلف في اسمه واسم أبيه اختلافًا كثيرًا . فقيل اسمه عبد الرحمن بن صخر ، وقيل ابن غنم وقيل عبدالله بن عائذ وقيل ابن عامر وقيل غير ذلك . كان من المكثرين لرواية الحديث لكثرة ملازمته للرسول - ﷺ أسلم سنه ٧ هـ وتوفي سنه ٥٧ هـ . راجع شذرات الذهب (٦٣/١) ، الإصابة (٤٢٥/٧) ، أسد الغابة (٣١٨/٦) ، التهذيب (٢٦٢/١٢ - ٢٦٧) وغيرها.

(٢) انظر الموطأ - باب القضاء في المياه (٧٤٤/٢) وقد سبق تخريج الحديث .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) بياض في (م) ، (ع) .

(٥) راجع نص النكت السابق والمهذب (٥٥٥/١) .

(٦) في (ن) : [الإنسان] .

مَوْسُوعَة
القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَة
المُسَمَّاة
التَّجْرِيدُ

كتاب الوقف

مسألة [١] ٩٠٩

صور لزوم الوقف وجوازه

١٨١٤٦ - قال أبو حنيفة وزفر لا يزول الملك [٢] عن الوقف بالقول إلا أن يخرجه مخرج [٣] الوصايا

١٨١٤٧ - وقال أبو يوسف يزول الملك عنه بالقول [٤] .

١٨١٤٨ - وبه قال الشافعي [٥] .

---

(١) في اللغة الوقف يقف وقوفًا دام قائمًا ، ووقفته أنا وقفًا فعلت به ما وقف كوقفته وأوقف الدار حبسه للوقف محل الوقوف راجع القاموس المحيط باب الفاء فصل الواو (٢١٢/٣) .

وقد اختلف الفقهاء في تعريفه ؛ فعرفه الأحناف تعريفات مختلفة طبقًا لاختلافهم في النظر إليه وإلى مفهومه وحكمه ، ويتلخص ذلك في اتجاهين ، أولهما تعريف أبي حنيفة له بأنه :

هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة .

عند الصاحبين هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى . راجع اللباب (١٨٠/٢)

وعرفه المالكية : بأنه جعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو غلته لمستحق بصيغة مدة ما يراه المحبس . راجع الشرح الصغير (٣٣٦/٣)

وعرفه الشافعية : بأنه حبس مال يمكن الانتفاع به ، مع بقاء عينه ، يقطع التصرف في رقبته ، على مصرف مباح موجود . راجع نهاية المحتاج (٣٥٨/٥)

وعند الحنابلة : هو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة . راجع الإنصاف (٣/٧) المغني (٥٩٧/٥)

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) هذه إحدى حالتين يخرج فيها الملك في الوقف من المالك إلى الله ﷻ عند أبي حنيفة . ومعناها أن تكون صورة الوقف على هيئة الوصية كأن يقول مثلًا إذ مت فقد وقفت داري على كذا مثلًا والحالة الثانية هي أن يحكم الحاكم بلزوم الوقف . وصورة ذلك أن يسلم الواقف وقفه إلى المتولي ، ثم يريد أن يرجع بعلة عدم اللزوم ، فيحتكما إلى القاضي فيقضي باللزوم إن كان ممن يرى ذلك تقليدًا للصاحبين أو غيرهما من علماء المذاهب الأخرى . راجع البدائع (٢١٨/٦) ، اللباب (١٨٠/٢) ، حاشية ابن عابدين (٣٣٨/٤) .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) ونلاحظ أن المصنف لم يذكر رأي محمد في المسألة . وهو يرى أن الملك يزول عن الوقف ولكن ليس بالقول بل بتسليمه إلى الولي . راجع البدائع واللباب وحاشية ابن عابدين في المواضع السابقة .

(٥) وبه قال المالكية والحنابلة أيضًا . راجع المهذب (٥٧٨/١) ، والنكت ورقة ١٨٢ ، حاشية الدسوقي (٧٥/٤) ، المغني (٥٩٨/٥) .

١٨١٤٩ – لنا : ما روى عكرمة [١] عن أبي عباس [٢] رضي الله عنهما قال سمعت رسول الله ﷺ بعد ما أنزلت سورة النساء وأنزل فيها الفرائض نهى عن الْحَبْس [٣]

١٨١٥٠ – وري أنه قال « لا حَبْس عن فرائض اللّه » [٤] وهذا يدل على أن الحبس بعد نزول آية المواريث مخالف لما قبله ، وذلك أنهم كانوا يصنعون بمالهم ما شاؤا ، وكان [٥] الحبس كذلك ، فلما نزلت آية المواريث نسخ ذلك .

١٨١٥١ – فإن قيل : إنما يعنى بهذا حبس النساء في البيوت إذا أتين الفاحشة [٦] .

١٨١٥٢ – قلنا : ذاك ثبت بسورة النساء [٧] وبحديث عبادة [٨] والخبر

---

(١) عكرمة البربري أبو عبد اللّه المدني مولى ابن عباس أصله من البربر قال طلبت العلم أربعين سنة وكنت أفتى بالباب وابن عباس في الدار . روى عن مولاه وعلي بن أبي طالب والحسن بن علي وأبى هريرة وغيرهم . وروى عنه إبراهيم النخعي والشعبي وهما أقرانه وغيرهما . وهو من رجال الصحيحين توفي سنه ١٠٤ هـ وقيل ذلك . راجع التهذيب (٢٦٢/٧) ، شذرات الذهب (١٣٠/١) ، طبقات الحفاظ صـ ٣٧ خلاصة تهذيب الكمال ص ٢٢٩ ، طبقات المفسرين (٣٨٠/١) ، والعبر (١٣١/١) والنجوم الزاهرة (٢٦٣/١) وغيرها .

(٢) سبقت ترجمته .

(٣) هذا معناه . ونصه « لا حبس بعد سورة النساء » راجع فتح البارى (٢٣٨/٨) – سورة النساء ، البيهقى باب من قال لا حبس عن فرائض اللّه ﷻ (١٦٢/٦) الدارقطني (٦٨/٤) رقم ٤ ، كنز العمال باب الوعيد على تارك الوصية (٦١٩/١٦) رقم ٤٦٠٨٥

(٤) هذه الرواية عن عكرمة عن ابن عباس أيضًا . أخرجها البيهقي باب من قال لا حبس عن فرائض اللّه (١٦٢/٦) وقال عنها « لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه ، وهما ضعيفان . . وهذا اللفظ إنما يعرف من قول شريح القاضي . والدارقطني (٦٨/٤) رقم (٤) .

(٥) في (ن) : [وإن كان]

(٦) يقصد بذلك قوله تعالى : ﴿ وَالَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ فَإِن شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴾ آية (١٥) النساء . قال القرطبي « هذه أول عزمات الزناة ، وكان هذا في ابتداء الإسلام ، قاله عبادة بن الصامت والحسن ومجاهد حتى نسخ بالأذى الذي بعده ، ثم نسخ ذلك بآية النور وبالرجم في الثيب . وقالت فرقة بل كان الإيذاء هو الأول ثم بالإمساك ، والحبس في البيوت كان في صدر الإسلام قبل أن يكثر الجناة . فلما كثروا وخشي قوتهم اتخذ لهم السجن . راجع تفسير القرطبي (١٧٥٠/٢) .

(٧) حكم هذه الآية وهو حبس النساء في البيوت نسخ فيما يشير إليه نص القرطبي السابق بقوله تعالى بعدها : ﴿ وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِهَا مِنكُمْ فَآذُوهُمَا فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَّحِيمًا ﴾ آية (١٦) سورة النساء وهو ما قصده المصنف بقوله ذاك ثبت بسورة النساء .

(٨) عبادة بن الصامت بن قيس الأنصاري الخزرجي صحابي من الموصوفين بالورع شهد العقبة وبدار وسائر المشاهد ثم حضر فتح مصر وهو أول من ولي القضاء بفلسطين روى ١٨١ حديثًا اتفق البخاري ومسلم على ست منها وتوفي بالرملة أو بيت المقدس سنة ٣٤ هـ . راجع التهذيب (١١١/٥) ، والإصابة (٢٦٨/٢) ، =

يقتضي [١] حبسًا بنسخ الفرائض التي في سورة النساء وهي فرائض الأموال [٢] .

١٨١٥٣ - فإن قيل إنما [٣] نهى عن السائبة [٤] والوصية [٥] والبحيرة .

١٨١٥٤ - قلنا : هذا ساقط من ثلاثة أوجه

١٨١٥٥ - أن البحيرة [٦] والسائبة إطلاق وليس بحبس ، لأنهم كانوا يخرجونها من حكم الملك ويمنعون الانتفاع بها ، كما يزول الملك عن المعتق بالعتق [وهذا إطلاق [٧]] وهو ضد الحبس .

١٨١٥٦ - والثاني : أن السائبة والبحيرة لم تكن تفعل في الإسلام ، وإنما كانت في الجاهلية ، والخبر يقتضي أمرًا كانوا يفعلونه إلى أن نزلت السورة .

١٨١٥٧ - والثالث : أنه [٨] عام في الوقف ، وما ذكروه فلم [٩] يجز تخصيصه بغير دليل .

= الاستيعاب (٨٠٧/٢) ، الأعلام (٢٥٨/٣) . وغيرها . ويقصد بحديثه ما رواه عن النبي ﷺ أنه قال « خذوا عني قد جعل اللّٰه لهن سبيلًا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » قال الإمام الشوكاني رواه الجماعة إلا البخاري والنسائي . راجع نيل الأوطار (٨٧/٧) . فبهذا الحديث يكون حكم الحبس الثابت في الآية منسوخًا .

(١) أي خبر [لا حبس عن فرائض اللّٰه] .

(٢) قال الشيرازي « . . قالوا روي عن ابن عباس أنه قال لما نزلت سورة النساء وفرض اللّٰه الفرائض قال النبي ﷺ : لا حبس بعد سورة النساء . قلنا : المراد الحبس المسقط لفرائض اللّٰه ﷻ ومازاد على الثلث فإن الفرائض به تتعلق » راجع النكت ورقة ١٨٣ » .

(٣) في (ع) : [إنها] بدل « إنما » .

(٤) السائبة المهملة والبعير يدرك نتاج نتاجه فيسيب أي يترك لا يركب ، والناقة كانت تسيب في الجاهلية لنذر ونحوه ، أو كانت إذا ولدت عشرة أبطن كلهن إناث سيبت ، أو كان الرجل إذا قدم من سفر بعيد أو نجت دابته من مشقة أو حرب قال هي سائبة . وكانت لا تمنع عن ماء ولا كلأ ولا تركب . راجع القاموس المحيط باب الباء فصل السين (٨٧/١) .

(٥) الوصيلة الناقة التي وصلت بين عشرة أبطن ومن الشاء التي وصلت سبعة أبطن عناقين عناقين ، فإن ولدت في السابعة عناقًا وجديًا قيل وصلت أخاها فلا يشرب لبن الأم إلا الرجال دون النساء ، وتجرى مجرى السائبة أو الوصيلة الشاة خاصة . كانت إذا ولدت الأنثى فهي لهم وإذا ولدت ذكرا جعلوه لآلهتهم ، وإن ولدت ذكرا وأنثى فتصل أخاها فلا يذبحون أخاها من أجلها وإذا ولدت ذكرا قالوا وصلت أخاها فلم يذبحوا الذكر لآلهتهم ، أو هي شاة تلد ذكرًا وأنثى هذا قربان لآلهتنا . راجع القاموس المحيط باب اللام فصل الواو (٦٦/٤) .

(٦) عرفت بمثل تعريف السائبة والوصيلة إلا أنهم قالوا إنها التي ولدت خمسة أبطن . وقيل هي ابنة السائبة وحكمها حكم أمها . راجع القاموس المحيط باب الراء فصل الباء (٣٨١/١) .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) .

(٨) أي نهيه عن الحبس .

(٩) في (ص) ، (ن) : [لم] .

١٨١٥٨ - ويدل عليه [ما روى (١)] أبو حنيفة ومعن بن [كلام] (٢) عن الشعبي (٣) عن شريح (٤)

١٨١٥٩ - أنه قال : جاء محمد ببيع الحبس (٥)

١٨١٦٠ - وهذا إخبار عن شريعته (٦) ﷺ ، ولا يقال إنه مرسل ؛ لأن إرساله لا يمنع الاستدلال به عندنا (٧) .

١٨١٦١ - ويدل عليه : ما روى بشير بن محمد بن عبد الله بن زيد (٨) وأبو بكر

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [كرام] وكلاهما لم نقف له على ترجمة ، وربما وقع غلط من الناسخ في سند الأثر ، وسوف يتضح هذا عند تخريجه .

(٣) في (ع) [الشفعى] وهو خطأ . وهو عامر بن شرا حيل أبو عمرو الكوفي أدرك خمسمائة من الصحابة ، وقال : ما كتبت سوداء في بيضاء قط ، ولا حدثني رجل بحديث فأحببت أن يعيده علي ، ولا حدثني رجل بحديث إلا حفظته ، قال أبو مخلد : ما رأيت أفقه من الشعبي توفي سنة (١٠٣ هـ) . راجع طبقات الحفاظ صـ٣٣ ، التهذيب (٦٥/٥) ، خلاصة تهذيب الكمال صـ ١٥٩ طبقات القراء (٣٥٠/١) ، العبر (١٢٧/١) ، النجوم الزاهرة (٢٥٣/١) ، تقريب التهذيب ١ (٣٨٧/) ، البداية والنهاية (٢٣٠/٩) .

(٤) شريح بن الحارث بن قيس الكندي أبو أمية الكوفي القاضي ، أدرك النبى ﷺ ولم يره . ولى القضاء لعمر وعثمان وعلى ومعاوية ستين سنة إلى أيام الحجاج ، فاستعفي وله مائة وعشرين سنة توفي سنة ٧٨ هـ . راجع الإصابة (٣٣٥/٣) ، طبقات الحفاظ صـ٢٠ ، التهذيب (٣٢٦/٤) ، خلاصة تهذيب الكمال صـ١٤٠ العبر (٨٩/١) وغيرها .

(٥) الأثر ذكره البيهقي في السنن الكبرى وابن أبي شيبة في مصنفه وسند الأثر عندهما عن وكيع وابن أبي زائدة عن مسعر عن أبي عون عن شريح « قال : جاء محمد ببيع الحبس ، وفي رواية بمنع الحبس » وربما وقع غلط من الناسخ كما سبقت الإشارة في السند ، فلم نجد لمعن بن كلام أو كرام ترجمة بين المحدثين أو الفقهاء ، وأما الشعبي فيصح أن يكون في السند لأنه من تلاميذه شريح . راجع السنن الكبرى - كتاب الوقف - باب من قال : لا حبس عن فرائض الله (١٦٣/٦) ، مصنف ابن أبي شيبة كتاب البيوع (٢٥١/٦) ، ونصب الراية (٤٧٧/٣) .

(٦) في (ص) ، (ن) [شرعه] .

(٧) قال الشيرازي : قالوا : روي عن شريح أنه قال : جاء محمد ببيع الحبس ، وروي بإطلاق الحبس ، قلنا : هو مرسل ، ثم يحتمل أنه أراد الحبس الذي في الجاهلية . راجع النكت ورقة ١٨٣ . وفي مختصر الخلافيات : قال الشافعى ﷺ : واحتج محتج بحديث شريح أن محمدا - ﷺ جاء بإطلاق الحبس ، قال مالك : الذي جاء محمد ﷺ بإطلاقه هو الذي في كتاب الله ﷻ ﴿ مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٖ وَلَا سَآئِبَةٖ وَلَا وَصِيلَةٖ وَلَا حَامٖ ﴾ من الآية ١٠٣ سورة المائدة راجع مختصر خلافيات البيهقي ورقة ٢٢٥ .

(٨) بشير بن محمد بن عبد الله بن زيد ، قال الهيثمي : وبشير هذا لم نجد من ترجم له . مجمع الزوائد (٢٣٣/٤) .

٢٠٥/أ بن حرم / [١] عن عمرو بن سليم [٢] عن عبد اللّه بن زيد الأنصاري [٣] أنه تصدق بحائط فأتى أبوه النبي ﷺ فقال : يا رسول اللّه إنها كَلَّتْ في وجوهنا ، ولم يكن لنا مال غيره ، فدعا عبد اللّه وقال : إن اللّه قد قبل منك صدقتك ، ورد على أبويك : قال بشير [٤] : فتوارثناها [٥] بعد ذلك [٦] .

١٨١٦٢ - فإن قيل : كان الحائط لهما [٧] .

١٨١٦٣ - قلنا : روي أنه تصدق بحائط [٨] وروي أنه تصدق بما ليس له مال غيره ، وقال أبوه لرسول اللّه ﷺ : « تصدق بحائط » وكان لنا وله منه كفاف [٩] .

---

(١) قيل اسمه أبو بكر وكنيته أبو محمد الأنصاري الخزرجي ثم البخاري ، قيل : إنه كان أعلم أهل المدينة بالقضاء ، وقد تولى القضاء بها وإمارتها ، وله خبرة بالسيرة ، وهو ثقة ، توفي سنة (١٢٠ هـ) . راجع التهذيب (٢٤/١٢) ، التقريب (٣٩٦/٢) ، ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم (٢٤٦/٢) ، شذرات الذهب (١٥٧/١) .

(٢) عمرو بن سليم بن خلدة بن مخلد بن عامر زريق الأنصاري ، روى عن قتادة وابن الزبير وسعيد بن المسيب وغيرهم . وعنه روى ابنه سعيد وأبو بكر بن المنكدر وأبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وغيرهم ، وهو تابعي ثقة توفي سنة (١٠٤ هـ) راجع التهذيب (٤٥/٨) ، التقريب (٧١/٢) ، الجرح والتعديل (١٣٥/٦) ، التاريخ الكبير (٣٣٣/٦) .

(٣) عبد اللّه بن زيد بن عاصم بن كعب البخاري الأنصاري . صحابي من أهل المدينة ، شهد بدرًا وقتل مسيلة الكذاب يوم اليمامة له ٤٨ حديثًا ، قتل في وقعة الحرة سنة (٦٣ هـ) . راجع التهذيب (٢٢٣/٥) ، الاستيعاب (٩١٣/٣) ، الأعلام (٨٨/٤) وغيرها .

(٤) في (ص) ، (ن) : [حسن] وساقطة من (م) ، (ع) وما أثبتناه من نص الحاكم .

(٥) في (م) ، (ع) : [فتوارثنا] .

(٦) الحديث يروى بروايات عدة ، أصحها هذا الطريق الذي ذكره المصنف . قال الحاكم : الحديث وإن كان صحيحًا على شرط الشيخين فإني لا أرى بشير بن محمد الأنصاري سمع من جده عبد اللّه بن زيد . راجع المستدرك (٣٤٨/٤) ، سنن الدارقطني بلفظ الحاكم (٢٠٠/٤) رقم ٤ ، وكنز العمال (٨٤/١١) رقم (٣٠٧/١) وانظر مجمع الزوائد (٢٣٣/٤) .

(٧) قال الشيرازي : قلنا : ذاك كان لأبويه ، ألا ترى أنه رده عليهما دونه ؟ ولأنه ورثهما فلو كان له لما ورثه منهما . راجع النكت ورقة ١٨٣ وقال في مختصر الخلافيات « .. هذا مرسل ؛ لأن عبد اللّه بن زيد بن عبد اللّه توفي في خلافة عثمان ولم يدركه أبو بكر بن حزم ، ورواه بشير بن محمد عن عبد اللّه بن زيد وهو أيضًا مرسل ؛ لأن بشيرا لم يدرك عبد اللّه بن زيد ، ورواه عمرو بن سليم عن عبداللّه بن زيد وهو أيضًا مرسل . راجع مختصر الخلافيات ورقة ٢٢٥

(٨) في (ص) ، (ن) : [بحائط] وفى (م) : [وبها]

(٩) راجع المستدرك (٣٤٨/٤) .

١٨١٦٤ - فإن قيل : يجوز أن يكون تصدق بأصلها

١٨١٦٥ - قلنا : لو كان كذلك زال ملكه ، [وكان] (١) لا يجوز ردها باتفاق .

١٨١٦٦ - ولأنها نوع صدقة فلا يلزم بمجرد (٢) قوله . أصله : إذا تصدق بها على معين .

١٨١٦٧ - ولأنه إزالة ملك إلى غير مالك فلا يلزم في غير الآدمي بمجرد قوله . أصله : إذا وقف على المكاتبين (٣) .

١٨١٦٨ - ولأن كل صدقة لا تلزمه إذا كانت على المكاتب ، وأم الولد لا تلزم (٤) إذا كانت على حر (٥) .

١٨١٦٩ - أصله : إذا قال تصدقت بداري على فلان أو على الفقراء ولم يجتمع مع لفظ الصدقة قرينة ولا نِيَّة (٦) [لأن كل صدقة (٧)] لا تلزم بمجرد قوله تصدقت على فلان لم تلزمه وإن نوى (٨) .

١٨١٧٠ - أصله : إذا كانت على مكاتب . ولأن الملك لو زال في الوقف (٩) لم يستحق الواقف ثواب الصدقة بالغلة ؛ لأنها صدقة بغير (١٠) ملكه ، وفي علمنا أنه يستحق الثواب بالصدقة دلالة على بقاء ملكه في الأصل .

١٨١٧١ - ولا يلزم إذا أخرجه مخرج الوصايا ؛ لأنه (١١) باق على حكم ملكه . ولو لزمه دين بضمان درك أو وقوع في بئر كان حفرها بيع الوقف في ذلك ، ولأن الوقف لو تعلق بالرقبة على وجه الاستحقاق سرى إلى ما يتولد منها .

١٨١٧٢ - ألا ترى أنه لو تعلق بالرقبة لحَقِّ اللّٰه سرى إلى ما يتولد منها ، كولد المبيع قبل القبض ؟ ومعلوم أن امتناع التمليك قد استقر عند مخالفنا في الأصل ، فكان يجب

---

(١) في (م) ، (ع) : [فكان] .
(٢) في (م) ، (ع) : [مجرد] .
(٣) في (م) ، (ع) : [الكاتبين] .
(٤) في (م) ، (ع) : [ولا يلزم] .
(٥) في (م) ، (ع) : [آخر وهو خطأ] .
(٦) في (ع) : [ولايته وهو خطأ] .
(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٨) النية ليست شرطًا لصحة الوقف بل يصح بدونها ، وإنما فائدة النية فيه هو حصول الثواب إن تصدق على وجه القربة ، قال ابن نجيم : وأما الوصية فكالعتق ، إن قصد التقرب فله الثواب ، وإلا فهي صحيحة فقط ، وأما الوقف : فليس عبادة وضعًا بدليل صحته من الكافر فإن نوى القُربة فله الثواب وإلا فلا . راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ ٢٣ .
(٩) في (م) ، (ع) : [الوقت] وهو خطأ .
(١٠) في (م) ، (ع) : [تعين] وهو خطأ .
(١١) في (م) ، (ع) : [بأنها] وهو خطأ .

أن يمتنع تمليك الثمار كما امتنع من أصلها .

١٨١٧٣ - ولأن الوقف في حال الحياة يتضمن تمليك ما لم يخلق [لمن لم يخلق[١]] وهذا لا يصح في العقود الواقعة حال الحياة[٢] .

١٨١٧٤ - ولا يلزم إذا أخرجه مخرج الوصايا ؛ لأن الوصية تصح بما لم يخلق ولمن لم يخلق[٣] .

١٨١٧٥ - ولأنه إيجاب حق في الثمار والمنافع فلا يزيل الملك عن الرقاب ، كما لو أعارها[٤] ، أو نذر الصدقة بثمارها أو كانت الثمار موجودة فتصدق بها .

١٨١٧٦ - فإن قيل : عندنا قد أوجب الحق في الرقبة .

١٨١٧٧ - قلنا : بل أوجب في الثمرة ؛ لأن الموقوف عليهم[٥] لا منفعة لهم في العين[٦] وإنما حبس العين لاستيفاء الحق في الثمرة .

١٨١٧٨ - فإن قيل : [هذا[٧]] يبطل إذا حكم الحاكم . [قلنا : لم يزل الملك بإيجاب الحق في الثمرة ، وإنما زال بحكم الحاكم في[٨]] موضع الاجتهاد .

١٨١٧٩ - فإن قيل : يبطل به إذا أخرجه مخرج الوصايا[٩]

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) . (٢) كعقد البيع والرهن وغيرهما .

(٣) الوصية وإن صحت بما لم يخلق لكنه يشترط وجوده عند موت الموصي إلا في ثمرة البستان . قال في البدائع : « وتصح الوصية بما في بطن جاريته أو دابته ، وبالصوف على ظهر غنمه ، وباللبن في ضرعها ، وثمرة بستانه وثمرة أشجاره وإن لم يكن شيء من ذلك موجودًا للحال . وأما وجوده عند موت الموصي فهل هو شرط بقاء الوصية على الصحة ؟ فأما في الثلث والعين المشار إليها فشرط حتى لو أوصى بثلث ماله ، وله مال عند إنشاء الوصية ، ثم هلك ثم مات الموصى بطلت الوصية فيما زاد على الثلث . وكذا الوصية بما في البطن والضرع وبما على الظهر من الصوف واللبن والولد حتى لو مات بطلت الوصية إذا لم يكن موجودًا وقت موته . وأما الوصية بالثمرة فليس بشرط استحسانا والقياس أن يكون شرطًا . البدائع (٣٥٤/٦) . وكذا فإن الموصى له يشترط أن يكون موجودًا ، قال في البدائع : وأما الذي يرجع إلى الموصى له فمنها : أن يكون موجودًا ، فإن لم يكن موجودًا لا تصح الوصية ؛ لأن الوصية لا تصح للمعدوم . البدائع (٣٣٦/٦) وعلى هذا فإن كلام المصنف هنا لا يسلم على إطلاقه . (٤) في (م) ، (ع) : [أعادها] وهو خطأ .

(٥) في (م) ، (ع) : [الوقف عندهم] هو خطأ .

(٦) في (ن) : [المعين]

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) [وهذا لا] والصواب ما أثبتناه .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) « وهذا إحدى صورتين يلزم الوقف فيهما عند أبي حنيفة كما سبق .

(٩) معلوم أن الوقف يلزم عند أبي حنيفة إذا خرج مخرج الوصايا .

١٨١٨٠ - قلنا : إنما يزول الملك بالموت لا بإيجاب الحق في الثمرة [وإنما (١)] يبقى الأصل على حكم ملكه (٢) كما لو أوصى بثمارها .

١٨١٨١ - احتجوا : بصدقة رسول الله ﷺ .

١٨١٨٢ - قلنا : لا دلالة فيها ؛ لأن المنافع (٣) عندنا من الوقف حق الورثة ورسول الله ﷺ لم يورث (٤) . فلما سقطت سهام المواريث من تركته صار حكمه حكم سائر الناس قبل نزول (٥) آية الموارث (٦) .

١٨١٨٣ - احتجوا : بما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتى النبي ﷺ فقال : إني أصبت مالًا كثيرًا والله ما أصبت مالًا قط هو عندي أنفس منه ، فما تأمرني ؟ فقال النبي ﷺ : « إن شئت تصدقت بها وحبست أصلها . قال : فجعلها عمر رضي الله عنه صدقة لا تباع [ولا توهب (٧)] ولا تورث (٨) .

١٨١٨٤ - الجواب : أن هذا يحتمل أن يكون (٩) قبل نزول النساء [لأنها (١٠)]

---

(١) من (ن) ساقطة من غيرها .

(٢) في (ص) ، (ن) : [ملكه استوفا الثمرة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [المنافع] وهو خطأ .

(٤) في (م) ، (ع) : [مورث] وهو خطأ ويدل عليه ما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه عن النبى ﷺ قال : « لا نورث ما تركناه صدقة » .
راجع نيل الأوطار (٧٦/٦) .

(٥) في (م) ، (ع) : [زوال] وهو خطأ .

(٦) قال الشيرازي معترضًا على كون المانع من الوقف حق الورثة : « ولأنه - الوقف - جهة يملك بها اقتطاع الملك عن الورثة بعد موته بالوصية ، فوجب أن يملكها في حياته كالعتق . راجع النكت ورقة ١٨٣ . وآية المواريث هي قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ سورة النساء آية (١١) .

(٧) من (ن) وساقطة من غيرها .

(٨) الحديث متفق على صحته ، أخرجه البخاري باب الشروط في الوقف (٢٦٠/٣) ، وابن حجر في الفتح باب الوقف كيف يكتب (٣٩٩/٥) ، ومسلم باب الوقف بلفظ قريب ١٢٥٥/٣ رقم ٥ (١٦٣٢) ، وابن ماجه - باب الوقف (٨٠١/٢) رقم ٢٣٩٦ والدارقطني - باب كيف يكتب الحبس (١٨٩/٤) ، الترمذي - الوقف (٦٥٩/٣) رقم ١٣٧٥ والنسائي - الأحباس -كيف يكتب الحبس (٢٣٠/٦) رقم ٣٥٩٧ وأبو داود في المسند (١٢/٢) ، والشافعي في المسند صـ ٣٣٨ .

(٩) في (ن) : [يكون نزل] وهو خطأ .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ع)

مدنية [١] ، وقد كانت الوقوف لازمة قبلها كما تلزم الوصية بجميع المال ، ويحتمل أن تكون القصة بعد نزول النساء ؛ فوجب التوقف في الخبر حتى يعلم التاريخ .

١٨١٨٥ - فإن قيل : الوقف عندكم جائز ، ولازم إذا أخرجه مخرج الوصية ؛ فدل أن سورة النساء ما منعت الوقف .

١٨١٨٦ - قلنا : إنما يجوز عندنا وصية من الثلث ، وسورة النساء اقتضت ثبوت [٢] حق الورثة بعد الوصايا [٣] ، ثم هذا الخبر قد اختلفت ألفاظه ، فروى : « إن شئت حبست أصلها » ، وروي « إن شئت أمسكت أصلها » رواه ابن علية [٤] ، عن ابن عوف [٥] وإمساك أصلها » ، أصل الوقف عندهم ، لأن الوقف إذا صح خرج من ملكه فلم يكن ممسكًا . وقوله : « احبس أصلها » [٦] يحتمل [٧] احتفظ به ولا تزيل ملكك عنه ، ويحتمل الوقف ، فليس لهم الاحتجاج باللفظ المحتمل [٨] إلا ولغيرهم الرجوع إلى اللفظ الذي [٩] لا يحتمل .

١٨١٨٧ - وهذا كما قال [رسول الله [١٠]] ﷺ : « أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها » [١١]

---

(١) اختلف العلماء في تعريف المكي والمدني من القرآن على أقوال أشهرها : أن المكي ما نزل قبل الهجرة ولو بغير مكة ، والمدني ما نزل بعدها ولو بغير المدينة . راجع الإتقان في علوم القرآن للسيوطي - تحقيق محمد أبو الفضل (٢٣/١) ط مكتبة دار التراث

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) وذلك لقوله تعالى : ﴿ .. مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ .. ﴾ الآية من الآية (١١) من سورة النساء .

(٤) إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم الأسدى المعروف بابن علية . وهي أمه . روى عن حبيب بن الشهيد وحميد الطويل وداود بن أبي هند والثوري وابن عوف وغيرهم . وعنه روى الحسن بن عرفة وأحمد بن حنبل وابن راهويه وشعبة وغيرهم . قال شعبة : ابن علية سيد المحدثين وريحانة الفقهاء ، مات ببغداد سنة (١٩٣) هـ راجع التهذيب (٢٧٥/١) ، الجمع بين رجال الصحيحين صـ ١٦١ ، تقريب التهذيب (٦٥/١) ، خلاصة تهذيب الكمال صـ ٣٧ ، طبقات المفسرين (١٠٤/١) طبقات الحفاظ صـ ١٢٨ ، العبر (٣١٠/١) ، النجوم الزاهرة ٢ (/١٤٤) وغيرها .

(٥) سبقت ترجمته .

(٦) في (ن) : [حبس أصلها] .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [المجمل] .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) ساقطة من (ص) ، (ن)

(١١) الحديث يروى من طريق جابر . راجع صحيح مسلم - كتاب الهبات (١٢٤٦/٣) ، سنن أبي داود - كتاب البيوع والإجارات - باب في العمرى (٨١٧/٣) ، والنسائي - كتاب العمرى (٢٧٤/٦) رقم ٣٧٨٢ ، مسند أحمد (٢٩٣/٣) وانظر نصب الراية (١٢٧/٤) والعُمْرَى - ما يجعل لك طول عمرك أو عمره ، وعمرته إياه وأعمرته : جعلته له راجع القاموس المحيط - باب الراء فصل العين (٩٨/٢) .

ويكون معنى آخر [١] أنه أمره بالتمسك بالملك والصدقة بالثمرة [٢] أبدًا ، وهذا لا يكون إلا أن يوجب الصدقة حال حياته وشرط عدمه فيما بعد ذلك ، فيكون وصية على [ما قال] [٣] أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ وقوله : لا تباع ولا توهب ؛ لأنه نذر أن يتصدق بثمرتها [٤] وقوله : حبست الأصل : معناه : أمسكته [لتمضى [٥]] ما أوجبته [٦] وهذا كمن نذر أن يتصدق بثمرته ، فإن الأصل محبوس حتى يفي نذره ، وإن كان لم يتصرف في الأصل . وإذا بطل الوصف انتقض بالوصية بالغلة [٧] والسكنى ؛ لأن [٨] ذلك يلزم [٩] بالوصية ، ولا يلزم بالإيجاب في حال الحياة [١٠] .

١٨١٨٨ – ولأن الوقف تصرف في منافع تستوفى من العين كالإجارة ؛ فيدخل معه الوصية بالسكنى [١١] .

١٨١٨٩ – وأما العبارة الثانية فقولهم : إزالة ملك [١٢] موضع الخلاف ، فإن أرادوا أنه قصد إزالة الملك ، وعقد على ذلك ، فهذا ليس بإزالة فى الحقيقة . ثم عندنا الوقف بعد الموت ليس بإزالة ملك ، بل يزول الملك بالموت ويقف العين على حكم ملك الميت [١٣]

---

(١) في (ن) : [أخبر] .
(٢) ما بالنسخ [والثمرة] والصواب ما أثبتناه .
(٣) في (ع) : [ما قاله] ويقصد قول أبي حنيفة إلا أن يخرجه مخرج الوصايا .
(٤) في (م) ، (ع) : [بثمرته] .
(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) ، (ع) : [أوصيته] .
(٧) في (م) ، (ع) : [فالغلة] وهو خطأ .
(٨) في (م) ، (ع) : [فإن] .
(٩) في (م) ، (ع) : [ولا يلزم] وهو خطأ .
(١٠) معنى هذا الكلام : أن الوصية تلزم بعد موت الموصي لا بقوله وهو حي ؛ لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت .
(١١) أجاز الأحناف الوصية بسكنى الدار استنادًا إلى دخولها تحت بعض العقود كالإجارة . قال في البدائع : وهو يدل على جواز الوصية بالغلة وبسكنى الدار دون الحادث من الولد وغيره ، و« إنما كان ذلك ؛ لأن الوصية إنما تجوز فيها يجرى فيه الإرث ، أو فيما يدخل تحت عقد من العقود في حال الحياة ، والحادث من الولد وأخواته لا يجرى فيه الإرث ولا يدخل تحت عقد من العقود فلا يدخل تحت الوصية ، بخلاف الغلة ، فإن له نظيرًا في العقود . وأما الوصية بثمرة البستان والشجر فلا شك أنها تقع على الموجود وقت موت الموصي والحادث بعد موته إن ذكر الأبد ؛ لأن اسم الثمرة يقع على الموجود والحادث بعد موته إن ذكر الأبد ؛ لأن اسم الثمرة يقع على الموجود ، والحادث منها يحتمل الدخول تحت بعض العقود وهو عقد المعاملة والوقف راجع البدائع (٣٥٤/٧) .
(١٢) سبق ذكر قول الشيرازي : « جهة يملك انقطاع الملك عن الورثة بعد موته ، فوجب أن يملك بها حال حياته كالعتق . النكت ورقة ١٨٣ .
(١٣) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الموت] .

ولهذا تقضي منها ديونه إذا [حدثت] (١) بأسباب متقدمة للموت .

١٨١٩٠ – وأصله العتق . والمعنى فيه : أنه إتلاف الملك ، وإتلاف الملك يقع بمجرد القول ، كالطلاق والبراءة من الديون (٢) . فأما الوقف : فليس إتلاف وإنما هو تبرع بالملك مع بقاء المملوك (٣) فلا يلزم بمجرد القول كالهبة (٤) . يبين ذلك أن أحكام الأملاك غير باقية بعد العتق ، ولهذا لا يغصب (٥) ولا تؤثر شروط العتق فيه ، ولا يصح نقله من جهة إلى جهة كما لا يصح نفي الطلاق .

١٨١٩١ – وأما الوقف : فمعنى الأملاك لا يزول عنه بدلالة أن معير الوقف (٦) يضمنه متلفه بالقيمة ، ويصح غصبه ، وتؤثر شروط الوقف فيه ، وينتقل عن شروطه من جهة ، فيقول : وقفته على فلان مدة حياته ثم من بعده للفقراء ثم لوالده (٧) .

١٨١٩٢ – قالوا : إنما كان الوقف يلزم بعد الموت مع زوال ملك الواقف (٨) فلأن يلزمه في حال حياته مع بقاء ملكه أولى (٩) .

١٨١٩٣ – قلنا : يبطل بالوصية بالنفقة والسكنى ؛ فإنها لازمة ولو أوجب هذا الخبر في (١٠) حال حياته [لم يلزم (١١)] .

---

(١) « حدثت » بدل من « تحدث » في : (ص) ، (م) ، (ع) ، ومن « تحددت » في (ن) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الذنوب] والصواب ما أثبتناه والمراد إبراء أصحاب الديون المدين من الدين .

(٣) ساقطة من (ص) ، (ن) : [الملك] .

(٤) قال الشيرازي مقررًا هذا الاعتراض ومجيبًا عليه : « فإن قيل : العتق إتلاف فصح فمجرد القول كالطلاق ، والوقف تبرع ، فلم يلزم بمجرد القول كالهبة . قلنا : إذا جاز أن يكون العتق إتلافًا ثم اعتبر فيه أن يكون المعتق من أهل التصرف ، جاز أن يعتبر فيه معنى ينضم إلى القول . راجع النكت ورقة ١٨٣ .

(٥) في (م) ، (ع) : [يغضب] .

(٦) كذا بالنسخ ، والمراد العبد الموقوف .

(٧) المشكلة في هذه المسألة طبقًا لما نص عليه الشيرازي أن مثل هذا الوقف يصح « مع أنه إن وقفها على الفقراء ثم لولده لما انتقلت إلى ولده أبدًا ؛ لأن الفقراء لاينقطعون ، وأولاده لا يستحقون إلا إن عدم الفقراء ، ولو وقف على ولده ثم على الفقراء من بعدهم لأمكن تصور حصول الانتقال ؛ لأن الولد قد ينقطع . وقد أجاب الشيرازي فقال : « قالوا : لو زال ملكه لما اعتبر شرطه كالعتق ، قلنا : بالبيع يزول ملكه ثم تعتبر شروطه من الخيار والبراءة من العيوب ، ثم يبطل إذا أوصى به ويخالف العتق ؛ فإنه يصير إلى جهة لا يعلم مصرفها ، فلم يحتج إلى شرطه ، والوقف يعلم مصرفه فاعتبر فيه شرطه » . النكت ورقة ١٨٣ .

(٨) في (م) ، (ع) : [الواقف] .

(٩) هو في معنى قول الشيرازي السابق « ولأنه جهة يملك بها اقتطاع الملك عن الورثة بعد موته بالوصية فوجب أن يملك بها في حال حياته كالعتق » النكت ورقة ١٨٣ .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١١) ساقطة من (م) ، (ع) .

١٨١٩٤ - فإن قيل : يلزمه في حال الحياة إذا قبضه وليس الكلام في كيفية اللزوم .

١٨١٩٥ - قلنا : وكذلك الوقف يلزم المقصود به فى حال الحياة بإقباضه ، وهو الثمرة والمنفعة .

١٨١٩٦ - قالوا : تحبيس [1] أصل على وجه القربة ينتفع به مع بقاء عينه ، فصح أن يلزمه بغير حكم الحاكم . أصله : بناء المسجد ، وربما قالوا : حَبَسَ الأصل وَسبَّل المنفعة فوجب [2] أن لا يقف صحته على حكم حاكم .

١٨١٩٧ - أصله : إذا جعل أرضه مسجدًا .

١٨١٩٨ - قلنا : لا فرق بين المسجد والوقف عندنا ؛ لأن كل واحد منهما لا يزول الملك فيه بمجرد القول حتى ينضم إليه معنى ، فيعتبر في المسجد الصلاة فيه بإذن المالك ونعتبرها هنا حكم الحاكم ، أو إخراجه [3] على وجه الوصية . واختلاف المعنى الذي ينضم إلى [4] القول لا يمنع التساوي . كما أن الهبة والوصية كل واحد منهما لا يلزم بالقول حتى ينضم إليه معنى ، وإن كان المعنى مختلفًا فيعتبر في الهبة القبض ، وفي الوصية الموت .

١٨١٩٩ - ولأن المسجد يتلف الملك فيه إذا تم ، بدلالة أن شرط الثاني [5] لا يؤثر في حكمه ؛ لأنه [لو [6]] جعل المسجد لطائفة من الناس ، ومن بعدهم لطائفة [7] أخرى كان لجميع الناس ، كما أن المعتق إذا شرط في العتق شرطًا لم [8] يؤثر شرطه ، فلذلك زال الملك في كل واحد إلى غير مالك .

١٨٢٠٠ - ولما كان الوقف حكم الملك فيه حالٌ ، ولهذا ينتقل شرطه من جهة إلى جهة [9] لم يزل الملك إلى غير مالك بان الفرق بينهما أن المسجد يصح بقوله جعلته مسجدًا ، والوقف لا يصح بقوله حبسته ولا وقفته حتى يذكر السبيل [10] ويبينها . وما

---

(١) « تحبيس » بدل من « يحبس » في النسخ جميعها .

(٢) في (ن) : [فوقف] بدل مما جاء في سائر النسخ « فوجب » .

(٣) في (ن) : [أو أخرجه] وفي (م) ، (ع) : [وإخراجه] .

(٤) في (م) ، (ع) : [إليه] .

(٥) في (ع) : [شرطًا لثاني] وفى (م) : [شرط الثاني لأنه]

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) في (ص) ، (ن) : [لطائفة] .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولم] وسبق نص الشيرازي وفيه الرد على عدم اعتبار الشرط في العتق واعتباره في الوقف أن جهة الوقف التي يصرف إليها معرفة خلافًا للعتق .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [السبل] .

أوجبه في الوقف يصح مع بقاء الأصل على ملكه وهو الصدقة بالثمار والغلة .

١٨٢٠١ - ولا يصح أن يكون مسجد مع بقاء ملكه ، ولو فعل ذلك لم يصح ، فدل أن / المسجد من قبل العتق وأن الوقف مخالف له . ٢٠٥/ب

١٨٢٠٢ - قالوا : إزالة ملك عن الرقبة على وجه لا يتصرف فيها ، فوجب أن لا تقف صحته ولزومه على حكم حاكم . أصله : العتق .

١٨٢٠٣ - وربما قالوا : إزالة ملك لا إلى مالك .

١٨٢٠٤ - قلنا : هذا ينتقض بمن وقف على نفسه ثم على الفقراء ، وكمن قال : جعلت داري صدقة موقوفة ، إن حكم بذلك حاكم صح وزال الملك ؛ لأنه [١] مذهب أبي يوسف [٢] . وإن لم يحكم به لم يزل الملك عندنا وعندهم المعنى في العتق ما قدمنا .

١٨٢٠٥ - قالوا : جهة من جهات الملك ، فوجب أن لا يفتقر لزومها إلى حكم حاكم كصدقة التطوع .

١٨٢٠٦ - قلنا : الوقف لا يتملك وإنما يزول ملك الموقوف لا إلى مالك ، ويمتلك الرقبة والغلة ولزوم التملك في ذلك لا يفتقر إلى الحكم ، وإنما يملك بالقبض ، فأما صدقة التطوع فهي دليلنا ؛ لأنها تبرع من غير إتلاف ، فلم يلزم بمجرد القول [٣] كذلك الوقف يجب أن يكون مثله .

١٨٢٠٧ - قالوا : أجزتم المسجد وأزلتم الملك إذا صلى فيه . ولم يصرح بلفظ التحبيس [٤] فيه وأبطلتم الوقف [وقد صرح بالتحبيس . قلنا : كما أجزتم العتق ولم يذكر فيه التأبيد وأبطلتهم الوقف [٥]] على نفسه ثم على الفقراء وإن صرح فيه بالتأبيد .

١٨٢٠٨ - قالوا : إذا زال الملك في المسجد بفعل الصلاة فلم لا يزول بالقبض ؟ .

١٨٢٠٩ - قلنا : لأن القابض في الوقف هو الولي ، وهو قائم مقام الواقف فيده كيده ، والمصلى في المسجد يفعل الصلاة للّٰه تعالى ، والملك في المسجد يزول لحقه ؛ فصار كقبض وكيل المتصدق عليه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [لأن] .

(٢) إذا وقف على نفسه ثم على جهات من بعده مسألة خلافية ستأتي فيما بعد .

(٣) في (م) ، (ع) : [مجرد القبول] هو خطأ .

(٤) في (م) ، (ع) : [الحبسى] .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٩١٠

الملك في الموقوف

١٨٢١٠ - قال أصحابنا : إذا صح [١] الوقف زال الملك لا إلى مالك [٢]

١٨٢١١ - وقال الشافعي : يزول الملك [٣] في الصحيح من المذهب [٤] ومن قال لا يزول ملك الموقف فغلط ، وإنما ذاك [٥] قول مالك [٦]

١٨٢١٢ - واختلف قول الشافعي إلى من يزول الملك ، فقال في هذا الكتاب [٧] : يزول إلى اللّه تعالى كالعتق .

١٨٢١٣ - وقال في الشهادات : يثبت الوقف [بشاهدين أو] بشاهد [٨] ويمين ،

---

(١) بياض في (ن) .

(٢) بعد أن اختلف الفقهاء فيما يلزم به الوقف ، اختلفوا فيما إذا لزم لمن يكون الملك في الموقوف ، فعند الأحناف : يخرج من ملك الواقف ، وهو الصحيح من مذهب الشافعية والحنابلة ، ثم اختلفوا في الجهة التي ينتقل إليها الوقف ، فعند الأحناف يخرج لا إلى مالك فيصير على حكم ملك اللّه تعالى ، وهو ما قال به الشافعية في أحد القولين . ولهم قول ثان بأنه يخرج إلى ملك الموقوف عليهم ، وهو ما يحاول المصنف رده في هذه المسألة . ومذهب الحنابلة كالشافعية . راجع للأحناف . اللباب (١٨١/٢) ، البدائع (٢٢٠/٦) ، حاشية ابن عابدين (٣٣٧/٤) ، وللشافعية والحنابلة المراجع المذكورة فيما بعد.

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) وبه قال الحنابلة أيضًا كما سبق . راجع المهذب (٥٧٨/١) ، المغني (٦٠١/٥) .

(٥) بالنسخ [زال] وهو خطأ والصحيح ما أثبتناه « ذاك » .

(٦) أي أن القول بعدم زوال الملك عن الوقف هو قول مالك وليس الشافعي ، جاء في التاج والإكليل المختصر : صرح الباجي ببقاء ملك المحبس على حبسه ، وهو لازم تزكية الأحباس على ملك محبسها ، فقول اللخمي الحبس يسقط ملك المحبس غلط . التاج الأكليل (٤٥/٦) ط بهامش مواهب الجليل مكتبة النجاح بليبيا ، وفى مواهب الجليل قال شارحًا للنص السابق : الملك للواقف ظاهره حتى في المساجد ، ونقل القرافي الإجماع على أن المساجد ارتفع عنها الملك ، وهو خلاف ما حكاه في أول الحبس من النوادر أن المساجد باقية أيضًا على ملك محبسها » . راجع مواهب الجليل (٤٥/٦) . ومع أن المالكية يرون عدم زوال الملك في الموقف حتى في المساجد ، إلا أنهم يرون أن وقف المسجد إذا خرب لا يعود إلى واقفه ؛ لأن الوقف المؤبد عندهم لا يعود فيه الملك إلى صاحبه مرة أخرى . وسوف تأتي المسألة .

(٧) أي كتاب الوقف .

(٨) في (م) ، (ع) : [بشاهدين] وفي غيرهما « بشاهد ويمين » وقد اخترنا الجمع بين « الشاهدين » والشاهد واليمين في العبارة .

فمن أصحابه من قال : هذا يدل على أنه يملك الموقف عليه حتى يتبين [(١)] قيمته ، ومنهم من قال : هو لله ، وثبت بالشاهد واليمين [(٢)] . وعلى قول من يزعم أنه ينتقل الملك [(٣)] إلى الموقف عليه هل تجب الزكاة إذا وقف إبلًا سائمة [(٤)] فيه وجهان :

١٨٢١٤ - أحدهما : تجب الزكاة إذا كان الوقف [(٥)] على صغير ، والآخر : لا تجب لنقصان ملكه ؛ لأنه لا يورث [(٦)] .

١٨٢١٥ - لنا : أنه سبب لا يملك به [(٧)] بيع عين بحال فلا يملك به [العين] [(٨)] . أصله : الوصية بالمنافع ، ولأنه [(٩)] أحد نوعي الوقف فلا ينتقل الملك فيه إلى غير الله [تعالى [(١٠)]] كالمسجد .

١٨٢١٦ - ولأن كل من لا ينتقل إليه ملك المسجد لا ينتقل إليه ما وقف عليه ، كالمكاتب .

١٨٢١٧ - ولأنه لو انتقل إلى الموقف عليه لم يجز أن يتوقت [(١١)] ملكه كسائر

---

(١) في (ص) ، (ن) : [ليبينه]

(٢) قال في المهذب : « واختلف أصحابنا في الوقف ، فقال أبو إسحاق : وعامة أصحابنا يبنى على القولين . فإن قلنا : الملك للموقف عليه ، قضى فيه بالشاهد واليمين ؛ لأنه نقل ملك فقضى فيه بالشاهد واليمين كالبيع ، وإن قلنا : إنه ينتقل إلى الله ﷻ ، لم يقض فيه بالشاهد واليمين ؛ لأنه إزالة ملك إلى غير الآدمي ، فلم يقض فيه بالشاهد واليمين كالعتق ، وقال أبو العباس رحمه الله : يقضي فيه بالشاهد واليمين على القولين جميعًا ؛ لأن القصد بالوقف تمليك المنفعة ، فقضى فيه بالشاهد واليمين كالإجارة » راجع المهذب (٤٢٧/٢) .

(٣) ساقطة من (ص) ، (ن) .

(٤) السائمة . الإبل الراعية ، والمراد التي ترعى الكلأ المباح من غير كلفة ، والسوم شرط لوجوب الزكاة في الأنعام عند الجمهور خلافًا للإمام مالك والليث ، فلا يشترطان السوم لوجوب الزكاة . راجع القاموس المحيط باب الميم فصل السين (١٣٥/٤) ، اللباب (١٤١/١) ، بداية المجتهد (١٨٣/١) ، المهذب (١٩٤/١) ، المغني (٥٧٧/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الوقف] وهو خطأ .

(٦) قال في المهذب : « لا تجب - أي الزكاة - فيما لا يملكه ملكًا تامًا ، كالمال الذي في يد مكاتبه ؛ لأنه لا يملك التصرف فيه ، فهو كمال الأجنبي . وأما الماشية الموقوفة عليه فإنه يبنى على أن الملك في الموقوف إلى من ينتقل ؟ وفيه قولان : أحدهما : إلى الله ﷻ فلا تجب زكاته . والثاني : ينتقل إلى الموقوف عليه . وفي زكاته وجهان : أحدهما : تجب عليه ؛ لأنه يملكه ملكًا تامًا مستقرًا فأشبه غير الوقف . والثاني : لا تجب لأنه ملك ضعيف ، بدليل أنه لا يملك التصرف في رقبته ، فلم تجب الزكاة فيه كالمكاتب وما في يده - أي في يد المكاتب - راجع المهذب (١٩٣/١) .

(٧) في (ن) ، (م) ، (ع) : [وبه] .

(٨) بدل مما جاء في النسخ بلفظ : « عتق له » .

(٩) أي وقف ما دون المسجد .

(١٠) ساقطة من (ن) .

(١١) في (ن) ، (م) ، (ع) : [يتوقف] وهو خطأ ، والمراد لم يجز أن يكون الوقف إلى وقت معين ، بل =

الأملاك . وفي علمنا أنه يصح أن يوقف عليه سنة ومن بعده على غيره [١] دليل أن الملك لا ينتقل ، ولو انتقل الملك لم ينتقل عن الموقف [٢] عليه بشرط [٣] المالك الأول ، كسائر الأملاك .

١٨٢١٨ - احتجوا : بأنه سبب إذا طرأ على الملك لم يخرجه من حكم المالية [٤] فوجب أن تكون له مالك يملكه كالبيع وعكسه العتق ، ولأن كل ما ضمن بالقيمة كان له مالك كأم الولد [٥] .

١٨٢١٩ - قلنا : هذا [٦] يبطل بستارة الكعبة [وآلة المسجد] [٧] .

* * *

= يكون مؤبدًا على تسليم ما سبق .

(١) في (م) ، (ع) : [غيرها] وهو خطأ لأن الضمير عائد على الموقوف عليه الأول .

(٢) في (ن) : [الموقف] وهو خطأ

(٣) قال في اللباب : « وإذا صح الموقف على اختلافهم المار في صحته - بالقول أو بغيره خرج الوقف من ملك الواقف وصار حبيسًا على حكم ملك اللّٰه تعالى ولم يدخل في ملك الموقف عليه ؛ لأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط الواقف كسائر أملاكه ، مع أنه ينتقل بالإجماع » . راجع اللباب (١٨١/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [عن المالكية] وهو خطأ .

(٥) قال ابن قدامة : « لنا أن سببًا يزيل ملك الواقف وجد إلى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته ، فوجب أن ينتقل الملك إليه كالبهيمة والبيع ، ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية ، ويفارق العتق ؛ فإنه إخراج عن المالية وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك كأم الولد . راجع المغني (٦٠٢/٥) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) . (٧) ساقطة من (ن) .

مسألة ٩١١

ما يلزم به الوقف

١٨٢٢٠ - قال محمد : لا يلزم الوقف في حال الحياة إلا بالقبض ، وهو قول ابن أبي ليلى .

١٨٢٢١ - وقال أبو يوسف : يلزم بمجرد القول [١] ، وبه قال الشافعي [٢] . لمحمد : أنه تبرع إتلاف فوقف لزومه على القبض كالهبة .

١٨٢٢٢ - ولأنه تبرع بالثمرة على أن [٣] توجد [٤] في الثاني [٥] ولو تبرع بثمرة موجودة لم يلزمه من غير قبض ، فالمعدوم [٦] أولى .

١٨٢٢٣ - احتجوا : بقوله ﷺ احبس [٧] أصلها ، وتصدق بغلتها .

١٨٢٢٤ - قلنا : هذا يدل على الجواز ، فأما اللزوم [٨] فلا ، ولا يقال : إنه سأل النبي ﷺ عما تصح به القربة .

١٨٢٢٥ - لأن القربة تصح بالقول ، ولم يسأل النبي ﷺ عن لزومها .

١٨٢٢٦ - قالوا : عمر بن الخطاب ﷺ ولي صدقته إلى أن مات ، وولي علي ابن أبي طالب صدقته إلى أن مات ، وقالوا في وقفهم : لا تباع ولا تورث [٩]

---

(١) سبقت الإشارة في المسألة الأولى إلى أن الفقهاء يحملون قول أبي حنيفة بعدم زوال الملك عن الوقف بالقول على عدم الصحة ، ومن هنا فإن المصنف تكلم هنا عن لزوم الوقف حال الحياة عند محمد وأبي يوسف ، هل هو بالقول أو بالقبض ؟ وترك الحديث عن رأي أبي حنيفة ، والوقف يلزم عند أبي حنيفة أيضًا في حال الحياة في صورة من صور الوقف عنده ، وهي التي حكم فيها القاضي بلزوم الوقف ؛ فقد سبق القول بأن الوقف يلزم عنده في حالتين : الأولى : ما إذا حكم به حاكم ، والثانية : إذا أخرج مخرج الوصايا . وإن هذا ، فالفارق بين رأي الإمام وبين رأي محمد أنه عند محمد يلزم بالقبض ، وإن لم يحكم به حاكم ، أما عند أبي حنيفة فإنما يلزم بالقبض شريطة أن يحكم حاكم بلزومه . وعند أبي يوسف يلزم بالقول فقط وإن لم يقبض . راجع البدائع (٢١٨/٦ ، ٢١٩) ، حاشية ابن عابدين (٣٣٨/٤) ، تبيين الحقائق (٣٢٥/٣) ، اللباب (١٨٠/٢) .

(٢) وهو مذهب المالكية أيضًا . وللحنابلة روايتان إحداهما : توافق رأي محمد . والأخرى : توافق الجمهور . راجع المهذب (٥٧٧/١) ، الأم (٢١٨/٣) ، حاشية الدسوقي (٧٥/٢) ، المغني (٥ / ٦٠٠) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [موحد] .

(٥) كذا بالنسخ ولعلها [النائي] والمراد على أن توجد في المستقبل .

(٦) في (م) ، (ع) : [كالمعدوم] .

(٧) في (ن) : [حبس] وقد سبق تخريج الحديث .

(٨) الفرق بين الجواز واللزوم : هو أن الجائز يصح الرجوع عنه ، خلافًا للازم .

(٩) راجع سنن البيهقي (١٩١/٦) وانظر الأم (٢٧٥/٣ - ٢٨١) والنكت ورقة ١٨٣ ، مختصر خلافيات البيهقي ورقة٢٢٤ .

١٨٢٢٧ - قلنا : هذه الوقوف كانت جائزة ، وقولهم : لا تباع وتورث ؛ لأنهم أوجبوها [على هذا الوجه [1]] وقصدوا القربة ؛ حتى لا تباع ، والكلام أن هذا القصد هل يرجع عنه أم لا ؟ .

١٨٢٢٨ - على أنه قد روي أن [2] عمر بن الخطاب ﷺ ولى صدقته حفصة [3] .

١٨٢٢٩ - قالوا : سبب يزيل الملك عن الرقبة ، فإذا لم يكن المقصود التمليك [4] لم يفتقر إلى القبض كالعتق [5] .

١٨٢٣٠ - قلنا : العتق إتلاف الرق ، والإتلاف لا يتصور فيه القبض ، والوقف إيجاب للحق في مملوك ؛ فيجب [6] أن يقف على القبض .

١٨٢٣١ - قالوا : عقد المقصود منه تمليك المنفعة ، فلم يفتقر إلى القبض [7] كالإجارة .

١٨٢٣٢ - قلنا : قد يقصد بالوقف تمليك الأعيان وقد يقصد به المنافع ، فهذا التخصيص لا معنى له ، ثم الإجارة موضوعة للمعاوضة ؛ فلزومها لا يقف على القبض ، والوقف تبرع في الحياة من غير إتلاف ؛ فلذلك جاز أن يقف على القبض .

١٨٢٣٣ - قالوا : القبول آكد من القبض ؛ لأنه شرط في جميع العقود ، فإذا لم يعتبر القبول في الوقف فالقبض أولى .

١٨٢٣٤ - قلنا : القبض في التبرع أقوى [8] بدلالة أن اللزوم يقع به ، ولا يقع بالقبول .

١٨٢٣٥ - قالوا : لو [9] افتقر الوقف إلى القبض وقف على قبض الموقوف [10] عليه كالهبة [11] .

١٨٢٣٦ - قلنا : يبطل بالرهن ، فإنه يقف على القبض ولا يفتقر فيه إلى [12] قبض المرتهن .

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) . (٢) ساقطة من (ن) .

(٣) أم المؤمنين حفصة بنت عمر بن الخطاب زوج النبي ﷺ ، كانت من المهاجرات ، وكانت قبل رسول الله - ﷺ - تحت خنيس بن حذافة بن قيس ، فلما تأيمت ذكرها عمر لأبي بكر وعرضها عليه ، فلم يرجع إليه أبو بكر بكلمة ، فغضب عمر ، ثم عرضها على عثمان حين ماتت رقية بنت رسول الله ﷺ ، فقال عثمان : ما أريد أن أتزوج اليوم . فانطلق عمر إلى رسول الله ﷺ فشكا إليه عثمان وأخبره بعرضه حفصة عليه ، فقال رسول الله : « يتزوج حفصة من هو خير من عثمان ، ويتزوج عثمان من هي خير من حفصة » وتزوجها ﷺ سنة (٣ هـ) وقيل : سنة (٢ هـ) وتوفيت في جمادى الأولى سنة (٤١ هـ) في بعض الأقوال . راجع الاستيعاب (١٨١١/٤) ، شذرات الذهب (١٠/١ ، ١٦) وانظر الرواية المشار إليها في سنن البيهقي (١٦١/٦ ، ١٦٢) .

(٤) في (ن) : [تمليك] وفي غيرها : « تمليكًا » . (٥) راجع المغني لابن قدامة (٦٠٠/٥) .

(٦) في (ن) : [فيجوز] وهو خطأ . (٧) في (ن) : [قبض] .

(٨) في (م) ، (ع) : [في الشرع أولى] . (٩) في (م) ، (ع) : [إذا] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [الوقف] وهو خطأ .

(١١) راجع أدلتهم في المسألة في الأم (٢٧٥/٣ - ٢٨١) ، النكت ورقة ١٨٣ .

(١٢) ساقطة من (ن) .

مسألة ٩١٢

ما يجرى فيه الوقف

١٨٢٣٧ - قال أبو حنيفة : لا يلزم وقف المنقولات [(١)] وإن أخرجه مَخْرَجَ الوصايا ، هكذا قال شيوخنا [(٢)] ولم يتعرضوا للزوم وقفها بالحكم [(٣)]

١٨٢٣٨ - وقال الشافعي : ما يبقى [(٤)] . أصله : إذا أمكن الانتفاع به مع بقاء عينه وجاز بيعه جاز وقفه [(٥)] .

١٨٢٣٩ - وهل [(٦)] يجوز وقف الدراهم ؟ . فيه وجهان مرتبان على إجارتها [(٧)] . لنا : حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال لما : نزلت سورة النساء قال رسول الله ﷺ : « لا حبس عن فرائض الله » [(٨)] .

١٨٢٤٠ - ولأنه مما ينقل ويحول أو لا يبقى على وجه الدهر ، فلم يصح وقفه كالطبيب [(٩)] .

---

(١) هذا مذهب أبي حنيفة ومذهب محمد وأبي يوسف جواز وقف المنقول إذا كان تابعًا للعقار . كما أجاز محمد الوقف في بعض المنقولات التي جرى فيها العرف منفردة ، وإنما لم يجز وقف المنقول مطلقًا عند الإمام ومنفردًا عند أبي يوسف ؛ لأن من شرط الوقف أن يكون مؤبدًا عند الأحناف ، وهذا يستلزم كون الموقف مما يبقى ولا يستهلك بالاستعمال ، وهذا لا يتحقق في المنقول ؛ لأن من شأنه الهلاك وعدم البقاء . راجع اللباب (١٨٢/٢) ، البدائع (٢٢٠/٦) ، حاشية ابن عابدين (٣٦١/٤) والهداية مع الكفاية وشرح فتح القدير (٤٢٩/٥ - ٤٣٠) .

(٢) المراد بالشيوخ من لم يدرك أبا حنيفة . راجع حاشية ابن عابدين (٤٩٥/٤) .

(٣) أي إذا حكم الحاكم بلزوم الوقف في المنقول ، ومن المعلوم أن حكم الحاكم في العقار يجعله لازمًا ، وربما سكتوا عن بيان حكم الوقف في المنقول إذا حكم به الحاكم اقتصارًا على بيان حكم إحدى الصورتين وهو إخراجه مخرج الوصايا ، فيكون حكم الثانية مماثلًا ، ولا يلزم فيها ؛ لأنه لا فرق بينهما في العقار ، فكذا في المنقول .

(٤) أي يجوز وقف ما يبقى من المنقولات ، مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه .

(٥) بقول الشافعي قال المالكية والحنابلة . راجع مغني المحتاج (٣٧٧/٢) ، المهذب (٥٧٥/١) ، النكت ورقة ١٨٣ ، حاشية الدسوقي (٧٧/٤) ، مواهب الجليل (٢١/٦) ، المغني (٦٤٢/٥)

(٦) في (م) ، (ع) : [وهذا] هو خطأ .

(٧) راجع المهذب (٥٧٥/١) وقد سبق الحديث عن حكم إجارة الدراهم والدنانير .

(٨) سبق تخريج الحديث

(٩) قال الشيرازي مجيبًا : « قالوا : منقول لا يبقى على وجه الدهر فهو كالطبيب . قلنا : ذاك لا يصح فيه =

١٨٢٤١ - ولأن كل ما لو أوقفه [١] على مكاتب لم يلزم فإذا أوقفه [٢] على حر لم يلزمه كالطعام [٣] . ولأنه صدقة لا [٤] تلزمه في الطعام فلا [٥] تلزم في الثياب [٦]

١٨٢٤٢ - أصله : إذا قال : تصدقت على [بني [٧]] فلان ولم يبق الوقف . ولا يلزم إذا حكم الحاكم ؛ لأنا لا نعرف المذهب فيه .

١٨٢٤٣ - فإن قلنا : يلزم في المنقولات

١٨٢٤٤ - قلنا : بمثله في الطعام إذا حكم بوقفه على مذهب مالك [٨] .

١٨٢٤٥ - ولأن ما لا يبقى على وجه الدهر [٩] وقفه مؤقت بمدة بقائه ولو [١٠] صرح بالتوقيت في الوقف لم يصح كذلك إذا وقت قطعًا [١١] .

= معنى الوقف ؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به مع حبس العين وهذا خلافه » . راجع النكت ورقة ١٨٣ .

(١) في (م) ، (ع) : [وقفه] . (٢) في (م) ، (ع) : [وقفه] .

(٣) هذا التعليل الذي جاء به المصنف يظهر لنا أنه لا يرى القول بجواز وقف المنقول ؛ لأن المانع من صحة الوقف على المكاتب أن ملك المكاتب غير مستقر فلا يوقف عليه . وسواء في ذلك أكان الموقوف عقارًا أو منقولًا ، وليس لنوع الموقف دخل ، ولذا قال ابن قدامة : « لا يصح الوقف على المكاتب وإن كان يملك ، لأن ملكه غير مستقر » راجع المغني (٦٤٦/٥) . ثم إن المانع في وقف الطعام أنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه ، وهذا ينافيَ حقيقة الوقف التي هي حبس العين وتسبيل المنفعة » خلافًا لغيره من المنقولات ، فقد يمكن الانتفاع ببعضها من غير استهلاك عينيها . (٤ ، ٥) في (م) ، (ع) : [لا] .

(٦) القاعدة عند الفقهاء : أن ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جاز بيعه وجاز وقفه ، ولذا قال ابن قدامة : « وجملته أن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدنانير والدراهم والمطعوم والمشروب والشمع وأشباهه لا يصح وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم . إلا شيئًا يحكى عن مالك والأوزعي في وقف الطعام أنه يجوز » راجع المغني (٦٤٠/٥) . (٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) ما نسب إلى الإمام مالك من جواز وقف الطعام فيه تردد عند المالكية ، والصحيح عدمه ؛ لأنه ينافي حقيقة الوقف التي هي حبس العين وتسبيل المنفعة ، والمحققون في المذهب المالكي يرون أن ما ورد في جواز غير صحيح . قال في الشرح الكبير : « والمراد وقفه للسلف وينزل رد بدله منزلة بقاء عينه ، وأما إن وقف مع بقاء عينه فلا يجوز اتفاقًا ؛ إذ لا منفعة شرعية تترتب على ذلك » وفسر الحطاب هذه العبارة الأخيرة بقوله : « إن فرضت المسألة فيما إذا قصد بوقف الطعام ونحوه بقاء عينه ، فليس إلا المنع . لأنه تحجير من غير منفعة تعود على أحد ، وذلك مما يؤدي إلى فساد الطعام المؤدي إلى إضاعة المال » .راجع حاشية الشرقاوي (٧٧/٤) ، مواهب الجليل (٢٢/٦) .

(٩) في (م) ، (ع) : [الأرض] . (١٠) في (ن) : [فلو] .

(١١) قال الشيرازي : قالوا : ما لا يبقى وقفه مؤقت فصار كما لو صرح فيه بالتوقيت ، قلنا : ما لا يصح تمليكه بالبيع مؤقت ، ثم لا يصير كما لو صرح فيه بالتوقيت . راجع النكت ورقة ١٨٣ .

۱۸۲٤٦ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ بعث عمر رضي الله عنه على الصدقات ، فشكا من خالد (۱) وابن جميل (۲) والعباس (۳)

۱۸۲٤۷ - فقال النبي ﷺ : « أما خالد فقد ظلمتموه ؛ فإنه حبس [أدراعه] (٤) وأعتده في سبيل الله » وروي وأعبده (٥) .

۱۸۲٤۸ - الجواب : أنه حبسها بمعنى جعلها للاستعمال في سبيل الله ، ولم يعدها للتجارة فلم تجب عليه زكاة ، ألا ترى أنه أضافها إليه ، وهذا يدل أنها على ملكه ؟ ولو كان الوقف لزم فيها لم تكن على ملكه .

۱۸۲٤۹ - قالوا : روى : أن (٦) أم معقل (۷) أتت النبي ﷺ فقالت :

[يا رسول الله (۸)] إن أبا معقل جعل بعيرًا له في سبيل الله ، وإني أريد الحج ، أفأركبه ؟ فقال ﷺ : « أركبيه ؛ فإن الحج في سبيل الله » (۹) .

---

(۱) سيف الله المسلول خالد بن الوليد بن المغيرة بن عبد الله المخزومي القرشي أبو سليمان ، وقيل : أبو الوليد ، أمَّره رسول الله على الجند وأبو بكر من بعده فقتل أكثر أهل الردة ، توفي بحمص ، وقيل بالمدينة سنة (۲۱ هـ) وقيل : سنة (۲۲ هـ) راجع الاستيعاب (٤٢٩/٢) ، الإصابة (٢٥١/٢) ، التهذيب (١٢٤/٣) ، أسد الغابة (١٠٩/٢) وغيرها .

(۲) قيل : اسمه عبد الله ، وقيل : مجهول . كان منافقا ثم تاب بعد ذلك . راجع الإصابة (١٢٨/١ ، ٤٤/٤) ، أسد الغابة (٣٣٦/٦) .

(۳) العباس بن عبد المطلب بن هشام بن عبد مناف عم رسول الله ﷺ ، كان أسن منه بسنتين ، أسلم قبل فتح خيبر . وكان يسر إسلامه ثم أظهره يوم فتح مكة ، توفي بالمدينة في رجب سنة (۳۲ هـ) راجع الاستيعاب (٨١٠/٢) ، التهذيب (١٢٢/٥) ، الإصابة (٦٣١/٣) ، شذرات الذهب (٣٨/١) وغيرها .

(٤) بالنسخ « أدرعه » وما أثبتناه من كتب الحديث المذكورة بعد .

(٥) راجع صحيح البخاري - كتاب الزكاة (١٥١/٢) ، مسلم كتاب الزكاة - باب تقديم الزكاة ومنعها (٦٧٦/٢) رقم ٩٨٣ ، ومسند أحمد (٣٢٢/٢) ، السنن الكبرى للبيهقي باب الحبس في الرقيق والماشية والدابة (١٦٣/٦) وانظر تلخيص الحبير (٦٨/٣) - كتاب الوقف .

(٦) في (م) ، (ع) : [عن] .

(۷) أم معقل الأسدية زوج أبي معقل ، ويقال : إنها أشجعية ويقال : أنصارية روى حديثها أصحاب السنن الثلاثة . قتل زوجها سنة (٦٣ هـ) في موقعة الحرة ، ولم تذكر كتب التراجم سنة وفاتها . راجع أسد الغابة (٢٩٨/٧) ، الإصابة (٣٠٩/٨) ، الاستيعاب (١٩٦٢/٤) ، التهذيب (٤٨٠/١٢) ، التقريب (٦٥٢/٢) ولأبي معقل ترجمة في أسد الغابة (٢٩٤/٦) ، شذرات الذهب (٧٠/١) .

(۸) ساقط من (ن) .

(۹) هذا هو معنى الحديث ولفظه الذي في السنن : « فهلا خرجت عليه ، فإن الحج في سبيل الله » وفي =

١٨٢٥٠ - قلنا : هذا يدل على أنه أعده [١] للقربة ، فأما زوال ملكه فليس في الخبر . يبين [٢] ذلك : أنه جعل ناقته يحج عليها وغيره أقروا عليها . فقالت له : لو أعطيتني البعير ، فقال : « أما علمت أني جعلته في سبيل اللّه » فقالت : « إن الحج في سبيل اللّه » وسألت النبي ﷺ فقال : « لو أعطيتها لكانت وكنت في سبيل اللّه » فأضاف البعير إليه ، وأوقف النبي ﷺ الانتفاع به [٣] على إذنه ، وهذا يدل على أنه على ملكه . وقال : لو أعطيتها لكانت وكنت في سبيل اللّه [٤] .

١٨٢٥١ - وهذا يدل على استحقاقه الثواب بإعطائها في غير ما جعله ، وهذا لا يكون إلا والبعير على ملكه .

١٨٢٥٢ - قالوا : عين تبقى ينتفع بها مع بقاء عينها ، فإذا جاز بيعها جاز وقفها ، كالعقار والشجر [٥] .

١٨٢٥٣ - قلنا : المعنى في العقار أنه يبقى على وجه الدهر فلم يتوقف وقفه ، وليس كذلك المنقولات فإنها يتوقف وقفها ، وأما الشجر : فإنه [٦] يدخل في الوقف تابع للأرض ، وقد يتبع في العقود ما لا يجوز العقد [٧] عليه .

١٨٢٥٤ - قالوا : روي عن علي وابن مسعود [٨] رضي الله عنهما أنهما قالا : لا حبس إلا في

= بعضها زيادة : « أما إذا فاتتك هذه الحجة معنا فاعتمري في رمضان فإنها كحجة » . راجع سنن أبي داود - كتاب المناسك (٢/٥٠٤) رقم ١٩٨٩ ، الترمذي - عمرة في رمضان تعدل حجة (٣/٢٧٦) رقم ٩٣٩، وابن ماجه (٢/٥٠٣) رقم ٢٩٩٣

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الحديثين] وهو خطأ .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) القصة التي ساقها المصنف بهذا السياق غير قصة أم معقل ، وقد وردت من قصة امرأة مجهولة ، ومن قصة أم طليق وأبي طليق ، ففي سنن أبي داود عن ابن عباس قال : أراد رسول اللّه ﷺ الحج فقالت امرأة لزوجها : أحجني مع رسول اللّه على جملك ، فقال : ما عندي ما أحجك عليه ، فقالت : أحجني على جملك فلان ، قال : ذاك حبس في سبيل اللّه ﷻ فأتى رسول اللّه ﷺ فقال : إن امرأتي تقرأ عليك السلام ورحمة اللّه ، وإنها سألتني الحج معك ، قالت : أحجني على جملك فلان ، فقلت : ذاك حبيس في سبيل اللّه ، فقال : « أما إنك لو أحججتها عليه كان ذلك في سبيل اللّه » راجع سنن أبي داود (٢/٥٠) رقم ١٩٩٠ وانظره من طريق أبي طليق في كتاب الكنى والأسماء للدولابي (١/٤١) ط بيروت .

(٥) راجع النكت ورقة ١٨٣ .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (ن) ، (م) ، (ع) : [المعقود] وهو خطأ .

(٨) في (ن) ، (م) ، (ع) : [ابن عباس] وقد مضى ذكر ما ورد عنه في صدر المسألة ، وثبت أن خبر =

كراع [۱] أو سلاح [۲]

١٨٢٥٥ - قلنا : هذا دلالة عليكم أنه لا يجوز فيما سوى ذلك من المنقولات . فأما على قولنا ؛ فيدل / على جواز الحبس . والكلام في زوال الملك وفائدة التخصيص أن الثواب في هذا الوجه أعظم وأرفع من غيره لما فيه من مجاهدة العدو وإعزاز الدين .

٢٠/أ

* * *

= ابن مسعود أولى ؛ لأنه يوافق اللفظ الذي أثبته المصنف . وابن مسعود هو عبد الله بن مسعود أبو عبد الرحمن الهذلي صاحب رسول الله ﷺ وخادمة ومن نبلاء الفقهاء المقرئين . كان من أوعية العلم وأئمة الهدى ، مات بالمدينة سنة ٣٢ هـ وله نحو ستين سنة . راجع طبقات الحفاظ ص ٢٥ ، طبقات ابن سعد (١/٣) ص ١٠٦ طبقات القراء (٤٥٨/١) ، العبر (٣٣/١) ، النجوم الزاهرة (٩٨/١) .

(١) الكُرَاعُ - الخَيلُ - راجع القاموس المحيط باب العين فصل الكاف (٨٠/٣) ، مختار الصحاح (كرع) ص ٥٩ .

(٢) جاء في مصنف ابن أبي شيبة عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال . قال على : لا حبس عن فرائض الله إلا ما كان من سلاح أو كراع . وعن أبي فضيل عن مطرف عن رجل عن القاسم ، قال عبد الله - يعنى ابن مسعود - : لا حبس إلا في كراع أو سلاح . راجع مصنف ابن أبي شيبة (٢٥٠/٦) وانظر نصب الراية (٤٧٧/٣) .

مسألة ٩١٣

وقف المشاع

١٨٢٥٦ – قال محمد : لا يصح وقف المشاع وبه قال الشافعي [(١)] .

١٨٢٥٧ – وقال أبو يوسف : يصح [(٢)] .

١٨٢٥٨ – لمحمد : أنه [نوع وقف فأثرت الإشاعة فيه كبناء المسجد ، ولأنه وقف جزءًا غير معين ، فلم يلزم كما لو] [(٣)] وقف على مكاتب ، ولأن كل ما لو وقفه [(٤)] على مكاتب لم يلزم [(٥)] فإذا وقفه على حر لم يلزم كالطعام ، ولأن الوقف إذا لزم انتفى [(٦)] عنه التمليك ، فلو جاز في المشاع لثبت في حق التمليك متعلق به ، لأن الشريك يلتمس القسمة ، وفيها معنى التمليك فلم يجز لزومه مع مفارقة ما ينافيه .

١٨٢٥٩ – احتجوا : بما روي أن [(٧)] عمر بن الخطاب ﷺ ملك مائة [سهم [(٨)]] بخيبر فقال ﷺ « احبس [(٩)] أصلها » [(١٠)] .

١٨٢٦٠ – والجواب : أنه قد روي أن النبي ﷺ قسم خيبر بين أصحابه : « فقوله [(١١)]

---

(١) تجدر الإشارة إلى أن محل النزاع في المشاع الذي يقبل القسمة ، أما ما لا يقبل القسمة فإنه يجوز وقفه اتفاقًا . ويرجع سبب الخلاف إلى أن محمد يشترط لصحة الوقف القبض خلافًا لأبي يوسف فيصبح عنده بالقول كما سبق . قال في الهداية : « وقف المشاع جائز عند أبي يوسف ؛ لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته ، وقال محمد : لا يجوز ؛ لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به . وهذا فيما يقبل القسمة ، فيجوز مع الشيوع عند محمد أيضًا لأنه يعتبر بالهبة . راجع الهداية (٤٢٥/٥) ، اللباب (١٨١/٢) ، تبيين الحقائق (٣٢٧/٣) ، حاشية ابن عابدين (٣٤٨/٤) ، البدائع (٢٢٠/٦) .

(٢) وبه قال أيضًا المالكية والحنابلة . راجع المهذب (٥٧٥/١) ، مختصر الخلافيات ورقة ٢٢٣ ، مغني المحتاج (٣٧٧/٢) ، الشرح الكبير للدردير (٨١/٤) ، المغني (٦٤٣/٥) .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [وقف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يلزمه] .

(٦) في جميع النسخ [انتفا] .

(٧) في (م) (ع) : [بأن] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) في (ن) : [حبس] .

(١٠) يروى من حديث ابن عمر ، وانظره في سنن ابن ماجه (٨٠١/٢) رقم ٢٣٩٧ ، والدارقطني – كتاب الأحباس (١٨٦/٤ ، ١٨٧) ، النسائي – باب حبس المشاع (٢٣٢/٦) رقم ٣٦٠٣ ، ٣٦٠٤ ومسند أحمد (١١٤/٢) وانظر تلخيص الحبير كتاب الوقف (٦٧/٣) رقم ١٣١٠

(١١) في (م) ، (ع) : [بقوله] .

مائة سهم إنما أراد به ما أصابه بالقسمة لمائة سهم ولما ثبت ما قالوه دل على جواز الوقف ، والكلام في لزومه وقد بينا أنه ليس في الخبر ما يدل على اللزوم .

١٨٢٦١ - قالوا : لو [١] وقف الشريكان جاز أن [٢] يصير وقف كل واحد منهما مشاعًا [٣] .

١٨٢٦٢ - قلنا : هناك لا يقارن الوقف حق التملك ؛ لأن القسمة لا تثبت ، ومتى وقف أحدهما فإن الوقف [٤] حق القسمة وذلك ينافي الوقف .

* * *

(١) من (ص) وساقطة من غيرها .

(٢) في (م) ، (ع) : [وإن] .

(٣) هذا لو وقفا على جهة واحدة وسلما في زمن واحد ، أو على جهات مختلفة وسلما في زمن واحد ، أو على جهات مختلفة وسلما في زمن واحد ، وإلا فهو محل خلاف بين محمد وأبي يوسف كهذه المسألة ، قال ابن عابدين : « ولو بينهما أرض وقفاها ودفعاها معًا إلى قيم واحد جاز اتفاقًا ، لأن المانع من الجواز عند محمد هو الشيوع وقت القبض لا وقت العقد ، ولم يوجد هنا لوجودهما معًا ، وكذا لو وقف كل منهما نصيبه على جهة وسلماه معًا لقيم واحد ، لعدم الشيوع وقت القبض ، وكذا لو اختلفا في وقفيهما جهة وقيما واتحد زمان تسليمهما مالهما ، أو قال كل واحد منهما لقيمه : اقبض نصيبي مع نصيب صاحبي ؛ لأنهما صارا كمتول واحد ، بخلاف ما لوقف كل واحد وحده وسلم لقيمه وحده ؛ فلا يصح عند محمد لوجود الشيوع وقت العقد وتمكنه وقت القبض » راجع حاشية ابن عابدين (٣٤٨/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [للوقف] .

مسألة ٩١٤

اختصاص الواقف بالوقف أو دخوله مع آخرين

١٨٢٦٣ - قال أبو يوسف : إذا وقف على نفسه ثم على جهات من بعده جاز .

١٨٢٦٤ - وقال محمد : لا يجوز [١] .

١٨٢٦٥ - وبه قال الشافعي : [٢] .

١٨٢٦٦ - [و [٣]] لأبي يوسف ما روي أن عمر شرط في وقفه أو لا جناح على [من [٤]] وَلِيَهُ أن يأكل منه غير متمول [٥] وقد كان [٦] وَلِيَهَا [٧] بنفسه ، ولأنه أحد [٨] نوعي الوقف ، فصح أن يكون الواقف أحد الموقوف عليهم [٩] كالمقبرة أو المسجد [١٠] .

١٨٢٦٧ - ولا يقال : هناك قد أباح الانتفاع به فيستحق [١١] بحكم الإباحة لا بالشرط ؛ وذلك لأن هناك لم يخص الانتفاع لمن [١٢] يدخل في جملتهم كما يستحق [١٣] غيره من غير تعيين وهنا [١٤] قد عين ، وكما لا يستحق غيره إلا بالشرط والتعيين كذلك هو أيضًا .

١٨٢٦٨ - ولأنه وقف على معين فصار كما لو وقف على ولده ؛ لأنه شرط الإنفاق منه على من لا معصية عليه في الإنفاق عليه ، كما لو شرط أن ينفق على غيره .

١٨٢٦٩ - احتجوا : بأنها جهة يُمَلِّكُ بها فوجب أن لا يُمَلِّكَ بها نفسَه ، كالبيع والهبة [١٥] .

١٨٢٧٠ - والجواب : أنه لا يمَلِّكُ نفسه بالوقف ، ولكنه تصدق بها ؛ فليس بدل الانتفاع من جملة ما تصدق به ، فكأنه تصدق بما سوى ما شرط لنفسه .

---

(١) راجع الهداية (٤٣٧/٥) ، اللباب (١٨٥/٢ - ١٨٦) ، تبيين الحقائق (٣٢٨/٣) حاشية ابن عابدين (٣٨٤/٤) وهو أحد القولين عند الحنابلة . راجع المغني (٦٠٧/٥) .

(٢) وبه قال أيضًا المالكية في المشهور من مذهبهم والحنابلة في القول الثاني . راجع الهداية (٥٧٦/١) ، مواهب الجليل (٢٥/٦) ، المغني (٦٠٧/٥) .

(٣ ، ٤) ليس في (م) ، (ع) .

(٥) جزء من حديث عمر السابق في صدر الباب ، وقد سبق الإشارة إليها عند تخريج الحديث .

(٦) في (م) ، (ع) : [قال] وهو خطأ .

(٧) في (م) ، (ع) : [دليلنا] وهو خطأ .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولأنه كان أحد] .

(٩) في (م) ، (ع) : [عليه] .

(١٠) راجع الهداية (٣٤٨/٥) .

(١١) في (ن) : [ليستحقه] .

(١٢) في (ن) : [لمعنى] .

(١٣) في (ع) : [لا يستحق] وهو خطأ .

(١٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [وهذا ها هنا] .

(١٥) راجع المغني لابن قدامة (٦٠٧/٥) .

مسألة ٩١٥

الملك في الوقف بعد خرابه

١٨٢٧١ - قال محمد : إذا خرب جوار المسجد واستغنى عنه عاد إلى ملك من جعله مسجدًا .

١٨٢٧٢ - وقال أبو يوسف : لا يرجع ملكًا أبدًا [١] .

١٨٢٧٣ - وبه قال الشافعي [٢] [٣] .

١٨٢٧٤ - لمحمد [٤] أنه إزالة ملك في حال الحياة لم يبن على التغليب ، فجاز أن يعود إلى ملكه كالهبة والصدقة ، ولأنه استغنى عن الصلاة فيه فصار كما لو بنى مسجدًا وأذن للناس [٥] في الصلاة [٦] فيه ولم يوجبه بقوله [٧] .

١٨٢٧٥ - ولأن الملك زال فيه لجهة قربة ، فإذا استغنى عنه عاد إلى ما كان قبلها كالميت إذا أخذه السيل أو أكله السبع عاد الكفن إلى ملك من كفنه [٨] .

---

(١) راجع الهداية والكفاح وشرح فتح القدير (٤٤٦/٥) ، تبيين الحقائق (٣٣١/٣) البدائع (٢٢١/٦) .

(٢) بقول أبي يوسف والشافعي قال مالك وأحمد ، مع ملاحظة أن المالكية قد قالوا بأن الوقف لا يزيل ملك الواقف ، وهو ما سبق الإشارة إليه في المسألة الثانية ، والسر في ذلك أن الوقف عند المالكية مؤبد ومؤقت والمؤقت إذا انتهى وقت الوقف عاد ملكًا لصاحبه إن كان حيًا أو لوارثه بعد موته ، والمؤبد لا يعود الملك فيه إلى صاحبه بحال من الأحوال . فإن كان على طائفة فاندثرت عاد إلى عصبة المحبس وقفًا لا ملكًا ولا يعود إلى الواقف ، ولو كان حيًا . وإن كان على منفعة عامة كالمسجد والقنطرة ونحوهما فإن الإمام يجتهد في مصرفه ، ويصرفه مصرف الأحباس . راجع المهذب (٥٨١/١) ، مغني المحتاج (٣٩٢/٢) ، النكت ورقة ١٨٣ ، مواهب الجليل (٤٢/٦ ، ٤٦) ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير (٨٥/٤ ، ٨٧ ، ٩١) ، المغني لابن قدامة (٦٣١/٥) .

(٣) من [ن] وساقط من غيرها . (٤) من (ع) وساقط من غيرها .

(٥) من (ص) وفي غيرها [الناس] وهو خطأ . (٦) في (م) ، (ع) [للصلاة فيه] .

(٧) إذا بنى مسجدًا وأذن للناس بالصلاة فيه ولم يقل وقفته مسجدًا ونحوه فيخرج عن ملك صاحبه ويكون مسجد عند الجميع ، وإن قال : جعلته مسجدًا ولم يأذن للناس بالصلاة فيه فإنه يكون مسجدًا عند أبي يوسف والشافعي ، ولا يكون مسجدًا عند محمد ؛ لأن الوقف لا يلزم إلا بالقبض عنده . راجع شرح فتح القدير (٥/ ٤٤٤) ، مغني المحتاج (٢/ ٣٨١) .

(٨) قال الشيرازي : « لنا أنه إزالة ملك إلى الله ﷻ فلم يعد الملك فيه كما لو أعتق عبدًا . قالوا : إزالة ملك لجهة قربة من غير إتلاف ، فلما استغنى عنه عاد إلى ما كان قبل القربة كالميت إذا أكله السبع وعليه كفن . قلنا : يبطل بمن أخرج شيئًا إلى فقير في الزكاة ثم استغني الفقير ، والكفن في أحد الوجوه باق على ملك =

١٨٢٧٦ - احتجوا : بأنه إزالة ملك على وجه القربة ، فوجب أن لا يعود إلى ملكه بلا قتال [١] كما لو أعتق عبدًا .

١٨٢٧٧ - فالجواب : أن العبد بالعتق يعود إلى حرية الأصل [فمن جاز أن يسترق ابتداء [٢]] جاز [٣] أن يسترق بعد عتقه ؛ لأن العبد النصراني إذا أعتق فنقض العهد [و] [٤] لحق [بدار الحرب [٥]] جاز أن يسترق فيملك [٦] ، وكذلك الأمة المسلمة إذا ارتدت .

١٨٢٧٨ - فأما العبد المسلم إذا أعتق وارتد لم يقر على كفره ؛ فهو كالكافر الأصلي الذي لا يقر على كفره ولا يسترق ، كذلك المسجد إذا استغنى عنه عاد إلى أصل الأرض ، فيجوز أن يملك .

١٨٢٧٩ - قالوا : المسجد إذا خرب ما حواليه جاز أن يعود إلى العمارة ، ويصلى فيه مارة الطريق [٧] فلا يبطل بالقربة فيه [٨]

١٨٢٨٠ - قلنا : جواز عود العمارة [لا [٩]] يعتبر [١٠] ، كما لا يعتبر جواز أن يوجد الميت في عَودِ [١١] الكفن [١٢] إلى ملك من كفنه . وأما صلاة من يجتاز بالموضع فالموضع الخراب لا تختص الصلاة [١٣] فيه ببقعة [١٤] المسجد ، بل تجوز في جميعه وإنما تتخصص [١٥] الصلاة في المسجد [١٦] في المواضع المملوكة .

= الميت ، فإذا استغنى عنه قسم بين الورثة ، فلا نسلم أنه إزالة ملك . ومن أصحابنا من قال : إنه لله تبارك تعالى فيعود إلى بيت المال ، ولا يعود إلى ما كان قبل القربة » . راجع النكت ورقة ١٨٣

(١) كذا بالنسخ ولعل صوابها [باختلاله] ففي المهذب : وإن وقف مسجدًا ، فخرب المكان وانقطعت الصلاة فيه لحق اللّه تعالى لا يعود إلى الملك بالاختلال كما لو أعتق عبدا ثم زمن . راجع المهذب (٥٨١/١) ، والمغني لابن قدامة (٦٣٣/٥) ، وانظر نص الشيرازي السابق .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فجاز] وهو خطأ .

(٤) ليس في (م) ، (ع) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) في (ن) ، (م) ، (ع) : [في ملك] .

(٧) في (ن) ، (م) ، (ع) : [تارة للطريق] وهو خطأ .

(٨) قال في البدائع في معرض الرد على أبي يوسف : « وقوله أزال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه . قلنا : ممنوع فإن المجتازين يصلون فيه ، وكذا احتمال عود العمارة قائم ، وجهة القربة قد صحت بيقين ، فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود » راجع البدائع (٢٢١/٦)

(٩) ساقطة من (ص) ، (ن) .

(١٠) في (ن) : [يصير] وهو خطأ .

(١١) في (ن) : [عدد] وهو خطأ .

(١٢) في (م) ، (ع) : [إلى الكفن] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [بالصلاة] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [بقعة] .

(١٥) في (م) ، (ع) : [تخصيص] .

(١٦) في (م) ، (ع) : [فيه] .

مسألة ٩١٦

دخول أولاد البنات في الوقف على ولد الوالد أو الذّرية

١٨٢٨١ - قال أبو يوسف : إذا وقف على ولده وولد ولده ، أو على ذريته ؛ دخل فيه ولد البنين وولد البنات . قال : وهو قياس قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين [١] .

١٨٢٨٢ - وبه قال الشافعي [٢] .

١٨٢٨٣ - وقال محمد في السير الكبير : إذا أخذ الأمان لولده وولد ولده لم يدخل فيه ولد البنات [٣] ، ....

(١) لا تدخل هذه المسألة فيما هو واضح ضمن مسائل الخلاف بين الشافعية والأحناف ، وربما أدخلها المصنف في مسائل الخلاف لورود روايتين فيها عن أبي حنيفة ، إحداهما : وهي التي ذكرها المصنف توافق رأي الشافعي فى دخول أولاد البنت في الوقف على ولد ولده أو ذريته ، وهي الرواية المعتمدة في المذهب . أما الأخرى : وهي التي تمنع أبناء البنت من الدخول في الوقف ، فهي رواية استبعدها المحققون في المذهب الحنفي ولم يعولوا عليها . فقد أنكرها الخصّاف وهو من كبار الأحناف ونقل عنه صاحب الهداية وابن عابدين قوله : يدخلون فى جميع ما ذكر وإنه أنكر رواية حرمان أولاد البنات ، وقال : لم أجد من يقول برواية ذلك من أصحابنا . وأرجع المحققون في المذهب الرواية الثانية إلى قياسها على قول محمد في السير الآتي بعد ، وهو أنهم لا يدخلون في الأمان إذا طلب الأمان لأولاده ، فقاسوا هذه عليها وهو قياس بعيد ، لاختلاف الموضوعين ، وكذا روى أبو حنيفة فيمن أوصى بثلث ماله لولد زيد ، فإن وجد له ولد ذكور وإناث لصلبه يوم موت الموصى كان بينهم . وإن لم يكن له ولد لصلبه بل ولد من أولاد الذكور والإناث ؛ كان لأولاد الذكور دون الإناث ، فكأنهم قاسوه على ذلك ، وهو قياس بعيد كذلك . وقد فرق بينهما العلماء .. ولذا فإن رأي الإمام وأبي يوسف والشافعي في دخول أولاد البنات في الوقف على أولاد الولد واحد ، ولا خلاف بينهم فيه . راجع فيما سبق الهداية (٤٥١/٥) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٣/٤ ، ٤٦٤) وبه قال الحنابلة أيضًا .

(٢) راجع المهذب (٥٧٩/١) ، نهاية المحتاج (٣٨٢/٥) ، المغني (٦١٥/٥)

(٣) ما في السير يخالف قول المصنف ؛ لأن الحالة التي لا يدخل فيها أولاد البنات عند محمد هي : إذا طلب الأمان لأولاده ولم يذكر أولاد أولاده ، فقد قال : « لو قال : أمنونا على أولادنا ، فهذا على أولادهم ولأصلابهم وأولادهم من قبل الرجال ، وأما أولاد البنات فليسوا أولادهم ، ولو استأمنوا على أولاد أولادهم ؛ دخل في ذلك أولاد البنات » ويتبين من هذا النص لمحمد : أنهم لا يدخلون عنده في حالة ذكر الولد فقط ، أما في حالة ذكر ولد الولد ؛ فإنهم يدخلون ، على أن شارح السير ذكر رواية الخصاف عن محمد أنهم يدخلون في الصورة الأولى أيضًا . راجع شرح السير الكبير (٣٢٨/١ ، ٣٢٩) ط شركة الإعلانات الشرقية . ولذا قال صاحب الهداية نقلًا عن محمد « ذكر محمد رحمه الله أن ولد الولد يتناول ولد البنت عند أصحابنا « الهداية (٤٥٢/٥) ولذلك قال ابن عابدين : أولاد البنات يدخلون رواية واحدة ، وإنما الروايتان فيما إذا قال أمنوني =

وهو اختيار عيس بن أبان (١) حكاه الطحاوي (٢) عن مالك (٣) .

١٨٢٨٤ - فإن اخترنا (٤) قول محمد ؛ فالوجه في ولد الإنسان في الإطلاق من ينسب إليه ، وولد البنات ينسبون إلى آبائهم ، ولأن الولد إنما ينسب إلى الرجل ؛ لأنه ولد له ، وولد البنت ولدوا لآبائهم (٥) وأنشدوا فيه :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد (٦)

١٨٢٨٥ - ولهذا لا يقال لولد الزبير (٧) أنهم من ولد بني هاشم ، وكذلك لا يقال

= على أولادي » حاشية ابن عابدين (٤٦٤/٥) .

(١) عيسى بن أبان بن صدقة أبو موسى قاض من كبار فقهاء الحنفية ، تفقه على محمد بن الحسن ، كان سريعًا بإنفاذ الحكم عفيفًا ، خدم المنصور العباسي مدة ، وولي القضاء بالبصرة عشر سنين . له كتب منها : إثبات القياس ، واجتهاد الرأي ، والجامع في الفقه ، وغيرها ، توفي سنة (٢٢١هـ) بالبصرة . الأعلام (١٠٠/٥) ، تاريخ بغداد (١٥٧/١١) ، الجواهر المضية (٦٧٨/٢) هدية العارفين وآثار المصنفين للبغدادي (٨٠٦/١) ط دار الفكر ، الفوائد البهية صـ ١٥١ .

(٢) سبقت ترجمته .

(٣) قال الحطاب : « شخص أوقف ماله الفلاني على من سيولد له من ظهره من الأولاد ذكرًا كان أو أنثى ، وعلى أولاد أولاده وأولاد أولاد أولاده أبدًا ما تناسلوا وتعاقبوا بطنا بعد بطن وعقبًا بعد عقب ، يدخل في ذلك الأبناء مع الآباء عدا أولاد البنات من بنيه وبنات بنيه ومن أسفل منهم ؛ فليس لهم دخول في ذلك . راجع مواهب الجليل (٣١/٦) ومن خلال النص يتضح أن مذهب المالكية هو عدم دخول أولاد البنات في الموقوف على أولاد الأولاد ، وهو ما قصده المصنف بقوله ، حكاه الطحاوي عن مالك .

(٤) في (م) ، (ع) : [أجزنا] .

(٥) سبقت الإشارة إلى أن كلام محمد في السير يخالف نقل المصنف عنه هنا ، وأنه لا خلاف لمحمد في هذه المسألة محل النزاع ؛ لأنه فرق بين صورتين : الأولى على الأولاد . والثانية : الأولاد وأولاد الأولاد ، ومسألتنا تدخل تحت الصورة الثانية ، ورأيه فيها يوافق المذهب في دخولهم في الوقف كما أن رواية عنه تدخلهم في الوقف على الأولاد كما سبق من الإشارة إلى تفريق محمد بين صورة الأولاد ، وصورة أولاد الأولاد ، قال شارح السير : لأن اسم ولد الولد حقيقة لمن ولدته وهو ولده وابنه ولده ، فما ولد لابنته يكون ولد ولده حقيقة بخلاف الأول أي الوقف على الولد فقط ، فقد ذكر هناك أولاده وهم في الحقيقة ولده هو ، ومن حيث الحكم قد يكون منسوبًا إليه بالولادة ، وذلك أولاد الابن دون أولاد البنات . راجع شرح السير (٣٢٩/١) .

(٦) هذا البيت في الحماسة برقم ١٧٥ وينسب للفرزدق . راجع الحماسة ط عبد الله عسيلان ، جمع الجوامع (٣٢/٢) تحقيق عبد العال سالم مكرم ط دار البحوث - الكويت .

(٧) الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن كلاب الأسدى أبو عبد الله ، ابن عمة رسول الله ﷺ ، وأمه صفية بنت عبد المطلب عمة رسول الله ﷺ ، وهو أحد العشرة المبشرين ، شهد بدرًا وما بعدها ، وهاجر الهجرتين ، وهو أول من سل سيفًا في سبيل الله . روى عن النبي ﷺ وعنه روى ابنه عبد الله وعدوة والأحنف وقيس بن جازم وغيرهم ، قتل الزبير يوم الجمل سنة (٣٦ هـ) وقبره بوادي السباع ناحية البصرة . راجع التهذيب (٣١٩/٣) ، الإصابة (٥٥٣/٢) ، الاستيعاب (٥١٠/١) .

لولد عثمان [١] أنهم من بني هاشم ، وإن كانت أمهاتهم هاشميات ، ومن حكم الأسماء أن تحمل على إطلاقها [٢] .

١٨٢٨٦ - فإن قيل : قال اللّه تعالى (ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزى المحسنين وزكريا ويحيى وعيسى ..) [٣] فلا يمنع أحد أن يقول عيسى من ولد آدم .

١٨٢٨٧ - قلنا : لما لم يكن [لعيسى انتساب لأب بأن اختص نسبًا بأمه] [٤] فتناوله اللفظ بهذه القرينة ، والكلام في الإطلاق ، وكذلك احتجاجهم بقول الناس :

١٨٢٨٨ - الحسن [٥] والحسين [٦] ....

---

(١) عثمان بن عفان ، وقد سبقت ترجمته ، وأمه أروى بنت كريز بن ربيعة بن حبيب بن عبد شمس وأمها أم حكيم بنت عبد المطلب . راجع التهذيب (١٣٩/٧) .

(٢) قال الشيرازي : إذا وقف على ولده وولد ولده دخل فيه أولاد الابن والبنت ، وقال أصحاب أبي حنيفة : لا يدخل فيه أولاد البنت . لنا : أن ولد البنت ولد ولده حقيقة ؛ فهو كولد الابن ، ولأنه إذا دخل فيه ولد الابن وهو مظنون فلأن يدخل ولد البنت وهو معلوم أولى . قالوا : لا ينسب إليه في العادة ، ولا يشرف بشرفه قال الشاعر :

بنونا بنوا أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

قلنا : إن لم ينسب إليه إلا أنه ولد ولده ، فدخل في الوقف كولد المرأة لا ينتسب إليها ثم يدخل في وقفها على الولد . راجع النكت ورقة ١٨٣ .

(٣) من الآيتين ٨٤ ، ٨٥ من سورة الأنعام .

(٤) بدل هذه العبارة في (ص) ، و (ن) : لما لم يكن لعيسى أسباب بأن اختص أسبابه محمد وأمه وفي (ج) ، (د) لما لم يكن أجنس أسباب بأن اختص أسبابه محمد وأمه ونرى أن ما أثبتناه أقوم . قال ابن قدامة : « وأما عيسى عليه السلام فلم يكن به أب ينسب إليه فينسب إلى أمه لعدم أبيه ، ولذلك يقال : عيسى بن مريم . المغني (٦١٦/٥) .

(٥) الحسن بن علي بن أبي طالب الهاشمي القرشي أبو محمد ، خامس الخلفاء الراشدين وآخرهم ، وثاني الأئمة الاثنى عشر عند الإمامية ، ولد بالمدينة المنورة ، وأمه فاطمة الزهراء بنت رسول اللّه ﷺ ، وهو أكبر أولادها وأولهم ، كان عاقلًا حليمًا محبًا للخير فصيحًا من أحسن الناس منطقًا وبديهة ، حج عشرين مرة ماشيًا ، بايعه أهل العراق بالخلافة بعد مقتل أبيه سنة (٤٠ هـ) وسار إلى الشام لمحاربة معاوية ، وحين التقى الجيشان هال الحسن أن يقتتل المسلمون ، فاصطلح مع معاوية وخلع نفسه من الخلافة ، وسلم معاوية الأمر في بيت المقدس ، توفي الحسن بالمدينة (مسمومًا في قول البعض) سنة (٥٠ هـ) . راجع الأعلام (١٩٩/٢ - ٢٠٠) ، الإصابة (٣٢٨/١) ، التهذيب (٢٥٧/٢) وغيرها .

(٦) الحسين بن علي بن أبي طالب ، ولد بعد الحسن بسنة وعشرة أشهر ، وعق عنه رسول اللّه كما عق عن أخيه الحسن ، كان فاضلًا كثير الصيام والصلاة والحج ، قتل رضي الله عنه في كربلاء بالعراق يوم الجمعة لعشر خلت من محرم سنة (٦١ هـ) راجع الاستيعاب (٣٩٣/١) ، الإصابة (٧٦/٢) ، التهذيب ، (٣٤٥/٢ - ٣٤٦) وفيات الأعيان (٣٥٣/٤) ، شذرات الذهب (١٠/١ ، ١٦ ، ٣٥ ، ٦٦) ، الأعلام (٣٤٣/٢) .

[ابنا فاطمة [١]] ابنا رسول الله ﷺ وبقول رسول الله ﷺ : « الحسن ابني » [٢] لا دلالة فيه ؛ لأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال : « عصب كل إنسان من عصبتي من فاطمة » [٣] فلما خص ﷺ بالتعصيب من ولد الابنة خصوا [٤] بالنسبة [٥] إليه [٦] .

١٨٢٨٩ – وقولهم : إضافة الولد إلى والده [٧] [وولد البنت ولد ولده] [٨] كولد الابن لا يصح [لشيء [٩]] هو أولى من جميع ما ذكروه ، وهو قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » [١٠] وورثهم من هذا ولد الصلب وولد البنين فلم يشركهم ولد البنات ، ولولا أن إطلاقه الاسم لا يتناول ولد البنات لشاركوا ولد البنين ، وإن الآية أريد بها : ولد الولد بالإجماع .

* * *

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) . وفاطمة هي فاطمة بنت رسول الله ﷺ ، وأمها أم المؤمنين خديجة بنت خويلد من نابهات قريش ، تزوجها أمير المؤمنين علي بن أبي طالب في الثامنة عشرة من عمرها ، وولدت له الحسن والحسين وأم كلثوم وزينب ، وعاشت بعد أبيها ستة أشهر ، وهي أول من جعل له النعش في الإسلام ، لها ١٨ حديثًا توفيت سنة (١١ هـ) راجع الأعلام (١٣٢/٥) ، الإصابة (٣٧٧/٤) ، الاستيعاب (١٨٩٣/٤) .

(٢) روى البخاري وغيره أن رسول الله ﷺ قال : « إن ابني هذا سيد ، ولعل الله أن يصلح به بين فئتين عظيمتين من المسلمين » وما ذكره المصنف هو معناه . راجع صحيح البخاري – كتاب الصلح – باب قول النبي ﷺ للحسين بن علي ﷺ (٢٤٤/٣) وسنن الترمذي (٦١٦/٣) رقم ٣٧٧٣ وانظر نيل الأوطار (٣٠/٦) .

(٣) لم نعثر غليه في كتب الحديث .

(٤) في (ن) : [خلصوا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [بالنسب] .

(٦) قال ابن قدامة : وقول النبي ﷺ : « إن ابني هذا سيد تجوز بغير خلاف ، بدليل قول الله تعالى : ﴿ مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ ﴾ المغني (٦١٦/٥) .

(٧) في (ن) ، (م) ، (ع) : [ولده] وهو خطأ .

(٨) بالنسخ [وولد البنت ولدها] وما أثبتناه أنسب ويتفق مع ما في النكت وقد سبق نصه في المسألة .

(٩) من [ن] وساقطة من غيرها .

(١٠) سورة النساء : الآية ١١ . قال الإمام القرطبي : في أولادكم يتناول كل ولد كان موجودًا أو جنينًا في بطن أمه دنيًا أو بعيدًا من الذكور أو الإناث ما عدا الكافر . قال بعضهم هو حقيقة في الجميع لأنه من التولد غير أنهم يرثون على قدر القرب منهم . راجع تفسير القرطبي (١٧٢٧/٢) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الهبة

مسألة (١) ٩١٧

حكم ما لو وهب عينًا فقبل وقبضا في المجلس ولم يأذن له في القبض

١٨٢٩٠ - قال أصحابنا : إذا وهب له عينا فقبل ، وقبضا في المجلس ولم يأذن له في القبض (٢) ملكها (٣) .

(١) الهبة لغة : العطية الخالية من الأعواض والأغراض فإذا كثرت سمي صاحبها وهابًا وهو من أبنية المبالغة . والهبة شرعًا : في ثلاثة مواضع في بيان ركن الهبة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الهبة أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب ، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانًا والقياس أن يكون ركنًا وهو قول زفر ، وفي قول قال القبض أيضًا ركن . القياس أن الهبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي وجوده شرعًا باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعًا ؛ لهذا أمكن الإيجاب بدون القبول تبعًا كذا هذا الاستحسان أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام والدليل على أن وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة ، أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة ، والإهداء من ألفاظ الهبة ، وروي أن سيدنا أبا بكر الصديق ﷺ دعا سيدتنا عائشة ﷺ في مرض موته فقال لها : أني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وإنك لم تكوني قبضتيه ولا حرزتيه وإنما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق ﷺ اسم النحلي بدون القبض والنحلي من ألفاظ الهبة فثبت أن الهبة في اللغة عبارة عن نفس إيجاب الملك والأصل أن معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فإنه اسم الإيجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر فما لم يوجد إلا يتسم التصرف بسمة البيع ولأن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الإيجاب ؛ لأنه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فأما) القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والملك محكوم شرعي ثبت جبرًا من اللَّه تعالى شاء العبد أو أبي فلا يتصور منع النفس عنه أيضًا بخلاف البيع فإنه وإن منع نفسه عن فعله وهو الإيجاب هناك لا يصير تبعًا بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعًا فالإيجاب هو أن يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك أو جعلته لك أو هو لك أو أعطيته أو نحلته أو أهديته إليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة . انظر : بدائع الصنائع (١١٥/٧) ، لسان العرب مادة (وهب) .

(٢) القبض عند البسط يقال : قبض عليه بيده إذا ضم عليه أصابعه ، ومنه مقبض السيف وقبض الشيء أخذه ، وهذا الشيء في قبضة فلان أي في ملكه وتصرفه انظر : المغرب في ترتيب المعرب لأبي الفتح ناصرين السيد المطرزى .

(٣) وبه قال الإمام مالك انظر : المبسوط للسرخسي (٥٧/١٢) ، بدائع الصنائع للكاساني (١٢٤/٦) ، =

١٨٢٩١ – وقال الشافعي : لا يملكها حتى [1] يأذن له في القبض [2] .

١٨٢٩٢ – وقالوا : إذا وهب له ما هو وديعة [3] في يده [4] ، [فلابد له من الإذن] [5] في القبض . ومنهم من قال : فيها قولان [6] .

١٨٢٩٣ – لنا : أن إيجاب العقد إذن فيما يقع الملك به كالقبول في البيع [7] .

١٨٢٩٤ – [ولأن القبض معنى يقع به الملك ، فلم يفتقر بعد إيجاب العقد إلى تجديد إذن فيه كالقبول] [8] ، ولأنه [9] قبض في المجلس من غير منع فصار كما لو أذن له في القبض [10] .

١٨٢٩٥ – قالوا : قبض من الموهوب له بغير إذن الواهب فلم يصح ، كما لو قبضه بعد القيام من المجلس [11] .

١٨٢٩٦ – قلنا : ما يقع به الملك يخالف حالهُ بعد المجلس حالَه في المجلس بدلالة

= فتح القدير للكمال بن الهمام (١١٥/٧) ، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل للعلامة صالح عبد السميع الآبي (٢١٢/٢) ، أسهل المدارك للكشناوي (٨٩/٣) .

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بغير] .

(٢) انظر : روضة الطالبين (٣٧/٥) ، نهاية المحتاج للرملي (٤١٤/٥) ، أسني المطالب شرح روض الطالب (٣٨٢/٢) ، مغني المحتاج للشربيني الخطيب (٤٠٠/٢) ، وبه قال الإمام أحمد ، المغني (٢٤٨/٦) ، المبدع (٢٧٤/٩) .

(٣) الوديعة واحدة الودائع ، يقال أودعه مالا : أي دفعه إليه ليكون وديعة عنده . انظر : مختار الصحاح للرازي ٢٩٨ .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين في (م) : [ولابد في الإذن] وفي (ع) : [ولابد من الإذن حتى قبضه] .

(٦) أظهرهما اشتراط الإذن فيهما انظر : روضة الطالبين (٣٧٥/٥) ، مغني المحتاج (٤٠٠/٢) .

(٧) أي أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك ، والمقصود منه بإثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطًا على القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقًا بالقبض والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به . انظر : البناية شرح الهداية (٨٠٢/٧) للبدر العيني .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . وما من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . انظر: البناية (٨٠٢/٧) .

(٩) في (ع) : [ولأن] .

(١٠) انظر : المبسوط (٥٧/١٢) ، بدائع الصنائع (١٢٣/٦ ، ١٢٤) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي (٢٨٥/٧ ، ٢٨٦) .

(١١) انظر : مغني المحتاج ٤٠٠ المجموع شرح المهذب (التكملة الثانية) ١٥ ، ٣٧٩ – للشيخ محمد نجيب المطيعى ، المغني (٢٤٨/٦) .

القبول [1]

١٨٢٩٧ - فإن قيل : القبول لا يصح بعد المجلس ، والقبض يصح في المجلس وبعده .

١٨٢٩٨ - قلنا : حكمه بعد المجلس مفارق لحكمه في المجلس كمفارقة القبول .

١٨٢٩٩ - ولأن الافتراق لما حصل بعد الإيجاب أثر ذلك في الإيجاب ، فلم يصح تملكه بحكم الأول ، فإذا أذن له في القبض فكأنه جدد الإيجاب ، وإذا لم يأذن له لم يصح التملك بحكم إيجاب قد ضعف ، ومع بقاء المجلس لا يحتاج إلى الإذن في التمليك كما لا يحتاج في القبول [2] .

* * *

---

(١) يشترط في القبول أن يكون مكانه واحدا وهو اتحاد المجلس بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد فإن اختلف لم ينعقد . انظر : البحر (٢٧٩/٥) .

(٢) قال في المبسوط : ولو لم يكن الموهوب حاضرًا في المجلس فقبضه الموهوب له بعد ما افترقا بغير إذن الواهب لا يملكه ، وإن قبضه بإذن الواهب فقياس الاستحسان أن لا يملكه لأن القبض هنا بمنزلة القبول في البيع ، والقبول بعد الافتراق لا يوجب الملك بإذن الموهوب كان أو يعتبر إذنه فكذلك القبض هنا وفي الاستحسان يملكه لأن العقد انعقد لوجود الإيجاب والقبول والقبض محتاج إلى ذلك ليتقوى به السبب فيكون موجبًا للملك وذلك حاصل بعد الافتراق وإذنه يحتاج في القبض إلى إذن المالك صريحًا أو دلالة ، انظر : المبسوط (٥٧/١٢) . وقد استدل الشافعية ومن وافقهم أيضًا بأنه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما لو نهاه ، ولأن التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم إلا بإذنه كما لو أخذ المشترى المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه ، انظر : الحاوي الكبير للماوردي والحنفية ومن وافقهم يقولون أن القبض في المجلس بلا إذن يتم به الملك في الهبة قياسًا على القبول في البيع وقياسهم هذا يرد عليه من قبل المخالف أنه لو اقتضى ذلك لما يطل بالمفارقة كما لو صرح له بالإذن ثم يبطل بالبيع فإن قوله يصح في المجلس ولا يجوز القبض ، انظر : الحاوي الكبير (وأما الشافعية ومن وافقهم فقالوا : لا يتم الملك بلا إذن من الواهب وقد أوردنا أدلتهم) .

مسألة ٩١٨

حكم هبة المشاع الذي ينقسم

١٨٣٠٠ - قال أصحابنا : هبة المشاع [١] فيما يحتمل القسمة لا يملك بها حتى تقسم ويقبض [٢] .

١٨٣٠١ - وقال الشافعي : الهبة جائزة ، فإن كان الشريك غير الواهب قيل للشريك : ترضى أن يقسم الموهوب له الجميع نصفه ، ونصفه وديعة ؟ فإن رضي بذلك سلم إليه الكل ، وإن لم يرضَ قيل للموهوب له : ترضى أن توكل الشريك ليأخذه كله و [٣] نصفه له ؟ فإن رضي وإلا نصب القاضي من يقبض الكل نصفه هبة ، ونصفه قبض [٤] أمانة للشريك [٥] .

١٨٣٠٢ - لنا : ما روى مالك عن الزهري [٦] عن عروة [٧] عن عائشة [٨] أن أبا

(١) المشاع : غير المقسوم يقال سهم مشاع وسهم شائع أي غير مقسوم . انظر : مختار الصحاح ٣٧٦ .

(٢) انظر : الجامع الصغير ص ٤٣٥ للإمام محمد بن الحسن الشيباني ، المبسوط (٦٤/١٢) ، بدائع الصنائع (١٣٢/٦) ، فتح القدير (١٢١/٧) ، مجمع الأنهر (٣٥٦/٢) للشيخ عبد الرحمن أفندي .

(٣) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع)

(٥) انظر : الأم للشافعي (٢٨٤/٣) ، المهذب للشيرازي (٤٤٦/١) ، روضة الطالبين (٣٧٦/٥) ، وبجواز هبة المشاع قال الإمام مالك ، وأحمد المدونة الكبرى (٣٢٧/٤) ، بداية المجتهد (٢٩٩/٢) ، المغني (٢٥٣/٦) ، الفروع لابن مفلح (٦٤٣/٤) .

(٦) هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله ... بن شهاب الزهري ولد عام (٥٨ هـ) روى عن أنس بن مالك وسهل بن سعد والسائب بن يزيد وغيرهم وعنه عمرو بن شعيب ويحيى بن سعيد الأنصاري وغيرهم مات سنة (١٢٤ هـ) انظر : في طبقات الشيرازي ٦٣ ، طبقات الحفاظ ٤٢ ، ميزان الاعتدال للذهبي (٤٠/٤) ط بيروت ، وفيات الأعيان لابن خلكان (١٧٧/٤) .

(٧) عروة بن الزبير بن العوام ... بن كلاب ولد عام (٢٣ هـ) روى عن أبيه وأمه ، وأسماء بنت أبي بكر ، وعلي بن أبي طالب وغيرهم ، وعنه ابن شهاب ، وجعفر الصادق ، وهشام وغيرهم مات سنة (٩٣ هـ) انظر : سير أعلام النبلاء (٤٢١/٤) طبقات ابن سعد (١٧٨/٥) ، طبقات الشيرازي ٥٨ ، الجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٣٩٥/١٦) .

(٨) هي : عائشة بنت أبي بكر الصديق عبد الله بن أبي قحافة القرشي ولدت في الإسلام روت عن النبي ﷺ وعمر ، وفاطمة وغيرهم ، وعنها إبراهيم بن يزيد والحارث بن نوفل وإسحاق بن طلحة وغيرهم ماتت عام (٥٨ هـ) ودفنت بالبقيع انظر : في طبقات ابن سعد (٥٨/٨) ، الاستيعاب لابن عبد البر (١٨٨١/٤) ، أسد الغابة لابن الأثير (١٨٨/٧) ، العبر للذهبي (٤٦/١) .

بكر [١] نحلها [٢] جداد [٣] عشرين وسقًا [٤] .

١٨٣٠٣ – من ماله بالغابة [٥] فلما مرض قال : يا بنية ما أحد إليَّ غنًا بك ولا أعز عليَّ فقدًا منك ، وقد كنت نحلتك جداد عشرين وسقًا ، ووددت أنك حزتيه [٦] وقبضتيه/ ، وهو اليوم مال الوارث [أخواك وأختاك] [٧] . ٢٠/ب

١٨٣٠٤ – وذكر الطحاوي [٨] هذا الخبر عن ابن وهب [٩] عن مالك وفيه : فلو كنت حزتيه ، جددتيه [١٠] واحتزارتيه [١١] كان لك ، وإنما هو اليوم مال الوارث [١٢] .

١٨٣٠٥ – فاعتبر الحيازة والقبض ، وليس يعتبر في الهبة مع حيازة إلا القسمة [١٣] .

---

(١) هو : أبو بكر عبد الله بن أبي قحافة واسمه عثمان بن عامر ... ابن كعب القرشي ولد بعد عام الفيل بثلاث سنين روى عن النبي ﷺ وعنه عمر ، وعثمان وعلي بن أبي طالب وغيرهم مناقبه أكثر من أن تحصى فهو أول من أسلم ورفيق الرسول ﷺ في الهجرة ، مات سنة (١٣ هـ) انظر : الاستيعاب (١٧٥/٤) ، أسد الغابة (١٩٤/٣) طبقات ابن سعد (٣١٥/١) .

(٢) النحلة : العطية تقول : نحلني أي أعطاني وأراد به هنا التسمية بدون التسليم . انظر : طلبة الطلبه لنجم الدين النسفي ص ٢٢٢ .

(٣) جداد : بفتح الجيم وكسرها من جد : دخل وهو حرام النحل أي قطع ثمرها . انظر : طلبة الطلبة ٢٢٢ .

(٤) الوسق : مكيلة معلومة ، وقيل حمل بعير وهو ستون بصاع النبي ﷺ وهو خمسة أرطال وثلث ، فالوسق على هذا الحساب مائة وستون منا انظر : لسان العرب لابن منظور (٤٨٣٦/٦) ط دار المعارف .

(٥) الغابة : الغب بالكسر في سقى الإبل ، وفي الحمى نوم وكوم انظر : مختار الصحاح ١٩٦ .

(٦) الحيازة : الضم يقال حاز فلان الشيء أي ضمه وملكه واحتازه والحوز الملك ، انظر : لسان العرب (٢٠٦/٧) .

(٧) ما بين المعكوفتين في (م) [أصال وأخوال] ، وفي (ن) ساقط .

(٨) هو أحمد بن محمد بن سلامة ... الطحاوي ولد عام ٢٣٩ هـ أخذ العلم عن عبد الغني بن رفاعة ، ويونس ابن عبد الأعلى ، والمزني وغيرهم وعنه أبو القاسم الطبراني ومحمد بن المظفر وغيرهم ، صنف التصانيف منها اختلاف العلماء ، أحكام القرآن ومعاني الآثار وغيرها مات ٣٢١ هـ ، انظر : سير أعلام النبلاء (٢٧/١٥) ، لسان الميزان (٢٧٤/١) لابن حجر العسقلاني ط بيروت ، المنتظم لابن الجوزي (٣١٨/١٣) ط بيروت ، النجوم الزاهرة لابن تغرى بردي (٢٣٩/٣) ط دار الكتب المصرية .

(٩) هو : عبد الله بن وهب بن مسلم ... الفهري ولد عام ١٢٥ هـ روي عن ابن جريج وحنظلة ابن أبي سفيان ، ومالك وغيرهم ، وعنه الليث بن سعد وحرملة بن يحيى ، ويونس بن عبد الأعلى وغيرهم مات عام ١٩٧ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٢٣/٩) ، طبقات ابن سعد (٥١٨/٧) ، ميزان الاعتدال (٥٢١/٢) ، الجرح والتعديل (١٨٩/٥) .

(١٠) ساقطة من (ن) .

(١١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٢) انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي (٨٨/٤) .

(١٣) انظر : المبسوط (٥٠/١٢) .

١٨٣٠٦ - وقال في اللفظ الثاني : جددتيه [١] فاعتبر الجد ليزول اتصاله [٢] بملك الواهب والإبضاع موجود في المشاع ، وهذه وصية أبي بكر ظاهرة بين الصحابة لم يخالف فيها أحد [٣] .

١٨٣٠٧ - فإن قيل : هبة أبي بكر للمشاع تدل على الجواز [٤] .

١٨٣٠٨ - قلنا : العقد عندنا جائز وإذا قسم قبل حكم ذلك العقد لزم وليس الخلاف في جواز العقد ، وإنما الخلاف في وقوع الملك [٥] .

١٨٣٠٩ - وروي عن عمر [٦] أنه قال [٧] : ما بال أقوام ينحلون أولادهم نحلًا لا يحوزونها ولا يقسمونها فيقول أحدهما : إن مت فهو له ، وإن مات رجع إليَّ ، وأيم اللَّه لا ينحل أحدكم ولده نحلًا لا يحوزها ، ولا يقسمها إلا جعلناها ميراثًا عنه [٨] .

١٨٣١٠ - وقال معمر [٩] : سألت الزهري عن رجل وهب لابنه مائة دينار ،

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أيضًا له] ولا وجه له .

(٣) قلنا ليس المانع هو القبض والحيازة وإنما المانع من الهبة هنا أن هذا المال حق الورثة بدليل قوله : وإنما هو اليوم مال الوارث .

(٤) أي أن هبة أبي بكر للمشاع تدل على جوازها سواء كانت مما تقبل القسمة أم لا ، انظر : المهذب (٤٤٧/١) .

(٥) الخلاف بين الحنفية والشافعية ليس في جواز العقد وإنما الخلاف في وقوع الملك ، فالحنفية ذهبوا إلى أن الموهوب له لا يملك الهبة المشاعة قبل تسليمها مفرزة وأما الشافعي فقال : الموهوب له في الهبة المشاعة يملكها إذا رضى الشريك بتسليم نصيبه في يد الموهوب له ليكون في يده وديعة حتى يتأتى القبض ثم يرده إليه ، فإن فعل فقبض الموهوب له الجميع ملك ، وإن امتنع قيل للموهوب له وكل الشريك في القبض لك ، فإن فعل نقله الشريك وقبضه له فإن امتنعا نصب الحاكم من يكون في يده لهما فينقله ليحصل القبض ، لأنه ضرر في ذلك عليهما انظر : فتح القدير (٢٨/٩) روضة الطالبين (٣٧٦/٣) وما بعدها .

(٦) هو : عمر بن الخطاب بن ثقيل ... القرشي العدوى روى عن النبي ﷺ وعنه سعيد بن المسيب وعائشة وأبو هريرة وغيرهم أسلم قديمًا وهاجر الهجرة مناقبه أكثر من أن تحصى مات عام ٦٣ هـ انظر : أسد الغابة (١٧٨/٤) ، الاستيعاب (١١٤٤/٣) ، الإصابة لابن حجر العسقلاني (٥٨٨/٤) ط دار نهضة مصر .

(٧) ساقطة من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .

(٨) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٠١/٩) والبيهقي في السنن الكبرى (١٧٠/٦) . وقد نوقش هذا الاستدلال بما يلي : إن الأثر وارد في حكم الهبة قبل قبضها إذا مات الواهب أو الموهوب له ، ولأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم يبطل بموت أحد المتعاقدين ويقوم وارثه مقامه في الإذن بالقبض والفسخ - انظر : المجموع (٣٨٠/١٥) .

(٩) هو معمر بن راشد أبو عروة الأزدي ولد عام ٩٦ هـ روى عن قتادة والزهري وعمرو ابن دينار وغيرهم وعنه =

والابن شريك معه في ذلك المال فقال : لا يجوز ما لم يحز قضى بذلك أبو بكر وعمر [١] .

١٨٣١١ - ولا يجوز حمل الحيازة على القبض ؛ لأن الحيازة إذا ذكرت في المشترى وهب القسمة ، ولأنه وهب لا يتميز من غيره فيما يتميز ، فوجب أن لا يصح ، كما لو وهب أحد عبدين على أن يأخذ الموهوب له أيهما شاء [٢] .

١٨٣١٢ - ولأنه وهب غير محوز فيما تتأتى حيازته ، فلا يصح هبته كاللبن في الضرع ، والصوف على ظهر الشاه [٣] [٤] .

١٨٣١٣ - فإن قيل : المعنى في اللبن أنه ليس بمرئ [٥] بطل بالصوف ، وأن المعنى في اللبن أنه يجوز بيعه فجازت هبته [٦] .

١٨٣١٤ - قلنا : بموجبه أن الهبة عندنا جائزة ، وإن قالوا : يلزم بيعه فيلزم هبته لم يصح .

١٨٣١٥ - لأن الهبة لا تلزم بما يلزم به البيع ألا ترى أن البيع يلزم بالعقد ، والهبة لا تلزم به [٧] .

١٨٣١٦ - ولأنه نوع تبرع بالمال حال إظهاره من غير إتلاف ، فجاز أن تؤثر فيه الإشاعة كالمسجد [٨] .

١٨٣١٧ - ولأن الهبة لو صحت في المشاع للعمل بالقسمة [٩] أوجبت على الواهب ضمان المقاسمة ، والهبة لا توجب [١٠] الضمان على الواهب بدلالة أنها لو استحقت

= أبو إسحاق وابن المبارك وابن عطية وغيرهم ، قال العجلي : ثقة مات عام ١٥٢هـ انظر : سير أعلام النبلاء (٥/٧) ، تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني (٢٤٥/١٠) ط الهند ، تذكرة الحفاظ للذهبي (١٩٠/١) ط بيروت .

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف باب العائد في هبته (١٠٧/٩) .

(٢) انظر : الفتاوى الهندية (٧٩/٤) ط الهند . (٣) انظر : المبسوط (٧١/١٢) .

(٤) وقد رد الشيرازي هذا القياس فقال : الصوف لا يجوز بيعه والمشاع يجوز بيعه ولأن هناك لو وهب مالا يمكن حيازته وهو يد الشاة أو رجليها لم يجز ولو وهب ههنا مالا يمكن حيازته وهو المشاع فيما لا ينقسم جاز انظر : النكت للشيرازي .

(٥) في (م) ، (ع) : [عرى] . (٦) انظر : مغني المحتاج (٣٩٩/٢) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١١٥/٦) ، نتائج الأفكار (١٩/٩ ، ٢٠) .

(٨) انظر : رد المختار لابن عابدين (٣٦٩/٣) .

(٩) في (ع) : [القسمة] . (١٠) في (م) : [يوجب] .

فضمن الموهوب له لم يرجع [١] ولهذا لا تلزم [٢] الهبة بالعقد .

١٨٣١٨ - ولأنها لو لزمت أوجبت ضمان التسليم ، وعكس هذا البيع لما أوجب ضمان التسليم [٣] صح في المشاع ، وجاز أن يوجب ضمان القسمة [٤] ، يبين ذلك أن العقد قد يوجب ضمان [القسمة ، وهو بيع المشاع الذي لا يحتمل القسمة ، والهبة التي لا توجب ضمان] [٥] التسليم أولى أن لا توجب ضمان القسمة [٦] .

١٨٣١٩ - فإن قيل : هذا المشاع فيما لا يحتمل القسمة [يجوز عندكم] [٧] ، ويجب فيها المهايأة ، فإذا جاز أن توجب الهبة ضمان المهايأة جاز أن توجب ضمان القسمة .

١٨٣٢٠ - قلنا : المهايأة قسمة المنافع ، والمنافع ما ملكت بالهبة [٨] ، وإنما ملكت بملك الأصل ، فلم تكن الهبة موجبة للضمان فيما وهب [٩] .

١٨٣٢١ - أما الهبة فيما يقسم فالمملوك بها العين ، والضمان يجب بقسمة العين فثبت الضمان في العين التي حصل فيها الشيوع [١٠] .

١٨٣٢٢ - فإن قيل : ضمان القسمة لا يجب بالهبة ، وإنما يجب بملك الموهوب .

١٨٣٢٣ - قلنا : [ملك الموهوب] [١١] يحصل بالتسليم ، وهو متبرع بالتسليم ، فلم يجز أن يلزمه ضمان فيما تبرع به لأجل تبرعه [١٢] .

١٨٣٢٤ - ولا يلزم إذا استردت [١٣] العين الموهوبة بعد تقبيضها ؛ لأنه لا يضمن

---

(١) قال في نتائج الأفكار لو ثبت الملك بمجرد العقد تتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي إلى إيجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وإيجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع بخلاف المعاوضات . انظر : نتائج الأفكار (٧٠/١٢) وقد رد الشيرازي هذا بقوله : القبض يتم دون القسمة ولهذا يتعلق بالمشاع جميع أحكام القبض في البيع فدل على تمامه . انظر : النكت للشيرازي

(٢) في (ع) : [يلزم] .

(٣) في (ن) ، (ع) : [الضمان بالتسليم] .

(٤) انظر : المبسوط (٦٥/١٢) ، نتائج الأفكار (٢٩/٩) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) انظر : المبسوط (٦٥/١٢) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) ساقطة من (ص) .

(٩) انظر : المبسوط (٦٥/١٢) .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [التبرع] . انظر : المبسوط (٦٥/١٢) .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٢) انظر : المبسوط (٦٥/١٢) .

(١٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [استهلكت] .

لأجل تبرعه لكنه يضمن على ملك الموهوب [١] ، وذلك لا يتعلق بتبرعه .

١٨٣٢٥ - ولا يلزم على هذه الصفة الوصية بالمشاع ، لأنها لا توجب الضمان على الموصى ، وإنما توجب ضمان القسمة على الوارث كما توجب عليه [٢] ضمان التسليم [٣] .

١٨٣٢٦ - فإن قيل : هذه العلة لا توجد في هبة المشاع من الشريك [٤]

١٨٣٢٧ - قلنا : لا تجوز الهبة هناك لعلة أخرى ، وقد يتفق الحكم مع اختلاف العلل .

١٨٣٢٨ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ اشترى سراويلًا فقال للوزان : زن وأرجح [٥] . فالرجحان هبة مجردة عن الثمن [٦] وهو مشاع [٧] .

١٨٣٢٩ - والجواب : أنه إنما أمر بالرجحان الذي يتيقن [٨] معه الإيفاء [٩] ، وليس ذلك بهبة ؛ ولأن الرجحان إذا كان مما لا يدخل بين الموازين فهو زيادة في الثمن عندنا وليس بهبة ، والزيادة لا تؤثر فيها الإشاعة .

١٨٣٣٠ - فإن قيل : هذا يوجب جهالة الثمن .

١٨٣٣١ - قلنا : الحق حاله لا يؤثر في الثمن المعين [١٠] ،

١٨٣٣٢ - قالوا : روي عن عمير بن سلمة الضميري [١١] أنه قال : بينما نسير مع

---

(١) انظر : المبسوط (٦٥/١٢) ، بدائع الصنائع (١٣١/٦) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) انظر : المبسوط (٦٦/١٢) .

(٤) أي أن هبة الشريك لشريكه لا توجب ضمان التسليم ، قال في الأم : وإذا كانت الداربين رجلين فوجب أحدهما لصاحبه نصيبه فقبض الهبة ، فالهبة جائزة والقبض أن تكون في يد الواهب فصارت في يد الموهوب له لا وكيل معه فيها أو يسلمه وبها ويخلى بينه وبينها فيكون لا حائل دونها وهو لا وكيل له فإذا كان هذا هكذا كان قبضًا ، والقبض في الهبات كالقبض في البيوع ، الأم (١٢/٧) .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الهبة (٦٣١/٣) ، والترمذي في جامعه باب ما جاء في الرجحان في الوزن (٥٩٨/٣) ، وابن ماجه في سننه باب في الرجحان بالوزن (٣٠/٢) ، والدارمي في سننه باب الرجحان في الوزن (٣٣٨/٢) ، وأحمد في مسنده حديث سويد بن قيس (٣٥٢/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى باب المعطى يعطى يرجح في الوزن والوزان يزن بالأجر (٣٢/٦) .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [اليمين] ولا وجه له .

(٧) انظر : نهاية المحتاج (٤١٢/٥) .

(٨) في (م) ، (ع) : [يتقن] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الأبناء] .

(١٠) انظر : الجوهر النقي (١٧١/٦) .

(١١) هو : عمر بن سلمه بن طلحة ... الضميري روي عن النبي ﷺ وعنه عيسى بن طلحة وغيره . انظر : أسد الغابة (٤٩٥/٤) ، تهذيب التهذيب (١٤٧/٨) .

رسول الله ﷺ بالروحاء [١] إذا حمار وحش فقال رسول الله ﷺ دعوه فإنه يوشك صاحبه أن يأتيه فجاءه رجل من بهز [٢] . فقال : هذه رمتى هي لكم [٣] .

١٨٣٣٣ – وروى أنه قال : شأنكم بها فأمر النبي ﷺ أبا بكر فقسمه بين الرفاق [٤] [٥] ، وهذه هبة مشاعة [٦]

١٨٣٣٤ – والجواب : أنه يحتمل [أن يكون] [٧] الحمار لم يمت عند الهبة فيكون هبة مشاع فيما لا يحتمل القسمة ، و [يجوز] [٨] عندنا أن البهزى [٩] قال : هي لك يا رسول الله ، فهذه هبة للنبي ﷺ والنبي وهبها [وأمر أبا بكر فقسمها فجازت بتسليم الأقسام إليهم من غير مشاع .

١٨٣٣٥ – ولأن عندنا هبة المشاع جائزة ، والملك فيها موقوف على القسمة ، وجواز الإشاعة] [١٠] ، وقد قسمه أبو بكر فزالت الإشاعة ، ووقع الملك من غير مشاع [١١] .

١٨٣٣٦ – ولأن العادة من تسليم المأكول أنه إباحة ، فقوله : هي لكم أكلها إباحة [١٢] والإباحة لا تؤثر فيها الإشاعة .

١٨٣٣٧ – [قالوا : كيف] [١٣] يجوز أن يقسم المباح ؟ .

١٨٣٣٨ – قلنا : إنما لا يجوز قسمة التمليك فإذا أفرد ولكل فريق ترضى بأكله

---

(١) الروحاء موضع والنسب إليه روحائي . انظر : لسان العرب (١٧٧١/١) .

(٢) هو : زيد بن كعب السلمي البهزي روى عن النبي ﷺ وعنه يحيى بن سعيد محمد بن إبراهيم وغيرهم . انظر : أسد الغابة (٢٩٧/٢) تهذيب التهذيب (٤٢٤/٣) ، الكاشف (٢٦٨/١) للذهبي ط دار المعارف سوريا .

(٣) أخرجه النسائي باب مالا يجوز أكله من الصيد (١٨٣/٥) .

(٤) الرفاق ، الجماعة ترافقهم في سفرك انظر : الصحاح (٤٩٦/١) .

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف باب الرخصة للمحرم في أكل الصيد (٤٣١/٤) والحاكم في المستدرك (٦٢٤/٣) ، ومالك في الموطأ باب ما للمحرم أكله من الصيد (٣٥٠/١) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٧٧/٦) .

(٦) انظر : المهذب (٤٤٦/١) ، المجموع (٣٧٣/١٥) ، المغني لابن قدامة (٢٥٤/٦) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كون] . (٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يحتمل] .

(٩) في (م) ، (ن) : [النهري] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (١٢١/٦) ، وقد رد على هذه الاحتمالات التي أوردها الحنفية على الحديث بأن الحديث نص في جواز هبة المشاع مطلقًا ولأن القصد منه التمليك والمشاع كالمقسوم في ذلك انظر : المجموع (٣٧٣/١٥) .

(١٢) ساقطة من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .

(١٣) ما بين المعكوفتين في (م) ، (ن) ، (ع) : [فإن قيل] .

فذلك غير ممتنع ، ويأكل كل منهم ما أفرد له على حكم المبيح [١] ، وإنما الممتنع عليه قسمة التمليك .

١٨٣٣٩ - قالوا : روي أن رجلًا جاء إلى النبي ﷺ بكبة [٢] من شعر فقال : إني أخذت هذه من الغنم لأخيط [٣] بها برذعتي [٤] فقال رسول اللّه ﷺ : « أما نصيبي ، ونصيب بني هاشم فهو لك ، وشأنك في الباقي » [٥] وهذه هبة مشاع [٦] .

١٨٣٤٠ - قلنا : الغنائم [٧] لا تملك عندنا قبل القسمة ، وقوله : نصيبي لك إسقاط للحق وذلك يجوز في المشاع [٨] .

١٨٣٤١ - قالوا : كل عقد صح فيما لا يقسم ، صح فيما يقسم كالبيع [٩] .

١٨٣٤٢ - قلنا : المعنى في البيع أنه يجوز أن يوجب ضمان التسليم فجاز ، أن يوجب الضمان بالقسمة ، والهبة إنما توجب ضمان التسليم ، فلم يجز أن تقع على وجه يوجب الضمان بالقسمة .

١٨٣٤٣ - قالوا : ما جاز بيعه جازت هبته كالمقسوم [ولا يقف] [١٠] .

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [المبيع] .

(٢) الكب الشيء المجتمع من تراب وغيره انظر : اللسان (٣٨٠٤/٥) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لأحنط] .

(٤) البرذعة : كساء يلقى على ظهر الدابة . انظر المنجد : ٣٣ .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه باب فداء الأسير بالمال ولفظه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في هذه القصة قال : فقال رسول اللّه ﷺ : « ردوا عليهم نساءهم وأبناءهم فمن مسك بشيء من هذا الفيء فإن له به علينا ، ست فرائض من أول شيء يغيبه اللّه علينا » ثم دنا يعنى النبي ﷺ من بعير فأخذ دبرة من سنامة ، ثم قال : « يا أيها الناس إنه ليس لي من هذا الفيء شيء ولا هذا » ورفع إصبعيه « إلا والخمس مردود عليكم فأدوا الخياط والمخيط » فقام رجل في يده كبة من شعر فقال : أخذت هذه لأصلح بها يردعة لي ، فقال رسول اللّه ﷺ « أماما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك » فقال : أما إذا بلغت ما أرى فلا أرب فيها ونبذها . سنن أبي داود ٣ / ١٤٢ و١٤٣ ، وأخرجه النسائي في سننه الكبرى (١٢٠/٤ ، ١٢٥) .

(٦) انظر : المغني مع الشرح الكبير (٢٥٤/٦ ، ٢٦٢) .

(٧) الغنائم : جمع غنيمة وهي ما يؤخذ من المحاربين في الحرب قهرًا ، انظر : المعجم الوسيط (٦٧٠/٢) .

(٨) انظر : المبسوط (٦٤/١٢) بدائع الصنائع (١٢١/٦) .

(٩) انظر : النكت ورقة ١٧٩ .

(١٠) ساقط من (ص) . انظر : المهذب (٤٤٦/١) ، المجموع (٣٧٣/١٥) ، المغني (١٢٥٤/٦) ، الشرح الكبير (٢٦٢/٦) .

١٨٣٤٤ - قلنا : المقسوم لا يقف قبضه على قبض ما لم يوهب ، فصحت هبته ، [والمشاع لا يمكن قبضه] [١] إلا بقبض ما لم يوهب على وجه يمكن إزالته ، فلم تصح هبته [٢] كهبة اللبن في الضرع ، وهبه عبد من عبدين [٣] .

١٨٣٤٥ - قالوا : كل عين [جازت هبتها جاز] [٤] هبة بعضها أصله : ما لم يقسم [٥] .

١٨٣٤٦ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن عندنا يجوز هبه بعضها [٦] فجاز ذلك للحاجة ، وما يقسم يمكن إزالة المشاع فيه بالقسمة ثم يسلمه تسليمًا صحيحًا ، فلذلك لن تصح معه الإشاعة [٧] .

١٨٣٤٧ - فإن قيل : القبض يصح في المشاع كما يصح في المقسوم بدلالة قبض المبيع [٨] .

١٨٣٤٨ - قلنا : البيع يقع الملك بالعقد ، والقبض يحتاج إليه [لنقل الضمان فيصح في المشاع والمقسوم وأما الهبة فبعضها تحتاج إليه] [٩] لصحة الملك فيقف على القبض ، والحيازة فيما يمكن حيازته بدلالة أن من اشترى طعامًا مكايلة لم يجز بيعه ، وإن قبضه حتى يكتاله فيحصل مع القبض حيازة [١٠] .

١٨٣٤٩ - فإن قيل : لو أثرت الإشاعة في قبض الهبة استوى ما يقسم وما لا يقسم كالرهن [١١] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) انظر : البحر الرائق (٢٨٧/٧) ، مجمع الأنهر (٣٦٥/٢) .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٥) انظر : النكت ورقة ١٧٩ .
(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بعض هبتها] .
(٧) انظر : المبسوط (٥٧/١٢) ، بدائع الصنائع (١٢٠/٦) ، البحر الرائق (٢٨٦/٧) مجمع الأنهر (٣٥٦/٢) .
(٨) أي أن القبض يصح في المشاع كما يصح في القبض المقسوم لأن المبيع لابد لأن يكون مقبوضًا . قال في المهذب : وما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته ؛ لأنه عقد يقصد به ملك العين تملك به ما يملك بالبيع ولأن القصد منه التملك والمشاع كالمقسوم في ذلك انظر : المجموع (٣٧٥/١٥) .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ن) ، (ع) .
(١٠) انظر : تبيين الحقائق (٧٩/٤ ، ٨٠) .
(١١) الرهن لغة الحبس . وفي الشرع حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين والمراد أن الرهن لا تؤثر فيه الإشاعة سواء كان مقسومًا أو غير مقسوم ولا يؤثر في قبضه أيضًا . انظر : المغرب (٣٥٦/١) ، التعريفات للجرجاني ٧٨ ، الأم (١٢٥/٣) .

١٨٣٥٠ - قلنا : قد بينا أن الحاجة داعية إلى هبة المشاع فيما [1] لا يقسم ، ولا يمكن إزالته ، ولا ضرورة في الرهن ؛ لأنه يقدر أن يستعير ملك شريكه [ويرهن الجميع فالأصل هبة مالك الشريك] [2] فلذلك افترقا [3] .

١٨٣٥١ - قالوا : لو وهب اثنان من واحد [جاز فكل واحد] [4] وهبه [5] مشاعًا [6] .

١٨٣٥٢ - قلنا : إن تفرق القبض لم يجز ، وإن قبض النصيبين معًا فقد حصل قبضه ، منفعة المشاع فالمنفعة عندنا زوال الإشاعة في القبض ، وإن عدمت في العقد [7] ولو وهب نصف دار ثم وهب النصف الآخر ثم أقبضه جاز لزوال الإشاعة عن [8] القبض وإن وجدت في العقد [9] .

* * *

(١) في (ع) : [فقالا] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : المبسوط (٦٧/١٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) انظر : الأم (٢٨٤/٣) .

(٧) انظر : المبسوط (٢٦٧/١٢) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [في] .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (١٢١/٦) .

مسألة ٩١٩

حكم الرقبى

١٨٣٥٣ - قال أبو حنيفة ومحمد : الرقبى [١] باطلة [٢] .

١٨٣٥٤ - وقال أبو يوسف : جائزة [٣] .

١٨٣٥٥ - وبه قال الشافعي [٤] .

١٨٣٥٦ - وهذه المسألة إذا فسرت سقط الخلاف ، فعندنا معنى الرقبى [٥] أن يقول : إن متَ قبلي فهي [٦] لي ، وإن متُّ قبلك فهي لك [٧] .

١٨٣٥٧ - وقال الشافعي : الرقبى أن يقول : داري هذه لك رقبى معناه : يرقب كل منا صاحبه ، فإن متَ [قبلى عادت إلَّي وان مت قبلك فهي لك] [٨] ، فسقط الشرط [٩] ، وتصح الهبة في قوله الجديد .

١٨٣٥٨ - [وهي فاسدة في قوله القديم] [١٠] وهذا الذي فسره عندنا جائز [١١] ،

---

(١) في النسخ [الرقية] ولا يتفق مع ما تتطلبه المسألة حيث أن الرقبة تطلق على العبد المملوك والرقبى يراقب كل واحد منهما موت صاحبه . انظر : المنجد ٢٧٤ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ١٣٩ ط بيروت ، المبسوط (٨٩/١٢) ، بدائع الصنائع (١١٧/٦) البناية شرح الهداية (٨٦١/٧) . وبه قال الشافعي في القديم والإمام مالك انظر : مواهب الجليل (٦١/٦) ، أسهل المدارك (٩٨/٣) شرح الزرقاني (١٠٤/٧) ، مغني المحتاج (٣٩٩/٢) ، نهاية المحتاج (٤١٠/٥) .

(٣) انظر : المبسوط (٨٩/١٢) ، البناية (٨٦١/٧) .

(٤) وبه قال الإمام أحمد . انظر : المبدع (٣٦٨/٥) ، الفروع (٣٠٧/٤) ، المهذب (٤٤٨/١) ، روضة الطالبين (٣٧٠/٥) .

(٥) في (م) ، (ن) : [الرقبة] .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) انظر : أنيس الفقهاء ٢٥٧ ، المبسوط (٨٩/١٢) ، فتح القدير (٥٥/٩) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عادت إلى قبلك] ولا وجه له

(٩) انظر : المهذب (٤٤٨/١) ، روضة الطالبين (٣٧٠/٥) ، مغني المحتاج (٣٩٩/٢) ، نهاية المحتاج (٤١٠/٥) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(١١) أي أن الحنفية والشافعية يتفقان في قوله : « داري لك رقبى تمليك فإن مت قبلي فهو لي ، وإن مت قبلك فهي لك » فهذا التمليك يصح ؛ لأن قوله : داري لك تمليك فيصح العقد ويبطل الشرط انظر : الهداية (٢٣٠/٣) .

وإنما تمنع ما فسرناه وهو لا يجوز [١] .

٢٠٧/أ ١٨٣٥٩ – والدليل على ما قلنا : هو [٢] إن النبي ﷺ / أجاز العمرى وأبطل الرقبى [٣] .

١٨٣٦٠ – ولأن الملك تعلق بحضور الأملاك في حال الحياة ، ولا يجوز تعليقها بالأخطار .

١٨٣٦١ – ولأنه أرقبه عينًا فلم يملكها أصلًا إذا قال : أرقبتك ما في هذا البيت .

١٨٣٦٢ – ولأنه نوع عقد يجوز للأب الرجوع فيه بعد القبض ، ولا يملك به غير العارية [٤] .

١٨٣٦٣ – قالوا : روى جابر [٥] أن النبي ﷺ قال : « العمرى جائزة لأهلها [والرقبى جائزة لأهلها] » [٦] [٧] وروى عطاء [٨] عن جابر أن النبي ﷺ قال : « لا ترقبوا ولا تعمروا ، فمن أرقب شيئًا أو أعمره فهو لورثته » [٩] .

---

(١) قول الحنفية بالبطلان بناء على تفسيرهم للرقبي بأن الرقبة مأخوذ من المراقبة ، أي أن كل واحد منهما يراقب موت صاحبه وهذا تعليق التمليك بالخطر فيبطل وإذ لم تصح فتكون عارية عندهما ؛ لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به . انظر : الهداية (٣/٢٣٠) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) أورده الزيلعي في نصب الراية بلفظ : أجاز العمرى ورد الرقبى قال الزيلعي : غريب انظر نصب الراية (١٢٨/٤) وقال ابن قدامة في المغني (٣١٢/٦) هذا الحديث لا نعرفه .

(٤) قال في بدائع الصنائع : فكانت الرقبى تعليق التمليك بأمر له خطر الوجود والعدم والتمليكات مما لا تحتمل التعليق بالهبة فلم تصح هبة ، وصحت عارية بدائع .

(٥) هو جابر بن عبد الله بن حرام ... الأنصاري روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعليّ وغيرهم وعنه عطاء بن رياح والحسن البصري وأبو الزبير وغيرهم كان من أهل بيعة الرضوان وشهد مع رسول الله ﷺ ثماني عشرة غزوة مات عام (٧٨) هـ .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع)

(٧) أخرجه البخاري باب ما قيل في العمرى والرقبى (٩٢٥/٢) ، صحيح مسلم باب ذكر اختلاف الناقلين لخبر جابر في العمرى (٢٧٤/٢) .

(٨) هو عطاء بن رباح أبو محمد القرشي المكي ولد في خلافة عثمان روى عن جابر بن عبد الله وعبد الله بن عباس وعائشة وغيرهم وعنه مجاهد بن جابر وأبو إسحاق السبيعي وعمرو بن دينار وغيرهم مات عام (١٢٤ هـ) انظر : أسد الغابة (٢٥٦/١) ، شذرات الذهب (٨٤/١) ، التاريخ الكبير (٢٠٧/٢) .

(٩) انظر : مغني المحتاج (٣٩٨/٢) . المغني لابن قدامه (٣٠٣/٦) ، والحديث أخرجه أبو داود في سننه (١٣٠/٣) ، والنسائي في الكبرى (١٣٠/٦) ، وابن حبان في صحيحه باب الزجر عن أن يعمر الرجل داره لأخيه المسلم (٥٢٩/١١) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٧٥/٦) قال في تلخيص الحبير (١٥٧/٤) .

١٨٣٦٤ - قلنا : إن هذا محمول على الرقبى التي أرقب فيها الفسخ [١] وذلك جائز عندنا ، وإنما يمنع بما يرقب فيه الملك [٢] .

١٨٣٦٥ - فإن قيل : فلم فصل النبي ﷺ بين الاسمين [٣] .

١٨٣٦٦ - قلنا : يجوز أن يكون ذكر في حالتين فروى فجمع الراوي بينهما أو يكون القوم يعبرون عن العقد تارة بالرقبى فبين [النبي ﷺ] [٤] حكم اللفظين [٥] ، ففي الكلام الاسم اعتبرناه فيه أولى ، لأنا وجدنا الأسماء تختلف في العقود لاختلاف معناها ، فلما فرقوا بين اسم العمرى والرقبى [٦] دل على [٧] أن الاختلاف يعود إلى افتراق معنًى وهنا يصح على قولنا .

* * *

---

(١) الفسخ : فسخ الشيء يفسخه فسخًا نقضه ومنه فسخت البيع بين البعتين والنكاح فانفسخ كلاهما أي نقضه فانتقض . انظر : اللسان (٣٤١٢/٥) .

(٢) أي : أن هذا المحمول على الرقبي هي المقصود منها مراقبة الموت التي يترتب عليها الملك لا يجوز ولا خلاف بين الحنفية جميعًا بما فيهم الإمام أبي يوسف أن الرقبى مستعملة في اللغة في هبة الرقبة وينبغي أن ينوي فإن عنى بها هبته الرقبة يجوز بلا خلاف ، وإن ، عنى بها مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف .
انظر : بدائع الصنائع (١١٧/٦) ، المبسوط (٨٩/١٢) .

(٣) انظر : مغنى المحتاج (٣٩٩/٢) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عليه السلام] .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١١٦/٦) ، البناية (٨٦٢/٧) .

(٦) أي أن العمرى والرقبى اسمان مختلفان لفظًا ومعنًى ؛ لأن قوله جعلت هذه الدار لك أو هي لك تمليك العين للحال مطلقًا ، ثم قوله عمرى توقيت التملك وأنه يعتبر لمقتضى العقد ، وكذلك تمليك الأعيان لا يحتمل التوقيت نص كالبيع فكان التوقيت مخالفًا لمقتضى العقد والشرع فبطل وبقى العقد صحيحًا وإن كانت القرينة شرطًا نظر إلى الشرط المقرون فإن كان مما يمنع وقوع التصرف تمليكًا للحال يمنع صحة الهبة وإلا فيبطل الشرط وتصح الهبة ، وعلى هذا يخرج ما إذا قال : « أرقبتك هذه الدار » أو صرح فقال : جعلت هذه الدار لك رقبى ، أو قال : هذه الدار لك رقبى ودفعها إليه فهي عارية في يده له أن يأخذها منه متى شاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن اللفظ عندهما من المراقبة كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق التمليك بالخطر فيبطل وإذا لم تصح فتكون عارية عندهما . انظر : بدائع الصنائع (١١٦/٦ ، ١١٧) ، الهداية (٢٣٠/٣) .

(٧) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ٩٢٠

هبة الأب لابنه وحكم الرجوع فيها

١٨٣٦٧ - قال أصحابنا : إذا وهب الأب لابنه لم يصح له الرجوع ، وكذلك كل ذي رحم محرم [١] .

١٨٣٦٨ - وقال الشافعي : - يجوز للأب الرجوع فيما وهب لولده ، وكذلك الجد ، وكذلك الأم والجدات [٢] .

١٨٣٦٩ - لنا : ما روى حماد بن سلمة [٣] ، عن قتادة [٤] ، عن الحسن [٥] ، عن سمرة [٦] أن النبي ﷺ قال : « إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها » [٧] .

(١) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) انظر : المبسوط (٥٢/١٢) ، بدائع الصنائع (١٢٨/٦) ، الهداية (٢٢٨/٣) ، البناية بشرح الهداية للبدر العيني (٢٣٨/٩) ، مجمع الأنهر (٣٥٩/٢) .

(٢) وبه قال الإمام مالك إذا كان الواهب جدا أو جدة أما الأب والأم فلا يجوز الرجوع وبه قال أحمد في رواية وهي المذهب . انظر : بداية المجتهد (٤٠٦/٢) ، مواهب الجليل (٦٣/٦) ، المغني (٢٩٥/٦) ، المقنع (٣٤٠/٢) . وبه قال الإمام أحمد في الرواية الثانية . انظر : المهذب (٤٤٧/١) ، روضة الطالبين (٣٧٩/٥) ، مغني المحتاج (٤٠٠/٢) ، المقنع (٣٤٠/٢) ، الشرح الكبير (٢٧٧/٦) .

(٣) هو : حماد بن سلمة بن دينار البصري روى عن ابن أبي مليكة وثابت البناني وسماك بن حرب وغيرهم وعنه ابن جريج وابن المبارك وغيرهم وثقه ابن معين مات عام ١٦٧ هـ . انظر : طبقات ابن سعد (٢٨٢/٧) ، التاريخ الصغير (١٦٨/٢) ، العبر للذهبي (١٩٠/١) .

(٤) هو : قتادة بن دعامة السدوسي ولد عام ٦١ هـ ، روى عن أنس بن مالك ، والحسن وأبي العالية وغيرهم وعنه سعيد بن أبي عروة وحماد بن سلمة وغيرهم مات عام ١١٧ هـ . انظر : تهذيب الكمال (١١٢١/٢) ، معرفة الثقات (٣٢١/٥) رجال صحيح مسلم (١٤٩/٢) .

(٥) هو : الحسن بن أبي الحسن يسار أبو سعيد ، مولى زيد بن ثابت الأنصاري روى عن عمران بن حصين ، والمغيرة بن شعبة وسمرة بن جندب وغيرهم ، وعنه أيوب وشيبان ، وغيرهم مات عام ١١٦ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٥٦/٥) .

(٦) سمرة بن جندب بن هلال الفزارى روى عن النبي ﷺ وعنه ابنه سليمان والحسن البصري وابن سيرين ووغيرهم مات عام ٥٨ هـ . انظر : طبقات ابن سعد (٣٤/٦) ، التاريخ الكبير (١٧٦/٤) ، سير أعلام النبلاء (١٨٣/٣) ، مرآة الجنان (١٣١/١) .

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن (٤٤/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٨١/٦) ، والحاكم في المستدرك (٥٢١/٢) .

١٨٣٧٠ - ولأنه ذو رحم محرم من النسب ، فلا يرجع فيما وهب له كالإبن إذا وهب لأبيه [١] .

١٨٣٧١ - ولا يلزم إذا وهب لأخيه وهو أجنبي ؛ لأن الأصل والفرع يستويان [٢] وإن احترزت فعل فلا يرجع فيما ملكه عليه بالهبة كالإبن فيما [٣] وهب لأبيه ، ولأن كل شخصين إذا وهب أحدهما الآخر لم يجز له الرجوع فيها ، فإذا وهب الآخر له لم يجز له أيضًا كالآخرين [٤] .

١٨٣٧٢ - ولا يلزم هبة العين للفقير ؛ لأنه إذا وهب لا على وجه الصدقة جاز له الرجوع كما يجوز للفقير أن يرجع فيما وهب له .

١٨٣٧٣ - ولأنه يعتق عليه إذا ملكه فلا يجوز له الرجوع فيما ملكه عليه بالهبة أصله : ما وهب الابن للأب [٥] .

١٨٣٧٤ - احتجوا : بما روى عمرو بن شعيب [٦] عن طاووس [٧] عن عبد اللّٰه بن عباس [٨] وعبد اللّٰه بن عمر [٩] عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يحل لرجل أن يعطي عطية

---

(١) قال في المبسوط : « ولأن الهبة قد تمت لذي الرحم المحرم ملكًا وعقدًا فلا يملك الرجوع فيه كالابن إذا وهب لأبيه أو الأخ لأخيه ؛ وهذا لأن المقصود قد حصل وهو صلة الرحم ، ولأن الرجوع معنى قطعية الرحم وهذا موجود وفي حق الوالد مع ولده ؛ لأنه بالرجوع يحمله على العقوق وإنما أمر الوالد أن يحمل ولده على يده » . انظر : المبسوط (٥٥/١٢) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [إذا] .

(٤) انظر : المبسوط (٥٣/١٢) .

(٥) أي أن الهبة قد تمت لذي الرحم المحرم ملكًا وعقدًا فلا يملك الرجوع فيه كالابن إذا وهب لأبيه . انظر : المبسوط (٥٥/١٢) .

(٦) هو : عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد اللّٰه بن العاص روى عن أبيه ، وسعيد بن المسيب ومجاهد وغيرهم وروى عنه الزهري وقتادة وعمرو بن دينار وغيرهم مات عام ١٢٨ بالطائف . انظر : التاريخ الكبير (٣٣٥/٤) ، الجرح والتعديل (٩٦/٥) .

(٧) هو : طاووس أبو عبد الرحمن اليماني روي عن عبد اللّٰه بن عباس وغيره وعنه عمرو بن شعيب وقتادة وغيرهم قال عمرو بن دينار ما رأيت أحدا في العلم مثله مات عام ١٠٦ هـ . انظر : طبقات ابن سعد (٥٣٧/٥) ، التاريخ الكبير (٣٦٥/٤) ، العبر للذهبي (٩٩/١) .

(٨) هو : عبد اللّٰه بن عباس بن عبد المطلب الهاشمي روى عن النبي ﷺ عمر ، وعلى وروى عنه أنس بن مالك وابنه علي ، وعبد اللّٰه بن معبد وغيرهم مات عام ٧٨هـ . انظر : الجرح والتعديل (١١٦/٥) ، تاريخ بغداد (١٧٣/١) ، أسد الغابة (٢٩٠/٣) .

(٩) هو عبد اللّٰه بن عمر بن الخطاب القرشي روى عن النبي ﷺ ، وأبي الزبير المكي وغيرهم وعنه منصور بن =

أو يهب [١] هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي لولده » [٢] .

١٨٣٧٥ - الجواب : أن هذا الخبر تكلم عليه أصحاب الحديث وقالوا : رواه ابن جريج [٣] عن الحسين بن مسلم [٤] عن طاووس عن النبي ﷺ مرسلًا وهذا الطريق أحسن وأصح [٥] .

١٨٣٧٦ - ولهذا قال الشافعي : لو اتصل حديث طاووس لقلت به [٦] .

١٨٣٧٧ - قالوا : روى سالم [٧] عن ابن عمر قال : [سمعت عمر يقول :] [٨] من

= سلمة الخزاعي ويونس المؤدب وابن شهاب وغيرهم مات عام ١٧١ هـ ، انظر : العبر للذهبي (٢٠٠/١) ، التاريخ الكبير (١٤٥/٥) ، شذرات الذهب (٢٧٩/١) ، سير أعلام النبلاء (٣٣٩/٧) .

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ، الحاوي (٦٨/١٠) ، مغني المحتاج (٤٠١/٢) ، والحديث أخرجه أبو داود في سننه (٢٩١/٣) ، باب الرجوع في الهبة ، والترمذي في سننه (٥٨٤/٣) ، باب ما جاء في الرجوع في الهبة وقال إسناده حسن صحيح والنسائي في السنن الكبرى (١٢١/٦) باب رجوع الوالد فيما يعطي لولده ، والحاكم في المستدرك (٤٦/٢) ، والدارقطني في سننه (٤٢/٣) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤٧٦/٦) ، باب من كره الرجوع في الهبة ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٧٩/٤) باب الرجوع في الهبة .

(٣) هو : عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الرومي روى عن مجاهد ، وعطاء بن أبي رباح وعمرو بن شعيب وغيرهم وروى عنه مسلم بن خالد ، وابن عليه ، ووكيع وغيرهم مات عام ١٥٠ هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (١٦٩/١) ، سير أعلام النبلاء (٣٢٥/٦) التاريخ الصغير (١٠٤/٢) ، التاريخ الكبير (٤٢٢/٥) .

(٤) هو : الحسين بن مسلم الحنفي الكوفي روى عن معمر والحكم بن أبان ، وروى عنه أبو كريب والأشبح ، وإسماعيل بن موسى ، وابن أبي شيبة وغيرهم قال البخاري مجهول . انظر : تقريب التهذيب ص ١٦٨ ، الكاشف (١٧٢/١) .

(٥) قلنا : ابن جريج كان يدلس وقد ذكر ذلك ابن حجر في تقريب التهذيب ٣٦٣ ، وقال البيهقي : هذا حديث منقطع . انظر : السنن الكبرى (١٧٩/٦) .

(٦) انظر : الحاوي الكبير (٦٩/١٠) . ويجاب عن استدلالهم هذا بأنه محمول على النهي عن شراء الموهوب لكنه سماه رجوعًا مجازًا لتصوره بصورة الرجوع ، وقال الطحاوي : قوله : لا يحل ، أي لا يستلزم التحريم وهو كقوله لا تحل الصدقة لغنى وإنما أراد التغليظ في الكراهة ، وقوله : كالعائد في هبته وإن اقتضى التحريم لكون القيء حرامًا ، لكن الزيادة في الرواية الأخرى وهي كالكلب يدل على عدم التحريم لأن الكلب غير متعمد فالقيء ليس حرامًا عليه وإنما المراد التنزيه عن فعل الكلب انظر : بدائع الصنائع (١٣٢/٦) .

(٧) هو : سالم بن عبد الله بن عمر القرشي روى عن أبيه وعائشة وزيد بن الخطاب وغيرهم روى عنه أبو بكر وسالم بن أبي الجعد وعمرو بن دينار والزهري وغيرهم . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٥٧/٤) ، العبر للذهبي (٩٩/١) ، وفيات الأعيان (٣٤٩/٢) شذرات الذهب (١٣٣/١)

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

وهب هبة فهو أحق بها حتى يثاب منها بما يرضى [(١)] .

١٨٣٧٨ - ولو كان سمع من رسول الله ﷺ خلاف [(٢)] ما سمعه من أبيه لروى ما سمعه ولا يرجع إليه ، ولو ثبت لم يكن فيه دليل .

١٨٣٧٩ - لأنه يقتضي تحريم الرجوع في الموهوب إلا على الأب ، وكان يقول : لأن الأجنبي [لا يحل له] [(٣)] الرجوع حتى يوافقه الموهوب له على الفسخ ، أو يحكم بذلك حاكم إلا الأب فإنه يجوز أن يرجع فيأخذ ما وهبه بغير حكم ، ولا رضا للنفقة على نفسه عند الحاجة [(٤)] .

١٨٣٨٠ - فقد قلنا بالظاهر وأثبتنا الفرق بين الأب والأجنبي على ظاهر الخبر [(٥)] .

١٨٣٨١ - فإن قيل : ليس لتخصيص الأجنبي من مال كما وهبه الأب له معنى لا يجوز له الأخذ من كل ماله .

١٨٣٨٢ - قلنا : فائدة التخصيص التفريق بين الأجنبي والأب فيما وهباه [(٦)] .

١٨٣٨٣ - احتجوا : بما روي عن النعمان بن بشير [(٧)] قال : ذهب بي أبي إلى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله إني نحلت ابني هذا غلاما فجئت لأشهدك عليه فقال : « أكل ولدك نحلت مثل هذا ؟ » قال : لا فقال : النبي [(٨)] ﷺ : « لا » [(٩)] .

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٥٢/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٨١/٦) ، الطحاوي في شرح معاني الآثار (٨١/٤) باب الرجوع في الهبة .

(٢) ساقطة من (ن) .   (٣) في (ع) : [لا تحل] .

(٤) انظر : المبسوط (٥٤/١٢) ، بدائع الصنائع (١٢٨/٦) .

(٥) أي أن المقصود من الهبة بين ذوى الرحم هو صلة الرحم وفي الرجوع يؤدي إلى قطيعة الرحم أما في هبة الأجنبي المقصود بها إظهار الجود والسخاء والتودد فإذا رجع فله ذلك ما لم يأخذ عوضًا عن هبته . انظر : المبسوط (٥٤/١٢ ، ٥٥) .

(٦) انظر : المبسوط (٥٣/١٢) ، بدائع الصنائع (١٢٨/٦) .

(٧) هو : النعمان بن بشير بن سعد روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه الشعبي وحميد بن عبد الرحمن والزهري وغيرهم ، قتله خالد بن خلي بعد واقعة مرج راهط سنة أربع وستين . انظر : الإصابة (٥٥٩/٣) شذرات الذهب (٧٢/١) ، الجرح والتعديل (٤٤٤/٨) التاريخ الكبير (٧٥/٨) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [رسولُ اللّٰه] .

(٩) انظر : الحاوي الكبير (٦٨/١٠) ، المهذب (٤٤٦/١) والحديث أخرجه البخاري في صحيحه (٦١٣/٢) ، ومسلم في صحيحه (١٢٤٤/٣) .

١٨٣٨٤ - وروى أنه قال : « فاردده » [١] ، وروي : « فأرجعه » ، وروي : « هذا جور فأشهد عليه غيري » [٢] .

١٨٣٨٥ - وهذا يدل على أن للوالد أن يرجع فيما وهب ؛ لأنه قال : « اردده » أو قال : « أرجعه » .

١٨٣٨٦ - والجواب : أن هذا الخبر اختلف في متنه فروى الشعبي [٣] عن النعمان ابن بشير بقوله : أعطاني أبي عطية فقالت أمي عمرة بنت رواحة [٤] لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ فأتى رسول الله ﷺ فقال : إني أعطيت ابني من عمرة عطية وأني أشهدك . فقال : « أكل ولدك أعطيت مثل هذا ؟ » قال : لا . قال : « فاتق الله ، واعدلوا بين أولادكم » [٥] .

١٨٣٨٧ - وليس في هذا ذكر الرد ، ولا الرجوع فتعارضت الألفاظ في رواية النعمان بن بشير ، وروى أبو الزبير [٦] عن جابر : قال : قالت امرأة بشير لبشير [٧] : انحل ابني غلامك وأشهد رسول الله ﷺ قال : فأتى النبي ﷺ فقال : يا رسول إن ابنة فلان سألتني أن أنحل ابنها غلامي وقالت لي : أشهد رسول الله ﷺ فقال : « أله

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة ج (١٢٤٧/٢) .

(٢) صحيح مسلم (١٢٤٧/٢) .

(٣) هو : عامر بن شراحيل بن عبد بن ذي بكار ... الشعبي ولد عام ٢١ - روي عن سعيد بن أبي وقاص وأبي موسى الأشعري وعائشة وغيرهم ، وروى عنه ابن شبرمة ، وابن عيينة وأبو عوانة وغيرهم مات عام ١٠٤هـ انظر : طبقات الحفاظ ص ٣٢ ، سير أعلام النبلاء (٢٦٩/٥) ، شذرات الذهب (١٢٦/١) ، تذكرة الحفاظ (٧٤/١) .

(٤) هي : عمرة بنت عبد الرحمن بن سعد الأنصارية روت عن عائشة وروى عنها ابنها محمد وأبو بكر بن حزم والزهري ماتت عام ٩٨ هـ . انظر : طبقات ابن سعد (٤٨٠/٨) ، سير أعلام النبلاء (٥٠٧/٤) ، شذرات الذهب (١١٤/١) .

(٥) صحيح مسلم باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة (١٢٤٧/٢) .

(٦) هو : محمد بن مسلم بن تدرس أبو الزبير المكي روى عن جابر بن عبد الله وابن عباس وغيرهم ، وروى عنه سلمة بن كهيل ويحيى بن سعيد الأنصاري والأوزاعي وغيرهم ، قال يحيى بن معين ثقة مات عام ١٢٨هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٢٢٥/٨) ، الثقات للعجلي ١٥٦ .

(٧) بشير بن سعد بن ثعلبة بن خلاش روي عن النبي ﷺ ، وروي عنه عروة بن الزبير ومحمد بن عبد الرحمن بن عوف وغيرهم وشهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ . انظر : طبقات ابن سعد (٥٣١/٣) أسد الغابة (٢٣١/١) ، الكاشف (١٠٥/١) ، تهذيب التهذيب (٤٦٤/١) .

أخوة؟ » قال : نعم قال : « أكلهم أعطيته ؟ » قال : لا قال (١) : « فإن هذا لا يصلح وإني لا أشهد إلا على حق » (٢) .

١٨٣٨٨ – وهذا يدل على أن مسألة بشير كانت قبل أن يفعل شيئًا ، وهذا خلاف ما رواه النعمان ، وحديث جابر أولى بالقبول لأنه كان حينئذ رجلًا ، وكان النعمان صبيًّا صغيرًا .

١٨٣٨٩ – ولأن أمر ضبط جابر لما سمعه ، ولا يظن مثل ذلك بالنعمان ، فالرجوع إلى رواية (٣) جابر أولى (٤) .

١٨٣٩٠ – وقد روي أن النعمان خطب بالكوفة (٥) ، وذكر القصة إلى قول رسول اللَّه ﷺ : « إني لا أشهد على جور » قال النعمان : فرجع أبي في وصيته ، وهذا يدل على أنه كان على وجه الوصية ، والرجوع عن الوصية جائز (٦) .

١٨٣٩١ – وقد أجاب أصحابنا عن هذا الخبر بأنه يحتمل أن يكون لم يقبضه ؛ فلذلك يجوز له الرجوع (٧) .

١٨٣٩٢ – قالوا : قوله فاردده يدل على القبض (٨) .

١٨٣٩٣ – قلنا : يكون معناه : اردد العقد ، وارجع عنه (٩) .

١٨٣٩٤ – قالوا : النعمان كان صغيرًا ، لأنه أول من ولد بعد الهجرة من الأنصار ويكون الوالد قابضًا له عقب الهبة (١٠) .

١٨٣٩٥ – قلنا : قد يهب ، ولا يصير قابضًا إذا كان العبد موهوبًا أو مؤجرًا ، أو يجوز أن يقال أن بشيرًا أراد أن يعرف الحكم ، فوهب هبة لم يمضوا حتى

---

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب ص واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) صحيح مسلم باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة (١٢٤٤/٣) .

(٣) في (م) : [ولاية] .

(٤) انظر : المبسوط (٥٥/١٢ ، ٦١) .

(٥) الكوفة بضم الكاف : المصر المشهور بأرض بابل من سواد العراق . انظر : معجم البلدان (٤٩٠/٤) .

(٦) نقول إنه يحتمل أنه كان قد وهبه بطريق الوصية منه بعد موته ويجوز الرجوع في الوصية والدليل عليه أن النعمان بن بشير ﷺ قال فرجع أبي في وصيته ، والدليل أن الرسول ﷺ لم يجز للنعمان في ذلك باعتباره وارثًا والرسول ﷺ يقول فيما يرويه ابن ماجه في سننه عن أبي أمامة : « إن اللَّه قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » . انظر : سنن ابن ماجه (٩٠٥/٢) .

(٧) انظر : المبسوط (٥٦/١٢) .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٧٨ ، مغني المحتاج (٤٠٠/٢) .

(٩) انظر : المبسوط (٥٦/١٢) .

(١٠) انظر : المجموع شرح المهذب (٣٧١/١٥) .

يعرف [١] حكمها فلم يصر قابضًا لها عقب العقد ؛ لأن الأب إذا قال : أنا أهب لابني الصغير هذا العبد [٢] ، ولا أمضي الهبة حتى أنجز لم يصر قابضًا عقب العقد ، حكمه حكم من وهب لأجنبي ثم قال له : سلم الهبة وديعة لي لم يصر قابضًا بذلك ولا يملك ، وإذا احتمل الخبر هذا سقط التعلق به .

١٨٣٩٦ - قالوا : اتفقنا على جواز الرجوع في الهبة فجوزتم ذلك للأجنبي .

١٨٣٩٧ - ونحن قلنا : يجوز للأب فكان الأب أولى ؛ لأن منزلة الاختصاص مع الولد ما ليس للأجنبي فإثبات الرجوع له أولى [٣] .

١٨٣٩٨ - قلنا : الأب وصل رحم ابنه بهبته له ، وفي عوده قطع للرحم ، وليس في رجوع الأجنبي قطع الرحم ، وهبة الابن حصل فيها الثواب الكامل ، وذلك لا يوجد في هبة الأجنبي فلذلك اختلفا [٤] .

١٨٣٩٩ - قالوا هبة لمن جعل ماله له فكان الرجوع فيها ما لم يتعلق بها حق الغير قياسًا على العبد [٥] .

١٨٤٠٠ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن العبد لا مال له ، وإنما المال للمولى فكيف يقال جعل ماله له ، ومال الابن لم يجعل مال الأب ، وإنما يثبت [٦] التصرف فيه [٧] عند الحاجة ، فأما غير ذلك فلا ، والمعنى في العبد أن الهبة لم تخرج [٨] من ملكه فصارت كهبة الأب قبل القبض [٩] .

١٨٤٠١ - [وأما هبة الابن فقد ملكها وحصل له صلة الرحم الكامل فصار كهبة الابن للأب] [١٠] .

---

(١) في (م) : [بشر] .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٢٦/٦) ، مجمع الأنهر (٣٦٣/٢)

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٦/١٠) النكت للشيرازي ورقة ١٧٨

(٤) ووجه الفرق أن الوالد إذا وهب لولده هبة ليس له أن يرجع فيها كالولد إذا وهب لوالده ؛ وهذا لأن المنع من الرجوع لحصول المقصود وهو صلة الرحم أولى في الرجوع من الخصومة وقطيعة الرحم ، والأولاد في ذلك أقوى من القرابة المتأبدة بالمحرمية وفيه دليل على أن من وهب هبة فله أن يرجع فيها ما لم يعوض فيها . انظر : المبسوط (٤٩/١٢) .

(٥) انظر : الحاوي للماوردي (٦٩/١٠) .

(٦) في (م) ، (ن) : [ثبت] .

(٧) ساقطة من (ع) .

(٨) في (م) : [يخرج] .

(٩) انظر : المبسوط (٥٨/١٢) ، بدائع الصنائع (١٣٣/٦) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

١٨٤٠٢ - قالوا : كلما يشترط فيه الإحسان من حكم الهبة فإنه يجوز للأب أن يختص به في ولده قياسًا على الإيجاب والقبول ..

١٨٤٠٣ - قلنا : نقلب فنقول فحكم الأب مع ولده فيه حكم الأخ مع أخيه ، أصله : الإيجاب والقبول ؛ لأن قبوله قائم مقام قبول ابنه [١] .

١٨٤٠٤ - [ولو قيل الابن جاز فكذلك الأب ولا يجوز أن يقوم مقام ابنه] [٢] في الفسخ .

١٨٤٠٥ - لأن الابن الصغير لو فسخ لم يصح ، فكذلك الأب إذا قام مقامه ، وإن كان الابن كبيرًا ، ولا ولاية عليه فلا يقوم فسخه مقام فسخ الابن .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٥٣/١٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) .

مسألة ٩٢١

الهبة لأجنبي وحكم الرجوع فيها

٢٠٧/ب ١٨٤٠٦ - قال أصحابنا : إذا وهب / لأجنبي تعلق بها حق [١] الرجوع [٢] .

١٨٤٠٧ - وقال الشافعي : لا يجوز الرجوع فيها [٣] .

١٨٤٠٨ - لنا : ما روى ابن وهب قال : أخبرني أسامة بن زيد [٤] عن عمرو بن شعيب حدثه عن أبيه [٥] عن جده [٦] عن رسول الله ﷺ قال : « مثل الذي يسترد ما وهبه كمثل الكلب يقئ فيأكل منه » .

١٨٤٠٩ - فإذا استرد الواهب فليوقف ، وليعرف بما استرد ، ثم ليدفع إليه ما وهب [٧] ذكره أبو داود [٨] ، وذكر الدارقطني [٩] عن عطاء ، عن ابن عباس أن النبي

---

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) انظر : المبسوط (٥٣/١٢) ، بدائع الصنائع (١٢٨/٦) ، تحفة الفقهاء (٢٦٥/٣) ، اللباب في شرح الكتاب (١٧٥/٢) .

(٣) انظر : الأم (٢٨٣/٣) ، المهذب (٤٤٧/١) ، مغني المحتاج (٤٠٢/٢) ، الشرقاوي على التحرير (١١٥/٢) وبه قال الإمام مالك وأحمد ، انظر : الشرح الصغير (٤٤٨/٥) ، مواهب الجليل (٦٣/٦) ، الفروع (٦٤٦/٥) المبدع (٣٧٦/٥) .

(٤) هو : أسامة بن زيد أبو زيد الليثى مولاهم المدني روى عن سعيد بن المسيب ومحمد بن كعب القرظي ، ونافع العمري ، وروى عنه حاتم بن إسماعيل ، وابن وهب ، وعبد الله بن موسى وغيرهم مات عام ١٦٠ هـ . انظر : الوافي بالوفيات (٣٨٢/٨) ، التاريخ الكبير (٢٢/٢) ، التاريخ الصغير (١٨/١) .

(٥) هو : شعيب بن محمد بن عبد الله بن العاص القرشي روى عن جده وأبيه محمد ومعاوية وغيرهم ، وروى عنه عثمان بن حكيم وعطاء الخراساني ذكره ابن حبان في الثقات مات عام (٨٠ هـ) . انظر : تهذيب التهذيب (٣٥٦/٤) التاريخ الكبير (٢١٨/٤) ، وتهذيب الكمال (٥٨٧/٩) .

(٦) هو محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن أبيه ، وروى عنه ابنه شعيب وحكيم الحارث . انظر : تهذيب الكمال (٥١٤/٢٥) ، سير أعلام النبلاء (١٨١/٥) خلاصة تهذيب الكمال ٣٤٥ .

(٧) أخرجه أبو داود في سننه من حديث ابن عباس باب الرجوع في الهبة (٨٠٨/٣) ، والنسائي في السنن الكبرى باب رجوع الوالد فيما يعطي (١٢١/٦) ، وأحمد في المسند (٢٧/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٦/٦) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٧٩/٤) .

(٨) انظر : سنن أبي داود (٨٠٨/٣) .

(٩) هو : علي بن عمر بن مهدى البغدادي ولد عام ١٣٦ هـ روى عن البغوى ويحيى بن صاعد ، وأبي بكر أبي =

ﷺ قال : « من وهب هبة فارتجع فيها فهو أحق بها ، ما لم يثب [١] منها ولكنه [٢] كالكلب يعود في قيئه » [٣] .

١٨٤١٠ – ولم يطعن [٤] الدارقطني فيه [٥] .

١٨٤١١ – وهذا [٦] يدل على جواز الرجوع ، وعلى استقباحه وكراهته .

١٨٤١٢ –ز ولا يقال : هو محمول على هبة لم تقبض [٧] ، لأن قوله : ثم ليدفع إليه ما وهب يدل على القبض ، ولا يحمل على شرط العوض [٨] لأن هناك لا يكره الرجوع [٩] عند المنع من العوض .

١٨٤١٣ – وروى عمرو بن دينار [١٠] [عن أبي هريرة] [١١] أن النبي ﷺ قال : « الواهب أحق بهبته ما لم يثب فيها » [١٢] الأعمش [١٣] عن إبراهيم [١٤] عن

= ابن داود وغيرهم روى عنه الحاكم وأبو مسعود الدمشقي وغيرهم مات عام ٣٨٥ هـ . انظر : السير (١٦/٤٤٩) ، المنتظم (١٤/٣٧٨) ، النجوم الزاهرة (٤/١٧٢) .

(١) في (م) : [يثبت] .

(٢) في النسخ : [ولكين] .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الهبة (٣/٤٤) ، وقد رد على حديث الدارقطني هذا بأنه روي عن إبراهيم بن أبي يحيى وهو كذاب ؛ قاله يحيى بن معين . انظر : نصب الراية (٤/١٢٥) .

(٤) في (م) ، (ن) : [يقطن] .

(٥) في (م) ، (ن) : [شيئًا] .

(٦) ساقطة من (ن) .

(٧) في (م) : [يقبض] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) هو : أبو محمد عمرو بن دينار الجمحي ولد عام ٤٦ هـ روى عن ابن عباس وابن الزبير وأبي هريرة وغيرهم ، وروى عنه قتادة وأيوب وغيرهم مات سنة ١٢٥ هـ قال شعبة ما رأيت في الحديث أثبت منه . انظر : انظر : سير أعلام النبلاء (٥/٣٠٠) ، تهذيب التهذيب (٨/٢٨) ، العبر (١/١٢٥) .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(١٢) أخرجه ابن ماجه في سننه باب من وهب هبة رجاء ثوابها (٢/٧٩٨) والبيهقي في السنن الكبرى (٦/١٨١) والدارقطني في سننه (٣/٤٣) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٦/٤٧٤) . قلنا : ويرد على الاستدلال بهذا الحديث بأن فيه إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع وهو ضعيف ، وعمرو بن دينار عن أبي هريرة منقطع . انظر : نصب الراية (٤/١٢٥) مصباح الزجاجة (٢/٢٤١) .

(١٣) سليمان بن مهران الأسدي روى عن أنس بن مالك وزيد بن وهب وإبراهيم النخعي وغيرهم وروى عنه أيوب السختياني وزيد بن أسلم وغيرهم مات عام ١٤٨ هـ له ترجمه في طبقات ابن سعد (٦/٣٤٢) والسير (٦/٢٢٦) ، الكاشف (١/٣٢٠) .

(١٤) إبراهيم بن يزيد بن قيس ... روى عن علقمه والحارث بن يزيد ، والحسين بن عبيد الله ، وروى عنه الحكم ومنصور والأعمش وغيرهم مات عام ٩٦ هـ له ترجمة في الكاشف (١/٥١) تهذيب الكمال (٢/٢٣٣) طبقات ابن سعد (٦/٢٧٠) .

الأسود [١] عن عمر قال : من وهب هبة لذي رحم جازت ، ومن وهب هبة لغير ذي رحم فهو [٢] أحق بها ما لم يثب [٣] .

١٨٤١٤ - وروى عبد الرحمن بن أبزى [٤] عن علي بن أبي طالب قال : الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها [٥] .

١٨٤١٥ - وروى ابن سعد [٦] عن أبي الدرداء [٧] قال : [٨] الواهب ثلاثة : رجل وهب من غير أن يستوهب ، وفي كيل الصدقة فليس له أن يرجع في صدقته ، ورجل استوهب فوهب له فله الثواب .

١٨٤١٦ - فإن قيل : من هبته ثوابًا فليس له إلا ذلك ، وله أن يرجع في هبته ما لم يثب ، ورجل وهب فاشترط الثواب فهو دين على صاحبها في حياته وبعد موته [٩] .

---

(١) الأسود بن يزيد بن قيس أبو عمرو النخعي روى عن معاذ بن جبل وبلال وابن مسعود ، وروى عنه إبراهيم النخعي والشعبي وابنه عبد الرحمن وغيرهم مات عام (٧٥ هـ) وله ترجمة في السير (٥/٤) ، طبقات ابن سعد (٧٠/٦) ، أسد الغابة (٨٨/١) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٦ / ١٠٦ ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٢/٦) والبيهقي في السنن الكبرى ٦ / ١٨١ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٨١/٤) .

(٤) هو : عبد الرحمن بن أبزى الخزاعي روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وغيرهم ، وروى عنه عبد الرحمن بن أبي ليلى والشعبي وغيرهم ، كان قارئًا عالمًا بالفرائض . انظر : الاستيعاب (٨٢٢/٢) ، أسد الغابة (٤٦٢/٥) ، السير (٩٨٢/٧) .

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف باب الهبات (١٠٧/٩) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٤/٦) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٢/٤) . وقد رد هذا الاستدلال بهذا الحديث بأن فيه جابر بن يزيد الكوفي وهو ضعيف رافضي . انظر : تقريب التهذيب ص ١٣٧ .

(٦) هو : محمد بن سعد بن منيع الهاشمي ولد عام ١٦٨هـ روي عن هشيم ، والوليد بم مسلم ، وابن عيينة وغيرهم ، وروي عنه أحمد بن عبيد ، والحارث بن أبي أسامة وغيرهم . مات ببغداد عام ٢٣٠هـ . انظر : السنن (٨٢/٩) ، تهذيب الكمال (٢٥٦/٢٥) .

(٧) هكذا في جميع النسخ ابن سعد وإسناد الحديث كما عند الطحاوي في شرح معاني الآثار عن راشد بن سعد عن أبي الدرداء . شرح معاني الآثار (٨٢/٤) . وهو : راشد بن سعد المقرائي روى عن ثوبان ، وسعد ابن أبي وقاص وأبي الدرداء وغيرهم وروى عنه صفوان بن عمرو ومعاوية بن صالح وعلي بن أبي طلحة وغيرهم ، قال الدارمي : ثقة انظر : تهذيب التهذيب (٢٢٥/٣) طبقات ابن سعد (٤٥٦/٧) التاريخ الكبير (٢٩٢/٣) .

(٨) في (ص) : [قالوا] .

(٩) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٢/٤) .

١٨٤١٧ - وعن عبد اللّٰه بن عامر قال : كنت عند فضالة بن عبيد [١] إذ جاء رجلان يختصمان في باز [٢] فقال أحدهما : وهبت له بازيًا ، [وأنا أرجو أن يكفيني منه ، وقال الآخر : وهب لي بازيًا] [٣] وما سألته ، وما تعوضت له فقال فضالة : اردد إليه هبته فإنما يرجع في الهبات النساء وشرار الناس [٤] وهذه قضايا ظاهرة عن أئمة [٥] الصحابة رجع إليها [٦] أصحابنا وعملوا بها وخالفها الشافعي .

١٨٤١٨ - قالوا : قد روي عن عبد اللّٰه بن عباس [وابن عمر] [٧] رضي الله عنهما قالا [٨] : لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا ما وهبه الوالد لولده [٩] .

١٨٤١٩ - قلنا : هذا [زعمتم أنهما روياه] [١٠] عن النبي ﷺ ، ثم جعلتموه قولنا [١١] .

١٨٤٢٠ - استدلالًا بأنهما إذا ردًّا خبرًا [١٢] قالا به ، ومثل هذا لا يثبت به خلاف على هذه الروايات [١٣] الظاهرة [١٤] .

---

(١) هو : فضالة بن عبيد بن ناقد أبو محمد الأنصاري الأوسي روى عن عمر وأبي الدرداء ، وغيرهم وروى عنه عبد الرحمن بن جبر والقاسم أبو عبد الرحمن وغيرهم شهد بدرا وبيعة الرضوان مات عام (٦٣) هـ . انظر : تهذيب الكمال (٣٣٤/٢) ، السير (١١٣/٣) التاريخ الكبير (١٢٤/٧) .

(٢) البازيُّ : هو ضرب من الصقور يستخدم في الصيد والجمع بواز . انظر : المعجم الوسيط (٥٥/١) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف باب الرجل يهب الهبة فيريد أن يرجع فيها (٤٧٣/٦) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار باب الرجوع على الهبة (٥٨٢/٤) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أيضًا] .

(٧) في النسخ أن عبد الرحمن بن عمر لم يحفظ عن النبي شيئًا كما نص على ذلك في أسد الغابة (٤٧٧/٣) .

(٨) ساقطة من النسخ وزدتها ليستقيم المعنى بها .

(٩) انظر : المهذب (٤٤٧/١) ، المجموع (٣٨١/١٥) . أخرجه أبو داود في سننه باب الرجوع في الهبة (٨٠٨/٣) ، وأبو يعلي في مسنده (١٠٦/٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٧٩/٦) ، وأحمد في المسند ٢٧/٢ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٧٩/٤) ، وابن حبان في صحيحه (٥٢٤/١١) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) . (١١) ساقطة من (ع) .

(١٢) ساقط في صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الرواية] .

(١٤) انظر : المبسوط (٥٤/١٢) ، بدائع الصنائع (١٢٨/٦) .

١٨٤٢١ - ولأنها هبة لأجنبي فتعلق بها حق الرجوع إذا تجردت عن العوض أصله : إذا قال : وهبت لك فقبض الموهوب في المجلس من غير تحديد إذن .

١٨٤٢٢ - ولأنه تبرع يلحقه الفسخ ، فجاز أن يرجع فيما يهب منه [١] مع الأجانب أصله : الوصية [٢] والعارية [٣] .

١٨٤٢٣ - فإن قيل : المعنى في الوصية ، وفي العارية أنها لو كانت لذوي أرحامه رجع فيها ، وكذلك إذا كانت لأجنبي ، وفي الهبة بخلافه [٤] .

١٨٤٢٤ - قلنا : امتناع الرجوع في ذي الرحم إنما هو حصول العوض الكامل في صلة الرحم ، وليس إذا امتنع الرجوع مع العوض ، امتنع مع عدمه كالهبة المشروط [٥] فيها العوض [٦] .

١٨٤٢٥ - ولأنها هبة تجردت عن الثواب ، فكان حق الرجوع متعلقًا بها أصله إذا شرط العوض [٧] وهبة المكاتب [٨] .

١٨٤٢٦ - ولأنه عقد يقصد به التبرع ، ولا يصح إلا بمعنى آخر ينضم إليه فوجب أن يكون الرجوع من أحكامه كالوصية .

١٨٤٢٧ - ولا يلزم العتق [٩] لأنه يصح بالقول ، وإن لم ينضم إليه معنى [١٠] .

١٨٤٢٨ - ولا يلزم القرض [١١] لأنه تبرع إلا أن المقصود منه العرض [١٢] .

---

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) الوصية : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء كان في الأعيان أو في المنافع والوصية والوصايا اسمان . انظر : التعريفات ١٧٤ .

(٣) العارية اسم وسميت بذلك لتعريها عن العوض وهي على وزن فعليه منسوبة إلى العارة اسم من الإعارة المغرب (٨٩/٢) ، أنيس الفقهاء ٢٥١ . انظر : الهداية (٢٣٥/٤) ، مجمع الأنهر (٦٩٤/٢) . وقد رد الشيرازي هذا بأن العارية تمليك ولا نسلم أنه لم يقصد به القرابة فإن في هبة الأجنبي قربة وثوابًا ثم العارية تبرع لم يتصل به القبض فهو كالهبة قبل القبض (قبل القبض) ، وهذا اتصل به القبض . النكت للشيرازي ص ١٧٨ .

(٤) انظر : المهذب للشيرازي (٤٤٧/١) ، مغني المحتاج (٤٠١/٢) المجموع شرح المهذب (٣٨١/١٥) .

(٥) في (ع) : [المشروطة] .

(٦ ، ٧) انظر : بدائع الصنائع (١٣٢/٦) .

(٨) المكاتب : هو العبد يكاتب على نفسه بثمنه فإذا سعى وأداه عتق . انظر : اللسان (٣٨١٧/٦) .

(٩) العتق : الخروج من المملوكية يقال : عتق العبد عتقًا وعتاقة وهو عتيق وهم عتقاء . انظر : المغرب (٤١/٢) .

(١٠) انظر : الهداية (٢٣٥/٤) .

(١١) القرض : هو ما تعطيه غيرك من مال علي أن يرده إليك . انظر : المعجم البسيط (٧٣٣/٢) .

(١٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [القرض] .

١٨٤٢٩ - ولا يلزم الهبة [(١)] لذوي الأرحام ، لأن الرجوع من أحكام العقد إلا أنه يسقط بحصول العوض الذي هو الثواب الكامل [(٢)] .

١٨٤٣٠ - احتجوا : [(٣)] بحديث ابن عباس وابن عمر أن النبي ﷺ قال : لا يحل لمسلم [(٤)] أن يعطي عطية ، ولا يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه [(٥)] .

١٨٤٣١ - والجواب : أنا قد تكلمنا على سند هذا الخبر في المسألة الأولى ، ثم رواية عمرو بن شعيب ، وقد أحال به مرة على طاووس ، ومرة على أبيه وجده ولو ثبت اقتضى تحريم الرجوع بفعل الواهب ، وعندنا لا يحل له إلا بانضمام الحكم ، أو إلى ضامن الموهوب إلا في حق الولد فيصح أن يرتجع إذا احتاج [(٦)] من غير رضا .

١٨٤٣٢ - وجواب آخر : وهو أن قوله : لا يحل [قد يذكر ويراد الكراهية والإساءة والقبح ، وقد يذكر ويراد به التحريم بدلالة قوله ﷺ] [(٧)] لا يحل لرجل يستعمل ، وجارة طارئ ، وإذا احتمل اللفظ الأمرين ثم شبهه [ﷺ] [(٨)] بعود الكلب في قيئه .

١٨٤٣٣ - وذلك لا يوجب التحريم وإنما [يوصف بالقبح] [(٩)] ، فعلم أن اللفظ أراد به هبة وذم هذا الخلق دون التحريم ، ولولا صحة [(١٠)] الرجوع لكان لا يضعه ؛ لأن المعدوم لا يصفه بقبح ، وعند مخالفنا الرجوع لا يثبت فكيف يقبح [(١١)] .

---

(١) ساقطة من صلب ص واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٣٢/٦) .

(٣) انظر : المهذب (٤٤٧/١) ، النكت للشيرازي ١٧٨ ، المجموع (٣٨١/١٥) .

(٤) في (ع) : [لرجله] .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه باب الرجوع في الهبة (٨٠٨/٣) ، والترمذي في سننه باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة (٣٨٤/٤) ، والنسائي في السنن الكبرى ، باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده (١٢١/٦) ، وأحمد في المسند (٢٧/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٦/٦) ، وأبو يعلى في مسنده (١٠٥/٥) ، والطبراني في المعجم الكبير (٣٧٦/٢) .

(٦) ساقط من (ن) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ن) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عليه السلام] .

(٩) ما بين المعكوفتين في (م) : [بوجب القبح] .

(١٠) في (ص) : [صحة] ، وفي (ع) : [ولولا صحة] .

(١١) أن الرسول ﷺ شبه الرجل الذي يعود في هبته بعود الكلب في قيئه وذلك يوجب التحريم مطلقًا ؛ لأن تشبيهه ﷺ للعائد في هبته بالكلب يقيء ثم يعود في قيئه ، والكلب مستقبح بذاته إلا لضرورة نص عليها =

١٨٤٣٤ - قالوا : روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « العائد في هبته كالعائد في قيئه » .

١٨٤٣٥ - قلنا : قد روى طاووس عن ابن عباس [عن النبي ﷺ] [1] « العائد في هبته كالكلب [يقيء ثم يعود] [2] في قيئه » وكذلك رواه عكرمة عن ابن عباس وأبو هريرة عن النبي ﷺ فدل بأن أصل الخبر هذا المفسر الذي روي عن طريق ابن عباس وغيره ، والتشبيه برجوع الكلب يدل على قولنا : مستقبح مستنكر .

١٨٤٣٦ - فاما التحريم فلا يوصف الكلب به ؛ فلذلك لا يوصف له وهذا إلزام على أقوالهم ؛ لأنهم ردوا العام ورددنا الخاص المفسر .

١٨٤٣٧ - وعندهم الرجوع إلى الخاص أولى ؛ لأنه ﷺ أثبت العود ووصفه بالعود في القيء فدل على ثبوت العود .

١٨٤٣٨ - وكل من صحح العود حمل التشبيه على الكراهة .

١٨٤٣٩ - احتجوا : بأنها هبة مقبوضة لمن ليس يولد له ، واليمين منه ، أولًا يقاد به فلا يجوز له الرجوع أصله إذا وهب أحد الزوجين للآخر وإذا وهب لأخيه أو عمه أو خاله .

١٨٤٤٠ - قلنا : المعنى في الهبة من الأخ أو العم أن المقصود من الهبة بينهما صلة الرحم الكامل . وقد سلم هذا المقصود من تمام الهبة فهو كهبة الأجنبي ؛ إذا أخذ الهبة عوضًا وليس كذلك الهبة من الأجنبي لأنها تقصد بها المكافأة في الغالب ، فإذا لم يحصل المقصود هنا ثبت الرجوع كما لو شرط العوض يستحق بالعرف كما يستحق بالشرط .

١٨٤٤١ - ألا ترى أن من دفع إلى خياط ثوبًا ليخيطه له استحق العوض وإن لم يسويه لأن العرف اقتضى أنه يخيط بالعوض فصار ذلك كالعوض المشروط .

١٨٤٤٢ - والمعنى في هبة أحد الزوجين أن بينهما نسب يوجب [3] التوارث من غير حجب [4] ، فصار كهبة الولد للوالد [5] وتتعدى [6] هذه الهبة [7] إلى هبة الابن لأبيه [8] .

= الشرع كالحراسة ، والضرورة تقدر بقدرها .

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) في (م) : [موجب] .

(٤) الحجب : المنع ، وشرعًا : منع الشخص من ميراثه إما كله أو بعضه لوجود شخص آخر . انظر : الهداية (٢٢٨/٤) .

(٥) انظر : الهداية (٢٢٨/٤) ، مجمع الأنهر (٣٦٢/٢) .

(٦) في (م) : و[تتعدا] .

(٧) في (ع) : [العلل] .

(٨) انظر : المبسوط (٥٥/١٢) .

١٨٤٤٣ - قالوا : هبة لا يجوز الرجوع فيها إذا كانت زائدة . فلا يجوز الرجوع فيها قبل الزيادة أصله [١] هبة الأخ [٢] .

١٨٤٤٤ - قلنا : المعنى في الهبة للأخ قد بيناه [٣] ، فأما إذا زادت [٤] الهبة ، فلا يمكنه الرجوع فيما وهب إلا بالرجوع فيما لم يهب ، وذلك ممتنع [٥] .

١٨٤٤٥ - ألا ترى أنها لو خرجت من ملك الموهوب لم يجز الرجوع . لأنه [٦] يرجع في ملك لم يوجد [٧] ، كذلك لا يرجع في هبة زائدة لأنه يرجع فيما لم يرجع قبل الإثابة كهبة القرابة [٨] .

١٨٤٤٦ - [قلنا : إذا ثبت فيها نقد حصل له المقصود بالعقد ؛ لأن العوض كهبة الأجانب حصول العوض وإن لم يثب فيها لم يحصل له العوض منها وحكم الأمرين مختلف بدلالة أنه شرط العوض ، فسلم له ما شرط لم يرجع ، ولم لم يسلم له رجع وقد بينا أن مكان العوض يثبت بالعرف كما يثبت بالشرط] [٩] .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٢) انظر : الحاوي للماوردي (٦٩/١٠) .

(٣) أي أنه إذا وهب الأخ لأخيه لا يجوز له الرجوع ؛ لأن المقصود هو صلة الرحم ، ولأن في الرجوع معنى قطيعة الرحم ، انظر : المبسوط (٥٥/١٢) . (٤) في (م) : [رادت] .

(٥) المبسوط (٥٨٣/١٢) الهداية (٢٢٧/٤) .

(٦) في (ع) : [لا] . (٧) في (ع) : [يوجد] .

(٨) انظر المبسوط (٨٢/١٢) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

مسألة ٩٢٢

اقتضاء الهبة للثواب

١٨٤٤٧ - قال أصحابنا : الهبة لا تقتضي [١] الثواب [٢] .

١٨٤٤٨ - وقال الشافعي في القديم : إذا وهب الأدنى للأعلى اقتضت الهبة الثواب [٣] .

١٨٤٤٩ - [وقال في الجديد : لا تقتضي الهبة الثواب] [٤] ، وقدر الثواب فيه .

١٨٤٥٠ - ثلاثة [٥] أقوال : أحدها ما يرضى به ، والآخر قيمته ، والثالث : ما جرى به العرف ، فإن امتنع فللواهب الرجوع [٦] .

١٨٤٥١ - لنا : حديث سمرة أن النبي ﷺ قال : إذا [٧] كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولم يفرق [٨] [٩] بين أن يثب عنها أولا يثب سواء كان الواهب فوقه أو دونه ولأن ما لا يقتضي عوضًا إذا كان كنظيره لم يقتض / إذا كان لمن فوقه كالوصية ، وعكسه البيع ولأنها هبة مطلقة فلا تتضمن [١٠] عوضًا [كما لو وهب لنظيره ولأنه مطلق لا يفيد لفظ عوض فلا يتضمن عوضًا] [١١] كالعتق .

٢٠/أ

١٨٤٥٢ - ولا يلزم القرض ؛ لأنه لفظه يفيد العوض ، ولأن العقد على مال إذا

---

(١) أي لا تستوجب الثواب .

(٢) وبه قال الإمام أحمد انظر : المبسوط (٧٥/١٢) ، بدائع الصنائع - (١٢٨/٦) المغني (٢٩٩/٦) ، الفروع (٦٥٥/٥) .

(٣) وبه قال الإمام مالك المدونة الكبرى (٣٢٢/٤) ، المهذب (٤٤٧/١) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ن) .

(٥) في (ع) : [ثلثه] .

(٦) انظر : المهذب (٤٤٧/١) ، النكت ورقة ١٧٨ ، الحاوي للماوردي (٧٢/١٠) ، المجموع (٣٨٥/١٥) .

(٧) أخرجه الدارقطني في سننه (٤٤/٣٦٠) قال في تلخيص الحبير هذا الحديث انفرد به عبد الله بن جعفر وهو حديث مرفوع (٨٥/٣) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يبين]

(٩) ما ذكر بعد ذلك في النسخة (ع) إنما هو خاص بالمسألة التي تليها وهي حكم الهبة المشروطة بعوض مجهول .

(١٠) في (م) ، (ن) : [يتضمن] .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

اقتضى عوضًا غير مقدر ، وجب ذكره في العقد كالبيع [١] .

١٨٤٥٣ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا ﴾ [٢] .

١٨٤٥٤ – قلنا : قد قيل : إن المراد بذلك رد السلام .

١٨٤٥٥ – ولأن عندهم [٣] يجب العوض ، والآية تقتضي التخيير بين العوضين والرد ، وذلك لا يصح إلا على قول من يرى العوض مستحبًا [٤] ، وكذلك نقول .

١٨٤٥٦ – احتجوا [٥] بما روي أن أعرابيًا أهدى إلى النبي [ﷺ] [٦] ناقة [٧] فأعطاه ثلثًا ، فأبى ثم أعطاه ثلثًا ، فأبى ، ثم أعطاه ثلثًا فاستكمل تسعًا فقال الإعرابي قد رضيت فقال النبي ﷺ : لقد هممت أن لا أقبل هدية إلا من أنصاري [٨] ، أو دوسي [٩] ، أو ثقفي [١٠] أو قرشي .

١٨٤٥٧ – قلنا : هذا يدل على جواز العوض والكلام في وجوبه ، وليس في الخبر ما يدل على الوجوب [١١]

١٨٤٥٨ – قالوا : [١٢] روي عن عمر أنه قال : من وهب لأجنبي هبة فله أن يرجع فيها ما لم يثب منها [١٣] وعن علي مثله [١٤] ، وعن فضالة بن عبيد أن رجلًا جاءه

---

(١) أي عقد الهبة إذا كان مقابل عوض لابد من ذكره العوض وتقديره كما في البيع ؛ لأن التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز وهذا هو الأصل انظر : الهداية (٢٢/٣) .

(٢) سورة النساء : الآية ٨٦ .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (١٢٨/٦) .

(٥) انظر : الحاوي للماوردي ج (٧٢/١٠) ، المهذب (٤٤٨/١) ، المجموع (٣٨٨/١٥) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) الناقة أول السمن في الإقبال ، وآخر الشحم في الهزال يقال : أنقت الإبل أي سمنت وصار فيها نقي وكذلك غيرها . انظر : الصحاح (٦٠٧/٢) ، اللسان (٦/ ٤٥٢٣) .

(٨) الأنصاري : نسبة إلى الأوس والخزرج . انظر : معجم قبائل العرب (٤٧/١) .

(٩) دوس : بطن من الأزد من القحطانية ينسبون إلى شنوه ابن الأزد . انظر : معجم قبائل العرب .

(١٠) ثقيف : قبيلة منازلها في جبل الحجاز بين مكة والطائف . انظر : بلوغ الأرب في (١٩١/١) .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (١٣٠/٦) .

(١٢) انظر : الأم (٢٨٣/٣) . المجموع (٣٨٣/١٥) .

(١٣) أخرجه الشافعي في الأم (٢٨٣/٣) .

(١٤) أخرجه الشافعي في مسنده باب الهبة ٢٦١ .

فقال : إني وهبت من رجل بازيًّا فلم يكفني عليه ، فقال : إن أثابك [١] ، وإلا فارجع وخذ باذيك [٢] .

١٨٤٥٩ - قلنا : هذا يدل على انقطاع الرجوع بالعوض ولا يدل على وجوب العوض ، ولأنهم لم يفضلوا بين هبة الإنسان لمن فوقه أو دونه .

١٨٤٦٠ - ولأن فضالة قال في الحديث : إنما يرجع في الهبة النساء وشرار الأقوام ، وعند مخالفنا إذا أوجب العوض فلم يسلم له ذلك بل يذم على الرجوع فالخبر خلاف قولهم [٣] .

١٨٤٦١ - قالوا : العادة أن الإنسان يهب لمن فوقه لطلب العوض ، والمعتاد في العقود كالمشروط وإذا كانت العادة أنه [٤] [يهب ليعوض] [٥] ، والعوض مجهول ثبت الرد عند عدم التراضي ، فأما أن يجب العوض مع الجهالة فلا .

١٨٤٦٢ - ولأن البدل إنما يجب إذا تعذر الفسخ ، فأما إذا أمكن الرد لم يجز إيجاب عوض مجهول كالبيع الفاسد .

* * *

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كافأك]

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٣/٦) والطحاوي في شرح معاني الآثار ج (٨٢/٤) والحاكم وقال صحيح علي شرط الشيخين (١٧٤/٢) .

(٣) انظر : المبسوط (٥٣/١٢) . نقول بأن فضالة بن عبيد وإن كان لم يمنع الرجوع مطلقًا إلا أنه اعتبر ذلك فعلًا قبيحًا مذمومًا ، ولا يليق بالمسلم أن يرتكب مثل هذا الفعل حتى لو لم يأخذ عوضًا على ذلك ، حيث إن فضالة لم يمنع الرجوع ، وإنما ذم الرجوع كما ورد في الخبر .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين في (ن) [تهب لتعوض] .

مسألة ٩٢٣

حكم الهبة المشروطة بالعوض المجهول [١]

١٨٤٦٣ - قال أصحابنا : إذا شرط في الهبة عوضًا جاز .

١٨٤٦٤ - وقال الشافعي : [على القول الذي قال إن الهبة لا تقتضي عوضًا إن شرط عوضًا مجهولًا فسدت] ، وإن شرط عوضًا معلومًا ففيه قولان : أحدهما : يجوز وتصير تبعًا ، والآخر : لا يجوز .

١٨٤٦٥ - لنا : ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال [٢] : من وهب هبة فله الرجوع فيها [٣] ما لم يثب منها » [٤] وظاهر هذا يقتضي أنه إذا شرط الثواب فسلم له لم يثبت له الرجوع .

١٨٤٦٦ - ولأنه عقد تملك به الأعيان فجاز شرط العوض فيه كالقرض [٥] ولأنه تبرع فلا يبطله شرط العوض كالعتق ، ولا تلزم العارية ؛ لأنها تبطل بشرط العوض [ولأنه عقد تملك به بإتمام القبض ولأن] [٦] العوض كالقرض .

١٨٤٦٧ - احتجوا : بأنها هبة بشرط العوض ، فلم تصح كما لو وهب مشاعًا .

١٨٤٦٨ - قلنا : إذا وهب مشاعًا بعوض ثم قسم وسلم صح عندنا ، وإن سلم قبل القسمة فلا لأنه وهب مالا يتميز عما لم يقف على وجه يمكن تمييزه وسلمه على ذلك .

١٨٤٦٩ - قالوا : شرط العوض يُخرج العقد عن موضوعه ، فصار كالبيع إذا سقط فيه العوض .

١٨٤٧٠ - قلنا : هذا غير مسلم ؛ لأن الهبة قد يقصد بها التعويض ، وقد يقصد بها الثواب ، وقد يقصد بها [٧] المودة والمحبة فلم يخرج شرط العوض عن موضوع العقد ،

---

(١) هذه المسألة كلها ساقطة من (ع) . (٢) ساقطة من (ن) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه باب من وهب هبة وجاء ثوابها (٩٨/٢) وعمرو بن دينار عن أبي هريرة منقطع ، مصباح الزجاجة (٢٤١/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٨١/٦) . وابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٤/٦) ، والدارقطني في سننه (٤٣/٣) .

(٥) في (م) : [العوض] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) ساقطة من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .

وهذا كالعفو عن الدم ؛ لأن الوارث تارة يعفو للثواب ، وتارة يعفو للعوض [١] ، فلم يكن شرط العوض مخرجًا للعقد عن موضوعه ، وبطل ما ذكروه بالعتق إن شرط العوض فيه لا يخرجه عن موضوعه ؛ لأنه يجوز تعليقه بالشرط ، فإذا ذكر المال فقد علق العتق بصفته .

١٨٤٧١ - قلنا : العتق يقع وتتأخر الصفة ، ولو تعلق شرطه وقف على أداء [٢] المال فلما تعلق للعتق بالقبول ، كما يتعلق بالملك في المعاوضة بالقبول دل على أنه ليس بمتعلق بصفة .

* * *

(١) في (م) : [العوض] .
(٢) في (م) : [إذا] .

مسألة ٩٢٤

الزيادة في الهبة وحكم الرجوع فيها

١٨٤٧٢ - قال أصحابنا [١] : إذا زادت [٢] الهبة في [يد ربها] [٣] سقط الرجوع [٤] .

١٨٤٧٣ - وقال الشافعي : لا يسقط [٥] .

١٨٤٧٤ - لنا : أنها زيادة لم يقع عليها قبض الهبة ، فلا يقع عليها الفسخ كالزيادة المنفصلة [٦] .

١٨٤٧٥ - ولأن ما منع الفسخ في المهر منع في الهبة كزوال الملك ، ولأنه فسخ بموجب عقد فمنع أصله : الزيادة المتصلة [٧] كالمهر [٨]

١٨٤٧٦ - احتجوا : بأنها زيادة حادثة من الموهوب فلا تمنع [٩] الرجوع في الهبة أصله : إذا حدثت قبل القبض [١٠] .

١٨٤٧٧ - وقع عليها القبض المتصدر عن العقد فدخلت في حكم العقد ، فجاز أن يقع عليها الفسخ ، وإذا حدثت بعده فلم يقع عليها العقد ، ولا القبض المتصدر عنه ، فلم يدخل في العقد ، فلم يجز أن يقع عليها الفسخ كالولد [١١] .

١٨٤٧٨ - قالوا : زيادة إذا حدثت قبل القبض لا تمنع الرجوع ، فكذلك إذا حدثت بعده أصله الزيادة المنفصلة ، يصح نقل الملك في الأصل دونها فامتناع الفسخ فيها لا

---

(١) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) في (م) : [زالت] .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يديه] .

(٤) انظر : المبسوط (٨٣/١٢) بدائع الصنائع (١٢٩/٦) ، الهداية (٢٢٧/٣) وبه قال مالك انظر : المدونة الكبرى (١٣٨/٤) ، الشرح الصغير (٤٥٨/٥) .

(٥) انظر : الأم (٢٨٣٨/٣) ، المهذب للشيرازي (٤٤٧/١) ، المجموع (٣٨٢/١٥) ، وهو رواية عن الإمام أحمد . انظر : المغني (٢٧٨/٦) ، الشرح الكبير (٢٨١/٦) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (١٢٩/٦) .

(٧) ساقطة من (ن)

(٨) انظر : المبسوط (٧١/٥) ، المغني (٢٧٩/٦) .

(٩) في (م) ، (ع) : [يمنع] .

(١٠) انظر : المغني (٢٧٩/٦) .

(١١) انظر : المغني لابن قدامة (٢٧٨/٦) ، الشرح الكبير (٢٨٢/٦) .

يمنع في الأصل ، وليس كذلك المتصلة ؛ لأنه لا يملك نقل الملك في الأصل دونها ، والفسخ متعذر فيها .

١٨٤٧٩ - لأن العقد لم يتناولها فمنع ذلك من الفسخ فيما لا ينفرد بنقل الملك عنها .

١٨٤٨٠ - فإن ألزم على علة الأصل الزيادة المنفصلة في البيع .

١٨٤٨١ - قلنا : تعذر الفسخ فيها لا يمنع من الفسخ في الأصل ، وإنما المانع أنها موجبة للعقد ، فلم نسلم للمشتري مع فسخ العقد .

* * *

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسمّاة

التجريد

كتاب اللقطة

مسألة ٩٢٥

حكم التقاط ضالة الإبل

١٨٤٨٢ - قال أصحابنا : ضالة الإبل يجوز لمن وجدها أخذها ليردها على صاحبها [١] .

١٨٤٨٣ - وقال الشافعي : إذا كان الحيوان في البرية [٢] فكل حيوان يمتنع من صغار السباع [٣] بقوته [٤] مثل الإبل والبقر والدواب [٥] والبغال والحمير ، أو لسرعته وخفته كالظباء [٦] والغزلان [٧] والأرانب والطيور لم تكن لقطة ، ولا يجوز أخذها على وجه اللقطة [٨] .

١٨٤٨٤ - فإن أخذها ليحفظها وهو الإمام فلا ضمان عليه ، فإن كان غير إمام ففيه وجهان [٩] فإن كان ذلك في البلدان والقرى .

١٨٤٨٥ - قال المزني [١٠] : قال الشافعي : فيما وضعه بخطه صغارها وكبارها لقطة .

---

(١) لا خلاف بين الفقهاء في جواز التقاط الإبل في القرية ، ومحل الخلاف بينهم إذا كانت في الصحراء ، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين :

المذهب الأول : جواز التقاطها لردها على صاحبها وهذا ما قال به أبو حنيفة ومالك في غير ظاهر المذهب . انظر : تحفة الفقهاء (٦٠٩/٣) ، بدائع الصنائع (٢٠٠/٦) ، المدونة الكبرى (٣٦٧/٤) .

المذهب الثاني : عدم جواز أخذها وهذا ما قال به مالك في ظاهر المذهب والشافعي وأحمد انظر : الأم (٢٨٧/٣) ، المدونة الكبرى (٣٦٧/٤) ، المبدع (٢٧٧٤٤/٥) .

(٢) البرية الصحراء ، والجمع : البراري انظر : مختار الصحاح ١٨ .

(٣) السبع كل ما له ناب ويعدو على الناس ويفترسها كالأسد وغيره . انظر : المعجم الوسيط (٢٦٧/١) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بغرته] .

(٥) الدواب : جمع مفردها دابة وهي كل ما يدب على الأرض وقد غلب على ما يركب من الحيوان ، وتصغيره دويبة انظر : المعجم الوسيط (٢٦٧/١) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) .

(٧) في (ع) : [وكالغزلان] .

(٨) انظر : الأم (٢٨٧/٣) ، مغني المحتاج ، (٤٠٩/٢) ، المجموع (٢٧١/١٥) .

(٩) **أحدهما** : يجوز لأنه يأخذها للحفظ على صاحبها فجاز كالسلطان ، **والثاني** : لا يجوز لأنه لا ولاية له على صاحبها بخلاف السلطان . انظر : المجموع (٢٧١/١٥) .

(١٠) هو : إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني ولد عام ١٧٥ هـ حدث عن الشافعي ، وعلي بن معبد وغيرهم وعنه ابن خزيمة والطحاوي وأبو نعيم بن عدي وغيرهم ، له مؤلفات منها مختصر المزني . قال عنه الشافعي : المزني =

١٨٤٨٦ - ومن أصحابه من قال : البلاد والبرية سواء وليس بلقطة [١] .

١٨٤٨٧ - لنا [٢] : قوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ ﴾ [٣] وقال النبي ﷺ : « لا يزال اللّه في عون المرء ما دام في عون أخيه ومن أخذ ضالة فخاف عليها ليحفظها على ربها فهو في عونه » [٤] .

١٨٤٨٨ - ويدل عليه : ما روى حماد بن زيد [٥] ، عن أيوب [٦] ، عن أبي العالية [٧] ، عن عياض بن حماد [٨] أن النبي ﷺ سئل عن الضالة فقال : « عرفها فإن وجدت صاحبها وإلا فهي مال اللّه » [٩] .

١٨٤٨٩ - وهذا يدل على جواز أخذ الضالة وأنها في حكم اللقطة ؛ ولأنها ضالة يخشى ضياعها فجاز أخذها لصاحبها لقطة كالصغار إذا أخذت في مصر .

١٨٤٩٠ - ولأن كل جنس كان صغاره لقطة كان كباره لقطة كالغنم [١٠] ، ولأنها

= ناصر مذهبي مات عام ٢٦٤هـ انظر : طبقات الشافعية (٥٨/٣) طبقات الشيرازي ص ٧٩ ، طبقات العبادي ص ٩ .

(١) انظر : الأم (٢٣٥/٨) ، المهذب مع المجموع (٢٧٣/١٥) .

(٢) انظر : البناية شرح الهداية (١٧/٦) . (٣) سورة المائدة : الآية ٢ .

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير من طريق زيد بن ثابت وفيه عيسى بن أبي عيسى الحناط قال البخاري . وأبو نعيم في حلية الأولياء (٤٢/٣) ، وابن عدي في الكامل (٢٤٧/٥) ، والحاكم في المستدرك (٣٨٣/٤) .

(٥) هو : حماد بن زيد بن درهم الأزدي روي عن عمرو بن دينار ، وثابت البناني وغيرهم ، وعنه سفيان وشعبة وابن المبارك وغيرهم وهو ثقة ، مات عام ١٧٩ هـ ، انظر : تذكرة الحفاظ (٢٢٨/١) ، شذرات الذهب (٢٩٢/١) ، العبر للذهبي (٢١١/١) .

(٦) هو : أيوب بن أبي تميمة السختياني روى عن إبراهيم بن مده ، وزيد بن أسلم وسالم بن عبد اللّه بن عمر ، وعنه إسماعيل بن علية ، وحماد بن سلمة ، وحماد بن زيد وغيرهم مات عام ١٣١ هـ . انظر : تهذيب الكمال (٤٥٧/٣) ، سير أعلام النبلاء (١٥/٦) ، تهذيب التهذيب (٢٤٦/٧) .

(٧) هو : أبو العالية رفيع بن مهران الإمام المقرئ الحافظ المفسر أبو العالية الرياحي البصري أسلم في خلافة أبي بكر الصديق روى عن عمر وعلي وأبي ذر وابن مسعود وعائشة وغيرهم ، وروى عنه قتادة وثابت ومحمد بن واسع وعاصم الأحول وخالد الحذاء وغيرهم . قال أبو خلدة : مات أبو العالية في شوال سنة تسعين ، وقال البخارى وغيره : مات سنة ثلاث وتسعين سير أعلام النبلاء (٢٠٧/٦-٢١٢) .

(٨) عياض بن حماد بن أبي حماد المجاشعي روي عن النبي ﷺ وروى عنه مطرف بن عبد اللّه وعقبة بن صهبان وغيرهم . انظر : الإصابة (٧٥٢/٤) ، أسد الغابة (٣٢٢/٤) .

(٩) أخرجه الترمذي في سننه (٦٤٧/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٨٧/٦) ، والطبراني في المعجم الكبير (٣٦٠/١٧) .

(١٠) انظر : شرح فتح القدير (١٢٥/٦) ، البناية (٢٩/٦) .

لقطة مملوكة فجاز أخذها لقطة من البرية كالشاة [(١)] .

١٨٤٩١ - ولأنه نوع أمانة فلا يختلف فيه الشاة والحمار كالوديعة [(٢)]

١٨٤٩٢ - احتجوا : بما روى مالك [(٣)] عن ربيعة [(٤)] بن يزيد مولى المنبعث [(٥)] عن زيد بن خالد الجهني [(٦)] قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله عن اللقطة فقال : « أعرف عفاصها [(٧)] ووكاءها [(٨)] وعرفها سنة فإذا جاء صاحبها [(٩)] وإلا فشأنك بها » قال : فضالة الغنم قال : « خذها فإنما هي لك أو لأخيك ، أو للذئب » فقال : يا رسول الله فضالة الإبل فغضب رسول الله ﷺ حتى احمرت وجنتاه واحمر وجهه ، وقال : « مالك ولها معها معاقرها وحداؤها [(١٠)] وشقاؤها [(١١)] ترد الماء وترعى الشجر [(١٢)] دعها حتى يلقاها ربها » [(١٣)] .

---

(١) قال في مجمع الأنهر وكما يجوز التقاط الشاة المملوكة لا لأجل نفسه ، وإنما لردها إلى صاحبها كذلك الإبل في البرية . انظر : مجمع الأنهر (٧٠٦/١) .

(٢) قال في البدائع أما حالة الأمانة فهي أن يأخذها لصاحبها ، وتكون أمانة وفي يده تأخذ أمانة فكانت في يده كيد المودع . انظر : بدائع الصنائع (٢٠١/٦) .

(٣) هو : أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي ولد عام ٩٣ هـ روي عن نافع والزهري وغيرهم وروى عنه يحيى بن أبي كثير والأوزاعي والثوري وغيرهم ، من أهم مصنفاته الموطأ مات عام ١٧٩هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (٢٠٧/١) طبقات الشيرازي ص ١٤٦ ، التاريخ الكبير (٣١٠/٧) ، العبر للذهبي (٢١٠/١) .

(٤) هو : ربيعة بن أبي عبد الرحمن القرشي روي عن أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وعطاء بن يساد وغيرهم ، وروى عنه يحيى بن سعيد الأنصاري وسليمان التيمي وغيرهم مات ١٣٦ هـ . انظر : شذرات الذهب (١٩٤/١) ، وفيات الأعيان (٢٨٨/٢) ، تذكرة الحفاظ (١٥٧/١) .

(٥) في جميع النسخ [المتعيب] الصحيح ما أثبتناه . هو : يزيد مولى المنبعث المدنى روى عن أبي هريرة وزيد بن خالد ، ذكره ابن حبان في الثقات . انظر : التاريخ الكبير (٣٦٢/٨) ، الكاشف (٢٥٢/٣) ، التقريب ٦٠٦ .

(٦) هو : زيد بن خالد الجهني روي عن النبي ﷺ ، وعنه السائب بن يزيد الكندي والسائب بن خلاد الأنصاري وغيرهم مات بالمدينة ٧٨ هـ انظر : تهذيب التهذيب (١٧٥/٥) ، تذكرة الحفاظ (١٨٤/٢) ، الإصابة (١٨٣/٤) .

(٧) العفاص : هو الوعاء الذي يكون فيه النفقة سواء كان من جلد أو من خرقة وغير ذلك انظر : اللسان (٣٠١٤/٤) .

(٨) الوكاء : هو ما يشد به الكيس وغيره يقال وكأ مقعدته أي شدها بالعقود علي الوطأ الذي تحته انظر : المصباح المنير (٩٢٤/٢) .

(٩) في (ع) : [طالبها] .

(١٠) حداؤها : هو ما توطئ عليه البعير من خفة الفرس من حافره . انظر : المعجم الوسيط (١٦٢/١) .

(١١) ساقطة من (م) ، (ن) .

(١٢) في (ع) : [السحر] .

(١٣) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب اللقطة (١٣٤٦/٣) ، وانظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٢ ، =

١٨٤٩٣ - الجواب : أنه ﷺ بين أن ضالة المؤمن يجوز أخذها للخوف عليها ، وهذا تنبيه [١] على أخذ الإبل إذا خاف عليها ، وهو خلاف قولهم ، ثم أخبر أنه لا يأخذها إذا كانت محفوظة يرجى لقاء صاحبها ، ومتى كانت كذلك لم يجز أن يأخذها فربما بعدت عن مالكها ، والكلام إذا خاف عليها ، أو غلب على ظنه أن مالكها لا يلقاها فيأخذها فيحفظها ، وإنما فرق الطَّيِّلاً بين الإبل والغنم [٢] .

١٨٤٩٤ - لأنه لم يرى الغنم تستقل بنفسها ، فلم يؤمن عليها ، وهذا هو الغالب من حالها فخرج كلامه على الغالب في دينه به على إحدى حالة الإبل ، وبين بالنطق حكمها إذا كانت محفوظة يلقاها مالكها في الغالب .

١٨٤٩٥ - وقال في خبر عياض / : عرفها ، وهذا بيان لحكم الضالة التي يتعذر أن يلقاها بها إلا بعد التعريف . ٠٨

١٨٤٩٦ - قالوا : روي عن المنذر بن جرير [٣] قال : كنت مع جرير بن عبد الله البجلي [٤] في البواذيج [٥] فجاء الراعي بالبقر وقال : فيها بقرة ليست منها ، فقال له جرير : أخرجها فقد [٦] سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يأوي [٧] الضالة إلا ضال » [٨] .

١٨٤٩٧ - وروى مطرف بن الشخير [٩] [١٠] عن أبيه [١١] قال : قدمنا على رسول

= الحاوي للماوردي (٧٥/١٠) ، المهذب (٤٣١/١١) ، مغني المحتاج (٤٨٦/٢) .

(١) في (م) : [بينه] . (٢) في (م) : [الصنم] .

(٣) هو : المنذر بن جرير بن عبد الله البجلي الكوفي روي عن أبيه ، وروى عنه عبد الملك ين عمير وعون بن أبي جحيفة والسبيعي وغيرهم ، انظر : تهذيب التهذيب (٣٠٠/١٠) - ، الكاشف (١٥٤/٣) ، التاريخ الكبير (٣٥٦/٧) . (٤) في (م) : [النحلي] .

(٥) هي بلدة قديمة على دجلة انظر : معجم البلدان (٤٢٥/٢) .

(٦) ساقطة من (ص) ، (ع) . (٧) ساقطة من (ن) .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى كتاب اللقطة (١٩٠/٦) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار باب اللقطة ، والضوال (١٣٣/٤) ، والطبراني في المعجم الكبير (٣٣٠/٢) ، والبغوي في شرح السنة (٣١٦/٨) ، وأصله في صحيح مسلم من حديث زيد بن خالد ، صحيح مسلم بشرح النووي (٤٢/١٢) ط مؤسسة قرطبة .

(٩) في جميع النسخ [السخير] والصحيح ما أثبتناه .

(١٠) مطرف بن عبد الله بن الشخير .. البصري ولد عام بدر روى عن أبيه ، وعلي ، وعمار وغيرهم ، وروى عنه الحسن البصري وقتادة وغيرهم مات عام ٨٦ هـ انظر : سير أعلام النبلاء (١٨٧/٤) ، طبقات ابن سعد (٤٤١/٧) ، شذرات الذهب (١١٠/١) .

(١١) هو : عبد الله بن الشخير بن عوف الجريش روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه بنوه مطرف ، وهاني =

اللَّه ﷺ في نفر من بني عامر [(١)] فقال : يا رسول اللَّه في هذا من الإبل أفنأخذها قال : « لا تفعلوا ، ضالة المؤمن حرق النار » [(٢)] .

١٨٤٩٨ - والجواب : أن هذا محمول علي من أواها لا يقصد بذلك منفعة صاحبها ، ومن أخذها لينتفع بها .

١٨٤٩٩ - الدليل عليه ما روي عن شريك بن عبد اللَّه بن الشخير ، عن أبي مسلم [(٣)] عن الجارود [(٤)] قال بينما رسول اللَّه ﷺ يمر علي أهل عجاف [(٥)] فقلنا : يا رسول اللَّه إنا نمر بالجرف [(٦)] فنجد إبلًا أفنتركها [(٧)] فقال : « ضالة المسلم حرق النار » [(٨)] .

١٨٥٠٠ - وهذا يبين أن النهي وقع على أخذ الضالة للانتفاع بها فأما إذا أخذت لمنفعة مالكها فذلك غير ممنوع بدلالة ما روى سراقة بن مالك [(٩)] أنه جاء رسول اللَّه

= وغيرهم ، انظر : أسد الغابة (١٨٣/٣) ، طبقات ابن سعد (٣٤/٧) ، تهذيب الكمال (٨١/١٥) .

(١) بني عامر : بطن من خفاجة بن عمرو بن كعب انظر : معجم القبائل العربية (٧٠٣/٢) .

(٢) أخرجه ابن ماجه في سنن باب ضالة الإبل والبقر والغنم (٨٣٦/٢) وإسناده صحيح ورجاله ثقات ، والبغوي في شرح السنة (٣١٦/٨) ، والطبراني في المعجم الكبير (٢٦٥/٢) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٣٣/٤) .

(٣) هو : أبو مسلم الجذمي روي عن أبي ذر والجار ود العبدي ، وروى عنه قتادة ، ومطرف ويزيد والعلاء ابنا عبد اللَّه بن الشخير ، ذكره ابن حبان في الثقات انظر : تقريب ص٦٧٣ ، الكاشف (٣٣٣/٣) ، تهذيب التهذيب (٢٣٥/١٢) في الأصل ص٥٣ .

(٤) هو : بشر بن عمرو بن حنشي العبدي روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه أبي مسلم الجذمي وغيره مات عام ١٧ هـ انظر : الكامل لابن الأثير (٣٧٦/٢) . ، وتقريب التهذيب ص١٣٧ ، المجروحين (٢٢٠/١) .

(٥) عجاف بالكسر علي غير قياس بمعنى الهزل . انظر : مختار الصحاح ص ٤٣ .

(٦) الجرف بضم الراء وسكونها هو ما تحركه السيول وأكلته من الأرض انظر : اللسان (٦٠٢/١) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أفنتركها] .

(٨) أخرجه ابن ماجه في سننه من طريق يحيى بن سعيد عن حميد الطويل (٨٣٦/٢) ، وأحمد في مسنده (٨٠/٥) ، والبيهقي في ذ .

(٩) سراقة بن مالك بن جعشم بن مالك بن عمرو بن مالك بن تيم بن مدلج بن مرة عبد مناف بن كنانة المدلجي : يكنى أبو سفيان من مشاهير الصحابة كان ينزل قديدًا وقيل أنه سكن مكة ، وهو الذي لحق النبي ﷺ وصاحبه أبا بكر يوم الهجرة . روى عن النبى ﷺ ، وروى عنه : جابر عبد اللَّه ، والحسن البصري وزيادة أبو راشد بن الجندي وسعيد بن المسيب وعبد اللَّه بن عباس وعبد اللَّه بن عمرو بن العاص قال أبو عمرو ابن عبد البر وغيره : مات في صدر خلافة عثمان سنة أربع وعشرين ، وقيل إنه مات بعد عثمان . انظر : تهذيب الكمال (٢١٤/١٠ ، ٢١٥) .

ﷺ فقال : يا رسول اللّٰه أرأيت الضالة ترد على حوض إبلي ألي أجر أن أسقيها ؟ فقال : « في الكبد الحراء [١] [٢] أجر » [٣]

١٨٥٠١ - وقد علم أن تركها على حوضه وسقيها إبقاء وقد جعل رسول اللّٰه ﷺ له أجر على ذلك .

١٨٥٠٢ - لأنه آواها لمنفعة صاحبها ، وقد كان عمر يأوي الضيعان في حظيرة [٤] ويجعلها مع خيل المجاهدين وإبل الصدقة ترعى في الحمى [٥] .

١٨٥٠٣ - فدل على أنه فهم من الخبر ما ذكرناه من الإبقاء الذي يقصد به منفعة المالك .

* * *

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الحرير] . الحراء : الحرة العطش ومنه قولهم : رواه اللّٰه يا لحرة تحت القذة أي أعطشه وإن البرد الحر .

(٢) انظر : المنجد في اللغة ص ١٢٤ .

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٣٤/٤) .

(٤) في (ع) : [حضيرة] .

(٥) حمى الشيء حميًا ، وحماية منعه ودفع عنه ، والحمى موضع فيه كلأ يُحمى من الناس أن يرعى فيه انظر : اللسان (١٠١٤/٢) . أخرجه مالك في الموطأ (٨٦/٢) .

مسألة ٩٢٦

الانتفاع باللقطة بعد التعريف

١٨٥٠٤ - قال أصحابنا : [١] : إذا عُرِّف اللقطةُ حولًا جاز له أن ينتفع بها إن [٢] كان فقيرًا ، وإن كان غنيًّا فله أن يتصدق بها ، وله أن يمسكها ، وليس له أن ينتفع بها [٣] .

١٨٥٠٥ - وقال الشافعي : يجوز للفقير [٤] أن ينتفع بها بعد الحول ، ويكون فرضًا عليه [٥] .

١٨٥٠٦ - لنا : قوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه » [٦]

١٨٥٠٧ - وقال » ضالة المؤمن حرق النار » [٧] ، وقال : « لا يأوي الضالة إلا ضال » [٨] ، وهو عام إلا ما منع منه دليل .

١٨٥٠٨ - وروى عياض بن حماد أن النبي ﷺ قال : « من التقط لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل ، ولا يكتم [ولا يغيب] [٩] فان جاء صاحبها فهو أحق بها ، وإلا فهي مال اللّٰه يؤتيه من يشاء » [١٠] ، والمنع من كتمانها يدل علي المنع من استهلاكها ؛ لأن الاستهلاك أكثر من الكتمان ، وقوله : فإنه مال اللّٰه [١١] يدل على أنه [١٢] قصد

---

(١) سقط بجميع النسخ وأثبتناها . (٢) في (ن) : [إذا] .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، نتائج الأفكار (١٣١/٦) ، العناية على الهداية (١٣١/٦) البناية (٣٨/٦) ، البحر الرائق (١٧٠/٥) . وبه قال مالك مع الكراهة ، انظر : الكافي (٨٣٧/٢) ، منح الجليل (١٢٢/٤) ، المبدع (٢٨٩/٥) ، المقنع (٣٠١/٢) .

(٤) في (ع) : [للغير] .

(٥) وبه قال أحمد في المشهور من المذهب انظر : الشرح الصغير (٤٧٥/٥) - ، أسهل المدارك (٧٥/٣) ، المغني (٣٢٦/٦) ، شرح الزركشي (٣٢٧/٤) .

(٦) أخرجه الدارقطني في سننه (١٧٢/٤) وهو متروك والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٠/٦) .

(٧ ، ٨) سبق تخريجه . (٩) في (ع) : [ولا يعني] .

(١٠) أخرجه أبو داود في سننه بلفظه (١٣٦/٢) وابن ماجه بنحوه (٨٣٧/٢) ، وأحمد في المسند (١٦١/٤) ، وابن أبي شيبة (٤٥٥/٦) ، والهيثمي في كشف الأستار (١٣١/٢) .

(١١) ساقطة من (ص) .

(١٢) في (ع) : [من] .

القرابة [١] .

١٨٥٠٩ - وروى أبو إسحاق [٢] أن رجلًا التقط لقطة فأتى عليًا فذكر ذلك له فقال : عرفها فان جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فتصدق بها ، فان جاءها طالب فخيره فان أحب أن يكون أجرها له ، وإلا فادفعها إليه [ويكون أجرها لك] [٣] .

١٨٥١٠ - وروى ابن المبارك [٤] ، عن الثوري [٥] ، عن إبراهيم [٦] عن سويد [٧] عن عثمان [٨] قال في اللقطة : تعرفها سنة فان جاء صاحبها وإلا تصدق بها ، فأن جاء صاحبها بعد أن تصدق بها خيره [٩] بين الأجر والغرم [١٠] وروي أبو وائل [١١] عن عبد

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٠/٦) ، البناية (٢٩/٦) .

(٢) هو : عمرو بن عبد اللّٰه بن علي .. ابن السبيع روى عن زيد بن أرقم وعبد اللّٰه بن عمر ، والبراء بن عازب وغيرهم وروى عنه الأعمش ، وشعبه ، والثوري وغيرهم ، ووثّقه يحيى بن معين ، وفاته ١٢٧ هـ انظر : تذكرة الحفاظ (١١٤/١) الجرح والتعديل (٢٤٢/٦) ، التاريخ الكبير (٣٤٧/٦) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) . أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٨٨/٦) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤٥١/٦) ، وعبد الرزاق في المصنف (١٣٩/١٠) .

(٤) هو : عبد اللّٰه بن المبارك بن واضح ... المروزي ولد عام ١٢٨ هـ روى عن سليمان التيمي والأعمش ويحيى بن سعيد الأنصاري وغيرهم ، وروى عنه معمر والثوري وابن مهدي وغيرهم مات عام ١٨١ هـ انظر : السير (٣٧٨/٨) ، صفوة الصفوة (١٣٤/٤) ، تاريخ بغداد (١٥٢/١٠) .

(٥) هو : سفيان بن سعد بن مسروق ... العدناني ولد عام ٩٧ هـ روى عن إبراهيم بن عبد الأعلى ، وإبراهيم ابن عقبة ، وأسامة بن زيد وغيرهم ، وروى عنه أولاده وأبو عوانة وغيرهم مات بالبصرة عام ١٢٦هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (٢٠٣/١) ، السير (٢٢٩/٧) حلية الأولياء (٣٥٦/٦) ، تاريخ (١٥١/٩) .

(٦) هو : إبراهيم بن يزيد بن قيس ... النخعي روى عن مسروق ، وعلقمة ، وعبيدة السلماني وغيرهم ، وروى عنه الحكم بن عتبة ، وعمرو بن مرة ، وحماد بن أبي سلمة وغيرهم ، مات عام ٩٦ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٢٠/٤) ، التاريخ الكبير (٣٣٣/١) ، طبقات ابن سعد (٢٧٠/٦) .

(٧) هو : سويد بن غفلة الجعفي روي عن أبي بكر وعمر وعثمان ، وعلي وغيرهم ، وروى عنه سلمة بن كعب وإبراهيم النخعي والشعبي وغيرهم ، مات عام ٨١ هـ . انظر : طبقات الحفاظ للسيوطي ص ١٧ ، طبقات ابن سعد (٦٨/٦) ، حليه الأولياء (١٧٤/٤) ، السير (٦٩/٤) .

(٨) هو : عثمان بن عفان بن أبي العاص ... القرشي روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه ابن مسعود وزيد بن ثابت وأبو هريرة وغيرهم ، مات عام ٣٥ هـ . انظر : تاريخ الطبري (٥٨٩/٢) ، المنتظم (٤٩/٥) الكاشف (٢٢٢/٢) ، تهذيب التهذيب (١٣٩/٧) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٥٢/٦) ، عبد الرزاق في المصنف (١٣٩/١٠) .

(١١) هو : شقيق بن سلمة الكوفي روي عن أسامة بن زيد ، والبراء بن عازب وحذيفة بن اليمان وغيرهم ، وروى عنه الثوري ، والأعمش وغيرهم وثقه ابن سعد ، مات عام (٨٢ هـ) ، انظر : السير (١٦١/٤) ، =

اللَّه [١] أنه [٢] اشترى جارية بسبعمائة درهم فطلب صاحبها ، فلم يجده فعرفها حولًا وخرج إلى [المساكين] [٣] وجعل يعطيهم ويقول : عن صاحبها فإن أبي فلي وعليّ [أيضًا له ثم قال : هكذا نفعل بالضالة وروى باللقطة] [٤] .

١٨٥١١ - وروى ابن أبي ذئب [٥] عن المنذر بن المنذر قال : جاء رجل إلى ابن عباس بصرة مسك وقال : إني وجدت هذه فقال : عرفها فإن وجدت صاحبها وإلا فتصدق بها [٦] .

١٨٥١٢ - وروى نافع [٧] عن ابن عمر أنه قال للذي عرفها : فإن وجدت [٨] لقطة تعرفها فإن لم تجد صاحبها لا آمرك أن تأكل ، أو شئت لمن يأخذها [٩]

١٨٥١٣ - وعن أبي هريرة في اللقطة قال : يعرفها حولًا فان لم يجد صاحبها باعها وتصدق بثمنها ، فإن جاء صاحبها خير ، فإن شاء كان الأجر له ، وإن شاء أعطى الثمن [١٠] وهذا اتفاق منهم على أن جهتها صدقة ، وإن تصدق بها صدقة

= تهذيب الكمال (٥٤٨/٢) ، الكاشف (١٣/٢) .

(١) هو : عبد اللَّه بن مسعود بن غافل الهذلي روي عن النبي ﷺ ، وروى عنه جابر بن عبد اللَّه وابن عباس وأبو هريرة وغيرهم مات ٣٢ هـ ودفن بالبقيع انظر : تذكرة الحفاظ (١٣/١) ، حلية الأولياء (١٢٤/١) ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص ٥ .

(٢) ساقطة من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .

(٣) بياض في ص .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) . أخرجه بن أبي شيبة في المصنف (٤٤٩/٦) ، وعبد الرزاق في المصنف - (١٣٩/١٠) والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٣٩/٤) والبيهقي في السنن الكبرى (٨٨/٦) .

(٥) هو : محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة العامري روي عن نافع وابن الزبير المكي وعطاء بن أبي رياح وغيرهم ووى عنه ابن جريح ، وقيس بن الربيع والثوري وغيرهم مات عام ١٥٨هـ انظر : في السير (١٣٩/٧) الكاشف (٦١/٣) ، تهذيب التهذيب (٣٠٣/٩) .

(٦) سبق تخريجه .

(٧) نافع أبو عبد اللَّه القرشي ثم العدوي مولي ابن عمر روي عن ابن عمر ، وعائشة وأبي هريرة وأبي سعيد الخدري وغيرهم ، وروى عنه الزهري وأسامة بن زيد وعمر وأبو بكر وغيرهم قال البخاري أصح الأسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر مات عام ١١٧ هـ ، انظر : تذكرة الحفاظ (١٢٧/١) ، الكاشف (٢١٦/٢٥) .

(٨) في (م) ، (ن) : [وجد] .

(٩) رواه مالك في الموطأ باب في اللقطة وما يصنع بها (٧٥٨/٢) . وقد أجيب عن ذلك بقول الشافعي لعل ابن عمر أن لا يكون سمع الحديث عن النبي ﷺ في اللقطة ولو لم يسمعه أينفي أن يقول لا يأكلها كما قال ابن عمر . انظر : السنن الكبرى (١٨٨/٦) .

(١٠) أخرجه الدارقطني في السنن (١٨٢/٤) بلفظ مقارب .

موقوفة [١] على مال صاحبها ، وعند مخالفنا إن تصدق بها فهي صدقة عنه غير موقوفة ، ولم يقل أحد منهم أنه يمتلكها ولا ينفقها .

١٨٥١٤ - ولأنه مال أمر بإمساكه لطالب مستحقه ، فلا يجوز له الأكل منه من غير حاجة كمال بيت المال [٢] [ولأنه لا يجوز له أكل ضالة الإبل فلا يجوز له أكل اللقطة كما قبل الحول ولأنه مال لا يحل للغير أكله قبل الحول فلم يجز بعده فاستحق الزكاة .

١٨٥١٥ - ولأنه غنى فلا يجوز له الانتفاع باللقطة كما لو تصدق بها الملتقط على غنى] [٣]

١٨٥١٦ - احتجوا : [٤] بما روى زيد بن خالد الجهني عن النبي ﷺ أنه قال : « أعرف عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها وإلا [٥] فشأنك بها » [٦]

١٨٥١٧ - والجواب : أي شأنك حفظها والعمل فيها كما كنت تعمل قبل الحول ، لأنه شأن معروف وهذا هو الشأن المعروف الذي كان ثابتًا ، وقوله اصنع بها ما تصنع بمالك معناه من الحفظ والاجتهاد ألا ترى أن الانتفاع والإنفاق لا يصفه الملتقط عندهم ، وإنما يمتلكها ثم يصنع الانتفاع بمال نفسه والذي يصنع عندهم باللقطة استقراضها وتملكها ، وذلك لا يتصور أن يفعل في مال نفسه [٧]

١٨٥١٨ - يبين هذا ما روي في خبر أن النبي ﷺ قال : « عرفها حولا فإن لم تعرف فاستنفع بها ولتكن وديعة عندك ، فان جاء لها طالب يوما من الدهر فأدها إليه » [٨] .

١٨٥١٩ - وهذا يدل على أنه يحفظ العين ولا يتلفها حتى يؤديها إلى صاحبها [٩] .

١٨٥٢٠ - قالوا : روى عن أبي بن كعب أنه قال : وجدت صرة على عهد رسول

---

(١) في (ع) : [غير] .
(٢) انظر : فتح القدير (١٢٣/٦) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٠ ، المهذب (٤٢٩/١) المغني (٣٢٧/٦) .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) .
(٧) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٦) . وقد نوقش هذا بأن هذه الألفاظ الواردة عن الرسول ﷺ تدل على ملكية الملتقط بعد التعريف حولًا لأن الالتقاط والتعريف سبب للتمليك فإذا تم وجب أن يثبت به الملك حكمًا كالأحياء والاصطياد ، انظر : الحاوي الكبير (٨١/١٠) ، المغني (٣٢٧/٦) .
(٨) أخرجه البخاري (٨٥٥/٢) وما بعدها ، ومسلم في صحيحه (١٣٤٩/٣) .
(٩) انظر : فتح القدير (١٢٣/٦) ، مجمع الأنهر (٧٠٦/١) . وقد نوقش هذا بأنه ورد في رواية لمسلم فإن جاء صاحبها فعرف عددها ووكاءها فأعطاها إياه وإلا فهي لك . انظر : المجموع (٢٥٧/١٥) .

الله ﷺ فيها مائة درهم فأتيت بها النبي ﷺ فحدثته فقال : « عرفها حولًا » فقلت : أرأيت إن لم أجد صاحبها ، قال : « استنفقها » (١) .

١٨٥٢١ - قالوا : وروي أنه قال : « فأخلطها بمالك » (٢) وروي أنه قال : « فاحفظها بملكك » (٣) .

١٨٥٢٢ - وروي أنه قال : « فاستمتع » .

١٨٥٢٣ - قال الشافعي : كان أبي بن كعب من أغنياء الصحابة وأيسرهم (٤) .

١٨٥٢٤ - قلنا : الاستمتاع باللقطة والاستنفاق إنما يكون إذا تصدق بها فأما عندهم يستمتع بمال نفسه لا باللقطة فصار الخبر من هذا الوجه دليلنا (٥) .

١٨٥٢٥ - ولأن أخذها بعوض يلزمه الاستمتاع والصدقة يتعجل بها الثواب ولا يلزم في ذمته شيئًا إلا أن يحضر مالكها فيطالب بالضمان والاستمتاع [أخص] (٦) بالصدقة (٧) .

١٨٥٢٦ - ولأن النبي ﷺ إذا أمر بالانتفاع بها فقد أقرضه إياها ، وللنبي ﷺ ولاية على اللقطة (٨) .

١٨٥٢٧ - ويجوز أن يقرضها عندنا كما يقرض مال اليتيم احتياطًا (٩) ، والخلاف إذا أقرضها نفسه (١٠) ، وليس في الخبر دلالة على هذا ، ولأن أبيًا كان فقيرًا فأباح عليه السلام إنفاقها ، وكذلك نقول (١١) [والدليل على أن الأصل فقره : ما روى أبو يوسف عن عمير عن سلمة بن كهيل أن النبي ﷺ أمر أبيًا أن يعرفها ثلاثة أحوال ثم قال له : « كلها فإنك ذو حاجة إليها » وهذا يدل على قصده وعلى أن إباحة الإنفاق متعلق به سقط العلة .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٨٥٥/٢) ، ومسلم في صحيحه (١٣٤٨/٣) .
(٢) رواه النسائي في الكبرى (٤١٩/٣) ، وابن ماجه (٨٣٧/٢) .
(٣) رواه مسلم في صحيحه (١٣٥٠/٣) .
(٤) انظر : الأم للشافعي (٧٠/٤) النكت ورقه ١٨١ ، الحاوي للماوردي (٨١/١٠) .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، البناية (٤٢/٦) .
(٦) في (ن) : [لا حضر] وفي (ع) : [أحص] .
(٧) انظر : المبسوط (٧/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، البحر الرائق (١٦٥/٥) .
(٨) انظر : البحر الرائق (١٦٥/٥) . (٩) انظر : المبسوط (٧/١١) .
(١٠) ذهب الحنفية إلى أنه إن كان غنيًا ليس له أن يصرف اللقطة إلى نفسه ، وقال الشافعي : له ذلك على أن يكون دينًا عليه إذا جاء صاحبها لحديث أبي بن كعب رضي الله عنه . انظر : المبسوط (٧/١١) ، المجموع (٢٦٤/١٥) .
(١١) انظر : المبسوط (٦/١٢) ، البحر الرائق (١٧٠/٥) ، البناية (٣٩/٦) .

١٨٥٢٨ – فإن قيل : هذا مرسل لأن سلمة بن كهيل لم يلق أبيًّا] [١]

١٨٥٢٩ – قلنا : سلمة بن كهيل روى خبرهم عن سويد بن غفلة [٢] ، وإذا علم أنه عنده عن سويد فإذا علقه لم يكن مرسلًا ، وقد روى ثمامة [٣] عن أنس [٤] قال كان لأبي طلحة [٥] أرضًا فجعلها لله فأتى النبي ﷺ فقال : « اجعلها في فقراء قرابتك » ، فجعلها في حسان بن ثابت [٦] ، وأبي بن كعب [٧] .

١٨٥٣٠ – وقولهم : إن أبا داود [٨] ذكر هذا الخبر وقال فيه : « اجعلها في قرابتك » [٩] لا حجة فيه لأن الزائد أولى [١٠]

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) وهو : سويد بن غفلة بن عوسجة بن عامر بن وداع بن معاوية بن الحارث بن مالك بن سعد بن حريم بن جعص بن سعد لعشيرة بن مذبح روي عنه أنه قال : أنا لدة رسول الله ﷺ ولد عام الفيل ، روى عنه أنه قال : أنا أصغر من النبى بسنتين ، قدم المدينة حين نقضت الأيدى من دفن رسول الله شهد فتح اليرموك وخطبة عمر بالجابية وسكن الكوفة . روى عن بن أبي كعب وبلال بن رباح الحسن بن على وسعان بن ربيعة وغيرهم ، روى عنه : ابراهيم بن عبد الأعلى وإبراهيم بن يزيد وآخرون انظر : تهذيب الكمال (٢٦٥/١٢–٢٦٨) .

(٣) هو : ثمامة بين عبد الله بن مالك .. الأنصاري روي عن جده ، والبراء بن عازب وقتادة وغيرهم ، وروى عنه ابن عون ، ومعمر ، وأبو عوانة وغيرهم مات بعد العشرين ومائة انظر : السير (٢٠٤/٥) ، خلاصة تهذيب الكمال (١٥٤/١) ، التاريخ الكبير (١٧٧/٢) .

(٤) هو : أنس بن مالك بن النصر روي عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وروى عنه الحسن بن سيرين والشعبي ، وقتادة وغيرهم مات سنة ٩١ هـ ، انظر : الاستيعاب (١٠٨/١) ، أسد الغابة (١٥١/١) ، السير (٣٩٥/٣) .

(٥) هو : زيد بن سهل بن الأسود الخزرجى روى عن النبي ﷺ وروى عنه أنس بن مالك وزيد ين خالد الجهني وابن عباس وغيرهم مات سنة ٣٤ بالمدينة انظر : السير (١٣٥/٢) ، التاريخ الكبير (٣٨١/٣) ، الاستيعاب (٣٥٥/٢) ، أسد الغابة (١٨١/٦) .

(٦) هو : حسان بن ثابت بن المنذر بن النجار روى عن النبي ﷺ وروى عنه البراء بن عازب وابن المسيب وغيرهم شاعر رسول الله ﷺ وسيد الشعراء المؤمنين مات٥٤ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥١٢/٢) الإصابة (٢٣٧/٢) ، الجرح والتعديل (٢٣٣/٣) ، والاستيعاب (٣٤١/١) .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) هو : سليمان الأشعث ين إسحاق السجستاني ولد عام ٢٠٢ هـ سمع من مسلم بن إبراهيم ، وأبو داود الطاليس وأبو عمرو الضرير وغيرهم ، وروى عنه الترمذي والنسائي وغيرهم مات ٢٧٥ هـ . انظر : السير (٢٠٣/١٣) ، تاريخ بغداد (٥٥/٩) ، تذكره الحفاظ (٥٩١/٢) .

(٩) أخرجه أبو داود في سننه باب في صلة الرحم (٣١٨/٢) ، ورواه مسلم في صحيحه (٨٤/٧) .

(١٠) في (ع) : [ولي] .

١٨٥٣١ – وقول الشافعي : إنه كان من أغنياء المدينة أخبار عن حاله بعد رسول الله ﷺ والغنى [١] لا يستصحب إلى الزمان الماضي ، وإنما يستصحب إلى المستقبل [٢] .

١٨٥٣٢ – وقولهم : أن النبي ﷺ قال له : « اخلطها بمالك » لا يدل على الغنى ؛ لأن المال القليل إذا يخلط به الكثير ، وبالقليل لا يكون غنيًا .

١٨٥٣٣ – فإن قيل : عندكم [٣] أن الفقير يأخذها صدقة ، ويكره أن يتصدق علي فقير بعشرين دينارًا ، فكيف يأمره النبي ﷺ أن يأخذ مائة [٤] دينار [٥] ؟ .

١٨٥٣٤ – قلنا : أمره بإنفاقها صدقة ، وهو ينفقها النفقة المعتادة ، وروي فخذوا على ملك صاحبها ، فكل أجر أنفقه فقد حصل له [٦] صدقة فلا يكون صدقة ، وبصفات في حالة واحدة ، والذي روي عن عطاء أن عليًا : وجد دينارًا فأتى النبي ﷺ فقال : « فعرفه فعرفته إلى أن قال : فشأنك به » [٧] لا دلالة فيه أن النبي ﷺ أقرضه إياه ؛ لأن إذنه في إنفاقه قرض/ ويجوز ذلك للإمام على ما قدمناه . ٢/أ

١٨٥٣٥ – لأن عليًا تصرف فيه لحاجته بدلالة ما روي في الخبر أنه دخل على فاطمة [٨] والحسن [٩] والحسين [١٠] يبكيان من الجوع فأخرجه [١١] ليبتاع به خبزًا والتصرف للحاجة يجوز في مال الغير ، فجاز في اللقطة بشرط الضمان كما يجوز في الوديعة [١٢] .

١٨٥٣٦ – وقول الشافعي : إن عليًا لا يحل له الصدقة صحيح ، فلم يأخذه صدقة

---

(١) في (م) ، (ع) : [العناء] .
(٢) انظر : المبسوط (١٦/١١) ، البداية (٣٩/٦) .
(٣) ساقطة من (ع) .
(٤) في (ن) ، (ع) : [صلبة] .
(٥ ، ٦) ساقطة من (ع) .
(٧) سبق تخريجه .
(٨) هي : فاطمة بنت رسول الله ﷺ أبي القاسم محمد بن عبد الله القرشي روت عن أبيها ، وروى عنها ابنها الحسين ، وعائشة ، وأم سلمة ، وأنس بن مالك وغيرهم توفيت بعد النبي ﷺ بخمسة أشهر وعاشت خمسًا وعشرين سنة . انظر : طبقات ابن سعد (١٩/٨) ، حلية الأولياء (٣٩/٢) ، أسد الغابة (٢٢٠/٧) .
(٩) هو : الحسن بن علي بن أبي طالب روى عن النبي ﷺ وروى عنه عائشة والشعبي بن غفلة ومحمد بن سيرين وغيرهم ، مات عام ٥٠هـ ودفن بالبقيع انظر : صفة الصفوة (٧٥٨/١) العبر (٣٩/١) ، أسد الغابة (١٠/٢) .
(١٠) هو : الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه والداه علي وفاطمة وعكرمة والشعبي وغيرهم مات يوم عاشوراء سنة إحدى وستين . انظر : أسد الغابة (١٥/٢) ، الإصابة (٤١٥/١) .
(١١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(١٢) وقد نوقش هذا بأن الوديعة لا يجوز للفقير أكلها واللقطة يجوز للفقير أكلها والوديعة لا يجوز التصدق بها واللقطة يجوز التصدق بها انظر : النكت ورقة ١٨١ .

عندنا ، وإنما أخذه للحاجة علي وجه الضمان يبين [١] ذلك أنه لا يجوز أن ينتفع بما وجده من غير حاجة ، لأنه يجوز أن يكون صدقة ألا ترى أن ما روي عن أنس أن النبي ﷺ رأي ثمرة فقال : « لولا أن تكون من الصدقة لأكلتك » [٢] .

١٨٥٣٧ - فدل على أنه لا يجوز أن ينتفع كما لا بأس أن تكون صدقة ، وأنه ينتفع بها للضرورة بشرط الضمان كما ينتفع بملك الغير [٣] .

١٨٥٣٨ - قالوا : من جاز له أن يتصدق باللقطة ، جاز أن يأكلها كالفقير [٤]

١٨٥٣٩ - قلنا : الفقير يجوز أن يثبت له حق في مال المسلم بمضي الحول فجاز [٥] أن يثبت له بعد الحول الانتفاع ، والغني لا يثبت له حق من مال المسلم بمضي الحول فلا يجوز أن ينتفع بها .

١٨٥٤٠ - قالوا : لقطة عرفها ملتقطها حولًا ، ولم يجد صاحبها فجاز [٦] له أكلها كالفقير .

١٨٥٤١ - قلنا : الغني [٧] لا يجوز له أكل [٨] اللقطة عندكم ، وإنما يمتلكها فيأكل [٩] ملك نفسه ، والفقير عندنا يأكل اللقطة لأنه ينفقها على ملك مالكها ، فلم يصح الجمع ، والمعنى في الفقير أن الظاهر بعد الحول أنه لا يجد مالكه فحظه من الثواب أوسع من حظه من الضمان ، وفي انتفاع الفقير ثواب ، وليس في انتفاع الغني ثواب فكان اعتبار أنفع الحظين أولى .

١٨٥٤٢ - قالوا : من جاز له التمليك بالاستقراض ، جاز له التمليك باللقطة كالفقير [١٠] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [يكون] .
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه .
(٣) انظر : فتح القدير (١٢٢/٦) . وقد رد ابن قدامة هذا الاستدلال بأن الحديث وارد في جواز انتفاع الواجد بلا تعريف إذا كانت اللفظة شيئًا يسيرًا ، ولا نعلم خلافًا بين أهل العلم في إباحة أخذ اليسير والانتفاع به . انظر : المغني (٣٢٣/٦) ، الشرح الكبير (٣١٩/٦) .
(٤) انظر : الحاوي للماوردي (٨٢/١٠) ، النكت ورقة ١٨١ .
(٥) ساقطة من (ن) .
(٦) في (م) : [مجاز] .
(٧) انظر : النكت ورقة ١٨١ .
(٨) في (م) : [المعنى] .
(٩) في (م) ، (ن) : [أخذ] .
(١٠) انظر : الحاوي للماوردي ١٥ / ورقة ٨٢ ، النكت ورقة ١٨١ ، المهذب (٤٣٠/١) ، المجموع (٢٤٦/١٥) ، المغني (٣٢٧/٦) ، الشرح الكبير (٣٤٩/٦) .

١٨٥٤٣ - قلنا : لا نسلم الحكم في الأصل ، لأن الفقير عندنا لا يملكها [١] .

١٨٥٤٤ - قالوا : التملك حكم من أحكام اللقطة فاستوى فيه الغني والفقير أصله : حفظها والتصدق بها [٢] .

١٨٥٤٥ - قلنا : الغني والفقير لا يستويان في حكم التملك ، بدلالة تملك الزكاة [٣] ولأن الفقير عندنا لا يملك بتملك على ما بينا .

١٨٥٤٦ - قالوا : لا تخلو اللقطة بعد الحول أن تكون في حكم الصدقة ، لأن الضمان يثبت لمالكها ، لا يجب على الفقير إذا أكلها الضمان ، فلم يبق ألا أن يكون بمنزلة القرض ، والغني والفقير يستويان في قبض القرض والتمليك به [٤]

١٨٥٤٧ - قلنا : لا يمنع أن تكون صدقة ، ويجب علي قابضها الضمان كما قال الشافعي في الزكاة المعجلة إذا استغنى الفقير قبل الحول [٥] .

١٨٥٤٨ - وعلى قولنا من مات ولا يعرف له وارث فدفع ماله إلى فقير ثم ظهر له وارث .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٧/١١) ، البحر الرائق (١٧١٠/٥) ، فتح القدير (١٢٣/٦) ، البداية (٣٨/١١) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٨١ ، المهذب (٤٣٠/١) ، المجموع (٢٦٤/١٥) .

(٣) في (م) ، (ن) : [الزكاوات] .

(٤) انظر : الحاوي ١٥ / ورقة ٨٢ ، النكت ورقة ١٨١ .

(٥) انظر : المهذب (١٦٧/١) ، المجموع (١٥٤/٦) .

مسألة ٩٢٧

استحباب أخذ اللقطة للعدل

١٨٥٤٩ – قال أصحابنا : يستحب أخذ اللقطة للعدل ولا يجب (١) .

١٨٥٥٠ – وقال الشافعي في المزني (٢) : ولا يجب ترك اللقطة لمن وجدها إلا إذا كان أمينًا (٣) .

١٨٥٥١ – فمن أصحابه من قال : فيهما قولان (٤) ، ومنهم من قال : يجب أخذها إذا خاف ضياعها ويستحب إذا لم يخف (٥) .

١٨٥٥٢ – لنا : أن كل من لم يجب عليه أخذ ضالة الإبل لم يجب عليه أخذ اللقطة كالفاسق (٦) .

١٨٥٥٣ – ولأن كل مال لم يجب أخذه على الفاسق الجائر ، لم يجب على الأمين كالوديعة .

١٨٥٥٤ – ولأنه لو وجب حفظها ضمن حفظها كالوديعة (٧) ، ولأن كل فعل [لو تركه لم يضمن به الملتقط فإنه] (٨) لا يمنعها كالتعريف .

---

(١) في (م) ، (ن) : [يجوز] . انظر : تحفة الفقهاء (٦٠٩/٣) ، بدائع الصنائع (٢٠٠/٦) ، البحر الرائق (١٦٢/٥) البناية (١٨/٦) ، وبه قال أحمد : المغني (٣١٩/٦) ، المبدع (٢٧٧/٥) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [المولي] وفي (ن) : [المرعى] والصواب ما أثبتناه .

(٣) هكذا في جميع النسخ ونص الشافعي كما في النكت للشيرازي قال : « إذا وجد لقطة وهو أمين وجب عليه الأخذ في أحد القولين » . انظر : النكت ورقة ١٨١ .

(٤) أحدهما لا يجب ، والثاني يجب انظر : المهذب (٤٢٩/١) ، مغني المحتاج (٤٠٦/٢) ، حاشية الجمل (٦٠٣/٣) . وبوجوب أخذها على الأمين قال به مالك وهو اختيار أبو الخطاب من الحنابلة ، انظر : شرح الخرشي (١٢٣/٥) ، منح الجليل (١٢٠/٤) ، أسهل المدارك (٧٤/٣) ، المغني (٣١٩/٦) ، المبدع (٢٧٧/٥) .

(٥) وهو قول أبو العباس وأبو إسحاق وغيرهما انظر : المهذب (٤٢٩/١) ، الحاوي (٨٢/١٠) ، مختصر المزني (٢٣٥/٨) ، مغني المحتاج (٤٠٦/٢) .

(٦) أي أن ضالة الإبل لا يجوز التقاطها إلا إذا كان الملتقط أمينًا فكذلك اللقطة لابد أن يكون ملتقطها أمينًا أما أن كان فاسقًا لا يجوز . انظر : بدائع الصنائع (٢٠١/٦) .

(٧) أي أنه يجب علي الملتقط أن يحفظ اللقطة لصاحبها علي سبيل الأمانة فكانت يده يد أمانة كيد المودع في الوديعة . انظر : البدائع (٢٠١/٦) ، الاختيار (٢٥/٣) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

١٨٥٥٥ – قالوا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾ (١) فأثبت لهم الولاية ، والولي يجب عليه حفظ مال المولى (٢) .

١٨٥٥٦ – قلنا : المراد بهذه الآية النصرة وولاية الدين بدلالة أنه قال : ﴿ يَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ ٱلصَّلَوٰةَ وَيُؤْتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ (٣) فدل أن المراد بالآية موالاة الدين .

١٨٥٥٧ – قالوا : المقصود من اللقطة الحفظ فإذا لم يأخذها فقد ضيع حفظها (٤) .

١٨٥٥٨ – قلنا : يبطل إذا امتنع من أخذ الوديعة ، فقد ترك التزام حفظها والأخذ ليس بواجب عليه (٥)

* * *

---

(١) سورة التوبة : الآية ٧١ .
(٢) انظر : المجموع (٢٥١/١٥) .
(٣) سورة التوبة : الآية ٧١ .
(٤) انظر : مغني المحتاج (٤٠٦/٢) ، نهاية المحتاج (٤٢٧/٥) ، وزاد المحتاج (٤٤٣/٢) .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٠/٦) .

مسألة ٩٢٨

الإشهاد على أخذ اللقطة

١٨٥٥٩ - قال أبو حنيفة : يجب على الملتقط أن يشهد أنه أخذ اللقطة ليردها على مالكها ، فان لم يشهد حتى هلكت فهو ضامن [١] .

١٨٥٦٠ - وقال أبو يوسف ومحمد : الإشهاد ليس بواجب [٢] .

١٨٥٦١ - الشافعي قولان : أحدهما : أن الشهادة واجبة ، والآخر : أنها مستحبة [٣] .

١٨٥٦٢ - لنا : حديث يزيد بن الشخير [٤] عن مطرف بن الشخير [٥] عن عياض بن حماد المجاشعي [٦] عن النبي ﷺ قال : « من التقط لقطة فأشهد ذوي عدل ، ولا يكتم ولا يعين فإن جاء ربها فهو أحق بها وإلا فهو مال [٧] اللّه يؤتيه من يشاء » [٨] ، والأمر بالإشهاد يدل على الوجوب والنهي عن الكتمان يمنع ترك الإشهاد ؛ لأن ذلك كتمان لها [٩] .

١٨٥٦٣ - ويدل عليه قوله ﷺ : « ضالة المؤمن حرق النار » [١٠] وهذا يمنع من أخذ اللقطة إلا في الموضع الذي أجمعوا عليه [١١] .

١٨٥٦٤ - ولأنه معنى لو وجد في أخذ ضالة الإبل ضمن ، فإذا وجد في ضالة الغنم ضمن كما لو أخذها لنفسه [١٢] .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٠١/٦) ، المبسوط (١١/١١) ، البحر الرائق (٦٤/٥) ، فتح القدير (١١٨/٦) ، مجمع الأنهر (٧٠٤/١) .

(٢) وبه قال مالك وأحمد انظر : البحر الرائق (٦٤/٥) ، بدائع الصنائع (٢٠١/٦) جواهر الإكليل (٢٢٠/٢) ، شرح الزرقاني (١٢٠/٧) ، المغني (٣٣٥/٦) ، المقنع (٢٩٩/٢) .

(٣) والمذهب أنه لا يجب الإشهاد على الالتقاط كالوديعة سواء كان لتملك أم لحفظ وهذا ما يقتضيه كلام الرافعي ، انظر : النكت ورقة ١٨١ ، المهذب (٤٣٠/١) مغني المحتاج (٤٠٧/٢) .

(٤ ، ٥) سبقت ترجمته .

(٦) في (ع) : [المجامعي] .

(٧) في (م) : [قال] .

(٨) سبق تخريجه .

(٩) انظر : فتح القدير (١٢/٦) رد المحتار (٣١٩/٣) ، البداية (١٧/٦) .

(١٠) سبق تخريجه .

(١١) ساقطة من (م) ، (ن) .

(١٢) أي أن ضالة الإبل والغنم إذا لم يشهد ويعرف ضمن كما لو أخذها لنفسه لحفظها وردها على مالكها . =

١٨٥٦٥ - ولأن كل التقاط عري عن الإشهاد وجب الضمان ، أصله : التقاط ضالة الإبل ، ومن التقط لنفسه [١] ، ولأن العقد والقبض كل واحد منهما سبب للضمان فإذا جاز أن يشترط الإشهاد في عقد جاز أن يشترط في قبض ، وتحريره أنه أحد سببي الضمان ، فجاز أن يشترط فيه الإشهاد كالعقد [٢] .

١٨٥٦٦ - قالوا [٣] روي أن النبي ﷺ قال للسائل : اعرف عفاصها ووكاءها » ولم يأمره بالإشهاد .

١٨٥٦٧ - قلنا : الاستدلال إن كان بصفة الملتقط الذي سأل النبي ﷺ فقال : « أشهد فقد أشهده بقوله : إني وجدت لقطة » [٤] وإقراره عند الحاكم من عندنا كشهادة شاهدين .

١٨٥٦٨ - لأن الحاكم ثبت به الحق ، وإن كان الاستدلال ببيان [٥] النبي ﷺ مطلقًا ففي خبرنا [٦] زيادة ، والمصير إليها أولى [٧] .

١٨٥٦٩ - قالوا : من [٨] أخذ أمانة فلا يجب الإشهاد كالوديعة وأخذ الوصي [٩] مال اليتيم ، والوكيل مال الموكل [١٠] .

١٨٥٧٠ - قلنا : الأخذ هاهنا بإذن المالك ، وإذا لم يشهد فقد أسقط حقه ، ومالك اللقطة لم يأذن في الأحد ، فلم يسقط حقه من الثواب فوجب أن يستوفي .

= انظر : فتح القدير (١٢٥/٦) ، شرح معاني الآثار (١٣٣/٤) .

(١) أي أن التقاط الإبل إذا لم يشهد عليه ضمن فكذا كل التقاط عري عن الإشهاد ضمنت . انظر : البناية (٢٩/٦) .

(٢) أي أنه يشترط الإشهاد على اللقطة كما يشترط الإشهاد على العقد لأن كل من العقد والقبض سبب لوجوب الضمان إذا لم يشهد عليه فكذا في اللفظة عند أبي حنيفة ؛ لأن القبض ضمان وعندهما لا يجب الضمان . انظر : بدائع الصنائع (١٤٨/٥) . وقد رد هذا صاحب المجموع فقال : « لا يجب الإشهاد على اللقطة ؛ لأنه دخول في أمانة فلم يجب الإشهاد عليه كقبول الوديعة » . انظر : المجموع (٢٥٥/١٥) .

(٣) انظر : مغني المحتاج ٤٠٧/٢ .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) في (م) : [تبان] .

(٦) في (م) : [خبرها] .

(٧) انظر : المغني (٣٣٥/٦) ، الشرح الكبير (٣٣٥/٦) .

(٨) ساقطة من (ص) .

(٩) في (م) : [الصبي] .

(١٠) أي أن أخذ اللقطة تكون أمانة عند متعلقها كالوديعة عند المودع ومال اليتيم في يد الوصي ، والوكيل في مال الموكل . انظر : النكت ورقة ٢٨١ ، المهذب (٤٣٠/١) ، المجموع (٤٣٢/١٥) ، المغني (٣٣٥/٦) ، الشرح الكبير (٣٥٥/٦) .

١٨٥٧١ - ألا ترى أن من أقام البينة على حي بدين قضي له ، ولا يستخلف له على الاستيفاء إلا أن يدعي خصمه [١] ذلك لأنه يرى المطالبة بحقه مكن اليمين [٢] .

١٨٥٧٢ - ولو قامت البينة على ميت بدين لم يقض عليه حتى يستخلف صاحب الدين ؛ لأن الميت لم يسقط حقه من الاستخلاف .

١٨٥٧٣ - قالوا : مال يضمنه إذا أشهد عليه فلم يضمنه ، وإذا لم يشهد عليه ضمنه كالوديعة .

١٨٥٧٤ - قلنا : إذا أشهد فقد علم أنه أخذ لمالكه ، والأخذ مأذون فيه لا يضمن إذا أشهد ، وإلا فالظاهر أن الأخذ وقع لنفسه ، وأخذ ملك الغير بغير إذنه يتعلق به [٣] الضمان [٤] إلا أنه بفارق الأخذ ما يسقط به الضمان [٥] .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) أي أن هناك فرق بين ما استدل به الشافعية بقياس اللفظ علي الوديعة والوصي يتملكه مال اليتيم والوكيل في مال الموكل ؛ لأن كل حالة من هذه الحالات بإذن مالكها بخلاف اللقطة حيث لم يأذن له في الأخذ . انظر : البناية (٣٩٧/٧) .

(٣) ساقطة من النسخ .

(٤ ، ٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٠١/٦) .

مسألة ٩٢٩

التصرف في اللقطة بعد التعريف

١٨٥٧٥ - قال أصحابنا : لا يملك الملتقط اللقطة ، فإن كان فقيرًا جاز له الانتفاع بها ، وإن كان غنيًّا كان له أن يتصدق بها ، وله أن يملكها لصاحبها ، وليس له أن يتملكها [١] .

١٨٥٧٦ - وقال الشافعي : إذا عرفها حولًا فان جاء صاحبها وإلا فهي له بعد سنة .

١٨٥٧٧ - ومن أصحابه من قال : تدخل في ملكه بغير اختياره .

١٨٥٧٨ - ومنهم من قال : لا تدخل إلا باختياره .

١٨٥٧٩ - واختلفوا فمنهم من قال : يملك بعد [٢] أن يقول : اخترت الملك والتصرف بعده ، ومنهم من يملك بمجرد النية ، ومنهم من قال [٣] : يفتقر إلى قوله : اخترت الملك [٤]

١٨٥٨٠ - لنا : حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا تحل اللقطة فمن التقط لقطة فليعرفها سنة » [٥] ومعلوم أنه لم يرد لا يحل أخذها بقي أن يكون المراد لا يحل تملكها

١٨٥٨١ - ولأن كل حالة لا تملك فيها ضالة الإبل لا تملك اللقطة كما قبل الحول ،

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٤٧٠ ، المبسوط (٧/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، البحر الرائق (١٧٠/٥) ، البناية (٣٨/٦) ، الاختيار (٣٣/٣) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) قال في روضة الطالبين أصحها لا تملك إلا بلفظ كقوله : تملكت ونحوه . انظر : روضة الطالبين (٤١٢/٥) ، الحاوي للماوردي ج ١٠/ ورقة ٨٧ ، النكت ورقة ١٨١ ، المهذب (٤٣٠/١) ، مغني المحتاج (٤١٥/٢) . وبه قال مالك في رواية منح الجليل (١٢٢/٤) شرح الزرقاني على الخليل (١١٣٢/٧) ، وبه قال أحمد المغني في (٣٣٧/٦) ، المبدع (٢٨٦/٥) ، كشاف القناع (٢٢٤/٤) .

(٥) رواه الدارقطني في سننه بنحوه (٤٨٢/٤) ، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (١٦٨/٤) ورواه البيهقي في السنن الكبرى (١٩٧/٥) ، وعبد الرازق في المصنف (١٣٨/٩) . انظر : المحلى (١٢٢/٧) .

ولأنها أمانة في يده لمن لا يلي عليه ، فلا يجوز أن يملكها كالوديعة [١] ، ولأن مالا يجوز له تملكه قبل الحول ، لا يجوز تملكه بعد الحول كالكلب ، ولأنها لقطة فلا يكون مضي الحول سببًا في تملكها أصله : إذا لم يعرفها [٢] .

١٨٥٨٢ – قالوا : روي أنه ﷺ قال : « فإن [٣] جاء صاحبها وإلا فشأنك بها » [٤] .

١٨٥٨٣ – قلنا : المراد به وإلا فشأنك بها في تعريفها أو حفظها ، ألا ترى أنه لا يقال في التملك شأنك به وإنما يقال هذا في أمر يقال هذا أمر قد تعرف به والشان المعروف هو التعريف والإمساك .

١٨٥٨٤ – قالوا : روي أنه قال : « فإن جاء صاحبها وإلا فهي لك » [٥] .

١٨٥٨٥ – قلنا : روي أنه قال : « هي وديعة عندك » فيحمل قوله : « وهي لك » على معنى يملك التصرف فيها بالحفظ و الصدقة كما روي عن أبي رواحة [٦] قال لأهل خيبر : « إن شئتم فلكم ، وأن شئتم علي » [٧] .

١٨٥٨٦ – قالوا : مال أبيح الانتفاع به بغير أمر مالكه [فجاز له تملكه] [٨] كالزكاة من مال أهل الحرب يجوز تملكه بغير رضى مالكه ، وإن كان الملك معينًا فيجوز إذا كان غير معين [٩] .

١٨٥٨٧ – وفي مسألتنا لا يجوز أن يتملك اللقطة إذا تعين صاحبها إلا بإذنه ، أو بإذن من يلي عليه فكذلك إذا لم يتعين/ فنقول : فاستوى في تملكها ما قبل الحول وبعده كالركاز [١٠] . /٢٠٩

---

(١) قال في البدائع : أما حالة الأمانة فهي أن يأخذها لصاحبها ؛ لأن أخذها علي سبيل الأمانة فكانت يده يد أمانة كيد المودع . انظر : بدائع الصنائع (٢٠/٦) .

(٢) أي أنه كما لا يجوز له اللقطة قبل التعريف لا يجوز أن يتملكها بعدد التعريف ، بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، مجمع الأنهر (٧٠٥/١) .

(٣) ساقطة من (ن)

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، المجموع شرح المهذب (٢٥٧/١٥) ، فتح الباري (٣٦٨/٥) ، الحاوى للماوردي (٨٧/١٠) ، المهذب (٤٣٠/١) ، المجموع (٢٦٢/١٥) ، المنتقى للباجي (١٣٦/٦) .

(٥) رواه الدارقطني في سننه (٤٢٦/٣) . انظر : قولهم في المجموع (٢٤٧/١٥) .

(٦) هو : عبد الله بن رواحه بن ثعلبة ... الأنصاري ، روى عن النبي ﷺ وبلال بن رباح ، وعنه أنس بن مالك والنعمان بن بشير وأبو مسلمة وعكرمة وغيرهم ، مات في غزوة مؤته . انظر : سير الذهبي (٢٣٠/١) ، أسد الغابة (٢٣٤/٣) ، تهذيب التهذيب (٢١٢/٥) .

(٧) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٤٦/٣) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨١ .

(١٠) انظر : المبسوط (٧/١١) .

مسألة ٩٣٠

مدة تعريف اللقطة

١٨٥٨٨ - قال أصحابنا : إذا التقط ما دون العشر عرفه ثلاثة [١] أيام و ذكر الحسن [٢] في المجرد عن أبي حنيفة : إن كانت مائتي درهم عرفها حولًا ، فإن كانت عشرة أو أكثر عرفها شهرًا ، وإن كانت دون ذلك عرفها ثلاثة أيام ، وروي أنه إذا كان أقل من عشرة عرفها بقدرها [٣] .

١٨٥٨٩ - وقال الشافعي : وقليل اللقطة و كثيرها سواء فمن أصحابه من حمل هذا على ظاهره وقال : القليل والكثير في التعريف سواء

١٨٥٩٠ - ومنهم من قال : إن كان يسيرًا كالدانق [٤] والكسرة فلا يعرفه ويعرف ما زاد عليه ، ومنهم من قال : وزن القلة [٥] دينار [٦] .

---

(١) في (ع) : [ما ثلاثة] .

(٢) هو : الحسن بن زياد أبو علي اللؤلؤي مولى الأنصار . ولد : بالكوفة . وهو : أحد أصحاب أبي حنيفة ، كان فقيهًا ، قاضيًا ، وكان عالمًا بمذهب الرأي ولي قضاء الكوفة سنة ١٩٤هـ وله مؤلفات أهمها ، الخراج ، والفرائض ، والوصايا ، الأمالي ، وغيرها ، عن أبي حنيفة . حدث عنه : محمد بن سماعة القاضي ، ومحمد بن شجاع الثلجي ، وشعيب بن أيوب وفاته سنة أربع ومائتين . انظر : تاريخ بغداد (٣٢٤/٧) ، الأعلام للزركلي (١٩١/٢) ، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية (٥٦/٢) مطبعة عيسي البابي الحلبي ، سير أعلام النبلاء (٥٤٣/٩) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، فتح القدير بشرح الهداية (١٢١/٦) ، البناية شرح الهداية (٢١/٦) الهداية (١٧٥/٢) ، الاختيار لتعليل المختار (٣٢/٣) ، و به قال مالك في مواهب الجليل على مختصر خليل (٧٢/٦) شرح الخرشي علي مختصر خليل (١٢٤/٥) الشرح الصغير (٤٧٣/٥) . قال الدسوقي في حاشيته : « والراجح أنها وإن كانت فوق التافه دون الكثير الذي له بال فتعرف أيامًا عند الأكثر بمظان طلبها لا سنة ، انظر : حاشية الدسوقي (١٢/٤) .

(٤) الدانق : الأحمق » السارق » والجمع دوانق ودوانيق : سدس الدراهم (فارسية) انظر : المنجد في اللغة والإعلام ص ٢٢٦ .

(٥) القلة : الجب العظيم ، وقيل : الجرة العظيمة ، وقيل : الجرة عامة ، وقيل : الكوز الصغير، والجمع قلل وقلال ، وقيل : هو إناء للعرب كالجرة الكبيرة ، والقلة يؤتى من ناحية اليمين تسع فيها خمس جرار أو ستًا . انظر : لسان اللسان (٤١٣/٢) .

(٦) قال الشيرازي : « وإن كان مما يطلب ألا أنه قليل ففيه ثلاثة أوجه : أحدها : يعرف القليل والكثير منه =

١٨٥٩١ - لنا : ما روى إسرائيل بن يونس [(١)] عن عمر [(٢)] بن عبد الله [(٣)] عن جدته حكيمة [(٤)] عن أبيها [(٥)] قال : أن النبي ﷺ قال : « من التقط لقطة تساوي درهما أو شبه ذلك فليعرفها ثلاثة أيام ، فإن كان فوق ذلك فليعرفه ستة أيام » [(٦)] .

١٨٥٩٢ - وروى عن جابر قال : رخص رسول الله ﷺ في العصا و السوط والحبل يستعمله ملتقطه و ينتفع به [(٧)] ، ولأنه ناقص عن نصاب السرقة فلم يجب تعريفه [(٨)] حولًا . أصله : إذا لم يجز التملك [(٩)] .

= وهو ظاهر النص لعموم الأخبار الثاني : لا يعرف الدينار الثالث يعرف ما يقطع فيه السارق ولا يعرف ما دونه لأنه تافه . انظر : المهذب للشيرازي (١٣٠/١) ، المجموع شرح المهذب (٥٦/١٥) ، نهاية المحتاج (٥/ ٤٤٠) وبه قال أحمد : المقنع في فقه الإمام أحمد (٢٩٧/٢) ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/ ٣٢١ ، ٣٢٣) ، شرح منتهى الإرادات (٤٧٥/٢) .

(١) هو : إسرائيل يونس بن أبي إسحاق عمرو بن عبد الله أبو يوسف الهمداني السبيعي الكوفي ولد : سنة مائة قال عنه ابن معين : ثقة ، وقد أثنى على إسرائيل الجمهور ، واحتج به الشيخان ، وكان حفاظًا صاحب كتاب ومعرفة روى عن : جده ، وعنه زياد بن علاقة وآدم بن سليمان أبي يحيى ، وسعيد بن مسروق ، توفي سنة ستين ومائة بالكوفة انظر : طبقات الحفاظ ص ٩٠ ، تذكرة الحفاظ (٢١٤/١) ، ميزان الاعتدال (٢٠٨/١) ، التاريخ الكبير (٥٦/٢) تاريخ بغداد (٢٠/٧)

(٢) في (م) ، (ن) : [عمرو] .

(٣) هو : عمر بن عبد الله بن يعلى بن مرة الثقفي الكوفي . قال أحمد ، وابن معين ، وأبو حاتم ، والنسائي منكر الحديث ، وقال الدارقطني عنه متروك روى عن : أنس بن مالك ، وسعيد بن جبير ، وأبيه عبد الله بن يعلى وعن جدته حكيمة وغيرهم ، روى عنه : إسرائيل بن يونس ، وسفيان الثوري و عباد بن العوام وغيرهم انظر : الكاشف (٢٧٤/٢) ، تهذيب التهذيب (٤٧٠/٧) ، تهذيب الكمال (٤١٧/٢١) ، تقريب التهذيب ص ٤١٤ .

(٤) هي : حكيمة بنت غيلان الثقفية امرأة يعلى بن مرة ، روت عن زوجها قال ابن الأثير : لا أدري أسمعت من النبي أم لا ، قاله أبو عمرو . انظر : أسد الغابة (٦٧/٧) .

(٥) هو : غيلان الثقفي روى عن النبي ﷺ عنه ابنته حكيمة ويعلي بن مرة وغيرهم . انظر : الإصابة (١٨٨/٣) .

(٦) رواه البيهقي في السنن الكبرى (١٩٥/٦) .

(٧) رواه داود في سننه (٣٣٩/٢) ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى (١٩٥/٦) ، من طريق أبي الزبير المكي باب ما جاء في قليل اللقطة ، شرح السنة للبغوي (٣١٢/٨) باب اللقطة ، مصنف ابن أبي شيبة (٤٥٩/٦) ، بنحوه من طريق أبي هريرة ، نيل الأوطار للشوكاني (٢٣٦/٣) .

(٨) في (م) : [يعرفه] .

(٩) أي أن ما دون العشرة ناقص عن نصاب السرقة التي تقطع فيها اليد و بالتالي فإنه لا يتطلب معرفتها حولًا كاملًا . انظر : البناية شرح الهداية (٢٢/٦) .

١٨٥٩٣ - ولأن كل لقطة لو لم يرد تملكها [١] لم يجب تعريفها حولًا فإنه لا يجب تعريفها حولًا فإن [٢] أراد تملكها كالتمرة والكسرة [٣] .

١٨٥٩٤ - ولأنه معنى يتعلق بمال اعتبر فيه الحول فلا يتعلق بالحول بانفراده كالزكاة [٤] .

١٨٥٩٥ - فإن قالوا : القليل و الكثير فيه سواء ، فهو فاسد [٥] لأنه روي أن النبي ﷺ وجد تمرة فقال : « لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها » [٦] و لم يشترط فيها مضي الحول [٧] .

١٨٥٩٦ - قلنا : قد بينا بخبرنا إذا كانت درهمًا أو حبلًا لم يجب ذلك فيها ، وأن الحكم يختلف باختلاف المقادير فوجب أن يرجع إليه [٨] .

١٨٥٩٧ - قالوا : ما قيمته دون العشرة يطلب ويتبع في العادة ولا يتملكه إلا بتعريف سنة أصله : مما قيمته دينار [٩] .

١٨٥٩٨ - قلنا : لا يجوز التملك عندنا عرف سنة أو أقل منها وقد اتفقنا أن السنة لا تعتبر إذا لم يعتبر التمليك .

١٨٥٩٩ - ولأن هذا القدر يتبع و يطلب إلا أنه لا يطلب كما يطلب الكثير ، فكان التعريف فيه لقدر الطلب [١٠] .

---

(١) في (م) ، (ن) : [يملكها] .

(٢) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، ورد المختار على الدر المختار (٣٢٠/٣) .

(٤) أي وجوب الزكاة على المال لا يتعلق بالدرهم فقط بل يكون فيه وفي سائر الأموال .

(٥) عند الشافعية : الباطل والفاسد لفظان مترادفان بمعنى واحد ، وعند الحنفية الفاسد : ما شرع بأصله دون وصفه . انظر : الإبهاج شرح المنهاج (٦٩/١) ومراد المصنف أنهم لو قالوا القليل والكثير فيه سواء فهو فاسد لأن اللقطة تختلف باختلاف قيمتها .

(٦) سبق تخريجه .

(٧) انظر : المهذب للشيرازي (٤٣٠/١) ، المجموع شرح المهذب (٢٦٢/١٥) ، مغني المحتاج (٤١٤/٢) المغني لابن قدامة (٣٢٣/٦) .

(٨) المبسوط (٥/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، فتح القدير بشرح الهداية (١٢١/٦) .

(٩) أي أن ما دون العشرة لابد أن تعرف حولًا كاملًا كالدينار لابد من تعريفه حولًا كاملًا ولا يتملكه إلا بمرور الحول . انظر : الأم للشافعي ، المجموع شرح المهذب (٢٥٢/١٥) .

(١٠) أي أن الملتقط ينبغي له أن يعرف اللقطة والتقدير بالحول ليس بعام لازم في كل شيء وإنما يعرفها مدة يتوهم أن صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته حتى قالوا في عشرة دراهم فصاعدًا : يعرفها حولًا لأن هذا المال خطير يتعلق القطع بسرقته ويتملك به ماله خطر والتعريف العذر والحول الكامل لذلك حسن ، هذا قياس المصنف . انظر : المبسوط (٣/١١) .

مسألة ٩٣١

حكم التقاط العبد اللقطة

١٨٦٠٠ - [قال أصحابنا] : [١] : يجوز للعبد أن يلتقط و يمسك اللقطة حتى يحضر صاحبها [٢] .

١٨٦٠١ - وللشافعي : قولان ، أحدهما : العبد كالحر في اللقطة ، والثاني : لا يجوز له الالتقاط التقط ضمها سيده إلى يده فإن تلف في يد العبد قيل : إن علم سيده فضمانها في رقبته [٣] .

١٨٦٠٢ - لنا : حديث عياض [٤] أن النبي ﷺ قال : « من التقط لقطة وروى عن وجهه فليشهد ذوى عدل فلا يكتم [ولا يعين] » [٥] .

١٨٦٠٣ - ولأن كل من جاز له قبول الهبة جاز له الالتقاط كالحر [٦] ، ولأنه نوع أمانة فيما يوجب ضمانه فيستوي فيه الحر والعبد كالودائع ولأنه مكلف فكان له الالتقاط أصله : المكاتب والعبد إذا أعتق المولى بعضه [٧] .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وأثبتناها تماشيًا مع السياق الذي اتبعه المصنف .
(٢) انظر : البحر الرائق (١٦٢/٥) ، تبيين الحقائق (٣٠٦/٣) ، البناية شرح الهداية (٤٢/٦) رد المحتار علي الدر المختار (٣١٩/٣) . وبه قال مالك في مواهب الجليل (٧٧/٦) ، أسهل المدارك (٧٤/٣) ، حاشية الدسوقي (١٢١/٤) ، الشرح الصغير (٤٧٧/٥) ، وبه قال أحمد في المقنع (٣٠٢/٢) ، المبدع شرح المقنع ، المغني لابن قدامة (٣٦٠/٦) ، الشرح الكبير (٣٧١/٦) .
(٣) قال الشيرازي في النكت : « لا يجوز للعبد والفاسق الالتقاط في أظهر القولين » انظر : الحاوي للماوردي ج ١٠ ورقة ٩٠ ، مختصر المزني (٢٣٥/٨) ، المجموع شرح المهذب (٢٨٧/١٥) مغني المحتاج (٤٠٨/٢) ، بناية المحتاج (٤٣٠/٥) ، شرح الجمل على المنهاج (٦٠٤/٣) ، وبه قال أحمد في رواية أخرى . انظر : المقنع (٣٠١/٢) ، المبدع (٢٩٠/٥) ، المغني (٣٦٠/٦) ، الشرح الكبير (٣٧١/٦) .
(٤) سبق ترجمته .
(٥) ما بين المعكوفتين في (ع) [ولا يعني] . انظر : المغني (٣٦٠/٦) ، المقنع (٣٠٢/٢) .
(٦) أي أن الحرية انظر : المغني (٣٦٠/٦) ، المقنع (٣٠٢/٢) . ليست بشرط في الهبة فكذلك التقاط العبد ، وهذا قياس المصنف انظر : بدائع الصنائع (١٢٦/٦) .
(٧) أنه يصح التقاط العبد كما يصح التقاط المكاتب وكذا من عتق بعضه لأن كلًّا منهم مكلف . انظر : المغني (٣٦١/٦) ، الشرح الكبير (٤٧٢/٦) . أي أن الوديعة أمانة فيستوي في ضمانها الحر والعبد فكذلك اللقطة يستوي الحر والعبد في التقاطها لكون كل منهما مكلفًا وهذا قياس المصنف ، مجمع الأنهر (٣٤٤/٢) ، المقنع =

١٨٦٠٤ - قالوا : اللقطة أمانة للسنة بدلالة و ملك العوض في الذمة بعد السنة وليس العبد من أهل الولاية ؛ ألا ترى أنه لا ولاية له على ولده ولا يجوز للحاكم أن يوليه شيئًا من الولايات ، وليس من [أهل التملك] (١) ولا ذمة له صحيحة لأنه لا يصح مطالبته كما في الذمة مع بقاء الرق حتى يعتق فإن كان كذلك لم يجز له أخذ اللقطة فكان أخذه لها غصبًا وعدوانًا (٢) .

١٨٦٠٥ - قلنا : أما قولكم إنه ليس من أهل الولايات فيبطل بالصبي لأنه لو التقط صح ويمسكها وليه ، و ليس للصبي الولاية ، ولأن اللقطة مأذون من جهة الشرع في إمساكها أمانة وصار الإذن بالشرع كإذن مالكها في حفظها وديعة استوى الحر والعبد في جواز الإمساك كذلك الحفظ المأذون فيه بالشرع (٣) فأما التملك فعندنا لا يتملكها الحر والعبد مثله (٤) .

١٨٦٠٦ - وأما قولهم : إن صاحبها لا يمكنه المطالبة حتى يعتق فهذا السؤال يلزمنا إذا تصدق العبد بها .

١٨٦٠٧ - لأن التملك لا يثبت عندنا فليس بصحيح ؛ لأن مالكها بعد الحول في الثواب .

١٨٦٠٨ - لأن الظاهر أنه لا يحضر فحكم الضمان كالبالغ (٥) و الواجب اعتبار جهة الثواب التي يستوي الحر والعبد فيها ، ولأن العبد إذا وجد لقطة ثم تصدق بها فإن صاحبها إذا (٦) حضر في الحال استوفاه من رقبته ؛ لأنه دين ثابت بعقد العبد و ليس بمحجور عليه في أفعاله (٧) .

= (٣٠٢/٢) المبدع شرح المقنع (٢٩١/٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي ج (١٠/ ٩) ، النكت للشيرازي ١٨١ ، المهذب للشيرازي (٤٣٢/١) ، المجموع شرح المهذب (٣٧٨/١٥) ، مغني المحتاج (٤٠٨/٢) ، المقنع (٣٠٢/٢) .

(٣) أي أن إذن الشرع كإذن المالك في حفظ الوديعة فكذلك اللقطة ويستوي في ذلك الحر و العبد ، انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٠/٦) ، الشرح الكبير (٣٧١/٦) . ويلاحظ أنه من أول قوله [المأذون] إلى أخر المسألة ساقط من النسخة (ع) ويلاحظ أن النسخة (ع) انتهى إلى هنا .

(٤) انظر : المغني لابن قدامة (٣٦١/٦) ، الشرح الكبير (٣٧١/٦) .

(٥) في (ن) : [البايع] . انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٥) .

(٦) ساقطة من (ن) . (٧) انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٥) .

١٨٦٠٩ - وقد قال الشافعي : إن الصبي يجوز أن يلتقط [1] وإن كان قوله غير مقبول في الحال أنها لقطة ، ولا يقبل قول وليه فيها والعبد يقبل قول مولاه فيها فالأولى أن يجوز التقاطه .

* * *

(١) انظر : المهذب للشيرازي (١٣٣/٢) - المجموع شرح المهذب (٢٨٠/١٥) .

مسألة ٩٣٢

حكم التقاط الفاسق للقطة

١٨٦١٠ - قال أصحابنا : إذا التقط الفاسق لقطة لم يعترض عليه (١) .

١٨٦١١ - وقال الشافعي : إن كان غير مأمون في دينه ففيها قولان :

١٨٦١٢ - أحدهما : أن القاضي يأمر بضمها إلى مأمون وبأمر المأمون والملقط بالتعريف .

١٨٦١٣ - الثاني : أنه لا ينزعها من يده ولكن يضم إليه أمينا يشرف عليه (٢)

١٨٦١٤ - لنا : قوله ﷺ : « من التقط لقطة فليشهد ذوي عدل ولا يكتم ولا يعين » .

١٨٦١٥ - ولأن من يخلي بينه وبين الوديعة خلى بينه وبين مال الملتقط كالعدل (٣)

١٨٦١٦ - ولأن كل أمانة يخلى بينها وبين الأمين وقد لا يخلى إذا كان لا يقوم بمصالح الموصى لهم ، ولأنه مكلف التقط لقطة يخلي بينه وبينها كالأمين (٤) .

---

(١) انظر : البحر الرائق (١٦٢/٥) ، فتح القدير بشرح الهداية (٨١٨/٦) ، تبين الحقائق (٣٠١/٣) تحفة الفقهاء (٦٠٩/٢) . وبه قال أحمد في رواية و هو ما عليه المذهب عندهم . قال في المقنع » ولا فرق بين كون الملتقط غنيًا أو فقيرًا مسلمًا أو كافرًا وعدلًا أو فاسقًا » . انظر : المقنع (٣٠١/٢) ، المبدع شرح المقنع (٢٠٩/٥) ، الإفصاح (٢٩٥/٢) ، الفروع (٥٧٠/٤) .

(٢) انظر : مختصر المزني (٢٣٥/٨) ، قال الشيرازي في المذهب : « وإن وجد الفاسق لقطة لم يأخذها لأنه لا يؤمن أن يؤدي الأمانة فيها فان التقطها ففيه قولان : أحدهما : لا تقر في يده وهو الصحيح لأن الملتقط قبل الحول كالولي في حق الصغير والفاسق ليس من أهل الولاية في المال . الثاني : تقر في يده لأنه كسب بفعل فأقر في يده الصيد هذا يضم إليه من يشرف عليه انظر : المهذب للشيرازي (٣٤٣/١) ، وقال في المنهاج : « والمذهب : أنه يصح التقاط الفاسق انظر : نهاية المحتاج بشرح المنهاج (٤٢٨/٥) ، المجموع بشرح المهذب (٢٨١/١٥) ، روضة الطالبين (٣٩٣/٥) ، حواشي تحفة المحتاج (٣٢٠/٦) ، شرح على المنهاج (٦٠٣/٣) . وبه قال مالك : « وإذا كان يعلم من نفسه الخيانة يحرم سواء خشي أن يأخذها خائن أو لم يخش وإلا كره » انظر : أسهل المدارك (٧٤/٣) ، مواهب الجليل (٧١٤/٦) ، الشرح الصغير (٤٧٢/٥) ، وبه قال أحمد في المرجوح عندهم : قال في المقنع وقيل يضم إلى الفاسق أمين في تعريفها وحفظها » . انظر : المبدع شرح المقنع (٢٩٠/٥) ، المقنع فقه الإمام أحمد (٣٠١/٢) .

(٣) انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٢/٦) ، الشرح الكبير (٣٦٢/٦) ، المبدع شرح المقنع (٢٩٠/٥) .

(٤) أي أنه كما يشترط في الأمين كونه مكلفًا لحفظ الوديعة فكذا الملتقط لابد أن يكون مكلفًا أيضًا . وهذا =

١٨٦١٧ - احتجوا : بأنها في السنة أمانة فولاية كالوصية [١] وكما أن الوصي إذا فسق أخذ القاضي المال من يده كذلك الملتقط [٢] .

١٨٦١٨ - قلنا : الوصي لم يجعل له التعرف بشرط الضمان فإذا لم يرض المالك بيده منع من الإمساك الذي لم يؤمر أن يؤدي إلى الضمان ، و أما الملتقط فقد أذن له في التصرف المؤدي إلى الضمان فإذا اثبت له ذلك بالشرع لم يمنع من الإمساك الذي يجوز أن يؤدي إليه [٣] .

* * *

= قياس المصنف . انظر : تبيين الحقائق (٧٦/٥) .

(١) انظر : المجموع شرح المهذب (٤٠١/١٥) .

(٢) انظر : المجموع شرح المهذب (٥١١/١٥) ، نهاية المحتاج (٣٠١/٦) ، مغني المحتاج (٧٥/٣) ، زاد المحتاج (١١٠/٣) .

(٣) انظر : فتح القدير بشرح الهداية (١٢٤/٦) وكذا العناية على الهداية (٢٣/٦) تبيين الحقائق (٣٠٤/٦، ٣٠٥) .

مسألة ٩٣٣

حكم أخذ اللقطة بمكة

١٨٦١٩ - قال أصحابنا : يجوز أخذ اللقطة بمكة إذا عرفها حولًا جاز أن يتصدق بها وكان له أن ينتفع بها إن كان فقيرًا [(١)] .

١٨٦٢٠ - قالوا : وليس للشافعي : فيها تصرفا ، والمذهب أنه لا يحل أخذها للتعريف أبدًا إذا لم يحضر صاحبها ولا يصح أخذها للتملك .

١٨٦٢١ - ومن أصحابه من قال : الحرم وغيره سواء [(٢)]

١٨٦٢٢ - لنا : قوله ﷺ : « من التقط لقطة فليعرف عفاصها ووكاءها وليعرفها حولًا » [(٣)] وهو عام ، ولأنها لقطة أبيح أخذها فجاز له الانتفاع بها بعد الحول في الحل [(٤)] .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٦/١١) ، فتح القدير (١٢٨/٦) ، البحر الرائق (١٦٣/٥) ، تبيين الحقائق (٣٠١/٣ ، ٣٠٢) ، رد المختار (٣٢٠/٣) ، الهداية (١٧٧/٢) والمسألة في اللباب شرح الكتاب (٢١٠/٢) وبه قال الإمام مالك في المشهور عندهم انظر : حاشية الدسوقي (١٢١/٤) ، شرح الخرشي على مختصر خليل قال الخرشي : « إن اللقطة إذا عرفها ولم يأت ربها فهو مخير بين أمور ثلاثة : إما أن يحسبها إلى أن يأت ربها ، وإن شاء تصدق عن ربها ، وإن شاء تملكها ويدخل فيه ما إذا تصدق بها وإذا جاء ربها ضمنها له في التصدق بها وفي التملك ولا فرق على المشهور بين لقطة مكة وغيرها من الأقطار في هذه الأوجه الثلاثة » انظر : شرح الخرشي (١٢٥/٥) ، الشرح الصغير (٤٧٥/٥) ، وأسهل المدارك (٧٦/٣) ، وبه قال أحمد في ظاهر المذهب في المغني لابن قدامة (٣٣٢/٦) ، الشرح الكبير (٣٥٣/٦) ، شرح منتهى الإرادات (٤٧٧/٢) .

(٢) قال الشيرازي في النكت : « لا تحل لقطة الحرم في أحد الوجهين » انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨١ ، المهذب للشيرازي (٤٢٩/١) ، المجموع شرح المهذب (٢٥٣/١٥) ، مغني المحتاج (٤١٧/٢) ، روضة الطالبين (٤١٢/٥) شرح الجمل على المنهاج (٦١٢/٣) ، حاشية البحر (٢٣١/٣) . وبه قال مالك في المرجوح عندهم انظر : حاشية الدسوقي (١٢١/٤) ، شرح الخرشي (١٢٥/٥) ، أسهل المدارك (٧٦/٣) الشرح الصغير (٤٧٥/٥) وبه قال أحمد في رواية أخرى ، روي عن الإمام أحمد أنه لا يجوز التقاط لقطة الحرم للتملك وإنما يجوز حفظها لصاحبها فإن التقطها عرفها أبدًا حتى يأتي صاحبها » انظر : المغني لابن قدامة (٣٣٢/٦) الشرح الكبير (٣٥٣/٦) شرح منتهى الإرادات (٤٧٧/٢) ، كشاف القناع (٢١٨/٤) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢/٦) ، فتح القدير (١٢٨/٦) ، رد المحتار (٣٢٠/٣) ، قال في البناية : « ولأنها - أي لقطة الحرم - » لقطة كسائر اللقطات فأبيح أخذها ، وجاز الانتفاع بها وهذا قياس المصنف انظر : البناية شرح الهداية (٣٤/٦) .

١٨٦٢٣ - ولأن كل حكم لا يتعلق بلقطة غير الحرم لا يتعلق بلقطته ، أصله : تحريم الأخذ (١) ، ولأنه أحد الحرمين فجاز الانتفاع بلقطته بعد التحريم كالمدينة (٢) ، ولأنه مال لا يضمن بالجراحة عليه ولأنه يملك يجوز الانتفاع في غير (٣) الحرم فجاز الانتفاع به في الحرم كالمكنوز .

١٨٦٢٤ - احتجوا : بقوله ﷺ « ولا تحل لقطتها إلا لمنشد » (٤) .

١٨٦٢٥ - وهذا لا دلالة فيه لأن عندنا لا يجوز أخذ لقطة الحرم إلا من يعرفها ، وأما إذا أخذها لا يعرفها لا يجوز له الأخذ ، وفائدة تخصيص الحرم أن الغالب أن اللقطة تكون فيه للغريب فيظن أن صاحبها لا يوجد في الغالب فيبين ﷺ أنه و إن كان كذلك فلابد من التعريف (٥) .

١٨٦٢٦ - قال الطحاوي : قد روينا عن عائشة أنها سئلت عن ضالة الحرم فإنها عُرِّفت فلم يوجد من يعرفها فقلت : استنفعي بها (٦) .

١٨٦٢٧ - قالوا : أصله : بدل مجتمع و من يحضره للحج يعود فالظاهر أن صاحب اللقطة يحضر فيعرفها فلم يجز ملكها (٧) .

١٨٦٢٨ - قلنا : فعلى هذا إذا تكرر التعريف و مضى الزمان فقد زال هذا الظاهر فيجب أن يجوز الانتفاع بها (٨) .

* * *

(١) في (م) : [أخذ] .

(٢) أي أنه أحد الحرمين وبما أن لقطة المدينة يتملكها ملتقطها بعد التعريف حولًا فكذلك حرم مكة يتملكها ملتقطها بعد التعريف حولًا ، وهذا قياس المصنف انظر : المغني لابن قدامة (٦/٣٣٣) ، فتح الباري (٥/٣٧٤) .

(٣) ساقطة من صلب ص واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) (م) ، (ن) ، (ع) : [لمفسد] . رواه البخاري في صحيحه (٢/٥٨٧) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٦/٢٠٣) ، فتح القدير بشرح الهداية (٢/١٧٧) ، العناية على الهداية (٦/١٢٨) ، حاشية الدسوقي (٤/١٢١) .

(٦) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/١٤٠) .

(٧) انظر : حواشي تحفة المحتاج (٦/٣٤٠) قال في الحواشي : « لا تحل لقطة الحرم المكي للتملك ولا يقصد » .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٦/٢٠٢) ، فتح القدير بشرح الهداية (٦/١٢٩) ، البناية على الهداية (٦/٣٤) .

مسألة ٩٣٤

ضمان اللقطة

١٨٦٢٩ - قال أبو حنيفة : إذا أخذ اللقطة وأشهد ثم ردها إلى المكان الذي أخذها منه لم يضمنها [١] .

١٨٦٣٠ - وقال الشافعي : يضمنها .

١٨٦٣١ - لنا : إن تركها في المكان الذي وجدها فيه قبل وجوب الضمان فوجب أن لا يلزمه ضمانها من غير إتلاف كما لو تمكن من أخذها [٢] ، ولأنه رد اللقطة إلى الموضع الذي أخذها منه فوجب أن لا يضمن كما لو أخذها من موضع يده ثابتة عليه مثل داره والحمامي إذا وجد في الحمام [٣] .

١٨٦٣٢ - ولا يلزم إذا لم يشهد وإذا طرحها [في النار] [٤] ثم أخذها منها لأنه

---

(١) انظر : المبسوط (٣٣/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠١/٦) ، البحر الرائق (١٦٢/٥) ، قال ابن الهمام في فتح القدير في ظاهر الرواية من أنه إذا أخذها ثم ردها إلى مكانها لا يضمن من غير قيد ردها في مكانها أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهرًا لأنه بالرد ظهرا أنه لم يأخذها لنفسه وبه يتقي الضمان وقيده بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها ثم أعادها ضمن ، وبعضهم ضمنه ذهب بها أولًا ، انظر : فتح القدير بشرح الهداية (١١٨/٦) ، تحفة الفقهاء (٦١٠/٣) . وبه قال مالك في أحد القولين ، قال الدسوقي في حاشيته : « إن أخذها لغير الحفظ وردها بقرب فلا ضمان عليه » وفي المنتقى للباجي أن هذا الوجه ذهب إليه أشهب . انظر : حاشية الدسوقي (١٢١/٤) ، المنتقى (١٣٥/٦) ، أسهل المدارك (٧٤/٣) منح الجليل (١٢٥/٤) مواهب الجليل (٧٥/٦ ، ٧٦) .

(٢) انظر : الأم (٨٦/٦) ، النكت ورقة ١٨١ ، قال الشيرازي في المهذب : « لأن المال إنما يضمن باليد أو بالإتلاف انظر : المهذب للشيرازي (٤٢٩/١) ، المجموع شرح المهذب (٢٦٦/١٥) ، وبه قال مالك في الوجه الآخر وبه قال ابن القاسم ، انظر : المنتقى للباجي (١٣٥/٣) ، منح الجليل (١٢٥/٤) ، مواهب الجليل (٥/٦ ، ٧٦) وبه قال أحمد : المقنع في فقه الإمام أحمد (٢٩٦/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٤١/٦) ، الفروع (٣٥٦/٣) ، مطالب أولي النهي (٤٢٤/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٤٧٤/٢) ، كشاف القناع (٣١٢/٤) ، بدائع الصنائع (٢٠١/٦) ، تبيين الحقائق (٣٠٣/٣) ، فتح القدير (١٢٠/٦) .

(٣) أي أن الملتقط تركها في المكان الذي أخذها منه فصار كما لو تمكن من أخذها ثم ردها فإنه لا يضمن أيضًا وهذا قياس المصنف . انظر : تبيين الحقائق (٣٠٢/٣) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

يستوي فيه الأصل [(١)] والفرع [(٢)] [ولأنه له المنفعة .

١٨٦٣٣ - قالوا : ضمنها بالرد .

١٨٦٣٤ - قالوا : بعد الحول عليها ثم ردها إلى مكانها] [(٣)]

١٨٦٣٥ - لأن ذلك المكان أجرى مجرى المالك فدلالة إباحة الأخذ منه قبل ذلك حدوث يد أخرى فإذا ردها إليه لم يلزمه الضمان بالرد كما لوردها إلى يد وكيله [(٤)] .

١٨٦٣٦ - ولا يلزم إذا قال : خذ الكيس من موضع كذا فأخذه ثم رده لأن ذلك المكان الذي أخذ منه بإذن المالك فصار الأخذ من المالك/ في الحقيقة فإذا ردها إلى مكانها فلم ترد على المأخوذ منه . ٢١٠/أ

١٨٦٣٧ - ولا يلزم إذا خَلَّص مال غيره من الغرق ثم رده إليه لأنه لم يبح له الأخذ وإنما أبيح له التخليص [فإذا رده فلم يفعل التخليص] [(٥)] ، ولا يلزم إذا قال له المالك خذ هذا الشيء من يد الغاصب فأخذه ثم رده إلى الغاصب لأنه لما أخذ بإذن المالك ويد الغاصب يد متعدية فلا يقوم مقام يد المالك وإنما هي لنفسه [(٦)] .

١٨٦٣٨ - احتجوا : بأنه إنما جاز له أخذها من مكانها لأنها ضائعة فيه وإذا أخذها

---

(١) ذهب أكثر العلماء إلى أنه محل الحكم المشبه به مثل إذا قيس النبيذ على الخمر فالخمر هي الأصل و قيل : الأصل حكم المحل المشبه به فحرمة الخمر هي الأصل .

(٢) الفرع : هو المحل المشبه به وهو النبيذ في هذا المثال ، وقيل الفرع حكم المحل المشبه انظر : بيان مختصر بن الحاجب (٣/١٤ ، ١٥) ، ط شركة مكة للطباعة والنشر ، ولعل مراد المصنف بذلك أنه إذا وجد حمامًا في برجه أو داره ينبغي أن يأخذها ويطلب صاحبها لأنه بمنزلة اللقطة والضالة قياسًا على اللقطة التي توجد في الطريق ، انظر : الفتاوى الهندية (٣/٣٩٤) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) أي أنه إن رد اللقطة إلى مكانها لا يلزمه الضمان لأن ردها إلى هذا المكان يقوم مقام يد المالك كالوكيل يقوم مقام الموكل في جميع الحقوق ، وهذا قياس المصنف . انظر : بدائع الصنائع (٦/٣٣) ، مجمع الأنهر (٢/٢٢٤) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) قال السرخسي في المبسوط : إن المودع إذا رد الثوب على الغاصب أو كان غصب منه فرده عليه هل يبقي للمالك عليه سبيل ؟ الجواب أنه لا سبيل للمالك عليه إلا في رواية عن أبي يوسف أنه يقول : صار ضامنًا للمالك بقبضة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك ، ويد الغاصب لا تقوم مقام يد المالك فلا يبرأ بالرد عليه ، ولكنا نقول وجوب الضمان عليه باعتبار يده ، وقد انفسخ ذلك حين أعاده إلى يد من وصلت إليه من جهته فانعدم به حكم يده وكان هذا في حقه بمنزلة رد الغاصب على مالكه . انظر : المبسوط (١١/٩٨ ، ٩٩) .

لزمه حفظها فإذا ردها فقد ضيعها ، وصار كمن في يده وديعة وتركها في الطريق [١] ،

١٨٦٣٩ – قلنا : ليس في الأخذ التزام الملتقط فإذا ترك لم يجب عليه الضمان كما لو لم يأخذها ولكنه جلس عندها انتظارًا لصاحبها ثم انصرف عنها وليس كذلك الوديعة لأنه التزم لصاحبها حفظها ولو لم يلتزم لكان المالك يستدرك حقه من مودع آخر فلم يجز أن يرجع عما التزمه .

١٨٦٤٠ – قالوا : لو أخذها لنفسه ثم ردها ألزمه ضمانها [٢] ، وكذلك نقول إذا أخذها لصاحبها كما لو أخذ المال من يد الغاصب ثم رده بغير إذن المالك ثم ردها إلى الغاصب سقط الضمان عنه ، وإن أخذها من يده بأمر مالكها ثم رجع على الوجه الذي أخذها زال الضمان ، وهو أن يأذن المالك في الرد .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش . انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨١ ، مطالب أولي النهي (٢٢٤/٤) ، المبدع شرح المقنع (٢٧٨/٥) كشاف القناع (٢١٣/٤) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨١ .

مسألة ٩٣٥

جعل من رد الآبق من مسيرة سفر

١٨٦٤١ - قال أصحابنا : من رد آبقا [١] على مولاه من مسيرة سفر فله أربعون درهمًا وإن رده من أقل ذلك فبحسابه [٢] .

١٨٦٤٢ - وقال الشافعي : إن شرط المولى جعلًا فقال : من جاء بعبدي فله كذا استحق الذي رده ما شرط وإن لم يشترط جعلًا لم يستحق شيئًا [٣] .

١٨٦٤٣ - لنا : ما روي ابن أبي مليكة [٤] عن النبي ﷺ قال : « من رد آبقا من

---

(١) الإباق : الهرب لا عن تعب ورهب ، وصرفه من حد دخل وهرب جميعًا وألغت الآبق وجمعه الاباق انظر : طلبة الطلبة ص ١٩٥ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٤١ ، المبسوط (١٧/١١ ، ٢١) ، بدائع الصنائع (٢٠٥/٦) ، فتح القدير (١٣٤/٦) ، العناية على الهداية (١٣٥/٦) ، رد المحتار على الدر المختار (٣١٦/٣) ، تبيين الحقائق (٣٠٨/٣) ، البحر الرائق (١٧٢/٥) ، الهداية (١٧٨/٢) . قال في الهداية : « ومن رد آبقًا على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا فله عليه جعله أربعون درهما ، وإن رده لأقل من ذلك من ذلك متجانسة وهذا استحسان والقياس ألا يكون له شيء إلا بالشرط » وإلى هذا ذهب المالكية انظر : منح الجليل على مختصر خليل (٣/٤) ، الكافي (٧٥٨/٢ ، ٧٥٩) ، البيان والتحصيل (٤١٧/٨) ، أسهل المدارك (٣٤١/٢) وبه قال أحمد انظر : المغني لابن قدامة (٣٥٥/٦) ، المقنع (٢٩٤/٢) ، مطالب أولي النهي (٢١٠/٤) الأنصاف (٣٨٩/٦) المربع (٤٥٥/٤) .

(٣) جعلا بالضم ما جعل للإنسان من الشيء على الشيء بفعله وكذلك الجعالة انظر : طلبة الطلبة ص ١٢٥، المغرب (١٤٨/١) ، التعريفات ص ٥٢ ، أنيس الفقهاء ص ١٦٩ انظر : كتاب الأم (٥٧/٤) ، الحاوي للماوردي (١٠١/١٠) ، مغني المحتاج (٤٢٩/٢) ، المهذب للشيرازي (٤١١/١) ، المجموع شرح المهذب (١١٦/٥ ، ١١٨) ، حواشي تحفة المحتاج (٣٦٩/٦ ، ٣٧٠) ، قليوبي وعميرة (١٣١/٣) ، نهاية المحتاج (٤٦٧/٥) ، فيض الوهاب بشرح نهاج الطالبين (٢٦٧/١) ، روضة الطالبين (١٦٨/٥) وهو رواية أحمد في المغني لابن قدامة (٣٥٥/٦) ، مطالب أولي النهى (٤/، ١١٠ ٤٥٥/٤) .

(٤) هو : أبو بكر أبو محمد عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة زهير بن عبد الله بن جدعان القرشي التميمي المكي كان عالمًا مفتيًا صاحب حديث وإتقان وكان حجة فصيحًا وكان قاضيًا بمكة روي عن : جده ، وعائشة ، وأم سلمة ، وعبد الله بن عمرو بن العاص وغيرهم وروى عنه عمرو بن دينار ، وأيوب ، وابن جريج ، ونافع بن عمر وغيرهم . توفي سنة سبع عشرة ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٨٨/٥) ، التاريخ الكبير (١٣٧/٥) ، التاريخ الصغير (٢٨٣/١) ، تذكرة الحفاظ (١٠١/١) ، طبقات الحفاظ ص ٤١ ، شذرات الذهب (١٥٣/١) ، طبقات بن سعد (٤٧٣/٥) .

خارج الحرم فله دينار » [١] .

١٨٦٤٤ - وروى عن عمر بن دينار عن النبي ﷺ أنه جعل لمن رد آبقًا من مسيرة ثلاثة أيام ولياليها أربعين درهمًا [٢] .

١٨٦٤٥ - وبما روى عاصم عن ابن عمرو الشيباني عن ابن مسعود أنه أتي بإباق من الناس بالعين [٣] فقال : يا أيها الناس إنا قد أوتينا [٤] بإباق ممن كانت له في الإباق شيء فليأخذه [٥] وأمر أن يعطى الذي جاء بالإباق أربعون درهمًا [٦] .

١٨٦٤٦ - وروى شريك بن عبد اللّٰه عن عبد اللّٰه بن رباح وعن ابن عمرو الشيباني [٧] عن عبد اللّٰه بن مسعود قال : في الآبق إذا أخذ في المصر عشرة دراهم وإذا أخذ خارج المصر أربعون درهمًا [٨] .

١٨٦٤٧ - وقد روي وجوب الجعل عن علي بن أبي طالب وعمار بن ياسر [٩]

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٥٤١/٦ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ،) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٠٠/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه عن عمر (٥٤٢/٦) .

(٢) عاصم بن عدي بن العجلان بن حارثة بن ضبيعة العجلاني القضاعي أخو معن بن عدي أبو عبد اللّٰه ويقال : أبو عمرو حليف الأنصاري وروى عن النبي ﷺ ، وروى عنه : سهل بن سعد ، وعامر الشعبي ، وابنه أبو البداح بن عاصم بن عدي وفاته : مات في ولاية معاوية سنة أربعين .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [مائتين] . (٤) ساقطة من (ن)

(٥) في (م) : [فلنأخذه] .

(٦) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٠٠/٦) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٢٠٨/٨) ، جامع المسانيد (٧٥/٢) ، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (٤٧٤/٤-٤٧١) .

(٧) هو : أبو عمرو الشيباني اسمه بن إياس الكوفى من بنى شيبان ابن تعلبة بن عكابه ، أدرك الجاهلية وكاد أن يكون صحابيًا . روى عن : علي وابن مسعود وحذيفة وغيرهم ، وروى عنه منصور والأعمش وسليمان التميمي والوليد بن العيزار وغيرهم . عاش مائة عام وعشرون عامًا . قال يحيى بن معين : كوفي ، ثقة . مات في خلافة الوليد بن عبد الملك . انظر : سير أعلام النبلاء (١٨٤/٥) .

(٨) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٠٠٠/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥٤١/٦) ، وعبد الرزاق في مصنفه ٢٠٨/٨ . وسنده أعلاه السنن ٣٦/١٣ .

(٩) هو : عمار بن ياسر بن عامر بن مالك بن كنانة بمن قيس بن الوذيم و قيل : ابن قيس والوذيم حصين بن الوذيم بن تعلبة بن عوف بن حارثة بن عامر الأكبر بن يام بن عنس . كان روميًا غلامًا للحارث بن كلدة . كان من أوائل الذين أظهروا الإسلام وعذبوا عذابًا شديدًا ، وأمه أول شهيدة في الإسلام و رسول اللّٰه ﷺ يقول : « صبرا آل ياسر فإن موعدكم الجنة » ، وهو أول من بنى مسجدًا يصلى فيه . روى عن رسول اللّٰه ﷺ وروى عنه علي ، وابن عباس ، وأبو موسى الأشعري ، وأبو إمامة الباهلي وغيرهم . مات مقتولًا سنة =

والصحابي إذا قال ما لا يستدرك من طريق القياس [١] حمل على التوقيف [٢]

١٨٦٤٨ - ولأنهم اتفقوا على وجوب الجعل واختلفوا في قدره فمن قال لا يجب فقد خالف الإجماع [٣] .

١٨٦٤٩ - قالوا : قال أحمد بن حنبل لم يصح في جعل الآبق عن النبي ﷺ ولا عن أحد من الصحابة شيء [٤] .

١٨٦٥٠ - قلنا : الذي حكي عنه أنه قال : ليس عندي عنهم فيه شيء يجوز أن يكون قال ذلك لإرسال الخبر [٥] .

١٨٦٥١ - أما قول الصحابة فقد ذكر الطحاوي بإسناد صحيح عن ابن مسعود .

١٨٦٥٢ - فإن قيل : الخبر مخالف الأصول [٦] .

١٨٦٥٣ - قلنا ليس كذلك لأن تقويم المنافع من غير عقد مختلف فيه ووجوب البدل عن المنافع مع بدلها واجب في النكاح .

١٨٦٥٤ - فان قيل : يجوز أن يكون النبي ﷺ قال ذلك في عبد آبق تشترط لمن جاء به على طريق الجعالة [٧] .

= سبع وثلاثين ودفن بصفين . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٠٦/١) التاريخ الكبير (٢٥/٧) حلية الأولياء (١٣٩/١) شذرات الذهب (٤٥/١) .

(١) القياس : رد الفرع إلى أصله لعلة جامعة بينهما وقيل حمل الفرع على الأصل بعلة الأصل ، وقيل : موازنة الشيء بالشيء ، وقيل اعتبار الشيء بغيره . انظر : العدة في أصول الفقه (١٧٤/١) .

(٢) قال الزيلعي : إن الصحابة ﷺ اتفقوا على وجوب الجعل إلا أن منهم من جعله أربعين ومنهم من أوجب دونه فأوجب الأربعين في مسيرة السفر وما دونها . انظر : البحر الرائق (١٧٢/٥) ، البناية على الهداية (٤٥/٦) ، فتح القدير (١٣٤/٦) ، تبيين الحقائق (٣٠٨/٣) ، الحجة (٧٣٧/٢) أي أن الجعل لم يثبت قياسًا وإنما ثابت شرعًا بالنصوص والآثار الواردة فيكون توقفًا .

(٣) انظر : تبيين الحقائق (٣٠٨/٣) ، البناية على الهداية (٤٥/٦) ، المبسوط (١٧/١١) ، المغني لابن قدامة (٣٥٥/٦) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش الحاوي الكبير (١٠٢/١٠) .

(٥) الحديث المرسل : هو ما رفعه التابعي إلى الرسول ﷺ من قول أو فعل أو تقرير صغيرًا كان التابعي أو كبيرًا . انظر : مصطلح الحديث ص ٩٢ والمراد أن الامام أحمد قال : ليس عندي في الجعل شيئًا لأن الخبر الوارد عن عمرو بن دينار مرسلًا فتوقف ولم يقل بالجعل أو قدره .

(٦) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .

(٧) انظر : مغني المحتاج (٤٣١/٢) ، زاد المحتاج (٤٧١/٢ ، ٤٧٢) ، حواشي تحفة المحتاج (٣٦٣/٦) .

١٨٦٥٥ - قلنا : ذكر آبقًا مجهولًا ولأنه ﷺ لا يشترط الجعالة في ملك غيره [١] .

١٨٦٥٦ - ولأن المضمونات على ضربين أعيان ومنافع [٢] ، وإذا جاز أن يضمن أحدهما مع بدل المالك من غير عقد ولا شبهة عقد وهو المقبوض على وجه السوم [٣] جاز أن يضمن الأجرة [٤] .

١٨٦٥٧ - ولأنه رد آبقا إلى يد المولى من مسيرة سفر صحيح فوجب أن يستحق الجعل كما قال المولي : من رد عبدي فله أربعون [٥] ، ولأن يد المولى زالت عنه وحدثت يد لا يتعلق بها الضمان فجاز أن يستحق العوض برده إلى المولى كما غلب عليه لو غلب الكفار فوجده مولاه بعد القسمة [٦] .

١٨٦٥٨ - احتجوا : بقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [٧] .

١٨٦٥٩ - قلنا : يجب الحق في ذمته ولا يجوز أخذ عين ماله إلا برضاه أو بحكم وإذا حكم الحاكم حل الأخذ بالإجماع [٨] .

١٨٦٦٠ - قالوا : رد ما لم يشترط له على رده جعلًا فوجب أن لا يستحق بذلك شيئًا لرد الضوال [٩] .

١٨٦٦١ - قلنا : الضوال لا يتحدد عليه أيد بضلالها فهي في يد مالكها حكما

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٥/٦) ، المغني لابن قدامة (٣٤٥/٦) .

(٢) انظر : تحفة الفقهاء (٥١٤/٢) .

(٣) السوم : طلب المبيع بالثمن الذي تقرر به البيع انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٦٢ .

(٤) انظر : الهداية (٢٨/٣) ، البناية على الهداية (٢٦٧/٦) ، الاختيار (١٤/٢) .

(٥) أي أن من رد آبقًا على مولاه يأخذ أربعون درهمًا عند رده عليه فكذلك إذا رد الآبق على مولاه من مسيرة سفر . انظر : فتح القدير (١٣٤/٦) ، رد المحتار على الدر المختار (٣٢٦/٣) .

(٦) أي أن يد المولى زالت عن العبد حكمًا فيستحق من رده عوضًا عن ذلك فكذا الآبق إلى دار الحرب لا يملكه المشركون بالأخذ ولو كان بعد القسمة وإنما يكون ملكًا لمولاه بالاستيلاء عليه انظر : المبسوط (٢٩/١١) .

(٧) رواه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٠/٦) ، ورواه أحمد في مسنده (٧٢/٥) ، وأبو يعلى في مسنده (١٤٠/٣) وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (١٧٢/٤) . الحاوي الكبير للماوردي (١٠٠/١٠) ، المهذب للشيرازى (٤١٠/١ ، ٤١١) ، المجموع شرح المهذب (١١٠/١٥) ، زاد المحتاج بشرح المنهاج (٣٨٦/٢) .

(٨) انظر : فتح القدير (١٣٦/٦) ، العناية على الهداية (١٣٦/٦) ، البناية شرح الهداية (١٤٨/٦) .

(٩) أي أنه إذا عمل لغيره عملًا دون أن يأذن له في ذلك لا يستحق عوضًا كما لو خاط ثوبًا دون إذن صاحبه لا يستحق عوضًا . انظر : الاختيار لتعليل المختار (٣٥/٣٠) ، النكت للشيرازى ورقة ١٨١ ، المهذب للشيرازي (٤١١/١) ، روضة الطالبين (٢٦٨/٥) ، مغني المحتاج (٤٢٩/٢) نهاية المحتاج (٤٦٧/٥ ، ٤٦٨) .

والعبد يثبت (١) يد ملك نفسه وتغيب عن المولي فتلف الملك فيه ، ولأن الضوال يثبت عليه أيد لا تتعلق بضمان [جاز إن استحق بعودها إلى يده عوض إذا غنمها أهل الحرب فكذلك العبد إذا حصل بالإباق في نفسه والضمان لا يتعلق بها] (٢)

١٨٦٦٢ - قالوا : عمل لغيره عملًا لم يشترط له ولا من ينوب عنه عوضًا فوجب أن لا يستحق العوض كما لو خاط ثوبًا (٣) .

١٨٦٦٣ - قلنا : الخياطة تقع لمالك الثوب تارة وللخياط أخرى ، ألا ترى أنه يخيط على طريق الغصب ونخيط للمالك فلا يستحق إلا بالتراضي والرد على المالك لا يقع إلا لمنفعة المالك فجاز أن يستحق عليه العوض من غير شرط ولا يلزمه رد الضوال (٤) ولأن التعلى وقع لجواز وجوب البدل في العمل الواقع لمالك من غير تعيين فلا ينتقض بغير مثله من النوع .

١٨٦٦٤ - قالوا : ما لا يجب في رد الجمل الشارد لا يجب في رد العبد الآبق فلم يجز إيجابه والأربعين مقدار اختلف في وجوبه فصار (٥) كالمال المشروط على طريق الجعالة ولما اختلف في وجوبه جاز أن يتعلق الاستحقاق بشيء منه (٦) .

١٨٦٦٥ - قالوا : العبد يرجى عوده إلى مالكه لأنه يراقب اللَّه تعالى ويخافه ويندم وهذا المعنى غير موجود في البهيمة [وإذا لم يجب العوض في البهيمة] (٧) فهذا أولى (٨) .

١٨٦٦٦ - قلنا : العبد يتغيب ويتستر ويلحق بدار الحرب والبهيمة لا يوجد فيها هذا فالملك في العبد متلف [وفي البهيمة غير متلف] (٩) ولذلك لم يجب في البهيمة

---

(١) في (ن) : [تثبيت] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : المهذب للشيرازي (٤١٠/١ ، ٤١١) ، المجموع (١١٠/١٥) ، زاد المحتاج لشرح المنهاج (٣٨٦/٢) .

(٤) انظر : الاختيار (٢١٣/٣) .

(٥) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) انظر : المهذب للشيرازي (٤١٣/١) ، المجموع للنووي (١١٨/١٥) ، روضة الطالبين (٨/٥ ، ٢٦٨/٥) مغني المحتاج (٤٢٩/٢) . والملاحظ أن المصنف ترك الاعتراض والرد المخالف ولعل ذلك لوجاهة الدليل ويجاب عن ذلك أن شرط الجعل في ردهم حثًا على رد الإباق وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب وردتهم عن دينهم وتقوية أهل الحرب بهم فينبغي أن يكون مشروعًا لهذه المصلحة وبهذا فارق رد الشارد لأنه لا يقتضى إلى ذلك . انظر : المغني لابن قدامة (٣٥٥/٦) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨١ .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

ويجب في العبد (١) .

١٨٦٦٧ - قالوا : لو خلص العبد من الغرق لم يستحق الجعل فكذلك إذا رده من الآباق لأن الغرق تلف المال لا محالة (٢) .

١٨٦٦٨ - قلنا : يد المولي لم تزل بوقوعه في الماء فلم يجب برده شيء وقد زال بالإباق يد المولي فجاز أن يستحق بردها عوضًا عما يستحق بالشرط (٣) .

١٨٦٦٩ - قالوا : استحق عوضًا برده اختلف العوض بمقدار المسافة فإما أن يجب في قليلها كما يجب في كثيرها (٤) .

١٨٦٧٠ - قلنا : الواجب عندنا ليس بدل و إنما هو مقابلة العمل فيجوز أن يستحق في القليل كما يستحق في الكثير كربح المضاربة (٥) ، ثم عندنا يستحق الأربعين برده مدة سفر صحيح وقد كان يمكنه إذا رده ثلاثة أيام أن يسلمه إلى قاضي ذلك الموضع فيستحق الجعل و لا يتكلف زيادة المسافة فإذا لم يفعل فهو المختار المكلف لا يحتاج إليه في الاستحقاق فلذلك لم يتقوم (٦) .

١٨٦٧١ - ولأن يد المولى زالت عنه و حدثت به لا يتعلق بها الضمان فجاز أن يستحق العوض برده إلى المولى كما لو غلب عليه الكفار فوجده مولاه بعد القسمة .

* * *

---

(١) انظر : فتح القدير (١٣٦/٦) ، العناية على الهداية (٣٦/٦) ، تبيين الحقائق (٣٠٨/٣) ، البحر الرائق (١٧٢/٥) ، المغني لابن قدامة (٣٥٥/٦) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨١ .

(٣) أي أنه لو رأى عبد يغرق وسعه أن يخلصه ويرده على صاحبه و كل ذلك يحتاج إلى مؤنة فكان له مقابل ذلك جعلًا انظر : المبسوط (٢٦/١١) .

(٤) أي أن العوض يختلف بمقدار المسافة ، وأنه يجب الجعل في المسافة القريبة كما يجب في المسافة البعيدة مثال ذلك : إذا قال من رد عبدي مثلًا من بلدة كذا فله كذا فرده العامل من مكان أقرب منه فله قسطه أي الأقرب من الجعل لأنه جعل كل الجعل في مقابلة العمل فبعضه في بعض . انظر : مغني المحتاج (٤٣١/٢) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٤٥/٤) ، المبسوط (٢٩/١١) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسَمَّاة

التجريد

كتاب اللقيط

مسألة ٩٣٦

حكم اللقيط إذا وجد في مصر من أمصار المسلمين

١٨٦٧٢ - قال أصحابنا : إذا وجد اللقيط في مصر من أمصار المسلمين أو قرية من قراهم فهو مسلم فإن بلغ كافرا رد إلى الإسلام (١) .

١٨٦٧٣ - وقال الشافعي : يزجر عن الكفر فإن أقام على ذلك فإن أظهر دينًا يقر عليه بالجزية وبذلها كان كأهل الذمة و إن لم يبذل الجزية وأظهر دينًا لا يقر أهله على الكفر رد إلى مأمنه في دار الحرب (٢) .

١٨٦٧٤ - لنا : أنه محكوم بإسلامه بدلالة أنه لو مات قبل بلوغه (٣) [صلى عليه] (٤) ويجوز للإمام أن يزوجه بمسلمة (٥) ويدفن في مقابر المسلمين ومن حكم له بالإسلام قبل بلوغه لم يقر على الكفر بعد بلوغه كأولاد المسلمين (٦) .

١٨٦٧٥ - ولأن نسبه لم يثبت من كافرين في دارنا فوجب أن يحكم بإسلامه ولا يقر على الكفر بعد البلوغ كالمتبني (٧)

١٨٦٧٦ - ولأن كل حالة [لا يترك] (٨) لأولاد المسلمين لإظهار الكفر لا يترك اللقيط كما قبل البلوغ .

---

(١) مختصر الطحاوي صـ١٤١ ، المبسوط صـ١٠صـ٢١٤ ، فتح القدير شرح الهداية ٦صـ١١٣ ، العناية على الهداية (٦/١١٣) ، الهداية (٢/ ١٧٣) ، به قال المالكية في بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢/٣٧٧) ، حاشية الدسوقي (٤/١٢٥ ، ١٢٦) ، الشرح الصغير (٥/٤٨١ ، ٤٨٦) ، منح الجليل على مختصر خليل (٤/١٣٢) ، شرح الزرقاني على مختصر خليل (٧/١١٩) ، وهو مذهب الإمام أحمد في المغني لابن قدامة (٦/٣٧٥) ، الشرح الكبير (٦/٣٦٧) ، المقنع (٢/٣٠٣) ، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٨٢) .

(٢) انظر : مختصر المزني (٨/٢٣٧) ، المهذب للشيرازي (١/٤٣٥) ، المجموع شرح المهذب (١٥/٢٨٧) ، زاد المحتاج (٢/٤٦٢) ، روضة الطالبين (٥/٤٣٣) ، نهاية المحتاج (٥/٤٥٤) .

(٣) انظر : المغني لابن قدامة (٦/٣٦٧) ، الشرح الكبير (٦/ ٣٧٧) .

(٤) في (م) [عليه السلام] .

(٥) في (م) : [بمسألة] .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٦/١٩٨) ، المبسوط (١٥/١١٤) .

(٧) أي لأن من حكم بإسلامه قبل بلوغه فهو مسلم أيضًا بعد بلوغه كأولاد المسلمين ولو ارتد آباؤهم فهم مسلمون ولا عبرة بارتداد آباؤهم، وهذا هو قياس المصنف . انظر : المغني (٦/٩٤) ، والشرح الكبير (٦/١٠١) .

(٨) في (ن) : [لا تترك] .

١٨٦٧٧ - فإن قيل : أولاد المسلمين حكم لهم بالإسلام ظاهرًا وباطنًا واللقيط حكم بإسلامه في الظاهر بدلالة أن ذميًا لو أقام البينة من المسلمين أن ابنه كان على دينه ، وذلك لأن حكمنا بإسلامه ظاهرًا وباطنًا وأقام البنية أنه من أولاد الكفار بينا أن الإمام غلط في حكمه ، ومثل هذا [في أولاد المسلمين عندنا لأن] [١] الأمة الذمية إذا كان مولاها مسلمًا وادعى ولدها ثبت نسبه فكان مسلمًا فإن أقام الذمي أنه كان تزوجها [٢] منه ثبت النسب من الزوج و تبعه الولد في دينه وظهر أن الإمام غلط في حكمه فلا فرق بينهما .

١٨٦٧٨ - احتجوا : بأن حكم اللقيط بظاهر الدار فإذا أقر بغيره بعد بلوغه [٣] .

١٨٦٧٩ - والجواب : أنا نقول بموجبه إذا قامت البينة أنه من أولاد أهل الذمة وأقر بذلك والمعنى في الرق أنه حق أقر به على نفسه فصدق في حقوقه و [لا يصدق] [٤] في غيره . ألا ترى أن عقوده لا تبطل و أما الإسلام فهو حق اللّه فلا يصدق في إسقاط/ وجوبه وصار نظيره الحقوق التي عليه إذا أقر بالرق ولم يبطل عنه [٥] .

١٨٦٨٠ - قالوا : إذا أظهر الكفر لم يقتل [٦] ولو وجب إجباره على الإسلام قتل إذا امتنع كسائر المسلمين

١٨٦٨١ - قلنا : قد يجبر على الإسلام من لا يقتل عندنا كالمرأة [٧] .

١٨٦٨٢ - ولأن القتل لا يثبت بالاحتمال فلما احتمل أن يكون من أولاد الكفار واحتمل أن يكون من أولاد المسلمين لم يجز قتله بالشك فعلى هذا لا يخرج من الإسلام بالشك .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٢) أي أن الصبي قبل بلوغه يكون مسلمًا فكذا اللقيط يكون مسلمًا إذا وجد في مصر من أمصار المسلمين انظر : المغني (٨٨/٦) ، الشرح الكبير (٨٣/٦) .
(٣) انظر : المجموع شرح المهذب (٢٨٧/١٥) ، المغني (٤٢٣/٢) .
(٤) في (م) : [ولأنه يتصدق] .
(٥) انظر : الاختيار (٢٨/٢) ، الهداية (١٧٣/٢) .
(٦) في (م) : [لم يقبل] .
(٧) انظر : المجموع شرح المهذب (٢٨٧/١٥) ، مغني المحتاج (٤٢٣/٢) .

مسألة ٩٣٧

حكم إسلام الصبي العاقل وردته

١٨٦٨٣ - قال أبو حنيفة ومحمد : إسلام الصبي الذي يعقل إسلام ، وردته ردة .

١٨٦٨٤ - وقال أبو يوسف : إسلامه إسلام وردته ليست ردة

١٨٦٨٥ - وقال زفر : لا يكون إسلامه إسلامًا ولا ردته ردة .

١٨٦٨٦ - وقال الشافعي : يحال بينه وبين أهله ويسلم إلى مسلم حتى يبلغ فإن وصف الإسلام حكم بإسلامه وإن وصف الكفر أقر عليه [١]

١٨٦٨٧ - ومن أصحابه من قال : إذا أسلم حكم بإسلامه من حين أسلم وهو صبي [٢] .

١٨٦٨٨ - قالوا : وكلام الشافعي [٣] في كتاب الطهارة يدل على ذلك .

١٨٦٨٩ - لنا : قوله - عليه الصلاة والسلام - : « كل مولود يولد على الفطرة وإنما أبواه يهودانه وينصرانه حتى يعرب لسانه فإما شاكرًا وإما كفورًا » [٤] فاتبعه أبويه في الدين ونقله عنهما إذا أعرب عن نفسه وقد وجد ذلك في مسألتنا فوجب أن ينتقل عن حكم أبويه إلى ما أظهر من الإسلام [٥] .

١٨٦٩٠ - قالوا : أخبر عليه السلام أنهما يهودانه حتى يعرب عن نفسه ولم يقل أنه أعرب عن نفسه لزمه [٦] .

١٨٦٩١ - قلنا : نقله عن حكم الأبوين إذا أعرب لأن ما بعد الغاية يخالف [٧] ، ما

---

(١) انظر : الهداية (١٦٩/٢) ، مجمع الأنهر (٦٨٧/١) ، الاختيار (٣٥١/٣) ، فتح القدير (٩٤/٦) ، البحر الرائق (١٤٩/٥) . وبه قال مالك وأحمد انظر : الشرح الصغير (٣٠٨/٤) ، مواهب الجليل (٢٨٤/٦) . وبه قال أحمد في رواية له انظر : المقنع (٥١٧/٣ ، ٥١٨) ، المغني (٨٨/١٠) ، وما بعدها وذهب زفر إلى ما ذهب إليه الشافعي .

(٢) الذي قال بذلك هو أبو إسحاق .

(٣) أي إذا بلغ الصبي وكان عمره خمس عشر سنة وجب عليه الصلاة وإن كان أقل من ذلك لا يكون كمن تركها بعد البلوغ فلذا الردة في الصغير لا يعتد بها بخلاف ما بعد البلوغ فإنه يؤاخذ عليه . انظر : الأم (٨٧/١) .

(٤) رواه أبو داود في سننه (٣٨٦/٤) باب ما جاء "كل مولود يولد على الفطرة ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٠٢/٦) بنحوه ، والطبراني في المعجم الكبير (٢١٨/١) .

(٥) انظر : الهداية (١٧٠/٢) ، المغني (٨٨/١٠) .

(٦) انظر : النكت للشيرازى ورقة ١٨٢ .

(٧) في (ن) : [مخالف] .

قبلها ومن نقله عن حكمه يلزمه ما اعترف به .

١٨٦٩٢ - يدل عليه أن النبي ﷺ قال : أسلم عمير بن أبي وقاص وهو صبي وهاجر وتوجه مع النبي ﷺ إلى بدر قبل أن يحتلم فلما (١) عرض النبي ﷺ أصحابه بالسقيا كان يتوارى خلف الرجال حتى لا يرده فرده النبي ﷺ فبكا فأجازه واحتلم في الطريق وحضر الواقعة وحمائل السيف تعقد عليه لصغره وأبوه مات على كفره وأمه كانت كافرة وهذا أمر مشهور يقوله أهل السيرة فدل على قبول إسلام الصبي .

١٨٦٩٣ - ويدل عليه أن عليًا عليه السلام أسلم وهو صبيٌّ ولم يحتلم وافتخر بالسبق إلى الإسلام فقال : سبقتكم إلى الإسلام حرًا (٢) غلامًا ما بلغنا أنه حلم (٣) لم يرد عليه الافتخار بالإسلام أحد .

١٨٦٩٤ - فدل على صحة إسلامه (٤)

١٨٦٩٥ - فان قيل : قد (٥) اختلف في إسلامه فذكر أحمد بن حنبل في كتابه في فضائل الصحابة عن قتادة (٦) عن الحسن (٧) أنه قال : أسلم على بن أبي طالب بعد خديجة وله خمسة عشر سنة أو ستة عشر سنة (٨) .

١٨٦٩٦ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن أحمد وجماعة الرواة رووا عن سفيان بن عيينة (٩) عن جعفر بن محمد (١٠) قال : سمعت أبا محمد (١١) يقول لعمته فاطمة بنت

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كلما] .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [طرًا] .

(٣) انظر : الاختيار (٣٣١/٣) ، المغني لابن قدامة (٨٨/١٠) .

(٤) انظر : الهداية (١٧٠/٢) ، مجمع الأنهر (٦٨٨/١) .

(٥) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .

(٦ ، ٧) سبق ترجمته

(٨) انظر : الإصابة (٥٦٤/٦) وما بعدها .

(٩) هو : سفيان بن عيينة بن أبي عمران مولى لبني عبد الله بن روبيه ولد عام ١٠٧ هـ روى عن عمرو بن دينار والزهيري وزيد بن أسلم وغيرهم ، وروى عنه : الأعمش ، وابن جريج وشعبة والشافعي وغيرهم ، وكان ابن عيينة من أعلم الناس بالحديث مات سنة ١٩٨ هـ ، انظر : تهذيب التهذيب (١١٧/٤ ، ١٢٢) ، الجرح والتعديل (٣٢/١-٥٤) ، تذكرة الحفاظ (٢٦٢/١) ، التاريخ الكبير (٩٤/٢) .

(١٠) هو : جعفر بن محمد بن الشهيد أبو عبد الله ولد سنة ٨٠ هـ روى عن أبيه وعبد الله بن أبي رافع ، وعروة بن الزبير وغيرهم ، وعنه أبقة مرسي الكاظم ويحيى بن سعيد وغيرهم ومات سنة ٤٨ انظر : سير أعلام النبلاء (٢٥٥/٦) ، تذكرة الحفاظ (١٦٦/١) حلية الأولياء (١٩٢/٣) شذرات الذهب (٢٢٠/١) .

(١١) محمد ابن الشهيد أبو عبد الله جعفر الصادق . روى عنه الزهيري وشعبه وروى غيرهم وعنه أبو =

الحسين [١] : إن السنة الثامنة والخمسون فيها مات أبي وفيها قتل الحسين وفيها قتل علي ابن أبي طالب [٢] وأبا يحيى بن عبد الله بن الحسين فإنه قال إن علي قتل وله سبع وخمسون سنة وخطبه على الشهور التي رواها الناس وهي أصح خطبة يقول فيها : «أفسدتم علي رأيي بالعصيان ... حتى قالت قريش : ابن أبي طالب رجل شجاع ولكن لا رأى له [في الحرب] [٣] لله رأيهم ومن ذا يكون أعلم بها وأشهد لها ميراثًا مني والله لقد نهضت فيها وما بلغت العشرين ولكن لا رأي لمن لا يطاع وهو ﷺ لم يشهد حربًا قبل بدر وكانت في رمضان السنة الثانية من الهجرة وقد مضي قبلها من الإسلام خمس عشرة سنة فكيف يظن أنه أسلم وله خمس عشرة سنة ؟ » [٤] .

١٨٦٩٧ - وقولهم : إن النبي ذكر في المعارف أنه قبل وله ثلاث وستون لا يلتفت إليه .

١٨٦٩٨ - لأن طريق سفيان بن عيينة أصح الطرق وهو عن ولده ، وأعمار الناس في العادة يعرفها أهلهم ، ثم قد نقلنا عنهم أنه قال : أسلمت وما بلغت أول الحلم وقد نقل فيه كلام أبي بكر وعمر وهو أليفه فيما يرويه من الشعر ويحكيه عن العرب من الخيار .

١٨٦٩٩ - فإن قيل : يقولون تقتضي أنه أسلم وله خمس سنين ومثله لا يعقل الإسلام [٥] .

١٨٧٠٠ - قلنا : قد اختلف في مقام النبي ﷺ بمكة .

١٨٧٠١ - فإنه قيل : أقل من خمس عشرة فقد أسلم في السنة السابعة ومثله يعقل الإسلام .

١٨٧٠٢ - فإن قيل : الصبي إذا أظهر الإسلام مدح به وإن لم يصح كما يقولون إنه إذا صلى وصام لم يصح ذلك منه وإن كان يمدح به فيقال صبي ملازم الصلوات [٦] .

١٨٧٠٣ - قلنا : الصحيح عندنا أن هذه العبادات [٧] تصح منه ولا تكون واجبة ، وقد تكون الصلاة واجبة وغير واجبة ولا يكون الإسلام بأوله فإذا صحَّ منه كان واجبًا .

= حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن وغيرهم وكان ثقة فاضلًا من آل البيت مات سنة ٦٨ ط انظر : صفة الصفوة (٢٤٦/٥) ، المنتظم لابن الجوزي (٢٤٧/٧) .

(١) هي : فاطمة بنت الحسين بن علي بن أبي طالب روت عن أبيها وعائشة ، وابن عباس وغيرهم وروى عنها ابناها وماتت سنة ١١١هـ انظر : الكاشف (٤٣٢/٣) ، الأعلام (١٣٠/٥) تاريخ الإسلام ص ٤٤٢ .

(٢) المغني لابن قدامة : (١٣٥/٨) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بالحرب] .

(٤) انظر : غريب الحديث لابن الأثير (٢٩/١) .

(٥) انظر : النكت للشيرازى ورقة ١٨٢

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٢ .

(٧) في (ن) : [العبارة] .

١٨٧٠٤ – ولأن أحكام الإسلام على بصيرة فوجب أن يحكم بإسلامه كالبالغ » [١] .

١٨٧٠٥ – ولأنه تصح صلاته وصيامه فيصح إسلامه كمن بلغ خمس عشرة سنة ، ولأن الأحكام الشرعية تلزمه عندهم الزكاة وعندنا صدقة الفطر والعشر فجاز أن يصح إسلامه كالبالغ [٢] .

١٨٧٠٦ – ولأن من وجب أن يزال يد الكافر عنه بإسلامه صح إسلامه كالعبد إذا أسلم .

١٨٧٠٧ – ولأن إسلامه يتعلق به حكم من أحكام الإسلام وهو إزالة يد أبويه عنه فتعلق به جميع أحكام الإسلام كمن بلغ خمس عشرة سنة .

١٨٧٠٨ – احتجوا : بقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق والنائم حتى يستيقظ » [٣] .

١٨٧٠٩ – قالوا : وهذا يقتضي سقوط التكليف عنه

١٨٧١٠ – والجواب : أن هذا يقتضي سقوط التكليف [٤] الشرعي الذي يعرف من جهته ﷺ ، والإسلام عندنا من الأحكام العقلية [٥] .

١٨٧١١ – ولأن الخبر يقتضي أنه لا يجب عليه الأحكام فليس المراد إذا لم يجب عليه الشيء لم يصح منه لأن العبادات الشرعية لا تلزمه وإن حدثت منه صحت [٦] .

١٨٧١٢ – احتجوا [٧] : بأنه تابع في الإسلام لغيره فوجب أن لا يصح إسلامه بنفسه كالصغير الذي لا يميز [٨] .

١٨٧١٣ – قلنا : إذا ثبت له حكم الشيء على وجه البيع فأولى أن ثبت له الحكم

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة (١٣٤/٨) – .

(٢) انظر : المغني لابن قدامة (١٣٣/٨) – انظر : الاختيار (٣٥١/٣) .

(٣) انظر : المهذب (٢٢١/٢) والحديث .. رواه أبو داود في سننه (٥٥٨/٤ ، ٥٥٩) باب المجنون يسرق ، وابن ماجه في سننه (٦٥٩/١) باب صلاة المكره والناشئ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٠٦/٦) ، والحاكم في المستدرك (٥٩/٢ ، ٣٨٩/٤) وأحمد في مسنده (١١٠/٦) ، وابن خزيمة في صحيحه (١٠٢/٢) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) انظر : الإختيار (٣٥١/١) ، المغني (١١٤/٨) .

(٦) انظر : المغني لابن قدامة (١٣٤/٨) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قالوا] .

(٨) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .

بنفسه . ألا ترى أن المرأة تصير تابعة لزوجها في السفر والإقامة ولا يمنع ذلك أن ثبت لها حكم السفر والإقامة لفعلها (١) .

١٨٧١٤ - ولأن الصبي الذي لا يعقل لم يوجد منه القصد إلى الإسلام فلا يحكم بإسلامه والعاقل قصد الإسلام وهو بعقله فحكم بإسلامه (٢) .

١٨٧١٥ - ولا يلزم على علة الأصل السكران لا نصدقه أنه لم يقصد إلى ما يقول (٣) .

١٨٧١٦ - قالوا : لا يستباح دمه بردته فلم يصح إسلامه كالمجنون (٤) .

١٨٧١٧ - قلنا : القتل عقوبة : والعقوبات من أحكام الشرع فلذلك لم يلزمه وأما اعتقاد الإسلام فهو من أحكام العقل فإن وجد العقل لزمه .

١٨٧١٨ - وقولهم : إن الإسلام يجب بالشرع غلط ، لأن الشرع فرع على العلم بالتوحيد والنبوة ، وكيف يدل الفرع على أصله ؟ ثم يقال لهم إذا عرف الصبي دليل التوحيد وبان هل يقولون أنه يتصرف عن هذا الاعتقاد ولا يعمل به ؟ وهذا ليس بقولٍ لأحد فلم يبق إلا أن يعتقده وهذا هو الإسلام

١٨٧١٩ - فإن قيل : ليس يمتنع أن يتبين له الدلائل ولا يلزمه الاعتقاد كما أن دليل وجوب الصلاة تبين ولا يلزمه الصلاة (٥) .

١٨٧٢٠ - قلنا : هذا غلط ؛ لأنه إذا عرف التوحيد والنبوة بالعقل لزمه أن يعتقد وجوب الصلاة وغيرها من العبادات ، وإذا وجد شرط وجوبها ومن شروطها البلوغ ؛ لأنها مما تصح أن تجب في حال دون حال (٦) وأما التوحيد فلا يصح أن يجب في حال دون حال فإذا كمل عقله وتصوره لم يعفُ وجوبه على شرط آخر .

١٨٧٢١ - قالوا : غير مكلف فلم يصح إسلامه كالمجنون (٧) .

١٨٧٢٢ - قلنا : إن أردتم أنه غير مكلف لشيء لم نسلم ؛ لأنه غير مكلف بالعقليات وإن أردتم أنه غير مكلف لبعض الأشياء فالفقير غير مكلف بالزكاة والحج .

١٨٧٢٣ - ولا يدل على ذلك أنه غير مكلف بالإيمان .

---

(١) انظر : الاختيار (٣٥٢/٣) .

(٢) انظر : المغني لابن قدامة (١٣٤/٨) .

(٣) انظر : الاختيار (٣٥٢/٣) .

(٤) انظر : الهداية (١٧/١٢) ، الاختيار (٣٥١/٣) .

(٥) انظر : النكت ورقة ١٨١ .

(٦) ساقطة من « ن » . انظر : المغني (١٣٤/٨) .

(٧) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .

١٨٧٢٤ - قالوا : كل من لا يلزمه إقراره فإنه لا يلزمه إسلامه كالمجنون [١] .

١٨٧٢٥ - قلنا : لا نسلم ؛ لأن إقرار الصبي يلزمه إذا أذن له في التجارة [٢] .

١٨٧٢٦ - وبالإقرار قد لا يلزم البالغ في بعض الأحوال وهو المحجور عليه عندهم والمرتهن إذا أقر لوارثه عندنا [٣] .

١٨٧٢٧ - ولا يدل على أن الإسلام لا يصح من هؤلاء

١٨٧٢٨ - قالوا : حكم يتعلق بالقول فلم يتعلق بقول الصبي كإقراره [٤] .

١٨٧٢٩ - قلنا : لا نسلم ؛ لأن الإسلام يتعلق بالاعتقاد . ولأن الإقرار يوجد مع التكليف فلا يلزم المقر وقد يلزمه كذلك الصبي يوجد منه الإقرار فيلزمه تارة ولا يلزمه أخرى عندنا ، وكما كان الإيمان يلزم البالغ الكامل بكل حال كذلك الصبي الكامل بكل حال [٥] .

* * *

(١) انظر : الهداية (٦٦/١) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .

(٤) انظر : الهداية (١٨٠/٣) .

(٥) انظر : الهداية (١٩٠/٣) .

مسألة ٩٣٨

حكم إذا ادعى نسب اللقيط اثنان فوصف أحدهما علامة في جسده

٢١١/أ ١٨٧٣٠ - قال أصحابنا : إذا ادعى نسب اللقيط اثنان فوصف أحدهما/ علامة في جسده كان أحق به [١] .

١٨٧٣١ - وقال الشافعي : يرجع إلى القافة [٢] فإن ألحقوه بأحدهما فهو أولى وإن ألحقوه [٣] بهما أو لم يكن به قافة [٤] فإنه يترك حتى يبلغ وينسب إلى أحدهما [٥] .

١٨٧٣٢ - لنا [٦] : أنه ملتقط فتعلق بوصف العلامة فيه حكم لا يثبت مع عدمها أصله جواز تسليم اللقطة إلى من وصفها إذا غلب علي ظنه صدقه .

١٨٧٣٣ - ولأن العلامة تدل على ثبوت اليد إليه ؛ لأن الظاهر أن الإنسان يعرف علامة ولده وكما لو قال أحدهما هو ابني وقال الآخر هذا ابني فكان ابنًا ؛ لأن مدعي الابن أولى به [٧] .

١٨٧٣٤ - ولأن اللقيط يستحق الدعوى فيجوز أن يرجع بوصف المدعي . ألا ترى

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ص ١٤١ ، بدائع الصنائع (١٩٩/٦) ، فتح القدير (١١٢/٦ ، ١١٣) ، العناية على الهداية (١١٢/٦) ، رد المحتار (٣١٦/٣) ، تبيين الحقائق (٢٨٩/٣ ، ٢٦٩) ، البحر الرائق (١٥٧/٥) ، الهداية (١٧٣/٢) الاختيار (٣٠/٣) ، وبه قال أحمد انظر : المغني (٣٩٠/٦) ، كشاف القناع (٢٣١/٤) حيث جاء ما نصه فيه : « وإن التقطه اثنان قدم الموسر على المعسر ، والمقيم على المسافر فإن تساويا وتشاركا أقرع بينهما وإن اختلفا في الملتقط منهما قدم من له بينه فإن لم تكن لها بينة فإن لم تكن له بينة فوصفه أحدها قدم » الروض المربع (٥٢٧/٥) الإقناع (٤٠٧/٢) .

(٢) القافة : من القائف ، وهو من يعرف الآثار جمع قافة وقافَ أثره تبعه . انظر : القاموس المحيط (١٨٨/٣) ، مختار الصحاح ص ٥٧٣ .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الحقوق] . (٤) ساقطة من (ن) .

(٥) انظر : المهذب (٤٣٧/١) ، المجموع (٣٠٥/١٥) ، مغني المحتاج (٤٢٨٢/٢) ، زاد المحتاج (٤٦٨/٢) ، نهاية المحتاج (٤٦٣/٥) ، أسنى المطالب (٥٠٣/٢) ، روضة الطالبين (٤٣٨/٥ ، ٤٣٩) . وبه قال مالك : إن ازدحم على اللقيط اثنان فأكثر كل منهم صالح لحضانته وأراد كل أخذه قدم الأسبق ثم الأولى أي الأحق بكفالته وإلا فالقرعة تسري بينهم انظر : شرح منح الجليل على مختصر خليل (١٢٣/٤) ، انظر : مواهب الجليل (٨٢/٦) ، الشرح الصغير (٤٨٩/٥) .

(٦) انظر : المبسوط (٨/١١) ، فتح القدير (١٣٠/٦) ، البناية (٣٨/٦) ، الهداية (١٧٧/٢) ، المغني (٣٩١/٦) .

(٧) انظر : فتح القدير (١١٣/٦) ، البحر الرائق (١٥٨/٥) ، تبيين الحقائق (٢٩٦/٣) .

أن الأملاك لما لم تستحق إلا بالنية لم يرجع إلا بما يثبت به الاستحقاق وهذه مبنية على أنه لا يرجع إلى القافة وأن الدعاوى ترجح بالعلامات في اختلاف الزوجين في متاع البيت (١) والراكب المتعلق بلجام الدابة (٢) .

١٨٧٣٥ - احتجوا : بأنه وصف للمدعي فوجب أن لا تقوم به الدعوى ، أصله : إذا وصف اللقطة (٣) .

١٨٧٣٦ - والجواب : أن هناك لا يستحق بالدعوى فلا يرجح بالوصف [وهذا استحق بالقول فيرجح بالوصف ولأن اللقطة يتعلق بوصفها حكم وهو جواز التسليم وكذلك ها هنا يتعلق بالوصف] (٤) أيضًا (٥) حكم ولأن اللقطة إذا ادعاها اثنان ووصفها أحدهما جاز (٦) أن تسلم إليه ويخاصمه الآخر (٧) .

١٨٧٣٧ - قالوا : معنى من جهة المدعي لا تقوم به دعواه في اللقطة فلا تقوم في اللقيط كما لو كان زاهدًا (٨) .

١٨٧٣٨ - قلنا : هذا غير مسلم على ما بينا ولأن زهد المدعي لا يتعلق به حكم في اللقطة والعلامة يتعلق بها حكم في اللقطة كذلك في اللقيط .

١٨٧٣٩ - قالوا : العلامة قد يثبت عليها بالوصف فصار يداه في يد غيره (٩) .

١٨٧٤٠ - قلنا : هذا المعنى لم يمنع أن يتعلق بها جواز تسليم اللقطة إليه كذلك لا يمنع أن يترجح به دعواه في اللقيط .

١٨٧٤١ - ولأن الوصف إذا جاز أن يقف عليه من غيره فالعادة أن الأب لا يخفى عليه صفة ولده ، فإذا جهل الصفة رجح دعوى الآخر على دعواه .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٩٩/٦) ، الهداية (١٦٦/٣ ، ١٦٧) ، الاختيار (١٢٣/٢) .

(٢) انظر : الهداية (١٧٤/٣) ، الاختيار (١٩/٢) .

(٣) أي أن وصف اللقطة لمن التقطها ليست دعوى تثبت له حق اللقطة بدليل أنه لو وصفها ثم أقام آخر البينة أنها لقطته فهي لصاحب البينة فكذلك إذا وصف اللقيط فإن ذلك لا يعد دعوى له بتملك اللقيط . انظر : المجموع (٢٦٨/١٥) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : فتح القدير (١١٣/٦) كذا العناية علي الهداية (١١٣/٦) .

(٦) ساقطة من (ن)

(٧) انظر : فتح القدير (١١٢/٦) ، وكذا العناية على الهداية (١١٢/٦ ، ١١٣) .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٢ .

(٩) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٢ .

مسألة ٩٣٩

حكم إذا مات اللقيط ولم يترك فجاء واحد وادعى نسبه

١٨٧٤٢ - قال أصحابنا : إذا مات اللقيط ولم يترك والدًا [فجاء] [١] رجل [٢] ، وادعى نسبه لم يثبت [٣] .

١٨٧٤٣ - وقال الشافعي يثبت [٤] .

١٨٧٤٤ - لنا : أنه حق يبتدئ إثباته في ميت والميت لا تثبت له الحقوق المبتدأة ولا عليه كالديون [٥] [٦] ولأنها دعوى نسب [٧] في ميت من غير ميت فلم يثبت فيه ابتداء كما لو ادعاه اثنان [٨] .

١٨٧٤٥ - ولأن ما لا يستحق بدعوى الاثنين لا يستحق بدعوى الواحد كالديون .

١٨٧٤٦ - احتجوا : بأنه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع وجود الإمكان وعدم المنازع من غير إلحاق الضرر بأحد فوجب أن يصح . أصله : إذا كان [حيًا] [٩] [١٠] .

١٨٧٤٧ - والجواب : أنه إذا كان حيًا فهو ممن تثبت له حقوقه عليه ، ولأن دعوى الحي فيه منفعة له لا تلزم نفقته وحضانته وميراثه يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون كما يجوز أن يرث منه ويجوز أن يموت مورثه [١١] وأما بعد الموت فيدعي ويستحق ويلتزم دفنه فصار في معنى المعاوضة فاتهم فيه فلم يثبت بقوله [١٢] .

١٨٧٤٨ - قالوا : من صح استحقاق نسبه في حياته صحَّ في موته كولد الملاعنة إذا ترك ولدًا [١٣] .

١٨٧٤٩ - قلنا : لا فرق بينهما فإن اللقيط لو بلغ مجنونًا فولد له ثم مات وادعى

---

(١) في (م) : [فجاز] .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : المبسوط (٢١٤/١٠) ، فتح القدير (١١٣/٦) ، البحر الرائق (١٥٧/٥) ، تبيين الحقائق (٢٩٨/٣) ، الفتاوى الهندية (٣٩٧/٣) .

(٤) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .

(٥) ساقطة من (ن) .

(٦) انظر : تبيين الحقائق (٢٩٨/٣) .

(٧) في (م) : [بسبب] .

(٨) انظر : البحر الرائق (١٥٧/٥) .

(٩) في (م) : [حقًا] .

(١٠) راجع النكت ورقة ١٨٢ .

(١١) انظر : البحر الرائق (١٥٧/٥) .

(١٢) انظر : رد المحتار (٣١٦/٣) .

(١٣) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .

رجل ولده يثبت نسبه وإن لم يكن له ولد لم يثبت كما تقول في الملاعنة وإنما شرطنا أن يبلغ مجنونًا ؛ لأنه إذا بلغ عاقلًا لم يثبت نسبه بمجرد الدعوى حتى تنضم إليه البينة أو التصديق [١] فإذا بلغ مجنونًا ثبت نسبه بالدعوى فثبت بعد موته إذا أخلف ولدًا كما يثبت في ولد الملاعنة [٢] .

* * *

---

(١) انظر : الهداية (١٧٤/٢) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٩٩/٦) .

مسألة ٩٤٠

ادعاء المرأة صبيًّا أنه ابنها

١٨٧٥٠ - قال أصحابنا : إذا ادعت المرأة صبيًّا أنه ابنها لم يثبت نسبه منها حتى شهد لها على ولادته [١] .

١٨٧٥١ - وقال الشافعي : فيه ثلاثة أوجه .

١٨٧٥٢ - أحدهما مثل قولنا

١٨٧٥٣ - والآخر يثبت إن كان لها زوج أو لم يكن ولا يثبت من الزوج والثالث إن كان لها زوج لم يقبل إقرارها وإن لم يكن لها زوج صح إقرارها [٢] .

١٨٧٥٤ - لنا : أن النسب لا يثبت منها إلا بثبوته من غيرها وهو صاحب الفراش فلم يجز إقرارها بغير بينة كمن أقرَّ بأخ أو عم [٣] .

١٨٧٥٥ - وإن قيل : يجوز أن يكون الولد من الزنا فلا يثبت من غيرها [٤] .

١٨٧٥٦ - قلنا : أمر المسلمة محمول على الصلاح [٥] ولا يجوز حمل إقرارها على الزيادة فلا يثبت من غيرها ولا يجوز أن تكون وطئت بشبهة لأنه إذا لا ثبت منها ولد ولها فراش فلا يعلم الزنا ولا الوطء بشبهة نفى النسب من صاحب الفراش حتى ينفيه عن

---

(١) انظر : المبسوط (٢١٧/١٠) ، بدائع الصنائع (٢٠٠/٦) ، البحر الرائق (١٥٧/٥) ، وبه قال الشافعي وبه قال مالك انظر : الشرح الصغير (٤٨٨/٥) ، شرح منح الجليل (١٣٢/٤) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٢ ، الحاوي الكبير (٥٧/٨) ط دار الكتب العلمية ببيروت ، المجموع شرح المهذب (٣٠٣/١٥) ، مغني المحتاج (٤٢٧/٢) ط مصطفى الحلبي ، روضة الطالبين (٤٣٨/٥) ، وبه قال أحمد انظر : المبدع (٣٠٥/٥) ، المقنع ٣٠٥ ، كشاف القناع (٢٣٥/٤) .

(٣) انظر : المجموع (٣٠٣/١٥) .

(٤) انظر : المبسوط (١٢٧/١٠) ، البحر الرائق (١٥٧/٥) ، بدائع الصنائع (١٠٠/٦) ، وبه قال الشافعية وبه قال مالك من عدم جواز ثبوت نسب الولد من المرأة الا ببينة لم يلي : -
أولًا : قوة أدلتهن وسلامتها . ثانيًا : أن النسب يثبت باعتبار الفراش أولا وهو الرجل فالمرأة بهذه الدعوة تحمل النسب على غيرها وهو الزوج وهو صاحب الفراش حتى إذا ثبت مدة يثبت منها أما قولها ليس بحجة على الغير . انظر : المبسوط (١٠٧/١٠) . ثالثًا : قال ابن المنذر : لا يثبت بدعوى المرأة . انظر : المجموع (٣٠٤/١٥) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [المصلحة] .

نفسه (١) فلما لم يجز أن يلحق به لم يثبت منها وإذا ثبت هذا فيمن لها زوج .

١٨٧٥٧ - قلنا : إذا لم يكن لها زوج لم يقبل وإذا لم يكن فقد حملت النسب على زوج ، ويجوز أن يظهر لها ، ولأن ما لا يقبل إقرارها فيه إذا كان لها زوج لم يقبل إذا لم يكن لها زوج كالأخ والعم (٢) .

١٨٧٥٨ - قالوا : من صح إقراره بغير (٣) النسب صح بالنسب كالرجل (٤) .

١٨٧٥٩ - قلنا : نقول بموجبه لأن إقرارها يصح بالنسب إذا أقرت بأن قالوا يجوز إقرارها بالولد فجاز إقرارها بالولد حق يثبت علي نفسها وإقرارها بالولد حمل النسب على غيرها وحكم الأمرين مختلف (٥) بدلالة أن إقرار الرجل مقبول بالابن ولا يقبل بالأخ (٦) .

١٨٧٦٠ - قالوا : ثبوت النسب منها تعلمه قطعًا وثبوت النسب من الرجل لا يقطع فإذا ملك الرجل الإقرار بالولد فالمرأة أولى (٧) .

١٨٧٦١ - قلنا : إقرارها بابنها يعلم قطعًا بولادة أمها وإقرارها بابنتها لا يعلم قطعا ، ثم جاز إقرارها بابنها فلم يجز بأخيها مع وجود المعنى الذي ذكروا .

* * *

---

(١) قال الإمام العيني : « ولأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين » انظر : البناية على الهداية (٨٣٤/٤) .

(٢) انظر : مجمع الأنهر (٣٠٥/٢) .

(٣) انظر : ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) انظر : النكت ورقة ١٨٢ ، الحاوي الكبير (٥٧/٨) ط دار الكتب العلمية .

(٥) النكت ورقة ١٨٢ .

(٦) ويصح إقرار المرأة بالولدين والزوج والمولى ولا يقبل بالولد ؛ لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج ؛ لأن النسب منه إلا أن يصدقها الزوج لأن الحق له أو تشهد بولادته قابلة .

(٧) انظر : المجموع (٣٠٣/١٥) .

مسألة ٩٤١

تصرف اللقيط وعقده العقود

١٨٧٦٢ - قال أصحابنا : إذا بلغ اللقيط فتصرف وعقد العقود ثم أقر بالرق لإنسان فصدقه قبل قوله على نفسه ولم يقبل قوله في فسخ العقود وبطلان التصرف .

١٨٧٦٣ - وهو أحد قولي الشافعي : (١) وقال في القول الآخر تفسخ عقوده (٢) .

١٨٧٦٤ - لنا : أنه حر في الظاهر فإقراره يتضمن إسقاط حق نفسه وإسقاط حق غيره فيصدق على نفسه ولا يصدق على غيره كمن ابتاع عبدًا وزعم أنه حر عتق عليه ولم يرجع على البائع بالثمن (٣) .

١٨٧٦٥ - ولأن عقوده صحت في الظاهر فلم يقبل قوله في فسخها كما لو ادعى أنه شرط فيها شرطًا فاسدًا (٤) وأن الرق معنى لو قارب العقد منع صحته فإذا أقام به بعد صحة العقد في الظاهر لم يقبل قوله كمن باع وزعم أنه كان مجنونًا عند العقد (٥) .

١٨٧٦٦ - احتجوا : بأن ما ثبت به بالرق تثبت به أحكام ، كما لو أقر المدعي البينة على الرق (٦) .

١٨٧٦٧ - والجواب : أنه إذا أقام البينة ثبت الرق على وجه لا تهمة فيه فاتبعه أحكامه فإذا أقر به [اتهم في حق عليه فلم تتبعه الأحكام . ألا ترى أن العبد المبيع إذا شهد الشهود بحريته رجع المشتري على البائع بالثمن ولو أقر أنه] (٧) ابنه عتق عليه وثبت نسبه وعلمنا أنه حر الأصل ولم يرجع على البائع بشيء (٨) .

* * *

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٣٠٠/٣) ، البحر الرائق (١٦٠/٥ ، ١٦٠/٥) ، بدائع الصنائع (١٩٨/٦) .

(٢) انظر : مختصر المزني (٢٣٧/٨) ، النكت ورقة ١٨٢ ، الحاوي الكبير (٦٣/٨) ط دار الكتب ، المهذب (٤٣٨/١) ، المجموع (٣١٤/١٥) روضة الطالبين (٤٥١/١٥) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٩٨/٦) .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٣٠١/٣) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٩٨/٦) .

(٦) انظر : النكت ورقة ١٨٢ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بالثمن] انظر : بدائع الصنائع (١٩٨/٦) .

مسألة ٩٤٢

ادعاء الكافر نسب اللقيط

١٨٧٦٨ - قال أصحابنا : إذا ادعي الكافر اللقيط ثبت نسبه وكان مسلمًا [١] .

١٨٧٦٩ - وقال الشافعي : في أحد قوليه يكون على دينه [٢] .

١٨٧٧٠ - لنا : أنه محكوم بإسلامه بالدار فلا يقبل نقل الكافر عن دينه كما لو شهد عليه ، ولأن دعواه تتضمن منفعة اللقيط في النسب والحضانة وما يضره من طريق الدين فيقبل قوله فيما فيه منفعة ولا يقبل فيما فيه ضرر [٣] وكما لو أقر له بمال أنه يصح ولو أقرَّ عليه بحق لم يقبل [٤] .

١٨٧٧١ - قالوا : بأنه لما ثبت نسبه تبعه في دينه كما لو ثبت بالبينة [٥] .

١٨٧٧٢ - قلنا : إذا ثبت بالبينة والشهود لا يتهمون في شهاداتهم فعلم بمضمون الشهادة والمقر متهم في إقراره فيجوز أن يقبل بعض ذلك دون بعض [٦] .

* * *

(١) وبه قال الشافعي : انظر : بدائع الصنائع (١٩٩/٦) ، تبيين الحقائق (١٩٩/٣) ، البحر الرائق (١٥٨/٥) ، مجمع الأنهر (٧٠١/١) ، الحاوي الكبير (٥٦/٨) ط دار الكتب العلمية - بيروت ، المهذب (٤٣٦/١) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (٥٦/٨) ، المهذب (٤٣٦/١) ، المجموع (٣٠١/١٥) ، مغني المحتاج (٤٦٣/٥) ، البحر الرائق (١٥٨/٥) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٩٨/٦) .

(٤) انظر : البحر الرائق (١٥٥/٥) ، المبسوط (١١٨/١٠) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٩٩/٦) .

(٦) انظر : الحاوي الكبير (٥٦/٨) .

مسألة ٩٤٣

ادعى اللقيط حر وعبد

١٨٧٧٣ - قال أصحابنا : إذا ادعى اللقيط [١] حر وعبد فالحر أولى ، وإن ادعاه مسلم وكافر فالمسلم أولى .

١٨٧٧٤ - وقال الشافعي : يتساوون [٢] .

١٨٧٧٥ - لنا : أن دعوى الحر المسلم أولى من دعوى العبد والكافر [٣] لأنه قد ثبت للصبي الإسلام والحرية والقولان إذا تعارضًا في حقوق الصغير فالأنفع أولى [٤] من الأضر كما لو شهد شاهدان برقه وشاهدان بحريته وكما لو أقر لأب له بحق ثبت ولو أقر عليه لم يثبت [٥] .

١٨٧٧٦ - ولأن كل ذكرين ادَّعيا النسب وأحدهما أحق بالحضانة كان أحق بالدعوى أصله : إذا ادعى أحدهما أنه ابنه والآخر أنه أخوه [٦] ، ولأن الدعوى في اللقيط كالبينة [٧] فإن ادعياه ثبت النسب من المسلم وتثبت له اليد عليه . لأنه أحق بحضانته ، فكما ادعياه وهو في يد أحدهما .

٢١/ب ١٨٧٧٧ - قالوا : / بأن الحر والعبد يتساويان في جهة ثبوت النسب فصار كالحرين .

١٨٧٧٨ - قلنا : هما وإن تساويا في الأنساب فالدعوى تقبل لحق اللقيط لولا ذلك لم يثبت النسب بمجرد الدعوى وإذا قبلناهما ثبت ما فيه من منفعة وسقط ما فيه من ضرر .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٩٩/٦) ، البحر الرائق (١٥٨/٥) ، مجمع الأنهر (٧٠٣/١) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (٥٥/٨) ط دار الكتب العلمية ، المهذب (٤٣٦/٢) ، المجموع (٣٠١/١٥) روضه الطالبين (٤٣٨/٥) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٩٩/٦) ، مجمع الأنهر (٧٠٣/١) .

(٤) أي يثبت النسب من ذمي عند عدم دعوى مسلم ويكون اللقيط مسلمًا وكذا يثبت نسبه من عبد ادعى أنه ابنه لأنه ينفعه وكان حرًا لأن المملوك قد تلده الحرة فلا تبطل الحرية انظر : البحر الرائق (١٥٨/٥) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٣/٧) وما بعدها .

(٦) انظر : الاختيار (٢٨٣/٢) .

(٧) انظر : الهداية (١٧٣/٢) .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسمَّاة

التجريد

كتاب الفرائض

مسألة ٩٤٤

ميراث ذوي الأرحام

١٨٧٧٩ - قال أصحابنا : ذوو الأرحام [١] أولى بالميراث من بيت المال ، وهم من لا سهم [٢] لهم [٣] ولا تعصيب [٤] من الأقارب مثل أولاد البنات وبنات الإخوة وولد الأخوات وولد الإخوة من الأب وبنات العم ، والعم من الأم والعمة وأولادهما والخال والخالة وأولادهما والجد أبو الأم .

١٨٧٨٠ - وقال الشافعي : بيت المال [٥] أولى منهم [٦] .

١٨٧٨١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَـٰبِ ٱللَّهِ ﴾ [٧] شهد الله أنه يستحب التوارث بالولاء [٨] والهجرة وكأن الله تعالى قال : وأولوا الأرحام بعضهم أولى بميراث بعض إلا [٩] أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفًا أي [١٠]

---

(١) الرحم في الأصل : منبت الولد ووعاؤه في البطن ، ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولادة رحمًا ومنها ذوو الرحم ، والرحم خلاف الأجنبي وفي التنزيل ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾ [الأحزاب : ٦] . انظر : المغرب (٣٢٥/١) ، المنجد في اللغة والأعلام ص ٢٥٣ . وفي اصطلاح الفقهاء : كل قرابة ليس بذي فرض ولا عصبة . مجمع الأنهر (٧٦٥/٢) ، كشاف القناع (٤٥٥/٤) .

(٢) السهم : جمع سهام : قدح الميسر يقارع به واحد النبل ، والجمع أسهم سهمه وسهمان : النصيب والحظ يقال : « أي أصابه في القمة سهمان : أي نصيبان » . انظر : المنجد في اللغة والأعلام ص ٣٦٠ .

(٣) في جميع النسخ [له] .

(٤) العصبة : البنون وهم قرابة الرجل لأبيه ، كأنها جمع عاصب وإن لم يسم من عصبوا به إذا أحاطوا حوله وإنما سموا عصبة لأنهم عصبوا بالميت . انظر : أنيس الفقهاء ص ٣٠١ .

(٥) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ ، الحاوي الكبير للماوردي (١٤٣/١٠) ، المجموع (٥٥/١٦) قال في مغني المحتاج : فأصل المذهب أنه لا يورث ذوو الأرحام ولا يرد على أهل الفرض ، بل لبيت المال وأفتى المتأخرون إذا لم ينتظم أمر بيت المال ، بالرد على أهل الفرض غير الزوجين ما فضل عن فروضهم بالنسبة فإن لم يكونوا صرف إلى ذوي الأرحام . انظر : مغني المحتاج (٦/٥) ، نهاية المحتاج (٩/٥) ، الشرقاوي على التحرير (١٩٠/٢ ، ١٩١) وبه قال مالك مواهب الجليل (٤١٤/٦) .

(٧) سورة الأحزاب : الآية ٦ .

(٨) الولاء : من آثار العتق ، مأخوذ من الولي بمعنى القرابة ، يقال بينهما ولاء : أي قرابة حكمية حاصلة من العتق أو المولاة . انظر : أنيس الفقهاء ص ٢٦١ ، التعريفات ص ١٧٥ .

(٩) في (م) : [إلى] .

(١٠) انظر : المبسوط (٣/٣٠) .

توصوا [١] لهم بوصية .

١٨٧٨٢ - وهذا يدل أن المراد بالآية أنهم أولى بالمال .

١٨٧٨٣ - فإن قيل : قوله في كتاب اللّٰه يدل على الرحم الذي يورث به وهو من ذكر ميراثه في كتاب اللّٰه وهو لا حق لهم في آية المواريث [٢] .

١٨٧٨٤ - قلنا : قوله : في كتاب اللّٰه معناه [٣] فيما كتبه وهو حكمه وليس المراد به القرآن بدلالة أنا لا نعلم أن هذه الآية تأخرت من أي المواريث حتى حملت عليها .

١٨٧٨٥ - ولأنه لا خلاف أن الجدة تستحق الميراث وليست ممن ذكر في آية المواريث [٤] .

١٨٧٨٦ - فإن المراد بكتاب اللّٰه حكمه عموم ما قررنا ويدل عليه قوله تعالى [٥] : ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ [٦] مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ ﴾ [٧] .

١٨٧٨٧ - وهذا يقتضي أن يكون بكل قرابة من الرجال والنساء نصيب من التركة [٨] .

١٨٧٨٨ - فإن قيل : قوله نصيبًا [٩] مفروضًا [١٠] يدل على أن القرابة المستحق بها من فرض له نصيب [١١] .

١٨٧٨٩ - قلنا : قوله نصيبًا نكرة وقوله مفروضًا ليس بصفة لأنه لو كان كذلك

---

(١) في (م) : [موصى] لهم .

(٢) أي أن الاحتجاج بهذه الآية يمكن تأويله بأن المراد به أراد المذكورين في آية المواريث ولهذا قال « في كتاب اللّٰه » وليس لهما ذكر في كتاب اللّٰه . انظر : النكت ورقة ١٨٤ .

(٣) ساقطة من (ن) .

(٤) أي أن ميراث ذوي الأرحام وإن كان غير ثابت بالنص في القرآن فإنه ثابت حكمًا كما أنه لا خلاف في أن الجدة صاحبة فرض وفرضيتها وإن كانت لا تتلى في القرآن فهي ثابتة بالسنة المشهورة وإجماع السلف والخلف وكفى بإجماعهم حجة . انظر : المبسوط (١٦٥/٢٩ ، ٣/٣٠) ، المغني لابن قدامة (٨٥/٧) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) النصيب جمع أنصبة وأنصباء : الحصة من الشيء - الحظ ، يقال هذا نصيبي أي حظي ، كأنه الذي رفع لك ، انظر : المنجد في اللغة والأعلام ص ٨١١ .

(٧) سورة النساء : الآية ٧ .

(٨) المبسوط (٥/٣٠) .

(٩) في (م) : [نصيب] وهو خطأ .

(١٠) سورة النساء : الآية ٧ .

(١١) انظر : المجموع (٥٢/١٦) ، المبسوط (٣/٣٠ ، ١٧٥/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٤٢/٦) ، مجمع الأنهر (٧٦٥/٢) ، كشاف القناع (٤٥٥/٤) ، المقنع (٣٣٤/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٥٩٤/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٧/٧ ، ٨٤/٧) .

لكان إعرابه كإعرابه فنفى أن يكون حالًا والحال ينتقل فكان قدر نصيب في حال فرضه لهم [١] ، [٢] .

١٨٧٩٠ - وقال الأخفش [٣] : هو محمول على كلامين كأنه قال : جعله نصيبًا مفروضًا [٤] .

١٨٧٩١ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ ﴾ [٥] ، وقد أريد بهذا ولد الولد بالإجماع فيتناول ولد البنت وولد الابن [٦] .

١٨٧٩٢ - ويدل عليه ما وري أبو أُمامة بن سهل بن حنيف [٧] أن رجلًا رمى رجلًا [٨] بسهمٍ فقتله وليس له وارث إلا خال فكتب بذلك أبو عبيدة بن الجراح [٩] إلى

---

(١) في (ن) : [هم] .

(٢) قوله : نصيبًا مفروضًا يجوز أن يعرب مفعولًا مطلقًا لأنه واقع في موقعه إذا التقدير عطاء ، ويجوز أن يعرب حالًا من فاعل (قل) أي مما تركه قليلًا أو كثير . وقيل : حال من النكرة لأنه قد وصفت ، وقيل : بفعل محذوف تقديره : جعلته أوجبت لهم نصيبًا ، وقيل : حال من الفاعل قلّ أو كثر ، وقال الزجاج : انتصب على الحال . انظر : إعراب القرآن وبيانه (١٦٤/٢) ، البحر المحيط (٥٢٥/٣) .

(٣) هارون بن موسى بن شريك التغلبي الدمشقي . ولد : سنة مائتين . مقرئ دمشق ، قرأ بن ذكوان ، وهشام ، وكان إمامًا صاحب فنون وله تصانيف في القراءات والعربية وارتحل إليه المقرأون كهبة اللَّه بن جعفر وأبي بكر النقاشي وغيرهم . روى عن : سلام المدائنى ، وأبو مهر الغساني . روي عنه : أبو أحمد بن الناصح ، والطبراني . توفي سنة اثنين وتسعين ومائتين . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٦٦/١٣) . النجوم الزاهرة (١٣٣/٣) ، طبقات القراء لابن الجزري (٣٤٧/٢) .

(٤) انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣٣/٥) .

(٥) سورة النساء : الآية ١١ .

(٦) قال السرخسي في المبسوط : « إن كانت بنات الصلب بنتين فصاعدًا فلهن الثلثين والباقي بين أولاد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين عند علي وزيد رضي الله عنهما وهو قول جمهور العلماء » . انظر : المبسوط (١٤٢/٢٩) ، المغني لابن قدامة (٩/٧) .

(٧) هو : أبو أمامه أسعد بن سهل بن حنيف الأنصاري الأوسي سماه رسول اللَّه ﷺ باسم جده لأمه أسعد بن زرارة . من كبار التابعين ولد في حياة النبي ﷺ وكان من عالية الأنصار وعلمائهم ومن أبناء البدريين . روى عنه : الزهري ، وسعد بن إبراهيم ، ومحمد بن المنكدر وغيرهم . توفي : سنة مائه ، وهو ابن نيف وتسعين سنة . انظر : سير أعلام النبلاء (٥١٧/٣) ، شذرات الذهب (١١٨/١) ، الاستيعاب ص ٨٢ ، أسد الغابة (١٨/٦) ، طبقات بن سعد (٨٢/٥) .

(٨) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) هو : أبو عبيدة بن عبد اللَّه بن الجراح بن عدنان القرشي الفهري المكي . أحد السابقين الأولين ، وأمين =

عمر فكتب عمر أن رسول اللَّه ﷺ قال : « اللَّه ورسوله مولى من لا مولى له [والخال وارث من لا وارث له » (١) .

١٨٧٩٣ - وروى المقدام بن معد يكرب (٢) أن رسول اللَّه ﷺ قال : « الخال وارث من لا وارث له »] (٣) .

١٨٧٩٤ - وروى عمرو بن مسلم (٤) عن طاووس عن عائشة عن رسول اللَّه ﷺ قال : « أنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه يرثه » (٥) .

١٨٧٩٥ - وفي خبر المقدام : « أنا مولى من لا مولى له ، أرث ماله وأؤدي عنه ، والخال وارث من لا وارث له يرث ماله فيعقل عنه (٦) » وهذا خبر صحيح متصل لم

= هذه الأمة ومعدودًا فيمن جمع القرآن يجتمع مع النبي ﷺ بالجنة . روى عن : العرباض بن سارية ، وجابر بن عبد اللَّه ، وأبو أمامة الباهلي ، وسمرة بن جندب . روى عنه : جابر بن عبد اللَّه ، وأبو أمامة الباهلي ، وسمرة ابن جندب ، وأسلم مولى عمر وغيرهم . وتوفي : سنة ثمان عشرة : وقيل : سبع عشرة . انظر : سير أعلام النبلاء (١/٥) ، التاريخ الكبير (٦/٤٤٤) ، حلية الأولياء (١/١٠٠) ، العبر (١/١٦) ، صفة الصفوة (١/٣٦٥) ، شذرات الذهب (١/٢٩) .

(١) رواه الترمذي في الجامع (٤/٣٦٧) باب ما جاء في ميراث الخال ، ورواه النسائي في السنن الكبرى (٦/٧٦) باب توريث الخال ، وابن ماجه في سننه (٢/٩١٤) ، باب ذوي الأرحام ، والدارقطني في سننه (٤/٨٥) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (١١/٢٦٣) باب رجل مات ولم يترك إلا خال ، الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/٣٩٧) باب ميراث ذوي الأرحام بلفظة البزار .

(٢) هو : المقدام بن معد يكرب بن عمر بن زيد بن الكندي . وفد على رسول اللَّه ﷺ من كندة . روى عن : رسول اللَّه ﷺ . روى عنه : سليم بن عامر ، وخالد بن معدان ، والشعبي ، وأبو عامر وغيرهم . توفي : سنة سبع وثمانين . انظر : سير أعلام النبلاء (٣/٤٢٧) ، طبقات ابن سعد (٧/٤١٥) ، التاريخ الكبير (٧/٤٢٩) ، الاستيعاب ١٤٨٢ الإصابة (٦/٢٠٤) ، شذرات الذهب (١/٩٨) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) هو : عمرو بن مسلم الجندي روى عن طاووس وعكرمة وعنه معمر وابن عيينة ، قواه ابن معين ، ولينه أحمد ولم يترك ، وقال النسائي : ليس بالقوي ، وذكره ابن حبان في الثقات . انظر : الكاشف (٢/٢٩٦) ، تهذيب التهذيب (٨/١٠٤) ، سير أعلام النبلاء (٨/١١٨) .

(٥) رواه الترمذي في سننه (٤/٣٦٧ ، ٣٦٨) باب ما جاء في ميراث الخال ، والدارمي في سننه (٢/٤٧٤) باب ميراث ذوي الأرحام ، والدارقطني في سننه (٤/٨٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/٢١٥) باب من قال بتوريث ذوى الأرحام ، وابن أبي شيبة في مصنفه (١١/٦٤) من طريق المقدام باب رجل مات ولم يترك إلا خال ، والطحاوي في شرح معاني الآثار من طريق عائشة (٤/٣٩٧) باب ميراث ذوي الأرحام .

(٦) رواه أبو داود في سننه (٣/٣٢٠) كتاب الفرائض باب ميراث ذوي الأرحام ط دار الحديث ، والنسائي =

يعارضه مثله عدل مخالفنا مثله ورده بغير حجة [١] .

١٨٧٩٦ - فإن قيل : الخال السلطان [٢] .

١٨٧٩٧ - قلنا : عمر بن الخطاب روى هذا الخبر محكمًا في ميراث الخال النسب وكيف يجوز أن يذكر النبي ﷺ ليبين استحقاقه الميراث [ولا يذكره] [٣] بأخص أسمائه بل يذكر فيه اسمًا مشتركًا لا يختص به السلطان لا يستحق ميراث أحد وإنما استحقه المسلمون عندهم [٤] ،

١٨٧٩٨ - قالوا : قوله : « الخال وارث من لا وارث له » كما يقال [٥] : الصبر حيلة من لا حيلة له [٦] .

١٨٧٩٩ - قلنا : في الخبر « اللّه مولى من لا مولى له ، والخال وارث من لا وارث له » [٧] فالمراد أحد الأمرين والظاهر هو المراد بالآخر ، وما يقولونه إن حمل عليه اللفظان كان كفرًا ، ثمّ هذا يؤدى إلى أن يكون النبي ﷺ أثبت وهو يريد النفي وهو غاية التلبس [وهو لا يجوز عليه في بيان الشرائع] [٨] .

= في السنن الكبرى (٧٧/٦) باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر المقدام ، والترمذي في سننه (٣٦٧/٤) من طريق عمر بن الخطاب باب ما جاء في ميراث الخال ، والحاكم في المستدرك بلفظ متقارب (٣٤٤/٤) ط بيروت دار المعرفة ، والدارقطني في سننه (٨٦/٤) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٤/١١) باب رجل مات ولم يترك له وارث إلا خال ، وسعيد بن منصور في مسنده (٧٢/١) ، باب العمة والخالة ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٩٨/٤) من طريق المقدام بن معد يكرب ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢١٤/٦) باب من قال بتوريث ذوي الأرحام . تلخيص الحبير (٩٣/٣) .

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٤٢/٦) ، شرح معاني الآثار للطحاوي (٣٩٨/٤) .

(٢) أي أن قوله ﷺ : « الخال وارث من لا وارث له » يحتمل أن المراد بالخال هو السلطان فإنه يسمى خالًا وإذا احتمل الدليل التأويل سقط الاستدلال . انظر : النكت ورقة ١٨٤ .

(٣) في (م) : [ولا يسميه] .

(٤) قال ابن قدامة في المغني : أنه أراد بالخال السلطان ، هذا فاسد لوجوه ثلاثة أحدها : أنه قال : يرث ماله وفي لفظ قال يرثه . الثاني : أن الصحابة فهموا ذلك فكتب عمر بهذا جوابًا لأبي عبيدة حين سأله عن ميراث الخال وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم . الثالث : أنه سمّاه وارثًا والأصل الحقيقة انظر : المغني (٨٤/٧) .

(٥) هكذا في جميع النسخ والاعتراض كما في النكت قلنا : ثم يحتمل أنه أراد على سبيل التسلية كما يقال : الصبر حيلة من لا حيلة له ، والدليل عليه أنه قال لا وارث له فيصير حجة لنا ، انظر : النكت ورقة ١٨٤ .

(٦) انظر : الحاوي الكبير ١٤٥/١٠ ، النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٧) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار عن المقدام بن معد يكرب

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

١٨٨٠٠ - [فإن قيل : يحتمل أنه أراد إذا كان له بعصيب] [١] .

١٨٨٠١ - قلنا : هذه اللفظة غير مذكورة في خبر عمر ، ولا في خبر عائشة ، وإنما ذكرت في خبر المقدام [٢] وقد تعارضت ، وروى ويعقل عنه وروى ويفك عانه [٣] يعنى يحمل نقله [٤] ، فيجوز أن يكون قوله ويعقل عنه : المراد به هذا وسمى ذلك عقلاً لما فيه من تحمل وإن لم يكن واجبًا .

١٨٨٠٢ - وقد روى الدارقطني حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : الخال وارث [٥] ولأن الخال عندنا يلزمه العقل في ولد الملاعنة [٦] إذا عتق من أخيه .

١٨٨٠٣ - وإذا تزوجت الحرة عبدًا فأولدها فجناية الولد على عاقلة أمه والخال أحدهم [٧] وإذا كان الخال يجوز أن يعقل وإن لم [٨] يكن ابن عم .

١٨٨٠٤ - فقد قلنا : بالظاهر فأما هم فلا يمكن حمله [٩] عندهم على ابن العم [لأنه يجب أن يستحق الميراث بكونه ابن العم] [١٠] بمعرفة بالنسب الذي لا يتعلق به استحقاق بل كان يجب أن يكون تعريفه بأخص وصفته بهذا الحكم أولى ويحتمل أن يكون هذا في الوقت الذي كان يعقل من يرث هذا ونسخ أحد الحكمين لا يسقط الآخر .

١٨٨٠٥ - ويدل عليه : ما روى واسع بن حبان [١١] وقال : توفي ثابت بن

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من النسخ وزدتها ليستقيم المعنى بها كما في النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٢) فقد روى الطحاوي أن عمر كتب إلى أبي عبيدة أن رسول الله ﷺ : « قال الله ورسوله مولى من لا مولى له ، والخال وارث من لا وارث له » وكذا الحديث الوارد عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ قال : الخال وارث من لا وارث له .

(٣) عان من عنى تعنيه وأعنى « إعناء الرجل » : إذا هو كلفه ما يشق عليه . انظر : المنجد في اللغة والإعلام ص ٥٣ .

(٤) أي أن هذا الحديث روي بروايات مختلفة ؛ فقد روي ويعقل عنه ، كما ورد في خبر المقدام أيضًا خبر حماد بن زيد انظر : شرح معاني الآثار (٣٩٨/٣) .

(٥) رواه الدارقطني في سننه (٨٦/٤) ، تلخيص الحبير (٩٤/٣) .

(٦) هو : الذي لا نسب له من قبل الأب فيكون ولاؤه لمولى الأم . انظر : اللباب (١٩٨/٤) .

(٧) انظر : الهداية : (٢٣٠/٤) .

(٨) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) في (ن) : [حمل] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) . ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١١) هو : واسع بن حبان بن منفذ بن عمرو الأنصاري المازني المدني . صحابي جليل ، وقيل بل ثقة . روى عن ابن عمر ، وجابر وروى عنه : ابن حبان وابن أخيه محمد بن يحيى . انظر : تقريب التهذيب ص ٥٧٩ ، الكاشف (٢٠٤/٣) ، سير أعلام النبلاء (٢٢٥/٨) .

الدحداح (١) وكان أتينا فقال النبي ﷺ لعاصم بن عدي (٢) هل تعرفون له قبل نسبًا قال : لا يا رسول اللَّه فدعا رسول اللَّه ﷺ أبا لبابة بن المنذر (٣) ابن أخته فأعطاه ميراثه (٤) .

١٨٨٠٦ - ولا يقال : يحتمل أن يكون عصبة ؛ لأنه قال : لا يعرف له نسب .

١٨٨٠٧ - ولا يقال : عطاء لأنه من المسلمين لأن في الخبر أعطاه ميراثه وهذا يدل على أنه أخذه ميراثًا وأن ولد البنت وأبو الأم ينتسبون للميت بالولاء (٥) لولد الابن وأبو الأب ولأنهم يعتقون عليه بالقرابة فجاز أن يستحقوا الميراث كولد الأب .

١٨٨٠٨ - ولأن ولد الأم يدلي بأحد الأبوين كابن الأب ويعتق عليه فلو قتله لم يقتص منه وإذا وطئ جاريته لا يحد كأب الأب (٦) .

١٨٨٠٩ - ولأن ولد البنت يدلون بالبنت ، والبنت أقوى في استحقاق الإرث من الأم فإذا استحق الإخوة للأم الميراث فولد البنت أولى ، ولأن العم والعمة تساويا في الدرجة (٧) وكل ذكر وأنثى يتساويا في درجة القرابة [فكان الذكر من أهل الميراث

---

(١) هو : أبو الدحداح ثابت بن الدحداح بن نعيم بن غنم إياس الأنصاري ، روى عن النبي ﷺ وروى عنه ، واسع بن حبان . انظر : أسد الغابة (٢٦٧/١) ، الإصابة (١٩٣/١) .

(٢) هو : عاصم بن عدي بن العجلان بن حارثة بن ضبيعة العجلاني القضاعي أخو معن بن عدي أبو عبد اللَّه ويقال أبو عمرو وحليف الأنصار . شهد أحد وكان رسول اللَّه ﷺ قد استعمله على أهل قباء وأهل العالية فلم يشهد بدرًا وضرب له بسهمه ، وهو الذي أمره عويمر العجلاني أن يسأل له عن الرجل يجد مع امرأته رجلًا . روى عن : النبي ﷺ . روى عنه : سهل بن سعد ، وابنه أبو البداح بن عاصم بن عدي . توفي : في ولاية معاوية سنة أربعين . انظر : تهذيب التهذيب (٤٩/٥) ، الكاشف (٤٦/٢) ، الأعلام للزركشي (٢٤٨/٣) ، تقريب التهذيب ص ٢٥٨ .

(٣) هو : رفاعة بن عبد المنذر بن زبير بن زيد بن أمية بن زيد بن مالك بن عوف بن عمرو بن عوف بن مالك بن الأوس أبو لبابة الأنصاري الأوسي . صحابي مشهور ، وكان أحد النقباء ، وكان أميرًا على المدينة في غزوة بدر . روى عن : أبي سعيد . روى عنه : ابن عمر ، وعبد اللَّه بن يزيد ، وأبو بكر بن عمرو بن حزم ، وسعيد بن المسيب وغيرهم . انظر : الكاشف (٢٤٢/١) تقريب التهذيب ص ٦٦٩ ، تهذيب التهذيب (٢٨٢/٣) .

(٤) رواه الدارمي في سننه (٤٧٥/٢) باب ميراث ذوي الأرحام ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٥/١١) باب رجل مات خاله وابن أخيه ، وعبد الرزاق في مصنفه (٢٨٤/٩) ، وسعيد بن منصور في مسنده (٧٠/١) باب العمة والخالة ، والطحاوي في شرح معاني الآثار بنحوه باب ميراث ذوي الأحارم (٣٩٦/٤) .

(٥) الولاء : المحبة والصداقة ، القرابة ، النصرة ، وهو : ميراث يستحقه الشخص بسبب عتق شخص . انظر : المنجد في اللغة والأعلام ص ٩١٩ .

(٦) انظر : الهداية (١٠١/٢) .

(٧) انظر : المبسوط (١٨/٣٠ ، ١٩) ، مجمع الأنهر (٧٦٨/٢) .

فكذلك الأنثى كالأخ والأخت [١] .

١٨٨١٠ - ولأن العمة تدلى بالجد كالعم [٢] ولأنها قرابة] [٣] يتعلق بها تحريم المناكحة فتعلق بها الإرث كبنات الابن ولأن الخالة تستحق الحضانة كالأم [٤] .

١٨٨١١ - ولأن كل رحم يحجب به الشخص استحق به [٥] الإرث بحال كالأخوة لما حجبوا الأم أسهموا بالإخوة الإرث .

١٨٨١٢ - ومعلوم بأن العم للأب والأم يحجب العم برحم الأم [٦] فيجب أن يرث العم من الأم بحال [أولى ولذلك] [٧] لم يحجب غيره بهذا الرحم .

١٨٨١٣ - ولأن القرابة لها رحم وإسلام بيت المال له إسلام ومن يدلي بسببين يقدم[٨] على من يدلي بسبب واحد إلا أن تضايق الفريضة عن السهام كالأخ للأب والأم والأخ للأب [٩] .

١٨٨١٤ - ولا يقال : بأن بنت المولى لها بسببين الإسلام وانتسابها إلى المولى أولى وبيت المال مقدم عليهما [١٠] ولأن الولاء بسبب لا يورث به إلا بالتعصيب فمن لا تعصيب له لم يوجد له سبب غير الإسلام [١١] وأما النسب فيستحق به الإرث

---

(١) انظر : المبسوط (١٥١/٣٠) ، مجمع الأنهر (٧٥/١) .

(٢) قال السرخسي : « والعم كالعمة فلهذا كان المال بينهما أثلاثًا » . انظر : المبسوط (٢٠/٣٠) .

(٣) ما بين المعكوفتين مكرر في هامش (ص) .

(٤) والخالة كالأم لقوله : « الخالة والدة » وروي عن البراء بن عازب في حديث طويل عن النبي ﷺ الخالة بمنزلة الأم » . انظر : البناية على الهداية (٤٧٤/٥) ، اللباب (١٠٢/٣) .

(٥) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) انظر : المبسوط (١٧٤/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) ، مجمع الأنهر (٧٤٩/٢) .

(٧) (م) ، (ن) ، (ع) : [أولا ذلك] .

(٨) في (م) : [لا يقدم] .

(٩) أي أن من يدلي بسببين يقدم على من يدلي بسبب واحد ، فذو الأبوين من العصبات ذكرًا كان أو أنثى مقدم في الميراث على ذي الأب فقط . انظر : مجمع الأنهر (٧٥٤/٢) .

(١٠) انظر : مجمع الأنهر (٧٤٧/٢) .

(١١) قال الزيلعي في التبيين : « إن الولاء يستحق الميراث بالتعصيب فقال : « ثم المعتق » لقوله ﷺ » الولاء لحمة كلحمة النسب » وهو آخر العصبات لقوله عليه الصلاة والسلام للذي أعتق : « هو عبدك وأخوك ومولاك إن شكرت فخير له وشرلك ، وإن كفرت فشر له وخير لك ، وإن مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته » . انظر : مجمع الأنهر (٧٤٧/٢) .

بالتعصيب وتارة برحم ليس بتعصيب فكذلك قدم ذوي الرحم على بيت المال (١) .

١٨٨١٥ - احتجوا (٢) : بما روى أبو إمامه الباهلي (٣) أن النبي ﷺ قال : « إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » (٤) .

١٨٨١٦ - قالوا : فلما لم يذكر الله قرابة المواريث العمة والخالة دل أنه لا حق لهما (٥) .

١٨٨١٧ - الجواب : أن قوله تعالى : « إن الله تعالى (٦) أعطى كل ذي حق حقه المراد به القرابة وقد ذكر ذا (٧) الرحم في القرآن بقوله تعالى : ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾ (٨) وبقوله ﴿ وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَٰلِىَ مِمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ ﴾ (٩) .

١٨٨١٨ - ولا يجوز أن يكون المراد به قرابة المواريث (١٠) لأن المولى لم يعطيها (١١) حقًّا وإن كان من أهل الحرب والجدة لم يذكرها وإن كانت من أهل الإرث ، كذلك بنات الابن فعلم أن هذا لم يقصد به نفي الاستحقاق عمن لم يذكر في الآية وإنما المراد

---

(١) قال في مجمع الأنهر : « ويستحق الإرث بنسب ونكاح وولاء ، ويبدأ بأصحاب الفروض ، ثم يبدأ بالعصبات النسبية فإن العصوبة النسبية أقوى من السببية ، ثم يبدأ بالعتق ، ثم الرد ، ثم ذوي الأرحام ، ثم بعدها مولى المولاة ، ثم المقر له بنسب ، ثم الوصي له بأكثر من الثلث ، ثم بيت المال » . انظر : مجمع الأنهر (٧٤٧/٢) ، المبسوط (١٣٨/٢٩) معين الحكام ص ٤٢٤ .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (١٤٤/١٠) ، المجموع للنووي (٥٦/١٦) ، مغني المحتاج (٦/٣) .

(٣) صدى بن عجلان أبو أمامة الباهلي . صاحب رسول الله ﷺ روى عنه كثيرًا ، وبايع تحت الشجرة وروى له كرامات باهرة جذع هو منها . روى عن : عمر ، ومعاذ ، وأبي عبيدة وغيرهم . روى عنه : خالد بن معدان ، وسليم بن عامر ، ورجاء بن حيوة وغيرهم . توفي : سنة ست وثمانين بالشام . انظر : أسد الغابة (١٦/٣) ، الجرح والتعديل (٤٥٤/٤) ، التاريخ الكبير (٣٢٦/٤) ، مرآة الجنان (١٧٧/١) ، العبر للذهبي (٧٤/١) .

(٤) رواه أبو داود في سننه (٨٢٤/٣) باب في تضمين العارية ، باب ما جاء في الوصية للوارث ، والترمذي في سننه (٣٧٧/٤) باب ما جاء لا وصية لوارث ، والنسائي في سننه من طريق عمرو بن خارجة (٢٤٧/٦) باب إبطال الوصية للوارث ، والنسائي في السنن الكبرى (١٠٧/٦) ، وابن ماجه في سننه (٩٠٥/٢) ، باب لا وصية لوارث ، والدارقطني في سننه (٤١/٣ ، ٧٠/٤) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٤٩/١١) باب ما جاء في الوصية للوارث ، والبغوي في شرح السنة (٣٣٢/٨) ، وأحمد في مسنده (٢٣٨/٤) .

(٥) انظر : مغني المحتاج (٦/٣) .

(٦ ، ٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) سورة الأحزاب : الآية ٦ . انظر : المبسوط (١٧٦/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٤٢/٦) .

(٩) سورة النساء : الآية ٣٤ .

(١٠) انظر : المبسوط (٤٣/٣٠) ، والمراد من ذلك بيان النصيب على سبيل الاستحقاق إرثا على سبيل البر والمعونة ابتداء .

(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يعط فيهما] .

من حصل له حق في الشرع [١] .

١٨٨١٩ - قالوا : روى مسعدة بن اليسع [٢] عن محمد بن عمرو [٣] عن أبي سلمة [٤] عن أبي هريرة أن النبي ﷺ سئل عن ميراث العمة والخالة فقال : لا أدري حتى يأتيني جبريل ثم قال : أين السائل عن العمة والخالة ؟ فقال الرجل : نعم ، فقال ﷺ / نبأني جبريل أن لا شيء لهما [٥] . ٢١٢/أ

١٨٨٢٠ - قلنا : احتجاج مخالفنا بهذا الخبر يدل على ترك مراعاة أصوله ؛ لأن هذا الخبر روته الأئمة مرسلًا [٦] عن زيد بن أسلم [٧] ومنهم من رواه عن عطاء بن يسار [٨] .

(١) قال السرخسي : « وأولاد الابن يقومون مقام أولاد الصلب عند عدم أولاد الصلب في جميع ما ذكرنا لقوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾ واسم الأولاد يتناول أولاد الابن مجازًا . قال اللَّه تعالى : ﴿ يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ ﴾ وعند نزول الآية لم يكن أحدٌ بقي من صلب آدم عليه السلام . انظر : المبسوط (١٤١/٢٩) .

(٢) هو : مسعدة بن اليسع وذكروا أن اسمه عبد اللَّه . من أصحاب النبي ، وصاحب الجيوش ؛ لأنه كان أميرًا عليها ، وبعثه يزيد بن معاوية علىجند دمشق يوم وبقى إلى أن بايع مروان بالخلافة بالجابية . انظر : الإصابة (٤٩٥/٣) ط دار الفكر العربي - بيروت - لبنان ، أسد الغابة (٣٨٤/٣) .

(٣) هو : محمد بن عمرو بن سلمة المخزومي . روى عن أبيه ، انظر : وروى عنه مسعدة بن اليسع وغيره وثّقه ابن حبان . مات عام (٦٧) . انظر : تهذيب التهذيب (٢٦٤/٩) ، الثقات (٣٥٧/٥) .

(٤) هو : أبو سلمة بن عبد الأسد بن هلال بن عبد اللَّه بن عمر بن مخزوم بن يقظة بن مرة بن كعب أخو رسول اللَّه ﷺ من الرضاع ، وابن عمته برة بنت عبد المطلب ، وأحد السابقين الأولين ، هاجر إلى الحبشة ثم هاجر إلى المدينة وشهد بدرًا ومات بعدها بأشهر ولما انقضت عدة زوجته أم سلمة تزوج بها النبي ﷺ . روى عن : النبي ﷺ ، وروت عنه زوجته أم سلمة توفي سنة ثلاث من الهجرة . انظر : سير أعلام النبلاء (١٥٠/١) ، تهذيب التهذيب (١١٥/١٢) ، أسد الغابة (١٥٢/٦) ، تقريب التهذيب ص ٣١٠ .

(٥) رواه الدارقطني في سننه (٨٠/٤) ، والبيقهي في السنن الكبرى (٢١٢/٦ ، ٢١٣) ، والحاكم في المستدرك (٣٤٢/٤ ، ٣٤٣) ، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٣/١١) باب في الخالة والعمة من كان يورثهما من طريق عمرو بن شريك .

(٦) رواه أبو داود في المراسيل . انظر : تلخيص الحبير (٩٤/٣) .

(٧) هو : زيد بن أسلم أبو عبد اللَّه العدوي المدني الفقيه . كان له حلقة للعلم في مسجد رسول اللَّه ﷺ قال البخاري كان علي بن الحسين يجلس إلى زيد بن أسلم فكلم في ذلك فقال : إنما يجلس الرجل إلى من ينفعه في دينه . روى عن : والده أسلم مولى عمر ، وعبد اللَّه بن عمر ، وجابر بن عبد اللَّه ، وأنس بن مالك وغيرهم . وروى عنه : مالك بن أنس ، وسفيان الثوري ، والخزاعى ، وسفيان بن عيينه وغيرهم . توفي سنة : ثلاثين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٣١٦/٥) ، تهذيب سير أعلام النبلاء (٤٩٣/١) ، تهذيب التهذيب (٣٩٦/٣) . تقريب التهذيب ص ٢٢٢ .

(٨) هو : عطاء بن يسار وكنيته أبو محمد المدني . كان فقيهًا واعظًا وهو أخو الفقيه سليمان ، وعبد اللَّه ، وعبد =

١٨٨٢١ – وقد رواه الشافعي مرسلًا [(١)] ثم قد رواه الدارقطني عن مسعدة بن اليسع الباهلي عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة ، قال الدارقطني لم يسنده غير مسعدة وهو ضعيف والصواب مرسل [(٢)] وقال في موضع آخر من كتابه أسنده مسعدة ووهم فيه ولم يبين ذلك مسعدة وهو من وضاع الحديث روى نسخًا موضوعًا وكان الأولى لمخالفنا أن ينقل هذا الطعن إذا نقل الحديث عن الدارقطني [(٣)] فلا يستحل الإدلال به .

١٨٨٢٢ – قالوا [(٤)] : روى الشافعي مرسلًا أن النبي ﷺ كان يأتي قباء على حمار وحماره يستحر فسألنا عن العمة والخالة فأنزل اللّٰه تعالى أن لا ميراث لهما [(٥)] .

١٨٨٢٣ – ورواه أصحابنا عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار وعن ابن عمرعن النبي ﷺ وهذا ليس له أصل صحيح ولا فاسد ولا يحل ذكره إلا على إرساله فإما أن يخلو عن كتاب أو رواية فلا .

١٨٨٢٤ – فإن قيل : فما تقولون عن هذه الأخبار على أصولكم بقول المراسيل ؟ .

١٨٨٢٥ – قلنا : هذا قبل نزول الآية في التوارث بالرحم ثم نزلت الآية فأفادت الميراث وبين رسول اللّٰه ﷺ ذلك في الخال ، وبيانه في الخال بيان في الخالة فيصير المثبت أولى من النافي ويحتمل لا شيء من العصبات وذوي السهام أولى بتركهما سهم مقدر وتعصيب .

١٨٨٢٦ – قالوا : كل أنثى ساوت أخاها في القرابة إذا لم تشارك في الإرث لم تكن وارثة كبنت المولى ، وعكسه البنت والأخت .

١٨٨٢٧ – قلنا : ولد المعتق يرثون بتعصيب المعتق لا بقرابته بدلالة أن المعتق إذا خلف ابنين فمات أحدهما وترك ابنًا وترك الآخر خمس بنين ورثوا المعتق لا بتعصيب

= الملك . روى عن : زيد بن ثابت ، وأبو أيوب ، وعائشة ، وأسامة بن زيد وغيرهم . روى عنه : زيد بن أسلم ، وعمرو ابن دينار ، وصفوان بن سليم وغيرهم . توفي : سنة ثلاث ومائة . انظر : طبقات ابن سعد (١٧٣/٥) ، تذكرة الحفاظ (٩٠/١) ، العبر للذهبي (٩٤/١) ، طبقات الحفاظ ص ٣٤ ، شذرات الذهب (١٢٥/١) .

(١) انظر : الأم (٢٨٧/٦) ، المسند ٢٢٥ .

(٢) انظر : سنن الدارقطني (٨٠/٤ ، ٨٢) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ ، الحاوي الكبير (١٤٥/١٠) ، المجموع (٥٦/١٦) .

(٤) قباء : اسم المكان الذي نزل فيه النبي ﷺ والذي أسس فيه أول مسجد في الإسلام . انظر : فتوح البلدان ص ٨ .

(٥) رواه الحاكم من طريق أبي سعيد الخدري (٢٤٣/٤) .

لهما فلم تشارك أخاها ولم تستحق بانفرادها فأما أقارب الميت فيستحقون بالرحم إذا اجتمعت الأنثى مع الذكر في الدرجة وتساويا في القوة وتشاركا كالبنت والابن لأن الابن عصبة والبنت ذات سهم ولكل واحد في الأمرين ضرب من القوة ليس للآخر .

١٨٨٢٨ - ألا ترى أن ذوو السهام إذا استغرقوا الفريضة اسقطوا العصبات وللعصبة ضرب من القوة ليس لذوي السهام لأنه إذا انفرد استحق كل المال بجهة واحدة فلما استوى الابن والبنت في الدرجة ولكل واحد ميزة ليست لصاحبه اشتركا ، وأما العم والعمة فاجتمعا في الدرجة وللعم ميزة التعصيب وليس للعمة تعصيب ولا سهم فلم يساوه فاستحق الإرث فيها [١] فإذا عدم لم يوجد من يتقدم عليها فاستحقت وصارت كالأخ للأب مع الأب والأم ولما تأكد [٢] استحقاقه انفرد بالإرث دونها فإذا عدم استحقت الإرث [٣] .

١٨٨٢٩ - قالوا : من لا يرث مع عصبة أبعد من لا يرث بقرابته بحال كابنة المولى والمملوك والكافر من المسلم وعكسه الأولاد والإخوة [٤] .

١٨٨٣٠ - قلنا : تقديم البعيد على القريب لقوته لا يوجب إخراج القريب من الإرث كما أن استحقاق القريب مع البعيد لا يوجب سقوط حق القريب ألا ترى أن ابن العم وإن بعد يرث مع البنت مع قربها ولم يجز أن يستدرك بمشاركته على إسقاط حقها لأنها ترث بالسهم وترث بالتعصيب [٥] .

---

(١) قال السرخسي : « إذا ترك عمًّا وعمة فأما أن يكون لأب وأم أو لأب أو لأم فإذا كانا لأب وأم أو لأب فالمال كله للعم لأنه عصبة ولا ميراث لأحد من ذوي الأرحام مع العصبة . انظر : المبسوط (١٩/٣٠) ، تبيين الحقائق (٢٣٥/٦) . مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) .

(٢) في (م) : [كرت] .

(٣) أي أن العمة تستحق الإرث عند عدم وجود العم قال السرخسي : « وجه قول علمائنا رحمهم الله : إن الأصل أن الأنثى متى أقيمت مقام ذكر فإنها تقوم مقام ذكر في درجتها ولا تقوم مقام ذكر هو أبعد منها بدرجة أو أقرب والذكر الذي في درجة العمة العم وهو وارث فتجعل العمة بمنزلة العم . انظر : المبسوط (١٩/٣٠) ، ابن الحكام ص ٤٣١ ، المغني لابن قدامة (٨٦/٧) ، الشرح الكبير (١٠٤/٦) شرح منتهى الإرادات (٦٠٩/٢) .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ ، المجموع (٥٦/١٦) .

(٥) أي أن ميراث العصبة البعيد لا يؤدى إلى سقوط حق القريب باعتباره صاحب فرض قال في التبيين : « ومع البنت لأقرب الذكور الباقي » والمقصود أنه إذا كان مع الميت لصلبه أولاد الابن أو أولاد ابن الابن وإن سفل أو المجموع كان الباقي بعد صاحب فرض البنت الصلبية لأقرب الذكور . انظر : تبيين الحقائق (٢٣٤/٦) . نقول : وأقرب الذكور إلى البنت ابن العم حيث لم يوجد أحد من العصبات فوقه فترث البنت سهمها المقدر لها ويرث ابن العم الباقي لكونه عصبة .

١٨٨٣١ - ولا تعصيب لها بنفسها من بعد من القرابة إذا كان له سهم أو تعصيب يقدم على ذي الرحم القريب ؛ لأنه لا سهم له ولا تعصيب فإذا انفرد تركه [١] يبين ذلك أن قوة النسب تقدم على القرب أن جد الأب أولى من العم بالميراث وإن كان العم أقرب لقوة نسب الجد ثم لم يخرج العم من الاستحقاق عند عدم الجد [٢] ، كذلك قوة سبب العصبة وذوي السهم أوجب تقديمه على ذي الرحم وإن قرب .

١٨٨٣٢ - ولا يدل ذلك على أنه لا يستحق عند الانفراد وأصلهم المملوك والكافر والمعنى فيه أن هناك معاني مؤثرة في الإرث [٣] .

١٨٨٣٣ - والخلاف في كون النسب فيما يستحق به الإرث في الجملة فقياسه على المعاني العارضة لا يصح .

١٨٨٣٤ - قالوا : قرابة مورث بقرابة تقدم على المولى فلما قدم المولى على ذي الرحم على أنه لا يرث وربما [٤] . قالوا : النبي ﷺ أجرى الولاء مجرى النسب فلا يتقدمه الفرع على أصله [٥] .

١٨٨٣٥ - قلنا : المولى له تعصيب وذوو الرحم ليس لهم ولاء [٦] تعصيب وقد بينا أن المستحق بالسهم والتعصيب يقدم في الإرث .

١٨٨٣٦ - فأما قولهم : أن الولاء فرع النسب .

١٨٨٣٧ - قالوا : لا تعصيب فهو فرع للنسب الذي هو التعصيب فلذلك تقدم عليه جميع العصبات وليس بفرع للنسب الذي هو الرحم فلذلك جاز أن يتقدم عليه .

١٨٨٣٨ - قالوا : الحجب [٧] أوسع من الإرث ، لأنه قد يحجب من لا يرث ولا يرث إلا من يحجب قد أثبت لذوي الأرحام الحجب مع سعة أمره فالإرث أولى [٨] .

---

(١) قال السرخسي : « إن من كان منهم ولد عصبة أو صاحب فرض فإنه يقدم على من ليس بعصبة ولا صاحب فرض » . انظر : المبسوط (٥/٣٠) .

(٢) قال السرخسي فأقرب العصبات الابن ثم الابن وإن سفل ثم الأب ثم الجد أب الأب وإن علا ثم الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ ثم العم لأب وأم ثم العم لأب إلى آخر العصبات . المبسوط (١٧٤/٢٩ ، ١٧٥) .

(٣) انظر : المبسوط (١٣٨/٢٩) .

(٤) هكذا في جميع النسخ والملاحظ أن المصنف ترك الرد على استدلال الشافعية ولعله لوجاهته .

(٥) انظر : النكت ورقة ١٨٤٥ .

(٦) في (م) : [ولا] .

(٧) سبقت ترجمته .

(٨) الحاوي (١٤٦/١٠) .

١٨٨٣٩ - قلنا : فالزوج والزوجة لا يحجبون غيرهم وإن كانوا من أهل الإرث (١) على أنا جعلنا الحجب دليل لنا وبينا أن العم للأب والأم يحجب العم للأب برحم أمه فدل على أن العم لا يرث لولا ذلك ثم يحجب (٢) .

١٨٨٤٠ - قالوا : الخطأ في كيفية توريث ذوي الأرحام دليل على الخطأ في التوريث لأن الخطأ فيما يفرع (٣) على الشيء دليل على بطلانه .

١٨٨٤١ - قالوا : فلما قلتم أن ولد البنت وولد الأخت يقتسمون للذكر مثل حظ الانثيين فجعلتموهم عصبات وكذلك الخال والخالة ، وقلتم في أب الأم أنه أولى من ولد البنت فجعلتموهم عصبات لا تعصيب لهم ؛ لأنهم يدلون بمن لا تعصيب له فكيف يرث بالتعصيب من يدلي بمن لا تعصيب له (٤) .

١٨٨٤٢ - ثم قلتم : في ابن أخت لأم [وبنت أخت لأم] (٥) المال بينهما بالسويَّة ولا فرق بين أولاد البنات وأولاد الأخوة للأم (٦) ثم قلتم أن للعم ما للأب فللخالة ما للأم ؛ لأنهما يدليان بالأبوين (٧) وهذا يبطل بالجدة .

١٨٨٤٣ - لأن أم الأب تدلي بالأب ولم تستحق سهم الأب .

١٨٨٤٤ - قالوا : ثم قلتم في عمة الأم وخالها وخالة الأب وعمته أن ثلث الأم بين عمتها وخالتها أثلاثًا والعمة تدلي (٨) [بأبي الأم] (٩) وليس بوارث فما وجد الثلثين لها

---

(١) المغني لابن قدامة (٩٣/٧) ، الشرح الكبير (١٢٧/٧) .

(٢) قال صاحب مغني المحتاج : الأب ، والابن والزوج فقط لأنهم لا يحجبون ومن بقي محجوب بالإجماع ثم قال : والبنت وبنت الابن والأم والأخت لأبوين والزوجة والباقي من النساء محجوب . انظر : مغني المحتاج (٥/٣ ، ٦) ، نهاية المحتاج (١٢/٥) . المبسوط (١٩/٣٠) ، مجمع الأنهر (٧٦٨/٢) .

(٣) في (ن) : [تفرع] .

(٤) قال الماوردي في الحاوي : « قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ لا ترث العمة والخالة وبنت الأخ وبنت العم والجدة أم أب الأم والخال وابن الأخ للأم والعم أخو الأب للأم والجد أبو الأم وولد البنت وولد الأخت ومن هو أبعد منهم انظر : الحاوي الكبير (١٤٣/١٠) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) قال الرملي في نهاية المحتاج » والأصح في مذهب أهل التنزيل وهو أن ينزل كل فرع منزلة أصله الذي يدلي له إلى الميت فيجعل ولد البنت والأخت كأمهما وبنتا الأخ والعم كأبيهما والخال والخالة كالأم . انظر : نهاية المحتاج (١٠/٥) .

(٧) انظر : مغني المحتاج (٨/٣) ، المنتقى الباجي (٣٢٩/٦) .

(٨) في (م) : [تدل] .

(٩) في (م) : [باقي الأم] .

والخالة تدلي بأم الأم فهي وارثة فجعلتم من يدلي بغير وارث أقوى من الميراث فهذا [١] فاسد [٢] .

١٨٨٤٥ - والجواب : أن هذا الكلام ممن لا يتصف بعينه وهو منقول في فروع الجد بمذهب زيد فهلا قال إن اضطراب زيد في التفريع على مقاسمة الجد ورد أصوله في الأكدرية [٣] دلَّ على فساد قوله في مقاسمة الجد وقد كان بعض من يتكلم في الفرائض عملًا في زماننا يسلك هذه الطريقة في الاستدلال إلا أنه لم يناقض ؛ لأنه قال في الجد . بقولنا لاضطراب فروعه فأما من ينصر الشافعي على زعمه كيف يورد هذه الطريقة هي بعينها لازمة لصاحبها في الجد .

١٨٨٤٦ - وقد قال أصحابنا : إن الذي دعى القوم إلى إسقاط ميراث ذوي الأرحام مع ورود النص عجزهم عن ترتيب فروعها وصعوبتها فأسقطوا الأصل فكفوا مؤونة الباب فهذه طريقة لهم في أصول كثيرة .

١٨٨٤٧ - فأما قولهم كيف يورثون مواريث العصبات من لا يدلي بعصبة [٤] فليس بصحيح ؛ لأن الدلالة لما دلت على توريثهم وليس لهم سهم مقدر صار كالعصبات فورث الأقرب منهم فالأقرب [٥] فأما ولد الأخت للأم لكم فلهم أسوة من يدلون به فلما كان ولد الأم يستوي ذكرهم وأنثاهم كذلك أولادهم [٦] ، وأما العمة والخالة فتركوا القياس فيهما لقول عمر وعلي وعبد الله [٧] بن مسعود .

---

(١) في (م) : [هذا] .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٨/٣) .

(٣) لقبت هذه المسألة بالأكدرية لأنه تكدر فيها مذهب زيد فاضطر إلى ترك أصله ، وقيل : إن عبد الملك بن مروان ألقاها على فقيه كان يلقب بالأكدر فأخطأ فيها على قول زيد ، وقيل : لأن الميت الذي وقعت له هذه الحالة كان يلقب بالأكدر ومن مذهب زيد أن البنات مع الجد كغيرهن من أصحاب الفرض ومن مذهبه أنه يجوز تفضيل الأم على الجد . انظر : المبسوط (١٨٤/٢٩) ، المغني لابن قدامة (٧٥/٧ ، ٧٦) ، الشرح الكبير (١٣/٧ ، ١٤) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (١٩/٣ ، ٢٠) ، نهاية المحتاج (١٠/٥) .

(٥) قال الديلمي في التبين « وترتيبهم كترتيب العصبات » . انظر : تبيين الحقائق (١٤٢/٦ ، ١٤٣) ، المبسوط (٢٣/٣٠) ، معين الحكام ص ٤٢٩ ، مجمع الأنهر (٧٦٥/٢) انظر : المغني لابن قدامة (٨٨/٧) ، الشرح الكبير (١٠٥/٧) .

(٦) قال بن قدامة : « ومتى كان الأخوات أو الأخوة من ولد الأم فاتفق الجميع على التسوية بين ذكرهم وأنثاهم إلا الثوري » . انظر : المغني لابن قدامة (١٠١/٧) الشرح الكبير (١١١/٧) .

(٧) ساقطة من (ص) .

١٨٨٤٨ - قالوا جميعًا : للعمة الثلثان نصيب الأب وللخالة الثلث نصيب الأم [١] ، وأما أبو الأم فالصحيح من الروايتان ولد البنت أولى منه فأما عم الأم وخالها فيرثوا ميراثها على ترتيب العمة والخالة وقد حكمت الصحابة في ذلك لما ذكرنا [٢] .

١٨٨٤٩ - قالوا : الميت لا يخلو إما أن يكون له ابن عم ولا يرث ذوي الأرحام معه [٣] .

١٨٨٥٠ - قلنا : فكان يجب أن لا يستحق المسلمون ميراثه وإن جاز أن يستحق بيت المال ميراثه معه وهذا التقدير جاز أن يستحق ذوي الأرحام / ثم يجوز أن يخلو الميت من بني الأعمام . ٢١٢

١٨٨٥١ - ولأنه قد ينقطع نسبه من قبل أنسابه بأن يكون فيهم ابن ملاعنة ، وولد زنا [٤] فلم يصح هذا الذي قالوه [٥] .

* * *

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٦/٢٤٢) .

(٢) أي أن عند اختلاف جهة القرابة فلقرابة الأب ضعف قرابة الأم بمعنى إذا كان بعض ذوي الأرحام من جهة الأب وبعضهم من جهة الأم كان لمن من جهة الأب الثلثان ومن جهة الأم الثلث لما روينا من قضية عمرو بن مسعود ﷺ أن قرابة الأب أقوى فتكون لهم الثلثان والثلث لقرابة الأم . انظر : تبيين الحقائق (٦/٢٤٣) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٤) ابن الملاعنة وولد الزنا : لا نسب لها من قبل الأب فيكون ولاؤهما لمولى . انظر : الأم : اللباب (٤/١٩٨) .

(٥) انظر : المغني لابن قدامة (٦/١٢٩) .

مسألة ٩٤٥

الرد على أصحاب الفروض عدا الزوجين

١٨٨٥٢ - قال أصحابنا : إذا لم تستغرق [١] السهام [٢] ، الفريضة ولا عصبة للميت [٣] رد عليهم [٤] بقدر سهامهم إلا على الزوج والزوجة [٥] .

١٨٨٥٣ - وقال الشافعي : الفاضل عن السهام لبيت المال [٦] .

١٨٨٥٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ [٧] هذا يقتضي أن البنتين تستحقان جميع المال حين يكون سهم الابن وهذا

---

(١) في (م) : [يستغرق] .

(٢) السهام : جمع سهم ، وجمع أسهم وسهمة وسهمان ، النصيب ، الحظ يقال أصابه في القسمة سهمان ، أي نصيبان . انظر : المنجد في اللغة والإعلام ص ٣٦٠ .

(٣) العصبة : قوم الرجل الذين يتعصبون له انظر : المنجد في اللغة والإعلام ص ٥٠٨ .

(٤) الرد : لغة العود والرجوع والصرف . قال تعالى : ﴿ وَرَدَّ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بِغَيْظِهِمْ ﴾ أي أعادهم مقهورين ذليلين وقال أيضًا » فارتدا على آثارهما قصصا » أي رجعا وعادا . وفي الإصطلاح : الرد ضد العول بأن تزيد الفريضة على السهام ولا عصبة هناك تستحقه فيرد على ذوي السهام بقدر سهامهم إلا على الزوجين . انظر : المنجد في اللغة والإعلام ص ٢٥٤ ، الأسئلة والأجوبة الفقهية ص ٣٥٩ الاختيار ص ١٧٢ .

(٥) انظر : المبسوط (١٩٢/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٤٦/٦) ، مجمع الأنهر (٧٦٢/٢) ، الاختيار ص ١٧٢ ، الرائد في علم الفرائض ص ٩١ ، الأسئلة والأجوبة الفقهية ص ٣٦٠ ، الوجيز في الميراث ص ٦٤ . وقد أفتى متأخري الشافعية بالرد على أهل الفرض وهذا لا ينافي أن كثيرًا من المتقدمين أفتوا بذلك كما يستفاد من قول المصنف في الروضة إنه الأصح أو الصحيح عند محققي الأصحاب منهم ابن سراقة من كبار أصحابنا ومتقدميهم ثم صاحب الحاوي والقاضي حسين والمتولي وآخرون . انظر : نهاية المحتاج (٩/٥) ، المجموع للنووي (١١٣/٦) ، مغني المحتاج (٧/٣) وبه قال أحمد في رواية وهو ما عليه المذهب ، المقنع (٤٢٤/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٦/٧) ، الشرح الكبير (٧٥/٧) ، الفروع (١٧/٥) الروض المربع (٥٩٤/٢) ، كشاف القناع (٤٣٣/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٥٩٩/٢) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ ، المهذب ص ٣١ ط دار الفكر ، المجموع (١٣/١٦) ، مغني المحتاج (٧/٣) ، نهاية المحتاج (٩/٥) . وبه قال مالك : انظر : مواهب الجليل (٤١٤/٦) ، بلغة السالك (٥٨٨/٣) ، مواهب الجليل (٤١٤/٦) ، المنتقى (٤٢٤/٦) وهو رواية أخرى عن أحمد انظر : المقنع (٤٢٤/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٦/٧) ، الشرح الكبير (٧٥/٧) ، كشاف القناع (٤٣٣/٤) .

(٧) سورة النساء : الآية ١١ .

لا يكون إلا على قولنا [١] .

١٨٨٥٥ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ ﴾ [٢] .

١٨٨٥٦ - ويدل عليه ما رواه واثلة بن الأسقع [٣] قال : قال رسول الله ﷺ : « يجوز المرأة ثلث مواريث عتيقها ووليدها والولد الذي لوعنت به » [٤] فلا يستحق ميراث ابن الملاعنة إلا بالرد [٥] .

١٨٨٥٧ - [فإن قيل : إنما بين ﷺ ما يظن أنها لا تستحقه تبين الإرث بالولاء لأن النساء لا ترث به إلا من أعتقهن وبين ولد الملاعنة لابن لا يظن أنها لا ترثه كما يرثه الملاعن .

١٨٨٥٨ - قلنا : الميراث عبارة عن جميع ما تركه الميت فلما قال يجوز دل أنه قاض أراد استحقاقها] [٦]

١٨٨٥٩ - فإن قيل : ذكر في الخبر لقيطها

١٨٨٦٠ - قلنا : ظاهره يقتضي استحقاقها ميراثه لولا قيام الدليل .

١٨٨٦١ - ولأن البنت تنسب إلى الميت بالولادة فجاز أن تستحق جميع الميراث

---

(١) انظر : المبسوط (١٣٩/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٣٤/٦) .

(٢) سورة الأحزاب : الآية ٦ . انظر : المبسوط (١٩٤/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٤٧/٦) ، كشاف القناع (٤٣٣/٤) المغني لابن قدامة (٤٧/٧) ، الشرح الكبير (٧٦/٧) ، الأسئلة والأجوبة الفقهية ٣٦٠ .

(٣) هو : واثلة بن الأسقع بن كعب بن عامر ، وقيل : واثلة بن الأسقع بن عبد العزى بن عبد باليل بن ناشب الليثى من أصحاب الصفة ، كنيته أبو الخطاب وقيل أبو الأسقع أسلم سنة تسع ، وشهد غزوة تبوك ، وكان من فقراء المسلمين ﷺ وطال عمره وله مسجد بدمشق مشهور . روى عن : النبي ﷺ : وأبي هريرة ، وأبي مدثر الغنوي وغيرهم روى عنه ، أبو إدريس الخولاني ، ومكحول ، شداد أبو عمار وغيرهم توفي سنة ثلاث وثمانين وهو ابن مائة وخمسين سنة . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٨٣/٣) ، أسد الغابة (٣٢٨/٥) ، طبقات بن سعد (٤٠٧/٧) ، تهذيب التهذيب (١٠١/١١) .

(٤) رواه ابن ماجه في سننه (٢٣/٢) ، والدارقطني في سننه (٨٩/٤) عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي (٢٦٧/٨) ، باب ما جاء ما يرث النساء من الولاء وهذا حديث حسن غريب لا يعرف إلا من هذا الوجه من حديث محمد بن حرب ط دار أم القرى للطباعة وللنشر القاهرة .

(٥) انظر : المبسوط (١٩٥/٢٩) ، المغني لابن قدامة (٤٧/٧) ، الشرح الكبير (٧٦/٧) ، المقنع (٤٢٤/٢) الأسئلة والأجوبة الفقهية ص ٣٦٠ ، التحقيقات المرضية ص ٢٥٠ .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

بالقرابة كالابن [١] .

١٨٨٦٢ - ولأن البنت [٢] والأخت تارة تكون [٣] عصبة وتارة تكون ذات سهم فجاز أن تستحق بقرابتها جميع المال كالأب والابن [٤] ، ولأن القرابة لها رحم وإسلام وبيت المال له إسلام من غير رحم ، ومتى اجتمع سببان يورث بهما واتسعت الفريضة لم تقدم عليه صاحب سبب واحد كالأخ للأب والأم والأخت للأب [٥] .

١٨٨٦٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ [٦] فمن قال يستحق الجميع فقد زاد في الحكم ولأنه أثبت لها النصف إذا انفردت كما أثبت [٧] لأختها جميع المال [٨] .

١٨٨٦٤ - قلنا : بين اللّه تعالى ما تستحقه بكونها أختًا وهي لا تستحق بالأخوة أكثر من النصف وإنما تستحق الزيادة بالقرابة وذلك معنى غير الأخوة [٩] .

١٨٨٦٥ - ألا ترى أن القرابة تتنوع فتارة تكون بنوة [١٠] وتارة تكون أبوة وتارة أخوة والقرابة في الكل معنى واحد فدل أن القرب معنى يعم ثم يخصص جهات فهي تستحق بجهة القرابة النصف وبأصل القرابة ما بقي إذا لم يكن من هو أولى منها .

١٨٨٦٦ - فإن قيل : ظاهر الآية يقتضي [١١] أنها جواب السؤال لأنه قال : ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ ﴾ [١٢] وكيف يجوز عند السؤال أن يترك بعض

---

(١) انظر : المبسوط (١٩٤/٢٩ ، ١٩٨) ، معين الحكام ص ٤٢٨ ، تبيين الحقائق (٢٤٧/٦) .

(٢) في (م) : المثبت .
(٣) في (م) : يكون .

(٤) ساقطة من (ص) قال السرخسي « وستة يتردد حالهم بين الفريضة والعصوبة وهم الأب والجد ، والبنت ، وبنت الابن ، والأخت لأب وأم ، والأخت لأب » . انظر : المبسوط (١٧٤/٢٩) .

(٥) قال السرخسي « والأقارب ساووا المسلمين في الإسلام وترجحوا بالقرابة » . انظر : المبسوط (١٩٥/٢٩) .

(٦) سورة النساء : الآية ١٧٦ .
(٧) في (م) : [أنبت] .

(٨) المجموع (١١٤/١٦) يجاب عن ذلك بما ذكره ابن قدامة : « أن استدلالهم بقوله تعالى ﴿ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ لا ينبغي أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر كقوله تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ﴾ لا ينبغي أن يكون للأب السدس وما فضل عن البنت بجهة التعصيب . انظر : المغني لابن قدامة (٤٧/٧) ، الشرح الكبير (٧٧/٧) .

(٩) قال السرخسي : « أما الرد على الواحدة فصورته فيما إذا مات وترك ابنة ولا عصبة له فالنصف لها بالفريضة والباقي رد عليها » انظر : المبسوط (١٩٦/٢٩) ، المغني لابن قدامة (٤٧/٧) ، الشرح الكبير (٧٧/٧) .

(١٠) في (ن) : [سوه] .

(١١) انظر : المغني لابن قدامة (٧٤/٧) ، الشرح الكبير (٧٧/٧) .

(١٢) سورة النساء : الآية ١٧٦ . الكلالة : ما خلا الوالد والولد . وفي الشرع : هو عبارة عما خلا عن الولد =

بيان الحكم [١] .

١٨٨٦٧ - قالوا : روى سعد بن سهل الساعدي [٢] قال : لاعن رسول الله ﷺ بين الرجل وزوجته وكانت حاملًا فأنكر حملها وكان يدعي وجوب السنة أن يرثها ويرث ما فرض الله لها [٣] .

١٨٨٦٨ - قالوا : والذى فرض الله لها الثلث والسدس .

١٨٨٦٩ - قلنا : الصحابة إذا قالت السنة احتمل سنة النبي ﷺ واحتمل سنة [ ] [٤] بعض الأئمة وخبر واثلة بيان استحقاقها لميراثه في قول رسول الله ﷺ فكان أولى .

١٨٨٧٠ - ولأنه قال : ترث منه ما فرض الله تعالى لها وقد فرض لها بكونها أمًّا الثلث وجعل لها الباقي [يرحمهما عندنا كل ذلك فرض الله تعالى وحكمه] .

١٨٨٧١ - قالوا : روي أنه ﷺ قال : إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث [٥] .

١٨٨٧٢ - قلنا : أعطاهم السهام المقدرة بالآية وأعطاهم بقية المال بالرحم] [٦] بقوله تعالى : ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ ﴾ [٧]

١٨٨٧٣ - قالوا : ذو سهم لا تعصيب له فوجب ألا يزاد على فرضه كالزوج والزوجة [٨] .

١٨٨٧٤ - قلنا : الزوج ليس له جهة يستحق بها إلا الزوجية فلا [٩] يستحق بها بقية

= والوالد . انظر : أنيس الفقهاء ص٣٠٣ ، المبسوط (١٥١/٢٩) .

(١) انظر : المجموع للنووي (١١٤/١٦) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (ص) رواه البخاري في صحيحه من طريق نافع عن ابن عمر (٢٠٣٦/٥) باب يلحق الولد بالملاعنة ورواه مسلم في صحيحه (١١٣٢/٢ ، ١١٣٣) كتاب اللعان .

(٤) بياض في (ص) .

(٥) رواه أبو داود في سننه من حديث أبي أمامة (٢٩٠/٣) باب في تضمين العارية باب ما جاء في الوصية للوارث ، وابن ماجه في سننه بنحوه (٩٠٥/٢) ، الترمذي في سننه (٣٧٧/٤) ، والسنن الكبرى (٢١٢/٦) انظر : المبسوط (١٩٤/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٤٧/٦) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) سورة الأحزاب : الآية ٦ .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ ، المجموع للنووي (١١٤/١٦) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

المال ، وأما البنت فلها البنوة والرحم فإذا استحقت بكونها بنت نصفا جاز أن تستحق الباقي برحمهما عندنا (١) كما أن الأب مع البنت يستحق الفرض بالأبوة والباقي بالتعصيب (٢) كما يستحق الزوج إذا كان ابن عم أو مولى بقية المال بالتعصيب كذلك هاهنا .

١٨٨٧٥ - قلنا : [إنما لا يجوز] (٣) ترك الجواب عند السؤال إذا كان لا طريق إلى معرفة الحكم إلا ببيانه فأمَّا إذا كان للحكم طريق آخر فلا يمتنع أن لا يبين ويكله إلى الاجتهاد وإلى دليل العقل (٤) .

١٨٨٧٦ - ألا ترى أن عمر لما سأل النبي ﷺ عن الكلالة قال : يكفيك آية الصيف (٥) فلما لم يبين له مع السؤال ووكله إلى الاجتهاد (٦) .

١٨٨٧٧ - فإن قيل : الأب يستحق السدس بالولاء (٧) وهذا معنى غير الأبوة كالأم والجدة ويستحق الباقي بالأبوة والبنت ليس لها إلا معنى واحد (٨)

١٨٨٧٨ - قلنا : لا فرق بينهما لأن العم معنى شائع يتنوع بالبنوة والأخوة وهو موجود في جميعهم فلو كان الرحم هو الأبوة استحال أن يكون هو الأخوة وإذا كان معنى غيرها استحق بنفسه المال واستحق (٩) بالبنوة المقدرة .

١٨٨٧٩ - قالوا : المسلمون يعقلون عنه والفاضل من ذوي السهام لهم كالوارث (١٠) .

١٨٨٨٠ - قلنا : الميراث غير معتبر بالعقل بدلالة أنه يعقل عنه القريب والبعيد ويرثه

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) قال السرخسي : « إن الرد يكون باعتبار الرحم ولهذا لا يرد على من لارحم له وهو الزوج والزوجة ثم قال : فكذلك أصحاب الفرائض فيما بقى يقدمون على بيت المال بالرحم » انظر : المبسوط (١٩٣/٢٩ ، ١٩٤) .

(٣) (م) ، (ن) ، (ع) : [إنما الأخوين] .

(٤) روي أن عمر لمَّا ألحَّ على رسول الله ﷺ في السؤال عنه وضع في صدره فقال : « أما يكفيك آية الصيف » وإنما أحاله على الآية ليجتهد في طلب معناها فينال ثواب المجتهدين . انظر : المبسوط (١٥١/٢٩) .

(٥) سبب تسميتها بذلك لأنها نزلت في الصيف انظر : المبسوط (١٥١/٢٩) .

(٦) انظر : المغني لابن قدامة (٤٧/٧) ، الشرح الكبير (٧٧/٧) ، كشاف القناع (٤٣٣/٤) .

(٧) الولاء : المحبة والصداقة ، القرب والقرابة والنصرة لملك ميراث يستحقه المرء بسبب عتق شخص في ملكه أو بسبب عقد الموالاة . انظر : المنجد في اللغة ص ٩١٩ .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ . (٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

القريب فيرثه الأب والابن فلا يدخلان في العقل عندهم [١] .

١٨٨٨١ - قالوا : [يَمُتُ إلى الميتِ] [٢] بنسب واحد فلا يرث من وجهين العصبات [٣] .

١٨٨٨٢ - قلنا : يبطل بالأب مع الابن .

١٨٨٨٣ - فإن قالوا : للأب رحم وتعصيب [٤] .

١٨٨٨٤ - قلنا : وللبنت رحم وولاء [٥] .

١٨٨٨٥ - قالوا : القرابة تقدم في الإرث على المولى فلما قدم المولى على الإرث دل على أنه لا يستحق الفاضل [٦] .

١٨٨٨٦ - قلنا : المولى عصبة والرد يستحق بمجرد الرحم والتعصيب والسهام مقدم على الرحم كما تقدم المولى على بيت المال وإن كان يستحق الإرث عندهم .

* * *

(١) قال المرغيناني : « وأما الأباء والأبناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل : لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى يتحقق عند الكثرة والأباء والآبناء لا يكثرون » انظر : الهداية (٢٢٦/٤) .

(٢) ما بين المعكوفتين في (م) : [مت أتى البت] .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وولاد] .

(٦) انظر : المجموع (١١٣/١٦ ، ١١٤) .

مسألة ٩٤٦

حكم من مات ولا وارث له

١٨٨٨٧ - قال أصحابنا : من مات ولا [١] وارث له وضع ماله في بيت المال لا على الإرث ولكن لأنه لم يوجد له مستحق لعينه [٢] .

١٨٨٨٨ - وقال الشافعي : يوضع على وجه الإرث [٣] .

١٨٨٨٩ - لنا [٤] : أن الميراث يملك بدلالة أن من لم يصح تملكه لم يرث كالعبد [٥] والملك لا يثبت لمعين .

١٨٨٩٠ - ولأنه لو كان إرثًا لم يستوفه القريب والبعيد ولم يستوفه الذكر والأنثى بكل حال كميراث العصبات .

١٨٨٩١ - ولأن من لا يعرف له وارث معين لا يوضع ماله في بيت المال إرثًا كالذمي [٦] ؛ لأن التوارث لا يكون مع اختلاف الدين .

١٨٨٩٢ - احتجوا : بما روى المقدام بن معديكرب [٧] أن النبي ﷺ قال : « من ترك كلا فعليَّ ومن ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه [٨] » .

---

(١) في (م) : [فلا] .

(٢) قال السرخسي في المبسوط : « ومال الميت الذي لا وارث له يصرف إلى بيت المال كالمسلم الذي لا وارث له إذا مات » . انظر : المبسوط (٣٣/٣٠) ، مجمع الأنهر (٧٤٨/٢) .

(٣) انظر : المهذب (٤٥٠/١) ، مغني المحتاج (٤/٣) ، الشرقاوي على التحرير (١٨٦/٢) ، الأنوار لأعمال الإبرار (٢/٢) .

(٤) والأسباب التي يحرم بها الميراث ثلاثة : [الرق واختلاف الدين ومباشرة القتل بغير حق] انظر : مجمع الأنهر (٧٤٨/٢) .

(٥) انظر : المبسوط (٣٣/٣٠) .

(٦) انظر : مغني المحتاج (٤/٣) .

(٧) هو : المقدام بن معد يكرب بن عمرو بن زيد ، صاحب رسول الله ﷺ وذكره ابن سعد في الطبقة الرابعة من أهل الشام ، روى عن النبي ﷺ وروى عنه : ابنه يحيى وابن ابنه صالح بن يحيى ويحيى بن جابر وغيرهم . انظر : تهذيب التهذيب (٢٨٧/١٠) ، سير أعلام النبلاء (٤٢٧/٣) ، أسد الغابة (٢٥٤/٥) الكاشف (١٥٢/٣) .

(٨) رواه أبو داود في سننه (٣٢٠/٣) باب ميراث ذوي الأرحام والترمذي في سننه (٣٦٧/٤) باب ما جاء في ميراث الخال والنسائي في السنن الكبرى (٥١٠/٨) ، وابن ماجه في سننه وهذا الحديث صححه ابن =

١٨٨٩٣ - قالوا : والنبي ﷺ لا يرث الأجانب فإنما أراد به يرثهم من بيت المال كذلك قوله [١] أعقل [٢] عنه معناه يعقل بيت المال وأضاف ذلك إلى نفسه ؛ لأنه يملك التصرف في بيت المال [٣] .

١٨٨٩٤ - والجواب : أن هذا الخبر قد طرقه الدارقطني وغيره فلا يذكر فيه الزيادة وقد اختلف في المقدام في الحال ففي بعض الأخبار فيعقل عنه وفي بعضها نقل غاية فدل على اختلاف الخبر [٤] .

١٨٨٩٥ - ولأنه متروك الظاهر ؛ لأن النبى ﷺ لا يرث بالإجماع فعندهم معتاد يرثه بيت المال وعندنا معناه يستحق أخذه كما يستحق أخذ الإرث .

١٨٨٩٦ - قالوا : في حمل العقل ورث كالعصبة [٥] .

١٨٨٩٧ - قلنا [٦] : العقل يتحمل بالنصرة والتوارث بالقرابة وهذا يستوي في العقل القريب والبعيد ويختص بالميراث من لا يعقل كالنساء والصبيان [٧] ويعقل عندنا من لا يرث وهم أهل الديوان فجرى اعتبار أحد الحكمين [٨] بالآخر ولأن العصبات لما ورثوا كان الميراث الأقرب فالأقرب [٩] ولما استوى في بيت المال القريب والبعيد علم أنه لا يوجد على وجه الإرث .

* * *

= حبان وحكى ابن أبي حاتم عن أبي زرعة أنه حديث حسن وأعله البيهقي بالاضطراب . انظر : تلخيص الحبير (٩٣/٣) ، تعليق المغني على الدارقطني (٨٦/٤) .

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) العقل جمع عقول والمقصود أن يعقل الدية انظر : المنجد في اللغة والأعلام ص ٥٢٠ .

(٣) مغني المحتاج (٤/٣ ، ٥) .

(٤) رواه الدارقطني في سننه (٨٦/٤) كما ورد في سنن أبي داود أعقل عنه وأرثه رواه أبو داود في سننه (١٢٣/٣) ط دار الريان .

(٥) انظر : النكت ورقة ١٨٤ .

(٦) حاشية رد المحتار (٦٤٢/٦) .

(٧) المبسوط (٢٥/٢٧) ، حاشية رد المحتار (٦٤٠/٦) ، البناية (٤٥٦/١٢) .

(٨) انظر : اللباب (١٩٣/٤) .

(٩) انظر : النكت ورقة ١٩٣ .

مسألة ٩٤٧

حكم إذا قتل الصبي وارثه

١٨٨٩٨ - قال أصحابنا : إذا قتل الصبي وارثه لا يحرم من الميراث ، وكذلك المجنون [١] .

١٨٨٩٩ - وقال الشافعي : لا يرثان [٢] .

١٨٩٠٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ ﴾ [٣] .

١٨٩٠١ - ولأن حرمان الإرث حكم يتعلق بقتل العمد فلا يتعلق بقتل الصبي كالمأثم والقود [٤] .

١٨٩٠٢ - ولأنه حكم يتعلق بالقتل على طريق الرد فلا يثبت في قتل الصبي والمجنون كالقصاص [٥] .

١٨٩٠٣ - ولأنه فعل من المجنون فلا يسقط حقه من الميراث كالإمساك ، ولأن حرمان الميراث يتعلق بالقتل على طريق العقوبة .

١٨٩٠٤ - الدليل : ما روى سيرين [٦] / عن عبيدة السلماني [٧] أنه قال : لا ميراث ٢/أ

(١) انظر : المبسوط (١٠٩/٢٧ ، ٤٨/٣٠) ، بدائع الصنائع (٢٣٤/٧) ، معين الحكام ص ٤٣٣ ، الاختيار ص ١٩٥ ، الوجيز في الميراث والوصية ص ٤٣ ، هذا هو الإسلام ص ٤٩ وذهب الإمام مالك إلى أن الصبي والمجنون إذا قتل مورثه عمدًا فإنه لا يرث وإن كان قتله خطأ يرث من مال المقتول ولا يرث من الدية . انظر : مواهب الجليل (٤٢٢/٦) ، بلغة السالك (٦٥٣/٣) ، وهو رواية عن أحمد انظر : المقنع (٤٦٠/٢) ، المغني (١٦٢/٧) ، الشرح الكبير (٢١٩/٦) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (١٥٤/١٠ ، ١٥٥) ، النكت ص ١٨٣ ، المهذب (٢٤/٢) ، المجموع (٦١/١٦) ، مغني المحتاج (٢٥/٣) ، نهاية المحتاج (٢٣/٥) . وبه قال أحمد في رواية له انظر : المقنع (٤٦١/٢) ، المغني (١٦٢/٧) ، الشرح الكبير (٢١٩/٧) .

(٣) سورة النساء : الآية ١١ .

(٤) انظر : المبسوط (٤٨/٣٠) .

(٥) انظر : المبسوط (٤٨/٣٠) ، بدائع الصنائع (٢٣٤/٧) ، الاختيار (١٩٥/٤) .

(٦) هو : محمد بن سيرين أبو بكر بن أبي عمرة البصري الأنصاري ، ثقة مأمونًا وفقيهًا كثير العلم ، روى عن أنس بن مالك وزيد بن ثابت وعائشة وغيرهم ، وروى عنه : الشعبي وابن عون ، ويونس ابن عبيد ، ومات سنة عشر ومائة . انظر : تهذيب التهذيب (٢١٤/٩) ، الكاشف (٤٦/٣) ، سير أعلام النبلاء (٦٣١/٢) .

(٧) هو : عبيدة بن عمرو السلماني بن ناجية بن مراد ، أسلم عام فتح مكة ، وكان ثبتًا في =

لقاتل بعد صاحب البقرة [(١)] ، وقد كان صاحب البقرة في بني إسرائيل قتل قتيله ثم ذهب وألقاه على باب قوم آخرين وطالب بدمه [(٢)] فحرم ميراثه فشرع ذلك من بعده فدل على أن ذلك عقوبة القاتل .

١٨٩٠٥ - لأن هذا حكم يثبت صيانة للنفوس فكان عقوبة كالقود ، ولأن ما يثبت على وجه التغليظ إذا تعلق بفعل هو معصية كان عقوبة كالحد [(٣)] ولا يقال لو كان عقوبة لم يتعلق بقتل الخطأ لأن الخطأ يجوز أن يتعلق به القود [(٤)] فلهذا قال اللّٰه تعالى : ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾ [(٥)] .

١٨٩٠٦ - ولأن الخاطئ يجوز أن يكون أظهر الخطأ وهو عامد فالحق بالعمد حسمًا لمادة القتل [(٦)] .

١٨٩٠٧ - فإن قيل : يجب أن يحل للخاطئ أخذ الميراث فيما بين اللّٰه تعالى وبينه [(٧)] .

١٨٩٠٨ - قلنا : إذا أسقطنا أرثه للتجويز لم يجز أن يأخذ ما حكم بأنه غير مستحق له فلزمه حكم السارق والغاصب وإذا ثبت أن حرمان الميراث عقوبة لم يثبت في حق الصبي والمجنون كسائر العقوبات [(٨)] .

١٨٩٠٩ - فإن قيل : لا يثبت في حق الصبي العقوبة البدنية ويجوز أن يثبت في حقه العقوبة المالية وهذا من عقوبات الأموال [(٩)]

= الحديث ، روي عن : علي ، وابن مسعود وغيرهم ، وروى عنه : النخعي ، والشعبي ، ومحمد بن سيرين وغيرهم . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٠/٤) ، التاريخ الكبير (٨٢/٦) ، تهذيب التهذيب (٨٤/٧) النجوم الزاهرة (١٨٩/١) .

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٢٠/٦) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٤٠٥/٩) ، وذكره الجصاص في أحكام القرآن (٣٦/١) .

(٢) في (ن) : [بدينة] .

(٣) في (ص) : [كالجد] .

(٤) انظر : المغني لابن قدامة (٣٥٧/٩) .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٨٦ .

(٦) انظر : المبسوط (٤٧/٣٠) .

(٧) انظر : الحاوي الكبير (١٥٥/١٠) .

(٨) أي لابد من اعتبار العقل والبلوغ ؛ لأن الجناية لا تتحق دونهما أي دون العقل والبلوغ ، وإنما خص المجنون والصبي لقوله ﷺ « رفع القلم عن ثلاث ، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل » والقطع جزاء الجناية فلا تثبت الجناية إلى المجنون والصبي والقطع عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة . انظر : البناية (٣٧٦/٦) ، شرح فتح القدير (١٢١/٥) .

(٩) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٣ .

١٨٩١٠ - قلنا : حقوق الأموال الواجبة على طريق العقوبة لا تلزم الصبي كالجزية [١] . احتجوا : بقوله ﷺ : « لا ميراث لقاتل ، وليس لقاتل شيء » [٢] .

١٨٩١١ - والجواب : أن هذا زجر عن القتل والزجر لا يتناول الصبي والمجنون فلهذا لا يتناول عموم قوله النفس بالنفس [٣] وقوله : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾ [٤] .

١٨٩١٢ - قالوا : قاتله فلا يرث كالعاقل البالغ [٥]

١٨٩١٣ - قلنا : البالغ العاقل يجوز أن يتعلق بفعل القصاص والمأثم عنه فلم يتعلق به حرمان من الميراث وفعل الصبي ينفى ارتفاع المأثم عنه فلم يتعلق به حرمان الميراث .

١٨٩١٤ - فإن قال قائل : متهم في استعجال الميراث كالبالغ [٦] ، وربما قالوا قتل [٧] مضمون [٨] .

١٨٩١٥ - قلنا : أما اعتبار التهمة استعجال [٩] الإرث والأحكام التي موجبها [١٠] التهمة عقوبات على ما يتهم به والصبي العاقل لا يعاقب على أفعاله التي تحققت منه فالأولى أن لا يعاقب على ما يتهم فيه [١١] ،

١٨٩١٦ - وقولهم : قتل مضمون لا يصح ؛ لأن أفعال الصبي يجوز أن توجب عليه الضمان ولا يجب أن تسقط حقوقه بفعله كما لو أعتق أو أقر بالعتق في مماليكه [١٢] أو أبرأ من دونه والمعنى في البالغ العاقل إن فعله إذا وقع على وجه العمد جاز أن يوجب القصاص ، وفعل الصبي إذا وقع عمدًا لم يجز أن يوجب القصاص فلم يوجب حرمان الميراث [١٣] .

---

(١) انظر : البناية (٦٧٢/٦) .

(٢) رواه أبو داود في سننه (١٨٨/٤) باب ديات الأعضاء ط دار الريان ، والدارمي في سننه (٤٧٩/٢) باب ميراث القاتل من طريق طاووس عن ابن عباس باب ميراث القاتل ، والدارقطني في سننه بنحوه (٩٥/٤ ، ٩٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٢٠/٦) من طريق عمرو بن شعيب وعبد الرزاق في مصنفه (٤٠٣/٩) باب ليس للقاتل ميراث . انظر : تلخيص الحبير (٩٨/٣) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٧٨ .

(٥) انظر : الحاوي الكبير (١٥٥/١٠) ، النكت للشيرازي ورقة ١٨٣ .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٣ .

(٧) في (م) : [قبل] .

(٨) انظر : النكت ورقة ١٨٣ .

(٩) في (م) : [استعمال] .

(١٠) في (ن) : [توجيها] .

(١١) انظر : الفتاوى الهندية (٤٤٤/٣) .

(١٢) انظر : بدائع الصنائع (٥٥/٤) ، شرح فتح القدير (٢٣٢/٤) ، المغني (٨٧/٥) .

(١٣) انظر : المبسوط (١٠٩/٢٧) ، بدائع الصنائع (٢٣٤/٧) .

مسألة ٩٤٨

القاتل بحق لا يحرم من الميراث

١٨٩١٧ – قال أصحابنا : القاتل بحق لا يحرم الميراث [١] .

١٨٩١٨ – واختلف أصحاب الشافعي على طريقتين فمنهم من قال : حرمان الميراث يتعلق بالقتل في جميع الأحوال [٢]

١٨٩١٩ – فقالوا : إذا قتله قصاصًا أو دفعًا عن نفسه لو قتل الإمام مورثه لأنه أقر بقصاص أو بزنا وهو محصن أو قتله في قطع الطريق لم يرثه هذا اختيار الأصطخري [٣] وقال المروزي [٤] كل قتل فيه تهمة لاستعجال الميراث يتعلق به حرمان الميراث [٥] .

١٨٩٢٠ – ولأن من لا يتهم قبل استعجال الميراث ورث منه مثل الحاكم إذا حكم بالردة أو بالإقرار بالزنا أو قتله في قطع الطريق [٦] فأما إذا قتله وليه فقتله لم يرث وكذلك إذا شهد عند الإمام شهود فقبل شهادتهم لم يرث لأنه متهم في التركة وكذلك إذا قتله دفاعًا عن نفسه أو قتله في الحرب وهو باغ [٧] .

---

(١) انظر : المبسوط (٤٨/٣٠) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، الأسئلة والأجوبة الفقهية صـ ٤٥٧ الوجيز في الميراث والوصية صـ ٤٣ ، وبه قال أصحاب الشافعي ومالك وأحمد . انظر : المهذب صـ ٢٤ ط دار الفكر ، المجموع (٦١/١٦) ، مغني المحتاج (٢٣/٣) مواهب الجليل (٤٢٢/٦) ، المغني لابن قدامة (١٦٢/٢٧) ، الشرح الكبير (٢١٩/٧) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٣ ، المهذب صـ ٢٤ ط دار الفكر ، المجموع (٦١/١٦) ، مغني المحتاج (٢٣/٣) ، نهاية المحتاج (٢٣/٥) .

(٣) هو : الحسن بن أحمد بن يزيد الأصطخرى ، روى عن ، سعد بن النصر ، وحنبل بن إسحاق وروى عنه الدارقطني ، وابن شاهين ، قال المروزى ، كان لا يفتي بحضرته إلا بإذنه ، انظر : الأنساب (/ ٢٨٦) ، تاريخ بغداد (٦٨/٧) ، النجوم الزاهرة (٢٦٧/٣) .

(٤) هو : إبراهيم بن أحمد المروزي أخذ الفقه عن ابن سريج وانتهت إليه رياسة العلم ببغداد قال العبادي : خرج من مجلسه إلى البلاد وخرج إلى مصر ومات بها شرح المختصر ، انظر : طبقات الشيرازي ١١٢، طبقات العبادي صـ ٦٨ طبقات الاسنوي (١٩٧/٢) .

(٥) انظر : المجموع (٦١/١٦) . (٦) انظر : النكت ورقة ١٨٣ .

(٧) قال في المجموع « ومنهم من قال : إن كان منهما كالمخطئ أو كان حاكمًا فقتله في الزنا بالبينة لم يرثه ؛ لأنه منهم في قتله لاستعجال الميراث ، ومنهم من قال لا يرث القاتل مجال » انظر المجموع (٦٠/١٦) .

١٨٩٢١ - وقال ابن سريج : كل قتل مضمون بالدية والكفارة تمنع الإرث وما ليس بمضمون لا يمنع الإرث [١]

١٨٩٢٢ - لنا : أنه حق ثبت له قتله فاستيفاؤه لا يحرمه الميراث كاستيفاء الدين ، ولأن الميراث حق ثبت بالموت فلا يسقطه القتل بحق كالوصية [٢] ولأن أحكام القتل القصاص والمأثم والدية والكفارة [٣] وهذه الأحكام كلها لا تتعلق بالقتل بحق فكذلك حرمان الميراث لما كان من أحكام القتل ، ولأنه فعل مباح فلا يتعلق به حرمان الميراث كسائر الأفعال المباحة [٤] .

١٨٩٢٣ - ولأن حرمان الميراث يتعلق بالزجر على طريق الزجر عنه وهذا القتل لا يزجر [٥] عنه ، ولهذا قد ادعى أصحابنا الإجماع في قتل العادل للباغي أنه لا يحرمه الميراث ؛ لأنه قتل مثولًا وقتل واجب [٦] إلا أن أصحاب الشافعي ارتكبوا ذلك وخالفوا الإجماع [٧] .

١٨٩٢٤ - احتجوا [٨] : بقوله ﷺ « لا ميراث لقاتل » [٩] وقوله « ليس لقاتل شيء [١٠] .

١٨٩٢٥ - والجواب : أن هذا الخبر عن القتل فيختص بالقتل الممنوع منه فأما القتل الواجب فلا يسقط حق القاتل [١١] .

١٨٩٢٦ - قالوا : لأنه قاتل فأشبه القاتل بغير حق [١٢] .

١٨٩٢٧ - قلنا : هناك تعلق بفعله أحكام القتل فتعلق به حرمان الإرث وهذا الفعل لا يتعلق ؟ أحكام القتل فلا يحرم الإرث .

١٨٩٢٨ - قالوا : متهم أن يكون اختيار تعجيل القصاص [١٣] .

١٨٩٢٩ - قلنا : التهمة إنما تكون فيما يمنع منه فأما ماله أن يفعله فلا يتهم والظاهر أن ذلك فعل بالحق الذي ثبت له [١٤] .

---

(١) انظر : المجموع (٦٠/١٦) .
(٢) انظر : المبسوط (١٧٧/٢٨) .
(٣) انظر : تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) .
(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، المبسوط (٤٨/٣٠) .
(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٦) انظر : تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) .
(٧) انظر : المجموع (٦٠/١٦) .
(٨) انظر : الحاوي الكبير (١٥٥/١٠) .
(٩ ، ١٠) سبق تخريجه .
(١١) انظر : المبسوط (٤٨/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) .
(١٢) انظر : الحاوي الكبير (١٥٥/١٠) .
(١٣) انظر : النكت ورقة ١٨٣
(١٤) انظر : تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) .

مسألة ٩٤٩

حافر البئر وواضع الحجر في الطريق لا يحرم من الميراث

١٨٩٣٠ - قال أصحابنا : حافر البئر وواضع الحجر لا يحرم من الميراث (١) .

١٨٩٣١ - وقال الشافعي : يحرم من الميراث (٢) .

١٨٩٣٢ - لنا : أنه لم يوقع فعل في المقتول ولا فيما اتصل به فصار كالآمر والممسك ولأنه غير متهم في ذلك لأنه لا يعلم هل وقع وليه أم لا وصار كما لو حفر في ملكه (٣) .

١٨٩٣٣ - ولأنه سبب لو حصل في ملكه لم يوجب حرمان الميراث كذلك إذا حصل في غير ملكه كما لو وضع حجرًا فنقلته الريح عن مكانه (٤) .

١٨٩٣٤ - ولأنه لا يسمى قاتلًا والدليل عليه أن القتل في اللغة إيقاع فعل في المقتول أو فيما اتصل به وهذا لا يوجد في الحافر ، ولأنه ولو كان قاتلًا استوى أن يكون الحفر في ملكه وفي غير ملكه كالرمى ولأنه قد يقع في البئر بعد موت الحافر ويستحيل أن يكون قاتلًا بعد موته . (٥) وكل فعل ليس بقتل لا يتعلق به حرمان الميراث بين الحرين المسلمين كالإمساك وليس هذا إثبات اسم بقياس [وإنما هو نفي اسم بقياس] (٦)

١٨٩٣٥ - احتجوا (٧) : بقوله ﷺ « لا ميراث لقاتل » (٨) .

١٨٩٣٦ - والجواب : أنا لا نسلم الإثم في حافر البئر على ما بيننا .

١٨٩٣٧ - قالوا : فعل يتعلق به ضمان النفس فتعلق به حرمان الميراث بين الحرين

---

(١) انظر : المبسوط (٤٧/٣٠) ، بدائع الصنائع (٢٣٩/٧) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، الهداية (١٥٩/٤) ، الاختيار (١٩٥/٤) ، الوجيز في الميراث والوصية ص ٤٣ ، والمسألة في اللباب (١٤٣/٣) . وبه قال مالك : انظر : حاشية الدسوقي (٤٨٦/٤) ، مواهب الجليل (٤٢٢/٦) .

(٢) وبه قال أحمد انظر : النكت ورقة ١٨٣ ، المهذب (٢٤/٢) ، المجموع (٦٠/١٦) ، مغني المحتاج (٢٥/٣) نهاية المحتاج (٢٨/٦) ، كشاف القناع (٤٩٢/٤) ، العدة ص ٣٣٤ .

(٣ ، ٤) انظر : المبسوط (٤٧/٢٩) . (٥) انظر : المبسوط (٤٨/٢٩) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) انظر : المهذب (٢٤/٢) ، المجموع (٦٠/١٦) ، مغني المحتاج (٢٥/٣) .

(٨) سبق تخريجه .

المسلمين كالإمساك ولأن ما تعلق بقتل الخطأ جاز أن يتعلق بحفر البئر ووضع الحجر كالدية [١] .

١٨٩٣٨ - قلنا : ضمان النفس لا يتعلق بها الحرمان والمعنى في المباشرة أنه يتهم فيها لجواز أن يكون قصد القتل وليس كذلك حفر البئر .

١٨٩٣٩ - لأنه لا يتهم فيه ولأن المباشرة يجوز أن يتعلق بها القصاص فجاز أن يتعلق بها حرمان الميراث والحفر لا يجوز أن يتعلق به قصاص فلا يتعلق به حرمان الميراث فصار كالأمر [٢] .

١٨٩٤٠ - وقولهم ما تعلق بقتل الخطأ جاز أن يتعلق بحفر البئر [لا يصح

١٨٩٤١ - لأن المباشرة إذا حصل سببها في ملكه تعلق به الضمان والحفر] [٣] إذا حصل في ملكه لم يوجب الضمان [٤] فأما ضمان الدية فيجوز أن يتعلق بما ليس بقتل بدلالة العقل فجاز أن يتعلق بحفر البئر وحرمان الميراث بين الحرين المسلمين لا يتعلق بغير الفعل فلم يتعلق بحفر البئر .

* * *

(١) النكت ورقة ١٨٣ ، المهذب (٢٤/٢) .

(٢) قال الكاساني : أن القتل تسببًا لا يساوى القتل مباشرة لأن القتل تسببًا قتل معنى لا صورة والقتل مباشرة قتل صورة ومعنى والجزاء قتل مباشرة . انظر : بدائع الصنائع (٢٣٩/٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) انظر : المبسوط (٤٧/٢٦ ، ٤٨) .

مسألة ٩٥٠

القربى من الجدات أولى بالسدس

١٨٩٤٢ - قال أصحابنا : القربى [١] من الجدات أولى بالسدس من البعدى .

١٨٩٤٣ - وقال الشافعي : إن كانت القربى من قبل الأم فهي أولى ، وإن كانت القربى من قبل الأب شاركتها البعدى من جهة الأم [٢] .

١٨٩٤٤ - لنا : أنهما اشتركا في سهم واحد فالقربى أولى من البعدى كما لو كانت القربى من جهة الأم [٣] ولأنها أم الأب أقوى من أم الأم لأنها تدلى بعصبة وترث الميت ويرث منها وأم الأم تدلي بذات سهم ولا يرث الميت منها مع وجود ذوي السهام والعصبات فإذا حجبت أم الأم أم الأب فلا تحجب أم الأب من بعد من جهة الأم أولى [٤] .

١٨٩٤٥ - ولأنها ترث بالأمومة فلم تشاركها في سهمها من بعد أمومية [كما أن البنت لما ورثت بالبنوة لم يشاركها في سهمها من بعدت] [٥] ثبوتها وهي بنت البنت [٦] .

١٨٩٤٦ - فإن ألزموا على هذا أم الأب إذا كان ابنها حيًّا لم تحجب أم الأم مع قربها [٧] .

١٨٩٤٧ - قلنا : ذكر أبو منصور السمرقندي عن أبي حنيفة [٨] عن أبي يوسف أنه يحجبها فقلت له أليس [٩] الأخوة يحجبون الأم ولا يرثون فرجع عن قوله .

---

(١) في (م) : [القرباء] .

(٢) وهو الأظهر عند الشافعية ، انظر : الحاوي الكبير (١٨١/١٠) ، النكت ورقة ١٨٥ ، المهذب ط دار الفكر ، المجموع للنووي (٨٧/١٦) ، مغني المحتاج (١٢/٣) ، نهاية المحتاج (١٣/٥) ، ١٤ وبه قال مالك ، بلغة السالك (٥٨٥/٣) ، المغني للباجي (٢٤٠/٦) .

(٣) انظر : المبسوط (١٦٧/٢٩) ، تبيين الحقائق (٣٣٣/٦) ، المغني لابن قدامة (٥٧/٧) ، الشرح الكبير (٤١/٧) .

(٤) قال السرخسي : « وإن كانت البعدى من قبل الأم والقربى من قبل الأب فهما سواء . انظر : المبسوط (١٦٨/٢٩) ، تبيين الحقائق (٣٣٣/٦) مجمع الأنهر (٧٦٠/٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) قال صاحب معين الحكام أولاهم بالميراث أقربهم فإن استووا في القرب فولد الوارث أولى وقال في التبيين والترجيح لقرب الدرجة . انظر : معين الحكام ص ٤٢٩ ، تبيين الحقائق (٢٤٣/٦) .

(٧) انظر : الحاوي الكبير (١٨١/١٠) ، النكت ورقة ١٨٥ ، المجموع للنووي (٧٥/١٦) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [خيثمة] وما أثبتناه من (ص) .

(٩) في جميع النسخ [ليس] .

١٨٩٤٨ - احتجوا : بأن الجدة من قبل الأم تدلى بالأب والأب لا يحجب الجدة من قبل الأم فوجب أن لا تحجبها الجدة التي تدلى به ، وتحريره أن كل شخص لا يحجب شخصًا حجب إسقاط فمن يدلى به لا يحجبه حجب إسقاط كالأب لا يحجب الأم فالجدة التي تدلى به لا يحجبها والعم لا يسقط الأخ ولأن العم لا يحجبه [1] .

١٨٩٤٩ - والجواب : أن الأب لا يسقط بعد فرض الجدة وأمه تزاحمها وسقط حقها عن بعض الفرض والأخوة يحجبون الأم وأبوهم لا يحجبها .

١٨٩٥٠ - وقولهم : إنا قلنا حجب إسقاط وهذا حجب عن بعض الفرض ليس بصحيح لأن من يحجب عن بعض السهم ثبت له ما لم يثبت لمن يدلى به/ في المزاحمة وكذلك من يحجب عن جميعه يجوز أن يثبت له ما ثبت لمن يدلى به وذلك لأن الأب عصبة وأمه ذات سهم ويجوز أن يحجب ذوو [2] السهم وإن كانت العصبة التي يدلى بها تحجبه [3] .

٢١/ب

١٨٩٥١ - ألا ترى أن البنات يحجبن بنات الأم وهن يدلين بالأب [4] والأب لا يحجب في بنات الابن فيبطل ما قالوه [5] .

١٨٩٥٢ - فأم الولد إذا كانت [.....] [6] الآخر كافر [ ] [7] بأمة قاتلة لأنه يحجب أم الأب إذا وجدت بنتها لا تحجبها وأم الأب تحجب أمها أم أم الأب وابنها الذي هو الجد لا يحجبها وكذلك في مسألتنا [8] .

---

(١) الحاوي الكبير (١٨٠/١٠) وما بعدها . (٢) في (ن) : [ذو] .

(٣) قال السرخسي : « واختلفوا في الجدة التي من قبله قال علي وزيد ، وأبي بن كعب وسعد بن أبي وقاص ﷺ لا ترث أم الأب مع الأب شيئًا وهو اختيار الشعبي وطاووس وهو مذهب علمائنا . انظر : المبسوط (١٦٩/٢٩) .

(٤) قال الزيلعي في التبيين » واللاتي فرضتهم النصف والثلثان يصرن عصبة وهن أربع من النساء : البنات ، وبنات الابن ، والأخوات لأب وأم والأخوات لأب ومن ثم فإن البنت لأم لا نصيب لها مع البنات الصلبيات ولا مع بنات الابن » . انظر : تبيين الحقائق (٣٩/٦) .

(٥) أي أن فريضة الأب السدس لا ينقص عنه مع الولد أو ولد الابن لقوله تعالى ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ﴾ ومن ثم يجوز أن يحجب ذوو السهم حتى ولو كانت العصبة التي يدلى بها لا تحجبه قال السرخسي » كما في حق بنات الابن مع البنتين فانهن يحجبن بإيجاد السبب ولا يدلين إلى الميت بالبنات فكذلك الإدلاء وإن انفرد عنه إيجاد سبب يتعلق به حكم الحجب . انظر : المبسوط (١٨٦/٢٩) ، ١٧٠ ، تبيين الحقائق (٢٣٠/٦) . (٦ ، ٧) بياض في جميع النسخ .

(٨) قال بن قدامة : « أما إذا كانت إحدى الجدتين أم الأخرى فأجمع أهل العلم على أن الميراث للقربى وتسقط البعدى بها » . انظر : المغني لابن قدامة (٥٦/٧) .

مسألة ٩٥١

ميراث الجد مع الأخوة

١٨٩٥٣ – قال أبو حنيفة : الجد أولى بالميراث من الأخوة [١] .

١٨٩٥٤ – وقال أبو يوسف ومحمد يشاركونه ما لم تنقصه مقاسمة من الثلث فيه

١٨٩٥٥ – وبه قال الشافعي [٢] .

١٨٩٥٦ – لنا [٣] : قول اللّٰه تعالى ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌۚ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ ﴾ [٤] واسم الأب يتناول الجد بدليل قوله تعالى : ﴿ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَۚ ﴾ [٥] وقال : ﴿ يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ ﴾ [٦] .

١٨٩٥٧ – فإن قيل : هذا مجاز [٧] والحقيقة [٨] لا تتناول إلا الأب [٩] الأدنى فلهذا

---

(١) انظر : المبسوط (١٨٠/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٣٠/٦ ، ٢٣١) ، مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) ، الاختيار ص ١٥٦ ، ١٧٤ . وهذا الرأي ذهب إليه أبو بكر الصديق ﷺ ومعه جمع من الصحابة منهم ابن عباس ، وعائشة أم المؤمنين ، وعبادة بن الصامت وبه قال جمع كثير من التابعين كعطاء ، وقتادة ، وطاووس ، والحسن البصري ، وسعيد بن جبير ، وابن سيرين وقال به بعض أصحاب الشافعي كالمزني وأبو ثور ، وابن شريح وهو المفتي به في مذهب الحنفية انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٩١/١٠) المجموع شرح المهذب (١١٦/١٦) الوجيز في الميراث والوصية ص ٧٩ والمسألة في اللباب (١٩٩/٤) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (١٩٣/١٠) ، المهذب (٣١/٢) ط دار الفكر ، المجموع للنووي (١١٦/١٦) ، مغني المحتاج (١٥/٣) ، نهاية المحتاج (١٦/٥) ، النكت للشيرازي ورقة ١٨٥ وبه قال المالكية انظر : جواهر الاكليل (٣٣٠/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٦٢/٤ ، ٤٦٣) . وبه قال أحمد : انظر : المغني لابن قدامة (٦٨/٧) ، الشرح الكبير (١١/٧ ، ١٢) ، المقنع (٤٠٢/٢) ، كشاف القناع (٤٠٨/٤ ، ٤٠٩) ، شرح منتهى الإرادات (٥٨١/٢) .

(٣) انظر : المبسوط (١٨١/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٣٠/٦) .

(٤) سورة النساء : الآية ١١ .

(٥) سورة الحج : الآية ٧٨ .

(٦) سورة الأعراف : الآية ٣١ .

(٧) هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لعلاقة بينهما وقرينة تمنع إرادة المعنى الحقيقي . انظر : أصول الفقه د / عبد الكريم زيدان ص ٣٧ .

(٨) هو اللفظ المستعمل فيما وضع له . انظر : أصول الفقه د / عبد الكريم زيدان ص ٣٨ .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

يصح أن ينتفي عنه الاسم فيقال : ليس بأب واسم الحقائق لا تنتفي عن مسمياتها [١] .

١٨٩٥٨ - قلنا [٢] : الأحكام التي ذكرها الله تعالى متعلقة بالآباء أراد بها الأجداد والآباء بدلالة قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [٣] وقوله ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ [٤] أَوْ ءَابَآئِهِنَّ ﴾ [٥] .

١٨٩٥٩ - فإذا كانت الأحكام المتعلقة باسم الآباء في الشرع يتناول الجميع حمل الميراث على ما استقر من خطاب الشرع [٦] .

١٨٩٦٠ - فإن قيل : لو صح هذا استحقت الجدة الثلث [٧] .

١٨٩٦١ - قلنا : كذلك نقول لولا قيام الدلالة .

١٨٩٦٢ - قالوا : روي عن أبي بكرأنه قال للجدة ما أجد لك في كتاب الله حقًّا [٨] ولو كانت الجدة أمًّا كان حقها في القرآن [٩] .

١٨٩٦٣ - قلنا : إنما أراد به ليس لها بكونها جده سهم والقرآن يقتضي استحقاقها بكونها أمًّا فالتمس لها سهما بكونها جدة فلما شهد المغيرة [١٠] بذلك لم يرجع إلى

---

(١) انظر : الحاوي الكبير (١٠/١٩٣) .

(٢) قال السرخسي « فالجد له من الولاية عند عدم الأب ما للأب حتى أو ولايته تعم المال والنفس جميعًا بخلاف الأخوة والخلافة في الإرث نوع ولاية وكذلك الجد في استحقاق النفقة مع اختلاف الدين بمنزلة الأب بخلاف الأخوة والنفقة صلة كالميراث » . انظر : المبسوط (٢٩/١٨٢) ، تبيين الحقائق (٦/٢٣٨) ، مجمع الأنهر (٢/٧٥٣) .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٢ .

(٤) البعل جمع بعول وبعال بعولة : الزوج . انظر : المنجد في اللغة والأعلام ص ٤٢ .

(٥) سورة النور : الآية ٣١ .

(٦) مجمع الأنهر (٢/٧٥١) .

(٧) قال الماوردي في الحاوي : « وكما تستحق الجدة أما ولا تنطبق عليها أحكام الأم أي لا تأخذ الثلث كما تأخذ الأم إذًا فلا يسري عليها أحكام الأم في الميراث » . انظر : الحاوي للماوردي (١٠/١٩٣) .

(٨) رواه أبو داود في سننه باب ما جاء في ميراث الجد (٣/٤١٦) ، والترمذي بنحوه ٤ ص ٣٦٧ باب ما جاء في ميراث الجدة وابن ماجه في سننه (٢/٩٠٩ ، ٩١٠) ، والدارمي (٢/٤٥٦) باب قول أبي بكر الصديق والنسائي في السنن الكبرى (٦/٧٥) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (١١/٣٢٠) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٩/٢٧٤) ، وابن حبان في التقريب (١٣/٣٩١) ، مالك في الموطأ (٢/٥١٣) ، والحاكم في المستدرك .

(٩) انظر : المهذب للشيرازي (٢/٤٨٩) ، المجموع شرح المهذب (١٦/٧٥) .

(١٠) في (م) : [المغنى] . المغيرة بن شعبة بن أبي عامر يقال له : مغيرة الرأي ، كان من كبار الصحابة أولى الشجاعة والمكيدة ، شهد بيعة الرضوان ولَّاه عمر بن الخطاب على البحرين وعزله . روي عن النبي ﷺ . مات سنة خمسين وله سبعون سنة . انظر : تهذيب سير أعلام النبلاء (١/٢١١) .

العموم مع عموم حقِّها بالاسم الخاص .

١٨٩٦٤ - ولأن اللّه تعالى ورث الأخوة والأخوات في الكلالة ، والكلالة من ليس له ولد ولا والد فلما لم يرث الأخوة للأم مع الجد دل [١] على أنه لا يرث معه الأخوة للأب والأم [٢] .

١٨٩٦٥ - ولأن تعصيب الجد يستفاد [بالولاء صار كالأب ولا يلزم به الاسم إذ كان مولى لأن تعصيبه مستفاد] [٣] بالعتق لا بالولادة .

١٨٩٦٦ - فإن قيل : المعنى في الأب أن الأخوة يدلون [٤] به ومن يدلى بعصبة لا يرث معه كما لا يرث الجد مع الأب [٥] وابن الابن مع الابن [٦] وابن الأخ مع الأخ [٧] وليس كذلك الجد الآخر ولا يدلون به وإنما هم في درجة واحدة وتعصيبهم بالبنوة ، لأنهم أولاد أبي الميت والجد [أبو الميت] [٨] والبنوة في هذه الدرجة على قوتها فإن تعصيب أخيه كالولد [٩] .

١٨٩٦٧ - قلنا : الأب لم يسقط الأخوة لأنهم يدلون به بدلالة [١٠] أنه يسقط الأخوة للأم وهم لا يدلون به وكذلك يسقط ولده لما سقط به ولد الأم وعليه الفرع يبطل فإن الجد وابن الأخ وأولاد الأخ لا يدلون به وقد ساواهم في الدرجة .

١٨٩٦٨ - لأن هذا ابن أبي الميت وذاك أبو أبي أم الميت واختيارهم بقوة تعصيبه بدلالة أن يعصب أخته غلط .

---

(١) انظر : المبسوط (١٥١/٢٩) .

(٢) أي أن الكلالة تطلق على الورثة ليس فيهم ولد ولا والد وهو ما ذهب إليه أهل الكوفة وأهل المدينة . انظر: المبسوط (١٥١/٢٩) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) الإدلاء إلى الميت : التوصل إليه ، يقال أدليت الدلو أي أرسلتها إليه . انظر : أنيس الفقهاء ص ٣٠٢ .

(٥) انظر : المجموع شرح المهذب (١٠٠/١٦) ، مغني المحتاج (١١/٣) ، ونهاية المحتاج (١٢/٥) .

(٦) انظر : مغني المحتاج (١١/٣) ، نهاية المحتاج (١٢/٥) .

(٧) انظر : مجموع شرح المهذب (١٠١/١٦) ، مغني المحتاج (١١/٣ ، ١٢) ، نهاية المحتاج (١٣/٥) .

(٨) في (ن) : [أبواب] .

(٩) أي أن الجد والأخ على منزلة واحدة من الميت لأن الجد أبو أبيه والأخ ابن أبيه ، والجد له تعصيب ورحم ، والأخ له تعصيب من غير رحم فلم يسقطه الجد كالابن والبنت إذا اجتمعا . انظر : المجموع شرح المهذب (١١٧/١٦) .

(١٠) ساقطة من (ن) .

١٨٩٦٩ - لأن الأخ يعصب أخته لقوتها في نفسها فلحقت به فأما أن تكون لقوة التعصيب فلا .

١٨٩٧٠ - ولأن الجد عصبته تلي في مال الصغير كنكاحه بغير كفاءة كالأب ولأنه يملك بيع ماله من نفسه كالأب (١) .

١٨٩٧١ - والدليل على أن الولادة مؤثرة في الإرث أن أهل الملتين لما ارتفعت الولاية بينهم لم يتوارثوا (٢) ؛ لأنهما تساويا في الإدلاء إلى الميت وفي التعصيب بقرابتهما وأحدهما لا يجرى بينه وبين الميت قصاص (٣) ولا يجب عليه الحد بوطء جاريته (٤) ويثبت الاستيلاد بوطء جاريته فصار في هذه الأحكام كالأب ولما أنتفت هذه الأحكام في الأخ جرى مجرى الأخ وابن العم (٥) .

١٨٩٧٢ - ولأن الانتساب يقع إليه كالأب الذي يقع الانتساب إليه (٦) ولا جاري في عمود النسب .

١٨٩٧٣ - لأن النسب إلى الأولاد والأخوة خارجون عن عمود النسب كالأعمام (٧) ولأنه عصبة يسقط ولد الأم كالابن (٨) .

١٨٩٧٤ - ولا يلزم بنت الابن ؛ لأنها ليست عصبته ولأنه يرث بالتعصيب تارة وبالسهم تارة أخرى كالأب (٩) .

---

(١) انظر : المبسوط (١٨٢/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٣٠/٦) يجاب عن ذلك بما ذكره الماوردي : « وأما استدلالهم بولاية الجد في المال والتزويج فليس ذلك من دلائل القوة في الميراث ، ألا ترى أن الابن لا يلي ولا يزوج وهو أقوى من الأب » . انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٩٤/١٠) .

(٢) انظر : المبسوط (٣٠/٢٩) ، تبيين الحقائق (٢٣٩/٦) .

(٣) انظر : المبسوط (١٨٢/٢٩) ، المغني لابن قدامة (٦٥/٧) .

(٤) انظر : الاختيار (٢٧٥/٣) .

(٥) المبسوط (١٨٢/٢٩) تبيين الحقائق (٢٣٠/٦) .

(٦) قال السرخسي : « فإذا جعل هو في جميع الأحكام بمنزلة الأب فكذلك في حجب الإخوة . انظر : المبسوط (١٨٠/٢٩ ، ١٨٢) .

(٧) انظر : الاختيار (١٦٧/٤) وما بعدها .

(٨) أي أن الابن يحجب ولد الأم من الميراث فكذا الجد يحجب من الميراث . انظر : المبسوط ٢٩ ، ١٨٠ .

(٩) قال في التبيين : « والجد كالأب إن لم يتخلل في نسبته إلى الميت أم » أي أن الجد يأخذ حكم الأب من الإرث بالفرض والتعصيب » . انظر : تبيين الحقائق (٢٣٠/٦) .

١٨٩٧٥ - فإن قيل : هذا يدل على قوة تعصيبه الابن بالأمرين وهو أقوى من الأب [١] .

١٨٩٧٦ - قلنا : لم يستدل بها على قوة التعصيب وإنما استدللنا به على أن تعصيبه وتعصيب الابن سواء [٢] لأن ابن الابن يرث الجد بكونه ابنًا فيجب أن يرثه بكونه أبًا لأنه يستحيل أن يكون ابنا له ولا يكون هو أبوه [٣] .

١٨٩٧٧ - ولأن الجد يدلى بابنه والأخ يدلى بأبيه فصار كالعم ولأن الجد يدلى بابنه يجب [والأخ يدلي بابنه فلما اجتمع الأب والابن كان الابن أولى بالتعصيب كذلك من يدلي بالابن] [٤] أن يكون أولى من الأخ الذي يدلى بأبي الميت .

١٨٩٧٨ - فإن قيل : فيجب أن يكون الجد أولى بالتعصيب من ابن الابن [٥] .

١٨٩٧٩ - قلنا : ابن الابن وإن كان يدلى بأبيه فإنه يدلى أيضًا بابن الميت ، فلذلك لم يكن الجد أولى منه بالتعصيب والأخ لايدلى بابن نفسه ولا بابن الميت ولا يساوي من يدلى بابن على أي وجه كانت البنوة .

١٨٩٨٠ - ولأن الأخ يشارك أب الجد عند مخالفنا والجد يسقط أباه فوجب أن يسقط كل عصبة تجري مجرى ابنه [٦] .

١٨٩٨١ - ألا ترى أن الأب لما أسقط الجد أسقط كل عصبته أجرى مجراه كالأخوة [٧]

---

(١) قال الماوردي في الحاوي : « ثم لما كان المعنى في الابن أنه لما كان أقوى من الأب أسقط الأخوة المدليين بالأب فلما لم يكن الجد أقوى من الأب لم يسقط الأخوة المدليين بالأب » . انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٩٤/١٠) .

(٢) أي أن كل من الابن والجد عصبة بنفسه فيستويان في كونهما عصبة » . انظر : تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) ، مجمع الأنهر (٧٥٣/٢ ، ٧٥٤) .

(٣) قال السرخسي : « فإذا كان في الموضع الذي كان الجد ميتًا يجعل ابن الابن قائمًا مقام الابن في حجب الأخوة من أي جانب كانوا وكان معنى القربى والاتصال في جانبه مرجحًا فكذلك إذا كان ابن ابن الميت ميتًا يكون الجد قائمًا مقام الأب في حجب جميع الأخوة ويكون اتصاله وقربه إلى الميت بالميت اتصالاً مرجحًا . انظر : المبسوط (١٧٢/٢٩) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٥ .

(٦) قال النووي في المجموع : « ولا يرث بنو الأخوة من الجد لأن الجد أقرب منهم فأسقطهم » . انظر : المجموع شرح المهذب (٩١/١٦) .

(٧) قال في مجمع الأنهر : « وأقربهم- أي أقرب العصبات- جزء الميت وهو الابن وابنه وإن سفل لدخوله في اسم الولد وغيرهم محجوبون بهم » . انظر : مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) ، تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) ، المغني لابن قدامة (٢٠/٧) ، الشرح الكبير (٥٨/٧) .

والابن لما أسقط [ابن نفسه] (١) أسقط كل عصبة تساوي ابنه وهو بنو أخته (٢) .

١٨٩٨٢ - ولأن العصبة إذا لم يساووا لم يفضل (٣) بعضهم على بعض فلما انفرد الجد بسهم لا يساوي فيه الأخوة دل على أنهم لا يتساوون (٤) ولأن كل ذكر تقدم (٥) الجد على ابنه تقدم عليه كابن العم فلما قدم الجد على ابن الأخ لذلك تقدم على الأخ يبين ذلك أن العصبات إذا تنوعوا فالنوع الأول يكون مقدمًا قرب أم بعد فلهذا تقدم ولد الأخ على العم كما يقدم أبوهم فلما قدم الجد على ولد الأخوة [ولأن الأخوة] (٦) لا يتساوو (٧) .

١٨٩٨٣ - ولأنهم اتفقوا في زوج وأم وجد وأخ أن الأخ يسقط فلو ساوى الأخ الجد في التعصيب لم يسقط معهم في هذه المسألة (٨) .

١٨٩٨٤ - فإن قيل : إنما يتساويان في التعصيب وقد سقط تعصيبهما هنا وإنما يستحق الجد بالفرض (٩)

١٨٩٨٥ - قلنا : غلط لأن الجد لا يستحق الفرض إلا مع الولد (١٠) كما لا يستحق الأب الفرض إلا مع الولد ويدل عليه قوله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر » (١١) فتعصيب الجد نوع غير تعصيب الأخ فيجب أن

---

(١) في (ن) : [بين نفسه] .

(٢) قال السرخسي : « ألا ترى أن من كان منهم ولد عصبة أو صاحب فرض فإنه يقدم على من ليس بعصبية ولا صاحب فرض وما كان ذلك إلا لاعتبار المدلى به » . انظر : المبسوط (٥٠/٣٠) .

(٣) في (م) : [يفصل] .

(٤) إذا اجتمع الجد والأخوة سوى البنات فإنه يوفر عليهم فرائضهم ثم ينظر إلى ما بقى فإن كان السدس يعطى للجد وإن كان أقل يكمل له السدس وإن كان أكثر من السدس ينظر للجد إلى المقاسمة وإلى سدس جميع المال فأيما كان خيرًا له ذلك والباقي للأخوة . انظر : المبسوط (١٨٤/٢٩) .

(٥) في (ن) : [يقدم] .

(٦) ما بين المعكوتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) قال في معين الحكام : « وأما العصبات فأقربهم الابن ، ثم ابن الابن وإن سفل ثم الأب ثم الجد إن علا ، ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ لأب كذا بنوهم وإن سفلوا ، ثم العم لأب وأم » . انظر : معين الحكام ص ٤٢٦ ، مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) ، تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) .

(٨) انظر : المبسوط (١٩٢/٢٩) .

(٩) انظر : النكت ورقة ١٨٥ ، المجموع (١١٧/١٦) .

(١٠) أي أن بالولد يستحق الفريضة من له اسم الأبوة وبهذه الفريضة إنما يستحق السدس قال تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ﴾ . فلا ينقص نصيب الجد عن السدس . انظر : المبسوط (١٨١/٢٩) .

(١١) صحيح البخاري (١٨٨/٨ ، ١٨٩) باب ابن الابن ، باب ميراث الجد مع الأب ، صحيح مسلم =

يكون الفاضل لأولاهما .

١٨٩٨٦ - وقد أجمعوا أن الأخ ليس بأولى بالفاضل من الجد فلم يبق إلا تساويه أو يكون الجد أولى منه ولا يجوز أن يساويه [1] لأن عدد الإخوه إذا كثر لم يساويهم فانفرد بنصيب هو أوفر من نصيب أحدهم ويرث مع الولد دونهم وسقط ولد الأم ولا يسقطونه فدل على أنه أولى بالفاضل من الأخ [2] .

١٨٩٨٧ - ولأن تعصيب الجد نوع مخالف لتعصيب الإخوة والميراث لا يشترك فيه عصبتان مختلفتان كما لا يشترك الأعمام والإخوة والموالي بسائر [3] العصبات ولأنه عصبة يرث معه الأولاد كالأب [4] ولأن الميراث إذا تعلق بجهة تعصيب لم

= فيما رواه ابن عباس قال : قال رسول اللَّه ﷺ « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر » صحيح مسلم باب ألحقوا الفرائض بأهلها (١٢٣٣/٣) . (١) في (ن) : [بتساويه] .

(٢) قال السرخسي : « إن على قول زيد تعتبر المقاسمة خيرًا له من ثلث المال وعند على تعتبر المقاسمة ما دامت خيرًا له من سدس المال وجه قوله : إن الجد إنما امتاز من الأخوة بمعنى الولاء واسم الأبوة وبهذا الاسم والمعنى يختص باستحقاق الفريضة وفريضة الأب بالنص السدس ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ﴾ ثم الجد مع الأخوة بمنزلة الأب مع الأولاد لأن الأخ ولد ومن يدلى به الجد وهو الأب ثم فريضة الأب مع الولد السدس لا ينقص عنه فكذلك فريضة الجد مع الأخوة السدس لا ينقص عند ذلك بحال واعتبار العصبية لتوفر المنفعة عليه فإذا كانت الفريضة أنفع له قلنا بأنه يعطى فريضته وذلك السدس . انظر : المبسوط (١٨٩/٢٩) .
يجاب عن ذلك أن كل شخصين إذا اجتمعا في درجة واحدة وكان أحدهما يجمع بين التعصيب والرحم والآخر ينفرد بالتعصيب دون الرحم كان المنفرد بالتعصيب أقوى كالابن إذا اجتمع مع الأب فلما كان الجد جامعًا للأمرين والأخ مختص بأحدهما وجب أن يكون أقوى لأن الجد والأخ كلاهما يدليان بالأب كالجد يقول أنا أبو الميت والأخ يقول أنا ابن الميت فصار الأخ أقوى من الجد لثلاثة معاني منها :
١- أن الأخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالأبوة والإدلاء بالبنوة أقوى .
٢- أن من يدليان به وهو الأب لو كان هو الميت لكان للجد من تركته السدس وخمسة أسداسها للابن .
٣- أن الأخ قد شارك الميت في الصلب وراكضه في الرحم وإذا كان الأخ أقوى من الجد بهذه المعاني الثلاثة كان أقل أحواله أن يكون مشاركًا له في ميراثه ثم يدل على ذلك ما جرى من الصحابة فيه ومنهم عمر بن الخطاب ، وزيد ، وعلي . انظر : الحاوي الكبير (١٩٢/١٠) .

(٣) قال الزيلعي في ترتيب العصبات : الأحق الابن ثم ابنه وإن سفل ، ثم الأب ثم أب الأب وإن علا ، ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ لأم ثم ابن الأخ لأب وإنما قدموا على الأعمام ؛ لأن اللَّه تعالى جعل الإرث في الكلالة للإخوة عند عدم الولد والوالد بقوله تعالى : ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ﴾ فعلم بذلك أنهم مقدمون على الأعمام إلى أن قال ثم المعتق . انظر : تبيين الحقائق (٢٣٨/٦ ، ٢٣٩) .

(٤) قال السرخسي : « وقال علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وعبد اللَّه بن مسعود الجد يقوم مقام الأب في الإرث مع الأولاد » . انظر : المبسوط (١٨٠/٢٩ ، ١٨٩) . يجاب عن ذلك : أن الأب لا يحجب أولاد =

تشاركها [١] جهة أخرى وإنما ينتقل الإرث بانقطاع الجهة كالأولاد [٢] والأب يرثوا بالولاء [٣] فما دام جهة الولاء لا ينتقل الميراث إلى غيرها .

١٨٩٨٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ ﴾ [٤] .

١٨٩٨٩ - قالوا : وقربة الجد والأخ واحد لأنهما يدليان بالأب فيقدم ولد الأخ على ولد الجد [٥] وتراكض [٦] الأخوات في رحم واحد [٧] وخرجا من صلب [٨] .

١٨٩٩٠ - والجواب : أن الآية تقتضي استحقاق الأقرب للميراث والقرب قد يكون بالتساوي في الدرجة وقد يكون بقوة الجهة [٩] لدلالة أن الأخ للأب والأم في درجة الأخ للأب وهو أقرب لقوة في نفسه والجد أقرب عندنا من الأخ فهو أولى [١٠] .

١٨٩٩١ - فأما تراكضهما في رحم واحد وخروجهما من ظهر واحد فمزية الجد أولى .

١٨٩٩٢ - لأن الميت حرمه والتعصيب أكد من المشاركة بدلالة الأب [١١] وتقديم ولد الأخ على ولد الجد لا يدل على قرب الأخ لأنه لو كان كذلك لكان أولى بالميراث من الجد وهذا لا يقوله أحد .

= الميت ولأن يحجب أولاد الأب فلم يقمه الجد مقامه انظر : النكت ورقة ١٨٥ .

(١) في (م) : [يشاركها] .

(٢) قال السرخسي : « وإذا تفاوتا في الدرجة فمن يكون أمسهما قربًا أولى » . انظر : المبسوط (١٧٥/٢٩) ، مجمع الأنهر (٧٥٥/٢) .

(٣) في (م) : [بالأولاد] .

(٤) سورة النساء : الآية ٧ . انظر : الحاوي الكبير (١٩٢/١٠) ، المجموع (١١٦/١٦) ، المنتقى للباجي (٢٣٣/٦) .

(٥) انظر : كشاف القناع (٤١٨/٤) ، المقنع (٤٠٣/٢) .

(٦) تراكض القوم : ركضوا معًا والركضة والدفعة أركضت الحامل : ارتكض الجنين في بطنها فهي مركضة ومركض جمع مراكض . ومرتكض الماء : موضع مجمله . انظر : المنجد في اللغة والأعلام ص ٢٧٧ ، المعجم الوسيط (٣٠٧/١) ، لسان العرب (١٧١٩/٣) .

(٧) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) انظر : الحاوي الكبير في (١٠/ ١٩٢) .

(٩) انظر : المبسوط (١٣٩/٢٩) .

(١٠) قال الزيلعي : « والجد أب ألا ترى أنه يقوم مقامه في الولاية عند عدم الأب ويقدم على الإخوة فيه فكذا في الميراث . انظر : تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) ، المبسوط (١٥٥/٢٩) . يجاب عن ذلك : أن كلًا من الأخ والجد يدليان بالأب قال الماوردي : فكانوا بمقاسمة الجد أولى من سقوطهم له . انظر : الحاوي الكبير (١٩٢/١٠) .

(١١) قال الزيلعي : « والجد أب ألا ترى أنه يقوم مقامه في الولاية عند عدم الأب ويقدم على الإخوة فيه فكذا في الميراث » . انظر : تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) ، المبسوط (١٨٨/٢٩) ، مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) .

١٨٩٩٣ – قالوا : كل من أخته لم يسقط الجد كالابن وعكسه العم وابن العم [١] .

١٨٩٩٤ – قلنا : تعصيبه لأخته إنما هو لقوتها لا لقوته لأنها ورثت بمعنى لا يرث به وهو / الفرض وساوته في الرتبة فلحقت به والكلام في قوة تعصيبه [٢] .

٢١٤

١٨٩٩٥ – ولأن الجد لما لم يسقط جد الجد لم يسقط ولده فلما أسقط ولد الأخ ذكره على أنه يسقطه كما أنه لم يسقط ولد العم أسقط العم .

١٨٩٩٦ – قالوا : الأخت ترث نصف المال بالفرض فلم يسقطها الجد كالبنت [٣] .

١٨٩٩٧ – قلنا : الجد لا يسقط ولكنه في درجتها فلم يسقطها فيسقط ولد الأخ [٤] .

١٨٩٩٨ – ولأن الجد قرابته نوع غير قرابتها فلو لم يسقطها لم يعين فرضها كالعم [٥] وكما لا يعين الجد فرض البنت وإنما يرث الباقي بالتعصيب [٦] تعصيبًا .

١٨٩٩٩ – فلما قالوا : إن الجد عين فرضها علم أنها مخالفة للبنت التي لا يتعين فرضها الجدة

١٩٠٠٠ – قالوا : الإخوة كالأولاد لأن الواحد يرث جميع المال والآخر النصف والأختين الثلثين فإذا اجتمع الذكور والإناث اقتسموا للذكر مثل حظ الأنثيين [٧] .

١٩٠٠١ – ولأن الأخ يقول : أنا ابن أبي الميت والجد يقول : أنا [أبو الميت] [٨] فكان الأب كالأخ يدلي بالبنوة [٩] ، لأن الأخ ينفرد بالتعصيب المحض والجد يرث

---

(١) انظر : الحاوي الكبير جـ (١٩٢/١٠) .

(٢) قال السرخسي : « إن الباقي بعد نصيب الفريضة يستحقه العصبة بالنسب والأخ عصبة ، وأما الأخت فليست بعصبة في نفسها وإنما تعتبر عصبة بغيرها إذا كان ذلك الغير عصبة » . انظر : المبسوط (١٥٧/٢٩) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٥ ، المجمع (١١٧/١٦) .

(٤) قال السرخسي : « إن الجد لا يعصب من في درجته من الإناث كالجدة فكذا لا يعصب غيرها بمنزلة العم ، ولأن الأخت مع الجد بمنزلة الابن من الأب ثم الإبنة لا تصير عصبة بالأب فكذلك الأخت لا تصير عصبة بالجد انظر : المبسوط (١٨٨/٢٩) .

(٥) قال السرخسي : « إن الأنثى تصير عصبة عند اتحاد السبب فأما عند اختلاف السبب فلا ، فالسبب في حق الجد غير السبب في حق الأخت تصير عصبة به بخلاف الأخ » . انظر : المبسوط (١٨٧/٢٩) .

(٦) قال السرخسي : « إن الابنة صاحبة فرض فتكون كغيرها من أصحاب الفرائض والجد عصبة مع سائر أصحاب الفرائض ويقاسم الإخوة والأخوات ما بقي فكذلك مع الابنة . انظر : المبسوط (١٨٩/٢٩) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٥ .

(٨) في (م) : [أبواب] .

(٩) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٥ .

بالتعصيب تارة وبالسهم أخرى وهذا مخالف للابن [١] .

١٩٠٠٢ - والجواب : أن هذه الطريقة في الترجيح تقتضي تقدم الأخ على الجد وهو خلاف الإجماع [٢] . وطريق الاجتهاد إذا أدى إلى ما يخالف الإجماع [٣] دل على سقوطه .

١٩٠٠٣ - لأن الإجماع مقطوع بصحته وقولهم هذا هو القياس أو لإجماع الصحابة يرد لأصولهم لأن من مذهب الشافعي أن القياس الصحيح لا يختص فإذا لم يكن أجراه سقط ودلَّ على فساده .

١٩٠٠٤ - فأما قولهم أن الأخ يدلي بالبنوة والجد بالأبوة [٤] فيبطل بأب الجد وابن الأخ لأنهما في درجة واحدة وابن الأخ يدلي بالبنوة [٥] والجد أولى منه وكذلك العم أبو الجد يدليان بالجد وأحدهما أبوه والآخر ابنه ثم الجد أولى من العم وإن كان يدلي بالبنوة .

١٩٠٠٥ - فأما قولهم أن الأخ يستحق بالتعصيب المحض والجد يستحق تارة بالسهم [٦] .

١٩٠٠٦ - فهذا لو دل على ضعف تعصيبه [يدل عليه نسب الأب وهذا لم يقوله أحد . ولأن الجد يستحق الثلث] [٧] ويحجب عنه فيستحق بالسهم والأخ يحجب عن التعصيب فلا يستحق شيئًا فدل على قوة سبب الجد [٨] .

١٩٠٠٧ - قالوا : الإخوة يجرون في الميراث مجرى الأولاد بدلالة تعصيب

---

(١) انظر : الحاوي الكبير (١٩٢/١٠) ، المجموع (١١٧/١٦) ، المغني لابن قدامة (٦٥/٧) ، الشرح الكبير (٩/٧) .

(٢) قال السرخسي : « جعل الجد كالأخ لأب وأم يؤدي إلى تفضيل الأخ لأب وأم على الجد وهذا ساقط بالإجماع فإن الجد لا ينقص نصيبه عن السدس بحال وقد ينقص نصيب الأخ عن السدس فكيف يجوز تفضيل الأخ على الجد في الميراث ؟ » . انظر : المبسوط (١٨٧/٢٩) .

(٣) في (ن) : [استماع] .

(٤) انظر : الحاوي الكبير (١٩٢/١٠) ، المجموع (١١٦/٩٦) .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) ، مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) ، الاختيار ص ١٦٤ .

(٦) انظر : النكت ورقة ١٨٥ ، الحاوي الكبير (١٩٢/١٠) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) قال السرخسي : « إن استحقاق الجد باعتبار العصوبة فيعد أقوى سببًا من أولاد الأب . انظر : المبسوط (١٨٨/٢٩) .

الأخوات وانفراد الواحدة بالنصف ومن جرى في الميراث مجرى غيره ممن لا يسقط أحدهما لا يسقط الآخر إذا لم يكن يدليان به يدل عليه الجدتان لما أجرى مجرى واحد [لم يحجب] (١) أحدهما من لا يحجب الآخر إذا لم يدل بها (٢) .

١٩٠٠٨ - قلنا : لسنا نسلم أن الإخوة يجرون في الإرث مجرى الأولاد ولأن الولد لا يحجب والإخوة يحجبون (٣) والأولاد يسقطون تعصيب الأم والإخوة يسقطون به والولد الواحد يحجب الأم من الثلث إلى السدس ولا يحجبها الأخ الواحد وليس إذا جرى مجرى الولد من وجه كان في حكمه (٤) .

١٩٠٠٩ - لأن الجد يجرى مجرى الوالد في الإرث بالسهم تارة وبالتعصيب أخرى فليس له حكم الأب عند مخالفنا (٥) ثم هذا يبطل بنت الابن فإنها أجريت في الميراث مجرى البنت ويحجبها النقصان ولا يحجب البنات بعضهن بعضًا (٦) .

١٩٠١٠ - قالوا : الجد لا يحجب الأم إلى السدس فلم يسقط الأخ كالعم (٧) .

١٩٠١١ - قلنا : والأولاد أيضًا لا يحجبها إلى فرض الزوج (٨) مستحق ثم الأب

---

(١) في (ن) : [من يحجب الآخر] .

(٢) انظر : مغني المحتاج (١٦/٣) ، الشرح الكبير (٤٢/٧) ، المغني لابن قدامة (٥٤/٧) ، الحاوي للماوردي (١٩٢/١٠) .

(٣) قال في مجمع الأنهر : « وأقربهم - أي أقرب العصبات- جزء الميت وهو الابن وابنه وإن سفل لدخولهم في اسم الولد وغيرهم محجوب بهم لقوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ . انظر : مجمع الأنهر (٧٥٢/٢) ، الاختيار صـ١٦٦ ، تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) . يجاب عن ذلك أن البنتين أقوى حالًا من الإخوة بدليل أن الإخوة يسقطون بالبنتين ، ثم ثبت إن البنتين لا يسقطون انظر : المجموع للنووي (١١٨/١٦) .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢٣١/٦) ، مجمع الأنهر (٧٥٠/٢) ، الاختيار ص ١٦٧ .

(٥) قال السرخسي : « جملة من يرث من الأولاد ستة نفر : الأب ، والجد لأب وإن علا ، والأم ، والجدة أم الأم أو أم الأب ، والزوجة ولا يرث غير هؤلاء مع الابن بالفريضة ، ولا يكون غير هؤلاء صاحب فرض .

(٦) أي أن للواحدة فصاعدًا من بنات الابن السدس مع الصلبية تكملة للثلثين ومن ثم فإن بنت البنت تحجب حجب نقصان من النصف إلى السدس مع وجود البنت الصلبية . انظر : تبيين الحقائق (٢٣٤/٦) ، مجمع الأنهر (٧٥٢/٢) ، الاختيار (١٥٧/٤) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٥ ، المجموع شرح المهذب ١٦ / ١١٧ .

(٨) أي أن الزوج لا يحجب حجب حرمان أبدًا وإن كان يحجب حجب نقصان قال في الاختيار : « ستة لا يحجبون أصلًا الأب ، الابن ، الزوج ، الأم ، البنت ، الزوجة » . انظر : الاختيار ص ١٦٦ .

والابن في درجة واحدة فتفاضلا في الإرث والجد والأم يتساويان في درجة واحدة لم يفضل عليها واستوفت سهمها [١] .

١٩٠١٢ – ولأن ابن الابن يقوم مقام الابن في الإرث [٢] ثم لا ينقص ابنته الصلب من النصف لأنه لم يساويها في درجتها [٣] وبنت الابن تقوم مقام البنت [٤] فلا تساوى [٥] البنت فلم ترث معها السدس لاختلاف الدرجة ، وكذلك الأم ولأن من يدلي بالأب يحجب الأم إلى السدس فجاز أن يحجبها الأب [٦] .

١٩٠١٣ – ومن يدلي بالجد لا يحجبها وهم الأعمام وكذلك [٧] الجد لا يردها إلى السدس [٨] .

١٩٠١٤ – قالوا : شخص [٩] يدلي بالأب فلم يحجب الأخوة كالجد [١٠] .

١٩٠١٥ – قلنا : لما لم يحجب أولاد الإخوة لم يحجب أباهم ولما حجب الجد أولاد الإخوة كذلك آباءهم [١١] .

١٩٠١٦ – قالوا : الأخ والجد عصبتان والجهة التي صار إليها عصبته واحدة فتساويا

---

(١) قال عبد الله بن عباس ﷺ في إحدى الروايتين عنه إذا تركت زوجًا وأمًّا وجدًّا فعنه في إحدى الروايات قال : النصف الباقي بين الأم والجد نصفان لأن الممتنع تفضيل الأنثى على الذكر بسبب الولاء فأما بعد التسوية بينهما غير ممتنع كما في حق الأبوين مع الابن يوضحه أن في جانب الجد فضيلة الأبوة والبعد بدرجة وفي جانبه الأم فضيلة القرب بدرجة ونقصان الأبوة فاستويا فيكون الباقي بينهما نصفان . انظر : المبسوط (١٩/١٩٠) .

(٢) انظر : المبسوط (٢٩/١٧٤) ، مجمع الأنهر (٢/٧٤٩) ، تبيين الحقائق (٦/٢٣٤) .

(٣) انظر : تبيين الحقائق (٦/٢٣٤ ، ٢٣٥) .

(٤) انظر : مجمع الأنهر (٢/٧٥٠) ، الاختيار ص (٤/١٥٧) .

(٥) في (م) : [يساوى] .

(٦) انظر : الاختيار ص (٤/١٦٧) ، مجمع الأنهر (٢/٧٥٠) ، تبيين الحقائق (٦/٢٣١) يجاب عن ذلك : أن الجد لا يحجب الأم عن الثلث و لم يسقط الأخ كالعم .

(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) قال في الاختيار : « الأم ولها ثلاثة أحوال : السدس مع الولد وولد الابن واثنين من الأخوة والأخوات من أي جهة كانوا ، والثلث عند عدم هؤلاء » . انظر : الاختيار (٤/١٥٩) .

(٩) في (م) : [يتخص] .

(١٠) انظر : الحاوي الكبير للماوردي ١٠ ورقة ١٩٢ .

(١١) انظر : مجمع الأنهر (٢/٧٥٣) ، قال في باب الحجب : « ويقدم الأب والجد الصحيح وإن علا ثم جزء أبيه وهم الأخوين لأبوين أو لأب ثم بنوهم وإن سفلوا » .

وانفرد الأخ بأنه ركض مع أخته في رحم واحد فصار كالأخ للأب والأم مع الأخ للأب [١] .

١٩٠١٧ - قلنا : والجد قد انفرد عن الأخوة لمعنى أقوى من تراكضهما [٢] في رحم ولهذا قدم الأب على الأخ [٣] .

١٩٠١٨ - قالوا : قوة الفرع تدل على قوة الأصل وفرع الجد ابنه وهو العم وفرع الأخ ابنه ثم كان ابن الأخ أولى من العم فدل على أن أصله أولى [٤] .

١٩٠١٩ - قلنا : الجد فرعه الأب وهو أولى من الإخوة وأولادهم فدل في هذا الفرع على قوة أصله ويبطل ما قالوه ؛ لأن الجد أولى بالميراث من العم [٥] [وابن العم أولى بالميراث من عم الأب] [٦] وهو في غير ميراث الجد ولم تدل [٧] قوة الفرع على قوة أصله بإجماع كذلك في مسألتنا [٨] .

١٩٠٢٠ - قالوا : الأخ والجد يدليان بالأب ولو مات الأب كان أولاده أقوى في استحقاق ميراثه من أبيه فدل على أن أولادهم أقوى وكان أولى [٩] .

١٩٠٢١ - قلنا : يبطل بأن [١٠] الجد والعم يدليان بالجد ولو مات الجد كان العم أولى بالميراث ثم كان أب الجد أولى بميراث الميت من ابن الجد الذي [١١] هو العم .

١٩٠٢٢ - قالوا : الجد لا يحجب الولد ولا يصير الولد مسلمًا بإسلامه [١٢] .

١٩٠٢٣ - قلنا : هذه المعاني وإن يخالف فيها الأب لم يمنعه من الإرث من ولد الولد كذلك لا يمنعه من إسقاط الأخ ولأن النبي ﷺ جعل الولد يهوديًا بتهويد [١٣]

---

(١) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٥ .

(٢) تراكضها : أركضت الحامل ارتكض الجنين في بطنها فهي مركضة ومرتكض الماء موضع مجمعة ، وتراكض القوم : ركضوا معًا ، والركضة الحركة والدفعة . انظر : لسان العرب (١٧١٩/٣) ، المعجم الوسيط (٣٧٠/١) ، المنجد في اللغة والإعلام ص ٢٧٧ .

(٣) انظر : المبسوط (١٨٢/٢٩) .

(٤) انظر : الحاوي الكبير (١٩٢/١٠) .

(٥) انظر : المبسوط (١٧٤/٢٩) ، مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) : [يدل] .

(٨) انظر : المبسوط (١٧٤/٢٩) .

(٩) انظر : الحاوي الكبير (١٩٣/١٠) .

(١٠) في (م) : [باب] .

(١١) ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٢) انظر : الحاوي (١٦٣/١٠) .

(١٣) في (م) : [شهد] .

الأب ، فلو صار مسلمًا بجده لم يتهود بأبيه [١] .

١٩٠٢٤ - وهذا خلاف النص وإنما لم يجز الولاء لأن الولاء كالنسب فيستحيل أن يثبت من أخذ ولم يرث من الأب الجد فلم يجز ولاءه ولما عتق بعتق الأب جاز أن يجري الولاء [٢] .

* * *

(١) في (م) : [بابنه] .

(٢) انظر : المبسوط (٣٩/٣٠) ، الاختيار ٤ / ص ١٨٨ .

مسألة ٩٥٢

مال المرتد لورثته المسلمين

١٩٠٢٥ - قال أبو حنيفة : ما اكتسبه المرتد في حال إسلامه لورثته المسلمين وما اكتسبه في حال ردته فيء .

١٩٠٢٦ - وقال أبو يوسف ومحمد : جميع ذلك لورثته [(١)] .

١٩٠٢٧ - وقال الشافعي : جميعه فيء وهل يخمس ، فيه قولان [(٢)] .

١٩٠٢٨ - لنا : ما روى الأعمش عن أبي عمر الشيباني عن علي أنه جعل ميراث المرتد لورثته من المسلمين . وعن ابن مسعود أنه قال : ميراث المرتد لورثته ، وعن معاذ بن جبل أنه قال : يرث المسلم الكافر [(٣)] ، وعن زيد بن ثابت [(٤)] قال : أرسلني أبو بكر إلى أهل الردة لأقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين [(٥)] ولا يعرف لهؤلاء الجماعة مخالف [(٦)] .

١٩٠٢٩ - قالوا : روي أن معاوية [(٧)] كتب إلى زيد بن ثابت وابن عباس في ذلك

---

(١) انظر : المبسوط (١٠٠/١٠) ، (٣٧/٣٠) ، بدائع الصنائع (١٣٨/٧) ، حاشية رد المحتار على الدر المختار (٢٥٤/٤) ط دار الفكر ، البناية على الهداية (٧٠٦/٦) ، الفتاوى الهندية (٤٥٥/٦) ، مجمع الأنهر (٧٤٩/٢) ، معين الأحكام ص ٤٣٤ ، الهداية (١٦٥/٢) . وهو رواية عن أحمد انظر : المغني لابن قدامة (١٧٤/٧) ، الشرح الكبير (١٦٧/٧) المقنع (٤٥٠/٢) ، كشاف القناع (٤٧٨/٤) .

(٢) انظر : المجموع للنووي (٥٩/١٦) وبه قال مالك انظر : جوهر الإكليل (٣٣٨/٢) ، مواهب الجليل (٤٢٣/٦) ، حاشية الدسوقي (٤٨٦/٤) المنتقى (٢٥٠/٦) ، وبه قال أحمد في رواية عنه وهو الصحيح في المذهب عنه انظر : المقنع (٤٥٠/٢) ، كشاف القناع (٤٧٨/٤) ، الفروع (٥١/٥) .

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى ٦ / ٢٥٤ ، صحيح مسلم بشرح النووي (١١ / ٥٣) . المبسوط (٣٠/٣٠) ، مجمع الأنهر (٧٤٨/٢) ، المغني لابن قدامة (١٦٦/٧) .

(٤) هو : زيد بن ثابت أبو سعد ، ويقال أبو خارجه الخزرجي البخاري المدني . شيخ المقرئين ، والفرضيين ، مفتي المدينة ، كاتب الوحي ، وكان من حملة الحجة ، أسلم وهو ابن إحدى عشرة سنة تعلم السريانية في سبعة عشر يومًا ، روى عن : النبي ﷺ وروى عنه : ابنه سليمان توفي : سنة خمس وأربعين عن ست وخمسين سنة . انظر : تهذيب سير أعلام النبلاء (١٧٥/١) ، سير أعلام النبلاء (٤٢٦/٢ ، ٤٤١) ، التاريخ (٣٨٠/٣) مؤسسة الكتب الثقافية بيروت ، طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٢٧ .

(٥) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٢٢/٦) باب ميراث من علم موته .

(٦) انظر : المغني لابن قدامة (١٧٥/٧) ، الشرح الكبير (١٦٨/٧) ، الزركشي على مختصر الخرشي (٥٣٦/٤) .

(٧) هو معاوية بن أبي سفيان بن صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب ، =

فقالا : « ماله لبيت المال » .

١٩٠٣٠ - قلنا : ذكر الطحاوي [1] أنه لم ينقل عن أحد من الصحابة في ذلك إلا ما روى عن علي وابن مسعود [2] .

١٩٠٣١ - وذكر أصحابنا عن ابن عباس [3] وزيد مثل قولنا [4] ذلك ولم يذكر أهل الفرائض ما ذكروه في شيء من كتبهم .

١٩٠٣٢ - فلو ثبت ما قالوه حملناه على ما اكتسبه في حال ردته أو على ماله إذا تخبره .

١٩٠٣٣ - قالوا : روي عن محمد بن نصر المقدسي [5] في فرائضه عن أبي إسحاق عن الحارث [6] عن علي قال في مال المرتد إذا قتل على ردته إلى بيت المال [7] .

= أمير المؤمنين ، وأمه هند بنت عتبه . قيل : إنه أسلم قبل أبيه لكن ما أظهر إسلامه إلا يوم الفتح دعا له النبي ﷺ فقال » اللّهم اجعله هاديًا مهديًا واهديه وبويع له بالخلافة من أهل الشام . روى عن : النبي ﷺ ، روى عنه : ابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير ، وعبد اللّه بن عامر المقرئ وغيرهم . مات : في رجب سنة ستين هجرية . انظر : سير أعلام النبلاء (١١٩/٣) ، تاريخ بغداد (٢٠٧/١) ، أسد الغابة (٢٠٩/٥) تهذيب التهذيب (٢٠٧/١٠) ، الكاشف (٣١٨/٣) .

(١) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٢٥٤/٦) باب ميراث المرتد ، معرفة السنن والآثار للشافعي (٣١٢/٦ ، ٣١٣) : ط دار الكتب العلمية .

(٢) روي عن علي ﷺ أنه جعل ميراث المستورد العجلي لورثته من المسلمين ذكره الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ٢٦٦) .

(٣) روي عن ابن مسعود ﷺ أنه قال : « إذا مات المرتد ورثه ولده » وعنه أيضًا قال : « ميراثه لورثته من المسلمين » . انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي (٢٦٦/٣) .

(٤) أخرجه البيهقي عن زيد بن ثابت في مال المرتد حيث أمره أبو بكر أن يقسمه بين ورثته المسلمين . انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٢٢٢/٦) باب ميراث المرتد لمن هو .

(٥) هو : محمد بن نصر بن إبراهيم المقدسي الشافعي ولد عام ١٠٤ هـ روي عن عبد الرحمن بن الطير وابن سلوان المازني ، ومحمد بن عوف المزني وعنه الخطيب البغدادي ومحمد بن طاهر وغيرهم مات عام ٢٤٩ هـ ، انظر : النجوم الزاهرة (١٦٠/٥) ، السير للذهبي (١٣٦/١٩) .

(٦) في (ن) : [الحرث] . وهو : الحارث بن عبد اللّه الأعور الهمداني الخارفي أبو زهير الكوفي قال : عنه مسلم ابن الحجاج حدثنا قتيبة بن سعيد قال : حدثنا جرير عن المغيرة ، عن الشعبي قال : حدثني الحارث الأعور الهمداني وكان كذابًا ، وقال عنه يحيى بن معين أنه ضعيف . روى عن : ابن ثابت ، وعبد اللّه بن مسعود ، وعلي بن أبي طالب ، وبقيرة امرأه سلمان الفارسي ، روى عنه : أبو السفر سعيد بن يحمد الهمداني ، والضحاك بن مزاحم ، وعطاء بن أبي رباح ، مات : بالكوفة أيام عبد اللّه بن الزبير سنة خمس وستون ، انظر : تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٢٤٤/٥) ، ميزان الاعتدال (٤٣٥/١) ، تهذيب التهذيب (١٤٥/٢) .

(٧) انظر : المجموع للنووي (٥٩/١٦) .

١٩٠٣٤ - قلنا : الحارث أنتم لا تقبلون أخباره ، وقصة على مشهورة [١] وما ذكرتموه لا يعرف ولو ثبت جمعنا بين الخبرين وحملنا ما نقلتموه على ما اكتسبه في حال الردة ، ولأن كل حر لا يرثه ورثته من الكفار يرثه ورثته من المسلمين كالمسلم [٢] .

١٩٠٣٥ - ولا يلزم ما اكتسبه في حال الردة ، لأن هذا التعليل للاستحقاق لالاعتبار المال المورث .

١٩٠٣٦ - ولأنه على حكم الإسلام بدلالة أن أولاده يجبرون على الإسلام [٣] .

١٩٠٣٧ - ولأن تصرف في الخمس [والخيارين] [٤] وعند مخالفنا يجب عليه الصلاة والزكاة [٥] ومن كان على حكم الإسلام ورثه ورثته المسلمون كالمجنون المسلم .

١٩٠٣٨ - ولأنه قتل استحق لنقص أدخله في دينه كالقتل بالزنا [٦] ولأنه أبطل تقويم دمه فوجب أن يورث كما لو قتل نفسه ولأنها معصية فلا تمنع الإرث عنه كسائر المعاصي [٧] .

١٩٠٣٩ - ولأن الردة معنى تبطل الأنكحة وتمنع من انعقادها كالموت [٨] .

١٩٠٤٠ - فإن قيل : المعنى فيما قستم عليه أنه يرث وكذلك يورث ولما كان المرتد لا يرث ولا يورث عنه [٩] .

١٩٠٤١ - قلنا : يبطل بالمعتق بصفة إذا كان المعتق معسرًا فاكتسب مالًا ومات فإنه يورث عنه ولو مات أقاربه لم يرث منهم عند الشافعي .

١٩٠٤٢ - احتجوا : بما روى أسامة بن زيد أنَّ النبي ﷺ قال : « لا يرث المسلم

---

(١) قصة على في المستورد العجلي وقد ارتد فعرض عليه الإسلام فأبى فقتله وجعل ميراثه بين ورثته المسلمين . انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٦/٢٥٤) .

(٢) انظر : المبسوط (٣٠/٣٧) ، الوجيز في الميراث ص ٦٩ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٧/١٣٩) .

(٤) هكذا في النسخ .

(٥) المجموع للنووي (٥/٣٢٨) ، النكت للشيرازي ورقة ٢٨٤ ، مغني المحتاج (١/٤٥٨) .

(٦) انظر : المبسوط (١٠/١٠٠) ، (٣٠/٣٧) .

(٧) انظر : المبسوط (١٠/١٠٤) ، بدائع الصنائع (٧/١٣٨) ، الشرح الكبير (٧/١٦٨) .

(٨) انظر : الحاوي الكبير (١٠/٢١٧) النكت للشيرازي ورقة ١٨٣ .

(٩) قال في الاختيار : « قوله عليه الصلاة والسلام : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، فلا يرث ولا يورث ولا يحجب ، فإن مات وترك وفاء أدى بدل الكتابة والباقي لورثته الاختيار (٤/١٩٤) .

الكافر ولا الكافر المسلم » .

١٩٠٤٣ - الجواب : أن هذا بعض الخبر وتمامه قوله ﷺ [لا يفارقه أصل الدين فلم يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وبين ﷺ] (١) : أن الكفر الذي منع ميراث المسلم هو الكفر المضاف إلى ملة وذلك لا يكون إلا في الكافر الأصلي دون المرتد لا ملة له .

١٩٠٤٤ - فإن قيل : هذا إنما يقال في الخبرين إذا كان الراوي واحدًا فيكون الزائد أولى لأن الراوي الواحد أغفل الزيادة فإما إذا اختلف الراوي خبران/ الخبر الذي استدللنا به رواه أسامة بن زيد وما ذكرتموه رواه عبد اللّٰه بن عمر وعائشة . ٢/ب

١٩٠٤٥ - قلنا : بل روى ذلك أسامة ، وروى [مالك عن] (٢) الزهري عن على بن الحسين (٣) عن عمرو بن عثمان (٤) عن أسامة بن زيد قال : قال رسول اللّٰه ﷺ : «لا يرث المسلم الكافر » (٥) .

١٩٠٤٦ - وروى هشيم (٦) عن الزهري عن علي بن الحسين عن عمرو بن عثمان عن أسامة بن زيد قال : قال رسول اللّٰه ﷺ : « لا يتوارث أهل الملتين لا يرث المسلم

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) هو : علي بن الحسين بن الإمام علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ، زين العابدين الهاشمي ، العلوي المدني . ولد في : الكوفة سنة ثمان وثلاثين . كان ثقة مأمونًا كثير الحديث ، ورعًا وكان له فضل في الدين وهو من التابعين . روى عن : أبيه الحسين الشهيد ، وعن جده مرسلًا ، وصفية أم المؤمنين ، وعبد اللّٰه بن عباس ، روى عنه : أولاده أبو جعفر ومحمد ، وعمر ، والزهري ، وعمرو بن دينار وغيرهم . توفي سنة أربع وتسعين وقيل : خمس وتسعين والأول أصح . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٨٦/٤) ، طبقات الشيرازي ص ٦٣ ، حلية الأولياء (١٣٣/٣) ، وفيات الأعيان (٢٦٦/٣) .

(٤) هو : عمرو بن عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي زوَّجه معاوية ابنته لما ولي الخلافة وروى عن سعيد المقبري قال : رأيت أبناء صحابة رسول اللّٰه ﷺ يصبغون بالسواد منهم عمرو بن عثمان وهو ثقة ليس بالمكثر . روى عن أبيه ، وأسامة بن زيد ، روى عنه : سعيد بن المسيب ، وعلى ابن الحسين ، وأبو الزناد وآخرون انظر : سير أعلام النبلاء (٥٣٥/٤) ، الكاشف (٢٩٠/٢) ، طبقات بن سعد (١٠٥/٥) تهذيب التهذيب (٨٧/٨) .

(٥) رواه النسائي في السنن الكبرى (٨١/٤) .

(٦) في (ص) ، (م) : [هشام] . هو : هشيم بن بشير بن أبي حازم ، واسم أبي حازم قاسم بن دينار ، الإمام شيخ الإسلام محدث بغداد ، وحافظها أبو معاوية السلمي مولاهم الواسطي . ولد سنة أربع ومائة . سكن بغداد ، ونشر العلم بها وصنف التصنيفات ، إمام ثقة مدلس . روى عن : عمرو ويثار ، وأبي الزبير . روى عنه : أحمد ، وابن معين ، وهناد . توفي : سنة ثلاث وثمانين ومائة . انظر : تهذيب سير أعلام النبلاء (١٤٦/٢) ، تهذيب التهذيب (٥٩/١١) الكاشف (١٩٨/٣) .

الكافر ولا الكافر المسلم » (١) والراوي واحد وأصل الخبر ما ذكرنا من الزيادة والخبر الآخر أغفل أحد الرواة بعضه فكان الرجوع إلى الزائد أولى فإذا وافق أحد الطريقين رواية عائشة وابن عمر علم أنه الأصل (٢) .

١٩٠٤٧ – قالوا : الراوي قد ينقل الخبر بالمعنى فيجوز أنه سمع « لا يرث الكافر المسلم » فيروى لا يتوارث أهل الملتين ؛ لأنه بعض معنى ما يسمع ، ولأنه يجوز أن يسمع لا يتوارث أهل الملتين فروى لا يرث المسلم الكافر لأنه أكثر مما سمع (٣) .

١٩٠٤٨ – قلنا : الظاهر أنه لم ينقل بالمعنى إنما نقل ما سمع ولكن الراوي عنه أغفل بعض اللفظ ، وجواب آخر أن ردة المسلم عندنا كموته (٤) ولهذا يبطل نكاحه (٥) ولا ينعقد له نكاح (٦) وتزول (٧) أملاكه ويبطل تقويم دمه (٨) فلا يجب بقطع أعضائه أرش (٩) فإذا مات على ردته حكمنا بانتقال ميراثه في آخر إسلامه إلى ورثته ويرث المسلم من المسلم فأما أن يرث كافرا فلا (١٠) .

١٩٠٤٩ – فإن قيل : هو في آخر أجزاء (١١) إسلامه فكيف يورث الحر (١٢) .

١٩٠٥٠ – قلنا : هو في حكم الميت وإذا تحقق هذا الحكم بقتله أو موته نقلنا المال عند الموت بذلك السبب السابق كما ترث المبتوتة (١٣) في المرض عند الموت من آخر جزء من

---

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٦٦/٣) بلفظه باب ميراث المرتد لمن هو ؟ ، وذكر الشافعي أن هشيمًا لم يسمع من الزهري فقد حكم الحفاظ بكونه غلطًا انظر : معرفة السنن والآثار (٧٠/٥) دار الكتب العلمية .

(٢) في (م) : [الآخر] .

(٣) انظر : الحاوي الكبير (٢١٦/١٠) .

(٤) قال المرغيناني في الهداية : « ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه ، لأن الردة بمنزلة الموت » انظر : الهداية (١٦٦/٢) ، بدائع الصنائع (١٣٨/٧) ، المبسوط (١٠٢/١٠) .

(٥) انظر : المبسوط (٣٧/٣٠) .

(٦) انظر : الهداية (١٦٧/٢) ، المغني لابن قدامة (١٧٥/٧) الشرح الكبير (١٦٦/٧) .

(٧) في (ن) : [يزول] .

(٨) انظر : الشرح الكبير (١٦٧/٧) .

(٩) قال المرغيناني في الهداية : « إذا قطعت يد المسلم عمدًا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلمًا فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة ، أما الأول فلأن السراية حلت محلًا غير معصوم بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار » انظر : الهداية (١٦٩/٢) .

(١٠) انظر : المبسوط (٣٠/٣٠) .

(١١) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(١٢) انظر : الحاوي (٢١٧/١٠) .

(١٣) في (ن) : [المنسوبة] .

أجزاء النكاح [١] وكذا يحكم بقتل المؤمن عند وقوع السهم به في الزمن السابق [٢] .

١٩٠٥١ - فإن قيل : عند أبي حنيفة إذا انقضت عدة امرأة المرتد قبل موته لم ترث [٣] ولو مات أحد ابنيه وترك ابنا ثم قتل لم يرث ابن الابن مع الابن ولو انتقل الإرث قبل الردة ورثت الزوجة وابن الابن [٤] .

١٩٠٥٢ - قلنا : روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن امرأة المرتد ترث وإن انقضت عدتها وأن المعتبر من كان وارثًا عند ردته فعلى هذه الرواية سقط السؤال [٥] .

١٩٠٥٣ - قالوا [٦] : روي عن البراء بن عازب [٧] قال : لقيتُ خالي ومعه الدابة فقلت : إلى أين تريد فقال : بعثني رسول اللَّه ﷺ إلى رجل أعرس بإمرأة ابنه أن أضرب عنقه وأخمس ماله [٨] .

١٩٠٥٤ - قالوا : وأخذ المال بنكاح امرأة الأب إنما يكون إذا استحل ذلك ومن استحله كان مرتدا فدل على أن مال المرتد فيء [٩] .

١٩٠٥٥ - قلنا : يحتمل أن يكون فعل ذلك وامتنع حارب فصار حربيًا بذلك فعاد

---

(١) انظر : الهداية (٣/٢) . (٢) انظر : الهداية (١٧٥/٤) .

(٣) في (م) : [يرث] ، انظر : المجموع للنووي (٦٤/١٦) .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٥) انظر : المبسوط (١٠٣/١٠) ، البناية على الهداية (٧٠٨/٦) .

(٦) انظر : الحاوي الكبير (٢١٧/١٠) .

(٧) هو : البراء بن عازب بن حارث بن عدي بن حشم بن مجدعة بن حارثة بن الحارث بن الخزرج الأنصاري الحارثي المدني ، وكنيته أبا عمارة وقيل : أبا الطفيل كان من أعيان الصحابة وقيل أن أول غزوة غزاها هي غزوة الخندق . روى عن : النبي ﷺ ، وأبي بكر الصديق ، وخاله أبو بردة ابن دينار . روى عنه : يزيد بن عبد اللَّه الخطمي ، وعدي بن ثابت ، وأبو إسحاق وغيرهم . توفي : في زمن مصعب بن عمير قيل سنة اثنتين وسبعين وقيل إحدى وسبعين انظر : طبقات بن سعد (١٧/٦) ، التاريخ الكبير (١١٧/٢) ، الجرح والتعديل (٣٩٩/٢) ، الاستيعاب (١٥٥/٢) .

(٨) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٥٣/٦) ، وأحمد في مسنده (٢٩٢/٤) ، ومعرفة السنن والآثار للشافعي (٣١٣/٦) ط . دار الكتب العلمية .

(٩) انظر : الحاوي الكبير للماوردي ١٠ ورقة ٢١٧ ، يجاب عن ذلك بما رواه الحاكم في المستدرك بلفظ : « وآخذ ماله » وأخذه المال إنما ليوزعه على ورثته كما فعل زيد بن ثابت في حرب المرتدين حيث قسم مال المرتدين بين ورثتهم المسلمين علاوة على ذلك : أنَّ الحديث استدلوا به ضعف ففي سند هذا الحديث خالد بن أبي كريمة وهو ضعيف ، انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٢٩٥/٦) .

بذلك إلى حكم أهل الحرب يبين ذلك أن الرواية إنما يحتاج إليها للمحاربة لا في إقامة الحد ، وقد روي عن البراء قال : مرَّبي عمي الحارث بن عمرو [١] ومعه لواء قد عقده له النبي ﷺ فجاء إلى ماء ومعه خيل فلما رآه أهل الماء اهموا إليَّ فدخل خبًّا فأخرج رجلًا وضرب عنقه » [٢] والخيل يحتاج إليها في الممتنع ولهذا خمس رسول اللّه ﷺ ؛ في المال ؛ لأنه عاد إلى حكم مال أهل الحرب .

١٩٠٥٦ – قالوا : المرتد لا يرث بحال ولا يورث كالمكاتب [٣] .

١٩٠٥٧ – قلنا : [٤] المرتد عندنا في حكم الميت والميت لا يرث ولا يورث ولأن المكاتب ليس له ملك ولا مورث عنه كالمسلم والذمي [٥] .

١٩٠٥٨ – قالوا : مال مشرك ولا يرثه المسلم عنه كالكافر الأصلي [٦] .

١٩٠٥٩ – قلنا : الملك يزول بالردة فهو مال مسلم عندنا [٧] والمعنى في الكافر الأصلي أنه لما ترك [٨] ماله وورثه الكفار لم يرثه المسلمون من أهل الميراث [٩] ولما كان المرتد حرًّا لا يرث منه ورثته الكفار ورثه المسلمون من ورثته [١٠] .

١٩٠٦٠ – قالوا : [١١] من لا يرث عنه المسلم ماله الذي اكتسبه في حال ردته لم يرث عنه ماله الذي اكتسبه في حال إباحة [١٢] حقن دمه كما لو نقض الذمي عهده ولحق بدار الحرب وعكسه الزاني المحصن .

---

(١) هو : الحارث بن عمرو الأنصاري ، عم البراء بن عازب ويقال خاله . صحابي له حديث واحد . روى عن : النبي ﷺ . روى عنه : البراء بن عازب . انظر : تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٢٦٤/٥) ، أسد الغابة (٤٠٦/١) ، الكاشف (١٣٩/١) ، تهذيب التهذيب (١٥١/٢) .

(٢) رواه ابن ماجه في سننه (٨٦٩/٢) باب من تزوج امرأة أبيه . أخرجه النسائي في السنن الكبرى (١٩٥/٤ ، ١٩٦) ، وأحمد في مسنده (٢٩٢/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٣٧/٨) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٤٩/٣) .

(٣) انظر : الحاوي الكبير (٢١٧/١٠) ، النكت للشيرازي ورقة ١٨٣ .

(٤) انظر : الهداية (١٦٦/٢) .

(٥) انظر : المبسوط (٣٣/٣٠) ، الاختيار ص ١٩٤ .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٧) انظر : المبسوط (٣٠/٣٠) .

(٨) في (ن) : [تربه] .

(٩) انظر : الوجيز في الميراث ص ٩ .

(١٠) انظر : شرح معاني الآثار (٢٦٨/٣) .

(١١) انظر : الحاوي الكبير ١٠ ورقة ٢١٧ ، النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(١٢) ساقطة من (م) .

١٩٠٦١ - قلنا : إباحة الدم توجب تعلق حق المسلمين باكتسابه فيمنع ذلك من انتقال الملك إلى الورثة كما يمنع الدين من انتقال الملك [١] وما اكتسبه في حال حقن دمه ولم يتعلق به حق أحد فكان مورثًا وكذلك الذي ما اكتسبه في حال إباحة دمه يتعلق به حق الفيء فلم يورث وما اكتسبه في حال حقن دمه كان موروثًا عنه فلا فرق بينهما [٢] وأما الزاني فما يكتسبه لورثته لأنه محقون الدم بدلالة أن القصاص يجب على قاتله فليس إذا وجب قتله يقتضي ذلك إباحة الدم [٣] .

١٩٠٦٢ - قالوا : مازال ملكه فإذا مات على الزوال وجب أن لا يورث عنه قياسا على ما باعه من ماله .

١٩٠٦٣ - قلنا : زوال الملك في البيع أوجب انتقال الملك إلى المشتري فلم يورث عن البائع [٤] والردة أوجبت إزالة الملك حكمًا وتصير [٥] النفس غير مقومة ويزول الملك عن البضع ولا يصح استثناء نكاح فلذلك وجب أن يزول الملك إلى الورثة [٦] .

١٩٠٦٤ - قالوا : ما لو عاد المرتد إلى دار الإسلام كان أحق به فوجب أن تقول فيها بقوله قياسًا على ما اكتسبه في حال ردته [٧] .

١٩٠٦٥ - قلنا : ما اكتسبه في حال إباحة الدم فهو كاكتساب الحربي فيجوز أن يتعلق الفيء [٨] به ، وما اكتسبه حال الإسلام اكتسبه في حال حظر دمه فإذا زال ملكه عنه حكمًا مع بقاء المال زال إلى ورثته كما لو زال بموته والله أعلم بالصواب .

* * *

---

(١) انظر : الهداية : (١٦٧/٢) .

(٢) قال الطحاوي : « إنا قد رأيناهم قد أجمعوا أن المرتد قبل ردته محظور دمه وماله ، ثم إذا ارتد فالكل قد أجمعوا أن الحظر المتقدم قد ارتفع عن دمه وصار دمه مباحًا وماله محظور في حالة الردة بالحظر المتقدم وقد رأينا الحربيين حكم دمائهم وأموالهم سواء قتلوا أو لم يقتلوا فلم يكن الذي يحل به أموالهم هو القتل ، بل كان الكفر ، وكان المرتد لا يحل ماله بكفره فلما ثبت أن ماله لا يحل بكفره ثبت أنه لا يحل بقتله انظر : شرح معاني الآثار (٢٦٧/٣) .

(٣) انظر : المبسوط (٦٠/٩) ، البناية على الهداية (١٠٩/١٢) .

(٤) انظر : اللباب شرح الكتاب (١١/٢ ، ١٢) . (٥) في (م) [ويصير] .

(٦) انظر : المبسوط (١٠٤/١٠) ، الهداية (١٦٥/٢) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٣ .

(٨) انظر : تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، مجمع الأنهر (٧٤٨/٢) ، الهداية (١٦٦/٢) .

مسألة (١) ٩٥٣

[الجزء الثالث]

بسم الله الرحمن الرحيم

حكم مال المرتد إذا لحق بدار الحرب

١٩٠٦٦ - قال أصحابنا : إذا ارتد المسلم ولحق بدار الحرب حكم بلحاقه وقسم ماله بين ورثته (٢) .

١٩٠٦٧ - وقال الشافعي : يكون فيئًا (٣) .

١٩٠٦٨ - لنا : أنه مال اكتسبه مسلم فلا يكون فيئًا في دار الإسلام [كمال من] (٤) لم يرتد ولأن الإرث سبب تملك فجاز أن يملك بدين حال الحياة كالعقود (٥) .

١٩٠٦٩ - ولا تلزم الوصايا لأنها من جملة العقود والتعليل بجنسها وفرع العلة ما يملك به وليس بعقد وأصلها ما يملك به وهو عقده (٦) ولأن المال عندنا لا يقسم بين الورثة إلا بحكم الحاكم بلحاقه وقسمته بينهم .

١٩٠٧٠ - وهذا حكم في موضع يسوغ الاجتهاد فيه فينعقد الحكم كما لو حكم بكون المال فيئًا

---

(١) موجود في (ص) وبياض في باقي النسخ .

(٢) انظر : المبسوط (٣٧/٣٠) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، حاشية رد المحتار على الدر المختار (٢٥٤/٤) ، الهداية (١٦٦/٢) ، مجمع الأنهر (٦٨٢/٢) الفتاوى الهندية (٤٥٥/٦) ، الوجيز في الميراث ص ٦٩ الوجيز في الميراث والوصية ص ٥٠ .

(٣) انظر : النكت ١٨٣ ، الحاوي الكبير (٢١٦/١٠) ، المجموع (٥٩/١٦) ، مغني المحتاج (٢٥/٣) ، نهاية المحتاج (٢٢/٥) ، الشرقاوي على التحرير ٢/ ١٨٧ ، الأنوار الأعمال الأبرار (٦/٢) .

(٤) في (م) ، (ن) : [كما من] .

(٥) قال السرخسي : « قال أبو حنيفة ﷺ إنه يورث عن كسب إسلامه ولا يورث كسب الردة أن الإرث نوع ولاية فالسبب الخاص كما لا يوجب الولاية للكافر على المسلم لا يثبت للمسلم على الكافر يعنى ولاية التزويج بسبب القرابة وولاية التصرف في المال وبه فارق التوريث بالسبب العام فإن الأبوية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية الشهادة والسلطنة ولا تثبت للكافر على المسلم بحال فكذلك التوريث . انظر : المبسوط (٣١/٣٠) .

(٦) أي يجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم وقال في الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة . انظر : تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، مجمع الأنهر (٧١٧/٢) .

١٩٠٧١ - وهذه المسألة فرع لنا على أصول .

١٩٠٧٢ - أحدها : أن ملك المرتد يزول بردته ويقف ذلك مراعى [١] كما يقف في بيع مشروط فيه الخيار » [٢] فإذا لَحِقَ انقطعت حقوقه

١٩٠٧٣ - لأن اختلاف الدارين يمنع بقاء الحقوق فإذا حكم الحاكم بلحاقه فقد زالت المراعاة وصار في حكم أهل الحرب لينتقل المال إلى الورثة وقوله ﷺ « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم [٣] قد أجبنا عنه » [٤] .

١٩٠٧٤ - قالوا : كيف يورث الحربي [٥] .

١٩٠٧٥ - قلنا : هذا في حكم الميراث وليس بصريح ميراث ولأنا بينا أن الردة كالموت » [٦] فكما يصير المرتد كالميت في الأنكحة كذلك في الإرث » [٧] .

١٩٠٧٦ - قالوا : لو ملك الوارث بغير عوض صار كالمملوك بالهبة وإذا وجد على حكم الملك الأول تعلق بالرجوع كما يقول مخالفنا في هبة الوالد » [٨] فنقول نحن في هبة الأجنبي وكما لو مات فانتقل ماله إلى ورثته [٩] .

١٩٠٧٧ - ثم وقع في بئر كان حفرها إنسان فمات أو استحق ما كان ضمان الدرك فيه عادت التركة [١٠] إلى حكم ملكه واستحقت في ديونه كذلك هنا .

* * *

---

(١) في (م) : [مراعا] . (٢) انظر : الهداية (١٦٧/٢) .

(٣) في (م) : [لا يرث المسلم الكافر المسلم] وفي (ن) [لا يرث المسلم الكافر والكافر المسلم] والصحيح ما أثبتناه . والحديث رواه البخاري (١٤٨٤/٦) ، مسلم (١٢٣٣/٣) .

(٤) قال السرخسي في المبسوط : « وهذا بخلاف المرتد فالإرث للمسلم منه ليستند إلى حال إسلامه ولهذا قال أبو حنيفة ﷺ أنه يورث عن كسب إسلامه ولا يورث عن كسب الردة انظر : المبسوط (٣١/٣٠) .

(٥) قال النووي في المجموع : « الذمي هل يرث الحربي ؟ فيه قولان : أحدهما يرثه لأنه ملتهما واحدة ، والثاني لا يرثه لأن حكمنا لا يجري على الحربي هذا مذهبنا انظر : المجموع » شرح المهذب (٥٩/١٦) ، نهاية المحتاج (٢٣/٥) .

(٦) قال في الهداية : « لأن الردة بمنزلة الموت » انظر : الهداية (١٦٦/٢) .

(٧) انظر : الهداية (١٦٧/٢) ، مجمع الأنهر (٦٨٤/٢) .

(٨) انظر : مغني المحتاج (٤٠١/٢) قال الشربيني الخطيب « وللأب الرجوع في هبة ولده وكذا السائد الأصول على المشهور » .

(٩) انظر : الهداية (٢٢٨/٣) ، مجمع الأنهر (٣٦١/٢) .

(١٠) في (م) : [الشركة] .

مسألة ٩٥٤

الشركة في الميراث

١٩٠٧٨ - قال أصحابنا : في المشتركة وهي وزوج وأم وأخوان لأم وأخ لأب وأم فصاعدًا أن للزوج النصف وللأم السدس وللأخوين لأم الثلث وسقط ولد الأم والأب .

١٩٠٧٩ - قال الشافعي : الثلث بين ولد الأم وولد الأب والأم بالسوية ترث ولد الأب والأم بانتسابهم إلى أمهم دون أبيهم .

١٩٠٨٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمۡرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوۡ أُخۡتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُۚ فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ ﴾ فجعل اللَّه تعالى جميع الثلث للأخوة لأم فلم يجب أن ينقص منه .

١٩٠٨١ - فإن قيل : الأخ لأب وللأم أخ آخر فيستحق سهمًا معهم .

١٩٠٨٢ - قلنا : إنما جعل اللَّه تعالى الثلث للأخوة التي استحق الواحد منهم الثلث والأخ للأب والأم لا يستحق الثلث وتستحق أخته السدس فلما دخلوا في الآية ، ويدل عليه قوله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقيت الفرائض فلأولى عصبته ذكر » ولم يبق الفريضة . شيئًا يستحقه الأخ للأب والأم / .

٢١٥/أ

١٩٠٨٣ - فإن قيل : الأخ للأب والأم من ذوى الفريضة في مسألتنا .

١٩٠٨٤ - قلنا : لو كان كذلك لكانت أخته إذا انفردت مثله لأنها أخته وأم أخت الأخت فلما لم يشاركهم إذا انفردت بولى انتسابهم إلى الأخوة وينفرد عن انتسابهم إلى الأب [1] ولأن ولد الأم له سهم مقدر فلم يشاركهم فيه ولد الأب والأم كالزوج ، ولأن الميراث استحق بنسب ونسبتهم كان ذو السهم بسبب لا يشاركه فيه كذلك من يستحق السهم بالنسب ولأن الأخ للأب والأم إذا لم يرثوا بالتعصيب سقط ميراثه كما لو كان كافرًا ولأنه إذا كان لم يفضل على أخيه في الميراث لم يرث كما لو كان عبدًا .

١٩٠٨٥ - ولأنه ينسب إلى الأبوين فلم يشاركه من ينسب إلى أحدهما في قوله كالأخ للأب والأم والأخت للأب ، لأنها جهة واحدة في القرابة فلم تتبعض

---

(١) بالتعصيب فلم يكن بالجرد ليس على متعهم . انظر : الحاوي الكبير (٢٢٨/١٠) ، المقنع (٤٢١/٢) ، كشاف القناع (٤٣٠/٤) ، المغني (٢٣/٧) .

للاستحقاق حال الانفراد (١) ويبين (٢) ذلك أن الأخ للأب والأم إذا كان معه أخوة لأم لم يشاركهم في الثلث استحق الباقي بالتعصيب كذلك في مسألتنا .

١٩٠٨٦ - ولا يلزم ابن العم إذا كان أخًا لأم لأنها جهتان مختلفان (٣) .

١٩٠٨٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ ﴾ وعمومه يتناول الأخوة (٤) .

١٩٠٨٨ - والجواب : أن الآية لا تقتضي استحقاق جميع الرجال على الإجماع وإنما يقتضي أنهم من أهل الميراث فأما ترتيب ميراثهم فثابت بدليل آخر (٥) وعندنا الأخوة من أهل الميراث وهل يتقدمون أو يتقدم غيرهم موقوف على الدليل .

١٩٠٨٩ - ولأن الآية تقتضي إثبات نصيب منهم وقد بين اللّٰه تعالى سهام ذوي السهام بيانًا مفسرًا فالواجب تقديمهم على من لم يثبت نصيبه .

١٩٠٩٠ - قالوا : فريضة جمعت ولد أم وولد أب و أم (٦) وإذا ورث ولد الأم لم يسقط ولد الأب والأم مع السلامة ولم يكن هناك زوج (٧) .

١٩٠٩١ - قلنا : لا نسلم أن الفريضة جمعت الفرقتين لأن الفريضة ليست عبارة عن أقارب الميت وإنما هي عبارة عن جملة استحقاق المستحقين وولد الأب والأم لا استحقاق لهم فكيف نسلم أن الفريضة جمعتهم فتغلب هذه العلة فنقول وجب ألا يشتركون في السهم كما لم يكن هناك زوج ، أو نقول فلا يستوي ذكرهم وأنثاهم .

---

(١) انظر : المبسوط (١٥٥/٢٦) ، المغني (٢٣/٧) .

(٢) في (ن) : [ويين] .

(٣) انظر : المبسوط (١٥٥/١٦) ، المغني (٢٣/٧ ، ٢٤) ، المقنع (٤٢٠/٢) . ويجاب عن ذلك بما أورده الشيرازي في الأب بتعصيب وولاته وفي ابن العم تعصيب وأخوة وهما معنيان عقليان فما اجتمع به الحقان وها هنا من أخوة فلا يجتمع به موجبان . انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٥ ، الحاوي الكبير (٢٢٧/١٠) .

(٤) سورة النساء : الآية ٧ .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) أي أن الشرع ورد بتقديم ذوي الفروض على العصبة ولذلك يقدم وأن سقط ولد الأبوين كغيره . انظر : المغني لابن قدامة (٢٣/٧) . ويجاب عن ذلك الآية تقتضي عموم استحقاق الجميع إلا من خصه الدليل ولأنهم ساوو ولد الأم في رحمهم فوجب أن يساوه في ميراثهم قياسًا على مشاركة بعضهم لبعض ولأنهم بنو أم واحدة فجاز أن يشتركوا في الثلث ما عليهم إذا لم يكن فيهم ولد أب . انظر : الحاوي (١٠٢/١٠) .

(٧) انظر : الحاوي الكبير (٢٢٧/١٠) ، النكت ورقة ١٨٥ ، المجموع (١٠٢/١٦) .

١٩٠٩٢ - والمعنى في الأصل أن السهام لم تستغرق الفريضة فاستحق العصبة وأصل السهام في مسألتنا استغرقت السهام الفريضة فسقط الأخ كما سقط العم وابن العم .

١٩٠٩٣ - قالوا : الأخ والأم لهم سببان يورث لكل واحد منهما على الانفراد فإذا سقط التعصيب كان كالمنفرد بالأم أصله ابن العم إذا كان للأم (١) .

١٩٠٩٤ - قلنا : ليس لولد الأب والأم إلا سبب واحد وهو انتسابهم إلى الأبوين فلو ورثوا بأحدهما انتقض ذلك السبب فلا يجوز تبعيضه كما لو اجتمع أخ لأب وأم وأخ لأب استحق الأخ للأب والأم الجميع (٢) ولو تبعض (٣) السبب استحق بانتسابه إلى الأم السدس وتساوى الأخ للأب في الباقي (٤) فأما ابن العم إذا كان أخًا واحدًا سببه غير الآخر ألا ترى أنه إذا اجتمع مع ابن العم من ليس بأخ .

١٩٠٩٥ - انفرد بالسهم وساوى شريكه في التعصيب ولم يترجح بالسبب الآخر فدل على اختلافهما .

١٩٠٩٦ - قالوا : من له معنى الفرض والتعصيب فله حالة يأخذ منها بالفرض دون التعصب كالأب (٥) .

١٩٠٩٧ - قلنا : لا نسلم أن الأخ للأب والأم حاله فرض لأن السهم لا يستحق إلا بمجرد الانتساب إلى الأم فإذا انتسب إلى الجهتين فلم يوجد فيه معنى استحقاق السهم .

---

(١) أي أن قرابة الأم في حقهم ليست بسبب للاستحقاق ثم العصوبة أقوى أسباب الإرث والضعيف يظهر مع وجود القوي فلا يظهر الاستحقاق بالفريضة في حق الأخوة والأخوات لأب وأم وإذا لم يوجد غير ذلك وجب إلحاق الفرائض بأهلها فإن لم يبق فلا شيء له .

(٢) انظر : المبسوط (١٥٥/٢٩) ، المغني (٢٣/٧) يجاب عن ذلك : ما ذكره الماوردي بقوله أن كم من وارث بسببين يرث بكل واحد منهما على الانفراد جاز إذا لم يرث بأحدهما أن يرث بالآخر قياسًا وابن العم إذا كان أخًا لأم ولأن كل من فيه معنى التعصيب والفرض جاز إذا لم يرث بالآخر قياسًا وابن العم إذا كان أخًا لأم ولأن الأحوال المواريث موضوعة على تقديم الأقوى على الأضعف وأدنى الأحوال مشاركة الأقوى الأضعف وليس في أصول المواريث سقوط الأقوى بالأضعف . انظر : الحاوي الكبير (٢٢٧/٣ ، ٢٢٨) .

(٣) في (م) : [ينتقص] .

(٤) أي أن الإدلاء بقرابة الأب سبب لاستحقاق العصوبة وبعد ما وجد هذا السبب لا تكون قرابة الأم علة الاستحقاق بل تكون علة الاستحقاق أن تكون علة للترجيح فلهذا يرجح الأخ لأب وأم على الأخ لأب . انظر : المبسوط (١١٥/٢٦) ، المغني (٢٤/٧) .

(٥) وأن كل من فيه معنى التعصيب والفرض جاز إذا لم يرث بالتعصيب أن يرث بالفرض قياسًا على الأب انظر : الحاوي الكبير (٢٢٧/١٠) ، النكت ورقة ١٨٥ .

١٩٠٩٨ - ولأن الأب يجوز أن يستحق سهمًا معًا فجاز أن يستحق لكل واحد منهما والأخ لا يستحق بالسهم والتعصيب معًا فلم يجز أن يستحق بكل واحد منهما ولأن الأب لما لم يجز أن يسقط إرثه بحال فتقدمه الولد في التعصب وورث بغير التعصب في الجهة التي يستحق بها التعصيب وإذا كان الأخ يجوز أن يحجب عن الإرث وسقط تعصيبه لم يرث السهم بالجهة التي استحق بها التعصيب [١] وإلا كان الأخ يجوز أن يحجب عن الإرث وسقط تعصيبه لم يرث السهم بالجهة التي استحق لها التعصيب فلا [٢] ينقضها [٣] .

١٩٠٩٩ - قالوا : يتساويا في الانتساب إلى الآخر وانفرد أحدهما بمزية وهي الانتساب إلى الأب وكل شخص ساوى غيره في القرابة وانفرد بفضل مزية فإنه إما أن يسقط الذي يساويه بذلك الفضل أو يأخذ زيادة على ما يأخذ الآخر فالأول [٤] كالأخ .

١٩١٠٠ - للأب والأم والأخ للأب والثاني الأب لما ساوى الآخر في الولاء وانفرد بالتعصيب أخذ بذلك زيادة على ما يأخذ الآخر وذلك عمدتهم في المسألة وتختلف عبارتهم عنه وهو معنى قول من قال : هب أن أباهم كان حمَّارًا قد تراكضوا في رحم واحد [٥] .

١٩١٠١ - قلنا : يمتنع أن يتساوى ولد الأم وولد الأب والأم في الانتساب إلى الأم ويحجب ولد الأب والأم دونهم كما يستحق ولد الأم ولا يساويهم في الاستحقاق وولد الأب والأم وأن كانوا مثلهم فلهم مزية بيان ذلك أنه إذا كان في الفريضة زوج وأم وأخ لأم وعشرة أخوة لأب وأم انفرد الأخ بالسدس فكان لكل واحد من الأخوة للأب والأم عُشْرُ السدس فلم يتساوا مع التساوي في الانتساب إلى الأم وجود المزية في الإدلاء [٦] بالأب وصارت هذه المزية صدرًا على ولد الأب كذلك لنفي مسألتنا [٧] .

---

(١) أي أنه لا يظهر الاستحقاق بالفريضة هي حق الأخوة والأخوات لأب وأم وإذا لم يظهر ذلك وجب أن تلحق بأهلها فإن بقي سهم فهو للعصبة وأن لم يبق فلا شيء لهم . انظر : المبسوط (١١٥/٢٩) ، المغني (٢٣/٧) .

(٢) في (م) : [فلم] .

(٣) انظر : الوجيز في الميراث . والوصية ص ١٠٨ .

(٤) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) أي أن مشاركتهم في الأم وزيادتهم بالأب فإذا لم يزيدهم الأب قوة لم يزيدهم ضعف وأسوأ حالة أن يكون وجوده كعدمه كما قال السائل : هب أن ابنًا كان حمَّارًا إلى أمنا وأمهم واحدة . انظر : الحاوي (٢٢٨/١٠) ، النكت ١٨٥ ، المجموع (١٠٢/١٦) .

(٦) في (م) : [الأولاد] .

(٧) انظر : المبسوط (١٥٥/٢٩) ، المغني (٢٣/٧) .

١٩١٠٢ - قال : المخالف لأنهم ورثواها هنا بالتعصيب فلم يرثوا بالسهم [(١)] .

١٩١٠٣ - قلنا : قد نقضنا معناكم فلا يمنع بعد ذلك التعريف فيبطل هذا الفرق بزوج وأم وأخت لأب وأم وأخت وأخ لأب لأن الأخت للأب لو انفردت استحقت السدس فلما عصَّبها أخوها أسقطها فكان يجب أن تقول له : « إذا لم استحق معك بالتعصيب شيئًا استحق بالسهم وانضمامي إلى مالا يكسبني ضعفًا كما قال مخالفنا من بعض الأخوة حتى تعتبر جهة الأم على الانفراد وجهة الأب على الانفراد لوجب أن يقال في بنت وأخ لأب وأم وأخ لأب أن يقول الأخ للأب نسبك إلى الأم [(٢)] سقط اعتباره مع الولد لأن ولد الأم لا يرثون مع البنت وإذا سقط نسبك إلى الأم تساوينا في الانتساب إلى الأب فيجب أن يكون الباقي بعد نصيب البنت بيننا .

١٩١٠٤ - لما كان الأخ للأب والأم أولى دلى على أن جهته قرابة واحدة لا تتبعض حتى ينفرد أحد جهته عن الأخرى ، ولكان يجب في المشتركة إذا كان فيها زوج وأخت لأب وأم أن تقول الأخت لأختها كان أبي لو لم يكن النصف بالفرض فلما عصبتنى صرت بك ذات سهم يجب لي أخذ سهمي الذي فرض الله لي إذ قد سقط تعصيبى وصرت من ذوات السهام [(٣)]

* * *

(١) أي أن ولد الأم إذا كان واحدًا سقط الشريك لأنه يبقى من الفروض سدس يأخذه ولد الأب والأم بالتعصيب انظر : الحاوي (٢٢٩/١٠) .

(٢) يجاب على استدلال الحنفية : ما ذكره الماوردي بأن الأخ للأب ليس له سبب يرث به إلا التعصيب وحده فلم يجز أن يدخل بمجرد التعصيب على ذوي الفروض . ألا ترى أنه لو اجتمع في هذه المسألة من الأخت للأب الأخ للأب أسقطها لأنه نقلها عن الفرض إلى التعصيب وليس كذلك الأخوة لأب ولأم لأن لهم رحم بالأم يجوز أن يشاركوا بها ولد الأم . ألا ترى أنهم لو اجتمعوا معهم لم يسقطوا فكذلك لم يسقطوا بهم . انظر : الحاوي الكبير (٢٢٨/١٠) .

(٣) يجاب عن ذلك أن استدلالهم بالبنت والأخت للأب والأم والأخت للأب فالجواب عنه من البنت إنما تسقط من الأخوة والأخوات من تفرد إدلاء بالأم فإذا اجتمع الأمران في أحد لم يسقط ثم رأينا من جمع الإدلاء بالأبوين أقوى فجاز أن يكون أحق وهذا بخلاف المشتركة . انظر : الحاوي الكبير (٢٢٨/١٠) .

مسألة ٩٥٥

الخنثى المشكل أنثى في الميراث

١٩١٠٥ - قال أبو حنيفة [ﷺ] (١) : الخنثى (٢) المشكل (٣) أنثى في الميراث إلى أن يتبين حاله (٤) .

١٩١٠٦ - وقال الشافعي اجعل له أضر الحالين فإن كان الإضرار أن يكون أنثى جعلته أنثى ووقعت الزيادة على نصيبه إلى أن يتبين حاله أو يصطلح هو والورثة وإن كان الإضرار به أن يكون ذكرًا مثل أن يكون أخًا لأب وأم في الشركة جعلته ذكرًا واعتبرت في الباقين الأضر بهم ووقف (٥) الباقي (٦) ويظهر الخلاف فيمن ترك ابنا وخنثى .

١٩١٠٧ - قال أبو حنيفة : للابن الثلثان وللخنثى الثلث (٧) .

١٩١٠٨ - وقال الشافعي : للخنثى الثلث وللابن النصف ونقف (٨) السدس (٩) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) .

(٢) الخنثى : هو الذي له ما للذكر والأنثى ، وتخنيث الكلام : تليينه ، واشتقاق المخنث منه ، وجمع المخنث الخناث كالأنثى والإناث ، والخناثى بالفتح كالحبلى والحبالى . انظر : أنيس الفقهاء ص ١٦٦ .

(٣) المشكل : الذي لم تتصح ذكورته ولا أنوثته بعلاقة تميزه انظر : المجموع للنووي (١٠٥/١٦) ، انظر : حاشية الدسوقي (٤٨٩/٤) ، كشاف القناع (٤٦٩/٤ ، ٤٧٠) .

(٤) في (م) : [أمره] وانظر : المبسوط (٩٢/٣٠ ، ١٠٩) ، بدائع الصنائع (٣٢٨/٧) ، حاشية رد المحتار على الدر المختار (٣٧٠/٦) ، الاختيار ص ١٩٣ ، الفتاوى الهندية (٤٥٧/٦) ، البناية على الهداية (٦٧١/١٢) ، الوجيز في الميراث ص ٥٨ ، الرائد ص ١١٤ ، االتحقيقات المرضية ص ٢١٠ ، المهذب ص ٣٠ .

(٥) في (ن) : [وقعت] .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٦ ، المهذب ص ٣١ دار الفكر ، المجموع للنووي (١٠٨/١٦) ، روضة الطالبين (٤٠/٦) ، التحقيقات المرضية ص ٢١٠ وذهب الملكية إلى أن الخنثى المشكل يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى انظر : جواهر الإكليل (٣٣٩/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٨٩/٤) ، بلغة السالك (٦٥٨/٣) ، مواهب الجليل (٤٢٤/٢) ، وذهب الحنابلة ففرقوا بين حالتين : **الأولى** : إن كان يرجى اتضاح حاله عومل هو ومن معه بالأضر فهو كما يقول الشافعية . **الثانية** : إن كان لا يرجى اتضاح حاله بأن مات قبل بلوغه أربع ولم تظهر فيه علامة فهو كما يقول المالكية انظر : المغني لابن قدامة (١١٣/٧) ، المقنع (٤٤٥/٢) ، الزركشي على مختصر الخرقي (٥٠٩/٤ ، ٥١٠) ، الفروع (٤١/٥) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٦) .

(٨) (م) ، (ن) ، (ع) : [ونصف] .

(٩) انظر : النكت ورقة ١٨٦ ، روضة الطالبين (٤٢/٦) ، الحاوي الكبير (٢٣٦/١٠) .

١٩١٠٩ - لنا : أن الابن مستحق جميع المال وإنما يسقط بعض حقه بالمزاحمة وقد تيقنا أن الذي يزاحمه أنثى وشككنا في كونه ذكرًا فلم يجز أن يسقط بعض حقه بالشك ولا يلزم إذا ترك حملا لأنا لا نتيقن كونه أنثى ولا أمارة على ذلك فقد تيقنا في الخنثى الأنوثية في الخلقة فيما زاد عليها [١] .

١٩١١٠ - ولأن القاضي منصوب لفصل الأحكام لا لبقائها فلم يجز له أن يوقف بعض الميراث إلى أمد غير معروف . وليس هذا كالحمل [٢] لأنه يوقف إلى حين الولادة وذلك أمد معلوم [٣] .

١٩١١١ - احتجوا : بأنه يجوز أن يكون ذكرًا ويجوز أن يكون أنثى فلا يدفع إلى شركائه / بالشك [٤] .

٢١٥

١٩١١٢ - قلنا : وكذلك لا ينقصون بالشك ولأن هذا يبطل بمن مات وترك أخًا وإنما يدفع إليه الميراث بعد البلوغ مع جواز أن يكون هناك ابنا لحجبه الآباء وإلا يحجبه بغير تعيين .

١٩١١٣ - فإن قيل : يوقف ميراث الخنثى حتى يبلغ فيتبين أمره بالبلوغ [٥] .

١٩١١٤ - قلنا : الشافعي يقول : في الخنثى بعد البلوغ ما يقوله قبله وليس بعد البلوغ أمر منتظر يتعلق البيان به .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (٩٣/٣٠) .

(٢) انظر : المبسوط (٩٢/٣٠) ، بدائع الصنائع (٣٢٨/٧) ، البناية على الهداية (٦٧٣/١٢) ، الاختيار ص ١٩٣ ، الفتاوى الهندية (٤٥٧/٦) .

(٣) انظر : الاختيار ص ١٩١ ، اللباب (١١٩/٤) .

(٤) انظر : النكت ورقة ١٨٦ ، المجموع (١٠٩/١٦) .

(٥) انظر : المغني لابن قدامة (١١٥/٧) ، الشرح الكبير (١٤٨/٧) .

مسألة ٩٥٦

المجوسي إذا اجتمعت فيه قرابتان

١٩١١٥ - قال أصحابنا : إذا ترك المجوسي من له قرابتان لو [١] تفرقا من شخصين ورث كل واحد منهما مع الآخر وورث الشخص الواحد بالقرابتين [٢] .

١٩١١٦ - مثاله : أن يتزوج المجوسي ببنته فتلد له بنتا فإذا ماتت [٣] بنته فبنتها أختها من أبيها أو يتزوج أمه فيولدها بنتا فهي بنتها وبنت ابنها وترث بالقرابتين أو يتزوج بنته فتلد له ابنا ثم يموت الابن فهذه أمه وأخته من أبيه [٤] .

١٩١١٧ - وقال الشافعي : يرث بأقوى القرابتين [٥]

١٩١١٨ - لنا [٦] : قوله تعالى : ﴿ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ﴾ [٧] فلم يفصل أخت هي أم أو ليست بأم .

١٩١١٩ - وقال تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ ﴾ [٨] ولم يفصل بين أخت هي جدة أو غير جدة .

١٩١٢٠ - وعند مخالفنا الأخت للأم إذا كانت ورثت سهم الجدة ولم ترث بكونها أختا لأم وهو خلاف القرآن وإنما تكون جدة وتكون أختا لأم [٩] إذا تزوج المجوسي أمه فأولدها بنتا فإن ماتت هذه البنت فلجدتها أم أبيها السدس ولها السدس آخر لأنها أخت

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أو] والصحيح ما أثبتناه .

(٢) انظر : المبسوط (٣٣/٣٠ ، ٣٤) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، مجمع الأنهر (٧٦٩/٢) ، الفتاوى الهندية (٤٥٥/٦) ، الاختيار ص ١٩١ ، وبه قال أحمد وهو ما عليه المذهب انظر المغني لابن قدامة (١٨٠/٧) ، الشرح الكبير (١٧٠/٧) ، كشاف القناع (٤٧٨/٤) ، المقنع (٥١/٢) ، الفروع (٥٣/٥) .

(٣) في (م) : [مات] .

(٤) انظر : المبسوط (٣٤/٣٠) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، الاختيار ص ١٩٠ .

(٥) انظر : الحاوي الكبير (٢٣٢/١٠ ، ٢٣٣) ، النكت ورقة ١٨٥ ، المجموع (٩٦/١٦) ، روضة الطالبين (٤٤/٦) ، مغني المحتاج (٣٠/٣) وبه قال مالك في المنتقى للباجي (٢٥١/٦) .

(٦) انظر : المغني لابن قدامة (١٨٠/٧) ، الشرح الكبير (١٧٠/٧) .

(٧) سورة النساء : الآية ١٧٦ .

(٨) سورة النساء : الآية ١٢ .

(٩) انظر : المغني لابن قدامة (١٨٢/٧) ، الشرح الكبير (١٧١/٧) .

لأم [١] وعندهم لا ترث نصيب الأخت [٢] .

١٩١٢١ - ويدل عليه قوله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر » [٣] .

١٩١٢٢ - فقد وجد في الشخص السببان فيستحق بهما كما لو قال : « من دخل الدار فله درهم ، وقال : من لم يدخل فهو حر فدخل عبده استحق العبد الدرهم ، وكذلك من قال : من دخلها فله درهم ومن دخلها راكبا فله دينار فدخلها راكبًا استحق الدرهم والدينار لاجتماع الصفتين [٤]

١٩١٢٣ - ولأنه اجتمع فيه معنيان لو تفرقا في شخصين ورث كل واحد منهما مع الآخر فورث بهما كابن عم هو أخ لأم وابن عم هو زوج [٥] .

١٩١٢٤ - ولأن ابن العم إذا كان زوجًا اجتمع فيه سببان أحدهما منقطع ، والأخت التي هي بنت اجتمع فيها سببان متصلان [٦] فإذا ورث الزوج بالسببين فالبنت أولى ، ولأن الميراث يستحق بالسهم تارة وبالتعصيب أخرى ثم جاز أن يستحق الشخص الواحد بالسهم والتعصيب [٧] كذلك يجوز أن يستحق بالسهم [٨] والسهم [٩] ولأنها قرابة تحصل بوطء قر عليه فصارت [١٠] كالقرابة بوطء مباح [١١] .

١٩١٢٥ - ولأن من اجتمع له سببان إذا اجتمع مع ذي سبب واحد إما أن يستحق

---

(١) انظر : مجمع الأنهر (٧٦٩/٢) .

(٢) انظر : المجموع للنووي (٩٧/١٦) ، الحاوي الكبير (٢٣٤/١٠) .

(٣) رواه البخاري في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر » صحيح البخاري (١٨٨/٨ ، ١٨٩) باب ميراث ابن الابن ، باب ميراث الجد مع الأخوة . ط الشعب ، ورواه مسلم في صحيحه (١٢٣٣/٣) (باب ألحقوا الفرائض بأهلها) .

(٤) انظر : المبسوط (٣٥/٣٠) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، الاختيار ص ١٩١ ، المغني لابن قدامة (١٨٠/٧) ، الشرح الكبير (١٧٠/٧) .

(٥) انظر : المبسوط (٣٥/٣٠) .

(٦) انظر : المبسوط (٣٥/٣٠) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦) ، مجمع الأنهر (٧٦٩/٢) .

(٧) انظر : المبسوط (٣٥/٣٠) .

(٨) تكرار للفظ في (م) .

(٩) انظر : المبسوط (٣٥/٣٠) ، مجمع الأنهر (٧٦٩/٢) ، المغني لابن قدامة (١٧٩/٧) ، الشرح الكبير (١٧٣/٧) ، كشاف القناع (٤٧٩/٤) .

(١٠) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١١) انظر : الاختيار ص ١٩١ .

بسببه أو يترجح إذا لم تتضامن الفريضة كالأخ للأب والأم والأخ للأب كابني العم إذا كان أحدهما أخ لأم (١) .

١٩١٢٦ - فلما اجتمع في مسألتنا سببان أحدهما أخت فلم تسقط إحداهما الأخرى بزيادة سببها فوجب أن ينفرد استحقاقها به (٢) .

١٩١٢٧ - ولأن مخالفنا يقول : إذا كانت أختا أنها ترث نصيب الأم ويسقط استحقاقها بالأخوة ، لأن قرابة الأم أقوى بدلالة أنها ترث مع الأب والابن والأخت لا ترث معها (٣) .

١٩١٢٨ - فقلنا : بالفصل بينك وبين من قال : إنني ورثتها بكونها أنثى أكثر ولأنها ترث بالفرض تارة (٤) وبالتعصيب أخرى ولأنها تحجب الأم مع مثلها ولا تحجبها الأم بحال (٥) .

١٩١٢٩ - ولأنها من قبيلة الميت وكذلك يقول مخالفنا في الجدة إذا كانت أختا لأنها تستحق سهم الجدة لأنها قربى بدلالة أنها ترث مع الأب (٦) .

١٩١٣٠ - فيقال لهم : بل سهم الأخت أقوى لأنها ترث مع الأم ولا ترث الجدة معها .

١٩١٣١ - ولأن فرض الأخت أكثر وسهمها منصوص عليه في القرآن (٧) ، وسهم الجدة ثبت بالخبر الواحد (٨) ولأن الأخت ترث النصف إذا لم تكن أمًّا ولا جدة فإذا ازدادت قربًا برحم الأم كانت أختين ولا ينقص من حقها (٩) .

١٩١٣٢ - احتجوا : بأنهما سببان يورث (١٠) كل واحد منهما من جنس ما يورث

---

(١) انظر : المبسوط (٣٥/٣٠) ، تبيين الحقائق (٢٤٠/٦ ، ٢٤١) ، مجمع الأنهر (٧٦٩/٢) ، الاختيار ص ١٩١ .
(٢) انظر : الحاوي الكبير (٢٣٣/١٠) ، المجموع (٩٦/١٦) ، مغني المحتاج (٣٠/٣) .
(٣) قال السرخسي : « وخمسة يتردد حالهم بين الفريضة والعصوبة وهم الأب ، والجد والبنت ، وبنت الابن والأخت لأب وأم والأخت لأب » . انظر : المبسوط (١٧٤/٢١) ، مجمع الأنهر (٧٥٢/٢) ، تبيين الحقائق (٢٣٧/٦) .
(٤) ساقطة من (ص) ، (ن) .
(٥) انظر : مجمع الأنهر (٧٥٠/٢) ، معين الحكام ص ٤٢٤ .
(٦) انظر : الحاوي الكبير للماوردي ٢٣٥ .
(٧) قوله تعالى : ﴿ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ سورة النساء : الآية ١٧٦ .
(٨) بحديث المغيرة بن شعبة في الجدة التي جاءت إلى أبي بكر ﷺ تطلب ميراثها . انظر : المغني لابن قدامة (٥٢/٧) ، الاختيار ص ١٦٠ ، المبسوط (١٦٥/٢٩) .
(٩) انظر : المغني لابن قدامة (١٨١/٧) ، الشرح الكبير (١٧١/٧) .
(١٠) ساقطة من (ص) .

الآخر فوجب أن لا يورث إلا بأحدهما قياسًا على ابن العم إذا كان مولى [١] .

١٩١٣٣ - قلنا : التعصيب إذا اجتمع للشخص من وجهين ولم يعرف السببان في الشخصين ورث أحدهما ، فإذا اجتمعا في شخص ورث بأحدهما ألا ترى أن ابن العم والمولى إذا اجتمعا ورث ابن العم كذلك إذا اجتمعا في شخص واحد ووازنه من مسألتنا [٢] أن تكون [٣] البنت أختا لأم لما لم ترث الأخت من الأم مع البنت ثم اجتمعا السببان ورث بأحدهما كحال الاجتماع فأما القرابتان في مسألتنا .

١٩١٣٤ - فلو تفرقنا في شخصين ورث أحدهما مع الآخر كذلك إذا اجتمعا ورث بهما كما يرث بالسهم والتعصيب [٤] .

١٩١٣٥ - قالوا : قرابتان ورث كل واحد منها سهم مقدر فلما اجتمعا لم يرث بهما كالأخت للأب والأم لا تستحق النصف بانتسابها إلى [٥] الأب والسدس بانتسابها إلى الأم [٦] .

١٩١٣٦ - قلنا : هذه قرابة واحدة ليس بقرابتين .

١٩١٣٧ - الدليل عليه : ابن الأخ للأب والأم إذا اجتمع معه الأخ للأب سقط ولو كانت قرابتين انفرد [٧] بالسدس وساواه في الباقي كابني العم أحدهما أخ للأم [٨] وإذا ثبت أنها قرابة واحدة وقد استحقت بها النصف لم تستحق بها سهم آخر .

١٩١٣٨ - فإن قيل : النصف لا يستحق بالانتساب إلى الأم خاصة .

---

(١) انظر : الحاوي الكبير (٢٣٤/١٠) ، المجموع (٩٧/١٦) .

(٢) وإن كانت إحداهما - أي القرابتين - تحجب الأخرى يرث بالحاجبة بمعنى لو اجتمعت في المجوسي قرابتنان لو تفرقا في شخصين حجبت أحدهما الأخرى يرث بالحاجبة وإن لم تحجب يرث بالقرابتين . انظر : مجمع الأنهر (٧٧٠/٢) .

(٣) في (م) : [يكون] .

(٤) أي أنه إذا اجتمع في الشخص فريضتان ورث بأقواهما ، لأنه لا يجوز الجمع بين فريضتين لأن اللّٰه تعالى بَيَّنَ نصيب كل صاحب فريضة ففي الجمع بين الفريضتين زيادة على ذلك السبب الذي يثبت به فريضته نصًا ، وذلك لا يجوز بخلاف ما إذا جمع الشخص بين الفريضة والعصوبة فإنه يرث بهما معا كابن العم الذي هو أخ لأم أو زوج . انظر : المبسوط (٣٤/٣٠) .

(٥) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) انظر : الحاوي الكبير (٢٣٤/١٠) ، المجموع (٩٧/١٦) .

(٧) ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) انظر : المبسوط (٣٥/٣٠) ، مجمع الأنهر (٧٦٩/٢) .

١٩١٣٩ - قلنا : لو كان كذلك لساوت الأخت للأب واستحقا الثلثين فلما انفردت بفرض النصف دل على أن استحقاقها إياه بانتسابها إلى الأم مزية التقديم على ولد الأب أو اجتمع معها فله أثر زيادة لنسبها في القوة والتقديم ثم لم يؤثر في استحقاق سهم .

١٩١٤٠ - ولما لم يستحق في مسألتنا بزيادة جهة القرابة مزية تقديم وجب أن يستحق الفرض المستحق بها كابني عم أحدهما أخ لأم لما لم يتقدم على نظيره زحمه استحق به السهم المستحق بانتسابه إلى الآخر ؛ ولأن الأخ للأب والأم لم يستحق بكل واحد من الجهتين اسما فلم يرث بكل واحدة منهما .

١٩١٤١ - وفي مسألتنا قد استحق بكل جهة من القرابة اسما فصار كابن العم إذا كان أخا لأم [١] .

١٩١٤٢ - قالوا : فرضان فلا يأخذهما واحد كالبنت إذا كانت زوجة .

١٩١٤٣ - قلنا : النكاح الفاسد لا يستحق به الميراث والنسب من وطء بنكاح فاسد يستحق به ، فلهذا لم ترث البنت بالنكاح كما لا ترث بالنكاح الفاسد حال انفراده .

١٩١٤٤ - قالوا : وجدنا أصول الفرائض مبنية على أن كل من أدلى بسببين يرث بكل واحد منهما من جهتين ما يرث به الآخر لم يرث إلا بأحدهما كالأخ إذا كان مولى وإن كان يورث بأحدهما من غير جنس الآخر بأنه يورث بهما كابن العم إذا كان أخا لأم [٢] .

١٩١٤٥ - قلنا : التعصيب لا يتصور أن يجتمع لشخص واحد تعصيبان متساويان من جهتين يقدم أحدهما على الآخر ، فلا يصح أن يرث بهما كما يرث بسهمين يحجب بسبب أحدهما سببًا للآخر ثم البنت إذا كانت أختا لأب فهي ترث النصف بالسهم وبقية المال بالتعصيب [٣] وأيضا من جنسين مختلفين ثم لم يورث الشافعي بهما فدل على فساد هذا الكلام [٤] .

---

(١) قال السرخسي : « أي أن الأخت لأب وأم مع الأخت لأب لا ترث فريضتين بالأختية للأم وبالأختية للأب ، وكذلك الجدة لا ترث فريضتين إن كانت جدة من جهتين على ما بينا من أصل أبي يوسف ، فإذا كان هذا لا يثبت فيما بين المسلمين مع تحقق السببين فكذلك فيما بينهم بخلاف ابن العم الذي هو أخ لأم أو زوج » انظر : المبسوط (٣٤/٣٠) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٢٣٤/١٠) ، المجموع (٩٧/١٦) مغني المحتاج (٢٩/٣) .

(٣) انظر : المبسوط (٢٥/٣٠) ، الوجيز في الميراث والوصية ص ١٨٠ .

(٤) انظر : النكت للشيرازي .

١٩١٤٦ – قالوا : وقد خرج ابن شريح [1] وجها فقال ترث البنت بكونها بنتًا وأختًا [2] .

١٩١٤٧ – قلنا : خالف به الإجماع لأن هذه المسألة تكلم الصحابة فيها فمنهم من ورث بالسببين فسوى بين الجميع ومنهم من ورث بسبب واحد فقال في البنت : لا ترث بكونها أختًا وإذا فسد طريق الاستدلال علي ابن شريح فقال مما يخالف الإجماع لم يلتفت إلى قوله [3] .

١٩١٤٨ – قالوا : قال الشافعي : فرض اللّه تعالى للأم الثلث وحجبها عنه إلى السدس بغيرها .

١٩١٤٩ – فلو قلنا : أنها كانت أمًّا وأختًا ترث بهما لكنا قد حجبناها بنفسها وذلك لا يجوز [4] .

١٩١٥٠ – قلنا : اللّه تعالى حجبها بالأخوة ولم يفصل وليس يمتنع أن يكون الحاجب هو المحجوب كما أن البنت إذا كانت أختا لأم [لم ترث] [5] برحم الأم فحجبت نفسها عنه ثم يقال لهم فإذا كانت / أما هي أخت فيجب أن يعطيها الثلث والنصف لأنها لا تحجب نفسها [6] ويجب أن يقول [7] في المجوسية إذا تركت أما وبنتا هما أختاها أن ترث الأم بالقرابتين لأنها لم تحجب نفسها وإنما حجبتها البنت [8] . ٢١٦/أ

١٩١٥١ – قالوا [9] : لو جاز أن ترث الأم بالقرابتين لجعل اللّه تعالى إلى ذلك سبيلا [10] .

---

(١) هو : عبد اللّه ، محمد بن شريح بن أحمد بن شريح بن يوسف الرعيني الأشبيلي . ولد سنة اثنتين وتسعين وثلاث منه . صاحب كتاب الكافي ، والتذكير وأخذ القراءات عن أحمد بن محمد القنطري المجاور وله باع في النحو والصرف ، فقيها كبير القدر حجة ثقة . روى عنه : ولده أبو الحسن شريح بن محمد ، وأبو العباس بن عيشون وغيرهم . توفي سنة ست وسبعين وأربع مائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٥٤/٨) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٢٩/٣) ، المغني لابن قدامة (١٨٣/٧) .

(٣) قال ابن قدامة : « ومن ذلك مجوسي تزوج ابنته فأولدها بنتا ثم مات عنهما فلهما الثلثان لأنهما ابنتان ولا ترث الكبرى بالزوجية شيئًا في قولهم جميعا ، فإن ماتت الكبرى فقد تركت أما هي أخت الأب فلها النصف والثلث بالقرابتين ومن ورث بأقوى القرابتين لم يورثها بالأخوة شيئًا في المسألتين انظر : المغني لابن قدامة (١٨٣/٧) .

(٤) انظر : الحاوي الكبير (٢٣٤/١٠) .

(٥) في (م) : [لم يرث] .

(٦) انظر : المبسوط (٣٧/٣٠) .

(٧) في (م) : [تقول] .

(٨) انظر : المبسوط (٣٧/٣٠) ، شرح منتهى الإرادات (٦٢٥/٢) ، المغني لابن قدامة (١٨٤/٧) .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فإن قيل] .

(١٠) انظر : الحاوي الكبير (٢٣٤/١٠) .

١٩١٥٢ - قلنا : المسلم إذا تزوج بامرأة ابنه وهو لا يعلم فأولدها فهذا الولد عم أخته من أمه ورث بالسببين باتفاق فلم يجعل اللّٰه إلى ذلك سبيلا [١] .

١٩١٥٣ - فإن قيل : إذا تركت المجوسية بنتها وهي بنت ابنها لورثت بالسببين لاجتمع لشخص واحد الثلثان .

١٩١٥٤ - قلنا : لم يتم ذلك بسبب واحد وإنما يستحق بسببين كما يستحق الزوج جميع المال وكما تستحق الأم [٢] البنت بالبنوة .

* * *

(١) قال السرخسي : « إن النسب إذا ثبت بنكاح فاسد أو وطء بشبهة يستحق التوارث انظر : المبسوط (٣٥/٣٠) ، المغني لابن قدامة (١٨٠/٧) .

(٢) أي إذا لم يوجد صاحب فرض سوى أحد الزوجين ولم يوجد أحد من العصبات ولا أحد من ذوي الأرحام فإن الزوج الموجود يأخذ التركة كلها فرضًا وردًّا . انظر : الوجيز في الميراث والوصية ص ١٨٣ .

مسألة ٩٥٧

ولاء الرجل للرجل

١٩١٥٥ – قال أصحابنا : إذا والى الرجل الرجل ، وعاقده صح الولاء وورثه وإن لم يكن له وارث يعقل عنه (١) .

١٩١٥٦ – وقال الشافعي لا يرث (٢) .

١٩١٥٧ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ (٣) وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ ﴾ (٤) فأوجب اللّٰه الميراث بالمعاقدة ، وهذا لا يكون إلا في الموالاة (٥) .

١٩١٥٨ – قالوا (٦) : المراد به الميراث بالحلف وذلك كان في الجاهلية فنسخ .

١٩١٥٩ – قلنا : قوله : ﴿ وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ (٧) يحتمل أن يكون المراد به الحلف الذي كان في الجاهلية ، ويحتمل أن يكون المراد به الضرب على اليمين عند المعاقدة فأما النسخ فإن كان بآية المواريث فإنما يصير النسخ فيمن له وارث فمن لا وارث له على ما كان عليه .

١٩١٦٠ – فإن كان النسخ بقوله ﷺ : « لا حلف في الإسلام » (٨) فهذا خبر واحد ولا يجوز نسخ القرآن به (٩) وإن جاز تخصيصه به على الحلف فيمن له وارث .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) ، مجمع الأنهر (٧٥٥/٢) ، الهداية (٢٧٤/٣) ، المبسوط (٤٣/٣٠) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ ، الحاوي الكبير للماوردي (١٨٩/١٠) ، المجموع (٤٤/١٦) ، مغني المحتاج (٢١/٣) ، نهاية المحتاج (١٩/٥) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) سورة النساء : الآية ٣٣ . (٥) انظر : المبسوط (٤٣/٣٠) .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فإن قيل] . (٧) سورة النساء : الآية ٣٣ .

(٨) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب فضائل الصحابة (١٩٦٠/٢) .

(٩) اختلف العلماء في جواز نسخ الكتاب بالسنة فأكثر المتأخرين ذهبوا إلى الجواز لأنه لا استحالة في وقوعه عقلا وقد دل السمع على وقوعه فيجب المصير إليه ، ومن ذلك قوله : ﴿ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ ﴾ (البقرة : ١٨٠) فنسخ الميراث قول النبي ﷺ : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » وأحمد في مسنده (١٢٠١/٥) وغير ذلك كثير ، وذهب الشافعي ومالك وأبو حنيفة رحمهم اللّٰه تعالى إلى عدم جوازه واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ مَا نَنسَخْ مِنْ ءَايَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَآ أَوْ مِثْلِهَآ ﴾ البقرة : ١٠٦ =

١٩١٦١ - ويدل عليه حديث تميم الداري [١] أن النبي ﷺ قال : فيمن أسلم على يدي رجل « هو أحق الناس بمحياه ومماته » [٢] .

١٩١٦٢ - ومعلوم أنه لم يرد بذلك تعلق الحكم بمجرد الإسلام ، فلم يبق إلا أن يكون المراد الإسلام والموالاة .

١٩١٦٣ - فإن قيل : أحق الناس بنفقته [٣] في حياته وتجهيزه بعد موته .

١٩١٦٤ - قلنا : أحق يقتضي الوجوب وذلك لا يكون إلا في العقل عند حياته وأخذ ميراثه ميتًا ، وقد روي هذا الخبر لعمر بن عبد العزيز [٤] فجعل الميراث لمن أسلم الميت على يده . وهذا يدل أنه فهم منه التوارث .

١٩١٦٥ - وروي أن عمر بن الخطاب جعل الميراث لمن عاقد رجلًا وأسلم على يده ولا يعرف له مخالف ، وروى أبو الزبير [٥] عن جابر قال : كتب النبي ﷺ على كل بطن عقوله وقال : لا يتولى قوما إلا بالفهم [٦] فدل على ثبوت الموالاة بالتراضي وتعلق الفعل علق به التوارث .

= ووجه الدلالة من وجهين : ١ - أن الآتي بالناسخ هو اللّه تعالى . ٢ - أن المأتي به خير والسنة ليست خيرًا من الكتاب وقد أجيب عن ذلك بأن السنة وحي من اللّه تعالى فهو الآتي . انظر : الناسخ والمنسوخ للحازمي ص ٤٤ وما بعدها ومعراج المنهاج (٤٤٢/١) .

(١) هو : تميم بن أوس بن خارجة . الخمي روى عن النبي ﷺ وأنس بن مالك ، وعنه ابن عباس ، وعبد اللّه بن وهب ، وسليمان بن عامر وغيرهم مات عام (٤٠ هـ) . انظر : أسد الغابة (٢٥٦/١) ، مختصر تاريخ ابن عساكر (٣٠٧/٥) .

(٢) أخرجه الدارمي في سننه باب الولاء (٤٦٧/٢) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ببعض] .

(٤) هو : عمر بن عبد العزيز بن مروان بن كلاب روى عن صفر السائب بن يزيد ، وسهل بن سعد وغيرهم وعنه أبو سلمة وأبو بكر وغيرهم كان إمامًا عادلًا علم الفقه وروى حديثًا مات عام (١٠١ هـ) ترجمته في العبر (٩١/١) طبقات ابن سعد (٣٣٠/٥) ، السير للذهبي (١١٤/٥) .

(٥) هو : محمد بن مسلم بن تدرس أبو الزبير المكي روى عن جابر بن عبد اللّه ، وابن عمر ، وابن عباس وغيرهم وروى عنه سلمة بن كهيل ويحيى بن سعيد الأنصاري وخلائق روى له البخاري ومسلم ، ثقة مات عام (١٢٨ هـ) . انظر : السير للذهبي (٣٨٠/١٠) ، طبقات ابن سعد (٤٨١/٥) ، تذكرة الحفاظ (١٢٦/١) ، العبر (١٢٩/١) .

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه باب تحريم تولي العتق غير مواليه (١١٤٦/٢) ، أحمد في مسنده (٣٢١/٣) ، مجمع الزوائد (٣٥١/٦) ، والبيهقي (١٠٧/٨) .

١٩١٦٦ - ولأنه نوع يقع به التناصر المقصود فجاز أن يتعلق به الميراث كولاء العتاق [١] .

١٩١٦٧ - ولأن الميراث يتعلق بالنسب والسبب ثم جاز أن يقوم مقام استحقاق التوارث ما يلحقه النسخ وهو النكاح ، فجاز أن يجري مجرى الولاء في استحقاق التوارث ما ينسخ به وهو المعاقدة [٢] .

١٩١٦٨ - ولأن مال الإنسان إذا لم يتعلق به حق معين جاز أن ينقل الملك فيه إلى من شاء لحال الحياة [٣] .

١٩١٦٩ - ولأن ثلث ماله يجوز أن يستحق بعد موته بعقده إذا لم يتعلق به حق معين وإن تعلق به حق معين لم يصح بقية المال .

١٩١٧٠ - ولا يقال : إن الثلث لما استحق بالوصية استحق مع وجود الورثة .

١٩١٧١ - لأن حقهم لا يتعلق بالثلث ، فجاز أن ينتقل بعقد ، وإن تعلق به حق لم ينتقل كما لو كان عليه دين ، وحق الورثة يتعلق بالثلث فمنع ذلك النقل فإذا لم يكن له وارث معين جاز أن ينتقل الثلثين بعقده كما كان في الثلث [٤] .

١٩١٧٢ - احتجوا [٥] بقوله ﷺ : « إن اللّٰه أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث » [٦] .

١٩١٧٣ - والجواب : أنه يحتمل من المذكورين ويحتمل من كل يستحق .

١٩١٧٤ - وقد علمنا : أنه لم يعطف الآية على كل مستحق .

١٩١٧٥ - لأنه لم يذكر فيها المولى ولا الجدة ، فعلم أن المراد من المذكورين ، والخلاف فيمن لم يذكر .

١٩١٧٦ - قالوا : [٧] قال عليه السلام : « الولاء [٨] لمن أعتق » والألف واللام للتعريف والنبي ﷺ قال هذا في خطبته في قصة بريرة [٩] فانصرف الكلام إلى ولاء العتق

(١) انظر : الاختيار (١٥٩/٤) .
(٢) انظر : المبسوط (٤٤/٣٠) .
(٣) انظر : تبيين الحقائق (٢٣٨/٢) .
(٤) انظر : المبسوط (٤٤/٣٠) .
(٥) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٨٩/١٠) .
(٦) أخرجه الترمذي في سننه (٢٩٣/٣) ، والنسائي في سننه (٢٤٧/٦) باب أبطال الوصية للوارث ، وابن ماجه في سننه (٩٠٥/٢) باب لا وصية لوارث .
(٧) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٨٩/١٠) .
(٨) ساقطة من النسخ .
(٩) سبقت ترجمتها .

للمذكر به وولاء العتق لا يتعلق بغيره .

١٩١٧٧ - واحتج بدليل الخطاب لم يكن فيه دلالة لأن الكلام إذا انصرف إلى الولاء الذي تقدم ذكره وهو قوله [ﷺ] (١) : « ما بال أحدكم يعتق على أن الولاء لغيره وتقرير الدليل كأنه قال : من لم يعتق فليس له ولاء العتق (٢) .

١٩١٧٨ - ولذلك قالوا : السبب لا يورث به مع وجود النسب بحال وجب أن لا يورث مع عدمه كما لو أسلم أحدها على يد الآخر (٣) .

١٩١٧٩ - قلنا : يورث عندنا بالولاء مع وجود السبب إذا كان النسب عبدًا أو قاتلًا أو كافرًا ثم هذا ليس بصحيح .

١٩١٨٠ - لأن ولاء العتق لا يورث به مع وجود عصبته من النسب ، ويورث به إذا انفرد ، ثم لم يستدل به على سقوط حكمه كذلك الموالاة والمعنى في الأصل وهو إذا أسلم ولم يواله أنه لم يلزمه له نصرة خاصة ، ولا التزم ذلك فلم يرثه بالولاء (٤) .

١٩١٨١ - وفي مسألتنا قد التزم له نصره خاصة فصار كولاء العتاق الذي يعتقه نصرة خاصة .

١٩١٨٢ - قالوا : لماله جهة ينقل إليها بوفاته فوجب أن لا يجوز له نقله عنها كالمولى .

١٩١٨٣ - قلنا : للمولى والورثة جهة معينة فلا يعطي بملكه حق معين لم يملك نقله عنه . وبيت المال مستحق فيه غير معين والمال إذا لم يتعلق به حق معين جاز له نقله بعقده كالثلث .

١٩١٨٤ - قالوا : لو كان الولاء يتوارث به لم يجز فسخه من غير عذر .

١٩١٨٥ - قلنا : قد لا يملك فسخه عندنا إذا تم مقصوده وينفسخ إذا لم يحصل مقصوده وهذا غير ممتنع كما أن النكاح ينفسخ عندهم بالعيب فلا يقال كذلك لغير عيب .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . (٢) انظر : الحاوي للماوردي (١٨٩/١٠) .

(٣) انظر : الحاوي (١٨٩/١٠) ، النكت للشيرازي ورقة ١٨٤ .

(٤) انظر : المبسوط (٤٤/٣٠) ، تبيين الحقائق (٢٣٨/٦) .

مسألة ٩٥٨

من يستحق السهم من الورثة والزوجة حامل

١٩١٨٦ - [قال أصحابنا] [(١)] إذا مات رجل وترك زوجة حاملًا وفي ورثته من يستحق السهم بكل حال دفع إليه السهم المستيقن وإن كان له عصبة .

١٩١٨٧ - قال ابن المبارك : يوقف نصيب له مع بنين ويدفع الباقي .

١٩١٨٨ - قال ابن المبارك : المعنى أن المرأة لا تملك أكثر من أربعة .

١٩١٨٩ - وقال الشافعي : لا يدفع إلى أحد من العصبات شيئًا حتى يعلم ما يكون منه .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسَمَّاة

التجريد

كتاب الوصايا

مسألة ٩٥٩

حكم إذا أوصى لرجل بسهم من ماله

١٩١٩٠ - قال أبو حنيفة : إذا أوصى لرجل بسهم من ماله فله أدنى سهام الورثة إلا أن يزيد ذلك على السدس ، وفي رواية أخرى إلا أن (١) ينقص من السدس فيكون له السدس .

١٩١٩١ - وقال الشافعي : يعطيه الورثة ما شاءوا (٢) .

١٩١٩٢ - لنا : (٣) ما روى ابن مسعود أن رجلًا أوصى لرجل بسهم من ماله فأعطاه رسول الله ﷺ السدس (٤) .

١٩١٩٣ - ولا يقال لا يعرف هذا الخبر لأن أبا بكر الرازي (٥) ذكره عن هذيل بن

---

(١) ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) انظر : الجامع الصغير ص ٥٢٠ ، مختصر الطحاوي ص ١٥٧ ، المبسوط (٨٧/٢٨) . قال الكاساني ولو أوصى بسهم من ماله فله مثل أخص الأنصباء يزاد على الفريضة ما لم يزد على السدس عند أبي حنيفة ﷺ وعندهما : ما لم يزد على الثلث . بدائع الصنائع (٣٥٦/٧) ، فتح القدير (٤٤٢/١٠) ، العناية على الهداية (٤٤٢/١٠) ، الهداية (٢٣٧/٤) ، مجمع الأنهر (٦٩٨/٢) ، والمسألة في اللباب (١٧٦/٤) ، وبه قال مالك في أحد قوليه : والقول الآخر له الثمن وهو قول أشهب من المالكية . انظر : أسهل المدارك (٢٧٧/٣) ، حاشية الدسوقي (٤٤٧/٤) منح الجليل (٦٨٠/٤) . وبه قال أحمد في رواية عنه : قال في المقنع : « وإن أوصى له بسهم من ماله ففيها ثلاث روايات **إحداهن** : له سدس بمنزلة سدس مفروض أن لم تكمل له فروض المسألة أو كانوا عصبة أعطى سدسًا كاملًا . **والثانية** : لهم سهم مما تصح منه المسألة ما لم يزد على السدس . **والثالثة** : له مثل نصيب أقل الورثة ما لم يزد على السدس . انظر : المقنع (٣٨٩/٢) ، المغني (٤٤٥/٦) ، الشرح الكبير (٥٤٠/٦) ، المبدع (٧٨/٦) .

(٣) انظر : المبسوط (٨٧/٢٨) ، تبيين الحقائق (١٨٩/٦) ، مجمع الأنهر (٦٩٨/٢) ، الهداية (٢٣٧/٤) .

(٤) رواه بن أبي شيبة في مصنفه (١٧١/١١) باب في الرجل يوصي بسهم من ماله ، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد عن عبد الله بن مسعود ، مجمع الزوائد (٢١٣/٤) باب فيمن أوصى بسهم ، والبزار في كشف الأسرار عن زوائد البزار (١٣٩/٢) . انظر : كشف الأسرار عن زوائد البزار (١٣٩/٢) .

(٥) هو : أحمد بن علي أبو بكر الرازي . كان مشهورًا بالزهد والورع وتلميذ أبي الحسن الكرخي ومات : سنة سبعين وثلاث مائة . انظر : طبقات الشيرازي ص١٤٤ ، الوافي بالوفيات (٢٤١/٧) ، سير أعلام النبلاء (٣٤٠/٦) ، العبر للذهبي (١٣٣/٢) .

شرحبيل [١] عن ابن مسعود ولا يقال أعطاه برضا [٢] الورثة لأنه نقل الوصية والتقرير فالظاهر أن الحكم تعلق بالسبب المذكور فتعلقه بمعنى لم ينقل عن الظاهر .

١٩١٩٤ - ولا يقال : إنهم يضمرون إذا لم يزد إحدى سهام الورثة على ذلك وإذا لم ينقص عن ذلك ونحن نضمر فيه إذا رضي الورثة ، لأنا لا نحتاج إلى إضمار لجواز [٣] أن يكون الوارث عصبة [٤] فيستحق الموصى له السدس من غير زيادة ولا نقصان [٥] وروي عن ابن مسعود فيمن أوصى لرجل بسهم أن له السدس ، وقال إياس بن معاوية [٦] السهم في لغة العرب السدس وكذلك قال أبو عثمان الحافظ [٧] وهؤلاء أهل اللغة وقولهم حجة في الأسماء [٨] .

١٩١٩٥ - فإن قيل : لو كان ذلك لغة لذكر في كتب اللغة [٩] .

١٩١٩٦ - قلنا : قد تثبت الأسماء بقول واحد من العرب الذي لا يعرف ولا يعتبر مع قوله حكاية أهل اللغة في الكتب بل يرجع إلى ما نقول وإنما لم يذكر أهل اللغة ذلك لأنه لا عناية لهم ببيان المقادير الثابتة في الأحكام وإنما ينقلها من تعلق بها .

---

(١) هو : هذيل بن شرحبيل الكوفي . روى عن عبد الله بن مسعود ، وعنه : أبو قيس عبد الرحمن بن ثروان بن مسعدة أخو علي بن مسعدة ، ورباح بن عبيدة . انظر : طبقات الشيرازي ص ٣٠٤ تبصرة المنتبه (١٤٥٠/٤) ، الإكمال (٤٠٧/٧) ، الثقات (٥١٤/٥) .

(٢) في (ن) : [برضى] .

(٣) في (ن) : الجواز .

(٤) سبق تعريفها .

(٥) أي أنه يحكم له بالسدس حتى لا يزاد على ذلك ولكن ينقص عنه إذا كان في سهم ورثته أقل من ذلك لأنه إنما يوجب له مثل سهم أحد ورثته ولا يستحق إلا المتيقن وهو الأقل . نقول : أما اعتبار الثمن سهما : أن لفظة السهم إنما تتناول سهم من يكون من جملة ورثته باعتبار الأصل لا باعتبار سبب عارض لقرابة دون الزوجية فما يكون عارضا فيما هو أصلي كالمعدوم . انظر : المبسوط (٨٨/٢٨) ، فتح القدير (٤٤٣/٦) .

(٦) هو : إياس بن معاوية بن قرة المزني . كان يضرب به المثل في الذكاء والعقل وهو من كبار التابعين وكان قاضيا على البصرة في خلافة عمر بن عبد العزيز . روى عن جده مرفوعًا ، وأنس بن مالك ، وسعيد بن جبير وغيرهم وتوفي : سنة اثنتين وعشرين ومائة . انظر : العبر للذهبي (١١٩/١) .

(٧) هو : عمرو بن عون بن أوس الواسطي البزاز . كان إمامًا عالمًا ثقه حجة وثقة جماعة : روى عن : حماد ابن سلمة ، وشريك بن عبد الله وغيرهم ، وروى عنه : البخاري ، وأبو داود ، وعثمان الدارمي وغيرهم . وعنه : البخاري ، وأبو داود ، وعثمان الدارمي وغيرهم توفي : سنة خمس وعشرين ومائة انظر : تهذيب التهذيب (٨٦/٨) ، التاريخ الكبير (٣٦١/٦) ، الكاشف (٣٣٨/٢) .

(٨) انظر : المبسوط (١٤٥/٢٧) ، بدائع الصنائع (٣٥٦/٧) ، البناية (٤٤٥/١٠) ، فتح القدير (٤٤٢/١٠) .

(٩) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩٠ .

١٩١٩٧ - ولأن الوصية والإرث كل واحد منهما تمليك يتعلق بالموت [١] ثم جاز أن يتعذر في أحدهما بنفسه كذلك الآخر .

١٩١٩٨ - ولأن السهم [٢] في الجمل التي يدخلها القول التضارب فيها بالسهام والفريضة العائلة ستة أسهم وما بعدها تضعيف لها فوجب أن يجعل السهم جزءًا منها وهو السدس [٣] .

١٩١٩٩ - ولأن الميراث يتعلق بالنسب في الأصل وأدنى سهام ذوي الأنساب السدس فكذلك تقدر الوصية [٤] .

١٩٢٠٠ - احتجوا : بأن السهم لفظ مبهم يحتمل القليل والكثير فصار كالجزء والنصيب .

١٩٢٠١ - قلنا : لا نسلم ذلك بل هو عبارة عن سهام الورثة وعن السدس كما بينا ، فأما الجزء والنصيب فإنما لم يتقدر فإن التفاوت لا يقع في الفرائض إلا ترى أنه لا يقال عالت الفريضة لجزء ولا نصيب / ، فلا يسقط وإنما يقال بسهم وبسهمين فعلم أن السهم هو واحد من جملة مقدرة والنصيب والجزء كل واحد منهما لا يعبر به عن واحد من جملة محصورة [٥] . ٢١/ب

١٩٢٠٢ - قالوا : [٦] لفظ لا يتقدر موجبه في الإقرار [٧] فلم يتقدر في الوصية كالجزء .

---

(١) أي أن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك الموصى له الشيء الموصى به إلا بعد موت الموصي فكذا أيضًا الوارث لا يستحق الميراث إلا بعد موت المورث . انظر : الاختيار (١٣٠/٤) .

(٢) ساقطة من (ص) .

(٣) أي أن السهم جزءًا منها وهو السدس . انظر : البحر الرائق (٥٨٦/٨) ، تبيين الحقائق (٢٤٤/٦) ، الاختيار (١٣٧/٥) .

(٤) أي أن الأصل في الميراث هو النسب وأقل هذه السهام من ذوي النسب هو السدس فيكون أقل السهام في الوصية هو السدس . انظر : البحر الرائق (٥٥٦/٨) ، الشرح الكبير (٣/٧) . المهذب (٤٥٧/١) ، المجموع (٤٧٦/١٥) روضة الطالبين (٢١٢/٦) .

(٥) أي أن الجزء والنصيب إنما يعبر به عن السهام المقدرة للورثة بما فيها السدس فيعلم منه أن السهم هو واحد من الأنصباء المقدرة بخلاف النصيب والجزء لأنها يعبر عنها بالتفاوت الفرائض . انظر : بدائع الصنائع (٣٥٦/٧) ، تبيين الحقائق (٢١٢/٦) ، مجمع الأنهر (٧٤٩/٢) .

(٦) انظر : مغني المحتاج (٧٠/٣) أي أن المقر إذا أقر بمال عظيم أو كثير أو قليل أو حقير أو جزء أو نصيب فلابد أن يرجع إلى تفسيره فهذا أيضًا يتبع في الوصية .

(٧) انظر : الهداية (١٨٠/٣) ، مجمع الأنهر (٢٨٨/٢ ، ٢٨٩) .

١٩٢٠٣ - قلنا [١] : هذا غير مسلم لأن من أقر لرجل بسهم من دار وسهم من ثوب استحق السدس عندنا

١٩٢٠٤ - قالوا [٢] : لا يتقدر في البيع ولا في العقود .

١٩٢٠٥ - قلنا [٣] : لا تعتبر الوصية بالبيع ولا بالعقود بدلالة أنه لو أوصى بدراهم استحق ثلاثة ولو باع بدراهم لم يصح البيع ولا يتقدر الثمن بثلثه .

١٩٢٠٦ - بل قالوا : لو كان الاسم عبارة عن السدس [وعن سهام الورثة] [٤] لم يزد ولا ينقص [٥] .

١٩٢٠٧ - قلنا : هو عبارة عندنا عن السدس وعن سهام الورثة فاعتبر أقل الأمرين في إحدى الروايتين وفي الأخرى [٦] لم ينقصه عن السدس . لأنه أقل سهم من الجملة العائلة .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٦٨/١٨) . (٢) انظر : المهذب (٦٤/١) .

(٣) انظر : فتح القدير (٢٦٠/٦) ، الهداية (٢٢/٣) قال المرغيناني في الهداية : « والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة الجنس والصفة » .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . (٥) انظر : المجموع (٤٧٦/١٥) .

(٦) ساقطة من (ن) . انظر : بدائع الصنائع (٣٥٦/٧) ، البحر الرائق (٤٧٢/٨) ، فتح القدير (٤٤٤/١٠ ، ٤٤٥) رد المحتار على الدر المختار (٤٣٠/٥) .

مسألة ٩٦٠

حكم إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلث ماله فلم تجز الورثة

١٩٢٠٨ - قال أبو حنيفة : إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلث ماله فلم تجز الورثة الوصية فالثلث بينهما نصفان (١) .

١٩٢٠٩ - وقال أبو يوسف ومحمد : الثلث بينهما على خمسة أسهم وبه قال الشافعي (٢) .

١٩٢١٠ - لنا (٣) : قوله ﷺ لسعد حين قال له أُوصي بنصف مالي قال : لا ، قال أوصي بثلث مالي قال : الثلث والثلث كثير (٤) .

١٩٢١١ - فهذا يدل على أن الوصية فيما زاد على الثلث [لا تجوز] (٥) والمنع من جوازها يمنع من تعلق الأحكام بها وهذا خلاف الخبر ولأنه أوصى بما جعل له أن يوصي به فيما لم يجعل له في الأحكام أن يوصي به فلم يجز للموصى له أن يضرب (٦) بما لا يجوز الوصية به .

١٩٢١٢ - كما لو أوصى له بعبدين فاستحق أحدهما وأوصى لآخر بعبد لم يضرب صاحب العبدين بالمستحق وكذلك من أوصى بثلث ماله وثلث مال غيره .

١٩٢١٣ - فإن قيل : هذا يبطل (٧) بمن ترك ستمائة وأوصى بثلاثمائة ومائتين (٨) .

١٩٢١٤ - قلنا : الوصية هاهنا تعلقت بالتسمية وهو غير ممنوع من تسمية الدراهم المرسلة في وصيته لجواز أن يزيد ماله فتخرج من الثلث مع بقاء حق الورثة (٩) .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٤/٧) ، مجمع الأنهر (٦٩٧/٢) الهداية (٢٣٢/٤) ، تحفة الفقهاء (٣٤٨/٣) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٨ ، المهذب (٤٥٧/١) ، المجموع (٤٨٠/١٥ ، ٤٨١) .

(٣) انظر : الهداية (٢٣٢/٤) . (٤) سبق تخريجه .

(٥) في (م) : [يجوز] .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٤/٧) ، مجمع الأنهر (٦٩٧/٢) ، تحفة الفقهاء (٣٤٨/٣) .

(٧) انظر : المبسوط (١٢٦/٢٧) ، بدائع الصنائع (٣٧٥/٧) .

(٨) انظر : النكت ورقة ١٨٨ .

(٩) أي أنه لا يضرب له بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة عند أبي حنيفة إلا في خمسة مواضع : في العتق في المرض ، وفي الوصية بالعتق في المرض ، وفي المحاباة في المرض ، وفي الوصية بالمحاباة ، وفي الوصية بالدراهم =

١٩٢١٥ - فإن قيل : هذا يبطل [١] بمن أوصى بالثلث ثم أوصى بالثلث فأحدهما قد أوصى له بما لا تجوز الوصية به وإن كان يضرب به .

١٩٢١٦ - قلنا : وصية كل واحد منهما تعلقت بمقدار يجوز أن يوصي به ويجوز أن يسلم له بالوصية من غير إجازة مع قيام حق الورثة وهو أن يريد الموصى له الأول الوصية أو يموت الموصى له قبل الموصي فأما الوصية بالنصف فلا يجوز أن يسلم للموصى له مع قيام حق الورثة إلا بالإجازة يبين ذلك [٢] أن الموصي يجوز أن يكون علق وصية للثلث بالثلث الأول لتقع المضاربة فيه والنصف لابد أن يكون تعلق بما لا يملك الوصية به مع قيام حق ورثته .

١٩٢١٧ - فإن قيل : المعنى في الموصي بثلث مال زايد أنه لا يضرب عند الإجازة في تركة الموصي فلا يضرب به مع عدم الإجازة وليس كذلك الموصي بالنصف لأن الضرب يقع به عند الإجازة وكذلك عند عدمها [٣] .

١٩٢١٨ - قلنا : إذا أوصى لأحد ورثته بزيادة على نصيبه عند إجازة الورثة بسهمه فيما أوصى به فإذا لم يجز له لم يضرب إلا بمقدار ميراثه ولأن الوصية بالنصف تعلقت بهذه التركة فضرب فيها عند الإجازة والوصية بثلث مال الغير لم تتعلق بهذه الشركة فلم تتعلق بها المضاربة فيها عند الإجازة [٤] .

١٩٢١٩ - ويدل عليه أن نصيب الورثة مقدر بثلثي المال عند الوصايا ونصيب الموصى له مقدر في الشرع بالثلث ثم كان الورثة وإن زادت سهامهم لم يضربوا بأكثر من الثلثين كذلك الموصى له لا يضرب بأكثر من الثلث .

١٩٢٢٠ - ولأن الورثة إذا تعاولوا لم يضرب كل واحد منهم إلا بما قدر له الشرع من السهم المستحق كذلك أصحاب الوصايا لا يضرب كل واحد منهم بأكثر مما قدر له الشرع [٥] .

= المرسلة فإنه يضرب في هذه المواضع بجميع وصيته من غير إجازة الورثة . انظر : بدائع الصنائع (٣٧٥/٦) .

(١) انظر : النكت ورقة ١٨٨ .

(٢) أي أنه لا يجوز الوصية بما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة فإذا لم يجز الورثة لا يجوز ذلك . انظر : بدائع الصنائع (٣٧٤/٧) ، تحفة الفقهاء (٣٤٨/٣) .

(٣) انظر : المهذب (٤٥٧/١) .

(٤) في (م) : [الإجارة] .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (١٨٨/٦) .

١٩٢٢١ - احتجوا : [١] بقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ ﴾ [٢] .

١٩٢٢٢ - قالوا : وقد فضل الموصي بينهم فلم يجز تبديل ذلك [٣] .

١٩٢٢٣ - قلنا : التبديل هو المعتبر والمخالفة ، وهذه الوصية يجوز تبديلها فيعتبرها باتفاق فلم تتناول الآية إلا الوصية الجائزة التي لا يجوز بغيرها [٤] .

١٩٢٢٤ - قالوا : فاضل بينهما في العطية من ماله فوجب أن يتفاضلا كما لو أوصى بالثلث والربع .

١٩٢٢٥ - قلنا : هناك كل واحد منهما أوصى له بما يستحقه حال الانفراد إلا بإجازة ؛ فلذلك لم يجز بضرب من غير إجازة مع قيام حق الورثة فلذلك تضاربا .

١٩٢٢٦ - وفي مسألتنا أوصى بما لا يجوز أن يستحق حال الانفراد مع قيام حق الورثة إلا بإجازة فلذلك لم يضرب بجميع وصيته [٥] .

١٩٢٢٧ - قالوا : [٦] وصية منفعة فجاز أن يضرب بها بإجازة والمعنى في الدراهم المرسلة أنها لم تنعقد على حق الورثة ، والاستحقاق يجوز أن يتعلق بجميعها من غير إجازة مع قيام حق الورثة بأن يزيد مال الميت فلذلك جاز أن يضرب وإن زادت ، والوصية بالنصف لا يجوز أن يستحق جميعها مع قيام حق الورثة من غير إجازة فصارت كالوصية للوارث والوصية بمال الغير تبين الفرق بينهما أن الوصية بالنصف انعقدت على حق الوارث والوصية بالدراهم انعقدت على التسمية ولم تنعقد على غير الشركة [٧] .

١٩٢٢٨ - فإن قيل : [٨] علة الأصل تبطل بمن أوصى بعبد أو ثوب تزيد قيمته على الثلث فإنه لا يضرب بجميعه ويجوز أن يستحقه من غير إجازة مع قيام حق الورثة بأن يزيد المال .

١٩٢٢٩ - قلنا : هناك انعقدت الوصية على حق الورثة فإذا لم تخرج العين من الثلث لم يجز المضاربة لحق الوارث فبين الفرق بين هذا وبين الدراهم المرسلة أنه يجوز أن

---

(١) انظر : النكت ورقة ١٨٨ .
(٢) سورة البقرة : الآية ١٨١ .
(٣) انظر : المجموع (٤١٠/١٥) .
(٤) انظر : المبسوط (١٤٨/٢٧) .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٥/٧) ، مجمع الأنهر (٦٩٧/٢) .
(٦) انظر : الحاوي الكبير (١٩٩/٧) .
(٧) انظر : المبسوط (١٢١/٢٨) .
(٨) انظر : النكت ورقة ١٨٨ .

يوصي بألف وليس في ماله دراهم ، ولو أوصى بعتق عبد وليس في ملكه لم يجز فعلم أن هناك انعقدت الوصية على التسمية وهاهنا على العين التي تعلق حق الوارث بها [١] .

١٩٢٣٠ – فإن قيل الوصية بالنصف يجوز أن تنعقد عندكم من غير إجازة إذا مات الوارث قبل المورث [٢] .

١٩٢٣١ – قلنا : الشائع من الوصايا في قدر دون قدر إنما هو حق الوارث فوجب اعتبار جواز الوصايا مع جواز حقه .

١٩٢٣٢ – قالوا : الموصي قصد التفضيل بينهما فلم يجز إبطال قصده .

١٩٢٣٣ – قلنا : بطل إذا أوصى لوارثه بوصية فقد قصد إلى تفضيله ثم لا يجوز أن يثبت له التفضيل لأن الشرع منع الوصية له إلا بإجازة كذلك هاهنا أيضًا .

١٩٢٣٤ – [فإن قيل : [٣] الوصية بالنصف يجوز أن تنفذ عندكم من غير إجازة إذا مات الوارث قبل المورث] [٤] .

١٩٢٣٥ – [فإن قيل] [٥] : الموصي يملك التفضيل وإن لم يملك الزيادة فوجب أن يثبت ما يملك وهو لا يملك تفضيل الوارث .

١٩٢٣٦ – قلنا : يملك تفضيل حق أصحاب الوصايا ولو بين حق الورثة فإذا أوصى لأجنبي بالثلث ولأحد ورثته بالثلث فمن حجة الورثة أن يقولوا : قد قصد الميت الإضرار بهذه الوصية وهو يملك ذلك وإن كان لا يملك إثبات وصية الوارث فيجب أن يسقط حق الموصى له وهو في ذلك على كل الورثة فلما لم يصح ذلك حكم لوصيته لا يملكها كذلك التفضيل حكم الوصية فلا يملكها فلم يجز اعتباره [٦] .

* * *

---

(١) أي أن الوصية بمال الغير كما لا تجوز الوصية إلا بإجازة الورثة وذلك الوصية بالدراهم المرسلة . انظر : النكت ورقة ١٨٨ .

(٢) أي أن الوارث له حق في مال المورث سواء كان شائعًا أو غير شائع فيجب اعتبار حقه . انظر : بدائع الصنائع (٣٧٥/٧) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٨ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قلنا] .

(٦) انظر : المبسوط (١٧٦/٢٧) .

مسألة ٩٦١

حكم إذا أوصى بجميع ماله ولآخر بنصف ماله

١٩٢٣٧ - قال أصحابنا : إذا أوصى [لأحدهما] [١] بجميع ماله [ولآخر بنصف ماله] [٢] فأجازت الورثة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباع المال ولصاحب النصف الربع [٣] .

١٩٢٣٨ - وقال أبو يوسف ومحمد : المال بينهما أثلاثًا

١٩٢٣٩ - [وبه قال الشافعي] [٤] .

١٩٢٤٠ - وقد تغلظ مخالفونا الكلام في هذه المسألة وذكروا فيها فروعا عليها وما ذكروه بعض كلام أبي يوسف ومحمد فأوهموا ، وأنهم ظفروا بشيء وسبقونا إلى طعن وعليهم اتفقوا أنه فرع من أصحابنا ويرجحوا كلام بعضهم على بعض فأين ما سبقوا إليه .

١٩٢٤١ - وما يكرهوا في هذه المسائل والفروع التي عددوها على هذا الأصل لا وجه لذكر أجزائها وإنما تتكلم [٥] في الأصل بالدليل على قول أبي حنيفة أن الموصي خص صاحب الجميع بالنصف وسوى بينهم في النصف ويتضاربا فيما اشتركا بينهما فيه وينفرد أحدهما بما انفرد به أصله إذا أوصى لرجل بعبد وأوصى له والآخر بعبد آخر اشتركا في أحد العبدين وانفرد أحدهما بالعبد الذي انفرد به كذلك هاهنا [٦] .

١٩٢٤٢ - احتجوا : بأنها وصية منعقدة فوقفت المضاربة بها كالثلث والربع .

١٩٢٤٣ - والجواب : أن هناك كل واحد من السدس صحيح بدلالة أن الاستحقاق [لا يقدم على معنى ينضم إليه وما زاد على الثلث ليس بصحيح بدلالة أن / الاستحقاق] [٧] ٢١/أ

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٥/٧) ، قال المرغيناني في الهداية : « وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله فلم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم وقال أبو حنيفة : الثلث بينهما نصفان . انظر : الهداية (٢٣٦/٤) ، حاشية أحمد شلبي تبيين الحقائق (١٨٧/٦) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من النسخ وزدناها لأن المصنف دأب على ذكر رأي المخالف . انظر : المهذب (٤٥٧/١) ، النكت ورقة ١٨٨ .

(٥) في (م) : [يتكلم] .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٥/٧) ، النكت ورقة ١٨٨ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

لا يتعلق به مع بقاء حق الورثة إلا بإجازة فلم يجوز أن يستوي السبب الصحيح والضعيف في المضاربة كما لا يضارب الوارث الورثة بسهمه وبما أوصى له به [١] .

١٩٢٤٤ - قالوا : الجملة إذا ضاقت عن الحقوق ضرب كل واحد بنصيبه كأصحاب الفروض [٢] .

١٩٢٤٥ - قلنا : اللّٰه تعالى قد علق حق كل واحد من أصحاب السهام بالمال كما علق حق غيره فوجب أن يتساويا في المضاربة وليس كذلك الوصية .

١٩٢٤٦ - لأن الموصي علق حق أحدهما بشيء أفرده به وسوى بينه وبين غيره في الباقي وصارت أجزاء المال كالأعيان المختلفة بين ذلك أن كل واحد من الورثة إذا انفرد يستوفي [٣] سهمه والموصى له لو انفرد جاز أن يستوفي إذا انضم إليه إجازة أو يحرم الوارث وجاز أن يستوفيه فلذلك لم يجز أن يضرب بجميعه [٤] .

* * *

---

(١) المبسوط (١٤٥/٢٨) ، بدائع الصنائع (٣٧٥/٧) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٨ .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٥/٧) .

مسألة ٩٦٢

حكم إذا أوصى بجميع ماله فأجازت الورثة

١٩٢٤٧ – قال أصحابنا : إذا أوصى [١] بجميع ماله فأجازت الورثة كان تمليكًا من الميت وكذلك الوصية للوارث [٢] .

١٩٢٤٨ – وقال الشافعي : في أحد قوليه يكون هبة من الورثة إن قبضت صحت وإلا بطل [٣] .

١٩٢٤٩ – قالوا : ولو أعتق عبدًا لا مال له غيره فأجاز الوارث بثلث للميت قبلناه للورثة فكأن بالإجازة أعتق الثلثين [٤] .

١٩٢٥٠ – لنا [٥] : قوله ﷺ : « لا وصية لوارث إلا أن تجيز الورثة » [٦] وروي إلا

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٠/٧) ، المبسوط (١٤٧/٢٧) ، تبيين الحقائق (١٨٢/٦ ، ١٨٣) ، البناية (٤١٠/١٠) ، الهداية (٢٣٢/٤) وهو أحد قولي الشافعية : انظر : المهذب للشيرازي (٤٥٠/١) ، المجموع (٤١١/١٥) ، مغني المحتاج (٤٦/٣ ، ٤٧) ، نهاية المحتاج (٤٤/٥) وبه قال مالك وأحمد في رواية له : – انظر : شرح الخرشي (٤١٣/٥) المنتقى (١٥٧/٦) ، المغني (٤٢٧/٦) ، الشرح الكبير (٤٣٣/٦) ، المقنع (٣٥٩/١) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩٠ ، المهذب (٤٥٠/٢) ، المجموع (٤١١/١٥) نهاية المحتاج (٤٤/٥) قال الشيرازي في المهذب : « فإن كان له وارث ففيه قولان : **أحدهما** : أن الوصية تبطل بما زاد على الثلث لأن النبي ﷺ نهى سعدا عن الوصية بما زاد على الثلث والنهي يقتضي الفساد وليست الزيادة مالًا للوارث فلم تصح وصيته به . **الثاني** : أنها تصح وتقف على إجازة الوارث فإن أجاز وإن ردها بطلت لأن الوصية ملكه وإنما يتعلق بها حق الوارث في الثاني فصحت ووقفت كما لو باع ما فيه شفعة فإن قلنا على أنها باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها الإيجاب والقبول باللفظ الذي تنعقد به الهبة . وبه قال أحمد في رواية له انظر : المغني (٤٢٧/٦) ، الشرح الكبير (٤٣٢/٦) شرح الزركشي (٣٦٨/٤) ، المقنع (٣٥٨/٢) .

(٤) انظر : المجموع (٤١٢/١٥) ، حواشي تحفة المحتاج (٢٣/٧) ، المغني لابن قدامة (٤٢٧/٦) .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (١٨٣/٦) ، البناية (٤١٧/١٠) ، مجمع الأنهر (١٩٢/٢) .

(٦) رواه الدارقطني في سننه عن عمر بن خارجة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة » والترمذي في الجامع (٣٧٦/٤) ، النسائي في سننه بنحوه (٢٤٧/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٤٩/١١) ، وسعيد بن منصور في سننه (١٢٥/١) ، والشافعي في مسنده (١٨٩/٢) ، وابن حبيب في مسنده (٦٣/٢) ، وهذا الحديث رجاله ثقات . انظر : مصباح الزجاجة (٣٦٨/٢) .

أن يشاء الورثة [١] .

١٩٢٥١ - فدل على أنهم إذا أجازوها تكون وصية لأنه أثبت بالاستثناء ما نفاه فيقتضي أن تكون [٢] وصيته بعد الإجازة ولأنه عقد على ملك نفسه مع تعلق حق الغير به فإذا أسقط الغير حقه نفذ العقد من جهته كما لو أوصى وعليه دين فأبرأه الغرماء من دينه [٣] .

١٩٢٥٢ - ولأن المنع من التصرف في الثلثين لحق الورثة [٤] كحال المنع من التصرف في الثلث لحق الغرماء [٥] فجرى أحدهما مجرى الآخر .

١٩٢٥٣ - وعلى هذا قال أصحابنا : إذا باع الراهن الرهن بإذن المرتهن نفذ العقد من جهة الراهن وإن شئت قلت : عقد على ملك غيره وللغير فيه حق .

١٩٢٥٤ - فإذا نفذ العقد بسقوط حق الغير نفذ من العاقد إذا باع الرهن بإذن المرتهن والمشتري للشقص إذا باع فأسقط الشفيع الشفعة .

١٩٢٥٥ - ولأن الهبة المبتدأة لا تجوز بلفظ الإجازة فلما جازت الوصية بهذا اللفظ دل على أن الإجازة إمضاء لعقد الموصي [٦] .

١٩٢٥٦ - فإن قيل : الإجازة [٧] من ألفاظ الهبة يقال : هذه جائزة فلان وأجاز الأمير فلانا [٨] .

١٩٢٥٧ - قلنا : تلك إجازة مضافة إلى الموهوب له بقوله أجزتك بكذا وها هنا تصرف الإجازة إلى العقد فكيف تحمل على الجائزة [٩] .

---

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى عن ابن عباس وفيه عطاء الخرساني وهو غير قوى لكن إذا كثرت طريق الحديث فإنه يقوى بعضها بعضا وإنها في مجموعها تصل إلى درجة الاحتجاج بها وهو هنا كذلك .

(٢) في (ن) : [يكون] .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٧٠/٧٦) ، الهداية (٢٢/٤) ، مجمع الأنهر (٦٩٤/٢) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٩٣٦/٧) ، تبيين الحقائق (١٨٣/٦) ، الهداية (٢٣٢/٤) المنتقى للباجي (١٥٧/٦) .

(٥) الغريم : أي الذي له الدين . انظر : مختار الصحاح ص ٤٩٨ .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٣٧١/٧) ، الاختيار (٤٧/٢) .

(٧) في (م) : الإجاره .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩٠ .

(٩) أي أن الإجازة هنا في الوصية إنما هي لتنفيذ العقد وإسقاط حقهم في الملكية بخلاف الإجازة في الهبة فهي صادرة من الواهب إلى الموهوب له على سبيل الإيجاب من الواهب . انظر : بدائع الصنائع (٣٧١/٦) ، المغني (٤٢٨/٦) .

١٩٢٥٨ - ثم قد قالوا : إذا أعتق المريض فأجاز الوارث كان عتقا منه والإجازة ليست من ألفاظ العتق فلا يعتق بها عنه [١] .

١٩٢٥٩ - ولأن المريض إذا وهب وأقبض فقد ملك الموهوب له [العين بدلالة أن جواز تصرفه فرضًا وثلث الموارث حتى الفسخ فكيف يكون الموصي به له الإجازة] [٢] ما تقدم ملكه ليعلم فلم يبق إلا أن تؤثر الإجازة في إسقاط حق الفسخ .

١٩٢٦٠ - وكذلك إذا باع وحابا فقد ملك المشتري المبيع والإجازة لا تجوز أن يملك المشتري بها ما هو على ملكه وإنما سقط حق الفسخ الثابت للورثة [٣] .

١٩٢٦١ - احتجوا [٤] : بقوله ﷺ : « إن اللّٰه جعل لكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم » [٥] وهذا يقتضي أن جميع ما يجوز أن يتصرف فيه المريض هو الثلث .

١٩٢٦٢ - والجواب : [أن جميع] [٦] .

١٩٢٦٣ - المال ملك الإنسان في آخر عمره فالخبر [٧] متروك في الظاهر بالاتفاق ومعناه عندنا أن اللّٰه تعالى جعل لنا في آخر العمر إسقاط حق [الوارث عنه من التقرير وما زاد على ذلك لا يملك إسقاط حق وارثه عنه] [٨] إلا برضا الوارث .

١٩٢٦٤ - قالوا : روى في حديث سعد [٩] أنه قال للنبي ﷺ : أوصي بنصف مالي

(١) انظر : مغني المحتاج (٤٧/٣) ، نهاية (٤٥/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) انظر : الهداية (٢٤٥/٤) أي أن المريض إذا اعتق في مرضه أو وهب أو باع وحابا يصح ذلك كله ويجوز وينفذ المقصود من إجازة الورثة في ذلك أن لهم حق الفسخ الزائد على الثلث لتعلق حق الورثة به .

(٤) انظر : المهذب (٤٥١/١) .

(٥) رواه ابن ماجه في سننه ولفظه عن أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول اللّٰه ﷺ : « إن اللّٰه تصدق عليكم ، عند وفاتكم ، بثلث أموالكم زيادة في أعمالكم » . انظر : ابن ماجه في سننه (٩٠٤/٢) . وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٠/١١) باب في قبول الوصية من كان يوصي إلى الرجل فيقبل ذلك ، والطحاوي في شرح معاني الآثار بنحوه (٣٨/٤٥) باب ما يجوز فيه الوصايا من الأموال وما يتعلق بفعله في المرض الذي يموت فيه من الهبات والصدقات ، والعتاق .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) في (ن) : في [آخره] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٩) في (م) ، (ن) ، (ع) : [سعيد] .

قال : لا [١] وهذا نهي عن الوصية بما زاد على الثلث [٢] .

١٩٢٦٥ - قلنا : سعد سأله عن إيجاب الحق على وجه لازم فمنعه عن الوصية بما زاد على الثلث .

١٩٢٦٦ - لأن ذلك لا يقع لازمًا فإما النهي وإما نقول أنه ممنوع من الوصية لا للزوم بل العقد جائز مباح بالاتفاق .

١٩٢٦٧ - قالوا : روى أبو أمامة [٣] أن النبي ﷺ قال : « لا وصية لوارث » [٤] .

١٩٢٦٨ - قلنا : روي إلا أن يشاء الورثة [٥] أو إلا أن يجيزها الورثة [٦] فعلم أن المراد به لا وصية يستحقها الوارث بغير إجازة الورثة [٧] .

١٩٢٦٩ - قالوا : [٨] ملك للورثة ملكه بموت الموصي فوجب أن يكون تمليكًا من جهته كما لو وهب ملك نفسه وسلمه .

١٩٢٧٠ - قلنا : [الوارث وإن لم يملك ملك] [٩] المال عندنا ملكا مراعا [١٠] فإذا أجاز عقد الميت رد الملك وأسقط حقه عنه فنفذ فيه عقد الميت .

١٩٢٧١ - الدليل عليه يفصل بتيقن الإمضاء والإجازة [١١] فلولا أنه استحق بذلك العقد لم ينفذ بهذا اللفظ والمعنى في الهبة المبتدأة أنها تفتقر إلى لفظ صحيح يصح ابتداء العقد به فلما لم يفتقر هذا إلى لفظ يجوز ابتداء العقد به لم يكن تمليكًا من الوارث [١٢] .

---

(١) رواه البخاري في صحيحه (١٠٠٧/٣) باب الوصية بالثلث .

(٢) انظر : نهاية المحتاج (٤٤/٥) .

(٣) هو : أبو أمامة الباهلي واسمه صدي بن عجلان صاحب رسول اللّٰه ﷺ ونزل حمص وقد روى علمًا كثيرًا . روي عن : عمر ، ومعاذ ، وأبي عبيده ، وغيرهم وروي عنه خالد بن معدان ، وسليم بن معدان ورجاء بن حيوة وغيرهم ، ومات : سنة وثمانين . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٥٩/٣) ، طبقات ابن سعد (٤١١/٧) ، التاريخ الكبير (١٢٦/٤) ، الجرح والتعديل (٤٥٤/٤) ، الاستيعاب ص ٧٣٦ .

(٤ ، ٥ ، ٦) سبق تخريجه .

(٧) انظر المبسوط (١٧٥/٢٧) ، تبيين الحقائق (١٨٣/٦) ، البناية (٤١٧/١) ، مجمع الأنهر (٦٩١/٢) ، المقنع (٣٥٨/٢) ، شرح الزركشي (٣٦٤/٤) .

(٨) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(١٠) في (ن) : [مراعى] .

(١١) ساقطة من (ن) .

(١٢) أي أن امتناع النفاذ في الزيادة لحقه وإلا فالمنفذ للتصرف وهو الملك قائم فإذا أجاز فقد زال المانع ثم إذا أجازت بإجازته فالموصى له يملك الزيادة من قبل الموصي لا من قبل الوارث فالزيادة جوازها وصيته من =

١٩٢٧٢ - قالوا [١] : لو أجاز الوارث في مرضه كان ذلك من ثلث ماله فدل أنه تمليك من جهته .

١٩٢٧٣ - قلنا : الوارث وإن لم يملك فقد أسقط حقه عن المال بفعله وإسقاط الحقوق عن الأموال يكون من الثلث وإن لم يكن تمليكا كالعتق [٢] [وكما لو ابتاع ما يساوي عشرة دراهم ثم رده بالعيب في مرضه كان من الثلث] [٣] وإن كان الرد بعيب نقصا ليس تمليك مبتدأ إلا أنه لما أسقط حقه بالرد عن المال كان من الثلث [٤] .

* * *

= الموصي لا جواز عطية من الوارث ، ولأن الموصى بالوصية متصرف في ملك نفسه والأصل فيه النفاذ لصدور التصرف من الأهل في المحل وإنما الامتناع لمانع هو حق الوارث فإذا أجاز فقد زال المانع لأن إزالته شرط والحكم بعد وجود الشرط يضاف إلى السبب لا إلى الشرط ويتوقف ثبوته على السبب في الحقيقة لا على الشرط لأن الشروط كلها شروط الأسباب لا شروط الأحكام . انظر : بدائع الصنائع (٣٧٠/٧) ، تبيين الحقائق (١٨٣/٦) ، حاشية رد المحتار (٦٥١/٦) .

(١) في (ص) : [قلنا] .

(٢) انظر : تبيين الحقائق (١٨٣/٦) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (١٨٣/٦) .

مسألة ٩٦٣

زوال ملك الموصي عن الثلث بموته

١٩٢٧٤ - [قال أصحابنا] [١] إذا أوصى بثلث ماله زال ملك الموصي عن الثلث بموته ولا يملك ذلك الورثة ، وإذا قبل الموصى له الوصية حكمنا بانتقال الملك إليه بالموت حتى قالوا لو أوصى له بجارية فمات الموصى ثم ولدت أو وهب لها هبة قبل القبول كان ذلك للموصى له إذا قبل ولو أوصى بما زادا على الثلث ملك ذلك الوارث ملكًا مراعًا فإن أجاز حكمنا بزوال ملكه وانتقل الملك إلى الموصى له بالموت .

١٩٢٧٥ - وللشافعي قولان : **أحدهما** : ينتقل الملك في الثلث بالقبول من حين موت الموصي وأن رد تبين أنه انتقل إلى الوارث من حين الموت .

١٩٢٧٦ - **والقول الثاني** : ينتقل الملك في الثلث بالموت إلى الوارث وينتقل القبول من الوارث إلى الموصى له فيما زاد على الثلث [٢] .

١٩٢٧٧ - فإن قالوا : الإجازة تفسد فهذا على قولين كالوصية بالثلث [٣] .

١٩٢٧٨ - وإن قالوا : هبة مبتدأة انتقل الملك إلى الوارث قولًا واحدًا ومن جهته إلى الموصى [٤] له فأما مقدار الثلث فالدليل على أنه لا ينتقل إلى الوارث قوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ [٥] فأثبت الميراث بعد الوصية فمن أثبته قبلها فقد خالف الظاهر [٦] .

١٩٢٧٩ - ولأن ما استحق بعطية الميت فلم يعتبر رضا الوارث في استحقاقه فلم يملكه الوارث كهبة المريض لمقدار الثلث في حال مرضه [٧] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وأثبتناها تماشيًا مع سياق المصنف .

(٢) انظر : المهذب (٤٥٢/١) ، المجموع (٤٣٢/١٥) ، نهاية المحتاج (٥٤/٥) ، أسنى المطالب (٤٤/٣) ، حواشي تحفة المحتاج (٣٩/٧) .

(٣) أي أن الإجازة تصح من الورثة في الزائد على الثلث فإن أجازها صحت ثم فيه قولان أحدهما : أن إجازة الورثة ابتداء عطية منه لا تتم بالقبض وله الرجوع فيها ما لم يقبض ، وإن كانت قبل كالهبات . انظر : المجموع (٤١١/١٥) .

(٤) انظر : المهذب (٤٦٤/١) .

(٥) سورة النساء : الآية ١١ ، ١٢ .

(٦) انظر : المبسوط (١٤٢/٢٧) ، بدائع الصنائع (٣٣٥/٧) ، الشرح الكبير (٤٣٠/٦ ، ٩) ، المقنع (٣٥٨/٢) .

(٧) أي أن هبة المريض حال مرضه المعتبر فيها الثلث ولا يتوقف ذلك على رضا الوارث لأنها تعد وصية حال =

١٩٢٨٠ - ولأن تبرع المريض في حال مرضه كوصيته بعد موته بدلالة اعتبار كل واحد منهما من الثلث فإذا كان الملك ينتقل في أحدهما من العاقد إلى المستحق من غير شرط ملك آخر كذلك هذا مثله (١) .

١٩٢٨١ - ولأن ما ينتقل إلى ملك الوارث بالموت لا يملكه غيره إلا بسبب من جهته أو بفعل الحاكم لمقدار الدين ، وفي علمنا أن قدر الثلث يستحقه الموصى له بقبوله من غير رضا الوارث ولا فعل الحاكم دلالة على أن الوارث لا يملكه (٢) .

١٩٢٨٢ - قالوا : ما وجب انتقاله من جهة الموجب وجب أن ينتقل إليه من غير توسط ملك بينهما كما لو أنجز عطية في مرضه (٣) .

١٩٢٨٣ - قلنا : إن كان هذا تعليلا لمقدار الثلث فكذلك نقول وإن كان فيما زاد على الثلث فإنه لا يجب انتقاله بالقبول بل ينتقل بالإجازة وبالقبول فسقط هذا .

١٩٢٨٤ - ولأن الهبة المنجزة ينتقل الملك فيها قبل استحقاق الوارث فلم يتوسط ملك الوارث بين الإيجاب والقبول .

١٩٢٨٥ - وفي مسألتنا يتوسط بسبب الاستحقاق بين الإيجاب والقبول فينتقل الملك إلى الوارث كما لم يجز (٤) .

* * *

= مرضه فتقيد بالثلث . انظر : حاشية رد المحتار على الدر المختار (٦٧٨/٦) ، بدائع الصنائع (٣٣٧/٧) .

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٦٩/٧ ، ٣٧٠) .

(٢) أي أن ملك الورثة ينتقل إليهم عند موت مورثهم ولا يملكه أحد غير الوارث إلا بإجازته أو كان المورث عليه دين إلا في الوصية بالثلث فإنها تنتقل إلى الموصى له من غير رضا الوارث . انظر : بدائع الصنائع (٣٦٩/٧) .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٤٧/٣) .

(٤) أي أن الهبة المنجزة حال الصحة ينتقل الملك فيها إلى الموهوب له قبل استحقاق الوارث ولا دخل للوارث في ذلك لأنها هبة حال الصحة لأن الواهب له حق التصرف في جميع ماله أما في هذه المسألة إذا أوصى بما زاد على الثلث فإنه يتوقف على قبول الوارث وإجازته . انظر : بدائع الصنائع (٣٦٩/٧) .

مسألة ٩٦٤

انتقال الوصية إلى ورثة الموصى له

١٩٢٨٦ - قال أصحابنا : إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية انتقل إلى وارثه [(١)] .

١٩٢٨٧ - وقال الشافعي : إن قبل الوارث ملكها وإن ردها بطلت [(٢)] .

١٩٢٨٨ - لنا : أنه تملك يتعلق بالموت فجاز أن يملك بغير قبول كالميراث [(٣)] ولأن الوارث لم توجد له الوصية فلا ينفسخ برد الأجنبي .

١٩٢٨٩ - ولأن وارث الميت لو وقفت الوصية على قبوله [(٤)] لم تجز إلا بإجازة الوارث كما لو أوجب له الوصية ولا يجوز أن يقال : تقف على الإجازة لأن الوصية إذا لم تفتقر عند الموت على الإجازة لم تفتقر إلى الإجازة بعده إلا أن يتغير المال كسائر الوصايا [(٥)] .

١٩٢٩٠ - احتجوا : / بأنه تملك يفتقر إلى قبول تملك فإذا مات قبل القبول لم يتم كالبيع [(٦)] . ٢١٧/ب

١٩٢٩١ - والجواب : أن الوصية بعد الموت تجري مجرى البيع الذي قد انضم إليه القبول ولهذا يقف على قبول يتأخر عن مجلس الإيجاب وقبول الموصى له يجري مجرى إمضاء البيع المشروط فيه الخيار ورده كفسخه فلهذا جاز أن يتم العقد دونه [(٧)] .

---

(١) ما ذكره المصنف هو الاستحسان في المذهب والقياس أن تبطل الوصية ، ووجه القياس : أن الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع . انظر : مختصر الطحاوي ص ١٥٧ ، المبسوط (٤٨/٢٨) ، تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، البناية (٤٢٣/١٠) ، والمسألة في اللباب ص ١٧٠ . وبه قال مالك . انظر : المدونة الكبرى (٢٩٦/٤) ، حاشية الدسوقي (٤٢٤/٤) ، شرح الخرشي (٤١١/٥) .

(٢) انظر : المهذب (٤٥٣/١) ، المجموع (٤٣٣/١٥) ، نهاية المحتاج (٥٣/٥) ، الأنوار لأعمال الأبدار (١٦/٢) . وبه قال أحمد انظر : المغني (٤٣٩/٦) ، كشاف القناع (٣٤٥/٤) ، العدة ص ٣٠٠ .

(٣) أي أن الوصية لا تتوقف على قبول الموصى له كما لا يتوقف الميراث على قبول الوارث . انظر : تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، الهداية (٢٣٢/٣ ، ٢٣٣) .

(٤) في (م) ، (ص) : [قوله] .

(٥) انظر : الهداية (٢٣٣/٣ ، ٢٣٤) .

(٦) ساقط من (ن) . انظر : مغني المحتاج (٥٤/٣) .

(٧) انظر : تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، الهداية (٢٣٤/٣) ، البناية (٤٢٣/١٠) ، تحفة الفقهاء (٣٤٠/٣) .

١٩٢٩٢ - ولأن البيع لا يتم بقبول [١] من [٢] لم يوجب له العقد فكذلك الوصية لا يقف تمامها على قبول من لم يوجب له العقد .

* * *

(١) في جميع النسخ [يقول] ولعل صحة العبارة [بقبول] كما أثبتناه .
(٢) في (ن) : [لا] .

مسألة ٩٦٥

الوصية للأقارب [١]

١٩٢٩٣ – قال أبو حنيفة ﷺ : إذا أوصى لأقاربه اعتبر اثنان فصاعدا من ذوي الرحم المحرم ليس فيهم والد ولا ولد ويستحق ذلك الأقرب فالأقرب [٢] .

١٩٢٩٤ – وقال الشافعي : يصرف إلى جميع أقاربه من قبل القريب منهم والبعيد سواء [٣] وقد جعل مخالفونا هذه المسألة فصولًا أفردوا كل واحد منها بالكلام فقالوا استحقها بنوا الأعمام والخالات [٤] .

١٩٢٩٥ – والدليل على أنهم لا يستحقون بالوصية أن النفقة لا تجب لهم فلا يدخلون في وصية الأقارب كالهاشمي إذا أوصى لأقاربه لم يدخل فيها من ينسب إلى وصي كالأب [٥] .

١٩٢٩٦ – ولأنه تعصيب ليس معه تحريم مالا يدخل في الوصية للأقارب كالمولى ولأنه مال مستحق بالقرابة على وجه الإرث فلم يثبت الابن والخال كنفقته [٦] .

١٩٢٩٧ – ولأن الوصي قصد بالوصية صلة أقاربه فاعتبر ذلك بالصلة التي تجب لهم

---

(١) **أولًا** : لا خلاف بين الفقهاء في أن الوصية للأقارب المراد بها غير الوارث لقوله ﷺ « لا وصية لوارث » .
ثانيًا : لا خلاف بين الفقهاء أن الوصية للأقارب هي للاثنين فصاعدا .
ثالثًا : الخلاف بينهم في الذين يستحقونها هل جميع الأقارب أم يستحقها الأقرب فالأقرب ؟ انظر : حاشية رد المحتار (٦٨٦/٦) .

(٢) انظر : المبسوط (١٥٥/٢٧) ، بدائع الصنائع (٣٤٨/٧) ، تبيين الحقائق (٢٠١/٦) ، كشف الحقائق شرح كنز الدقائق (٣٢٢/٢) ، البحر الرائق (٥٠٧/٨) ، مجمع الأنهر (٧١١/٢) ، والمسألة في اللباب شرح الكتاب (١٨٠/٤) .

(٣) وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية وبه قال مالك وأحمد إلا أن الإمام أحمد قيد ذلك بأن لا يجاوز أربعة آباء . انظر : المبسوط (١٥٥/٢٧) ، بدائع الصنائع (٣٤٨/٧) ، تبيين الحقائق (٢٠٠/٦) ، أسهل المدارك (٢٨٠/٣) ، مواهب الجليل (٣٧٣/٦) ، الشرح الصغير (٣٣٨/٥) ، مختصر المزني (٢٤٥/٨) ، النكت ورقة ١٨٩ ، حاشية البيجرمي (٢٨٢/٣) ، روضة الطالبين (١٧٣/٦) ، مغني المحتاج (٦٣/٣) ، نهاية المحتاج (٦٥/٥) ، المغني لابن قدامة (٥٤٩/٦) ، شرح الزركشي (٤٠١/٤) .

(٤) انظر : مختصر المزني (٢٤٥/٨) .

(٥) انظر : تحفة الفقهاء (٣٥٥/٣) .

(٦) انظر : تبيين الحقائق (٢٠١/٦) ، الاختيار (١٤٨/٣) .

في حال الحياة وهي النفقة [١] .

١٩٢٩٨ - والدليل على أن النفقة تجب لذي الرحم المحرم ما روي في قراءه أبي بن كعب [٢] وعلى الوارث ذي الرحم مثل ذلك [٣] .

١٩٢٩٩ - واحتجوا [٤] : بقوله تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ ﴾ [٥] وقد قسم [٦] رسول الله ﷺ سهم ذوى القربى على بني هاشم وهم بنو أعمامه .

١٩٣٠٠ - قالوا : فلما نزلت ﴿ وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ ﴾ [٧] جمع النبي ﷺ بني هاشم وأنذرهم

١٩٣٠١ - قالوا : فلما نزلت ﴿ لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾ [٨] جاء أبو طلحة إلى النبي ﷺ فجعل أرضه لله فقال : اجعلها في قرابتك [٩] فجعلها في حسان بن ثابت [١٠] وأبي بن كعب وكانا من بني النجار [١١] وكان أبو طلحة وحسان يجتمعان في الأب الثالث ويجتمع مع أبي بن كعب في الأب السادس .

---

(١) انظر : الاختيار (١٤٩/٣) ، الهداية (٢٥٠/٤) .

(٢) هو : أبي بن كعب بن قيس الأنصاري وسيد القراء وكان عمر ﷺ يسميه سيد الرسلين وعده مسبروق في الستة من أصحاب الفتيا . روي عن عمر ، وأبو أيوب ، وأبو هريرة ، وأنس بن مالك وغيرهم . توفي : سنة اثنتين وعشرين في خلافة عمر بالمدينة . انظر : أسد الغابة (٦١/١) ، تذكرة الحفاظ (٦١/١) ، الجرح والتعديل (٢٩٠/٢) ، حليه الأولياء (٢٥٥/١) ، شذرات الذهب (٣٢/١) .

(٣) القدوري : واهي في نسبة هذه القراءة إلى أبي بن كعب والصحيح نسبتها إلى عبد الله بن مسعود قال الألوسي : ويؤيده قراءة ابن مسعود (وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك) انظر : روح المعاني (١٤٧/٢) .

(٤) انظر : مغني المحتاج : (٦٣/٣) .

(٥) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

(٦) في جميع النسخ [فسخ] والصحيح ما أثبتناه .

(٧) سورة الشعراء : الآية ٢١٤ .

(٨) سورة آل عمران : الآية ٩٢ .

(٩) رواه البخاري في صحيحه ٢ / ٥٣٠ ، ٥٣١ . ومسلم في صحيحه ٢ / ٦٩٣ ، ٦٩٤ .

(١٠) هو : حسان بن ثابت بن المنذر بن النجار شاعر رسول الله ﷺ وكان الرسول يضع له منبرا يقوم عليه يدافع عن الرسول ، وعاش ستون سنة في الجاهلية وستون في الإسلام روى عن رسول الله ﷺ . روى عنه : ابنه عبد الرحمن ، والبراء بن عازب وسعيد بن المسيب وغيرهم . انظر : أسد الغابة (٥/٢) ، الجرح والتعديل (٢٣٣/٣) ، الإصابة (٢٣٧/٢) .

(١١) بني النجار بطن من الخزرج ، من الأزد ، من القحطانية . انظر : نهاية الإرب ص ٧٦ معجم قبائل العرب (١١٧٣/٣) .

١٩٣٠٢ - والجواب : أن رسول الله ﷺ أعطى من السهم بني المطلب (١) .

١٩٣٠٣ - ولا خلاف بيننا وبين الشافعي أنه لو أوصى لقرابته لم يستحقوا إلا أن الشافعي قال : ولو أوصى رجل من بني شافع (٢) لقرابته اشترك فيها بنو شافع دون بني علي والعباس بن السائب (٣) فجعل الوصية لولد الأب الأدنى الذي يقع الانتساب إليه ويبين (٤) ذلك أن النبي ﷺ لم يدفع من السهم إلى بني زهرة (٥) وهم أخواله ولا إلى بني مخزوم (٦) وهم أخوال أبيه ولا إلى بني النجار وهم أخوال جده لأن أم عبد المطلب منهم ولا خلاف أن من ينسب إلى الأم (٧) لا (٨) يدخل الوصية ثم لم يدخلوا في السهم (٩) فدل على افتراق الوصية للقرابة ومن يستحق السهم من ذوى القربى .

١٩٣٠٤ - وأما قوله : ﴿ وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ ﴾ (١٠) فقد جمع رسول الله ﷺ [عند نزولها قبائل قريش] (١١) القريب (١٢) منهم والبعيد (١٣) .

١٩٣٠٥ - ولا خلاف أنهم لا يدخلون في الوصية .

١٩٣٠٦ - وأما أبو طلحة (١٤) فلم يتصدق (١٥) بها على أقاربه وإنما جعلها لله تعالى

---

(١) انظر : الهداية ٢ / ١٤٨ .

(٢) بنو شافع هم : بطن بني المطلب بن عبد مناف ، من قريش ، من العدنانية انظر : معجم قبائل العرب (٥٧٣/٢) ، الأنساب (٣٨٠/٣) .

(٣) هو : العباس بن السائب من أولاد عم الإمام الشافعي . روى عن : يوسف بن يعقوب النجاحي وعنه أبو بكر ابن المقرئ انظر : الأنساب (٣٨٠/٣) ط دار الجنان . (٤) في (ن) : [تبين] .

(٥) بني زهرة : بطن من بني مرة بن كلاب من قريش من العدنانية انظر : معجم قبائل العرب (٨٤٢/٢) .

(٦) بني مخزوم بطن من لؤي بن غالب قريش انظر : معجم قبائل العرب (١٠٥٨/٣) .

(٧) في (م) : [الإمام] . (٨) ساقطة من الجميع وزدناها ليستقيم المعنى .

(٩) أي لا خلاف بين الحنفية والشافعية أن القرابة من جهة الأم لا تدخل في الوصية انظر : تبيين الحقائق (٢٠٢/٦) ، مغني المحتاج (٦٣/٣) . (١٠) سورة الشعراء : الآية ٩٢ .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٢) في (م) : [القرب] .

(١٣) رواه البخاري في صحيحه بشرح فتح الباري انظر : فتح الباري لابن حجر العسقلاني (٤٠٦/٦ ، ٤٠٧ ، ٤٠٨) .

(١٤) وهو زيد بن سهل بن الأسود بن حرام الخزرجي البخاري صاحب رسول الله ﷺ ، ومن البدريين النقباء الاثنى عشر ليلة العقبة روى عن : النبي ﷺ وعنه : أنس بن مالك ، وابن عباس ، وزيد بن خالد الجهني وغيرهم - مات سنة أربع وثلاثين بالمدينة انظر : طبقات ابن سعد (٥٤/٣) ، شذرات الذهب (٤٠/٦) ، الاستيعاب (٥٥٣/٢) ، سير أعلام النبلاء (١٣٥/٢) .

(١٥) في (م) : [يصدق] .

فأمره رسول الله ﷺ أن يصرف ذلك إلى أقاربه كما يستحب لكل متصدق أن يخص بصدقته أقاربه ولو صرفها إلى غيرهم جاز ولذلك يجوز أن يسوى بين القريب والبعيد [١] .

١٩٣٠٧ - قالوا : إذا أخذ الحربي أمانا لقرابته دخل فيه ابني العم والخال [٢] .

١٩٣٠٨ - قلنا : لا نسلم ذلك ومن لا يدخل باسم القرابة في الوصية كذلك لا يدخل في الأمان .

١٩٣٠٩ - فصل

١٩٣١٠ - والدليل على أن الوالد والولد لا يدخلان في الوصية قوله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ ﴾ [٣] فعطف الأقارب على الوالدين والمعطوف غير المعطوف عليه [٤] .

١٩٣١١ - ولأن اسم القرابة لا يتناول الأب والابن في العادة ألا ترى أنه لا يقال هؤلاء أقارب فلان [٥] والاستحقاق يتعلق بالاسم فمن لا يطلق عليه لا يدخل فيه .

١٩٣١٢ - [قلنا : والخال والعم لهم أسماء تخصهم] [٦]

١٩٣١٣ - ولا يقال : إنما لا يقال هذا لأن لهم اسمًا يخصهم وإن أطلق عليه اسم القرابة [٧] .

١٩٣١٤ - احتجوا : بأنهم يدخلون في عقد الأمان ومن دخل في عقد الأمان باسم القرابة دخل في الوصية أصله غير [٨] الوالد والولد [٩] .

١٩٣١٥ - والجواب : أن الغرض بالأمان هو رفع الذل والرد عنهم ومن قصد هذا في غير ولده ففي ولده أولى أن يقصده ، وأما الوصية فالمقصود منها الصلة [١٠] وقد يقصد الإنسان الصدقة على غير الولد صيانة للولد عن ذلك دينا على ما فرض الله من

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٠١/٦) ، الهداية (٢٥٠/٤) ، مجمع الأنهر (٧١١/٢) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٧٩ .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٨٠ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢٠١/٦) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٤٨/٦) ، تبيين الحقائق (٢٠١/٦) ، البناية على الهداية (٥٠٥/١٠) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) أي أنه وإن كان لهم اسما يخصهم إلا أنهم يسمون أقارب فيدخلون في الوصية انظر : مغني المحتاج (٦٣/٣) .

(٨) ساقطة من (ص) .

(٩) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٩ .

(١٠) في (م) : [العلة] و (ن) : [الغلة] والصحيح ما أثبتناه .

الزكاة التي لا يجوز صرفها إلى ولد ولا والد [١] .

١٩٣١٦ – قالوا : لو أوصى لأقرب الأقارب دخلوا في الوصية [٢] .

١٩٣١٧ – قلنا : لا نسلم ذلك

١٩٣١٨ – فصل

١٩٣١٩ – والدليل على أنه يستحقها الأقرب فالأقرب [٣] أن ما يستحق بعد الموت باسم القرابة جاز أن يترتب فيه الأقرب على الأبعد كالميراث [٤]

١٩٣٢٠ – فإن قيل : الميراث لا يستحق بالقرابة وإنما يستحق بالبنوة والأخوة والعمومة [٥] .

١٩٣٢١ – قلنا : علق الله تعالى الميراث بالقرابة لقوله تعالى : ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ ﴾ [٦] لأنه علق الوصية بنوع قرب فيقدم فيه الأقرب [٧] كما لو أوصى لأعمامه وله عمان لأب وأم وأعمام لأب وكذلك إذا أوصى لأولاد فلان استحق الوصية وله الثلث دون ولد الولد [٨] .

١٩٣٢٢ – ولأن النبي ﷺ لم يعم سهم ذوي القربى في القريب والبعيد بل خصه ببعضهم ألا ترى أنه لم يعط بني عبد مناف ولا بني مخزوم وهم أخوال أبيه ولا بني

---

(١) انظر : الجامع الصغير ص ١٢٢ ، بدائع الصنائع (٤٩/٢) ، اللباب (١٥٥/١) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٦٣/٣ ، ٦٤) .

(٣) جاء في التبيين أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب فكذا في أخته لأن الأخت لا تخالف الأخت في الأحكام . انظر : تبيين الحقائق (٢٠١/٦) .

(٤) أي أن الأقرب يقدم على الأبعد في الوصية لأقاربه اعتبارا بالميراث فيقدم فيه الأقرب على الأبعد فكذا الوصية . انظر : تبيين الحقائق (٢٠١/٦) ، النيابة (٥٠٤/١٠) . نوقش ذلك : بأنه لو كانت الوصية كالميراث لقدم الأب والابن ولأن الميراث يستحق بقرابة مخصوصة وهي الأبوة والأخوة والوصية تستحق بالقرابة المطلقة . انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٥) أي أن الميراث يستحق بالبنوة والأخوة والعمومة عند المخالف . انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٦) سورة النساء : الآية ٧ .

(٧) أي يقدم من كان من جهة الأب والأم على من كان من جهة الأب لأن من له قرابتان يقدم على من له قرابة واحدة فالأقرب يحجب الأبعد . انظر : الاختيار (١٧٠/٤) .

(٨) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٢/٦) ، مجمع الأنهر (٧١٢/٢) ، تحفة الفقهاء (٣٥٩/٣) . في (م) ، (ن) ، (ع) [الوالد] . انظر : المبسوط (١٥٥/٢٧) ، تبيين الحقائق (٢٠٢/٦) ، تحفة الفقهاء (٣٥٩/٣) .

النجار وهم أخوال جده فمن زعم أن القريب والبعيد يستويان في الاستحقاق بالاسم فقد خالف ذلك .

١٩٣٢٣ - احتجوا : بقصة أبي طلحة وقد بينا الجواب فيها .

١٩٣٢٤ - قالوا : تساووا في سبب الاستحقاق وهو اسم القرابة فوجب أن يتساووا في الاستحقاق كما لو أوصى لبني فلان [١] .

١٩٣٢٥ - قلنا : الاستحقاق بالاسم قد خالف الإجماع ، لأن أبا حنيفة يعتبر الأقرب وأبو يوسف ومحمد اعتبرا من ينتسب إلى أقصى أب في الإسلام [٢] .

١٩٣٢٦ - والشافعي يعتبر من ينتسب إلى الأب الأدنى ، [٣] لأنه قال فيمن ينتسب إلى شافع إذا أوصى لأقاربه لم يدخل ولد السائب وهو ابن شافع ، واسم القرابة يعم الجميع فدل على أن الاسم لا يحمل على عمومه وأنه مخصوص بالإجماع [٤] .

* * *

---

(١) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٩ ، ١٩٠ .

(٢) انظر : المبسوط (١٥٥/٢٧) ، تبيين الحقائق (٢٠١/٦) ، مجمع الأنهر (٧١١/٢) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٩ ، مغني المحتاج (٦٣/٣) ، نهاية المحتاج (٦٥/٥) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٦٣/٣) .

مسألة ٩٦٦

حكم إذا أوصى لجيرانه

١٩٣٢٧ - قال أبو حنيفة : إذا أوصى لجيرانه فذلك للجار الملاصق .

١٩٣٢٨ - وقال محمد : من يصلي معه في المسجد [١] .

١٩٣٢٩ - وقال الساجي عن الشافعي : من كان داره إلى أربعين دارًا [٢] .

١٩٣٣٠ - لنا : [٣] قوله ﷺ : « الجار أحق بشفعته » [٤] فجعل الشفعة للجار وقد أجمعوا أنه لا يستحقها غير الملاصق فوجب حمل لفظ الوصية عليها فعلق الحكم بالشرع [٥] ، ولأن الاسم إن رجعنا فيه إلى اللغة فإنهم يسمون من جمعت القبيلة جارًا وإن كان بينه وبينهم أكثر من أربعين دارًا ، وإن اعتبرنا الشرع لم يختص ذلك بالأربعين .

١٩٣٣١ - ولأن كل دار لم يجب لمالكها الشفعة في دار الموصي لم يدخل ساكنها

---

(١) ما ذكره المصنف هو القياس عند أبي حنيفة ، وفي الاستحسان : جار الرجل من يسكن محلته ويجمعهم مسجد المحلة ووجه الاستحسان : لأن الكل يسمون جارًا عرفًا وشرعًا . انظر : تبيين الحقائق (٢٠٠/٦) ، بدائع الصنائع (٣٥١/٧) ، البناية على العداية (٤٩٦/١٠) ، الهداية (٢٤٦/٤) ، مجمع الأنهر (٧١٠/٢) ، والمسألة في اللباب (١٧٩/٤) وما ذهب إليه أبو حنيفة في القياس هو المرجوح عند الشافعية . انظر : المجموع شرح المهذب (٤٦١/١٥) ، النكت ورقة ١٨٩ ، مغني المحتاج (٥٨/٣) . وبه قال مالك انظر : جواهر الإكليل (٣٢٠/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٣٣/٤) .

(٢) أما الشافعية فلهم أقوال في حد الجار فروي أنه من يصلي معه المسجد كما ذهب إلى ذلك محمد بن الحسن من الحنفية ، وقيل : المراد بالجار من لاصق داره ، وقيل : أهل المحلة التي هو فيها ، وقيل : الملاصق والمقابل ، وقيل أهل الزقاق غير النافذ ، وقيل من ليس بينه بينه درب يغلق والأظهر عند الشافعية أن حد الجوار أربعين دارا من كل جانب . انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٩ ، المهذب (٤٥٥/١) ، المجموع (٤٦١/١٥) ، مغني المحتاج (٦٠/٥) ، الأنوار لأعمال الأبرار (١٩/٢) . وبه قال أحمد انظر : المقنع (٣٧٢/٢) ، المغني (٥٥٦/٦) ، كشاف القناع (٣٦٣/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٥٥٢/٢) .

(٣) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٠/٦) ، مجمع الأنهر (٧١٠/٢) .

(٤) ذكره الطحاوي في شرح معاني الآثار ولفظه عن جابر بن عبد الله ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ « الجار أحق بشفعة جاره فإن كان غائبًا انتظر إذا كان طريقهما واحد » انظر : الطحاوي في شرح معانى الآثار (١٢٠/٤) باب الشفعة بالجوار ، ورواه النسائي في سننه (٣٢٠/٧) ، والدارقطني في سننه (٢٢٢/٤ ، ٢٢٣) .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٠/٦) ، البناية على الهداية (٤٩٦/١٠) ، الهداية (٢٤٩/٤) .

في الوصية للجيران أصله ما بعد الأربعين [(١)] .

١٩٣٣٢ - احتجوا [(٢)] : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلْجَارِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ ﴾ [(٣)] ﴿ وَٱلْجَارِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ هو الأجنبي ﴿ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ ﴾ هو البعيد .

١٩٣٣٣ - والجواب : أن أهل اللغة قالوا : ﴿ وَٱلْجَارِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْجَارِ ﴾ هو الجار المناسب ﴿ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ ﴾ هو الجار الأجنبي ﴿ وَٱلصَّاحِبِ بِٱلْجَنۢبِ ﴾ هو الصاحب بالسفر الذي لا يجمعه وإياه جوار الدار [(٤)] .

١٩٣٣٤ - قالوا : روى عبد السلام بن أبي الجنوب [(٥)] عن أبي سلمة [(٦)] عن أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ « حق الجوار أربعون دارا هكذا وهكذا » [(٧)] .

١٩٣٣٥ - قلنا : عبد السلام عن أبي الجنوب شيخ روى عن أهل البصرة [(٨)] ساقط الحديث لا يجوز الاحتجاج به أليس دالا على روايته المناكير الذي روى هذا الحديث فاستدل بروايته له على سقوطه فكيف يجوز الاحتجاج به [(٩)] .

١٩٣٣٦ - قالوا [(١٠)] : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا صلاة لجار المسجد إلا في

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٥١/٧) ، تبيين الحقائق (٢٠٠/٦) .

(٢) انظر : المجموع شرح المهذب (٤٦٢/١٥) . (٣) سورة النساء : الآية ٣٦ .

(٤) انظر : أحكام القرآن لابن العربي (٤٢٩/١) ، وأحكام القرآن للجصاص ٢ / ١٩٥ .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [عبد السلام عن ابن أبي الجنوب] . هو عبد السلام بن الجنوب المدني . روى عن : الحسن البصري ، وعمرو بن عبيد ، ومحمد بن مسلم وغيرهم . روى عنه : أبو ضمرة أنس بن عياض ، وعيسى بن يونس ، ومحمد بن إسحاق بن يسار وغيرهم . قال علي بن المديني عبد السلام منكر الحديث وقال أبو زرعة ضعيف . انظر : تهذيب الكمال (٦٣/١٨) ، تهذيب التهذيب (٣١٥/٦) ، الكاشف (١٧١/٢) .

(٦) هو : أبو سلمة عبد الرحمن بن عوف القرشي الزهري . ولد : سنة بضع وعشرين . من المدنين ، ثقة وكان فقيها ، كثير الحديث . روى عن : أسامة بن زيد ، وعبد الله بن سلام ، وعائشة وغيرهم . روى عنه : ابنه عمر بن أبي سلمة أخيه وابن سعد بن إبراهيم ، وسلمة بن كهيل وغيرهم . وفاته : سنة أربع وتسعين في خلافة الوليد . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٨٧/٤) ، طبقات ابن سعد (١٥٥/٥) ، تهذيب التهذيب (١١٥/١٢) .

(٧) رواه أبو يعلي في مسنده ١٠ / ٣٨٥ ، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (١٦٨/٨) باب حد الجوار .

(٨) البصرة : وهما بصرتان ، العظمى بالعراق وأخرى بالمغرب والمراد بها هنا التي بالعراق . انظر : معجم البلدان (٤٣٠/١) .

(٩) عبد السلام بن أبي الجنوب متروك الحديث وقال علي بن المديني منكر الحديث . انظر : تهذيب الكمال (٦٣/١٨) ، تهذيب التهذيب (٣١٥/٦) .

(١٠) انظر : مغني المحتاج (٥٩/٣) .

المسجد » [١] ولم يختص ذلك بالملاصق .

١٩٣٣٧ – قلنا : ولا يختص عن الأربعين دارا ؛ ولأن النبي ﷺ حث بهذا الخبر على الجماعة فلو خصصناه بالملاصق أبطلنا الفائدة التي طلب لها [٢] وأما الوصية للجار فهي صلة لقربه والمقارب هو الملاصق / ولهذا لما [٣] استحقت الشفعة بالقرب اختصت به . ٢١٨/أ

١٩٣٣٨ – قالوا [٤] : عندكم تجب الشفعة للمحاذي [٥] ولا يدخل في الوصية .

١٩٣٣٩ – قلنا : لأنه استحق الشفعة بالجوار وإنما يستحقها بالشركة في الطريق [٦] .

* * *

---

(١) أخرجه الدارقطني في كتاب الصلاة (٤١٩/١ ، ٤٢٠) باب الحث لجار المسجد على الصلاة ، وأخرجه الحاكم في المستدرك كتاب الصلاة ٢٤٦/١ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٥٧/٣) .

(٢) انظر : الهداية (٢٤٩/٤) .

(٣) في (م) : [الماء] .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٩ .

(٥) في (م) : [للمجاري] .

(٦) هكذا في جميع النسخ ولعل صحة العبارة قلنا : لأنه لا يستحق الشفعة بالجوار وإنما يستحقها بالشركة في الطريق – ولا أدل على ذلك من أن الشفعة تجب أولا للشريك في الطريق ثم الجار الملاحق لا المحاذي . انظر : الهداية : (٢٥/٤) .

مسألة ٩٦٧

الوصية لقبيلة كبيرة لا تحصى

١٩٣٤٠ - قال أصحابنا : إذا أوصى لقبيلة لا تحصى كبني تميم وبني عباس . وبني هاشم وفيهم الغني « [١] والفقير فالوصية باطلة » [٢]

١٩٣٤١ - وقال الشافعي : جائزة ويدفع إلى جماعة منهم » [٣] .

١٩٣٤٢ - لنا : أن الوصية إذا دخل فيها الأغنياء لم يقصد بها القربة وإنما القصد منها [٤] إيجاب الحق لأدمي ولا يثبت لغير معين [٥] كما لو قال لبني تميم عندي ألف [٦] لأن الوصية إذا لم تكن لحق اللّٰه تعالى وقفت على القبول والعقد الذي يقف على القبول لا يثبت لمن لا يحصى [٧] .

١٩٣٤٣ - احتجوا : بأن من جازت لهم الوصية إذا انحصر عددهم جازت الوصية وإن لم يحصروا كالفقراء [٨] .

١٩٣٤٤ - والجواب أن الوصية للفقراء المقصود بها هو اللّٰه تعالى وهو معين معلوم والوصية للأغنياء لا يقصد بها اللّٰه تعالى فنفى أن يقصد بها الآدمي فلا يثبت له إلا أن يكون غنيا [٩] .

---

(١) في (م) : [المعنى] .

(٢) انظر : المبسوط (١٥٨/٢٧) - لبنان ، شرح الهداية (٥١٢/١٠) ، الاختيار (١٥٠/٤) ، الهداية (٢٥١/٤) ، مجمع الأنهر (٧١٣/٢) ، تحفة الفقهاء (٣٦٣/٣) ، وهو أحد الوجهين عند الشافعية : النكت للشيرازي : ورقة ١٨٩ ، المهذب للشيرازي (٤٥٦/١) ، مغني المحتاج (٦٢/٣) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٩ ، المهذب (٢٥١/٤) ، المجموع (٤٧٠/١٥) ، مغني المحتاج (٦٣/٣) وبه قال مالك المدونة الكبرى (٣١٥/٤) ، حاشية الدسوقي (٤٣٤/٤) وبه قال أحمد في مواهب الجليل (٣٧٤/٦) ، . انظر : المغني (٥٨٢/٦) ، ط دار الفكر . شرح منتهى الإرادات (٥٤٣/٢) ، كشاف القناع (٣٤٤/٤) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) انظر : المبسوط (١٥٨/٢٧) ، الهداية (٤٥١/٤) .

(٦) انظر : الاختيار (١٥٠/٤) .

(٧) انظر : الاختيار (١٥٠/٤) ، البناية على الهداية (٥١٢/١٠) ، الهداية (٢٥١/٤) ، تحفة الفقهاء (٣٦٣/٣) .

(٨) انظر : نهاية المحتاج (١٥٨/٢٧) ، الهداية (٢٥١/٤) .

(٩) انظر : المبسوط (١٥٨/٢٧) ، الهداية (٢٥١/٤) .

١٩٣٤٥ - ولا يقال أنكم جوزتم الوصية للحمل [١] وليس بعين الحمل لأن الوصية للحمل متعلقة بشرط الولادة وفي ذلك الحال هو معنى محصور لا تصح فيه الزيادة ولا النقصان .

* * *

(١) انظر : العدة في شرح العمدة ص ٢٩٢ ، المغني (٥٠٩/٦) .

مسألة ٩٦٨

حكم إذا أوصى المسلم للحربي

١٩٣٤٦ – قال أصحابنا : إذا أوصى المسلم للحربي لم تصح الوصية مع اختلاف الدار [١]

١٩٣٤٧ – وقال الشافعي : تصح الوصية [٢] .

١٩٣٤٨ – لنا : [٣] قوله تعالى : ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ ﴾ إلى قوله ﴿ إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ وَظَٰهَرُوا۟ عَلَىٰٓ إِخْرَاجِكُمْ ﴾ [٤] وظاهر الآية لا يقتضي النهي عن تولي أهل الحرب وبرهم والوصية من البر .

١٩٣٤٩ – فإن قيل : الآية الأولى تقتضي إباحة غير المحاربين [٥] .

١٩٣٥٠ – والثانية : تقتضي المنع من تولي أهل الحرب وأما برهم فدليل الخطاب .

١٩٣٥١ – قلنا : الآية نزلت على سبب ؛ وهو أن أسماء سألت النبي ﷺ عن برأم لها مشركة [٦] فظاهر الآية أنها فرق في الحكم المسئول عنه فذكر النفي والإثبات إلا أنه نهى عن التولي الذي يدل البر عليه ولأنا أمرنا بأخذ أموالهم فيستحيل أن تدفع أموالنا إليهم .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٥/٢٨) ، تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، البناية (٤١٨/١٠) ، الهداية (٢٥٧/٤) ، مجمع الأنهر (٦٩٢/٢) وبه قال مالك في المعتمد عنده . انظر : حاشية الدسوقي (٤٢٦/٤) ، مواهب الجليل (٣٦٨/٦) وبه قال أحمد في الصحيح من المذهب المغني (٥٣٠/٦) ، الشرح الكبير (٤٦٦/٦) ، كشاف القناع (٣٥٢/٤ ، ٣٥٣) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٧٩ ولهم في ذلك وجهان : **أحدهما** تصح . **الثاني** : لا تصح وهو قول أبي العباس من الشافعية انظر : المجموع (٤١٦/١٥) ، نهاية المحتاج (٤٠/٥) ، مغني المحتاج (٤٣/٣) الأنوار الأعمال الأبرار (١٣/٢) . وبه قال مالك وأحمد في المرجوح عندهم انظر : حاشية الدسوقي (٢٥٧/٤٠) مواهب الجليل (٣٦٨/٦) ، المغني (٥٣٠/٦) الشرح الكبير (٤٦٦/٦) .

(٣) انظر : تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، مجمع الأنهر (٦٩٢/٢) .

(٤) سورة الممتحنة : الآية ٨ ، ٩ .

(٥) انظر : النكت ورقة ١٧٩ ، المجموع (٤١٧/١٥) .

(٦) رواه البخاري انظر : فتح الباري لشرح صحيح البخاري (٣٣٩/١٠) .

١٩٣٥٢ - ولأن في دفع الوصية إليهم تقوية لهم على حربنا [١] .

١٩٣٥٣ - ولا يجوز كما لو أوصى لهم بالسلاح [٢] ، ولأن في تكثير مالهم إضرار بالمسلمين فصار كالوصية لهم بالعبد المسلم [٣] .

١٩٣٥٤ - ولأن من لا يجوز أن يوصى له بالعبد المسلم لا يجوز أن يوصى له بالمال كالوارث [٤] .

١٩٣٥٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ [٥] .

١٩٣٥٦ - والجواب : أن هذا عموم مخصوص بما ذكرنا [٦] .

١٩٣٥٧ - قالوا : من صحت له [الهبة صحت له الوصية] [٧] كمن في دار الإسلام .

١٩٣٥٨ - قلنا : لا فرق بين الهبة والوصية لو أوصى له مع اختلاف الدار لم يجز ولو وهب له لم تصح الهبة .

١٩٣٥٩ - قالوا : من جازت مناكحتهم جازت الهبة لهم [٨] .

١٩٣٦٠ - قلنا : إنما تصح مناكحتهم إذا اجتمعوا في دار واحدة فأما مع اختلاف الدار فلا تصح المناكحة ولو وكل من يزوجه امرأة في دار الحرب وهو في دار الإسلام لم ينعقد النكاح كذلك الوصية مثله .

* * *

(١ - ٤) انظر : تبيين الحقائق (١٨٤/٦) .

(٥) سورة النساء : الآية ١١ ، ١٢ .

(٦) أي أن هذه الآية عامة وهي مخصوصة بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا يَنۡهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمۡ ﴾ الآية قد نهي عن بر من يقاتلنا . انظر : مجمع الأنهر (٦٩٢/٢) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) انظر : تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، مجمع الأنهر (٦٩٢/٢) .

مسألة ٩٦٩

حكم الوصية للقاتل

١٩٣٦١ - قال أصحابنا : لا تصح الوصية للقاتل وإن قتل الموصى له الموصي بعد الوصية بطلت الوصية .

١٩٣٦٢ - وهو أحد قولي الشافعي [١] .

١٩٣٦٣ - وقال في القول الآخر : الوصية جائزة [٢] .

١٩٣٦٤ - وإذ قتل بعد الوصية لا تبطل .

١٩٣٦٥ - لنا : قوله ﷺ : « ليس لقاتل شيء » .

١٩٣٦٦ - فإن قيل [٣] روي « لا ميراث لقاتل » [٤] فيحمل المطلق على المقيد [٥] .

١٩٣٦٧ - قلنا : بل نستعمل هذا على عمومه وهذا على خصوصه . وروي عن

---

(١) انظر : المبسوط (١٧٦/٢٧) ، بدائع الصنائع (٣٣٩/٧) تبيين الحقائق (١٨٢/٦) ، الهداية (٢٣٢/٤) ، البناية (٤١٣/١٠) ، تحفة الفقهاء (٣٤١/٣) ، مجمع الأنهر (٦٩٢/٢) ، وهو أحد قولي الشافعي وأحمد في الراجح . انظر : النكت ورقة ١٧٩ ، المهذب (٤٥١/١) ، المجموع (٤١٧/١٥) ، مغني المحتاج (٤٣/٣) ، نهاية المحتاج (٤٠/٥) ، المغني (٥٤/٦) ، الشرح الكبير (٤٧٨/٦) ، كشاف القناع (٣٥٨/٤) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٧٩ ، المهذب (٤٥١/١) ، المجموع (٤١٧/١٥) ، نهاية المحتاج (٤٩/٥) وبه قال مالك : انظر : المدونة الكبرى (٢٩٦/٤) ، شرح الخرشي (٤١٢/٥) ، حاشية الدسوقي (٤٢٦/٤) .

(٣) هكذا في جميع النسخ وظاهر العبارة يدل على أن فيها سقطا لأن المصنف دأب على إيراد دليله أولا ثم يورد اعتراض الخصم عليه ولعل الساقط أن يكون : « لنا قوله ﷺ : « لا وصية لقاتل فإن قيل ... إلخ » انظر : تبيين الحقائق (١٨٢/٦) .

(٤) رواه الترمذي في سننه من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « القاتل لا يرث » (٢٨٨/٣) باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل والدارقطني في سننه (٤٧٩/٢) باب ميراث القاتل من طريق طاووس عن ابن عباس ، وابن ماجه في سننه (٩١٣/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٢٠/٦) من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وعبد الرزاق في مصنفه (٤٠٣/٩) باب ليس للقاتل ميراث .

(٥) المقيد هو الذي دخله تعيين ولو من بعض الوجوه كالشرط والصفة وغير ذلك . راجع تقريب الوصول ص ٨٣ وحاصل كلام المخالف أنه حمل قوله ﷺ : « لا وصية لقاتل » الذي استدل به الحنفية على الميراث لأنه روي أنه لا ميراث لقاتل وقال تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾ وأراد به الميراث فيحمل الإطلاق هناك على المقيد هنا . انظر : النكت ورقة ١٧٩ .

علي أنه قال : « لا وصية لقاتل » [١] ولا مخالف له .

١٩٣٦٨ - وروى الحجاج ابن أرطأة [٢] عن عاصم [٣] عن علي أن النبي ﷺ قال : « لا وصية لقاتل » [٤] ولأنه ملك ينتقل بالموت فيمنع منه القتل كالميراث [٥] ولأن الموصى له شريك الوارث يزيد حقه بزيادة المال وينتقص بنقصانه فإذا أسقط القتل أحد الحقين أسقط [٦] الآخر ولأن الميراث يتعلق بسبب لا ينفسخ والوصية تتعلق بسبب ينفسخ فإذا منع القتل أقوى الحقين فبأن يمنع أضعفهما أولى [٧] .

١٩٣٦٩ - فإن قيل : يجوز أن يمنع الإرث مالا يمنع الوصية كالكفر [٨] .

١٩٣٧٠ - قلنا : الكفر لما منع الإرث ، مع الوصية لأنها لا تجوز لحربي وكذلك القتل يجب أن يؤثر في الوصية أيضًا [٩] .

١٩٣٧١ - ولأن الموصى له بالجرح استعجل ما أخره اللّٰه عنه بفعل محظور فصار المقتول كالحي في حقه كالوارث [١٠] إذا جرح المورث ولا يلزم أم الولد إذا قتلت مولاها [١١] .

١٩٣٧٢ - لأن العتق يجوز فيها أن يتعلق بالموت ويجوز أن يتقدمه لأن أم ولد بين شريكين إذا مات أحدهما أو أعتق نصيبه عتق نصيب الآخر فلم تستعجل ما حكم له بتأخيره والوصية لا تملك إلا بالموت [١٢] فإن الموصي بعد الجرح يقدر على الرجوع عن وصيته .

---

(١) رواه الدارقطني ولفظه عن الحجاج بن أرطأة عن علي بن أبي طالب قال رسول اللّٰه ﷺ « ليس لقاتل وصية » . انظر : سنن الدارقطني (٢٣٧/٤) .

(٢) هو : حجاج بن أرطأة أبو ثور القاضي الكوفي . كان فقيهًا ولي قضاء البصرة وكان مفتي الكوفة قال عنه أبو حاتم : صدوق يدلي روى عن : الشعبي ، وعطاء بن أبي رباح ، وعمرو بن شعيب وغيرهم . وروى عنه : شعبة ، والثوري ، ويزيد بن هارون وغيرهم .

(٣) هو : عاصم بن عدي بن العجلان بن حارثة بن ضبيعة العجلاتي القضاعي روى عن : النبي ﷺ وعنه ، سهل بن سعد ، وعامر الشعبي وغيرهم ومات سنة أربعين . انظر : تهذيب التهذيب (٤٩/٥) ، الكاشف (٤٦/٢) ، الأعلام للزركلي (٤٨/٣) .

(٤) رواه الدارقطني في سننه (٢٣٧/٤) وفيه مبشر بن عبيد متروك الحديث .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (١٨٢/٦) .

(٦) انظر : المبسوط (١٧٧/٢٧) .

(٧) انظر : المبسوط (١٧٨/٢٧) .

(٨) انظر : المجموع (٤١٧/١٥) ، حاشية الدسوقي (٤٢٦/٤) .

(٩) انظر : المبسوط (١٧٧/٢٧) ، تبيين الحقائق (١٨٤/٦) .

(١٠) انظر : تبيين الحقائق (١٨٢/٦) ، المبسوط (١٧٧/٢٧) .

(١١) انظر : المبسوط (١٨٠/٢٧) .

(١٢) انظر : المبسوط (١٧٧/٢٧) ، تبيين الحقائق (١٨٢/٦) .

١٩٣٧٣ - قالوا : لم يفعل فقد رضي بها والمجروح لا يقدر على إسقاط الإرث [فلذلك مسقط الإرث] (١) (٢) .

١٩٣٧٤ - قلنا : إذا أسقط بالقتل مالا يصح الرجوع عنه فأولى أن يسقط ما يصح الرجوع عنه ولأن المجروح متهم في ترك الرجوع لأنه يجوز أن يظن أن الجارح أخطأ في الجرح فلم يرجع عن الوصية وما يتهم فيه المريض لا ينعقد تصرفه فيه (٣) .

١٩٣٧٥ - احتجوا : (٤) بقوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ (٥) .

١٩٣٧٦ - قلنا : أجمعنا على أن المراد به الوصية الصحيحة وقد اختلفنا في هذه الوصية (٦) .

١٩٣٧٧ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « لا وصية لوارث » دليله أنها تجوز لغير الوارث .

١٩٣٧٨ - قلنا : ظاهر الخبر يقتضي أنه إذا أوصى لقاتل (٧) الوارث لم تصح الوصية ومن منع وصية القاتل الذي هو من أهل الميراث منع غيرها .

١٩٣٧٩ - قالوا : أجنبي عنه فصحت الوصية له كغير القاتل (٨) .

١٩٣٨٠ - قلنا : استحقاق الوصية والإرث يتقابلان بنسب استحقاق القرب إما بنسب أو كسب استحقاق الوصية عدم ذلك القرب ثم كان بسبب الإرث إذا حصل منه القتل كذلك الأجنبي وجد منه استحقاق الوصية جميع القتل .

١٩٣٨١ - قالوا : تمليك يفتقر إلى قبول فصح للقاتل كالبيع والإجارة (٩) .

١٩٣٨٢ - وربما قالوا : تمليك بعقد .

١٩٣٨٣ - قلنا : الأصل غير مسلم لأن عند أبي حنيفة البيع والإجارة وصية فلا

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٧ .
(٣) انظر : المبسوط (١٧٨/٢٧) .
(٤) انظر : الحاوي الكبير (١٨٧/٩٠) .
(٥) سورة النساء : الآية ١١ ، ١٢ .
(٦) قال السرخسي في المبسوط : « واتفقوا على أنه لا وصية لوارث واختلفوا في جواز الوصية للقاتل » . انظر : المبسوط (١٧٧/٢٧) .
(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٨) انظر : النكت ورقة ١٧٩ .
(٩) انظر : النكت ورقة ١٧٩ ، المهذب (٤٢١/١) ، المجموع (٤١٧/١٥) .

تصح للقاتل كما لا تصح الوصايا له [١] .

١٩٣٨٤ - قالوا : من صحت له الوصية إذا لم يكن قاتلا صحت له الوصية إذا كان قاتلا أصله الصبي [٢] .

١٩٣٨٥ - قلنا : الصبي لا يتعلق بفعله القود فلم يتعلق به حرمان [٣] الوصية [٤] والبالغ يجوز أن يتعلق بفعله القود .

١٩٣٨٦ - قالوا : نوع قتل كحفر البئر [ولأنه يمنع الوصية في الصغير لا يمنعها في الكبير . أصله حفر بئر .

١٩٣٨٧ - قلنا : لا نسلم أن حفر البئر] [٥] نوع قتل [٦] لأن حافر البئر ليس بقاتل وقد بينا ذلك والمعنى في الحافر أنه لم يوقع فعلا في الواقع ولا فيما اتصل به يمنع الوصية بفعله ولما كان المباشر أوقع الفعل في المقتول أثر ذلك في استحقاقه فاستحق بالموت كالوارث [٧] .

١٩٣٨٨ - قالوا : أحد موجبي القتل فجاز أن يجعله المجروح للجارح أصله الذمي [٨] .

١٩٣٨٩ - قلنا : لما جاز أن يسلم الدية للوارث بالعفو جاز أن يسلم للقاتل ولما لم يجز أن يسلم المال للوارث لم يجز أن يسلم للقاتل .

* * *

(١) مراد المصنف أن البيع والإجارة قد يكونا وصية كمن باع وحابى في مرض الموت فهو جائز ومعتبر من الثلث . انظر : الهداية (٢٤٥/٤) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٧٩ .

(٣) في (م) : [جريان] .

(٤) انظر : المبسوط (١٨١/٢٧) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) انظر : المهذب (١٩٣/٢) .

(٧) انظر : تبيين الحقائق (١٨٢/٦) .

(٨) ساقطة من (ن) وفي (م) : [الذم] . انظر : المجموع (٤١٨/١٥) .

مسألة ٩٧٠

حكم إذا قدم الرجل ليقتل أو بارز عدوا أو ضرب الحامل الطلق

١٩٣٩٠ - قال أصحابنا : إذا قدم الرجل ليقتل أو بارز عدوا أو ضرب الحامل الطلق [(١)] فعطاياهم من الثلث .

١٩٣٩١ - وهو أحد قولي الشافعي [(٢)] .

١٩٣٩٢ - وقال في الإملاء : تكون عطاياهم من رأس المال [(٣)] .

١٩٣٩٣ - لنا [(٤)] : أن هذه أحوال الغالب فيها التلف فصار كحال المرض [(٥)] ، ولأن المرض على ضربين ضرب موجب كون العطاء من الثلث ، ومرض كحال الصحة وهو المرض الذي يتطاول ولا يخاف منه الموت كالفالج [(٦)] وجب [(٧)] أن يكون حال الصحة منقسمة منها ما يعتبر التصرف من الثلث كحال المرض ومنها ما يعتبر من رأس المال والمعنى فيها أنها إحدى حالتي الإنسان .

١٩٣٩٤ - احتجوا : لأنه صحيح الجسم فأشبه القائم في الصف والحامل في شهر وضعها [(٨)] .

١٩٣٩٥ - قلنا : هذه أحوال يجوز أن يحصل منها التلف وليس الغالب فيها ذلك وجواز التلف غير معتبر لأنه موجود في الصحيح وكذلك صحة الجسم لا معتبر به لأن

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [المطلق] والصحيح ما أثبتناه . الطلق : وجع الولادة ويسمى ذلك مخاضا قال الله تعالى : ﴿ فَأَجَآءَهَا ٱلْمَخَاضُ إِلَىٰ جِذْعِ ٱلنَّخْلَةِ ﴾ ومتى أخذها وجع الولادة فهي بمنزلة المريض . انظر : مختار الصحاح ٤٢٠ ، المبسوط (١٥٣/٢٧) .

(٢) انظر : المبسوط (١٥٣/٢٧) ، تبيين الحقائق (١٩٦/٦) ، الهداية (٢٤٤/٤) ، مجمع الأنهر (٦٩٦/٢) ، وبه قال الشافعي في أحد قوليه انظر : النكت ١٨٩ ، المهذب (٤٥٤/١) ، المجموع (٤٤٣/١٥) ، مغني المحتاج (٥٠/٣) وبه قال مالك وأحمد : انظر : حاشية الدسوقي (٤٤٢/٤ ، ٤٤٤) ، مواهب الجليل (٣٨١/٦) ، المغني لابن قدامة (٥٢٤/٦) ط دار الفكر ، كشاف القناع (٣٥١/٤) ، العدة ص ٢٨٦ .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٩ ، المهذب (٤٥٤/١) ، المجموع (٤٤٣/١٥) ، مغني المحتاج (٥٠/٣) .

(٤) انظر : المبسوط (١٥٣/٢٧) ، تبيين الحقائق (١٩٦/٦) ، الهداية (٢٤٤/٤) ، مجمع الأنهر (٦٩٦/٢) .

(٥) انظر : العدة ص ٢٨٦ .

(٦) الفلج : داء يعرض في نصف البدن فيمنعه عن الحس والحركة الإرادية . انظر : مجمع الأنهر (٦٩٦/٢) .

(٧) انظر : مجمع الأنهر (٦٩٦/٢) .

(٨) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

الحكم يتعلق بالغالب فيه الخوف ألا ترى أن مريض الجسم إذا لم يوجد فيه هذا المعنى كالصحيح وهو مفلوج ومن به سل متطاول [1] .

* * *

(١) انظر : تبيين الحقائق (١٩٦/٦) ، مجمع الأنهر (٦٩٦/٢) .

مسألة ٩٧١

حكم إذا أعتق ثم أعتق

١٩٣٩٦ - [قال أصحابنا] : (١) إذا أعتق في مرضه ثم أعتق تحاص العبدان في الثلث وكذلك إذا أوهب ثم وهب (٢) .

١٩٣٩٧ - وقال الشافعي : الأول أولى بالثلث (٣) .

١٩٣٩٨ - لنا : أنهما تبرعان في حال المرض من الثلث كما أن ما يوجبه بعد الموت من الثلث فإذا كان ما يوجبه بعد موته من نوع واحد يستوي الأول والآخر كذلك هنا .

١٩٣٩٩ - ولأن تبرع المريض موقوف مراعى على حال الموت بدلالة أن ماله تملك لم يفقد تبرعه وإذا كان موقوفًا على الموت استوى المتقدم منه والمتأخر إذا كان من نوع واحد (٤) .

١٩٤٠٠ - فإن قيل : المعنى في الوصايا أنه ملك الرجوع فيها فجاز أن يوجب الوصية للثاني فيشترك بينه وبين الأول . وفي مسألتنا لا يملك الرجوع عن العتق ولا عن الهبة فلذلك لا يملك الاشتراك بين الأول والثاني .

١٩٤٠١ - قلنا : ليس يمنع أن يملك الرجوع ويثبت في طريق الحكم بمقتضى إيجابه ما يؤدي إلى إسقاط حق الأول .

١٩٤٠٢ - ألا ترى أنه لو أعتق لم يملك الرجوع ولو أقر بدين بعد العتق قدم صاحب الدين *على حق العتق / .

١٩٤٠٣ - ولو أوصى بالثلث فأراد الورثة أن يطلبوا لم يملكوا ذلك ولو شهدوا أنه

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وأثبتناها تماشيًا مع سياق المصنف .

(٢) لقد دأب المصنف على ذكر الخلاف بين الحنفية إذا كان في المسألة خلاف ولكنه في هذه المسألة لم يذكر قول كل واحد منهم وكأن المسألة متفق عليها بين الحنفية والحقيقة غير ذلك فقد ذهب أبو حنيفة إلى أنهما يتحابان في الثلث ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّٰه : إن كان محابتين أو عتقين يبدأ بالعتق في الوجوه كلها ولا يحط شيء من القيمة عن المشتري إلا أن يفضل شيء من الثلث . انظر : المبسوط (٩/٢٨) ، بدائع الصنائع (٣٧٤/٧) ، تبيين الحقائق (١٩٧/٦) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٩ ، المهذب (٤٥٤/١) ، المجموع (٤٤٦/١٥) ، مغني المحتاج (٤٨/٣) .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (١٩٦/٦) .

أوصى لأخر اشترك الموصى لهما في الثلث كذلك في مسألتنا .

١٩٤٠٤ - احتجوا : بأنهما عطيتان منجزتان معتبرتان من الثلث فإذا عجز الثلث عنهما كانت الأولى أولى بالثلث أصله إذا باع في مرضه وحابا ثم اعتق [(١)] .

١٩٤٠٥ - والجواب : أن الكلام بيننا وبينهم في الترجيح بالتقدم وهذا إنما يتصور في النوع الواحد فأما إذا اختلف التبرع جاز أن ينفرد أحدهما بالثلث لقوة الشيء في نفسه لا لمعنى يعود إلى التقديم .

١٩٤٠٦ - والمعنى في المحاباة أنها أقوى من العتق بدلالة أنها تتعلق بعقد معاوضة وذلك مما يتعلق بالاستحقاق والغير غير مستحق [(٢)] .

١٩٤٠٧ - ولأن المحاباة تجوز أن تلزم في حال المرض من جميع المال ألا ترى أن الصحيح إذا اشترى وحابا شرط الخيار للبائع فلزم البيع في مرض المشتري كان من جميع المال [(٣)] ولو علق في صحته عبده بشرط فوجد الشرط في حال المرض كان من الثلث [(٤)] وإذا كانت المحاباة أقوى من العتق ولها مزية التقديم كانت أولى [(٥)] .

١٩٤٠٨ - فإن قيل : العتق أقوى لأنه لا يلحقه فسخ ويبنى على الدابة وفيه حق اللّٰه تعالى [(٦)] .

١٩٤٠٩ - قلنا : نحن لا نبطل العتق وإنما يشتركان في المال الذي هو السعاية [(٧)] والسعاية يلحقها الفسخ ولا يتعلق بها حق اللّٰه تعالى فلم يصح ما قالوه .

* * *

---

(١) انظر : النكت ورقة ١٨٩ ، المجموع (٤٤٦/١٥) ، مغني المحتاج (٤٨/٣) .

(٢) انظر : المبسوط (٩/٢٨) .

(٣) انظر : تبيين الحقائق (١٩٦/٦) .

(٤) انظر : الهداية (١٩٢/٤) .

(٥) قال أبو حنيفة : المحاباة أقوى سببًا من العتق لأن سبب المحاباة التجارة فإن البيع بالمحاباة عقد تجارة حتى يجب للشفيع الشفعة في الكل والشفعة تختص بالمعاوضات دون التبرعات . انظر : المبسوط (٩/٢٨ ، ١٠) ، تبيين الحقائق (١٩٦/٦ ، ١٩٧) .

(٦) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٧) السعاية : يقال : سعى المكاتب في عتق رقبته سعاية أيضًا واستسعيت العبد في قيمته . انظر : مختار الصحاح ص ٣٢٢ .

مسألة ٩٧٢

حكم إذا أعتق ثم حابا

١٩٤١٠ – قال أبو حنيفة : إذا أعتق ثم حابا تحاصا في الثلث [١] .

١٩٤١١ – وقال الشافعي : العتق أولى [٢] .

١٩٤١٢ – لنا : أن المحاباة لو تقدمت لم يتقدم العتق عليها فإذا تأخرت مع تعلق حق الورثة لم يتقدم عليها كما لو أوصى بهما وقدمت ذكر أحدهما على ذكر الآخر [٣] ولأن كل ما لو تقدم على العتق في حال المرض لم يتقدم العتق عليه إذا تأخر عنه لم يتقدم عليه أصله الإقرار بالدين [٤] .

١٩٤١٣ – احتجوا بما ذكر في المسألة الأولى وقد أجبنا عنه [٥] .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٩/٢٨) ، تبيين الحقائق (١٩٦/٦) ، الهداية (٤٧٩/١٠) ، (٢٤٥/٤) ، مجمع الأنهر (٧٠٦/٢) .

(٢) انظر : المجموع (٤٤٢/١٥) ، مغني المحتاج (٤٩/٣) ، نهاية المحتاج (٤٦/٥) الأنوار لأعمال الأبرار (٩٨/٢) .

(٣) انظر : المبسوط (٩/٢٨) ، مجمع الأنهر (٧٠٦/٢) .

(٤) أي أن الإقرار بالدين في المرض يكون من كل المال فيقدم على العتق ومن ثم لو أعتق وأقر بدين عليه قدم الدين على العتق . انظر : المبسوط (٩/٢٨) ، مجمع الأنهر (٧٠٦/٢) .

(٥) ما استدل به الشافعية مذكور في المسألة السابقة وكذا ما أجاب به الحنفية وهذه المسألة هي : إذا اعتق في مرضه ثم أعتق تحاصا في الثلث . انظر : المسألة السابقة .

مسألة ٩٧٣

الوصية إلى العبد وليس في الورثة كبير

١٩٤١٤ - قال أبو حنيفة : إذا أوصى إلى عبد وليس في ورثته كبير جازت الوصية [١] .

١٩٤١٥ - وقال الشافعي : [٢] لا يجوز .

١٩٤١٦ - لنا : قوله ﷺ : « لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له لشيء يريد أن يوصي فيه يبيت ثلاث ليال إلا ووصيته عند رأسه » [٣] ولم يفصل بين أن يوصي إلى عبده أو إلى غيره .

١٩٤١٧ - ولأن كل مكلف جاز أن يكون وكيلًا في البيع جاز أن يكون وصيًا أصله الحر [٤] .

١٩٤١٨ - ولأنه مكلف فجاز الوصية إليه كالحر [٥] ولأن العبد يجوز تصرفه عليهم [بعد بلوغهم بأمرهم فجاز تصرفه] [٦] عليهم حال صغرهم بوصية أبيهم كالحر [٧] .

١٩٤١٩ - ولأنه يجوز تصرفه عليهم في حال حياة أبيهم بأمره فجاز تصرفه عليهم بعد موته بوصيته كالحر .

١٩٤٢٠ - ولا يلزم الفاسق لأن الوصية إليه جائزة ولو تصرف جاز ثم يخرجه

---

(١) انظر : مجمع الأنهر (٧١٩/٢) ، تحفة الفقهاء (٣٧٣/٣) ، الهداية (٢٥٩/٤) ، البناية شرح الهداية (٥٥٣/١٠) ، تبيين الحقائق (٢٠٧/٦) ، قال في المبسوط : « فإن كان الورثة صغارا كلهم فالوصية إليه جائزة ، ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد وهو القياس ، وقيل : قول محمد رحمه الله مضطرب مرة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف . وبه قال مالك ، انظر : المدونة الكبرى (٢٨٧/٤) ، حاشية الدسوقي (٤٥٣/٤) وبه قال أحمد انظر : المغني (٦٠١/٦) ط دار الفكر ، كشاف القناع (٣٩٤/٤) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٩ ، المهذب للشيرازي (٤٦٣/١) ، المجموع شرح التهذيب (٥٠٨/١٥) ، نهاية المحتاج (٨١/٥) ، مغني المحتاج (٧٥/٣) ، الأنوار لأعمال الأبرار (٢٤/٢) .

(٣) رواه البخاري في صحيحه (٣٣٠/٥) ، ومسلم في صحيحه (١٢٤٩/٣ ، ١٢٥٠) .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٧/٦) .

(٥) انظر : المبسوط ٢٨ / ٢٤ .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٧) انظر : المبسوط (٢٤/٨) ، تحفة الفقهاء (٣٧٣/٣) .

القاضي إذا ثبت حقه عنده للتهمة ، ولا يلزم إذا كان في الورثة كبار [١] لأن التعليل للشخص والشخص يجوز عندنا الوصية إليه وليس الكلام في أحوال الشخص وهذه حال من أحواله .

١٩٤٢١ - فلا يلزم .

١٩٤٢٢ - فإن قيل : المعنى في الحر أن الوصية إليه جائزة إذا كان في الورثة كبار ولما لم تجز الوصية إليه إذا كان في الورثة كبار ولم تجز إذا كانوا صغارا [٢] .

١٩٤٢٣ - قلنا : إذا كان فيهم كبار ملكوا صرفه عن التصرف ببيع ويستحيل أن يلي عليهم وصرفه بيدهم [٣] .

١٩٤٢٤ - فإن قيل : فإذا كانوا صغارا فالقاضي يلي من يبيعه إذا رأى ذلك مصلحة أو ظهر على الميت دين [٤] .

١٩٤٢٥ - قلنا : ولاية القاضي على الوصي لا تمنع جواز الوصية لأنه يلي على الأضرار ومع ذلك تجوز الوصية إليهم .

١٩٤٢٦ - ولأن العبد يستفيد الوصية من جهة الموصي ومن يلي عليه لا يملك عزله فصحت الوصية إليه كالحر [٥] .

١٩٤٢٧ - احتجوا : بأن من لا تجوز الوصية إليه إذا كان في الورثة بالغ لم تجز الوصية إليه إذا لم يكن فيهم بالغ كالمجنون [٦] .

١٩٤٢٨ - قلنا : الوصف غير مسلم لأنه يجوز أن يوصى إليه غير مولاه وإن كان ورثته كبارًا وإنما لا يجوز وصية مولاه إليه إذا كان الورثة كبارا والمعنى في المجنون أنه لا يجوز أن يتصرف على الصغار في حال حياة أبيهم بأمره فلم يجز بعد موته بوصيته والعبد بخلافه [٧] .

١٩٤٢٩ - قلنا : الأصل غير مسلم لأن العبد يكون وصيا عندنا على البالغين إذا كان الموصي غير المولى والمعنى فيه أنه أوصى إليه المولى وفي الورثة كبيران الوارث يملك

---

(١) انظر : المبسوط (٢٥/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢٠٧/٦) ، الهداية (٢٥٩/٤) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٣) انظر : المبسوط (٢٤/٢٨ ، ٢٥) .

(٤) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٧/٦) ، المغني (٦٠٢/٦) .

(٦) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٧) انظر : حاشية الدسوقي (٤٥٢/٤) .

صرفه عن الوصية ببيعه وهذا لا يوجد إذا كانوا صغارا أو بكون أن من حكم الموصى أن يلي على الورثة فيستحيل أن يلي على الكبار بالوصية ويكون عليه الملك وهذا لا يوجد في الصغار (١) .

١٩٤٣٠ - قالوا : ليس من أهل الشهادة عندكم ويصح وصية الذمي إليه في الصحيح الوجهين من والوجه الآخر باطل لأن من يلي بالنسب يجوز أن يلي بالوصية (٢) .

١٩٤٣١ - ولأن منع الشهادة لو أثر في الوصية أثر فيها نقصان الشهادة بالأنوثية [ألا ترى أن منح الشهادة بالرق إذا أثر في الميراث أثر نقصان الشهادة بالأنوثية] (٣) في نقصان الميراث وأصلهم الفاسق والوصية إليه جائزة ولو تصرف جاز وأما الصبي فليس من أهل الولاية والعبد من أهل الولاية بدلالة أنه يلي الجمعة وتجعل إليه إقامة الحدود .

١٩٤٣٢ - قالوا : الرق معنى يمنع ثبوت الولاية على ولده فجاز أن يمنع ثبوت الولاية بالوصية على ولده كالحر .

١٩٤٣٣ - قلنا : لسنا نسلم ان الرق يمنع ثبوت] (٤) .

١٩٤٣٤ - الولاية على الولد لأن المكاتب يلي على ولده مع وجود الرق وإنما لا يلي العبد على ابنه إذا كان عبدا كما لا يلي الأب الحر عليه ولا يلي عليه إذا كان حرا لأنه لا يملك التصرف في حق غير المولى إلا بإذنه والولاء بالنسب لا يقف على إذن الغير والمعنى في المجنون ما قدمناه .

١٩٤٣٥ - قالوا : هذا التصرف إذا كان في حكم الوكالات جاز من الفاسق وإن كان في حكم الولايات فالعبد ليس من أهل الولايات (٥) .

١٩٤٣٦ - قلنا : يجوز التصرف بالوصية مع الفسق عندنا لأن الفاسق يخرجه القاضي (٦) نظرًا للصغار والميت لأنهم لا يقدرون على استدراك حقهم فأما الموكل فيقدر على استدراك حقه فلا يخرجه القاضي من الوكالة (٧) .

١٩٤٣٧ - وأما قولهم : إن العبد ليس من أهل الولايات فإن قالوا أنه لا يلي بحال لم نسلم ذلك لأنه يلي إقامة الجمعة ويوليه الإمام إقامة الحدود وإمارة السرايا وقسمة

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٧/٦) . (٢) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .
(٣ ، ٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٥) انظر : النكت ورقة ١٨٩ . (٦) في (م) : [العاصي] .
(٧) انظر : المبسوط (٢٤/٨) ، تحفة الفقهاء (٣٧٣/٣) .

الصدقات والخمس وجباية الزكاة [١] وأن كان قد قال أن لا يلي في جميع الأشياء بطل ذلك بالمرأة فإنها لا تلي الإمامة اتفاقا ولا تلي القضاء عندهم .

١٩٤٣٨ - وعندنا لا تلي القضاء إلا فيما لا تقبل شهادتها فيه ومع ذلك تصح الوصية إلى عبد الغير فإذا أذن له فمولاه في التصرف جاز تصرفه [٢] .

١٩٤٣٩ - ولأن المعنى فيه أن الموصي صرف منافع عبد غيره إلى مصالح ولده كما لا يملك أن يستخدمه .

١٩٤٤٠ - ولا يجوز أن يقف ذلك على إذن مولاه لأن تصرف الوصي لا يقف نفوذه على أذن غير الموصي وأما عبد نفسه فيملك صرف منافعه إلى مصالح ولده ولا يملكون عزله عن الولاية فجازت الوصية إليه [٣] .

١٩٤٤١ - قالوا : إن كان كذلك فقد صرف منافع عبده إلى ورثته فكأنه أوصى لهم بمنافعه [٤] .

١٩٤٤٢ - قلنا : الوصية للوارث لا تجوز إذا خصَّ بها بعض الورثة وهاهنا صرف المنافع إلى جماعتهم بقدر استحقاق كل واحد منهم فلم تلحقه تهمة في ذلك فجاز [٥] .

* * *

---

(١) انظر : الهداية (١٥٩/١) .

(٢) انظر : المغني (٦٠٢/٦) .

(٣) انظر : الهداية (٢٥٩/٤) .

(٤) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٥) انظر : البناية (٥٥٣/١٠) .

مسألة ٩٧٤

حكم الوصية للفاسق

١٩٤٤٣ - قال أصحابنا : إذا أوصى إلى فاسق صحت الوصية فإن تاب وأصلح قبل موت الموصي أو بعد موته قبل إخراج القاضي إياه كان وصيا بحاله وإن لم يتب أخرجه [(١)] .

١٩٤٤٤ - وقال الشافعي : يعتبر أن يكون عدلا عند الوصية [(٢)] .

١٩٤٤٥ - لنا : أنه يصح أن يكون وكيلًا فجاز أن يكون وصيا كالعدل [(٣)] ولأنه تصرف خاص مستفاد بأمر كالوكالة [(٤)] .

١٩٤٤٦ - ولأنه لا يجوز أن يتصرف لهم حال حياة أبيهم بأمره فجاز بعد موته كالعدل .

١٩٤٤٧ - [احتجوا : بأنه لا يجوز أن [(٥)] ينصرف إقراره على الوصية فلا يجوز الوصية إليه كالمجنون [(٦)]] [(٧)] .

١٩٤٤٨ - قلنا : الضعيف لا يقر على الانفراد بالتصرف والوصية إليه جائزة والمجنون .

١٩٤٤٩ - لا يجوز أن يتصرف في حال حياة الميت بأمره والفاسق بخلافه [(٨)] .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٥/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢٠٦/٦ ، ٢٠٧) ، الهداية (٢٥٨/٤) ، البناية (٥٥١/١٠) ، مجمع الأنهر (٧١٩/٢) ، تحفة الفقهاء (٣٦٧/٣) وبه قال الخرقي من الحنابلة انظر : المغني (٦٠٤/٦) ، العدة صـ ٣٠١ .

(٢) انظر : المهذب (٤٦٣/١) ، المجموع ٥١٣ ، مغني المحتاج (٧٥/٣) ، نهاية المحتاج (٨٠/٥) الأنوار لأعمال الأبرار ص ٢٤ وبه قال مالك وأحمد في الصحيح من المذهب انظر : حاشية الدسوقي (٤٥٢/٤) ، المغني (٦٠٤/٦) ، العدة ص ٣٠١ .

(٣) انظر : العدة ص ٣٠١ ، ونوقش هذا : بأن الفاسق يجوز إقراره على التوكيل ولا يجوز على الوصية والعدل من أهل الشهادة وهذا بخلاف . انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٤) انظر : الهداية (١٣٦/٣) ، الاختيار (٢١٦/٢) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٦) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) انظر : المغني (٦٠٥/٦) .

١٩٤٥٠ - قالوا : ولاية في حق الغير فلا تثبت مع الفسق كولاية الأب على المال [١] .

١٩٤٥١ - قلنا : الأصل غير مسلم لأن تصرف الأب الفاسق بالولاية جائز إلى أن يخرجه القاضي كما يجوز تصرف الوصي الفاسق ولا فرق بينهما .

* * *

(١) انظر : مغني المحتاج (٣/٧٥) .

مسألة ٩٧٥

حكم إذا ترك الميت وارثًا صغيرًا أو كبيرًا فباع الوصي نصيبهما

١٩٤٥٢ - قال أبو حنيفة [ﷺ] [١] إذا ترك الميت وارثًا صغيرًا وكبيرًا فباع الوصي نصيبهما جاز وكذلك إن كان على الميت دين غير مستغرق فباع الجميع وإن كان قد أوصى بالثلث فباع الجميع [٢] .

١٩٤٥٣ - قال أبو يوسف ومحمد لا يجوز أن يبيع إلا نصيب الصغير وقدر الدين والثلث دون غيره .

١٩٤٥٤ - وبه قال الشافعي [٣] .

١٩٤٥٥ - لنا : أن الوصي إذا جاز له بيع بعض التركة جاز له بيع جميعها أصله إذا كان الوارث صغيرًا والدين مستغرقًا ، ولأنه قام مقام الميت والميت كان يملك بيع جميع التركة كذلك وصيه يجوز أن يملك ذلك بإطلاق الوصية [٤] .

١٩٤٥٦ - ولا يلزم وصي الأم لأنه قد يملك عندنا بيع جميع التركة إذا كانت عروضًا ، ولأنه مال لا يجوز بيعه في دين مستغرق كالرهن [٥] .

١٩٤٥٧ - ولأن في تبعيضه / ضرر بالمال وفي جمعه توفير له ومن حق الميت ما صح في التركة لجواز أنه يظهر عليه ديون والوصي يتصرف لحقه فما كان أوفى جاز [٦] . ٢١٩/أ

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص)

(٢) انظر : المبسوط (٣٤/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢١٢/٦ ، ٢١٣) ، مجمع الأنهر (٧٢٦/٢) ، الهداية (٢٦٤/٤) .

(٣) ساقطة من (ص) وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية انظر : (٣٤/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢١٢/٦) ، النكت ورقة ١٩٠ ، المهذب (٤٦٣/١) ، المجموع (٥١٤/١٥) ، مغني المحتاج (٢٧٣/٣) ، نهاية المحتاج (١٠٣/٦) . وبه قال مالك وأحمد : يجوز ذلك في الصغير دون الكبير انظر : المدونة الكبرى (٤٨٨/٤) ، حاشية الدسوقي (٤٥٣/٤) ، الخرشي على مختصر خليل (٤٣٤/٥) ، مواهب الجليل (٣٩١/٦) ، انظر : المغني (٥٩٩/٦) ، كشاف القناع (٤٠١/٦) .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢١٢/٦) ، مجمع الأنهر (٧٢٦/٢) نوقش هذا بأن الميت يملك بيع الجميع من غير حاجة والوصي لا يملك ولأنه قام مقام الميت في حق الصغير دون الكبير والميت لا يملك بيع مال الكبير فلا يملك الوصي . انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٥) انظر : الهداية (١٥٤/٤) .

(٦) انظر : المبسوط (٣٥/٢٨) ، مجمع الأنهر (٢٧٦/٢) ، الهداية (٢٦٤/٤) .

١٩٤٥٨ - احتجوا : بأنه مال رشيد فلا يجوز بيعه بغير إذنه أصله مال الدين لم يرثه .

١٩٤٥٩ - قلنا : يبطل بيع الحاكم مال الديون وبيعه الرهن (١) .

١٩٤٦٠ - فإن قالوا : هناك باع للغرماء (٢) .

١٩٤٦١ - قلنا : بل يبيع الديون ويملك الثمن ويقبضه من ملكه ولأن الرهن يبيعه القاضي وما زاد على الدين يدفعه إلى الراهن (٣) وإن جاز البيع بغير إذنه والمعنى فيما سوى التركة أن الموصى لا يملك حفظه فلم يملك بيعه وكما ملك حفظه نصيب الكبير بأمر من هو على حكم ملكه ملك بيعه أيضًا

١٩٤٦٢ - قالوا : لا ولاية للوصي على الكبير ولا يجوز له بيع ماله كالأجنبي (٤) .

١٩٤٦٣ - [قلنا : الأجنبي ليس قائم مقام من المال على حكم ملكه فملك التصرف فيه بحقه] (٥)

١٩٤٦٤ - قالوا : لو بلغ الصغير [فباع جميع المال] (٦) لم يجز والتصرف بالملك أقوى من التصرف بالولاية .

١٩٤٦٥ - قلنا : ليس كذلك لأن التصرف بالملك يخص نصيب المالك والتصرف بالوصية لأحد النصيبين لا يرتفع لحق الميت وحقه متعلق بالجميع .

* * *

(١ ، ٢) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٣) انظر : تبيين الحقائق (٢١٢/٦) ، المبسوط (٣٤/٨) .

(٤) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

مسألة ٩٧٦

حكم إذا مات الموصى له قبل القبول

١٩٤٦٦ - [قال أصحابنا] : [١] الملك في الوصايا ينتقل بالموت والقبول إلا في مسألة واحدة وهي إذا مات الموصى له قبل القبول [٢] .

١٩٤٦٧ - وللشافعي : قولان معروفان أحدهما أنه يملك بالموت والقبول فإذا قبل ملك بالموت والقول الآخر الملك مراعى [٣] .

١٩٤٦٨ - فإن قيل : بينا أنه كان ملكها بالموت ومتى ردها بينا أنه مالكها بالموت وحكى ابن عبد الحكم قولًا ثالثًا وهو أن يملك بالموت فيدخل في الملك الموصى له كما تدخل التركة في ملك الوارث .

١٩٤٦٩ - فإن قيل : استغرق ملكه وإن رد انقطع ملكه ودخل في ملك الورثة [٤] .

١٩٤٧٠ - لنا : أنه تمليك بعقد فافتقر إلى القبول كالتمليك بالبيع [٥] ولأن هذا العقد قبل القبول لا يعتق به أخوه عليه فلا يقع به الملك أصله إيجاب البيع [٦] ولأنه عقد يبطل بالرد فافتقر إلى قبول كالبيع والهبة [٧] .

١٩٤٧١ - ولا يلزم إذا مات الموصى له قبل القبول لأن التعليل تمليك للعقد في الجملة لأحواله [٨] ولأن هناك القول معتبر إلا أنه وجد ما قام مقامه وهو أن العقد من جهة الموصى له بموته يتم العقد به كموت من شرط له الخيار [٩] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وما ثبتناه تماشيًا مع سياق المصنف .

(٢) انظر : المبسوط (٤٨/٢٨) ، تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، الهداية (٢٣٣/٤ ، ٢٣٤) ، مجمع الأنهر (٦٩٣/٢) . وبه قال مالك انظر : المدونة الكبرى (٢٩٦/٤) ، حاشية الدسوقي (٢٢٤/٤) .

(٣) في (ن) : [مراعا] .

(٤) انظر : المهذب (٤٥٢/١) ، المجموع (٤٣٤/١٥) ، مغني المحتاج (٥٤/٣) ، نهاية المحتاج (٦٣/٦) .

(٥) انظر : الهداية (٢٣٤/٤) ، الاختيار (١٣١/٤) .

(٦) انظر : المبسوط (٤٨/٢٨) .

(٧) انظر : تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، الهداية (٢١/٣) .

(٨) انظر : الاختيار (١٣١/٤) .

(٩) انظر : المبسوط (٤٨/٢٨) ، الهداية (٢١/٣) ، تبيين الحقائق (١٨٤/٦) ، الاختيار (١٣١/٤) .

١٩٤٧٢ - احتجوا : [بأنه حر يملكه] [١] بالموت فلا يفتقر إلى قبول كالميراث [٢] .

١٩٤٧٣ - قلنا : الميراث لما لم يفتقر إلى قبول لم يبطل بالرد وإنما [٣] بطلت الوصية بالرد لأنه افتقر عقدها إلى القبول [٤] .

١٩٤٧٤ - قالوا : لو افتقرت إلى القبول ملكها به فكأن الموصي ملكه بعد موته [٥] .

١٩٤٧٥ - قلنا : سبب الملك وجد من الموصي في حياته فيصير كمن باع وشرط الخيار للمشتري ثم قال البائع وأجاز المشتري استقر ملكه بالبيع السابق الذي حصل في حال حياة البائع .

١٩٤٧٦ - قالوا : لو زال ملك الميت بالموت ولم يدخل في ذلك الموصى له صار ملكا لا مالك له [٦] .

١٩٤٧٧ - قلنا : هذا عندنا غير ممتنع كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري وكما نقول جميعًا في عبيد الكعبة .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .
(٢) انظر : نهاية المحتاج (٦٧/٦) ، مغني المحتاج (٥٤/٣) .
(٣) ساقطة من (ن) .
(٤) انظر : الاختيار (١٣١/٤) .
(٥) انظر : مغني المحتاج (٥٤/٣) ، المهذب (٤٥٢/١) .
(٦) انظر : المهذب (٤٥٢/١) ، مغني المحتاج (٥٤/٣) .

مسألة ٩٧٧

حكم انفراد أحد الوصيين بالتصرف

١٩٤٧٨ - قال أبو حنيفة ومحمد : لا يجوز لأحد الوصيين أن ينفرد بالتصرف إلا فيما في تأخيره ضرر ككفن الميت وطعام الصغير وكسوته ومالا يفتقر إلى الرأي كرد وديعة وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه وقضاء دين وبالخصومة (١) .

١٩٤٧٩ - وقال الشافعي : لا يجوز في هذه الأشياء ولا في غيرها (٢) .

١٩٤٨٠ - لنا : أن الموصي يقصد بوصيته نفع الصغير وفي انتظار كل واحد منهما لصاحبه في ابتياع الطعام ضرر وهو لا يقصد ذلك فكأنه أمر بالاجتماع إلا فيما يضر بالأولاد ولا يلزم الوكيلان إذا غاب أحدهما وخشي الآخر الضرر في ترك البيع (٣) .

١٩٤٨١ - لأن الموكل يقدر على استدراك حقه عنه (٤) خشية الضرر والموصي بعد الموت والصغير لا يقدر على ذلك ولأن أمر الموصي فيما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالصغير يسقط حكمه ويجب تغييره أصله إذا أوصى إلى ضعيف أو فاسق وفي انتظار اجتماعهما ضرر سقط اعتباره وليس كذلك الوكيلان لأن أمر الموكل معتبر وإن أضربه كما لو وكل فاسقًا أو ضعيفًا (٥) .

١٩٤٨٢ - ولأنه لو أفرد التصرف من يستضر الصغير بإفراده سقط حكم إفراده ووجب ضم غيره إليه كذلك إذا اجتمع في التصرف من يستضر الصغير باجتماعه يجوز أن ينفرد (٦) ، ولأن تسليم وديعة بعينها وتنفيذ وصية بعينها وعتق رقبة بعينها لا يفتقر

---

(١) لا خلاف بين الحنيفة في أنه إذا أوصى لكل واحد منهما بعقد على حدة جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف وإنما الخلاف بينهم إذا أوصى لهما بعقد واحد فعند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز لأحدهما أن يتصرف دون الآخر ، وقال أبو يوسف : يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف . انظر : المبسوط (٢٠/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢٠٨/٦) ، مجمع الأنهر (٧٢١/٢) ، الاختيار (١٣٤/٤) ، الهداية (٢٦٠/٤) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٩٠ ، المهذب (٤٦٣/١) ، المجموع (٥١٣/١٥) ، مغني المحتاج (٧٧/٣) نهاية المحتاج (١٠٧/٦) .

(٣) انظر : المبسوط (٢١/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢٠٩/٦) ، مجمع الأنهر (٧٢١/٢) ، الهداية (٢٦٠/٤) .

(٤) في (ن) : [عند] .

(٥) انظر : المبسوط (٢١/١٩) ، تبيين الحقائق (٢٠٩/٦) .

(٦) انظر : المبسوط (٢١/٢٩) .

إلى الرأي وإجماع الاثنين شرط فيما لا يفتقر إلى الرأي [١] .

١٩٤٨٣ - وعلى هذا قالوا : في الوكيلين بالطلاق والعتاق أن كل واحد يوقع لأن الإيقاع لا يختلف أن حكمه بالإجماع والانفراد ولأن صاحب الدين إذا وجد جنس حقه جاز له أخذه وصاحب الوديعة إذا أخذها بنفسه جاز فإذا كان كذلك ففعل أحد الوصيين أولى أن يجوز .

١٩٤٨٤ - احتجوا : بأنه أشرك بينهما في النظر فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد كالوكيلين .

١٩٤٨٥ - قلنا : إذا وكل اثنين فيما لا يختلف باختلاف الرأي جاز لأحدهما أن ينفرد به كالخصومة وفي مسألتنا مثله [٢] ، فأما إذا وكلهما بالبيع فاجتماعهما لا يؤدي إلى الضرر وإن خيف الضرر أمكن استدراك ذلك من جهة الموكل فجاز أن ينفرد أحد [ ] [٣] الاثنين بذلك .

١٩٤٨٦ - لأن الوكيل الضعيف ينفرد بالتصرف لأن الموكل يقدر أن يستدرك حقه بتصرفه بخلاف الوصي الضعيف لأن الموصي لا يقدر على استدراك حقه [٤] .

١٩٤٨٧ - قالوا : السبب الذي ملك الموصى به التصرف في الستة أشياء هو الذي ملك به التصرف في كيفية الأشياء ، فيجب أن يستويا [٥] .

١٩٤٨٨ - قلنا : السبب واحد لكن حكم المملوك بالسبب مختلف فاختلف الحكم باختلافه لا باختلاف السبب كما أن الحاكم ملك الولاية بسبب واحد على جميع الناس ويجوز حكمه على أبيه وولده لا يجوز حكمه لهم وفي الأجانب يحكم لهم وعليهم فاختلف الحكم باختلاف المحكوم له وإن اتفق السبب الذي ملك الحكم به في الجماعة [٦] .

* * *

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٩/٦) مجمع الأنهر (٧٢١/٢) .

(٢) انظر : المبسوط (٢١/٢٨) تبيين الحقائق (٢٠٩/٦) .

(٣) بياض في (ص)

(٤) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (٢٠٩/٦) المبسوط ٢٨

(٦) انظر : المبسوط (٢٢/٢٨) .

مسألة ٩٧٨

وصي الأب أولى بالتصرف من الجد

١٩٤٨٩ - قال أصحابنا : وصي الأب أولى بالتصرف من الجد [١] .

١٩٤٩٠ - وقال الشافعي : الجد أولى بالتصرف من الوصي [٢] .

١٩٤٩١ - لنا : أن الوصي متصرف بأمر الأب فكان أولى بالتصرف من الجد كوكيل الأب [٣] .

١٩٤٩٢ - ولأن تصرف الأب مقدم على تصرف الجد فوصى الأب مقدم عليه كالحاكم لما تقدم الأب عليه عدم وصيته عليه [٤] .

١٩٤٩٣ - احتجوا : بأن الوصي يلي بتوليه والجد يلي بغير تولية فصار كالحاكم والجد [٥] .

١٩٤٩٤ - قلنا : الجد يتقدم على الحاكم لأنه يقوم مقام الأب كذلك الوصي يقوم مقام الأب فيتقدم على الجد كما يتقدم على الأب

١٩٤٩٥ - قالوا : الجد يتصرف بقرابة وتعصيب والوصي بتفويض فصار كالحاكم .

١٩٤٩٦ - قلنا : الوصي يتصرف بتفويض إلا أنه تفويض الأب فقام مقام الأب فيقوم مقام الجد والحاكم بتصرف بتفويض الإمام والجد مقدم على الإمام فكذلك الحاكم .

* * *

---

(١) انظر : مجمع الأنهر (٧٣٦/٢) ، الهداية (٢٦٤/٤) ، الاختيار (١٣٦/٤) ، تبيين الحقائق (٢١٣/٦) .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٧٩ ، نهاية المحتاج (١٠٥/٦) ومغني المحتاج (٧٦/٣) .

(٣) انظر : الهداية (٢٦٤/٤) ، الاختيار (١٣٦/٤) .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢١٣/٦) ، مجمع الأنهر (٧٢٦/٢) .

(٥) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

مسألة ٩٧٩

حكم إذا أوصى لرجل في بعض أمره

١٩٤٩٧ - قال أبو حنيفة : إذا أوصى إلى رجل في بعض أمره كان وصيًا في جميع أموره [١] .

١٩٤٩٨ - وقال الشافعي يكون وصيًّا فيما فوض إليه خاصة [٢] .

١٩٤٩٩ - لنا : أنه يتصرف في ماله بالوصية فجاز أن يتصرف في عموم المال . أصله إذا أطلق الأمر فقال : أوصيت إليك جاز أن يتصرف في مال الآمر وفيما استفاده الصغير من الأموال بعد موت الموصي [٣] ، ولأن تصرف الموصي لو جاز أن يختص ببعض الأشياء لم تجز الوصية بلفظ مطلق كالوكالة [٤] فلما جاز أن تثبت الوصية بقوله : أوصيت إليك علمنا أنها لا تنحصر .

١٩٥٠٠ - ولا تلزم المضاربة لأنها لا تصح إلا بعد تخصص اللفظ وهو أن يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة بالنصف [٥] .

١٩٥٠١ - ولأن تصرف الوصي لو اختص بما خص به ولزم القاضي أن ينصب للصبي وصيا في بقية ماله وتصرف الأمين الذي رضي به الميت أولى من تصرف أمين لم يرض به [٦] .

١٩٥٠٢ - [فإن قيل : أوصى إلى رجل في بعض ماله ولآخر في بعض ماله فلم يثبت التصرف لمن لم يرض الموصي به] [٧] .

---

(١) قلنا : ما ذكره المصنف هنا منقول عن أبي يوسف ومحمد أيضًا - قال في المبسوط : « وإذا أوصى إلى رجل بماله فهو وصي في ماله وولده وسائر أسبابه عندنا فالمسألة ليس فيها خلاف في المذهب والذي دعانا إلى هذا أن المصنف دأب على أنه إذا نص على كلام أبي حنيفة كان الصاحبان مخالفين له انظر : المبسوط (٢٦/٢٨) ، المنتقى (٧٢٠/٢) .

(٢) انظر : المهذب (٦٤٣/١) ، نهاية المحتاج (١٠٧/٦) ، مغني المحتاج (٧٧/٦) ، وبه قال مالك وأحمد انظر : حاشية الدسوقي (٤٥١/٤) ، مواهب الجليل (٣٨٨/٦) ، المغني (٥٩٩/٦) ط دار الفكر ، كشاف القناع (٣٩٨/٤، ٣٩٩) .

(٣) انظر : الهداية (٢٦٣/٤) وما بعدها .

(٤) انظر : الاختيار (٢١٦/٢) .

(٥) انظر : الاختيار (٢٦٧/٢) .

(٦) انظر : المبسوط (٢٦/٢٨) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

١٩٥٠٣ - قلنا : إذا خصَّ لكل واحد شيئًا فلابد من بقاء تصرف لم يجعله إلى كل واحد منهما فيؤدي إلى ما قلناه .

١٩٥٠٤ - فإن قيل : يجوز أن يوصي إلى أحدهما في أمر خاص وإلي آخر في بقية الأشياء كلها .

١٩٥٠٥ - قلنا : إذا ثبت لنا في الموضع الذي ذكرناه ثبت هذا لأن أحدًا لم يفصل بينهما ولأن من ملك التصرف بموت الأب لم يتخصص تصرفه بمال دون مال كالجد [١] .

١٩٥٠٦ - ولأن تصرف الأب ينتقل بعد موته في المال والنكاح ثم كان من انتقل إليه التصرف في المال ولأن تصرف الوصي بولاية بدلالة أنه يتصرف مع بطلان أمر الأب ولو كان تصرف من طريق الأمر لم يجز تصرفه مع انقطاع الأمر كالوكيل [٢] .

١٩٥٠٧ - فإن قيل : إنما انقطع / الأمر في الوكالة بالموت لأن العقد وقع على التصرف مع الحياة فإذا انقطع بالموت لم يمنع أن يكون العقد الذي ابتدأه بعد الموت لا يبطل وإن تعلق بالأمر كما أنه لو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم مات فدخل لم يعتق ، ولو قال : إذا مت فأنت حر لم يبطل هذا القول بالموت لأنه أوجبه ابتداء بعد الموت ، وكذلك لو جعل لغيره سكن داره عشر سنين يطلق ذلك بموته ولو جعل له سكناها بعد موته سننا مسماة جاز لأنه ابتداء الإيجاب بعد ذلك في مسألتنا [٣] . ٢١٩/ب

١٩٥٠٨ - قلنا : هذا يبطل بمن قال : جننت فبع مالي لم يجز تصرفه بعد الجنون كما لو أطلق الوكالة فجن بطلت [٤] ثم لم يجز أن يقال لما علق الوكالة ببلد المال صح التصرف فبطل أن تكون الوصية إنما جازت لأن ابتداء إيجابها بعد الموت إذا لو كان يجوز التصرف بأمره في حالة الأمر .

١٩٥٠٩ - لأنه ابتداء الإيجاب في تلك الحال لزم مثله في الجنون فأما التمييز

---

(١) قال في المبسوط : « وكما أن تصرف الجد لا يختص بنوع دون نوع لأنه قائم مقام الأب عند عدمه كذلك تصرف الوصي فيما يقبل النقل إليه » انظر : المبسوط (٢٨/٢٦) .

(٢) انظر : المبسوط (٢٨/٢٦) . (٣) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٤) هذا إذا كان الجنون جنونا مطبقا وذلك لأن من شرط الوكالة الأهلية وبالجنون تبطل الأهلية ، وأما لو جن يوما وأفاق يوما لا يبطل لأنه في معنى الإغماء لأنه عجز يحتمل الزوال كالعجز ، وبالنوم وعن أبي يوسف لا ينعزل حتى يجن أكثر السنة ، لأنه متى دام كذلك لا يزول غالبا فصار كالموت وعن محمد سنة وهو الصحيح لأنه إن كان لعلة أو مرض يزول أو يتغير في سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة من حرارة الهواء وبرودته ويبوسته ورطوبته فإذا لم يزل فالظاهر دوامه انظر : الاختيار (٢٢٦/٢) .

والتدبير والوصية بالسكنى فلم يختلف الحكم فيها لما ذكروه ، لكنه إذا مات انتقل الملك في العبد والدار إلى ورثته فلم يجز أن يعتق [١] بثمنه وهو على ملك غيره [٢] ولم يجز تبقية الحق في السكنى مع انتقال الملك في الرقبة فلذلك بطلا ، وأما إذا دبر و أوصى فالسكنى إنما تصح بعد الموت [٣] .

١٩٥١٠ - لأن قوله : منع ذلك في مال ورثته قبض على حكم ملكه فجاز أن ينفذ ايجابه فيه بعد مماته كما ينفذ في حياته وإذا ثبت أن تصرف الوصي من طريق الولاية لم يتبعض في بعض المال دون بعض كتصرف الأب والجد [٤] .

١٩٥١١ - ولأنه ملك التصرف بولاية منقولة فلم يتعلق ببعض المال دون بعض كالجد [٥] .

١٩٥١٢ - فإن قيل : القاضي يتصرف من طريق الولاية [٦] .

١٩٥١٣ - قلنا : لا يختص ببعض المال دون بعض ولأن ولايته ليست منقولة لأن ولاية الإمام الذي ولاه باقية بحالها ولأن القاضي يشهد لقولنا لأنه لما جاز أن يختص تصرفه لم يملك التصرف بمطلق اللفظ حتى يختص له . ألا ترى أنه لا يصح أن يستقضي حتى يبين له في بلد كذا أو في موضع كذا [٧] .

١٩٥١٤ - فإن قيل : الوصية تختص باتفاق لأن أحد الوصيين لا يملك التصرف دون الآخر [٨] .

١٩٥١٥ - قلنا : هذا ليس بتخصيص وإنما هو بتبعض الولاية كما يتبعض تصرف الأبوين إذا ثبت نسب الواحد منهما وكذلك تصرف الجد به [٩] .

١٩٥١٦ - [فإن قيل : قد تقع الوصية خاصة إذا قال : أوصيت إلى فلان إلى أن يكبر ولدي .

---

(١) ساقط من (ن) .
(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٤/٧) .
(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٥٢/٧) .
(٤) انظر : المبسوط (٢٦/٢٨) .
(٥) انظر : المبسوط (٢٦/٢٨) .
(٦) اعتراض للمخالف على قياس المصنف بأن العلة تبطل بولاية القاضي والأب والجد يتصرفان من جهة الحكم فهو كالملك بالإرث والوصي يتصرف بالأمر فاختص بما تناوله الأمر كالملك .
(٧) انظر : الهداية (١٠٢/٢) .
(٨) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .
(٩) انظر : الهداية (٢٦٠/٤) .

١٩٥١٧ - قلنا : إن تبين أن ابنه وصيه بعد ذلك جاز . لأنا نجعله وصيًّا فيما لم يسلم الأول . لأن الموصي وصى به واختاره فهو أولى ممن لم يرض به . وهاهنا الرضا يحصل بالأمور وإن الرضا عن الوصي فكان الذي رضي به أولى ممن لم يقع به الرضا .

١٩٥١٨ - احتجوا : بأنه تصرف مستفاد بالعقد فوجب أن يكون مقصودًا على ما عقد عليه . أصله التوكيل .] (١)

١٩٥١٩ - قلنا : لا نسلم الوصف لأن العقد أثر في نقل الولاية إليه [ثم التصرف بحكم الولاية] (٢) لا بحكم العقد وهذا كمن لا يعرف له نسب إذا أقر بأب ثم مات ملك أبوة التصرف ليس بمقتضى الإقرار ولكن بإقراره صار جَدًّا فملك التصرف بذلك (٣) .

١٩٥٢٠ - والمعنى في الوكيل أن تصرفه لما اختص بما سمى له لم يجز تصرفه بمطلق الوكالة حتى يتعين له ما تتناوله الوكالة (٤) ولما جاز تصرف الوصي بمطلق الوصية وإن لم يبين له ما يتصرف فيه دل على أن تصرفه لا يختص يبين ذلك أن الوكيل بالوكالة لا يملك أن يتصرف في غير مال الموكل والوصي يجوز تصرفه بالوصية في غير ملك الموكل وهو ما ملكه الصبي من غير الأب (٥) .

١٩٥٢١ - قالوا : تصرف مستفاد بإذن آدمي أو تصرف استفاد بتولية آدمي فوجب أن يكون مقصورا على موضوع الإذن كالوكيل (٦) .

١٩٥٢٢ - قلنا : الوكيل لما سكت عن التوكيل يقدر الموكل على استدراك حقه منه بأن يتصرف بنفسه أو يوكل ولهذا لا يجوز للقاضي نصب من يتصرف فيه فكذلك نقض تصرفه فأما الوصي لما سكت لا يقدر الموصي على استدراك حقه فيه فلابد للقاضي من اختيار ثقة أمين مطلع وهذه الصفات موجودة في الوصي ومعها اختيار الميت فكان أولى .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) انظر : الهداية (١٩١/٣) وما بعدها الاختيار (١٩٠/٢) .

(٤) انظر : المبسوط (٢٦/٢٨) .

(٥) انظر : الهداية (٢٦٣/٤) وما بعدها .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩٠ .

مسألة ٩٨٠

إقامة الموصى له مقام الوصي في حقوق الصغار

١٩٥٢٣ - قال أصحابنا : للموصي أن يوصي ويقوم وصيه مقامه في حقوق الصغار [١] .

١٩٥٢٤ - وقال الشافعي : ليس للوصي أن يوصي بمطلق الوصية فإن قال له الموصي : إذا حضرك الموت فرد الوصية إلى من ترى .

١٩٥٢٥ - قالوا : فيه قولان : أحدهما : له أن يوصي ، والآخر : ليس له أن يوصي [٢] .

١٩٥٢٦ - لنا : أنا قد دللنا على أنه يتصرف بولاية وكل تصرف بولاية خاصة يملك أن يوصي كالأب والجد [٣] ولا يلزم القاضي لأن ولايته عامة [٤] .

١٩٥٢٧ - ولا يقال : أن الأب والجد لا يتهمان في حق الصغير والوصي متهم لأن هذا المعنى لم يمنع مساواة الموصي للجد في التصرف ولم يمنع جواز توكيله كما يجوز توكيل الأب والجد ، ولأنه سبب خاص يملك به مطلق تصرف التوكيل من غير إذن فيملك به الوصية كالأبوة والجدودة [٥] ولا يلزم المضارب لأن وصيته تصح في مال المضاربة ، ويجوز لوصيه أن يقوم مقامه في [خفض المال] [٦] وبيع العروض [٧] .

١٩٥٢٨ - ولأن الوصية إذن في التصرف في مصالح الصغير مع بطلان أمر الأب ومن مصلحته أن يوصي في ماله حتى لا يبقى المال غير محفوظ على الصغير [٨] ولأن الأب نقل إليه بالوصية ما كان يملكه من التصرف وقد كان يملك الوصية والتوكيل

---

(١) انظر : المبسوط (٢٢/٢٨) ، الهداية (٢٦١/٤) ، الاختيار (١٣٥/٤) .

(٢) انظر : المهذب (٤٦٤/١) ، نهاية المحتاج (١٠٤/٦) .

(٣) وذلك لأن الولاية كانت ثابتة للموصي ثم انتقلت إلى الوصي في المال وإلى الجد في النفس والجد قائم مقام الأب في ولاية النفس فكذا الوصي في ولاية المال لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه وغير الموت كانت ولاية ثابتة في التركتين فكذا الوصي تحقيقا للاستخلاف انظر : الهداية (٢٦١/٤) الاختيار (١٣٥/٤) .

(٤) انظر : المبسوط (٢٠/٢٢) ، الهداية (٦١/٤) .

(٥) انظر : المبسوط (٢٢/٢٨) وما بعدها ، الهداية (٢٦١/٢) .

(٦) ساقط من (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) انظر : المبسوط (٢٠/١٩) .

(٨) انظر : المبسوط (٢٣/٢٨) .

كذلك يملك ذلك الوصي [١] .

١٩٥٢٩ - ولا يلزم ولاية التزويج لأنها لا تنقل بالنقل بدلالة أن الأب لو فوض إليه التزويج لم يجز أن يزوج [٢] .

١٩٥٣٠ - احتجوا : بأنه يلي بتوليه فلم يكن أن يوصي كالوكيل [٣] .

١٩٥٣١ - قلنا : الوكيل مفارق للوصي بدلالة [٤] أنه ليس له التوكيل إلا أن يفوض ذلك إليه والوصي له ذلك [٥] .

١٩٥٣٢ - ولأن الموكل بموت الوكيل باق على استدراك حقه فكان اختيار ، من له النظر أولى من اختيار وكيله والوصي بموت الموصي لا يقدر على اختيار فقام اختياره مقام اختياره كما يقوم وكيله مقام نفسه [٦] .

١٩٥٣٣ - قالوا : نظره مستفاد بعقد كالأمين [٧] وقد بينا الجواب عن هذا .

١٩٥٣٤ - قالوا : الموصي وصى باجتهاد الموصى دون غيره فلم يجز للوصي أن يقوم الأمر إلى من لم يرضه الموصي [٨] .

١٩٥٣٥ - قلنا : يبطل هذا بتوكيله في حقوقه وقولهم لا يجوز توكيل الوصي إلا فيما لا يقدر أن يتولاه بنفسه خلاف الإجماع على أن الموضع المسلم ببعض كلامهم .

١٩٥٣٦ - قالوا : لا يملك المطلق التفويض مثل ما جعل إليه أصله المضارب إذا دفع المال مضاربة فالوكيل إذا وكل والشريك إذا شارك [٩] .

١٩٥٣٧ - قلنا : كل هؤلاء لا يتصرفون مع وجود صاحب المال وهو يقدر على استدراك حقه فلا يحتاج إلى الوصية وأما الموصي فيتصرف مع موت الموصى فكان

---

(١) انظر : المبسوط (٢٣/٢٨) .

(٢) انظر : الهداية (١٩٦/١) وما بعدها .

(٣) انظر : نهاية المحتاج (١٠٤/٦) ، النكت للشيرازي ورقة ١٩٠ .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) والعلة في ذلك أنه ما رضي إلا برأيه والناس يتفاوتون في الآراء فإذا أذن له أو قال له : اعمل برأيك فقد فوض إليه الأمر مطلقا ورضي بذلك فإذا أجاز كان وكيلا عن الموكل الأول لأنه يعمل له ولا يعزل بعزل الوكيل الأول ولا بموته وهو نظير القاضي إذا استخلف قاضيًا . انظر : الاختيار (٢٢٥/٢) .

(٦) انظر : الهداية (٢٦١/٤) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩٠ .

(٨) انظر : المهذب (٤٦٤/١) ، النكت ورقة ١٩٠ .

(٩) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

توصيته أولى من اختيار القاضي الذي لم يرض الميت باختياره

١٩٥٣٨ - قالوا : يملك التصرف على الصغير بتوليه كالقاضي [١] .

١٩٥٣٩ - قلنا : القاضي إذا مات فالإمام هو الذي فوض إليه التصرف وهو يقدر على استدراك حق الصغير فكان ذلك أولى من وصي القاضي .

١٩٥٤٠ - قيل : وأما إذا جعل له أن يوصي فلان تصرف الوصي لا يكون مأذونا في تصرف الوكيل ولو أذن الوكيل في التوكيل جاز [٢] كذلك إذا أذن للوصي أن يوصي .

١٩٥٤١ - ولأن هذا الوصي الثاني يتصرف بمقتضى حكم الأب فصار كما لو قال : إن مت فوصيي بعدك [٣] فلان [٤] ولأن هذا تصرف باختياره ومن ينصبه القاضي بتصرف بغير اختياره وإذا استوى التصرف كان من اختيار الموصى أولى .

١٩٥٤٢ - قال الشافعي : هذا الوصي يوصي في ملك غيره فصار كالأجنبي إذا أوصى في مال أجنبي .

١٩٥٤٣ - قلنا : يبطل بالأب إذا لم يكن له مال ولولده الصغير مال فوصية الأب جائزة وهو موصى في ملك غيره وإنما كان ذلك لأنه يوصي في حقه الذي هو التصرف وبسبب غيره فيه كذلك الوصي إذا أوصى .

١٩٥٤٤ - قالوا : أما أن يوصي عن نفسه أو عن الموصي بطل أن يوصي عن نفسه لأن الوصي لا يكون له وصي وبطل أن يوصي عن الموصي لأن الوصي عقد له عمن لا إذن له في العقد فلم يصح كالوكيل إذا وكل لموكله بعد عزله [٥] .

١٩٥٤٥ - قلنا : عندنا الوصي ينصب وصيا لنفسه فينقل إلى وصيته ما كان له من التصرف وقد كان له التصرف على الصغار ، وإن لم يعين له ذلك وأما إن قلنا إنه يقيمه مقام الموصي فبطلان إذن الصغار لا يمنع ذلك ، كما أن الأب يقيم مقام نفسه من يتصرف لهم وإن لم يكن له أمر في العقد فكذلك الوصي مثله .

* * *

---

(١) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩٠ .
(٢) انظر : الاختيار (٢/٢٢٥) .
(٣) في (م) : [يعدل] .
(٤) انظر : المبسوط (٢٨/٢٣) .
(٥) انظر : المهذب (١/٤٦٤) ، النكت ورقة ١٩٠ .

مسألة ٩٨١

حكم إذا ادعى الوصي تسليم المال إلى الصبي بعد بلوغه

١٩٥٤٦ - قال أصحابنا : إذا أدى الوصي تسليم المال إلى الصبي بعد بلوغه ورشده فالقول قوله مع يمينه (١) .

١٩٥٤٧ - وقال الشافعي : لا يقبل قول الوصي والأب والقاضي / إلا ببينة والمودع ٢٢٠/أ يقبل قوله في الوديعة بغير بينة وإن ادعى الوصي أنه أنفق على الصبي أو أن المال هلك فالقول قوله مع يمينه

١٩٥٤٨ - قالوا : فأما المضارب والشريك والوكيل فجعل فيها وجهان أحدهما يقبل قولهم بغير بينة والوجه الآخر لا يقبل (٢) .

١٩٥٤٩ - لنا : أنه مؤتمن في المال فالقول قوله مع رده كالمودع (٣) .

١٩٥٥٠ - فإن قيل : المودع يدعي الرد على من ائتمنه والوصي يدعي الرد على من لم يأتمنه .

١٩٥٥١ - قلنا : أئتمان الأب يجري مجرى ائتمان الصغير لأن تصرف الأب كتصرفه لنفسه بعد بلوغه بدلالة عقوده ولأنه يدعي زوال يده في الأمانة فكان القول قوله (٤) .

١٩٥٥٢ - كما لو ادعى هلاكها وإنفاقها على الصغير ولأن كل من لو ادعى هلاك المال جعل القول قوله فإذا ادعى رده على مستحقه كان القول قوله كالمودع ، ولأن ما تصرف القاضي فيه بولاية الحكم يقبل قوله فيه بغير بينة أصله سائر أحكامه

١٩٥٥٣ - احتجوا : (٥) . بقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ (٦) .

---

(١) انظر : شرح مختصر الطحاوي ورقة ٢١٨ مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٤٩٨ - فقه حنفي .

(٢) انظر : النكت ١٩٠ المهذب (٤٦٤/١) ، المجموع (٥١٦/١٥) .

(٣) أي أنه مؤتمن في المال فيصدق قوله مع يمينه كالمودع إذا قال رب الوديعة له ادفعها لفلان فقال دفعت وكذّبه فلان وضاعت الوديعة صُدق المودع مع يمينه . انظر : مجمع الأنهر (٣٤٥/٢) .

(٤) أي أن الوصي لو أدعى أنه سلم الشيء الموصى به إلى الصبي فالقول قوله كالمودع الذي يدعي هلاك الوديعة أو ردها على مالكها فالقول قول المودع لأن المالك يدعي على الأمين أمرًا عارضًا وهو التعدي والمودع مستعجب لحال الأمانة فكان متمسكًا بالأصل انظر : بدائع الصنائع (٢١١/٦) .

(٥) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٦) سورة النساء : الآية ٦ .

١٩٥٥٤ - قالوا : ولو كان قولهم في الدفع مقبول لم يشرط الشهادة .

١٩٥٥٥ - قلنا : ذكر اللّه تعالى العقود وأمر بالإشهاد عليها مرة ولم يأمره بالإشهاد أخرى وإن كان قول العقد غير مقبول فيها ولأن الإشهاد عليهم إسقاط الخصومة ومتى لم يشهد فالقول قول الوصي إلا أن الخصومة لا تسقط عنه فأمر اللّه تعالى بالإشهاد وليقطع الصبي ولأن قول الصبي غير مقبول .

١٩٥٥٦ - ولأن قول الوصي وإن كان مقبولًا فإنه يقبل في براءة نفسه ولا يقبل في إسقاط حق الصبي عن بقية ما في يده من التركة فأمر بالإشهاد حتى يبرأ الوصي ولا يثبت للجاحد المشاركة فيما بقي من المال وهذه الفائدة الحاصلة بالشهادة لا يجود بعدمها . (١)

١٩٥٥٧ - قالوا : ادعى دفع المال إلى من لم يأتمنه عليه فإذا جحده لم يقبل قوله إلا ببينة أصله أمر المودع بدفع الوديعة إلى رجل فادعى دفعها إليه وجحده المدعي عليه لم يقبل قوله

١٩٥٥٨ - قلنا : هذا غير مسلم وقول المودع عندنا مقبول في براءة نفسه .

* * *

---

(١) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

مسألة ٩٨٢

من مات ولم يترك وارثًا معينًا

١٩٥٥٩ - قال أصحابنا : من مات ولم يترك وارثًا معينًا فأوصى بجميع ماله تقدمت وصايته .

١٩٥٦٠ - وقال الشافعي : للأمان أن يردها فيما زاد على الثلث .

١٩٥٦١ - لنا : قوله ﷺ لسعد : لا أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة ؛ فتبين أنه منع من الوصية بما زاد على الثلث . كما لما يخاف على فقر الورثة وهذا لا يوجد فيمن لا وارث له معين ، لأن المسلمين لا يخافون الفقر .

١٩٥٦٢ - وروى عمر بن شرحبيل قال : قال عبد اللّه بن مسعود : ليس في العرف أن يموت الرجل متهم ، ولا يعرف له وارث منكم معشر همدان . فإذا كان كذلك فليضع ماله حيث شاء ولا يعرف له مخالف في الصحابة فيجب تقليده ولا يقال معناه تصنع الثلث الذي جعله إليه .

١٩٥٦٣ - قلنا : لا يكون بقوله لا يعرف له وارث معين فائدة لأن من له وارث ومن لا وارث له يضع الثلث حيث يشاء ، ولأن الوصية عقد يجوز أن يملك به بعض المال فجاز أن يملك به جميعه بنفسه . أصله سائر العقود .

١٩٥٦٤ - ولأنها جهة ينتقل الملك فيها بالموت فجاز أن يملك بنفسها جميع المال كجهة الإرث .

١٩٥٦٥ - ولأنه مال لم يتعلق به حق وارث معين فجاز لمالكه وضعه حيث شاء كمال الصحيح .

١٩٥٦٦ - ولأن ما جاز للصحيح التبرع به جاز للمريض التبرع به من غير إجازة . أصله مقدار الثلث لأنه مقدار لم يتعلق به حق مستحق تعيينه فجاز التبرع بجميعه . أصله مال الصحيح وثلث مال المريض .

١٩٥٦٧ - ولأن الموصى له شريك الوارث في المال بدلالة أن ملكها ينتقل بالموت ويزيد حقهما بزيادة المال [وينقص بنقصانه ثم كان الوارث لم يزاحمه في المال غيره استحق جميعه] (١)

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

١٩٥٦٨ - وهذه المسألة مبنية على أصلنا أن المال يوضع في بيت المال لا على وجه الإرث لكن لأنه مال لا مستحق له بعينه فإذا أوصى تعلق به حق معين فكان أولى من بيت المال وقد بينا هذا الأصل .

١٩٥٦٩ - احتجوا : بقوله ﷺ : « إن اللّه جعل لكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم » .

١٩٥٧٠ - قلنا : هذا يدل على جواز التصرف في ثلث المال ولا شيء غيره ، وفائدة تخصص الثلث أن التصرف يجوز فيه في عموم حاله والثلثان يجوز تصرفه فيها إذا لم يكن له وارث . فلهذا خص الثلث بالذكر .

١٩٥٧١ - قالوا : مال له مصرف يستحق بموت مالكه فوجب ألّا تلزم الوصية بأكثر من الثلث .

١٩٥٧٢ - أصله : إذا كان له وارث معين .

١٩٥٧٣ - قلنا : إذا كان هناك وارث معين فقد تعلق بالثلثين وتعلق حق المعين بالمال يمنع التصرف فيه كما لو تعلق حق الغرماء منع التصرف من الثلث وإذا لم يكن وارث فلم يتعلق بالمال حق معين فصار كمال الصحيح يجوز تصرفه فيه .

١٩٥٧٤ - قالوا : أوصى وله من يعقل عنه فصار كمن له مولى .

١٩٥٧٥ - قلنا : إذا كان له مولى فقد ثبت الاستحقاق في ماله كمن يخاف الفقر بتنفيذ الوصية وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه لم يثبت في ماله استحقاق كمن يخاف الفقر بفوت المال .

١٩٥٧٦ - قالوا : وصية يقف لزومها على موت الموصي فوجب أن لا يلزم فيما زاد على الثلث . أصله : إذا كان له وارث معين .

١٩٥٧٧ - قلنا : الوصية لا يقف لزومها على الموت وإنما يقف انعقادها عليه . والمعنى في الوارث المعين أن الوصية تنفذ بإجازته .

١٩٥٧٨ - فلم يلزم مع عدم الإجازة وإذا لم يكن هناك وارث معين لم تدخل الإجازة في المال فنفذت الوصية فيه كمقدار الثلث ما لم يكن للإجازة فيه مدخل نفذت الوصية فيه بإيجاب الموصي .

١٩٥٧٩ - فإن قيل : المستحق المعين وغير المعين سواء بدلالة أن من أتلف مالًا

مملوكًا وجب عليه ضمانه ولو أتلف مال بنت وجب ضمانه فاستوى المالان في وجوب الضمان مع اختلافهما في المستحق المعين .

١٩٥٨٠ - قلنا : الضمان يجب من تلف الإنسان حق غيره فسواء تعين ذلك للغير أو لم يتعين ، فأما وجوب الحق لغير معين فيخالف ثبوته لمعين بدلالة أن من أقر لواحد من الناس لم يتعلق بإقراره حكم . وبدلالة أن اللقطة يجوز التصرف فيها ولو كانت لمعين وقف التصرف فيها على أمره .

* * *

مسألة ٩٨٣

حكم إذا باع الوصي ماله من اليتيم أو اشترى منه

١٩٥٨١ - قال أبو حنيفة [ﷺ] (١) : يجوز للوصي أن يبيع ماله من اليتيم بنقصان من قيمته لا يتغابن في مثله ويشتري من مال اليتيم نفسه (٢) بزيادة لا يتغابن في مثلها (٣) .

١٩٥٨٢ - وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز ذلك .

١٩٥٨٣ - وبه قال الشافعي : (٤) .

١٩٥٨٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ (٥) والمراد في الأحسن إلى العادة (٦) ومتى باعه ما يساوي عشرة بمائة (٧) درهم أو اشترى منه ما يساوي مائة بعشرة كأنه قيل أنه أحسن فوجب أن يجوز بظاهر الآية .

١٩٥٨٥ - فإن قيل (٨) : الأحسن يترتب على الحسن والحسن البيع بمثل القيمة والآية تقتضي [أن يجوز التصرف للأحسن لا تصرفه للحسن وإلا] (٩) جواز الأحسن وليس فيها أن الحسن جائز (١٠) .

١٩٥٨٦ - قلنا : الحسن عندنا ما تبين أن فيه حظ وهذا لا يوجد في المشتري بالقيمة لنفسه لأن الأعيان فيها أعراض ولأنه يملك التصرف بموت الأب كالجد (١١) .

١٩٥٨٧ - ولأن ولاية الأب انتقلت إليه فإذا كان الأب يملك البيع من نفسه كذلك

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) لا خلاف بين الحنفية في أنه إذا كان الوصي من قبل الحاكم لا يجوز أن يبيع مال اليتيم من نفسه أو يشتري له وإنما الخلاف إذا كان الوصي من قبل الأب فعند أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف أنه يجوز إذا كان لليتيم منفعة ظاهرة والأظهر في الرواية الأخرى عن أبي يوسف ومحمد لا يجوز . انظر : المبسوط (٣٣/٢٨ ، ٣٤) ، تبيين الحقائق (٢١١/٦ ، ٢١٢) ، الهداية (٢٦٤/٤) ، مجمع الأنهر (٧٢٥/٢) .

(٤) وبه قال مالك وأحمد ، انظر : النكت ورقة ١٩٠ ، نهاية المحتاج (١٠٩/٦) .

(٥) سورة الإسراء : الآية ٣٤ . (٦) انظر : المبسوط (٢٩/٢٨) .

(٧) ساقطة من (ص) . (٨) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٠) انظر : المبسوط (٣٤/٢٨) ، تبيين (٢١٢/٦) ، مجمع الأنهر (٧٢٥/٢) يجاب عن ذلك بأنه يجوز للجد الشراء بثمن المثل فلا يجوز للوصي . انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(١١) انظر : المبسوط (٣٤/٢٨) ، تبيين الحقائق (٢١٢/٦) .

الوصي [١] ولأن التصرف تارة يستفاد بالنسب وتارة بالأمر فإذا كان أحد النوعين يتعلق به جواز التصرف مع نفسه كذلك الآخر .

١٩٥٨٨ - احتجوا : بأنه لا يجوز أن يشتريه بثمن مثله فلا يجوز له أن يشتريه بأكثر من ثمن مثله أصله الوكيل [٢] .

١٩٥٨٩ - قلنا : الوكيل يتصرف على وجه الاحتياط والأعيان فيها أعراض فإذا ابتاع بثمن لم يتيقن حصول الحظ للصغير فلم يجز الشرى وإذا ابتاع بزيادة تيقنا حصول الحظ فجاز التصرف وأما الوكيل فيتصرف بالآمر وإطلاق الآمر يقتضي العقد مع غيره فلم يجز أن يعقد مع نفسه [٣] .

١٩٥٩٠ - فإن قيل : الوصي إنما يتصرف بالآمر .

١٩٥٩١ - قلنا : غلط لأن الآمر جعله وصيًا ولم يتناول الأمر بالاتباع فهو يملك ذلك حكمًا ألا ترى أنه لو وكله ولم يسم ما يشترى به والوصي يقيمه الأب مقام نفسه فينصرف بكونه وصيًا [٤] وإن لم ينص على بيعه أو يبتاعه .

* * *

---

(١) الوكيل : معروف يقال : وكله بأمر كذا توكيلا ، انظر : مختار الصحاح ص ٧٦٠ .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٣) الهداية (١٤٦/٣) ، الاختيار (١٢٣/٢) .

(٤) أي أن لوصي الأب أو الجد أبو الأب ولاية التصرف في مال الصغير مطلقًا من غير تقيد بما تركه ميراثًا له لأنه قائم مقام الموصي وللأب أو الجد التصرف في جميع ماله فكذا الوصية ، انظر : تبيين الحقائق (٢١٣/٦) .

مسألة ٩٨٤

قضاء الغريم بعض غرمائه

١٩٥٩٢ - قال أصحابنا : إذا قضى الغريم بعض غرمائه شاركه الباقون [١] .

١٩٥٩٣ - وقال الشافعي : ليس للباقين أن يخاصموه

١٩٥٩٤ - واختلف أصحابه فمنهم من قال : هذا إذا كان في ماله ما يفي بديونهم ومنهم من حمله على ظاهره وقال : ليس لهم المحاصة في الوجهين [٢] .

١٩٥٩٥ - لنا : أن تصرف المريض فيما يضر بغرمائه يجرى مجري تصرفه بعد موته بدلالة هبته وصدقته [٣]

١٩٥٩٦ - ومعلوم أنه لو أوصى بتغريم بعض الغرماء أنه متهم في إثيار بعض الغرماء على بعض وما اتهم فيه المريض من التصرف لم ينفذ كوصيته لوارثه [٤] / . ٢٢/ب

١٩٥٩٧ - ولأن الغرماء يتعين حقهم في المال بالموت كالورثة [٥] . وكما لا يملك إفراد بعض الورثة بماله حال مرضه كذلك لا يملك إفراد بعض غرمائه وهذا مبني على أصلنا . أن حقوق الغرماء تتعلق بالمال وبالمرض [٦] .

١٩٥٩٨ - وقد دللنا على هذا الأصل وإذا تعلقهم بالمال لم يجز أن ينفرد بالاقتضاء منه أحدهم [٧] .

١٩٥٩٩ - فإن قيل : هو يملك أن يبتاع الملابس الفاخرة والأطعمة الشهية ولو تعلق حقهم بالمال لم يجز له ذلك [٨] .

١٩٦٠٠ - قلنا : حق تعلق بمعنى لا بعينه وابتياع هذه الأشياء لا يسقط حقهم ولأن دين ديونهم تنتقل إليها وإنما تسقط عنها بإتلافها وهو ممنوع من إتلافها عندنا على وجه

(١) انظر : المبسوط (٣١/٢٨) .
(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .
(٣) أي أنه يشارك الغرماء الباقون كما لو أعتق في مرضه عبدا أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز وهو من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا . انظر : الهداية (٢٤٥/٣) .
(٤) أي أن تخصيص الغرماء في قضاء دينه لا يجوز كما لو أوصى لبعض ورثته فإنه لا يجوز أيضًا . انظر : المبسوط (١٧٥/٢٧) .
(٥) انظر : مجمع الأنهر (٧٤٧/٢) .
(٦) ساقطة من (م) .
(٧) انظر : المبسوط (٣١/٢٨) .
(٨) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

الصرف فإذا تلف فقد تعدى فهو كما لو سرق ماله

١٩٦٠١ - احتجوا : بأن ذمته صحيحة وتصرفه في ماله بالبيع والشراء والنكاح والصداق جائز فوجب أن يصح قضاؤه فلم يمنع من إفراد بعضهم بالقضاء [١] .

١٩٦٠٢ - قلنا [٢] : وفي مسألتنا من إسقاط حقوقهم بالهبة والصدقة وكذلك يمنع من إسقاط حقهم بتخصيص [٣] .

* * *

(١) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : الاختيار (١٥٨/٤) .

مسألة ٩٨٥

حكم إذا أوصى أن يعتق عنه رقبة بألف

١٩٦٠٣ – قال أصحابنا : إذا أوصى أن يعتق عنه رقبة بألفي درهم فلم يبلغ ثلث ذلك بطلت الوصية (١) .

١٩٦٠٤ – وقال الشافعي : يعتق عنه بمقدار الثلث (٢) .

١٩٦٠٥ – لنا : أن الوصية تتضمن ابتياع الرقبة بعتقها ومن أمر (٣) بشراء (٤) رقبة بمائة كذلك أمر الموصي (٥) ولأنه أمر بعتق رقبة موصوفة فلم يجز عن غيرها كما لو أوصى بعتق عبد بعينه لم يجز عبد غيره ، ولأنه لو أوصى بما يمكن تنفيذه على ما أوصى به فلم يجز أن ينفذ غير الذي أوصى به كما لو أوصى لزيد بعين فمات قبل الموصي لم يجز دفع ذلك إلى غيره (٦) .

١٩٦٠٦ – ولا يلزم إذا وصى أن يحج عنه بألف فلم يبلغ الثلث لأنه لا يملك تنفيذ الوصية على الوجه المأمور به (٧) ألا ترى أنه إذا دفع الألف إلى من يحج بها لم يكن به من بر منه أن يبقى في يده شيء يرده على الورثة فعلم أن الوصية تعلقت بالألف وببعضها (٨) وأما العتق فيمكن أن يبتاع بما سمى من المال فتسقط (٩) الوصية على غير ما سماه .

١٩٦٠٧ – فإن قيل : حكم الابن في حال الحياة مخالف للوصية بدلالة أن لو وكله أن يعطي رجلًا ألف درهم أن يعطيه ألفًا لم يجز أن يعطيه بعضها ويجوز الوصية إذا عجز الثلث عنه (١٠) .

١٩٦٠٨ – قلنا : لا نسلم لو وكله أن يعطيه ألفًا فهلك بعضها أو استحق جاز أن

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (١٩٧/٦) ، مجمع الأنهر (٧٠٨/٢) ، الهداية (٢٤٦/٤) .
(٢) انظر : المهذب (٤٥٧/١) ، المجموع (٤٨٣/١٥) ، مغني المحتاج (٤٧/٣) .
(٣) ساقطة من (ن) .
(٤) في (م) : [سيرى] انظر : تبيين الحقائق (٢١٠/٦) .
(٥) انظر : تبيين الحقائق (١٩٧/٦) .
(٦) انظر : تبيين الحقائق (٢١٠/٦) .
(٧) انظر : الهداية (٢٤٨/٤) .
(٨) انظر : مجمع الأنهر (٧٠٧/٢) .
(٩) في (م) : [فيسقط] .
(١٠) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

يعطي الباقي كالوصية إذا لم تخرج من الثلث [١] .

١٩٦٠٩ - قالوا : لو وكله في إعتاق غيره لم يجز أن يعتق بعضه ولو أوصى بعتقه فلم يخرج من الثلث جاز أن يعتق بعضه [٢] .

١٩٦١٠ - قلنا : ولو وكله بعتق لعبده فأعتقه أو أعتق بعضه جاز ولذلك أن استحق بعضه فأعتق الباقي جاز ولو أوصى بعتق عبده فلم يخرج من الثلث لم يجز عتق بعضه لأنه يفسد باقيه على الورثة .

١٩٦١١ - قالوا [٣] : لو أمره في حال الحياة بأن يحج عنه رجلًا بألف درهم لم يجز أن يحج ببعضها ولو أوصى أن يحج عنه بألف جاز أن يحج عنه ببعضها [٤] .

١٩٦١٢ - قلنا : لأن لا يمكنه أن يحج ببعضها على ما قدمنا فلذلك كان تنفيذ وصيته أولى من إبطالها .

١٩٦١٣ - احتجوا : بأن كل وصية وجب إنفاذها إذا احتملها الثلث فإذا عجز عنها الثلث وجب إنفاذ ما احتمله الثلث . أصله إذا أوصى لرجل بألف فلم يحتمله الثلث وكذلك إذا أوصى بأن يتصدق عنه بألف أو أوصى أن يحج عنه بألف فكان الثلث أقل من ذلك [٥]

١٩٦١٤ - قلنا : الوصية بالصدقة أو التمليك لا يقف بعضه على بعض وليس لبعضه تعلق ببعض فإذا تقرر التنفيذ في المقدار الموصى به بعد في الثلث والعتق موصًا به عبد موصوف فكما لا يجوز أن تنفذ [٦] الوصية في عبد يخالف صفة العبد الموصى به وكما لو أوصى بعتق عبد سعدي لم يجز أن يعتق زنجي أو رومي لمخالفة صفته للصفة الموصى بها كذلك إذا أوصى بعبد رفيع القيمة لم يجز عتق عبد القيمة فأما الحج فالقياس أن تبطل الوصية فيه كما تبطل الوصية فيه يبطل بالعتق [٧] .

١٩٦١٥ - ولكنهم قالوا : المقصود بالوصية حصول الحج وثواب النفقة والحج حاصل في الوجهين [٨] والثواب المتعلق بالنفقة إذا لم يبلغها الثلث فينفذ منها المقدار

---

(١) انظر : الهداية (٢٣٨/٤) .

(٢) انظر : المهذب (٤٥٧/٤) ، المجموع (٤٨٣/١٥) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢١٠/٦) .

(٥) انظر : النكت في ورقة ١٨٩ .

(٦) في (م) : [ينفذ] .

(٧) انظر : تبيين الحقائق (١٩٧/٦) .

(٨) انظر : المهذب (٤٦٠/١) .

الموجود [1] فأما العتق فمتى نقصت قيمة العبد المعتق فلم ينفذ العتق في العبد الذي تناولته الوصية وإنما ينفذ في غيره فوازنه من يحج أن يبلغ الثلث بعقد العمرة ولا يجوز صرف الوصية إليها .

١٩٦١٦ - قالوا : لو أوصى بعتق عبده وقيمته أكثر من الثلث أعتق منه بقدر الثلث [2] .

١٩٦١٧ - قلنا : لا نسلم هذا بل تبطل الوصية ؛ لأن عتق بعض العبد لا يحصل به غرض الموصي في العتق وإنما يصير مكاتبًا فلا يجوز صرف الوصية إلى ما لم يوص به [3] .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٩٣/٦) .

(٢) انظر : المهذب (٤٥٣/١) ، المجموع (٤٣٦/١٥) .

(٣) انظر : تبيين الحقائق (١٩٦/٦) .

مسألة ٩٨٦

حكم إذا اعتقل لسان المريض فأشار بالإقرار والوصية

١٩٦١٨ - قال أصحابنا : إذا اعتقل [١] لسان المريض فأشار بالإقرار والوصية لم يتعلق بذلك حكم إلا أن يمضي عليه فيؤمن بإشارته ويصير عادة له يفهم مراده وقد قدر الطحاوي ذلك بسنة والصحيح أنه لا يتقدر » [٢] .

١٩٦١٩ - وقال الشافعي : إذا لم يقدر على الكلام صحت وصيته وإقراره بالإشارة » [٣] .

١٩٦٢٠ - لنا : أن الإشارة لم تصر عادة له فلا يتعلق بها حكم في حقه كالصحيح » [٤] .

١٩٦٢١ - ولا يقال : المعنى فيه أنه قادر على الكلام فلم يتعلق بإشارته حكم ؛ لأن الغرض أن يفهم مراده ولو كانت الإشارة ممن لم يعتدها يفهم بهما المراد إذا استوى أن يقدر على غيرها أو لا يقدر .

١٩٦٢٢ - ألا ترى أن المقر بالفارسية يصح إقراره وإن كان يحسن العربية كما يصح إذا عجز عنها [٥] لأن مراده يفهم بكلا اللغتين ولأنهما وصية لا ينفذها الإمام في بعض المال إذا لم يكن للموصي وارث فلم يلزم الوارث بمضيها في الثلث كوصية المجنون .

١٩٦٢٣ - ولأن مالا يثبت به العتق بعد تقدم العتق في مقدار الثلث لا ينفذ به العتق بالمبتدأ كالكلام المحتمل .

١٩٦٢٤ - احتجوا : [٦] بأن أمامة بنت العاص أصمتت فقيل لها لفلان [٧] كذا ولفلان كذا فأشارت برأسها أي نعم وماتت فرفعوا ذلك إلى الصحابة فرأوا أنها وصية جائزة [٨] .

---

(١) اعتقل لسانه إذا لم يقدر على الكلام . انظر : مختار الصحاح : ص ٤٧٢ .

(٢) وبه قال مالك وأحمد انظر : بدر الملتقى حاشية مجمع الأنهر (٦٩٢/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٢٣/٤) ، كشاف القناع (٣٣٦/٤) المغني لابن قدامة (٥٦٠/٦) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٩ ، مغني المحتاج (٥٣/٣) ، نهاية المحتاج (٦٥/٦) .

(٤) انظر : المغني (٥٦٦/٦) ، كشاف القناع (٣٣٦/٤) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) .

(٦) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٧) في (م) : [الفلان] .

(٨) سبق تخريجه

١٩٦٢٥ - قلنا : لم يذكر الصحابة الذين جوزوا ذلك وعنده قول الثلاثة ليس بحجه حتى يستقر من غير خلاف فأما على قولنا فيحتمل أن يكون ذلك لغتها حتى ألف منها الإشارة وعرفت عادتها منها .

١٩٦٢٦ - قالوا : روي أن يهوديًّا أخذ أوضاحًا على جارية وقد رضح رأسها فقالوا لها أفلان قتلك فأومت برأسها أي لا فقيل لها فلان فأومت برأسها أي نعم » [١] فهذا يدل على أن دعواها بالإشارة مقبولة [٢] .

١٩٦٢٧ - قلنا : الحكمُ إذا تعلق بمعنى لم يقبل وقد قيل أن اليهودي أقر ويجوز أن يكون اطلع رسول اللَّه ﷺ على ذلك بالوحي فالحكم تعلق بهذا .

١٩٦٢٨ - قالوا : [٣] غير قادر على النطق فوجب أن تصح [٤] هبته بالإشارة أصله بعد مضي الحول .

١٩٦٢٩ - قلنا : إذا مضى حول ولم تؤلف إشارته لم تجز [٥] الوصية وأن ألفت إشارته فقد صار ذلك عادة مفهومة فيحل محل المواضع بينه وبين الشهود وأما إذا لم تؤلف [٦] إشارته لم يتعلق بها حكم كإشارة الصحيح » .

* * *

(١) رواه البخاري في صحيحه (٢٥١٢/٦) ، باب إذا أقر بالقتل مرة قتل به من باب أقاد بالحجر .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٨٦ .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٩ .

(٤) في (م) : [يصح] .

(٥) في (م) : [يجز] .

(٦) ساقطة من (ن) .

مسألة ٩٨٧

حكم وصية المراهق

١٩٦٣٠ - قال أصحابنا : وصية المراهق [١] لا تصح [٢] .

١٩٦٣١ - وقال الشافعي : خلافه [٣] .

١٩٦٣٢ - لنا : قوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يحتلم » [٤] وهذا يقتضي أن لا يتعلق بأحواله حكم شرعي

١٩٦٣٣ - ولأنها عقد من العقود فلا يملكه الصبي عليه كعقد البيع ولأنها تبرع كعتقه وهبته [٥] فلا تصح كالمجنون [٦] .

١٩٦٣٤ - ولأن طلاقه لا يقع فلا تصح وصيته كالصبي الصغير [٧] .

١٩٦٣٥ - ولأن استحقاق مال بقول الصبي فلا يثبت كما لو [٨] أقرّ بدين [٩] ولأنه

---

(١) المراهق هو الذي قارب الاحتلام . انظر : مختار الصحاح صـ ٢٨١ .

(٢) انظر : المبسوط (٩١/٢٨) ، بدائع الصنائع (٣٣٤/٧) ، تبيين الحقائق (١٨٥/٦) ، الهداية (٢٢٤/٤) وبه قال الشافعي في أحد القولين وأحمد في الصحيح من المذهب انظر : النكت ورقة ١٨٧ ، المهذب (٤٦٣/١) ، المجموع (٤٠٩/١٥) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٨٧ ، المهذب (٤٦٣/١) ، المجموع (٤٠٩/١٥) نهاية المحتاج (٣٩/٣) وبه قال مالك وأحمد في رواية له : انظر : مواهب الجليل (٣٦٤/٦) ، حاشية الدسوقي (٤١١/٤) ، المغني لابن قدامة (٦٠١/٦) ط دار الفكر ، كشاف القناع (٣٣٦/٦) ، العدة صـ ٢٩١ .

(٤) الحديث رواه أبو داود في سننه (٥٥٨/٤ ، ٥٥٩ ، ٥٦٠) باب المجنون يسرق أو يصيب ، وابن ماجه في سننه (٦٥٩/١) باب طلاق المكره والناس ، البيهقي في السنن الكبرى (٢٠٦/٦) ، الدارقطني في سننه (٣٩/٣) بنحوه ، والحاكم في المستدرك (٥٩/٢) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٧/٥ ، ٢٦٨) باب الرجل يطلق في المنام ، وأحمد في مسنده (١٠٠/٦ ، ١٠١) ، والبغوي في شرح السنة (٢٢١/٩) .

(٥) انظر : المبسوط (٩٢/٢٨) ، تبيين الحقائق (١٨٥/٦) ، مجمع الأنهر (٦٩٤/٢) .

(٦) انظر : المبسوط (٩٢/٢٨) .

(٧) انظر : المبسوط (٩٢/٢٨) ، تبيين الحقائق (١٨٥/٦) ، مجمع الأنهر (٦٩٤/٢) .

(٨) ساقطة من (ن) .

(٩) أي أن إقراره بالدين غير ملزم ؛ لأن قوله غير ملزم . انظر : تبيين الحقائق (١٥٨/٦) ، الهداية (٢٣٤/٤) .

لو مرض [١] أوصى به حال مرضه لم تصح وصيته به كمن عليه دين مستغرق [٢] ولأن وصيته لا تنفذ في جميع ماله إذا لم يكن له وارث فلا ينفذ في مقدار الثلث إذا كان له وارث كالمديون .

١٩٦٣٦ – احتجوا : بما روي أن صبيًّا من غفار له عشر سنين أوصى لبنت عم له وله وارث فرجع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأجاز وصيته [٣] .

١٩٦٣٧ – الجواب : أن قول الواحد لا يكون حجه حتى ينقرض العصر من غير مخالف وقد قال الشعبي [٤] والحسن والنخعي لا تجوز وصية المراهق فبطل بالإجماع ولم يبق إلا التقليد وهم لا يقولون به وعندنا تقليد الصحابي . لا يلزم إذا خالف عموم لفظ رسول الله ﷺ ويحتمل أن يكون صبيًّا مأذونًا أوصى/ بأن يقضي دينًا أقرَّ به وهذا عندنا يستحق بإقراره ويجب قضاؤه من تركته .

٢٢١/أ

١٩٦٣٨ – قالوا : تصرف الصبي [لا ينفذ] [٥] طلبًا لحفظه وحفظ ماله عليه فإذا أوصي فحفظ ذلك له لأنه لو أبطلنا وصيته بمعنى غير المعنى الذي تناول به الآخر فصار كالصبي والمسجون .

١٩٦٣٩ – قالوا : لو حلف لا يكلم موالي فلان حملت اليمين على جميعهم [٦] .

١٩٦٤٠ – قلنا : لأن النفي يتناول المتضاد والمختلف وإن كان الإثبات لا يتناول جميع ذلك ألا ترى أنه يقول ما رأيت عينًا فيحمل على كل ما يتناوله الاسم ولو قال رأيت عينًا حمل على واحد من ذلك غير معين فإن قيل كيف ينتفي [٧] باليمين ممن لا يتناوله الاسم .

---

(١) ساقطة من (م) . (٢) انظر : الهداية (٢٣٤/٤) .

(٣) رواه بن مالك في الموطأ (٧٧٢/٢) ، البيهقي في السنن الكبرى (٢٨٢/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٨٣/١١) باب من قال تجوز وصية الصبي ، البيهقي في السنن الكبرى (٢٨٢/٦) .

(٤) هو : عامر بن شرحبيل بن عبد ذي كبار ولد سنة إحدى وعشرين في خلافة عمر . قال عن نفسه : أدركتُ خمس مائة من أصحاب النبي ﷺ قال عنه مكحول ما رأيت أحدًا أعلم من الشعبي . روى عن : سعد بن أبي وقاص ، وسعيد بن زيد ، وأبو موسى الأشعري . وروى عنه : ابن شبرمة ، وابن عيينه ، وسلمة بن كهيل . وفاته : سنة أربع ومائة . انظر : في سير أعلام النبلاء (٢٩٤/٤) ، طبقات ابن سعد (٢٤٦/٦) ، الطبقات للعبادي ص ٥٨ ، طبقات الحفاظ ص ٣٢ ، شذرات الذهب (١٢٦/١) .

(٥) في (م) : [لا يقف] . (٦) انظر : النكت ورقة ١٨٧ .

(٧) في (م) : [ينبغي] .

١٩٦٤١ - قلنا : الاسم يتناوله كل واحد منهم بمعنى يخالف الآخر فيجمعهم النفي ولا يعمهم الإثبات [فأما أن يكون أن الاسم لا يتناول كل فريق منهم فلا .

١٩٦٤٢ - فإن قيل : لا فرق في اليمين بين النفي والإثبات] (١) لأنه لو قال : إن كلمت موالي فلان فأمرأتي طالق حمل على الجميع (٢) .

١٩٦٤٣ - قلنا : هذا نفي أيضًا ؛ لأن معناه إنني لا أكلمهم وإنما الإثبات أن يقول : لأكلمن موالي فلان ولا يحمل اليمين إلا على أحد الفريقين ويكون القول قول الحالف فيه فإن كلمه برَّ بكلامه خاصة .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) انظر : المهذب (٩٧/٢) .

مسألة ٩٨٨

ولادة الجارية الموصى بها قبل موت الموصي

١٩٦٤٤ - قال أصحابنا : إذا ولدت الجارية الموصى بها قبل موت الموصى وقبل قبول الموصى له بالوصية فالولد للورثة ولا حق للموصى له وإن ولدت بعد قبول الموصى له فالولد للموصى لـه ولا يحتسب به من الوصية وإن ولدت بعد الموت قبل القبول ثم قبل فالجارية وولدها للموصى له ولا يحتسب به مال الموصي (١) .

١٩٦٤٥ - وقال الشافعي : إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين مات ولكن ستة أشهر من حين أوصى لم يدخل الولد في الوصية .

١٩٦٤٦ - فإن قلنا : إن للحمل حكم فالأعيان بحال العلوق فيكون ملك الموصى ، ينتقل بموته إلى ورثته ولا حق للموصى له فيه ، وإن قلنا لا حكم للحمل فالولد للموصى له ولا يدخل في الوصية ويصير كأنه أوصى بالأم وولدها (٢) .

١٩٦٤٧ - لنا : أن الموصي إذا مات فالجارية على حكم ملكه وما استحق من حكم ملك الميت اعتبر من الثلث (٣) ويبين ذلك ؛ لأنه لو أوصى لرجل بثلث ماله فأثمر نخله استحق الموصى له ثلث الثمر لأنه حدث على حكم ملك الميت فتعلق به حق الورثة والموصى له كذلك هذا (٤) .

١٩٦٤٨ - احتجوا : بأنها زيادة منفصلة حدثت بعد عقد الوصية فوجب أن لا تدخل في الوصية أصله إذا وهب لها (٥) .

١٩٦٤٩ - قلنا : الخلاف في الولد والكسب وأخذ كل واحد منهما يحدث على ملك الميت ويعتبر من الثلث .

١٩٦٥٠ - قالوا : وأصله إذا أوصى بعتق جارية فولدت قبل العتق أو أوصى ببيع جاريته من رجل بعينه فولدت .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (١٩٥/٦) ، الهداية (٢٤٣/٤) ، مجمع الأنهر (٧٠٥/٢) .
(٢) انظر : مغني المحتاج (٤٤/٣ ، ٤٥) ، نهاية المحتاج (٥١/٦) . روضة الطالبين (٩٨/٦) .
(٣) انظر : تبيين الحقائق (١٩٥/٦) ، مجمع الأنهر (٧٠٥/٢) ، الهداية (٢٤٣/٤) .
(٤) انظر : المبسوط (٣/٢٨) .
(٥) انظر : النكت ورقة ١٩٣ .

١٩٦٥١ - قلنا : هذه دلالة لنا .

١٩٦٥٢ - قلنا : لأن الولد في هاتين الحالتين يحدث على حكم الميت مثل مسألتنا .

١٩٦٥٣ - إلا أن في هذه المسألة يملكها بالقبول ويستند ملكه إلى حين موت الموصي فيستحق الولد بحكم الوصية كما يملك المشتري في بيع الخيار ويستند ملكه إلى العقد فيستحق الولد بحكم البيع (١) .

١٩٦٥٤ - فأما في مسألة العتق بالبيع فنبيع كل واحد منهما عند الإيقاع ولا يستند إلى حال الموت فلذلك لا يدخل الولد فيه .

١٩٦٥٥ - ولأن الوصية بالبيع وصية بالثمن ولهذا يلزم المشتري إتمام الثمن إذا لم يخرج من الثلث والولد ليس بمتولد من الثمن فأما العتق فهو وصية للمعتق ولا يجوز أن يستحقها غيره (٢) .

١٩٦٥٦ - قالوا : الموصى له إذا قبل الوصية ملكها من حين موت (٣) الموصي فيكون الولد حادثًا في ملكه وما حدث في ملكه لا يدخل في العقد الواقع على الأمر .

١٩٦٥٧ - أصله المبيعة إذا ولدت في ملك المشتري (٤)

١٩٦٥٨ - قلنا : الموصى له تملك بالقبول من حين الموت إلا أن ذلك غير مانع أن يكون الولد حدث على ملك [الميت فيستحق ممن ملكه تعيينه من الثلث وأما ولد المبيعة في ملك المشتري فهو مثل مسألتنا إن ولدت قبل القبض فقد حدث الولد على حكم ملك] (٥) . البائع فيدخل في البيع ويقسم الثمن عليه كما لو ولدت لم يدخل الولد في البيع كما لو ولدت في مسألتنا بعد القبول وتنفيذ الوصية فيها (٦) .

* * *

---

(١) انظر : الاختيار (١٦/٢) .

(٢) انظر : الهداية (٢٤٣/٤) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : النكت ورقة ١٩٣

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) انظر : الهداية (٢٤٣/٤) .

مسألة ٩٨٩

الإيصاء بجارية في جميع ماله فولدت بعد موت الموصي

١٩٦٥٩ - قال أبو حنيفة [ﷺ] (١) : إذا أوصى له بجارية في جميع ماله فولدت بعد موت الموصي وقبل القبول ولدًا فللموصى له مقدار ثلث مال الثلث من الأم فإن فضل من الثلث شيء كان له من الولد .

١٩٦٦٠ - وقال أبو يوسف ومحمد : يكون له مقدار الثلث منهما جميعًا (٢) .

١٩٦٦١ - وقال الشافعي : للموصى له ثلث الأم وثلث الولد (٣) .

١٩٦٦٢ - لنا : أن الأم هي الأصل في الوصية والولد دخل على طريق التبع ومن حكم الوصايا أن يقدم فيها الأقوى فالأقوى .

١٩٦٦٣ - الدليل عليه : أن العتق يتقدم على غيره والحق المعتبر أقوى فكان بالتقديم أولى (٤) .

١٩٦٦٤ - ولأن زيادة المال سبب نفع الموصى له بدلالة أنه لو أوصى له بما لا يخرج من الثلث لم يستحق منه إلا مقدار الثلث وإن زاد المال استحق جميع ما أوصى به (٥) .

١٩٦٦٥ - وما يقوله مخالفنا أبو يوسف ومحمد يؤدي إلى تصير زيادة المال بالموصى له ألا ترى أنه لو لم يوص له بجارية هي مقدار الثلث فيستحق جميعها فإذا ولدت ولد قسم ثلث الأصل والزيادة تدفع (٦) إليه من الأم والولد فينقص حقه من رقبة الجارية الموصى له بها ويستقر بزيادة المال وهذا لا يصح .

١٩٦٦٦ - والشافعي : بني على الأصل الذي قدمنا أن الولد لا يدخل في الوصية ولا يعتبر من الثلث (٧) .

---

(١) ساقط من (ص) .

(٢) انظر : تبيين الحقائق (٦/١٩٥) ، الهداية (٤/٢٤٣) ، نتائج الأفكار (١٠/٣٨٢) .

(٣) انظر : المهذب (١/٤٦١) ، النكت ورقة ١٨٩ .

(٤) انظر : الهداية (٤/٢٤٣) ، تبيين الحقائق (٦/١٩٥) .

(٥) انظر : الهداية (٤/٢٤٣) وما بعدها .

(٦) انظر : تبيين الحقائق (٦/١٩٥) ، الهداية (٤/٢٤٣) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٨٩ .

مسألة ٩٩٠

حكم إذا أوصى لرجل برقبة الجارية ولآخر بخدمتها

١٩٦٦٧ - قال أصحابنا : إذا أوصى لرجل برقبة الجارية ولآخر بخدمتها فنفقتها على صاحب الخدمة (١) .

١٩٦٦٨ - وقال أصحاب الشافعي : فطرتها على مالك الرقبة ومن مذهبه أن الفطرة تتبع النفقة فهذا يدل على أن نفقتها على صاحب الرقبة (٢) .

١٩٦٦٩ - لنا : أن صاحب الخدمة منفرد باليد والتصرف فكانت النفقة عليه كالمالك (٣) .

١٩٦٧٠ - ولا يلزم المستأجر لأن يده بإيجاب المال ولا يقال أنه منفرد باليد ولأنه منتفع بالعبد من غير إيجاب مالك الرقبة فلم يلزم صاحب الرقبة نفقته كالعبد المغصوب (٤) .

١٩٦٧١ - ولأنه يملك المنافع من غير أن يتعوض المالك عنها فلم يجب على المالك نفقته كالمكاتب (٥) .

١٩٦٧٢ - احتجوا (٦) : بأنه اجتمع مالك الرقبة ومالك المنفعة فكانت النفقة على مالك الرقبة كالعبد المستأجر .

١٩٦٧٣ - قلنا : هناك الرقبة للمولى وهو الموجب للحق في منافعها والتعويض عنها فصار سلامة العوض له عنها كسلامتها له وفي مسألتنا لا حق لصاحب الرقبة في المنافع ولا يعوض عنها فلم تجب عليه نفقة كالمكاتب (٧) .

١٩٦٧٤ - فإن قيل : لو أبرأ المؤجر من الأجرة لم تسقط عنه النفقة .

---

(١) انظر : المبسوط (١٨٦/٢٧) ، حاشية أحمد شلبي على تبيين الحقائق (٢٠٣/٦) ، الهداية (٢٥٤/٤) .

(٢) انظر : المجموع (٤٩٤/١٥) ، نهاية المحتاج (٨٩/٦) ، والمراد بالفطرة هنا . أي ابتداء النفقة يقال فطر البئر أي ابتدأها . انظر : مختار الصحاح ٥٣٣ .

(٣) انظر : المبسوط (١٨٦/٢٧) ، تبين الحقائق (٢٠٣/٦) .

(٤) انظر : الهداية (١٣/٤) . (٥) انظر : الهداية (٢٥٤/٣) .

(٦) انظر : المهذب (٤٠١/١) ، المجموع (٤٥/١٥) .

(٧) انظر : الهداية (٢٥٤/٣) .

١٩٦٧٥ - قلنا : الأجرة وجبت له فإذا أبرأ [فقد سلم له التركة فصار حصول التولية كسائر الأخوة ولأنه إذا أبرأ] [1] فهو المختار لإسقاط حق نفسه وهذا لا يوجد في حق صاحب الرقبة .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ٩٩١

حكم إذا قال الموصى ضع هذا المال فيمن شئت فوضعه في نفسه

١٩٦٧٦ - [قال أصحابنا] [١] إذا قال الموصي : ضع هذا المال فيمن شئت أو حيث شئت جاز له أن يضعه في نفسه [٢] .

١٩٦٧٧ - وقال الشافعي : لا يجوز .

١٩٦٧٨ - وقالوا : وكذلك لو قال : ضعه من نفسك لم يجز أن يضعه في نفسه [٣] .

١٩٦٧٩ - لنا : أنه إذا عزله فقد أذن له في أن يتولى لنفسه مالا يتعلق حقوقه بالفاعل فصار كقوله لعبده اعتق نفسك ولامرأته طلقي نفسك [٤] .

١٩٦٨٠ - ولا يلزم إذا قال : بع من نفسك لأن حقوق هذا العقد تتعلق بالعاقد وإذا ثبت أنه إذا نص على هذا جاز فإذا قال ضعه فيمن شئتَ أو حيث شئت فعمومه يقتضي الوضع في نفسه وفي غيره . فإذا وضع في نفسه جاز كما لو وصى عليه .

١٩٦٨١ - احتجوا : بأنه تملك يملكه بالإذن فلا يجوز أن يكون قابلًا له أصله إذا وكله بالبيع [٥]

١٩٦٨٢ - قلنا : البيع تتعلق حقوقه بالعاقد فلم يجز أن يكون قابلًا فتعلق الحقوق به بحكم عقده والصدقة لا تتعلق بها الحقوق فجاز أن يتولاها لنفسه ولغيره كالعتق والطلاق .

١٩٦٨٣ - قالوا : لو قال أعط من شئت لم يجز أن يعطى نفسه [٦] .

١٩٦٨٤ - قلنا : الإعطاء يقتضي معطًا فلابد أن يكون غيره والجعل يقتضي محلًا لوضعه ولا يقتضي أن يكون ذلك المحل غيره [٧] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وأثبتناها تماشيًا مع سياق المصنف .

(٢) قال السرخسي في المبسوط » ولو أوصى رجل إلى رجل بثلثه يضعه حيث أحب أو يجعله حيث أحب فهما سواء وله أن يجعله في نفسه ولمن أحب من ولده » . انظر : المبسوط (٧٩/٢٨) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٩٠ ، المهذب (٤٥٦/١) ، المجموع (٤٧٢/١٥) ، نهاية المحتاج (١٠٠/٦) .

(٤) ومراد المصنف : أن الموصى له مفوض في الوصية فإذا وضعها في نفسه أو ولده جاز ذلك كالمولى يفوض عبده في عتق نفسه والزوج يفوض زوجته في طلاق نفسها . انظر : الهداية (٢٤٣/١) ، المبسوط (٧٩/٢٨) .

(٥ ، ٦) انظر : النكت ورقة ١٩٠ .

(٧) انظر : المبسوط (٧٩/٢٨) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الوديعة

كتاب الوديعة [1]

(١) **تعريف الوديعة :**
الوديعة في اللغة : ما وضع عند غير مالكه ليحفظه ، والوديعة واحدة الودائع ، يقال : أودعه مالًا أي دفعه إليه ليكون وديعة عنده ، وأودعه مالًا أيضًا قبله منه وديعة ، فالوديعة من أسماء الأضداد تستعمل في إعطاء المال لحفظه وفي قبوله . وسميت وديعة بالهاء لأنهم ذهبوا بها إلى الأمانة . قال صاحب لسان العرب : استودعه مالًا أودعه إياه دفعه إليه ليكون وديعة وأودعه قبل منه الوديعة .
والوديعة عند الفقهاء : أولًا : عند الحنفية : يعرف المذهب الحنفي الوديعة بمعنى الإيداع بأنها تسليط الغير على حفظ ماله ، أو دلالة . فالصريح : كما إذا قال له : خذ هذا المال لتحفظه عندك لي . والدلالة : كما لو دفع ثوبًا بين يدي رجل بغرض الحفظ ولم يقل صاحب الثوب شيئًا بل تركه وذهب فإن ذلك يكون إيداعًا دلالة .
ثانيًا : عند المالكية : عرفها بتعريفين التعريف الأول : عبارة عن توكيل على مجرد حفظ المال . التعريف الثاني : أنها عبارة عن نقل مجرد حفظ المملوك الذي يصح نقله إلى الوديع .
ثالثًا : عند الشافعية : الوديعة بمعنى الإيداع بأنها عبارة عن العقد المقتضي للاستحفاظ أي الصيغة المقتضية لطلب الحفظ مثل قول محمد : استحفظك هذا المال ، فيقول خالد : قبلت .
رابعًا : عند الحنابلة : الوديعة بمعنى الإيداع بأنها توكيل في الحفظ تبرعًا أي توكيل رب المال جائز التصرف في حفظ ماله تبرعًا ، والوديعة بمعنى الاستيداع توكيل في حفظ مال غيره تبرعًا بغير تصرف .
حكم الوديعة : الأصل في الوديعة الإباحة ، فمالك المال يتخير الوسيلة التي يراها مناسبة للحفظ على ماله سواء كان بنفسه أو بواسطة من يأتمنه عليه ما لم يكن هناك ما يوجب الإيداع أو يحرمه كما أن الوديع مخير في الأقدام على قبول الوديعة أو عدم قبولها .
الأدلة على مشروعيتها : من القرآن والسنة والإجماع :
١ - قوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ . وقد أجمع المفسرون أن الآية وإن وردت في سبب خاص فعمومها معتبر بقرينة الجمع وأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب فتكون الآية دالة على وجوب أداء جميع الأمانات إلى أهلها والوديعة أمانة فيجب ردُّها .
٢ - السنة : قول عن أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » .
٣ - الإجماع : أجمع العلماء في كل عصر على جواز الإيداع والضرورة تقتضيها والناس إليها في حاجه فيحتاجون إلى من يحفظ أموالهم . انظر : مختار الصحاح ص ١٧٤ ، المعجم الوسيط (١٠٦٢/٢) ، كشاف القناع (١٤١/٤) ، لسان العرب لابن منظور ٧ / ٤٧٩٥ وما بعدها ، تكمله رد المحتار (٣٢٨/٨) ، البحر الرائق (٢٧٣/٧) ، مواهب الجليل (٢٥٠/٥) ، الخرشي على مختصر الخليل (١٠٨/٦) ، الشرح الصغير (٥٤٩/٣) ، نهاية المحتاج على شرح المنهاج للرملي (١٠٩/٦) ، حاشية الباجوري (١٠٤/٢) ، كشاف القناع (١٤١/٤) ، الروض المربع (٢٢٩/٢) ، حاشية الروض المربع (٤٥٦/٥) ، مواهب الجليل (١٨٣/٥) ، تفسير روح المعاني للألوسي (٢٣/٥) ، المغني والشرح الكبير (٢٨٠/٧) .

مسألة ٩٩٢

حكم السفر بالوديعة

١٩٦٨٥ - قال أبو حنيفة [ﷺ] : [1] يجوز للمُودَع [2] السفر بالوديعة .

١٩٦٨٦ - وقال الشافعي : لا يجوز له السفر بها [3] .

١٩٦٨٧ - لنا : أنه أمره بالحفظ وهو عام في السفر والحضر فإذا جاز له الإمساك في إحدى الحالتين كذلك الآخر [4] .

١٩٦٨٨ - ولأن الحضر إحدى حالتي المودع فإذا أودعه فيها جاز أن يحفظ في غيرها كما لو أودعه في السفر جاز له أن يحفظ في الحضر/ ، ولأنه مؤتمن في الحفظ كالوصي والأب [5] . ٢٢١/ب

١٩٦٨٩ - والدليل على أن الموصى يملك السفر بالمال والإذن في السفر ما روى محمد في كتاب المضاربة عن عمر أنه أعطى مال اليتيم مضاربة فعمل به في دكان يأتي الحجاز [6] فيقاسم عمر الربح [7] وإذا جاز للإمام الإذن في السفر جاز الموصى ولأنه نقل الوديعة نقلًا يأمن عليها في الغالب كما لو نقلها من محلة إلى محلة [8] .

---

(١) ساقط من (ص) .

(٢) المودع : بالفتح هو من وضعت عنده الوديعة لحفظها بلا عوض . انظر : توضيح الأحكام من بلوغ المرام (٣٢٢/٤) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ص ١٩١ ، فتح الوهاب بشرح منهاج الطلاب (٢١/٢) ، المجموع للنووي (١٨٤/١٤ ، ١٨٥) ، مغني المحتاج (٨٣/٣) ، روضة الطالبين (٣٢٨/٦ ، ٣٢٩) وبه قال مالك : انظر : جواهر الإكليل (١٤٢/٢) ، بداية المجتهد (٢٣٤/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٢٣/٣) ، حلية العلماء للقفال (١٧١/٥) .

(٤) انظر : المبسوط (٢٢/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٩/٦) ، البناية على الهداية (١٥٠/٩) .

(٥) انظر : البناية على الهداية (١٥٠/٩) ، كشاف القناع (١٧٤/٤) .

(٦) الحجاز : قال الأصمعي : الحجاز من تخوم صنعاء من العيلاء قريبًا له إلى تخوم الشام ، وإنما سمي حجازًا لأنه حجز بين تهامة ونجد ، فمكه تهامية والمدينة حجازية والطائف حجازية . انظر : معجم البلدان (٢١٩/٢) ، بلوغ الأرب (٢٥٥/٢) .

(٧) انظر : المبسوط (١٨/٢١) ، بدائع الصنائع (٧٩/٦) ، البناية على الهداية (٥٥/٩) .

(٨) انظر : المبسوط (١٢٢/١٢) ، بدائع الصنائع (٢١٩/٦) ، هداية الراغب ص ٣٩٩ ، نيل المأرب (١٩٥/٣) .

١٩٦٩٠ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال : « المسافر وماله لعلي فقلت الأمام ومعناه لعلى هلاك » [(١)] .

١٩٦٩١ - قلنا : هذا الخبر ليس له أصل عن رسول الله ﷺ وإنما ذكره أهل اللغة عن بعض الأعراب فقد ندب النبي ﷺ إلى السفر وقال : « سافرو تغنموا » [(٢)] وهو عليه السلام لا يأمرنا للغالب منه الهلاك .

١٩٦٩٢ - قالوا [(٣)] : سافر بالوديعة بغير إذن صاحبها من غير ضرورة فلزمه ضمانها أصله إذا كان السفر مخوفًا .

١٩٦٩٣ - قلنا : لا نسلم أنه قبلها من غير إذن لأنه لما أطلق الإذن فعمومه يقتضي حفظها في كل حال والمعنى في السفر المخوف أنه لو أمسكها في مثله في الحضر لم يجز كذلك في السفر [(٤)] وإذا كان سفرًا مأمونًا لو أمسكها على ذلك الوجه في الحضر لم يضمن كذلك في السفر [(٥)] .

١٩٦٩٤ - قالوا [(٦)] : في الحضر إذا خاف عليها نقلها من حرز [(٧)] إلى حرز دونه

---

(١) انظر : كشف الخفاء (٢٦٧/٢) ط مؤسسة الرسالة . نقول : هذا ليس حديثًا وإنما هو وارد عن بعض السلف وتوهَّم من رواه حديثًا ثم على فرض أنه حديث فهو ضعيف كما ذكر العجلوني في كشف الخفاء (٢٦٧/٢) ولعل مراده ﷺ بذلك بيان الحالة في ذلك الوقت فإن المسلمين كانوا لا يأمنون خارج المدينة لغلبة الكفار ألا ترى أنه فيما أخبر من الأمر بعده قال : يوشك أن تخرج الظعينة من القادسية إلى مكة لا تخاف إلا الله تعالى والذئب على غنمها . انظر : المبسوط (١٢٢/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٩/٦) .

(٢) مسند بن حبيب (٥٩/١) ، رواه البيهقي في السنن الكبرى بنحوه (١٠٢/٧٥) باب قول الله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾ وأورده البيهقي في مجمع الزوائد بنحوه من طريق عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « سافروا تصحوا وتسلموا » وفيه عبد الله بن هارون وهو ضعيف . انظر : مجمع الزوائد (٢١٠/٣) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩١ .

(٤) قال السرخسي : « ولا يجوز أن يقيد مطلق أمره بالعرف والمقصود لأن النص مقدم على ذلك والمقصود مشترك فقد يكون قصده أن يحمل المال إليه خصوصًا إذا سافر إلى البلد الذي فيه صاحب المال » . انظر : المبسوط (١٢٢/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٩/٦) .

(٥) انظر : المبسوط (١٢١/١١ ، ١٢٢) ، البناية على الهداية (١٤٩/٩) ، كشاف القناع (١٧٤/٤) .

(٦) قال الشربيني الخطيب المغنى : « فإن دفنها بموضع له حرزًا وسافر ضمنها لأنه عرّضها للأخذ هذا إذا لم يعلم بها من ذكره » . انظر : مغني المحتاج (٨٢/٣) ، المجموع للنووي (١٨٥/١٤) .

(٧) الحرز : الموضع الحصن ويقال حرز حريز وحارز أي حصن حصين منيع . انظر : المنجد في اللغة والإعلام صـ ١٢٦ .

فصار كما لو حفظ الوديعة في موضع لا تحفظ فيه .

١٩٦٩٥ - قلنا : حرز الحضر أحفظ منه إلا أنه أطلق فاقتضى إطلاق الأمر حفظها بكل حال نقلها إلى ما دون الأحفظ نقلها في الحضر من الحرز إلى حرز دونه فأما إذا حفظها حيث لا تحفظ فهو كما لو سافر بها في الطريق لا يسافر بمثلها فيه [1] .

* * *

---

(١) قال الإمام العيني « وأجمعوا على أنه إن كان الطريق مخوفًا يضمن كيفما كان ثم قال : وأجمعوا على أنه لو سافر بالوديعة في البحر يضمن » . انظر : البناية على الهداية (١٤٩/٩) .

مسألة ٩٩٣

إيداع المودع الوديعة زوجته أو ولده

١٩٦٩٦ – قال أصحابنا : إذا استحفظ المودع الوديعة زوجته أو ولده والذي في عياله أو خادمه لم يضمن (١) .

١٩٦٩٧ – قال الشافعي : يضمن إلا أن يستحفظها استعانة بها من غير أن تغيب عن عينه (٢) .

١٩٦٩٨ – لنا : أنها حصلت في يده بأمر مالكها فلم يضمنها بتسليمها إلى زوجته أصله العارية (٣) ولأنها أمانة في يده فإذا استحفظها زوجته لم يضمنا أصله الإجازة (٤) ولأنه مؤتمن فجاز أن يحفظ الأمانة بغيره كالوصي (٥) .

١٩٦٩٩ – ولأنه لم يسلم الوديعة إلى من في عياله حصلت في أيديهم حكمًا لأن المودع إذا تركها من منزله وخرج ليعرفه صارت الدار وما فيها في أيديهم فإذا سلمها إليهم لم يضمن بالتسليم .

١٩٧٠٠ – احتجوا (٦) : بأنه أودع الوديعة بغير إذن صاحبها من غير حاجة فلزمه

---

(١) انظر : الجامع الصغير صـ ٤٣١ ، قال السرخسي في المبسوط : « فإن دفعها إلى بعض من في عياله من زوجته أو ولده أو والديه أو أجيره فلا ضمان عليه إذا هلكت استحسانًا وفي القياس هو ضامن » انظر : المبسوط (١٠٩/١١) ، بدائع الصنائع (٢١٧/٦) ، شرح فتح القدير (٤٥٢/٧) ، البناية على الهداية (١٣٣/٩ ، ١٣٤) ، الهداية (٢١٥/٣) ، اللباب (٢٠٠/٢) ، وبه قال مالك انظر : جوهر الإكليل (١٤١/٢) ، حاشية الدسوقي (٣١٥/٣) ، شرح منح الجليل (٤٦٢/٣) ط دار الباز وبه قال أحمد انظر : المقنع (٢٧٨/٢) ، الشرح الكبير (٢٩٨/٧) ، كشاف القناع (١٧٣/٤) ، شرح الزركشي (٥٧٨/٤) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩١ ، فتح الوهاب (٢١/٢) ، المجموع للنووي (١٩٠/١٤) ، مغني المحتاج (٨١/٣) روضة الطالبين (٣٢٧/٦) .

(٣) انظر : المبسوط (١١٤/١١) ، البناية على الهداية (١٣٤/٩) .

(٤) قال السرخسي : « وذكر في جملة من في عياله الأجير والمراد التلميذ الخاص الذي استأجره مشاهرة أو مساهمة أما الأجير يعمل من الأعمال كسائر الأجانب يضمن الوديعة بالدفع إليه » . انظر : المبسوط (١١٠/١١ ، ١١٤) ، البناية على الهداية (٣٧٧/٩ ، ٣٨٧) .

(٥) انظر : الجامع الصغير صـ ٤٣١ ، المبسوط (١١٠/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) ، البناية على الهداية (١٣٤/٩) اللباب (٢٠٠/٢) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩١ .

الضمان أصله إذا أودعه من أجنبي [١] .

١٩٧٠١ - قلنا : تسليمها إلى عبده وزوجته ليس بإيداع وإنما هو استخدام واستحفاظ [٢] ألا ترى أن المودع سافر ويده يد مودعه ويدهم غير متميزه من يده ولا منفردة وحرزهم حرز واحد فهو كما لو وضعها في بيته ثم استحفظها لأهل البيت [٣] .

١٩٧٠٢ - ولأن الأجنبي لا يقتضي الإيداع حصول العين في يده حكمًا فلم يجز تسليم الوديعة إليه نصًا وليس كذلك الزوجة [٤] لأن الإيداع اقتضى كون الوديعة في يدها حكمًا فلم يضمن بالتسليم إليها استحفاظًا وأمرًا [٥] .

* * *

(١) انظر : المجموع للنووي (١٩٠/١٤) ، مغني المحتاج (٩٢/٣) ، روضة الطالبين (٣٢٧/٦) .
(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) .
(٣) انظر : المبسوط (١١٠/١١ ، ١١٤) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) .
(٤) انظر : المبسوط (١١٠/١١) ، جواهر الإكليل (١٤١/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٢٣/٣) .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٩/٦) ، البناية على الهداية (١٣٤/٦) .

مسألة ٩٩٤

حكم إذا أودع الوديعة فهلكت

١٩٧٠٣ – قال أبو حنيفة [ﷺ] : إذا أودع الوديعة فهلكت ضمن المودع الأول ولم يضمن الثاني (١) .

١٩٧٠٤ – وقال أبو يوسف ومحمد : للمالك أن يضمن أيهما شاء .

١٩٧٠٥ – وبه قال الشافعي (٢) .

١٩٧٠٦ – لنا : قوله ﷺ : « ليس على المودع غير المغل » (٣) ضمان (٤) ولأنه مودع لمؤتمن فإذا هلكت الوديعة في يده لم يضمنها كمودع الصبي .

١٩٧٠٧ – والشريك والمضارب (٥) .

١٩٧٠٨ – فإن قيل : المعنى في الأصل أنه قبض ماله لأن يقبضه فلم يلزمه الضمان وفي مسألتنا قبض ما ليس له أن يقبضه فلذلك لزمه الضمان (٦) .

١٩٧٠٩ – قلنا : علة الأصل تبطل (٧) بمن اضطر إلى مال غيره فقد قبض ماله لأن يقبضه وعليه الضمان ، وكذلك المشترى إذا قبض البيع فهو مضمون بالقبض وقد قبض

(١) انظر : الجامع الصغير صـ ٤٣٢ ، المبسوط (١٣٢/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) ، شرح فتح القدير (٤٦١/٧) ط دار إحياء التراث العربي بيروت ، البناية على الهداية (١٥٩/٩) الهداية (٢١٨/٣) ، وهو ما ذهب إليه مالك انظر : جواهر الإكليل (١٤١/٢) ، بداية المجتهد (٢٣٤/٢) ، شرح فتح الجليل على مختصر خليل (٤٦٢/٣) ط الباز ، وبه قال الإمام أحمد في رواية انظر : المقنع (٢٧٩/٢ ، ٢٨٠) ، المغني لابن قدامة (٢٨٢/٧) ، الشرح الكبير (٢٩٩/٧) ، شرح الزركشي (٥٧٨/٤) .

(٢) انظر : الجامع الصغير صـ ٤٣٢ ، المبسوط (١٣٢/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) ، النكت للشيرازي ورقة ١٩١ ، المجموع للنووي (١٨٩/١٤) ، مغني المحتاج (٨٢/٣) ، روضة الطالبين (٣٢٧/٦) ، حلية العلماء (١٧٣/٥) وبه قال أحمد وهو ما عليه المذهب انظر : المقنع (٢٧٩/٢ ، ٢٨٠) ، المغني لابن قدامة (٢٨٢/٧) ، الشرح الكبير (٢٩٩/٧) كشاف القناع (١٧٤/٤) ، شرح الزركشي (٥٧٨/٤) .

(٣) المغل : الخائن نصيب الراية (١١٥/٤) .

(٤) رواه الدارقطني (٤١/٣) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده والبيهقي في السنن الكبرى بنحوه (٨٩/٦ ، ٩١) .

(٥) البناية على الهداية (٨٤/٩) ، الهداية (٢٠٦/٣ ، ٢٠٧) .

(٦) المجموع للنووي (١٩٠/١٤) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

ماله قبضة وعلة الفرع تبطل بالصبي والعبد المحجور إذا قبل الوديعة فتلفت لم يضمن أو قد قبضا ما ليس لهما أن يقبضاه (١) .

١٩٧١٠ - ولأنه قبض واحد فلا يتعلق به ضمان على اثنين على كل واحد منهما في جميع المقبوض الغاصب (٢) .

١٩٧١١ - فإن قيل : المودع الثاني بالقبض والأول برفع يده عنها وتركه حفظها وإن لم يكن هناك يد أخرى (٣) .

١٩٧١٢ - قلنا : رفع يده إنما يكون بانفراد الثاني باليد فيها ألا ترى أنه بالدفع إليه لا يضمن ولا يقبض الثاني لأن له قبضها والأول حاضر ولم يضمن واحد منهما هذا القبض لأن يد الأول باقية باستحفاظها نقلًا من بين يديه وتحمل الحمال معه .

١٩٧١٣ - فعلم أن قولهم رفع يده عنها إلى غير مستحقها فهو قولنا أن الضمان يتعلق بقبض الثاني (٤) فأما إذا تركها في الصحراء فلم يضمنها بإزالة يده وإنما يضمنها بتضييعها (٥) وتسليمها إلى المودع الثاني ليس بتضييع (٦) .

١٩٧١٤ - ولأن عمل الثاني رفع الأول بدلالة أن ما يلزمه الضمان يرجع به عليه وقد وجب بهذا العمل الضمان على الأول ولا يجب على الثاني كالأجير المشترك إذا دق أجيره الثوب فحرقه ولا يلزم المودع إذا استأجر من نقض له ثوب الوديعة ، لأن الضمان وجب على الثاني على المودع يقتضي الأجير لا بتحريقه (٧) .

١٩٧١٥ - ولا يلزم قبض المشتري من المودع ؛ لأن عمله لم يقع للمودع وإنما وقع قبضه لنفسه بدلالة أنه لا يرجع عليه بالضمان (٨) فإذا قبضها عند الاختيار لم يضمن

---

(١) انظر : المبسوط (١٢٠/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٧/٦) ، المقنع (٢٨٢/٢) ، كشاف القناع (١٧٤/٤) .

(٢) انظر : المبسوط (١٣٢/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩١ .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (٤٦١/٧ ، ٤٦٢) .

(٥) قال الإمام العيني في ضمان الوديعة : وكل أمر يتخوف منه فهو عورة وكذلك كل أمر يستحق منه ، ومنه عورة الإنسان وعورة الجبال شقوقها ، ويقال : عورة المكان إذا بدا منه موضع خلل وكذلك أعور الفارس ورجل أعور مختل العين . انظر : البناية على الهداية (١٥٩/٩) ، وقال ابن قدامة : « و إن دفنها في موضع ولم يعلم بها أحد ضمنها لأنه فرط في حفظها » انظر : المغني لابن قدامة (٢٨٣/٧) ، شرح الكبير (٣٠٤/٧) .

(٦) انظر : المبسوط (١٣٢/١١) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) .

(٧) انظر : المبسوط (١٣٢/١١ ، ١٣٣) ، شرح فتح القدير (٦٢/٨) ، اللباب (٩٣/٢) .

(٨) انظر : المقنع (٢٧٩/٢) ، كشاف القناع (١٧٤/٤) .

كمودع المستأجر وعكسه إذا أخذها بغير أمر المودع [١] .

١٩٧١٦ - ولأن مالا يضمن به مودع المستأجر لا يضمن به مودع المودع أصله إذا أودعه إياها وهو معه ولم يفارقه [٢] .

١٩٧١٧ - احتجوا : بأن الثاني أخذ مال غيره ولم يجز له وأخذه وهو من أهل الضمان فوجب عليه الضمان أصله الغاصب والمشتري من الغاصب [٣] .

١٩٧١٨ - قلنا : لا نسلم أنه أخذ ما لم يجز له أخذه لأنه إذا سلم إليه ليحفظها وهو حاضر أو ليحملها معه لم يضمن فالأخذ حصل وله أن يأخذ وإنما حصل التعدي من المودع بالإعراض عنها بعد التسليم وهذا المعنى لا صنع فيه للمودع الثاني [٤] فأما الغاصب والمشترى منه فدليل .

١٩٧١٩ - لأنه تعلق به الضمان فوجب على كل واحد ولم يجب على اثنين على كل واحد منهما في جميع المضمون [٥] .

١٩٧٢٠ - قالوا : أخذ الوديعة ممن لا يجوز له أخذها منه [٦] .

١٩٧٢١ - قلنا : الوصف غير مسلم على ما بينا والمعنى فيه أن إمساك المودع لم يقع للصبي بدلالة أنه لا يرجع عليه الضمان وفي مسألتنا العمل وقع له وقد وجب الضمان به فلم يجب على غيره .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٨/٦) .

(٢) انظر : المبسوط (١٣٢/١١) ، شرح فتح القدير (٤٦٢/٧) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩١ .

(٤) انظر : المبسوط (١٣٢/١١) شرح فتح القدير (٤٦٢/٧) .

(٥) انظر : الهداية (١١/٤) وما بعدها .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة (٤٦٢/٧) .

مسألة ٩٩٥

الإيداع لدى الصبي المال وإتلافه إياه

١٩٧٢٢ - قال أبو حنيفة : إذا أودع رجل صبيًا مالًا أو أقرضه إياه فأتلفه فلا ضمان عليه [١]

١٩٧٢٣ - وقال أبو يوسف : عليه الضمان وهو المشهور .

١٩٧٢٤ - من قول الشافعي : ومن أصحابه من قال : فيها وجه آخر مثل قول أبي حنيفة [٢] .

١٩٧٢٥ - لنا : أن المقرض أذن في الاستهلاك ومن أذن للصبي في استهلاك ماله ففعل لم يضمن فكذلك إذا كان الإذن في مضمون كلامه ولأن من عادة الصبي إتلاف الأموال [٣] فإذا مكنه من ماله مع علمه بعادته فكأنه رضى بإتلافه [٤] يبين هذا أن من قدم شعيرًا إلى دابة أو لحمًا إلى هرٍّ [٥] كان ذلك رضًا بإتلافه ومن وصى بإتلافه لم يجز له تضمين المتلف كما لو أذن في ذلك صريحًا .

١٩٧٢٦ - ولا يلزم إذا أودع صبيًا مأذونًا لأن الولي لا يأذن للصبي إلا إذا علم أن عادته المثل [٦] ولا يلزم إذا أودع سكرانًا مالًا لا يعرف قيمته في ذلك .

١٩٧٢٧ - ولا يلزم إذا أودعه عبدًا فقتله ؛ لأن الصبيان لم تجر عادتهم بقتل العبد

---

(١) قال أبو حنيفة : « لا يضمن » وهو وجه للشافعي انظر : المبسوط (١١/١١٩ ، ١٢٠) ، بدائع الصنائع (٦/٢٠٧) ، المجموع للنووي (١٤/١٧٥) ، روضة الطالبين (٦/٣٢٥) ، مغني المحتاج (٣/٨١) ، وبه قال مالك انظر : جواهر الإكليل (٣/١٤٤) ، حاشية الدسوقي (٣/٤٣٢) ، حاشية رد المحتار (٥/٦٦٣) وبه قال أحمد في المذهب انظر : المقنع (٢/٣٨٢) ، كشاف القناع (٤/١٧٨) ، شرح منتهى الإرادات (٢/٤٤٥) ط دار الفكر حلية العلماء للقفال (٥/١٦٨) .

(٢) انظر : المبسوط (١١/١٢٠) ، بدائع الصنائع (٦/٢٠٧) ، حاشية رد المحتار (٥/٦٦٣) وهو وجه للشافعي انظر : المجموع للنووي (١٤/١٧٥) ، روضة الطالبين (٦/٣٢٥) ، مغني المحتاج (٣/٨١) ، نهاية المحتاج (٦/١١٤) . المقنع (٢/٢٨٢) ، كشاف القناع (٤/١٧٨) ، شرح منتهى الإرادات (٢/٤٥٥) .

(٣) انظر : المبسوط (١١/١٢٠) ، بدائع الصنائع (٦/٢٠٧) .

(٤ ، ٥) انظر : المبسوط (١١/١١٩) ، بدائع الصنائع (٦/٢٠٧) ، حلية العلماء للقفال (٥/١٦٨) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٦/٢٠٧) ، المبسوط (١١/١١٩) ، شرح منتهى الإرادات (٢/٤٥٥) .

فلم يكن إيداعه رضًا بالقتل ولا يقال له لو ألقى ماله في البرية فقد رضي بإتلافه مع هذا لو أتلفه متلف ضمن ؛ لأنه ألقاه في الطريق رضى بإتلافه من ليس بمعنى والإباحة لمن ليس بمعنى لا يتعلق بها حكم كما لو قال أيحب واحد من الناس إتلافه ؛ لأن إتلاف الوديعة ضمان يختص بالأموال [1] . فإذا وجد من الصبي الوديعة لم يضمنها للتضييع والدلالة عليها أنه لم يتلفها فلا يلزم القتل لأنه ضمن لا يختص بالأموال .

١٩٧٢٨ – احتجوا : بأن من ضمن المال بالإتلاف قبل الإيداع ضمنه بعده أصله البالغ [2] .

١٩٧٢٩ – قلنا : البالغ يضمن بالتضييع بالإتلاف [3] والصبي الوديعة بالتضييع فجاز أن يسقط عنه ضمانها بالإتلاف .

١٩٧٣٠ – ولا يلزم العبد إذا قبله لأنا عللناه لسقوط الضمان بالإتلاف في الجملة ولا يعلل لأعيان المتلفات [4] .

١٩٧٣١ – قالوا : يضمنه الصبي قبل الإيداع فكذا يضمنه بعده أصله العبد إذا / قتله [5] . ٢٢/أ

١٩٧٣٢ – قلنا إيداع العبد ليس بتعريض من المولى لإتلافه فلم يسقط ضمان الإتلاف وإيداع الطعام والأموال للصبيان تعريض من مالكها بالاتلافها فأسقط ذلك [6] ضمانها ولأن المال إذا أتلفه الصبي فقد ضيع الحفظ منه عند الإتلاف وذلك معنى لا يضمن به الصبي الوديعة فإذا أتلفها فهو من جنس الضمان كالأول ، وأسباب الضمان عند أبي حنيفة إذا تكررت من جنس واحد لم يجب الثاني [7] وأما القتل فقد ضيع الحفظ فيه حين قصد قتله وذلك لا يتعلق به الضمان لم يجز بغيره القتل وهو من غيره

---

(١) قال السرخسي : « استحفاظ من لا يحفظ تضييع للمال فكأنه ألقاه على قارعة الطريق ولو فعل ذلك فأتلفه صبي كان ضامنًا » . انظر : المبسوط (١١/١١٩) .

(٢) انظر : المجموع للنووي (١٤/١٧٦) ، روضة الطالبين (٦/٣٢٥) ، مغني المحتاج (٣/٨١) ، المقنع (٢/٢٨٢) .

(٣) أي أن الوديعة إذا ضاعت بإتلافه وكان سببًا في ذلك فإنه يضمن انظر : بدائع الصنائع (٦/٢١١) .

(٤) قال السرخسي : « وإن هلكت الوديعة عند الصبي والعبد فلا ضمان عليها لانعدام صنيع موجب الضمان » انظر : المبسوط (١١/١٢٠) ، بدائع الصنائع (٦/٢٠٧ ، ٢١١) .

(٥) انظر : النكت للشيرازي ورقة ١٩٢ .

(٦) انظر : المبسوط (١١/١١٩) ، بدائع الصنائع (٦/٢٠٧) .

(٧) انظر : المبسوط (١١/١١٩) .

ضمن الضمان الأول فجاز أن يثبت حكمه [١] ولهذا قال : إن العين المغصوبة لو زادت فباعها الغاصب لم يضمن الزيادة [٢] ولو كانت جارية فقتلها ضمنها زائدة .

١٩٧٣٣ - فإن قيل : الإيداع استحفاظ من طريق الصريح فلا يجوز أن يجعل رضًا بالاستهلاك .

١٩٧٣٤ - قلنا : هو استحفاظ باللفظ وإباحة في المعنى وقد يجب الرجوع إلى معنى الكلام ويسقط صريحه ألا ترى أنه لو قال لا تودع الوديعة جاز له أن يودعها إذا وقع الحريق فلم يعتبر صريح اللفظ واعتبر معناه [٣] .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (١١/١١٩) .

(٢) قال السرخسي : « وعندنا سبب وجوب الضمان تفويت يد المالك وذلك بابتداء الغصب فتعتبر قيمتها عند ذلك فإن باعها وسلمها بعد ما صارت قيمتها ألفين بالزيادة المتصلة فهلكت عند المشتري ثم جاء صاحبها فله الخيار إن شاء ضمن قيمتها يوم قبض العين وإن شاء ضمن الغاصب ؛ لأن المشترى معتدٍ بقبضها لنفسه على طريق التمليك وهذا في القبض تفويت يد المالك حكمًا على ما بيّنا أنه كان متمكنًا من استردادها من الغاصب وقد زال بقبض المشتري على التمليك لنفسه فيقبض قيمتها وذلك ألفا درهم بمنزلة ما لو غصبها غاصب من الأول بعد الزيادة فإن للمالك أن يضمن الغاصب الثاني قيمتها وقت غصبه .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٦/٢٠٨) .

مسألة ٩٩٦

حكم إذا تعدى المودع في الوديعة ثم زال التعدي

١٩٧٣٥ - قال أصحابنا : إذا تعدى المودع في الوديعة ثم أزال التعدي زال الضمان فعادت العين إلى الأمانة [١] .

١٩٧٣٦ - وقال الشافعي : لا يزول الضمان بإزالة التعدي فإن أذن له المالك في إمساكها بعد إزالة التعدي أو أبرأه من ضمانها زال الضمان في ظاهر المذهب .

١٩٧٣٧ - ومن أصحابه من قال : لا يزول الضمان إلا بأن يأخذها من يده وإذا تعدى الوكيل هل ينعزل عن الوكالة بالبيع فيه وجهان [٢] .

١٩٧٣٨ - لنا : قوله ﷺ : « من أودع وديعة فهلكت فلا ضمان عليه » [٣] .

١٩٧٣٩ - فإن قيل : لا نسلم أنها هلكت وهي وديعة .

١٩٧٤٠ - قلنا [٤] : لسنا نرجع تسميتها وديعة إلى حكم وإنما نرجع إلى اللغة والعرب تسميها وديعة مع وجود التعدي أو بعده ولأنه استعمال ضمنت به الوديعة فإذا زال ضمانها كما لو استعملها غير المودع فأخذها المودع [٥] .

١٩٧٤١ - ولأن كل يد لو عادت الوديعة إليها بعد استعمال الأجنبى زال الضمان إذا عادت إليها بعد استعمال المودع زال الضمان أصله وكيل المالك [٦] ولأن الوديعة

---

(١) وبه قال مالك انظر : المبسوط (١١٢/١١) ، شرح فتح القدير (٤٥٦/٧) ، حاشية رد المحتار (٦٦٩/٥) ، البناية (١٤٣/٩) ، الهداية (٢١٦/٣) ، والاختيار (٢٧٧/٢) ، المسألة في اللباب (١٩٨/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٢٠/٤) ، بداية المجتهد (٤٠٠/٢) .

(٢) وبه قال أحمد . انظر : النكت ٧٩٢ ، المهذب (٣٦٢/١) ، مغني المحتاج (٨٨/٣) ، المغني لابن قدامة (٤٠١/٦) ط مكتبة زهران ، كشاف القناع (١٧٥/٤) .

(٣) رواه بن ماجه في سننه (٨٠٢/٢) من طريق عمرو بن شعيب ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٨٩/٦) من طريق عمرو بن شعيب باب لا ضمان على مؤتمنه .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٤/٥) .

(٥) أي أن الأمر باقٍ على إطلاقه حتى ولو تعدى المودع في الوديعة فإن ذلك لا يخرج الوديعة عن كونها وديعة في اللغة وفي الشرع . انظر : فتح القدير (٤٨٩/٨) .

(٦) انظر : فتح القدير (٤٩٠/٨) ، نتائج الأفكار (٤٨٨/٨) ، رد المحتار (٤٩٨/٤) .

محفوظة بعينها لصاحبها في الحرز المأذون فيه من غير إيقاع فعل فيها ولا منع فأشبه إذا لم يتعدى [١] .

١٩٧٤٢ - ولأن أمر المالك بحفظ الوديعة عام في عموم الأوقات [٢] والتعدي لا يبطل الأمر وإذا زال التعدي فقد أمسك العين بيد قامت مقام يد المالك بأمره فصار كما لو ردها على وكيله بقبض ودائعه [٣] .

١٩٧٤٣ - وهذا الدليل مبني على دعاوى ثلاث أحدها : أن يد المودع كمودعه [٤] ، والثانية : أن أمره عام في عموم الأوقات [٥] الثالثة : أن التعدي لم يبطل أمره بالحفظ [٦] .

١٩٧٤٤ - فأما الدليل على أن أمره قائم مقام يد المالك فهو أن العين لمنفعته فصار كوكيله وكوصي اليتيم [٧] ولأن العين لو هلكت في يده فلحقه ضمان رجع به على المودع عندنا وهو أحد القولين [٨] .

١٩٧٤٥ - وأما الدليل على عموم الأمر فلأن قوله احفظها لا يختص بوقت دون وقت ولهذا ملك إمساكها على التأبيد ولأن من تتعلق بقوله حكم يجب اعتبار عموم كلامه كصاحب الشريعة [٩] .

١٩٧٤٦ - والدليل على أن التعدي لا يبطل الأمر : لو أن رجلًا وكل رجلًا ببيع عبده بألف فباعه بخمسمائة ثم باعه بألف جاز [١٠] ولو كان التعدي يبطل الأمر انعزل عن الوكالة وكذلك لو أمره بعتق عبده ثم أعتقه أو باعه ثم اعتقه جاز العتق وبرئ بذلك من الضمان [١١] .

---

(١) انظر : المبسوط (١١٢/١١) .

(٢) انظر : فتح القدير (٤٨٩/٨) نتائج الأفكار (٤٨٩/٨) ، البحر الرائق (٢٧٧/٧) .

(٣) انظر : الاختيار (١٨٣/٢) . (٤) انظر : الاختيار (١٩٥/٢) .

(٥ ، ٦) انظر : البحر الرائق (٢٧٧/٧) .

(٧) أي أن وصي اليتيم يقوم مقام الأب وللأب التصرف فيما يعود على الصغير بالنفع فإذا تعدى الأب في مال الصغير ثم زال التعدي لا يكون ضامنًا فكذا وصي اليتيم لأنه يقوم مقامه . انظر : مجمع الأنهر (٢/ ٧٢٥) ، وفتح القدير (٤٩٠/٨) .

(٨) أي أن الوديعة لا تضمن بالهلاك بلا تعد كسرقة ولو وجدها إلا في صورتين :

١ - إذا كانت الوديعة بأجر . ٢ - إلا إذا أعارها فهلكت عند مستعيرها ضمنها . انظر : المنتقى (٣٣٧/٢) .

(٩) انظر : فتح القدير (٤٨٩/٨) ، البحر الرائق (٢٧٧/٧) .

(١٠ ، ١١) انظر : الاختيار (١٨٥/٢) .

١٩٧٤٧ - فإن قالوا : بيعه بأجل فيما أمر يجب فلا يبطل الأمر .

١٩٧٤٨ - قلنا : لا نسلم ذلك بل هو بيع موقوف على الإجازة ولأن البيع الموقوف فيما تناوله الأمر لا يبطل الأمر . أصله أو أمر صاحب الشريعة .

١٩٧٤٩ - فإن قيل : لأن المكلف لا يملك الضمان لأموال المودع والمودع يملك فسخ الوديعة .

١٩٧٥٠ - قلنا : لا يملك عندنا فسخ الوديعة بغير حضرة صاحبها كما لا يملك إبطال أمر اللّه تعالى ورده .

١٩٧٥١ - فإن قيل : لو جحد الوديعة أبطل الأمر بالإمساك وبمثله جحدًا بأوامر اللّه تعالى لا يؤثر في إسقاطها عن المكلف .

١٩٧٥٢ - قلنا : رد الأمر كفر وذلك يسقط الأوامر كلها عن المأمور عندنا حتى لا يلزمه شيء منها بعد السلامة كما يسقط الأمر بالجحود في مسألتنا .

١٩٧٥٣ - احتجوا : بما روى الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال : « على اليد ما أخذت حتى ترد » .

١٩٧٥٤ - قلنا : هذا الخبر يقتضي رد العين وذلك لا يكون إلا مع قيامها والخلاف بيننا في وجوب رد القيمة ولأن الخبر يقتضي وجوب ردها وهو مضمون بالأخذ والوديعة لا تكون مضمونة عليه بالأخذ فوجب حمل الخبر على الأعيان المضمونة بالأخذ .

١٩٧٥٥ - قالوا : وديعة تلفت ماله أو تلفت فيها ضمنها فوجب أن لا يزول ضمانها عنه بفعله . أصله إذا جحدها ثم اعترف بها .

١٩٧٥٦ - قلنا : يقتضي إذا أحضر الوديعة بعد التعدي ومكن المالك منها فلم يقبضها وتبطل بالمودع إذا أذن للمودع في عتق عبد الوديعة فتعدى فيه ثم أعتقه .

١٩٧٥٧ - ثم نقول بموجبها : لأن الضمان لا يسقط بفعل المودع لكن إمساكه بأمر صاحب الوديعة وأصلهم الجحود وهو غير مسلم في إحدى الروايتين فإذا قلنا بذلك سقط كلامهم في المسألة .

١٩٧٥٨ - وإن سلمناه فالمعنى فيه أن الجحود الذي تعلق به الضمان هو أن يكون بمحضر من المالك أو وكيله ولو جحد بغير حضرتهما لم يضمن فإذا جحد بحضرة المالك فقد صرف الحفظ عن نفسه ؛ لأن جحود العقود يقتضي فسخها ولهذا لو تجاحد

المتبايعان انفسخ البيع والمودع يملك عزل نفسه بمحضر صاحب الوديعة .

١٩٧٥٩ - فأما إذا انعزل فلم تعد الوديعة إلا بعقد مستأنف وليس كذلك التعدي مع الاعتراف ؛ لأنه لم يرد الأمر بالحفظ فلذلك زال الضمان بزوال سببه .

١٩٧٦٠ - قالوا : وديعة ضمنت بسبب فجاز بقاء الضمان مع زوال السبب كما لو ضمنها ثم بدلها .

١٩٧٦١ - قلنا : الأصل غير مسلم ؛ لأنه إذا منع الاعتراف فالضمان يجب بالتعدي مع بقاء الأمر فيزول بدلها للمالك أخذها أو لم يأخذها .

١٩٧٦٢ - ولو سلمنا ذلك فلأن الضمان وجب بالمنع وذلك لا يزول إلا بالرد والتخلية وفي مسألتنا وجب الضمان بالركوب فإذا نزل عنها فقد زال المعنى الموجب للضمان فوجب أن يسقط الضمان .

١٩٧٦٣ - قالوا : تضمن الوديعة بعدوان فوجب أن تبطل بالاستئمار . أصله إذا جحد الوديعة ثم اعترف بها .

١٩٧٦٤ - قلنا : لا نسلم أن الاستئمار في الجحود بطل بضمان الوديعة ولا بالعقد وإنما ضمن برد الاستئمار حين زعم أنه يمسكها بنفسه وهذا لا يوجد في التعدى .

١٩٧٦٥ - والمعنى في الجحود أن الضمان وجب بالمنع من المالك والمنع لا يزول بالاعتراف وإنما يزول بالتخلية وفي مسألتنا الضمان وجب بالمخالفة وقد زالت بترك التعدي فعادت العين إلى يد المودع كما كانت .

١٩٧٦٦ - قالوا : ما مضى بإخراجه من الموضع المأذون فيه لم يبرأ برده إليه من غير إذن مجرد . أصله : إذا استأجر دابة إلى الكوفة فأخرجها إلى القادسية ثم رد فإذا أزال التعدي فقد عادت العين إلى يد تقوم مقام يد المالك فعاد إلى الكوفة .

١٩٧٦٧ - قالوا : ولذلك قلتم في المستعير إذا تعدى ثم زال التعدى لم يبرأ من الضمان .

١٩٧٦٨ - قلنا : يد المستأجر ويد المستعير غير قائمة مقام يد المالك لأن كل واحد منهما يمسك الشيء لمنفعة نفسه فإذا تعدى ثم أزال التعدي فلم يرد العين إلى يد تقوم مقام يد المالك ويد المودع .

١٩٧٦٩ - وقد دللنا على أنها قائمة مقام يد المالك فكان ردها إلى وكيله .

١٩٧٧٠ – ومن أصحابنا من قال : إذا أجره إلى الكوفة ذهابًا فتجاوزها ثم رجع إليها برأ من الضمان . لأنه مستعمل للدابه بأمر مالكها فكأنه أجرها منه بعد التعدي . وأما إن أعاره أو أجره ذهبًا فتجاوز ثم ردها إلى الكوفة لم يبرأ لأنه ليس بمستعمل لها بأمر مالكها فلم يبرأ من الضمان .

١٩٧٧١ – قالوا : من ضمن شيء بإخراجه من الحرز على وجه العدوان لم يزل عنه الضمان برده إلى الحرز كالسارق إذا أخرج الشيء من حرزه ثم رده إليه .

١٩٧٧٢ – قلنا : الضمان عندنا لا يزول برد الوديعة إلى الحرز ولكن بردها إلى يد تقوم مقام يد المالك بأمره وهذا لا يوجد في السارق إذا رد العين إلى بيت المالك .

* * *

مسألة ٩٩٧

حكم إذا أودعه كيسًا مسدودًا فحله أو صندوقًا مقفولًا ففتحه

١٩٧٧٣ - [قال أصحابنا] (١) إذا أودعه كيسًا مسدودًا فحله أو صندوقًا مقفولًا ففتح القفل لم يضمن الوديعة (٢) .

١٩٧٧٤ - وقال/ الشافعي : يضمنها (٣) ٢٢٢/ب

١٩٧٧٥ - لنا : من ملك حفظ الأمانة مسدودة ملك حفظها ظاهرة كالأب والوصي (٤) ولأنه بيده في المال وهي ثابتة مع السد وبعد الحل على وجه واحد فإذا لم يضمن في أحد الموضعين لم يضمن في الآخر ولأن الحل ليس بتضييع المال لأن من يتمكن من أخذ الكيس مفتوحًا يتمكن من أخذه مسدودًا والمودع إذا لم يضيع الحفظ لم يضمن كاليقين .

١٩٧٧٦ - احتجوا : بأنه يملك الوديعة فصار كما لو نقب البيت وتركها (٥) فيه .

١٩٧٧٧ - قلنا يبطل إذا أودعه دراهم فسدها في كيس ثم حله والمعنى في الأصل أنه ضيع الحفظ حتى مكن منها .

١٩٧٧٨ - وفي مسألتنا حل الكيس ليس بتمكين من الوديعة ؛ لأن من يقدر على ما في الكيس يقدر على أخذه بسده وإذا لم يضع لم يحفز ولم يضمن .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط في جميع النسخ وأثبتناها تماشيًا مع سياق المصنف .

(٢) انظر : المبسوط (١١٠/١١) ، انظر : تبيين الحقائق (٧٨/٥) ، فتح القدير (٤٨٩/٨) .

(٣) ما ذكره المصنف أحد الوجهين عند الشافعية : فالوجه الأول : أنه لا يضمن ما فيه وإنما يضمن الختم الذي تصرف فيه ، والوجه الثاني : أنه يضمن انظر : المهذب (٣٦١/١) ، المجموع (١٩١/١٤) ، مغني المحتاج (٨٩/٣) ، روضة الطالبين (٣٣٤/٦) .

(٤) انظر : فتح القدير (٤٨٩/٨) .

(٥) انظر : النكت ورقة ١٩١ .

مسألة ٩٩٨

حكم إذا قال المودع لا تخرج الوديعة من هذا البيت فأخرجها إلى بيت آخر في الدار

١٩٧٧٩ - قال أصحابنا : إذا قال المودع احفظ الوديعة في هذا البيت ولا يخرجها منه فأخرجها إلى بيت آخر في تلك الدار فهلكت لم يضمن وهذا محمول على أن البيت الثاني كالأول في الحرز أو أحرز (١) .

١٩٧٨٠ - وقال الشافعي : يضمن (٢) .

١٩٧٨١ - لنا : أن الدار حرز واحد بدلالة أن من ثبت (٣) فيها فنقله إلى آخر لم يقع والحرز الواحد لا فائدة في تخصيص بعضه دون بعض وما لا فائدة فيه من الأمر سقط في الإيداع كما لو قال أنقلها بيمينك دون شمالك وضعها في يمين البيت دون يساره (٤) .

١٩٧٨٢ - احتجوا : بأنه نقل الوديعة من حرزها الذي نهاه المودع عن إخراجها منه من غير ضرورة فوجب أن (٥) يلزمه ضمانها أصله إذا قال احفظها في هذه الدار ولا يخرجها إلى دار أخرى (٦) .

١٩٧٨٣ - قلنا : الدار كل واحد حرز على حاله بدلالة أن من أخذ شيئًا من إحدى الدارين إلى الأخرى وجب عليه القطع ومتى اختلف الحرز كان في التخصيص فائدة وهذا لا يوجد في الدار الواحدة (٧) وأما إن أخرجه من الدار وقد نهاه عن الإخراج ضمن .

---

(١) ما ذكره المصنف هو الاستحسان وفي القياس يضمن ، ووجه القياس : لأنه خالف أمره نصًا فهو كما لو قال : أخبأها في دارك هذه فخبأها في دار أخرى فهلكت انظر : المبسوط (١٢١/١١) ، الهداية (٢١٨/٣) ، الاختيار (٢٨٠/٢) ، مجمع الأنهر (٣٤٣/٢) وهو أحد الوجهين عند الشافعية انظر : المهذب (٣٦٠/١) ، النكت ورقة ١٩١ .

(٢) انظر : النكت ورقة ١٩١ ، المهذب (٣٦٠/١) ، مغني المحتاج (٨٤/٣) ، نهاية المحتاج (١٢٠/٦) .

(٣) في (ن) : [بيت] .

(٤) انظر : المبسوط (١٢١/١١) ، الاختيار (٢٨٠/٢) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) انظر : النكت ورقة ١٩١ ، المهذب (٣٦٠/١) ، مغني المحتاج (٨٤/٣) ، نهاية المحتاج (١٢٠/٦) .

(٧) انظر : المبسوط (١٢١/١١) .

١٩٧٨٤ - ومن أصحاب الشافعي من قال في البيتين وجه آخر أنه لا يضمن إذا كان المنهي عنه [مثل المأجور] (١) أو أحرز .

١٩٧٨٥ - قالوا : وكذلك في الدارين (٢) .

١٩٧٨٦ - لنا : أن الدارين تختلف في الحرز وتتفاوت وقد رضي المالك بأحدهما ونهى عن غيرها فصارت الأخرى كدار في بلد آخر (٣) .

١٩٧٨٧ - احتجوا : بأن أعيان المواضع لا فائدة فيها وإنما الفائدة في الحفظ فإذا كانت الدار الثانية مثل الأولى وأحرز صارت كالبيتين من دار واحدة (٤) .

١٩٧٨٨ - الجواب : أن الثانية وإن كانت أحرز فيجوز أن يعلم المالك أن الثانية يتمكن وقد أزمع (٥) اللصوص عليها دون الآخر فيخصها هذا المعنى وهذا لا يوجد في البيتين

١٩٧٨٩ - لأن السارق إذا تمكن (٦) من بيت من دار مكن من جميعها .

* * *

---

(١) في (م) : [ميل المأمور] .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٨٤/٣) .

(٣) انظر : المبسوط (١٢١/١١) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٨٤/٣) .

(٥) في (ن) : [أربع] .

(٦) في (م) : [ممكن] .

مسألة ٩٩٩

حكم إذا أخرج الوديعة لينفقها أو الثوب ليلبسه

١٩٧٩٠ - قال أصحابنا : إذا أخرج الوديعة لينفقها أو الثوب ليلبسه فهلك فلا ضمان عليه (١) .

١٩٧٩١ - وقال الشافعي : يضمن ذلك أما إذا نوى أن ينفقها ولم يتلفها لم يتلفها بإجماع .

١٩٧٩٢ - وقال ابن شريح يضمنها (٢) .

١٩٧٩٣ - لنا : أن النقل فعل مأذون فيه يكون ضامنًا أصله إذا أخذها من المودع لينفقها ولأن النقل معنى لا يتعلق به الضمان فلم يبق إلا الإتلاف وكأنه نوى ذلك وهي في حرزه لم ينقلها فإذا نازع منازع في هذا .

١٩٧٩٤ - دللنا (٣) : عليه بقوله ﷺ : أن اللّه عفي لأمتي عما حدثت به نفسها ما لم يقولوا أو يعملوا (٤) .

١٩٧٩٥ - احتجوا (٥) : بأنه لا يجوز إخراجها من الحرز على هذا الوجه فإذا فعل فقد أوقع فعلًا في الوديعة - وجه التعدي لأن الفعل وإنما النية ممنوع منها وقد بينا أن مجرد النية لا يتعلق به الضمان (٦) .

* * *

(١) انظر : المبسوط (١١٢/١١) ، فتح القدير (٤٨٩/٨) ، مجمع الأنهر (٣٤١/٢) - الهداية (٢١٦/٣) .
(٢) انظر : مغني المحتاج (٨٩/٣) ، نهاية المحتاج (١٢٨/٦) ، روضة الطالبين (٣٣٤/٦) .
(٣) انظر : المبسوط (١١٢/١١) .
(٤) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٢٥٠/٢) وما بعدها .
(٥) روضة الطالبين (٣٣٤/٦) .
(٦) انظر : المبسوط (١١٢/١١) . وذلك لأن المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب فصارت دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق . انظر : البناية (٥٠٦/٧) .

مسألة ١٠٠٠

حكم إذا أذن رب الوديعة للمودع في تسلمها إلى آخر واختلفا

١٩٧٩٦ – قال أصحابنا : إذا أذن له صاحب الوديعة في تسليمها إلى فلان فالقول قول المودع أن يسلمها إليه (١) .

١٩٧٩٧ – وقال الشافعي : لا يقبل قوله (٢) .

١٩٧٩٨ – لنا : أن رب المال أقام المأمور بالقبض مقام نفسه فالقول قول المودع في التسليم إليه كما لو سلمها إلى المودع ولأنه ادعى التسلم إلى من يملك التسلم .

١٩٧٩٩ – فإن قيل : ادعى التسليم إلى من يأتمنه في الحفظ فصار كما لو ادعى التسلم إلى أجنبي (٣) .

١٩٨٠٠ – قلنا : الأجنبي لو صدقه صاحب الوديعة أنه سلم إليه لم يضمن كذلك إذا ادعى التسلم وله حق فيه لم يضمن .

* * *

(١) انظر : المبسوط (١٢١/١١) ، مجمع الأنهر (٣٤٥/٢) ، الاختيار (٢٧٩/٢) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٩١/٣) ، نهاية المحتاج (١٣١/٦) .

(٣) انظر : النكت ورقة ١٩٢ .

مسألة ١٠٠١

إذا كانت العين في يد رجل فادعاها رجلان

١٩٨٠١ - قال أصحابنا : إذا كانت العين في يدي رجل فادعاها رجلان كل واحد منهما يدعى أنه أودعه إياها فقال أودعني أحد كما ولا أعرفه بعينه استحلف لكل واحد منهما على الثبات [١] .

١٩٨٠٢ - وقال الشافعي : إن لم يدعيا عليه العلم بمالكها فلا يمين عليه وما الذي يضع بها فيه قولان : أحدهما تنزع من يده والآخر أنها تترك [٢] في يده إلى تبيين بما يعمل قال وإن ادعا أنه يعرف لمن هي استحلف لها يمين واحدة لا يعلم لأيهما هي [٣] .

١٩٨٠٣ - لنا : أن كل واحد منهما ادعى العين فأجاب بغير ما ادعى فلا يسقط اليمين على الدعوى كما لو ادعى كل واحد منهما الغصب فقال غصبتها من أحد [٤] وكما لو ادعى كل واحد منها دينًا عليه فأقر به لأحدهما لزمه لكل واحد يمين على الثبات كذلك هذا [٥] ولأنه ضيع الحفظ في الوديعة حين جهل صاحبها فصار كالغاصب .

١٩٨٠٤ - لنا : أن كل واحد منهما ادعى العين [٦] عليه فأجاب بغير ما ادعاه فلا يسقط اليمين على الدعوى [٧] كما لو ادعى كل واحد منهما الغصب فقال غصبتها من آخر [٨] وكما ادعى كل واحد منهما دينًا عليه فأقر به لأحدهما لزمه لكل واحد يمين

---

(١) انظر : المبسوط (١٣١/١١) ، بدائع الصنائع (٢١٠/٦) ، فتح القدير (٤٩٥/٨) ، البناية (٧٦٥/٧) ، مجمع الأنهر (٣٤٥/٢) ، الهداية (٢١٩/٣) .

(٢) في (م) : [تنزل] .

(٣) انظر : المجموع (١٩٨/١٤) ، نهاية المحتاج (١٣٢/٦) ، روضة الطالبين (٣٤٩/٦) .

(٤) انظر : الهداية (١٨٤/٢) .

(٥) انظر : الهداية (١٩٧/٣) .

(٦) في (م) : [الغير] وهو تحريف .

(٧) انظر : المبسوط (١٣١/١١) .

(٨) قال الإمام العيني : « وإذا كان العبد في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق وذلك لأن المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب فصارت دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق انظر : البناية (٥٠٦/٧) .

على الثبات كذلك هذا [١] ولأنه ضيع الحفظ في الوديعة حين جهل صاحبها فصار كالغاصب [٢] .

١٩٨٠٥ - احتجوا [٣] : بأنه إذا أقر لأحدهما فلو استحلفنا كل واحد حلف على ما أقر له وهذا لا يصح .

١٩٨٠٦ - قلنا : يبطل بالإقرار بالغصب والدين [٤] ولأنه أقر بغير يمين والاستحلاف يقع على المعين وهذا غير ما أقربه وقولهم لو استحلف لكل منهما لم تكن البداية بأحدهما أولى من الآخر ليس بصحيح لأن الثاني يبتدئ بأيهما شاء وإن أقرع بينهما تقدم خرجت قرعته أولًا .

* * *

(١) انظر : المبسوط (١٣١/١١) .

(٢) أي أن المودع إذا جهل صاحب الوديعة فقد ضيع الحفظ المراد فيصير ضامنًا كالغاصب إذا ضيع الشيء المغصوب أو أتلفه فعليه ضمانه . انظر : البناية (٣٤١/٨) .

(٣) انظر : روضة الطالبين (٣٤٩/٦) . (٤) انظر : المبسوط (١٠٧/١٨) .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسَمَّاة

التجريد

كتاب قسم الغنائم

كتاب قسم (١) الغنائم (٢)

(١) القسمة في الأملاك المشتركة نوعان : أحدهما : قسمة الأعيان ، والثاني : قسمة المنافع وقسمة كل واحد من النوعين مشروعة ، أما قسمة الأعيان فقد عرفت شرعيتها بالسنة والإجماع .
أما السنة : فما روي أن النبي ﷺ : قسم غنائم خيبر بين الغانمين درجات فعله ﷺ الشرعية .
أما الإجماع : فإن الناس استعملوا القسمة من لدن رسول اللّه ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير ، فكانت شرعيتها متوارثة ، والمعقول يقتضيه توفيرًا على كل واحد مصلحته بكمالها .
أما المعنى « القسمة » لغة : فهي عبارة عن إفراز النصيب .
وشرعًا : عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض ، ومبادلة بعض ببعض لأن ماضي جزأين في العين المشتركة لا يتجزأ قبل القسمة إلا وأحدهما ملك أحد الشريكين والآخر ملك صاحبه غير عين ، فكان نصف العين مملوكًا لهذا ، والنصف مملوكًا لذاك على الشيوع .
شرائط جواز القسمة : أنواع بعضها يرجع إلى القاسم ، وبعضها يرجع إلى المقسوم ، وبعضها يرجع إلى المقسوم له . أما الذي يرجع إلى القاسم نوعان : نوع هو شرط الجواز ، ونوع هو شرط الاستحباب أما شرائط الجواز فأنواع منها : العقل فلا تجوز قسمة المجنون والصبي الذي لا يعقل ، فأما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة حتى تجوز قسمة الصبي الذي يعقل القسمة بإذن وليه ، كذلك الإسلام والذكورية والحرية ليست بشرط لجواز القسمة فتجوز قسمة الذمي والمرأة والمكاتب والمأذون ؛ لأن هؤلاء من أحل البيع فكانوا من أحل القسمة .
أما شرائط الاستحباب فأنواع : منها : أن يكون عدلًا ، أمينًا ، عالمًا بالقسمة لأنه لو كان غير عدل خائنًا أو جاهلًا بأمور القسمة يخاف عنه الجور في القسمة لا يجوز .
ومنها أن يكون منصوب القاضي : لأن قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب ومنها المبالغة في تعديل الأنصباء والتسوية بين السهام بأقصى الإمكان لئلا يدخل قصور في سهم .
أما ما يرجع إلى المقسوم فأنواع : منها أن لا يلحقه ضرر في أحد نوعي القسمة دون النوع الآخر . وقسمة رضا هي التي يفعلها الشركاء بالتراضي وكل واحد منهما على نوعين .
قسمة تعويق وقسمة جمع .
أما الذي يرجع إلى المقسوم فواحد : وهو أن يكون المقسوم مملوكًا له وقت القسمة فإن لم يكن لا تجوز القسمة . انظر : بدائع الصنائع (٧/٢٥) وما بعدها .
(٢) الغنيمة والمغنم والغنيم والغنم في اللغة : الفيء يقال : غنم الشيء غنمًا : فاز به وغنم الغازي في الحرب ظفر بمال عدوه . الغنيمة في الاصطلاح : اسم للمأخوذ من أهل الحرب على سبيل القهر والغلبة إما بتحقيقه المتعة أو بدلالتها ، وهي إذن الإمام وهذا عند الحنفية . انظر : القاموس المحيط ، لسان العرب ، المعجم الوسيط . البحر الرائق شرح كنز الرقائق (٥/٨٢) ، بدائع الصنائع (٧/١١٨) .

مسألة ١٠٠٢

الفيء [1] كل مال وصل إلى المسلمين من المشركين

---

(١) الظل ، والجمع أفياء وفيوء ، وتفيأ فيه : تظَلل ، والفيء : ما بعد الزوال من الظل . ومنها : الرجوع ، يقال : فاء إلى يفيء وفاء وفيئًا وفيوءًا : رجع إليه ، ويقال : فئت إلى الأمر فيئًا : إذا رجعت إليه النظر ، وفاء من غضبه رجع . ومنها : الغنيمة والخراج ، وما رد اللّٰه تعالى على أهل دينه من أموال من خالف دينه بلا قتال (لسان العرب) . والفيء في الاصطلاح له معنيان : (المعنى الأول) : اسم لما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ، نحو الأموال المبعوثة بالرسالة إلى إمام المسلمين ، والأموال المأخوذة على موادعة أهل الحرب (بدائع الصنائع للكاساني (١١٦/٧) ، وانظر : روضة الطالبين (٣٥٤/٦) ، والمغني لابن قدامة (٤٠٢/٦) ، وتفسير القرطبي (١٤/١٨) . (المعنى الثاني) : رجوع الزوج إلى جماع زوجته الذي منع نفسه منه باليمين عند القدرة عليه أو الوعد به عند العجز عنه (المهذب ١١٠/٢) .

موارد الفيء : ١ – ما جلا عنه الكفار خوفًا من المسلمين من الأراضي والعقارات .

٢ – ما تركه الكفار وجلوا عنه من المنقولات .

٣ – ما أخذ من الكفار من خراج أو أجرة عن الأراضي التي ملكها المسلمون ، ودفعت بالإجارة لمسلم أو ذمي ، أو عن الأراضي التي أقرت بأيدي أصحابها من أهل الذمة صلحًا أو عنوة على إنها لهم ، ولنا عليها الخراج .

٤- الجزية .　　　　٥- عشور أهل الذمة .

٦- ما صولح عليه الحربيون من مال يؤدونه إلى المسلمين .

٧- مال المرتد إذا قتل أو مات .

٨- مال الذمي إن مات ولا وارث له وما فضل من ماله عن وارثه فهو فيء .

٩- الأراضي المغنومة بالقتال وهي الأراضي الزراعية عند من يرى عدم تقسيمها بين الغانمين . والتفصيل في مصطلح بيت المال ف ٦) .

تخميس الفيء : ذهب الحنفية والمالكية والشافعي في القديم وأحمد في رواية إلى أن الفيء لا يخمس ، وإنما كله لرسول اللّٰه ﷺ ومن ذكروا معه في قوله تعالى : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ ﴾ . (سورة الحشر/ ٧-١٠) فقد جعله اللّٰه لهم ولم يذكر خمسًا ولأن الخمس إنما يجب في الغنائم ، والغنيمة اسم للمال المأخوذ عنوة وقهرًا بإيجاف الخيل والركاب ، ولم يوجد هذا في الفيء لحصوله في أيديهم بغير قتال ، فكان مباحًا مُلِكَ لا على سبيل القهر والغلبة ، فلا يجب فيه الخمس كسائر المباحات ، وقال ابن المنذر : ولا نحفظ من أحد قبل الشافعي في الفيء الخمس كخمس الغنيمة . وكما لو صولحوا على الضيافة فإنه لا حق لأهل الخمس في مال الضيافة بل يختص به الطارقون (بدائع الصنائع (١١٦/٧) ، وحاشية الدسوقي (١٦٩/٢) ، والمغني لابن قدامة (٤٠٤/٦) ، وبداية المجتهد لابن رشد (٣٤٣/١) ، وكشاف القناع (١٠١/٣) . وذهب الشافعي في الجديد والرواية الصحيحة عند محمد من الحنفية ورواية عن أحمد إلى أن الفيء يخمّس لقوله تعالى : ﴿ مَّآ =

= أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَٰمَىٰ وَالْمَسَٰكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ الْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ﴾ (الحشر : من الآية٧) ، فظاهر هذا أن جميع الفيء لهؤلاء ، وهم أهل الخمس . ولما قرأ عمر ﷺ الآية قال : « استوعبت هذه الآية الناس فلم يبق أحد من المسلمين إلا له في هذا المال حق (أثر عمر : « استوعبت هذه الآية الناس فلم يبق أحد من المسلمين إلا له ... » . أخرجه النسائي (١٣٧/٧) من حديث مالك بن أوس ، وأصله في البخاري (فتح الباري ١٩٧/٦-١٩٨) ومسلم (١٣٧٧/٣-١٣٧٨) ، وجاءت الأخبار عن عمر ﷺ دالة على اشتراك جميع المسلمين فيه ، فوجب الجميع بينهما ، كيلا تتناقض الآية والأخبار وتتعارض وتوفيق بينهما ، فإن خمسه للذي سُمي في الآية وسائره ينصرف إلى من في الخبر كالغنيمة ، ولأنه مال مشترك مظهور عليه فوجب أن يخمس كالغنيمة والركاز ، ولأن الملك عند محمد من الحنفية يثبت بأخذه ، وإنما أخذ على سبيل القهر والغلبة ، فكان في حكم الغنائم . (بدائع الصنائع ١١٧/٧ ، وروضة الطالبين ٣٥٤/٦ ، والمغني لابن قدامة ٤٠٤/٦) . وروى البراء بن عازب ﷺ قال : لقيت عمي ومعه راية ، فقلت له : أين تريد ؟ قال : « بعثني رسول اللّه إلى رجل نكح امرأة أبيه ، فأمرني أن أضرب عنقه وآخذ ماله » (حديث البراء بن عازب : « لقيت عمي ومعه راية ... » أخرجه أبو داود (٦٠٢/٤-٦٠٤) والترمذي (٦٣٤/٣) واللفظ لأبي داود ، وقال الترمذي : حسن غريب . تقسيم خمس الفيء عند من يقول بتخميسه : يقسم مال الفيء على خمسة أسهم عند من يقول بتخميسه :

السهم الأول المضاف إلى اللّه ﷻ وإلى رسوله ﷺ ، وكان ﷺ ينفق منه على نفسه وأهله ، وما فضل جعله في السلاح عدة في سبيل اللّه تعالى وفي سائر المصالح . وأما سهم اللّه الذي أضافه إليه- فهو لافتتاح الكلام باسمه تبركًا به ، لا لإفراده بسهم ، فإن لله تعالى الدنيا والآخرة (بدائع الصنائع ١٢٤/٧ ، والمغني لابن قدامة ٤٠٦/٦ ، ٤٠٧) . وقد روي عن ابن عباس ﵄ قال : « كان رسول اللّه ﷺ إذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فضرب ذلك الخمس في خمسه ... » حديث ابن عباس قال : « كان رسول اللّه ﷺ إذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فضرب ذلك الخمس في خمسة » [أخرجه الطبراني في الكبير (١٢٤/١٢) وقال الهيثمي في المجمع (٣٤٠/٥) : فيه نهشل بن سعيد وهو متروك] .

السهم الثاني : لذوي القربى ، وهم بني هاشم وبني المطلب لم يفارقوا الرسول ﷺ في جاهلية ولا إسلام ، كما قال ﷺ وشبك بين أصابعه ؟ ، ويشترك فيه غنيهم وفقيرهم وكبيرهم وصغيرهم ، ولا يفضل أحد منهم على أحد إلا الذكورة ، فللذكر سهمان والأنثى سهم . وقال المزني : يسوي بينهما ، وقال القاضي حسين : المدلي بجهتين يفضل على المدلي بجهة .

السهم الثالث : لليتامى ، واليتيم الصغير الذي لا أب وقيل : ولا جد له قبل الحلم ، فإن النبي ﷺ قال : « لا يتم بعد احتلام » حديث : « لا يتم بعد احتلام » أخرجه أبو داود (٢٩٣/٣-٢٩٤) من حديث علي ، وحسن ويشترط فيه الفقر .

السهم الرابع : المساكين ، والمسكين هو الذي يملك ما يقع موقعًا من كفايته ولا يكفيه ، ويدخل فيه الفقير .

السهم الخامس : ابن السبيل وهو كل من أنشأ سفرًا من بلده أو بلد كان مقيمًا به ولم يكن معه ما يحتاج إليه في سفره ، فيعطي من لا مال له أصلًا ، وكذا من له مال في غير البلد المنتقل إليه منه . وإذا فقد بعض الأصناف وزع نصيبه على الباقين كالزكاة .

=

١٩٨٠٧ - قال أصحابنا : الفيء كل مال وصل إلينا من المشركين بغير قتال كالأراضى الذي أخلوا بالخراج (١) ....

= ١٣ - وأما أربعة أخماس الفيء فهي للرسول ﷺ في حياته ؟ . مصرف الفيء وما يخص الرسول ﷺ بعد وفاته :
١٤ - ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن الفيء وما يخص الرسول ﷺ من الخمس ، سواء أكان خمس الفيء عند من قال به ، أم خمس الغنيمة لسقوطه بعد وفاته - عليه الصلاة والسلام - ؟ يوضع في بيت مال المسلمين ويصرف في مصالحهم العامة . وذكر أحمد : الفيء فقال : فيه حق لكل المسلمين الغني والفقير ، وقال عمر ﷺ : « فلم يبق أحد من المسلمين إلا له في هذا المال حق (أثر عمر : « فلم يبق أحد من المسلمين .. » تقدم ف ١١ .) » . وعند أبي يعلى أن مال الفيء موقوف على اجتهاد الأئمة ، وذكر القاضي أن أهل الفيء هم أهل الجهاد ومن يقوم بصالحهم ، لأن ذلك كان للنبي ﷺ في حياته لحصول النصرة والمصلحة به ، فلما مات صارت بالخيل والجند ومن يحتاج إليه المسلمون ، فيكون لهم دون غيرهم ، لأن الفارق بين الرسول ﷺ وبين الأئمة في المال المبعوث إليهم من أهل الحرب ، أنه يكون لعامة المسلمين وكان لرسول الله ﷺ ، خاصة أن الإمام إنما أشرك قومه في المال المبعوث إليه من أهل الحرب لأن هيبته بسبب قومه ، فكانت شركة بينهم ، وأما هيبة الرسول ﷺ فكانت بما نصر من الرعب لا بأصحابه ، كما قال عليه الصلاة والسلام : « نصرت بالرعب مسيرة شهر » حديث : « نصرت بالرعب مسيرة شهر » أخرجه البخاري (فتح الباري ٤٣٦/١) ومسلم (٣٧٠/١)) لذلك كان له أن يختص به لنفسه . وتفصيل ذلك في مصطلح : (بيت ف ١٢ - ١٣ - ١٤) .
١٥ - وذهب الشافعية إلى أن ما كان من الفيء لرسول الله ﷺ في حياته يصرف بعده ﷺ على الوجه التالي : أ - خمس الفيء يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وعمارة الحصون والقناطر والمساجد وأرزاق القضاة والأئمة ويقدم المهم فالأهم . ب - أربعة أخماس الفيء تصرف في الاظهر عندهم للمرتزقة المرصدين للجهاد . والقول الثاني أنها للمصالح والثالث أنها تقسم كما يقسم الخمس ؟ .
(٢) الخَرَاجُ : لغة : ما يحصل من غلّة الأرض ، والخَرَاجُ والخَرْج بمعنى واحد ، يقول الله تعالى : ﴿ أَمْ تَسْأَلُهُمْ خَرْجًا فَخَرَاجُ رَبِّكَ خَيْرٌ وَهُوَ خَيْرُ الرَّازِقِينَ ﴾ [المؤمنون : ٧٢] . اصطلاحًا : ما تأخذه الدولة « بيت المال » من الضرائب علي الأرض المفتوحة عنوة أو الأرض التي صولح أهلها عليها ، جاء في الخراج لقدامة بن جعفر : الباب الأول في مجموع وجوه الأموال : « ومنها الخراج وهو أرض الصلح التي رضي المسلمون بما صولحوا عليه عنها في وقت فتحها ومنها زكاة وأعشار الأرضين التي يزرعها المسلمون » .
والخراج علي نوعين : **خراج وظيفة** : وهو الضريبة المقطوعة المفروضة على الأرض . **خراج مقاسمة** : وهو الضريبة المأخوذة من إنتاج الأرض بنسبة معينة . والصلة بين الخراج والجزية : أنهما يجبان على أهل الذمة ، ويصرفان في مصارف الفيء . أما الفرق بينهما : فهو أن الجزية توزع علي الرؤوس بينما الخراج يوزع على الأرض . الجزية تسقط بالإسلام ، أما الخراج فلا يسقط بالإسلام . ويبقى معه ومع الكافر . أما الخراج المقصود في حديث « الخراج بالضمان » فهو : ما حصل من غلة العين المبيعة كائنة ما كانت ، وذلك كأن يشتري الشخص شيئًا فيستغله مدة ، ثم يطلع فيه على عيب قديم ، فله رد العين وأخذ الثمن الذي دفعه ، وما استغله فهو له ، لأن المبيع لو تلف في يده في تلك المدة لكان من ضمانه ، ولم يكن على البائع شيء ، فالخراج مستحق بسبب الضمان . =

والجزية (١) ....

= المراجع : الفيومي المصباح المنير (٢٥٧/١) مادة « خرج » ، محمد بن أبي بكر الرازي مختار الصحاح ص١٧٢ ، قدامة بن جعفر الخراج وصناعة الكتابة ص٢٠٤ ، الخراج لأبي يوسف ص٢٦ وما بعدها ، المغرب (٢٤٩/١) ، التوقيف ص٣١٢ ، الزاهر ص٢٠٨ ، ٢٢٢ ، المطلع ص٢١٨ ، ٢٣٧ ، تحرير ألفاظ التنبيه ص٣٢٢ ، التعريفات الفقهية ص٢٧٥ ، الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص١٥٣ ، وللماوردي ص١٤٢ .

(١) الجِزْيَةُ : **لغة** : الجِزْيَة والجمع جزى وجِزْي وجزاء وهي مشتقة من الجزاء والمجازاة وهي مال يدفعه المواطنون من أهل الكتاب عن غنيّ و قدرة وهم صاغرون أي طائعين لنظام الدولة ، ولما كانت الزكاة هي مورد الرعاية الاجتماعية للمسلمين وهي عبادة فمن سماحة الإسلام رعاية لقاعدة « لا إكراه في الدين » لم يلزمهم بعبادة فكان تعبير الجزية أي مقابل الرعاية الاجتماعية لمن هم في ذمة المسلمين . **اصطلاحًا** : الجزية ما يؤخذ من أهل الذمة . وتسميتها بذلك للاجتزاء بها في حقن دمهم ، يقول أبو عبيد عن عمر بن عبد العزيز بلغني أن أمير المؤمنين مرَّ بشيخ ذمي يسأل الناس فقال : ما أنصفناك إن كنا أخذنا منك الجزية في شبيبتك وأضعناك في كبرك ثم أجرى عليه ما يصلحه من بيت المال . والجِزْيَةُ : هي نفس الزكاة نسبًا ونصابًا وشروط : قال أبو عبيد أما أهل العراق فلا يؤخذ من الذمي حتى يبلغ ماله مائتي درهم ، فإنهم شبهوا بالصدقة ، وذهبوا إلى أن عمر حين حدد ما يجب في أموال الناس التي تدار للتجارات قال يؤخذ من مال المسلمين كذا ومن مال أهل الذمة كذا ومن مال أهل الحرب كذا ، وضم أموال أهل الذمة مع أموال المسلمين ، ولهذا حملنا وقدر أموالهم علي الزكاة إذ كان للزكاة حد أدني وهو المائتان فأخذنا أهل الذمة بها وألقينا ما دون ذلك . وقال ابن تيمية : وقد عرف النصارى كلهم أني لما خاطبت التتار في إطلاق الأسرى وأطلقهم غازان متطلبوها وخاطبت مولاي فيهم فسمح بإطلاق المسلمين قال لي : لكن معنا نصارى أخذناهم من القدس فهؤلاء لا يطلقون قلت له : بل جميع من معك من اليهود والنصارى الذي هم أهل ذمتنا فلا تراجع تدع أسيرًا ، لا من الملة ولا من أهل الذمة ، وأطلقنا من النصارى من شاء اللّه فهذا عملنا وإحساننا والجزاء علي اللّه وذلك كله تنفيذًا ، لقوله تعالى في معاملة اليهود والنصارى : ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴾ . [الممتحنة : ٨] . ويقول تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴾ [التوبة : ٢٩] أي : حتى تأمنوا عدوانهم بإعطائهم الجزية في الحالين اللذين قيدت بهما ، فالقيد الأول لهم ، وهو الصغار المراد به حصد شوكتهم والخضوع لسيادتكم وحكمكم ، وبهذا يكون تيسير السبيل لاهتدائهم إلى الإسلام بما يرونه من عدلكم وهدايتكم وفضائلكم التي يرونكم أقرب بها إلى هداية أنبيائهم منهم . فإن أسلموا عمّ الهدى والعدل والإتحاد ، وإن لم يسلمون كان الاتحاد بينكم وبينهم بالمساواة في العدل ، ولم يكونوا حائلًا ، دونهما في دار الإسلام . والقتال لما دون هذه الأسباب التي يكون بها وجوبه عينيًا أولى بأن ينتهي بإعطاء الجزية ، ومتى أعطوا الجزية وجب تأمينهم وحمايتهم والدفاع عنهم وحريتهم في دينهم بالشروط التي تعقد بها الجزية ، ومعاملتهم بعد ذلك بالعدل والمساواة كالمسلمين ، ويحرم ظلمهم وإرهاقهم بتكليفهم ما لا يطيقون كالمسلمين ، ويسمون أهل الذمة لأن كل هذه الحقوق تكون لهم بمقتضى ذمة اللّه وذمة رسوله ﷺ .

المراجع : الأصفهاني ص٩٣ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص١٤٢ ، ١٤٣ الأموال لأبي عبيد ص٤٥ ، ٤٦ المحلى لابن حزم (١٤/٦) ، ابن تيمية الرسالة القبرصية ص٤٣ ، المنار (٢٥٥/١٠) .

والعشر (١) ويصرف جميع ذلك إلى مصالح المسلمين (٢) .

(١) العشر لغة : العُشْر جزء من عشرة ، ومعشار الشيء عُشره ، وعَشَرْتُ المال عَشَرًا وعُشورًا : أخذت عُشره ، واسم الفاعل عاشر ، وعَشَّار . اصطلاحًا : العشر عند الفقهاء : يستعمل فيما يؤخذ من زكاة الزروع ، والثمار ، وكذلك ما يؤخذ من تجار أهل الذمة . وبيان ذلك علي الوجه الآتي :
١ - الزروع والثمار التي تجب فيها الزكاة - علي التفصيل الذي ذكره الفقهاء فيما تجب فيه الزكاة ومالًا تجب فيه - هذه الزروع والثمار : تكون زكاتها : عشر الخارج ، أو نصف عشره .
٢ - فالعشر يكون في الخارج من الزروع والثمار التي سقيت بغير كلفة ، كالتي تشرب بماء المطر ، أو بماء الأنهار سيحًا ، أو بالسوقي ، دون أن يحتاج إلى رفعه غرفًا أو بآله ، أو يشرب بعروقه ، وهو ما يزرع في الأرض التي ماؤها قريب من وجهها تصل إليه عروق الشجر فيستغني عن السقي .
٣ - وأما نصف العشر فيؤخذ من الخارج من الزروع والثمار التي تسقى بكلفة سواء سقته النواضح ، أو سُقي بالدوالي أو السواني ، أو الدواليب ، أو النواعير ، أو غير ذلك . وكذا لو مد من النهر ساقية إلى أرضه ، فإذا بلغها الماء احتاج إلى رفعه بالغرف أو بآلة . والضابط لذلك : أن يحتاج في رفع الماء إلى وجه الأرض إلى آلة أو عمل .
٤ - والدليل علي وجوب العُشر أو نصفه : قول النبي ﷺ : « فيما سقت السماء والعيون أو كان عُثريًّا : العشر ، وما سقي بالنضح : نصف العشر » . [أخرجه البخاري]
٥ - أهل الذمة إذا اتجروا في بلاد غير بلادهم التي أقروا فيها ، وصالحوا عليها : فإنه يؤخذ منهم العشر فيما اتجروا فيه ، مما قل أو كثر ، إذا باعوا ومضي ثمن ذلك بأيديهم : فإنه يؤخذ منهم عشر الثمن ، وهذا عند مالك . وعند الحنفية والحنابلة : يؤخذ منهم نصف العشر . وقال الشافعي : لا يؤخذ منهم إلا إذا اشترط ذلك ، وهذا في الجملة .
٦ - وإذا مرَّ الحربي بمال التجارة علي بلاد المسلمين : أخذ منه العشر ، وهذا قول مالك وأحمد . وقال أبو حنيفة : لا يؤخذ منهم ، إلا أن يكونوا يأخذون منا . وهذا في الجملة ، وفي الموضوع تفصيل كثير .
المراجع : المصباح المنير ومختار الصحاح مادة (عشر) ، ابن عابدين (٢/٤٩ - ٥١) ، والدسوقي (١/٤٤٩) ، والمهذب (١/١٦٣ - ١٦٦) ، والمغني (٢/٦٨٩ - ٦٩٩) . الكافي لابن عبد البر (١/٤٨٠ - ٤٨١) ، والإفصاح لابن هبيرة (٢/٢٩٧) ، والمغني (٨/٥١٦ - ٥١٨) .
(٢) مصالح المسلمين : لغة : المصالح : جمع مصلحة ، وهي المنفعة ، والمصلحة كالمنفعة وزنًا ومعنىً ، فالمراد بها : جلب المنفعة ، ودفع المضرة ، والمرسلة : أي المطلقة . **اصطلاحًا** : عبارة عن المصلحة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده المسلمين من حفظ دينهم ، ونفوسهم ، وعقولهم ، ونسلهم ، وأموالهم طبق ترتيب معين بينها ، وهي أهم من الضروريات ؛ لأنها تشمل الضروريات والحاجات والتحسينات . فهذا التعريف صرح بأن المصلحة هي : جلب منفعة مقصودة للشارع الحكيم ، وإن كان لم يصرح بأن دفع الضرر من المصلحة أيضًا ، إلا أن تعريفه ينوه به ويلزم منه . وقد عرفها الآمدي فقال : هي مصلحة لم يشهد الشرع لها باعتبار ولا إلغاء ولذلك سُمِّيت مرسلة . وتنقسم المصالح من حيث مقصود الشارع إلى ثلاث :
١ - ضرورية : وهي التي ترجع إلى حفظ النفس ، والعقل ، والمال ، والدين ، والعرض ، والنسب ، وإذا اختل منها أمر اختلت المعايش به ، وعمت الفوضى . =

١٩٨٠٨ - وقال الشافعي : أربعة أخماسه للنبي ﷺ وخمسه يقسم كما يقسم خمس الغنيمة للنبى ﷺ خمسه وما يصنع بنصيب النبى بعد وفاته فيه قولان أحدهما لمصالح المسلمين والآخر يصرف إلى المقاتلة (١) .

= ٢ - حاجية : وهي الأمور التي تقتضيها سهولة الحياة ، أو ما أدى إلى حرج كبير من غير خوف على فوات ما سبق من المصالح الست .
٣ - تحسينية : وهي الأمور التي تجعل الحياة في جمال ، ومرجعها إلى تهذيب الأخلاق وتحسين الصورة والمعاملات . وتنقسم المصالح من حيث اعتبار الشارع لها أو عدمه - أيضًا - إلى ثلاثة :
١ - المصالح المعتبرة شرعًا : كما سبق في المصالح الست الكلية .
٢ - المصالح الملغاة شرعًا : كمصلحة آكل الربا في زيادة ماله ، ومصلحة المريض أو من ضاقت معيشته في الانتحار ونحوها .
٣ - المصالح المرسلة : وهي المقصودة وهي مصلحة لم يشهد الشرع لها باعتبار ولا إلغاء . وجمع القرآن في مصحف واحد لمصلحة حفظ الدين وهي مشروعة وقتل الجماعة بالواحد لمصلحة حفظ النفس وهي مشروعة وتضمين الصناع لمصلحة حفظ الأموال وهي مشروعة ، وكذا ضمان الرهن ، والأمثلة الباقية كلها تندرج تحت المصالح المعتبرة شرعًا ضرورة أو حاجة أو تحسينًا - كما سبق - ولا يتصور خروج شيء منها أصلًا .
اشترط الأصوليون شروطًا للمصلحة حتى تقبل ويعمل بها ، ومن هذه الشروط :
١- أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع بحيث لا تنافى أصلًا من أصوله ، ولا تعارض نصًا أو دليلًا من أدلته القطعية .
٢- أن تكون معقولة في ذاتها ، جرت على الأوصاف المناسبة المعقولة التي يتقبلها العاقل بحيث يكون ترتيب الحكم عليها مقطوعًا لا مظنونًا ولا متوهمًا .
٣- أن تكون تلك المصلحة عامة للناس ، وليس اعتبارها لمصلحة فردية أو طائفة معينة ؛ لأن أحكام الشريعة للتطبيق على الناس جميعًا .
المراجع : المعجم الوسيط (٥٢/١) ، لسان العرب (٢٤٧٩/٤) ، المحصول في علم الأصول للرازي (٢٢٠/٢) ، الاجتهاد في ما لا نص فيه د . / الطيب الخضري السيد (٥٣/٢) ، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢٩٠/٣) ، تيسير الأصول للحافظ ثناء اللّٰه الزهدي ص٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ . قال أصحابنا : الفيء كل ما وصل إلينا من المشركين بغير قتال كالأراضي الذي أخلوا بالخراج ، والجزية والعشر ، ويصرف جميع ذلك إلى مصالح المسلمين . انظر : بدائع الصنائع (١١٧/٧) .
(١) قال الإمام الماوردي : يقسم الخمس على خمسة أسهم متساوية : سهم منها كان لرسول اللّٰه في حياته ينفق منها على نفسه وأزواجه ويصرفه في مصالحه ومصالح المسلمين واختلف الناس فيه بعد موته . فذهب الشافعي إلى أنه يكون مصروفًا في مصالح المسلمين كأرزاق الجيش وعداد الكراع والسلاح وبناء الحصون والقناطر وأرزاق القضاة وما جرى هذا المجرى من وجوه المصالح . انظر : الأحكام السلطانية ص١٦٣ - ١٦٤ ، مغني المحتاج (١٤٧/٤ - ١٥١) .

١٩٨٠٩ - والدليل على ما قلناه قوله تعالى : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلۡقُرۡبَىٰ ﴾ (١) ثم قال ﴿ لِلۡفُقَرَآءِ ٱلۡمُهَٰجِرِينَ ﴾ (٢) ثم قال : ﴿ وَٱلَّذِينَ تَبَوَّءُو ٱلدَّارَ وَٱلۡإِيمَٰنَ مِن قَبۡلِهِمۡ ﴾ (٣) يعني الأنصار ثم قال : ﴿ وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ ﴾ (٤) .

١٩٨١٠ - فهذا يدل أن (٥) حق جميع المسلمين في الفيء ولو قسم على ما قالوا لم يبق فيه فيء لمن بعد المهاجرين والأنصار وعلل في الآية فقال ﴿ كَيۡ لَا يَكُونَ دُولَةَۢ بَيۡنَ ٱلۡأَغۡنِيَآءِ مِنكُمۡۚ ﴾ (٦) ولو ملك النبي ﷺ منه أربعة أخماسه وخمس خمسه جاز أن يملكه لمن يشاء (٧) فيصير دولة بين الأغنياء منكم وهذا خلاف القرآن .

١٩٨١١ - ويدل عليه قول النبي ﷺ « فيما أفاء اللّه عليكم إلا الخمس والخمس مردود فيكم » (٨) وهذا ينفي أن يكون له أربعة أخماسه .

١٩٨١٢ - فإن قيل المراد بهذا الغنيمة ؛ لأنه قال ما أفاء اللّه عليكم من الغنيمة فهي فيء قال اللّه تعالى : ﴿ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ ﴾ (٩) فأما الفيء فإنه يضاف إلى النبي ﷺ خاصة .

١٩٨١٣ - قلنا : الفيء عبارة عن الرجوع ومنه سمى اللّه تعالى وطئ الديار فيئًا ويقال فاء الظل إذا رجع .

١٩٨١٤ - قال امرؤ القيس

تيممت العين التي عند ضارج يفيء عليها الظل عرمضها (١٠) طامي (١١)

١٩٨١٥ - والغنيمة هي المأخوذة قهرًا فأما الذي يرجع إلينا فهو ما وصل بغير فعلنا وذلك يكون في الغنيمة فصار اسم الفيء ما ذكرناه أخص فحمل الآية عليه أولى .

١٩٨١٦ - فإن قيل : هذا دليل عليكم لأنه قال مالي فيما أفاء اللّه عليكم إلا الخمس فهذا يدل أنه يخمس .

---

(١) سورة الحشر : الآية ٧ . (٢) سورة الحشر : الآية ٨ .
(٣) سورة الحشر : الآية ٩ . (٤) سورة الحشر : الآية ١٠ .
(٥) ساقطة من (م) . (٦) سورة الحشر : الآية ٧ .
(٧) في (م) : [شاء] .
(٨) أخرجه الإمام الشافعي (٢/٩٣) ، والنسائي (٧/١٣١) ، وابن ماجه (٢/٩٥٠) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/٣٠٣) . (٩) سورة الأنفال : الآية ٤١ .
(١٠) العرمض : الطحلب ، وضرج موضع في ديار بني عبس ، وطامي مرتفع . انظر : لسان العرب (٤/٢٩١٥) ، مادة (عرمض) و (٤/٢٥٧١) مادة (ضرح) . (١١) انظر : خزانة الأدب (١/٣٣٥) .

١٩٨١٧ – قلنا : قد قال الطحاوي [١] في مختصره إن الفيء يقسم على ما يقسم عليه خمس الغنيمة فعلى هذه الرواية . قد قلنا : بظاهر الخبر ويدل عليه أن النبى ﷺ «أخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران ويهود آيلة وأمر معاذ فأخذها من أهل اليمن [٢] ووضعها عمر بن الخطاب [٣] على أهل السواد والشام » [٤] [٥] . ووضعت

---

(١) هو : أحمد بن حمد بن سلامة أبو جعفر الطحاوي الأزودي إمام جليل القدر مشهور في الآفاق ذكره عنه ابن كمال باشا وغيره من طبقة من يقدر على الاجتهاد في المسائل التي لا رواية فيها ولا يقدر على مخالفة صاحب المذهب لا في الفروع ولا في الأصول وهو منظور فيه فإن له درجة عالية ورتبة شامخة قد خالف بها صاحبها المذهب في كثير من الأصول والفروع له مصنفات منها شرح معاني الآثار ، مختصر الطحاوي في فروع الحنفية قال عنه : جمعت في كتابي هذا أصناف الفقه التي لا يسع الإنسان جهلها وبنيت الجوابات عنها من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد – توفي سنة ٣٢١ . انظر : الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص٣٠ ، كشف الظنون (١٦٢٧/٢) .

(٢) اليمن : بالتحريك قال الشرقي : إنما سميت اليمن لتيامنهم إليها ، قال ابن عباس تفرقت العرب فمن تيامن منهم سميت اليمن ويقال إن الناس كثروا بمكة فلم تحملهم فالتأمت بنو يمن إلى اليمن وهي أيمن الأرض فسميت بذلك . وقال الأصمعي : اليمن وما اشتمل عليه حدودها بين عُمان إلى نجران ثم يلتوي على بحر العرب إلى عدن إلى الشحر حتى يجتاز عمان فينقطع من بينونة ، وبينونة بين عمان والبحرين وليست بينونة : من اليمن وقيل : حد اليمن من وراء تثليث وما سامتها إلى صنعاء وما قاربها إلى حضر موت والشحر وعمان إلى عدن أَبْيَنَ وما يلي ذلك من التهائم والنجود . واليمن تجمع ذلك كله . معجم البلدان ك . ى . ص ٥١٠ ، ٥١١ .

(٣) هو : عمر بن الخطاب ابن نفيل بن عبد العزى بن رياح بن قُرط بن رزاح بن عدي بن كعب بن لؤي . أمير المؤمنين أبو حفص القرشي العدوي ، الفاروق . ثاني الخلفاء الراشدين . أمه حنتمة بنت هشام المخزومية . أسلم في السنة السادسة من النبوة وله سبعٌ وعشرون سنة . وهو ثمرة دعوة رسول اللَّه ﷺ [اللَّهم أعِزَّ الإسلام بعمر بن الخطاب] أخرجه بن ماجه . قال سعيد بن جبير ﴿ وَصَٰلِحُ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ سورة التحريم ٤ نزلت في عمر خاصة ، وقال ابن مسعود : مازلنا أعزة منذ أسلم عمر وقال رسول اللَّه ﷺ عندما طلع عليه أبو بكر وعمر [الحمد للَّه الذي أيدني بكما] أخرجه الحاكم وهو من العشرة المبشرين بالجنة ، وكان الشيطان يفر من الطريق الذي يسلكه عمر وكان زاهدًا ورعًا دخل على ابنه عاصم وهو يأكل لحمًا فقال له ما هذا قال : قرمنا (وهي شدة الشهوة إلى اللحم) قال عمر أو كلما قرمت إلى شيء أكلته . كفى بالمرء سرفًا أن يأكل كل ما اشتهى (تاريخ الخلفاء للسيوطي) . فتحت على يديه دمشق ، وفلسطين ، وقيسارية بالشام ونهاوند ، والأسكندرية ، وهمذان وطرابلس المغرب ، والعراق ، والبصرة ، وحمص ، والأردن ، والمدائن . قتله أبو لؤلؤة عبد المغيرة طعنه بخنجر له رأسان وطعن معه اثني عشر رجلًا مات منهم ستة ودفن مع صاحبيه بعد أن استأذن أم المؤمنين عائشة . (سير أعلام النبلاء ٥٠٩/٢ وما بعدها) . استشهد في أواخر ذي الحجة سنة ٢٣هـ وهو ابن ٦١ سنة .

(٤) الشأم : بفتح أوله ، وسكون همزته ، الشأَم بفتح همزته ، مثل نهر ونَهَر لغتان ، ولا تمد ، وفيها لغة ثالثة وهي الشام ، بغير همز ، كذا يزعم اللغويون ، قال أهل الأثر : سميت الشام نسبة إلى سام بن نوح عليه السلام ، وذلك أول من نزلها فجعلت السين شيئًا لتغير اللفظ العجمي .... معجم البلدان ، لياقوت ، (٣٥٤/٣) .

(٥) انظر : سنن أبي داود كتاب الخراج باب في أخذ الجزية (١٦٦/٣ ، ١٦٩) ، والأفام (٣٠٣٧ – =

في بيت المال ولم تخمس .

١٩٨١٨ - فمن قال أنها تخمس فقد خالف السنة وابتدع ما خالف الإجماع لأن أحدًا لم يسبقه إلى هذا القول .

١٩٨١٩ - بل اتفق الفقهاء على خلافه وإذا ثبت بالسنة والإجماع أن الجزية لا تخمس والمعنى أنه مال وصل إلينا من المشركين بغير قتال وهذا / المعنى موجود في جميع أنواع الفيء . ٢٣

١٩٨٢٠ - ولأنه مأخوذ بظهر المسلمين فلا يستحق النبي ﷺ أربعة أخماسه كالغنيمة .

١٩٨٢١ - احتجوا بما روى ابن عيينه [(١)] عن الزهري [(٢)] قال سمعت مالك بن أوس ابن الحدثان [(٣)] يقول : « سمعت عمر بن الخطاب والعباس [(٤)] ....

= ٣٠٤٤) ، السنن الكبرى للبيهقي (١٨٤/٩ - ١٨٨) .

(١) هو : سفيان بن عيينة بن أبي عمران ميمون مولى محمد ، أخي الضحاك مزاحم ، الإمام الكبير حافظ العصر شيخ الإسلام . أبو محمد الهلالي الكوفي . ثم الملكي . كان مولدة بالكوفة في سنة سبع ومائة أحد الثقات الإعلام ، أجمعت الأمة على الاحتجاج به وكان يدلس ، لكن المعهود منه أنه لا يدلس إلا عن ثقة . وكان قوي الحفظ ، وماح أصحاب الزهري أصغر سنًا منه ومع هذا من أثبتهم ، ولقد كان خلق من طلبة الحديث يتكلفون الحج ، وما المحرك لهم سوى لقي سفيان بن عيينة ، لإمامته وعلو إسناده قال الإمام الشافعي : لولا مالك وسفيان بن عيينة لذهب علم الحجاز . وقال عبد اللّه بن وهب : لا أعلم أحدًا بتفسير القرآن من ابن عيينة ، وقال أحمد بن حنبل أعلم بالسنن من سفيان . توفي سنة ١٩٨هـ . ترجمته : الذهبي في « الإعلام » (٦٥٣/٧) ، الذهبي في « ميزان الاعتدال » (١٧٠/٢) ، الذهبي في الكاشف (٣٠١/١) . الذهبي في « العبر » (٢٠٨/١) .

(٢) هو محمد بن مسلم بن عبيد اللّه بن شهاب بن عبد اللّه الحارث بن زهرة بن كلاب بن مرة بن كعبة بن لؤي بن غالب الإمام العلم حافظ زمانه أبو بكر القرشي الزهري المدني نزيل الشام . روى عن : ابن عمر وجابر ابن عبد اللّه شيئًا قبلًا . روى عنه : عطاء بن أبي رباح ، وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن دينار وعمرو بن سفي وقتادة وغيرهم . قال يحيى بن القطان : توفي الزهري سنة أربع أو ثلاث وعشرين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (١٣٣/٦) إلى ١٥٢ .

(٣) هو : مالك بن أوس بن الحدثان بن الحارث بن عوف الفقيه الإمام الحجة أبو سعد ، ويقال أبو سعيد النصري الحجازي المدني أدرك حياة النبي ﷺ . حدث عن : عمر وعلي وعثمان وطلحة والزبير وعبد الرحمن ابن عوف والعباس وسعد بن أبي وقاص وطائفة . حدث عنه : الزهري ومحمد بن المنكدر وعكرمة بن خالد وأبو الزبير ومحمد بن عمرو بن حملة وأخرون قال البخاري مالك بن أدي له صحبة ولعله عاش مائة عام توفي سنة ٩٢هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٨٢/٥ : ١٨٣) .

(٤) هو : عم النبي ﷺ : قيل ظانه أسلم قبل الهجرة وكتم إسلامه له عدة أحاديث . روى عنه : ابناه : =

وعلي [١] ﷺ يختصمان إليه في أموال النبي ﷺ ، فقال عمر : كانت أموال بني النضير مما أفاء اللّٰه على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليها بخيل ولا ركاب فكانت لرسول اللّٰه خاصة دون المسلمين وكان رسول اللّٰه ﷺ ينفق منها نفقة سنة على أهله فما فضل جعله في الكراع والسلاح يتخذه في سبيل اللّٰه ثم توفي رسول اللّٰه ﷺ فوليها أبو بكر الصديق وسألتماني أن أوليكما على أن تعملا فيها بمثل ما وليها خليفة [٢] رسول اللّٰه ﷺ ثم تختصمان تريدان أن أدفع إلى كل واحد منكما نصفًا أتريدان مني قضاء غير ما قضيت بينكما أجلًا والذي بإذنه تقوم السموات والأرض لا أقضي بينكما قضاء غير ذلك فإن عجزتما عنها فادفعاها إلى أكفيكماها » [٣] .

١٩٨٢٢ – قالوا : فقد قال عمر أنها كانت لرسول اللّٰه ﷺ خالصًا والظاهر أن

= عبد اللّٰه ، وكثير ، والأحنف بن قيس ، وعبد اللّٰه بن الحارث ، وجابر بن عبد اللّٰه ونافع بن جبير وغيرهم . قال الكلبي : كان العباس شريفًا ، مهيبًا ، عاقلًا ، جميلًا ، له ضفيرتان ، معتدل القامة . قال الذهبي : بل كان من أطول الرجال ، وأحسنهم صورةً ، وأبهاهم ، وأجهرهم صوتًا ، مع الحلم الوافر والسؤدد . قال الزبير بن بكار : كان للعباس ثوبٌ لعاري بني هاشم ، وجَفنة لجائعهم ، وكان يَمنح الجار ، ويبذل المال ، ويُعطي في النوائب . مات ﷺ سنة : ٣٢هـ وصلى عليه عثمان ﷺ . ترجمته في : الإصابة (٢/٤٥٠٧) ، الاستيعاب (٢/٨١٠) ، طبقات ابن سعد (٤/٥) ، أسد الغابة (٣/٩) .

(١) هو : علي بن أبي طالب بن عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف . أمير المؤمنين أبو الحسن القرشي الهاشمي – أمه فاطمة بنت أسد بن هاشم بن عبد مناف الهاشمية توفيت في حياة النبي ﷺ . روى الكثير عن النبي ﷺ وعرض عليه القرآن وأقرأ ، وكان من السابقين الأولين شهد بدرًا وما بعدها وكان يكنى أبا تراب أسلم وسنه ثمان سنوات وقيل أربع عشرة سنة . ثبت عن ابن عباس قال : أول من أسلم علي . قال النبي ﷺ يوم خيبر [لأعطين الراية رجلًا يحب اللّٰه ورسوله ويحبه اللّٰه ورسوله ويفتح اللّٰه على يديه] وهو من العشرة المبشرين بالجنة وقال له النبي ﷺ [أنت مني كهارون من موسى غير إنك لست بنبي] رواه مسلم وتزوج من فاطمة بنت رسول اللّٰه ﷺ – وكان زاهدًا ورعًا قال جرموز رأيته وعليه إزار إلى نصف الساق وداء مشمر ومعه درة يمشي بها في الأسواق يأمرهم بتقوى اللّٰه وحسن البيع ويقول : أوفوا الكيل والميزان ، ولا .... اللحم ، قال عمر بن عبد العزيز أزهد الناس في الدنيا علي بن أبي طالب قتله عبد الرحمن بن مُلْجَم المُرَادِيّ ١٧ رمضان وذلك سنة ٤٠هـ .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) هذا الأثر عن ابن عيينة عن الزهري قال : سمعت مالك بن أوس بن الحدثان يقول : سمعت عمر بن لخطاب والعباس وعلي يختصمان إليه في أموال النبي (ﷺ) فقال عمر : كانت أموال بني النضير مما أفاء اللّٰه على رسوله لم يوجف المسلمون عليها بخيل ولا ركاب وكانت لرسول اللّٰه (ﷺ) خاصة دون المسلمين وكان رسول اللّٰه (ﷺ) ينفق منها نفقة تسن على أهله الخ . أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/٢٩٥) ، وأبو داود في سننه كتاب الخراج باب في صفايا رسول اللّٰه ﷺ من الأموال مختصرًا (٣/١٤١) ، برقم ٢٩٧٦ ، وبنحوه أخرجه البخاري في صحيحه كتاب بدء الوحي باب قول النبي ﷺ لا نورث (٦/٢٤٧٤) ، برقم ٦٣٤٦ .

الفيء كله له وحده وظاهر الآية أن الفيء كله مقسوم على خمسة فتجمع بينهما .

١٩٨٢٣ - فنقول : معنى الخبر أربعة أخماس ماله خالصًا ومعنى الآية خمسه مقسوم على خمسة فكان الجمع بينهما أولى من إسقاط أحدهما وأنتم استعملتم الآية وتركتم الخبر .

١٩٨٢٤ - والجواب : أن قوله : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ ﴾ [(١)] إنما أضافها إليه لأنها موقوفة على تصرفه وقوله كانت له خالصًا دون المسلمين أن له التصرف فيها .

١٩٨٢٥ - تبين ذلك ما روى المدايني [(٢)] في كتاب الخلفا عن سعيد بن خالد بن الترجمان بإسناده أن فاطمة جاءت إلى أبي بكر تطلب إرثها من هذه القرى فقال لها : « والله ما خلق الله خلقًا أحب إلي من أبيك ولا خلقًا بعد أبيك أحب إلي منك ولأن تحتاج عائشة أيسر علي من أن تحتاجي والذي بعث أباك بالحق مالك هذه الأموال قط » [(٣)] وهذا بحضرة الصحابة .

١٩٨٢٦ - فبان أن قول عمر أنها كانت للنبي ﷺ خالصًا أي موقوفة على رأيه وتصرفه وأنها تخالف الغنيمة التي تقسم فيتصرف فيها أهلها كيف شاؤا .

١٩٨٢٧ - فعلى هذا قد حملنا الآية على ظاهرها وحملنا الخبر على وجه صحيح يقصد به الإجماع فكأن ذلك أولى من ترك ظاهر الآية والخبر جميعًا .

١٩٨٢٨ - قالوا : مال رجع من المشركين إلى المسلمين جعلت قسمته إلى الإمام فوجب أن يخمسه كالغنيمة .

١٩٨٢٩ - قلنا : المعنى في الغنيمة أنها مملوكة بسببين مختلفين بمباشرة القائمين وبظهر المسلمين فاستحق أهل الخمس بهذه والقائمون بمعنى آخر .

---

(١) سورة الحشر : الآية ٧ .

(٢) هو : العلامة الحافظ الصادق أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الله بن أبي سيف المدائني الأخباري نزل بغداد وصنف التصانيف وكان عجبًا في معرفة السير والمغازي والأنساب وأمام العرب مصدقًا فيما ينقله عالي الإسناد . ولد سنة اثنتين وثلاثين ومائة . سمع من : قرة بن خالد وهو أكبر شيخ له ، وشعبة بن جويرية بن أسماء وعوانة بن الحكم وحماد بن سلمة وسلام مسكين وغيرهم . حدث عنه : خليفة بن خياط والزبير بن بكار والحارث بن أبي أسامة وأحمد بن أبي خيثمة وآخرون . كان عالماً بالفتوح والمغازي والشعر صدوقًا في ذلك من تصانيفه : تسمية المنافقين ، خطب النبي كتاب فتوحه وكتاب عهوده ، وكتاب اخبار قريش ، كتاب أخبار أهل البيت وتاريخ الخلفاء مات سنة : ٢٢٤ أو ٢٢٥هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٢٦/٩ ، ١٢٧) .

(٣) أخرجه البخاري بلفظ قريب في كتاب الوحي باب حديث بني النضير (١٤٨/٤) برقم ٣٨١٠ .

١٩٨٣٠ - والفيء مملوك بسبب واحد كانت جهته واحدة ولم يتبعض استحقاقه كمال الزكاة والعشر لما استحق بسبب واحد كان المستحق له فريق واحد لم يختلف مستحقه .

١٩٨٣١ - قالوا : الفيء مأخوذ بترعيب النبي ﷺ لأنه قال « نصرت بالرعب وإن العرب تفزع مني على مسافة شهر » [1] .

١٩٨٣٢ - قلنا : فيجب إذا كان من جملة القائمين أن يستحق الأربعة أخماس ؛ لأن ذلك الرعب موجود فيه فلما لم ينفرد بأربعة أخماسها كذلك الفيء لأنه مأخوذ برعبه ورعب المسلمين .

* * *

(١) أخرجه البخاري في كتاب التيمم (١٢٨/١) ، برقم ٣٢٨ ، ومسلم في أول كتاب المساجد ومواضع الصلاة (٣٧٣/١) برقم ٥٢١ .

مسألة ١٠٠٣

القاتل لا يستحق سلب المقتول إلا أن شرط الإمام

١٩٨٣٣ - قال أصحابنا : لا يستحق القاتل سلب المقتول إلا أن شرط الإمام ذلك [١] .

١٩٨٣٤ - وقال الشافعي : إذا قتل المسلم وهو ممن سهم كافرًا ممتنعًا أو لحقه والحرب قائمة فله سلبه شرط الإمام ذلك أو لم يشرط .

وإن كان القاتل ممن لا يستحق السهم كالعبد والصبي والكافر ففيه قولان الصحيح أنه لا يستحق السلب والقول الآخر يستحق [٢] .

فإن كان القاتل يحد بالجنس كابن أبي سلول لم يستحق السلب قولًا واحدًا .

١٩٨٣٥ - فإن قيل : بعد تقضي الحرب لم يستحق ولذلك إن قتل من أثخنته الجراح أو قتل الصغير لم يستحق سلبه فإن قتل صبيًا أو امرأة في حال الحرب فإن كانا يقاتلان استحق سلبهما وإن كانا لا يقاتلان لم يستحق وإن ثخن رجلًا وقتله آخر فالسلب للذي أثخنه لا لقاتله .

١٩٨٣٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [٣] فأضاف الغنيمة إلى جماعة الغانمين وهذا يمنع انفراد الواحد بشيء منها .

١٩٨٣٧ - وروى عبد الله بن شقيق [٤] عن رجل من تلقيني قال : « أتيت النبي

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٨/١٠) ، تحفة الفقهاء (٥٠٨/٣) .
وأصحابنا استدلوا بقوله تعالى : ﴿ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ والسلب من الغنيمة لأن الغنيمة مال يصاب بأشرف الجهات فينبغي أن يجب فيه الخمس بظاهر الآية وعندكم لا يجب وهذا مروي عن ابن عباس ﵄ قال : السلب من الغنيمة وفيه الخمس واستدلوا بالآية .

(٢) جاء في مغني المحتاج : قوله وإيجاف بالواو هنا بمعنى أو لئلا يرد المأخوذ بقتال الرجالة وبالفسق فإنه غنيمة كما تقرر ولا إيجاف فيه تقرر ، ذلك فيقدم منه أي أصل مال الغنيمة السلب بالتحريك للقاتل المسلم سواء كان حرًا أم ذكرًا أم لا بالغًا أم لا شرط له الإمام أو لم يشرط . انظر : مغني المحتاج (١٥٧/٤ - ١٥٨) ، الأم (١٤٢/٤) ، نهاية المحتاج (١٤٤/٦) .

(٣) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

(٤) هو : عبد الله بن شقيق العقيلي أبو عبد الرحمان ويقال أبو محمد البصري ، من بني عقيل بن كعب بن عامر بن صعصعة . روي عن : أفرع مؤذن عمر بن الخطاب ورجاء بن أبي رجاء الباهلي وأبيه شقيق العقيلي على =

ﷺ وهو بوادي القرى فقلت يا رسول الله لمن المغنم ؟ فقال : لله [١] سهم ولهؤلاء أربعة أسهم قلت فهل أحد أحق شيئًا من المغنم من أحد ؟ قال : لا حتى السهم يأخذه أحد من جنبه فليس بأحق من أخيه » [٢] .

١٩٨٣٨ – ويدل عليه قوله عليه [الصلاة] والسلام : « ردوا الخيط والمخيط فإنه عار ونار وشنار [٣] إلى يوم القيامة » [٤]

١٩٨٣٩ – وروى معاذ بن جبل قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه لا يتناوله » [٥] .

١٩٨٤٠ – فإن قيل : قد طابت نفس رسول الله ﷺ بالسلب وهو إمام الأئمة .

١٩٨٤١ – قلنا : إطلاق اسم الإمام لا يتناوله بل له اسم هو أشرف وأخص كما لا يطلق عليه اسم معلم وإن كان معلمًا في الحقيقة فإن الله تعالى : ﴿ هُوَ ٱلَّذِى بَعَثَ فِى ٱلْأُمِّيِّـۧنَ رَسُولًا مِّنْهُمْ يَتْلُوا۟ عَلَيْهِمْ ءَايَٰتِهِۦ وَيُزَكِّيهِمْ وَيُعَلِّمُهُمُ ٱلْكِتَٰبَ وَٱلْحِكْمَةَ ﴾ [٦]

١٩٨٤٢ – وجواب ثاني : وهو أن معناه أروي هذا الخبر محتجًا به على أن الخيار في سلب إلى الإمام وما يقام الاحتجاج بقوله « من قتل قتيلًا فله سلبه » [٧] .

١٩٨٤٣ – لأنه قال لم يقل ذلك النبي ﷺ إلا في غزاة واحدة ثم جمعه بعد ذلك بقوله ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه فعلم أنه فهم من إطلاق الإمام غير النبي ﷺ .

١٩٨٤٤ – وقد روي أن معاذ قال : « إن النبي ﷺ قال في واحدة من سمعته

= خلاف ذلك . وعبد الله بن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعمر بن الخطاب . روى عنه : أيوب السختياني ، وبديل بن ميسرة الفقيلي والبراوبن عبد الله الغنوي وخلق كثير . ذكره محمد بن سعيد في الطبقة الأولى من تابعي البصرة ثقة ماتت سنة ١٠٨هـ . انظر : تهذيب الكمال (٨٩/١٥ : ٩٣) .

(١) في جميع النسخ [لي فيهم سهم] وما أثبتناه من كتب الحديث .

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٢٩/٣) .

(٣) الشنار هو العيب والعار ، وقيل هو أقبح العيب والعار انظر : لسان العرب (شنر) (٢٣٣٨/٤) .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٠/٤) ، وابن حزم في المحلى (٢٣٤/٨) ، نصب الراية (٣٠٠/٤) .

(٦) سورة الجمعة : الآية ٢ .

(٧) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١١٤/٣ ، ١٩٠) ، وأبو داود (٧٠/٣) ، كتاب الجهاد باب في السلب يعطى القاتل برقم ٢٧١٧ .

ثم سمعه [1] [من] بعد يقول الخيار إلى الإمام إن شاء أعطى وإن شاء منع » [2] .

١٩٨٤٥ - ويدل عليه حديث عبد الرحمن بن عوف [3] أنه كان واقفًا يوم بدر [4] ومعه فتيان من الأنصار إذا أقبل أبو جهل بن هشام [5] وقد أخذته سيوف بني مخزوم [6] فابتدره معاذ بن عمرو بن الجموح [7] ومعاذ بن عفراء [8] فضرباه ثم قالا للنبي ﷺ إننا قتلنا أبا جهل فقال : أمسحتما سيفكما قالا لا ، فنظر إلى السيفين فقال : كلاكما قتله ، وأعطى سلبه معاذ بن عمرو بن الجموح » [9]

١٩٨٤٦ - ولو استحق السلب بالقتل لم يجز أن يخص به أحدهما .

١٩٨٤٧ - فإن قيل : غنايم بدر كانت لرسول الله ﷺ يصنع فيها ما يشاء .

---

(١) في (م) : [لم يسمعه] . (٢) لم نعثر على هذا الحديث بعد .

(٣) هو : عبد الرحمن بن عوف بن عبد الله بن الحارث بن زهرة بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي أبو محمد أحد العشرة المبشرين بالجنة ، وأحد الستة أهل الشورى وأحد السابقين البدريين القرشي الزهري وهو أحد الثمانية الذين بادروا إلى الإسلام وله عدة أحاديث . روى عنه : ابن عباس أو ابن عمر أو أنس بن مالك ، وبنوه إبراهيم وحميد أبو سلمة وعمرو ومصعب بنو عبد الرحمن . توفي سنة ٣٢ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٣/٣) وما بعدها أسد الغابة (٣١٣/٣) .

(٤) أي يوم غزوة بدر التي سميت بيوم الفرقان وانتصر فيها المسلمين على الكافرين .

(٥) أبو جهل - لعنه الله - هو : عمرو بن هشام أبو الحكم ، أشد الناس عدواة للمصطفى ودعاه المسلمون أبا جهل قتل في وقعة بدر الكبرى سنة ٢ هـ . وهو في صفوف المشركين . انظر : الأعلام (٨٧/٥) .

(٦) بنو مخزوم بعلي من لؤي بن غالب من قريش وكان لمخزوم من الولد عمرو ، وعامر ، عمران منهم خالد ابن الوليد الصحابي ، ومنهم أبو جهل ابن هشام عدو رسول الله ﷺ وأخوه العاصي ابن هشام قتلا يوم بدر كافرين وأخوهما السلمة بن هشام : أسلم وكان من خيار المسلمين ومنهم سعيد ابن المسيب التابعي المشهور . انظر : سبائك الذهب في معرفة قبائل العرب ص ٢٨٧ .

(٧) هو : معاذ بن عمرو بن الجموح بن كعب الأنصاري الخزرجي السلمي المدني البدري الفقير قاتل أبي جهل . روى عنه : ابن عباس وعاش إلى أواخر خلافة عمر بن الخطاب توفي سنة ٣٠هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٥٥/٣) وما بعدها . أسد الغابة (٢٠٢/٥) .

(٨) هو : معاذ بن الحارث بن رفاعة بن الحارث بن سواد بن مالك بن غنيم بن مالك بن الحارث الأنصاري المعروف بأبي عفراء وهي أمة وهي عفراء بنت عبد ثعلبة وقيل غير ذلك شهد بدرًا أو أحدًا والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ قال : الواقدي : يروى أن معاذ بن الحارث ورافع بن مالك الزرقي أول من أسلم من الانصار بمكة . انظر : تهذيب الكمال (١١٥/٢٨-١١٧) ، أسد الغابة (٣٧٨/٤) .

(٩) أخرجه البخاري في كتاب الخمر باب من لم يخمس الأسلاب ومن قتلَ قتيلًا فله سلبه (١١٤٤/٣) ، برقم ٢٩٧٢ ، ومسلم في كتاب الجهاد والسير باب استحقاق القاتل سلب القتيل (١٣٧٢/٣) .

١٩٨٤٨ - قلنا : هذا غير مسلم بل هي للمسلمين وقوله تعالى : ﴿ يَسْئَلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِ قُلِ ٱلْأَنفَالُ لِلَّهِ ﴾ (١) إنما أراد به تنفل المقاتلة التي تثبت شرط النبي (٢) ﷺ وكما يرى من المصلحة وقد روي عن ابن عباس هذا بعينه فلما كان يوم بدر قال رسول الله ﷺ : « من فعل كذا فله كذا » (٣) فذهب شأن الرجال وحبس السيوف تحت الرايات فلما كانت الغنيمة جاءت الشبان يطلبون نفلهم ، فقال الشيوخ تستأثروا علينا فإنا كنا تحت الرايات لو انهزمتم كنا ردءًا لكم فأنزل الله ﴿ يَسْئَلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِ ﴾ إلى قوله : ﴿ كَمَآ أَخْرَجَكَ رَبُّكَ مِنۢ بَيْتِكَ بِٱلْحَقِّ وَإِنَّ فَرِيقًا مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ لَكَٰرِهُونَ ﴾ (٤) .

يقول أطيعون في هذا الأمر كما رأيتم عاقبة أمري .

فهذا يدل على (٥) أن الآية نزلت بتنفيل رسول الله ﷺ لا في أصل الغنيمة وإذا ورد الأثر ما تقتضيه حقيقة اللفظ فحمل عليه أولى .

ويدل عليه حديث عوف ابن مالك (٦) أن بدويًا رافقهم في غزوة مؤتة وإن روميًا كان يشتد على المسلمين ويغري بهم فتلطف له ذلك البدوى فقعد خلف صخرة فلما مر به عَرقَبَ (٧) فرسه وخر الرومي لقفاه وعلاه بالسيف فقتله وأقبل بفرسه بسرجه ولجامه وسيفه ومنطقته وسلاحه وذهب (٨) بالذهب والجوهر إلى خالد بن الوليد (٩)

---

(١) سورة الأنفال : الآية ١ . (٢) في (م) : [رسول الله] .

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٤٧٠/٨) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣١٥/٦) .

(٤) سورة الأنفال : الآية ١ - ٥ . (٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) هو : عوف بن مالك الأشجص الغطفاني ممن فتح مكة وله جماعة أحاديث في كتبه . أقوال : أبو عبد الرحمن ، قيل أبن عبد الله ، وأبو محمد ، وأبو عمرو . حدث عنه : أبو هريرة ، وأبو سلم الخولاني وماتا قبله بمدة وخبير بن قبر وأبو إدريس الخولاني شهد غزوة مؤتة وقال رافضي من أصل اليمن وليس معه غير سبقه . توفي سنة ٧١ هـ . انظر : سير أعلام البنلاء (١١٣/٤-١١٤) ، أسد الغابة (٣١٢/٤) .

(٧) عرقب : العرقوب العصب الغليظ المؤثر فوق عقب الإنسان وعرقوب الدابة في رجلها بمنزلة الركبة من يدها . وعرقب الدابة قطع عرقوبها وتعرقبها : ركبها من خلفها . انظر : لسان العرب (عرقب) (٩/٤-٢٩) .

(٨) في (م) ، (ع) : [فذهب] .

(٩) هو : خالد بن الوليد بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم بن يقظة أبي كعب سيف الله تعالى وفارس الإسلام وليث المشاهد السيد الإمام الأمير الكبير قائد المجاهدين أبو سليمان القريشي المخزومي هاجر مسلمًا في صفر سنة ثمان ثم سار غازيًا فشهد غزوة مؤتة واستشهد أمراء رسول الله ﷺ الثلاثة فتأمر لهم خالد وأخذ الراية وحمل على العدو ، مناقبه غزيرة وأمره الصديق على سائر أمراء الأجناد وحاصر دمشق وفتحها هو وأبو عبيدة بن الجراح . عاش ستين سنة وقال جماعة من الأبطال ومات على فراشه فلا قرت أعين =

فأخذ خالد سلبه ونفله لنفسه فقال عوف فقلت يا خالد ما هذا أما تعلم أن رسول الله ﷺ قضى بسلب المقتول للقاتل كله قال بلى ولكني استكثرته فقلت أما والله لأعرفنكها عند رسول الله ﷺ قال عوف فلما قدمنا على رسول الله ﷺ أخبرته خبره فدعاه وأمره أن يدفع إلى البدوي [١] بقية سلبه / فولى خالد ليفعل فقلت كيف رأيت يا خالد ألم أوف لك بما وعدتك فغضب رسول الله ﷺ وقال يا خالد لا تعطه وأقبل عليّ فقال : هل أنتم تاركوا أمرائي لكم صفوة وعليهم كدرة » [٢] .

٢٢٣/ب

١٩٨٤٩ – وهذا يدل أن الأمر بالدفع لم يكن على طريق الوجوب فلما ظن عوف أنه أمر واجب نهى رسول الله ﷺ خالدًا عن الدفع ، ومنع البدوي منه .

١٩٨٥٠ – فإن قيل : إنما منع النبي ﷺ عقوبة لما قدم عليه من الاستخفاف بالأمير ومما رأيه وقد كانت العقوبة في الأموال .

١٩٨٥١ – بدليل ما روي أن النبي ﷺ قال : « من يجر شيئًا من الغنيمة أحرق رحله » [٣] .

١٩٨٥٢ – وقال في الزكاة و [٤] من منعها فأنا آخذ وشطر ماله وقال في السرقة غرامة مثلها .

١٩٨٥٣ – قلنا : إنما كانت العقوبة في الأموال على الجناية المتعلقة بالأموال فأما على غيرها فلا .

١٩٨٥٤ – ولأن عوف بن مالك استخف بالأمير كيف يعاقب رسول الله ﷺ [البدوي] بمنعه حقه من المسلمين بجناية غيره ، فعلم أن هذا تأويل محتمل والخبر ظاهر في إبطال قولهم .

١٩٨٥٥ – ولأنه جزء معين من الغنيمة فلا ينفرد به أحد الغانمين إلا بإذن الإمام أصله سائر أعيان الغنيمة .

= الجنباء توفي سنة إحدى وعشرين . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٢٧/٣-٢٣٩) .

(١) في (ص) : [المددى] .

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الجهاد والسير باب استحقاق القاتل سلب القتيل (١٣٧٣/٣ ، ١٣٧٤) ، برقم ١٧٥٣ ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار (٢٢٥/٩ ، ٢٢٦) ، نصب الراية (٣٠٢/٤) .

(٣) أخرجه أحمد بلفظ : « أن رسول الله ﷺ قال : « من وجدتم في متاعه غلولًا فأحرقوه » المسند (٢٢/١) ، وأبو داود بلفظ : « إذا وجدت الرجل قد غل فاحرقوا متاعه واضربوه » (٦٩/٣) ، كتاب الجهاد باب في عقوبة الغال برقم ٢٧١٣ .

(٤) ساقطة من (ع) .

١٩٨٥٦ - ولأنه مال الخيول فلا يستحقه القاتل بقتله كغير السلب ولأنه قتل بحق فلا يستحق القاتل السلب أصله إذا قتله بعد تقضي الحرب .

١٩٨٥٧ - ولا يقال : المعنى أنه لم يكف المسلمين ضرره أو لم يفد بنفسه في قتله. وفي مسألتنا بخلافه .

١٩٨٥٨ - وذلك لأن القتل بعد تقضي الحرب دفع لضرر المقتول عن المسلمين فقد دفع شره عن المسلمين ولا يستحق السلب .

١٩٨٥٩ - ولأن السلب وصل إلينا بظهر المسلمين ومعونتهم فلم ينفرد به بغير إذن المالك كسائر أجزاء الغنيمة .

١٩٨٦٠ - ولأن تخصيص أحد الغانمين من أمثاله بشيء من مال المشركين لا يجوز إلا بإذن الإمام كسائر الأنفال .

١٩٨٦١ - احتجوا بحديث أبي قتادة (١) قال : « خرجنا مع النبي (٢) ﷺ عام حنين فلما التقينا كانت (٣) للمسلمين جولة فرأيت رجلًا من المشركين قد علا رجلًا من المسلمين فاستدرت له حتى أتيته من وراءه فضربته على حبل عاتقه ضربة فأقبل على فضمني ضمة فوجدت منها ريح الميت (٤) ثم أدركه الموت فأرسلني ، ثم فلحقت (٥) عمر فقال ما بال الناس قال أمر اللّه ثم إن الناس رجعوا فقال رسول اللّه ﷺ : من قتل قتيلًا له عليه بينة فله سلبه فقمت فقلت من يشهد لي ثم جلست ، يقول وأقول ثلاث مرات ، فقال رسول اللّه ﷺ : مالك يا أبا قتادة قال فاقتصصت عليه القصة فقال رجل من القوم صدق يا رسول اللّه وسلب ذلك القتيل عندي ، فارضه مني فقال أبو بكر لها اللّه إذًا لا يُعمد إلى أسد من أُسد اللّه يقاتل عن اللّه وعن رسوله فيعطيك سلبه فقال رسول اللّه ﷺ فاعطه إياه فأعطانيه » (٦) فبعت الدرع فابتعت به مخرفًا في بني

---

(١) هو : أبو قتادة الأنصاري السلمي فارس رسول اللّه ﷺ شهد أحد والحديبية وله عدة أحاديث اسمه الحارث بن الحارث بن ربعي على الصحيح حدث عنه : أنس بن مالك ، وسعيد بن المسيب وعطاء بن يسار ، وعلي بن رباح وغيرهم . مات أبو قتادة سنة أربع وخمسين . انظر : سير أعلام البنلاء (٤/٨٧-٩٢) ، أسد الغابة (١/٣٢٧) .

(٢) في (م) ، (ع) : [رسول اللّه] . (٣) في (ع) : [كان] .

(٤) في (ع) : [الموت] . (٥) في (ع) : [ثم لحقت] .

(٦) أخرجه الشافعي في الأم / ، وهو متفق عليه ولم يذكر نص الحديث وإنما اختصر على الشاهد فقط ، أخرجه البخاري في كتاب المغازي باب قول اللّه تعالى : ﴿ وَيَوْمَ حُنَيْنٍ إِذْ أَعْجَبَتْكُمْ كَثْرَتُكُمْ ﴾ (٤/١٥٧٠) ، برقم ٤٠٦٦ ، ومسلم في كتاب الجهاد والسير باب استحقاق القاتل سلب القتيل (٣/١٣٧٠ - ١٧٥١) .

سلمة [١] فإنه لأول مال تأَثَّلْتُهُ في الإسلام .

١٩٨٦٢ - قالوا : قوله ﷺ : « من قتل قتيلًا له عليه بينة » ولم يفرق بين أن يكون الإمام شرط ذلك أو لم يشرط ولم يخص [٢] ذلك بهذه الغزوة دون غيرها .

١٩٨٦٣ - ولأن هذا الشرط قاله النبي ﷺ بعد انقضاء الحرب وجمع الغنيمة فدل على [٣] أن السلب استحق بالشرع لا بالشرط .

١٩٨٦٤ - ولأن أبا بكر الصديق [٤] لما ذكر استحقاق أبي قتادة للسلب لم يذكر شرط رسول اللَّه ﷺ وإنما ذكر مخاطرته بقتله وقال لا يعمد [٥] إلى أسد من أسد اللَّه يقاتل عن اللَّه ورسوله فيعطيك سلبه .

١٩٨٦٥ - فلو كان على ما قال المخالف لقال لا يبطل شرط رسول اللَّه ﷺ .

١٩٨٦٦ - الجواب : أن الاحتجاج إن كان بقوله ﷺ من قتل قتيلًا فله سلبه فلا دلالة له .

لأنه يحتمل أن يكون ﷺ قال ذلك شرعًا ويحتمل أن يكون قاله شرطًا وهو يملك الأمرين فليس حمل اللفظ على أحدهما أولى من الآخر وهذا كقوله ﷺ : « من ألقى سلاحه فهو آمن ومن تعلق بأستار الكعبة فهو آمن » [٦] .

١٩٨٦٧ - وكما روى عبادة بن الصامت [٧] أن النبي ﷺ « نفل في البداءة الربع وفي الرجعة الثلث » [٨] .

---

(١) بني أبي سلمة بفتح اللام بطن وبنوه من جهينة ومنهم مجد بن عمرو . انظر : سبائك الذهب في معرفة قبائل العرب ص ٩١ .

(٢) في (م) ، (ع) : [يحضر] .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) ساقطة من (ص) .

(٦) أخرجه مسلم بلفظ قريب في كتاب الجهاد باب فتح مكة (١٤٠٨/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٧/٩ - ١١٩) .

(٧) هو عبادة بن الصامت بن قيس بن أصرم بن فهر بن ثعلبة بن غنم بن عوف بن عمرو بن عوف بن الخزرج الإمام القدوة أبو الوليد الأنصاري أحد النقباء ليلة العقبة ومن أعيان البدريين سكن بيت المقدس حدث عنه أبو أمامة الباهلي ، وأنس بن مالك وأبو مسلم الخولاني وغيرهم . شهد العقبة الأولى وشهد المشاهد كلها مع رسول اللَّه ﷺ . توفي سنة ٣٤ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٥٣/٣-٣٥٩) ، أسد الغابة (١٠٦/٣) .

(٨) انظر : تلخيص الحبير (٢٢٢/٣) ، برقم ١٤٧١ ، أحمد في المسند (٣١٩/٥) .

ولم يدل ذلك على بيان الشرع بل كان شرطًا يختص [1] بالحرب التي شرطها فيه خاصة .

لأن النبي ﷺ قال بعد الحرب من [قتل قتيلًا له عليه بينه فله سلبه] [2] وهذا يدل أن أبا قتادة لم يستحق بالشرط فلم يصح لأن النبي [ﷺ] [3] شرط ذلك في حال الحرب .

١٩٨٦٨ - يدل عليه حديث أنس أن النبي ﷺ قال يوم هوازن [4] : « من قتل مشركًا فله سلبه ، وقتل أبو طلحة يومئذ عشرين فأخذ أسلابهم فقال أبو قتادة يا رسول الله إني قتلت رجلًا على جبل العانق فاجهضت عليه وذكر الخبر » [5]

١٩٨٦٩ - وهذا يدل على أن شرط النبي ﷺ كان قبل قتل أبي طلحة [6] .

١٩٨٧٠ - ولأن الفاء للتعقيب فلما قال أن النبي ﷺ قال من قتل قتيلًا فله سلبه فقتل أبو طلحة عشرين رجلًا فدل أن القتل حصل بعد الشرط .

١٩٨٧١ - فأما قول أبي بكر لا تدع أسدًا من أسد الله يقاتل عن الله ولم يعلل ذلك بشرط النبي ﷺ فدل أن الشرط لا يستحق به وإنما يستحق بالقتل لأجل وجود الشرط فالشرط السلب والقتل العلة فلذلك [ذكر أبو بكر] [7] مخاطرته بنفسه ولم يذكر الشرط .

١٩٨٧٢ - احتجوا بما روى أنس بن مالك عن [8] النبي ﷺ أنه قال يوم حنين [9] : « من

---

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) في (ص) : [من قتل قتيلًا بعد تفض الحرب له عليه بينة فله سلبه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [عليه وسلم] .

(٤) هي غزوة هوازن وتسمى حنين وكانت بعد فتح مكة وخرج الرسول في جيش عداد اثني عشر ألف مقاتل وانتصر المسلمون بعد الهزيمة الأولى . وأنزل الله فيها قرآن ﴿ لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ وَيَوْمَ حُنَيْنٍ ﴾ (التوبة : من الآية٢٥) . انظر : البداية والنهاية (٣٣٩/٤-٣٥٥) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٠٦/٦) ، أحمد في المسند (١١٤/٣ ، ١٦٠) .

(٦) هو : أبو طلحة الأنصاري سهل بن الأسود بن حرام بن عمرو بن زيد بن مناة بن عدي بن عمرو بن مالك بن النجار الخزرجي النجاري . روى عنه : ربيبه أنس مالك ، وزيد بن خالد الجهني وابن عباس وغيرهم وهو من الذين قال فيهم رسول الله ﷺ : صوت أبي طلحة في الجيش خير من مئة . قيل أنه غزا بحر الروم فتوفى في السفينة والأشهر أنه مات في المدينة وصلى عليه عثمان بن عفان سنة أربع وثلاثين ﷺ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٦٦/٣- ٣٧١) ، أسد الغابة (٢٨٩/٢) .

(٧) في (ع) : [أبو بكر ذكر] .

(٨) في (ع) : [أن] .

(٩) في (م) ، (ع) : [خيبر] .

قتل كافرًا فله سلبه فقتل أبو طلحة [١] يومئذ عشرين رجلًا وأخذ أسلابهم .

١٩٨٧٣ – والجواب : أن قوله ﷺ من قتل قتيلًا [فله سلبه] [٢] الشرط والشرع على ما قدمناه فلم يصح التعلق به .

١٩٨٧٤ – ولأن النبي ﷺ قال ذلك يوم حنين [٣] وقد تفرق المسلمون عنه والظاهر من هذه الحال تحريض المسلمين وتنفيلهم ليقدموا على القتال .

ولأن الاستحقاق لا يتعلق بالقتل باتفاق فليس لهم أن يتركوا الظاهر ويعلقوا الحكم بقتل على صفات من قاتل على صفات .

١٩٨٧٥ – وإن كان الظاهر لا يدل على ذلك الأولى أن يعلق الحكم بالقتل إذا شرط الإمام فتساوينا

١٩٨٧٦ – قالوا : مال يؤخذ من الغنيمة لا يفتقر تقديره إلى اجتهاد الإمام فلا يقف استحقاقه على شرط كسائر الغازين والراجل وعكسه النفل .

١٩٨٧٧ – قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن تقدير ما يستحقه القاتل يقف على اجتهاد الإمام فإن رأى جعل للقاتل السلب كله وإن رأى جعل له نصفه فإن عنوا إلى السلب مقدر في نفسه بطل بمال المقتول إذا شرط للقاتل فإن تقدير ذلك لا يقف على الاجتهاد واستحقاقه يقف على شرطه .

١٩٨٧٨ – والمعنى في سهم الفارس والراجل إن كل واحد منهما لا يتعين في شيء من المغنم [٤] إلا بفعل الإمام كذلك لا يتعين حق القاتل في السلب إلا بشرط .

١٩٨٧٩ – ولأن [سهم الراجل] [٥] والفارس لما لم يقف على إذن الإمام استحقاقه قاتلًا أو لم يقاتلا غررًا أو لم يغررا فلما لم يستحق السلب بغير تغرير لم يستحق إلا بالشرط كالنفل .

١٩٨٨٠ – فإن قيل : سبب استحقاق السهم وحضور الوقعة وذلك موجود وإن اختلف الحال وسبب السلب التغرير بنفسه .

١٩٨٨١ – قلنا : لا نسلم هذا وإنما سبب الاستحقاق القتل مع شرط الإمام .

---

(١) ساقط من (ص) .
(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٣) في جميع النسخ [خيبر] وما أثبتناه هو الصواب .
(٤) في (م) ، (ع) : [غنم] .
(٥) في (ع) : [الفارس والراجل] .

١٩٨٨٢ - فإن قيل : مغرر بنفسه أو غير مغرر يستحق .

١٩٨٨٣ - قالوا ذو السهم غرر بنفسه بقتل كافر ممتنع حال القتال فاستحق سلبه كما لو شرط الإمام .

١٩٨٨٤ - قلنا الأسباب التي تعلق بها استحقاق الغنم لا فرق فيها بين التغرير بالنفس وغير التغرير بدلالة سهم الفارس والراجل يستوي في استحقاقه المقاتل وغير المقاتل .

١٩٨٨٥ - ولأن الاستحقاق إذا تعلق بالتغرير استوى فيه من له سهم ومن لا سهم له ، لأن كل واحد منهما غرر بنفسه .

والمعنى في شرط الإمام أنه يجوز أن يستحق به مال المقتول فلم يجز استحقاق سلبه به .

١٩٨٨٦ - قالوا : الاستحقاق في الغنيمة بحسب العناء في الحرب بدلالة أن الفارس لما رأى عناء عن عناء الراجل استحق زيادة سهم ومن قتل رجلًا مبارزًا فعناه أعظم لأنه كفى المسلمين شره وفعل ما هو سبب هزيمتهم فلذلك استحق السلب .

٢٢/أ ١٩٨٨٧ - قلنا : إذا غرر بنفسه بصعود جبل أو قلعة / حتى ظهر المسلمون وألقى نفسه في البحر حتى أحرق مركبهم أو حمل على الصف ففرق جمعه وقد حصل منه عناء لم يحصل من غيره ولم يستحق بذلك زيادة على سهمه كذلك القاتل .

ولأن القتل لو استحق به لأنه غرر بنفسه جاز أن يستحق مال المقتول لهذاالمعنى ولكان [إذا غرر بنفسه وأسره واسترقه الإمام يكون أولى برقبته] [١] فلما لم ينفرد بالرقبة .

وإن غرر بنفسه في أخذهما [٢] ذلك لا يستحق السلب وإن غرر بنفسه من قتل المسلوب .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) في (ع) : [أخذها] .

مسألة ١٠٠٤

النفل قبل إحراز الغنائم

١٩٨٨٨ - قال أصحابنا : يجوز للإمام أن ينفل قبل إحراز الغنايم ولا يجوز [١] أن ينفل بعد إحرازها فإن قال : من أصاب شيئًا فهو له فأصاب رجل جارية فهي له ولا خمس فيها وإذا قال من حفظ هذه المطمر فله نصف ما فيها جاز [٢] .

١٩٨٨٩ - وقال الشافعي : إذا قال الإمام من أصاب شيئًا فهو له فقد أخطأ ومن أصاب شيئًا فهو لجماعة الغانمين وفيه الخمس [٣] .

١٩٨٩٠ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ قال يوم بدر : « من أخذ شيئًا فهو له » [٤] .

١٩٨٩١ - ولا يقال إن الغنايم يوم بدر كانت لرسول الله ﷺ لأنا قد دللنا على بطلان هذا القول .

١٩٨٩٢ - فإن قيل : نسخ ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [٥] وهذا يقتضي أن يكون أربعة أخماس الغنيمة للغانمين .

١٩٨٩٣ - قلنا : هذه الآية نزلت في غنايم بدر والنفل كان فيها فيجمع بينهما فكأنه قال ما غنمتم سوى النفل فلله خمسه .

١٩٨٩٤ - ويدل عليه ما روى سليمان بن مسعود عن مكحول [٦] عن زياد بن

---

(١) ساقطة من صلب [ص] واستدركت في الهامش .

(٢) يقول الإمام السرخسي : ويستحب للإمام أن ينفل قبل الإصابة بحسب ما يرى الصواب فيه للتحريض على القتال قال الله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِ ﴾ ولأن النفل يعينه على البر وهو بذل النفس لابتغاء مرضاة الله تعالى فكان ذلك مستحبًا ولكن قبل الإصابة وأما بعد الإصابة لا يجوز النفل إلا على قول أهل الشام . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٩/١٠ ، ٥٠) .

(٣) انظر : مغني المحتاج (١٤٦/٤ - ١٦٦) . (٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٦٩/٨) .

(٥) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

(٦) هو : مكحول عالم من أهل الشام يكنى أبا عبد الله وقيل أيوب ، وقيل أبو مسلم الدمشقي الفقيه أرسل عن النبي ﷺ أحاديث وأرسل عن عدة من الصحابة لم يدركهم كأبي بن كعب وثوبان ، وعبادة بن الصامت وأبي هريرة ، وأبي ثعلبة الخشني وغيرهم . وروى أيضًا عن طائفة من قدماء التابعين ما أحسبه لغنيم كأبن مسلم الخولاني ومسروق ومالك بن موسى وحدث عنه عن : واثلة بن الأسقع ، وأبي أمامة الباهلي ، وأنس بن مالك وهو إمام أهل الشام تابعي ثقة . توفي سنة ١١٢هـ . انظر سير أعلام النبلاء (٥/٦ - ٨) .

جارية [١] عن حبيب بن مسلمة [٢] : « أن رسول الله ﷺ نفل في البداية الربع وفي رجعته الثلث » [٣] أن رسول الله ﷺ « كان ينفل في الغزو الربع بعد الخمس وينفل إذا قيل الثلث بعد الخمس » [٤] .

١٩٨٩٥ - ولأنه تحريض [٥] على القتال فجاز أن شرط في مقابلته نفل كالسلب .

١٩٨٩٦ - ولأن ما جاز أن يستحق به السلب جاز أن يستحق به بقية مال المقتول أصله الإرث في حق المقتول المسلم .

١٩٨٩٧ - ولأن من جاز أن يستحق السلب إذا قتل المسلوب جاز أن يستحق المسلوب إذا لم يقتله كجماعة العسكر .

١٩٨٩٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ [٦] فأضاف الغنيمة إلى جماعتهم وانتزع منهم الخمس للأصناف .

١٩٨٩٩ - قلنا : ما شرطه الإمام نفلًا فهو مضاف إلى المشروط له ولا نسلم إضافته إلى الجماعة ولا كونه غنيمة لهم فلا تتناوله الآية .

١٩٩٠٠ - قالوا : روى أبو بكر أن النبي ﷺ قال : « الغنيمة لمن شهد الواقعة » [٧] .

١٩٩٠١ - قلنا : هذا يقتضي ثبوت حق من حضر الواقعة في الغنيمة ولا يقتضي تساويهم بدلالة أنهم يتفاضلون باتفاق ومن نفل من جملة من حضر الوقعة وقد جعلنا النفل له .

ولأن الغنيمة ما اشترك الجماعة في أخذه وما اختص الواحد بتحصيله وقد شرط له

---

(١) هو زياد بن جارية التميمي الدمشقي يقال زيد ويقال يزيد والصواب زيادة وكانت داره بدمشق يقال إن له صحبة روى عن النبي ﷺ « من سأل وعنده ما يؤتيه يغنيه » عن حب بن سلمة روي عنه : عطية بن قيس ومكحول ويونس بن ميسرة بن حلبس خال أبو هاشم شيخ مجهول . انظر : تهذيب الكمال : (٩/٤٣٩ - ٤٤١) .

(٢) هو : حبيب بن مالك الأمير أبو عبد الرحمن وقيل : أبو سلمة القرشي الفهري له صحبة ورواية يسيرة ، حدث عنه : جنادة بن أبي أمية وزياد بن جارية وقزعة بن يحيى وابن أبي مليكة ومالك بن شرجيل وهو القائل: شهدت النبي ﷺ نفل الثلث . انظر : سير أعلام النبلاء (٤/٣٣٥) .

(٣) أخرجه الشافعي في الأم (٤/١٥٢) ، مصنف ابن أبي شيبة (٨/٥١٩) .

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني المعاني الآثار (٣/٢٤١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يحرض] .

(٦) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفًا على عمر (٧/٦٦٩) . انظر : نصب الراية (٣/٢٦٦) ، تلخيص الحبير (٣/٢٢٠) برقم ١٤٥٦ .

فليس بغنيمة وإنما هو نفل فوجب أن يحمل على الاسم الذي هو أخص به .

١٩٩٠٢ – قالوا : من استحق جزءًا من الغنيمة بغير شرط الإمام لم يسقط شرط الإمام أصله إذا اشترط لغير الغانمين .

١٩٩٠٣ – قلنا : غير الغانمين لا ينفردون عنهم باستحقاق الأسلاب [فلم يستحقوا غير الأسلاب بالشرط والغانمين منهم من يستحق السلاب] [1] فجاز أن يستحق غير الأسلاب أيضًا على الوجه الذي استحق له الأسلاب .

١٩٩٠٤ – ولأن الشرط لغير الغانمين ضرر عليهم من غير نفع لهم ومتى شرط لبعضهم ففي شرطه منفعة لهم .

لأنه شرط ذلك في مقابلة عنائهم [2] وفعل نخفف به عنهم فلذلك جاز الشرط كما يجوز استحقاق السلب .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) في (م) ، (ع) : [ساعهم] .

مسألة ١٠٠٥

فتح الأرض عنوة متروك فيه النظر للإمام في الأصلح للمسلمين

١٩٩٠٥ - قال أصحابنا : إذا فتح الإمام أرضًا عنوة نظر في الأصلح للمسلمين فإن كان الأصلح أن يقسمها قسمها بين الغانمين وإن رأى أن يقر أهلها على أملاكهم ويضع عليهم الخراج فعل ذلك [١] .

١٩٩٠٦ - وقال الشافعي : يقسمها ويخمسها ولا يجوز أن يقر أهلها عليها [٢] .

لنا : ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص [٣] قال : « لما فتح عمرو بن العاص [٤] أرض مصر جمع من كان معه من أصحاب رسول الله ﷺ واستشارهم في قسمة أرضها بين من شهدها كما قسم بينهم غنايمهم وكما قسم رسول الله ﷺ [٥] أرض خيبر بين من [٦] شهدها أو يوقفها حتى يراجع في ذلك رأى [٧] أمير المؤمنين ، فقال نفر فيهم [٨] الزبير بن العوام [٩] : والله ما ذاك إليك ولا إلى عمر إنما هي أرض فتح الله علينا

---

(١) انظر : رد المحتار (١٧٨/٤ - ١٧٩) ، العناية (٣٣/٦) ، مختصر الطحاوي ص٢٨٥ .

(٢) جاء في نهاية المحتاج : ومحله في البناء دون الأرض لشمول الوقف لها وليس لنا بيده أشجار مثمرة في أرض السواد أخذ ثمارها بل يبيعها الإمام ويصرف أثمانها لمصالح المسلمين وله صرف نفسها بلا بيع لما مر أنها بأيديهم بالإجارة . انظر : نهاية المحتاج (٧٨/٨) ، مغني المحتاج (٩٩/٣) .

(٣) هو : عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن سعيد بن سعد بن سهم بن عمرو بن هصيص بن كعب بن لؤي بن غالب القرشي أبو محمد . أسلم قبل أبيه فيما بلغنا ويقال كان اسمه العاص فلما أسلم سماه النبي ﷺ عبد الله وكان غزير العلم مجتهدًا في العبادة له مناقب وفضائل ومقام راسخ في العلم والعمل حمل عن النبي ﷺ علمًا جمًّا

(٤) هو : عمرو بن العاص بن وائل الإمام أبو عبد الله ويقال أبو محمد السهمي داهية قريش ورجل العالم ومن يضرب به المثل في الفطنة والدهاء والحزم هاجر إلى رسول الله ﷺ مسلمًا في أوائل سنة ثمان مرافقًا لخالد بن الوليد وحاجب الكعبة عثمان بن عفان بن طلحة ففرح النبي بقدومهم وإسلامهم وأمر عمرًا على بعض الجيش وجهزه للغزو . حدث عنه : ابنه عبد الله ومولاه أبو قيس وأبو عثمان النهدي وآخرون . توفي سنة ٤٣ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٤١/٤-٢٥٦) .

(٥) ساقطة من (ص) ، (م) وما أثبتناه من (ع) .

(٦ ، ٧) ساقطة من (ص) .

(٨) في (ع) : منهم .

(٩) هو : الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب حواري رسول الله ﷺ وبن عمته صفية بنت عبد المطلب ، وأحد العشرة المشهود لهم بالجنة ، وأحد =

وأوجفنا عليها خيلنا ورجالنا [(١)] وحوينا ما فيها [(٢)] فما قِسمتُها بأحق من قسمة أموالها ، وقال نفر منهم : لا نقسمها حتى نراجع أمير المؤمنين فاتفق رأيهم على أن يكتبوا إلى عمر في ذلك ويخبروه في كتابهم إليه مقالتهم » .

١٩٩٠٧ – فكتب [(٣)] إليهم عمر « بسم اللَّه الرحمن الرحيم أما بعد فقد وصل إلي ما كان من إجماعكم على أن تغتصبوا عطايا المسلمين من غزو العدو من أهل الكفر وإن قسمتها بينكم لم يكن لمن بعدكم من المسلمين مادة يقوون بها على عدوكم ولولا ما أحمل عليه في سبيل اللَّه أضع عن المسلمين مؤمنهم وأخرى على ضعفائهم وأهل الديوان منهم لقسمتها بينكم فأوقفوا فيئًا على من بقي من المسلمين حتى يتعوض آخر عصابة بعدد من المؤمنين والسلام عليكم » [(٤)]

١٩٩٠٨ – وافتتح عمر [ﷺ] [(٥)] « أرض السواد [(٦)] فطلب قسمته ....

= الستة أهل الشورى ، وأول من سل سيفه في سبيل اللَّه وأبو عبد اللَّه ﷺ أسلم وهو حدث له ست عشرة سنة . حدث عنه : بنوه عبد اللَّه ومصعب وعروة وجعفر ومالك بن أوس بن الحدثان والأحنف بن قيس وعبد اللَّه بن عامر ومسلم بن جندب وأخرون . توفي سنة ٣٦ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣/٢٦-٤٣) .

(١ ، ٢) ساقطة من (ص) . ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) في (ع) : [وكتب] .

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/٢٥١) .

(٥) ساقطة من (ص) .

(٦) أرض السواد هي اسم العراق ، وقد ثبت أن الاسم عراق هو كلمة مستعارة من اللغة البهلوية من اللفظ (أيركك) بمعني : الأرض المنخفضة أو الأرض الجنوبية ، إلا أن « السواد » أو الأرض السوداء هو أقدم الأسماء العربية التي تطلق على الأرض الرسوبية على ضفاف نهري دجلة والفرات ، وقد أطلق عليها هذا الأسم لما يبدو للعين من تفاوت بينها وبين صحراء العرب . وحينما قام العرب بفتح (رستاق العراق وضياعها) في عهد الخليفة عمر بن الخطاب ﷺ ، سميت بذلك أيضًا لسوادها بالزروع والنخيل والأشجار ، وذلك لأنك إذا رأيت شيئًا من بعد قلت ما ذلك السواد ، وهم يسمون الأخضر سوادًا ، والسواد أخضر . وحَدُّ السواد يقع بين حديثة الموصل طولًا إلى عبادان ، ومن العذيب بالقادسية إلى حلوان عرضًا ، فيكون طوله مائة وستين فرسخًا . وقال الأصمعي : السواد سوادان : سواد البصرة (دستميسان والأهواز وفارس) ، وسواد الكوفة (كسكر إلى الزاب وحلوان إلى القادسية) . وقد مَرَّ هذا الأسم في استعماله بتصورات ثلاث :

١ – التقسيم السياسي للعراق بعد الفتح وهي : ولاية (سورستان) الساسانية (دل ايران شهر) نفسها ، وهذا هو ما استخدمه مصنفو الرسائل في الخراج (كأبي يوسف ، وابن قدامة ، والماوردي ، وابن خلدون) ، ويرجع ذلك إلى أن الاسم كان يستعمل رسميًا في النظم الخاصة بمساحة الأرض ، والخراج في عهد عمر بن الخطاب .

٢ – يطلق على المناطق المزروعة كإقليم سواد العراق وسواد خورستان وسواد الأردن . =

بلال (١) وعمار (٢) وأناس من المسلمين فحاجهم بكتاب الله ولم يقسمها ووضع الخراج على الرقاب وعلى الأرضين » (٣) .

١٩٩٠٩ - فدل ذلك على جواز ترك القسمة وقد دل على صحة قول (٤) عمر حديث أبي هريرة (٥) قال : « قال رسول الله ﷺ : منعت العراق قفيزها ودرهمها ، ومنعت الشام مدها (٦) ودينارها ، ومنعت مصر إردبها ودينارها وعدتم كما بدأتم شهد بذلك لحم أبي هريرة دمة فذم رسول الله ﷺ من منع هذه الحقوق في آخر الزمان وهي الخراج الذي وضعه عمر بن الخطاب » (٧) .

= ٣ - إذا سبق اسم مدينة كان معناه الحقول المزروعة على نطاق واسع في أرباضها ، والتي تروى ريًّا منظمًا ، مثال ذلك سواد البصرة ، وسواد الكوفة ، وسواد واسط ، وسواد بغداد ، وسواد تستر وسواد بخارى ونحوها . انظر : لسان العرب مادة (أرض) ، دائرة المعارف الإسلامية طبعة مركز الشارقة للإبداع الفكري (٩٤١/١٩) ، معجم البلدان ياقوت الحموي طبعة دار صادر بيروت (٢٧٢/٣) وما بعدها ، مقدمة ابن خلدون ، طبعة دار الشعب القاهرة ، الخراج لأبي يوسف .

(١) هو : بلال بن رباح مولى أبي بكر الصديق وأمه حمامة وهو مؤذن رسول الله ﷺ من السابقين الأولين الذين عذبوا في الله شهد بدرًا وشهد له النبي ﷺ بالجنة . حدث عنه : ابن عمر وأبو عثمان النهري ، والأسود ، وعبد الرحمن بن أبي ليلى وجماعة . توفي سنة ٢٠هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢١٦/٣- ٢٢٤) .

(٢) هو : عمار بن ياسر بن عامر بن مالك بن كنانة بن قيس بن الوديم وقيل ابن قيس والوديم حصن . الإمام أحد السابقين الأولين والأعيان البدريين وأمه هي سمية مولاة بني مخزوم من كبار الصحابيات وأول شهيدة في الإسلام . روى عنه : علي ، وأبي عباس وأبو موسى الأشعري وأبو إمامة الباهلي وغيرهم . توفي سنة ٣٧ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٥٣/٣-٢٦٨) .

(٣) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٦٤٤/٣) . (٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) هو : عبد الرحمن بن صخر الإمام المجتهد الحافظ صاحب رسول الله ﷺ وأبو هريرة الدوسي اليماني سيد الحفاظ الأثبات . اختلف في اسمه فقيل عبد الرحمن بن صخر وقيل ابن ثعنم ، وقيل عبد شمس وعبد الله وقيل سكين وقيل عامر ويقال كان في الجاهلية اسمه : عبد شمس أبو الأسود فسماه رسول الله ﷺ عبد الله وكناه أبو هريرة . حدث عنه خلق كثير من الصحابة والتابعين . توفي سنة ٥٧٠ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٧٥/٤-٢٠٦) .

(٦) المد : كيل وهو مقدار ملء اليدين المتوسطين من غير قبضهما . مقدار المد عند الحنفية : المد ورطلان بالعراق ، وعند الجمهور المد يساوي رطل وثلث بالعراق . فالمد عندهم : (٣٨٢ . ٥ ، ١ . ٣٣٣ = ٥١٠ جرام . انظر : المكاييل والموازين الشرعية د/ علي جمعة .

(٧) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢١/٢) ، وأبو داود في كتاب الخراج باب إيقاف أرض السواد وأرض العنوة (١٦٦/٣) برقم ٣٠٣٥ .

١٩٩١٠ - فدل [ذلك على] (١) تصويبه وإن ما فعله حكم الله تعالى الذي يذم من عدل عنه ويمدح من فعله وهذا إجماع ظاهر وأمر مشهور يعرفه (٢) عامة الناس ولا يشكل على أحد من أهل السير (٣) .

١٩٩١١ - فإن قيل : قد خالف عمر على ذلك الزبير وعمار وبلال .

١٩٩١٢ - وقولهم : شهد له الكتاب بذلك (٤) .

١٩٩١٣ - قلنا : عمر احتج عليهم بالقرآن فلم يردوا (٥) حجته ولم يقابلوا دليله فالظاهر أنهم سلموا له .

١٩٩١٤ - لأن المجتهد إذا قال قولًا يدفع بحجة عنده أولى ذكر حجته ولم يسكت عنها .

١٩٩١٥ - فإن قيل : « قد قسم عمر بن الخطاب السواد وأصاب بخيله ربعه فأخذوه سنين ثم ارتجعه منهم وعوضهم عليه (٦) فأعطى جريرًا (٧) ثمانين دينارًا وطلب أن يحرر جوانبها فعوضها » (٨) .

١٩٩١٦ - قلنا : نحن لا ننكر القسمة فإن قسمة عمر لم تقدح في قولنا وإن ترك القسمة قدح ذلك في قول مخالفنا فلا معنى للاحتجاج بهذه الرواية ولم ينقل أحد أنه قسم مصر ولا شيئًا منها فأما قسمة السواد وتعلق مخالفنا به فهو غلط عظيم لو تأملوه لعلموا أنه الحجة عليهم .

١٩٩١٧ - وذلك لأن أبا عبيدة بن مسعود الثقفي (٩) « لما قتل نفس (١٠) الناطف فأصيب مع المسلمين بوقف عمر عن إغراء فارس وجبن المسلمون عنها فقال جرير أنا أسير إليها في بجيلة ، فقال عمر سر ولكم ربع الغنيمة وكان ذلك على طريق النفل مع

---

(١) في (م) ، (ع) : [على ذلك على] .
(٢) في (ع) [ع] ، وفي (م) : [يعرف] .
(٣) في (م) ، (ع) : [السيرة] .
(٤) ساقطة من (ص) ، (م) .
(٥) في (ص) ، (م) : [يرضا] .
(٦) في (م) ، (ع) : [عليهم] .
(٧) هو : جرير بن عبد الله بن جابر بن مالك بن قصر بن ثعلبة بن حشم بن عوف الأمير النبيل الجميل أبو عمرو . حدث عنه : أنس وقيس بن أبي حازم ، وأبو وائل والشعبي وهمام بن الحارث وأولاده الأربعة : المنذر ، وعبد الله ، وإبراهيم لم يدركه وأيوب وشهر بن حوشب وجماعة . بايع النبي ﷺ على النصح لكل مسلم . توفي سنة ٥١ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٤١/٤ : ١٤٦) .
(٨) رواه الشافعي في الأم (٢٩٨/٤ - ٢٩٩) ، شرح معاني الآثار (٢٥٠/٣) .
(٩) في (م) ، (ع) : [السفر] .
(١٠) في (ع) : [نفر] .

حقوقهم وكانت بجيله ألف فلما تلاحق المسلمون وكبر العسكر لم يحمله عند الفتح ربع الخمس فأمضى لهم على طريق النفل » (١) .

١٩٩١٨ - قال أبو زيد عمر بن شيبة (٢) في كتاب الكوفة فأخذ بجيلة ربع الخراج سنين ثم ارتجعه عمر وقال لولا أني قاسم مسئول لكنتم على ما قسمت فقد أخبر أبو زيد أنهم أخذوا ربع الخراج وهذا لا دليل فيه لهم (٣) .

١٩٩١٩ - لأن الخلاف في أخذ الأرضين ملكًا لم ينقل أحد من أهل السبر أن ثلاثة أرباع الأرض وخراجها أخذه باقي العسكر بل جعل في الديوان فدل [ذلك على] (٤) جواز ترك القسمة .

١٩٩٢٠ - ولأن عمر إنما ارتجعها ليجعلها على خلاف ما كانت عليه فلو كانت نحلته ملكًا وارتجعها ملكًا لم يكن للارتجاع معنى .

١٩٩٢١ - فإن قيل : عمر وضع الخراج أجرة للأرضين أوعيانًا (٥) فأما خراجًا على الأملاك فلا .

١٩٩٢٢ - قلنا : هذا لا يصح لما روى عمر عن عمر بن ميمون (٦) قال : « رأيت عمر بن الخطاب قبل أن يصاب بأيام وقف على حذيفة (٧) وعثمان بن

---

(١) ذكر هذه القصة محمد بن حبان في كتاب الثقات (٢٠٤/٤) ، تاريخ الطبري (٣٦٧/٢ ، ٣٧٤) .

(٢) هو : عمر بن شيبة بن عبدة بن زيد بن رائطة العلامة الأخباري الحافظ الحجة صاحب التصانيف أبو زيد التميري البصري التموي نزيل بغداد ولد سنة ثلاث وسبعين ومائة سمع من : يحيى بن سعيد القطان ، ويوسف ابن عطية وعمر بن علي المقدمي وعبد الوهاب الثقفي وخلق كثير . حدث عنه : ابن ماجه بحديثين وابن أبي الدنيا وابن صاعد وأبو العباس السراج وأبو نعيم بن عدي ومحمد بن أحمد الأقرم وغيرهم . وثقه الدارقطني وغير واحد . صنف تاريخًا كبيرًا للبصرة لم نره ، وكتابًا في أخبار المدينة وكتاب أخبار الكوفة وأخبار مكة وكتاب الأحراء وكتاب الشعر والشعراء . توفي سنة ٢٦٢هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٦٣/١٠ ، ٢٦٤) .

(٣) ساقط من (ص) .

(٤) في (م) ، (ع) : [على ذلك على] .

(٥) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٦) هو : عمرو بن ميمون الأودي المذحجي الكوفي الإمام الحجة أبو عبد الله . أدرك الجاهلية وأسلم في الأيام النبوية وقدم الشام مع معاذ بن جبل ثم سكن الكوفة حدث عن : عمر وعلي وابن مسعود ومعاذ وأبي هريرة وأبي أيوب الأنصاري وطائفة . روى عنه : الشعبي وأبو إسحاق وحصين بن عبد الرحمن وعبدة بن أبي حمار . توفي سنة خمس وسبعين وقيل سنة ست وسبعين . انظر : سير أعلام النبلاء (١٧٣/٥ - ١٧٤) .

(٧) هو : حذيفة بن اليمان من نجباء أصحاب محمد ﷺ وهو صاحب السر حليف الأنصار من أعيان المهاجرين حدث عنه : أبو وائل وزر بن حبيش وزيد بن وهب وربعي بن خراش وغيرهم . وكان والده قد =

حنيف [١] فقال كيف فعلتما قال أن تكونا حملتها الأرض مالًا تطيق قالا لا . قال حذيفة لو أضعفت عليها لحملت ، وقال عثمان قد حملتما أمرًا هي له مطيقة وما فيها كبير فضل » [٢] .

١٩٩٢٣ - فلو كانت الأرضين للمسلمين وقد باعها عمر أو أجرها لم يكن عليه خوف إن زاد من ذلك [على ما] [٣] تطيق فلما سأل عمر عن ذلك دل على [٤] أن الأرضين للكفار وإن عمر كره أن يحملهم ما لا يطيقون كما يكره أن يحملهم من الجزية ما لا طاقة لهم به [٥] .

١٩٩٢٤ - وقد روي عن علي [٦] بن أبي طالب « ما يعضد فعل عمر ، روى حبيب بن أبي ثابت [٧] عن ثعلبة بن زيد عن علي قال لولا أن يضرب بعضكم وجوه بعض لقسمت هذا السواد بينكم » [٨] .

١٩٩٢٥ - فدل هذا على أنه لم يقسم وإذا قسم مرة لم يقسم ثانية على أنه لم يؤاجر ولم يبع / إذ لو كان كذلك لم تجز قسمته فبان بذلك أن السواد كان على صفة الأصلح فيه للمسلمين تركه على حاله . ٢٤

١٩٩٢٦ - ولأن الغنيمة تشتمل على عقار وغيره ثم كان في أحد النوعين ما يجوز ترك قسمته وهو الرقاب كذلك الأرضين مثله .

١٩٩٢٧ - ولأنه مغنوم يمكن وضع الخراج عليه فجاز إقراره بالخراج على ما كان

= أصاب دمًا في قومه فهرب إلى المدينة وحالف ابن عبد الأشهل آخى رسول الله ﷺ بينه وبين عمار بن ياسر وولي المدائن على عهد عمر بن الخطاب . توفي سنة ٣٥ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٠/٤ - ٣٥) .

(١) هو : عثمان بن حنيف بن واهب بن حكيم بن ثعلبة بن الحارث بن مجدعة بن عمرو بن حنيش بن عوف ابن عمرو بن عوف الأنصاري الأوس الغبائي . أخو سهل بن حنيف ووالد عبد الله وحارثة ، والبراء ومحمد وعبد الله وأم سهل من جلة الأنصار . توفي في خلافة معاوية وله عقب . انظر : سير أعلام النبلاء (٤١٣/٤) .

(٢) انظر : مصنف ابن أبي شيبة (٥٩٣/٧) . (٣) ساقطة من (ص) .

(٤) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) . (٦) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٧) هو : حبيب بن أبي ثابت الإمام الحافظ فقيه الكوفة أبو يحيى القرشي الأسدي مولاهم قيس بن دينار قيل : قيس بن هند ويقال : هند . حدث عنه : ابن عمرو وأبي عباس وأم سلمة وأنس بن مالك وزيد بن أرقم . روى عنه : عطاء بن أبي رباح وهو من شيوخه وحصين ومنصور والأعمش . مات سنة تسع عشرة ومائة وقال أبي سعد مات سنة اثنتين وعشرين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٦/٣-١-٦-١) .

(٨) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٢٤٦/٣) ، السنن الكبرى للبيهقي (١٣٥/٩) .

عليه أصله الرقاب .

١٩٩٢٨ - ولأن ما جاز لإمام فعله في الرقاب جاز له فعله في [1] غير الرقاب أصله القسمة .

١٩٩٢٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [2] فأضاف الغنيمة للغانمين وجعل خمسها للأصناف فالظاهر أن الخمس لا يجوز إسقاطه وأن ما سوى الخمس للغانمين كقوله ﴿ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ [3] اقتضى أن الباقي للأب .

١٩٩٣٠ - والجواب : أن هذه الآية [لا تقتضي] [4] غنيمة ماضية .

١٩٩٣١ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « الغنيمة لمن حضر الوقعة » [5]

١٩٩٣٢ - قلنا : هذا خبر واحد والإجماع مقدم عليه [6] .

١٩٩٣٣ - ولأن الإسلام يفيد الإضافة وهي عندنا حق معلوم لهم ولجماعة المسلمين وفائدة التخصيص أنه يجوز أن ينفردوا بها ولا يجوز لغيرهم أن ينفرد بها .

١٩٩٣٤ - قالوا : روي أن النبي ﷺ « قسم خيبر على ثمانية عشر سهمًا » [7]

١٩٩٣٥ - قلنا : القسمة لا دلالة فيها ؛ لأنها جائزة عندنا وترك القسمة دلالة على مخالفنا لأنه لا يجوز ذلك على أن [8] النبي ﷺ « قسم خيبر ستة وثلاثين سهمًا ثمانية عشر سهمًا بين المسلمين وترك ثمانية عشر لمواليه ونفقات زوجاته » [9] فجمع فيها بين القسمة وترك القسمة لتنبيه على جواز الأمرين .

١٩٩٣٦ - فإن قيل : ما فعله بيان الآية فيدل على الوجوب .

١٩٩٣٧ - قلنا : الآية لم تتناول المستقبل من الغنايم وإنما تناولت غنيمة بدر خاصة ؛ لأنها بلفظ الماضي .

١٩٩٣٨ - قالوا : مال مغنوم فلم يكن للإمام أن يقره على المغنومين أصله ما ينقل ويحول .

---

(١) في (م) ، (ع) : [من] .
(٢) سورة الأنفال : الآية ٤١ .
(٣) سورة النساء : الآية ١١ .
(٤) في (م) ، (ع) : [تتناول] .
(٥) سبق تخريجه .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) رواه أبو داود في سننه كتاب الجهاد باب فيمن أسهم له سهمًا (٧٦/٣) برقم ٢٧٣٦ ، أحمد في المسند (٤٢٠/٣) .
(٨) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(٩) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٣١٧/٣) ، نصب الراية (٢٥١/٤) .

١٩٩٣٩ - قلنا : الأصل غير مسلم ؛ لأن الإمام إذا رأى أن يقرهم على أملاكهم ولم يستغلوا بعمارتها بأموالهم أقرهم على الأموال وإن كانت منقولة .

١٩٩٤٠ - قالوا : مال أخذ من المشركين بغرض مباح لا يختص به بعضهم فوجب قسمته فائدته تعود إلى المسلمين فلم يجز إسقاط حق الغانمين غنيمة وأما أراضي السواد فقد ترك قسمتها مصلحة للمسلمين لاستحقاقهم بخراجها فجرى مجرى الرقاب .

١٩٩٤١ - قالوا : كل سبب يستحق به قسمة ما ينقل ويحول وجب أن يستحق به قسمة مالا ينقل ولا يحول كالميراث .

١٩٩٤٢ - قلنا : الميراث لا يستحق القسمة وإنما يستحق بالاشتراك بالملك .

١٩٩٤٣ - وفي مسألتنا أن أقرهم الإمام على غنايمهم حصلت الشركة فوجبت القسمة وإن رأى أن يقر الكفار على أرضهم لم تحصل الشركة فلم تجب القسمة وكذلك الميراث الحاكم ثبت به الشركة لم يستحق به القسمة كما لو كان الوارث واحدًا وهذا كما نقول جميعًا في الرقاب إن رأى الإمام أن يسترقهم قسمهم لثبوت الشركة فيهم وإن رأى أن يجعلهم أحرارًا لم تثبت الشركة ولم تجب الغنيمة .

* * *

مسألة ١٠٠٦

المفاداة بالأسرى لا بالمال

١٩٩٤٤ - قال أبو حنيفة : لا تجوز المفاداة بالأسرى ولا بالمال ولا يجوز المن [١] .

١٩٩٤٥ - وقال الشافعي : إذا رأى الإمام المصلحة في المن والمفاداة جاز [٢] .

١٩٩٤٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَاحْصُرُوهُمْ وَاقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ ﴾ [٣] فأمر بقتلهم وأخذهم وجعل الغاية التي يتعلق بها عليهم التوبة وما قبل الغاية يخالف ما بعدها .

١٩٩٤٧ - يدل [٤] عليه قوله تعالى : ﴿ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ ﴾ [٥] قيل إن المراد حتى لا يكون كفر فتجب مقاتلتهم حتى توجد الغاية وهي [٦] زوال الكفر فإن قيل أمر الله تعالى بقتل من لم يقدر على أخذه وبأخذ من قدرنا على أخذه ولم يبين ما نصنع بالمأخوذين وذكر ذلك في آية المن والفداء .

١٩٩٤٨ - قلنا : قد بين ما نصنعه [٧] بالمأخوذين فهو [٨] أنا لا نخليهم بعد الأخذ

---

(١) قال الإمام السرخسي : أنه لا يجوز مفاداة الأسير بالمال كما هو المذهب عندنا بخلاف ما يقوله الشافعي رحمه الله وقد صح أن النبي ﷺ فادى الأسرى يوم بدر وكان الفداء أربعة آلاف إلا أنه انتسخ ذلك بنزول قوله تعالى : ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى ﴾ إلى قوله : ﴿ لَوْلَا كِتَابٌ مِنَ اللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمْ فِيمَا أَخَذْتُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ وقد كان أبو بكر أشار عليه بالفداء وعمر أشار بالقتل إلا أن رسول الله مال إلى قول أبي بكر لحاجة الصحابة ﷺ إلى المال في ذلك الوقت وإليه اشار رسول الله ﷺ في قوله : « لو نزل من السماء عذاب ما نجي من ذلك إلا عمر » فلهذا بالغ أبو بكر في النهي عن المفاداة بقوله : « ولو أعطيتم بهما مدين من ذهب » ففيه دليل على أن الأسير يقتل إن لم يسلم . انظر : المبسوط (٢٤/١٠ ، ٢٥) ، تحفة الفقهاء (٥١٩/٣) .

(٢) جاء في نهاية المحتاج : ومن قتل أسيرًا غير كامل عليه قيمته أو كاملًا أن يتخير فيه الإمام شيئًا عذر فقط ولو أسلم أسير كامل أو بذل الجزية قيل اختيار الإمام فيه شيء عصم دمه للخبر الآتي ولم يذكر هنا ماله لأنه لا يعصمه إلا إذا اختار الإمام رقه ولا صغار ولده للعلم بإسلامهم تبعًا له . وأما قوله عليه السلام : « فإن قالوها عصموا دماءهم وأموالهم » محمول على ما قيل الأمر بدليل قوله عليه السلام : « إلا بحقها » ومن حقها أن مال المقدور عليه بعد السر غنيمة . انظر : الأم (٢٧٦/٤) ، نهاية المحتاج (٦٩/٨ - ٧١) .

(٣) سورة التوبة : الآية ٥ .

(٤) في (م) ، (ع) : [فيدل] .

(٥) سورة البقرة : الآية ١٩٣ .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [يصنع] .

(٨) في (م) ، (ع) : [وهو] .

حتى يتوبوا فمن زعم أن تخليتهم تجوز [١] قبل التوبة فقد خالف النص ولأن الأسرى يجوز تبقيتهم في دارنا على التأبيد فلم يجز ردهم إلى دار الحرب كالمسلمين وأهل الذمة .

١٩٩٤٩ - قالوا الذمي إذا نقض عهده جاز رده إلى عهده قد استحق السكنى في دارنا بعوض فلم يجز إخراجه منها .

١٩٩٥٠ - قلنا يبطل بالذمي إذا صار عينًا لأهل الحرب يدلهم على عورات المسلمين جاز إخراجه وإن كان يؤدي الجزية .

١٩٩٥١ - ولأن من وجب قتله بكفره فلم يفادى كالمرتد ، وهذه العلة في الاستبراء إذا كان من عبدة الأوثان من العرب ؛ لأنهم لا يسترقون ولا معونة لهم بما يختص فصار كرد السلاح إليهم .

١٩٩٥٢ - ولأن السلاح لا يقاتل بنفسه والرجل يقاتل بنفسه فإن لم يجز رد السلاح فلأن لا يجوز رد الرجال أولى .

١٩٩٥٣ - فإن قيل : السلاح لا يصلح إلا للقتال والرجل قد يقاتل وقد لا يقاتل .

١٩٩٥٤ - قلنا : إنما يجوز رد الرجال إذا غلب على ظنه أنه لا يقاتل . فإن قيل فجوزوا رد الشيوخ والزمني الذين لا يقاتلون .

١٩٩٥٥ - قلنا : أولئك قد يستعان برأيهم في الحرب وقد يقفون على عورات المسلمين ويجوزوا في دارهم فيدلوا لأهل الحرب عليها .

١٩٩٥٦ - ولأن مفاداة الوثني إقرار له على كفره بعوض فلا يجوز كالجزية .

١٩٩٥٧ - ولأن الرقاب مال مغنوم لا يجوز أن يمن على أهل الحرب به أصله سائر الأموال .

١٩٩٥٨ - فإن قيل : الأموال لا يجوز إسقاط حق الغانمين عنها بالإتلاف فلم يجز أن يسقط حقهم عنها بالمن والأسرى سقط حق الغانمين عنهم بالقتل فجاز أن يسقط بالمن .

١٩٩٥٩ - قلنا : النساء والصبيان لا يجوز إتلافهم كما لا يجوز إتلاف الأموال وإن جاز أن يمن عليهم ويردهم إلى أهل الحرب عندهم [٢] .

١٩٩٦٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِمَّا مَنًّۢا بَعۡدُ وَإِمَّا فِدَآءً ﴾ [٣] .

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) سورة محمد : الآية (٤) .

١٩٩٦١ - قلنا : قال حتى تضع الحرب أوزارها فلا يخلو أن يكون المراد به جنس الحرب وذلك لا يكون إلى قيام الساعة .

١٩٩٦٢ - فلم يبق إلا أن يكون المراد التعريف وتلك الحرب المعْرفة وقد وضعت أوزارها فسقط الحكم بوجود الغاية وقد روي أن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ ﴾ (١) .

١٩٩٦٣ - وروي ذلك عن السُدي وابن جريج وسورة براءة نزلت بعد سورة محمد (٢) فقد (٣) ذكر اللَّه فيها السيف وذكر فيها قوله تعالى : ﴿ قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ ﴾ (٤) إلى قوله ﴿ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ ﴾ (٥) فأمر بقتالهم وجعل غاية ذلك إلى (٦) إعطاء الجزية (٧) .

١٩٩٦٤ - فإن قيل : روي عن ابن عباس أنه قال آية السيف نزلت يوم بدر وبالمسلمين قلة فلما كثر المسلمون واشتدت شوكتهم نزل المن والفداء (٨) .

١٩٩٦٥ - قلنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلۡأَشۡهُرُ ٱلۡحُرُمُ فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ ﴾ (٩) هذا كان في سنة تسع وكيف يقال أنها نزلت في أمر بدر .

١٩٩٦٦ - قالوا : روي إن الحجاج أخذ أسيرًا من الكفار فقتله (١٠) فقال ابن عمر ما أمر اللَّه بهذا قال اللَّه تعالى : ﴿ فَإِمَّا مَنَّۢا بَعۡدُ وَإِمَّا فِدَآءً ﴾ (١١) .

١٩٩٦٧ - وهذا يدل على أن الآية عنده محكمة .

قلنا من نقل النسخ عرف حقيقة الأمر ومن اعتقد أن الأية محكمة لم يعرف حدوث النسخ فلا يتعارض فعل المثبت والنافي .

فإن قيل النسخ بين الآيتين فإذا تنافيا ويمكن الجمع بين الاثنين فيكون قوله اقتلوا المشركين إذا لم يغلب على الظن أن المصلحة في مفاداتهم والمن عليهم وقوله تعالى

---

(١) سورة التوبة : الآية (٥) .

(٢) أحكام القرآن للجصاص (٣/٥٨٥) . (٣) في (م) ، (ع) : [وقد] .

(٤ ، ٥) سورة التوبة : الآية ٢٩ . (٦) ساقطة من (ص) ، (م) وأثبتناها من ع .

(٧) راجع : أحكام القرآن لابن العربي (٤/١١٠) دار الكتب العلمية ، أحكام القرآن للجصاص (٣/٥٨٥) دار الفكر .

(٨) انظر : تفسير ابن كثير (٢/٣٣٨) دار الفكر . (٩) سورة التوبة : الآية ٥ .

(١٠) مصنف ابن أبي شيبة (٧/٦٧٥) دار الفكر . (١١) سورة محمد : الآية ٤ .

﴿ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً حَتَّىٰ تَضَعَ ٱلْحَرْبُ أَوْزَارَهَا ﴾ إذا غلب على الظن أن المصلحة في ذلك .

١٩٩٦٨ - قلنا : هذا الاستعمال يصح إذا رجعنا في النسخ إلى مجرد التاريخ وأ ا إذا نقلنا أنها متوجهة لم تصح مقابلة الفعل بإمكان التخصيص .

١٩٩٦٩ - ولأن تخصيص الجهاد في الأصل لم يكن واجبًا في جواب المن والمفاداة إسقاط الجهاد في هذا القتل فينبغي على الأصل وقد دلت الدلالة على وجوب الجهاد وورد الوعيد في تركه فكل شيء أدى إلى إسقاطه مطرح التخصيص وهذه الآية تقتضي إسقاط الجهاد بمن نفاديه أو نمن عليه فلم يصح تخصيص الآية لما ذكرنا .

١٩٩٧٠ - قالوا : روي عن جبير بن مطعم [(١)] أن النبي ﷺ قال في أو أسارى بدر لو كان مطعم بن عدي حيًا وكلمني في هؤلاء لأطلقتهم له [(٢)] .

١٩٩٧١ - وهذا يدل أن الشرع يقتضي المن وروى أبو هريرة قال بعث رسول الله ﷺ سرية قبل نجد فجاءت برجل من بني حنيفة يقال له ثمامة بن أُثَال الحنفي سيد أهل اليمامة فربطوه بسارية من سواري المسجد فخرج إليه رسول الله ﷺ فقال ماذا عندك يا ثمامة فقال عندي يا محمد إن تقتل تقتل خادم وإن تنعم تنعم على شاكر وإن أردت المال سل ما شئت فلما كان في اليوم الثالث قال النبي ﷺ اطلقوا ثمامة فأطلقوه [(٣)] ثم فاغتسل ثم دخل المسجد فقال أشهد أن لا إله إلا الله / وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله ٢٢٥/أ وكتب إلى قومه فأتوه مسلمين [(٤)] .

١٩٩٧٢ - ومنّ رسول الله ﷺ على أبي عزة الجمحي يوم بدر [(٥)] وروى عمران بن

---

(١) هو : عمران بن حصين بن عبيد بن خلف القدوة الإمام صاحب رسول الله ﷺ أبو نجيد الخزاعي أسلم هو وأبو هريرة في سنة سبع وله عدة أحاديث ولي قضاء البصرة وكان عمر بعثه إلى أهل البصرة ليفقههم فكان الحسن يحلف ما قدم عليهم البصرة خير من عمران بن الحصين . حدث عنه : معروف بن عبد الله بن الشخير ، وأبو رجا العطاردي وزهدم الجرحي وغيرهم توفي سنة ٥٢ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٢٦/٤-١٢٩) ، أسد الغابة (٢٨١/٤) .

(٢) البخاري في كتاب الخمس باب ما من النبي على الأسارى من غير أن يخمس (١٤٣/٣) برقم (٢٩٧٠) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) البخاري في كتاب الصلاة باب دخول المشرك المسجد (١٧٩/١) برقم (٤٥٠ ، ٤٥٧) ، مسلم في كتاب الجهاد باب ربط الأسير وحبسه (١٣٨٦/٣) ، برقم (١٧٦) .

(٥) البيهقي في السنن الكبرى (٣٢٠/٦) ، الأم (٣٧٩/٨) ، نصب الراية (٣٩٨/٣-٤٠٦) .

الحصين (١) أن النبي ﷺ فادى رجلًا برجلين (٢) وفادى النبي ﷺ أهل بدر بالمال (٣) .

١٩٩٧٣ - والجواب : أن المفاداة تجوز أن تكون في الوقت الذي كان يجوز رد المسلمين إليهم وقد صالح ﷺ سهيل بن عمرو (٤) على أن من جاءه من قريش مسلمًا رده إليهم فرد النبي ﷺ أبا جندل (٥) بن سهيل بن عمرو ورد أبا بصير فقد جاء كل واحد منهما مسلمًا وإذا جاز رد المسلمين فرد الكافرين أجوز ثم نسخ الله ذلك فلا يجوز رد المسلمين إليهم وكذلك من أهل دار الإسلام لا يجوز رده وإذا احتملت الأخبار المروية ما ذكرنا سقط الاحتجاج بها إلا أن يثبت أنه ﷺ فادى بعد النسخ .

١٩٩٧٤ - يبين ذلك ما روى عمران بن الحصين [قال : أسرت ثقيف رجلين من أصحاب رسول الله ﷺ ، وأسر أصحاب رسول الله ﷺ رجلًا] (٦) من بني عامر بن صعصعة (٧) فمر به النبي ﷺ وهو موثق فقال على ما احتبس قال برجلين به حلفائك ثم مضى رسول الله ﷺ فقال له الأسير إني مسلم فقال لو قلتها وأنت تملك أمرك

---

(١) هو : جبير بن مطعم بن عدي بن نوفل بن عبد مناف بن قصي شيخ قريش في زمانه وأبو محمد ابن عم رسول الله ﷺ . من الطلقاء الذين حسن إسلامهم وقد قدم إلى المدينة في فداء الأسارى من قومه وكان موصوفًا بالحلم وقيل الرأي كأبيه . وكان أبوه هو الذي قام في نقض صحيفة القطيعة . توفي سنة ٥٩ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٦٧/٤ - ٢٦٩) .

(٢) أخرجه الدارمي في سننه كتاب السير باب في فداء الأساري (٢٩٥/٢) برقم (٢٤٦٦) ، وأخرجه الإمام مسلم في كتاب النذر باب وفاء النذور في معصية الله (١٢٦٢/٣) برقم (١٦٤١) ، والشافعي في الأم (٣٧٩/٨) .

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٣٥٢/٥) ط المكتب الإسلامي برقم (٩٧٢٨) .

(٤) هو : سهيل بن عمرو أبو حما يكنى أبا يزيد وكان خطيب قريش وأفصحهم ومن أشرافهم لما أقبل في شأن الصلح قال النبي ﷺ « سهل أمركم » تأخر إسلامه إلى يوم الفتح ثم حسن إسلامه وكان قد أسر يوم بدر وتخلص قام بمكة وحض على النفير . وكان سمرًا جوادًا . مفوهًا . وقد قام بمكة خطيبًا بعد وفاة رسول الله ﷺ . حدث عنه : يزيد بن عمير الزبيدي وقال غيره . توفي سنة ١٢ هـ انظر : سير أعلام النبلاء (١٢٢/٣ - ١٢٣) ، أسد الغابة (٤٨٠/٢) .

(٥) أبو جندل واسمه العاص بن سهيل بن عمرو بن عبد شمس بن ود بن نضر حسل بن عامر بن لؤي بن غالب بن فهر العامري القرشي كان من خيار العما به وقد أسلم وحبسه أبوه وقيده فلما كان يوم صلح الحديبية هرب حجل في قيوده وأبوه حاضر بين يدي رسول الله ﷺ . توفي شهيدًا في طاعون عمواس بالأردن سنة ثماني عشرة من الهجرة . انظر : سير أعلام النبلاء (١٢١/٣) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ع) وصلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٧) هم : بطن من المتنفق من عامر بن صعصعة ديارهم بالبحرين . انظر : سبائك الذهب في معرفة قبائل العرب ص ١٧٩-١٨٠ .

أفلحت كل الفلاح [(١)] ثم إن النبي ﷺ فداه بالرجلين وقد فدى به وهو مسلم [(٢)] فدل أن الفداء كان في جواز رد المسلمين إليهم .

١٩٩٧٥ – قال : مخالفنا يجوز مفاداة المسلم عندنا إذا كان قويًا في دينه لا يخاف عليه وكانت له عشيرة [(٣)] تدفع عنه .

١٩٩٧٦ – قلنا : لو جاز لجاز أن يفادى بالمسلم إذا كان على هذه الصفة بالذمي وإلا فما الفرق بينهما .

١٩٩٧٧ – ألا ترى أن الأسير إذا أسلم خرج أن يكون أسيرًا وصار كسائر المسلمين وكعبيدهم .

١٩٩٧٨ – قالوا : يجوز للإمام أن يسترق الأسير إذا رأى ذلك مصلحة لا [(٤)] يجوز أن يقتله فإذا استرقه جاز أن يهرب فيلحق بدار الحرب فيعود حربيًا وكذلك إذا رأى رده مصلحة ليأخذ به جماعة من المسلمين وجب أن يجوز ذلك .

١٩٩٧٩ – قلنا : إذا استرقه فقد جعله دينًا من أهل الدار وذلك يخرج به أن يكون محاربًا لأن المسلمين يحرسون دار الإسلام ولا يمكنوا عبيدهم من اللحاق بدار الحرب وجواز أن يلحق أمر نادر باد ولا يؤثر في الأمر الظاهر فإذا رده إلى دار الحرب فقد مكنه من اختياره وأعاده حربيًا على حالته [(٥)] الأولى وذلك معصية فلم يجز أن يعجل الضرر بالمسلمين لمصلحة ترجوها فيظنها يجوز أن تكون ويجوز أن لا تكون ، فأما تخليص أسرى المسلمين [فهي عبادة] [(٦)] وأمر يستحق به الثواب فلا يجوز لنا أن نفعل المعصية لخلاصهم كما لا يجوز أن نرد المرتدين عليهم ليخلص للمسلمين وقول مخالفنا أن المن يؤدي إلى استصلاح الكافر ورغبته في الإسلام وكفه عن الحرب ليس بصحيح ؛ لأنه يجوز أن يعاود الحرب ويسري كما فعل أبو عزة حين منَّ النبي ﷺ يوم بدر فعاد إلى مكة وقال سحرت محمدًا فعاد لقتاله [يوم أحد] [(٧)] فإذا كان التجويز حاصلًا لم يجز إسقاط الحق عن رقبته المعنى يجوز لا دليل عليه .

---

(١) أخرجه الدارمي في سننه كتاب السير باب في فداء الأساري (٢/٢٩٥) برقم (٢٤٦٦) ، وأخرجه الإمام مسلم في كتاب النذر باب وفاء النذور في معصية الله (٣/١٢٦٢) برقم (١٦٤١) ، والشافعي في الأم (٨/٣٧٩) .

(٢) سنن البيهقي الكبرى (٩/٢٢٧ ، ٢٢٨) مكتبة دار النهار .

(٣) في (م) ، (ع) : [غير] .

(٤) في (م) ، (ع) : [كذلك] .

(٥) في (ص) ، (م) : حاله .

(٦) في (م) ، (ع) : [فهي في عباده] .

(٧) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

مسألة ١٠٠٧

مقدار سهم الفارس من الغنيمة

١٩٩٨٠ - قال أبو حنيفة [رضي الله عنه] : للفارس سهمان من الغنيمة سهم له وسهم لفرسه (١) .

١٩٩٨١ - وقال أبو يوسف ومحمد ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه (٢) .

١٩٩٨٢ - وبه قال الشافعي (٣) .

١٩٩٨٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ (٤) ظاهرها (٥) يقتضي تساوي الغانمين في الغنيمة .

١٩٩٨٤ - لأنه تعالى أضافها إليهم على وجه واحد فأقام الدليل على استحقاق الفارس بزيادة سهم واحد فأثبتاه بالإجماع ونفى ما سواه على مقتضى الظاهر .

١٩٩٨٥ - ويدل عليه ما روى ابن المبارك ومحمد بن الحسن عن عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمران أن رسول الله ﷺ قسم للفارس سهمين وللراجل (٦) سهمًا (٧) وروى محمد بن الحسن عن مجمع بن يعقوب بن مجمع عن أبيه عن جده قال : شهدت خيبر مع رسول الله ﷺ وكانت سهام خيبر على ستة عشر سهمًا وكانت الخيل ثلاثمائة فرس وأعطى النبي ﷺ الفارس سهمًا وفرسه سهمًا (٨) .

---

(١) قال الإمام السرخسي : وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بحديث عبد الله العمري عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قسم للفارس سهمين سهمًا له وسهمًا لفرسه وعبيد الله أوثق من أخيه عبد الله وفي حديث كريمة بنت المقداد بن الأسود عن أبيها المقداد رضى الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ أسهم له يوم بدر سهمين سهمًا له وسهما لفرسه . انظر العناية (٤٩٤/٥) والمبسوط (٤١/١٠) .

(٢) في قولهما والشافعي رحمه الله تعالى : يضرب للفارس بثلاث أسهم وهو قول أهل الشام وأهل الحجاز لحديث عبد الله بن العمري عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم سهمًا له وسهمين لفرسه وقسم رسول الله خيبر على ثمانية عشر سهمًا وكانت الرجال ألفًا وأربعمائة والخيل مائتي فرس وباسم كل مائة سهم فنتبين أنه جعل سهم الفرس ضعف سهم الرجل .

(٣) جاء في مغني المحتاج : وللراجل سهم والفارس ثلاثة له سهم وللفرس سهمان للاتباع فيهما انظر : (١٥٣/٤) مغني المحتاج (٣/ ١٠٤) .

(٤) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

(٥) في (م) ، (ع) : [ظاهره] .

(٦) في (م) ، (ع) : [الراجل] .

(٧) سبق تخرجه في هذه المسألة .

(٨) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦٦٤/٧) ، نصب الراية (٢٧٩/٤) دار الحديث .

١٩٩٨٦ - وروى مكحول أن النبي ﷺ أسهم للفارس سهمين [(١)] وروت كريمة بنت المقداد عن أبيها المقداد بن الأسود [(٢)] أن النبي ﷺ أسهم له يوم بدر سهمًا ولفرسه سهمًا [(٣)] ، ولأنه مملوك يستحق به جزء من المغنم فلا يزيد على سهم مالكه [كالعبد وإن قيل فلم تجز التسوية بينه وبين مالكه] [(٤)] كالعبد لم يصح هذا القلب ؛ لأن المملوك دون منزلة من المالك وإذا لم تجز التسوية بينهما فأولى أن لا تجوز زيادة التابع على المتبوع فصار هذا القلب مبطلًا بقولهم .

١٩٩٨٧ - ولأن عندنا يجوز [(٥)] أن يدفع إلى العبد من الخمس والأربعة الأخماس كان ذلك علة مبتدأة .

١٩٩٨٨ - ولأنه حيوان يستحق به سهم [(٦)] من المغنم فلا يزاد على سهم واحد كالآدمي [ولأن الأدمي] [(٧)] يقاتل بنفسه والفرس لا يقاتل بنفسه وإنما يتبع غيره فإذا لم يستحق الآدمي أكثر من سهم فالفرس أولى ولأن التابع لا يزاد على المتبوع في الاستحقاق .

١٩٩٨٩ - ألا ترى أن نفقة الخادم لما كانت تابعة لمنفعة الزوجة لم يجز أن يزاد عليها والصبي والعبد لما كان تابعًا لفرسه .

١٩٩٩٠ - فإن قيل : عناء الفرس أكثر من عناء الفارس لأنه يحمل [(٨)] الفارس [(٩)] وآلته ويحصل عليه الكر [(١٠)] والفر والنجاة والإدراك .

١٩٩٩١ - قلنا : هذه المعاني كلها لا تحصل بالفرس لولا الفارس فصار تابعًا فيها له .

١٩٩٩٢ - فإن قيل : هذا المعنى الذي ذكرتموه لم يمنع من التسوية بين الفرس والفارس كذلك لا يمنع التفضيل .

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة (٦٦٣/٧) .

(٢) هو : المقداد بن عمرو صاحب رسول اللّٰه ﷺ وأحد السابقين الأولين وهو المقداد بن عمرو بن ثعلبة بن مالك بن ربيعة القضاعي الكندي البهراني وقيل : المقداد بن الأسود لأنه ربي في حجر الأسود بن عبد يغوث الزهري تبناه ، شهد بدرًا والمشاهد وثبت أنه كان يوم بدر فارسًا . حدث عنه علي وابن مسعود وابن عباس وجبير بن نفير وأبي ليلى . توفي سنة ٣٣ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٤٠/٣ - ٢٤٣) .

(٣) نصب الراية (٢٧٩/٤) دار الحديث .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥) ساقطة من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [حق] .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [يحتمل] .

(٩) في (ص) : [الفرش] .

(١٠) في (ص) : [الكراع] .

١٩٩٩٣ - قلنا : القياس الذي ذكرناه يمنع التسوية فإذا جازت التسوية بالإجماع عدلنا عن مقتضى القياس فلم يجز إثبات الزيادة على موجب القياس .

١٩٩٩٤ - ولأن كل بهيمة لو نفق فيها قبل تقضي القتال لم يستحق به [سهمان لم يستحق به] (١) وإن بقي كالبغل والبعير .

١٩٩٩٥ - ولأنه تابع في الحرب فلم يجز أن يستحق به سهمان (٢) كالفرس إذا نفق قبل تقضي القتال .

١٩٩٩٦ - احتجوا بما روى عبيد الله بن عمر العمري عن نافع عن بن عمر أن النبي ﷺ جعل (٣) للفارس ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه (٤) .

١٩٩٩٧ - قلنا : هذه رواية أبي أسامة (٥) وابن نمير (٦) عن عبد الله العمرى (٧) .

١٩٩٩٨ - وقد روى ابن المبارك عن عبيد الله أن النبي ﷺ جعل للفارس [سهمًا ولفرسه] (٨) سهمًا (٩) قال علي بن المديني عن يحيى بن سعيد القطان قال سألت عبيد الله العمري عن حديثه للفارس سهمان فقال : عن نافع مرسل وقد اتفق يحيى بن سعيد وابن المبارك في رواية سهمين للفارس وهما أثبت من أبي أسامة ومن غيره (١٠) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [سهمًا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [قال] .

(٤) مصنف ابن أبي شيبة (٦٦٢/٧) دار الفكر ، مسلم في كتاب الجهاد والسير ، باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين (١٣٨٣/٣) ، برقم (١٧٦٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٢٥/٦) .

(٥) أبي أسامة هو : حماد بن أسامة بن زيد الكوفي الحافظ الثبت مولى بني هشام ويقال ولاؤه لزيد بن علي ، وله في حدود العشرين ومائة . حدث عن : هشام بن عروة ، والعمش ، وابن أبي خالد وإدريس بن يزيد وأخرون ، حدث عنه : عبد الرحمن بن مهدي ، والشافعي ، وخديجة ، أو الحميدي وأحمد وإسحاق وأبو حنيفة وأخرون مات في ذي القعدة سنة إحدى ومائتين وهو ابن ثمانين سنة . انظر : سير أعلام النبلاء (١٧٦/٨ - ١٧٨) .

(٦) ابن نمير : هو : محمد بن عبد الله بن نمير الحافظ الحجة شيخ الإسلام أبو عبد الرحمن الهمزاني ثم الخارقي مولاهم الكوفي ولد سنة نيف وستين ومائة فهو من أقران أحمد بن حنبل وعلي بن المديني حدث عنه : البخاري ومسلم في الصحيحين وأبو داود وابن ماجه وغيرهم . كان رأسًا في العلم والعمل . توفي سنة ٢٣٤ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٦١٢/٩ - ٦١٤) .

(٧) أخرجه الدارقطني (١٠٢/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٢٥/٦) .

(٨) في (م) ، (ع) : [سهمين وللراجل] . (٩) مصنف ابن أبي شيبة (٦٦٣/٧) .

(١٠) أخرجه الدارقطني (١٠٦/٤ ، ١٠٧) ، والبيهقي في معرفة السنن (٢٤٧/٩) برقم (٢٣٠٢٧) ، نصب الراية (٢٨١/٤) ، وابن التركماني في الجوهر النقي (٣٢٥/٦) .

١٩٩٩٩ - وقال علي [١] بن المديني سمعت عبد الرحمن بن مهدي [٢] يقول حدثني سليم بن حصين عن عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قسم [في الأنفال] [٣] للفارس سهمين وللراجل سهمًا [٤] .

٢٠٠٠٠ - قال عبد الرحمن سألت سفيان عنه فقال قد سمعت منه ولكن خالفوني فيه فهذا يدل على أن سفيان اعتد بخلاف من خالفه في الرواية عن عبيد الله وإذا اختلف عنه سقط الاحتجاج به .

٢٠٠٠١ - احتجوا : بحديث ابن عباس أنه قال قسم رسول الله ﷺ خيبر [٥] للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهمًا [٦] .

٢٠٠٠٢ - والجواب أن حديث ابن عباس قد طعنوا على ابن أبي ليلى فيه وذكره الدارقطني برداءة الحفظ فكيف يحتجون به .

٢٠٠٠٣ - وروى كُثَيِّر مولى بني مخزوم عن عطاء ، عن ابن عباس وكثير هذا [٧] مجهول عند أصحاب الحديث لا يحتج به .

٢٠٠٠٤ - وقد روينا في قصة غنايم بدر ما يخالف هذا وهو حديث المقداد وإسناده أصح من هذا فتعارض الخبران ثم احتجاج مخالفنا بقسمة بدر لا يصح ؛ لأن عندهم أن الغنايم بها كانت لرسول الله ﷺ يعطي منها من شاء فكيف يحتج بزيادة السهم ونقصانه وهل هذا إلا غفلة منهم ؟ .

٢٠٠٠٥ - قالوا : روي أن الزبير كان يضرب من المغنم بأربعة أسهم سهمين [٨] له

---

(١) ساقطة من [ص]

(٢) هو : عبد الرحمن بن مهدي بن حسان بن عبد الرحمن الإمام الناقد المجود سيد الحفاظ أبو سعيد العنبري وقيل الأزدي مولاهم البصري اللؤلؤي ولد سنة خمس وثلاثين ومائة قال أحمد بن حنبل والليث بهذا الشان وهو ابن بضع عشرة سنة . سمع : أيمن بن نايل أو عمربن أبي زائدة ومعاوية بن صالح الحضرمي وشعبان وشعبة والمسعودي وغيرهم : حدث عنه ابن أبي مبارك وأبي وهب ، وهمّا من شيوخه وعلى ربحي وأحمد وإسحاق وابن ابي شيبة . كان إمامًا حجة وقدوة في العلم والعمل توفي سنة ١٩٨ هـ انظر : سير أعلام النبلاء (١٢٠/٨ - ١٢١) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) الطحاوي بإسناده .

(٥) في (م) ، (ع) : [بين خيبر] .

(٦) مصنف بن أبي شيبة (٦٦٣/٧) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (ص) ، (م) : [سهمًا] وما أثبتناه من (ع) .

وسهمين لفرسه لأنها من ذوي القربى .

٢٠٠٠٦ - قلنا : هذا الخبر رواه الزهري عن مالك وأصحاب الحديث يضعفونه (١) عن مالك ولا يحتجون بروايته ورواه إسماعيل بن عياش (٢) عن هشام بن عروة (٣) وأصحاب الحديث منهم من (٤) لا يقبل إسماعيل بن عياش بوجه ومنهم من يقبلها عن الشاميين خاصة وهذا يرويه غير الشاميين ورواه أيضًا سعيد بن عبد الرحمن الجمحي (٥) عن عروة وهو ثقة إلا أنه خالفه من هو أجل منه وأضبط وهو سفيان بن عيينة فرواه مقطوعًا لا يحتج به (٦) على أصولهم .

٢٠٠٠٧ - واحتجوا : بحديث أبي رهم قال : شهدت أنا وأخي خيبر / . ب

٢٠٠٠٨ - ومعنا فرسان فقسم لنا رسول الله ﷺ ستة أسهم للفرسين أربعة أسهم ولنا سهمين فبعنا نصيبنا ببكرتين (٧) وهذا يرويه (٨) إسحاق بن عبد الله بن فروة (٩)

---

(١) في (ع) : [يضعفونه] .

(٢) هو : إسماعيل بن عياش بن سليم العنسي أبو عتبة الحمصي روى عن إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة المدني أو أسيد بن عبد الرحمن الخثعمي ، وبحير بن سعد الكلاعي وغيرهم . روى عنه : إبراهيم في شمال سمرقند ، وإبراهيم بن العلاء الزبيدي والأبيض بن الأغر ، وإسماعيل بن إبراهيم الترجمان . انظر : تهذيب الكمال (٣/ ١٦٣ - ١٨١) .

(٣) هو : هشام بن عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب الإمام الثقة شيخ الإسلام وأبو المنذر القرشي الأسدي الزبيري المدني ولد سنة إحدى وستين ، سمع من أبيه أو عمه ابن الزبير ، و زوجته أسماء بنت عمه المنذر ، وأخيه عبد الله بن عروة ، وعبد الله بن عثمان حدث عنه : شعبة ومالك والثوري وخلق كثير . توفي في سنة ١٤٥ أو ١٤٦ هـ . انظر : (٦ : ٢٧٧ - ٢٨٧) .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) هو : سعيد بن عبد الرحمن بن عبد الله بن جميل بن عامر بن حذيم بن سلامان بن ربيعة بن سعد بن جمع القرشي الجمحي أبو عبد الله قاض بغداد أو في عسكر المهدي زمن الرشيد . روي عن : سعد بن إسحاق بن كعب بن عجرة ، أبي حازم سلمة بن دينار المدني ، وسهيل بن أبي صلاح وغيرهم . روى عنه : إبراهيم بن عبد الله بن حاتم السهرودي ، وأحمد بن إبراهيم الموصلي وإسحاق بن حمد الغروي المثنى وآخرون . انظر : تهذيب الكمال (١٠/٥٢٨ - ٥٣٥) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/٣٢٦) ، نصب الراية (٤/٢٧٦) ، والدارقطني (٤/١٠١) ، والبكرة : أنثى الجمل . لسان العرب مادة (بكر) .

(٨) في (م) ، (ع) : [برواية] .

(٩) هو : إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة واسمه عبد الرحمن الأسود ابن سوادة ويقال الأسود بن عمرو بن رياس ، ويقال : كيسان القرشي الأموي أبو سليمان المدني مولى آل عثمان بن عفان أدرك معاوية بن أبي سفيان روى عن : أبان بن صالح ، وإبراهيم بن عبد الله بن حنين وإبراهيم بن محمد بن أسلم بن بحرة =

وليس ممن يقبل حديثه وقد ذكر أصحاب الحديث في هذا الباب أحاديث لا يسوغ الاحتجاج بها وأمثالها ما قد حكينا وتكلمنا عليه وأخبارنا أولى من وجوه منها أن حديث مجمع بن يعقوب إمام مسجد التقوى يأم فيه أربعين سنة فروى عن أبيه عن جده وجده ممن جمع القرآن على عهد رسول الله ﷺ وفي خبره تاريخ ؛ لأنه ذكر القسمة بخيبر وما رده مخالفنا رواه عن قسمة بدر وهي متقدمة أو أبهم الراوي التاريخ وخيبر مؤرخة متأخرة فالرجوع إليها أولى .

٢٠٠٠٩ - فإن قيل : قد روي أن الخيل يوم خيبر كانت مائتين

٢٠٠١٠ - قلنا : المثبت أولى من المنافي [1] .

٢٠٠١١ - والجواب : أن الأخبار لو تعارضت وتساوت والأصل أن لا تفضيل لظاهر القرآن وإن الفرس آلة لا يستحق به كما يستحق سائر الآلات التي هي الرماح والسيوف فإذا ورد وهو الأخبار فما يخالف من التفضيل منه المقدار المتفق عليه وأسقطنا الزيادة على ذلك لتعارض الإخبار فيها والثالثة أن [ليس بين الأخبار] [2] تنافي بل يجب قبول جميعها وحملها على الصحة فيحمل ما روي من التفصيل منهم واحد على أنه بيان المستحق لا يجوز النقصان عنه وما روي من التفضيل سهمين أحدهما مستحق والآخر على طريق النفل حثًّا للناس على إيجاد المثل والقتال عليها .

٢٠٠١٢ - ألا ترى أنه عليه السلام لا ينقص المستحق عن سهمه ويجوز أن يزيد على طريق النفل كما روي أنه أعطى سلمة بن الأكوع وكان راجلًا سهم الفارسين .

٢٠٠١٣ - فإن قيل : لو كان ذلك من النفل ليتفضل بينه وبين المستحق .

٢٠٠١٤ - قلنا : بيانه كذلك اقتصاره بالفارس على سهمين فإذا أعطاه أكثر من ذلك علم أنه نفل الزيادة وكيف وقد روى عبد الرحمن بن مهدي عن سليمان بن الحصين عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر أن رسول الله ﷺ قسم في الأنفال للفرس سهمين وللراجل سهمًا [3] .

= الأنصاري وغيرهم ، وروي عنه : إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى الاسلمي ، وإسماعيل بني رافع المدني أو إسماعيل بن عياش الجمحي وغيرهم . انظر : تهذيب الكمال (٤٤٦/٢ - ٤٥٤) .

(١) في (م) ، (ع) : [المنافي] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٦٦٣/٧) .

٢٠٠١٥ - فهذا يدل أن هذه [١] القسمة كانت في النفل ذكر هذا الطحاوي بإسناده وجواب آخر أن الأخبار لما تعارضت في ذلك رجع أبو حنيفة إلى قسمة الأئمة فروى أبو حنيفة عن عبد اللّه بن داود عن المنذر بن أبي حمصة قال : بعثه عمر في جيش إلى مصر أو إلى الشام فأصابوا غنايم فقسم للفارس سهمين وللراجل سهمًا فرضي بذلك عمر وروى شعبة عن أبي إسحاق عن هانئ بن هانئ عن علي أنه [٢] قال : للفارس [٣] سهمان ، وإلى هذا ذهب سعيد بن المسيب والحسن فكان ما [٤] قال به الأئمة من الأخبار أولى أن يعمل به قالوا مقدر زيد على مقدر على سبيل الرفق فوجب أن يكون بالضعف قياسًا على مدة المسح على الخفين .

٢٠٠١٦ - قلنا : يبطل بالنصاب الثاني [٥] . في الزكوات بأن العتق بعد النصاب مقدر زيد على طريق الرفق فلا يكون ضعفه في الإبل والبقر ولأن الوصف غير مسلم لأن سهم الراجل ليس هو الأصل بل سهم الفارس هو الأصل وسهم الراجل يقصر عنه ؛ ولأن مدة المسح لا يجب استيفاؤها بل هو مخير إن شاء أتم ثلاثة أيام وإن شاء نقص منها فإن عللوا في مسألتنا الجواز .

٢٠٠١٧ - قلنا : إذا زاده الإمام على طريق النفل ونقلب هذه [٦] العلة فنقول فجاز أن ينقص الزيادة على الضعف كمدة المسح قال مخالفنا مؤنة الراجل أكثر من مؤنة الفارس فوجب أن يكون سهمه أكثر .

٢٠٠١٨ - قلنا : العبد قد يكون بمثل مؤنة الحر ولا يلحق سهمه بل ينقص عن مؤنة الرجل بل البغال والفيلة إذا حضرت الحرب مؤنتها [٧] أكثر من مؤنة الرجل والفرس فلايستحق بها شيء بوجه فسقط اعتبار المؤنة بكثرتها .

* * *

(١) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لفارس] .

(٤) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [الناس] .

(٦) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٧) في (م) ، (ع) : [مؤنها] .

مسألة ١٠٠٨

الفارس إذا دخل دار الحرب فنفق فرسه

٢٠٠١٩ - قال أصحابنا : إذا دخل دار الحرب فارسًا فنفق فرسه أو أخذه العدو فله سهم الفارس وإن باعه فيه روايتان .

٢٠٠٢٠ - أحدهما : أنه يستحق سهم الراجل .

٢٠٠٢١ - وروى الحسن عن أبي حنيفة : أنه يستحق سهم الفارس ولو دخل راجلًا فابتاع فرسًا في دار الحرب فله سهم الراجل (١) .

٢٠٠٢٢ - وقال الشافعي : المعتبر في استحقاق السهم حال تقضي الحرب فمن لا فرس معه في تلك الحال فله سهم راجل ومن كان معه فرس يمكنه القتال فله سهم فارس وإن دخل راجلًا (٢) .

٢٠٠٢٣ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ جعل للفارس سهمين وللراجل سهمًا (٣) فلا يجوز أن يكون المراد بذلك فيما يغنم عنهم وقد أجمعوا أن المراد به بيان الحكم في المستقبل وكأنه قال للفارس فيما يغنم سهمان وهذا فارس عند الدخول فاستحق سهمين ومن دخل راجلًا فيجب أن يستحق سهمًا واحد يقتضيه الظاهر ولأن المقصود بالخيل ما يحصل بها من إرهاب العدو قال الله تعالى : ﴿ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ

---

(١) قال الإمام السرخسي : وإذا دخل الغازي دار الحرب مع الجيش فارسًا ثم نفق فرسه أو عقر قبل إحراز الغنيمة فله سهم الفرسان عندناوهو قول عمر ﷺ . وحجتنا : أنه دخل دار الحرب فارسًا على قصد الجهاد فيستحق سهم الفرسان كما لو كان فرسه قائمًا وقاتل راجلًا . وهذا لأن الاستحقاق بالفرس لمعنى إرهاب العدو وقد حصل به . ولو باع فرسه بعد ما جاوز الدرب قبل القتال ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله يستحق سهم الفرسان أيضًا لأنه اسمه في ديوان الفرسان وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لأنه تبين بالبيع أنه ما كان قصده من التزام مؤنة الفرس القتال عليه وإنما كان قصده التجارة وبمجاوزة الدرب على قصد التجارة لا ينعقد سبب استحقاق الغنيمة بخلاف ما إذا مات فرسه ، ولأنه بالبيع والهبة أزاله عن ملكه باختياره فيكون به مسقطا حقه .

(٢) جاء في مغني المحتاج : ونص في موت الفرس حينئذ أن يستحق سهمها والأصح تقرير النصبين لأن الفارس متبوع فإذا مات فات الأصل والفرس تابع فإذا مات جاز أن يبقى سهمه للمتبوع وقيل قولان فيهما وجه الاستحقاق شهود بعض الوقعة ووجه المنع اعتبار آخر القتال فإنه وقت الظفر . انظر : مغني المحتاج (١٠٣/٣) .

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٦٦٣/٧) .

ﷲِ وَعَدُوَّكُمۡ ﴾ (١) والإرهاب يحصل بدخولهم ولأن العدو يستعمله وتلك الحال عدد الخيل والرجل [إذا حصل] (٢) المقصود من الخيل استحق السهم ولأنه دخل دار الحرب فارسًا قاصدًا للقتال فوجب أن يصرف له مع سهمه كما لو نفق فرسه إلى (٣) حين تقضي الحرب .

٢٠٠٢٤ – ولا يلزم من دخلها لغير القتال لأنا قلنا قاصدًا القتال ولا يلزم المستعير لأنه يصرف له . [سهم الفارس ولا يلزم إذا مات الفارس لأنا . قلنا : أنه يصرف له] (٤) سهمه سهم الفارس ومن مات لا يصرف له سهمه كذلك سهم الفرس ولا يلزم إذا باع الفرس ؛ لأن سهمه لا يسقط في إحدى الروايتين وعلى الرواية الأخرى يستحق السهم وأسقطه بالبيع كما يسقط سهمه بالردة بعد استحقاقه .

٢٠٠٢٥ – ولأن فرسه نفق بعد دخوله دار الحرب فصار كما لو نفق بعد تقضي الحرب ولأنه دخل دار الشرك على منفعة يستحق بها سهم الفارس فوجب أن يستحق ذلك ما لم يسقط حقه عن الفرس وسهمه .

٢٠٠٢٦ – ولأن استحقاق الفارس إما أن يعتبر فيه الطرف الأول وهو حال دخولهم دارهم أوالقتال عليه أو الطرف . الثاني وهو حال تقضي الحرب وبالتمكن من القتال عليه فلا يجوز اعتبار القتال لأن الرد يستحق سهم [ولم يقاتل على الفرس .

٢٠٠٢٧ – لأن من قاتل راجلًا بعد ربط فرسه يستحق سهم] (٥) الفارس باتفاق ولا يجوز اعتبار الطرف الآخر لأن الخيل يراد للإرهاب أو لمباشرة القتال وذلك يحصل قبل الطرف الآخر وقد تجوز اعتبار تمكن القتال عليه لأن المعير يتمكن من القتال على فرسه فلا يستحق سهم [الفارس فلم يبق إلا اعتبار الطرف الأول ، وأما الفعل الآخر فلأنه دخلها راجلًا فلم يستحق سهم الفارس] (٦) . كما لو ملك فرسًا بعد تقضي الحرب .

٢٠٠٢٨ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ ظاهر الآية يقتضى تساوى الغانمين في الغنيمة .

٢٠٠٢٩ – والجواب أن الآية مشتركة الدليل لأنها تقتضي أن جميعهم إذا دخلوا فرسانًا فنفق فرس بعضهم ساواهم في أسهمهم وهذا خلاف قولهم .

٢٠٠٣٠ – قالوا : لو مات فرسه قبل انقضاء الحرب فوجب أن لا يستحق سهم

---

(١) سورة الأنفال : الآية ٦٠ .
(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٣ – ٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

الفارس . [كما لو كانت الحرب في دار الإسلام .

وربما قالوا إنه دخل في حالة انقضاء الحرب فوجب أن لا يستحق سهم الفارس] (١) .

٢٠٠٣١ - قلنا : مقاصد الخيل توجد مع بقاء الحرب فأما مع انقضائها فقد استغنى عنها فاعتبار بقاء الخيل في حال استغناء الحرب وإسقاط حكمها في حال الحاجة إليها لا يصح ثم الأصل غير مسلم .

٢٠٠٣٢ - لأن عندنا إذا دخل العدو دارنا فمن خرج إليهم فارسًا فنفق فرسه استحق سهم (٢) الفارس ومن حضر العسكر فارسًا فرد فرسه وقاتل راجلًا استحق سهم الفارس ولا فرق بين دار الحرب في ذلك وبين (٣) دار الإسلام .

٢٠٠٣٣ - قالوا : الفرس يستحق به السهم كما يستحق بالعبد الرضخ ولو مات العبد سقط ما كان يستحق به كذلك موت الفرس .

٢٠٠٣٤ - قلنا : العبد هو المستحق وإنما انتقل المال منه إلى المولى فإذا فقد استحال أن يبتدي تمليكه بعد موته والفرس لا استحقاق له وإنما المستحق الفارس وهو من أهل الاستحقاق فلم يسقط حقه بموت الفرس .

٢٠٠٣٥ - قالوا : استحقاق الآدمي من استحقاق الفرس ثم لو مات الفارس قبل تقضي الحرب لم يستحق شيئًا كذلك إذا مات فرسه لم يستحق شيئًا .

٢٠٠٣٦ - قلنا : إذا مات الفارس فقد عدم المستحق حال الاستحقاق والموت يمنع انتقال الملك فلم يجب أن يسهم له وموت الفرس لا يمنع من انتقال الملك إلى الفارس .

٢٠٠٣٧ - ألا ترى أن سهم الراجل يثبت له وإذا كان المستحق باقيًا لم يبطل الاستحقاق بموت التابع له تبين ذلك أن الفارس إذا مات وبقي الفرس سقط سهم الفرس ؛ لأن المستحق قد عدم فإذا بقي المستحق وبقي المستحق به لم يؤثر ذلك في استحقاقه .

٢٠٠٣٨ - فإن قيل : لو كان المعتبر بحال الدخول لوجب إذا دخل الصبى أو الذمي ثم بلغ الصبي وأسلم الذمي أن لا يستحقا السهم اعتبارًا بحال دخولهما .

٢٠٠٣٩ - قلنا : قد قال أصحابنا إن من جن بعد دخول دار الحرب أسهم له اعتبارًا بحال الدخول فإن بلغ قبل القتال يستحق السهم ؛ لأنه دخل وليس هو من أهل / القتال ٢٢٦

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه في الهامش .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) ساقطة من (ص) .

ولا من أهل السهم وإذا قاتل بعد كماله صار كما لو لحق في هذه الحال وكتجار العسكر وأما الراجل فقد دخل وهو من أهل القتال والسهم فاعتبر حال دخوله .

* * *

مسألة ١٠٠٩

لحوق المدد قبل إحراز الغنيمة

٢٠٠٤٠ - قال أصحابنا : إذا لحق المدد قبل إخراج الغنيمة إلى دار الإسلام ولم يقسمها الإمام ولم يبعها شاركوا فيها (١) .

٢٠٠٤١ - وقال الشافعي : إن لحقوا في حال القتال فهم شركاء وإن لحقوا بعد تقضي الحرب وجمع الغنايم لم يشاركوهم (٢) وإن لحقوا بعد تقضي الحرب وقبل إحراز الغنيمة ففيه قولان (٣) :

٢٠٠٤٢ - لنا : ما روى أن ابني عامر قدما على النبي ﷺ بخيبر بعد تقضي الحرب فأسهم لهما (٤) ولا يقال يحتمل أن يكونا رِدًا لأن العادة أن الواحد والاثنين لا يقتصر عليهما في الرد ولأن الرد من كان حاضرًا ولا يقال فيه سهم بل كان مع النبي ﷺ من ابتداء الحرب .

٢٠٠٤٣ - ويدل عليه ما روى عبيد الله بن يزيد بن قُسيط أن أبا بكر أمد المهاجرين

---

(١) عن ابن قسيط : قال بعث أبو بكر ﷺ عكرمة بن أبي جهل في خمسمائة رجل مددًا لزياد بن لبيد البياض والمهاجر بن أمية المخزومي إلى اليمن فأتوهم حتى افتتحوا النجير فاشركهم في الغنيمة وبهذا يستدل من يجعل للمدد شركة إن لحقوا بالجيش في دار الإسلام لأن بالفتح قد صارت تلك البقعة دارًا للإسلام ولكنا نقول تأويله أنهم فتحوا ولم تجر أحكام الإسلام فيها بعد وبمجرد الفتح قبل إجراء أحكام الإسلام لا تصير دار إسلام . وعليه يحمل أيضًا ما روي أن أبا هريرة ﷺ التحق برسول الله ﷺ بعد فتح خيبر وكذلك جعفر مع أصحابه ﷺ قدموا من الحبشة بعد فتح خيبر حتى قال رسول الله ﷺ : « لا أدري بأي الأمرين أنا أشد فرحًا بفتح خيبر أو بقدوم جعفر » ولم يشركهم في الغنيمة . انظر المبسوط (٢٣/١٠) دار المعرفة .

(٢) في (م) ، (ع) : [يشركوهم] .

(٣) جاء في مغني المحتاج : وتجوز الزيادة على الثلث والنقص عن الربع بحسب الاجتهاد والخماس الأربعة عقارها ومنقولها أي الباقي منها بعد تقديم ما يجب تقديمه من المؤمن كما سبق للغانمين لإطلاق الآية الكريمة وعملًا بفعله ﷺ في أرض خيبر وهم أي الغانمون من حضر الوقعة ولو في أثنائها قبل الانقضاء ولو عند الإشراف على الفتح دخول أبي بكر وعمر ﷺ « إنما الغنيمة لمن شهد الوقعة » رواه الشافعي ولا مخالف لهما من الصحابة . انظر : مغني المحتاج (١٠٢/٣) .

(٤) أخرجه مسلم في كتب فضائل الصحابة ، باب فضائل جعفر بن أبي طالب وأسماء بنت أبي بكر (١٩٤٦/٤) برقم (٢٥٠٢) ، والبخاري في كتب الجهاد وخيبر باب ومن الدليل على أن الخمس النوائب المسلمين (١١٤٢/٣) برقم (٢٩٦٧) .

بأبي أمية وزياد بن لبيد وعكرمة بن أبي جهل (١) مع خمسمائة نفر فلحقوا بعد ما فتحوا البُحْثر ثم أسهموا لهم من الغنيمة (٢) وروى زياد بن علاقة الشعبي (٣) أن عمر بن الخطاب كتب إلى سعد بن أبي وقاص إذا جاءك المدد قبل أن تقضي القتل فأشركهم في الغنيمة (٤) فإن قيل يحتمل أن يكون بطيب نفس العسكر .

٢٠٠٤٤ - قلنا : الأصل أن نفوسهم لم تطب فمن يدعي ذلك يحتاج إلى دليل ثم فقد روي ما يدل على صحة هذا روى عبد الرحمن بن أبي بكر عن عبد الرحمن بن الحارث (٥) بن هشام أن أبا بكر أمر أن يسهم لعكرمة ولأصحابه (٦) .

---

(١) عكرمة بن أبي جهل : هو عكرمة بن أبي جهل عمرو بن هشام بن المغيرة بن عبد الله عُمر بن مخزوم ابن يقظة بن مرة بن كعب بن لؤي ، الشريف الرئيس الشهيد ، أبو عثمان القرشي المخزومي المكي ، لما قُتل أبوه ، تحولت رئاسة بني مخزوم إلى عكرمة ، ثم إنه أسلم وحُسن إسلامه ، قال ابن أبي مليكة : كان عكرمة إذا اجتهد في اليمين قال : والذي نجاني يوم بدر ، ولما دخل رسول الله ﷺ ، مكة هرب منها عكرمة هرب منها وصفوان بن أمية بن خلف ، فبعث النبي ﷺ ، يؤمنهما ، وصفح عنهما ، فأقبلا إليه ، قال الشافعي : كان محمود البلاء في الإسلام ، ﷺ ، قال أبو إسحاق السبيعي : نزل عكرمة يوم اليرموك ، فقاتل قتالًا شديدًا ، ثم استشهد ، فوجدوا به بضعًا وسبعين من طعنة ورمية وضربة ، وقال عُروة بن سعد وطائفة وقتل يوم أجنادين . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٠١/٣ ، ٢٠٢) .

(٢) أخرجه الشافعي في الأم (٣٦١/٧) ، مصنف ابن أبي شيبة (٦٦٩/٧) ، تلخيص الحبير (٢٣١/٣) برقم (١٤٩١) .

(٣) كذا بالمخطوطة ولعله [الثعلبي] . زياد بن علاقة بن مالك أبو مالك الثعلبي الكوفي ، في الثقات المعمرين ، يقال : إنه أدرك ابن مسعود حدث عن : عمه قُطْبة بن مالك ، وجرير بن عبد الله البَجَلي ، والمغيرة بن شعبة ، وأُسامة بن شريك ، وعمرو بن ميمون الأودي ، وجماعة . حدث عنه : شعبة ، وسفيان الثوري ، وشيبان النحوي ، وزائدة ، وزهير بن معاوية ، وإسرائيل وأبو عوانة ، وأبو الأحوص ، وسفيان بن عيينة وطائفة ، وهو أكبر شيخ لابن عيينة . قال ليث بن أبي سُليم : أدرك ابن مسعود ، قال النسائي وغيره : ثقة ، قال أبو حاتم : صدوق ، قيل : مات سنة خمس وعشرين ومائة ، وقيل : مات بعد ذلك بيسير . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٨/٦ ، ٤٩) .

(٤) أخرجه الشافعي في الأم (٣٦١/٧) ، مصنف ابن أبي شيبة (٦٦٩/٧) ، تلخيص الحبير (٢٣١/٣) برقم (١٤٩١) .

(٥) عبد الرحمن بن الحارث : هو عبد الرحمن بن هشام بن المغيرة بن عبد الله المخزومي أبو محمد ، من أشراف بن مخزوم ، كان أبوه من الطلقاء ، وممن حسن إسلامه ، ولا صُحبة بعد عبد الرحمن . بل له رؤية ، صحبة مقيدة . وروي عن : أبيه ، وعمر ، وعثمان ، وعلي ، وأم المؤمنين حفصة ، وطائفة . وروي عنه : ابنه الإمام أبو بكر بن عبد الرحمن أحد الفقهاء السبعة ، والشعبي ، وأبو قلابة وآخرون .

(٦) أخرجه الشافعي في الأم (٣٦٢/٧) .

٢٠٠٤٥ - فأبوا ذلك فراجعوا فيه أبا بكر فكتب إليهم أن أسهموا لهم وكذلك روي أن سعدًا راجع عمر في ذلك وكتب إليه يأمره أن يشرك المدد في الغنيمة .

٢٠٠٤٦ - فإن قيل : روى طارق بن شهاب (١) أن أهل البصرة غزوا نهاوند فأمدهم أهل الكوفة فظهروا فأراد أهل البصرة أن لا يقسموا لأهل الكوفة فقال رجل من بني عطارد أيها الأجدع تريد أن تشاركنا في غنايمنا فقال حتى أني سَبَبْته فكتب في ذلك إلى عمر فكتب عمر أن الغنيمة لمن شهد الوقعة .

٢٠٠٤٧ - قلنا : مطالبة عمر بالقسمة تدل على أنه يرى ذلك وقول عمر إنما كان لأنهم حضروا بعد تقضي الحرب (٢) وبعد ما قارب الدار دار الإسلام فكان ما نقلنا من المشاركة حجة لنا وما نقلوه من منع الغنيمة لا حجة لهم فيه .

٢٠٠٤٨ - ولأن الغنيمة أحرزت إلى دار الإسلام بظهرهم وتركهم فاستحق السهم إذا كان قصدهم القتال كما لو لحقوا قبل تقضي الحرب .

٢٠٠٤٩ - ولا يلزم الأسير إذا لحق بهم من دار الحرب لأن قصده لم يكن القتال وإنما لحق بهم (٣) ليتحصن ويخلص نفسه من قهر الكفار ولأن كل حالة يجوز للعسكر الانتفاع بالطعام والعلف من الغنيمة إذا لحقهم مدد جاز أن يشركهم فيها كحال القتال .

٢٠٠٥٠ - ولأنه قاصد للحرب شاركهم في حيازة الغنيمة إلى دار الإسلام فوجب أن يشاركهم فيها كالرد .

٢٠٠٥١ - ولأن كل من جاز أن يستحق السهم إذا حضر الوقعة جاز أن يستحق وإن لم يحضرها كالرد وكما لو قسم الإمام العسكر طائفتين فدخلوا دار الحرب من طريقين فغنمت إحدى الطائفتين .

٢٠٠٥٢ - ولا يلزم الأسير لأنه يجوز أن يستحق عندنا وإن لم يحضر القتال إذا دخل مع العسكر فأسر ثم يلحق المسلمين بعد تقضي الحرب .

---

(١) طارق بن شهاب : وهو طارق بن شهاب من عبد شمس بن سلمة الأحمس اليعلي الكوفي رأى النبي ﷺ ، وغزا في خلافة أبي بكر غير مرة ، وأرسل عن النبي ﷺ . وروي عن : أبي بكر ، وعمر ، وعثمان ، وبلال ، وخالد بن الوليد ، وابن مسعود ، وعليّ ابن أبي طالب ، وعدَّة . حدث عنه : قيس بن مسلم ، وسماك بن حرب ، وعلقمة بن مرثد وسليمان بن ميسرة ، وطائفة . مات في سنة ثلاث وثمانين . وقيل ، بل توفي سنة اثنتين وثمانين .

(٢) في (م) ، (ع) : [القتل] .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

٢٠٠٥٣ - قيل : الحيازة استحق أسهم [١] ولأن المسلمين إذا أحرزوا الأموال ثم لحقهم مدد فقاتلوا حتى غلبوا على البقعة استحقوا السهم من الأرضين فكل من استحق السهم في أرض الحرب استحق من المال المغنوم في تلك الكرة كسائر العسكر .

٢٠٠٥٤ - والدليل على استحقاقه منهما في الأرضين أنهم قاتلوا عليها فملكت بمعونتهم .

٢٠٠٥٥ - ولأنه دخل دار الحرب قتال .

٢٠٠٥٦ - قبل أن يتعين حق في الغنيمة فصار كما لو دخل في حال القتال ولا يلزم الأسير لأنه لم يدخل دار الحرب وإنما انتقل فيها من مكان إلى مكان .

٢٠٠٥٧ - ولا يلزم إذا دخل بعد القسمة ؛ لأن حق الغانمين تعين بما يقسم في إبعاضها .

٢٠٠٥٨ - احتجوا : بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « الغنيمة لمن شهد الوقعة » [٢] .

٢٠٠٥٩ - والجواب : أن هذا محفوظ عن عمر ولو ثبت فهو مشترك الدليل لأنه يقتضي [٣] أن المدد إذا لحق وقد غلبوا على الغنايم ثم عاد الكفار وقاتلهم المسلمون أن يستحق المدد ؛ لأنهم حضروا الواقعة وهذا خلاف قولهم .

٢٠٠٦٠ - ولأن هذه اللام ليست لام [٤] لأن التمليك لا يثبت لغير معين وإنما يقتضى بثبوت الحق .

٢٠٠٦١ - وعندنا من حضر الوقعة فحقه ثابت في الغنيمة وذلك لا ينفى ثبوت حق من لم يحضرها بدلالة الرد .

٢٠٠٦٢ - وأهل الخمس .

٢٠٠٦٣ - قالوا : روي أن النبي ﷺ بعث أبان بن سعيد على سرية قبل نجد فقدموا على النبي ﷺ بعد فتح خيبر [٥] . قال أبان أن يسهم لهم فلم يسهم .

٢٠٠٦٤ - والجواب أن خيبر كانت لأهل الحديبية خاصة ولهذا ضرب النبي ﷺ

---

(١) في (م) ، (ع) : [السهم] .
(٢) سبق تخريجه .
(٣) في (م) : [تقتضي] .
(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٥) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٣٤٧/٤) دار الكتب العلمية ، نصب الراية (٢٦٧/٤) دار الحديث .

خاصة لمن شهدها من أهل [١] الحديبية [٢] .

٢٠٠٦٥ - [وروى أبو بردة عن أبي موسى [٣] قال : قدمنا على رسول الله ﷺ فقسم لنا ولم يقسم لأحد لم يشهد الفتح غيرنا وإنما كان كذلك لأنهم كانوا من أهل الحديبية] [٤] وقد كان الله تعالى وعد أهل الحديبية فتح خيبر بقوله : ﴿ وَأُخْرَىٰ لَمْ تَقْدِرُوا عَلَيْهَا قَدْ أَحَاطَ اللَّهُ بِهَا ﴾ [٥] فإذا اختصت القسمة بأهل الحديبية جاز أن تكون لم قسم لأبان وأصحابه لأنهم لم يشهدوا الحديبية لا لما قال مخالفنا .

٢٠٠٦٦ - وجواب ثاني : وهو أن خيبر فتحت فصارت دار الإسلام وزالت يد الكفار عنها وعندنا إذا لحق المدد في هذا الحال لم يشاركوا وصار الخبر واردًا في موضع إجماع .

٢٠٠٦٧ - قالوا لحقوا الجيش بعد انقضاء الحرب فصار كما لو لاقوهم والعسكر في دار الإسلام .

٢٠٠٦٨ - قلنا : إذا كان القتال في ظاهر دار الإسلام فتقضى الحرب إنما يكون بانصراف أهل الحرب عن دارنا ومتى كان كذلك فقد أمن عودهم في الظاهر وصار كمن لحق العسكر بعد إخراج الغنيمة إلى دارنا .

٢٠٠٦٩ - وأما إذا انقضت الحرب في دار الحرب فلم يغلب على الدار فَكَرَّةِ العدو غير [٦] مأمونة لأن قتالهم عن أموالهم [٧] ونسبتهم أعظم وإذا لم يؤمن العود في الغائب فالمدد قد حضر في حال الحاجة إليه فصار كما لو حضر مع بقاء الحرب .

٢٠٠٧٠ - قالوا : لحقوا بعد انفصال القتال وصاروا كالأسرى إذا هربوا من أهل

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (٣٥٤/٤ ، ٣٥٥) دار الكتب العلمية ، نصب الراية (٢٥٣/٤) - دار الحديث .

(٣) أبو بردة : ابن أبي موسى الأشعري الإمام ، الفقيه ، الثبت ، حارث . ويقال عامر . ويقال : اسمه كنيته- ابن صاحب رسول الله ﷺ ، عبد الله بن قيس بن حضَّار الكوفيُّ الفقيه ، وكان قاضي ، الكوفة للحجاج ، ثم عزلَه بأخيه أبي بكر . حدث عن : أبيه ، وعلي ، وعائشة ، وأسماء بن عُميس ، وعبد الله بن سلام ، وحذيفة ، وأبي هريرة ، وعدّة . حدث عنه : بنوه ، سعيد ويوسف ، والشعبي ، ومكحول ، وقتادة وخلق كثير ، وكان من أئمة الإجتهاد . توفي سنة ثلاثمائة وقيل سنة ربعمائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٠٣/٥ ، ٣٠٤) .

(٤) متفق عليه سبق تخريجه . (٥) سورة الفتح : الآية ٢١ .

(٦) ساقطة من (ص) ، (م) وأثبتناه من (ع) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

الحرب فلحقوا العسكر .

٢٠٠٧١ - قلنا : الأسرى لم يلحقوا قصدًا للجهاد والمقاتلة وإنما لحقوا لتخليص أنفسهم ولهذا لم يشركوا والمدد لحق للقتال في حال تدعو إليه الحاجة فصار كما لو لحقوا في حال القتال ولهذا المعنى .

* * *

مسألة ١٠١٠

أهل سوق العسكر إن قاتلوا

٢٠٠٧٢ - قال أصحابنا : أهل سوق العسكر إن قاتلوا استحقوا السهم وإن لم يقاتلوا فلا شيء لهم كذلك الأسرى والتجار إذا لحقوا بالعسكر ولم يكونوا دخلوا معهم دار الحرب [١] . فإن قاتلوا استحقوا .

٢٠٠٧٣ - وهذا أحد قولي الشافعي وقال في القول الآخر يستحقون في الوجهين [٢] .

٢٠٠٧٤ - لنا : أن حال التاجر مخالفة لحال العسكر بدلالة أنه لم يقصد بدخوله الجهاد وإنما قصد التجارة فنقصت حاله في الجهاد بدلالة قوله ﷺ : « إنما الأعمال بالنيات وإنما لك امرئ ما نوى » وإذا نقصت حالة لم تساوي المجاهدين كالصبي والمرأة لما نقصت حالهما في الجهاد عن الرجال بدلالة أنهم لا يخرجون إلا عند الضرورة إن لم يجز أن يساووهم في الاستحقاق .

٢٠٠٧٥ - ولأن العبد والمرأة قد وجد منهما القصد إلى الجهاد واستحقاق الثواب بقصدهما إلا أن منزلتهما لما نقصت عن غيرهما لم يساوى فمن لم يقصد الجهاد لم يستحق الثواب بالحضور [٣] أولى أن تنقض منزلته .

٢٠٠٧٦ - ولأنه لم يحضر القتال ولا وجد منه القتال فصار كالمختارين بموضع الحرب والتجارة .

٢٠٠٧٧ - ولأن التاجر والأسير إذا خرج ليتخلص لم يستحق الثواب بالحضور فلم يساوى العسكر في الغنيمة كالكافر .

٢٠٠٧٨ - احتجوا : بقوله ﷺ : « الغنيمة لمن شهد الوقعة » [٤] .

٢٠٠٧٩ - والجواب أن المريض شهدها مقاتلًا للكفار بدلالة أن أهل الحرب قد شهدوها ولاحق لهم فيها لأنهم لم يحضروا قتال الكفار / .

٢٢٦/

---

(١) جاء في البدائع : والتاجر والمحترف كالخياط والبقال بسهم لهم إذا قاتلوا الشهود الوقعة وقتالهم والثاني لا لأنهم لم يقصدوا الجهاد . انظر : البدائع (١٠٤/٧) .

(٢) مغني المحتاج (١٦٩/٤) . (٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) سبق تخريجه .

٢٠٠٨٠ - استحقوا وإذا كان هو المراد بالإجماع صار كالمنطوق به في الخبر .

٢٠٠٨١ - قالوا كل من لا [١] يستحق السهم الكامل فإذا قاتل استحقه إذا حضر ولم يقاتل كسائر العسكر .

٢٠٠٨٢ - قلنا : يبطل بالمحتارين ولأن سائر العسكر حصلت لهم فضيلة الجهاد قاتلواأو لم يقاتلوا واستحقوا السهم والتاجر والأسير لم تحصل لهم فضيلة الجهاد قصدًا ولا فعلًا فلم يجز إن شاركوا في غنيمة المجاهدين كما لو لحق الأسير بعد الحرب .

* * *

(١) ساقطة من (ص) .

مسألة ١٠١١

القسمة في دار الحرب

٢٠٠٨٣ – قال أصحابنا : لا ينبغي للإمام أن يقسم في دار الحرب حتى يخرج إلى دار الإسلام [١] .

٢٠٠٨٤ – وقال الشافعي يقسمها هناك [٢] .

٢٠٠٨٥ – لنا : ما روى جبير بن مطعم أن النبي ﷺ : حين صدر يوم حنين وهو يريد الجعرانة سأله الناس حتى دنت ناقته من شجرة سلب بزاوية حتى نزعته من ظهره فقال الطَيْكِلاً : « ردوا عليّ ردائي أتخافون أن لا أقسم بينكم ما أفاء اللَّه عليكم والذي نفسي بيده لو أفاء اللَّه عليكم مثل سمر تهامة نعمًا لقسمته بينكم في البأس » فقال : « ثم لا تجدوني بخيلًا [٣] ولا جبانًا ولا كذابًا » فلما نزل قام في الناس فقال : « ردوا الخيط والمخيط فإن الغلول نار وعار وشنار على أهل يوم القيامة » ثم تناول بيده شيئًا من الأرض أو وبرة من بعيره وقال : « والذي نفسي بيده ما أفاء اللَّه عليكم ولا مثل هذه إلى الخمس والخمس مردود عليكم » [٤] فأخر الطَيْكِلاً القسمة مع المطالبة وهو لا يؤخر الحق عن مستحقه مع المطالبة فدل أن القسمة لا تجوز في دار الحرب وإنما قسم في الجعرانة لأنها كانت يؤمئذ دار إسلام .

٢٠٠٨٦ – ولأنه الطَيْكِلاً فتح الطائف قبل ذلك وكانت مكة مفتوحة والجعرانة بينهما ومن توابعها .

٢٠٠٨٧ – وذكر محمد عن رافع بن خديج أن النبي ﷺ قسم غنايم بدر [بعد ما

---

(١) جاء في فتح القدير : ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام وقال الشافعي : لا بأس بذلك وأصله ان الملك للغانمين ولا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا وعنده يثبت وينبني على الأصل . انظر فتح القدير (٤٧٨/٥) ، اللباب (١٢٥/٤) .

(٢) جاء في مغني المحتاج : ويستحب أن تكون هذه القسمة في دار الحرب كما فعل النبي ﷺ وتأخيرها بلا عذر إلى العود إلى دار الإسلام مكروه وذكر الماوردي والبغوى أنه يجب التعجيل ولا يجوز التأخير من غير عذر لما فيه من الإقرار بالغانمين . انظر مغني المحتاج (١٠/٣) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) سبق تخريجه .

رجع إلى المدينة مع أنه يحكم وتأخيره على من يستحقه لا يجوز .

٢٠٠٨٨ - روي أن النبي ﷺ قسم غنائم بدر] (١) في شعب من شعاب بدر يقال له : الصفراء .

٢٠٠٨٩ - قلنا : يحتمل أن يكون قسمها معًا : فدل أنه قسمها بالمدينة قسمة تمليك في حال القتال .

٢٠٠٩٠ - فإن قيل روى عبد اللّه بن عمر قال : خرج رسول اللّه ﷺ إلى بدر في ثلثمائة وخمسة عشر حفاة عراة فدعا لهم رسول اللّه ﷺ : « اللّهم إنهم حفاة فأحملهم ، وعراة فألبسهم ، وجياع فأشبعهم فانقلبوا حيث انقلبوا ومع كل واحد منهم الجمل والجملان .

٢٠٠٩١ - وهذا يدل على أنهم انقلبوا بعد القسمة [ليحملوها ثم قسمها بالمدينة قسمة تمليك في حال القتال ليجمع بين الخيرين يبين ذلك أن العين المأخوذة من المحل كانت بالمدينة قبل خروج النبي ﷺ إلى بدر ورافع يقول قسمها] (٢) .

٢٠٠٩٢ - وعن علي قال أصبت مع رسول اللّه ﷺ [شارفًا يوم بدر .

٢٠٠٩٣ - قلنا : يجوز أن يكون أصابوا هذا من الأنفال ؛ لأن النبي ﷺ] (٣) قال : [من أخذ شيئًا فهو له] (٤) ولأنها مال ويجوز الانتفاع بالعلف والطعام فلا يجوز القسمة كحال الوقعة .

٢٠٠٩٤ - قالوا : المعنى في حال الوقعة أن الأسير إذا لحق يسهم له .

٢٠٠٩٥ - قلنا : إذا حضر حال القتال فقاتل استحق وإن لم يقاتل يستحق [وكذلك إذا لحق بدار الحرب فلم يقاتل لم يستحق وإن كثر الكفار عليهم فقاتل استحق] (٥) .

٢٠٠٩٦ - ولأن الحيازة بدار الإسلام لم توجد فلا يجوز القسمة كحال الحرب .

٢٠٠٩٧ - فإن قيل : المعنى في حال الحرب بيانه لم يثبت للغانمين حق التمليك .

٢٠٠٩٨ - قلنا : لا نسلم ذلك لأن الأخذ [يثبت بالأخذ] (٦) ويستقر بالحيازة

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣ ، ٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥ ، ٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع)

ويهلك بالقسمة .

٢٠٠٩٩ - قالوا : والمعنى في حال القتال أن الإمام لو قسمه لم تصح قسمته وبعد تقضي الحرب لو قسم جازت قسمته .

٢٠١٠٠ - قلنا : لا ينبغى أن يقسم في الحالتين فإن فعل جاز في الموضع المختلف فيه ؛ لأن حكم الحاكم في موضع الخلاف ينعقد ولا ينعقد في موضع الاتفاق .

٢٠١٠١ - وهذا الاختلاف لا يمنع اعتبار أحدهما بالآخر في اعتبار القسمة كما قاس مخالفنا البيع الفاسد على البيع بالميتة .

٢٠١٠٢ - وإن كان الحاكم لو حكم بوقوع الملك في أحد الموضعين نفذه وفي الموضع الآخر لا ينفذ .

٢٠١٠٣ - ولأن دار الحرب توهم والمملوك ما دام في حكم [1] يد من ملك عليه لم يجز قسمته كالمبيع في يد البايع .

٢٠١٠٤ - ولأن الغنيمة في دار الحرب تعرض الزيادة منها فلم يجز قسمتها كحال القتال ولأن القسمة في دار الحرب تضر بالمسلمين ؛ لأنهم نصبوا بعد القسمة ما لا يمكن قسمته كالفرس الواحد أو السيف فتوضع في بيت المال .

٢٠١٠٥ - ومتى أخر القسمة [2] لم يسقط حق الغانمين عما يوجد فكان تأخير القسمة أولى .

٢٠١٠٦ - ولأن القسمة تمنع من ثبوت حق المدد وذلك يوجب تأخر المدد عنهم في حالة لا يؤمن كبر العدو فيها فيضر ذلك بهم وفي تبقية الغنيمة استلحاق المدد وذلك أنفع للغانمين فكان أولى .

٢٠١٠٧ - فإن قيل المدد عندنا لا يستحق بعد تقضى الحرب .

٢٠١٠٨ - قلنا ما لم يسقط تقسم حقهم ولا ينقطع ، لأن الأمير لو قسم له جاز وبعد القسمة انقطع حقهم ، لأنه لو أشركهم مع غيرهم لم يجز .

٢٠١٠٩ - احتجوا : بما روى أن النبي ﷺ « قسم غنايم بدر ببدر » [3] وقد أجبنا عنه .

٢٠١١٠ - واستدلال مخالفنا بقسمة بدر لا يصح لأنها كانت للنبي ﷺ خاصة

(١ ، ٢) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) سبق تخريجه .

عندهم [١] وله أن يتصرف فيها كيف شاء .

٢٠١١١ - قالوا : روى أنه قسم غنايم حنين فيها [٢] ، وقسم غنايم بنى المصطلق في مكان الغنيمة [٣] .

٢٠١١٢ - وقال الأوزاعي [٤] ما قسم رسول الله ﷺ غنيمة قط إلا في دار الحرب [٥] .

٢٠١١٣ - قلنا : هذه المواضع فتحت وصارت دار الإسلام فالقسمة فيها وفي المدينة سواء ولهذا عليه السلام قسم أراضى خيبر فيها [٦] فلو لم يضر دار إسلام لم يقسمها .

٢٠١١٤ - والكلام في قسمة الأموال في حالة لا تجوز قسمة الأرضين فيها .

٢٠١١٥ - فأما قول الأوزاعي فهو معارض لما روي عن مكحول أن النبي ﷺ لم يقسم غنيمة قط في دار الحرب [٧] معناه أنه قسم في مواضع فتحت وغلبت على أرضها .

٢٠١١٦ - قالوا كل موضع يجوز فيه الاغتنام يجوز فيه الاقتسام كدار الإسلام .

٢٠١١٧ - قلنا : نقول بموجب العلة لأن المسلمين لو أخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام ثم أعادها الإمام إلى دار الحرب جاز أن تقسم هناك ولأن الشيء قد يهلك في محل لا يجوز أن يقسم فيه بدلالة أن البايع يتملك المبيع فيها ولو اقتسمها المتبايعان في يد البايع لا يصح .

٢٠١١٨ - ولأن المعنى في دار الإسلام أن الجند يستنصرون المدد عنهم [وفي دار

---

(١) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٠٥/٦) ، تلخيص الحبير (٢٢٧/٣) برقم (١٤٨٠) ط مؤسسة قرطبة حيث قال ابن حجر : « وأما قسمة غنائم حنين فغير معروف والمعروف ما في صحيح البخاري وغيره من حديث أنس أنه قسمها بالجعرانة » .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي (٣٠٥/٦) ، المنتقى للباجي (١٧٧/٣) ط دار الكتاب الإسلامي .

(٤) الأوزاعي : هو عبد الرحمن بن عمرو بن يُحمد ، شيخ الإسلام ، وعالم أهل الشام ، أبو عمرو الأوزاعي ، كان يسكن بمحلة ، وهي العقيبة الصغيرة ظاهر باب الفراديين بدمشق ، ثم تحول إلى بيروت مُرابطًا بها إلى إلى أن مات . وقيل : كان مولده بعلبك . حدث عن : عطاء بن رباح ، وأبي جعفر الباقر ، وعمر بن شعيب ، ومكحول ، وقتادة ، وخلق كثير من التابعين وغيرهم . روي عنه : ابن شهاب الزهري ، ويحيى بن كثير وهما من شيوخه ، وشعبة ، والثوري وخلق كثير . توفي سنة سبع وخمسين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٨٦/٧ - ١٠٤) .

(٥) الأم (٣٥٤/٧ ، ٣٥٥) ، والمنتقى للباجي (١٧٧/٣) ط دار الكتاب الإسلامي .

(٦) المنتقى للباجي (١٧٧/٣) ط دار الكتاب الإسلامي ، والسنن الكبرى للبيهقي (٣٠٥/٦) .

(٧) أخرجه الإمام الشافعي في الأم (٣٥٤/٧) .

الحرب يستنصرون بانقطاع المدد عنهم] [١] فلم تجز القسمة أو نقول : المعنى في دار الإسلام أنها منفعة يجوز قسمة أرضها فجاز قسمة الغنايم فيها ودار الحرب لا يجوز قسمة أرضها قبل الفتح فلم تجز قسمة الغنايم فيها .

٢٠١١٩ – قالوا : كل موضع صحت فيه القسمة لم يجز فيه القسمة كدار الإسلام .

٢٠١٢٠ – قلنا : إن أردتم بالصحة جواز الفعل لم نسلم ذلك وإن أردتم بعد القسمة فلأن ذلك موضع الاجتهاد وليس إذا نفذ الشيء في موضع الاجتهاد دل على أن فعله جائز .

٢٠١٢١ – قيل : حكمه بين ذلك أن الإمام لو نفل أهل راية مما يصيبون فأصابوا لهم شيئًا فقسموه لم تصح قسمته بينهم عندنا ولو قسم الحاكم يصح .

٢٠١٢٢ – ولأن المعنى في دار الإسلام أنها بقعة لا يصح الانتفاع بها بالعلف والطعام فجازت الغنيمة فيها فلما كانت دار الحرب لا يجوز الانتفاع [فيه بالعلف والطعام لم تجز القسمة فيها فقالوا : إنما جوز الانتفاع في] [٢] دار الحرب للضرورة وذلك لا يوجد في دار الإسلام .

٢٠١٢٣ – قلنا : ولو كان كذلك لاحتسب به في قسم من يأكل لأن الضرورة في التناول لا في الاحتساب .

٢٠١٢٤ – قالوا : والطعام يجوز قسمته في دار الحرب لأنه إذا جاز أن ينتفع به فأولى أن يجوز قسمته ثم جواز الانتفاع لم يمنع من جواز قسمته فلأن لا يمنع قسمة غيره أولى .

٢٠١٢٥ – قلنا : إنما يجوز الانتفاع [٣] به عندنا على أصل الإباحة فإن أراد قسمته لم يجز كما أن الانتفاع بالحطب والحشيش جائز فلو قسم ذلك قبل الحيازة لم يجز فلم يجز .

٢٠١٢٦ – قالوا : هذا يبطل إذا لم يجد الإمام محملًا للغنايم جازت القسمة مع جواز الانتفاع بالعلف .

٢٠١٢٧ – قلنا : إنما يقسم الإمام حملها بينهم [٤] فإذا خرج استرجع وقسمها قسمة التمليك فلم يلزم ذلك على ما قلناه .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(٣) في (م) ، (ع) : [أن ينتفع] . (٤) في (م) : [يبين بينهم] .

مسألة ١٠١٢

من مات من الغانمين في دار الحرب

٢٠١٢٨ - قال أصحابنا : من مات من الغانمين في دار الحرب قبل القسمة سقط حقه [١] .

٢٠١٢٩ - وقال الشافعي : إذا مات بعد [٢] تقضي الحرب فحقه لورثته [٣] .

٢٠١٣٠ - لنا : ما روى الحسن بن ذكوان أن علي بن أبي طالب قال من مات من الغانمين قبل إحراز الغنيمة بدار الإسلام لا تعطى له .

٢٠١٣١ - ولا يعتبر فيها حق لأحد فلم تتوارث كالمأخوذ على القيام .

٢٠١٣٢ - احتجوا : بأنها حالة تجوز قسم الغنايم فيها فمن مات انتقل حقه منه إلى ورثته كما لو مات في دار الإسلام .

٢٠١٣٣ - والجواب : أن دار الإسلام لا يجوز الانتفاع بالعلف والطعام فلم يورث حق الميت .

٢٠١٣٤ - قالوا لو مات بعد قسمة الغنايم ورث فإذا مات قبل القسمة وجب أن يورث كدار الإسلام .

٢٠١٣٥ - قلنا : إذا قسمت فقد تعين حق الغانمين فيها فملكوا بالقسمة فيورث ما ملكوه وقبل القسمة لم يتعين له حق ولا حصل في بالحيازة في دار الإسلام كحال القتال وهذه المسألة مبنية على أن الغانمين لا يستقر حقهم [٤] بالأخذ حتى ينضم إليه بالحيازة والحقوق / التي لم تستقر لا تورث كخيار القبول . ٢٢٧/أ

* * *

(١) جاء في بدائع الصنائع : أنه إذا مات واحد من الغانمين في دار الحرب لا يورث نصيبه عندنا وعنده يورث والله أعلم . انظر : البدائع (١٢/٧) . (٢) ساقطة من (ص) .

(٣) جاء في مغني المحتاج : ولو مات بعضهم أى الغانمين أو خرج عن أن يكون من أصل القتال بمرض أو نحوه بعد انقضائه أى القتال وبعد الحيازة فحقه من المال إن قلنا أن الغنيمة تملك بالانقضاء والحيازة ، أو حق تملكه إن قلنا إنها تملك باختيار التملك أو القسمة وهو الصحيح لوارثه كسائر الحقوق . انظر : مغني المحتاج (١٠٣/٣) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

مسألة ١٠١٣

تقسيم الخمس

٢٠١٣٦ – قال أصحابنا : الخمس ينقسم على ثلاثة أسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل فمن كان من ذوي القربى بهذه الصفة دخل من جملة المستحقين . وكان أبو بكر الرازي [١] يقول : كان لذوي القربى زمن النبي (ص) بالنصرة وبعده بالفقر [٢] .

٢٠١٣٧ – وقال الشافعي : لهم خمس بخمس يستحقونه بالاسم يستوى فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الاثنين ويكون ذلك لبني هاشم وبني عبد المطلب فلا يستحقه بنو أمية ولا بن نوفل ، ويستحقه من ينسب إلى هؤلاء بابن ، فلا يستحق ولد البنات شيء منه . [٣] .

٢٠١٣٨ – لنا : قوله تعالى : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ

---

(١) هو أبو بكر الرازي ، الإمام العلامة المفتي المجتهد ، عالم العراق ، أبو بكر أحمد بن على الرازي الحنفي ، صاحب التصانيف ، تفقه بأبي الحسن الكرخي ، وكان صاحب حديث ورحلة ، لقى أبا العباس الأصم ، وكان مع براعته في العلم ذا زُهدٍ وتعبُّد ، عرض عليه قضاء القضاء فامتنع منه ، ويحتج في كتبه بالأحاديث المتَّصِلة بأسانيده . مات في ذي الحجة سنة سبعين وثلاثمائة ، وله خمس وستون سنة . انظر : سير أعلام النبلاء (٤١١/١٢ ، ٤١٢) .

(٢) جاء في البدائع : الغنائم تقسم على خمسة أسهم منها وهو خمس الغنيمة لأربابه وأربعة أخماسها أما الخمس فالكلام فيه في بيان قسمة الخمس وفيه بيان معرفه فنقول : لا خلاف في أن خمس الغنيمة في حال حياة النبي ﷺ كان يقسم على خمسة أسهم سهم للنبي وسهم لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لأبناء السبيل أما سهم رسول الله ﷺ فقط سقط ... على قول أصحابنا . وأما سهم ذوي القربى فقد قال الشافعي رحمه الله : إنه باق ويصرف إلى أولاد بني هاشم ومن أولاد سيدتنا فاطمة ويستوون فيه كبيرهم وصغيرهم وغنيهم وفقيرهم وأما عندنا فعلى هذا الوجه الذي بقى . انظر : البدائع (١٢٧/٧) ، وتحفة الفقهاء (٥٢٠/٣-٥٢٢) .

(٣) جاء في روضة الطالبين : مال الفيء يقسم خمسة أسهم ، فأربعة يأتي بيان مصرفها ، والخمس الآخر يقسم على خمسة أسهم متساوية . **أحدهما** : السهم المضاف إلى الله عز وجل وإلى رسول الله ﷺ وكان لرسول الله ينفق منه على نفسه وأهله ومصالحه وما فضل جعله على السلاح عدة في سبيل الله تعالى وفي سائر المصالح . **السهم الثاني** : لذوي القربى وهم بنو هاشم وبنو المطلب يشترك فيه فقيرهم وغنيهم وكبيرهم وصغيرهم وذكرهم وأنثاهم بشرط كون الأنساب بالآباء فلا يعطى أولًا البنات . مغني المحتاج (١٤٨/٤ ، ١٤٩) ، وروضة الطالبين (٣٥٥/٦) ، والمهذب (٢٤٧/٢ ، ٢٤٨) .

وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ (١) ثم قال ﴿ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ﴾ (٢) فأمر القسمة على وجه لا يكون دولة بين الأغنياء .

٢٠١٣٩ - ولو قلنا أنه يستحق بالاسم استحقه الغني فصار دولة بين الأغنياء .

٢٠١٤٠ - فإن قيل منع الله إنما يضرب له من ضرب جمعيه إلى الأغنياء وعندنا أكثره للفقراء وأقله للأغنياء فلا يخاف مما تقول الآية .

٢٠١٤١ - قلنا : هذا مذكور على وجه التعليل فنصرف تلك إلى الجملة وكل جزء منها كما لو قال ادفعه إلى بني فلان كي لا يصل إلى الكفار اقتضى ألا يجوز صرف الجملة ولا بعضها إلى الكفار .

٢٠١٤٢ - وروى أبو يوسف عن الكلبي (٣) عن أبي صالح عن ابن عباس أن الخمس الذي كان يقسم على عهد رسول الله ﷺ على خمسة أسهم لله وللرسول ولذي القربى واليتامى سهم وللمساكين سهم وابن السبيل سهم (٤) ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي [على ثلاثة أسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل .

٢٠١٤٣ - وقال الرازي حدثني مصعب بن ثابت عن عروة بن الزبير أن أبا بكر وعمر وعليًا] (٥) جعلوا هذين السهمين على اليتامى والمساكين والعدة في سبيل الله (٦) .

٢٠١٤٤ - وكان ابن عباس يقول دعانا عمر إلى أن ننكح منه أراملنا ونخدم منه عيالنا ونقضي منه غارمينا فأبينا عليه إلا أن يسلمه كله إلينا فأبى علينا (٧) .

(١ ، ٢) سورة الحشر : الآية ٧ .

(٣) هو : ابن الكلبي ، العلامة الأخباريُّ النَّسَّابةُ الأوحد أبو منذر هشام بن الأخباري الباهر محمد بن السائب بن بشر الكلبي الكوفيُّ الشعبي ، أحد المتروكين ، كأبيه . روى عن : أبيه كثيرًا ، وعن مُجالد ، وأبي مِخنف لوط ، وطائفة . حدَّث عنه : ابنه العباسُ ، ومحمد بن سعد ، وخليفة بن خياط ، وابن أبي السري العسقلاني ، وأحمد ابن المقدام العجلي . قال أحمد بن حنبل : إنما كان صاحب سمر ونسب ، ما ظننت أن أحدًا تحدثُ عنه ، وقال الدارقطني وغيره : متروك الحديث ، وقال ابن عساكر : رافضي ليس بثقة . مات سنة أربع ومائتين وقيل : سنة ست ومائتين . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٢٤/٨ ، ٢٢٥) .

(٤) أحكام القرآن للجصاص (٩٢/٣ ، ٩٣) ط دار الفكر ، نصب الراية (٢٩٠/٤) ط دار الحديث .

(٥) ما بين المعكوفتين سقط من (م) ، (ع) .

(٦) شرح معاني الآثار (٣١٠/٣) ط دار المعرفة ، تفسير الطبري (٧/١٠) دار الفكر .

(٧) مصنف ابن أبي شيبة (٧٠٠/٧) ط دار الفكر .

٢٠١٤٥ - وذكر أبو إسحاق الفزاري [(١)] في سيره عن إسماعيل بن أمية [(٢)] عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن يزيد بن هرمز [(٣)] قال كتب بجدة إلى ابن عباس فسأله عن الخمس لمن هو فقال ابن عباس : ألف ما تريد أما الخمس فإنا كنا نرى أنه لنا وقد أبى علينا قومنا ذلك [(٤)] .

٢٠١٤٦ - قال أبو إسحاق عن زائدة عن الأعمش [(٥)] عن المختار بن صيفي [(٦)] عن

---

(١) هو : أبو إسحاق الفزازي ، الإمام الكبير الحافظ المجاهد ، إبراهيم بن محمد بن الحارث بن أسماء بن خارجة بن حِصْن بن حذيفة بن بدر بن عمر وبن جُوية بن لَوْذان بن ثعلبة بن عدي بن فزازة بن ذُبيان بن بغيض بن رَيْث بن غطفان بن سعد بن قيس عَيْلان بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان الفزازيُّ الشاميُّ ، ولجدهم خارجة صحبةُ . وهو أخو عيينة بن حِصن . حدث عن : أبي إسحاق السبيعي ، وكُليب بن وائل ، وعطاء بن السائب ، ومالك ، وخلقٍ ، وكان من أئمة الحديث . حدَّث عنه : الأوزاعي ، والثورى ، وهما من شيوخه ، وابن المبارك ، وخلق كثير توفي سنة خمس وقال البخاري سنة ست وثمانين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء : (٧٠٩/٧ ، ٧١٠) .

(٢) هو : إسماعيل بن أمية بن عمرو بن سعيد بن العاص بن سعيد بن العاص بن أمية ابن عبد مناف القرشي ، الأموي ، المكي بن عم أيوب بن موسى . روي عن أبي أمية ، وأيوب بن خالد الأنصاري وبجير بن أبي بجير والحارث بن عبد الرحمن بن ذباب ، وسعيد بن المسيب وغيرهم . روى عنه : أبو إسحاق وإبراهيم من محمد الفزاري ، وبشر بن المفصل ، وسفيان الثوري ، وسفيان بن عينية واخرين . انظر : تهذيب الكمال (٤٥/٣ - ٤٩) .

(٣) هو : يزيد بن هرمز المدني ، أبو عبد اللّه مولى بن ليث . وقيل : مولى غِفار ، وقيل : مولى آل أبي ذُباب الدَّوسيين ، كان رأس الموالي يوم الحرة ، وهو والد عبد اللّه بن يزيد بن هرمز مُعَلَّم . مالك بن أنس ، وقيل : إنَّه يزيد الفارس ، والصحيح أنه غيره . روى عن : أبان بن عثمان بن عفان ، ، وعبد اللّه بن عباس ، وأبي هريرة . روي عنه : الحارث بن عبد الرحمن بن أبي ذُباب ، وسعيد المقبرى ، وقال محمد بن إسحاق عن الزهري : حدثني يزيد بن هرمز ، وكان من الثقات

(٤) أخرجه بن حزم في المحلى (٣٩٢/٥) ، ومسلم في كتاب الجهاد والسير باب النساء والغازيات يرضح لهن ولا يسهم (١٤٤٤/٣) برقم (١٨١٢) ، وورواه أبو داود (١٤٦/٣) كتاب الخراج .

(٥) هو : الأعمش سليمان بن مهران ، الإمام شيخ الإسلام انظر : شيخ المقرئين والمحدثين ، أبو محمد الأسحرى ، الكاهلي ، مولاهم الكوفي الحافظ . أصله من نواحي الري . فقيل ولد بقرية أُمِّه . من اعمال طبرستان في سنة إحدى وستين ، وقدموا الكوفة طفلًا ، وقيل : حملًا ، رأي أنس بن مالك وحكي عنه ، . روى عنه : الحكم بن عتيبة ، وأبو إسحاق السبيعي ، وطلحة بن مصرف ، وحبيب بن ثابت . وخلق كثير ، قال ابن المديني : له نحو من ألف وثلاثمائة حديث . قال سفيان بن عيينة : كان الأعمش أقرأهم لكتاب اللّه ، وأحفظهم للحديث ، وأعلمهم بالفرائض . مات الأعمش سنة سبع وأربعين ومائة وقال وكيع والجمهور سنة ثمان . انظر : سير أعلام النبلاء (٦/ ٤١٩ - ٤٣٤) .

(٦) هو : مختار بن صيفي الكوفي . روى عن : يزيد بن هرمز روي عنه : الأعمش ، روي له مسلم ، وأبو=

يزيد بن هرمز قال : كتب بجدة إلى ابن عباس وذكر الحديث وقال أما الخمس فيزعم أنه لنا ويزعم قومنا أنه ليس لنا (١) .

٢٠١٤٧ - قال أبو إسحاق الفزاري حدثنا سفيان الثورى عن قيس بن مسلم (٢) قال سألت الحسن بن محمد عن قول اللَّه تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ (٣) قال مفتاح كلام اللَّه الدنيا والآخرة (٤) ثم اختلفوا في هذين السهمين بعد وفاة رسول اللَّه ﷺ سهم الرسول وسهم ذى القربى قال قائل منهم : سهم الرسول للخليفة بعده ، وقال قائل منهم : سهم ذي القربى لقرابة الخليفة فأجمع رأيهم أن جعلوا هذين السهمين للخيل والعدة في سبيل اللَّه فكان ذلك في خلافة أبي بكر وعمر .

٢٠١٤٨ - قال أبو إسحاق قال حصين حدثني محمد بن إسحاق قال سألت أبا جعفر : كيف كان علي يصنع بالخمس ؟ فقال : سلك بها سبيلهما أو قال طريقهما . أنه كان يكره أن يُدَّعَى عليه خلافهما . وإذا قسم الأئمة الراشدون على خلاف قولهم لم يعتد بقولهم (٥) .

٢٠١٤٩ - فإن قيل : قد نقلتم أن الخلفاء قسموا الخمس على ثلاثة أسهم فليس فيه إسقاط ذوي القربى فيجوز أن يكونوا أخذوا أحد الثلاثة .

٢٠١٥٠ - قلنا : لو كان كذلك لأسقطوا سهمًا أجمعوا على إثباته أعني اليتامى والمساكين وابن السبيل فعلم أن الثلاثة لم يكن فيها ذوي القربى ويدل عليه أن أهل السيرة اتفقوا أن النبي ﷺ نقل الخمس بهوازن ولم يدفع منه إلى هاشمي شيئًا ولو كان حقًّا لهم لم يجز أن يسقط حقهم .

٢٠١٥١ - وقسم ﷺ خيبر فلم يجعل للعباس شيئًا فيها هذه رواية ابن إسحاق

= داود حديثًا واحدًا ، وقد وقع لنا بعلو عنة . انظر : تهذيب الكمال (٢٧/ ٣١٦٣١٩) .

(١) المحلى (٣٩٢/٥) .

(٢) هو : قيس بن مسلم الإمام المحدث أبو عمرو الجدليُّ الكوفي . روي عنه : طارق بن شهاب ، وعبد الرحمن بن أبي ليلى ، ومجاهد بن جبر . حدث عنه : أيوب عائذ ، وأبو ضيقة ، وميسعر ، وشعبة وأبو العميس ، وسفيان الثوري وآخرون . توفي : سنة عشرين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (١٢/٦) .

(٣) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

(٤) مصنف ابن أبي شيبة (٦٧٩/٧) ط دار الفكر ، وشرح معاني الآثار (٢٣٥/٣) .

(٥) الأم (١٥٦/٤) ، وشرح معاني الآثار (٢٣٥/٣) .

وقسم لفاطمة [١] عليها السلام ولم يقسم لبنته زينب [٢] ولا أم كلثوم [٣] وقد كانت هذه القسمة في سنة سبع وماتت زينب في سنة ثمان وماتت أم كلثوم في سنة تسع ولو كان هذا الخبر للجماعة لم يجز أن يخص فاطمة ويمنع أختها وكذلك لم يقسم في خيبر للحصين بن الحارث بن المطلب ولا لأخت الطفيل بن الحارث وقد شهدا معه بدرًا وسائر المشاهد وماتا في خلافة عثمان وأعطى ﷺ من خيبر لبنات أخيها عبيدة بن الحارث وأعطى بنت الطفيل دونه وهذا أمر ظاهر في إبطال قولهم ثم لا شبهة لمن نظر في السيرة أن النبي ﷺ لم يسو بينهم قط ولا أعطى الذكر منهم حظ الأنثيين فدل على بطلان قولهم .

٢٠١٥٢ - يبين ذلك ما روى شعبة عن الحكم قال سمعت عبد الرحمن بن أبي ليلى يحدث عن علي أن فاطمة أتت النبي ﷺ تشكو إليه ألمًا في وقد بلغها أن النبي ﷺ أتاه سبي فأتت فاطمة تطلب خادمًا فلم يلقها ولقيتها عائشة فأخبرتها الحديث فلما جاء النبي ﷺ أخبرته بذلك فأتى رسول الله ﷺ وقد أخذنا مضاجعنا فقال : « مكانكما » وقعد بيننا وقال : « ألا أدلكما على خير مما سألتما تكبران الله أربعًا وثلاثين وتسبحانه ثلاثًا وثلاثين وتحمدانه ثلاثًا وثلاثين إذا أخذتما مضاجعكما فإنه خير لكما من خادم » [٤] .

٢٠١٥٣ - وروى حماد بن سلمة عن عطاء بن السائب عن أبيه عن علي بن أبي

---

(١) هي : فاطمة بنت رسول الله ﷺ سيدة نساء العالمين في زمانها البضعة النبوية أم أبيها بنت سيد الخلق رسول الله ﷺ أبي القاسم محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القريشية الهاشمية وأم الحسنين. مولدها قبل المبعث بقليل وتزوجها الإمام علي بن أبي طالب في ذي القعدة أو قبله في سنة اثنتين بعد وقعة بدر. قال ابن عبد البر : دخل بها بعد وقعة أحد فولدت له الحسن والحسين ، ومحسنًا وأم كلثوم وزينب . روت عن أبيها ، وروى عنها : ابنها الحسين وعائشة وأم سلمة وأنس بن مالك وغيرهم . كان النبي يحبها ويكرمها ويسر إليها ومناقبها غزيرة . توفيت رضي الله عنها سنة (١١ هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٢٥/٣ : ٤٣٤) .

(٢) هي : زينب بنت رسول الله ﷺ كانت رضي الله عنها أكبر بنات النبي وتوفيت سنة ثمان من الهجرة وغسلتها أم عطية فأعطاهن حقوة وقال أشعرناها إياه ، وكان النبي يحبها ويثني عليها عاشت نحو ثلاثين سنة وتزوجت أبي العاص . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٠٨/٣) .

(٣) هي : أم كلثوم بنت رسول الله البضعة الرابعة النبوية يقال تزوجها عتبة بن أبي لهب ثم فارقها وأسلمت وهاجرت بعد النبي ﷺ فلما توفيت أختها رقية تزوج بها عثمان بن عفان رضي الله عنه وهي بكر في ربيع الأول سنة ثلاث فلم تلد له . توفيت في شعبان سنة تسع فقال النبي ﷺ : « لو كن عشرًا لزوجتهما عثمان » . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٠٥/٣) .

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٣٤/٣) .

طالب أنه قال لفاطمة ذات يوم : قد جاء أباك بسعة ورقيق فأتيه فاستخدميه فذكرت ذلك له فقال : « والله لا أعطيكما وأدع أهل الصفة تطوى بطونهم ولا أجد ما أنفق عليهم ولكن أبيعها وأنفق عليهم [1] ولو كان لها في الخمس شيء لم يمنعها منه لأن أهل الصفة تطوى بطونهم ولأنه جزء من الخمس فلا يستحقه الأغنياء .

٢٠١٥٤ - فإن قيل : عندكم لاحق لهم فكيف يصح الوصف .

٢٠١٥٥ - قلنا : عندنا لهم جزء فيستحقونه بالفقر كما يستحقه سائر الفقراء .

٢٠١٥٦ - فإن قالوا نقلب فكان ذلك سهمًا ثابتًا أبدًا .

٢٠١٥٧ - قلنا : كذلك نقول لفقراء ذوي القربى سهم ثابت أبدًا لا يسقط وكما حرم على أغنياء غير بني هاشم حرم على أغنيائهم كالصدقات .

٢٠١٥٨ - فإن قيل : عندنا لا تحرم الصدقات على الأغنياء ، لأن العامل يأخذها مع الغنى .

٢٠١٥٩ - قلنا : من سوى هؤلاء من الأغنياء حرمت عليه الزكاة بإجماع كذلك يحرم عليهم الخمس .

٢٠١٦٠ - ولأن بني هاشم يحرم عليهم ما أحل لغيرهم من الأموال وهي الزكاة مع الفقر فلأن يحرم عليهم ما حرم على غيرهم أولى .

٢٠١٦١ - ولأنهم فريق سهموا في الخمس فكان الفقر شرطًا في استحقاقهم كاليتامى والمساكين وابن السبيل ولأنهم عوضوا بالخمس عن الزكاة .

٢٠١٦٢ - بدلالة ما روي عن النبي ﷺ « أليس في خمس الفيء ما يغني عن غسالة أيدي الناس » [2] .

٢٠١٦٣ - وعن عطاء بن أبي رباح أنه قال : « إن الله حرم الصدقة على بني هاشم وعوضهم عنها بالخمس » [3] .

٢٠١٦٤ - ومعلوم أن أغنياءهم كانوا لا يستحقون فتبين أن الخمس لمن حرمت

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٣٤/٣) ط دار المعرفة .

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢١٧/١١) برقم (١١٥٤٣) مكتبة العلوم والحكم الموصل .

(٣) أخرجه الإمام أحمد (٧٥٤/٢) ، ومسلم (٧٥٤/٢) برقم (١٠٧٢) كتاب الصلاة باب ترك استعمال آل النبي على الصدقة .

الصدقة عليه وهم الفقراء .

٢٠١٦٥ - فإن قيل : الغني تحل له الصدقة عندنا إذا كان عاملًا أو غارمًا .

٢٠١٦٦ - قيل لهم يكفي الاستدلال أن الغني إذا لم توجد فيه هذه الصفات يجب أن لا يستحق الخمس الذي هو عوض كما لم يكن لهم حق في الصدقة التي هي العوض .

٢٠١٦٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [1] .

٢٠١٦٨ - قالوا : فأثبت لهم حقًّا بلام التمليك ومتى أضيف المملوك إلى من يصح أن يملك أفلا ذلك الملك كقولنا هذه الدار لزيد .

٢٠١٦٩ - قالوا : ثم عطف عليهم اليتامى والمساكين بواو العطف فالظاهر الاشتراك .

٢٠١٧٠ - ولأنه علق الاستحقاق باسم القرابة فمن قال أنه لا يتعلق بالاسم وإنما يستحق بالفقر فقد خالف الظاهر .

٢٠١٧١ - والجواب : أن هذه الآية لا دلالة لمخالفنا فيها .

٢٠١٧٢ - لأن الظاهر يدل على استحقاق ذوي القربى وليس فيها قربى / النبي ﷺ ولا قربى المسلمين بل الظاهر أن المراد قربى الغانمين لأن الخطاب لهم ، قال اللَّه تعالى : ﴿ وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ ﴾ [2] . وهذا خطاب للمسلمين ثم قال : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [3] وهذا يتناول أمر اللَّه بالقتال ثم قال : ﴿ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [4] معنى قرابة المخاطبين .

٢٢٧/ب

٢٠١٧٣ - يدل ذلك على أن كل موضع ذكر اللَّه قربى فيها فلما أراد قربى المسلمين ولم يرد قربى النبي ﷺ وإنما بين اللَّه تعالى أن الخمس إلى خلاف ما كان يصرف للرباع إليه في الجاهلية بأن يخص بذلك من شاء منهم فأخبر اللَّه تعالى أن الخمس للمسلمين ولهذا قال ﷺ : « ما لي فيما أفاء اللَّه عليكم إلا الخمس والخمس مردود فيكم » [5] .

٢٠١٧٤ - وأما قوله أنه عطف على اليتامى والمساكين فالظاهر [6] أنه يفيد الاشتراك وكذلك نقول أو ذوي القربى من المسلمين إذا كانوا من أهل الحاجة شاركوا اليتامى والمساكين .

---

(١) سورة الأنفال : الآية ٤١ .
(٢) سورة البقرة : الآية ١٩٣ .
(٣ ، ٤) سورة الأنفال : الآية ٤١ .
(٥) سبق تخريجه .
(٦) ساقطة من (ص) ، (م) وأثبتناها من (ع) .

٢٠١٧٥ - وقربى النبي ﷺ منهم .

٢٠١٧٦ - وأما قولهم إنه على الاستحقاق بالاسم فليس بصحيح لأن ذلك خلاف الإجماع .

٢٠١٧٧ - وكذلك من يستحق بالاسم وقد حرم النبي ﷺ من بني عبد شمس وهو أخو هاشم لأبيه فسقط اعتبار القرب [باتفاق .

٢٠١٧٨ - ولأن الاستحقاق] (١) بمعنى آخر بين ذلك أن الله ذكر في الآيات اليتامى فلم يستحقوا بالاسم بل بالفقر كذلك ذوي القربى على أن الآية دلالة . لنا أنه تعالى قال : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ (٢) والأموال المضافة إلى الله تعالى هي المرصدة للقرب المعدة لها .

٢٠١٧٩ - فإن قيل لو كان كذلك لم يعطفوا قوله وللرسول ولذي القربى ولكان يقول : ﴿ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ ﴾ .

٢٠١٨٠ - قلنا : قد تذكر الواو في اللغة والمراد إلغاؤها قال الله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ ءَاتَيْنَا مُوسَىٰ وَهَـٰرُونَ ٱلْفُرْقَانَ وَضِيَآءً ﴾ (٣) والواو ملغاة ومعناه الفرقان ضياء .

٢٠١٨١ - قالوا : روى الزهري عن سعيد بن المسيب عن محمد بن جبير بن مطعم (٤) قال لما وضع رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس انطلقت أنا وعثمان وعلي إلى النبي ﷺ فقلت : يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ينكر فضلهم للموضع الذي وضع الله بها منهم فما بال إخواننا (٥) بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال ﷺ : « [أنا وبني المطلب لا نفترق في جاهلية ولا إسلام وإنما نحن وهم شيء واحد » وشبك بين أصابعه (٦) .

٢٠١٨٢ - وقوله [لما وضع رسول الله] (٧) سهم ذوي القربى يدل أن لهم سهما

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) سورة الأنفال : الآية ٤١ . (٣) سورة الأنبياء : الآية ٤٨ .

(٤) هو : محمد بن جبير بن مطعم إمام فقيه ثبت يكنى أبا سعيد . روى عن : أبيه ، وعمر ، وابن عباس ، ووفد على معاوية . روي عنه : أولاده جبير ، وعمر ، وسعيد ، وإبراهيم ، وعمرو ، بن دينار ، والزهري ، وسعد بن إبراهيم ، وآخرون . كان أحد العلماء من الأشراف صاحب كتب وعناية بالعلم . مات بعد أخيه نافع بقليل بالمدينة فقيل مات في خلافة عمر بن عبد العزيز سنة ١٠٠ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٤٣/٥) .

(٥) ساقطة من (ص) ، (م) ، وأثبتناها من (ع) .

(٦) سبق تخريجه . (٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

وأخبر أن النبي ﷺ قسمه علي بني [١] هاشم وبني المطلب فدل أنهم ينفردون وأخبر أن قسمه بالقرابة والتمس عثمان حقه وهو من ألسن الناس فلم يدفعه النبي ﷺ باتفاق وإنما دفعه بأمر آخر ولو كان للفقراء لقال : لا حق لك فيه .

٢٠١٨٣ - ولأن الاستحقاق لو كان بالفقر لم يمنع بنو نوفل وبنى عبد شمس لأن الفقير فيهم موجود .

٢٠١٨٤ - والجواب : أن هذا الخبر [٢] دليلنا لأن عثمان ظن أن الاستحقاق بالقربى وهو أقرب من بني المطلب فلما علق عليه السلام الدفعة بين القرب دل على بطلان قولهم ولو استحقوا بالقربى لم يأخذ الأبعد وبين الأقرب فلهذا الخبر قال أبو بكر الرازي أنهم استحقوه في زمن رسول الله ﷺ بالنصرة فلهذا قال : « إنا لم نفترق في جاهلية ولا إسلام » لأنهم خرجوا مع بني هاشم إلى الشعب . وهذا المعنى قد سقط بمعنى من حضره . فإن قيل : ليس يمتنع أن يثبت بالنصرة لم يثبت لأبنائهم لشرف الآباء .

٢٠١٨٥ - قلنا : بقاء الحكم مع زوال العلة يحتاج إلى دليل ، فرد الأئمة القسمة لهم يدل أنه لم يثبت للأبناء .

٢٠١٨٦ - فأما قولهم : أن الخبر دل على ثبوت السهم لهم والنبي ﷺ أعطاهم ؛ لأن تدبير الخمس كان عليه فأعطاهم للمصلحة ، وهذا معنى إضافة الخمس أنه وقف على تدبيره فلهذا قال : « مالي فيما أفاء الله عليكم إلا الخمس وهو مردود فيكم » [٣] فأضاف جميع الخمس إلى نفسه ثم أخبر أنه مردود في المسلمين فدل أنها إضافة التصرف والتدبير .

٢٠١٨٧ - ولهذا قال الله تعالى في ابتداء الفيء : ﴿ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ﴾ [٤] فبين أن له تدبير الفيء وكذلك نفل جميعه يوم هوازن ولم يدفع منه شيئًا إلى بني هاشم والنبي عليه السلام دفع إلى ذوي القربى على هذا الوجه فظن عثمان أنه قسم لهم سهمًا والأمر بخلاف ذلك لأنه لم ينقل قط أنه عمهم به ولا سوى بينهم فيه وقوله أن قسمته بين بني هاشم وبني المطلب يدل على أنهم [٥] ينفردون به غلط ؛ لأنه

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) سبق تخريجه . (٤) سورة الحشر : الآية ٧ .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

دفع جميعه في هوازن إلى أهل مكة دونهم ولو كان حقا لهم لم يصرف عنهم .

٢٠١٨٨ - فأما قولهم إن عثمان التمسه منه [١] فلأنه ظن أنه استحق االقربى فرد ﷺ ذلك ويجوز أن يكون التمسه لقومه لا لنفسه .

٢٠١٨٩ - وقولهم إن النبي ﷺ دفعه بمشاركة بني المطلب لبني هاشم ولو كان يستحق بالفقر لقال أنت غني .

٢٠١٩٠ - ولأن النبي ﷺ ذكر المعنى المانع لاستحقاقه في جميع الأحوال غنيًا كان أو فقيرًا وتعلق الحكم بأعم العلتين أولى .

٢٠١٩١ - ولأنه ذكر المعنى [٢] لم يدل على سقوط حق غيره وذكر معنى يعم جميع بني أمية .

٢٠١٩٢ - وقولهم لو كان أعطى [بالفقر لم يمنع بني عبد شمس وبني نوفل ليس بصحيح لأنهم يستحقونه] [٣] بالفقر مع الفقر والنبي ﷺ دفعه إلى بني هاشم للمصلحة لا بالفقر وعلق ذلك بمعنى لا يوجد في غيرهم .

٢٠١٩٣ - قالوا : روى ابن أبي ليلى قال سمعت عليًا يقول : اجتمعت أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند رسول ﷺ . فقلت : يا رسول الله إن رأيت أن توليني حقنا من الخمس في كتاب الله وأقسمه حياتك كي لا ينازعني أحد بعدك قال : « افعل » فقسمته حياة رسول الله ﷺ ثم ولاية أبي بكر حتى كانت آخر سنة توفي فيها عمر فأتاه مال كثير من الأهواز والسوس فأرسل إلى فقلت : بنا عنه العام غني وبالمسلمين الآن حاجة فارده إليهم ثم لم يدعوني إليه أحد بعد عمر فلقيت العباس بعد ما خرجت من عندهم فقال : يا علي حرمتنا الغداة شيئًا لا يرد علينا أبدًا وكان رجلًا داهيًا [٤] . فدل هذا الخبر على ثبوت السهم وعلى أنه لا يسقط بموت النبي ﷺ .

٢٠١٩٤ - لأن عليًا قال لا ينازعني فيه أحد بعدك ودل على الإجماع لأن أبا بكر وعمر ولياه ذلك .

٢٠١٩٥ - قلنا : هذا الخبر لم يروه عن عبد الرحمن بن أبي ليلى غير عبيد الله بن

---

(١) ساقطة من (ع) .　　(٢) في (ع) : [الغني] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) أخرجه أبو داود (١٤٧/٣) برقم (٢٩٨٤) كتاب الخراج ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٤٣/٦ ، ٣٤٤) ، نصب الراية (٢٩٥/٤) دار الحديث .

عبد اللَّه الرازي وهو ممن لم يخرجه أحد في الصحيح ولا يعرف فكيف يثبت مثل هذا الحكم بروايته ولو كان هذا صحيحًا لنقل تولية النبي ﷺ لعلي من طريق الاستفاضة ولذكر من مفاخره ولاشتهر الأمر فيه لأنه يقسمه في حياة رسول اللَّه ﷺ قسمة ظاهرة على قومه فلما لم ينقله الأمر إلا [1] من طريق لا يعرف لم يجز الرجوع إليه ولو ثبت احتمال أن يكون عليه السلام جعل إليه قسمة ما يقرره لهم في حال حياته وقد بينا أن تدبير الخمس كان إليه وكان يعطي مرة من يرى منهم فلا يعطي مرة فجعل ذلك المقرر لهم إليه يقسمه بينهم .

٢٠١٩٦ - فأما قولهم أن تولية أبي بكر وعمر له ذلك إجماع ليس [2] بصحيح .

٢٠١٩٧ - لأن أبا بكر سوى بين الناس وجعل القرشي والهاشمى فيه سواء ولم يفرد لأحد حقًا به ولا فضله فيه هذا أمر مشهور منقول عن طريق الاستفاضة .

٢٠١٩٨ - فأما عمر بن الخطاب ففضل في القسمة بين الناس ، فجعل لعلي بن أبي طالب خمسة الاف دينار ولسائر أهل بدر كذلك ، وألحق الحسن والحسين بأهل بدر لمكانهما من رسول اللَّه ﷺ ، وفرض للعباس اثني عشر ألفًا وفرض لأسامة بن زيد أربعة الاف [3] ، فقد سوَّى أبو بكر بين الناس ولم يفضل أحدًا ، وهذا يدل أنه كان لا يرى القرابة بعد رسول اللَّه ﷺ سهمًا [4] . وهذا عمر لما رأى التفضيل لم يفضل بالقرابة فلو استحق بالقرابة شيئًا لفضله عليهم [5] .

٢٠١٩٩ - ثم تحمل علي بن أبي طالب مما عملا به فلم يخالفهما كما قدمنا فكيف نتابع هذا الإجماع ولو كان ما قالوه صحيحًا لم يقل ابن عباس كنا [6] نرى أنه لنا ، وقد أبي ذلك قومنا فدل على أنه لم يرد له حقًّا وهذا الخبر لو ثبت فهو من أدل الدليل عليهم لأن عندهم هذا السهم يستحق بالاسم ويملكه بنو هاشم وبنو المطلب غنيهم وفقيرهم ، وعلق على من زعموا بل عليهم فكيف يصرفه عنهم [7] لحاجة المسلمين بغير

---

(١) في (م) ، (ع) : [فيه] . (٢) في (م) ، (ع) : [فليس] .
(٣) انظر مصنف أبي شيبة (٦١٤/٧-٦٢٢) .
(٤) في (م) ، (ع) : [منهما] .
(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٤١/٦) ، أخرجه أبو داود في كتاب الخراج ، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى (١٤٥/٣) برقم (٢٩٧٨) .
(٦) في (م) ، (ع) : [كما] .
(٧) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

اختيارهم والعباس ينكر ذلك وهو منهم فدل أن هذا ليس تملكًا لهم وإنما يستحقونه بالحاجة (١) .

٢٠٢٠٠ - ولهذا قال على تصرف إلى من هو أحوج منهم ثم كيف يقول علي : إني التمست من النبي ﷺ الولاية حتى لا ينازعنى أحد فيها ثم لا نقول ولا من أبي بكر وهو مستغني عن تولية أبي بكر بتولية رسول الله ﷺ فعلم أن هذا مناقضة ، وقد ذكر أبو داود الخبر المشهور في قصة عبد المطلب بن ربيعة والفضل بن العباس أن النبي ﷺ كان ولى على الخمس محمية بن جزء وهو رجل من زبيد فهذا يدل على (٢) أن عليًّا لم يتولاه وقد ذكروا في هذا الخبر أن عمر قال لعلي بالمسلمين صلة وأني أعوضكم / عن حقكم فمات تلك السنة فلم يعوضهم وهذا لم يذكره أبو داود ولا ذكره من موضع معروف وهو لا أصل له لأن في الخبر أن المال كان من فتح الأهواز والسوس ، وقد فتح عمر بعد ذلك سجستان وإلى بكران فكيف يموت تلك السنة قبل أن يعوضهم فعلم أن هذا خبر مضطرب لا حجة لهم فيه ، وقد ذكر أبو داود بإسناد صحيح أن النبي ﷺ أصاب شيئًا فانطلقت إليه فاطمة بنت الزبير فشكيا إليه فسألتاه أن يأمر لهما بشيء من السبي فقال عليه السلام : سبقكن يتامى بدر » (٣) . ولو كان لذي القربى سهم مقدر لم يمنعهن لأجل اليتامى قالوا كل من لا تحل له الصدقات المفروضات بحال كان له سهم من الخمس كالنبي عليه السلام .

٢/أ

٢٠٢٠١ - قلنا : نقول بموجبه لأن الفقراء منهم لهم سهم من الخمس يستحقونه بشرط (٤) الحاجة وكذا (٥) النبي عليه السلام يستحق بالحاجة تصرف من الخمس في مصالحه وما زاد على قدر حاجته يصرف (٦) إلى المسلمين فلا فرق بين الأصل والفرع ولأن الصدقة إنما حرمت على فقرائهم فأما الأغنياء فهم في تحريم الصدقة كسائر المسلمين (٧) .

٢٠٢٠٢ - قالوا : صنف من أهل الخمس لهم سهم فوجب أن يكون لهم على التأبيد كابن السبيل واليتامى .

---

(١) سنن أبو داود (١٤٥/٣) برقم (٢٩٧٨) ، كتاب الخراج باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الخراج باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى (١٥٠/٣) برقم (٢٩٧٨) .

(٤) في (م) ، (ع) : [شط] .

(٥) في (م) ، (ع) : [وكذلك] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يصرفه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [الناس] .

٢٠٢٠٣ - قلنا : عندنا منهم [١] له سهم فحقه متأبد لا يسقط والأغنياء لا حق لهم ولا يوصف حقهم بالتأبيد ثم سائر أهل السهام دلالة لنا لأنهم يستحقون منهم لأجل الحاجة : [كذلك هو لا يستحقونه بشرط الحاجة] [٢] .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [من] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

باب قسم الصدقات

مسألة (١) ١٠١٤

زكاة الأموال الظاهرة

٢٠٢٠٤ - قال أصحابنا : زكاة الأموال الظاهرة إلى الإمام فإن أخرجها أربابها إلى الفقير لم يسقط الغرض في حق الإمام (٢) .

٢٠٢٠٥ - وهو قول الشافعي [رحمه الله] : في القديم .

٢٠٢٠٦ - وقال في الجديد : إذا فرقها بنفسه على الفقراء جاز (٣) .

٢٠٢٠٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا ﴾ (٤) فأمره ﷺ بالأخذ ويستحيل أن يؤمر بذلك وقد أمر بالدفع والأمر على الوجوب فإذا ثبت وجوب الدفع إليه ، لم يسقط الوجوب بغير ذلك .

٢٠٢٠٨ - فإن قيل : أنه مأمور يأخذ صدقة المال الباطن ، وإن كان لنا تفريقه .

٢٠٢٠٩ - قلنا : عندنا لا يجب عليه أخذه ولكنا إذا دفعناه كان له الأخذ وجاز أن لا يأخذ فلذلك (٥) يجوز لنا الدفع إليه ولا يجب عليه أن يفرقها بنفسه سقط حق العامل

---

(١) القسم : بفتح القاف مصدر قسم قسمًا أي فرق وأعطى كل ذي حق حقه لا يثني ولا يجمع . انظر : النظم المستعذب في شرح غريب المهذب (١٦٨/٢) ، والصدقات جمع صدقة وهو الزكاة .

(٢) جاء في بدائع الصنائع : أما الظاهر فالإمام ونوابه وهم المصدقون من السعاة والعشار ولاية الأخذ والساعي هو الذي يسعى في القبائل ليأخذ صدقة المواشي في أماكنها ، والعاشر هو الذي يأخذ الصدقة من التاجر الذي يمر عليه والمصدق اسم جنس ، والدليل على أن للإمام ولاية الأخذ في المواشي والأموال الظاهرة : الكتاب والسنة والإجماع . وإشارة الكتاب فقوله تعالى ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً ﴾ وأما السنة : فإن رسول الله ﷺ كان يبعث المصدقين إلى أحياء العرب والبلدان والأوقاف لأخذ الصدقات من الأنعام والمواشي في أماكنها وعلى ذلك فعل الأئمة ومن بعد الخلفاء الراشدون وعليه إجماع الصحابة ﷺ . انظر : بدائع الصنائع (٣٥/٢) ، حاشية ابن عابدين (٣١٢/٢) .

(٣) هي الأنعام وسائر المواشي والحبوب والأمتعة ؛ لأنها لا تستر في العادة بل تكون ظاهرة . قال الشيرازي في المهذب : « أما الأموال وهي المواشي والزروع والثمار والمعادن ففي زكاتها قولان : قال في القديم : يجب دفعها إلى الإمام فإن فرقها بنفسه لزمه الضمان لقوله ﷻ ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا ﴾ (التوبة : ١٠٣) ولأنه مال للإمام فيه حق المطالبة فوجب الدفع إليه كالخراج والجزية . وقال في الجديد يجوز أن يفرقها بنفسه ؛ لأنها زكاة فجاز أن يفرقها بنفسه كزكاة المال الباطن .

(٤) سورة التوبة : الآية ١٠٣ .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

المفروض له وهذا خلاف القرآن .

٢٠٢١٠ - فإن قيل : العامل يستحق بعمله فإذا لم يعمل كالقاضي يستحق النفقة وإن اصطلحوا [١] الخصوم ولم يرتفعوا إليه فلا يقال أنه يستحق بعمله فإذا لم يعمل لم يستحق .

٢٠٢١١ - قلنا : إن أبا بكر الصديق قاتل الناس على منع الزكاة وقال : « لو منعوني عناقًا وروى عقالًا كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم عليه » [٢] وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير ، فدل أن حقه ثابت في المطالبة .

٢٠٢١٢ - فإن قيل : إنما قاتلهم بالردة ومنع الزكاة .

٢٠٢١٣ - قلنا : علق القتال بمنع الزكاة منه ، ولم يقل لو منعها الفقراء .

٢٠٢١٤ - قالوا : وجب تعليق الحكم بالعلة .

٢٠٢١٥ - ولأن في [٣] العرب من لم يجحد الزكاة وإنما امتنع من دفعها إلى غير النبي ﷺ وقال : قد كان يدعو لنا .

٢٠٢١٦ - وقد قاتل الجميع فدل على ثبوت حق المطالبة للإمام .

٢٠٢١٧ - ويدل عليه قوله عليه السلام لمعاذ [٤] « أعلمهم أن الله افترض عليهم حقًّا في أموالهم يؤخذ من أغنيائهم ويرد على فقرائهم » [٥] فدل على أن هذا الحق ثبت فيه فلا بد في المطالبة والصرف .

٢٠٢١٨ - ولأنه قول الإمام المطالبة وصرفه إلى المسلمين فلا يجوز لمن وجب عليه إخراجه بنفسه كأهل الذمة إذا دفعوا الجزية إلى الإمام .

٢٠٢١٩ - ولأنه [٦] حق الله تعالى علقه بالمال الظاهر وكان استيفاؤه إلى الإمام

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) أخرجه البخاري بلفظ : « والله لو منعوني عناقًا » كتاب الزكاة باب وجوب الزكاة (٥٠٧/٢) ، برقم ١٣٣٥ ، ومسلم بلفظ : « عقالًا » في كتاب الإيمان باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله (٥١/١) ، ٥٢ برقم ٢٠ .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٤) ساقطة من (ع) .

(٥) متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب الزكاة باب وجوب الزكاة (٥٠٦/٢) برقم ١٣٣١ ، ومسلم في كتاب الإيمان باب الدعاة إلى الشهادتين وشرائع الإسلام (٥٠/١ ، ٥١) برقم ٢٩ ، ٣١ .

(٦) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

كالخراج والعشر .

٢٠٢٢٠ - ولأنه دفع الزكاة إلى من لا يثبت له حق المطالبة بها فلم يسقط ذلك حق الإمام كما لو دفعها إلى غني [1] باجتهاد .

٢٠٢٢١ - ولأن الإمام يلي على الفقراء ، لأن التصرف لا يصح من جماعتهم لكثرتهم فولي الإمام عليهم في حقوقهم فجميع المسلمين يلي الإمام عليهم في حقوقهم وإن كانوا أهل رشد لأنهم لا يقدرون على التصرف لكثرتهم وإذا ثبت له ولاية عليهم لم يجز قبضهم إلا بتولية في الدفع كالوصي العالى على اليتيم .

٢٠٢٢٢ - ولأنه [2] مال للإمام أن يطالب به بحق المسلمين كالخراج والجزية .

٢٠٢٢٣ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ إِن تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾ [3] .

٢٠٢٢٤ - والجواب : أن هذه الآية وردت في صدقة النافلة التي إخفاؤها أولى من إظهارها فأمَّا الفريضة فإظهارها أولى وهذه [4] كالصلاة يستحب إظهار الفرض في الجماعات ويستحب إخفاء النوافل وفعلها في البيوت .

٢٠٢٢٥ - وقولهم : إن إخفاء الفرض أفضل غلط ؛ لأن النبي ﷺ طالب بالصدقات وبعث السعاة عليها .

٢٠٢٢٦ - ولا يجوز أن يدعو إلى ترك الفضيلة فعلم أن الإظهار أولى .

٢٠٢٢٧ - فإن قيل : الآية تقتضي جواز التفريق والفضيلة دلت الدلالة على إسقاط أحدهما وبقي الآخر .

٢٠٢٢٨ - قيل له : فأنتم حملتم اللفظ على العموم في الصدقة والفريضة والنافلة وخصصتم اعتبار الفضيلة .

٢٠٢٢٩ - ونحن حملنا الآية على النافلة ونفينا ظاهر الآية من غير تخصيص فتساوينا ووقف استدلالكم .

٢٠٢٣٠ - قالوا : مال يخرج على سبيل الطهر فوجب أن يكون لمن وجبت عليه أن يتولى تفرقته بنفسه كالكفارات .

---

(١) في (م) ، (ع) : [غير] .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولا] .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٧١ .

(٤) في (م) ، (ع) : [وهذا] .

٢٠٢٣١ - قلنا : لا يمتنع أن يكون طهره دار [١] ووقف على الإمام كالحدود والمعنى في الكفارات أن الإمام لا يملك المطالبة بها فلم يقف أداؤها عليه فلما ملك المطالبة بالزكاة وقف سقوط فرضها على قبضه .

٢٠٢٣٢ - قالوا : كل من كان له صرف زكاة المال الظاهر إليه كالإمام .

٢٠٢٣٣ - قلنا : المعنى في الإمام أن له قبض الجزية وصرفها إلى مستحقها فملك قبض الزكاة . وغير المولى لا يملك قبض الجزية فلم يملك [٢] قبض الزكاة إلا بإذن الإمام وتوليته .

٢٠٢٣٤ - قالوا : حق يخرج باسم الزكاة [وغير المولى لا يملك] [٣] فكان لرب المال أن يتولى تفرقته بنفسه كزكاة المال الباطنة .

٢٠٢٣٥ - قلنا : المعنى في زكاة المال الباطني أنه يشق على أرباب الأموال فتبع المصدقين لأموالهم ، فقاموا الإمام في التفرقة للمشقة ولهذا إذا طهر المال ونقل من بلد إلى بلد أخذ العامل زكاته وهذه المشقة غير موجودة في المال الظاهر فكان حق القبض إلى الإمام .

٢٠٢٣٦ - فإن قيل : لو كان صاحب المال يؤدي الزكاة بتوكيل الإمام جاز عزله .

٢٠٢٣٧ - قلنا : وكلهم [٤] عثمان بن عفان لمعنى . وهذه المشقة تلحقهم ، فكيف يجوز [٥] أن يعزلوا مع بقاء المعنى الموجب للتوكيل في مصلحة المسلمين ؟ .

٢٠٢٣٨ - فإن قيل : كيف يجوز أن يفوض الإمام إخراج الزكاة إلى الفاسق ؟ وصاحب المال قد يكون فاسقًا .

٢٠٢٣٩ - قلنا : الفاسق يمنع من توليته للتهمة وهو لا يتهم هاهنا .

٢٠٢٤٠ - لأنه إن دفعها إلى مستحقها سقط فرضه وإن لم يخرجها لم يسقط الفرض عنه .

٢٠٢٤١ - قالوا : كل من وجب عليه حق وكان له دفعه إلى غيره ليصرفه إلى مستحقه كمن عليه دين .

٢٠٢٤٢ - قلنا : يبطل بأهل الذمة إذا دفعوا الجزية إلى المجاهدين لم يجز ولو دفعوها

---

(١) ساقطة من (ص) .
(٢) في (م) : [يقبض] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .
(٤) في (م) ، (ع) : [يكلهم] .
(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

إلى الإمام ودفعها إليهم جاز .

٢٠٢٤٣ - فإن قالوا : وصل الحق إلى مستحقه [جاز له دفعه بنفسه إلى مستحقه] [1] .

٢٠٢٤٤ - قلنا : يبطل بالجزية وتغريم اليتيم [إذا دفع الدين إلى اليتيم] [2] .

٢٠٢٤٥ - فإن قالوا : الإمام له رأى في الجزية يصرفها فيما يرى من المصلحة .

٢٠٢٤٦ - قلنا : وكذلك للإمام [3] رأي في الفقر أنه يزيد واحد أو [4] ينقصه آخر .

٢٠٢٤٧ - فإن قالوا : اليتيم ليس من أهل الرشد .

٢٠٢٤٨ - قلنا : والفقراء مولى عليهم لأنهم لكثرتهم لا يقدرون على التصرف في مصالحهم [فولي عليهم] [5] كما يلي الإمام على جماعة المسلمين في حقوقهم ؛ لأنهم لكثرتهم لا يقدرون على النظر فيها .

* * *

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [الإمام] . (٤) في (م) ، (ع) : [و]

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش .

مسألة ١٠١٥

دفع زكاة المال إلى صنف واحد

٢٠٢٤٩ - قال أصحابنا : إذا دفع الرجل زكاة ماله إلى صنف واحد جاز والأصناف المذكورة في الآية جهة التصرف وإلى أيها دفع الزكاة جاز (١) .

٢٠٢٥٠ - وقال الشافعي : الزكاة حق لجماعتهم فإذا أدى الرجل لم يكن له يد من استيفاء (٢) الأصناف فقسم صدقته على سبعة أصناف (٣) .

٢٠٢٥١ - لأن العامل لا يستحق ما لم (٤) يعمل ويدفع كل قسم إلى ثلاثة من الأصناف فإن اقتصر على صنف واحد من نصيب الباقين وإن لم يوجد بعض الأصناف فسقط حكمه ووجب أن يقسم الصدقة على بقيتهم (٥) .

٢٠٢٥٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَفِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ ﴾ (٦) والحق هو الزكاة وقد (٧) أضافه إلى صنفين فدل على أنه يجوز دفع جميعه إليهما .

٢٠٢٥٣ - ويدل عليه قوله ﷺ : « أمرتُ أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم » (٨) فأخبر أنه مأمور بردها في صنف واحد فقال لمعاذ : أعلمهم (٩) أن اللّه افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم (١٠) .

٢٠٢٥٤ - وهذا يدل على جواز الاقتصار على صنف واحد فإن قيل إنما قصد بها

(١) قال الإمام المرغيناني : فهذه جهات الزكاة وللمالك أن يدفع إلى كل واحد منهم وله أن يقتصر على صنف واحد . انظر : الهداية (١١٣/١) وقال الإمام الكاساني : ولو صرف إلى واحد من هؤلاء الأصناف يجوز عند أصحابنا . انظر : بدائع الصنائع (٤٦/٢) .

(٢) في (م) : [الاستيفاء] .

(٣) قال الإمام الشيرازي : « ويجب أن يسوي بين الأصناف في السهام ولا يفضل صنف على صنف ؛ لأن اللّه تعالى سوّى بينهم والمستحب أن يعم كل صنف إن أمكن وأقل ما يجزئ به أن يدفع إلى ثلاثة من كل صنف على سبعة أصناف لكل صنف سهم » انظر : المهذب (١٧٣/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فلم] .

(٥) في (م) ، (ع) : [أنفسهم] .

(٦) سورة الذاريات : الآية ١٩ .

(٧) في (م) ، (ع) : [فقد] .

(٨) متفق عليه من حديث ابن عباس ، سبق تخريجه .

(٩) في (م) ، (ع) : [اعلم] .

(١٠) سبق تخريجه من حديث ابن عباس وهو متفق عليه

أن [١] يبين أنه لا حق لهم في الصدقات وإنما هي مردودة في المسلمين .

/ب ٢٠٢٥٥ - قلنا : بل المقصود منها بيان جهة الاستحقاق وجواز / الصرف إلى هذا قليل .

٢٠٢٥٦ - وروى عطاء عن سعيد بن جبير عن علي وابن عباس قالا : « إذا أعطى الرجل الصدقة صنفًا واحدًا من الأصناف الثمانية أجزأه » [٢] .

٢٠٢٥٧ - وروي مثل ذلك عن عمر بن الخطاب وحذيفة وعن سعيد بن جبير وإبراهيم وعمر بن عبد العزيز وابن العالية .

٢٠٢٥٨ - وروى الثوري عن إبراهيم بن ميسرة [٣] عن طاووس عن معاذ بن جبل « أنه كان يأخذ من أهل اليمن العروض والزكاة ويجعلها في صنف واحد من الناس ولا يعرف له مخالف في السلف فصار ذلك إجماعًا » [٤] .

٢٠٢٥٩ - لا يسع خلافه ذكر هذه الأخبار أبو بكر الرازي في أحكام القرآن .

٢٠٢٦٠ - ولأنها صدقة واجبة فجاز صرفها إلى صنف واحد كالكفارة .

٢٠٢٦١ - ولأن من جاز صرف الزكاة عليه جاز صرفها إليه كالأصناف فإن المعنى في الكفارات وجوبها لا يعم فلم يعم تصرفها والزكاة تعم وجوبها فعم صرفها .

٢٠٢٦٢ - قلنا : صلاة الجنازة لا يعم وجوبها وصلاة الفرض يعم وجوبها وجهة أدائها واحدة ثم الزكاة يعم وجوبها فلا يجب تعميم الفقراء بها ولكنهم جهة كذلك الأصناف .

٢٠٢٦٣ - ولا يجب تعميمهم بها وإن كانوا جهة للأداء .

٢٠٢٦٤ - ولأن الإمام يجوز له صرف صدقة الواحد إلى صنف واحد كذلك يجوز لرب المال صرفه إلى من يصرفه [٥] الإمام إليه ؛ لأنه قائم في التصرف مقامه .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أنه] .

(٢) انظر : السنن للبيهقي (٨٠٧/٧) ، كتاب قسم الصدقات باب : من جعل الصدقة في صنف واحد من هذه الأصناف ، والأموال لأبي عبيد بن سلام ص٧٦١ : ٧٦٣ .

(٣) هو : إبراهيم بن ميسرة الطائفي الفقيه نزيل مكة ، حدث عن : أنس بن مالك وعمرو بن الشريد ، وطاووس وغيرهم ، وحدث عنه : شعبة وابن جريج وسفيان الثوري وسفيان بن عيينة ، قال ابن المديني : له نحو ستين حديثًا وقال أحمد بن حنبل ويحيى : ثقة ، توفي قريبًا من سنة اثنتين وثلاثين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٤٥/٦ - ٣٤٦) .

(٤) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٢٤٠/٣) ، دار الفكر .

(٥) في (م) ، (ع) : [يصرفها] .

٢٠٢٦٥ – ولأن من جاز للإمام صرف زكاة الواحد إليه جاز للواحد صرفها إليه أصله كأصناف

٢٠٢٦٦ – فإن قيل : الإمام يملك الدفع إلى الجماعة فهو يخص صنفًا واحدًا لصدقة واحدة ثم يصرف إلى الصنف الآخر صدقة أخرى .

٢٠٢٦٧ – لأنه يملك القسمة وصاحب المال لا يملك القسمة وهذا كما يملك الإمام قسمة الغنيمة فتفرد الواحد بغير منها .

٢٠٢٦٨ – وإن كان الواحد لا يملك [1] أن ينفرد بأحدهما .

٢٠٢٦٩ – قلنا : لو كان الإمام يدفع على القسمة لاعتبر فيه التعديل كما يعتبر في الغنيمة ولما لم يعتبر التعديل دلَّ على أن ذلك ليس هو على وجه القسمة .

٢٠٢٧٠ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ ﴾ [2] .

٢٠٢٧١ – قالوا : ومتى أضيف ما يملك إلى [3] من يصح أن يملك كانت اللام لذلك كقوله هذه الدار لزيد وعمرو .

٢٠٢٧٢ – والجواب : أن اللام في اللغة لا تفيد أكثر من الاختصاص قال اللّٰه تعالى : ﴿ أَنَّ لَهُمُ ٱلنَّارَ ﴾ وقال ﴿ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ [4] وقوله : ﴿ وَٱلطَّيِّبَٰتُ لِلطَّيِّبِينَ ﴾ [5] وقد يكون الاختصاص ملكًا وقد يكون غير ملك وعندنا الاختصاص وهو أن في هذه الجهات يختص الصرف فيها ولا يجوز أن يتعداها إلى [6] غيرها .

٢٠٢٧٣ – فإن قيل : ظاهر الإضافة الملك بدلالة قولنا هذه الدار لزيد .

٢٠٢٧٤ – قلنا : الإقرار محمول على العرف والكلام في مقتضى اللفظ في اللغة وقد بينا أن اللام في اللغة لا تفيد الملك [7] فلا معنى للاستدلال بحكم الإقرار في الشرع ويين ذلك أن الآية لو أفادت ما قال مخالفًا لوجب تعميم كل صنف حين الصدقة .

٢٠٢٧٥ – لأن الإضافة إلى جميعهم فلما جاز أن يقتصر على بعض الصنف دون بعض دل على أن الأصناف كما بينا من [8] ثبوت الإضافة لو اقتضت التمليك حتى

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٢) سورة التوبة : الآية ٦٠ .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٤) سورة النور : الآية ٢٦ .

(٥) سورة البقرة : الآية ١٧٦ .

(٦ ، ٧) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

تجب التسوية بين الأصناف لوجب أن يستوي بين آحاد كل صنف .

٢٠٢٧٦ - فلما جاز أن يفضل بعض الفقراء على بعض كذلك يجوز أن يجعل بعض الأصناف [على بعض] (١) .

٢٠٢٧٧ - وأما قولهم : أن الإضافة إذا حصلت فيما يملك إلى من يصح أن يملك أفادت التمليك فهو الدليل عليهم .

٢٠٢٧٨ - لأن الإضافة حصلت إلى من لا يحصى وإلى من يوجد من الفقراء إلى (٢) قيام الساعة وهؤلاء لا يصح أن يملكوا الصدقة فقد حصلت الإضافة إلى من صح أن يملك فلم تكن للتمليك .

٢٠٢٧٩ - كقولنا سرج الدابة وقبض العبد .

٢٠٢٨٠ - قالوا : ذكر اللّه تعالى في الآية الفقراء والمساكين وكل واحد منهما يغني عنهما لأنه لو أوصى للفقراء جاز أن يعطى المساكين فلو كان الذكر ببيان جهة الصرف لاقتصر على أحدهما .

٢٠٢٨١ - قلنا : الفقير اسم عام يتناول المسكين ، والعرب تذكر العام فتؤكده بالخاص كقوله تعالى : ﴿ حَٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلْوُسْطَىٰ ﴾ (٣) وكقوله : ﴿ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَىٰلَ ﴾ (٤) فلما كان المسكينُ أشدَّ فقرًا من الفقير ذكره بعده تأكيدًا (٥) له وتنبيهًا على الاهتمام به .

٢٠٢٨٢ - قالوا : قال اللّه تعالى : ﴿ فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ ﴾ (٦) والفريضة في اللغة : التقدير ، وفي الشرع الإيجاب .

٢٠٢٨٣ - قلنا : عندنا أن اللّه تعالى فرض الصدقات وخص بها هذه الأصناف حتى لا يجوز تجاوزهم إلى غيرهم وقدر ذلك لهم حتى لا يسوغ تعديهم فلم يكن لمخالفنا فيه دلالة .

٢٠٢٨٤ - قالوا : روى زياد بن الحارث الصُّدائي (٧) قال : « أتيت رسول اللّه ﷺ

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٣٨ .

(٤) سورة البقرة : الآية ٩٨ .

(٥) سورة التوبة : الآية ٦٠ .

(٦) سورة النساء : الآية ١١ .

(٧) هو : زياد بن الحارث الصدائي ، له صحبة ، قدم على النبي ﷺ وأذن له في سفره وروى عنه : زياد بن=

وبايعته فأتاه رجل وقال أعطني من الصدقة فقال رسول الله ﷺ : « إن الله تعالى لم يرضَ بحكم نبي ولا غيره بالصدقات حتى حكم فيها هو فجزأها ثمانية أجزاء فإن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك » (١) .

٢٠٢٨٥ - فلما أخبر النبي ﷺ [أن الله تعالى جزأ جميع الصدقات أجزاء] (٢) .

٢٠٢٨٦ - قلنا : كذلك نقول ، والخلاف أن كل جزء منها يجب أن يقسم على تلك الأجزاء أم لا ؟ فليس وجب صرف الصدقات إلى الأصناف ما يجب أن يصرف كل جزء منها إلى جميع ذلك كما أن الصدقات يجب أن يستغرق نصيبها الفقراء وأما قوله : « إن كنت منهم أعطيتك حقك » .

٢٠٢٨٧ - فهذا يدل أن الواحد من الفقراء أحق وكذلك نقول : إن له حق في جواز الصرف إليه فأما الوجوب فلا يقوله أحد ألا ترى أن رب المال له أن يعدل تركاته عن آحاد الفقراء إلى غيرهم .

٢٠٢٨٨ - قالوا : مال مضاف إلى أصناف شرعًا فكانت إضافة استحقاق وتمليك لا محل كالخمس من الفيء والغنيمة .

٢٠٢٨٩ - قلنا : لا فرق بينهما لأن الخمس جهة صرف إلى الأصناف بمعنى : الآية لا يجوز أن يصرف إلى غيرهم ولو اقتصر الإمام على جنس منهم جاز كما لو اقتصر على عدد منهم جاز فلم يجز استغراق جميع الخمس فهو كاللام لا فرق بينهما .

٢٠٢٩٠ - قالوا : الفقراء صنف من أهل الصدقات فلا يجوز [دفع الزكاة إليه] (٣) الزكاة مع القدرة على غيره كالعاملين .

٢٠٢٩١ - قلنا : العاملين يسقط حقهم مع القدرة عليهم .

٢٠٢٩٢ - ألا ترى أنهم (٤) إذا لم يعملوا أخر أرباب الأموال الصدقة إلى الإمام

= نعيم الحضرمي وروى له : أبو داود والترمذي وابن ماجه طرفًا من حديثه الطويل وقد وقع لنا بطوله عاليًا .
انظر : تهذيب الكمال (٩/٤٤٥ : ٤٤٩) .

(١) رواه أبو داود في كتاب الزكاة باب من يعطس من الصدقة وحد الغنى (٢/١١٧) برقم ١٦٣٠ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدرك في الهامش .
فقد قال تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَٰرِمِينَ وَفِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ (التوبة : ٦٠)

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) . (٤) ساقط من (ص) .

ففرقها لم يستحقوا فلما جاز أن يسقط حقهم مع قيام الوجوب جاز أن يخصوا بها ولأن العامل يستحق جزءًا منها لقيامه مصالح المسلمين فلا يجوز أن يعود تصرفها .

٢٠٢٩٣ – قالوا : مال يجعل الأصناف بأوصاف بلفظ يوجب الجمع والتشريك فلا يجوز تخصيص بعضهم به كما لو أوصى بثلث ماله إلى الفقراء والفقهاء والقرابة كفقراء بني هاشم .

٢٠٢٩٤ – قلنا : لا يخلو أن يكون كل طائفة من هؤلاء تحصى [ولا تحصى] [1] .

٢٠٢٩٥ – فإن كانوا يحصون فالإضافة للتمليك فلا يجوز أن يخصص صنف منهم كما لا يجوز أن يخصص عدد منهم بل يجب استغراق جميعهم وإن كانوا لا يحصون فهو مسألتنا ويجوز أن يقتصر على كل صنف منهم .

٢٠٢٩٦ – كما يجوز أن يقتصر على عدد من كل صنف دون سائرهم كما لو قال أوصيت بثلث مالي لعبد لم يجز صرفه إلى غيره .

٢٠٢٩٧ – كذلك إذا قال لفقراء الفقهاء وهم لا يحصون لم يجز أن تعمم وجاز أن يقتصر على بعضهم كذلك إذا ذكر أصنافًا لم يجب أن يستغرقهم ويكون فائدة التخصيص في قوله : فقراء الفقهاء أنه لا يتعداهم ثم لا فرق عندنا بين الوصية والزكاة .

٢٠٢٩٨ – لأنه إذا قال وصيت بثلث مالي لفقراء الفقهاء وجب صرف جميع الثلث إليهم . كذلك عندنا يجب صرف جميع الصدقات إلى الأصناف والخلاف بيننا في صرف صدقة الواحد فأما جملة الصدقات فتصرف إليهم كالوصية .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

مسألة ١٠١٦

تصرف الصدقة لأهل البلد

٢٠٢٩٩ - قال أصحابنا : الأولى أن تصرف صدقة كل بلد لأهل بلده ولا تنقل عنها إلا أن يكون النقل إلى قوم هم [إليها أحوج] (١) إليها أو ينقل الرجل الزكاة إلى ذوي أرحامه فإن نقل الزكاة لغير هذين الوجهين كره ذلك وأجزأه (٢) .

٢٠٣٠٠ - وهو أحد قولي الشافعي .

٢٠٣٠١ - وقال في القول الآخر لا يجزيه وعليه الاعتماد (٣) .

٢٠٣٠٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ ﴾ (٤) وهذا عام في جميع الفقراء وقال ﴿ وَفِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ ﴾ (٥) .

٢٠٣٠٣ - وقال النبي ﷺ : « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم » (٦) وهذا خطاب للمسلمين فكأنه قال وأردها في فقراء المسلمين وهو عام .

٢٠٣٠٤ - فإن قيل : نقل الصدقة مكروه عندكم فكيف يحمل عليه الظاهر ؟ قلنا لا يكره النقل عندنا إلى من هو أحوج ولا إلى ذي الرحم فيستدل بالظاهر في جواز النقل في هذين الموضعين وهو خلاف قولهم .

٢٠٣٠٥ - فيدل عليه ما روى ابن طاووس أن معاذ قال لأهل اليمن : « ائتوني

---

(١) في (ع) : [أحوج إليها] .

(٢) جاء في المبسوط : وما أخذ من صدقات بني تغلب وضع موضع الخراج لما روي أن ما أخذ من صدقات أصل بلد رد على فقرائهم كما أمر به رسول الله ﷺ معاذ بن جبل ﷺ ، وحكى ابن المبارك عن أبي حذيفة - رحمهما الله - قال : لا تخرج الزكاة من بلد إلى بلد إلا لذي قرابة وقد مرَّ بنا هذا . انظر المبسوط للسرخسي (١٨/٣) ، الهداية : (١١٥/١) .

(٣) قال الإمام الشيرازي في المهذب : « ويجب صرف الزكاة إلى الأصناف في البلد الذي فيه المال ، فإن نقل لأصناف في بلد آخر فيه قولان : **أحدهما** : بجزئه لأنه من أهل الصدقة فأشبه أصناف البلد الذي فيه المال . **والثاني** : لا يجزئ لأنه حق واجب لأصناف بلد فإذا نقل عنهم إلى غيرهم لا يجزئه كالوصية بالمال لأصناف بلد . انظر : المذهب (١٧٣/١) . وقال في مغني المحتاج : « والأظهر منع نقل الزكاة ولو عدم الأصناف في البلد وجب النقل » انظر : مغني المحتاج (١١٨/٣) .

(٤) سورة التوبة : الآية ٦٠ .

(٥) سورة الذاريات : الآية ١٩ .

(٦) سبق تخريجه .

الخميس [١] واللبيس [٢] آخذه منكم في الصدقة مكان الذرة والشعير فإنه أيسر عليكم وأنفع لمن بالمدينة من المهاجرين والأنصار » [٣] فأخبر أنه ينقل الصدقة إلى المدينة وإن كان في زمن أبي بكر فهو إجماع .

٢٠٣٠٦ - ولا يقال : أن هذا كان في الجزية ؛ لأنه قال في الصدقة والجزية ليست بصدقة .

٢٠٣٠٧ - ولأن الجزية باليمن كانت دنانير قال [عليه السلام] [٤] لمعاذ : « خذ من كل حالم وحالمه دينارًا » [٥] فكيف يأخذ ؟ / الذرة والشعير وقولهم إن جزية بني تغلب تسمى صدقة ؛ لأن تسمية بني تغلب لا يعتبر بها .

٢٢/أ

٢٠٣٠٨ - وقد قال عمر : « هذه جزية قسموها ما شئتم » [٦] .

٢٠٣٠٩ - فإن قيل : من أين أنهم أعطوه ؟ ومن أين لنا أن نغل ؟ حتى تثبت الحجة بترك الإنكار .

٢٠٣١٠ - قلنا : روى ابن طاووس « أن معاذًا كان يأخذ عروضًا في الصدقة » [٧] .

٢٠٣١١ - فدل أنه أخذها فالظاهر أنه نقلها كما أخبر .

٢٠٣١٢ - فإن قيل : النبي ﷺ أمره أن يفرقها فيهم . فكيف ينقلها .

٢٠٣١٣ - قلنا : فهم من النبي [ﷺ] [٨] أن النقل يمنع منه إلا أن يكون غيرهم أحوج كما قال مخالفنا : أن النقل جائز إذا لم يوجد في البلد مستحق .

٢٠٣١٤ - فإن قيل : روي أن معاذًا قال : « من انتقل بصدقته من خلاف

---

(١) هو : ثوب طوله خمسة أذرع . انظر : المغرب ص١٥٤

(٢) هو : الصغير من الثياب . انظر : المغرب ص١٥٤

(٣) رواه البخاري معلقًا في صحيحه كتاب الزكاة باب العرض في الزكاة (٥٢٥/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٣/٤) ، وأبو بكر الجصاص في أحكام القرآن (٢٠١/٣) ، تفسير سورة براءة باب من لا يجوز أن يعطى من الزكاة من الفقراء ؟ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٥) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢٣٣/٥) ، وأبو داود في كتاب الخراج والإمارة والفيء باب في أخذ الجزية (١٦٧/٣) ، برقم ٣٠٣٨ .

(٦) انظر : نصب الراية (٣٦٣/٢) .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) ما بين المعكوفتين في (م) ، (ع) : [عليه السلام] .

عشيرته »[١] [إلى غير خلاف عشيرته فصدقته مردودة في خلاف عشيرته][٢] .

٢٠٣١٥ - قلنا : هذا دليل عليكم لظاهره يقتضي كونه في عشيرته وإن كانوا في غير موضع ماله .

٢٠٣١٦ - ويدل عليه ما روي أن عدي بن حاتم[٣] « نقل صدقة طيئ[٤] إلى قومها من بلاد طيئ وبلاد بني تميم[٥] إلى أبي بكر الصديق ، فاستعان بها على قتال أهل الردة »[٦] ، وهذا يدل من فعل رسول اللّٰه ﷺ وأبي بكر على جواز النقل .

٢٠٣١٧ - فإن قيل : يحتمل ألا يكون هناك مستحق .

٢٠٣١٨ - قلنا : يبعد أن تكون طيئ وبنو تميم وهما قبيلتان عظيمتان لا يوجد فيهما مستحق للصدقة وحمل الفعل على ما يبعد في الظاهر كحمله على ما يستحيل .

٢٠٣١٩ - ولأنها صدقة الغير فلم تختص بفقراء بقعة بعينها كالكفارات ولأن الدفع صادف الفقير فصار كما لو دفعها إلى فقراء البلد الذي وجبت فيه .

٢٠٣٢٠ - ولأن من جاز الدفع إليه إذا كان في غيره كما لو لم يجد في بلده مستحقًا .

---

(١) رواه الشافعي في الأم (٧١/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٩/٧) ، والنووي في المجموع (٤٠٥/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) هو : عدي بن حاتم بن عبد اللّٰه بن سعد بن الحشرج بن امرئ القيس بن عدي الأمير الشريف أبو وهب وأبو طريف صاحب النبي ﷺ ولدُ حاتم طيئ الذي يضرب بجوده المثل وفد على النبي ﷺ وسط سنة سبع فأكرمه واحترمه وله أحاديث . روى عنه : الشعبي ومحل بن خليفة وسعيد بن جبير وخيثمة بن عبد الرحمن وآخرون ، وكان أحد من قطع برية السماوة مع خالد بن الوليد إلى الشام وقد وجهه خالد بالأخماس إلى أبي بكر الصديق ، نزل الكوفة مدة ثم قرقيسيا من الجزيرة توفي سنة ٦٨هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣١٥/٤ : ٣١٧) .

(٤) طيئ : بفتح الطاء وتشديد الياء وهمزة في الآخر قبيلة من كهلان والنسبة إلى طائي وكانت منازلهم باليمن فخرجوا على أثر خروج الأزد ونزلوا سميرًا وقبل في جوار بني أسد افترقوا في أول الإسلام في الفتوحات قال ابن سعيد : بلادهم الآن أمم كثيرة تملأ السهل والجبل حجازًا وشامًا وعراقًا هم أصحاب رئاسة في العرب إلى الآن بالعراق والشام ، منهم بطون . انظر : سبائك الذهب في معرفة قبائل العرب ص١٢٥ .

(٥) يقال لبني تميم الأبناء وهم بطن من قيس بن عجلان ، ليس لهم الآن عدد ولا بقية في بلادهم وفيهم الأبطال الأنجاد والخيل والجياد قال في العبر قد استولوا على إقليم عظيم طويل متسع الأطراف قد ضربوا مدنه ولم يتركوا بها ولاية ولا امرأة إلا مشايخهم . انظر : سبائك الذهب في معرفة قبائل العرب ص١٢٤ .

(٦) انظر : القصة في السنن الكبرى للبيهقي (١٠/٧) ، ومعرفة السنن والآثار للبيهقي (٣٢٢/٩) ، وأحكام القرآن للجصاص (٢٠١/٣) .

٢٠٣٢١ - ولأنه يجوز صرفها في فقراء مكان وجوبها فجاز نقلها إلى غيرهم ، كما لو نقل من نواحي المصر إلى المصر .

٢٠٣٢٢ - وهذا أصل مسلم لأن المصدقين كانوا يحملون الزكاة إلى النبي ﷺ إلى المدينة فتأهل ذلك المخالف وقال : يجوز من سواد المصر ونواحيه إلى المصر .

٢٠٣٢٣ - احتجوا : بحديث ابن عباس أن النبي ﷺ بعث معاذًا إلى اليمن وقال : « ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا اللّه فإن أجابوك فأعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » [١] .

٢٠٣٢٤ - والكتابة ترجع إلى مذكور مقدم وهم أهل اليمن ، فدل على أن صدقتهم تجب وضعها فيهم ، وهذا يمنع نقلها إلى غيرهم من غير إقليمهم .

٢٠٣٢٥ - والجواب : أن الخبر يقتضي أن [٢] صدقة أهل اليمن في فقراء أهل اليمن سواء كانوا باليمن أم بالمدينة .

٢٠٣٢٦ - وعند مخالفنا لا يجوز النقل إلى فقير يمني إذا كان قد خرج من إقليم اليمن وصار الخبر حجة عليهم من هذا الوجه ويدل ظاهر الخبر على جواز نقل الصدقة من بعض بلاد اليمن إلى نفسها .

٢٠٣٢٧ - وهذا خلاف قولهم ، فالخبر مشترك الدليل وكل من جوز النقل إلى فقير من أهل اليمن قال أن تخصص [٣] الصدقة بأهل اليمن استحباب .

٢٠٣٢٨ - فإن قالوا : إن ظاهر الخبر أن النقل لا يجوز إلى إقليم آخر لأجنبي وكل من منع هذا ، قال لا يجوز النقل من اليمن إلى غيره ، فلم يكن ذلك .

٢٠٣٢٩ - قلنا : نحن لا نسقط واحدًا منهم ، بل نحمله على ما يتناوله النص على الفضيلة وكالاستحباب وما تناوله العموم على الجواز ، وذلك أولى من استعمال أحدهما وإسقاط الآخر .

٢٠٣٣٠ - قالوا : صدقة مأمور بتفرقها في أهل بلد فوجب أن لا يجزيه تفرقها في بلد آخر كما لو أوصى بثلث ماله في فقراء أهل بلده .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) ساقطة من (م) ، صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٣) في (م) ، (ع) : [تختص] .

٢٠٣٣١ - قلنا : هذا أصل غير مسلم .

٢٠٣٣٢ - قال أبو يوسف : يجوز صرفها إلى فقراء بلد آخر وليس عن أبي حنيفة خلاف ذلك .

٢٠٣٣٣ - قالوا : نقل الزكاة من بلد المال إلى غيره مع وجود المستحق فيه فوجب أن لا يحتسب بها عن فرضه كما لو نقل زكاة مال الظاهر ففرقها .

٢٠٣٣٤ - قلنا [١] : سقط فرضه فيما بينه وبين اللّٰه تعالى [٢] ، وإنما الإمام بنى عليه ، والتعليل للاحتساب الإمام .

٢٠٣٣٥ - ألا ترى أن الفرع زكاة مال الباطن فلا مدخل للإمام فيها .

٢٠٣٣٦ - فإن قالوا : أصله إذا نقلها فأعطاها فأعطاه أغنياء الغزاة .

٢٠٣٣٧ - قلنا : المعنى فيه أنه دفعها إلى غني يده ثابتة على ماله وليس كذلك إذا دفعها إلى فقير .

٢٠٣٣٨ - لأن الدفع صادف الفقير كأهل بلده .

٢٠٣٣٩ - قالوا : حقوق اللّٰه تعالى ضربان :

٢٠٣٤٠ - ضرب على الأبدان وضرب على الأموال فلما كان في الضرب الذي في الأبدان ما يختص بمكان دون مكان .

٢٠٣٤١ - قلنا : حقوق الأبدان إذا تعلقت بمكان لم يجز فعلها في غيره للضرورة ولما كانت الزكاة إذا وجبت في موضع جاز أداؤها في غيره إذا لم يوجد في موضع وجوبها مستحق على أنها لا تختص بالمكان ولأن [٣] حقوق الآدميين إذا وجبت بسبب معصية [جاز أن] [٤] تختص بمكان وكذلك لو وجبت بإيجاب اللّٰه تعالى لقال : إذا وجبت بسبب معصية وهي الكفارات لذلك وجب بإيجاب اللّٰه تعالى .

* * *

(١ ، ٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لم] .

مسألة ١٠١٧

من هو المسكين ؟

٢٠٣٤٢ - قال أصحابنا : المسكين الذي هو أسوأ حالًا من الفقير [(١)] .

٢٠٣٤٣ - وقال الشافعي : المسكين الذي له شيء والفقير الذي لا شيء له [(٢)] .

٢٠٣٤٤ - لنا : أن هذا قول الأئمة أهل اللغة السفراء بيننا وبين العرب الذي [(٣)] قولهم حجة .

٢٠٣٤٥ - قال يعقوب : في إصلاح المنطق ونقول : رجل فقير الذي له بُلْغَةٌ من العيش وهذا رجل مسكين الذي لا شيء له وقال في الألفاظ [(٤)] .

٢٠٣٤٦ - قال يونس : الفقير الذي له بعض ما يقيه والمسكين الذي لا شيء له .

٢٠٣٤٧ - قال أبو زيد : الفقير من الفقر فيه بقية من سبب لا لعمره ولا لعمر عياله وإذا جمع .

٢٠٣٤٨ - قال يونس وأبو زيد ويعقوب : وجب الرجوع إليه .

٢٠٣٤٩ - قال ابن دريد [(٥)] : المسكين الذي لا شيء له وربما جعل الناس المسكين

---

(١) جاء في المبسوط : « فالحاصل أن المذهب عندنا أن المسكين أسوأ حالًا من الفقير وعند الشافعي رحمه الله الفقير أسوأ حالًا من المسكين وبين أهل اللغة فيه اختلاف ومن قال يأت المسكين أسوأ حالًا قال الفقير الذي يملك شيئًا ولكن لا يعذبه ، والمسكين من لا يملك شيئًا ، ومن قال : الفقير أسوأ حالًا من المسكين قال المسكين من يملك مالًا يعنيه ، قال اللّه تعالى : ﴿ أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِى ٱلْبَحْرِ ﴾ . انظر : المبسوط (٨/٣) ، الهداية (١١٢/١) .

(٢) جاء في المهذب : وسهم للفقراء والفقير هو الذي لا يجد ما يقع موقعًا من كفايته فيدفع إليه ما تزول به حاجته من أداة يعمل بها إن كان فيه قوة أو بضاعة يتجر فيها حتى لو أحتاج إلى حال كثير للبضاعة التي تصلح له ويحسن التجارة فيها . والمسكين هو الذي يقدر على ما يقع موقعًا من كفايته إلا أنه لا يكفيه وقال أبو إسحاق : المسكين هو الذي لا يجد ما يقع موقعًا من كفايته فأما الذي يجد ما يقع موقعًا من كفايته فهو الفقير . انظر : المهذب (١٧/١) ، الوجيز (٢٩٢/١) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) انظر : إصلاح المنطق ص٣٢٦ ، تحقيق عبد السلام هارون ، أحمد محمد شاكر ، دار المعارف ط ٣ .

(٥) هو : ابن دريد العلامة شيخ الأدب أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد بن عتاهة الأزدي البصري صاحب التصانيف تنقل في فارس وجزائر البحر يطلب الآداب ولسان العرب ، فاق أهل زمانه ثم سكن بغداد وكان أبوه رئيسًا متمولًا حدث عن : أبي حاتم السجستاني وأبو الفضل الرياشي ابن أخي الأصمعي =

في غير موضعه فيجعلونه الفقير .

٢٠٣٥٠ – قال أبو عبيدة معمر بن المثنى (١) : ليس كذلك لأن الفقير له شيء وإن كان قليلًا والمسكين الذي لا شيء له .

٢٠٣٥١ – وقد اتفق أبو عبيدة مع ابن دريد ويعقوب وهو قول ثعلب (٢) .

٢٠٣٥٢ – قال يونس : قلت لأعرابي أفقير أنت ؟ قال : لا و اللّه بل مسكين وأنشد قول الأعرابي .

٢٠٣٥٣ – أما الفقير الذي كانت حلوبته وفق العيال فلم يترك له سيد

٢٠٣٥٤ – وروى حمولته : فسماه فقيرًا وأخبر أن له حلوبة .

٢٠٣٥٥ – فإن قيل : قد خالفهم ابن الأنبارى (٣) [في ذلك] (٤) يرويه وليس بالقوى الذي لا شيء له

٢٠٣٥٦ – وحكى ذلك عن الأصمعي (٥) ثقة فيما يرويه وليس بالقوى فيما يستدل

= وتصدر للإفادة زمانًا . أخذ عنه : أبو سعيد السيرافي ، وأبو بكر بن شاذان وأبو الفرج الأصفهاني وغيرهم توفي سنة ٣٢١هـ. انظر : سير أعلام النبلاء (٥٤٦/١١ ، ٥٤٧) .

(١) هو : أبو عبيدة الإمام العلامة البحر أبو عبيدة معمر بن المثنى التميمي مولاهم البصري النحوي صاحب التصانيف ، ولد في سنة عشر ومائة في الليلة التي مات فيها الحسن البصري ، حدث عن : هشام بن عروة ، ورؤبة بن العجاج وأبي عمرو بن العلاء وطائفة ، حدث عنه : علي بن المديني وأبو عبيد القاسم بن سلام وأبو عثمان المزني وعدة ، توفي سنة ٢٠٩ وقيل ٢١٠هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٨٧/٨ : ٢٨٩) .

(٢) هو : العلامة المحدث إمام النحو أبو العباس أحمد بن يحيى بن يزيد الشيباني مولاهم البغدادي صاحب الفصيح والتصانيف ، ولد سنة مائتين وكان يقول : ابتدأت بالنظر ابن ثماني عشر سنة ولما بلغت خمسًا وعشرين سنة ما بقي علي مسألة للفراء وسمعت من القواريري مائة ألف حديث توفي سنة ٢٩١ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٠٩/١١ : ١١٠) .

(٣) هو : ابن الأنباري الإمام الحافظ اللغوي ذو الفنون أبو بكر محمد بن القاسم بن بشار بن الأنباري المقرئ النحوي ولد سنة اثنتين وسبعين ومائتين سمع في صباه باعتناء من أبيه من محمد بن يونس الكديمي وإسماعيل القاضي وأحمد بن الهيثم البزاز وأبي العباس ثعلب وخلق كثير ، حدث عنه : أبو عمر بن حيوية وأحمد بن نصر الشذائي وعبد الواحد بن أبي هاشم والدارقطني وغيرهم . توفي سنة ٣٢٨ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٦٤٩/١١ : ٦٥١) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٥) هو : الأصمعي الإمام العلامة الحافظ حجة الآداب لسان العرب أبو سعيد بن قريب بن عبد الملك بن علي بن أصمع بن مظهر بن عبد شمس بن أعيا ، الأصمعي البصري اللغوي الأخباري أحد الأعلام يقال : =

عليه وبينه بالمعنى يضعف وبينه عندهم [١] في القياس .

٢٠٣٥٧ - وحكى مذهبنا وقطع يونس ويعقوب وهو مذكور في منطق يعقوب فلا يعرف ما حكاه عن الأصمعي [٢] إلى كتاب [ولا قطع به عليه] [٣] كما قطع على يعقوب .

٢٠٣٥٨ - فلما قال : روي عن الأصمعي فيجوز أن يكون الحاكي عن الأصمعي لم يصدق في حكايته وكيف يقول الأصمعي خلاف قول يونس وهو يأخذ عن أصحابه وأتباعه ؟ فلم يجز أن يقال قولًا هو بحكاية عن الأصمعي لا يعرف من رواها كابن الأنباري وهو أحد أصحاب الأصمعي ، ولو قطع بالحكاية عنه .

٢٠٣٥٩ - قلنا : قوله بنفسه ثم حكى هذا القول أيضًا عن أبي عبيدة وليس ممن يقابل بقوله قول من حكينا مذهبه .

٢٠٣٦٠ - قال المازني : قال أبو عبيدة : الحرف الرابع في كتاب سيبويه العين معنى ما يدل على ذلك أن الفقر في اللغة عدم .

٢٠٣٦١ - ﴿ أَنتُمُ ٱلْفُقَرَآءُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱللَّهُ هُوَ ٱلْغَنِىُّ ٱلْحَمِيدُ ﴾ [٤] وقال : ﴿ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَٱللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ﴾ [٥] وقال تعالى [﴿ لَّقَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّذِينَ قَالُوٓا۟ إِنَّ ٱللَّهَ فَقِيرٌ وَنَحْنُ أَغْنِيَآءُ ﴾] [٦] وفي الحماسة :

٢٠٣٦٢ - متى ما ير الناس الغني وجاره فقير يقولوا عاجزًا وجليد .

٢٠٣٦٣ - وليس الغني والفقر من حيلة الفتى ولكن أحاظ قسمت وحدود [٧]

٢٠٣٦٤ - فإذا كان الفقر زوال الغنى وكان اسم الفاعل من افتقر يفتقر فلا فرق بينه وبين فقر وكل مفارق الغنى فهو فقير وهذه أول رتبة الفقر ثم تتزايد به .

= اسم أبيه عاصم ولقب قريب ، ولد سنة بضع وعشرين ومائة ، حدث عن : ابن عون وسليمان التميمي وأبو عمرو بن العلاء قرة بن خالد وشعبة نافع بن أبي نعيم وتلا عليه ، حدث عنه : أبو عبيد ويحيى بن معين وإسحاق بن إبراهيم الموصلي وغيرهم توفى سنة ٢١٥ ، أو ٢١٦ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٦٩/٨ : ٤٧٢) .

(١) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) ، واستدركت في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) سورة فاطر : الآية ١٥ .

(٥) سورة النساء : الآية ١٣٥ .

(٦) في (ص) : [قد سمع اللّٰه قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى اللّٰه] وما أثبتناه من (م) ، (ع) تمشيًا مع السياق والآية من سورة آل عمران : ١٨١ .

(٧) انظر : لسان العرب (٩١٩/٢) مادة : (حظظ) ، خزانة الأدب (٢١٩/٣) .

٢٠٣٦٥ – فلو كان الفقير أسوأ حالًا من المسكين كان المسكين غنيًا والصدقة لا تحل للأغنياء وقد حملت للمساكين فدل على أنها رتبة ثانية من الفقر يستحقها الفقراء إذ لا فاصل بين الفقر والغني كما لا فاصل بين الصغير والكبير والجليل والرفيق والعظيم والحقير وقد يكون الشرط كان وما دل نحو عاقل غير منكر ثم يدل جمع الفرض وينتج واحدة .

٢٠٣٦٦ – وقالوا : السماع قال : نوع في ذلك وتقدم .

٢٠٣٦٧ – قالوا : بطل فلو كان فرق ذلك قالوا منه وإن كان فوق ذلك .

٢٠٣٦٨ – قال : أليس حكى هذا أبو عبيدة عن العرب ؟ كذلك فقير ومسكين أحدهما أزيد رتبته من الآخر وقد بينا أن الفقر هو مقابل الغنى فلا بد أن تكون المسكنة رتبة زائدة على ما قدمنا .

٢٠٣٦٩ – قال ابن اليربوعي : متى أرى هو سبقني بحرف في العناد وإن قل لم نقر منه الفقر فوضع الظاهر موضع الضمير والمراد [لم يرد] (١) منه قلة المال كقوله تعالى : ﴿ أَلَا بِذِكْرِ ٱللَّهِ تَطْمَئِنُّ ٱلْقُلُوبُ ﴾ (٢) معناه تطمئن قلوبهم فوضع الظاهر موضع الضمير بغير لفظ ما تقدم من الظاهر إذا اتفق المعنى فأما إذا تغالب المعنى فلا سبيل إلى ذلك .

٢٠٣٧٠ – وقد اعترض ابن الأنباري / على حكاية يونس عن الأعرابي قال : لا والله بل مسكين إلى حال أحسن من حال الفقير . ٢٢٩

٢٠٣٧١ – وأما قول الراعي : أما الفقير الذي كانت حلوبته فوصفه [بعد أدرهما فمن ابن يونس أنه وصفه بالفقر] (٣) حال ملكه لها بأبي بكر .

٢٠٣٧٢ – حدثت ابن يونس الغنوي في هذه المسألة ولم يحكي عنه الإجماع بهذه الحكاية ولا بهذا البيت وإنما أولى رحلي ولم يقل أفنيت استدلالًا بها فلما حملت أمره على أنه قال عن بطن من حول وإلا حملت أمره على أنه قال ذلك حكاية عن العرب فلم ظننت أنك تستدرك على مثله مع أن أماميك الكسائي والفراء وثقاه وحملا عنه وذكراه في كتبهما بعد الرحلة إليه والإقامة عليه ثم يقول إلى هذا المنحور الذي صنفه غلط .

٢٠٣٧٣ – لأن يونس يضطر إلى قصة الأعرابي بمشافهة يعتقد بسببه يستدرك

---

(١) ساقطة من (ص) . (٢) سورة الرعد : الآية ٢٨ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

بالاحتمال فيه فهو بعيد والفرزدق [(١)] جلس وأبو عمرو بن العلاء [(٢)] وأبو عبيدة وسيبويه وأبو الحسن بلا مدته وسيبويه يعرض عليه سماعه من وإلى زيد له فأما اعتراضه على البيت فغلط وضد مذاهب الشعر لأن الراعي أن القوم ظلموا الأغنياء فافتقروا لظلمهم والنفس تستعظم ظلم الفقير وما يجب بهذا التأويل البعيد [(٣)] أن يجبه يونس بالاعتراض والرد ثم احتج بن الأنباري بما أحكيه في أثناء ما ذكر المخالفون من الفقهاء .

٢٠٣٧٤ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَـٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَـٰكِينِ ﴾ [(٤)] بدأ بالفقير والبداية تقع بالأهم فدل على أن الفقير أشدُّهم حالًا وأعظمهم حاجة .

٢٠٣٧٥ – والجواب : أن اسم الفقير يعم المسكين [وغيره وكل مسكين فقير وليس كل فقير مسكين] [(٥)] فبدأ تعالى بالفقير لأنه بدأ بالاسم العام [المسلوب الجمع] [(٦)] ثم ثنى بالمسكين [(٧)] وهو الذي أحصر وجه التخصيص و [(٨)] التأكيد كقوله تعالى : ﴿ وَمَلَـٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ ﴾ [(٩)] وقوله : ﴿ حَـٰفِظُوا۟ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلْوُسْطَىٰ ﴾ [(١٠)] وقال تعالى : ﴿ إِنَّآ أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ كَمَآ أَوْحَيْنَآ إِلَىٰ نُوحٍ وَٱلنَّبِيِّـۧنَ مِنۢ بَعْدِهِۦ ۚ وَأَوْحَيْنَآ إِلَىٰٓ إِبْرَٰهِيمَ وَإِسْمَـٰعِيلَ ﴾ [(١١)] ففي كل هذه المواضع قد دخل الثاني في عموم الأول .

٢٠٣٧٦ – ثم خصصنا الاسم لمعنى يخصه وعلى طريق التأكيد يذكره كذلك الفقير والمسكين مثله .

٢٠٣٧٧ – احتج ابن الأنباري بقوله تعالى : ﴿ أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَـٰكِينَ يَعْمَلُونَ

---

(١) هو : الفرزدق شاعر عصره وأبو فراس همام بن غالب بن صعصعة بن ناجية التميمي البصري أرسل عن علي ، ويروي عن أبي هريرة والحسين وابن عمر وأبي سعيد الخدري وطائفة ، حدث عنه : الكميت ومروان بن الأصفر وخالد الحذاء وأشعث الحمراني وآخرون توفي سنة ١١٠ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٧٤/٥ : ٤٧٥) .

(٢) هو : أبو عمرو بن العلاء بن عمال بن العريان التميمي ثم المازني البصري شيخ القراء والعربية وأمه من بني حنيفة اختلف في اسمه على أقوال أشهرها زيان وقيل : العريان مولده في نحو سنة سبعين ، حدث باليسير عن أنس بن مالك ، ويحيى بن عمر ومجاهد وأبي صالح السمان ، حدث عنه : شعبة وحماد بن يزيد وأبو أسامة والأصمعي وغيرهم ، توفي سنة ١٥٤ أو ١٥٧ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٤٠/٦ : ٥٤٢) .

(٣) في (م) ، (ع) : [العند] .

(٤) سورة التوبة : الآية ٦٠ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدرك في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) : [المنسوب للجميع] .

(٧) في (م) ، (ع) : [والمسكين] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) سورة البقرة : الآية ٩٨ .

(١٠) سورة البقرة : الآية ٢٣٨ .

(١١) سورة النساء : الآية ١٦٣ .

﴿ فِي ٱلْبَحْرِ ﴾ (١) فسماهم مساكين مع إخباره (٢) أنهم يملكون سفينة وسفن البحر تساوي مالًا عظيمًا فدل على (٣) أن المسكين من يملك بلغة إلا أنه لا يكفيه .

٢٠٣٧٨ - والجواب : أن المساكين قد تفاضلوا في المسكنة كما تفاضل الفقراء في الفقر فإذا كان الرجل يعتمل ماله إلا أن الغاية من عمله لا يبلغ قدر حاجته فهو مسكين ولا اعتبار بقيمته بمن إليه لأنها تجري مجرى الحاجة وقوله وإنما المعتبر أو يملك ما أن خرج عن يده كانت بمنزلة من لو يفقد جارحة له في التمكن من التصرف .

٢٠٣٧٩ - ألا ترى أن ما قُدَّ بمنزلة مقطوع اليد لاستحالة الكتابة بها وأصحاب السفينة كانت لهم كالآلة وكانت حرفية لا تجري عليهم ما يفضل عن مبلغ حاجتهم وقتًا وقتًا فإن غصبوها كان فقد حولوا فهم مساكين تبع ملكها وتبع غصبها وإن كانت حالتهم مع غصبها أعظم وأشد ويجوز أن تكون هذه السفينة لجماعة من أهل البحر وهم عدد كبير يعمل بالبحر لبعضهم فيها ولبعضهم في غيرهم .

٢٠٣٨٠ - ولو قسم سهمًا على جماعتهم لم يبلغ ما نصيبه أحدهم مبلغًا يكفيه وقتًا واحدًا فهم مساكين في الحقيقة وإن كان ملكهم لها حاصلاً على اللام في قوله تعالى : ﴿ لِمَسَٰكِينَ ﴾ (٤)، تفيد الاختصاص دون الملك كقوله تعالى : ﴿ لَهُمْ نَارُ جَهَنَّمَ ﴾ (٥) فيجوز أن يكونوا اختصوا بالسفينة غير مالكين لها إما بأن يكون لهم مأوى وهم يستطعمون من ركبها وإما أن يكون شيئًا من عملها يركب لا إليهم إلا أن جدوى ذلك عليهما لا يفضل بين قدر حاجتهم فلا يبلغها .

٢٠٣٨١ - فلو غصبها الملك في كلا الوجهين لأهلكهم ذلك بأن لا يجد ما يقوم لهم مقامها .

٢٠٣٨٢ - وجواب آخر أنها كانت لقوم مرضى جزمًا يعمل فيها غيرهم وأضاف العمل إليهم لأمرهم به فسماهم مساكين على طريق الترجمة وقد يترجم العرب مسكين وبائس ومنه بيت الكتاب .

---

(١) سورة الكهف : الآية ٧٩ .

(٢) في (م) : [اختبارهم] ، وفي (ع) : [أخبارهم] .

(٣) ساقطة من (ص) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٥) سورة فاطر : الآية ٣٦ .

فأصبحوا والنوى على نصر سهم وليس كل النوى يلقى المساكين

٢٠٣٨٣ - قال سيبويه بعد ذكر النصب على المدح والذم [1]

والسم على الأنهار والبحر على التعريف ومن كان هذا الرحم

٢٠٣٨٤ - والترحم يكون بالمسكين والبائس ونحوه ولا يكون لكل صفة ولا يكون بكل اسم ولكن رحموا بما يرحم به [2] العرب ، زعم الخليل أنه يقول : مررت به المسكين على البدل وفيه معنى الترحم وبدل كبدل مررت به أخيك .

٢٠٣٨٥ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « ليس المسكين الذي ترده [الشربة والشربتان و] [3] اللقمة واللقمتان ولكن المسكين الذي لا يجد ما يعينه » [4] ، وهذا نص في بيان ما تقوله فلو ثبت ما ورد ولم يدل على ما يعفه عن المسألة على أنه أحسن حالًا من الفقير ؛ لأن اللّٰه تعالى قال : ﴿ لِلْفُقَرَآءِ ٱلَّذِينَ أُحْصِرُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِى ٱلْأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ ٱلْجَاهِلُ أَغْنِيَآءَ مِنَ ٱلتَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُم بِسِيمَٰهُمْ ﴾ [5] .

٢٠٣٨٦ - فعلى قود قولهم يقتضي أن يكون للفقير ما يتعفف به .

٢٠٣٨٧ - قالوا : روي أن النبي ﷺ « كان يتعوذ من الفقر » [6] وهو الفقر اللازم فكان يقول : « اللّٰهم أحيني مسكينًا وأمتني مسكينًا واحشرني في زمرة المساكين » [7] .

٢٠٣٨٨ - قلنا : الفقر الذي استعاذ منه وهو الفقر إلى غيره والمسكنة التي سألها

---

(١) قال سيبويه بعد ذكر النصب على المدح والذم « ومن هذا الترحم ، يكون بالمسكين والبائس ونحوه ، ولا يكون بكل صفة ولا كل اسم ، ولكن ترحم بما ترحم به العرب . وزعم الخليل أنه يقول : مررت به المسكين على البدل ، وفيه معنى الترحم وبدله كبدل مررت به أخيك » انظر : الكتاب لسيبويه (٢/٧٤ : ٧٥) ، تحقيق عبد السلام هارون الهيئة المصرية العامة للكتاب ط١٩٧٧ .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٤) متفق عليه أخرجه : البخاري في كتاب الزكاة ، باب قول اللّٰه تعالى : ﴿ لَا يَسْـَٔلُونَ ٱلنَّاسَ إِلْحَافًا ﴾ وكم الغنى (٢/٥٣٨) ، برقم ١٤٠٩ ، ومسلم : في كتاب الزكاة باب المسكين الذي لا يجد غنىً ولا يفطن له فيُتَصَدَّق عليه (٢/٧١٩) برقم ١٠٣٩ .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٧٣ .

(٦) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٧/١٢) ، كتاب الصدقات باب ما يستدل به على أن الفقير أمس حاجة من المسكين .

(٧) أخرجه البهيقي في السنن الكبرى (٧/١٢) .

هي [١] التي لا افتقار معها إلى الغير وقد يفتقر إلى غيره من له شيء ويتعفف عن من لا شيء له يدل على ذلك لأنه مأخوذ من انتشار الفقار هي خرر الطهر الصلب ومأخوذ من فقرت الفاقرة إذا استأصله الحاجة ، والمسكين مأخوذ من الخضوع والتضرع والسكون .

٢٠٣٨٩ - قلنا : هذا الاحتجاج لا يصح لأنه ليس يلزم في اسم الجنس من أن يكون مشتقًّا كما يلزم في اسم الفاعل ، وإن لزم ذلك فقد ادعيتم أن الفقير موصوف عن مفقور إلى فقير

٢٠٣٩٠ - كما قيل : مجروح وجريح فلما أنكرتم أن الفقير مشتق من الفقر الذي هو عدم الغنى بمنزلة استحقاق طرف من الطرف فإن قلت إن الفقر مشتق بما ذكرته .

٢٠٣٩١ - كما قيل : استحجر الطين استحجار وما سبق بمصدر اسم الحجر فلما لك اشتق يلزم الاشتقاق في اسم الجنس .

٢٠٣٩٢ - وقد كان يعقوب يقول في المنطق : « وقد قفرت البعير أفقره فقرًا » [٢] إذا أحرز به تحديدًا أو بوده ثم وضعت على موضع الحرز عليه ، وفقر يكون أن له به وبرضة منه .

٢٠٣٩٣ - ومنه قيل : عمار الفاقر كما ينكران أن يكون الفقر إنما سمي فقرًا اسم هذا الفقر لما يلحق بعد سبق الغنى من الملكة وأما قولهم في المسكين إنه مأخوذ من التضرع فما أنكروا أنه مأخوذ من انتفاء الحركة عند شبهها بالميت قال ﷺ « لكن البائس سعد بن خولة » [٣] إن مات .

٢٠٣٩٤ - ومن صح إنه يقال له بائس صح إنه يقال له مسكين ومتى كان المسكين أخذ من السكون والسكون المطلق هو الموت وهذه طريقة الاشتقاق .

٢٠٣٩٥ - قولهم : والصحيح أنها غير معتمدة وإنها قل ما اقتضت بسالكها إلى ظفر والمعتمد مما قالت العلماء نقلًا عن العرب في المراد باللفظ .

٢٠٣٩٦ - قال ابن الأنباري : قال اللّه تعالى : ﴿ أَوْ مِسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ ﴾ [٤] معناه قد ألصق بالتراب من شدة الفقر فلما نعته بهذا النعت علمنا أن كل مسكين ليس على هذه الصفة .

---

(١) ساقطة من (ص) . (٢) انظر : إصلاح المنطق ص٢٥١ .

(٣) متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب الجنائز باب رثي النبي ﷺ سعد بن خولة (٤٣٥/١) برقم ١٢٣٣ ومسلم في كتاب الوصية باب الوصية بالثلث (١٢٥٠/٣) برقم ١٦٢٨ .

(٤) سورة البلد : الآية ١٦ .

٢٠٣٩٧ - ألا ترى أنك إذا قلت : اشتريت ثوبًا واعلم نعته هذا النعت لأنه لنفس كل ثوب له علم كذلك المسكين الأغلب أن له شيء فلما كان المسكين مخالفًا لسائر المساكين .

٢٠٣٩٨ - قلنا : هذا نبه على أن الصفة لا تكون إلا لدفع الإلباس وهذا غير لازم لأن صفات اللّٰه تعالى وصفات إبليس - لعنه اللّٰه - لا تقع لدفع الإلباس فإن قال أنها لله المدح وفي إبليس الذم .

٢٠٣٩٩ - قلنا : فما تقول في قوله تعالى : ﴿ وَمَنَوٰةَ ٱلثَّالِثَةَ ٱلْأُخْرَىٰٓ ﴾ [١] وقد قال : ﴿ أَفَرَءَيْتُمُ ٱللَّٰتَ وَٱلْعُزَّىٰ ﴾ [٢] وقد علم أن مناة الثالثة تم وصفها بذلك وليس في هذه الصفة وقع الناس فكذلك قوله تعالى : ﴿ وَٱلنَّخْلُ ذَاتُ ٱلْأَكْمَامِ ﴾ [٣] لأنه ما من نخل وهو كذلك وهكذا قوله تعالى : ﴿ وَٱلْحَبُّ ذُو ٱلْعَصْفِ وَٱلرَّيْحَانُ ﴾ [٤] وقرأه ابن مسعود وتعجب أبي ثم يقول له الصفة هاهنا مخصصة ؛ لأن المسكين يقع على الغير على طريق الرحم ، فقد جاء مسكنة امرأة بغير زوج فكذلك وصفه اللّٰه تعالى المسكين بما وصف به .

٢٠٤٠٠ - قال الأزهري في كتابه عن ابن الأعرابي أنه أنشد لبعض العرب :

هل لكم في أجر عظيم نؤجره معيب مسكينًا قليلًا عسكره عشر شياه سمعه وبصره

٢٠٤٠١ - وقال ابن الأعرابي : عسكره جميع ماله فسماه مسكينًا وله عشر شياه فلا يجوز أن يكون مسكينًا على طريق الترحم لا من حيث الفقر .

٢٠٤٠٢ - وعلى أن عهدنا من له عشر شياه يجوز أن يكون مسكينًا [٥] إذا كان لا يفضل عن كفايته وقت واحد فإذا فضل ما في يده عن كفايته وقتًا واحد لم يكن مسكينًا وكان فقيرًا فلم يكن في هذا دليل . ومن العجب يحكى / . ٢٣٠/أ

٢٠٤٠٣ - عن ابن يونس وأبي زيد وابن دريد ما يحكى لنا عن رجل فقير فذكر لنابغة العرب روي عن الأعرابي وهو لم يلق ثعلبًا ينشد شعر الأعرابي لا يعرف مقابل بيت الراعي وهو في درجة جرير وفرزدق وقد أنشده لعبد الملك بن مروان .

* * *

(١) سورة النجم : الآية ٢٠ .
(٢) سورة النجم : الآية ١٩ .
(٣) سورة الرحمن : الآية ١١ .
(٤) سورة الرحمن : الآية ١٢ .
(٥) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

مسألة ١٠١٨

القوي الذي له كسب يكفيه

٢٠٤٠٤ – قال أصحابنا : القوي الذي له كسب فيكفيه وليس له مقدار نصاب يكره له المسألة فإن تصدق عليه جاز [١] .

٢٠٤٠٥ – وقال الشافعي : لا يجوز أن يدفع إليه من نصيب الفقراء [٢] .

٢٠٤٠٦ – لنا : قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ ﴾ الفقير ضد الغني ومن يقدر على الاكتساب لا يوصف بالغنى فكان فقيرًا .

٢٠٤٠٧ – ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ لِّلسَّآئِلِ وَٱلۡمَحۡرُومِ ﴾ وقوله ﷺ : « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم » [٣] فجعل الناس صنفين صنفًا يؤخذ منه الزكاة وصنفًا يرد عليهم .

٢٠٤٠٨ – وقد ثبت أن القوي المكتسب لا يؤخذ منه فصار من الصنف الآخر الذي يدفع إليه ولأنه غير مالك لمقدار النصاب فهو كمن لا كسب له ولا يلزم الصبي إذا كان أبوه غنيًا والكبار ذوي القربى .

٢٠٤٠٩ – لأن الأصل والفرع يستويان في ذلك .

٢٠٤١٠ – ولأن من جاز له أخذ الزكاة إذا كان ضعيفًا جاز له أخذها وإن كان قويًا أصله الغارم والمكاتب .

٢٠٤١١ – ولأن ما لا يمنع دفع الزكاة إلى المكاتب لعدم ملكه له .

٢٠٤١٢ – ومثل ذلك لا يمنع في غير المكاتب .

٢٠٤١٣ – ولأن تحريم الصدقة مع أحكام الغني فلم يجعل القدرة على الاكتساب فيه كوجود المال أصله وجوب الزكاة والحج ونفقة الموسرين .

---

(١) قال الإمام الطحاوي : « ويجوز دفعها إلى من يملك أقل من ذلك وإن كان صحيحًا فكتب لأنه فقير » انظر : مختصر الطحاوي ص٥٢ .

(٢) قال الإمام الشيرازي : « ولا يجوز دفعها إلى من يقدر على كفايته بالكسب للخبز ولأن غناه بالكسب كغناه بالمال » انظر : المهذب للشيرازي (١٧٥/١) ، الأم كتاب قسم الصدقات . جماع بيان أهل الصدقات (٧٨/٢) .

(٣) سبق تخريجه .

٢٠٤١٤ – فإن قيل : الحج يجب بملك الزاد والراحلة ، والزكاة تجب بملك النصاب .

٢٠٤١٥ – قلنا : وكذلك يحرم تملك المال عندنا فلا فرق بينهما .

٢٠٤١٦ – لأن كل من جاز دفع الزكاة إليه إذا لم يكن من القرابة أصله الذي لا كسب له .

٢٠٤١٧ – فإن سلموا الوصف وإلا دللنا عليه بما روي أن النبي ﷺ « دفع من الخمس إلى ذوي القربى وكانوا أقوياء » (١) .

٢٠٤١٨ – ولأنه جزء من الغنيمة فجاز دفعه إلى القوي كالأربعة أخماس .

٢٠٤١٩ – احتجوا : بما روى سفيان بن عينية عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن عجان عن ابن الخيار أن رجلين (٢) أخبراه إنهما « أتيا النبي ﷺ وهو يقسم الصدقات فسألاه منها فنظر إليهما وصعد نظره ثم أطرق رأسه ثم نظر إلى الأرض [ثم قال] (٣) : إن شئتما أعطيتكما ولاحظ فيها لغني ولا لذي قوة يكتسب » (٤) وروي لذي مرة سوى .

٢٠٤٢٠ – قلنا : لما قال : إن شئتما أعطيتكما . دل على جواز الدفع لولا ذلك لم يجز أن يدفع مالا يجوز دفعه بسببهما وإذا كان الدفع جائزًا علم أن قوله لاحق فيها لقوي يعني في طلبها وكذلك نقول : إن الطلب لا يجوز ، ويجوز الأخذ من غير طلب .

٢٠٤٢١ – فإن قيل : قوله لاحظ فيها لغني معناه لاحظ في أخذها .

٢٠٤٢٢ – وكذلك قوله : « لا ولذي قوة » لأن الكناية ترجع إلى المذكور وهو العطاء .

٢٠٤٢٣ – قلنا : لا يمكن الجمع بين تخييرهما في الدفع وقوله لاحق فيها إلا على هذا الوجه فنحن نحمله على ذلك بهذا الدليل ، ونعدل به عن الظاهر الذي .

٢٠٤٢٤ – قالوا : قادر على كفايته يومًا بيوم فصار كمن في ملكه نصابًا يكفيه ربحه .

---

(١) رواه مسلم في حديث طويل وفيه تزويج رسول الله ﷺ ذوي قرباه من الخمس ، في كتاب الزكاة باب استعمال آل النبي ﷺ على الصدقة (٧٥٢/٢ ، ٧٥٣) ، برقم ١٠٧٢ ، وأحمد (١٦٦/٤) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢٢٤/٤) ، وأبو داود (١١٨/٢) ، برقم ١٦٣٤ ، والترمذي (٣٣/٣) ، برقم ٦٥٢ ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٤/٧) .

٢٠٤٢٥ - قلنا : القادر على الكفاية لا يلحقه بالأغنياء في وجوب الحج ونفقة الموسرين .

٢٠٤٢٦ - كذلك في تحريم الصدقة والمعنى في مالك النصاب أنه غني بمقدار المال وفي مسألتنا بخلافه .

٢٠٤٢٧ - فإن قالوا : من عليه وقف عقار تكفيه غلته لا تحل له الصدقة وهو لا يملك النصاب .

٢٠٤٢٨ - قلنا : لا تحرم الصدقة عليه لأنه قادر على الكفاية من غير مال .

٢٠٤٢٩ - قالوا : من حرمت عليه المسألة حرمت عليه الصدقة أصله من له مال .

٢٠٤٣٠ - قلنا : عندنا يكره له المسألة ولا تحرم ولأن المسألة مفارقة للأجل بدلالة قوله ﷺ لعمر : « ما جاءك من هذا المال من غير استشراف ولا مسألة فخذه فإنه مال اللّٰه يؤتيه من يشاء » فدل على مفارقة المسألة للأخذ والمعنى في مالك ما قدمناه .

٢٠٤٣١ - قالوا : نوع قدره يسقط عن الأقارب نفقته أو يوجب عليه نفقة الأقارب فوجب أن تحرم الصدقة من سهم الفقراء أصله ملك النصاب .

٢٠٤٣٢ - قلنا : سقوط نفقته عن أقاربه لم يجب عليه نفقة الموسر والزكاة كذلك لا تمنع دفع سهم الفقير إليه .

٢٠٤٣٣ - ولأن الأقارب يلزم كفايته ، فإذا كان مكتفيًا سقطت عنهم ودفع الزكاة لم يقدر بالكتابة بدلالة أنه يجوز أن يدفع إليه أضعاف كفايته فلهذا لم يمنع من الدفع إليه .

٢٠٤٣٤ - ولأن الوصف [لم يدفع إليه] ولم يسلم على إطلاقه لأن الولد الغني يلزمه نفقة أبويه وإن كانا يقدران على الكسب فأما قولهم أنه يجب عليه نفقة أقاربه قد قال أبو يوسف لا يجبر على نفقة الأقارب إلا من ملك مقدار النصاب .

٢٠٤٣٥ - وقال محمد : إذا كان يكسب أكثر من كفايته فوجب النفقة في الفاضل. وليس عن أبي حنيفة رواية .

* * *

مسألة ١٠١٩

أخذ العامل من الزكاة

٢٠٤٣٦ - قال أصحابنا : ما يأخذه العامل من الزكاة يأخذه عوضًا عن عمله وليس بزكاة [١] .

٢٠٤٣٧ - وقال الشافعي : إن أعطاهم الإمام رزقًا من بيت المال لم يجز أن يأخذوا زكاة وكذلك إن بدلهم أجرة معلومة على مدة وإن لم يفعل فما يأخذونه زكاة .

٢٠٤٣٨ - لنا : قوله ﷺ : « إنه لا حق فيها لغني » [٢] .

٢٠٤٣٩ - ولأنه يستحق لأجل عمله فما يأخذه عوضًا عن العمل وليس بزكاة كسائر العمال في مصالح المسلمين ، ولأنه مال للنصاب يده ثابتة عليه فلم يجز له أخذ الصدقة لغير العامل .

٢٠٤٤٠ - ولأن ما يأخذه لو كان زكاة لم يجز عنها لأن الزكاة لا يجوز لرب المال دفعها عوضًا عن شيء كما لو ابتاع بها عبدًا يعتقه وبنى بها مسجدًا .

٢٠٤٤١ - ولأن الشافعي قد قال : ينظر الإمام إلى ثمن الصدقة إن كانت مثل أجرته دفعها إليه وإن كانت أقل ثمنها له من بيت المال ، وإن كانت أكثر أخذ الفضل ولو كان يأخذها زكاة لم يرتجع الفاضل منها على مقدار أجرته [٣] .

٢٠٤٤٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلْعَـٰمِلِينَ عَلَيْهَا ﴾ [٤] .

٢٠٤٤٣ - والجواب : إنه لما علق الاستحقاق بعملهم نبه أن ذلك عوض وليس بصدقة ولهذا يتقدر بإجماع فلا تدفع إليهم الزيادة على أجرتهم .

---

(١) انظر البدائع (٤٤/٢) ، حيث قال الكاساني : « أما العاملون عليها فهم الذين نصبهم الإمام لجباية الصدقات واختلف فيما يعطون ، فقال أصحابنا : يعطيهم الإمام كفايتهم منها . حيث قال الخطيب الشوبيني : « فلو فرقها المالك أو حملها إلى الإمام سقط ، والقاضي والوالي والإقليم إذا قاموا بذلك فلا حق لهم في الزكاة ، بل رزقهم إذا لم يتطوعوا للعمل في خمس الخمس المرصد للمصالح العامة ، فإن عملهم عام » . وانظر أيضًا : الوجيز (٩٥/١) ومغنى المحتاج (١٠٩/٣)

(٢) سبق تخريجه .

(٣) انظر المهذب (١٧١/١) .

(٤) سورة التوبة : الآية ٦٠ .

٢٠٤٤٤ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة » (١) وذكر الغازي والعامل .

٢٠٤٤٥ - قلنا : أراد بها لا تحل لغني إلا أن يأخذها عوضًا ليبين بذلك الفرق بين الغني والهاشمي .

٢٠٤٤٦ - لأن الهاشمي لا يأخذها عوضًا عن عمله والغني يأخذها عوضًا على طريق العوض فبين الفرق حتى لا يشكل أخذ الأمرين بالآخر

٢٠٤٤٧ - قالوا : صنف منصوص عليه كسائر الأصناف .

٢٠٤٤٨ - قلنا : سائر الأصناف يستحقون السهم بكل حال والعامل لا يستحق إلا بالعمل ولأن سائر الأصناف لا يقدر ما يأخذونه بغني من جهتهم والعامل بقدر ما يأخذه فإن كان عمله زائدًا أخذ الفضل وإن كان السهم زائدًا رد الفضل فدل على افتراق الأمرين .

٢٠٤٤٩ - قالوا : الهاشمي لا يكون عاملًا بدلالة ما روي أن الفضل بن العباس والمطلب بن ربيعة سألا النبي ﷺ « العمالة على الصدقات فقال : إن الصدقة أوساخ الناس وإنها لا تحل لمحمد وآل محمد » (٢) .

٢٠٤٥٠ - قالوا : فلولا أنهم يأخذون الصدقة لم تحرم عليهم .

٢٠٤٥١ - قلنا : ما يأخذونه عوض بدلالة ما بينا ولو حكينا القياس جاز أن يكونوا أعمالًا ولكنه ﷺ أكد التحريم عليهم ومنعهم منها على من فيه فأخرجها من فمه ، وإن كان التحريم لا يثبت في حق الطفل ولكنه فعل ذلك على طريق التغليظ والتشديد .

* * *

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٥٦/٣) ، وأبو داود (١١٩/٢) برقم (١٦٣٥) ، وابن ماجه (٥٩٠/١) برقم (١٨٤١) .

(٢) سبق تخريج ، وهو حديث رفع رسول الله ذوي القربى من الخمس ، رواه مسلم في حديث طويل كتاب الزكاة باب ترك استعمال آل النبي على الصدقة (٧٥٢/٢-٥٧٤) برقم (٢٠٧٢) ، وأحمد (١٦٦/٤) .

مسألة ١٠٢٠

دفع الزكاة إلى أغنياء الغزاة

٢٠٤٥٢ – قال أصحابنا : لا يجوز دفع الزكاة إلى أغنياء الغزاة (١) .

٢٠٤٥٣ – وقال الشافعي يجوز ذلك (٢) .

٢٠٤٥٤ – لنا : قوله ﷺ : « أمرت أن أخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم » (٣) وقال لمعاذ « أعلمهم أن اللّٰه فرض عليهم حقا في أموالهم يؤخذ من أغنيائهم ويرد في فقرائهم » (٤) .

٢٠٤٥٥ – ولأنه مالك لمقدار النصاب ويده ثابتة عليه لم يجز دفع الصدقة إليه كغير الغازي [ولأن ما يمنع دفع الزكاة إلى غير الغازي] (٥) يمنع دفع الزكاة إلى الغازي كالأبوة والبنوة .

٢٠٤٥٦ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾ .

٢٠٤٥٧ – قلنا : هذا يدل على جواز الدفع إلى الغازي الفقير شرط بدلالة خبرنا وكما ذكره على ابن السبيل وإن كان لا يجوز الدفع إليه مع الغني .

٢٠٤٥٨ – قالوا : روى أبو سعيد الخدري عن النبي ﷺ قال : « لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة : الغازي في سبيل اللّٰه ، والعامل عليها ، والغارم ، ورجل اشتراها ، ورجل له جار مسكين » (٦) فتصدق على المساكين وأهدى للغني .

٢٠٤٥٩ – قلنا : محمول على الغازي المنقطع عن ماله بدلالة خبرنا على أن خبرنا أشهر في النقل وأثبت وفيه بيان من يستحق الصدقة ومن تستحق عليه فكان أولى ، ويجوز أن يحمل على الغني وكسبه الذي تحرم عليه المسألة إلا أن يكون غازيًا .

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ص٥٢ حيث قال : « وأهل سبيل اللّٰه ﷺ هم أهل الجهاد من الفقراء » . والبدائع (٤٦/٢) .

(٢) والمهذب (١٧٣/٢) قال الشيرازي : « ويعطي الغازي مع الفقر والغني للخبر الذي ذكرناه في الغارم » ، والوجيز (٢٩٤/١) .

(٣ ، ٤) سبق تخريجه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٦) سبق تخريجه .

٢٠٤٦٠ - قالوا : الغازي يستحق الصدقة لحاجتنا إليه فجاز أن يأخذها مع الغني كالعامل

٢٠٤٦١ - قلنا : يبطل بقضاة المسلمين تجوز الصدقة إليهم إذا كانوا فقراء ولم يكن في بيت المال الفرس لا يجوز دفعها إليه مع الغني وإن احتجنا إليهم ثم العامل .

٢٠٤٦٢ - قد بينا أنه يأخذ عوضًا عن عمله / ولا يأخذها زكاة والغازي لا يأخذ عوضًا . ٢٣٠

* * *

مسألة ١٠٢١

ملك النصاب أو مقدار النصاب زيادة

٢٠٤٦٣ - قال أصحابنا : من ملك نصابًا أو مقدار النصاب زيادة على مسكنه وخادمه وثياب بدنه وفرسه وسلاحه لم تحل له الصدقة (١) .

٢٠٤٦٤ - وقال الشافعي : إذا كان له مال يربح فيه ما يكفيه أو عقار يغل ما يكفيه لنفقته وعياله لم تحل له الصدقة وإن كان ذلك أقل من النصاب فإن كان له نصاب وهو لا يربح فيه ما يكفيه على الدوام دفع إليه من الصدقة زيادة في رأس ماله حتى يصير بحيث يكفيه ربحه ويدفع إلى صاحب العقار ما يبتاع به عقارًا حتى يبلغ عقاره (٢) ما يكفيه دخله ومن أصحابه [من اعتبر الكفاية كفاية نفسه ومنهم] (٣) من اعتبر كفاية العمر .

٢٠٤٦٥ - لنا : قوله ﷺ « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها في فقرائكم » فجعل الناس صنفين أحدهما يأخذ منه الزكاة والآخر ترد عليه فمن أثبت صنفًا ثالثًا يؤخذ منه الزكاة ويرد عليه فقد خالف الظاهر .

٢٠٤٦٦ - فإن قيل : العشر عند أبي حنيفة يؤخذ من الفقير ويرد عليه غير عشره قلنا ليس بصدقة عنده .

٢٠٤٦٧ - قالوا : ابن السبيل يدفع إليه ولا يجب عليه أيضًا حتى يعود إلى ماله ثم لو ثبت ما قالوه فيهما كان الظاهر يمنع منه فإذا ثبت لقيام الدلالة بقي ما سواه على ظاهره .

٢٠٤٦٨ - ويدل عليه قوله ﷺ : « لا تحل الصدقة لغني » ومن له عشر لا يربح فيه ما يكفيه فهو غني بها ولأنه مالك لما تجب فيه الزكاة ويده ثابتة عليه فلم يجز أخذ الزكاة كما لو كان فيه كفاية .

٢٠٤٦٩ - ولأنه قادر على النصاب فلم يجز له أخذ الزكاة كما لو كان يكتسب فيه نفقة ولأن أخذ الزكاة يجوز للحاجة فلا يعتبر فيه [حاجة مستقلة وإنما تعتبر الحاجة

---

(١) انظر : الهداية (١١٤/١) حيث جاء فيه : « ولا يجوز دفع الزكاة إلى من يملك نصابًا من أي مال كان » .

(٢) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش

لحاضره أصله أكل الميتة ووجوب نفقة] [١] ذوي الأرحام .

٢٠٤٧٠ – احتجوا : بحديث قبيصة بن المخارق أنه حمل حمالة فأتي النبي ﷺ فقال : « يؤديها عنه من نعم الصدقة يا قبيصة إن المسألة حرمت إلا من ثلاثة : رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة فأصابت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قوامًا من عيش أو سدادًا من عيش ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة حتى يعلم ثلاثة من ذوي الحجى من قومه أن به حاجة فحلت له المسألة حتى يصيب قوامًا من عيش ثم يمسك » [٢] وما سوى ذلك من المسألة فهو مستحب .

٢٠٤٧١ – قالوا : وهذا يدل على أن المسألة تحل بالحاجة وتحرم بإضافة القوام من العيش .

٢٠٤٧٢ – قلنا : هذا الخبر دليلنا لأن من له مال لا يكفيه سنين كثيرة فليس بمحتاج فتحرم عليه المسألة وهو واجد القوام من العيش الصائر الخبر فيه تحريم المسألة وإباحتها وليس إباحة الأخذ من تحريم المسألة في شيء وقد بينا ذلك .

٢٠٤٧٣ – قوله : لا يقدر على كفايته على الدوام فوجب أن يكون من الفقراء أصله إذا كان معه أقل من النصاب .

٢٠٤٧٤ – قلنا : عدلتم عن التعليل للحكم الذي هو جواز الأخذ حتى لا يقيس بالكافر وبذي القربى فعللتم الأسامي والأسامي بالأقيسة وإنما يرجع في الفقر والغني إلى العادة ثم الأحكام المتعلقة بالقدرة يعتبر فيها الحال فإما أن يعتبر دوام الحاجة فلا يأكل الميتة .

٢٠٤٧٥ – والمعنى فيمن معه أقل من النصاب أن الزكاة لا يجوز أن تتعلق بما في يده على الانفراد فكان فقيرًا ومن معه نصاب تجب الزكاة عليه حال انفراده به فلم يكن فقيرًا وهذا ما قبل ما ذكروه من إثبات الفقر وإن كان الصحيح أن يقع التعلل للأحكام دون غيرها .

٢٠٤٧٦ – قالوا : يجوز أن يدفع إلى الفقير أكثر من النصاب دفعه فجاز دفعه إليه متفرقا بمقدار النصاب

٢٠٤٧٧ – قلنا : نقول بموجبه دفعه عندنا يجوز متفرقًا إذا دفع إليه النصاب فوهبه لغيره ثم دفع إليه الثاني ولأنه إذا دفعه جملة صادف الدفع الثاني الغنى فلم يجز .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الزكاة باب من تحل له المسألة (٧٢٢/٢) برقم (١٠٤٤) ، وأبو داود (١٢٠/٢) برقم (١٦٤٠) ، وأحمد (٤٧٧/٣) .

٢٠٤٧٨ – قالوا : ملك النصاب والحاجة معنيان مختلفان بجواز اجتماعهما فجاز اجتماع حكمهما وهما أخذ الصدقة منه ودفعها إليه .

٢٠٤٧٩ – قلنا : لا نسلم أن الحاجة وملك النصاب يجتمعان لأن الحاجة مرتفعة في الحال لوجود الغنى والدين مقدران يدفع به الوقت وإنما توجد الحاجة في الثاني وأخذ الزكاة لا يجوز لحالة مستقبلة وإنما يجوز لحالة حاضرة كأكل الميتة .

٢٠٤٨٠ – فإن قيل : اليتيم يجوز للحاجة ثم من معه ماء وهو يخاف العطش في الثاني يجوز له التيمم قلنا اليتيم عندنا لا يقف على الحاجة .

٢٠٤٨١ – لأنه يجوز قبل دخول الوقت ولا حاجة إليه .

٢٠٤٨٢ – قالوا : ثياب البدن ودار السكنى يجوز دفع الزكاة مع ملكها وإن كانت ثياب الحاجة إليها كذلك النصاب إذا كان محتاجًا إليه

٢٠٤٨٣ – قلنا : ثياب البدن ودور السكنى ممنوع من بيعها فلم يعتد بها في الغني بهذا المعنى والنصاب لم يمنع من إنفاقه على نفسه فلذلك اعتد به في الغنى .

* * *

مسألة ١٠٢٢

سهم المؤلفة قلوبهم

٢٠٤٨٤ - قال أصحابنا : : سهم المؤلفة يسقط (١) .

٢٠٤٨٥ - وقال الشافعي : في أحد قوليه لم يسقط ويجوز أن يصرف إلى وجوه الكفار ومن يطاع منهم ليتألف على الإسلام وليدفع ضرره عن المسلمين (٢) .

٢٠٤٨٦ - قالوا : فكيف تكون المؤلفة من المسلمين مثل مسلم حَسُنَ إسلامه له نظير من الكفار دفع إلى المسلم ليطع الكافر في مثل ذلك فيسلم وقد يسلم أفراد قبيلة فلا يحسن إسلامهم فيعطون لحسن إسلامهم .

٢٠٤٨٧ - لنا : أن عمر وعثمان وعليًا لم يعطوا المؤلفة .

٢٠٤٨٨ - وروي أن رجلًا جاء إلى عمر فسأله العطا فقال « إنا لا نعطي على الإسلام شيئًا » (٣) ﴿ فَمَن شَآءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَآءَ فَلْيَكْفُرْ ﴾ (٤) .

٢٠٤٨٩ - ولأن النبي ﷺ أعطاهم ليدفع ضررهم عن المسلمين وقد أعز اللَّه الإسلام وأغنى أهله عن مصانعة الكفار .

٢٠٤٩٠ - لأنه كافر فلا يجوز دفع الزكاة إليه كسائر الأغنياء فأما المسلم فإن كان

---

(١) قال الإمام السرخسي : وأما المؤلفة قلوبهم فكانوا قومًا من رؤساء العرب كأبي سفيان بن حرب وصفوان بن أمية وعيينة بن حصن والأقرع بن حابس وكان يعطيهم رسول اللَّه ﷺ بفرض اللَّه سهمًا من الصدقة يؤلفهم به على الإسلام فقيل : كانوا قد أسلموا . فإن قيل : كيف يجوز أن يقال بأنه يصرف إليهم وهم كفار . قلنا : الجهاد واجب على الفقراء من المسلمين والأغنياء لدفع شر المشركين فكان يدفع إليهم جزءًا من مال الفقراء لدفع شرهم وذلك قائم مقام الجهاد في ذلك الوقت ثم سقط ذلك السهم بوفاة رسول اللَّه ﷺ ، وقال الشعبي : انقضى الرشا بوفاة رسول اللَّه ﷺ . انظر : المبسوط (٩/٣) ، مختصر الطحاوي ص٥٢ . والثاني : يعطون لأن المعنى الذي أعطوا قد يوجد بعد النبي ﷺ .

(٢) جاء في المهذب للشيرازي : وسهم المؤلفة قلوبهم وهم ضربان : مسلمون وكفار فأما الكفار فضربان : ضرب يرجي خيره ، وضرب يخاف شره . وقد كان النبي ﷺ يعطيهم وهل يعطون بعده فيه قولان أحدهما : يعطون لأن المعنى الذي أعطاهم به رسول ﷺ قد يوجد بعده ، والثاني لا يعطون لأن الخلفاء ﵃ بعد رسول اللَّه ﷺ لم يعطوهم . وقال عمر : إنا لا نعطي على الإسلام شيئًا من شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر. انظر : المهذب (١٧١/١) .

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٠/٧) .

(٤) سورة الكهف : الآية ٢٩ .

فقيرًا فالدفع إليه جائز وإن كان غنيًا لم يجز دفع الزكاة مع الغني كسائر الأغنياء .

٢٠٤٩١ – ولأن المسلم الضعيف الإسلام مقيم على معصية وذلك لا يبيح دفع الزكاة كسائر المعاصي .

٢٠٤٩٢ – والذي [١] روي أن النبي ﷺ : « دفع إلى المؤلفة [٢] فإنما فعل ذلك لأن حاجة الفقراء دعت إلى ذلك ألا ترى أنه إذا أكفاهم سقط القتال وفي ذلك منعة للفقراء وهذا المعنى قد زال .

٢٠٤٩٣ – قالوا : « أنه أعطى الزبرقان بن بدر وعدي بن حاتم بعد ما أسلما [٣] .

٢٠٤٩٤ – قلنا : يجوز أن يكون أعطاهما من الخمس والخلاف بيننا في الدفع من الزكاة .

٢٠٤٩٥ – قالوا : روي أن عدي بن حاتم قدم على أبي بكر الصديق بصدقة قومه فأعطاه أبو بكر منها ثلاثين بعيرًا وأمر أن يلحق خالد بن الوليد فلحق فيه في زهاء ألف فارس [٤] .

٢٠٤٩٦ – قلنا : دفع إليه من سهم العاملين لأنه مولى أخذها وحملها والكلام في الدفع إليهم من سهم الفقير .

* * *

(١) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٢) أخرجه البخاري في في كتاب التفسير باب قوله والمؤلفة قلوبهم (٨٤/٦) ، ومسلم في كتاب الزكاة باب إعطاء المؤلفة قلوبهم على الإسلام ... (٧٣٨/٢) .

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٢٠/٧) .

(٤) أخرجه الإمام الشافعي في الأم كتاب الزكاة ، وكتاب قسم الصدقات باب جماع تفريع السهمان (١٢/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٠/٧) .

مسألة ١٠٢٣

يدفع إلى ابن السبيل ما يبلغه إلى وطنه

٢٠٤٩٧ - قال أصحابنا : ابن السبيل المسافر المنقطع عن ملكه يدفع إليه ما يبلغه إلى وطنه [(١)] .

٢٠٤٩٨ - وقال الشافعي : ابن السبيل هو المسافر ومن أراد أن يمشي سفرًا إلى وطنه وليس له ما يبلغه ، .

٢٠٤٩٩ - وهذه المسألة لا يتصور فيها الخلاف .

٢٠٥٠٠ - لأن عندنا الدفع بالحاجة فمن كان مسافرًا ومن أراد أن يمشي السفر سواء في ذلك ، وإنما نقول أن الاسم لا يتناول المقيم .

٢٠٥٠١ - لأن السبيل الطريق رأسه لا بيته وركبه وتشاغل به فأما من عزم على السفر فحقيقة الاسم لا يتناوله فلم يحمل عليه .

٢٠٥٠٢ - ولأنه مقيم فلا يصرف إليه سهم ابن السبيل كمن لم يعزم على السفر [(٢)] .

٢٠٥٠٣ - احتجوا : بأنه مريد لسفره ليس بمعصية وهو من أهل الصدقة فجاز أن يدفع إليه من سهم ابن السبيل ، أصله المسافر .

٢٠٥٠٤ - قلنا : لا نسلم أن المسافر يستحق السهم لأنه يريد السفر .

٢٠٥٠٥ - فإن قيل : المسافر إذا نوى الإقامة خمسة عشر يومًا ثم عزم على السفر جاز أن يدفع إليه من السهم وإن كان مقيمًا .

٢٠٥٠٦ - قلنا : لا نسلم هذا بل يدفع إليه بالفقر فأما من سهم ابن السبيل فلا .

٢٠٥٠٧ - قالوا : المسافر إنما يأخذ لسفر مستقبل وهذا موجود في العازم على السفر .

٢٠٥٠٨ - قلنا : الأخذ مع الحاجة لا خلاف فيه وإنما الخلاف من أين نأخذ والمسافر عندنا يأخذ السهم لوجود السفر والحاجة فأما السفر مستقبل فلا والخلاف في هذه المسألة لا يحصل إلا في عبارة مسألة .

---

(١) « قال ابن السبيل هم المنقطع بهم عن أموالهم » . انظر : الطحاوي ص٥٢ ، والهداية حيث قال : « وابن السبيل من كان له مال في وطنه وهو في مكان آخر لا شيء له فيه » . انظر : الهداية (١/١١٣) .

(٢) قال الشيرازي : « وهو المسافر أو من ينشئ السفر وهو محتاج في سفره ، فإن كان سفره في طاعة أعطي ما يبلغ مقصده ، وإن كان في المعصية لم يعط » . انظر : المهذب (١/١٧٣) .

مسألة ١٠٢٤

دفع المرأة الزكاة إلى زوجها

٢٠٥٠٩ - قال أبو حنيفة : لا يجوز للمرأة دفع الزكاة إلى زوجها (١) .

٢٠٥١٠ - وقال أبو يوسف ، ومحمد : يجوز .

٢٠٥١١ - وبه قال الشافعي .

٢٠٥١٢ - لنا : أن الفريضة تمنع من دفع زكاة أحد الزوجين إلى الآخر بسبب يوجب التوارث من غير حجب كالأولاد ، ولا يلزم ولد الولد لأنه عكس لنقله (٢) .

٢٠٥١٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ ﴾ (٣) .

٢٠٥١٤ - قلنا : هذا مخصوص لما ذكرنا من القياس .

٢٠٥١٥ - قالوا : روي أن زينب امرأة ابن مسعود قال لها النبي ﷺ : إن زوجك وولدك أحق بصدقة عليهم (٤) .

٢٠٥١٦ - قلنا : ذكر الطحاوي في هذه المسألة ، وقال : ليس فيها أثر يدل على أحد القولين فالمراد بالصدقة / في هذا الخبر النافلة بدلالة ما روي أن النبي ﷺ قال للنساء : إنكن أكثر (٥) أهل النار تكثرن اللعن وتؤذين العشير فتصدقن وافعلن من الخير ما استطعتن فجاءت زينب فقالت يا رسول الله جمعت حليًا وأريد أن أتصدق بها وأن عبد الله خفيف ذات اليد وفي حجره أيتام صغار فيجوز أن أعطيه من ذلك فقال : نعم لك أجران أجر النفقة وأجر القرابة (٦) .

٢٣١/أ

---

(١) « ولا تعطي المرأة زوجها من زكاة مالها في قول أبي حنيفة وبه نأخذ ، وتعطيه في قول أبي يوسف ومحمد إذا كان فقيرًا » . وانظر الهداية (١١٣/١) ، مختصر الطحاوي ص٥٢ .

(٢) حيث جاء فيه : « وللزوجة إعطاء زوجها الحر من سهم الفقراء والمساكين إذا كان كذلك ، بل سيبين كما قاله الماوردي ، انظر : مغني المحتاج (١٠٨/٣) . (٣) التوبة : ٦٠ .

(٤) متفق عليه بلفظ قريب : رواه البخاري كتاب الزكاة على الأقارب (٥٣١/٢) برقم (١٣٩٣) ، مسلم كتاب الإيمان باب نقصان الإيمان بنقص الطاعات (٨٦/١ ، ٨٧) برقم (٧٩ ، ٨٠) .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش

(٦) انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي (٢٥/٢) كتاب الزكاة باب المرأة هل يجوز لها أن تعطي زوجها زكاة مالها أم لا ؟

٢٠٥١٧ - فالنبي ﷺ أمرهن بالصدقة كفارة اللعن وأذية العشير وأخبرت أنها تقصد الولد النافلة كذلك الزوج .

٢٠٥١٨ - قلنا : يبطل وأصله لم يمنع دفع الصدقة إليه وفي مسألتنا بخلافه .

٢٠٥١٩ - قالوا : من جازلها دفع زكاتها إليه قبل التزويج جاز بعده

٢٠٥٢٠ - أصله أن الزوج يجوز أن يدفع إلى امرأته قبل التزويج ولا يجوز الدفع إليها بعده والمعنى في ابن الزوج كما ذكرنا

٢٠٥٢١ - قالوا : لا يستفيد الزوج الغني من مالها بالتزويج فلا يمنع به من زكاتها

٢٠٥٢٢ - أصله أهله لا يستفيد الغني من مال مولاه ولأن نفقته لا تجب عليه ولا يجوز دفع زكاتها إليه ولأن الزوج إن لم يستفد بالنكاح الغنى من مالها فإنها تستفيد بالدفع إليه الزيادة في نفقتها لأن ماله إذا كثر وجب عليه نفقة اليسار

٢٠٥٢٣ - قالوا : الزوج مع الزوجة كالأجنبي لا يستحق النفقة من مالها .

٢٠٥٢٤ - قلنا : يبطل بالمكاتب مع المولى والهاشمي مع النبطي لا يستحق النفقة عليه ولا يجوز دفع زكاته إليه ولأن اعتبار النفقة فاسد لأن الابن الكبير لا تجب نفقته على أبيه ولا يجوز دفع زكاته إليه فالمرأة تستحق النفقة عندهم على وجه العوض كما يستحق الإنسان الدين على غريمه وذلك لا يمنع الزكاة وإنما المانع بالوصلة التي هي تمنع من شهادة كل واحد منهما للآخر وهذا المعنى موجود في حق الزوج كوجوده في حق المرأة .

* * *

مسألة ١٠٢٥

تحريم الصدقة على آل رسول الله ﷺ

٢٠٥٢٥ - قال أصحابنا : تحرم الصدقة على آل [١] رسول الله ﷺ وهم خمسة بطون وكذا العباس وعلي وجعفر وعقيل والحارث بن عبد المطلب وإن شئت قلت إنها تحرم على ولد عبد المطلب لا على ولد أبي [٢] .

٢٠٥٢٦ - وقال الشافعي : تحرم الصدقة على بني هاشم وبني المطلب [٣] .

٢٠٥٢٧ - لنا : ما روي عن عمرو بن ثابت عن يزيد بن حبان قال سألت زيد بن أرقم عن آل محمد الذين لا تحل لهم الصدقة فقال : آل [عباس وآل] [٤] عقيل وآل علي وآل جعفر [٥] وروي أن النبي ﷺ لما سأله الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث العمالة على الصدقة منعهما وقال : « إن الصدقة لا تحل لآل محمد » [٦] فدل ذلك أن بني الحارث وبني هاشم ومن سوى هؤلاء على الأصل ، وقد روي عن عبد الله بن عباس أنه قال : ما اختصنا رسول الله ﷺ بشيء دون الناس إلا ثلاث أمرنا أن نسبغ الوضوء وأن لا نأكل الصدقة وأن لا ننزي الحمير على الخيل [٧] فهذا يدل أن بني هاشم اختصوا بذلك من بين الناس ولأن ولد المطلب يجوز أن يعملوا على الصدقات

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) انظر مختصر الطحاوي ص٥٢ ، والهداية (١١٤/١) حيث جاء فيه : « ولا تدفع إلى بني هاشم وهم : آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث بن عبد المطلب ومواليهم » . وانظر : البدائع (٤٩/٢) .

(٣) انظر المهذب (١٧٤/١) ، حيث جاء فيه : ولا يجوز دفع الزكاة إلى هاشمي لقوله ﷺ : « نحن أهل بيت لا تحل لنا الصدقة » . ولا يجوز دفعها إلى مطلبي لقوله ﷺ : « إن بني هاشم وبني المطلب شيء واحد وشبك بين أصابعه » .

(٤) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش

(٥) انظر : المصنف لابن أبي شيبة (١٠٥/٣) كتاب الزكاة باب من قال لا تحل الصدقة على بني هاشم .

(٦) سبق تخريجه .

(٧) انظر : شرح معاني الآثار (٥/٢) ، كتاب الزكاة باب الصدقة على بني هاشم ، ورواه أيضًا أبو داود في كتاب الصلاة باب قدر القراءات في صلاة الظهر والعصر (٢١٤/١) برقم (٨٠٨) ، والترمذي في كتاب الجهاد باب ما جاء في كراهية أن تنزي الحمر على الخيل (٢٠٥/٤ ، ٢٠٦) برقم (١٧٠١) ، وأحمد (٢٢٥/١ ، ٢٢٩) .

فلم يجز عملهم لبني أمية لأن قرابتهم وقرابة أمية فإذا لم تحرم إحدى القرابتين الصدقة كذلك الأخرى .

٢٠٥٢٨ - احتجوا : بما روى جبير بن مطعم أن النبي ﷺ قال : « أما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد » [1]

٢٠٥٢٩ - قلنا : لا يجوز أن يكون أراد عموم الأشياء لافتراقهم في قرب النسب وإنما المراد في نصرتهم للنبي ﷺ وتكفلهم بأمره كما تكفلت بنو هاشم وخبرنا معتبر في موضع الخلاف والرجوع إليه أولى .

٢٠٥٣٠ - قالوا : النبي ﷺ قسم سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبني المطلب وهو مستحق بالقرابة

٢٠٥٣١ - قلنا : قد بينا إنه مستحق وأن النبي ﷺ كان يعطيه إلى من يرى ولهذا صرفه عن جماعتهم في خيبر .

٢٠٥٣٢ - قالوا : ألحق من خمس عوض عن الصدقة ولهذا قال عليه السلام للفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة « أليس في خمس الخمس ما يغنيكم عن أوساخ الناس » .

٢٠٥٣٣ - قلنا : أخبر النبي ﷺ أن الخمس يغني بني هاشم وبني الحارث وليس فيه أن كل من أغناه الخمس حرمت عليه الصدقة ألا ترى أن بقية أهل الخمس يستحقون الصدقات ويستحقون حقًا من الخمس فلم يجز أن يستدل بثبوت الحق في الخمس على تحريم الصدقة .

* * *

---

(١) رواه الإمام الشافعي في مسنده (١٢٥/١) ، والإمام أحمد (٨٥/٤) ، والبخاري في كتاب المغازي باب غزوة خيبر (١٥٤٥/٤) ، برقم (٣٩٨٩) .

مسألة ١٠٢٦

دفع الزكاة إلى الفقير ثم بان أنه غني

٢٠٥٣٤ - قال أبو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما : إذا دفع زكاته إلى فقير باجتهاد فبان أنه غني أو بان أنه أبوه أو ابنه أو أنه ذمي فلا إعادة [١]

٢٠٥٣٥ - عليه وهو أحد قول الشافعي .

٢٠٥٣٦ - وقال في قول آخر : لا يجزيه [٢] .

٢٠٥٣٧ - لنا ما روي أن الأخنس بن يزيد السلمي دفع صدقته إلى رجل وأمره بأن يأتي بها للمسجد فيتصدق بها فجاء إلى المسجد ليلًا ودفعها إلى مَعْنِ بن يزيد فلما أصبح وجده أبوه فقال : ما إياك أردت فجاء إلى النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال : « لك يا معن ما أخذت ولك يا يزيد ما نويت .

٢٠٥٣٨ - فإن قيل : يحتمل أن تكون صدقة التطوع .

٢٠٥٣٩ - قلنا : لو اختلف الحكم لسأله النبي [٣] عليه السلام عنها فلما جازت مع اختلاف السبب دل على أن الحكم [فيهما واحد] [٤] لا يختلف .

٢٠٥٤٠ - ولأن الغني والفقر يعلم بالاجتهاد ولا يتوصل إلى حقيقته ومن انتقل من اجتهاد إلى مثله لا يفسخ الأول كالحاكم .

٢٠٥٤١ - ولأنه دفع إليه وظاهره الفقر فإذا بان أنه غني جاز الدفع إليه كالغازي ؛

---

(١) جاء في المبسوط : فإن أعطى غنيًا وهو لا يعلم بحاله فإنه يجزي إن دفع عنده أنه فقير أو سأله فأعطاه أو كان جالسًا مع الفقراء أو كان عليه زي الفقراء ثم تبين أنه غني جاز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولم يجز عند أبي يوسف رحمه الله . انظر : المبسوط للسرخسي (١٢/٣) .

(٢) جاء في المهذب : فإن دفع الإمام الزكاة إلى من في ظاهره الفقر ثم بان أنه غني لم يجزه عن الفرض فإن كان باقيًا استرجع منه ودفع إلى فقير وإن كان خائتًا أخذ البدل وصرف إلى الفقير فإن لم يكن المدفوع إليه مال مفرط فهو كالمال الذي يتلف في يد الوكيل وإن كان الذي دفع إليه رب المال فإن لم يبين عند الدفع إنه زكاة واجبة لم يكن له أن يرجع لأنه قد يدفع عن زكاة واجبة وعن تطوع فإن ادعى الزكاة متهما فلم يقبل قوله . انظر : المهذب (١٧٤/١) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركن في الهامش .

(٤) ما بين المعكوفتين في (م) ، (ع) : [منهما] .

ولأن الإمام لو دفع إليه لم يضمن إليه فإذا دفع المال لم يلزمه إعادة كالفقير .

٢٠٥٤٢ - ولأن من لا يضمن الإمام بالدفع إليه لا يلزم المالك الإعادة إذا دفع إليه كالغازي .

٢٠٥٤٣ - فإن قيل : إنما لا يعتد للمالك بالزكاة لأنه يقدر على أن يبرأ منها بقيت بأن يسلمها إلى الإمام فلذلك لا يسقط الفرض عنه بالاجتهاد

٢٠٥٤٤ - قلنا : لو كان كذلك لم يصح الدفع بالاجتهاد وإن لم يبين أنه غني ؛ لأنه يتوصل إلى أداء فرضه بيقين فلما جاز الدفع إلى الفقراء وهو لا يتحقق فقرهم مع قدرته على الدفع إلى الإمام دل على بطلان الكلام .

٢٠٥٤٥ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ ﴾ (١) .

٢٠٥٤٦ - قلنا : هذا لا دلالة فيه لأنه جعل الصدقة حق له وكذلك نقول والكلام فيما سقط فيه فرضه .

٢٠٥٤٧ - ألا ترى أنا أجمعنا أنه إذا دفع كل منهم فقيرًا جاز لأنه لم يستحق دفع إلى فقير باجتهاد لم يمنع أن يجوز عندنا وإن بان أنه خلاف ذلك ؛ ولأن المراد بالآية من كان فقيرًا عندنا بدلالة جواز الدفع إلى من هذه فئته بإجماع .

٢٠٥٤٨ - ولا يجوز أن يكون المراد من كان فقيرا عند اللّٰه تعالى لأن هذا لا يقدر على التوصل إليه .

٢٠٥٤٩ - قالوا : وصله إلى غير مستحقه فوجب إلا يجزيه صلة دين الآدمي .

٢٠٥٥٠ - قلنا : يبطل بالإمام إذا دفع إلى الفقير فظهر أنه غني ومات مفلسًا قبل إن ترتجع منه .

٢٠٥٥١ - فإن قيل : الجواز هناك تعلق بقبض الإمام لأنه قائم مقام المساكين .

٢٠٥٥٢ - قلنا : وجب على الإمام أن يدفع إلى الفقراء وقد دفع إلى غيرهم وجزاه عما وجبت عليه والمعنى في دين الآدمي أنه لا يجوز دفعه باجتهاد فلذلك سقط الفرض الخطأ .

٢٠٥٥٣ - قالوا : دفع الزكاة إلى غير مستحقها كما لو دفعها إلى عبده .

٢٠٥٥٤ - قلنا : ما يدفعه إلى عبده لم يخرج من ملكه فكأنه عزل الزكاة ولم يدفعها إلى أحد وفي مسألتنا قد أخرجها من ملكه إلى من أمر الدفع إليه فصار كما لو دفعها إلى الفقير .

---

(١) سورة التوبة : الآية ٦٠ .

فهرس المجلد الثامن

كتاب الهبة

كتاب اللقطة

كتاب اللقيط

كتاب الفرائض

كتاب الوصايا

كتاب الوديعة

كتاب قسم الغنائم

كتاب قسم الصدقات

* * *

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيدِ

لِلإمامِ أبي الحُسَيْنِ أحمدَ بنِ مُحَمَّدِ بْنِ جعفرٍ البغداديِّ القُدُورِيِّ

(٣٦٢ ـ ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مَرْكَزُ الدِّراساتِ الفِقْهِيَّةِ والاقتصادِيَّةِ

أ. د محمد أحمد سراج

أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد

أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

المجلد التاسع

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى

١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م، ٢٠٠٠م، ٢٠٠١م هي عمر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

القاهرة - جمهورية مصر العربية

الإدارة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر

هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)

بريديًا : ص.ب ١٦١ الغورية الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب النكاح

مسألة [١] ١٠٢٧

حكم اشتراط الولي في النكاح

٢٠٥٥٥ - قال أبو حنيفة : إذا زوجت الحرة البالغة العاقلة [٢] نفسها بغير إذن وليها [٣] ....

(١) تعريفه : النكاح لغة : الضم والجمع ، ومنه تناكحت الأشجار إذا تمايلت ، والعرب تستعمله بمعنى الوطء والعقد جميعًا وفي اصطلاح الفقهاء : عرفه الحنفية : بأنه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا . والمراد بالعقد : مجموع الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين . مع القبول الصادر من الآخر . أو كلام عاقد واحد قائم مقامهما ، ويقصد بقوله : « قصدًا » إخراج وطء الأمة للتسري ، لأن شراء الأمة للتسري يفيد الحل ضمنًا . انظر : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣١٥/١ ، ٣١٦) ، ط مصطفى البابي الحلبي . وعرفه أحمد الدرديرى ، من كبار علماء المالكية بأنه : عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ، وغير أمة مجوسية ، وغير أمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلًا . انظر : الشرح الصغير لأحمد الدردير (١٩٤/٢) مطبعة المدني . وعرفه الشافعية : بأنه عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو نحوه . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٢١/٣) ، ط مصطفى البابي الحلبي ١٣٤٥ . وعرفه الحنابلة : بأنه عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة ، انظر : الروض المربع شرح زاد المستنقع (٣/ ٦٠) ، ط مكتبة الرياض الحديثة . وبالنظر في هذه التعاريف : نجدها تنتهي إلى معنى واحد ، وهو : أن القصد من عقد الزواج هو ملك المتعة أو حلها بين الزوجين ، وهذا هو مقصده عند الناس وعند الشارع . بل إن القصد الأسمى من النكاح في الشرع وعند أهل الفكر والنظر هو التناسل وحفظ النوع الإنساني وأن يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الأنس الروحي الذي يؤلف بينهما وتكون به الراحة وسط شدائد الحياة . ولذا قال تعالى : ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [سورة الروم الآية ٢١] . والفقهاء أنفسهم لاحظوا هذا المعنى : فقد قال الإمام السرخسي : « ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة ، وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة ، ولكن اللّٰه تعالى علق به قضاء الشهوة أيضًا ليرغب فيه المطيع والعاصي ؛ المطيع للمعاني الدينية ، والعاصي لقضاء الشهوة ، بمنزلة الإمارة ففيها قضاء شهوة الجاه بل المقصود بها إظهار الحق والعدل . انظر : المبسوط (٤/ ١٩٤) ، ط دار المعرفة بيروت . وإذا كانت تعريفات الفقهاء لا تكشف عن المقصود من عقد النكاح في نظر الشارع فلابد من تعريف يكشف عن حقيقة هذا العقد ، ولعل التعريف الموضح لذلك أن نقول « إنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات . انظر : محاضرات في عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة . بتصرف (٤٤/٣) ، ط دار الفكر العربي بالقاهرة .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) الولي بوزن فعيل بمعنى فاعل من ولي فلان الأمر أي قام به ، والولاية في اللغة : النصرة ، وفي الاصطلاح : تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى . والمقصود بالولاية في النكاح : الولاية على النفس وتنقسم إلى =

كفؤا (١) صح عقدها (٢) .

٢٠٥٥٦ - وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز لها ذلك إلا بإذن الأولياء (٣) .

= قسمين : أولًا : ذهب الجمهور إلى أن الولاية في النكاح ولاية إجبار أو ولاية الشركة فليس للمرأة عند الجمهور أن تنفرد بعقد الزواج ، بل لابد من مشاركة الولي لها في اختيار الزوج بعد اتفاق الولي معها على الزواج ، فلابد من اشتراكهما معا في الاختيار ، ويتولى هو الصيغة . ثانيا : وذهب أبو حنيفة إلى أن الولاية في النكاح ولاية استحباب ، لأنه يرى أن البالغة العاقلة ليس لأحد عليها سلطان في شأن زواجها . ولكن يستحسن أن يتولى الولي بالنيابة عنها صيغة عقد النكاح ويسميها ولاية ، أما ولاية الإجبار عنده فلا تثبت إلا على القاصرين كالصبي الغير مميز ، والمجنون ، والمعتوه ، وكذلك الأنثى منهم ، كما ثبت أيضًا على ناقص الأهلية وهو الصبي المميز . انظر : التعريفات للجرجاني ص ٢٢٧ ، ط مصطفى الحلبي ، والمصباح مادة (ولي) ، ومحاضرات في عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ص ١٥٣ .

(١) الكفاءة لغة : المساواة ، وفي الاصطلاح : مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة يعتبر الإخلال بها مفسدا للحياة الزوجية . ويستدل على اعتبار الكفاءة في النكاح بما روي عن علي بن أبي طالب ﷺ أن رسول الله ﷺ قال له : « يا علي ثلاث لا تؤخرها ، الصلاة إذا أتت ، والجنازة إذا حضرت ، والأيم إذا وجدت كفؤًا » . أخرجه الترمذي ، باب ما جاء في تعجيل الجنازة (٢/٢٦٩) حديث ١٠٨١ . وقال : حديث غريب . وما أرى إسناده متصلًا ، والبيهقي في السنن الكبرى ، باب اعتبار الصيغة في الكفاءة (٧/١٣٣) . وهل الكفاءة من شروط صحة عقد الزواج أم ليست بشرط ؟ اختلف العلماء في ذلك على رأيين : أولًا : يرى جمهور الفقهاء الأحناف ، والمالكية ، والشافعية ، ورواية عن الإمام أحمد أن الكفاءة ليست شرطا في صحة عقد الزواج ، بل هي شرط في لزوم العقد وهي حق للمرأة ووليها فلهما إسقاطها . واستدل القائلون بهذا الرأي بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾ [الحجرات : ١٣] . كما استدلوا أيضًا بما روي أنَّ رسول الله ﷺ زوج زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الأسدية . ثانيا : يرى الإمام أحمد في الرواية الثانية أن الكفاءة شرط في صحة عقد النكاح .

(٢) انظر قول الأحناف في : المبسوط (٥/١) ، والاختيار لتعليل المختار (٣/٢٠) ، وحاشية ابن عابدين (٣/٥٦) ، والبحر الرائق (٣/١١٠) . والمراد بكلمة العقد في لغة العرب أنها تطلق ويراد بها عدة معان منها : الإمساك والتوثيق ، ومن ذلك لفظ العقدة ، فإن العرب قد أطلقته على ما يمسك الحبل ويوثقه . ومنها أيضًا : العهد ومن ذلك قولهم : « عاقدت فلانا على كذا . وعقدته عليه » بمعنى عاهدته . وتجيء كلمة العقد أيضًا بمعنى الإحكام والإبرام . ومن هذا القبيل قولهم : عقدة النكاح . أي إحكامه وإبرامه . أما في اصطلاح الفقهاء : فإنهم قد اتفقوا على أن كل ما يحدث بين طرفين وكان الالتزام فيه متوافقا على توافق إرادتين يسمى « عقدا » وذلك كعقد البيع وغيره من سائر العقود . ثم اختلفوا بعد ذلك فيما يصدر من طرف واحد . ويترتب عليه حكم شرعي هل يمكن أن يسمى هو الآخر عقدا أولا يسمى عقدًا ؟ ولقد سبق أن أوضحنا عقد النكاح في اصطلاح الفقهاء . انظر : المصباح المنير . باب العين والكاف والدال ، ونهاية المحتاج للرملي (٣/٢، ٤/١١) مطبعة مصطفى البابي الحلبي .

(٣) انظر : المبسوط (٥/١) ، والاختيار لتعليل المختار (٣/٢٠) - فيه : وقال محمد لا يجوز إلا بإجازة =

٢٠٥٥٧ - وقال الشافعي : لا يجوز للمرأة أن تعقد عقد النكاح لنفسها ولا لغيرها ، أذن الولي في ذلك أو لم يأذن .[١]

٢٠٥٥٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ﴾[٢] . فأضاف النكاح إليها ، والمراد بالتراجع : العقد ابتداء .

٢٠٥٥٩ - وقال تعالى : ﴿ وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾[٣] . والهبة[٤] ها هنا النكاح بالإجماع[٥] . وقد أضافه إليها .

٢٠٥٦٠ - وقال تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا فَعَلۡنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ ﴾ .[٦] وهذا يدل على جواز تصرفها في نفسها[٧] .

٢٠٥٦١ - فإن قيل : إضافته النكاح إليها لا تدل على أنه ينعقد بفعلها ، لأن الولي إذا أنكحها قيل : نكحت[٨] .

٢٠٥٦٢ - قلنا : إذا زوجها الولي أضيف العقد إليه ، فإذا تزوجت أضيف العقد إليها ، وظاهر الآية يفيد جواز الأمرين[٩] .

= الولي ، وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول مثل قول محمد الأول ، أما في ظاهر الرواية عنه فيجوز بغير إذن الولي كما قال أبو حنيفة ، انتهى بتصرف .

(١) انظر : الأم للشافعي (١٢/٥ ط/١٢) دار المعرفة بيروت ، والمهذب للشيرازي (٤٥/٢) ط عيسى البابي الحلبي - ونهاية المحتاج (٢٢٤/٣) ط مصطفى البابي الحلبي .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .　　(٣) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .

(٤) الهبة لغة : التبرع ، وفي اصطلاح الفقهاء : تمليك العين بلا عوض . انظر : التعريفات للجرجاني ص ٢٢٨ .

(٥) الإجماع في اللغة : العزم والاتفاق ، وفي الاصطلاح : اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ في عصر من العصور على أمر ديني . انظر : جمع الجوامع لتاج الدين السبكي (١٧٦/٢) مصطفى الحلبي .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٣٢ .

(٧) أي : أن المرأة إذا زوجت نفسها من كفء بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف ، فلا جناح على الأولياء في ذلك . انظر : الاختيار (٢١/٣) .

(٨) أي : أن إضافة النكاح إليها في قوله : ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ لا تدل على أن النكاح ينعقد بفعلها ، بدليل أن الولي إذا أنكحها قبل أن تنكح هي نفسها نكحت . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٣٧/٣) .

(٩) أي : أن ظاهر قوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ يفيد إضافة العقد إليها سواء زوجها الولي أو زوجت هي نفسها . انظر : المبسوط (١٢/٥) .

٢٠٥٦٣ – فإن قيل : إنما أضاف النكاح إليها ليس لأنها عاقدة ، بل لأنها محل العقد كما يقال : طلع الزرع ، وجرى الماء ، ومات الرجل ، وانقطع الحبل ، ولكن لا مجال للعقد .

٢٠٥٦٤ – قلنا : هذه إضافة إلى من لم يوجد منه الفعل فيما أضيف إليه ، فكانت إضافة محل ، والمرأة يوجد منها هذا الفعل مشاهدة فإن أضيف إليها اقتضت الإضافة وجود فعلها ، كسائر الأفعال المضافة إلى من يوجد الفعل منه .[١]

٢٠٥٦٥ – فإن قيل : نحن نعلم أن النساء على عهد النبي ﷺ كن لا ينكحن أنفسهن ، وعلى عهد الصحابة مثله ، حتى قال أبو هريرة[٢] : كنا نقول/ إن الزانية هي التي تزوج نفسها[٣] . ٢٣١/ب

٢٠٥٦٦ – فدل على أن المراد بالآية ما كانوا يفعلون من عقد الأولياء ، وهذا المندوب إليه بالإجماع[٤] .

٢٠٥٦٧ – قلنا : وقد كان النساء يعقدن على أنفسهن ، وقد عقدت الواهبة لنفسها على نفسها من غير حضور ولي .

٢٠٥٦٨ – وقد قال علي[٥] ، ....

(١) أي : أن إضافة النكاح إليها تفيد وجود فعلها ، قياسا على سائر الأفعال المضافة إلى من يوجد منه الفعل – راجع الاختيار (٢١/٣) .

(٢) هو : عبد الرحمن بن صخر الدوسي ، أسلم سنة ٧هـ ، وروى الكثير عن رسول الله ﷺ وروى عنه الكثير من الصحابة والتابعين ، واستعمله عمر على البحرين ، ومات سنة ٩٥ هـ . انظر : البداية والنهاية (١١١/٨) ، وطبقات الحفاظ ٩ .

(٣) أخرجه الدارقطني (٢٢٨/٣) – والبيهقي في السنن الكبرى كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (١١٠/٧) – وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (٦٠٦/٢) رقم ١٨٨١ والدارقطني (٢٢٧/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٠/٧) . وقال صاحب الزوائد : الحديث حسن .

(٤) أي : أن ما رواه أبو هريرة دل على أن المراد بقوله تعالى ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ تولي الولي عقد النكاح لموليته ، وتوليته عقد النكاح أمر ندب إليه بالإجماع . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٣٧/٣) .

(٥) هو علي بن أبي طالب بن عبد المطلب ، يكنى أبا الحسن ، ابن عم رسول الله ﷺ وزوج ابنته فاطمة ، روى عنه ، بنوه الحسن والحسين وعمر ، ومحمد بن الحنفية ، بويع بالخلافة له يوم مقتل عثمان ، وقتل ليلة الجمعة لثلاث عشرة بقيت من رمضان . انظر : طبقات الحفاظ ص ٤ ، أسد الغابة (٩١/٤) ، الإصابة (٥٠١/٢) .

وعائشة [(١)] ، وابن عمر [(٢)] : عقد المرأة جائز [(٣)] .

٢٠٥٦٩ - وكيف يصح ما حكوه عن أبي هريرة ؟ ويدل عليه [(٤)] قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [(٥)] ، فدل على أن عقد النكاح إليها دون غيرها [(٦)] .

٢٠٥٧٠ - فإن قيل : نهي الولي عن العضل [(٧)] يدل على العقد إليه ، ولولا ذلك لم ينهه عن الامتناع ، لأنه إذا لم يمنع عقدت على نفسها عندكم ، فلا يقدر على عضلها [(٨)] .

٢٠٥٧١ - قلنا : الآية خطاب لجميع المسلمين لا يختص بالأولياء ؛ لأن الظاهر أن الخطاب والعضل من تناوله أول الكلام ، فإما أن يحمل على الأزواج ، أو على المسلمين .

٢٠٥٧٢ - فأما تخصيصه بالولي فلا دليل في اللغة عليه .

٢٠٥٧٣ - فإن كان الخطاب للأزواج فهو منهي عن عضلها بأن يتركها حتى تقارب انقضاء عدتها ثم يراجعها وهو لا يريد إمساكها ، وإن كان الخطاب لجميع المسلمين ، فهو ممنوع من الاعتراض عليها ومنعها من التزويج ، ومن قال لها : لا تنكحي حتى يزوجك الولي . فقد عضلها ، ولأنه يقتضي النهي عما يقول مخالفنا [(٩)] .

---

(١) هي : عائشة بنت أبي بكر الصديق ﷺ تزوجها رسول الله ﷺ بمكة وهي بنت ست سنوات ، وبنى بها بالمدينة وهي بنت تسع سنوات وماتت سنة ٥٧ هـ ، وقيل ٥٨ هـ . انظر : الإصابة (٣٤٨/٤) ، طبقات الحفاظ ص ٨ ، العبر (٦٢/١) .

(٢) هو : عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي أبو عبد الرحمن المكي ، أسلم قديما مع أبيه ، بل رُوِيَ أنه أول مولود ولد في الإسلام ، روى عنه بنوه وغيرهم ومات سنة ٧٣هـ وقيل سنة ٧٤هـ . انظر : البداية والنهاية ٥/٩ ، وطبقات الحفاظ ٩ .

(٣) انظر : المبسوط (١٢/٥) .

(٤) أي : يدل على عدم صحة ما حكوه عن أبي هريرة من أن الزانية هي التي تزوج نفسها .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٣٢ .

(٦) أي أن المرأة إذا زوجت نفسها من كفء بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف ، فلا جناح على الأولياء في ذلك . انظر : الاختيار (٢١/٣) .

(٧) العضل : من معانيه الحبس ، وقيل : التضييق والمنع ، ويقال : أعضل الأمر : إذا اشتد وعضل فلان أيمه : أي منعها الأزواج . انظر : المصباح المنير مادة (عضل) ، وفتح القدير ، الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير (٢٤٣/١) .

(٨) أي : أن نهى الولي عن العضل ، يدل على أن عقد النكاح إليه لا إلى موليته لأنه لولا ذلك لم ينهه عن الامتناع . انظر : الإشراف لابن المنذر (٣٤/٤) .

(٩) أي : أن الخطاب في قوله ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ﴾ وفي قوله ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ إما أن يكون للأزواج ، ويكون =

٢٠٥٧٤ – فإن قيل : كيف يعضلها ، وهو لا يملك العقد عليها ولها [١] سبيل إلى العقد بغيره ؟

٢٠٥٧٥ – قلنا : إذا كان يشير عليها ألا تعقد ، ويظهر كراهة عقدها وهي تستحي منه .

٢٠٥٧٦ – قيل : منعها ، كما أن من أشار على غيره بترك شيء وأمره بالإعراض عنه .

٢٠٥٧٧ – يقال : قد منعه منه ، وكما لو كان لها وليان فامتنع أحدهما من [٢] نكاحها .

٢٠٥٧٨ – قيل : قد عضلها وإن كانت قد تتوصل إلى النكاح من جهة ولي آخر ، فكذلك إذا كان لها واحد قد عضلها إذا امتنع ، وإن وصلت إلى العقد بفعلها [٣] .

٢٠٥٧٩ – فإن قيل : العضل الامتناع فإذا نهي عن الامتناع أمر بالإقدام على العقد .

٢٠٥٨٠ – قلنا : قال الأصمعي [٤] : العضل هو المنع ، فدل على أن معنى عضلها أنه منعها من الأزواج وليس معناه أنه امتنع ، وكذلك نقول [٥] .

٢٠٥٨١ – فإن قيل : الآية خرجت على سبب ؛ روي أن معقل بن يسار المزني [٦] قال : نزلت فِيَّ ، زوجتُ أختي [٧] ....

= معنى العضل منهم أن يمنعوهن من أن يتزوجن من أردن من الأزواج بعد انقضاء عدتهن ، وإما أن يكون الخطاب للأولياء ، ويكون معنى إسناد الطلاق إليهم أنهم سبب له ، وبلوغ الأجل المذكور هنا المراد به المعنى الحقيقي ، أي نهايته . انظر : شرح فتح القدير للشوكاني (٢٤٣/١) .

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) أي : أن الولي إذا امتنع عن نكاح موليته فإن العضل قد تحقق ، ولو توصلت إلى العقد بفعلها . انظر : اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٦٧٠/٢) .

(٤) هو : أبو سعيد عبد الملك بن قريب الأصمعي البصري ، ولد سنة ١٢٢هـ ، إمام اللغة ، وأحد الأعلام فيها وفي الشعر والأدب ، مات سنة ٢١٦هـ انظر : إنباه الرواة (١٩٧/٢) ، تاريخ بغداد (٤١٠/١) .

(٥) انظر : المبسوط (١١/٥) . لقد فسر علماء اللغة وغيرهم من المفسرين العضل بأنه المنع ، أما الامتناع فهو ناتج عن المنع ، لأنه إذا منعها من الأزواج كان هناك امتناع منه عن العقد .

(٦) هو : معقل بن يسار المزني ، صحابي جليل ، شهد بيعة الرضوان ، يكنى أبا عبد الله ، ولقبه المزني ، أخرج له الأئمة الستة . انظر : الإصابة (٤٤٧/٣) ، سير أعلام النبلاء (٥٧٦/٢) .

(٧) هي : جميل بنت يسار ، ذكره الطبري ، وقيل : اسمها ليلى حكاه السهيلي في مبهمات القرآن ، وتبعه المنذري ، وقيل : اسمها فاطمة ، ذكره ابن إسحاق ويحمل على التعدد بأن يكون لها اسمان ولقب ، أو لقبان واسم ، حكى ذلك ابن حجر في فتح الباري (٩٢/٩) . وجميل بنت يسار أخت معقل بن يسار ، كانت زوجة لأبي البداح بن عاصم فطلقها فأنزل الله تعالى ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ [سورة البقرة الآية ٢٣٢] . انظر : أسد الغابة (٥٠/٧) ترجمة ٦٨٠٥ ط دار الشعب .

من ابن عمها (١) وطلقها فانقضت عدتها (٢) ثم جاء يخطبها ، فرغبت عنه ، فقلت : زوجتك أختي دون غيرك فطلقتها فوالله لا أنكحتكها أبدًا . فأنزل الله (٣) تعالى (٤) هذه الآية ، فأنكحتها وكفرت (٥) عن يميني (٦) .

---

(١) هو : أبو البداح بن عاصم الأنصاري ، هكذا في أحكام القرآن لإسماعيل القاضي وغيره ، حكى ذلك ابن حجر في فتح الباري (٢٩٣/٩) . ثم قال : وجزم الشيخ عز الدين بن عبد السلام في كتابه « المجاز » بأن زوجها هو عبد الله بن رواحة ، مات أبو البداح سنة ١١٠هـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤/ ٢٥) . وفي ذلك نظر ، لأن أبا البداح أنصاري ، ومعقل بن يسار مزني ، ولكن الحافظ ابن حجر دفع هذا النظر ، فقال : يحتمل أن يكون ابن عمه لأمه أو ابن عمه من الرضاع . انظر : فتح الباري (٩٢/٩) .

(٢) العدة في اللغة : الإحصاء ، والعدد مقدار ما يعد ، والجمع أعداد ، وكذلك العدة ، وجمعها العدد . وفي اصطلاح الفقهاء : هي مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها ، أو للتعبد ، أو للتفجع على زوجها . وحكمة مشروعيتها : هي منع اختلاط الأنساب بعضها ببعض ، كما توجد هناك حكمة اجتماعية ، وهي إعطاء الزوج فرصة لمراجعتها أثناء العدة إن كان الطلاق رجعيا ، وإعطاؤهما فرصة لاستئناف الحياة الزوجية من جديد بعقد جديد إن كان الطلاق بائنًا ، كما شرعت عدة الوفاة لإظهار الحزن والأسف لوفاة الزوج . وسبب وجوبها : وقوع الفرقة بين الزوجين بالطلاق ، أو الفسخ ، أو الوفاة . وأنواعها ثلاثة : ١ - عدة الأقراء . ٢- عدة الأشهر. ٣ - عدة وضع الحمل . انظر : الاختيار (١٤٣/٣ ، ١٤٤) ، نهاية المحتاج (١٢٧/٧) .

(٣) ساقطة من (م) . (٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) الكفارة مأخوذة من التكفير وهو التستير ، وكذلك الكفر هو الستر والكفارة هي الساتر ، لأنها تستر الذنب وتغطيه . وكفارة اليمين : إما أن تكون إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم ، أو تحرير رقبة على أي صفة كانت ، فمن لم يجد فليصم ثلاثة أيام متتابعات أو متفرقات على خلاف في ذلك . انظر : المصباح المنير مادة (كفر) ، شرح فتح القدير للشوكاني (٧١/٢ ، ٧٢) .

(٦) الحديث أخرجه البخاري كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (٢٤٩/٣) متن البخاري بحاشية السندي . واليمين لغة : القوة ، وفي اصطلاح الفقهاء : هو تقوية أحد طرفي الخبر بذكر اسم من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته ، أو التعليق ، كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق .

وينقسم اليمين إلى ثلاثة أقسام : أولًا : اليمين الغموس : وهي الحلف على فعل أو ترك ماض كاذبًا ، وهذه ليست بمعقودة عند الجمهور ولا كفارة فيها بل هي من أكبر الكبائر ، وعند الشافعية : يمين منعقدة ، والراجح الأول . ثانيًا : اليمين اللغو : وهي الحلف على شيء ظانا أنه كذا فبان بخلافه ، وقال الشافعي رحمه الله : هي ما لا يعقد الرجل قلبه عليه ، كقوله لا والله وبلى والله . وهذه ليست بمنعقدة ولا تجب الكفارة فيها . ثالثًا : اليمين المنعقدة : وهي الحلف على أمر في المستقبل ليفعله أو ليتركه وهذه توجب الكفارة .

ولا يجوز التكفير قبل الحنث في اليمين عند الأحناف ، لقوله ﷺ « من حلف على يمين ورأى غيرها خيرًا منها فليأت التي هي خير وليكفر عن يمينه » . وعند الجمهور التكفير قبل الحنث أو بعده سواء في الفضيلة ، وذلك لأن الأحاديث الواردة في التكفير فيها التقديم مرة والتأخير أخرى ، وهذا دليل التسوية . انظر : الاختيار (٢١٤/٣ - ٢١٩) ، تفسير فتح القدير للشوكاني (٧١/٢) .

٢٠٥٨٢ – قلنا : هذا لا يقدح فيما قلنا ؛ لأنا قد بينا أن الخطاب انصرف إلى جميع الناس والولي دخل في العموم ، فإذا أظهر كراهة العقد بالمرأة استحي منه في الغالب ، وتكره الخلاف عليه ، فتمتنع من العقد ، فمنع من ذلك ؛ لأن في توقفه عن العقد وإظهار الكراهة حملها على مشاقته ، واحتمال الضرر بطاعته ، وهذا لا يمنع أن يكون العقد إليها [١] .

٢٠٥٨٣ – ثم اللّٰه تعالى قال : ﴿ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ ﴾ . [٢] فأضاف العقد إليها ، فقال مخالفنا : هذه إضافة [٣] محل ، وصرف كلام اللّٰه عن ظاهره فما [٤] الذي يمنعنا أن نحمل كلام اللّٰه على حقيقته [٥] في صحة إضافة العقد إليها ، ونحمل قوله : واللّٰه لا أنكَحْتُكَها أبدًا . على المجاز [٦] وهو أني أنهاها عن النكاح وأشير عليها بتركه وأصرفها عنه .

٢٠٥٨٤ – ويدل عليه ما رواه مالك عن عبد اللّٰه بن الفضل الهاشمي [٧] ، عن نافع ابن جبير بن مطعم [٨] ، عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « الأيم أحق بنفسها من

(١) أي أن الولي إذا أظهر كراهة عقد النكاح لموليته على من ترغب النكاح منه استحيت منه غالبا وكرهت الخلاف معه ، فامتنعت عن العقد ، فمنعه الشارع من توقفه عن العقد دفعا للضرر عنها ، ودرءًا لإظهار الكراهة له ومخالفتها لأمره وامتناعه هذا لا يمنع أن يكون العقد إليها .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٢ .

(٣) الإضافة في اللغة : الإسناد ، واصطلاحًا : إسناد اسم إلى غيره ، على جهة تنزيل الثاني منزلة تنوينه ، أو ما يقوم مقام تنوينه . فإضافة النكاح إليها في الآية إضافة محلية بمعنى أن الإضافة لا تفيد معنى جديد في الآية . انظر : شذور الذهب لابن هشام ص ٣٢٦ .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) الحقيقة : فعيلة بمعنى فاعلة من حق الشيء إذا ثبت ، والتاء فيه للنقل من الوصفية إلى الاسمية كما في العلامة لا للتأنيث . واصطلاحًا هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له في اصطلاح التخاطب .

(٦) المجاز اللغوي : هو الكلمة المستعملة في غير ما وضعت له بالتحقيق في اصطلاح التخاطب مع قرينة مانعة من إرادة المعنى الأصلي . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

(٧) هو : عبد اللّٰه بن الفضل بن العباس بن ربيعة الهاشمي المدني ، روى عن أنس والأعرج ونافع بن جبير ، وروى عنه مالك ، وموسى بن عقبة ، وغيرهما ، قال أحمد : لا بأس به ، وثقه ابن معين والنسائي وأبو حاتم وغيرهم . انظر : الجمع بين رجال الصحيحين (٢٥٧/١) ، والكاشف (١٠٥/٢) .

(٨) هو نافع بن جبير بن مطعم القرشي المدني ، روى عن أبيه ، وعلي ، وابن عباس وغيرهم ، وروى عنه الزهري ، وعبد اللّٰه بن الفضل ، وعروة وغيرهم ، كان يحج ماشيا وناقته تقاد ، ومات سنة ٩٩هـ . انظر ترجمته في : البداية والنهاية (٢٠٨/٩) ، إسعاف المبطأ برجال الموطأ ص ٢٨ ط مصطفى الحلبي .

وليها ، والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها » [١] ، وهذا حديث في الصحيح رواه الزهري [٢] عن مالك ولم يجز عقدها إلا أنه لم يكن أحق بنفسها منها [٣] .

٢٠٥٨٥ – فإن قيل : لفظة « أحق » تقتضي ثبوت الحق للاثنين ، وهذا يدل على أن للولي حقًّا وللمرأة حقًّا ، فحق المرأة أن تختار النكاح والأزواج وتأذن في العقد ، وحق الولي أن يعقد [٤] .

٢٠٥٨٦ – قلنا : لفظة « أحق » تقتضي ثبوت الحق لمن أضيف إليه وقطعه عن غيره ، قال اللَّه تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ . [٥] ولا حق في الرجعة [٦] لغير الأزواج ، وقال عليه السلام : « من وجد عين ماله فهو أحق بها » [٧] .

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ : كتاب النكاح ، باب استئذان البكر والثيب في أنفسهما (٣/٢) ، ومسلم : كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب (٥٩٤/١) ، وأبو داود كتاب النكاح باب في الثيب حديث رقم ٢٠٩٨ ، والترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب حديث رقم ١١٠٨ ، والنسائي كتاب النكاح ، باب استئذان البكر في نفسها (٨٤/٦) . والأيم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا ، والمراد بها هنا الثيب التي فارقت زوجها بموت ، أو طلاق لمقابلتها بالبكر ، والبكر هي العذراء التي لم تجامع والجمع أبكار والمصدر البكارة . انظر : معالم السنن للخطابي على سنن أبي داود (٥٧٧/٢) ، والقاموس المحيط مادة (بكر) . وقال القاضي عياض : موفقا بين المذاهب « الإمام مالك الذي يشترط الولي في النكاح وبين روايته لهذا الحديث ، يحتمل من حيث اللفظ أن المراد أحق في كل شيء من عقد وغيره ، ويحتمل أنها أحق بالرضا ألا تزوج حين تنطق بالإذن بخلاف البكر ، ولكن لما صح قوله ﷺ « لا نكاح إلا بولي » مع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي تعين الاحتمال الثاني » ا هـ انظر : تنوير الحوالك شرح موطأ مالك (٣/٢) ط المكتبة التجارية الكبرى القاهرة .

(٢) هو : أبو بكر محمد بن عبيد اللَّه بن عبد اللَّه بن شهاب الزهري ، روى عن ابن عمر وجابر وأنس وغيرهم ، وروى عنه مالك وأبو حنيفة والليث وغيرهم ، ومات سنة ١٢٤ هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٤٢ ، والبداية والنهاية (٣٨٣/٩) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٥٨/٣) .

(٤) أي : أن لفظة أحق في قوله : « الأيم أحق » تقتضي ثبوت الولاية للولي ولموليته معا ، فحق الولي هو أن يتولى عقد النكاح بنفسه أو من يوكله بذلك ، وحقها أن تختار الأزواج وتأذن في العقد . يقول الإمام النووي : أحق ، أي شريكة في الحق بمعنى أنها لا تجبر ، وهي أيضًا أحق في تعيين الزوج » ا هـ . انظر : صحيح مسلم بشرح النووي (٢٠٥/٩) .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٦) الرجعة : مصدر رجعه يرجعه رجعا ورجعة ، يقال رجعت في الأمر إلى أوائله إذا رددته إلى ابتدائه . وفي الاصطلاح : هي رد الزوجة وإعادتها إلى الحال التي كانت عليها . انظر : الاختيار (١٠٦/٣) .

(٧) أخرجه أبو داود : كتاب الإجارة ، باب الرجل يجد ماله عند رجل ، حديث رقم ٣٥١٤ ، والنسائي : كتاب البيع ، باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق (٢٧٦/٧) ، كلاهما من طريق سمرة بن جندب .

٢٠٥٨٧ - على أن لو سلمنا أن لفظة « أحق » تقتضي الاشتراك لم يجز حملها على ذلك في مسألتنا بالإجماع لأنهم يثبتون لها حقًّا لا يشاركها الولي فيه وهو الاختيار ، والمطالبة بالعقد ، والإذن ، ويثبتون للولي حقًّا لا تشاركه فيه وهو العقد ، فإذا بطل معنى الاشتراك لم يبقَ إلا ما قلنا [(١)] .

٢٠٥٨٨ - فإن قيل : أثبت له الولاية في حال وصفها بأنها أحق وكون لها ولي يقتضي أن يقف العقد عليه [(٢)] .

٢٠٥٨٩ - قلنا : قوله : « الأيم أحق » يقتضي جواز عقدها ، فثبوت ولايته عليها معناه الاعتراض عليها في ترك الكفاءة ونقصان المهر [(٣)] ، ويدل عليه : حديث ابن عباس [(٤)] لأن النبي ﷺ قال : « ليس للولي مع الثيب أمر » [(٥)] .

٢٠٥٩٠ - وروي أنه عليه السلام خطب أم سلمة [(٦)] ، فقالت : ليس أحد من أوليائي

---

(١) أي : أن الأحناف يستدلون بالآية والحديث على إبطال معنى الاشتراك في كلمة (أحق) ، وإذا سلموا معنى الاشتراك فيها فكلا الحقين يختلف تمامًا عن الآخر ، فلم تحمل عندهم إلا على أن للمرأة الحرة البالغة العاقلة الحق في إنشاء عقد النكاح لنفسها بنفسها . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦٢/٣) .

(٢) أي أن قوله « الأيم أحق بنفسها من وليها » قد أثبت للولي الولاية في حال وصفه للأيم بأنها أحق ، فيقتضي ذلك وقوف العقد عليه . انظر : الأم للشافعي (١٧/٥) .

(٣) أي أن قوله « الأيم أحق » لا يدل على ثبوت الولاية ، بل يدل على ثبوت اعتراضه في ترك الكفاءة أو نقصان المهر . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٥٨/٣) . والمهر : هو اسم للمال الذي يجب للمرأة على الرجل في مقابل ملكه الاستمتاع بها بسبب عقد الزواج ، وهو مع كونه واجبا في النكاح إلا أنه ليس ركنا من أركانه ولا شرطا من شروطه ، وإنما هو أثر من آثار النكاح المترتبة عليه ، ومن هنا يجب المهر بالعقد وإن لم ينص عليه في العقد . انظر : محاضرات في عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٢٨-٢٣٠ .

(٤) هو : عبد اللّه بن عباس بن عبد المطلب الهاشمي ، أبو العباس ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين ، ابن عم رسول اللّه ﷺ وترجمان القرآن الكريم ، كما يقال الحبر والبحر ، أحد العبادلة الأربعة ، دعا له الرسول ﷺ ، ومات بالطائف سنة ٦٨هـ . انظر : أسد الغابة (١٩٢/٣) ، الإصابة (٣٣٠/٢) ، طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٤٨ .

(٥) أخرجه أبو داود : كتاب النكاح ، باب في الثيب (٥٧٨/٢) حديث رقم ٢١٠٠ ، والنسائي : كتاب النكاح باب استئذان البكر في نفسها (٨٤/٦) ، والدارقطني في سننه كتاب النكاح (٢٣٩/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب النكاح ما جاء في إنكاح الثيب (١١٨/٧) . ومداره عندهم على صالح بن كيسان ، وقال صالح : إنما سمعته من عبد اللّه بن الفضل .

(٦) هي هند بنت أمية - واسمه حذيفة ، ويقال سهل بن المغيرة - القرشية المخزومية « أم المؤمنين » تزوجها رسول اللّه ﷺ في شوال بعد غزوة بدر ، وكانت قبله تحت أبي سلمة بن عبد الأسد ، وماتت سنة ٥٩ هـ . انظر : الإصابة (٤٠٥/٤ - ٤٠٧) .

حاضرا . فقال ﷺ : « ليس لك ولي إلا ويرضاني » فأمر ابنها فزوجها [١] .

٢٠٥٩١ - ولا يقال : إنه ﷺ كان وليها ؛ لأنه لو كان كذلك لكان يقول « أنا وليك » .

٢٠٥٩٢ - ولا يقال : كان ابنها بالغًا فكان وليها ؛ لأننا دللنا في مسألة وكالة الصبي أنه كان صغيرًا [٢] .

٢٠٥٩٣ - ولا يقال : إنه ﷺ كان مخصوصًا في جواز النكاح بغير ولي ، لأن حكمه وحكم غيره [في الشرع] [٣] سواء إلا ما خصه ، لأنه لو كان كذلك لقال لها : « نكاحي لا يحتاج إلى ولي » [٤] .

٢٠٥٩٤ - ويدل عليه : أن النبي ﷺ خطب ميمونة [٥] فرد أمرها إلى العباس [٦] فزوجها ولم يكن وليها [٧] .

٢٠٥٩٥ - ويدل عليه : حديث عائشة أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت : إن أبي ونعم الأب هو زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته فهل لي في نفسي من أمر ؟ قالت عائشة : فجعل النبي ﷺ الأمر إليها ، قالت : أجزت ما فعل بي أبي ، ولكنني أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من أمورهن شيء [٨] ، ولم ينكر ﷺ ذلك

---

(١) أخرجه النسائي كتاب النكاح باب إنكاح الابن أمه (٨١/٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب النكاح باب الابن يزوجها إذا كان عصبة لها بغير البنوة (١٣١/٧) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١١/٣) . انظر : الإصابة (٦٦/٢ ، ٤٥٨/٤) .

(٢) ومع ذلك صح توليته عقد النكاح على أمه ، لأنه تصح الوكالة منه ، يقول صاحب البدائع : وتصح وكالة الصبي العاقل والعبد مأذونين كانا أو محجورين . ثم استدل على ذلك بإنكاح ابن أم سلمة لها على رسول الله ﷺ . انظر : بدائع الصنائع (٣٤٤٧/٧) . (٣) ساقطة من (م) .

(٤) انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي (١١/٣) .

(٥) هي ميمونة بنت الحارث الهلالية ، كانت تسمى (برة) وعندما تزوجها رسول الله ﷺ اسماها ميمونة ، وتزوجها الرسول في ذي القعدة سنة سبع من الهجرة ، وماتت سنة ٤٩هـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٩٧/٤) ، والبداية والنهاية (٢٣٣/٤) .

(٦) هو : الفضل بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم ، عم رسول الله ﷺ أسلم عام الفتح ، ومات سنة ٣٢هـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٧١/٢) .

(٧) أخرجه الدارقطني في سننه : كتاب النكاح (٢٦٣/٣) ، والحاكم في المستدرك (٣١/٤) ، باب ذكر أم المؤمنين ميمونة بنت الحارث ، والهيثمي في مجمع الزوائد (٢٨٧/٢) .

(٨) أخرجه النسائي : كتاب النكاح ، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة (٨٧/٦) وابن ماجه : كتاب =

عليها ، [١] فلو كان العقد إليه حتى [٢] لا يجوز أن يعقد غيره لم يجز أن يقرها على هذا القول .

٢٠٥٩٦ – ولأنها تملك التصرف في مالها بعوض وبغير عوض فملكت عقد النكاح كالرجل [٣] .

٢٠٥٩٧ – أو نقول : تملك التصرف في مالها بنفسها كالرجل .

٢٠٥٩٨ – ولا يلزم المكاتب لأنه لا مال له [٤] .

٢٠٥٩٩ – [ولا يلزم] [٥] الصبي المأذون ، لأنه لا يملك التصرف بنفسه ، وإنما يملك بإذن الولي .

٢٠٦٠٠ – ولا يقال : إن الولاية تخالف الولاية في النكاح ، لأنه قد يتصرف في أحدهما من لا يتصرف في الآخر ، لأن التصرف يختلف في حق الغير فأما في حق [٦] الإنسان فلا يختلف ، فمن يملك التصرف في مال نفسه يملك في نكاح نفسه ، ومن لا يملك في حق [٧] نفسه أحد الأمرين لا يملك الآخر .

٢٠٦٠١ – ولأن المرأة يقف العقد على إذنها فجاز أن تتولى عقدها كالرجل ، لأن كل عقد وقف جوازه على إذن المرأة ملكت أن تعقد كالبيع .

=النكاح ، باب من يزوج ابنته وهي كارهة (٢٠٦/١) حديث رقم ١٨٧٤ ، والدارقطني في سننه : كتاب النكاح (٢٣٢/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى : كتاب النكاح ، باب إنكاح الأبكار (١١٨/٧) .

(١) يقول الحافظ ابن حجر رحمه الله : قال البيهقي : إن ثبت الحديث في البكر حمل على أنها زوجت بغير كفء والله أعلم اهـ . ثم قال ابن حجر : قلت : وهذا هو الجواب المعتمد ، فإنها واقعة عين فلا يثبت الحكم فيها تعميما . ا هـ . انظر : فتح الباري (١٩٦/٩) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٣) أي : أن المرأة ينفذ تصرفها في إنشاء عقد النكاح لنفسها بنفسها ، قياسا على صحة تصرفها في مالها بعوض وبغير عوض ، فصح عقدها كالرجل ، ولا يلزم على صحة تصرفها صحة عقد المكاتب والصبي المأذون ، لأنهما لا يملكان التصرف بغير عوض . انظر : شرح فتح القدير (٢٥٧/٣) . والكتابة : إعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدى مؤجلا ، وسميت كتابة لأن السيد يكتب بينه وبينه كتابا بما اتفقا عليه ، وقيل : سميت كتابة من الكتب وهو الضم ، لأن المكاتب يضم بعض النجوم إلى بعض . انظر : المغني لابن قدامة (٤٤١/١٤) ط دار هجر للطباعة .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٦) في (ن) ، (ع) قوله : [ولا وجه له] .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

٢٠٦٠٢ – ولأن إقرارها [١] بالعقد ينفذ ، ومن نفذ إقراره بالعقد جاز أن يعقد ذلك العقد كالرجل [٢] .

ولأن كل عقد نفذ إقرار المرأة فيه جاز أن تعقده كالبيع [٣] .

٢٠٦٠٣ – فإن قيل : المعنى في الرجل أنه لما ملك العقد لم يثبت لغيره الاعتراض وإن ترك الكفاءة ، ولما ثبت على المرأة الاعتراض إذا وضعت نفسها في غير كفء دل على أنها لا تملك العقد [٤] .

٢٠٦٠٤ – قلنا : لو زوجها أحد الأولياء من غير كفء لم ينعقد العقد عندهم [٥] ، ولم يدل [٦] على أنه إذا زوجها من كفء لم ينعقد .

٢٠٦٠٥ – ولأن عقدها ينفذ إذا كان حقًّا لها إذا اختارت كفؤًا وجب على الولي أن يزوجها ، فإن طالبته ولم يعقد كان عاصيًا ، وإذا كان من حقوقها جاز أن تستوفيه بنفسها ولا فرق بين أن تباشر استيفاءه [٧] ويستوفيه لها وليها [٨] فأما إذا عقدت بغير كفء فالعقد ليس بحق لها ، بدلالة أن الولي لا يجب عليه ، وإذا فعلت ما ليس بحق لها لم ينفذ عقدها ، وأما الرجل فإنه يتزوج من تكافئه ومن لا تكافئه ، وكذلك لم يثبت عليه الاعتراض [كما لا يثبت] [٩] عليها إذا عقدت

---

(١) الإقرار في اللغة : الثبوت والاعتراف وعدم الإنكار ، وفي اصطلاح الفقهاء : هو إخبار من يصح إخباره بحق لغيره عليه . وأركانه ثلاثة : ١- المقر : وهو المخبر ٢- والمقر له : وهو صاحب الحق . ٣-والمقر به : وهو الحق . انظر : المصباح مادة (قرر) ، والاختيار (١٧٧/٢) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) البيع في اللغة : مطلق المبادلة ، وفي اصطلاح الفقهاء : مبادلة مال بمال على وجه مخصوص انظر : التعريفات للجرجاني ص ٤٠ . وقياس الأحناف في عقد النكاح على عقد البيع ، عمل سائغ في الأصول ، وهو جواز تخصيص العموم بالقياس ، لكن حديث معقل بن يسار الوارد في سبب نزول قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ ﴾ [البقرة : ٢٣٢] رفع هذا القياس ، ودل على اشتراط الولي في النكاح دون غيره ليندفع عن موليته العار باختيار الكفء . انظر : فتح الباري (١٨٧/٩) .

(٤) أي أن الرجل لا يعترض عليه في النكاح وإن ترك الكفاءة ، أما المرأة فيثبت الاعتراض عليها إن تركت الكفاءة ، فدل ثبوت الاعتراض عليها على أنها لا تملك العقد . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٣٨/٣) .

(٥) انظر : نهاية المحتاج (٢٥٤/٦) . (٦) ناقصة من (ن) ، (ع) .

(٧) في (ن) ، (ع) استنفاذه ، والأصح استيفاؤه ، لأن الكلام في استيفاء العقد .

(٨) ساقطة من (ن) . (٩) ساقطة من (ن) .

عقدا من سائر حقوقها (١) .

ولأن الولي إنما يعترض عليها للضرر يلحقه بتصرفها ليرفع بذلك الضرر عن نفسه .

٢٠٦٠٦ - وهذا لا يدل على ثبوت ولايته ، ألا ترى أن الشفيع يبطل تصرف المشتري ويأخذ المبيع بالعقد الأول ليدفع الضرر عن نفسه ، ولم يدل ذلك على ثبوت ولايته في العقد ؟ (٢) ولهذا نقول : إن أحد الشريكين في العبد (٣) لو كاتب (٤) نصيبه ثبت لشريكه الفسخ ، لأنه يضر به (٥) بهذا التصرف ، ولو باع نصيبه من العبد لم يملك الشريك الاعتراض عليه بهذا التصرف .

٢٠٦٠٧ - فإن قيل : الضرر في الشفعة (٦) / يزول بأخذ الدار ، ولا يفتقر إلى ٢٣٢/ بطلان العقد من أصله ، والضرر في النكاح لا يزول إلا ببطلان أصل العقد .

٢٠٦٠٨ - قلنا : الضرر على الأولياء ، ينفيه العقد عليها بغير كفء ، فإذا ثبت لهم الفسخ زال الشَّين (٧) .

٢٠٦٠٩ - فأما الشين الذي عليهم في انعقاد العقد فهو موجود في (٨) اختيارها لغير

---

(١) أي : أن الرجل لا يعترض عليه إذا تزوج بمن لا تكافئه بخلاف المرأة فإنها يعترض عليها إذا زوجت نفسها من غير كفء ، أما إذا زوجت نفسها من كفء فلا يثبت الاعتراض عليها ، كما لو عقد عقدًا من سائر حقوقها . انظر : المبسوط (١٣/٥) ، وحاشية ابن عابدين (٨٤/٣) .

(٢) أي : أن الولي يعترض عليها إذا زوجت نفسها من غير كفء ليدفع بذلك الضرر عن نفسه ، فاعتراضه هذا لا يدل على ثبوت ولايته قياسا على الشفيع الذي يأخذ الشفعة بالعقد الأول ليدفع بذلك الضرر عن نفسه ، فإنه يبطل عقد المشتري الأول ، ولم يدل هذا العمل من الشفيع على ثبوت ولايته في العقد . انظر : المبسوط (١٣/٥) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [العقد ولا وجه له] .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كانت ولا وجه له] .

(٥) ساقطة في (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) الشفعة : مأخوذة من قولهم : شفعت كذا بكذا إذا ضممته إليه ، وسميت بذلك لضم نصيب الشريك إلى نصيبه ، وهي لغة الضم ، وشرعا : حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض . والأصل فيها قبل الإجماع : ما أخرجه البخاري في صحيحه عن جابر بن عبد اللَّه ﷺ قال : قضى رسول اللَّه ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . وأركانها أربعة : آخذ وهو الشفيع ، ومأخوذ وهو المشفوع ، ومأخوذ منه ، وصيغة . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١١٢ ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (١٣٣/٣) .

(٧) الشين : شانه يشينه ، ضد زانه ، والشين : العيب . انظر : القاموس المحيط مادة (شين) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [إلى] .

كفء وهذا المعنى لا يمكن دفعه ، كذلك الضرر الذي عليهم في انعقاد العقد [١] .

٢٠٦١٠ - فإن قيل : المعنى في البيع أنه لا يفتقر إلى الشهادة [٢] فلا يفتقر إلى الولي ، والنكاح يفتقر إلى الشهادة فافتقر إلى الولي [٣] .

٢٠٦١١ - قلنا : علة الأصل تبطل ببيع مال الصبي والمجنون ، فإنه يفتقر إلى الولي ولا يفتقر إلى الشهادة ، وعلة الفرع تبطل بالرجعة تفتقر إلى الشهادة عند مخالفنا ولا تفتقر إلى [٤] الولي [٥] .

٢٠٦١٢ - ولأن للأب عليها في حال صغرها ولايتين : إحداهما في البضع [٦] والأخرى في المال ، وإذا انتقل إليها بالبلوغ [٧] إحدى الولايتين فكذلك الأخرى .

٢٠٦١٣ - فإن قيل : الولاية في المال لم يبق لها أثر بعد البلوغ ، وليس كذلك

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) الشهادة لغة : شهدت الشيء بمعنى اطلعت عليه وعاينته ، فأنا شاهد والجمع أشهاد وشهود ، وفي اصطلاح الفقهاء : هي خبر قاطع بما شاهد الإنسان وعاين بنفسه ، أو بما علم واستفاض من طريق غيره . وأركانها عند جمهور الفقهاء خمسة : شاهد ، ومشهود له ، ومشهود به ، ومشهود عليه ، وصيغة . انظر : المصباح مادة « شهد » ، المهذب (٣٢٣/٢) ، الاختيار (١٩٣/٢) .

(٣) أي : أن قياس صحة عقد نكاح المرأة لنفسها على صحة توليتها عقد البيع قياس مع الفارق ، لأن عقد البيع لا يفتقر إلى الشهادة فلا يفتقر إلى الولي أما عقد النكاح فبما أنه قد افتقر إلى الشهادة فإنه يفتقر إلى الولي .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) أي أن الرجعة عند الشافعية تحتاج إلى الإشهاد ولا تحتاج إلى الولي ، يقول القفال الشاشي : وفي وجوب الإشهاد على الرجعة قولان : أحدهما : يجب ، والثاني : أنه يستحب ، وهو الأصح اهـ . انظر : حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (١٢٧/٧) . ونقول : افتقرت الرجعة إلى الشهادة عند الشافعية ولم تفتقر إلى الولي ، لأن القصد منها هو استيفاء الزواج الأول السابق على الطلاق الرجعي ، وليست إنشاء لعقد جديد ، ولا إعادة للزواج السابق بعد زواله بالطلاق الرجعي .

(٦) البُضع بالضم : الجماع ، أو الفرج نفسه ، والمهر ، والطلاق ، أو عقد النكاح وبالكسر كذلك . انظر القاموس المحيط مادة (بضع) ، انظر : المبسوط (١٢/٥) .

(٧) البلوغ المراد به بلوغ النكاح ، إما بالعلامات الدالة عليه ، وإما بالسن عند عدم ظهور العلامات ، فالعلامات المشترك فيها الذكر والأنثى : الاحتلام وظهور العانة ، ومنها مختص بالأنثى ، كالحيض والحمل وظهور الثديين . وأما معرفة البلوغ بالسن عند عدم ظهور العلامات سالفة الذكر ، فيرى الشافعية والحنابلة أن سن البلوغ خمس عشرة سنة للذكر والأنثى على السواء ، ويرى أبو حنيفة والمالكية أن سن البلوغ ثمان عشرة سنة . انظر : روح المعاني للألوسي (٢٠٤/٤) ومجمع الأنهر (٤٤٤/٢) والمغني والشرح الكبير (٢٥٦/٣) ، مغني المحتاج (١٦٦/٢) .

الولاية في النكاح لأن لها أثرًا بعد البلوغ (١) .

٢٠٦١٤ - قلنا : هذا غير مسلم ، لأن ولايته في حال الصغر كانت في العقد وبعد البلوغ في الاعتراض . وليس هذا من أثر تلك الولاية ، ألا ترى عند مخالفنا يثبت بعد البلوغ الاعتراض لمن لا تثبت له ولاية حال صغرها ، وهو من سوى الأب والجد (٢) ؟

ولأنه نوع عقد فجاز أن تملك المرأة عقده كالبيع والإجارة (٣) .

٢٠٦١٥ - ولا يلزم الإمامة (٤) ، لأنها تملك عقد الإمامة مع المسلمين إذا حضروا للإخبار والتعليل وقع لعقدها ، وليس في علتنا أنها تعقد لنفسها أو لغيرها .

٢٠٦١٦ - ولأنها تملك التصرف في بدل هذا العقد بكل وجه فملكت العقد كالبيع .

٢٠٦١٧ - ولأنه عقد على البضع فجاز أن تعقده المرأة كالخلع (٥) .

٢٠٦١٨ - فإن قيل : المعنى في الرجل أنه يملك حل (٦) هذا العقد فملك عقده ، والمرأة لا تملك حل النكاح فلم تملك عقده .

٢٠٦١٩ - قلنا : الولي عندكم يملك عقد النكاح ولم يملك حله ، والرجل يملك عقد الإجارة ولا يملك حلها (٧) بنفسه .

---

(١) أي : أن للولاية بعد البلوغ ، وأثرها هو إجبار البكر البالغة على النكاح عند الجمهور ، كما أن من أثرها أيضًا عند الأحناف ثبوت الاعتراض للولي على المرأة إذا نكحت نفسها من غير كفء ، أو أنقصت من مهرها . انظر : عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ١٥٤-١٥٨

(٢) انظر : نهاية المحتاج (٢٣١/٣) .

(٣) الإجارة لغة : اسم للأجرة ، وشرعا : تمليك منفعة بعوض . راجع : البحر الرائق (٣٢٤/٧) ، ونهاية المحتاج (٢٦١/٥) .

(٤) الإمامة : يقال : أمَّ القوم في الصلاة يؤم مثل رد يرد (إمامة) وأتم به ، اقتدى ، والإمام الذي يقتدى به ، وجمعه (أئمة) . انظر : المصباح المنير مادة (أم) .

(٥) أي أن عقد النكاح عقد على البضع فتملكه المرأة قياسا على تملكها عقد الخلع . انظر المبسوط (١٢/٥) ، حاشية ابن عابدين (٥٦/٣) . وأجيب عن هذا القياس بأنه قياس مع الفارق ، لأن عقد النكاح إنشاء للعقد بخلاف عقد الخلع فهو إنهاء له . والخلع لغة : الإزالة ، وفي اصطلاح الفقهاء : هو إزالة الزوجية بما تعطيه المرأة من المال ، وحكمه الجواز ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] . والخلع تطليقة بائنة . انظر : الاختيار [١٢٠/٣] ، وحاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٤٤٣/٣) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) في (م) : [حكمهما] ، وفي (ن) ، (ع) [حكمها] ، ولا وجه لهما ، لأن الكلام في حل العقد =

٢٠٦٢٠ - احتج المخالف بقوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ ﴾ (١) . فخاطب الرجال بإنكاح النساء ، كما خاطب الولي بإنكاح الإماء فدل على أن العقد إلى (٢) الأولياء (٣) .

٢٠٦٢١ - قلنا : الآية مشتركة الدليل ؛ لأن قوله : ﴿ وَأَنكِحُواْ ﴾ عطفا على قوله : ﴿ وَتُوبُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ ٱلْمُؤْمِنُونَ ﴾ (٤) وهذا خطاب للرجال والنساء ، وإذا أمر النساء بإنكاح الأيامى كان خلاف قول مخالفنا (٥) فأما نحن فنقول : معنى قوله : ﴿ وَأَنكِحُواْ ﴾ أي مكنوا الأيامى من النكاح ولا تمنعوهن منه ، فإنه يقال : أنكحها بمعنى خلًّا بينها وبين التزويج ولم يمنعها وقد كانوا في الجاهلية يحولون بينها وبين التزويج تكبرًا أو تعظمًا فأمر بترك ذلك (٦) .

٢٠٦٢٢ - احتجوا بما روى ابن جريج (٧) ، عن سليمان بن موسى (٨) ، عن الزهري ، عن عروة (٩) ، عن عائشة عن النبي ﷺ قال : « أيما امرأة نُكِحَتْ بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا - أو قال اختلفوا - فالسلطان ولي مَنْ لا ولي له » (١٠) .

= وإنهائه لا في حكمه .

(١) سورة النور : الآية ٣٢ .

(٢) في (ن) ، (ع) : [على] .

(٣) انظر : تفسير آيات الأحكام للشيخ محمد علي السايس (١٧١/٢) .

(٤) سورة النور : الآية ٣١ .

(٥) لأن مخالف الأحناف في حكم اشتراط الولي في النكاح وهم الشافعية والمالكية والحنابلة يقولون إنه لا عبارة للنساء في النكاح فلا يصح عندهم أن تعقد المرأة النكاح لنفسها ولا لغيرها دون إذن الولي في ذلك ، فإذا كان الأمر بالإنكاح في قوله ﴿ وَأَنكِحُواْ ﴾ عام يعم الرجال والنساء كان في ذلك خلاف لقولهم .

(٦) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٢٣٠/٣) .

(٧) هو أبو خالد عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الأموي ، مولاهم ، ثقة ، حديثه في الكتب الستة مات سنة ١٥٠ هـ وقيل ١٥١هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٢٥/٦) ، وطبقات الحفاظ ص ٧٤ .

(٨) هو سليمان بن موسى الأسدي أبو أيوب فقيه أهل الشام ، قال أبو حاتم محله الصدق ، وفي حديثه بعض الاضطراب ، وقال ابن عدي : هو عندي ثبت صدوق ، مات سنة ١١٩هـ . انظر : التاريخ الصغير (٣٤٠/١) ، وكتاب مشاهير علماء الأمصار ص ١٧٩ .

(٩) هو عروة بن الزبير بن العوام الأسدي أبو عبد الله المدني ، فقيه عالم ، كثير الحديث ، صالح لم يدخل في شيء من الفتن ، ولد سنة ٢٣هـ ، ومات سنة ٩١ أو ٩٢هـ . انظر : طبقات الحفاظ ص ٢٣ ، تذكرة الحفاظ (٦٢/١) .

(١٠) أخرجه أبو داود : كتاب النكاح ، باب في الولي (٥٦٦/٢) حديث رقم ٢٠٨٣ ، والترمذي كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي (٢٨٠/٢) حديث رقم ١١٠٨ ، وابن ماجه كتاب النكاح ، باب لا =

٢٠٦٢٣ - الجواب : أن هذا الخبر قال ابن جريج : لقيت الزهري فسألته عنه فقال : لا أعرفه . [١] ومتى أنكر المروي عنه الخبر قدح ذلك في رواية من روى عنه ، كشهود الأصل إذا أنكروا الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع [٢] .

٢٠٦٢٤ - فإن قيل : حكم الخبر أخف من حكم الشهادة .

٢٠٦٢٥ - قلنا : قد استويا في اعتبار العدالة [٣] فكذلك في هذا الشرط ؛ لأن هذا

= نكاح إلا بولي (٦٠٥/١) حديث رقم ١٨٧٩ ، والحاكم في المستدرك (١٦٨/٢) ، والبغوي في شرح السنة (٣٩/٩) حديث رقم ٢٢٦٢ .

(١) هذه المقولة عن ابن جريج وهذا هو مدخل الأحناف لرد هذا الحديث ولكن بالتقصي لأقوال أهل العلم بالرواية اتضح لنا عدم ثبوت هذه المقولة عن ابن جريج ، يقول البغوي في شرح السنة (٤٠/٩) : وضع بعضهم هذا الحديث ؛ لأن ابن جريج قال : ثم لقيت الزهري فسألته فأنكره . قال يحيى بن معين : لم يذكر هذا القول عن ابن جريج إلا إسماعيل بن إبراهيم وسماع إسماعيل بن إبراهيم عن ابن جريج ليس بذاك . انتهى كلامه .

ويقول الترمذي : ذكر يحيى بن معين أنه قال : لم يذكر هذا عن ابن جريج غير ابن علية وضعف يحيى بن معين رواية ابن علية عن ابن جريج . انتهى كلامه . انظر : سنن الترمذي (٢٨٠/٢) .

(٢) المقصود بشهود الأصل هم الشهود الأول ، وشهود الفرع هم الشهود على نفس شهادة الشهود الأول ، كما يقول شاهد فرع : أشهد أن فلان ابن فلان قد أشهدني أن يشهد أن لفلان ابن فلان على فلان ابن فلان كذا وكذا . ويسمى هذا في اصطلاح الفقهاء « الشهادة على الشهادة » وهي جائزة باتفاق الفقهاء ، لأن الحاجة داعية إليها عند تعذر شهادة الأصل بموت أو مرض أو غيبة ويشترط في صحة الشهادة على الشهادة عدة شروط :

١ - تعذر حضور شهود الأصل .

٢ - تحقيق شروط الشاهد التي اشترط في شاهد الأصل .

٣ - تعيين شاهد الأصل . ٤ - الذكورة .

٥ - ألا يكون شاهد الفرع أقل من شاهدين ذكرين أو رجل وامرأتان عند المالكية والحنفية والشافعية سواء كان شاهد الأصل واحدًا أو أكثر ، وعند الحنابلة لا يشترط العدد فيشهد واحد على واحد واثنان على اثنين .

٦ - عدم رجوع شاهد الأصل في شهادته قبل الحكم بشهادة الفرع . انظر : المغني (٢٠٨/٩) ، والمهذب (٢٣٧/٢) .

(٣) العدالة لغة : الاستقامة ، وفي الاصطلاح : هي عبارة عن الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور . وشروطها عند جمهور الفقهاء : الإسلام إذا كانت الشهادة على مسلم ، واجتناب الكبائر ، وعدم الإصرار على الصغائر ، والمروءة ، والبعد عن التهمة . انظر : المغني (١٦٤/٩) وما بعدها ، والاختيار (١٩٦/٢) ، وحاشية الدسوقي (١٦٤/٤) وما بعدها .

أثر في الشهادة ؛ لأن شهود الفرع ينقلون قوله كذلك المخبر عنه ينقل عنه [1] قوله فليس قبول قوله من إنكاره عنه .

٢٠٦٢٦ - فإن قيل : إذا كان الراوى ثقة لم يمتنع أن يكون راوى الأصل أُنسي ما رواه [2] .

٢٠٦٢٧ - قلنا : لا نسلم ثقة سليمان بن موسى ، وقد ذكره البخاري في الضعفاء وأسقطه لروايته لهذا الحديث بعينه [3] ، فكيف يسمع الزهري هذا الحديث ، فلم ينقله أحد من ثقات أصحابه حتى يسمعه سليمان الشامي وينساه الزهري حتى لا يعرفه ؟ مع إتقان الزهري وحفظه ولم يحسن الظن بالزهري وسليمان معروف بالتخليط في غير هذا الحديث .

٢٠٦٢٨ - وروي عن نافع [4] ، عن ابن عمر حديث الزمارة : أن ابن عمر رأي راعيًا يعزف الزمارة فوضع يديه على أذنيه وانصرف عن ذلك الطريق .

٢٠٦٢٩ - وروى هذا الحديث سليمان بن موسى ، عن نافع ، عن ابن عمر : أن النبي ﷺ رأي راعيًا معه زمارة [5] فوضع يديه على أذنيه وانصرف من طريق آخر [6] .

٢٠٦٣٠ - قال أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر [7] : سمعت موسى بن هارون ابن عبد اللّه الحمال [8] وهذا أحفظ أهل زمانه ، وابن هارون بن عبد اللّه ، ويحيى بن

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) انظر شرح السنة للبغوي (٤١/٩) .

(٣) انظر الضعفاء الصغير ص ٩ ، ١٠ ترجمة رقم ١٤٦ ، واللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٦٦٨/٢) .

(٤) نافع هو : أبو عبد اللّه المدني مولى ابن عمر كثير الحديث مات سنة ١١٠هـ . انظر : البداية والنهاية (٣٥٩/٩) طبقات الحفاظ ٤٠ العبر (١٤٧/١) .

(٥) ساقطة في (م) .

(٦) أخرجه أبو داود ، كتاب الأدب ، باب كراهية الغناء والزمر (٢٢٢/٥) ، وقال : حديث منكر ، كما رواه أيضًا من طريق مطعم بن المقدام عن نافع وقال : أدخل بين مطعم ونافع : سليمان بن موسى ، ورواه كذلك من طريق ميمون عن نافع وقال : وهذه أنكرها ابن عدي في الكامل (٢٦٩/٣) . (والزمار) الذي سمعه ابن عمر هو صفارة الرعاة . ويقول صاحب القاموس المحيط : زمر يزمر زمرًا غنى في القصب والزمار : ما يزمر به . انظر : القاموس المحيط مادة (زمر) .

(٧) محمد بن إبراهيم بن المنذر أبو بكر النيسابوري شيخ الحرم ، صاحب التصانيف ، كان غاية في معرفة الاختلاف والدليل والإجماع لا يقلد أحدًا ، مات سنة ٣١٨هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (٣٨١/٣) ، وطبقات الحفاظ ص ٣٢٨ .

(٨) هو موسى بن عبد اللّه بن مروان الحمال ، أبو عمران الحافظ الحجة ابن المحدث أبي موسى الحمال =

معين [(١)] ، وأحمد بن حنبل طبقة واحدة ، قال ابن المنذر : سمعت موسى بن هارون في ترك حديث سليمان بهذه العلة ، يعني بحديث الزمارة ، ويستعظم أن ينسب إلى النبي ﷺ أنه سمع منكرًا فعدل عن الطريق ولم يغيره ، فكيف نسلم لهم ثقته مع ترك الأئمة له [(٢)] وكلامهم فيه وطعنهم فيه [(٣)] وظهور غلطه ؟

٢٠٦٣١ - قال مخالفنا حكاية عن الدارقطني : إنه لم يرو عن ابن جريج إنكار الزهري لحديث سليمان إلا ابن عُلية [(٤)] ولم يذكره ثقات العلماء من أصحاب ابن جريج ، وهذا كلام يدل على فساده بيعض الاحتجاج بالخبر فإن ابن عُلية لم يشك فيه ، ولا تكلم عليه محدث وهو المحتج بقوله الموثوق بروايته [(٥)] فإن كان الدارقطني يقف فيما يرويه ؛ لأن غيره من أصحاب ابن جريج لم يرووه فيجب التوقف في خبر سليمان ابن موسى ؛ لأن أصحاب الزهري والعلماء منهم لم يرووه عنهم فَلِمَ قَبِلَ خبره وهو رجل شامي ومن دفع طعنا على خبر بما يعود عليه في إبطال الخبر لشديد الغفلة .

٢٠٦٣٢ - قالوا : قال ابن المنذر : إنما كان في الخبر زيادة ، قال ابن جريج : سألت الزهري عنها ، فقال : لا أعرفها .

٢٠٦٣٣ - قلنا : لو كان كذلك لروى ابن جريج نفسه [(٦)] الخبر عن الزهري وأسقط سليمان ، ولكن لا يخفى ذلك على البخاري حتى يسقط سليمان بروايته لهذا

= البغدادي ، قال الخطيب : موسى بن هارون ثقة حافظ ، ولد سنة ٢١٤هـ ، ومات سنة ٢٩٤هـ . انظر : تاريخ بغداد (٥٠/١٣) ، وطبقات الحفاظ ٢٩٢ والعبر (٩٩/٢) .

(١) هو يحيى بن معين بن عون بن زياد بن البسطام بن عبد الرحمن ، مولاهم البغدادي ، أبو زكريا ، إمام أهل زمانه في الحديث ، ولد سنة ١٥٨ ومات بالمدينة المنورة سنة ٢٠٣هـ . انظر : طبقات الحفاظ ١٨٥ ، وتذكرة الحفاظ (٤٢٩/٢) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) في (م) : [عليه] .

(٤) هو إسماعيل بن إبراهيم ابن علية - وهي أمه ، وجده مقسم الأسدي مولاهم البصري ، أبو بشر ، وروى عن حميد الطويل ، وشعبة ، والثوري وغيرهم ، وروى عنه أحمد بن حنبل وابن راهويه وابن المديني وغيرهم ، وقال شعبة : ابن علية سيد المحدثين وريحانة الفقهاء مات ببغداد ١٩٣هـ وكان مولده ١١٠هـ . انظر : طبقات الحفاظ ١٣٣ ، ١٣٤ ، وميزان الاعتدال (٢١٦/١) .

(٥) ولكن يحيى بن معين ضعف ما رواه ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهري راوي الحديث « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » فقال لا أعرفه . انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (٢٦٦/٣) .

(٦) في (م) : [نفسه] ، وفي غيرها : « نفس » .

الحديث [١] .

٢٠٦٣٤ – قالوا : فقد روى هذا الخبر ابن عامر الغفاري عن زمعة بن صالح [٢] عن هشام بن عروة [٣] عن أبيه [٤] عن النبي ﷺ [٥] .

٢٠٦٣٥ – قلنا : زمعة بن صالح مكي معروف بقلة الضبط تركه عبد الرحمن بن مهدي [٦] وسُئِلَ يحيى بن معين عنه فقال : ضعيف .

٢٠٦٣٦ – ثم الذي يدل على بطلان هذا الخبر أن مذهب عائشة جواز النكاح بغير ولي [٧] ، وقد زوجت حفصة [٨] بنت أخيها عبد الرحمن [٩] – وكان غائبا – المنذر بن الزبير [١٠] ، فلما قدم عبد الرحمن قال : أمثلي يفتات عليه في بناته ، فقالت عائشة

---

(١) انظر : التاريخ الكبير للإمام البخاري (٣٨/٤) ترجمة ١٨٨٨ ، والحديث الذي أسقط البخاري سليمان ابن موسى بسببه هو حديث الزمارة الذي سبق تخريجه لخلطه فيه .

(٢) هو : زمعة بن صالح المكي ، روى عن عمرو بن دينار ، وابن طاووس ، قال أحمد ، ويحيى ، والرازي : ضعيف ، وقال النسائي : ليس بالقوي كثير الغلط عن الزهري ، وقال ابن حبان : كان رجلا صالحاً يخطئ ولا يفهم فغلب في حديثه المناكير ، مات ١٨٧هـ . انظر : الضعفاء والمتروكين لابن الجوزي (٢٩٦/١) ، والكاشف (٢٥٤/١) .

(٣) هو : هشام بن عروة بن الزبير بن العوام أبو المنذر ثقة ثبت كثير الحديث ، روى عن : أبيه ، وعمه عبد اللَّه بن الزبير وطائفة غيرهما ، وروى عنه : مالك ، وأبو حنيفة ، وشعبة ، توفي سنة ١٤٥هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٦١ ، وميزان الاعتدال (٣٠١/٤) .

(٤) أخرجه البغوي في شرح السنة (٤٠/٩) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (١٠٦/٧) .

(٥) انظر : كتاب المجروحين لابن حبان (٣١٢/١) . وعبد الرحمن بن مهدي : هو أبو سعيد عبد الرحمن ابن مهدي البصري ، صنف له الشافعي كتاب الرسالة وحملها إليه على يد الحارث بن سريج النقال ، روى ابن مهدي عن : الأعمش ، ويحيى الأنصاري وغيرهما ، وعنه : أحمد ، وابنا أبي شيبة وابن كريب ، وغيرهم مات سنة ١٩٢ هـ انظر : طبقات الحفاظ /١٢٩ ؛ تاريخ بغداد (٢٤٠/١٠) .

(٦) انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (٢٢٩/٣) .

(٧) انظر : المبسوط (١٢/٥) ، وشرح فتح القدير على الهداية (٢٦٠/٣) .

(٨) حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق من ثقات التابعيات ، روى لها مسلم .

(٩) عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ، أبو محمد . أسلم قبل الفتح ومات سنة ٥٤ ، وقيل ٥٩هـ . انظر : البداية والنهاية (٩٥/٨) ، والإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٩٩/٢) .

(١٠) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [المنذر] ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه كما هو موجود في كتب التراجم . والمنذر : هو المنذر بن الزبير بن العوام ، أمه أسماء بنت أبي بكر الصديق ولد في زمن عمر =

للمنذر : « أجعل أمرها في يدها »[١] فكيف يظن أن عائشة تسمع النبي ﷺ يقول : « أيما امرأة نُكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » . فتزوج بنت أخيها بغير أمره[٢] ؟

٢٠٦٣٧ - وقد روي عن معمر[٣] ، عن الزهري أنه قال : إذا تزوجت المرأة بغير إذن وليها كفؤًا فهو جائز .[٤] ولو كان سمع الحديث لمنع جواز النكاح ، ولو ثبت الخبر كان مشترك الدليل[٥] ، لا لأن[٦] لفظه يمنع النكاح بغير إذن الولي .

٢٠٦٣٨ - ودليله أن النكاح [بإذن الولي][٧] جائز ودليل الخطاب[٨] عندهم

= وعاش من العمر أربعين سنة . انظر سير أعلام النبلاء (٣٨١/٣) ، البداية والنهاية (٢٤٦/٨) .

(١) أخرجه مالك في المدونة الكبرى (١٧٨/٣) ، وفي الموطأ : كتاب الطلاق رقم ٢٢ . انظر : شرح الموطأ للزرقاني (٧٣/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (١١٢/٧) . وقال البيهقي : « إنما أريد بها أنها مهدت أسباب تزويجها ثم تولى عقد النكاح غيرها فأضيف النكاح إليها لإذنها في ذلك ولتمهيدها أسبابه » انتهى كلامه ، ولقد أفسد الطحاوي في كتابه اختلاف العلماء في هذا الحديث بأمرين أولهما : أن ابن حنبل قال : ابن جريج يقول : أخبرت عن عبد الرحمن بن القاسم فصار بينه وبين عبد الرحمن مجهولا . والآخر : أن الشافعي يرويه عن ابن جريج عن عبد الرحمن عن عائشة مرسلا ولم يذكر فيه عن أبيه . انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١١٢/٧) ، ثم هذا الحديث معارض بما روي عنها أنها قالت لبعض أهلها : زوج فإن المرأة لا تلي عقد النكاح . انظر : شرح السنة للبغوي (٤٠/٩) .

(٢) انظر : اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٦٦٩/٢) والتي زوجت هي عائشة ، زوجت بنت أخيها حفصة بنت عبد الرحمن للمنذر بن الزبير . انظر : لسان العرب مادة (فوت) .

(٣) هو معمر بن راشد الأزدي ، الحراني البصري ، نزيل اليمن ، يكنى أبا عروة ، روى عن : الأعمش ، ومحمد بن المنكدر ، وقتادة ، والزهري ، وروى عنه : أيوب ، وشعبة ، والسفيانان ، قال ابن حبان : كان فقيها متقنا حافظا ورعًا ، مات في رمضان ١٥٢هـ وقيل ١٥٣هـ . انظر : البداية والنهاية (١١١/١٠) ، وطبقات الحفاظ ٨٢ ، وطبقات ابن سعد (٣٩٧/٥) .

(٤) انظر : مصنف عبد الرزاق كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (١٩٦/٦) .

(٥) المشترك : هو اللفظة الموضوعة لحقيقتين مختلفتين أو أكثر وضعًا أولًا من حيث هما مثل لفظ « القرء » فإنه يطلق على الطهر وعلى الحيض ، وقد اختلف أهل العلم في المشترك فقال قوم : إنه واجب الوقوع في لغة العرب ، وقال آخرون : إنه ممتنع الوقوع ، وقالت طائفة : إنه جائز الوقوع وكل له دليله موضح في كتب أصول الفقه . انظر : إرشاد الفحول للشوكاني ص ١٩ ط مصطفى البابي الحلبي .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [بغير إذن الولي] ، ولا وجه له .

(٨) دليل الخطاب : هو تعليق الحكم على أحد وصفي الشيء ، وهو حجة عند الجمهور ، وغير حجة عند الأحناف . ومثاله : قوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ ﴾ [الطلاق : ٦] فلقد =

كالنطق ، ومقتضاه جواز عقدها بإذنه وهو خلاف قولهم .

٢٠٦٣٩ - فإن قيل : إنما يحتج بالدليل إذا لم يسقط النطق ، وكل من جوز نكاحها بإذن الولي جوزه [بغير إذنه] (١) فكان في اعتبار الولي إسقاطه (٢) .

٢٠٦٤٠ - قلنا : ليس كذلك ؛ لأن من مذهب محمد بن الحسن وغيره من الفقهاء أن عقد المرأة بإذن وليها جائز ، ولا يجوز بغير إذنه فالخبر حجة محمد دون غيره (٣) .

٢٠٦٤١ - وجواب آخر : وهو أن قوله : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها » يقتضي امرأة لها ولي والولي في الإطلاق من ينفرد بالتصرف . والمرأة المختلف فيها (٤) ليس لها ولي في الإطلاق ، بل هي ولية نفسها وإنما تثبت الولاية على المجنونة والأمة والصغيرة ، وعندنا لا يصح نكاح هؤلاء بغير إذن الولي (٥) .

٢٠٦٤٢ - فإن قيل : المرأة التي لها ولي بالاتفاق يعترض عليها في الكفاءة .

٢٠٦٤٣ - قلنا : لا يتناوله إطلاق الاسم عندنا حتى تملك الانفراد بالعقد وإن تناوله الاسم على سبيل المجاز (٦) من حيث يجب له الاعتراض إذا أدخلت عليه شيئًا .

٢٠٦٤٤ - فإن قيل : الصغيرة لا يتناولها المرأة .

= علق حكم النفقة على وجود الحمل ، فتجب للمطلقة النفقة والسكنى وتسقط نفقتها بوضع الحمل . ومثاله أيضًا في الغنم السائمة زكاة ، فتجب الزكاة في الغنم السائمة دون المعلوفة بشرط بلوغ النصاب والحول . انظر : إرشاد الفحول ص ١٧٩ ، والمعونة في الجدل لأبي إسحاق الشيرازي ص ٣٥ ، ٨٧ .

(١) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٢) أي : أن الدليل حجة طالما منطوقه لا يزال قائما ، فالحديث « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » منطوقه يدل على أن المرأة إذا نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، ومفهومه يدل على أنها إذا نكحت بإذنه فنكاحها صحيح ، فكان في اعتبار الولي إسقاطه .

(٣) انظر : شرح فتح القدير (٣/٢٥٦) ، المبسوط ١٢١٥ .

(٤) هي البكر البالغة العاقلة ، فعند الأحناف لا ولاية لأحد عليها ، بل هي ولية نفسها ، فلا ولاية عندهم إلا على المجنونة والأمة والصغيرة . يقول الإمام السرخسي : « ثم هو محمول على الأمة إذا زوجت نفسها بغير إذن وليها ، أو على الصغيرة ، أو على المجنونة » . انظر : المبسوط (١٢/٥) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير (٣/٢٥٦) .

(٦) المجاز : هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لعلاقة مع قرينة ، والمجاز واقع في كلام العرب عند جمهور أهل العلم ، ولابد له من علاقة بينه وبين الحقيقة ، وهذه العلاقة هي اتصال للمعنى المستعمل فيه بالموضوع له ، كما أنه لابد له من قرينة . انظر : إرشاد الفحول ٢١-٢٥ .

٢٠٦٤٥ - قلنا : المراهقة [١] يصح أن تسمى بذلك .

٢٠٦٤٦ - قالوا : المجنونة لا يتناولها الخبر ؛ لأن النكاح لا يضاف إليها [٢] .

٢٠٦٤٧ - قلنا : عقد المجنونة عندنا يقف على الإجازة فصح أن يضاف إليها [٣] .

٢٠٦٤٨ - قالوا : في الخبر : « فإن مسها فلها المهر » والأمة لا تستحق المهر .

٢٠٦٤٩ - قلنا : يضاف إليها وينتقل من جهتها إلى الولي ، وهذه إضافة صحيحة كما قال عليه السلام : « من باع عبدًا وله مال فماله للبائع » [٤] .

٢٠٦٥٠ - قالوا : روي في الخبر : « فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » ، والأمة لا تطالب بالعقد ، وإن [٥] اشتجرت ومولاها لا يعقد عليها السلطان [٦] .

٢٠٦٥١ - قلنا : قوله « السلطان ولي من لا ولي له » ليس المراد به أنه يتولى العقد/ ٢٣٢/ب لكن إذا تشاجر الأولياء ، ولي السلطان في فسخ العقد الذي يجب فسخه وإمضاء العقد الذي ثبت عقده ويجب إمضاؤه .

٢٠٦٥٢ - فإن قيل : لو كان المراد بالخبر نكاح المجنونة والأمة والصغيرة لم يكن لتخصيص [٧] النكاح معنى ؛ لأن النكاح في حقهن والبيع والإجارة لا يصح إلا بولي .

٢٠٦٥٣ - قلنا : خص النكاح لأنه الأهم فيما يتعلق بالنساء ، وفيه تذكرة على غيره

---

(١) المراهقة : يقال راهق الغلام : أي قارب الحلم ، والمراهقة : هي من قاربت الحلم . انظر : القاموس المحيط مادة (رهق) .

(٢) أي : أن المجنونة لا يتناولها الخبر القائل : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » لأن العقد لا يضاف إليها لعدم تكليفها . انظر : الأم (٥/ ٢٠ ، ٢١) .

(٣) أي : أن المجنونة إذا عقدت لنفسها عند الأحناف صح عقدها ولكنه يقف على إجازة الولي فإن أجازه جاز وإلا فلا . انظر : اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٢/٦٧٢) .

(٤) أخرجه البخاري في كتاب المساقاة ، باب رقم ١٧ ، ومسلم في كتاب البيوع حديث رقم ٧٨ ، وأبو داود في كتاب البيوع ، باب رقم ٤٤ ، والترمذي في كتاب البيوع ، باب رقم ٢٥ ، والنسائي في كتاب البيوع ، باب رقم ٩٦ الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ، وابن ماجه : كتاب التجارات ، باب رقم ٣١ ، حديث رقم ٢٢١١ ، والدارمي في سننه في كتاب البيوع ، باب رقم ٢٧ .

(٥) في (م) : [وإذا] .

(٦) أي : أن الحرة إن اشتجرت ومولاها عقد عليها السلطان ، بخلاف الأمة إن اشتجرت ومولاها لا يعقد عليها السلطان ، لما في عقده عليها ضرر بمالكها . يقول الشيرازي : « ولأنه جعل المهر لها ، وجعل تزويجها عند الاشتجار إلى السلطان ، ولا يكون هذا في الأمة » اهـ .

(٧) التخصيص لغة : الإفراد ، وفي الاصطلاح : تمييز بعض الجملة بالحكم . انظر : إرشاد الفحول ١٤٢ .

وتخصيص النبي ﷺ الشيء بالذكر قد يكون بالحاجة إلى ذكره ؛ ولأن المصلحة في النص عليه دون غيره وترك غيره على الاجتهاد (١) .

٢٠٦٥٤ - احتجوا : بما روى [أبو بردة] (٢) ، عن أبيه ، عن أبي موسى الأشعري (٣) ، عن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي » (٤) .

٢٠٦٥٥ - قلنا : هذا الخبر الصحيح فيه أبو بردة عن النبي ﷺ ، وهم لا يقولون بالمراسيل (٥) .

٢٠٦٥٦ - رواه مرسلًا : شعبة (٦) ، وسفيان (٧) ، ورواه مسندًا (٨) : ....

---

(١) الاجتهاد : لغة مأخوذة من الجهد ، وفي الاصطلاح : بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط . انظر : إرشاد الفحول ص ٢٧ .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) . وأبو بردة : هو أبو بردة بن عبد الله بن قيس بن سليم الأشعري فقيه أهل الكوفة وقاضيها ، اسمه كنيته ، وقيل الحارث ، وقيل عامر ، شهد بدرا والمشاهد كلها ، مات ١٠٣ ، أو قيل ١٠٤ ، وقيل ١٠٧ ، ونيف على الثمانين . انظر : طبقات الحفاظ ٣٦ ، وطبقات ابن سعد (٢٥/٤) .

(٣) هو : عبد الله بن قيس بن سليم أبو موسى الأشعري نسبة إلى بني الأشعر بن قحطان ، استعمله النبي ﷺ مع معاذ على اليمن واستعمله عمر على الكوفة والبصرة ، وكان عالما صالحا ، حسن الصوت بالقرآن ومات في ذي الحجة ٤٤ هـ . انظر : أسد الغابة (٣٠٦/٦) ، الإصابة (٣٥١/٢) ، العبر (٥٢/١) .

(٤) أخرجه الترمذي في كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي (٢٨٠/٢) حديث رقم ١١٠٧ ، وأبو داود في كتاب النكاح ، باب في الولي حديث رقم ٢٠٨٥ ، وابن ماجه في كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (٦٠٥/١) حديث رقم ١٨٨١ ، والدارقطني (٢١٩/٣) في كتاب النكاح حديث رقم ٤ ، والبيهقي في الكبرى في كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (١٤٠/٧) .

(٥) المرسل : هو ما رفعه التابعي إلى رسول الله ﷺ دون ذكر الصحابي ، وما ادعاه الإمام القدوري من أن الشافعية لا يأخذون بالحديث المرسل غير صحيح ، بل يأخذون به بشرط تقويته بمرسل آخر ، أو قول صحابي ، أو فتوى لجماعة من العلماء ، والحديث المختلف فيه « لا نكاح إلا بولي » تقوى بأكثر من طريق . انظر : الرسالة للإمام الشافعي ص ٤٦١ ، والمراسيل لأبي داود ص٢٧-٢٩ .

(٦) هو : شعبة بن الحجاج بن الورد أبو بسطام العتكي ، قال فيه الثوري : شعبة بن الحجاج أمير المؤمنين في الحديث ، كان عابدا زاهدا ، يقدم على الثوري في التثبت ، وكان أعلم بالرجال ، مات سنة ١٦٢ هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٨٣ ، تهذيب التهذيب (٣٣٨/٤) ، طبقات ابن سعد (٢٧٠/٧) .

(٧) هو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي ، من كبار الفقهاء والمحدثين ، اشتهر بالزهد والورع ، ولد سنة ٩٥هـ وتوفي سنة ١٦١هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٨٨ ، تاريخ بغداد ١٩١/٩ ، طبقات الفقهاء للشيرازي ٨٤ .

(٨) الحديث المسند : عرفه الخطيب البغدادي بأنه اتصل سنده من أوله إلى منتهاه وأكثر ما يستعمل فيما جاء عن النبي ﷺ دون غيره ، وعرفه ابن عبد البر بأنه هو : كل حديث اتصل إلى النبي ﷺ متصلا كان =

إسرائيل [١] ، عن أبي إسحاق ، عن أبي بردة [٢] ، وشعبة وسفيان ثقة ، وإسرائيل أثبت والرجوع إلى قولهما أولى ، هذه طريقة أصحاب الحديث [٣] .

٢٠٦٥٧ – والجواب عن الخبر أن « لا » لفظة مشتركة ينبغي بها الكمال تارة والجواب أخرى .

٢٠٦٥٨ – وعندنا النكاح الكامل ما عقده الولي حتى سقط اعتراضه فيه لعدم الكفاءة ولقصور ولايته عن حضور العقد وخطاب الرجال ، أو نحمله على الفضيلة بدليل قوله عليه السلام : « الأيم أحق بنفسها من وليها » ولأن عائشة قالت : كان نكاح أهل الجاهلية أربعة أنواع . فنكاح الناس اليوم : يحضر الرجل إلى الرجل ابنته فيصدقها ثم ينكحها ، ونكاح آخر : يقول الرجل لامرأته : إذا طهرت فأرسلي إلى فلان فاستبضعي منه . وذكرت الأنواع كلها فقالت [٤] : بعث اللَّه محمدًا ﷺ بالحق هدم نكاح أهل الجاهلية كله إلا نكاح أهل الإسلام اليوم . فذكرت أنواع النكاح وأخرت أن [٥] محمدًا ﷺ هدمها إلا نكاح أهل الإسلام يخطب الرجل إلى الرجل ابنته .

٢٠٦٥٩ – فقوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بولي » . معناه : لا نكاح من أنكحة أهل

= أو منقطعا . انظر : تدريب الراوي للسيوطي (١٨٢/١) .

(١) هو : إسرائيل بن أبي إسحاق الهمداني السبيعي ، أبو يوسف الكوفي ، روى عن : الأعمش ، وسماك بن حرب ، وعاصم الأحول ، وروى عنه : عبد الرزاق ، وأبو داود الطيالسي ، وابن مهدي ، ووكيع ، قال فيه أحمد : إسرائيل أصح حديثا من شريك إلا في أبي إسحاق فإن شريكًا أضبط ، مات سنة ١٦٢هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٩١ ، وميزان الاعتدال (٢٠٨/١) .

(٢) هو : أبو إسحاق عمرو بن عبد اللَّه بن علي الهمداني السبيعي الكوفي ، ولد لسنتين من خلافة عثمان ، ورأى عليا وأسامة بن زيد وعددًا من الصحابة وسمع منهم ، وروى عنه : ابناه يونس وشعبة ، والسفيانان وإسرائيل والأعمش ، قال أبو حاتم : يشبه الزهري في كثرة الرواية واتساعه في الرجال ، مات سنة ١٢٦هـ . انظر ترجمته في : طبقات الحفاظ ٤٣ ، وتذكرة الحفاظ (١١٤/١) .

(٣) هذا الكلام يعتبر مدخلا للأحناف لرد الحديث . ولكنا نقول : لقد صحح الترمذي رواية إسرائيل عن أبي إسحاق ، مع علمه بأن شعبة وسفيان ثقة ، فقال : رواية هؤلاء الذين رووا عن أبي إسحاق ، عن أبي بردة ، عن أبي موسى ، عن النبي ﷺ « لا نكاح إلا بولي » عندي أصح ، لأن سماعهم من أبي إسحاق في أوقات مختلفة ، وإن شعبة والثوري أحفظ وأثبت من جميع هؤلاء الذين رووا عن أبي إسحاق هذا الحديث ، فإن رواية هؤلاء عندي أشبه وأصح ، لأن شعبة والثوري سمعا هذا الحديث من أبي إسحاق في مجلس واحد ، وإسرائيل هو أثبت في أبي إسحاق اهـ . انظر : سنن الترمذي (٢٨٢/٢) .

(٤) ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٥) ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش .

الجاهلية إلا هذا النكاح الواحد الذي وافق فعلهم شريعة الإسلام فنفى ما سواه من أنكحتهم وأثبته خاصة .

٢٠٦٦٠ - ولأن الخبر يقتضي ثبوت النكاح بولي والزوج ولي في عقود نفسه والمرأة ولية في عقود نفسها ، يقال : امرأة ولي ورسول وعجوز ، فالعقد إنما يصح عندنا بولي ومتى كانا أو أحدهما ممن يولى عليه لم يجز عقده إلا هذا النكاح الواحد ، الذي وافق فعلهم شريعة الإسلام ، أنكحتهم ، وأثبته خاصة ؛ ولأن الخبر يقتضي ثبوت النكاح بولي [في عقود نفسه ، والمرأة ولية في] [(١)] عقود نفسها ، يقال : أمرا فالعقد إنما يصح عندنا بولي [(٢)] ، ومتى كانا أو أحدهما [ممن لا يولى عليه جاز عقده] [(٣)] .

٢٠٦٦١ - فإن قيل : ولي فعيل بمعنى فاعل ، فوجب أن يفرق بين الذكر والأنثى كقولهم : كريم وكريمة ، وبخيل وبخيلة [(٤)] .

٢٠٦٦٢ - قلنا : فعيل إذا أريد به الجنس كانت الهاء مطروحة منه وإن اشتمل الجنس على المذكر والمؤنث ؛ قال الله تعالى : ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُۥ شَرِيكٌ فِي ٱلْمُلْكِ وَلَمْ يَكُن لَّهُۥ وَلِيٌّ مِّنَ ٱلذُّلِّ ﴾ [(٥)] . وقوله تعالى : ﴿ لَيْسَ لَهُم مِّن دُونِهِۦ وَلِيٌّ وَلَا شَفِيعٌ ﴾ [(٦)] . وقال : ﴿ وَأَطْعِمُواْ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ ﴾ [(٧)] . وقوله ﷺ : « الزعيم [(٨)] غارم » [(٩)] . وقوله تعالى :

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [ممن يولى عليه لم يجز عقده] ، والأصح ما أثبته ، كما هو موجود في كتب المذهب الحنفي ، يقول الإمام السرخسي : بلغنا عن علي بن أبي طالب ﷺ أن امرأة زوجت بنتها برضاها فجاء أولياؤها إلى علي ﷺ فأجاز النكاح ، وفي هذا دليل على أن المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجها فزوجها جاز النكاح ، وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى سواء كانت بكرا أو ثيبًا . انظر : المبسوط (٥/١٠) .

(٤) أي : أن « فعيل » إن كان بمعنى « فاعل » لحقته تاء التأنيث للفرق بين صفة المذكر وصفة المؤنث ، نحو كريم وكريمة ، يقول ابن هشام رحمه الله : والغالب في التاء أن تكون لفصل صفة المؤنث من صفة المذكر كقائمة وقائم . انظر : أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك (٤/٢٨٧) .

(٥) سورة الإسراء : الآية ١١١ . (٦) سورة الأنعام : الآية ٥١ .

(٧) سورة الحج : الآية ٢٨ . (٨) ساقطة من (م) .

(٩) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع ، باب في تضمين العارية حديث رقم ٣٥٦٥ ، من حديث أبي أمامة ، والترمذي في كتاب البيوع ، باب ما جاء أن العارية مؤداة ، وقال : « وفي الباب عن كرة بن جندب ، وصفوان بن أمية ، وأنس بن مالك ، وحديث أمامة حسن » . اهـ .

﴿ وَيُطْعِمُونَ ٱلطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا ﴾ . وقال الفرزدق [١] :

أما الرجال فلم تنفع شفاعتهم   وشفعت بنت منظور بن زبانا

ليس الشفيع الذي يأتيك مؤتزرًا   مثل الشفيع الذي يأتيك عريانا [٢]

٢٠٦٦٣ – فإن قيل : النبي ﷺ جعل الولي شرطًا فاقتضى الظاهر أن يكون غير العاقدين كقوله : « لا نكاح إلا بشهود » [٣] .

٢٠٦٦٤ – قلنا : إنما لم يجز أن يكون العاقد شاهدًا ليس من حيث كانت الشهادة شرطًا لكن لأن الإنسان لا يكون شاهدًا [٤] في حقوق نفسه وقد يكون وليًّا في حقوق نفسه .

٢٠٦٦٥ – يبين ذلك أن الولي لا يجوز أن يكون شاهدًا وقد جاز أن يكون عاقدًا بالإجماع ، فدل على افتراق الشهادة والولاية .

---

(١) هو أبو فارس همام بن غالب ، أبو هميم الدارمي الشهير بالفرزدق ، شاعر من النبلاء من أهل البصرة عظيم الأثر في اللغة ، ولقب بالفرزدق لجهامة وجهه وغلظته ، وتوفي في بادية البصرة وقد قارب المائة . انظر ترجمته في : البداية والنهاية (٢٩٨/٩) ، الأغاني (٣٦٧/٩) ، الأعلام (٩٦/٩) .

(٢) انظر هذين البيتين في : كتاب الأغاني لأبي الفرج الأصفهاني (٣٩٧/٩) ط دار الكتب بيروت ، والعقد الفريد لابن عبد ربه ١٤٧/٥ ط دار الكتاب العربي بيروت . والمناسبة التي قال فيها الفرزدق هذين البيتين : هي أن النوار بنت عبد اللّٰه كانت قد خطبها رجل ورضيته ، وكان وليها غائبا ، فجعلت أمرها إلى الفرزدق ، لأنه كان وليا أبعد لها ، وأشهدت له بالتفويض ، فلما توثق منها بالشهود أشهد أنه قد زوجها من نفسه ، فأبت منه ، وخاصمته إلى عبد اللّٰه بن الزبير فنزل الفرزدق على حمزة بن عبد اللّٰه ، ونزلت النوار على زوجة عبد اللّٰه بن الزبير فكان كلما أصلح حمزة من شأن الفرزدق نهارًا أفسدته المرأة ليلا حتى غلبت المرأة وقضى ابن الزبير على الفرزدق . والشاهد في الآية الأولى والثانية كلمة « ولي » وفي الثالثة « فقير » وفي الحديث كلمة « الزعيم » وفي البيتين كلمة « الشفيع » فهذه الكلمات وزنها « فعيل » الذي أريد به الجنس فتحذف منه تاء التأنيث وإن اشتمل على المذكر والمؤنث ، ولكننا نقول : هذا غير صحيح ، لأن فعيل إذا كان بمعنى فاعل لحقته تاء التأنيث مطلقا ، أما إذا كان بمعنى مفعول فلا تلحقه التاء ، والنزاع في (فعيل) التي بمعنى فاعل لا بمعنى مفعول ، يقول ابن هشام : ولا تدخل هذه التاء خمسة أوزان إلى أن قال : والثاني فعيل بمعنى مفعول نحو رجل جريح وامرأة جريح ، فإن كان فعيل بمعنى فاعل لحقته التاء نحو رجل رحيم وامرأة رحيمة ، ا هـ . انظر : أوضح المسالك (٢٨٨/٤) .

(٣) أخرجه الترمذي في كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا ببينة (٢٨٤/٢) حديث رقم ١١١٠ ، موقوفًا ، وفي نيل الأوطار كتاب النكاح ، باب الشهادة (١٢٧/٦) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [وليا] ، ولا وجه له .

٢٠٦٦٦ - قالوا : روى سعيد بن جبير [١] ، عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » [٢] .

٢٠٦٦٧ - قلنا : رواه عدي بن الفضل [٣] ، عن عبد الله بن عثمان بن خيثم [٤] ، عن سعيد بن جبير . وعدي بن الفضل ساقط الحديث [٥] .

٢٠٦٦٨ - قالوا : روى هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « لابد في النكاح من أربعة : الولي ، والزوج ، والشاهدان » .

٢٠٦٦٩ - قلنا : يرويه خالد بن الوضاح ، عن أبي الحصيب [٦] عن [٧] هشام ، وأبو الحصيب مجهول لا يعرف [٨] .

٢٠٦٧٠ - قالوا : روى عبد الله بن مسعود [٩] قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » [١٠] .

---

(١) هو : سعيد بن جبير بن هشام الوابلي ، روى : عن ابن عمر ، وابن عباس ، وابن الزبير وغيرهم ، وروى عنه : الأعمش وسلمة بن كهيل ، وكان ابن عباس إذا جاءه أهل الكوفة يستفتونه كان يقول لهم : أليس فيكم ابن جبير ؟ قتله الحجاج سنة ٩٥هـ . انظر : البداية والنهاية (١٠٩/٩) ، وطبقات الحفاظ ٣١ .

(٢) أخرجه الشافعي في المسند (١٢/٢) في كتاب النكاح ، باب ما جاء في الولي ، والدارقطني في كتاب النكاح (٢٢١/٣) رقم ١١ .

(٣) هو عدي بن الفضل التيمي ، أبو حاتم البصري ، قال ابن معين : وأبو حاتم متروك الحديث ، وقال يحيى : لا يكتب حديثه ، وقال غير واحد : ضعيف ، مات سنة ٧١هـ . انظر ترجمته في : تقريب التهذيب (١٧/٢) ، ميزان الاعتدال (٦٢/٣) ، والضعفاء للبخاري ص٢١٢ .

(٤) هو عبد الله بن عثمان بن خيثم القاري من القارة خلفاء بني زهرة ، يكنى أبا عثمان ثقة ، قال ابن معين : ليست أحاديثه قوية ، ذكره ابن حبان في الثقات مات سنة ١٣٢هـ . انظر ترجمته في : الضعفاء الصغير للإمام البخاري ص ١٧٢ ، وكتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٨٧ ، وتاريخ الثقات ٢٦٨ ، والتاريخ الكبير (١٤٦/٣) .

(٥) أخرجه الدارقطني في كتاب النكاح (٢٢٥/٣) حديث رقم ١٩ ، وقال : وأبو الحصيب مجهول ، واسمه نافع بن ميسرة . اهـ .

(٦) أبو الحصيب : هو نافع بن ميسرة ، روى عن هشام بن عروة ، وقال الدارقطني : مجهول لا يعرف . انظر : ميزان الاعتدال (٢٤٢/٤) .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) انظر : سنن الدارقطني (٢٢٥/٣) .

(٩) هو عبد الله بن مسعود ، أبو عبد الرحمن الهذلي صحابي جليل ، وأحد السابقين إلى الإسلام ، ومن نبلاء الفقهاء المقرئين ، كان ممن يتحرى في الآراء ويشدد في الرواية وكان من أوعية العلم وأئمة الهدى ، مات بالمدينة سنة ٣٢هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٥ ، وأسد الغابة (٣٨٤/٣) ، والإصابة (٣٦٠/٢) .

(١٠) سبق تخريجه .

٢٠٦٧١ - قلنا : رواه بكر بن بكار [١] ، عن عبد الله بن محرز [٢] ، عن قتادة [٣] ، عن الحسن [٤] ، عن عمران بن حصين [٥] ، عن عبد الله بن مسعود .

٢٠٦٧٢ - وبكر بن بكار ساقط الحديث رد شهادته العنبري [٦] وقذف في شعر معروف ، وعبد الله بن محرز العامري ، قال يحيى بن معين : ليس بثقة [٧] ، وضعفه ابن المبارك [٨] .

٢٠٦٧٣ - قالوا : روى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي

---

(١) هو : بكر بن بكار القيسي البصري ، يكنى أبا عمر ، روى عن عائذ بن شريح ، ومسعود ، وشعبة ، وغيرهم ، وروى عنه : أبو داود الطيالسي وغيره ، ضعفه أبو حاتم والنسائي وذكره ابن حبان في الثقات . انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (٣١/٢) ، تهذيب التهذيب (٤٢٠/١) .

(٢) هو : عبد الله بن محرز العامري ، روى عن : الحسن البصري ، والحكم بن عتيبة ، وقتادة ، والزهري ، ونافع مولى ابن عمر ، ويحيى بن كثير ، وروى عنه : الأبيض بن الأعز ، وإسماعيل بن عياش ، وخارجة بن مصعب ، والثوري ، وهو أي عبد الله بن محرز مولى بني عقيل ، قال يحيى بن معين : ضعيف . انظر : تقريب التهذيب (٤٤٥/٢) .

(٣) هو : قتادة بن دعامة بن قتادة أبو الخطاب ، الحافظ العلامة المفسر ، ولد سنة ٦٠هـ إمام أهل البصرة في التفسير والحديث والفقه ، وله دراية بالعربية والشعر والإنسان وأيام الجاهلية ، ومات سنة ١١٧هـ وقيل ١١٨هـ. انظر : البداية والنهاية (٣١٣/٩ - ٣٣٤) ، طبقات الحفاظ ٤٧ ، الأعلام (٧/٦) .

(٤) هو : أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن البصري ، مولى زيد بن ثابت ، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر بن الخطاب بالمدينة ، وقدم البصرة بعد مقتل عثمان وكان إمام وقته عالما زاهدا ورعا ، ومات سنة ١١٠هـ انظر : حلية الأولياء (١٣١/٢) ، شذرات الذهب (١٣٦/١) ، تذكرة الحفاظ (٧١/١) .

(٥) هو عمران بن الحصين أبو نجيد الخزاعي ، تولى قضاء البصرة ، حدث عنه : الحسن ، وابن سيرين ، وزرارة وغيرهم ، وله أحاديث عدة ، مات سنة ٥٢هـ انظر : أسد الغابة (٢٧١/٤) ، والإصابة (٢٧/٣) ، طبقات الحفاظ ص ٨ .

(٦) هو : عبيد الله بن الحسن بن الحصين العنبري ، محدث ، أخرج له مسلم حديثًا واحدًا في ذكر موت أبي سلمة بن عبد الأسد ، وتولى قضاء البصرة بعد امتناع سنة ١٥٧ ، وبقي فيه إلى أن مات سنة ١٦٨هـ . انظر : طبقات الشيرازي ٩١ ، الكامل لابن الأثير (٧٠/٥) ، الأعلام (٦٤/٤) .

(٧) انظر المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين لابن حبان (٢٣/٢) .

(٨) ابن المبارك هو : عبد الله بن المبارك أبو عبد الرحمن أحد الأئمة الأعلام فقهًا وعلمًا جمع العلم والفقه والأدب والورع والحج والغزو ، وكان بجانب كل هذا تاجرًا سخيا ، روى روايات كثيرة وصنف كتبا كثيرة في الحديث والفقه والورع ، رحل إلى العراق والحجاز والشام ومصر واليمن ، ومات سنة ١٨١هـ . انظر : البداية والنهاية (١٧٦/١٠) ، حلية الأولياء (١٦٢/٨) .

وشاهدي عدل » [١] .

٢٠٦٧٤ - قلنا : يرويه ثابت بن زهير [٢] عن نافع ، وثابت ساقط الحديث لا يحتج به لكثرة تخليطه فكيف يظن أن ابن عمر يسمع النبي ﷺ يقول : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » . ثم يزوج بنته بلا شهود [٣] .

٢٠٦٧٥ - قالوا : روى ابن سيرين [٤] عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها » [٥] .

٢٠٦٧٦ - قلنا : هذا خبر معروف من قول أبي هريرة ، وابن سيرين لم يسمع من أبي هريرة أكثر من ثلاثة أحاديث ليس هذا منها [٦] .

٢٠٦٧٧ - وهذه جملة أخبار ذكرها الدارقطني على عادته في [٧] نقل الفاسد والإمساك عن بيان ما يعلمه فيه تدليسا وتعصبا [٨] .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) هو : ثابت بن زهير أبو زهير البصري ، قال البخاري والدارقطني : منكر الحديث ، وقال ابن عدي : كل أحاديثه يخالف فيها الثقات ، سندا ومتنا ، وروى عن نافع ، وهشام بن عروة ، والحسن . انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (٩٤/٢) ، الضعفاء لابن الجوزي (١٥٧/١) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٩/٣) ، ونجيب على ذلك بأنه ربما فعل ابن عمر ذلك قبل أن يصله الحديث وبنته التي زوجها هي سودة بنت عبد الله بن عمر ، وأمها صفية بنت أبي عبيد بن مسعود . وزوجها عروة بن الزبير . انظر : الطبقات الكبرى لابن سعد (١٧٨/٥) .

(٤) هو : محمد بن سيرين أبو بكر الأنصاري ، من أورع التابعين وفقهاء أهل البصرة روى عن : أبي هريرة ، وابن عمر ، وعبد الله بن الزبير ، وغيرهم ، اشتهر بتعبير الرؤيا ، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عثمان ، ومات سنة ١١٠هـ . انظر : البداية والنهاية (٣٠٠/٩) ، حلية الأولياء (٢٦٣/٢) .

(٥) أخرجه ابن ماجه كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (٦٠٦/١) ، والشافعي في مسنده كتاب النكاح ، الباب الثاني فيما جاء في الولي (١٣/٢) ، والدارقطني كتاب النكاح (٢٢٨/٣) حديث رقم ٢٥، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب النكاح ، باب من قال لا نكاح إلا بولي (١١٠/٧) ، وفي نيل الأوطار كتاب النكاح (١١٨/٦) ، وفي سبل السلام (١٢٠/٣) .

(٦) لا نسلم صحة هذه المقولة ، لأن ابن سيرين روى من الأحاديث الكثير عن أبي هريرة ومن بينها هذا الحديث . انظر : مسند الإمام أحمد الأحاديث رقم ٧١٢٠ ، ٧١٣٧ ، ٧١٩٤ ، ٧٣٧٤ ، ٧٥١٥ ، ٧٥١٨ ، ٧٥٩٢ ، ٧٥٩٣ .

(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) التدليس : معناه كتمان العيب ، والتدليس في البيع : كتمان عيب السلعة عن المشتري . والتعصب : معناه التشدد ، يقال : يوم عصيب ، أي : شديد . انظر : مختار الصحاح مادتي (دلس) و (عصب) .

٢٠٦٧٨ - وقد ذكر ابن المنذر في كتابه جملة هذه الأخبار في اعتبار الشهادة (أبطل جميعها وحكم على كل واحد منها فَلِمَ أغفل [١] المحتج علينا كلام ابن المنذر وقوله في هذه الأخبار [٢] ؟

٢٠٦٧٩ - وقد قال يحيى بن معين : لا يصح في النكاح بلا ولي حديث عن رسول الله ﷺ .

٢٠٦٨٠ - وقال أصحاب الحديث [٣] : ليس فيها إلا حديث أبي بردة وقد تكلمنا عليه .

٢٠٦٨١ - قالوا : روى عن عمر بن الخطاب ، وعلي بن أبي طالب ، وعبد الله بن مسعود ، بطلان النكاح بغير ولي [٤] .

٢٠٦٨٢ - قلنا : روي عن الحكم [٥] قال : كان علي [٦] إذا رفعت إليه امرأة تزوجت بغير ولي ودخل بها أمضاه [٧] .

٢٠٦٨٣ - وبينا أن عائشة زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن [٨] .

٢٠٦٨٤ - وذكر الزبير بن بكار [٩] أن خولة بنت منظور بن زبان بن سيار الفزاري

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أعقد] .

(٢) انظر الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر ٦٤/٤ ، ويقول فيه « لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر » انتهى .

(٣) انظر السنن الكبرى للبيهقي (١٠٧/٧) ، والمحلى لابن حزم الظاهري (٤٥٢/٩) ، وحاشية الطحاوي على الدر المختار (٢٦/١) .

(٤) انظر : سنن الترمذي (١١٩/٢) .

(٥) هو : الحكم بن عتيبة الكندي الكوفي أحد الأعلام الثقات ، يكنى أبا محمد ، أو أبا عبد الله ، روى عن : عبد الرحمن بن أبي ليلى ، وغيره ، وروى عنه : الأعمش ، وشعبة ، وأبو حنيفة ، مات سنة ١١٣ هـ وقيل ١١٥هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٤٣٢/٢) ، طبقات ابن سعد (٢٣١/٦) .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١١٢/٧) . ولكن هذه واقعة عين لا يعول عليها ، لأن الدارقطني ذكر أن الشعبي قال : « ما كان أحد من أصحاب رسول الله ﷺ أشد في النكاح بغير ولي من علي رضي الله عنه وكان يضرب فيه » انتهى كلامه . سنن الدارقطني (٢٢٩/٣) ، كتاب النكاح حديث رقم ٣٣ .

(٨) أجاب عن ذلك الحافظ ابن حجر في كتابه فتح الباري (١٨٦/٩) فقال : « لم يرد في الخبر التصريح بأنها باشرت العقد ، فقد يحتمل بأن البنت المذكورة ثيب ودعت إلى كفء وأبوها غائب فانتقلت الولاية إلى الأبعد أو إلى السلطان ، وقد صح عنها أنها « أنكحت رجلا من بني أخيها فضربت بينهم بستر ثم تكلمت حتى لم يبق إلا العقد أمرت رجلا فأنكح ثم قالت ليس إلى النساء نكاح . أخرجه عبد الرزاق » . انتهى كلامه .

(٩) هو الزبير بن بكار بن عبد الله بن مصعب بن عبد الله بن الزبير بن العوام يكنى أبا عبد الله ، قاضي =

كانت تحت محمد بن طلحة السجاد [١] ، وهي أم إبراهيم بن محمد بن طلحة ، قتل محمد يوم الجمل [٢] وأختها [٣] تحت عبد اللّٰه بن الزبير [٤] ، خطبها الحسن بن علي [٥] فزوجها إياه عبد اللّٰه بن الزبير [٦] فأولدها الحسن [٧] بن الحسن [٨] فقدم أبوها من البادية فأنكر تزويجها بغير أمره ، فلم يبق أحد بالمدينة من قريش [٩] إلا اجتمع إليه . فقال له

= مكة ، روى عن إبراهيم بن المنذر ، وابن عيينة وغيرهما ، وروى عنه ابن ماجه ، وثعلب النحوي وغيرهما ، ثقة عالم بالنسب مات سنة ٢٥٦هـ . انظر ترجمته في : طبقات الحفاظ ٢٣١ ، وفيات الأعيان (١٨٩/١) ، والعبر (١٢/٢) .

(١) هو : محمد بن طلحة بن عبيد اللّٰه القرشي ، ولد في حياة رسول اللّٰه ﷺ فسماه محمدا ولقب بالسجاد لكثرة سجوده ، قتل في موقعة الجمل سنة ٣٦هـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٧٦/٣) ، مشاهير علماء الأمصار ص ٢٣ .

(٢) يوم الجمل : موقعة كانت بين علي بن أبي طالب ، وبين جماعة من الصحابة منهم عائشة ، وطلحة والزبير بن العوام ، في طلب دم عثمان ، وكانت تلك الموقعة سنة ٣٦هـ يوم الجمعة في النصف الثاني من جمادى الآخر وسميت هذه الموقعة بيوم الجمل ، نسبة إلى الجمل « عكار » الذي اشتراه يعلى بن أمية من رجل من عرينة بمائتي درهم ، وأهداه لعائشة . انظر : البداية والنهاية (٢٤٢/٧) ، ط الريان ، العقد الفريد (٣١٣/٤) ، الإصابة (٥٠٨/٢) .

(٣) هي تماضر بنت منظور بن سيار الفزاري . انظر : أنساب قريش للزبير بن بكار (٥/١) ، جمهرة أنساب العرب لابن حزم ص ٣٨ .

(٤) هو عبد اللّٰه بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد المكي ، أمه أسماء بنت أبي بكر ، كان فصيحا شجاعا ، روى عنه أولاده عامر وعباد وأم عمر ، وأخوه عروة وغيرهم ، بويع بالخلافة بعد موت يزيد بن معاوية سنة أربع وستين ، واستمرت ولايته تسع سنوات ، وكانت قاعدة ملكه بالمدينة إلى أن جهز عبد الملك بن مروان جيشا فحاربه وظفر به فقتل وصلب سنة ثلاث وسبعين هجرية . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٠٨/٢) ، البداية والنهاية (٣٥٧/٨) .

(٥) هو الحسن بن علي بن أبي طالب ، أمه فاطمة الزهراء بنت رسول اللّٰه ﷺ ولد الحسن في رمضان في السنة الثانية من الهجرة ، وتوفي بالمدينة سنة ٤٩هـ انظر ترجمته في : الإصابة (١٢/٢) ، البداية والنهاية (٢٦/٨) .

(٦) انظر أنساب قريش للزبير بن بكار ٥/١ ، وجمهرة أنساب العرب ص ٨ .

(٧) في (م) : [الحسين] ، ولا وجه له .

(٨) هو : الحسن بن الحسن بن علي بن أبي طالب ، سمع من أمه فاطمة بنت الحسين ، وروى عنه : عمر بن شبيب ، قدم الحسن هو وأخوه عبد اللّٰه على أمير المؤمنين السفاح فأكرمهما ، ولما تولى المنصور الخلافة حبسهما حتى ماتا سنة ١٤٥هـ انظر : البداية والنهاية (١٩١/٩) ، تاريخ بغداد (٢٩٣/٧) .

(٩) في (م) : [قيس] ، ولا وجه له ، وقريش قبيلة عظيمة من كنانة بن خزيمة ، واختلف في سبب تسميتها ، فقيل : إن قريشًا هو فهر بن مالك بن النضر ، فلا يقال قريش إلا لمن كان من ولد فهر ، وقيل : إن =

الحسن : أمرها إليك . (١) وهذه قصة مشهورة من أخبار قريش [كان يجب أن] (٢) لا تخفى على الشافعي فكيف يدعي الإجماع في هذا (٣) ؟

٢٠٦٨٥ - قالوا : عقد يفتقر إلى الشهود فافتقر إلى الولي ، كنكاح الصغيرة والمجنونة .

٢٠٦٨٦ - قالوا : والوصف مؤثر في الأصل ؛ لأن مالا يفتقر إلى الشهادة فيه ما يصح من الصغيرة ، وهو عقد الوصية (٤) .

٢٠٦٨٧ - قلنا : لا تأثير للوصف في المجنونة .

٢٠٦٨٨ - ولأن افتقار العقد إلى شرط لا يدل على افتقاره إلى ولاية ، بدلالة افتقار السلم (٥) إلى شروط لا يفتقر البيع إليها ولم تفتقر إلى ولاية ، والمعنى في الأصل : أنها لا تملك عقد البيع فلم تملك عقد النكاح وفي مسألتنا لما ملكت عقد البيع بنفسها ملكت عقد النكاح (٦) .

٢٠٦٨٩ - أو نقول : إقرارها بالنكاح لا ينفذ فلم ينفذ عقدها .

٢٠٦٩٠ - أو نقول : تمام النكاح لا يقف على رضاها ، ولما وقف تمام النكاح على

= قريشا اسم لنهر . راجع : لسان العرب مادة (قرش) ومروج الذهب (٥٩/٢) .

(١) انظر : أنساب قريش للزبير بن بكار ٥/١ ، وجمهرة أنساب العرب ص ٣٨ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) ليس في القصة ما يدل على أنها زوجت نفسها بل الذي زوجها هو : عبد الله بن الزبير ، زوج أختها خولة ، وما ادعاه الإمام الشافعي صحيح ، لأن ابن المنذر قال : « ولا يعرف عن أحد الصحابة خلاف ذلك » أي خلاف اشتراط الولي في النكاح . انظر : فتح الباري (١٨٧/٩) .

(٤) انظر : نهاية المحتاج (٢٢٨/٦) ، والوصية لغة : الإيصال ، وشرعًا : تبرع مضاف لما بعد الموت ولو تقديرًا ، والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖ ﴾ [النساء : ١١ ، ١٢] . وخبر الصحيحين « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » وأركانها : موصي ، وموصى له ، وموصى به ، وصيغة . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٢٦٦/٣ ، ٢٦٧) .

(٥) السلم لغة : السلف ، وشرعا : بيع عاجل بآجل بشروط ، وشروطه هي : كون المسلم فيه مضبوطا بالصفات التي يختلف بها الثمن ، ومعرفة مقدار المسلم فيه كيلا في المكيل ووزنا في الموزون ، وعدا في المعدود ، وأن يكون معلوما بالوصف جنسا ونوعا وجودة ورداءة ، وأن يكون مؤجلا أجلًا معلوما ، وأن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله ، وقبض رأس المال في مجلس العقد . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣٢٣/٥) ، المبسوط (١٢٤/١٢) .

(٦) أي اشتراط الولي في صحة عقد نكاح الصغيرة والمجنونة ، لأنهما لا تملكان عقد المبيع بأنفسهما ، أما في مسألتنا فالمرأة الحرة البالغة العاقلة تملك عقد البيع بنفسها فملكت عقد النكاح انظر : المبسوط (١٢/٥) . ولكنا نقول : ذكر الحافظ ابن حجر إبطال هذا القياس وذكرناه سابقا فانظره إن شئت في فتح الباري (١٨٧/٩) .

رضا البنت الحرة دل على أنها مالكة له .

٢٠٦٩١ – أو نقول : إنما لا تملك التصرف في بدل العقد ، وفي مسألتنا : تملك التصرف في بدل العقد بعوض وغير عوض .

٢٠٦٩٢ – قالوا : عقد تصير المرأة به فراشًا فلا تملكه المستفرشة ، أصله : الأمة .

٢٠٦٩٣ – قلنا : الأمة المانع من ملكها لنكاحها المانع لها من ملك سائر العقود وهو الرق دون ما ذكروه ، ألا ترى أن المستفرش الحر يملك العقد ؟ ولو كان عبدًا لم يملكه ، كذلك المستفرشة ، والمعنى في الأمة أن تمام العقد لا يقف على قولها فلم تملكه والحرة بخلاف ذلك [١] .

٢٠٦٩٤ – قالوا : كل من ملك فسخ عقد غيره ملك الولاية في انعقاده ، كالموكل مع وكيله كما ملك فسخ العقد [الذي هو الوكالة كان له ولاية فيه ، كذلك الولي يملك فسخ العقد إذا تركت الكفاءة] [٢] فكان له ولاية فيه [٣] .

٢٠٦٩٥ – قلنا : إن كانت قد تزوجت بنفسها من غير كفء فالعقد لا ينعقد عندكم فكيف تملك [٤] الفسخ ، وإن زوجها الولي فليس لولي آخر الفسخ عندنا .

٢٠٦٩٦ – ولأنه يملك الاعتراض عليها في هذا العقد لنفي الضرر عن نفسه .

٢٠٦٩٧ – وهذا لا يدل على ثبوت ولايته فيه ، [كما يعترض الشفيع على تصرف المشتري فيفسخه ولا ولاية له فيه] [٥] ، ويعترض الورثة على تبرع المريض بالمحاباة ولا ولاية لهم في عقوده .

٢٠٦٩٨ – ولأن الموكل يعقد الوكالة لنفسه .

---

(١) أي : أن قياس الحرة على الأمة في عدم توليها عقد النكاح بنفسها بجامع أن كلا منهما فراش للرجل قياس مع الفارق ، لأن الأمة لا يقف تمام العقد على رضاها فلم تملك العقد ، بخلاف الحرة لما وقف تمام العقد على رضاها كانت مالكة له . انظر : المبسوط (١٩/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) أي : أن الولي يملك فسخ عقد النكاح عند عدم الكفاءة ، فكان له ولاية في انعقاده قياسا على الموكل مع وكيله لما ملك الموكل فسخ عقد الوكالة كان له ولاية فيه . والوكالة لغة : التفويض ، وشرعا : تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة ليفعله في حياته ، وهي مندوب إليها ، وأركانها : موكل ، والمراد به صاحب الحق والمالك الأصلي ، ووكيل : وهو من وكله المالك الأصلي في التصرف ، وموكل فيه وصيغة . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٣/٤٦-٤٩ .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

٢٠٦٩٩ - وعند مخالفنا تصرف الإنسان لنفسه [١] .

٢٠٧٠٠ - لا يقال : إنه/ تصرف بولاية وإنما الولاية عندهم ما كان في حق الغير ٢٣٣/أ فكيف يقال على أصلهم : إن للموكل ولاية في عقد الوكالة ، [٢] .

٢٠٧٠١ - قالوا : النكاح من اثنين كنكاح المجنونة والأمة [٣] .

٢٠٧٠٢ - قلنا : هذه علة تخالف موضوع الشريعة ؛ لأن العقود كلها لا يختلف فيها [٤] الأنثى والذكر بل يصح العقد بكل واحد منهما ، والتعليل إذا أثبت حكمًا يخالف الأصول لم يعتد به .

٢٠٧٠٣ - ولأن نكاح الأمة والمجنونة يستوي فيه الذكر والأنثى فلا تأثير لكونها أنثى كذلك الحرة العاقلة تساوي الذكر في انعقاد العقد وجوازه [٥] .

٢٠٧٠٤ - قالوا : نقيس على بنت خمس عشرة سنة [٦] .

٢٠٧٠٥ - قلنا : المعنى فيها أنه يختلف في وجوب العبادات عليها .

٢٠٧٠٦ - قالوا : عقد فاعتبر فيه عاقدان سوى المعقود عليه ، كالبيع والإجارة [٧] .

٢٠٧٠٧ - قلنا : كذلك نقول ؛ لأن المعقود عليه الاستباحة وهي غيرها ، كما

---

(١) في (ن) ، (ع) : [على نفسه] .

(٢) أي : أن الولي يملك الاعتراض على عقد النكاح إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء ، وهذا الاعتراض لا يدل على ثبوت ولايته في العقد ، قياسا على اعتراض الشفيع على تصرف المشتري ولا ولاية له في عقد الشفعة ، وكاعتراض الورثة على تبرع المريض في مرض الموت بالمحاباة ، ولا ولاية لهم في عقوده ، والوكيل يعقد الوكالة لنفسه فتصرفه هذا لا يقال إنه تصرف بولاية عند الشافعية ، وإنما الولاية عندهم ما كان في حق الغير . انظر : المبسوط (١٢/٥) .

(٣) أي : أن النكاح عقد بين اثنين الزوج والزوجة فيشترط فيه الولي ، قياسا على نكاح المجنونة والأمة . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٣٨/٣) .

(٤) ليست بالنسخ وأثبتناها كي يستقيم المعنى .

(٥) نعم العقود كلها لا يختلف فيها الذكر والأنثى ، فيصح العقد بكل واحد منهما ، ولكنا نقول : إن عقد النكاح خرج من هذا الأصل بالأحاديث الواردة عن رسول الله ﷺ والتي تدل على أنه لا نكاح إلا بولي .

(٦) أي : أن الحرة البالغة العاقلة لا يصح أن تباشر عقد نكاحها بنفسها قياسا على الصغيرة . انظر : الأم (١٧/٥) .

(٧) أي : أن قياس الحرة البالغة العاقلة على الصغيرة في عدم مباشرتها عقد النكاح بنفسها قياس غير صحيح لاختلافهما في وجوب العبادات عليهما .

أنها [١] إذا أجرت نفسها فالمعقود عليه المنافع وهي غيرها .

٢٠٧٠٨ - ويبطل بشراء العبد لنفسه [٢] من مولاه ولأجنبي آخر وكل العبد ليشتري له نفسه من مولاه [٣] .

٢٠٧٠٩ - قالوا : ما كان شرطًا في نكاح الصغيرة كان شرطًا في نكاح الكبيرة كالشهادة [٤] .

٢٠٧١٠ - قلنا : الولاية شرط في بيع [٥] مال الصغيرة وليست بشرط في بيع مال الكبيرة كذلك انعقاد النكاح مثله ، ويبطل ذلك بالبكارة على أصلهم [٦] .

٢٠٧١١ - قالوا : زوائد العقد شرط فيه كالشهادة [٧] .

٢٠٧١٢ - قلنا : لا نسلم أن الولاية من زوائد عقد النكاح ؛ لأنها تعتبر عندنا في النكاح في المولى عليها كما تعتبر في العقد على مالها [٨] فإن كانت ممن لا يولى عليها لم تعتبر الولاية في نكاحها ولا في مالها ، والمعنى في الشهادة أنها لما اعتبرت في إحدى شطري النكاح اعتبرت في الآخر ولما لم تعتبر الولاية في جنبة الزوج إذا كان حرا عاقلا بالغا كذلك لا تعتبر في المرأة الموصوفة بهذه الصفة [٩] .

---

(١) ساقطة من (م) . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) أي : أن المعقود عليه في عقد النكاح هو الاستباحة ، والمرأة غيرها ، والمعقود عليه في عقد الإجارة هي المنافع ، وينتقض قول الشافعية : عقد فاعتبر فيه عاقدان سوى المعقود عليه بشراء العبد نفسه من مولاه ، وبما إذا وكل شخص العبد ليشتري له نفسه من مولاه ، فلم يوجد إلا عاقد ومعقود عليه فقط .

(٤) أي : أن الولي شرط في نكاح الصغيرة فيكون شرطًا في نكاح الكبيرة قياسا على الشهادة . انظر : نهاية المحتاج (٢٠٩/٣) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) أي : أن قياس الشافعية ثبوت الولاية على البكر البالغة العاقلة في النكاح قياسا على ثبوتها على الصغيرة قياس غير صحيح ، لأنه ينتقض بثبوت الولاية على الصغيرة فيما لا يثبت على الكبيرة ، كما في البيع الكبيرة فكذلك النكاح . انظر : الاختيار لتعليل المختار (٢١/٣) .

(٧) أي : أن الولي في النكاح يعتبر من زوائد هذا العقد ، فيكون شرطًا فيه ، قياسا على الشهادة . انظر : المهذب (٤٥/٢) .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [ما له] ، والأصح ما أثبتناه من كتب المذهب .

(٩) أي : أن قول الشافعية : الولاية من زوائد عقد النكاح غير مسلم به ، لأن الولاية لا تعتبر إلا على الصغيرة والمجنونة والأمة قياسا على اعتبار الولاية في مال كل ، أما البكر البالغة العاقلة فبما أن الولاية لا تعتبر عليها في مالها ، فكذلك لا تعتبر في نكاحها ، المعنى في الشهادة أنها لما اعتبرت في حق الزوج اعتبرت كذلك في حق الزوجة ، أما البكر الحرة البالغة العاقلة فلا تثبت الولاية عليها قياسا على عدم ثبوتها على الرجل الموصوف بهذه =

٢٠٧١٣ - قالوا : المرأة تميل إلى النكاح وتحتاج إلى الأزواج ولا تتمكن من طلب الأصلح ولا تقف على مقاصد هذا العقد ، فجعل إلى الأولياء كما جعل العقد على الصغيرة إلى الولي [١] .

٢٠٧١٤ - قلنا : النساء لا يعرفن الحظ في الأموال وكيفية [٢] التجارات [ثم جاز] [٣] لهن العقد على أموالهن ، كذلك النكاح .

٢٠٧١٥ - ولأن ثبوت الولاية إن كانت ليستدرك بها حظها فهي مالكة لنفسها وقد رضيت بإسقاط هذا الحظ ، وإن كان الاستدراك حق الولي فله طريق إلى استدراك حقه بأن يفسخ عقدها إذا ألحقت به ضررًا فلم يجز أن يبطل عقدها [٤] كذلك [٥] .

٢٠٧١٦ - قالوا [٦] : حق الولي إنما يثبت للشين الذي يلحقه بترك الكفاءة ، فلو جوزنا عقدها وجعلنا له الفسخ ارتفع الشين في المستقبل ولم يمكن استدراك الشين الحاصل بالعقد فلذلك لم ينعقد عقدها .

٢٠٧١٧ - قالوا : ولهذا نقول في أحد القولين : إذا زوجها أحد الأولياء غير كفء لم ينعقد نكاحه [٧] .

= الصفات . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٥٦/٣) ، والمبسوط (١٠/٥) .

(١) أي : أن المرأة البالغة بطبيعتها تحتاج إلى النكاح ، ولا تعرف من يصلح لها من الرجال ، لأنها غالبا تفكر بعاطفتها ولا تفكر بعقلها فجعل عقد النكاح إلى الأولياء حرصا على مصلحتها ، قياسا على نكاح الصغيرة . انظر : الأم (١٢/٥) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فلم يجز] ، ولا وجه له .

(٤) في (ن) ، (ع) : [حقهما] .

(٥) أي : أن قول الشافعية : المرأة لا تتمكن من طلب الأصلح في النكاح قول مسلَّم به ، لأن المرأة لا خبرة لها بالتجارات وكيفية التصرف في الأموال ومع ذلك جاز عقدها في مالها ، فلا تثبت ولاية الولي عليها إلا إذا لحقت به ضررًا ، كأن زوجت نفسها من غير كفء . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٥٦/٣) . والاختيار (٢١/٣) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) أي : أن الولاية في النكاح تثبت ابتداء على الحرة البالغة العاقلة دفعا للعار الذي يحصل بتزويجها نفسها إذا كان الزوج غير كفء ، وإذا زوجها أحد الأولياء من غير كفء لم ينعقد نكاحه في أحد القولين ، والقول الثاني : إن عقده صحيح ولكن يثبت فيه الخيار ، يقول الإمام الشيرازي : « فإن زوجت المرأة من غير كفء من غير رضاها أو من غير رضا سائر الأولياء ، فقد قال في الأم : النكاح باطل ، وقال في الإملاء : كان للباقين الرد ، وهذا يدل على أنه صحيح ، ومن أصحابنا من قال : فيه قولان أحدهما أنه باطل ، لأنه عقد في حق غيره من غير إذن فبطل ، والثاني : أنه صحيح ويثبت فيه الخيار » . ا هـ . انظر : المهذب (٥٠/٢) .

٢٠٧١٨ - قلنا : إن كان يمنع تصرفها لهذا المعنى فيجب إذا عقدت [١] بإذنه أنه يجوز عقدها لزوال المعنى الذي ذكروه .

٢٠٧١٩ - ولأنا لو أبطلنا عقدها هذا لأن الشين يلحقهم به ، ألا يصح [٢] اختيارها الأزواج ومطالبة الولي بالعقد لأنها تختار [٣] من ليس بكفء ، وهذا مما يلحق الشين به في العادة ؟

٢٠٧٢٠ - وعلى أن الأصول موضوعة على أن العقد إذا كان حقًّا للإنسان وفيه ضرر على غيره ثبت لذلك الغير حق الفسخ ولم يمنع حقه من الانعقاد ، بدلالة : الشفيع ، والورثة إذا عقد المريض [٤] عقد محاباة ، وأحد الشريكين في العبد إذا كاتب نصيبه منه [٥] .

* * *

(١) في (م) : [عقد] ، ولا وجه له .
(٢) في (ن) ، (ع) : [يفسخ] .
(٣) في (ن) : [تحتاج] .
(٤) في (ن) ، (ع) : [المرتهن] ، ولا وجه له .
(٥) انظر المبسوط (١٢/٥) .

مسألة ١٠٢٨

حكم عقد الفضولي

٢٠٧٢١ - قال أصحابنا : إذا عقد النكاح لغيره من لا يملك العقد ، وقف على إجازة المالك ، إن أجازه جاز وإن أبطله بطل [١] .

٢٠٧٢٢ - وقال الشافعي : لا ينعقد ولا تلحقه إجازة [٢] .

٢٠٧٢٣ - لنا : ما روى الزهري ، عن عروة بن الزبير ، عن أم حبيبة [٣] ، أن النجاشي [٤] زوَّجها من رسول الله ﷺ على صداق أربعة الآف درهم وكتب بذلك إلى النبي ﷺ [٥] ، فقيل : ذكره شيخنا أبو بكر الرازي [٦] من طريق أبي داود [٧] .

---

(١) انظر : المبسوط (١٥/٥) ، وبدائع الصنائع (٢٤٧/٢) ، وحاشية ابن عابدين (٩٥/٣) ، وشرح فتح القدير على الهداية (٣٠٧/٣) ، والبحر الرائق (١٣٧/٣) ، واللباب (٦٧٦/٢) ، يقول ابن الهمام في كتابه شرح فتح القدير « إن كل عقد صدر من فضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الإجازة » انتهى كلامه .

(٢) انظر الأم (١٣/٥) ، والمهذب (٤٥/٢) ، والمجموع (١٥٤/١٦) ، ومغني المحتاج (١٤٧/٣) ، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٧٧/٤) . وأما المالكية : فلهم روايتان : أشهرهما : أنه لا ينعقد ولا تلحقه إجازة ، والثانية : ينعقد موقوفا إذا علمت بقرب ذلك من غير تراخ شديد . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (٩٢/٢) . وللحنابلة روايتان : أصحهما ، أنه باطل ولا ينعقد ، والثانية : ينعقد ويقف على إجازة الولي كما هو مذهب الأحناف ، يقول ابن قدامة : « أو زوج أجنبي لم يصح ، وعنه يصح ويقف على إجازة الولي » اهـ . انظر : المقنع (٢٣/٣) .

(٣) أم حبيبة هي أم المؤمنين رملة بنت أبي سفيان زوج رسول الله ﷺ تزوجها سنة ٧هـ وماتت سنة ٤٤هـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٠٥/٤) ، وأسد الغابة (٣١٥/٧) .

(٤) النجاشي اسمه أصحمة ملك الحبشة ، أسلم ولم يهاجر ، توفي في حياة رسول الله ﷺ فصلى عليه بالناس صلاة الغائب . انظر سير أعلام النبلاء (٤٤٨/١) .

(٥) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب الصداق (٢٣٥/٢) حديث رقم ١٠٧ ، ١٠٨ - والنسائي ، كتاب النكاح ، باب القسط في الأصدقة (١١٩/٦) - والدارقطني ، كتاب النكاح ، حديث رقم ١٩ باب المهر (٢٤٢/٣) - والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب الصداق . باب لا وقت في الصداق كثر أو قل (٢٣٢/٧) - والحاكم في المستدرك (١٨١/٢) .

(٦) أبو بكر الرازي : هو أحمد بن علي المعروف بالجصاص ، له جملة من الكتب في أحكام القرآن والفقه والأصول مات سنة ٣٧٠هـ انظر : الفوائد البهية ص٢٧ .

(٧) هو : سليمان بن الأشعث بن شداد بن عمرو الأزدي ، أبو داود السجستاني الإمام العلم ، صاحب =

٢٠٧٢٤ - قالوا : قال الشافعي : قبل النكاح عن النبي ﷺ عمرو بن أمية الضمري [(١)] وكان وكيل النبي ﷺ وجهه إلى الحبشة في نكاحها [(٢)] .

٢٠٧٢٥ - قلنا : لو كان كذلك لم يحتج النبي ﷺ إلى القبول [(٣)] ، ولكان العقد لا يضاف إلى النجاشي ، [لأنه قد قيل إن العاقد عليها كان خالد بن سعيد بن

= كتاب السنن ، والمراسيل ، والناسخ والمنسوخ ، والقدر ولد سنة ٢٠٢هـ ، وروى عن : أحمد ، وابن المديني ، وغيرهما ، وروى عنه : الترمذي ، وأبو عوانة ، والنجار ، وغيرهم ، ومات سنة ٢٧٥هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٢٦١- البداية والنهاية (٥٤/١١) - العبر (٥٤/٢) . والدرهم في اللغة : هو لفظ فارسي معرب ، وقيل إنه مشتق من كلمة دراخمة اليونانية . . . ، وجمع درهم دراهم ، وقيل درهام ، وفي الاصطلاح : هو وحدة وزن كان العرب يتعاملون بأنواع منه مختلفة في الوزن متفقة في الاسم وهي : الطبرية ، والبغلية ، الجوارقية ، ودرهم الجواز وهو الذي يتعامل به أهل مكة ، وهذا هو الدرهم الشرعي الذي أقره رسول الله ﷺ ويقدر هذا الدرهم بالوزن المعاصر ٩٧ و٢ تقريبا ويقدر الدرهم المصري بوزن ١٢ و٣ ، ويكون وزن الدرهم الشرعي على هذا ٩٠ و٢ . انظر : بلغة السالك لأقرب المسالك (٢٠٣/١) زكاة النقدين ، كتاب الأموال لأبي عبيد ص ٦٣٠ ، ٦٣١ .

(١) هو : عمرو بن أمية الضمري ، صحابي جليل ، أسلم بعد أحد ، وكان وكيل النبي ﷺ إلى النجاشي بالحبشة في تزويج أم حبيبة ، وأن يأتي بمن تبقى من المسلمين بها ، توفي في خلافة معاوية . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٥٢٤/٢) ، البداية والنهاية (٥٠/٨) .

(٢) انظر : السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب النكاح ، باب الوكالة (١٣٩/٧) .

(٣) القبول عند الجمهور هو : ما صدر من المتملك سواء أولا أو ثانيًا ، والإيجاب عندهم : هو ما صدر من المالك سواء صدر أولا أو ثانيا . والقبول ، عند الأحناف ، هو : ما صدر ثانيا دالا على الرضا بما تضمنه الإيجاب سواء صدر من البائع أو المشتري ، والإيجاب عندهم هو : ما صدر أولا من كلام أحد العاقدين أو من يقوم مقامه ، ولقد اختلف الفقهاء في عدة أركان عقد النكاح على النحو التالي : أولًا : عند الأحناف ركن العقد هو (الإيجاب والقبول) فقط ، لأن العقد يوجد بهما . وذهب بعض المالكية إلى أن أركان عقد النكاح خمسة : الولي ، والصداق ، والزوج ، والزوجة ، والصيغة . ويرى البعض الآخر منهم : أنها ثلاثة ، المحل ويراد به الزوج والزوجة ، والصيغة ، والولي ، وذهب بعض الشافعية : إلى أن أركان عقد النكاح خمسة ، الولي ، والزوج ، والزوجة ، والشاهدان ، والصيغة . وعدها حجة الإسلام الإمام الغزالي في كتابه الوجيز أربعة فقط ، وهي : المحل ويقصد به الزوج والزوجة ، والولي ، والشاهدان ، والصيغة . وذهب بعض الحنابلة إلى أن أركان عقد النكاح ثلاثة : الزوجة ، الزوج ، والصيغة ، واختار البعض الآخر منهم أن ركن النكاح هو الإيجاب والقبول فقط ، كما هو مذهب الأحناف . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٧٤/٥) - وبدائع الصنائع (٢٢٩/٢) - والمغني والشرح الكبير (٣/٤) ، حاشية البناني على شرح الزرقاني (٦٨/٩) ، الشرح الصغير (١٩٤/٢) ، نهاية المحتاج (١٦١/٥) ، الوجيز لحجة الإسلام الغزالي (٣/٢) ، كشاف القناع (٣٧/٥) ، شرح منتهى الإرادات (١٥٦/٢) .

العاص][1] ، فقوله « زوجها النجاشي » أضاف العقد إليه ؛ لأنه ناب عن النبي ﷺ في القبول وإلا لم تكن الإضافة حقيقية وليس يمنع أن يكون النبي ﷺ أنفذ عمرو بن أمية الضمري فعقد قبل قوله .

٢٠٧٢٦ - ويدل عليه : ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت فتاة إلى رسول الله ﷺ وقالت : إن أبي ونعم الأب هو زوجني ابن أخيه ليرفع من خسيسته[2] بي ، قالت عائشة فجعل الأمر إليها ، قالت : إني أجزت ما صنع أبي ، ولكني أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء[3] .

٢٠٧٢٧ - وهذا يدل على وقوف العقد على الإجازة[4] ؛ لأن عند مخالفنا نفذ العقد عليها ولم يقف وإن كانت ثيبًا لم ينعقد ولم تلحقه إجازة .

٢٠٧٢٨ - فإن قيل : النكاح الموقوف إذا خاصمت فيه بطل ولم تلحقه إجازة .

٢٠٧٢٩ - قلنا : لم ترد العقد ، وإنما استعلمت حكمه من رسول الله ﷺ .

٢٠٧٣٠ - فإن قيل : كان زوجها غير كفء فوقف العقد على فسخها ، والخلاف في الموقوف على الإجازة ، والدليل على ذلك : يرفع[5] خسيسته بي[6] .

٢٠٧٣١ - قلنا : أخبرت أنه ابن أخيه . قال : كفاءة النسب حاصلة وعدم الكفاءة في الدين والمال لا يرتفع بها فلما قالت : « ليرفع خسيسته بي » دل على أنه معنى يزول بتزويجها وما ذلك إلا المحمول وهو غير معتبر في الكفاءة فعلم أن الإجازة كانت لأن

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
وخالد : هو خالد بن سعيد بن عمرو بن سعيد بن العاص . عبد شمس بن مناف القرشي ، الأموي ، روى عن : أبيه وسهل بن يوسف ، وروى عنه : ابن المبارك ، وإبراهيم بن موسى الرازي ، وغيرهما ، وذكره البخاري في الثقات وروى له حديثا واحدا . انظر : تهذيب الكمال في أسماء الرجال ، باب من اسمه خالد ، والكاشف للذهبي (٢٦٩/١) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [حسبه] ، وما أثبتناه هو الموافق لكتب الحديث .

(٣) اللفظ هنا للدارقطني ، والحديث سبق تخريجه .

(٤) ليس في الحديث ما يدل على وقوف العقد على الإجازة بل إن صح الحديث في البكر ، فهو محمول على أنها زوجت من غير كفء ، قاله البيهقي وقال الحافظ ابن حجر : « هذا هو الجواب المعتمد ، فإنها واقعة عين فلا يثبت الحكم فيها تعميما » انتهى كلامه . راجع فتح الباري (١٩٦/٩) .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٦) انظر : السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في إنكاح البكر (١١٨/٧) .

العقد لم ينفذ .

٢٠٧٣٢ - ولأن الحكم لو تعلق لعدم الكفاءة لم يقبل قولها فيه حتى تقيم البينة عليه .

٢٠٧٣٣ - ولأنه روي في الخبر أنه قال لها : « أجيزي » فقالت : « قد أجزت » فلو كان كما قالوا لقال : لها لا تفسخي ما صنع أبوك [١] .

٢٠٧٣٤ - فإن قيل : يجوز ألا يساويها في النسب [٢] ويكون ابن أخيه من أمة .

٢٠٧٣٥ - قلنا : هذه كانت أنصارية لأنها خنساء بنت خدام [٣] وهم كانوا لا يزوجون الموالي ، فابن أخيه لو كان من أمة لكان من العرب وليس لبعض العرب بعد قريش فضل يقف [٤] على انضمام الشطر الآخر إليه ، وهو أضعف من جميعه فلأن يقف جميع العقد على معنى من جهة المالك ليتم به أولى [٥] .

٢٠٧٣٦ - ولا يمكن القول بموجبه في نكاح المرتد [٦] ؛ لأن عندهم إن أسلم بان أن عقوده صحيحة وإن لم يسلم بان أنها باطلة ، فأما أن يقف فلا .

٢٠٧٣٧ - ولا يقال بموجبه في تبرع المريض [٧] لأنه لا يقف على معنى من جهة المالك .

٢٠٧٣٨ - فإن قيل : شرط العقد ألا يقف على ما بعد المجلس [٨] .

---

(١) الخبر رواية للدارقطني ، كتاب النكاح (٢٣٢/٣) حديث رقم ٤٦ - والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في إنكاح البكر (١١٨/٧) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [التسمية] ، ولا وجه له .

(٣) هي : خنساء بنت خدام الأنصارية ، كانت تحت أنيس بن قتادة فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها رجلا من بني عمرو بن عوف فكرهته ، فشكت ذلك لرسول الله ﷺ فرد نكاحها وزوجها أبا لبابة بن المنذر . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٨٦/٤) ، فتح الباري (١٩٥/٩) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٥) فيما قاله الإمام القدوري نظر ، لأن خبر عائشة كانت الفتاة بكرًا وخبر الخنساء مجمع على صحته بأنها كانت ثيبًا وروى ذلك الإمام البخاري ، كما أن الإمام النسائي فصل بين الخبرين فذكر خبر عائشة تحت باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة وخبر خنساء تحت باب الثيب يزوجها أبوها وهي كارهة .

(٦) الردة بالكسر اسم منه : أي الارتداد والمرتد هو من رجع عن دين الإسلام إلى دين الكفر ، والعياذ بالله . انظر : المصباح المنير مادة « ردد » .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الرهن] ولا وجه له .

(٨) المراد بالمجلس ، أي مجلس العقد عامة سواء كان عقد نكاح أم غيره ، فشرط العقد ألا يقف على ما بعد مجلس العقد أي بعد تمام الإيجاب والقبول من العاقدين فإذا تحقق كل منهما أصبح العقد نافذا .

٢٠٧٣٩ – قلنا : لا يقف لضعفه ، وجملة العقد أقوى فوقف على ما بعد المجلس .

٢٠٧٤٠ – فإن قيل : الإيجاب ليس بواقف ، بل هو صحيح حصل من جهة المالك له فتم .

٢٠٧٤١ – قلنا : وكذلك العقد الموقوف [١] صحيح عندنا حصل من جهة المالك له فتم ؛ لأن كل واحد يملك أن يعقد لغيره [٢] وعقده صحيح لكن الاستحقاق لا يتعلق به فهو كالإيجاب الذي قد صح ممن يملكه ولم يتعلق به استحقاق معنى ينضم إليه القبول [٣] .

٢٠٧٤٢ – قالوا : شطر العقد يقف للضرورة [٤] ؛ لأنه لا يمكن إيجاب العقود دفعة [٥] .

٢٠٧٤٣ – قلنا : ليس يمتنع أن يثبت النهي في العقد للضرورة ويثبت من غير ضرورة كالخيار [٦] الذي ثبت للضرورة فيمن يخالف العين لم يثبت في حق العالم بقيمة المعقود عليه .

٢٠٧٤٤ – ولأنه عقد لو عقده برضا المرأة صح ، فإذا عقده بغير رضاها انعقد كالأب يزوج البكر البالغ [٧] .

٢٠٧٤٥ – فإن قيل : المعنى فيها أن عقده لم يتم عليها [٨] .

---

(١) ساقطة من (م) . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) أي : أن العقد الموقوف على إجازة المالك كعقد الفضولي صحيح عندنا ، لأن المالك الأصلي والفضولي كل منهما يملك العقد لغيره ، وعقده صحيح ، لكن ليس بشرط أن يتعلق الاستحقاق به ، فأشبه الإيجاب الذي قد صح ممن يملكه ، ولم يتوقف هذا الإيجاب على انضمام القبول إليه . انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٣٧/٣) .

(٤) الضر : ضد النفع وبابه رد ، والاسم (الضرر) ، وضرورة أي ذو حاجة ، وقد اضطر إلى الشيء أي ألجئ إليه . والضرورة : مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا دفع له . انظر : المصباح المنير مادة « ضرر » – والتعريفات للجرجاني ص ١٢٠ .

(٥) أي : أن شطر العقد وهو الإيجاب يقف على القبول للضرورة ، لأنه لا يمكن إتمام العقود إيجابا وقبولا دفعة واحدة . انظر : المجموع (٢١٠/١٦) .

(٦) الخيار لغة : اسم مصدر من الاختيار ، ومنه اختار الشيء على غيره أي فضَّله عليه ، وفي اصطلاح الفقهاء : هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه وينقسم الخيار إلى خيار الشرط : وهو أن يشترط أحد المتعاقدين الخيار ثلاثة أيام أو أقل ، يؤده ويؤده بخيار وخيار الرؤية : وهو أن يشترط ما لم يؤده ويؤده بخيار ، وخيار التعيين : وهو أن يشتري أحد الثوبين بعشرة على أن يعين أيهما شاء ، وخيار العيب : وهو أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب . انظر : القاموس المحيط مادة (خير) – والتعريفات للجرجاني ص ٩١ .

(٧) انظر : المبسوط (١٦/٥) .

(٨) المعنى أن من تولى عقد نكاحها الفضولي لم يتم عقده عليها ، لوقوفه على إجازة الولي . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٤٠/٣) .

٢٠٧٤٦ - قلنا : لم نسلِّم ذلك ، ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه فجاز أن يقف على إجازة مجيزه .

٢٠٧٤٧ - أصله : الوصية [١] بجميع المال [٢] .

٢٠٧٤٨ - فإن قيل : الوصية في حال وقوعها لا مجيز لها ؛ لأن الورثة لا تملك الإجازة عند الوصية [٣] .

٢٠٧٤٩ - قلنا : [حال الوصية] [٤] حال الانعقاد ووقوع الوصية بعد الموت .

٢٠٧٥٠ - والدليل على هذا : أن قبول الوصية لا يصح إلا بعد الموت وفرق بين الانعقاد والوقوع ، ألا ترى أن من قال لامرأته : إذا دخلت الدار فأنت طالق فقد انعقد اليمين في الحال ، والوقوع يقف [٥] على وجود الشرط ، وإذا كانت الوصية تقع بعد الموت فإنما يجيز في تلك الحال [٦] .

٢٠٧٥١ - فإن قيل : عندنا أن الورثة يبتدئون [٧] التمليك .

٢٠٧٥٢ - قلنا : الدليل على صحة هذا الأصل [٨] قوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة [٩] » .

٢٠٧٥٣ - وإن شئت قلت : عقد لم ينفذ بمعنى فجاز أن يقف على [من وقف] [١٠] العقد من أجله ، أصله : إذا أوصى بثلث ماله وعليه دين فأبرأ الغرماء [١١]

---

(١) سبق بيان حقيقة الوصية وأركانها ودليل مشروعيتها ص ٥٤ .

(٢) انظر : البحر الرائق (١٣٨/٣) .

(٣) انظر : حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٧٠/٦) .

(٤) ساقطة من (م) . (٥) في (م) : [وقف] .

(٦) انظر : حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٧٥/٤) .

(٧) في (م) : [يبتدون] .

(٨) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [العقد] ولا وجه له .

(٩) أخرجه أبو داود ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في تضمين العارية حديث رقم ٣٥٦٥ - والترمذي ، كتاب الوصايا . باب ما جاء لا وصية لوارث حديث رقم ٢١٢٢ - والنسائي ، كتاب الوصايا ، باب إبطال الوصية للوارث (٢٤٦/٦) ، وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١١) الغرماء : جمع (غارم) من الغرم وهو الدين ، والغريم الذي عليه الدين يقال : خذ من غريم السوء ما سنح ، وقد يكون الغريم أيضًا الذي له الدين قال كثير عزة :

=

الميت من دينهم .

٢٠٧٥٤ – [فإن قيل] [١] : يبطل بالشراء .

٢٠٧٥٥ – قلنا : يجب أن يقف عندنا إذا اشترى المحجور [٢] شيئا وقف على الإجازة .

٢٠٧٥٦ – فإن قيل : إن كان معنى قولكم : إنه عقد له مجيزًا . أنها لو أذنت فيه صح بطلت العلة بنكاح المرتدة ؛ لأن له مجيزا وهو أن تسلم ثم يعقد ومع ذلك لا يقف عقدها .

٢٠٧٥٧ – قلنا : الإجازة عبارة عن إمضاء العقد ، وهي تملك هذا العقد عند وقوعه بأن تأذن فيه ، والإسلام ليس برضًا ولا إجازة ، إنما المعقود عليه في المرتدة لا يجوز أن يملك [٣] .

٢٠٧٥٨ – فإن قيل : الوصية تصح بالمجهول [٤] وتتعلق بالحظر [٥] ، والبيع بخلافهما [٦] .

٢٠٧٥٩ – قلنا : انتقضت علة الأصل بالطلاق [٧] والعتاق [٨] ؛ لأنهما لا يقفان على الإجازة عندهم مع وجود العلة ، وعلة الفرع تنتقض بإيجاب البيع / ؛ لأن الإيجاب والقبول كل واحد منهما يقف على الآخر على معنى ينضم إليهما ، كشهادة الشاهدين ، لما وقفت شهادة كل واحد منهما على شهادة الآخر ما جاز أن تقف شهادتهما على حكم الحاكم .

٢٣٣/

٢٠٧٦٠ – ولأنه عقد فيه عوض فجاز أن ينعقد غير منبرم [٩] من غير نقض ، أصله :

= قَضَى كُلُّ ذِي دَيْنٍ فَوَفَّى غريمه وعَـزَّةُ مَمْطُـولٌ مُـعَـنًّـى غَـرِيمُـهـا

انظر : المصباح المنير مادة « غرم » ص ١٩٨ .

(١) ساقطة من (ع) ، (ن) .

(٢) الحجر لغة : مطلق المنع ، واصطلاحا : منع نفاذ تصرف قولي لا فعلي لصغر ، ورق ، وجنون . انظر : التعريفات للجرجاني ص ٧٢ .

(٣) لاختلاف الدين – راجع حاشية ابن عابدين ١٦٧/٣ .

(٤) المجهول : الجهل ضد العلم ، فالمجهول هو : الشيء الذي لا يعلم .

(٥) والحظر : الحجر والمنع ، وهو ضد الإباحة ، وحظره فهو محظور أي « محرم » .

انظر : مختار الصحاح مادتي « جهل » و « حظر » .

(٦) انظر : نهاية المحتاج (٥١/٦) .

(٧) سبق إيضاح معناه ص١٤ .

(٨) العتق لغة : القوة ، يقال : عتقت الخمر بمعنى قويت واشتدت ، وشرعا : هو زوال الرق عن المملوك . راجع الاختيار (١٧/٤) .

(٩) منبرم : أي محكم ، يقال : أبرم الشيء أحكمه . انظر : لسان العرب ، والمصباح المنير مادة « برم » .

البيع .

٢٠٧٦١ - ولا يمكن القول بموجبه إذا زوجها غير كفء وكان بأحدهما عيب [(١)] ؛ لأنا قلنا : من غير نقض [(٢)] .

٢٠٧٦٢ - احتجوا : بحديث جابر [(٣)] أن النبي ﷺ قال : « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر » [(٤)] .

٢٠٧٦٣ - قلنا : رواه عبد الله بن محمد بن عقيل [(٥)] عن جابر ، وهو ضعيف أدركه مالك فلم يرو عنه ، وضعفه سفيان بن عيينة [(٦)] ، وقيل : إنه اختلط عليه ما سمعه فصار لا يضبط .

٢٠٧٦٤ - ولأن العاهر الزاني لا يجوز أن يوصف بذلك العقد ، وإنما يوصف به متى وطئ ومتى تزوج ووطئ من غير إذن المولى فحكم وطئه حكم الزنا في التحريم ، ومفهوم هذا أنه إذا وطئ بعد إجازتهم وإنفاذهم العقد لا يكون عاهرا .

٢٠٧٦٥ - احتجوا : بقوله عليه السلام : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » [(٧)] . ولم يفرقوا بين إجازة الولي ، وعدم إجازته .

٢٠٧٦٦ - قلنا : قد تكلمنا على إسناد هذا الحديث بما يمنع الاحتجاج به والرجوع إليه .

---

(١) كأن كان الرجل مجبوبًا أو عنينًا أو مجذوما أو أبرص ، أو كانت المرأة بها جنون أو جذام أو برص أو رتق أو قرن .

(٢) انظر : البحر الرائق (١٣٧/٣ - ١٣٩) .

(٣) هو جابر بن عبد الله بن عمر بن حرام بن ثعلبة الأنصاري المدني ، صحابي جليل ، روى عنه عطاء بن أبي رباح ومحمد بن المنكدر وجماعة ، شهد المشاهد كلها إلا بدرا وأحدًا ، ومات بالمدينة سنة ٧٢هـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢١٣/١) .

(٤) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في نكاح العبد بغير إذن سيده (٥٦٣/٢) حديث رقم ٢٠٧٨- والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده حديث رقم ١١١٧ (٢/ ٢٨٩) - وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب تزويج العبد بغير إذن سيده (٦٣٠/١) حديث رقم ١٩٥٩ .

(٥) هو : عبد الله بن محمد بن عقيل ، أبو محمد ضعفه ابن معين ، وقال الترمذي : صدوق لكن تكلم فيه بعضهم من قبل حفظه . انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (١٢٧/٢) - والضعفاء لابن حبان (٣/٢) .

(٦) هو : سفيان بن عيينة بن ميمون الهلالي الكوفي أحد أئمة الإسلام ، أثنى عليه الكثير ، مات بمكة سنة ٢٩٨هـ انظر : طبقات الحفاظ ص ١١٣ - ومشاهير علماء الأمصار ص ١٤٩ .

(٧) سبق تخريجه .

٢٠٧٦٧ - ولأنه أبطل العقد لاستبدادها به وترك الرجوع [١] إلى إذنه ، فمفهومه أنه إذا رضي به وأذن فيه بعد انعقاده صح لزوال المعنى الموجب لبطلانه .

٢٠٧٦٨ - قالوا : معنى : جعل شرطًا في استباحة المرأة بعقد النكاح ، فإذا تأخر عنه وجب أن يكون باطلا ، أصله : الشهادة [٢] .

٢٠٧٦٩ - قلنا : يبطل إذا تزوج الحربي أختين أو خمس نسوة ، فإن تعيين الأربعة شرط في استباحة المرأة لعقد النكاح ويتأخر ذلك عن العقد عندهم ولا يمنع صحة العقد ، فلم يجز أن يتأخر عن الشطرين [٣] ، ولما جاز أن يتأخر الرضا في إحدى شطري العقد جاز أن يتأخر عن الشطرين .

٢٠٧٧٠ - ولأن الشهادة شرط في العقد ليفارق الزنا [٤] الذي يقع سرًا فإذا أخرت لم يوجد مقصودها ، والرضا اعتبر حتى لا يستحق عليها البضع بغير اختيارها فإذا تأخر الرضا عن العقد فقد يحصل المقصود به ولأن الشهادة إذا تأخرت فليست شهادة على العقد وإنما هي شهادة على الإقرار [٥] به ، ومتى تأخر الرضا عن العقد فالرضا يحصل بالعقد كما يحصل لو قارنه الرضا .

٢٠٧٧١ - ولأن الشهادة لا يجوز أن تتقدم [عن العقد] [٦] ، فلم يجز أن تتأخر عنه فيما يصح العقد عليه .

٢٠٧٧٢ - فإن قيل : الرضا الذي يتم به العقد لا يتقدم عليه ، وإنما استصحب الرضا ما لم ينفرد عن العقد فيوجد مع العقد فيصح بذلك لا بما تقدم .

٢٠٧٧٣ - قلنا : إذا أذن في العقد فلم يخطر بباله العقد حتى [٧] عقد فلم يقارن العقد الرضا وإنما قارنه حكم الرضا ، كذلك إذا تأخر عنه فلم يقارنه ، ولكن أسند حكمه إلى حال العقد عندنا .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) أي : أن جعل شرطًا في استباحة بضع المرأة بعقد النكاح فإذا عدم الولي في النكاح كان العقد باطلا ، قياسا على فقدان شرط الشهادة . انظر : الأم (١٢/٥) ، والمهذب (٤٥/٢) .

(٣) الشطران : هما الإيجاب والقبول .

(٤) الزنا بالقصر لغة أهل الحجاز ، والمد عند بني تميم ، وشرعا : وطء من يصح وطؤه في قبل امرأة حية محرمة عليه في غير ملك ولاشبهة . انظر : الاختيار (٢٦١/٣) ، الروض المربع (٣٠٩/٣) .

(٥) سبق إيضاح معناه وأركانه ص ٢٥ .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) ساقطة من (ن) .

٢٠٧٧٤ – قالوا : نكاح لا تتعقبه استباحة ، فوجب أن يكون باطلا ، أصله : نكاح المرتدة والمعتدة والخامسة ونكاح المتعة [١] .

٢٠٧٧٥ – قلنا : يبطل بمن تزوج بصغيرة فالعقد لا تتعقبه استباحة وهو صحيح ؛ لأن الاستباحة توجد في الثاني [٢] .

٢٠٧٧٦ – فإن قيل : لو كان لا يستبيح وطء الصغيرة يستباح [٣] لمسها والنظر إليها .

٢٠٧٧٧ – قلنا : بنت يوم لا يستبيح لمسها والنظر إليها بالعقد ؛ لأن الأجنبي يجوز له من ذلك ما يجوز للزوج .

٢٠٧٧٨ – ولأن الاستباحة حكم العقد ، وقد يتأخر عن العقد أحكامه ولا يدل ذلك على امتناع انعقاده ، ألا ترى أن البيع المشروط فيه الخيار للبائع لا يتعقبه شيء من أحكام البيع ، وهو بيع منعقد [٤] .

٢٠٧٧٩ – فإن قالوا : هناك تثبت الأحكام بمضي المدة فالعقد وقف على الفسخ ، وفي مسألتنا وقف على الإجازة [٥] .

٢٠٧٨٠ – قلنا [٦] : يبطل الاحتجاج بتأخر الاستباحة وتعلق الحكم بمعنى آخر وتبطل العلة [٧] بالكافر إذا تزوج خمسًا فإن الاستباحة لا تتعقب هذا العقد وتتأخر عنه ،

(١) أي : إن تولى الفضولي عقد النكاح يجعل العقد موقوفا لا تتعقبه استباحة ، فوجب أن يبطل العقد بعدم ترتب آثاره عليه ، قياسا على عقد النكاح على المرتدة أو المعتدة أو نكاح الخامسة أو نكاح المتعة ، لأن كل هذه العقود لا تتعقبها استباحة .

(٢) انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (٩٢/٢) ط مطبعة الإرادة ، وفيها يقول القاضي عبد الوهاب المالكي : « ولأنه نكاح لا يملك الزوج إيقاع الطلاق فيه كالعقد على المعتدة » ا هـ .

(٣) انظر : الاختيار (٢٦/٣) في (م ، ن ، ع) [يفسح] ، ولا وجه له .

(٤) أي : أن البيع إذا شرط فيه الخيار ، فعقد البيع صحيح مع أنه لا يتعقبه شيء من أحكام البيع كثبوت ملكية المشتري للمبيع وملكية البائع للثمن . انظر : شرح فتح القدير (١٩٨/٧) . ولكن سبق وأن أبطلنا قياس عقد النكاح على عقد البيع فراجعه إن شئت كما في فتح الباري (١٨٧/٩) .

(٥) أي : أن قياس عقد النكاح الموقوف على إجازة الولي على عقد البيع المشروط فيه الخيار قياس غير صحيح ، لأن عقد النكاح الذي عقده الفضولي موقوف على إجازة الولي ، بخلاف عقد البيع المشروط فيه الخيار فإنه موقوف على الفسخ .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) العلة : لغة عبارة عن معنى يحل بالمحل فيتغير به حال المحل بلا اختيار ومنه سمي المرض علة ، وفي الاصطلاح : هو ما يتوقف عليها وجود الحكم بأن جعلت علما عليه فإن وجدت وجد الحكم ، وقيل : إنها =

ولا يمنع ذلك انعقاده وصحته عندهم .

٢٠٧٨١ - فإن قيل : الاستباحة هناك حاصلة في أربع منهن .

٢٠٧٨٢ - قلنا : إذا لم يوجب العقد استباحة أربع من خمس لم يصح العقد ؛ لأن الإباحة لم توجد في كل واحدة منهن .

٢٠٧٨٣ - فإن احترزوا فقالوا : عقد لا تتعقبه استباحة استمتاع في عين من الأعيان ، فهذا ليس باحتراز [لأن الإباحة لا تحصل في واحد من الخمس .

٢٠٧٨٤ - فإن قالوا : قد استباح الأربعة منهن .

٢٠٧٨٥ - قلنا : ذلك ليس بعين] [١] ، والمعنى في الأصل [٢] : أن العقد لا يصح إلا بالتراضي [٣] فلم يصح من غير رضا ، وفي مسألتنا يصح العقد إذا قارنه الرضا كذلك إذا تأخر عنه .

٢٠٧٨٦ - ولأن المواضع التي قاسوا عليها يستوي فيها الرضا قبل العقد وبعده [٤] .

٢٠٧٨٧ - قالوا : كل نكاح لا يملك المكلف إيقاع الطلاق فيه وجب ألا يصلح ، أصله : المرتد [٥] .

٢٠٧٨٨ - قلنا : الطلاق موضوع لحل العقد ودفع الاستباحة ، والنكاح الموقوف ليس فيه استباحة ، فإذا أطلق ارتفع العقد ولم يعمل في الاستباحة فكذلك لم يحكم بوقوعه وإن ثبت بعض حكمه ، وهذا كما يقول مخالفنا في عين المكاتب : إنه يؤثر في إسقاط مال الكتابة ولا يقع به العتق ، وكذلك نقول نحن في عتق وارث المولى المكاتبة ، والمعنى في الأصل ما ذكرناه [٦] .

= الموجبة بالعادة ، وقيل : إنها الباعثة على التشريع . انظر : إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٠٧ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) المراد بالأصل : هو نكاح المرتدة والمعتدة ونكاح المتعة ونكاح الخامسة ، فالشافعية قاسوا عقد النكاح الذي عقده الفضولي وتوقف على إجازة الولي على هذه الأنكحة في عدم ترتب استباحة البضع لعقد النكاح .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ع) ، (ن) العقد لا يصح بالتراضي ، والأصح ما أثبتناه وهو موجود في كتب المذهب الحنفي ؛ ولأن ركن العقد عند الأحناف هو الإيجاب والقبول ولا يتم إيجاب أو قبول بدون رضا .

(٤) انظر : الاختيار (٣٢/٣) .

(٥) المعنى أن النكاح الموقوف على إجازة الولي نكاح لا يملك الزوج إيقاع الطلاق فيه ، فوجب أن يكون باطلا ، قياسا على نكاح المرتدة . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (٩٢/٢) .

(٦) المراد بالأصل في قول المصنف : « والمعنى في الأصل ما ذكرناه » هو نكاح المرتد ، فالمرتد إن أسلم كانت =

٢٠٧٨٩ - قالوا : العقود [١] تنقسم إلى : صحيح وفاسد ، فإذا كان العقد ليس بصحيح كان فاسدا .

٢٠٧٩٠ - قلنا : العقود الصحيحة تنقسم إلى لازم وغير لازم ، وهذا عندنا عقد صحيح غير لازم [٢] .

٢٠٧٩١ - قالوا : هذا العقد لا تتعلق به خصائص النكاح وأحكامه من الطلاق [٣] والظهار [٤] والإيلاء [٥] واللعان [٦] ، ولو كان عقدا صحيحا لتعقبت به الأحكام .

٢٠٧٩٢ - قلنا [٧] : البيع المشروط فيه الخيار للبائع لا تتعلق به أحكام البياعات ، وهو منعقد ، كذلك في مسألتنا .

٢٠٧٩٣ - قالوا : لو كان تحته أربع نسوة فتزوج خامسة لم يقف النكاح على طلاق إحدى الأربع [٨] ، ولو جاز أن يقف النكاح لوقف ههنا .

= عقوده صحيحة ، وإن لم يسلم كانت باطلة . راجع ص ٦٣ من نفس الرسالة .

(١) في (ن) ، (ع) : [العقد] .

(٢) أي : أن عقد النكاح الموقوف على إجازة الولي عند الأحناف عقد صحيح غير لازم انظر : البحر الرائق (١٣٨/٣) .

(٣) الطلاق . سبق إيضاح معناه ص٦٣ .

(٤) الظهار لغة : مشتق من الظهر ، وشرعا : تشبيه الزوج زوجته أو ما عبر به عنها أو جزءًا شائعًا منها بعضه يحرم نظره إليه من أعضاء محارمه نسبا أو رضاعا كأمه وبنته وأخته ، وحكمه : حرمة الجماع ودواعيه حتى يكفِّر . انظر : الاختيار (١٢٧/٣) - والتعريفات للجرجاني ١٢٥ .

(٥) الإيلاء لغة : الحلف ، وشرعا : اليمين على وطء المنكوحة مدة معلومة . انظر : الاختيار (١١٣/٣) .

(٦) اللعان لغة : مصدر لاعن يلاعن ملاعنة ، وفي الشرع : هو مختص بملاعنة تجري بين الزوجين بسبب مخصوص بصفة مخصوصة ، وهو شهادات مؤكدات بالأيمان موثقة باللعن والغضب من اللّٰه ﷻ وشرطه : قيام الزوجية بين الزوجين بنكاح صحيح ، دون الفاسد ، لأن مطلق الزوجية ينصرف إلى الصحيح ، فإن امتنع الزوج منه حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد ، فإذا لاعن وجب عليها اللعان وتحبس حتى تلاعن أو تصدقه ، وصفته بينتها الآيات الكريمات من سورة النور من الآية (٥) إلى الآية (١٠) . والفرقة باللعان تطليقة بائنة . انظر : الاختيار (١٣٦/٣ - ١٤٠) - والروض المربع (٢٠٠/٣ - ٢٠٢) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) ، (ن) .

(٨) ولكن يبطل نكاح الخامسة ؛ لأن الإسلام لم يبح الجمع بين أكثر من أربعة ، فعلى ذلك إذا تزوج خامسة وبعض الأربع أو كلهن في العدة فقد جمع في عصمته خمسًا وذلك لا يجوز ، وهذا ما ذهب إليه الجمهور ، ولقد خالف الشافعية في العدة من طلاق بائن فأجازوا تزويج الخامسة إذا كانت تعتد من طلاق بائن . انظر : محاضرات في عقد الزواج ، للإمام محمد أبو زهرة ص ١٣٢ بتصرف .

٢٠٧٩٤ - قلنا : هذه دعوى لا دلالة عليها ، ثم هي فاسدة لأن العقد إذا وقف على الرضا لم يدل ذلك على وقوفه على حدوث معنى يصح به العقد .

٢٠٧٩٥ - ألا ترى أن البيع يقف على إسقاط الخيار باتفاق ولو باع المسلم خمرا لم يقف العقد على أن يصير خلًّا ، ولو باع جلد ميتة لم يقف على دباغه ؟ كذلك ها هنا يجوز أن يقف العقد على الرضا وإن لم يقف العقد على طلاق إحدى الأربع ؛ لأن الخامسة لا يجوز العقد عليها كما لا يجوز العقد على الميتة والخمر .

* * *

مسألة ١٠٢٩

ولاية تزويج الصغار

٢٠٧٩٦ - قال أصحابنا : يجوز للأخ والعم وسائر العصبات تزويج الصغار [(١)] .

٢٠٧٩٧ - وقال الشافعي : لا يجوز أن يزوج الصغار إلا الأب والجد [(٢)] .

٢٠٧٩٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾ [(٣)] .

٢٠٧٩٩ - وروى الزهري عن عروة قال : سألت عائشة عن تأويل هذه الآية ، فقالت : يا ابن أختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها فيرغب في مالها وجمالها فيريد أن ينكحها بأدنى من صداقها فنهوا أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا لهن ، وأمروا أن ينكحوا مَنْ سواهن من النساء . قالت عائشة : ثم إن الناس استفتوا رسول الله ﷺ بعد نزول هذه الآية فيهن ، فأنزل الله ﷻ : ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ۖ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ ﴾

---

(١) انظر : المبسوط (٢١٣/٤) - وبدائع الصنائع (٢٣٩/٢) - ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٣٥/١) - وشرح فتح القدير على الهداية (١٧٢/٣) - وحاشية ابن عابدين (٦٥/٣) - والبحر الرائق (١١٨/٣) وفيه يقول صاحب كنز الدقائق : « وللولي إنكاح الصغير والصغيرة والولي العصبة بترتيب الإرث » اهـ .

(٢) ساقطة من (م) . ويقول الإمام الشيرازي في كتابه المهذب : « ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها صغيرة كانت أو كبيرة » اهـ . انظر : قول الإمام الشافعي ﵀ في الأم (١٨/٥) ، ومغني المحتاج (١٦١/٣) ، ونهاية المحتاج (٢٢٨/٦) ، والمهذب (٥٤٧/٢) ، والمجموع (١٧٢/١٦) . ويرى المالكية والحنابلة : أن الأب فقط هو الأولى بتزويجها أو من وكله بذلك إلا أنه نقل عن الإمام أحمد ﵀ قولًا كقول الأحناف . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (٥٩١/٢) ، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٣٧/٦) ، المقنع لابن قدامة (١٥/٣) ، وبداية المجتهد (٨/٢) . وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس ، وذلك أن قوله ﷺ : « والبكر تستأمر وإذنها صماتها » يقتضي العموم في كل بكر ، وكون سائر الأولياء معلوم منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالأب في هذا المعنى فمنهم من ألحق به جميع الأولياء ومنهم من ألحق به الجد فقط لأنه في معنى الأب إذا كان أعلى وهو الشافعي ومن قصر ذلك على الأب رأى أن ما للأب في ذلك غير موجود لغيره ، وهو الذي ذهب إليه مالك في بداية المجتهد (٨/٢) .

(٣) سورة النساء : الآية ٣ .

إلى قوله : ﴿ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾ [١] ، [قالت : فقوله : ﴿ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ ﴾ يعني الآية الأولى ، وقوله في الآية الأخرى : ﴿ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾] [٢] رغبة أحدكم عن يتيمته التي تكون في حجره ، حتى تكون قليلة المال والجمال [٣] .

٢٠٨٠٠ – وروي عن ابن عباس في تأويل الآية نحو ذلك [٤] .

٢٠٨٠١ – فلما منع الله تعالى الولي من تزويج اليتيمة ، إلا أن يقسط لها في مهرها ، دل ذلك على جواز عقده عليها ، والولي الذي يزوج اليتيمة هو ابن العم .

٢٠٨٠٢ – ولما عاتب الله تعالى في الرغبة عن اليتيمة القليلة المال ، دل على جواز تزويجه ، لولا ذلك لم يعاتب في ترك التزويج [٥] .

٢٠٨٠٣ – فإن قيل : المراد بالآية الكبيرة ؛ لأنه قال : ﴿ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾ [٦] .

٢٠٨٠٤ – قالوا : وإنما يصح أن يدفع إلى البالغة [٧] .

٢٠٨٠٥ – قلنا : يعنى قوله : ﴿ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ ﴾ أي : لا تزوجوهن خوفًا على خروج ما لهن من أيديكم ، ولا تزوجوهن رغبة عنهن [٨] .

٢٠٨٠٦ – ويدل عليه : ما روي أن النبي ﷺ زوج بنت حمزة [٩] ، من ابن أم سلمة [١٠] وقال له : أما كافأتك » [١١] وكانت صغيرة .

---

(١) سورة النساء : الآية ١٢٧ .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ع) ، (ن) .
(٣) الحديث أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب رقم ٤٣ « تزويج اليتيمة » حديث رقم ٥١٤٠ . انظر : فتح الباري (١٩٧/٩) .
(٤) انظر أحكام القرآن للجصاص (٣٤٢/٢) .
(٥) انظر المبسوط (٢١٤/٤) .
(٦) سورة النساء : الآية ١٢٧ .
(٧) انظر عقد الزواج وآثاره للإمام أبو زهرة ص ٢٧٠ .
(٨) انظر : المبسوط (٢١٥/٤) .
(٩) هي : أمامة بنت عبد المطلب وأمها سلمى بنت أبي عميس وهي التي زوجها الرسول ﷺ من سلمة ابن أم سلمة ، وقال له حين زوجها منه : « هل جزيت سلمة ؟ » انظر : أسد الغابة (٢١/٦) ترجمة ٦٧١٥ ، الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٣٥/٤) .
(١٠) هو سلمة بن أبي سلمة بن عبد الأسد القرشي المخزومي أكبر من أخيه عمر ، وتوفي في خلافة عبد الملك بن مروان ، وقال أهل العلم : هو الذي عقد لرسول الله ﷺ على أمه : أم سلمة . انظر : الاستيعاب (٦٤١/٢) .
(١١) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في إنكاح اليتيمة (١٢١/٧) .

٢٠٨٠٧ - ولا يقال : إن وليها كان العباس ؛ لأنه يجوز أن يكون زوجها برأيه واختياره ، ويجوز أن يكون غائبا غيبة انتقلت الولاية معها إلى ابن العم .

٢٠٨٠٨ - فإن قيل : يجوز أن يكون زوجها بولاية الإمامة (١) .

٢٠٨٠٩ - قلنا : فعندكم لا يجوز للإمام ولا القاضي تزويج اليتيمة فالخبر دليل عليكم .

٢٠٨١٠ - وقد روى عن عمر ، وابن مسعود ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت (٢) ، وأم سلمة ، وعائشة ، وابن عباس جواز تزويج غير الأب والجد الصغيرة (٣) .

٢٠٨١١ - وذكر الطحاوي (٤) عن أبي داود يزيد الأزدي (٥) قال : كنت عند عليٍّ بعد العصر إذ أُتي برجل فقالوا : / وجدنا هذا في خربة مراد ، ومعه جارية تخضب قميصها بدم ، فقال له : ويحك ما هذا الذي صنعت ، فقال : أصلح اللّٰه أمير المؤمنين كانت بنت عمي ويتيمة في حجري ، وهي غنية بالمال ، وأنا رجل (٦) قد كبرت وليس لي مال ، فخشيت إن (٧) كبرت أن ترغب عني فتزوجتها . قال - وهي تبكي - : أتزوجتيه ؟ فقائل من القوم يقول لها : قولي نعم ، وقائل يقول لها : قولي لا ، فقالت (٨) نعم تزوجته ، فقال : خذ بيد امرأتك ولا يعرف لهؤلاء في الصحابة ٢٣٤/أ

(١) أي : يجوز أن يزوج الصغيرة غير الأب والجد من العصبة بولاية الإمامة .

(٢) هو : زيد بن ثابت أبو سعيد الأنصاري الخزرجي المقرئ ، كاتب الوحي للنبي ﷺ أمره النبي ﷺ أن يتعلم خط اليهود فجود الكتابة وكتب الوحي ، وحفظ القرآن وأتقنه وأحكم الفرائض وشهد الخندق وما بعدها وانتدبه الصِّديق لجمع القرآن ، فجمعه ، ثم عينه عثمان لكتابة المصحف موثقا بحفظه وأمانته ، ومات سنة ٤٥هـ . انظر : أسد الغابة (٢٧٨/٢) ، طبقات الحفاظ ص٨ ، العبر (٥٣/١) .

(٣) انظر : المبسوط (٢١٤/٤) .

(٤) هو : أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة بن عبد اللّٰه بن سلمة بن سليمان بن جواب الأزدي الطحاوي ، نسبة إلى قرية بصعيد مصر ، ولد سنة ٢٣٩ هـ ، وتلقى العلم على يد خاله إسماعيل بن يحيى المزني أفقه أصحاب الشافعي ومات رحمه الله سنة ٣٢١هـ . انظر ترجمته في : طبقات الحفاظ ٣٣٧ - والبداية والنهاية (١٧٤/١١) - والعبر (١٨٦/٢) .

(٥) هو : يزيد بن عبد الرحمن بن الأسود الأزدي الزعافري ، يكنى أبا داود الكوفي ، روى عن : علي بن أبي طالب ، وعدي بن حاتم ، وعنه : ابناه داود وإدريس ، وثقه ابن حبان ، ولم يذكر سنة وفاته . انظر : خلاصة تهذيب الكمال ص ٤٣٣ باب من اسمه يزيد - وطبقات ابن سعد (١٦٣/٦ ، ٢٣٤) - والتاريخ الكبير للبخاري (٣٤٧/٢/٤) .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) في (م) : [لو] .

(٨) في (م) : [فقال] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبته كما في كتب الحديث .

مخالف [١] .

٢٠٨١٢ - ولأنه عصب له [٢] قول صحيح ، فجاز أن يملك تزويج الصغيرة بالنسب كالجد .

٢٠٨١٣ - ولأن العم يدلي بالجد ، كأبي الجد ، ولأنه له الاعتراض في الكفاءة بعد بلوغها فصار كالجد [٣] .

٢٠٨١٤ - فإن قيل : المعنى في الجد أنه يلي في مالها ، فولي في نكاحها مع صغرها ، والعم لا يلي في مالها ، فلم يل في نكاحها مع صغرها [٤] .

٢٠٨١٥ - قلنا : علة الأصل تبطل بالأب ، يلي في مال الثيب [٥] الصغيرة ولا يزوجها ، وكذلك الحاكم والوصي ، وعلة الفرع تبطل على أصلهم بالأب في البكر البالغ [٦] .

٢٠٨١٦ - فإن قيل : المعنى في الأب والجد أن عقدهم عليها يلزم ، فملكوا تزويجها حال صغرها والعم لا يلزم عقده عليها .

٢٠٨١٧ - قلنا : عدم الالتزام فرع لنا على جواز [٧] النكاح ولا يصح أن يعارضوا فيه [٨] وهم لا يقولون به ، ثم علة الفرع تبطل بالمولى إذا زوجها عبدا ، وإن ملك العقد عليها .

---

(١) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١٢١/٧) .

(٢) في (ع) : [لها] .

(٣) أي : أن غير الأب والجد من العصبة يملك تزويج الصغيرة بالنسب كالجد ، ولأن لغير الجد والأب من العصبات الاعتراض في ترك الكفاءة بعد البلوغ فصار كالجد . انظر : المبسوط (٢١٤/٤) .

(٤) أي : أن غير الأب والجد لا يلي في مال الصغيرة فلم يل في نكاحها ، أما الأب والجد فلهما الولاية في مال الصغيرة فوليا في نكاحها . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٤٠/٣) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [البنت] ولا وجه له .

(٦) المراد بعلة الأصل : الولاية في المال ، فقولهم : العم لا يلي في مالها فلم يل في نكاحها مع الصغر ، وهذه العلة تبطل بالأب أو الحاكم أو الوصي فكل منهم يلي في مال الثيب الصغيرة ولا يزوجها . والمراد بالفرع : ثبوت ولاية النكاح للجد في إنكاح الصغيرة ، قياسا على ثبوت ولايته في المال ، فهذه العلة تبطل بالأب أيضًا على مذهب الشافعية حيث يلي في المال ولا يلي في إنكاح البكر البالغة .

(٧) في (ص) ، (م) : [ثبوت] .

(٨) في (ص) ، (م) : [به] .

٢٠٨١٨ - ولأنه عقد فيه عوض ، فجاز أن يملكه على الحرة الصغيرة غير الأب والجد .

٢٠٨١٩ - أصله : عقد البيع والإجارة .

٢٠٨٢٠ - ولأنها لا تملك التصرف في مالها ، فملك النكاح عليها .

٢٠٨٢١ - أصله : من لها أب .

٢٠٨٢٢ - ولأنه ولي من لا ينفذ تصرفه في نفسه وماله ، فجاز أن يعقد لها النكاح كالأب .

٢٠٨٢٣ - ولا يلزم المكاتبة الصغيرة ؛ لأن تصرفها في نفسها بالإجازة (١) .

٢٠٨٢٤ - والدليل على أنه وليها : أنه ولي أختها الكبيرة ، ويستحيل أن يلي بالنسب على إحدى الأختين دون الأخرى .

٢٠٨٢٥ - ولأن ولاية الأب في حال الصغر تثبت في المال والنفس ، وجاز أن تنتقل ولايته في المال (٢) إلى من لا ولاية لها في نفسها وهو الوصي ، فجاز أن تنتقل الولاية في النفس إلى من لا تثبت له ولاية في المال وهو العم .

٢٠٨٢٦ - والدليل على أن الحاكم يزوج الصغار : أنه أحد نوعى الولاية يملكه الحاكم على الصغيرة بولاية القضاء كولاية المال .

٢٠٨٢٧ - ولأنه يلي في مالها من غير تولية ، كالأب .

٢٠٨٢٨ - ولا يقال : المعنى في الأب أن عقده يلزم (٣) ؛ لأن عقد الحاكم يلزم في إحدى الروايتين (٤) .

٢٠٨٢٩ - احتجوا بما روي عن عبد الله بن عمر قال : زوجني خالي قدامة بن مظعون (٥)

---

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٢/٢) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (ع) ، (ن) .

(٤) هكذا في جميع النسخ وهو خطأ ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه كما هو موجود في كتب المذهب الحنفي . والمعنى أن الحاكم يلي في إنكاح الصغيرة بولاية القضاء كولايته في المال ، لأنه يلي في المال من غير تولية قياسا على ولاية الأب . انظر : المبسوط (٢١٤/٤ - ٢١٥) .

(٥) هو قدامة بن مظعون بن أبي حبيب بن وهب ، يكنى أبا عمر ، شهد المشاهد كلها مع رسول الله - ﷺ - توفي رضي الله عنه سنة ٣٦هـ . انظر الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٢٨/٣) .

ابنة أخيه (١) عثمان بن مظعون (٢) فأتى المغيرة بن شعبة (٣) أمها (٤) فأرغبها في المال ، فمالت إليه وزهدت فيَّ ، فجاء قدامة إلى النبي ﷺ فقال : أنا عمها ووصي أبيها وزوجتها من عبد الله بن عمر ، وقد عرفت فضله ، وما نقموا منه (٥) إلا أنه لا مال له ، فقال النبي ﷺ : « إنها يتيمة وإنها لا تُنْكح إلا بإذنها » (٦) .

٢٠٨٣٠ - الجواب : أن هذه كانت بالغة (٧) .

٢٠٨٣١ - والدليل عليه : قوله : « إنها لا تنكح إلا بإذنها » وهذا لا يقال فيمن لا إذن لها ، والدليل : ما روي أن أمها قالت للنبي ﷺ : إن ابنتي تكره ذاك ، فأمره النبي ﷺ أن يفارقها ، ونقل الحكم (٨) مع السبب (٩) فجعله علة فيه ، فدل على أن التفريق كان لكراهيتها وهذا لا يكون إلا في البالغ .

٢٠٨٣٢ - وروي أن النبي ﷺ قال : « إنها يتيمة واليتيمة أولى بأمرها » وهذا لا يكون إلا في البالغة .

٢٠٨٣٣ - وروي أن ابن عمر قال : فدخل المغيرة إلى أمها فأرغبها في المال ، فخطب إليه ، وخطب الجارية إلى هوى أمها ، حتى ارتفع أمرهم إلى رسول الله ﷺ فقال قدامة : يا رسول الله ابنة أخي وأوصى بها إلى فزوجتها (١٠) ابن عمر ، ولم [أقصر بالصلاح] (١١) والكفاءة ، ولكنها امرأة وإنها إلى هوى أمها ، فقال رسول الله ﷺ :

---

(١) هي : زينب بنت عثمان بن مظعون . انظر : أسد الغابة (٩٣/٦) ترجمة رقم ٦٨٨٠ .

(٢) هو : عثمان بن مظعون بن أبي حبيب بن وهب ، يكنى أبا السائب ، توفي رحمه الله بالمدينة بعد شهوده بدرا ، وهو أول من دفن بالبقيع . انظر الطبقات الكبرى لابن سعد (٢٨٦/٣) ، الإصابة (٤٦٤/٢) .

(٣) هو : المغيرة بن شعبة بن أبي عامر الثقفي ، كان من دهاة العرب حتى لقب بمغيرة الرأي ، توفي رحمه الله سنة ٤٩هـ وقيل ٥٠هـ . انظر : البداية والنهاية (٥٢/٨) ، والإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٥٢/٣) .

(٤) هي : خولة بنت حكيم بن أمية أم شريك السلمية لها صحبة ورواية ، قال ابن عبد البر : هي التي وهبت نفسها للنبي ﷺ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٩٠/٤) .

(٥) نقم الأمر ، أي كرهه . انظر : مختار الصحاح ص ٦٧٨ .

(٦) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب الاستئمار (٢٣١/٢) حديث رقم ٢٠٩٢ - والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ١٩ حديث رقم ١١٠٩ .

(٧) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١٢١/٧) .

(٨) الحكم : وهو المفارقة . (٩) السبب : وهو الكراهية .

(١٠) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فزوجها] ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه كما في كتب الحديث .

(١١) في (م) : [ولم أقصد به إلا الإصلاح] ولا وجه له والأصح ما أثبتناه كما في كتب الحديث .

« هي يتيمة لا تنكح إلا بإذنها » فانتزعت مني بعد أن ملكتها ، فتزوجها المغيرة بن شعبة [١] .

٢٠٨٣٤ - فقوله : خطب الجارية إلى هوى أمها ، يدل على أن لها رأيا .

٢٠٨٣٥ - وقول قدامة : إنها امرأة وإنها إلى هوى أمها [٢] يدل على بلوغها ؛ لأن الصغيرة لا يقال لها امرأة .

٢٠٨٣٦ - وقول ابن عمر : انتزعت مني بعد أن ملكتها . يدل على أن النكاح صح [٣] والتفريق للجواز .

٢٠٨٣٧ - وروى أنه قال : زوَّجنيها خالي قدامة بن مظعون ولم يشاورها في ذلك وهو عمها ، فكلمت رسول الله ﷺ في ذلك فرد نكاحها ، فأحبت أن ينكحها للمغيرة .

٢٠٨٣٨ - وقوله : فأحبت أن يتزوجها المغيرة فزوجها ، يدل على أنها كانت بحيث يجوز تزويجها ، وإنما منع العقد لفقد إذنها .

٢٠٨٣٩ - وروي أن أم الجارية قالت للجارية : لا تجيزي . فكرهت الجارية النكاح فأعلمت رسول الله ﷺ ذلك فرد رسول الله ﷺ نكاحها ، فنكحها المغيرة بن شعبة .

٢٠٨٤٠ - ذكر كل هذه الألفاظ الدارقطني في طريق الخبر وإن كانت كثيرة [٤] لم يكن لمخالفنا فيها حجة [٥] .

٢٠٨٤١ - وسماها « يتيمة » لقرب عهدها باليتم [٦] ، ثم أجاز نكاحها من المغيرة ابن شعبة عقب المفارقة ؛ لأنه ذكر ذلك بلفظ يفيد التعقيب .

٢٠٨٤٢ - قال مخالفنا : اليتيمة : الصغيرة شرعا ولغة ، أما الشرع : فروي عن النبي ﷺ قال : [٧] « لا يتم بعد حلم » [٨] .

---

(١) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح حديث رقم (٢٣٠/٢/٣٧) - والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب في إنكاح اليتيمة (١٢٠/٧) .

(٢) ساقطة من (م) . (٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) في (ص) ، (ع) ، (م) ، (ن) : [كبيرة] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه .

(٥) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٧٧/٣) .

(٦) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١٢١/٧) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) أخرجه أبو داود ، حديث رقم ٨٧٣- وابن عساكر في تاريخ دمشق (٢٥٧/٩) - والطحاوي في مشكل الآثار (٢٠٨/١) .

٢٠٨٤٣ - روي أن [نجدة] [١] كتب إلى ابن عباس ﷺ : متى ينقطع عن الصبي اليتم ؟ فقال : إذا أونس منه الرشد [٢] .

٢٠٨٤٤ - وأما اللغة : فإنه لا يقال للكهل [٣] هذا يتيم وإن فقد أباه ، فلم يحمل الخبر على الكبيرة .

٢٠٨٤٥ - قلنا : فقد قال في الخبر : « إنها امرأة » وهذا لا يتناول ، كما لا يقال للصبي : رجل .

٢٠٨٤٦ - وقد تسمى الكبيرة يتيمة لقرب عهدها باليتم [٤] ، والدليل عليه : الشرع ذكر أبو داود : حديث أبي سلمة [٥] عن أبي هريرة ، أن النبي ﷺ قال : « تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن سكتت فهو إذنها ، وإن أبت فلا جواز [٦] عليها » .

٢٠٨٤٧ - وأما قوله ﷺ : « لا يتم بعد حلم » فهو لا يعلمنا الأسماء وإنما يعلمنا الأحكام فبين أن أحكام اليتم ترفع بالحلم [٧] وهذا لا يدل على أنها اسمه .

٢٠٨٤٨ - وخبر ابن عباس دلالة عليهم ؛ لأنه قال : ينقطع اليتم إذا أونس الرشد . فهذا يدل على أن اليتم يبقى بعد البلوغ .

٢٠٨٤٩ - فأما قولهم : إنهم لا يسمون الكهل يتيما . فكذلك ، ولكنهم يسمون الصبي عقيب بلوغه يتيما ، لا يمنع من ذلك أحد .

٢٠٨٥٠ - فإن قيل : النبي ﷺ علق الحكم باليتم ، وعندكم لا يتعلق به حكم .

٢٠٨٥١ - قلنا : وقد روي أنه علق بالكراهة ، ثم ذكر اليتم لا يدل على أن الحكم المذكور يختص به ، كقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا ﴾ [٨] .

---

(١) بياض في (ن) ، (ع) ونجدة هو نجدة بن نفيع الحنفي ، روى عن ابن عباس ، مجهول لا يعرف انظر : لسان الميزان (٤٩/٧) - وميزان الاعتدال (٢٤٥/٤) .

(٢) انظر : المحلى لابن حزم (٢٨٥/٨) ، باب الحجر نصب الراية (١٩٠/٣) .

(٣) الكهل من الرجال هو : ما جاوز الثلاثين وخطه الشيب ، وامرأة كاهلة . انظر : مختار الصحاح ص ٥٨١ .

(٤) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٢/٢) ، الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١٢١/٧) .

(٥) هو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري كان إماما فقيها ، وثقه ابن سعد توفي رحمه الله بالمدينة سنة ٩٤هـ .

(٦) في (ص) ، (ن) ، (ع) [زواج] ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه من كتب الحديث .

(٧) في (م) : [الحكم] ولا وجه له .

(٨) سورة النساء : الآية ١٠ .

٢٠٨٥٢ – وقال : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾ [(١)] .

٢٠٨٥٣ – ثم قال : ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ﴾ [(٢)] .

٢٠٨٥٤ – وفي هذه المواضع لا يختص الحكم بالمذكور في اليتم ، بل اليتم [(٣)] وغيره فيه سواء ، وإنما خص الله ﷻ اليتامى بالذكر لأن شفقة الأب تغني عن وصية تحفظ ولده ، أما غير الأب فلا توجد فيه هذه الشفقة ، فاحتاج إلى الوصية .

٢٠٨٥٥ – كذلك النبي ﷺ ذكر اليتيمة ؛ لأن التي لها أب [(٤)] شفقته تغني عن الاستظهار ، وولي اليتيمة لا يوجد فيه هذا المعنى ، فبين أن تصرفها يجب أن يكون بإذنها وإن كانت ذات أب كذلك ، وسماها يتيمة ليبين أن قرب عهدها باليتم لا يمنع أن يتعلق جواز النكاح بإذنها وقولها [(٥)]

٢٠٨٥٦ – فإن قيل : لو ثبت أنها كبيرة لم يقدح في [(٦)] استدلالنا ؛ لأن قوله ﵇ : « إنها يتيمة » تعليل يقتضي أن يتعلق الحكم به في البالغ والصغيرة والواجب أن يتّبع الحكم العلة دون [(٧)] صفة المرأة التي لم تذكر [(٨)] .

٢٠٨٥٧ – قلنا : قد روي ما ذكرتم ، وروي أن أمها قالت : إنها تكره ذلك . فرد رسول الله ﷺ نكاحها [وهذا يقتضي أن الحكم تعلق بكراهتها .

٢٠٨٥٨ – وروي أنه زوجها ولم يشاورها ، فكلمت النبي ﷺ فرد نكاحها] [(٩)] .

٢٠٨٥٩ – وهذا يدل على أن علة التفريق لترك المشاورة والقصة قصة واحدة ، فلو وجب لتعلق الحكم بالعلة التي ذكروها دون ما ذكرنا .

٢٠٨٦٠ – ثم قالوه : فاسد ؛ لأن هذا الكلام لا يكون تعليلا للحكم ؛ لأنه ينقض ، ألا ترى أن اليتيمة بإجماع يزوجها جدها بغير إذنها ، ومتى عللنا الحكم بكراهتها ، وبأنها لم تشاور لم تنتقض العلة ، والظاهر أن تعليل الرسول ﷺ لا يرد عليه النقض [(١٠)] .

---

(١) سورة الأنعام : الآية ١٥٢ ، سورة الإسراء : الآية ٣٤ .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٢/٢) .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) المعنى أن قوله ﷺ : (إنها يتيمة) عام يتعلق الحكم به في البالغ والصغيرة ، والحكم يدور مع العلة وجودا وعدما ، دون صفة المرأة التي لم تذكر .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(١٠) أي : أن قول المخالف : الحكم يتعلق بالبالغ والصغيرة . قول لا يصح أن يكون تعليلا للحكم ؛ لأنه =

٢٠٨٦١ - قالوا : لا يلي في مالها بنفسه ، ولا يلي تزويجها بغير إذنها كالأجنبي (١) .

٢٠٨٦٢ - قلنا : الولاية في المال والنكاح تفترق ، بدلالة : أن الوصي يلي في المال دون البضع ، وكذلك الحاكم عندهم ، والمرأة البالغة تلي في مال نفسها ولا تلي في نكاحها ، وكالأب يلي (٢) على البكر البالغ عندهم ولا يلي في مالها ، فلم تعتبر إحدى الولايتين بالأخرى .

٢٠٨٦٣ - والمعنى في الأجنبي : أنه لا يملك الاعتراض عليها بعد البلوغ [في الكفاءة فلم يملك التزويج قبله ، والعشيرة (٣) يثبت لها الاعتراض عليها بعد البلوغ] (٤) فملكت التزويج قبله (٥) .

٢٠٨٦٤ - قالوا : لا ينبرم عقده عليها من غير نقض ، فلو كان له ولاية لانبرم / ٢٣٤ عقده كالأب والجد (٦) .

٢٠٨٦٥ - قلنا : عدم الانبرام لا يمنع الانعقاد (٧) .

٢٠٨٦٦ - ألا ترى أن المولى إذا زوج عبده أمته لم ينبرم عقده وإن كان صحيحا ؟

= بالصغيرة التي يزوجها جدها بالإجماع عند فقد الأب بغير إذنها ، أما نحن فلقد علقنا الحكم في قصة ابن عمر مع بنت خاله عثمان بن مظعون على كراهتها ، وبأنها لم تشاور ، وهذا التعليل لا يرد عليه نقض . انظر : شرح فتح القدير (٢٧٥/٣) .

(١) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولا ولادة بينهما ولا حق ملك ، فلم يملك تزويجها بنفسه ، كالأجنبي » اهـ .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) العشيرة : هي القبيلة ، راجع : مختار الصحاح مادة « عشر » .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) المعنى أن الولاية في المال والنكاح يفترقان ، بدلالة أن الوصي يلي في مال الموصى عليه ولا يلي في نكاحه ، وبدلالة الأب يلي في نكاح البكر البالغ ولا يلي في مالها ، فلم تعتبر إحدى الولايتين بالأخرى . والقياس على الأجنبي قياس غير صحيح ؛ لأنه لا يملك الاعتراض عليها بعد البلوغ في ترك الكفاءة ، بخلاف العصبة فإنهم يملكون ذلك دفعا للشين الذي يلحقهم بترك الكفاءة ، فثبت لهم ولاية تزويج الصغيرة قبل البلوغ . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٢/٢) .

(٦) المعنى أن غير الأب والجد من العصبة إذا عقد للصغير النكاح فعقده غير محكم ؛ لأنه كان محكما لما ثبت لها خيار البلوغ ، فدل ذلك على عدم جواز عقده عليها . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولا ولادة بينهما ولا حق ملك فلم يملك تزويجها بنفسه كالأجنبي » اهـ .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الاعتقاد] ، ولا وجه له .

٢٠٨٦٧ - فإن قيل : هناك نقض [١] .

٢٠٨٦٨ - قلنا : زوال الكفاءة معنى طارئ غير مؤثر في النكاح .

٢٠٨٦٩ - ولأنه عقد لا يبرم لأنه يلي في البضع ، ولا ولاية في المال ، والنكاح لا يخلو من المال ، فثبت الخيار لتصرفه فيما لم يجعل له فيه ولاية .

٢٠٨٧٠ - ولأنه لا يمكن إبطال تصرفه في المهر إلا بإبطاله في البضع ؛ لأن الولاية تترتب بحسب الشفقة على المولى عليه فشفقة الأب والجد كاملة ، فنفذ تصرفهما في المال والبضع ، ولم يثبت فيه خيار ، وشفقة العم ليست كاملة .

٢٠٨٧١ - ولأنه لا يؤمن منه الخيانة الباطنة ، وتؤمن منه الخيانة الظاهرة فلذلك ولي في البضع دون المال ؛ [لأن الخيانة في البضع في ترك الكفاءة وذلك فيما يمكن استدراكه ، والخيانة الباطنة هي في المال] [٢] وذلك مما لا يظهر ، فتستدرك فلم ينفذ تصرفه في المال ، وأثر ذلك في إثبات الخيار ، [في النكاح الذي لا ينفك عن المال] [٣] .

٢٠٨٧٢ - [قالوا : خيار لها فلا يثبت في النكاح كخيار الثلاث [٤] .

٢٠٨٧٣ - قلنا : ثبوت الخيار] [٥] فرع على الانعقاد ، وعندهم لا ينعقد ولا معنى للاستدراك بأصولنا .

٢٠٨٧٤ - ولأن خيار الثلاث [ثبت بالشرط] [٦] وهذا الخيار ثبت [٧] من طريق الحكم ، وقد ثبت في العقود الخيار الحكمي ، ولا يثبت بالشرط كعقد الصرف [٨] .

---

(١) ساقط من (م) والتناقض الذي رآه الشافعية هو ثبوت ولاية غير الأب والجد على الصغيرة ، وثبوت خيار البلوغ لها بعد البلوغ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) . (٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .
والمعنى أن الأب والجد تثبت ولايتهما على الصغيرة في المال والنكاح لكمال الشفقة فيهما بخلاف العم فشفقته على الصغيرة ليست كاملة لذلك ثبتت في البضع ولم تثبت في المال ، وإذا ثبتت خيانته في البضع فيمكن استدراك ذلك بثبوت خيار البلوغ لها بعد البلوغ . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٥٦/٣) .

(٤) أي : أن ثبوت خيار البلوغ لها بعد البلوغ لا يثبت عندنا في النكاح كخيار الشرط لأن الخيار الذي يثبت عندنا في النكاح له أسباب خمسة وهي : عيب أحد الزوجين ، وخلف الشرط ، والاعتبار بالنفقة ، وعتق المرأة تحت عبد ، وخلف الظن وصورته ما لو ظنته حرًا فبان عبدًا وهي حرة . راجع حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٨٦/٣) . (٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) ساقط من (ن) ، (ع) . (٧) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٨) المعنى أن ثبوت خيار البلوغ فرع على الانعقاد عندنا ، وكما ثبت خيار الشرط بالشرط فكذلك ثبت=

٢٠٨٧٥ - قالوا : لا يملك إجبارها على النكاح بعد البلوغ ، فلم يملك تزويجها حال الصغر ، أصله : الأجنبي [١] .

٢٠٨٧٦ - قلنا : الوصف غير مسلَّم ؛ لأنه يجبرها بعد البلوغ [إذا كانت مجنونة ، وتنعكس العلة بالغلام : لا يملك الأب إجباره بعد البلوغ] [٢] ويملك تزويجه حال الصغر ، ويبطل بولاية الأب في بيع المال لا يملك الاتجار فيه بعد البلوغ ويملك قبله .

٢٠٨٧٧ - والمعنى في الأجنبي : أنه لا يرثها ولا يقوم مقام من يرثها فلا يملك تزويجها ، والعم يرثها بنسب غير منقطع فملك تزويجها .

٢٠٨٧٨ - ولا يلزم الحاكم ؛ لأنه يقوم مقام من يرثها [٣] .

٢٠٨٧٩ - قالوا : يجري بينهما القصاص ، كالأجنبي [٤] .

٢٠٨٨٠ - قلنا : هذا المعنى لا [٥] يدل على انتفاء ولايته في حال الكبر ، كذلك لا يدل على إبطالها حال الصغر [٦] .

* * *

= خيار البلوغ بالحكم لا بالشرط قياسا على عقد الصرف الذي لا يدخله خيار الشرط ولكن يدخله الخيار الحكمى ، وعقد الصرف : هو بيع الأثمان بعضها ببعض . انظر : شرح فتح القدير (٢٥٧/٣) - والاختيار (٣٩/٢) .

(١) أي : أن غير الأب أو الجد من العصبة لايملك تزويج البكر الصغيرة قبل بلوغها ؛ لأنه لا يملك إجبارها على النكاح بعد البلوغ ، فصار كالأجنبي . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأن من لا يملك التصرف في مال الصغيرة بنفسه لم يملك تزويجها كالأجنبي » اهـ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) أي : أن قول الشافعية : لا يملك إجبارها بعد البلوغ غير مسلَّم به ؛ لأنه يجبرها إن كانت مجنونة ، والقياس على الأجنبي قياس غير صحيح ؛ لأن الأجنبي لا يرثها ولا يقوم مقام من يرثها ، فلم يملك تزويجها بخلاف العم . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٢/٢ ، ٥٣) .

(٤) أي : أن العم وغيره من سائر العصبات إذا اعتدى على البكر الصغيرة بالقتل أو غيره من الجراحات جرى القصاص بينه وبينها ، لعدم الولادة بينهما ، قياسا على الأجنبي .

(٥) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [لم] .

(٦) أي : أن إجراء القصاص بين العم وغيره من سائر العصبة ، وبين البكر الصغيرة لا يدل على انتفاء ولايته عنها حال الكبر ، فكذلك لا يدل على إبطالها حال الصغر . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٣/٢) .

مسألة ١٠٣٠

إجبار البكر البالغة على النكاح

٢٠٨٨١ - قال أصحابنا : لا يجوز للولي إجبار [(١)] المرأة البالغة على النكاح [(٢)] .

٢٠٨٨٢ - وقال الشافعي : يجوز للأب والجد تزويج البكر البالغة وإن كرهت [(٣)] .

---

(١) الإجبار : معناه أن يباشر الولي العقد فيجب إنفاذه على المرأة سواء أكانت راضية أم غير راضية . انظر : فتح القدير على الهداية (٣٩٥/٢) .

(٢) انظر : المبسوط (٢/٥) - وبدائع الصنائع (٢٤١/٢) - ومجمع الأنهر (٣٣٣/١) - وحاشية ابن عابدين (٢٥٨/٣) - وشرح فتح القدير على الهداية (٢٦٠/٣) - والبحر الرائق (١١٠/٣) - وفيه يقول صاحب الكنز : « ولا نجبر بكرًا بالغة على النكاح » .

(٣) انظر : الأم للشافعي (١٩/٥) - والمهذب (٤٧/٢) - والمجموع (١٦٨/١٦) - ومغني المحتاج (٦٤٩/٣) - ونهاية المحتاج (٢٢٨/٦) - ويقول الشيرازي في المهذب : « ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها صغيرة كانت أو كبيرة » . أما المالكية : فلقد وافقوا الأحناف في البكر المعنسة على أحد القولين ، أما غير المعنسة فيزوجها الأب جبرًا كما يقول الشافعية . يقول ابن رشد : « فأما البكر البالغ : فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى : للأب فقط أن يجبرها علي النكاح ، وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأبو ثور وجماعة : « لابد من اعتبار رضاها » ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه . اهـ . انظر : بداية المجتهد (٦/٢) . وأما الحنابلة : فلهم روايتان ، الأولى ليس له ذلك ، وهو الأصح ، والثانية له إجبارها .

يقول ابن قدامة : « وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان . إحداهما : له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق . والثانية : ليس له ذلك ، واختاره أبو بكر وهو مذهب الأوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر » . انظر : المغني لابن قدامة (٤٨٧/٦ ، ٤٨٨) . ومنشأ اختلاف العلماء : في علة ولاية الإجبار هل هي البكارة ، أو الصغر . فيرى مالك والشافعي وأحمد في رواية أنها البكارة ، ويرى الأحناف أنها الصغر ، إذ الصغر هو سبب العجز الذي وجدت الولاية لسد نقصه . انظر : بداية المجتهد (٧/٢) - وشرح فتح القدير على الهداية (٢٦٠/٣) . ولقد وضع الشافعية شروطًا للإجبار ، أي لإجبار الأب ابنته البكر على الزواج ، وهي :

الشرط الأول : عدم العداوة الظاهرة بين الأب وابنته .

الشرط الثاني : عدم وجود العداوة بين الزوج وبينها مطلقا .

الشرط الثالث : أن يريد الأب أن يزوجها من كفء .

الشرط الرابع : أن يزوجها بمهر المثل .

الشرط الخامس : أن يكون المهر حالًا أي غير مؤجل .

الشرط السادس : أن يكون المهر نقدا من نقد البلد الذي تقيم فيه .

=

٢٠٨٨٣ - لنا : ما روى عكرمة [١] عن ابن عباس ، أن رجلا زوَّج ابنته وهي بكر كارهةً فأتت النبي ﷺ « فخيرها » [٢] ذكره أبو داود .

٢٠٨٨٤ - فإن قيل : يجوز أن يكون زوجها غير كفء .

٢٠٨٨٥ - قلنا : إذا نقل الحكم مع السبب فالظاهر تعلقه به ، وتعليقه بغيره يحتاج إلى دليل وقد نقل الحكم وهو التخيير ، والسبب وهو الكراهة . ولم يذكر سببا آخر .

٢٠٨٨٦ - وروى ثابت [٣] ، عن أنس [٤] قال : جاءت جارية إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله ، إن أبوي زوجاني ولم يستأمراني ، فهل لي من شيء ، فقال لها رسول الله ﷺ : « اتقي الله في أبويك » . يرددها ثلاثًا [٥] .

=الشرط السابع : ألا يكون الزوج معسرا بالحالِّ من المهر .
الشرط الثامن : ألا يكون قد وجب عليها الحج ، فإن الزوج قد يمنعها ، لكون الحج واجبا على التراخي ، ولها غرض في تعجيل براءة ذمتها .
الشرط التاسع : ألا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته ، كالشيخ الهرم ، والأعمى كما بينوا أيضًا أنه يكره لأبيها أن يزوجها ممن تكرهه ولو لم يصبها الضرر من تزويجها له . انظر : مغني المحتاج (١٤٩/٣) . كما بين المالكية أيضًا على الراجح عندهم أن الأب لا يجبر البكر البالغة أن تتزوج من ذي عاهة كالخصي ، والمجنون ، والمصاب بالبرص أو الجذام ، أو العِنين ، أو المجبوب . انظر : الشرح الكبير للدردير (٢٢٢/٢) .

(١) هو عكرمة مولى ابن عباس ، أبو عبد الله المدني ، أصله من البربر من أهل المغرب ، قال : طلبت العلم أربعين سنة ، وكنت أفتي بالباب وابن عباس في الدار ، أثنى عليه الكثير من الأئمة ، ومات سنة ١٠٥هـ أو ١٠٦ ، أو ١٠٧ . انظر : طبقات الحفاظ ٣٧ ، العبر (١٣١/١) .

(٢) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها (٢٣٢/٢) ، حديث رقم ٢٠٩٦ - والنسائي ، كتاب النكاح ، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة ٨٦/٦ من حديث عائشة -وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب من زوج ابنته وهي كارهة (٦٠٣/١) حديث رقم ١٨٧٥) - والدارقطني (٢٣٥/٣) كتاب النكاح - والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في نكاح الأبكار (١١٧/٧) .

(٣) هو ثابت البناني بن أسلم أبو محمد البصري ، ثقة ، صحيح الحديث روى عن : أنس ، وعبد الله بن الزبير ، وعمر بن أبي سلمة وغيرهم ، وروى عنه : حماد بن زيد ، وحماد بن سلمة ، وحميد الطويل ، وشعبة ، قال أبو حاتم : أثبت أصحاب أنس الزهري ثم ثابت ، ثم قتادة ، ومات سنة ١٢٧هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٤٩ ، تذكرة الحفاظ (١٢٥/١) ، العبر (١٥٦/١) .

(٤) هو أنس بن مالك بن النضر ، يكنى أبا حمزة الأنصاري المدني ، خادم رسول الله ﷺ وله صحبة طويلة وحديث كثير ، مات سنة ثلاث وتسعين هـ . انظر : الإصابة (٨٤/١) ، أسد الغابة (١٥١/١) ، طبقات الحفاظ ص ١١ .

(٥) لم نقف على هذا الحديث في كتب الحديث ولا على معنى قريب منه .

٢٠٨٨٧ - وروى ابن أبي ذئب [١] ، عن نافع ، عن ابن عمر ، أن رجلا زوج ابنته بكرا فكرهت فأتت النبي ﷺ فرد نكاحها [٢] .

٢٠٨٨٨ - وروى عبد الرحمن بن السلماني [٣] ، عن ابن عمر ، قال : « كان رسول الله ﷺ ينزع النساء من أزواجهن ثيبات وأبكارا إذا كرهن ذلك بعد ما يزوجهن آباؤهن وإخوانهن [٤] » ، ذكر هذه الأخبار الثلاثة أبو بكر الرازي بأسانيده .

٢٠٨٨٩ - وقد روي أن خنساء بنت خدام [٥] زوجها أبوها وهي بكر ، رواه ابن المبارك ، عن سفيان [٦] عن عبد الرحمن بن القاسم [٧] عن [عبد الله بن يزيد بن وديعة] [٨] عن خنساء بنت خدام قالت : أنكحني أبي وأنا بكر ، فشكوت ذلك لرسول الله ﷺ ، فقال : « لا تنكحها وهي كارهة [٩] » .

٢٠٨٩٠ - ولا يعارض هذا ما روى أنه زوَّجها وهي ثيب ؛ لأنه يحتمل أن يكون زوجها وهي بكر . ثم زوجها وهي ثيب فتصح الروايتان [١٠] .

---

(١) هو محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب العامري ، قال أحمد : ثقة صدوق روى عن أبيه ، والزهري ، ومحمد بن المنكدر وغيرهم ، وعنه : الثوري ، ومعمر ، وابن المبارك توفي رحمه الله بالكوفة سنة ١٥٩هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٨٢ - وتذكرة الحفاظ (١٩١/١) .

(٢) أخرجه النسائي ، كتاب النكاح ، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة (٨٦/٦) - وابن ماجه ، كتاب النكاح من حديث ابن عباس (٦٠٣/١) - والدارقطني ، كتاب النكاح (٢٣٦/٣) حديث رقم ٣٩ .

(٣) هو عبد الرحمن بن السلماني ، قال الدارقطني : « ضعيف لا تقوى به حجة إذا وصل الحديث فكيف إذا أرسله » ، وقال أبو حاتم الرازي : « لين » انظر : الضعفاء والمتروكين لابن الجوزي (٨٨/٢) .

(٤) لم نقف على هذه الرواية في كتب الحديث .

(٥) خدام : بكسر الخاء المعجمة ثم بفتح الدال المهملة . هكذا ضبطه الحافظ ابن حجر- رحمه الله وإن كانت هناك بعض الروايات بكسر الخاء المعجمة ثم بفتح الذال المعجمة . انظر : فتح الباري (١٩٥/٩) - وشرح السنة للبغوي (٣٣/٩) .

(٦) هو سفيان الثوري ، وسبقت الترجمة .

(٧) هو : عبد الرحمن بن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، روى عن أبيه وسعيد بن المسيب وغيرهما ، وروى عنه : مالك والسفيانان وغيرهم ومات سنة ١٢٦ ، انظر : طبقات الحفاظ ص ٥٠ - وتذكرة الحفاظ (١٢٦/١) .

(٨) ما بين المعكوفتين في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [عبد الله بن ربيعة] ، وهو خطأ ، والأصح ما أثبتناه من كتب الحديث ، وعبد الله بن يزيد بن وديعة قال ابن حجر : « لم أر من ترجم له » . انظر : فتح الباري (١٩٥/٩) .

(٩) أخرجه النسائي ، كتاب النكاح ، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة (٧١/٦) .

(١٠) هذا غير مبيح لأن الحافظ ابن حجر- رحمه الله - قال في الفتح ما نصه : « وهي رواية شاذة أي أن رواية =

٢٠٨٩١ - وروى يحيى بن أبي كثير [١] ، عن [أبي سلمة] [٢] ، عن أبي هريرة ، عن رسول الله ﷺ قال : « لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن » . قالوا : وكيف إذنها يا رسول الله ؟ قال : « الصمت [٣] » .

٢٠٨٩٢ - فإن قيل : إنما أمر باستئذانها لتطيب القلوب [٤] ، كما روى ابن عمر ، أن النبي ﷺ قال : « أمِّروا النساء في بناتهن » [٥] .

٢٠٨٩٣ - قلنا : ظاهر النهي عن [٦] التزويج بغير [٧] الاستئذان ، لن يدل على كون الأمر [٨] شرطًا ، وكذلك أمره بالاستئذان لن يدل على وجوبه فحمله على الاستحباب عدول عن الظاهر ، وليس إذا عدل في موضع بالإجماع وجب تركه في غيره .

٢٠٨٩٤ - على أن قوله : « أمِّروا النساء في بناتهن » محمول عندنا على المرأة التي لا ولي لبناتها سواها .

= أنه زوجها وهي بكر ؛ لأن خنساء هذه كانت ثيبا وهذه رواية مجمع على صحتها » اهـ .

(١) هو يحيى بن أبي كثير ، واسمه صالح بن المتوكل الطائي ، مولاهم ، أبو نصر اليمامي ، روى عن : أنس ، وعكرمة ، وروى عنه : ابنه عبد الله ، والأوزاعي ، ويحيى الأنصاري ، وغيرهم ، قال أحمد : من أثبت الناس ، وقال أبو حاتم : إمام لا يحدث إلا عن ثقة ، ومات سنة ١٢٩هـ انظر : طبقات الحفاظ ص ٥١ ، تهذيب التهذيب (٤٧٣/٩) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [أم سلمة] ، والأصح ما أثبتناه من كتب الحديث . وهو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري المدني ، قيل : اسمه كنيته ، وقيل : اسمه عبد الله ، روى عن : أبيه وعثمان وجابر وأبي هريرة وابن عمرو وعائشة وأم سلمة وغيرهم ، وروى عنه : ابنه عمر ، والزهري ، والشعبي ، ويحيى بن أبي كثير ، وغيرهم ، وثقه ابن سعد وغيره ، كان فقيها كثير الحديث ، ومات بالمدينة سنة ٩٤هـ . انظر : البداية والنهاية (١٣٠/٩) ، تهذيب التهذيب (١١٥/١٢) .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب (٤١) لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب (٢٠٢/٩) صحيح مسلم بشرح النووي ، وقوله (لا تنكح) بسكون الحاء للنهي ، وبرفعها للخبر وهو أبلغ ، وقوله (تستأمر) أصل الاستئمار طلب الأمر ، فالمعنى لا يعقد عليها حتى يطلب الأمر منها ، فجعل الأمر إليها في عقد النكاح ، وهذا في حق الثيب . أما البكر : فجعل في حقها الإذن ، والإذن دائر بين القول والسكوت ، بخلاف الأمر فإنه صريح في القول . راجع فتح الباري .

(٤) انظر فتح الباري (١٩٣/٩) ، السنن الكبرى للبيهقي (١١٥/٧) .

(٥) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في نكاح الآباء الأبكار (١١٥/٧) . وقال ابن التركماني : « رواه الثقة عن ابن عمر » . وليس ذلك بحجة عند أهل الحديث حتى يسمى هذا الثقة .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [بعد] .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الأذن] .

٢٠٨٩٥ - ولأنه يصح إقرارها بعقد النكاح على نفسها ، فلا يصح عقد الغير عليها إلا برضاها كالثيب [١] والغلام ، يبين ذلك أنها لو قالت : زوجني أبي فلانا بإذني فصدقها الزوج ، وكذلك الأب كان [٢] القول قولها .

٢٠٨٩٦ - ولأنها تملك المطالبة بالأزواج ، ولو امتنع الأب من تزويجها مع مطالبتها زوَّجها الحاكم ، فلا يجوز تزويجها مع كراهتها كالثيب .

٢٠٨٩٧ - ولأن الرضا يعتبر في حق من لا يملك المطالبة ، ألا ترى أن المكاتبة لا تملك مطالبة مولاها بالنكاح [ولا تملك] [٣] الامتناع من عقده فإذا ملكت البكر مطالبة وليها بالنكاح فلأن يعتبر رضاها أولى .

٢٠٨٩٨ - ولأن كل عقد لا يملك إجبار الثيب عليه لا يملك إجبار البكر ، كالبيع والإجارة [٤] .

٢٠٨٩٩ - فإن قيل : المعنى في الثيب أنه يعتبر في جواز العقد عليها نطقها ولما لم يعتبر نطق البكر في العقد عليها لم يعتبر إذنها [٥] .

٢٠٩٠٠ - قلنا : الثيب [لا يقف] [٦] العقد على نطقها ؛ لأنها لو كتبت [٧] جاز ، والبكر قد يعتبر في نكاحها نطقها إذا زوجها غير الولي ، فكان الرضا معتبرًا فيهما جميعًا إلا أنه يعتبر في البكر بالسكوت ؛ لأن القول يتعذر للحياء في ذلك غير متعذر في الثيب [٨] .

٢٠٩٠١ - فإن قيل : المعنى في الثيب أن الأب لا يقبض مهرها إلا بإذنها والبكر يقبض مهرها بغير إذنها [٩] .

٢٠٩٠٢ - قلنا : عندنا لا يملك الأب قبض مهر البكر بغير إذنها ، بدلالة : لو نهته عن قبضه لم يجز أن يقبضه وإنما يقبض ما لم تنهه لأنها راضية بقبضه في العادة فيصير

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [والبنت] . (٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولا تمنع] .

(٤) انظر : المبسوط (٩/٥) - وفتح القدير على الهداية (٢٦١/٣) .

(٥) المعنى أن قياس البكر البالغة على الثيب في عدم الإجبار على النكاح قياس غير صحيح ؛ لأن الثيب يعتبر نطقها بخلاف البكر فبما أنه لا يعتبر نطقها فلا يعتبر إذنها . انظر : المهذب (٤٨/٢) .

(٦) ساقطة من (م) . (٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وكلت] .

(٨) انظر المبسوط (٤/٥) - وشرح فتح القدير (٢٦٤/٣) .

(٩) انظر : محاضرات في عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٧١ .

مأذونا من جهتها بالعرف [١] .

٢٠٩٠٣ - ولأنه لا [٢] يملك تزويج أختها بغير إذنها فلا يملك تزويجها بغير إذنها كالأخ والعم [٣] .

٢٠٩٠٤ - [فإن قيل : ولاية العم أنقص لأنه لا يلي] [٤] في المال ولا يثبت عقده على الصغيرة .

٢٠٩٠٥ - قلنا : فالأب لا ولاية له في مال الكبيرة وإن كانت ولايته عندكم بحالها ، وإنما لم يثبت عقده على الصغيرة لمعنى يعود إلى تصرفه في المال .

٢٠٩٠٦ - ولأن الأب له في حال الصغر ولايتان : إحداهما في المال ، والأخرى في البضع ، فإذا زالت إحدى الولايتين بالبلوغ زالت [٥] الأخرى .

٢٠٩٠٧ - ولأنه عقد بعوض فلا يملك إجبارها عليه ، كالبيع .

٢٠٩٠٨ - ولأنه عقد يتناول المنافع ، كالإجارة [٦] .

٢٠٩٠٩ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ ﴾ [٧] .

٢٠٩١٠ - الجواب [٨] : أن هذا أمر فيحمل على الوجوب ، ولا يجب على الولي تزويجها إلا إذا طالبت بذلك ومتى طالبته صح عقده بالإجماع .

٢٠٩١١ - ولأن هذا خطاب لجميع الأولياء بتزويج الأبكار والثيبات ، وقد أجمعوا أن المراد به في غير الأب والجد إذا زوجها بإذنها فكذلك المراد به في الثيب ، فيكون هو المراد في الباقي .

٢٠٩١٢ - ولأن اللفظ تناول الجميع على وجه واحد [٩] .

---

(١) العرف : هو ما اعتاده الناس من معاملات ، واستقامت عليه أمورهم ، وهو أصل أخذ به الأحناف ، راجع أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٧٣ .

(٢) ساقطة من (ص) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦٣/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كذلك] .

(٦) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٢/٢) .

(٧) سورة النور : الآية ٣٢ .
ووجه الدلالة هو : أن الخطاب في قوله ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ﴾ موجه للأولياء وأنهم أصحاب الحق في تزويج نسائهم .

(٨) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٩) انظر : أحكام القرآن (٣٢٠/٣) ، ووجه استدلال الأحناف بالآية هو الراجح بدلالة أن الأيم الكبير من الأحرار لا ولاية لأحد عليه . راجع : تفسير آيات الأحكام للسايس (١٦٩/٢) .

٢٠٩١٣ – احتجوا : بحديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال [1] : « الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها » [2] .

٢٠٩١٤ – قالوا : فقابل الأيم بالبكر ، وفي مقابلة البكر للثيب جعل [3] الثيب [4] أحق بنفسها من وليها ، فدليله أن ولى البكر أحق بنفسها .

٢٠٩١٥ – ولأنه ﷺ فرق بين البكر والثيب ولا فرق بينهما ، إلا أن إحداهما [لاتجبر] [5] والأخرى يجوز إجبارها ويكون استئذانها مستحقا لأنه لو كان لا يجوز لقال : إنهما أحق بأنفسهما [6] .

٢٠٩١٦ – الجواب : أن قوله : « الأيم » يتناول التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا وهي في النساء كالعزب [7] في الرجال [8] .

٢٠٩١٧ – الدليل عليه : قوله ﷺ : « إلا أبو أيم ينكحها عثمان » [9] .

٢٠٩١٨ – وقوله : « لا تؤخر الأيم إذا أصيب لها كفؤًا » [10] ولم يرد الثيب خاصة .

٢٠٩١٩ – وأنشدوا فيه :

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت صحيح مسلم بشرح النووي (٢٠٤/٩) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [تجعل] .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لا يجوز] .

(٦) انظر : صحيح مسلم بشرح النووي (٢٠٣/٩) .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [كالغرر] ولا وجه له . والعزب من الرجال : هو الذي لا زوجة له والجمع عُزَّاب . انظر : مختار الصحاح : مادة (عزب) .

(٨) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٣٢٠/٣) .

(٩) أخرجه صاحب كنز العمال (٥٩١/١١) حديث رقم ٣٢٨٢٨ وعثمان : هو عثمان بن عفان أبو عمر الأموي ذو النورين أمير المؤمنين ، جمع الأمة على مصحف واحد ، هاجر إلى الحبشة ثم إلى المدينة ، وكان من السابقين الصادقين المنفقين في سبيل الله ، تولى خلافة المسلمين اثنتى عشرة سنة ، ومات سنة ٣٥هـ . انظر ترجمته في : أسد الغابة (٥٨٤/٣) – والإصابة (٤٥٥/٢) – وطبقات الحفاظ ص ٤ .

(١٠) الحديث : « ثلاث لا تؤخر ، الصلاة إذا أتت ، والجنازة إذا حضرت ، والأيم إذا وجدت لها كفؤا » . أخرجه الترمذي حديث رقم ١٠٨١ باب ما جاء في تعجيل الجنازة (٢٦٩/٢) – وفي نيل الأوطار : كتاب النكاح ، باب الكفاءة في النكاح (١٢٨/٦) – والحاكم في المستدرك (١٦٢/٢) ، وقال فيه : حديث غريب صحيح ، والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب اعتبار الصنعة في الكفاءة (١٣٣/٧) ، وفي نصب الراية (١٩٧/٣) .

٢٠٩٢٠ - فإن تنكحي أنكح وإن تتأيمي ... مدى الدهر ما لم تنكحى أتأيم

٢٠٩٢١ - وقد حكى هذا القول عن الكسائي [١] ، وأبي عبيدة [٢] ، فعلى هذا قد أفاد الخبر أن البكر والثيب أحق بأنفسهما [٣] .

٢٠٩٢٢ - ثم [٤] بين حكما آخر تخالف فيه البكر الثيب ، وهو صفة الإذن [٥] .

٢٠٩٢٣ - وأما قولهم : إنه قابل البكر بالثيب . فليس بصحيح ؛ لأنا قد بينا أن الأيم اسم للأمرين ، فذكر البكر هو بيان الحكم لبعض الأيامى وليس بمقابلة ، كقوله تعالى : ﴿ يَوْمَ يَنظُرُ ٱلْمَرْءُ مَا قَدَّمَتْ يَدَاهُ وَيَقُولُ ٱلْكَافِرُ يَٰلَيْتَنِى كُنتُ تُرَٰبًا ﴾ [٦] ، ولم يرد بذلك مقابلة الكافر بالمسلم ثم المرء اسم للجميع ، ثم خص بعض المذكورين بحكم آخر .

٢٠٩٢٤ - فأما قولهم : إنه فرق بين البكر والثيب ولا فرق بينهما إلا الإجبار . فليس بصحيح ؛ لأنه سوَّى بينهما في الحكم الأول وفرق بينهما في الحكم الثاني وهو صفة الإذن .

٢٠٩٢٥ - وقولهم : إن الإذن للاستحباب . ترك للظاهر / ومن أثبت الفرق وحمل الإذن على الوجوب أولى [٧] . ٣٥

---

(١) هو : علي بن حمزة بن عبد الله بن بهن بن فيروز الأسدي ، أبو الحسن الكسائي الإمام الذي انتهت إليه رئاسة القراء بالكوفة بعد وفاة حمزة الزيات ، توفي الكسائي في سنة ١٨٩هـ . انظر : تاريخ بغداد (٤٠٣/١١) ، الأعلام (٩٣/٥) .

(٢) هو أبو عبيدة بن وقاص المروى ، اسمه كنيته ، هكذا ذكره السيوطي في بغية الوعاة في طبقات النحاة (١٣١/٢) . والبيت قد ذكره صاحب اللسان مادة (أيم) ، وذكره صاحب اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ، واستدل به على أن لفظ (الأيم) عام يشمل الرجل والمرأة فالرجل يقال له : (أيم) إذا كان لا زوج له ، والمرأة يقال لها : أيم إذا كانت لا زوج لها بكرًا كانت أو ثيبا . انظر : لسان العرب مادة (أيم) - واللباب (٦٧٧/٢) .

(٣) ووجه الاستدلال بالحديثين والبيت ، هو أن كلمة (الأيم) وردت عامة ولم تخصص بالبكر ولا بالثيب فدل هذا العموم علىأن البكر والثيب أحق بأنفسهما .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) ... للثيب بالاستئمار وللبكر بالاستئذان وأصل الاستئمار طلب الأمر فالمعنى عقد عليها حتى يطلب الأمر منها . انظر : فتح الباري (١٩٢/٩) .

(٦) سورة النبأ : الآية ٤٠ .

(٧) ما دفع به القدوري أقوال الشافعية بالنسبة للحديث محل النزاع غير صحيح ؛ لأن الإمام الحافظ ابن حجر يقول في كتابه فتح الباري ما نصه « ليس فيه دلالة علىعدم اشتراط الولي في حقها بل فيه إشعار باشتراطه » ثم قال « فعبر للثيب بالاستئمار وللبكر بالاستئذان فيؤخذ منه فرق بينهما من جهة أن الاستئمار يدل على تأكيد المشاورة وجعل الأمر إلىالمستأمرة ولهذا يحتاج الولي إلى صريح إذنها في العقد . فإذا صرحت =

٢٠٩٢٦ – قالوا : فقد روى : « الثيب أحق بنفسها من وليها » فدليله أن ولي البكر أحق بها (١) .

٢٠٩٢٧ – قلنا : قوله « الأيم » أعم ، فالظاهر (٢) أن أصل الخبر عام (٣) ؛ لأن الراوي يجوز أن ينقل الخاص (٤) بعد سماعه العام ، ولا يجوز أن يسمع الخاص فينقل العام ، ولا يجوز جعلهما خبرين لما في ذلك من إثبات خبر بالشك (٥) ، لا سيما والراوي واحد .

٢٠٩٢٨ – ولأن الرجوع إلى دليل الخطاب (٦) في مقابلة ما رويناه من الأخبار الظاهرة لا يصح ، بل الرجوع إلى الألفاظ التي قدمناها وترك دليل اللفظ [المختلف فيه] (٧) لأجلها .

٢٠٩٢٩ – ولأن لفظة « أحق » عندهم تقتضي الاشتراك ، [فدليل اللفظ] (٨) يقتضي أن للبكر حقًّا وعند مخالفنا لا حق للبكر في نفسها ، وإنما لها حق في المطالبة بالعقد .

٢٠٩٣٠ – ولأن دليل الخطاب – إذا سلمنا أنه كالنطق – اقتضى عمومه أن ولي البكر أحق بها والدا كان أو غيره ، ولا يمكن حمل ذلك على العموم إلا أن يكون معناه أحق بحفظها وضمها إليه ، وتفارق في ذلك الثيب (٩) ؛ لأن ولي الثيب ليس له ضمها

= بمنعه امتنع اتفاقا . والبكر بخلاف ذلك ، والإذن دائر بين القول والسكوت بخلاف الأمر فإنه صريح في القول ، وإنما جعل السكوت إذنا في حق البكر لأنها قد تستحي أن تفصح » انتهى . انظر : فتح الباري (١٩٢/٩) .

(١) أي : أن الحديث نص على أن الثيب أحق بنفسها ، فيستدل منه بطريق مفهوم المخالفة أن ولي البكر أحق بها . انظر : المهذب (٤٧/٢) .

(٢) الظاهر : هو اسم لكلام ظهر المراد منه للسامع بنفس الصيغة ويكون محتملا للتأويل والتخصيص . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٢٤ .

(٣) العام : هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد دفعة انظر : إرشاد الفحول للشوكاني ص ١١٣ .

(٤) الخاص : هو اللفظ الدال على مسمى واحد . انظر : إرشاد الفحول ص ١٤١ .

(٥) الشك : هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر عند الشاك . وقيل : الشك ما استوى طرفاه ، وهو الموقوف بين الشيئين لا يميل القلب إلى أحدهما ولم يطرح الآخر فهو ظن فإذا طرحه فهو غالب الظن ، وهو بمنزلة اليقين . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١١٣ .

(٦) دليل الخطاب : سبق إيضاح معناه وآراء الفقهاء في حكم الاستدلال به ، وذكر بعض الأمثلة عليه .

(٧) في (م) : [للحاجة إليه] ، ولا وجه له .

يقصد الإمام القدوري بدليل اللفظ المختلف فيه « مفهوم المخالفة » فهو حجة عند الشافعية وليس بحجة شرعية عند الأحناف ، أما في عرف الناس فهو حجة . انظر : إرشاد الفحول ١٧٨ .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) . (٩) ساقطة من (م) .

إلى نفسه بل لها أن تنفرد بنفسها وتكون حيث شاءت ، وكان استعمال الدليل على عمومه أولى من تخصيصه (١) .

٢٠٩٣١ - احتجوا : بما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن سكتت فهو إذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها (٢) » . واليتيمة هي التي لا أب لها ، فدليله أن من لها أب لا تستأمر (٣) .

٢٠٩٣٢ - الجواب : أن اليتم إذا أريد به فقد الأب تناول الصغيرة خاصة ، والصغيرة لا تستأمر ، والكبيرة التي لا تستأمر لا تسمى يتيمة ، فلم يبق إلا أن يحمل الخبر على المرأة التي انفرد عنها الأزواج ، وقد حكى ثعلب (٤) عن ابن الأعرابي (٥) أن تلك تسمى يتيمة (٦) .

٢٠٩٣٣ - ولو سلمنا ما قالوه : لم يصح اعتبار الدليل ؛ لأن اليتيمة اسم وليس بصفة ، ودليل الاسم لم نقل به ، [ولو جاز اعتباره كان قوله عليه السلام : « تستأمر اليتيمة » يدل على أن الجد لا يجبر اليتيمة] (٧) وهذا دليل عليهم ، ومتى دل نطق الخبر على إبطال قولهم ، ودليله على صحته كان التعليق بالمنطوق المتفق على الاستدلال به أولى من التعليق بالدليل المختلف فيه (٨) .

(١) أي : أن الشافعية استدلوا بقوله ﷺ : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر في نفسها » من طريق مفهوم المخالفة ؛ لأن الحديث جعل الثيب أحق بنفسها من وليها ، فدليله أن ولي البكر أحق بها منها . ولكن الأحناف تعقبوا ذلك فقالوا : إن الاستدلال بمفهوم المخالفة في مقابلة ما روي من الأخبار الظاهرة والتي منها ما رواه أبو موسى الأشعري مرفوعا « تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن سكتت فهو إذنها » فقيد ذلك باليتيمة فيحمل المطلق عليه . ولكنا نجيب عن ذلك بحديث ابن عباس والذي صرح فيه بلفظ الأب حين قال : يستأذنها أبوها . انظر : فتح الباري (٩/١٩٣) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) انظر : شرح السنة للبغوي (٩/٣٧) .

(٤) هو : أحمد بن يحيى بن يسار الشيباني ، مولاهم البغدادي ، كنيته أبو العباس ، ولد سنة مائتين هـ ، كان إماما في اللغة والحديث ، قال الخطيب : كان ثقة ثبتا ، حجة ، صالحا ، مشهورا بالحفظ ، مات سنة ٢٩١هـ. انظر : طبقات الحفاظ ٢٩٠ ، البداية والنهاية (١١/٩٨) - وبغية الوعاة (١/٣٩٦) .

(٥) هو محمد بن زياد النحوي اللغوي ، أبو عبد الله بن الأعرابي ، كان إماما في اللغة ، والنحو ، نسابة ، كثير السماع والرواية ، قرأ على المفضل الضبي ، وجالس الكسائي ، ولد سنة ١٥٠هـ ، وتوفي سنة ٢٣١هـ انظر : الأعلام (٦/٣٦٥) ، إنباه الرواة للقفطي (٣/١٢٨ ، ١٣٨) ، نزهة الألباب ص ٢٠٧ : ٢١٢ - ووفيات الأعيان (١/٦٢٣ ، ٦٢٤) .

(٦) انظر : لسان العرب مادة (يتم) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٨) أي : أن العمل بالمنطوق المتفق عليه أولى من الاستدلال بمفهوم المخالفة المختلف فيه ، وذلك لأن الأحناف لا يعتبرون مفهوم المخالفة طريقا من طرق الاستدلال . انظر : أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ١٤٨ .

٢٠٩٣٤ - قالوا : كل من لم يفتقر نكاحها إلى نطقها مع قدرتها عليه لم يفتقر إلى رضاها ، ودليله : البكر الصغيرة ، وعكسه : الثيب [١] .

٢٠٩٣٥ - قلنا : [لا نسلم أن نكاح البكر لا يفتقر إلى نطقها ؛ لأن أخاها لو زوَّجها في حياة الأب لم يجز إلا بنطقها ، وقولهم] [٢] : إن نكاحها لا يفتقر إلى نطقها مع قدرتها عليه غير مسلم ؛ لأن النطق يسقط عندنا في البكر لتعذره وحصول المشقة فيه ، وهذا المعنى فهم بالشرع ودلت عليه العادة ، وقد يسقط الشيء تارة لأنه لا يقدر عليه وتارة للمشقة وإن كان يقدر عليه .

٢٠٩٣٦ - بدلالة : المسافر إذا كان معه ماء وهو يخاف العطش ، والمعنى في الصغيرة : أن رضاها [لا يعتبر في سائر العقود ، كذلك لا يعتبر في نكاحها .

٢٠٩٣٧ - أو نقول : لم يعتبر رضاها في العقد على أمتها] [٣] فلم يعتبر في العقد على نفسها ، ولما اعتبر رضا البالغة في العقد على أمتها كذلك في العقد على نفسها .

٢٠٩٣٨ - أو : لأنها لا تملك المطالبة بالعقد فلم يعتبر رضاها ، ولما ملكت هذه المطالبة بالعقد لم يصح عليها بغير رضاها [٤] .

٢٠٩٣٩ - قالوا : باقية على بكارة الأصل ، فوجب ألا يعتبر إذنها في تزويج الأب .

٢٠٩٤٠ - أصله : قبل البلوغ .

٢٠٩٤١ - قالوا : باقية على بكارة الأصل ؛ لأن الشافعي ﷺ قال : إن البكارة قد تذهب ثم تعود ، فإذا عادت لم يكن لها حكم الأبكار [٥] .

٢٠٩٤٢ - قلنا : الصغيرة لا يعتبر إذنها لصغرها ، وهذه علة موجودة في الأصول ،

---

(١) انظر : النكت للشيرازي وفيه يقول : « ولأن كل نكاح لم يفتقر إلى الإذن بالنطق لم يفتقر إلى الإذن كالصغيرة وعكسه الثيب » اهـ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن قياس البكر البالغة على الصغيرة في عدم رضاها في النكاح قياس غير صحيح ، وذلك لأن الصغيرة لا يعتبر رضاها في سائر العقود فلا يعتبر في النكاح ، أما البكر فلما اعتبر رضاها في سائر العقود اعتبر كذلك في النكاح ، كما أن الصغيرة لا تملك أن تطالب وليها بعقد النكاح فلم يعتبر رضاها ، أما البكر لما ملكت المطالبة بالعقد لم يصح عليها بغير رضاها . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦١/٣) .

(٥) أي : أن الأب يجبر البكر على النكاح ، قياسا على إجباره لها قبل البلوغ . انظر : الأم (١٨/٥) .

بدليل سائر الولايات ، فتعليل الأصل بما يؤثر في الولاية بإجماع أولى من تعليله بما لا تأثير له في الأصول .

٢٠٩٤٣ - ولأن تخصيص نكاح الأب لا معنى له ؛ لأن من ولي الأب عليها ولي غيره عليها ، ومتى سقطت ولاية الأب عنها سقطت ولاية غيره ، والمعنى في الصغيرة ما قدمنا (١) .

٢٠٩٤٤ - قالوا : ما لا يعتبر في نكاح الصغيرة لا يعتبر في نكاح البكر (٢) البالغة أصله : النطق (٣) .

٢٠٩٤٥ - قلنا : لا نسلّم الأصل ؛ لأن النطق عندنا معتبر في نكاح البكر إذا زوجها غير الولي .

٢٠٩٤٦ - ولأن النطق قد سقط فيما يعتبر فيه الرضا ، بدلالة : سقوط حق الشفيع إذا سقط عن المطالبة ، وسقوط الحق عن الرد بالعيب إذا عرض المشتري السلعة على البائع والإباحة (٤) لا يعتبر فيها النطق إذا قدم الرجل طعامه إلى غيره ورضاه معتبر (٥) .

٢٠٩٤٧ - قالوا : الولاية إذا لم تزل بالبلوغ على الإطلاق فإنه لا يزول شيء منها ، أصله : المجنون إذا بلغ (٦) .

٢٠٩٤٨ - قلنا : إن كنتم تعنون بهذا جواز قبض الأب مهرها فما ذاك بالولاية وإنما هو بالوكالة ، بدلالة : أن لها منعه من القبض ، ولهذا يقبضه قبل البلوغ [مع الثيوبة

---

(١) أي : أن قياس البكر البالغة على الصغيرة قياس غير صحيح ؛ لأن الصغيرة لا تملك المطالبة بالعقد فكان له إجبارها بخلاف البكر ، فإنها لما ملكت المطالبة بالعقد اعتبر رضاها ولم يكن له إجبارها . انظر : حاشية ابن عابدين (٦٥/٣) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) أي : أن النطق بما أنه لا يعتبر في الصغيرة ، فلا يعتبر في الكبيرة . انظر : نهاية المحتاج (٢٢٨/٦) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) أي : أن قياس البكر البالغة على الصغيرة في النطق قياس غير صحيح ؛ لأن النطق عندنا معتبر في نكاح البكر إذا زوجها غير الولي ، ولأن النطق قد يسقط فيما يعتبر فيه الرضا . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦٣/٣) .

(٦) أي : أن ولاية الأب على البكر البالغة لا تزال باقية عليها ، قياسا على ثبوت الولاية على المجنون . انظر : نهاية المحتاج (٢٣٧/٧) .

ولا يقبضه بعد البلوغ] [١] إذا وطئت بشبهة [٢] .

٢٠٩٤٩ – قالوا : ولاية متعلقة بنكاح صغيرة فوجب ألا تزول بالبلوغ ، كالولاية في طلب الكفاءة [٣] .

٢٠٩٥٠ – قلنا : طلب الكفاءة ليس بولاية ، وإنما يستوفي الولي بالمطالبة حق نفسه ليدفع عنها الشين ، ألا ترى : أنها إذا كانت بالغة ثيبًا فرضيت بترك الكفاءة ثبت له المطالبة ، ولو كان ذلك من حيث الولاية عليها سقط برضاها [٤] .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) أي : إذا أراد الشافعية ثبوت الولاية على البكر البالغة في « قبض المهر » فما ذلك بالولاية وإنما بالوكالة ، بدليل أن لها منعه من قبضه بعد البلوغ . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦٣/٣) .

(٣) أي : أن ولاية الإجبار على البكر البالغة لا تسقط عنها قياسا على الولاية في طلب الكفاءة . انظر : شرح روض الطالب مع أسنى المطالب (١٣٩/٣) .

(٤) أي : أن قياس ثبوت الولاية على البكر البالغة على ثبوت الولاية في طلب الكفاءة قياس غير صحيح ؛ لأن طلب الكفاءة ليس بولاية ، وإنما يستوفي الولي حق المطالبة ليدفع الشين عن نفسه . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٩٤/٣) . الترجيح : وبعد أن استعرضنا آراء الفقهاء في إجبار البكر البالغة على النكاح ، واستعرضنا أدلة كل مع المناقشة ، نرى – والله أعلم – أن الراجح في هذه المسألة هو رأي الجمهور القائل بثبوت الإجبار على البكر البالغة ، وذلك لقوة الأدلة ، ولأن أدلة المعارضين لرأي الجمهور حملوها تأويلات بعيدة لا تقوى على معارضة أدلة الجمهور لصراحتها .

مسألة ١٠٣١

تزويج الثيب الصغيرة

٢٠٩٥١ - قال أصحابنا : يجوز للولي أن يزوج الثيب الصغيرة [١] .

٢٠٩٥٢ - وقال الشافعي : لا يجوز تزويجها حتى تبلغ [٢] .

٢٠٩٥٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ ﴾ [٣] . « والأيم التي لا زوج لها » [٤] .

٢٠٩٥٤ - فإن قيل : إطلاق الأيم والأرملة [٥] [التي لا زوج لها] [٦] يتناول الكبيرة .

٢٠٩٥٥ - قلنا : غير مسلَّم ، بل يتناول الجميع ، بدلالة قوله ﷺ : « إلا أبو أيم ينكحها عثمان » [٧] ولم يقصد بذلك الكبار خاصة .

٢٠٩٥٦ - وقال الشاعر :

---

(١) انظر : المبسوط (٢١٢/٤) - بدائع الصنائع (٢٤٠/٢) - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٣٥/١) - حاشية ابن عابدين (٦٥/٣) - شرح فتح القدير على الهداية (٢٦١/٣) - البحر الرائق (١١٨/٣) ، ويقول ابن عابدين رحمه الله : « وللولي إنكاح الصغير والصغيرة جبرا ولو ثيبا » اهـ .

(٢) انظر : الأم (١٨/٥) ، المهذب (٤٨/٢) ، المجموع (١٨٨/١٦) ، نهاية المحتاج (٦/ ٢٢٩) ، مغني المحتاج (١٤٩/٣) ، روض الطالب (١٢٧/٣) ، يقول الإمام الشيرازي في كتابه المهذب : « وإن كانت صغيرة لم يجز تزويجها حتى تبلغ وتأذن » اهـ . وأما المالكية : فيرى الإمام مالك رحمه الله إجبارها ، كمذهب الإمام أبي حنيفة . وأما المتأخرون من المالكية ، فلهم ثلاثة أقوال ، أولها : للأب إجبارها ما لم تبلغ بعد الطلاق ، وهو قول أشهب ، ثانيها : يجبرها وإن بلغت ، وهو قول سحنون ، ثالثها : لا يجبرها وإن لم تبلغ ، وهو قول أبي تمام . انظر : بداية المجتهد (٦/٢) ، الإشراف على مسائل الخلاف (٩٠/٢) . وأما الحنابلة : فلهم في المسألة روايتان : إحداهما : جواز الإجبار ، والأخرى : المنع من ذلك حتى تبلغ . انظر : الإفصاح عن معاني الصحاح (١١٣/٢) ، المقنع (١٥/٣) . وسبب اختلافهم : معارضة دليل الخطاب المفهوم من قوله ﷺ : « تستأمر اليتيمة في نفسها » فيفهم منه أن ذات الأب لا تستأمر إلا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ ، فدليل الخطاب معارض لعموم قوله ﷺ : « الثيب أحق بنفسها من وليها » حيث يتناول البالغ وغير البالغ . انظر : بداية المجتهد (٨/٢) .

(٣) سورة النور : الآية ٣٢ .

(٤) انظر : فتح الباري (١٩٢/٩) .

(٥) هي التي لا زوج لها ، وقد أرملت المرأة ، أي مات زوجها . انظر : مختار الصحاح مادة (رمل) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٧) سبق تخريجه .

٢٠٩٥٧ - ومن أيم قد أنكحتها رماحنا   وأخرى على عم وخال تلهف [١] .

٢٠٩٥٨ - ولم يقصد تخصيص الكبار .

٢٠٩٥٩ - فإن قيل : قوله [وأنكحوا] أمر فيحمل على الوجوب ، ولا يجب على الولي التزويج إلا بمطالبتها بعد بلوغها [٢] .

٢٠٩٦٠ - قلنا : إنما لا يجب عليه تزويج الكبيرة إلا بمطالبتها ، فأما الصغيرة فإن كان الحظ لها في تزويجها كشرف الزوج أو لكثرة المهر ، وجب عليه أن يعقد ، ولم يسعه تفويت ذلك عليها . كما لا يسعه تفويت مصالحها ، ويدل عليه : قوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي » [٣] ولم يفصل [٤] .

٢٠٩٦١ - فإن قيل : لا نسلم أن ههنا نكاحًا .

٢٠٩٦٢ - قلنا : الاسم ثبت باللغة ، فإذا ثبت الاسم تبعه الحكم ، ولأن من ملك الأب التصرف في مالها ملك في تزويجها كالبكر [٥] .

٢٠٩٦٣ - فإن قيل : الولاية في المال قد تنفرد عن التزويج .

٢٠٩٦٤ - قلنا : في حق الأب [٦] لا تنفرد ؛ لأن كل أب يلي في المال ، يلي في التزويج [٧] ، وقد يلي الأب في نكاح البالغ عندهم [٨] وإن لم يل في مالها ، فصارت ولاية النكاح أوسع . فثبوتها للأب الولي في المال أولى .

٢٠٩٦٥ - ولأنها أحد نوعى الولاية فجاز أن تثبت للأب على الثيب الصغيرة ، كولاية المال .

---

(١) لم نقف على قائل هذا البيت إلا أننا قد وجدناه في المغني لابن قدامة (٤٤٥/٦) ، وفي شرح فتح القدير على الهداية (١٨٥/٣) حيث استشهد كل منهما بالبيت على أن النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد . والشاهد من الآية ، والحديث ، والبيت هو : أن الأيم وردت عامة ولم يفصل بين الكبيرة أو الصغيرة ولا بين الثيب والبكر .

(٢) أي : أن الصغيرة لا تملك المطالبة بالعقد إلا بعد البلوغ ، فلا يزوجها حتى تبلغ . انظر : المهذب (٤٨/٢) .

(٣) سبق تخريجه . انظر : البحر الرائق (١١٨/٣) .

(٤) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٥٢/٢ ، ٥٣ .

(٦) في (ن) ، (ع) : [الأيم] ، ولا وجه له .

(٧) في (م) : [النكاح] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

٢٠٩٦٦ – ولأنه ليس لها قول في نفسها فملك الأب تزويجها بولايته [١] كالبكر .

٢٠٩٦٧ – ولأن كل حال يملك الأب تزويج المجنونة ملك تزويج الصغيرة ، أصله : حال البكارة .

٢٠٩٦٨ – ولأن الصغر حال لثبوت الولاية ، فاستوى فيه البكر والثيب بحال الرق .

٢٠٩٦٩ – ولأنها لا تملك المطالبة بالعقد [فملك الأب أن] [٢] يعقد عليها بولايته كالبكر .

٢٠٩٧٠ – ولأنه عقد بعوض فجاز أن يملكه الأب على الثيب الصغيرة ، كالبيع والإجارة .

٢٠٩٧١ – [فإن أسقط ذكر الأب فعل] [٣] فجاز أن يملك على الحرة الصغيرة الثيب حتى لا يقولوا بموجبه في الأمة ؛ لأن للثيوبة معنى في المولى [٤] عليه لا يوجب انتقال الولاية إليه فلا يوجب زوال الولاية عنه ، أصله : فوات الأعضاء .

٢٠٩٧٢ – ولا يلزم العتق ؛ لأنه لا يسقط الولاية [عن الصغيرة] [٥] وإنما تنتقل من الولي إلى العصبة .

٢٠٩٧٣ – ولأن الأب يجوز له تزويج أمتها ، فجاز له تزويجها ، أصله : البكر [٦] .

٢٠٩٧٤ – فإن قيل : المعنى في البكر إنها لم تختبر المقصود بالعقد وهو الجماع فلذلك أجبرت ، والثيب قد اختبرت المقصود بالعقد فلم يجز إجبارها [٧] .

٢٠٩٧٥ – قلنا : اختبارها لما لم يؤثر في جواز تصرفها لم يؤثر في انقطاع الولاية عنها ، كما أنها لو اختبرت المال وعرفت التصرف فيه لم تزل الولاية عنها ؛ لأن اختبارها لم يؤثر في جواز تصرفها [٨] .

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) ما بين المعكوفتين في (م) ، (ن) ، (ع) [فملك الإنسان] .

(٣) ثابتة في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) وأنها زيادة في النسخ لعدم استقامة معناها بين الكلام .

(٤) في (ن) : [الولاء] .

(٥) ساقطة من (ص) .

(٦) أي : أن ولاية المال لا تنفرد عن ولاية النكاح في حق الأب ، فكما يلي الأب في مال الصغيرة ثيبا كانت أو بكرا فإنه يلي في نكاحها . انظر : المبسوط (٢١٥/٤ ، ٢١٦) .

(٧) أي : أن قياس الثيب الصغيرة على البكر البالغة قياس غير صحيح ؛ لأن البكر لما لم تختبر الرجال أجبرت على النكاح ، أما الثيب فإنها قد اختبرت المقصود من العقد ، فلم يجز إجبارها . انظر : المهذب (٤٨/٢) .

(٨) أي : أن اختبار الثيب للرجال لم يؤثر في جواز تصرفها ، فلا يؤثر في انقطاع الولاية عنها . انظر : =

٢٠٩٧٦ - فإن قيل : البكر لم يحدث فيها معنى لو حدث في الكبيرة أثر في الولاية ، والثيب حدث فيها معنى لو حدث في الكبيرة أثر في صفة إذنها (١) .

٢٠٩٧٧ - قلنا : صفة الإذن تختلف بالمشقة التي تلحق بإظهار نكاحها ، فهو كالخرس المؤثر في صفة إذنها حال الكبر .

٢٠٩٧٨ - ولأن من جاز للأب تزويجها [إذا كانت بكرا جاز تزويجها] (٢) وإن كانت ثيبا ، كالمجنونة والغلام (٣) .

٢٠٩٧٩ - فإن قيل : المجنونة ليس لزوال جنونها حال تنتظر ، فحكم تزويجها حكم الأمة ، والثيب لزوال صغرها وقت يترقب (٤) .

٢٠٩٨٠ - قلنا : يبطل بالبكر (٥) .

٢٠٩٨١ - فإن قيل : المعنى في الغلام أنه لا يفوت عليه بالنكاح غرضا ؛ لأنه يتخلص منه متى شاء ، والثيب تسترق بالنكاح فلا تقدر على التخلص منه (٦) .

٢٠٩٨٢ - قلنا : الغلام وإن قدر أن يتخلص من العقد فما يقدر أن يتخلص من أحكامه .

٢٠٩٨٣ - وأما الثيب فهي تسترق بالنكاح كما تسترق البكر ، فلم منع ذلك نكاح

= المبسوط (٢١٥/٤) .

(١) أي : أن البكر الصغيرة لازالت على بكارتها التي لو زالت في الكبيرة أثر ذلك في عدم ثبوت الولاية عليها ، كذلك الثيب الصغيرة ، فزوال بكارتها لو حدث لها حال الكبر أثر زوالها في صفة إذنها فيعتبر نطقها في النكاح . انظر : المهذب (٤٨/٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير ٢٦٤/٣ .

(٤) أي : أن قياس الصغيرة على المجنونة في الإجبار على النكاح قياس غير صحيح ؛ لأن الصغيرة ينتظر بلوغها بخلاف المجنونة ، فليس لإفاقتها وقت ينتظر . يقول الإمام الشيرازي في النكت : « الجنون غايته غير منتظرة ، فلم يكن في تزويجها افتيات ، ولزوال الصغر غاية منتظرة ، فكان في تزويجها افتيات ، فهو كتزويج النائمة » .

(٥) أي : أن عدم ثبوت الولاية على الثيب الصغيرة يبطل بالبكر ، حيث تثبت ولاية الإجبار عليها عند الشافعية . انظر : المبسوط (٢١٥/٤) .

(٦) أي : أن قياس الثيب الصغيرة على الغلام في ثبوت ولاية الإجبار عليه قياس غير صحيح ؛ لأن الغلام يستطيع أن يتخلص من النكاح بالطلاق متى شاء بخلاف الثيب فإنها تسترق بالنكاح . انظر : نهاية المحتاج (٢٢٩/٦) .

الثيب الصغيرة ولم يمنع نكاح الثيب الكبيرة [١] .

٢٠٩٨٤ – احتجوا : بما روى أبو داود بإسناده ، عن أبي سلمة ، عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا تنكح الثيب حتى تستأمر ، ولا البكر حتى تستأذن » .

٢٠٩٨٥ – قالوا : يا رسول الله وما إذنها ؟ قال : « أن تسكت » [٢] .

٢٠٩٨٦ – الجواب : أن المراد بالثيب الكبيرة ، بدلالة : أنه جمع بينها وبين البكر في وجوب الاستئذان ، وخالف بينهما / في صفة الإذن ، والبكر التي تستأذن الكبيرة ، كذلك الثيب [٣] . ٢٣٥

٢٠٩٨٧ – ولأن النبي ﷺ لا يجوز أن يعلق الحكم بغاية وهو لا يتعلق بها حتى يتقدم عليها غاية أخرى ، ومعلوم أن الصغيرة الثيب لا يتعلق جواز النكاح بإذنها حتى يتقدم عليها علة البلوغ ، والبالغة يتعلق الحكم بإذنها فعلم أن المراد بالخبر البالغة دون الصغيرة [٤] .

٢٠٩٨٨ – قالوا : روى ابن عباس ، أن النبي ﷺ قال : « ليس للولي مع الثيب أمر » [٥] .

٢٠٩٨٩ – قلنا : هذا محمول على الثيب الكبيرة ؛ لأن الصغيرة له معها أمر في مالها بالإجماع ، ويجوز أن يقال : المراد به [٦] أن الولي ليس له ضم الثيب إلى نفسه وحفظها وله ذلك في البكر ، وهذا يتناول الكبيرة ، فأما الصغيرة فله أن يضمها إلى نفسه بكرا كانت أو ثيبا .

٢٠٩٩٠ – ولأن قوله عليه السلام : « الأيم أحق بنفسها من وليها » . يتناول الكبيرة ؛ لأنه أثبت لها حقًّا وجعلها أولى من الولي في ذلك الحق ، وهذا لا يكون مع الصغيرة بالإجماع [٧] .

---

(١) أي : أن الغلام إن تخلص من النكاح فلا يستطيع أن يتخلص من أحكامه كالنفقة وثبوت النسب . انظر : حاشية ابن عابدين (٥٥/٣) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) أي : أن المراد بالثيب في الحديث « الكبيرة » ، بدلالة الجمع بينها وبين البكر في وجوب الاستئذان ، والبكر التي تستأذن الكبيرة فكذلك الثيب . انظر : شرح فتح القدير (٢٦٣/٣) .

(٤) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١١٤/٧) .

(٥) سبق تخريجه .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) أي : أن المراد بالثيب في الحديث الذي رواه ابن عباس : هي الكبيرة لأن الصغيرة للأب عليها ولاية في=

٢٠٩٩١ - قالوا : الخبر يقتضي ثبوت الحق لها ، وإن لم يجز تصرفها فيه [كما ثبت الملك لها وإن لم تتصرف فيه] (١) .

٢٠٩٩٢ - قلنا : الولي حقه في التصرف ، فقد أثبت لها ذلك الحكم وجعلها مقدمة فيه ، ويستحيل أن تكون أحق بالتصرف في نفسها (٢) ولا يجوز تصرفها (٣) .

٢٠٩٩٣ - قالوا : حرة سليمة ذهبت بكارتها بالجماع ، فوجب ألا تجبر على النكاح ، كالثيب الكبيرة (٤) .

٢٠٩٩٤ - قلنا : قولكم « سليمة » احتراز من المجنونة ، فليس له تأثير ؛ لأن الولاية تثبت على الصغيرة والمجنونة على وجه واحد ، فإذا جاز تزويج الثيب المجنونة ، كذلك الصغيرة .

٢٠٩٩٥ - وقولهم : « ذهبت بكارتها بالجماع » لا تأثير له ؛ لأن العذرة لو ذهبت بظفر ثم وطئها وهي ثيب لم يجز تزويجها ، والمعنى في الكبيرة أن الولي لا يملك العقد على أمتها فلم يملك العقد عليها بغير إذنها ولما ملك في مسألتنا تزويج أمتها ملك تزويجها .

٢٠٩٩٦ - أو نقول : المعنى فيها أنها تملك التصرف في مالها [فلم يملك الأب إجبارها ، ولما ملك هذا التصرف في مالها] (٥) ملك الأب تزويجها كالبكر (٦) .

=مالها ، فكذلك له الولاية عليها في النكاح ، أما الثيب الكبيرة فهي أحق بنفسها من وليها . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦٢/٣) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . أي : أن قوله ﷺ « الأيم أحق بنفسها من وليها » يثبت لها حقا ، ولكنها لا يمكن لها أن تتصرف في هذا الحق قياسا على عدم تصرفاتها المالية . انظر : صحيح مسلم بشرح النووي (٢٠٥/٩) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) أي : أن ثبوت حق الولي في التصرف ، أما الأيم فلقد أثبت لها حقًّا وجعلها مقدمة في هذا الحق على وليها ، ويستحيل أن يكون لها حق وتمنع من التصرف . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦٢/٣) .

(٤) أي : أن الثيب الصغيرة حرة وليست بمجنونة ، فوجب ألا يجبرها أحد على النكاح حتى تبلغ ، قياسا على عدم إجبار الثيب الكبيرة . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنها حرة سليمة موطوءة في القبل فأشبهت الكبيرة » اهـ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٦) أي : أن قياس الثيب الصغيرة على الثيب الكبيرة قياس غير صحيح ، وذلك لأن الثيب الكبيرة لا يملك الولي تزويج أمتها فلم يملك تزويجها ، بخلاف الثيب الصغيرة لما ملك الولي تزويج أمتها ملك تزويجها ، كما أن الثيب=

٢٠٩٩٧ - قالوا : كل معنى يؤثر في الولاية حال الكبر يؤثر فيها حال الصغر ، كالعتق [1] ، [ومعلوم أن الثيوبة تؤثر في حال الكبر ، فتؤثر فيها حال الصغر كالعتق .

٢٠٩٩٨ - ولأنها تنقل إذنها من السكوت إلى النطق وتمنعه من قبض مهرها] [2] .

٢٠٩٩٩ - قلنا : الثيوبة ما أثرت في الولاية عندنا ؛ لأن البالغة لا ولاية له عليها ، وإنما تختلف بالثيوبة صفة إذنها وتوكيلها بقبض مهرها فيكون الإمساك في البكر توكيلا ، ولا يكون في الثيب حتى توكله بقولها .

٢١٠٠٠ - ثم العتق لا يؤثر في الولاية ، وإنما يعتبر فيه صفة الولي فإن لم يكن للمعتقة عصبة فالمولى وليها ، وإن كان لها عصبة ، فالولاية عليها بحالها للعصبة ، والكلام في هذه المسألة في زوال الولاية عن الثيب وليس الكلام في إسقاطها من ولي إلى ولي [3] .

٢١٠٠١ - قالوا : لا يجوز له تزويجها بعد البلوغ بغير إذنها ، فلم يجز له تزويجها قبله [بغير أمرها] [4] ، كالأجنبي [5] .

٢١٠٠٢ - قلنا : ينعكس بالغلام ، فإن الأب لا يملك تزويجه [بعد البلوغ بغير أمره ويملك تزويجه] [6] قبله ، والمعنى في الأجنبي : أنه لا يملك تزويجها لو كانت بكرا ،

=الكبيرة تملك التصرف في مالها بنفسها ، فلا يملك الأب إجبارها بخلاف الثيب الصغيرة لما لم يمكن لها التصرف في مالها بنفسها ملك الأب إجبارها على النكاح كالبكر . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٦٢/٣) .

(١) العتق لغة : القوة ، يقال : عتق الطائر إذا قوي على الطيران ، وشرعا : زوال الرق عن المملوك . راجع الاختيار (٦٧/٤) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . والمعنى أن الثيوبة تؤثر في حال البكر ، فلا تجبر الثيب الكبيرة على النكاح ، فكذلك تؤثر في حال الصغر ، فلا تجبر الثيب الصغيرة حتى تبلغ . يقول الإمام الشيرازي في النكت : « ولأن كل ما يؤثر في الولاية حال الكبر ، يؤثر في حال الصغر ، كالعتق » .

(٣) أي : أن الثيوبة لا تؤثر عند الأحناف في إسقاط الولاية أو عدم إسقاطها بل تؤثر عندهم في صفة الإذن ، فيكون السكوت من البكر توكيلا ، ولا يكون من الثيب حتى توكله بقولها ، والكلام في المسألة التي نحن بصدد الحديث عنها في إسقاط الولاية عن الثيب الصغيرة ، وليس في انتقالها من ولي إلى ولي . انظر : شرح فتح القدير (٢٦٢/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) أي : أن الولي لا يملك تزويج الثيب الكبيرة بعد البلوغ ، فلم يملك تزويجها قبله قياسا على الأجنبي في عدم ثبوت ولايته عليها مطلقا . انظر : شرح روض الطالب مع أسنى المطالب (١٢٧/٣) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

[ولما ملك الأب تزويجها لو كانت بكرا] [١] ملكه لو كانت ثيبا كمولى الأمة [٢] .

٢١٠٠٣ - قالوا : حرة سليمة موطوءة في القبل ، فوجب ألا يجوز لأبيها تزويجها بغير إذنها ، أصله : إذا كانت بالغة [٣] .

٢١٠٠٤ - قلنا : الوطء ليس له تأثير في زوال الولايات بدلالة الولاية في المال .

٢١٠٠٥ - وقولهم : فلا يجوز لأبيها تزويجها بغير إذنها لا يصح لأن هذا لا يقال فيمن لها إذن ، والمعني في البالغة ما قدمنا .

٢١٠٠٦ - قالوا : المقصود بالنكاح الجماع ، بدلالة : أنه لا يجوز نكاح من [٤] لا يجوز وطؤها ، وإذا وجدت المرأة الزوج [٥] مجبوبًا ثبت لها الخيار ، فهذه لما وطئت فقد عرفت المقصود واختبرت الرجال ، فوجب ألا تجبر عليه كالبالغة [٦] .

٢١٠٠٧ - قلنا : إذا عرفت الجماع فهي إليه أحوج من البكر ، ثم لا يمكن تزويجها بإذنها [فيجب أن يجوز تزويجها بغير إذنها] [٧] .

٢١٠٠٨ - وإن قالوا [٨] : نريد « باختبار الرجال » زوال الحياء بطل بمن وطئت في

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) المعنى : أن قياس ولي الثيب الصغيرة على الأجنبي في عدم ثبوت ولايته وعدم إجباره للثيب الصغيرة على النكاح قياس غير صحيح ، وذلك لأن الأجنبي لم يملك تزويجها وهي بكر فلم يملك تزويجها وهي بكر ملك تزويجها وهي ثيب قياسًا علي مولي الأمة . انظر : حاشية ابن عابدين (٦٥/٣ ، ٦٦) .

(٣) أي : أن الثيب الصغيرة حرة وسليمة ، أي غير مجنونة ، فلا يجوز للأب تزويجها حتى تبلغ قياسا على البالغة الثيب في عدم إجباره لها على النكاح . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : حرة سليمة موطوءة في القبل فأشبهت الكبيرة . والمعنى أن الوطء لا يؤثر عندنا في إسقاط الولايات ، بدلالة ثبوت الولاية في مال الثيب الصغيرة ، أما الثيب البالغة فلما ملكت تزويج أمتها ملكت تزويج نفسها وكذلك لما كان لها مطلق التصرف في مالها بنفسها لم يكن لأحد ولاية عليها في إجبارها على النكاح . انظر : المبسوط (٢١٨/٤) .

(٤) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) في (م) : [الرجل] .

(٦) أي : أن الثيب الصغيرة لما عرفت المقصود بالنكاح وهو الجماع ، فوجب ألا تجبر عليه ، بدلالة : المرأة التي وجدت زوجها مجبوبا . أي مقطوع الذكر يثبت لها الخيار . انظر : المهذب (٦٢/٢) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٨) في (ن) ، (ع) : [كانت] ، ولا وجه له .

أي : أن الثيب الصغيرة قد زال حياؤها بممارسة الرجال ، فلا تجبر على النكاح . انظر : صحيح مسلم بشرح النووي (٢٠٤/٩) .

الموضع [١] المكروه ، فإن الأب يزوجها وإن اختبرت الرجال .

٢١٠٠٩ – قالوا : هذه لا تشاور في الحال وترجى مشاورتها [٢] ، فصارت كالنائمة [٣] .

٢١٠١٠ – قلنا : يبطل بالمجنونة إذا كانت تفيق في أوقات معلومة جاز تزويجها حال جنونها [٤] وإن كانت ترجى مشاورتها .

٢١٠١١ – والمعنى في النائمة والمغمى عليها : أنهما من أهل الإذن ، بدلالة أنه يجوز أن يعقد عليهما النكاح في الحال بأمرهما إذا كانتا قد أذنتا قبل النوم ، وفي مسألتنا ليست من أهل الإذن ، بدلالة : أنه لا يجوز أن ينعقد النكاح عليها [٥] بأمرها فجاز أن ينعقد عليها بغير إذنها [٦] .

* * *

(١) في (ن) ، (ع) : [المحل] ، ويقصد بالموضع المكروه الوطء في الدبر ، فهذه يزوجها الأب ، وإن اختبرت الرجال ، وكراهة الوطء في الدبر كراهة تحريم لا تنزيه عند الجمهور .

(٢) المشاورة : المراد بها استخراج الرأي . انظر : مختار الصحاح مادة « شور » .

(٣) أي : أن الثيب الصغيرة ترجى مشاورتها ومعرفة رأيها في النكاح ، ولا رأي لها لصغر سنها ، فصارت كالنائمة ، فلا يجوز إجبارها على النكاح . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولزوال الصغر غاية منتظرة ، ففي تزويجها افتيات ، فهو كتزويج النائمة » اهـ .

(٤) في (م) : [حياتها] .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) أي : أن قياس الثيب الصغيرة على النائمة في عدم الإجبار على النكاح قياس غير صحيح ، بدلالة : أن النائمة أو المغمى عليها يجوز نكاحها بعد الاستيقاظ من النوم والإفاقة من الإغماء ، إذا كانتا من أهل الإذن قبل النوم أو الإغماء ، بخلاف الثيب الصغيرة ، فهي ليست من أهل الإذن ، ولذلك ملك الأب تزويجها .

مسألة ١٠٣٢

ولاية الفاسق

٢١٠١٢ – قال أصحابنا : الولي الفاسق إذا زوج ابنته جاز [١] .

٢١٠١٣ – وقال الشافعي : لا يجوز [٢] .

٢١٠١٤ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ ﴾ [٣] .

٢١٠١٥ – وقوله : ﴿ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ ﴾ [٤] ، ولم يفصل بين العدل والفاسق .

٢١٠١٦ – ولأنه يملك قبول النكاح لنفسه بنفسه ، فملك الإيجاب ، كالعدل .

٢١٠١٧ – ولأن الإيجاب أحد شطري العقد ، فجاز أن تملكه الفاسق ، كالقبول [٥] .

٢١٠١٨ – فإن قيل : تصرفه في حق نفسه لا يجوز أن يعتبر بتصرفه في حق غيره ، بدلالة : أن الفاسق ينفذ تصرفه [في مال نفسه] [٦] ولا ينفذ في حق غيره ، وهو ولده [٧] .

---

(١) انظر : المبسوط (٣١/٥) – بدائع الصنائع (٢٣٠/٢) – حاشية ابن عابدين (٥٤/٣) – شرح فتح القدير (٢٠١/٣) – البحر الرائق (١٠٩/٣) يقول ابن عابدين رحمه الله : « وحاصله أن الفسق وإن كان لا يسلب الأهلية عندنا لكن إذا كان الأب متهتكا لا ينفذ تزويجه إلا بشرط المصلحة » .

(٢) انظر : الأم (١٥/٥) ، المهذب (٤٧/٢) ، المجموع (١٦٢/١٦) – ومغني المحتاج (١٥٤/٣) ، نهاية المحتاج (٢٣٨/٣) – وشرح روض الطالب مع أسنى المطالب (٢١٣/٣) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٣٢/٦) ، يقول الإمام الشيرازي – رحمه الله – في كتاب المهذب : « وإن خرج عن أن يكون من أهل الولاية بفسق أو جنون انتقلت الولاية إلى من بعده من الأولياء » . ويرى المالكية في المشهور عندهم : أن العدالة ليست بشرط في الولاية . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (٩٣/٢) ، بداية المجتهد (١٣/٢) . وللحنابلة روايتان : الأولى : أنه لا ولاية لفاسق في النكاح ، كما هو مذهب الشافعية ، والثانية : أن الفاسق يلي في نكاح ابنته ، كما هو مذهب الأحناف والمالكية . يقول ابن قدامة في كتابه المقنع ، وهل يشترط بلوغه وعدالته ، على روايتين . انظر : المقنع لابن قدامة (٢١/٣) .

(٣) سورة النور : الآية ٣٢ . (٤) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٥) ولقد بينا معنى كل من الإيجاب والقبول فراجعه إن شئت ، ووجه الدلالة من الآية الكريمة : أن الأمر بإنكاح الأيامى فيها ورد بما ما لم يفصل بين العدل والفاسق فوجب حمله على عمومه . انظر : حاشية ابن عابدين (٥٤/٣) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) أي : أن جواز تصرف الفاسق في حق نفسه ، لا يجعل له الحق في التصرف في حق غيره بدلالة عدم ثبوت تصرفه في حق ولده . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنها ولاية في حق الغير فنفاها الفسق » .

٢١٠١٩ - قلنا : تصرفه في حق ولده في المال لا ينفذ ؛ لأن الخيانة فيه تخفي ، فلا يؤمن أن يتم عليها ضرر ، والخيانة في النكاح تظهر ولا تخفي ، فيمتنع من إتمامها فلذلك افترقا .

٢١٠٢٠ - ولأن الفاسق لا يتهم في حق ولده ؛ لأن الفساق يبالغون في طلب الكفاءة وزيادة المهر مالا يبالغ العدول ، فلم نسلم لهم التهمة .

٢١٠٢١ - ولأن الأب يملك التزويج بولاية خاصة ، فاستوي فيه العدل والفاسق . ولا يلزم : الحاكم ؛ لأنه يملك بولاية عامة ولأنه عصبة له قول صحيح ، فملك التزويج كالعدول .

٢١٠٢٢ - ولأنه يملك تزويج أمته ، فملك تزويج بنته كالعدل [١] .

٢١٠٢٣ - فإن نازعوا في الوصف ، دللنا عليه : بأنه عقد يتضمن المنافع ، كالإجارة .

٢١٠٢٤ - ولأنه عقد بعوض فملكه الفاسق في أمته ، كالبيع [٢] .

٢١٠٢٥ - وقد قال الشافعي : إن الفاسق لا يجوز أن يزوج بوكالة [٣] ، فلا معنى لكلامنا معه في الوكالة ، بل يدل على الوكالة فنقول : [إن الفاسق لا يمنع التصرف بالوكالة ، كالبيع .

٢١٠٢٦ - ولأن الرق يؤثر في التصرف مالا يؤثر فيه الفسق بدلالة أن العبد لا يملك تزويج نفسه] [٤] والفاسق يملك ذلك ، فإذا جاز أن يكون العبد وكيلا فالفاسق أولى [٥] .

٢١٠٢٧ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » [٦] والعدل صفة تتناول الولي والشاهدين .

---

(١) أي : أن الفاسق منع من التصرف في مال ولده ؛ لأن الخيانة في المال تخفي ولا تظهر بخلاف الخيانة في النكاح فإنها تظهر ولا تخفي ، فافترقت ولاية الفاسق في المال عن ولايته في النكاح ، كما أن الفساق يبالغون في طلب الكفاءة وزيادة المهر ما لا يبالغ العدول . انظر : المبسوط (٢١٨/٤) .

(٢) أي : أنه عقد نكاح يتضمن منافع البضع قياسا على عقد الإجارة فإنه عقد على المنافع ، ولأن النكاح أيضًا عقد بعوض ملكه الفاسق قياسا على البيع . انظر : المبسوط (٢١٨/٤) .

(٣) انظر : حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ١١٦/٥ ، كتاب الوكالة . ولقد سبق بيان معنى الوكالة لغة وشرعا وأركانها .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن ، ع) .

(٥) أي : أن قول الشافعي : إن الفاسق لا يجوز أن يزوج بوكالة ، غير مسلم به بدلالة أن الفاسق لا يمنع من التصرف بالوكالة في البيع ونحوه من العقود ، والرق يؤثر في التصرف ما يؤثر فيه الفسق ، وذلك لأن العبد لا يملك تزويج نفسه ، أما الفاسق فإنه يملك ذلك ، وإذا جاز أن يكون العبد وكيلا فالفاسق أولى . انظر : البحر الرائق (١٠٩/٣) .

(٦) سبق تخريجه .

٢١٠٢٨ - الجواب أن قوله : « وشاهدي عدل » إضافة وليست بصفة فيتناول ذلك المضاف دون غيره . ولو كان ذلك بصفة لقال وشاهدين [١] وهذا غلط فيما قاله بـيّن ممن ظنه [٢] .

٢١٠٢٩ - قالوا : روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ، : « وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل » [٣] .

٢١٠٣٠ - قلنا : هذا الحديث ذكره الدارقطني ، عن عدي بن الفضل ، عن ابن خيثم ، عن سعيد بن جبير وعدى بن الفضل ، قال يحيى بن معين : ليس بثقة [٤] ، وقال البستي [٥] ظهرت المناكير في حديثه فسقط الاحتجاج به .

٢١٠٣١ - وقال أئمة الحديث : لم ينقل في الشهادة خبر صحيح [٦] ، فكيف يقبل ما فيه هذه الزيادة المنكرة .

٢١٠٣٢ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بشاهدين وولي مرشد » [٧] .

٢١٠٣٣ - قلنا : هذا الحديث لا يعرف ويحفظ [٨] منهم أن الدارقطني لم يذكره ومخالفنا يرجع إلى قول ابن المنذر ويحتج به [٩] ، فلم لا يحكى ما قاله ابن المنذر في

---

(١) في (ن) ، (ع) : [وشاهدي] .

(٢) ووجه الغلط أن قوله : « شاهدين » مثنى ، والمثنى إذا أضيف حذفت نونه للإضافة وجوبا فعندما أضيف إلى كلمة عدل كانت كلمة « عدل » صفة للشاهدين وليست صفة للولي .

(٣) أخرجه الدارقطني : كتاب النكاح حديث رقم ١١ (ج٣ /١٢١) والبيهقي في السنن الكبرى : كتاب النكاح باب : لا نكاح إلا بولي مرشد (١٢٤/٧) .

(٤) انظر المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين لابن حبان (١٨٧/٢) ، الكامل في الضعفاء لابن عدي (٣٧٥/٥) .

(٥) هو الإمام الحافظ : أبو حاتم ، محمد بن حيان بن أحمد بن حيان بن معاذ بن معبد بن مسهيد بن هدية ابن مرة بن سعد التميمي البستي ، صاحب التصانيف سمع النسائي والحسن بن سفيان وأبا يعلى الموصلي ، وتولى قضاء سمرقند ، وكان من فقهاء الدين وحفاظ الأثر ، مات سنة ٣٥١هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٣٧٤، العبر (٣٠٠/٢) .

(٦) قال ابن المنذر : « لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر » وقال ابن عبد البر : وقد روى عن النبى- ﷺ- قال : لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » من حديث ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة إلا أن نقله ذلك ضعفا . انظر المغني لابن قدامة (٣٤٧/٩) .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى . كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي مرشد (١٢٤/٧) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) وهو : ما روي عن ابن المنذر أنه قال : سمعت أبا إسحاق يقول : سمعت محمد بن هارون يقول : سمعت محمد بن إسماعيل البخاري وقد سئل عن حديث إسرائيل عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبيه عن=

جملة أخبار الولي والشهود ورده بجميعها ، وحكايته أن أئمة الحديث ترك العمل بها [١] ، على أنه لو ثبت هذا الخبر لم يكن فيه دلالة لأن المرشد من فعل الإرشاد لغيره ، وقد يفعل الإرشاد لغيره من ليس برشيد في نفسه ، يبين صحة هذا ما روى أن النبي ﷺ قال للأخنس بن شريق [٢] حين بلغه أنه عاد وبنى زهرة [٣] من نفر قريش دون بلوغ بدر [٤] أرشدهم وما كان رشيدا [٥] فلم يصح الاحتجاج به .

٢١٠٣٤ - فإن قيل : مرشد اسم مدح ، ولا يتناول الفاسق [٦] .

٢١٠٣٥ - قلنا : لا يمنع أن يمدح الإنسان برشاده لغيره ، وإن ذم لنفسه ؛ لأن الإنسان يمدح من وجه ويذم من وجه [٧] .

٢١٠٣٦ - فإن قيل : مرشد معناه راشد ، كما يقال في دعاء القنوت : « إن عذابك الجد بالكفار ملحق » [٨] معناه لاحق ، وقيل : معناه من له رشد ، كما يقال : رجل ملحم إذا كان له لحم ، ومثمر إذا كان له ثمر .

= النبي - ﷺ - يقول : « لا نكاح إلا بولي » فقال : الزيادة من الثقة مقبولة وإسرائيل ثقة وأن شعبة وسفيان أرسلاه فإن ذلك لا يضر الحديث » اهـ . انظر : السنن الكبرى للبيهقي : كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي (١٠٨/٧) .

(١) حيث قال : « لا يثبت في النكاح في الشاهدين خبر » . انظر : المغني لابن قدامة (٤٣٩/٩) .

(٢) هو : أبي بن عمر بن وهب الثقفي . حليف بني زهرة ، يكنى أبا ثعلبة ولقب بالأخنس ، لأنه رجع بني زهرة من بدر عندما علموا أن أبا سفيان نجا بالعير . فقيل خنس الأخنس بني زهرة فلقب بذلك . انظر : أسد الغابة (٦٠/١) الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٥/١) .

(٣) بنو زهرة : هم بطن من بطون قريش وهم أخوال النبي ﷺ ، ولقد ذكر الجوهري أن زهرة اسم امرأة كلاب فنسب ولده إليها . وذكر ابن خلدون أن زهرة ابنته . انظر العقد الفريد لابن عبد ربه (٣١٩/٣) .

(٤) بدر هو مكان يبعد عن المدينة حوالي ١٤٥كم في الجنوب الغربي ، وبهذا المكان كانت الوقعة المشهورة التي أظهر الله بها الإسلام في شهر رمضان سنة اثنتين من الهجرة . انظر : معجم البلدان لياقوت الحموي (٨٨/٢) ط دار الفكر بيروت .

(٥) انظر المغازي للواقدي (٤٤/١) ط عالم الكتب بيروت .

(٦) أي : أن قوله « مرشد » اسم مدح ، فلا يدخل فيه الفاسق . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٤٤/٣) .

(٧) أي : أن عدم وصف الفاسق بالرشد لا يمنع أن يوصف برشاده لغيره ، وإن كان يذم هو نفسه بالفسق . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٠٢/٣) .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : كتاب جماع أبواب الصلاة ، باب دعاء القنوت من حديث خالد بن أبي عمر مرسلا .

٢١٠٣٧ - قلنا : مرشد جاري على اسم الفاعل [١] يقال : أرشد فهو مرشد ، ورشد فهو راشد وكل فعل على وزن دحرج فاسم الفاعل منه على مفعل بكسر الحرف الثالث ، فنقول : أرشد غيره فهو مرشد ورشد فهو راشد ، وأما اسم الفاعل إذا كان معنى النسب [٢] مثل لابن ، وتامر فإنما هو مقصور على السماع [٣] وليس يلزم لذلك / ٢٣٦/أ أن يكون جاريا على فعل ، ألا ترى أنه لا فعل من لابن وتامر ، فأما ملحق فإن شئت كان على فعل من لحق فهو ملحق ، ويكون المفعول محذوف ، والمعنى : إن عذابك كان بالكفار ملحقا هوانا ، أو ما جرى هذا المجرى [٤] .

٢١٠٣٨ - قالوا : ولاية في حق الغير فوجب ألا تثبت للمسلم الفاسق ، كولاية الفاسق الحاكم [٥] .

٢١٠٣٩ - قلنا : لأن ولاية الحاكم أضعف بدليل أن الولي إذا تاب عادت ولايته ، والحاكم إذا فسق ثم تاب لم تعد ولايته ، فلم تعتبر أقوى الولايتين فأضعفهما .

٢١٠٤٠ - ومن أصحابنا من قال : إن القاضي إذا فسق فهو على ولايته فإذا حكم نفذ حكمه إلا أن يخرجه الإمام من الولاية [٦] فعلى هذا الأصل غير مسلم ، ولأن الفسق يخرج القاضي أن يكون قاضيا فيزول السبب الذي تثبت الولاية به ، فلذلك زالت الولاية : والفسق لا يزيل السبب الذي ولي الأب به وهو التعصيب [٧] مع صحة القول فلذلك لم تبطل ولايته [٨] .

---

(١) هو ما اشتق من فعل لمن قام به على معنى الحدوث كضارب ، ومكرم . انظر : شرح شذور الذهب ص ٣٨٥ .

(٢) هو زيادة ياء مشددة في آخر الاسم وقبلها كسرة لتدل على أن شيئا منسوبا لذلك الاسم المجرد منها . انظر: ضياء السالك إلى أوضح المسالك (٢٤٧/٢) .

(٣) السماعي في اللغة ، ما نسب إلى السماع ، وفي الاصطلاح : هو مالم يذكر فيه قاعدة كلية مشتملة على جزئياته . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٠٧ . (٤) انظر : شذور الذهب ص ٣٨٥ .

(٥) أي : أن الولاية في النكاح ولاية في حق الغير ، فلا تثبت للمسلم الفاسق قياسا على عدم ثبوت الولاية للحاكم الفاسق . انظر : حاشية البجيرمى على شرح منهج الطلاب (٣٤٤/٣) .

(٦) أي : أن قياس الولي الفاسق على الحكم الفاسق في عدم ثبوت الولاية ، قياس غير صحيح ؛ لأن الولي إذا تاب عادت إليه الولاية بخلاف الحاكم إذا تاب ولم تعد ولايته . انظر : الاختيار (٨٢/٢) .

(٧) التعصيب : عصب رأسه بالعصابة تعصيبا ، وعصبة الرجل هم بنوه وقرابته لأبيه سموا بذلك لأنهم عصبوا به بالتخفيف أي أحاطوا به : والأب طرف والابن طرف والعم جانب والأخ جانب . انظر : مختار الصحاح مادة (عصب) . أي أن الفاسق لا يزيل السبب الذي ولي الأب به وهو التعصب .

(٨) انظر : شرح فتح القدير (٢٠١/٣) .

٢١٠٤١ - فإن قيل : ولاية الأب ثابتة بالتعصيب والعدالة [١] ، فالفسق يزيل السبب [٢] .

٢١٠٤٢ - قلنا : التعصيب هو السبب والعدالة عندهم شرط فزواله لا يرفع السبب ويجوز أن يقال : إن ولاية القاضي ولاية اختيار وتولية ، يستحيل أن يختار الإمام الفاسق على العدول وولاية الأب ليست ولاية اختيار وتولية فالفسق لا يرفعها كولايته في حقوق نفسه [٣] .

٢١٠٤٣ - قالوا : مسلم ليس من أهل الشهادة فلم يكن من أهل الولاية في النكاح كالعبد .

٢١٠٤٤ - قلنا : الفاسق عندنا من أهل الشهادة ولو حكم الحاكم بشهادته نفذ حكمه [٤] ويبطل هذا على قولهم بالعبد [ليس من أهل الشهادة] [٥] وهو من أهل الولاية ، والمعنى في العبد أنه ليس بعصبة والولاية من ذوي الأنساب تستحق بالتعصيب مع صحة القول وليس كذلك الفاسق ؛ لأنه عصبة له قول صحيح كالعدل .

٢١٠٤٥ - قالوا : إحدى الولايتين لم تثبت مع الفسق كالولاية في المال [٦] .

٢١٠٤٦ - [قلنا : الفاسق ولايته] [٧] ثابتة حتى يمنعه القاضي من التصرف وكذلك الوصي الفاسق ؛ ولأن المال تخفي الخيانة فيه فلا يؤمن الفاسق عليه ، والنكاح تظهر الخيانة فيه فلا يخاف من الفاسق فيه ؛ لأنه إن خان [٨] ظهر ذلك عليه ؛ ولأن

---

(١) سبق بيان معناها وشروطها ص٣٢ .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (٢٠٢/٣) .

أي : أن الفسق يزيل السبب الذي ولي الأب به ، وهو التعصيب والعدالة . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٤٤/٣) .

(٣) أي : أن الفاسق ليس من أهل الشهادة لفسقه فلم يكن من أهل الولاية في النكاح قياسا على العبد في عدم ثبوت ولايته في النكاح . انظر النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه نقص يمنع الشهادة فمنع التزويج كالرق » اهـ .

(٤) أي : أن الفاسق عندنا نحن الأحناف من أهل الشهادة ، فكان من أهل الولاية .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) أي : أن فسق الفاسق منع ولايته في المال ، فلم تثبت ولايته في النكاح . انظر النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لأن إحدى الولايتين نفاها الفسق في الدين كولاية المال » اهـ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط في (م ، ن ، ع) .

(٨) في (م) ، (ن) ، (ع) : [جاز] ، ولا وجه له .

فسق الأب لا يؤمن معه إتلاف المال ؛ فلذلك يخرج القاضي الأب من التصرف والنكاح لا يخاف من الفاسق فيه ؛ لأن الفساق يتشددون في الأنكحة وطلب الكفاءة والاستظهار في المهر أكثر من تشدد العدول فلم يتهم الفاسق في النكاح فلذلك لم يخرجه الحاكم [١] .

٢١٠٤٧ - فإن قيل : الفاسق لا يستقبح الفسق ، فلا يؤمن من أن يزوجها بفاسق مثله .

٢١٠٤٨ - قلنا : من لا يستقبح الفسق فهو كافر والفاسق [٢] يستقبح الفسق ، وإنما يقدم عليه للشهوة ولا شهوة له في [٣] تزويجها بفاسق ولا غرض فالظاهر ألا يفعل ذلك .

* * *

(١) أي : أن الفاسق سلبت ولايته في المال ؛ لأن الخيانة في المال تخفي ولا تظهر بخلاف الخيانة في النكاح فإنها تظهر ولا تخفي ، ولأن الفساق يتشددون في طلب الكفاءة وزيادة المهر ، أكثر من تشدد العدول ، فلا تسقط ولايتهم في النكاح . انظر : شرح فتح القدير (٣/٢٠٢) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [الكافر] ، ولا وجه له .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

مسألة ١٠٣٣

عضل الولي

٢١٠٤٩ - قال أبو حنيفة : إذا تزوجت المرأة بأقل من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها .[١] [وقال أبو يوسف : ليس لهم ذلك][٢] ولا يتصور على مذهب الشافعي أن تزوج المرأة نفسها ؛ لأنها إن فعلت ذلك فالنكاح عنده باطل ، ويتصور الخلاف معه إذا طلبت من الولي أن يزوجها كفؤًا بأقل من المهر فامتنع كان عاضلا عنده[٣] ، ولم يكن عاضلا عندنا وإذا وكل الولي رجلا فزوجها ، ولم يقدر لها المهر وقدرت هي المهر ونقصت[٤] .

---

(١) انظر قول الأحناف في المبسوط (١٣/٥) ، بدائع الصنائع (٢٤٧/٢) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٣٢/١) ، حاشية ابن عابدين (٩٤/٣) ، شرح فتح القدير (٣٠٢/٣) ، البحر الرائق (١٣٤/٣) وفيه يقول : ولو نقصت من مهر مثلها للولي أن يفرق بينهم أو يتم المهر عند أبي حنيفة وقالا : ليس له ذلك .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٣) انظر نهاية المحتاج (٢٣٥/٣) ، شرح روض الطالب من أسنى المطالب (١٩٢/٣) ، المهذب (٤٧/٢ - ٥٠) المجموع (١٧٨/١٦) ، مغني المحتاج (١٥٣/٣) . ولقد وافق المالكية والحنابلة الشافعية فيما ذهبوا إليه . انظر الإشراف على مسائل الخلاف (٩٦/٢ ، ٩٧) ، بداية المجتهد (١٨/٢) والإفصاح عن معاني الصحاح (١٢٢/٢) الكافي (١٦/٣) المقنع (٢١/٣) . ثم من الذي يزوج إذا عضل الولي ، خلاف بين العلماء في ذلك على رأيين : أولًا : يرى فريق منهم وهم المالكية والشافعية أنه إذا عضل الولي زوجها الحاكم ولا تنتقل الولاية لمن هو أبعد منه ، لقوله ﷺ « فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » ولأن هذا حق عليه امتنع من أدائه ، فقام الحاكم مقامه ، كما لو كان عليه دين وامتنع من أدائه . ثانيا : ويرى الحنابلة : أن الولاية تنتقل إلى الأبعد ؛ لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فيملكه الأبعد ، كما لو جُنَّ القريب فإن الولاية تنتقل إلى الأبعد ولأنه يصير فاسقا بعضله فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب خمرا ، ولا يزوج الحاكم إلا إذا عضل الأولياء كلهم . انظر : بداية المجتهد (١٧/٢) ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٤٢/٣) ، الروض المربع (٧٤/٣) .

(٤) عقد الزواج من العقود التي تقبل الإنابة فيجوز التوكيل فيه ، ويصح التوكيل من الرجل والمرأة على السواء ، عند أبي حنيفة ؛ لأنه يجيز لها أن تنشئ العقد لنفسها بنفسها . أما جمهور الفقهاء فيقولون : وليها هو الذي يتولاه عنها من غير توكيل إذ هو الذي يملك إنشاء العقد ، وإذا كان لابد من رأيها فلا حاجة إلى توكيلها ثم لا حاجة في التوكيل إلى شهادة ؛ لأن التوكيل ليس جزءا من عقد الزواج ، ولكن تستحسن الشهادة ، وذلك للاحتياط خوفا من الجحود عند النزاع ، ويصح التوكيل بالعبارة والكتابة . والوكالة في الزواج تصح مطلقة : بمعنى أن الموكل لم يعين فيها شخصا معينا ولا مهرا معينا . وتصح أيضًا مقيدة : بمعنى أن الموكل يقيد فيها الوكيل بامرأة معينة أو مهرًا معينًا أو بأحدهما ، وقد تكون من المرأة كما قد تكون من =

٢١٠٥٠ - لنا : قوله تعالى ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۗ ﴾ (١) والباء تصحب البدل . فكأنه قال : بمعروف في المهر ؛ ولأنه يلحقهم الشين بنقصان المهر كما يلحقهم الشين بترك الكفاءة . فإذا ثبت لهم الاعتراض في أحد الموضعين كذلك الآخر ؛ ولأن الكفاءة يلحقهم بتركها شين ونقصان المهر يلحق به شين وضرر لأنه إذا طالت المدة لم يعلم أن ذلك نقصان . فاعتبر مهر نسائها لذلك فإذا ثبت الاعتراض فلأن يثبت للشين والضرر أولى ولأن من ثبت له الاعتراض في العوض ثبت له مقدار العوض كمولى الأمة (٢) .

٢١٠٥١ - احتجوا بقوله ﷺ : « من استحل بدرهمين فقد استحل » (٣) .

٢١٠٥٢ - قلنا : هذا يقتضي وقوع الإباحة بالعقد وإن نقص فيه المهر ، وذلك لا يدل على زوال (٤) الاعتراض ، كما أنها إذا تزوجت من غير كفء فقد استحلت وإن ثبت للولي الاعتراض .

٢١٠٥٣ - قالوا : كل من لم يملك الاعتراض في جنس المهر لم يملك الاعتراض في قدره ، دليله الأباعد من العصبات والأجانب (٥) .

=الرجل . ولقد استدل الإمام الكسائي على صحة انعقاد النكاح بالوكالة لدليلين أولهما : أن تصرف الوكيل كتصرف الموكل ، وكلام الرسول ككلام المرسل ثانيهما : ما روي من أن النجاشي زوج رسول الله ﷺ أم حبيبة رضي الله عنها فلا يخلو ذلك من أنه إما أنه فعل ذلك بأمر النبي ﷺ أو ليس بأمره ، فإن فعله بأمره فهو وكيله ، وإن فعله بغير أمره فقد أجاز النبي ﷺ عقده ، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، ولقد بين الفقهاء أنه يجوز للزوج أن يوكل من يعقد النكاح نيابة عنه ، كما أنه يجوز أيضًا لولي المرأة أن يوكل ، فيجوز أن يكون العاقدان هما وكيلا الزوج والولي ، ويجوز أن يكونا الزوج ووكيل الولي . يقول الباجوري أحد علماء الشافعية : « وإذا وكل الزوج في العقد كما يقع كثيرا فليقل الولي لوكيل الزوج : زوجت بنتي موكلك فلانا ، فيقول وكيله : قبلت نكاحها له ، فإن ترك لفظة « له » لم يصح النكاح وإن نوى موكله ؛ لأن الشهود لا طلاع لهم على النية ، وإذا وكل كل من الولي والزوج ، فليقل وكيل الولي لوكيل الزوج : زوجت فلانا موكلك ، بنت فلان موكلي والزوج ، فليقل وكيل الولي لوكيل الزوج زوجت فلانا موكلك بنت فلان موكلي فيقول قبلت نكاحها له » . انظر : المبسوط (١٢/٥) ، بدائع الصنائع (٣٣١/٢) ، حاشية البجيرمي على شرح ابن قاسم (٨٦/٢) ، وعقد الزوج وآثاره ١٧٩ - ١٨٤ .

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٤ .

(٢) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣٠٢/٣) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه : كتاب النكاح ، باب ما قالوا في مهر النساء واختلافهم في ذلك (١٨٦/٤) ، وفي نيل الأوطار (١٨٨/٦) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لأن من لم يملك الاعتراض في جنس المهر لم يملك في قدره كنساء العصبات » .

٢١٠٥٤ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن من أصحابنا من قال : « إنها إذا تزوجت بجنس تعاب به كالنوى وقشور الرمان ثبت لهم الاعتراض فيه ؛ لأن الشين يلحق به » . والمعنى في الأباعد أنه ليس لهم الاعتراض في الكفاءة فليس لهم الاعتراض في قدر البدل والعصبة بخلافه (١) .

٢١٠٥٥ - قالوا : بدل مستفاد بعقد يملك إسقاطه بعد العقد فوجب أن يملك بحقيقته حال العقد ، كما لو باعت سلعة من مالها .

٢١٠٥٦ - قلنا : البدل ملك لها إلا (٢) أن حق الولي متعلق به ، فإذا سمت البدل فقد استوفي الولي حقه وبقي الحق لها فجاز أن تسقطه كما أنها (٣) تسقط المهر بعد ثبوته وهو حق لها ، ولو أرادت إسقاطه ابتداء لم يثبت لها ذلك ؛ لتعلق حق اللّه تعالى (٤) به ، فإذا أوفت حق اللّه بالتسمية جاز لها إسقاطه . والمعنى في ثمن [المبيع] (٥) أنه لا اعتراض لهم في البدل فلم يثبت لهم الاعتراض في المبدل (٦) .

٢١٠٥٧ - قالوا : المهر لها دونه بدلالة أنها تملك إسقاطه (٧) .

٢١٠٥٨ - قلنا : لا يمنع أن يكون لها ويتعلق به حق غيرها ، كما أن المهر لها وتملك إسقاطه فلابد من ثبوته ابتداء لما في ثبوته من حق اللّه تعالى ، فإذا ثبت في حقها جاز لها الإسقاط (٨) .

٢١٠٥٩ - قالوا : لو تزوجت بقشور الرمان والزجاج المكسور لحقهم العار ولهم الاعتراض (٩) .

---

(١) انظر : المبسوط (٥/١٤) . (٢) ساقطة في (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة في (م) ، (ن) ، (ع) . (٤) ساقط في (ن) ، (ع) .

(٥) في (م) [المعنى] وفي (ن) ، (ع) : [المهر] .

(٦) انظر البحر الرائق (٣/١٥٠) .

(٧) أي : أن المهر ملك للزوجة ، بدليل أنها تملك إسقاطه عن الزوج بعد تسميته في العقد ، كما أن من حقها أن تبرئ الزوج منه إن كان دينا عليه ولم تقبضه ، ولها أن تهبه له إن قبضته ، أو كان عينا ، ما دامت من أهل التبرع واستوفي الإبراء أو الهبة شروطهما المقررة شرعا . انظر : عقد الزواج وآثاره للإمام أبي زهرة ص ٢٣٠ .

(٨) أي : أنه لا يمتنع أن يكون المهر للزوجة ويتعلق به حق الأولياء إذا نقصت عن مهر المثل فلهم الاعتراض دفعا للعار الذي يلحقهم بذلك . انظر : المبسوط (٥/١٤) .

(٩) أي : أن المرأة إذا تزوجت بمهر لا تنتفع به ولا يسمى مالا كقشور الرمان والزجاج المكسور لحق الأولياء العار ، وذلك لأن مشروعية المهر في النكاح هي شرف العقد ومعاونة المرأة ، فيجب أن يكون المهر بقدر لا ينزل بشرف المرأة . انظر : عقد النكاح وآثاره للإمام أبي زهرة ص ٢٣١ .

٢١٠٦٠ - قلنا : إذا كان يلحق الشين بذلك يثبت لهم الخيار عندنا ، ولو سلمنا كان الفرق بينهما ظاهر ؛ لأن المقصود من العروض قيمتها لا أعيانها وإذا كانت القيمة مقصودة لا يعتبر الجنس [يبين ذلك أن حق اللّٰه تعالى يتعلق بالمهر ابتداء فلا تملك إسقاطه في العقد لحق اللّٰه تعالى] [(١)] ولو سمت جنسا من هذه الأجناس جاز ، ولم يتعلق حق اللّٰه تعالى به كذلك الولي يتعلق حقه بمقدار المهر ولا يتعلق حقه بجنسه [(٢)] .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) أي : أن المرأة إذا تزوجت بمهر تقل قيمته كالزجاج المكسور أو قشور الرمان ولحق الأولياء العار بذلك كان لهم الخيار في إمضاء العقد أو فسخه ، ثم إننا لو أثبتنا لهم الاعتراض كان الفرق بين المرأة وبين الأولياء ظاهرا بدلالة أنها تملك إسقاط المهر بعد تسميته في العقد ، ولا تملك ذلك قبله لتعلق حق اللّٰه تعالى به ابتداء فلو سمت جنسا من قشور الرمان أو الزجاج المكسر جاز أن يكون مهرا ، ولم يتعلق حق اللّٰه به ، كذلك الولي يتعلق حقه بمقدار المهر لا بجنسه . انظر : المبسوط (١٤/٥) .

مسألة ١٠٣٤

غيبة الولي الأقرب

٢١٠٦١ – قال أصحابنا إلا زفر : إذا غاب الولي غيبة منقطعة زوجها الولي الذي هو أبعد منه ، واختلف أصحابنا فمنهم من قال : سقطت ولاية الغائب . ومنهم من قال : لا تسقط (١)

٢١٠٦٢ – وقال الشافعي : يزوجها السلطان (٢) .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٢١/٤) بدائع الصنائع (٢٥٠/٢) ، حاشية ابن عابدين ٢٨١/٣ ، شرح فتح القدير (٢٨٨/٣) ، البحر الرائق (١٢٦/٣) ويقول فيه : « وللأبعد التزويج بغيبة الأقرب مسافة القصر » ، وتحفة الفقهاء (١٥١/٢) .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (١٤/٥) ، المهذب (٤٧/٢) ، المجموع (١٦٣/١٦) ، نهاية المحتاج (٢٤١/٣) ، شرح روض الطالب من أسنى المطالب (١٣٣/٣) ، يقول الإمام الشيرازي في المهذب : « وإن غاب الولي إلى مسافة تقصر فيها الصلاة زوجها السلطان » وأما المالكية : فهم يوافقون الأحناف بأن الولاية تنتقل إلى الأبعد لا إلى السلطان . انظر : بداية المجتهد (١٦/٢) ، الإشراف في مسائل الخلاف (٩٤/٢) . وللحنابلة روايتان أشهرهما : أن الولاية تنتقل إلى السلطان كما ذهب إليه الإمام الشافعي . والأخرى فينتقل إلى الأبعد . انظر : المقنع (٢١/٣) ، المغني (٤٧٩/٦) . مالك وأبو حنيفة : تنتقل إلى الأبعد ، ومعهم الحنابلة في رواية . والشافعي : إلى السلطان ومعهم الحنابلة في رواية ، وسبب اختلافهم : هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا ؟ بداية المجتهد (١٦/٢) ولقد اختلف الفقهاء في تحديد المسافة التي يعتبر الولي غائبا فيها غيبة منقطعة على النحو التالي : أولًا : عند الأحناف : يرى أبو يوسف بمسيرة شهر ، ويرى محمد بن الحسن أنها تقدر بمسافة ما بين الكوفة والري ، مسيرة خمس عشرة مرحلة ، ويرى زفر أن الولي إذا كان في مكان لا يعلم أين هو فغيبته غيبة منقطعة ، ويرى ابن شجاع : أن الولي إذا كان في مكان لا تصل إليه القوافل والرسل في السنة إلا مرة واحدة ، فغيبته غيبة منقطعة وهذا ما رجحه القدوري قائلا : لأن الخاطب لا ينتظر سنة ، ولا يعلم هل يجيب الولي أم لا ؟ انظر : الاختيار (٢٩/٣ ، ٣٠) . ثانيًا : رأي المالكية : ويرى المالكية أن الغيبة المنقطعة تتحقق بأن يكون الأب أسيرا ، أو مفقودا لم يعلم موضعه ووليته تحتاج إلى نفقة وصيانة . انظر : بداية المجتهد (١٦/٢ ، ١٧) ، الشرح الكبير للدردير (٢٣٠/٢) . ثالثًا : رأي الشافعية : ويرى الشافعية أن الغيبة المنقطعة تتحقق بغياب الولي الأقرب مرحلتين ، أو دون مسافة القصر ، أو كان مفقودا ولم يعلم هل هو حي أم ميت أو مسجونا ويتعذر الوصول إليه . انظر : مغني المحتاج (١٥٧/٣) رابعًا : رأي الحنابلة : ويرى الحنابلة أن الغيبة المنقطعة تتحقق بغياب الولي الأقرب فوق مسافة القصر ، أو كان في مكان لم يعلم . انظر : الروض المربع (٧٤/٣) ، والمغني (٤٧٨/٦) . ونظرا لأننا أصبحنا نعيش في زمان قد قربته وسائل المواصلات الحديثة ما بين البلدان من مسافات ، وأغلب الظن أنه لا تكاد توجد في الأرض بقعة=

٢١٠٦٣ - لنا : قوله ﷺ : « السلطان ولي من لا ولي له » [(١)] هذه لها ولي باتفاق فلا تثبت ولاية السلطان عليها ح ولأنه يتعذر الوصول إلى محل الولي وإذنه فكان لمن بعده أن يزوجها كما لو جن [ولأنه تعذر الوصول إلى حقها منه من غير معصية فصار كما لو جن] [(٢)] ولا يلزم إذا عضلها لأن العضل معصية من جهته فكان للقاضي أن يزيل الظلم بعقده ، ولا يقال : المعنى في المجنون أن ولايته سقطت بدلالة أنه لو عقد لم يصح عقده . وليس كذلك الغائب لأن ولايته باقية بدلالة أنه لو عقد صح عقده وذلك أن الغائب سقطت ولايته عندنا لتعذر تدبيره . لأنه إذا عقد زال المعنى الذي سقطت الولاية من أجله فجاز عقده والمجنون إذا عقد فلا يزول بعقده المعنى المؤثر في ولايته فلم يصح عقده ؛ ولأن من جاز أن تنتقل إليه بموت الأب جاز أن تنتقل إليه بغيبته كالقاضي ، ولأن لها عصبة حاضرًا له قول صحيح ، فلم يجز للحاكم تزويجها من غير امتناع كما لو كان الأول حاضرًا ولأن الغيبة توجب انتقال الولاية إلى الحاكم إذا لم يكن هناك ولي فأوجبت انتقالها إلى الولي ، أصله الجنون والموت [(٣)] .

٢١٠٦٤ - احتجوا : بأنها ولاية تثبت مع الحضور ، فوجب أن تثبت مع الغيبة المنقطعة كالولاية في المال [(٤)] .

=يسكنها الإنسان ولا يصل إليها كتاب ، ولا يكاد يوجد أيضا مكان لا تصله القوافل إلا مرة واحدة في السنة . ولهذا فإننا نوافق العلامة ابن قدامة في رأيه في هذه المسألة وهو أن الغيبة المنقطعة هي التي لا تدرك إلا بكلفة ومشقة ، فإن التحديدات بابها التوقيف ، وحيث لا توقيف في هذه المسألة فترد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لا تجرى العادة بالانتظار فيه ، ويلحق المرأة الضرر فيكون كالمعدوم والتحديد بالعام كبير ، فإن الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ، ويذهب الخاطب ، ومن لا يصل الكتاب منه أبعد ، ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة في مكاتبته ، والتوسط أولى . انظر : المغني لابن قدامة (٤٧٩/٦) .

(١) أخرجه أبو داود : كتاب النكاح ، باب في الولي . حديث رقم ٢٠٨٣ . والترمذي : كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي حديث رقم ١١٠٢ وقال : حديث حسن ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي حديث رقم ١٨٧٩ وصححه الحاكم (١٦٨/٢) .

(٢) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) أي : أن المرأة التي غاب وليها الأقرب ويتعذر الوصول إليه تنتقل الولاية إلى الأبعد لا إلى السلطان ، بالقياس على ما إذا جن الأقرب أو مات فإن الولاية في هاتين الحالتين لا تنتقل إلى السلطان بل تنتقل إلى الولي الأبعد . انظر : حاشية ابن عابدين (٨٢/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٨٩/٣) .

(٤) أي : أن ولاية الأقرب ثابتة مع حضوره ، فوجب أن تثبت مع غيبته غيبة منقطعة بالقياس على ولايته في المال . انظر : النكت للشيرازي وفيه يقول : « ولاية لا تزول بالغيبة كولاية المال » .

٢١٠٦٥ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن من أصحابنا من قال : إن ولاية الغائب ثابتة وشاركه الحاضر فيها لأن الغائب قربت قرابته وبعد تدبيره والحاضر بعدت قرابته وقرب تدبيره ، فلما قرب كل واحد منهما من وجه وَبَعُدَ من وجه تساويا فأيهما زوج جاز [١] .

٢١٠٦٦ - والمعنى في ولاية المال أن الضرر لا يلحق بتأخر بيعه ؛ لأن أكثر الأموال تدخر ليزيد أثمانها وتأخير النكاح فيه ضرر لأن الكفء يتفق في وقت ولا يتفق في غيره ، يبين الفرق بينهما أن الولاية في المال عندهم لا تنتقل إلى الحاكم وإن انتقلت ولاية النكاح كذلك عندنا لا يمتنع أن تنتقل ولاية النكاح وإن لم تنتقل ولاية المال .

٢١٠٦٧ - قالوا : الغيبة معنى لا يسقط ولاية المال [٢] فوجب أن لا يسقط ولاية النكاح كالغيبة التي ليست منقطعة [٣] .

٢١٠٦٨ - قلنا : نقول بموجبها ؛ لأن ولايته لم تسقط وإنما شاركه في ولايته البعيد والمعنى في الغيبة القريبة : أنه لا ضرر على المرأة في تأخير العقد إلى أن يستأذن الولي لأن الخاطب ينتظر المدة القريبة ، وعليها في المدة البعيدة / ضرر لأن الولي يستأذن في سنة . ٢٣٦/ب والخاطب لا ينتظر هذه المدة في العادة فلذلك شاركه الولي الأبعد في أحد الموضعين دون الآخر [٤] .

٢١٠٦٩ - قالوا : ولاية الغائب باقية بدلالة أنه إذا وكله في تزويج وليته ثم غاب لم تفسخ وكالته ، ولو زوج وليته في غيبته صح تزويجه ، وإذا كانت ولايته باقية لم يكن من دونه ولي [٥] .

---

(١) أي : أن ولاية الأقرب ثابتة ولكن لما بعد تدبيره ، والولي الأبعد حاضر وبعدت قرابته ، وقرب حصوله ، أصبحت ولاية كل منهما ثابتة من وجه وبعيدة من وجه فتساويا ، فأيهما عقد صح عقده . انظر : المبسوط (٢٢٠/٤) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٣) أي : أن غيبة الأقرب المنقطعة لا تسقط ولايته في المال ، فلا تسقط ولايته في النكاح كغيبة الغير المنقطعة . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « إن غيبته المنقطعة لا تسقط ولايته كغير المنقطعة » اهـ .

(٤) أي : أن غيبة الولي الأقرب الغير منقطعة لا تسقط ولايته ؛ لأنه لا ضرر على المرأة بتأخير العقد ، لانتظار الخاطب المدة القريبة ، أما الغيبة المنقطعة ، فالمرأة يقع عليها ضرر بذلك ، لعدم انتظار الخاطب ، فلذلك عقد الولي الأبعد في الغيبة المنقطعة ، ولم يعقد في غير المنقطعة . انظر : المبسوط (٢٢٠/٤) .

(٥) أي : أن ولاية الأقرب ثابتة ، بدلالة أنه لو وكل من يزوجها وهو في مكانه صح ذلك وإن كانت ولايته باقية ، فلا ولي بعده . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه يجوز له تزويجها في موضعه ؛=

٢١٠٧٠ - قلنا : قد بينا أن من أصحابنا من يقول ذلك إلا أن بقاء ولايته لا يمنع أن يشاركه من يساويه في الدرجة كذلك يساويه من بعد نسبه لقرب تدبيره إذا وكل واحدا منهما حصل له قرب من وجه [وبعد من وجه] (١)

٢١٠٧١ - فأما على قول من قال : سقطت ولايته فنقول : إنما سقطت ولايته لما يلحق من الضرر بمراعاتها ، فمتى كان قد وكل أو عقد مع الغيبة فقد زال الضرر وليس يمنع أن تسقط ولاية من وجه دون وجه كما أن الحاضر إذا باع وحابا لم يجز تصرفه ، وإن باع من غير محاباة صح بيعه فسقطت ولايته فيما يضر بالمولى عليه وتثبت فيما لم يضر به ، كذلك في مسألتنا (٢) .

٢١٠٧٢ - قالوا : إذا غاب فقد منعها التزويج مع بقاء ولايته فصار كما لو كان حاضرا فعضلها (٣) .

٢١٠٧٣ - قلنا : إذا عضلها فقد منع من حق عليه صار بمنعه ظالما فقام القاضي مقامه في إنفاذ ذلك كما يقوم مقام المنع من قضاء الدين إذا غاب ، فلم يتوجه عليه حق مع غيبته حتى يقوم القاضي مقامه فيه .

٢١٠٧٤ - يبين ذلك أنه إذا امتنع ألا يزوجها القاضي حتى يحضره ويأمره بالعقد فإذا امتنع بغير عذر عقد ، والغائب لم يوجد فيه هذا المعنى فلا يجوز أن يعقد قبل أن يعلم منه .

٢١٠٧٥ - الامتناع (٤) .

= ولو وكيله ، فدل على ثبوت ولايته » اهـ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) أي : أننا نقول بموجب ثبوت ولاية الأقرب ، ولكن لما بعد تدبيره شاركه الأبعد فيها ومن أصحابنا من قال بسقوط ولايته ؛ لأن المرأة تتضرر بذلك لعدم انتظار الخاطب المدة الطويلة ، فثبتت الولاية للأبعد لقرب تدبيره ولرفع الضرر عن المرأة . انظر : المبسوط (٢٢٠/٤) شرح فتح القدير على الهداية (٢٩٠/٣) .

(٣) أي : أنه إذا كان الولي الأقرب غائبا غيبة منقطعة ، فقد منعها التزويج ، فأصبح كما لو كان حاضرا ومنعها من التزويج فإنه يكون قد عضلها ، فتنتقل الولاية إلى السلطان لا إلى الولي الأبعد . انظر : نهاية المحتاج (٢٤٣/٦) .

(٤) أي : أنه في حالة العضل يزوج الحاكم ؛ لأن الولي بعضله أصبح ظالمًا ، ومهمة الحاكم هى رفع الظلم عن العباد بالقياس على ما لو كان الولي غائبا وعليه دين فإن الحاكم يقوم مقامه في سداد هذا الدين ، ويدل على ذلك أن الولي إذا امتنع لا يزوج الحاكم حتى يخص ، ويأمره بالعقد ، فإذا امتنع عن العقد بغير عذر شرعي عقد الحاكم ، والولي الغائب لا يوجد فيه هذا المعنى ، فلا يجوز أن يعقد الحاكم قبل أن يعلم من هذا الولي الامتناع . انظر : المبسوط (٢٢١/٤) .

مسألة ١٠٣٥

تزويج المسلم أمته الكافرة

٢١٠٧٦ – قال أصحابنا : يجوز للمسلم تزويج أمته الكافرة (١) . وهو ظاهر قول الشافعي (٢) [لأنه قال : « ولا يكون المسلم وليا للكافر إلا على أمته] (٣) . ومن [أصحابه] (٤) من قال : « لا يجوز نكاحه لها » (٥) .

٢١٠٧٧ – لنا : أنه يملك بيع رقبتها بحق الملك ، فملك الولاية في تزويجها كالمسلمة ولا يلزم المرتدة لأنه يلي عليها ، إلا أن يكون هناك معنى يمنع النكاح ولأنه يملك رقبتها فجاز له تزويجها كالمسلمة ؛ ولأنه عقد بعوض فملكه [المولى] (٦) في أمته الكافرة . كالبيع ؛ ولأنها ولاية لا تتعلق بالنسب فلا يؤثر فيها اختلاف كولاية الحاكم (٧) .

٢١٠٧٨ – احتجوا : بأنها كافرة فلا يجوز له تزويجها كابنته الكافرة (٨) .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢/ ٥٥) – شرح فتح القدير على الهداية (٣/ ٢٥٥) ، حاشية ابن عابدين (٣/ ١٧٢) ، البحر الرائق (٣/ ١٢٣) ويقول فيه : « قالوا وينبغي أن يقال إلا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطانا » .

(٢) انظر : المهذب (٢/ ٤٧) ، المجموع (١٦/ ١٦١) ، مغني المحتاج (٣/ ١٧٣) ، نهاية المحتاج (٣/ ٢٧٠) ، ويقول فيه . « فيزوج مسلم أمته الكافرة بخلاف الكافر ، فليس له أن يزوج أمته المسلمة إذ لا يملك التمتع بها أصلا ولا سائر التصرفات سوى إزالة الملك عنها وكتابتها » .

(٣) مثبت من (ص) وهو الأصح . وفي (م ، ن ، ع) [لأنه مال ولا يكون المسلم وليا وأما الكافر إلا على أمته] ولا وجه له . وانظر : قول الشافعي بنصه في الأم (٥/ ١٤) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أصحابنا] ولا وجه له .

(٥) انظر : المهذب (٢/ ٤٧) والقائل بذلك من الشافعية هو : أبو القاسم الداركي ولقد وافق المالكية والحنابلة : الأحناف . وظاهر قول الشافعي . انظر قول المالكية في : الخرشي على مختصر سيدى خليل (٣/ ١٨٨) . انظر : الروض المربع (٣/ ٧٣) ، المقنع (٣/ ٢٢) . يقول في الخرشي : « إن المسلم إذا كانت له أمة كافرة أو معتقة كذلك ، فإنه يجوز له أن يزوجها » اهـ . ويقول صاحب الروض المربع : « فلا ولاية لكافر على مسلمة ، ولا لنصراني على مجوسية لعدم التوارث بينهما سوى ما يذكر كأم ولد لكافر أسلمت ، وأمة كافرة لمسلم » اهـ .

(٦) في (ن) ، (ع) : [الولي] . ولا وجه له .

(٧) أي : أن سيد الأمة الكافرة يملك بيع رقبتها ، فملك تزويجها قياسا على ملكه ذلك فيما إذا كانت الأمة مسلمة ، ولأن عقد النكاح عقد بعوض فملكه السيد كعقد البيع ، ولأن ولاية السيد على أمته الكافرة لا تتعلق بالنسب فملكها السيد بالقياس على ولاية الحاكم ، فلا يؤثر فيها اختلاف الدين . انظر : البحر الرائق (٣/ ١٢٣) .

(٨) أي : أن المسلم لا يجوز له تولي عقد نكاح أمته الكافرة ، قياسا على عدم توليته عقد نكاح ابنته إذا =

٢١٠٧٩ - قلنا : الولاية في ذوي الأنساب تستحق بالتعصيب أو الميراث مع صحة القول وهذا لا يوجد مع اختلاف الدين ، والولاية في المملوك تتعلق بالملك وهو موجود مع اختلاف الدين واتفاقه [١] .

* * *

=كانت كافرة ، لاختلاف الدين . انظر : المهذب (٤٧/٢) .

(١) أي : أن ولاية النكاح سببها التعصيب أو الميراث ، وهذا السبب لا يوجد مع اختلاف الدين ، أما الولاية على المملوك فسببها الملك وهو موجود مع اختلاف الدين وعدم اختلافه . انظر : شرح فتح القدير (٢٥٥/٣) .

مسألة ١٠٣٦

تولي عقد النكاح عاقد واحد

٢١٠٨٠ - قال أصحابنا : يجوز لابن العم تزويج بنت عمه من نفسه [وكذلك إذا وكلت المرأة رجلا يزوجها من نفسه] (١) جاز . وإن وكَّل رجل رجلا يزوجه ووكلته امرأة يزوجها فزوجها منه جاز (٢) .

٢١٠٨١ - وقال الشافعي : لا ينعقد النكاح بالواحد إلا الجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه فيصبح في ظاهر المذهب . وفيه وجه آخر أنه لا يجوز .

٢١٠٨٢ - ولو زوج بنت عمه من ابنه الصغير لم يجز ، والإمام إذا زوج وليته من نفسه فيه ثلاثة أوجه :

٢١٠٨٣ - أحدها : يوكل من يزوجها منه .

٢١٠٨٤ - والثاني : يزوجها أحد أصحابه .

٢١٠٨٥ - الثالث : يزوجها من نفسه (٣) .

٢١٠٨٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم ﴾ (٤) قالت عائشة رضى لله عنها : نزلت هذه الآية في [شأن] (٥) اليتيمة فتكون في حجر وليها . فيرغب في مالها وجمالها ولا يقسط لها في مهرها . فنهوا أن ينكحوهن أو يبلغوا بهن نسبتهن في الصداق ثم أنزل ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ۖ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن ، ع) ولقد سبق الحديث عن آراء الفقهاء في حكم الوكالة في النكاح .

(٢) انظر : المبسوط (١٧/٥) ، بدائع الصنائع (٢٣١/٢) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٤٣/١) ، حاشية ابن عابدين (٩٨/٣) شرح فتح القدير على الهداية (٣٠٥/٣) البحر الرائق (١٣٦/٣) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٦٧٦/٢) .

(٣) انظر : المهذب ٤٩/٢ ، المجموع (١٧٥/٦) ، مغني المحتاج (١٦٣/٣) ، نهاية المحتاج (٢٥٢/٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٥٢/٦) . وأما المالكية : فلقد وافقوا الأحناف في جواز تولي عقد النكاح طرف واحد موجبا وقابلا . انظر بداية المجتهد (١٩/٢) الإشراف في مسائل الخلاف (٩٨/٢) . وللحنابلة روايتان : أشهرهما جواز تولي طرفي عقد النكاح واحد ، والثانية : أنه لا يجوز له ذلك حتى يوكل غيره في أحد الطرفين . انظر : المقنع (٢٦/٣) .

(٤) سورة النساء : الآية ٣ .

(٥) في (ن) ، (ع) : [بيان] .

عَلَيْكُمْ فِي ٱلْكِتَٰبِ فِي يَتَٰمَى ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾ [١] . وهذا في اليتيمة تكون شريكة وليها في ماله فيرغب عن نكاحها ولا يزوجها خوفا على مالها وقد ندب اللّٰه تعالى الولي في الآية الأولى إلى نكاحها إذا أقسط لها ، وعاتبه في الثانية على رغبته عنها ؛ دلَّ أن الولي يملك تزويج وليته من نفسه لولا ذلك لم يضف العقد إليه ولا عاتبه في الرغبة عنها [٢] .

٢١٠٨٧ – فإن قيل : تحمل الآية الأولى على تزويج ابن العم إذا أوجب له العقد الحاكم [٣] .

٢١٠٨٨ – قلنا : إضافة العقد إليه دون غيره تقتضي في إطلاقه انفراده ، ويدل عليه ما روى أن النبي ﷺ أعتق صفية بنت حيي بن أخطب وتزوجها وجعل عتقها صداقها [٤] ، فأضاف العقد إليه وهو وليها بالولاء [٥] .

٢١٠٨٩ – فإن قيل : يجوز أن تكون أوجبت هي العقد . فصح على أصلكم [٦] .

٢١٠٩٠ – قلنا : لو كان كذلك لأضاف العقد إليها [٧] .

٢١٠٩١ – قالوا : نكاح النبي ﷺ لا يفتقر إلى ولي فلذلك جاز أن يعقد عليها [٨] .

٢١٠٩٢ – قلنا : هذا غلط لأن أم سلمة لما اعتذرت إلى النبي ﷺ فقالت : ليس لى

---

(١) سورة النساء : الآية ١٢٨ . (٢) انظر : المبسوط (١٧/٥) .

(٣) أي : أن قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم ﴾ تحمل هذه الآية على تزويج ابن العم وليته من نفسه بشرط أن يوجب له الحاكم ذلك العقد ويكون هو قابلا . انظر المهذب (٤٩/٢) .

(٤) أخرجه البخاري : كتاب النكاح ، باب ١٣ – من جعل عتق الأمة صداقها فتح الباري (١٢٩/٩) .

(٥) أي : أن الرسول ﷺ أضاف عتق نكاح السيدة صفية وهو وليها بالولاء . وصفية : هي صفية بنت حيي بن أخطب ، من سبط هارون بن عمران وقعت في السبي في غزوة خيبر ، فاصطفاها الرسول ﷺ لنفسه وأعتقها وتزوجها وجعل عتقها صداقها ، وماتت سنة ٥٠هـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٣٧/٤) ، البداية والنهاية (٥٠/٨) ، أسد الغابة (٤٩٠/٥) .

(٦) أي : أنه لا يجوز أن تكون صفية تولت الإيجاب لنفسها بنفسها ، وتولى الرسول ﷺ القبول ، فيجوز ذلك على مذهبكم أيها الأحناف أن المرأة يجوز لها أن تباشر عقد النكاح لنفسها . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لعله جعل الإيجاب إلى غيره ، أو أوجبت صفية » اهـ .

(٧) أي : أنه لو كان الأمر كما تقولون : إن صفية هي التي تولت الإيجاب في العقد لأضاف النكاح إليها ، ولم يضفه إليه .

(٨) أي : أن نكاح النبي ﷺ من خصوصياته فيه أنه يجوز له النكاح بدون ولي أو شهود أو مهر ، فعتقه لأم المؤمنين صفية ونكاحها لها يعتبر خصوصية من خصوصياته . انظر : نهاية المحتاج (١٧٨/٦) .

وليٌّ حاضر . لم يقل لها : « نكاحى لا يفتقر إلى ولي » [(١)] .

٢١٠٩٣ - قالوا : من أصحابنا من يقول : هذا للإمام خاصة لأنه موضع ضرورة [(٢)] .

٢١٠٩٤ - قلنا : لا ضرورة فيه لأنه ينصب من يعقد ، كما لا يجوز حكمه لنفسه بل ينصب من يحكم له ، ولا يقال : يجوز حكمه لنفسه للضرورة .

٢١٠٩٥ - ويدل عليه : ما روى أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت : وهبت نفسى لك . فقال : « لا حاجة لى في النساء » فقام رجل فقال : زوجها منى يا رسول اللَّه . فقال : « أزوجك منه ؟ » فقالت : نعم فقال : « زوجتك منه » [(٣)] فانفرد بالعقد ولم ينقل أن الرجل قبل . فدل على جواز انفراد الواحد بالعقد .

٢١٠٩٦ - وروى أنه حمل إلى على عليه السلام رجل ومعه جارية مخضبة بالدم .

٢١٠٩٧ - فقالوا : وجدناهما في خربة مراد . فقال على : ما شأنك ، فقال : بنت عمى خفت أن تبلغ فترغب عني فتزوجتها . فقال على : أشهدت ؟ قال : نعم . فقال : خذ بيد امرأتك [(٤)] ولأنه يملك إيجاب العقد وقبوله شرعا [فدل أنه يجوز أن ينفرد بالعقد كالجد] [(٥)] إذا زوج بنت ابنه من ابن ابنه ، والمولى إذا زوج عبده أمته والحاكم إذا زوج المجنونة مجنونا ، ولا يلزم الوكيل بالبيع لأنه لا يملك الطرفين شرعا ، ولأنه يملك قبول النكاح على الانفراد [ويملك إيجابه على الانفراد] [(٦)] فجاز أن ينفرد [بالعقد كالجد] [(٧)] [ولا يملك طرفي العقد فجاز أن يعقد لنفسه] [(٨)] كالأب إذا باع مال الصغير من نفسه ، ولا يمكن القول بموجبه في الجد والمولى لأنه لا يعقد لنفسه ولا يلزم الوكيل بالبيع لأنه إذا

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) أي : تولي عقد النكاح طرف واحد موجبًا وقابلا ألا يكون في حق الإمام للضرورة . انظر : المهذب (٤٩/٢) ، النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لعله جعل الإيجاب إلى غيره ، أو أوجبت صفية ، أو أن ذلك في حق النبي ﷺ في قول بعض أصحابنا » .

(٣) أخرجه البخاري : كتاب النكاح ، باب ٣٢ - عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح وباب ٣٥ - النظر إلى المرأة قبل التزويج .

(٤) سبق تخريج هذا الأثر .

(٥) في (ن) ، (ع) ، فجاز أن ينفرد بالعقد كالجد .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ن ، ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٧) في (م) : [فجاز أن ينفرد لنفسه] .

(٨) ساقط من (م) .

وكل بالإيجاب والقبول لم تصح الوكالة فلا يملك الإيجاب والقبول ، ولأنه عقد فيه عوض فجاز أن يعقده الواحد لنفسه ، [كالبيع أو عقد على المنافع فجاز أن يعقده الواحد لنفسه] (١) كالإجارة . ولأن الوكيل في النكاح لا تتعلق حقوقه به وإنما هو سفير ومعبر ، والواحد يصح أن يعبر عن اثنين إذا لم تتناف العبارة عنهما (٢) .

٢١٠٩٨ - ولا يلزم الوكيل بالبيع ؛ لأن الحقوق تتعلق به فتتنافي ولا يلزم الوكيل بالخصومة (٣) .

٢١٠٩٩ - لأن عبارته عن المدعي والمدعى عليه تتنافي (٤) ولا يلزم الوكيل بالصلح (٥) في دم العمد والخلع والعتق على المال .

٢١١٠٠ - لأنه يجوز أن يتولى الإيجاب والقبول في إحدى الروايتين (٦) ولأن ابن العم يعقد بولاية شرعية ، فجاز أن يعقد لنفسه من الطرفين كالأب إذا باع (٧) .

٢١١٠١ - احتجوا بحديث ابن عباس : أن النبي ﷺ قال : « كل عقد لا يحضره أربعة فهو سفاح : الولي والخاطب والشاهدان » . (٨) وذكر الدارقطني حديث هشام بن

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) أي : أن الواحد يمكن أن يتولى عقد النكاح إيجابا وقبولا ، قياسا على الجد إذا زوج بنت ابنه من ابن ابنه ، والمولى إذا زوج عبده من أمته ، والحاكم إذا زوج المجنونة مجنونا ، والواحد يصح أن يعبر عن اثنين ، إذا لم تتنافى في العبارة عنهما . وفي (أ) : [لم تتنافي] . انظر : المبسوط (١٨/٥) ، شرح فتح القدير على الهداية (٣٠٧/٣) .

(٣) أي : لا يلزم على تولي عقد النكاح طرف واحد موجبا وقابلا ، ما لا يلزم على الوكيل بالبيع من البطلان . وذلك لأن الوكيل بالبيع إذا تولي طرفي العقد موجبا وقابلا تعلقت الحقوق به لا بموكله فتبطله . انظر : المبسوط (١٨/٥) .

(٤) أي : لا يلزم على تولي عقد النكاح واحد موجبا وقابلا ، ما يلزم على الوكيل بالخصومة من البطلان ، وذلك لأن الوكيل بالخصومة تتنافي في عبارته عن المدعي والمدعى عليه ، والمدعي : هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه : هو من إذا ترك الخصومة أجبر عليها . انظر معين الحكام ص ٥٣ط . مصطفي الحلبي .

(٥) الصلح لغة : قطع النزاع ، وشرعا عقد يحصل به ذلك . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٢/٣) ، التعريفات ١١٧ .

(٦) أي : لا يلزم على تولي عقد النكاح واحد موجبا وقابلا ، ما يلزم على الوكيل بالصلح من دم العمد والخلع ، والعتق على مال ، وهو الكتابة ، من بطلان هذه العقود لا تصح إلا بتسمية البدل ، ويجوز في ظاهر الرواية أن يتولى الواحد هذه العقود لأن الحقوق فيها لاتتعلق به .

(٧) انظر : المبسوط (١٨/٥) .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه : كتاب النكاح ، باب من قال : لا نكاح إلا بولي أو سلطان . موقوفا على ابن عباس .

عروة عن أبيه عن عائشة « لابد في النكاح من أربعة » [١] .

٢١١٠٢ - والجواب : أن خبر ابن عباس ، قيل : إنه موقوف عليه [٢] وخبر عائشة رواه خالد بن [الوضاح] [٣] وهو ساقط الحديث ، عن أبي الحصيب ، قال الدارقطني : هو مجهول [٤] . وكيف يصح هذا الخبر [٥] وعروة تزوج بنت عبد اللّٰه بن [عمر] [٦] عند زمزم بغير شهود ؟ ذكر ذلك ابن المنذر ثم إن المراد كل نكاح لم يحضره أربعة موصوفون ، فإذا اجتمعت الصفات في واحد فقد حضر أربعة .

٢١١٠٣ - يدل عليه قوله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر » [٧] .

٢١١٠٤ - ثم جاز أن يستحق الواحد الفرض والتعصيب لاجتماع الصفتين فيه . وإن لم يوجد العدد . وإنما ذكر العدد لأن الغالب أن الولي غير الزوج ، فخرج الكلام على الغالب [٨] كما قال ﷺ : « البائعان بالخيار ما لم يتفرقا » . [٩] ولم يمنع هذا بيع

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه : كتاب النكاح (٢٢٤/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بشاهدي عدل (١٢٤/٧) من حديث أبي هريرة مرفوعا ، وفي إسناده مغيرة بن موسى ، قال البخاري : منكر الحديث ، وفي رواية الدارقطني أبو الحصيب ، وهو مجهول .

(٢) انظر : تلخيص الحبير (١٦٣/٣) .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [الرحيل] ، والأصح ما أثبتناه كما في سنن الدارقطني ، وخالد بن الوضاح لم نقف له على ترجمة في كتب التراجم . (٤) انظر : سنن الدارقطني (٢٢٥/٣) .

(٥) يقصد بالخبر في سؤاله ، الخبر المروي عن عائشة من أنها قالت : « لابد في النكاح من أربعة » رواه الدارقطني (٢٢٤/٣) .

(٦) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [عثمان] ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه من كتب الأحناف وكتب التراجم ، وبنت عبد اللّٰه بن عمر التي زوجها لعروة بن الزبير ، اسمها سودة بنت عبد اللّٰه بن عمر ، وأمها صفية بنت أبي عبيد بن مسعود الثقفي . انظر : الطبقات الكبرى لابن سعد (١٧٨/٥) ط دار صادر بيروت ، والمبسوط (٢١٢/٤) .

(٧) أخرجه البخاري : كتاب الفرائض ، باب ميراث الولد من أبيه وأمه (١٦٥/٤) ومسلم : كتاب الفرائض ، باب ألحقوا الفرائض بأهلها (٢/٢) .

(٨) أي : أن العدد الوارد في حديث عائشة « لابد في النكاح من أربعة » يحمل على أن الغالب في النكاح أن يكون الولي غير الزوج ، فخرج الكلام مخرج الغالب والكثير .

(٩) أخرجه مسلم في صحيحه : كتاب البيع ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين وأخرجه مالك في الموطأ (١٩/٢) باب الخيار ، وابن دقيق العيد في الإلمام بأحاديث الأحكام ص ٧٣ .

الأب من نفسه إلا أن العادة [أن البائع] [١] غير المبتاع فخرج الكلام في الافتراق على العادة .

٢١١٠٥ - وجواب خبره : وهو أنه مشترك الدليل ؛ لأن دليله إذا حضر أربعة فأذن الولي للزوج أن يعقد جاز .

٢١١٠٦ - ودليل الخطاب [٢] عندهم حجة كما أن اللفظ أيضًا حجة [٣] .

٢١١٠٧ - فإن قيل : ظاهر الخبر يقتضي أن النكاح يصح بحضور الأربعة ويبطل بعدمهم وعندكم إذا حضر الأربعة فقال الولي للزوج : زوجها . فحضور الأربعة ليس بشرط .

٢٣٧/أ ٢١١٠٨ - قلنا : إذا قال ولي الصغيرة لأحد الشاهدين : زوجها / ، فالخبر يقتضي جواز هذا العقد ، وحضور الأربعة شرط لأن الولي لو غاب لم يصح أن يزوجها الشاهد عندنا [٤] .

٢١١٠٩ - احتجوا بقوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » [٥] .

٢١١١٠ - قالوا : ونكاح يقتضي ناكحًا ومنكوحا ، فالظاهر أن الولي غيرهما كما أن الشاهدين غيرهما [٦] .

٢١١١١ - قلنا : النكاح هو العقد ، والعقد لا يعبر به عن المتعاقدين ، ألا ترى أن البيع اسم للعقد لا للمتبايعين ؟

٢١١١٢ - وكذلك الإجارة لا يعبر بها عن المتكاريين ، . فأما الشهود فعطفهم على الولي ، والعطف غير المعطوف عليه ، فلذلك كان الشاهد غير الولي وإذا سقط هذا لزمنا بعهده الخبر اعتبار الولي وهذا عندنا نكاح بولي [٧] .

---

(١) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٢) سبق بيان معنى دليل الخطاب وذكر الأمثلة عليه ص ٣٩ .

(٣) اللفظ : هو كل ما دل بالوضع على معنى ، وهو حجة عند الأحناف وغيرهم . انظر : الإحكام في أصول الأحكام (١٢/١) .

(٤) أي : أن ولي الصغيرة لو قال لأحد الشاهدين : زوجها ، فلابد أيضًا من حضوره العقد ، أما إذا لم يحضر العقد فلا يجوز للشاهد أن يعقد . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٣/٢) .

(٥) سبق تخريجه .

(٦) أي : أن النكاح عقد من العقود فلابد من أركان ، وأركانه أربعة : الزوج ، والزوجة ، والولي ، والشاهدان . انظر : نهاية المحتاج (٢٠٩/٦) .

(٧) أي : أن العقد لا يعبر به عن المتعاقدين ، وعطف الشهود على الولي يقتضي أنهم غيره ؛ لأن العطف=

٢١١١٣ - قالوا : كل من لم يملك الإيجاب والقبول بنفسه في عقد معاوضة لم يصح أن يكون موجبا قابلا فيه (١) كالوكيل بالبيع ، وعكسه الأب والجد .

٢١١١٤ - وربما قالوا : عقد يملك إيجابه بالإذن فوجب ألا يتولى طرفيه كبيع الوكيل (٢) .

٢١١١٥ - قلنا : البيع لا ينفك عن عوض يسمى فيه ، وغرض البائع في العوض مخالف غرض المشتري ، فلم يصح أن يقوم الواحد الذي لا تنتفي التهمة عنه مقامها مع سائر العوضين .

٢١١١٦ - كما لا يقوم الواحد مقام المدعي والمدعى عليه في الخصومة .

٢١١١٧ - وأما النكاح فصحته لا تقف على تسمية وعوض فتنافي غرض الزوج والمرأة في العوض لا يمنع انعقاده (٣) .

٢١١١٨ - ولهذا قالوا في رواية الأصول : إن الصلح والعتق من دم العمد والخلع لا يتولاه إلا (٤) الواحد ؛ لأنه لابد فيه في العوض من التسمية (٥) .

٢١١١٩ - أو نقول : البيع مختلف في تعلق الحقوق فيه (٦) بالعاقد فلو صح العقد بوكالة الواحد جاز أن يلزمه [حكم الحقوق كما أن] (٧) المشتري يضمن الثمن حين يسلمه ، ويضمن له .

= يقتضي التغاير ، فلذلك كان الشاهد غير الولي ، وإذا سقط قولهم : ونكاح يقتضي ناكحا ومنكوحا لزمنا اعتبار الولي بمقتضى الخبر ، وهذا عندنا نكاح بولي .

(١) ساقطة من (م) .

(٢) أي : أن تولي عقد النكاح عاقد واحد موجبا وقابلا لا يجوز ، قياسا على بطلان عقد الوكالة إذا وكل الوكيل بالبيع موجبا وقابلا ؛ لأن الحقوق لا تتعلق به ، بل تتعلق بموكله . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لأن من ملك إيجاب العقد بالإذن ، لم يتول شطريه ، كوكيل في البيع » اهـ .

(٣) أي : أن حقوق العقد في باب البيع تتعلق بالعاقد ، فإذا باشر العقد من الجانبين الإيجاب والقبول أدى ذلك إلى تضاد في الكلام ؛ لأنه يكون مطالبا مسلما ، وفي باب النكاح لا تتعلق الحقوق بالعاقد فلا يؤدى إلى تضاد في الأحكام كما أن البيع لا يصح إلا بتسمية الثمن ، فإذا تولاه الوكيل من الجانبين الإيجاب والقبول كان مستزيدًا مستنقصا وذلك لا يجوز ، والنكاح يصح من غير تسمية المهر فإذا تولاه عاقد واحد لا يؤدي إلى هذا المعنى . انظر : المبسوط (١٨/٥) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : المبسوط (١٨/٥) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [به] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

٢١١٢٠ - لأنه بائع وليس كذلك النكاح لأنه اتفق على حقوقه ، أنها لا تتعلق بالعاقد وإنما هو سفير ومعبِّر ، ولا تنافي في عبارته وسفارته ؛ فلذلك جاز أن ينفرد بالعقد [١] .

٢١١٢١ - فإن ألزم على علة الأصل بيع الأب من نفسه . [٢]

٢١١٢٢ - قلنا : الحقوق بالعقد تتعلق به [٣] وبالصبي ، ويقوم مقام الصبي بالولاية عليه ، ولهذا لو بلغ قبل إيفاء الحقوق كان ذلك إليه لا إلى أبيه .

٢١١٢٣ - فإن لزم على هذا الكتابة والصلح ، أنه لا يتولاها الواحد ، وإن كانت الحقوق لا تتعلق به [٤] .

٢١١٢٤ - قلنا : روى ابن سماعة [٥] ، عن محمد ، أن هذه العقود يجوز أن يتولاها الواحد [٦] . وإن شئت قلت : المعنى في البيع أن العاقد قد يضيف العقد إلى نفسه .

٢١١٢٥ - قالوا : من تصدى لركن من أركان النكاح لم يتصد لركن آخر ، كما أن الولي لا يكون شاهدا [٧] .

٢١١٢٦ - قلنا : الأصل غير مسلم ؛ لأن العاقد يجوز أن يكون شاهدًا لو حضرت البالغة فزوجها أبوها بإذنها ، ومعه شاهد واحد جاز ، ولو قال الولي لأحد الشاهدين زوجها بعقد جاز ، وكان شاهدا وعاقدا .

٢١١٢٧ - لأن الإنسان لا يجوز أن يكون شاهدًا لنفسه ويجوز أن يكون عاقدا

(١) انظر : المبسوط (١٨/٥) .
(٢) ساقطة من (م) .
أي أنه يلزم على جواز تولي النكاح واحد إيجابا وقبولا ، بطلان بيع الأب مال ولده الصغير لنفسه .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) أي : أننا نجيب عن هذا فنقول : إن حقوق عقد بيع مال الصغير تتعلق به على اعتبار أنه المالك كما تتعلق بأبيه على اعتبار أنه وليه فإذا باع الأب مال ولده الصغير من نفسه كان البيع صحيحا ؛ لأنه قام مقام الصبي بالولاية عليه . انظر : المبسوط (١٨/٥) . أي يلزم على جواز تولي عقد النكاح واحد ، أي عقد الكتابة والصلح لا يتولاه الواحد ، وإن كانت الحقوق لا تتعلق به .
(٥) هو محمد بن سماعة بن عبد اللّٰه بن هلال بن وكيع ، أبو عبد اللّٰه التميمي ، حدث عن الليث بن سعد ومحمد بن الحسن وأبي يوسف ، وأخذ الفقه عنهما ، توفي رحمه الله سنة ٢٣٣هـ . انظر ترجمته في : تاج التراجم ص ٥٤ .
(٦) انظر ما رواه ابن سماعة عن محمد بن الحسن في المبسوط (١٨/٥) .
(٧) أي : أن من تولى ركن الولاية في النكاح ، لا يصح أن يتولى ركنا آخر لا يكون زوجا كما لا يكون شاهدا . انظر : نهاية المحتاج (٢٠٩/٦) .

لنفسه بدلالة الأب إذا اشترى مال الصغير والجد إذا زوج بنت ابنه من ابن ابنه .

٢١١٢٨ - ولأن الشهادة اعتبرت في النكاح ليخرج من السر إلى العلن وهذا لا يوجد إذا كان الزوج هو الشاهد ، وأما الموجب فاعتبر ليعبر عن العقد وهذا يوجد من الزوج [١] .

٢١١٢٩ - قالوا : الولي طلب ليحصل حق المنكوحة فإذا تزوجها فإنه يطلب حظ نفسه [٢] .

٢١١٣٠ - قلنا : ابن العم عندكم لا يزوجها إلا بعد بلوغها وعندنا لا يزوجها في هذه الحال إلا بإذنها فقد عرفت [٣] الحظ لنفسها فإن قصر في المهر لم ينفذ ذلك عليها [٤] .

* * *

---

(١) أي : أن هذا الأصل الذي قاسوا عليه وهو أن الولي لا يكون شاهدًا ، قياس غير صحيح ؛ لأن الولي يجوز أن يكون شاهدا ، وصورته إذا حضرت البالغة ، فزوجها أبوها بإذنها ومعه شاهد واحد فقط جاز ذلك ، فكان الولي في الصورة شاهدا . والممنوع هو أن يكون الزوج شاهدا ؛ لأن الشهادة شرعت في النكاح ليخرج من السر إلى العلانية بواسطة الشهود ، وهذا لا يتحقق إذا كان الزوج شاهدا . أما الموجب فشرع في النكاح ليعبر عن العقد ، وهذا يوجد في الزوج . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٠٦/٣) .

(٢) أي : أن الولي إنما شرع في النكاح ليحصل حق موليته في النكاح ، فإذا تزوجها هو فإنه بذلك طلب حظ نفسه لا حق منكوحته . انظر : المهذب (٤٩/٢) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن ولاية ابن العم لا تثبت عند الشافعية على ابنة عمه إلا بعد بلوغها ، وعندنا نحن الأحناف لا يزوجها في حالة البلوغ إلا بإذنها ، فإن قصر في المهر لم ينفذ عقده عليها ؛ لأنها ببلوغها عرفت حظ نفسها . انظر : شرح فتح القدير (٣٠٥/٣) .

مسألة ١٠٣٧

التغرير في النكاح

٢١١٣١ - قال أصحابنا : إذا تزوجت رجلًا على أنه حر فبان عبدا، فالنكاح جائز ولها الخيار ، وكذلك إذا انتسبت إلى قبيلة فكان نسبه دونها ، وإذا تزوج أمة [1] على أنها حرة فالنكاح جائز والاختيار للزوج [2] .

٢١١٣٢ - وقال الشافعي : إذا شرط في العقد أنه حر . فكان عبدا فالنكاح باطل في أحد قوليه ، وكذلك إذا [3] شرطت أنه طويل فكان قصيرا ، أو أبيض فخرج أسود ، أو أسود فخرج أبيض .

٢١١٣٣ - قالوا : وإن غرته فشرطت أنها حرة فكانت أمة أو شرطت أن لها نسبا فإذا هي على غيره أو أنها بكرا فإذا هي ثيب فالنكاح باطل في أحد القولين [4] .

٢١١٣٤ - لنا : أن المعقود عليه في النكاح هو الشخص ، والصفات تابعة فإذا وجدت بخلاف الشرط لم يبطل العقد ، كمن باع عبدا على أنه صحيح فكان معيبا ، أو على أنه خباز فوجد على خلاف ذلك .

٢١١٣٥ - أو نقول : شرطت في المعقود عليه صفة ، فبان أنه أفضل منها فلا يبطل العقد ، كما لو باعه على أنه معيب فكان صحيحا ؛ ولأنها صفة في المعقود عليه لو سكت عنها جاز العقد وإذا شرطت فبان خلافها لم يبطل العقد ، كالبيع إذا شرط فيه صفة في المبيع .

٢١١٣٦ - ولأنه لو سمى في المهر صفة فكان بخلافها لم يبطل العقد ، كذلك إذا سمى في المرأة .

---

(١) في (م) : [امرأة] .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣٢١/٢) ، المبسوط (٢٩/٥ ، ٣٠) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٤٠/١) ، حاشية ابن عابدين (٨٥/٣) ، شرح فتح القدير (٢٩٥/٣) .

(٣) في (م) : [أن] .

(٤) انظر : المهذب (٦٤/٢) ، المجموع (٢٨٦/١٦) ، مغني المحتاج (١٦٨/٣) ، مختصر المزني ص ١٦٦ . وأما المالكية والحنابلة : فيرون أن النكاح لا يبطل بالتغرير ولا خيار للمغرر به . انظر : بداية المجتهد (١٧/٢ ، ١٨) ، المغني والشرح الكبير (٤١٣/٧) ، عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ص ١٩٧ .

٢١١٣٧ - لأن كل واحد منهما أحد العوضين ولأنه إذا شرط أنها ثيب فكانت بكرًا ، أو أنها نبطية [١] فكانت قريشية . فقد وجدت صفة أفضل من المشروط فصار كمن باع عبدًا على أنه أعمى فكان صحيحا [٢] .

٢١١٣٨ - احتجوا بأن الاعتماد في النكاح على الأسماء والصفات ، ألا ترى أنه لو تزوج امرأة سميت له صح العقد ؟ كما أن الاعتماد في البيع على الأعيان ثم ثبت أن اختلاف العين في البيع يبطله ، كذلك اختلاف الصفات في النكاح [٣] .

٢١١٣٩ - قلنا : المعقود عليه في النكاح العين للمرأة الموصوفة المسماة .

٢١١٤٠ - فأما الاسم فلا ، فهو والمبيع عندنا سواء ، ثم الصفات في البيع معقود عليها بدلالة أنها إذا فقدت ثبت الخيار ، ثم لو شرط صفة فبان بخلافها لم يبطل العقد [٤] .

٢١١٤١ - قالوا : لو أذنت له أن يزوجها حرا فزوجها عبدًا لم يصح ، كذلك إذا شرط الولي ذلك في العقد [٥] .

٢١١٤٢ - قلنا : إذا أذنت له في الحر فهي موكلة ، فما لم يدخل تحت الإذن والتوكيل لم يصح العقد عليه . وفي مسألتنا الشخص هو المعقود عليه فاختلاف الصفات لا تؤثر [٦] .

---

(١) النبط : هم قوم ينزلون سواد العراق والنسب إليهم نبطي . انظر : لسان العرب مادة (نبط) .

(٢) أي : أن المعقود عليه في النكاح هو الشخص والصفات تابعة له ، فإذا وجدت الصفات بخلاف ما شرط كان العقد صحيحا ، قياسا على من باع عبدا على أنه خباز فوجد على خلاف ذلك ، وكما لو شرط في المعقود عليه صفة فظهر أنه به صفة أفضل من المشروطة ، كان العقد صحيحا ولم يبطل . انظر : المبسوط (١٩/٥) .

(٣) أي : أن اختلاف الأسماء والصفات في النكاح يبطله ، كما أن اختلاف الأعيان في البيع يبطله . انظر : المهذب (٦٤/٢) .

(٤) أي : أن المعقود عليه في النكاح العين المسماة الموصوفة وليس الاسم ، والصفات في البيع معقود عليها كذلك ، بدليل أنها إذا فقدت ثبت الخيار للمشتري ، ثم لو شرط في البيع صفة فظهرت بخلاف ذلك لم يبطل العقد . انظر : حاشية ابن عابدين (٦٢/٣) .

(٥) أي : أن المرأة إذا أذنت لوليها أن يزوجها حرا فزوجها عبدا ، لم يصح العقد كذلك لم يصح النكاح إذا شرط الولي ذلك في العقد . انظر : المهذب (٦٤/٢) .

(٦) أي : أن المرأة إذا أذنت لوليها أن يزوجها حرا فزوجها عبدا ، فهي موكلة وكالة مقيدة ، فما لم يدخل تحت هذه الوكالة لم يصح العقد عليه ، وفي مسألتنا اختلاف الصفات في المعقود عليه لا يؤثر في العقد . انظر : محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، للإمام محمد أبو زهرة ص ١٨٥ .

٢١١٤٣ - قالوا : لو [١] تزوجته مطلقا ، فبان أنه عبد ثبت لها الخيار ، فإذا شرطت الحرية وجب أن يكون للشرط مزية وما هي إلا بطلان النكاح [٢] .

٢١١٤٤ - قلنا : إذا أطلق البيع ثبت الخيار لعدم الصفات ، وإذا شرطها لا مزية للشرط بل يثبت على الوجه الذي ثبت لو أطلق العقد [٣] .

* * *

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) أي : أنه إذا تزوجت المرأة شخصا مطلقا ولم يعين لها إلا بعد النكاح ، فظهر أنه عبد ثبت لها الخيار ، فإذا شرطت هي الحرية من جانبها قبل العقد ، لابد وأن يكون لشرط الحرية فائدة ، وهذه الفائدة هي بطلان النكاح . انظر : المهذب (٦٤/٢) .

(٣) أي : أن الشرط الذي شرط في البيع المطلق لا فائدة له ؛ لثبوت الخيار للمشتري فكذلك شرط الحرية في النكاح إذا شرط من جانب المرأة ، لا فائدة له لثبوت الخيار لها عند فقده . انظر : المبسوط (٣٠/٥) .

مسألة ١٠٣٨

تولي المرأة عقد النكاح

٢١١٤٥ - قال أصحابنا : يجوز للمرأة أن تعقد النكاح لنفسها ، وتكون وكيلة للرجل فتعقد له وللولى . فتزوج وليته ، وتزوج أمتها [١] .

٢١١٤٦ - وقال الشافعي : النكاح مخصوص بالرجال لا تعقده المرأة لنفسها ولا لغيرها بوكالة [٢] .

٢١١٤٧ - لنا : قوله ﷺ : « لا نكاح إلا بشهود » [٣] ولأنه نوع عقد فجاز أن تكون المرأة وكيلة فيه كالبيع ولأن من جاز أن يكون وكيلا [في البيع جاز أن يكون وكيلا] [٤] في النكاح كالرجل ولأنه عقد بعوض فجاز أن تعقده المرأة كالبيع .

٢١١٤٨ - أو عقد يضمن المنافع كالإجارة ولأن كل عقد جاز أن يعقده الرجل جاز أن تعقده المرأة كسائر العقود ولا يلزم الإمامة لأن المرأة تعقد فتكون أحد أهل الاختيار وإنما لا ينعقد لها [٥] .

---

(١) انظر : المبسوط (١٥/٥) ، بدائع الصنائع (٢٤٧/٢) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٣٣٩/١) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٥٦/٣) ، حاشية ابن عابدين (٥٥/٣) ، البحر الرائق (١٠٩/٣) .

(٢) انظر الأم (١٣/٥) ، المهذب (٤٥/٢) ، المجموع (١٥٢/١٦) ، مغني المحتاج (١٤٧/٣) ، نهاية المحتاج (٢٢٤/٦) ، ويقول فيه : « لا تزوج امرأة نفسها ولو بإذن من وليها ولا غيرها ولو بوكالة من الولى واختار المالكية والحنابلة : أن النكاح لا يصح إلا بولي ذكر وأن عبارة النساء منفردة لا أثر لها في عقد النكاح كما هو مذهب الشافعية . انظر المغني والشرح الكبير (٣٣٧/٧) ، الإفصاح عن معاني الصحاح (١١١/٢) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٣٣/٤) ، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (٨٩/٢) .

(٣) سبق تخريجه وبيان مدى قوته في الدلالة على المقصود .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر المبسوط (١٥/٥) ، البحر الرائق (١٠٩/٣) ، وقياس الأحناف : تولي المرأة عقد النكاح قياسا على توليها عقد البيع قياس سائغ في الأصول ، وهو جواز تخصيص العموم بالقياس لكن قصة معقل بن يسار مع أخته التي نزل فيها قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ [البقرة : ٢٣٢] كانت هذه القصة سببا في إبطال هذا القياس ، ودليلا على اشتراط الولي في النكاح دون غيره . انظر فتح الباري (١٨٧/٩) .

٢١١٤٩ - احتجوا : بحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها » (١) .

٢١١٥٠ - قلنا : هذا الحديث مضطرب ؛ لأن هشام بن حسان (٢) رواه عن ابن سيرين وعن أبي هريرة ، ولم يخرج في الصحيحين (٣) .

٢١١٥١ - وروى هشام بن حسان بالإسناد ، أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي أوسلطان » (٤) فقيل : إن هذا أصل الحديث وإن الراوي تأول ما اقتضاه اللفظ عنده .

٢١١٥٢ - ولأنه محمول على نفي الكراهية (٥) ؛ لأن النكاح يقع في مجموع الرجال ، والمرأة يكره لها الحضور بمشهد الرجال لتعقد العقد ، وقد (٦) كان عليه السلام يأمر بإعلان النكاح . وعقده في المجموع ويكره للمرأة حضورها لهذا المعنى .

٢١١٥٣ - قالوا : ففيه بأن الزانية هي التي تزوج نفسها (٧) .

٢١١٥٤ - قلنا : هذا من قول أبي هريرة وليس من كلام النبي ﷺ ، الدليل عليه ما روى عبد السلام بن حرب (٨) عن هشام بن حسان ، عن محمد (٩) ، عن أبي هريرة

---

(١) سبق تخريجه

(٢) هو هشام بن حسان الأزدي الفردوسي نسبة إلى الفراديس بطن من الأزد أبو عبد الله البصري روى عن الحسن البصري وابن سيرين وأنس مات سنة ١٤٦هـ . انظر طبقات الحفاظ ص ٢٧١ ، ميزان الاعتدال (٢٩٥/٤) .

(٣) انظر مسند الشافعي (١٣/٢) ويقول ابن المنذر رحمه الله : « ما قاله النعمان مخالف للسنة خارج عن قول أكثر أهل العلم » . كما قال أيضًا : « لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك » أي خلاف اشتراط الولي وأن المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها . انظر : الإشراف على مذاهب العلماء (٣٤/٤) وفتح الباري (١٨٧/٩) .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) لا نسلم هذا التأويل لأن العموم يأتي على أصله جوازا أو كمالا والنفي في المعاملات يوجب الفساد لأنه ليس لها إلا جهة واحدة . انظر : معالم السنن للخطابي مع سنن أبي داود (٥٦٨/٢) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [ولو] .

(٧) أخرجه الشافعي في مسنده . كتاب النكاح ، باب ما جاء في الولي (١٣/٢) والدارقطني في سننه (٢٢٨/٣) .

(٨) هو عبد السلام بن حرب النهدي الملائي أبو بكر الكوفي ، ثقة حافظ توفي رحمه الله سنة ١٨٧هـ . انظر : طبقات الحفاظ ١١٥ ، تذكرة الحفاظ (٢٧١/١) ، العبر (٢٩٧/١) .

(٩) سبقت ترجمته .

عن النبي ﷺ ، الحديث .

٢١١٥٥ - وقال فيه أبو هريرة : وكنا نقول : التي تزوج نفسها هي الزانية . ولو كان أبو هريرة يحفظ هذا اللفظ عن النبي ﷺ لم يقل كنا نقول ، فدل على أنه قوله ، وكيف يقول رسول الله ﷺ : « الزانية التي تنكح نفسها بغير ولي » ، وهذا العقد ليس بزنى ، ولا له حكم الزنا باتفاق ؟ فبطل أن يضاف هذا إلى النبي ﷺ [١] .

٢١١٥٦ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي » [٢] . والولي اسم للذكر وقد نفي النكاح بعدمه .

٢١١٥٧ - قلنا : قد بينا أن الولي يتناول/ الذكر والأنثى [٣] . ٢٣٧/ب

٢١١٥٨ - قالوا : روي عن ابن عمر ، وابن عباس ، وعبد الله بن قيس ، أبي هريرة أن المرأة لا تلي عقد النكاح [٤] .

٢١١٥٩ - قلنا : روي أن عائشة زوجت بنت أخيها عبد الرحمن [٥] ، وذكر في الأصل [٦] أن امرأة زوجت بنتها برضاها فخاصمها أولياؤها إلى [علي بن أبي طالب] [٧] فأجاز النكاح [٨] .

---

(١) سلمنا أن هذا الخبر موقوف على أبي هريرة فإنه يشهد له ما روي عنه مرفوعا وأخرجه ابن ماجه في سننه قال : حدثنا هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها » (٦٠٢/١) ، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٧٧/٣) ، والحديث حسن .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) انظر : محاضرات في عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ص ١٥٤ .

(٤) انظر الإشراف على مذاهب العلماء (٣٣/٤٠) ، المجموع (١٥٤/١٦) ، المغني والشرح الكبير (٣٣٧/٧) .

(٥) لا نسلم ذلك ؛ لأن الحافظ ابن حجر رحمه الله أجاب عن ذلك بأنه لم يرد التصريح بأنها باشرت العقد فقد يحتمل أن تكون البنت المذكورة ثيبا ودعت إلى كفء وأبوها غائب فانتقلت الولاية إلى الولي الأبعد أو إلى السلطان . وقد صح عنها أنها أنكحت رجلا من بني أخيها فضربت بينهم بستر ثم تكلمت حتى لم يبق إلا العقد أمرت رجلا فأنكح . ثم قالت : « ليس إلى النساء نكاح » . انظر : فتح الباري (١٨٦/٩) .

(٦) الأصل : اسم كتاب للإمام محمد بن الحسن الشيباني .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [النبي ﷺ] والأصح ما أثبتناه كما وجد في كتب الأحناف يقول الإمام السرخسي رحمه الله : « بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن امرأة زوجت ابنتها برضاها فجاز أولياؤها فخاصموها إلى علي رضي الله عنه فأجاز النكاح » .

(٨) انظر المبسوط (١٠/٥) ولكننا نجيب عن ذلك بأن ما فعله علي يعتبر واقعة عين لا يعول عليها ، ويدل على =

٢١١٦٠ - وأن امرأة عبد الله بن مسعود [١] زوجت بنتها من ابن المسيب ابن نجبة [٢] .

٢١١٦١ - قالوا : كيف تزوج عائشة بنت أخيها عندكم ، والولي إذا غاب غيبة غير [٣] منقطعة لم تنتقل ولايته ، وإن كانت منقطعة انتقلت إلى الأقرب .

٢١١٦٢ - قلنا : يحتمل أن تكون بالغة زوجتها عائشة باختيارها [٤] .

٢١١٦٣ - قالوا : روي أن عائشة كانت تخاطب من وراء حجاب ، ثم تقول : اعقدوا فإن النساء لا يعقدن [٥] .

٢١١٦٤ - قلنا : المرأة إذا عقدت لابد لها من البروز حتى يراها الشهود فكرهت عائشة ذلك [٦] .

٢١١٦٥ - قالوا : معنى لا يصح إلا من اثنين مفتقر إلى الشهود فافتقر تنفيذه إلى ذكر كالخصومة [٧] .

٢١١٦٦ - قلنا : النكاح عندنا يصح بالواحد ، فالوصف غير مسلم والخصومة لا يفتقر فعلها إلى ذكر ؛ لأن المرأة يجوز أن تقضي .

=ذلك ما روي عن علي ﷺ أنه كان أشد الناس في القول بأن النكاح لا يصح إلا بولي ذكر ، بل كان يضرب فيه ، ولقد ذكر الدارقطني في سننه عن الشعبي قال : « ما كان أحد من أصحاب رسول الله ﷺ أشد في النكاح بغير ولي من علي ﷺ ، وكان يضرب فيه » . انظر : سنن الدارقطني : كتاب النكاح (٢٢٩/٣) .

(١) هي زينب بنت معاوية ، كما في الإصابة وأسد الغابة . وقال ابن عبد البر في الاستيعاب : « هي زينب بنت عبد الله الثقفية » . انظر : أسد الغابة ترجمة رقم ٦٩٤٣ ، الإصابة والاستيعاب ترجمة رقم ٣٣٦٢ .

(٢) انظر المبسوط (٢٢٣/٤) وفيه : « وبنتها التي زوجتها لم تكن بنت عبد الله بن مسعود . وإنما جاز نكاحها بولاية الأمومة » ولم نقف على اسم تلك البنت ولا اسم من تزوجها .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : فتح الباري (١٨٦/٩) ، وفيه يقول : « يحتمل أن تكون البنت المذكورة ثيبا ودعت إلى كفء ، وأبوها غائب ، فانتقلت الولاية إلى الولي الأبعد أو إلى السلطان » .

(٥) انظر فتح الباري (١٨٦/٩) .

(٦) أي : أن المرأة إذا خرجت لمباشرة العقد لابد لها من البروز والظهور لكي يراها الشهود فيحتمل قول عائشة : اعقدوا . . . إلخ على الكراهة . انظر المبسوط (١٦/٥) .

(٧) أي : أن النكاح عقد فلا يصح إلا من اثنين : عاقد ومعقود عليه ، فيحتاج إلى شهود ويحتاج أيضًا في تنفيذه إلى ذكر ، قياسا على الخصومة . انظر : نهاية المحتاج (٢٢٤/٦) .

٢١١٦٧ - ولأن الخصومة تصح من الرجال والنساء ويتولى الحاكم فصلها ، كذلك النكاح ينعقد بين الرجل والمرأة ، ويتولى القاضي تنفيذه وفصل الخصومة فيه ، فلا فرق بينهما [١] .

* * *

(١) أي : أن قولكم : النكاح لا يصح إلا من اثنين غير مسلم ؛ لأنه يصح بالواحد عندنا إيجابا وقبولا ، والقياس على الخصومة غير صحيح لأنها تصح من الرجال والنساء على السواء . انظر : الاختيار (٨٤/٢) .

مسألة ١٠٣٩

شهادة الفاسقين على النكاح

٢١١٦٨ - قال أصحابنا : ينعقد النكاح بشهادة فاسقين [١] .

٢١١٦٩ - وقال الشافعي : لا ينعقد [٢] إلا بشهادة العدول [٣] .

٢١١٧٠ - لنا : أن الفاسق يملك قبول النكاح بنفسه ، فجاز أن ينعقد بشهادته ، كالعدل [٤] ، وكالمحدود [٥] في القذف [٦] إذا تاب [٧] .

٢١١٧١ - فإن قيل : القبول تصرف في حق نفسه والشهادة تقع في حق الغير [٨] .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢/٢٢٥) ، المبسوط (٥/٣١) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (١/٣٢١) ، حاشية ابن عابدين (٣/٢٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٣/٢٠١) ، والبحر الرائق (٣/٨٧) ، يقول الكمال بن الهمام رحمه الله : « ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا » . واللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٢/٦٦٢) . ولقد سبق بيان معنى الشهادة وأركانها .

(٢) ساقطة من (م) وبياض في (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : الأم (٥/٢٢) ، المهذب (٢/٥٢) ، مغني المحتاج (٣/١٤٤) ، المجموع (١٦/١٩٩) ، نهاية المحتاج (٦/٢١٨) ، يقول الشيرازي رحمه الله « ولا يصح إلا بعدلين » وأما المالكية : فالمشهور عند مالك- رحمه الله أن الشهادة ليست شرطًا لإنشاء العقد بل الشرط لإنشاء العقد هو مطلق الإعلان . والشهادة شرط لحل الدخول ، وللإمام مالك رحمه الله قول آخر : أن الإعلان وحده كاف لإنشاء العقد فعلى هذا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين عند المالكية . وأما الحنابلة ، فلهم روايتان الأولى : لا ينعقد النكاح بشهادتهما ، والثانية ينعقد بشهادتهما ؛ لأن الفاسق أهل للتحمل فهو أهل للأداء . انظر : بداية المجتهد (٢/١٩) ، الإشراف على مسائل الخلاف (٢/٩٣) ، الإشراف على مذاهب العلماء (٤/٤٥ ، ٤٦) ، الإفصاح عن معاني الصحاح (٢/١١٥) ، المغني والشرح الكبير (٧/٤٥٧) ، المقنع (٣/٧) وسبب اختلافهم : هل ما تقع منه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا ؟ انظر : بداية المجتهد (٢/١٩) .

(٤) لقد سبق بيان معنى العدالة وشروطها .

(٥) الحدود جمع حد ، والحد في اللغة المنع ، وفي اصطلاح الفقهاء : عقوبة مقدرة وجبت حقًّا لله تعالى . التعريفات للجرجاني .

(٦) القذف لغة : الرمي ، وفي الاصطلاح : رمي بالزنا على وجه الخصوص . انظر : الاختيار (٣/٢٨٠) .

(٧) أي : أن الفاسق أهل لقبول النكاح لنفسه ، فجاز انعقاد النكاح بشهادته ، قياسا على شهادة العدول ، وقياسا على من أقيم عليه حد القذف إذا تاب . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/٢٠٢) .

(٨) أي : أن هناك فرقًا بين قبول الفاسق النكاح لنفسه ، وبين شهادته ؛ لأن قبوله النكاح يتعلق به فقط ، أما الشهادة فهي تتعلق بحق غيره . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « النكاح تصرف في حق نفسه ،=

٢١١٧٢ - [قلنا : الشهادة في سائر الحقوق تقع في حق الغير] [١] ولا يمنع منه الفسق ؛ ولأن الفسق في حق الغير يؤثر التهمة [فجاز بشهادته ، والتهمة لا تلحقه في بطلان الأصل] [٢] .

٢١١٧٣ - [فإن قيل : المعنى] [٣] في العدل : أن النكاح يثبت بشهادته والفاسق لا يجوز أن يثبت بشهادته [٤] .

٢١١٧٤ - قلنا : ليس يمتنع أن ينعقد النكاح بحضور من لا تثبت بشهادته ، كالعدل وابن المرأة ، ومن ظاهره العدالة ولا تعرف عدالته في الباطن .

٢١١٧٥ - وعلة الفرع غير مسلمة ؛ لأن الفاسق يجوز أن يثبت النكاح بشهادته ، بدلالة : أنه إذا شهد فغلب على ظن القاضي أنه عدل فحكم بشهادته لم ينقضها .

٢١١٧٦ - ولأنه من أهل الشهادة ، بدلالة : أن حاكما لو رد شهادته لفسقه ثم تاب فشهد بها لم يقبلها ، وبمثله لو شهد العبد فردت شهادته ثم أعتق فشهد بها قبلها ، وإنما لم يقبلها بعد التوبة .

٢١١٧٧ - لأنه حكم برد شهادته فلا ينقض حكمه ، ومن كان من أهل الشهادة انعقد النكاح بشهادته كالمحدود في القذف إذا تاب ؛ ولأنه من أهل شهادة اللعان [٥] إذا قذف زوجته فجاز أن ينعقد النكاح بشهادته .

٢١١٧٨ - أصله : العدل ؛ ولأنها شهادة تختص بالنكاح فلا ينفيها الفسق ، أصله : اللعان ، يبين ذلك أن شرط الشهادة في الانعقاد من خصائص النكاح واللعان من خصائصه [٦] .

= والشهادة أمانة في حق الغير ، فلا يدل أحدهما على الآخر » اهـ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن قياس الفاسق على العدل في قبول شهادته على النكاح قياس غير صحيح لأن النكاح يثبت بشهادة العدل ، ولا يثبت بشهادة الفاسق . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ويخالف العدل فإنه يحصل به مقصود الشهادة وهو الأداء والفاسق بخلافه » اهـ .

(٥) سبق بيان معنى اللعان .

(٦) أي : أن الفاسق أهل للولاية على نفسه فكان أهلا لتحمل الشهادة وأدائها قياسا على العدول . انظر : المبسوط (٣٢/٥) .

٢١١٧٩ - فإن قيل : عندنا يثبت اللعان البينونة [١] ، وتثبت في النكاح الفاسد [٢] .

٢١١٨٠ - قلنا : لابد من ثبوتها من شبهة النكاح .

٢١١٨١ - [ولأن الشهادة شرط في انعقاد النكاح فلا ينفيه الفسق ، أصله : القبول .

٢١١٨٢ - ولأن من ملك أمرًا شرط فيه الشهادة لم يشرط في الشهود ما لم يشترط فيه] [٣] ، أصله : الحاكم .

٢١١٨٣ - ولا يلزم : المكاتب ؛ لأنه لا يملك النكاح وإنما يعبر فيه عن المولى فلذلك جاز أن يعقد بإذن الولي ، وإن لم يجز أن يشهد [٤] .

٢١١٨٤ - احتجوا بما روي أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » [٥] .

٢١١٨٥ - قالوا : رواه عبد اللّه بن عمر ، وابن مسعود ، وعائشة [٦] .

٢١١٨٦ - الجواب : أن هذا الخبر لا يصح عن النبي ﷺ ، ولو احتججنا بمثله على مخالفنا أكبر الشناعة ، ونسبنا إليه قلة العلم بالحديث ، ويكفي أن يكون هذا لم يذكر في الصحيحين ، ولا ذكره أبو داود في كتابه خبر الشهادة أصلا ، وذكر ابن خزيمة [٧] أن هذه الأخبار موضوعة وتكلم ابن المنذر على جميعها ، وذكر أنه لا أصل لشيء

---

(١) التبيين : الفراق ، وبابه باع ، وبينونة أيضًا ، البينونة : إما أن تكون بينونة صغرى : وهي التي لا يستطيع المطلق بعدها أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد ومهر جديدين . والكبرى : وهي التي لا يستطيع المطلق أن يعيد المطلقة إلى الزوجية ، إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر زواجا صحيحا ، ويدخل بها دخولا حقيقيا ، ثم يفارقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه . انظر : مختار الصحاح مادة « بين » ، الاختيار (٦٨/٣) .

(٢) أي : أن البينونة تثبت باللعان ، كما تثبت في النكاح الفاسد الذي استوفي أركانه وشروط انعقاده ، وفقد شرطًا من شروط صحته ، كأن يعقد على امرأة محرمة عليه وهو لا يعلم ذلك كأخته من الرضاع مثلا .

(٣) في (م) [لأن الشهادة شرط فيه الشهادة لم يشرط في الشهود ما لم يشرط] .

(٤) أي : أنه لابد من البينونة في النكاح الفاسد ، والشهادة شرط من شروط انعقاد النكاح ، قياسا على القبول ، ومن المعلوم أن من ملك أمرا شرط فيه الشهود لم يشترط في الشهود ما لم يشترط في هذا الأمر . انظر : المبسوط (٣١/٥) .

(٥) سبق تخريجه .

(٦) انظر : شرح السنة للبغوي (٤٥/٩) .

(٧) هو الإمام الحافظ محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة بن صالح بن بكر السلمي النيسابوري ، يكنى أبا بكر ، ولد سنة ٢٢٣هـ ، سمع إسحاق ، ومحمد بن حميد ولم يحدث عنهما لصغر سنه ، وحدث عنه : الشيخان خارج صحيحيهما ، ومات سنة ٣١١هـ . انظر ترجمته في : طبقات الحفاظ ٣١٠ ، البداية والنهاية (١٤٩/١١) ، العبر (١٤٩/٢) .

منها [١] ، وطعن يزيد بن هارون [٢] عليها طعنا مشهورًا ظاهرًا [٣] ، فهؤلاء أئمة الحديث والرجوع إليهم في ذكر الأخبار وقبولها .

٢١١٨٧ - وقد ذكر الدارقطني في هذه الأخبار عن عبد اللَّه بن محرز العامري عن قتادة عن الحسن ، عن عمران بن حصين ، عن عبد اللَّه بن مسعود قال : قال رسول اللَّه ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل [٤] » ، وعبد اللَّه بن محرز العامري قال يحيى ابن معين : ليس بثقة ، وقال ابن المبارك : لو خيرت بين أن أدخل الجنة وبين أن ألقى عبد اللَّه بن محرز لاخترت أن ألقاه ثم أدخل الجنة ، فلما رأيته كان بُعْدُه أحبَّ إلى منه [٥] ، وقال البستي : كان من خيار عباد [٦] اللَّه يكذب ولا يعلم [٧] .

٢١١٨٨ - ورواه ثابت بن زهير ، عن نافع ، عن ابن عمر ، قال البستي : ثابت بن زهير لا يبالغ على حديثه [فلا يحتج به] [٨] وذكر روايته للمناكير [٩] .

٢١١٨٩ - ورواه محمد بن يزيد بن سنان الجزري كنيته [أبو عبد اللَّه] [١٠] ، قال يحيى بن معين : ليس بشيء [١١] .

٢١١٩٠ - ورواه ابن جريج عن سليمان بن موسى ، عن الزهري ، وهذا هو حديث سليمان بن موسى المعروف وقد تكلمنا عليه فيما سلف .

---

(١) انظر : الإشراف لابن المنذر (٤٦/٤) .

(٢) هو يزيد بن هارون بن زاذان الواسطي السلمي أبو خالد ، روى عن : شعبة ، والثوري ، ومالك ، وغيرهم ، وروى عنه : أحمد وابن المديني ، وغيرهما ، توفي سنة ٢٠٦هـ . انظر ترجمته في : تهذيب التهذيب (٣٦٦/١١) تذكرة الحفاظ (٣٧١/١) .

(٣) انظر : الإشراف لابن المنذر (٤٦/٤) .

(٤) سبق تخريجه ، ص ٤٨ ولقد سبقت ترجمة عبد اللَّه بن محرز العامري ، وقتادة والحسن البصري ، وعمران بن الحصين ، وابن مسعود .

(٥) انظر : تهذيب الكمال في أسماء الرجال ، باب من اسمه « عبد اللَّه » .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) انظر : كتاب المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين ٢٣/٢ .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٩) انظر : كتاب المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين ٢٠٦/١ .

(١٠) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [أبو فروة] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه من كتب التراجم . أما أبو فروة ، فهو لقب لأبيه : يزيد بن سنان .

(١١) انظر : الضعفاء لابن الجوزي (١٠٧/٣) .

٢١١٩١ - والخبر إذا كانت هذه طرقه لم يجز أن يحتج به ، على أنه قد عارضه ، ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا نكاح إلا بشهود »[١] وهو عام[٢] . فنستعمله على عمومه ، ونستعمل الخاص على معنى الفضيلة ؛ لأن الأفضل أن يشهد من يقع التوثيق بشهادته ، وهذا كنهيه عليه السلام عن بيع ما لم يقبض ، ونهيه عن بيع الطعام قبل القبض[٣] .

٢١١٩٢ - وكقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ ﴾[٤] ، إنا لا نخص عموم الآية بخصوص ما بعده بل نستعملها[٥] .

٢١١٩٣ - فإن قيل : نحمل المطلق[٦] على المقيد[٧] كما حملنا قوله : « في خمس من الإبل شاة »[٨] على قوله : « في خمس من الإبل سائمة »[٩] .

٢١١٩٤ - قلنا : هناك إنما حملناه على المقيد لقيام الدلالة[١٠] .

٢١١٩٥ - فإن قيل : لم يثبت أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بشهود » وإنما روي

---

(١) سبق تخريجه . (٢) العام والخاص : سبق بيان معناهما .

(٣) أخرجهما البخاري ، كتاب البيع ، باب بيع الطعام قبل أن يقبض (١٦/٢) - ومسلم ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (٦٦١/١) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٩٥ .

(٥) أي : أن الآية الكريمة بينت حرمة الصيد على المحرم ، أيا كان نوع هذا الصيد فتحمل هذه الآية على عمومها ولا تخصص بما ذكر بعدها من حرمة صيد البر دون صيد البحر ، حيث يقول الله تعالى : ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ﴾ . سورة المائدة آية ٩٦ . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٤٦٨/٢) .

(٦) المطلق : هو اللفظ الذي يدل على موضوعه من غير نظر إلى الوحدة أو الجمع أو الوصف ، بل يدل على الماهية من حيث هي .

(٧) والمقيد : هو اللفظ الذي يدل على الماهية مقيدة بوصف أو حال أو غاية أو شرط . انظر : أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ١٧٠ .

(٨) ساقطة من (م) . والحديث أخرجه البخاري ، كتاب الزكاة ، باب زكاة الغنم (٢٥٢/١) من حديث أنس- وأبو داود ، كتاب الزكاة ، باب زكاة السائمة - والترمذي ، كتاب الزكاة باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم ، وكلاهما من حديث ابن عمر .

(٩) أخرجه النسائي (١٧/٥) ، كتاب الزكاة ، باب سقوط الزكاة عن الإبل إذا كانت رسلا لأهلها من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده .

(١٠) أي : حمل المطلق وهو قوله ﷺ « في خمس من الإبل شاة » على المقيد « في خمس من الإبل سائمة » لقيام الدلالة ، وهي فعل النبي ﷺ في إيجاب الزكاة في الإبل السائمة دون غيرها .

ذلك عن أبي سعيد الخدري (١) .

٢١١٩٦ - قلنا : قد روى أبو حنيفة هذا الخبر عن النبي ﷺ ولم يثبت عنده ، [ولو ثبت هذا الخبر عن النبي ﷺ] (٢) لاقتضى ظاهره اعتبار شهادة من يوصف بالعدالة من وجه [واحد] (٣) ولا يقتضي ذلك اعتبار كل عدالة ، وعندنا لابد في شهادة النكاح من عدالة الإسلام ، والمسلم عدل في دينه ، وإن لم يكن عدلا في أفعاله .

٢١١٩٧ - والظاهر لا يقتضي أكثر من العدالة من وجه واحد ، ألا ترى أن قوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ (٤) يقتضي وجوب القطع بسرقة واحدة لأن الاسم يتناوله بها ، ولا يقتضي وجود كل ما تسمى سرقة (٥) .

٢١١٩٨ - فإن قيل : العدل ضد الفسق ، فيستحيل أن يوصف بالأمرين فيكون عدلا فاسقا .

٢١١٩٩ - قلنا : بل عدل ضده جور ، وعادل ضده جائر ، فالمسلم يوصف بأنه عدل بمعنى أنه ترك الكفر الذي هو جور وعدول عن الحق ، وفي الحماسة :

٢١٢٠٠ - خليلى عوجا بارك الله فيكما وإن لم تكن هند لأرضكما قصدا

وقولا لها ليس الضلال أجارنا ولكننا جرنا لنلقاكم عمدا (٦)

٢١٢٠١ - فسمى العدول عن الطريق جورا .

٢١٢٠٢ - ولأن قوله : « لا نكاح » يحتمل على نفي الفضيلة ونفي الجواز ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فنحمله على المتيقن وهو نفي الفضيلة .

٢١٢٠٣ - قالوا : ما افتقر ثبوته إلى الشهادة افتقر إلى العدالة ، أصله : ثبوته عند

---

(١) هو سعيد بن مالك الأنصاري الخزرجي المدني أبو سعيد الخدري من علماء الصحابة توفي ﷺ سنة ٧٤هـ. انظر أسد الغابة (١٤٢/٦) ، طبقات الشيرازي ٥١ ، العبر (٨٤/١) .

(٢) في (م) : [ولو ثبت عنده لاقتضى ظاهره] ، وفي (ن) ، (ع) : [ولو ثبت هذا الخبر اقتضى ظاهره] .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٥) السرقة لغة : أخذ المال خفاء ، وشرعا : أخذ البالغ العاقل مقدارا من المال خفية من حرز بمكان أو حافظ بدون شبهة ، والقطع لا يكون إلا في السرقة المستوفي شروطها . كما هو موضح في بابه . انظر : تفسير آيات الأحكام للشيخ محمد علي السايس (١٧١/٢) . أي أن السارق إذا سرق ما يبلغ نصابا في السرقة دينارا أو عشرة دراهم من حرز مثله لأول مرة فقطعت يده اليمنى ، فإن عاد قطعت رجله اليسرى ، فإن عاد لم يقطع بل يحبس حتى يتوب . انظر : الاختيار (٣٠١/٣) .

(٦) انظر : ديوان الحماسة لأبي تمام (١٦١/٣) وقائل هذين البيتين هو الشاعر « ورد الجعدي » .

الحاكم [١] .

٢١٢٠٤ - قلنا : يبطل باللعان فإن ثبوته يفتقر إلى الشهادة ، [ألا ترى : أن الله تعالى سماها شهادة ، وهو أولى باسم الشهادة] [٢] من حضور العقد ؛ لأن هناك لا نطلق [ومع ذلك يفتقر اللعان إلى العدالة .

٢١٢٠٥ - ولأن الثبوت يفتقر إلى النطق بالشهادة] [٣] في حق الغير فافتقر إلى العدالة ، وفي مسألتنا : لا نفتقر إلى النطق فلم نفتقر إلى العدالة .

٢١٢٠٦ - ولا يلزم على معارضة الأصل اللعان ؛ لأنها شهادة في حق نفسه [٤] .

٢١٢٠٧ - أو نقول : المعنى في الثبوت أنه يفتقر إلى العدالة الباطنة ، فافتقر إلى الظاهرة ، وفي مسألتنا : شهادة لا تفتقر إلى العدالة الباطنة فلا تفتقر إلى الظاهرة [٥] .

٢١٢٠٨ - وهذه المعارضة على قول من يقول من أصحابنا : إن العدالة الباطنة شرط عند أبي حنيفة فيما بعد عصره .

٢١٢٠٩ - أو نقول : إن الثبوت نفوذ قول الإنسان على غيره فلا ينفذ إلا بقول من لا يتهم ، والفاسق يتهم بالكذب .

٢١٢١٠ - فأما الانعقاد فليس فيه معنى [يؤثر فيه] [٦] التهمة وإنما شرطت الشهادة ليخرج العقد من قبيل السر إلى حيز [٧] العلانية ، وهذا موجود فيمن كان من أهل الشهادة فإن [٨] اتهم في أقواله ، ولهذا ينعقد النكاح عندهم بشهادة العدو ، ولا يثبت

---

(١) أي : أن كل عقد افتقر في ثبوته إلى الشهادة ، افتقر كذلك إلى العدالة ، قياسا على ثبوت كل عقد أمام الحاكم . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لأن ما افتقر إلى الشهادة افتقر إلى العدالة ، كالإثبات » اهـ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٤) أي : أن الثبوت يفتقر إلى النطق فافتقر إلى العدالة ، أما الشهادة في مسألتنا لا تفتقر إلى النطق ، فلم تفتقر إلى العدالة ولا يلزم على الثبوت معارضة اللعان له لأن اللعان شهادة في حق الإنسان لا في حق غيره . انظر : الاختيار (١٣٨/٣ ، ١٣٩) .

(٥) أي : أن الثبوت يفتقر إلى العدالة الباطنة ، والتي لا تتحقق إلا بكون الشخص مسلما ، مجتنبا للكبائر ، وغير مصر على الصغائر ، متصفا بالمروءة ، بعيدا عن مواطن التهم . فافتقر إلى العدالة الظاهرة ، والتي تتحقق بكون الشاهد متصفا بالصلاح في الظاهر وعدم الطعن عليه بما ينفي شهادته . أما في مسألتنا فالشهادة لا تفتقر إلى العدالة الباطنة ، فلم تفتقر إلى الظاهرة . انظر : المبسوط (٣١/٥) .

(٦) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) ساقطة من (م) .

بشهادته [١] .

٢١٢١١ - قالوا : ما لا يثبت بشهادة العبدين لا يثبت بشهادة [الفاسقين] [٢] لثبوته عند الحاكم [٣] .

٢١٢١٢ - قلنا : قد ينعقد النكاح بشهادة من لا تثبت شهادته ، بدلالة : العبدين ، وأولاد أحد الزوجين ، ومن ظاهره / العدالة ، والمعنى في الثبوت ما قدمنا [٤] . ٢٣٨

٢١٢١٣ - قالوا : من لا يثبت النكاح بشهادته عند الإدلاء [٥] لا ينعقد بشهادته كالعبدين والصبيين والكافرين [٦] .

٢١٢١٤ - قلنا : هؤلاء لا يملكون قبول النكاح بأنفسهم فلا ينعقد بشهادتهم ، والفاسق [يملك] [٧] القبول بنفسه فينعقد النكاح بشهادته .

٢١٢١٥ - أو نقول [٨] : إن هؤلاء ليسوا من أهل الشهادة ، بدلالة : أنهم لو شهدوا فردت شهادتهم ، ثم زال المانع فشهدوا بتلك الشهادة تقبل ، والفاسق من أهل الشهادة ، بدلالة : إذا شهد فردت شهادته ثم تاب فأعادها ، لم تقبل [٩] .

---

(١) أي : أن الثبوت يفتقر إلى العدالة الظاهرة والباطنة ؛ لأن المراد به نفوذ قول الإنسان على غيره ، فلابد فيه من قول من لا يتهم ، وأما انعقاد النكاح فالشهادة شرطت فيه ليخرج العقد من حيز السر إلى حيز العلانية ، وهذا موجود فيمن كان من أهل الشهادة ، وإن اتهم في أقواله . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/٢٠٠) .

(٢) في (م) ، (ن) ، (ع) : [الكافرين] ، ولا وجه له .

(٣) أي : أن كل عقد لا يثبت بشهادة العبدين ، فلا يثبت بشهادة الفاسقين لعدم ثبوت شهادة العبدين عند الحاكم لكونهما ليسا من أهل الشهادة . انظر : الأم (٥/٢٢) .

(٤) أي : أن النكاح قد ينعقد بشهادة من لا تثبت شهادته عند الحاكم ، بدلالة ثبوته بشهادة العبدين وأولاد أحد الزوجين ، ومن ظاهر العدالة ، والمعنى في الثبوت ما قدمنا من أنه يفتقر إلى العدالة الباطنة فافتقر إلى العدالة الظاهرة . انظر : البحر الرائق (٣/٨٨) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) أي : أن الفاسق لا تقبل شهادته في النكاح ، قياسا على عدم قبول الشهادة على النكاح من العبدين والصبيين والكافرين ، بجامع أن كلا منهم ليس أهلا للإدلاء بالشهادة أمام القاضي . انظر : الأم (٥/٢٢) .

(٧) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [لا يملك] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه من كتب المذهب الحنفي ، يقول صاحب الاختيار : « وينعقد بحضور فاسقين ؛ لأن النص لا يفصل ، ولأنه يملك القبول بنفسه كالعدل » . انظر : الاختيار (٣/١٠) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) أي : أن قياس عدم قبول شهادة الفاسق في النكاح على عدم قبولها من العبدين والصبيين والكافرين ، قياس غير صحيح ؛ لأن هؤلاء ليسوا من أهل الشهادة بدليل أنهم لو شهدوا شهادة فردت هذه الشهادة ثم زال =

٢١٢١٦ - قالوا : ما اختص من بين نوعه بشهادة ، كانت العدالة من شرطها كالشهادة بالزنا [١] .

٢١٢١٧ - قلنا : النكاح لا يختص من بين نوعه بشهادة ، وإنما يختص بتحمل لا يفتقر إلى غيره ، والمعنى في الشهادة بالزنا : [أنها] [٢] تفتقر إلى عدالة الباطن والنكاح بخلاف ذلك [٣] .

٢١٢١٨ - أو نقول : إن الزنا لما اختص من بين نوعه بشهادة اعتبر في شرائطها ما اعتبر في الشهادة بالنوع ، وفي مسألتنا : اختص هذا العقد من بين سائر العقود [بتحمل الشهود فلا يعتبر فيه ما لا يحتاج إليه في صفة التحمل في سائر العقود] [٤] .

٢١٢١٩ - قالوا : التحمل يحتاج إليه للتوثيق عند الأداء ، والفاسق لا يتوثق بشهادته [٥] .

٢١٢٢٠ - قلنا : الشهادة لو اعتبرت للتوثيق عند الأداء جاز تركها كما يجوز في سائر العقود . فلما لم يجز تركها دل على أنها إنما طلبت ليصير العقد في حيز العلانية

= المانع من قبول شهادتهم كأن عتق العبدان ، وبلغ الصبيان ، وأسلم الكافران ، فشهدوا بتلك الشهادة التي ردت قبل زوال المانع تثبت شهادتهم . أما الفاسق : فهو من أهل الشهادة ، بدليل أنه لو شهد فردت شهادته ، ثم تاب من فسقه ، فأعاد هذه الشهادة ، فلم تقبل . انظر : المبسوط (٣١/٥) .

(١) أي : أن النكاح مختص من بين سائر العقود من أن الشهادة ركن من أركانه فيجب أن تكون العدالة شرطًا من شروط الشهادة فيه ، كالشهادة بالزنا . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأن ما افتقر إلى الشهادة افتقر إلى العدالة كالإثبات » .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) أي : أن النكاح لا يختص من بين سائر العقود بشهادة ، وإنما يختص بتحمل لا يفتقر إلى غيره ، أما الشهادة على الزنا فإنها تفترق عن الشهادة على النكاح لأن الشهادة بالزنا تفتقر إلى العدالة الباطنة ، والنكاح بخلاف ذلك . انظر : البحر الرائق (٨٨/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .
والمعنى أن قياس الشهادة في النكاح على الشهادة في الزنا بجامع اشتراط العدالة في كل قياس غير صحيح ، وذلك لأن الزنا اختص من بين سائر الحدود بأنه لا يثبت إلا بأربعة شهود ، فاعتبر العدالة في شروطه حفاظا على الأنساب والأغراض ودرءًا للمفاسد ؛ لأنه لو لم يشترط العدالة في شهوده لأدى ذلك إلى عموم الفوضى بين الفساق وادعى الكثير منهم بأنهم شهدوا فلانة وهي تزني ، أما في مسألتنا فيشترط في الشاهد أن يكون أهلا لتحمل الشهادة فقط ، ولا يعتبر فيه ما يشترط في التحمل في سائر العقود . انظر : المبسوط (٣١/٥) .

(٥) أي : أن تحمل الشهادة يحتاج إليه للتوثيق عند الأداء أمام الحاكم ، والفاسق لا يتوثق بشهادته ، إذن ليس هو من أهل التحمل . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ويخالف العدل ؛ لأنه يحصل به مقصود الشهادة ، وهو الأداء ، والفاسق بخلافه » اهـ .

ويفارق السر [١]

* * *

(١) أي : أن الشهادة لو اعتبرناها للتوثيق عند الأداء ، جاز تركها كما جاز تركها في عقد البيع ونحوه ، ولكنه لما لم يجز تركها في النكاح دل على أنها طلبت ليخرج العقد من حيز السر إلى حيز العلانية . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/٢٠٠) .

مسألة ١٠٤٠

شهادة الذميين على عقد نكاح المسلم بالذمية

٢١٢٢١ - قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : إذا تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز .

٢١٢٢٢ - وقال محمد : لا يجوز [(١)] ، وبه قال الشافعي [(٢)] .

٢١٢٢٣ - والكلام مع الشافعي فرع على أصلنا : أن شهادة أهل الذمة مقبولة على الكفار .

٢١٢٢٤ - فإذا ثبت هذا الأصل .

٢١٢٢٥ - قلنا : هذه الشهادة يجوز أن يثبت بها النكاح إذا جحدت المرأة ، فجاز أن ينعقد بها ، كالمسلمين .

٢١٢٢٦ - ولأن الثبوت أضعف والانعقاد أقوى ، فإذا ثبت هذا العقد بهذه الشهادة فلأن ينعقد بها أولى .

٢١٢٢٧ - ولأن الذي يجوز أن يكون وليا في هذا العقد ، جاز أن يكون شاهدا فيه ، كالمسلمات في حق المسلمين .

٢١٢٢٨ - ولأنه يملك قبوله بنفسه ، فجاز أن يكون شاهدا فيه ، كالمسلم في حق المسلم [(٣)] .

---

(١) انظر : المبسوط (٣٣/٥) ، بدائع الصنائع (٢٥٣/٢) ، حاشية ابن عابدين (٢٣/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٠٣/٣) ، البحر الرائق (٩٠/٣) ، وفيه يقول : « وصح تزويج مسلم ذمية عند ذميين » .

(٢) انظر قول الشافعي في الأم (٢٢/٥) ، المهذب (٥٢/٢) ، المجموع (٢٠٢/١٦) ، مغني المحتاج (١٤٥/٣) ، نهاية المحتاج (٢١٨/٦) ، يقول الإمام الشافعي رحمه الله في كتابه الأم : « ولو شهد النكاح من لا تجوز شهادته وإن كثروا من أحرار المسلمين ، أو شهادة عبيد مسلمين ، أو أهل ذمة ، لم يجز النكاح ، حتى ينعقد بشهادة عدلين » اهـ . وأما المالكية : فيرون أن شهادة الذميين على عقد نكاح المسلم على الذمية جائز ؛ لأن الشهادة عندهم ليست شرطًا ، بل الشرط عندهم هو الإعلان . انظر : بداية المجتهد (١٩/٢) . وأما الحنابلة : فلهم روايتان ، أصحهما : عدم قبول شهادتهما ، والأخرى : تقبل شهادتهما . انظر : المغني والشرح الكبير (٤٦٠/٧) ، الإفصاح عن معاني الصحاح (١١٦/٢) ، اختلاف العلماء للمروزي ص ١٢٤ .

(٣) أي : أن شهادة الذميين على عقد نكاح المسلم على الذمية يجوز أن يثبت بها النكاح إذا أنكرته المرأة ، فجاز انعقاد النكاح بشهادتهما قياسا على ثبوته بشهادة المسلمين ؛ لأن ثبوت النكاح أضعف ، وانعقاده أقوى ، فإذا ثبت بشهادتهما الأضعف وهو الثبوت فمن باب أولى يثبت الانعقاد ، كما أن الذمي أهل لقبول النكاح=

٢١٢٢٩ - قالوا : إنما جاز أن يكون وليا لها ؛ لأن المسلم لا ولاية له عليها ، ولابد من ولي فولي الكافر عليها [١] .

٢١٢٣٠ - قلنا : العدالة عندكم شرط في الولاية والكافر ليس بعدل عندكم ولهذا لا تقبل شهادته ، فكان يجب أن يزوجها الحاكم بولاية القضاء ، كما يلي في مالها إن لم يكن لها ولي [٢] .

٢١٢٣١ - احتجوا بقوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » [٣] .

٢١٢٣٢ - قلنا : قد بينا فيما سلف أن هذا غير ثابت عن رسول الله ﷺ ، ولو ثبت اقتضى وجود ما يسمى عدالة ، والكافر ليس بعدل من حيث الكفر وهو عدل في دينه إذا تمسك بما يعتقده وسدد في أفعاله وإذا تناوله الاسم من وجه واحد دخل تحت الخبر [٤] .

٢١٢٣٣ - قالوا : شخصان لا يعقد بهما نكاح المسلمين ، فلا ينعقد بهما نكاح مسلم وذمية ، أصله العبدان والصبيان [٥] .

٢١٢٣٤ - قلنا : المعنى في الصبيين والعبدين : أنهما لا يملكان قبول العقد ، وليس كذلك الذمي ؛ لأنه يملك قبول هذا العقد بنفسه .

٢١٢٣٥ - أو المعنى فيهما : أنهما لا يملكان الولاية وليس كذلك الذمي ؛ لأنه لا يجوز أن يكون وليًا في العقد ، فجاز أن يكون شاهدًا فيه [٦] .

= لنفسه ، فجاز أن يكون شاهدا فيه . انظر : المبسوط (٣٢/٥) - وشرح فتح القدير على الهداية (٢٠٣/٣) .

(١) أي : أن الذمية التي يعقد عليها المسلم لابد لها من ولي ، فجاز أن يكون الذمي وليا لها ، ولا يجوز أن يكون شاهدا . انظر : الأم (١٥/٥) .

(٢) أي : أن الكافر لا يصح أن يكون وليا عندكم ؛ لأن العدالة شرط في الولاية كما تقولون ، فكان الأولى أن يزوجها الحاكم بولاية القضاء . انظر : حاشية ابن عابدين (٢٣/٣) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) بينا فيما سبق أنه لم يثبت عن رسول الله ﷺ وعلى فرض ثبوته فإنه يقتضي ما يسمى عدالة ، والكافر وإن لم يكن عادلا من حيث الكفر فهو عدل في دينه إذا تمسك بما يعتقده . انظر : شرح فتح القدير (٢٠٤/٣) .

(٥) أي : أن شهادة الذميين لا ينعقد بها نكاح المسلم بالذمية ، قياسا على عدم انعقاد نكاح المسلم بالمسلمة بشهادتهما ، وبشهادة العبدين والصبيين . انظر : الأم (٢٢/٥) .

(٦) هذا قياس غير صحيح ؛ لأن العبدين والصبيين لا يملكان قبول النكاح بخلاف الذمي فإنه يملك قبول النكاح بنفسه ، أو لأن العبدين والصبيين ليسا من أهل الولاية بخلاف الذمي ، فإنه من أهل الولاية . انظر : المبسوط (٣٣/٥) .

٢١٢٣٦ - قالوا : نكاح لا ينعقد بشهادة العبدين ، فلا ينعقد بشهادة الكافرين ، أصله : نكاح المسلمين (١) .

٢١٢٣٧ - قلنا : نكاح المسلمين لا يجوز أن يكون الكافر وليا فيه ، فلم يجز أن يكون شاهدا فيه ، وفي مسألتنا بخلافه (٢) .

٢١٢٣٨ - قالوا : سماع الكافر من المسلم لا حكم له في انعقاد النكاح ووجوده وعدمه سواء ، يدل عليه : إذا حضروا نكاح المسلم ، وإذا كان سماعه كلا سماع ، فكأنهما سمعا الإيجاب ولم يسمعا القبول ، فلم ينعقد النكاح (٣) .

٢١٢٣٩ - قلنا : الزوج يملك عليها بالعقد الاستباحة ، وتَمَلُّك ذلك يقف على الشهادة ، وسماعهم في حقها صحيح ، فحصل للزوج شرط استباحته والمملوك من جهة الزوج المهر ، وتملك الأموال لا يقف على الشهادة فإذا صار سماعهم في حق المسلم كلا سماع لا يمنع ذلك من تملك ما هو من جهته ، فلذلك صح النكاح (٤) .

٢١٢٤٠ - فإن قيل : يجب إذا سمعوا كلامهما خاصة أن ينعقد النكاح .

٢١٢٤١ - قلنا : إنما يعتبر سماعهما في حقهما للعقد ، وذلك هو اجتماع الإيجاب والقبول فاعتبر اجتماع الأمرين (٥) .

٢١٢٤٢ - فإن قيل : المرأة تستبيح كما يستبيحها (٦) .

٢١٢٤٣ - قلنا : المعقود عليه من جهة الزوج المهر ، وإنما استباحتها له بالعقد تابع

---

(١) أي : نكاح المسلم بالذمية لا ينعقد بشهادة الذميين ، كما لا ينعقد بشهادتهما نكاح المسلم بالمسلمة ، قياسا على عدم قبول شهادة العبدين والكافرين ، انظر : المبسوط (٣٣/٥) .

(٢) هذا قياس غير صحيح لأن الكافر لا يجوز أن يكون وليا في نكاح المسلمين فلم يجز أن يكون شاهدا فيه ، أما نكاح المسلم بالذمية ، يجوز أن يكون وليا فيه ، فجاز انعقاده بشهادته . انظر : المبسوط (٣٣/٥) .

(٣) أي : أن سماع كلام العاقدين من الإيجاب والقبول في النكاح شهادة ، ولا شهادة للكافر على المسلم ، فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم ، وإذا كان سماعهما كلا سماع فكأنهما سمعا الإيجاب ولم يسمعا القبول ، فلم ينعقد النكاح . انظر : شرح فتح القدير (٢٠٣/٣ ، ٢٠٤) .

(٤) أي : أنه إذا صار سماعهم في حق المسلم كلا سماع ، لا يمنع ذلك من تملك الزوج الاستباحة بالعقد ؛ لأن ملك الاستباحة يتوقف على الشهادة وسماعهم في حق الشهادة صحيح . انظر : المبسوط (٣٣/٥) .

(٥) انظر : المبسوط (٣٤/٥) .

(٦) أي : أن المرأة تستبيح بالعقد كما يستبيح الزوج ، فلماذا جعلتم سماع الكافرين في حق تملك الزوج الاستباحة صحيحًا دونها ؟

لاستباحته لها ؛ لأنه لا ينفرد أحدهما عن الآخر ، فأما أن يكون استباحته معقودا عليها فلا [١] .

* * *

(١) أي : أن استباحة الزوجة للمهر تابع لاستباحة الزوج لها ؛ لأنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما عن الآخر ، أما أن يكون استباحته لها معقودا عليها فهذا غير مسلم به .

مسألة ١٠٤١

شهادة الرجل والمرأتين على عقد النكاح

٢١٢٤٤ – قال أصحابنا : ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين [١] .

٢١٢٤٥ – وقال الشافعي : لا ينعقد إلا بشهادة الرجال .

٢١٢٤٦ – ولا تقبل شهادة النساء عنده في الرجعة ، والطلاق ، والوصية ، والوكالة ، والصلح من دم العمد ، والكتابة [٢] .

٢١٢٤٧ – لنا : قوله ﷺ : « لا نكاح إلا بشهود » [٣] ، ومتى اجتمع الرجل مع النساء غلب اسم التذكر ، فقيل : هم شهود ، ولا يقال : هذا خبر لا يعرف ؛ لأن أبا حنيفة رواه [٤] .

٢١٢٤٨ – قالوا : الخبر يقتضي من ينتفي النكاح بعدمه ، والرجل والمرأتان لا ينتفي النكاح بعدمهم ؛ لأنه ينعقد بحضور شاهدين [٥] .

٢١٢٤٩ – قلنا : الخبر لا يقتضي الرجل والمرأتين خاصة ، بل يدل على الرجال ، والرجل والنساء ، ومتى عدم الجميع انتفي العقد .

٢١٢٥٠ – ولأنها شهادة يثبت بها الدم ، فجاز أن ينعقد بها النكاح ، كشهادة

---

(١) انظر : المبسوط (٣٢/٥) ، بدائع الصنائع (٢٥٥/٢) ، شرح فتح القدير (٢٠١/٣) ، حاشية ابن عابدين (٢٤/٣) ، البحر الرائق (٨٧/٣) ، يقول الإمام السرخسي في كتابه المبسوط : « ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين عندنا » .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في الأم (٢٢/٥) ، المهذب (٥٢/٢) ، المجموع (١٩٩/١٦) ، مغني المحتاج (١٤٤/٣) ، نهاية المحتاج (٢١٧/٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٢٧٦/٨) . يقول الإمام الشيرازي في كتاب المهذب : « ولا يصح إلا بشاهدين ذكرين فإن عقد برجل وامرأتين لم يصح » اهـ . وأما المالكية : فيرون عدم قبول شهادة النساء على عقد النكاح ، يقول ابن رشد رحمه الله : « ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن » . انظر : بداية المجتهد (٥٣٧/٢) . وأما الحنابلة : فلهم روايتان ، الأولى : وهي المشهورة في المذهب عدم جواز شهادة النساء مع الرجال على عقد النكاح . والثانية : يجوز ذلك . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٤١/٧) ، الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة الحنبلي (١١٦/٢) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) أي : أن الشهود عام يدخل فيه الرجال والنساء من باب التغليب . انظر : المبسوط (٣٠/٥) .

(٥) أي : أن قوله ﷺ : « لا نكاح إلا بشهود » يقتضي من ينتفي النكاح بعدمه ، والرجل والمرأتان لا ينتفي النكاح بعدمهم لأنه ينعقد بحضور شاهدين . انظر : المهذب (٥٢/٢) .

الرجلين .

٢١٢٥١ - [ولأن ما جاز إثباته بالشهادة على الشهادة جاز إثباته بشهادة الرجل والنساء] [١] كالأموال .

٢١٢٥٢ - ولأن شهادة النساء قائمة مقام شهادة الرجال فهم كشهود الفرع [٢] .

٢١٢٥٣ - فإن قيل : شهادة [شهود الفرع كاملة ، وشهادة النساء بينة ضعيفة فلا مدخل لها في النكاح] [٣] .

٢١٢٥٤ - [قلنا : شهادة شهود] [٤] الفرع ليست بقوية ، ولهذا لا يجوز لشاهد الفرع إذا ولي القضاء أن يحكم بما شهد به ، ويجوز لشاهد الأصل أن يحكم بما شهد به .

٢١٢٥٥ - ولأنه معنى لا يسقط بالشبهة ، فاستوت فيه شهادة النساء والرجال كالمال .

٢١٢٥٦ - ومعنى قولنا : « إنه لا يسقط بالشبهة » أن القاضي لا يلقن المقر الرجوع ، وإذا رجع الشهود وحدوا بعد الحكم لم يسقط [٥] .

٢١٢٥٧ - قالوا : الأموال يثبت إتلافها بالشهادة من النساء فكذلك إثباتها ، والبضع

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) أي : أن شهادة الرجل والمرأتين شهادة يثبت بها الدم في القتل العمد وغيره ، فجاز أن ينعقد بها النكاح قياسا على شهادة الرجلين ، ولأن شهادة النساء تقوم مقام شهادة الرجال فشهادتهن كشهود الفرع . انظر : الاختيار (١٩٥/٢) .

والمراد بشهود الفرع (الشهادة على الشهادة) وهي جائزة من حيث المبدأ بالإجماع ؛ لأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك فقد تتعذر شهادة الشاهد الأصلي لموت أو مرض أو غيبة ، فالشهادة على الشهادة حينئذ تكون هي الوسيلة الوحيدة لإثبات الحقوق عند عدم غيرها ، ولأنه إذا لم تقبل الشهادة الفرعية في مثل هذه الحالات لتعذر الإثبات ، والإثبات لازم عند التنازع على الحقوق يمكن الحكم باستقرارها ، وإسنادها إلى أصحابها الحقيقيين . انظر : المهذب (٣٣٧/٢) ، المغني (٢٠٦/٩) ، مجمع الأنهر (٢١١/٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

والمعنى : أن شهادة النساء ناقصة فلا يثبت بها النكاح ، بخلاف شهود الفرع فشهادتهم كاملة . انظر : مغني المحتاج (٤٥٣/٤) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) أي : أن شهادة شهود الفرع ليست كاملة كما زعم المخالف ، بدلالة أن شاهد الفرع إذا تولي القضاء لم يجز له أن يحكم بما شهد به ، بخلاف شاهد الأصل ، ولأن النكاح لا يسقط بالشبهة فاستوت فيه شهادة النساء والرجال ، قياسا على الأموال . انظر : مجمع الأنهر (٢١٢/٢) .

لا يثبت إتلافه بشهادة النساء [كذلك إثباته [١] .

٢١٢٥٨ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن إتلاف البضع إذا وجب المال يثبت بشهادة النساء] [٢] كالوطء بشبهة ، وإذا أوجب الحد لم يثبت بشهادتهم [كما أن إتلاف المال إذا أوجب الحد لم يثبت بشهادتين] [٣] ، وإن أوجب الغرم ثبت بشهادتهن لأنه نوع عقد فجاز إثباته بشهادة الرجال والنساء كسائر العقود .

٢١٢٥٩ - ولأنه عقد يثبت بدله بشهادة الرجال والنساء فيثبت نفس العقد بشهادتهم كالبيع ؛ ولأنها شهادة يثبت بها آجال الديون ، فثبت بها النكاح ، كشهادة الرجال [٤] .

٢١٢٦٠ - فإن قيل : المعنى في الشهادة من الرجال [٥] أنها تقبل في القصاص والحدود ، وشهادة النساء بخلاف ذلك [٦] .

٢١٢٦١ - قلنا : لأن الحدود والقصاص تؤثر الشبهة فيها ، وفي شهادة النساء شبهة ، والنكاح لا تؤثر الشبهة فيه فهو كالأموال [٧] .

٢١٢٦٢ - فإن قيل : النكاح مفارق لغيره من العقود ، بدلالة : أنه لا يثبت بالنكول [٨]

---

(١) أي : أن قياس النكاح على الأموال بجامع أن كلا يثبت بشهادة الرجال مع النساء قياس غير صحيح ؛ لأن الأموال يثبت إتلافها بشهادة النساء ، فكذلك إثباتها ، أما البضع فلا يثبت إتلافه بشهادة النساء ، فكذلك إثباته لا يثبت بشهادتهن . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه « والقصد ههنا البضع » .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ن) ، (ع) وأثبتناه من (ص) .

(٤) أي : أن النكاح عقد كسائر العقود ، فيثبت بشهادة الرجال مع النساء ، كما أن بدله وهو (المهر) يثبت بشهادة الرجال مع النساء ، فيثبت نفس العقد بشهادتهم ، قياسا على البيع ، كما أن آجال الديون تثبت بشهادة الرجال مع النساء ، فكذلك يثبت بها النكاح ، كشهادة الرجال . انظر : المبسوط (٣٣/٥) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) أي : أن النكاح لا ينعقد بشهادة الرجال مع النساء ، قياسا على الحدود والقصاص . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « والبضع لا يقضى فيه بالنكول ، ولا يدخله البدل ، فالتحق بالحدود والقصاص » .

(٧) أي أنه قياس غير صحيح ؛ لأن الحدود والقصاص تؤثر فيها الشبهة وشهادة النساء شبهة ، أما النكاح فلا تؤثر فيه الشبهة ، فثبت بشهادة النساء مع الرجال ، كالأموال . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣٧٢/٧) .

(٨) النكول : هو امتناع الخصم الذي وجهت إليه اليمين عن حلفها الواجب عليه شرعا دون أن يردها على خصمه في الأحوال التي يجوز فيها الرد . انظر : نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي ص ١٢١ ، د .نصر فريد واصل ط دار النهضة العربية .

عندكم ولا بالشاهد واليمين عندنا ، وكذلك يفارقها في شهادة النساء [١] .

٢١٢٦٣ - قلنا : إنما افترقنا في النكول ؛ لأنه في معنى البدل ، والأبضاع لا تستباح بالبدل ، والمملوك بالعقد يستباح بالبدل فكذلك يثبت بالنكول [٢] .

٢١٢٦٤ - فإن قيل : المعنى في الأموال أنها تستباح بالإباحة فلذلك تثبت بشهادة الرجال والنساء ، والأبضاع لا تستباح بالإباحة [فلم تثبت بشهادة النساء عندنا .

٢١٢٦٥ - قلنا : بضع الأمة لا يستباح بالإباحة] [٣] ويجوز أن يثبت ملكه بشهادة النساء ، والوكالة ، والوصية تستباح بالإباحة ولا تثبت بشهادة النساء عندهم [٤] .

٢١٢٦٦ - احتجوا بقوله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » [٥]

٢١٢٦٧ - قلنا : قد بينا أن هذا لايصح [عن رسول الله ﷺ فالاحتجاج به لا يصح] [٦] .

٢١٢٦٨ - ولأن ظاهره يقتضي انعقاد النكاح بشهادة رجل وامرأة لأنهما يسميان شاهدين ، فدل الخبر على أن للنساء في النكاح مدخلا ، أو نحمله على نفي الفضيلة ؛ لأنه لا يستحب للنساء حضور العقود التي يحضرها الرجال في الغالب [٧] .

٢١٢٦٩ - قالوا : النكاح ليس المقصود منه المال ، فلا يثبت بشهادة النساء على الانفراد ، فوجب [ألا يثبت] [٨] بشهادة رجل وامرأتين ، أصله : القصاص [٩] .

---

(١) أي : أن شهادة النساء بينة ضعيفة فلا يثبت بها النكاح ، كما لا يثبت بالشاهد واليمين عندنا ، وكما لا يثبت بالنكول عند الأحناف . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « وهذه بينة ضعيفة ، لا يثبت بها الحدود والقصاص ، فهي كالشاهد واليمين » .

(٢) أي : أن النكاح يفترق عن سائر العقود في النكول ؛ لأن النكول في معنى البدل والأبضاع لا تستباح بالبدل، والمعقود عليه في البيع مثلا يستباح بالعقد فلذلك يثبت بالنكول . انظر : المبسوط (٣٣/٥) .

(٣) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن قول المخالف : الأبضاع لا تستباح بالإباحة ، فلا تثبت بشهادة النساء قول غير مسلم به لأن بضع الأمة بالإباحة ، ويجوز إثبات ملكه بشهادة النساء ، كما أن الوكالة والوصية تستباح بالإباحة ، ولا تقبل فيها شهادة النساء عندهم . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣٧٢/٧ ، ٣٧٣) .

(٥) سبق تخريجه . (٦) ساقط من (م) .

(٧) أي : أن ظاهر الحديث يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال في انعقاد النكاح ، أو يحمل على نفي الفضيلة ؛ لأن النساء يكره لهن حضور العقود التي يحضرها الرجال في الغالب . انظر : المبسوط (٣٢/٥) .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [أن يثبت] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه من كتب المذهب الشافعي .

(٩) أي : أن النكاح لا يقصد منه المال ، بل المقصود منه حل الاستمتاع ، فلا يثبت بشهادة النساء منفردات ، فكذلك لا يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، قياسا على عدم قبول شهادتين في القصاص . انظر : النكت=

٢١٢٧٠ - قلنا : إذا كان مالا يقصد بالمال وهو الرضاع والولادة ، يثبت بشهادة النساء منفردات ، فثبوت النكاح الذي ليس فيه معنى المال ، بشهادة الرجال والنساء أولى .

٢١٢٧١ - والمعنى في القصاص : أنه يسقط بالشبهة ، وفي شهادة النساء شبهة ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ﴾ [١] ، والنكاح لا يسقط بالشبهة فلذلك بشهادتين [٢] .

٢١٢٧٢ - فإن قيل : فافتراقهما من هذا الوجه لم يمنع أن يتساويا في امتناع الحكم بالنكول وعرض اليمين [٣] .

٢٣٨/ب ٢١٢٧٣ - قلنا : القصاص عندنا يستحلف فيه ، ويستوفي فيما دون النفس / فلم يسلم لهم هذه [٤] التسوية .

٢١٢٧٤ - ثم ليس إذا استوى النكاح والقصاص في امتناع القضاء بالنكول ما وجب تساويهما فيما بيناه من الشهادة [٥] .

٢١٢٧٥ - ألا ترى أن الزنا [٦] ، وسائر الحدود تتساوى في أن شهادة النساء لا تقبل فيها ولا تثبت بالشاهد واليمين ، ثم اختلف حكمها في ثبوتها ، فثبت الزنا بشهادة أربعة وسائر الحدود تثبت بشهادة شاهدين [٧] .

= للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأن ما لا يقصد منه المال واطلع عليه الرجال لم يثبت بشاهد وامرأتين ، كالحدود والقصاص » اهـ .

(١) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

(٢) أي : أن قياس النكاح على القصاص في عدم قبول شهادة النساء في كل قياس غير صحيح ؛ لأن القصاص تؤثر فيه الشبهة ، فلا يثبت بشهادة النساء بخلاف النكاح فلا يسقط بالشبهة . انظر : المبسوط (٣٢/٥) .

(٣) أي : أن افتراق النكاح والقصاص من حيث تأثر القصاص بالشبهة وعدم تأثر النكاح بها ، لا يمنع أن يتساويا في امتناع الحكم بالنكول وعرض اليمين .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) أي : أن تساوي النكاح والقصاص في امتناع الحكم بالنكول وعرض اليمين غير مسلم به ؛ لأن القصاص عندنا يستحلف فيه ، ويستوفي فيما دون النفس ، ثم تساويهما في امتناع القضاء بالنكول لا يمنع تساويهما في قبول شهادة النساء مع الرجال فيهما . انظر : المبسوط (٣٣/٥) .

(٦) الحد في اللغة : المنع ، وشرعا : عقوبة مقدرة وجبت حقًّا لله تعالى والزنا : وطء الرجل المرأة في القبل في غير ملك وشبهة . وحد الزاني المحصن : الرجم حتى الموت ، وغير المحصن الجلد مائة جلدة وتغريب عام . انظر : الاختيار (٢٦١/٣ : ٢٨٠) .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

=

٢١٢٧٦ - [قالوا : مالا يستباح بالإباحة لا يثبت بشهادة النساء ، كالحدود] [١] .

٢١٢٧٧ - قلنا : بضع الأمة لا يستباح بالإباحة ، ويثبت تملكه في البيع والهبة بشهادة النساء كما أن بضع الحرة لا يستباح إلا بتقديم سبب يقتضي الإباحة ، وذلك السبب يجوز أن يثبت بشهادة النساء [٢] .

* * *

= والمعنى : أن حد الزنا يفترق عن سائر الحدود ، حيث يثبت بأربعة شهود بخلاف سائر الحدود تثبت بشاهدين فقط . انظر : الاختيار (٢٦٢/٣ ، ٢٨٠ ، ٢٨٦) .

(١) ساقط من (ن) ، (ع) . والمعنى : أن عقد النكاح لا يستباح بالإباحة ، فلا يثبت بشهادة النساء ، قياسا على عدم قبول شهادتين في الحدود . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٣٥/٣) .

(٢) انظر : المبسوط (٣٣/٥) ، البحر الرائق (٨٧/٣) .

مسألة ١٠٤٢

تزويج من زالت بكارتها بغير نكاح

٢١٢٧٨ – قال أبو حنيفة : إذا زالت البكارة بالوثبة ، والحيضة ، وطول التعنيس ، أو بالزنا زوجت كما زوجت الأبكار .

٢١٢٧٩ – وقال أبو يوسف ومحمد : إن زالت بالزنا زوجت كما تزوج الثيب ، وإن زالت بغير وطء . فكما قال أبو حنيفة [١] .

٢١٢٨٠ – وقال الشافعي : إذا زنت زوجت كما تزوج التي وطئت بنكاح[٢] . واختلف أصحابه في زوال البكارة بغير وطء ، فقال ابن أبي هريرة [٣] : هو[٤] كالوطء .

٢١٢٨١ – وقال المروزي [٥] مثل قولنا [٦] .

---

(١) وانظر قول الأحناف في : المبسوط (٢٧/٥) ، بدائع الصنائع (٢٤٢/٢) ، مجمع الأنهر (٣٣٤/١) ، حاشية ابن عابدين (٦٣/٣) ، شرح فتح القدير (٢٧٠/٣) ، البحر الرائق (١١٦/٣) . والمراد بالوثبة : الوثوب من فوق ، والتعنيس يقال : عنست الجارية وعنست عنوسا ، أي أنها جاوزت وقت التزويج ولم تتزوج . البحر الرائق (١١٦/٣) .

(٢) انظر قول الشافعي في : الأم (١٨/٥) ، المهذب (٤٨/٢) ، المجموع (١٧٠/١٦) ، مغني المحتاج (١٤٩/٣) ، نهاية المحتاج (٢٣٠/٦) ، شرح روض الطالب المسمى أسنى المطالب (١٢٧/٣) ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٤٠/٣) ، وفيه يقول : « أما من خلقت بلا بكارة أو زالت بكارتها بغير ما ذكر كسقطة فهي في ذلك كالبكر لأنها لم تمارس الرجال بالوطء في محل البكارة وهي على غباوتها وحيائها » اهـ .

(٣) هو الحسن بن الحسين البغدادي ، أبو علي أحد الأئمة الأعلام في الفقه الشافعي ، توفي رحمه الله سنة ٣٤٥هـ . انظر : ترجمته في : طبقات تقي الدين بن قاضي ص ٩٩ – والأعلام (٢٠٢/٢) .

(٤) ساقطة من (ص) ، (م) .

(٥) هو إبراهيم بن أحمد المروزي ، كان إماما جليلا ، انتهت إليه رئاسة العلم ببغداد ، ثم انتقل في آخر حياته إلى مصر ، وجلس في مجلس الشافعي ، وتوفي سنة ٢٤٠هـ . انظر : طبقات العبادي ص ٦٨ ، طبقات الشافعية للإسنوي (١٩٧/٢) .

(٦) انظر قولهما في المهذب (٤٨/٢) . وأما المالكية فيقولون : إنها إن زالت بكارتها بزنا مشهور ، زوجت كما تزوج الأبكار ، وإن زالت بكارتها بغير ذلك زوجت كما تزوج الثيب . انظر : بداية المجتهد (٧/٢) ، الإشراف على مسائل الخلاف (٩٣/٢) . وأما الحنابلة : فيرون أنها إن زالت بكارتها بزنا مشهور زوجت تزويج الثيب كما هو مذهب الشافعي ، أما إن زالت بكارتها بغير جماع فحكمها حكم الأبكار . انظر :=

٢١٢٨٢ - والكلام يبتدأ في زوال البكارة بغير جماع .

٢١٢٨٣ - والدليل عليه قوله ﷺ : « البكر تستأمر في نفسها » ، فقيل : إنها تستحي ، فقال : « إذنها صماتها وسكوتها إقرارها » [١] .

٢١٢٨٤ - فالاستدلال بالخبر من وجهين :

٢١٢٨٥ - أحدهما : أن زوال العذرة [٢] بغير وطء لا يسلبها اسم البكر ، إذ البكر اسم لمن إذا وطئت كان الواطئ أول من [٣] طرقها .

٢١٢٨٦ - ولهذا يقال لأول ولد يولد للرجل : بكر ، وأول النهار : بكرة ؛ لأنه أول ساعات النهار .

٢١٢٨٧ - ويقال لأول ما يدرك من الثمار باكورة : ومعلوم أن ذهاب الجلدة التي على العذرة لا يمنع أن يكون أول من أتاها أول مصيب لها وكانت بكرا ولهذا وصف الله تعالى الأبكار في الجنة فقال : ﴿ لَمْ يَطْمِثْهُنَّ إِنسٌ قَبْلَهُمْ وَلَا جَآنٌّ ﴾ [٤] ولم يصفهن ببقاء العذرة [٥] .

٢١٢٨٨ - فإن قيل : لو ابتاع جارية على أنها بكر فوجد عذرتها قد زالت بالحيض كان له ردها [٦] .

٢١٢٨٩ - قلنا : لأنه قد ابتاعها بصفة تكون معها علامة ، فدل على فقد الوطء وهي العذرة ، فإن لم تكن احتملت المنازعة في ذلك زوال البكارة بالوطء وغيره ، فردها لفقد العلامة ، حتى قال بعض أصحابنا : إن اعترف المشتري أن البكارة زالت بغير الوطء لم يردها [٧] .

= المغني والشرح الكبير (٣٨٨/٨) .

(١) سبق تخريجه .

(٢) العذرة : بضم العين وسكون الذال وفتح الراء : هي الجلدة التي على المحل . انظر : المصباح المنير مادة (عذر) ، البحر الرائق (١١٦/٣) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) سورة الرحمن : الآية ٥٦ ، ٧٤ .

(٥) أي : أن زوال (العذرة) أي الجلدة التي على المحل بغير وطء لا يسلب البكر اسم البكارة ، لأن البكر اسم لمن إذا وطئت كان مصيبها أول مصيب . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٧٠/٣) .

(٦) أي : أنه لو باع رجل جارية بشرط أنها بكر ، فوجدها المشتري زائلة البكارة بدون وطء ، كان له ردها ، فدل على أنها ليست ببكر بعد ما أصابها الذي أصابها من زوال البكارة بغير وطء . انظر : المبسوط (٨/٥) .

(٧) انظر : شرح فتح القدير (٢٧١/٣) .

٢١٢٩٠ - وجواب آخر : وهو أنه إذا اشتراها بكرًا فقد شرط العذرة في العادة ، وهو يردها لفقد ذلك الجزء لا لزوال البكارة (١) .

٢١٢٩١ - الوجه الثاني من الاستدلال قولهم : إنها تستحي . فقال : « سكوتها إقرارها » فجعل العلة في ذلك وجود الحياء وهذا موجود فيمن زالت عذرتها بالحيض فإن الحياء لا يرتفع عنها كما لا يرتفع عن العذراء لا يرتفع عنها ، والحكم يتعلق بالعلة التي وجدت (٢) .

٢١٢٩٢ - فإن قيل : البكر إذا عجزت وتزوجت عدة أزواج كلهم مات عنها ، فإذنها سكوتها وإن كانت لا تستحي في العادة ، إذا خاصمت في مهرها مرة بعد أخرى (٣) .

٢١٢٩٣ - قلنا : قد أجرى اللّٰه العادة [ببقية الحياء ما دامت البكارة ، كما أجرى اللّٰه تعالى العادة] (٤) بإكمال العقل عند البلوغ .

٢١٢٩٤ - وقد يتأخر البلوغ فيوجد العقل لكنه في العادة لا يكمل قبله ، كذلك [قد ينقص الحياء] (٥) لعلو السن ، إلا أنه لا يفقد لزوال البكارة فسقط هذا .

٢١٢٩٥ - وأما إذا زالت العذرة بالزنا ، فالدليل على أن الحياء موجود متى استأذنها الولي لأنه يتصور أنه يزوجها ليعفها ، والحكم يتعلق بالعلة (٦) .

٢١٢٩٦ - فإن قيل : الزانية لا تستحي في العادة لأنها تتقبح .

٢١٢٩٧ - قلنا : لا يكون ذلك مع أبيها الذي يستأذنها ، وإنما يكون مع الأجانب لا

---

(١) انظر : حاشية سعد أفندي على شرح فتح القدير (٣/٢٧٠) .

(٢) أي : أن العلة في سكوت البكر إنما هي (الحياء) وهو موجود فيمن زالت بكارتها بغير وطء . انظر : المبسوط (٥/٧) .

(٣) أي : أن جعل علة سكوت من زالت بكارتها بغير وطء هي « الحياء » قول غير مسلم به ؛ لأن البكر إذا تزوجت عدة أزواج ولم يدخل بها واحد منهم وكلهم ماتوا عنها واحدا بعد الآخر ، فإنها لا تستحي عادة لأنها تخاصم في مهرها مرة بعد أخرى . انظر : نهاية المحتاج (٦/٢٣٠) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) أي : أن البكر الكبيرة التي تزوجت عدة أزواج كلهم ماتوا عنها لا يزول حياؤها كاملًا ، بل قد ينتقص الحياء لعامل السن ، ومن زالت عذرتها بالزنا ربما تستحي بدليل أن الولي يستأذنها في الزواج ليعفها ، والحكم يتعلق بالعلة . انظر : المبسوط (٥/٧) .

سيما إذا فرضنا الكلام فيمن ندر ذلك منها ولم يتكرر .

٢١٢٩٨ - ولأن بكارتها زالت بفعل في غير ملك لا يوجب مهرًا ولا عدة فصار كزوالها بالوثبة والحيضة (١) .

٢١٢٩٩ - قالوا : لا تأثير لهذا الوصف لأن مجنونًا لو أكرهها على الزنا وجب لها المهر ، ومع ذلك تزوج كما تزوج البكر (٢) .

٢١٣٠٠ - قلنا : لا رواية في هذه المسألة ، ومن أصحابنا من قال : تعليل المسألة أن تكون في حكم الثيب (٣) .

٢١٣٠١ - ولأن بكارتها بمعنى غير مستحق ولا جعل في حكم المستحق فهو كزوالها بالوثبة .

٢١٣٠٢ - ولأنه معنى سببها لا يتعلق به مهر ولا عدة كالجراحة (٤) .

٢١٣٠٣ - احتجوا بقوله ﷺ : « البكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها والثيب تعرب عن نفسها » (٥) .

٢١٣٠٤ - قالوا : وهذه ثيب (٦) .

٢١٣٠٥ - قلنا : الزنا لا يزيل اسم البكارة عنها ، بدلالة قوله ﷺ : « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » (٧) فسمى ﷺ من كان حدها الجلد بكرًا ، فدل على أن الزنا

(١) أي : أن الزانية تستحي ولكن مع أبيها ، أما مع الأجانب فإنها لا تستحي ولاسيما من ندر ذلك منها ولم يتكرر ، ولأن بكارة الزانية قد زالت في غير ملك كما أن وطأها لا يوجب مهرًا ولا عدة ، فزال كزوالها بوثبة أو حيضة . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٧٢/٣) .

(٢) أي : أن عدم وجوب المهر لمن زالت بكارتها بالزنا غير مسلم به ؛ لأنه لو أجبرها مجنون على الوطء وجب لها المهر ، ومع ذلك تزوج كما تزوج الأبكار . انظر : مغني المحتاج (١٤٩/٣) .

(٣) انظر : المبسوط (٧/٥) ، البحر الرائق (١١٦/٣) .

(٤) أي : أن من أجبرها مجنون على الزنا قد زالت بكارتها بمعنى غير مستحق ولا في حكم المستحق ، فزوالها كالوثبة ، ولأن إجبار المجنون لها على الزنا سبب لا يتعلق به مهر ولا عدة ، قياسًا على الجراحة . انظر : المبسوط (٨/٥) .

(٥) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت صحيح مسلم بشرح النووي (٢٠٥/٩) .

(٦) أي : من زالت بكارتها بالزنا ثيب ، وليست بكرًا لزوال بكارتها . انظر : أسنى المطالب شرح روض الطالب (١٢٧/٣) .

(٧) أخرجه مسلم ، كتاب الحدود ، باب حد الزنا - وأبو داود ، كتاب الحدود ، باب في الرجم - والشافعي =

لا يزيل اسم البكارة .

٢١٣٠٦ - ولا يقال : إنه سماها بكرًا قبل أن تزني ؛ لأنها بالزنا الثاني تجلد ، فدل على أن الاسم لم يزل [١] .

٢١٣٠٧ - وجواب ثان : أن النبي ﷺ علق الحكم بمعنى وهو الحياء .

٢١٣٠٨ - والاسم المذكور وهو البكارة ، والثيوبة هو الاسم المعلل ، فوجب اعتبار المعنى دون اسم محل المعنى [٢] ، كقوله ﷺ : « الْبُرُّ بِالْبُرِّ مثلًا بمثل كيلًا بكيل » [٣] .

٢١٣٠٩ - لأن المعنى الكيل ، والبر هو المعلل ، فثبت الربا [٤] في غير البر لوجود المعنى فيه ، ويوجد البر ولا يجرى التحريم فيه إذا كانت بحيث لا تكال كالخبز .

٢١٣١٠ - فدل على بطلان الاسم مع وجود المعنى الذي تعلق به الحكم [٥] .

٢١٣١١ - قالوا : وطئت في قبلها ، فوجب أن يكون إذنها النطق مع القدرة عليه ، كما لو وطئت بنكاح ، أو ملك يمين ، أو نكاح فاسد ، أو شبهة [٦] .

= في مسنده ، كتاب الحدود ، باب في الزنا (٧٧/٢) .

(١) أي : أن النبي ﷺ في قوله : « البكر تستأمر في نفسها » إلخ الذي سبق تخريجه علق الحكم وهو الاستئمار على علة وهي الحياء والاسم البكارة ، أما الثيوبة فهي الاسم المعلل ، فوجب اعتبار المعنى وهو زوال البكارة دون اسم محل المعنى ، وهو الثيوبة ، فمن زالت بكارتها بالوطء تزوج كما تزوج الأبكار .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (٢٧١/٣) .

(٣) أخرجه مسلم ، كتاب المساقاة ، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا - والدارمي في سننه ، كتاب البيوع ، باب النهي عن الصرف .

(٤) الربا لغة : الزيادة ، وفي الاصطلاح : هو الفضل الخالى عن العوض المشروط في البيع . انظر : شرح العناية على الهداية (٣/٧) .

(٥) المعنى : أن علة الربا هي المكيل في المكيال والوزن في الموزون ، يقول سعد أفندي في حاشيته « فلو بقيت قليلة أو موزونة لوجب مثلها ، فإن المكيلات والموزونات كلها من ذوات الأمثال دون القيم » اهـ . انظر : حاشية سعد أفندي مع شرح فتح القدير (١٠/٧) . ويقول الزيلعي : « والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لا غير ، فعلم أن مالا يكال ولا يوزن لا يكون من الأموال الربوية » اهـ . انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٨٧/٤) ط دار المعرفة .

(٦) أي : أنَّ من زالت بكارتها بالزنا ، موطوءة في قبلها ، فإذنها النطق ، قياسًا على الموطوءة بنكاح صحيح أو ملك يمين ، أو نكاح فاسد أو شبهة . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « ولأنها موطوءة في القبل ، فلم يكن إذنها الصمت ، كالموطوءة بشبهة » اهـ .

٢١٣١٢ - قلنا : الوطء في هذه المواضع لا يضرها معه وقوف [1] العقد على نطقها .

٢١٣١٣ - ألا ترى أن النسب لم يندب إلى سيرة فلذلك اعتبر النطق ، والزانية لو وقف نكاحها على نطقها أضر ذلك بها ؛ لأنه يعلم بذلك أنها زنت . وقد ندب الولي إلى سترها فلا يجوز أن يضر بها بالتماس نطقها [2] .

٢١٣١٤ - أو نقول : الوطء في النكاح والشبهة تعلق به مهر وعدة [والزنا وطء في غير ملك فلم يتعلق به مهر ولا عدة] [3] والمعنى في الوطء بملك اليمين أنه وطء في ملك ، وفي مسألتنا في غير ملك ولا ما جرى مجرى الملك [4] .

٢١٣١٥ - فإن قيل : قال محمد [5] في الجامع [6] إذا أوصى لأبكار بني فلان . لم تستحق المزنى بها الوصية [7] .

٢١٣١٦ - قلنا : قال أبو الحسن [8] : هذا الجواب على قول أبي يوسف ومحمد خاصة على أن الاستحقاق في الوصية يستحق بالاسم ، وفي مسألتنا يتعلق الحكم بالمعنى المستنبط من الاسم فلذلك استويا [9] .

* * *

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [وفرق] ، ولا وجه له .

(٢) أي : أن من زالت بكارتها بالزنا ، لو وقف نكاحها على نطقها ، كان ذلك حرزًا عليها ؛ لأن من أراد نكاحها يعلم بوقوف النكاح على نطقها ، أنها قد زنت والولي مندوب إلى سترها ، فلا يجوز له أن يضر بها بالتماس نطقها . انظر : المبسوط (٥/٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن قياس من زالت بكارتها بالزنا على من وطئت بشبهة أو نكاح فاسد قياس غير صحيح ؛ لأن الموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد وطؤها يوجب مهرًا وعدة بخلاف الزنا ، فإنه لا يوجب مهرًا ولا عدة ، كما أن القياس على الموطوءة بملك اليمين قياس غير صحيح ؛ لأن الموطوءة بملك اليمين موطوءة في ملك ، بخلاف المزني بها فإنها وطئت في غير ملك . انظر : شرح فتح القدير (٣/٢٧٠) .

(٥) هو الإمام الجليل محمد بن الحسن الشيباني ، ولقد سبقت ترجمته .

(٦) الجامع الكبير كتاب صنعه الإمام محمد بن الحسن الشيباني ، وهذا الكتاب عنيت بطبعة لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر اباد بالهند .

(٧) انظر : الجامع الكبير ، باب الوصية لبني فلان ص ٢٨٨ .

(٨) هو عبد الله بن الحسين بن دلال ، أبو الحسن الكرخي الحنفي ، نسبة إلى الكرخ ، جانب من جانبي بغداد ، وتوفي سنة ٣٤٧هـ . انظر ترجمته في : الفوائد البهية ص ١٠٨ ، وتاج التراجم ص ٦ ، ١٥ .

(٩) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/٢٧٢) .

مسألة ١٠٤٣

تزويج الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب

٢١٣١٧ - قال أصحابنا : إذا اجتمع في المجنونة أخوان أحدهما لأب وأم والآخر لأب فالأخ لأب وأم أولى بتزويجها (١) .

٢١٣١٨ - وهو قول الشافعي في (٢) الجديد .

٢١٣١٩ - وقال في القديم : هما في الولاية سواء ، ويحل العقد عليها (٣) والصلاة عليها إذا ماتت (٤) .

٢١٣٢٠ - لنا : أن أحدهما لا تعصيب له مع الآخر كالأخ وابن الأخ ولأن أحدهما ينسب إلى الأبوين والآخر إلى أحدهما فصار كالأخ لأب وأم والأخ لأم ؛ ولأنه معنى يتعلق بالتعصيب والأخ للأب (٥) والأم فيه أولى من الأخ للأب كالإرث والولاء (٦) .

٢١٣٢١ - قالوا : اعتبار الولاية بالإرث لا يصح لأن الإرث يثبت للصغير والمجنون ولا ولاية لهما (٧) .

---

(١) انظر : المبسوط (٢١٩/٤) ، بدائع الصنائع (٢٥٠/٢) ، حاشية ابن عابدين (٧٦/٣) ، شرح فتح القدير (٢٧٧/٣) ، البحر الرائق (١١٩/٣) .

(٢) ساقطة من (م) . (٣) ساقطة من (م) .

(٤) انظر : الأم (١٣/٥) ، المهذب (٤٦/٢) ، المجموع (١٥٥/١٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للقفال الشاشي (٣٢٨/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٤٤/٤) . وأما المالكية والحنابلة : فإنهم يوافقون الأحناف والشافعية في الجديد في ثبوت الولاية للأخ الشقيق عند اجتماعه مع الأخ لأب . انظر : بداية المجتهد (١٤/٢) ، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (٩/٢ ، ٥) المغني والشرح الكبير (٣٤٨/٧) ، الإفصاح عن معاني الصحاح (١١٩/٢) ، المقنع (٢٠/٣) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) الولاء : هو ميراث يستحقه المرء بسبب عتق شخص في ملكه ، أو سبب عقد الولاة انظر : التعريفات للجرجاني ص ٢٢٨ .

والمعنى أنه إذا اجتمع الأخ الشقيق مع الأخ لأب قدم الشقيق في ولاية النكاح على الأخ لأب قياسًا على تقديمه في الميراث والولاء . انظر : شرح فتح القدير (٢٧٧/٣) .

(٧) أي : أن قياس الولاية في النكاح للأخ الشقيق دون الأخ لأب قياسًا على تقديمه في الميراث ، قياس غير صحيح ، وذلك لأن الميراث يثبت للصغير والمجنون ولا ولاية لهما في النكاح . انظر : مغني المحتاج (١٥١/٣) .

٢١٣٢٢ - قلنا : الولاية معتبرة بالإرث إلا أنا نعتبر في الوارث صفة ، كما أنها تتعلق بالأبوة وتعتبر فيها صفات مخصوصة (١) .

٢١٣٢٣ - احتجوا بأنهما استويا في قرابة الأب ولكل واحد منهما ولاية في النكاح إذا انفرد فوجب أن يستويا فيها ، أصله إذا كان من أب وأم (٢) .

٢١٣٢٤ - قلنا : تساويهما في قرابة الأب لا يمنع أن يكون أحدهما أولى بالولاء [كذلك لا يمنع أن يتقدم في ولاية النكاح] (٣) ولأنهما إذا كانا لأب وأم فقد تساويا في التعصيب وصحة القول فتساويا في الولاية .

٢١٣٢٥ - وفي مسألتنا لم يتساويا في التعصيب فلم يتساويا في الولاية (٤) .

٢١٣٢٦ - قالوا : تساويا في الإدلاء بالأب ، وانفرد أحدهما بالانتساب إلى الأم ولا مدخل لها في ولاية النكاح (٥) .

٢١٣٢٧ - قلنا : هذا غير مسلم ؛ لأن الأم تلي في النكاح على رواية الأصول (٦) ثم لو سلمنا ذلك لم يصح لأنه لا يمنع أن تستفاد الولاية من الأب ويترجح أحدهما بالأم كما أنه أولى بالولاية وهو مستفاد بالانتساب إلى الأب .

٢١٣٢٨ - فأما الانتساب إلى الأم فلا يثبت فيه ولا لمن يساويهما للأم ، وكذلك التعصيب مستفاد بالأب ، وتترجح العصبة بالانتساب إلى [الأم] (٧) ولا مدخل لها في

---

(١) أي : أن الولاية في النكاح معتبرة بالإرث بيد أننا نعتبر في الوارث صفة ، هي الإدلاء فمن يدلى بأبوين يقدم على من يدلى بأب ، كما أنها تتعلق بالأبوة وتعتبر فيها صفات مخصوصة . انظر : حاشية ابن عابدين (٧٦/٣) .

(٢) أي : أن الأخ الشقيق والأخ لأب استويا معا في قرابة الأب ، وإذا انفرد كل واحد منهم كانت له ولاية في النكاح ، فاستويا معا . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « لنا أنهما استويا في قرابة الأب ، فلا يكون أحدهما أولى من الآخر في التزويج » اهـ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن ، ع) .

(٤) أي : أن تساوى الأخ الشقيق مع الأخ لأب في قرابة الأب ، لا يمنع أن يكون أحدهما أولى بالولاء ، فلا يمنع أن يتقدم الشقيق على الأب في ولاية النكاح كما أنهما لم يتساويا في التعصيب ، فكذلك لم يتساويا في ولاية النكاح . انظر : المبسوط (٢١٩/٤) .

(٥) أي : أن الأخ الشقيق انفرد بالانتساب إلى الأم كما انتسب إلى الأب والأم ليست لها ولاية في النكاح . انظر : النكت للشيرازي : وفيه يقول : « للأم مدخل في الإرث والولاء ، فيقدم بها ولا مدخل لها في الولاية فلم يقدم » اهـ .

(٦) انظر : شرح فتح القدير (٢٨٥/٣) .

(٧) في (ع) ، (ن) : [للأب] ، ولا وجه له .

التعصيب [١] .

٢١٣٢٩ - فإن قيل : إنما يترجح الأخ لأم ؛ لأن المرأة تستحق الولاء كالرجل .

٢١٣٣٠ - قلنا : تستحق ما باشرت أو باشره من أعتقت ، فأما إن استحق الولاء من غير هذه الجهة فلا ، والأخ هنا يترجح بالأم في الولاء المنتقل [٢] من غيرها ولا مدخل لها في الولاء المنتقل [٣] .

٢١٣٣١ - قالوا : إنما يترجح الأخ في الإرث بالأم لأنها ترث بالسهم [٤] .

٢٣٩/أ **٢١٣٣٢** - قلنا : إنما يترجح/ تعصيب الأخ بها ، ولا يترجح إرثه ، ثم يرث بقوة التعصيب ولا مدخل للأم في التعصيب [٥] .

* * *

---

(١) أي : أن قول المخالف « الأم لا مدخل لها في النكاح » قول غير مسلم به ولأن الأم عندنا تلي في النكاح . انظر : الاختيار (٢٨/٣) .

(٢) في (م) : [المستقبل] ، وفي (ن) ، (ع) : [المستقل] ، ولا وجه لهما .

(٣) أي : أن الأم تستحق الولاء إذا باشرت العتق بنفسها ، أو باشره من أعتقته ولا تستحق الولاء فيما عدا ذلك ، والأخ الشقيق ترجح بالأم في الولاء المنتقل إليها من غيرها ، ولا مدخل لها في الولاء المنتقل . انظر : الاختيار (٢١٢/٣) .

(٤) أي : أن الأخ الشقيق ترجح عن الأخ لأب ، بالأم ؛ لأنها ترث بالفرض وفرضها السدس أو الثلث ، كما هو مقرر في الفرائض . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٢٥٠/٣) .

(٥) انظر : المبسوط (٢١٩/٤) .

مسألة ١٠٤٤

ولاية الابن على أمه

٢١٣٣٣ - قال أبو حنيفة : يجوز [١] للابن تزويج أمه المجنونة وإن لم يكن من قبيلتها [٢] .

٢١٣٣٤ - وقال الشافعي : لا يملك تزويجها إلا أن يكون من قبيلتها [٣] .

٢١٣٣٥ - لنا : أنه عصبة له قول صحيح كالأب وكالابن من القبيلة ، ولأن تعصيبه أقوى من تعصيب الأب ؛ لأن الأب معه دونهم فأما ملك الأب تزويجها إذا انفرد فمن هو أقوى تعصيبًا أولى .

٢١٣٣٦ - ولأن كل حكم ثبت للابن إذا كان من قبيلتها ثبت له وإن كان من غير [٤] قبيلتها كالإرث والصلاة عليها واستيفاء القصاص إذا قتلت [٥] .

٢١٣٣٧ - احتجوا : بأنه ليس لابنها لأبيه تزويجها بحال فلا يملك ابنه تزويجها ، أصله الأجنبي [٦] .

٢١٣٣٨ - قلنا : المولى المعتق يزوج المعتقة وأبوه لا يملك تزويجها بحال ، والمعنى في

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله في المبسوط (٤/٢٢٠) ، بدائع الصنائع (٢/٢٥٠) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (١/٣٣٧) ، حاشية ابن عابدين (٣/٧٦) ، شرح فتح القدير (٣/٢٩٠) ، البحر الرائق (٣/١٢٧) .

(٣) انظر قول الشافعي رحمه الله في الأم (٥/١٤) ، المهذب (٢/٤٦) ، المجموع (١٦/١٥٨) ، مغني المحتاج (٣/١٥١) ، نهاية المحتاج (٦/٢٣٢) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٦/٣٣٠ ، ٣٣١) . ويرى الإمام مالك وأحمد والصاحبان أنه تثبت ولاية الابن على أمه وإن لم يكن من قبيلتها كما هو مذهب أبي حنيفة ولكنهم اختلفوا في ترتيب ولايته فيرى مالك وأبو يوسف أنه مقدم على الأب ، واختار أحمد ومحمد بن الحسن أن الأب مقدم عليه واختار أبو حنيفة أنهما سواء . انظر : المجموع (١٦/١٥٨) ، المغني والشرح الكبير (٧/٣٤٧) ، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (٢/٩٥) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) أي : أن الابن مقدم في العصوبة ، والولاية في النكاح مبنية عليها ، فكل حكم ثبت للابن إن كان من قبيلة أمه ثبت له وإن لم يكن من قبيلتها ، قياسًا على الإرث والصلاة عليها إذا ماتت ، واستيفاء القصاص إذا قتلت . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/٢٩١) .

(٦) أي : أن والد الابن والذي كان زوجًا لتلك الأم المجنونة لا ولاية له في نكاحها فكذلك ليس لابنه ولاية عليها في نكاحها إلا إذا كان من قبيلتها ، قياسًا على عدم ولاية الأجنبي عليها في النكاح . انظر : الأم (٥/١٤) .

الأجنبي أنه ليس بعصبة منها فلم يملك تزويجها بالولاية الخاصة ، والابن عصبتها وله قول صحيح فملك تزويجها [١] .

٢١٣٣٩ - قالوا : الابن لا يخلو أن يكون أصلًا في ولاية النكاح أو فرعًا ، ولا يجوز أن يكون أصلًا ؛ لأن أباها قد ثبت له عليها الولاية ومن كان أصلًا لم يكن مسبوقًا عليها .

٢١٣٤٠ - ولأنه لا يملك الولاية في مالها ، ولو كان أصلًا لملك الولاية في المال ، ولو كان فرعًا لم يخل أن يكون فرعًا لأبيه أو لها فلا يجوز أن يكون فرعًا لأبيه .

٢١٣٤١ - لأنه لا يملك الولاية عليها ولا يجوز أن يكون فرعًا لها لأن النساء لا مدخل لهن في الولاية [٢] .

٢١٣٤٢ - قلنا : الابن فرع في الولاية هو فرع لها لأبيه ، ولها الولاية على نفسها عندنا لو كانت عاقلة ، ثم هذا يبطل بالتعصيب ؛ لأنه عصبتها ، ولا يجوز أن يكون أصلًا في التعصيب [لأن النساء لا مدخل لهن في التعصيب ، ثم ثبت التعصيب باتفاق بانتسابه إليها ، واستحقاقه ميراثها] [٣] لأن تعصيب أبيها سابق .

٢١٣٤٣ - ولا يكون فرعًا عليها في التعصيب ؛ لأن ميراثها بقدر فرض مقدر ولم يكن أصلًا في التعصيب ولا فرعًا ، كذلك الولاية [٤] .

٢١٣٤٤ - قالوا : الابن يلحقه الشين [بتزويجها ، فلو جعلناه وليا عضلها [٥] .

٢١٣٤٥ - قلنا : يبطل إذا كان من قبيلتها] [٦] .

---

(١) أي : أن قياس عدم ولاية الابن على أمه في النكاح إذا لم يكن من قبيلتها على عدم ولاية أبيه عليها في النكاح ، قياس غير صحيح ؛ لأن المولى المعتق يزوج المعتقة ، وأبوه لا يملك تزويجها بأي حال من الأحوال ، وأما الأجنبي فلم يملك تزويجها لانعدام العصوبة ، والابن عصبتها وله قول صحيح فملك تزويجها . انظر : المبسوط (٤/٢٢٠) ، حاشية ابن عابدين (٣/٧٦) .

(٢) أي : أن الابن الذي ليس من قبيلة أمه ليس أصلًا لها في ولاية النكاح ؛ لأنه لو كان كذلك لكان له عليها ولاية في مالها ، وليس فرعًا لأبيه في ولاية النكاح لأن أباه لا ولاية له عليها في نكاحها ، كما أنه ليس فرعًا لأمه ؛ لأنه لا مدخل للنساء في ولاية النكاح . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأن الابن ليس بأصل في الولاية ، وليس بفرع لأبيه ؛ لأنه أجنبي منها ، ولا فرع لأمه ؛ لأن الأم لا ولاية لها في النكاح » .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) أي : أن الابن فرع لأمه في الولاية ؛ لأنها أهل للولاية على نفسها عندنا إذا كانت بالغة ، ويبطل قول المخالف : « ولا يجوز أن يكون فرعًا لها بالتعصيب ؛ لأن الابن عصبة لها بانتسابه إليها واستحقاقه ميراثها . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/٢٩١) .

(٥) أي : أن الابن الذي ليس من قبيلة أمه يلحقه الشّين بتزويجها ، فلو جعل هذا الابن وليًا لها لمنعها الأزواج . انظر : نهاية المحتاج (٦/٢٣٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

مسألة ١٠٤٥

كفاءة من له أب واحد في الإسلام لمن له أبوان أو آباء

٢١٣٤٦ – قال أصحابنا : من له أب واحد في الإسلام لا يكون كفؤًا لمن له أبوان أو آباء [١] .

٢١٣٤٧ – وقال الشافعي : يكون كفؤًا [٢] .

٢١٣٤٨ – لنا : أن من أسلم بنفسه يقال له : مسلماني ، ويقال لابنه : ابن المسلماني يعير به لتأخيره الإسلام . والمرجع في الكفاءة إلى العادة بدلالة نقصان [٣] المال وقصور النسب .

٢١٣٤٩ – ولا يقال : إن هذا لا يجوز أن يقال لمن أسلم لأنا لا نجوز ذلك إلا أنه لا يخرج أن يكون معتقًا ، كما أن الإنسان لا يجوز أن يعير بنقصان المال ولا بقصور النسب ، إذا كان كامل الدين إلا أنهم لما اعتادوا ذلك منع الكفاءة [٤] .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٤/٥) ، بدائع الصنائع (٣١٩/٢) ، مجمع الأنهر (٣٤٠/١) ، حاشية ابن عابدين (٨٧/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٩٨/٣) ، البحر الرائق (١٣٢/٣) . يقول الإمام السرخسي : « ومن أسلم بنفسه لا يكون كفؤًا لمن له أب في الإسلام ومن أسلم أبوه لا يكون كفؤًا لمن له أبوان في الإسلام» اهـ . المبسوط (٢٤/٥) .

(٢) انظر : المهذب (٥٠/٢) ، المجموع (١٨٧/١٦) ، مغني المحتاج (١٦٦/٣) ، نهاية المحتاج (٢٩٨/٦) ، شرح روض الطالب من أسنى المطالب (١٣٨/٣) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٥٢/٦) وحاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٥٣/٣) وفيها يقول : « والظاهر أن من أسلم تبعًا كفؤًا لمن أسلم بنفسه » . وأما المالكية : فيفهم من مذهبهم أنهم يوافقون الشافعية فيما ذهبوا ، ففي الخرشي : « والموالي وغير الشريف والأقل جاهًا كفء » يعني أن كل واحد من هؤلاء الثلاثة كفء لمن هو دونه في المرتبة فالمولى أي العتيق كفء للعربية ، وغير الشريف كفء للشريفة ، والأقل جاها كفء لمن هو أقل منه جاهًا » . وانظر : الخرشي على مختصر سيدي خليل (٢٠٧/٣) ، بداية المجتهد (١٧/٢) وكذلك الحنابلة يوافقون المالكية والشافعية فيما ذهبوا إليه . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٧٨/٧) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) أي : أن من أسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام ، لا يكون كفؤًا لمن له أبوان أو آباء في الإسلام ؛ لأن تمام النسب بالأب والجد ، ومن المعلوم أن الإنسان لا يعير بنقصان المهر ولا بقصور النسب إذا كان كامل الدين ، إلا أنهم لما اعتادوا ذلك منع الكفاءة . انظر : شرح فتح القدير على شرح الهداية (٢٩٨/٣) .

٢١٣٥٠ - احتجوا : بأن النبي زوج عثمان [١] وقد أسلم بنفسه [٢] .

٢١٣٥١ - قلنا : في ذلك الوقت لم يتقادم عهد الإسلام ولم يكونوا يعيبون بذلك ، ولما تقادم عهد الإسلام عابوا من تخلف عنه وعيروه بالتأخير ، ثم لا حجة فيه لأن النبي ﷺ فعل الأولى ولم يعتد بما لا يجوز الاعتداد به في الشرع ، كما أن الولي مندوب إلى تزويج الفقير إذا كان صالحا ولا يمنع هذا من اعتبار الفقر وعدم الكفاءة [٣] .

* * *

(١) سبقت الترجمة ، وزوجه رقية وهاجر بها إلى الحبشة ، فولدت له عبد اللّٰه ، وماتت عنده أيام غزوة بدر في الثانية من الهجرة ، ثم زوجه ثانيًا أختها أم كلثوم ، وتوفيت عنده أيضًا في التاسعة من الهجرة ، ولم تلد له ؛ فلذلك كان يلقب بذي النورين . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٦٢/٢) ، (٤٨٩/٤) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (١٦٤/٣) ، والمغني والشرح الكبير (٣٧٦/٧) .

(٣) أي : أن النبي ﷺ زوج عثمان بن عفان وقد أسلم بنفسه ؛ لأنه في ذلك الوقت لم يتقادم عهد الإسلام فلم يكونوا يعيرون بعدم الدخول فيه . أما عندما تقادم عهد الإسلام فكانوا يعيرون من تأخر عن الدخول فيه كما أن تزويج النبي ﷺ لعثمان ، ليس لهم فيه حجة لأنه ﷺ فعل الأولى ؛ لأن الولي مندوب إلى تزويج الفقير إذا كان صالحا . انظر : حاشية ابن عابدين (٨٧/٣) .

مسألة ١٠٤٦

رضا بعض الأولياء بترك الكفاءة

٢١٣٥٢ - قال أبو حنيفة : إذا زوجها أحد الأولياء من غير كفء لم يكن للباقين الاعتراض (١) .

٢١٣٥٣ - واختلف أصحاب الشافعي : فمنهم من قال : لا يجوز عقده ، ومنهم من قال : يصح عقده ولبقية الأولياء الاعتراض (٢) .

٢١٣٥٤ - والدليل على جواز العقد : أن كل واحد من الأولياء في النكاح قد جعل كالمفرد بالولاية بدلالة جواز عقده بغير رضا الباقين ، فصار كمن ليس لها إلا ولي واحد زوجها برضاها من غير كفء .

٢١٣٥٥ - ولأنه عقد على وجه ندب إليه بدلالة أن المرأة والولي مندوبان (٣) إلى التزويج بالفقير الذي لا نسب له إذا كان من أهل الصلاح ، ومتى عقد الولي عقدًا يندب إليه رضاها صح عقده ، كما لو زوجها من غير كفء .

٢١٣٥٦ - ولأن العقد وقع برضا المالك المعقود عليه (٤) فما يلحق غيره من الضرر لا يوجب فسخ العقد ، كمن باع شقصًا لغير الشريك (٥) .

---

(١) انظر قول أبي حنيفة رحمه الله في المبسوط (٥/٢٦) ، بدائع الصنائع (٢/٣١٨) ، مجمع الأنهر (١/٣٤٣) ، البحر الرائق (٣/١٢٩) .

(٢) انظر : الأم (٥/١٥) ، المهذب (٢/٥٠) ، المجموع (١٦/١٨١) ، مغني المحتاج (٣/١٦٤) ، نهاية المحتاج (٦/٢٣٥) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٦/٣٥٠) . وأما المالكية : فيوافقون الشافعية في القول الثاني القائل بأن العقد صحيح ولبقية الأولياء الاعتراض ، بشرط ألا يكون الزوج قد دخل بها ، فإذا دخل بها فلا فسخ . وأما الحنابلة : فلهم روايتان : الأولى أن العقد باطل ، والثانية أنه صحيح ولبقية الأولياء الاعتراض . انظر : المغني والشرح الكبير (٧/٣٧٣) ، الإفصاح عن معاني الصحاح (٢/١٢٢) ، والإشراف على مسائل الخلاف (٢/٩٦) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٤٩) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) أي : أن كل واحد من الأولياء له ولاية مستقلة في النكاح ، بدليل جواز عقد من غير رضا الباقين ، فصارت موليته كمن ليس لها إلا ولى واحد ، زوجها برضاها من غير كفء ، ولأن عقد النكاح مندوب إليه ، بدلالة أن المرأة ووليها مندوبان إلى تزويج الفقير الذي لا نسب له إذا كان من أهل الصلاح لما رواه أبو حاتم المزني عن رسول الله ﷺ أنه قال : « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، إلا تفعلوا تكن فتنة في=

٢١٣٥٧ - وأما الدليل على أنه لا اعتراض للباقين : فلأن العقد صح برضا من له ولاية فيه فلم يثبت فيه الاعتراض ، كمن ليس لها إلا وليٌّ واحد .

٢١٣٥٨ - وكما لو [1] زوجها الأب من غير كفء ، لم يكن للعم والإخوة الاعتراض .

٢١٣٥٩ - ولأن حقهم في الكفاءة لا يتبعض لاستحالة أن يثبت بعض [الشيء] [2] دون بعض [3] والحق إذا ثبت لجماعة وهو مما لا يتبعض [4] فأسقط أحدهم حقه سقط حق الباقين ، كالعفو من دم العمد ؛ ولأنا بينا أن كل واحد كالمنفرد بالولاية بدلالة أنه يعقد بغير إذن الباقين والمنفرد بالولاية إذا عقد برضا المرأة لم يثبت الاعتراض عليه .

٢١٣٦٠ - ولأن الحق ثابت لجميع المسلمين في قتل أهل الحرب وأخذ أموالهم وسبيهم ، ثم إذا أسقط أحدهم هذا الحق بالأمان سقط حق بقيتهم لأنه مما لا يتبعض كذلك في مسألتنا [5] .

٢١٣٦١ - احتجوا : في فساد العقد بأن الولي إذا عقد على وجه يضر بالمولى عليه لم ينعقد عقده . كما لو باع ما لها بأقل من قيمته [6] .

٢١٣٦٢ - قلنا : إذا رضيت المرأة العقد فقد اختارت الضرر فوازنه [7] أن يبيع ما لها بنقصان بإذنها وهي بالغة ، وأما الصغيرة [8] إذا زوجها فلا ضرر عليها .

٢١٣٦٣ - لأن حق الاعتراض يثبت لها بعد البلوغ فإن [9] كان الزوج دخل بها

= الأرض وفساد كبير » . ولأن عقد النكاح على المرأة من غير كفء لها برضاها ، فما يلحق غيرها من الضرر لا يوجب فسخ العقد ، كما لو باع أحد الشركاء نصيبه لغير الشريك . انظر : حاشية ابن عابدين (٣/٥٧) .

(١) ساقطة من (م) .

(٢) في (م) : [البر] ، ولا وجه له .

(٣) في (م) : [الحق] ، ولا وجه له .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) أي : أن المرأة إذا رضيت هي وبعض أوليائها ، لم يكن لباقي الأولياء حق الفسخ نظرًا لأن هذا الحق لا يتجزأ ، وقد أسقط بعض الشركاء حقه فيسقط جميعه كالقصاص إذا أسقطه بعض أولياء الدم سقط كله . انظر : المبسوط (٥/٢٦) .

(٦) أي : أنه إذا زوج أحد الأولياء المرأة بغير كفء برضاها ، ولم يرض الباقون من الأولياء فالعقد فاسد ؛ لأنه عقد على وجه يضر بالمولى عليه حيث إن الزوج غير كفء لها ، قياسًا على بيعه ما لها بأقل من قيمته . انظر : نهاية المحتاج (٦/٢٣٧) .

(٧) وازنت بين الشيئين ، موازنة ، ووزانًا ، وهذا يوزن هذا إذا كان على زنته أو كان محاذيا له . انظر : لسان العرب ومختار الصحاح مادة « وزن » .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

أخذت البدل والمبدل [1] [وسلمت له المبدل] [2] وإن كان لم يدخل بها عاد إليها المبدل ، وسلمت لها النفقة .

٢١٣٦٤ - وليس كذلك البيع بنقصان لأنا لو جوزنا العقد انتفي الملك إلى المشتري وفاتها المقصود منه بتصرفها ونقل الملك فيه ، فإن فسخت العقد عادت العين إلى مالكها ولم يسلم لها منفعة أخرى فلذلك لم يصح العقد [3] .

٢١٣٦٥ - احتجوا : في الفصل الآخر بأن الحق لجماعة المسلمين ولا يملك بعضهم إسقاط حق بعض كالدين المشترك إذا أبرأ منه أحدهم والشفعة إذا سلمها أحد الشفعاء [4] .

٢١٣٦٦ - قالوا : يبطل بأمان الواحد من المسلمين ، وبعفو أحد الشركاء في أخذ [5] القصاص فأما الدين فمما يتبعض فإن أسقط أحدهم حقه لا يسقط حق باقيهم والحق في مسألتنا غير متبعض .

٢١٣٦٧ - وكذلك الشفعة حق يتبعض بدليل أن الشركاء إذا اجتمعوا قسم العين بينهم بالحصص ؛ فلذلك لم يسقط حقهم بإسقاط حق بعضهم [6] .

---

(١) المراد بالبدل : المهر ؛ لأنه بدل البضع .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [أخذت البدل والمبدل] . والأصح ما أثبتاه من كتب المذهب الحنفي ، يقول الكمال بن الهمام « ولنا أنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع ، وذلك وسعها ، فيتأكد حقها في البدل اعتبارًا بالبيع » اهـ . انظر : شرح فتح القدير (٣/٣٣٢) .

(٣) أي : أن قياس نكاح المرأة على غير كفء برضاها ورضا بعض الأولياء ، على بيعها ما لها بأقل من قيمته ، قياس غير صحيح ، وذلك لأن المرأة إذا رضيت بنكاح غير الكفء فقد اختارت الضرر لنفسها ورضيت به ، فمثله تمامًا بيع مالها بأقل من قيمته بإذنها وهي بالغة . انظر : المبسوط (٥/٢٧) .

(٤) أي : أن رضا المرأة ورضا بعض الأولياء في النكاح بغير الكفء ، لا يسقط حق باقي الأولياء في الاعتراض على ترك الكفاءة ، قياسًا على إسقاط حق البعض في الدين المشترك فإنه لا يسقط حق الباقين ، وكالحق في الشفعة إذا أسقطه بعض الشركاء فيها ، فإنه لا يسقط حق الباقين . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه حق لا يسقط إلى غير بدل ، فلم يسقط بإسقاط بعض الشركاء ، كالشفعة » اهـ .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) أي : أن قياس حق الكفاءة في النكاح علىالدين المشترك وعلى الشفعة إذا رضى بإسقاطها وتسليمها بعض الشركاء قياس غير صحيح ؛ وذلك لأن الدين المشترك مما يتبعض فإسقاط حق البعض لا يسقط حق الباقين ، وكذلك الحق في الشفعة مما يتبعض ؛ لأن الشركاء إذا اجتمعوا قسم الحق بينهم بالحصص فإسقاط حق البعض فيها لا يسقط حق الباقين . أما الحق في الكفاءة للأولياء فهو مما لا يتبعض فإذا أسقطه البعض سقط في حق الجميع ، كعفو أحد الشركاء عن القصاص وكإعطاء الواحد من جماعة المسلمين الأمان لبعض أهل دار الحرب ، فإن في إعطائه هذا الأمان إبطال لحق الاستغنام والاسترقاق ، فالأمان صحيح من واحد من=

٢١٣٦٨ - قالوا : لو رضيت بغير كفء لم يسقط حق الأولياء بها ورضا الولي لا يكون آكد من رضاها [١] .

٢١٣٦٩ - قلنا : لا يتصور على مذهبهم رضاها ، إلا أن يوكل الولي رجلًا فيأذن له في تزويجها .

٢١٣٧٠ - فالجواب : أن حقها من غير جنس حقهم ؛ لأن حقهم نفي الشّين عن أنفسهم وحق المرأة حصول مقاصد العقد لها ، والحقان مختلفان يسقط أحدهما بإسقاط الآخر .

٢١٣٧١ - فأما الأولياء فحقهم جنس واحد فصار كالدم المشترك وكحق المسلمين في قتل أهل الحرب وسبيهم [٢] .

* * *

=المسلمين في حق الجماعة . انظر : المبسوط (٥/٢٧) .

(١) أي : أن رضا المرأة بترك الكفاءة لا يسقط حق الأولياء في ترك الكفاءة . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « إن من لحقه العار لعدم الكفاءة ، لم يسقط حقه برضا غيره ، كالمرأة لا يسقط حقها برضا الولي ، والولي لايسقط حقه برضا المرأة » .

(٢) أي : أن حق المرأة في النكاح حصول المقصود من العقد لها ، وحق الأولياء نفي الشين عن أنفسهم ، فالحقان مختلفان يسقط أحدهما بإسقاط الآخر ولكن حق الأولياء لم يسقط لرضا البعض ، فحقهم جنس واحد إذا رضي به البعض سقط حق الباقين . انظر : المبسوط (٥/٢٧) .

مسألة ١٠٤٧

النقص أو الزيادة عن مهر المثل

٢١٣٧٢ - قال أبو حنيفة : إذا زوج الأب ابنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها أو ابنه الصغير بأكثر من مهر ابنته [١] جاز ذلك [٢] .

٢١٣٧٣ - وقال الشافعي : العقد جائز والتسمية لا تصح ، فيجب للصغيرة مهر مثلها ويسقط ما زاد لامرأة الصغير [٣] .

٢١٣٧٤ - لنا : أن النبي ﷺ زوج فاطمة عليًّا على أربعمائة درهم [٤] وروى خمسمائة [٥] .

وهي أشرف العرب والصفات الموجبة لزيادة المهر مجتمعة لها من الفضل والدين ، ومثلها يعلم أن مهرها أكثر من هذا .

٢١٣٧٥ - وقد تزوج عمر بنتها أم كلثوم [٦] بأربعين ألفًا [٧] وإنها أشرف منها ،

(١) في (ص) ، (م) : [امرأته] .

(٢) انظر قول أبي حنيفة رحمه الله في المبسوط (٢٢٤/٤) ، بدائع الصنائع (٢٤٥/٢) ، مجمع الأنهر (٣٤٥/١) ، حاشية ابن عابدين (٦٦/٣) ، شرح فتح القدير (٢٢٧٤/٣) ، البحر الرائق (١١٨/٣) .

(٣) انظر قول الشافعي رحمه الله في الأم ١٩/٥ ، المهذب ٤٨/٢ ، المجموع (١٧٢/١٦) ، مغني المحتاج (١٥٠/٣) ، نهاية المحتاج (٣٤٥/٦) . وأما المالكية والحنابلة : فهم يوافقون الشافعي فيما ذهب إليه . انظر بداية المجتهد ٢٤/٢ والمغني والشرح الكبير (٣٩٥/٧) والإشراف على أوائل الخلاف (٩٦/٢) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : كتاب النكاح ، باب ما يستحب من القصد في الصداق (٢٣٥/٧) ، وعبد الرزاق في مصنفه : كتاب النكاح ، باب الصداق (١٧٤/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٨٩/٤) ، وفي مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، كتاب النكاح ، باب الصداق (٢٨٣/٤) ، وفي أقضية رسول الله ﷺ ص ٧٤ . وفاطمة : هي فاطمة بنت رسول الله ﷺ وأمها خديجة بنت خويلد ، تزوجها علي بن أبي طالب رضي الله عنه في السنة الثانية من الهجرة في شهر رمضان وبنى بها في ذي الحجة من نفس السنة ، ولدت له الحسن والحسين والمحسن وزينب ورقية وأم كلثوم ، وماتت بالمدينة المنورة بعد وفاة رسول الله ﷺ بثلاثة أشهر . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٧٧/٤) .

(٦) هي أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب وأمها فاطمة بنت رسول الله ﷺ وتزوجها عمر رضي الله عنه ، وأنجبت منه زيدًا ورقية ، وماتت هي وولدها زيد في يوم واحد . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٩٢/٤) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ١٩٠/٤ ، والبيهقي في السنن الكبرى : كتاب النكاح ، باب لا وقت في=

وكذلك تزوج ﷺ عائشة بأربعمائة [١] وأبوها سيد قبيلته وعالم قريش وكثير المال .

٢١٣٧٦ - وصفات عائشة كاملة في الجمال والفضل والدين ، ولولا أن الأب يجوز له أن ينقص من المهر لم يسع النبي ﷺ أن يعقد مع التغابن في المهر [٢] .

٢١٣٧٧ - ولا يقال : إن المهر يختلف بعادة أهل الأزمان ؛ لأن أم حبيبة تزوجت النبي ﷺ بأربعمائة دينار [٣] وفاطمة أفضل منها وأشرف .

٢١٣٧٨ - ولأن عمر ندب الناس إلى ترك المغالاة في المهر بقوله : لا تغلوا في صدقات النساء . [٤] وأمرهم أن يقتدوا برسول الله ﷺ فلو كان ﷺ تزوج بمهر المثل لم يكن لذكر ما نراه في الأنكحة فائدة .

٢١٣٧٩ - ولأن النكاح يقصد به معنى غير [٥] المهر أكثر من قصد المهر ، وهو عين الزوج والمرأة وصفاتها والأب غير متهم على ولده ، فالظاهر أنه يحصل لها من الصفات في الزوج التي هي المقصودة بالعقد أكثر مما يوفيها من المهر ، فجاز ذلك عليها .

٢١٣٨٠ - ولأنه سمى في نكاح بنته الصغيرة ما يجوز أن يكون مهرًا ، فصحت التسمية كما لو سمى/ مقدار مهر المثل ؛ ولأن له تزويجها في حال الصغر باتفاق ، فإذا أنقص عن مهرها صحت التسمية ، أصله المولى إذا زوج أمته . ٢٣٩/ب

٢١٣٨١ - ولأنه نقصان لا يمنع صحة العقد فلا يمنع صحة تسمية ، أصله النقصان اليسير [٦] .

٢١٣٨٢ - احتجوا : بأنها محاباة في عوض بغير إذن مستحقه ، لا يتغابن الناس بمثلها فوجب ألا يصح أصله إذا باع مالها أو أخذه أو زوج أمتها [٧] .

= الصداق كثر أو قل (٢٣٣/٧) .

(١) أخرجه النسائي : كتاب النكاح (١١٩/٦) ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب صداق النساء (٦٠٨/١) حديث رقم ١٨٩٠ .

(٢) انظر : المبسوط (٢٢٤/٤) ، وبدائع الصنائع (٢٤٦/٢) .

(٣) سبق تخريجه والترجمة لأم حبيبة

(٤) أخرجه أحمد حديث رقم ٢٨٥ ، ٢٧٨ ، ٣٤٠ ، وأبو داود كتاب النكاح ، باب الصداق رقم ٢١٠٦ ، والنسائي كتاب النكاح ، باب القسط في الأصدقة (١١٧/٦) ، الترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في مهور النساء رقم ١١١٤ ، وابن ماجه رقم ١٨٨٧ .

(٥) في (م) : [عن] .

(٦) انظر : المبسوط (٢٢٥/٥) .

(٧) انظر النكت للشيرازي ويقول فيه : « لنا أنه معاوضة في حق الغير فلا يملك به المحاباة بما لا يتغابن به من =

٢١٣٨٣ – وربما قالوا : تصرف بولاية ومعارضة في حق المولى عليه .

٢١٣٨٤ – قلنا : التصرف في المال لا يطلب به إلا العوض فإذا فوتها ذلك فلم يحصل لها في مقابلة ما فوتها شيء فلم يصح [١] .

٢١٣٨٥ – وليس كذلك النكاح ؛ لأن المقصود منه المهر ومعنى هو أهم منه ، والأب غير متهم عليها .

٢١٣٨٦ – ألا ترى أن الأب في العادة يختار حظ ولده على حظ نفسه ؟ فالظاهر أنه عوضها من أهم المقصود من ما يوفي على ما نقصها ولذلك نفذ نقصانه .

٢١٣٨٧ – فإن قيل : إن صح ما قلتم لوجب إذا تزوج المريض امرأة بأكثر من مهر مثلها ؛ أن تجوز التسمية ؛ لأنه الظاهر أنه [٢] يعوض عن ذلك العوض الزيادة وهو غير متهم في حق نفسه [٣] .

٢١٣٨٨ – قلنا : تصرف الأب في حق ولده أنفذ من تصرف المريض عندنا ؛ لأن محاباة الأب اليسيرة تجوز بالإجماع ، ومحاباة المريض في حق وارثه لا تجوز قليلها وكثيرها ولأن المريض يتصرف في حق نفسه ، فهو متهم لحق ورثته ، والأب لا يتهم في ملك الولد ؛ لأن الإنسان يهب ماله ويتصدق به [ولا يفعل] [٤] ذلك [٥] في حق ولده [٦] .

٢١٣٨٩ – فإن قيل : لو كان المهر غير مقصود بالعقد لوجب إذا زوجها بغير مهر أن

= غير إذن المستحق كبيع ما لها . وإجارة دارها وتزويج أمتها .

(١) أي : أنه إذا تصرف الولي في مال الصغيرة ، فالمقصود من هذا التصرف الحصول على العوض ، فإذا فوتها ذلك العوض ، فلم يحصل لها في مقابلة ما فاتها شيء ، فلم يصح هذا التصرف ، انظر : المبسوط (٤/٢٢٤) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) أي : أنه إن صح قول المخالف : إن الأب إذا أنقص من مهر ابنته الصغيرة فإنه عوضها من أهم المقصود من المهر ، وهو الصفات الحسنة في الزوج المقصود بالعقد . يلزم على ذلك القول : إن المريض عرض الموت لو تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها ألا تعتبر زيادة من الثلث ؛ لأنه عوضها من أهم المقصود من النكاح . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : إذا تزوج في مرض موته بأكثر من مهر المثل ، ألا تعتبر الزيادة من الثلث للعلة التي ذكروها .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [ولا يفعل] ، وفي غيرها : « ولا تفعل » .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) أي : أن تصرف الأب عندنا ينفذ على ولده ؛ لأن المحاباة اليسيرة في حق الولد تجوز بالإجماع ، بخلاف تصرف المريض فلا تجوز محاباة قليلة وكثيرة ؛ لأنه متهم لحق الورثة . انظر : المبسوط (٤/٢٢٤) .

يثبت أقل المهر الذي لا يخلو العقد منه (١) .

٢١٣٩٠ - قلنا : المهر مقصود ، وهناك مقصود آخر هو أهم منه وأولى ، فأما أن نقول : المهر غير مقصود فلا (٢) .

٢١٣٩١ - قالوا : يبطل ما تقولونه بتصرف الأخ والعم (٣) .

٢١٣٩٢ - قلنا : ولايتهما أنقص من ولاية الأب والجد بالاتفاق ألا ترى أن عندنا لا يلتزم عقدهما على الصغيرة (٤) .

٢١٣٩٣ - وعند مخالفنا : لا يملك تزويجها (٥) ، فلما نقصت ولايته باتفاق لم ينفذ من تصرفه ما ينفذ من تصرف الأب .

٢١٣٩٤ - ولأن شفقته أنقص بدلالة أنه لا يلي في المال فلذلك تلحقه تهمة في المحاباة فلم ينفذ (٦) .

* * *

(١) أي : أن عقد النكاح لا يخلو من المهر ، فإذا زوجها بغير مهر ، ثبت لها أقل المهر . انظر : عقد النكاح وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٤٠ .

(٢) أي : أن المهر مقصود من النكاح وهناك مقصود آخر أهم منه وأولى ، وهو الصفات الحسنة في الزوج الذي هو المقصود بالعقد . انظر : المبسوط (٢٢٤/٤) .

(٣) أي : تبطل محاباة الأب في نقصان مهر ابنته الصغيرة ، بتصرف الأخ والعم لأن كلا منهما لا يملك المحاباة في المهر حال الوجوب بنفسه ، فكذلك الأب . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأن من يملك هبة المهر بعد الوجوب ، لم يملك المحاباة فيه بنفسه حال الوجوب ، كالأب في البيع ، والعم في المهر » اهـ .

(٤) أي : أن تصرف الأخ والعم في عدم محاباتهما في المهر بعد وجوبه باطل ؛ لأن ولايتهما أنقص من ولاية الأب والجد بالاتفاق . انظر : المبسوط (٢١٥/٤) .

(٥) انظر : نهاية المحتاج (٢٢٨/٦ ، ٢٢٩) .

(٦) انظر : المبسوط (٢٢٥/٤) .

مسألة ١٠٤٨

تزويج المرأة نفسها بأقل من مهر مثلها

٢١٣٩٥ - قال أبو حنيفة : إذا أنقصت المرأة من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها حتى يبلغ لها الزوج مهرها أو يفرقوا .

٢١٣٩٦ - وقال الشافعي : لا اعتراض لهم .

٢١٣٩٧ - ويتصور الخلاف إذا أذن الولي لأجنبي في تزويجها فأذنت له أن يزوجها بأقل من مهرها ، وإذا حضر من يخطبها وبذل أقل من مهر مثلها لم يلزم الولي تزويجها عند أبي حنيفة [1] وعنده يلزمه [2] .

---

(١) انظر المبسوط (١٣/٥) ، بدائع الصنائع (٢٤٧/٢) ، مجمع الأنهر (٣٤٣/١) ، حاشية ابن عابدين (٩٤/٣) ، شرح فتح القدير (٣٠٢/٣) ، البحر الرائق (١٣٤/٣) .

(٢) انظر المهذب (٤٧/٢) ، المجموع (١٦٣/١٦) ، مغني المحتاج (١٥٨/٣) ، نهاية المحتاج (٢٦٣/٣) ، الأم (١٤/٥) . وأما المالكية والحنابلة : فهم يوافقون الشافعية فيما ذهبوا إليه . انظر : بداية المجتهد (٢٧/٢) ، والروض المربع (١١١/٣) والمراد بمهر المثل : هو مهر امرأة تماثل الزوجة من أبيها ، كأختها أو عمتها أو بنت أخيها ، أو بنت عمها ، ولا يعتبر مهر المثل بمهر أمها ولا خالتها إذا لم تكونا من قوم أبيها . ويشترط في مهر المثل : تساوي الزوجة مع مماثلتها وقت العقد في السن والجمال ، والمال ، والأدب ، والعقل ، والعلم ، والصلاح ، والبكارة ، والثيوبة ، وفي عدم الولد ، والبلد ، لاختلاف المهر بهذه الأوصاف ، ولاختلاف رغبات الناس فيها . فإن وقع الاتفاق بين الطرفين على مهر المثل ، وجب ما اتفقا عليه ، أما إذا حدث اختلاف في مقداره ، فأيهما أقام البينة على دعواه حكم له ، فإن أقام كل منهما بينة على دعواه قدمت بينة المرأة ؛ لأنها بينة من يثبت الزيادة في محل النزاع وإن لم يقم لكل منهما بينة على دعواه ، فالقول قول الزوج بيمينه ؛ لأنه ينكر الزيادة ، والقول قول المنكر مع يمينه ، فإن حلف حكم له بما يدعيه ، وإن امتنع لزمه دعوى الزوجة ؛ لأن الامتناع عن اليمين إقرار بدعوى الخصم ، والأحوال التي يجب فيها مهر المثل :

أولا : عند المالكية : يرى المالكية أن مهر المثل ليس شرطًا من شروط الكفاءة ، ولكنه يجب فيما يأتي :

أ - في نكاح التفويض وذلك إذا عقد النكاح بدون صداق ، فإذا طلبت المرأة فرض صداق لها ، فالمالكية يرون أن الزوج بين خيارات ثلاثة : -

أولا : إما أن يطلق ولا يفرض ، ثانيًا : يفرض ما طلبته المرأة من صداق ، ثالثًا : يفرض لها مهر المثل . واختار الإمام مالك عدم فرض مهر المثل مع خيار الزوج ؛ وذلك لأن قوله - تعالى - ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ سورة البقرة آية ٢٣٦ . فالآية لم تتعرض بمفهومها لإسقاط الصداق في نكاح التفويض ، وإنما تعرضت لإباحة الطلاق قبل الفرض ، فإن كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل إذا طلب فواجب أن ينشطر إذا وقع الطلاق ، كما ينشطر في المسمى » - انظر بداية المجتهد (٢٩/٢) . =

٢١٣٩٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ

= ب - إذا سمى في العقد تسمية فاسدة كالخمر مثلًا في حق نكاح المسلم أو كثمرة لم يبد صلاحها ، أو بعير شارد ، فللمالكية في ذلك روايتان ؛ أولاهما : أن العقد فاسد ، ويفسخ قبل الدخول ، والثانية : إذا دخل بها الزوج فالعقد صحيح ولها مهر المثل . انظر : بداية المجتهد (١٨/٢ ، ٣٠ ، ٣١) .

ثانيًا : عند الأحناف : يرى الأحناف أن مهر المثل شرط من شروط الكفاءة ، ويجب عندهم في الأحوال الآتية :

أ - في نكاح التفويض السابق بيانه رقم (أ) عند المالكية .

ب - إذا اتفق كل من الزوج والزوجة على عدم المهر ، كأن يقول الزوج : تزوجتك على ألا مهر ، فتقول الزوجة : قبلت ، فهذا الاتفاق باطل ، والعقد صحيح ، ويجب للزوجة مهر المثل ؛ لأن المهر حكم من أحكام العقد يترتب عليه بحكم الشرع ، فلا يملك أحد إخلاء الزواج منه .

ج - إذا سمى في العقد تسمية غير صحيحة ، بأن كان المسمى لا يصلح أن يكون مهرًا ، إما لكونه ليس مالًا كالميتة ، أو كان المسمى مالًا ، ولكنه غير مقوم في حق المسلم كالخمر ، أو سمى مالًا متقوما ولكنه مجهول جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع .

د - إذا دخل على امرأة بشبهة ، كمن تزوج امرأة بجهل أنها أخته من الرضاع ، أو زفت إليه خطأ غير زوجته .

هـ - إذا تزوج امرأة على منفعة كخدمته إياها سنة ، أو على تعليمها القرآن فلها مهر المثل .

و - إذا زوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ، ليكون أحد العاقدين عوضًا عن الآخر ، فالعقدان جائزان ، ولكل منهما مهر المثل ، وهو ما يسمى بالشغار . انظر : الاختيار لتعليل المختار (٤١/٣-٤٧) وشرح فتح القدير (٣٣٨/٣ ، ٣٣٩) .

ثالثا : عند الشافعية : يرى الشافعية أن مهر المثل ليس من شروط الكفاءة ولكنه يفرض فيما يأتي :

أ - في النكاح الفاسد وهو الوطء بشبهة ، كمن تزوج بامرأة وهو لا يعلم أنها أخته من الرضاع ، فيفسخ العقد بينهما ولها مهر المثل ويقدر يوم الوطء لأنه وقت الإتلاف ، ولا اعتبار بالعقد إذا لا حرمة له فساده .

ب-إذا أكره رجل امرأة على الزنا فيسقط عنها الحد للإكراه ، ويجب لها مهر المثل لأنه إتلاف للبضع بغير مالكه ، فأوجب القيمة ، ولا يجب معه أرش بكارة .

جـ - إذا اقترن المهر بالبيع كأن تدفع المرأة إلى من يريد الزواج بها عبدًا ويدفع هو لها ألفًا من الدراهم قيمة العبد والصداق ، ولا يسمى الصداق من ثمن العبد ، ففي ذلك قولان عند الشافعية : الأول : أن ذلك جائز ، والثاني : لها مهر المثل .

د - إذا شرط على الزوج أن يدفع ألف درهم محاباة للأب مثلًا زيادة على المهر ، فالمهر فاسد في هذه الحالة ولها مهر المثل . انظر : مغني المحتاج (٢٣٣/٣) ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٤١٧/٣) .

رابعا : عند الحنابلة : يرى الحنابلة أن مهر المثل يجب فيما يأتي :

أ - في النكاح الفاسد كالوطء بشبهة أو كنكاح الخامسة والمعتدة .

ب - في نكاح التفويض ، إذا ماتت المرأة قبل الدخول والفرض .

جـ - إذا أكره الرجل المرأة على الزنا ، فيسقط عنها الإكراه ، ويجب لها مهر المثل .

د - إذا سمى في العقد تسمية فاسدة ، كالميتة مثلًا وكالخمر في حق المسلم أو أصدقها ألفًا إن كان أبوها =

﴿ بِٱلۡمَعۡرُوفِ ﴾ [١] والباء تتبع العوض فكأنه قال بالمعروف في المهر . وليس من المعروف أن تزوج الشريفة بالمهر اليسير .

٢١٣٩٩ – ويدل عليه قوله ﷺ : « أدوا العلائق » . قيل : يا رسول الله ما العلائق ؟ قال : « ما تراضى عليه الأهلون في المهر » [٢] فدل على تعلق حقهم به .

٢١٤٠٠ – ولا يجوز حمل الأهل على الزوجات ؛ لأنه عام ولأن الأولياء يلحقهم الشين بنقصان المهر ويعيرون به وكذلك إذا أنقصوا المهر كتموه [٣] فإذا كثر المهر أظهروه وما يلحق به الشين فللأولياء الاعتراض فيه كوضع نفسها في غير كفء ولا يقال : إنهم يثبتون بذلك [٤] السماحة والكرم .

٢١٤٠١ – لأنه لو كان كذلك لأظهروا المهور القليلة لأن ما يدل على الكرم يفتخر به ولا يكتم ، ولأن في ذلك ضررًا على النساء اللاتى [٥] من قبيلتها .

٢١٤٠٢ – ولأن العهد إذا تقادم لم يعلم أنها نقصت من مهرها فيعتبر نساء عشيرتها وما أضر بالعشيرة ثبت للولي الاعتراض فيه كعدم الكفاءة [٦] .

٢١٤٠٣ – فإن قيل : مهر المثل إنما يعتبر بمن لم ينقص عن مهرها كما يعتبر في قيم المتلفات [٧] .

=حيًا أو ألفين إذا كان ميتًا وحالة الأب غير معلمة . انظر : المغني (٧٠٧/٦ ، ٧٢٣ ، ٧٢٤) ، الروض المربع (١٠٩/٣-١١٧) ولا يجب مهر المثل إلا حالًا ؛ لأنه بدل متلف ، فأشبه قيم المتلفات ، ولا يكون إلا نقدًا من نقد البلد .

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٤ .

(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل ص ١٨٦ حديث رقم ٢١٥ . والدارقطنى (٢٤٤/٣) كتاب النكاح حديث رقم ١٠ باب المهر .

(٣) ساقط من (ن) ، (ع) . (٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [الذي] ولا وجه له .

(٦) أي : أن المرأة التي تزوجت بأقل من مهر مثلها برضاها ورضا بعض الأولياء في ذلك ضرر عليها ؛ لأنها بذلك كمن وضعت نفسها في غير كفء لها ، فلبقية الأولياء الاعتراض حتى يكمل لها مهر المثل أو يفرق ، كما أن في ذلك أيضًا ضررا على نساء عشيرتها ؛ لأن الزمان إذا تقادم لا يعلم أنها نقصت من مهرها فيقدر مهر نساء عشيرتها بمهرها الذي أنقصته ، وما أضر بنساء العشيرة ثبت للولي الاعتراض فيه كقوله الكفاءة . انظر : المبسوط (١٤/٥) .

(٧) أي : أن مهر المثل يقدر بحق لم ينقص عن مهرها ، كما أن قيمة المتلف تقدر بما لاينتقص عن قيمته . انظر : عقد الزواج وآثاره ، محمد أبو زهرة ص ٢٤٤

٢١٤٠٤ - قلنا : هذا إنما يتميز في الحال ، وأما إذا بعد العهد لم يتميز ووقع الاعتبار به [١] .

٢١٤٠٥ - قالوا : فيجب أن يثبت الاعتراض من النساء لأن الضرر يدخل عليهن [٢] .

٢١٤٠٦ - قلنا : الضرر وإن لحق النساء ، فالرجال يخاصمون فيه ، كما أن الضرر بترك الكفاءة يلحق نساء القبيلة ورجالها [ويختص الرجال بالمنع منه] [٣] .

٢١٤٠٧ - لأن من ثبت له الاعتراض كالولي [٤] في مبدل النكاح جاز أن يثبت له الاعتراض في بدله كالمولى في تزويج أمته .

٢١٤٠٨ - ولأن من ثبت له الاعتراض في مبدل النكاح فقد ثبت له الاعتراض في بدله ، كورثة المريض لما ثبت لهم الاعتراض متى وهب العين ثبت لهم الاعتراض إذا نقص من عوضها .

٢١٤٠٩ - ولا يلزم الوكيل بالبيع أنه يثبت له الاعتراض إذا نقص في العوض [٥] لأن عموم إذنه في البيع يتناول القليل من الثمن ، فقد أسقط حقه من الاعتراض بإذن وارثه أن يسقط حقه من الاعتراض في العوض ، ويقول للوكيل : وكلتك أن تملكه كيف شئت .

٢١٤١٠ - ووازنه في مسألتنا أن يقول الولي : زوجها بأي مهر شئت ؛ ولأن المهر أحد المسميين في النكاح فثبت للولي الاعتراض فيه ، أصله البضع [٦] .

٢١٤١١ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [٧] .

٢١٤١٢ - وهذا لا دلالة فيه لأنه [٨] إذا فرضتم طلقها قبل الدخول ، فليس لها عندنا إلا نصف ما سمى ؛ لأن مهر المثل يعتبر مع بقاء العقد .

---

(١) أي : أن تقدير مهر المثل بمن لم ينقص عن مهرها هذا إذا قدر في الحال أما إذا تقدم الزمان فلم يتميز مهر المثل فيقع الاعتبار به في باقي نساء عشيرتها انظر : المبسوط (٦٤/٥) .

(٢) أي : أنه إذا كان في نقصان مهر المثل ضرر على نساء العشيرة لوجب الاعتراض منهن لوقوع الضرر عليهن . انظر : النكت للشيرازي وفيه يقول : لا ، ثم لو صح هذا صح الاعتراض لنساء العصبات .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن ، ع) . (٤) ساقط من (م) .

(٥) مكرره في : (م) .

(٦) أي : أن الضرر في نقصان مهر المثل واقع على النساء ، ولكن الرجال هم الذين يخاصمون فيه ، كما أن الضرر بترك الكفاءة يقع على الرجال والنساء معًا ويختص الرجال بالمنع منه ، وذلك لثبوت الاعتراض لهم في بدل النكاح ، وهو المهر . انظر : المبسوط (١٤/٥) .

(٧) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ . (٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

٢١٤١٣ - ألا ترى أن الولي يطالب بإكمال المهر أو الفرقة وإذا حصلت الفرقة لم يبق له حق .

٢١٤١٤ - قالوا : قال النبي ﷺ : « التمس ولو خاتمًا من حديد » [١] .

٢١٤١٥ - قلنا : فقدانها التسمية ليعجل لها وفاء ما في المسمى دون المعجل .

٢١٤١٦ - ولأن هذا في امرأة بعينها ، فيجوز أن يكون لا ولي لها فيعتبر رضاها خاصة ولهذا ردت أمرها إلى النبي ﷺ [٢] .

٢١٤١٧ - قالوا : روى أبو سعيد الخدري [٣] ، أن النبي ﷺ قال : « المهر جائز قليله وكثيره » [٤] .

٢١٤١٨ - قلنا : هو جائز عندنا ، وإن ثبت للولي الاعتراض ، كما يجوز بغير كفء وإن ثبت للولي الاعتراض [٥] .

٢١٤١٩ - قالوا : من لا يعترض عليها في هبة المهر لا يعترض عليها في المحاباة كالأجنبي [٦] .

٢١٤٢٠ - قلنا : المهر حق لها وحق الولي يتعلق به ، كما أن حق اللّٰه يتعلق به ، فلو ترك المهر ابتداء [فقد ترك] [٧] حق اللّٰه تعالى ولم يعتبر رضاها ، ثم إذا سمت المهر

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من حديث سهل بن سعد الساعدي في كتاب النكاح ، ٥١ - باب المهر بالعروض وخاتم من حديد ، حديث رقم ٥١٥٠ ، فتح الباري (٢١٦/٩) .

(٢) أي : أن هذه واقعة عين لا يعول عليها لجواز ألا يكون لهذه المرأة ولي ؛ لأنها ردت أمرها إلى النبي - ﷺ - . انظر : المبسوط (١٤/٥) .

(٣) هو سعد بن مالك الأنصارى الخزرجي المدني ، أبو سعيد الخدري ، من علماء الصحابة ، وممن شهد بيعة الشجرة ، روى أحاديث كثيرة ، وأفتى مدة ، ومات سنة ٧٤هـ . انظر : أسد الغابة (١٤٢/٦) ، طبقات الحفاظ ص١١ ، العبر (٨٤/١) .

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٤٤/٣) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٨٩/٤) .

(٥) أي : أن المهر جائز قلة وكثرة ، ولكن يثبت الاعتراض إذا نقصت المرأة من مهرها دفعا للشين الذي سيلحقهم بنقصان المهر ، كما أن النكاح جائز من الكفء وغير الكفء ، ولكن يثبت للأولياء الاعتراض في ترك الكفاءة دفعًا للشين أيضًا . انظر : المبسوط (١٤/٥) .

(٦) أي : أن المرأة التي وهبت مهرها لزوجها بعد وجوبه لا يعترض عليها ، كذلك لا يعترض عليها إذا حابت زوجها وأنقصت من مهرها كالأجنبي . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : أو من لا يملك هبة المهر لا يملك في المحاباة ، كالأجنبي » اهـ .

(٧) زيادة اقتضاها السياق .

ووهبته جازت الهبة ، ولم يثبت حق اللّٰه في الثاني .

٢١٤٢١ - كذلك حق الولي عندنا ثبت متى نقصت في المهر ابتداء ، فإذا سمت مقدار مهرها ثم وهبته لم يثبت للولي حق في الهبة .

٢١٤٢٢ - ولأن الأجنبي لا يعترض في المعوض ، فلم يعترض في العوض والولي ثبت له الاعتراض في أحد الوجهين فثبت له في الآخر (١) .

٢١٤٢٣ - قالوا : بدل في معوضه كالبيع والإجارة (٢) .

٢١٤٢٤ - قلنا : هناك لا يثبت له الاعتراض في مبدله فلم يثبت في بدله ، وفي مسألتنا بخلافه (٣) .

٢١٤٢٥ - قالوا : لا يثبت لهم الاعتراض في نفس المهر إذا تزوجت بالزجاج وقشور الرمان والنوى ، وإن لحقهم شين ، وكذلك في مقدار المهر (٤) .

٢١٤٢٦ - قلنا : هذا الفصل لا رواية فيه وكان شيخنا أبو عبد اللّٰه يقول : يثبت لهم الاعتراض وإن سلمنا ذلك .

---

(١) أي : أن المهر عند إنشاء عقد الزواج تتعلق به ثلاثة حقوق :

أولها : حق اللّٰه تعالى- في ألا ينقص عن عشرة دراهم عند الأحناف .

وثانيها : حق الولي العاصب في ألا ينقص المهر عن مهر المثل عند أبي حنيفة فإذا أنقص كان للولي الاعتراض ، حتى يرتفع المهر إلى مهر مثلها .

ثالثها : حق الزوجة : وهو الحق الثابت الدائم والحقان الأولان لا يثبتان إلا عند الإنشاء ، فمتى عقد العقد وقد روعى فيه هذان الحقان ، كان المهر بعد ذلك حقًّا خالصًا للزوجة ، فإذا سمت المهر ووهبته ، لم يثبت للولي حق في الهبة . والقياس على الأجنبي قياس غير صحيح ؛ لأن الأجنبي لا يملك الاعتراض في المعوض أي الزوج ، فلم يملك الاعتراض في العوض : وهو المهر ، بخلاف الولي فإنه لما ثبت له الاعتراض على الزوج ثبت له الاعتراض على المهر . انظر : عقد الزواج وآثاره ، محمد أبو زهرة ص ٢٤٥ .

(٢) أي : أن المهر بدل في عقد معاوضة ، وهو النكاح ، فكان لمالك البدل مطلق التصرف فيه زيادة ونقصانًا ، قياسًا على عقد البيع والإجارة . انظر : النكت للشيرازي وفيه يقول : « لنا : أنه معوضه لا يعتبر فيه مماثله ، فلم يكن تقدير العوض فيه لغير المالك ، كالبيع والإجارة » اهـ .

(٣) أي : ان الأولياء لا يثبت لهم الاعتراض في مبدل البيع والإجارة ، فلم يثبت لهم الاعتراض في البدل ، ولكن لما ثبت لهم الاعتراض في النكاح في المبدل وهو الزوج ، ثبت لهم الاعتراض في المهر . انظر : المبسوط (٥/١٤) .

(٤) أي : أن المرأة إذا تزوجت بمهر خسيس كقشور الرمان ، أو الزجاج المكسر لا يثبت للأولياء اعتراض عند المخالف وإن لحقهم شين ، فكذلك لا يثبت لهم الاعتراض إذا أنقصت منه برضاها . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ثم يبطل ما قالوه بالخسيس كقشور الرمان والزجاج المكسر » اهـ .

٢١٤٢٧ - قلنا : إن العوض في الآخران قدرهما دون جنسهما بدلالة أن التجار يحصلون أموالهم في كل جنس والقدر حاصل في هذه الأنواع الدنيئة ، يبين ذلك أن حق اللّٰه تعالى تعلق بالمهر ثم [١] إذا تزوجت بهذه الأنواع سقط حقه .

٢١٤٢٨ - كذلك حق الولي لما تعلق بالمهر سقط إذا استوفي القدر من هذه الأنواع [٢] .

* * *

(١) ساقطة من (م) .

(٢) أي : أن العوض في الأموال بالقدر لا بالجنس فربما يكون قشر الرمان أو الزجاج المكسر له قيمة ، بدليل أن التجار يحصلون أموال التجارة في كل جنس . انظر : حاشية ابن عابدين (٩٤/٣) .

مسألة ١٠٤٩

الألفاظ التي ينعقد بها النكاح

٢١٤٢٩ - قال أصحابنا : ينعقد النكاح بلفظ الهبة ، والصدقة ، والتمليك [1] .

٢١٤٣٠ - وقال ابن سماعة [2] عن محمد : كل لفظ يصح أن يملك به رقبة الأمة [فهو نكاح للحرة] [3] .

٢١٤٣١ - وكان شيوخنا ببلخ يقولون : لا ينعقد بلفظ البيع [4] ، وليس بصحيح لأن الرواية بخلافه [5] .

٢١٤٣٢ - وحكى عن أبي الحسن [6] : أنه ينعقد بلفظ الإجارة ، وكان أبو بكر الرازي [7] يمنع ذلك [8] .

(١) الهبة : سبق بيانها ، والصدقة : هي العطية التي تعطى للفقراء ويبتغى بها وجه الله ﷻ انظر : التعريفات ص ١١٦ ، والتمليك يقال : ملك المرأة تزوجها ، والمملوك العبد ، وملكه الشيء تمليكًا جعله ملكا له ، يقال : ملكه المال والملك فهو ملك . انظر : مختار الصحاح مادة (ملك) .

(٢) ابن سماعة : سبقت ترجمته .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) وما أثبتناه من كتب الأحناف لأن ابن سماعة روى عن محمد ابن الحسن أنه قال : كل لفظ يكون في الأمة تمليكًا للرق ، فهو نكاح للحرة . انظر : الاختيار (١٠/٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [الإجارة] ، ولا وجه له .

(٥) المقصود بالرواية : هي الرواية المنصوص عليها في المذهب الحنفي ، وهي انعقاد النكاح بلفظ البيع . (وبلخ) مدينة بأفغانستان ، وكانت مدينة عظيمة جليلة ، ولكنها خربت ، ولم يبق إلا قرية يسكن بها نفر من التاجيك ، وبها آثار المدينة القديمة من المآذن الشاهقة وغيرها . انظر : معجم الأمكنة التي في نزهة الخاطر ص ١١ .

(٦) سبقت ترجمته .　　(٧) سبقت ترجمته .

(٨) يفهم من كلام الإمام القدوري رحمه الله أن فقهاء المذهب الحنفي قد اتفقوا على انعقاد النكاح بلفظ الإنكاح أو التزويج أو الهبة أو الصدقة ، كأن يقول الولي : زوجتك ابنتي ، أو أنكحتك بنتي أو وهبتك بنتي ، أو تصدقت بها عليك ، فيقول الزوج : قبلت ، أما انعقاد النكاح بلفظ التملك كالبيع مثلًا كأن يقول الولي : بعتك بنتي ، فيقول الزوج : وأنا قبلت ففي الصحيح في المذهب جواز ذلك ، ولكن شيوخ بلخ منعوا انعقاد النكاح بلفظ البيع ؛ لأن لفظ البيع خاص بتمليك المال ، والمملوك بعقد النكاح ليس بمال . ووجهه الصحيح من المذهب : أن لفظ الهبة أو الصدقة أو التمليك كالبيع أو الشراء كلها ألفاظ تفيد الملك الذي هو سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة كما في ملك اليمين ، والسببية من طريق الجواز . أما انعقاد النكاح بلفظ الإجارة : كأن يقول الولي : آجرتك بنتي ، فيقول الزوج : قبلت فلقد أجاز ذلك أبو الحسن الكرخي ؛ لأن المستوفي بالنكاح منفعة وإن جعل=

٢١٤٣٣ - وقال الشافعي : لا ينعقد إلا بلفظ النكاح ، و التزويج [(١)] .

٢١٤٣٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ ﴾ [(٢)] [فأخبر اللّٰه تعالى أنه أباح للنبي قبول النكاح الموجب بلفظ الهبة [(٣)]] وسمى قبوله استنكاحًا بقوله : ﴿ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا ﴾ وما أبيح للنبي ﷺ فنحن فيه كهو ، إلا أن تدل دلالة التخصيص .

٢١٤٣٥ - ولأن تسميته استنكاحًا يدل على أنه نكاح فيدخل في عموم قوله : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [(٤)] .

٢١٤٣٦ - ولا يقال : إنها وهبت نفسها فأوجبت بلفظ النكاح [(٥)] أنه لا يجوز

=في حكم العين ومنع ذلك محمد بن الحسن واختار ذلك أبو بكر الجصاص ، وهو الصحيح ؛ لأن الإجارة لا تنعقد إلا مؤقتة ، والنكاح لا ينعقد إلا مؤبدًا ، فكان بين موجبيها تناف ، فلا يجوز استعارة لفظ الإجارة لانعقاد النكاح . انظر أقوال الأحناف في : المبسوط (٩٥/٥ ، ٦٠) ، بدائع الصنائع (٢٢٩/٢) ، مجمع الأنهر (٣١٨/١) ، حاشية ابن عابدين (١٦/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (١٩٣/٣-١٩٦) ، البحر الرائق (٨٥/٣) ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٦٦٣/٢) ، الاختيار (٩/٣ ، ١٠) .

(١) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (٣٧/٥) ، المهذب (٥٣/٢) ، المجموع (٢١٠/١٦) ، مغني المحتاج (١٤٠/٣) ، نهاية المحتاج (٢١١/٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٦٨/٦) .
وأما المالكية : فإنهم يوافقون الأحناف في أن النكاح ينعقد بكل لفظ يقتضي البقاء لملك الزوجة كعصمة الزوجة مدى الحياة كبعت وتصدقت وأعطيت وملكت وأحللت ، وأبحت ، بشرط أن يقصد بهذا اللفظ النكاح مع تسمية الصداق حقيقة أوحكمًا . انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٩٦/٢) ، جواهر الإكليل (٢٧٧/٢) ، مواهب الجليل (٤١٩/٣) ، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (٩٨/٢) .
وأما الحنابلة : فإنهم يوافقون الشافعية فيما ذهبوا إليه من أن النكاح لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح أو التزويج . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٧١/٧) . وسبب اختلاف الفقهاء على النحو السابق هو : هل النكاح عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ ، فمن ألحقه بالعقود التي يعتبر فيها الأمران قال : لا نكاح منعقد إلا بلفظ الإنكاح أو التزويج ، ومن قال : إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ ، أجاز النكاح بأي لفظ اتفق إذا فهم المعنى الشرعى من ذلك ، أعنى إذا كان بينه وبين المعنى الشرعى مشاركة . انظر : بداية المجتهد (٥/٢) .

(٢) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع)

(٤) أي : أن الآية الكريمة أباحت للنبي ﷺ قبول النكاح بلفظ الهبة ؛ لأنها سمت قبوله له استنكاحًا ، وما أبيح للنبي ﷺ فهو وأمته فيه سواء ما لم يرد نص يدل على التخصيص . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٤/٣) .

(٥) أي : أن حقيقة الهبة هنا غير مرادة ؛ لأن رقبة الحر لا تملك ، فكأنها قالت للرسول ﷺ : أتزوجك بغير=

إسقاط السبب المقبول ، وتعليق الحكم بسبب لم ينقل [١] ، كيف ، وهذه المرأة سميت بالموهوبة ، فدل على أنها عقدت بلفظ الهبة [٢] .

٢١٤٣٧ - فإن قيل : قوله تعالى : ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [٣] يدل على أنه عليه السلام يختص بهذا العقد [٤] دون غيره من أمته [٥] .

٢١٤٣٨ - قلنا : قال [٦] الزجّاج [٧] : « خالصة » حال [٨] من الهاء في يستنكحها ، / وخالصة منصوب على الحال معناه : ينكحها في حال خلوصها له [٩] ومعنى الحال أن المصدرين منها ومن العامل فيها يحدثان معًا [١٠] في زمان واحد كقولك : قام زيد ضاحكًا أي وقع منه القيام والضحك في زمان واحد ، والكاف في قوله : « لك » انصراف من الغيبة إلى الخطاب ، [فهو يدل على الهاء في له] [١١] مثل الكاف في

٢٤٠/أ

= عوض ، فأوجبت بلفظ النكاح . انظر : فتح الباري (٣٠٦/٩) ، مغني المحتاج (١٤٠/٣) .

(١) أي : أنه لا يجوز لنا أن نسقط السبب المقبول ، وهو عقد النكاح بلفظ الهبة ، ونعلق الحكم وهو انعقاد النكاح بسبب لم ينقل وهو أنها وهبت نفسها فأوجبت بلفظ النكاح . انظر : المبسوط (٥٩/٥) .

(٢) لقد اختلف العلماء في تعيين الواهبة ، فقيل : هي ميمونة بنت الحارث ، وقيل خولة بنت حكيم ، وقيل : زينب بنت خزيمة ، وقيل : أم شريك ، وقيل : ليلى بنت الحطيم ، والأصح كما في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أنها خولة بنت حكيم . انظر : فتح الباري (٢٢٥/٨) ، تفسير الطبري (٢٩/٢٢) ط دار المعرفة بيروت .

(٣) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .

(٤) سبق بيان معنى عقد النكاح .

(٥) أي : أن عقد النكاح بلفظ الهبة من خصوصيات رسول الله ﷺ انظر : الأم (٣٧/٥) ، مغني المحتاج (١٤٠/٣) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) هو إبراهيم بن سري بن سهل ، يكنى أبا إسحاق الزجاج النحوي ، ولقب بالزجاج ؛ لأنه يخرط الزجاج ، فمال إلى تعلم النحو ، فلزم المبرد ، توفي سنة ٣١١هـ . انظر : بغية الوعاة (٤١١/١) ، وتاريخ بغداد (١٩٧/٣) .

(٨) الحال : وصف منصوب فضلة مبين لهيئة صاحبه . انظر : أوضح المسالك على ألفية ابن مالك (٢٩٥/٣) - مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود .

(٩) أي : أن المعنى قوله « خالصة لك من دون المؤمنين » يرجع إلى عدم المهر بقرينة إعقابه بالتعليل بنفي الحرج ، فإن الحرج ليس في ترك لفظ إلى غيره ، خصوصًا بالنسبة لرسول الله ﷺ بل في لزوم المال ، وبقرينة وقوعه في مقابلة المؤتى أجورهن ، فصار المعنى أحللنا لك الأزواج المؤتى مهورهن والتي وهبت نفسها لك ، فلم تأخذ مهرًا ، خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين أما سائر الأمة فقد فرضنا عليهم في أزواجهم مهرًا وغيره . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٤/٣) ، معاني القرآن وإعرابه للزجاج (٢٣٣/٤) .

(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١١) هكذا في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) .

﴿ إِيَّاكَ نَعۡبُدُ ﴾ [١] وقد قيل : في معنى الخلوص جواز النكاح له من غير بدل في الحال وفي [٢] الثاني ، وذلك لا يجوز لغيره ، فعلى هذا العامل في الحال : منها [٣] .

٢١٤٣٩ – وعلى قولهم : العامل فيها [٤] وهبت فنفصل عندهم بين العامل والمعمول بفواصل .

٢١٤٤٠ – فلا يصح أن يفرق بين العامل وما عمل فيه إلا بدليل ؛ لأنه توسع في الكلام ، وقد دل على أن الخصوصَ خلو العقد من بدل قولهُ تعالى : ﴿ إِنَّآ أَحۡلَلۡنَا لَكَ أَزۡوَٰجَكَ ٱلَّٰتِيٓ ءَاتَيۡتَ أُجُورَهُنَّ ﴾ [٥] فسر ذلك بقوله : ﴿ وَٱمۡرَأَةٗ مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ ﴾ [٦] . ثم قال : ﴿ قَدۡ عَلِمۡنَا مَا فَرَضۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ ﴾ يعني من وجوب البدل في كل حال [٧] .

٢١٤٤١ – ويدل على ذلك من السنة : ما روى هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة : « أنها كانت تعير النساء اللاتى وهبن أنفسهن لرسول الله ﷺ قالت : ألا تستحي أن تعرض نفسها بغير صداق ؟ » [٨] فأنزل الله الآيات ، يبين ذلك قوله تعالى : ﴿ لِكَيۡلَا يَكُونَ عَلَيۡكَ حَرَجٞ ﴾ [٩] أي ضيق والذي يضيق عليه التماس المهر . فأما إبدال العبارة بغيرها فلا ضيق فيه [١٠] .

---

(١) سورة الفاتحة : الآية ٥ .
(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .
والمعنى أن المراد بالخلوص جواز النكاح للنبي ﷺ بغير مهر مطلقًا في الحال التي نحن بصدد الحديث عنها وهي انعقاد النكاح بلفظ الهبة ، كما تزعمون ، وفي الثاني : أي انعقاد النكاح بلفظ الإنكاح أو التزويج وذلك أي النكاح بدون مهر لا يجوز لغيره من أمته . فعلى هذا المعنى يكون العامل في قوله ﴿ خَالِصَةٗ ﴾ فعل من نفسها بتقدير خلص لك خلوصًا فهي خالصة . انظر : مغني المحتاج (١٢٤/٣) .
(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٥) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .
(٦) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .
(٧) أي : أنه على قول المخالف : إن العامل في الحال ﴿ خَالِصَةٗ ﴾ الفعل ﴿ وَهَبَتۡ ﴾ يكون قد فصل بين الحال وعاملها بفواصل ، وهذا توسع في الكلام ؛ لأنه لم يرد دليل يدل على الفصل ؛ لأن قوله تعالى : ﴿ إِنَّآ أَحۡلَلۡنَا لَكَ أَزۡوَٰجَكَ ٱلَّٰتِيٓ ءَاتَيۡتَ أُجُورَهُنَّ ﴾ دل على خلو عقد الواهبة نفسها من المهر ، وهذا خاص به أما سائر أمته فلقد فرض عليهم المهر لأزواجهم . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٤/٣) .
(٨) أي يدل على خلو عقد الواهبة نفسها عن المهر ، هذا الحديث الذي أخرجه البخاري في كتاب تفسير القرآن ، تفسير سورة الأحزاب ، باب ٧ (ج٨ /٥٢٤) – وأخرجه مسلم (ط/٦٢٢) باب جواز هبتها نوبتها لضرتها .
(٩) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .
(١٠) أي : أن إبدال عبارة أنكحتك نفسي ، أو زوجتك نفسي بعبارة وهبت نفسي لك ليس فيه حرج ولا ضيق ، وخصوصا مع سيد الفصحاء رسول الله ﷺ وإنما الحرج والضيق في لزوم المهر . انظر : شرح فتح =

٢١٤٤٢ - ولأن الآية خرجت مخرج الامتنان ، والمنة [١] إنما تكون في إسقاط العوض عنه [٢] ؛ لأنه قد لا يقدر عليه ، ولا يكون في توسعة العبارة التي يقدر عليها .

٢١٤٤٣ - وكيف يكون الخلوص في اللفظ ، وذلك أمر صح من الواهبة ، ومنه عليه السلام أو ما ساواه غيره فيه لا يوصف أنه خلص له ، فأما سقوط البدل فمعنى قد خلص له [٣] فيصح أن يوصف به [٤] .

٢١٤٤٤ - فإن قيل : من زوج عبده من أمته ولم يثبت في العقد مهر فقد ساواه عليه السلام فيه غيره [٥] .

٢١٤٤٥ - قلنا : هناك المهر يجب بالعقد ثم يصير دينا للمولى [٦] على عبده فيسقط [٧] .

٢١٤٤٦ - فإن قيل : هذه العبارة لا فائدة فيها [٨] .

٢١٤٤٧ - قلنا : بل فيها معنى صحيح ؛ لأنه لو ظهر عليها دين كان المهر في رقبته لغرمائها [٩] .

٢١٤٤٨ - فإن قيل : سقوط البدل ليس بمذكور ، والموهوبة مذكورة والظاهر أن

= القدير على الهداية (١٩٤/٣) .

(١) مَنَّ عليه « أنعم » والامتنان : كثرة الإنعام . انظر : مختار الصحاح ، مادة (م ن ن) .

(٢) ساقطة من (م) . (٣) ساقطة من (م) .

(٤) أي : أن قوله تعالى : ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [سورة الأحزاب آية : ٥٠] امتنان من الله سبحانه وتعالى على نبيه محمد ﷺ فأباح له النكاح بدون عوض ؛ لأنه قد لا يقدر عليه فينصرف في جمعه وطلبه عن الدعوة ، بدليل نفي الحرج في قوله ﴿ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ ﴾ والحرج ليس في ترك لفظ إلى غيره خصوصًا مع سيد البلغاء والفصحاء ، وإنما الحرج في جمع المهر فإسقاطه عنه خاص به ، ولا يكون الخلوص في اللفظ : أي لفظ الهبة ؛ لأن عقد النكاح بهذا اللفظ صح من الواهبة ، ومنه ﷺ ، كذلك يصح في كل من ساواه من أمته في عقد النكاح بهذا اللفظ . انظر : شرح فتح القدير (١٩٤/٣) .

(٥) أي : لو كان لرجل عبد وأمة ، فزوج العبد من الأمة ، ولم يثبت في العقد مهرًا فقد تساوى هذا العبد مع رسول الله ﷺ في سقوط المهر انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٤٠١/٣) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) أي : لو زوج رجل عبده من أمته ، لم يسقط المهر في العقد ، بل يجب المهر ، ثم يصير المهر دينا في رقبة العبد فيسقط عنه ، لقيام ملك المولى في رقبة الزوج . انظر : المبسوط (١٢٨/٥) .

(٨) أي : أن وجوب المهر في زواج العبد بأمة سيده ، ثم سقوطه عنه ، لا فائدة فيه .

(٩) أي : أن وجوب المهر في زواج العبد بأمة سيده فيه فائدة ، وهي أنه إذا ظهر على زوجته دين ، كان مهرها في رقبته للغرماء . انظر : المبسوط (١٢٨/٥) .

الكناية [١] ترجع إلى مذكور متقدم [٢] .

٢١٤٤٩ – قلنا : السر في الآية كناية [٣] وقوله « خالصة » هذه تاء تأنيث التي وتصير في السكت فأما أن تكون بها كناية فلا [٤] ، وقد قلنا : إن ردها إلى عامل [متقدم يفصل بينه وبينها بفواصل مع إمكان ردها إلى عامل] [٥] معها لا يصح .

٢١٤٥٠ – فإن قيل : قوله : « خالصة » يرجع إلى الأمرين : سقوط البدل ، وإلى العقد بلفظ الهبة [٦] .

٢١٤٥١ – قلنا : قد بينا أن ذلك فيما تقدم إليه اتساع لا يسار [٧] إليه إلا بدليل ، وأن الحمل على الأمرين يصح فيما له [٨] لفظ عموم ، فأما ما ليس له لفظ عموم فلا يصح ذلك فيه إذا اكتفي بأحدهما لم يجز حمله على الآخر .

٢١٤٥٢ – وقد قيل : في قوله « خالصة لك [٩] » أن معنى الخلوص ألا يجوز لأحد أن يتزوجها بعد [١٠] .

---

(١) الكناية : هي أن يعبر عن شيء لفظًا كان أو معنى بلفظ غير صريح في الدلالة عليه لغرض من الأغراض ، كالإبهام على السامع مثل قولك جاء فلان . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٦٥ .

(٢) المعنى أن سقوط البدل ليس بمذكور في الآية الكريمة ﴿ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾ ولكن المذكور فيها هي المرأة الموهوبة ، والكناية ترجع إلى مذكور متقدم ، والمتقدم في الذكر هي المرأة الموهوبة لا سقوط البدل . انظر : المهذب (٥٣/٢) .

(٣) أي : أن الكناية في الآية الكريمة هي : إرادة طلب النكاح التي هي كناية عن القبول ، ولا وجه لحمل لفظ الهبة على معناه الحقيقي ؛ لأن قوله يستنكحها يغني عن الإرادة بمعناه الوضعي . انظر : المبسوط (٦٠/٥) .

(٤) أي : أن التاء في (خالصة) تاء التأنيث ، التي تحذف في النسب ، فإذا نسب إلى كلمة (خالصة) فنقول : « خالصى » وليست هذه التاء تاء الكناية كالتاء التي في كلمة « أنت » أو الهاء في « له » .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) ، (ع) . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٣٥- وأوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك (٣٣٢/٤) .

(٦) أي : أن قوله « خالصة » يفهم منه أمران ، سقوط البدل ، والنكاح بلفظ الهبة ، فيكون الأمران من خصوصياته ﷺ دون غيره من أمته . انظر : مغني المحتاج (٢٢٤/٣) .

(٧) الأصح « لا يسار » من المسير ، بمعنى لا يلجأ إلى هذا الفصل بين العامل ومعموله إلا بدليل .

(٨) ساقطة من (ص) .

(٩) ساقطة من (ص) .

(١٠) أي : أن الحمل على معنى الأمرين معًا يصح إذا كان اللفظ يدل على العموم ، أما ما ليس له لفظ عموم فلا يصح منه ذلك ؛ لأنه إذا اكتفيا بأحد الأمرين لم يجز حمله على الآخر ، ولقد قيل : إن المراد بقوله : ﴿ خَالِصَةً ﴾ هي المرأة بمعنى أنه لا يحل لأحد بعدك أن يتزوجها ، ويكون شريكًا لك في الفراش من حيث=

٢١٤٥٣ - فإن قيل : إنما يحرم نكاحها إذا مات عنها وهذه كان يجوز أن يطلقها فتحل لغيره [١] .

٢١٤٥٤ - قلنا : هذا غلط ، بل زوجاته ﷺ لا يحل أن يتزوجهن غيره وإن طلقهن ، وإن صح ما قالوا : جاز أن يكون الله تعالى قد علم من حال هذه ألا يطلقها [٢] .

٢١٤٥٥ - فإن قيل : هذه الفائدة [٣] مستفادة من قوله تعالى : ﴿ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًا ﴾ [٤] .

٢١٤٥٦ - قلنا : لا نعلم أن تلك الآية تقدمت على هذه ، بل يجوز أن يكون نزولها على قصد تلاوتها فتكون هذه متقدمة والفائدة فيها وتلك تكرار لها أو تكون تلك أفادت تحريم النساء بعده وهذه أفادت تحريمهن على العموم ، فتختص بفائدة لا توجد في تلك [٥] ، لأنا لو علمنا تقدم تلك الآية كانت الحال مؤكدة وهذا غير ممتنع لقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ وَلَّيْتُم مُّدْبِرِينَ ﴾ [٦] ، وقوله ﴿ قَآئِمَۢا بِٱلْقِسْطِ ﴾ [٧] ولم يقم تعالى قط إلا بالقسط وكذا الحال المؤكدة [٨] .

= الزمان ، كما قال تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لَكُمْ أَن تُؤْذُواْ رَسُولَ ٱللَّهِ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًا ﴾ . انظر : المبسوط (٥٩/٥) .

(١) أي : أنه يحرم نكاح زوجات النبي ﷺ من بعده إذا مات عنهن ، أما هذه المرأة محل الخلاف وهي « الموهوبة » يجوز أن يطلقها فتحل لغيره أن يتزوجها . انظر : تفسير القرطبي (٢١٢/١٤) .

(٢) أي : أن زوجات النبي ﷺ لا يحل لأحد من أمته الزواج منهن مطلقًا سواء طلقهن أو مات عنهن ، وإن صح قول المخالف : إن هذه الموهوبة يجوز أن يطلقها فينكحها غيره . فنقول : يجوز أن يكون الله تعالى قد علم أن هذه الموهوبة لا يطلقها النبي ﷺ بعد عقده عليها بلفظ الهبة . انظر : المبسوط (٦٠/٥) .

(٣) يقصد المخالف بالفائدة : حرمة نكاح أزواج النبي ﷺ إذا مات عنهن ، وجواز ذلك إذا طلقهن . انظر : تفسير القرطبي (٢٢٩/١٤) .

(٤) سورة الأحزاب : الآية ٥٣ .

(٥) أي : أننا لانعلم أن قوله تعالى : ﴿ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًا ﴾ ؛ هل هذه الآية هي المتقدمة في النزول فتكون فيها حرمة أزواج النبي ﷺ من بعده على غيره ، ويكون قوله : ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ أفاد تحريم نسائه بعده ﷺ وقوله ﴿ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًا ﴾ أفاد تحريم أزواجه على العموم بعد طلاقه لهن أو موته ، فهذه الآية اختصت بفائدة لا توجد في الآية الأعلى . انظر : المبسوط (٦٠/٥) .

(٦) سورة التوبة : الآية ٢٥ .

(٧) سورة آل عمران : الآية ١٨ .

(٨) أي : لأننا لو علمنا تقدم قوله تعالى : ﴿ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾ على قوله : ﴿ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ =

٢١٤٥٧ - فإذا جازت أن ترد مؤكدة [لما أفادته في نفسها ، جاز أن ترد مؤكدة] (١) لما أفاد غيرها .

٢١٤٥٨ - ولأنه لا يمتنع أن يذكر الخلوص هنا لغاية وهو أن هذه لما سميت موهوبة لم يؤمن أن يظن مفارقتها للزوجات ، ولا تدخل في قوله تعالى : ﴿ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًا ﴾ (٢) فذكر الخلوص فيها لتزول هذه الشبه (٣) .

٢١٤٥٩ - وطريقة أخرى : وهو أن المصدر قد جاء على فاعله مثل العافية والعاقبة وقوله تعالى (٤) : ﴿ فَأُهْلِكُواْ بِٱلطَّاغِيَةِ ﴾ (٥) ، أي بطغيانهم .

٢١٤٦٠ - وقد ينوب المصدر مناب فعل الأمر ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ فَإِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ فَضَرْبَ ٱلرِّقَابِ ﴾ (٦) فالمصدر ناب مناب اضربوا والمصدر يضاف إلى المفعول به (٧) ومثله ﴿ فَسُحْقًا لِّأَصْحَٰبِ ٱلسَّعِيرِ ﴾ (٨) ، فخالصة مصدر ناب مناب الفعل الذي نصبه ذلك المفعول به ، ومعنى الخلوص أنه لا يجوز لمؤمن أن يجمع بين أزيد من أربع نسوة ، ويجوز للرسول ﷺ ذلك (٩) لعموم قوله تعالى : ﴿ وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّٰتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَٰلَٰتِكَ ﴾ (١٠) والتقدير : يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك أخلص لك ذلك لكيلا يكون عليك حرج ؛ مفعول له (١١) إما من أحللنا وإما من خالصة .

٢١٤٦١ - والتأنيث في المصدر إنما هو كتأنيث الشريفة والفريضة ، كما أن تأنيث

= أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًا ﴾ ، كانت الآية الثانية حالًا مؤكدة للعامل في الآية الأولى ، وهو ﴿ يَسْتَنكِحَهَا ﴾ . انظر : المبسوط (٥/٥٩ ، ٦٠) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٢) سورة الأحزاب : الآية ٥٣ .

(٣) أي : أن الحال لما جاز أن تكون مؤكدة في نفسها جاز أن تكون مؤكدة لما أفاد غيرها ، ولا منع أن يكون الخلوص هنا لغاية ، وهي أن هذه لما سميت موهوبة لم يؤمن أن يظن مفارقتها للزوجات ، ولا تدخل في عموم قوله ﴿ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ أَزْوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦٓ أَبَدًا ﴾ . فذكر الخلوص في الموهوبة لتزول به هذه الشبهة . انظر : المبسوط (٥/٦٠) .

(٤) ساقطة من (ن) .

(٥) سورة الحاقة : الآية ٥ .

(٦) سورة محمد : الآية ٤ .

(٧) المفعول به : هو ما وقع عليه فعل الفاعل . راجع شذور الذهب ص ٢١٣ .

(٨) سورة الملك : الآية ١١ .

(٩) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٣/٣٦٧) ، والمبسوط (٥/٥٩) .

(١٠) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .

(١١) المفعول له : هو المصدر الفضلة المعلل لحدث شاركه في الزمان والفاعل ، ويسمى المفعول لأجله ، أو من أجله . انظر : شذور الذهب ص ٢٢٦ .

العاقبة إنما هو كتأنيث العمة ، فعلى هذا التأويل ليس في اللفظ انصراف من الخطاب إلى الغيبة ؛ لأن التقدير : ﴿ إِنَّآ أَحۡلَلۡنَا لَكَ أَزۡوَٰجَكَ ﴾ أخلص ذلك لك والانصراف توسع ومن تأول اللفظ من غير اللفظ على الوسع أولى [١] .

٢١٤٦٢ - يدل عليه : ما روى سعيد بن منصور [٢] قال : حدثنا يعقوب بن عبد الرحمن [٣] ، قال : حدثني أبو حازم [٤] ، عن سهل بن سعد [٥] ، أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ ، فقالت : يا رسول الله جئت لأهب نفسي لك فنظر إليها فصعَّد النظر وصوبه ثم طأطأ رأسه ، فقام رجل من أصحابه ، فقال يا رسول الله : إن لم يكن لك فيها حاجة فزوجنيها ، وذكر الحديث إلى أن قال : « اذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن » [٦] .

٢١٤٦٣ - وهذا يدل على انعقاد النكاح بغير لفظ النكاح والتزويج [٧] .

٢١٤٦٤ - فإن قيل : روى مالك بن سفيان بن عيينة وحماد بن زيد [٨] وعبد العزيز

---

(١) أي : أن التأنيث في المصدر ﴿ خَالِصَةً ﴾ إنما هو للفصل بين المذكر والمؤنث كشريعة وشرع ، وفريضة وفرض ، وعمة وعم ، فعلى هذا التأويل لا يكون في قوله : ﴿ إِنَّآ أَحۡلَلۡنَا لَكَ ﴾ انصراف من الخطاب إلى الغيبة ؛ لأن التقدير « إنا أحللنا لك أزواجك أخلص ذلك لك » . انظر : المبسوط (٩٥/٥) .

(٢) هو سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني ، الحافظ ، أحد الأئمة الأعلام ، روى عن : مالك ، والليث ، وابن عيينة ، وحماد بن زيد ، وغيرهم ، وروى عنه : أحمد ، ومسلم ، وأبو داود ، وأبو بكر الأثرم ، وغيرهم ، قال أحمد : من أهل الفضل والصدق ، مات بمكة سنة ٢٢٧هـ . انظر : طبقات الحفاظ ١٧٩ ، طبقات ابن سعد (٣٦٧/٥) ، ميزان الاعتدال (١٥٩/٢) .

(٣) هو يعقوب بن عبد الرحمن المدني ، القارئ ، حليف بني زهرة ، سكن الإسكندرية ، وروى عن أبيه ، وثقه ابن معين ، وأحمد ، وذكره ابن حبان في الثقات ، ومات سنة ١٨١هـ . انظر ترجمته في : ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم للدارقطني (٤٢١/١) ، الجمع بين رجال الصحيحين (٥٨٨/٢) - وكتاب مشاهير علماء الأمصار ص ١٩١ .

(٤) هو سلمة بن دينار الأعرج النمار الزاهد ، يكنى أبا حازم ، روى عن : سهل بن سعد ، ومحمد بن المنكدر ، وسعيد بن المسيب ، وغيرهم ، وروى عنه : الزهري ، وأسامة بن زيد ، والسفيانان ، والحمادان ، وغيرهم ، قال ابن سعد : ثقة كثير الحديث ، كان يقص في مسجد المدينة ، ومات سنة ١٤٠هـ . انظر ترجمته في : تهذيب التهذيب (١٤٣/٤) ، طبقات الحفاظ ص ٥٣ ، العبر (١٨٩/١) .

(٥) سبقت ترجمته .

(٦) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب النظر إلى المرأة قبل التزويج : متن البخاري بحاشية السندى ، ومعنى صعَّد النظر وصوبه : أي نظر أعلاها وأسفلها مرارًا ، ومعنى طأطأ رأسه : أي صمت ، وقال الحافظ ابن حجر : لم أقف على اسم المرأة وكذلك الرجل . انظر : فتح الباري (٢٠٦/٩) .

(٧) انظر : المبسوط (٥٩/٥) .

(٨) هو حماد بن زيد بن درهم الأزدي الجهضمي البصري الأزرق ، يكنى أبا إسماعيل روى عن أنس وابن =

ابن محمد الدراوردى [(١)] ، عن سهل بن سعد عن النبي ﷺ قال فيه [(٢)] : « زوجتكها بما معك من القرآن » [(٣)] .

٢١٤٦٥ - قلنا : خبرنا رواه يعقوب بن عبد الرحمن ، وزائدة [(٤)] ، وعبد العزيز بن أبي حازم [(٥)] ، وليس بين الخبرين تناف [(٦)] ؛ لأن الزبير بن بكار [(٧)] حكى أن الموهوبات كن أربعًا [(٨)] فيجوز أن يكون كل واحد من اللفظين في واحدة .

= سيرين ، ويزيد بن ميسرة ، وثابت البناني وغيرهم ، وروى عنه : سليمان بن حرب ، وابن المبارك ، وابن مهدي ، وغيرهم ، ولد حماد سنة ٩٨هـ ، ومات سنة ١٧٩هـ قال يحيى بن معين : ما رأيت من أحد من الشيوخ أحفظ من حماد بن زيد . انظر : طبقات الحفاظ ص ٩٧ ، تذكرة الحفاظ (٢٢٧/١) .

(١) هو عبد العزيز بن محمد بن عبيد الدراوردي ، أبو محمد المدني ، روى عن : زيد بن أسلم ، وابن وهب وآخرين ، وقال ابن سعد : ثقة ، كثير الحديث ، يغلط ، مات سنة ١٨٧هـ . انظر : طبقات الحفاظ ص ١١٥، طبقات ابن سعد (٣١٣/٥) ، العبر (٢٩٧/١) .

(٢) ساقطة من (ن) .　　　　(٣) انظر : فتح الباري (٢٠٩/٩) .

(٤) في (ص) ، (ن) ، (م) ، (ع) : [زيادة] ، والأصح ما أثبتناه من فتح الباري (٢٠٥/٩) . وهو زائدة ابن قدامة الثقفي ، أبو الصلت ، كان لا يحدث أحدا حتى يشهد له عدلان أنه من أهل السنة ، روى عن إسماعيل السدى ، وحميد الطويل ، وزياد بن علاقة ، وروى عنه حسين الجعفي ، وابن المبارك ، وأبو داود الطيالسي ، وثقه أبو حاتم ، وقال أبو زرعة : صدوق من أهل العلم ، مات سنة ١٦١هـ . انظر : طبقات الحفاظ ٩١ ، تهذيب التهذيب (٣٠٦/٣) .

(٥) هو عبد العزيز بن أبي حازم سلمة بن دينار المخزومى ، مولاهم ، أبو تمام المدني ، روى عن أبيه وغيره ، وروى عنه : قتيبة ، وعلى بن حجر ، وغيرهما ، مات سنة ١٨٤هـ . انظر : طبقات الحفاظ ١١٤ ، طبقات ابن سعد (٣١٣/٥) ، العبر (٢٨٩/١) .

(٦) نعم ليس بين رواية زوجتكها ورواية ملكتكها تناف ، ولكن في مثل ذلك ننظر أي الروايتين أرجح ، يقول الحافظ ابن حجر رحمه الله بعد ما أن ذكر آراء علماء الحديث في الترجيح بين الروايتين ، الذي تحرر مما قدمته أن الذين رووه بلفظ التزويج أكثر عددًا ممن رووه بغير لفظ التزويج ولا سيما وفيهم من الحفاظ مثل مالك ، وعد ابن الجوزي فيمن رواه بلفظ التزويج حماد بن زيد ، وقد قال البغوي في شرح السنة : « لا حجة في هذا الحديث لمن أجاز انعقاد النكاح بلفظ التمليك ؛ لأن العقد كان واحدًا ، فلم يكن اللفظ إلا واحدًا واختلف الرواة في اللفظ الواقع ، والذي يظهر أنه كان بلفظ التزويج على وفق قول الخاطب : زوجنيها ، إذ هو الغالب في أمر العقود . انظر : فتح الباري (٢١٤/٩ ، ٢١٥) .

(٧) هو الزبير بن بكار بن عبد الله بن مصعب بن ثابت بن عبدالله بن الزبير بن العوام القرشي الأسدي الزبيرى ، أبو عبد الله بن أبي بكر المدني ، قاضى مكة ثقة ثبت عالم بالنسب توفي رحمه الله سنة ٢٥٦هـ انظر طبقات الحفاظ ٢٣١ ، وفيات الأعيان (٢١٨٩/١) ، العبر (١٢/٢) .

(٨) وهن ميمونة بنت الحارث ، وزينب بنت خزيمة ، أم المساكين ، وأم شريك بنت جابر ، وخولة بنت =

٢١٤٦٦ - وإن ثبت أنه في قصة واحدة فأصل الخبر ملكتها ؛ لأن الراوى يسمع العام [١] المبهم فينقل الخاص [٢] المفسر ، ولا يجوز أن يسمع الخاص المفسر . فينقل العام المبهم .

٢١٤٦٧ - ويجوز أنه ﷺ تكلم باللفظين ، فقال : زوجتكها وملكتكها لأن ملكتكها زوجتكها ، فدل بذلك أن كل واحد من اللفظين على حالها كالأخرى في الفائدة كما تقول آجرتك أكريتك ، وهبت لك أعطيتك ، ومن جهة النظر : أن لفظ الهبة لفظ يتعلق به التمليك من غير توقف ، فجاز أن ينعقد به النكاح كلفظ النكاح [٣] .

٢١٤٦٨ - فإن قيل : التمليك لا يتعلق بلفظ الهبة حتى ينضم إليها القبض [٤] .

٢١٤٦٩ - قلنا : القبض من شروط العقد ، وشرط العقد متى وجد ، فالتمليك يقع بالعقد ، كالتقابض في الصرف ، والشهادة في النكاح [٥] .

٢١٤٧٠ - ولا يلزم : الإجارة ؛ لأن التمليك فيها قد يقف على التوقيت [٦] .

= حكيم . انظر : تفسير القرطبى (٢٠٨/١٤) .

(١) لقد سبق معنى العام .
(٢) لقد سبق معنى الخاص .

(٣) هذا التأويل الذي سلكه الإمام القدوري لا يدل على أن الحديث يفيد انعقاد النكاح بغير لفظ التزويج أو الإنكاح ، يدل على ذلك ما قاله الإمام البغوي في شرح السنة يقول : « لا حجة فيه لمن أجاز بلفظ التمليك لأن العقد كان واحدًا فلم يكن إلا بلفظ واحد ، واختلفت الرواية فيه : فالظاهر أنه كان بلفظ التزويج على وفاق قول الخاطب : زوجنيها إذ هو الغالب من أمر العقود أنه قلما يختلف فيه لفظ المتعاقدين ، ومن نقل غير لفظ التزويج لم يكن قصده مراعاة لفظ العقد ، وإنما قصده بيان أن العقد جرى على تعليم القرآن ، بدليل أن بعضهم روى بلفظ الإمكان ، واتفقوا على أن العقد بهذا اللفظ لا يجوز » اهـ . انظر : شرح السنة للبغوي (١٢٢/٩) .

(٤) أي : أن التمليك لا يتعلق بلفظ الهبة فقط وإنما يتعلق باللفظ والقبض معًا . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « والهبة لا يوجب التمليك بنفسه ، ولا يوجب العوض ، والنكاح يوجبه » .

(٥) أي : أن التمليك يقع بالعقد فقط ، أما القبض فهو شرط من شروط العقد ، قياسًا على التقابض في عقد الصرف ، والشهادة في عقد النكاح . انظر : المبسوط (٥٩/٥) .

(٦) أي : أن عقد النكاح لا ينعقد بلفظ الإجارة ، كما هو الصحيح في المذهب الحنفي خلافًا لقول أبي الحسن الكرخي ، وذلك لأن الإجارة لا تنعقد شرعًا إلا مؤقتة والنكاح لا ينعقد إلا مؤبدًا . ووجهة نظر الكرخي في تجويزه انعقاد النكاح بلفظ الإجارة : هي أن الثابت به في النكاح هي المنفعة ، والثابتة بعقد الإجارة هي المنفعة أيضًا ، فوجد المشترك . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٦/٣) .

٢١٤٧١ – ولا يلزم : الوصية ؛ لأنه انعقد بها النكاح فقال : أوصيت بها لك في الحال انعقد بها النكاح ، وإنما لا يتعلق بمطلقها ؛ لأنها تفيد تمليكًا يتعلق بالموت والنكاح لا يتعلق بشروط [(١)] .

٢١٤٧٢ – ولا يلزم : القرض ؛ لأن من أصحابنا من قال ينعقد النكاح به ؛ لأنه يفيد تمليك العين بمثلها فكأنه شرط في النكاح عوضًا فاسدًا [(٢)] .

٢١٤٧٣ – لأن ذلك يجوز بالإجماع] [(٣)] ولا يجوز أن يكون المراد به الجمع .

٢١٤٧٤ – فإن قيل : النكاح لا يملك به [(٤)] .

٢١٤٧٥ – قلنا : يملك به الاستباحة ولهذا يأخذ الزوج العوض على الطلاق [(٥)] .

٢١٤٧٦ – فإن قيل : المعنى في لفظ النكاح أنه لا ينعقد به غير النكاح ، فلذلك انعقد النكاح به ، وهذه الألفاظ لما انعقد بها غير النكاح لم ينعقد بها النكاح [(٦)] .

٢١٤٧٧ – قلنا : علة الأصل غير مسلَّمة ؛ لأن الرجعة عندنا تصح بلفظ النكاح [(٧)] .

٢١٤٧٨ – وعلة الفرع تبطل بنكاح النبي ﷺ فإن لفظة الهبة ينعقد بها غير النكاح ، وينعقد له عليه السلام النكاح به .

---

(١) لقد وافق الإمام القدوري أبا الحسن الكرخي في انعقاد النكاح بلفظ الوصية إذا كانت حالة لا مطلقة ، مخالفا في ذلك رأي الطحاوي القائل بانعقاد النكاح بلفظ الوصية مطلقًا ؛ لأنه يثبت بها ملك الرقبة في الجملة . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٧/٣) ولقد سبق بيان معنى الوصية وأركانها .

(٢) أي : أن النكاح لا ينعقد إلا بلفظ القرض ، كأن يقول الولي للزوج : أقرضك بنتي لأنه في معنى الإعارة خلافًا لمن قال من الأحناف ينعقد به النكاح لثبوت ملك العين به . انظر : المبسوط (٦٠/٥) ، شرح فتح القدير (١٩٦/٣) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) أي : أن النكاح عقد لا تملك به الأملاك ، فلا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح أو التزويج . انظر : النكت للشيرازي، وفيه يقول : « النكاح وإن أوجب التمليك إلا أنه لا يوجب تمليك الأملاك » اهـ .

(٥) أي : أن النكاح عقد تملك به استباحة البضع ، بدليل أن المرأة لو أرادت أن تفتدي نفسها من زوجها ترد له العوض في مقابل طلاقه لها ، وهو ما يسمى بالخلع . انظر : شرح فتح القدير (١٨٦/٣) .

(٦) أي : أن لفظ « انكح » و « زوج » لا ينعقد بهما غير النكاح من سائر العقود بخلاف الهبة أو الصدقة أو البيع أو الإجارة فإنه ينعقد بهذه الألفاظ غير النكاح ، فلا ينعقد بها النكاح . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ثم النكاح موضوع للنكاح ، فدل على مقاصده ، والهبة بخلافه » اهـ .

(٧) أي : أن قول المخالف : لفظ النكاح لا ينعقد به غير النكاح قول غير صحيح لأن الرجعة غير النكاح وتنعقد عندنا بلفظ النكاح . انظر : الاختيار (١٠٧/٣) .

٢١٤٧٩ - [ولا يلزم إذا] (١) قال : أشركتك في بنتي لأنه يجوز أن يقال : ينعقد به النكاح ، كما لا ينعقد إذا زوج بعضها ؛ لأن ذلك لا يتبعض فيصير كطلاق بعضها (٢) .

٢١٤٨٠ - ولو قلنا : لا ينعقد به النكاح فقد سوينا بين لفظة الشركة (٣) والنكاح ، وجعلناه كقوله : زوجتك بعضها .

٢١٤٨١ - ولأنه عقد تمليك يصح مطلقًا من غير ذكر مدة ، فجاز أن ينعقد بلفظ التمليك ، كالبيع (٤) .

٢٤٠/ب ٢١٤٨٢ - ولا يلزم المرأة/ التحليل ؛ لأنه لا يفيد التمليك (٥) .

٢١٤٨٣ - ولا يلزم : الإقالة (٦) ؛ لأنها وضعت لرفع العقد ولم توضع للتمليك ، [وكان الشيخ أبو عبد الله (٧) يقول : ينعقد بها النكاح ؛ لأنها تفيد التمليك ورفع العقد] (٨) ، فيصح أحد المعنيين ، ويلغو الآخر .

٢١٤٨٤ - قالوا : البيع لا يتضمن أحكامًا تختص بالنكاح ، من الرجعة والطلاق

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) أي : أن علة الفرع وهو قوله : « هذه الألفاظ لما انعقد بها غير النكاح لا ينعقد بها نكاح » يبطل هذا الفرع بنكاح النبي ﷺ حيث انعقد نكاحه بلفظ الهبة ، مع أن الهبة ينعقد بها عقد غير النكاح ، ولا يلزم على إبطال علة الأصل والفرع أن الولي إذا قال للزوج : أشركتك في بنتي أن يقال ينعقد به النكاح ؛ لأن لفظ الشركة ينعقد بها غير النكاح ؛ لأن النكاح عقد لا يتبعض . انظر : المبسوط (٥٩/٥) .

(٣) الشركة : بكسر الشين وإسكان الراء ، وبفتح الشين مع إسكان الراء وكسرها . لغة : الاختلاط ، وشرعًا : ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع وحكمها الجواز ، والأصل فيها قبل الإجماع : ما رواه أبو داود والحاكم قوله ﷺ : « يقول الله : تعالى : أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانه خرجت من بينهما » وأركانها : عاقدان ومعقود عليه وعمل وصيغة ، وهي أنواع أربعة : شركة أبدان ، ومفاوضة ، وعنان ، ووجوه . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٨/٣ ، ٤٠) ، التعريفات للجرجاني ص ١١١ .

(٤) سبق وأن أبطلنا قياس عقد النكاح على عقد البيع فراجعه إن شئت .

(٥) أي : أن النكاح لا ينعقد بلفظ (الإحلال) كأن يقول العاقد للزوج : أحللتك بنتي ، وذلك لأن لفظ الإحلال لا يفيد تمليك المتعة . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٧/٣) .

(٦) الإقالة : هي فسخ العقد في حق المتعاقدين ، وهي مشروعة لقوله ﷺ : « من أقال نادمًا عثرته ، أقال الله عثرته يوم القيامة » . انظر : تحفة الفقهاء (١١٠/٢) . والمعنى : أن عقد النكاح لا ينعقد بلفظ الإقالة ، كأن يقول العاقد : « أقلتك بنتي » وذلك لأن الإقالة لفسخ العقد الثابت . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٧/٣) .

(٧) سبقت الترجمة له .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

والإيلاء والظهار ، فلهذا انعقد بلفظ التمليك والنكاح ينعقد نكاحًا نخصه من الطلاق والرجعة والإيلاء والظهار ولذلك انعقد بلفظ التمليك [١] .

٢١٤٨٥ - قلنا : يبطل بنكاح النبي ﷺ فإنه ينعقد بلفظ الهبة وهي لا تتضمن هذه الأحكام في موضوعها .

٢١٤٨٦ - ولأنه لا يمنع أن يفيد لفظ العقد أحكامًا فتنتقل إلى عقد آخر يختص بخلاف تلك الأحكام فينعقد به ويستفاد به الأحكام في موضوعها [٢] .

٢١٤٨٧ - ألا ترى أن البيع والهبة لا يقيدان الإيلاء والرجعة والعدة ، ويعبر بهما عن الطلاق فيقع الطلاق بهما ، وكذلك العتاق ، ويستفاد بها أحكام لا يوجبها البيع والهبة في موضوعه .

٢١٤٨٨ - ولأنه عقد يبطله التوقيت ، فجاز أن ينعقد بلفظ التمليك ، كالبيع .

٢١٤٨٩ - ولأنه نوع عقد فلا يختص بلفظ ، أصله : سائر العقود .

٢١٤٩٠ - ولأنه عقد على منافع البضع ، فجاز بالصريح والكناية كالخلع .

٢١٤٩١ - ولأن رفع هذا العقد لا يختص بلفظين ، كذلك انعقاده كالبيع .

٢١٤٩٢ - ولأنه عقد يستباح به وطء حرة ، أصله : التزويج [٣] .

٢١٤٩٣ - ولأن كل من جاز وطؤها [إذا عقد عليها بلفظ التزويج جاز أن يستباح وطؤها إذا عقد عليها] [٤] بلفظ التمليك ، أصله : الأمة .

---

(١) أي : أن قياس عقد النكاح على عقد البيع قياس غير صحيح ، وذلك لأن البيع لا يتضمن أحكامًا تختص بالنكاح مثل الرجعة ، والطلاق ، والإيلاء ، والظهار ، فانعقد بلفظ التمليك . انظر : اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٢/٦٦٥) .

(٢) انظر : المبسوط (٥/٥٩) .

(٣) أي : أن النكاح عقد يجوز انعقاده بالصريح من الألفاظ كأنكحتك وزوجتك ، ويجوز أيضًا بالكناية منها بشرط النية إذا لم يذكر المهر ، أما إذا ذكره في العقد فالنية ليست بشرط ، وإن كان الإمام السرخسي صرح بأن النية ليست بشرط مطلقًا ذكر المهر أم لم يذكره ، وعليه يجوز انعقاد النكاح لأنه عقد كسائر العقود فلا يختص بلفظ معين ينعقد به ، ولكنه ينعقد بأي لفظ من ألفاظ العقود ، كوهبتك بنتي ، أو بعتك بنتي مثلًا ، قياسًا على الطلاق الذي هو حل النكاح ينعقد بالصريح من الألفاظ والكناية منها ، فكذلك النكاح لا يختص بلفظ معين ينعقد به . انظر : شرح القدير على الهداية (٣/١٩٤ ، ١٩٥) ، المبسوط (٥/٦٠) .

(٤) ساقط من (ن) ، (ع) .

٢١٤٩٤ - ولأن بضع الحرة يزول الملك عنه بلفظ الحرية ، فجاز أن يملك استباحته بلفظ التمليك والبيع [١] ، أصله : بضع الأمة .

٢١٤٩٥ - ولأنه لفظ ينعقد به نكاح النبي ﷺ فجاز أن ينعقد به نكاح الغير ، أصله : لفظ التزويج والإنكاح ، فإن نازعوا في الوصف دللنا عليه بالآية ، وبما روى من عدد الموهوبات [٢] .

٢١٤٩٦ - فإن قيل : كان النبي [ﷺ] يتزوج بغير مهر [ولا شهود] [٣] ، وبذلك يعقد بلفظ الهبة [٤] .

٢١٤٩٧ - قلنا : يجوز للنبي أن يتزوج بغير مهر ولا شهود ، ثم لا يتزوج بلفظ الهبة عندكم .

٢١٤٩٨ - ولأن الدلالة دلتَ على تخصيصه بهذين الحكمين ، ولم تقم دلالة على تخصيصه بلفظ فصار في ذلك وغيره سواء .

٢١٤٩٩ - يبين ذلك : أنه خص بسقوط المهر وترك الشهادة توسعة عليه وتخفيفا عنه ، وليس في لفظ العقد توسعة ولا تخفيف [٥] .

٢١٥٠٠ - فإن قيل : لما جاز للنبي [ﷺ] أن يتزوج بغير عدد جاز أن يتزوج بالهبة [٦] .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) أي : أن كل من يستباح وطؤها بلفظ التزويج جاز أن يستباح بلفظ التمليك ، وكما أن بضع الحرة يزول حل الاستمتاع به بلفظ الحرية ، كأن يقول لها الزوج : أنت حرة ، فيجوز ملك الاستمتاع به بلفظ التمليك والبيع ، وكما أن نكاح النبي ﷺ انعقد بلفظ الهبة كذلك غيره من رجال أمته ؛ لأن الأصل عدم الخصوصية ما لم يرد دليل ، بدليل قوله تعالى : ﴿ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾ سورة الأحزاب الآية ٥٠ .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) انظر : السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب النكاح ، باب الدليل على أنه ﷺ لا يقتدى به فيما خص به فيما سواه ، مرويًا عن الإمام الشافعي رحمه الله (٧٦/٧) .

(٥) أي : أن الأدلة قد دلت على تخصيص نكاح النبي ﷺ بدون مهر ولا شهود ، أما تخصيص نكاحه بلفظ الهبة فلم ترد أدلة تخصص نكاحه بذلك ، فصار في ذلك وغيره من أمته سواء . انظر : المبسوط (٥٩/٥) .

(٦) أي : أن النكاح بلفظ الهبة من خصوصيات النبي ﷺ قياسًا على اختصاص نكاحه بأزيد من أربع . انظر : مغني المحتاج (١٢٤/٣) .

٢١٥٠١ - قلنا : مخالفته لغيره في العدد لا يوجب اختلافهما في لفظ العقد ؛ لأن الحر قد خالف العبد في العقود ، ولم يختلفا في اللفظ الذي ينعقد به العقد (١) .

٢١٥٠٢ - فإن قيل : لما جاز للنبي ﷺ أن يتزوج بغير عدد كما جاز لغيره أن يتسرى بغير عدد ، جاز أن يملك استباحة الحرائر باللفظ الذي يملك به استباحة الإماء وهو التمليك والهبة (٢) .

٢١٥٠٣ - قلنا : النبي ﷺ كان له أن يتزوج عددًا محصورًا إلا أنه يزيد علينا ، ولهذا قال الله تعالى : ﴿ لَا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعْدُ ﴾ (٣) [سورة الأحزاب من آية ٥٢] ، وإنما قالت عائشة : لم يقبض النبي ﷺ حتى أحل له أن يتزوج ما شاء (٤) .

٢١٥٠٤ - فإذًا الحالة التي عقد بلفظ الهبة كان نكاحه مخصصًا بعدد ، وخالف في ذلك الوطء بملك اليمين ، كما اختلف حكم غيره فيه .

٢١٥٠٥ - ولأن لفظ التمليك يجوز أن تملك به الرقبة على التأبيد ويملك بمقتضاها منافع البضع على التأبيد ، فكل لفظ يجوز أن يملك به شيئان على التأبيد يجوز أن يملك به كل واحد منهما على الانفراد ، أصله : لفظ البيع في الأعيان المختلفة .

٢١٥٠٦ - ولا يلزم العقد : على المنافع في الإجارة بلفظ البيع ؛ لأن المنافع لا تملك منفردة عن الرقبة على التأبيد ، والبيع يقتضي ملكًا مؤبدًا والمنافع في النكاح تملك مؤبدة كما تملك الرقبة في البيع فلذلك جاز أن ينعقد بلفظ الهبة والبيع (٥) .

---

(١) أي : أن خصوصية النبي ﷺ في جمعه أزيد من أربع نسوة لا توجب اختصاصه في لفظ العقد ، بدليل مخالفة الحر للعبد في العقود ، ولكنهما لم يختلفا في اللفظ الذي به ينعقد العقد . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٣/٣) .

(٢) أي : أن النبي ﷺ من خصوصياته الزيادة في النكاح على أربع قياسًا على جواز تسري غيره بغير عدد من الإماء ، وإذا كان من خصوصياته ذلك جاز له أن يملك استباحة الحرائر باللفظ الذي تملك به استباحة الإماء وهو التمليك والهبة . انظر : مغني المحتاج (١٢٤/٣) .

(٣) سورة الأحزاب : الآية ٥٢ .

(٤) أخرجه النسائي في سننه ، كتاب النكاح ، باب ما افترضه الله عز وجل على رسول الله ﷺ وحرمه على خلقه (٤٦/٦) .

(٥) أي : أن لفظ التمليك تملك به منفعة الرقبة على التأبيد ، كما تملك به منافع البضع على التأبيد ، وكل لفظ يجوز أن يملك به شيئان على التأبيد ، جاز أن يملك به كل واحد منهما على الانفراد ، والمنافع في النكاح تملك مؤبدة ، فجاز عقده بلفظ التمليك والهبة والبيع . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٣/٣) .

٢١٥٠٧ - احتجوا بقوله ﷺ : « اتقوا اللَّه في النساء فإنهن عوان استحللتم فروجهن بكلمة اللَّه » (١) .

٢١٥٠٨ - قالوا : وكلمة اللَّه كتابه ، والمذكور في القرآن النكاح والتزويج (٢) .

٢١٥٠٩ - قلنا : وفي القرآن لفظ الهبة ، بقوله تعالى : ﴿ وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾ (٣) .

٢١٥١٠ - وفيه النكاح بلفظ التراجع ، لقوله (٤) ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ﴾ (٥) .

٢١٥١١ - ثم المراد بكلمة اللَّه حكمه ، كقوله تعالى : ﴿ وَكَذَٰلِكَ حَقَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ عَلَى ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ ﴾ (٦) والمراد بها وعيده ، وقال : ﴿ وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ لَكَانَ لِزَامًا ﴾ (٧) .

٢١٥١٢ - قالوا : لفظ ينعقد به غير النكاح ، فلم ينعقد به ، كالإجارة (٨) .

٢١٥١٣ - قلنا : ليس إذا كان اللفظ (٩) موضوعًا لعقد لم ينعقد به غيره ، ألا (١٠) ترى أن لفظ البيع يقع به الطلاق والعتاق (١١) وإن وضع لغير ذلك ؟

٢١٥١٤ - ولأن النكاح إذا انعقد بلفظ لا ينعقد به غيره ، فانعقاده بحاله مدخل في انعقاد العقود أولى .

٢١٥١٥ - وأصلهم : الإجارة وهو غير مسلم ؛ لأن من أصحابنا من حكى عن أبي الحسن أن النكاح ينعقد (١٢) بها لأن اللَّه تعالى سمى البدل فيها أجرًا .

٢١٥١٦ - ولو سلمنا فالمعنى أن التوقيت شرط في صحتها وهو يبطل النكاح ، والتأبيد من شرائط النكاح وهو يفسد الإجارة ، فلما شرط في كل واحد منهما ما يفسد

---

(١) أخرجه مسلم ، كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ حديث رقم ١٢١٨ - والنسائي ، كتاب الحج ، باب الكراهية في الثياب المصبغة للمحرم مختصرا رقم ٤٦ ، حديث رقم ٢٧١٣ - وأبو داود ، كتاب الحج ، باب صفة حجة النبي ﷺ حديث رقم ١٩٠٥ - وابن ماجه ، كتاب المناسك ، باب حجة النبي ﷺ حديث ٣٠٧٤ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج (٢١١/٦) .

(٣) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

(٦) سورة غافر : الآية ٦ .

(٧) سورة طه : الآية ١٢٩ .

(٨) أي : أن عقد الهبة لا ينعقد بلفظ النكاح ، فلا ينعقد به النكاح ، قياسًا على عدم انعقاده بلفظ الإجارة . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « عقد لا ينعقد بلفظ النكاح ، فلم ينعقد النكاح بلفظه كالإجارة » .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١١) ساقطة من (م) .

(١٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

الآخر وأفسد أحدهما ما يصحح الآخر ، لم ينعقد أحدهما باللفظ الموضوع للآخر [١] .

٢١٥١٧ - قالوا : الهبة لفظ وضع لعقد من شرطه القبض ، فوجب ألا ينعقد به النكاح ، كالرهن [٢] .

٢١٥١٨ - قلنا : الهبة قد تفتقر [إلى القبض وقد لا تفتقر] [٣] وهي هبة ما في الذمة ، والمعنى في الرهن أنه في موضوعه لا يفيد التمليك والهبة لفظ يفيد التمليك على التأبيد [٤] .

٢١٥١٩ - فإن قيل : لفظ النكاح لا يفيد التمليك وإنما معناه الاجتماع [٥] .

٢١٥٢٠ - قلنا : هذا اشتقاقه في اللغة ، فأما في الشريعة فإنه موضوع للتمليك ، والتعليل يقع على مقتضى الشرع [٦] .

٢١٥٢١ - قالوا : لو [٧] وطئت الزوجة بشبهة لم يستحق الزوج المهر ، فدل على أنه لم يملك ، إذ لو ملك المنفعة استحق بدلها [٨] .

---

(١) أي : أن اللفظ إذا وضع لعقد من العقود ليس في ذلك عدم انعقاد غير هذا العقد بهذا اللفظ ، بدليل أن لفظ البيع يقع به الطلاق ، فإذا قال الزوج لزوجته : بعتك ، ونوى الطلاق وقع طلاقه ، وكذلك لو قال السيد لعبده : بعتك ونوى إعتاقه كان العبد حرا ، فانعقد الطلاق والعتاق بلفظ البيع الذي لم يوضع لهما أصلًا . وأصلهم الإجارة غير مسلم به ؛ لأن أبا الحسن الكرخي من أصحابنا أجاز انعقاد النكاح بلفظ الإجارة ، فلو قال الولي للزوج : آجرتك بنتي ، انعقد بذلك النكاح ؛ لأن الله تعالى سمى البدل في النكاح أجرًا حيث قال تعالى ﴿ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ . ولكن الصحيح في المذهب الحنفي عدم انعقاد النكاح بلفظ الإجارة ، وكذلك الإجارة لا تنعقد شرعًا إلا مؤقتة ، والنكاح لا ينعقد إلا مؤبدًا ، فكان بين موجبيهما تناف ، فلم ينعقد أحدهما باللفظ الموضوع للآخر . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٦/٣) .

(٢) الرهن لغة : الحبس ، وشرعًا : حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه ، كالدين . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٠٠ والمعنى : أن الهبة من شروطها القبض ، فلا ينعقد بلفظها النكاح ، قياسًا على عدم انعقاده بلفظ الرهن . انظر : نهاية المحتاج (٢١١/٦) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن الهبة ليس من شروطها القبض كما زعم المخالف ، بل قد تفتقر إلى القبض وقد لا تفتقر ، كهبة ما في الذمة ، وقياس الهبة على الرهن قياس غير صحيح ؛ لأن لفظ الرهن لا يفيد التمليك ، بخلاف لفظ الهبة فإنه يفيد التمليك على وجه التأبيد . انظر : المبسوط (٦٠/٥) .

(٥) أي : أن لفظ النكاح لا يفيد التمليك ، وإنما يفيد الاجتماع . انظر : مغني المحتاج (١٢٤/٣) .

(٦) أي : أن الاجتماع ، هو اشتقاق النكاح في اللغة ؛ لأن النكاح لغة : الضم والجمع ، وأما موضوع النكاح شرعًا فهو للتمليك ، والعبرة بالشرع لا باللغة . انظر : الاختيار (٧/٣) .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) أي : أن الزوج إذا وطئ امرأة بشبهة ، كمن نكح امرأة ثم تبين أنها أخته من الرضاعة كان لتلك المرأة مهر =

٢١٥٢٢ - قلنا : يملك بالعقد الاستباحة فما يستوفيه يملكه ، وما استوفاه غيره لم يملكه هو ، وإنما استوفي من ملك المرأة فيستحق عوضه (١) .

٢١٥٢٣ - أو نقول : إن الرهن لا ينعقد به نكاح النبي ﷺ [فلا ينعقد به نكاح غيره ، ولفظ الهبة ينعقد به نكاح النبي ﷺ] (٢) فانعقد به نكاح غيره .

٢١٥٢٤ - ولأن الرهن لا ينعقد به عقد يستباح به بضع أمة ، فجاز ألا ينعقد عقد استباح به بضع حرة (٣) .

٢١٥٢٥ - قالوا : لفظ لا يقتضي عوضًا بحال فلا ينعقد به النكاح ، كلفظ الإباحة والتحليل (٤)

٢١٥٢٦ - قلنا : هذا لا يمنع انعقاد نكاح النبي ﷺ به ، فإن لم ينعقد نكاحه بلفظ التحليل والإباحة لم ينعقد نكاح غيره به (٥) .

٢١٥٢٧ - والمعنى فيه : أن هذا اللفظ لم يوضع للتمليك في صريحه فلم ينعقد به (٦) النكاح ، [ولما كان لفظ الهبة وضع للتمليك المؤبد جاز أن ينعقد به النكاح] (٧) كما انعقد لرسول الله ﷺ .

= المثل ، ويفسخ العقد بينهما ، ولم يرجع الزوج عليها بشيء من المهر ، فدل ذلك على أنه لم يملك شيئًا ، إذ لو ملك المنفعة لاستحق بدلها ، وهو المهر . انظر : مغني المحتاج (١٢٤/٣) .

(١) أي : أن عقد النكاح تملك به الاستباحة ، فيستبيح الزوج البضع ، وتستبيح الزوجة المهر ، فإذا استوفته ملكته هي ، ولا حق للزوج فيه ؛ لأنه لم يملك المرأة في النكاح بشبهة فلم يستحق عوضه . انظر : عقد الزواج وآثاره للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٣٠ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) أي : أن قياس المخالف لفظ الهبة على لفظ الرهن في عدم انعقاد النكاح بهما قياس غير صحيح ، وذلك لأن لفظ الرهن لم ينعقد به نكاح النبي ﷺ فلم ينعقد به نكاح غيره ، بخلاف لفظ الهبة ، فإنه لما انعقد به نكاح النبي ﷺ انعقد به نكاح غيره ، كما أن الرهن لا ينعقد به عقد يستباح به بضع الأمة ، فلم يجز أن ينعقد به عقد يستباح به بضع الحرة . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٧/٣) .

(٤) أي : أن لفظ الهبة لا يقتضي عوضًا ؛ لأن الهبة تمليك بلا عوض ، فلم ينعقد به النكاح ، قياسًا على عدم انعقاده بلفظ الإباحة كأبحتك بنتي أو التحليل كأحللتك بنتي . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لو انعقد بغير لفظه ، لكان بلفظ الإحلال والإباحة » اهـ .

(٥) أي : أن لفظ الإباحة والتحليل ، لم ينعقد بهما نكاح النبي ﷺ فلم ينعقد بهما نكاح غيره من أمته . انظر : شرح فتح القدير (١٩٥/٣) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

٢١٥٢٨ - قالوا : الهبة عقد موضوع لإسقاط ما في الذمة ، فلم ينعقد به النكاح ، كالبراءة [١] .

٢١٥٢٩ - قلنا : يجوز أن يقع التمليك بلفظ يعبر به عن إسقاط الحق ، كما أن البيع يقع به الملك ويسقط به الحق إذا باع العبد من نفسه ، وإذا أوقع به الطلاق .

٢١٥٣٠ - والمعنى في لفظ البراءة : أنها لا تفيد التمليك ، وليس كذلك الهبة ؛ لأنها تفيد التمليك المؤبد [٢] .

٢١٥٣١ - قالوا : نكاح لغير النبي ﷺ بغير لفظ الإنكاح والتزويج ، فوجب ألا يقر ، أصله : لفظ الإباحة والإحلال [٣] .

٢١٥٣٢ - قلنا : المعنى في الأصل أن نكاح النبي ﷺ لا ينعقد بذلك اللفظ فلم ينعقد به نكاح غيره ؛ لأن حكمه عليه السلام وحكم غيره في الألفاظ التي [٤] ينعقد بها العقود لا [٥] يختلف [٦] .

٢١٥٣٣ - قالوا : لفظ الهبة كناية في النكاح ، فلم ينعقد به ، كقوله : آجرتكها حياتك وأوصيت لك بها حياتك [٧] .

---

(١) أي : أن عقد الهبة شرع لإسقاط ما في ذمة الواهب ونقل ملك الموهوب للموهوب له فلم ينعقد به النكاح ، قياسًا على عدم عقده النكاح بلفظ البراءة بجامع أن كلًا من لفظ الهبة ولفظ البراءة إسقاط . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « إنه لفظ غير موضوع للنكاح ، فلم ينعقد به النكاح » اهـ .

(٢) أي : أن التمليك يجوز أن يقع بأي لفظ يدل على إسقاط الحق ، كلفظ البيع مثلًا فإنه يقع به الملك للمشتري ويسقط به حق البائع في المبيع ، وقياسهم الهبة على البراءة قياس غير صحيح ؛ لأن الهبة تفيد الملك ، والبراءة لا تفيده . انظر : المبسوط (٥/٥٩) .

(٣) أي : أن نكاح غير النبي ﷺ لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح أو التزويج ، فلو انعقد نكاح غير النبي ﷺ الهبة لانعقد بلفظ الإحلال والإباحة أولى ، كأحللتك بنتي أو زوجتك بنتي ، لكونهما أدل على مقصود العقد . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه انعقد بغير لفظه لكان بلفظ الإباحة والإحلال أولى ؛ لأنه أدل على مقصود العقد » .

(٤) ساقطة من (م) .
(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) أي : أن لفظ الإحلال والإباحة لا ينعقد بهما نكاح النبي ﷺ فلم ينعقد بهما نكاح غيره ، بخلاف لفظ الهبة لما انعقد به نكاح النبي ﷺ انعقد به نكاح غيره من أمته . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/١٩٥) .

(٧) أي : أن النكاح لا ينعقد إلا باللفظ الذي يأتي على الحقيقة لا على الكناية . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « والعقد لا يصح إلا بما يأتي على حقيقة » ولقد سبق بيان معنى الحقيقة والكناية .

٢١٥٣٤ - قلنا : العقود كلها تنعقد باللفظ الموضوع لها ، وباللفظ الذي [١] لم يوضع لها [٢] فكذلك النكاح لا يمنع أن ينعقد بلفظ موضوع له وبلفظ لم يوضع له إذا كان فيه معناه .

٢١٥٣٥ - ولأنه لما انعقد نكاح النبي [ﷺ] بلفظ كناية كذلك ينعقد نكاح غيره بكناية ، والكلام على لفظ الإجارة والوصية ما قدمناه [٣] .

٢١٥٣٦ - قالوا : الهبة عقد يعرى عن العوض ، والنكاح لا يعرى عن عوض بحال ، فلم يجز أن يعقد عقد لا يعرى عن عوض بلفظ يعرى عن عوض ، كما لم تنعقد الهبة بلفظ البيع [٤] .

٢١٥٣٧ - قلنا : الهبة لا يقتضي إطلاقها العوض ، فإذا عقد به النكاح فكأنه عقد بلفظ النكاح وشرط نفي العوض .

٢١٥٣٨ - ألا ترى : أن مقتضى اللفظ كالصريح به ، فإذا كان النكاح ينعقد مع التصريح بإسقاط العوض جاز أن ينعقد بلفظ يعرى عن العوض ، ولهذا ينعقد بلفظ الهبة إذا شرط فيها العوض ، فأما إذا عقد الهبة بلفظ البيع فهو ضد مسألتنا لأنه يعقد مالا يقتضي العوض بلفظ مقتضاه العوض فيعقد عندنا هبة بعوض غير مسمى فتكون فاسدة [٥] / . ٢٤/أ

٢١٥٣٩ - قالوا : الهبة عقد [٦] لا يلزم بنفسه والنكاح لازم بنفسه فلم يجز أن ينعقد العقد اللازم بلفظ غير لازم بنفسه ، كما لا ينعقد النكاح بلفظ [٧] بيع فيه شرط الخيار [٨] .

---

(١) ساقطة من (ع) . (٢) ساقطة من (ع) .

(٣) أي : أن العقود تجوز باللفظ الموضوع لها حقيقة ، وبغير اللفظ الموضوع لها ؛ لأن المجاز كما يجري في الألفاظ اللغوية يجري في الألفاظ الشرعية كذلك . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (١٩٣/٣) .

(٤) أي : أن الهبة عقد بدون عوض ؛ لأنها تمليك عين بلا عوض على جهة التبرع ، أما النكاح فلا يصح إلا بعوض هو المهر ، فلا يجوز أن يعقد بلفظ الهبة . انظر : نهاية المحتاج (٢١١/٦ ، ٢١٢) .

(٥) أي : أنه إذا عقد النكاح بلفظ الهبة مع إطلاقه فكأنه عقد بلفظ النكاح وشرط نفي العوض ، وإذا جاز انعقاد النكاح مع التصريح بإسقاط العوض ، جاز أن ينعقد بلفظ لا عوض فيه وهو لفظ الهبة ، وإذا عقد الهبة بلفظ البيع فلا يصح لأنه عقد ما لا عوض فيه بعقد يقتضي العوض ، فإذا عقدت الهبة بلفظ البيع كانت هبة فاسدة ؛ لأنها بعوض غير مسمى . انظر : حاشية ابن عابدين (١٧/٣) .

(٦) ساقطة من (م) . (٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) أي : أن عقد الهبة غير لازم بنفسه من جهة الواهب ولا من جهة الموهوب له بخلاف عقد النكاح فهو لازم بنفسه من جهة الزوج ، وكذا من جهة الزوجة ، فلا يجوز أن يعقد عقد لازم بنفسه بلفظ عقد غير لازم بنفسه ، قياسًا على عقد النكاح بلفظ البيع الذي شرط فيه الخيار . انظر : مغني المحتاج (١٢٤/٣) ، حاشية =

٢١٥٤٠ – قلنا : هذا الاختلاف لم يمنع أن نكاح رسول الله ﷺ بلفظ الهبة ينعقد وإن لم يلزم بنفسه .

٢١٥٤١ – ثم لفظ الهبة إنما لا يتعلق الاستحقاق به لما فيه من معنى التبرع ، فإذا عقد به عقد النكاح الذي لا يتبرع به تعلق اللزوم بالعقد فلم يقف على القبض .

٢١٥٤٢ – ولأن الهبة إذا عقد بها النكاح كان نكاحًا ولم يكن هبة فانعقد بها العقد وتعلق به الاستحقاق ، كما تعلق به إذا عقد بلفظ النكاح (١) .

٢١٥٤٣ – فإن قيل : لو وهب بعوض فقد عقد البيع بلفظ الهبة ، ثم لم (٢) يمنع ذلك أن يعتبر فيه القبض الذي شرط فيه في الهبة (٣) .

٢١٥٤٤ – قلنا : إذا وهب عبده لنفسه صارت الهبة عتاقًا وزال الملك بلفظها ولم يعتبر فيها القبض .

٢١٥٤٥ – فأما الهبة على عوض فلا يحتاج تصحيحها أن نجعلها بيعا لأنها تصح هبة بعوض ، فلذلك اعتبرنا فيها شرط الهبة ، ولو جعلناها [بيعًا] (٤) لم يحتج إلى إبطال حكمها ؛ لأن عقد البيع قد ينعقد غير موجب للملك بشرط الخيار فلذلك لم يتعلق الاستحقاق بعقد الهبة بعوض .

٢١٥٤٦ – وأما النكاح إذا عقد بلفظ الهبة فلا يمكن تبقية العقد هبة ، ولابد أن نجعله نكاحًا ولا يمكن عقد النكاح غير موجب للملك كما يمكن في البيع ، فلذلك حكمنا بمعنى الهبة من العقد وجعلناه نكاحًا من كل وجه (٥) .

= البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٢١٥/٣) .

(١) أي : لا يمنع عدم لزوم عقد الهبة بنفسه أن ينعقد به نكاح النبي ﷺ فإذا عقد النكاح بلفظ الهبة كان نكاحًا ، وتعلق به الاستحقاق كما يتعلق به إذا عقد بلفظ النكاح . انظر : الاختيار (٦/٣) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) أي : أن الهبة لو كانت بعوض ، فإنها تكون بيعًا بلفظ الهبة ، فيشترط فيه القبض الذي شرط في الهبة . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٢١٨/٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [هبة] ، ولا وجه له .

(٥) أي : أن القبض ليس شرطًا في الهبة إذا كانت بدون عوض ، بدليل أن السيد لو قال لعبده : وهبتك لنفسي كانت عتقا ، ويزول الملك عن العبد بلفظها ولم يعتبر فيها القبض ، وأما الهبة بعوض فليس بلازم أن نصححها بجعلها بيعًا ؛ لأن الهبة بعوض صحيحة عندنا ، فيعتبر فيها شرط القبض . فالنكاح لو عقد بلفظ الهبة لا يعقل أن يبقى العقد هبة ، بل يكون نكاحًا لأنه لا يمكن عقد نكاح غير موجب للملك . انظر : شرح فتح القدير (١٩٦/٣) .

٢١٥٤٧ - قالوا : النكاح لا يصح إلا بشهادة ، ومتى عقدوا بغير شهود ثم أقروا بحضرة الشهود أنهم كانوا عقدوا لم يصح ، فالنكاح بلفظ الهبة يفضي إلى هذا ؛ لأن الولي إذا قال : وهبت بنتي منك بحضرة الشهود احتمل أن يكون وهب رقبتها واحتمل أن يكون زوجها ، فإذا قال بعد ذلك : أردت التزويج ، فإنما شهدوا على الإقرار بالعقد فلا يصح [١] .

٢١٥٤٨ - قلنا : إذا قال : وهبتها منك بمهر مائة لم يحتمل إلا النكاح ولا ينعقد عندهم ، وأما إذا أطلق ذلك وهو يريد النكاح فقد انعقد العقد [٢] بمشهد من الشهود إلا أنهم لا يعلمون ما شهدوا به ، وليس من شرط الانعقاد إلا حضور الشهود ، فأما علمهم بما شهدوا به فلا يعتبر ؛ لأن العلم إنما يراد للأداء ، والانعقاد لا يقف على الأداء باتفاق [٣] ، وهذا كما لو حضر العجم النكاح بالعربية صح ، وإن كانوا لا يعلمون ما شهدوا عليه إلا ببيان وتفسير [٤] .

٢١٥٤٩ - قالوا : الملك يرفع النكاح ويبطله ، بدلالة : أن من ملك زوجته فسد نكاحها ، فلا يجوز أن يعقد النكاح بما يرفعه كما لا ينعقد بلفظ الطلاق [٥] .

٢١٥٥٠ - قلنا : الهبة لا تنفي النكاح ، وإنما ينفيه حكم من أحكامها وهو الملك وذلك لا يوجد في الهبة إذا عقد بها النكاح فلا ينعقد بما ينافيه .

---

(١) أي : أن النكاح إذا عقد بلفظ الهبة عرى العقد عن الشهادة ؛ لأن الشهود لا يعلمون أنه نكاح إلا بقرينة ، فلو قال الولي : وهبت بنتي منك يحتمل أن يكون وهب رقبتها ، ويحتمل أن يكون زوجها ، فإذا قال بعد ذلك : أردت النكاح فتكون الشهادة على الإقرار بالنكاح لا على عقد النكاح . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه إذا عقد بلفظ البيع عرى العقد عن الشهادة ، فإن الشهود لا يعلمون أنه نكاح إلا بقرينة وما تفسيره القرينة كالإقرار والشهادة يجب أن تكون على العقد لا على الإقرار .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٣) ساقطة من (م) .

(٤) أي : أن الولي إذا قال للزوج : وهبت بنتي منك بمهر مائة درهم مثلًا لم يحتمل العقد إلا النكاح ، ومع ذلك فإنه لا ينعقد عند مخالفنا . وإذا قال : وهبت بنتي منك وسكت ، فقد انعقد النكاح بحضرة الشهود إلا أنهم لا يعلمون على أي عقد شهدوا أنكاح أم هبة ؟ علم الشهود بما شهدوا به ليس شرطًا في الانعقاد ، وإنما الشرط هو الحضور . انظر : الاختيار (٨٥/٣) .

(٥) أي : أن لفظ الهبة يفيد الملك ، فلو قال الولي للزوج : وهبتك بنتي ، كان في ذلك ملك الزوج لرقبتها ، والملك يرفع النكاح ، فلا يجوز أن يعقد النكاح بما يرفعه قياسًا على عدم انعقاده بلفظ الطلاق . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « النكاح وإن أوجب التمليك إلا أنه لا يوجب تمليك الأملاك ، وإنما يوجب تمليكا على جهة الازدواج والاشتراك ولهذا تملك المرأة من الاستمتاع ما يملك الرجل ، فلم ينعقد بما وضع لتمليك الأملاك ، بخلاف البيع والهبة » .

٢١٥٥١ - ثم هذا يبطل بمسألة وهو أن لفظ البيع يقع به الملك ويزول به الملك إذا باع عبده من نفسه ، لم يجز أن يقال : كيف يقع الملك بما يرفع الملك ؟ كذلك في مسألتنا [١] .

٢١٥٥٢ - وعلى أن لفظ التزويج ينعقد به النكاح وتقع به الفرقة ؛ لأنه لو قال لامرأته : تزوجي ينوي الطلاق وقع .

* * *

(١) أي : أن لفظ الهبة لا ينفي النكاح ، وإنما الذي ينفيه هو الملك ، والملك لا يوجد في لفظ الهبة إذا عقد به النكاح ، ثم ما قاله المخالف يبطل بالسيد إذا باع عبده من نفسه ، فإن لفظ البيع يزول به الملك عن السيد ، ويقع به الملك للعبد ، كما أن لفظ التزويج ينعقد به النكاح وتقع به الفرقة ، فلو قال الزوج لامرأته : تزوجي وأراد بذلك طلاقها ، وقع طلاقه . انظر : الاختيار (٦/٣ ، ٧٥) .

مسألة ١٠٥٠

انعقاد النكاح باللغة العربية وغيرها من اللغات

٢١٥٥٣ - قال أصحابنا : ينعقد النكاح بلفظ العربية ، والفارسية [١] ، وسائر اللغات [٢] .

٢١٥٥٤ - وقال الشافعي : لا يجوز بغير العربية لمن يحسنها ، ومن لا يحسن العربية ، ففيه وجهان ، أحدهما : ينعقد بغيرها ، والآخر : لا ينعقد [٣] .

٢١٥٥٥ - لنا : أنه عقد ينعقد بلفظ العربية فانعقد بغيرها مع القدرة ، كالبيع وسائر العقود .

٢١٥٥٦ - ولأنها لغة يثبت بالإقرار بها الحد والقصاص ، فينعقد بها النكاح ، كالعربية .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) وسائر اللغات مثل الإنجليزية ، والألمانية ، والفرنسية ، انظر قول الأحناف في : حاشية ابن عابدين (١٦/٣) ، شرح فتح القدير (١٩٠/٣) ، مجمع الأنهر (٣١٨/١) .

(٣) انظر قول الشافعي في : المهذب (٥٣/٢) ، المجموع (٢١٢/١٦) ، مغني المحتاج (١٤٠/٣) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢١٦/٣) ، نهاية المحتاج (٢١٣/٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٧٠/٦) .
وأما المالكية : فلقد روي عن الإمام مالك رحمه الله جواز الانتقال إلى غير العربية لمن يحسنها ، ولكن مع الكراهة .
انظر : محاضرات في عقد الزواج وآثاره للإمام أبو زهرة ص ٧٩ ، ٨٠ .
ويرى الحنابلة : أن من يقدر على عقد النكاح باللغة العربية لم يصح له أن يعقد بغيرها ؛ لأنه عدل عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة ، فلم يصح كلفظ الإحلال ، وأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه ؛ لأنه عاجز عما سواه . انظر : المغني لابن قدامة (٥٣٣/٦ ، ٥٣٤) .
محل الخلاف في هذه المسألة : هل ينعقد النكاح بغير اللغة العربية ؟ إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يفهم العربية فباتفاق الفقهاء ينعقد الزواج بغير العربية ، وإذا كان الزوجان يفهمان العربية ، ويستطيعان العقد بها فقد قال الأئمة الثلاثة مالك وأبو حنيفة وأحمد : ينعقد الزواج بغير العربية بالألفاظ الدالة عليه في تلك اللغة التي اختارها ؛ لأن التكلم بغير العربية ليس حرامًا ، ولأنه ربما كانت تلك اللغة هي لغتهم الأصلية ، كالإدارية بالنسبة للهنود ، والتركية بالنسبة للأتراك . وقال الشافعي رحمه الله : لا ينعقد النكاح بغير العربية إذا كان العاقدان يفهمانها ويستطيعانها ؛ لأن النكاح حقيقة شرعية ، أظلها الإسلام بحمايته وأوجد آثارها ، ورتب أحكامها ، ونظم العلائق بين الزوجين ، فكان كالصلاة لا تصح بغير العربية لمن يجيدها . انظر : محاضرات في عقد الزواج وآثاره للإمام أبو زهرة ص ٧٩ ، ٨٠ .

٢١٥٥٧ - ولأن النكاح إن اعتبر بما لا يؤثر فيه الشبهة صح بكل لغة ، كالبيع وسائر العقود ، وإن اعتبر بما لا يؤثر به الشبهة ثبت بكل لغة كالحد والقصاص .

٢١٥٥٨ - ولأن رفع هذا العقد يصح بغير العربية مع القدرة ، فانعقد العقد بها ، كالبيع [١] .

٢١٥٥٩ - احتجوا بقوله ﷺ : « استحللتم فروجهن بكلمة اللّٰه » [٢] .

٢١٥٦٠ - وقد بينا الجواب عن هذا الخبر ، وأن المراد به الحكم الذي يرتفع به الإباحة .

٢١٥٦١ - قالوا : لفظ النكاح والتزويج تعبير ؛ لأن اللّٰه تعالى قال : ﴿ فَانكِحُوا ﴾ [٣] ، وقال : ﴿ زَوَّجْنَاكَهَا ﴾ [٤] ، وإذا لم يأت بأحد اللفظين لم يجز [٥] .

٢١٥٦٢ - قلنا : قد أتى بها إذا ذكرها بالفارسية ، كما أنه أتى بالبيع إذا عبر عنه بها [٦] .

* * *

---

(١) أي : أن غير العربية من اللغات كالفارسية أو التركية ، أو الإنجليزية أو الفرنسية كل هذه لغات يثبت بها النكاح ، قياسًا على ثبوت البيع بها ، ولأن الزاني لو اعترف على نفسه بالزنا مثلًا بلغة من هذه اللغات ، وجب عليه الحد ، وكذلك القاتل لو ثبت القتل عليه واعترف بلغة من هذه اللغات وجب القصاص ، كما أن الطلاق يجوز بأي لغة من هذه اللغات فكذلك النكاح . انظر : شرح فتح القدير (١٩٠/٣) .

(٢) سبق تخريجه وبيانه ووجه الدلالة منه .

(٣) سورة النساء : الآية ٣ .

(٤) سورة الأحزاب : الآية ٣٧ .

(٥) والمعنى : أن لفظ الإنكاح أو التزويج هما اللذان ورد بهما القرآن الكريم فالعدول عنهما بغير عذر لا يجوز . انظر : المجموع (٢١٢/١٦) .

(٦) أي : أن العاقدين يكونان قد أتيا الإنكاح والتزويج إذا عبرا عن ذلك بأي لغة من اللغات ، كما ينعقد البيع إذا عبر عنه بها . انظر : شرح فتح القدير (١٩٠/٣) .

مسألة ١٠٥١

نكاح الأخت في عدة أختها المطلقة

٢١٥٦٣ - قال أصحابنا : إذا طلق الرجل زوجته لم يجز أن يتزوج أختها ، ولا أربعًا سواها حتى تنقضى عدتها ، والطلاق البائن والرجعى في ذلك سواء [١] .

٢١٥٦٤ - وقال الشافعي : إن كان الطلاق بائنًا جاز له تزويج أختها ، وأربعًا سواها [٢] .

٢١٥٦٥ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ ﴾ [٣] ، ولا يخلو أن يكون المراد به الجمع المشاهد أو الجمع في النكاح ، أو في أحكام النكاح ، [ولا يجوز أن يكون المراد به الجمع مشاهدة ؛ لأن ذلك يجوز بالإجماع] [٤] ، ولا يجوز أن يكون المراد الجمع في النكاح ؛ لأن الآية دلت على تحريم الجمع بين وطء الأختين بملك اليمين ، فلم يبق إلا أن يكون المراد به الجمع في أحكام النكاح . وذلك موجود في حال العدة [٥] .

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع ٢٦٣ ، مجمع الأنهر (٣٣٠/١) ، المبسوط (٢٠٢/٤) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٢٥/٣) ، البحر الرائق (٩٥/٣) ، حاشية ابن عابدين ٣٨/٣ ، الاختيار لتعليل المختار (١٥/٣) ، ويقول صاحب الاختيار : « وإذا طلق امرأته لا يجوز أن يتزوج أختها ولا أربعة حتى تنقضى عدتها ، وسواء كان الطلاق بائنًا أو رجعيًا » اهـ .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في الأم (٣/٥) ، المهذب (٥٦/٢) ، المجموع (٢٢٧/١٦) ، مغني المحتاج (١٨٢/٣) ، نهاية المحتاج (٢٧٨/٦) . يقول الشيرازي في كتابه المهذب : « وإن تزوج إحداهما ثم طلقها ، فإن كان الطلاق بائنًا حلت له الأخرى ؛ لأنه لم يجمع بينهما في الفراش ، وإن كان رجعيًا لم تحل له ؛ لأنها باقية على الفراش » اهـ . انظر : المهذب (٥٦/٢) .

وأما المالكية : فإنهم يوافقون الشافعية فيما ذهبوا إليه ، يقول القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي : « إذا بانت المرأة من الرجل جاز له العقد على أختها وعلى كل من يحرم عليه الجمع بينها وبينها وإن لم تخرج من العدة » اهـ . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (٩٩/٢) .

وأما الحنابلة : فإنهم يوافقون الأحناف فيما ذهبوا إليه ، يقول ابن قدامة : « وإن تزوج امرأة ثم طلقها لم تحل له أختها ولا عمتها ولا خالتها حتى تنقضي عدتها رجعية كانت أو بائنة » اهـ . انظر : المغني (٥٤٣/٦) .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٣ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) سبق بيان معنى العدة وأقسامها . والمعنى أن الله تعالى نهى عن الجمع بين الأختين ، والجمع بينهما إما أن يكون في المشاهدة فهذا جائز بالإجماع ، وإما أن يكون في النكاح وهذا لا يجوز ؛ لأن الآية دلت على تحريمه ، وإما أن يكون الجمع بينهما في أحكام النكاح وهذا موجود في فترة العدة ، فلا يجوز . انظر : طريقة الخلاف في =

٢١٥٦٦ - فإن قيل : قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ [(١)] المراد به تحريم النكاح ، فكذلك قوله تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ [(٢)] .

٢١٥٦٧ - قلنا : قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ يتضمن تحريم الوطء والاستباحة بالنكاح وملك اليمين ، ويدل عليه : ما روي عن علي بن أبي طالب وابن مسعود . مثل قولنا [(٣)] .

٢١٥٦٨ - وعن سليمان بن يسار [(٤)] أن خالد بن عقبة [(٥)] كان تحته أربع نسوة ، فطلق إحداهن ، ثم تزوج أخرى فاستشار مروان [(٦)] في ذلك أصحاب رسول الله ﷺ وهم متوافرون وفرق بينهما .

٢١٥٦٩ - ولا يقال : يحتمل أن يكون الطلاق رجعيًا ؛ لأنه لو كان كذلك لم يخف على مروان حتى يفتقر إلى الاستشارة [(٧)] .

٢١٥٧٠ - فإن قيل : زيد بن ثابت المخالف [(٨)] .

٢١٥٧١ - قلنا : روى أبو يوسف في الأمالي [(٩)] عن ابن عباس مثل قولنا ، وذكر أن

=الفقه بين الأئمة الأسلاف ، للشيخ /محمد بن عبد الحميد الأسمندي ، تحقيق د . محمد زكى عبد البر ص ٩٢ .

(١) سورة النساء : الآية ٢٣ . (٢) سورة النساء : الآية ٢٣ .

والمعنى أن قوله تعالى ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ معطوف على قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ فالمطلقة الرجعية باقية على الفراش ، فيحرم فيه نكاح أختها في العدة ، أما المطلقة البائن فليست باقية على فراش الزوجية ، فيحل نكاح أختها في عدتها . انظر : المهذب (٥٦/٢) .

(٣) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٣٢/٢) .

(٤) هو : سليمان بن يسار ، أبو أيوب ، مولى ميمونة بنت الحارث ، من فقهاء المدينة ، كثير الحديث ، مات سنة ٩٤ ، وقيل ١٠٠ ، وقيل ١٠٤ ، وقيل ١٠٧ عن ثلاث وسبعين سنة . انظر : طبقات الحفاظ ص ٣٥ ، طبقات ابن سعد (١٣٠/٥) .

(٥) هو : خالد بن عقبة بن أبي معيط بن أبي عمرو بن أمية بن عبد شمس الأموى ، أخو الوليد ، أسلم عام الفتح . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤١٠/١) ، أسد الغابة (١٥٠/٢) .

(٦) هو : مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشي الأموي ، ولد في الثانية من الهجرة ، وتوفي سنة ٦٤هـ ، وقيل ٦٨هـ . انظر ترجمته في الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٠٣/٣) .

(٧) انظر : المبسوط (٢٠٢/٤) ، أحكام القرآن للجصاص (١٣٢/٢) .

(٨) هو : زيد بن ثابت أبو سعيد الأنصاري الخزرجي المقرئ ، كاتب الوحي للنبي ﷺ حفظ القرآن وأتقنه ، وأحكام الفرائض ، مات سنة ٤٥هـ . انظر : أسد الغابة (٢٧٨/٢) ، الإصابة (٥٤٣/١) ، طبقات الحفاظ ص ٨ .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [الإملاء] ، والأصح ما أثبتناه من كتب المذهب الحنفي .

زيدا رجع من قوله إلى قول بقية الصحابة [١] .

٢٤١/ب **٢١٥٧٢** - وذكر الطحاوي بإسناده عن سليمان بن يسار/ أن مروان في قصة خالد ابن عقبة أرسل إلى زيد بن ثابت فسأله عن ذلك فقال : ما ينبغي له ذلك ، أنه إن مات اعتدت منه خمس نسوة ، وهذا يدل على موافقة الصحابة .

٢١٥٧٣ - وروي أن ابن سيرين [٢] سئل عن ذلك فقال : وما يمنعه ، فقال عبيدة السلماني : [٣] أن يجمع ماءه في رحم أختين ، فقال ابن سيرين : استر عليَّ هذا ، فدل على أن الاجتهاد لا يسوغ فيه ؛ لأنه لو ساغ فيه لم يسأل الستر إذا رجع قول من الاجتهاد إلى مثله [٤] .

٢١٥٧٤ - ويدل عليه : ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يجمع ماءه في رحم أختين » [٥] ومتى تزوج أختها مع بقائها في العدة فقد جمع ماءه في رحمهما .

٢١٥٧٥ - ولا يقال : يجوز النكاح ويمتنع الوطء ؛ لأن هذا القول لم ينقله أحد ، فلم يجز إثبات ما يخالف الإجماع [٦] .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٠٢/٤) ، والمعنى أن زيد بن ثابت رجع عن قوله بجواز نكاح الأخت في عدة أختها المطلقة البائن ، إلى قول بقية الصحابة القائلين بعدم جواز نكاح الأخت في عدة أختها المطلقة ، بائنًا كان الطلاق أو رجعيًا .

(٢) سبقت ترجمته .

(٣) هو : عبيدة بن عمرو ، ويقال : ابن قيس بن عمرو السلماني المرادي ، أبو عمرو الكوفي ، أسلم قبل وفاة النبي ﷺ بسنتين ولم يلقه ، مات سنة ٧٢هـ ، وقيل ٧٣هـ ، وقيل ٧٤هـ . انظر ترجمته في : تاريخ بغداد (١١٩/١١) ، وتهذيب التهذيب (٨٤/٧) ، وطبقات ابن سعد (٦٢/٦) ، وتذكرة الحفاظ (٥٠/١) وطبقات الحفاظ ص ١٤ .

(٤) انظر : المبسوط (٢٠٢/٤) .

(٥) في نصب الراية (١٦٨/٣) ، وقال الزيلعي : حديث غريب ، وقال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير : لا أصل له بهذا اللفظ ١٦٦/٣ ، وقال ابن الجوزي اللفظ الثاني للحديث « ملعون من جمع ماءه في رحم أختين » ولم يعزه إلى كتاب من كتب الحديث ، وقال ابن عبد الهادى : لم أجد له سندًا بعد أن فتشت عليه في كتب الحديث . انظر : تلخيص الحبير (١٦٦/٣) .

(٦) المعنى أنه إذا قال المخالف : يجوز النكاح ويمتنع الوطء حتى تنقضي العدة فإنا نقول له : هذا القول لم ينقل عن أحد من الفقهاء ، بالإضافة إلى أنه مخالف للإجماع ، فلقد روي عن عبيدة السلماني أنه قال : ما أجمعت الصحابة على شيء كإجماعهم على أربع قبل الظهر ، وأن لا تنكح المرأة في عدة أختها . انظر : المغني (٥٤٤/٦) ، وشرح فتح القدير (٢٢٥/٣) .

٢١٥٧٦ - ولأنها معتدة في حق الزوج أن يتزوج أختها . كما لو قال لها : أنت بائن ، كالمطلقة الرجعية .

٢١٥٧٧ - ولا يلزم : إذا قال الزوج : قد أخبرتنى أن عدتها قد انقضت ؛ لأنها غير معتدة في حقه ، ولهذا لو كان الطلاق رجعيًا جاز أن يتزوج أختها عند مخالفنا ، ولا يمتنع أن تثبت العدة في حقها دونه كما لو قالت : قد انقضت عدتى ، ثم قالت : كذبت في إقراري بقيت العدة في حقها دونه [١] .

٢١٥٧٨ - فإن قيل : يجب عليه نفقتها ويثبت نسب ولدها [٢] .

٢١٥٧٩ - قلنا : تجب النفقة لها ، لأنه لا يتصدق عليها ، وهو متصدق في حق نفسه ، وأما النسب فإنه متى ثبت نسب ولدها منه بطل نكاح أختها [٣] .

٢١٥٨٠ - فإن قيل : المعنى في المطلقة الرجعية أن الزوجية باقية ، بدلالة : وقوع الطلاق ، ووجوب الميراث ، وصحة الإيلاء ، والظهار [٤] .

٢١٥٨١ - قلنا : إن كان أصل العلة إذا قال : لها أنت بائن لم نسلم هذا الفرق ، وإن جعلنا الأصل المطلقة الرجعية [٥] قلنا : إن زعمت أن جميع أحكام الزوجية باقية لم يصح ذلك ؛ لأن البينونة تقع بمضى المدة [٦] وعند مخالفنا وطؤها محرم ، وإن وطئها بطل إحصانه ، وإذا آلى منها كان ابتداء مدة الإيلاء عقيب الرجعة ، ولو كانت زوجة

---

(١) انظر : المبسوط (٢٠٣/٤) .

(٢) أي : أنه يجب للمطلقة الرجعية على زوجها النفقة ، ويثبت نسب ولدها فيه إن كانت حاملًا ، فلهذا لا يجوز له نكاح أختها حتى تنقضي عدتها بخلاف البائن فإنها لا تجب لها نفقة ولا كسوة ، فلهذا جاز له نكاح أختها في عدتها . انظر : مغني المحتاج (٤٤٠/٣) .

(٣) المعنى : أن وجوب النفقة للرجعية ، ليس على جهة الصدقة عليها ، بل على جهة الإلزام ، وثبوت ولده من مطلقته يبطل نكاح أختها . انظر : شرح فتح القدير (٢٢٦/٣) .

(٤) أي : لا يجوز نكاح الأخت في عدة أختها المطلقة الرجعية ، لقيام الزوجية بينها وبين زوجها ، بدليل جواز إيقاع الطلقة الثانية أو الثالثة عليها في العدة والتوارث ، وصحة الإيلاء والظهار . انظر : المهذب (٥٦/٢) .

(٥) أي : أن نكاح المطلقة البائن قائم من وجه ، وهو منعها من الخروج والبروز ، والتزويج بزوج آخر حتى تنقضي عدتها ، قياسًا على الرجعية ، وإذا كان نكاحها قائمًا من هذا الوجه ، فلا يجوز نكاح أختها في عدتها . انظر : طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة والأسلاف ص ٩٢ ، كتاب النكاح .

(٦) أي : أن المخالف إن زعم أن جميع أحكام الزوجية باقية في المطلقة الرجعية نقول له : إن هذا غير صحيح ؛ لأن البينونة تقع بانتهاء مدة العدة إذا لم يراجعها فيها . انظر : الاختيار (١٠٨/٣) .

كان ابتداء المدة عقيب اليمين [١] .

٢١٥٨٢ - وإن زعموا أن بعض أحكام الزوجية ثابت ، فكذلك نقول في المبتوتة أن السكنى لها وثبوت النسب ومنعها من التصرف في نفسها من أحكام النكاح ، ويقع عليها صريح الطلاق عندنا وترث إذا كان طلاقها في المرض .

٢١٥٨٣ - ولأنه تحريم من طريق الجمع فاستوى فيه حال النكاح والعدة ، كالجمع بين الزوجتين .

٢١٥٨٤ - أو نقول : تحريم تعلق بالجمع حال هذا النكاح ، فجاز ثبوت حكمه مع بقاء العدة ، كالجمع بين الزوجتين .

٢١٥٨٥ - ولأن كل جمع حرم حال العدة من طلاق رجعى حرم حال العدة من طلاق بائن ، دليله : الجمع بين الزوجتين .

٢١٥٨٦ - ولأن حرمة الجمع الثابتة والنكاح تبعًا لبقاء العدة .

٢١٥٨٧ - أصله : حبسه المرأة [٢] .

٢١٥٨٨ - فإن قيل : لا نسلم أن المنع من الزوجين تحريم جمع ، وإنما منعت المرأة أن تتزوج زوجًا آخر لأن الأول ملك بضعها فلم يجز أن تملك على ملك العين [٣] .

٢١٥٨٩ - قلنا : لو كان كذلك لجاز أن تتزوجهما معا ، ثم هذا التحريم تحريم جمع علته ما ذكروه ، كما أن تحريم الأختين تحريم جمع علته أنه يؤدي إلى قطيعة الرحم [٤] .

---

(١) أي : أن المطلقة البائن عند المخالف : إذا وطئها زوجها في عدة الطلاق البائن كان هذا الوطء حرامًا ، ويقام عليه الحد ، فلو كان النكاح قائمًا بينها وبين زوجها من وجه لا يورث شبهة لسقط الحد ، ولكنا نجيب عن ذلك بأن وجوب الحد عليه لأن النكاح قد ارتفع في حق حل الوطء من كل وجه ، ولكن النكاح لا يرتفع عن البائن من وجه منعها التزويج بغيره في العدة ، فالنكاح لا يرتفع من جميع الوجوه . انظر : طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف ص ٩٤ ، كتاب النكاح .

(٢) أي : إذا زعم المخالف أن أحكام الزوجية ثابتة في المطلقة الرجعية فإنا نقول له : تجب عندنا في البائن كذلك ، ولأن تحريم الجمع بين الأختين تحريم من جهة الجمع ، فاستوى فيه حال النكاح والعدة . قياسًا على تحريم جمع المرأة بين زوجين . انظر : الاختيار (١٥/٣) .

(٣) أي : أن قياس عدم الجمع بين الأختين في عدة طلاق إحداهما طلاقًا بائنًا على عدم جمع المرأة بين زوجين ، قياس غير صحيح ؛ لأن المرأة منعت من التزويج بزوج آخر غير الزوج الأول ؛ لأن الأول ملك بضعها ، فلم يجز لها أن تملك البضع لآخر ، وهو مملوك لغيره ، انظر : مغني المحتاج (١٨٢/٣) .

(٤) أي : أن حرمة نكاح المرأة لزوجين علته تحريم الجمع ، فكذلك تحريم الجمع بين الأختين علته تحريم الجمع ؛ =

٢١٥٩٠ - فإن قيل : الجمع بين الزوجين منع منه صيانة للأنساب ، لذلك استوى فيه حال النكاح والعدة لتساوى الحالين في وجوب حفظ النسب ، والجمع بين الأختين يمنع منه حتى لا يؤدي الجمع إلى قطيعة الرحم ، وهذا لا يوجد بعد البينونة [١] .

٢١٥٩١ - قلنا : ما دامت العدة باقية فالتنافس باق ؛ لأن السكنى والنفقة ثابتة عندنا وثبوت النسب ، وهذا هو المعنى الموجب لقطع الرحم [٢] .

٢١٥٩٢ - فإن قيل : المنع من الجمع ، متى أبان واحدة وتزوج أخرى فما جمع وإن فرق [٣] .

٢١٥٩٣ - قلنا : بل جمع في استحقاق النسب وفي السكنى ، ويكفي في وجه التحريم وجه واحد ، بدلالة : تحريم الجمع في الوطء بملك اليمين [٤] .

٢١٥٩٤ - فإن قيل : النكاح ثابت لكل واحد من الزوجين على الآخر ، فلما ثبت النكاح من الحيثيتين حرم الجمع على كل واحد منهما فإذا أبانها فالعدة واجبة عليها فخلفت العدة النكاح ، فبقى تحريم الجمع بحاله ، والزوج لا يلزمه عدة وقد زال النكاح فلم يخلفه غيره ، فلذلك جاز أن يجمع [٥] .

٢١٥٩٥ - قلنا : النكاح ثابت للزوج على المرأة وليس ثابتًا لها عليه ، كما تثبت الإجارة للمستأجر على المؤجر ، ولهذا يجب عليه البذل دونها ، ثم ثبت تحريم الجمع بين الجهتين .

=لأنه يؤدي إلى قطيعة الرحم . انظر : شرح فتح القدير (٣/٢٢٥) .

(١) أي : أن الجمع بين الأختين بعد البينونة لا يؤدي إلى علة تحريم الجمع بينهما وهي قطيعة الرحم ، فيجوز لانقطاع الزوجية بالبينونة . انظر : المهذب (٢/٥٦) .

(٢) أي : أن البائن طالما كانت باقية في العدة ، فالتنافس بينها وبين من يريد الزواج بها باق لوجوب النفقة والسكنى لها عندنا ، وهذا هو المعنى المؤدي لقطيعة الرحم . انظر : الاختيار (٣/١٥) .

(٣) أي : أن الزوج إذا أبان امرأة وتزوج بأختها في عدتها ، فلا يكون جامعًا بينهما لانقطاع فراش الزوجية بالبينونة . انظر : المهذب (٢/٥٦) .

(٤) أي : أن نكاح البائن باق ببقاء العدة والنفقة والسكنى والفراش القائم في حق ثبوت النسب ، والمنع من الخروج والتزوج بآخر ، فتثبت الحرمة أخذًا بالاحتياط في باب الحرمة . انظر : الاختيار (٣/١٥) .

(٥) أي : حرم جمع المرأة بين زوجين ؛ لأن نكاح كل واحد منهما لازم من جهته فلما ثبت النكاح من الحيثيتين حرم الجمع بينهما على كل واحد منهما ، فإذا أبانها أحدهما بعد نكاحه لها ، فالعدة واجبة عليها ، فخلفت العدة النكاح فبقى تحريم الجمع بحاله ، والزوج إذا زال نكاحه ، فلا يخلفه شيء لأنه لا عدة عليه ، فلذلك جاز أن يجمع . انظر : طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف ، كتاب النكاح مسألة ٣٩ ص٩٣ .

٢١٥٩٦ - فكذلك العدة ثابتة عليها فخلفت النكاح في كل واحد منهما فبقى تحريم الجمع على ما كان عليه .

٢١٥٩٧ - ولأنه مستلحق لنسب ولدها فصار كحال بقاء النكاح (١) .

٢١٥٩٨ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ (٢) .

٢١٥٩٩ - قلنا : لا يجوز أن يكون المراد به الاستطابة التي هي المشهورة ؛ لأن ذلك ليس بسبب الإباحة باتفاق .

٢١٦٠٠ - بقي أن يكون معناها : ما قال ابن عباس في تأويلها ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ ﴾ أي ما حل (٣) وقد اختلفنا في التحليل فلم نسلم لهم (٤) دخول ما اختلفنا فيه في الآية (٥) .

٢١٦٠١ - فإن قيل : قوله ﴿ فَٱنكِحُواْ ﴾ أمر فأدنى أحواله أن يفيد الإباحة ، وقد عرفنا التحليل بالأمر فلو حملنا قوله ﴿ مَا طَابَ ﴾ على الحل كان حملًا على التكرار ، ولصار تقدير اللفظ الحل لكم ما حل .

٢١٦٠٢ - قلنا : الإباحة وإن استفيدت بالأمر فكأنه تعالى بين أن الإباحة غير مطلقة وأنها تختص بعدد محصور فصرح بالإباحة ليبين العدد المباح (٦) .

٢١٦٠٣ - قالوا : قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾ (٧) .

---

(١) أي : أن النكاح لازم للزوج على زوجته ، بدليل وجوب المهر عليه دونها قياسًا على لزوم الإجارة للمستأجر على المؤجر ، فثبت تحريم الجمع من جهة اللزوم ومن جهة وجوب البدل ، فخلفت العدة النكاح في حق الزوج والزوجة معًا فبقي تحريم الجمع على ما كان عليه . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٣١/٢) .

(٢) سورة النساء : الآية ٣ .

ووجه الدلالة من الآية : أن الأمر بالإنكاح ورد عامًا ولم يفصل فدل عمومه على جواز نكاح الأخت في عدة أختها البائن .

(٣) انظر : تفسير ابن عباس ص ٦٤ . (٤) ساقطة من (م) .

(٥) المعنى أننا قد اختلفنا في جواز نكاح الأخت في عدة أختها البائن ، فلم نسلم لهم دخول ما اختلفنا فيه في قوله : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ . انظر شرح فتح القدير (٢٢٥/٣) .

(٦) أي : أن التصريح بالإباحة في قوله ﴿ فَٱنكِحُواْ ﴾ لبيان العدد المباح للحر أن يجمع بينهن في النكاح ، وليس الأمر بالإباحة على إطلاقه . انظر : جامع البيان في تفسير القرآن لابن جرير الطبري (١٦٠/٤) .

(٧) سورة المائدة : الآية ٢٥ .

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنها أباحت نكاح المؤمنات المحصنات ، والكتابيات المحصنات ولم تفصل في العدة أو غيرها .

٢١٦٠٤ - قلنا : شرط في الإباحة شرطًا مجملًا ، وهو قوله : ﴿ مُّحْصِنِينَ ﴾ فصارت الإباحة مجملة لإجمال شرطها (١) .

٢١٦٠٥ - قالوا : قال اللّه تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ (٢) .

٢١٦٠٦ - قلنا : هذا عطف على قوله : ﴿ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾ ، والمراد به : الجمع في أحكام النكاح ، وعندنا أن هذا جمع في أحكام النكاح وهو السكنى واستحقاق النسب والتوارث (٣) .

٢١٦٠٧ - قالوا : جمع حرم على الزوج بعقد النكاح فوجب أن يرتفع بالبينونة ، كما لو كانت غير مدخول بها (٤) .

٢١٦٠٨ - قلنا : الوصف غير مسلَّم ؛ لأن تحريم الجمع لم يثبت عندنا بعقد النكاح ، بدلالة أنه لو وطئ امرأة بشبهة لم يجز تزوج أختها ولا أربع سواها وإن لم يكن هناك نكاح .

٢١٦٠٩ - وإنما حرم عليه حبس أختين أو أكثر من أربع نسوة بحكم النكاح ، يبين ذلك أنه ممنوع من تزويج أختين معًا ومن العقد على خمس نسوة معًا ، فلو كان الجمع حرم بالعقد كان العقد هو المحرم لنفسه وهذا لا يصح .

٢١٦١٠ - والمعنى في غير المدخول بها أن تحريم الجمع زال في حقها وحلت للأزواج، فزال تحريم الجمع في حق الزوج ، وفي مسألتنا لم يزل تحريم الجمع في حقها فجاز أن يبقى تحريم الجمع في حق الزوج (٥) .

---

(١) أي : أن الإباحة ليست عامة ، ولكن شرط فيها شرطًا مجملًا وهو ﴿ مُّحْصِنِينَ ﴾ فاحتملت الإباحة التقييد لاحتمال شرطها . انظر : تفسير آيات الأحكام للشيخ / محمد علي السايس (١١٩/٢) .

(٢) سورة النساء : الآية ٢٤ .

ووجه الدلالة : أن اللّه ﷻ بين المحرمات من النساء في قوله ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ الآية وليس بينهن نكاح الأخت في عدة أختها البائن فدل ذلك على جوازه .

(٣) أي : أن قوله : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ معطوف على قوله ﴿ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ والمراد به الجمع في أحكام النكاح ، ونكاح الأخت في عدة أختها البائن جمع في أحكام النكاح ؛ لأن للبائن عندنا سكنى ونفقة ويثبت لها الميراث ، وكذلك يثبت النسب ولدها . انظر : الاختيار (١٥/٣) .

(٤) أي : أن تحريم الجمع بين الأختين سببه العقد على الأولى منهما ، فيرتفع التحريم بالبينونة قياسًا على غير المدخول بها . انظر : المهذب (٥٦/٢) ، نهاية المحتاج (٢٧٨/٦) .

(٥) أي : أن تحريم الجمع ليس سببه عقد النكاح ، بدلالة أنه لو وطئ امرأة بشبهة لم يجز له تزويج أختها ، ولا أربع سواها وإن لم يكن هناك نكاح ، والمعنى في المدخول بها أنه لا عدة عليها ، فزال تحريم الجمع في حقها وتحل للأزواج ، فكذلك يزول تحريم الجمع في حق الزوج ، والمطلقة البائن لم يزل تحريم الجمع في حقها ، فبقى =

٢١٦١١ - قالوا : بائن جاز مطلقًا أن يعقد على أختها بعد انقضاء عدتها ، فإذا عقد عليها في العدة صح العقد كما لو قال : أخبرتني أن عدتها قد انقضت (١) .

٢١٦١٢ - قلنا : هناك يجوز له العقد [على أختها وإن كان الطلاق رجعيًا كذلك يجوز إن كان بائنًا ، وفي مسألتنا لا يجوز أن يتزوج في العدة] (٢) إذا تقدم الطلاق الرجعي كذلك البائن (٣) .

٢١٦١٣ - قالوا : بينونة تمنع أن يلحقها طلاقه ، فوجب أن يرتفع تحريم الجمع الذي حرم بعقد النكاح ، كما لو ماتت (٤) .

٢١٦١٤ - قلنا : لا نسلم أن البينونة تمنع طلاقه ؛ لأن صريح الطلاق يقع عليها عندنا وتقع الكنايات التي كان يملكها بشرط (٥) .

٢١٦١٥ - فإن فرضوا : في المطلقة ثلاثًا (٦) .

٢١٦١٦ - لم نسلم أن البينونة منعت الطلاق وإنما تمنع استباحة ما ملك منه ، والمعنى في المتوفاة : أن النكاح زال وأحكامه ، وفي مسألتنا أحكام النكاح بحالها ، بدلالة : السكنى ، وثبوت النسب ، وحبسها عن الأزواج لحقه (٧) .

٢١٦١٧ - قالوا : إنها أجنبية منه بدلالة أنها لا تحل له إلا بنكاح فوجب ألا تحرم

= كذلك في حق الزوج . انظر : المبسوط (٢١٠/٤) .

(١) أي : أن المطلقة البائن يجوز العقد على أختها بعد انقضاء عدتها ، فكذلك يجوز العقد عليها في عدتها . انظر : المهذب (٤٦/٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) أي : يجوز العقد على أخت المطلقة بعد انقضاء عدتها مطلقًا رجعيًا كان الطلاق أو بائنًا ، ولا يجوز العقد على الأخت في عدة أختها من طلاق رجعي ، فكذلك لا يجوز في عدتها من طلاق بائن . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٢٥/٣) .

(٤) أي : أن المطلقة البائن لا يلحقها طلاق في العدة ، فيرتفع تحريم الجمع الذي سببه العقد عليها ، قياسًا على موتها ، لذلك يجوز نكاح أختها في عدتها . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « إنها بانت منه فلا تدخل أختها في تحريم الجمع » .

(٥) أي : أن المطلقة البائن بينونة صغرى يقع عليها صريح الطلاق وكناياته بشرط النية كأن يقول لها الزوج : اختاري ، أو اختاري نفسك ، فقالت اخترت نفسي فإنها تقع طلقة واحدة بائنة ، فإذا حلف عليها طلاق في العدة من الطلقة الأولى وقع عليها الطلاق . انظر : اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٧٠٢/٢) ، الاختيار (٨٦/٣) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) انظر : المبسوط (٢٠١/٤) .

أختها لأجلها ، أصله : سائر الأجنبيات [١] .

٢١٦١٨ - قلنا : لا نسلم أنها أجنبية بدلالة حبسها عليه ، ووجوب نفقتها عندنا ، وسكناها على المذهبين وثبوت نسب ولدها .

٢١٦١٩ - والمعنى في سائر الأجنبيات : أنهن لما يحبسن عن الأزواج بحقه لم يحبسن عن تزويج أخواتهن ، ولما حبست هذه عن الأزواج لحقه منع [٢] من تزويج أختها كالمطلقة الرجعية [٣] .

٢١٦٢٠ - قالوا : هذه أبعد من الأجنبية ؛ لأن الأجنبية تحل له بالعقد والمطلقة ثلاثًا [٤] لا تحل له إلا بعد زوج ، فإذا جاز له أن يتزوج أخت الأجنبية فهذه أولى [٥] .

٢١٦٢١ - قلنا : كيف تكون هذه أبعد من الأجنبية ، وعلق النكاح قائمة مع هذه ومنتفية في حق الأجنبية ، وعلق النكاح/ هي التحريم كنفس النكاح بدلالة منعها من الأزواج . ٢٤٢/أ

٢١٦٢٢ - فأما جواز تزويج الأجنبية وامتناع تزويج هذه فما هو لبعدها ، لكن لأنه يستوفي ما ملك من طلاقها فلا يجوز أن يعقد عليها حتى يستوفي في حكم الطلاق ، والأجنبية لم تستوف طلاقها فجاز أن يعقد عليها [٦] .

٢١٦٢٣ - فإن قيل : إن العدة وثبوت النسب ووجوب السكنى من أحكام النكاح

---

(١) أي : أن البائن لا تحل لزوجها إلا بعقد ومهر جديدين ، فصارت كالأجنبية ، فيجوز له نكاح أختها في عدتها . انظر : الأم (٣/٥) .

(٢) بياض في (ن) ، (ع) .

(٣) البائن ليست بأجنبية لوجوب النفقة بأنواعها لها ، وحبسها من الأزواج لحقه في فترة العدة ، فلما حبست من الأزواج لحقه ، منع من تزويج أختها ، قياسًا على المطلقة الرجعية . انظر : فتح القدير (٣/٢٢٥) ، الاختيار (٣/١٥) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) أي : أن المطلقة البائن أبعد من الأجنبية ؛ لأنها لا تحل له إلا بعد أن تنكح زوجا غيره إذا كانت بينونتها كبرى ، أما الأجنبية فإنها تحل له بمجرد العقد فقط ، فإذا جاز له أن يتزوج بأخت الأجنبية فهذه أولى . انظر : الأم (٣/٥) .

(٦) أي : أن البائن ليست بأجنبية ؛ لأن أحكام النكاح لازالت قائمة في حقها ، منتفية في حق الأجنبية ، وجواز التزويج بالأجنبية ليس لبعدها ، ولكن لأن لم يستوف طلاقها ، فجاز العقد عليها ، أما البائن فبما أنه لم يستوف حكم طلاقها ، فلم يجز العقد على أختها في عدتها . انظر : الاختيار (٣/١٥) .

وكذا العدة والنسب من أحكام الوطء ، بدلالة : أنه يثبت في الموطوءة بشبهة ، وبدلالة أن السكنى في حال النكاح تجوز البراءة منها ولا تجوز البراءة من السكنى في حال العدة [١] .

٢١٦٢٤ - قلنا : المعتدة من النكاح محبوسة ممنوعة من الخروج وهذا من الأحكام المختصة بالنكاح ، فأما الموطوءة بشبهة فتجب عليها العدة لكن لا تمنع من الخروج ، وليس إذا وجبت العدة على [٢] الموطوءة بشبهة [٣] وقلت [٤] في المطلقة لم يكن من أحكام النكاح ، [ألا ترى : أن النفقة تجب لذوى الأرحام والمملوك ، وتجب للزوجة ولا يمنع وجوبها في غير الزوجة أن تكون من أحكام النكاح] [٥] .

٢١٦٢٥ - وأما قولهم : إن السكنى لا تصح البراءة منها فلأنها في حال النكاح من حقوقها فجاز أن تسقطها ، وفي حال العدة تعلق بها حق اللّٰه تعالى فجاز أن تسقط في حقها ولم يجز أن تسقط في حق اللّٰه تعالى .

٢١٦٢٦ - قالوا : لو طلقها قبل الدخول لم تجب [العدة فدل أنها من أحكام الوطء

٢١٦٢٧ - قلنا : لو طلقها بعد الخلوة وجبت [٦] العدة عندنا وإن لم يدخل بها وليس] [٧] يمتنع أن تكون من أحكام النكاح ، ومن شرطها الوطء [٨] .

---

(١) أي : أن العدة وثبوت النسب ووجوب النفقة من أحكام الوطء ، كما هي من أحكام النكاح أيضًا ، بدلالة ثبوت العدة والنسب في الموطوءة بشبهة ، وبدلالة سقوط السكنى في حال النكاح ، وعدم سقوطها في حال العدة . انظر : نهاية المحتاج (٢٧٨/٦) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) هكذا في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) وكان الأولى أن يقال : وليس إذا وجبت العدة على الموطوءة بشبهة ، أن تجب لها نفقة في العدة » يقول الإمام السرخسي : « ولا نفقة في النكاح الفاسد ولا الوطء بشبهة ولا في العدة منه ؛ لأن ما به تستوجب النفقة معدوم هنا وهو تسليمها نفسها للزوج للقيام بمصلحة » اهـ . انظر : المبسوط (١٩٣/٥) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) أي : أن المطلقة البائن لو طلقها زوجها قبل الدخول بها لا عدة عليها ، لقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ ﴾ سورة الأحزاب آية ٤٩ فدل ذلك على أن العدة من أحكام الوطء . انظر : الإشراف لابن المنذر (١٦٣/٤) .

(٧) ساقط من (م) .

(٨) أي : أنه إذا طلقها قبل الدخول بها وبعد الخلوة الصحيحة ، وجبت عليها العدة بالخلوة ، ويجوز أن تكون العدة من أحكام النكاح ومن شرطها الوطء . انظر : الاختيار (٤٠/٣) ، طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف ص ٩٧ .

٢١٦٢٨ - قالوا : إذا كان المولى يطأ أمته فباعها أو أعتقها وجب عليها الاستبراء منه ولم يمنعه ذلك من وطئ أختها ، كذلك وجوب العدة على الأخت منه لا يمنع من تزويج أختها [١] .

٢١٦٢٩ - قلنا : هناك لا يجب الاستبراء منه ، وإنما يجب بحدوث الملك في رقبتها واستباحتها ، بدلالة : أن المولى لو لم يطأها وجب الاستبراء وإذا لم يجب هذا [٢] الاستبراء لحقه لم يمنع وطئ أختها ، كما أن وجوب العدة [٣] على المرأة من غيره لا يمنع من تزويج أختها [٤] .

٢١٦٣٠ - قالوا : إذا طلق الرجل أربع نسوة لم يجز أن يتزوج عندكم .

٢١٦٣١ - فنقول : حر رشيد لا زوج له غير متلبس بحرمة عبارة فوجب أن يكون له النكاح كالذى لم يتزوج [٥] .

٢١٦٣٢ - قلنا : يبطل بالموت ولأنه رشيد في ماله والمعنى فيمن لم يتزوج الذي ليس في حبسه عدد فجاز أن يتزوج ، وهذا في حبسه أربع فلم يجز أن يتزوج خامسة كما لو ارتدت زوجاته . [٦]

٢١٦٣٣ - قالوا : روى أن فيروز الديلمي [٧] أسلم وتحته أختان فأمره النبي ﷺ أن يفارق إحداهما فلو كانت العدة تمنع تزويج الأخت وجب أن يفارقها [٨] .

---

(١) أي : أن السيد إذا وطئ أمته ، وباعها أو أعتقها ، وجب على الأمة الاستبراء منه ولم يمنع الاستبراء من وطئ أختها ، كذلك وجوب العدة على الأخت المطلقة البائن لا يمنع من تزويج أختها . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأن ما حرم عليه من امرأة بسبب أختها حل بزوال الملك في الأخت .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٣) ساقطة من (م) .

(٤) أي : أن الاستبراء سببه حدوث الملك في الرقبة واستباحة الوطء ، بدلالة : أنه إذا لم يطأها وجب الاستبراء ، وإذا لم يجب الاستبراء لحقه لم يمنع من تزويج أختها . انظر : المبسوط (٢٠١/٤) .

(٥) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٣٢/٢) .

(٦) أي : أن قياس المطلق لنسائه الأربع الذي لم يتزوج قياس غير صحيح لأن غير المتزوج أصلًا ليس في حبسه عدد ، فجاز له التزويج ، أما المطلق لنسائه الأربع في حبسه أثناء عدتهم عدد ، فلم يجز له التزويج بالخامسة ، قياسًا على ما لو أراد الزواج بها وهن في عصمته . انظر : المبسوط (٢٠٢/٤) .

(٧) هو : فيروز الديلمي ، ويقال : ابن الديلمي ، يكنى أبا الضحك ، يماني كناني ، من أبناء الأساورة من فارس ، الذي كان كسرى قد أرسلهم لقتال الحبشة ، مات في خلافة عثمان باليمن سنة ٥٣هـ انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢١٠/٣ ، ٢١١) .

(٨) أخرجه الشافعي في مسنده ، كتاب النكاح حديث رقم ٤٥ (ج٢ /١٦) - وأبو داود ، كتاب الطلاق=

٢١٦٣٤ - قلنا : العدة لم تمنع بقاء نكاح الأخت ، وليس إذا منعت العدة ابتداء نكاح الأخت منعت البقاء . كما أن العدة تمنع ابتداء التزويج ، ولو تزوجها فوطئت بشبهة وجبت العدة ولم يمنع ذلك بقاء نكاحها [١]

* * *

= باب ٢٥ حديث رقم ٢٢٤٣ (ج٢/٦٧٨) - والترمذي ، كتاب النكاح باب الرجل يسلم وعنده أختان حديث رقم ١١٢٩ وقال : حديث حسن- وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب الرجل يسلم وعنده أختان رقم ١٩٥١ (ج١/٦٢٧) .

(١) انظر : حاشية ابن عابدين (٣/٥١٧) .

مسألة ١٠٥٢

شرط الخيار في النكاح

٢١٦٣٥ - قال أصحابنا [١] : إذا شرط الخيار [٢] في النكاح صح النكاح ، وبطل الشرط [٣] .

٢١٦٣٦ - وقال الشافعي : يبطل النكاح [٤] .

٢١٦٣٧ - لنا : أنه نكاح منعقد فلا يبطله الشرط ، كما لو تزوجها على أن الطلاق بيدها .

٢١٦٣٨ - ولأنه عقد لا يفسخ بالإقالة فلم يبطله شرط الخيار ، كالخلع والعتق بعوض [٥] والصلح من الدم العمد .

٢١٦٣٩ - ولأنه شرط في العقد شرطًا لا يملك إيجابه بعده فلم يبطل العقد ، كما لو تزوجها على أنها مالكة للطلاق ، ولا يمنع الخيار في الصرف والسلم ؛ لأن شرطه يملك إيجابه بعد العقد .

٢١٦٤٠ - ولأنه عقد لا يوجب توقيت النكاح ، فلا يمنع انعقاده في الحال .

---

(١) ساقط من (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) وأثبتناها اتباعًا لعادة المؤلف .

(٢) انظر : المبسوط (٩٤/٥) ، بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) ، يقول الإمام السرخسي : « وإذا تزوج الرجل امرأة واشترط فيه لأحدهما أولهما خيار ، فالنكاح جائز ، والخيار باطل » اهـ .

(٣) انظر : الأم (٣٨/٥ ، ٨١) ، المهذب (٦٠/٢) ، المجموع (٢٥٠/١٦) ، مغني المحتاج (٢٢٦/٣) . يقول الإمام الشيرازي : « وإذا تزوج بشرط الخيار بطل العقد ؛ لأنه عقد يبطله التوقيت ، فبطل بالخيار ، كالبيع » اهـ . المهذب : (٦٠/٢) .

وأما المالكية : فإنهم يوافقون الشافعية في أن شرط الخيار يبطل عقد النكاح ، وكذا الحنابلة في رواية لهم ، والأخرى : أن النكاح صحيح والشرط باطل كما هو مذهب الحنفية . يقول ابن رشد : « هل يجوز عقد النكاح على الخيار ؟ فإن الجمهور على أنه لا يجوز ، وقال أبو ثور يجوز » انظر : بداية المجتهد (٩/٢) . وانظر الروايتين للحنابلة في : المغني (٢٥٢/٦) ، المقنع (٤٩/٣) .

وسبب الخلاف : هو تردد النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار والبيوع التي يجوز فيها ، أو نقول : إن الأصل في العقود ألا خيار إلا ما وقع عليه النص ، وعلى المثبت للخيار الدليل ، أو نقول : إن أصل الخيار في البيوع هو منع الغرر ، والأنكحة لا غرر فيها ؛ لأن المقصود بها المكارمة لا المكايسة . انظر : بداية المجتهد (٩/٢) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

٢١٦٤١ - أولا يوجب ملك أحد الزوجين رقبة الآخر ، فلا يبطل العقد ، كما لو شرط أن يهدى لها هدية .

٢١٦٤٢ - والدليل على أن الخيار لا يوقف العقد أنه يصح في البيع وهو لا يحتمل التوقيت ، والدليل على أنه لا يمنع الانعقاد في الحال أنه يصح في البيع وعقده لا يتعلق بشرط .

٢١٦٤٣ - ولا يلزم إذا قال : تزوجتك شهرا ؛ لأنه وقَّت النكاح .

٢١٦٤٤ - ولا يلزم إذا قال : تزوجتك رأس الشهر وقت ليس بمنعقد لأنه لا ينعقد في الحال .

٢١٦٤٥ - ولا يلزم إذا قال المولى لعبده تزوج حرة على رقبتك ؛ لأن ذلك يقتضي ملك أحد الزوجين

٢١٦٤٦ - وهذه المسألة مبنية على أن نكاح المكره ينعقد عندنا ، وتأثير الإكراه أبلغ من تأثير الخيار ، ألا ترى أن الإكراه يمنع صحة البيع والخيار لا يمنع منه ؟ فإذا كان الإكراه عندنا لا يمنع صحة النكاح فالخيار أولى (١) .

٢١٦٤٧ - احتجوا : بأن الخيار لا يبقى الإباحة في وقت يقتضي إطلاق العقد ثبوتها ، فصار كما لو تزوجها شهرا (٢) .

٢١٦٤٨ - قلنا : هناك وقت العقد فلم يصح ، وههنا لم يوقت العقد (٣) وإنما شرط نفس الاستباحة فصار كما لو تزوجها على أن يطلقها (٤) .

---

(١) لقد بني الأحناف مسألة اشتراط الخيار في النكاح على مسألة نكاح المكره ، فإن اشتراط الخيار في النكاح يعدم الرضا في العقد ، كالإكراه ، وانعدام الرضا بسبب الإكراه لا يمنع صحة النكاح عندهم ، كما أن عقد النكاح عقد لازم فاشتراط الخيار فيه يكون شرطًا فاسدًا ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، ولا تتوقف صحته ولزومه على تمام الرضا . انظر : المبسوط (٩٥/٥) .

(٢) أي : أن شرط الخيار في النكاح يرفع إباحة استمتاع الزوجين ببعضهما في وقت لو لم يشترط الخيار لاقتضى إطلاق العقد بثبوتها ، فأشبه النكاح المؤقت بشهر مثلًا ، فكان العقد المشروط فيه الخيار باطلًا . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : لنا : « إنه شرط ينفي الإباحة والملك في زمان يقتضي النكاح الإباحة والملك فيه فأشبه إذا قال : تزوجتك إلى شهر » اهـ .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن عقد النكاح بطل في النكاح المؤقت لتوقيته ، أما النكاح المشروط فيه الخيار فإنه لم يؤقت ، ولكن المشروط فيه الاستباحة ، فأشبه ما لو تزوجها على أن يطلقها . انظر : المبسوط (٩٥/٥) .

٢١٦٤٩ - قالوا : معاوضة تحتمل الفسخ فإذا قابلها [١] بشرط لا يصح فيها أبطلها ، كما لو شرط الخيار في الصرف والسلم [٢] .

٢١٦٥٠ - قلنا [٣] : المعنى في الصرف والسلم أنه يجوز إثبات حق الفسخ فيها من غير سبب فوجب الفسخ وهو المقابلة ، فإذا شرط الخيار صح ومنع تمام القبض في المجلس فبطل العقد .

٢١٦٥١ - وفي مسألتنا : العقد لا يحتمل الفسخ بغير سبب يوجب ذلك فإذا شرط الخيار لم يتعلق بشرطه حكم وصار وجوده وعدمه سواء [٤] .

٢١٦٥٢ - قالوا : العقد الذي يحتمل شرط الخيار إذا شرط فيه خيار [لا يحتمله] [٥] أبطله ، وهو [البيع] [٦] بشرط الخيار أربعة أيام ، فالعقد الذي لا يحتمل الخيار إذا شرط فيه خيار لا يحتمله أولى أن يبطل [٧] .

٢١٦٥٣ - قلنا : البيع إذا شرط فيه خيار أربعة أيام لأحد المتعاقدين لا يقتضيها العقد وذلك يبطل البيع كما لو شرط أن يهب له هبة .

٢١٦٥٤ - وفي مسألتنا إذا شرط فيه خيار لا يقبله النكاح فقد شرط منفعة لأحد الزوجين لا يقتضيها العقد فلا يبطل ذلك العقد كما لو شرط أن يهدى لها هدية أو يكون ملك الطلاق والظهار لها [٨] .

---

(١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [فاتها] ، ولا وجه له .

(٢) أي : أن عقد النكاح عقد معاوضة ، وهذه المعاوضة تحتمل الفسخ ، فإذا شرط فيها شرطًا لا يصح ، كانت معاوضة باطلة ، قياسًا على لو شرط الخيار في عقد الصرف أو السلم . انظر : الأم (٨١/٥) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) أي : أن القياس على عقد الصرف والسلم المشروط فيهما الخيار غير صحيح لأنه يجوز الفسخ فيهما من غير سبب ، بخلاف النكاح فإنه لا يجوز الفسخ فيه إلا بسبب فشرط الخيار فيه لم يتعلق به حكم ، فصار وجوده وعدمه سواء . انظر : المبسوط (٩٥/٥) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [العقد] ، ولا وجه له .

(٧) أي : أن البيع إذا شرط فيه الخيار أربعة أيام فإنه لا يحتمل هذا الشرط ؛ لأن مدة الخيار ثلاثة أيام ، وإذا كان البيع الذي يحتمل شرط الخيار أبطله الشرط الذي لا يحتمله ، فالنكاح المشروط فيه الخيار باطل من باب أولى لعدم احتماله الشرط . انظر : الأم (٣٨/٥) .

(٨) المعنى : أن البيع المشروط ، فيه الخيار أربعة أيام ، شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين لا يقتضيها العقد فكان بيعا باطلا ، بخلاف النكاح إذا شرط فيه شرطًا لا يقبله النكاح فقد شرط فيه منفعة لا يقتضيها العقد ، فلا يبطل العقد ، ولكن الذي يبطل هو الشرط لفساده ، ولا يبطل النكاح بالشروط الفاسدة . انظر : المبسوط (٩٥/٥) .

مسألة ١٠٥٣

الجمع بيـن الأختين من الإماء

٢١٦٥٥ – قال أصحابنا : إذا تزوج أخت أم ولده أو كانت تحته أمة يطؤها فتزوج أختها ، صح النكاح ولم يجز له أن يطأ واحدة منهما حتى تحرم الأولى بضرب من ضروب التحريم أو أن يعتقها ، أو يبيعها ، أو يزوجها ، أو يكاتبها [١] .

٢١٦٥٦ – وقال الشافعي : يحل له وطئ التي تزوجها ويحرم عليه وطئ الأولى [٢] .

٢١٦٥٧ – لنا : أنه سبب يستباح به الوطء ، فإذا طرأ في أخت الموطوءة لم يجز وطؤها مع بقاء الأولى على حالها ، أصله : إذا اشترى أخت أمته [٣] .

٢١٦٥٨ – قالوا : إذا ملكها فقد تساويا فقدمت التي وطئها أولا وفي مسألتنا : حكم النكاح أقوى من ملك اليمين ؛ لأنه يتعلق به من الحقوق مالا يتعلق بملك اليمين ،

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٢٦٤/٢) ، مجمع الأنهر (٣٢٤/١) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢١٢/٣) ، المبسوط (٢٠١/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٠/٣) ، البحر الرائق (٩٥/٣) ، الاختيار (١٤/٣) ، ويقول صاحب الاختيار : « فإن كان له أمة قد وطئها فتزوج أختها ، جاز النكاح لصدوره من أهله وإضافته إلى محله ، ولا يطأ الأمة لأن المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة حتى يحرم الأمة عليه ، فإذا حرمها وطئ المنكوحة ، فإذا لم يكن وطئ المملوكة وطيء المنكوحة وحرمت المملوكة حتى يفارق المنكوحة » اهـ .

(٢) انظر : قول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في الأم (٣/٥) ، المهذب (٥٦/٢) ، المجموع (٢٢٩/١٦) ، مغني المحتاج (١٨١/٣) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٤٥/٣) ، نهاية المحتاج (٢٧٩/٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٨٣/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٩٧/٤) . يقول الإمام الشيرازي : « وإذا تزوج المرأة ثم ملك أختها لم تحل له المملوكة ؛ لأن أختها على فراشه ، وإن وطئ مملوكة ثم تزوج أختها حرمت المملوكة وحلت المنكوحة ؛ لأن فراش المنكوحة أقوى » اهـ . وبقول الإمام أبي حنيفة ، قال الإمام مالك رَحِمَهُ اللَّهُ ، يقول ابن رشد : « واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين ، إذا كانت إحداهما بنكاح ، والأخرى بملك اليمين ، فمنعه مالك وأبو حنيفة ، وأجازه الشافعي » انظر : بداية المجتهد (٤٤/٢) ، الخرشي على مختصر سيدى خليل (٢١٢/٣) دار صادر – بيروت . وبقول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ قال الحنابلة في أصح الروايتين لهم . انظر الروايتين للحنابلة : في المغني (٥٨٧/٦) .

(٣) أي : أن النكاح بسبب يستباح به الوطء ، فإذا تزوج بأخت أمته الموطوءة بملك اليمين ، امتنع عليه وطئ المنكوحة ، مع بقاء الأمة الموطوءة بالملك على حالها . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢١٣/٣) .

فلذلك كانت الزوجية أولى بالإباحة (١) .

٢١٦٥٩ - قلنا : قوة سببها لا يدل على اختصاصها بالإباحة ؛ لأن الحرة تحرم بأسباب لا تحرم بها الأمة ، وهي الظهار والطلاق الرجعي الذي لا يزيل الملك عندهم ، وإذا كانت تدخل في التحريم لم تختص بالإباحة .

٢١٦٦٠ - ولأنه لو وطئ الزوجة قبل أن تحرم الأمة على نفسه إننا نلحق نسب ولد أختين ، وذلك لا يجوز ، كما لو وطئها بملك اليمن .

٢١٦٦١ - [ولأنه بالوطء يجمع ماءه في رحم أختين وذلك لا يجوز كما لو وطئها بملك اليمين] (٢) .

٢١٦٦٢ - ولأنه لو ملك أختين فوطئهما لم يجز له وطء واحدة منهما مع بقاء الأخرى على حالها ؛ لأن كل واحدة منهما يلزمه نسب ولدها وهذا المعنى موجود في الأمة الموطوءة (٣) وأختها المزوجة (٤) .

٢١٦٦٣ - احتجوا : بأنه جمع لا يمنع صحة النكاح فوجب ألا يمنع استباحة الاستمتاع ، أصله : إذا تزوج أجنبية بعد أجنبية (٥) .

٢١٦٦٤ - قلنا : هناك يجوز أن يستديم وطئها ، فجاز أن يبتدء به ، وفي مسألتنا : لا يجوز أن يستديم وطؤها فلا يجوز أن يجمع بينهما في حكم الوطء (٦) .

* * *

(١) أي : أن فراش المنكوحة أقوى ؛ لأنه يملك به حقوقًا لا يملكها بفراش الموطوءة بالملك ، من طلاق وظهار وإيلاء ولعان ، فثبت الأقوى وسقط الأضعف . انظر : المهذب (٥٦/٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : حاشية ابن عابدين (٤٠/٣) ، البحر الرائق (٩٥/٣) .

(٥) أي : أن الجمع بين الأختين الأمتين - إحداهما بنكاح والأخرى بالملك ، جمع يمنع صحة النكاح فلا يمنع استباحة الاستمتاع ، قياسًا على من تزوج أجنبية بعد أجنبية . انظر : مغني المحتاج (١٨١/٣) .

(٦) المعنى أنه في نكاح الأجنبية بعد الأجنبية يجوز أن يستديم نكاحهما معًا فجاز ابتداؤه ، أما في مسألتنا لا يجوز له استدامة الوطء ، فلا يجوز له أن يجمع بينهما في حكم الوطء . انظر : البحر الرائق (٩٥/٣) .

مسألة ١٠٥٤

حرمة المصاهرة بالزنا

٢١٦٦٥ - قال أصحابنا : الزنا يتعلق به تحريم المصاهرة فإذا زنا بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها ، وإذا زنا بأم امرأته أو بنتها وقعت الفرقة بينه وبين امرأته [١] .

٢١٦٦٦ - وقال الشافعي : الزنا لا يتعلق به التحريم [٢] .

٢١٦٦٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ [٣] ، ولم يفصل بين أن يدخل بها في النكاح أو قبله .

٢١٦٦٨ - وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [٤] ، والنكاح حقيقة في الوطء لأنه مأخوذ من الاجتماع والتداخل ولهذا قالت العرب : « أنكحنا الفرى » . فسرى يضربونه للأمر يجتمعون عليه كالاجتماع المعتبر من الوحش مع الأتان [٥] .

---

(١) انظر قول الأحناف : في المبسوط (٢٠٤/٤) ، بدائع الصنائع (٢٦٠/٢) ، مجمع الأنهر (٣٢٦/١) ، شرح فتح القدير (٢١٩/٣) ، حاشية ابن عابدين (٣٠/٣) ، البحر الرائق (٩٨/٣) ، كتاب الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن (٣٦٧/٣) ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٦٧٧/٢) ، الاختيار (١٧/٣) ، ويقول صاحب الاختيار : « والزنا يوجب حرمة المصاهرة » اهـ .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (١٥٣/٥) ، المهذب (٥٥/٢) ، المجموع (٢١٩/١٦) ، نهاية المحتاج (٢٧٥/٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٨٤/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (١٠١/٤) ، مغني المحتاج (١٧٨/٣) ، وفيه يقول : « فلا يثبت بالزنا حرمة المصاهرة فللزانى نكاح أم من زنى بها وبنتها ولابنه وأبيه نكاحها هي » اهـ . وبقول الإمام الشافعي قال الإمام مالك رحمه الله ، يقول ابن عبد البر : « إن الزنا لا يتعلق به تحريم المصاهرة ، وهذا هو الصحيح من قول مالك ، وهو قول أهل الحجاز ، وقد روى عنه أن الزنا يتعلق به التحريم ، والأول أصح وعليه العمل عند فقهاء المدينة » اهـ . انظر : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر (٥٤٢/٢) - والإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة الحنبلي (١٢٦/٢) . وأما الحنابلة ، فإنهم يرون أن الزنا يتعلق به تحريم المصاهرة ، كمذهب الأحناف انظر : المغني (٥٧٦/٦) ، والإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة الحنبلي (١٢٦/٢) .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٣ . (٤) سورة النساء : الآية ٢٢ .

(٥) انظر : الاختيار (٧/٣) ، المبسوط (١٩٢/٤) ، أصل هذا المثل أن رجلًا خطب امرأة فأبى أبوها تزويجها له ورضيت أمها بالخاطب وغلبت الأب حتى زوجها على كره منه ، وقال : « أنكحنا الفرا » ، ثم أساء الزوج العشرة فطلقها وهذا المثل يضرب للتحذير من العاقبة « والفرا » في الأصل الحمار الوحشي ، استعير للرجل استخفافا به . انظر : تحفة الفقهاء (١١٨/٢) . الهمزة وبالتاء المثناة الحمارة والجمع أتن ، كعناق=

٢١٦٦٩ – وقال الشاعر :

ومن أيم قد أنكحتها رماحنا وأخرى على عم وخال تلهف [(١)]

٢١٦٧٠ – يقولون : « تناكح الشيئان » إذا تداخلا .

٢١٦٧١ – وقال النبي ﷺ : « لعن اللّه ناكح البهيمة » [(٢)] وإنما سمى العقد نكاحًا لأنه يتوصل به إلى النكاح ، كما يسمى الشيء على اسم المجاورة [(٣)] .

٢١٦٧٢ – ومن أصحابنا من قال : إن الاسم يتناول الأمرين يقولون : نكح إذا عقد ويقولون : نكح إذا وطئ ، فيحمل عليها [(٤)] .

٢١٦٧٣ – فإن قيل : النكاح في الشرع/ اسم للعقد ، بدلالة أنه لم يذكر في القرآن ٢٤٢/ب إلا في العقد ، قال اللّه تعالى : ﴿ فَأَنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [(٥)] ، وقال : ﴿ فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾ [(٦)] ، وقال الطَّيِّلا : « لا نكاح إلا بولي » [(٧)] .

٢١٦٧٤ – قلنا : من ادعى استعمال الاسم اللغوي بالشرح احتاج إلى ذلك ثم في هذه المواضع إنما حمل الاسم على العقد بدلالة أنه لما ذكر العدد في قوله : ﴿ فَأَنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم ﴾ [(٨)] على أن المراد به العقد لأن الوطء لا يدخله حصر بعدد ، وقوله : ﴿ فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾ [(٩)] .

٢١٦٧٥ – وحمل على العقد لأن إذن الأهل لا يعتبر في الوطء ، على أن النكاح قد ورد في القرآن عبارة عن الوطء قال تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ ﴾ [(١٠)] ، وقال : ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ [(١١)] ، والمراد بذلك الوطء لأن العقد مستفاد بذكر

=وأعنق . انظر : حياة الحيوان الكبرى ، للدميرى (١٨/١) ، ٢٥٣ ط المكتبة الإسلامية بيروت .

(١) لم نقف على قائله إلا أننا قد وجدناه في شرح فتح القدير على الهداية حيث استشهد به الكمال بن الهمام على أن النكاح حقيقة في الوطء .

(٢) أخرجه الترمذي : كتاب الحدود ، باب ٢٤ (ج٣/٩) بلفظ « ملعون من عمل بعمل قوم لوط ، وملعون من أتى بهيمة » من حديث عمرو بن أبي عمرو ، وفي نيل الأوطار من حديث عمرو بن أبي عمرو ، وقال الشوكانى « وتفرد عمرو بن أبي عمرو لا يقدح في الحديث ، فقد قدمنا أنه احتج به الشيخان ووثقه ابن معين ، وقال البخاري عمرو صدوق ، ولكنه روى عن عكرمة مناكير » اهـ . نيل الأوطار (١١٨/٧) .

(٣) انظر : الاختيار (٧/٣) .

(٤) انظر : المبسوط (١٩٢/٤) .

(٥) سورة النساء : الآية ٣٣ .

(٦) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) سورة النساء : الآية ٣ .

(٩) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(١٠) سورة النساء : الآية ٦ .

(١١) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

الزوج [١] .

٢١٦٧٦ - وكذلك قوله تعالى : ﴿ ٱلزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً ﴾ [٢] ، أريد به على قول بعض المفسرين الوطء . وقال تعالى : ﴿ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾ [٣] .

٢١٦٧٧ - والشيء لا يضاف إلى نفسه وثبت أنه أضيف إلى الوطء ، وإذا ثبت اسم النكاح يتناول الوطء صار تقدير الآية : « ولا تطأوا ما وطئ آباؤكم » ، وهذا عام في الوطء بنكاح [٤] و غيره . يبين ذلك أنه قال : ﴿ إِنَّهُۥ [٥] كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴾ [٦] وهذا التغليظ لا يستعمل في العقد الفاسد ، وإنما يقال في الوطء ، ويدل عليه : ما روى أبو هانئ [٧] أن النبي ﷺ قال : « إن اللّه لا ينظر إلى رجل ينظر إلى فرج امرأة وابنتها » [٨] ولم يفصل بين النظر في العقد وغيره .

٢١٦٧٨ - ولأنه وطئ مقصود في موطوءة ، فوجب أن يعلق به تحريم المصاهرة ، كالوطء بنكاح [٩] .

٢١٦٧٩ - ولا يلزم الصغيرة والمسنة ؛ لأن وطأهما ليس بمقصود .

٢١٦٨٠ - ولا يلزم وطئ الرجل ؛ لأنا قلنا : في موطوءة .

٢١٦٨١ - ولأنه وطئ من يستباح وطؤها بسببي الإباحة ، أعني النكاح والملك ، فصار كوطء أمته المزوجة ووطء جارية ابنه .

٢١٦٨٢ - ولا يلزم : وطئ الصغيرة والميتة ؛ لأنه لا يستباح بواحد من السببين .

---

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١١٤/٢) ، شرح فتح القدير على الهداية (١٨٥/٣) .

(٢) سورة النور : الآية ٣ .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) سورة النساء : الآية ٢٣ .

(٧) هو : عبد الرحمن بن أبي مالك ، ذكره أبو عمر ، فقال : قدم على رسول اللّه ﷺ فمسح رأسه ودعا له بالبركة ، وأنزله على يزيد بن أبي سفيان ، وروى حديثه عبد الرحمن بن أبي مالك عن أبيه عن جده أبي هانئ انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٠١/٤) .

(٨) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٩/٣) ، موقوفا من طريق ابن مسعود والحديث ضعيف ؛ لأن فيه ليثًا وحمادا وهما ضعيفان - ورواه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب الزنا لا يحرم الحلال (١٧٠/٧) ، وقال : وهذا منقطع ومجهول وضعيف - ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه من طريق ابن مسعود ، وأبي هانئ كذلك ، (١٦٥/٤) ، كتاب النكاح .

(٩) انظر : شرح فتح القدير (٢٢٠/٣) .

٢١٦٨٣ - ولا يقال : المعنى في الوطء أنه صادف الملك [فتعلق به التحريم] [١] ، [وهذا الوطء لم يصادف الملك] [٢] ؛ لأن علة الأصل تبطل بوطء جارية الابن وعلة الفرع تبطل بالوطء بشبهة [٣] .

٢١٦٨٤ - فإن قيل : المعنى في الأصل أن الوطء يتعلق به تحريم مؤقت ، فجاز أن يتعلق به تحريم مؤبد [٤] .

٢١٦٨٥ - قلنا : ثبوت التحريم المؤقت لا يدل على ثبوت التحريم المؤبد ؛ لأن ثبوت أخف الحكمين لا يدل على ثبوت أعظمهما ، ثم لا نسلم أن الزنا لا يوجب تحريمًا مؤقتًا ؛ [لأن الزانية] [٥] لا يحل وطؤها حتى تضع حملها أو تستبرئ بحيضة .

٢١٦٨٦ - ويبطل بوطء المولى ؛ لأنه لا يثبت تحريمًا مؤقتًا ، ويثبت تحريمًا مؤبدًا ، وكذلك الرضاع [٦] يوجب تحريمًا مؤبدًا ، لا يتعلق به تحريم مؤقت .

٢١٦٨٧ - فإن قيل : على المولى يوجب تحريمًا مؤقتا وهو الاستبراء .

٢١٦٨٨ - قلنا : يجب لحدوث ملك المشتري في الرقبة وحصول الاستباحة سواء كان هناك وطئ من البائع [أو لم يكن] [٧] .

٢١٦٨٩ - ولأنه وطئ تعلق به كفارة في شهر رمضان فتعلق به التحريم ، كوطء المولى ، والوطء بشبهة [٨] .

٢١٦٩٠ - فإن قيل : المعنى في الأصل أنه يتعلق به العدة ، وثبوت النسب ، والمهر [٩] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع)

(٣) المعنى : أن وطئ الصغيرة أو المسنة أو الميتة ، أو وطئ الرجل ، كل ذلك لا يوجب التحريم بالمصاهرة ؛ لأن الوطء في كل ليس بمقصود . انظر : شرح فتح القدير (٢١٩/٣) .

(٤) أي : أن القياس على الوطء بنكاح غير صحيح ؛ لأن الوطء بنكاح يتعلق به تحريم مؤقت ، فجاز أن يتعلق به تحريم مؤبد . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لأنه تحريم نكاح يتعلق بالوطء ، فلا يتعلق بالزنا ، كالتحريم المؤقت بالعدة » .

(٥) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) الرضاع لغة : اسم لمص الثدى وشرب لبنه ، وشرعًا : مص الرضيع من ثدي الآدمية في مدة الرضاع . انظر : التعريفات ص ٩٨ .

(٧) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : شرح فتح القدير (٢٢٠/٣) .

(٩) أي : قياس الوطء بالزنا على الوطء بنكاح قياس غير صحيح ؛ لأن الوطء بنكاح يتعلق به عدة ، ويثبت به المهر والنسب . انظر : المهذب (٥٥/٢) .

٢١٦٩١ - قلنا : إذا وطئ المولى أمته المزوجة [١] ، لم يجب بوطئه عدة ولا مهر ولا يثبت فيه نسب ، وإن ثبت به التحريم .

٢١٦٩٢ - واعتبار المهر لا يصح ؛ لأن [٢] عند الشافعي إذا أكرهت المرأة على الزنا لم يثبت بوطئها التحريم بالمصاهرة ، ويجب به المهر ؛ لأن النكاح عقد يفسده الوطء باتفاق [إذا وطئ أم امرأته أو ابنتها بملك أو شبهة .

٢١٦٩٣ - وكل عقد يبطله الوطء] [٣] يستوى فيه الزنا والوطء بشبهة ، أصله : الإحرام [والصيام] [٤] .

٢١٦٩٤ - ولأن المقصود من النكاح الوطء ، وهذا لا ينعقد فيمن لا يحل وطؤها . والغرض في الأحكام أقوى من السبب فإذا كان العقد هو السبب الذي يتعلق به التحريم فلأن يتعلق بالغرض المقصود من الوطء أولى [٥] .

٢١٦٩٥ - فإن قيل : الوطء لا يمنع من تزويج أختها ، والعقد يمنع ذلك .

٢١٦٩٦ - قلنا : لأن العقد [يستدام والوطء لا يستدام] [٦] ، فنظرة العقد [٧] إذا زال لم يمنع بعد زواله ؛ لأنه تعلق به تحريم مؤبد فلا يعتبر في وقوع التحريم تقدم العقد عليه كالرضاع [٨] .

٢١٦٩٧ - احتجوا : بما روى نافع عن ابن عمر ، عن النبي ﷺ أنه قال : « الحرام لا يحرم الحلال » [٩] .

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) [الصلاة] ، والأصح ما أثبتناه من كتب المذهب الحنفي ، يقول ابن الهمام : « وطئ الأمة المشتركة وجارية الابن والمكاتبة والمظاهر منها وأمته المجوسية والحائض والنفساء ووطء المحرم والصائم كله حرام ، وتثبت به الحرمة المذكورة ، فعلم أن المعتبر في الأصل هو ذات الوطء من غير نظر لكونه حلالًا أو حرامًا » اهـ . انظر : شرح فتح القدير (٢٢٠/٣) .

(٥) المعنى : أن الغرض في الأحكام أقوى من السبب الذي هو العقد المتعلق به التحريم ، فتعلق التحريم بالغرض المقصود من الوطء أولى . انظر : شرح فتح القدير (٢٢٠/٣) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٨) انظر : المبسوط (٢٠٥/٤) .

(٩) أخرجه ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب لا يحرم الحرام الحلال حديث رقم ٢٠١٥ - والدارقطني في سننه ، كتاب النكاح (٢٦٨/٣) - والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب الزنا لا يحرم الحلال (١٦٨/٧) ، والحديث في إسناده عبد الله بن عمر العمري : وهو ضعيف ، إلا أنه قد عضد بما أخرجه =

٢١٦٩٨ - قلنا : هذا الخبر ذكره الدارقطني ، عن إسحاق بن محمد الفروي [1] ، [عن نافع ، عن ابن عمر ، وإسحاق بن محمد الفروي] [2] ذكره أبو عبد الرحمن النسائي [3] في كتابه [4] في الضعفاء ، وعبد اللّٰه بن عمر العمري [5] ضعفه مخالفنا في روايته أن النبي ﷺ « ضرب للفارس سهمين » [6] .

٢١٦٩٩ - ولو ثبت هذا الخبر كان متروك الظاهر [لعلمنا أن] [7] الحرام أبدًا يحرم الحلال كالوطء بنكاح فاسد ، ووطء المتعة ، ووطء الرجل جارية ابنه التي [8] تزوجها ، والنجاسة إذا اختلطت بالماء .

٢١٧٠٠ - وإذا سقط اعتبار العموم ، حمل على ما روي عن عطاء [9] أنه قال :

= البخاري تعليقا عن ابن عباس ووصله البيهقي من طريق هشام بن عروة عن قتادة ، عن عكرمة ، عن ابن عباس بلفظ : في رجل غشى أم امرأته ، قال : تخطى حرمتين ، ولا تحرم عليه امرأته ، وإسناده صحيح ، وعضد أيضًا بما رواه عبد الرزاق من طريق الحارث بن عبد الرحمن قال سألت سعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير عن الرجل يزني بالمرأة ، هل تحل له أمها ؟ ، فقالا : « لا يحرم الحرام الحلال » ، وعن معمر عن الزهري مثله ، وعضد أيضًا بما أخرجه البيهقي عن على قال « لا يحرم الحرام الحلال » ، وقال ابن عبد البر : « أجمع أهل الفتوى من الأمصار : على أنه لا يحرم على الزاني نكاح من زنى بها ، فنكاح أمها وابنتها أجوز » اهـ . انظر : فتح الباري (١٥٧/٩) .

(١) هو : إسحاق بن محمد بن إسماعيل بن عبد اللّٰه بن أبي فروة الفروى ، المدني مولاهم ، صدوق ، كف بصره فساء خلقه ، مات سنة ١٢٦هـ . انظر : الضعفاء والمتروكين للنسائى ص ١٩ - الجمع بين رجال الصحيحين (٣٣/١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) هو : أحمد بن شعيب النسائي ، أبو عبد الرحمن ، صاحب السنن ، وأحد الأئمة البارزين في الحديث ، طاف البلاد ، وسمع الكثير من العلماء ، قال الذهبي : هو أحفظ من مسلم بن الحجاج ، مات شهيدًا سنة ٣٠٣هـ ، وكان مولده سنة ٢١٥هـ . انظر : البداية والنهاية (١٢٣/١١) ، تهذيب التهذيب (٣٦/١) ، العبر (١٢٣/٢) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) هو : عبد اللّٰه بن عمر العمري ، مدني ، قرشي ، ضعفه يحيى بن سعيد ، وذكره البخاري في الضعفاء . انظر : الميزان (٤٦٥/٢) - والضعفاء الصغير للبخاري ص ١٣٣ .

(٦) الحديث عن أبي رهم قال : « غزونا مع رسول اللّٰه ﷺ أنا وأخي ومعنا فرسان فأعطانا ستة أسهم أربعة أسهم لفرسينا وسهمين لنا » في نيل الأوطار ، كتاب الجهاد والسير ، باب الإسهام للفارس والراجل (١١٦/٨) ثم قال الشوكانى : « في إسناده إسحاق بن أبي فروة ، وهو متروك » اهـ .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [قلنا] ، ولا وجه له .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع)

(٩) هو : عطاء بن أبي رباح الجندى ، يكنى أبا محمد ، اليماني ، التابعي ، أحد الفقهاء والأئمة ، ثقة وعالم=

«إنما أراد به الرجل يزنى بالمرأة ثم يتزوجها فقال : لا يحرم بالوطء بالزنا [١] العقد الحلال [٢] .

٢١٧٠١ - ولأنه عليه السلام إن صح هذا الخبر عنه فإنما منع أن يكون التحريم للعقد تحريم الوطء وعندنا ليس الحرام هو المحرم وإنما المحرم معنى آخر يوجد في الوطء المباح والمحظور وهو كونه وطئًا مقصودًا فعلى هذا قد قلنا بالظاهر [٣] .

٢١٧٠٢ - وذكر الدارقطني [٤] : أيضًا حديث عثمان بن عبد الرحمن [٥] ، عن الزهري [٦] عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « الحرام لا يفسد الحلال » [٧] وهذا عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي ساقط الحديث لا يجوز الاحتجاج بروايته ، قال يحيى بن معين [٨] : الوقاصي ليس بشيء [٩] . ولو ثبت كان الجواب عنه كالأول [١٠] . وذكر أيضًا حديث عثمان الوقاصي ، عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة أن النبي ﷺ سئل عن الرجل يتبع المرأة حرامًا ثم ينكح ابنتها أو يتبع البنت

= كثير الحديث ، مات بمكة سنة ١١٤هـ . انظر : حلية الأولياء (٣/٣١٠) ، البداية والنهاية (٩/٣٤٣) ، طبقات الحفاظ ٣٩ ، طبقات فقهاء اليمن ص ٥٨ .

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر قول عطاء في : أحكام القرآن للجصاص (٢/١١٣) .

(٣) أي : أننا لو سلمنا صحة قوله ﷺ « الحرام لا يحرم الحلال » كان هذا الخبر متروك الظاهر ، لكون الحرام يحرم الحلال تجرى مؤيدة ، كوطء الأمة المشتركة ، وجارية الابن والوطء بنكاح فاسد ، فكل هذا وطئ حرام وتثبت به حرمة المصاهرة المذكورة ، فعلم أن المعتبر في الأصل هو ذات الوطء من غير نظير لكونه حلالًا أو حرامًا . بدليل أنه لو بال شخص في ماء قليل مملوك له أو صب عليه خمرا ، لم يكن الفعل حرامًا مع أن الماء يحرم استعماله ، فوجب كون المراد أن الحرام لا يحرم باعتبار كونه حرامًا . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/٢٢٠) .

(٤) سبقت الترجمة .

(٥) هو : عثمان بن عبد الرحمن القرشي الزهري الوقاصي المالكي ، قال ابن معين : ليس بشيء ، وقال النسائي والدارقطني : متروك . انظر : الضعفاء الصغير للبخاري ص ١٦٤ ، الميزان (٣/٤٣) .

(٦) سبقت ترجمته .

(٧) أخرجه ابن ماجه من طريق ابن عمر ، كتاب النكاح حديث رقم ٢٠١٥ ، والدارقطني من طريق عائشة (٣/٢٦٨) ، والبيهقي في الكبرى (٧/١٦٩) .

(٨) سبقت ترجمته .

(٩) انظر : كتاب المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين لابن حبان (٢/٩٨) .

(١٠) أي : لو ثبت هذا الخبر المروى عن عائشة ، كان متروك الظاهر كما سبق في الجواب عن الخبر المروى عن ابن عمر في الصفحة السابقة من نفس الرسالة . انظر : شرح فتح القدير (٣/٢٢٠) .

ثم ينكح أمها فقال : « لا يحرم الحرام الحلال » [١] .

٢١٧٠٣ - وذكر هذا الإسناد أيضًا أن النبي ﷺ سئل عن رجل زنا بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها فقال : « لا يحرم الحرام الحلال إنما يحرم ما كان بنكاح » [٢] .

٢١٧٠٤ - وعجب للدارقطني في استحلاله إيراد مثل هذه الأخبار وهو أعلم الناس بها وإمساكه عن بيان طرقها وطعنه في كتابه على أئمة المسلمين إذا روى عنهم ما يخالف ، وقد عدد أصحاب الحديث ما أنكروه على [٣] الوقاصي فذكروا فيه رواية عن الزهري ، عن عروة عن عائشة هذا الحديث مع أخبار موضوعة حكوها عنه ، وكيف تكون هذه الأخبار عند الزهري ولم يروها عنه ثقات أصحابه ، ثم الخبر الأول ذكر فيه الاتباع وذلك عبارة عن المراودة والتماس الفجور ، ولا يعبر به عن موافقة الفعل ، ومجرد الاتباع لا يتعلق به تحريم عندنا . فأما الخبر الآخر الذي أسقطوا الوقاصي بروايته مع أخبار ذكروها له ، فلا يحل تأويلها ولا يسوغ البناء على مثله ، وقد تكلف بعض أصحابنا وتأوله فقال : قوله : « لا يحرم الحلال » يعنى أن المعنى الموجب للتحريم ليس هو الزنا وكذلك نقول ؛ لأن العلة لو كانت الزنا لم يحرم الوطء الذي ليس بزنا وقوله : « إنما يحرم ما كان [٤] بنكاح » معناه ما كان بوطء ؛ لأن النكاح اسم للوطء . فبين أن مجرد الوطء فيها هو المحرم لا ما ينضم إليه من الصفة في التحليل والتحريم ، ولا يجوز أن يكون المراد بالنكاح العقد ولا الوطء بالعقد ؛ لأن قوله : « إنما نهى إلى سواه » ولا خلاف أن الوطء بغير نكاح المحرم . فكيف يقول ﷺ : « إنما يحرم ما كان بنكاح » والتحريم لا يختص بذلك بإجماع [٥] .

٢١٧٠٥ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ﴾ [٦] .

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه : كتاب النكاح ، باب المهر (٢٦٧/٣ ، ٢٦٨) .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه ، كتاب النكاح ، باب في المهر (٢٦٨/٣) ، والبيهقي في الكبرى (١٦٩/٧) ، وتفرد به عثمان الوقاصي وهو ضعيف . والصحيح عن الزهري عن علي بن أبي طالب مرسلا موقوفا عنه .

(٣) في (م) : [عن] ، ولا وجه له .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر هذه الردود في أحكام القرآن للجصاص (١١٥/٢) ، شرح فتح القدير (٢٢٠/٣) . وقال الجصاص : « هذه الأخبار باطلة عند أهل المعرفة ورواتها غير مرضيين » اهـ . ولكن نجيب عن ذلك ، فنقول : هذه الأخبار ليست باطلة لأنها عضدت بالكثير من الأدلة التي تقويها ، فانظر إليها إن شئت ص ٢٧٦ ، ٢٧٩ من الرسالة وفي فتح الباري ١٥٧/٩ .

(٦) سورة الفرقان : الآية ٥٤ .

٢١٧٠٦ - قالوا : والزنا لا يكون سببًا فيما يمن اللَّه تعالى به على عباده [١] .

٢١٧٠٧ - قلنا : فقد من اللَّه تعالى به على عباده بالنسب ولا خلاف أنه يثبت بالزنا لأن نسب ولد الزنا ثبت من أمه ومن أتاها [٢] وكذلك الزنا [٣] يثبت تحريم المصاهرة بإجماع [٤] ؛ لأن من زنا بامرأة فأولدها بنتا فتزوجت الزاني حرم على الزوج بنتها من الزنا ، وإذا جاز أن يثبت تحريم المصاهرة بسبب الزنا من جهة المرأة فكذلك من جهة الواطئ [٥] .

٢١٧٠٨ - ولأن الامتنان إنما هو بخلقه سبحانه من الماء بشرًا ، ووصف ذلك البشر أنه يكون منه النسب والصهر ، فلا يمنع الامتنان أن يكون الصهر بسبب محظور كما أنه يكون بوطء في متعة ، ونكاح فاسد ، ووطء الأمة المجوسية ، والأمة المزوجة [٦] .

٢١٧٠٩ - قالوا : وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك ، فوجب ألا يتعلق به تحريم المصاهرة ، أصله : وطئ الصغيرة التي لا تشتهى والميتة [٧] .

٢١٧١٠ - [قلنا : يبطل بمن وطئ زوجته في الموضع المكروه وهو وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك ، ويتعلق به التحريم باتفاق . والمعنى في وطئ الصغيرة والميتة] [٨] أنه وطئ غير مقصود ؛ بدلالة أن فرج الصغيرة التي لا تشتهى ليس بمحل للوطء ، ولهذا يجوز للأجنبي النظر إليها ، ولو وطئها في فرجها بملك لم يحرم عليه أمها وبنتها ، وكذلك الميتة ليست بمحل للوطء ، وإنما يفعل فيها الإيلاج على طريقة المجانة

---

(١) انظر : الأم (١٥٤/٥) .

(٢) ولد الزنا مهدر النسب ، يقول الإمام الشافعي رحمه الله في كتابه الأم : فلم يثبت رسول اللَّه ﷺ ولا أحد من أهل الدنيا بالزنا نسبًا ولا صهرًا وحرما أثبتها بالنكاح » . انظر : الأم (١٥٥/٥) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) دعوى الإجماع هنا محل تعليق ؛ لأن ابن عبد البر رحمه الله قال : أجمع أهل الفتوى من الأمصار على أنه لا يحرم على الزاني تزوج من زنا بها ، فنكاح أمها وبنتها أجوز » اهـ . ذكر ذلك الإمام الحافظ ابن حجر رحمه الله في كتابه فتح الباري (١٥٧/٩) .

(٥) هذا عند الأحناف منقوض بما نقل عن ابن عبد البر ونقلته عنه في الفقرة السابقة رقم (١) من نفس الصفحة ، وهذا الخلاف محله المسألة رقم ٣٦ .

(٦) انظر : شرح فتح القدير (٢٢٠/٣) .

(٧) أي : أن الزنا وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك ، فلا يتعلق به تحريم ، قياسًا على وطئ الصغيرة التي لا تشتهى والميتة ؛ لأن وطأها غير مقصود . انظر : الأم (٦٥٤/٥) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

والسخافة[١] ؛ فهو كالإيلاج في الطين ، وكاستدخال المرأة/ ذكر الميت أو الذكر ٢٤٣ المقطوع ، فلا يتعلق به حل [ولا تحريم ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنه وطئ مقصود في موطوءة][٢] .

٢١٧١١ - [قالوا : قولكم][٣] : وطئ مقصود لا معنى له ؛ لأن وطئ العجوز الشوهاء ليس بمقصود والتحريم يتعلق به[٤] .

٢١٧١٢ - قلنا : ذلك مقصود ؛ لأن الشوهاء يقصدها أمثالها فلما كان مقصودًا [طلبًا للوطء واللذة تعلق به التحريم في حق من لا يقصده][٥] .

٢١٧١٣ - قالوا : وطئ لا يتعلق به تحريم مؤقت فلا يتعلق به تحريم مؤبد ، كوطء الصغيرة ، وكاللمس بغير شهوة[٦] .

٢١٧١٤ - قلنا : يبطل بوطء المولى ، لا يتعلق به تحريم مؤقت ويتعلق به تحريم مؤبد[٧] .

٢١٧١٥ - فإن قالوا : يتعلق بوطء المولى الاستبراء .

٢١٧١٦ - قلنا : ذاك لا يتعلق بوطئه ، وإنما يجب لحدوث ملك المشتري في الرقبة والاستباحة ، بدلالة أنه لو اشترى بكرًا وجب عليه استبراؤها[٨] على أنهم إن قالوا : إن الاستبراء تحريم مؤقت لم نسلم الوصف ؛ لأن الزنا يتعلق به تحريم مؤقت عندنا ؛ لأن الزانية لاتوطأ بالنكاح حتى تستبرأ أو تضع حملها[٩] ثم لا يمتنع أن يتعلق بالفعل تحريم

---

(١) المجانة : هي ألا يبالي الإنسان بما يقع ، والسخافة : من السخف : هي رقة العقل انظر : مختار الصحاح مادة (سخف) ، و (مجن) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . (٣) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « وطئ المريضة المدنفة لا يقصد ، ثم يوجب التحريم ، فلا يؤثر الوصف » اهـ . والمدنفة : هي المرأة المريضة مرضًا ملازمًا . راجع القاموس المحيط مادة (دنف) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن ، ع) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لأنه معنى لا تصير به المرأة فراشا ، فلم يتعلق به تحريم المصاهرة ، كالقبلة بغير شهوة » اهـ .

(٧) انظر : المبسوط (٢٠٤/٤) .

(٨) المعنى : أن الاستبراء لم يجب للوطء فقط ، وإنما وجب لحدوث ملك الرقبة وحل الاستباحة كذلك ، بدلالة أنه لو اشترى بكرًا وجب عليه الاستبراء ، وإن لم يكن هناك وطئ . انظر : شرح فتح القدير (٢١٣/٣) .

(٩) أي : أنه إذا تزوج امرأة حبلى من الزنا جاز النكاح ، ولكن لا يطؤها حتى تضع حملها ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ، وقال أبو يوسف رحمه الله : النكاح فاسد . واستدل أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله على صحة النكاح بأن الزانية ليست من المحرمات بالنص ، فتدخل في قوله ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾=

مؤبد ولا يتعلق به تحريم مؤقت ، كالعقد على المرأة تحرم أمها ، ولا يوجب نفس العقد عدة ، والرضاع يتعلق به تحريم مؤبد ولا يتعلق به تحريم مؤقت ، والمعنى في اللمس بغير شهوة : أنه استمتاع غير مقصود فلم يتعلق به التحريم كالنظرة .

٢١٧١٧ - قالوا : كل حكم تعلق بالنكاح لم يتعلق بمحض الزنا في الجنس كوجوب المهر ، وأما التحريم فهو حق اللّه تعالى يتعلق بالوطء ، فيتعلق بالحلال والحرام كوجوب الغسل وفساد العبادات .

٢١٧١٨ - قالوا : التحريم يتعلق بالوطء والعقد ، ثم العقد الحرام لا يتعلق به التحريم كذلك الوطء الحرام [(١)] .

٢١٧١٩ - قلنا : العقد إذا لم يتمحض تحريمه والوطء إذا دخلته شبهة فلم يتمحض تحريمه ؛ تعلق به التحريم ، كذلك إذا لم تدخله شبهة تعلق به التحريم [(٢)] .

٢١٧٢٠ - قالوا : تحريم نكاح يتعلق بالوطء الصحيح ، فوجب ألا يتعلق بالزنا الصريح ، أصله : تحريم العدة [(٣)] .

٢١٧٢١ - قلنا : إذا زفت إليه غير امرأته وهي عالمة ففعلها عندكم زنا ، ويتعلق به الجلد ، فإن أوجبت العدة ، فقد بطل قولك : إن التحريم بالعدة لا يتعلق بالزنا الصريح ، وإن لم توجب العدة ؛ فلا يخلو إما أن يثبت التحريم من الحيثيتين ، أو من حيثية الزوج خاصة .

٢١٧٢٢ - فإن قلت : ثبت التحريم من الحيثيتين فقد أوجبت التحريم بصريح الزنا ؛

= واستدل أبو يوسف رحمه الله بأن فساد العقد ، لحرمة الحمل ؛ لأنه محرم لا جناية منه ، ولهذا لم يجز إسقاطه . هذا إذا كان الحمل غير ثابت النسب ، أما إذا كان ثابت النسب ؛ فالنكاح باطل بالإجماع ، بدليل قوله ﷺ : « لا يحل لامرئ يؤمن باللّه واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره » . رواه أبو داود والترمذي ، وقال : حديث حسن . انظر : شرح فتح القدير (٣/٢٤١ ، ٢٤٢) .

(١) أي : أن الزنا وطئ لا يتعلق به حكم من أحكام النكاح الصحيح ، كوجوب المهر ، ووجوب العدة ، وثبوت الميراث والنسب ، فلم يوجب التحريم بالمصاهرة ، هذا بالإضافة إلى أن التحريم حق اللّه تعالى فيتعلق بالعقد الحرام والوطء الحرام ، فإذا كان العقد الحرام لا يتعلق به تحريم ؛ فكذلك الوطء الحرام . انظر : المهذب (٢/٥٥) .

(٢) أي : أن العقد والوطء إذا لم يظهر تحريمهما لدخول الشبهة تعلق بهما التحريم ؛ لأن الأصل في الأبضاع الحرمة والإباحة بدليل ، فكذلك الوطء إذا لم تدخله شبهة تعلق به التحريم . انظر : المبسوط (٤/٢٠٥) .

(٣) أي : أن التحريم بالمصاهرة تحريم نكاح يتعلق بسبب الوطء الصحيح ، فيجب ألا يتعلق بالزنا الصريح ، قياسًا على عدم ثبوت العدة بالوطء بالزنا . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه تحريم نكاح يتعلق بالوطء فلا يتعلق بالزنا ، كالتحريم المؤقت بالعدة » .

فقد بطل كلامك ، ولا يجوز أن توجبه من جهة الزوج خاصة ؛ لأن هذا محال أن يتعلق به الوطء تحريم من أحد جانبيه ، وإذا لم يثبت التحريم فلا معنى لقولك : وجب ألا يتعلق بالزنا الصريح ، وإن ثبت به وهو لا يتعلق عندك بوطء الرجل [١] وليس بصريح الزنا ، والمعنى في تحريم العدة : أنه حق الزوج ، فلو وجبت عليها لوجب المهر لها في مقابلته ، وقد ثبتت العقوبة المنافية للمهر ، وفي مسألتنا التحريم حق اللّٰه تعالى فيتعلق بالوطء المباح والمحظور كما ذكرنا [٢] . وربما قالوا : وطئ لا يتعلق به ثبوت النسب [٣] ، وهذا يبطل بوطء الزوجة في الموضع المكروه ، ويقولون لا يتعلق به مهر ويبطل بوطء المولى ؛ ولأن هذه الأحكام انتفت عن الزنا على طريق التغليظ وسقوط [٤] [التحريم ليس بتغليظ عندنا عليه ، فيجب أن يثبت التحريم أيضًا على طريق التغليظ] [٥] .

٢١٧٢٣ - قالوا : لو حبلت الزانية فارتضع بلبنها صبية لا تحرم على الزاني [٦] .

٢١٧٢٤ - قلنا : لا نسلم [٧] .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) والمعنى : أن المعتبر في الأصل هو ذات الوطء من غير نظر لكونه حرامًا أم حلالًا ، فإذا وجد الوطء المقصود حصلت الحرمة بالمصاهرة . انظر : شرح فتح القدير (٢٢٠/٣) .

(٣) انظر : الإشراف لابن المنذر (١٠١/٤) . (٤) ساقطة من (ن ، ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٦) أي : أن الزانية إذا حملت من الزاني وأنجبت منه بنتًا ؛ فهذه البنت لا تحرم عليه ، فمن باب أولى لا تحرم أمها .

(٧) ولماذا لا نسلم ، وقد قال ابن عبد البر رحمه الله : « أجمع أهل الفتوى من الأمصار على أنه لا يحرم على الزاني نكاح من زنا بها ، فنكاح أمها وابنتها أجوز » راجع فتح الباري (١٥٧/٩) وقال الشافعي رحمه الله : « لم يثبت عن رسول اللّٰه ﷺ ولا أحد من أهل الدين بالزنا نسبًا ولا صهرًا ولا حرمًا أثبتها بالنكاح » . انظر : الأم (١٥٥/٥) .

مسألة ١٠٥٥

المباشرة فيما دون الفرج يتعلق بها التحريم

٢١٧٢٥ - قال أصحابنا : إذا لمس امرأة بشهوة ، أو قبلها ، أو نظر إلى فرجها بشهوة ، حرمت عليه أمها [١] وبنتها [٢] .

٢١٧٢٦ - وقال الشافعي : في اختلاف ابن أبي ليلى [٣] : إذا لمس الرجل الجارية ؛ حرمت على أبيه وابنه ، ولا يحرم عليهم النظر ، ولم ينص على خلاف ذلك .

٢١٧٢٧ - وقال أصحابه : له قول آخر : إن المباشرة دون الجماع لا يتعلق بها التحريم [٤] .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٦٠/٢) ، المبسوط (٢٠٨/٤) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٢٣/٣) ، حاشية ابن عابدين (٣٣/٣) ، البحر الرائق (٩٨/٣) ، كتاب الحجة على أهل المدينة (٣٨٠/٣) ، الاختيار (١٨/٣) . ويقول صاحب الاختيار : « والزنا يوجب حرمة المصاهرة ، وكذا المس بشهوة من الجانبين ، والنظر إلى الفرج من الجانبين أيضًا ، وحكى الطحاوي إجماع السلف على أن التقبيل واللمس عن شهوة يوجب حرمة المصاهرة » .

(٣) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري ، يكنى أبا عبد الرحمن الكوفي ، الفقيه ، قاضي الكوفة ، اختلف في حفظه ، مات سنة (١٤٨هـ) انظر : طبقات الحفاظ ص٧٤ ، تذكرة الحفاظ (١٧١/١) .

(٤) انظر : المهذب (٥٥/٢) ، المجموع (٢١٩/١٦) ، مغني المحتاج (١٧٨/٣) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٤٣/٣) ، نهاية المحتاج (٢٧٥/٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٧٥/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٩٦/٤) . يقول الإمام الشيرازي في كتابه المهذب : « واختلف قوله في المباشرة فيما دون الفرج بشهوة ، فقال في أحد القولين : هي كالوطء في التحريم ؛ لأنها مباشرة لا تستباح إلا بملك فتعلق بها تحريم المصاهرة كالوطء ، والثاني : لا يحرم بها ما يحرم بالوطء ؛ لأنها مباشرة لا توجب العدة ، فيما يتعلق بها التحريم كالمباشرة بغير شهوة » اهـ . المهذب (٥٥/٢) . ويرى المالكية : أن القبلة واللمس للذة ، كالوطء في باب تحريم الربية ، وكل من يحرم بالصهر ، والنظر عندهم كاللمس . انظر : بداية المجتهد (٣٦/٢) . وللحنابلة روايتان : أظهرهما : ثبوت التحريم ، والأخرى : عدم ثبوته . انظر : المغني (٨٥٠/٦) ، الإفصاح لابن هبيرة الحنبلي (١٢٦/٢) . وسبب اختلاف الفقهاء على النحو السابق هو المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى : ﴿ ٱلَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ هل هو الوطء أو التلذذ بما دون الوطء ؟ فإن كان الوطء ؟ فإن كان التلذذ ، فهل يدخل فيه النظر أم لا ؟ . انظر : بداية المجتهد (٣٦/٢) .

٢١٧٢٨ - لنا : ما روى ابن شجاع [١] ، عن يحيى بن آدم [٢] ، عن جرير الضبي [٣] ، عن حجاج بن أرطاة [٤] ، عن أبي هانئ قال : قال رسول الله ﷺ : « من نظر إلى فرج امرأة ، لم تحل له أمها وبنتها » .

٢١٧٢٩ - وروى عبد الله بن مسعود ، عن النبي ﷺ أنه قال : « لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » فلولا أن النظر إلى الفرج يحرم لجاز أن يزيل ملكه عن الأم ثم ينظر إلى فرج البنت [٥] .

٢١٧٣٠ - فإن قيل : روي موقوفًا عن ابن مسعود .

٢١٧٣١ - قلنا : لا يمتنع أن يرويه ويفتي به .

٢١٧٣٢ - قالوا : رواه ليث عن حماد عن علقمة عن عبد الله ، قال الدارقطني : ليث وعلقمة ضعيفان .

٢١٧٣٣ - قلنا : يجب أن يبين وجه الضعف لتنظر فيه ، ويدل عليه إجماع الصحابة .

٢١٧٣٤ - روي عن عمر أنه جرد جارية وخلى بها فاستوهبها منه ابنه ، فقال له : إنها لا تحل لك .

٢١٧٣٥ - وعن ابن عمر أنه قال : أيما رجل جرد جارية فنظر إليها ؛ فإنها لا تحل لابنه . [٦]

---

(١) هو : الوليد بن شجاع بن أبي بدر السكوني ، يكنى أبا همام ، قال ابن معين : لا بأس به ، وقال أحمد : كتبوا عنه ، مات سنة ٢٤٣هـ ، انظر : التاريخ الصغير للإمام البخاري (٣٤٨/٢) ، الميزان (٣٣٩/٤) .

(٢) هو يحيى بن آدم بن سليمان ، يكنى أبا زكريا مولاهم ، الكوفي ، الحافظ ، صاحب التصانيف ، وثقة ابن معين والنسائي ، مات سنة ٢٠٣هـ ، انظر : التاريخ الصغير للبخاري (٢٧١/٢) ، طبقات الحفاظ (ص ١٥٢) .

(٣) هو : جرير بن عبد الحميد ، يكنى أبا عبد الله الضبي الرازي ، عالم أهل الري قال أبو حاتم : صدوق تغير قبل موته وحجبه أولاده ويحتج به ، وقال أحمد : لم يكن بالذاكر في الحديث ، مات سنة ١٨٢هـ ، انظر : طبقات الحفاظ ص ١١٦ ، التاريخ الكبير للبخاري (٢١٤/٢) .

(٤) هو : حجاج بن أرطاة النخعي الكوفي ، ضعيف ، قال الدارقطني : لا يحتج به ، وقال النسائي : ليس بالقوي ، وقال أبو حاتم الرازي : يدلس عن الضعفاء ، وقال ابن عدي : عابوا عليه تدليسه عن الزهري وغيره . انظر : الضعفاء والمتروكين لابن الجوزي (١٩١/١) ، الكامل في الضعفاء لابن عدي (٢٢٣/٢) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٢٤/٣) .

(٦) الأثر : أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه : كتاب النكاح (١٦٤/٤) موقوفًا علي ابن عمر ، وعبد الرزاق في مصنفه : كتاب النكاح (٢٧٨/٦) مرفوعًا ، وكلاهما من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه .

وهذه المسألة باتفاق بين السلف والفقهاء في التحريم بالقبلة (١) ، فلم يجد المخالف لنفسه قائلًا سبقه بهذا القول ؛ لأنا قد بينا قول الصحابة (٢) . وذكر الطحاوي عن عامر بن ربيعة (٣) وله سماع من النبي ﷺ مثل قولنا (٤) وكذلك عن مسروق (٥) ، وإبراهيم (٦) ، والقاسم (٧) ، ومجاهد (٨) ، وهو قول أبي حنيفة ، وأبي يوسف وزفر (٩) ، ومحمد بن الحسن ، والحسن بن زياد (١٠) ، وقال مالك : القبلة واللمس والنظر إلى المحاسن كلها متلذذًا بها تحرم عليه بنتها (١١) .

٢١٧٣٦ – وقال الثوري : يحرم اللمس والنظر إلى الفرج خاصة (١٢) .

---

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٢١/٢) .

(٢) انظر : الاختيار (١٨/٣) .

(٣) هو : عامر بن ربيعة بن كعب بن مالك العنزي ، حليف آل الخطاب العدوي ، أسلم قبل عمر بن الخطاب ، وهاجر الهجرتين الأولى إلى الحبشة ، والثانية إلى المدينة ، توفي بعد مقتل عثمان بن عفان ﷺ بأيام ، انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٤٩/٢) .

(٤) انظر : مصنف ابن أبي شيبة (١٦٤/٤) ، مصنف عبد الرزاق (٢٧٩/٦) .

(٥) هو مسروق بن الأجدع الهمداني ، أبو عائشة الكوفي ، قال الشعبي : ما علمت أحدًا أكثر طلبًا للعلم منه ، مات سنة (٦٠هـ) ، وقيل : (٦٣هـ) . انظر : طبقات الحفاظ ص ١٤ ، طبقات ابن سعد (٥٠/٦) ، العبر (٦٨/١) .

(٦) هو : إبراهيم النخعي بن يزيد بن قيس بن الأسود ، أبو عمران ، فقيه أهل الكوفة ومفتيها هو والشعبي في زمانهما ، قال الأعمش : كان صوفيًا في الحديث ، مات سنة (٩٦هـ) . انظر : خلاصة تهذيب الكمال ص ٢٠ ، تذكرة الحفاظ (٧٣/١) .

(٧) هو : القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، أبو محمد ، أفضل أهل زمانه علمًا وأدبًا وفقهًا ، مات سنة (١٠٢هـ) وقيل : (١٠٦هـ) ، وقيل (١٠٧هـ) . انظر : كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٦٥ ، تهذيب التهذيب (٣٣٣/٨) .

(٨) هو مجاهد بن جبر المكي المخزومي ، أبو الحجاج ، مولاهم ، التابعي ، إمام في الفقه ، والتفسير ، والحديث ، توفي بمكة سنة (١٠١هـ) وهو ساجد . انظر : تهذيب التهذيب (٤٢/١٠) ، تذكرة الحفاظ (٩٢/١) .

(٩) هو : الإمام القاضي زفر بن الهذيل بن قيس الكوفي العنبري البصري ، كان ممن جمع بين العلم والعبادة ، يكنى أبا الهذيل ، وهو أبرع أصحاب أبي حنيفة في القياس ، توفي بالبصرة سنة (١٥٨هـ) انظر : تاج التراجم ص ٢٨ ، طبقات الفقهاء للشيرازي ١٣٥ .

(١٠) هو : الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي ، يكنى أبا عبد الله ، واللؤلؤي نسبة لمن يبيع اللؤلؤ ، مات سنة (٢٠٤هـ) . انظر : الفوائد البهية ص ٦٠ ، تاريخ بغداد (٣١٤/٧) . وانظر قول هؤلاء الفقهاء في كتاب الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن (٣٨٠/٣) ، ومصنف ابن أبي شيبة (١٦٤/٤ ، ١٦٥) .

(١١) انظر : بداية المجتهد (٣٣/٢) ، الإشراف على مسائل الخلاف (١٠٠/٢) .

(١٢) انظر قوله في : أحكام القرآن للجصاص (١٢١/٢) ، الإشراف لابن المنذر (٩٥/٤) .

٢١٧٣٧ - وقال الأوزاعي [١] : المباشرة تحرم ، وكذلك قال الليث [٢] ، والخلاف في هذه المسألة على الإجماع لا يعتد به ولا يلتفت إليه ؛ ولأنه استمتاع لا يبيحه إلا النكاح أوملك اليمين فيؤثر في إيجاب كفارة الإحرام فيتعلق به التحريم كالوطء [٣] ، ولا يلزم النظر إلى محاسنها ؛ لأنه لا يؤثر في إيجاب كفارة الإحرام .

٢١٧٣٨ - فإن قيل : لا تأثير لقولكم في الكفارة ؛ لأن النظر إلى الفرج لا يوجب الكفارة ويتعلق به التحريم .

٢١٧٣٩ - قلنا : الاستمتاع المؤثر في الكفارة يحرم عندنا ، وما يؤثر في الكفارة ينقسم ، فمنه ما يحرم ، ومنه مالا يحرم ، فالتخصيص له فائدة صحيحة [٤] .

٢١٧٤٠ - فإن قيل : المعنى في الوطء أنه يوجب الغسل [واللمس بخلافه .

٢١٧٤١ - قلنا : العقد يتعلق به التحريم ، وليس له تأثير في إيجاب الغسل] [٥] .

٢١٧٤٢ - وقولهم : إن ما دون الوطء لا يعتبر بالوطء ، بدلالة أنه يفسد العبادات لا يصح ؛ لأن اللمس عندهم يفسد الاعتكاف كما يفسده الوطء وإن اختلفا في التحريم ؛ ولأنه إن خالف الوطء في إفساد الحج ساواه في إيجاب الكفارة ؛ ولأن الوطء فيما دون الفرج وطئ مقصود كالوطء في الفرج والموضع المكروه ، ولأن النظر أحد نوعي الاستمتاع ؛ فكان فيه ما يتعلق به التحريم ، أصله : المباشرة [٦] .

---

(١) هو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد بن عمرو الأوزاعي ، يكنى أبا عمرو ، إمام أهل الشام ، وصاحب المذهب المشهور الذي ينسب إليه الأوزاعية قديمًا ، كان رأسًا في العلم والعمل ، كثير المناقب ، مات مرابطًا ببيروت سنة (١٥٨هـ) . انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص٧٦ ، حلية الأولياء (١٣٦/٦) ، العبر (٢٢٧/١) .

(٢) انظر قولهما في بداية المجتهد (٣٦/٢) ، والليث : هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي ، يكنى أبا الحارث ، المصري أحد الأعلام ، فقيه يحسن القرآن والنحو ويحفظ الحديث والشعر ، روى عن الزهري ، وعطاء ، ونافع وغيرهم ، وروى عنه ابنه شعيب ، وكاتبه أبو صالح وابن المبارك ، وغيرهم ، قال يعقوب بن شيبة : ثقة ، وفي حديثه عن الزهري بعض الاضطراب ، مات سنة (١٧٥هـ) . انظر : طبقات الحفاظ ص٩٥ ، تاريخ بغداد (٢٣/١٣) ، صبح الأعشى للقلقشندي (٣٩٩/٣) .

(٣) أي : أن اللمس والنظر سبب يدعو إلى الوطء ، والسبب الداعي إلى الشيء يقوم مقامه من باب الاحتياط في صيانة الأبضاع ، فيفسد الإحرام ويوجب الدم ، كالوطء من باب الاحتياط . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٢٣/٣) .

(٤) انظر : شرح العناية على الهداية (٢٢٣/٣) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) المعنى : أن اللمس والنظر بشهوة إن خالف الوطء في أنه لا يفسد الحج ، والوطء يفسده ؛ فإنه يساوي=

٢١٧٤٣ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمۡ تَكُونُواْ دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ ﴾ (١) . ووجه الدلالة من الآية : هو أن اللمس والنظر ليسا في معنى الدخول ، ولهذا لايتعلق بهما فساد الصوم والإحرام ، ووجوب الاغتسال ، فلا يلحقان بالوطء (٢) .

٢١٧٤٤ - قلنا : قوله : ﴿ دَخَلۡتُم ﴾ لا يتعدى بنفسه وإنما يتعدى بالباء ، فحقيقته تقتضي أن يدخل بالمرأة مكانًا وهذا غير مراد ، فالآية مجاز (٣) .

٢١٧٤٥ - قالوا : لو اجتمع أن الوطء مراد بها .

٢١٧٤٦ - قلنا : عندنا المراد بها الوطء وغيره فإن تعلقوا بالظاهر لم يصح فإن اعتبروا الجماعة لم نسلم أن اللفظ يخص الوطء فلم يتناول الاستمتاع .

٢١٧٤٧ - قالوا : استمتاع لا يوجب الغسل فلا يوجب تحريم المصاهرة ، أصله : إذا نظر إلى وجهها بشهوة .

٢١٧٤٨ - قلنا : قد يوجب تحريم ما لا يتعلق به الغسل كالعقد والرضاع ، والمعنى في النظر إلى غير الفرج أنه استمتاع من غير مباشرة فقصد لنفسه ، ألا ترى أن الفرج لا ينظر إليه بجسمه وإنما ينظر إليه للجماع فجرى مجرى الإيلاج في التحريم ؟ أو نقول : إن النظر إلى الوجه يستباح من غير ضرورة ولا ملك ؛ لأنه يجوز لمن أراد التزويج .

٢١٧٤٩ - والشاهد : والنظر إلى الفرج لا يستباح إلا بملك أو ضرورة ولذلك تعلق به التحريم .

* * *

=الوطء في وجوب الدم ، ولأن النظر واللمس أحد نوعي الاستمتاع ، فتعلق به التحريم ، قياسًا على الوطء ؛ لأن السبب الداعي إلى شيء يقوم مقامه احتياطًا . انظر : شرح فتح القدير (٢٢٣/٣) .

(١) سورة النساء : الآية ٢٣ .

(٢) انظر : المهذب (٥٥/٢) .

(٣) انظر : أحكام القرآن (١٢٢/٣) .

مسألة ١٠٥٦

نكاح الحر للأمة المسلمة

٢١٧٥٠ - قال أصحابنا : يجوز تزويج الأمة مع وجود المال الذي تتزوج به الحرة [١] .

٢١٧٥١ - وقال الشافعي : لا يجوز تزويج [٢] الأمة إلا بشرطين : عدم الطول ، وخوف العنت وهو الزنا ، وإذا قدر على تزويج الكافرة ؛ فالصحيح أنه لا يجوز تزويج الأمة . وقال المروزي : يجوز [٣] .

٢١٧٥٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ ﴾ [٤] وهذا يدل على أن القادر على نكاح الحرة الكافرة يتزوج الأمة خير له منها .

٢١٧٥٣ - فإن قيل : المشركة اسم للوثنية [٥] .

---

(١) انظر قول الأحناف في : المبسوط (١٠٨/٥) ، بدائع الصنائع (٢٦٧/٢) ، أحكام القرآن للجصاص (١٥٧/٢) ، مجمع الأنهر (٣٢٨/١) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٣٥/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٧/٣) ، البحر الرائق (١٠٥/٣) ، الحجة (٣٣٧/٣) ، ويقول صاحب مجمع الأنهر : وصح نكاح الأمة المسلمة والكتابية للحر المسلم إذا لم تكن تحته حرة لإطلاق قوله : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ [سورة النساء آية ٢٤] ولو كان مع طول الحرة اهـ . راجع : مجمع الأنهر (٣٢٨/١) .

(٢) ساقطة من (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) وأثبتناها من كتب الشافعية .

(٣) انظر قول الشافعية في : (٩/٥ ، ١٥٧) ، المهذب (٥٨/٢) ، المجموع (٢٣٧/١٦) ، مغني المحتاج (١٨٤/٣) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٤٨/٣) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٨٩/٦) ، الإشراف لابن المنذر (١١٩/٤) يقول الإمام النووي في متن المنهاج : « ولا الحر أمة غيره إلا بشروط : ألا يكون تحته حرة تصلح للاستمتاع ، وأن يخاف الزنا » اهـ . انظر : مغني المحتاج (١٨٣/٣ ، ١٨٤ ، ١٨٥) . وأما المالكية والحنابلة : فإنهم يوافقون الشافعية فيما ذهبوا إليه يقول القاضي عبد الوهاب المالكي : « لا يجوز للحر نكاح الأمة إلا لعدم الطول وخشية العنت ، والطول صداق الحرة » اهـ . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (١٠٢/٢) ويقول ابن قدامة : « يحل له نكاح الأمة المسلمة إذا وجد فيه الشرطان : عدم الطول ، وخوف العنت ، وهذا قول عامة أهل العلم لا نعلم بينهم اختلافًا فيه » . اهـ ، انظر المغني (٥٩٦/٦ ، ٥٩٧) . وسبب الخلاف : هو معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ [سورة النساء آية : ٢٥] لعموم قوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ ﴾ [سورة النور آية : ٣١] انظر : بداية المجتهد (٤٥/٢ ، ٤٦) .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٢١ .

(٥) المعنى : أن لفظ المشركة في الآية يراد به الوثنية التي تعبد الأصنام من دون الله . انظر : فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير (٢٢٤/١) .

٢١٧٥٤ - قلنا : لا يقال في الناكحين أحدهما خير لكم من الآخر ، ويجوز لكل واحد منهما ، فإذا لم يجز أحدهما ؛ لم يقع التفضيل بينهما ، ولأنه غير مالك لفراش حرة ، ولا لما هو في حكم الفراش ؛ فجاز أن يتزوج أمة ، أصله : الفقير . أو نقول : ليس في حبسه حرة ؛ فجاز له تزويج أمة كالفقير ، ولا يلزم المرتد ؛ لأنه لا يجوز له التزويج مع الفقر ، فقد استوى الأصل والفرع ، وإن شئت احترزت فقلت : ليس في حبسه حرة ، فإذا جاز له التزويج ، جاز له تزويج الأمة ، ولا يلزم من تحته أربع حرائر ؛ لأنا قلنا : فإذًا له التزويج ، ولا يقال : لا تأثير لقولكم : ليس في حبسه حرة ولا يملك فراش حرة [1] . / ٢٤/ب

٢١٧٥٥ - قلنا : التعليل لجواز تزويج الأمة ، ومن جمع بين حرة وأمة في عقد ، ففي حال عقده يجوز تزويجه للأمة إذا كان وكل من يزوجه بها ، وإذا كان كذلك فإنما لا يجوز أن يجمعها في العقد مع الحرة ؛ لأن من شرط نكاحها ألا يجوز أن يجمعها في العقد مع حرة ، وليس التعليل لأحوال النكاح للأمة [2] .

٢١٧٥٦ - قالوا : المعنى في العاجز : أنه يخاف العنت . وليس كذلك القادر ؛ لأنه لا يخاف العنت [3] .

٢١٧٥٧ - قلنا : علة الأصل تبطل بمن تحته حرة ، وهو لا يتحصن بها إلا مع الأمة وتدعوه نفسه إن لم يتزوجها إلى الزنا بها ، وعلة الفرع تبطل بمن معه ثمن أمة وهو لا يبلغ طول الحرة ، فإنه يجوز له تزويج أمة ، وإن كان تعذر أن يبتاع أمة فيتحصن بها ويأمن العنت ، ولأن كل امرأة جاز له أن يتزوجها لم يقف جواز نكاحها على عدم ما

---

(١) المعنى : أن الحر إذا استطاب نكاح الأمة جاز له ذلك ؛ لأن الأمة من جملة المحلات كالحرة ، فيكون نكاحها أصلًا لا بدلًا ، ولا ضرورة . انظر : المبسوط (١٠٩/٥) .

(٢) أي : يشترط في نكاح الأمة ألا يجمعها على حرة ، ولا يجمع بينهما في عقد واحد إلا إذا وكل من يزوجه بالأمة ، كما لا يجوز أيضًا أن ينكح الأمة في عدة الحرة من طلاق بائن عند أبي حنيفة ، وعند الصاحبين يجوز له ذلك ؛ لأن بالبينونة ليس له نكاح عليها ، ويجوز نكاح الحرة والأمة على الأمة ، وفي عدتها ، لقوله ﷺ : « لا تنكح الأمة على الحرة ، وتنكح الحرة عليها » أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٢٨/٤) من طريق الحسن مرفوعًا ، كما رواه أيضًا موقوفًا عليه بلفظ : « لا ينكح الأمة على الحرة فإن فعل ذلك لم ينزل » . انظر كلام الأحناف في الاختيار (١٥/٣) .

(٣) أي : أن العاجز عن طول الحرة يخاف الزنا ، فجاز له نكاح الأمة بخلاف القادر على أن يتزوج بحرة ، فإنه لم يخش العنت ، وهو الزنا لوجود من يتحصن بها وذلك لقوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ [سورة النساء آية ٢٥] فدل ذلك على أن الأمة لا تحل لمن لم يخش العنت . انظر : المهذب (٥٨/٢) .

يتوصل به إلى غيرها . أصله : الحرة .

٢١٧٥٨ - ولا يقال : المعنى في الحرة أنه يجوز أن يجمعها مع [١] غيرها فجاز أن يتزوجها مع القدرة على نكاح غيرها ، والأمة لا يجوز أن يجمعها مع الحرة ، فلم يجز أن يتزوجها مع القدرة على نكاحها ؛ وذلك لأن منع الجمع لا يدل على اعتبار العجز .

٢١٧٥٩ - الدليل عليه : أنه لا يجوز أن يجمع امرأة إلى أختها . ويجوز أن يتزوجها مع القدرة على ما يتزوج به أختها ، ولأن من جاز له أن يتزوج أمة إذا لم يقدر على نكاح حرة ؛ جاز له وإن قدر على نكاحها كالعبد . بدلالة إذا قال له المولى : تزوج حرة أو أمة جاز له أن يتزوج أمة وهو قادر على نكاح حرة ، ولأن الحر أوسع نكاحًا من العبد ؛ بدلالة أنه يجمع أربعة ولا يقف نكاحه على إذن غيره . فإذا جاز للعبد مع ضيق حكمه في النكاح أن يتزوج الأمة مع القدرة على نكاح الحرة ؛ فالحر أولى [٢] .

٢١٧٦٠ - ولأنه سبب يتوصل به إلى استباحة وطئ أمة ؛ فجاز مع القدرة على ما يتوصل به إلى استباحة بضع حرة كشراء الأمة [٣] . ولأن كل نكاح يحرم بسبب نكاح آخر فوجود ما يتوصل به إلى أحدهما لا يكون سببًا لتحريم الآخر كالأختين ؛ لأن التنافي بين الأختين آكد . ألا ترى أنه لا يجوز جمعهما بحال والحرة والأمة يجوز الجمع بينهما إذا تقدمت الأمة ، فإذا كان وجود ما يتوصل به إلى إحدى الأختين لا يحرم نكاح أختها ففي مسألتنا أولى [٤] .

٢١٧٦١ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) أي : أن علة الأصل وهو قول المخالف : « وليس كذلك القادر ؛ لأنه لا يخاف العنت » هذه العلة تبطل بمن تحته حرة ولا يتحصن بها وحدها إلا مع هذه الأمة التي يهواها ، وتدعوه نفسه إلى الزنا بها إن لم يتزوجها ، وكذلك علة الفرع ، وهو قول المخالف : « المعنى في العاجز أنه يخاف العنت » يبطل هذا الكلام بمن معه ثمن أمة ولكنه لايبلغ مهر الحرة ؛ فإنه يجوز له تزويج الأمة ، وإن كان تعذر عليه أن يبتاع أمة يتحصن بها ويأمن العنت » . انظر المبسوط (١٠٩/٥) .

(٣) أي : أن نكاح الأمة سبب يتوصل به إلى استباحة وطئها ؛ فجاز مع القدرة على استباحة بضع الحرة ، قياسًا على شراء الأمة . انظر : الاختيار (١٨/٣) .

(٤) المعنى : أن نكاح الحرة لا يكون سببًا في حرمة نكاح الأمة ، قياسًا على الأختين ، فنكاح إحداهما لا يحرم الأخرى تحريمًا مؤبدًا ، بل يجوز له نكاح الثانية بعد موت الأولى منهما أو طلاقها طلاقًا بائنًا ، فالتنافي بين الأختين آكد ، لأنه لا يجوز الجمع بينهما ، بخلاف الحرة والأمة ؛ فإنه يجوز الجمع بينهما إذا تقدم نكاح الأمة على نكاح الحرة . انظر : المبسوط (١١٠/٥) .

ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِكُم بَعْضُكُم مِّنۢ بَعْضٍ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ مُحْصَنَٰتٍ غَيْرَ مُسَٰفِحَٰتٍ وَلَا مُتَّخِذَٰتِ أَخْدَانٍ فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ (١) فأباح اللّه (٢) تعالى نكاح الأمة بشرطين : [عدم الطول وهو المال وخشية العنت وهو الزنا ؛ فلم يجز النكاح مع فقد الشرطين (٣) .

٢١٧٦٢ – قلنا : قد بينا من أصولنا أن الحكم متى تعلق بشرطين] (٤) لم يدل على نفي ما عداه ، وإنما ثبت حكم المذكور خاصة ، ثم بينا نظائر ذلك في القرآن في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ ﴾ (٥) وقوله : ﴿ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا ﴾ (٦) وقوله : ﴿ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ﴾ (٧) . ثم لو التزمنا ذلك الشرط على قولهم لم يكن في الآية دلالة ؛ وذلك لأن قوله : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم ﴾ تقديره : فلتنكحوا مما ملكت أيمانكم . والأمر أقل أحواله (٨) أن يحمل على الندب ، وعندنا لا يندب إلى نكاح الأمة إلا إذا خاف العنت وعدم الطول (٩) ، وروي عن أبي يوسف أنه حمل الآية على من عنده حرة فقال : النكاح الوطء . فكأنه قال . « ومن لم يستطع وطئ الحرة المؤمنة فلينكح الأمة » . ولا يجوز حمله على وجود المال ؛ لأن بوجوده لا يستطيع الوطء ، وعندنا : من عنده حرة لا يتزوج أمة (١٠) .

٢١٧٦٣ – فإن قيل : الطول الغنى ، قال اللّه تعالى : ﴿ أُوْلُواْ ٱلطَّوْلِ مِنْهُمْ ﴾ (١١) وعن ابن عباس أن المراد بها الغنى (١٢) .

٢١٧٦٤ – قلنا : الطول القدرة ، قال اللّه تعالى : ﴿ ذِى ٱلطَّوْلِ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ﴾ (١٣) يعنى ذا القدرة . فإن كان المراد بالطول الغنى ؛ احتملت الآية الغنى عن الأمة بالحرة ،

---

(١) سورة النساء : الآية ٢٥ .
(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) انظر : المهذب (٥٨/٢) .
(٤) ساقط من (ن) ، (ع) .
(٥) سورة الإسراء : الآية ٣١ .
(٦) سورة النور : الآية ٣٣ .
(٧) سورة الطلاق : الآية ٧ .
(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٩) انظر : شرح فتح القدير (٢٣٥/٣) .
(١٠) انظر : أحكام القرآن (١٦٢/٢) ، وتفسير القرطبي (١٧٠٦/٢) .
(١١) سورة التوبة : الآية ٨٦ .
(١٢) انظر تفسير ابن عباس ص ٩٨ .
(١٣) سورة غافر : الآية ٣ .

وإن كان المراد بها القدرة ؛ فهو لا يقدر على وطئ الحرة إلا إذا كانت عنده ، ويحتمل القدرة على صرف نفسه عن شهوة الأمة [١] .

٢١٧٦٥ - وقد روي عن عطاء ، وجابر بن زيد [٢] ، وإبراهيم [٣] . قالوا : إذا هوى الأمة وخاف أن يزني بها ؛ جاز أن يتزوجها وإن كان موسرًا . فهذا يدل على أن الطول عندهم القدرة على صرف نفسه عن الأمة للحرة .

٢١٧٦٦ - فإن قيل : النكاح في القرآن لم يرد إلا في العقد ، ويدل على ذلك قوله تعالى في سياق الآية : ﴿ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾ [٤] .

٢١٧٦٧ - قلنا : قد بينا أنه ورد في العقد الوطء وأنه حقيقة فيهما [٥] .

٢١٧٦٨ - وجواب آخر : وهو أن الآية مشتركة الدلالة على قول من اعتبر دليل الشرط [٦] لأنه قال : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ [٧] فجوز نكاح الأمة لمن لم يستطع نكاح الحرة المؤمنة ؛ فدل على أن من قدر على نكاح الحرة المؤمنة ، يدل على أنه إذا قدر على نكاح الحرة الكافرة جاز أن

---

(١) أي : أن الطول معناه القدرة ، في قوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ . [سورة النساء آية ٢٥] لأنه لو كان المراد به الغنى لاحتملت الآية الغنى عن الأمة بالحرة بخلاف ما لو كان المراد به القدرة ، فإنه يحتمل عدم القدرة على وطئ الحرة إلا إذا كانت عنده ، ويحتمل أيضًا القدرة على صرف نفسه عن شهوة الأمة مخافة الزنا بها . انظر : شرح فتح القدير (٣/٢٣٥) .

(٢) هو : جابر بن زيد الأزدي ، يكنى أبا الشعثاء ، أحد الأئمة الفقهاء بالبصرة روى عن ابن عباس ، وابن عمر ، وغيرهما ، وروى عنه قتادة ، وعمرو بن دينار ، وأيوب ، توفي سنة (٩٣هـ) وقيل (١٠٣هـ) . انظر : البداية والنهاية (٩/١٠٤) ، طبقات الحفاظ ص ٢٨ .

(٣) انظر قول هؤلاء الفقهاء في أحكام القرآن للجصاص (٢/١٥٧) ولكن نجيب عن ذلك بأن هذا القول ينتقض بمن عنده أربع نسوة وعشق خامسة ؛ فإنه لا يحل له نكاحها . انظر : الأم (٥/١٠) .

(٤) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٥) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/١٨٦) .

(٦) الشرط في اصطلاح المتكلمين ما يتوقف عليه المشروط ولا يكون داخلًا فيه ، وفي اصطلاح النحاة : ما دخل عليه أحد الحرفين إن أو إذا أو ما يقوم مقامهما مما يدل على سببه الأول ومسببه الثاني ، وهذا هو الشرط اللغوي ، وهو المراد هنا لا الشرعي ولا العقلي ، ومفهوم الشرط ليس بحجة عند أبي حنيفة وأصحابه وبعض الشافعية والمالكية ، وحجة عند غيرهم . انظر : إرشاد الفحول ص ١٨٠ ، ١٨١ . والتعليق بالشرط في قوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ الآية ، لا يوجب انعدام الحكم ، وهو نكاح الأمة لمن ملك طول حرة ؛ وذلك لجواز أن يكون الحكم ثابتا قبل وجود الشرط لعلة أخرى . انظر : المبسوط (٥/١١٠) .

(٧) سورة النساء : الآية ٢٥ .

يتزوج أمة [١] وعلى الصحيح من مذهبهم أنه لا يجوز [٢] . وإنما قال المروزي : يجوز ذلك ، وضعفوا قوله [٣] .

٢١٧٦٩ - فإن قيل : من لا يقدر على الطول إلى نكاح الحرة المؤمنة لم يقدر على الكافرة فثبوت إحداهما بثبوت الأخرى [٤] .

٢١٧٧٠ - قلنا : غلط ؛ لأن الكفار مدينون ينقصون المهر ، فيجوز أن يعجز عن مهر مؤمنة ولا يعجز عن مهر كافرة ، ولأنه قال : [٥] ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ [٦] واسم الجمع [٧] حقيقة في الثلاثة مجاز في الاثنين ، وهذا يدل على أن من قدر على تزويج واحدة يجوز أن يتزوج أمة وهذا خلاف قولهم [٨] .

٢١٧٧١ - فإن قيل : فعلى أي شيء يحملونها ؟ [٩] .

٢١٧٧٢ - قلنا : قد بينا ما نحملها عليه من طريق اعتبار الشرط ، ويجوز أن نحملها [على] [١٠] أن اللَّه تعالى طَيَّبَ قلب المؤمن إذا لم يقدر على أعلى النكاحين أن يقتصر على أدناهما وترضى نفسه في ذلك ، وإن كان لو رضى بالأدنى مع القدرة جاز . لقوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ ﴾ [١١] . فطيب قلب من ضاق رزقه [١٢] بالإنفاق من ماله المتأكد وتدبيره . وإن كان يجوز له

---

(١) انظر : المبسوط (١٠٩/٥) .

(٢) ودليل عدم الجواز : أنه طالما قدر على نكاح الحرة الكتابية ؛ فليس له نكاح الأمة ، لعدم خوفه العنت . انظر : المهذب (٥٨/٢٢) .

(٣) المروزي من علماء الشافعية ، وسبب تضعيف قوله مخالفته لظاهر قوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ [سورة النساء آية : ٢٥] لأن من قدر على نكاح الحرة الكتابية لا يخاف العنت ، فلا يجوز له نكاح الأمة ، وهذا هو الصحيح في المذهب . انظر : المهذب (٥٨/٢) .

(٤) المعنى : أنه من لا يقدر على نكاح الحرة المؤمنة ، كذلك لا يقدر على نكاح الحرة الكافرة ؛ فيجوز له التزويج بالأمة لخوفه العنت . انظر : المغني (٥٩٨/٦) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٧) اسم الجمع : هو ما دل على معنى الجمع وليس له واحد من لفظه غالبًا ، وليس على وزن من أوزان جموع التكسير المحفوظة ، ومثاله : قوم ورهط . انظر : أوضح المسالك (٢٤٦/٢) .

(٨) ووجه الدلالة : أن ﴿ طَوْلًا ﴾ اسم الجمع ؛ فدل اسم الجمع على أن من كانت عنده القدرة على نكاح واحدة ، جاز له أن يتزوج أمة ؛ لأن اسم الجمع حقيقة في الثلاثة مجاز في الاثنين . انظر : شرح فتح القدير (٢٣٥/٣) .

(٩) أي : على أي معنى يحمل الأحناف قوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ ، االآية ٢٥ من سورة النساء .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١١) سورة الطلاق : الآية ٧ .

(١٢) في (ن) ، (ع) : [صدره] ، ولا وجه له .

فعل[١] ذلك مع سعة الرزق .

٢١٧٧٣ – قالوا : روي عن ابن عباس ، وجابر بن عبد الله . مثل قولنا[٢] .

٢١٧٧٤ – قلنا : روي عن علي ، وأبي جعفر[٣] ، ومجاهد ، وسعيد بن جبير ، وسعيد بن المسيب ، وإبراهيم والحسن ، والزهري : أنه ينكح الأمة وإن كان موسرًا ، ذكره شيخنا أبو بكر في أحكام القرآن[٤] .

٢١٧٧٥ – قالوا : وجود العين الكاملة عنده إذا منع من الانتقال إلى العين الناقصة ؛ وجب أن يمنع وجود عوضها . أصله : وجوب الانتقال من الماء إلى التراب[٥] .

٢١٧٧٦ – قلنا : إنما لا يجوز التيمم لمن يقدر على الماء ؛ لأنه مأمور باستعمال الماء ؛ فهو بالتيمم تارك لما أمر به [فلم يجز . وفي مسألتنا لم يمتنع من تزويج الأمة ، لأنه بترك تزويجها][٦] يفعل ما أمر به من نكاح الحرة . وإنما منع منه ، حتى لا يجمعها إلى من هي أكمل منها في النكاح . والقادر على المهر ليس بجامع ، ولأن القدرة على الماء بعد التيمم يبطل حكم التيمم ؛ فلم يجز الانتقال إليه مع القدرة المؤثرة في حال البقاء ، والقدرة على الطول لا تؤثر في نكاح الأمة ؛ فلذلك لم يمنع العقد عليها ابتداء[٧] .

٢١٧٧٧ – قالوا : كل امرأتين إذا عقد عليهما بطل النكاح في إحداهما دون

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر قولهما في الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (١١٩/٤) .

(٣) هو : محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب ، يكنى أبا جعفر ، ثقة كثير الحديث ، مدني تابعي فقيه ، مات سنة (١١٤هـ) انظر : البداية والنهاية (٣٤٧/٩) ، مشاهير علماء الأمصار ص ٦٢ .

(٤) انظر : أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الشهير بالجصاص (١٥٨/٢) .

(٥) المعنى : أنه لا يجوز الانتقال إلى الأمة لنقصانها بالرق ، لمن عنده الحرة الكافة بالحرية مع وجود البدل الذي يستطيع أن يمتلك به العين الكاملة وهي المرأة الحرة ، قياسًا على عدم جواز الانتقال من استعمال الماء لرفع الحدث الأصغر إلى التراب مع وجود الماء . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنها ناقصة لا يجوز الانتقال إليها مع وجود العين الكاملة ، فلم يجز مع وجود ما يتوصل به إلى العين الكاملة كالطعام في الكفارة ، والتراب في الطهارة » .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٧) أي : أن قياس نكاح الأمة لمن قدر على نكاح الحرة مطلقًا على الانتقال من استعمال التراب بدلًا من استعمال الماء في الطهارة في عدم الجواز ، قياس غير صحيح ، وذلك لأنه لا يجوز التيمم إلا عند عدم استعمال الماء ، أما إذا انتقل إلى استعمال الماء بدون عذر ؛ فإنه يكون تاركا لما أمر به ؛ فلا يجوز . انظر : المبسوط (١١٩/٥) .

الأخرى ، فإذا أفرد التي [١] بطل النكاح فيها بالعقد [٢] وجب أن يبطل ، أصله : إذا تزوج مجوسية ومسلمة [٣] .

٢١٧٧٨ - قلنا : يبطل بمن لا مال له إذا بذلت له حرة أن يتزوجها . فلو تزوجها وأمة في عقد واحد ؛ بطل نكاح الأمة ، وإذا أفردها جاز نكاحها ، ولأن المجوسية منع منها لمعنى في نفسها لا للجمع . فنكاحها حال الاجتماع والانفراد سواء .

٢١٧٧٩ - والأمة لم يمنع من نكاحها لمعنى في نفسها ، وإنما منع لأجل الجمع ، بدلالة أنه لا يجوز للعاجز جمعها . فمن حصل بنكاحها الجمع منع منه . وإن لم يحصل الجمع لم يمنع منه ما وجب [٤] .

٢١٧٨٠ - قالوا : لو كان المنع الجمع وجب إذا جمع بينهما أن يبطل نكاحهما كالأختين [٥] .

٢١٧٨١ - قلنا : الأختان تساويا في العقد ، ولأنه ممنوع من تزويج كل واحدة على الأخرى ، فإذا جمعهما وجد معنى المنع فيهما ، فبطل نكاحهما . والحرة والأمة لم يتساويا ، لأنه يجوز أن يدخل الحرة على الأمة . فإذا جمعهما فقد نكح كل واحدة على الأخرى ؛ فبطل نكاح الأمة ؛ لأنها منكوحة على الحرة ، ولا يبطل نكاح الحرة إذا كانت منكوحة على أمة [٦] .

٢١٧٨٢ - وقد التزم بعضهم هربًا من النقض الذي ذكرناه . فقال : يجوز للفقير أن يتزوج حرة وأمة معًا ، وهذا قول يخالف الإجماع . ولو رضي أصحابه قبوله فيه جعلناه طريقًا في المسألة [٧] .

---

(١) في (م) : [الذي] ، ولا وجه له. (٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) المعنى : أن من جمع بين امرأتين إذا عقد عليهما معًا ؛ بطل نكاح من لا تحل له ، وصح نكاح من أحل له ؛ كالموسر الذي جمع بين حرة وأمة ؛ فإنه يصح نكاح الحرة ويبطل نكاح الأمة ، فإذا أفرد بالعقد بطل نكاحه أيضًا ، قياسًا على من جمع بين مجوسية ومسلمة في عقد واحد . انظر : الأم (١٠/٥) .

(٤) انظر : المبسوط (١١٠/٥) .

(٥) المعنى : أنه لو كان منع سببه عدم الجمع بين الحرة والأمة ، لوجب إذا جمع بينهما أن يبطل نكاحهما معًا ، قياسًا على عدم الجمع بين الأختين . انظر : الأم (١٠/٥) .

(٦) المعنى : أن سبب المنع في الجمع بين الأختين هو تساويهما في العقد ، بخلاف الحرة والأمة ؛ فإنهما لم يتساويا في العقد ، لأنه يجوز أن يدخل الحرة على الأمة بخلاف الأختين ؛ فإنه لا يجوز إدخال إحداهما على الأخرى . انظر : المبسوط (١١٠/٥) ، الاختيار (١٨/٣) .

(٧) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٦٠/٢) ، والقائل بذلك من الشافعية هو إسماعيل بن إسحاق .

٢١٧٨٣ - قالوا : حر مستغن / عن نكاح أمة فصار كما لو كانت تحته حرة [١] .

٢١٧٨٤ - قلنا : إذا هوى الأمة وخاف إن لم يتزوجها أن يزني بها ؛ فليس يغنى نكاحها ، ولا يجوز له نكاحها ، ولأن من كانت تحته حرة لا يجوز له أن يتزوج أمة وإن لم يستغن عن نكاحها ، مثل أن تكون الحرة صغيرة ولا يمكن وطؤها لذاتها أو غائبة فلا معنى لهذا الوصف [٢] ، وقد التزم بعضهم هذا وقال : يجوز أن يتزوج أمة إذا كانت تحته [٣] صغيرة أو غائبة إلا أنه خالف النص في قوله : « ولا تنكح الأمة على الحرة » [٤] وقد خالف الإجماع أيضًا . والمعنى فيمن تحته حرة : أنه يجمع إليها من هو أنقص في النكاح ، بدلالة أن عدة الأمة وطلاقها أو مسها أنقص من الحرة فمنع من ذلك ، ولهذا استوى عنده الحر والعبد . ومتى أفرد الأمة فلم يوجد هذا المعنى .

٢١٧٨٥ - قالوا : حر مستغن عن استرقاق ولده كمن تحته حرة [٥] .

٢١٧٨٦ - قلنا : لا نسلم ؛ لأنه إذا هوى الأمة وخاف أن تدعوه نفسه إليها بالزنا فليس [يغني] [٦] عن [رق] [٧] الولد ، وتبطل العلة [بالفقير] [٨] إذا وجد أمة عقيمًا أو آيسة جاز له أن يتزوج الولود ، وقد استغنى بالعقيم عن استرقاق ولده ، ويبطل بالفقير إذا بذلت [الحرة] [٩] نفسها له بمهر مؤجل فقد استغنى عن استرقاق ولده . ويجوز له عندهم التزويج بأمة [١٠] .

٢١٧٨٧ - قالوا : غالب الأصول بأن القدرة على ما يتوصل به إلى عين الشيء كالقدرة عليه بدلالة القادر على ثمن الرقبة وثمن الماء ، وبمن عليه ديون من المال الناقص

---

(١) انظر النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه حر مستغن عن نكاح الأمة ، فلم يحل له نكاحها ، كما لو كانت تحته حرة » .

(٢) وهو الاستغناء عن الحرة بالأمة ، فهذا الوصف لا معنى له ؛ لأنه لو كان معتبرا لجاز لمن كانت تحته حرة صغيرة ، أو غائبة أن ينكح الأمة ، فعلم أن المانع هو عين نكاح الحرة لا الاستغناء بنكاحها . انظر : المبسوط (١٠٩/٥) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٤٨/٤) ، من طريق الحسن مرفوعًا بلفظ : « نهى رسول الله ﷺ أن تنكح الأمة على الحرة » . انظر : المهذب (٥٨/٢) .

(٥) انظر النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ولأنه مستغن حر عن نكاح الأمة ، كما كان تحته حرة » .

(٦) في (م) ، (ن) ، (ع) : [يعنى] .

(٧) في (م) ، (ن) ، (ع) : [صرف] .

(٨) في (م) : [بالعقر] ، وفي (ن) ، (ع) : [بالعقد] ، ولا وجه لهما .

(٩) في (ن) ، (ع) : [بالجارية] .

(١٠) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٥٩/٢) ، شرح فتح القدير (٢٣٥/٣) .

إذا كانت له عروض كالقادر على ما عليه في وجوب جنسه [١] .

٢١٧٨٨ - قلنا : القادر على تزويج الحرة لا يمنع من تزويج الأمة بإجماع ، إذا كان الرجل فقيرًا فبذلت الحرة نفسها بمهر يسير لا يجد به الطول ، أو بمهر مؤجل ، فوجود البدل كالقدرة على المبدل ههنا [٢] .

٢١٧٨٩ - وفي الأصول ما اختلف فيها حكم وجود نفس الشيء ووجود بدله . بدلالة ، أن وجود الأخت في ملكه يمنع تزويج أختها ووجود الطول إليها لا يمنع ، ووجود الأم يمنع تزويج بنتها والطول لا يمنع ، ووجود بنت مخاض [٣] عندهم يمنع ابن لبون [٤] ووجود عوضها لا يمنع .

٢١٧٩٠ - قالوا : اتفقنا على أن من عنده حرة لا يتزوج أمة ، فلا يخلو أن يكون المنع لأن الحرة في حبسه ، أو الجمع بينهما ، أو لأنه أمن العنت . ولا يجوز أن يكون لأن الحرة في حبسه ؛ لأنه لا يجوز أن يتزوجهما معًا ، وليس في حبسه حرة . ولا يجوز أن تكون [٥] للجمع ؛ لأنه يجوز الجمع بينهما إذا تقدمت الأمة ، فلم يبق إلا أن يكون المانع له أمن العنت [٦] .

٢١٧٩١ - قلنا : لا يجوز لأنه يجمع إلى الحرة من هو أنقص في النكاح منها . وهذا لا يوجد إذا تقدمت الأمة ؛ لأنه لم يجمعها إليها ، وإنما جمع الحرة إليها . وقد حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه قال : إذا كانت تحته حرة فقد ثبت لولده حق الحرية فمنع

---

(١) المعنى : أن غالب الأصل يدل عليه أن القادر على ثمن الشيء يعتبر قادرًا عليه كالقادر على ثمن شراء الماء للطهارة ؛ فإنه يكون قادرًا على استعماله ، فلا يجوز له استعمال التراب بدلًا منه في رفع الحدث ، فكذلك القادر على طول الحرة لا يجوز له نكاح الأمة . انظر : الأم (٥/١٠ ، ١١) .

(٢) انظر : المبسوط (٥/١٠٩) .

(٣) هي الأنثى من الإبل ، التي استكملت السنة الأولى ودخلت في الثانية ، وسميت بذلك ؛ لأن أمها من المخاض ، أي الحوامل . انظر : سبل السلام (٢/٢٣٥) .

(٤) هو : الذكر من الإبل استكمل سنتين من العمر ، ودخل في الثالثة إلى تمامها ، وسمي بذلك ؛ لأن أمه ذات لبن . انظر : سبل السلام (٢/٢٣٥) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) المعنى : أنه لا يجوز لمن عنده حرة التزويج بالأمة ، والمانع من ذلك إما أن يكون أنه في حبسه حرة ، أو أنه لا يجوز الجمع بينهما ؛ أو لأنه يخاف الزنا ، ولا يجوز أن يكون المانع خوف الزنا لأنه في حبسه حرة ، ولا يجوز أن يكون المانع هو عدم الجمع بينهما ؛ لأنه يجوز إذا تقدم زواج الأمة ، ولا يجوز أن يتزوجهما معًا وليس في حبسه حرة ولا يقدر على طولها ، فلم يبق إلا أن يكون المانع له أمن العنت . انظر : الأم (٥/١٠) .

من تزويج الأمة حتى لا يسقط حق الحرية الثابت لولده [١] .

٢١٧٩٢ - فإن قالوا : يبطل بمن عنده أم ولد [٢] يجوز أن يتزوج أمة وإن ثبت لأولاده حق الحرية [٣] .

٢١٧٩٣ - قلنا : لم يثبت ذلك ؛ لأنه يجوز أن يتزوجها في الحال ثم يقطع فراشها [٤] .

٢١٧٩٤ - قالوا : فعلى هذا يجب أن يجوز تزويجهما معًا [٥] .

٢١٧٩٥ - قلنا : هناك يملك أن يفرد كل واحدة فإذا جمع فالإيجاب فاسد في الأمة فلا يصح ، ولأن الجمع في عقدة واحدة يقتضي رق الولد وحريته ، وذلك يتنافي . ومتى جمع العقد بين متنافٍ ؛ وجب إسقاط التنافي عنه . والأمة أضعف حالة في النكاح فيبطل عقدها . وفارق هذا الجمع بين الأختين ؛ لأن حالهما تساوت فأبطل عقد كل واحدة منهما بعقد الأخرى [٦] .

* * *

(١) انظر قول أبي الحسن الكرخي من الأحناف في المبسوط (١٠٩/٥) .

(٢) هي الأمة التي وطئها سيدها بملك اليمين فأنجبت منه ذكرا كان الولد أو أنثى انظر : سبل السلام (٤٦٩/٢) .

(٣) المعنى : أن قول أبي الحسن الكرخي من الأحناف : إذا كانت تحته حرة فقد ثبت لولده حق الحرية ، فمنع من تزويج الأمة حتى لا يسقط حق الحرية الثابت لولده « فهذا القول يبطل بالرجل الذي عنده أم ولد ؛ فإنه يجوز له أن يتزوج أمة وإن ثبت لولده حق الحرية . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « يبطل بمن تزوج أمة ، وعنده أم ولد » .

(٤) أي : أنه يجوز أن يتزوج الأمة في الحال التي يعقد فيها على الحرة ، ثم يقطع فراش الأمة . انظر : المبسوط (١١٠/٥) .

(٥) أي أنه إذا جاز نكاح الأمة في الحال كان جامعًا بين الحرة والأمة وهذا غير صحيح . انظر : الأم (١٠/٥) .

(٦) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

والمعنى أنه إذا جمع بين الحرة والأمة في عقد واحد ؛ بطل نكاح الأمة ؛ لأنه أضعف ، وصح نكاح الحرة ؛ لأنه أقوى . انظر : المبسوط (١١٠/٥) .

مسألة ١٠٥٧

العدد المباح الجمع بينهن من الإماء بطريق النكاح

٢١٧٩٦ - قال أصحابنا : يجوز تزويج أربع من الإماء [١] .

٢١٧٩٧ - وقال الشافعي : لا يجوز أن يتزوج أكثر من واحدة ، فإن تزوج اثنتين في عقد بطل نكاحهما ، وإن تزوج إحداهما بعد الأخرى بطل نكاح الثانية [٢] .

٢١٧٩٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ [٣] ولم يفصل ، ولأن من جاز له أن يتزوج أمة جاز له أن يتزوج اثنتين كالعبد [٤] .

٢١٧٩٩ - فإن قيل : من للتبعيض [٥] .

٢١٨٠٠ - قلنا : صحيح وقد اقتضت الآية تزويج بعض الإماء والأربع بعض الإماء .

---

(١) انظر قول الأحناف في : المبسوط (١١٠/٥) ، البدائع (٢٦٧/٢) ، مجمع الأنهر (٣٢٩/١) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٣٩/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٨/٣) ، البحر الرائق (١٠٥/٣) ، كتاب الحجة على أهل المدينة (٣٣٧/٣) ، الاختيار (١٦/٣) وفيه يقول : « ويجوز للحر أن يتزوج أربعًا من الإماء » .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (١٠/٥) ، المهذب (٦٩/٢) ، المجموع (٣١١/١٦) ، نهاية المحتاج (٣٠٤/٦) ، الإشراف لابن المنذر (١٢١/٤) . يقول الشيرازي في كتابه المهذب : « وإن أسلم وتحته أربع من الإماء فأسلمن معه ، فإن كان يحل له نكاح الأمة ؛ اختار واحدة منهن ؛ لأنه يجوز أن يبتدئ نكاحها ، فجاز له اختيارها كحرة » ويرى الإمام مالك رحمه الله أن الحر ليس له إلا نكاح واحدة فقط من الإماء بشروط ، كونها مسلمة ، خوف العنت ، وعدم الطول ، إلا إذا كانت الواحدة لا تعفه ؛ فإنه يجوز له أن يتزوج منهن أربعًا ، كما هو مذهب الأحناف . انظر : بداية المجتهد (٤٦/٢) ، الخرشي على مختصر خليل (٢٢١/٣) ، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٥٤٣/٢) . وللحنابلة : روايتان ، الأولى : وهي المذهب : ليس له إلا واحدة ، كما هو مذهب الشافعي ، وأحد قولي مالك ، والثانية : إن لم تعفه الواحدة ولم يجد طولًا للحرة ، فله أن يتزوج أكثر من واحدة ، حتى يصل إلى أربع ، كما هو مذهب الأحناف ، وأحد قولي الإمام مالك رحمه الله . انظر : المغني (٦٠٠/٦) ، والإشراف لابن المنذر (١٢١/٤) .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٤) المعنى : أن قوله تعالى : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ ورد على ما لم ينص على عدد معين منهن ، ولأن من جاز له أن يتزوج بواحدة منهن ، جاز له أكثر منها ، قياسًا على العبد . انظر : بدائع الصنائع (٢٦٧/٢) .

(٥) أي أن (من) في قوله ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ﴾ للتبعيض ، فاقتضى ذلك النكاح بواحدة منهن فقط دون الزيادة عليها . انظر : نهاية المحتاج (٣٠٤/٦) .

٢١٨٠١ - ولأنه نوع يجوز للحر العقد عليهن ؛ فجاز الجمع بينهن كالحرائر . ولأنه من جاز له تزويج أمة ، جاز له تزويج أمتين كالعبد ، ولأن العبد أضيق في الجمع من الحر ؛ لأنه لا يجمع بين أربعة ، فإذا جاز للعبد الجمع بين أمتين ؛ فالحر أولى ؛ لأنه ليس في حبسه حرة . فجاز أن يتزوج بأمة . أصله : المولى . ولأن كل امرأتين يجوز للعبد الجمع بينهما جاز للحر الجمع بينهما كالحرتين (١) .

٢١٨٠٢ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ (٢) ومتى كانت تحته أمة لم يخش العنت (٣) .

٢١٨٠٣ - قلنا : إذا كان تحته أمة وهوى أخرى وخاف على نفسه ؛ فهو يخاف العنت ، ولأن الآية مشتركة الدليل ؛ لأنها تقتضي أنه إذا خاف العنت جاز أن يتزوج أربعة في عقده (٤) .

٢١٨٠٤ - قالوا : روى النيسابوري (٥) في الزيادات عن ابن عباس أنه قال : لا يزوج العبد من الإماء إلا واحدة (٦) .

٢١٨٠٥ - قلنا : لم يثبت ذلك عن ابن عباس (٧) .

٢١٨٠٦ - قالوا : كل نكاح منع منه نكاح الحرة منع منه نكاح الأمة ، أصله : الزوجة الثانية في حق العبد لما منعت نكاح حرة منعت نكاح أمة (٨) .

٢١٨٠٧ - قلنا : الزوجة الثانية في حق العبد استوفي بها العدد فلم يجز أن ينكح

---

(١) المعنى : أن البعضية تتحقق بالأربع كما تتحقق بالواحدة ، ولأن الأربع يجوز للحر أن يعقد عليهن ، فجاز الجمع بينهن ، قياسًا على الحرائر ، ولأن العبد أضيق في النكاح من الحر ، فإذا جاز للعبد أن يجمع بين أثنتين ؛ فيجوز للحر أن يجمع بين أربع منهن من باب أولى . انظر : المبسوط (٥/١١٠) .

(٢) سورة النساء : الآية ٢٥ . (٣) انظر : المهذب (٢/٥٨) .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (٣/٢٣٩) .

(٥) هو : عبد الله بن محمد بن زياد بن فاضل النيسابوري المعروف بابن زياد ، ولد في أول سنة ٢٣٨هـ ، ورحل في طلب العلم إلى العراق والشام ومصر وقرأ على المزني ، وسكن بغداد ، وصار إماما للشافعية في العراق ، ومات بنيسابور سنة (٣٢٤هـ) انظر : طبقات الشافعية للإسنوي (٢/٢٦٩) ، العبر (٢/٢٠١) .

(٦) انظر : قول ابن عباس في مصنف ابن أبي شيبة (٤/١٤٧) ، وفي المغني لابن قدامة (٦/٦٠٠) .

(٧) ففي قول ابن عباس غير صحيح ، بل هذا القول ثابت عنه ، ويكفي في ثبوته أن الإمام أحمد رحمه الله استدل به على أن الحر ليس له أن يتزوج من الإماء إلا واحدة ، كما هو ظاهر الرواية الثانية عنه . انظر : المغني (٦/٦٠٠) .

(٨) انظر : الأم (٥/١٠) .

حرة . وفي مسألتنا لم يستوف العدد المعنى ، ولهذا يجوز أن يتزوج حرة ، فجاز أن يتزوج بأمة إذا لم يجمعها إلى حرة [١] .

٢١٨٠٨ - قالوا : حر مستغن عن استرقاق ولده كما لو كانت تحته حرة [٢] .

٢١٨٠٩ - قلنا : إذا كان عنده أمة فقد ثبت لولده حكم الرق فتزوج بأخرى لا يحصل به من استرقاق الولد إلا ما حصل بالأولى ؛ وليس كذلك إذا كان تحته حرة ؛ لأن الولد استحق الحرية ؛ فلم يجز أن يتزوج أمة ، فيسقط حق الحرية الثابت لولده [٣] .

* * *

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٥٩/٢) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « حر مستغن عن نكاح الأمة ، كما لو كان عنده حرة » .

(٣) انظر : المبسوط (١٠٩/٥ ، ١١٠) .

مسألة ١٠٥٨

جمع العبد بين الحرة والأمة

٢١٨١٠ - قال أصحابنا : لا يجوز للعبد أن يتزوج أمة وتحته حرة [١] .

٢١٨١١ - وقال الشافعي : يجوز له ذلك [٢] .

٢١٨١٢ - لنا : قوله ﷺ : « لا تنكح الأمة على الحرة » [٣] وهو عام .

وروي عن علي أنه قال : « لا تنكح الأمة على الحرة » .

وقال علي : « وتنكح الحرة على الأمة ، وللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث » ذكره محمد في الأصل [٤] . ولأنه يجمع إلى الحرة من لا تساويها في أحكام النكاح فصار كالحر ، ولأنه ثبت لولده حق الحرية فلم يجز له إسقاط ذلك بنكاح الأمة ، أصله : الحر ، ولأن الحر أوسع في النكاح من العبد ، وإذا لم يجز هذا الجمع للحر فالعبد

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٢٦٦/٢) ، المبسوط (١١٧/٥) ، البحر الرائق (١٠٥/٣) ، مجمع الأنهر (٣٣٠/١) ، شرح فتح القدير (٢٣٦/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٧/٣) ، كتاب الحجة على أهل المدينة (٢٥٥/٣) . والاختيار (١٥/٣) ، ويقول صاحب مجمع الأنهر : « ولا يصح تزويج أمة على حرة سواء كان حرًا أو عبدًا » اهـ .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (٤٣/٥) ، المهذب (٥٨/٢) ، المجموع (٢٣٨/١٦) ، نهاية المحتاج (٢٨٩/٦) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١١٢/٤) ، حلية العلماء (٣٩١/٦) ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٣٧٢/٣) ، وفيه يقول : « أما لو جمعهما من به رق في عقد فيصح فيهما إلا أن تكون الأمة كتابية وهو مسلم ، فكالحر » ويرى الإمام مالك رحمه الله أنه يجوز للعبد تزويج الأمة ، وإن كانت تحته حرة ، كما هو مذهب الإمام الشافعي رحمه الله ، قال عبد الملك من المالكية : لا يجوز ، كمذهب أبي حنيفة يرحمه الله . يقول القاضي عبد الوهاب المالكي : وللعبد أن يتزوج أمة وأن كانت تحته حرة ، وقال عبد الملك : لا يجوز . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف . للقاضي عبد الوهاب المالكي (١٠٢/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٥٤٤/٢) ، بداية المجتهد (٤٦/٢) . وللحنابلة روايتان : الأولى : لا يجوز للعبد أن يتزوج بأمة وتحته حرة كمذهب الأحناف ، والثانية : يجوز له ذلك ، كمذهب مالك والشافعي . انظر : المغني (٦٠٠/٦) ، الإفصاح لابن هبيرة الحنبلي (١٣١/٢) .

(٣) سبق تخريجه

(٤) الأصل : كتاب للإمام الجليل محمد بن الحسن الشيباني ، ولكن لم نعثر له على هذا القول الذي ذكره عن الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه في كتابه الأصل ، ولكن وجدناه في كتاب آخر للإمام محمد بن الحسن أيضًا ، يسمى كتاب الحجة ، فانظر : كتاب الحجة (٢٥٥/٣) .

أولى ولأنه جمع منع [١] منه [٢] فلا يجوز للعبد ، أصله : الجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها [٣] .

٢١٨١٣ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ . إلى قوله : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ [٤] فخص الأحرار بذلك . فدليله : أن غير الأحرار يجوز لهم التزويج وإن لم يخشوا العنت [٥] .

٢١٨١٤ - قلنا : الآية عامة في الأحرار والعبيد فتناولها لأحد الفريقين كتناولها للآخر [٦] .

٢١٨١٥ - قالوا : كيف تتناول الأحرار ، وقد قال : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم ﴾ [٧] ؟

٢١٨١٦ - قلنا : المراد به أصل الجنس كقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ﴾ [٨] وكيف يجوز أن نقول : نطق ظاهر بدليل خبر خطاب ، والنطق متفق على اعتباره والدليل مختلف فيه [٩] .

---

(١) ساقطة من (ص) . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) المعنى : أن نكاح الأمة أضعف ونكاح الحرة أقوى ، فيجب أن يندفع الأضعف بالأقوى ، وإذا كان ذلك لا يجوز للحر وهو أوسع في النكاح من العبد ، فمن باب أولى لا يجوز للعبد . انظر : بدائع الصنائع (٢٦٧/٢) .

(٤) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٥) المعنى : أن منطوق الآية يختص بالحرائر ، فيفهم منها عن طريق مفهوم المخالفة أن غير الحرائر وهم العبيد يجوز لهم ، وإن لم يخش العنت . انظر : نهاية المحتاج (٢٨٩/٦) .

(٦) انظر : المبسوط (١١٧/٥) . (٧) سورة النساء : الآية ٢٥ .

والمعنى : أن الآية لا تتناول إلا الحرائر فقط لقوله تعالى : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم ﴾ والعبد لا يملك بملك اليمين ولا بغيره ، فلا يدخل في منطوق الآية . انظر : الأم ٤٣ .

(٨) سورة النساء : الآية ٢٩ .

(٩) المعنى : أن الشافعية استدلوا بمفهوم المخالفة في الآية ، حيث قالوا : خص الأحرار بقوله : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم ﴾ فدليله أن غير الأحرار وهم العبيد يجوز لهم التزويج بالأمة وإن كانت تحته حرة . حتى وإن لم يخش العنت ، ولكن الإمام القدوري رحمه الله رد عليهم قائلًا : إن مفهوم المخالفة ، مختلف في حكم الاستدلال به بيننا وبينكم ؛ فنحن لا نستدل به ، أما المنطوق فنحن وأنتم متفقون على الاستدلال به ، فالأولى الاستدلال بما هو متفق عليه وترك الاستدلال بما هو مختلف فيه . والمنطوق : هو ما دل عليه اللفظ في محل النطق ، والمفهوم : هو ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق .

ومفهوم المخالفة هو : أن يكون المسكوت عنه مخالفًا للمذكور في الحكم إثباتًا ونفيًا ؛ فيثبت للمسكوت عنه نقيض حكم المنطوق به ويسمى دليل الخطاب ؛ لأن الخطاب دال عليه ، وهو حجة عند غير الأحناف . انظر : إرشاد الفحول للشوكاني ص١٧٩ .

٢١٨١٧ - قالوا : عبد تحته امرأة واحدة فجاز أن يأتيها بثانية ، أصله : إذا كان تحته أمة [١] .

٢١٨١٨ - قلنا : إذا كانت تحته أمة فَلَمْ يجمع إليها من ينقص عنها في النكاح ، وفي مسألتنا بخلافه [٢] .

٢١٨١٩ - قالوا : من جاز له أن ينكح امرأة من غير جنسه جاز له أن ينكح عليها امرأة من جنسه ، كالحر .

٢١٨٢٠ - وربما قالوا : ضم إلى امرأته من هو في مثل حال الزوج ، فوجب أن يصح كالحر ، إذا تزوج الحرة [٣] .

٢١٨٢١ - قلنا : هناك أشركها مع من هي مثلها في الأحكام أو أنقص منها ، وها هنا ضمها إلى من هي أكمل منها في النكاح ؛ فلم يجز كالحر [٤] .

* * *

(١) انظر : نهاية المحتاج (٢٨٩/٦) . (٢) انظر : مجمع الأنهر (٣٣٠/١) .
(٣) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لأنه يتزوج امرأة نظيرة له ، فهو كالحر إذا تزوج حرة » .
(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٦٧/٢) .

مسألة ١٠٥٩

الجمع بين الحرة والأمة في عقد واحد

٢١٨٢٢ - قال أصحابنا : إذا جمع في عقد النكاح بين حرة وأمة ؛ صح نكاح الحرة ، ويبطل نكاح الأمة [1] ، وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في القول الآخر : يبطل نكاحهما [2] .

٢١٨٢٣ - لنا : أن الجمع بينهما جائز في النكاح إذا تقدمت الأمة ، وكل امرأتين جاز أن يجتمع نكاحهما إذا جمعهما في العقد لم يفسد نكاحهما كالحرتين . ولأنه جامع بين حرة وأمة في عقد واحد ، فلم يبطل نكاحهما كالعبد .

٢١٨٢٤ - ولأن نكاح الأمة إذا استقر لم يمنع صحة نكاح الحرة [3] ، وهو في حال العقد غير مستقر ، فلأن لا ينتفي نكاحها أولى .

٢١٨٢٥ - ولأن الجامع بين امرأتين في عقد واحد يتزوج كل واحدة منهما على

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٢٦٨/٢) ، المبسوط (١٩٨/٤ ، ١١٨/٥) ، مجمع الأنهر (٢٣٩/١) ، شرح فتح القدير (٢٣٦/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٨/٣) ، البحر الرائق (١٠٥/٣) ، كتاب الحجة للإمام محمد بن الحسن (٢٥٨/٣) ، الاختيار (١٦/٣) . يقول الإمام السرخسي في المبسوط : « فأما إذا كان يصح نكاح الحرة وحدها يتحقق ضم الحرة إلى الأمة ؛ فيبطل نكاح الأمة ؛ ويجوز نكاح الحرة » .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (١٥٧/٥) ، المهذب (٥٨/٢) ، المجموع (٢٣٨/١٦) ، نهاية المحتاج (٢٨٩/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (١٢١/٤) ، حلية العلماء (٣٩٣/٦) . يقول الإمام الشافعي : « ولو عقد نكاح حرة وأمة ؛ فقد قيل : تثبت عقدة الحرة ، وعقدة الأمة مفسوخة ، وقد قيل : هي مفسوخة معًا » اهـ . انظر : الأم (١٥٧/٥) .
ويرى الإمام مالك رحمه الله : أنه يثبت نكاح الحرة ويبطل نكاح الأمة ، كما هو مذهب الأحناف وأحد قولي الشافعي ، وله قول آخر يقول فيه : إذا علمت الحرة بذلك فلا خيار لها ، وإن لم تعلم فلها الخيار . يقول ابن رشد : « وإذا قلنا : إن له أن يتزوج على الحرة أمة ، فتزوجها بغير إذنها ، فهل لها الخيار في البقاء معه ، أو في فسخ النكاح ، اختلف في ذلك قول مالك » اهـ . انظر : بداية المجتهد (٤٦/٢) ، والكافي (٥٢٤/٢) .
وللحنابلة روايتان : المشهورة : أن يبطل نكاح الأمة ويصح نكاح الأخرى كمذهب الجمهور ، والأخرى : يبطل نكاحهما معًا ، كالقول الآخر للشافعي ، يقول ابن قدامة : « ونص فيمن تزوج حرة وأمة على أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة ، وقيل : فيه روايتان ، إحداهما : يفسد فيهما ، وهو أحد قولي الشافعي واختيار أبي بكر » اهـ . انظر : المغني (٥٨٣/٦) .

(٣) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [الأمة] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه من كتب الأحناف .

الأخرى ولهذا إذا جمع بين أختين بطل نكاحهما ، ومن جمع حرة إلى أمة صح نكاحها ومن جمع أمة إلى حرة بطل نكاحهما ، فكذلك حال الاجتماع [١] .

٢١٨٢٦ - احتجوا : بأن العقد جمع بين الحلال والحرام ، فصار كمن باع حرًّا وعبدًا/ صفقة واحدة [٢] . ٢٤٤/ب

٢١٨٢٧ - قلنا : البيع يبطله الشرط وجهالة الثمن ، فإذا جمع بينهما فيه فقد شرط أحدهما في الآخر ، فيبطل مع العبد ؛ لأنه شرط في بيعه ما لم يدخل في العقد بحال والنكاح لا تبطله الشروط ، يبين ذلك : أنه لو أفرد الحر والعبد صح بيع العبد ويبطل بيع الحر . فإذا جمع والحر لا يدخل في البيع فسد بيع العبد بالشرط لا بالجمع ، وفي مسألتنا : لو أفرد كل واحد منهما صح نكاح الحرة بكل حال متقدمة ومتأخرة ، وبطل نكاح الأمة إن تأخرت ؛ لأنها جمعت إلى حرة وهذا موجود عند الاجتماع [٣] .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢/٢٦٨) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لنا أنه : عقد يقبل الفسخ ، فإذا جمع فيه بين ما يحل وما يحرم بطل فيهما » .

(٣) المعنى : أن قياس العقد على الحرة والأمة في عقد واحد على البيع صفقة واحدة ، وجمع فيه بين ما يحل بيعه وما يحرم ، قياس غير صحيح ، وذلك لأن البيع يبطل بالشرط الفاسد وجهالة الثمن بخلاف النكاح ؛ فإنه لا تبطله الشروط الفاسدة فإذا شرط فيه شرطًا فاسدًا ؛ صح النكاح وبطل الشرط ، كما أنه لو أفرد بيع الحر كان البيع باطلًا ؛ لأنه لا يجوز بيعه ، ففساد بيع العبد بالشرط لا بالجمع انظر : المبسوط (٤/١٨٤) .

مسألة ١٠٦٠

نكاح المسلم للأمة الكتابية

٢١٨٢٨ - قال أصحابنا : يجوز للمسلم تزويج الأمة الكتابية [(١)] .

٢١٨٢٩ - وقال الشافعي : لا يجوز ذلك .

٢١٨٣٠ - وهل يتزوجها الكافر ؟ فيه وجهان [(٢)] .

٢١٨٣١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ﴾ [(٣)] ولم يفصل .

---

(١) انظر قول الأحناف في : المبسوط (١١٠/٥) ، البدائع (٢٧١/٢) ، مجمع الأنهر (٣٢٨/١) ، شرح فتح القدير (٢٣٤/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٧/٣) ، البحر الرائق (١٠٤/٣) ، وكتاب الحجة (٣٣٧/٣) ، والاختيار (١٦/٣) ، يقول صاحب مجمع الأنهر : « وصح نكاح الكتابية حرة كانت أو أمة ذمية كانت أو حربية ، إلا أنه لو نكح حربية في دار الحرب كره » اهـ .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في الأم (٦/٥ ، ٤٣) ، المهذب (٥٨/٢) ، المجموع (٢٣٨/١٦) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٤٩/٣) ، نهاية المحتاج (٢٨٨/٦) ، الإشراف لابن المنذر (١٢١/٤) ، حلية العلماء للشاشي (٣٨٨/٦) ، أحكام القرآن للشافعي (١٨٨/١) .

يقول الشيرازي في المهذب : « ولا يحل له نكاح الأمة الكتابية » ونكاح الكتابى للأمة الكتابية فيه وجهان عند الشافعية ، والصحيح الجواز ، انظر : نهاية المحتاج (٢٨٨/٦) .

وأما المالكية : فيرون أنه لا يجوز نكاح الأمة الكتابية لا لحر ولا لعبد ؛ يقول القاضي عبد الوهاب المالكي : « لا يجوز للحر ولا للعبد أن ينكح الأمة الكتابية خلافًا لأبي حنيفة » اهـ . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (١٠٢/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٥٤٤) . وللحنابلة روايتان ، أصحهما : عدم جواز نكاح الأمة الكتابية ، كما هو مذهب الشافعية والمالكية ؛ والأخرى : يجوز ذلك ، كما هو مذهب الأحناف ، يقول ابن قدامة : « وليس لمسلم وإن كان عبدًا أن يتزوج بأمة كتابية ، وهذا ظاهر مذهب أحمد ، ونقل عنه قال : لا بأس بتزويجها » . انظر : المغني (٥٩٦/٦) ، الإفصاح لابن هبيرة الحنبلي (١٢٧/٢) ، مسائل الإمام أحمد (٢١٩/١) مسألة رقم ١٠٦٣ .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٤ .

ووجه الدلالة من الآية الكريمة : أن اللّه تعالى بعد أن ذكر جملة المحرمات من النساء في قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ الآية عطف على هذا ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ والعطف يقتضي المغايرة ، والأمة الكتابية ليست من جملة المحرمات ، والآية لم تفرق بين الحرة الكتابية والأمة ؛ فدل ذلك على حل الأمة الكتابية للمسلم ، قياسًا على حل الحرة الكتابية له . انظر : مجمع الأنهر (٣٢٨/١) .

٢١٨٣٢ – فإن قيل : قوله « غير مسافحين » أي ليس بنكاح من قولك : سفحت الشيء إذا قصرته .

٢١٨٣٣ – قالوا : وهذا عندنا هنا ليس بعقد فهو سفاح (١) .

٢١٨٣٤ – قلنا : قال اللَّه تعالى : ﴿ مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ﴾ (٢) ومعنى ﴿ مُّحْصِنِينَ ﴾ أي متزوجين ، وهذا العقد يسمى نكاحًا في اللغة فيخرج من أن يكون سفاحًا ويصح التعليق بالآية (٣) .

٢١٨٣٥ – قالوا : قال اللَّه تعالى : ﴿ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ (٤) والأمة لا يجوز أن تؤتى مهرها (٥) .

٢١٨٣٦ – قلنا : المأذونة يجوز قبضها لمهرها ، ثم المراد بالآية الإيجاب لا القبض ، ألا ترى أنه قال في الآية الأخرى ﴿ مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾ (٦) ؟

٢١٨٣٧ – ولأنه يجوز وطؤها بملك اليمين ، فجاز بعقد النكاح ، كالأمة المسلمة .

٢١٨٣٨ – ولا يلزم أمة نفسه ؛ لأنه يجوز للمسلم وطؤها بالنكاح ، ولم نقل جاز وطؤها بالنكاح للواطئ لها بالملك (٧) .

٢١٨٣٩ – فإن قيل : الوطء بملك اليمين أوسع ؛ لأنه لا يختص بعدد ، والنكاح أضيق فلم يجز أن يعتبر أحدهما بالآخر (٨) .

---

(١) انظر : أحكام القرآن للشافعي (١٨٩/١) . (٢) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٣) أي : أن قوله ﴿ مُّحْصِنِينَ ﴾ بمعنى متزوجين ، وعقد النكاح يسمى نكاحًا في اللغة وفي الشرع ، فإذا عقده الحر المسلم على الأمة الكتابية صح . انظر : المبسوط (١١١/٥) .

(٤) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٥) ووجه الدلالة من الآية الكريمة : أن اللَّه تعالى أمر فيها بدفع المهر مقابل الاستمتاع ، والأمة لا تؤتى مهرها ؛ لأنها ليست أهلًا للملك ولا التمليك ، فلا يجوز نكاحها . انظر : المجموع (٣٤٥/١٦) .

(٦) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٧) المعنى : أن الآية الكريمة المراد بها إيجاب النكاح لا قبض المهر ، ثم المأذونة يجوز قبضها لمهرها فجاز نكاحها . انظر : المبسوط (١١١/٥) .

(٨) إن قياس جواز نكاح الأمة الكتابية على حل وطئها بالملك قياس غير صحيح ، وذلك لأن الوطء بملك اليمين أوسع ؛ لأنه لا يتقيد فيه بعدد ، والنكاح أضيق ؛ لأنه يتقيد فيه بعدد ، فلم يجز لنا أن نعتبر أحدهما بالآخر انظر : نهاية المحتاج (٢٨٧/٦) .

٢١٨٤٠ - قلنا : ملك اليمين يتسع من الوجه الذي ذكروه ، والنكاح يتسع من وجه آخر ، بدلالة : أن العبد لا يستبيح الوطء بملك اليمين ويستبيحه بالنكاح ؛ لأن الاختلاف من هذا الوجه لم يوجب جواز اختلافهما في الإباحة ، ألا ترى أن الوثنية لما لم يجز وطؤها بأحد السببين لم يجز بالآخر ؟

ولأنه يحل أكل ذبيحتها فجاز للمسلم أن يتزوجها ، كالمسلمة (١) .

٢١٨٤١ - ولا يلزم زوجات النبي ﷺ ؛ لأنه كان يجوز للمسلم تزويجهن وهو (٢) النبي ﷺ وليس الكلام في أعيان الأزواج .

٢١٨٤٢ - فإن قيل : إن الرق لا تأثير له في الذبيحة وله تأثير في النكاح (٣) .

٢١٨٤٣ - قلنا : يبطل بالأمة المسلمة .

٢١٨٤٤ - ولأنه دين يجوز للمسلم تزويج الحرائر من أهله ، فجاز له تزوج الأمة من أهله ، كدين الإسلام .

٢١٨٤٥ - ولأنها كتابية ، فجاز أن يتزوجها المسلم كالكافرة (٤) .

٢١٨٤٦ - فإن قيل : المعنى في المسلمة : وأنه لم يعتورها (٥) نقصان ، وهذه قد اعتورها نقصان ، وكل واحد له تأثير في النكاح (٦) .

---

(١) إن الأمة الكتابية يحل نكاحها للمسلم ، قياسًا على الأمة المسلمة ؛ لأنه يحل أكل ذبيحتها ؛ فجاز للمسلم تزوجها ، بخلاف الأمة الوثنية فبما أنه لا يحل أكل ذبائحهم ، فلا يحل للمسلم وطئ نسائهم . انظر : مجمع الأنهر (٣٢٨/١) .

(٢) بياض في (ص) .

(٣) إن قياس نكاح الكتابية على قياس حل أكل ذبائحهم قياس غير صحيح ؛ وذلك لأن الرق لا تأثير له في أكل الذبائح ، ولكن له تأثير في النكاح ، وتأثيره استرقاق ولده منها ، فيملكه الكافر إن كانت الأمة ملكًا للكافر ، وإن كانت لمسلم ؛ فلا يأمن أن يبيعها لكافر فيسترق ولده منها . انظر : المهذب (٥٨/٢) .

(٤) إن كلام الخصم : الرق لا تأثير له في الذبيحة وله تأثير في النكاح كلام يبطل بالأمة المسلمة ، فرقها لا تأثير له في نكاح المسلم لها ، ولكن نقول له : إن نكاح الأمة عامة مسلمة كانت أم كتابية له تأثير في النكاح ، وتأثيره استرقاق الولد منها سواء كان مالكها مسلمًا أو كافرًا ، وسواء كانت مسلمة أم كافرة ؛ لأن الولد يتبع أمه في الرق . انظر : المهذب (٥٨/٢) .

(٥) اعتور الشيء وتعاوره : تداوله ، ومعنى قوله : اعتورها نقصان : أي تداولها نقصان . انظر : القاموس المحيط ، ومختار الصحاح : مادة « عور » .

(٦) إن المسلمة لم يعتورها نقصان الكفر ؛ فجاز نكاحها ، وأما الأمة الكتابية فلقد اعتورها نقصان الرق ، ونقصان الكفر ، وكل واحد منهما له تأثير في النكاح ؛ فلم يجز نكاحها . انظر : نهاية المحتاج (٢٨٨/٦) .

٢١٨٤٧ - قلنا : علة الأصل تبطل بالحرة الوثنية ، وعلة الفرع تبطل بالأمة المجنونة (١) .

٢١٨٤٨ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ (٢) .

٢١٨٤٩ - قلنا : اسم المشركة في الشرع لا يتناول الكتابية ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ ﴾ (٣) ، [وقال اللّٰه تعالى : ﴿ مَّا يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ أَن يُنَزَّلَ عَلَيْكُم مِّنْ خَيْرٍ مِّن رَّبِّكُمْ ﴾] (٤) والعطف غير المعطوف عليه .

٢١٨٥٠ - وقولهم : إن قول النصارى : المسيح ابن اللّٰه . من أعظم الشرك ، ليس بصحيح (٥) ، لأنا لا نمنع أن يكونوا مشركين ، إلا أن هذا هو الاسم اللغوي ، فإذا فرق الشرع بينهما ؛ وجب حمل لفظه على الاسم الأصلي ، يبين ذلك : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ (٦) فجعل الغاية الإيمان ، والأمة الكتابية يجوز نكاحها إذا أعتقت ولم تؤمن ، فعلم أن المراد بها الوثنية التي غاية امتناع نكاحها الإيمان (٧) .

٢١٨٥١ - قالوا : قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾ (٨) والمراد ها هنا بالمحصنات الحرائر (٩) .

٢١٨٥٢ - قلنا : بل المراد العفائف ؛ لأن الاسم يتناول ذلك (١٠) .

٢١٨٥٣ - قالوا : قال اللّٰه تعالى : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ

---

(١) انظر : أحكام القرآن للشافعي (١٨٦/١) .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢١ .

ووجه الدلالة منها : أنها عامة في تحريم نكاح المشركات حرائر كن أم إماء ، ثم نزلت الرخصة بعد ذلك في حل نكاح الحرائر منهن في قوله : ﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ ﴾ وبقى تحريم إمائهم على عمومه ، فلم يحل نكاحهن للمسلم . انظر : أحكام القرآن للشافعي (١٨٦/١) .

(٣) سورة البينة : الآية ١ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ، والآية من سورة البقرة آية ١٠٥ .

(٥) نفي صحة هذا القول غير صحيح ؛ لأن الإمام البخاري ذكره في صحيحه عن ابن عمر ، في كتاب الطلاق باب ١٨ ، وهذا يدل على أن ابن عمر كان يكره ذلك كما ذكر الحافظ ابن حجر في الفتح (٤١٦/٩ ، ٤١٧) .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٢١ .

(٧) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٦٣/٢) .

(٨) سورة المائدة : الآية ٥ .

(٩) انظر : الأم (٥٧/٥) .

(١٠) إن قوله : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾ قيل : أيضًا : المراد بالمحصنات العفائف ، فيتناول الحرة والأمة . انظر : المبسوط (١١/٥) .

﴿ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ (١) .

٢١٨٥٤ - قلنا : قد بينا أن تقدير الآية : فلينكح ما ملكت أيمانكم . والأمر أقل أحواله الندب ، وإنما يندب إلى نكاح المسلمة دون الكافرة ، يبين ذلك : أنه شرط في نكاح الأمة عدم الطول إلى الحرة المؤمنة ، وإن كان عدم طول الكافرة عند مخالفنا في حكمها ، كذلك أباح نكاح الأمة المؤمنة وإن كانت الكافرة في حكمها (٢) .

٢١٨٥٥ - قالوا : روي عن عمر ، وابن مسعود مثل قولنا (٣) .

٢١٨٥٦ - قلنا : هذا لا يعرف ولم يضيفوه إلى موضع يحتج به ، ولو ثبت فقد روي عن علي وعثمان رضي الله عنهما أنهما قالا : « ما حرم الله من الحرائر شيئًا إلا حرم من الإماء مثله ؛ إلا الرجل يجمعهن » (٤) ؛ فدل على تساوي الإماء والحرائر في التحريم إلا في موضوع العدد .

٢١٨٥٧ - قالوا : اعتورها نقصان كل واحد منهما يمنع النكاح ، فلم يجز تزويجها ، أصله : الوثنية (٥) .

٢١٨٥٨ - قلنا : يبطل بالأمة المجنونة ، فإن الرق نقص يمنع النكاح ؛ لأن الجنون نقص يمنع النكاح ، والمجنون لو عقد على نفسه لم يجز عقده (٦) .

٢١٨٥٩ - فإن قالوا : الجنون لا يمنع العقد لكنه يمنع عقدا بصفة وهو الذي باشره

---

(١) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٢) إن المسلم مندوب إلى نكاح الأمة المسلمة عند عدم الطول إلى الحرة المؤمنة ، وكذلك عند عدم الطول إلى الحرة الكافرة ؛ لأنها في حكم المؤمنة عند المخالف ، فكذلك أباح نكاح الأمة المؤمنة ، فتكون الأمة الكتابية في حكمها قياسًا عليها ، فيحل للمسلم نكاحها . انظر : المبسوط (١١١/٥) .

(٣) انظر : قولهما في تفسير القرطبي (٩٨١/٢) ، تفسير ابن كثير (٢٥٧/١) ، وذكر الحافظ ابن حجر في الفتح عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يكره نكاح المسلم للأمة الكتابية . انظر : فتح الباري (٤١٧/٩) .

(٤) انظر قولهما في : المحلى لابن حزم الأندلسي (١٤٧/١١) مسألة ١٨٦١ كتاب النكاح .

(٥) المعنى : أن الأمة الكتابية يعتريها نقصان : نقص الكفر ، ونقص الرق ، وكل واحد منهما يمنع النكاح منها ، قياسًا على الوثنية . انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « ثم الرق الإباحة في ملك اليمين ، فلا يجوز أن يؤثر في المنع ، فيبقى نقص الكفر » .

(٦) وجه البطلان غير صحيح ؛ وذلك لأن نقص الجنون لا دخل للعبد فيه ، بخلاف نقص الكفر ؛ لأن الإنسان له دخل فيه ؛ لأنه يستطيع أن يدفع هذا النقص عن نفسه بدخوله في الإسلام .

المجنون [١] .

٢١٨٦٠ – قلنا : كذلك الرق لا يمنع النكاح وإنما يمنع صفة فيه ، وهي زيادة العدد ، وإلا فالعبد يتزوج كالحر [٢] .

٢١٨٦١ – وقولهم : إن الحرة الوثنية اعتورها نقصان الكفر وعدم الكتاب ؛ فالنصرانية اعتورها نقصان القول بالتثليث وتكذيب رسول الله ﷺ وكل واحد منهما يؤثر في النكاح كالآخر [٣] .

٢١٨٦٢ – فإن قالوا : كل واحد منهما نقص كفر [٤] .

٢١٨٦٣ – قلنا : كذلك عدم الكتاب نوع الكفر ، والمعنى في الوثنية : أنه لا يجوز وطؤها بملك اليمين ولا تؤكل ذبيحتها ، والأمة الكتابية بخلاف ذلك [٥] .

٢١٨٦٤ – قالوا : أمة كافرة فلا يحل للمسلم تزويجها [٦] ، كالمجوسية [٧] .

٢١٨٦٥ – قلنا : قولكم لا تأثير له في الأصل ؛ لأن المجوسية لا يجوز تزويجها وإن كانت حرة [٨] .

٢١٨٦٦ – فإن قيل : اتفق الحكم مع اختلاف العلة [٩] .

٢١٨٦٧ – قلنا : بل وجود الحكم مع فقد العلة ووجودها ، فعلم أنه متعلق بغيرها ، ولو أثرت ؛ كان من علق الحكم بكونها مجوسية أولى ممن علقه بكونها أمة كافرة ،

---

(١) إن الجنون لا يبطل عقد النكاح إذا عقده ولي المجنون ، بخلاف العقد الذي يعقده المجنون نفسه ؛ فإنه عقد باطل .

(٢) أي : أن الرق لايمنع العقد ، وإنما المانع صفة في النكاح وهي زيادة العدد ؛ لأن الرق منع النكاح ما تزوج العبد ، ولكنه يتزوج كحر ، فدل ذلك على الرق أن لا يمنع النكاح . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٢/١٦٣) .

(٣) نجيب عن ذلك فنقول : إن النصرانية حل نكاحها بالنص القرآنى ﴿ ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ ﴾ بخلاف الوثنية ؛ فلقد بقي تحريمها على عمومه في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ انظر : أحكام القرآن للشافعي (١/١٨٧) .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « وهنا يوجد فيها نقصان » .

(٥) انظر : المبسوط (٥/١١١) . (٦) بياض في (ص) .

(٧) إن الأمة الكتابية لا يحل للمسلم نكاحها قياسًا على المجوسية . انظر : نهاية المحتاج (٦/٢٨٨) .

(٨) إن القياس على المجوسية في عدم حل الأمة الكتابية لا تأثير له في الأصل ؛ لأن المجوسية لا يحل نكاحها وإن كانت حرة . انظر : البحر الرائق (٣/١٠٢) .

(٩) المراد بالحكم هو : حرمة نكاح المجوسية ، والعلة المختلفة كونها حرة مجوسية أو أمة مجوسية .

[لأن تعليق الحكم بوصف أولى من تعليقه بوصفين .

٢١٨٦٨ - والتعليل بعلة تعم الحرة والأمة] (١) أولى من تعليله بعلة تخص ، والمعنى في المجوسية ما قدمنا (٢) .

٢١٨٦٩ - قالوا : هذا العقد يؤدي إلى استرقاق الكافر للمسلم ، فلا يصح كبيع العبد المسلم من الكافر (٣) .

٢١٨٧٠ - قلنا : عندكم لو كانت أمة لمسلم لم يجز أن يتزوجها ، وإن لم يسترق الولد كافرًا .

٢١٨٧١ - وكذلك لو تزوج أمة قد أيست لم يجز ، وإن لم يؤد العقد إلى ما ذكروه (٤) ، والأصل غير ما ذكروه ؛ لأن بيع المسلم من الكافر جائز ويجبر على بيعه .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) أي : أن حرمة النكاح من المجوسية كونها لا كتاب لها ، بخلاف الأمة الكتابية فهي ممن لها كتاب . فجاز نكاحها قياسًا على الحرة من أهل الكتاب . انظر : مجمع الأنهر (٣٢٨/١) .

(٣) إن نكاح المسلم أمة الكتابي يؤدي إلى استرقاق الكافر المسلم . انظر : المهذب (٥٨/٢) .

(٤) إن الأمة المسلمة يجوز للحر نكاحها بشروط ثلاثة : كونها مسلمة ، وعدم وجود طول الحرة ، وخوف العنت ، كما سبق بيانه .

مسألة ١٠٦١

نكاح الزاني ابنته من الزنا

٢١٨٧٢ – قال أصحابنا : لا يجوز للزاني أن يتزوج ابنته من الزنا [١] .

٢١٨٧٣ – وقال الشافعي : يجوز أن يتزوجها [٢] .

٢١٨٧٤ – وزعم أصحابه : أن بنت الملاعنة يجوز أن يتزوجها على أحد الوجهين [٣] .

٢١٨٧٥ – ومن أصحابه من قال : بنته من الزنا تحرم عليه ، [لأنه وطئ أمها ، كما

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٢٦١/٢) ، المبسوط (٢٠٦/٤) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٩١/٣) ، البحر الرائق (١٩٣/٣) ، حاشية ابن عابدين (٣٢/٣) ، كتاب الحجة على أهل المدينة للإمام محمد بن الحسن الشيباني (٣٦٩/٣) ، يقول السرخسي : « إن زنا بيكر وأمسكها حتى ولدت بنتا حرم عليه تزوجها عندنا » اهـ .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله بنصه في : الأم (١٥٣/٥) ، المهذب (٥٥/٢) ، المجموع (٢٢١/١٦) ، مغني المحتاج (١٧٥/٣) ، قليوبي وعميرة (٢٤١/٣) ، نهاية المحتاج (٢٧٥/٦) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (١٠١/٤) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٧٦/٦) ، وفيه يقول : ومن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها ، ولا نكاح أمها وابنتها .

وللمالكية روايتان : إحداهما : عدم جواز النكاح بابنته من الزنا كقول أبي حنيفة رحمه الله ، والأخرى : يجوز ، كقول الشافعي رحمه الله وهي المشهورة في المذهب . بداية المجتهد ٣٤/٢ ، وفيه يقول : وأما مالك ، ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي إنه لا يحرم .

وأما الحنابلة : فيرون أنه لا يجوز للزاني أن يتزوج بابنته من الزنا ، وزادوا على ذلك ، فقالوا : إذا لاط رجل بغلام ، حرمت عليه أمه وبنته ؛ لأنه وطئ في الفرج فنشر الحرمة كوطء المرأة ، وقال أبو الخطاب : يكون ذلك كالمباشرة دون الفرج ، يكون فيه روايتان ، والصحيح : أن هذا لا ينشر الحرمة . انظر : المغني (٥٧٨/٦) ، حلية العلماء (٣٧٧/٦) وسبب الخلاف بين العلماء كما يقول ابن رشد رحمه الله : هو الاشتراك في اسم النكاح ، أعني في دلالته على المعنى اللغوي والشرعي فمن راعى المعنى اللغوي في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم ﴾ قال : يحرم الزنا ، ومن راعى الدلالة الشرعية ، قال : لا يحرم الزنا . انظر : بداية المجتهد (٣٤/٢) .

(٣) أي : أنه إن أتت امرأة بابنة فنفاها الرجل باللعان ، فإن كان قد دخل بالزوجة ؛ لم يجز له التزويج بابنتها ؛ لأنها بنت امرأة دخل بها ، وإن لم يكن قد دخل بالأم ؛ ففي نكاح الابنة المنفية باللعان وجهان : أحدهما : يجوز له تزويجها ؛ لأنها منفية عنه ، فهي كالابنة من الزنا ، والثاني : لا يجوز له تزويجها لأنها غير منفية عنه قطعا ، بدليل أنه لو أقر بها لحقه نسبها ، والابنة من الزنا لو عاد الزاني فأقر بنسبها لم يلحقه نسبها . انظر المهذب (٥٥/٢) ، المجموع (٣٧٩/١١) ، حلية العلماء (٣٨٠/٦) .

لا تحرم عليه] [١] بناتها من غيره [٢] .

٢١٨٧٦ - وهذا ليس الصحيح ؛ وإنما تحرم لأنها جزء منه ، ولهذا تحرم على آبائه وأولاده وعلى أخيه ، ولو ملكها عتقت عليه ، والكلام في هذه المسألة تقدم في بنته من الملاعنة ؛ لأنه قول اضطرهم إليه النظر ، وارتكبوا منه أمرًا منكرًا ، وذلك لأنها ولدت على فراشه فحرمت عليه تحريمًا مؤبدًا قبل اللعان ، والتحريم المؤبد لا يزول بعد ثبوته [٣] .

٢١٨٧٧ - فإن قيل : إنما حرمت لثبوت [نسبها] [٤] ، فإذا لاعنها بطل النسب ، فثبت أنها لم تكن محرمة [٥] .

٢١٨٧٨ - قلنا : حكم النسب لم يبطل فيها ، بدلالة أن غير الملاعنة لو ادعى نسبها لم يثبت ، ولو ادعاه الملاعن ثبت لمجرد قوله ؛ فدل أن اللعان لم يبين به أن النسب لم يكن وإنما قطع اللعان الأحكام الثابتة من الميراث والنفقة والانتساب [٦] .

٢١٨٧٩ - فأما التحريم ، فهو حق الله تعالى [٧] لا حق للزوج فيه فلا يرتفع .

٢١٨٨٠ - فأما الكلام في ولد الزنا ، فالدليل على التحريم قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ [٨] . وهذه ابنته في اللغة ، الدليل عليه قول سعد بن أبي وقاص [٩] لرسول الله ﷺ في ابن [١٠] وليدة زمعة : « هو ابن أخي عهد إلى فيه أخي » [١١] وإنما كان من [١٢] الزنا .

٢١٨٨١ - ولأن العرب كانت تستلحق بالنكاح والزنا ، وكانوا يستنجبون الأولاد إذا لم تنجب ولدا لرجل أمر امرأته أن تمكن من نفسها رجلًا يعرف بنجابة الولد ليلحق به ولد نجيب .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٢) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٠٩/٣) .
(٣) انظر : المبسوط (٢٠٧/٤) .
(٤) في (م) : [نفسها] .
(٥) انظر : النكت للشيرازي .
(٦) انظر : حاشية ابن عابدين (٢٩/٣) .
(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٨) سورة النساء : الآية ٢٣ .
(٩) هو الصحابي الجليل سعد بن مالك بن أهيب بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب القرشي ، أبو إسحاق بن أبي وقاص ، أحد العشرة المبشرين بالجنة وآخرهم موتا ، وكان مجاب الدعوة مشهورا بذلك . مات رضي الله عنه سنة (٥٦هـ) وقيل (٥٧هـ) ، ورجح ابن حجر أنه مات سنة (٥٧هـ) . انظر الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٣/٢) .
(١٠) ساقطة من (م) .
(١١) أخرجه البخاري ، كتاب الفرائض ، باب من ادعى أخا ، أو ابن أخ . انظر : فتح الباري (٥٣/١٢) .
(١٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

٢١٨٨٢ - وقالت عائشة : كان نكاح أهل الجاهلية أربعة أنكحة ، وذكرت/ منه ٢٤٥/أ الجماعة يجتمعون على امرأة واحدة ، فإذا جاءت بولد ألحقته بمن شاءت منهم ، وإن كان الاسم يتناولها في اللغة .

٢١٨٨٣ - وإنما الشريعة أسقطت الأحكام الثابتة بينهما على جهة الصلة ، فبقى الاسم بحاله فدخلت في الآية [١] .

٢١٨٨٤ - وقولهم : إنها لا تدخل في قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ ﴾ [٢] ولا في الوصية لولده ؛ ليس بصحيح ؛ لأن الكافرة والمملوكة لا تدخل في هذه [٣] الآية ، وإن كان الاسم يتناولها باتفاق .

٢١٨٨٥ - ولأنها مخلوقة من مائه في الظاهر ، فوجب أن يحرم عليه نكاحها ، كولد أمته [٤] ، [وكما لو] [٥] وجد على فراشه امرأة فوطئها فولدت .

٢١٨٨٦ - فإن قيل : لا نسلم أنها مخلوقة من مائه في الظاهر يجوز أن يكون وطئها غيره أو استدخلت الماء [٦] .

٢١٨٨٧ - قلنا : إذا وطئها عقيب براءة رحمها بالولادة وحيضها ، وجاءت بولد فيما تأتي به النساء فالظاهر أنه منه . ألا ترى أن بهذا الظاهر إن ولدت أمته من مائه ، والظاهر جواز أن يكون وطئها غيره لا يمنع منه ، والأحكام يكفي في ثبوتها الظاهر ؟ [٧] .

٢١٨٨٨ - ومن أصحابنا من قال : فرض الكلام في رجل معه امرأة في سفينة في البحر ، ليس فيها غيرهما وطئها عقيب ولادتها ، ولم يزالا في البحر حتى ولدت [٨] .

٢١٨٨٩ - فإن قيل : المعنى في الأصل [٩] : أن أحكام الولادة ثابتة بينهما ، بدلالة التوارث ، والنسب ، ووجوب النفقة ، وثبوت الولاية ، وهذه الأحكام كلها لا تثبت

---

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١١٧/٢) . (٢) سورة النساء : الآية ١١ .

(٣) ساقطة من (م) . (٤) انظر : حاشية ابن عابدين (٢٩/٣) .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [فإذا] ، وما أثبتناه من كتب الأحناف لاستقامة المعنى .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لا نعلم أنه خلق من مائه ، وإنما حكم بأنه ولده في النكاح من جهة الحكم » .

(٧) لا نسلم أن الأحكام يكتفي بثبوتها للظاهر ، إلى أن قال : قال ابن عبد البر : وقد أجمع أهل الفتوى في الأمصار على أنه لا يحرم على الزاني تزوج من زنى بها ، فنكاح أمها وابنتها أجوز . انظر : فتح الباري (٦١/٩) ، طبعة دار الريان للتراث . (٨) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٢٠/٢) .

(٩) ساقطة من (م) .

عندنا في الموطوءة على فراشه ، وهو يظنها امرأته ، ولا في ولد أمته ، إذا لم يعترف بنسبه ، وإنما تصح هذه المعاوضة إذا قسنا [على] [1] الثابتة النسب ، وإذا قسنا على هذا الأصل لم تصح المعاوضة ؛ لأن هذه الأحكام يجوز كلها أن [2] تنتفي مع بقاء التحريم ، ألا ترى أن ولد الزنا ينتفي نسبه والتحريم بحاله على ما قدمنا ، وأمته الكافرة والمملوكة لا توارث بينه وبينها ، والمملوكة لا تجب نفقتها عليه ولا يلي عليها ، والتحريم ثابت بينه وبينها ، فلما أسقطت الشريعة في ولد الزنا الأحكام التي تثبت على طريقة الصلة بقي التحريم الثابت لحق اللّٰه تعالى ؟ كما أن في غير ولد الزنا تسقط هذه الأحكام والتحريم بحاله ، ولأنها في حكم الجزء منه ، فلم يجز له وطئها كبنت أمته التي وطؤها [3] .

٢١٨٩٠ - فإن قيل : لا نسلم أنها جزء منه [4]

٢١٨٩١ - قلنا : إذا اعترف أنها بنته من الزنا ، ولم يحرم عليه عندكم نكاحها مع اعترافه بأنها جزء منه .

٢١٨٩٢ - ولأنه أحد الزانيين ، فثبت التحريم بينه وبين المولود من الزنا ، كالمرأة إذا ولدت ابنًا كان محرمًا عليها [5] .

٢١٨٩٣ - فإن قيل : لما كانت [أحكام الولادة كلها ثابتة بينهما ؛ ثبت التحريم .

٢١٨٩٤ - قلنا : قد بينا أن هذه الأحكام] [6] ، تنتفي مع بقاء التحريم ؛ لأنه لا خلاف بيننا أن من ارتضع من [7] امرأة حرم على زوجها ؛ لأن الزوج سبب في نزول اللبن الذي غذى به [8] فكونه سببًا في حدوثه وخلقه أولى أن يتعلق به التحريم [9] .

٢١٨٩٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ [10] .

---

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) انظر : البحر الرائق (١٩٣/٣) .

(٤) انظر : الإقناع (٤١/٣) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٢١/٣) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) انظر : المبسوط (٢٠٥/٤) ويفهم من كلام الإمام القدوري رحمه الله أنه حرم ولد الزنا قياسًا على تحريم الولد من الرضاع المجمع عليه . ولكن نجيب عن ذلك : بأن الولد من الرضاع نسبه إلى غيره مقطوع حتى ولو نفاه والده من الرضاع فثبت التحريم بالإجماع ، أما الولد من الزنا ؛ فنسبه مقطوع بنفيه فلم يحرم . انظر : حلية العلماء (٣٨٠/٦) . (١٠) سورة النساء : الآية ٢٤ .

٢١٨٩٦ – قلنا : هو بعد قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ [(١)] ، وقد بينا أن هذه ابنته في اللغة .

٢١٨٩٧ – وقد استعمل ذلك في الشرع أيضًا ، بدلالة قوله ﷺ في امرأة هلال بن أمية [(٢)] : « إن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك ابن سحماء » [(٣)] .

٢١٨٩٨ – ولا يقال : يجوز أن يكون وطئها بشبهة ؛ لأن هذه الآية نزلت لما قذفها هلال به ، فقالت : إلا أن يجلد هلال بن أمية ، وتبطل شهادته في المسلمين .

٢١٨٩٩ – قالوا : حكم ثبت بينه وبين البنت الثابتة النسب منه ؛ فوجب أن لا يثبت بينه وبين المحمول به من الزنا بسبب فعله ، أصله : الميراث والنفقة [(٤)] .

٢١٩٠٠ – قلنا : نقول بموجب العلة ؛ لأن التحريم لايثبت عندنا بينهما بسبب فعله ، وإنما ثبت ؛ لأنها مخلوقة من مائه ، وهذا فعل الله تعالى .

٢١٩٠١ – فإن أسقطوا هذا الوصف انتقضت العلة بمن زنى بأمه فولدت بنتا ، والمعنى في الميراث والنفقة : أنه لا يثبت بينه وبين ابنته الكافرة المملوكة ، جاز أن يثبت بينه وبين بنته من الزنا [(٥)] .

٢١٩٠٢ – قالوا : تحريم النكاح حكم [(٦)] يتعلق بالولادة ، فوجب أن لا يتعلق بماء الزاني ، أصله : النفقة والولاية ، والميراث ، ورد الشهادة ، وذوى القصاص ، وثبوت النسب .

٢١٩٠٣ – قالوا : ونريد بالولاية التولد [(٧)] من الفاعل [(٨)] .

---

(١) سورة النساء : الآية ٢٣ .

(٢) هو : هلال بن أمية بن عامر بن قيس بن عبد الأعلم بن عامر بن كعب بن واقف الأنصاري الواقفي شهد بدرًا وما بعدها ، وهو أحد الثلاثة الذين تيب عليهم ، عاش إلى خلافة معاوية . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٦٠٧/٣) .

(٣) هو : شريك بن عبدة بن مغيث بن الجد بن عجلان البلوى ، حليف الأنصار وسحماء اسم أمه ، وهو الذي قذفه هلال بن أمية بامرأته . وانظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (١٥٠/٢) ، والحديث أخرجه البخاري ، كتاب التفسير ، تفسير سورة النور باب (٣) ، من حديث عكرمة عن ابن عباس ، فتح الباري (٤٤٩/٨) .

(٤) انظر : شرح السنة للبغوي (٢٦٣/٩) .

(٥) انظر : أحكام القرآن (٢٨٨/٣) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : الأم (١٥٣/٥-١٥٥) .

٢١٩٠٤ - قلنا : التحريم لا يتعلق بماء الزاني متولد الولد من الماء الذي سببه الزنا . فإن أرادوا هذا انتقضت العلة بتحريم الولد على الزانية ؛ لأنه حكم يتعلق بالتولد ويتعلق بتولد ولدها من ماء الزاني .

٢١٩٠٥ - وما ذكروه من ذوي القصاص لا نسلمه ؛ لأنه يعتق عندنا عليه ، وإذا قتله لا يقتص منه ولا تقبل شهادة أحدهما للآخر .

٢١٩٠٦ - وأما النفقة والولاية : فأحكام الميراث سقط في بنته المملوكة مع ثبوت التحريم ، والنسب سقط في ولد الملاعنة مع ثبوت التحريم (١) .

٢١٩٠٧ - قالوا : الولادة يتعلق بها التحريم للولد على الوالد وعلى ولده ، فلما لم يثبت التحريم في مسألتنا على ولد الزاني وأخته ، لم يثبت التحريم في حقه (٢) .

٢١٩٠٨ - قلنا : هذا غير مسلم ، وكل من يحرم عليه الولد الثابت النسب يحرم عليه هذا الولد .

٢١٩٠٩ - قالوا : لو أرضعت الزانية بلبنها بنتًا ؛ لم تحرم على الزاني (٣) .

٢١٩١٠ - قلنا : هذا غير مسلم .

٢١٩١١ - قالوا : يجوز للزاني دفع زكاته إليها .

٢١٩١٢ - قلنا : لا نسلم ذلك ، ولا يجوز دفع زكاته إلى ولده من الزنا .

* * *

---

(١) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٢٢٠/٣) .

(٢) انظر : الأم (١٥٦/٥) ، والمهذب (٥٥/٢) .

(٣) انظر : المهذب (٥٦/٢) .

مسألة ١٠٦٢

إعفاف الابن أباه

٢١٩١٣ - قال أصحابنا : لا يجب على الابن إعفاف أبيه [١] .

٢١٩١٤ - وقال الشافعي في الدعوى : يجب عليه إذا احتاج أبوه إلى الوطء أن يزوجه أو يشتري له جارية .

٢١٩١٥ - قالوا : وله قول آخر أنه لا يلزمه [٢] .

٢١٩١٦ - لنا : أن ما لا نخاف التلف لفقد جنسه ، لا يجب عليه لأبيه كشراء الطبيب .

٢١٩١٧ - ولأن الأب لا يلزمه ذلك لابنه ؛ فلا يجب على الابن لأبيه ، أصله : ما ذكرنا .

٢١٩١٨ - ولا يقال : إن الابن يلزمه لأبيه مالا يلزم الأب له ، ولهذا لا يقتص [٣] منه .

٢١٩١٩ - ولأن حرمة الأب آكد من حرمة الابن ؛ وذلك لأن تأكد الحرمة جعل الولد كأعضاء الأب ، حتى لا يقتص منه ، فكذلك حرمته في حق الابن ؛ فجعل كالابن، فلا يجب عليه مالا يجب على نفسه لنفسه .

٢١٩٢٠ - ولأن الإعفاف كما لم يلزم الابن لنفسه لم يلزمه لأبيه ، كالتمكين من المال ، وعكسه : الطعام ، والكسوة . ولأنه أحد الوالدين ، فلا يجب على الابن إعفافه ، كالأم [٤] .

---

(١) انظر : قول الأحناف في المبسوط (١٢٢/٥) ، وفيه يقول : « وعلى الابن أن يعف أباه فيستغني به عن نكاح الأمة ولكن هذا ليس بصحيح » .

(٢) انظر : قولي الشافعي رحمه الله في : مغني المحتاج (٢١١/٣) ، قليوبي وعميرة (٢٦٩/٣) ، الأم : كتاب الدعوى ، باب دعوى الولد (٢٥٠/٦ ، ٢٥١) ، نهاية المحتاج (٣٢٢/٦) . ويرى الإمام مالك رحمه الله : أن الابن لا يلزمه إعفاف أبيه ، كما هو مذهب أبي حنيفة رحمه الله . وللحنابلة روايتان : أظهرهما : أنه يلزمه ذلك ، والأخرى : لا يلزمه . انظر : الإفصاح عن معاني الصحاح ، لابن هبيرة الحنبلي (١١٧/٢) .

(٣) في (م) ، (ن) ، (ع) : [لا يقتضي] ، ولا وجه له .

(٤) انظر : المبسوط (١٢٢/٥) .

٢١٩٢١ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ [(١)] .
وبقوله : ﴿ فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ ﴾ [(٢)] .

٢١٩٢٢ - قلنا : نطقه لا دلالة فيه ، ومفهومه أنه لا يدخل عليهما ضرر ، وترك التزويج ليس هو إدخال ضرر من جهة الابن ، وإنما هو بعقد ما يتوصل به إلى ذلك ، يبين ذلك : أنه ذكر الوالدين ، ثم لا يجب عليه إعفاف أمه بتزويجها ؛ فعلم أن المراد به ما ذكرنا [(٣)] .

٢١٩٢٣ - قالوا : لأنه مما يحتاج إليه الأب حاجة شديدة ويلحقه ضرر بفقده ، فصار كقوته وكسوته [(٤)] .

٢١٩٢٤ - قلنا : يبطل بفقد الطيب لمن ألف ذلك ويلحقه ضرر بفقده ، وبفقد الملابس الفاخرة ، والأطعمة اللذيذة ، والمعنى في الأصل : أنه يلزمه لنفسه [(٥)] فجاز أن يلزمه لأبيه ، والنكاح لا يلزمه لنفسه [(٦)] إن احتاج إليه ، كذلك لا يلزمه لأبيه [(٧)] .

---

(١) سورة لقمان : الآية ١٥ .
(٢) سورة الإسراء : الآية ٢٣ .
(٣) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « قالوا : من لزمه نفقته لم يلزمه إعفافه ، كالأم والابن » .
(٤) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « إنه معنى تفتقر إليه النفس غالبا ، فجاز أن يلزم الابن كفاية أبيه ، كالنفقة والكسوة » .
(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٦) ساقطة من (ص) .
(٧) انظر : المبسوط (١٢٣/٥) .

مسألة ١٠٦٣

نكاح الأب جارية ابنه

٢١٩٢٥ - قال أصحابنا : يجوز للأب أن يتزوج جارية ابنه (١) .

٢١٩٢٦ - وقال الشافعي : لا يجوز (٢) .

٢١٩٢٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ﴾ (٣) ، ولم يفصل .

٢١٩٢٨ - وقوله : ﴿ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾ (٤) .

٢١٩٢٩ - ولأنه لا ملك له في رقبتها ، ولا هي موقوفة على ملكه ، كجارية الأجنبي .

٢١٩٣٠ - ولا يلزم : الجارية المشتركة ؛ لأن له فيها ملكًا .

٢١٩٣١ - ولا يلزم : جارية المكاتب ؛ لأنها موقوفة على ملك المولى .

٢١٩٣٢ - ولأنه عقد يتناول المنفعة ؛ فجاز أن يعقده الأب مع الابن ولأنه سبب يتوصل به إلى الوطء ؛ فجاز أن يعقده الأب في جارية الابن ، كالشراء .

٢١٩٣٣ - ولأن كل حرين يجوز لأحدهما أن يتزوج جارية الآخر ، يجوز للآخر أن يتزوج جاريته ، كالأخوين .

٢١٩٣٤ - ولأن شبهة الأب لو منعت التزويج منعت الابن الوطء كشبهة المولى في مال المكاتب (٥) .

---

(١) انظر قول الأحناف في : المبسوط (١٢٢/٥) ، مجمع الأنهر (٣٦٨/١) ، حاشية ابن عابدين (٤٧/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٢٣٤/٣ ، ٢٣٥) ، البحر الرائق (١٠٥/٣) ، يقول الإمام السرخسي : « وإذا تزوج الحر أمة ابنه جاز النكاح عندنا » .

(٢) انظر قول الشافعي في : المهذب (٥٩/٢) ، المجموع (٢٤٠/١٦) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للقفال الشاشي (٢٩٣/٦) ، يقول الشيرازي في المهذب : « ويحرم على الأب نكاح جارية ابنه » . ويرى مالك وأحمد رحمهما الله أنه لا يجوز للأب أن يتزوج جارية ابنه ، كما هو مذهب الإمام الشافعي رحمه الله انظر : الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة الحنبلي (١٣١/٢) ، المغني لابن قدامة (٦١٠/٦) ، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (١٠٣/٢) .

(٣) سورة النور : الآية ٣٢ .

(٤) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين (٤٧/٣) ، وفيها يقول : « الأصل عندنا أن كل وطئ يحل بملك يمين يحل بنكاح ، وما لا فلا » .

٢١٩٣٥ - فإن قيل : المكاتب إنما لا يطأ لضعف [١] ملكه ، والوطء بالملك لا يستباح إلا بملك قوي [٢] .

٢١٩٣٦ - قلنا : شبهة كل واحد من الشريكين تمنع الآخر من الوطء ، وإن قوي الملك [٣] .

٢١٩٣٧ - احتجوا : بقوله « أنت ومالك لأبيك » [٤] .

٢١٩٣٨ - قلنا : هذا متروك الظاهر باتفاق ، فإذا سقط ظاهره حمل على جواز أخذه ما يحتاج إليه من ماله .

٢١٩٣٩ - قالوا : جارية له فيها شبهة ملك تسقط الحد ، فوجب أن تمنع التزويج كجارية مكاتبه [٥] .

٢١٩٤٠ - قلنا : جارية المكاتب موقوفة على ملك المولى ، بدلالة : أن الملك فيها غير مستقر فإما أن يستقر للمولى بالعجز ، أو للمكاتب بالعتق ، فصار حق أحدهما كحق الآخر ، فلم يجز لأحدهما تزويجها ، كالجارية بين الشريكين ، وفي مسألتنا ملك الابن فيها مستقر ، وشبهة الأب جواز التصرف عند الحاجة ، وذلك لا يمنع التزويج كشبهة الابن في مال الأب ، وكشبهة العبد في مال مولاه [٦] .

٢١٩٤١ - قالوا : لو وطئها ثبت نسب ولدها بالاستيلاد ، [فصار كالجارية المشتركة [٧] .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « ويخالف أمة المكاتب ، فإن ملك المكاتب عليها غير تام ، وملك الأب تام على أمته يملك وطئها » .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « قالوا : لو منعت شبهة الأب نكاحها لمنعت المالك من وطئها ، كأمة المكاتب » .

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (١٧٩/٢) ، وأبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، باب الرجل يأكل من مال ولده (٢٥٩/٢) ، وابن ماجه في كتاب التجارات ، باب مال الرجل من مال ولده من طريق جابر (٧٦٩/٢) ، والطبراني في الكبير عن سمرة (٢٧٨/٧) ، وقال أبو حاتم : فيه عبد اللّٰه بن إسماعيل الجوداتي ، وهو لين ، وبقية رجاله ثقات . ووجه الدلالة من الحديث : هو أن للأب شبهة في مال ابنه ، بدليل : أنه يجب عليه إعفافه ، فصارت كجارية نفسه . انظر المجموع (٢٤٠/١٦) .

(٥) انظر : المهذب (٥٩/٢) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « وقالوا : لو منعت شبهة الأب نكاحها لمنعت المالك من وطئها ، كأمة المكاتب » .

(٧) انظر : المهذب (٦٩/٢) .

٢١٩٤٢ - قلنا : النسب والاستيلاد] (١) إنما ثبت لأن الأب ثبت له حق في مقدار حاجته من مال ولده ، وبه إلى ثبوت النسب حاجة متى وطئها بغير نكاح ، فأما الجارية المشتركة ؛ فلو تزوجها لاجتمع ملك اليمين مع النكاح/ ، وهما لا يجتمعان ، وفي ٢٤٥/ مسألتنا : الأب لا يملك الجارية ، ولا هي موقوفة على ملكه ، فصار كجارية الغنى (٢) .

٢١٩٤٣ - قالوا : عندنا يجب عليه أن يعقد ، فيصير الأب قادرًا على تزوج حرة ، فلا يجوز (٣) أن يتزوج أمة (٤) .

٢١٩٤٤ - قلنا : الابن مخير : إن شاء زوجه حرة ، وإن شاء ملكه أمة عندكم ، فلا يكون قادرًا على تزويج حرة ، ولو كان كذلك ؛ فقد بينا أن هذا المعنى لا يمنع من تزويج الأمة (٥)

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٢) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « قالوا : لا يملكها ولا هي موقوفة على ملكه ، فأشبه جارية الأب » .
(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٤) انظر : المهذب (٥٨/٢) .
(٥) انظر : حاشية ابن عابدين (٤٧/٣) .

مسألة ١٠٦٤

سقوط المهر بقتل الزوجة نفسها

٢١٩٤٥ - قال أصحابنا : إذا قتلت الحرة نفسها قبل الدخول لم يسقط مهرها [١] .

٢١٩٤٦ - وقال أصحاب الشافعي : فيه وجهان ، أحدهما : أنه يسقط المهر .

٢١٩٤٧ - قالوا : ولو قتل المولى أمته سقط مهرها ، كقول أبي حنيفة [٢] ، وإن قتلت الأمة نفسها سقط مهرها [٣] .

٢١٩٤٨ - لنا : أنها فرقة حصلت بموتها فلا يسقط ما وجب لها من مهرها ، كما لو ماتت حتف أنفها ، والدليل على أن القتل موت : أنه موت بسبب ، وذلك [٤] لا يخرجه أن يكون موتًا ، ألا ترى أنه لو قال : إذا مت فأنت حر ، فقتل عتق ؛ لأن القتل موت بصفة ؟ .

٢١٩٤٩ - ولا يلزم المولى إذا قتل أمته ؛ لأنا قلنا : فلا يسقط ما وجب لها من المهر، وهناك لم يجب لها المهر ، وإنما وجب للمولى .

٢١٩٥٠ - ولأن قتلها نفسها لا يتعلق به حكم من أحكام القتل في أحكام الدنيا ، فجرى ذلك مجرى الموت .

٢١٩٥١ - ولا يلزم : إذا قتلت الأمة نفسها ؛ لأن ذلك يسقط مهرها في إحدى الروايتين .

---

(١) انظر : قول الأحناف في : المبسوط (١١٥/٥) ، مجمع الأنهر (٣٦٦/١) ، حاشية ابن عابدين (١٧٤/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٣٩٨/٣ ، ٣٩٩) ، البحر الرائق (١٩٨/٣ ، ١٩٩) ، حاشية الطحاوي على الدر المختار (٧٦/٢) يقول السرخسي : ولو قتلت الحرة المنكوحة نفسها قبل أن يدخل بها الزوج لم يسقط مهرها عندنا .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) انظر قولي الشافعية في : مختصر المزني ص ١٦٧ ، المهذب (٧٥/٢) ، المجموع (٣٥٣/١٦) ، مغني المحتاج (٢١٨/٣) ، قليوبي وعميرة (٢٧٤/٣) ، نهاية المحتاج (٣٣٢/٦) . ويرى المالكية : أنه إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول توارثا ولا صداق للمرأة ، كأحد قولي الشافعية . انظر : قول المالكية في : الإشراف على مسائل الخلاف ، للقاضي عبد الوهاب المالكي (١٠٨/٢) - والكافي في فقه أهل المدينة للإمام ابن عبد البر (٥٥٣/٢) ويرى الحنابلة : عدم سقوط المهر ، كقول الأحناف انظر : المقنع (٨٨/٣) ، المغني (٧٥٢/٦) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

٢١٩٥٢ - ولا يلزم : إذا قتلت مولاها ؛ لأن حكم القتل يتعلق [١] بقتله ، وهو الكفارة .

٢١٩٥٣ - ولأن قتل الإنسان نفسه لا يسقط حقوقه الثابتة له [٢] على الناس ، أصله : سائر الديون .

٢١٩٥٤ - ولا يلزم : المولى إذا قتل أمته ؛ لأن قتل الإنسان غيره يجوز أن يسقط حقوقه ، بدلالة : ميراثه من المقتول ؛ لأن المستحق للبدل إذا منع المبدل قبل التسليم ؛ قام مقام قوله : أبرأت [من البدل ، ومعلوم أنها تمنع نفسها في آخر أجزاء حياتها وهي مريضة في تلك الحال] [٣] فلا يصح إبراؤها لوارثها .

٢١٩٥٥ - ولهذا نقول : إن المولى إذا قتل أمته سقط مهرها ؛ لأن منعه لها كإبرائه من المهر ، وإبراؤه للزوج صحيح [٤] .

٢١٩٥٦ - فإن قيل : فيجب إذا كان زوجها عبدًا أن يصح إبراؤها له ؛ لأنه غير وارث .

٢١٩٥٧ - قلنا : الحالة التي تصير مانعة أضيق من أن يتصور فيها لفظ البراءة ، فإذا لم تتم البراءة لم يسقط المهر .

٢١٩٥٨ - احتجوا : بأنها فرقة وقعت من جهة الزوج قبل الدخول بها ، فوجب أن يسقط مهرها قياسًا على ردتها ، وإذا أرضعت الزوجة قبل الدخول زوجة لزوجها صغيرة [٥] .

٢١٩٥٩ - قلنا : في كل واحد من هذين الموضعين استحقت نصفها على زوجها قبل الدخول ، بدلالة : أنه عاد إلى ملكها وجاز تصرفها فيه ، فلذلك سقط بدله ، وفي مسألتنا لم تستحق بالبضع ولم يعد إليها ، وإنما جنت على نفسها ، وجناية الإنسان على نفسه لا يتعلق بها حكم من أحكام الدنيا ، فصارت كالموت [٦] .

* * *

(١) ساقطة من (م) . (٢) ساقطة من (م) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٤) انظر : حاشية ابن عابدين ١٧٤/٣ ، البحر الرائق (١٩٩/٣) .
(٥) انظر : المهذب (٧٥/٢) . (٦) انظر المبسوط (١١٥/٥) .

مسألة ١٠٦٥

إجبار السيد عبده على النكاح

٢١٩٦٠ - قال أصحابنا : يجوز للمولى إجبار عبده على النكاح ، وروي عن أبي حنيفة .

٢١٩٦١ - قال أصحابنا في غير الأصول : إنه لا يملك ذلك [١] .

٢١٩٦٢ - وبه قال الشافعي واختلف أصحابه في العبد الصغير ، فمنهم من جوز إنكاحه ، ومنهم من منع ذلك [٢] .

٢١٩٦٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ﴾ [٣] ، فلم يشترط فيه الإذن [٤] .

٢١٩٦٤ - فإن قيل : ذكر الأيامى لا يجوز تزويجهن إلا بإذنهن [٥] .

---

(١) انظر : قول الأحناف في : المبسوط (١١٣/٥) ، مجمع الأنهر (٣٦٩/١) ، حاشية ابن عابدين (١٧٢/٣) ، البحر الرائق (١٩٧/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٣٩٧/٣) . يقول السرخسي : وللمولى أن يكره أمته أو عبده على النكاح .

(٢) انظر قول الشافعي في : الأم (٤٥/٥) ، المهذب (٤٨/٢) ، حلية العلماء (٣٩٢/٦) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١٢٣/٤) ، المحلى لابن حزم (٥٥/١١) مسألة رقم (١٨٣٨) . يقول القفال الشاشي : « فأما العبد البالغ ، فهل يملك مولاه تزويجه بغير رضاه ، فيه قولان : قال في القديم : يملك وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، وإحدى الروايتين عن أحمد ، وقال في الجديد : لا يملك . ويرى المالكية : إجبار السيد عبده على النكاح كقول أبي حنيفة . انظر : بداية المجتهد (٩/٢) ، وفيه يقول : « واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده ، والوصي محجوره البالغ ، أم ليس يجبره ، فقال مالك : يجبر السيد عبده على النكاح » اهـ . ويرى الحنابلة أن السيد لا يملك إجبار عبده على النكاح كقول الشافعية انظر المغني (٥٠٦/٦) ، وفيه يقول : « ومن زوج عبده وهو كاره ؛ لم يجز ، إلا أن يكون صغيرا » اهـ . وسبب الخلاف بين العلماء في هذه المسألة : هو هل نكاح العبد من حقوق السيد أم لا ، فمَن قال : من حقوقه قال : يجبره ، ومن قال : ليس من حقوقه بل هو من حقوق العبد قال لا يجبره . انظر بداية المجتهد (٥/٢) .

(٣) سورة النور : الآية ٣٢ وما بين القوسين ساقط من (ج) ، (د) .

(٤) انظر : المحلى لابن حزم (٥٦/١١) .

(٥) أي : أن الأمر بإنكاحه يختص بحال طلبه بدليل عطفه على الأيامى ، وإنما يزوجهن عند الطلب ، ومقتضى الأمر الوجوب ، وإنما يجب تزويجه عند طلبه . انظر : المغني (٥٠٦/٦) .

٢١٩٦٥ - قلنا : الظاهر يقتضي أن نكاحهن لا يقف على الإذن ، إلا إذا انصرفنا عن الظاهر بدلالة .

٢١٩٦٦ - ولأنه معنى لا يملكه العبد من نفسه وهو مما يملك ، فملكه المولى عليه كإجارته وبيعه ؛ لأنه يملك بيع رقبته بحق ملكه فيملك تزويجه كالأمة .

٢١٩٦٧ - ولأن كل عقد يملكه من مملوكته ومن عبده ، أصله : الإجارة [١] .

٢١٩٦٨ - ولأن النكاح من مصالح الدين والدنيا ومصالح العبد لا يفتقر المولى إلى إذن العبد فيها ، كالحجامة والفصد وشرب الدواء [٢] .

٢١٩٦٩ - احتجوا : بأنه عاقل مكلف ؛ فلا يجوز تزويجه بغير إذنه ، كالحر [٣] .

٢١٩٧٠ - قلنا : التكليف والعقل موجودان في الأمة ، ويجوز إجبارها على النكاح [٤] .

٢١٩٧١ - ولأن الحر لما ملك تزويج نفسه تولي حكمه في النكاح ، وفي مسألتنا : العبد لا يملك التزويج فجاز أن يملك عليه .

٢١٩٧٢ - ولا يلزم : المكاتب ؛ لأنه يملك تزويج أمته [٥] .

٢١٩٧٣ - قالوا : من ملك الطلاق لم يجز تزويجه بغير إذنه ، كالحر [٦] .

٢١٩٧٤ - قلنا : ملكه الطلاقَ لَمَّا لم يدل على ملكه للعقد لم يدل على أنه لا يجبر عليه ، والمعنى في الحر : أنه لا يُولَّى عليه في عقد الإجارة ، فلم يول عليه في عقد النكاح والعبد بخلافه [٧] .

٢١٩٧٥ - قالوا : [إذا كان يملك الطلاق] [٨] فلا فائدة في تزويجه مع كراهيته ؛

---

(١) قياس نكاح العبد على إجارته قياس مع الفارق ؛ لأن النكاح يفارق الإجارة ؛ لأنها عقد على منافع بدنه ، وهو يملك استيفاءها ، وكذلك قياس إجباره على النكاح على إجبار الأمة قياس مع الفارق ؛ لأن الأمة يملك منافع بضعها والاستمتاع بها بخلاف العبد . انظر : المغني (٥٠٦/٦) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (٣٩٧/٣) .

(٣) انظر : المغني (٥٠٦/٦) .

(٤) لا نسلم ذلك ؛ لأن الأمة يملك منافع بضعها والاستمتاع بها بخلاف العبد .

(٥) انظر : البحر الرائق (١٩٧/٣) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « لنا : هو أن من ملك الطلاق في الحال لم يجبر على النكاح كالحر » .

(٧) انظر : حاشية ابن عابدين (١٧٢/٣) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

لأنه يطلقها في الحال [١] .

٢١٩٧٦ - قلنا : بل فيه فائدة صحيحة ، وهي أن المولى مندوب إلى أن يعف مملوكه من الزنا فإذا زوجه فقد فعل ما ندب إليه ، وإذا طلقها العبد لم يفت غرض المولى فيما قصد من الفرقة على أنه تزوج أمته مع كراهتها ، وإن لم يؤمن أن ترتد قبل الدخول فتقع الفرقة [٢] .

٢١٩٧٧ - فإن قالوا : إنها لا تملك ذلك [٣] .

٢١٩٧٨ - قلنا : معنى قولكم : لا تملك أنه محظور عليها ، فكذلك نقول : إن العبد إذا زوجه مولاه فمحظور عليه أن يطلقها .

٢١٩٧٩ - قالوا : المولى بالنكاح يملك عقدة الاستباحة بمهر يكتبه في ذمته ، كما لو ابتاع له شيئًا [٤] .

٢١٩٨٠ - قلنا : إذا ابتاع له شيئًا بإذنه لم يصح ؛ لأن الثمن يلزم المولى بالعقد ، ثم يصير له على عبده دينًا ، والمولى لا يثبت له على عبده دين [٥] .

٢١٩٨١ - قالوا : فإذا لم يجز بإذنه ، لم يخبر بغير إذنه ، وليس كذلك النكاح ؛ لأنه يجوز أن يعقده على عبده بإذنه واكتسابه له فجاز أن يعقده بغير إذنه ، على أن المولى يعقد لعبده النكاح بمهر يكتبه في رقبته وهي ماله [٦] ، فكأنه عقد بمال نفسه .

٢١٩٨٢ - قالوا : المولى لا يعقد على أمته النكاح بالولاية ، وإنما يعقد على ملك نفسه ، وهو لا يملك من عبده ما يملكه من أمته ، فلا يجوز عقده عليه [٧] .

٢١٩٨٣ - قلنا : هو يعقد على ما يملك في الوجهين ، فيعقد [على الأمة على منافع يملكها بعوض يخلصه لنفسه] [٨] ، ويعقد في عبده على مهر يثبت في رقبته ، وهو يملكها فحصل بذلك المال لاستباحة العبد العقد في المعقود عليه [٩] ، ملكه في الوجهين ، وإن حصل للعبد استباحة لا يملكها [١٠] .

---

(١) انظر : المغني (٥٠٦/٦) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣٩٧/٣) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : حلية العلماء (٣٦٢/٦) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) أي : الأمة التي يزوجها السيد لعبده هي : أمته .

(٧) المغني لابن قدامة (٥٠٧/٦) .

(٨) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع)

(٩) انظر : المبسوط (١١٣/٥) . ولا نسلم ذلك ؛ لأن تزويج الأمة عقد للمولى ؛ لأنه يملك به المهر والنفقة وتزويج العبد عقده لتمليك العبد .

(١٠) انظر : المغني (٥٠٦/٦) .

مسألة ١٠٦٦

إجبار السيد أم ولده على النكاح

٢١٩٨٤ – قال أصحابنا : يجوز للمولى إجبار أم ولده على النكاح (١) .

٢١٩٨٥ – وقال الشافعي : لا يجوز (٢) .

٢١٩٨٦ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ ﴾ (٣) ، وهذه أمته .

٢١٩٨٧ – ولأنه يملك وطئها بحق الملك ، كالمدبرة .

٢١٩٨٨ – ولأنه عقد يتضمن المنافع فملك أن يجبر أم ولده عليه ، أصله : الإجارة .

٢١٩٨٩ – ولأنه يملك بدل بضعها كالأمة القن .

٢١٩٩٠ – [ولأن من ملك إجباره على الإجارة ملك إجباره على النكاح ، كالأمة القن] (٤) .

٢١٩٩١ – احتجوا : بأنها يثبت لها حق الحرية ، كالمكاتبة (٥) .

٢١٩٩٢ – قلنا : المكاتبة لا يملك إجبارها على الإجارة فلم يملك إجبارها على النكاح ، ولما ملك إجبار أم ولده على الإجارة كذلك النكاح .

---

(١) انظر قول الأحناف في : حاشية ابن عابدين (١٧٠/٣) ، مجمع الأنهر (٣٦٩/١) ، شرح فتح القدير (٣٩٧/٣) ، المبسوط (١١٣/٥) .

(٢) للشافعي رحمه الله في المسألة قولان نص عليهما ابن المنذر ، وابن هبيرة ، يقول ابن المنذر : « واختلفوا في إكراه الرجل أم ولده على النكاح ، فكان ربيعة يكره أن يزوجها بغير إذنها ، وبه قال الشافعي [رحمه الله] إذ هو بالعراق ، وقال : هو مفسوخ ، وكذلك قال بمصر ، وقال مرة : له أن يزوجها ، وقال مالك آخر مرة : ليس له أن يزوجها » انظر : الإشراف لابن المنذر (١٢٣/٤) . وللإمام : مالك رحمه الله روايتان : أشهرهما : ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها . أما الحنابلة ، فإنهم يرون أن للسيد إجبار أم ولده على النكاح ، كالأمة القن ، كما هو مذهب الأحناف . انظر : قول المالكية والحنابلة في : المغني لابن قدامة (٥٠٥/٦) ، الإفصاح عن معاني الصحاح (١١٨/٢) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (١٢٣/٤) ، الكافي (٥٤٥/٢) .

(٣) سورة النور : الآية ٣٢

(٤) أي : أن أم الولد لا يجبرها سيدها على النكاح قياسًا على المكاتبة بجامع ثبوت حق الحرية لكل منهما . انظر : المهذب (٤٨/٢) .

(٥) ساقط من (ن) ، (ع) .

٢١٩٩٣ - ولأن المكاتبة خرجت عن يده بالعقد ، فصارت كالأجنبية ، ولهذا لا يستحق بدل بضعها ، وفي مسألتنا بخلافه [(١)] .

* * *

(١) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣٩٧/٣) .

مسألة ١٠٦٧

مسألة العزل

٢١٩٩٤ - قال أبو حنيفة ، ومحمد : لا يجوز أن يعزل عن الزوجة الأمة إلا بإذن مولاها .

٢١٩٩٥ - وقال أبو يوسف : بإذنها [١] .

٢١٩٩٦ - وقال الشافعي : له أن يعزل عنها بغير إذن أحد [٢] .

٢١٩٩٧ - لنا : أنها زوجة ، فلا يجوز أن يعزل عنها إلا بإذن ، كالحرة .

٢١٩٩٨ - ولأن المولى له حق في أولادها لأنه يملكهم ، كما أن الحرة لها حق في أولادها [من الحضانة ، فإذا لم يجز إسقاط حق الحرة عن الولد إلا بإذنها] [٣] كذلك حق المولى [٤] .

٢١٩٩٩ - احتجوا : بأنها أمة فجاز العزل عنها بغير إذن ، كأمته [٥] .

٢٢٠٠٠ - قلنا : أمته لا حق له في ولدها ؛ لأنه لا يثبت لها فيه حضانة ، فالحق

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٣٣٤/٢) ، مجمع الأنهر (٣٦٦/١) ، حاشية ابن عابدين (١٧٥/٣) ، البحر الرائق (١٩٩/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٤٠٠/٣ ، ٤٠١) ، حاشية الطحاوي على الدر المختار (٧٦/٢) ، يقول الكاساني : إذا كانت المرأة أمة الغير فإنه يكره العزل عنها من غير رضًا لكن يحتاج إلى رضاها أو رضا مولاها .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في : المهذب (٨٥/٢) ، المجموع (٤٢٢/١٦) ، الإشراف لابن المنذر (١٥٦/٤) أما المالكية والحنابلة : فإنهم يرون أنه لا يعزل عن زوجته المملوكة لغيره ، إلا بإذن مولاها كقول أبي حنيفة . انظر قولهما في : الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة (١٤٠/٢) ، المقنع (١٠٣/٣) ، شرح منتهى الإرادات (٩٦/٣) ، ط دار الفكر بيروت قال ابن عبد البر : لا خلاف بين العلماء أنه لا يعزل عن الزوجة الحرة إلا بإذنها ؛ لأن الجماع من حقها ، ولها المطالبة به ، ووافقه في نقل هذا الإجماع ابن هبيرة الحنبلي ، وكذا أمته المملوكة له . أما إذا كانت الموطوءة زوجته المملوكة لغيره ، فيرى الأحناف والمالكية والحنابلة أنه لا يعزل عنها إلا بإذن المولى ، ويرى الشافعية : أنه يعزل بدون إذن أحد ، وهذا ما نراه راجحًا ؛ لأن الاستمتاع بالأمة حق له لا حق لها فيه . راجع : المجموع (٤٢١/٨٦ ، ٤٢٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٤٠١/٣) .

(٥) انظر : المهذب (٨٥/٢) .

للمولى خاصة .

٢٢٠٠١ - وأما الزوجة الأمة ؛ فلمولاها في أولادها حق ؛ فلم يجز إسقاطه إلا برضاه (١) .

* * *

(١) انظر : البحر الرائق (٣/٢٠٠) ، وجواب الشافعية عن ذلك : بأنه إذا كانت زوجته مملوكة للغير ، فأولاده منها يلحقهم الرق ؛ لأن الولد يتبع أمه رقا وحرية ، ودفعًا لهذا العار جاز له أن يعزل عنها بدون إذن أحد ، بالإضافة إلى أنه ربما يستأذنه في ذلك ولا يعزل ؛ لأنه لا يعلم ذلك إلا الزوج فقط ، وربما لا تشعر الزوجة بذلك .

مسألة ١٠٦٨

طلب العبد النكاح

٢٢٠٠٢ - قال أصحابنا : إذا طلب العبد النكاح لم يجب على المولى تزويجه (١) .

٢٢٠٠٣ - وقال الشافعي : يجب عليه (٢) .

٢٢٠٠٤ - لنا : أنه ملكه فلا يجب (٣) تزويجه كأمته (٤) .

٢٢٠٠٥ - فإن قيل : المولى يملك وطئ أمته ، فلذلك لا يلزمه تزويجها .

٢٢٠٠٦ - قلنا : يبطل بالأمة المجوسية وأخته من الرضاعة .

٢٢٠٠٧ - ولأنه عقد يتضمن المنافع ؛ فلا يجوز للمولى أن يعقده لعبده ، كالإجارة .

٢٢٠٠٨ - ولأن في النكاح ضررًا على المولى ؛ لأن قيمته تنقص ، وتستحق رقبته بالمهر والنفقة ، وما يضر بالمولى لا يلزمه لعبده كعتقه وتدبيره (٥) .

٢٢٠٠٩ - احتجوا : بأنه محجور عليه ، فإذا طلب التزويج وجب تزويجه ، كالمدبر (٦) .

٢٢٠١٠ - قلنا : السفيه عندنا غير محجور عليه [فإذا طلب التزويج] (٧) فلا نسلم الوصف في الأصل ، فلو سلمنا انتقض بالصغير .

٢٢٠١١ - ولأن السفيه له حاجة في النكاح ومنفعة والضرر يلحق بماله ، وأما العبد له منفعة في النكاح والضرر يلحق بمال المولى فلذلك لم يلزمه (٨) .

---

(١) انظر قول الأحناف في : المبسوط (١٢٥/٥) ، بدائع الصنائع (٢٣٤/٢) ، البحر الرائق (١٩٠/٣) ، أحكام القرآن للجصاص (٣١٩/٣) .

(٢) انظر قول الشافعي في : الأم (٤٥/٥) ، مغني المحتاج (١٧٤/٣) ، المهذب (٤١/٢) ، حلية العلماء (٣٦٣/٦) ، وفيها يقول : « فإن طلب العبد من مولاه التزويج ؛ لم يجبر على إجابته في أصح القولين ، وهو قول أبي حنيفة ، والقول الثاني : إنه يجبر ، وهو قول أحمد » اهـ . ويرى المالكية : أنه ليس بواجب وجوب حتم على أحد أن يزوج عبده أو أمته كما هو مذهب الأحناف . انظر قول المالكية في : كتاب الكافي (٥٤٥/٢) . ويرى الحنابلة : أنه إذا طلب العبد أو الأمة التي لا يطؤها من سيدهما النكاح أجبر السيد على ذلك ، وإذا امتنع أجبره الحاكم . انظر : المغني (٥٠٥/٦) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) لا نسلم ذلك ؛ لأن الأمة يملك الاستمتاع بها بخلاف العبد .

(٥) لا نسلم ذلك ؛ لأن العبد كذلك يتضرر من عدم النكاح إذا تاقت نفسه إليه وربما دفعه ذلك إلى الوقوع في المحظور ، فيدفع تضرره بتزويجه ، وليس في تزويجه ضرر لسيده ؛ لأن أولاده سيكونون ملكًا لسيده لا ملكًا له .

(٦) انظر : المغني (٥٠٥/٦) .

(٧) ساقط من (م) .

(٨) انظر : البحر الرائق (١٩٠/٣) . ولا نسلم ذلك ؛ لأن العبد إذا اشتدت حاجته إلى النكاح ؛ وجب =

مسألة ١٠٦٩

تزويج السيد ابنته من مكاتبه أو ابنه من مكاتبته

٢٢٠١٢ - قال أصحابنا : إذا زوج ابنته من مكاتبه ، ثم مات المولى ، لم يفسد النكاح ، وكذلك لو تزوج الابن مكاتبة أبيه (١) .

٢٢٠١٣ - وقال الشافعي : يبطل النكاح في أحد قوليه (٢) .

٢٢٠١٤ - لنا : أن كل حالة يبقى دينها عليه جاز أن يبقى النكاح بينها وبينه . أصله : حال حياة الأب .

٢٢٠١٥ - ولأن الأب زوجها بمن ثبت له حق الحرية من جهته ، فإذا مات لم يبطل نكاحها ، كما لو زوجها بمدبره .

٢٢٠١٦ - ولأنه عقد يتضمن المنافع ، فإذا عقده الأب مع مكاتبه في حق ابنته ثم مات لم يبطل ، أصله : الإجارة .

٢٢٠١٧ - ولأنه مكاتب أبيها بعد موته ، بدلالة : أنه يعتق عنه ويستحق ولاءه ، كما كان مكاتبه/ في حال حياته ، فإذا لم يعقد النكاح في إحدى الحالتين كذلك الأخرى . ٢٤٦/أ

٢٢٠١٨ - والمسألة مبنية على أن رقبة المكاتب لا تنقل إلى الورثة ؛ لأن الموت سبب

= على سيده دفع تلك الحاجة قياسًا على الإطعام والكسوة . انظر : المغني (٥٠٥/٦) .

(١) انظر قول الأحناف في : حاشية ابن عابدين (١٧٠/٣) ، المبسوط (١٢٣/٥) ، شرح فتح القدير على الهداية (٣٩٥/٣) ، البحر الرائق (١٩٦/٣) ، كتاب الحجة على أهل المدينة للإمام محمد بن الحسن (٢٦٤/١٣) ، وفيه يقول : قال أبو حنيفة : لا بأس أن يزوج الرجل أمته ابنه ، وابنته من عبده إذا رضيا بذلك إن كانا بالغين ، وإن كانا صغيرين فذلك جائز .

(٢) انظر قول الشافعي ﷺ في : نهاية المحتاج (٢٨٨/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء (١٣٢/٤) ، المهذب (٤٠/٢) ، مغني المحتاج (١٦٥/٣) ، الأم (٢٠/٥) وفيه يقول : « ولو زوج رجل ابنته من عبد له ، أو لغيره لم يجز ؛ لأن العبد غير كفء » اهـ . ويرى المالكية والحنابلة فساد النكاح في الصورتين ، كما هو أحد قولي الشافعية ؛ لأن النكاح والملك لا يجتمعان . انظر : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر (٥٤٦/٢) ، والمغني (٥٠٨/٦) .

لنقل الملك فلا ينتقل الملك في حياة المكاتب ، أصله : البيع .

٢٢٠١٩ - ولأنه نقل ملك بالموت ، فلا يثبت في المكاتب ، كالوصية .

٢٢٠٢٠ - ولأنه يثبت له حق الحرية ، فلا ينتقل الملك فيه بالموت ، كأم الولد (١) .

٢٢٠٢١ - فإن قيل : الموت آكد في حل الأملاك من البيع .

٢٢٠٢٢ - قلنا : هو كذلك (٢) ، إلا أن السبب المتأكد ينقل ما يحتمل النقل ، فما لا يحتمل النقل بالسبب المتأكد وغيره سواء في امتناع الانتقال ، بدلالة : أم الولد ، والحر (٣) .

٢٢٠٢٣ - فإن قيل : البيع تمليك مبتدأ ، فكذلك ينتقل في المكاتب ، والميراث يخلف الوارث فيه الميت ، فلا ينتقل إليه بذلك ابتداء ، ولهذا يرد على بائعه بالعيب ، إذا قام الوارث مقام المورث فيه ملكه كما كان الميت يملكه .

٢٢٠٢٤ - قلنا : إنما يقوم الوارث مقام الميت فيما يحتمل انتقال الملك ، فأما مالا يحتمل النقل فلا يقوم فيه مقامه ، كما لا يقوم مقامه في منافع بضع امرأته (٤) .

٢٢٠٢٥ - وقد قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إن الرد بالعيب نقص ، وليس تمليكًا مبتدأ ، وإنما يعود على حكم الملك الأول ، إلا أن ذلك لا يكون فيما يحتمل نقل الملك حتى لو اشترى عبدًا فكاتبه ، ثم اطلع على العيب لم يرده ؛ لأنه صار بحيث لا يحتمل النقل ، وإن لم يكن الرد تمليكًا حادثًا وإنما هو رد بحكم الملك السابق (٥) .

٢٢٠٢٦ - فإن قيل : ينعقد عتقها ، فدل على أنها تملكه (٦) .

٢٢٠٢٧ - قلنا : عتقها براءة من الكتابة فيعتق عن الميت سقوط الدين ، ولهذا لو أعتقه أحد الورثة لم يعتق ؛ لأنه لا يملك إسقاط الدين ، ويدل عليه : أنها لا تملك إعتاقه عن نفسها ، وهي من أهل العتق عن نفسها ، فلو ملكته لجاز عتقه عنها إذا كانت من أهل ذلك (٧) .

---

(١) انظر : كتاب الحجة للإمام محمد بن الحسن (٢١٥/٣) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣٩٥/٣) ، ونجيب عن ذلك : بأنه بمجرد موت الأب تنقل إلى الورثة بعض رقبة المكاتب بالإضافة إلى أن المكاتب غير كفء لها وفي ذلك نقص عليها . انظر : الأم (١٩/٥) .

(٤) انظر : كتاب الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن (٢٦٧/٣) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير (٣٩٥/٢) .

(٦) انظر : المغني (٥٠٨/٦) .

(٧) انظر : حاشية ابن عابدين (١٧٠/٣) .

٢٢٠٢٨ - فإن قيل : لو كان لرجل ثلاثة أعبد وله ثلاثة بنات فزوج كل عبد بنتًا ، ثم أوصى بعتق أحد عبيده بغير عينه فسدت الأنكحة ، وكل واحدة من البنات لا تملك عتق زوجها عن نفسها .

٢٢٠٢٩ - قلت : هذه المسألة لا رواية فيها ، وإنما قالوا : فيمن له بنت واحدة ، وله ثلاثة أعبد فزوجها من أحدهم ، ثم أوصى بعتق أحدهم بغير عينه ومات بطل النكاح ؛ لأنها تملك إعتاق عبدين عن نفسها ، وبعتق الوصية في الثالث ، ومتى ملكت إعتاق زوجها عن نفسها [فقد ملكته فبطل نكاحها ، ولو كان أوصى أن يعتق زوج بنته ، وله ثلاثة ؛ لم يبطل النكاح ؛ لأنها لا تملك إعتاق زوجها عن نفسها] [1] .

٢٢٠٣٠ - فأما مسألة الالتزام : فإن قلنا : لا تفسد النكاح ؛ سقط السؤال ، وإن قلنا : يفسد النكاح [2] ؛ فكل واحدة تملك أن تبتدئ وتعتق زوجها عن نفسها ، وتصرف الوصية إلى [3] الآخرين ؛ فلذلك فسد النكاح ، يبين الفرق بينهما : أن الموت سبب لنقل الملك ، والوصية لم تتعين ، فلما تعين سبب نقل الملك فيه ، وليس هناك مانع معين انتقل ، وفي مسألتنا : وجد سبب النقل وهو الموت ، ونفس السبب المانع من النقل وهو الكتابة فلم ينتقل ، كما لو أوصى بعتق الزوج بعينه [4] .

٢٢٠٣١ - فإن قيل : هذا يؤدي إلى أن يكون المكاتب مملوكًا لا مالك له .

٢٢٠٣٢ - قلنا : كذلك نقول ، وهو غير ممتنع عندنا ، كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري والتركة إذا كان على الميت دين مستغرق .

٢٢٠٣٣ - وإذا ثبت أن الملك لا ينتقل ، قلنا : ثبت لها حق الملك ، وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء ، كالمكاتب إذا اشترى زوجته لم يفسد نكاحها ، ولو أراد أن يتزوج أمته لم يجز ، وكذلك لو اشترى المكاتب زوجة مولاه لم يفسد نكاحها ، ولو تزوج أمة مكاتبه لم يصح ، والعدة حق من حقوق النكاح ، فيمنع ابتداء النكاح ولا يمنع

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : المبسوط (١٢٣/٥) . يحاول الأحناف نفي الملك عن المكاتبة التي تزوجها ابن سيدها وعن المكاتب الذي تزوج ابنة سيده ، ولكنا نقول : إن الحرة يلحقها العار بكونها تحت عبد ؛ لأنها تعير به ، وتتضرر بسبب النفقة ، ولهذا خيرت بريرة لما عتقت تحت زوجها وكان عبدًا . انظر : المهذب (٤٠/٢) ، حلية العلماء (٣٥٤/٦) ، مغني المحتاج (١٦٥/٣) .

البقاء [١] .

٢٢٠٣٤ - احتجوا : بأن كل من منع من ابتداء النكاح لأجل الرق [٢] منع البقاء عليه ، أصله : العبد القن إذا زوجها عبده [٣] ثم مات [٤] .

٢٢٠٣٥ - قلنا : المعنى فيه : أنه لا يبقى دينها عليه فلم يبق النكاح بينهما ، ولما جاز في مسألتنا أن يبقى دينها عليه ، لم يبطل النكاح بينهما .

٢٢٠٣٦ - ولأن العبد القن تملك إعتاقه عن نفسها فلم يبق النكاح بينها وبينه ، وفي مسألتنا بخلافه [٥] .

* * *

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين (١٧٠/٣) .

(٢) في (م) : [الردة] .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) أي : أنه لا يجوز تزويج المكاتب ابنة سيده ، أو المكاتبة ابن سيدها قياسًا على عدم زواجهما للعبد القن . انظر : المغني (٥٠٨/٦) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير (٣٩٥/٣) .

مسألة ١٠٧٠

إسلام الحربي وتحته أختان أو أكثر من أربع

٢٢٠٣٧ - قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : إذا تزوج الحربي بعد نزول الأحكام والفرائض أختين أو خمس نسوة ، فإن كان تزوجهن في عقود متفرقة ثم أسلموا ؛ فنكاح الأخت الأولى صحيح ، ونكاح الثانية باطل ، وإن تزوجهما في عقدة واحدة ؛ فنكاحهما باطل ، وكذلك إذا (١) تزوج خمسًا في عقد ؛ فنكاح [الأربع جائز صحيح ، ونكاح الخامسة التي تزوجها آخرًا باطل ، وإن كان تزوجهن في عقدة واحدة ؛ فنكاح الجميع] (٢) باطل .

٢٢٠٣٨ - وقال محمد : يختار بعد الإسلام أربعة منهن ، ويختار إحدى الأختين في الوجهين جميعًا (٣) .

٢٢٠٣٩ - وبه قال الشافعي ، إلا أن الشافعي شرط في جواز الاختيار أن يسلمن قبل انقضاء عدتهن (٤) .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٣١٤/٢) ، المبسوط (٥٢/٥ ، ٥٣) ، حاشية ابن عابدين (٢٠٠/٣) ، شرح فتح القدير (٤١٥/٣) ، البحر الرائق (٢٠٩/٣) ، كتاب الحجة على أهل المدينة (٣٩٦/٣) .

(٤) انظر قول الشافعي ﷺ في : الأم (٤٩/٥) ، المهذب (٦٨/٢) ، المجموع (٣٠٣/١٦) ، قليوبي وعميرة (٢٥٧/٣) ، مغني المحتاج (١٩٦/٣) ، الإشراف لابن المنذر (٢١١/٤ ، ٢١٢) . ولقد وافق الشافعية فيما ذهبوا إليه كل من المالكية والحنابلة ، إلا أن مالكا قال : لا يرتفع النكاح في الباقيات إلا بالطلاق . انظر : المدونة (١٨/٢) ، حاشية العدوى (٥٧/٢) ، المغني (٦٢٠/٦) ، حلية العلماء (٤٢٧/٦) . والاختيار : أن يقول : اخترت نكاح هؤلاء الأربع ، فينفسخ نكاح البواقى ، أو يقول : اخترت فراق هؤلاء ، فيثبت نكاح البواقى ، وإن طلق واحدة منهن كان ذلك اختيارا لنكاحها ؛ لأن الطلاق لا يكون إلا في زوجة ، وإن ظاهر منها أو آلى لم يكن ذلك اختيارا ؛ لأنه قد يخاطب به غير الزوج . انظر : المهذب (٥٣/٢) وسبب الخلاف بين العلماء في هذه المسألة : هو معارضة القياس للأثر . أما القياس : فهو تشبيه العقد على الأواخر قبل الإسلام بالعقد عليهن بعده . أما الأثر : فهو ما ورد أن غيلان الثقفي أسلم وتحته عشر نسوة ، فقال له رسول اللَّه- ﷺ : « اختر منهن أربعًا » ، وما ورد أن قيس بن الحارث أسلم على أختين ، فقال له رسول اللَّه ﷺ « اختر أيهما شئت » . انظر : بداية المجتهد (٥٢/٢) .

٢٢٠٤٠ - وذكر بعض أصحابه : أن الحربية إذا أسلمت وقد تزوجت بزوجين ، ففيها وجهان : أحدهما : أنها تخير في أحدهما ، والآخر : لا تخير . ولم ينص الشافعي على هذه المسألة .

٢٢٠٤١ - لنا : ما روى عن عبد الله بن بريدة [١] أن النبي ﷺ كان إذا بعث جيشًا أوصى أميرهم ، إلى أن قال : « ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله ، فإن أجابوا فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » [٢] .

٢٢٠٤٢ - ومعلوم أن على المسلمين [٣] إذا تزوجوا أختين أن يفارقوهما ، وإن تزوجوا [٤] إحداهما بعد الأخرى أن يفارقوا الثانية ويمسكوا الأولى ، فكذلك من أسلم من الكفار بظاهر الخبر .

٢٢٠٤٣ - ولأن تحريم الجمع بين الأختين يستوى فيه الابتداء والبقاء ، بدلالة : أنه لا يحل أن يبتدئ العقد عليها ، ولو عقد على صغيرتين أجنبيتين فأرضعتهما امرأة واحدة حرمتا ، والتحريم إذا استوى فيه الابتداء والبقاء ، لم يجز فيه بعد الإسلام التخيير [٥] ، كنكاح ذوات المحارم .

٢٢٠٤٤ - ولأن كل عقد للكافر لا يقر عليه المسلم ، فإذا عقد عليه [٦] الكافر ثم أسلم فإنه يجعل كالمعقود عليه في حالة الإسلام ، أصله : نكاح ذوات المحارم [٧] .

٢٢٠٤٥ - ولا يلزم : إذا تزوج الكافر معتدة ؛ لأنها إن كانت تعتد من مسلم ؛

---

(١) هو : عبد الله بن بريدة بن الحُصَيْب الحافظ الإمام ، شيخ (مرو) وقاضيها ، أبو سهل الأسلمي المروزي ، ولد سنة (١٥هـ) ، حدث عن أبيه فأكثر ، وعمران بن الحصين ، وعائشة ، وأم سلمة ، وغيرهم ، وحدث عنه : ابناه صخر وسهيل والشعبي وقتادة ، وثقه ابن معين وأبو حاتم والعجلي ، توفي سنة (١١٥هـ) انظر : سير أعلام النبلاء (٥٠/٥) ، ط مؤسسة الرسالة ، التاريخ الصغير (١٦٧/١) .

(٢) أخرجه مسلم ، كتاب الجهاد والسير ، باب رقم (١) حديث رقم (٣) - والترمذي ، كتاب الجهاد والسير ، باب رقم ٤٧ حديث رقم ١٦٦٦ (ج٣ /٨٥) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) : [خرجوا] .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) انظر : المبسوط (٥٤/٥) . ونجيب عن ذلك : بأن ذوات المحارم ليست محلًا للنكاح ، فلم يقر عليهن بعد الإسلام ، كالخمر والخنزير في البيع ، والخامسة محل النكاح ؛ فجاز أن يقر عليها بعد الإسلام كما لو تبايعا درهما بدرهمين ثم أسلما ، ولأن المفسد في ذوات المحارم هو القرابة ، وهي موجودة بعد الإسلام ، والمقصد ها هنا هو الجمع . انظر : النكت للشيرازي ، كتاب النكاح ، مسألة نكاح المشرك .

فالنكاح باطل ولا يقر عليه بعد الإسلام ، وإن كانت معتدة من كافر ؛ فالعدة غير واجبة عند أبي حنيفة [(١)] . فلم يتزوجها في عدة .

٢٢٠٤٦ - ولا يلزم : إذا تزوج الكافر بغير شهود ؛ لأن هذا النكاح يقر عليه المسلم عندنا إذا حكم به حاكم .

٢٢٠٤٧ - ولا يلزم : إذا تبايعا الخمس ، ثم أسلما بعد القبض ، أن هذا العقد يقر عليه المسلم ؛ لأنه لا ينتقض بعد الإسلام والتقابض ، ونحن قلنا : كل عقد لا يقر عليه المسلم بعد إسلامه [(٢)] .

٢٢٠٤٨ - فإن قيل : المعنى في نكاح ذوات المحارم أنه لا يجوز أن يبتدئ به بعد الإسلام فلم يجز أن يخير فيه ، وكل واحدة من الأختين يجوز أن يبتدأ نكاحها بعد الإسلام فيجوز أن يخير فيها .

٢٢٠٤٩ - قلنا : لا يجوز في نكاح الإسلام أن يخير في إحدى الأختين إذا تزوجها بغير عينها ، فإذا تزوجها [حال الشرك] [(٣)] فهي بعد الإسلام هكذا مبقاه [(٤)] .

٢٢٠٥٠ - وقولهم : « إن كل واحدة يجوز أن يبتدئ نكاحها [حال الشرك] [(٥)] فيجوز [(٦)] البقاء » ؛ يبطل بالكافرة إذا تزوجت بزوجين على الصحيح من مذهبهم ، ولا يجوز أن يبتدئها بعد الإسلام معينة ، وهو يبقى على نكاحها ، وهي غير معينة بعينها بالاختيار .

٢٢٠٥١ - وعلى هذا الوجه لا يجوز أن يبتدئ في الإسلام ؛ لأن هذا العقد يعترض

---

(١) انظر : شرح فتح القدير (٤١٥/٣) ، ونفي الإمام أبو حنيفة العدة عليها ، وقال : يكفي أن تستبرأ بحيضة تمسكًا بظاهر قوله ﷺ : « وكان إذا هاجرت امرأة من أهل الحرب لم تخطب حتى تحيض وتطهر » أخرجه البخاري من حديث ابن عباس ، كتاب الطلاق باب ١٩ . ولكن الجمهور قالوا : بل تعتد عدة الحرة ، وأجابوا على أبي حنيفة بأن المراد بقوله ﷺ : « تحيض » أي تحيض ثلاث حيضات ؛ لأنها صارت بإسلامها وهجرتها من الحرائر ، بخلاف ما لو سبيت . انظر : فتح الباري (٤١٨/٩) .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين (٢٠٠/٣) .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) نجيب عن ذلك : بأن الجمع بين الأختين غير مسلم ، ولئن سلم ، فلأن ذلك لا يعدونه نكاحًا ، فلم يخير فيه ، وهذا يعدونه نكاحًا فخير فيه ، ولهذا أقررناهم على شرب الخمر ولم نقرهم على الزنا . انظر : المهذب (٦٨/٢) .

(٥) ساقط من (ص) .

(٦) ساقط من (م) .

عليه ، لأخذ الزيادة في المعقود عليه ، فيعترض على جميعه ، كما لو باع درهما بدرهمين ثم أسلم قبل التقابض .

٢٢٠٥٢ – ولأنه تحريم جمع فلا يخير فيه بعد الإسلام كما لو تزوجت بزوجين [١] .

٢٢٠٥٣ – فإن قيل : لا نسلم أنه تحريم جمع [٢] وإنما منعت أن تعقد على ملك الزوج الأول .

٢٢٠٥٤ – قلنا : إذا تزوجت بزوجين في عقدة لم يجز ؛ فدل على أن المانع ما ذكرنا ، وهذا الأصل قد دل عليه إجماع الأمة ، إذا كان هذا القول لم يحل الخلاف فيه عند أحد من الفقهاء [٣] .

٢٢٠٥٥ – فإن قيل : المعنى فيه : أنا لو أثبتنا للمرأة الخيار ؛ جعلنا لها أن [٤] تختار الفرقة من غير نقض .

٢٢٠٥٦ – قلنا : فهلا ثبت الخيار للزوجين ؟ [٥] .

٢٢٠٥٧ – فإن قيل : لو خيرنا الزوجين جعلنا لأحدهما إسقاط حق الآخر .

٢٢٠٥٨ – قلنا : إذا تزوج امرأة ، ثم تزوج أخرى ، فجعلنا لها الخيار ، لم يكن في اختيار أحدهما إسقاط حق الآخر ؛ لأنه تعين حق الآخر في الأخرى .

٢٢٠٥٩ – ولأن التحريم حصل بالجمع بين الخمسة ، وقد حصل الجمع ، فكل واحد [يوجب أن يفسد نكاح الجمع ، وأما إذا تزوج أربعة ، ثم الخامسة ؛ فالجمع] [٦] حصل بالخامسة ، فوجب أن يختص التحريم بها ، والتحريم إذا تعين فلا معنى للتخيير في الفصل الأول ، فمنع التحريم فيهن على وجه واحد ، ولا معنى للخيار ، يبين ذلك : أن التحريم يقع في جنسين إذا عدم التعيين ، والأول جنس واحد [٧] .

---

(١) انظر : البحر الرائق (٣/٢٠٩) . إذا تزوجت بزوجين ، فنكاح الثاني باطل ؛ لأنها ملكته ملك غيرها ، وإن جمعت بينهما لم يصح ؛ لأنها لم تملكه جميع بضعها ، ولأن ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الأديان . انظر : المغني (٦/٦٢١) .

(٢) بياض في الأصل.

(٣) انظر : المبسوط (٥/٥٤) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) لا يكون ثبوت الخيار للزوجين ، بل الخيار لا يثبت إلا للزوج فقط ، يقول ابن قدامة : « ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل » . انظر : المغني (٦/٦٢١) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٧) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/٤١٥) .

٢٢٠٦٠ - فإن قيل : التحريم حصل بالخامسة لاجتماعهن ، فيختص الفساد بها [١] .

٢٢٠٦١ - قلنا : بل التحريم بالخمس وبكل واحدة من الخمس ، ولأن التحريم لو حصل بالخمس فكل واحدة هي الخامسة ، إذا لم تتعين [٢] .

٢٢٠٦٢ - فإن قيل : بالاختيار يزول الجمع .

٢٢٠٦٣ - قلنا : إذا لم يمنع الاختيار لم يزل إلا بالتفريق .

٢٤/ب ٢٢٠٦٤ - وأما الكلام إذا تزوج/ بأربعة ثم بالخامسة ، أو إحدى الأختين ثم تزوج الأخرى ، فإن الأربع الأول [٣] تزوجهن على وجه [لو عقد عليه بعد الإسلام صح ، والخامسة تزوجها على وجه] [٤] لا يقر المسلم عليه ، فلا يخير بينهن ، كما لو تزوج بأجنبية ، ثم تزوج بأخته ، وكالكافرة إذا تزوجت زوجًا ، ثم تزوجت آخر ، لم يخير فيها بعد الإسلام [٥] .

٢٢٠٦٥ - احتجوا : بما روى ابن عمر أن غيلان بن سلمة الثقفي [٦] ، أسلم على عشر نسوة ، فقال له النبي ﷺ : « أمسك منهن أربعًا وفارق سائرهن » [٧] .

٢٢٠٦٦ - قلنا : هذا الخبر ذكر أهل العلم بالحديث ، أن معمرًا غلط في حديثين كانا عنده في قصة غيلان بن سلمة أحدهما هذه القصة .

---

(١) انظر : الأم (٥٠/٥) .

(٢) انظر : المبسوط (٥٣/٥) . ولا نسلم بأن التحريم بالخمس ، وبأن كل واحدة منهن هي الخامسة إذا لم تتعين ؛ لأن الرسول ﷺ قال للحارث بن قيس حين قال : أسلمت وعندى ثمان نسوة ، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال : « اختر منهن أربعًا » فدل ذلك على أنه يختار من شاء منهن ، الأولى والأخرى في ذلك سواء ؛ لأن الأمر قد فوض إليه في الاختيار من غير استفصال . راجع : معالم السنن للخطابي على سنن أبي داود (٦٧٧/٢) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين (٢٠٠/٣) .

(٦) هو : غيلان بن سلمة بن معتب بن مالك بن كعب بن عمرو بن عوف بن ثقيف الثقفي يكنى أبا عمر ، أسلم زمن الفتح . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (١٩٣/٣) - والبداية والنهاية (١٥٧/٧) .

(٧) أخرجه الشافعي : في مسنده ، كتاب النكاح ، الباب الثالث رقم ٤٣ (جـ١٦/٢) وأحمد في مسنده : حديث رقم ٤٦٠٩ ، والترمذي في سننه حديث رقم ١١٣٨ ، وابن ماجه حديث رقم ١٩٥٣ ، والبغوي في شرح السنة ٨٩/٩ . وصححه ابن حبان في حديث رقم (١٢٧٧) والحديث بهذا السند في مسنده حديث رقم (٤٦٣١) فليس ما ذكره البخاري قادحًا .

٢٢٠٦٧ - والأخرى في حديثه عن الزهري ، عن سالم [(١)] ، عن أبيه ، أن غيلان بن سلمة طلق نساءه ، وقسم ماله ، فبلغ ذلك عمر ، فأمره أن يراجع نساءه . [(٢)] فغلط معمر ، فجعل هذا الإسناد من الحديث الأول ، وإنما إسناد الحديث الأول رواه مالك عن الزهري أنه قال : بلغنا أن رسول اللّه ﷺ قال لرجل من ثقيف أسلم ، وعنده أكثر من أربع نسوة : « أمسك [منهن أربعًا] [(٣)] وفارق سائرهن » [(٤)] .

٢٢٠٦٨ - وروى عقيل [(٥)] ، عن الزهري أنه قال : بلغني عن عثمان بن محمد بن أبي سويد [(٦)] أن رسول اللّه ﷺ قال لغيلان بن سلمة الثقفي حين أسلم وتحته عشر نسوة : « اختر منهن أربعًا وفارق سائرهن » [(٧)] .

٢٢٠٦٩ - فكيف يظن أن الزهري مع علمه بالأسانيد وجلالها في قلبه وتمسكه بها يكون عنده حديث غيلان عن سالم ، عن أبيه ، فيدعه وقت حاجته ، ويتعلق ببلاغ بلغه فيه عن عثمان بن محمد عن أبي سويد عن النبي ﷺ ، فثبت أن أصل الحديث الإرسال [(٨)] .

٢٢٠٧٠ - ولهذا لم يذكره أبو داود في الباب ، فلا يجوز لهم الاحتجاج به [(٩)] .

---

(١) هو : سالم بن عبد اللّه بن عمر بن الخطاب ، يكنى أبا عمر ، أو أبا عبد اللّه ، أو أبا عبيد اللّه المدني ، أحد الفقهاء السبعة ، من أفضل أهل زمانه . قال ابن معين : سالم والقاسم حديثهما قريب من السواء ، وقال أحمد وابن راهويه : أصح الأسانيد عن سالم عن أبيه ، مات ﷺ سنة (١٠٦هـ) وقيل : (١٠٧هـ) ، وقيل (١٠٨هـ) . انظر : طبقات الحفاظ ٣٣ ، العبر (١٢٧/١) .

(٢) أخرجه الترمذي في سننه ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة ، حديث رقم ١٣٨ .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) أخرجه مالك في المدونة (٣٢١/٣) ، وفي الموطأ (٥٨٦/٢) ، باب جامع الطلاق وإسناده منقطع ، وقد وصله الترمذي وابن ماجه ، وغيرهما ، انظر : جامع الأصول في أحاديث الرسول (٥٠٦/١١) .

(٥) هو : عقيل بن خالد الأيلي القرشي الأموي ، مولى آل عثمان بن عفان من متقني أصحاب الزهري ، مات سنة ١٤٢هـ ، ثقة صدوق . انظر : كتاب مشاهير علماء الأمصار صـ١٨٣ ، سير أعلام النبلاء (٣٠١/٦) .

(٦) هو : عثمان بن محمد بن أبي سويد ، صحح البخاري روايته لحديث غيلان بن سلمة الثقفي . انظر : التاريخ الكبير للإمام البخاري (٢٤٨/٦) .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) أصل الحديث الإرسال ؛ لأن ابن أبي عروبة وابن علية ومحمد بن جعفر ويزيد بن زريع من حفاظ أهل البصرة رووه هكذا موصولًا ، كما رواه : عبد الرحمن بن المحاربي ، وعيسى بن يونس من أهل الكوفة عن معمر موصولًا ، كما رواه أبو الفضل بن موسى ، وهو خراساني عن معمر موصولا . انظر : السنن الكبرى للبيهقي (١٨٢/٧ ، ١٨٣) .

(٩) مما سبق تبين لنا : أن حديث غيلان الثقفي اختلف في إرساله ووصله عن معمر وطرق الوصل عنه ضعيفة معلولة كما نص على ذلك ابن عبد البر ، والرواية المرسلة عنه أصح ، يقول الحافظ ابن حجر : قال ابن أبي =

٢٢٠٧١ - وقد روي في هذا الباب [١] حديث [٢] ابن أبي ليلى [٣] ، عن حميضة ابن الشمردل [٤] ، عن الحارث بن قيس [٥] ، قال : أسلمت وعندي ثماني نسوة ، فأمرني رسول الله ﷺ أن أختار منهن أربعًا [٦] .

٢٢٠٧٢ - وابن أبي ليلى ، قد نسبه الدارقطني في كتابه إلى قلة الضبط [٧] وحميضة مجهول [٨] وروى فيه حديث الضحاك بن فيروز الديلمي [٩] ، عن أبيه قال :

= حاتم عن أبيه : وأبي زرعة : المرسل أصح . ونحن نقول : إذا كان المرسل أصح ، فلم لا يجوز الاحتجاج به ، وإذا كان أبو داود لم يذكره في الباب ، فلقد ذكر نحوه عن الحارث بن قيس ، وهذا مما يقوي حديث غيلان ويعضده - والله أعلم - انظر : تحفة المحتاج لابن الملقن (٣٧١/٢) ، الناشر دار حراء للنشر والتوزيع .

(١) في (م) : [الخبر] . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) هو : محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى أبو عبد الرحمن الكوفي ، قاضي الكوفة ، وأبو ليلى اسمه يسار . انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (١٨٣/٦) .

(٤) هو : حميضة بن الشمردل الأسدي الكوفي ، ذكره ابن حبان في الثقات ، وقال البخاري : فيه نظر ، وذكره العقيلي ، وابن الجارود في الضعفاء ، وفي سنن ابن ماجه بنت الشمردل ، وجميع كتب التراجم ابن الشمردل . انظر : تهذيب التهذيب ٤٩/٣ ، الكامل في الضعفاء (٤٣٦/٢) .

(٥) ذكر البيهقي حديثا عن الحارث بن قيس ، ثم ذكره من وجه آخر ، وفيه قيس بن الحارث ، ثم ذكره عن قيس بن عبد الله بن الحارث قال : أسلم جدي ، ثم قال : قال : وهذا يؤكد رواية الجمهور عن هشيم حيث قالوا : الحارث بن قيس ، وظاهر كلام الإمام البيهقي -رحمه الله- ترجيح أنه الحارث بن قيس .
والصواب أنه (قيس بن الحارث) كما حكاه أبو داود ، وقد ذكره عنه البيهقي ، وكذا قال صاحب التمهيد وصاحب الكمال ، وكذا فعل ابن أبي خيثمة في تاريخه والمزي في أطرافه . هو قيس بن الحارث بن جدار الأسدي له صحبة يعد من الكوفيين . انظر : تهذيب الكمال (١١٣١/٢) .

(٦) أخرجه أبو داود : كتاب الطلاق فيمن أسلم وعنده أكثر من أربع باب ٢٥ ، حديث رقم ٢٢٤١ ، وابن ماجه : كتاب النكاح ، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع حديث رقم ١٩٥٣ . والإمام أحمد في مسنده حديث رقم ٤٦٠٩ ، والدارقطني : كتاب النكاح حديث رقم ١٠٠ ، ١٠١ ، ١٠٢ ، ١٠٣ ، والبيهقي في السنن الكبرى : كتاب النكاح باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة (١٨٣/٧) . فيه نظر ، له حديث واحد ، كذا في الزيلعي ، وقال الحافظ : مقبول ، ذكره ابن حبان في الثقات ، وتابع حميضة : محمد بن السائب أبو بشر الكوفي ، قال ابن عدي رضوه في التفسير ، وقال ابن أبي حاتم : أجمعوا على ترك حديثه واتهمه جماعة بالوضع ، كذا في الخلاصة . انظر : سنن الدارقطني (٢٧٢/٣) .

(٧) انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (١٨٣/٦) .

(٨) لا أسلم بأنه مجهول ؛ لأنه لا يوجد أحد من علماء التراجم صرح بذلك . ولكن الإمام البخاري ذكر بأن له حديثًا واحدًا ، وقال ابن عدي ليس له من الحديث إلا حديثان ، أو ثلاثة ، فكيف يكون مجهولا ويصرحون بذلك ؟ . انظر : الكامل في الضعفاء لابن عدي (٤٣٦/٢) .

(٩) هو : الضحاك بن فيروز الديلمي ، روى عن أبيه ، وروى عنه عروة بن عزية ، وكثير الضعاني ، وأبو وهب =

أسلمت وعندي أختان فأتيت النبي ﷺ فسألته فقال : « طلق أيهما شئت » [١] .

٢٢٠٧٣ - وهذا الحديث مصري [٢] قال الطحاوي : لا يجوز أن يثبت بهذا الإسناد حكم عن النبي ﷺ ، وهو أعلم بأهل بلده ، وحديثهم [٣] . ولو ثبتت هذه الأخبار احتمل أن تكون هذه الأشياء وقعت قبل نزول الفرائض والأحكام وثبوت تحريم الجمع ، فوقع العقد عليهن جائزًا ، ثم طرأ التحريم بنزول الأحكام ، فثبت الخيار ، كمن تزوج أربعًا وطلق إحداهن ، يبين ذلك ما روي في الخبر أنه تزوجهن في الجاهلية ، وذلك لا يقال إلا بعد ظهور دعوة النبي ﷺ وانتشارها .

٢٢٠٧٤ - فإن قيل : [هذا التأويل لا يصح عندكم لأنكم قلتم : في الجامع الكبير] [٤] : لا نعلم أنه كان في شرعنا تزويج أختان أو عشر نسوة [٥] .

٢٢٠٧٥ - قلنا : هذا كان مباحًا في شريعة من قبلنا ، وقد تزوج داود عليه السلام بمائة [٦] وتزوج سليمان عليه السلام بأكثر من ذلك [٧] ، وهذا الحكم كان باقيًا حتى نزل التحريم ، يبين ذلك قوله تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [٨] فدل على ثبوت الإباحة قبل هذا التحريم .

= الجيشاني ، ذكره ابن حبان في الثقات ، وقال القطان : مجهول . انظر : التهذيب (٤٤٨/٤) ، كتاب مشاهير علماء الأمصار صـ١٢٠ . وأبوه هو : فيروز الديلمي ، ويقال : ابن الديلمي ، يكنى أبا الضحاك . ويقال : أبا عبد الرحمن ، يماني كناني من أبناء فارس ، سكن مصر ، ومات ببيت المقدس ، وقيل : مات باليمن في خلافة معاوية ، وقيل : في خلافة عثمان . انظر الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢١٠/٣ ، ٢١١) .

(١) أخرجه الشافعي : في مسنده ، كتاب النكاح ، باب الترغيب في النكاح (١٦/٢) وأبو داود : كتاب الطلاق حديث رقم ٢٢٤٣ ، والترمذي : كتاب النكاح حديث رقم ١١٢٩ ، وابن ماجه : كتاب النكاح حديث رقم (١٩٥١م) والدار قطني كتاب النكاح حديث رقم ١٠٥ (جـ٢/٢٧٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٤٧/٧) ، وابن حبان في صحيحه حديث رقم ١٢٧٦ ، والبغوي في شرح السنة (٩١/٩) .

(٢) لأن الضحاك بن فيروز الديلمي : من مشاهير التابعين بمصر ، كما ذكر ابن حبان في كتاب مشاهير علماء الأمصار ، وأبوه سكن مصر ، كما ذكر ابن حجر في الإصابة .

(٣) انظر : شرح معاني الآثار (٢٥٦/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٥) انظر : الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني صـ١٠١ ، الناشر لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر أباد الدكن بالهند .

(٦) انظر : الكامل في التاريخ لابن الأثير (٢٢٤/١) .

(٧) انظر : الكامل في التاريخ لابن الأثير (٢٣٠/١) ، ويقول ابن الأثير : وكان له ثلاثمائة زوجة وسبعمائة سرية .

(٨) سورة النساء : الآية ٢٣ .

٢٢٠٧٦ - فإن قيل : هذا التأويل لا يصح عندكم ؛ لأنكم قلتم في الجامع الكبير لو تزوج الحربي أربعًا ثم سبى وسبين معه ، فسد نكاحهن [١] ، ولم يجوزوا أن يختار منهن اثنتين ، وإن كان العقد وقع في حال الإباحة .

٢٢٠٧٧ - [قلنا : الحربي عقد في حالة حرم فيها على العبد الجمع بين أربعة ، فصارت الإباحة] [٢] في حقه مشروطة بالحرية ، فلهذا إذا سبى لم يجز له الاختيار ، وفي تأويلنا كانت الإباحة مطلقة ، ثم طرأ التحريم ، فلذلك خير .

٢٢٠٧٨ - فإن قيل : فالإباحة مشروطة بعقد الفسخ .

٢٢٠٧٩ - قلنا : الأحكام الثابتة في الشرائع وإن جاز أن يرد عليها الفسخ ، فليست مشروطة في ثبوتها بعقد الفسخ ، بل هي مطلقة الثبوت حتى يرد الفسخ عليها .

٢٢٠٨٠ - وجواب آخر : وهو أن قوله : « اختر منهن أربعًا » يحتمل بالنكاح الأول ، ويحتمل بنكاح جديد ، وإذا احتمل الأمرين سقط الاحتجاج به [٣] .

٢٢٠٨١ - والظاهر أنه أراد العقد المجدد ؛ لأنه قال في خبر غيلان : « اختر منهن أربعًا وفارق سائرهن » فهذا يدل على أنه أراد الفرقة التي تسقط بها أحكام النكاح الأول ، فلم يبق الاختيار إلا بتجديد العقد عليهن [٤] ، وتكون فائدة التخصيص فيه ؛ لئلا يظن ظان أن العقد الفاسد لما وقع عليهن في حال الشرك حرمهن على التأبيد ، كما لو تزوج أمًّا وبنتًا ودخل بهما ، وكما قال بعض الناس : إن من تزوج معتدة حرمت عليه تحريمًا مؤبدًا [٥] .

٢٢٠٨٢ - قالوا : فقد روي أنه قال : « أمسك منهن أربعًا » وهذا يقتضي بالنكاح [الأول] [٦] كما قال الله تعالى : ﴿ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ ﴾ [٧] .

---

(١) انظر : الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني صـ٣٦٢ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) انظر : كتاب الحجة على أهل المدينة للإمام محمد بن الحسن (٣٩٧/٣) ولكن نقول : إن الأحاديث ظاهرها يدل على أن الاختيار للزوج في الإمساك والمفارقة ولا يحتمل أكثر من ذلك ، ومن حكم ببطلان نكاح الكل ، أو عين الأوليات للإمساك فقد أبطل معنى الاختيار . انظر : شرح السنة للبغوي (٩٢/٩) بتصرف .

(٤) لا نسلم ذلك ؛ لأن ظاهر الأحاديث أثبتت الاختيار للزوج في الإمساك أو المفارقة .

(٥) انظر : المبسوط (٥٤/٥) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) ، وفي ص [يقال] ولا وجه له ، وما أثبتناه وفق سياق الكاتب رحمه الله .

(٧) سورة الأحزاب : الآية ٣٧ ، وانظر : المهذب (٦٧/٢) .

٢٢٠٨٣ - وقال لنوفل بن معاوية [(١)] وقد أسلم ، وتحته خمس : « فارق منهن واحدة » [(٢)] .

٢٢٠٨٤ - قلنا : قوله تعالى ﴿ أَمْسِكْ ﴾ يحتمل بنكاح جديد .

٢٢٠٨٥ - وقوله : « فارق منهن واحدة » يعني لا يجوز أن ينكحها ويجوز نكاح البواقي ، وإذا احتمل ذلك .

٢٢٠٨٦ - وقوله : في خبر غيلان « وفارق سائرهن » لا يحتمل قضي به على المحتمل [(٣)] .

٢٢٠٨٧ - قالوا : قوله « أمسك » علقه باختياره ، ولو كان المراد العقد ، وقف على رضاهن [(٤)] .

٢٢٠٨٨ - قلنا : إليه الاختيار وتمامه موقوف على شرائط لم تذكر ، كما قال لفاطمة [(٥)] : « انكحي أسامة بن زيد » [(٦)] .

٢٢٠٨٩ - وإن كان النكاح يقف على اختياره وعقده وحضور الشهود ، وهذا كما يقول الرجل : تزوج من شئت ، واعقد على من أحببت [(٧)] .

٢٢٠٩٠ - قالوا : قوله : « اختر منهن من شئت » أمر والأمر على الوجوب ، وعندنا

---

(١) هو : نوفل بن معاوية بن عمرو الديلي وهو من بني الديل ، قيل : إنه عاش في الجاهلية ٦٠ سنة وفي الإسلام ٦٠ سنة ، أول مشاهده مع رسول الله ﷺ فتح مكة ، وتوفي بالمدينة في زمن يزيد بن معاوية . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٥٧٨/٣) .

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده : كتاب النكاح ، باب الترغيب في النكاح (١٦/٢) ، والبغوي في شرح السنة (٩١/٩) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح (١٨٤/٧) .

(٣) لا نسلم هذا الاحتمال ؛ لأن هذه دعوى نسخ لا تجوز بالاحتمال .

(٤) انظر : المجموع (٣٠٣/١٦) .

(٥) هي فاطمة بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية ، من المهاجرات الأوائل ، وكانت زوجة لأبي بكر بن حفص المخزومي ، فطلقها ، فتزوجت بعده أسامة بن زيد . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٨٤/٤) .

(٦) هو : أسامة بن زيد بن حارثة بن شرحبيل الكلبي ، الحِب بن الحِب يكنى أبا محمد ، ويقال : أبا زيد ، وأمه أم أيمن ، حاضنة رسول الله ﷺ زوجه النبي ﷺ فاطمة بنت قيس وهو ابن خمس عشرة سنة ، توفي بالمدينة سنة (٥٤هـ) . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣١/١) ، والبداية والنهاية (٧٣/٨) . والحديث أخرجه : مسلم ، كتاب الطلاق ، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ، حديث رقم ١٤٨٠ ، وأبو داود ، كتاب الطلاق ، باب في نفقة المبتوتة حديث رقم ٢٢٨٤ ، والنسائي في كتاب الطلاق ، باب نفقة الحامل المبتوتة (٢١٠/٦) ، وابن ماجه : كتاب النكاح (٦٠١/١) ، حديث رقم ١٨٦٩ .

(٧) انظر : المبسوط (٥٤/٥) .

يجب أن يختار حتى لو توقف حبسناه ، وعندكم : إن شاء خير ، وإن شاء تركهن جميعًا [١] .

٢٢٠٩١ - قلنا : أما على الطريقة الأولى ، فالاختيار واجب ، كمن طلق إحدى امرأتيه ، وأما على الطريقة [٢] الثانية ، فعنده إذا أراد إمساك أربعة منهن ، وجب عليه أن يعقد ، وإن لم يرد لم يجب ، كما أن عندهم من [٣] طلق سائرهن لم يجب عليه الاختيار ، وإن اختار البقاء على النكاح وجب الاختيار ، فقد تساويا في إيجاب الاختيار، ووجوب شرط لم (يوجد) [٤] في الخبر [٥] .

٢٢٠٩٢ - قالوا : هذا الاختيار يصح عندكم إذا تزوجهن في عقد واحد ، فأما إذا تفرق نكاحهن ؛ فنكاح الأوائل صحيح ، ونكاح الخامسة باطل ولا يخير ، والنبي ﷺ لم يستفصل ذلك ؛ فدل على تساوي الأمرين [٦] .

٢٢٠٩٣ - قلنا : لم يستفصل هذا ، كما لم يستفصل بين إسلامهن قبل العدة أو بعدها ، وعندكم أن إسلامهن إذا تأخر حتى انقضت العدة وقعت الفرقة ، ولم يجز له أن يتخير بعقد جديد ، فلولا أن المراد باختيار العقد لشرط العدة إلى حين الإسلام [٧] .

٢٢٠٩٤ - قالوا : روى الشافعي بإسناده عن عوف بن الحارث [٨] عن نوفل بن معاوية الديلي [٩] قال : أسلمت وعندي خمس نسوة ، فقال النبي ﷺ : « أمسك أربعًا وفارق الأخرى » ، فعمدت إلى أقدمهن صحبة عجوز عاقر معي منذ سنين

---

(١) انظر : نهاية المحتاج (٣٠٢/٦) ، المجموع (٣٠٣/١٦) .

(٢) ساقطة من (ص) ، (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (م) : [يذكر] .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين (٢٠٠/٣) . ونجيب على قول الإمام القدوري رحمه الله : بأنه إذا أراد أن يمسك منهن أربعًا ؛ وجب عليه أن يعقد بأن دعوى تجديد العقد على من أراد أن يمسكهن دعوى مخالفة لظاهر الأحاديث من غير دليل .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : لم يستفصل النبي ﷺ ، ولأن هذا دعوى نسخ ؛ فلا يجوز بالاحتمال .

(٧) أجاب عن ذلك الإمام الشيرازي في النكت فقال : لأن النكاح بعد انقضاء العدة يجوز استدامته ، وقبل انقضائها لا يجوز ابتداء نكاحها .

(٨) هو : عوف بن الحارث بن الطفيل بن سخبرة الأزدي ، من جلة أهل المدينة . انظر : كتاب مشاهير علماء الأمصار صـ٧٤ ، ذكر أسماء التابعين ومن بعدهم للدارقطني (٢٨٣/١) .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

ففارقتها .

٢٢٠٩٥ – قلنا : النبي ﷺ أمره بمفارقة واحدة ، فاختياره لمفارقة الأولى لم يعلم به النبي ﷺ فيقره عليه .

٢٢٠٩٦ – قالوا : كل امرأة جاز أن يبتدئ نكاحها ولم يكن بينهما نكاح ؛ جاز أن يستديم نكاحها بعقد مطلق في الشرك كالأولى والثانية (١) .

٢٢٠٩٧ – قلنا : ينتقض بمن أسلم وتحته أمة وهو موسر ، فأعسر ، ثم أسلمت ، يجوز عندهم أن يبتدئ نكاحها ، ولا يجوز أن يبقي عليه ، كذلك إذا أسلم وتحته حرة وأمة وهو موسر [ثم أسلمت الحرة وماتت ، ثم أسلمت] (٢) ، الأمة يجوز أن يبتدئ نكاحها ؛ ولا يجوز أن يبقى عليه ، ولأنه يجوز أن يبتدئ نكاحها ، ولا يجوز أن يستدام كالحرة إذا كانت تحت زوجين ؛ جاز أن تبتدئ نكاح أحدهما (٣) ، والمعنى في الأولى والثانية : أنه عقد على وجه لو عقده المسلم أقر عليه بعد الإسلام ، وفي مسألتنا : عقد عليه على وجه لم نقف عليه بحال ، فإذًا وجب الاعتراض عليه بعد الإسلام ، ولم يقر عليه (٤) .

٢٢٠٩٨ – قالوا : لو عقد على معتدة أو بغير شهود ، أو تبايعوا الربا والخمر ، أو تقابضوا ؛ لم يعترض إذا أقروا ، كذلك إذا تزوج بأكثر من أربع (٥) .

٢٢٠٩٩ – قلنا : أما نكاح المعتدة ، فلو كانت المعتدة من مسلم لم يقروا ، وإن كانت من كافر ؛ فليس هناك عدة ، وأما ترك الشهادة فيقر المسلم عليه ، فأولى أن يقر الكافر بعد إسلامه عليه ، وحكم المسألتين مختلف لاتفاق المسلمين على تحريم الجمع واختلافهم في جواز ترك الشهادة (٦) .

---

(١) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « ولأنها امرأة يجوز أن يبتدئ نكاحها بعد الإسلام ، لو لم يكن بينهما نكاح ؛ فجاز استدامة نكاحها بعقد مطلق مضى في الشرك كالأولى » أهـ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة في (ن) ، (ع) .

(٤) يجيب عن ذلك الإمام الشافعي رحمه الله قائلًا : « لأني أنظر إلى حاله حين اجتمع إسلامه وإسلامهن » . انظر : الأم (٥/٥١) . إذن لا اعتراض على المسلم لأنه عقد على الأمة وهو معسر .

(٥) انظر : شرح السنة للبغوي (٩/٩٢) .

(٦) يقول الإمام الشافعي رحمه الله : ولو أن رجلًا نكح امرأة في الشرك بغير شهود أو بغير ولي محرم لها فأسلما أو أي نكاح أفسدناه . انظر : الأم (٥/٥٥) .

٢٢١٠٠ - فإن قيل : المسلم لا يقر على نكاح بغير شهود ، ولا بحكم حاكم ، وقد أقررتم الذي أسلم بغير حكم .

٢٤٧/أ ٢٢١٠١ - قلنا : اتفقنا أنه لا يعترض في/ هذا العقد ، وإن عقد على أكثر من أربعة يعترض ؛ فدل من المذهبين على اختلافهما ، وأما الربا المقبوض والخمر المقبوض ؛ فلا يعترض على عقدهما بعد الإسلام [1] .

٢٢١٠٢ - قلنا : لما لم يجب الاعتراض ؛ لم يحمل على حكم الإسلام ، ولما وجب الاعتراض في مسألتنا ؛ حكم على حكم الإسلام [2] .

* * *

(١) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « ولهذا أقررناهم على شرب الخمر ولم نقرهم على الزنا » . وانظر كذلك : الأم (٥/٥٥) .

(٢) لا نسلم الاعتراض عليه في مسألتنا ؛ لأن الخلل في النكاح ، يرجع إلى معنى في الماضي يعتقدون جوازه . الشيرازي في النكت . ولأنه خلل لمعنى مضي في حال الشرك باعتقاد جوازه ، فلم يتعرض له ، كما لو تزوج بلا شهود .

مسألة ١٠٧١

اختلاف الدار بين الزوجين

٢٢١٠٣ - قال أصحابنا : إذا هاجر أحد الزوجين إلى دار الإسلام مسلمًا أو ذميًّا ، والآخر في دار الحرب على [دينه] (١) ، وقعت الفرقة باختلاف الدارين (٢) .

٢٢١٠٤ - وقال الشافعي : إن كان دخل بها ؛ لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض (٣) .

٢٢١٠٥ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ﴾ (٤) .

٢٢١٠٦ - فوجه الدلالة منها : قوله : ﴿ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْ ﴾ ، فأمر برد المهر ، ولو كان النكاح بحاله لم يجب رد المهر ، ثم قال : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾ فأباح نكاحها مطلقًا ، وعندهم لا يجوز نكاحها حتى تنقضي العدة قبل إسلام الآخر ، ثم قال : ﴿ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ (٥) ، ولو منعنا تزويجها لأجل النكاح الأول ، كنا

(١) في (ن) ، (ع) : [ذمته] .

(٢) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) ، المبسوط (٥١/٥) ، مجمع الأنهر (٣٧٠/١) ، حاشية ابن عابدين (١٨٦/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٤٢٢/٣) ، البحر الرائق (٢١٣/٣) ، تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (١٢٨/٢) .

(٣) انظر قول الإمام الشافعي في : الأم (٢٤٤/٥) ، المهذب (٦٧/٢) ، المجموع (٢٩٥/١٦) ، قليوبي عميرة (٢٥٦/٣) ، نهاية المحتاج (٢٩٥/٦) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (٢٠٩/٤) ، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٤٢٤/٦) ، أحكام القرآن للشافعي (٦٩/٢) . ويرى مالك رحمه الله أن الهجرة تفرق بين الزوجين ، إلا أن يقدم الزوج مهاجرًا قبل انقضاء العدة . انظر : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، للإمام ابن عبد البر (٥٥٠/٢) وللحنابلة روايتان : الأولى : يقف الأمر على انقضاء العدة كما قال الشافعي ومالك ، والأخرى وهي مروية عن الإمام أحمد : أنها ترد إليه ولو طالت المدة . انظر : المغني (٦١٩/٦) ، حاشية المقنع (٦٥/٣) . وسبب الخلاف بين العلماء في هذه المسألة : هو معارضة العموم للأثر والقياس ، وذلك أن عموم قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ يقتضي المفارقة على الفور ، وأما الأثر المعارض لمقتضى هذا العموم : فما روي أن أبا سفيان بن حرب أسلم قبل زوجته ، ثم أسلمت بعده بأيام ، فاستقر على نكاحهما ، وأما القياس المعارض للأثر : فلأنه يظهر أنه لا فرق بين أن تسلم هي قبله أو هو قبلها . انظر : بداية المجتهد (٥٣/٢) .

(٤) سورة الممتحنة : الآية ١٠ .

(٥) سورة الممتحنة : الآية ١٠ .

قد تمسكنا بعصمة الكافرة [١] .

٢٢١٠٧ - فإن قيل : أمر اللّٰه تعالى برد المهر ؛ لأن الزوج إذا جاء كافرًا لم يجز ردها إليه ، فإذا منع من تسلمها ؛ وجب رد مهرها ، فإذا أسلم أمكن تسليمها ، فلم يجب رد المهر .

٢٢١٠٨ - قلنا : بل أوجب تعالى رد المهر في جميع الأحوال ، فمن يدعى تخصيصه يحتاج إلى دليل ، وقولهم : « إذا أسلم أمكن ردها » موضع الخلاف ؛ لأن عندنا زال النكاح فلا يجوز ردها بالنكاح الأول [٢] .

٢٢١٠٩ - فإن قيل : قوله تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ ﴾ [٣] ، المراد بعد انقضاء عدتهن ، كما قال تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ﴾ [٤] ، معناه بعد انقضاء العدة .

٢٢١١٠ - قلنا : ظاهر الآية يقتضي إباحة التزويج بكل حال ، قامت الدلالة هناك على اعتبار العدة ، وبقيت الإباحة ها هنا على ظاهرها [٥] .

٢٢١١١ - قالوا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ [٦] ، خطاب للرجال ، أي : لا تمسكوا بعصم النساء المرتدات ؛ لأن كوافر جمع كافرة [٧] .

٢٢١١٢ - قلنا : فواعل جمع يصلح للرجال والنساء ، يبين ذلك : أن الصفات تنقسم على قسمين ، أحدهما : يستعمل استعمال الأسماء ، والآخر : لا يستعمل استعمال الأسماء ، والذي يستعمل استعمال [٨] الأسماء يذكر من غير أن يذكر قبله الموصوف ، كقوله : عبد فلان ، ألا ترى أنك لا تقول : هذا رجل عبد فلان ؟ فأفعل إذا كان اسمًا ؛ يكسر على [٩] أفاعل نحو : أحمد وأحامد ، وأفكل وأفاكل [١٠] ، وإن

---

(١) لا نسلم وجه الدلالة من الآية كما ذهب الأحناف ؛ لأن الحصر في الآية على عمومه ، فتكون نزلت في المرأة المشركة إذا كانت تحت مسلم فهربت منه إلى الكفار ، فالآية نزلت في أم حكيم بنت أبي سفيان ، ارتدت فتزوجها رجل من ثقيف ، ولم ترتد امرأة من قريش غيرها ، ثم أسلمت مع رجل ثقيف حين أسلموا . انظر : فتح الباري (٤٢٢/٩) .

(٢) انظر : المبسوط (٥١/٥) .

(٣) سورة الممتحنة : الآية ١٠ .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين (١٨٦/٣) .

(٦) الممتحنة : ١٠ .

(٧) انظر : الأم (٤٩/٥) .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) الأفكل : على أفعل ، الرعدة ، والجماعة ، قد جاءوا بأفكلهم ، ويقال : أخذ فلان رعدة فارتعد من برد =

كان وصفًا كسر على نحو : أحمر وحمر .

٢٢١١٣ - فقولهم : « كافر » وإن كان صفة في الأصل ، فقد استعمله القرآن استعمال الأسماء ، قال الله تعالى : ﴿ هُوَ ٱلَّذِي [١] خَلَقَكُمْ فَمِنكُمْ كَافِرٌ وَمِنكُم مُّؤْمِنٌ ﴾ [٢] .

٢٢١١٤ - ولم يقل : منكم رجل كافر ، فلذلك كان يكسر تكسير الأسماء ولا خلاف أن خالدًا في الأسماء يكسر خوالد ، فكذلك ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ [٣] من قال : إن هذا بكسر الكاف فقد صدق ، ولكن إذا كسرت وهي صفة لا يستعمل استعمال [٤] الأسماء .

٢٢١١٥ - قلنا : والأمر على ما قلناه ؛ فالمذكر والمؤنث في فاعل اسم كسر على فواعل .

٢٢١١٦ - قال جرير [٥] .

أخالد قد علقتك بعد هند فبلتنى الخوالد والهنودا [٦] .

٢٢١١٧ - وقد قيل : إنه قدر في الكلام فرقة كافرة جمعت على كوافر ، كقوله : خارجة وخوارج .

٢٢١١٨ - ولو كان المراد بها ما قالوا : حملناه على من هاجر ، وترك في دار الحرب أربع نسوة ؛ أنه يجوز له النكاح ، ولا يمنع تمسكًا بعصم النساء [٧] الكوافر .

٢٢١١٩ - ولأنهما اختلفا بأنفسهما [٨] في دارين كل واحد منهما من أهلها ، فوقعت الفرقة ، كما لو سبى أحد الزوجين .

=أو خوف . انظر : القاموس المحيط ، لسان العرب مادة (فكل) .

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) سورة التغابن : الآية ٢ .

(٣) سورة الممتحنة : الآية ١٠ .

(٤) ساقطة من (ص) ، (م) .

(٥) هو : جرير بن عطية بن حذيفة ، الخطفي ، ولد بأرض اليمامة سنة (٣٠هـ) من أبوين ينسبان إلى قبيلة كليب ، إحدى قبائل يربوع ، وتوفي سنة (١١٤هـ) . انظر : البداية والنهاية (٢٩٢/٩) ، ديوان جرير ص ١١ ، ١٢ .

(٦) انظر ديوان جرير ، قصيدة ٥٢ ، ص ٣١٨ . والمناسبة التي قيل فيها هذا البيت : هي هجاء التيم : الذي هو ذهاب العقل من شدة الهوى ، ويروى (فشيبتني) . انظر : لسان العرب (٤٦١/١) ، مادة (تيم) ، ط دار الشعب ، القاموس المحيط باب الميم فصل التاء .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) ساقطة من (م) .

٢٢١٢٠ - أو نقول : اختلفا بأنفسهما في دارين اختلف حكمهما لأجله ، ونعني بذلك : أن النصراني إذا هاجر ذميًا ، وترك امرأته هناك نصرانية ؛ لم يرث أحدهما من [١] الآخر لاختلاف الدارين .

٢٢١٢١ - ولا يلزم : إذا خرج أحد الزوجين من دار حرب إلى دار حرب [٢] أخرى تخالفها مثل : الرومي ينتقل إلى الترك ؛ لأن الفرقة تقع عندنا .

٢٢١٢٢ - ولا يلزم : إذا دخل الحربي إلينا تاجرًا ، ودخل المسلم إليهم تاجرًا ؛ لأن كل واحد منهما لم يصر من أهل الدار التي انتقل إليها ، ألا ترى أن المستأمن التاجر على حكم دار حرب ، بدلالة أنه لا يترك في دارنا سنة ، ولا يقام عليه الحدود ، والمسلم إذا دخل إليهم تاجرًا ، فهو على [٣] حكم أهل دار [٤] الإسلام ، وليس هو من أهل دار الحرب [٥] .

٢٢١٢٣ - فإن قيل : قد اختلف حكمهما ، بدلالة أن المستأمن محظور الدم والمال ، ولو دخل عسكر إلى دار الحرب فقتلوه فظنوه [٦] كافرًا ، لم يجب [٧] بقتله شيء .

٢٢١٢٤ - قلنا : هذا الحكم لم يتحدد له لأجل الدار [٨] ؛ لأن الحربي يحظر دمه وماله بالأمان ، [ولو حصل] [٩] له ذلك في دار الحرب استفاد الحظر ، والمسلم إذا قتل يقوم دمه ، فلم نسلم [١٠] ذلك .

٢٢١٢٥ - فأما بطلان التوارث مع اتفاق الدين وزوال الموانع : فهو حكم موجب عن اختلاف الدار فصح وصفنا أنهما اختلفا بأنفسهما في دارين اختلف حكمهما لأجله [١١] .

٢٢١٢٦ - فإن قيل : المعنى في المسبيَّة حدوث الرق في رقبتها .

٢٢١٢٧ - قلنا : لو سبيت الأمة [١٢] وقعت الفرقة بينها وبين زوجها ، على أصح الوجهين عندهم ، وإن لم يحدث الرق ، [وإنما انتقل كما ينتقل بالبيع ولأن

---

(١) ساقطة من (م) .
(٢) بياض في الأصل .
(٣) في (م) : [في] ، وساقطة من (ن) ، (ع) .
(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٥) انظر : المبسوط (٥١/٥) .
(٦) في (ن) ، (ع) : [فطعنوه] .
(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٨) في (ن) ، (ع) : [الحربي] .
(٩) في (ن) ، (ع) : [لم يحصل] .
(١٠) ساقطة من (م) .
(١١) انظر : المبسوط (٥١/٥) .
(١٢) في (م) : [للأمر] .

حدوث الرق] [١] تعلق حق بالقربة [٢] ، وذلك لا يؤثر في الأنكحة ، كوجوب القصاص .

٢٢١٢٨ - ولأن بضع [٣] المرأة مملوك للزوج . ومعلوم أن إحراز العبد نفسه بدارنا مراغمًا للمولى ، كإحراز غيره له في زوال ملك المالك عنه ، وكذلك إحراز المرأة نفسها بدارنا ، كإحراز غيرها لها في زوال الملك عنها ، ألا ترى أن الرق والاستباحة كل واحد منهما معنى يملكه الإنسان من غيره ؟ .

وقد دل على أن [٤] إحراز العبد نفسه يزيل الملك عنه ، أن عبيد الطائف ، خرجوا إلى النبي ﷺ فطلب المسلمون قسمتهم ، فقال النبي ﷺ : « هم عتقاء الله » [٥] .

٢٢١٢٩ - فإن قيل : لو [٦] أحرز المولى نفسه [٧] بدارنا لم يعتق عبده ، ثم قلتم : إن الزوج إذا أحرز نفسه بدارنا ، وقعت الفرقة بينه وبين امرأته .

٢٢١٣٠ - قلنا : إنما استوى [٨] إحراز الرجل والمرأة ؛ لأن الأسباب التي تقع بها الفُرَق حكم يستوي فيه الرجل والمرأة ، كالردة ، وملك كل واحد منهما الآخر ، والأسباب التي يقع العتق بها تخص العبد ، ولا تتعلق بمعنى يفعله المولى في نفسه فلذلك لم يكن إحرازه لنفسه عند العدة .

٢٢١٣١ - ولأن اختلاف الدارين [يوجب قطع التوارث فأثر في الفرقة كاختلاف الدارين] [٩] إذا ارتد أحدهما ، ولا يلزم الرق [١٠] ولا يمنع التوارث ، ولا يقطع توارثًا كان .

٢٢١٣٢ - ولا يلزم القتل ؛ لأنه لا يقطع التوارث ، ألا ترى أن المقتول يرث من القاتل إذا جرحه ومات الجارح قبله ؟ ويدل عليه : أن المملوك إذا سبي وقعت الفرقة بينه

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) في (م) : [بالحرمة] .

(٣) في (ن) ، (ع) : [تضع] .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) ذكره ابن القيم في كتابه زاد المعاد (٤٩٧/٣) ، وفي نصب الراية للزيلعي (٢٨٢/٣) وفي سيرة ابن هشام (١٣٠/٤) ، من حديث عبد الله بن المكرم الثقفي .

(٦) في (ن) ، (ع) : [له] .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) في (ن) ، (ع) : [اشترى] ولا وجه له .

(٩) ما بين المعكوفتين من (ن) ، (ع) .

(١٠) ساقطة من (م) .

وبين امرأته ، كالحر ؛ لأن كل حكم [١] تعلق بسبي الحر يتعلق [بسبي] [٢] المملوك ، أصله : وقوع الملك ، وإذا ثبت أن سبي المملوك يوقع الفرقة بطل قولهم : إن المؤثر في الفرقة حدوث الملك .

٢٢١٣٣ - فإن قيل : حدوث الرق هو المؤثر ، فإذا سبي المملوك فقد وجد سبب حدوث الرق ، فتعلق به الفرقة وإن تقدمه الرق ، كالحدث [بعد الحدث] [٣] ، والزنا بعد الزنا ، والدلالة على الحكم بعد الدلالة .

٢٢١٣٤ - قلنا : أما الحدث الثاني فلا يوجب حكمًا عندنا ، وأما الزنا الثاني فتعلق به حد كما تعلق بالأول ويتداخلان [٤] والرق لا يحدث ها هنا ، وأما الدليل : فتعلق الحكم به [٥] كما تعلق بالأول ، حتى لو تعين طريق الدليل الأول من جهة الشرع بقي الحكم متعلقا [٦] بالثاني .

٢٢١٣٥ - فإن قيل : سبي المملوك قد أحدث الرق ؛ لأن رقه في دار الحرب غير سبي رق ، بدلالة : أن المملوك إذا غلب على مالكه ملكه ، فإذا سبي حدث رق سبي .

٢٢١٣٦ - قلنا : هذا غلط ، وذلك الرق بحاله ، إلا أن يتأكد ملك المسلم كما يتأكد لو باعه من مسلم ، وإن كان البيع [لا يوجد] [٧] حدوث الرق .

٢٢١٣٧ - احتجوا : بما روي : « أن النبي [ﷺ] لما نزل مر ظهران حمل إليه العباس أبا سفيان فأسلم ، وامرأته بمكة كافرة ، فأقره النبي ﷺ على النكاح » [٨] .

٢٢١٣٨ - قلنا : مر الظهران من توابع مكة ولم تكن فتحت ، فلم يصر هذا الموضع دار إسلام ؛ فلم تختلف به الدار . وليس إذا نزل عسكر المسلمين في مكان صار في حكم دار الإسلام حتى تجرى فيه الأحكام ، ويكون بحيث لو أرادوا أن يقيموا فيه ويستوطنوا أمكنهم ذلك ، ولا يعلم مر ظهران أن كان بهذه الصفة [٩] .

٢٢١٣٩ - فإن قيل : فإن [١٠] قلتم : إن المرأة إذا خرجت إلى عسكر [المسلمين

---

(١) ساقط من (م) .
(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٣) بياض في (م) .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) ساقطة من (م) .
(٧) في (م) : [لا يوجب] .
(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح مرويًا عن الإمام الشافعي رحمه الله ٧/١٨٦ .
(٩) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (٧/١٨٦) .
(١٠) في (م) : [لو] .

وهو في دار الحرب ، وقعت الفرقة بينها وبين زوجها .

٢٢١٤٠ - قلنا : هذا محمول على ما بينا أن العسكر][1] حصل في مكان لو أراد استيطانه واتخاذه دارا أمكنه ذلك[2] .

٢٢١٤١ - قالوا : النبي [ﷺ] خرج إلى مكة معتمرًا ، فصدوه في الحديبية ، وكانت خزاعة[3] حلفاءه ، ودارهم مر ظهران[4] وكانت بنو بكر[5] حلفاء قريش بمكة ؛ فدل أن حكم هذه المواضع مخالف فيه[6] .

٢٢١٤٢ - قلنا : دار خزاعة كانت متصلة بمر ظهران ، ومر ظهران متصل بعمل مكة ، ولهذا خرج أبو سفيان/ إلى الأراك[7] ، والأراك بمر ظهران ، ولو كانت الدار لخزاعة ، لم يقدم أبو سفيان عليها[8] . /٢٤٧

٢٢١٤٣ - ومن أصحابنا من قال : إنما لم[9] تقع الفرقة بالإسلام من أبي سفيان ؛ لأن إسلامه لم يصح يومئذ ، وإنما كان منافقًا[10] ، بدلالة : ما روى أنه قال للعباس من الغد : إن ابن أخيك قد أصبح في ملك عظيم ، فقال له العباس : ليس هذا بملك ، ولكنه نبوة ، فقال له : أو ذاك ؟[11] . وهذا ليس من قول مسلم ، فلذلك لم يفرق بينه وبينها .

٢٢١٤٤ - قالوا : روي أن النبي ﷺ لما دخل مكة أمّن الناس جميعًا إلا سبعة نفر :

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر : المبسوط (٥٢/٥) .

(٣) هي : قبيلة من الأزد من القحطانية ، وهم بنو عمرو بن ربيعة ، كانوا بأنحاء مكة . انظر : معجم قبائل العرب القديمة والحديثة ، ط مؤسسة الرسالة ، بيروت .

(٤) هو : موضع على بعد مرحلة من مكة ، وقال الواقدي : بين مر وبين مكة خمسة أميال ، انظر : معجم البلدان لياقوت الحموي (١٠٤/٥) ، ط صادر بيروت .

(٥) هم بطن من بني شهر اليمن ، تمتد منازلها من تهامة إلى أعلى الحجاز . انظر : معجم قبائل العرب (٩١/١) .

(٦) انظر : المغازي للواقدي (٨٥٥/٢) .

(٧) هو : وادى الأراك قرب مكة ، والأراك في الأصل شجر معروف . انظر : معجم البلدان (١٣٥/١) .

(٨) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٤٢٥/٣) .

(٩) ساقطة من (م) .

(١٠) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٤٢٥/٣) .

(١١) انظر : المغازي للواقدي (٨٥٥/٢) .

صفوان بن أمية [١] ، وعكرمة بن أبي جهل [٢] ، ففر صفوان إلى الطائف وعكرمة إلى الساحل ، وأسلمت زوجتاهما ، ولم يفرق النبي ﷺ بينهما .

٢٢١٤٥ - قالوا : وكذلك حكيم بن حزام [٣] ، أسلم قبل إسلام امرأته ، وأقرهما النبي ﷺ على النكاح [٤] .

٢٢١٤٦ - والجواب : أن الواقدي [٥] ذكر أن صفوان بن أمية هرب إلى السفينة ، فأتبعه عمير بن وهب [٦] ، ورده منها [٧] ، والشعب مرفأ السفن لأهل مكة ، ومنها ركب المسلمون في الهجرة إلى الحبشة ، ومنها أخذت قريش السقيفة [٨] التي سقف بها الكعبة [٩] ، وهذا الموضع من مواضع مكة وفي حكمها ؛ فلم يختلف به وبزوجته دار .

وأما عكرمة بن أبي جهل : فإن زوجته أم حكيم بنت الحارث قالت : لرسول الله ﷺ في [١٠] يوم الفتح إن عكرمة هرب منك ، فلو أمَّنْتَه ، فأخذت له الأمان وخرجت خلفه ، فأدركته وقد ركب السفينة فأومأت إليه ، فهذا لا يعلم أن الموضع الذي صار إليه دار كفر ؛ لأنه لما [١١] ركب قال لهم صاحب السفينة : أخلصوا ، قال : كيف

---

(١) هو : صفوان بن أمية بن خلف بن وهب القرشي الجمحي المكي ، أسلم بعد فتح مكة ، وتوفي أول خلافة معاوية بمكة . انظر : البداية والنهاية (٢٥/٨) ، الطبقات الكبرى لابن سعد (٤٤٩/٥) ، وزوجته هي : عاتكة بنت الوليد بن المغيرة المخزومية . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٥٨/٤) .

(٢) هو : عكرمة بن أبي جهل بن هشام بن المغيرة ، استشهد يوم أجنادين . انظر : البداية والنهاية (٣٨/٧) ، الطبقات الكبرى لابن سعد (٤٤٤/٥) . وزوجته هي : أم حكيم بنت الحارث بن هشام ، أسلمت يوم الفتح انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٤٣/٤) .

(٣) هو : حكيم بن حزام بن خويلد ، يكنى أبا خالد ، أسلم قبل فتح مكة بيوم واحد ، وهو ممن عاش مائة وعشرين سنة ، شطرها في الجاهلية وشطرها في الإسلام ، قال البخاري في التاريخ : مات سنة ستين وهو ابن عشرين ومائة سنة ، أما زوجته فلم أقف على اسمها . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٤٩/١) .

(٤) انظر : المغازي للواقدي (٨٢٥/٢) .

(٥) هو : محمد بن عمر بن واقد السهمي الأسلمي بالولاء ، المدني الواقدي أبو عبد الله ، محدث وحافظ وأديب ومؤرخ وفقيه . . توفي ببغداد سنة (٢٠٧هـ) انظر : البداية والنهاية (٢٦١/١٠) ، شذرات الذهب (١٨/٢) .

(٦) هو : عمير بن وهب بن خلف ، يكنى أبا أمية ، أسلم يوم بدر ، مات في خلافة عثمان ﷺ . انظر أسد الغابة (٧٧٤/٣) ، الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٦/٣) .

(٧) انظر : المغازي للواقدي (٨٥٣/٢) .

(٨) في (ن) ، (ع) : [من] .

(٩) انظر : المغازي للواقدي (٨٥٣/٢) .

(١٠) ساقطة من (م) .

(١١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

نخلص ، قال : قولوا : لا إله إلا اللّه ، قال عكرمة : فعلى هذا [١] فارقت محمدًا [٢] ، فدل على أن هذا الموضع دار إسلام . أما حكيم بن حزام : فقال الواقدي : لما دخل النبي ﷺ مكة يوم الفتح ، لم يبرح حكيم بن حزام من مكة حتى أسلم ، وشهد معه حنينًا [٣] .

وأما سهيل بن عمرو [٤] : فقال الواقدي : اختبأ بمكة ، حتى استأمن له ابنه عبد اللّه [٥] وقد كان شهد بدرا مع رسول اللّه ﷺ واستظهره لهم فسقط احتجاجهم [٦] .

٢٢١٤٧ – قالوا : روي عن ابن عباس : أن النبي ﷺ رد بنته [٧] على أبي العاص ابن الربيع [٨] بالنكاح الأول [٩] ، فدل على أن اختلاف الدار لا يوجب الفرقة .

٢٢١٤٨ – قلنا : روي عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده [١٠] : أن النبي ﷺ ردها عليه بنكاح جديد [١١] . وهذه الرواية أولى ؛ لأن الراوى عرف أمرًا جازمًا

---

(١) ساقطة من (م) . (٢) انظر : المغازي للواقدي (٨٥١/٢) .

(٣) انظر : المغازي للواقدي (٨٥٥/٢) .

(٤) هو : سهيل بن عمرو بن عبد شمس ، القرشي العامري ، أسلم يوم فتح مكة ومات بالشام سنة (١٨هـ) . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٩٣/٢) ، أسد الغابة (٣٧٢/٢) .

(٥) هو : عبد اللّه بن سهيل بن عمرو من مهاجرة الحبشة ، استشهد باليمامة ، وله ثمان وثمانون سنة . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٢٢/٢) . (٦) انظر : المغازي للواقدي (٨٥٥/٢) .

(٧) هي : زينب بنت سيد ولد آدم ، نبينا محمد ﷺ أكبر بناته ، وأول من تزوج منهن ، وولدت قبل البعثة بمدة ، وقيل : إنها عشر سنين ، وتوفيت في حياة والدها سنة ثمان عشر من الهجرة . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣١٢/٤) .

(٨) هو : أبو العاص بن الربيع بن عبد العزى بن عبد شمس ، وأمه هالة بنت خويلد ، وزوجته زينب بنت رسول اللّه ﷺ ، انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (١٢١/٤) .

(٩) أخرجه أحمد : حديث رقم ١٨٧٦ ، ٢٣٦٦ ، وأبو داود حديث رقم ٢٢٤٠ والترمذي : حديث رقم ١١٤٣ ، وابن ماجه ، حديث رقم ٢٠٠٩ من حديث ابن إسحاق ، عن داود بن الحصين ، عن عكرمة ، عن ابن عباس ، وداود بن الحصين ، فيه لين ، وما رواه عن عكرمة منكر ، لكن للحديث شواهد مرسلة صحيحة عن عامر وقتادة وعكرمة بن خالد ، أخرجها ابن سعد في الطبقات وعبد الرزاق في المصنف حديث رقم ١٢٦٤٧ ، والطحاوي في معاني الآثار (١٤٩/٢) .

(١٠) هو : عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد اللّه بن عمرو بن العاص السهمي ، أبو إبراهيم القرشي ، مات سنة (١١٨هـ) ، بالطائف . انظر : ميزان الاعتدال (٢٦٣/٣) .

(١١) أخرجه أحمد ، حديث رقم (٦٩٣٨) ، والترمذي (١١٥٢) ، وابن ماجه (٢٠١٠) وفي سنده الحجاج بن أرطاة .

خفي على ابن عباس .

٢٢١٤٩ - على أنه لو لم يرد هذا ؛ لم يكن لهم في قصة زينب حجة (١) ؛ لأن الزهري قال : ردها قبل نزول [آية] (٢) الفرائض (٣) ، وقال الشعبي (٤) : ردها قبل التسمية (٥) وهذا صحيح ؛ لأن نقض (٦) الهدنة في بعض النساء كان لما هاجرت أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط (٧) ، فجاء أخواها (٨) في طلبها ، فنزلت الآية (٩) .

٢٢١٥٠ - وقد كان رد زينب (١٠) عَلَى [أبي العاص] (١١) قبل ذلك بشهور ،

---

(١) لا يسلم ترجيح رواية عمرو بن شعيب ؛ لأن الحافظ ابن حجر رَحِمَهُ اللَّهُ ذكر آراء علماء الحديث في المقارنة بين الحديثين ، ثم قال ما نصه : « إن أحسن المسالك في هذين الحديثين : ترجيح حديث ابن عباس ، كما رجحه الأئمة ، وحمله على تطاول العدة فيما بين نزول آية التحريم وإسلام أبي العاص ، ولامانع من ذلك من حيث العادة ، فضلا عن مطلق الجواز » انتهى . انظر : فتح الباري (٤٢٤/٩) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١٨٩/٧) .

(٤) هو : عامر بن شراحيل بن عبد ، الشعبي شعب همدان ، من فقهاء التابعين بالكوفة مات سنة (١٠٥هـ) انظر : كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ١٠٢ .

(٥) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (١٨٩/٧) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [بعض] .

(٧) هي أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط الأموية ، كانت ممن هاجرن إلى المدينة فجاء أخواها عمارة والوليد ليرداها ، فلم ترجع ، وكانت بلا زوج ، فتزوجها زيد بن حارثة . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٩١/٤) ، أسد الغابة (٣٨٦/٦) .

(٨) هما الوليد بن عقبة بن أبي معيط ، وعمارة بن عقبة بن أبي معيط والوليد أخو عثمان بن عفان لأمه ، أمهما أروى بنت كريز بن ربيعة ، وأسلم الوليد وأخوه عمارة عام الفتح ، وروى الوليد عن رسول الله ﷺ وعثمان بن عفان وغيره ، وروى عنه حارثة بن مضرب والشعبى وأبو موسى الهمدانى وغيرهم ، مات في خلافة معاوية . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٥١٦/٢) ، (٦٣٧/٣ ، ٦٣٨) .

(٩) الآية هي : قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ﴾ الآية ١٠ من سورة الممتحنة . ويقول الحافظ ابن حجر في الإصابة : ذكر الزبير في أنساب قريش أن أم كلثوم بنت عقبة لما هاجرت قدم في طلبها أخواها الوليد وعمارة ، فطلباها من رسول الله ﷺ ، فردها عليهم ، فأنزل الله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ﴾ الآية هكذا ذكره بغير إسناد وقد ذكر ذلك ابن إسحاق في المغازي ، وروي عن الزهري عن عروة قصة مطولة في سبب النزول ، ولكن ليس فيها قصة أم كلثوم ، اهـ . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٥١٦/٢) .

(١٠) ساقطة من (م) وبياض في (ن) ، (ع) .

(١١) في (م) ، (ن) ، (ع) : [أن القاضي] ، ولا وجه له .

هكذا ذكر أهل السيرة ، فلم يكن لهم في الخبر حجة لو سلم من التعارض (١) .

٢٢١٥١ - قالوا : اختلاف دين بعد الإصابة ، فوجب إذا اجتمع إسلامهما في مدة العدة أن يجتمعا على النكاح ، أصله : إذا أسلمت وهما في دار الحرب ، فخرج الزوج إلى دار الإسلام (٢) .

٢٢١٥٢ - قلنا : إذا أسلمت في دار الحرب ، فلم يغلب على حقه ويحرزه [بدار] (٣) أخرى ؛ فلذلك لم يزل ملكه بالتبديل ، وفي مسألتنا غلبت على حقه ، وأحرزته في دار أخرى ، فزال ملكه عنهم ، كما لو غلبت على أمواله .

٢٢١٥٣ - ولأنها إذا أسلمت في دار الحرب ، وخرج الزوج إلينا بأمان ؛ فقد خرج إلى دارها ؛ لأنها بالإسلام صارت في حكم أهل دارنا ؛ فلم تختلف بهما الدار فعلًا وحكمًا .

٢٢١٥٤ - وقولهم : « إنها في حكم أهل الحرب ، بدلالة أن قاتلها لا يلزمه قصاص ولا دية » لا يصح ؛ وذلك لأنها في حكم أهل دار الإسلام ، بدلالة أن ما في يدها من أموالها لا يغنم ، ورقبتها لا تغنم ؛ فقد صارت بهذا في حكم أهل دارنا ، وبقي لها أحكام من أهل دار الحرب ؛ لأنها لم تحرز دمها بدارنا ، وبقاء حكم من الأحكام لا يمنع من تجدد أحكام دار الإسلام بها من الوجه الذي ذكرناه (٤) .

٢٢١٥٥ - قالوا : اختلاف دين بعد الإصابة فإذا لم يقر على النكاح فيه على التأبيد أو إذا حرم الوطء ؛ وجب أن تجب العدة ، أصله : إذا كانا في دار الحرب (٥) .

٢٢١٥٦ - قلنا : إن علتهم بوجوب العدة ؛ فالأصل غير مسلَّم ؛ لأنها إذا هاجرت حاملًا فلا عدة عليها عند [أبي حنيفة] (٦) ، حيث قال في إحدى الروايتين : يجوز أن تتزوج ، وعلى الرواية الأخرى : يمنع التزويج ؛ لأن حملها ثابت النسب لا للعدة (٧) .

٢٢١٥٧ - فإن قالوا : وجب أن يقف الفسخ على انقضاء العدة ؛ لم نسلم الأصل ؛ لأنها إذا أسلمت في دار الحرب وقعت الفرقة [على مضى] (٨) ثلاث حيض ، والعدة

---

(١) لقد دفع هذا التعارض بترجيح حديث ابن عباس ، كما ذكر ذلك الحافظ ابن حجر في فتح الباري (٤٢٤/٩) .
(٢) انظر : أحكام القرآن للشافعي (٦٩/٢) .
(٣) في (م) : [في دار] ، ولا وجه له .
(٤) انظر : المبسوط (٥١/٥) .
(٥) انظر : أحكام القرآن للشافعي (٦٨/٢) .
(٦) في (م) : [أبو يوسف] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه كما في كتب المذهب الحنفي .
(٧) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٤١٣/٣) ، وتحفة الفقهاء (١٢٩/٣) .
(٨) في (ن) ، (ع) : [حتى مضت] ، ولا وجه له .

تجب من بعد ذلك .

٢٢١٥٨ - ولأن الفرقة هناك لم تتعجل ؛ لأنها لم تصر غالبة على بضعها ناقلة له إلى دار أخرى هي من أهلها ؛ فلذلك لم تتعجل الفرقة وفي مسألتنا بخلافه (١) .

٢٢١٥٩ - قالوا : اختلاف الدارين بين الزوجين [لا يوقع] (٢) الفرقة ، أصله : المسلم إذا دخل دار الحرب تاجرًا ، والحربي إذا دخل إلينا بأمان (٣) .

٢٢١٦٠ - قلنا : اختلاف الدارين عندنا [لا يوقع] الفرقة حتى يكون بصفة مخصوصة ، وقد بينا ذلك . فإذا علقوا نفي الفرقة بمجرد الاختلاف (٤) ، قلنا بموجب العلة ، والمعنى في الأصل الذي قاسوا عليه : أن الاختلاف لم يحصل فعلًا ولا (٥) حكمًا ؛ لأن المستأمن على حكم دار الحرب ، والتاجر منا إذا دخل إليهم على حكم دار الإسلام ، فلما لم يختلفا بأنفسهما وأحكامهما لم تقع الفرقة (٦) .

* * *

(١) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/٤١٩) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [لا يرفع] .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : إنه اختلاف دين بعد الإصابة فوقفت الفرقة فيه على الأقراء ، كما لو كان في دار الحرب .

(٤) انظر : المبسوط (٥/٥١ ، ٥٢) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣/٤١٩) .

مسألة ١٠٧٢

إسلام امرأة الذمي قبله

٢٢١٦١ - قال أصحابنا : إذا أسلمت امرأة الذمي لم تقع الفرقة حتى يعرض الحاكم الإسلام على زوجها ، فإن أسلم ؛ فهما على النكاح ، وإن أبي فرق ؛ الحاكم بينهما ، وإن أسلمت الحربية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيضات (١) ، والزوج على دينه فإذا (٢) [حاضت بانت منه] (٣) .

٢٢١٦٢ - قال الطحاوي : ويجب عليها العدة بعد ذلك (٤) .

٢٢١٦٣ - وقال الشافعي : إن أسلمت [قبل] (٥) الدخول بانت منه في الحال ، وإن كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدة ، ومن أسلم زوجها قبل انقضاء عدتها فهما على النكاح ، وإن لم يسلم حتى تنقضي عدتها وقعت الفرقة بينهما (٦) .

٢٢١٦٤ - لنا : ما روى أبو إسحاق الشيباني (٧) ، ....

---

(١) في (ص) ، (م) : [حيض] . (٢) في (ن) ، (ع) : [فإن] .

(٣) ساقط من (م) .

وانظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٢/٣٣٦) ، المبسوط (٥/٥٦-٥٨) ، مجمع الأنهر (١/٣٧٠) ، حاشية ابن عابدين (٣/١٨٨) ، شرح فتح القدير على الهداية (٣/٤٢١) ، البحر الرائق (٣/٢١٣) ، تحفة الفقهاء ، لعلاء الدين السمرقندي (٢/١٣٠) ، أحكام القرآن للجصاص (٣/٤٣٩) .

(٤) انظر : قول الطحاوي في شرح فتح القدير (٣/٤٢٢) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [بعد] ولا وجه له .

(٦) انظر : قول الشافعي رحمه الله في : الأم (٥/٥٠) ، المهذب (٢/٦٧) المجموع (١٦/٣١٦) ، مغني المحتاج (٣/١٩١) ، نهاية المحتاج (٦/٢٩٥) ، الإشراف لابن المنذر (٤/٢٠٨) ، حلية العلماء للقفال الشاشي (٦/٤٢٤ ، ٤٢٥) . قال الإمام مالك : رحمه الله إن أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الإسلام فإن أسلمت وإلا وقعت الفرقة بينهما ، وإن كانت غائبة تعجلت الفرقة ، وإن أسلمت المرأة قبله وقفت على انقضاء العدة . وللإمام أحمد رحمه الله روايتان : الأولى : توافق الشافعية ، والثانية تتعجل الفرقة . انظر : الكافي (٢/٥٤٩) ، المغني (٦/٦١٦) .

(٧) هو : سليمان بن أبي سليمان ، فيروز ، ويقال : خاقان ، ويقال عمرو يكنى أبا إسحاق الشيباني ، مولى بني شيبان بن ثعلبة الكوفي الإمام الحافظ الحجة ، ولد في أيام الصحابة وحدث عن كبار التابعين ، وثقه ابن معين وأبو حاتم ، من كبار أصحاب الشعبي ، مات سنة (١٣٩هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٦/١٩٣) ، كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ١١١ .

عن السفاح [١] ، عن داود بن كردوس [٢] قال : جاء رجل من بني تغلب نصراني تحته امرأة [٣] نصرانية فأسلمت ، فرفعت إلى عمر بن الخطاب ، فقال له عمر : أسلم وإلا فرقت بينكما ، فقال له : لم أدع هذا إلا استحياء من العرب أن يقولوا : إنه أسلم على بضع امرأة لفعلت ، قال : ففرق عمر بينهما [٤] .

٢٢١٦٥ - وروى قتادة ، عن سعيد بن المسيب ، أن عليًا [٥] قال : « هو أحق بنكاحها ما دامت في دار هجرتها [٦] » .

٢٢١٦٦ - وروى عكرمة ، عن ابن عباس في اليهودية والنصرانية تكون تحت النصراني أو اليهودي فتسلم ، قال : « يفرق بينهما [٧] » . ولم ينقل عن أحد منهم اعتبار العدة ، وتفريق عمر وعرضه الإسلام بحضرة الصحابة من غير نكير .

٢٢١٦٧ - ولأن الفرقة لا تجوز أن تقع بالإسلام ؛ لأنه مؤثر في تصحيح العقود والأنكحة ، لا في إبطالها ، ولا يجوز أن يقع بكفر الكافر ؛ لأن هذا الكفر صح معه ابتداء العقد ، فأولى أن يصح معه البقاء ، ثم لم يجز تبقيتهما على النكاح ؛ فيجب أن تقف الفرقة على أمر حادث [٨] .

---

(١) هو : السفاح بن مطر الشيباني ، روى عن : عبد العزيز بن عبد الله بن خالد بن أسيد ، وداود بن كردوس ، وروى عنه أبو إسحاق الشيباني ، والعوام بن حوشب ، ذكره ابن حبان في الثقات . انظر : تهذيب التهذيب (١٥٠/٥٠) .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ن) : [كرموس] ، والأصح ما أثبتناه كما في ميزان الاعتدال للذهبي : داود بن كردوس ، مختلف فيه ، قال الذهبي في الميزان : مجهول ، وذكره ابن حبان في الثقات . انظر : ميزان الاعتدال (١٩/٢) .

(٣) ساقطة من (م) واسم الرجل التغلبي : هو عبادة بن النعمان التغلبي ، والمرأة هي : ابنة زرارة بن عدس التميمي . انظر : كتاب الحجة على أهل المدينة (٣/٤ ، ٤) . وبنى تغلب : هم قوم من نصارى العرب كانوا بقرب من الروم ، فلما أراد عمر ﷺ أن يضرب عليهم الجزية ، امتنعوا عن أدائها ، وقالوا لعمر : لئن فعلت ذلك لنلحق بأعدائك من الروم ، وطلبوا منه أن يضاعف عليهم ما يأخذه من المسلمين من صدقات ، فرضى بذلك بعد مشاورة الصحابة . انظر : شرح زيادات الزيادات للسرخسى ١١٢ ، الناشر لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الدكن بالهند .

(٤) انظر : كتاب الحجة على أهل المدينة (٣/٤ ، ٤) ، بدائع الصنائع (٣٣٧/٢) .

(٥) ساقط من (م) .

(٦) انظر : الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٢٠٩/٤) .

(٧) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٤٣٩/٣) . (٨) انظر : المبسوط (٥٦/٥) .

٢٢١٦٨ - فإن قيل : يؤثر في فسخ العقود ، بدلالة النصرانيين إذا تبايعا الخمر ثم أسلما .

٢٢١٦٩ - قلنا : الفسخ يتناول ذلك العقد لتعذر التسليم لا للإسلام ، ولهذا لو أسلما بعد القبض لم ينفسخ .

٢٢١٧٠ - ولأن التحريم الطارئ على النكاح ، حكم يستوى فيه المدخول بها وغير المدخول بها [١] كالرضاع .

٢٢١٧١ - ولأنه إسلام طارئ على النكاح ، فلا يتعجل البينونة ، كما لو كان بعد الدخول ، ولأن الإسلام أوجب حرمة ، فإذا لم يتعجل البينونة لم تقع إلا بمعنى حادث كالظهار وطرآن العدة [٢] .

٢٢١٧٢ - احتجوا : بأنه اختلاف دين يمنع من ابتداء النكاح أو تحريم الوطء ؛ فوجب أن يوجب الفرقة من غير حكم حاكم ، أصله : [إذا أسلمت] [٣] الحربية في دار الحرب [٤] .

٢٢١٧٣ - قلنا : لا فرق عندنا بين الدارين ؛ لأن في [٥] دار الإسلام تفريق الحاكم لإباء الزوج عن الإسلام ، فإذا كانا في دار الحرب ؛ فإقامة الزوج في دارهم [إباء] [٦] الإسلام أمكن الحاكم [٧] التفريق فيفرق ، وفي دار الحرب لا يمكنه التفريق ؛ فوقعت الفرقة على حدوث معنى يؤثر في الفرق ، وأقرب ذلك مضى هذه العدة ، فإذا مضت وقعت الفرقة ، كما يقع التفريق في دار الإسلام [٨] .

٢٢١٧٤ - وروى عن محمد أن العدة تجب بعدها [٩] . / ٢٤٨/أ

٢٢١٧٥ - وعند مخالفنا الفرقة عند انقضاء العدة تقع بالإسلام ، وتبين بالحيض ،

---

(١) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (٤٢٢/٣) .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « إنه اختلاف دين يمنع ابتداء النكاح فلا تقف الفرقة فيه على الحاكم ، كالردة » .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [أما] ، ولا وجه له .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) انظر : المبسوط (٥٦/٥) .

(٩) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٤٢٢/٣) .

كما تبين به المطلقة الرجعية [١] .

٢٢١٧٦ - فإن قيل : بأي دليل قلتم إن الحيض يقوم مقام التفريق ؟ .

٢٢١٧٧ - قلنا : لأن العامل أحد قائلين ؛ إما من قال : تقع الفرقة بالإسلام ، وإما من قال : بعرض الحاكم ، وكل من قال : إنها لا [٢] تقع بنفي الإسلام وقفها على عرض [الحاكم] [٣] إذا أمكن ، وعلى الحيض إذا لم يمكن ، وقد دللنا على أن [٤] الفرقة تقع [٥] بالإسلام ، بدليل إجماع الصحابة ، فثبت هذا بالإجماع [٦] .

٢٢١٧٨ - ثم يقال لهم : بأي دليل تركتم ما فعل عمر من عرض الإسلام بمشهد من [٧] الصحابة وإشهار ذلك ، وروى أنه كتب إلى أبي موسى في دهقانة نهر الملك لما أسلمت أن تعرض الإسلام على زوجها [٨] .

٢٢١٧٩ - فإن قيل : لو [٩] أسلمت الذمية فهرب زوجها ، فلم [يعرف] [١٠] له مكان ، فقد تعذر عرض الإسلام عليه ، ثم لو توقعوا الفرقة بمضي الحيض .

٢٢١٨٠ - قلنا : لم يقم الحيض مقام التفريق لتعذر العرض خاصة ، لكن مقام الزوج كافرًا في دار الحرب يدل على امتناعه عن الإسلام ، فحصل بمقامه الإباء ووجب اعتبار معنى حادث تقع به الفرقة ، وهربه في دار الإسلام ليس يدل على الإباء ، فإن لحق بدار الحرب ؛ دل على الإباء لكن الفرقة تقع باختلاف الدارين [١١] .

٢٢١٨١ - قالوا : العدة لا تقع بمضيها فرقة [١٢] وإنما تقع بالطلاق ، وانقضاء العدة شرط في البينونة [١٣] .

٢٢١٨٢ - قلنا : التطليقة الواحدة توجب نقصانا في العدد ، والبينونة تقع بانقضاء العدة ، فتقدم التطليقة شرط [١٤] .

٢٢١٨٣ - قالوا : فالعدة عندكم لا تجب في دار الحرب [١٥] .

---

(١) انظر : المهذب (٦٧/٢) .
(٢) ساقطة من (م) .
(٣) في (ص) : [القاضي] .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٦) انظر : المبسوط (٥٦/٥) .
(٧) ساقطة من (م) .
(٨) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٤٣٨/٣) .
(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(١٠) في (ص) : [يعلم] .
(١١) انظر : شرح فتح القدير (٤٢٢/٣ ، ٤٢٣) .
(١٢) ساقطة من (م) .
(١٣) انظر : المهذب (٦٧/٢) .
(١٤) انظر : شرح فتح القدير (٤٢٢/٣) .
(١٥) انظر : تحفة الفقهاء (١٢٨/٢) .

٢٢١٨٤ - قلنا : تجب عندنا [١] على المسلم لحق الله تعالى وإنما لا تجب عليها إذا هاجرت [٢] .

٢٢١٨٥ - قالوا : تبديل دين بعد الإصابة ، فإذا لم يقرا على النكاح تعجلت البينونة ، أصله : إذا ارتد أحدهما [٣] .

٢٢١٨٦ - قلنا : الطارئ هناك الكفر وله تأثير في إبطال الأنكحة فإذا لم يصح معه [٤] ابتداء النكاح [٥] وقعت به الفرقة [٦] .

٢٢١٨٧ - قالوا : كما لو حدث بعد الدخول وقفت البينونة على انقضاء العدة ، وإذا كان قبل الدخول وقفت البينونة على الحال كالطلاق [٧] .

٢٢١٨٨ - قلنا : البينونة عندنا في دار الحرب لا تقف على انقضاء العدة ، وإنما تقع بمضي الحيض ثم تستأنف العدة من بعد ذلك .

٢٢١٨٩ - ولأن الطلاق ينافي النكاح ، فالتفريق يقع به والإسلام الطارئ لا ينافي النكاح ، فلا يجوز أن تقع الفرقة به [٨] .

* * *

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (٣/٢٢٢) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « اختلاف دين يمنع ابتداء النكاح فلا يقف التفريق فيه على الحاكم، كالردة » .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (ص) ، (م) : [العقد] ، ولا وجه له .

(٦) انظر : المبسوط (٥/٥٦) .

(٧) انظر : المهذب (٢/٦٧) .

(٨) انظر : شرح فتح القدير (٣/٤٢٢) .

مسألة ١٠٧٣

ارتداد أحد الزوجين

٢٢١٩٠ - قال أصحابنا : إذا ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة بينهما في الحال [١] .

٢٢١٩١ - وقال الشافعي : إذا أسلم المرتد قبل انقضاء العدة ؛ فهما على النكاح ، وإن بقي على ردته حتى مضت العدة ؛ وقعت الفرقة بالردة ، [فإن كانت الردة] [٢] قبل الدخول ؛ بانت في الحال [٣] .

٢٢١٩٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَمَن يَكْفُرْ بِٱلْإِيمَٰنِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُۥ ﴾ [٤] ، والنكاح من عمله ، فوجب أن يبطل في الحال .

٢٢١٩٣ - ولأنه ارتداد من أحد الزوجين ، فوجبت البينونة في الحال ، كما لو كان قبل الدخول [٥] .

٢٢١٩٤ - فإن قيل : الفرق يختلف فيها ما [٦] قبل الدخول وبعده ، بدلالة الطلاق .

٢٢١٩٥ - قلنا : وقد يستويان ، بدلالة : الطلاق الثلاث والخلع .

٢٢١٩٦ - على أن حكم الأمرين يفترق في الطلاق ، فأما الفرق الحكمية : فلا

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٣٣٧/٢) ، المبسوط (٤٩/٥) ، مجمع الأنهر (٣٧٢/١) ، وحاشية ابن عابدين (١٩٣/٣) ، شرح فتح القدير (٤٢٨/٣) ، البحر الرائق (٢١٤/٣) ، تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (١٣٠/٢) .

(٢) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر قول الشافعي في : الأم (٤٩/٥) ، المهذب (٧٠/٢) ، المجموع (٣١٦/١٦) ، مغني المحتاج (١٩٨/٣) ، نهاية المحتاج (٢٩٤/٦) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٥٤/٣) ، الإشراف لابن المنذر (٢١١/٤) ، حلية العلماء للقفال الشاشي (٤٣٤/٦) . ويرى المالكية : أنه إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول انفسخ النكاح في الحال ، وذكر في رواية عن مالك : أنه لا ينفسخ إلا بخروجها من العدة ، كقول الشافعي . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف ، للقاضي عبد الوهاب المالكي (١٠٤/٢) ، الإفصاح لابن هبيرة الحنبلي (١٢٩/٢) ، الكافي في فقه أهل المدينة للإمام ابن عبد البر (٥٤٣/٢) . وللحنابلة روايتان ، رواية يوافقون فيها الأحناف والمالكية ، والأخرى يوافقون فيها الشافعية . انظر : المغني لابن قدامة (٦٣٩/٦) ، الإفصاح (١٢٩/٢) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٥ .

(٥) انظر : المبسوط (٤٩/٥) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

يختلف فيها ما قبل الدخول وبعده ، بدلالة الرضاع . وإذا ملك أحد الزوجين الآخر ، وإذا وطئ أم امرأته بشبهة .

٢٢١٩٧ - ولأنها عقوبة تتعلق بالردة ، [فوجب أن تتعجل ولا تتأجل كوجوب القتل .

٢٢١٩٨ - ولأنه زوال ملك تعلق بالردة] [١] على طريق التغليظ ، فلم يتأجل كزوال ملكه عن [٢] ذمته .

فلا يلزم : عتق أمهات الأولاد ؛ لأنه لا يتأجل عندنا وإنما يتعلق بموته أو حكم الحاكم بلحاقه والتأجيل بالتأخر إلى مدة معلومة .

ولا يلزم : زوال ملكه عن أمواله على قول أبي‌حنيفة ؛ لأن الردة عنده سبب لزوال الملك في الحال [٣] والزوال موقوف على فعله ، كالبيع المشروط فيه الخيار .

٢٢١٩٩ - ولا يجوز بمثله أن يوجد سبب الفرقة ويقف الزوال على‌اختياره ، بدلالة أنه لو طلق على أنه بالخيار ، لم يثبت الخيار .

٢٢٢٠٠ - ولأن الردة معنى طرأ على النكاح يتعلق به تحريم الوطء ، وحكم الفرقة يوجب تعجيل [٤] البينونة كملك الزوجة زوجها والرضاع .

٢٢٢٠١ - ولا يلزم : إسلام أحد الزوجين ؛ لأن الطارئ هو [٥] الإسلام ، وحكم الفرقة لا يتعلق عندنا .

٢٢٢٠٢ - ولأنها ردة تؤثر في الفرقة ، فتعجل البينونة ، كما لو كانت بعد الخلوة .

٢٢٢٠٣ - ولأن كل معنى أوجب البينونة في التي خلى بها أوجب البينونة في التي وطئها ، أصله : الخلع ، والرضاع .

٢٢٢٠٤ - ولأنه سبب حادث في النكاح يمنع ابتداءه ودوامه ؛ فتقع الفرقة في الحال ، كملك أحد الزوجين والرضاع .

٢٢٢٠٥ - ولأن البينونة لا تخلو إما أن تتعجل ، أو تتعلق بمضي الحيض ، ولا يجوز أن تتعلق بمضي الحيض .

---

(١) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (٤٢٩/٣) .

(٣) انظر : المبسوط (٤٩/٥) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

٢٢٢٠٦ - ولأنه لو وطئها وجب المهر ، فلولا أن البينونة وقعت لم يجب المهر بالوطء ، فلم يبق إلا أن تكون البينونة متعلقة بالردة ، وقد وجدت فيجب أن تتعجل البينونة [١] .

٢٢٢٠٧ - فإن قيل : عندنا تقع البينونة بدوام الردة إلى أن تمضي ثلاث حيض .

٢٢٢٠٨ - قلنا : لو كان كذلك لوجب أن يبقى الملك ببقاء [٢] المدة ، فكان لا يجب المهر .

٢٢٢٠٩ - ألا ترى أنه لو قال : « إن دخلت الدار فمكثت فيها شهرًا [٣] فأنت طالق ثلاثا » فلم يزل الملك حتى يقع الدخول وتمضي المدة ، فلما قالوا : يجب المهر بالوطء ؛ دل على بطلان هذا القول .

٢٢٢١٠ - فإن قيل : الفرقة تقع باستمرار الردة إلى ثلاث حيض ، فإذا وجد ذلك وقعت الفرقة بالردة كما قلتم : إن قال : أنت طالق قبل موت فلان بشهر ، ثم [٤] مات فلان بعد شهر ، وقعت الفرقة مستندة إلى الوقت السابق .

٢٢٢١١ - قلنا : هناك علق الطلاق بزمان موصوف أنه قبل الموت بشهر ، والموت أمر كائن لا محالة إلا أن وقته مجهول ، فإذا مات ؛ استحق الشهر الذي قبله الوصف الذي علق الطلاق به ، فوقعت الفرقة من ذلك الوقت ، فأما استمرار الردة ثلاث حيض فليس بأمر كائن لا محالة ، وإنما هو فعل يجوز أن يوجد ويجوز أن لا يوجد ، [وإذا] [٥] تعلق الطلاق [٦] بفعل يمكن فعله ويمكن ألا يفعل ؛ لم يجز أن يقع إلا بعد وجوده [٧] ، كقوله : أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر [٨] .

٢٢٢١٢ - احتجوا : بأنها ردة طارئة على النكاح بعد الإصابة ؛ فوجب أن لا ترفع البينونة في الحال ، كما لو ارتدا معًا [٩] .

٢٢٢١٣ - قلنا : هناك لم يختلف بهما دين ، والفرقة متى وقعت لأجل الدين تعلقت بالاختلاف فيه ، بدلالة المسلمين والكافرين الأصليين لم يختلفا في الدين لم تقع

---

(١) انظر : شرح فتح القدير (٤٢٨/٣ ، ٤٢٩) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (م) : [ومتى] ، ولا وجه له .

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [دخوله] ، ولا وجه له .

(٨) انظر : تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (١٨٤/٢) .

(٩) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « نكاح طرأت عليه الردة بعد الإصابة ، فلم تقع الفرقة في الحال كما لو ارتدا » .

بينهما فرقة لأجل الدين ، وفي مسألتنا : لما طرأ اختلاف دين يؤثر في الفرقة عجلها ؛ كما لو كان قبل الدخول [١] .

٢٢٢١٤ - فإن قيل : إذا تزوج المسلم بيهودية ثم تنصرا وقعت الفرقة ، ولم يوجد اختلاف الدين .

٢٢٢١٥ - قلنا : المسلم إذا تنصر فقد ارتد ، فلم يحصل له ملة ؛ لأن المرتد لا ملة له ؛ واليهودية إذا تنصرت أقرت ، فقد اختلفا في الدين من هذا الوجه ، ولهذا المعنى [٢] وقعت البينونة ، وقد قال في المجرد : الفرقة لا تقع بينهما . فسقط هذا السؤال [٣] .

٢٢٢١٦ - قالوا : اختلاف دين بعد [٤] الإصابة ، فوجب ألا تقع البينونة في الحال ، أصله : إذا أسلمت الحربية في دار الحرب [٥] .

٢٢٢١٧ - قلنا : قولكم : اختلاف دين لا تأثير له في الفروع على أصلكم ؛ لأنهما لو [٦] ارتدا معًا أو ارتد أحدهما كانا سواء في الأصل ، فليس المؤثر اختلاف الدين ، بدلالة أن المسلمة لو رجعت إلى دين الزوج ، وقعت الفرقة فعلم أن المؤثر ليس هو الاختلاف .

٢٢٢١٨ - ولأن الطارئ هنا كالإسلام ، ولا تأثير له في إبطال الأنكحة وكفر الآخر صح معه ابتداء العقد ، فأولى ألا ينفي البقاء ، وإنما المعنى فيه : أنه لو [٧] أسلم أحدهما في موضع تعذر على القاضي فيه عرض الإسلام على الذي لم يسلم [فوقعت الفرقة] [٨] بمضي الحيضة ، فأما في مسألتنا : فالردة سبب حادث يتعلق بالفرقة يمنع ابتداء النكاح ودوامه [٩] .

فإن قيل : لو خرج الزوجان بأمان فأسلم أحدهما ؛ وقعت الفرقة على مضي الحيض ، ولم يتعذر على القاضي العرض .

٢٢٢١٩ - قلنا : هو متعذر ، ولأن نعطيهم الأمان على أن نبقيهم على حكم دارهم .

---

(١) انظر : المبسوط (٥٩/٥) .
(٢) ساقطة من (ع)
(٣) انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٤٣١/٣) .
(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٥) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « إنه اختلاف دين بعد الإصابة ، فلم يتعجل به الفرقة ، كإسلام أحد الوثنيين » .
(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٨) ساقط من (ن) ، (ع) .
(٩) انظر : المبسوط (٤٩/٥) .

مسألة ١٠٧٤

ارتداد الزوجين معًا

٢٢٢٢٠ - قال أصحابنا : إذا ارتد الزوجان معًا ؛ لم تقع الفرقة بينهما استحسانًا [١] .

٢٢٢٢١ - وقال زفر : تقع الفرقة [٢] ، وبه قال الشافعي [٣] .

٢٢٢٢٢ - لنا : أن العرب ارتدت بعد رسول الله ﷺ فقاتلهم أبو بكر [﵁] وبعث إليهم بالجنود حتى أسلموا [٤] ، ولم يفرق بينهم وبين أزواجهم ، ولو كانت الردة توجب الفرقة بكل حال لفرق بينهم [٥] .

٢٢٢٢٣ - فإن قيل : من أين لكم أنهم ارتدوا معًا ، والعادة أن ردة أحد [٦] الزوجين تسبق الآخر .

٢٢٢٢٤ - قلنا : لما طرأت الردة ولم يثبت سبق أحدهما الآخر ، فوقوع ذلك معًا ،

---

(١) الاستحسان : مشتق من الحسن ، والحسن هو ما حسن من كل شيء ، فهو استفعال من الحسن ؛ يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه حسيًا كان الشيء أو معنويًا . واصطلاحًا : هو عدول المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول ، وهو حجة عند الجمهور ، وليس بحجة عند الشافعية . انظر : الإحكام في أصول الأحكام (١٣٦/٤) ، والمحصول ج٢ ق (٣ /١٦٦) .

(٢) انظر : قول الأحناف في البدائع (٣٣٧/٢) ، المبسوط (٤٩/٥) ، حاشية ابن عابدين (١٩٦/٣) ، مجمع الأنهر (٣٧٣/١) ، شرح فتح القدير (٤٣٠/٣) ، البحر الرائق (٢١٦/٣) ، تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (١٣٠/٢) . يقول الإمام السرخسي : وإذا ارتد الزوجان معًا فهما على نكاحهما استحسانًا وفي القياس : تقع الفرقة بينهما ، وهو قول زفر ﵀ .

(٣) انظر قول الشافعي ﵀ في : الأم (٥٧/٥) ، المهذب (٧٠/٢١) المجموع (٣١٦/١٦) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٥٤/٣) ، نهاية المحتاج (٢٩٤/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٢١١/٤) ، حلية العلماء للقفال الشاشي (٤٣٤/٦) ، وفيه يقول : إذا ارتد الزوجان أو أحدهما قبل الدخول ؛ وقعت الفرقة في الحال ، وإن كان بعد الدخول ؛ وقعت الفرقة على انقضاء العدة . ويرى مالك وأحمد رحمهما الله وقوع الفرقة بارتداد الزوجين معًا ، كما هو رأي الشافعي وزفر من الأحناف . انظر : الإفصاح لابن هبيرة الحنبلي (١٣٠/٢) ، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (١٠٥/٢) ، والكافي في فقه أهل المدينة المالكي للإمام ابن عبد البر ٥٤٣ .

(٤) ساقط من (ص) ، (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) .

(٦) ساقط من (م) .

كالغرقى [1] .

٢٢٢٢٥ - فإن قيل : إنهم أسلموا قبل انقضاء العدة .

٢٢٢٢٦ - قلنا : من أين لكم/ هذا ، ومن أين لكم أن كلهن مدخول بهن ، وقد امتدت المدة وطالت المحاربة ، والعدة تنقضي في مثل ذلك ؟ [2] . ٢٤٨

٢٢٢٢٧ - فإن قيل : الأصل النكاح ، فلما جاز أن تكون العدة قد انقضت ، وجاز ألا تكون انقضت لم ينفسخ النكاح بالشك .

٢٢٢٢٨ - قلنا : العادة في مثل انتقال القبائل [من دين إلى دين أنه لا يضبط مقدم كفر أحدهما على الآخر ، فكذلك لم يفصل ، وليس العادة] [3] أن النساء لم يضبطن حيضهن حتى يحكم بأصل النكاح ، بل كان يجب أن يبين أن من انقضت عدتها ؛ فقد بانت من زوجها .

٢٢٢٢٩ - ولأنهما لم يختلفا في دين ، ولم تقع الفرقة بينهما لأجل الدين كالمجوسيين والمسلمين . ولا يلزم المسلم إذا تزوج اليهودية ثم تنصر [4] ؛ لأن الحسن ذكر هذه المسألة في المجرد ، وقال : لا تقع الفرقة بينهما [5] .

٢٢٢٣٠ - فإن قيل : المعنى في الأصل أنه يجوز ابتداء النكاح فجاز البقاء ، وفي مسألتنا : لا يجوز الابتداء فلم يجز البقاء .

٢٢٢٣١ - قلنا : علة الأصل تبطل بمن أسلم وتحته حرة وأمة ، فأسلمت الأمة ، ثم أعتقت ، ثم أسلمت الحرة ، يجوز أن يبتدئ نكاح المعتقة ، ولا يجوز أن يبقى عليه عندهم . وعلة الفرع تبطل بالمعتدة ، لا يجوز أن يبتدئ العقد عليها ، ويجوز أن يبقى على نكاحها .

٢٢٢٣٢ - ولأنه تبديل دين ؛ فلا يعجل البينونة ، فلا تقع به الفرقة ، أصله : إسلام الكافرين ، وهذا تعليل الردة بعد الدخول [6] .

٢٢٢٣٣ - احتجوا : بأنها ردة طارئة على النكاح ، فوجب أن يتعلق بها وقوع

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (٤٣٠/٣) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٤) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) .

(٦) المعنى أنه لم يحدث بينهما اختلاف دين ولا دار فيبقى على ما كان عليه قياسًا على الكافرين إذا أسلما معًا . انظر : المبسوط (٥٠/٥) .

الفرقة ، أصله : إذا ارتدا معًا [١] .

٢٢٢٣٤ - قلنا : عندكم الردة يتعلق بها حكم الفرقة ، حتى يضم إليها عدم العدة ، أو استمرار الردة إلى حين انقضاء العدة ، فإن أسلم المرتد قبل مضيها لم يقع بذلك فرقة ، فإن أردتم هذا ، فعندنا ردتهما جميعًا تتعلق بها الفرقة ، وإن أقاما على الردة لأن الرجل يقتل بحكم الردة ، فتقع الفرقة .

٢٢٢٣٥ - والمعنى في ردة أحدهما : أنهما اختلفا في الدين على وجه يمنع الابتداء والدوام ، فأثر ذلك في الفرقة . وفي مسألتنا : لم يختلفا في الدين ، والفرقة لأجل الدين تقع بالاختلاف فيه على ما بينا [٢] .

٢٢٢٣٦ - ولا يلزم : المسلم إذا تزوج بيهودية ، ثم تنصر ، لأنا بينا رواية « المجرد » أن الفرقة لا تقع .

٢٢٢٣٧ - ومن أصحابنا من أجاب عنه بأن معنى الاختلاف حاصل [٣] ؛ لأن المسلم انتقل إلى دين لا يقر عليه ويمنع المناكحة ، واليهودية انتقلت إلى دين تقر عليه ولا يمنع المناكحة [٤] .

٢٢٢٣٨ - قالوا : كل [٥] حكم تعلق بردة الزوج لم يمنع انضمام ردة الزوجة إليه من تعلقه بها ، أصله : استباحة دمه وماله [٦] .

٢٢٢٣٩ - قلنا : الفرقة عندنا لا تتعلق بردة في أحد الزوجين خالف بها إسلام الآخر .

٢٢٢٤٠ - ولأن الزوج إذا ارتد وجب لها نصف المهر والنفقة ، وإذا ارتدت لم يجب لها نفقة عندهم ولا مهر ، فهذا حكم يتعلق بردة أحد الزوجين ، ولا يتعلق بردتهما .

٢٢٢٤١ - ولأنه يختلف حكم الدين إذا تجدد لأحد الزوجين ، وحكمه إذا تجدد لأحدهما ، بدلالة أن إسلام أحدهما أو هجرته توجب الفرقة عندهم بعد مضى الحيض ، ولم يوجد ذلك منهما لم تقع الفرقة [٧] .

---

(١) انظر : المهذب (٢/٧٠) . (٢) انظر : بدائع الصنائع (٢/٣٣٨) .
(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) والذي أجاب ذلك من الأحناف هو الحسن الكرخي .
(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢/٣٣٧) . (٥) ساقطة من (م) .
(٦) انظر : حاشية المغربى على نهاية المحتاج (٦/٢٩٤) .
(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢/٣٣٨) .

٢٢٢٤٢ - قالوا : كل معنى وجد في الزوج أوجب الفرقة ، إذا وجد فيهما أوجب الفرقة ، كالموت والرضاع [١] .

٢٢٢٤٣ - قلنا : الردة الموجودة في الزوج لا توجب الفرقة عندنا ، وإنما توجب مخالفة دينه بالردة لإسلامها ، وهذا المعنى لا يوجد في ردتهما ، وتنتقض العلة بالإسلام ، فإنه إذا وجد في زوج الذمية والمجوسية أوجب الفرقة ، وإذا وجد فيهما لم يوجبها [٢] .

٢٢٢٤٤ - قالوا : هناك الموجب للفرقة اختلاف الدين [٣] .

٢٢٢٤٥ - قلنا : كذلك نقول في ردة الزوج [٤] .

* * *

(١) انظر : المغني لابن قدامة (٦٣٩/٦) .
(٢) انظر : المبسوط (٥٠/٥) .
(٣) انظر : المهذب (٧٠/٢) .
(٤) انظر : شرح فتح القدير (٤٣١/٣) . انظر : تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (١٣٠/٢) .

مسألة ١٠٧٥

الفرق المتعلقة بالدين

٢٢٢٤٦ - قال أبو حنيفة ﷺ : إذا أسلمت المرأة وأبي الزوج الإسلام وفرق القاضي بينهما كان ذلك طلاقًا . وإن ارتد الزوج وقعت الفرقة ، ولا يكون طلاقًا . وإن أسلم الزوج وأبت الزوجة الإسلام ؛ لم يكن طلاقًا .

٢٢٢٤٧ - وقال أبو يوسف : الإباء والردة كلاهما ليس بطلاق .

٢٢٢٤٨ - وقال محمد : كلاهما طلاق (١) .

٢٢٢٤٩ - وقال الشافعي : الفُرَقُ المتعلقة بالدين كلها فسوخ وليست بطلاق (٢) .

٢٢٢٥٠ - فالخلاف معه في إباء الزوج عن الإسلام .

والدليل على أنه طلاق : أنها فرقة تتعلق بسبب [من جهة الزوج طرأ على النكاح مختص به ، فصار كقوله : « أنت طالق » .

٢٢٢٥١ - ولا يلزم إباء المرأة ؛ لأن الفرقة تعلقت] (٣) بسبب من جهتها .

٢٢٢٥٢ - ولا يلزم : ردة الزوج ؛ لأن الفرقة تعلقت بسبب من جهة الزوج ، غير مختص بالنكاح ؛ لأن الأحكام تتعلق بالردة سواء كان نكاحًا أو لا ، وعرض الإسلام على الإنسان لإسلام غيره لا يكون إلا في النكاح .

٢٢٢٥٣ - ولأن الفرقة على ضربين : فرقة تقع لأجل الدين ، وفرقة لغيره ، فإذا كان

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٢/٣٣٦) ، المبسوط (٥/٥٦ ، ٥٧) مجمع الأنهر (١/٣٧٠) ، حاشية ابن عابدين (٣/٣١٣) ، شرح فتح القدير (٣/٤٢٠) ، البحر الرائق (٣/٢١٤) ، تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (٢/١٨٤) . فالإمام أبو حنيفة رحمه الله جعل ردة الزوج فسخًا ؛ وإباءه الإسلام طلاقًا ، وجعلهما أبو يوسف فسخًا ، وجعلهما محمد طلاقًا ، يقول الكاساني : « إن كان الإباء من الزوج ، يكون فرقة بطلاق في قول أبي حنيفة ، ومحمد وعند أبي حنيفة يكون فرقة بغير طلاق » اهـ .

(٢) أنظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (٥/٥٧) ، المهذب (٢/٦٧) ، المجموع (١٦/٢٩٩) ، حلية العلماء (٦/٤٣٩) ، يقول الإمام الشيرازي في المهذب : « والفرقة الواقعة باختلاف الدين فسخ ؛ لأنها فرقة عريت عن لفظ الطلاق ونيته ، فكانت فسخًا ، كسائر الفسوخ » اهـ . ويرى الإمام مالك وأحمد رحمهما الله أن الفرق المتعلقة بالدين كلها فسوخ ، كما اختار الشافعي وأبو يوسف .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

ما في أحد النوعين ما هو طلاق ، كذلك في النوع الآخر .

٢٢٢٥٤ – ولأنا قد دللنا على أن الفرقة قد لا تقع إلا بتفريق القاضي ، وكل فرقة يوقعها القاضي بسبب من جهة الزوج لا على طريق الفسخ لأصل النكاح فإنها طلاق ، [١] كفرقة العنة على أصلنا ، وفرقة الإيلاء على أصلهم .

٢٢٢٥٥ – ولا يلزم الفسخ بخيار البلوغ ، وعدم الكفاءة ؛ لأن التفريق هناك فسخ لأصل النكاح [٢] .

٢٢٢٥٦ – احتجوا : بأنها فرقة موجبها اختلاف الدين ، فوجب أن تكون فسخًا ، كما لو أسلم هو [٣] .

٢٢٢٥٧ – قلنا : إذا أسلم الزوج فسبب الفرقة من جهة الزوجة ، وهي لا تملك الطلاق ، وفي مسألتنا الفرقة جاءت بسبب من جهة الزوج طرأ على النكاح مختص به [٤] .

٢٢٢٥٨ – قالوا : إذا أسلمت فالفرقة جاءت بسبب منها أيضًا وهو الإسلام [٥] .

٢٢٢٥٩ – قلنا : غلط ؛ لأن الإسلام يصحح العقود ولا يبطلها ، وإنما تقع الفرقة [٦] لإباء الزوج الإسلام [٧] .

٢٢٢٦٠ – قالوا : كل فرقة [٨] لو جعلت بسبب من جهة الزوجة كانت فسخًا ، كالرضاع وملك أحد الزوجين للآخر [٩] .

٢٢٢٦١ – قلنا : هذه الأسباب غير مختصة بالنكاح ، وإذا وقعت الفرقة بها لم تكن طلاقًا ؛ لأن الطلاق مختص بالنكاح ، والفرقة في مسألتنا تتعلق بسبب مختص بالنكاح [١٠] طارئ عليه ؛ فلذلك كانت طلاقًا [١١] .

---

(١) قاعدة : كل فرقة يوقعها القاضي بسبب من جهة الزوج لا على طريق الفسخ لأصل النكاح فإنها طلاق كفرقة العنة » .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٦/٢ ، ٣٣٧) . ونجيب عن هذا : بأن الفرقة الواقعة باختلاف الدين فسخ لا طلاق ؛ لأنها عريت عن صريح لفظ الطلاق وكناياته ، فصارت فسخًا كسائر الفسوخ . انظر : المهذب (٦٧/٢) ، والمغني لابن قدامة (٦١٤/٦) .

(٣) انظر : المغني (٦١٤/٦) .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (٤٢٩/٣) .

(٥) انظر : المجموع (٢٩٩/١٦) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢٣٦/٢) .

(٨) قاعدة : « كل فرقة لو جعلت بسبب من جهة الزوجة كانت فسخًا كالرضاع وملك أحد الزوجين للآخر » .

(٩) انظر : المغني (٦١٧/٦) .

(١٠) ساقط من (ن) ، (ع) .

(١١) انظر : حاشية ابن عابدين (٣١٣/٣) .

مسألة ١٠٧٦

انتقال الذمي من دين إلى دين

٢٢٢٦٢ - قال أصحابنا : إذا انتقل الذمي من دين إلى دين ، لم يعترض عليه ، وأقر على الدين الثاني [١] .

٢٢٢٦٣ - [وهو أحد قولي الشافعي وقال في كتاب [٢] « الجزية » : لا يقر على الدين الثاني] [٣] .

٢٢٢٦٤ - وما الذي يصنع به ؟ قالوا : يجبر على الإسلام ولا يقبل منه غيره في أحد القولين ، وفي قول آخر : يقبل منه الإسلام أو العود إلى الدين الأول ، فإن امتنع من ذلك ؛ يرد إلى مأمنه في دار الحرب ولا يقبل ، ومنهم من قال : إن فيها قولا آخر أنه يقتل كما يقتل المرتد [٤] .

٢٢٢٦٥ - لنا : أنه إذا انتقل من كفر إلى كفر ؛ فلا يعترض عليه مع [الذمة] [٥] ، كما لو انتقل النصراني من فرقة إلى فرقة [٦] .

٢٢٢٦٦ - فإن قيل : النصرانية ملة واحدة ؛ لأنهم يؤمنون بنبي واحد ، وكتاب واحد ويختلفون في تأويله ، كالمسلمين ، واليهود ، والنصارى اختلفت

---

(١) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) ، حاشية ابن عابدين (١٩٨/٣) ، شرح فتح القدير على الهداية (٤٣٢/٣) ، البحر الرائق (٢١٠/٣) ، المبسوط (٤٨/٥) وفيه يقول السرخسي : « إذا تحول من دين إلى دين يترك على ما اعتقد ؛ لأن الكفر كله ملة واحدة » اهـ .

(٢) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (١٨٣/٤) ، المهذب (٧٠/٢) ، المجموع (٣١٧/١٦) ، مغني المحتاج (١٩٠/٣) ، نهاية المحتاج (٢٩٤/٦) ، حلية العلماء (٤٣٤/٦ ، ٤٣٥) ، وفيه يقول : « إذا انتقل الكتابي إلى دين لا يقر عليه أهله لم يقر عليه ، ولا يقبل منه الإسلام في أصح الأقوال ، وفي الثاني : يقبل منه الإسلام ، أو الدين الذي كان عليه ، والثالث : أنه يقبل منه الإسلام ، أو الدين الذي كان عليه ، أو دين يقر عليه أهله » اهـ . وأما المالكية : فلم نعثر لهم على رأي في هذه المسألة ، وأما الحنابلة : فإنهم يوافقون الشافعية في أقوالهم الثلاثة . انظر : المقنع (٦٩/٣) ، شرح منتهى الإرادات (١٣٨/٣) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [الذية] ، ولا وجه له .

(٦) انظر : المبسوط (٤٨/٥) .

مللهم (١) .

٢٢٢٦٧ - قلنا : هم في حكم ملة واحدة أيضًا ، بدلالة : اجتماعهم على اعتقاد واحد يقرون عليه .

٢٢٢٦٨ - ولأن الكفر ملة واحدة ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِىَ دِينِ ﴾ (٢) .

٢٢٢٦٩ - وقال النبي [ﷺ] : « نحن خير ، وجميع الناس خير » (٣) .

٢٢٢٧٠ - ولا يقال : إن قوله : ﴿ لَكُمْ دِينُكُمْ ﴾ أي أديانكم ، فعبر بالجماعة عن الواحد ؛ لأن هذا غير الظاهر .

٢٢٢٧١ - ولأنه يجمعهم اعتقاد واحد يقرون عليه (٤) وهو مخالفة النبي [ﷺ] ، فصاروا كالمسلمين (٥) .

٢٢٢٧٢ - فإن قيل : لما جاز أن يتزوج بعضهم دون بعض ؛ دل على أنهم ملل مختلفة .

٢٢٢٧٣ - قلنا : هم فيما بيننا وبينهم ملل مختلفة (٦) ، بدلالة ما ذكرت ، وهم فيما بينهم ملة واحدة ، فإذا ثبت أنهم ملة واحدة ؛ لم يعترض عليهم في التنقل لغيرها ، كما لا يعترض على اليهود إذا انتقلوا من ملة إلى ملة .

٢٢٢٧٤ - ولأنه لا يخلو إما أن نجبره على الإسلام ، أو العود إلى الدين الأول ، أو على ترك الثاني [ولا يجوز أن يجبر على الثاني] (٧) ولا يجوز أن نجبره على الإسلام ؛ لأن الذمي لا يجبر على الإسلام ، ومن كان من أهل دارنا لا يجبر على الإسلام قبل اعتقاده ، ولايلزمه العود إلى الدين الأول ؛ لأنه كفر ، ولا يسوغ لنا أن نجبر الناس على الكفر .

---

(١) اليهود : هم أمة موسى ﵇ ، وكتابهم التوراة ، واختلف اليهود إلى إحدى وسبعين فرقة أشهرها العنانية ، والعيسوية واليوذعانية ، والسامرة ، وتشعبت منهم الفرق إلى إحدى وسبعين فرقة . انظر : الملل والنحل ، للشهرستاني (٩٥-٩٩) ، بتصرف ، الناشر مؤسسة ناصر للثقافة ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٨١م والنصارى: هم أمة المسيح عيسى ابن مريم رسول الله ، وكلمته ، ﵇ ، وافترقت النصارى إلى اثنتين وسبعين فرقة ، وكبار فرقهم ثلاثة : الملكانية ، والنسطورية ، واليعقوبية ، وتشعبت منها الإليانية والبليارسية ، والمقدانوسية والسبالية ، والبوطينوسية ، والبولية ، إلى سائر الفرق . انظر : الملل والنحل ، للشهرستاني .

(٢) سورة الكافرون : الآية ٦ .

(٣) لم نقف على أصل لهذا الحديث .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) ساقط من (ج) ، (ع) .

٢٢٢٧٥ - ولأن النصراني إذا تهود فقد اعتقد التوحيد ، ولا يجوز أن نلزمه ترك الاعتقاد الثاني ؛ لأن ترك الاعتقاد من غير أن يعتقد شيئًا كفر ؛ فلا يلزمه إياه ، فإذا بطلت هذه الوجوه ؛ لم يبق إلا أن لا يعترض عليه .

٢٢٢٧٦ - ولأنه انتقل إلى دين لو كان عليه ابتداء لم يعترض عليه ؛ فلم يجز الاعتراض عليه [١] .

٢٢٢٧٧ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ ﴾ [٢] .

٢٢٢٧٨ - قلنا : هذا يدل على أن اللَّه تعالى لا يقبل دينًا غير دين الإسلام وكذلك نقول ، وليس إذا لم يقبله اللَّه تعالى [٣] لم يقر عليه ؛ لأن الدين الذي انتقل عنه لا يقبله اللَّه منه ، وقد كان مقرًا عليه [٤] .

٢٢٢٧٩ - احتجوا بقوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » [٥] .

٢٢٢٨٠ - قلنا : ذكره عليه السلام زجرًا عن تبديل الدين وتركه ، ولا يزجر على ترك الكفر ومفارقته ، وإنما يزجر على ترك الإسلام ؛ فدل على أن المراد بالخبر تبديل الإسلام دون الكفر [٦] .

---

(١) انظر : البحر الرائق (٢١٠/٣) ، حاشية ابن عابدين (١٩٨/٣) .
والمعنى : أنه إذا كان ما يعتقده لا ينافي عقد الذمة ابتداء فلا يكون منافيًا للبقاء أيضًا ، فإن كان ما عليه كان كفرًا ، فكيف نجبره على العود إليه ، والنصراني إذا تهود فقد اعتقد التوحيد ظاهرًا فكيف يجبر على العود إلى التثليث ؟ . انظر : المبسوط (٤٨/٥) بتصرف .

(٢) سورة آل عمران : الآية ٨٥ .
ووجه الاستدلال من الآية الكريمة : هو أن الذمي اعترف بداية ببطلان كل دين سوى دينه ، ثم بالانتقال عنه اعترف ببطلانه ؛ فلم يبق إلا الإسلام . انظر : حلية العلماء (٤٣٥/٦) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : المبسوط (٤٨/٥) .

(٥) أخرجه البخاري من حديث ابن عباس ، كتاب استتابة المرتدين ، باب حكم استتابة المرتد والمرتدة فتح الباري (٢٧٩/١٢) ، حديث رقم ٦٩٢٢ ، ط : دار الريان للتراث . ووجه الاستدلال من الحديث : هو أنه بانتقاله من دين إلى دين فإنه يكون قد بدل دينه فيقتل عملًا بعموم الحديث ، ولكنه لا يقتل إلا بعد عرض الإسلام عليه ، فإن أسلم كان خيرًا ، وإلا طلب منه العود إلى دينه الأول ، فإن امتنع ؛ ألحق بمأمنه إن كان له مأمن ، قياسًا على من نبذ العهد ، ثم بعد ذلك هو حربي إن ظفرنا به قتلناه . انظر : مغني المحتاج (١٩٠/٣) بتصرف .

(٦) المعنى : أن المراد من الحديث : من بدل بدين الإسلام دينا آخر قتل ؛ لأن الدين في الحقيقة هو الإسلام لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلدِّينَ عِندَ ٱللَّهِ ٱلْإِسْلَٰمُ ﴾ من الآية ١٩ من سورة آل عمران انظر : فتح الباري (٢٨٤/١٢) ط دار الريان للتراث .

٢٢٢٨١ - قالوا : انتقل إلى دين باطل اعترف ببطلانه ، وجب أن لا يقر عليه ، أصله : المسلم إذا ارتد [١] .

٢٢٢٨٢ - قلنا : المسلم لا يقر على ترك دينه سواء انتقل/ إلى دين باطل ، أو لم ينتقل ، فعلم أن الحكم يتعلق بتركه دين الحق ، لا باعتقاد دين باطل . ٢٤٩

٢٢٢٨٣ - ولأن المعنى في المسلم أنه ترك دين الحق ، وهذا المعنى لا يوجد في النصراني إذا تهود ، فتبطل هذه العلة باليهودي إذا تنصر ثم عاد إلى اليهودية ؛ فإنه يقر على ذلك في أحد القولين ، وإن انتقل إلى دين باطل اعترف ببطلانه [٢] .

٢٢٢٨٤ - قالوا : عابد الوثن إذا كان عربيًا ، فانتقل إلى اليهودية بعد ظهور دعوة النبي ﷺ لم يقر على ذلك ، وإن كان لم يفارق دين الحق [٣] .

٢٢٢٨٥ - قلنا : هذا غير مسلم ، بل يقر عليه ويصير كعرب أهل الكتاب [٤] .

* * *

(١) ساقط من (ن) ، (ع) . وانظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « ولأنه انتقل إلى دين باطل ، فأشبه المسلم إذا ارتد » .

(٢) انظر : البحر الرائق (٣/٢١٠) .

(٣) انظر : المغني لابن قدامة (٦/٥٩٣) .

(٤) انظر : شرح زيادات الزيادات للسرخسي ١١٢ .

مسألة ١٠٧٧

اختلاف الدين بين الكتابيين

٢٢٢٨٦ - قال أصحابنا : إذا تهود النصراني أو تمجس ، وتهودت المرأة وزوجها نصراني ؛ لم يعترض لها في النكاح [١] .

٢٢٢٨٧ - وقال الشافعي في أحد قوليه : هو كارتداد المسلم [٢] .

٢٢٢٨٨ - لنا : ما بينا أنه لا يعترض عليهم في الانتقال ، ومن استحدث دينًا لا يعترض عليه فيه لم تقع الفرقة بينه وبين زوجته الكتابية ، كاليهودى إذا أسلم ، وكالنصرانى إذا انتقل من فرقة [إلى فرقة] [٣] .

٢٢٢٨٩ - ولأن هذا [الدين] [٤] ، لا ينافي ابتداء النكاح منهما ، فلم يناف البقاء عليه ، أصله : إذا أسلم زوج النصرانية [٥] .

٢٢٢٩٠ - والشافعي بني على أصله أن هذا الدين لا يقر عليه ، فصار كالمسلم إذا ارتد [٦] .

* * *

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٨/٢) ، حاشية ابن عابدين (١٩٩/٣) ، البحر الرائق (٢١٠/٣) ، المبسوط (٤٨/٥) ، شرح فتح القدير (٤٣٢/٣) ، حاشية الطحاوي على الدر المختار (٨٤/٢) ، يقول الإمام السرخسي : إذا تحول من دين إلى دين يترك على ما اعتقد ؛ لأن الكفر كله ملة واحدة .

(٢) انظر : المهذب (٧٠/٢) ، المجموع (٣١٧/١٦) ، مغني المحتاج (١٩١/٣) ، نهاية المحتاج (٢٩٤/٦) ، وحلية العلماء (٤٣٥/٦) . يقول الخطيب الشربيني في مغني المحتاج : « ولو تهود وثنى أو تنصر ؛ لم يقر بالجزية ، ويتعين الإسلام في حقه ، كمسلم ارتد » اهـ . انظر : مغني المحتاج (١٩١/٣) . وأما المالكية : فإنهم يرون أنه إذا اختلف الدين بين الكتابيين ؛ فإنه ينفسخ النكاح بينهما بذلك كأحد قولي الشافعي . انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٣٨/٣) . وللحنابلة روايتان ، الأولى : يوافقون فيها الشافعي في أحد قوليه ومالك في أنه لا يقر عليه ؛ لأنه كالمرتد . والثانية : يقر على ذلك ، ولا يعترض لهما في النكاح كما هو مذهب الأحناف . انظر : المغني (٥٩٣/٦) ، والمقنع (٦٩/٣) .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : المبسوط (٤٨/٥) .

(٦) انظر : المهذب (٧٠/٢) ، مغني المحتاج (١٩١/٣) .

مسألة ١٠٧٨

نكاح الولد المتولد بين مجوسي وكتابية

٢٢٢٩١ - قال أصحابنا : الولد المتولد بين المجوسى والكتابية تجوز أنكحته ، وتؤكل ذبيحته [١] .

٢٢٢٩٢ - وقال الشافعي : هو على [٢] دين الأب ؛ لا تؤكل ذبيحته ، وإن كانت أنثى لم يجز للمسلم تزويجها [٣] .

٢٢٢٩٣ - لنا : أن أحد أبويه يحل أكل ذبيحته ومناكحته ، فالولد في حكمه ، كما لو كان الأب مسلمًا ، أو كما لو كانت الأمة مجوسية والأب كتابيًّا .

٢٢٢٩٤ - ولأن أحد الأبوين [يؤمن بكتاب من كتب اللَّه تعالى ، فالولد تابع له في الدين كالمسلم ، ولأن لأحد الأبوين] [٤] حكم الإسلام ، بدلالة أن الكتابي في حكم المسلمين في الذبائح والمناكحة ؛ فصار كأحد الأبوين إذا كان مسلمًا [مجنونًا] [٥] والآخر مجوسيًّا [٦] .

---

(١) انظر : المبسوط (٤٤/٥) ، حاشية ابن عابدين (١٩٨/٣) ، شرح فتح القدير (٤٣٢/٣) يقول الإمام السرخسي : « ثم المولود بينهما على دين الكتابي من الأبوين عندنا تحل ذبيحته ومناكحته للمسلمين » . اهـ .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) انظر قول إمامنا الشافعي رحمه الله في : المهذب (٥٨/٢) ، المجموع (٢٣٦/١٦) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣٨٨/٦) . ولقد فرق الشافعية بين الولد المتولد بين وثنى وكتابية ، وبين الولد المتولد بين كتابي ووثنية ، فقالوا في المتولد بين وثنى وكتابية : يحرم نكاحه قولًا واحدًا ؛ لأن الولد حكمه في النكاح كحكم أبيه ، أما المتولد بين كتابى ووثنية : ففيه قولان : أحدهما : أنها لا تحرم ؛ لأن الأب من أهل الكتاب ، والثاني : أنها تحرم ؛ لأنها لم تتمحض كتابيتها . يقول الإمام الشيرازي في المهذب : « ويحرم عليه نكاح من ولد بين وثني وكتابية ، ولهذا ينسب إليه ويشرف بشرفه ، فكان حكمه في النكاح حكمه ، ومن ولد بين كتابي ووثنية ففيه قولان : أحدهما : أنها لا تحرم عليه لأنها من قبيلة الأب ، والأب من أهل الكتاب ، والثاني : أنها تحرم ؛ لأنها لم تتمحض كتابية ، فأشبهت المجوسية » . انظر : المهذب (٥٨/٢) . وأما المالكية : فلم نعثر على رأي لهم في تلك المسألة . وأما الحنابلة : فإنهم يوافقون الشافعية فيما ذهبوا إليه . انظر : المغني (٤٩٢/٦) .

(٤) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) بياض في (م) ، وفي (ن) ، (ع) : [مجوسيًا] .

(٦) انظر : المبسوط (٤٤/٥) .

٢٢٢٩٥ - احتجوا بقوله تعالى [١] : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ [٢] .

٢٢٢٩٦ - قلنا : أجمعنا أن المراد بذلك الوثنيات والمجوسيات ، وقد اختلفنا في هذه ، فزعم مخالفنا أنها في حكم الأب ، وخالفناه في ذلك ؛ فلم يصح التعلق بالآية إلا بعد إثبات دينها [٣] .

٢٢٢٩٧ - قالوا : كافرة تنسب إلى كافر لا حكم لذبيحته ، فصارت كولد المجوسية [٤] .

٢٢٢٩٨ - قلنا : ينتقض إذا كانت أمها مسلمة وأبوها مجوسيا ، والمعنى في الأصل : أنه لا يثبت لأحد أبويه حكم الإسلام ، وفي مسألتنا بخلافه [٥] .

٢٢٢٩٩ - قالوا : اجتمع في هذا الولد حكم الحظر والإباحة ، فوجب أن يغلب الحظر ؛ كالمتولد بين الحمار الأهلي والوحشي [٦] .

٢٢٣٠٠ - قلنا : ينتقض إذا كان أحد أبويها قد أسلم [٧] .

٢٢٣٠١ - قالوا : إذا كان أحدهما مسلمًا جاز مناكحتها ، لقوله ﷺ : « الإسلام [٨] يعلو ولا يعلى » [٩] .

٢٢٣٠٢ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن من مذهبكم أن القياس إذا دخل عليه النقض بطل ،

---

(١) ساقط من (ن) ، (ع) . (٢) سورة البقرة : الآية ٢٢١ .
ووجه الدلالة من الآية الكريمة : أن المتولدة بين وثني ومجوسية مشركة يحرم نكاحها عملًا بعموم الآية .
(٣) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٥/٢) . (٤) انظر : المهذب (٥٧/٢) .
(٥) انظر : المبسوط (٤٤/٥) . (٦) انظر : مغني المحتاج (١٩٠/٣) .
والحمار الأهلي : جمعه حمير وأحمرة ، وكنية الحمار أبو صابر ، وأبو زياد ، ويقال للحمارة : أم محمود ، وأم نافع ، وأم وهب ، وأم جحش ، وأم تولب ، وليس في الحيوان ما ينزو على غير نفسه إلا الحمار والفرس ، والحمار الأهلي يحرم أكله عند أكثر أهل العلم ، وادعى ابن عبد البر الإجماع على تحريمه . انظر : حياة الحيوان لكمال الدين الدميري (٢٣٨/١ ، ٢٥١) ، الناشر دار الفكر : بيروت . والحمار الوحشي : يسمى الفرا ، وهو شديد الغيرة ؛ فلذلك يحمى عانته الدهر كله ، ويقال : إنه يعيش مائتي سنة وأكثر ، والحمار الوحشي يحل أكله بالإجماع انظر : حياة الحيوان للدميري (٢٥٣/١ ، ٢٥٤) .
(٧) أي اجتماع الحظر والإباحة ينتقض بمن أسلم أحد أبويها والآخر على دينه . انظر : حاشية ابن عابدين (١٩٨/٣) .
(٨) ساقطة من (ع) .
(٩) أخرجه البخاري ، كتاب الجنائز ، باب إذا أسلم الصبي فمات ، هل يصلى عليه ، وهل يعرض على الصبي الإسلام ، موقوفًا عن ابن عباس ، (٢٣٤/١) . صحيح البخاري مع حاشية السندى ، ط : عيسى البابي الحلبي ، والدارقطني كتاب النكاح ، باب المهر (٢٥٢/٣) ، والطحاوي في شرح الآثار ، باب إسلام أحد الزوجين عن ابن عباس (١٥٠/٢) ، وفي إسناده عبد الله بن حشرج ، قال الدارقطني : مجهول .

وإن كان في موضع النقض مستثنى بنص ؛ لأن الاطراد عندكم من شرط القياس [١] .

٢٢٣٠٣ - فإن قلتم : هذا النص داخل على العلة لولا الخبر ، فقد صرتم إلى التخصيص [٢]، فهو خلاف مذهبكم .

٢٢٣٠٤ - فإن جعلتم هذا المعنى ، وقلتم : اجتمع الحظر والإباحة ، ولم يعل أحدهما الآخر لم نسلمه ؛ لأن عندنا أن حكم الكتابي يعلو المجوسي ، كما يعلو المسلم الكتابي [٣] ، وينتقض هذا المعنى بالمجوسي والمسلم إذا اشتركا في الذبائح ، فإنه لا يؤكل لاجتماع الحظر والإباحة ، وإن كان الإسلام يعلو .

* * *

(١) النقض في اللغة : الحل والإبطال ، وفي اصطلاح الأصوليين : هو تخلف الحكم مع وجود ما ادعى كونه علة له . وقد اتفق الأصوليون على أن النقض إذا كان واردًا على سبيل الاستثناء لا يقدح مع كون الوصف علة في غير الصورة المستثناة ولايبطل علته . أما إذا كان واردًا على غير سبيل الاستثناء ؛ فقد اختلف الأصوليون في كونه قادحًا أو غير قادح على مذاهب كثيرة أشهرها ما يأتي :
المذهب الأول : لا يقدح النقض في العلة مطلقًا ، وهو مذهب الأحناف ويسمونه تخصيص العلة .
المذهب الثاني : يقدح النقض في العلة مطلقًا ، وهو مذهب الشافعي .
المذهب الثالث : يقدح النقض في العلة المستنبطة ولا يقدح في المنصوصة .
ولقد أجاب الإمام أبو إسحاق الشيرازي في كتابه « اللمع » على الأحناف الذين زعموا أن وجود العلة من غير حكم ليس بنقض لها بل هو تخصيص لها قائلًا : والدليل على فساد ذلك : هو أنها علة مستنبطة فإذا وجدت من غير حكم وجب الحكم بفسادها . انظر اللمع ص ٦٤ ط مصطفي البابي الحلبي ، ط ٣ ، ١٣٧٧ هـ الأحكام للآمدي (٨٩/٤) ، نهاية السول للإسنوي (٧٧/٤) ، أصول الفقه للشيخ زهير (١٢١/٤) .

(٢) التخصيص : هو إخراج بعض ما يتناوله الخطاب عنه ، وتخصيص العلة ، جوزه أكثر أصحاب أبي حنيفة ، ومالك وأحمد ، ومنع ذلك أكثر أصحاب الشافعي ، وقد قيل : إنه منقول عن الشافعي . ونقول : إن تخصيص العلة ليس خلاف المذهب مطلقًا ؛ لأن هناك من الشافعية من يقول بتخصيصها كما فهم ذلك من كلام الآمدي . وانظر : المحصول ج١ ق (٧/٣) ، الإحكام (٢١٨/٣) .

(٣) انظر : المبسوط (٤٤/٥) .

مسألة ١٠٧٩

إتيان الزوجة في الموضع المحرم

٢٢٣٠٥ - قال أصحابنا : لا يجوز إتيان النساء في أدبارهن [1] . وهو المشهور من قول الشافعي [2] .

٢٢٣٠٦ - وحكى محمد بن عبد اللّه بن عبد الحكم [3] ، أنه قال : ما صح عن رسول اللّه ﷺ في تحريمه ولا في تحليله شيء ، والقياس أنه حلال . قال الربيع [4] : كذب والذي لا إله إلا هو [5] .

٢٢٣٠٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى

---

(١) انظر قول الأحناف في : تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (٣٣٢/٣) وفيه يقول : « وكذا لا يحل الاستمتاع بالدبر عند عامة أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الظاهر : يباح » اهـ .

(٢) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (٩٤/٥) ، المهذب (٨٤/٢) ، المجموع (٤١٩/١٦ ، ٤٢٠) ، مناقب الشافعي لأبي حاتم الرازي ص ٢١٦ ، الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (١٥٧/٤) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٥٢٥/٦) ، أحكام القرآن للشافعي (١٩٥/١) ، اختلاف الفقهاء لابن جرير الطبري ص ٣٠٤ ، وفيه يقول : « وقال الشافعي : الإتيان في الدبر حتى يبلغ منه مبلغ الإتيان في القبل محرم بدلالة الكتاب والسنة » . وأما مذهب الإمام مالك رحمه الله ؛ فقد حكى أهل الغرب عنه إباحة ذلك ، وحكاه في الحاوى عن ابن أبي مليكة وزيد بن أسلم ، والأصح القول بتحريمه ، يقول الإمام ابن عبد البر في كتابه الكافي في فقه أهل المدينة : « ولا يأتي امرأة في دبرها حائضًا ولا طاهرًا » . انظر : الكافي لابن عبد البر (٥٦٣/٢) . ويرى الحنابلة تحريمه قولًا واحدًا ، كما هو مذهب الجمهور . انظر : المقنع (١٠٣/٣) ، المغني (٥٧٧/٦) .

(٣) هو : أبو عبد اللّه محمد بن عبد اللّه بن عبد الحكم المصرى ، ولد سنة (١٨٢هـ) وصحب الشافعي عندما قدم إلى مصر وتفقه عليه ، وأثنى عليه الشافعي قائلًا : « وددت لو أن لي ولدًا مثل هذا ، وعلى ألف دينار دينا لا أجد لها وفاء » . توفي رحمه الله سنة (٢٦٨هـ) . انظر : طبقات الشافعية للإسنوي (٢٩/١) ، شذرات الذهب (١٥٤/٢) .

(٤) هو : أبو محمد الرُّبيع - « مصغرًا » - ابن سليمان بن عبد اللّه المرادي المصري خادم الإمام الشافعي ، وروى عنه كتابه الأم وغيره من الكتب ، وتوفي رحمه الله سنة (٢٧٠هـ) . انظر : طبقات الشافعية للإسنوي (٣٠/١) ، طبقات الشيرازي ص ٧٩ .

(٥) انظر : مناقب الشافعي لأبي حاتم الرازي ص ٢١٦ ، نيل الأوطار (٢٠١/٦) ، سبل السلام (١٣٨/٣) ، تفسير ابن كثير (٢٦٥/١) .

ٱلْمَحِيضِۖ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ﴾ [١] ، فأمر باعتزال الحائض ، ونهى عن قربها حتى تطهر ، فلو كان يجوز الوطئ في غير الفرج ، لم يحرم قربها بكل حال [٢] .

٢٢٣٠٨ - فإن قيل : المحيض مكان الحيض ، كقولهم : مقيل ومبيت ، وإنما أمر باعتزال مكان الحيض .

٢٢٣٠٩ - قلنا : وقد يعبر به عن حال الحيض ، فيقتضي ذلك النهي عن قربها في تلك الحال وهو عام ، ويدل عليه : ما روى حماد بن سلمة [٣] ، عن حكيم [٤] بن أبي تميمة [٥] ، عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ أنه قال : « من أتى خادمًا أو امرأة في دبرها ، أويحل هذا ، فقد كفر بما أُنزل على محمد » [٦] .

٢٢٣١٠ - قال الطحاوي : وهذا خبر صحيح في هذا الباب [٧] . وقد روي فيه أخبار لا تصح [٨] .

٢٢٣١١ - ولأن اللّٰه تعالى حرم وطئ الحائض ، وعلله بالأذى وهذا موجود في هذا

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٢ . (٢) انظر : تحفة الفقهاء (٣/٣٣٢) .

(٣) هو : حماد بن سلمة بن دينار البصري ، أبو سلمة ، مفتي البصرة ، وأحد رجال الحديث ، حافظ ثقة ، إلا أنه لما كبر ساء حفظه فتركه البخاري ، وأما مسلم فاجتهد وأخذ من حديثه بعض ما سمع منه قبل تغيره ، وتوفي سنة (١٦٧هـ) . انظر : الأعلام (٢/٣٠٢) ، حلية الأولياء (٦/٤٩) ، التهذيب (٣/١١) .

(٤) هو : حكيم الأثرم ، بصري صدوق ، روى عن : أبي تميمة والحسن ، وروى عنه : حماد بن أبي سلمة وعوف . انظر : تهذيب التهذيب (٢/٤٥٢) ، الكاشف (١/١٤٩) .

(٥) أبو تميمة الهجيمى ، واسمه طريف بن مجالد ، مات سنة (٩٥هـ) . انظر : كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٩٢ ، ترجمة رقم ٦٧٠ .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/١٩٥) ، كتاب النكاح ، باب إتيان النساء في أدبارهن ، كما أخرجه بهذا السند ابن عدي في الكامل (٢/٢٢٠) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/٤٥) بسنده .

(٧) لا نسلم هذه المقولة التي قالها الطحاوي ؛ لأن ابن عدي قال : قال البخاري : حكيم الأثرم بصرى ، عن أبي تميمة الهجيمي ، عن أبي هريرة : « من أتى كاهنًا » لا يتابع في حديثه ، ولا يعرف لأبي تميمة سماع من أبي هريرة . ثم قال ابن عدي : وحكيم الأثرم يعرف بهذا الحديث وليس له غيره إلا اليسير . اهـ . انظر : الكامل لابن عدي (٢/٢٢٠) .

(٨) منها ما روي من حديث أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول اللّٰه ﷺ : « ملعون من أتى امرأة في دبرها » ، الحديث أخرجه السيوطي في الجامع الصغير (٦/٣) حديث رقم ٨٢٠٤ . قال المناوى شارح الحديث : « قال ابن حجر : في سنده خالد بن مخلد ليس بمشهور ، وقال ابن القطان : لا يعرف حاله ، وقد اختلف فيه على سهل » اهـ . ثم قال المناوى : فرمز المصنف لصحته غير مسلم . انظر : فيض القدير شرح الجامع الصغير (٦/٤) .

الموضع .

٢٢٣١٢ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ أَتَأْتُونَ ٱلذُّكْرَانَ مِنَ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿١٦٥﴾ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم ﴾ (١) ؛ فدل على أن الله تعالى قد أباح من الزوجة ما حرمه من الغلام .

٢٢٣١٣ - قلنا : لو كان كذلك لقال : « وتذرون أزواجكم » ، فلما قال : ﴿ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم ﴾ (٢) ؛ دل (٣) على أن المباح منها معنى مخصوص ، وليست الإباحة على [العموم] (٤) ، وإنما قال : ﴿ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم ﴾ ؛ لأن المباح من المرأة يقصد به من اللذة ما يقصد بوطء الذكر (٥) .

٢٢٣١٤ - احتجوا بقوله : تعالى : ﴿ نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾ (٦) .

٢٢٣١٥ - قلنا : الحرث هو المكان الذي يقصد بإتيانه وإيقاع الفعل فيه الولد ، وذلك لا يكون إلا في الفرج (٧) .

٢٢٣١٦ - فإن قيل : روى زيد بن أسلم (٨) عن ابن عمر ، أن رجلًا أتى امرأة في دبرها ، فوجد في نفسه من ذلك وجدا شديدًا ، فأنزل الله تعالى ﴿ نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾ (٩) .

٢٢٣١٧ - قلنا : زيد بن أسلم لم يعرف له سماع من عبد الله عمر ؛ فالحديث مقطوع .

---

(١) سورة الشعراء : الآية ١٦٥ ، ١٦٦ .

(٢) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (م) : [العوض] ، ولا وجه له .

(٥) انظر : تحفة الفقهاء (٣٣٢/٣) ووجه الاستدلال من الآية الكريمة : هو أن النكاح قد أحل للمتزوج ما كان حرامًا ، وإذا كان ذلك كذلك لم يكن القبل في التحليل من الدبر . انظر : اختلاف العلماء لابن جرير الطبري ص٣٠٥ .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٢٣ .

(٧) انظر : فتح الباري (١٩٠/٨) ، تفسير سورة البقرة باب ٣٩ .

(٨) هو : زيد بن أسلم ، أبو عبد الله العدوي العمري المدني الفقيه ، حدث عن : والده أسلم مولى عمر ، وعن عبد الله بن عمر ، وجابر بن عبد الله ، ومسلمة بن الأكوع وغيرهم ، وحدث عنه : مالك ، وسفيان الثوري ، والأوزاعي ، وغيرهم ، وكان له حلقة للعلم في مسجد رسول الله ﷺ ، وهو من العلماء العاملين ، توفي سنة (١٣٦هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٣١٦/٥) ، كتاب مشاهير علماء الأمصار ٨٠ .

(٩) سورة البقرة : الآية ٢٢٣ .

والحديث أخرجه البخاري ، في تفسير سورة البقرة ، باب ٣٩ من طريق نافع عن ابن عمر ، وذكره الحافظ ابن حجر من رواية زيد بن أسلم عنه . انظر : فتح الباري (١٨٩/٨ ، ١٩٠) .

٢٢٣١٨ - وقد روي في سبب نزول هذه الآية حديث سفيان [(١)] ، عن محمد بن المنكدر [(٢)] ، عن جابر أن اليهود قالوا : من أتى امرأة في فرجها من دبرها ، خرج ابنها أحول ، فأنزل الله [تعالى] : ﴿ نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾ ، وهذا خبر متصل روي في سبب نزول الآية مخالف للخبر [(٣)] المقطوع ، فالرجوع إليه أولى [(٤)] .

٢٢٣١٩ - قالوا : روى مالك ، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن [(٥)] ، عن أبي الحباب سعيد بن يسار [(٦)] أنه سأل ابن [(٧)] عمر عنه ، فقال : لا بأس به [(٨)] .

٢٢٣٢٠ - قلنا : قد روى الليث بن سعد [(٩)] ، عن الحارث بن يعقوب [(١٠)] عن سعيد بن يسار أبي الحباب ، قال : قلت لابن عمر ، ما تقول في الجوارى ؟ أنحمض

---

(١) هو : سفيان بن عيينة .

(٢) هو : محمد بن المنكدر بن عبد الله بن الهدير التيمي ، روى عن : أبيه ، وجابر ، وابن عمر ، وابن عباس ، وغيرهم ، وروى عنه : أبو حنيفة ، ومالك وشعبة والسفيانان ، قال ابن عيينة : كان من معادن الصدق ، ويجتمع إليه الصالحون ، مات سنة (١٣٠هـ) . انظر : طبقات الحفاظ ٥١ ، كتاب مشاهير علماء الأمصار ٦٥ .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) أخرجه البخاري في كتاب التفسير ، تفسير سورة البقرة ، صحيح البخاري بحاشية السندي (٢٠٦/٣) .

(٥) هو : ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ ، مفتي المدينة ، أبو عثمان ، ويقال : أبو عبد الرحمن القرشي التيمى ، مولاهم ، المشهور بربيعة الرأي من موالى آل المنكدر ، روى عن أنس بن مالك ، وسعيد بن المسيب ، والسائب بن يزيد وغيرهم ، وروى عنه الأوزاعي ، وشعبة ، ومالك وعليه تفقه ، وسفيان الثوري وغيرهم وثقه ابن حنبل ، وأبو حاتم ، وقال الخطيب : فقيه ، عالم ، حافظ للفقه والحديث ، مات سنة (١٣٦هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٨٩/٦) ، وتاريخ بغداد (٤٢٠/٨) .

(٦) هو : سعيد بن يسار ، أبو الحباب المدني ، مولى ميمون وثقه ابن معين ، وتوفي سنة (١١٧هـ) . انظر : البداية والنهاية (٣٥٣/٩) .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) أخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير (١٨٥/٣) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤١/٣) ، والحافظ ابن كثير في تفسيره (٢٦٢/١) .

(٩) هو : الليث بن سعد بن عبد الرحمن ، الإمام الحافظ ، أبو الحارث ، عالم الديار المصرية الفهيمى ، ولد سنة (٩٤هـ) ، وسمع عطاء بن أبي رباح ، وابن أبي مليكة ، وغيرهما ، وروى عنه خلق كثير منهم ابن المبارك ، وابن لهيعة ، وابن عجلان شيخه ، وثقه ابن حنبل ، وابن سعد ، والعجلي والنسائي توفي رحمه الله سنة (١٧٥هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (١٣٦/٨) ، طبقات الحفاظ ٩٥ .

(١٠) هو : الحارث بن يعقوب الأنصاري ، من فضلاء التابعين وعبادهم ، حدث عن : عبد الرحمن بن شماسة ، وسعيد بن يسار ، وحدث عنه : ابنه عمرو ، وزيد بن أبي حبيب ، والليث ، وبكر بن مضر ، من الأثبات في الروايات ، مات سنة (١٣٠هـ) انظر : سير أعلام النبلاء (٣٥٤/٦) ، مشاهير علماء الأمصار ١١٢ .

لهن ؟ قال : وما التحميض ؟ فذكرت الذي قال ، قال : وهل يفعل ذلك أحد من المسلمين [١] ، وإذا تضاد الخبران عنه سقطا .

٢٢٣٢١ - وقد روي عن علي ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وأبي الدرداء [٢] : خلافه ، قال علي وقد سئل عن ذلك : ﴿ أَتَأْتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴾ [٣] .

٢٢٣٢٢ - قالوا : قد ملكها بالعقد فجاز له وطؤها [٤] .

٢٢٣٢٣ - قلنا : إنما ملك استباحتها في الفرج ، وما دونه ، ولم يملك غير ذلك ، ولهذا نقول إن الوطئ في الدبر في النكاح [٥] الفاسد لا يلزمه مهر ، ولايثبت به إحصان ولا يبيحها للزوج الأول [٦] .

٢٢٣٢٤ - وقال الشافعي : يستقر به المهر ، وتجب به العدة ، وإن أكره امرأة عليه ، وجب عليه المهر ، فأجراه مجرى الوطئ في الفرج في جميع الأحكام إلا في حكمين : الإحصان ، والإباحة للزوج الأول [٧] .

* * *

---

(١) أخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير (١٨٥/٣) ، الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤١/٣) .

(٢) هو : عويمر أبو الدرداء ، مشهور بكنيته وباسمه جميعًا ، واختلف في اسمه فقيل : عامر ، وعويمر لقب حكاه عمرو بن الغلاس عن بعض ولده ، وبه جزم الأصمعي ، أسلم أبو الدرداء يوم بدر ، وشهد أحدًا وأبلى فيها بلاءً حسنًا ، روى عن : النبي ﷺ ، وزيد بن ثابت ، وعائشة وغيرهم ، وروى عنه : ابنه بلال ، وزوجته أم الدرداء ، وعلقمة بن قيس ، وآخرون ، مات في خلافة عثمان رضي الله عنهم جميعًا . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٥/٣ ، ٤٦) .

(٣) الأعراف : ٨٠ ، وانظر : قول علي رضي الله عنه في تفسير ابن كثير (٢٦٤/١) .

(٤) انظر : اختلاف الفقهاء لابن جرير الطبري (ص : ٣٠٤) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) انظر : تحفة الفقهاء (٧٣/٣) .

(٧) انظر : الأم (٩٤/٥) .

مسألة ١٠٨٠

نكاح الشغار [١]

٢٢٣٢٥ - قال أصحابنا : إذا زوَّج الرجل أخته على أن يزوجه الرجل أخته ، أو ابنته أو أمته ، على أن يكون مهر كل واحدة منهما بضع الأخرى ، فالعقدان جائزان ، وما سمياه من المهر باطل ، ولكل واحدة منهما مهر المثل [٢] .

٢٢٣٢٦ - وقال الشافعي : العقدان باطلان [٣] .

٢٢٣٢٧ - ولو قال : زوجتك أختي على أن تزوجني أختك ، ولم يزد على هذا جاز النكاحان بلا خلاف .

٢٢٣٢٨ - ولو قال : زوجتك أختي بمائة على أن تزوجني أختك بمائة صح النكاحان

---

(١) الشغار لغة : يقال : شغر الكلب كمنع ؛ رفع إحدى رجليه ، بال أو لم يبل ، أو فبال ، ويقال : شغر البلد خلا من الناس ، وبابه قطع . والشغار بكسر الشين نوع من أنكحة الجاهلية ، وهو أن يقول الرجل لآخر : زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي على أن يكون صداق كل منهما بضع الأخرى ، كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه . انظر : القاموس المحيط مادة (شغر) ، والمصباح المنير مادة (شغر) . وقال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن نكاح الشغار لا يجوز إلا أن أبا حنيفة ذهب إلى صحته ووجوب مهر المثل . انظر : فتح الباري (١٦٣/٩) ، صحيح مسلم بشرح النووي (٢٠٠/٩) .

(٢) انظر قول الأحناف في : بدائع الصنائع (٢٧٨/٢) ، تحفة الفقهاء (١٣٦/٢) ، المبسوط (١٠٥/٥) ، حاشية ابن عابدين (١٣١/٣) ، شرح فتح القدير (٣٣٨/٣) ، البحر الرائق (١٩٨/٣) ، مجمع الأنهر (٣٤٨/١) . يقول صاحب الهداية : « وإذا زوَّج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها » . انظر : شرح فتح القدير على الهداية (٣٣٨/٣) .

(٣) انظر قول الشافعي رحمه الله في : الأم (٧٦/٥) ، المهذب (٥٩/٢) المجموع (٢٤٥/١٦) ، نهاية المحتاج (٣٣٦/٦) ، حلية العلماء (٣٨٦/٦) ، الإشراف لابن المنذر (٥٨/٤) ، يقول الإمام الشيرازي في المهذب : « ولا يجوز نكاح الشغار » . وبقول الإمام الشافعي ، قال الإمام مالك وأحمد انظر قولهما في : بداية المجتهد (٦١/٢) ، الإشراف على مسائل الخلاف (١٠٥/٢) ، المغني (٦٤١/٦) . وسبب اختلاف العلماء في ذلك هو : هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل ؟ فإن قلنا : غير معلل ؛ لزم الفسخ على الإطلاق ، وإن قلنا العلة عدم الصداق ؛ صح بفرض صداق المثل . انظر : بداية المجتهد (٦١/٢) .

وبطلت التسمية ، ولكل واحدة منهما مهر مثلها .

٢٢٣٢٩ - ولو قال : زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ، ولم يزد على هذا ؛ فنكاح الموجب باطل ، ونكاح بنت الموجب له جائز (١) .

٢٢٣٣٠ - لنا : قوله ﷺ : « لا نكاح إلا بشهود » .

٢٢٣٣١ - ولأنه نكاح مؤبد ؛ فلا يبطله الشرط ، أصله : إذا قال : زوجني ابنتك على أن أزوجك بنتي ، وإذا شرط ألا يتسرى عليها ، أو لا يخرجها من بلدها ، أو على أن لا يطأها .

٢٢٣٣٢ - ولا يلزم إذا زوجها من اثنين ؛ لأن النكاح لا يتأبد ، ألا ترى أن مقتضاه أن يشتركا في البضع ، والمشتركان في المنفعة يتساويان عندنا ، فيكون لكل واحد منهما يومٌ ينقطع فيه حق الآخر ، فعلى هذا لا يتأبد النكاح .

٢٢٣٣٣ - ولأن النكاح لم يفسد ها هنا بالشرط ولكنه فسد بجهالة الزوج ؛ لأن كل واحد من الزوجين يجوز أن يملك البضع ، ولا يصح أن يجتمع ملكهما ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، فبطل العقد بجهالة الزوج لا بشرط الشركة (٢) .

٢٢٣٣٤ - فإن قيل : فكذلك نقول في مسألتنا : إن النكاح بطل بالتشريك بين الزوجين وغيره في البضع (٣) .

٢٢٣٣٥ - قلنا : العقد لا يصح عندكم حتى يبطل التشريك ، وإن بطل بشرط التشريك ، وقد دللنا على أن العقد لايبطل بالشرط (٤) .

٢٢٣٣٦ - فإن قيل : يبطل إذا زوجها على أن لا يشهد .

٢٢٣٣٧ - قلنا : هناك يبطل العقد إذا ترك الشهادة ، ولا يبطل بالشرط ، بدلالة أنه

---

(١) انظر : المبسوط (١٠٥/٥) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٨/٢) . ولا نسلم هذا التأويل الذي سلكه الأحناف ؛ لأن في نكاح الشغار تمليك البضع للاثنين ، للزوج وغيره ، فأشبه ما إذا زوج بنته من اثنين . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (١٠٥/٢) .

(٣) أي : أنه في نكاح الشغار يملك الرجل بضع ابنته لشخصين للزوج وابنته ؛ لأنه يقول أحدهما للآخر : زوجتك بنتي على أن تزوجني ابنتك ؛ فيبطل النكاح لأجل التشريك في البضع . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (١٠٥/٢) .

(٤) أي أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، فيصح النكاح ويبطل الشرط . انظر : تحفة الفقهاء (١٣٦/٢) .

لو شرط/ أن لا يشهد وحضر الشهود صح العقد ، ولو أطلق العقد ولم يشهد لم يصح ٤٩ لعدم الشهادة [١] .

٢٢٣٣٨ - فإن قيل : يبطل إذا قال : زوجتك بنتي على أن بضعها لفلان .

٢٢٣٣٩ - قلنا : لا نعرف الرواية في هذه المسألة ؛ فيجوز أن يقال : النكاح صحيح ؛ لأنه ملكه البضع ، ثم شرط عليه قطع الملك ، فكأنه قال : زوجتك على أن تطلقها ، ويجوز أن يقال : النكاح فاسد ، إلا أن الفساد ليس بالشرط ، لكن بالتشريك ، وذلك أنه ملك البضع اثنين كل واحد منهما يصح أن يملك ، ولا يجوز اجتماع ملكهما وليس أحدهما أولى من الآخر [٢] .

٢٢٣٤٠ - وفي مسألتنا : ملك الزوج البضع [٣] ثم ملكه المرأة الأخرى شريكها ، كما لو [٤] .

٢٢٣٤١ - قال : زوجتك ، وهذا الخيار لما اشترك مع الزوج من لا يملك الاستباحة ؛ لم يفسد العقد عندنا ، ولأنه سمى في النكاح مالا يجوز أن يكون مهرًا بحال ، فكأن وجود هذه التسمية وعدمها سواء .

٢٢٣٤٢ - أصله : إذا تزوجها على خمر أو خنزير أو على نكاح امرأة أخرى . ولا يمكنهم أن يقولوا بموجب هذه العلة ؛ لأن وجود التسمية لا يكون عندهم بعدمها ، إذ وجودها يفسد العقد عندهم ، وعدمها يصح معه العقد [٥] .

٢٢٣٤٣ - ولا يلزم المولى إذا أذن لعبده أن يتزوج حرة على رقبته ؛ لأنه سمى في العقد ما يصح أن يكون مهرًا ، بدلالة أنه لو تزوج أمة على رقبته جاز ، على أن الحاكم [٦]

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٨/٢) .

(٢) انظر : المبسوط (١٠٥/٥) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) أي : أنه سمى بمقابلة بضع كل واحدة منهما ، ما لا يصح أن يكون صداقًا ، فكأنه تزوجها على خمر أو خنزير ، وإذا لم يتحقق في البضع صلاحية كونه صداقًا لم يتحقق الاشتراك ، فبقي هذا شرطًا فاسدًا ، والنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد . انظر : المبسوط (١٠٥/٥) .

(٦) هو : أبو عبد اللّه ، محمد بن عبد اللّه الضبي ، النيسابوري الحاكم ، ولد في يوم الاثنين ١٣ ربيع الأول سنة (٣٢١) بنيسابور صاحب المستدرك ، وتاريخ نيسابور ، وفضائل الشافعي وغيرها ، كان فقيهًا حافظًا ثقة حجة ، كان يميل إلى التشيع ويظهر التسنن ، انتهت إليه رياسة أهل الحديث ، وبلغت مصنفاته الحديثية قريبًا من ألف جزء . توفي سنة (٤٠٥هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٩٧/١٣) .

ذكر في المنتقى أن النكاح صحيح ومهرها قيمة العبد [١] .

٢٢٣٤٤ - ولأن البضع أحد البدلين في عقد النكاح ، فاشتراطه لغير العاقد لا يبطل العقد كالمهر ، ولأنه عقد على البضع ، فإذا شرطه لغير العاقد لم يبطل كالخلع [٢] .

٢٢٣٤٥ - احتجوا : بما روى مالك ، عن نافع ، عن ابن عمر : أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح الشغار ، [والشغار] [٣] : أن يزوج الرجل بنته من الرجل على أن يزوجه الرجل الآخر بنته ليس بينهما صداق [٤] .

٢٢٣٤٦ - وروى عبد الرزاق [٥] ، عن معمر [٦] ، عن ثابت [٧] ، عن أنس بن مالك ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لا شغار في الإسلام » ، والشغار أن يبدل الرجل أخته بأخته [٨] .

٢٢٣٤٧ - وروى جابر بن عبد الله : أن النبي ﷺ « [نهى عن الشغار [٩] » .

٢٢٣٤٨ - وروى عمران بن الحصين : أن النبي ﷺ] [١٠] قال : « لا جلب ، ولا جنب ، ولا شغار في الإسلام » [١١] .

---

(١) انظر : مغني المحتاج (٢١٥/٣) . (٢) انظر : المبسوط (١٠٥/٥) .
(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٤) أخرجه البخاري في كتاب النكاح ، باب الشغار . انظر : صحيح البخاري بحاشية السندي (٢٤٥/٣) .
(٥) هو : عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميرى بكسر الحاء ، مولاهم الصنعاني الثقة ، حدث عن : هشام بن حسان ، وعبيد الله بن عمر ، وابن جريج ، ومعمر ، وخلق سواهم ، وحدث عنه : شيخه سفيان بن عيينة ، ومعمر ، وغيرهما مات (٢١١هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٦٣/٩) .
(٦) هو : معمر بن راشد ، أبو عروة بن أبي عمرو ، الأزدي ، مولاهم البصري ، نزيل اليمن ، حدث عن قتادة ، والزهري ، ومحمد بن المنكدر ، وغيرهم ، وحدث عنه : عبد الرزاق والسفيانان ، وابن المبارك ، وغيرهم ، ثقة ثبت ، مات سنة (١٥٣هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٥/٧) .
(٧) هو : ثابت بن أسلم ، أبو محمد البنانى ، مولاهم البصري ، حدث عن : عبد الله بن عمر ، وأنس بن مالك ، وعبد الله بن الزبير ، وغيرهم ، وحدث عنه : عطاء بن أبي رباح ، وقتادة ، ومعمر ، وشعبة وغيرهم ، ثقة ثبت ، مات سنة (١٢٧هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٢٠/٥) ، كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٨٩ .
(٨) أخرجه مسلم من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر ، كتاب النكاح ، (٢٠٠/٩) ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب النكاح ، باب الشغار ، حديث رقم ١٠٤٣٤ .
(٩) أخرجه مسلم في صحيحه من طريق ابن جريج ، كتاب النكاح : باب تحريم الشغار وبطلانه ، شرح النووي (٢٠١/٩) ، وعبد الرزاق في مصنفه ، كتاب النكاح ، باب الشغار حديث رقم ١٠٤٣٢ ، (١٨٣/٦) .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١١) أخرجه الترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في النهى عن نكاح الشغار (٢٩٦/٢) حديث رقم ١١٣٢ ، وقال : حديث حسن صحيح ، والنسائي : كتاب النكاح باب الشغار (١١٠/٦) ، وعبد الرزاق =

٢٢٣٤٩ - والجواب : أن الشغار هو بدل إحدى المرأتين بالأخرى ، ليكون نكاح كل واحدة صداق الأخرى ؛ فلا يصح على هذا الوجه ، بل يعقد كل واحد من العقدين بمهر صحيح ، ويبطل ما سمَّياه من الشغار [1] .

٢٢٣٥٠ - فإن قيل : النهي [2] يفيد الفساد .

٢٢٣٥١ - قلنا : صحيح ، وقد أفسدنا ما تناوله النهي ، وهو النهي الفاسد ، يبين ذلك : أنا حملنا النهي على هذا كان عامًّا فيمن أطلق العقد ، فقال : زوجتك ابنتى على أن تزوجني بنتك وسكت ، وفيمن قال : على أن مهر كل واحدة بضع الأخرى وكلا الأمرين شغار ، وعند مخالفنا : يفسد إذا صرح بأن البضع بدل ، ولا يفسد الآخر وعندنا يفسد الشرط في العقدين ويجب مهر المثل ، فكان ما قلناه أشبه بالظاهر وأقرب إلى العموم [3] .

٢٢٣٥٢ - فإن قيل : قد روي [4] [أنه عليه السلام قد] [5] « نهى عن نكاح الشغار » وهذا يدل على أن النهي يتناول العقد .

٢٢٣٥٣ - قلنا : الأخبار المعروفة التي رويت نهي فيها عن الشغار ، وذلك يتناول العوض .

٢٢٣٥٤ - فإن ثبت أنه نهي عن النكاح ؛ فهو محمول على كراهة العقد ، بدلالة أنا إذا حملناه على الكراهة [6] كان عامًّا في كل شغار ، وإذا حمل على الفساد ؛ خصوه ببعض ما يتناوله الاسم ؛ فصار كل واحد منهما تاركًا للظاهر من وجه ، ومستعملًا له من وجه [7] .

٢٢٣٥٥ - قالوا : ملك الرجل البضع ثم جعله مهرًا لبنته ، وهذا اشتراك بينهما فيه ،

=في مصنفه ، كتاب النكاح ، باب الشغار (١٨٥/٦) ، حديث رقم ١٠٤٤٢ . والجلب : يقال : جلب على فرسه يجلب جلبًا بوزن يطلب طلبًا : صاح به من خلفه واستحثه للسبق ، وكذا أجلب عليه . انظر : مختار الصحاح ص ٤٥ ، مادة جلب . والجنب : هو أن يجنب فرسا إلى فرسه في السباق ، فإذا فتر المركوب تحول إلى المجنوب . انظر : القاموس المحيط مادة جنب ص ٨٩ .

(١) انظر : المبسوط (١٠٥/٥) . (٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : حاشية ابن عابدين (١٣١/٣) . (٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . (٦) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٨/٢) .

فصار كما لو زوجها من رجلين [١] .

٢٢٣٥٦ - قلنا : هذا غلط ؛ وذلك لأنه ملك الزوج البضع ، وجعل مهر ابنته منفعة وصلت إلى أبيها بالتزويج ، فكأنه قال : زوجتك بنتي على أن تهب لي هبة ، أو تعفو لي عن دم العمد ، فأما أن يكون ملك بنته البضع فلا ، فلم نسلم ما قالوه ، ولأنه ملك الزوج البضع ، ثم أشرك معه المرأة على قولهم ، وهي ممن لا يملك استباحة البضع والتشريك ممن لا يصح مشاركته لا يتعلق به حكم ، ولهذا قال أصحابنا : إذا أوصى ثلثه لحي وميت استحق الحي جميع الثلث [٢] ؛ لأن الميت لا تقع به مزاحمة في الثلث ؛ وليس كذلك إذا زوجها لزوجين ؛ لأن كل واحد منهما يصح أن يملك البضع فلو انعقد العقد تضايقا فيه [٣] .

٢٢٣٥٧ - فإن قيل : هذا يبطل إذا قال : زوجتكها وهذا المجنون .

٢٢٣٥٨ - قلنا : المجنون يملك منفعة البضع بعقد وليه ، فهو ممن تقع المزاحمة به ، ويصح منه المشاركة ، إلا أن هذه الطريقة صحيحة على أصلنا ، فأما المخالف ، فقال : إذا أوصى لحي وميت بالثلث ، فالحي له نصف الثلث وزادوا على هذا ، فقالوا : إذا أوصى لزيد والمرياح فلزيد نصف الثلث [٤] .

٢٢٣٥٩ - والجواب المعتمد : أنا لو سلمنا التشريك الذي ادعاه مخالفنا لم يصح ما قاله ؛ وذلك لأنه ملك بضع بنته زوجها استباحة ، ثم جعل مهر البنت للزوج ، فملكها البضع تمليك الأموال ، إذا كانت المرأة لا تملك البضع استباحة ومتى ملك البضع اثنين ملك استباحة وملك غير استباحة ، لم يناف ملكهما ، وبدلالة أن المولى يزوج أمته ويبيعها ، فيملك الزوج بضعها استباحة ، ويملك المشتري مالًا ولا تقع بينهما مشاركة ولا مزاحمة ، فدل على فساد هذه الطريقة وهي اعتمادهم في المسألة [٥] .

٢٢٣٦٠ - قالوا : ملك الزوج بضعها بالتزويج ، ثم ارتجعه فجعله ملكًا لبنته صداقًا ، وهذا يفسد النكاح ، كما لو قال : زوجتك بنتي على أن يكون بضعها لفلان ، وبعتك

---

(١) انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (١٠٥/٢) .

(٢) انظر : تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (٢١٢/٣) .

(٣) انظر : المبسوط (١٠٥/٥) . (٤) في (ن) ، (ع) : [المهر] .

(٥) انظر : البحر الرائق (١٩٨/٣) . ولا نسلم هذا الجواب ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن الشغار كما ذكرت كتب الأحاديث الستة وغيرها ، ولو كان هذا التأويل الذي سلكتموه جائزا ، لبينه رسول الله ﷺ ، حيث لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة .

هذه الدار [١] على أن يكون ملكها لفلان .

٢٢٣٦١ - قالوا : وهذا معنى قول الشافعي : إن هذا العقد فيه تسوية [٢] .

٢٢٣٦٢ - قلنا : قد بينا أن المرأة لا تملك البضع استباحة ، وإنما ملكها إياه مالًا ، وهذا لا ينفي تمليك الاستباحة ، بدلالة أن من زوج أمته ثم باعها .

فأما إذا قال : زوجتكها على أن بضعها لفلان فقد بينا أنا لا نعرف الرواية فيه ، فلو سلمناه كان المعنى فيه [٣] : أن فلانا يملك البضع استباحة كما ملكه الزوج ؛ فلم يصح أن يجتمع ملكهما عليه ، وكذلك إذا قال : بعتك عبدي على أن يكون ملكه لفلان لم يصح ؛ لأن ملك كل واحد منهما للعبد مثل ملك الآخر له ، ويستحيل أن يملك كل واحد منهما جميع العبد ، فلما شرط ذلك بطل العقد [٤] .

٢٢٣٦٣ - قالوا : جعل المعقود عليه معقودًا به ، فوجب ألا يصح ، كمن قال : زوجت بنتي من عبدك على أن رقبته مهرها ؛ فوجب ألا يصح [٥] .

٢٢٣٦٤ - قلنا : هذا الوصف غير مسلم في أحد الروايتين ؛ لأنه قال : يصح العقد ، ويكون المهر قيمته [٦] ، فعلى هذه الرواية يسقط القياس ، وعلى الرواية الأخرى المانع ليس هو [٧] ما ذكروه ، ولكن المانع أن العقد لو صح لاقترن [٨] ملك المرأة [٩] رقبة الزوج ملكه لبضعها ، ولو طرأ ملكها للرقبة على النكاح أبطله ، فإذا قارن [١٠] انعقاد العقد منع من انعقاده ، وهذا المعنى لو أذن المولى لعبده في التزويج ، ولم يقل على رقبتك ، فزوجها على رقبته ، صح النكاح ؛ لأنها لا تملك رقبته بالعقد ، وكذلك لو زوج عبده أمته على رقبته صح النكاح ، لأن الرقبة يملكها مولاها وإن كان المعقود به [١١] .

٢٢٣٦٥ - قالوا : جعل البضع معقودًا عليه ومعقودًا به ؛ فبطل أن يكون معقودًا به ؛ فوجب أن يبطل أن يكون معقودًا عليه [١٢] .

---

(١) في (ص) ، (م) : [السلعة] .
(٢) انظر : الأم (٥/٧٧) .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢/٢٢٨) .
(٥) الإشراف على مسائل الخلاف (٢/١٠٥) .
(٦) في (م) : [قبضه] .
(٧) ساقطة من (م) .
(٨) في (ن) ، (ع) : [لافرق] .
(٩) في (ن) ، (ع) : [الرقبة] .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [فارق] .
(١١) انظر : المبسوط (٥/١٠٦) .
(١٢) أي : نكاح الشغار عقد حصل فيه المعقود له معقودًا به فلم يصح . انظر : الإشراف على مسائل الخلاف (٢/١٠٥) .

٢٢٣٦٦ - قلنا : البضع يصح أن يعقد عليه ولا يصح أن يعقد به ، فيصح العقد عليه [١] ، ويبطل العقد به ، وهذا [٢] كما لو تزوجها على طلاق امرأة أخرى ، جعله طلاقًا ومهرًا ، ويصح أن يكون طلاقًا . ولا يصح أن يكون مهرًا ، وعلى هذا لو تزوجها على عتق أبيها والعفو عن دم العمد يقع ذلك ، ولم يصح جعله صداقًا ، وصح كونه معقودًا عليه وإن بطل كونه معقودًا به [٣] .

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [وعليه] ، ولا وجه له .

مسألة ١٠٨١

مسألة خيار العيب

٢٢٣٦٧ – قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : لا يفسخ النكاح بعيب أحد الزوجين ، إلا أن يكون الزوج مجبوبًا ، أو عنينًا [١] ، فيثبت الخيار للمرأة ، ويفرق الحاكم ويكون طلاقًا لا فسخًا .

٢٢٣٦٨ – وقال الشافعي : يفسخ النكاح بعيوب الزوج : الجَبُّ والعنة والجذام والبرص والجنون ، ويفسخ في المرأة : بالجنون والجذام والبرص ، والقَرْن ، والرَّتَق [٢] .

٢٢٣٦٩ – فإن كان الفسخ بذلك قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن كان بعد الدخول فعلى الزوج مهر المثل دون المسمى .

٢٢٣٧٠ – وهل يرجع به [٣] على زوجته ؟ فيه قولان ، أحدهما : يرجع/ عليه ، والآخر : لا يرجع عليه . /٢٥٠

٢٢٣٧١ – وإذا [٤] حدثت العيوب بعد العقد ، فإن حدثت به [٥] ، فلها الخيار قولًا واحدًا ، وإن حدثت بالمرأة ، فهل يثبت للزوج الخيار ، فيه قولان [٦] :

---

(١) العنين : هو الرجل الذي لا يشتهي النساء ، وامرأة عنينة : لا تشتهي الرجال وهو فعيل بمعنى مفعول ، مثل جريح والاسم منه (العنة) وعَنَّ الرجل من امرأته : إذا حكم عليه القاضي بذلك ، أو مُنِعَ منها بالسحر . انظر : المهذب (٦٢/٢) ، والقاموس المحيط مادة (عنن) .

(٢) القرن : بسكون الراء : هو عظم يكون في فرج المرأة يمنع من الوطء ، والمحققون يقولون : هو لحم ينبت في الفرج يمنع من دخول الذكر . والرتق : بالتحريك مصدر ، تقول امرأة رتقاء : بينة الرتق ، لا يستطاع جماعها لارتقاق ذلك منها ، أي لانسداد فرجها بحيث يمنع من دخول الذكر . انظر : المجموع (٢٦٨/١٦) ، والمهذب (٨٢/٢) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [وأن] .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) انظر قول الشافعية في : الأم (٨٤/٥ ، ٨٥) ، المهذب (٦٢/٢) ، مغني المحتاج (٢٠٣/٣) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٦١/٣) ، حلية العلماء للقفال الشاشي (٤٠٣/٦) ، الإشراف لابن المنذر (٨٦/٤) . وبقول الإمام الشافعي قال الإمام مالك وأحمد ، إلا أن أصحاب الإمام مالك اختلفوا في عيوب أربعة أخرى : هي السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الفم ، فقيل : ترد بها المرأة ، وقيل : لاترد . وزاد الحنابلة : الفتق ؛ وهو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المني ، وقيل : ما بين القبل والدبر ، وعدم استمساك أحدهما لبوله أو =

٢٢٣٧٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ (١) ، ولم يفصل أن يظهر بها عيب أولا يظهر .

٢٢٣٧٣ - ولأنه عقد على البضع ؛ فلا يفسخ بالعيب كالخلع .

٢٢٣٧٤ - ولأنه عقد لا يفسخ بما سوى العيوب الخمس ؛ فلا يفسخ بها ، أصله : الخلع وعكسه : البيع (٢) .

٢٢٣٧٥ - ولا يقال : إن حكم العيوب مختلف في الفسخ ، بدلالة أن المهر ينفسخ ببعض العيوب دون بعض ؛ لأن عندنا (٣) المهر يرد بكل عيب مستدرك بالرد به فائدة وتستوى كل العيوب التي يوجد فيها هذا المعنى ، ولا يستدرك بالرد به (٤) فائدة لا يكون حقًّا للعاقد ، فكذلك لا يرد به .

٢٢٣٧٦ - ولأن وجوب النقض بالمعقود عليه لا يكون أكثر من فوات المعقود عليه ، ولو فات المعقود عليه في النكاح بالموت لم يؤثر ذلك في سقوط البدل ، ففوات بعضه أولى لا يؤثر فيه ، يشهد لذلك : البيع قبل القبض لـمَّا لم ينفسخ العقد بملكه ؛ كان لفوات أجزائه تأثير في الفسخ (٥) .

٢٢٣٧٧ - ولا يلزم إذا وجد عنينًا أو مجبوبًا ؛ لأنه لا يثبت لها حق الفسخ ، وإنما يثبت لها حق (٦) المطالبة بالطلاق ، ولا يسقط شيء من البدل .

٢٢٣٧٨ - ولأن النقص بالعوض ليس بأكثر من فواته ، ولو فقدت يد أحد الزوجين

= خلائه ، والباسور ، والناسور ، والقروح السيالة ؛ لأنها تثير نفرة وتتعدى نجاستها ، والبخر : هو نتن الفم أو نتن الفرج . انظر : بداية المجتهد (٥٠/٢) ، الإشراف على مسائل الخلاف (١٠٥/٢) ، المغني (٦٥١/٦ ، ٦٥٢) . وسبب الخلاف بين العلماء في ذلك شيئان : أحدهما : هل قول الصحابي حجة أو لا ؟ والآخر : قياس النكاح في ذلك على البيع . فأما قول الصحابي الوارد في ذلك : فهو ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص ، أو قرن ؛ فلها صداقها كاملًا ، وذلك غرم لزوجها على وليها . أما القياس على البيع : فإن القائلين بموجب الخبر للعيب في النكاح قالوا : النكاح في ذلك شبيه بالبيع ، وقال المخالفون لهم : ليس شبيهًا بالبيع . انظر : بداية المجتهد (٥٠/٢) .

(١) سورة النساء : الآية ٢٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٧/٢) . ولا نسلم قياس عدم الرد في النكاح بالعيب على الخلع ؛ لأنه قياس مع الفارق ؛ لأن عقد النكاح القصد فيه الاستمتاع وطلب الولد ، ولا يتحقق ذلك مع مثل هذه العيوب ؛ لأنها تنفر ، بخلاف الخلع فهو قطع للاستمتاع بين الزوجين . انظر : المهذب (٦٢/٢) .

(٣) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : المبسوط (٩٥/٥) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

لم يثبت الخيار ، فإذا وجد بيده برص أولى أن لا يثبت الخيار [١] .

٢٢٣٧٩ - فإن قيل : هذا يبطل بمن باع عبدًا على أنه مقطوع اليد ، فوجده أبرص اليد ، فلو كانت اليد مقطوعة لم يثبت الخيار ، وإذا كانت برصاء يثبت الخيار ، فصار نقص اليد بالبرص أكبر من قطعها في باب الخيار .

٢٢٣٨٠ - قلنا : من أصحابنا من التزم هذا ، وقال : لا خيار له إذا كانت برصاء ، كما لا خيار له إذا كانت قطعاء ، فعلى هذا يسقط السؤال .

٢٢٣٨١ - ومن أصحابنا من قال [٢] : البرص عيب ، والقطع عيب برئ البائع من أحد العيبين دون الآخر ، فإذا وجد القطع الذي برئ [٣] منه فلا خيار ، لإسقاط المشتري صفة منه ، فإذا وجد البرص فلم يسقط المشتري حقه منه ، فثبت الخيار [٤] .

٢٢٣٨٢ - فإن قيل : [لا تعافه] [٥] الأنفس ، فلم يمنع من الاجتماع ، والبرص تعافه الأنفس فيمنع من الاجتماع .

٢٢٣٨٣ - قلنا : القروح السائلة والبخر [٦] تعافه الأنفس ، ومع ذلك لا يثبت به الخيار عند المخالف .

٢٢٣٨٤ - ولأن كل نقص بالزوج إذا لم يمنع الوطء ، ولا تفوت به الكفاءة لم يوجب الفسخ ، كسائر العيوب ؛ لأن المعقود عليه من جهة الزوج المهر ، وقد سلم لها بالعيب فرقبته عيب بغير المعقود عليه ؛ فلا يثبت الفسخ [٧] .

٢٢٣٨٥ - احتجوا بما روى : أن النبي ﷺ تزوج امرأة من بني بياضة [٨] ، فوجد بكشحها بياضًا ، فردها ، وقال : « دَلَّسْتُمْ عَلَيَّ » [٩] .

---

(١) انظر : المبسوط (٥/٩٦) ، ونجيب عن ذلك بأن القطع لا ينفر من الاستمتاع بخلاف البرص .

(٢) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : المبسوط (٥/٩٧) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [لا يفارقه] .

(٦) البخر : فعل البخار ، وبالتحريك : النتن في الفم وغيره . انظر : القاموس المحيط مادة (بخر) .

(٧) انظر : المبسوط (٥/٩٥) .

(٨) الصحيح أن المرأة من بني غفار وليست من بني بياضة ، لأننا لم نعثر في كتب الحديث على رواية تؤيد ما ذكره الإمام القدوري ، واختلف في اسم تلك المرأة فقيل : اسمها العالية ، وقيل : أسماء بنت النعمان ، يعنى الجونية ، وقال الحافظ ابن حجر : إنها غيرها . والكشح : هو ما بين الخاصرتين إلى الضلع ، انظر : نيل الأوطار (٦/١٥٧) .

(٩) أخرجه الشوكاني في نيل الأوطار ، كتاب النكاح ، باب ما يذكر في رد المنكوحة بالعيب (٦/ ١٥٦) ، =

٢٢٣٨٦ - قلنا : قد روي البخاري هذا الحديث عن ابن عمر [١] ، وذكر فيه [٢] فرأي بكشحها بياضا ، فخلى سبيلها ، وهذا يفيد الطلاق [٣] .

٢٢٣٨٧ - وروى الحديث كعب بن عجرة [٤] ، وقال : تزوج رسول الله ﷺ امرأة من بني غفار ، فلما دخل عليها رأي [٥] بكشحها بياضًا ، فقال : « البسي ثيابك والحقي بأهلك » [٦] .

٢٢٣٨٨ - وهذا يفيد الطلاق أيضًا ، وإذا اختلفت الألفاظ ، وجب التوقف فيه ، ولو ثبت ما قالوه لم يكن فيه دلالة ؛ لأنه يحتمل ردها بالطلاق ، ويحتمل ردها [٧] بالفسخ ، وإذا احتمل الوجهين وجب حمله على الرد بالطلاق ليوافق الخبر الآخر الذي قال فيه : « الحقي بأهلك » [٨] .

٢٢٣٨٩ - قالوا : إذا ذكر العيب والرد ؛ فالظاهر أن المراد بالرد الفسخ ، كما لو ذكر العيب في المبيع والرد حمل على الفسخ [٩] .

٢٢٣٩٠ - قلنا : الرد في المبيع ليس له [١٠] إلا جهة واحدة ، وهو الفسخ فيحمل

= وفي سبل السلام ، كتاب النكاح ، باب الكفاءة والخيار حديث رقم ١٠ ، (٢٢٨/٣) ، وفي الكامل لابن عدي (١٧٢/٢) .

(١) لم نعثر على رواية ابن عمر في صحيح البخاري ، ولكننا عثرنا عليها في الكامل لابن عدي ، وفي سندها جميل بن زيد الطائي الكوفي ، وذكره ابن عدي العقيلي ، وابن حبان في الضعفاء ، وقال يحيى بن معين : جميل بن زيد روى عن ابن عمر وليس بثقة . انظر : الكامل لابن عدي (١٧٢/٢) ، والمجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين لابن حبان (٢١٧/١) .

(٢) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٧/٢) ، ولا نسلم أن تخليته سبيلها يفيد الطلاق بل يفيد الفسخ ؛ لأن قوله ﷺ : « دَلَّسْتُمْ عَلَيَّ » دليل على الفسخ لا على الطلاق . انظر : سبل السلام (٢٢٨/٣) .

(٤) هو : كعب بن عجرة الأنصاري ، من أهل بيعة الرضوان ، روى عنه بنوه سعد ومحمد ، وعبد الملك ، وربيع ، وغيرهم ، مات سنة (٥٢هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٢/٣) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) الحديث مختلف فيه ، فقيل : عن ابن عمر ، وقيل : عن جميل بن زيد ، وقيل : عن كعب بن عجرة . انظر : سبل السلام (٢٢٩/٣) .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : المبسوط (٩٦/٥) . ولا نسلم وجوب الحمل على الرد بالطلاق ؛ لأن الحديث روى برواية أخرى فيها قوله ﷺ : « دلستم علي » وهذا دليل على الفسخ لا على الطلاق . انظر : سبل السلام (٢٢٩/٣) .

(٩) انظر : المغني (٦٥٧/٦) . (١٠) ساقطة من (م) .

عليه ، وفي مسألتنا للرد وجهان : الفسخ والطلاق ، فليس حمله على أحدهما أولى من حمله على الآخر [١] .

٢٢٣٩١ - قالوا : لما ذكر وجود العيب في ذكر الرد ؛ فالظاهر أن الرد يتعلق بوجود العيب ؛ لأن الحكم إذا نقل مع سببه [٢] فالظاهر أنه متعلق به [٣] .

٢٢٣٩٢ - قلنا : الطلاق يتعلق بالعيب ؛ لأنه لولا كراهة ما رأي من عيبها لم يطلقها ، وهذا كما روي عنه [٤] : أنه عليه الصلاة والسلام تزوج امرأة فلما دخل عليها ، قالت : أعوذ بالله منك ، فقال : « لقد عذت بمعاذ ، الحقي بأهلك » [٥] فطلقها لأجل استعاذتها ، وإن لم توجب ذلك ، وهذا كما يقال : شاجرته فطلقها ، وشاقته فطلقها ، وإن لم يوجب هذا الطلاق ، يبين ذلك : ما روي أنه ﷺ ساق معها مهرها ، ولو كانت الفرقة فسخًا لم يجب لها المهر .

٢٢٣٩٣ - ولأن في خبرهم ردها على أهلها وهذا من كنايات الطلاق ، ولو أراد الفسخ لقال : ردها على نفسها [٦] .

٢٢٣٩٤ - فإن قيل : إيقاع الفرقة بلفظ الكناية مكروه ، فكيف يوقعه رسول الله ﷺ ؟

٢٢٣٩٥ - قلنا : إنما يكره حال الاختيار ، فأما عند الحاجة إلى الفرقة ؛ فلا يكره كما يكره ، كالخلع عند الشقاق .

٢٢٣٩٦ - فإن قيل : الرد صريح في الفسخ كناية في الطلاق ، وحمل اللفظ على الصريح أولى .

٢٢٣٩٧ - قلنا : الفسخ لا يصح [٧] عند مخالفنا باختيار الزوج حتى يفسخ الحاكم الطلاق مع اختيار الزوج ، فحمل الرد على الطلاق أولى [٨] لأنه نقل فرد تفرد به النبي

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) . (٢) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : المبسوط (٩٥/٥) . (٤) ساقطة من (م) .

(٥) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب من طلق ، وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق ؟ (٣٥٦/٩) ، حديث رقم ٥٢٥٤ . وفي جامع الأصول في أحاديث الرسول لابن الأثير الجزري (٤٢٠/١١) حديث رقم ٨٩٥٢ ، والنسائي (١٥٠/٦) ، كتاب الطلاق ، باب مواجهة الرجل المرأة بالطلاق . وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري : والصحيح أنها أميمة بنت النعمان بن شراحيل ، وقيل : اسمها أسماء . انظر : فتح الباري (٣٥٧/٩) . (٦) انظر : المبسوط (٩٥/٥) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٨) ساقطة من (ص) ، (م) .

ﷺ ولم يوقعه الحاكم ، وذلك لا يكون إلا الطلاق [١] .

٢٢٣٩٨ - قالوا : قد روي في الخبر أنه رد نكاحها .

٢٢٣٩٩ - قلنا : هذا اللفظ [٢] لا يعرف ، ولو ثبت كان من ألفاظ الطلاق أيضًا ، وهو الذي يملكه الزوج ، وإنما رد النكاح الذي هو الفسخ ؛ فلا ينفرد به ، ولا يملكه إلا أن يرفعه الحاكم .

٢٢٤٠٠ - قالوا : عيب يمنع [٣] من [٤] معظم المقصود من الاستمتاع ، فوجب أن يستحق به خيار الفرقة كالجب والعنة [٥] .

٢٢٤٠١ - قلنا : يبطل بالبخر ؛ فإنه يمنع معظم المقصود من الاستمتاع ولا يثبت الخيار ، والمعنى في الجب والعنة : أن المرأة لها حق في الوطء ، فإذا تعذر عليها من جهة المجبوب لم تتوصل إلى تحصيل حقها منه إلا بطلب الفرقة ، فلذلك ثبت لها اختيار الطلاق ، وليس كذلك الزوج ؛ لأنه متى تعذر عليه الاستمتاع لقرنها أو رتقها لم يتعذر عليه الوصول إلى حقه من الوطء من جهة غيرها ، فلم يكن له المطالبة بالتفريق ، يبين الفرق بينهما : أنه إذا آلى منها ، لما تعذر عليها الوصول إلى حقها ؛ ثبت لها الطلاق ، ولو حلفت هي ألا تمكنه من نفسها وامتنعت عليه ، لم يكن له حق في المطالبة بالفرقة [لأنه يقدر] [٦] على تحصيل حقه من الاستمتاع من غيرها [٧] .

٢٢٤٠٢ - وجواب آخر : وهو أن الجب والعنة لا يستقر معهما المهر استقرارًا صحيحًا ، بدلالة : أنه يجوز أن يرافعها إلى حاكم لا يرى استقرار المهر بالخلوة ، فيسقط نصف مهرها بالمطالبة بالطلاق ، يثبت لها للنقص الذي حصل بالمهر ، ألا ترى أن ما ثبت بالإجماع أقوى مما يثبت بالاختلاف ، والنقص بالمهر يؤثر باتفاق ، ولا طريق إلى استدراك هذا الحق ليكمل مهرها إلا بالتفريق [٨] .

---

(١) انظر : فتح الباري (٣٥٩/٩) .

(٢) في (م) : [الفعل] .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) ساقطة من (ص) ، (م) .

(٥) انظر : المهذب (٦٢/٢) .

(٦) في (م) : [لأنه يتعذر] ، ولا وجه له ، وبياض في (ص) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) .

(٨) المعنى : أن المرأة إذا علمت أن زوجها مجبوبًا ، أو عنينًا كان لها الحق في المطالبة بالطلاق ، فيسقط نصف مهرها ، هذا عند أبي يوسف ومحمد ، لوجود المانع من المسيس قطعًا ، لكون الزوج مجبوبًا ، أو عنينًا ، أما عند الإمام أبي حنيفة : يجب لها المهر كاملًا ؛ لأنها سلمت له البدل ، وهو البضع . انظر : المبسوط (٩٥/٥) .

٢٢٤٠٣ - ولا يقال : إن كمال المهر يجب عندكم بالخلوة ؛ لأنه [١] وإن كان كذلك ، فلم يكمل المهر ، لجواز أن يحكم الحاكم بسقوط نصفه ، فينفذ حكمه .

٢٢٤٠٤ - فإن قيل : لو أبرأت من مهرها ، ثم طلقت على العنة كان لها الخيار ، وإن لم يكن لها حق في إكمال المهر .

٢٢٤٠٥ - [قلنا : من مذهب زفر : أنها] [٢] إذا أبرأت ثم طلقها ؛ رجع عليها بنصف المهر ، فلها حق في استقرار المهر بعد البراءة ، حتى لا يحكم الحاكم للزوج بالرجوع عليها [٣] .

٢٢٤٠٦ - قالوا : عيب في أحد الزوجين يمنع من الوطء ، لم يرض به صاحبه ، فوجب أن يثبت له الخيار ، كالجب والعنة [٤] .

٢٢٤٠٧ - قلنا : هذا فرض الكلام في الرتق ؛ فالعلة تنقض بالمريضة التي لا يمكن وطؤها [٥] .

٢٢٤٠٨ - فإن قيل : المرض يزول فيمكن الوطء .

٢٢٤٠٩ - قلنا : فكذلك الرتق يزول بشق الموضع حتى قال الشافعي : إن تعالجت لإزالته جاز ، فإن زال سقط الخيار ، وإن أراد الزوج إزالته فامتنعت ؛ فلها ذلك ؛ لأنه جراحة [٦] ، وفرق بين إزالة الرتق وإزالة البكارة [٧] .

٢٢٤١٠ - فإن قالوا : نفرض الكلام في القَرَن .

٢٢٤١١ - قلنا : القَرَن لحم نبت في الفرج ، فهو من جنس الرتق ، والعقل يتصور جميع ذلك ، والمعنى في الأصل/ ما قدمنا [٨] .

٢٢٤١٢ - فإن قيل : ما ذكرتموه في الجب والعنة ، ليس بصحيح ؛ لأن المبيع لو ظهر به عيب يفسخ به العقد عند بعض الفقهاء ، ولا يفسخ عندكم ، ويثبت الخيار عندكم ، وإن كان البدل [٩] لا يستقر .

٢٢٤١٣ - قلنا : أما المشتري فلا حق له في استقرار الثمن عليه ، ولا يجوز أن يثبت

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٣) انظر : المبسوط (٧٢/٥) .
(٤) انظر : المهذب (٦٢/٢) .
(٥) انظر : المبسوط (٩٥/٥) .
(٦) انظر : الأم (٨٥/٥) .
(٧) في (ن) ، (ع) : [النكاح] ، ولا وجه له .
(٨) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٧/٢) .
(٩) في (ع) : [الخيار] .

له الخيار .

٢٢٤١٤ - وأما البائع : فالنقص حاصل فيما هو من جهته ، وقد بينا أن هذا المعنى لا يثبت الخيار ، وإن لم يستقر العوض ، كما لا يثبت للمرأة الخيار إذا كان بها عيب وإن لم يستقر العوض [١] .

٢٢٤١٥ - فإن قيل : فيجب إذا وطئها ، ثم جب أن لا يثبت الخيار [لأن البدل استقر بالوطء] [٢] .

٢٢٤١٦ - [قلنا : كذلك نقول : لايثبت الخيار] [٣] بالجب بعد الوطء ، كما لا يثبت بالعنة بعد الوطء [٤] .

٢٢٤١٧ - [فإن قيل : فيجب إذا امتنع الزوج من الوطء ، وهو صحيح قادر على الوطء تثبت لها المطالبة بالوطء] [٥] .

٢٢٤١٨ - قلنا : كذلك نقول : إن القادر على وطئ زوجاته وإمائه إذا تزوج امرأة فلم يطأها أجلناه سنة ، فإن وطئها في السنة وإلا فرقنا بينهما [٦] ، ومن كان قادرًا على وطء بعض [٧] نسائه ، فليس بعنين ، وهذه المسألة منصوصة في الكتاب [٨] .

٢٢٤١٩ - فإن قيل : إنما ثبت الخيار عندكم لأنها لا تأمن أن يطلقها ، ويرفعها إلى الحاكم ، ثم يوجب لها نصف المهر ، فكيف يثبت الخيار على ثبوت نصف الصداق ؛

---

(١) انظر : المبسوط (٩٦/٥) . (٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٧/٢) . (٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) لأن الامتناع عن الوطء قد يكون للعجز ، وقد يكون لبغضه إياها ، فإذا أجل فإنه يقدم على الوطء دفعًا للعار عن نفسه إن كان قادرًا ، وأول الأجل من حين الإقرار وظهور البكارة ، ولا يحتسب على الزوج ما قبل التأجيل . والتأجيل : إنما يكون بسنة شمسية ؛ لأن الفصول تكمل فيها ، فيحتمل أن يزول الداء في المدة بين الشمسية والقمرية . فإذا حال الحول فرفعت الأمر إلى القاضي وادعت أنه لم يصل إليها ؛ فإنه يسأل الزوج عن ذلك ، فإذا قال : قد وطئها ، وهي ثيب ، فالقول قوله ، وإن كانت بكرًا نظر إليها النساء : فإن قلن : إنها بكر ، فالقول قولها ، وإن قلن : إنها ثيب ، فالقول قول الزوج . وإذا ثبت عدم الوصول إليها خيرها القاضي ، فإن اختارت المقام معه بطل حقها ، لرضاها بالعيب ، وإن اختارت الفرقة ، فرق القاضي بينهما ، وتكون تطليقة بائنة . انظر : تحفة الفقهاء (٢٢٦/٢ ، ٢٢٧) بتصرف . وعند الشافعية الفرقة : فرقة فسخ ؛ لأنه يجعل فسخ عقدة النكاح إليها دونه . انظر : الأم (٣٥/٥) .

(٧) ساقطة من (م) . (٨) انظر : المبسوط (١٠٢/٥) .

فيفرقون بينهما ، وهذه الفرقة [١] تسقط جميع الصداق ؟ .

٢٢٤٢٠ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن القاضي يفرق بينهما ، وهذه الفرقة طلاق عندنا ، ويقضي عليه بجميع المهر للخلوة ؛ فيسلم لها البدل ويسقط ما تخافه من النقص فيه ؟ [٢] .

٢٢٤٢١ - قالوا : معاوضة لازمة يلحقها الفسخ ، فجاز أن تفسخ بالعيب ، كالبيع [٣] .

٢٢٤٢٢ - قلنا : النكاح لازم من جهة المرأة ، غير لازم من جهة الزوج ، فالوصف غير مسلم .

٢٢٤٢٣ - وقولهم : « يلحقها الفسخ » غير مسلم ؛ لأن الفسخ عندنا لا يدخل الأنكحة ، وإنما يدخلها الفرق ، فتارة طلاقًا ، وتارة غير طلاق .

٢٢٤٢٤ - فإن أرادوا بالفسخ الفرقة .

٢٢٤٢٥ - قلنا بموجب العلة في التفريق بالجب والعنة ، والتفريق بعدم الكفاءة ، والمعنى في البيع ؛ لأنه لما [٤] دخله الفسخ ، لم يختص الفسخ بعيوب معدودة [فلو] [٥] دخل النكاح الفسخ بالعيب لم تنحصر العيوب [٦] .

٢٢٤٢٦ - قالوا : عقد على منفعة ، كالإجارة [٧] .

٢٢٤٢٧ - قلنا : هناك العقد على منفعة ، فالعيب فيها عيب بنفس المعقود عليه . وفي مسألتنا المعقود عليه الاستباحة ، فهذه العيوب كلها بغير المعقود عليه ، ولأن الإجارة لما فسخت بالعيوب الخمسة فسخت فيما سواها ، ولما لم ينفسخ النكاح بما سوى الخمسة لم يفسخ بها [٨] .

٢٢٤٢٨ - قالوا : عقد على منفعة ، فينفسخ بجنون المعقود عليه ، كالإجارة إذا جن العبد [٩] .

٢٢٤٢٩ - قلنا : [١٠] إذا جن العبد [١١] لم يكن استيفاء منفعة لم ينفسخ العقد ،

---

(١) ساقط من (م) .
(٢) انظر : المبسوط (٩٦/٥) .
(٣) انظر : المهذب (٦٢/٢) .
(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٥) في (ن) ، (ع) : [فلم] .
(٦) ولا نسلم هذا لأن العيوب في النكاح منحصرة في ثمانية أنواع ثبت البرص بالنقص وما عداه بالقياس عليه . المغني (٦٥١/٦) .
(٧) انظر : المغني (٦٥١/٦) .
(٨) انظر : المبسوط (٩٥/٥) .
(٩) ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٠) ساقط من (ن) ، (ع) .
(١١) ساقط من (ن) ، (ع) .

وإنما يفسخ إذا تعذر بالجنون استيفاء يفسخ العقد ، وإنما يفسخ إذا تعذر بالجنون استيفاء المنفعة ، والجنون في المرأة لا يمنع استيفاء الاستباحة ، ولم يؤثر ذلك في المعقود عليه ، وينعكس فتقول : وجب أن يستوى الجنون والبرص كالإجارة [١] .

٢٢٤٣٠ - قالوا : الصداق يجب رده بالعيب ، وكل عوض جاز رده بالعيب جاز رد ما في مقابلته إذا لم يرض به ، أصله : الثمن ، والمثمن [٢] .

٢٢٤٣١ - قلنا : لا يمتنع أن يختلف في العقد حكم البدلين . بدلالة : أن بدل الخلع والصلح من دم العمد والكتابة ، يرد بالعيب ، وما في مقابلته لا يرد بالعيب . ولأن العيب إذا وجد بالبدن لم يفسخ به العقد ، ولأن العيب بالبدن عيب بالمعقود عليه ، وقد بينا أن العيب بالمرأة موجود بتعين المعقود عليه .

٢٢٤٣٢ - قالوا : والجنون والجذام والبرص يمنع الاستمتاع ؛ لأن النفس تنفر منها ، وتعدي الزوج والولد [٣] .

٢٢٤٣٣ - قلنا : أما نفور النفس : فموجود في البخر والقروح السائلة إذا كانت بالبدن ، وأما العدوى : فقد أخبر فيها رسول الله ﷺ بخلاف ذلك ، فقال : « لا عدوى ولا صفرة ولا طيرة » [٤] . وقيل له : في الإبل إذا وردت على الجراب أنها تجرب ، فقال : « ومن أعدى الأول » [٥] .

٢٢٤٣٤ - والمشاهدة تبطل ذلك ؛ لأن ولد الأبرص قد يكون سليمًا ، وولد السليم قد [٦] يكون أبرصَ [٧] وما روي عنه ﵇ « فِرَّ مِنَ المَجْذُومِ كَفِرارِكَ من الأسدِ » [٨] ؛

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٧/٢) .

(٢) انظر : المهذب (٦٢/٢) . (٣) انظر : الأم (٨٥/٥) .

(٤) أخرجه البخاري ، باب لا عدوى ، انظر : فتح الباري (٢٤٥/١٠) ، ومسلم ، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفرة ، ولا غول ولا يرد ممرض على مصح ، (٢٨٨/٢) وفي التجريد الصحيح لأحاديث الجامع الصحيح ، كتاب الطب ص ١٣٦ ، وفي السنن الكبرى للبيهقي (٢١٦/٧) .

(٥) أخرجه البخاري : كتاب الطب ، باب لا عدوى (٢٤٣/١٠) ، ومسلم : كتاب الطب ، باب لا عدوى ولا طيرة (٢١٣/١٤) صحيح مسلم بشرح النووي ، وأبو داود : كتاب الطب ، باب في الطيرة (٢٣١/٤) ، وكلهم من حديث أبي هريرة .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) أجاب عن ذلك الإمام الشافعي ﵀ في كتابه الأم ، فقال : « فأما الولد فبين والله تعالى أعلم أنه إذا ولده أجذم أو أبرص ، أو جذماء أو برصاء قلما يسلم ، وإن سلم أدرك نسله ، ونسأل الله العافية » . انظر : الأم (٨٥/٥) .

(٨) الحديث أخرجه البخاري ، باب الجذام . انظر : فتح الباري (١٦٧/١٠) .

يجوز أن يكون مجذوما معينًا أمرنا باجتنابه لكفره ، أو المعنى غير الجذام [١] وما روى أن رجلًا قد مد يده وكان مجذومًا وما قبض ﷺ يده عنه ، ثم قال : « قَد بَايعْتُكَ » [٢] ؛ فيحتمل أن يكون جذامًا مقيمًا ، فاستقذره ﷺ ولم يكن ذلك لخوف العدوى [٣] .

* * *

(١) لا نسلم هذا القول ، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ، باب اجتناب المجذوم (٢٥٣/٢) .

(٣) لانسلم هذا الاحتمال أيضًا ؛ لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . والله أعلم .

مسألة ١٠٨٢

مسألة : خيار العتق

٢٢٤٣٥ - قال أصحابنا : إذا أعتقت الأمة وهي تحت زوج ؛ فلها الخيار حرًّا كان الزوج أو عبدًا [١] .

٢٢٤٣٦ - وقال الشافعي : إن كان عبدًا ؛ فلها الخيار ، وإن كان حرًّا ؛ فلا خيار لها ، فإن أعتقت تحت عبد فأعتق قبل التخيير ، هل تخير ؟ فيه قولان [٢] .

٢٢٤٣٧ - لنا : ما روي شعبة عن الحكم [٣] وعن إبراهيم [٤] عن

(١) انظر قول الأحناف في المبسوط (٩٨/٥) ، بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) ، كتاب الحجة على أهل المدينة (٥٠٧/٣) ، شرح فتح القدير (٢٨٠/٣) ، الاختيار (٥٠٠/٣) وفيه يقول : وإذا أعتقت الأمة أو المكاتبة ولها زوج حر أو عبد فلها الخيار .

(٢) انظر : قول الشافعي رحمه الله : في كتابه الأم (١٢٢/٥) ، المهذب (٦٥/٢) ، المجموع (٢٩١/٢) ، مغني المحتاج (٢١٠/٣) ، حاشية قليوبي وعميرة (٢٦٨/٣) ، حلية العلماء (٤١٩/٦) ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٨٠/٤) يقول الإمام الشيرازي في المهذب : « وإذا أعتقت الأمة وزوجها حر ، لم يثبت لها الخيار » . وخيار العتق قيل : إنه على الفور ؛ لأنه خيار النقص ، فكان على الفور كخيار العيب في البيع ، وقيل : إنه على التراخي لأنا لو جعلناه على الفور لم نأمن أن تختار المقام ، أو الفسخ ثم تندم ، فعلى هذا في وقته قولان : أحدهما : يقدر بثلاثة أيام ؛ لأنه جعل حدا لمعرفة الحظ في الخيار في البيع . والثاني : أن لها الخيار إلى أن تمكنه من وطئها ، وهو قول ابن عمر ، وأخته حفصة ، والفقهاء السبعة . انظر : المجموع (٢٩١/١٦ ، ٢٩٢) . وبقول الإمام الشافعي قال الإمام مالك والإمام أحمد . انظر : قولهما في بداية المجتهد (٥٣/٢) ، المغني (٦٥٩/٦) . وسبب الخلاف بين العلماء في هذه المسألة هو : تعارض النقل في أحاديث بريرة ، واحتمال العلة الموجبة للخيار ، أن يكون الجبر الذي كان في إنكاحها بإطلاق إذا كانت أمة ، أو الجبر على تزويجها من عبد ، فمن قال : العلة الجبر على النكاح بإطلاق ، قال : تخير تحت الحر والعبد ، ومن قال الجبر على النكاح بإطلاق ، قال : تخير تحت الحر والعبد ، ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط ، قال : تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل : فإنه روي عن ابن عباس : أن زوج بريرة كان عبدًا أسود ، وروي عن عائشة أن زوجها كان حرًّا ، وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث . انظر : بداية المجتهد (٥٣/٢) .

(٣) هو : الحكم بن عيينة ، أبو محمد الكندي ، مولاهم الكوفي ، حدث عن : طاووس ، ومجاهد ، وسعيد ابن جبير ، وغيرهم ، وحدث عنه : منصور ، والأعمش ، والأوزاعي ، وغيرهم ، ثقة ثبت ، فقيه ، مات سنة (١١٥هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٠٨/٥) .

(٤) هو : إبراهيم بن يزيد التيمي ، الإمام الفقيه ، حدث عن أبيه ، وحدث عنه : الحكم ، وإبراهيم النخعي ، وجماعة ، يقال : قتله الحجاج ، وقيل : بل مات في حبسه سنة (٩٢ هـ) ، وقيل : (٩٤هـ) ، وهو دون =

الأسود [١] عن عائشة ، قالت : كان زوج بريرة [٢] حرًّا ، وإنها خيرت فاختارت نفسها .

٢٢٤٣٨ - [روى سفيان ، عن منصور [٣] ، عن إبراهيم ، عن الأسود ، عن عائشة قالت : « كان زوج بريرة حرًّا »] [٤] وروى الأعمش [٥] ، عن إبراهيم ، عن الأسود ، عن عائشة قالت : « كان زوج بريرة حرًّا ، فلما أعتقت خيرها رسول الله ﷺ [٦] » .

٢٢٤٣٩ - فإن قيل : هذا معارض بما روى عن هشام ، عن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة ، قالت : « كان زوج بريرة عبدًا ، ولو كان حرًّا لما خيرها » [٧] .

٢٢٤٤٠ - قلنا : هذا خبر مضطرب ؛ لأن هشام بن عروة ، روى عن عبد الرحمن ابن القاسم [٨] ، عن أبيه : أن زوج بريرة كان عبدًا [٩] . فلما روي الخبر مرة عن أبيه ،

= الأربعين من عمره . انظر : سير أعلام النبلاء (٦٠/٥) .

(١) هو : الأسود بن يزيد بن قيس ، أبو عمرو النخعي الكوفي ، وقيل : يكنى أبا عبد الرحمن ، وكان الأسود مخضرمًا ، أدرك الجاهلية ، والإسلام ، حدث عن : معاذ بن جبل ، وعائشة ، وبلال ، وابن مسعود ، وغيرهم، وحدث عنه : إبراهيم بن يزيد التيمي ، والشعبي ، وآخرون ، وهو نظير مسروق في الجلالة والعلم ، والثقة ، يضرب بعبادتهما المثل ، نقل العلماء في وفاة الأسود أقوالا أرجحها : أنه مات سنة (٥٧ هـ) . انظر: سير أعلام النبلاء (٦٠/٥) ، والعبر (١١٣/١) .

(٢) هي : بريرة مولاة عائشة بنت أبي بكر الصديق ، ﵄ ، كانت مولاة لبنى هلال ، فكاتبوها ، ثم باعوها من عائشة . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٤٩/٤-٢٥٢) .

(٣) هو : منصور بن المعتمر ، أبو عتاب السلمى الكوفي أحد الأعلام ، حدث عن : ابراهيم النخعي ، وسعيد ابن جبير ، وغيرهما ، وحدث عنه خلق كثير منهم : شعبة ، والسفيانان ، قال أبو حاتم الرازي : هو أتقن من الأعمش لايخلط ولا يدلس ، مات سنة (١٣٣هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٠٢/٥) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) هو : سليمان بن مهران ، أبو محمد الأسدي الكاهلي ، مولاهم الكوفي الحافظ ، حدث عن ، أنس بن مالك ، وغيره ، وحدث عنه خلق كثير منهم : شعبة ، والأوزاعي وغيرهما ، وثقه ابن معين ، والنسائي ، مات سنة (١٤٧هـ) وقيل : (١٤٨هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٢٦/٦) .

(٦) الأحاديث الثلاثة أخرجها البخاري في كتاب « الفرائض » باب ميراث السائبة ، وباب الولاء لمن أعتق ، وباب إذا أسلم على يديه . انظر : صحيح البخاري بحاشية السندي (١٦٩/٤) .

(٧) أخرجه مسلم : كتاب العتق حديث رقم (٩) وأبو داود كتاب الطلاق باب ١٩ حديث رقم ٢٢٣٣ ، والترمذي ، كتاب الرضاع ، باب المرأة تعتق حديث رقم ١١٥٤ ، والنسائي كتاب الطلاق ، باب خيار الأمة (١٦٣/٦) .

(٨) هو : عبد الرحمن بن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق رضىالله عنه الفقيه المدني ؛ روى عن أبيه وابن المسيب ، وروى عنه ، مالك ، والزهري . مات سنة (١٢٦هـ) بالشام . انظر : تهذيب الأسماء (٣٠٣/١) ، طبقات الحفاظ ٥٠ .

(٩) أخرجه مسلم ، كتاب العتق ، باب الولاء لمن أعتق حديث رقم (١٤) ، وأبو داود : كتاب الطلاق ، =

ومرة عن عبد الرحمن بن القاسم ؛ فإن الرجوع إلى رواية الكوفيين عن الأسود من غير تعارض أولى [١] .

٢٢٤٤١ – وروى سماك بن حرب [٢] ، عن عبد الرحمن بن القاسم ، وسماك لا تقابل رواياته رواية الحكم ، ومنصور ، والأعمش .

٢٢٤٤٢ – فإن قيل : خبرنا رواه القاسم ، وهشام [٣] ، وعمرة بنت عبد الرحمن [٤] ، ورواية الثلاث أولى من رواية الواحد .

٢٢٤٤٣ – [قلنا] [٥] : هذا يقال عند تساوي الخبرين ، وخبر من روى الحرية أولى من خبر من روى الرق ، كشهادة اثنين بالرق وجماعة بالحرية ، أن الحكم بالحرية أولى ، وإن اجتمع على الرق عشرة [٦] .

٢٢٤٤٤ – فإن قيل : لسنا نسلم هذا في الشهادة .

٢٢٤٤٥ – قلنا : إذا كان الرق معلومًا بالشهادة فبالحرية أولى بإجماع ، وإنما يقول

= باب ١٩ ، حديث رقم ٢٢٣٤ ، والنسائي : كتاب الطلاق ، باب خيار الأمة (١٦٥/٦) .

(١) لا نسلم ذلك ؛ لأن الخطابي ذكر في معالم السنن ما يفيد ترجيح رواية أهل الحجاز ، فقال ما نصه : «وقد اختلفت الروايات فيها عن عائشة رضي الله عنها فروي عنها أهل الحجاز وأنها قالت : كان زوج بريرة عبدًا ، وكذلك رواه عروة ، والقاسم بن محمد ، وروى أهل الكوفة أن زوجها كان حرًا كذلك رواه الأسود بن يزيد عنها ، وقد ذكر أبو داود هذه الأحاديث في هذا الباب ، فكانت رواية أهل الحجاز أولى ؛ لأن عائشة رضي الله عنها عمة القاسم وخالة عروة ، وكانا يدخلان عليها بلا حجاب ، والأسود يسمع كلامها من وراء حجاب » .. انتهى كلامه . انظر : معالم السنن للخطابي على سنن أبي داود (٦٧١/٢) .

(٢) هو : سماك بن حرب بن أوس بن خالد بن نزار بن معاوية بن حارثة الإمام الحافظ ، أبو المغيرة الذهلي ، الكوفي ، حدث عن : النعمان بن بشير ، والضحاك ، وغيرهما ، وحدث عنه : شعبة والثوري ، وإسرائيل وآخرون ، قال النسائي : ليس به بأس ، وفي حديثه شيء ، وقال آخر : كان فصيحًا مفوهًا يزين الحديث منطقه ، مات سنة (١٢٣ هـ) انظر : سير أعلام النبلاء (٢٤٥/٥) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) هي : عمرة بنت عبد الرحمن بن سعد بن زرارة بن عدس ، الأنصارية المدنية الفقيهة ، ربيبة عائشة وتلميذتها ، حدثت عن : عائشة ، وأم سلمة ، وأم حبيبة وغيرهن ، وحدث عنها : ابنها محمد بن عبد الرحمن ، والزهري ، وآخرون ، وكانت عالمة ، فقيهة ، حجة ، كثيرة العلم ، وثقها ابن معين ، توفيت سنة (٩٨هـ) وقيل (١٠٦هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٠٧/٤) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) لا نسلم ذلك ؛ لأن الإمام البخاري رحمه الله رجح الخبر الذي يقول : إن زوجها كان عبدًا ، حيث قال : قول الأسود منقطع ، وقول ابن عباس : رأيته عبدًا ؛ أصح اهـ . انظر : فتح الباري (٤١٠/٩) .

مخالفنا إذا [١] جهل الأمر ، فالرق أولى ، ومغيث [٢] معلوم أنه كان عبدًا أسود فحاله غير مجهول ، فالخبر بحريته كالشهادة بحريته [٣] .

٢٢٤٤٦ - فإن قيل : هشام بن عروة ابن أختها [أسماء] [٤] ، والقاسم بن أخيها [محمد] [٥] وعمرة بنت أخيها عبد الرحمن ، وكل هؤلاء يرونها بغير حجاب ، فروايتهم أولى من رواية الأسود الذي لقيها دون حجاب [٦] .

٢٢٤٤٧ - قلنا : رواية الأهل لم يقل أحد بتقديمها على رواية غيرهم . ولأن حجة الصحابة حديث أسامة ، وابن عباس ، على حديث أبي بكر وعمر .

٢٢٤٤٨ - قالوا : القاسم بن محمد ، وعروة بن الزبير من الفقهاء السبعة [٧] فروايتهم أتقن [٨] .

٢٢٤٤٩ - قلنا : هذا كلام من لا يعرف منزلة الأسود في علمه ودينه وسفره في طلب العلم ومناظرته لعلي بن أبي طالب ، وأن عبد الله بن عباس استفتاه ورجع إلى قوله ، والراوي عنه إبراهيم النخعي ومنزلته في العلم والدين أظهر من أن يدل عليها .

٢٢٤٥٠ - على أن الترجيح يستعمل في الخبرين المتضامنين ، ونحن نجمع بينهما ، فنقول : كان عبدًا في الأصل ، وحرا عند إعتاقها ، أو نقول : كانت عائشة ظنت أنه

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) هو : مغيث زوج بريرة ، وهو مولى آل أحمد بن جحش الأسدي . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٤٥١/٣ ، ٤٥٣) .

(٣) انظر : المبسوط (٩٨/٥) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ، وأسماء هي أسماء بنت أبي بكر الصديق ، أمها قتيلة بنت عبد العزى قرشية ، وكانت أسماء تلقب بذات النطاقين ، توفيت سنة (٢٤هـ) . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٢٢٩/٤) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) سبقت ترجمته .

(٦) انظر : شرح السنة للبغوي (١١٠/٩ ، ١١١) .

(٧) هم : سعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير ، والقاسم بن محمد ، وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ، وخارجة بن زيد بن ثابت ، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود ، وسليمان ابن يسار ﷺ جميعًا ، وقد نظمهم القائل فقال :

إذا قيل من في العلم سبعة أبحر ... روايتهم ليست عن العلم خارجة
فقل هم عبيد الله عروة قاسم ... سعيد أبو بكر سليمان خارجة

انظر : المهذب (٦٦/٢) ، والمجموع (٢٩٢/١٦) ، إعلام الموقعين (٢٣/١) .

(٨) انظر : المغني (٦٥٩/٦) ، المهذب (٦٦/٢) .

عبد ؛ لأنه لم يثبت عندها عتقه ، وأخبرت على الظاهر ، ثم علمت عتقه فقالت : كان حرًا [(١)] .

٢٢٤٥١ - فإن قيل : فنحن نقول : إنها قالت : كان حرًا ؛ لأنها لم تعلم استرقاقه ، والأصل الحرية ، ثم علمت برقه .

٢٢٤٥٢ - قلنا : هذا لايصح في المجهول الحال ، فأما مغيث : فالحال في رقه أظهر من أن يخفي ، فقد كان أسود [(٢)] .

٢٢٤٥٣ - فإن قيل : ما روى في خبركم : أنه كان حرًا ، قول الأسود ، وليس من قول عائشة ، بدلالة : أن ابن المنذر روى عن إبراهيم أن الأسود قال : كان زوج بريرة حرًا [(٣)] .

٢٢٤٥٤ - قلنا : إذا أخبر الأسود بما رواه لم [(٤)] يدل ذلك على أنه من قوله ؛ لأن الإنسان يروي ، ويفتي ويخبر بما روى .

٢٢٤٥٥ - فإن قيل : إذا تعارضت الأخبار عن عائشة ، فقد روي عن ابن عباس : إن زوج بريرة كان عبدًا ، ولم تتعارض الرواية عنه [(٥)] .

٢٢٤٥٦ - قلنا : لا يعارض هذا ما رويناه ؛ لأن من نقل الحرية الطارئة ، أولى ممن نقل الرق الذي هو الأصل .

٢٢٤٥٧ - وطريقة أخرى من الاستدلال بالخبر ، وهي ما روى أن النبي ﷺ قال لبريرة : « ملكت بضعك فاختاري » [(٦)] . فجعل العلة في ثبوت الخيار ملكها لبضعها ، وهذا يفيد ثبوت الخيار لمعنى فيها ، وعند مخالفنا : أن الخيار ثبت لمعنى في الزوج ؛ فالخيار يفيد ضد مذهبه ، ولا يحتاج على هذه الطريقة إلى / إثبات حرية الزوج ؛ لأنا إذا سلمنا أنه عبد ؛ فقد علل عليه السلام ثبوت الخيار بمعنى فيها ، وهذا خلاف قولهم [(٧)] .

٢٥٠/أ

---

(١) لا نسلم هذا الجمع الذي سلكه الأحناف ؛ لأن الحافظ ابن حجر قال ما نصه : ويرد هذا الجمع بما تقدم من قول عروة : كان عبدًا ولو كان حرًا لم تخيره . أخرجه الترمذي بلفظ : إن زوج بريرة كان عبدًا أسود يوم أعتقت ، فهذا يعارض الرواية المتقدمة عن الأسود . انظر : فتح الباري (٤١١/٩) .

(٢) انظر : الجوهر النقي على السنن الكبرى للبيهقي (٢٢٤/٧) .

(٣) انظر : فتح الباري (٤١٠/٩) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : شرح السنة للبغوي (١١١/٩) .

(٦) أخرجه الزيلعي في نصب الراية لأحاديث الهداية (٢٠٥/٣) ، وفي تلخيص الحبير (١٧٨/٣) .

(٧) انظر : المبسوط (٩٩/٥) .

٢٢٤٥٨ - قالوا : هذه اللفظة لا تعرف [١] .

٢٢٤٥٩ - قلنا : رواها شيخنا أبو بكر الرازي بإسناده [٢] .

٢٢٤٦٠ - قالوا : لا نسلم أنها ملكت نفسها إذا كانت تحت العبد [٣] .

٢٢٤٦١ - قلنا : لم يرد النبي ﷺ بقوله : « ملكت بضعك فاختاري » يعني بالاختيار ، وإنما أراد أن الملك في البضع بالحرية انتقل إليها [٤] .

٢٢٤٦٢ - فإن قيل : قوله : « ملكت بضعك فاختارى » بيان لبعض العلة ، وتمامها ملكت بضعك تحت العبد ، فوكل بعض العلة إلى الاجتهاد ، وذلك [غير] [٥] ممتنع كما يجوز أن يكل جميعها إلى الاجتهاد ، وهذا كما يقولون في قوله عليه السلام في دم الاستحاضة : « إنه دم عرق » [٦] . والمراد به دم [٧] عرق خارج .

٢٢٤٦٣ - قلنا : الظاهر أنه إذا [٨] ذكر التعليل فقد علق الحكم به ، ومتى كان المذكور بعض العلة ؛ فالحكم لا يتعلق به ، وذلك غير الظاهر .

٢٢٤٦٤ - وأما قوله عليه السلام : « إنه دم عرق » ، فإنما علمناه ، بدليل الإجماع أن الطهارة لا تتعلق بالدم إلا بعد خروجه ، فضممنا ذلك إلى كونه دم عرق [بالإجماع .

٢٢٤٦٥ - ولأن الحكم لا يجوز أن يتعلق بمجرد كونه دم عرق] [٩] وفي مسألتنا يمكن تعلق الحكم بالعلة المذكورة ؛ فلا يجوز ضم وصف آخر إليها [١٠] .

٢٢٤٦٦ - فإن قيل : المعتقة ما ملكت بضعها ، وإنما ملكت الخيار الذي تملك به بضعها ولا نسلم هذا تحت الحر .

٢٢٤٦٧ - قلنا : غلط ، هي مالكة لبضعها بالتخيير وإنما نملك أن تخير لترفع ملك الزوج عن الاستباحة وملك البضع غير هذا ، ألا ترى أن المولى كان مالكًا لبضعها والزوج يملك الاستباحة ، وهي تملك بالعتق ما كان المولى يملكه ؟ ولأنها ملكت نفسها

---

(١) انظر : النكت للشيرازي ، وفيه يقول : « لا نعرف هذا اللفظ » .

(٢) انظر : المبسوط (٩٩/٥) .

(٣) انظر : المغني (٦٥٢/٦) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٧/٢) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [هو] ، ولا وجه له .

(٦) أخرجه البخاري : كتاب الحيض ، باب إقبال المحيض وإدباره ، البخاري بحاشية السندي (٦٧/١) ، من حديث عائشة .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) ساقط من (ن) ، (ع) .

(١٠) انظر : سبل السلام (٢٢٠/٣) .

قلنا : نريد بذلك أنها أولى بالتصرف في نفسها من غيرها . ولا يلزم ، كالأمة إذا تزوجت بغير إذن المولى ثم أعتقها أنه يجوز . ولا خيار لها ؛ لأن العقد بالناس إنما يتم بعد الحرية فقد ملكت نفسها بعد تمام العقد عليها ولا يلزم على هذا إذا زوج أمته ولا مال له غيرها بمهر هو ضعف قيمتها ، ثم أعتقها في مرضه ومات أنه لا خيار لها وذلك لأن هذه عندنا لها الخيار وإنما تعذر استيفاء الخيار لها اختارت نفسها قبل الدخول قط المهر وإذا قط لم يخرج رقبتها من الثلث ، فوجبت السعاية ، وإذا وجبت السعاية بطل خيارها .

٢٢٤٦٨ - ففي إيقاع الفرقة بالخيار إسقاط الخيار ، فتعذر كالاستيفاء والتعليل لثبوت الخيار لا لاستيفائه .

٢٢٤٦٩ - يبين ذلك : أنه لو ظهر للميت مال ثبت الخيار ، ولا يجوز أن يتجدد الخيار بظهور المال ، فعلم أنه ثبت بالعتق ثم تعذر كالاستيفاء ، فلما أمكن الاستيفاء خيرت ، ولا يلزم الحرة إذا أقرت برق وهي تحت زوج أعتقت لا خيار لها ؛ لأنا قلنا بعد تمام العقد عليها ، وها هنا أي عقدت على نفسها ، ولأنا قلنا : ملكت نفسها بالحرية وهنا القبض في حق جميع الناس ، وهذه لا تصدق على الرق في حق الزوج فلم تملك نفسها بالحرية في حقه .

٢٢٤٧٠ - فإن قيل : المعنى في الأصل : أن الزوج لم يساوها في الكمال ، فيثبت لها الخيار ومن أعتقت تحت حر فقد ساواها في الكمال ، [فلم يثبت إذا أعتقت الخيار .

٢٢٤٧١ - قلنا] (١) : عدم المساواة حال البقاء (٢) في الكمال لا يثبت الخيار ، بدلالة الفقيرة تحت الفقير لا خيار لها ، كذلك الفاسقة إذا أعتقت تحت الفاسق ؛ لأن زوال المساواة حصل في حال البقاء ؛ لأن سبب الخيار طارئ ، فاستوى فيه رق الزوج وحريته ، أصله : إذا قال لها : اختاري .

٢٢٤٧٢ - ولأن بالحرية يملك عليها زيادة معنى لم يملكه بالعقد وهو المراجعة في الطهر الثالث ، فكان لها حق التفريق ، حتى لا يملك عليها ما لم يكن مالكه من قبله ، أصله : إذا كانت تحت عبد .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) ساقط من (ن) ، (ع) .

٢٢٤٧٣ - ولأنها معتقة تحت زوج كما لو كان عبدًا [١] .

٢٢٤٧٤ - احتجوا : بما روي أن زوج بريرة كان عبدًا ، فخيرها رسول الله ﷺ .

٢٢٤٧٥ - قالوا : والحكم إذا نقل مع السبب ؛ فهو كنقل العلة كقولهم : زنا ماعز [٢] فرجمه رسول الله ﷺ [٣] .

٢٢٤٧٦ - قلنا : إذا روي أنه كان حرًا يوم أعتقت فخيرها ؛ بطل أن يكون الرق علة ؛ لأنه لو كان كذلك لم يجز أن ينتقل الحكم مع عدمه ، وقد بينا أن الجمع بين الخبرين يقتضي أنه كان عبدًا في الأصل ، وحرًا عند التخيير ، ويحتمل أن يكون عبدًا يوم العتق وحرًا يوم التخيير ، فيكون أيضًا جمعًا بين الخبرين ودلالة على مخالفنا [٤] .

٢٢٤٧٧ - فإن قيل : [في خبرنا أنه كان حرًا عند التخيير] [٥] ، ويحتمل قوله حرًا على حرية الأصل ، وقوله : كان عبدًا على الرق الطارئ .

٢٢٤٧٨ - قلنا : في خبرنا أنه كان حرًا عند التخيير ، ويستحيل أن يطرأ الرق على الحرية في دار الإسلام ، كيف ، وقد روي سليمان التيمي [٦] ، عن إبراهيم ، عن الأسود ، عن عائشة قالت : كان زوج بريرة مملوكًا لآل أبي أحمد [٧] .

٢٢٤٧٩ - فهذا يدل على أنها أخبرت عن حرية تعلق بها الولاء ، وهذه حرية

---

(١) انظر : المبسوط (٩٩/٥) .

(٢) هو : أبو الفيل بن مالك الأسلمي ، وماعز لقبه ، أسلم وله صحبة . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (١٥٦/٤) ، الطبقات الكبرى (٣٢٤/٤) .

(٣) أخرجه مسلم (٤٩/٢) ، باب من اعترف على نفسه بالزنا . وابن دقيق العيد في الإلمام بأحاديث الأحكام ص ٢٣٦ .

(٤) لا نسلم هذا الجمع بين الخبرين ؛ لأن الحافظ ابن حجر قال ما نصه : « ويرد هذا الجمع بما تقدم من قول عروة : كان عبدًا ولو كان حرًا لم تخير » ا هـ . انظر : فتح الباري (٤١١/٩) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) .

(٦) هو : سليمان بن طرخان ، التيمي ، مولى بني مرة ، كان ينزل في بني تيم فنسب إليهم ، كنيته أبو المعتمر ، كان من عباد البصرة وصالحيهم ، ثقة وإتقانا وحفظا ، مات سنة (١٣٤هـ) بالبصرة . انظر : كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ٩٣ .

(٧) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب خيار الأمة تحت العبد ، حديث رقم ٥٢٨١ ، عن عكرمة عن ابن عباس قال : ذاك مغيث عبد لبني فلان ، وعند الترمذي : من طريق سعيد بن أبي عروبة ، عن أيوب ، كان عبدًا أسود لبني المغيرة ، سنن الترمذي : كتاب النكاح ، باب ما جاء في الأمة تعتق ولها زوج ، حديث رقم ١١٦٦ . وعند أبي داود بسند فيه محمد بن إسحاق : عبد لآل أبي أحمد ، كتاب الطلاق : باب ٢١ ، =

طارئة ، وليست حرية الأصل .

٢٢٤٨٠ - ولأنا نعلق الحكم بعتقها ، ويعلقونه بعتقها ورِقِّه ، فكل منا رجع إلى السبب المنقول ، لأنا علقنا الحكم بالسبب المتجدد وهو العتق ، وعلقوه به وبسبب لم يتجدد وهو رق الزوج ، والحكم إذا نقل مع السبب ؛ فالمتجدد هو العلة ، كقولهم : زنا ماعز فرجمه رسول الله ﷺ (١) ، [فتعلق الحكم بالزنا المتجدد دون ما لم يتجدد من صفات ماعز ، وكذلك : سها رسول الله ﷺ] (٢) فسجد (٣) . يتعلق الحكم بالمتجدد وهو السهو ولا يتعلق بكون الساهي (٤) رسول الله ﷺ (٥) .

٢٢٤٨١ - احتجوا : بحديث عروة ، عن عائشة : أن بريرة أعتقت وكان زوجها عبدًا ، فخيرها رسول الله ﷺ ، ولو كان حرًّا لم يخيرها (٦) .

٢٢٤٨٢ - قالوا : وهذا لا يعلم إلا من طريق التوقيف ، فكأنها روت ذلك عن النبي ﷺ (٧) .

٢٢٤٨٣ - قلنا : إذا روي عن عائشة أنه كان عبدًا (٨) فخيرها علم أنها ظهرت عن ظن منها أنه عبد ، ثم بان لها خلاف ذلك .

٢٢٤٨٤ - وقولها : « ولو كان حرًّا لم يخيرها » لا يجوز أن يكون توفيقًا ؛ لأنه لو كان كذلك لم يتعين روايتها ، فعلم أن هذا قالته ظنًّا حين اعتقدت أنه عبد ، وأن الحكم نقل مع السبب ، فلما بان لها خلاف ذلك انتقلت إليه (٩) .

= حتى متى يكون لها الخيار حديث رقم ٢٢٣٦ ، وقال عبد البر : مولي بني مطيع ، والأول وهو أنه مولى لآل أبي أحمد أصح وأثبت ، لصحة السند . انظر : فتح الباري (٤٠٧/٩) .

(١) سبق تخريجه .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) أخرجه أبو داود ، حديث رقم ١٠٣٩ ، وابن ماجه : باب السهو في الصلاة (٥٦/١) حديث رقم ٢٨٦ .

(٤) في (ن) ، (ع) : [المتناهي] .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٩/٢) .

(٦) سبق تخريجه .

(٧) في (ن) ، (ع) : [عليه السلام] . انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « فجعل الخيار لرق الزوج ، ثم قطعت على النبي ﷺ بأنه لو كان حرًّا ما خيرها » .

(٨) في (ص) ، (م) ، (ن) ، (ع) : [حرًّا] ، ولا وجه له ، والأصح ما أثبتناه ، كما هو في كتب الحديث .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) . ولا نسلم أن ما قالته عائشة ظنًّا منها أنه عبد ؛ لأنها صاحبة القصة ، فكيف يتصور أن ما قالته على طريق الظن ؟ . يقول الإمام النووي رحمه الله : « يؤيد قول من قال : كان عبدًا لقول عائشة كان عبدًا ، فأخبرت وهي صاحبة القصة بأنه كان عبدًا ؛ فصح رجحان كونه عبدًا قوة وكثرة =

٢٢٤٨٥ - احتجوا : بما روى عن عائشة أن النبي ﷺ قال لبريرة : « إن شئت أقمت تحت هذا العبد ، وإن شئت فارقته » [١] .

٢٢٤٨٦ - قلنا : يجوز أن يكون سماه عبدًا لقرب عهده بالرق ، كما روي : أنه أمر بلالًا [٢] أن ينادي أنا العبد ، فأقام الدليل على ذلك خبرنا .

٢٢٤٨٧ - قالوا : روى القاسم بن محمد ، عن عائشة أنها أرادت أن تعتق مملوكين لها فأمرها النبي ﷺ أن تبدأ بالرجل دون المرأة [٣] .

٢٢٤٨٨ - ولا فائدة في تقديم عتق الرجل إلا الاحتياط للنكاح ، حتى لا يتقدم عتقها فتختار [٤] .

٢٢٤٨٩ - قلنا : لو كان التقدم لذلك ، كان يأمرها أن تعتقهما معًا ؛ لأن الخيار لا يثبت على قولكم ، فعلم أنه أمر بذلك لفضيلة الرجل على المرأة ، فقدمه في العتق لفضله [٥] .

٢٢٤٩٠ - قالوا : روى مثل قولنا : عن عائشة ، وصفية [٦] ، وابن عمر ، وابن عباس [٧] .

٢٢٤٩١ - قلنا : إنما يرجعون إلى من روى الخبر ، فيجعلون ما رواه مذهبه ، وهذا ليس بصحيح .

٢٢٤٩٢ - وقد روي عن ابن عباس : أن الأمة إذا أعتقت ولها زوج فاختارت نفسها فلا مهر لها ، أن تذهب بنفسها وماله ولم يفصل بين الزوج الحر والعبد .

= وحفظا » انتهى كلامه . انظر : سبل السلام (٢١٩/٣) .

(١) أخرجه الدارقطني : كتاب النكاح حديث رقم ١٦٣ ، (٢٨٨/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٢٠/٧) .

(٢) هو : بلال بن رباح ، مولى أبي بكر ، وهو مؤذن رسول الله ﷺ ، من السابقين الأولين ، شهد بدرًا ، وفي وفاته أقاويل ، قيل : إنه مات سنة (٢٠هـ) بدمشق ، وقيل : (٢١ هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٤٧/١) ، الإصابة (١٦٥/١) .

(٣) أخرجه الترمذي : كتاب الطلاق ، باب (٢٢) حديث رقم ٢٢٣٧ ، والنسائي كتاب الطلاق ، باب خيار المملوكين يعتقان (١٦١/٦) ، وابن ماجه : كتاب العتق ، حديث رقم ٢٥٣٢ ، والدارقطني (٢٨٨/٣) .

(٤) انظر : شرح السنة للبغوي (١١١/٩) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) .

(٦) هي : صفية بنت أبي عبيد الثقفية ، زوج عبد الله بن عمر بن الخطاب ، أدركت النبيﷺ ، ولم ترو عنه ، وروت عن عائشة وحفصة . انظر : الإصابة وبهامشها الاستيعاب (٣٥١/٤) ، وأسد الغابة ترجمة ٧٠٦٠ .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٢٩/٤) ، كتاب النكاح وصحح مراجعة الأثر .

٢٢٤٩٣ - وقد قال بقولنا : الشعبي ، وطاووس [١] ، والنخعي ، قال : طاووس [٢] : لها الخيار ولو أعتقت تحت قرشي ، وهؤلاء لن ينقرض عصر الصحابة حتى أفتوا بخلافهم معتد به ، فيما روى عن بعض الصحابة ، ولم يعلم انتشاره [٣] .

٢٢٤٩٤ - قالوا : [الأصل بقاء النكاح] [٤] ، فمن زعم أنه يفرق بينهما احتاج إلى دليل [٥] .

٢٢٤٩٥ - قلنا : الأصل أن منافعها لم تملك عليها ، [وإنما ملكت على المولى] [٦] ، فمن زعم أنها تملك عليها احتاج إلى دليل .

٢٢٤٩٦ - قالوا : حصل لها تحت حر معنى لو قارن ابتداء النكاح لم يثبت به الخيار ، فكذلك في إثباته ، كالعمى والقطع ، [وعكسه الجب والعنة] [٧] .

٢٢٤٩٧ - قلنا : الخيار لا يثبت عندنا ؛ لأنها حصلت تحت عبد ، وإنما ثبت لها لأنها لم ترض بتملك بضعها ، وعدم الرضا ولو قارن العقد ثبت الخيار لأجله عندنا ، ويبطل هذا بإسلام الحربي وتحته عشرة ، فإن الإسلام لو قارن عقده عليهن لم يثبت الخيار ، ولو طرأ ذلك على النكاح لثبت الخيار .

٢٢٤٩٨ - والمعنى في العمى والقطع : أنه نقص لو حصل في أحد الزوجين مع كمال الآخر ، لم يثبت الخيار ، كذلك إذا تساويا فيه ، والحرية/ إذا حصلت منها مع نقص الزوج بالرق ، لم يثبت الخيار ، كذلك مع كماله [٨] . ٢/ب

٢٢٤٩٩ - قالوا : معنى ساوت به الزوج في الكمال فلم يثبت به لها الخيار ، كما لو أسلمت كتابية تحت مسلم ، وكما لو بلغت وزوجها بالغ ، أو فاقت من الجنون وزوجها عاقل [٩] .

٢٢٥٠٠ - قلنا : اعتبار المساواة في حال البقاء لا معنى له ، وإنما يجب اعتبار

---

(١) هو : طاووس بن كيسان الهمداني الخولاني ، أبو عبد الرحمن ، من فقهاء اليمن ، وخيار التابعين ، مات بمكة سنة (١٠١ هـ) . انظر : كتاب مشاهير علماء الأمصار ص ١٢٢ ، والبداية والنهاية (٢٦٣/٩) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي ، باب خيار العتق (٩٦/٢) ، والمغني لابن قدامة (٦٥٩/٦) ، ونصب الراية (٢٠٨/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : المغني (٦٥٩/٦) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) .

(٩) انظر : المغني (٦٥٩/٦) .

المساواة في ابتداء النكاح .

٢٢٥٠١ - ولأن الخيار عندنا ثبت لمعنى فيها ، وهو تمام العقد عليها وهذا معنى مؤثر في الاختيار في جميع العقود ، وينعقد لأكثرها عندهم .

٢٢٥٠٢ - ولأنا اتفقنا على أن النقص بالبدل يثبت الخيار في العقود ، وهذه لم نسلم لها بعقد النكاح عوض ، وعدم البدل أولى في إثبات الخيار من نقصه ولأن الذمية إذا أسلمت تحت المسلم لا يثبت لها الخيار ، ليس لتساويهما في الكمال ، بدلالة : أنها لو أسلمت تحت ذمي ، لم يثبت لها الخيار ، فكذلك تحت المسلم ، والأمة إذا أعتقت تحت عبد يثبت لها الخيار كذلك [1] .

٢٢٥٠٣ - وأما المجنونة إذا أفاقت فالبدل سلم لها بالعقل سلامة كاملة ولم يطرأ عليها ما يغير أملاكها ، وفي مسألتنا لم تملك بدل بضعها بالعقد ، وقد بينا أن لنقص البدل تأثيرًا ، فلعدمه أولى .

٢٢٥٠٤ - وأما البلوغ : فلو بلغت [2] تحت صغير لم يثبت لها [3] خيار ، كذلك تحت بالغ ، وفي مسألتنا لو بلغت [4] تحت عبد ثبت الخيار فكذلك تحت حر [5] .

٢٢٥٠٥ - قالوا : معاوضة لازمة ، فوجب ألا يثبت فيها خيار الفسخ بعد لزومها من غير عيب ، كالبيع [6] .

٢٢٥٠٦ - قلنا : قد ثبت الخيار في البيع بالعيب ، وثبت بغيره ، إذا اشترى عبدًا خبازًا فوجده غير خباز لفوات الشرط ، فما قاله لا يصح ، وفي مسألتنا ثبت الخيار لعدم سلامة البدل لها بالعقد ، ونقص البدل يثبت الخيار في البيع بعده [7] ففي مسألتنا أولى .

٢٢٥٠٧ - أو نقول : إن الخيار يثبت لها ؛ لأنها لم ترض بالتمليك بمنافعها ، وهذا المعنى له مدخل في إثبات الخيار في الابتداء .

٢٢٥٠٨ - ولا يلزم : الصغيرة إذا زوجت ؛ لأن لذلك مدخلا في إثبات الخيار في

---

(١) انظر : المبسوط (١٠٠/٥) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [تلفت] .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [تلفت] .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) .

(٦) انظر : المهذب (٦٥/٢) .

(٧) أي : بعد ثبوت الخيار في البيع ، يثبت من باب أولى في مسألتنا . ونجيب عنه بما ذكره الشيرازي في النكت حيث قال : « ثم لو كان الخيار لعدم استحقاق المهر لما ثبت للمكاتبة إذا عتقت ، كما قال زفر ؛ لأنها استحقت المهر » .

الابتداء ، إذا زوجها غير الأب والجد [١] .

٢٢٥٠٩ - قالوا : ثبوت الخيار لأجل المتعاقدين إنما ثبت له لمعنى في غيره ، فأما المعنى في نفسه فلا يثبت له الخيار [٢] .

٢٢٥١٠ - قلنا : لم يثبت الخيار لمعنى فيها ، لكن لأنه ملك عليها بالعقد معنى ازداد ملكه بحريتها فلها أن تختار حتى تدفع تلك الزيادة ، ألا ترى أنه كان يملك عليها تطليقتين ، فإذا أعتقت ملك عليها الثالثة ، وكان لا يملك عليها الرجعة في القرء الثالث ، وبعد العتق يملك ، فثبت الخيار حتى لا يملك عليها ما لم يكن مستحقا من قبل .

٢٢٥١١ - ولأنا بينا أن الخيار يثبت لها لعدم سلامة البدل بالعقد ، وهذا ليس هو المعنى فيها [٣] .

* * *

---

(١) انظر : شرح فتح القدير (٢٧٧/٣) .

(٢) انظر : اختلاف الفقهاء لأبي جعفر بن جرير الطبري ص ٥٧ ، وحلية العلماء للقفال الشاشي (٢٤/٤) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٢٨/٢) . ونجيب عن هذا : بأن ثبوت الخيار لو كان لعدم استحقاق المهر لما ثبت للمكاتبة إذا أعتقت ، كما قال زفر ؛ لأنها استحقت المهر .

مسألة ١٠٨٣

عتق الأمة تحت العبد وهى في عدتها من طلاق رجعي

٢٢٥١٢ - قال أصحابنا : إذا أعتقت الأمة تحت العبد وهي معتدة من طلاق رجعى فاختارت المقام مع زوجها صح اختيارها ، ولم يثبت لها اختيار بعد الرجعة (١) .

٢٢٥١٣ - وقال الشافعي : لا يصح خيارها ، فإذا راجعها ثبت لها الخيار (٢) .

٢٢٥١٤ - لنا : أنها اختارت مع بقاء ملكه عليها ، فصار كما لو [اختارت قبل الطلاق .

٢٢٥١٥ - ولأنه يملك إزالة حكم المدة من غير اختيارها ، فصح اختيارها] (٣) كما لو أعتقت تحت مولى ، فاختارت المقام معه [مع مدة الإيلاء (٤) .

٢٢٥١٦ - قالوا : جارية في العدة فلم يصح اختيارها المقام معه] (٥) ، أصله : إذا قال لها : أنت بائن (٦) .

٢٢٥١٧ - قلنا : المعنى فيه أنه طلقها بلفظ أفاد القطع ، فصارت كالمطلقة ثلاثا ، وفي مسألتنا : أوقع لفظا لا يتضمن القطع ، كما لو علق طلاقها بشرط (٧) .

٢٢٥١٨ - قالوا : هي جارية إلى بينونة باختيارها المقام ضد صفتها (٨) .

---

(١) انظر قول الأحناف في : المبسوط (١١٤/٥) ، بدائع الصنائع (٣٢٩/٢) ، شرح فتح القدير (٤٠٣/٣) ، الاختيار (٥٠/٣) ، وفيه يقول : « وإذا أعتقت الأمة أو المكاتبة ولها زوج حر أو عبد فلها الخيار » .

(٢) انظر قول إمامنا الشافعي رحمه الله في : كتابه الأم (٢١٧/٥) ، باب عدة الأمة ، المهذب (٦٦/٢) ، المجموع (٢٩٤/١٦) . ويقول الإمام الشافعي في الأم : « ولو كانت عند عبد فطلقها طلاقًا يملك فيه الرجعة فلم تنقض عدتها حتى عتقت فاختارت فراقه كان ذلك لها ، وكان اختيارها فراقه فسخًا بغير طلاق » وبقول الأحناف قال المالكية والحنابلة : انظر قولهما في الكافي لابن عبد البر (٥٩٢/٢) ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٤٩٩/٣) ، ط مكتبة النجاح ، طرابلس ليبيا ، المغني (٦٦٥/٦) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . (٤) انظر : المبسوط (١١٤/٥) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ، ويقول فيه : « لنا : أنها معتدة منه ، فلم يصح اختيارها ، كما لو قال لها أنت بائن » . (٧) انظر : شرح فتح القدير (٤٠٣/٣) .

(٨) انظر : المهذب (٦٦/٢) .

٢٢٥١٩ – قلنا : يبطل إذا قال لها : إذا هل الهلال فأنت طالق ثلاثا ، ثم أعتقت . ولأن جريانها إلى البينونة لا يمنع بقاء ملكه عليها ، فصح أن تتخير بقاء ذلك الملك وإن جاز أن لا يستدركه الزوج ، كما تختار قبل الطلاق ، وإن جاز أن لا يطلقها (١) .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٥/٩٩) .

مسألة ١٠٨٤

نكاح التحليل

٢٢٥٢٠ - قال أصحابنا : إذا قال الرجل : تزوجتك على أني إذا وطئتك فأنت طالق ، وإذا أحللتك فأنت طالق ، صح النكاح ويقع الطلاق إذا وجد الشرط [١] .

٢٢٥٢١ - وقال الشافعي : النكاح باطل [٢] .

٢٢٥٢٢ - وحكوا عنه أنه إذا قال : تزوجتك على أني إذا وطئتك فلا نكاح بيننا ، أن النكاح يصح ويبطل الشرط ، وهذا غلط ؛ لأن عند أبي حنيفة قوله : لا نكاح بيني وبينك من ألفاظ الطلاق ، فهو كقوله : على أني إذا وطئتك فأنت طالق [٣] .

٢٢٥٢٣ - وحكوا عنه : أنه إذا قال : تزوجتك إلى أن أطأك أو إلى أن أحللك ، فالنكاح جائز [٤] .

٢٢٥٢٤ - وهذا غلط ؛ لأن الغاية توقيت ، والنكاح المؤقت لا يصح عندنا .

٢٢٥٢٥ - لنا : أنه نكاح غير مؤقت ، فلم يبطله الشرط ، أصله : إذا قال : تزوجتك

---

(١) انظر قول الأحناف في حاشية ابن عابدين (٣٤٤/٣) ، وتحفة الفقهاء (١٧٥/٢ ١٩٦) ، المبسوط (٩/٦ ، ١٠) ، وفيه يقول : « فإن تزوج بها الثاني على قصد أن يحللها للزوج الأول من غير أن يشترط ذلك في العقد صح النكاح ، ويثبت للأول إذا دخل بها الثاني وفارقها » .

(٢) انظر قول الشافعية في : الأم (٧٩/٥) ، حلية العلماء (٤٠١/٦) ، والمهذب (٦٠/٢) ، يقول القفال الشاشي في حلية العلماء : « وإذا تزوجها على أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما ، بطل النكاح قولا واحدًا » اهـ . ووجه البطلان : أنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته فأشبه نكاح المتعة ، المهذب (٦٠/٢) .

(٣) يدفع هذا الغلط الذي زعمه الأحناف ؛ لأن النكاح في مثل هذه الصورة خلا عن شرط يفسده فأشبه ما لو نوى طلاقها لغير الإحلال ، ولأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد . انظر : المغني (٦٤٨/٦) .

(٤) وفي أصح القولين يبطل النكاح للعلة التي ذكرها الأحناف ، وهي : أن الغاية توقيت ، وأن النكاح المؤقت لايصح . انظر : حلية العلماء (٣٩٩/٦) . ويرى مالك وأحمد : أن النكاح في مثل هذه الصور باطل قولا واحدا . انظر قولهما في حلية العلماء (٤٠١/٦) ، المغني (٦٤٦/٦) ، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر (٥٣٣/٢) ، المدونة الكبرى (٢٠٨/٢) ، وسبب اختلاف العلماء في هذه المسألة هو : اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ « لعن اللّٰه المحلل والمحلل له » فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال : النكاح صحيح ، ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهى الذي يدل على فساد المنهى عنه ، قال : النكاح فاسد . انظر : بداية المجتهد (٥٧/٢) .

على أن أطلقك متى شئت ، أو على أن لا أطأك [١] .

٢٢٥٢٦ - احتجوا : بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لَعَنَ اللَّهُ المُحلِل والمُحللَ له » [٢] .

٢٢٥٢٧ - قلنا : هذا نهى كراهة بدلالة أنه عم المحلل ، وهذا عام فيمن شرط التحليل ومن اعتقد التحليل ، وكل من اعتقد العموم حمل النهي على الكراهة ولم يحمله على التحريم ، وذلك ترك للظاهر ، ونحن نحمله على من وقَّت العقد ، وذلك زيادة في الظاهر فتساوينا [٣] .

٢٢٥٢٨ - قالوا : نكاح شرط فيه انقطاعه قبل غايته ، فوجب ألا يصح ، كما لو قال : تزوجتك إلى أن أطأك [٤] .

٢٢٥٢٩ - قلنا : المعنى هناك [٥] أنه وقَّتَ العقد ، وتوقيت النكاح يبطله ، وفي مسألتنا لم يوقته ، وإنما شرط انقطاعه بسبب يفيد الانقطاع ، فصار كقوله : تزوجتك على أنك طالق متى طلقتك [٦] .

٢٢٥٣٠ - قالوا : فهذا أيضًا نكاح مؤقت ؛ لأنه لا فرق بين أن يقول : تزوجتك إلى

---

(١) انظر : شرح السنة للبغوي (١٠١/٩) ولا نسلم هذا الدليل ؛ لأن القول ببطلان مثل هذا النكاح هو ظاهر قول الصحابة - رضوان اللَّه عليهم - لقوله ﷺ : « لعن اللَّه المحلل والمحلل له » ولا مخالف لهم ، فكان إجماعا ، ولأنه قصد به التحليل فلم يصح ، كما لو شرطه . انظر : المغني (٦٤٦/٦) .

(٢) أخرجه الدارمي (١٥٨/٢) ، وأحمد حديث رقم (٤٢٨٣ ، ٤٢٨٤) والنسائي (١٤٩/٦) ، كتاب النكاح باب إحلال المطلقة ثلاثًا ، والبيهقي في سننه الكبرى (٢٠٨/٧) ، وشرح السنة للبغوي (١٠٠/٩) ، وفي سبل السلام (٢١٣/٣) ، وكلهم من حديث عبد اللَّه بن مسعود . وفي الباب عن علي بن أبي طالب ﷺ عند أحمد حديث رقم (٦٦٠ ، ٦٦١) وأبي داود حديث رقم (٢٠٧٦) والترمذي (١١٢٩) وابن ماجه (١٩٣٦م) والبيهقي (٢٠٨/٧) . وعن ابن عباس عند ابن ماجه حديث رقم (١٩٣٤) وعن أبي هريرة عند البيهقي (٢٠٨/٧) .

(٣) لا نسلم أن النهي للكراهة ، بل هو للتحريم ، يقول صاحب سبل السلام : « والحديث دليل تحريم التحليل ؛ لأنه لا يكون اللعن إلا على الفاعل المحرم ، وكل محرم منهى عنه ، والنهى يقتضي فساد العقد ، واللعن وإن كان ذلك للفاعل لكنه علق بوصف يصح أن يكون علة الحكم » اهـ . انظر : سبل السلام (٢١٣/٣) .

(٤) انظر : حلية العلماء للقفال الشاشي (٣٩٩/٦) .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) فيصح النكاح عند الأحناف ويبطل الشرط بناء على قاعدتهم أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة . انظر : المبسوط (١٠٥/٥) . ولكن هذا مخالف للمذهب الشافعي والجمهور ، فالنكاح عندهم على هذا =

أن أطأك وبين أن يقول : على أني إذا وطئتك فأنت طالق [١] .

٢٢٥٣١ - قلنا : هذا غلط ؛ لأنه إذا ذكر الغاية فلم يعقد على ما بعدها ، وإذا لم يذكر فالعقد يتناول الجميع ، ثم شرط قطع ما يتناوله العقد بالطلاق [٢] .

* * *

= النحو أقبح من النكاح بشرط الخيار ؛ لأن النكاح بشرط الخيار غير ثابت في حال ، وثابت في أخرى . انظر : الأم (٨١/٥) .

(١) انظر : المهذب (٦٠/٢) .

(٢) انظر : المبسوط (١٠/٥) . ولا نسلم ذلك ؛ لأن النكاح عندنا يبطل إذا قارنه الشرط الفاسد . انظر : حلية العلماء (٤٠٠/٦) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الصداق

مسألة (١) ١٠٨٥

تقدير أقل المهر

٢٢٥٣٢ - قال أصحابنا : أقل المهر ، مقدر بعشرة دراهم

٢٢٥٣٣ - وقال الشافعي : ليس بمقدر ، فما جاز أن يكون بدلا في البيع أو أجرة جاز أن يكون مهرًا (٢) .

---

(١) تعريف الصداق : أولًا : الصداق في اللغة :
الصَّداق والصداق : مهر المرأة وجمعها في أقل العدد أصدقة ، والكثير صدق وهذان البناءان على الغالب . وقد أصدق المرأة حين تزوجها : جعل لها صداقًا ، أصدقها سمى لها صداقًا ، قال تعالى ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء : ٤] .
وهو في اصطلاح فقهاء الحنفية : المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع ، إما بالتسمية أو بالعقد ، عرفه بعضهم بأنه اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء ١٩٨٧م .
وهو عند المالكية : « ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها » .
وعند فقهاء الشافعية : « ما وجب بعقد نكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرًا كرضاع أو رجوع شهود . وعند فقهاء الحنابلة كما جاء في المبدع وكشاف القناع : « العوض المسمى في النكاح أو بعده » ..
والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع .
أما : الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ﴾ [النساء : ٢٤] ، وقال تعالى ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء : ٤] .
وأما : السنة فقد روى أنس بن مالك ﷺ أن رسول اللّه ﷺ رأى عَلَى عَبْد الرحمن بن عوف الردع - مفتوح الأول ساكن الثاني - هو أثر الزعفران ، فقال النبي ﷺ مهيم ؟ فقال يا رسول اللّه تزوجت امرأة فقال : ما أصدقتها ؟ قال : وزن نواة من ذهب فقال بارك اللّه لك ، أولم ولو بشاة . أخرجه البخاري في صحيحه كتاب النكاح باب الوليمة ولو بشاة . ومعنى قوله « مهيم » : ما شأنك أو ما هذا ؟
وقد أجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح . انظر : اللسان باب الصاد والقاموس المحيط والقاموس الوسيط للغة باب القاف فصل الصاد ، العناية (٣/٣١٦) بهامش فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن محمود البابرتي ، رد المحتار (٢/١٣٠) لابن عابدين على الدر المختار للشيخ علاء الدين ، الحصكفي ، الشرح الصغير (٣/٢٠٥) مغنى المحتاج (٦/٣٣٤) ، المبدع (٧/١٣٠) ، كشاف القناع (٥/١٢٨) ، مطالب أولي النهى (٥/١٧٣) ، المغنى (٨/٣) ، مغني المحتاج (٣/٢٢٠) .
(٢) انظر : الأم (٥/٦٤)، المهذب في فقه الإمام الشافعي (٢/٥٥) ، روضة الطالبين (٧/٢٤٩) ، مغني المحتاج (٣/٢٢٠) ، نهاية المحتاج (٦/٣٣٤ ، ٣٣٥) ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل (٨/٢٢٩) ، المبدع (٧/١٣١ - ١٣٢) ، وكشاف القناع (٥/١٢٩) .

٢٢٥٣٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ [١] لَكُم مَّا [٢] وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم ﴾ [٣] فشرط في الإباحة [٤] أن يبتغيها [٥] بالأموال وهذا لا يطلق على القليل ، ولا على العشرة [لولا قيام] [٦] الدليل .

٢٢٥٣٥ - فإن قيل : قد قال محمد : [إن من أقر لرجل بمال] [٧] وقال : هو درهم ، صدق [٨] فظاهر الآية يقتضي جواز العقد بثلاثة دراهم ، لأنها أموال .

٢٢٥٣٦ - قلنا : الإطلاق لا يتناول ذلك في العادة ، والإقرار لا يحمل على الإطلاق ، وإنما يحمل على المتيقن .

٢٢٥٣٧ - ويدل عليه أيضًا [قوله تعالى] [٩] : ﴿ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [١٠] والفرض [١١] [يعبر به عن الواجب ، وعن العقد] [١٢] ، فإن حملنا هذا على الواجب ، كان تكرارًا ، لأن الوجوب مستفاد بالأمر ، فلم يبق إلا أن يحمل على التقدير ، فكأنه قال : فأتوهم أجورهن مقدرة [١٣] ....

(١ ، ٢) ساقطة من (ن) . (٣) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٤) الإباحة في اللغة : الإظهار والإعلان ، يقال أباح بسره : إذا أظهره ، وترد أيضًا بمعنى الإطلاق والإذن يقال أبحته كذا أي : أطلقته فيه وأذنت له . انظر : اللسان مادة (بوح) والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي باب الياء ط المطبعة الأميرية القاهرة ط السادسة ١٩٢٥م .

(٥) في (ص) : [تبتغا] . (٦) في (ن) ، (ع) : يطلع .

(٧) في (ن) ، (ع) : [أن من قال لرجل لك على مال] .

(٨) انظر : البناية في شرح الهداية (٧ : ٥٤٢) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) . (١٠) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(١١) في (ن) : [والفريضة والفرض] .

(١٢) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة [يعبر به عن الواجب وعن التقدير ويشهد لذلك ما قاله السرخسي في المبسوط ، قال : « وإليه أشار اللّه تعالى في قوله : ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ ﴾ [الأحزاب : ٥٠] الآية معناه ما قدرنا فإن الفرض عبارة عن التقدير انظر : المبسوط (٥/٨١) .. كما أن تقدير المصنف للآية يشبه ما أثبتناه فإنه قال : « فكأنه قال فأتوهن أجورهن مقدرة » فدل هذا على أن المراد : التقدير وليس العقد . كما أنهُ ليس من معان الفرض « العقد » ، فإن الفرض في اللغة ينحصر في معان منها : التقدير والتأثير والإلزام والعطية والإنزال والإباحة والكتابة ، والحتم وليس منها العقد . انظر : الصحاح باب الضاد القاموس المحيط باب الضاد .

(١٣) روي ابن عباس وعائشة والقاسم وسالم بن عروة وسعيد بن المسيب أن الآية منسوخةُ فعن عطاء عن أبيه عن ابن عباس في قوله ﴿ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم .... ﴾ الآية قال نسختها ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ وعن ابن أبي هند عن سعيد بن المسيب قال : نسخت المتعة آية الميراث يعني ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا =

وهذا ضد قول [١] من قال : إن التقدير لا يدخل المهر . ويدل عليه حديث حرام [٢] بن عثمان [٣] عن ابني جابر [٤] عن جابر [٥] أن النبي ﷺ قال : [لا تنكح [٦] النساء] إلا

= تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾ . وعلى هذا فلا وجه للاستدلال بها ، انظر : الناسخ والمنسوخ في القرآن (١٢٥،١٢٦) تأليف أبي جعفر بن أحمد بن إسماعيل النحاس تحقيق د/ شعبان إسماعيل ، الناسخ والمنسوخ (١٢٦-١٢٩) لأبي القاسم هبة الله بن سلامة بهامش أسباب النزول للواحدي .

(١) ساقطة من (م) .

(٢) في (ن) : [حزام] وفي (ع) : [حزم] .

(٣) هو : حرام بن عثمان الأنصاري المجني روى عن محمد وعبد الرحمن وعن أبيهما جابر ﷺ وعن معمر وغيره . قال مالك : يحيى بن معين ليس بثقة ، وقال الشافعي : الرواية عن حرام حرام . مات سنة ١٨٠هـ . تهذيب التهذيب ٢٢٣/٢ المنتبه (٤٢٣/١) لابن حجر العسقلاني نشر المؤسسة المصرية العامة تحقيق التهذيب (٢٢٣/٢) المنتبه (٤٢٣/١) لابن حجر العسقلاني نشر المؤسسة المصرية العامة تحقيق محمد على النجار ، على محمد البجاوى ، المشتبه في أسماء الرجال أسماؤهم وأنسابهم ج (٢٢٤/٢) لأبي عبد الله محمد بن أحمد عثمان الذهبي .

(٤) هما : محمد وعبد الرحمن . أما محمد فهو محمد بن جابر بن عبد الله الأنصاري ، روى عن أبيه وعنه ابناه جابر ويحيى وحرام بن عثمان وطالب بن حبيب ومحمد بن كليب وغيرهم ، قال ابن سعد في روايته ضعف وليس يحتج به . مات سنة (٢٦٥) هـ . انظر : في الجرح والتعديل (٢١٩/٧) لابن أبي حاتم ، خلاصة تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٣٨٧/٢) لأحمد بن عبد الله الخزرجي نشر مكتبة القاهرة - تحقيق محمود عبد الوهاب ، وذيل الكاشف ص (٢٤٥) لأحمد بن عبد الرحيم العراقي تحقيق بوران الضناوي . أما الثاني فهو : عبد الرحمن بن جابر بن عبد الله الأنصاري روى عن أبيه وأبي بردة ، وعنه سليمان بن يسار ومسلم بن أبي مريم وعبد الله بن محمد وغيرهم ، قال العجلي والنسائي ثقة . انظر : ميزان الاعتدال (٣٥٣/٢) لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي تحقيق محمد علي البجاوي ، والجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٢٢٠/٥) ، التعديل والتجريح لمن خرج له البخاري في الجامع الصحيح (٨٦١/٢،٨٦٢) لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي خلاصة تهذيب الكمال (١٢٨/٢) .

(٥) هو : جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام ... السلمي روى عن النبي ﷺ ، وأبي بكر الصديق وعمر ، وعلي وفاطمة ، ومعاذ بن جبل وخالد بن الوليد ، وغيرهم وروى عنه ابناه محمد وعبد الرحمن وأبو الزبير وعمرو بن دينار وغيرهم ، شهد العقبة ولم يشهد بدرا ولا أحدًا . كان من المكثرين للحديث ، وكان حافظًا للسنة . غزا مع رسول الله ﷺ تسع عشرة غزوة ، مات سنة (٧٤) هـ . انظر : الاستيعاب في معرفة الأصحاب (٢١٩/١-٢٢٠) لأبي عمر يوسف بن عبد الله البرط مكتبة نهضة مصر تحقيق على محمد البجاوي ، أسد الغابة في معرفة الصحابة (٣٠٧/٢) لأبي الحسن علي بن محمد بن الأثير تحقيق محمد إبراهيم ، محمد أحمد عاشور ، محمد عبد الوهاب ، الإصابة في تمييز الصحابة (٤٣٤/١-٤٣٥) لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ط دار نهضة مصر ، الاستبصار في نسب الصحابة من الأنصار (١٥١-١٥٢) للإمام موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي .

(٦) في (ن) ، (ع) : [لا تنكح النساء] .

من الأكفاء ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم [١] رواه عمرو بن دينار [٢] ، عن جابر [٣] إلا أن هذا الحديث غير معتمد على طريق أصحاب الحديث ، لأن حرام بن عثمان ضعيف ، وحديث عمر وبن دينار [٤] رواه مبشر بن عبيد [٥] عن الحجاج بن أرطاة [٦] ومبشر ضعيف عندهم [٧] . والمعتمد من الأثر : ما روى الشعبي [٨]

---

(١) الحديث بهذا الإسناد أورده ابن حزم في المحلى (٩٩/١١) .

(٢) هو : عمرو بن دينار المكي أبو محمد الأثرم ، شيخ الحرم في زمانه ، ولد في إمرة معاوية سنة خمس أو ست وأربعين ، سمع ابن عباس وجابر بن عبد الله وابن عمر وأنسًا وغيرهم من الصحابة ، وسمع منه قتادة والزهري وجعفر الصادق ومحمد بن مسلم وسليمان بن كثير وغيرهم ، قال شعبة : ما رأيت في الحديث أثبت من عمرو ، وقال ابن عيينة : ثقة . قال الذهبي مات في أول سنة ست وعشرين ومائة . وقال أحمد : مات في سنة خمس أو ست وعشرين ومائة انظر : تهذيب التهذيب (٢٨/٨-٣٠) ، والثقات (١٦٧/٥) لأبي حاتم محمد بن حيان التميمي تذكرة الحفاظ (١١٣/١- ١١٤) للإمام أبو عبد الله شمس الدين الذهبي ، والجرح والتعديل(٢٣١/٦) ، وخلاصة تهذيب الكمال (٢٨٤/٢) وميزان الاعتدال (٢٦٠/٣) .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه باب المهر (٢٤٥/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى باب ما يجوز أن يكون مهرًا (٢٤٠/٧) .

(٤) انظر : المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين (٢٦٩/١) للإمام محمد بن حيان التميمى تحقيق : محمود إبراهيم .

(٥) هو : مبشر بن عبيد القرشي أبو حفص الكوفي الأصل . روى عن زيد بن أسلم وقتادة والزهري وحميد الطويل وغيرهم ، وروى عنه بقية بن الوليد ومحمد بن شعيب وأبو المغيرة وغيرهم ، قال الجرجاني : قال أحمد ابن حنبل شغله القرآن عن الحديث ، وقال ابن عدي : هو بين الأمر في الضعف وعامة ما يرويه غير محفوظ من حديث الكوفة وشيوخ البصرة مات سنة ١٨٦ هـ انظر : لسان الميزان ج (٤٣٣/٣) لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين (٣٠/٣،٣١) ، التاريخ الكبير (١١/٤) للإمام محمد بن إسماعيل البخاري ، الكامل في ضعفاء الرجال (٤١٧/٦) ، المغني في الضعفاء (١٤٣/٢) للإمام محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ط دار إحياء التراث الإسلامي قطر - تحقيق د / نور الدين عتر .

(٦) هو : الحجاج بن أرطاة النخعي من أهل الكوفة . روى عن : عطاء ، وعمرو بن دينار والشعبي وأبي الزبير وغيرهم ، وروى عنه : الثوري ، وهشيم ، وشعبة وحفص بن غياث ، قال النسائي : كوفي ليس بالقوى مات سنة ١٤٥ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (١٩٦/٢ ١٩٨) ، المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين (٢٢٥/١ - ٢٢٨) ، الكامل في ضعفاء الرجال (٦٤١/٢-٦٤٦) ، الضعفاء والمتروكين (١٩١/١،١٩٢) للإمام عبد الرحمن بن علي بن الجوزي ط دار الكتب العلمية بيروت أولى ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ تحقيق : عبد الله القاضي .

(٧) انظر : المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين (٣٠/٣،٣١) الكامل في ضعفاء الرجال (٤١٧/٦) .

(٨) هو : الإمام عامر بن شراحيل بن عبد الله الشعبي من شِعْب همدان بالكوفة ، ولد سنة عشرين روى عن الحسن ، والحسين وعبد الله بن عباس وجابر بن عبد الله وعدي بن حاتم وغيرهم . وروى عنه ابن عون وابن حيان وسماك بن حرب وغيرهم . قال يحيى بن معين : إذا حدث الشعبي عن رجل فسماه فهو ثقة يحتج به ، =

والضحاك [١] عن علي ﷺ قال : « أقل ما يكون المهر عشرة دراهم » [٢] وهذا المقدار لا يدل القياس عليه ، فإذا قاله الصحابي حمل على التوقيف [٣] .

٢٢٥٣٨ - فإن قيل [٤] : روى عن علي ﷺ أنه قال : لا مهر أقل من خمسة دراهم [٥] قلنا : نحمل هذا أيضًا على التوقيف ، فكأنه روى الأمرين عن النبي ﷺ ، فالزايد أولى ، أو نقول : إن الخبر دل أنه لا مهر أقل من خمسة دراهم ، ولأن كل واحد من الخبرين قد دل على التقدير ، وهو خلاف قولهم [٦] . ولأنها استباحة يقف استيفاؤها على مال ، فوجب أن يكون أقل ذلك المال مقدرًا [٧] أصله : القطع في السرقة . وإن شئت

= وقال مكحول : ما رأيت أحدًا أفقه من الشعبي . مات سنة (١٠٩) هـ انظر : الثقات لابن حيان (١٨٥/٥، ١٨٦) ، الجرح والتعديل (٣٢٢/٦، ٣٢٤) ، تذكرة الحفاظ (٧٩/١، ٨٨) للإمام شمس الدين محمد الذهبي ، تهذيب التهذيب (٦٥/٥-٦٩) رجال صحيح البخاري (٥٥٦/٢) للإمام أحمد بن محمد بن الحسين الكلاباذي تحقيق عبد اللّه الليثي .

(١) هو : الضحاك بن مزاحم الهلالي أبو القاسم روى عن ابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وزيد بن أرقم وأنس بن مالك وغيرهم ، وقيل لم يثبت له سماع عن أحد من الصحابة ، وروى عنه جويبر بن سعيد والحسن ابن يحيى وحكم بن الديلم ومقاتل بن حيان وغيرهم . قال ابن معين وأبو زرعة : ثقة ، وقال أحمد : ثقة مأمون مات سنة ١٠٦ هـ . انظر تهذيب التهذيب ج (٤٥٣/٤، ٤٥٤) ، تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٢٩١/٣ - ٢٩٧) يوسف البزى تحقيق د / بشار عواد ، وذكر أسماء التابعين (٢٦٧/١) للحافظ علي بن عمر الدارقطني تحقيق بوران الصناوي .

(٢) أخرجه بلفظه الدارقطني في سننه باب المهر (٢٤٥/٣) وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى : باب ما يجوز أن يكون مهرًا (٢٤٠/٧، ٢٤١) ، وأخرجه العقيلي في كتاب الضعفاء الكبير (١٤١/٢) ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه باب غلاء الصداق (١٧٩/٦) .

(٣) انظر : هذا الاستدلال في المبسوط (٨١/٦) . وقد بان أن هذه الرواية مرسلة ؛ لأن الشعبي لم يسمع من علي شيئًا . وقد ثبت عن النبي ﷺ خلاف هذا مثل حديث خاتم الحديد ، وحديث نواة الذهب وغيره ، انظر : الأم (١٧٠/٥-١٧٢) المحلى (٩٩/١١) ، معرفة السنن والآثار (٢١٧/١٠، ٢١٩) .

(٤) أي أن المخالف يحتج على رواية الإمام علي بأن أقل المهر عشرة دراهم بأنه قد روي عن الأمام علي بأن أقله خمسة دراهم . انظر : معرفة السنن والآثار (٢١٨/١٠) .

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن باب المهر (٢٤٦/٣) . البيهقي في معرفة السنن والآثار باب المهر (٢١٨/١٠) .

(٦) أ - هذه الرواية أيضًا ضعيفة ، فإن فيه الحسن بن دينار وقيل الحسن بن واصل قال البخاري تركه عبد الرحمن بن مهدي وابن المبارك ووكيع . ب أن في الحديث أيضًا عبد الصمد الفضل له حديث يستنكر . انظر : معرفة السنن والآثار (٢١٨/١٠) ، والتعليق المغني (٢٤٦/٣) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [مقدر] .

قلت : كل جارحة لا تستباح إلا بمال كان ذلك / المال مقدرا [١] . كالمال الذي يقطع به السارق [٢] . ٥٢

٢٢٥٣٩ - فإن قيل : لا نسلم أن استباحة [٣] البضع تقف على المال ، لأنه يجوز عندنا بتعليم القرآن . ويجوز على الأصليين بخدمة العبد [٤] .

٢٢٥٤٠ - قلنا : فالمانع عندكم مال ، وعندنا لابد أن تكون المنفعة بتسليمها تسليم [٥] مال [٦] .

٢٢٥٤١ - فإن قيل : القطع ليس بمباح ، وإنما هو واجب .

٢٢٥٤٢ - قلنا ليس نريد [ما ظنوه] [٧] ، وإنما نريد جواز الإقدام .

٢٢٥٤٣ - قالوا : يبطل بشرى الأمة [٨] .

٢٢٥٤٤ - قلنا : هناك المال في مقابلة الملك ، والبضع يستباح [٩] بحكم [١٠] الملك ، لا بالمال .

٢٢٥٤٥ - فإن قيل : استباحة البضع لا تقف [١١] على المال عندنا ؛ لأنه لو تزوجها على أنه لا مهر لها ، ثبتت الاستباحة ، فإن ماتت [١٢] لم تستحق المهر [١٣] .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [مقدرا] .

(٢) قال في المبسوط : « وعلى هذا نصاب السرقة يدخله التقدير بالاتفاق ، لأنه يستباح به مالا يستباح بالبدل ، فكذلك الصداق ، » انظر : المبسوط (٨١/٥) ، بدائع الصنائع (٢٧٦/٢) ، فتح القدير مع العناية والهداية (٣١٩/٣، ٣٢٠) .

(٣) في (ن) : [الاستباحة] .

(٤) وهذه بناء على أصل الشافعي : أن كل ما يجوز أخذ العوض عنه يصح تسميته مهرًا انظر : الأم (٦٤/٥) ، المهذب (٥٦/٢) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [تسلم] .

(٦) انظر : الهداية شرح بداية المبتدي [٢٠٧/١] للإمام أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني .

(٧) في (ن) ، (ع) : [طعنوه] .

(٨) اعتراض للمخالف بأن البضع يستباح بغير مال كتسري الأمة .

(٩) في (ع) : [مستباح] .

(١٠) ساقطة من (ع) .

(١١) ساقطة من (ع) .

(١٢) في (ن) ، (ع) : [مات] .

(١٣) وهو أحد القولين عند الشافعي في المفوضة إذا تزوجها على أن لا مهر لها - . انظر : نهاية المحتاج (٣٤٧/٦) ، روضة الطالبين ج (٢٧٩/٧) .

٢٢٥٤٦ - قلنا : استيفاء المنفعة يقف (١) على المال باتفاق (٢) ، ونحن اعتبرنا الاستيفاء ، لا الملك .

٢٢٥٤٧ - فإن قيل : القطع لا يتعلق بكل مال ، فلم يتعلق بكل مقدار ، والمهر يجوز أن يكون بكل مال ، فجاز أن يكون بكل مقدار (٣) .

٢٢٥٤٨ - قلنا : عندكم القطع يتعلق بسرقة كل الأموال (٤) حتى إن القطع وضع لصيانة الأموال ، فاعتبر المال المقصود بالأخذ ، وفي مسألتنا المقصود الملك ، فكل الأموال في الملك سواء ، ولأن القطع يسقط بالشبهة (٥) ، وفي بعض الأموال شبهة ، والمهر (٦) لا يسقط بالشبهة فيتعلق بكل مال (٧) .

٢٢٥٤٩ - فإن قيل : المعنى في القطع (٨) أن المستباح يتقدر بالمال بتقدر الاستباحة وفي النكاح لا يتقدر ، كذلك المال لا يتقدر (٩) .

٢٢٥٥٠ - قلنا : الفرق بينهما في العضو الذي يقطع أن ذلك مقدر ، لا يتجاوزه القطع إلى غيره ، والاستباحة التي يعاوض عليها مقدرة ، لأن العوض عن استباحة (١٠) الفرج ، دون غيره .

٢٢٥٥١ - فإن قيل : القطع يجوز أن يستوفى في مقابلة العشرة ، [ويجوز استيفاء عضوين في قطع الطريق] (١١) [وكذلك يجوز أن يستباح في النكاح] (١٢)

---

(١) في (ن) : [تقف] .
(٢) انظر : البناية (٢١٢/٤) ، الحاوي ١٣٨ .
(٣) اعتراض للمخالف بأن القطع لا يتعلق بكل مال ، ولهذا لا يقطع في التافه والمهر يتعلق بكل مال فيجوز بالقدر التافه .
(٤) هذا إذا بلغ المال المسروق نصابًا ، والنصاب ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار . انظر : المهذب (٢٧٧/٢) .
(٥) انظر : الاختيار (٢٩٣/٣) ، الهداية (١١٩/٢) .
(٦) في (م) ، (ع) : [الأمر] .
(٧) انظر : البحر الرائق (١٨٣،١٨٢/٣) .
(٨) ساقطة من (م) .
(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه في الهامش . اعتراض للمخالف بأن عقد النكاح لا يختص باستباحة عضو بل يستباح به جميع البدن ولذا المال فيه لا يتقدر لأن الاستباحة فيه غير مقدرة بخلاف القطع في السرقة فإن المال فيه يتقدر بتقدر الاستباحة . انظر : الحاوي للماوردي (١٠٣ ، ١٠٤) .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [الاستباحة] .
(١١) في (ن) (ع) : [عضوان في قطع الطريق عضوان بعشرة في اثنين] .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

[بضعان] [١] بعشرة [٢] .

٢٢٥٥٢ - قلنا : [لا يستباح في قطع الطريق عضوان بعشرة في اثنين] [٣] ، كذلك [لا يستباح في النكاح عضوان من امرأتين بعشرة] [٤] ، ولأن الأقل من هذا [القدر] [٥] لا يجوز أن يكون مهرًا للصغيرة إذا زوجها أبوها ، فلم يجز أن يكون مهرًا للكبيرة . أصله : الخمر والخنزير [٦] .

٢٢٥٥٣ - ولأنه نكاح سمى فيه أقل من عشرة دراهم ، فلم يكن المسمى مهرًا بنفسه . أصله : الأب إذا زوج الصغيرة ، ومهرها أكثر من ذلك ، [٧] .

٢٢٥٥٤ - ولأن ما لا يتقدر به النصاب في السرقة ، لا يجوز أن يكون مهرًا . أصله :ما لا قيمة له [٨] . ولأنه أحد التسميتين في النكاح ، فجاز أن يدخله التقدير . أصله : عدد المنكوحات .

٢٢٥٥٥ - فإن عكسوا فقالوا : فوجب أن لا يتقدر بعشرة لم يصح ، لأنهم لا يحتاجون إلى قولهم في عقد النكاح ، ولو قال : في عقد صح . ولأننا دللنا على التقدير والكلام في تعيين التقدير مسألة أخرى ، فلا معنى للعكس فيها .

٢٢٥٥٦ - ولأن النكاح يجب اعتبار المهر فيه لحق اللّٰه تعالى ، وجب أن يتقدر، كالشهادة [٩] . والدليل على أن ثبوت المهر ابتداء حق اللّٰه تعالى أنهما لو تراضيا على

---

(١) مزيدة قد يقتضيها السياق .
(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٣) في (م) : [مكررة] .
(٤) في (ن) ، (ع) : [لا يستباح في قطع الطريق عضوان بعشرة في اثنين] وهو خطاء .
(٥) في (ن) ، (ع) : [المقدر] ، وفي غيرهما : « القدر » ، وقد زدنا عبارة « الأقل من هذا » لضرورة المعنى .
(٦) قال في بدائع الصنائع في تقدير أقل المهر : « إذا تزوج المسلم المسلمة على خمر أو خنزير لم تصح التسمية ، لأن الخمر والخنزير ليسا بمال متقوم في حق المسلم فلا تصح تسمية شيء من ذلك مهرًا ، ولها مهر المثل » . انظر : بدائع الصنائع (٢٧٨/٢) وما لا يصح أن يكون مهرًا للصغيرة إذا زوجها أبوها فكذا الكبيرة وهو قياس المصنف .
(٧) في (ن) ، (ع) : [ملك] وهو تحريف . انظر . الجامع الصغير ص ١٢٧ الهداية (٢٠٢/١٠) .
(٨) انظر : بدائع الصنائع (٦٧/٧) ، الاختيار (١٠٣/٤)
(٩) وقد رد الشافعية القياس على الشهادة بأن المعنى فيها أنها من شروط العقد ، فتقدرت كما تقدرت بالزوج والولي ، وليس كالمهر الذي هو من أعواض المراضاة ، ولو تقدر لخرج أن يكون مراضاة ، ولأن الشهادة تراد لحفظ النسب . انظر: الحاوي للماوردي ١٠٢ .

إسقاطه وجب ، ولو كان حقًّا لهما لم يجب مع التراضي بسقوطه [١] فإن قيل : لو كان كذلك لم يجز أن تهبه بعد التسمي قلنا : حق اللَّه في ثبوته ابتداء ، وهبتها لا تسقط ثبوته في الابتداء .

٢٢٥٥٧ - قالوا : البيع لا يصح إلا ببدل ، ولو اصطلحا على إسقاطه ابتداء لم يصح ، وليس بحق اللَّه تعالى [٢] .

٢٢٥٥٨ - قلنا : المملوك بالبيع يصح أن يملك بغير عوض ، والمملوك بالنكاح لا يصح أن يستبيحه المسلم منفردًا إلا بعوض ، [٣] و لأن [٤] البيع إذا اتفقا على إسقاط العوض لم يصح [٥] ، فعلم أن إسقاط العوض ليس لحق اللَّه تعالى ، لكن لفساد العوض ، والنكاح يصح مع شرط إسقاط العوض [٦] ولا يسقط [٧] العوض ، فدل على أنه لم يسقط ، ليس لأجل العبد [٨] ؛ لكن لحق اللَّه تعالى ، وإذا ثبت أن في المهر حقًّا للَّه تعالى وجب أن يدخله التقدير ، كنصاب الزكاة ، والقطع . [٩].

٢٢٥٥٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [١٠] .

٢٢٥٦٠ - قالوا : ظاهره يقتضي أنه إذا تزوجها على خمسة ، ثم طلقها وجب لها نصفها [١١] وعندكم [يجب جميعها] [١٢] .

٢٢٥٦١ - قلنا : قال [١٣] ﴿ إِلَّا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾ [١٤] وذلك لا يقال في القليل ، وإنما يقال في الكثير في العادة ، ولأنه

---

(١) انظر : المبسوط (٨١/٥) . الاختيار (٣/ ٣٨) .

(٢) انظر: الحاوي للماوردي ص ٧٨ .

(٣) انظر الاختيار (٣٨/٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [ولا] .

(٥) قال صاحب البدائع : « فأما إذا نفاه صريحًا بأن قال بعتك هذا العبد بغير ثمن ، أو بلا ثمن فقال المشتري : اشتريت ، اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم : البيع فاسد ، لأن قوله بلا ثمن باطل ، لأن البيع عقد مبادلة فكان ذكره ذكرًا للبدل . انظر : بدائع الصنائع (١٨٣/٥) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [سقط] .

(٨) انظر : المبسوط (٦٢/٥) ، البحر الرائق (١٥٦/٣) ، الهداية (٢٠٥/١) .

(٩) انظر : هذا الاستدلال في المبسوط (٨١/٥) ، الاختيار (٣٨/٣) ، العناية (٣١٩/٣) .

(١٠) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(١١) في (ن) ، (ع) : يضعها .

(١٢) في (ن) (ع) : [تجب جميعًا] . انظر الأم (٦٤/٥) ، الحاوي (٩٤،٩٣) .

(١٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

ذكر في الفريضة التي قدرها الزوج ، وذكر في الآية الأخرى ما دل على أنها تختص [١] به في نفسها ؛ لأنه قال ﴿ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ ﴾ [٢] والذي يقف على تراخيهما بعد الفريضة ، هو الزيادة ، لأن النقصان يتعلق باختيار المرأة ، ولا يقف على تراضيهما ، فدل على أن الذي يقف على تراضي الزوجين ، هو ما بعد الفريضة المقدرة بالشرع .

٢٢٥٦٢ - قالوا [٣] : روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال : أدوا العلائق [٤] قيل : يا رسول الله ، وما العلائق ؟ قال : ما تراضي عليه الأهلون [٥] .

٢٢٥٦٣ - قلنا : إطلاق العلائق لا يتناول الشيء اليسير ، وإنما يتناول الكثير في العادة ، وكذلك تراضي الأهل في العادة لا يقع باليسير فوجب حمل اللفظ على المعتاد .

٢٢٥٦٤ - قالوا [٦] : روي أن النبي ﷺقال : من استحل بدرهمين فقد استحل [٧] معناه : فقد استحل بدرهمين [٨] .

٢٢٥٦٥ - قلنا : هذا يفيد وقوع الاستحلال ، وإن سمى في العقد درهمين . وكذلك نقول : إن الحل قد وقع ، إلا أنه يجب لها تمام عشرة دراهم ، والخبر لا ينافي إيجاب الزيادة ، وقوله : معناه استحل بدرهمين خطأ ؛ لأن الحل لا يقع بدرهمين ، ولا بعشرة ، وإنما يقع بالعقد [٩] وإن لم يذكر عوضًا [١٠] [وإن ذكر

---

(١) في (ن) ، (ع) : [لا تختص] . (٢) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٦٤/٥) ، النكت ورقة ٢١ ، الحاوي للماوردي (٩٤،٩٥) ، معرفة السنن والآثار (٢١٣/١٠) .

(٤) العلائق : جمع علاقة وهي المهر تقع به العلقة بين الزوجين . انظر : طلبة الطلبة (٩٥) .

(٥) الحديث أخرجه أبو داود في المراسيل باب المهر ص ٢٤ ، سنن الدارقطني (٢٤٢/٣-٢٤٤) البيهقي في السنن الكبرى :باب ما يجوز أن يكون مهرًا ، ورواه الطبراني في المعجم الكبير (٢٣٩/١٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف (١٨٦/٤) . (٦) في (ع) : [قال] .

(٧) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٣٨/٧) - والجوهر النقي في التعليق على السنن الكبرى (٢٣٨/٧) وابن أبي شيبة في المصنف (١٨٩/٤) ، أبو يعلى في المسند (٢٤١/٢،٢٤٢) وأورده ابن حجر تفي المطالب العالية بزوائد : إسناده ضعيف (٢٨١/٤) .

(٨) انظر الأم للشافعي (٦٤/٥) ، النكت ورقة ٢١٠ ، الحاوي للماودي ٢١٠ ، معرفة السنن والآثار (٢١٣/١٠) . (٩) ساقطة من (ن) ، (ع)

(١٠) قال في البدائع : « لا خلاف أن النكاح يصح من غير ذكر المهر ومع نفيسه ، لقوله تعالى ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ الآية رفع الله الحرج عمن طلق في نكاح لا تسمية فيه ، والطلاق لا يكون إلا بعد =

عوضًا] فاسدًا [1] فكيف يقول النبي [2] ﷺ استحل بدرهمين ، والحل لا يقع بالعوض ، وإنما أراد النبي [3] ﷺ أن الدرهمين - وإن لم يكونا مهرًا - فالحل واقع ليبين الفرق بين النكاح ، وبين [4] العقود التي تقف صحتها على صحة عوضها .

٢٢٥٦٦ - قالوا : روى العبدىّ [5] عن أبي سعيد الخدري [6] أن النبي ﷺ قال : لا جناح على امرئ [أن يصدق امرأة قليلًا ، أو كثيرًا] [7] إذا أشهد ، وتراضوا [8] .

٢٢٥٦٧ - قالوا [9] : [روى بغير] إسناد أنه قال : في المهر جائز قليله وكثيره .

٢٢٥٦٨ - قلنا : هذا الخبر رواه إسماعيل بن عياد [10] عن برد [11] عن أبي هارون

= نكاح ، فدل على جواز النكاح بلا تسميةٌ . انظر : بدائع الصنائع (٢٧٤/٢) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . (٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٧٨/٢) .

(٣ ، ٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) هو : عمارة بن جوين أبو هارون العبدي البصري روى عن أبي سعيد الخدري وابن عمر وروى عنه عبد الله بن عون والحكم بن عبدة وخالد بن دينار وغيرهم ، قال البخاري : تركه يحيى القطان وقال أبو حاتم : ضعيف . مات سنة ١٣٤ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٣٦١/٧) ، ميزان الاعتدال (١٧٣/٣،١٧٤) ، الضعفاء الكبير ٣٣٣/٣،٣٣٤) الضعفاء الصغير ص ٩٠ للإمام محمد بن إسماعيل البخاري ، أحوال الرجال ٩٧ - للجرجاني .

(٦) هو : سعد بن مال بن سيبان .. الخزرجي من مشاهير الصحابة وفضلائهم والمكثرين للرواية عن النبي ﷺ روى عنه من الصحابة جابر بن عبد الله ، وزيد بن ثابت ، وابن عباس ، وأنس ، وابن عمرو وغيرهم ، ومن التابعين سعيد بن المسيب ، وعطاء بن يسار ، وأبو سلمة ، ومجاهد وآخرون . أول مشاهده الخندق ، وغزا مع رسول الله ﷺ اثنتي عشرة غزوة ، قال حنظلة بن أبي سفيان عن أشياخه : كان من أفقه أحداث الصحابة ، وقال الخطيب : كان من أفقه أحداث الصحابة ، وقال الخطيب : كان من أفاضل الصحابة ، حفظ حديثًا كثيرًا . مات سنة ٦٥ هـ انظر : الإصابة (٧٨/٣-٨٠) أسد الغابة (٣٦٥/٢) الاستيعاب (٦٠٢/٢) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [أن يتصدق قليلًا أو كثيرا] .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - باب ما يجوز أن يكون مهرًا (٢٣٩/٧) - والدارقطني في سننه - باب المهر (٢٤٤/٣) وابن أبي شيبة في مصنفه (١٨٩/٤) .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) هو : إسماعيل بن عباس بن سليم العبسي ولد عام ١٠٦ هـ ، روى عن الحجاج بن أرطاة وحرام بن عثمان وصالح بن كيسان وزيد بن أسلم وموسى بن عقبة وغيرهم ، وروى عنه بقية بن الوليد وشجاع بن مخلد ، وغسان بن الربيع ، وأبو عبيد وغيرهم . قال البخاري : إذا حدث عن أهل بلده فصحيح ، وإذا حدث عن غير أهل بلده ففيه نظر ، مات سنة ١٨١ هـ انظر :ميزان الكمال (١٦٣/٣) ميزان الاعتدال (٢٤٠/١ ، ٢٤٤) .

(١١) ساقطة من (م) . هو : برد بن سنان أبو العلا الدمشقي ، روى عن مكحول وعطاء عن واثلة وروى عنه ، السفيانان وبشر بن المفضل وعلي بن عاصم ، وثقه النسائي وابن معين وضعفه ابن المديني . مات سنة ١٣٥هـ . =

العبدي عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال : لا يضر أحدكم بقليل من المال تزوج ، أو بكثيره إذا أشهد [١] ، [ورواه شريك [٢] ، عن أبي هارون العبديُ عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال . ليس على الرجل جناح ، أن يتزوج بماله بقليل ، أو بكثير ، إذا أشهد] [٣] وإسماعيل بن عياش ، وشريك قد طعن الدراقطني عليهما جميعًا في كتابه ، خالفنا يرجع إلى قوله في الجرح والتعديل ، وذكر ابن المنذر [٤] . وابن[٥] خزيمة [٦] أنه : لا يصح في الشهادة حديث عن النبي ﷺ [٧] وهم يرجعون إلى كل واحد من هؤلاء ؛ ولأنا نقول به : أنه لا يضره بقليل أو بكثير تزوج ، إذ العقد يصح في كلا [٨] الوجهين .

٢٢٥٦٩ - قالوا [٩] : روى قتادة [١٠] ، ....

= انظر : ميزان الاعتدال (٣٠٢/٣، ٣٠٣) ، والجرح والتعديل (٤٢٢/٢) ، وخلاصة تهذيب الكمال .

(١) أخرجه الدارقطني من هذا الوجه في سننه ، باب المهر (٢٤٣/٣)

(٢) هو : شريك بن عبد الله بن أبي شريك النخعي روى عن زياد بن علاقة ، وسلمة بن كهيل وسماك وغيرهم ، وروى عنه هيثم وعباد بن العوام ، وابن المبارك ، وعلي بن حجر وغيرهم قال ابن معين . ثقة يغلط ، مات سنة ١٧١هـ تهذيب الكمال (٤٦٢/١٢) ، تهذيب التهذيب (٣٣٣/٤) معرفة الرجال (٨٨، ١١٨، ١٥٣) يحيى بن معين .

(٣) عند الدارقطني باب في المهر (٢٤٣/٣) . ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٤) هو : الحافظ أبو بكر محمد إبراهيم بن المنذر النيسابوري . روى عن الربيع بن سليمان ومحمد بن إسماعيل ، ومحمد بن ميمون ومحمد بن عبد الله وعلي بن عبد العزيز وغيرهم وروى عنه أبو بكر بن المقرئ ومحمد بن يحيى والحسن بن علي بن شعبان وغيرهم ، قال النووي : له من التحقيق في كتبه مالا يقاربه فيه أحد ، وهو في النهاية من التمكن من معرفة الحديث ، وله اختيار لايتقيد فيه بمذهب بعينه ، بل يدور مع ظهور الدليل . وقال أبو إسحاق : صنف في اختلاف العلماء كتبًا لم يصنف أحد مثلها واحتاج إلى كتبه الموافق والمخالف منها :الإجماع ، الإشراف على مذاهب أهل العلم ، والأوسط وغيرها من التصانيف . مات سنة ٣١٨ هـ . انظر : الاعتدال (٤٥٠/٣، ٤٥١) ، لسان الميزان (٢٧٠/٥، ٢٨٠) ، طبقات السيوطي ٣٢٨ .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) هو محمد بن إسحاق بن خزيمة .. السلمي النيسابوري روى عن إسحاق وعلى بن حجر وأحمد ابن منيع ، وموسى بن سهل ، ومحمد بن حرب وغيرهم ، وروى عنه البخاري ، ومسلم - في غير صحيحه - قال الدارقطني : كان إمامًا ثبتًا معدوم النظير ، له من المصنفات مايزيد على مائة وأربعين كتابًا ، مات سنة ٣١١هـ. انظر الثقات لابن حيان (١٥٦/٩) طبقات السيوكي ٣١٠ ، تذكرة الحفاظ (١١٧/٣) .

(٧) انظر : المغني (٤٥١/٦) .

(٨) في (م) (ن) (ع) : [كل] ، وفي غيرها : « الكلام » ، وما أثبتناه هو المقصود .

(٩) انظر الحاوي للماوردي ٩٩ .

(١٠) هو : قتادة بن دعامة السدوس أبو الخطاب البصري ، روى عن أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وابن =

عن أنس (١) قال : تزوج عبد الرحمن بن عوف (٢) امرأة من الأنصار ،على وزن نواة (٣) من الذهب ، قومت بثلاثة دراهم (٤).

٢٢٥٧٠ - قلنا : هذا كلام من لا يعرف الأخبار ، لأن نواة الذهب (٥) ، وزن خمسة دراهم ، وقد ذكر ذلك أبو داود (٦) ، وهو أمر مشهور ، فكيف يقوم ذلك بثلاثة

= سيرين وزرارة بن أبي أوفى والحسن وغيرهم ، وعنه أيوب وحميد الطويل والأوزاعي وشعبة وغيرهم . قال ابن المسيب ما أتانا عراقي أحفظ من قتادة . وقال ابن سيرين قتادة أحفظ الناس . مان سنة ١١٧ هـ . انظر : ميزان الاعتدال (٣/٣٨٥) ، خلاصة تهذيب الكمال (ج٢/٣٥٠) ، ورجال صحيح مسلم (ج٢/٢١٥) .

(١) هو : أنس بن مالك بن النضر ... بن عدي بن النجار الأنصاري الخزرجي أمه سلمى بنت عمرو روى عن النبي ﷺ وعنه ابن سيرين وحمد الطويل وثابت الباني وقتادة والحسن البصري والزهري وخلق كثير . مات سنة إحدى وتسعين وهو آخر من توفى من الصحابة بالبصرة له ترجمة في الاستيعاب (١/١٠٨) ، أسد الغابة (١/١٥١-١٥٢) ، الإصابة (١/١٢٦) .

(٢) هو : عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف .... بن لؤي أبو محمد روى عن النبي ﷺوعن ابن عباس وأنس بن مالك ، وعنه إبراهيم وحميد وأبو سلمة وطائفة سواهم ، هاجر الهجرتين وشهد بدرًا وسائر المشاهد ، شهد له النبي ﷺ بالجنة وأحد الستة من أهل الشورى ، وأحد الثمانية الذين بادروا إلى الإسلام . مات سنة ٣٢ هـ على الأشهر .

انظر : الإصابة (١/٣٤٦-٣٥٠) الاستيعاب (٢/٨٤٤-٨٥٠) . أسد الغابة (٣/٤٨٠-٤٨٥) .

(٣) النوى – حب التمر وغيره والواحدة نواة ، ومنها قول بعضهم كان الدرهم على عهد رسول الله ﷺ وعهد أبي بكر ﷺ على هيئة النواة المفقودة – المغرب ٤٧١ باب النون .

(٤) أخرجه البخاري باب كيف يدعى للمتزوج (٥م/١٩٧٩)صحيح مسلم باب الصداق (٢/١٠٤٢) والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما يجوز أن يكون مهرًا .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) هو : الحافظ سليمان بن الأشعث بن شداد ... أبو داود السجستاني روى عن محمد بن كثير ومسلم ابن إبراهيم وسليمان بن عبد الرحمن وصفوان بن صالح وغيرهم ، وروى عنه : أحمد بن إبراهيم ، وأبو عمرو أحمد بن علي وأحمد بن محمد بن زياد ، وإسحاق بن موسى ، وأحمد بن سليمان وغيرهم . قال أبو بكر الخلال : هو الإمام المقدم في زمانه رجل لم يسبق إلى معرفته بتخريج العلوم وقال أحمد بن محمد الهروي كان أحد حفاظ الإسلام للحديث وعلمه وعلله ، وسنده في أعلى درجة مع التنسك . مات سنة ٢٧٥ هـ .انظر : تهذيب التهذيب (٤/١٦٩-١٧٣) ، تذكرة الحفاظ (٢/٥٩١,٥٩٣) ، الجرح والتعديل (٤/١٠١،١٠٢) تقريب التهذيب ج (١/٣٢١) للإمام ابن حجر العسقلاني .

روى أبو داود في سننه عن أنس ﷺ أن رسول الله ﷺ رأى عبد الرحمن بن عوف وعليه ردع من زعفران فقال النبي ﷺ مهيم ؟ فقال : يا رسول الله تزوجت امرأة ، قال ما أصدقتها قال وزن نواة من ذهب ، قال : أولم ولو بشاة . وقد جاء ذكر الحديث ولم يتعرض فيه إلى قيمة النواة ، ولعل مراد المصنف أن الذي ذكر قيمة النواة خمسة دراهم هو البيهقي ، ففي السنن الكبرى باب ما يجوز أن يكون مهرًا عن أنس بن مالك ﷺ أن =

دراهم ؟ [١] .

٢٢٥٧١ - قالوا [٢] : روى [أبو الزبير] [٣] ، عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : من أعطى في نكاح ملء كفه من دقيق ، أو سويق ، أو طعام ، فقد استحل [٤] وفي لفظ آخر : كانت به حلالًا [٥] وفي لفظ آخر كان لها صداقًا [٦] .

٢٢٥٧٢ - قلنا : وقوع الحل مجمع عليه ، وإن سمى ما لا يصلح أن يكون مهرًا ، كما يقع الحل وإن سمى مهرًا فاسدًا [٧] ، على أن [٨] النكاح كان يجوز في ابتداء الإسلام بغير بدل ، وببدل ليس بمال ، إلى أن حرم الله تعالى الشغار [٩] ، فنسخ ذلك ،

= عبد الرحمن بن عوف تزوج امرأة من الأنصار على وزن نواة من ذهب قومت بخمسة دراهم . قال البيهقي في السنن الكبرى باب ما يجوز أن يكون مهرًا (٢٣٧/٧) .

(١) اختلف العلماء في قيمة وزن نواة الذهب فالذي جزم به الخطابي واختاره الأزهري ونقله عياض عن أكثر العلماء أنها خمسة دراهم من الورق ، ويؤيده أن في رواية البيهقي وزن نواة من ذهب قومت بخمسة دراهم ، وقيل وزنها من الذهب خمسة دراهم ، حكاه ابن قتبة وجزم به ابن فارس وجعله البيضاوي الظاهر . وعن بعض المالكية النواة عند أهل المدينة ربع دينار ، ويؤيده أنه وقع في رواية للطبراني قال أنس حزرناه ربع دينار وقال الشافعي : النواة ربع الشيء نصف أوقية والأوقية أربعون درهما فتكون خمسة دراهم ، وكذا قال أبو عبيد ، وبه حزم أبو عبيد وآخرون . انظر : السنن الكبرى (٢٣٧/٧) . المعجم الكبير للطبراني (٢٢٧/٣) ، نيل الأوطار (١٦٦/٦،١٦٧)

(٢) انظر معرفة السنن والآثار ج (٢١٥/١٠،٢١٦) ، النكت للشيرازي ورقة ٢١٠ .

(٣) في النسخ [ابن الزبير] والمثبت هو الصحيح ، وهو : محمد بن مسلم بن المكي أبو الزبير ، روى عن جابر بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وعبد الله بن الزبير وغيرهم ، وعنه أيوب وشعبة والسفيانان ومالك وغيرهم وثقه النسائي وابن معين . وقال أبو زرعة وأبو حاتم لا يحتج به . مات سنة (١٢٨) هـ انظر : ميزان الاعتدال ق (٣٧/٤ - ٤٠) ، والجرح والتعديل (٧٤/٨-٧٦) التاريخ الكبير (٢٢/١ أ٢٢٢) المغني في الضعفاء (٦٣٢/٢) شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه باب قلة المهر (٢٣٨/٧) ، والدارقطني في سننه باب المهر (٢٤٣/٣) .

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه باب المهر (٢٤٣/٣)

(٦) أخرجه الدارقطني في سننه باب المهر (٢٤٣/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى باب ما يجوز أن يكون مهرًا (٢٣٨/٧) .

(٧) انظر بداع الصنائع (٢٧٨/٢) ، المهذب (٥٦/٢) .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) الشغار : شغر بالفتح : رفع ، يقال شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول ويأتي بمعنى الخلو يقال شغرت البلد والأرض أي خلت من الناس . اللسان (٢٢٨٣/٣-٢٢٨٤) باب الشين . وفي الاصطلاح : الشغار - بالكسر - : نكاح في الجاهلية وهو أن يقول الرجل للآخر : زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو =

ووجب اعتبار البدل في الأنكحة بقدر عندنا فيحتمل أن يكون هذا قبل النسخ [١] .

٢٢٥٧٣ – قالوا [٢] : روى سهل بن سعد الساعدي أن النبي ﷺ قال للرجل الذي خطب الواهبة : التمس شيئًا ، فالتمس ، فلم يجد شيئًا فقال : ، ولو خاتمًا من حديد [٣] .

٢٢٥٧٤ – قلنا : صحة العقد لا تقف على تعجيل شيء للمرأة ، وإنما العادة أن الزوج يقدر لها شيئًا ، على وجه يطيب النفس ، ولهذا امتنع ﷺ من تسليم فاطمة إلى عليٍّ حتى أعطاها درعه [٤] ، والنبي ﷺ أمره أن يلتمس ما يتعجل لها على هذا الوجه ، وذلك يجوز أن يكون كثيرًا وقليلًا [٥] ، ويحتمل أن يكون هذا في الحال التي كان يجوز أن يكون النكاح بغير مهر ، وفي تلك الحال ، كان لا يتقدر .

/ب ٢٢٥٧٥ – ومن أصحابنا من قال : إن هذا لعقد عقده النبي ﷺ / كما كان يجوز أن يعقد لنفسه بغير مهر ، كذلك يجوز أن يعقد لغيره ، لأنه تولى [٦] العقد في الوجهين [٧] .

٢٢٥٧٦ – قالوا [٨] : روى عامر بن أبي [٩] ربيعة [١٠] أن امرأة من بني فزارة [١١]

= أختي على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع . انظر : اللسان باب الشين أنيس الفقهاء ١٤٧ المغرب ٢٥٢ .

(١) انظر بدائع الصنائع (٢/٢٧٦) .

(٢) انظر الأم (٥/٦٤) – المهذب (٢/٥٥) المغني مع الشرح الكبير ٨/٤ .

(٣) الحديث متفق عليه فتح الباري باب السلطان ولي ، (٩/١٥٦-١٥٧) وصحيح مسلم شرح النووي (٩/٢٤٩-٢٥١) باب الصداق ، وجواز كونه تعليم قرآن أو وخاتم حديد ..

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه ، باب الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئًا (٢/٥٩٦،٥٩٧) ، وأخرجه النسائي في سننه باب تحلة الخلوة (٦/١٢٨/١٢٩) – ، وأخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسند علي ابن أبي طالب ج (١/٨٠) وأبو يعلى في مسنده – مسند عبد الله بن عباس (٤/٣٢٨) والبيهقي في السنن الكبرى باب ما يستحب من القصد في الصداق (٧/٤٣٢) – وابن أبي شيبة في المصنف (٤/١٩٩) ، والإمام الطبراني في المعجم الكبير ، مسند عبد الله بن عباس (١١/٣٥٥)

(٥) بدائع الصنائع (٢/٢٧٦) شرح فتح القدير (٣/٢٠٦) . قال في تحفة الأحوذي وأما قول الحنفية أن ما يدل على كون المهر أقل من عشرة دراهم محمول على المعجل فقد رد عليهم صاحب عمدة الرعاية بأن هذا الحمل إنما يسلم مع مخالفته للظواهر إذا ثبت التقدير بدليل معتمد . انظر : تحفة الأحوذي (٤/٢٥٣) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [قول] .

(٧) انظر شرح معاني الآثار (٣/١٨) .

(٨) انظر معرفة السنن والآثار (١٠/٢١٥) ، المغني ٨/٤ ، المبدع (٧/١٣١-١٣٢) .

(٩) ساقطة من جميع النسخ والزيادة جاءت تصحيحًا للاسم .

(١٠) هو : عامر بن أبي ربيعة أورده أبو بكر بن أبي علي والطبري ، صحابي ، روى عن النبي ﷺ . انظر : أسد الغابة (٣/١٢٣) ، الإصابة (٣/٥٨٠) ، تجريد أسماء الصحابة (١/٢٨١) .

(١١) في (ن) : [قرارة] .

جيء بها إلى النبي ﷺ ، وقد تزوجت رجلًا على نعلين ، [فقال لها] [١] رسول الله ﷺ : أرضيت من نفسك ومالك بنعلين ؟ [٢] [قالت : نعم ، قال] [٣] : فأجازه رسول الله ﷺ [٤] .

٢٢٥٧٧ – قلنا هذا الخبر رواه شعبة [٥] ، عن عاسم بن عبيد اللّٰه [٦] وعاصم ليس بثبت عندهم [٧] ولا دلالة في الخبر ؛ لأن فيه أنه أجاز العقد .

٢٢٥٧٨ – وعندنا يجوز وإن سمى ما لا يصح أن يكون مهرًا كما يصح بغير مهر ، يبين ذلك أنه قال لها : أرضيت من نفسك ، وما لك بنعلين ؟ وليس هاهنا ، إلا ما وجب لها [٨] العقد ، فهذا الخبر دليلنا ، لأنها إذا تزوجت على نعلين ، وجبتا لها ، وتمام عشرة دراهم ، فإذا رضيت بالنعلين بعد العقد على ذلك سقط تمام العشرة برضاها ، كما يسقط [٩] جميع المهر بإسقاطها بعد ثبوته . والذي يدل على صحة هذا التأويل ، ما روى الشعبي [١٠] قال : تزوج رجل على عهد رسول اللّٰه ﷺ على شرط قال : فجعل لها النبي ﷺ مهرها : أو قال : مهر مثلها [١١] . فهذا يدل على أن النكاح ،

---

(١) في (ن) ، (ع) : [فأجازها لها] . (٢) ساقطة من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ والزيادة لاستقامة المعنى .

(٤) أخرجه الترمذي في سننه باب ما جاء في مهور النساء (٣/٤١١-٤١٢) وابن ماجه في سننه باب صداق النساء (١/٦٠٨)

(٥) هو : شعبة بن الحجاج الورد العتكي روى عن أبان بن تغلب وإبراهيم بن مهاجر والأزرق بن قيس وإبراهيم بن ميمون وأيوب بن حبان بن هلال وأيوب وغيرهم . قال سفيان شعبة أمير المؤمنين في الحديث وقال الشافعي لولا شعبة ما عرف الحديث بالعراق – مات سنة ١٦٠هـ بالبصرة . انظر : الجرح التعديل (٤/٣٦٧) تهذيب الكمال (١٢/٤٧٩) ، التاريخ الكبير ق٢ (٢/٢٤٤،٢٤٥) الكاشف (٢/١٠) .

(٦) هو : عاصم بن عبيد اللّٰه بن عاصم بن عمر بن الخطاب روى عن أبيه وابن عمه سالم بن عبد الله وجابر ابن عبد اللّٰه وعامر بن ربيعة والقاسم بن محمد بن أبي بكر وغيرهم . وعنه مالك وشعبة وشريك وعاصم وعبد الله بن حفص وغيرهم ، قال ابن متين : ضعيف ، وقال البخاري : منكر الحديث . انظر : ميزان الاعتدال ق (٢/٣٥٣) تهذيب التهذيب ج (٥/٤٨) التاريخ الكبير (٢/٤٨٤) المجروحين ج (٢/١٧) .

(٧) قال في فتح القدير : وحديث النعلين وإن صححه الترمذي فليس بصحيح لأن فيه عاصم بن عبيد اللّٰه قال ابن الجوزي قال ابن معين : ضعيف لا يحتج به ، وقال ابن حيان : فاحش الخطأ . فتح القدير (٣/٣١٩) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) في (ن) ، (ع) : [سقط] . (١٠) سبقت ترجمته .

(١١) البيهقي في السنن الكبرى باب الشروط في النكاح ، عن الشعبي في رجل تزوج امرأة شرط لها دارها قال زوجها دارها . انظر : السنن الكبرى (٧/٢٥٠) وعند عبد الرزاق أيضًا في المصنف (٦/٢٢٦) .

يصح مع تسمية إلى القليل ، وأن ذلك لا يمنع من وجوب المهر .

٢٢٥٧٩ - قالوا : كل [١] ما صح أن يكون ثمنًا لشيء ، صح أن يكون مهرًا كالعشرة [٢] .

٢٢٥٨٠ - قلنا : حكم البدل في النكاح أقوى ، بدلالة أنه يثبت من غير تسمية ، فلقوته [٣] جاز أن يتقدر ، ولضعف البدل في البيع [لم يتقدر] [٤] ، ولأن المملوك في البيع ، يجوز أن يملك بغير بدل ، فجاز أن يملك ببدل [غير مقدر] [٥] والمملوك في النكاح لا يجوز أن يملك بغير بدل فكذلك لا يجوز أن يكون غير مقدر .

٢٢٥٨١ - فإن قيل : إن أردتم أن البضع لا يملك في النكاح بغير بدل ، فكذلك المبيع في البيع لا يملك بغير بدل ، وإن أردتم على الإطلاق لم نسلم ، فإن البضع يملك بالهبة .

٢٢٥٨٢ - قلنا : الذي نريد به أن البضع منفردًا عن الرقبة لا يملك بغير عوض ، ولأن البدل في البيع لا يتعلق به حق اللَّه تعالى ، فلم يتقدر . والبدل في النكاح يتعلق به حق اللَّه تعالى [٦] فلذلك [٧] يقدر [٨] .

٢٢٥٨٣ - أو تقول إن البيع لا يتقدر أحد المسميين ، وفي النكاح جاز أن يتقدر الآخر .

٢٢٥٨٤ - وقد عبروا عن هذا القياس بعبارات فقالوا : بدل يستفاد بعقد وربما قالوا : عقد معاوضة أو عقد على منفعة كالإجارة ، والكلام على القياس الأول كلام على هذا ويدخل على قولهم : بدل يستفاد بعقد الحرية لأنها معتادة .

٢٢٥٨٥ - قالوا : نوع عقد ، لا يتقدر أكثر عوضه ، فوجب أن لا يتقدر أقله . أصله : البيع ، والإجارة ، والخلع [٩] ، والكتابة [١٠] .

---

(١) قاعدة : « كل ما صح أن يكون ثمنًا لشيء صح أن يكون مهرًا كالعشرة » .

(٢) انظر : الشرح الكبير مع المغني (٥/٨) لابن قدامة ، المغني مع الشرح (٥/٨) ، المجموع شرح المهذب التكملة الثانية (٣٢٦/١٦) للشيخ محمد نجيب المطيعي .

(٣) في (ن) : [فلعرته] .

(٤) في (ن) ، (ع) : [لم يقدر] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [غير مقدور] .

(٦) قاعدة : « البدل في النكاح يتعلق به حق اللَّه تعالى » .

(٧) في (م) ، (ن) [فكذلك] .

(٨) في (ن) ، (ع) : [مقدر] .

(٩) سيأتي تعريفه في أول باب الخلع مفصلًا .

(١٠) في اللغة الضم والجمع . اللسان (٣٨١٦/٥-٣٨١٨) ، وفي الشرع جمع حرية الرقبة مآلا منع حرية اليد حالًا . انظر : أنيس الفقهاء (١٦٩-١٧٠) .

٢٢٥٨٦ - قلنا : ما يدخله التقدير تارة يتقدر أكثره ، ولا يتقدر أقله كالتعزير [١] ، وتارة يتقدر أقله ، ولا يتقدر أكثره كالنصاب [في السرقة] [٢] ، وتارة يتقدر أقله وأكثره [٣] كالجلد في الزنا ، فلا يمنع أن لا يتقدر أكثر المهر وإن تقدر [٤] أقله ، والمعنى فيما ذكره من التقدير ما قدمناه .

٢٢٥٨٧ - قالوا : عقد على البضع ، فلا يتقدر فيه البدل ، كالخلع .

٢٢٥٨٨ - قلنا : البضع يجوز أن ينتقل إلى المالك بغير عوض ، فجاز أن ينتقل عليها بعوض غير مقدر ، ولا يجوز أن يملك الزوج البضع [بغير بدل] [٥] ، فلم يجز أن يملكه ببدل غير مقدر .

٢٢٥٨٩ - قالوا : إذا سمى لها ما دون العشرة ، لم يسقط إلى مهر المثل عندكم . ولو كانت تسميته فاسدة ، سقطت إلى مهر المثل . وتحريره : أنها تسمية لا تسقط إلى مهر المثل ، فوجب أن يلزم نفسها كالعشرة [٦] .

٢٢٥٩٠ - قلنا : إذا رضيت بما دون العشرة فقد أبرأته مما [٧] زاد على العشرة ، ومما زاد على التسمية ، والبراءة [٨] مما زاد على العشرة جائزة ، وما دونها لا يجوز ، فلذلك لم يسقط إلى مهر المثل [٩] . وتفارق هذه التسمية الفاسدة ، لأنه لا [١٠] يجوز أن يكون عوضا ، ولا يصح التصرف فيها ، فلم [١١] يثبت شيء منها ، فلذلك سقطت إلى مهر

---

(١) في (ن) ، (ع) : [كالتعبير] . التعزير في اللغة أصله من العزر بمعنى الرد والردع . وفي الشرع التأديب دون الحد . وأكثره تسعة وثلاثون سوطًا وأقله ثلاث جلدات وهذا ما نص عليه المصنف في الكتاب ، قال في الكتاب والتعزير أكثره تسعة وتسعون سوطًا وأقله ثلاث جلدات . وقال في الهداية وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الإمام فيقدر بقدر ما يعلم أنه ينزجر لأنه يختلف باختلاف الناس . انظر : المغرب ٣١٤ ، أنيس الفقهاء ١٧٤ ، اللباب في شرح الكتاب (١٩٩،١٩٨/٣) - الهداية مع فتح القدير (٣٤٩،٣٤٨/٣) الاختيار (٢٧٨/٣) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) . النصاب في السرقة مقدر أقله بعشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه . انظر : الهداية مع فتح التقدير (٣٥٥/٥) .

(٣) في (ن) : [وأكثر] .

(٤) في (ن) : [تعذر] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) انظر : المغني مع الشرح (٥/٨) الحاوي للماوردي ص ٩٩ .

(٧) في (ن) ، (ع) : [فيما] .

(٨) في (ن) ، (ع) : [فالبراءة] .

(٩) انظر : المبسوط (٨٢،٨١/٥) .

(١٠) ساقطة من (ن) .

(١١) في (ن) ، (ع) : [لم] .

المثل [١] ، ومتى سمى ما دون العشرة ، فقد سمى ما يجوز أن يكون عوضًا ، ويصح التصرف فيه ، فتثبت التسمية ، وثبوت مال صحيح في النكاح يستدعى ثبوت [٢] باقيه ، كمن طلق نصف تطليقه [٣] .

٢٢٥٩١ – يبين ذلك : أن الأب لو زوج ابنته الصغير ، على مهر فاسد سقط إلى مهر المثل [٤] . ولو زوجها على أقل من مهر المثل [ثبت المسمى ، وضم مهر مثلها] [٥] ، كذلك هنا انضم إلى تمام العشرة ، لأنها أسقطت الزيادة على العشرة ، فسقطت بإسقاطها .

٢٢٥٩٢ – قالوا : ما جاز أن يجب لها بالطلاق قبل الدخول ، جاز أن يكون مهرًا كالعشرة [٦] .

٢٢٥٩٣ – قلنا : ما يجب عند زوال العقد لا يتقدر به ما يجب مع بقاء العقد كالمتعة ، ونقابل هذا فنقول : ما تردد بين التصنيف والكمال ، يقدر كالحدود . أو نقول : إذا طلقها قبل الدخول ، ولم يكن سمى لها مهرًا وجبت المتعة [٧] ، وهي مقدرة باتفاق [٨] ، فلما قامت [٩] المتعة مقام المهر ، وهي مقدرة ، كذلك المهر في نفسه مقدر .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (٤٣/٥) بدائع الصنائع (٢٧٨/٢) .

(٢) انظر : ساقطة من (ن) ، (ص) .

(٣) انظر : الاختيار (٣٨/٣) . فتح التقدير (٣٢٠/٣) .

(٤) انظر : البحر (٩٥/٣) ، بدائع الصنائع (٢٤٦،٣٢٠/٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي ص ٩٩ .

(٧) انظر : البحر الرائق (١٥٧/٣) .

(٨) هي مقدرة عند الحنفية بثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة . وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس ، ولا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم . وعند الشافعية . المتعة المستحبة مقدرة ، أقلها ثلاثون درهمًا . انظر : بدائع الصنائع (٣٠٤/٢) ، الهداية مع فتح القدير (٣٢٦/٣) ، المهذب (٦٣/٢) المجموع (٧٤/١٨) .

(٩) في (م) : [ثبتت] .

مسألة ١٠٨٦

تعليم القرآن هل يكون مهرًا

٢٢٥٩٤ - قال أصحابنا : تعليم القرآن لا يكون [١] مهرًا ، ولا يصح المعاوضة عليه [٢] .

(١) تعليم القرآن لا يكون مهرًا فيما ذهب إليه أبو حنيفة ، ومالك ورواية عن الإمام أحمد فإن تزوجها على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر مثلها . انظر : شرح معاني الآثار (١٧/٣) ، بدائع الصنائع (٢٧٧/٢) ، الهداية (٢٠٧/١) بلغة السالك لأقرب المسالك (٤١٦/١ ، ٤١٧) لأحمد بن محمد الصاوي على الشرح الصغير ، شرح منح الجليل (١٢١/٢ للخطاب ط مع الشرح (٨/٨) ، المبدع (١٣٥/٧) . وذهب الإمام الشافعي وأحمد في رواية وهو قول أصبغ من المالكية وابن حزم إلى جواز أن يكون تعليم القرآن مهرًا . انظر : الأم (٦٤/٥) المهذب (٥٦/٢) ، بداية المجتهد (٢٥/٢) ، المحلى (١٠٤/١١) .

(٢) اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين : المذهب الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة وهو المنصوص عن أحمد وبه قال عطاء والضحاك بن قيس إلى عدم جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن . انظر : شرح معاني الآثار (١٩/٣) ، بدائع الصنائع (١٩١/٤) ، المغني (٥٥٥/٥) . المذهب الثاني : ذهب الإمام مالك والشافعي ، وهو رواية عن أحمد وعليه متأخرو الحنفية وابن حزم إلى جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن .انظر : حاشية الدسوقي (٢/٤) على الشرح الكبير للإمام الدردير ، المحلي (١٠٤/١١) ، المغني (٥٥٧/٥) ، البحر الرائق (١٦٨/٣) ، الاختيار (٧٧/٢،٧٨) الادلة : استدل الأولون على ما ذهبوا إليه من السنة والمعقول .
أولًا السنة : أورد صاحب المغني عن عبد الرحمن بن شبل الأنصاري قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : « اقرءوا القرآن ولا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به » [أخرجه أبو يعلى في مسنده (١١٨/٦) وسنده قوي . وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه أخص من محل النزاع ؛ لأن المنع من الأكل بالقرآن لا يستلزم المنع من قبول ما دفعه المتعلم بطيبة من نفسه ، ويحمل الحديث على الكراهة ، كما أنه معارض بقوله ﷺ : إن أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله ، وكذلك ما رواه الطحاوي بإسناده عن عبادة بن الصامت قال : علمت ناسًا من أهل الصفة القرآن والكتابة ، فأهدي إلى رجل منهم قوسًا قلت : قوس وليست بمال قال : قلت أتقلدها في سبيل الله فذكرت ذلك للنبي ﷺوقصصت عليه القصة ، فقال « إن سرك أن يقلدك من الله قوسًا من نار فاقبلها » . وقد نوقش هذا بأن عبادة بن الصامت قد أخذه في موضع تعين عليه ، فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنه فعل ذلك خالصًا لله ، فكره أخذ العوض ، أو لعله أخذ قوسًا فيه عاج .
ثانيًا : المعقول وهو أن تعليم القرآن قربة وطاعة فأشبه الصوم والصلاة بدائع الصنائع (٥٥٧/٥) الاختيار (٧٧/١) (١٩١/٤، ١٩٢) ، وقد نوقش هذا الاستدلال . بأن ذاك لا تعود منفعته إلى المعقود له ، فهو كالاستئجار على خياطة قميص الأجير وهذا تعود منفعته إليه ، أدلة المذهب الثاني : استدل أصحاب المذهب الثاني بالسنة والمعقول فقد أورد صاحب المغني أن النبي ﷺ زوج رجلًا بما معه من القرآن ، ووجه الدلالة أنه إذا جاز أن يكون تعليم القرآن عوضًا في باب النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الأجرة عليه في باب الإجارة ، وكذلك ما أورده صاحب المغني أيضًا أن النبي ﷺ قال : أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب =

٢٢٥٩٥ - وقال الشافعي : يجوز إذا أصدقها سورة بعينها ، أو آيات بعينها .

٢٢٥٩٦ - وكذلك إن أصدقها تعليم [١] الشعر إذا لم يكن هجاء ، ولا فحشا [٢] .

٢٢٥٩٧ - لنا [٣] : ما روى هشام [٤] ، عن محمد ، عن أبي يوسف بإسناده ، عن عمير بن أبي عرفجة العدوي [٥] في قصة الموهوبة أن النبي ﷺ قال : لذلك الرجل : زوجتكها بما معك من القرآن ، وهذا لك ولا يحل لأحد بعدك [٦] ، وروى عن ابن

= الله قال : وثبت أن رسول الله ﷺ قال لأبي سعيد لما رقي رجلًا بفاتحة الكتاب على جعل « لقد أكلت برقية حق ، كلوا واضربوا لي معكم بسهم » ، وأما المعقول وهو أنه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال ، فجاز أخذ الأجرة عليه كبناء المساجد والقناطر ، انظر : المغني (٥٧٧/٥) ، البيهقي في السنن الكبرى (١٨٩/٩) ، شرح معاني الأثار (١٩/٣، ٢٠) ، نيل الأوطار /٢٨ ،بدائع الصنائع ، المغني (٥٥٧/٥) ، الاختيار (٧٧/٢، ٧٨) (١٩١/٤) ، المغني (٥٥٦/٥) البخاري باب فضل فاتحة الكتاب ، فتح الباري (٤٥/٩) ، حاشية الدسوقي (٢/٤) .

(١) في (ع) : [تسليم] .

(٢) اشترط فقهاء الشافعية في تعليم القرآن ليصح صداقًا شرطان :
أولًا : العلم بالمشروط تعليمه وذلك بأحد طريقين :
الأول : بيان القدر الذي يعلمه بأن يقول كل القرآن ، أو السبع الأول أو الثلث الأخير .
الثاني : تقديرها بالزمان بأن يصدقها تعليم القرآن شهرًا ويعلمها فيه ما شاءت . الشرط الثاني : أن يكون المعقود على تعليمه قدرًا معقولًا فإن لم يكن بأن شرط تعليم لحظة لطيفة أو قدر يسير وإن كان إية كقوله تعالى ﴿ ثُمَّ نَظَرَ ﴾ [المدثر : ٢١] لم يصح إصداق وهو كبيع حبة حنطة . انظر : هذه المسألة في الأم للشافعي (٦٤/٥) ، المهذب (٥٦/٢) روضة الطالبين (٣٠٤/٧- ٧٣٠٧) .

(٣) انظر : المغني مع الشرح الكبير (٩/٨، ١٢) المبسوط (٨١/٥) .

(٤) هو : هشام بن عبيد الله الرازي روى عن مالك وابن أبي ذئب وحماد بن زيد وعبد العزيز بن المختار وروى عنه أبو حاتم وأحمد بن الفرات والحسن ومحمد بن سعيد العطار وجماعة ، تفقه على أبي يوسف ومحمد . قال الصيمري : كان لينا في الرواية ، وعن أبي بكر الرازي أنه كان بكره أن يقرأ عليه الأصل من رواية هشام لما فيه من الاضطراب ، وقال ابن حيان كان يهم ويخطئ على الأثبات مات سنة ٢٠١هـ . انظر : طبقات الشيرازي ١٣٨ ، الجواهر المضيئة (٥٦٩/٣) ، الفوائد البهية (٢٢٣) ، أحياء أبي حنيفة وأصحابه ١٥٥ .

(٥) هو : عمير بن عرفجة الكوفي . روى عن عطية العوفي ، وروى عنه نصر بن مزاحم ، وأبو معاوية الضرير ، والغريابي وغيرهم . انظر : الجرح والتعديل (٣٧٧/٦) ، ميزان الاعتدال (٢٩٦/٣) ، الثقات (٢٧٣/٧) .

(٦) أخرجه سعيد بن منصور في سننه من مرسل أبي النعمان الأزدي قال : زوج رسول الله ﷺ امرأة على سورة من القرآن ، وقال : لا تكون لأحد بعدك مهرًا ، وأخرجه أبو عوانة من طريق الليث بن سعد بنحوه ، وعند أبي داود عن مكحول نحو خبر سهل بن سعد . قال : وكان مكحول يقول وليس ذلك لأحد بعد رسول الله ﷺ . سنن أبي داود ، باب في التزويج على العمل يعمل (٥٨٨/٢) ، فتح الباري (١٧٤/٩) .

مسعود ﷺ [في قصة الموهوبة] [١] . أن النبي ﷺ قال : « فإذا رزقك الله مالا فعوضها » [٢] ؛ فهذا يدل أنه جعل التعليم تطييبا لنفسها ، ولم يجعله مهرًا . أو بقى في ذمته ، فأمره أن يدفعه إليها إذا وجد [٣] . ولأن تعليم القرآن من شرطه أن يكون قربة لفاعله ، بدلالة أن الكافر لا يمكن من تلقين القرآن ، فلا يجوز أن يكون مهرًا ، كالأذان [٤] .

٢٢٥٩٨ – ولأن النبي ﷺ أمر بتبليغه والدعاء إليه ، فلم [٥] يكن [٦] مهرًا [٧] ، كالشهادتين [٨] . ولأن تعليم القرآن من شرطه الطهارة ، كالصلاة ، ولا يقال : إن الصلاة لا ينتفع غير فاعلها بها ، لأنه ينتفع إذا كان إماما فتحصل له فضيلة الجماعة [٩] ، ولأن التعليم يقف على فعل المعلم فتحصل ، وفعل المتعلم لا يقدر عليه المعلم ، فلم يجز أن يعقد على ما لا يقدر عليه [١٠] ، ولأن التعليم دعاء إلى قربة فصار كالأمر بالمعروف .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب النكاح على تعليم القرآن ، (٢٤٣/٧) وأخرجه الدارقطني في سننة بلفظه في باب المهر (٢٤٩/٣) .

(٣) رد ابن حجر هذا فقال : القول بثبوت المهر في ذمته يتوقف على ثبوت حديث ابن مسعود المذكور . لكنه غير ثابت انظر : فتح الباري (١٧٥/٩) .

(٤) في (ن) : [كالأدال] . والأذان في اللغة : النداء إلى الصلاة والإعلام بها وبوقتها . وفي الشرع : الإعلام على وجه مخصوص انظر : الكليات (١٤٠/١) لأبي البقاء العكبري تحقيق د /عدنان درويش . انظر : قياس المصنف هذا في حاشية أبي السعود المسماة فتح الله المعين (٥٥/٢) على شرح الكنز للعلامة محمد منلا مسكين ، المغني مع الشرح (١٢/٩/٨) .

(٥) ساقطة من (ع) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٧) في (ن) ، (ع) : [فهوا] .

(٨) انظر : الاختيار (٤٣/٣) ، البناية (٢١٥/٤) .

(٩) أما القياس على الأذان والشهادة فهو من فروض الكفايات ، ويجوز أخذ الأجرة على فروض الكفايات « كغسل الميت وحمل الجنائز » ، وأما الصلاة فينتقض ذلك بكتابة المصاحف وبناء المساجد ؛ يجوز أن تكون مهرًا وإن كان قربة . ثم المعنى في الصلاة أن النيابة فيها لا تصح ، وليس كتعليم القرآن الذي تصح فيه النيابة . انظر : الحاوي ١٠٨ .

(١٠) انظر : البناية (٩٤١/٧) ، شرح معاني الآثار (١٩/٣) ، المغني مع الشرح (٩/٨) ورد ابن حجر هذا فقال : المشروط تعليمه ، فيحتمل أن يقال اغتفر ذلك في باب الزوجين ، لأن الأصل استمرار عشرتهما ، ولأن مقدار تعليم عشرين آية لا تختلف فيه النساء غالبًا خصوصًا مع كونها عربية من أهل لسان الذي يتزوجها . انظر : فتح الباري ج (١٧٥/٩) .

٢٢٥٩٩ - احتجوا : (١) بما روى سهل بن سعد الساعدى أن النبى ﷺ قال لخاطب الموهوبة : « زوجتكها بما معك من القرآن » ، وروى « على ما معك من القرآن (٢) » ، وروى « على أن تعلمها عشرين آية من سورة البقرة » (٣) ، « وروى علمها ما يقرأ من القرآن » (٤) .

٢٢٦٠٠ - والجواب : أن هذا الخبر رواه مالك عن أبي حازم (٥) عن سهل بن سعد ، وذكر فيه هل معك من القرآن شيء ، قال : نعم سورة كذا ، [وسورة كذا] (٦) فقال ، رسول الله ﷺ : « زوجتكها بما معك من القرآن » . ورواه سفيان (٧) عن أبي حازم وذكر فيه « على ما معك من القرآن » ورواه يعقوب بن عبد الرحمن (٨) عن أبي

---

(١) انظر : الأم (٦٤/٥) ، الحاوي للماودي ١١١ ، المغني مع الشرح (٩/٨/٨) .

(٢) أخرجه النسائي في سننه ، وابن ماجه في سننه (٦٠٨/١) باب صداق النساء ، والدارقطني في سننه : باب المهر ، والبيهقي في السنن الكبرى : باب ما يجوز أن يكون مهرًا (٢٣٦/٧) ، وأحمد في المسند (٣٣٠/٥) .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه - باب في التزويج على العمل يعمل (٢٣٦/٢،٢٣٧) ، والنسائي في السنن الكبرى : باب كيف التزويج على آي القرآن .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه باب الصداق وكونه تعليم قرآن وخاتم حديد . مسلم بشرح النووي (٢١٥/٩) ، والبيهقي في السنن الكبرى - باب النكاح .

(٥) هو : سلمة بن دينار أبو حازم القصار ، ولد في أيام ابن الزبير . روى عن سهل بن سعد وسعيد بن المسيب وأم الدرداء وابن عمر وغيرهم وروى عنه السفيانان ومالك وهشام بن سعد وغيرهم . قال ابن خزيمة : لم يكن في زمانه مثله ، وقال ابن سعد : كان ثقة كثير الحديث . مات سنة ١٤٠ هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (١٣٤/١٣٣/١) الجرح والتعديل (١٥٩/٤) ، رجال صحيح البخاري (٣٢١/١) ، الكاشف (٣٠٥/١) - الثقات (٤٢٠/١) ، للإمام أبي الحسن أحمد بن عبد اللّٰه بن صالح العجلي .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٧) هو : سفيان بن عيينة بن أبي عمران مولى لبني عبد اللّٰه بن روبية ، ولد عام ١٠٧ هـ . روى عن عمرو ابن دينار الزهري ، والأسود بن قيس ، وزيد بن أسلم وخلائق غيرهم . وروى عنه الأعمش وابن جريج وشعبة والشافعي وغيرهم ، قال عبد الرحمن بن مهدي : كان ابن عيينة من أعلم الناس بحديث أهل الحجاز . مات سنة (١٩٨) انظر : تهذيب التهذيب (١١٧/٤-١٢٢) الجرح والتعديل (٣٢/١-٥٤) ، تذكرة الحفاظ (٢٦٢/١) ، التاريخ الكبير (٩٤/٢) -الطبقات الكبرى لابن سعد (٩٧/٥)

(٨) هو : يعقوب بن عبد الرحمن بن محمد بن عبد القاوى المدني حليف بني زهرة . روى عن أبيه وزيد بن أسلم وعمرو وموسى بن عقبة وأبي حازم بن دينار ، وغيرهم . وعنه : ابن وهب ، وسعيد بن منصور ، ويحيى بن بكير ، وقتيبة بن سعيد وغيرهم . قال أحمد ثقة . مات سنة (١٨١) هـ انظر : تهذيب التهذيب ج (٣٩٢/١) ، الثقات لابن حبان (٦٤٤/٧-٦٤٥) ، الكاشف (٢٥٥/٣) ، رجال صحيح مسلم ج (٣٧٢/٢) .

حازم ، وذكر فيه مُلِّكتها بما معك من القرآن [١] فهذا يدل على قلة الضبط فيه [٢] ، ولأنه قال : بما معك من القرآن [٣] » . وما معه لا يجوز أن يكون مهرًا ، وإنما يصح أن يكون مهرًا إذا شرط تعليمها سورة بعينها ، ولم يذكر ذلك فيما رواه الأئمة كمالك ، وابن عيينة [٤] .

٢٢٦٠١ - ولو ذكر ذلك لم يصح أن يكون مهرًا ، حتى يعلم أنها لا تحسن ذلك القرآن ، ولم يسألها ﷺ هل تحسن ما معه أم لا ، فلم يبق إلا أن يكون زوجه إياها [لفضيلة القرآن] [٥] ، وهذا كما روى أنس بن مالك أن أبا طلحة [٦] تزوج أم سلمة [٧]

---

(١) بضم الميم وكسر اللام المشددة على ما لم يسم فاعله - كذا نقله القاضي عن رواية الأكثرين انظر شرح صحيح مسلم للإمام النووي (٢٥٣/٩) .

(٢) انظر : (١٠٠/١١) فتح الباري (١٧١/٩) .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي (٢٥٣/٩) باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد . فتح الباري (١٧١/٩) .

(٤) قال في الحاوي : فإن قيل : قوله زوجتكها بما معك من القرآن مجهول ، وكذلك قوله : قم فعلمها مجهول ، ولا يجوز أن يجعل لها رسول الله ﷺ صداقًا مجهولًا فالجواب من وجهين أحدهما : أنه كان معلومًا ؛ لأنه سأل الرجل عما معه من القرآن ، فذكر سورًا سماها فقال : زوجتكها بما معك من القرآن بمعنى السور المسماة ، وقوله في حديث أبي هريرة : عشرين آية يعني من السورة التي ذكرها ، فصار الصداق معلومًا . الثاني : أن المقصود بهذا جواز أن يكون تعليم القرآن صداقًا ، فاقتصر من الرواية على ما دل عليه ، وأمسك عن نقل ما عرف دليله من غيره - الحاوي للماوردي (٥٧/٢) .

(٥) في (ن) ، (ع) [بفضيلة بالقرآن] . وقد نوقش هذا الحمل (وهو أن الباء هنا للسببية) بما يلي : -
أ - أن النبي ﷺ قال له : قال له : التمس ولو خاتمًا من حديد ليكون صداقًا ، فلما لم يجد جعل القرآن بدلًا منه فاقتضى أن يكون صداقًا .
ب - أن هذا التأويل يدفعه حديث أبي هريرة لأنه قال : قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك .
ج - أنه لو كان المعنى على هذا التأويل من أنه زوجه إياها لحفظه القرآن تفضيلًا له لجعلت المرأة الموهوبة بلا مهر ، وهذه خصوصية ليست لغير النبي ﷺ ، ولولا أنه أراد به معنى المهر لم يكن لسؤاله إياه : هل معك من القرآن شيء معنى ، وليس في الحديث أنه جعل المهر دينًا عليه إلى أجل ، فكان الظاهر أنه جعل تعليمه القرآن إياها مهرًا لها . انظر : الحاوي للماوردي ص ١١٣ ، معالم السنن للإمام الخطابي ، شرح سنن أبي داود ط / بيروت / لبنان .

(٦) زيد بن سهل بن الأسود ... الأنصاري الخزرجي من أعيان البدريين وأحد النقباء الاثني عشر ليلة العقبة . روى عن النبي ﷺ وروى عنه ابنه عبد الله وربيبه أنس ، وزيد بن خالد وابن عباس . مات سنة (٣١) هـ . انظر : الاستيعاب (٥٥٣/٢) ، أسد الغابة (٢٨٩/٢) ، الإصابة (٦٠٧/٢) الاستبصار ١٨٩ .

(٧) أم سليم ملحان بن خالد بن النجار الأنصارية ، روت عن النبي ﷺ ، وروى عنها ابنها أنس ، وابن =

على إسلامه ، فذكرت ذلك للنبي - ﷺ قال : « فحسبه إسلامه لا يكون صداقا ، وإنما تزوجته [1] بفضيلة الإسلام » [2] . على أنا روينا أن النبي ﷺ خصه بذلك دون غيره ، وهذا يسقط الاستدلال [3] ، وروينا عن ابن مسعود ما دل على أن المهر في ذمته ، فعلى هذا إنما ذكر تعليمها لتطيب نفسها بما يعجله لها .

٢٢٦٠٢ - ومن أصحابنا من قال : هذه [4] وهبت نفسها ، وقالت للنبي ﷺ : « ورِ فيَّ رأيك » [5] .

٢٢٦٠٣ - فكما يجوز له أن يقبل نكاحها بغير مهر ، جاز أن يوجبه لغيره بما ليس بمهر/ [6] ، [ويحتمل أن هذا كان في الحالة] [7] التي كان يجوز النكاح فيها بغير مهر ، وبما ليس بمال ، وقد نسخ ذلك ، وهذا أمر لا شبهة فيه ، لأنهم كانوا يتزوجون الشغار ، ٢/أ

= عباس ، وزيد بن ثابت وغيرهم ، كانت تحت مالك بن النضر ، فغضب عليها وخرج إلى الشام فمات هناك فخطبها أبو طلحة وهو مشرك ، فأبت حتى يسلم فأسلم ، وكان ذلك مهرها ، ثم تزوجها فولدت له عبد الله فبارك الله له فيه كانت تغزو مع رسول الله ﷺ ، وكانت من عقلاء النساء ، ماتت سنة ٣٥ هـ . أنظر : في الإصابة (٢٢٧/٨) ، أسد الغابة(٣٤٥/٧) ، الاستيعاب (١٩٤٠/٤) .

(١) في (ن) ، (ع) : [زوجته] .

(٢) الحديث كما ذكره الطحاوي في شرح معاني الآثار باب التزويج على سورة من القرآن عن أنس بن مالك أن أبا طلحة تزوج أم سليم على إسلامه فذكرت ذلك للنبي - ﷺ - قال أنس : والله ما كان لها مهر غيره . انظر : شرح معاني الآثار (١٧/٣) . وقد رد ابن حزم هذا ، بأن هذا كان قبل هجرة رسول الله ﷺ بمدة ، لأن أبا طلحة قديم الإسلام ، من أول الأنصار إسلامًا ، ولم يكن نزل إيجاب إيتاء النساء صدقاتهن بعد . انظر : المحلي (١٠٦/١١، ١٠٧) .

(٣) دعوى الخصوصية غير مسلمة لما يلي :
أ - أن الحديث مرسل وفيه من لا يُعرف .
ب - أنه لم يكن رسول الله هو المتزوج بها فيصير مخصوصًا بذلك ، وإنما كان مُزوِّجا لها فلم يكن مخصوصًا .
ج - أن ما خُصَّ به رسول الله - ﷺ - يحتاج إلى دليل يدل على تخصيصه ، وإلا كان فيه مشاركًا لأمته . انظر : فتح الباري ٠ ١٧٤/٩) ، الحاوي للماوردي ١١٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [قد] .

(٥) هكذا في حديث ابن مسعود بإثبات الهمزة وفي حديث سهل فَرَ فيها رأيك براء مفتوحة بعدها فاء التعقيبب ، وهي فعل أمر من الرأي . انظر : فتح الباري (١٦٩/٩) .

(٦) انظر : شرح معاني الآثار (١٨/٣) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [ويحتمل أن يوجبه لغيره أن هذا كان في الحالة] وهي زيادة .

ولا مال فيه . وتزوج أبو طلحة على إسلامه ، وإذا احتمل هذا [١] سقط الاستدلال [٢] .

٢٢٦٠٤ - فإن قيل : كيف يحمل الخبر على الحالة التي كانوا يتزوجون بغير مهر ، والنبي ﷺ قال له [٣] : « التمس » .

٢٢٦٠٥ - قلنا : في تلك الحال لم يكن المهر شرطا ، ولكنه كان جائزا ، لأنهم كانوا يتزوجون بمهر ، وبغير مهر ، فأراد النبي ﷺ منه أولى الأمرين . قالوا : منفعة يصح [٤] أن يبذلها لغيره على وجه التبرع ، فصح أن يبذلها بعوض ، كالخياطة والبناء .

٢٢٦٠٦ - قلنا : يبطل بعيادة المريض وبالعفو عن دم العمد يجوز أن يتبرع به ، ولا يجوز أن يكون مهرًا [٥] .

٢٢٦٠٧ - قالوا : قال الشافعي : تعليم القرآن قربة وطاعة ، فإذا جاز أخذ الأجرة على تعليم ما ليس بقربة فالقربة أولى [٦] .

٢٢٦٠٨ - وهذا كلام من لا يَعْرِفُ مذهب مخالفه ، لأن عندنا لا يجوز أخذ العوض [على تعليم] [٧] شيء قربة كان أو غيرها [٨] .

* * *

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) وهذا الحمل إنما يسلم إذا سلمت أدلة الحنفية من الاعتراض والرد عليها .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [فصح] .

(٥) انظر : المبسوط (١٠٦/٥) .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي ١١٤ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٨) قال في البحر : والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن والفقه ، فينبغي أن يصح تسميته مهرًا ، لأن ما جاز أخذ الأجرة في مقابلته من المنافع جاز تسميته صداقًا ، ولهذا ذكر في فتح القدير أنه لما جوز الشافعي أخذ الأجرة على تعليم القرآن صحح تسميته صداقًا . فكذا نقول : يلزم على المفتي به صحة تسميته صداقًا . انظر : البحر الرائق (١٦٨/٣) .

مسألة ١٠٨٧

منافع الحر هل تكون مهرًا أم لا ؟

٢٢٦٠٩ - قال أصحابنا : لا يجوز أن تكون منافع الحر مهرًا [١] .

٢٢٦١٠ - قال الشافعي : يجوز ذلك [٢] .

٢٢٦١١ - وذكر ابن سماعة [٣] عن محمد : أنه لو تزوجها على رعى غنمها يجوز [٤] . ولو تزوجها على أن يخدمها لم يجز . وهذه روايةٌ غير المشهورة ، جوز فيها أن تكون منافع الحر مهرًا ، وَمَنَعَ خدمتَهُ لها خاصة [٥] .

٢٢٦١٢ - لنا [٦] : قوله تعالى ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا

---

(١) انظر : هذه المسألة في الجامع الصغير ١٨٣ ، المبسوط (١٠٦/٥) ، بدائع الصنائع (٢٧٨/٢) رؤوس المسائل ص ٤٠٠ للإمام أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري ، تحفة الفقهاء (٢٠٢/٢) ، الهداية (٢٠٧/١) تبيين الحقائق (١٤٦،١٤٥/٢) ، انظر : اللباب (١٥/٣) ، بداية المجتهد (٢٥/٢) ، انظر : الشرح الكبير مع المغني (٨،٧/٨) ، المبدع (١٣٣/٧) ، الإنصاف (٢٣٠/٨) .

(٢) انظر هذه المسألة في : الأم (٦٤/٥) ، المهذب (٥٦/٢) ، بداية المجتهد (٢٥/٦) ، أسهل المدارك (١٠٦/٢) ، الشرح الكبير (٨/٨) ، المبدع (١٣٣/٧) .

(٣) هو : محمد بن سماعة بن عبد الله بن هلال أخذ العلم عن أبي يوسف ومحمد والمسيب بن شريك ويعلى بن خالد والحسن بن زياد وغيرهم وأخذ عنه أحمد بن أبي عمران البغدادي ، وأبو علي الرزاي ، وغيرهم . قال يحيى بن معين : لو كان أصحاب الحديث يصدقون في الحديث كما يصدق محمد بن سماعة في الرأي كانوا فيه على نهاية ، وقال القاري : من الحفاظ الثقات . ومن مصنفاته : أدب القاضي ، النوادر ، المحاضر والسجلات وروى الكتب والأمالي . مات سنة ٢٣٣ هـ . انظر : تاج التراجم ص ١٨٧ ، الجواهر المضية (١٧٠،١٦٨/٣) ، الفوائد البهية ص (١٧١،١٧٠) ، أخبار أبي حنيفة وأصحابه (١٥٥،١٥٤) ،

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) اختلفت الروايات في رعي غنمها وزراعة أرضها للتردد في تمحضها خدمة وعدمه ، فعلى رواية الأصل والجامع لا يجوز ، وهي الأصح ، وذكر ابن سماعة في نوادره أنه لو تزوجها على أن يرعى غنمها سنة فالتسمية صحيحة ولها رعي غنمها ، فإذا لم تصح التسمية فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف لها مهر مثلها ؛ لأنه سمى مالا يصلح أن يكون صداقًا لها ، فهو كتسمية الخمر ، وعند محمد لها قيمة خدمته ؛ لأن الخدمة متقومة عند العقد ، وإن لم تكن مالاً ، فإذا تعذر سلامتها لها تجب قيمتها ، كما لو تزوجها على عبد فاستحق . انظر : المبسوط (١٠٦/٥) ، بدائع الصنائع (٢٧٨/٢) ، رد المحتار (٣٣٣/٢) .

(٦) انظر : المبسوط (١٠٦/٥) ، رؤوس المسائل ، ٤٠٠ تبيين الحقائق(١٤٥/٢) ، العناية مع =

بِأَمْوَٰلِكُم ﴾ (١) فشرط في الإباحة أن تبتغى بالأموال ، ومنافع الحر لا يطلق عليها اسم المال ، ألا ترى : أنه يقال للقوى (٢) الفقير : أنه قادر على المال ، ومتمكن منه (٣) .

٢٢٦١٣ - فإن قيل : الآية تقتضي جواز الابتغاء بالمال ، ولا يبتغى غيره إلا من حيث دليل الخطاب (٤)

٢٢٦١٤ - قلنا : ذكر اللّٰه المحرمات في الآية ، ثم ذكر الإباحة بشرط (٥) ، فما سوى المشروط داخل تحت التحريم (٦) .

٢٢٦١٥ - فإن قيل : الإباحة حاصلة ، وإن لم يبتغها بالمال باتفاق (٧) .

٢٢٦١٦ - قلنا : [ظاهر الإباحة] (٨) لا توجد وما ليس بمال لا يكون مهرًا قام الدليل على [حصول إلا باحة به] (٩) ، وبقى حكم المهر على الظاهر ، ولأن منفعة الحر ليست بمال لا يستحق تسليمها بتسليم ما هو مال ، كمنفعة البضع (١٠) .

٢٢٦١٧ - فإن قيل : لا تأثير لقولكم ولا يستحق تسليمها بتسليم مال ، لأنه لو زوجه (١١) بنته على أن يزوجه أمته لم يصح ، وإن استحق بتسليم المنفعة تسليم مال .

٢٢٦١٨ - قلنا : تزويج الأمة لا يستحق به تسليم رقبتها ، فلا يكون منافع بضعها

= الهداية (٣٣٩/٣) ، المغني مع الشرح الكبير (٦/٨) .

(١) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٢) في (ن) ، (ع) : [القوي] .

(٣) وقد رد ابن قدامة هذا فقال : وقولهم : ليست مالًا ممنوع ، فإنها تجوز المعاوضة عنها وبها ثم إن لم تكن مالًا فقد أجريت مجرى المال في هذى ، فكذلك في النكاح . انظر : المغني مع الشرح (٧/٨) .

(٤) دليل الخطاب هو ما يعرف عند الأصوليين بمفهوم المخالفة وهو : ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق ، فإن وافق حكم المنطوق فموافقة ، وإن خالفه فمفهوم مخالفة انظر : نهاية السول (٣٧/٢) .

(٥) في (م) ، (ن) : [شرط] .

(٦) وقد رد الماوردي هذا بأنه قد نقل عنه عنه نطق دليل آخر وهو قوله ﷺ : زوجتكها بما معك من القرآن ، انظر : الحاوي للماوردي ١٣٥.

(٧) أي أن عقد النكاح بغير تسمية المهر جائزة باتفاق عند الحنفية والشافعية . راجع المبسوط (٦٢/٦) ، انظر : روضة الطالبين (٢٤٩/٧) .

(٨) في (ن) ، (ع) : [قام الدليل عليه] .

(٩) غير واضح في هامش ص ، وما أثبتناه استنتاج من السياق .

(١٠) انظر : المبسوط (١٠٦/٦) ، الشرح الكبير (٨/٨) ، المبدع (١٣٣/٧) . وقد رد الشيرازي هذا القياس بأن منفعة الحر كالمال ، لأنه يملك بعقد المعاينة كالمهر ، بخلاف منفعة البضع ، ثم منفعة البضع لا يجوز أن يجعل صداقًا من الآدمية ، وإن كان تسليمه تسليم مال فلم يؤثر فيه الوصف .

(١١) في (ن) ، (ع) : [زوج] .

مهرًا ، لأنه لا يستحق تسليمها بتسليم مال .

٢٢٦١٩ - فإن قيل : لو تزوجها على أن يخيط عبده [ثوبها] (١) ، جاز ، وإن لم تستحق (٢) تسليم رقبته (٣) .

٢٢٦٢٠ - قلنا : لا رواية في هذا ، فظاهر المذهب أنه لا يجوز ، [ولأنها متولدة من رقبة الحر كولده] (٤) ، ولا يلزم أم الولد أن ولدها لا يكون مهرًا لها ، ومنافعها تكون مهرًا ، لأن ولدها يكون مهرًا إذا حكم حاكم بتملكه ، ولأن ما لا يكون رقبته مهرًا لا تكون منافعه مهرًا كالخنزير (٥) .

٢٢٦٢١ - فإن قيل : يبطل بالوقف ، فإن رقبته [لا تكون] (٦) مهرًا ، ومنافعه تكون مهرًا (٧) .

٢٢٦٢٢ - قلنا : أعيان الوقف ، يجوز أن تكون مهرًا ، إذا انقضت الأبنية ، جاز أن يجعل ذلك مهرًا .

٢٢٦٢٣ - فإن قيل : المعنى في الخنزير أنه لا يصح أخذ العوض عنه ، وليس كذلك منافع الحر ، لأنه يجوز العوض عنها .

٢٢٦٢٤ - قلنا : علة الأصل غير مسلمة ، لأن الخنزير يجوز لأهل الذمة أخذ العوض عنه ، وعلة الفرع تبطل بمنافع البضع والطلاق ، والمعوض من دم العمد يجوز المعاوضة على ذلك ، و لا يصح أن تكون مهرًا .

٢٢٦٢٥ - [ولأن منافع الحر لا يتعلق حقوق الغرماء بها فلم يجز أن تكون مهرًا] (٨) ، كرقبته (٩) ، ولا يلزم منافع العبد ، لأن الغرماء يتعلق بها ، ألا ترى : أن

---

(١) في (ن) : [رثها] ، وفي (ع) : [ثربها] .

(٢) في (ع) : [يستحق] . (٣) انظر : المجموع (٣٢٨/١٦) .

(٤) في (م) : [ولأنها متولد من بقية الولد كالحر وهو خطأ] .

(٥) رد الماوردي هذا بأن هذا يبطل بالوقف فإن رقبته تكون مهرًا ومنافعه تكون مهرًا انظر : الحاوي ١٣٥ .

(٦) في (ن) : [لا يكون] .

(٧) اعتراض المخالف على قياس المصنف بأن القياس على الخنزير يبطل بالوقف ، فإن رقبته لا تكون مهرًا ومنافعه تكون مهرًا انظر : الحاوي للماوردي ١٣٥ .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٩) وجه القياس على الرقبة أن رقبة الحر ليست مالًا ، وكذا منافع الحر ليست أموالًا فلا يصح أن تكون مهرًا . انظر : الهداية مع فتح القدير والعناية (٣٤٠/٣) ، المبدع (١٣٣/٧) ، الشرح الكبير (٨/٨) . وقد سبق أن رد =

مريضًا لو أجر عبدًا له في مرضه وحابى ، كان للغرماء فسخ حق الإجارة [١] .

٢٢٦٢٦ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ ﴾ [٢] .

٢٢٦٢٧ - قلنا : عقد على منافع تحصل له ، وهذا لا يجوز أن يكون مهرًا باتفاق [٣] ، فيسقط [٤] التعلق به .

٢٢٦٢٨ - فإن قيل : إنما أضاف الإجارة إلى نفسه ، كما يضيف الوكيل إلى نفسه .

٢٢٦٢٩ - قلنا : ظاهر اللفظ أنها إضافة استحقاق ، ولأنه استأجره لرعى غنمه فكيف تكون [٥] المنافع لها .

٢٢٦٣٠ - فإن قيل : فالآية قد دلت [٦] على أن منافع الحر يجوز النكاح بها ، وأن يكون المولى فسخ أحد الأمرين فيفى الآخر .

٢٢٦٣١ - قلنا : إذا جاز العقد بعوض ، لا يحصل لها ، دل أنه ليس من شرطه العوض [في شريعتهم] [٧] وإذا لم يكن العوض شرطا ، لم يعتبر صفات العوض [٨] فأما في شريعتنا فالعوض واجب ، فلذلك جاز اعتبار صفاته ، ولأنه قال : « على أن تأجرني [٩] » وهذا يفيد أنه عقد على منافعه إجارة ، ومتى استأجر منافع الحر جاز أن يجعل عوضها مهرًا عندنا [١٠] ، فالآية وردت في موضع اتفاق [١١] .

٢٢٦٣٢ - قالوا : منفعة يجوز إجارتها ، فجاز أن تجعل صداقا كمنفعة العبد [١٢] .

= المخالف على هذا : بأن منافع الحر وإن لم تكن مالًا إلا أنها أجريت مجرى المال أنها يجوز المعاوضة عنها وبها .

(١) انظر : الهداية (٢٤٥/٤) .

(٢) سورة القصص : الآية ٢٧ . ووجه الدلالة أن المراد عمل ثماني حجج ، فأسقط ذكر العمل ، واقتصر على المدة لأنه مفهوم ، والعمل لرعي الغنم فجعل رعي موسى ثماني سنين صداقًا لبنته ، وهذا نص . انظر : الحاوي للماوردي ١٣٥ ، المغني مع الشرح الكبير (٦/٨) ، المنتقى (٢٧٧/٣) للباجي .

(٣) رد الماوردي هذا بأنه أضاف ذلك إلى نفسه مجازًا لقيامه فيه بنفسه وإلا فهو دونه . انظر الحاوي ١٣٦ .

(٤) في (ن) ، (ع) : [فسقط] .

(٥) في (ن) : [يكون] .

(٦) في (ن) : [دلل] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٨) في (م) : [المعوض] .

(٩) القصص : ٢٧ .

(١٠) انظر : بدائع الصنائع (٢٧٨/٢) .

(١١) انظر : الحاوي للماوردي ١٣٧ ، تحفة الفقهاء (٢٠٢/٢) .

(١٢) انظر : المنتقى للباجي (٢٧٧/٣) ، المغني مع الشرح (٧/٨) المبدع (١٣٣/٧) .

٢٢٦٣٣ - قلنا : منفعة العبد يجوز استحقاقها بسبب البيع ، وما جاز استحقاقها بسبب النكاح ، ولأن منفعة العبد يتعلق [١] حق [٢] الغرماء بها [٣] فجاز أن تكون مهرًا ، ومنفعة الحر لا يتعلق حق الغرماء بها فلم تكن مهرًا [٤] .

٢٢٦٣٤ - قالوا : عقد يجوز على منفعة العبد فجاز على منفعة الحر قياسًا على عقد الإجارة .

٢٢٦٣٥ - قلنا : عقد الإجارة يجوز أن يعوض على المنفعة نوعها ، وهو أن يستأجر دارا بمنافع دكان [٥] ، فجاز أن يكون عوضها منفعة حر ، وعقد النكاح لا يجوز أن يعوض عنها نوعها ، فلم يجز أن يتعوض عنها منفعة الحر ، أو نقول : المعنى في الإجارة أنه يجوز أن يملك المعقود عليه فيها بغير عوض ، فجاز أن يملك بعوض ليس بمال ، والمملوك في النكاح لا يملك إلا بعوض ، فجاز أن لا يتعوض عنه إلا ما هو مال ، أو يستحق بتسليمه تسليم مال .

* * *

---

(١) في (م) : [تعلق] .
(٢) في (ن) : [يحق] .
(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٤) انظر : الهداية مع الفتح والعناية (٣/ ٣٤٠) .
(٥) قال في العناية : تصلح المنفعة أجرة إذا اختلف جنس المنافع ، كما إذا استأجر دارًا بركوب دابة ولا تصلح ثمنًا أصلًا . انظر : العناية (٩/٦٢،٦٣) .

مسألة ١٠٨٨

إذا هلك الصداق المسمى في يد الزوج أو ردَّه بعيب وجبت قيمته

٢٢٦٣٦ - قال أصحابنا : إذا هلك العبد المسمى في يد الزوج أو ردَّه بعيب [١] وجب عليه قيمته [٢] .

٢٢٦٣٧ - وهذا أحد قولي [٣] الشافعي .

٢٢٦٣٨ - وقال : في الجديد يرجع بمهر المثل .

٢٢٦٣٩ - لنا : أن التسمية صحت في نكاح صحيح فلا يرجع إلى مهر المثل . أصله : إذا كان باقيا .

٢٢٦٤٠ - ولأن الرجوع إلى مهر المثل ، لا يجب مع بقاء العين في يدها ، فلا يجب بعد ردها . أصله ، إذا تزوجها على عبد في ذمته [٤] ، فسلمه إليها ، فوجدت به عيبا [٥] . ولأن السبب الموجب لتسليم العين لا ينفسخ بهلاكها ، وهو عقد النكاح ، فإذا هلكت ولم يتلف من هلكت في يده لا يرجع بقيمته ، كالمغصوب [٦] ، ولا يلزم

---

(١) في (ن) ، (ع) : [بالعيب] .

(٢) إذا هلك الصداق المسمى في يد الزوج فهل يرجع إلى بدل العين أم إلى مهر المثل ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين :المذهب الأول : ذهب أبو حنيفة ومالك - في أحد قوليه - والشافعي - في أحد قوليه - وأحمد إلى أن الصداق إذا هلك قبل التسليم لا تبطل التسمية ، ولكن يجب على الزوج مثله إن كان مثليا ، وقيمته إن لم يكن له مثل . انظر : المبسوط (٧٠/٥) فتح القدير (٣٨٨/٣) ، البناية على الهداية (٢٣٨/٤) ، بداية المجتهد (٣٥/٢) ، المهذب (٥٧/٢) ، المبدع (١٤٣/٧) . المذهب الثاني : ذهب إليه مالك في القول الثاني والشافعي في القول الجديد ، وهو أن الصداق إذا هلك في يد الزوج قبل التسليم وجب على الزوج مهر المثل . انظر : بداية المجتهد (٣٥/٢) ، الحاوي للماوردي (٢٣٨/٢٣٧) ، مختصر الطحاوي ١٨٦ المبسوط (٧٠/٥) ، الشرح الصغير (٤٢٠/٣) ، المبدع (١٤٣/٧) ، الإنصاف (٢٦١/٨) المهذب (٥٧/٢) ، الأم (٦٥،٦٤/٥) الحاوي للماوردي (٢٣٨،٢٣٧) .

(٣) في (ن) : [قول] .

(٤) في (ن) ، (ع) : [ذمتها] .

(٥) انظر: فتح القدير (٣٨٨/٣) .

(٦) المغصوب إن كان مما لا مثل له وهلك في يد الغاصب فعلى الغاصب قيمته يوم غصبه ، قال في البدائع ، وإن كان مما لا مثل له من المزروعات والمعدودات المتفاوتة فعليه قيمته ، لأنها المثل الممكن ، والأصل في ضمان القيمة ما روي أن رسول الله ﷺ قضى في عبد شريكين أعتق أحدهما نصيبه فقضى بنصف قيمته للذي لم يعتق ، أخرجه الدارقطني في سننه (٣٥/٤) والنص الوارد في العبد يكون في إتلاف كل ما لا مثل له دلالة . =

إذا أعتق عبده على جارية فهلكت ، لأن العبد أتلف على المولى بدخوله في العقد ، وقبوله رق نفسه ، وهو مال .

٢٢٦٤١ - فإن قيل : لا نسلم أن السبب الموجب للتسليم ، لم ينفسخ في الأصل ، ولا في الفرع ، لأن المهر سبب تسليمه التسمية لا عقد النكاح بدلالة أن التسمية عقد منفرد (١) عن المهر ، وهذا يصح أن يوجد بعده و [معه] (٢) ، وفسادها لا يوجب فساده ، فهو كالرهن في البيع ، فإذا هلك الرهن ، فسدت التسمية الموجبة لتسليمه ، وإن كان العقد لم يفسد . وأما الغصب فإنما هو : إمساك العين على وجه التعدي . فهلاك العين يبطل الغصب ، ويسقط وجوب التسليم ، وينقل الحكم إلى القيمة (٣) .

٢٢٦٤٢ - قلنا : السبب الموجب لتسليم المهر هو عقد النكاح [بدلالة أنه بدل عن (٤) البضع ، فالمعقود عليه عقد النكاح] (٥) فتسليمه يجب به ، كما يجب تسليم الثمن بعقد البيع فكيف يتصور أن البدل والمبدل (٦) كل واحد منهما يعقد عليه عقد منفرد ، حتى يستحقا بعقدين ، وإنما يجب المهر بالعقد إن سماه ، وإن لم (٧) [يسمه] (٨) ، وجب مهر (٩) المثل (١٠) .

٢٢٦٤٣ - والتسمية بعد العقد تقدير منهما لما وجب بالعقد ، عين معينة ، فأما أن يكون عقد آخر فلا . وأما الغصب : فهو نقل العين ، فإذا هلكت استقر ما تعلق بتلك اليد في الضمان (١١) .

٢٢٦٤٤ - فلا يقال : زال السبب ، كما [لا يقال : في هلاك المبيع بعد القبض ، إن البيع انفسخ (١٢) فعلم أن الوصف صحيح في الأصل والفرع ، ولأن وجوب مهر

= بدائع الصنائع (١٥١/٧) .

(١) في (ن) ، (ع) : [ينفرد] .

(٢) في (ن) ، (ع) : [فعه] .

(٣) أي أن السبب الموجب لتسليم الصداق عند المخالف هو عقد الصداق ، وهو فرضه وتسميته ، وقد زال ذلك بتلفه . ويخالف المغصوب فإنه مضمون باليد ، فاستقر ضمانه ، وهذا مضمون بالعقد ، فإذا تلف قبل التسليم انفسخ العقد كالبيع .

(٤) في (م) : [على] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٦) في (م) : [فالمبدل] .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) ،

(٨) في (ن) ، (ع) : [نسيه] .

(٩) ساقطة من (ص) .

(١٠) انظر : المبسوط (٦٣،٦٢/٥) ، الهداية (٢٠٥،٢٠٤/١) .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (١٥٢،١٥١/٧) .

(١٢) إذا هلك المبيع بعد القبض . إن كان بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري لا ينفسخ البيع ، =

المثل] [١] - لا يخلو أن يكون وجوبه بالعقد ، أو بتعذر تسليم المهر ، فلا يجوز أن يكون وجب بالعقد ، لأن التسمية في العقد صحيحة ، فلا يجب به مهر المثل ، ولا يجوز أن يجب بتعذر تسليم المهر ، لأن هلاك المهر لم يوجب رد البضع على المرأة ، حتى يلزمه قيمته ، وإن تعذر رده .

٢٢٦٤٥ - ألا ترى أنه لو وجب بتعذر رد البضع لكان إذا طلقها قبل الدخول لم [٢] يلزمه شيء ، لأنه فعل المستحق فلما لم يسقط عنه البدل دل على أنه لا وجه لإيجاب قيمة البضع .

٢٢٦٤٦ - احتجوا : بأنه عوض معين ، تلف قبل تسلميه إليها [٣] وتعذر/ الرجوع بالعوض ، فوجب الرجوع إلى قيمته . أصله : إذا اشترى عبدا بثوب ، وقبض العبد ، ولم يسلم الثوب حتى تلفا جميعا [٤] . ٥٣

٢٢٦٤٧ - قلنا : هناك وجب رد ما في مقابلة العوض ، فلما تعذر رده وجب الرجوع إلى قيمته . وفي مسألتنا لم يجب رد العوض الذي هو البضع ، فلم يجب الرجوع إلى قيمته . نبين [٥] الفرق بينهما أنه لو كان العوض في البيع باقيا فرده سقط عنه الضمان [٦] ولو رد البضع [٧] بالطلاق قبل الدخول لم يسقط [٨] عنه الضمان [٩] ، ولو كان مهر المثل وجب بتعذر رده البضع لسقط [١٠] برده [١١] .

٢٢٦٤٨ - قالوا : تعذر على الزوج تسليم ما عينه صداقا في نكاح صحيح ، فوجب الرجوع إلى مهر المثل . أصله : إذا أصدقها عبدا فظهر حرا [١٢] .

٢٢٦٤٩ - قلنا : هناك التسمية لم تصح [١٣] ، ومتى لم تصح التسمية وجب مهر

= والهلاك على المشتري وعليه الثمن . وإن كان بفعل البائع فإن كان المشتري قبضه بإذن البائع أو بغير إذنه لكن الثمن منقود أو مؤجل فهو على البائع ، وإن كان قبض بغير إذن البائع صار مستردًا للبيع بالاستهلاك ، فحصل الاستهلاك في ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن ، انظر : بدائع الصنائع (٢٣٩/٥) .

(١) ما بين المعكوفتين سقط من (ن) ، (ع) .
(٢) في (م) : [أن] .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) انظر : الحاوي للماوردي ٢٣٨ .
(٥) في (ع) : [ويبين] .
(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢٣٠/٥)
(٧) في (ن) ، (ع) : [للبضع] .
(٨) في (ن) : [سقط] .
(٩) انظر : البحر الرائق (١٥٤/٣) .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [لفظ] .
(١١) في (ن) ، (ع) : [رده] .
(١٢) انظر : الحاوي للماوردي ٢٣٨ ، النكت ورقة ٢١١ .
(١٣) في (م) (ن) : [يصح] .

المثل بالعقد [١] ، وفي مسألتنا صحت التسمية ، فلم يجب مهر المثل بالعقد ، ولم يجب رد البضع بهلاك العوض حتى يرجع إلى قيمته عند تعذر رده .

* * *

(١) انظر : البحر الرائق (٣/١٧٦،١٧٧) .

مسألة ١٠٨٩

إذا تزوجها على عبد مطلق صحت التسمية

٢٢٦٥٠ – قال أصحابنا إذا تزوجها على عبد مطلق صحت [١] التسمية ، ووجب لها عبد وسط [٢] .

٢٢٦٥١ – وقال الشافعي : التسمية باطلة ولها مهر مثلها [٣] .

٢٢٦٥٢ – لنا : قوله ﷺ : « أدوا العلائق . قيل : يا رسول اللّٰه وما العلائق ، قال : ما تراضى عليه الأهلون . ولم يُفصِّل » [٤] .

٢٢٦٥٣ – ولأن الحيوان المطلق لو لم يجز ثبوته في هذا العقد لم ينعقد من غير تسمية [٥] بدل . أصله : البيع [٦] .

٢٢٦٥٤ – ولأن المهر في النكاح يتعلق به حق اللّٰه تعالى على قدمنا [٧] ، والحيوان إذا ثبت في الذمة لحق اللّٰه تعالى ثبت مطلقا . أصله : الزكوات [٨] .

٢٢٦٥٥ – ولأن النكاح سبب يثبت به الحيوان في الذمة ، فجاز أن يثبت مطلقا

(١) في (ن) ، (ع) : [صح] .

(٢) المسمى إن كان معلوم النوع مجهول الصفة مثل قوله عبد أو فرس أو شاة أو ثوب هروي فإنه تصح التسمية عند الأحناف ويجب الوسط منه .انظر : المبسوط (٦٨/٥) ، تحفة الفقهاء (٢٠٥/٢) ، فتح القدير (٣٥٤/٣) ، الاختيار (٤٦/٣٠) ، اللباب (٢٠/٣) ، وهذاما ذهب إليه الإمام مالك والقاضي من الحنابلة . انظر: الشرح الصغير (٢٠٩/٣) ، شرح الزرقاني على مختصر العلامة خليل (٤،٥) للعلامة عبد الباقي بن يوسف الزرقاني .

(٣) وبه قال الإمام أحمد في الصحيح من المذهب . انظر : المهذب (٥٦/٢) ، المبدع (٧ /١٣٧، ١٣٨) ، المغني (١٦/٨، ١٩) .

(٤) نوقش هذا الاستدلال بأن المراد بالخبر ما تراضى عليه الأهلون مما يصلح عوضًا بدليل سائر ما لا يصلح . انظر : المبدع (١٣٨/٧) . وأن الحديث في إسناده محمدَ بن عبد الرحمن البيلماني ، قال البخاري عنه: منكر الحديث .

(٥) ففي (م) : [التسمية] .

(٦) هذا قياس مع الفارق لأن الفرع يجوز عقده بدون بدل . قال في بدائع الصنائع ما نصه : لاخلاف أن النكاح يصح من غير ذكر المهر ومع نفيه لقوله تعالى : لا جناح عليكم إن طلقتم النساء) الآية رفع اللّٰه الحرج عمن طلق في نكاح لا تسمية فيه ، والطلاق لا يكون إلا بعد نكاح ، فدل على جواز النكاح بلا تسمية . انظر: بدائع الصنائع (٢٧٤٤/٢) .

(٧) راجع ص ٢٥ .

(٨) في (ن) ، (ع) : [الزكاة] .

كالقتل (١) . ولا يلزم البيع ، والسلم (٢) والإجارة ، لأن هذه العقود لا يثبت بها الحيوان في الذمة عندنا . (٣) ولأن ذلك بدل عما ليس بمال ، [فإذا ثبت الحيوان (٤) في الذمة ، [جاز أن يثبت مطلقا ، كالديات] (٥) .

٢٢٦٥٦ - فإن قيل : المعنى في الدية إنما] (٦) تجب بالفعل ، وفي مسألتنا وجب المهر بالعقد .

٢٢٦٥٧ - قلنا : (٧) الزكاة لا تجب بالفعل ، وتثبت مع جهالة الصفة ، (٨) ولأن « الدية » يثبت فيها الحيوان مجهولا ، وإن وجبت بالعقد عندنا ، كمن صالح من دم العمد على الدية (٩) ، و [لأن ما جاز] (١٠) أن يثبت في الذمة حكما بدلا عما ليس بمال جاز أن يثبت قصدا (١١) كالديات (١٢) .

٢٢٦٥٨ - احتجوا : بأنها تسمية مجهولة ، فلا تثبت في النكاح كالدار ، والثوب .

٢٢٦٥٩ - وربما قالوا : ما لا يصح أن يثبت بدلا في [البيع ، لم يصح أن يثبت بدلًا في] (١٣) النكاح ، كالثوب ، والدار (١٤) .

٢٢٦٦٠ - قلنا : الثوب مجهول الجنس ، والصفة ، ومهر المثل مجهول القدر معلوم الصفة ، فكان الرجوع إلى مهر المثل أعدل ، و (١٥) القاضي إنما يحكم بالأعدل .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (١٥٠/٢) ، المبدع (١٣٧/٧) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [السلام] وهو تحريف .

(٣) الحيوان لا يثبت في الذمة في عقد البيع والسلم والإجارة ، وهذا عند الحنفية . أما عند الشافعية فكل ما يجوز بيعه وتضبط صفاته كالأثمان والحبوب والثمار والثياب والدواب وغير ذلك يجوز أن يثبت في الذمة في عقد البيع والسلم والإجارة ، انظر : المهذب (٢١١/٢،٢٩٧) ، نتائج الأفكار (٦٢/٩) ،الهداية (٧١/٣) ، الاختيار (٣٧/٣) ، بدائع الصنائع (٢٨٣/٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (م) : [فقلنا] .

(٨) انظر : المبسوط (٦٨/٥) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٣/٢) ، فتح القدير (٣٥٤/٣) .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [ولأن من كان يجوز] .

(١١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٣/٢) .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٤) قاعدة : « ما لا يصح أن يثبت بدلًا في البيع لم يصح أن يثبت بدلًا في النكاح كالثوب والدار » .

(١٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

٢٢٦٦١ – وفي مسألتنا الجنس معلوم ، وإنما تجهل الصفة ، وهذه الجهالة دون جهالة مهر المثل ، ألا ترى : أن القاضي لا يحتاج إلى أكثر من اعتبار أعلى العبيد (١) ، وأدونها (٢) ، فيوجب الوسط ، وفي مهر المثل يحتاج إلى اعتبار مهر (٣) نسائها ، فإذا تحصلت اعتبر الوسط ، فلو انتقلنا عن المسمى المذكور (٤) المجهول ، انتقلنا إلى ما هو أكثر جهالة منه ، وهذا لا يصح . (٥) وأما الدار فلا يصح ثبوتها في الذمة ، فلذلك لم يجز العقد عليها غير معينة ، لا لجهالة صفتها (٦) .

٢٢٦٦٢ – قالوا : عقد معاوضة ، فلا يثبت فيه الحيوان مطلقا ، كالسلم ، والبيع (٧) .

٢٢٦٦٣ – قلنا : هناك لم يثبت الحيوان المجهول ، فلم تنتقل إلى جهالة هي أعظم منها ، لأنا نبطل العقد فلم (٨) يكن بنا حاجة إلى الجهالة . وفي مسألتنا لو أبطلنا التسمية انتقلنا (٩) إلى جهالة أعظم منها ، وهي جهالة مهر المثل فلذلك افتراقا . ولأن المعنى في البيع أن القيمة لا تثبت بدلا في صحيحه ، فلذلك لم يثبت الحيوان المطلق ، ولـمَّا جاز أن تثبت قيمة المعقود عليه بدلا في نكاح صحيح جاز أن يثبت الحيوان المطلق .

* * *

(١) في (ن) ، (ع) : [العبد] .
(٢) في (ن) ، (ع) : [وما دونها] .
(٣) في (ن) ، (ع) : [مهور] .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) انظر : راجع المبسوط (٦٨/٥، ٦٩) ، بدائع الصنائع (٢٨٣/٢) . أما القول بأن جهالة معلوم الجنس ومجهول الصفة أقل من جهالة مهر المثل ، فقد نوقش هذا بأنه لو كان هذا صحيحًا لجاز بالثوب المطلق لأنه معلوم الجنس والقدر ، ثم مهر المثل لا يجب بالعقد وإذا سمى المهر لم يرجع إليه ، وإنما يجب بفوات البضع بالعقد ، فهو كالقيمة في البيع الفاسد ، وهاهنا يجب بالتسمية فهو كالثمن في البيع . ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل ،فإن العادة في القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثيوبة فحسب ، فيكون إذًا معلومًا ، والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه لكثرة أنواع الجنس واختلافها واختلاف الأعيان في النوع الواحد . انظر : المغني (٢٠/٨) .
(٦) انظر : المبسوط (٦٩/٥) .
(٧) في (ن) ، (ع) : [المبيعي] . انظر : الشرح الكبير (١٧/٨) ، المغني مع الشرح (١٩/٨) .
(٨) في (م) : [لم] .
(٩) في (ن) ، (ع) : [أبطلنا] .

مسألة ١٠٩٠

حكم نماء الصداق المنفصل في يد الزوج

٢٢٦٦٤ - قال أصحابنا : إذا تزوجها [(١)] على جارية فولدت ، أو شجر فأثمر في يده ، ثم طلقها قبل الدخول ، كانت الزيادة مهرًا ، وانقسمت بينهما .

٢٢٦٦٥ - وقال الشافعي [(٢)] : إن حدث الحبل بعد العقد لم ينقسم قولا واحدا . وإن كان عند العقد ، ففيه قولان [(٣)] .

٢٢٦٦٦ - لنا : أن هذا الولد يجب تسليمه بعقد النكاح ، بدلالة أنها لو امتنعت من تسليم نفسها وجب عليه تسليمه ، [وما وجب تسليمه] [(٤)] بالنكاح فهو مهر ، والمهر ينقسم بالطلاق [(٥)] .

٢٢٦٦٧ - ولا يلزم إذا تزوجها على خدمة عبد ، لأن الواجب تسليم الخدمة ، إلا أنه لا يتمكن من تسليمها إلا بتسليم العبد ، فلم يجب تسليم العبد بالعقد ، وإنما يجب بوجوب تسليم المنافع التي [لا تستوفى] [(٦)] إلا بتسليمه [(٧)] ولأن وجوب التسليم حق مستقر في الرقبة [(٨)] فيسرى إلى الولد كالمال والاستيلاد . ولا يقال المعنى في الاستيلاد

---

(١) في (ن) ، (ع) : [زوجها] .

(٢) وبه قال الإمام مالك ، قال ابن جزي : ما حدث من الصداق من زيادة أو نقصان قبل البناء فالزيادة لهما والنقصان عليهما وهما شريكان في ذلك سواء قبضته أو لم تقبضه . أنظر : قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ص ٢١٤ لمحمد بن أحمد بن جزي ط دار العلم للملايين ببيروت ، المبسوط (٧١/٥) ، بدائع الصنائع (٢٩٩/٢) ، المدونة (٧٧/٤) أسهل المدارك (١١٧/٢) .

(٣) أحدهما : أنه يكون تبعًا لا يتميز بحكم ، فعلي هذا إذا طلقها قبل الدخول كان لها جميع الولد . الثاني : أن له حكما يتميز ، فعلى هذا يكون الأم والحمل صداقًا . انظر : الحاوي للماوردي (٢٢٨/١٣٢) ، المهذب (٥٨/٢) . وقام الإمام أحمد : الزيادة لها مطلقًا ، سواء كانت عند القعد أو بعد العقد . راجع المبدع (١٥١/٧) . المغني (٩١/٥) . الشرح الكبير (٥٢/٨) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) انظر : المبسوط (٧١/٥) .

(٦) في (ن) ، (ع) ، (ص) : [لا يستوفي]

(٧) في (ن) ، (ع) : [تسليمه] . انظر : المبسوط (٧١/٥) .

(٨) في (ن) ، (ع) : [الرق] .

[أنه بنى] [١] على التغليب لأن الملك يسرى إلى الولد لم يبن على التغليب ، ولأنه ولد [٢] حدث قبل تمام الملك في الأم فكان تابعا لها في ، وحكم الملك ، كما لو حدث في المبيعة في المجلس [٣] أو في مدة الخيار [٤] .

٢٢٦٦٨ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [٥] .

٢٢٦٦٩ – قلنا : يحتمل أن يكون « فالمهر نصف ما فرضتم » ، ويحتمل : « فلكم نصف ما فرضتم » ، [فإن كان المراد به [٦] فالمهر نصف ما فرضتم] [٧] ، اقتضى أن يكون الولد كله للزوج ، وإن كان المراد به [فلكم نصف ما فرضتم] [٨] اقتضى أن يكون الولد كله [٩] للزوجة ، فسقط التعلق به .

٢٢٦٧٠ – قالوا : إنما [١٠] حصل في ملكها ، فوجب أن لا يتصف بالطلاق . أصله : الكسب ، إذا ولدت – بعد الطلاق [١١] .

٢٢٦٧١ – قلنا : إذا ولدت بعد القبض فقد حدث الولد بعد تمام الملك في الأم ، [فلم يتعلق به حق التمليك] [١٢] ، وقبل القبض حدث ، وتمام الملك في الأم] [١٣] ،

---

(١) في (ن) : [لأنه] ، وفي (ع) : [ولأنه] . (٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) قال في المبسوط : والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجودة وقت العقد ، بدليل المبيعة : فإن الزيادة المتولدة هناك كالموجودة وقت العقد حتى يصبر بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض . انظر : المبسوط (٧١/٥) .

(٤) قال في البحر نقلًا عن الخانية : « الأولاد والأكساب إذا كان الخيار للبائع تدور مع الأصل ؛ فإن أجيز كانت للمشتري ، وإن فسخ كانت للبائع . وإن كان الخيار للمشتري فحدثت عند البائع فكذا الجواب . وإن حدثت عند المشتري كانت له ، تم البيع أو انتقض : انظر : البحر الرائق (١٩/٦) .

(٥) البقرة : (٢٣٧) . ووجه الدلالة من الآية أنه لم يوجب الرجوع إلا بنصف المفروض ، وليس الولد مفروضًا . انظر : الحاوي للماوردي ٢٢٨ . الشرح الكبير (٥٣/٨) في ، المغني (٩١/٨) .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) . (٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) في (ع) : [أن] .

(١١) هكذا في جميع النسخ [الطلاق] وهو خطًا وصحته [وإذا ولدت بعد القبض] . انظر الحاوي ٤٦٤٨ ٢٢٩، الشرح الكبير (٥٣/٨) المغني (٩١/٨) .

(١٢) البحر الرائق (١٩/٦) .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

فصار كالولد الحادث في مدة الخيار ، وأما الكسب فلأن الحقوق المتعلقة بالرقاب لا تسرى إلى الاكتساب ، فلم يكن الكسب مهرًا فلم ينقسم ، والحقوق المستقرة تسرى إلى الأولاد فصار الولد مهرًا [فانقسم بالطلاق] [(١)] .

* * *

(١) في (م) : [مكررة] . انظر : المبسوط (٥/٩١،٧٢) .

مسألة ١٠٩١

إذا تزوجت المرأة بغير مهر أو على أن لا مهر لها

٢٢٦٧٢ – قال أصحابنا : إذا تزوجت المرأة بغير مهر ، » أو على أن لا مهر لها « ثم مات أحدهما فلها مهر مثلها (١) .

٢٢٦٧٣ – وقال الشافعي : المفوَّضة (٢) ....

---

(١) إجمال آراء الفقهاء في المفوضة أنه :
لا خلاف على أن النكاح إذا عقد بدون صداق فالنكاح جائز لقوله : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ والخلاف فيما إذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا . ذهب الإمام أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه وأحمد في ظاهر المذهب إلى أن المرأة إذا تزوجت بغير مهر ثم مات الزوج فللمرأة مهر مثلها من نسائها لا وكس ولا شطط .انظر بداية المجتهد (٣١/٢) ، مختصر الطحاوي ١٨٤ ، المبسوط (٦٢/٥) ، بدائع الصنائع (٢٧٤/٢) ، شرح فتح القدير (٣٢٥/٣٢٤/٣) ، البناية في شرح الهداية (١٩٣/٤) ، البحر الرائق (١٥٦/٣) ، والمسألة في اللباب (١٥/٣) ، الشرح الكبير (٨١/٨) ، ٨٣ ، المبدع (١٦٦/٧، ١٦٨) ، المغني (٥٨/٨) ، كشاف القناع (١٥٧/٥) ، المهذب (٦٠/٢) ، الأم (٧٤/٥) . وذهب الإمام مالك والشافعي في أحد قوليه إلى أن الزوج إذا مات قبل تسمية الصداق فليس للمرأة صداق ولها المتعة والميراث . انظر : بداية المجتهد (٣٣/٢) ، المدونة (٨٨/٤) ، التفريع (٥١/٢، ٥٢) ، روضة الطالبين (٢٧٩/٧، ٢٨٠) .
أما إذا شرطا ألا مهر لها في عقد الزواج فقد ذهب أبو حنيفة ، والشافعي في أحد قوليه ، وأحمد في ظاهر المذهب إلى أن المرأة إذا تزوجت على أن لا مهر لها ثم مات زوجها فلها مهر مثلها لا وكس ولا شطط . انظر : فتح القدير (٣٢٤/٣، ٣٢٥) ، البحر الرائق (١٥٦/٣) ، البناية في شرح الهداية (١٩٣/٤) ، رد المحتار (٣٣٤/٢) ، المبدع)(١٦٦/٧، ١٦٨) ، كشاف القناع (١٥٧/٥) . وذهب الإمام مالك إلى أنه لو عقد على إسقاطه لكان فاسدًا يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل . وذهب الشافعي في القول الثاني إلى أنه يجب لها المتعة والميرات ولا صداق لها . انظر : روضة الطالبين (٢٨٠/٨) .
(٢) في (م) : [أو على أن المهر لها] قال في الكتاب وإن تزوجها ولم يسم لها مهرًا أو تزوجها على أن لا مهر لها فلها مهر مثلها إن دخل بها أو مات عنها . انظر : اللباب (١٥/٣) . لكن لا خلاف بين العلماء أن النكاح إذا عقد بدون صداق فالنكاح جائز ، لقوله ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ انظر : بداية المجتهد (٣١/٢) . انظر : مختصر الطحاوي ١٨٤ ، المبسوط (٦٢/٥) ، بدائع الصنائع (٢٧٤/٢) ، شرح فتح القدير (٣٢٤/٣، ٣٢٥) ، البناية في شرح الهداية (١٩٣/٤) ، البحر الرائق (١٥٦/٣) ، والمسألة في اللباب شرح الكتاب (١٥/٣) ، الشرح الكبير (٨١/٨، ٨٣) ، المبدع (١٦٦/٧، ١٦٨) ، المغني (٥٨/٨) ، كشاف القناع (١٥٧/٥) ، المهذب (٦٠/٢) ، الأم (٧٤/٥) . =

بفتح الواو [١] على ضربين : مفوضة المهر ، وهي التي تتزوج على ما يتفقان عليه ، أو على خمر فلها مهر مثلها إن مات عنها ، ومفوضة البضع ، وهي البالغة الرشيدة يزوجها الولي باختيارها بغير مهر مسمى ، أو يقول [٢] على أن لا مهر لها ، أو يزوج [٣] البكر غير الأب والجد برضاها ، فإن مات الزوج فعليها العدة ، ولا مهر لها في أحد القولين ، والقول الآخر مثل قولنا [٤] .

٢٢٦٧٤ - فأما الصغيرة ، والمجنونة ، والبكر إذا أكرهها أبوها ، [فلا تكون] [٥] مفوضة ، ولها مهر مثلها . والأمة إذا فوضها مولاها فلا مهر لها . وإن تزوجها على أن لا مهر لها في الحال ، ولا في الثاني ففيه وجهان [٦] أحدهما : أنها مفوضة ، والآخر : النكاح باطل [٧] .

٢٢٦٧٥ - والكلام في هذه المسألة في فصلين أحدهما في نفس المسألة ، والآخر في أن المهر يجب في المفوضة بالعقد [٨] ، وعند مخالفنا بالدخول [٩] .

= بداية المجتهد (٢/٣٣) ، المدونة (٤/٨٨) ، التفريع (٢/٥١،٥٢) ، روضة الطالبين (٧/٢٧٩،٢٨٠) . فتح القدير (٣/٣٢٤،٣٢٥) ، رد المحتار (٢/٣٣٤) . وذهب الإمام مالك والشافعي في أحد قوليه إلى أن الزوج إذا مات قبل تسمية الصداق فليس للمرأة صداق ، ولها المتعة والميراث . وذهب الإمام مالك إلى أنه لو عَقَدا على إسقاطه لكان فاسدًا يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل . وذهب الشافعي في القول الثاني إلى أنه يجب لها المتعة والميراث ولا صداق لها . انظر : روضة الطالبين (٨/٢٨٠) .

(١) المفوضة « بفتح الواو » لأن الولي فوض أمرها إلى الزوج وتسمى مفوِّضة بكسر الواو لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا مهر ، أو لأنها أهملت المهر ، قال في البحر : والفتح أفصح .
انظر : مغني المحتاج (٣/٢٢٩) ، زاد المحتاج إلى شرح المنهاج (٣/٢٩٠) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [نقول] .

(٣) في (ن) ، (ع) : [تزوج] .

(٤) قال في روضة الطالبين : « واختلفوا في الأظهر منهما فرجح صاحب التقريب والمتولي : الوجوب ، ورجح العراقيون والإمام البغوي والروياني : أنه لا يجب ، قال النووي : قلت الراجح ترجيح الوجوب » . انظر : روضة الطالبين (٧/٢٨١) .

(٥) في (ن) : [يكون] .

(٦) الوجوه في المذهب الشافعي لأصحابه المنتسبين إلى مذهبه يخرجونها على أصوله ويستنبطونها من قواعده ويجتهدون في بعضها وإن لم يأخذوه من أصله . انظر : المجموع (١/٦٥) .

(٧) انظر : الأم (٥/٧٤،٧٥) ، المهذب (٢/٦٠) ، روضة الطالبين (٧/٢٧٩-٢٨٢) ، مغني المحتاج (٣/٢٢٩-٢٣٠) ، نهاية المحتاج (٦/٣٤٧) .

(٨) وبه قال الإمام أحمد . انظر : المبسوط (٥/٦٢) ، المبدع (٧/١٦٧) ، الأنصاف (٨/٢٩٧) .

(٩) قال في روضة الطالبين فيه قولان أظهرهما أنه لا يجب بنفس العقد انظر : روضة الطالبين (٧/٢٨١) . وقال الإمام مالك : لا يجب للمفوضة مهر المثل إلا بالوطء ولو كان حراما . انظر : الشرح الصغير (٣/٢٣٤) .

٢٢٦٧٦ - أما الكلام في نفس المسألة فالدليل عليه : ما روى سفيان [١] عن منصور[٢] ، عن إبراهيم [٣] ، علقمة [٤] ، عن عبد الله أنه أتى في امرأة مات عنها زوجها ، ولم يكن فرض لها شيئًا ، و لم يدخل بها ، فسألوه مهرها [٥] ، فقال عبد الله : أقول برأيي [٦] ، فإن يكون خطأ فمن نفسي ، [وإن يكن] [٧] صوابا فمن الله : لها صداق مثلها ، وعليها العدة ، ولها الميراث ، فقام [معقل بن سنان] [٨] الأشجعي [٩] ،

---

(١) في (ن) : [سفين] . هو : سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري ، أبو عبد الله الكوفي ، روى عن : إبراهيم بن عبد الأعلى وزيد بن أسلم وإبراهيم بن عتبة وأسلم المنقرى وجابر الجعفى وحميد الطويل وغيرهم ، وروى عنه أمية بن خالد وسليمان الأعمش وعيسى بن يونس وعلى بن الجعد وغيرهم . قال الحافظ أبو بكر الخطيب : كان إمامًا من أئمة المسلمين ، وعلما من أعلام الدين ، مجمعا على أمانته ، بحيث يستغني عن تزكيته مع الإتقان والحفظ والمعرفة والضبط . قال محمد بن سعد أجمعوا على أنه مات سنة (١٧١) هـ بالبصرة . انظر تهذيب الكمال (١١/١٥٤-١٦٩) ، التاريخ الكبير (٢/٩٢-٩٣) ، الجرح والتعديل (٤/٢٢٢-٢٢٥) .

(٢) منصور بن المعتمر بن عبد الله بن ربيعة روى عن زيد بن وهب وإبراهيم النخعي والحسن البصري وأبي وائل وغيرهم وروى عنه أيوب ، والأعمش والثوري وشعبة ومسعر وغيرهم . قال العجلى : ثقة ثبت في الحديث ، كان أثبت أهل الكوفة ، مات سنة ١٣٢ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (١٠/٣١٢-٣١٥) ، تذكرة الحفاظ (١/١٤٢-١٤٣) ، طبقات السيوطي ص ٥٩ .

(٣) هو : إبراهيم بن سويد النخعي الكوفي الأعور . روى عن : الأسود بن يزيد ، وعلقمة بن قيس وغيرهم ، وروى عنه : الحسن بن عبيد الله ، وزيد بن الحارث ، وسلمة بن كهيل وغيرهم ، قال الدارقطني : ليس في حديثه شيء منكر . مات سنة ١١٥ هـ - انظر : تهذيب الكمال (١/١٠٤) ، ميزان الاعتدال (١/٣٧) تهذيب التهذيب (١/١٢٦) التاريخ الكبير (١/٢٩٠) .

(٤) علقمة بن قيس بن عبد الله بن أكهل ، ولد في أيام الرسول ﷺ ، روى عن عمر ، وعثمان ، وعلى ، وسلمان ، ومصعب ، وعمار وغيرهم وروى عنه الشعبي ، وإبراهيم النخعي ، وابن سيرين ، وأبو وائل وغيرهم قال أحمد بن حنبل : علقمة ثقة . مات في خلافة يزيد وقيل سنة ٦١ هـ وقيل ٦٢ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤/٥٣-٦١) ، تذكرة الحفاظ (١/٤٨) ، تهذيب التهذيب (٧/٢٧٦) ، التاريخ الكبير (٧/٤١) .

(٥) ساقطة من (ع) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [برأي] .

(٧) في (ن) : [يكون] .

(٨) في النسخ : [معقل بن يسار] الصحيح ما أثبتناه .

(٩) هو : معقل بن سنان بن « مظهر » . . . بن أشجع الأشجعي روى عن النبي ﷺ وروى عنه من أهل الكوفة علقمة ومسروق . شهد فتح مكة ثم أتى المدينة فأقام بها ، وهو الذي روى حديث بروع بنت واشق . مات مقتولا يوم الحرة صبرا سنة ٦٣ هـ وقد قتله مسلم بن عقبة لما ظفر بأهل المدينة .

انظر : الإصابة (٦/١٨١-١٨٣) ، أسد الغابة (٥/٢٣٠،٢٣١) ، الاستيعاب (٣/١٤٣١-١٤٣٢) .

فقال : قضى رسول الله ﷺ في تزويج بنت واشق [١] الأشجعية [٢] ، مثل ما قضيت ، ففرح بذلك [٣] ، ورواه حماد بن سلمة [٤] ، عن داود بن أبي هند [٥] ، عن الشعبي ، عن علقمة [٦] ، عن ابن مسعود [٧] ورواه [الجراح بن الجراح] [٨] ومعقل بن سنان [٩] .

(١) في (ن) ، (ع) : [واسق] .
(٢) بروع بنت واشق الكلابية زوج هلال بن مرة . مات عنها زوجها ولم يفرض لها صداقا فقضى لها رسول الله ﷺ بمثل صداق نسائها . انظر : الإصابة (٥٣٤/٧) ، أسد الغابة (٣٧/٧) ، الاستيعاب (١٧٩٥/٤) .
(٣) أخرجه أبو داود في سننه باب فيمن تزوج ولم يسم صداقا حتى مات . سنن الترمذي (٢٠٧/٢) ، والنسائي في السنن الكبرى باب إباحة التزويج بغير صداق (٣١٦/٣) ، ابن ماجه في سننه - باب الرجل هو : يتزوج ولا يفرض فيموت على ذلك (٦٠٩/١) ، وأخرجه ابن حبان في صحيحه - باب ذكر وصف الحكم (٤٠٩/٩) ، والبيهقي في السنن الكبرى - باب أحد الزوجين يموت ولم يفرض لها صداقا (٢٤٥/٧) وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه - باب الذي يتزوج فلا يدخل ولا يفرض حتى يموت (٢٩٤/٦) ، وأخرجه ابن أبي شيبة - في باب الصداق - ما قالوا في الرجل يتزوج المرأة فيموت (٣٠٠/٤) ، والإمام أحمد في المسند حديث الجراح ، وأبي سنان - المسند (٢٨٠/٤) . انظر هذا الاستدلال في : المبسوط (٦٣/٥) ، بدائع الصنائع (٢٩٥/٢) ، فتح القدير (٢١١/٣) ، المغني مع الشرح (٨٨،٨٧/٨) .
(٤) حماد بن سلمة بن دينار البصري . روى عن الأزرق بن قيس ، وبهز بن حكيم ، وحجاج بن أرطاة ، وحميد الطويل ، وداود بن أبي هند ، وغيرهم ، وروى عنه : أسد بن موسى ، والثوري ، وشريح وغيرهم . قال عبد الرحمن بن مهدي : حماد بن سلمة صحيح السماع ، أدرك الناس ، لم يتهم بلون من الألوان ولم يتلبس بشيء ، أحسن ملكة نفسه ولسانه ، ولم يطلقه على أحد ، ولا ذكر خلقا بسوء ، فسلم حتى مات . مات سنة ١٦٧ هـ - انظر : تهذيب الكمال (٢٥٣/٧-٢٦٨) ، خلاصة تهذيب الكمال (٢٥٢/١) ، الجرح والتعديل (١٤٠/٣،١٤١) .
(٥) هو : دينار بن عذاقر القشيري أبو بكر . روى عن : الحسن البصري ، وسماك بن حرب ، والشعبي ، ومكحول وغيرهم . وروى عنه : حماد بن سلمة ، وحميد الطويل ، والثوري ، وغيرهم . قال شعبان الثوري : هو من حفاظ البصريين ، وقال أحمد : ثقة مات سنة ١٣٩ هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (١٤٦/١-١٤٨) ، تهذيب الكمال (٤٦١/٨-٤٦٦) ، الثقات لابن حيان (٢٧٨/٦) ، معرفة الرجال (١١١/١) .
(٦) سبقت ترجمته .
(٧) أخرجه الإمام أحمد في المسند (٢٨٠/٤) ، والنسائي في السنن الكبرى باب إباحة التزويج بغير صداق (٣١٧/٧) ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى - باب أحد الزوجين يموت ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها (٢٤٥/٧) ، وسعيد بن منصور في سننه - باب الرجل يتزوج المرأة فيموت ولم يفرض لها (٣/ ٢٣٢) ، وأخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين - باب فيمن تزوج ولم يفرض صداقا (١٨٠/٢) .
(٨) في النسخ [همام بن الجراح] وهو خطأ وصحته [الجراح بن الجراح] .
وهو الجراح بن أبي الجراح له صحبة ، روى عنه عبد الله بن عتبة بن مسعود مذكور في قصة بروع بنت واشق . انظر : الاستيعاب (٢٦٧/٣) ، أسد الغابة (٣٢٨/١) ، الإصابة (٤٦٩/١-٤٧٠) .
(٩) أخرجه أبو داود في سننه - باب فيمن تزوج ولم يسم صداقا حتى مات (٥٨٩/٢) ، والبيهقي في السنن =

٢٢٦٧٧ - قالوا : هذا خبر ضعيف ، لأنه روى فقام ناس [١] من بنى أشجع ، وروى معقل بن سنان ، وروى بن سنان [٢] .

٢٢٦٧٨ - قلنا : هذا لا يوجب ضعف الخبر ، لأن معقل بن سنان ، وأبو الجراح من أشجع ، فأحد الرواة ذكر أسماءهم والراوي الأخر [سكت عن ذلك] [٣] ، وخلافهم في معقل بن سنان ، أو معقل بن يسار تصحيف من أحد الرواة ، والصحيح [ابن سنان] [٤] ، ولا خلاف أن نسب أبيه كشهرته وذلك لا يقدح إذا كان معروفا ، وهذا مشهور في الصحابة يقال : إنه صاحب راية أشجع ، وقتل يوم الحرة [٥] .

٢٢٦٧٩ - فإن قيل : فهو مجهول [٦] .

٢٢٦٨٠ - قلنا : قد بينا خلاف ذلك ، ولأن ابن مسعود عدله وقبل روايته ، وتعديل ابن مسعود حجة .

٢٢٦٨١ - فإن قيل [٧] : روى أن عليا لما بلغه هذا الخبر قال : لا نقبل شهادة الأعراب على رسول الله ﷺ [٨] .

٢٢٦٨٢ - قلنا : فهذه طريقة لا نقول بها نحن ولا أنتم ، وقد قبل النبي ﷺ - شهادة الأعراب على رؤية الهلال [٩] ، وإنما كان على يشدد في الرواية ولا / يقبل حتى ٢٥٤

= الكبرى - باب أحد الزوجين يموت ولم يسم لها صدقا ولم يدخل بها بلفظه ، وأحمد في المسند (١/٤٣١) .

(١) في (ن) ، (ع) : [أنس] .

(٢) انظر : الأم (٥/٧٤) ، معرفة السنن والآثار (١٠/٢٢٦) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . قال البيهقي : وهذا الاختلاف في تسمية من روى قصة بروع بنت واشق عن النبي - ﷺ - لا يوهن الحديث ، فإن جميع هذه الروايات أسانيدها صحاح ، وفي بعضها ما دل على أن جماعة من أشجع شهدوا بذلك ، فكان بعض الرواة سمى منهم واحدا ، وبعضهم سمى اثنين ، وبعضهم أطلق ولم يسم ، ومثله لا يرد الحديث ولولا ثقة من رواه عن النبي ﷺ لما كان لفرح عبد الله بن مسعود بروايته معنى . انظر : معرفة السنن والآثار (١٠/٢٢٧) ، نيل الأوطار (٦/١٧٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [ابن يسار] .

(٥) انظر : الإصابة (٦/١٨١-١٨٢) .

(٦) انظر : الأم (٥/٧٤) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [قالوا] .

(٨) أخرجه عبد الرزاق في المصنف - باب الرجل يتزوج فلا يفرض حتى يموت عن الحكم (٦/٤٧٩،) والبيهقي في السنن الكبرى - باب من لا صداق لها (٧/٢٤٧) ، سعيد بن منصور في سننه - باب الرجل يتزوج المرأة فيموت ولم يفرض لها صداقا (٣/٢٣٢،٢٣٣) .

(٩) أخرجه الإمام أبو داود في سننه - باب شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان . (٢/٧٥٤-٧٥٥) ، والترمذي في جامعه - باب ما جاء في الصوم بالشهادة (٤/٧٤) والنسائي في سننه : باب قبول شهادة الرجل =

يستحلف راويه ، فلا [١] تلزمنا هذه الطريقة [٢] .

٢٢٦٨٣ - فإن قيل : إن كان الاستدلال بقول ابن مسعود فقد خالفه في ذلك علي [٣] ، وابن عباس [٤] ، وابن عمر [٥] ، وإن كان الاستدلال بقول النبي ﷺ ، فيحتمل أن تكون مفوضة المهر ، أو في صغيرة فوضها أبوها ، أو بكرًا أجبرها أبوها ، أو غير رشيدة [٦] .

٢٢٦٨٤ - قلنا : أما الصغيرة فلا يحتملها الخبر ، لأنه قال : « قضى بذلك في امرأة منا » ولا يجوز أن يحمل على تفويض الولي ، ولا على تفويض المهر ، لأن ابن مسعود قضى في امرأة تزوجت ولم يفرض لها مهرًا ، فقال معقل : « قضى فينا رسول الله ﷺ

= الواحد على هلال شهر رمضان ، وبنحوه سنن النسائي (٤/١٣١) ، وابن ماجه في سننه : باب ما جاء في الشهادة على رؤية الهلال (١/٥٢٩) ، والدارمي في سننه : باب الشهادة على رؤية الهلال بنحوه (٢/٠٩) .

(١) في (ع) : [ولا] .

(٢) قال في عون المعبود : « وأما قول علي - رضي الله عنه - فقد رُدَّ ذلك بأنه لم يثبت عنه من وجه صحيح ، ولو سلم ثبوته فلم ينفرد بالحديث المذكور معقل ، بل روى عنه من طريق غيره ، ومعه الجراح ، الكتاب والسنة إنما نفيا مهر المطلقة قبل المس والفرض ، ولم ينفيا مهر من مات عنها زوجها . وأحكام الموت غير أحكام الطلاق . انظر : عون المعبود (١/١٥٠) .

(٣) روى ذلك عنه عبد الرزاق في مصنفه - باب الذي يتزوج فلا يدخل ولا يفرض حتى يموت - عن علي - رضي الله عنه - أنه قال في المتوفى عنها ولم يفرض لها صداقًا ، قال : « لها الميراث ولا صداق لها » ، وسعيد بن منصور في سننه - باب الرجل يتزوج المرأة فيموت ولم يفرض لها صداقًا بنحوه (١/٢٣٠) . وابن أبي شيبة في مصنفه : ما قالوا في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها ولم يفرض لها صداقًا - (٤/٣٠١) .

(٤) روى ذلك عنه عبد الرزاق في مصنفه عن عطاء ، قال : سمعت ابن عباس يقول : حسبها الميراث لا صداق لها ، المصنف (٦/٢٩٣) - و البيهقي في السنن الكبرى - باب من قال لا صداق لها وابن أبي شيبة في مصنفه - ما قالوا في الرجل يتزوج المرآة فيموت عنها ولم يفرض لها .

(٥) روى ذلك عنه سعيد بن منصور في سننه - باب الرجل الذي يتزوج المرأة فيموت ولم يفرض لها صداقا - عن الشعبي أن ابن عمر وزيد بن ثابت ، قالا في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا فمات لها الميراث ، ولا صداق لها ، سنن سعيد بن منصور (٣/٢٣١) ، وعبد الرزاق في مصنفه - باب الذي يتزوج فلا يدخل ولا يفرض حتى يموت ، المصنف (٦/٢٩٢) ، وابن أبي شيبة في مصنفه - ما قالوا في الرجل الذي يتزوج المرأة ، فيموت عنها ولم يفرض لها (٤/٢٩٢) والبيهقي في السنن الكبرى - باب من قال لا صداق لها - (٧/٢٤٦) .

(٦) هذا اعتراض للمخالف في الاستدلال بقضاء عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - في التي لم يسم لها مهرًا ثم مات زوجها بأن التعلق بقضاء عبد الله بن مسعود قد خالفه فيه علي رضي الله عنه وابن عباس رضي الله عنهما وابن عمر رضي الله عنهما فقد قالوا : لا مهر لها ، حسبها الميراث ، وإن كان التعلق بقضاء رسول الله ﷺ فلعله كان ذلك في مفوضة المهر ، أو في صغيرة فوضها أبوها ، وغير ذلك من الاحتمالات التي تدفع الاستدلال بالحديث .

بمثل ذلك » فدل أن إحدى القضيتين كالأخرى ولم يستفصل [١] النبى ﷺ التفويض ، ولو كان الحكم يختلف لفصل [٢] .

٢٢٦٨٥ - فإن قيل : الراوي كان أعرابيًا لا يعرف الأحكام ، فلا تقبل روايته في الأمر المحتمل ، وهذا معنى قول عليّ : كيف نقبل شهادة الأعراب ،

٢٢٦٨٦ - قلنا : قبل خبره ابن مسعود ، وهو عالم بالأحكام ، فدل على أن الاحتمال زال عنده ، على أن [٣] المزني [٤] حكى [٥] عن الشافعي أنه قال : وقد روى عن النبي ﷺ في تزويج بنت واشق [٦] أنها نكحت بغير مهر فمات زوجها فقضى بمهر نسائها ، والميراث ثبت فلا حجة في قول أحد دون النبي ﷺ[٧] فلم يعترض على الخبر بالاحتمال ، وإنما اعترضه باختلاف اسم الراوي .

٢٢٦٨٧ - فإن قيل : قال الواقدي [٨] : وقع هذا الحديث في المدينة ، فما عرفه أحد من أهل العلم بها [٩] .

٢٢٦٨٨ - قلنا : هذا حديث كوفي رواه معقل بن سنان بالكوفة ، فلا يضره أن لا

---

(١) في (ن) : [يستفضل] . (٢) في (ن) : [لفضل] .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني ، ينسب إلى مزينة ، وهي قبيلة معروفة ، ولد سنة ١٧٥ هـ ، أخذ العلم عن الشافعي ونعيم بن حماد وغيرهم ، وأخذ عنه ابن خزيمة والطحاوي وزكريا الساجي وابن أبي حاتم وغيرهم . قال : الشافعي في صفته : لو ناظر الشيطان لغلبه ، وقال الشافعي أيضًا : المزني ناصر مذهب . صنف التصانيف ، منها : المبسوط ، والمختصر والمنثور والمسائل المعتبرة والترغيب في العلم وكتاب الدقائق وغيرها من المصنفات ، مات سنة ٢٦٤ هـ ودفن بالقرب من قبر الإمام الشافعي . انظر : طبقات الشيرازي ٩٧ ، طبقات ابن السبكى (٢/٩٣-٩٥) ، طبقات الأسنوى (١/٣٤-٣٦) ، طبقات العيادى ص ٩ - ١٢ .

(٥) في (ن) ، (ع) : [حكما] . (٦) في (ن) ، (ع) : [واثق] .

(٧) انظر : مختصر المزني مع الأم (٨/٢٨٣) ط دار الفكر بيروت ط ثانية ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م .

(٨) هو : محمد بن عمر بن واقد الأسلمي المعروف بالواقدي ، روى عن محمد بن عجلان ، وابن جريج ، وثور بن يزيد ، وسفيان الثوري ، ومالك وغيرهم . وروى عنه : بشر محمد بن سعد الحافي وجماعة من الأعيان ، قال الذهبي : مجمع على تركه ، وقال ابن عدي : يروى أحاديث غير محفوظة والبلاء منه . صنف التصانيف منها التاريخ والمغازي ، كتاب فتوح العراق ، وتاريخ الفقهاء وغيرها من التصانيف . مات سنة ٢٠٧ هـ . انظر : شذرات الذهب في أخبار من ذهب (٢/١٨) لعبد الحي بن العماد الحنبلي ، الوافي بالوفيات (٤/٢٣٨-٢٤٠) لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان (٤/٣٤٨-٣٥١) للعلامة شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان/ م تحقيق إحسان عباس .

(٩) انظر : تحفة الأحوذي (٥/٨٦) ، الحاوي للماوردي ٣٣٩ .

يعرفه أحد من أهل المدينة ، [١] ولأنها زوجة تستحق مهر المثل بالدخول ، فتستحقه بالموت كالتي تزوجها على خمر [٢] ، أو على أن مهرها ما يتفق عليه [٣] ، ولا يلزم المنكوحة نكاحًا فاسدًا ، لأنا قلنا : زوجة [٤] .

٢٢٦٨٩ - فإن قيل : « وجوب المهر بالدخول أوسع من وجوبه بالموت » بدلالة أن في النكاح الفاسد [٥] يجب المهر بالدخول ، ولا يجب بالموت [٦] .

٢٢٦٩٠ - قلنا : [٧] حكم الموت والدخول في النكاح الصحيح سواء ، بدلالة التي سمى لها مهرًا ، والتي فوضت مهرها [٨] ، وإنما يختلفان في الفاسد ، لأن البدل يجب فيه بالاستيفاء [٩] ، والموت ليس باستيفاء المعقود عليه ، ولأن البدل في الموت في الزواج أجرى مجرى الدخول بدلالة وجوب العدة [١٠] بكل واحد منهما ، ثم لو دخل بها

---

(١) قال في تحفة الأحوذى : « إن جهل أهل المدينة به لا يضره ، فلكل بلدة زمرة من أصحاب النبي ﷺ بلغت ما كان عندها ، فوعاها أهلها ، فيقال هذه سنة تفرد بها أهل المدينة وهذه سنة تفرد بها أهل الكوفة ، وهذه سنة تفرد بها أهل البصرة . انظر : تحفة الأحوذي (٨٦/٥، ٣٣٩) .

(٢) قال في رد المحتار : « إذا لم يسم مهرًا أو لم يسمه تسمية صحيحة ، كما لو سمى غير مال كخمر ونحوه ، أو مجهول الجنس كدابة وثوب فمات عنها فلها مهر المثل » . انظر : رد المحتار (٣٣٤/٢) . وبهذا تتبين أنه إذا سمى في المهر تسمية غير صحيحة فلها مهر المثل إذا مات عنها ، كالمفوضة ، وهذا قياس المصنف .

(٣) في (ن) ، (ع) : [عينه] .انظر : المبسوط (٦٢/٥) .

(٤) أي لا يلزم وجوب مهر المثل للمنكوحة نكاحًا فاسدًا إذا لم يسم لها مهرًا ثم مات عنها . لأن مهر المثل في النكاح الفاسد يجب بالوطء ، لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده ، وإنما يجب بالدخول . انظر : البحر الرائق (١٨١/٣) .

(٥) النكاح الفاسد : هو الذي فقد شرطا من شرائط الصحة كشهود ، أو نكاح الأخت في عدة أختها في الطلاق البائن أو الخامسة في عدة الرابعة ، ونكاح المعتدة والأمة على الحرة .
انظر : العناية (٣٦٣/٣-٤٦٤) . فتح القدير (٣٦٣/٣) ، رد المحتار (٣٥٠/٢) .

(٦) اعتراض للمخالف في الاستدلال على أن من استقر مهرها بالدخول استقر بالموت ، كالمسمى لها بأن ذلك يبطل بالمنكوحة نكاحًا فاسدًا ، لأن مهرها يستقر بالدخول ولا يستقر بالموت .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) فإن كلا منهما إذا سمى لها مهرًا أو فوضت بضعها فإنه يجب لها مهر المثل بالدخول والموت .
انظر : فتح القدير (٣٢١/٣، ٣٢٢، ٣٢٤، ٣٢٥) .

(٩) أي استيفاء منافع البضع ، لأن المهر لا يجب فيه بنفس العقد لفساده ، وإنما يجب باستيفاء منافع البضع ، وكذا بعد الخلوة ، لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن ، فهي غير صحيحة كالخلوة بالحائض ، فلا تقام مقام الوطء . انظر : بدائع الصنائع (٢٨٨/٢) ، فتح القدير (٣٦٤/٣) ، البحر الرائق (١٨١/٣) .

(١٠) أي وجوب عدة الطلاق ، وأما عدة الوفاة فلا تجب عليها من النكاح الفاسد . البحر الرائق (١٨٤/٣) .

في مسألتنا لم يعد البضع إليها بالموت بغير بدل ، كذلك إذا مات عنها . ولا يلزم الذمية ، لأن الموت لا يوجب العدة عليها ، وكذلك الدخول فلا يوجب كل واحد منهما مهرًا أيضًا [١] .

٢٢٦٩١ - [ولا يلزم إذا زوج المولى أمته من عبده ، لأن البضع لا يعود إليها ، وإنما يعود إلى المولى . ولأن المهر واجب لها عندنا ثم يسقط لأنه دين المولى على عبده [٢] ، ولأنه نكاح صحيح بين مسلمين ، فإذا وقعت الفرقة بالموت ، لم يعد البضع إليها بغير عوض . أصله : المفوضة المهر [٣] .

٢٢٦٩٢ - ولا يلزم الأمة إذا زوجها مولاها عبده ، لأن البضع لا يعود إليها ، [٤] ولا يلزم إذا ارتدت قبل الدخول ، أو قَبَّلت ابن [٥] زوجها .

٢٢٦٩٣ - لأنا قلنا : فإذا وقعت الفرقة بالموت [٦] ، ولا يلزم نكاح النبي ﷺ لأن التعليل للأحكام الثابتة في الحال ، ولأنها تستحق بدلا عن بضعها إذا طلقها قبل الدخول ، وهي المتعة ، فاستحقت البدل عنه إذا مات قبل الدخول . أصله : التي سمى لها مهرًا [٧] ، ومفوضة [٨] المهر ، ولأنها تستحق الميراث بوفاة زوجها فاستقر لها بوفاته مهرا .

٢٢٦٩٤ - أصله : مفوضة المهر ، ولا يلزم إذا زوج المولى أمته عبده ثم أعتقها ، لأنا عللنا التسوية بين التفويض ، وفي مسألة الإلزام بألا فرق بين أن تفوض بضعها ، أو

---

(١) انظر : منحة الخالق على البحر الرائق (٢٢٢/٣) لابن عابدين - ط دار المعرفة . بيروت . ط ثانية بهامش البحر الرائق شرح كنز الدقائق .

(٢) انظر : البحر الرائق (٢٠٣/٣ ، ٢٠٥) .

(٣) انظر : البحر الرائق (١٥٦/٣) .

(٤) انظر : البحر (٢٠٥/٣) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [من] .

(٦) إذا ارتدت المرأة قبل الدخول أو قبلت ابن زوجها فلا مهر لها ولا نفقة ، لأن الفرقة جاءت من قبلها . انظر : المبسوط (٤٩/٥) ، فتح القدير (٢٩٨/٣) .

(٧) قال في الاختيار : « ومن سمى مهرًا لزمه بالدخول والموت ، أما الدخول فلأنه تحقق به تسليم المبدل ، وبالموت يتقرر النكاح بانتهائه فيجب البدل . انظر : الاختيار (٣٨/٣) . وبهذا يتبين أن المسمى لها يجب لها البدل إذا مات عنها زوجها قبل الدخول ، كما يجب البدل لمن لم يسم لها مهرًا أو شرط ألا مهر لها . لكن المتعة تجب لمن لم يسم لها مهرًا أو شرط ألا مهر لها - إذا طلقها قبل الدخول لأنها قائمة مقام نصف المهر ، وهي خلف عنه ، فلا تجتمع مع الأصل في حق غيرها ، ولهذا لو كانت قيمتها أكثر من نصف مهر المثل وجب نصف مهر المثل ، أما المسمى لها إذا طلقت قبل الدخول فإن المتعة لها تكون مستحبة . انظر : الاختيار (٣٨/٣ ، ٣٩) ، البحر الرائق (١٦٦/٣ ، ١٦٧) .

(٨) في (ع) : [وفوضة] .

مهرها ، في أنها لا تستحق شيئًا .

٢٢٦٩٥ - والدليل على وجوب المهر بالعقد قوله تعالى : ﴿ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ ﴾ (١) [فَجُوِّز للنبي ﷺ أن يتزوج بغير مهر ، وقال ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ ﴾ (٢) ؛ فأخبر تعالى أنه فرّق بيننا وبين النبي - ﷺ - في الفرض (٣) فظاهره يقتضي مفارقتنا له [في حال العقد] (٤) وفي حال الدخول ، ومن زعم أنا لا نفارقه في إحدى (٥) الحالتين فقد خالف الظاهر (٦) ، ولأن لها أن تخاصم الزوج ، وتطالبه بفرض المهر ، وللحاكم أن يفرض المهر إذا طلبت ، والحاكم لا يملك إيجاب حق لم يجب ، وإنما يقرر ما وجب لها (٧) فلما ملك الحاكم فرض المهر دل على أنه كان واجبا (٨) .

٢٢٦٩٦ - ولا يقال : إن النفقة (٩) لا تجب عندكم إلا بحكم الحاكم ، فهو يبتدئ إيجابها ، ولم تكن واجبة قبل حكمه .

٢٢٦٩٧ - قلنا : تجب النفقة عندنا للمرأة بتسليم نفسها في منزل الزوج ، وإن لم يحكم الحاكم (١٠) ، إلا أنها تسقط بمضي الزمان ، فحكمه يحتاج إليه لتقديرها حتى لا تسقط ، فأما لإيجابها فلا (١١) .

٢٢٦٩٨ - ولا يقال : إن الحاكم يحكم بالشفعة (١٢) ، فيملك الشفيع الشقص (١٣)

---

(١) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ . (٢) سورة الأحزاب : الآية ٥٠ .

(٣) في (ن) ، (ع) : [الفرق] . (٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٥) هكذا في النسخ وهو خطأ وصحته : [إحدى] .

(٦) انظر : المبسوط ج (٦٣/٥) . (٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : المبسوط (٦٣/٥) ، المغني مع الشرح (٥٦/٨) ، الشرح الكبير (٨٥/٨) .

(٩) نفقت الدراهم نفقا - من باب تعب - : نفدت ، والنفقة اسم منه ، وجمعها نفاق ، مثل رقبة ورقاب ، ونفق الشيء نفقا : فني ، ونفقت الدابة نفوقا : ماتت ، ونفقت السلعة والدراهم نفاقًا كثر طلابها وفي الشرع : الإدرار على الشيء بما به بقاؤه . انظر : الصحاح باب القاف . البناية (٨٥٤/٤) .

(١٠) هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية ، قال في المبسوط : وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها - وإن لم تنتقل إلى بيت الزوج - ألا ترى أن الزوج لو لم يطلب انتقالها إلى بيته كان لها أن تطالبه بالنفقة . انظر : المبسوط (١٨٧/٥) . (١١) انظر : المبسوط (١٨٤/٥) .

(١٢) الشفعة في اللغة : من الشفع وهو الضم ، سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى ملك الشفيع . وفي الشرع : تملك البقعة جبرا بما قام على المشترى بالشركة والجوار . انظر : الصحاح باب العين

(١٣) بالكسر السهم والنصيب والشرك والشقيص مثله وهو في العين المشتركة من كل شيء .

بحكمه ، وإن لم يكن مالكا ، وذلك لأن في الشفعة يقضى القاضي (١) للشفيع بالأخذ ، وقد كان حق الأخذ ثابتا له ، فإذا قضى له ملك الأخذ فينتقل الشقص إليه فيأخذه ، فأما الحكم فلا (٢) .

٢٢٦٩٩ - ولأن المرأة تملك أن تحبس نفسها ، و تمتنع (٣) حتى يفرض ، أو يفرض لها الحاكم ، أو يعطيها المفروض ، ولو لم يجب البدل ، لم تملك حق الحبس (٤) .

٢٢٧٠٠ - فإن قيل : إنها تحبس نفسها ليفرض لها .

٢٢٧٠١ - قلنا : لو ملك عليها المعقود عليه بغير عوض ، لم يثبت لها [حق الحبس] (٥) ، كما لا يثبت للراهن (٦) .

٢٢٧٠٢ - ولأن كل مزوجة استحقت مهر المثل بعد الدخول كان ذلك واجبًا بنفس العقد ، كالتي تزوجها مفوضة المهر .

٢٢٧٠٣ - ولا يلزم المهر (٧) بالنكاح الفاسد ، لأنا قلنا كل زوجة (٨) ، ولأن كل ما يثبت للمرأة حبس نفسها (٩) حتى تستوفيه ، كان واجبًا بنفس العقد ، كالمسمى ، وكمهر المثل في المفوضة لمهرها (١٠) ، ولأنه عقد خلا عن تسمية صحيحة فوجب مهر

---

(١) في (ن) ، (ع) : [الحاكم] .

(٢) انظر : البناية (٤٨٤/٨) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [وتمنع] .

(٤) هذا إذا كان المهر حالًا ، أما إذا كان مؤجلا إلى أجل معلوم ، فيجب عليها تسليم نفسها عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف ، فلها أن تمنع نفسها بالمؤجل . انظر : تحفة الفقهاء (٢١١/٢) ، الهداية (٢١١/١، ٢١٢) فتح القدير (٣٧٠/٣) ، المبسوط (٦٣/٥) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [حكم الحبس] .

(٦) في (م) : [للواهب] . قال في البدائع : « أما الذي يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة : الأول : ملك حبس المرهون على سبيل الدوام إلى وقت الفكاك ، أو ملك العين في حق الحبس على سبيل الدوام إلى وقت الفكاك ، وكون المرتهن أحق بحبس المرهون على سبيل اللزوم إلى وقت الفكاك . بدائع الصنائع (١٤٥/٦) ، تحفة الفقهاء (٥٦/٣) . وبهذا يتبين أن حق الحبس يثبت للمرتهن لا للراهن كما يثبت للمرأة حق حبس نفسها لاستيفاء المهر .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) قال في البدائع : « وفي النكاح الفاسد يجب المهر ، لكن لا بنفس العقد بل بواسطة الدخول ، لعدم حدوث الملك قبل الدخول أصلا ، وعدم حدوثه بعد الدخول مطلقا ، ولانعدام المعاوضة قبل الدخول رأسا ، وانعدامها بعد الدخول مطلقا » . انظر : بدائع الصنائع (٢٨٨/٢) .

(٩) في (ن) ، (ع) : [بعينها] .

(١٠) قال في البدائع : « المهر في النكاح الصحيح يجب بالعقد ، لأنه أحدث الملك ، والمهر يجب بمقابلة =

المثل بالعقد . أصله : إذا تزوجها على خمر ، أو على ما يتقرر بينهما (١) .

٢٢٧٠٤ - ولأن الدخول استيفاء للمعقود عليه بالعقد الصحيح ، وذلك لا يوجب بدلا كسائر العقود ، وإذا بطل لم يجب بالاستيفاء ، وقد اتفقنا على وجوبه عند الدخول (٢) ، فلم يبق إلا أن يجب بالعقد .

٢٢٧٠٥ - ولا يلزم الوطء في النكاح الفاسد ، لأنه ليس بتصرف فيما ملكه ، وإنما هو تصرف في ملك الغير ، وتصرف الإنسان في ملك غيره يجوز أن يوجب (٣) البدل (٤) .

٢٢٧٠٦ - فإن قيل : الأجرة لا تملك عندكم بنفس عقد الإجارة (٥) ، وإنما تملك باستيفاء المنفعة ، وذلك استيفاء لما ملكه بعقد صحيح .

٢٢٧٠٧ - قلنا : المنافع عندنا [لا تملك] (٦) بالعقد ، وإنما تملك (٧) عند حدوثها ، فكل جزء حدث من المنفعة ملكه المستأجر ، ويملك عليه البدل عنه في مقابلة ملكه ، سواء استوفاه ، أو لم يستوفه ، ولكن تلف تحت يده (٨) .

٢٢٧٠٨ - ولأنه ملك الاستمتاع بها في عقد لو حصل الدخول ، لم يخل عن المهر ، فوجب أن يكون البدل الواجب فيه عند الدخول مستحقا بنفس العقد . أصله : الصغيرة إذا زوجت بغير بدل ، والكبيرة إذا زوجت بمهر فاسد ، أو مهر صحيح (٩) .

٢٢٧٠٩ - فإن قيل : المعنى في الصغيرة أنها لا تملك إسقاط حقوقها ، ولا يملك الولي إسقاطها ، والكبيرة (١٠) تملك .

= إحداث الملك ، ولأنه عقد معاوضة ، وهو معاوضة البضع بالمهر ، فيقتضي وجوب العوض كالبيع سواء كان المهر مفروضًا في العقد أو لم يكن . بدائع الصنائع (٢٨٨،٢٨٧/٢) ، البناية (١٨٩/٤) .

(١) انظر : رد المحتار (٣٣٤/٢) .

(٢) انظر : البناية (١٩٣/٤) ، روضة الطالبين (٢٨١/٧) .

(٣) في (ن) : [موجب] . (٤) انظر : البحر الرائق (٣/ ١٨١) .

(٥) الأجرة لا تجب بالعقد عند الحنفية ، وإنما تجب وتستحق بأحد معان ثلاثة ، إما بشرط التعجيل ، أو بالتعجيل من غير شرط ، أو باستيفاء المعقود عليه . وزاد بعضهم أو بالتمكن من الاستيفاء بتسليم المستأجر إليه سواء كانت الأجرة عينا أو دينا على الصحيح . انظر : المبسوط (١٠٩/١٥) ، تحفة الفقهاء (٥١٥/٢) ، البناية (٨٧٣/٧) ، البحر الرائق (٣٠٠/٧) . (٦) في (ن) : [يملك] .

(٧) في (ن) : [يملك] .

(٨) انظر : المبسوط (١٠٩/١٥) ، الهداية (٢٣١/٣) ، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (٦٠/٩) (تكملة فتح القدير) للإمام شمس الدين أحمد المعروف بقاض زاده

(٩) انظر : البحر (١٤٦،١٤٥/٣) . (١٠) في (ن) : [الكبير] .

٢٢٧١٠ - قلنا : لو صح هذا لوجب أن [لا تملك] [١] المطالبة بالمهر ، ولا يجب لها بالدخول لأنها تملك إسقاط حقوقها [٢] .

٢٢٧١١ - قالوا : لو ثبت مهر المثل بالعقد ، تنصَّف بالطلاق قبل الدخول ، كالمسمى [٣] .

٢٢٧١٢ - قلنا : الطلاق رفع العقد ، وليس إذا سقط البدل بارتفاع العقد دل على أنه لم يكن واجبًا كما لو سقط الثمن بالإقالة [٤] ، ولأن المستحق ومهر المثل كل واحد منهما يسقط [٥] بالطلاق ، لأن العقد ارتفع قبل القبض وما أجرى مجراه وذلك يسقط بالبدل ، وإنما تجب المتعة في الموضعين ، إلا أن في أحدهما [٦] تتقدر بنصف المسمى وفي الآخر لا تتقدر [٧] .

٢٢٧١٣ - وإنما افترقا لأن إيجاب نصف ما ثبت بتراضيهما أولى من إيجاب [متعة من طريق الحكم ، فإذا لم يسمه ، فالواجب بالعقد مهر المثل حكما [٨] ، فلم يكن إيجاب نصفه أولى من إيجاب المتعة] [٩] [التي تثبت من طريق الحكم] [١٠] .

٢٢٧١٤ - [نبين ذلك : أن للموجَبِ في النكاح حالتين حال العقد وحال الطلاق ففي الموضع] [١١] الذي يثبت المهر بالتراضي لم تثبت المتعة حكمًا / ، وفي الموضع الذي يثبت البدل حكما ، تثبت المتعة أيضًا حكما [١٢] .

٢٥٤

٢٢٧١٥ - فإن قيل [١٣] : قد قلتم فيمن تزوج على إبل سائمة [١٤] وسلمها إليها ،

---

(١) في (ن) : [لا يملك] .
(٢) انظر : البحر الرائق (٣/ ١٦١) .
(٣) انظر : المغني (٥٦/٨) .
(٤) في اللغة مأخوذة من قلته بالبيع بالكسر وأقلته قسمته . وفي الشرع : رفع عقد البيع . انظر : المصباح ، البحر الرائق (١١٠/٦) . ومراد المصنف أن سقوط الثمن بالإقالة لا يدل على عدم وجوبه في البيع . انظر : المبسوط (٦٤/٥) .
(٥) في (ع) : [سقط] .
(٦) في (ن) ، (ع) : [أحدهم] .
(٧) انظر : البحر (١٥٨،١٥٧/٣) ، بدائع الصنائع (٢٩٧،٢٩٦/٢) .
(٨) انظر : البحر الرائق (١٥٦/٣) .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٩٧،٢٩٦/٢) .
(١٣) هذا استدلال للمخالف ورده الشيرازي في النكت على عدم وجوب المهر للمفوضة بالعقد بأنه : لو كان واجبًا بالعقد لمنع وجوب الزكاة على قول الحنفية كسائر الديون .
(١٤) أي الإبل الراعية انظر : القاموس (١٣٣/٤) باب الميم .

فحال الحول في يدها ووجبت الزكاة عليها ، ثم طلقها قبل الدخول ، سقط نصف الزكاة ، ووجب نصفها . ولو كان جميع المهر سقط بالطلاق ، ووجب نصفه متعة لسقطت الزكاة جميعها عنها (١) .

٢٢٧١٦ – قلنا : الطلاق يوجب سقوط جميع المهر ، إلا أن سقوط النصف منه ليس بمستقر ، لأن السبب الموجب لعوده قائم ، فيصير من طريق الحكم كأنه لم يسقط ، ونظير هذا ما قال أصحابنا في ملك الوكيل إنه (٢) غير مستقر ، لأن السبب الموجب لانتقاله إلى الموكل قائم ، فكأنه لم يملك (٣) : حتى لم يعتق عليه ذو رحم إذا ابتاعه بوكالة (٤) .

٢٢٧١٧ – وكذلك فيمن تحته أمة ، فتزوج حرة على رقبتها ، فأجاز مولاها ، صارت ملكا للحرة من جهة الزوج ، و [لا تقع] (٥) الفرقة (٦) بينه ، وبينها بملكه لها ، لأنه غير مستقر إذ (٧) السبب الموجب لانتقاله موجود معه (٨) .

٢٢٧١٨ – قالوا : لو وجب مهر المثل بالعقد ، لم يصح أن يفرض لها أكثر منه .

٢٢٧١٩ – قلنا : إذا فرض أكثر منه فقد زادها فيما وجب بالعقد ، فهو كما لو سمى لها مهرًا ، فزاد فيه على أصلنا (٩) .

---

(١) انظر : المبسوط (٦٣/٦) ، بدائع الصنائع (٢٩٧/٢) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) هذا بناء على أن الملك يثبت للموكل خلافة عن الوكيل ، ومعنى الخلافة : أن يثبت الملك للموكل ابتداء ، وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل ، فكأن الموكل قائم مقام الوكيل في ثبوت الملك . وهو اختيار أبي طاهر الدباس والسرخسي وجماعة من الأصحاب وخالف الكرخي وقاضيخان فقالا : إن الملك يثبت للوكيل أولًا لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل إلى الموكل ، ووافقهما جماعة من الأصحاب ، وذكر الصدر الشهيد أن القاضي أبا زيد قال : الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في الحقوق التي تثبت له ، ثم تنتقل إلى الموكل من قبله . والصحيح الأول لأن الوكيل إذا اشترى منكوحة أو قريبة لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو لم يثبت له الملك لما كان كذلك . انظر : المبسوط (٣٣/١٩،٣٤) ، البناية (٢٧٨/٧،٢٧٩) ، نتائج الأفكار (١٦/٨،١٧) – العناية (١٦/٨،١٧) .

(٤) قال في العناية : « فيه نظر ، لأنه يخالف إطلاق قوله ﷺ » من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه « وأجيب عن هذا النظر أنه قدر تقرر عندهم أن المطلق ينصرف إلى الكامل ، ولا شك أن الملك الكامل هو الملك المستقر فلا مخالفة » . انظر : العناية (١٧/٨) ، نتائج الأفكار (١٧/٨،١٩) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [ولا ينبغي] .

(٦) في (ع) : [التفرقة] .

(٧) في (ن) : [إذا] وهو تحريف .

(٨) انظر : البحر الرائق (٢٠٥/٣،٢٠٦) .

(٩) انظر : الاختيار (٣٩/٣) .

٢٢٧٢٠ - قالوا : امرأة فوضت بضعها باختيارها ، فوجب أن لا يجب لها بالعقد مهر ، كالذمية .

٢٢٧٢١ - قلنا : الأصل غير مسلم ، لأن أبا حنيفة قال في الذمية إذا تزوجت بغير مهر ، وفي دينهم أن النكاح لا يفتقر إلى مهر لم يجب المهر (١) وإن كان من دينهم [أن المهر] (٢) لا يخلو من العقد ، ثبت المهر لها (٣) .

٢٢٧٢٢ - ولأن أصحابنا قالوا : نكاح الذمية يجب فيه المهر بالعقد ثم يسقط (٤) .

٢٢٧٢٣ - فعلى هذا الأصل غير مسلم ، ولأنا بينا أن ثبوت المهر في النكاح (٥) لحق اللّه وأهل الذمة لا يخاطبون بحقوق اللّه تعالى في أحكام الدنيا (٦) ، والمسلمون يخاطبون بذلك (٧) ، فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر .

٢٢٧٢٤ - قالوا : كل ما لم يجب بالطلاق قبل الدخول نصفه ، لم يجب بالعقد كله كالمهر الفاسد والزيادة على مهر مثلها (٨) .

٢٢٧٢٥ - قلنا : الطلاق قبل الدخول ، عود (٩) المعقود عليه (١٠) إلى ملك العاقد ،

---

(١) سواء دخل بها أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها ، قال في البحر : و الأصح أنه لا فرق عنده بين نفيه أو السكوت عنه - كما في الهداية - ، وفي فتح القدير : أن ظاهر الرواية وجوب مهر المثل عنده إذا سكت عنه مخالفا لما في الهداية لأن النكاح عقد معاوضة فلما لم ينص عليه نفيه يكون مستحقا لها . انظر : الجامع الصغير (٨٦/٨٥) ، مختصر الطحاوي (١٧٩،١٧٨) ، المبسوط (٤١/٥) ، البحر الرائق (٢٠١/٣) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٣) انظر : المنافع الكبير شرح الجامع الصغير (بذيل الجامع الصغير) ص ١٨٤ - للعلامة أبي الحسنات عبد الحي اللكنوي .

(٤) انظر : البحر الرائق (٢٠١/٣) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [والنكاح] .

(٦) هذه المسألة خلافية بين الأصوليين ، وهي هل الكفار مخاطبون بفروع الشرع أم لا ، فقال الأكثرون من الشافعية ومن المعتزلة : الخطاب بالفروع غير موقوف على حصول الإيمان . وقال جمهور أصحاب أبي حنيفة وأبو إسحاق الإسفرايني : بل هو موقوف ، وفرّق ناس بين الأمر والنهي ، فقالوا : لا يتناولهم الأمر ويتناولهم النهي لإمكان تصور الترك منهم . انظر : معراج المنهاج ج (١٤٣،١٤٢/١) للعلامة محمد بن يوسف الجذري تحقيق د / شعبان إسماعيل وهو شرح كتاب منهاج الوصول للبيضاوى .

(٧) قاعدة : « أهل الذمة لا يخاطبون بحقوق اللّه تعالى في أحكام الدنيا ، والمسلمون يخاطبون بذلك » .

(٨) قاعدة : « كل ما لم يجب بالطلاق قبل الدخول نصفه لم يجب بالعقد كله كالمهر الفاسد والزيادة عن مهر مثلها » .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) ساقط من (م) .

والموت تلف المعقود عليه على حكم ملك العاقد ، فصار الطلاق كفسخ البيع [١] ، والموت كتلف المبيع قبل القبض [٢] ، فلا يستدل بسقوط البدل في أحد الموضعين على سقوطه [٣] في الآخر .

٢٢٧٢٦ - ولا يقال : إن الموت قبل الدخول ، كتلف المبيع قبل القبض ، [وذلك لأن المبيع قبل القبض] [٤] يتلف على حكم ملك البائع [٥] ، والبضع قبل الدخول تلف على حكم ملك الزوج ، فهو بتلف المبيع بعد القبض أشبه ، وينتقض بالصغيرة إذا زوجها الولي بغير مهر ، [كان لها] [٦] مهر المثل ، ولا ينتصف بالطلاق [قبل الدخول] [٧] ، ويجب بالعقد [٨] .

٢٢٧٢٧ - فإن قالوا ينتصف خالفوا القرآن في قوله ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ] [٩] مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ ﴾ [١٠] والمعنى في البدل الفاسد أنه لا يستقر بالدخول ، فلم يستقر بالموت ، ومهر المثل يستقر بالدخول بالزوجة ، فكان وجوبه بالعقد أولى كمن تزوج بمهر فاسد [١١] ، والمعنى في الزيادة على مهر المثل ، أن المرأة لا تملك المطالبة بفرضه ، ولا تحبس نفسها [١٢] لأجله ، فلم يكن واجبًا بالعقد . ومقدار مهر المثل لما ملكت المطالبة بفرضه وحبس [نفسها به] [١٣] ، دل على أن وجوبه بالعقد . فإذا ثبت بما ذكرنا [١٤] أن مهر المثل ، وجب بالعقد ، استقر [١٥] بالموت كالمستحق [١٦] .

٢٢٧٢٨ - احتجوا : بأنها فرقة ، وردت على تفويض صحيح ، قبل فرض ، ومسيس ، فوجب أن لا يجب لها شيء من المهر . أصله إذا طلقها قبل الدخول .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢٣٨/٥) .
(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٣٩/٥) .
(٣) في (ن) ، (ع) : [سقوط] .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٥) انظر : المبسوط (٤٣/٥) ، بدائع الصنائع (٢٣٩/٥) .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٨) انظر : البحر الرائق (١٤٤/٣،١٤٥) .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب ص ومستدرك في الهامش
(١٠) سورة البقرة جزء من الآية (٢٣٦) .
(١١) انظر : البناية (١٨٩/٤) ، تحفة الفقهاء (٣٣٥/٢) ، رد المحتار (٢٠٩/٢) .
(١٢) في (ن) ، (ع) : [بعينها] .
(١٣) في (ب) ، (ع) : [بعينها] .
(١٤) ساقطة من (ص) .
(١٥) في (ن) ، (ع) : [استغرق] .
(١٦) انظر : المبسوط (٦٣/٥،٦٤) .

٢٢٧٢٩ - قلنا : قولكم : بعد تفويض صحيح . لا نسلمه ، لأن لمرأة [١] لا تملك [٢] إسقاط المهر عندنا بشرط فاسد [٣] ، فكيف نسلم لهم صحة التفويض ، فإن كانوا يريدون التفويض الصحيح لإسقاطها لحقها [٤] ، وهي من أهل الإسقاط ، بطل بالمسلمة إذا تزوجت بخمر ، فقد فوضت نفسها [٥] حين رضيت بما ليس بمال للمسلمين ، وهي باسم التفويض أولى ، لأنها لما سمت ما ليس بمال فقد رضيت بترك المال ، والساكتة عن التسمية لم ترض بإسقاط المهر .

٢٢٧٣٠ - وقولهم : قبل فرض ومسيس ، لا معني له لأن المسيس يحتاج إليه في فرقة الطلاق [فأما فرقة] [٦] الموت ، فلا يعتبر فيها [٧] المسيس ، والطلاق قبل الدخول دليلنا ، لأن الفرقة لما حصلت قبل الفرض ، والمسيس ، وجب لها بدل مسمى ، أو بدل حكمي [٨] ، [وهو المتعة] [٩] ، كذلك الموت يجب به إما بدل تراضيا عليه ، أو بدل من طريق الحكم .

٢٢٧٣١ - ولأن الطلاق قبل الدخول ليس بسبب لوجوب العدة ، فلم يستقر به المهر [١٠] والموت سبب لوجوب العدة ، فصار كالدخول فلم يخل من مهر .

٢٢٧٣٢ - قالوا : لو طلقها قبل الدخول ، لم تستحق شيئًا من المهر ، فوجب أن لا تستحقه إذا مات عنها ، كالذمية .

٢٢٧٣٣ - وربما قالوا : فرقة لا يجب بها المهر للمفوضة المشركة ، فكذلك المؤمنة ، كما لو طلقها قبل الفرض ، والدخول .

٢٢٧٣٤ - قلنا : قد بينا أن الذمية غير مسلمة على الإطلاق ، وإنما تعلق ذلك بما يعتقدونه في دينهم ، فإن اعتقدوا أن المهر واجب فهي والمسلمة سواء .

٢٢٧٣٥ - ولأن الذمية غير مخاطبة بحقوق اللّٰه تعالى ، فجاز أن يسقط المهر بإسقاطها ، والمسلمة مخاطبة بحقوق اللّٰه تعالى ، فلم يسقط المهر بإسقاطه كما لا

---

(١) في (ن) ، (ع) : [المهر] .
(٢) في (ن) ، (ع) : [يملك] .
(٣) انظر : فتح القدير (٣١٧/٣) .
(٤) في (ن) ، (ع) : [لحقه] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [بعينها] .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٧) في (ن) ، (ع) : [منها] .
(٨) في (ن) ، (ع) : [حكما] .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . انظر : بدائع الصنائع (٢٨٧/٢) .
(١٠) انظر : الشرح الكبير (٨٨/٨) ، فتح القدير (٣١٧/٣) .

تسقط السكنى في حال عدتها بإسقاطها [١] .

٢٢٧٣٦ - قالوا : لو وجب المهر بموت الزوج وجب بموتها ، فلما قال أبو حنيفة : إذا مات الزوجان لم يجب المهر ، دل على أنه لا يجب بموت الزوج .

٢٢٧٣٧ - قلنا : إذا ماتا ، فالمهر واجب [٢] .

٢٢٧٣٨ - وإنما قال أبو حنيفة : إذا ماتا وتقادم موتهما فتعذر معرفة قدر المهر وجنسه لم يقض القاضي بشيء لجهالة ما يقضى به ، وإن كان واجبًا في نفسه [٣] .

* * *

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢/٢٠٩،٢١٠) . (٢) انظر : الحاوي للماوردي (٣٣٧،٣٤١) .

(٣) إذا مات الزوجان يقضى بمهر المثل لورثة المرأة عندهما ، وعند أبي حنيفة لا يقضى لوجود الاستيفاء دلالة لأن موتهما معا في زمان واحد نادر وإنما الغالب موتهما على التعاقب فإذا لم تجز المطالبة بالمهر دل ذلك على الاستيفاء أو على استيفاء البعض والإبراء عن البعض ، وأما ما قيل أنه قول أبي حنيفة فهو محمول على ما إذا تقادم العهد حتى لم يبق من نسائها من يعتبر به مهر مثلها ، كذا ذكره الكرخي وأبو بكر الرازي وعند ذلك يتعذر القضاء بمهر المثل . انظر : بدائع الصنائع (٢/٢٧٥) ، المبسوط (٥/٦٧) .

مسألة ١٠٩٢

إذا لم يسم مهرًا ثم فرض لها مهرًا فالواجب لها المتعة إذا طلقت قبل الدخول

٢٢٧٣٩ – قال أصحابنا : إذا تزوج امرأة ، ولم يسم لها مهرًا ، ثم فرض لها مهرًا [(١)] ، ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة .

٢٢٧٤٠ – وعن أبي يوسف : أن لها نصف الفرض [(٢)] .

٢٢٧٤١ – وبه قال الشافعي [(٣)] .

٢٢٧٤٢ – لنا : أن عقد [(٤)] النكاح خلا عن تسمية فوجب أن يثبت لها بالطلاق قبل الدخول المتعة .

٢٢٧٤٣ – أصله : إذا لم يفرض لها [(٥)] ، ولأنها تسمية حصلت بعد تمام العقد ، فوجب أن لا يتبعض بالطلاق قبل الدخول . أصله : إذا سمى لها مهرًا حال العقد ، ثم زاده بعد العقد ، ثم طلقها قبل الدخول [(٦)] .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) إذا لم يسم لها مهرًا ثم فرض لها مهرًا بعد العقد فرضيت به فلها ذلك ، إن دخل بها أو مات عنها ، وإن طلقها قبل الدخول بها فعلى قول أبي يوسف رحمه الله الأول لها نصف المهر المفروض بعد العقد ، وهذا والمسمى في العقد سواء ، ثم رجع عنه وقال : لها المتعة ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . انظر : هذه المسألة في المبسوط (٥/٦٤،٦٥) ، بدائع الصنائع (٢/٣٠٢) ، الهداية (١/٢٠٥) ، فتح القدير (٣/٣٢٨) ، البناية (٤/١٩٩) ، والاختيار (٣/٤٠) وهو رواية عن الإمام أحمد . انظر: المبدع (٧/١٦٨) ، الأنصاف (٨/٣٠٠) .

(٣) الأم (٥/٧٥) ، المهذب (٢/٦٠) ، وروضة الطالبين ٧ / ٢٨٢ نهاية المحتاج (٦/٣٥٠) . وبه قال الإمام مالك ، والرواية الثانية عن أحمد وهي الصحيحة ، المدونة الكبرى (٤/٨٦) ، قوانين الأحكام ص ٢٧٧ ، الشرح الصغير (٣/٢٣٥٠) ، المبدع (٧/١٦٨) ، الإنصاف (٨/٣٠٠) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [عقده] .

(٥) تبيين الحقائق (٢/١٣٩،١٤٠) .

(٦) قال في بدائع الصنائع "فإن كانت الزيادة على المهر بأن سمى الزوج ألفا ، ثم زادها بعد العقد مائة ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، فلها نصف الألف وبطلت الزيادة في ظاهر الرواية » . بدائع الصنائع (٢/٢٩٨) ، البحر (٣/١٥٩) وبهذا يتبين أن الزيادة على المهر بعد العقد لا تتنصف إذا طلقها قبل الدخول ، كما لا يتنصف ما سماه الزوج بعد عدم التسمية ، وهذا قياس المصنف .

٢٢٧٤٤ - ولأنه بدل لم يسم في [مقابلة] [١] ملك البضع ، فلا ينقسم بالطلاق قبل الدخول .

٢٢٧٤٥ - أصله : الزيادة على المسمى [٢] ، ولأن هذا العقد أوجب المتعة إن طلقها قبل الدخول . والعقد إذا أوجب المتعة لم يتعين حكمها بفرض بعد العقد ، كما لو طلقها ثم فرض [٣] .

٢٢٧٤٦ - والدليل على أن وجوب المتعة يتعلق بالعقد أن الطلاق قبل الدخول [تارة يوجب المتعة] [٤] ، وتارة يوجب نصف المفروض [٥] .

٢٢٧٤٧ - [ثم نصف المفروض] [٦] يجب بحكم العقد ، كذلك المتعة [٧] ، ولأنه لا يخلو إما أن تجب بالعقد ، أو بالفرقة [٨] ، ولا يجوز إيجابها بالفرقة ، لأن الفرقة إذا وجب بها بدل المسمى ، وجب على المرأة وهو الجعل في الخلع ، فإذا وجب غير مسمى لم يجز أن يجب عليه .

٢٢٧٤٨ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ

---

(١) في (ع) : [مقابلته] .

(٢) انظر : المبسوط (٦٥/٥) ، البحر الرائق (١٥٩/٣) ، فتح القدير (٣٢٩/٣) .

(٣) قال في المبسوط : « فأما المطلقة قبل المسيس والفرض ، فهي لا تستوجب شيئًا من الأصل فتجب لها المتعة » انظر : المبسوط (٦٢/٦) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . الطلاق الذي تجب فيه المتعة هو : ما يكون قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه ، أو كانت التسمية فيه فاسدة من كل وجه . فلو صحت من وجه دون وجه لا تجب المتعة ، وإن وجب مهر المثل بالدخول كما إذا تزوجها على ألف وكرامتها ، أو على ألف وعلى أن يهدى لها هدية ، فإنه إذا طلقها قبل الدخول كان لها نصف الألف - لا المتعة - مع أنه لو دخل بها وجب مهر المثل . الثاني أن يكون قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه المهر وإنما فرض بعده . انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣،٣٠٢/٢) ، البحر الرائق (١٥٧/٣) ، رد المختار (٣٣٥/٢) .

(٥) يجب نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول إذا كان هناك تسمية صحيحة ، سواء كانت عشرة دراهم أو ما زاد عليها ، إذا لم يكن هناك خلوة . انظر : فتح القدير (٣٢٢/٣) ، البناية (١٨٩/٤) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢).

(٨) تجب المتعة بالفرقة : إذا كانت من جهته ، كالفرقة بالطلاق ، والإيلاء ، واللعان ، والجب ، والعنّة ، وردّته وتقبيله أمها أو ابنتها بشهوة . انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) ، فتح القدير (٣٢٧/٣) ، رد المختار (٣٣٥/٢) .

لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [١] ولم يفصل بين فريضة حال العقد ، أو بعده .

٢٢٧٤٩ - قلنا قوله : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ ﴾

٢٢٧٥٠ - قالوا : وجب [٢] بحكم الشرط أن كل امرأة يجوز أن تستحق إذا طلقت قبل الدخول نصف الفريضة [٣] .

٢٢٧٥١ - قلنا : وكذلك نقول : إن هذه تستحق نصف المهر إذا سمى في العقد ، وليس في اللفظ ما يقتضي استحقاقها لنصف الفريضة في حال طلاق [٤] ، ولأن الشرط لا يفيد ذلك . ألا ترى أنه إذا [٥] قال : إن دخل زيد فله درهم ، اقتضى اللفظ الاستحقاق بالدخول مرة واحدة ، ولا يستحق بالدخول الثاني شيئًا ، فعلم أن اللفظ في مسألتنا لا يفيد العموم في كل طلاق .

٢٢٧٥٢ - وجواب آخر وهو أن قوله ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ خطاب للأزواج في أول حال [ملكوا الطلاق ، وذلك عقيب النكاح ، والغرض هناك لا يكون إلا في حال] [٦] العقد ، فلم يجز حمل الآية على فرض بعد ذلك .

٢٢٧٥٣ - وأجاب أصحابنا عن الآية فقالوا : الفرض يعبر به عن الإيجاب ، [٧] وذلك لا يكون إلا فيما سمى [حال العقد] [٨] فأما التسمية بعده فهي عندنا تقرير لما وجب بالعقد وليست بإيجاب فلا يتناولها اللفظ [٩] .

٢٢٧٥٤ - قالوا : مهر وجب قبل الطلاق ، فوجب أن يتنصف بالطلاق قبل الدخول ، - كالمسمى في العقد [١٠] .

٢٢٧٥٥ - قلنا : أبو يوسف/ قد سلم لنا أنه إذا سمى لها مهرًا ، أو فرض القاضي ٥٥

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) ، البحر (١٥٩/٣) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) خالف المصنف هنا الحنفية فإنهم فرقوا بين الفرض والواجب بأن الأول ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه ، والثاني ما ثبت بدليل ظني فيه شبهة . انظر : شرح الكوكب (٣٥٣/١) وذلك إلا أن يكون استخدام المصطلحين في معناهما الواسع الأعم وهو طلب الفعل على وجه اللزوم .

(٨) في (ن) ، (ع) : [بحال العقد] . (٩) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) .

(١٠) انظر : المغني (٤٨/٨) ، الشرح الكبير (٨٩/٨) .

مهرًا ، سقط بالطلاق ، ولم يتبعض [١] فهذه العلل تنتقض بهذه المسألة إذا تكلمنا مع أبي يوسف ، ولا يعرف مذهب الشافعي .

٢٢٧٥٦ - ولأن الأصل غير مسلم على ما قدمنا ، لأن عندنا جميع المستحق يسقط بالطلاق ، ويجب نصفه على طريق المتعة [٢] ثم التسمية حال العقد ، أقوى مما سمى بعده بدلالة أن الزيادة في المهر تثبت عندنا ، من وجه ، [دون وجه ، لأنها تسقط بالطلاق قبل الدخول [٣] ، وعندهم يسقط حكمها بكل وجه] [٤] على الأصلين ، فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر .

* * *

---

(١) وهذا بناء على قول أبي يوسف الثاني . انظر : المبسوط (٥/٦٤،٦٥) ، الاختيار (٣/٤٠) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢/٣٠٢) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢/٢٩٨) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ١٠٩٣

إذا تزوجها على مهر فاسد ثم طلقها قبل الدخول

٢٢٧٥٧ - قال أصحابنا : إذا تزوجها على خمر أو خنزير ، ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة (١) .

٢٢٧٥٨ - وقال الشافعي : نصف مهر مثلها (٢) .

٢٢٧٥٩ - لنا : قوله تعالى ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (٣) . ظاهره أن كل مطلقة لها المتعة ، إلا ما منع منه مانع ، ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ ﴾ (٤) ، والخمر ليست فريضة المسلمة (٥) فيجب لها المتعة (٦) .

٢٢٧٦٠ - ولأنه نكاح خلا من تسمية تثبت لها فوجب لها المتعة ، كالتي لم يسم لها شيئًا (٧) ، ولأن مهر المثل يثبت (٨) في النكاح من طريق الحكم فلا يتبعض كالمتعة (٩) .

٢٢٧٦١ - ولا يلزم إذا تزوج بأقل من عشرة لأن (١٠) تمام العشرة يثبت حكما ويتبعض عندنا (١١) ، لأن عندنا تسمية ما دون العشرة تسمية لها ، فهي ثابتة بالتسمية ،

---

(١) وبه قال أحمد في إحدى الروايتين . انظر : المبسوط (٦٣/٦) ، بدائع الصنائع (٣٠٢/٢) ، المغني (٢٣/٨) ، المبدع (١٤٢/٧) .

(٢) وبه قال أحمد في الرواية الثانية . انظر : المغني (٢٣/٨) ، المبدع (١٤٣/٧) . وذهب الإمام مالك إلى أن النكاح يفسخ ولا شيء لها . وبه قال ابن حزم . انظر : بداية المجتهد (٢٤/٢) ، قوانين الأحكام ٢٢٥ ، الشرح الصغير (١٥٥/٣) ، المحلى (٩٢،٩١/١١) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٤١ .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٦ .

(٥) في (ن) : [للمسلمة] ، وفي (ع) : [المسلم] .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٢/٢) .

(٧) انظر : ص (٢٢٢،١٢١) هامش (٧) . وقد رد الشيرازي هذا القياس فقال : « قلنا يخالف المفوضة فإنها رضيت بغير مهر وهذه لم ترض بغير مهر » .

(٨) في (ن) [ثبت] .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) . وقد رد الشيرازي هذا فقال : « قلنا : ما يجب حكما آكد مما يجب بالتسمية ، فإذا تنصف المسمى فلأن يتنصف هذا أولى ، والمتعة لا تجب مهرًا ، وهذا يجب مهرًا فيتنصف كالمسمى » .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [أن] .

(١١) ساقطة من (م) .

لا من طريق الحكم (١) ، ولأن كل نكاح إذا اتصل بالدخول وجب مهر المثل ، فإذا طلقها قبل الدخول ، وجبت المتعة .

٢٢٧٦٢ - أصله : إذا تزوجها ، وسكت عن التسمية (٢) .

٢٢٧٦٣ - احتجوا : بأنه مهر يستقر بالوطء ، فوجب أن يتنصف بالطلاق قبل الدخول كالمسمى (٣) .

٢٢٧٦٤ - قلنا : المسمى بدلٌ ثابتٌ بتراضيهما ، ومهر المثل ثبت من غير « تراض » (٤) ، وما ثبت بالتراضي آكد ، فلا يقال : البعض آكد البدلين ، يبعض أضعفهما ، ولأن نصف المسمى ثبت عندنا على طريق المتعة (٥) ، فلما اجتمع مع المتعة الحكمية ، كان إثبات المتعة التي تراضيا أولى من الحكمية .

٢٢٧٦٥ - وفي مسألتنا نصف مهر المثل لم يتراضيا عليه ، [والمتعة كذلك] (٦) تجب بالطلاق (٧) قبل الدخول ، فإذا لم يوجد ما هو أولى منها كان (٨) ثبوتها أولى .

* * *

---

(١) إذا تزوجها على أقل من عشرة دراهم ثم طلقها قبل الدخول بها ، فلها خمسة دراهم عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، وفي القياس لها المتعة ، وهو قول زفر رحمه الله . وجه قول الأئمة الثلاثة الأول : أن العشرة في كونها صداقا لا يتجزأ ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله كما لو تزوج نصفها صح النكاح في الكل جميعا ، الثاني : أن الأمهار إلى تمام العشرة حق الشرع ، وما زاد على ذلك حقها ، فإذا رضيت بأقل من عشرة فقد أسقطت ما هو حق الشرع ، فيعمل إسقاطها فيما هو حقها - وهو الزيادة على العشرة - ولا يعمل في حق الشرع . ووجه قول زفر رحمه الله : أنه سمى مالا يصلح أن يكون صداقا لها شرعا فيكون بمنزلة ما لو سمى لها خمرا أو خنزيرا . انظر : المبسوط (٨١/٥، ٨٢) ، تحفة الفقهاء (٢٠١/٢) ، تبيين الحقائق (١٣٨/٢) ، البحر الرائق (١٥٣/٣) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٢/٢) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٢/٢) .

(٤) انظر : المغنى (٢٤/٨) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٢/٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [طلاق] .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

مسألة ١٠٩٤

إذا نكح نسوة بمهر صحت التسمية

٢٢٧٦٦ - قال أصحابنا : إذا تزوج امرأتين بألف صحت التسمية ، وكان لكل واحدة حصتها من الألف [1] .

٢٢٧٦٧ - وقال الشافعي : لكل واحدة مهر مثلها [2] .

٢٢٧٦٨ - لنا : أنه لو أفرد كل [3] واحدة بالتسمية صح ، فإذا سمى لهما بدلًا واحدًا صح ، كما لو اشترى عبدين بألف [4] ، ولأنه عقد يتناول المنافع ، فجاز أن يعقد على شيئين ببدل واحد كالإجارة [5] .

٢٢٧٦٩ - احتجوا : بأن المستحق لأحد البدلين غير المستحق للآخر ، فصار كما لو اشترى عبدين من رجلين بألف [6] لكل واحد منهما عبد واحد [7] .

٢٢٧٧٠ - قلنا : هذا يصح عندنا ويكون كل واحد من العبدين مبيعا بحصته [8] .

٢٢٧٧١ - قالوا : النكاح إذا جمع بعقد واحد ، لم يكن بعضه شرطا في بعض ، فكأنه تزوج كل واحدة [9] على الانفراد بحصتها من الألف [10] .

٢٢٧٧٢ - قلنا : يجوز هذا ، لأن جهالته أقل من جهالة مهر المثل . وذلك يسامح به في النكاح ، فلم يسلم لهم أصلا يقيسون عليه .

---

(١) إذا تزوج امرأتين على ألف درهم فالألف بينهما على قدر مهر كل واحدة منهما ، فإن طلق إحداهما قبل الدخول كان لها نصف حصتها من الألف ، فإن طلقهما كان لهما نصف الألف بينهما على قدر مهريهما . انظر : هذه المسألة في مختصر الطحاوي ١٨٧ ، المبسوط (٩٢/٥،٩٣) ، بدائع الصنائع (٢٨٦/٢) ، الاختيار (٤٧/٣) وهو أحد القولين عند الإمام الشافعي . انظر : روضة الطالبين (٢٦٨/٧،٢٧٠) .

(٢) قال في المنهاج : « لو نكح نسوة بمهر فالأظهر فساده ولكلٍّ مهرُ مثلٍ . راجع مغني المحتاج (٢٢٧/٣) ، نهاية المحتاج (٣٤٥/٦) ، روضة الطالبين (٢٦٨/٧،٢٧٠) ، أسنى الطالب (٢٠٥/٣) .

(٣) في (ن) : [لكل] .

(٤) انظر : المبسوط (٩٣/٥) ، الاختيار (٤٧/٣) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٨٤/٤) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) انظر : نهاية المحتاج (٣٤٥/٦) .

(٨) انظر : المبسوط (٩٣/٥) .

(٩) في (ن) : [واحد] .

(١٠) انظر : مغني المحتاج (٢٢٧/٣) ، نهاية المحتاج (٣٤٥/٦) ، الحاوي للماوردي (٢٩٢ ، ٣٩٣) .

مسألة ١٠٩٥

إذا تزوجها على موصوف وأعطاها قيمته فهل تجبر على القبول ؟

٢٢٧٧٣ - قال أصحابنا : إذا تزوجها على عبد موصوف فأعطاها قيمته أجبرت على قبولها [(١)] .

٢٢٧٧٤ - وقال الشافعي : لا تجبر [(٢)] .

٢٢٧٧٥ - لنا : أنه سمى [(٣)] الحيوان مهرًا ، فإذا أحضر الدراهم لزمها قيمته كالمطلق [(٤)] .

٢٢٧٧٦ - فإن قالوا : إذا أطلق [(٥)] لم تصح [(٦)] التسمية ، فإذا وصف صحت لم نسلم ذلك ، لأن عندنا التسمية في الوجهين حكمها واحد ، ولأن كل موضع يثبت الحيوان في الذمة لم يستقر ثبوته بدلالة الدية [(٧)] .

٢٢٧٧٧ - فإن قيل : عندنا الدية على أحد قولين في الإبل ، ولا يجوز أخذ بدلها مع القدرة ، وعلى القول الآخر يُخير بينها وبين غيرها [(٨)] .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢/٢٨٣) ، البحر الرائق (٣/١٧٥،١٧٦) ، الاختيار (٣/ ٤٥،٤٦) . وبه قال القاضي من الحنابلة . انظر : الإنصاف (٨/٢٤٠) ، كشاف القناع (٥/١٣٣) ، الفروع (٥/١٣٩) للإمام أبي عبد الله محمد بن مفلح تحقيق عبد اللطيف محمد السبكي .

(٢) انظر : الإنصاف (٨/٢٤٠) ، المبدع (٧/١٣٩) .

(٣) في (ن) : [يسمى] .

(٤) القياس على هذا الأصل غير مسلم عند المخالف ، لأن تسمية المطلق لا تصح عندهم أصلا ، وعلى هذا فلا يصح قياس الفرع عليه .

(٥) في [م] : [طلق] .

(٦) في (ن) : [يصح] .

(٧) وقد نوقش هذا القياس بأن البدل في الدية وجب بالشرع ، وقد نص على الأثمان ، وها هنا وجب بالعقد ، ولم ينص إلا على شيء واحد ، فصار كسائر الأعواض ، ولأن الدية لا يلزم فيها أخذ قيمة الإبل ، وإنما الأثمان أصل في الدية ، كما أن الإبل أصل ، فيتخير بين دفع أي الأصول شاء ، فيلزم الولي قبوله - لا على طريق القيمة - بخلاف مسألتنا . ولأن الدية خارجة عن القياس فلا يناقض بها ولا يقاس عليها ، ثم قياس العوض على سائر الأعواض أولى من قياسه على غير عقود المعاوضات . انظر : المغني (٨/١٨) .

(٨) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي ، وهو أن القياس على الدية غير مسلم الأصل ، لأن الدية في أحد القولين من الإبل بكل حال ، وعلى القول الآخر يخير بين الإبل والدراهم والدنانير .

٢٢٧٧٨ - قلنا : وكذلك المهر يُخّير بينه وبين غيره ، فالخيار إلى الزوج كما أن الخيار للقاتل هناك ، وعلى الطريق الآخر الحكم يسلم [١] ، لأنا قلنا : لا يستقر ، والحيوان في الذمة غير مستقر ، بدلالة أن من مات من العاقلة سقط عنه [٢] .

٢٢٧٧٩ - احتجوا : بأن العقد قد ثبت ملكه بالعقد ، بدليل أنه لو أحضره أجبرت [٣] على قبوله ، فلم تجبر على قيمته كالمكيل ، والموزون [٤] .

٢٢٧٨٠ - قلنا : ليس إذا لزمها قبوله ، دل على أن الزوج يجبر عليه ، ألا ترى أن مهر المثل إذا وجب فأحضر الدنانير أجبرت على قبولها ، ولو لم يحضرها وأحضر الدراهم جاز [٥] .

٢٢٧٨١ - ولأن المكيل يثبت [٦] في الذمة ثبوتا صحيحا ، بدلالة أنه لو استهلكه يجب [٧] عليه مثله ، فلم يجز أن يعدل عنه بعد وجوبه عليه [٨] ، والحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا ، بدلالة أن مستهلكه لا يلزمه مثله ، فلذلك لم يجبر على تسليمه [٩] .

* * *

(١) في (ن) ، (ع) : [مسلم] .
(٢) انظر : البناية (٣٢١/١٠) .
(٣) في (ن) ، (ع) : [أجبر] .
(٤) وكذا العوض في البيع والصداق المعين ، انظر : المغني (١٨/٨) .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٢/٢) .
(٦) في (ن) ، (ع) : [ثبت] .
(٧) في (ع) : [لا يلزمه] .
(٨) المكيل والموزون إذا وصفا صحت التسمية ، لأن المسمى مال معلوم لا جهالة فيه بوجه ، لأنه يثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا ، فإنه يجوز البيع به والسلم ، فيجبر الزوج على دفعه ، ولا يجوز دفع عوضه إلا برضا المرأة ، فإن كان غير موصوف صحت التسمية أيضًا ، والزوج بالخيار إن شاء أعطاها الوسط وإن شاء أعطاها قيمته ، وذكر الحسن عن أبي حنيفة أنه يجبر على تسليم الوسط . انظر : المبسوط (٨٠/٥) ، العناية (٣٥٨،٣٥٧/٣) ، بدائع الصنائع (٢٨٤/٢) ، رد المحتار (٢٨٤/٢) .
(٩) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٣/٢) .

مسألة ١٠٩٦

المهر لا يرد بالعيب اليسير

٢٢٧٨٢ - قال أصحابنا إلا زفر : لا يرد المهر بالعيب اليسير إلا أن يكون له مثل .

٢٢٧٨٣ - وقال زفر : يرد بالعيب اليسير [1] .

٢٢٧٨٤ - وبه قال الشافعي [2] .

٢٢٧٨٥ - لنا : أنه أحد [3] عوضي النكاح ، فلا يرد بالعيب اليسير .

٢٢٧٨٦ - أصله : البضع [4] ، ولأن من [5] حكم المتعاقدين أن يتساويا [6] في العقد ، فإذا كانت المرأة لا ترد بجميع العيوب ، مع إمكان ارتفاع العقد باتفاق [7] كذلك العوض [8] وهذه المسألة مبنية على أصلنا : أن المهر إذا رد بالعيب رجعت بقيمته ، ولم ترجع بمهر مثلها [9] .

٢٢٧٨٧ - وقد يجوز أن يكون الغبن مع العيب اليسير أنفع لها من قيمتها ، فلم يتيقن استدراك [10] الحق بالفسخ فلم يجز رده ، وليس كذلك العيب الكثير [11] ، لأنها تتيقن أن قيمته صحيحا أنفع منه ، فاستدركت بالرد حقا فلذلك [12] جاز الرد [13] .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ١٨٦ ، المبسوط (٥/٧٠،٧٤) ، بدائع الصنائع (٢/٢٩١) ، فتح القدير (٣/٣٤٦) .

(٢) انظر : الأم (٥/٨١) ، مغني المحتاج (٣/٢٢٢) ، فتح الوهاب (٢/٥٥) لشيخ الإسلام أبي يحي زكريا الأنصاري شرح منهج الطلاب للمؤلف أيضًا .

(٣) في (ن) : [أخذ] .

(٤) قال في البدائع : « وأما في جانب المرأة فخلوها عن العيب ليس بشرط للزوم النكاح بلا خلاف بين أصحابنا ، حتى لا يفسخ النكاح بشئ من العيوب الموجودة فيها » . انظر : بدائع الصنائع (٢/٣٢٧) ، المبسوط (٥/٩٥) . انظر : وبهذا تبين أن المرأة لا ترد بشئ من العيوب الموجودة فيها ، كما لا يرد المهر بالعيب اليسير وهو قياس المصنف .

(٥) في (ن) ، (ع) : [بين] .

(٦) في (ن) ، (ع) : [يتساوا] .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢/٢٩١) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٢/٢٩١) .

(٩) راجع ص ٧٢ .

(١٠) في الأصل : [تارك] .

(١١) في (ن) : [الكبير] .

(١٢) في (ن) ، (ع) : [فكذلك] .

(١٣) انظر : المبسوط (٥/٧٠) .

٢٢٧٨٨ - فإن قيل : تقويم المقومين يحمل على الصحة ، ولا يحمل على الغلط ، ولهذا يجب القطع بتقويمهم ، وهو يسقط (١) بالشبهة (٢) .

٢٢٧٨٩ - قلنا : لسنا نحمل أمرهم على الغلط ، لكن قيمة النقص اليسير يدخل في التقويم فلا يتيقن استدرك الحق بالرد (٣) .

٢٢٧٩٠ - احتجوا : بأن ما جاز رده بالعيب الفاحش جاز بالعيب اليسير [كالمبيع .

٢٢٧٩١ - قلنا : نقول بموجبه لأن المهر يرد بالعيب اليسير] (٤) متى كان مكيلا ، أو موزونا ، لأنها ترجع بمثله صحيحا ، فيتيقن استدراك الحق بالرد (٥) .

٢٢٧٩٢ - هذا إن عللوا للجواز ، وإن عللوا للوجوب انتقضت العلة بعيوب المرأة ، [ولأن المعنى في المبيع] (٦) أن أحد بدليه يرد بكل عيب ، فكذلك الآخر . ولما لم يرد النكاح بكل (٧) عيب بالبضع كذلك (٨) بدله .

* * *

---

(١) في (ن) ، (ع) : [سقط] .

(٢) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على استدلال الحنفية في أن حد الفرق بين العيب اليسير والفاحش هو أن كل عيب ينقص من المالية بقدر ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير ومالا فلا .

(٣) انظر : المبسوط (٥/٧٠) ، فتح القدير (٣/٣٤٦) ، البحر الرائق (٣/١٧٦) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٥) انظر : البحر الرائق (٣/١٧٦) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٧) في (ن) : [فكل] .

(٨) في (ع) : [كذلك] .

مسألة ١٠٩٧

نكاح المعتدة من طلاق بائن في العدة

٢٢٧٩٣ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا أبان امرأته ، [ثم تزوجها] (١) في العدة ، وطلقها قبل أن يدخل بها ، « فلها مهر كامل » وعليها عدة مستقبلة (٢) .

٢٢٧٩٤ - وقال محمد : تمام العدة الأولى ونصف المهر .

٢٢٧٩٥ - وبه قال الشافعي (٣) .

٢٢٧٩٦ - لنا : أن الفرقة بالطلاق أحد نوعى الفرقة فجاز أن يستحق بها كمال المهر ، مع عدم المسيس .

٢٢٧٩٧ - أصله : الفرقة بالموت (٤) ، ولأنها معتدة منه عقيب الطلاق ، فوجب أن يجب بها كمال المهر ، كما لو دخل بها (٥) ، ولا يلزم إذا وطئت المرأة بشبهة ثم طلقها زوجها قبل الدخول ، لأنها معتدة من غيره

٢٢٧٩٨ - ونحن قلنا : معتدة منه (٦) .

(١) في (ن) ، (ع) : [تزويجها] .

(٢) هذا إذا كان النكاح الثاني صحيحا ، فلو كان فاسدًا لم يلزم المهر ولا العدة . انظر : هذه المسألة في الهداية (٣٠/٢) ، فتح القدير (٣٣١/٤) ، العناية (٣٣١/٤) ، البحر الرائق (١٦١/٤) ، تبيين الحقائق (٣٣/٣ ، ٣٤) ، البناية (٧٩٣/٤) والمسألة في الكتاب (٨٧/٣) . وهو رواية عن الإمام أحمد . انظر : المغني (٤٩٦/٨) ، المبدع (١٣٨/٨،١٣٩) ، الإنصاف (٣٠١/٩) .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٣٩٥/٣) ، نهاية المحتاج (١٤٤/٧) ، الوجيز (٩٨/٢) للإمام أبي حامد الغزالي ، مجمع الأنهر (٤٧٠/١) . - وبه قال الإمام مالك . انظر : قوانين الأحكام (٢٦٢) ، شرح الزرقاني (٢٣٥/٤) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير (٤٩٩/٢) للعلامة محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي . والرواية الثانية عن الإمام أحمد وهي الذهب . انظر : الفروع (٥٥٣/٥) ط ، كشاف القناع (٤٢٨/٥) ، الروض المربع (٢١٥/٣) .

(٤) فرقة الموت وجب بها كمال المهر مع عدم المسيس ، لأن النكاح قد انتهى بالموت والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد ، فيتقرر بجميع مواجبه . أما هنا فالحكم باقٍ على الأصل ، وهو أن الطلاق قبل الدخول من غير مسيس ولا خلوة لا يوجب إلا نصف المهر . انظر : البحر الرائق (١٥٣/٣) .

(٥) إذا دخل بها عقيب النكاح الثاني فهذا محل اتفاق مع المخالف . انظر : مغني المحتاج (٣٩٥/٣) ، نهاية المحتاج (١٤٤/٧) .

(٦) انظر : مجمع الأنهر (٤٧٠/١) ، حاشية أبي السعود (٢١٩/٢) .

٢٢٧٩٩ – ولا يلزم إذا وطئها بنكاح فاسد ، ثم تزوجها فطلقها قبل الدخول ، لأنها تستحق كمال المهر قبل مسألتنا [(١)] ، ولأن الطلاق وقع عليها وزوجها مشغول بما يثبت نسبه منه ، فصار كما لو وطئها في النكاح الثاني [(٢)] .

٢٢٨٠٠ – ولأن حكم الدخول ثابت في النكاح الثاني ، بدلالة أنها لو جاءت بولد بعده لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه منه [(٣)] ، فلولا أن حكم الأول ثابت في العقد الثاني لم يثبت النسب ، وحكم الدخول كنفس الدخول في كمال المهر بدلالة من تزوج بامرأة فجاءت بولد لستة أشهر ثبت نسبه منه ، ووجب كمال المهر ، لأنا حكمنا بالدخول حين حكمنا بثبوت النسب [(٤)] .

٢٢٨٠١ – فإن قيل : النسب يثبت بالعقد الأول بدلالة أنها إن جاءت به لأقل من ستة أشهر ، لم يثبت] [(٥)] .

٢٢٨٠٢ – قلنا : العقد الأول زال ، وارتفعت أحكامه ، فلا يجوز أن يثبت النسب به مع ارتفاعه ، ولا يقال لو لم يتقدم العقد الأول لم يثبت النسب [(٦)] ، لأنه سبب في ثبوت النسب ، وإن كانت العلة الحكم [بالدخول في العقد الثاني ، لم يثبت النسب] [(٧)] ، ولأن البضع محبوس عليه في مدة العدة بدلالة أنها ممنوعة من الأزواج لحقه ، فإذا عقد عليه دخل في ضمانه بمجرد العقد كمن ابتاع عبدًا وقبضه وقايل البائع ، ثم ابتاعه منه [(٨)] .

٢٢٨٠٣ – فإن قيل : العبد تحت يده الحرة لا تثبت اليد [(٩)] عليها .

٢٢٨٠٤ – قلنا : حبس البضع عليه ومنعها من التصرف فيه كثبوت اليد على العبد [(١٠)] في البيع / .

---

(١) انظر : البحر الرائق (١٦١/٤) ، فتح القدير (٣٣/٤) ، تبيين الحقائق (٣٤/٣) ، البناية (٧٨٣/٤) .

(٢) انظر : العناية (٣٣٣،٣٣٢/٤) .

(٣) رد الشيرازي هذا بأنه : إذا تزوجها بعد انقضاء العدة قام حكم الدخول أيضًا في تحريم بنت المرأة ، ووجوب الغسل إذا وجدت الماء .

(٤) انظر : المبسوط (٤٥/٦) ، الهداية (٣٣/٢) ، البناية (٨١٧/٤) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : تبيين الحقائق (٣٤،٣٣/٣) ، البناية (٧٩٣/٤) .

(٩) في (ن) ، (ع) : [والحرة] .

(١٠) في (م) : [اليد] .

٢٢٨٠٥ - احتجوا [١] : بقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [٢] .

٢٢٨٠٦ - قلنا : الشرط يقتضي أن المرأة إذا طلقت قبل المسيس مرة فلها نصف المهر ، ولا يقتضي ذلك [٣] تكرار الحكم فلم يجز التعلق به ، ولأن هذه مطلقة بعد المسيس ، لأنه لم يفصل بين مسيس في هذا العقد ، أو في عقد قبله .

٢٢٨٠٧ - قالوا : طلاق في نكاح عرى [٤] عن إصابة ، فلم يجب له إكمال [٥] المهر كالنكاح الأول [٦] .

٢٢٨٠٨ - قلنا : المعنى فيه أنها لا تعتد منه عقيب الطلاق ، وفي مسألتنا هي معتدة منه عقيب الطلاق في عدة أوجبها [٧] حكم الوطء فلذلك كمل مهرها .

٢٢٨٠٩ - قالوا : بينونة لو كانت في نكاح لم يتقدمه نكاح لم يجب كمال المهر فكذلك ، وإن تقدمه نكاح .

٢٢٨١٠ - أصله : إذا طلقها قبل الدخول ، ثم نكحها ، ثم طلقها ، وإذا نكحها بعد انقضاء عدتها [٨] .

٢٢٨١١ - قلنا : هناك حكم الدخول ليس بثابت في هذا العقد ، فلم يجب كمال المهر ، وهاهنا حكم الدخول ثابت .

٢٢٨١٢ - قالوا : كل امرأة تردَّد [٩] عليها نكاحان كان لكل واحد منهما حكم نفسه ، بدلالة افتقاره إلى ولى وشهود ومهر مجدد [١٠] فلم يجز أن يبنى هذا النكاح على حكم غيره [١١] .

٢٢٨١٣ - قلنا : عندنا أحد النكاحين غير مبنى على حكم الآخر ، وإنما النسب يلحقه في العقد الثاني بحكم العقد الأول ، وهذا يوجب [ثبوت حكم] [١٢] أحد [١٣] العقدين في الآخر .

---

(١) انظر : البحر (١٦١/٣) ، فتح القدير مع الهداية (٣٣١/٤) ، الحاوي ٥٥٣ .
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .
(٣ ، ٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٥) في (ن) ، (ع) : [كمال] .
(٦) انظر : المغني (٤٩٦/٨) .
(٧) في (ن) ، (ع) : [يوجبها] .
(٨) انظر : المغني (٤٩٦/٨) .
(٩) في (م) : [تزادد] .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [مجدد] ، وفي غيرهما : « يجدد » .
(١١) انظر : الحاوي للماوردي ٥٥٣ .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٣) في (ن) ، (ع) : [حد] .

مسألة ١٠٩٨

للأب قبض صداق ابنته البكر ما لم تنهه

٢٢٨١٤ - قال أصحابنا : إذا زوج الأَب بنته البكر جاز له قبض مهرها ، وإن لم [تأذن له] (١) ما لم تَنْهه (٢) .

٢٢٨١٥ - وقال الشافعي : لا يجوز (٣) .

٢٢٨١٦ - لنا : أنه لا يعتبر في نفوذ عقده عليها نطقها مع قدرتها ، فجاز له قبض مهرها بغير إذنها كالصغيرة (٤) ، ولأنه مختلف في جواز نكاحها بغير إذنها (٥) ، فجاز

---

(١) في (ن) : [بإذن] .

(٢) الأب لا يملك إلا قبض الصداق المسمى حتى لو كانت الدراهم بيضًا لا يلي قبض السواد وبالعكس ، لأنه استبدال ولا يملكه ، قال الحلواني : هذا مذهب علمائنا ، وعن علماء بلخ أنهم جوزوا ذلك . قال في فتح القدير : وهو أرفق بالناس انظر : هذه المسألة في المبسوط (٥/٣) ، الهداية (١٩٦/١) ، بدائع الصنائع (٢٤٠/٢،٢٤٤) ، فتح القدير (٢٦٣/٣) ، تبيين الحقائق (١١٨/٢) ، البناية في شرح الهداية (١٢٠/٤) . وقد وافق الإمام مالك وأحمد في - إحدى الروايتين - الحنفية في ذلك ، انظر : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي (٧١٨/٢) لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر ، الإنصاف (٢٥٣/٨) ، الشرح الكبير (٣٣/٨) .

(٣) قال في المهذب : « وإن كانت بالغة رشيدة وجب تسليمه إليها ، ومن أصحابنا من خرج في البكر البالغة قولا آخر أنه يجوز أن يدفع إليها أو إلى أبيها وجدها » . انظر : المهذب (٥٧/٢) ، المجموع شرح المهذب التكملة الثانية (٣٣٩/١٦،٣٤٠) ، الحاوي ٤١٦ . وهو رواية عن الإمام أحمد ، وهى الأصح وعليها المذهب ، فلا يصح أن يقبضه إلا بإذنها . انظر : الإنصاف (٢٥٣/٨) ، المبدع (١٤٧/٧) ، الشرح الكبير (٣٣/٨) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٤٠/٢) .

(٥) ذهب الإمام مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأحمد - في أظهر روايتيه - إلى أنه يجوز للأب إجبار بنته البكر البالغة وتزويجها بغير إذنها . انظر : الكافي (٧١٢/٢) / المهذب (٣٧/٢) ، المبدع (٢٣/٧) ، الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة ص ٣٢٥ . المذهب الثاني : ذهب الإمام أبو حنيفة - في رواية - والأوزاعى والثوري وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر إلى أنه ليس له ذلك . راجع الاختيار (٢٣/٣) ، المبدع (٢٣/٧) ، الإشراف على مذهب العلماء (٣٥/٤) للإمام محمد بن إبراهيم بن المنذر . الأدلة : استدل الأولون على ما ذهبوا إليه بالسنة والمعقول ؛ فمن السنة :

أ - ما روى عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن وإذنها صمتها » ، أخرجه مسلم في كتاب النكاح . ووجه الدلالة أنه قسّم النساء قسمين ، وأثبت الحق لأحدهما ، فدل على نفيه عن الأخرى - وهى البكر - فيكون وليها أحق منها . انظر : المهذب (٣٧/٢) ، المغني (٤٨٨/٧) .

ب - ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : الثيب أَحق بنفسها من وليها والبكر يزوجها أبوها ، أخرجه الدارقطني في =

أن يقبض مهرها كالحاكم في حق الصغيرة إذا كان أبوها زوَّجها ومات [(١)] ، لأنها تستحي [(٢)] في العادة من المطالبة بمهرها فيمنعها ذلك من القبض ومن تعجز عن قبض مهرها فليس لها قبضه كالصغيرة والمجنونة [(٣)] .

٢٢٨١٧ - احتجوا : بأنها رشيدة ، فلم يكن لأبيها قبض مهرها بغير إذنها كالثيب [(٤)] .

٢٢٨١٨ - قلنا : الثيب عكس علينا ، لأنها يعتبر نطقها في النكاح فلا تستحي من المطالبة ، فلا تعجز عن القبض [(٥)] .

٢٢٨١٩ - قالوا : عوض ملكته بعقد معاوضة كالثمن [(٦)] .

٢٢٨٢٠ - قلنا : هناك يعتبر في جواز العقد نطقها ، فلم يل عليها في القبض [(٧)] ، وفي مسألتنا بخلافه .

٢٢٨٢١ - قالوا : لو ولى قبض مهرها [لم تملك] [(٨)] منعه من القبض ، كالصغيرة [(٩)] .

= سننه كتاب النكاح . ووجه الدلالة أن الحديث قد دل على أن الولي أحق بالبكر . انظر : المبدع (٢٣/٧) . ومن المعقول أن مالا يشترط في نكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق . انظر : المغني (٤٨٨/٧) . واستدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه بالسنة والمعقول كذلك ؛ فمن.
السنة ما روى عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا تنكح الثيب حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن . فقالوا يا رسول اللّٰه : فكيف إذنها ، قال : أن تسكت » أخرجه البخاري كتاب النكاح (١٥٧/٩) . انظر الاختيار (٢٣/٣) المغني (٤٨٨/٧) . وقد نوقش هذا الاستدلال بأن الاستئذان في الحديث محمول على الاستحباب وليس بواجب . انظر : المغني (٤٨٨/٧) .
ومنه كذلك ما روى عن ابن عباس أن جارية بكرًا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوَّجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ . أخرجه ابن ماجة . وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه مرسل ، ويحتمل أنها التي زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته ، فتخييرها لذلك . انظر : المغني (٤٨٨/٧) . ومن استدلالهم بالمعقول : أنها جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كالثيب . انظر : المغني (٤٨٨/٧) .

(١) انظر : فتح القدير (٢٦٤/٣) ، البحر الرائق (١١٨/٣) ، الشرح الكبير (٣٣/٨) ، المهذب (٥٧/٢) .
(٢) في (ن) : [يستحي] .
(٣) انظر : المبسوط (٣/٥) ، بدائع الصنائع (٢٤٠/٢) ، فتح القدير (٢٦٣/٣) ، العناية (٢٦٣/٣، ٢٦٤) .
(٤) انظر : المجموع (٣٤٠/١٦) ، الشرح الكبير (٣٣/٨) ، المبدع (١٤٧/٧) .
(٥) انظر : المبسوط (٩/٥) ، البحر الرائق (١٢٣/٣) .
(٦) انظر : الشرح الكبير (٣٣/٨) ، الحاوي ٤١٧ .
(٧) انظر : فتح القدير (٢٦٤/٣) .
(٨) في (ع) : [يملك] .
(٩) انظر : الحاوي ٤١٧ .

٢٢٨٢٢ - قلنا : الأب لا يقبضه عندنا بولاية ، لكن بوكالة ثبتت من طريق الحكم ، ولو كانت الوكالة بالنطق ملكت عزله عنها [١] فكذلك من طريق الحكم .

* * *

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

مسألة ١٠٩٩

عقدة النكاح بيد الزوج

٢٢٨٢٣ - قال أصحابنا : الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج ؛ فقوله تعالى : ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ﴾ [١] يعني النساء يسقطن ما وجب لهن من نصف المهر ، أو يَعْفُوَا الزوج إذا كان سلم [٢] المهر إليها لا يرجع بشيء [٣] منه .

٢٢٨٢٤ - وهو قول الشافعي الجديد .

٢٢٨٢٥ - وقال في القديم : الذي بيده عقده النكاح الولي ، فتقدير [٤] الآية ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ﴾ يعنى النساء ﴿أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾ يعني ولى الصغيرة [٥] .

٢٢٨٢٦ - لنا : قوله تعالى ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾ [٦] والزوج في يده العقدة إن شاء حلها وإن شاء أمسكها ، والولي قبل العقد ليس بيده عقدة ، لأنه لم يعقد شيء والعقد [٧] اسم لما انعقد [٨] ، دون ما ينعقد في

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [شيء] . انظر : هذه المسألة في مختصر الطحاوي ١٨٦ ، المبسوط (٦٣/٦) ، بدائع الصنائع (٢٩٠/٢) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [فتقرير] .

(٥) قال في المهذب : فإذا قلنا إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي لم يصح العفو منه إلا بخمسة شروط : أولها : أن يكون أبًا أو جدا ، لأنهما لا يتهمان فيما يريان من حظ الولد ومن سواهما متهم . الثاني : أن تكون المنكوحة بكرًا ، فأما الثيب فلا يجوز العفو عن مالها لأنها لا يملك الولي تزويجها . الثالث : أن يكون العفو بعد الطلاق ، وأما قبله فلا يجوز ، لأنه لاحظ لها في العفو قبل الطلاق ، لأن البضع معّرض للتلف ، فإذا عفا ربما دخل بها فتلفت منفعة بضعها من غير بدل . الرابع : أن يكون قبل الدخول ، فأما بعد الدخول فقد أتلف بضعها فلم يجز إسقاط بدله . الخامس : أن تكون صغيرة أو مجنونة ، فأما البالغة الرشيدة فلا يملك العفو عن مهرها ، لأنه لا ولاية عليها في المال . انظر : هذه المسألة في الأم ٨٠١٥ ، مختصر المزني (٢٨٤/٨، ٢٨٥) ، المهذب (٥٩/٢، ٦٠) ، روضة الطالبين (٣١٦/٧) ، مغني المحتاج (٢٤٠/٣) . وذهب الإمام مالك إلى أن الأب يملك العفو في ابنته البكر المجبرة ثيبا أو بكرًا قبل الدخول وبعد الطلاق لا قبل الطلاق انظر : الكافي (٥٥٩/٢) ، قوانين الأحكام ٢٧٧ ، جواهر الأكليل شرح مختصر العلامة خليل (٣٢١/١) ، وفي رواية عن أحمد أنه الولي إذا كان أبا للصغيرة . انظر : الإنصاف (٢٧١/٨) .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(٧) في (ن) : [العقدة] .

(٨) انظر : اللسان باب العين مادة (ع ق د) .

الثاني ، وبعد الانعقاد قد خرج الأمر من يده ، فلا يملك شيئًا منه ، فحمل الاسم على الزوج أولى ، [١] .

٢٢٨٢٧ – ولا يصح أَن يقال : عفا إذا لم يطالبها بنصف المهر ، ولا يقال للأَب إذا أسقط مال ابنته عفا ، لأن العفو يكون في مال الإنسان لا في مال غيره [٢] ، ولأنا إذا حملناه على الزوج ، فقد حملنا اللفظ على العموم في كل وجه ، وإذا حملوه على الولي خصوه في بعض الأَولياء في الأب والجد خاصة ، وفي بعض النساء وهي البكر الصغيرة ، ومن حمل اللفظة على عمومها [كان أولى] [٣] .

٢٢٨٢٨ – ولأنه تعالى قال : ﴿ وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۚ ﴾ [٤] وهذا خطاب للزوج باتفاق [٥] ، والتفاضل يقع بين أمرين ، فدل أنه ذكر عفو المرأة ، ثم عفو الزوج ، ثم قال للزوج : [﴿ وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۚ ﴾ [٦] ، [وهذا خطاب للزوج] [٧] .

٢٢٨٢٩ – ولأنه لا يقال للولي المسقط لمال وليته أنَّ ما فعله أقرب للتقوى [٨] ، ويدل عليه [٩] ما روى عمرو بن شعيب [١٠] عن أبيه [١١] ، ....

(١) انظر : المغني (٦٩/٨) ، المبدع (١٥٧/٧) ، كشاف القناع (١٤٥/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٧٤/٣) .

(٢) قال في المحلى : « ثم البرهان القاطع قول اللّٰه تعالى : ﴿ وَلَا تَكۡسِبُ كُلُّ نَفۡسٍ إِلَّا عَلَيۡهَاۚ ﴾ وقول رسول اللّٰه ﷺ : « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام » فكان عفو الولي عن مال وليه كسبا على غيره ، فهو باطل، وحكما في مال غيره فهو حرام ، فصح أنه الزوج الذي يفعل في مال نفسه ما أحب من عفو أو يقاضى بحقه . المحلى (١٣١/١١) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(٥) انظر : المهذب (٥٩/٢) ، بدائع الصنائع (٢٩٠/٢) .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب ص واستدركه المصنف في الهامش .

(٨) انظر : المغني (٦٩/٨، ٨٠) ، المبدع ١٥٧٠ ، شرح منتهى الارادات (٧٤/٣) ، كشاف القناع (١٤٥/٥) .

(٩) انظر : المبدع (١٥٧/٧) .

(١٠) هو : عمرو بن شعيب بن محمد بن عمرو بن العاص القرشي روى عن أبيه وطاووس ومجاهد وعطاء وغيرهم وروى عنه عطاء ، ويحيى بن سعيد وعمرو بن دينار وغيرهم . وثَّقه على بن المديني وإسحاق بن راهويه ، واحمد بن حنبل ، مات سنة ١١٨ هـ بالطائف .انظر : ميزان الاعتدال (٢٦٣/٣) ، تهذيب التهذيب (٤/٨) خلاصة تهذيب الكمال (٢٨٧/٢) .

(١١) هو : شعيب بن محمد بن عبد اللّٰه القرشي روى عن عبادة بن الصامت ، وعبد اللّٰه بن عباس ، وعبد اللّٰه بن عمر وغيرهم وروى عنه عثمان بن الحكم وعطاء الخراساني وثابت البناني وغيرهم ، قال ابن حجر : =

عن جده [١] أن النبي ﷺ قال [٢] : « الذى بيده عقدة النكاح الزوج » [٣] وهو قول على بن أبي طالب [٤] وجبير بن مطعم [٥] .

٢٢٨٣٠ - وقد روى عن ابن عباس : أنه الولي ولم ينقل عنه تفصيل بين بكر وثيب [٦] [وقيل إنه روى عنه خلاف ذلك] [٧] : ولأن المهر مال لها فلا يملك الولي إسقاطه كسائر أموالها [٨] ولأنه بدل في معاوضة كالثمن في البيع [٩] ، ولأنه لا يملك

= صدوق ، ثبت سماعه من جده . مات سنة ٩١ هـ . انظر : الثقات لابن حبان (٣٥٧/٤) ، تهذيب الكمال (٥٣٤/١٢) ، الجرح والتعديل (٣٥١/٤) / ، خلاصة تهذيب الكمال (٤٥١/١) .

(١) هو : محمد بن عبد اللّٰه بن عمرو بن العاص روى عن أبيه وروى عنه ابنه شعيب وحكيم بن الحارث وغيرهم ، قال الذهبي : غير معروف الحال ، ولا ذكر بتوثيق ولا لين ، مات سنة ٧٨ هـ . انظر : لسان الميزان (٣٦٤/٧) معرفة الثقات للعجلي (٢ /٢٤٢) ، تهذيب التهذيب (٢٦٢/٩) ، ميزان الاعتدال (٥٩٣/٣-٥٩٤) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) أخرجه الدارقطني باب المهر (٢٧٩/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٥١/٧،٢٥٢) ، مجمع الزوائد كتاب التفسير (٦٩٠/٣٢٠) ، المغني (٢٧٩/٣) .

(٤) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف - باب قول اللّٰه تعالى (إلا أن يعفون) - عن على قال : هو الزوج المصنف (٢٨١/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى - باب من قال الذي بيده عقدة النكاح الزوج - (٢٥١/٧) والدارقطني في سننه - باب المهر - (٢٧٨/٣) ، وابن حزم في المحلى (٢٥١/١١) .

(٥) هو : جبير بن مطعم بن عدى بن نوفل بن عبد مناف ، أسلم بين الحديبية والفتح ، روى عنه من الصحابة سليمان بن حرد وعبد الرحمن بن عوف ، وعنه من التابعين سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن أزهر ويحيى ابن عبد الرحمن وإبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف ، قال مصعب بن عبد اللّٰه : كان جبير من حلماء قريش وسادتهم وكان يؤخذ عنه النسب ، مات سنة سبع أو ثمان أو تسع وخمسين . انظر : الإصابة (٤٦٢/١) ، الإستيعاب (٢٣٢/١) ، أسد الغابة (٣٢٣/١،٣٢٤) .
روى ذلك عنه البيهقي في السنن الكبرى - باب من قال الذي بيده عقدة النكاح - (٢٧٨/٣،٢٧٩) .

(٦) روي ذلك عنه ابن أبي شيبة - من قال الذي بيده عقدة النكاح الولي - عن عكرمة عن بن عباس قال : رضى اللّٰه بالعفو وأمر به فإن عَفَّت عَفَتْ وإن أبت وعفا وليها جاز المصنف (٢٨٢/٤) ، والدارقطني في سننه . باب المهر (٢٨٠/٣) بنحوه والبيهقي في السنن الكبرى - باب من قال الذي بيده عقدة النكاح الولي - (٢٥١/٧) بنحوه .

(٧) روى ذلك عنه البيهقي في السنن الكبرى - باب من قال الذي بيده عقدة النكاح الزوج - عن ابن عباس هو الزوج ، والدارقطني في سننه - باب المهر - (٢٨٠/٣) ، وابن أبي شيبة في المصنف - باب قول اللّٰه تعالى : (إلاَّ أَن يَعْفُونَ . .) - الآية ، وعبد الرزاق في مصنفه (٢٨٣/٦) باب الذي بيده عقدة النكاح .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٢٩٠/٢) ، المبدع (١٥٧/٧) ، كشاف القناع (١٤٥/٥) شرح منتهى الإرادات (٧٤/٣) .

(٩) انظر : الحاوي ٤٦٠ .

إسقاطه إذا كانت ثيبا فلا يملك إذا كانت بكرًا كالأجنبي (١) وعكسه المولى (٢) .

٢٢٨٣١ - ولأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، فلا يجوز أن يبذل مالها في مقابلة مالا يقوم ، كما لا يبذل في مقابلة الخمر ، والخنزير (٣) ، ولأنه لا يملك الخلع عليه بعد القبض فلا يملك إسقاطه قبله كالأجنبي (٤) وكثمن (٥) المبيع والأجرة في الإجارة (٦) .

٢٢٨٣٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ (٧) وهذا خطاب للزوج بلفظ المواجهة ثم قال : ﴿ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ ﴾ (٨) وهذا يتناول النساء بلفظ الكناية ، ثم قال : ﴿ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾ (٩) وهذا خطاب بكناية ، فلو كان المراد به الزوج لكان بلفظ المواجهة (١٠) .

٢٢٨٣٣ - قلنا : قد يبتدأ الخطاب بالمواجهة ، [ويعطف عليه بالكناية ، والخطاب لواحد ، وقد يبتدأ بالكناية ، ويعطف عليه بالمواجهة] (١١) وهو كذلك قال تعالى : ﴿ حَتَّىٰٓ إِذَا كُنتُمْ فِى ٱلْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِم بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ ﴾ وقال تعالى : ﴿ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴾ ثم قال : ﴿ إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ ﴾ فافتتح بالكناية وتلاها بالمواجهة ، وهذا كثير في الكلام العربي (١٢) ، وهذا ظاهر في هذه الآية لأنه افتتح بالمواجهة (١٣) وعطف عليه عفو النساء بالكناية ، فلما ذكر الزوج ذكره بلفظ الكناية الذي تقدم عليه ولم يذكره بالمواجهة مع الفصل بينهما (١٤) .

٢٢٨٣٤ - قالوا : قوله تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ ﴾ يعنى به عفو المرأة عن نصف

---

(١) انظر : البحر الرائق (١٦١/٣) المغني (٧٠/٨) ، المهذب (٥٩/٢، ٦٠) ، الحاوي ٤٦٥ .

(٢) في (ن) ، (ع) : [الولي] .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٤٧/٣) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : المبسوط (١٧٩/٦) ، بدائع الصنائع (١٤٦/٣، ١٤٧) .

(٦) انظر : المغني (٧٠/٨) ، الحاوي للماوردي ٤٦٦ .

(٧) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(٩) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

(١٠) انظر : المهذب (٥٩/٢، ٦٠) ، المجموع (٣٦٤/١٦) ، الحاوي للماوردي ٤٦٠ .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(١٢) وهو ما يعرف في علم البلاغة بالالتفات وهو التعبير عن معنى بطريق بعد التعبير عنه بطريقة أخرى منها . انظر : الإيضاح ج (٨٦/١) ، بدائع القرآن ٤٤ لابن أبي أصبغ المصري .

(١٣) في (ن) ، (ع) : [المواجهة] .

(١٤) انظر : المغني (٦٩/٨) ، كشاف القناع (١٤٥/٥) ، المبدع (١٥٧/٧) ، شرح منتهى الإرادات =

مهرها ، فإذا حملنا قوله : ﴿ أَوْ يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ على الزوج عطفنا عفوه على عفو مخالفه ، وإذا حملناه على عفو الولي حملناه على ما يوافقه [1] .

٢٢٨٣٥ - قلنا : العطف [2] يجب أن يكون من جنس المعطوف [3] عليه ، وعفو الزوج من استرجاع نصف ما سلمه إليها كعفوها عن نصف المهر الذي لم تقبضه منه ، فقد عطفنا الشيء على نظيره ، وهذا الذي يلزمنا بحكم العطف .

٢٢٨٣٦ - قالوا : ابتدأ اللَّه بعفو المرأة بقوله ﴿ إِلَّا أَن يَعْفُونَ ﴾ وختم بعفو الزوج بقوله : ﴿ وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنسَوُا ﴾ فإذا حملنا قوله : ﴿ أَوْ يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ على الزوج .

٢٢٨٣٧ - قلنا : حملنا اللفظ على التكرار ، وإذا حملناه على الولي حملناه على فائدة محددة [4] .

٢٢٨٣٨ - قلنا : إذا حملتموه على الولي لم يصح التفضيل في عفو الزوج ، وإنما يصح التفضيل على قولنا ، لأنه بين عفوها ، وعفو الزوج ، ثم أخبر تعالى أن عفو الزوج أولي .

٢٢٨٣٩ - قالوا : الزوج يجب عليه تسليم نصف المهر إليها فكيف يعفو [5] .

٢٢٨٤٠ - قلنا : خرج الكلام على المعتاد ، لأنهم كانوا يتزوجون ، يقدمون المهر [فعفو الزوج أن لا يرجع عليها بشئ] [6] .

٢٢٨٤١ - قالوا : نصف صداق استقر بالطلاق ، فكان للولي العفو عنه كمولى الأمة [7] .

٢٢٨٤٢ - قلنا : الوصف غير مسلم في الأصل ، لأن المهر لم يستقر للأَمَة لكن لمولاها ، والوصف الآخر غير مؤثر ، لأن الأمة لا فرق بين أن تكون بكرًا ، أو ثيبًا . والمعنى في المولى ، أنه يملك إسقاط المهر [بعد القبض ، فيملك قبله] [8] ، ويملك

= (٧٤/٣) والمهذب (٦٠/٢) ، المجموع (٣٦٥/١٧) .

(١) انظر : المجموع (٣٦٥/١٧) ، الحاوي للماوردي ٤٦١ .

(٢) العطف هو المجعول تابعا بأحد حروفه انظر : شرح التسهيل (٣٤٣/٣) لابن مالك محمد بن عبد اللَّه الطائي .

(٣) انظر : شرح التسهيل (٣٤٨/٣) .

(٤) انظر : المجموع (٣٦٥/١٧) ، الحاوي للماوردي ٤٦١ .

(٥) انظر : الحاوي للماوردي ٤٦١ .

(٦) في (ن) ، (ع) : [فعفو الزوج أن لا يرجع على الزوجة بشئ] .

(٧) انظر : الحاوي للماوردي ٤٦١ .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

[إسقاطه إذا كانت ثيبًا ، فملك إذا كانت بكرًا . ويملك إسقاط الأجرة إذا أجرها فملك إسقاط مهرها] (١) إذا زوجها (٢) و (٣) الولي بخلاف ذلك .

٢٢٨٤٣ - قالوا : في إسقاط الأب لنصف مهرها منفعة (٤) لها ، لأنه يعلم أنه سمح غير متشدد (٥) ، فيرغب الناس إليها (٦) .

٢٢٨٤٤ - قلنا : يبطل هذا بالأجرة في الإجارة ، والثمن في البيع (٧) ، وبما يعد قبض المهر .

٢٢٨٤٥ - قالوا : الأب والجد يملكان نقصان مالها لمصلحتها ، ألا ترى : أنهما يقطعان الثياب ويجعلان الدنانير حُليا ، وذلك نقص فيها (٨) .

٢٢٨٤٦ - قلنا : هذا يفعل لأنها لا تنتفع بالثياب إلا بعد قطعها ، فهو وإن نقص العين كتمكينها من اللبس الذي ينقص القيمة ، وهذه ضرورة [لا توجد] (٩) في إسقاط المهر .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) انظر : البحر الرائق (٢٠٥/٣) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [متعة] .

(٥) في (ع) : [مبذر] .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي ٤٦١ .

(٧) في (ن) ، (ع) : [المبيع] .

(٨) انظر : الحاوي للماوردي ٤٦١ .

(٩) في (ن) : [لا يوجد] .

مسألة ١١٠٠

إذا وهبت الصداق قبل القبض أو بعده

٢٢٨٤٧ - قال أصحابنا : إذا وهبت صداقها لزوجها قبل قبضه ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشيء . وإن قبضت ثم وهبت : فإن كان المهر ثمنًا رجع عليها . وإن كانت عروضا فوهبتها وهي بحالها لم يرجع عليها بشئ ، وإن تغيرت بزيادة أو نقصان رجع عليها [١] .

٢٢٨٤٨ - وقال الشافعي : إذا وهبت لم ترجع في أحد القولين ، سواء ما بعد القبض ، وقبله [٢] . وفي القول / الآخر : تضمن له نصفه في الوجهين [٣] . وإذا كان المهر دينا في ذمته فأبرأته [٤] منه ، ففيه وجهان [٥] . ٢٥/أ

٢٢٨٤٩ - لنا : أن الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول يرجع إليه من جهتها ، بسبب لا يوجب الضمان ، فلم يجز له الرجوع عليها بشيء ، كما لو تزوجها على عين فقبضتها ثم ردتها إليه بغير هبة ثم طلقها . وإن شئت قلت : أنا لو ضمناها لضمناها لهبتها والهبة لا توجب الضمان على الواهب فيما وهب ، لأجل هبته . أصله : إذا استحقت العين الموهوبة وقد تملكت في يد الموهوب له [٦] فضمن لم يرجع على الواهب [٧] .

---

(١) انظر : هذه المسألة في مختصر الطحاوي ١٨٩ ، المبسوط (٦/٦٤،٦٥) ، بدائع الصنائع (٢/٢٩٥) ، فتح القدير (٣/٣٤٢) ، البناية (٤/ ٢١٩،٢٢٠) ، تبيين الحقائق (٢/١٤٦) ، جواهر الإكليل (١/٣١٩) ، المغني (٨/٧٣) ، المبدع (٧/١٥٩،١٦٠) ، كشاف القناع (٥/١٤٦) .

(٢) هذا إذا كان المهر عينا - وهذا هو القديم وأحد قولي الجديد - وهو الراجح عند البغوي واختيار المزني . انظر : المهذب (٢/٥٩) ، روضة الطالبين (٧/٣١٦،٣١٧) ، نهاية المحتاج (٣/٣٦٣) .

(٣) وهو الأظهر عند الجمهور منهم العراقيون والروياني وهو الصحيح . انظر : المهذب (٢/٥٩) ، روضة الطالبين (٧/٣١٦) ، مغني المحتاج (٣/٢٤٠) .

(٤) في (ع) [فأبرأه] .

(٥) أحدهما يرجع كما يرجع في الهبة ، والثاني لا يرجع وهو المذهب ، انظر : المهذب (٢/٥٩) ، وروضة الطالبين (٧/٣١٧) ، حاشية البيجرمي على شرح منهج الطلاب (٣/٢٤٥) .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) قال في الهداية : وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق ، وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء ، لأنه عقد تبع فلا يستحق فيه السلامة ، وهو غير عامل له ، والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره . انظر : الهداية (٣/٢٢٩) . وبهذا تبين أن الهبة لا توجب الضمان في يد الموهوب له ، ولا يجب عليه الرجوع على الواهب بشيء ، كما لا ترجع المرأة على زوجها بشيء إذا وهبت له =

٢٢٨٥٠ - ولا يلزم إذا وهبت لأجنبي فوهب الأجنبي له ، لأن المستحق لم يعد إليه من جهة الزوجة [١] .

٢٢٨٥١ - ولا يلزم إذا قبضت المهر ، وهو ثمن ثم وهبت ؛ لأَن العين لا يستحق عليها [٢] ردها عندنا ، إذ الدراهم ، لا تتعين [٣] بالفسخ ، ولا يلزم إذا زادت العين لأن حق الفسخ يسقط بالزيادة ، ويستحق الزوج نصف قيمتها ، فلم يعد المستحق [٤] إليه [٥] ، ولا يلزم إذا نقصت [٦] العين ، لأنه [لا يتعين] [٧] أن يستحق نصف العين الناقصة ، بل له المطالبة بنصف القيمة ، فلم يعد إليه المستحق [٨] ، ولأَن الصداق لم يدخل في ضمانها ، فلم يلزمها ضمانه بالطلاق لو لم تقبض [٩] ولم تهب [١٠] .

٢٢٨٥٢ - ولا يلزم إذا وهبت لأجنبي ، لأن قبضه يقوم مقام قبضها ، فكأنها قبضت ، فيدخل في ضمانها بقبضه [١١] .

٢٢٨٥٣ - ولا يلزم إذا كان المهر عبدًا فأعتقته قبل القبض ، لأنها استهلكته بالعتق ، وأزالت يد الزوج عنه فضمنت الاستهلاك وإزالة اليد .

= المهر وإذا طلقها قبل الدخول وهو قياس المصنف .

(١) هذا إذا كان الموهوب عرضا ، قال في البحر : « لو وهبت العرض لأجنبي بعد قبضه ، ثم وهبه الأجنبي للزوج ، ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف الصداق ، والعين والدين في ذلك سواء ، لأنه لم يسلم له النصف من جهتها . انظر : البحر الرائق (١٧١/٣) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [لا يتعيّن] .

(٤) هذا عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، ولهذا لو سمى لها دراهم وأشار إليها له أن يحبسها ويدفع مثلها جنسا ونوعا وصفة ، ولا يلزمها رد عين ما أخذت بالطلاق قبل الدخول ، خلافًا لزفر . انظر : البحر الرائق (٦٩/٣) ، تبيين الحقائق (١٤٧/٢) .

(٥) الزيادة إما أن تكون زيادة منفصلة ، كأن كان المهر جارية فولدت ، أو شجرا فأثمر ، فإنه يرجع عليها بنصف القيمة ، لأن حق الزوج ينقطع بهذه العوارض . أما إن كانت الزيادة متصلة فوهبتها له ثم طلقها قبل الدخول كان له أن يضمنها في قول أبي يوسف وأبي حنيفة ، خلافًا لزفر ومحمد بن الحسن .
انظر : بدائع الصنائع ٢٩٦ ، فتح القدير (/٣٤٨،٣٤٩) .

(٦) في (م) : [قبضت] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٨) إذا نقصت العين بعيب فاحش ثم طلقها قبل الدخول ، فإنه يرجع عليها بنصف قيمة العرض يوم قبضت ، وأما إذا كان يسيرا فلا يرجع عليها بشئ لأنه متحمل في باب النكاح فهو كالعدم . انظر : البحر الرائق (١٧١/٣) .

(٩) في (ن) : [يقبض] .

(١٠) في (ن) : [يهب] .

(١١) انظر : المبسوط (٦٦/٦) .

٢٢٨٥٤ - ولا يلزم إذا ابتاعت به شيئًا ، لأنه دخل في ضمانها حين أخذت العوض عنه [١] ، ولأنها تبرعت على زوجها بمهرها فلم يرجع عليها إذا طلقها .

٢٢٨٥٥ - أصله : إذا تزوجها على أن لا مهر لها [٢] ، ولأن ما سقط من ذمة الزوج من المهر ، بسبب لا يوجب الضمان ، لا يجوز أن يرجع به عليها بعد الطلاق .

٢٢٨٥٦ - أصله : النصف الساقط بالطلاق ، ولأن العقد هو الموجب لسلامة المهر لها ، إن انضم إليه دخول وعود نصفه إلى الزوج بغير عوض إذا طلقها قبل الدخول ، فإذا وهبت فقد حصل له المستحق ، وزيادة على الوجه الذي يستحقه ، مع قيام سببه [٣] فيقع [٤] عن مستحقه كالدين المؤجل إذا عجل [٥] .

٢٢٨٥٧ - فإن قيل : المستحق عوده بسبب الطلاق ، فإذا عاد بسبب الهبة ، فهو عود بسبب آخر ، واختلاف جهات الملك باختلاف الأعيان المملوكة ، ولهذا لو كان عليه دين مؤجل فوهب الذي عليه الدين لغريمه مثله ، لم يسقط الدين عنه بالهبة . كذلك في مسألتنا .

٢٢٨٥٨ - قلنا : اختلاف جهات الملك ليس هو المعتبر فيما بين الزوج وبينها ، وإنما يعتبر بينه وبين بائعه [٦] فأما حقه معها فهو عود النصف إليه من جهتها بغير بدل ، وقد عاد ذلك فلا معتبر باختلاف الجهات ، وليس كذلك الدين المؤجل إذا وهب من عليه الدين مثله ، لأن المستحق في الدين أن يحصل لصاحبه قبض مضمون ، وذلك لا يوجد

---

(١) قال في البدائع : « وإذا باعته - المهر - أو وهبته على عوض ، ثم طلقها رجع عليها بمثل نصفه ، فيما له مثل أو بنصف القيمة فيما لا مثل له ، لأن المهر عاد إلى الزوج بسبب يتعلق به الضمان ، فوجب له الرجوع . وإذا ثبت له الرجوع ضمنها ، كما لو باعته لأجنبي ثم اشتراه الزوج من الأجنبي ، ثم إن كانت باعته قبل القبض فعليها نصف القيمة يوم البيع ، لأنه دخل في ضمانها بالبيع ، وإن قبضت ثم باعت فعليها نصف القيمة يوم القبض ، لأنه دخل ضمانها بالقبض . بدائع الصنائع (٢٩٦/٢) .

(٢) انظر : البحر الرائق (١٥٦/٣) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [سننه] .

(٤) في (ن) : [فتقع] .

(٥) قال في المبسوط : « وجه الاستحسان أن مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له عند الطلاق من غير عوض ، وقد حصل له هذا المقصود قبل الطلاق ، فلا يستوجب شيئًا آخر عند الطلاق ، كمن عليه الدين المؤجل إذا عجله لم يجب لصاحب الدين عند حلول الأجل شيء ، وهذا لأن الأسباب غير مطلوبة لأعيانها ، بل لمقاصدها فإذا كان ما هو المقصود واجبا حاصلا فلا عبرة باختلاف السبب » . إذا وهبت الصداق قبل القبض أو بعده انظر : المبسوط (٦٥/٦) ، المجموع (٢٩٩/١٧) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [تابعه] .

في الهبة فلذلك لم يسقط الدين [١] .

٢٢٨٥٩ - احتجوا : بأن الصداق عاد إليه بعقد مستأنف ، فوجب أن لا يمنع من رجوعه بنصفه إذا طلقها ، كما لو وهبت الصداق لأجنبي فوهبته له [٢] .

٢٢٨٦٠ - قلنا : هناك لم يعد إليه [٣] من جهتها بغير بدل ، فلم يوجد المستحق . وفي مسألتنا بخلافه . ولأن هناك قبض الأجنبي بأمرها فصار ذلك كقبضها ، فدخل في ضمانها ، كما لو قبضت بنفسها ، وهذا المعنى لا يوجد إذا وهبت [٤] قبل القبض .

٢٢٨٦١ - قالوا : عاد إليه الصداق بغير الوجه الذي يعود إليه به حين الطلاق ، فصار كما لو اشتراه منها ثم طلقها [٥] .

٢٢٨٦٢ - قلنا : هناك لم يعد إليه [على الوجه المستحق ، لما بينا أن المستحق أن يعود إليه من جهتها بغير عوض ، وهاهنا عاد إليه] [٦] بعوض .

٢٢٨٦٣ - قالوا : الصداق يرجع إلى الزوج قبل ثبوت حقه بالطلاق ، فوجب أن لا يسقط حقه من الرجوع بالنصف .

٢٢٨٦٤ - أصله : إذا كان الصداق ثمنًا .

٢٢٨٦٥ - قلنا : إن كان الصداق [٧] ثمنا ولم يقبضه حتى وهبته له فهي مسألة الخلاف ، لا فرق بين الأثمان وغيرها قبل القبض [٨] ، وإن كان الأصل إذا قبضت ، ثم وهبت فقد دخلت في ضمانها بالقبض ، فجاز أن يثبت الرجوع لوجود القبض المضمون . وقبل القبض لم يدخل في ضمانها ، ولا سلم [٩] لها شيء منه ، فلا يجوز أن يرجع عليها [١٠] .

٢٢٨٦٦ - ولا يلزم إذا قبضت العين ، ثم وهبتها لأنا عللنا جواز الضمان لأجل القبض ، وهبتها [١١] .

---

(١) انظر : الهداية (٢٣٠/٣) .

(٢) انظر : المغني مع الشرح (٧٣/٨) ، المبدع (١٥٩/٧) ، المهذب (٥٩/٢) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [إليها] .

(٤) في (م) : [وهب] .

(٥) انظر : المغني (٧٣/٨) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) انظر : الهداية (٢٠٨/١) ، فتح القدير (٣٤٣/٣، ٣٤٥) مع العناية .

(٩) في (ن) ، (ع) : [نسلم] .

(١٠) انظر : بدائع الصنائع (٢٩٦/٢) .

(١١) في (م) : [وهنا] . انظر : بدائع الصنائع (٢٩٦/٢) .

مسألة ١١٥١

إذا سلمت المرأة نفسها فوطئها الزوج ، فهل لها أن تمتنع

٢٢٨٦٧ - قال أبو حنيفة : إذا أسلمت [1] نفسها فوطئها الزوج فلها أن تمتنع [2] منه حتى يعطيها مهرها .

٢٢٨٦٨ - وقال أبو يوسف ومحمد ليس لها الامتناع [3] .

٢٢٨٦٩ - وبه قال الشافعي [4] .

٢٢٨٧٠ - لنا : أنه وطء مستباح بعقد النكاح فكان لها منع الزوج منه حتى تستوفي المهر قياسا على الوطء الأول [5] ، ولأنه وطء يفتقر [6] إلى تمكينها ، فكان لها [حق الحبس منه بالمهر ، كالوطء الأول [7] ، ولأنه وطء حالة لو مات الزوج استحقت كمال المهر ، فكان لها منع نفسها به] [8] . كما بعد الخلوة [9] .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [سلمت] . (٢) في (م) : [تمنع] .

(٣) محل الخلاف في المذهب فيما إذا كان الدخول برضاها وكذا الخلوة بها برضاها ، انظر : هذه المسألة في مختصر الطحاوي ١٨٨ ، بدائع الصنائع (٢٨٩/٢) ، الهداية (٢٢٢/١) ، تحفة الفقهاء (٢١٢/٢) . وهو أحد الوجهين عند الحنابلة - واختاره ابن حامد . انظر : المبدع (١٧٦/٧) ، المغني (٨٠/٨) .

(٤) وبه قال الإمام مالك - وهو أحد الوجهين عند الحنابلة - انظر : المهذب (٥٧/٢) روضة الطالبين (٢٦٠/٧) مغني المحتاج (٢٢٣/٣) ، الكافي (١٥٦٠/٢) ، الشرح الصغير (٢١٣/٣) ، الإنصاف (٣١٢/٨) ، المبدع (١٧٦/٧) .

(٥) قال في بدائع الصنائع : « ولأبي حنيفة أن المهر مقابل بجميع ما يستوفى من منافع البضع ، في جميع الوطآت التي توجد في هذا الملك ، لا بالمستوفى بالوطأة الأولى خاصة ، لأنه لا يجوز إخلاء شيء من منافع البضع عن بدل يقابله احتراما للبضع ، وإبانة لخطره فكانت هي بالمنع ممتنعة عن تسليم ما يقابله بدل ، فكان لها ذلك بالوطء في المرة الأولى ، فكان لها أن تمنعه عن الأول حتى تأخذ عن الثاني والثالث . انظر : بدائع الصنائع (٢٨٩/٢) . وقد نوقش هذا القياس بأن الوطء الأول جعل كجميع المعقود عليه في تقرير البدل ، فكان كجميعه في إسقاط الحبس ، كما أن المهر استقر بالوطء الأول ، فقام فيه مقام كل وطء ، ألا تراها لو ارتدت لم يؤثر في سقوط المهر ، وإن لم يستوف كل وطء في النكاح إلى الإسلام حل له وطؤها بالمهر المتقدم. انظر : الحاوي للماوردي ٥٠٦ . (٦) في (ن) : [نفتقر] .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٩/٢) ، المغني (٨٠/٨) ، المبدع (١٧٦/٧) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٩) هذا عند الإمام أبي حنيفة ، وخالفه الصاحبان ، انظر : البحر الرائق (١٩١/٣) . وقد نوقش القياس على =

٢٢٨٧١ - فإن قيل : المعنى في الوطء الأول أن المهر [لم يستقر] [١] ، وفي [٢] مسألتنا وجد الوطء الذي يستقر به البدل برضاها .

٢٢٨٧٢ - قلنا : إذا كان أصل علتنا [٣] الخلوة ، لم نسلم أن المهر [لم يستقر] [٤] ، ثم هو فاسد لأن استقرار المهر مؤكد ، فإذا جاز أن تحبس نفسها بمهر لم يتأكد ، فلأن تحبس بما تأكد أولى .

٢٢٨٧٣ - ولأن المهر في مقابلة كل استمتاع يوجد في النكاح ، بدليل أنه لو كان في مقابلة الوطء الأول لم يجب عليها تسليم الثاني ، لأنها وفت [٥] ما في مقابلة البدل ، [٦] ولو كان يوجد وطء الحرة فيما بعد الوطء الأول بغير [٧] بدل وكان إذا وطئها مكرهة لا يجوز لها منع الوطء الثاني ، لأنه لا [٨] بدل في مقابلته [٩] ، فلم يبق إلا أن يكون المهر في مقابلة كل وطء يوجد في العقد ، والوطء الثاني مقابلة جزء من المهر ، فكان لها أن تمنع [١٠] نفسها حتى تستوفى [١١] بدله ، كالوطء الأول ، وكمن باع عبدين فسلم أحدهما فله حبس الآخر [١٢] يبين ذلك أن العقد إذا تناول المنافع كان العوض في مقابلة جميعها . أصله : الإجارة [١٣] .

٢٢٨٧٤ - احتجوا : بأنه وجد التسليم الذي استقر به البدل برضاها ، فلم يثبت لها حق الحبس . أصله : البائع إذا سلم المبيع [١٤] .

٢٢٨٧٥ - قلنا : لا يمتنع أن يستقر [١٥] البدل بالتسليم ، وإن عاد حق الحبس كما

= ما بعد الخلوة وقبل الوطء ، بأن المعنى في الأصل أنها لم تسلم ما استقر به المهر ، فجرى مجرى البيع قبل التسليم ، وليس كذلك بعد الوطء ، لأنها قد سلمت ما استقر به المهر ، فجرى المبيع بعد التسليم . انظر : الحاوي ٥٠٦ .

(١) في (ن) ، (ع) : [ما استقر] .
(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٤) في (ن) ، (ع) : [لا يستقر] .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٧) في (ن) ، (ع) : [لا يستقر] .
(٨) ساقط من (ن) ، (ع) .
(٩) لا خلاف أنها إذا ماتت مكرهة أو صبية أو مجنونة فإنه لا يسقط حقها في الحبس . انظر : البحر الرائق (١٩١/٣) .
(١٠) في (ن) : [يمنع] .
(١١) في (ن) : [يستوفى] .
(١٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٩/٢) ، البحر الرائق (١٩٢،١٩١/٣) ، تبيين الحقائق (١٥٥/٢) وفتح القدير (٣٧٢/٣) ، الاختيار (٤٨/٣) .
(١٣) انظر : بدائع الصنائع (١٧٥،١٧٤/٤) .
(١٤) انظر : المغني (٨٠/٨) ، الشرح الكبير (١٠٢/٨) ، الاختيار (٤٨/٣) ، بدائع الصنائع (٢٨٩/٢) .
(١٥) في (م) : [استقر] .

لو أفلس المشترى على أصلهم [١] ، ولأن استقرار البدل بالوطء وإن كان المراد به وجوبه أو ثبوت المطالبة به فقد كان ذلك قبل الوطء . وإن أرادوا به أن الفرقة إذا حصلت ، لم يسقط شيء منه ، لأن الفرقة تبين بها أنه ليس هناك معقود عليه سواه ، فلا معنى لذكر الاستقرار . ولأن المعنى في المبيع إذا سلم [٢] إليه لا يقف على تسليم ثان منها ، فلم يجز لها الحبس . ولما وجب عليها التسليم في النكاح بعد الوطء الأول دل على أن حق الحبس لم يسقط .

٢٢٨٧٦ - أو نقول : إن التصرف في المبيع بعد التسليم لا يقف على تسليمها ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأن التصرف في الوطء يقف على تمكينها فيثبت لها فيه حق الحبس ، كمن باع عبدين فسلم أحدهما ، لمّا وقف التصرف في الآخر على تمكين البائع ، جاز له حبسه [٣] .

٢٢٨٧٧ - قالوا : وجد التسليم الذي يتعلق به جواز التصرف ، فسقط حق الحبس ، كالمؤجر إذا سلم الدار المستأجرة [٤] .

٢٢٨٧٨ - قلنا : يبطل إذا خلت بين نفسها وبينه ، ثم منعته من الوطء فلها ذلك ، وإن وجد التسليم الذي يبيح التصرف [٥] .

٢٢٨٧٩ - ثم إن قاسوا على الإجارة التي أطلق العقد فيها ، فالأجرة [٦] عندنا لا تجب بالعقد ، فلا يثبت الحبس قبل التسليم وبعده لعدم استحقاق الأجرة ، وإن قاسوا على من أجَّر وشرط تعجيل الأجرة ، [وتسلم الدار قبل تعجيل الأجرة] [٧] ، فقد اختلف أصحابنا المتأخرون في ذلك .

٢٢٨٨٠ - فمنهم من قال : للمؤجر أن يرجع الدار ويحبسها ، كما لها في النكاح بعد العقد فلما لم تمنعه من وطئها ، فعلى هذا لا فرق بينهما [٨] .

٢٢٨٨١ - ومن أصحابنا من قال : ليس للمؤجر حق الحبس وذلك لأنه لو سلم الدار

---

(١) انظر : مغني المحتاج (١٥٨/٢) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [أسلم] .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢٨٩/٢، ٢٩٠) .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي ٥٠٥ .

(٥) انظر : البحر الرائق (١٩١/٣) ، بدائع الصنائع (٢٨٩/٢) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [فالإجارة] .

(٧) في (ن) ، (ع) : [وتسليم الدار قبل التعجيل] .

(٨) انظر : نتائج الأفكار (٦٩/٩، ٧٠) ، رد المختار (٦/٥، ٧) .

فلم يسكنها المستأجر لم يثبت له حق استرجاعها ليحبسها ، كذلك بعد السكنى [١] ، و[٢] في النكاح لو سلمت المرأة نفسها إليه جاز لها أن تمنع قبل الوطء ، كذلك بعده .

٢٢٨٨٢ - وفرق آخر : وهو أن تسليم الدار كتسليم جميع المعقود عليه بدلالة أن المستأجر يجوز أن يؤجرها ، وبدلالة أن المنافع تحدث تحت يده ، ولا يفتقر في تسليمها إلى تمكين المؤجر ، فلم يثبت له المنع [٣] .

٢٢٨٨٣ - وفي مسألتنا المنافع تصير مسلمة ، بدلالة أنها إذا وطئت ، وكان البدل لها يفتقر الاستيفاء إلى تمكينها ، فلذلك يثبت لها حق الفسخ . فرق آخر : وهو أن إطلاق الإجارة لا يقتضي تعجيل الأجرة عندنا [٤] ، ثم لو شرط التعجيل ، أو عجل من غير شرط تعين [٥] مقتضى [٦] العقد ، حتى لا يثبت له استرجاع بما عجل ، كذلك المنافع يثبت حق الحبس فيها إذا كانت الأجرة معجلة [٧] ، فإن سلم الدار [٨] بغير مقتضى العقد ، لم يثبت استرجاعها ، [كما لا يثبت] [٩] في الأجرة إذا عجلت .

* * *

(١) انظر : نتائج الأفكار (٧٠،٦٩/٩) ، رد المختار (٧،٦/٥) .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : رد المختار (٥٦/٥) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٤/٤) .

(٥) في (ن) : [بغير] .

(٦) في (ن) : [يقتضي] .

(٧) انظر : رد المختار (٦/٥) .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) في (م) : [مكررة] .

مسألة ١١٠٢

الزيادة في المهر بعد التسمية

٢٢٨٨٤ - قال أصحابنا : إذا زادها في المهر بعد التسمية جازت الزيادة ، ولزمت [(١)] .

٢٢٨٨٥ - وقال الشافعي : هي هبة مبتدأة ، فإن قبّضها صحت / ، وإن لم يقبّضها لم يلزم [(٢)] .

/ب

٢٢٨٨٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ ﴾ [(٣)] » ولا يخلو : إما أن يكون المراد بذلك النقصان ، أو الزيادة ، أو الهبة ، [فلا يجوز أن يكون المراد به [الحط ، لأن ذلك يقف عليها ، ولا يفتقر إلى التراضي] [(٤)] ، ولا يجوز أن يكون المراد به [(٥)] الهبة المبتدأه ، لأن ذلك لا تعلق له بالفريضة ، فلم يبق إلا أن يكون المراد به الزيادة [(٦)] .

٢٢٨٨٧ - ولأن العقد في ملكها ، بدلالة أنهما يملكان الخلع ، فجاز إثبات الزيادة كحال العقد [(٧)] ، وكالزيادة في الثمن في المجلس [(٨)] ، ولأنه يعتبر لصفة المهر ، فتعلق به

---

(١) هذا بشرط أن تكون الزيادة معلومة ، وأن تَقْبَل في المجلس ، أو يقبل وليها ، إن كانت صغيرة . ولو لم تقبل لم تلزم الزيادة خلافًا لزفر . انظر : المبسوط (٨٧/٥) ، بدائع الصنائع (٢٩٠/٢) ، فتح القدير (١٤١/٣) ، البحر الرائق (١٥٩/٣) والمسألة في الكتاب ، انظر : اللباب (١٦/٣) - وبه قال الإمام مالك - انظر : جواهر الإكليل (٣١٧/١) ، الشرح الصغير (٢٤٠/٣،٢٤١) ، - وبه قال الإمام أحمد في المنصوص عنه - ، انظر: المغني مع الشرح (٨٨/٨) ، الكافي (٧١٦/٢) .

(٢) انظر : حلية العلماء للقفال (٤٦٦/٦) ، وهو رواية عن الإمام أحمد ، انظر : المغني (٨٨/٨) ، الكافي (٧١٦/٢) .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٥) ساقطة من صلب (ص) واستدركه ، المصنف في الهامش .

(٦) انظر : المبسوط (٨٧/٥) ، بدائع الصنائع (٢٩٠/٢) ، البحر الرائق (١٥٩/٣) ، فتح القدير (٣٢٩/٣) ، المغني (٨٨/٨) ، الكافي (٧١٦/٢) ، البناية (٢٠٠/٤) ، تبيين الحقائق (١٤٢/٢) .

(٧) قال في تبيين الحقائق « ولأن ما بعد العقد كان لغرض المهر ، ولهذا جاز فرضه فيه إذا لم يفرض عند العقد ، فكان حالة الزيادة كحالة العقد فيستند إلى حالة العقد » . انظر : تبيين الحقائق (١٤٢/٢) . وبهذا تبين أن الزيادة بعد العقد كالزيادة حال العقد ، وهذا قياس المصنف .

(٨) الزيادة في الثمن جائزة ، وتصير كأن العقد ورد على كل من الأصل الزيادة جميعًا من الابتداء ، إلا أن الجواز مشروط بالقبول من الآخر ، حتى لو زاد أحدهما ولم يقبل الآخر لم تصح الزيادة ، ومنها المجلس حتى =

الاستحقاق ، كالحط [١] ولأنه مال جعلاه في مقابلة البضع بعد النكاح ، فيتعلق به الاستحقاق ، كما لو تزوجها بغير تسمية ، ثم سمى لها مهرًا [٢] .

٢٢٨٨٨ - فإن قيل : المعنى [في هذا] [٣] أنه ينقسم بالطلاق .

٢٢٨٨٩ - قلنا [٤] : لم نسلم ذلك ، لأن عندنا يسقط المهر ، وتجب المتعة [٥] ، ولأنه عقد فيه عوض ، فجازت الزيادة في عوضه بعد انعقاده ، كالزيادة في الثمن حال المجلس [٦] ، ولأن كل حالة جازت الزيادة في الثمن جازت الزيادة في المهر ، كحال العقد .

٢٢٨٩٠ - احتجوا : بأن هذه الزيادة لو لحقت العقد لتنصف بالطلاق قبل الدخول ، كالمسمى في العقد [٧] .

٢٢٨٩١ - قلنا : عندنا أن جميع المسمى يسقط [٨] ، ويجب نصفه على طريق المتعة [٩] ، فلا نسلم الأصل ، ولأن المعنى فيما سمى في العقد أنه ملك [في مقابلة ملك البضع بتراضيهما ، فلذلك انقسم بالطلاق ، والزيادة لم تملك في مقابلة] [١٠]

= لو افترقا قبل القبول بطلت الزيادة ، لأن الزيادة في المبيع والثمن إيجاب البيع فيهما ، فلابد من القبول في المجلس كما في أصل الثمن والمبيع . بدائع الصنائع (٢٥٨/٥، ٢٥٩) .

(١) في (ن) ، (ع) : [كالخط] . قال في العناية : باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئًا أو حط بعض الثمن جاز ، والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفى الأصل والزيادة ، ولا يملك المشترى مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعها إليه ، ويستحق المشترى مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقى بعد الحط ، ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك . انظر : العناية على الهداية (٥٢٠/٦) . فصح بهذا أن الاستحقاق يتعلق بالحط كما يتعلق الاستحقاق بالمهر ، وهو قياس المصنف .

(٢) إذا لم يسم لها مهرًا ، ثم فرض لها مهرًا بعد العقد ، فرضيت به فلها ذلك ، إن دخل بها أو مات عنها . وإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة عند أبي حنيفة ومحمد ، خلافًا لأبي يوسف ، في القول الأول . انظر : المبسوط (٦٤/٥، ٦٥) وهذا المفروض يتعلق به الاستحقاق ، فيجب للمرأة بكما له إن دخل بها أو مات عنها ، ونصف المفروض متعة من طريق الحكم إن طلقها قبل الدخول كما يتعلق الاستحقاق بالزيادة بعد المهر . وهو قياس المصنف .

(٣) في (ن) ، (ع) : [في هذه] .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٢/٢، ٣٠٣) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢٥٨/٥، ٢٥٩) .

(٧) انظر : المغنى (٨٨/٨) .

(٨) في (ن) : [فسقط] ، وفي (ع) : [فقط] .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٢٩٦/٢، ٢٩٧) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) وفي صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

ملك البضع فلم تنقسم [١] [٢] .

٢٢٨٩٢ – قالوا : البضع في ملك الزوج ، [فلم يجز] [٣] [أن يبذل عوضًا عن ملكه] [٤] .

٢٢٨٩٣ – قلنا : يبطل إذا [٥] تزوجها بغير مهر ، ثم فرض لها مهرا [٦] وبالعوض [عن البيع بعد عقدها ولأن عندنا الزيادة تلحق العقد وتصير كالموجودة في تلك الحال] [٧] فلا يكون عوضا عما هو على ملكه [٨] .

* * *

(١) في (ن) ، (ع) : [ينقسم] . (٢) انظر : تبيين الحقائق (١٤٢/٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [أن يبذل في مقابلة تلك عوضا عن ملكه] .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٨) جاء في المغني : « وأما قولهم أنه يملك به شيئًا من المعقود عليه فهذا يبطل بجميع الصداق ، فإن الملك ما حصل به ، ولهذا صح خلوه عنه ، وهذا إلزام عندهم ، فإنهم قالوا مهر المفوضة إنما وجب بفرضه لا بالعقد ، وقد ملك البضع بدونه ، ثم إنه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة إلى حالة العقد فيكون كأنه ثبت بهما جميعًا ، كما قالوا في مهر المفوضة إذا فرض – وكما قلنا جميعًا إذا فرض لها أكثر من مهر مثلها » . انظر : المغني (٨٨/٨،٨٩) .

مسألة ١١٠٣

مقدار المهر إذا حدث وطء في النكاح الفاسد

٢٢٨٩٤ - قال أصحابنا : إذا وطئها بنكاح فاسد ، فلها الأقل من المسمى ومن مهر مثلها .

٢٢٨٩٥ - وقال زفر : يجب مهر المثل [إذا كان هناك تسمية ، يصح أن تكون مهرًا] (١) .

٢٢٨٩٦ - وبه قال الشافعي (٢) .

٢٢٨٩٧ - لنا : أن كل عقد لو لم يكن فيه مسمى ، وجب بحكمه مهر المثل . وإذا كان هناك تسمية يصح أن تكون مهرًا لم تجز الزيادة عليها ، كالنكاح الصحيح (٣) .

٢٢٨٩٨ - فإن قيل : مهر المثل يجب بالوطء ، ولا يجب بالعقد (٤) .

٢٢٨٩٩ - قلنا : وجوبه بحكم العقد . ألا ترى أنه لولا العقد وجب الحد ، دون المهر (٥) . وعندهم لولا العقد ، لكان الوطء (٦) بتمكينها لا يوجب البدل (٧) ، ولأن المنافع عندنا لا قيمة لها إلا بعقد ، أو شبهة وقد بينا ها بالمسمى ، فما زاد عليه تراضيا بإسقاطه ، فلم يجب كما لو تراضيا بإسقاط جميع القيمة (٨) .

٢٢٩٠٠ - احتجوا : بأن ما وجب تقويمه بالعقد الصحيح (٩) ، والفاسد وجب في

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) . انظر : بدائع الصنائع (٣٣٥/٢) ، الهداية (٢١٠/١) ، فتح القدير (٣٦٣/٣،٣٦٤) ، تبيين الحقائق (١٥٣/٢) ، البناية (٢٤٣/٤) ، البحر الرائق (١٨٣/٣) واللباب (٢٢/٣) .

(٢) انظر : الأم (٧٦/٥) ، المهذب (٦٢/٢) ، وروضة الطالبين (٢٨٨/٧) ، زاد المحتاج (٣/ ٢٩٦،٢٩٧) .

(٣) قال في العناية : « ولابد من تقوم المستوفى من منافع البضع شرعا ، فصرنا إلى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية ، وهو عقد المفوضة إذا كان صحيحا ، وذلك مهر المثل ، فيبطل ما زاد عليه ، وهذا يقتضي أن ينقص من مهر المثل إذا زاد على المسمى ، لكن الزيادة على المسمى لا تجب . انظر : العناية (٣٦٤/٣،٣٦٥) ، بدائع الصنائع (٣٣٥/٢) .

(٤) أي أن مهر المثل عند المخالف يجب بالوطء ولا يجب بالعقد . انظر : روضة الطالبين (٢٦٣/٧) .

(٥) انظر : الاختيار (٢٦١/٣) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [العقد] .

(٧) انظر : زاد المحتاج (٢٦١/٣) .

(٨) انظر : البناية (٥١٦/٦،٥١٧) .

(٩) ساقطة من (م) .

الفاسد قيمة كاملة كالأعيان [١] .

٢٢٩٠١ - قلنا : الأعيان متقومة بنفسها فلم يتعيّن تقويمها ، والمنافع غير مقومة بنفسها ، وإنما تتقوّم بالعقد فوجب اعتبار المقدار الذي قوماه دون ما زاد عليه [٢] .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٥/٢) ، مغني المحتاج (٢٣٣/٣) .

(٢) انظر : فتح القدير (٣٦٣/٣) ، العناية (٣٦٤/٣) ، بدائع الصنائع (٣٣٥/٢) ، البناية (٢٤٥/٤) .

مسألة ١١٠٤

إذا تزوج ذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما

٢٢٩٠٢ – قال أبو حنيفة : إذا تزوج ذمي ذمية على خمر أو خنزير ، ثم أسلما فإن كانا بأعيانهما فليس لها إلا ذلك ، وإن كانا بغير أعيانهما ، [فلها قيمة الخمر] [(١)] ، [ومهر المثل] [(٢)] في الخنزير .

٢٢٩٠٣ – وقال أبو يوسف : لها مهر المثل في جميع الأحوال [(٣)] .

٢٢٩٠٤ – وبه قال الشافعي [(٤)] .

٢٢٩٠٥ – والكلام مع الشافعي يتفرع [(٥)] على أن الخمر والخنزير مال لأهل الذمة ، يصح تصرفهم فيهما ، فإن التسمية فيه صحت ، فوجبت المطالبة بها [(٦)] ، والكلام في هذا قد تقدم في الغصب ، فإذا ثبت هذا الأصل فقد ملكته المرأة بعينه ، والسبب الموجب بتسليمه إليها لا ينفسخ بالإسلام ، ولم يكن لها غير العين ، كما لو غصبها ذلك ثم أسلما [(٧)] .

٢٢٩٠٦ – ولا يلزم المبيع ، لأن العقد ينفسخ بالإسلام قبل التقابض ، ويسقط [(٨)] التسليم ، لفسخ السبب الموجب [(٩)] له [(١٠)] ، وهذا لا يلزم إذا كان المهر في الذمة ، فإن

---

(١) في (م) : [فلها قيمة الخمر أو خنزير ومهر المثل] .

(٢) في (ن) ، (ع) : [مثل المثل] .

(٣) وقال محمد بن الحسن : « لها القيمة في الوجهين » ، انظر : هذه المسألة في مختصر الطحاوي (٢١٤/٢) تبيين الحقائق (١٦٠/٢) .

(٤) وهو المشهور ، انظر : الأم (٦١/٥) ، المهذب (٥٦/٢) ، وروضة الطالبين (١٥٢/٧) ، نهاية المحتاج (٢٩٩/٦) ، حاشية البيجرمى (٢٧٩/٣، ٣٨٠) .

(٥) في (م) : [نوع] .

(٦) انظر : المبسوط (٣٨/٥، ٣٩) ، البحر الرائق (٢٠١/٣) ، تبيين الحقائق (١٥٩/٢) .

(٧) قال في المبسوط : « وأبو حنيفة يقول الإسلام ورد وعين المسمى مملوك لها مضمون بنفسه في يد الزوج فلا يمنع الإسلام قبضه كالخمر المغصوبة لا يمنع الإسلام استردادها ، لأن ملكها في الصداق يتم بنفس العقد حتى تملك التصرف فيه كيف شاءت ، ومع من شاءت ببدل وبغير بدل ، فليس القبض هنا بموجب ملك التصرف ، ولا تملك العين ، انظر : المبسوط (٤٢/٥) .

(٨) في (ن) : [وسقط] .

(٩) في (ن) ، (ع) : [بالموجب] .

(١٠) انظر : المبسوط (٤٢/٥) ، العناية (٣٨٨/٣، ٣٨٩) ، البناية (٢٧٤/٤، ٢٧٥) .

في تسليمها تمليكها بما في الذمة ، والإسلام يمنع من تمليك الخمر ، وتملكها [١] ، وإذا تعذر تسليم المهر بعد صحة التسمية ، وجب الرجوع إلى قيمته كما لو هلك المهر [٢] .

٢٢٩٠٧ - وقد دللنا على هذا الأصل والمسألة مبنية على هذين الأصلين ، وقد كان القياس أن يجب قيمة الخنزير أيضًا [لما ذكرنا] [٣] . وإنما استحسن لأن قبل الإسلام كانت تجبر على أخذ [٤] قيمته على أصلنا فيمن تزوجت على حيوان بغير عينه ، والإسلام قد أوجب بغير التسمية .

٢٢٩٠٨ - فلو أوجبنا القيمة [٥] بقيت التسمية على ما كانت عليه قبل الإسلام ، فلذلك وجب مهر المثل [٦] .

٢٢٩٠٩ - وعلى أصل الشافعي التسمية لم تصح [٧] ، فوجب مهر المثل بالعقد ، كالمسلم إذا تزوج على خمر [٨] .

* * *

---

(١) في (ن) ، (ع) : [وتمليكها] .
(٢) انظر : المبسوط (٤٢/٥) .
(٣) في (ع) : [لما ذكرناه] .
(٤) في (ن) : [أحد] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [التسمية] .
(٦) انظر : المبسوط (٤٣/٥) .
(٧) في (ن) : [يصح] .
(٨) انظر : مغني المحتاج (١٩٤/٣) ، نهاية المحتاج (٢٩٩/٦) .

مسألة ١١٠٥

الخلوة الصحيحة توجب المهر كاملا

٢٢٩١٠ - قال أصحابنا : إذا خلا الرجل بزوجته خلوة صحيحة ، ثم طلقها فلها كمال المهر (١) .

٢٢٩١١ - وهو قول الشافعي في القديم (٢) .

٢٢٩١٢ - وقال في قول آخر : لها نصف المهر (٣) ، ولو أنها استدخلت الماء فحبلت ، أو جامعها فيما دون الفرج ، فسبق الماء فحبلت ، ففيه وجهان (٤) .

٢٢٩١٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾ (٥) إلى قوله ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ

---

(١) الخلوة الصحية بين الزوجين البالغين المسلمين وراء ستر أو باب مغلق توجب المهر عند الأحناف ، والخلوة الصحيحة لها شروط ، أولها ألا يكون هناك مانع يمنعه من وطئها طبعًا ولا شرعا ، حتى إذا كان أحدهما مريضا مرضا يمنع الجماع ، أو صائما في رمضان ، أو محرما ، أو كانت هي حائضًا لا تصح الخلوة ، لقيام المانع طبعًا أو شرعًا . والثاني : ألا يكون هناك مانع حسي كالرتق ، والقرن ، والعفن وغير ذلك مما يمنع من جماعها . الثالث : يشترط في المكان الذي تصح فيه الخلوة أن يأمنا فيه إطلاع غيرهما عليهما ، كالدار والبيت ولو لم يكن له سقف وما أشبه ذلك . انظر : هذه المسألة في الجامع الصغير ١٧٨ ، المبسوط (١٤٨/٥، ١٤٩) ، تحفة الفقهاء (٢٠٧/٢) ، بدائع الصنائع (٢٩١/٢) ، الهداية (٢٠٥/١) ، تبيين الحقائق (١٤٢/٢) . وبوجوب المهر بالخلوة قال الإمام أحمد في الصحيح من المذهب ، وأما إن وجد مانع يمنعه من وطئها كما ذكرنا فروايتان ، إحداهما : أن الخلوة لا يكمل بها الصداق ، والثانية يكمل . انظر : المغني (٦١/٨-٦٤) ، الإنصاف (٢٨٣/٨) .

(٢) قال في روضة الطالبين : « وهل يشترط على القديم في تقرر المهر بالخلوة ألا يكون هناك مانع شرعي كحيض وإحرام وصوم فيه وجهان . ويشترط أن لا يكون مانع حسي كرتق ، أو قرن فيها أو جَبٌّ أو عِنّة فيه قطعا . انظر : روضة الطالبين (٢٦٣/٧) .

(٣) وهو الجديد في المذهب ، انظر : مختصر المزني (٢٨٥/٨) ، المهذب (٥٧/٢) ، روضة الطالبين (٢٦٣/٧) ، مغني المحتاج (٢٢٥/٣) . وبه قال الإمام مالك إذا تصادقا على عدم المسيس انظر : الكافي (٥٥٨/٢) ، جواهر الإكليل (٣٠٨/١) .

(٤) أحدهما يستقر لأن رحمها قد صار مشغولا بمائه ، فهو كما لو وطئها ، والثاني : لا يستقر به المهر لأنه لم يوجد الجماع التام فهو كما لو لم يسبق إلى فرجها ماؤه . انظر : روضة الطالبين (٢٦٣/٧) ، المجموع (٣٤٩/١٦) .

(٥) سورة النساء : الآية ٢٠ .

بَعْضُكُمْ ﴾ (١) فظاهر الآية أن الزوج إذا دفع المهر لم يجز أن يأخذ منه شيئًا في جميع الأحوال ، إلا ما منع منه مانع (٢) .

٢٢٩١٤ - فإن قيل : لم يذكر الطلاق ، وإنما ذكر الاستبدال ، ومن أراد الاستبدال لم يجز أن يأخذ شيئًا من المهر .

٢٢٩١٥ - قلنا : الاستبدال لا يكون إلا بمفارقة ، فأما مع بقائها فهو جمع (٣) ، وليس باستبدال . ولأنه علل منع الأخذ بالإفضاء ، ولم يرد به الفرقة ، لعلله ببقاء النكاح ثم قال : ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ ﴾ (٤) .

٢٢٩١٦ - قال الفراء (٥) : الإفضاء الخلوة (٦) ومنه أفضيت إلى فلان سرى (٧) .

٢٢٩١٧ - [فإن قيل] (٨) : روى عن ابن عباس أنه قال : المراد بالإفضاء الجماع (٩) ، وهو أعرف بمعنى القرآن [من الفراء] (١٠) وقال الزجاج (١١) : الغشيان (١٢) .

(١) سورة النساء : الآية ٢١ .

(٢) انظر : المبسوط (١٤٦/٥) ، بدائع الصنائع (٢٩٢/٢) ، فتح القدير (٣٣٢/٣) ، تبيين الحقائق (١٤٢/٢) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [جميع] .

(٤) سورة النساء : الآية ٢١ .

(٥) هو : الإمام النحوي يحي بن زياد بن عبد الله الديلمى أخذ العلم عن قيس بن الربيع ، ومندل بن على ، والكسائى وغيرهم ، وعنه سلمة بن عاصم ومحمد بن الجهم وغيرهم . قال ثعلب لولا الفراء لما كانت عربية ولسقطت . صنف التصانيف ، منها : معاني القرآن ، المصادر في القرآن ، النوادر ، المقصور والممدود ، حد النداء ، الحدود في النحو وغيرها من التصانيف ، مات سنة ٢٠٧ هـ بطريق مكة .انظر : طبقات اللغويين والنحاة (٣٣٣/٢) لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، وطبقات النحويين واللغويين صـ ١٣١ لأبي بكر محمد بن الحسن الزبيدى ، إنباه الرواة على أنباء النحاة (١٧/٤) للوزير جمال الدين على بن يوسف القفطى ، معجم الأدباء (١٤٩/٢٠) للعلامة ياقوت الحموي .

(٦) انظر : معاني القرآن للفراء (٢٥٩/١) .

(٧) انظر : الصحاح للجوهري (٢٤٥٥/٦) .

(٨) في (م) : [وقيل] .

(٩) روى ذلك عنه عبد الرزاق في مصنفه - باب وجوب الصداق - عن ابن عباس ، وسعيد بن منصور في سننه - باب فيما يجب به الصداق (٢٠٤/٣/١) ، البيهقي في السنن الكبرى باب الرجل يخلو بامرأته ثم يطلقها قبل المسيس (٢٥٤/٧) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(١١) هو : أبو إسحاق إبراهيم بن السرى بن سهل الزجاج ، نحويّ العراق ، أخذ العلم عن المبرد ، كان من أهل الفضل والدين ، حسن الاعتقاد جميل المذهب ، له من التصانيف : معاني القرآن ، الاشتقاق ، النوادر ، مختصر النحو والعروض ، خلق الإنسان وغيرها من التصانيف ، مات سنة ٢١١ هـ . انظر : بُغية الوعاة (٤١١/١) ، طبقات النحويين و اللغويين ص ١١١ ، أنباء الرواة (١٥٩/١-١٦٦) معجم الأدباء (١٣٠/١-١٥١) .

(١٢) انظر : معاني القرآن وإعرابه للزجاج (٣١/٢) .

٢٢٩١٨ - وقال القتبي [(١)] : في غريب القرآن : هو الجماع .

٢٢٩١٩ - قالوا [(٢)] وإنما الفراء يفسر القرآن بمذاهب [(٣)] أهل الكوفة [(٤)] .

٢٢٩٢٠ - قلنا : أَما ابن عباس فالذي روى عطاء [(٥)] عنه ، أنه قال : إذا فوض إلى الرجل [(٦)] فطلق قبل أن يمس ، فليس لها إلا المتاع [(٧)] [(٨)] وهذا يدل أنه يجب لها المتعة إذا فّوض إليه ، وهذا يحتمل الخلوة ، ويحتمل أن المهر فّوض إليه ، فإن أراد الخلوة ، دل على أن التفويض عند الخلوة ، بخلاف ما حكوا ، وقد قال أبو الحسن بن كيسان [(٩)] : الإفضاء بلوغ الشيء ، وانتهاؤه إليه [(١٠)] .

٢٢٩٢١ - قال الفراء و [(١١)] قد أفضى أن يخلو بها ، وإن لم يجامعها [(١٢)] . يدل

(١) هو : النحوي اللغوي ذو الفنون عبد الله بن مسلم بن قتيبة المروزى ، ولد ببغداد ونشأ بها ، أخذ العلم عن إسحاق بن راهويه ، ومحمد بن زياد ، وأبي حاتم السجستانى وأخذ عنه ولده أحمد وغيره من العلماء . قال محمد بن إسحاق النديم : كان صادقا فيما يرويه ، عالمًا بالنحو ، وغريب القرآن ومعانيه ، والشعر والفقه ، وكثير التصانيف والتأليف . له من التصانيف غريب القرآن ، وغريب الحديث ، مشكل القرآن ، ومشكل الحديث ، عيون الأخبار ، الشعر والشعراء وغير ذلك من التصانيف ، مات سنة ٢٧٦ هـ . انظر : طبقات الزبيدى ص (١٣٥،١٣٦) أنباء الرواة (٢/١٤٣-١٤٧) ، معجم الأدباء (١٢/٢٩٦-٣٠٥) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [قال] .

(٣) في (ن) ، (ع) : [بمذهب] .

(٤) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على استدلال الحنفية في تفسير الإفضاء بالخلوة فيما ذهب إليه الفراء ، وفحوى الاعتراض أن ابن عباس ، والزجاج ، وابن قتيبة قد فسروا الإفضاء بالجماع .

(٥) هو : عطاء بن أبي رباح أبو محمد القرشي شيخ الحرم المكي روى عن عائشة وأبي هريرة وابن عباس وابن عمر وجابر ومعاوية وغيرهم ، وروى عنه مجاهد بن جبير والزهري ، وقتادة والأعمش وغيرهم . قال الأوزاعي : مات عطاء يوم مات وهو أرضى أهل الأرض عند الناس . مات سنة ١١٥ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٧/١٩٩ - ٢٠٣) ، الجرح والتعديل (٦/٣٣٠-٣٣١) ، ميزان الاعتدال (٣/٧٠) ، التاريخ الكبير (٢/٢٩٠/٤٦٣) .

(٦) في (ن) : [رجل] .

(٧) في (ع) : [متاع] .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه - ما قالوا في الرجل يطلق ولم يفرض ، من قال يجبر على المتعة ، ولفظه « إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها وقبل أن يفرض فليس لها إلا المتاع » . انظر : المصنف (٥/١٥٤) .

(٩) هو : محمد بن أحمد بن إبراهيم بن كيسان النحوي - أخذ العلم عن المبرد ، وثعلب وأخذ عنه أبو جيان وغيره ، قال أبو حيان : « ما رأيت مجلسا أكثر فائدة وأجمع لأصناف العلوم والتحف والنتف من مجلسه » ، له من التصانيف : المهذب في النحو ، البرهان ، معاني القرآن ، غريب الحديث ، علل النحو وغيرها من المصنفات ، مات سنة ٢٩٩هـ . انظر : بغية الوعاة (١/١٨-١٩) ، طبقات الزبيدى ص (١٥٣) أنباء الرواه (٤/١٩٦) .

(١٠) انظر : جامع البيان عن تأويل القرآن (٣/٣١٤) محمد بن جرير الطبري .

(١١) ساقطة من (ع) .

(١٢) انظر : معاني القرآن للفراء (١/٢٥٩) .

على صحة هذا قول علقمة الفحل [١] : بيت [٢] .

٢٢٩٢٢ - وأنت امرؤ أَفْضَتْ إليك أمانتي وقَبْلكَ رَبَّتْني ، فَضِعْتُ [٣] ، رَبوبُ [٤] .

٢٢٩٢٣ - وقول الزجاج : إنه الغَشيان [٥] . يريد حقيقة هذه اللفظة في اللغة ، بل لا يجهل أحد من أصاغر أهلها ، أن حقيقة أفضيت إلى الشيء وأفضي [٦] وصلت إليه [٧] ولكنه جعل ذلك كناية عن الجماع عنده ، كما جعل الرفث [٨] ، وإن كان حقيقته الكلام [٩] .

٢٢٩٢٤ - ثم قال الزجاج : وقال بعضهم إذا خلا فقد أفضى ، غشى أو لم يغش [١٠] . فأبان عن غرضه بحكاية خلاف مذهبه ، وتركه الاعتراض عليه على عادته في كتابه ، ولو كان خلافًا في حقيقة اللغة لردَّه ، كما يرد ما خالف قوله ، مما هو من علمه من أول كتابه إلى آخره ، فقد بان بهذا أن ما قاله الفراء هو اللغة [ولو كان غير ذلك] [١١] لذكر سوى هذه ، وأن غيره دون اللغة .

٢٢٩٢٥ - فإن قيل : لو أراد الخلوة لقال : وقد أفضى بعضكم [إلى بعض] [١٢] . [كما يقال خلا بعضكم ببعض] [١٣] .

---

(١) هو : علقمة بن عبدة بن تاشرة التميمى . قيل له الفحل من أجل رجل آخر كان يقال له علقمة الخصى ، وقيل غير ذلك ، كان من أقران امرؤ القيس ، وهو أحد شعراء الجاهلية مات سنة ٦٥١ م . انظر : الشعر والشعراء (٢٢٤/١-٢٨٨) لابن قتيبة خزانة الأدب ولب لباب لسان العرب (٢٨٢/٣-٢٨٤) لعبد القادر بن عمر البغدادي ، المؤتلف والمختلف ٢٢٧ ط لأبي القاسم الحسن بشر . تحقيق عبد الستار فرج .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فصعب] .

(٤) في (ع) : [ديوب] . انظر : ديوان علقمة الفحل ص ١٥ .

(٥) انظر : معاني القرآن للزجاج (٣١/٢) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [أفضى] ، وفي غيرها : « فضى » .

(٧) انظر : لسان العرب باب الفاء ج (١٨١٩/٥) .

(٨) الرفث هو الفحش من القول انظر : مختار الصحاح ٢٧٠ باب الراء .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وزدناها لاستقامة المعنى بها .

(١٠) انظر : معاني القرآن وإعرابه للزجاج ج (٣١/٢) .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وزدتها لاستقامة المعنى بها .

(١٢) هكذا في النسخ وهو خطأ والسياق يدل على أنه » أفضى بعضكم ببعض » .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

٢٢٩٢٦ - قلنا : ولو كان المراد الوطء لقال : وقد أفضى بعضكم ببعضكم [(١)] ، لأنه يقال : دخل بها ، ولا يقال : دخل إليها فسقط هذا ، وبان أن الأدوات تتبع الألفاظ ولا تتبع المعاني .

٢٢٩٢٧ - قالوا : عندكم الإفضاء كناية عن الخلوة ، والعرب تكنى عن المستقبح ، والخلوة غير مستقبحة [(٢)] ، فلا يكنى عنها [(٣)] .

٢٢٩٢٨ - قلنا : الإفضاء عندنا ليس بكناية [(٤)] ، وإنما هو حقيقة في الخلوة[(٥)] ، فقد عبر عنها بإحدى الحقيقتين ، ولأن العرب تكنى عن الحسن ، والقبيح جميعا ، ويدل عليه ما روى أبو الأسود [(٦)] ، عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان [(٧)] قال : قال رسول الله ﷺ : « من كشف خمار امرأة ، ونظر إليها ، وجب لها الصداق ، دخل بها ، أو لم يدخل » [(٨)] وكشف الخمار لا يكون إلا في خلوة ، فقد عبر بذلك عنها [(٩)] .

٢٢٩٢٩ - فإن قيل : معناه وجب لها أن تتسلم المهر [(١٠)] .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [إلى بعض] .
(٢) في (ن) : [مستحقة] .
(٣) انظر : الحاوي ٥٤٢ .
(٤) في (ن) : [بكاية] .
(٥) انظر : المبسوط (١٤٩/٥) ، بدائع الصنائع (١٩٢/٢) ، فتح القدير (٣٣٢/٣٢) .
(٦) هو : محمد بن عبد الرحمن بن نوفل بن خويلد المدني روى عن عروة ، والأعرج ، وعلى بن الحسين ، وسليمان بن يسار وغيرهم ، وروى عنه : الزهري ، ومالك والليث بن سعد وابن لهيعة وغيرهم . قال النسائي : ثقة ، مات في آخر سلطان بنى أمية . انظر : الثقات لابن حبان (٣٦٤/٧) ، تهذيب التهذيب (٣٠٧/٩، ٣٠٨) ، خلاصة تهذيب الكمال (٤٣١/٢) .
(٧) هو : محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان القرشي المدني روى عن : أبي هريرة ، وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس وغيرهم ، وروى عنه : الزهري والزبير بن عثمان ويحيى بن سعيد وغيرهم ، قال النسائي وأبو زرعة : ثقة . مات سنة ٧١ هـ . انظر : الثقات لابن حبان (٣٧٠/٥) ، تهذيب التهذيب (٢٩٤/٩، ٢٩٥) ، الجرح والتعديل (٣١٢/٧) .
(٨) الحديث أخرجه أبو داود في المراسيل - باب في المهر - لأبى داود ص (٢٣، ٢٤) ، والدارقطني في سننه - باب المهر - « بلفظ من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب لها الصداق دخل بها أو لم يدخل (٣٠٧/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، السنن الكبرى (٢٥٦/٧) ، الجوهر النقي (٢٥٦/٧) .
(٩) انظر : المبسوط (١٤٩/٥) ، الهداية مع فتح القدير (٣٣٢/٣) ، البناية (٢٠٣/٤) ، بدائع الصنائع (٢٩٢/٢) ، البحر الرائق (١٦٢/٣) ، تبيين الحقائق (١٤٥/٢) .
(١٠) اعتراض للمخالف على استدلال الحنفية بحديث محمد بن عبد الرحمن بأنه محمول على أنه يجب تسليمه بكشف الخمار .

٢٢٩٣٠ - قلنا : المهر يجب تسليمه قبل تسليم المرأة نفسها ، ثم ظاهر الخبر أن الوجوب صفة للمهر ، فهم يجعلونه صفة للتسليم .

٢٢٩٣١ - قالوا : كشف الخمار كناية عندكم على الخلوة ، وعندنا على [الوطء [1] .

٢٢٩٣٢ - قلنا : كشف الخمار] [2] لا يعبر به عن الوطء كناية ، والعادة أنه لا يكون إلا في الخلوة ، فيجوز أن يذكر ، لأنه الأغلب في الحال ، ويدل عليه ما روى عن عمر بن الخطاب ، وعلى بن أبي طالب أنهما قالا : « إذا أغلق بابًا ، وأرخى سترًا ، وجب المهر » [3] ، وعن ابن عمر [4] ، ومعاذ [5] وزيد [6] بن ثابت [7] مثله [8] ، وعن

---

(١) انظر : المجموع (٣٤٩/١٦) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه - باب المهر - عن عمر ، الدارقطني (٣٠٧/٣) ، سعيد بن منصور في سننه - باب فيما يجب به الصداق (٢٠١/٢) ، و البيهقي في السنن الكبرى (٢٥٥/٧) باب من قال أغلق بابًا وأرخى سترًا فقد وجب الصداق ، وعبد الرزاق في المصنف - باب وجوب الصداق بنحوه (٢٣٦/٤) ، والإمام مالك في موطأه - باب إرخاء الستور بنحوه (٥٢٨/٢) .

(٤) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في مصنفه باب وجوب الصداق عن ابن عمر قال : إذا غلقت الأبواب وأرخيت الستور وجب الصداق . انظر : المصنف (٢٣٦/٤) .

(٥) هو : معاذ بن جبل بن عمر بن حشم الأنصاري الخزرجى ، إمام الفقهاء وكنز العلماء ، روى عن النبي ﷺ ، وعنه : عمر ، وأنس ، وأبو أمامة الباهلى ، وأبو قتادة ، ومن التابعين عبد الرحمن بن غنم ، وأبو إدريس الخولانى ، وجنادة بن أبي أمية وغيرهم ، كان عالمًا بالحلال والحرام ، مات سنة ١٨ هـ في طاعون عمواس . انظر : الاستيعاب (١٤٠٢/٣-١٤٠٧) ، أسد الغابة (١٩٤/٥ -١٩٧) ، الإصابة (١٣٦/٦-١٣٩) .

(٦) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف عن مكحول قال : اجتمع نفر من أصحاب النبي - ﷺ - فقال عمر ومعاذ : إذا أغلق الباب وأرخى الستر فقد وجب الصداق . انظر : المصنف (٢٣٥/٤) - باب وجوب الصداق .

(٧) هو فقيه المدينة أبو سعيد زيد بن ثابت بن الضحاك بن النجار الأنصاري روى عن النبي ﷺ ، وأبي هريرة ، وأبي سعيد ، وابن عمر ، وأنس ، وسهل بن سعد ، وغيرهم . وعنه : سعيد بن المسيب ، والقاسم بن محمد ، وسليمان بن يسار ، وغيرهم . فضائله أكثر من أن تحصى ، فهو الذي جمع القرآن وكتب الوحي لرسول الله ﷺ ، وكان من أعلم الصحابة بالفرائض وغيرها من الفضائل ، مات سنة ٤٥ هـ في قول الأكثر انظر : الاستيعاب (٥٣٧/٢) ، أسد الغابة (٢٧٨/٢) ، الإصابة (٥٩٢/٢) .

(٨) روى ذلك عنه الإمام مالك في الموطأ - باب إرخاء الستور - عن ابن شهاب عن زيد بن ثابت ، كان يقول : إذا دخل الرجل بامرأته فأرخيت عليهما الستور فقد وجب الصداق (٥٢٨/٢) ، وعبد الرزاق في المصنف - باب وجوب الصداق (٢٨٦/٦) ، وسعيد بن منصور في سننه (٢٠٢/٢) باب فيما يجب به الصداق ، والبيهقي في السنن الكبرى - باب من قال : « من أغلق بابا وأرخى سترا فقد وجب المهر (٢٥٦/٧) ، الدارقطني في سننه (٣٠٧/٣) باب المهر .

زرارة بن أبي [١] قال : قضى الخلفاء الراشدون ، والمهديون إذا أغلق الباب ، وأرخى الستر ، أن لها المهر كاملا ، وعليها العدة [٢] .

٢٢٩٣٣ - فإن قيل : هذا يقتضي وجوب المهر ، فكذلك نقول : إنه يجب تسليمه كما سلمت نفسها .

٢٢٩٣٤ - قلنا : قوله : وعليها العدة يفيد [٣] الطلاق ، وقد بينا أن الخبر لا يجوز أن يحمل على وجوب التسليم .

٢٢٩٣٥ - فإن قيل [٤] : روى عن ابن عباس [٥] ، وابن مسعود [٦] ، فيمن خلا بامرأته ، ثم طلقها أن عليه [٧] نصف المهر [٨] .

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) . هو : زرارة بن أبي أوفى النخعي أبو عمر روى عن أبيه ، له صحبة ، مات في زمن عثمان بن عفان ﷺ انظر : الإصابة (٥٥٨/٢) الاستيعاب (٥١٧/٢) ، أسد الغابة (٢٥٣/٢) .

(٢) روى ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف باب وجوب الصداق (٢٨٨/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه باب ما يجب به الصداق (٢٣٥/٤) ، وسعيد بن منصور في سننه - باب فيما يجب به الصداق (٢٠٢/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى - باب من أغلق بابا وأرخى سترا - (٢٥٥/٧،٢٥٦) .

(٣) في (ن) [يعتد] . وقد حكى الطحاوي فيه إجماع الصحابة ، وقال أبو بكر الرازي هو اتفاق الصدر الأول ، انظر : المبسوط (١٤٦/٥) ، البناية (٢٠٢/٤) ، بدائع الصنائع (٢٩٢/٢) تبيين الحقائق (١٤٢/٢) ، كشاف القناع (١٥١/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٧٦/٣) ، الكافي (٧١٩/٢) ، فتح القدير (٣٣٢/٣) .

(٤) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على استدلال الحنفية بما روى عن زرارة بن أبي أوفى بأنه خالفهم في ذلك ابن عباس وابن مسعود ﵄ حيث قالا : لها نصف المهر .

(٥) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف باب من قال لها نصف الصداق (٤٣٦/٤) ، عن ابن عباس أنه قال في الرجل إذا دخلت عليه امرأته ثم طلقها فزعم أنه لم يمسها قال : عليه نصف الصداق ، وعبد الرزاق في المصنف باب وجوب الصداق (٢٩٠/٦) ، و البيهقي في السنن الكبرى باب الرجل يخلو بامرأته ثم يطلقها قبل المسيس (٢٤٥/٧) ، وسعيد بن منصور في سننه (٢٠٤/٣) باب فيما يجب به الصداق .

(٦) روى ذلك عنه البيهقي في السنن الكبرى - باب من قال لها نصف الصداق - (٢٥٥/٧) عن ابن مسعود ، قال : « لها نصف الصداق وإن جلس بين رجليها » ، وابن أبي شيبة في المصنف من قال لها نصف الصداق (٢٣٦/٤) .

(٧) في (م) : [عليها] .

(٨) قال في المغني : ما رووه عن ابن عباس لا يصح . قال أحمد يرويه ليث بن أبي سليم وليس بالقوي ، وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث ، وحنظلة أقوى من ليث ، وحديث ابن مسعود منقطع . قاله ابن المنذر ، المغني (٦٢/٨) ، وقال البيهقي في السنن الكبرى فيه انقطاع بين الشعبي وابن مسعود ، السنن الكبرى ج (٢٥٥/٧) .

٢٢٩٣٦ – قلنا : يحتمل أن يكون قالا ذلك في الخلوة الفاسدة ، حتى لا يحتمل قولهما ، على ما يخالف الإجماع الظاهر ، ولأن التسليم المستحق بالعقد وجد ، فوجب أن يستقر البدل .

٢٢٩٣٧ – أصله : التخلية في العقار [١] .

٢٢٩٣٨ – ولا يلزم الخلوة الفاسدة ، لأن التسليم المستحق بالعقد ، هو التسليم الذي يمكن معه [٢] القبض ، من غير مانع [٣] .

٢٢٩٣٩ – فإن قيل : التسليم المستحق بالعقد هو الوطء .

٢٢٩٤٠ – قلنا : ذلك هو التسليم ، وليس بتسليم .

٢٢٩٤١ – فإن قيل : العقار لا يستقر البدل فيه بالتخلية ، حتى يصير بحيث لو اختلف المشترى وغيره فيه كان القول قول المشتري . وهذا لا يوجد في النكاح ، لأن [٤] البضع لا يحصل تحت يده بالتخلية ، بدلالة أن زوجا آخر لو ادعى العقد لم ترجح دعوى صاحب الخلوة [٥] .

٢٢٩٤٢ – قلنا : اليد تثبت [٦] عليها بالتسليم ، كما تثبت [٧] عليها بالإجارة ، إذا سلمت نفسها / ، ولو كانت مما لا [٨] قول لها في نفسها مثل المجنونة ، والصغيرة ، لرجح قول الذي هو في يده عندنا .

٢/أ

٢٢٩٤٣ – وقد قالوا : لو تنازع رجلان في امرأة ، وأقاما [٩] البينة ، والمرأة في يد أحدهما ، كان أولى بها [١٠] ولو لم يكن لأحدهما يد بها تهاترت البينتان [١١] .

---

(١) قال في المبسوط : ولأنها أتت بتسليم المستحق عليها بالعقد ، فيتقرر حقها في البدل ، كما إذا وطئها ، لأن البدل في عقود المعاوضات يتقرر بتسليم من له البدل ، لا باستيفاء من عليه ، كما في البيع والإجارة إذا خلّى البائع بين المبيع والمشترى ، أو خلى المؤجر بين الدار والمستأجر في المدة يتقرر البدل ، وإن لم يستوف . المبسوط (١٤٩/٥) وبهذا تبين أن التخلية في العقار توجب البدل كما أن الخلوة في النكاح توجب البدل ، وهو قياس المصنف .

(٢) في (ع) : [وجه] .

(٣) انظر : المبسوط (١٤٩/٥) بدائع الصنائع (٩٢/٢) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : الحاوي ٥٤٤ .

(٦) في (ن) ، (ع) : [ثبت] .

(٧) في (ن) : [يثبت] .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) في جميع النسخ [وأقام] ، والصواب ما أثبتناه .

(١٠) في (ن) : [بهما] .

(١١) في (ن) ، (ع) : [البينان] . لو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعى أنها امرأته ، ويقيم البينة ، فإن كانت في بيت أحدهما وكان قد دخل بها فهي امرأته ، لأن تمكنه من الدخول بها أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده ، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله ، فإن لم تكن في يد أحدهما فأيهما أقام البينة =

٢٢٩٤٤ - ولأنه عقد على استباحة المنافع ، فجاز أن يستقر البدل فيه بالتخلية . أصله : الإجارة .

٢٢٩٤٥ - أو نقول : فجاز أن يقوم التمكين من استيفاء المنفعة مقام الاستيفاء في استقرار البدل (١) ، وهذا الوصف صحيح في الأصل (٢) ، والفرع (٣) ، لأن كل واحد من العقدين أباح استيفاء المنافع بعد حظرها (٤) ، ولأن التخلية [التي اقتضاها العقد ، قد وجدت ، فوجب أن يستقر البدل .

٢٢٩٤٦ - أصله : التخلية] (٥) في الإجارة (٦) ، ولا يلزم إذا استأجر دابة إلى الكوفة ، فسلمها ببغداد ، أنه لا يستحق الأجرة ، لأن التخلية [في الإجارة] (٧) التي اقتضاها العقد هي التخلية في أماكن المسير المعقود عليها ، ولهذا لو ساقها المؤجر مع المستأجر (٨) إلى الكوفة ، فلم يركبها استحق (٩) الأجرة .

٢٢٩٤٧ - قالوا : العوض في النكاح في باب الاستقرار ، يخالف البيع ، والإجارة . بدلالة أنه يستقر بالوطء الأول دون غيره ، والكل معقود عليه ، ويستقر (١٠) بالموت ،

= أنه الأول فهو أحق بها ، لأن شهوده شهدوا بسبق التاريخ في عقده ، والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة . وإن لم يكن لهما على ذلك بينة فأيهما أقرت المرأة أنها تزوجته قبل الآخر فهي امرأته ، إما لأن بينته تترجح بإقرارها ، أو لأن البينتين لما تعارضتا وتعذّر العمل بهما ، بقي تصادق أحد الرجلين مع المرأة على النكاح ، فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما ، وإذا لم تقر بشيء من ذلك فرق بينهما وبينها ، فإن كانا لم يدخلا بها ، فلا مهر لها لأن نكاح واحد منهما لم يثبت ، وإن كانا قد دخلا بها جميعا ، ولا يدرى أيهما أول ، فعلى كل واحد منهما الأقل مما سمى ، ومن مهر المثل . انظر : المبسوط (١٥٦/٥) .

(١) قال في العناية : « فإذا قبض المستأجر بإجارة صحيحة ما استأجره ، ولم يمنع من استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ، ولم يستوفها وجب الأجر ، لأن الواجب على المؤجر تسليم العين التي تحدث فيها المنفعة في مدة الإجارة في مكان العقد ، لأن تسليم عين المنفعة غير متصور ، فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة . انظر : العناية (٧١/٩) . وبهذا تبين أن التمكين من الاستيفاء في الإجارة يوجب البدل ، كما أن البدل في النكاح يجب بالتمكين وبالتخلية . وهذا قياس المصنف .

(٢) الأصل المراد به هنا عقد الإجارة .

(٣) المراد به التخلية في النكاح .

(٤) في (ن) : [طرها] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٦) انظر : المبسوط (١٤٩/٥) ، بدائع الصنائع (٢٩٣/٢) ، البداية (٢٠٣/٤) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٨) في (ن) ، (ع) : [المؤجر] .

(٩) انظر : نتائج الأفكار (٧١/٩، ٧٢) ، العناية (٧١/٩، ٧٢) ، البناية (٨٨٤/٦) .

(١٠) في (م) : [ولا يستقر] .

ويستقر نصفه بالطلاق ، وفي كل ذلك هو مخالف للأجر ، والثمن .

٢٢٩٤٨ - قلنا : هذا دلالة لنا لأن المهر إذا كان يستقر بأسباب لا يستقر بها الأجر (١) ، والثمن ، فأولى أن يستقر بالتخلية التي يستقر بها الأجر (٢) والثمن .

٢٢٩٤٩ - فإن قيل : المنافع مقدرة بالزمان ، فيتعيّن حق المستأجر في المدة ، فإذا تلفت المنافع تحت يده ، استحق عليها البدل ، وفي النكاح لا تتقدر (٣) المنافع بالمدة ، فلا يستقر البدل بالتخلية .

٢٢٩٥٠ - قلنا : النكاح [لا يتقدر بالمنافع] (٤) وإن لم يتقدر بالمدة ، فحق الزوج متعيّن في جميع العمر ، والبدل على قولهم : يستقر بوطء واحد ، فقد حصلت التخلية فيما يستقر به البدل ، فصار كالتخلية في مدة الإجارة .

٢٢٩٥١ - فإن قيل : البدل في الإجارة يستقر ، لأن المنافع تتلف تحت يد المستأجر » فتستقر (٥) الأجرة بهلاكها ، وهذا لا يوجد في النكاح (٦) .

٢٢٩٥٢ - قلنا : فوات المنافع تحت يده في أحد العقدين كهى (٧) في الآخر .

٢٢٩٥٣ - وقد بينا أن يده تثبت على منافع بضعها ، كما ثبتت (٨) في الإجارة ، ولأن الوطء استهلاك المعقود عليه واستقرار البدل لا يقف على استهلاك المعقود عليه أصله : عتق العبد المبيع و أكل الطعام .

٢٢٩٥٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ (٩) .

٢٢٩٥٥ - قالوا : وهذا طلاق قبل المسيس .

٢٢٩٥٦ - قلنا : اللمس لا يعبر به عن الوطء ، وقد امتنعت اللغة [وكلام

---

(١) في (ن) : [الأخر] .
(٢) في (ن) : [الأخر] .
(٣) في (ن) : [يتقدر] .
(٤) في (ن) ، (ع) : [لا يتقدر فيه المنافع] .
(٥) في (ن) : [فيستقر] .
(٦) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي النكت على قياس الحنفية في قياسهم التخلية في النكاح كالتخلية . فتستقر الأجرة وهذا لا يوجد في النكاح لأن العين ترد كما أخذت فهو كما لو رد العين قبل أن تتلف منافعها . انظر : النكت ورقة ٢١٢ .
(٧) في (ن) ، (ع) : [لهى] .
(٨) في (ن) ، (ع) : [ثبت] .
(٩) سورة البقرة : الآية ٢٣٧ .

العرب] [١] فلم يوجد ذلك في شيء من كلامهم ، وإنما يزعم مخالفنا أنه كناية عن الوطء ، ونحن نقول : إنه كناية عن الخلوة ، لأن الإنسان لا يمس امرأته في العادة [إلا في خلوة] [٢] وإن لم يكن التعلق بحقيقته ، فليس ما يقوله مخالفنا أولى مما نقوله [٣] .

٢٢٩٥٧ - فإن قيل : أليس قلتم في قوله تعالى : ﴿ أَوْ لَـٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ [٤] إنه الجماع .

٢٢٩٥٨ - قلنا : اللمس قد يستعمل في الجماع كناية ، وإنما أنكرنا أن يستعمل اسم اللمس فيه ، لأن ذلك لا يوجد في اللغة [٥] .

٢٢٩٥٩ - فإن قيل : قد قال اللّٰه تعالى في قصة مريم : ﴿ وَلَمْ يَمْسَسْنِي بَشَرٌ ﴾ [٦] .

٢٢٩٦٠ - قلنا : كانت مترهبة ، فأخبرت أنها لم يقرب أحد منها ، لتنفى بذلك ما زاد عليه ، والعجب من مخالفينا عليًا يقولون في هذه المسألة إن [٧] الإفضاء الجماع ، لأن ابن عباس أعلم بمعاني القرآن من الفراء . وشواهد اللغة مع الفراء [٨] ، ثم لا يقولون ها هنا : إن عمر بن الخطاب ، وعليًا ، ومعاذا ، وزيد بن ثابت ، وابن عمر ، أعلم بمعاني القرآن ، وقد أوجبوا المهر بالخلوة ، فدل على أنهم لم يحملوا اللمس على الجماع ، ولم يقابل قولهم بقوله أحد من أهل اللغة ، ولا يشاهد منها .

٢٢٩٦١ - قالوا : طلاق قبل الإصابة ، فوجب أن يعود إليه نصف المهر ، كما لو كان قبل الخلوة .

٢٢٩٦٢ - قلنا : الإصابة هي هلاك المعقود عليه ، واستقرار البدل لا يقف على ذلك في المعقود عليه [٩] بدلالة عتق العبد وأكل الطعام ، وينتقض إذا استدخلت الماء [١٠] ، فعلقت ، ثم طلقها ، وماتت عندهم ، ففي استقرار المهر وجهان ، والعدة واجبة ، لا يختلف المذهب فيه ، والبينونة [لا تقع] [١١] بالطلاق ، فإذا حصل الموت

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : المبسوط (١٤٩/٥) ، بدائع الصنائع (٢٩٢/٢) ، البناية (٢٠٣/٤،٢٠٤) ، البحر الرائق (١٦٢/٣) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٦ .

(٥) انظر : المبسوط (٦٨/١) ، بدائع الصنائع (٣٠/١) .

(٦) سورة مريم : الآية ٢٠ .

(٧) في (ن) ، (ع) : [لأن] .

(٨) في (ن) ، (ع) : [الغر] .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) ساقط من (م) .

(١١) في (ن) ، (ع) : [يقع] .

لم يسقط شيء من المهر ، فهذا طلاق قبل المسيس ، ولم يعد نصف المهر إليه .

٢٢٩٦٣ – والمعنى في الأصل أنه لم يوجد التسليم المستحق عليها ، ولا استوفى [١] الزوج المعقود عليه [٢] فلم يستقر البدل .

٢٢٩٦٤ – وفي مسألتنا وجد التسليم المستحق بالعقد ، فاستقر البدل ، كما لو سلمت نفسها فوطئها .

٢٢٩٦٥ – ولا يلزم على هذا الأصل إذا أكرهها على الوطء ، لأن التسليم لم يوجد ، لكن الزوج استوفى المعقود عليه [٣] ، فنظيره [٤] : المشترى إذا أعتق العبد ، قبل القبض ، أو قبض المبيع بغير إذن البائع [٥] .

٢٢٩٦٦ – ولا يلزم إذا خلا بها ، وهي حائض ، أو محرمة ، لأنه لم يوجد التسليم المستحق بالعقد ، فإن على المستحق عليها أن تسلم نفسها تسليمًا ، لا يوجد في العقد أزيد [٦] منه ، ولهذا نقول : إن خلوة المجبوب [٧] صحيحة ، لأنه لا يوجد في عقد أزيد [٨] من هذا التسليم [٩] .

٢٢٩٦٧ – فإن قيل : لو تزوجها ، وهو صحيح ، ثم جُبَّ فخلا بها [١٠] استقر المهر عندكم [١١] وليس هذا التسليم [المستحق بالعقد .

٢٢٩٦٨ – قلنا :] [١٢] المستحق عليها بالعقد تسليم لا يوجد في العقد أزيد منه ، فإذا طرأ الجب ، فقد وجد التسليم بالصفة المستحقة ، فاستقر لها البدل [١٣] .

٢٢٩٦٩ – قالوا : خلوة لم تتضمن [١٤] إصابة ، فوجب أن لا يستقر بها المهر ، ولا يجب بها [١٥] العدة إذا خلا بها وهو محرم ، أو صائم [١٦] .

---

(١) في (م) : [يستوفى] .
(٢) ساقطة من (م) .
(٣) انظر : المبسوط (١٥٠/٥) ، البحر الرائق (١٦٣/٣) .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٨٧/٥) .
(٦) في (ن) : [أريد] .
(٧) الجَبُّ بالفتح هو : القطع ، ومنه المجبوب ، وهو الذي استؤصل ذكره . انظر : لسان العرب مادة (جيب) .
(٨) في (ن) : [أريد] .
(٩) انظر : المبسوط (١٥٠/٥) .
(١٠) ساقطة من (م) .
(١١) في (م) : [عندهم] .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٣) انظر : المبسوط (١٥٠/٥) .
(١٤) في (ن) : [يتضمن] .
(١٥) في (ن) ، (ع) : [لها] .
(١٦) انظر : الحاوي ٥٤٣ .

٢٢٩٧٠ - قلنا : الخلوة هي التسليم ، والإصابة استيفاء المسلم ، واستقرار البدل لا يعتبر فيه بعد التسليم الاستيفاء .

٢٢٩٧١ - أصله : البائع إذا سلم المبيع [1] فكان [2] هذا الموضع مخالفًا للأصول ، والمعنى في خلوة المحرم ، والصائم أن التسليم وجد ، وهناك مانع يرجى بعده تسليم لا مانع معه ، فلم يستقر به البدل ، كما لو سلم البايع المبيع ، وهناك مانع من التسليم ، ومتى وجدت الخلوة مع ارتفاع الموانع ، فقد وجد التسليم الذي لا يوجد في هذا العقد أزيد [3] منه ، فاستقر [4] البدل ولا يلزم خلوة المجبوب ، لأنه وجد التسليم الذي لا يوجد في هذا العقد أزيد [5] منه ، وكان هو التسليم المستحق عليها [6] .

٢٢٩٧٢ - فإن قيل : خلوة العنين عندكم ، يستقر بها البدل ، ويجوز أن تزول العنة ، فيوجد [7] تسليم أزيد من هذا التسليم .

٢٢٩٧٣ - قلنا : إن العنين غير مصدق على العنة ، وإذا لم يعلم المانع ، استقر البدل [8] .

٢٢٩٧٤ - قالوا : لو كانت الخلوة كالإصابة ، استقر بها المهر في النكاح الفاسد ، لأن كل فعل استقر به المهر في النكاح الصحيح ، [استقر في النكاح الفاسد .

٢٢٩٧٥ - قلنا : قد يستقر المهر في النكاح الصحيح] [9] بما لا يستقر في النكاح الفاسد .

٢٢٩٧٦ - والدليل عليه الموت [10] ولأن الخلوة يستقر بها المهر بوجود التسليم الموجب بالعقد ، والنكاح الفاسد لا [11] يوجب التسليم ، فلا يوجد في الخلوة المعنى الذي استقر به البدل في النكاح الصحيح ، فلذلك افترقا . يبين ذلك أن الخلوة في

---

(١) انظر : المبسوط (١٤٩/٥) .
(٢) في (ن) ، (ع) : [وكان] .
(٣) في (ن) : [أريد] .
(٤) في (ن) ، (ع) : [واستقر] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [أريد] .
(٦) انظر : المبسوط (١٥٠/٥) .
(٧) في (ن) ، (ع) : [فواجد] .
(٨) انظر : تحفة الفقهاء (٢٠٨/٢) ، البناية (٢٠٨/٤) ، تبيين الحقائق (١٤٣/٢) ، البحر الرائق (١٦٦/٣) .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٠) المهر يستقر بالموت في النكاح الصحيح ما في الفاسد فلا يستقر إلا بالوطء .انظر : البحر الرائق (١٨١/٣) .
(١١) في (ن) : [ولا] .

النكاح الصحيح ، يستحق بها المنفعة ، وفي الفاسد لا يستحق [١] ، ثم لم يجز اعتبار أحدهما بالآخر .

٢٢٩٧٧ – قالوا : لو كانت الخلوة كالإصابة استقر المهر ، وإن كان هناك مانع كالوطء .

٢٢٩٧٨ – قلنا : المانع إنما يؤثر في التسليم ، لأنه لا يمكن الوطء فإذا أوجدته [٢] ، فلا اعتبار بالمانع . يبين [٣] ذلك أن المؤجر [٤] لو سلم ، وهناك مانع لا [٥] يستحق البدل ، ولم يستقر ، فإن سلم المستأجر مع وجود المانع ، استقر [٦] ، ثم لم يجب ، أحدهما بالآخر ، كذلك في مسألتنا .

٢٢٩٧٩ – قالوا : للوطء أحكام تخصه ، يجب به الحد والغسل ، والمهر بالنكاح الفاسد ، ويثبت به الإحصان ويخرج به أحكام العنة ، والإيلاء ، وتفسد به العبادة وتجب به الكفارة ، والعدة ، ويستقر به المهر ، ويقع به الإباحة للزوج الأول ، فلما لم يتعلق بالخلوة شيء من هذا ، فلذلك لم [٧] يستقر [٨] المهر ، ووجوب العدة وتجويزه أنه حكم من أحكام الوطء ، فوجب أن يتعلق بالخلوة . أصله : ما ذكرنا [٩] .

٢٢٩٨٠ – قلنا : لسنا نقيم الخلوة مقام الوطء حتى يلزمنا هذا الكلام [١٠] ولأن الخلوة موجبة لاستقرار المهر بنفسها فوجب فإذا وجد الوطء استقر المهر ، لأنه وجد

---

(١) انظر : البحر الرائق (١٦٦/٣) ، بدائع الصنائع (٣٣٥/٢) .

(٢) في جميع النسخ [وجدته] والصحيح ما أثبتناه لاستقامة المعنى كذلك .

(٣) في (ن) : [تبين] . (٤) في (م) : [الموجود] .

(٥) ساقطة من جميع النسخ وزدناها لاستقامة المعنى بها .

(٦) هكذا في جميع النسخ وصحة الحكم بخلاف هذا ، قال في العناية : فإن لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلهما فارغة في غير مدة الإجارة ، مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم فذهب إليها بعد مضى اليوم بالدابة فلم يركبها أو سلمها فارغة فيها في غير مكان العقد ، فإن الأجر في جميع ذلك لا يجب . انظر : العناية (٧١/٩،٧٢) .

(٧) ساقطة من (م) . (٨) في (م) : [المستقر] .

(٩) انظر : الحاوي للماوردي ٥٤٣ .

(١٠) الخلوة تقام مقام الوطء في حق كمال المهر ، وثبوت النسب ، ووجوب العدة ، والنفقة والسكنى في العدة ، وحرمة نكاح أربع سواها في هذه العدة ، وحرمة نكاح الأمة في قياس قول أبي حنيفة ، ومراعاة وقت الطلاق في حقها ، ولا تقام مقام الوطء في الإحصان وحرمة البنات والإحلال للزوج الأول ، والرجعة والإرث ، حتى لو طلقها ومات وهو في العدة لم ترث وفي وقوع الطلاق في هذه العدة اختلاف ، والصحيح أنه يقع طلاق آخر في هذه العدة ، راجع البحر (١٦٥/٣) ، البناية (٢٠٩/٤) ، تبيين الحقائق (١٤٤/٢) .

بوجوده [١] ، مقصود التسليم الذي يحصل بالخلوة ، وفي المواضع التي عددوها ، الحكم يتعلق بالوطء ، فلا تقوم [٢] الخلوة مقامه ، يبين ذلك أن الموت على قول هذا القول ، يقوم مقام الوطء في استقرار المهر ، وإن كان لا يقوم مقامه في الإحصان ، والإباحة للزوج الأول . وسائر ما عددوه من المسائل .

* * *

(١) في (ن) ، (ع) : [موجودة] .

(٢) في (ن) : [يقوم] .

مسألة ١١٠٦

المدخول بها لا متعة لها

٢٢٩٨١ - قال أصحابنا : إذا طلق المدخول بها ، فلا متعة لها [١] .

٢٢٩٨٢ - وهو قول الشافعي في القديم .

٢٢٩٨٣ - وقال في الجديد : لكل مطلقة متعة / إلا التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرًا [٢] .

/ب

٢٢٩٨٤ - لنا : أنها استحقت كمال المهر ، فلا يجب لها متعة كالمتوفى عنها زوجها [٣] ، وكما لو وقعت الفرقة على وجه الفسخ [٤] ، ولأنها مدخول بها فلا يجب لها المتعة ، كما لو أسلمت وامتنع زوجها من الإسلام [٥] ، وكما لو ارتدت تحت مسلم [٦] ،

(١) فلا متعة لها واجبة ولكنها تستحب انظر : المبسوط (١٦/٦) ، بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) ، الهداية (٢٠٦/١) فتح القدير (٣٣٥/٣) ، تبيين الحقائق (١٤٥/٢) ، البحر الرائق (١٦٦/٣) والمسألة في الكتاب (١٧/٣) . وبه قال الإمام مالك ، انظر : المدونة (١٣/٥، ١٤) ، الكافي (٦١٦/٢، ٦١٧) ، الشرح الصغير (٤٤٥/٣) . وبه قال الإمام أحمد في الصحيح عن المذهب ، وعليه جماهير أصحابه الفروع (٢٨٨/٥) ، كشاف القناع (١٥٨/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٨٢/٣) .

(٢) انظر : مختصر المزني (٢٨٦/٨) ، روضة الطالبين (٣٢١/٧) ، مغني المحتاج (٢٤١/٣) ، نهاية المحتاج (٣٦٤/٦) . وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل - سواء كان طلقها قبل الدخول أم بعده - وسواء سمى لها مهرًا أم لا .انظر : الفروع (٢٨٨/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٨٢/٣) .

(٣) قال في المبسوط : « ولنا أنها إنما استحقت جميع المهر على زوجها ، فلا تستحق المتعة مع ذلك كالمتوفى عنها زوجها . وهذا لأن النكاح عقد معاوضة ، وبعد تقرر الفرض لا حاجة إلى شيء آخر . وتوضيحه أن المتعة لا تجامع نصف المسمى ، وهو ما إذا طلقها قبل المسيس بعد الفرض فلأن لا تجامع جميع المسمى أولى » . انظر : المبسوط (٦٢/٦) .

(٤) انظر : المبسوط (٦٢/٦) .

(٥) قال في البدائع : « كل فرقة جاءت من قبل الزوج بعد الدخول تستحب فيها المتعة ، إلا أن يرتد ، أو يأبى الإسلام ، لأن الاستحباب طلب الفضيلة ، والكافر ليس من أهل الفضيلة .انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) . وبهذا تبين أن إباء الزوج الإسلام بعد الدخول لا يوجب المتعة إذا أسلمت زوجته ، كما لا يجب المتعة للمطلقة بعد الدخول . وهو قياس المصنف .

(٦) قال في البدائع : « كل فرقة جاءت من قبل المرأة فلا متعة لها ، لأنه لا يجب بها المهر أصلا فلا تجب بها المتعة . انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) . وبهذا تبين أن ارتداد المرأة لا يوجب لها المتعة بعد الدخول ، لأن الفرقة جاءت من قبلها ، كما لا يجب للمطلقة بعد الدخول . وهو قياس المصنف .

ولأن وجوب المهر ينفي وجوب المتعة كالمنكوحة نكاحًا فاسدًا [١] .

٢٢٩٨٥ - [ولأنها استحقت جزءًا] [٢] من مهرها فلم تستحق المتعة كالمطلقة قبل الدخول وقد سمى لها مهرًا [٣] ، ولأن المطلقة قبل الدخول تستحق نصف المهر ، ولا يجب لها متعة فالمستحقة [٤] جميعه أولى [٥] .

٢٢٩٨٦ - ولأن المتعة بدل عن البضع ، بدلالة أنه لا يخلو أن يجب كذلك ، أو يجب في مقابلة الطلاق . ولا يجوز أن يكون وجوبها عن الطلاق ، لأن الزوج هو الموقع للطلاق [٦] فلا يستحق البدل في مقابله عليه [٧] ، ولأن البدل في الطلاق يستحق على المرأة بالشرط ، ولا يستحق من غير شرط ، وإنما ثبت أنها بدل عن البضع ، [والبدلان لا يجتمعان] [٨] عن مبدل واحد في العقد ، كالمسمى ، ومهر المثل [٩] ، [ولأن المسمى يجب بالتراضي ، والمتعة تجب من طريق الحكم ، فلا يجتمعان في الوجوب كالمسمى ، ومهر المثل] [١٠] .

٢٢٩٨٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ ﴾ [١١] ، وكن مدخولات بهن [١٢] .

٢٢٩٨٨ - قلنا : هذا إخبار عن فعله ﷺ ، وذلك لا يدل على الوجوب . وعندنا يستحب أن تمتع [١٣] المطلقة [١٤] ، ولأن المتعة عندهم تجب عند الطلاق [١٥] ، والآية

---

(١) المنكوحة نكاحًا فاسدًا يجب لها مهر المثل بالوطء ، لأن المهر لا يجب بمجرد العقد لفساده ، وإنما يجب بإستيفاء منافع البضع ، وإذا وجب المهر فلا يجب لها المتعة ، لأنها خلف عنه فلا تجتمع مع الأصل .انظر : البحر الرائق (١٨١/٣) ، الاختيار (٣٩/٣) .

(٢) في (م) : [ولأن وجوب المهر] .

(٣) - قال في البدائع : « وأما الذي تستحب فيه المتعة فهو الطلاق بعد الدخول ، والطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية » . انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) . وبهذا تبين أن المطلقة - قبل الدخول - إذا سمى لها ، مهرًا لا تجب لها ولكنها تستحب ، كما لا يجب للمطلقة بعد الدخول .

(٤) في (ن) : [كالمستحقة] .

(٥) انظر : المبسوط (٦٢/٦) ، بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) ، المبدع (١٧٠/٧) ، المهذب (٦/٢) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [الطلاق] .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) .

(٨) في (م) : [والبدولان لا يحتار] .

(٩) انظر : الهداية (٢٠٦/١) ، فتح القدير (٣٣٧/٣) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .انظر : مجمع الأنهر (٣٥١/١) .

(١١) سورة الأحزاب : الآية ٢٨ .

(١٢) انظر : المهذب (٦٣/٢) ، مغني المحتاج (٢٤١/٣) ، نهاية المحتاج (٦٦٤/٦) ، حاشية البيجرمي (٤٢٦/٣) .

(١٣) في (ن) : [يُمَتِّع] .

(١٤) انظر : المبسوط (٦١/٦) ، العناية (٣٠٣/٣) ، البحر الرائق (١٦٦/٣) ، تحفة الفقهاء (٢٠١/٢) .

(١٥) انظر : المهذب (٦٣/٢) .

تقتضي [١] متعة بتقديم الطلاق ، وذلك استحباب باتفاق [٢] .

٢٢٩٨٩ – قالوا : قال اللّه تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [٣] وهو عام في كل مطلقة [٤] .

٢٢٩٩٠ – [قلنا : المراد بهذا المتاع المتعة بدلالة أنه عطفه على قوله : ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا وَصِيَّةً لِّأَزْوَٰجِهِم مَّتَٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ ﴾ [٥] [والمراد بهذا المتاع] النفقة بدلالة أنه قدره بالحول ثم عطف عليه قوله ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌ ﴾ [٦] يعنى النفقة للمتوفى عنها زوجها ، وقوله : « ولا وصية لوارث [٧] فنفي نفقة المطلقة ، ولأن قوله : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌ ﴾ [٨] يقتضي متاعا واحدًا ، والمطلقة التي تستحق [٩] متاعا واحدا هي التي طلقها قبل الدخول والتسمية ، فأما المدخول بها فتستحق عندهم المهر والمتاع [١٠] ، ولأن قوله : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ ﴾ [١١] يقتضي [١٢] التعريف ، والمعرفة هي التي ذكرها في قوله : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [١٣] .

٢٢٩٩١ – ولأن دليل هذه الآية يقتضي أن المطلقة بعد المسيس لا متعة لها . وعندهم الدليل يخص به العموم [١٤] .

---

(١) في (ن) : [يقتضي] .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣٠٣/٢) ، المهذب (٦٣/٢) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٤١ .

(٤) انظر : المهذب (٦٣/٢) ، مغني المحتاج (٢٤١/٣) ، نهاية المحتاج (٣٦٤/٦) .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٤٠ .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٤١ .

(٧) الحديث أخرجه أبو داود في المراسيل ص ٣٩ ، والنسائي في سننه ، باب إبطال الوصية (٢٤٧/٦) ، والترمذي في سننه ، باب ما جاء لا وصية لوارث (٣٧٦/٤، ٣٧٧) ، وأحمد في مسنده (١٨٦/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما جاء في إقرار المريض لوارثة بنحوه (٨٥/٧) ، وابن أبي شيبه في مصنفه باب ما جاء في الوصية للوارث (١٤٩/١١) ، والطبراني في المعجم الكبير مسند عمرو بن خارجة (٣٥/١٧) ، والدارقطني في سننه كتاب الوصايا (٧٠/٤) ، وعبد الرزاق في مصنفه ، باب صدقة المرأة بغير إذن زوجها (١٤٨/٤، ١٤٩) ، وابن ماجه في سننه ، باب ما جاء لا وصية لوارث (٩٠٥/٢) .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٤١ .

(٩) في (ن) : [يستحق] .

(١٠) انظر : المهذب (٦٣/٢) .

(١١) سورة البقرة : الآية ٢٤١ .

(١٢) في (ن) : [تقتضي] .

(١٣) سورة البقرة : الآية ٢٣٦ . انظر : فتح القدير (٣٣٧/٣) .

(١٤) انظر : المجموع (٣٨/١٦) ، أسنى المطالب (٢٢٠/٣) للعلامة الشيخ زكريا الأنصاري .

٢٢٩٩٢ - قالوا [١] : روى عن عمر مثل قولنا [٢] ، وعن ابن عمر أنه قال : « لكل مطلقة المتعة إلا [٣] التي طلقها قبل الدخول ، وقد فرض لها مهرًا [٤] .

٢٢٩٩٣ - قلنا : ذكر الطحاوي [٥] عن أبي يوسف قال : « وإذا طلق الرجل امرأته ، وقد دخل بها ، وأوفاها المهر فليس عليه شيء غير ذلك يؤخذ [٦] منه لها ، فإن متعها من قبل نفسه ، فذلك فضل [٧] أحدثه ، وإن ترك [٨] لم يكن عليه واجب [٩] . وكذلك بلغنا عن ابن عباس [١٠] .

٢٢٩٩٤ - قالوا : طلاق لم يسقط [١١] به شيء من المهر ، فجاز أن يجب به المتعة ، كما لو طلقها قبل الفرض والمسيس .

٢٢٩٩٥ - قلنا : الوصف غير مسلم في الأصل ، لأنه إذا طلقها قبل الفرض ، والمسيس فقد سقط مهرها بالطلاق ، لأن الواجب لها بالعقد مهر المثل قد سقط بالطلاق ، وقامت المتعة مقامه [١٢] ، كما يسقط المسمى ، ويقوم نصفه مقامه [١٣] .

---

(١) انظر : مختصر المزني (٢٨٦/٨) ، المجموع (٣٨٩/١٦) .
(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - باب المتعة عن عمر - ﷺ - قال : لكل مطلقة متعة إلا التي طلقها وقد فرض لها صداقا (٦٨/٧) .
(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٤) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ، باب ما جاء في متعة الطلاق ، عن نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال : لكل مطلقة متعة ، إلا التي تطلق وقد فرض لها صداق فلم تمس ، فحسبها نصف ما فرض لها . الموطأ (٥٧٣/٢) ، وعبد الرزاق في المصنف - باب متعة المطلقة (٦٨/٧ ، ٦٩) ، والشافعي في مسنده - باب في أحكام الصداق بنحوه (٩/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، باب المتعة (٢٥٧/٧) بنحوه .
(٥) هو : أحمد بن محمد بن سلامة . . . أبو جعفر الطحاوي ، ولد سنة ٢٢٩ هـ ، أخذ العلم عن المزني وتفقه به ثم تركه وصار حنفي المذهب ، فأخذ فقه المذهب الحنفي عن أبي جعفر أحمد ، ثم رحل إلى الشام فلقي بها أبا حازم عبد الحميد قاضي القضاة بالشام ، فأخذ عنه ، وعن عيسي بن أبان عن محمد ، وأخذ عنه أحمد بن القاسم ومكي بن أحمد وسلمة بن القاسم ، ومحمد ابن إبراهيم المقري وغيرهم ، قال ابن عبد البر : كان الطحاوي كوفي المذهب وكان عالمًا بجميع مذاهب الفقهاء ، صنف الكتب منها : أحكام القرآن ومعاني الآثار ، وبيانه مشكل الآثار ، والمختصر ، والنوادر ، والشروط الكبير وغير ذلك ، مات سنة ٣٢١ هـ . انظر : تاج التراجم ص (٨ ، ٩) ، الجواهر المضيئة (٢٧١/١-٢٧٧) ، الفوائد البهية ص (٣١-٣٤) .
(٦) في (م) : [يوجد] .
(٧) في (ن) : [فصل] .
(٨) ساقطة من (م) .
(٩) انظر : شرح معاني الآثار (٩٨/٣) .
(١٠) انظر : الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبي (٢٠٠/٣) .
(١١) في (ن) : [سقط] .
(١٢) انظر : المبسوط (٦٢/٦) .
(١٣) انظر : البحر الرائق (١٥٤/٣) .

٢٢٩٩٦ - والمعنى في الأصل : أنها مسلمة لم تستحق بدلا عن بُضْعها ، فوجب لها المتعة (١) . وفي مسألتنا استحقت كمال المهر فلم يجب لها بدل آخر .

٢٢٩٩٧ - قالوا : المهر الذي استحق لها بالدخول في مقابلة الدخول ، وقد نالها ابتذال بالعقد ، فوجب أن يكون (٢) لها المتعة في مقابلة ذلك الابتذال (٣) .

٢٢٩٩٨ - قلنا : إنما حصل لها بدلٌ في مقابلة الابتذال (٤) حتى لا يتزوج الرجل المرأة ، فإن لم تصلح (٥) له طلقها ، ولم يعطها شيئًا فتقييدها بالعقد ، فجعل لها نصف المسمى إن كان سمى (٦) لها ، أو المتعة إن لم يكن سمى لها (٧) .

٢٢٩٩٩ - قالوا : لو كانت المتعة بدلا عن البضع وجب مع بقاء العقد ، واعتبرت بحال المرأة ، كالمهر .

٢٣٠٠٠ - قلنا : إنما لا تجب مع بقاء العقد (٨) ، لأن المهر واجب قبل الفرقة ، فلا يجب بدلان ، فإذا ارتفع العقد خلفت (٩) المتعة المهر .

٢٣٠٠١ - وأما قولهم : إن المتعة تعتبر بالزوج (١٠) ، فقد ذكر (١١) أبو الحسن أنها تعتبر بحالـها (١٢) .

---

(١) انظر : المبسوط (٦٢/٦) .

(٢) في (م) : [لا يكون] .

(٣) انظر : المهذب (٦٣/٢) ، المجموع (٣٨٧/١٦) .

(٤) في (ع) : [الابتدال] .

(٥) في (ن) : [يصلح] .

(٦) انظر البحر الرائق (١٥٤/٣) .

(٧) انظر : المبسوط (٦٢،٦١/٦) ، البحر الرائق (١٥٧/٣) .

(٨) في (ن) ، (ع) : [المهر] .

(٩) في (م) : [صلعت] .

(١٠) انظر : المهذب) (٦٣/٢) .

(١١) ساقطة من (م) .

(١٢) قال في المبسوط : « ثم المعتبر في المتعة حالة الرجل لقوله تعالى : ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] ، وكان الكرخي يقول هذا في المستحبة ، وأما في المتعة الواجبة يعتبر حالها لأنها خلف عن مهر المثل وفي مهر المثل يعتبر حالها فكذلك في المتعة . انظر : المبسوط ٠ ٦٣/٥) ، الهداية (٢٠٥/١) فتح القدير (٣٢٧/٣) ، تبيين الحقائق (١٤٠/٢) ، البحر الرائق (١٥٨/٣) . وهذا الذي قاله الكرخي ليس بقوى ، قال في المبسوط وهذا الذي قاله ليس بقوى لأن الاعتبار بحاله أو بحالها ، فيما يكون واجبا ، ويدخل تحت الحكم وفي المستحب هذا لا يكون ، ولأن اللَّه تعالى قال ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ ﴾ وعلى المقتر قدره وكلمة «على » للوجوب ، فإذا طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرًا فلها المسمى بالنص . انظر : المبسوط (٦٣/٥) . وقال الخصاف المعتبر بحالهما ، قالوا : وهو أشبه بالفقه ، واختار السرخسي أن المعتبر بحاله وهو ما اختاره صاحب الهداية . انظر : المبسوط (٦٣/٥) ، الهداية (١٠ /٢٠٥) .

مسألة ١١٠٧

وقوع الفرقة بين الزوجين بالإباء عن الإسلام

٢٣٠٠٢ – قال أصحابنا : إذا أسلم الكافر وتحته مجوسية ولها أخت مسلمة فتزوجها لم يصح التزويج [١] .

٢٣٠٠٣ – وقال الشافعي : إن أسلمت المجوسية قبل مضى ثلاث حيض ، لم يصح التزويج ، وإن لم تسلم حتى انقضى ثلاث حيض صح [٢] التزويج .

٢٣٠٠٤ – وهذه المسألة مبينة على أصلنا : أن الفرقة لا تقع بينهما بإسلام الزوج ، وإنما [٣] تقع [٤] بينهما إذا عرض [٥] القاضي الإسلام عليها ، فأبت وفرق بينهما ، وإذا كانت الفرقة لم تقع بينهما ، فالنكاح بحاله فإذا تزوج أختها صار جامعا بين الأختين ، وهذا لا يجوز .

٢٣٠٠٥ – ولو قلنا : إن الفرقة قد وقعت فهي معتدة ، وتزويج الأخت في عدة الأخت لا يجوز [٦] عندنا [٧] .

٢٣٠٠٦ – وأما الشافعي فبنى على أصله : أن الفرقة لم تقع ، فإن انقضت الحَيِضُ وما أسلمت وقعت الفرقة بالإسلام ، والعدة عنده لا تمنع عنده من نكاح الأخت [٨] ، إلا أن هذا لا يصح : لأن هذه الفرقة يرتفع حكمها في مدة العدة بإسلامها ، ومتى أمكن رفع حكم الفرقة في مدة العدة ، لم يجز تزوج الأخت كالمطلقة الرجعية [٩] .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٤٥/٥،٤٦) ، البحر الرائق (٢٢٦/٣) ، الاختيار (٥٤/٣) .

(٢) في (ن) : [مع] .

(٣) في (ن) : [وإن] .

(٤) في (ع) : [وقع] .

(٥) في (ن) : [عوض] .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ١٧٩ ، المبسوط (٤٥/٥) ، البحر (٢٢٦/٣) ، فتح القدير (٤١/٣) .

(٧) انظر : الهداية (١٩٣/١) .

(٨) انظر : المهذب (٥٢/٢) .

(٩) انظر : الهداية مع فتح القدير (٢٢٥/٣) .

مسألة ١١٠٨

مقدار المتعة الواجبة

٢٣٠٠٧ - قال أصحابنا : المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل (١) .

٢٣٠٠٨ - وقال الشافعي : المتعة واجبة بحسب حال الزوج بالغة ما بلغت (٢) .

٢٣٠٠٩ - لنا : أن ما قاله يؤدى (٣) إلى أن يجب للمطلقة قبل الدخول أكثر مما يجب لها لو دخل بها ، وهذا لا يصح كالتي سمى لها (٤) .

٢٣٠١٠ - فإن قيل : إذا سمى لها لم تجز الزيادة على نصف المسمى ، كما لا يجوز النقصان منه (٥) .

٢٣٠١١ - وفي مسألتنا يجوز النقصان من نصف مهر المثل ، فلذلك تجوز الزيادة عليه .

٢٣٠١٢ - قلنا : إنما جاز النقصان تخفيفا عن الزوج ، وإيجاب الزيادة تغليظ ، فلم يجز من حيث جاز التخفيف ، بل يجوز التغليظ ، ألا ترى أن أرش اليد الشلاء ينقص

---

(١) المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل ، ولا تنقص عن خمسة دراهم ، وهل الاعتبار بحاله أو بحالها ، فيه خلاف قال في البحر : فالكرخي اعتبر حالها ، واختاره القدورى ، والإمام السرخسي اعتبر حاله ، وصححه في الهداية . الخصاف اعتبر حالهما ، قال : والأرجح قول الخصاف ، لأن الولوالجي صححه في فتاواه ، وقال وعليه الفتوى كما أفتوا به في النفقة . انظر : مختصر الطحاوي ١٨٤ ، والمبسوط (٨٢/٥) ، بدائع الصنائع (٣٠٤/٢) ، البحر الرائق (١٥٨/٣) ، والمسألة في الكتاب انظر : اللباب (١٥/٣) .

(٢) قال في المهذب : وفي الوجوب وجهان : أحدهما ما يقع عليه اسم المال ، والثاني ، وهو المذهب ، أنه يقدرها الحاكم لقوله تعالى : ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] وهل يعتبر بالزوج أو بالزوجة ؟ فيه وجهان : أحدهما يعتبر بحال الزوج للآية ، والثاني يعتبر بحالها لأنه بدل عن المهر فاعتبر بها . انظر : المهذب (٦٣/٢) ، روضة الطالبين (٣٢٣/٧) ، مغني المحتاج (٢٤٢/٣) ، نهاية المحتاج (٣٦٥/٦) ، حاشية البيجرمى (٤٢٧/٣) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [مؤدى] .

(٤) قال في المبسوط : ولكنا نقول : النكاح الذي فيه تسمية في حكم الصداق أقوى مما لا تسمية فيه ، فإذا كان في العقد الذي فيه التسمية لا يجب لها بالطلاق أكثر من نصف ما كان واجبا قبله فكذلك في النكاح الذي لا تسمية فيه ، وقد كان الواجب قبل الطلاق مهر المثل فلا تزاد المتعة على نصف مهر المثل . انظر : المبسوط (٨٢/٥) . وبهذا يتبين أن المسمى لها لا يجب لها أكثر من نصف ما سمى لها ، إذا طلقت قبل الدخول ، كما لا يجب أنه تزاد المتعة على نصف مهر المثل ، إذا طلقت بعد الدخول ، وهو قياس المصنف .

(٥) في (ن) ، (ع) : [فيه] .

عن أرش اليد الصحيحة ، فلا يجوز أن يزاد [(١)] ، ولو ترك حصاة من الجمر وجب القطع [(٢)] وإن نقص من الدم جاز وإن زاد لم يجز [(٣)] .

٢٣٠١٣ - لأن الطعام وجب على وجه التخفيف ، فجاز إذا نقصت قيمته عن الدم ولم تجز الزيادة . ولأنها مطلقة قبل الدخول ، فلم يجز أن يجب لها كمال ، المهر كالتي سمى لها مهرًا [(٤)] .

٢٣٠١٤ - أو نقول : مطلقة قبل التسمية فلا يجب لها أكثر من مهر المثل كالتي دخل بها [(٥)] . وعلى قولهم يتزوج الموسر الفقيرة التي مهر مثلها [(٦)] عشرة ، والمتعة عنده بحال الزوج ، فيكون متعتها [(٧)] مائة ، أو أكثر .

٢٣٠١٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ [(٨)] ، وقال تعالى : ﴿ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا ﴾ [(٩)] فأوجب المتعة ، وأنتم توجبون نصف المهر [(١٠)] .

٢٣٠١٦ - قلنا : نحن نوجب المتعة ، إلا أنها مقدرة عندنا بنصف مهر المثل [(١١)] ، وليست بنصف المهر ، كما أنا [(١٢)] نوجب في العينين الدية بدلا عنهما وعن النفس [(١٣)] ، ويوجب الشافعي في جنين [(١٤)] الأمة عشر قيمة الأم [(١٥)] ، وذلك بدل الجنين ، إلا أنه يتقدّر بهذا المقدار حاله ، لا يمنع ذلك باعتبار حالهما ، كما أن الله

---

(١) في اليد الصحيحة نصف الدية لأن المنفعة تفوت بفواتهما ، وبفوات أحدهما يفوت النصف ، وفي اليد الشلاء حكومة عدل لعدم فوات المنفعة . انظر : تحفة الفقهاء (١٦٨/٣) ، بدائع الصنائع (٢٢٣/٧) ، الاختيار (٩٤/٤،٩٧) .

(٢) قال في الاختيار : وإن ترك أقلها تصدق لكل حصاة نصف صاع من بُرّ . انظر : الاختيار (٢١٦/١) ، رد المحتار (١٨٠/٢،٢٠٩) .

(٣) انظر : المبسوط (٦٥/٤) ، بدائع الصنائع (١٣٨/٢) ، الهداية (١٦٨/١) .

(٤) انظر : المبسوط (٨٢/٥) ، تبيين الحقائق (١٣٩/٢) ، فتح القدير (٣٢٥/٣) .

(٥) انظر : البحر الرائق (١٥٦/٣) ،تبيين الحقائق (١٣٩/٢) .

(٦) في (ن) : [مثل] .

(٧) في (ن) : [منعها] ، وفي (ع) : [متعها] .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٣٦ .

(٩) سورة الأحزاب : الآية ٤٩ .

(١٠) انظر : المهذب (٦٣/٢) ، المجموع (٣٩١/١٦) .

(١١) انظر : المبسوط (٨٢/٥) .

(١٢) ساقطة من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(١٣) انظر : الاختيار (٧٩/٣) .

(١٤) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [الجنين] .

(١٥) انظر : الأم (١١٩/٦،١٢٠) ، المهذب (٢١١/٢) .

تعالى أوجب النفقة بحسب حاله إن اعتبر فيها قدر [١] كفايتها [٢] .

* * *

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) في ظاهر الرواية المعتبر في نفقة الزوجة حال الزوج في اليسار والإعسار ، وبه قال جمع كثير من المشايخ ، ونص عليه محمد وهو الصحيح ، وذكر الخصاف أن المعتبر حالهما جميعا . انظر : المبسوط (١٨٢/٥) ، شرح فتح القدير (٣٨٠/٤) ، بدائع الصنائع (٢٤/٤) ، الهداية (٣٩/٢) .

مسائل القسم [1] [١١٠٩ - ١١١٢]

مسألة ١١٠٩

ما تستحقه الزوجة الجديدة والقديمة في القسم

٢٣٠١٧ - قال أصحابنا : إذا تزوج الرجل امرأة وعنده غيرها لم يفضل الجديدة في القسم ، بل يسوى [2] بينهما ، وبين اللواتي عنده [3] .

٢٣٠١٨ - وقال الشافعي : إن كانت الجديدة بكرًا فضلها بسبعة أيام ، وإن كانت ثيبا خيرها بثلاث ، فإن شاءت أقام عندها [سبعا وعند كل واحدة سبعًا ، ولم يخصها بزيادة ، وإن شاءت أقام عندها] [4] ثلاثة أيام يفضلها بها ثم يسوى بينهن فيما بعد [5] .

٢٣٠١٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ ﴾ [6] ، فلا يخلو أن يكون [7] النهى عن ميل القلب ، أو

---

(١) بالفتح مصدر . وقَسَم القسام المال بين الشركاء فَرقه بينهم وعين أنصباء هم ، ومنه القسم بين النساء . انظر : المغرب ص ٣٨٢ . أما في الشرع فهو فيما : عرفه فقهاء الحنفية : تسوية الزوج بين الزوجات في المأكول والمشروب والملبوس والبيتوتة لا في المحبة والوطء . انظر : مجمع الأنهر (٣٧٣/١) وعرفه المالكية : بأنه وجوب القسم للزوجات في المبيت وإن امتنع الوطء شرعا أو طبعا .انظر : مواهب الجليل (٩/٤، ١٠) ، جواهر الإكليل (٣٢٦/١) . وقال الشافعية : هو التسوية بين الزوجتين فأكثر في المبيت عندها أو عندهن ، لا في الجماع والاستمتاع والتبرعات المالية .انظر : الشرقاوى على شرح التحرير للشيخ زكريا الأنصاري (٢٨٠/٢) ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٣٩٤/٣) .وعند الحنابلة : هو توزيع الزمان على زوجاته إن كُنَّ اثنتين فأكثر . انظر: كشاف القناع (١٩٨/٥) ، مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى (٢٧٣/٥) .

(٢) في (م) : [سوى] .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٠ ، والمبسوط (٢١٨/٥) ، بدائع الصنائع (٣٣٢/٢) ، الهداية (٢٢٢/١) ، تبيين الحقائق (١٧٩/٢) ، البحر الرائق (٢٣٥/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٥) انظر : الأم (١٧٥/٥) ، المهذب (٦٩/٢) ، روضة الطالبين (٣٥٤/٧، ٣٥٥) ، مغني المحتاج (٢٥٦/٣) وبه قال الإمام مالك : إلا أن الثيب عنده لها ثلاث بلا تخيير . انظر : المدونة (١١٩/٤) ، بداية المجتهد (٦٠/٢) ، جواهر الإكليل (٣٢٧/١) وبه قال الإمام أحمد ، انظر : الشرح الكبير (١٦٤/٨) ، المبدع (٢١١/٧) ، وبقول الإمام مالك قال ابن حزم انظر : المحلى (٢٧٨/١١) .

(٦) سورة النساء : الآية ١٢٩ .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

ميل الفعل ، و لا يجوز أن يكون المراد ميل القلب . لأن الإنسان لا يستطيع التسوية في المحبة ، فلم يبق إلا أن يكون الميل بالفعل ، وهذا موجود في التفضيل .[١] وروى[٢] أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « من كان له امرأتان ، فمال إلى إحداهما دون الأخرى ، جاء يوم القيامة[٣] وشقه مائل »[٤] . يعنى : أنه علامة على خزيه ، كما قال تعالى : ﴿ يُعْرَفُ ٱلْمُجْرِمُونَ بِسِيمَٰهُمْ ﴾[٥][٦] .

٢٣٠٢٠ – فإن قيل : المراد به الميل بما لا تقتضيه الشريعة بدلالة أن[٧] تفضيل الحرة على الأمة لَمّا كان مقتضى[٨] الشريعة لم ينه عنه .

٢٣٠٢١ – قلنا : الظاهر اقتضى النهى عن كل ميل ، إلا ما أباحه الشرع ، فعلى مخالفنا أن[٩] يستدل[١٠] على أن هذا[١١] الميل مباح ، حتى لا يخرجه من الظاهر .

٢٣٠٢٢ – وروى أن النبي ﷺ كان يسوى بين نسائه في القسم ويقول : « اللّهم هذا قسمي[١٢] فيما أملك فلا تؤاخذني بما تملك ، ولا أملك[١٣] » ، ولأنه لا يجوز

---

(١) في (ن) : [التفصيل] . انظر : فتح القدير (٤٣٢/٣) ، البحر الرائق (٢٣٤/٣) .

(٢) في (م) : [وزوى] . (٣) في (ن) : [القيمة] .

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه باب في القسم بين النساء (٢٤٢/٢) ، الترمذي في سننه باب ما جاء في التسوية بين الضرائر ، وابن ماجه في سننه باب القسمة بين النساء (٦٣٣/١) ، وأحمد في المسند حديث أبي هريرة (٣٤٧/٢٩٠) وابن حبان في صحيحه باب في القسم (٧/١٠) ،والحاكم في المستدرك (١٨٦/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٨٨/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٩٧/٧) .

(٥) سورة الرحمن : الآية ٤١ .

(٦) انظر : المبسوط (٢١٨/٥) ، بدائع الصنائع (٣٣٢/٢) ، البحر الرائق (٢٣٤/٣) ، وقد رد ابن حزم في المحلى على هذا الاستدلال بهذا الحديث فقال : « الذي قال هذا القول هو الذي حكم للبكر بسبع زائدة وللثيب بثلاث زائدة ، ولا يحل لأحد أن يترك قولا له عليه الصلاة والسلام لقول له آخر مادام يمكن استعمالهما جميعا ، بأن يضم بعضها إلى بعض أو بأن يستثنى بعضها من بعض . انظر : المحلى (٢٨٠/١١،٢٨١) .

(٧) في (م) : [أنه] . (٨) في (ن) : [يقتضي] .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) . (١٠) في (م) : [يبدل] .

(١١) ساقطة من (ن) ، (ع) . (١٢) ساقطة من (م) .

(١٣) الحديث أخرجه أبو داود في سننه ، باب في القسم بين النساء (٦٠٠/٢-٦٠١) ، والنسائي في سننه كتاب عشرة النساء (٦٤/٧) ، والدارمى في سننه باب في القسمة بين النساء (١٩٣/٢) ، وأحمد في مسنده (١٤٤/٦) ، وابن ماجه في سننه باب القسمة بين النساء (٦٣٤/١) ، الترمذي في سننه (٤٤٦/٣) باب ما جاء في التسوية بين الضرائر بنحوه ، والبيهقي في السنن الكبرى باب القسمة بين النساء (٢٩٨/٧) ، والحاكم في المستدرك ، باب التشديد في العدل بين النساء (١٨٧/٢) انظر : الاستدلال بهذا الحديث في المبسوط =

التفضيل بينهن [١] حال البقاء ، فلا يجوز في الابتداء .

٢٣٠٢٣ - أصله : إذا تزوجهما معا وهما بكران ، ولأنه لا يجوز تفضيلها بما [٢] زاد على السبع ، فلا يجوز بها كإحدى البكرين ، ولأن البكر [لا تفّضل] [٣] في جواز النكاح على الأخرى ، فلم تفّضل [٤] عليها في القسم كالبكرين [٥] ولا يلزم الحرة ، والأمة ، لأن لنكاح [٦] الحرة مزية في الجواز على نكاح الأمة ، والحرة يبتدأ بها ويثنى ، والأمة صح أن يبتدأ بها ، ولا يصح أن يثنى بعد الحرة [٧] / .

٥٨

٢٣٠٢٤ - احتجوا : [٨] بما روى في حديث أم سلمة أن النبي ﷺ قال لها : ليس بك هوان على أهلك ، إن شئت سبعت [٩] لك ، وسبعت [١٠] لهن ، وإن شئت ثلثت لك ، ودرت [١١] .

٢٣٠٢٥ - قلنا : هذا دليل لأنه أخبر أنه إذا سبع لها سبع لهن من غير تفضيل يكون . قال وإن شئت ثلثت لك ودرت يعني بالثلاث لأنه لما بين أنه إذا أقام عندها سبعا دار بمثلها كان ذلك بالثلاث ، ولو كانت تستحق ثلاثة أيام تنفرد بها كان إذا أقام عندها سبعة أيام يفضي لهن أربعة أيام ، وما يستحقه بزيادة المقام عندها لا يسقط . ألا ترى أنها إذا كانت آخر الدور فأقام عندها يوما للدور الأول ، ثم افتتح بها الدور الثاني

= (٢١٨/٥) ، بدائع الصنائع (٣٣٢/٢) ، البحر الرائق (٢٣٤/٣) . وقد رد النووي هذا الاستدلال بأن هذه الظواهر الواردة بالعدل بين الزوجات مخصصة بالأحاديث الواردة عن أم سلمة وحديث أنس ﷺ من السنة أن يقيم عند البكر سبعا ، وعند الثيب ثلاثا ، انظر : صحيح مسلم بشرح النووي (٥٥/١٠) .وقال ابن عبد البر الأحاديث المرفوعة في هذا الباب على ما قلناه وليس مع من خالفنا حديث مرفوع ، والحجة مع من أدلى بالسنة ، انظر الشرح الكبير (١٦٥/٨) .

(١) في (ن) ، (ع) : [بيتين] .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) في (ن) : [لا تفصل] .

(٤) في (ن) : [تفصيل] .

(٥) وقد رد الشيرازي هذا بأنه قد ثبت لها حق الأبكار وهي بكر فلا يسقط بالثيوبة ، كما لو وجب عليه حد البكر ثم أحصن .

(٦) في (ن) ، (ع) : [نكاح] .

(٧) انظر : المبسوط (٢١٨/٥) ، بدائع الصنائع (٣٣٢/٢) ، تبيين الحقائق (١٧٩/٢) ، البحر الرائق (٢٣٥/٣) .

(٨) انظر : الأم (٢٠٦/٥) ، المهذب للشيرازي (٦٨/٢) ، المبدع (٢١١/٧، ٢١٢) .

(٩) في (ن) : [شيعت] .

(١٠) في (ن) : [شيعت] .

(١١) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه باب ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ، صحيح مسلم بشرح النووي (٥٢/١٠ - ٥٥) ، وأبو داود في سننه باب في المقام عند البكر بلفظه (٢٤٠/٢) ، والنسائي في السنن الكبرى أبواب القسم (٢٩٣/٥) .

فأقام عندها زاد على الباقيات يوما . فلو أقام عندها يومين بعد اليوم من الدور الأول أقام عندهن يومين فلم يسقط حقها من اليوم الذي لها من الدور الأول بزيادة المقام عندها .

٢٣٠٢٦ - وقد روى حماد بن سلمة عن ثابت البناني قال : « حديث ابن أم سلمة عن أبيه [١] ، عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال لها بعد بنائه بها : « إن شئت سبعت لك ، وسبعت لهن » [٢] ، وهذا يقتضي التسوية [٣] ، وقد ذكر الدارقطني عن عبد الله ابن أبي بكر [٤] ، عن عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن [٥] [عن أبيه] [٦] ، عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال : « إن شئت أقمت معك ثلاثا خاصا لك ، وإن شئت سبعت لك ، وسبعت لنسائي [٧] ، وهذا حديث منقطع ، والحديث المتصل حديث

---

(١) هو : عبد الله بن عبد الأسد بن هلال ... بن مخزوم القرشي بن عمة رسول الله ﷺ روى عن النبي ﷺ فضائله جمة . فهو أول من هاجر إلى الحبشة وأول من هاجر إلى المدينة من قريش ، وشهد بدرًا وأحدًا . توفي سنة أربع من الهجرة بعد منصرفه من أحد . انظر : الاستيعاب ق (٩٣٩/٣ - ٩٤٠) ، الإصابة (٢٩٤/٣-٢٩٦) ، أسد الغابة (٢٩٤/٣ - ٢٩٦) .

(٢) الحديث بهذا الإسناد عند الإمام أحمد (٣١٣/٦،٣١٤) وقد سبق تخريجه .

(٣) وقد رد ابن حزم هذا بأن في بعض الروايات للحديث أن رسول الله ﷺ قال لها : ليس بك على أهلك هوان إن شئت سبعت عندك ، وإن شئت ثلثت ثم درت . انظر : المحلى (٢٨١/١١) .

(٤) هو : عبد الله بن أبي بكر بن محمد ... الأنصاري روى عن أبيه وأنس وحميد بن نافع وسالم بن عبد الله وعياد بن تميم وغيرهم وروى عنه الزهري ، ومالك وابن جريج وابن إسحاق وغيرهم . قال ابن عبد البر : كان من أهل العلم ، ثقة فقيهًا محدثًا مأمونًا حافظًا ، وهو حجة . مات سنة ١٣٥ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (١٦٤/٥-١٦٥) ، الثقات لابن حبان (١٠/٧) ، الكاشف (٦٧/٢) ، رجال صحيح البخاري (٤٣٦/١) .

(٥) هو : عبد المالك بن أبي بكر بن عبد الرحمن ... المخزومي المدني روى عن أبيه ، وخارجة ابن زيد ، وخلاد ابن السائد وأم سلمة وغيرهم ، وروى عنه ابن جريج ، والزهري ، ويحيى بن سعيد وغيرهم . قال النسائي : ثقة ، مات في أول خلافة هشام . انظر : تهذيب الكمال (١٧٥/٢) ، الثقات لابن حبان (٩٣/٧) ، تهذيب التهذيب (٣٨٧/٦) ، ثقات العجلي (١٠١/٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وأثبتناه كما في إسناد الحديث عند الدارقطني في سننه (٢٨٤/٣) . هو: أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث المخزومي روى عن مروان بن الحكم وروى عنه ابنه والزهري وغيرهم أخرج له الشيخان ، مات سنة ٩٤ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٣٣٦/١) ، البداية والنهاية (١٥٤/٥) للحافظ ابن كثير .

(٧) لفظ الحديث كما عند الدارقطني « عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال لها حين دخل بها : ليس بك هوان على أهلك إن شئت أقمت ثلاثا خالصة لك ، وإن شئت سبعت لك ، ثم سبعت لنسائي . فقالت : تقيم معي ثلاثا خاصة » .

حماد [١] ولم يذكر فيه أكثر من السبع .

٢٣٠٢٧ – فأما هذا الحديث فقد نقله الناس ، وبينوا أنه منقطع ، ولم ينقل فيه أحد خالصة لك ولا يعرف ذلك إلا من جهة الدارقطني ، ويحتمل أن يكون معناه : أقمت ثلاثا خالصا لك ، لا أدخل على [٢] غيرك فيها نهارا ، لأن النبي ﷺ كان في أيام القسمة ، يدخل في أطراف النهار على بقية نسائه [٣] ، والذي يبين [٤] ذلك : أنه لو أراد بالخلوص الإفراد ، لم يسقط [٥] ذلك في السبعة .

٢٣٠٢٨ – فإن قيل : فأى فائدة على قولكم للفرق بين الثلاثة أيام ، والسبعة .

٢٣٠٢٩ – قلنا : خيَّرها [٦] في ذلك ، لأنه متى أقام عندها ثلاثا ، قرب عوده إليها ، لأنه دور بثلاث ثلاث ، وإن أقام عندها سبعا بَعُد عوده إليها فطال استمتاعها به ابتداء ، ولها في كل واحد من الأمرين غرض [٧] صحيح .

٢٣٠٣٠ – قالوا : روى أَنس بن مالك أن النبي ﷺ قال : « للبكر سبع ، وللثيب ثلاث » [٨] .

٢٣٠٣١ – قالوا : والإضافة تفيد الملك [٩] .

٢٣٠٣٢ – قلنا : الصحيح من هذا الخبر أن أنسا قال : من السنة للبكر سبع وللثيب ثلاث . ولا دلالة فيه ، لأنه يقتضي أن لها هذا العدد ، وليس فيه أنه ليس لصواحبها مثله ، وتكون الفائدة في ذكره جواز المقام عندها هذه المدة ، وإن بعد عن نسائه أكثر من عادته .

٢٣٠٣٣ – قالوا : استمتاعه بالبكر أوفر ، فكان قسمها أكثر كالحرة والأمة ، لأن استمتاعه بالأمة قلَّ ، لأنه يخاف أن يطأها ، فتحمل فيتشرف ولده ، ولأن التسوية فيها

---

(١) في (ن) ، (ع) : [جناد] . (٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) في (ن) : [نشابه] . الحديث أخرجه البخاري في صحيحه ، باب دخول الرجل على نسائه في اليوم ، عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ إذا انصرف من العصر دخل على نسائه فيدنو من إحداهن فدخل على حفصة فاحتبس عندها أكثر ما كان يحتبس . انظر : فتح الباري ج (٢٦٠/٩) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [بين] . (٥) في (ن) : [سقط] .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) . (٧) في (ن) : [عرض] .

(٨) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه باب إذا تزوج الثيب على البكر فتح الباري . (٢٥٨/٩) ، وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه ، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ، بنحوه صحيح مسلم بشرح النووي (٥٥/١٠) .

(٩) انظر : المهذب (٨/٢) ، المغنى (١٥٩/٨) ، المبدع (٢١١/٧) ، المدونة (١٩١/٤) .

ليست مستحقة [(١)] .

٢٣٠٣٤ - قلنا : استمتاعه بالشابة الجميلة التي يهواها ، أوفر من استمتاعه بالعجوز التي يكرهها ، ولا يجوز أن يفضلها [(٢)] في القسم .

٢٣٠٣٥ - قالوا : الجديدة تحتاج [(٣)] إلى طول المقام عندها لتأنس به ، وتزول وحشتها [(٤)] .

٢٣٠٣٦ - قلنا : فقد جعلنا لها ذلك والكلام في القضاء ، وليس إذا أقام ليؤنسها ، ثم قضى للباقيات سقط العوض في تأنيسها .

٢٣٠٣٧ - قالوا : قد [(٥)] اختصت بمزية ، وهي البداءة لها وسط الدور ، كذلك تستحق مزية الاختصاص .

٢٣٠٣٨ - قلنا : عندنا لا ينقطع الدور بها ، وإن تزوجها في أول الدور فله أن يبتدئ بها كما له أن يبتدئ بغيرها ، وإن تزوجها في وسط الدور مضى على القسم حتى يفرغ من الدور ، ثم يقطع الدور بها .

٢٣٠٣٩ - قالوا : من مذهب أبي حنيفة ترك القياس ، لقول الصحابي [(٦)] .

٢٣٠٤٠ - قلنا [(٧)] ترك القياس في هذه المسألة . [لقول أنس ، ولأنه تعيين لغير حقه يكون مقدما . والخلاف في القضاء تعيين ذلك في غيره] [(٨)] .

* * *

---

(١) انظر : المنتقى للباجي (٢٩٥/٣) . (٢) في (ن) : [يفصلها] .

(٣) في (ن) : [يحتاج] .

(٤) في (ن) ، (ع) : [ضمها] . انظر : مغني المحتاج (٢٥٦/٣) ، نهاية المحتاج (٣٨٦/٦) ، فتح الوهاب (٦٤/٢) . (٥) في (ن) ، (ع) : [وقد] .

(٦) انظر : الأم (١١٩/٥) .

(٧) والسياق يدل على أنها [قلنا] ، وفي النسخ : « قالا » .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

مسألة ١١١٠

حكم القضاء إذا سافر بإحدى نسائه بغير قرعة

٢٣٠٤١ – قال أصحابنا : إذا سافر بإحدى نسائه بغير قرعة لم يقض [1] للباقيات [2] .

٢٣٠٤٢ – قال الشافعي : يقضى [3] .

٢٣٠٤٣ – لنا : أن الزوج لا يلزمه أن يسافر بواحدة منهن ، فإذا أخرجها فقد تبرع بإخراجها ، والزوج متى تبرع على إحدى نسائه لم يلزمه التسوية بين غيرها وبينها ، كما لو وهب لها هبة ، ولأنه لو وجب أن يقسم لهن إذا لم يقرع ، وجب أن يقسم لهن ، وإن [4] أقرع ، كحال الإقامة [5] .

٢٣٠٤٤ – احتجوا : بما روى عن النبي ﷺ « كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه » [6] ، ولو كان القضاء لا يجب ، لم يكن للقرعة فائدة [7] .

٢٣٠٤٥ – قلنا : فائدتها تطيب قلوب النساء حتى لا يظن أنه يميل [8] إلى واحدة دون أخرى .

٢٣٠٤٦ – قالوا : انفرد بالكون [9] معها بغير حق ، فوجب أن يقضى ، كما لو [10] كان في الحضر .

٢٣٠٤٧ – قلنا : في حالة الحضر لو أقام بقرعة قضى ، [فإذا أقام بغير قرعة] [11] قضى ، ولما لم يجب القضاء في مسألتنا إذا انفرد بها بقرعة ، كذلك إذا كان بغير قرعة ،

---

(١) في (ن) : [يقص] وهو تحريف وتصحيف .
(٢) انظر : المبسوط (٢١٩/٥) ، بدائع الصنائع (٣٣٣/٢) ، البحر الرائق (٢٣٦/٣) ، تبيين الحقائق (١٨٠/٢) .
(٣) انظر : المهذب (٦٨/٢) ، روضة الطالبين (٣٦٢/٧) ، مغني المحتاج (٢٥٨/٣) ، نهاية المحتاج (٣٨٧/٦) فتح الوهاب (٦٥/٢) .
(٤) في (ع) : [ولو] .
(٥) انظر : المبسوط (٢١٩/٥) ، بدائع الصنائع (٣٣٣/٢) ، الهداية مع العناية (٤٣٧،٤٣٦/٣) ، تبيين الحقائق (١٨٠/٢) .
(٦) – أخرجه البخاري في صحيحه – باب القرعة بين النساء إذا أراد سفرا عن عائشة أن النبي – ﷺ – كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه فطارت القرعة لعائشة ، وحفصة . انظر : فتح الباري (٢٥٥/٩-٢٥٦) .
(٧) انظر : المهذب (٦٨/٢) ، مختصر المزني (٢٨٨/٨) .
(٨) في (ن) : [ميل] وهو تحريف .
(٩) في (ن) : [باللون] وهو تحريف .
(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(١١) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) .

ولأنه لو قضى لهن لتحصل التسوية زالت التسوية بذلك ، لأنه يكون معهن [1] ، ولا يصيبهن مشقة السفر ، وهي استمتعت به ، وأصابتها مشقة السفر ، وفي ذلك ترك التسوية .

* * *

(١) في (م) : [معين] وهو تحريف .

مسألة ١١١١

بعث الحكمين

٢٣٠٤٨ - قال أصحابنا : إذا تشاقَّ الزوجان بعث القاضي حكمين ، ينظران بينهما ، وليس للحكمين أن يطلقاها ، إلا أن يجعل الزوج ذلك إليهما [١] .

٢٣٠٤٩ - وهو أحد قولي الشافعي [٢] .

٢٣٠٥٠ - وقال في القول الآخر : ما يفعلانه حكم ، فإن رأيا الصلاح بعوض أو غيره جاز ، وإن رأيا الخلع جاز ، وإن رأى الذي من جهة الزوج الطلاق طلق ، و لا يحتاج في الطلاق إلى الذي من جهة المرأة [٣] .

٢٣٠٥١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ [٤] ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ ﴾ [٥] فجعل إليهما الإصلاح دون غيره ، فلو كان إليهما التفريق لذكره [٦] .

٢٣٠٥٢ - ولأنه تعالى سماهما حكمين ، والحكم [٧] لا يملك الطلاق ، فأكثر أحوال الحكم أن يكون مثله [٨] .

٢٣٠٥٣ - ولأنه لو كان حكمهما يلزم أن يقتصر على واحد ، ولم يحتج إلى اثنين كسائر الأحكام . ولأن الطلاق لا يملكه إلا الزوج ، ومن فوّض الزوج إليه ذلك ، كغير حال [٩] الشقاق [١٠] .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ١٩١ ، أحكام القرآن (١٥٢/٣) ، فتح القدير (٢٤٤/٤) .

(٢) - قال في روضة الطالبين : « ثم المبعوثان وكيلان للزوجين أم حاكمان موليان من جهة الحاكم ، فيه قولان أظهرهما وكيلان » . انظر : روضة الطالبين (٣٧١/٧) ، وهو روايته عن الإمام أحمد ، انظر : المغني (٨ /١٦٧) الإنصاف (٣٨١/٨) .

(٣) انظر : الأم (٢٠٨/٥) ، المهذب (٧٠/٢) ، روضة الطالبين (٣٧١/٧) ، مغني المحتاج (٢٦١/٣) وبه قال الإمام مالك ، انظر : الكافي (٢٩٦/٢) ، قوانين الأحكام عن الإمام أحمد انظر : المغني (٨/ ١٦٧) الإنصاف (٣٨١/٨) .

(٤) في (ن) : [يقف] وهو تحريف .

(٥) سورة النساء : الآية ٣٥ .

(٦) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٥٤/٢) ، فتح القدير (٢٤٤/٤) ، المجموع شرح المهذب (٣٢٥/١٦) .

(٧) في (ص) (م) ، (ع) : [والحاكم] وهو تحريف .

(٨) انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٥٢/٣) .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) انظر : بداية المجتهد (١٢٣/٢) .

٢٣٠٥٤ – ولا يلزم فرقة العنة ، لأن القاضي يوقعها بلفظ التفريق ، ويقع طلاقا من طريق الحكم ، فأما أن يوقعها بلفظ الطلاق فلا (١) .

٢٣٠٥٥ – احتجوا : بما روى أن الشقاق ، وقع بين عقيل بن أبي طالب (٢) ، وزوجته ، فحَكَّم عثمان بينهما ابن عباس ، ومعاوية ، فقال ابن عباس : أنا أرى أن أُفَرِّق ، وقال معاوية : ما أرى أن أُفَرِّق بين اثنين من قريش (٣) .

٢٣٠٥٦ – قالوا : فهذا يدل أن للحَكَم الفرقة (٤) .

٢٣٠٥٧ – قلنا : روى أن الشقاق (٥) وقع بين اثنين ، فقال على : ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، وقال للحكمين : عليكما إن رأيتما إصلاحا ، [أن تصلحا] (٦) ، وإن رأيتما (٧) الفرقة أن تفرقا ، فقالت المرأة : رضيت بما في كتاب اللّٰه تعالى ، [فقال الرجل : أما الفرقة فلا] (٨) فقال على للزوج : لا حتى ترضى بما رضيت به (٩) . فهذا يدل على أنا

---

(١) في (م) : [لما] وهو تحريف .

(٢) هو : عَقيل – بفتح أوله – ابن أبي طالب بن عبد المطلب . . . القرشي ، أسلم عام الفتح وهاجر في أول سنة (ثمان) هـ روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه ابنه محمد والحسن البصري وغيرهما . من مأثره أنه كان عالما بأنساب قريش ومآثرها ، وكان سريع الجواب المسكت . شهد غزوة مؤتة ، أما وفاته فذكر البخاري أنه مات في أول خلافه يزيد قبل الحرة . انظر : الاستيعاب (٥٣١/٤-٥٣٢) .

(٣) انظر : أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين (٣٠٦/٧) وعبد الرازق في مصنفه باب الحكمين (٥١٣/٦) ، والشافعي في مسنده كتاب الخلع والنشوز ٢٦٢ .

(٤) انظر : الأم للشافعي (٢٠٩/٥) ، المهذب للشيرازي (٧٠/٢) ، الشرح الكبير (٧١/٨) مختصر المزني (٢٨٨/٨) .

(٥) في (ن) : [الساق] وهو تصحيف وتحريف وفي (ع) : [الشاق] وهو تحريف .

(٦) ساقط من (م) ، وفي (ن) : [فأصلحهما] وهو خطأ .

(٧) في (ن) ، (ع) : [رأيتم] وهو خطأ .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وزدناها لاستقامة المعنى بها كما في نص الحديث .

(٩) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين . ولفظه عن عبيدة قال : جاء رجل وامرأة إلى على ﷺ ومع كل واحد منهما فئام من الناس ، فأمرهم على ﷺ فبعثوا حكما من أهله ، وحكما من أهلها ، ثم قال للحكمين تدريان ما عليكما ، إن رأيتما أن تجمعا وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا . فقالت : المرأة رضيت بما عليَّ فيه ولى ، وقال الرجل أما الفرقة فلا فقال على ﷺ كذبت واللّٰه حتى تقر بمثل ما أقرت به . السنن الكبرى (٣٠٥/٧) ، والدارقطني في سننه (٢٩٥/٣) باب المهر قال في التعليق (٢٩٥/٣) إسناده صحيح ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه باب الحكمين (٥١٢/٦) ، والشافعي في مسنده كتاب الخلع والنشوز ٢٦٢ .

نريد ضمان أن الحكم يتصرف بوكالة ، وأن ذلك يقف على رضى الزوجين .

٢٣٠٥٨ - قالوا : المقام مع الشقاق يؤدى إلى الضرر ، فجاز أن يثبت التفريق للحكم ، كما يثبت للحاكم في إعسار [1] الزوج ، وفي العنة .

٢٣٠٥٩ - قلنا : لو كان هذا من طريق الحكم ، والولاية كان الواجب أن يشهدا عند القاضي بالشقاق ليفرق بينهما كما يفرق في العنة ولأن التفريق في العنة يستحق بغير رضى الزوج ، لأن الحاكم لا يقدر على توفيتها حقها إلا بالتفريق .

٢٣٠٦٠ - وفي مسألتنا يقدر على منع الشقاق بينهما ، ويلزمه إيفاء [2] الحق ، وترك الأضرار فلا يجوز أن يفرق ، كما لا يفرق إذا كان الزوج موسرا ممتنعا من الإنفاق ، لأنه يقدر أن يوفيها حقها منه [3] ، كذلك هذا .

* * *

(١) في (ن) ، (ع) : [اعتبار] وهو تحريف .

(٢) وفي (ن) : [إبقاء] وهو تصحيف .

(٣) قال في فتح القدير : « ولو امتنع عن الإنفاق عليها مع اليسر لم يفرق ، ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها . فإن لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ . انظر : فتح القدير (٣٩٠/٤) .

مسألة ١١١٣

حكم نثار العرس

٢٣٠٦١ - قال أصحابنا : لا بأس بنثار [١] العُرْس [٢] ، ولا يكره أخذه [٣] .

٢٣٠٦٢ - وقال الشافعي : تركه أحب إليّ [٤] .

٢٣٠٦٣ - لنا : ما روى عبد اللّه بن قرط [٥] قال : قال رسول اللّه ﷺ : « أحب الأيام إلى اللّه يوم النحر ، ثم [٦] يوم الفطر [٧] ، ثم [٨] يوم النفر » [٩] ، فقدمت إلى رسول اللّه ﷺ [بدنات خمس ، أو ست] [١٠] فطفقن يزدلفن إليه ، فلما وجبت جنوبها ، قال كلمة خفية [١١] لم أسمعها ، فقلت للذي كان إلى جنبي ، ما قال رسول اللّه ﷺ ، قال : قال : من شاء اقتطع [١٢] .

---

(١) نَثَر الشيءُ يَنْثُرهُ ونِثَارًا وهو نثُرك الشيء بيدك ترمى به متفرقا مثل نشر الجوز والسكر . انظر : لسان العرب (٤٣٣٩/٦) باب النون .

(٢) أعرس فلان أي اتخذ عرسا وأعرس بأهله بنى بها وكذا إذا غشيها . مختار الصحاح باب العين ٤٤٨ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٠ ، شرح معاني الآثار (٥٠/٣) .

(٤) انظر : المهذب للشيرازي (٦٤/٢) ، روضة الطالبين (٣٤٢/٧) ، مغني المحتاج (٢٤٩/٣) .

(٥) هو : عبد اللّه بن قرط الأزدي الثمالى له صحبة . روى عن النبي ﷺ وروى عنه عفيف بن الحارث وعمر بن محصن وسليم بن عامر وغيرهم . شهد اليرموك وفتح دمشق واستشهد بأرض الروم عام ٥٦ هـ . انظر : الإصابة (٢٠٩/٤،٢١٠) الاستيعاب (٩٧٨/٣) ، أسد الغابة (٣٦٤/٣-٣٦٥) .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) هكذا في جميع النسخ ، وصحتها [يوم القر] كما في لفظ الحديث عند البيهقي في السنن الكبرى (٢٨٨/٧) . ويوم القر - بالفتح - اليوم الذي بعد يوم النحر ، لأن الناس يقرون في منازلهم . انظر : مختار الصحاح - باب القاف ٥٥٤ .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) - النَفْر ، والنَفْر بسكون الفاء فيهما ، ويقال يوم النفر وليلة النفر لليوم الذي ينفر الناس من منى وهو بعد يوم القر ، ويقال له أيضًا يوم النَفَر بفتح الفاء ، والنفور ويوم النفير . انظر : مختار الصحاح باب النون ٦٩٧ .

(١٠) في (ع) : [خمس بدنات أو ست] . (١١) - في (ن) ، (ع) : [خفيفة] .

(١٢) الحديث أخرجه أبو داود في سننه ، باب في الهدى إذا عطب قبل أن يبلغ ، عن عبد اللّه بن قرط عن النبي ﷺ قال : « أعظم يوم عند اللّه تبارك وتعالى يوم النحر ثم يوم القر » قال عيسي قال ثور : وهو اليوم الثاني . قال : وقرب إلى رسول اللّه ﷺ بدنات خمس أو ست فطفقن يزدلفن إليه يأتيهن يبدأ فلما وجبت =

٢٣٠٦٤ - ومعلوم أن هذه إباحة ، وكل واحد لا يعلم مقدار ما أبيح له ، وهذا معنى النثار [١] وروى أنه ﷺ في هدى عطب دون محله بنحره ويصبغ [٢] ، نعله [٣] بيديه ، ويضرب بها صفحته ، ويخلى بينه ، وبين الناس [٤] . وهذا في حكم الأول .

٢٣٠٦٥ - فإن قيل : كان النبي ﷺ مشغولا بالمناسك فلم يتمكن من التفريق ، [فوكل ذلك إليهم .

٢٣٠٦٦ - قلنا : وصاحب الوليمة مشغول بها ، ولا يتمكن من التفريق] [٥] على الناس أيضًا ، ولأنه لو كان كذلك لا يباح طعام الوليمة ، لأن صاحب الوليمة لا يقدر على تفريقه بينهم ، وإن كان كل [٦] واحد يجوز له أن يأكل بنفسه .

٢٣٠٦٧ - وروى حماد بن يزيد [٧] ، عن أيوب [٨] ، عن الحسن ، عن أبي

= جنوبها قال فتكلم بكلمة خفيفة لم أفهمها ، فقلت ما قال ، قال : من شاء اقتطع . انظر : سنن أبي داود (٣٧٠/٢) ، وأحمد في مسنده حديث عبد الله بن قرط (٣٥٠/٤) والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما جاء في النثار في الفرع (٢٨٨/٧) قال إسناده البيهقي حسن وابن حبان في صحيحه ، باب العيدين (٥١/٧) . وإسناده صحيح ، والحاكم في المستدرك ، كتاب الأضاحي (٢٢١/٤) وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي والطحاوي في شرح معاني الآثار ، باب انتهاب ما ينثر على القوم مما يفعله الناس في النكاح (٥٠/٣) ، والطبراني في الأوسط (٢١١/٣) ط الرياض .

(١) قال البيهقي إسناده حسن ، إلا أنه يفارق النثار في المعنى . انظر : السنن الكبرى (٢٨٨/٧) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ويضع] وهو تصحيف . (٣) في (ن) : [فعله] وهو تحريف .

(٤) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه ، باب ما يفعل بالهدى إذا عطب صحيح مسلم بشرح النووي (٩٠/٩، ٩١) وأخرجه أبو داود في سننه ، باب ما جاء في الهدى إذا عطب ، الترمذي ، في سننه ، باب ما جاء إذا عطب الهدى ما يصنع به (٢٥٣/٣) ، النسائي في السنن الكبرى (٤٥٤/٢) ، وأحمد في مسنده (٢٣٨/٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) . (٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) هو : حماد بن يزيد بن مسلم المقرئ ، أبو زيد البصري ، روى عن معاوية بن قرة وأبيه ومخلد بن عقبة وغيرهم ، وروى عنه يونس بن محمد ومسلم بن إبراهيم وموسى بن إسماعيل وغيرهم . ذكره ابن حبان في الثقات . انظر : الجرح والتعديل (١٥١/٣) ، الثقات (٢١٩/٦) .

(٨) هو : أيوب بن أبي تميمة كيسان السختيانى ، روى عن عمر بن سلمة وحميد بن هلال ، والقاسم بن محمد وعطاء وعكرمة وغيرهم ، وروى عنه الأعمش وقتادة وشعبة ومالك وغيرهم . قال أبن سعد : كان ثقةً ثبتًا في الحديث جامعا كثير العلم حجة عدلا ، قال البخاري عن ابن المدينى مات سنة ١٣١ هـ . انظر : الكاشف (٩٢/١ - ٩٣) تهذيب التهذيب (٣٩٧/١-٣٩٩) - الثقات (٥٣/٦) ، تذكرة الحفاظ (١٣٠/١ ، ١٣٢) .

هريرة[١] قال : شهدت رسول الله ﷺ ، وقد دعي إلى وليمة رجل من الأنصار ، فأجاب ، وكان خاطبهم ، فلما فرغ من خطبته قال : « دففوا على رأس صاحبكم ، فضرب بالدف على رأسه ، ثم أتوا بنهب فانتهب عليه ، ونظرت إلى رسول الله ﷺ [يزحم الناس] [٢] وبحثوا ذلك النهب ، فقلت : يا رسول الله ، أو ما نهيتنا عن النهبة ، قال : نهيتكم عن نهبة العساكر [٣] ، وروى معاذ بن جبل في هذه القصة ، وقال : فنثر الرجل فاكهة ، وسكرا ، فكف الناس أيديهم [٤] فقال رسول الله ﷺ : ألا تنتهبون ، قالوا [٥] : يا رسول الله ألم تنهنا عن النهب ، فقال : إنما نهيتكم عن نهبة العساكر ، فأما العرسات فلا .

٢٣٠٦٨ - ولأن النثار إباحة / فجاز تناوله كالطعام إذا قدم إلى الأضياف .

٢٣٠٦٩ - احتج الشافعي : بأن النثار يأخذه من لا يؤمر [٦] أن يأخذه ، وربما أخذ الإنسان منه [٧] أكثر مما يختاره المالك .

٢٣٠٧٠ - قلنا : يبطل بإباحة الطعام .

٢٣٠٧١ - قالوا : في أخذه ترك للمروءة [٨] .

---

(١) هكذا إسناد الحديث في جميع النسخ كما عند الطبراني في المعجم الكبير ، حدثنا أبو مسلم الكشى ، حدثنا عصمت بن سليمان الخزاز وحدثنا حازم مولى بنى هاشم عن لمازة عن ثور بن يزيد عن خلد بن مهدان عن معاذ بن جبل : المعجم الكبير (٢٠/٩٧،٩٨) ، المعجم الأوسط (١/١١٤،١١٥) ، البيهقي في السنن الكبرى (٧/٢٨٧) العقيلي في كتابة الضعفاء الكبير (١/١٤٢) . ، حلية الأولياء (٥/٢١٥،٢١٦) .

(٢) في (ع) : [وقد تزاحم الناس] .

(٣) - الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، باب ما جاء في النثار في الفرح (٧/٢٨٧) ، والطبرانى في الأوسط بألفاظ متقاربة عن عائشة عن معاذ (١/١١٤،١١٥) ، مجمع الزوائد (٤/٣١٤) ، ورواه الطبرانى في المعجم الكبير أيضًا عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل ، وفي إسناده حازم مولى بنى هاشم وعن لمازة ، المعجم الكبير (٢٠/٩٧،٩٨) ، ورواه العقيلى في الضعفاء الكبير ، ورواه أبو نعيم عن معاذ بن جبل ، قال أبو نعيم : غريب تفرد به ثور عن خالد بن معدان حلية الأولياء (٥/٢١٥،٢١٦) ط ، وأورده ابن الجوزى في الموضوعات من حديث أنس ﷺ قال ابن الجوزى : فيه خالد بن إسماعيل قال ابن عدى : يضع الحديث ، وقال ابن حبان : لا يجوز الاحتجاج به بحال . الموضوعات (٢/٢٦٦) وأورده ابن حجر في لسان الميزان عن العقيلى (٢/١٨،١٩) ترجمة بشر بن إبراهيم الأنصاري .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [قال] وهو تحريف .

(٦) في (ع) : [يريد] وهو تصحيف وتحريف

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) في (ن) : [للموؤة] وهو تحريف . انظر : المهذب (٢/٦٤) ، المجموع (١٦/٣٩٦) .

٢٣٠٧٢ - قلنا : هذا غير مسلم ، بل هو سنة ، كأكل طعام الوليمة [1] .

(١) انظر : الاختيار (١٧٦/٤) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الخلع

مسألة [1] ١١١٣

الخلع طلاق

٢٣٠٧٣ - قال أصحابنا : الخلع طلاق [2] .

٢٣٠٧٤ - وهو قول عمر بن الخطاب [3] ، وإحدى الروايتين عن عثمان [4] .

٢٣٠٧٥ - وقال ابن عباس : ليس بطلاق [5] .

(١) - الخُلع - بضم الخاء - من الخَلع ، بفتحها وهو : النزع . يقال خلعت الثوب وغيره خلعا : نزعته ، ومنه خالعت المرأة زوجها مخالعة : إذا افتدت به فخلعها هو خُلْعا ، والخلع استعارة من خلع اللباس . لأن كل واحد منهما لباس للآخر ، فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد منهما نزع لباسه عنه . انظر : معجم مقاييس اللغة . أما تعريفه شرعا فهو في المذاهب فيما يلي :
* عند فقهاء الحنفية : هو : إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها ، بلفظ الخلع أو ما في معناه . انظر : البحر الرائق ٤ / ٧٧ ، الدرر المختار (٥٥٧/٢) ، رد المحتار لابن عابدين ، اللباب في شرح الكتاب (٦٤/٣) .
* عند المالكية : عرفه خليل : بأنه الطلاق بعوض . انظر : جواهر الإكليل (٣٣٠/١)
* عند الشافعية : عرفوه بأنه : فرقة بين الزوجين بعوض مقصود ، بلفظ طلاق أو خلع . انظر : مغني المحتاج (٢٦٢/٣) ، نهاية المحتاج (٣٩٣/٦-٣٩٥) .
* عند الحنابلة : عرفوه بأنه : فراق الزوج الزوجة بعوض يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة . انظر : المبدع (٢١٩/٧) ، شرح منتهى الإرادات (١٠٧/٣) ، كشاف القناع (٢١٢/٥) ، الكافي (٧٦٥/٢) .
(٢) - الخلع نوعان : الأول خلع بغير عوض ، نحو أن يقول لامرأته خالعتك ، ولم يذكر العوض . فإن نوى به الطلاق كان طلاقا ، وإلا فلا ، لأنه من كنايات الطلاق ، ولو نوى به ثلاثا كان ثلاثا ، وإن نوى به اثنتين فهي واحدة عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، خلافًا لزفر . والثاني أن يكون مقرونا بعوض : بأن قال خالعتك على كذا وذكر عوضا ، وهذا ما ينصرف إليه الخلع عند الإطلاق في عرف اللغة والشرع ، فهذا يقع به الطلاق بائنا ، إلا أن يسمى فيه أكثر من تطليقة ، فيكون كما سمى ، ولو ادعى الزوج أنه لم ينو به الطلاق لا يصدق في القضاء ، لأن ذكر العوض دليل إرادة الطلاق ظاهرًا . انظر : اللباب (٦٥/٣) وبه قال الإمام مالك راجع الكافي (٥٩٣/٢) ، قوانين الأحكام ٢٥٧ ، الفواكة الدوانى (٨٦/٢) . وهو رواية عن الإمام أحمد . انظر : المبدع (٢٢٦/٧، ٢٢٧) ، الكافي (٧٦٩/٢) ، الفروع (٣٤٦/٥) ، المبسوط (١٧١/٥) ، رءوس المسائل ٤٠٤ ، بدائع الصنائع (١٤٤/٣) .
(٣) قال في تلخيص الحبير : أما مذهب عمر فلا يُعرف . انظر : تلخيص الحبير (٢٠٤/٣) .
(٤) روى ذلك عنه البيهقي في السنن الكبرى (٣١٦/٧) باب الخلع هل هو فسخ أو طلاق ، ابن أبي شيبة في مصنفه ما قالوا في الرجل إذا خلع امرأته كم يكون من الطلاق (٤٨٣/٦) .
(٥) روى ذلك عنه البيهقي في السنن الكبرى باب الخلع هل هو فسخ أو طلاق (٣١٦/٧) ، وسعيد بن منصور في سننه ٣٤٠ - باب ما جاء في الخلع ، وابن أبي شيبة في مصنفه : من كان لا يرى الخلع طلاقا (١١٣/٥) .

٢٣٠٧٦ – وهي رواية عن عثمان [١] .

وقال الشافعي في أحد قوليه : هو صريح في الفسخ ، والقول الثاني : كناية في الطلاق ، إن [٢] نوى به الطلاق كان [٣] ، وإن لم ينو [٤] [لم يكن شيئًا] [٥] [٦] .

٢٣٠٧٧ – لنا : أنها فرقة ، تعلقت [٧] بسبب من جهة الزوج ، طارئة على النكاح مختصة به فكانت طلاقا ، كقوله أنت طالق [٨] .

٢٣٠٧٨ – قالوا : الإيلاء والجب لا يختص بالنكاح ، وفرقة كل واحد منهما طلاق [٩] .

٢٣٠٧٩ – قلنا : فهذا ليس بنقض [١٠] بل هو وجود الحكم مع فقد العلة ، وهو غلط ، لأن الإيلاء يختص بالنكاح ، وإنما اليمين لا يختص بالنكاح ، وليس كل يمين إيلاء [١١] . فأما الجب فلا يختص بالنكاح ، والفرقة عندنا سببها عدم استقرار المهر ، وهذا سبب من جهة الزوج ، وهو ترك الوطء وهو طارئ على النكاح ويختص به .

٢٣٠٨٠ – فإن قيل : المعنى في الطلاق في الأصل وهو الفرقة ، يمنع بصريح الطلاق ، أو بنيته [١٢] ، وفي مسألتنا يقع من غير صريح ، ولا نية .

٢٣٠٨١ – قلنا : علة الأصل غير مسلمة ، لأن الطلاق قد يقع بغير صريح ، [ولا نية] [١٣] إذا وجدت دلالة الحال [١٤] ، ولأن النية يحتاج إليها لإزالة الاحتمال ،

---

(١) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف ابن عمر عن عثمان أنه قال : عدة المختلعة حيضة . انظر : المصنف (١١٤/٥) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [وأن] وهو خطأ . (٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) : [ينوى] وهو خطأ . (٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٦) القديم في مذهب الشافعي على أن الخلع فسخ ، وهذا ما رجحه أبو حامد وأبو مخلد والقول الثاني : أنه طلاق ، وهو الجديد ، وهو قوله في الإملاء . وهو اختيار المزني وهو الأظهر عند جمهور الأصحاب ، وبه قطع في الأم ، قال المزني في المختصر ، وقطع في باب الكلام الذي يقع به الطلاق أن الخلع طلاق ، فلا يقع إلا بما يقع به الطلاق أو ما يشبهه عند إرادة الطلاق ، فإن نوى وسمى عددًا فهو ما نوى . انظر : هذه المسألة في الأم (٢١١/٥،٢١٢) ، مختصر المزني (٢٩٠/٨) ، مغني المحتاج (٢٦٨/٣) ، نهاية المحتاج (٤٠٥/٦) . وبالقول القديم للشافعي قال الإمام أحمد في الرواية الثانية ، انظر : المبدع (٢٢٦/٧،٢٢٧) ، الفروع (٣٤٦/٥) .

(٧) في (م) : [تعلق] وهو تحريف . (٨) انظر : بدائع الصنائع (١٤٤/٣) .

(٩) (ن) ، (ع) : [طلاقا] وهو خطأ . (١٠) في (ن) ، (ع) : [بنقص] وهو تصحيف .

(١١) اليمين الذي يختص بالإيلاء هو أن يكون الحلف على ترك الجماع . انظر : الاختيار (١١٣/٣) .

(١٢) (م) : [بت] وهو تحريف وتصحيف . (١٣) في (ن) ، (ع) : [ولأنه] وهو تحريف .

(١٤) مراد المصنف بذلك كنايات الطلاق ؛ فإن الطلاق يقع بها بالنية أو بدلالة . انظر : تحفة الفقهاء (٢٦٩/٢،٢٧٠) ، فتح القدير (٦١/٤) .

وبذلها العوض يزيل الاحتمال (١) ، لأنه لا يصح أن تدفع (٢) مالها (٣) ولا تملك في مقابلته شيئًا (٤) ، ولأنها فرقة بمال فكانت طلاقا ، كقوله : أنت طالق بألف (٥) ، ولأن الخلع لفظ لو نوى به الطلاق كان طلاقا ، وإذا وقعت به الفرقة كان طلاقا .

٢٣٠٨٢ – أصله : سائر الكنايات (٦) . والدليل على الوصف ، أنه لفظ يصلح للطلاق ، لأنه مأخوذ من الانخلاع (٧) فإذا نوى به الطلاق ، كان طلاقا ، [كقوله : أنت حرام (٨) ، وبائن (٩) ، ولأنها فرقة لا يملكها إلا الزوج ، فكانت

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٤٤/٣) .

(٢) في (ع) : [يدفع] وهو تصحيف . (٣) في (ن) ، (ع) : [مالكها] وهو تحريف .

(٤) – قال في البدائع : « ولأنها إنما بذلت العوض لتخليص نفسها من حبالة الزوج ، ولا تتخلص إلا بالبائن ، لأن الزوج يراجعها في الطلاق الرجعي ، فلا تتخلص ويذهب مالها بغير شيء ، وهذا لا يجوز فكان الواقع بائنا » . انظر : بدائع الصنائع (١٤٥/٣) .

(٥) قال في البدائع : « ولو قال لها : أنت طالق بألف درهم فقبلت ، طلقت وعليها ألف ، لأن حرف الباء حرف إلصاق فيقتضي إلصاق البدل بالمبدل . انظر : بدائع الصنائع (١٥٢/٣) ، فصح هذا أن الطلاق على مال يقع به الفرقة بين الزوجين طلاقا كما تقع الفرقة بين الزوجين بالخلع طلاقا .

(٦) قال في الاختيار : « وكنايات الطلاق لا يقع بها إلا بنية أو بدلالة الحال ، لاحتمالها الطلاق وغيره ، لأنها غير موضوعة له ، فلا يتعيّن إلا بالتعيين ، وهو أن ينويه أو تدل عليه الحال ، فتترجح إرادته .
انظر : الاختيار (٨٥/٣) فصح بهذا أن كنايات الطلاق لو نوى بها طلاقا وقع الطلاق ، كما يقع الطلاق بالخلع لو نوى به الطلاق .

(٧) قال في بدائع الصنائع : « ولأن لفظ الخلع يدل على الطلاق لا على الفسخ ، لأنه مأخوذ من الخلع ، وهو النزع ، والنزع في اللغة إخراج الشيء من الشيء قال اللّٰه تعالى :﴿ وَنَزَعْنَا مَا فِي صُدُورِهِم مِّنْ غِلٍّ ﴾ [الحجر : ٤٧] أي أخرجنا وقال : [ونزع يده (الأعراف : ١٠٨) أي : أخرجها من جيبه ، فكان معنى قوله خلعها أي أخرجها عن ملك النكاح ، وهذا معنى الطلاق » .انظر : بدائع الصنائع (١٤٤/٣) .

(٨) قال في المبسوط : « وإذا قال الرجل لامرأته أنت عليّ حرام فإنه يسأل عن نيته ، لأنه تكلم بكلام مبهم محتمل لمعان ، وكلام المتكلم محمول على مراده ، ومراده إنما يعرف من جهته ، فيسأل عن نيته ، فإن نوى الطلاق فهو طلاق لأنه نوى ما يحتمله كلامه فإنه وصفها بالحرمة عليه ، وحرمتها عليه من موجبات الطلاق » . انظر : المبسوط (٧٠/٦) . فصح بهذا أن لفظ الحرام يصلح للطلاق ، فإذا نوى به الطلاق كان طلاقا ، كما أن الخلع يصلح للطلاق ، فإذا نوى به الطلاق كان طلاقا .

(٩) قال في المبسوط : « ولو قال أنت منى بائن ، فإن لم ينو الطلاق لا يقع الطلاق ، لأنه تكلم بكلام محتمل ، فالبينونة تارة تكون المنزل ، وتارة تكون في الصحبة والعشرة ، وتارة من النكاح ، واللفظ المحتمل لا يتعيّن فيه بعض الجهات بدون النية أو غلبة الاستعمال ، ولأنه بدون النية مشكوك في هذا اللفظ ، والطلاق بالشك لا ينزل ، وإن نوى الطلاق فهو كما نوى » . انظر : المبسوط (٧٣،٧٢/٦) . فصح بهذا أن البائن =

طلاقًا] [١] ، كسائر أنواع الطلاق ، ولا يقال : إنه [٢] يصح [٣] بهما . لأن المرأة لا يصح الخلع بها ، وإنما يحتاج إلى قبولها ليستحق عليها العوض ، ويدل على أن [٤] النكاح لا يدخله الفسخ ، لأن الفسخ رفع العقد ، حتى يصير كأن لم يكن ، ولابد أن يبقى شيء من أحكام النكاح بعد زواله ، وهو التحريم .

٢٣٠٨٣ - فإن قيل : البيع لا ترتفع أحكامه ، بدلالة أنه إذا فسخ وجبت النفقة .

٢٣٠٨٤ - قلنا : قد يتصور المبيع فيما لا منفعة فيه ، فلا يقع العقد بغير أثر نافٍ ، ولا يوجد في النكاح ارتفاع العقد من غير تحريم ، ولا يلزم على هذا الردة ، وملك أحد الزوجين الآخر ، والرضاع .

٢٣٠٨٥ - لأن هذه الفرق عندنا ليست بطلاق ، ولا فسخ [٥] ، ونحن أبطلنا قول مخالفنا : أن الخلع فسخ ، ولأنه لو دخله الفسخ لكان اللفظ الموضوع لرفعه فسخا ، وهو الطلاق . كما أن البيع لما صح فسخه [كان اللفظ الموضوع لرفعه فسخا ، [وهو الإقالة] [٦] ، ولأنه [٧] لو كان فسخا] [٨] ، لم يقع على البدل المعقود عليه ، كالإقالة [٩] ، ولأنه لو لحقه الفسخ ، فسخ بخيار الشرط [١٠] والتحالف كالبيع [١١] .

= لفظ يصلح للطلاق ، فإذا نوى به الطلاق كان طلاقا كما أن الخلع لفظ يصلح للطلاق ، فإذا نوى الطلاق كان طلاقا .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٢) في (م) : [إنها] وهو خطأ.

(٣) في (م) : [تصح] وهو تصحيف .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : تحفة الفقهاء (٢/٢٧٣،٢٧٤) .

(٦) في (ن) : [وهو الطلاق] وهو خطأ .

(٧) القول بأن الإقالة فسخ على الإطلاق غير مسلم ، ففي المذهب فيها خلاف بين أبي حنيفة وأصحابه فقال أبو حنيفة : هي فسخ في حق المتعاقدين ، بيع جديد في حق الثالث ، وقال أبو يوسف : هي بيع جديد ما أمكن فإن لم يمكن أن تجعل فيها ، بأن كانت الإقالة قبل قبض المبيع وهو منقول ، فإنها تجعل فسخا . وقال محمد : هي فسخ إلا إذا كان لا يمكن أن تجعل فسخا فتجعل بيعا جديدًا . انظر : تحفة الفقهاء (٢/١٦٣-١٦٤) ، رد المختار (٤/١٤٤) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٩) قال في بدائع الصنائع : « ولأن فسخ العقد لا يكون إلا بالعوض الذي وقع عليه العقد ، كالإقالة في باب البيع والخلع على ما وقع عليه النكاح وعلى غيره جائز ، فلم يكن فسخا » . انظر : بدائع الصنائع (٣/١٤٤) .

(١٠) هو من إضافة الشيء إلى سببه ، وهو أن يشترط أحد المتعاقدين الخيار ثلاثة أيام أو أقل . انظر : التعريفات ١٣٧ .

(١١) أما فسخ البيع بخيار الشرط ، فقال في البدائع : حكم البيع نوعان : نوع يرتفع بالفسخ ، وهو الذي =

٢٣٠٨٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ ثم قال : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ (١) ٱللَّهِ ﴾(٢) ثم قال ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا ﴾ (٣) ولو كان الخلع طلاقا ، تضمنت الآية أربع تطليقات (٤) .

٢٣٠٨٧ - قلنا : ذكر اللّٰه تعالى الطلاق بغير عوض ، ثم ذكر العوض فيه (٥) بقوله ﷻ : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ ﴾ (٦) وهذا بيان الحكم للتطليقتين ، فكأنه تعالى (٧) بين حكمها بعوض ، وبغير عوض ، ثم ذكر التطليقة الثالثة (٨) .

٢٣٠٨٨ - وجواب آخر : وهو أنه تعالى ذكر إيقاع التطليقتين ، ثم قال : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ ﴾ (٩) . فأخبر عن جواز المفاداة (١٠) بعد التطليقتين ، ولم يخبر عن وجودها ، ثم ذكر التطليقة الثالثة ، فلا تفيد (١١) الآية أكثر من ثلاث تطليقات .

٢٣٠٨٩ - قالوا : الفرقة تتنوع نوعين ، نوع طلاق ، وفسخ ، فإذا كان الطلاق يتنوع بعوض ، وبغير عوض ، كذلك [فسخ النكاح] (١٢) يتنوع بعوض ، وبغير عوض (١٣) .

٢٣٠٩٠ - قلنا : قد بينا أن النكاح لا يدخله الفسخ عندنا ، فلا نسلم هذا التقسيم .

٢٣٠٩١ - فإن قالوا : الفُرق ضربان : (١٤) وفرقة هي الطلاق ، وفرق ليس بطلاق (١٥) .

٢٣٠٩٢ - قلنا : الذي يملك الزوج منها هو الطلاق ، والعوض إنما يأخذه (١٦) عما

= يقوم برفعه أحد المتعاقدين ، وهو حكم كل بيع غير لازم ، كالبيع الذي فيه أحد الخيارات الأربع والبيع الفاسد . نظر : بدائع الصنائع (٣٠٦/٥) . فصح بهذا أن البيع يفسخ بخيار الشرط ، لأنه يلحقه الفسخ ، بخلاف الخلع ، فإنه لا يفسخ بهذا لأنه ليس فيه معنى الفسخ ، وأما فسخه بالتحالف ، فقال في الهداية : فإن حلفا أي المتبايعان فسخ القاضي البيع بينهما . الهداية (١٦٢/٣) فصح بهذا أن البيع يفسخ بالتحالف لأنه يلحقه الفسخ ، بخلاف الخلع فإنه لا يفسخ بالتحالف ، لأنه لا يلحقه الفسخ . وقد تعرّض المصنف لهذه المسألة ، وستأتي تحت رقم « ٩ » من باب الخلع .

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

(٤) انظر : الأم (١٩٨/٥) ، مغني المحتاج ٣ / ٢٦٨ ، نهاية المحتاج (٤٠٥/٦) ، الشرح الكبير (١٨٥/٨) ، كشاف القناع (٢١٦/٥) ، المبدع (٢٢٧/٧) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [عنه] .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٢٩

(٧) في (ن) ، (ع) : [قال] وهو تحريف .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (١٤٤/٣ ، ١٤٥) .

(٩) هذا جزء من الآية : ٢٢٩ من سورة البقرة .

(١٠) في (م) ، (ع) : [المفادات] وهو خطأ .

(١١) في (م) : [يفيد] .

(١٢) ما بين المعكوفين ساقط من (ص) .

(١٣) راجع النكت للشيرازي ورقة ٢١٤ .

(١٤) في (ص) : [حين يان] وهو تحريف .

(١٥) راجع النكت للشيرازي ورقة ٢١٤ .

(١٦) في (ص) ، (م) : [يأخذه] وهو تصحيف .

يملك ، فأما مالا يملكه منها فلا يصح أخذ [١] العوض عنه ، فلم يجز [٢] أن يقال : إذا كان في الطلاق ما هو بعوض وجب أن يكون فيما ليس بطلاق فرقة بعوض .

٢٣٠٩٣ - قالوا : معاوضة يلحقها لما دخله الفسخ ووقع فسخه باللفظ الموضوع لفسخه وهو الإقالة ، فلو كان النكاح يلحقه الفسخ ، ووقع فسخه [٣] باللفظ الموضوع لرفعه [٤] ، وهو الطلاق ، لأن البيع لما دخله الفسخ عاد العوض إلى المشترى ، فلو كان الخلع فسخا ، لم يصح إلا بالعوض الذي وقع به العقد [٥] .

٢٣٠٩٤ - قالوا : نوع فرقة لا تختص بوقت [دون وقت ، فوجب أن يكون فسخا ، كالرضاع .

٢٣٠٩٥ - قلنا : الطلاق مثل الدخول لا يختص بوقت [٦]] ، وهو طلاق ، ولأن الطلاق منع منه حال الحيض حتى لا تطول العدة [٧] عليها ، فإذا [٨] خافا أن لا يقيما حدود الله ، لم يعتبر ما في الطلاق من تطويل العدة ، والطلاق عقيب الجماع منع منه لأجل الندم [٩] ، ومتى تشاقا [١٠] أمن الندم ، فلم يمنع من الطلاق . والمعنى في الرضاع أن سبب الفرقة لا يختص بـ [١١] النكاح بل [١٢] هو طارئ عليه .

٢٣٠٩٦ - قالوا : نوع فرقة لا يثبت فيها [١٣] حقه بوجه [١٤] ، فلم يكن طلاقا كخيار المعتقة ، وردة المرأة [١٥] .

٢٣٠٩٧ - قلنا : كنايات الطلاق لا يثبت فيها رجعة عندنا [١٦] ، لأنها بوائن [١٧]

---

(١) في (م) : [يأخذ] وهو تصحيف .

(٢) في (م) : [بخر] وهو تصحيف .

(٣) في (م) ، (ع) : [فسخ] .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) راجع بدائع الصنائع (١٤٤/٣) .

(٦) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) راجع المبسوط (٧/٦) ، البحر (٢٦٠/٣) .

(٨) في (م) ، (ع) : [فإن] .

(٩) راجع بدائع الصنائع (٩٤/٣) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [شاقا] وهو تحريف .

(١١) ساقطة من (ص) .

(١٢) ساقطة من (ص) .

(١٣) في (م) ، (ع) : [بها] .

(١٤) في (ص) : [يوجد] وهو تصحيف وتحريف .

(١٥) راجع المجموع (١٥/١٧) .

(١٦) ساقطة من (ع) .

(١٧) كنايات الطلاق كلها بوائن إلا قوله : اعتدى ، واستبرئى رحمك ، وأنت واحدة ، فإن الأول كناية ، يحتمل أن يكون مراده اعتدى نعم الله عليك ، أو نعمى عليك ، أو اعتدى من النكاح ، فإذا نوى طلاقا وقع رجعيا ، والثاني تفسير لقوله اعتدى ، لأنه تصريح بما هو المقصود من العدة ، وأما الثالث فهو كلام محتمل ، يجوز أن يكون قوله « واحدة » نعتا لها أي واحدة نساء العالم في الجمال أو واحدة عند قومك ، فإذا نوى به الطلاق وقع رجعيا . راجع المبسوط (٧٥/٦) ، البناية (٤/٤٧٠-٤٧٢) ، تبيين الحقائق (٢١٥/٢) .

والخلع [١] مثله ، ولأنه إذا ملك عليها العوض ، ملكت العوض ، فلم تثبت الرجعة [٢] . ألا ترى أن صريح الطلاق مقتضاه الرجعة ، فإذا وقع بعوض ، لم تثبت الرجعة ، لأنه ملك عليها العوض ، ولم يثبت حقه في العوض ، كذلك الخلع .

٢٣٠٩٨ - قالوا : فرقة تعرت [٣] عن صريح الطلاق [٤] ونيته ، فوجب أن يكون فسخا ، ولا يكون [٥] طلاقا . أصله [٦] : إذا اشترى الزوج زوجته [٧] .

٢٣٠٩٩ - قلنا : الخلع من ألفاظ الطلاق ، لأن فيه معناه ، كما أن في الثاني [٨] معنى الطلاق ، إلا أنه ليس بصريح ، ووقوع الطلاق لا يقف على صريح اللفظ بدلالة الكنايات ، فاعتبار النية لا معنى له ، لأن النية يحتاج إليها البدل على جواز الاحتمال ، وشرط العوض يزيل ذلك ، لأنه لا يستحق العوض إلا بعد زوال ملكه عنها ، فقام ذلك مقام النية ، والمعني في شرى الزوجة ، [أن الفرقة بسبب لا يختص النكاح ، فلم يكن طلاقا .

٢٣١٠٠ - وفي مسألتنا الفرقة لا تتعلق [٩] بسبب طارئ على النكاح ، [بل بسبب] [١٠] مختص به من جهة الزوج .

* * *

---

(١) راجع بدائع الصنائع (١٤٤/٣) .
(٢) راجع البحر (٢٧٥/٣) .
(٣) في (ع) : [تعزق] وهو تصحيف وتحريف .
(٤) في (ص) : [النكاح] وهو تحريف .
(٥) في (ص) : [أولا] وهو تحريف .
(٦) أي دليله .
(٧) مغني المحتاج (٢٦٨/٣) .
(٨) ساقطة من (ص) .
(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

مسألة ١١١٤

المختلعة هل يلحقها صريح الطلاق في العدة ؟

٢٣١٠١ - قال أصحابنا : المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في عدتها [١] .

٢٣١٠٢ - وهو قول ابن مسعود [٢] ، وأبي الدرداء [٣] [٤] ، وعمران بن الحصين [٥] .

٢٣١٠٣ - وقال الشافعي : لا يلحقها الطلاق [٦] . وروى مثله ابن عباس [٧] ، وابن

---

(١) هذا في الصريح المعين ، وأما الكناية فقال في البدائع : وأما الكناية فهل يلحقها ، ينظر : إن كانت رجعية وهي ألفاظ « اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة يلحقها في ظاهر الرواية ، وروى عن أبي يوسف أنه لا يلحقها ، حتى لو قال لها اعتدي لا يلحقها شيء » انظر : هذه المسألة في مختصر الطحاوي ٢٠٥ ، رؤوس المسائل ٤٠٥ ، بدائع الصنائع (١٣٥/٣) ، فتح القدير : (٢٤١/٤) ، البحر (٨٠/٤) .

(٢) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الخلع ، من قال يلحقها الطلاق عن يحيى بن أبي كثير قال : كان عمران بن الحصين وابن مسعود يقولان في التي تفتدي من زوجها لها طلاق ما كانت في عدتها . المصنف (١١٧/٥) قال في الجوهر النقي : ورجال هذا السند على شرط الجماعة . الجوهر النقي (٣١٧/٧) .

(٣) هو صاحب رسول الله ﷺ أبو الدرداء ، عويمر بن عامر بن مالك . . . بن كعب بن الخزرج ، تأخر إسلامه قليلا . روى عن النبي ﷺ ، وزيد بن ثابت وعائشة وغيرهم ، وروى عنه سويد بن غُفلة وزيد بن وهب وعلقمة بن قيس وغيرهم . من فضائله أنه كان فقيهًا حكيما ، شهد ما بعد أحد من المشاهد ، مات لسنتين بقيا من خلافة عثمان على الأصح . انظر : في الاستيعاب - (١٢٢٧/٣-١٢٣٠) ، أسد الغابة (٩٧/٦-٩٨) ، الإصابة (٧٤٧/٤-٧٤٨) ، تجريد أسماء الصحابة (٣٦٠/١) .

(٤) روى ذلك ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الخلع ، من قال يلحقها الطلاق ، عن أبي فضالة وابن عون عن علي بن أبي طالب وأبي الدرداء قالا : للمختلعة طلاق ما دامت في العدة . المصنف (١١٨/٥) .

(٥) صاحب رسول الله ﷺ عمران بن حصين بن عبيد . . بن عمرو الخزاعي ، أسلم عام خيبر روى عن النبي ﷺ وروى عنه الحسن وابن سيرين ، ومطرف وأبو رجاء العطاردي وغيرهم ، من فضائله أنه كان من فضلاء الصحابة وفقهائهم . قال ابن سرين : لم نر في البصرة أحدا من أصحاب النبي ﷺ يفضل على عمران ابن حصين . مات سنة (٥٢) هـ له ترجمة في الإستيعاب ق (١٢٠٨/٣) ، أسد الغابة (٢٨١/٤،٢٨٢) ، الإصابة ق (٧٠٥/٤،٧٠٦) تجريد أسماء الصحابة (٢٤٥/١) . وروى ذلك الحديث ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب الخلع ، من قال يلحقها الطلاق - عن يحيي بن أبي كثير قال : كان عمران بن الحصين وابن مسعود يقولان في التي تفتدى من زوجها لها طلاق ما كانت في عدتها : المصنف (١١٧/٥) .

(٦) وبه قال الإمام مالك وأحمد انظر : مختصر المزني (٢٩٠/٨) ، المهذب (٧٤/٢) ، الكافي (٥٩٣/٢) ، بداية المجتهد (٦٠/٢) ، الفروع (٣٤٦/٥) ، كشاف القناع (٢١٧/٥) .

(٧) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الخلع ، من قال لا يلحقها الطلاق ، عن عطاء عن ابن =

الزبير [١] .

٢٣١٠٤ – لنا : قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ [٢] ثم قال : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ ﴾ [٣] ثم قال : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ [٤] وهذا يقتضي جواز الطلاق بعد الخلع [٥] .

٢٣١٠٥ – فإن قيل : ذكر اللّٰه تعالى أن للمطلقة اثنتين [٦] أن تفتدى نفسها ، وهذا يقتضي جواز الخلع دون وقوعه ، ثم ذكر إيقاع الطلقة الثالثة .

٢٣١٠٦ – قلنا : الظاهر يقتضي أن كل من طلق اثنتين ، يجوز له طلاق الثالثة ، وإن كان قد أخذ الفداء . وعندكم أن من أخذ الفداء لا يجوز أن يطلق الثالثة [٧] ، وهو خلاف الظاهر

٢٣١٠٧ – ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [٨] [فلم يفصل] [٩] وروى أبو يوسف في الإملاء [١٠] ، ومحمد في [١١] الكيسانيات [١٢] عن

= عباس وابن الزبير أنهما قالا ليس بشيء . المصنف (٥/١١٩) .

(١) عبد اللّٰه بن الزبير بن العوام ... ابن قصي القرشي ، ولد سنة (٢) هـ ، روى عن النبي ﷺ وعن أبيه وعمر ، وعثمان وخالته عائشة وروى عنه عروة وطاووس وعمر بن دينار ووهب بن كيسان وسماك بن حرب وغيرهم ، وهو أحد الشجعان من الصحابة ، بويع بالخلافة سنة (٦٤) هـ ومات سنة (٧٣) هـ عند الجمهور . انظر : في الاستيعاب ق (٣/٩٠٥-٩١٠) ، أسد الغابة (٣/٢٤٢) ، الإصابة (٤/٨٩-٩٥) تجريد أسماء الصحابة (١/٣٣٥) . روى ذلك عنه البيهقي في السنن الكبرى ، باب المختلعة لا يلحقها طلاق ، عن ابن عباس وابن الزبير انهما قالا في المختلعة يطلقها زوجها قالا : لا يلزمها طلاق ، لأنه طلق مالا يملك . السنن الكبرى ج (٧/٣١٧) .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

(٥) انظر : المبسوط (٦/٨٤) ، أحكام القرآن (٢/٩٦) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [اثنين] .

(٧) انظر : المهذب (٢/٧٤) .

(٨) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(١٠) للإمام أبي يوسف الأمالي في الفقه ، يقال إنها أكثر من ثلثمائة مجلد . انظر : كشف الظنون (١/١٦٤) .

(١١) ساقطة من (م) .

(١٢) للإمام محمد بن الحسن الشيباني كتاب « الأمالي الكيسانيات » رواها تلميذه سليمان ابن شعيب الكيساني ، يوجد منه نسخة في مكتبة آصفية (٢/١٠٧٢) . انظر : تاريخ الأدب العربي ، كارل بروكلمان (١/٢٥٧) ، هدية العارفين (٦/٨) لإسماعيل باشا ط بيروت ١٤١٣ هـ .

النبي ﷺ أنه قال : المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة [١] .

٢٣١٠٨ - فإن قيل : نحمله على من قالت لزوجها : اخلعني ، ولم تذكر [٢] عوضًا ، فخالعها ينوى الطلاق .

٢٣١٠٩ - قلنا : اللفظ عام فيمن اختلعت بعوض ، أو بغير عوض ، ولأنها معتدة في حق الزوج من طلاق لم يستوف عدده ، فجاز أن يلحقها الطلاق من جهته . أصله : إذا قال لها أنت بائن ، وأصله : المطلقة الرجعية [٣] .

٢٣١١٠ - فإن قيل : المعنى فيه أنه يلحقها الطلاق بالكناية ، والمعنى في ذلك أنه يلحقها الطلاق بعوض [٤] .

٢٣١١١ - قلنا : هذا غير مسلم إذا كان الأصل قوله : أنت بائن . وإن كانت [٥] هذه [٦] المعاوضة في المطلقة الرجعية لم نسلم أن المختلعة لا يقع الطلاق عليها بلفظ الكناية ، لأن الكنايات التي علقها بشرط ، إذا وجد الشرط بعد الخلع وقعت [٧] ، ويقع بالكنايات التي لا تفيد البينونة [٨] . وإنما لا تقع [٩] البوائن المبتدأة ، لأن لفظها يفيد التحريم والبينونة . وهذا معنى حاصل بالخلع ، فلم يمكن إعمال اللفظ فسقط ، وصريح الطلاق يفيد زوال العدد [١٠] ، وذلك في ملكه ، فلهذا جاز أن يقع [١١] ، وأما العوض ،

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه - كتاب الطلاق والخلع (٤٦/٤) . والبيهقي في السنن الكبرى - باب الخلع - هل هو فسخ أو طلاق ، (٣١٦/٧) ابن أبي شيبة في المصنف مرسلا كتاب الخلع ما قالوا في الرجل إذا خلع امرأته كم يكون من الطلاق ، (١١٠/٥) . وابن عدى في الكامل (٣٣٥/٤) . وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه ضعيف معلول بعياد بن كثير وهو ضعيف ، وقال الشيرازي لا أصل له التعليق المغني (٤٦/٤) .

(٢) في (ص) : [يذكر] وهو تصحيف .

(٣) انظر : المبسوط (٨٤/٦) . وقد نوقش القياس على الرجعية ، بأن الرجعية زوجة ، ولهذا تدخل في مرسل الطلاق ، ويجوز الاعتياض على بضعها ، ولأن الرجعية يثبت في حقها سائر أحكام الزوجية من الظهار والإيلاء والخلع وهذه بخلافها . انظر : النكت ٢١٥ .

(٤) هذا اعتراض المخالف أورده الشيرازي في النكت على قياس المصنف في الطلاق الرجعي بأن الطلاق الرجعي يجوز الاعتياض فيه عن البضع كما يجوز أن يلحق فيه الطلاق بالكناية . انظر : النكت ورقة ٢١٥ .

(٥) في (م) ، (ن) : [كان] .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) مكرر في (م) . كما لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت بائن أو حرام ونحو ذلك ، ثم أبانها أو خالعها ، ثم دخلت الدار وهي في العدة ، وقع عليها تطليقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد خلافًا لزفر . انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٣) .

(٨) انظر : المبسوط (٨٥/٦) .

(٩) في (ن) : [يقع] .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [العدة] .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٣) .

فلأنها لا تملك به نفسها ، فلم يستحق عليها .

٢٣١١٢ - فإن قيل : كيف نسلم أنها معتدة من طلاق ، والخلع عندنا ليس بطلاق .

٢٣١١٣ - قلنا : هذا الدليل يختص بمن [١] طلقها بعوض ، ولأنها معتدة في حق الزوج فجاز أن يملك إيقاع ما بقى من طلاقها . أصله : ما ذكرنا [٢] ، ولا يلزم إذا ارتد ، لأنه يملك ذلك إذا أسلم . وإذا قال : قد أخبرتني أن عدتها قد انقضت ، لأنها غير معتدة في حقه [٣] ، ولأنه [٤] لا يجوز أن يستبيحها استباحة مختصة [٥] بها بحكم العقد الأول ، كالمطلقة بغير عوض . يبين ذلك : أنه يجوز له [٦] أن يتزوجها دون سائر الناس ، كما يجوز في الرجعية أن يراجعها / دون سائر الناس [٧] ، ولأن الطلاق معنى يؤثر في إزالة الملك إذا وقع على الوجه الأدنى جاز أن يملكه بفعله إلى الوجه الأعلى .

٢/أ

٢٣١١٤ - أصله : إذا باع بشرط الخيار ثم أبت المبيع [٨] ، ولأنها محبوسة عليه بحكم نكاح صحيح ، فجاز أن يوقع ما بقى من طلاقها . أصله : المطلقة الرجعية [٩] .

٢٣١١٥ - فإن قيل : المعنى فيها أنه يلحقها ظهاره [١٠] ، وإيلاؤه والمختلعة [١١] بخلاف ذلك [١٢] .

٢٣١١٦ - قلنا : مخالفة المختلعة للزوجة في امتناع الطهار [١٣] ، والإيلاء ، كمخالفة الرجعية الزوجة عندهم في تحريم الوطء ، ووجوب المهر بوطئها [١٤] ، وإن

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر : ص ٢٥٦ وقد سبق رد المخالف على هذا .

(٣) انظر : رد المحتار (٣٩٢/٢) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [مختص] .

(٦) ساقطة من (م) ، وفي (ع) : [لها] .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٣،١٨٧) .

(٨) البيع بشرط الخيار يبيح لمن كان له الخيار أن يتصرف في المبيع خلال المدة المحددة للخيار ، لأن المدة مضروبة للإجازة أو الفسخ ، قال في الهداية : « ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار ، وله أن يجيز» انظر : الهداية (٢١/٣) ، وبه تبين أن من باع بشرط الخيار له أن يفسخ في المدة ويقطع البيع ، وله أن يجيز كما أن الرجل له أن يملك أدنى الطلاق وأعلاه .

(٩) انظر : المبسوط (٨٤/٦،٨٥) ، بدائع الصنائع (١٣٥/٣) . وقد سبق الرد على هذا القياس .

(١٠) في (ن) : [طهاره] .

(١١) في (ن) : [والمختلفة] .

(١٢) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على قياس المصنف بأن الرجعية تخالف البائن في أحكام الزوجية من الظهار والإيلاء والخلع حيث يثبت في حقها ذلك دون البائنة . انظر : النكت ورقة ٢١٥ .

(١٣) في (ن) : [الطهار] .

(١٤) انظر : المهذب (١٠٢/٢) .

كان الإيلاء والظهار فيها يقف ولا يصح حتى يراجعها ، ثم لم يمتنع أن يتساويا مع هذا الاختلاف في وقوع الطلاق ، كذلك المختلعة [١] .

٢٣١١٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ [٢] ظاهره يقتضي أن التسريح يملكه من يملك الإمساك [٣] .

٢٣١١٨ - قلنا : ذكر [اللّه تعالى] [٤] صريح الطلاق ، وأخبر أن الزوج مخير بعده بين الإمساك والطلاق بقوله : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ [٥] و [٦] الخلاف فيمن أوقع طلاقا بعوض ، ولم يتعرض لذلك [٧] وليس في الظاهر ما يقتضي التسريح إلا من يملك الإمساك .

٢٣١١٩ - قالوا : لا يملك إيقاع الطلاق بالكنايات الظاهرة ، فلا يملك بالصريح ، كما بعد العدة [٨] .

٢٣١٢٠ - قلنا : الوصف غير مسلم ، لأن الطلاق يقع عليها بقوله : اعتدى ، واستبرئى رحمك . فهذه كناية ظاهرة [٩] ، والمعنى في منقضية [١٠] العدة أنه لا يقع عليها الطلاق ، وإن كان المقدم بغير عوض ، و [١١] لما وقع الطلاق في مسألتنا إذا [١٢] كان المتقدم بغير عوض ، كذلك إذا كان بعوض ، أو نقول : المعنى فيها أنه لا يستبيحها [إلا بما يستبيحها] [١٣] به [١٤] سائر الأجانب ، فصار في طلاقها كالأجانب ، ولما كان في مسألتنا يختص بإعادتها على وجه يخالف فيها سائر الناس ، جاز أن يفارق الناس في حكم طلاقها .

٢٣١٢١ - قالوا : لا يلحقها طلاق بعوض ، فلا يلحقها بغير عوض ، كالأجنبية [١٥] .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٣، ١٣٦) .
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .
(٣) انظر : الحاوي للماوردي ورقة ١٨٥ .
(٤) ما بين المعكوفتين بياض بنسخة (ن) ، (ع) .
(٥) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .
(٦) ساقطة من جميع النسخ وزدتها لاستقامة المعنى بها .
(٧) في (ن) ، (ع) : [كذلك] .
(٨) انظر : المجموع (١٧٣/١٧) .
(٩) انظر : المبسوط (٨٥/٦) ، بدائع الصنائع (١٣٥/٣) .
(١٠) في (ن) : [القصية] .
(١١) ساقطة من (م) .
(١٢) في (ن) ، (ع) : [إن] .
(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٤) ساقطة من جميع النسخ وزدتها لاستقالة المعنى بها .
(١٥) انظر : المهذب (٧٤/٢) ، المغني (١٨٤/٨) . كشاف القناع (٢١٧/٥) .

٢٣١٢٢ - قلنا : الرجعية يملكها الزوج بغير عوض ، فلا يملكها بعوض ، كما [١] يملك الشفيع إسقاط الشفعة بغير عوض ، ولا يملك بعوض [٢] ، ويملك في الخيار إسقاطه بغير عوض ، ولا يملك بعوض .

٢٣١٢٣ - ولأن العوض إنما يستحق على المرأة إذا ملكت في مقابلته شيئًا ، ولا تملك [٣] بعد الخلع شيئًا بالبدل فلم يصح ، فأما الطلاق المبتدأ فليس من حكمه أن تستفيد [٤] به المرأة شيئًا ، فجاز أن يقع ، والمعنى في المنقضية [٥] العدة ما بيناه .

٢٣١٢٤ - قالوا : لو طلق طلاق الإيقاع فقال [٦] : نسائي [٧] طوالق ، لم يقع عليها شيء [٨] .

٢٣١٢٥ - قلنا : لأنها ليست من نسائه في الطلاق ، فلا يقع عليها إلا بالتعيين ، أَو [٩] النية ، كما لو قال : عبيدي أحرار لم يعتق المكاتبون ، إلا أَن ينويهم ، أَو يُعيّنهم ، لأن إطلاق [١٠] العبيد لا يتناولهم [١١] .

٢٣١٢٦ - قالوا : [المختلعة لا يصح] [١٢] منها ظهاره [١٣] ، ولا إيلاؤه ولا لعانه بغير ولد ولا [١٤] تعتد [١٥] عدة الوفاة ، ولا يتوارثان ، وهذه الأحكام المختصة بالزوجية حبسها عليه [١٦] ووجوب السكنى والنفقة عليها [١٧] وثبوت نسب ولدها بحكم النكاح [١٨] .

٢٣١٢٧ - فإن قيل : هذه أحكام الوطء بدلالة أنها تثبت في الموطؤة بشبهة .

٢٣١٢٨ - قلنا : إنما يوجب [١٩] الوطء مثل أحكام النكاح فلا ، والدليل عليه أن

---

(١) في (م) : [ولا] .
(٢) انظر : الهداية (٣٧/٤، ٣٨) .
(٣) في (ن) : [يملك] .
(٤) في (ن) : [يستفيد] .
(٥) في (ن) : [المنعصية] .
(٦) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة (فلو قال) . انظر : النكت ورقة (٢١٥/٥) .
(٧) في (ن) : [نسائي] .
(٨) انظر : مختصر المزني (٢٩١/٨) ، النكت للشيرازي ورقة ٢١٥ ، المغني (١٨٤/٨) .
(٩) في (م) : [إذا] .
(١٠) ساقطة من (ص) .
(١١) انظر : المبسوط (١٧٥/٦) .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(١٣) في (ن) : [طهاره] .
(١٤) في (ن) ، (ع) : [فلا] .
(١٥) في (ن) : [نفقد] .
(١٦) في (ن) ، (ع) : [ساوى] .
(١٧) في (ن) ، (ع) : [له] .
(١٨) انظر : المبسوط (١٩٠/٦) ، مختصر الطحاوي ١٩١ ، بدائع الصنائع (١٥٢/٣) فتح القدير (٢٤/٤) ، البناية (٦٨٢/٤) ، رد المختار (٥٦٦/٢) .
(١٩) في (ن) ، (ع) : [موجب] .

النسب يثبت في النكاح عندنا بمجرد العقد [١] ، وعندهم بإمكان الوطء مع العقد وهذا لا يثبت به نسب في غير النكاح .

٢٣١٢٩ - فإن قيل : لو طلقها قبل الدخول لم تثبت هذه الأحكام ، فدل على أنها من أحكام الوطء [٢] .

٢٣١٣٠ - قلنا : النسب يثبت [٣] عندنا بحكم العقد وجد الوطء ، أو [٤] لم يوجد . والعدة تجب بالخلوة وإن لم يوجد الوطء [٥] ، وعلى أنه لا يمتنع أن يكون من أحكام النكاح ومن شرط ثبوتها الوطء ، كالرجعة بعد التطليقة [٦] ، على أن الظهار إنما لم يصح ، لأنه تحريم ضعيف ، وتحريم الطلاق أقوى منه ، فلا يبنى أضعف التحريمين على آكدهما ، والإيلاء لا يصح ، لأنه يثبت [٧] بمنع حقها من الوطء ، ولا حق للمطلقة المبتوتة في الوطء [٨] ، واللعان وضع لقطع الفراش [٩] وقد انقطع بالخلع .

٢٣١٣١ - وأما التوارث فيثبت للمبتوتة إذا خلعها أجنبي من زوجها في مرضه [١٠] ، ويجب عليها عدة الوفاة [١١] ، ولأن التوارث وعدة الوفاة يثبتان [١٢] إذا اتصل [١٣] « الموت بالزوجية الكاملة [١٤] » والطلاق يكتفي منه ببعض علق الزوجية . يبين ذلك : أنه يملك منها البضع والطلاق ، ثم يبقى ملكه في البضع مع نقصان ملك الطلاق إذا

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٢،٣٣١/٣) .

(٢) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت بأن أحكام الإيلاء والظهار ، والنسب والتوارث وعدة الوفاة من أحكام الوطء بدلالة أنه لو طلقها قبل الدخول لم تثبت هذه الأحكام على قياس المصنف المختلعة بالرجعية في الأحكام.

(٣) في (ع) : [ثبت] .

(٤) في (ن) ، (ع) : [أم] .

(٥) انظر : تبيين الحقائق (٣٩٤،٢٩٣/٢) ، البناية (٢٠٧/٤) ، تحفة الفقهاء (٣٦٢/٢) .

(٦) انظر : الاختيار (١٠٧/٣) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [ثبت] .

(٨) انظر : الاختيار (١١٦/٣) .

(٩) في (م) : [الغراس] .

(١٠) إذا خلعها أجنبي من زوجها بمال ضمنه للزوج ، إن كان ذلك في مرض موت الأجنبي ، ويعتبر البدل من ثلث مال الأجنبي ، فلو كان الزوج مريضًا حين تبرع الأجنبي بخلعها فلها الإرث لو مات من مرضه ذلك ، وهي في العدة لأنها لم ترض بهذا الطلاق ، فيعتبر الزوج فارا ، ولو كانت مكرهة على القبول لم يلزمها البدل . انظر : المبسوط (١٩٣/٦) ، بدائع الصنائع (٢١٨/٣) .

(١١) انظر : فتح القدير (١٥٠/٤) .

(١٢) « يثبت » بالإفراد في جميع النسخ وصحة العبارة - [يثبتان] كما يدل عليه السياق .

(١٣) في (ن) ، (ع) : [انفصل] .

(١٤) في (ن) ، (ع) : [بموت الزوجة] . انظر : الاختيار (١٤٥/٣) .

طلقها واحدة ، أو اثنتين [١] ، كذلك يجوز أن يبقى ملكه في الإيقاع مع نقصان ملكه في البضع .

٢٣١٣٢ - قالوا : امرأة لا تحل له إلا بنكاح جديد ، فوجب أن لا يلحقها طلاق كالمنقضية [٢] العدة [٣] .

٢٣١٣٣ - قلنا : المنقضية [٤] العدة قد ساوى [٥] الزوج فيها الأجانب ، لأن السبب الذي يستبيحها به [٦] بمثله يستبيح الأجنبي ، و المعتدة [٧] الزوج فيها « يفارق » [٨] الأجنبي ، بدلالة أنه يختص بجواز العقد عليها ، فجاز أن يفارق « الأجانب » [٩] في طلاقها .

٢٣١٣٤ - قالوا : طلاق يقع قبل الخلع ، فلا يقع بعده ، كالطلاق بالكنايات [١٠] .

٢٣١٣٥ - قلنا : ينتقض إذا خالعها ثم تزوجها ، ثم طلقها . ولأن [١١] الكنايات لفظها يقتضي التحريم ، وهي محرمة بالفرقة ، فلا يتعين كتحريم المحرمة . وإذا تعذر إعمال اللفظ لم يجز إيقاع معناه من نقصان العدد ، وليس كذلك صريح الطلاق ، لأنه يتضمن نقصان العدد الذي يملك ، فأمكن إعماله فلذلك وقع .

٢٣١٣٦ - فإن قيل : فقد [١٢] قلتم : إن الكناية إذا كان طلقها بشرط قبل الخلع فوجد الشرط بعد الخلع وقعت [١٣] .

٢٣١٣٧ - قلنا : يجوز أن يقع بحكم اليمين . أما [١٤] لو أراد أن يتبدئ إيقاعه لم يقع ، كما لو علق الطلاق بشرط فوجد الشرط [١٥] .

* * *

(١) في (ع) : [ثنتين] .
(٢) في (ن) : [كالمنعصية] .
(٣) انظر : المغني (١٨٤/٨) ، كشاف القناع (٢١٧/٥) .
(٤) في (ن) : [المعصية] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [تساوى] .
(٦) ساقطة من جميع النسخ وزدتها لاستقامة المعنى بها .
(٧) في (ن) : [العتدة] ، وفي (ع) : [العدة] .
(٨) في (ن) ، (ع) : [مفارق] .
(٩) في (ن) ، (ع) : [الجوانب] .
(١٠) انظر : النكت ورقة ٢١٥ .
(١١) في (ن) ، (ع) : [فلان] .
(١٢) في (ن) ، (ع) : [قد] .
(١٣) انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٣) .
(١٤) في (م) : [كما] .
(١٥) في (ن) ، (ع) : [كما لو علق الطلاق بشرط فوجد الشرط] وهي زيادة خطأ .

مسألة ١١١٥

إذا خالع امرأته بشرط الرجوع

٢٣١٣٨ - قال أصحابنا : إذا خلع امرأته بعوض على أنَّ له الرجوع ، صح الخلع ، وبطل الشرط [١] .

٢٣١٣٩ - وقال الشافعي : تثبت الرجعة ، ويسقط المال [٢] .

٢٣١٤٠ - لنا : أنه نفى موضع الخلع [٣] بعد إيقاعه ، فصار كما لو خلعها على أن لا تقع الفرقة ، ولأن الخلع يوجب البينونة ، فشرط الرجعة فيه باطل ، كالطلاق الثلاث [٤] .

٢٣١٤١ - فإن قيل : الطلاق الثلاث يبطل فيه المال ، والشرط ، ويبقى مقتضاه ، كذلك الخلع [٥] يبطل فيه المال ، والشرط ، ويبقى مقتضاه [٦] .

٢٣١٤٢ - قلنا : معنى الخلع عندنا البينونة ، وإن لم يذكر العوض فيه ، كالطلاق الثلاث . ولأنه معنى لا يلحقه الفسخ ، فإذا نفى موجبه ، لم يتعلق بالنفي [٧] حكم ، كما لو عفا من دم العمد على أن له القصاص متى شاء [٨] .

(١) وهو : رواية عن الإمام مالك ورواية عن الإمام أحمد . انظر : المدونة (٢٤/٥) ، الكافي (٥٩٥/٢) ، الفروع (٣٤٦/٥) ، الإنصاف (٣٩٦/٨) . بدائع الصنائع (١٤٥/٣ ،١٣٨/٥) البحر الرائق (٢٦٣/٣) .

(٢) وهذا ما نقله الربيع والمزني ، وذهب إليه ابن سريج وأبو إسحاق ، وجمهور الأصحاب إلى القطع بوقوعه رجعيًا بلا مال ، وخرج المزني والربيع قولًا آخر : أنه يلغو الشرط وتحصل البينونة بمهر مثلها ، وذهب إلى هذا أيضًا البغوي . وقال ابن سلمة وابن الوكيل في المسألة قولان ، وبه قطع البغوي . انظر : مختصر المزني (٢٩٠/٨) ، روضة الطالبين (٣٩٧/٧ ،٣٩٨) مغني المحتاج (٢٧١/٣) ، نهاية المحتاج (٤٠٩/٦) والوقوع رجعيًا بلا مال قول به الإمام مالك في الرواية الثانية والإمام أحمد في الرواية الثانية . انظر : الكافي (٥٩٥/٢) ، المبدع (٢٢٨/٧) ، كشاف القناع (٢١٧/٥) ، المدونة (١٩/٥) ، الكافي (٥٩٤/٢) .

(٣) في (ص) أن نفي الرجعة فوجب الخلع « وهو خطأ ولا معنى له » .

(٤) انظر : المغني (١٨٥/٨) ، الشرح الكبير (١٨٩/٨) ، البحر الرائق (٢٦٣/٣) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على قياس المصنف بأن الشرط في الطلاق الثلاث داخل على أصل لا يمكن إسقاطه ، فيبطل الشرط ، ويصح الأصل .انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢١٥

(٧) في (ن) ، (ع) : [بالبغي] .

(٨) قال في بدائع الصنائع وعلى هذا الصلح من دم العمد بشرط الخيار ، فإن كان الخيار للقاتل جاز ، لأن مابذل العوض من جانبه وهو المال قابل للفسخ ، ثم إذا جاز الخيار وفسخ القاتل العقد ، هل يبطل العفو ، =

٢٣١٤٣ - احتجوا : بأنه شرط المال ، والرجعة ، فلا يجوز اجتماعهما فسقط ، وبقى الرجعة التي يقتضيها الطلاق ، يبين ذلك أن [١] الطلاق يقتضي الرجعة ، والشرط يقتضي الرجعة ، والمال يقتضيه الشرط ، ولا يقتضيه الطلاق ، فكان إثبات ما ثبت بالطلاق ، والشرط أولى .

٢٣١٤٤ - قلنا : هذا غير مسلم ، لأن الخلع يقتضي البينونة عندنا [٢] ، فإذا أسقط المال ، والرجعة ثبتت البينونة في مقتضى « الخلع » [٣] .

٢٣١٤٥ - فإن قيل : يفرض الكلام إذا طلقها بمال ، وشرط الرجعة .

٢٣١٤٦ - قلنا : لا نسلم انهما إذا [٤] لم يجتمعا ، وجب إسقاطهما ، بل تنتقض الرجعة ، لأن الطلاق لا ينفسخ ، والبينونة من أحكامه فتأكدت بتأكده ، والمال يجوز أن يسقط ، ويفسخ فكان إسقاط المال أولى .

* * *

= القياس أن يبطل لأنه تعلق بشرط المال ، ولم يسلم المال ، وفي الاستحسان لا يبطل ويلزم القاتل الدية ، وإن كان الخيار للمولى يبطل الخيار ويصح الصلح ، لأن الخيار لثبوت الفسخ والذي من جانب المولى وهو العفو لا يحتمل الفسخ . انظر : بدائع الصنائع (٥٥/٤) . (١) ساقطة من (م) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٤٤/٣) . (٣) في (م) : [الجمع] .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

مسألة ١١١٦

إذا خالعها على ما في بطن أمتها أو بطون غنمها صحت التسمية

٢٣١٤٧ - قال أصحابنا : إذا خالعها على ما في بطن أمتها صحت التسمية ، فإن ولدت كان الولد له [١] ، وكذلك لو خلعها على ما في بطون (غنمها) [٢]

٢٣١٤٨ - وقال الشافعي : التسمية فاسدة ، ولها مهر مثلها [٣] .

٢٣١٤٩ - لنا : أن الحمل مستحق [٤] بالوصية ، فجاز أن يستحق بالخلع كالعبد الآبق [٥] . ولا يلزم إذا خلعها على ما يثمره نخلها العام القابل [٦] ، لأن الطحاوي ذكر في الخلاف [٧] ما بيناه عن أبي حنيفة : أن ذلك جائز ، وقد أنكرها [٨] أبو بكر

(١) « كان الولد لها » في جميع النسخ ، وهو خطأ والصحيح « المثبت » . انظر : المبسوط (١٨٨/٦) .

(٢) إذا خالعها على ما في بطن أمتها أو بطون غنمها ، وقالت على ما في بطن غنمي أو ما في بطن أمتي ولم تزد على ذلك ، فإن كان هناك شيء أخذه ، لأن التسمية وقعت على مال متقوم موجود ، لكنه مجهول ، لكن الجهالة ليست بمتفاحشة ، فلا تمنع استحقاق الشيء ، ولو لم يكن هناك شيء ، فلا شيء لانعدام تسمية مال متقوم لأنها ذكرت ما في بطنها وقد يكون في بطنها مال متقوم وقد لا يكون فلم تصر بذكره غارة لزوجها بل الزوج هو الذي غر نفسه ، والرجوع بحكم الغرور ، ولا غرور منها فلا يرجع عليها بشيء . انظر : في المبسوط (١٨٨/٦) ، بدائع الصنائع (١٤٨/٣) ، البحر الرائق (٨٥/٤) ، تبيين الحقائق (٢٦٩/٢،٢٧٠) ، فتح القدير (٢٢١/٤،٢٢٢) . وقد وافق الإمام مالك وأحمد أبا حنيفة . انظر : الكافي (٥٩٤/٢) ، الإنصاف (٤٠٤/٨) ، المبدع (٢٢٤/٧،٢٢٥) ، المدونة (١٩/٤) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢١٥/٥) ، المهذب (٧٣/٢) ، مغني المحتاج (٢٦٥/٣) ، نهاية المحتاج (٣٩٩/٦) .

(٤) في (م) : [غير مستحق] .

(٥) قال في بدائع الصنائع : ألا ترى لو خلعها على عبد أبق له صحت التسمية ، لأن القدرة على تسليم البدل ليست بشرط في الخلع فإنه جائز على العبد الآبق ، والقدرة على تسليمه غير ثابتة ، بدائع الصنائع (١٥٨/٣) وبهذا تبين أن العبد الآبق يصح تسميته في الخلع ، ويستحق بالخلع ، كما أن الحمل تصح تسميته في الخلع ويستحق به .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) لأبي جعفر الطحاوي كتاب اختلاف الفقهاء ، ويقال له اختلاف الروايات ، ويقع في مائة ونيف وثلاثين جزءًا ، والموجود منه الجزء الثاني بدار الكتب المصرية تحت رقم ٦٤٧ بالقاهرة فقه حنفي والجزء الرابع بمعهد المخطوطات العربية مكتبة جاد الله (٣٢٩/١) فقه عام .

(٨) ساقطة من (م) .

الرازي [١] ، ولا يمكن ردها بغير حجة ، وعلى أنا احترزنا أموال عين [٢] .

٢٣١٥٠ - احتجوا : بأنه لا يجوز أن يكون مهرًا ، فلم يكن عوضًا في الخلع ، كالحشرات [٣] .

٢٣١٥١ - قلنا : المعنى في الحشرات [٤] أنه لا يجوز استحقاقها بالوصية ، والحمل بخلاف ذلك [٥] .

٢٣١٥٢ - فإن قيل : تمليك الزوج للمرأة بضعها بالخلع ، كتمليكها إياه [٦] بالنكاح ، فيجب أن يؤثر تغيير البدل في أحدهما كالآخر

٢٣١٥٣ - قلنا [٧] : الزوج لا [٨] يملك بضعها ، وإنما يسقط حقه عنه فيعود [٩] إليها بإسقاطه ، والمرأة تملكه ، وإسقاط الحقوق يتسامح [١٠] فيها مالا يتسامح [١١] في التمليكات ، ولهذا يجوز إسقاط الحق « عن البضع » [١٢] بعوض وبغير عوض ، ولا يجوز تمليك البضع إلا بعوض .

٢٣١٥٤ - قالوا : عقد معاوضة فلا يجوز أن يكون الحمل عوضًا فيه [١٣] ، كالبيع ، والنكاح [١٤] .

٢٣١٥٥ - قلنا : البيع والنكاح لا يتعلق كل واحد منهما بشرط ، فلم يجز أن يستحق به الحمل ، ولما جاز أن يتعلق الخلع بالشرط ، جاز أن يستحق به الحمل [١٥] .

* * *

(١) انظر : مختصر الطحاوي للإمام أبي بكر الجصاص مخطوط بدار الكتب المصرية .
(٢) في (ن) ، (ع) : [من باغين] .
(٣) انظر : الحاوي الكبير للإمام الماوردي .
(٤) في (ن) : [الحسرات] .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٥٤/٧) .
(٦) في (ن) ، (ع) : [أبلها] .
(٧) في (م) : [وأما] .
(٨) في (م) : [فلا] .
(٩) في (ن) ، (ع) : [فعود] .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [يسامح] .
(١١) في (ن) ، (ع) : [يسامح] .
(١٢) في (ن) ، (ع) : [عنه] .
(١٣) ساقطة من (م) .
(١٤) ساقطة من (ن) ، (ع) . انظر : المهذب (٧٣/٢) .
(١٥) انظر : المبسوط (١٨٨/٦) ، بدائع الصنائع (١٤٨/٣) ، فتح القدير (٢٢١/٤) ، العناية (٢٢٢/٤) .

مسألة ١١١٧

الخلع على الخمر والخنزير

٢٣١٥٦ - قال أصحابنا : إذا اختلعت المرأة [١] على خمر ، أو خنزير فلا شيء عليها [٢] .

٢٣١٥٧ - وقال الشافعي : عليها مهر مثلها [٣] .

٢٣١٥٨ - لنا : أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم [٤] ، فإذا سمَّت ما لا قيمة له ، فقد رضى بترك العوض ، فكانه أطلق الخلع ، ولم يذكر عوضًا [٥] ، ولأن تسمية الخمر في العقد على البضع ، كالسكوت عن التسمية .

٢٣١٥٩ - أصله : النكاح [٦] ولا يلزم على العلة الأولى ما [٧] إذا خالعها على خل فإذا هو خمر ، لأنه لم يرض بتسمية مالا قيمة له [٨] ، ....

---

(١) في (ن) ، (ع) : [المسلمة] .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) . وبه قال الإمام مالك والإمام أحمد . انظر : المبسوط (١٩١/٦) بدائع الصنائع (١٤٧/٣) ، الهداية (١٤/٢) ، البحر الرائق (٨٤/٤) ، المدونة (٢٧/٥) ، جواهر الإكليل (٣٣١/١) ، المبدع (٢٣٠/٧) ، كشاف القناع (٢٢٠/٥) - والمسألة في الكتاب ، انظر : اللباب (٦٥/٣) .

(٣) ما ذكره المصنف يوافق ما جاء في الأم للشافعي (٢١٥/٥) ، والمهذب (٧٣/٢) ، وقال النووي في المنهاج : فيه قولان أحدهما بانت بمهر المثل ، والثاني ببدل الخمر . انظر : مغني المحتاج (٢٦٤/٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [مقدم] .

(٥) لو خالعها ولم يذكر العوض ذكر شمس الأئمة أنه يبرأ كل عن صاحبه ، وقال خواهر زاده : هذه إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، وهو الصحيح . فإن لم يكن لها على الزوج مهر فعليها رد ما ساق إليها من المهر ، لأن المال مذكور عرفا بذكر الخلع ، وفي رواية عن الإمام أبي حنيفة - وهو قولهما - لا يبرأ أحدهما عن صاحبه ، ولا يبرأ عن نفقة العدة ومؤنة السكنى في قولهما جميعًا ، إلا إذا شرطا . وذكر في الوجيز فيما إذا قال : اختلعي ولم يذكر البدل فقالت اختلعت ، عن خواهر زاده أنه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا . انظر : البحر الرائق (٨٤/٤) .

(٦) إلا أن وجه الفرق بين الخلع والنكاح في حالة السكوت عن التسمية أن النكاح يجب فيه مهر المثل لأن النكاح لم يشرع إلا بعوض فإذا سكت عن التسمية وجب العوض الأصلي ، وهو مهر المثل . فأما الخلع فالعوض فيه غير لازم ، بل هو مشروع بعوض وبغير عوض ، فلم يكن من ضرورة صحته لزوم العوض . انظر : البحر الرائق (١٥٦/٣) المبسوط (١٩١/٦) ، بدائع الصنائع (١٤٨/٣) .

(٧) زيادة من (ن) ، (ع) .

(٨) إذا خالع على خل بعينه فظهر خمرًا إذا لم يعلم الزوج بكونه خمرًا فإنه يلزم عليها رد المهر عند الإمام أبي =

٢/ب ولا (١) يصير ذلك كالسكوت عن / العوض . والدليل على أن خروج البضع من ملك الزوج غير مقوم (٢) : أن مريضا لو طلق امرأته (٣) ولا مال له ، لم يضمن لورثته شيئا ، ولا لغرمائه . ولو كان أتلف متقوما ضمن لهم ، كما لو وهب ماله ، أو أعتق عبده (٤) .

٢٣١٦٠ - فإن قيل : إنما لا يضمن ، لأن البضع لا ينتقل إليهم لو لم يطلقها ، فيصير [بمنزلة ما] (٥) لو أعتق أم ولده ، لم يضمن شيئًا ، وإن كانت متقومة (٦) .

٢٣١٦١ - قلنا : العبد إنما يضمن ، لأنه مقوم في خروجه [من ملك] (٧) لا لما قالوه ، ألا ترى أن من قال لعبده : أنت حر رأس الشهر ، ثم مرض وأعتقه ، ثم مات بعد مضى شهر ، كان العتق من الثلث ، فإن كان لو لم يعتق ، لم ينتقل إلى الورثة (٨) ، ولأن المرأة لو ارتدت بعد الدخول ، لم تضمن لزوجها المهر ، وإن كانت (٩) قد أتلفت (١٠) عليه البضع ، ولو كان مقومًا ضمنت له بإتلافه (١١) كسائر المقومات (١٢) . وكذلك لو قتلت نفسها ، لم تضمن (١٣) قيمة (١٤) بضعها للزوج ، وإن كان قد تلف البضع (١٥) بفعلها . فإن قيل كل شيء إذا خرج من ملك المرأة كان له قيمة كسائر (١٦) المملوكات .

= حنيفة . وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط قياسًا على الصداق . انظر : المبسوط (١٩١/٦) ، البناية (٦٦٨/٤) - تبيين الحقائق (٢٦٩/٢) .

(١) في (ن) ، (ع) : [فلا] .

(٢) في (ن) ، (ع) : [مقدم] .

(٣) في (ن) ، (ع) : [امرأة] .

(٤) انظر : الهداية (٢٤٥/٤) ، تبيين الحقائق (١٩٦/٢) ، البحر الرائق (٤٨٩/٨) اللباب (١٧٥/٤) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على قياس المصنف إن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، بدليل أنه لا يعتبر من الثلث بأنه لم يعتبر من الثلث ، لأنه لا ينتقل إلى الورثة كأم الولد . انظر : النكت ورقة ٢١٧

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٨) انظر : الهداية مع فتح القدير (٤٦٣/١٠) .

(٩) في (ن) ، (ع) : [كان] .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [أتلف] .

(١١) ساقطة من جميع النسخ ، وزدتها لاستقامة المعنى بها .

(١٢) انظر : مختصر الطحاوي ١٨١ ، الهداية (٢٢١/١) ، تبيين الحقائق (١٧٨/٢) .

(١٣) في (ن) ، (ع) : [يضمن] .

(١٤) في (م) : [فيه] .

(١٥) قال في بدائع الصنائع إذا قتلت المرأة نفسها فإن كانت حرة لا يسقط عن الزوج شيء من المهر بل يتأكد المهر ، لأن القتل إنما يصير تفويتًا للحق عند زهوق الروح ، لأنه إنما يصير قتلا في حق المحل عند ذلك والمهر في تلك الحالة ملك الورثة ، فلا يحتمل السقوط بفعلها كما إذا قتلها زوجها أو أجنبي . وقال زفر يسقط المهر لأنها فوتت على الزوج حقه في المبدل فيسقط حقها في البدل . بدائع الصنائع (٢٩٤/٢) .

(١٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

٢٣١٦٢ - قلنا : خروج البضع من ملكها غير متقوم ، وإنما يتقوم بالدخول في ملك الزوج ، وقد يتقوم الشيء لدخوله [١] في الملك ، ولا يتقوم خروجه بدلالة دم العمد ، لو عفى عن القاتل [٢] لم يكن من الثلث [٣] ، ويتقوم في دخوله في ملك القاتل [٤] ، بدلالة أنه إذا أعطى عبدًا عوضًا ، لم يعتبر من الثلث [٥] . ويدل على أن خروج البضع من ملك الزوج لا يتقوم أن [٦] الأب لا يملك أن يخلع ابنته الصغيرة بما [٧] لها ، ولو تقوم لصح أن يبذل العوض عنه [٨] ، كما يجوز أن يزوج ابنته [٩] بعوض من ماله .

٢٣١٦٣ - فإن قيل : إنما لا يجوز لأن بقاء البدل على ملكها انفع لها من عود البضع إليها .

٢٣١٦٤ - قلنا : إذا خلعها على شيء يسير ، ومهر مثلها مال عظيم ، عاد البضع إليها ، وتوصلت إلى تحصيل المهر من زوج آخر ، وذلك أنفع لها ، ومع ذلك لا يجوز .

٢٣١٦٥ - احتجوا : بأنه خالعها على عوض فاسد ، فوجب أن يرجع عليها ببدل البضع ، [كما لو خالعها] على عصير ، فوجده خمرا .

٢٣١٦٦ - والجواب : أن هناك لم يرض بخروج البضع] [١٠] من ملكه إلا بعوض مقوم [١١] ، ورجع بحكم الغرور ، [وفي مسألتنا رضى بما لا قيمة له ، فصار ذلك كالسكوت عن العوض في مقابلة العوض ، فلا يرجع بشئ ،

٢٣١٦٧ - ولهذا قلنا : في النكاح يرجع عليها بمهر مثلها ، « و » [١٢] يصير تسمية

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٢) في (ن) ، (ع) : [العامل] .
(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣٤١،٣٤٠/٧) .
(٤) في (ن) ، (ع) : [العامل] .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٤١،٣٤٠/٧) .
(٦) في (ن) ، (ع) : [من] .
(٧) ساقطة من (م) .
(٨) وأما وقوع الطلاق بهذا الخلع ففي رواية أنه يقع ، وفي رواية أنه لا يقع ، والأول أصح ، لأنه تعليق بشرط قبولها ، فيعتبر بالتعليق كسائر الشروط . انظر : العناية (٢٣٧/٤) .
(٩) هكذا في جميع النسخ ، وصحة العبارة « كما يجوز أن يزوج ابنه « قال في المبسوط » : وإذا خلع الرجل ابنته الصغيرة من زوجها على صداقها ولم يدخل بها ، فإن لم يضمن الأب فهو شيء باطل ، لأنه ليس له ولاية الزام المال إياها بهذا السبب ، إذ لا منفعة لها فيه ، ولا يدخل في ملكها بمقابلته شيء ، بخلاف ما لو زوج ابنه الصغير بماله ، فإن ذلك العقد من مصالحه ، ويدخل في ملكه شيء متقوم بأداء ما يلزمه من المال . انظر : المبسوط (١٧٩/٦) .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(١١) في (ن) ، (ع) : [مقدم] .
(١٢) في (ن) ، (ع) : [أو] .

الخمر ، كالسكوت عن التسمية . ولهذا نقول في البيع بالخمر : إن الواجب قيمة المبيع ، كما لو باع ولم يسم شيئًا [١] .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٨٣/٥) .

مسألة ١١١٨

الخلع على ما في البيت من متاع

٢٣١٦٨ - قال أصحابنا : إذا خالعها على ما في هذا البيت من متاع ، فلم يكن فيه شيء ، فله المهر الذي أعطاها [1] .

٢٣١٦٩ - وقال الشافعي : مهر مثلها [2] .

٢٣١٧٠ - لنا : أنه وجب عليها المهر حكما [فكان عليه رد مهرها

٢٣١٧١ - قالوا : لو ارتدت قبله قبضت مهرها] [3] .

٢٣١٧٢ - احتجوا : بأن فسخ الخلع لا يصح ، فصار البضع مستهلكا ، فوجب [4] عليها قيمته [5] .

٢٣١٧٣ - الجواب : أنه يبطل به إذا ارتدت [6] ، ولأنا لو « أوجبنا » [7] قيمة المسمى بالاستهلاك ، لسقط الضمان لما بينا أن خروج البضع غير مقوم .

* * *

(١) انظر : المبسوط ج (١٨٦/٦) ، بدائع الصنائع (١٤٨/٣) ، فتح القدير (٢٢٢/٤) .

(٢) وهذا مشروط عند الشافعي بما إذا كانا يعرفان جميع ما في البيت فالخلع جائز ولها مهر مثلها . انظر : الأم (٢١٦/٥) ، النكت للشيرازي ورقة ٢١٦ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٤) في (م) : [فموجب] .

(٥) انظر : الأم (٢١٥/٥) .

(٦) انظر : تبيين الحقائق (١٧٨/٢) .

(٧) في (م) : [لو أوجبنا] .

مسألة ١١١٩

خلع المرأة في مرض موتها

٢٣١٧٤ - قال أصحابنا : إذا اختلعت المرأة في مرض موتها فما بذلت [1] فمن الثلث [2] .

٢٣١٧٥ - وقال الشافعي : إن بذلت [3] مقدار مهر المثل ، فهو من رأس المال ، والزيادة عليه من الثلث [4] .

٢٣١٧٦ - لنا : ما قدمنا أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، ومتى بذلت المال في مقابلة ما لا يتقوم ، كانت متبرعة به ، والتبرع في المرض من الثلث [5] . ولأن كل مالا يجوز للأب أن يبذل مالها فيه في حال صغرها إذا بذلته [6] في مرضها ، كان من الثلث كالهبات .

٢٣١٧٧ - احتجوا : بأنه مال استفيد بأدائه البُضْع ، فكان ذلك مقدار مهر المثل من رأس المال .

٢٣١٧٨ - أصله : إذا تزوج المريض [7]

٢٣١٧٩ - الجواب : أن التزويج يملك الأب بذل [8] مال الصغير في مقابلته ، فكان من رأس المال كأثمان البياعات [9] ، وبدل الخلع لا يملك الأب بذل [10] مالها ، كالهبات .

* * *

(١) في (ن) ، (ع) : [بدلت] .
(٢) انظر : المبسوط (١٩٢/٦) ، بدائع الصنائع (١٤٩/٣) .
(٣) في (ن) : [بدلت] .
(٤) انظر : المهذب ج (٧٤/٢) ، روضة الطالبين (٣٨٧/٧) ، مغني المحتاج (٢٦٤/٣) ، حاشية البيجرمي (٤٤٧/٣) .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٤٩/٣) .
(٦) في (ن) ، (ع) : [بدلته] .
(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٨) في (م) ، (ع) : [بدل] .
(٩) انظر : المبسوط (١٩٢/٦) .
(١٠) في (م) ، (ن) : [بدل] .

مسألة ١١٢٠

ما يسقط بالخلع والمبارأة من حقوق النكاح

٢٣١٨٠ - قال أبو حنيفة : إذا اختلعت من زوجها [1] تباريا وجب للزوج ما سمى في الخلع ، ويسقط كل حق وجب بالنكاح . وإن كان لم يدفع مهرها ، فلا شيء لها عليه . فإن كان دفع المهر والخلع قبل الدخول لم يرجع عليها بنصفه [2] .

٢٣١٨١ - وقال محمد : حقوق النكاح كلها باقية ، « لا يسقط » [3] منها إلا ما سمى .

٢٣١٨٢ - وبه قال الشافعي [4] .

٢٣١٨٣ - لنا : أن المقصود بالخلع إسقاط المنازعة في حقوق النكاح ، بدلالة أنهما لو اتفقا عليها لم يحتاجا إلى الخلع ، وإنما دخلا فيه للشقاق ، فاقتضى لفظهما وقصدهما إسقاط الحقوق فوجب أن تسقط إذا كانا يملكان إسقاطها . يدل على ذلك حال [5]

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) هذه المسألة لها صورتان : (ا) ما يسقط بالخلع من حقوق النكاح :
١ - ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الخلع يوجب براءة كل واحد منهما عن صاحبه من الحقوق الواجبة بالنكاح ، وهذا بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البراءة منهما بل للمختلعة النفقة والسكنى ، إلا إذا اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لأنها حق الشرع . انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٥ ، المبسوط (١٨٩/٦) ، بدائع الصنائع (١٥١/٣) ، فتح القدير (٢٣٣/٤) ، رد المحتار (٢٦٥/٢) .
٢ - ذهب الإمام أبو يوسف ومحمد بن الحسن والشافعي ، وأحمد إلى أن الخلع لا يوجب براءة كل واحد منهما من صاحبه من الحقوق الواجبة بالنكاح ، إلا ما سمى منها فإنه يسقط . انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٥ البحر (٩٤/٤) ، الأم (٢١٦/٥) ، النكت ورقة ٢١٥ ، الفروع (٣٦٠/٥) ، - الإنصاف (٤٢٢/٨) .
(ب) الصورة الثانية : ما يسقط بالمبارأة من حقوق النكاح : ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن المبارأة توجب براءة كل واحد منهما من الحقوق الواجبة بالنكاح ، وهذا أيضًا بخلاف نفقة العدة والسكنى . انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٥ ، الهداية (١٦/٢) ، البناية (٦٨١/٤،٦٨٢) ، البحر الرائق (٩٤/٤) . وذهب محمد بن الحسن ، والشافعي وأحمد إلى أن المبارأة لا توجب براءة كل واحد منهما من صاحبه من الحقوق الواجبة بالنكاح إلا ما سمى . انظر : المبسوط (١٨٩/٦) ، بدائع الصنائع (١٥١/٣) ، الأم (٢١٦/٥) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [ولا يسقط] .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٥ المبسوط (١٨٩/٦) ، الأم (٢١٦/٥) ، النكت ورقة ٢١٥ .

(٥) ساقطة من (م) .

المتخاصمين إذا ادعى كل واحد منهما على الآخر حقوقا ، ثم اصطلحا على مال وتباريا سقط كل حق ادعاه أحدهما (١) على الآخر ، لأن الغرض (٢) بالصلح (٣) إزالة الخصومة ، كذلك في مسألتنا (٤) ، و (٥) لأن التباري تفاعل من البراءة (٦) ، وهذا يقتضي إسقاط كل حق تعلق بما تنازعا فيه ، فوجب أن يسقط جميع ذلك ، كما لو سميت (٧) تلك الحقوق ، ولا يلزم الديون الواجبة (٨) بغير النكاح ، لأنها تسقط عند أبي حنيفة على ما رواه ابن (٩) ابن رستم (١٠) . وليس في الأصول خلافه (١١)

٢٣١٨٤ - ومن أصحابنا من فرق بينهما ، وقال : تلك الحقوق لم تتعلق للشقاق فيه ، فلم يدخل في حكم العقد ، لأن كل حق وجب لأحد الزوجين على الآخر بعقد النكاح ، يسقط بالخلع كالاستباحة ، والقسم ، ولا يلزم تحريم الجمع ، لأن ذلك الحق لم يجب لأحدهما على الآخر (١٢) .

٢٣١٨٥ - احتجوا : بأن الخلع طلاق فصار كالطلاق على مال (١٣) .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) في (م) : [الفرص] وفي (ن) : [العرض] .

(٣) الصلح : اسم بمعنى المصالحة والتصالح خلاف المخاصمة والتخاصم . المغرب ٢٧٠ . وفي الشرع عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضي . انيس الفقهاء ٢٤٥ .

(٤) وقد رد الشيرازي هذا فقال : لا نسلم ذلك بل يقتضي إيقاع الطلاق .انظر : النكت ورقة (٢١٥،٢١٦) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) انظر : المغرب ص ٣٨ .

(٧) في (ن) ، (ع) : [سمت] .

(٨) في (م) : [الواجبة] .

(٩) في (م) : [أبو] .

(١٠) هو : إبراهيم بن رستم أبو بكر المروزى أحد الأعلام . أخذ الفقه عن محمد بن الحسن ، وروى عن أسد بن عمر البجلى ومالك والثوري وشعبة وحماد بن سلمة وغيرهم . وروى عنه الإمام أحمد وأبو خيثمة وزهير بن حرب وغيرهم ، له من المصنفات : « النوادر » كتبها عن محمد بن الحسن . مات بنيسابور سنة (٢١١) انظر : تاج التراجم ص ٣ ، الفوائد البهية ص (٩،١٠) الجواهر المضية (١/٨٠-٨٢) ، الطبقات السنية (١/٢٢٥-٢٢٦) . لإبراهيم بن رستم كتاب النوادر كتبه عن محمد بن الحسن الشيبانى . انظر : كشف الظنون (٢/١٩٨١) . ولم أعثر عليه .

(١١) ظاهر الرواية أن الخلع والمبارأة لا يوجبان البراءة من دين آخر سوى النكاح ، وهذا هو الصحيح . وقد نقل في البزازية اختلعت على أن لا دعوى لكل على صاحبه ثم ادعى أن له عندها كذا من القطن يصح لأن البراءة تختص بحقوق النكاح .انظر : البحر الرائق (٤/٩٨) ، البناية (٤/٦٨٢) ، رد المختار (٢/٥٦٦) .

(١٢) انظر : البناية (٤/٦٨٣) ، بدائع الصنائع (٣/١٥٢) .

(١٣) انظر : المبسوط (٦/١٩٨) ، المبدع (٧/٢٤٥) .

٢٣١٨٦ - الجواب : أن الطلاق ليس [في لفظه] [١] ما يفيد الإسقاط ، وليس كذلك المبارأة والمخالعة ، لأن لفظهما ، وقصدهما يقتضي الإسقاط [٢] .

٢٣١٨٧ - قالوا : لو قال لها : خالعتك ، ونوى الطلاق لم تسقط حقوقه . وإذا وجد اللفظ منهما لم تسقط حقوقهما .

٢٣١٨٨ - قلنا : نحن جعلنا اللفظ مع قصدهما إلى التخلص من سبب الشقاق دلالة على الإسقاط ، فإذا وجد لفظ خاص [٣] ، فلم [٤] يوجد قصدها ، ولا قصد الزوج ، لأنه قصد التحصل على الفرقة برضاها وقبولها .

٢٣١٨٩ - قالوا [٥] : ما لم يسمها لا تسقط كالديون [٦] .

٢٣١٩٠ - قلنا : لا نسلم ذلك ، ولو سلمنا فالفرق بينهما ما بينا .

٢٣١٩١ - قالوا : نقيس على النفقة إذا لم يشترط [٧] سقوطها [٨] .

٢٣١٩٢ - قلنا : البراءة تسقط الحقوق الواجبة التي وجد سببها ، والنفقة لم تجب ، ولم يوجد سبب وجودها .

٢٣١٩٣ - قالوا : لو كان دفع المهر إليها ، ثم خالعها على غير جنس المهر لم يرجع عليها بنصف ما أعطاها إياه عندكم ، وإن كان المهر حقا لم يجب .

٢٣١٩٤ - قلنا : وجد سببه لأن عقد النكاح سبب في وجوب نصف المهر بالفرقة قبل التسليم .

٢٣١٩٥ - فإن قيل : فكذلك النكاح سبب في وجوب النفقة .

٢٣١٩٦ - قلنا : لو كانت النفقة تجب بوجود العقد لأوجب العقد مالين ، والعقد الواحد لا يوجب بدلين أحدهما محظور ، ولو جاز ذلك لقيل إن الميراث يتعلق بالعقد وإنما نصف المهر بالعقد يوجب سلامة البدل : فإذا لم يسلم المبدل فسقوطه يعيد البدل إلى الحاقد قبل التسليم ، فكان ذلك من مقتضى العقد فصح أن يقال وجد سببه .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) انظر : المبسوط (١٩٠/٦) ، بدائع الصنائع (١٥٢/٣) .

(٣) في (ص) : [خاصة] .

(٤) في (ن) ، (ع) : [ولم] .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) انظر : المبسوط (١٩٠/٦) ، بدائع الصنائع (١٥١/٣) ، الشرح الكبير (٢٢٦/٨) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [بشرط] .

(٨) انظر : الشرح الكبير (٢٢٩/٨) ، فتح القدير (٢٢٥/٤) .

مسألة ١١٢١

الخلع على أن لا نفقة عليه في عدتها

٢٣١٩٧ - قال أصحابنا : إذا خلع امرأته على أن لا نفقة عليه في عدتها صح الخلع ، وسقطت النفقة (١) .

٢٣١٩٨ - وقال الشافعي : لها النفقة إن كانت حاملًا ، ويرجع عليها بمهر المثل (٢) .

٢٣١٩٩ - وكان أبو بكر الرازى يقول : الخلع يقع على مثل ما يستحقه في ذمتها ، ثم يصير قصاصا (٣) بما يجب لها عليه لو كان غيره .

٢٣٢٠٠ - ومن أصحابنا من يقول : يقع الخلع على سقوط النفقة (٤)

٢٣٢٠١ - لنا : أنه خالعها وشرط مالا يثبت سببه بالخلع ، فصار كما شرط في الخلع أن لا يرجع عليها بما أعطاها من المهر (٥) ، لأن مقصودها (٦) بالخلع قطع المنازعة في الحقوق المتعلقة بالعقد ، فلو لم يجز شرط إسقاط النفقة بقيت المنازعة ، فبطل مقصود العقد ، وعلى طريقة أبي بكر الرازي أن النفقة من جنس (٧) الأثمان ، وهي لا تتعين ، وإنما يقع على مثل المسمى في ذمة العاقد ، فيثبت له في ذمتها مثل نفقتها ، ويصير ذلك قصاصا بما يجب عليه في العدة . وجهالة مقدارها لا يمنع من صحة تسميتها ، كما لو تزوجها مفوضة ودخل بها ، ثم خلعها على مهرها ، وإن كان العقد وقع على مهر مثلها ، وهو مجهول ، كذلك جهالة النفقة .

٢٣٢٠٢ - ولا يلزم إذا خالعها على السكنى ، لأنها حق اللّه تعالى في ملك العقد ،

(١) وبه قال الإمام مالك ، وأحمد إذا كانت حاملًا . انظر : المبسوط (١٧٢/٦) ، بدائع الصنائع (٣/ ١٥٢) ، البحر الرائق ٤ م ٩٧ ، الكافي (٥٩٥/٢) ، المبدع (٢٣٢/٧) ، الفروع (٣٥٠/٥) ، كشاف القناع (٢٢١/٥) .

(٢) انظر : النكت ورقة ٢١٦ ، روضة الطالبين (٤٣٦/٧) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [مما] .

(٤) انظر : شرح مختصر الطحاوي للجصاص ورقة ١٥٧ .

(٥) إذا خالعها على بدل وكان البدل هو المهر فإن كان غير مقبوض سقط المهر عن الزوج وتسقط عنه النفقة الماضية . وإن كان مقبوضًا فعليها أن ترده على الزوج . انظر : بدائع الصنائع (١٥١/٣) ، فتح القدير (٢٣٤/٤) .

(٦) ساقطة من (ع) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [حبس] .

فلا يجوز إسقاطها [١] . فإن خالعها على أجرة السكنى جاز مثل مسألتنا [٢] .

٢٣٢٠٣ - ولا يلزم على ما يجب لها عليه [٣] إذا قتل عبدها [٤] أو استهلك مالها ، لأنا اعتبرنا في الطريقة الأولى ما يوجب سببه عقد النكاح ، لأنه لا يوجد [٥] في قتل العمد ، وعلى الطريقة الثانية إن جهالة النفقة لا تمنع من ثبوتها في وقتها بالخلع ، لجهالة مهر المثل .

٢٣٢٠٤ - ومعلوم أن النفقة محصورة وقد تتفاوت مدة العدة ، كتفاوت مهر المثل ، فإذا جاز في العقد إحدى الجهالتين جازت الأخرى ، وجهالة ما يجب لها عليه باستهلاك مالها جهالة كثيرة ، فلا يصح ثبوتها في بدل الخلع ، والنكاح .

٢٣٢٠٥ - احتجوا : بأنه براءة / مما لا يجب ، فوجب أن لا [٦] يصح . أصله : إذا أبرأته من غير خلع ، وكما لو خلعها على ما يجب عليه إذا قتل عبدها ، أو استهلك مالها [٧] .

٢٣٢٠٦ - قلنا : إذا أطلق البراءة فليست [٨] من توابع العقد ، وإذا شرطها في الخلع فقد تبعت عقدًا سومح فيه ، لأجل الشقاق لا يسامح [٩] في غيره ، ألا ترى أنه يجوز في حال الحيض ، وعقيب الجماع كل ذلك ليزول الشقاق [١٠] ، كذلك يسامح في جواز شرط إسقاط النفقة ، وإن لم يجز على الانفراد ، فأما قيمة ما يستهلك من مالها ، فلا يجوز لوجهين :

٢٣٢٠٧ - أحدهما : أن جهالة ذلك كثيرة لا تنحصر .

٢٣٢٠٨ - والثاني : أن ضرورة الشقاق إنما هي في علق النكاح ، فاضطر إليه ، وما سوى ذلك لا [١١] تعلق له بالنكاح ، فلم تدخل [١٢] فيه الضرورة فيجب الخلع .

---

(١) انظر : البناية (٦٨٢/٤) .

(٢) انظر : المبسوط (١٧٣/٦) ، تبيين الحقائق (٢٧٣،٢٧٢/٢) البناية (٦٨٢/٤) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [عقدها] .

(٥) في (م) : [يوجب] .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢١٦ .

(٨) في (م) : [وليست] .

(٩) في (ن) ، (ع) : [يتسامح] .

(١٠) انظر : بدائع الصنائع (١٥١/٣)

(١١) في (ن) ، (ع) : [فلا] .

(١٢) انظر : بدائع الصنائع (١٥١/٣) ، في (ع) : [يدخل] .

مسألة ١١٢٢

لا يستحلف الزوجان إذا اختلفا في بدل الخلع

٢٣٢٠٩ - قال أصحابنا : إذا اختلفا في بدل الخلع لم يتحالفا ، وكان القول قول المرأة مع يمينها [١] .

٢٣٢١٠ - وقال الشافعي : يتحالفان [٢] ، ويقضى بمهر المثل [٣] .

٢٣٢١١ - لنا : أن يمين الزوج لا يحتاج إليها في فسخ العقد ولا في إسقاط « ما ادعته المرأة » [٤] ، لأنه يملك إسقاط ذلك بقوله فلا يستحلف ، كما لو اعترف له بحق ، وادعى حقًّا آخر ، لم يستحلف [٥] ، ولا يلزم البيع ، لأن اليمين يحتاج إليها في فسخ العقد [٦] . ولا يلزم النكاح : لأن الزوج اعترف لها بالمهر ، وهي لا تملك [٧] إسقاط المهر بقولها ، لأنه لابد في النكاح من بدل ، فاستحلف كل واحد منهما لإسقاط التسمية التي [٨] ادعاها الآخر ، ليمكن [٩] القضاء بموجب العقد من مهر المثل [١٠] .

٢٣٢١٢ - احتجوا : بأنهما اختلفا في مقدار العوض المستحق بالعقد مع عدم البينة ، فوجب التحالف ، كاختلاف المتبايعين في الثمن [١١] .

٢٣٢١٣ - قلنا : هناك يحتاج إلى فسخ العقد لعدم الثمن ، فلابد من التحالف ، لإسقاط الثمن . وفي مسألتنا العقد لا ينفسخ ، وما اعترفت به [١٢] المرأة يسقط بمجرد

---

(١) وبه قال الإمام مالك وهو المنصوص عن الإمام أحمد وهو المذهب . انظر : المبسوط (١٨١/٦،١٨٢) ، بدائع الصنائع (١٤٩/٣،١٥٠) ، فتح القدير (٢٣٣/٤) ، الكافي (٥٩٤/٢) ، جواهر الإكليل (٣٣٦/١) ، المبدع (٢٤٦/٧) ، الفروع (٣٦٠/٥،٣٦١) .

(٢) بياض بنسخة (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : الأم (٢٢١/٥) ، المهذب للشيرازي (٧٦/٢) ، فتح الوهاب (٧٢/٢) ، مغني المحتاج (٢٧٧/٣،٢٧٨) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [ما ادعت المرأة] .

(٥) انظر : الاختيار (١٥١/٢) .

(٦) انظر : الشرح الكبير (٢٢٩/٨) ، المبدع (٢٤٦/٧،٢٤٧) ، فتح القدير (٢٣٣/٣) .

(٧) في (ن) : [يملك] .

(٨) في (ن) : [الذي] .

(٩) في (ن) : [لتمكن] .

(١٠) انظر : الهداية (١٦٥/٣) ، فتح القدير (٢٢٨/٨) ، اللباب في شرح الكتاب (٤٨/٣،٤٩) .

(١١) انظر : المغني مع الشرح الكبير (٢٢٩/٨) ، المهذب (٧٦/٢) .

(١٢) ساقطة من جميع النسخ وزدتها لاستقامة المعنى .

قوله ، فلا يحتاج إلى يمينه ، لإسقاط ذلك [١] ، ولا يقال : قد أبيتم التحالف في النكاح، وإن لم نفسخ العقد [٢] .

٢٣٢١٤ - قلنا : لأن التحالف في النكاح لإسقاط المسمى . فإن أسقطا بقى موجب العقد من مهر المثل ، فلو ثبت التحالف في الخلع سقط البدل ، لأن العقد لا يوجب البدل من غير تسمية عندنا ، فلا يمكن القضاء بشئ لما بينا أن خروج البضع من ملك الزوج غير مقوم ، فلا يجوز القضاء بمهر المثل .

* * *

(١) انظر : المغني (٢٢٩/٨) ، الهداية (١٦١/٣) .

(٢) انظر : البناية (٢٥٧/٤) .

مسألة ١١٢٣

إذا خالفت الزوجة زوجها فيما جعل إليها من الطلاق

٢٣٢١٥ - قال أبو حنيفة : إذا قال الزوج لامرأته : طلقي نفسك واحدة ، فطلقت نفسها ثلاثًا ، [لم يقع عليها شيء] [١] ، قالا : يقع واحدة .

٢٣٢١٦ - وبه قال الشافعي [٢] .

٢٣٢١٧ - لنا : أنها خالفت الزوج لفظا ومعنى ؛ بدلالة أن الثلاث غير الواحدة [٣] من طريق اللفظ ، ومن طريق المعنى ، الواحدة [٤] لا تزيل [٥] الملك ولا توجب [٦] التحريم ، والثلاث توجب [٧] التحريم وتزيل [٨] الملك ، وهي تتصرف [٩] فيما جعل إليها ، فإذا خالفت الزوج لم ينفذ تصرفها [١٠] [كما لو قال] [١١] : طلقي نفسك ثلاثًا [فقالت : طلقت نفسى إن دخلت لدار .

٢٣٢١٨ - ولا يلزم إذا قال طلقى نفسك ثلاثًا فطلقت نفسها واحدة ، لأن الأمر] [١٢] ، لا يقتضي اجتماعها ، بل هو عام في تجميع التطليقات وتفريقها .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [لم يقع عليها شيء عند أبي حنيفة] وهي زيادة لا وجه لها . انظر : الجامع الصغير ٢١٠ ، المبسوط (١٩٨/٦) ، الهداية (٢٤٨/١) البحر (٣٦١/٣) ، تبيين الحقائق (٢٢٧/٢) .

(٢) وبه قال الإمام مالك ، وأحمد . انظر : الجامع الصغير ٢١٠ ، بدائع الصنائع (١٢٤/٣) ، التفريع (٨٩/٢) ، المهذب (٨٠/٢) ، فتح الوهاب (٧٦/٢) ، مغني المحتاج (٢٨٧/٣) ، المغني (٣٠١/٨) .

(٣) في (ن) : [الوحدة] .

(٤) في (ن) ، (ع) : [الواحد] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [يزيل] .

(٦) في (ن) ، (ع) : [يوجب] .

(٧) في (ن) ، (ع) : [يوجب] .

(٨) في (ن) ، (ع) : [يزيل] .

(٩) في (ن) ، (ع) : [تصرف] .

(١٠) وقد رد الشيرازي هذا بأنها طلقت المأذون وغير المأذون فيقع المأذون دون غيره كما لو قال لها طلقي نفسك فقالت : انا وضرائري طوالق ، ولأن الواحدة تدخل في الثلاث فتقع كما لو قال طلقي نفسك ثلاثًا فطلقت واحدة . انظر : النكت ورقة ٢١٩ .

(١١) هكذا في جميع النسخ ولعل صحة العبارة [بخلاف ما لو قال] كما يدل عليه السياق .

(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

فإذا طلقت واحدة فقد أوقعت [١] ما جعل إليها ، فيقع [٢] .

٢٣٢١٩ - ولا يلزم إذا قالت له المرأة : طلقني واحدة بألف ، فطلقها ثلاثًا ، لأن الزوج لا يملك الطلاق بخلعها وتمليكها ، وإنما يؤثر قولها في إيجاب البدل عليها ، وهي إنهما التزمت العوض لتملك نفسها ، وإيقاع الثلاث أبلغ في ملكها نفسها ، فوجب أن يستحق البدل عليها [٣] ، ولأنه أمرها بإيقاع طلقة ممكنة ، فإذا أوقعت ما جعله إليها غير متميز ، [فقد أوقعت] [٤] ما لم يملكها إياه ، كمن أمر رجلا أن يزوجه امرأة ، فزوجه امرأتين ، وكما لو قال : بع عبدًا من عبيدي ، فباع عبدين [٥] ، وليس كذلك إذا قالت : طلقت نفسي ، وصاحبتي [٦] ، لأنها أوقعت [٧] ما يحصل إليها مهرًا عن غيره ، ثم أوقعت [٨] ما لم يجعل [٩] إليها ، فصار كما لو زوجه امرأة ، ثم أخرى .

٢٣٢٢٠ - ولهذا نقول : إنها لو قالت طلقت [١٠] صاحبتي [١١] ، ونفسي . لم يقع ، لأنها « تشاغلت » بغير ما فوض إليها فخرج الأمر من يدها [١٢] .

٢٣٢٢١ - احتجوا : بأنها أوقعت ما جعل إليها ، وما لم يجعل ، فصار كما قالت طلقت نفسي واحدة ، واحدة [١٣] ، أو طلقت نفسي ، وصاحبتي [١٤] .

٢٣٢٢٢ - قلنا : يبطل بما إذا قال : زوجني امرأة . فزوجه امرأتين .

٢٣٢٢٣ - فإن قيل : جهالة المنكوحة يمنع النكاح ، وجهالة التطليقتين لا يمنع الوقوع .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [أوقع] .
(٢) انظر : المبسوط (١٩٨/٦) ، بدائع الصنائع (١٢٥/٣) .
(٣) قال في بدائع الصنائع : ولو قالت طلقني واحدة بألف ، فقال أنت طالق ثلاثًا وقع الثلاث مجانًا عند أبي حنيفة ؛ لأن الثلاث لا تصلح جوابا للواحدة ، فإذا قال ثلاثًا فقد عدل عما سألته ، فصار مبتدئا بالطلاق ، فتقع الثلاث بغير شيء . انظر : بدائع الصنائع (١٥٣/٣) .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وزدتها لاستقامة المعنى بها .
(٥) رد الشيرازي هذا بأن المأمور هناك غير داخل في المفعول ، وههنا المأمور داخل في المفعول ، فهو كما قال بع بألف فباع بألفين . انظر : النكت ورقة ٢١٩ . (٦) في (ن) ، (ع) : [وصاحبي] .
(٧) في (ن) : [أوقت] وفي (ع) : [ادعت] .(٨) في (ن) : [أوقعت] .
(٩) في (ع) : [يحصل] . (١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(١١) في (ن) ، (ع) : [صاحبي] . (١٢) انظر : المبسوط (١٩٨/٦) .
(١٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(١٤) في (ن) : [صاحبي] . انظر : المبسوط (١٩٨/٦) ، بدائع الصنائع (١٢٤/٣) ، النكت ورقة ٢١٩ ، المغني (٣٠١/٨) .

٢٣٢٢٤ - قلنا : الجهالة لا تمنع الطلاق إذا أوقعه الزوج [١] ، فأما المملكة [٢] للطلاق المعين إذا أوقعته غير معين ، فقد فعلت غير [ما ملكت] [٣] ولا يمنع مما فوض إليهـا .

* * *

(١) انظر : المبسوط (١٤٦/٦) . (٢) في (ن) ، (ع) : [المملوكة] .

(٣) في (م) : [ما سألت] وما أثبتناه أنسب للسياق .

مسألة ١١٢٤

إذا قالت لزوجها طلقني ثلاثًا على ألف فطلقها واحدة

٢٣٢٢٥ - قال أبو حنيفة : إذا قالت لزوجها : طلقني ثلاثًا على ألف ، فطلقها واحدة ، فلا شيء له [١] .

٢٣٢٢٦ - وقال الشافعي : يستحق ثلث الألف [٢] .

٢٣٢٢٧ - لنا : أن « على » فيها معنى الشرط ، لها غرض صحيح في إيقاع الثلاث شرطًا [حتى تبين منه أعظم البينونة ، والطلاق يتعلق بالشرط ، فصار إيقاع الطلاق شرطًا][٣] في استحقاق العوض ، فلم يوجد الشرط [٤] ، وليس هذا كقوله : طلقني ثلاثًا بألف ، لأن الباء فيها معنى العوض ، وليس فيها شرط ، والطلاق بلا شرط شرط بعضه في بعض حكمًا ، فاعتبرت كل طلقه على حيالها ، بما [٥] جعل لها من العوض [٦] .

٢٣٢٢٨ - ولا يلزم إذا قالت : طلقني ، وصاحبتي [٧] على ألف ، لأنه لا غرض لها

---

(١) وبه قال الإمام أحمد . انظر : الجامع الصغير ٢١٧ ، المبسوط (١٧٤/٦) ، فتح القدير (٢٢٦/٤) ، تبيين الحقائق (٢٧٠/٢) ، المغنى (٢٠٥/٨) ، الشرح الكبير (٢١٣/٨) .

(٢) وبه قال الإمام أبو يوسف ومحمدانظر : الجامع الصغير ٢١٧ ، بدائع الصنائع (١٥٣/٣) ، البناية (٦٧٤/٤،٦٧٥) المهذب (٧٥/٢) ، النكت ورقة ٢١٤ . أما عند الإمام مالك لو قالت طلقني ثلاثًا على ألف ، فقال طلقت واحدة أو بالعكس ، وقع واستحق ذلك على المنصوص فيهما لأن مقصودها حصل انظر : حاشية الرهونى على الزرقانى (٧٤/٤) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٤) انظر : المبسوط (١٧٤/٦) ، بدائع الصنائع (١٥٣/٣) . وقد رد ابن قدامة هذا فقال : لا نسلم أن على للشرط ، فإنها ليست مذكورة في حروفه ، وإنما معناها ومعنى الباء واحد ، وقد سوى بينهما فيما إذا قالت طلقني وضرتي بألف أو على ألف ، ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة أو اثنتين . انظر : المغني (٢٠٥/٨) .

(٥) في (م) : [إنما] .

(٦) إذا قالت لزوجها طلقني بألف درهم ، فطلقها واحدة فله ثلث الألف ، لأن حرف الباء يصحب الأبدال والأعواض والعوض ينقسم على المعوض فهي لما التمست الثلاث بألف فقد جعلت بإزاء كل تطليقة ثلث الألف ثم فيما صنع الزوج منفعة لها ، لأنها رضيت بوجوب جميع الألف عليها بمقابلة التخلص من زوجها ، فتكون أرضى بوجوب ثلث الألف عليها إذا تخلصت من زوجها ، وبالواحدة تتخلص . انظر : المبسوط (١٧٣/٦) ، بدائع الصنائع (١٥٣/٣) .

(٧) في (ن) : [وصاحبي] .

في طلاق صاحبتها بعد بينونتها ، فعلم أنها أرادت العوض لا الشرط [١] .

٢٣٢٢٩ - احتجوا : بأنها جعلت الألف في مقابلة التطليقات ، وانقسمت كقولها : طلقني ثلاثًا بألف [٢] .

٢٣٢٣٠ - قلنا : « وقد بينا » [٣] الفرق بينهما .

* * *

(١) انظر : المبسوط (١٨٥/٦) .

(٢) انظر : المبسوط (١٧٤/٦) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [قلنا قد بينا] .

مسألة ١١٢٥

إذا خالعها على رضاع ابنه
مدة معينة فمات قبل الرضاع

٢٣٢٣١ - قال أصحابنا : إذا خالعها على رضاع ابنه منها سنة ، فمات الصبي قبل أن ترضعه ، رجع عليها بقيمة الرضاع (١) .

٢٣٢٣٢ - وقال الشافعي : بمهر مثلها (٢) .

٢٣٢٣٣ - لنا : أن التسمية قد صحت ، لأن الرضاع تصح المعاوضة عنه ، وقد تعذر التسليم فيه ، فصار كما لو خالعها على عبد فمات ، [أو تزوجها على عبد فمات] (٣) ، وقد بينا هذه المسألة .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٤٩/٣) ، فتح القدير (٦٨٧/٤) ، البناية (٦٨٧/٤) ، البحر الرائق (٩٨/٤) .

(٢) قال في المهذب : فإن مات الولد ففيه قولان أحدهما : يسقط الرضاع ولا يقوم غير الولد مقامه ، وعلى هذا يرجع إلى مهر المثل ، وهو الجديد ، وإلى أجرة الرضاع في القديم . والقول الثاني : أنه لا يسقط الرضاع ، بل يأتيها بولد آخر لترضعه ، لأن المنفعة باقية ، وإن مات المستوفى قام غيره مقامه . انظر : المهذب (٧٣/٢) ، روضة الطالبين (٣٩٩/٧، ٤٠٠) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . انظر : بدائع الصنائع (١٤٩/٣) .

مسألة ١١٢٦

تعليق الطلاق والعتاق بالملك

٢٣٢٣٤ - قال أصحابنا : إذا علق عقد الطلاق ، والعتاق ، فأضافهما إلى الملك ، فقال : إن تزوجت فلانة فهي طالق ، أو كلما [1] تزوجت امرأة فهي طالق صح العقد ، وإذا وجد الشرط في ملك وقع الطلاق [2] .

٢٣٢٣٥ - وهو قول : ابن عمر [3] ، وابن مسعود [4] [رضي الله عنهما] [5] .

٢٣٢٣٦ - وقال الشافعي : [لا يصح [6] تعليق الطلاق ، والعتاق بالملك] [7] .

٢٣٢٣٧ - لنا : أن الطلاق يصح تعلقه بالشرط فصح أن يضاف إلى الملك كالمهر . وهذا الأصل قد دل عليه القرآن ، وهو قوله تعالى : ﴿ وَمِنْهُم مَّنْ عَٰهَدَ ٱللَّهَ لَئِنْ ءَاتَىٰنَا مِن فَضْلِهِۦ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَلَمَّآ ءَاتَىٰهُم مِّن فَضْلِهِۦ بَخِلُوا۟ بِهِۦ ﴾ [8] .

٢٣٢٣٨ - وقد دل عليه الإجماع [9] ، ولأن الطلاق يصح في المجهول ، ويتعلق بالخطر ، فجاز إضافته إلى الملك كالوصية والنذر [10] .

---

(١) ساقطة من (م) . (٢) هذه المسألة لها صورتان .

(أ) تعليق الطلاق على الأجنبيات بشرط التزويج ، مثل أن يقول : إن نكحت فلانة فهي طالق . وللفقهاء في ذلك ثلاثة مذاهب .

(ب) الصورة الثانية تعليق العتاق بالملك . ذهب الإمام أبو حنيفة ومالك ورواية عن أحمد إلى جوازه انظر : الهداية (٥٤/٢) ، المبدع (٣١٠/٦) ، أسهل المدارك (٢٤٧/٣) وذهب الإمام الشافعي وأحمد - في رواية - إلى عدم جواز وقوعه . انظر : مغني المحتاج (٢٩٣/٣) ، المبدع (٣١٠/٦) .

(٣) انظر : الموطأ ، باب يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح (٥٨٤/٢) .

(٤) انظر : المبسوط (٩٧/٦) . الموطأ باب يمين الرجل بطلاق ما لم ينكح (٥٨٥/٢) ، سنن سعيد بن منصور (٢٨٦/٣) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٦) في (م) : [لا يتقدر] . (٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٨) سورة التوبة : الآية ٧٦

(٩) انظر : مشكل الآثار (٢٨٥/١) ، ٢٨٦ للإمام أبي جعفر الطحاوي .

(١٠) ساقطة من (م) . وقد اعتبر القياس على الوصية قياسًا فاسدًا ، لأن الوصية نافذة بعد الموت ، ولو طلق الحي بعد موته لم يجز ، كما أن الوصية قربة لله ﷻ ، والطلاق ليس فرضا ولا مندوبا إليه ، كما أن الوصية ليست بتنفيذ ، ولهذا يفتقر تنفيذها إلى تعيين الورثة وهذا تنفيذ . انظر : المحلي (٥٣٣/١١) ، فتح الباري (٣١٨/٩) .

٢٣٢٣٩ - فإن قيل : المعنى في الوصية ، والنذر [1] أن كل واحد منهما يصح أن يعقد مطلقا ، وإن لم يضف إلى الملك ، وليس كذلك الطلاق ، والعتاق ، لأن كل واحد منهما لا يصح إطلاق العقد عليه قبل الملك فلم يصح وإن أضيف إلى الملك .

٢٣٢٤٠ - قلنا : القدر الذي قسنا عليه ، هو نذر صدقة والعتق [2] ، وذلك لا يصح إطلاق العقد عليه قبل ملكه ، وإنما يصح إذا أضيف إلى الملك [3] ، وأما الذي يصح إطلاق العقد عليه فهو قدر ما في الذمة [4] ، ولم نقس على هذا . فأما الوصية : فلا تصح إلا في ملك ، أو مضافة إلى ملك إلا أن الإضافة تكون تارة : بالصريح ، وتارة من طريق الحكم . [فإذا قال : أوصيت لفلان بثلث مالى والوصية تمليك] [5] يتعلق بالموت ، فقد أضاف الوصية إلى تملكه عند موته ، فإذا قال : أوصيت بألف . فكأنه قال : ملكته بموتي ألفا ، فيتناول ذلك ما يملكه عند الموت حكما ، ولهذا لو علق الوصية بعين على ملك غيره ، لم يصح حتى يضيفها إلى ملكه [6] .

٢٣٢٤١ - فإن قيل : المعنى في الوصية أنها تنفذ من غير ملك ، فجاز أن تنعقد في غير ملك ، والطلاق لا ينفذ في غير ملك ، [ولا ينعقد في غير ملك ، فلا ينعقد إلا في ملك [7] .

٢٣٢٤٢ - قلنا : علة الفرع تبطل بالنذر ، فإنه لا ينفذ في غير ملك ، وهو علة الأصل بالعتق ، لأنه ينفذ عندهم في ملك ، وهو في غير ملك] [8] ، وهو العبد المشترك ، ولا ينعقد عندهم إلا في ملك [9] . على أنه لا فرق عندنا بين الوصية ، والعتق ، والطلاق ، لأن الطلاق ينعقد في غير ملك وينعقد في الملك ، وفي حكم [10] الملك ، وهي المختلعة [11] ، والوصية تنعقد في غير ملك وتنعقد في حكم الملك ، لأن

---

(١) في (م) : [البدر] ، وفي (ن) [الندر] .
(٢) في (م) : [والعتق] .
(٣) في (ن) ، (ع) : [اللغة] .
(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣٥٢/٧) .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٦) انظر : بدائع الصنائع (٣٣٣/٧) .
(٧) أي أن الوصية عند المخالف تنفذ في غير ملك وتنعقد في غير ملك ، ولهذا جاز تعليقها ، بخلاف الطلاق فإنه لا ينعقد ولا ينفذ إلا في ملك . النكت ورقة ٢١٦ .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٩) انظر : المهذب (٢٤٢/٢) .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [الحكم] .
(١١) انظر : البحر الرائق (٨٠/٤) .

التركة على حكم ملك [١] الميت حتى تنفذ الوصايا ، ويقسم [٢] الميراث [٣] .

٢٣٢٤٣ – فإن قيل : المعنى في النذر ، أنه ينعقد على الذمة ، فلذلك لم يفتقر إلى الملك ، والطلاق لا ينعقد على الذمة [٤] .

٢٣٢٤٤ – قلنا : الطلاق والعتاق ، يصح أن ينعقد [٥] على الذمة ، وكان يجب أن يصح [٦] العقد عليه في غير ملك على فرض [٧] هذا القول .

٢٣٢٤٥ – فإن قيل : النذر يراد للإيجاب لا للنفوذ [٨] ، بدلالة أن الشرط إذا وجد لا ينفذ ، وإنما يفتقر إلى تنفيذ ، والإيجاب يصح ممن لا يصح منه التنفيذ ، بدلالة الحائض توجب [٩] الصلاة فتجب ، ولا يصح فعلها منها ، وأما الطلاق فعقد [١٠] إنما يراد للنفوذ ، بدلالة أن الشرط إذا وجد نفذ [١١] ، فلم يحتج إلى تنفيذ .

٢٣٢٤٦ – قلنا : والوصية تراد للتنفيذ ، بدلالة أن الموت إذا وجد نفذت [١٢] ، وملك الموصى له الثلث ، « وإن كان يعقد » [١٣] في غير ملك ، ولأنه أضاف الطلاق [١٤] إلى [١٥] وقت يملك إيقاع الطلاق فيه في الظاهر ، وهو ممن له قول صحيح ، فوجب أن ينعقد طلاقه ، كما لو قال لزوجته : أنت طالق رأس الشهر [١٦] ، ولأنه إذا قال : أنت طالق رأس الشهر جاز أن يكون ممن يقع طلاقه ويجوز أن لا [١٧]

---

(١) في (م) : [الملك] .
(٢) في (م) : [ويسم] .

(٣) انظر : البحر الرائق (٥٥٧/٨، ٥٥٨) .

(٤) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على قياس المصنف على النذر بأن النذر ينعقد في الذمة فلا يفتقر إلى الملك ، بخلاف الطلاق فإنه لا ينعقد على الذمة . .

(٥) في (م) : [ينعقد] .
(٦) في (ن) ، (ع) : [وكان يصح أن يجب] .

(٧) في (م) : [قرر] ، وفي (ن) : [فرد] . (٨) في (ن) ، (ع) : [للغو] .

(٩) في (ن) ، (ع) : [لوجب] .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [فعقده] .

(١١) في (م) : [بعد] ، وفي (ن) : [نفد] .

(١٢) في (ن) : [نفدت] .

(١٣) في (ن) ، (ع) : [وإن كانت تنفقد] .

(١٤) في (ن) ، (ع) : [الملك] .
(١٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٦) انظر : المبسوط (٩٧/٦) ، بدائع الصنائع (١٣٢/٣) . وقد رد الشيرازي هذا : بأن الزوج مالك للطلاق فملك تعليقه على الشرط كمن ملك سلعة ملك بيعها بشرط وهذا غير مالك للطلاق فلم يملك تعليقه بشرط كمن لم يملك سلعة لم يملك بيعها بشرط . النكت ورقة ٢١٦ .

(١٧) ساقطة من (ع) .

يكون ممن ينعقد طلاقه ، ومع ذلك ينعقد يمينه ، فإذا أضاف / الطلاق إلى التزويج وملكه (١) متحقق في ذلك الوقت ، أولى أن ينعقد (٢)

٢٣٢٤٧ - ولأن الطلاق ينعقد ، فإذا أضافه إلى الملك فهو كالمرسل في الملك ، كما لو قال لامرأته الحائض : أنت طالق للسنة (٣) . يبين ذلك أن الزوج يملك من امرأته نوعى الطلاق (٤) بدعي (٥) ، وسني (٦) ، فالبدعى يملكه (٧) في عموم أوقات النكاح ، والسني يملكه في وقت (٨) [دون وقت] (٩) ، فهو قبل وقت السُّنَّة ، كما قبل وقت النكاح (١٠) السُّنَّة في جنس الطلاق .

٢٣٢٤٨ - فإن قيل : طلاق السنة إنما هو طلاق يتعلق بزمان ، فهو كمن قال : أنت طالق رأس الشهر أن ذلك على وجود الوقت (١١) ، ولو أراد أن يرفع ذلك الطلاق في الحال ، لم يصح ، وإن كان مالكا (١٢) للطلاق .

٢٣٢٤٩ - قلنا : الطلاق المعلق برأس الشهر ، هو الذي يُمْلَكُ في الحال ، وإنما أصله : طلاق السنة ، وليس كذلك ، بل هو طلاق البدعة ، وهما نوعان مختلفان

---

(١) في (ن) ، (ع) : [أو ملكه] . (٢) انظر : المبسوط (٩٧/٦، ٩٨) .

(٣) انظر : المبسوط (٩٨/٦) . وقد رد الشيرازي هذا بأن ولاية عقد الطلاق سبق النكاح فلم يصح كما لو لم يضف إلى الملك . انظر : النكت ورقة ٢١٦ . (٤) في (ن) : [الطلاق] .

(٥) الطلاق البدعى نوعان : نوع يرجع إلى الوقت ونوع يرجع إلى العدد ، أما الذي يرجع إلى الوقت فنوعان أيضًا ، أحدهما : الطلقة الواحدة الرجعية في حالة الحيض ، إذا كانت مدخولا بها ، حرة كانت أو أمة ، والثاني : الطلقة الواحدة الرجعية في ذوات الأقراء ، في طهر جامعها فيه ، وأما الذي يرجع إلى العدد فهو إيقاع الثلاث أو الثنتين في طهر واحد لا جماع فيه ، سواء كان على الجمع بأن أوقع الثلاث جملة واحدة أو على التفاريق واحدا بعد واحد بعد أن كان الكل في طهر واحد . انظر : تحفة الفقهاء (٢٥٢/٢، ٢٥٣) ، بدائع الصنائع (٩٣/٣، ٩٤) ، مجمع الأنهر (٣٨٢/١، ٣٨٣) .

(٦) الطلاق السني نوعان : سنة من حيث العدد ، وسنة من حيث الوقت ، أما السنة من حيث العدد فهو نوعان : حسن وأحسن ، فالأحسن أن يطلقها واحدة في وقت السُّنَّة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ، والحسن أن يطلقها ثلاثًا في ثلاثة أطهار عند كل طهر واحدة ، وأما السنة من حيث الوقت فهو معتبر في حق المدخول بها ، وذلك أن يطلقها إذا طهرت من الحيض قبل أن يجامعها . انظر : المبسوط (٦/ص٣-٧) تحفة الفقهاء (٢٥١/٢، ٢٥٢) .

(٧) في (ع) : [يملك] . (٨) في (ن) ، (ع) : [في كل وقت] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [كما قبل وقت السنة النكاح] ، وفي غيرهما بحذف كلمتي : « وقت » ، « السُّنَّة » .

(١١) في (ن) ، (ع) : [الشرط] . (١٢) في (ن) ، (ع) : [مالكها] .

بدلالة إباحة أحدهما ، وحظر (١) الآخر (٢) .

٢٣٢٥٠ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ (٣) .

٢٣٢٥١ - و (٤) ثم للتراخي اقتضى ذلك تأجيل الطلاق عن النكاح (٥) .

٢٣٢٥٢ - [والجواب : أنه لا دلالة في الآية ، لأنها تدل على وقوع الطلاق بعد النكاح] (٦) ، ولا يبقى غير ذلك .

٢٣٢٥٣ - فإن قيل : إذا من حروف الشرط ، والحكم المتعلق بالشرط ، يدل على نفي ما عداه (٧) .

٢٣٢٥٤ - قلنا : هذا غلط ، لأن الحكم المتعلق بالشرط في قوله تعالى : ﴿ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ الآية (٨) بعد الفاء ، وجواب الشرط ما جاء بعد الفاء ، وقوله : ﴿ طَلَّقْتُمُوهُنَّ ﴾ (٩) تمام الشرط ، فلا يكون متعلقا به حتى يعتبر به دليله .

٢٣٢٥٥ - ولأن الآية دلالة لنا ، لأنها تقتضي وقوع الطلاق إذا تقدمه نكاح ، والطلاق إنما يكون عند وجود الشرط ، وما قبل ذلك هو عائد على الطلاق ، فليس بمطلق .

٢٣٢٥٦ - والدليل على اعتبار حال الإضافة أنه إذا قال لزوجته : إذا بنتي مني انقضت عدتك ، فأنت طالق لم يقع بهذا القول شيء ، فقوله مطلق عند الشرط وليس بمطلق عند العقد [وإلا] (١٠) لوقع عليها الطلاق .

٢٣٢٥٧ - فإن قيل : لو قال لامرأته : إذا جاء غد (١١) فأنت طالق . ثم قال لعبده :

---

(١) في (ن) : [حطر] .

(٢) انظر : المبسوط (٩٨،٩٧/٦) ، بدائع الصنائع (٩٤،٩٣/٣) .

(٣) سورة الأحزاب : الآية ٤٩ . (٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : النكت ورقة ٢١٦ ، شرح منتهى الإرادات (١٥٣،١٥٢/٣) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٧) هذا استدلال للمخالف بالآية المذكورة سابقة بأن إذا للشرط ويكون المعنى حينئذ : أن وقوع الطلاق مشروط بوجود النكاح والحكم المتعلق بالشرط ينفي ما عداه . انظر : النكت ورقة ٢١٦ .

(٨) سورة الأحزاب : الآية ٤٩ . (٩) الآية السابقة .

(١٠) زيادة لإقامة المعنى .

(١١) في (ن) ، (ع) : [غد] ، وفي غيرهما : « غدا » .

إن طُلِّقَتْ امرأتي فأنت حر ، فجاء غد [١] ، لم يعتق عبده ، وطلقت امرأته في الغد باليمين ، فدل على أنه مطلق عند العقد لا عند الشرط .

٢٣٢٥٨ - قلنا : هو مطلق عند وجود الصفة ، لا عند اليمين [لأن اليمين مخصوصة عندنا بما يمكن الامتناع منه [٢] ، لأن الناس يمنعون أنفسهم بما يمكنهم الامتناع منه ، ومالا يمكنهم الامتناع منه ، يمنعون باليمين] [٣] ، ولهذا لو حلف لا يركب ، وهو راكب ، فنزل في الحال لم يحنث ، وإن وجد جزء من الركوب ، لأن ما [٤] لا يمكن الاحتراز منه مختص [٥] من اليمين [٦] .

٢٣٢٥٩ - احتجوا [٧] : بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : لا طلاق قبل نكاح [٨] .

٢٣٢٦٠ - قلنا : ذكر على بن المدينى [٩] في كتاب الضعفاء [١٠] : أنه لم يصح في هذا خبر عن النبى ﷺ [١١] .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [غد] ، وفي غيرهما : « غدا » . ومعنى المسألة أن تطليق امرأته حدث بعبارة سابقة على تعليق عتق العبد ، وإنما يعتق إذا كان سيستأنف إحداث الطلاق .

(٢) انظر : تبيين الحقائق (٢١٧/٤) .   (٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٤) ساقطة من جميع النسخ وزدتها لاستقامة المعنى بها .

(٥) في (م) : [مجص] وفي (ن) [محض] .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ٣٠٨ .

(٧) انظر : النكت للشيرازى ورقة ٢١٦ ، بداية المجتهد (١٠٤/٢) ، المبدع (٣٢٤/٧، ٣٢٥) مغني المحتاج (٢٩٢/٣) ، نهاية المحتاج (٤٥٠/٦) .

(٨) أخرجه ابن ماجه في سننه ، باب لا طلاق قبل نكاح (٦٦٠/١) ، وتلخيص الحبير (٢١٢/٣) وسنن أبي داود (٦٤٠/٢،٦٤١) ، الترمذي في جامعه (٤٨٦/٣) .

(٩) الحافظ على بن عبد اللّٰه بن جعفر .... السعدي روى عن أبيه ، وحماد بن زيد ، وابن عيينة ويحيى بن سعيد القطان وغيرهم ، وروى عنه البخاري وأبو داود وأحمد بن حنبل وأبو يعلى وغيرهم . قال عبد الرحمن بن مهدى : على بن المدينى أعلم الناس بحديث رسول اللّٰه ﷺ صنف التصانيف منها كتاب الضعفاء ، معرفة علل الحديث ، مات سنة ٢٣٤هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٣٤٩/٧-٣٥٧) ، لسان الميزان (١٣٨/٣-١٤١) تذهيب تهذيب الكمال (٢٥١/٢-٢٥٢) .

(١٠) لعلى بن المديني كتاب في الضعفاء ذكره له الحاكم النيسابوري في معرفة علوم الحديث ، ووصفه بأنه في عشرة أجزاء ، وذكره له ابن النديم في الفهرست . انظر : علوم الحديث للحاكم النيسابوري ص ٧١ ، الفهرست لابن النديم ص ٢٨٦ تحقيق رضا تجدد .

(١١) قال الشوكاني في نيل الأوطار : ولا يخفى عليك أن مثل هذه الروايات التي سقناها في الباب من طريق أولئك الجماعة من الصحابة مما لا يشك منصف أنها صالحة بمجموعها للاحتجاج . نيل الأوطار (٢٤١/٦) =

٢٣٢٦١ - وقد رواه « ابن أبي شيبة »[١] عن وكيع[٢] عن ابن أبي « ذئب »[٣] عن عطاء ، ومحمد بن المنكدر[٤] ، عن جابر يرفعه[٥] .

٢٣٢٦٢ - قال ابن أَبي شيبة : هكذا رواه وكيع [وليس له أصل[٦] . ورواه إبراهيم بن الوليد[٧] ، عن ابن أبي شيبة][٨] ، عن وكيع ، عن سفيان ، عن محمد بن المنكدر ، عمن سمع النبي ﷺ [يقول : لا طلاق إلا بعد نكاح][٩] [وروى ابن جريج[١٠] ،

= وقد سبق أن نقلنا عن الحافظ ابن حجر في التلخيص أن إسناد ابن ماجه إسناد حسن .

(١) في (م) : [يسير] .

(٢) وكيع بن الجراح بن مليح الرؤاسي الكوفي روى عن عكرمة ، والأوزاعى ومالك وغيرهم وروى عنه سفيان الثوري وأحمد بن حنبل والحميدى والقضبى وغيرهم ، قال أحمد بن حنبل : ما رأيت مثل وكيع في الحفظ والإسناد . مات سنة ١٩٦هـ انظر : تهذيب التهذيب (١١/١٢٣-١٣١) ، الثقات (٧/٢٢٨) ، - الجرح والتعديل (٩/٢٤٩) .

(٣) في (م) : [دئب] . هو محمد بن عبد الرحمن بن المغبرة . . . بن أبي ذئب . روى عن عكرمة ، ونافع ، والزهري ومحمد بن المنكدر وغيرهم ، وروى عنه الثوري ومعمر وسعد بن إبراهيم ويحيى بن سعيد ومعن بن عيسى وغيرهم . قال النسائي : ثقة مات سنة (١٥٨) هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٩/٣٠٣-٣٠٧) . الثقات لابن حيان (٧/٣٩٠-٣٩١) ، رجال صحيح مسلم (٢/١٩١) .

(٤) هو محمد بن المنكدر بن عبد اللّٰه . . . بن عامر القرشي روي عن أبي هريرة وعائشة وأبي قتادة وأنس وجابر وغيرهم ، وروى عنه عثمان بن حكم وسفيان بن عيينة - - - ومالك وغيرهم ، قال ابن معين وأبو حاتم : ثقة . مات سنة (١٣٠) هـ انظر : الكاشف (٣/٨٨) ، الثقات للعجلى (٢/٢٥٥) ، تهذيب التهذيب (٩/٤٧٣-٤٧٥) ، تقريب التهذيب (٢/٢١٠) .

(٥) انظر : المصنف (٥/ ١٦) لابن أبي شيبة . إلا أن الملاحظ هنا أن الحديث عند ابن أبي شيبة موقوف على جابر وليس مرفوعًا كما ذكر المصنف .

(٦) أورد ابن أبي شيبة هذا الحديث في باب الطلاق ، وفي كتاب الرد على أبي حنيفة ولم يتكلم عليه بصحة أو ضعف كما هي عادته . المصنف (٥/١٦،١٤/٢٢٤) .

(٧) هو إبراهيم بن الوليد بن أيوب . . . . الجشاشى روى عن عبد اللّٰه بن صالح وإسماعيل بن أبي أويس ، وشيبان بن فروح وغيرهم وعنه الحسن بن يحيى ومحمد بن عمرو ، وعبد اللّٰه بن عيسى وغيرهم . قال الدارقطني ثقة . مات سنة ٢٧٢ هـ انظر : تاريخ بغداد (٦/١٩٩-٢٠٠) ، تبصير المنتبه (١/٣٣٧) ، المشتبه ١٦٤ .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . ابن أبي شيبة في المصنف (٥/١٦) .

(١٠) عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج المكي روى عن عطاء والزهري ومحمد بن المنكدر وابن وهب وغيرهم وعنه الأوزاعى والليث ويحيى بن سعيد والقطان وغيرهم . قال العجلى مكي ثقة مات سنة (١٥٠) هـ انظر : في =

ومحمد بن إسحاق [١] ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن النبي ﷺ] [٢] قال : « لا طلاق إلا فيما يملكون ، ولا نذر في معصية » [٣] . ، وروى ابن جريج عن عمرو بن شعيب ، عن طاووس [٤] ، عن معاذ ، قال : قال النبي ﷺ : لا طلاق قبل نكاح ، ولا نذر فيما لا يملك [٥] .

٢٣٢٦٣ - وطاووس لم يسمع من في معاذ [٦] ، وروى الرمادي [٧] قال : حدثنا معلى بن منصور [٨] قال : حدثنا أبو بكر بن عياش [٩] عن حرام [١٠] بن عثمان ، عن ابن جابر ، عن أبيه قال : قال قال رسول اللّٰه ﷺ لا طلاق قبل نكاح [١١] .

٢٣٢٦٤ - قال ابن المديني : حديث حرام قال يعقوب بن أبي شيبة [١٢] : في حديث

= الثقات لابن حبان (٩٤،٩٣/٧) تهذيب التهذيب (٤٠٦-٤٠٢/٦) ، الجرح والتعديل (٣٥٨-٣٥٦/٥) .

(١) محمد بن إسحاق بن يسار . . . بن خيار روى عن الأعرج والزهري ومكحول وعكرمة وغيرهم وروى عنه يحي بن سعيد القطان ، وشعبة والثوري وزهير بن معاوية وغيرهم ، قال العجلى : مدني ثقة . انظر : تهذيب التهذيب) (٤٦-٣٨/٩) ، لسان الميزان (٣٥٢-٣٥١/٧) ، طبقات الحفاظ للسيوطى (٧٦،٧٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . (٣) الإمام أحمد في المسند (٢٠٧/٢) .

(٤) طاووس بن عتبة بن طاووس بن كيسان . روى عن زيد بن ثابت وأبي هريرة ، وزيد بن أرقم وابن عباس وغيرهم ، وروى عنه الزهري وإبراهيم بن ميسرة وأبو الزبير المكي وغيرهم . قال أبو زرعة : ثقة . مات سنة (١٠٦) هـ وصلى عليه هشام بن عبد الملك الخليفة . انظر : الجرح والتعديل (٥٠١،٥٠٠/٤) ، الثقات لابن حبان (٣٢٩/٨) ، تذكرة الحفاظ (١/ ٩٢،٩٠) .

(٥) سبق تخريجه . (٦) انظر : مجمع الزوائد (٣٣٤/٤) .

(٧) في (م) ، (ن) : [الريادي] . أحمد بن منصور بن يسار . . . المعروف بالرمادي روى عن إبراهيم بن الحكم وزيد بن الحباب وعبد الرزاق بن همام وحرملة بن يحيى وغيرهم وروى عنه ابن ماجه وعبد الرحمن بن أبي حاتم ومحمد بن عقيل والمحاملى وغيرهم . قال الدارقطني : ثقة . مات سنة ٢٦٥ هـ انظر : تهذيب الكمال (٤٩٥-٤٩٢/١) - الجرح والتعديل (٧٨/٢) ، ميزان الاعتدال (١٥٨/١) ، الثقات لابن حيان(٤١/٨) .

(٨) معلى بن منصور أبو يعلي الرازى ، روى عن مالك وليث بن سعد وشريك وأبو بكر بن عياش وغيرهم، وروى عنه أحمد بن منصور الرمادي وعباس الدوري والحسن بن مكرم وغيرهم . قال عثمان بن سعيد : سألت يحيى بن معين عن المعلى بن منصور ، فقال : ثقة . مات سنة (٢١١) هـ انظر : الجرح والتعديل (٣٣٥،٣٣٤/٨) خلاصة تهذيب الكمال (٤٦/٣) ، الثقات لابن حبان (١٨٢/٩) ، تهذيب الكمال (٢٩٧،٢٩١/٢٨) .

(٩) في (ن) : [عياس] . (١٠) في (ن) : [خرام] .

(١١) عند الخطيب البغدادى في تاريخ بغداد (٤٥٥/٩) وفيه حرام بن عثمان ضعيف .

(١٢) « عثمان » في جميع النسخ بدلًا من يعقوب ، ويعقوب بن شيبة بن الصلت بن عصفور ولد سنة ١٨٠ هـ روى عن علي بن عاصم وروح بن عبادة وحجاج بن منهال ووهب بن جريرة وغيرهم وعنه حفيده محمد =

على ، عن النبي - ﷺ قال : لا طلاق قبل نكاح . رواه طاووس [واختلف عنه فيه ، فرواه عثمان بن أبي شيبة [1] ، عن ابن طاووس] [2] عن أبيه عن على ﷺ وطاووس لم يسمع من عليّ شيئًا ، ورواه ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن معاذ ، ولم يسمع ابن جريج هذا الحديث عن عمرو بن شعيب ، ولا سمع [3] من معاذ [4] ، ورواه على بن المنكدر ، عن طاووس ، عن النبي ﷺ ولم يذكر فيه عليا ، ولا معاذا ، واختلف عن [5] ابن المنكدر ، فقال : الثوري ، عن ابن المنكدر ، عمن سمع طاووسا عن النبي ﷺ ، ورواه [6] ابن ذئب والفضل [7] الرقاشي [8] ، فقالا : عن أبي المنكدر ، عن طاووس [9] عن النبي ﷺ ولم يذكروا فيه عليا ولا معاذا قال ابن أبي شيبة : والحديث حديث سفيان الذي قدمناه . قال : وروى « جويبر » [10] عن الضحاك ، عن النزال بن سبرة [11] ، عن على ، وجويبر

= ابن أحمد بن يعقوب ويوسف بن يعقوب الأزرق وغيرهم . قال أبو بكر الخطيب : ثقة ، وكان من كبار علماء الحديث له دنيا واسعة وتَجمُّل . مات سنة (٢٦٢) هـ انظر : في تذكرة الحفاظ (٥٧٧/٢-٥٧٨) ، سير أعلام النبلاء (٤٧٦/١٢-٤٧٩) - تاريخ بغداد (٢٨١/١٤-٢٨٣)- طبقات السيوطي ٢٥٤ .

(١) عثمان بن محمد بن أبي شيبة روى عن هشيم ووكيع والقاسم بن مالك وجرير بن عبد الحميد وعلى بن مسهر وخلق كثير وروى عنه الجماعة سوى الترمذي والنسائي وأبو زرعة وغيرهم . قال يحيى بن معين : ثقة . مات سنة (٢٣٩) هـ انظر : الثقات لابن حيان (٤٥٤/٨) الجرح والتعديل (١٦٦/٦-١٦٧) ، تهذيب التهذيب (١٤٩/٧-١٥١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . عبد اللّٰه بن طاووس اليماني أبو محمد روى عن أبيه وعطاء وعكرمة بن خالد وروى عنه ابن جريج ومعمر وغيرهم قال أبو حاتم والنسائي : ثقة . مات سنة (١٦٢) هـ انظر : الكاشف (٨٨/٢) ، الجرح والتعديل (٨٨/٥-٨٩) ، خلاصة تهذيب الكمال (٦٨/٢) .

(٣) في (ن) : [يسمع] .

(٤) في (ن) [بن] .

(٥) في (ن) ، (ع) على .

(٦) ساقطة من : (ن) .

(٧) في (ن) : [الفصل] .

(٨) الفضل بن عيسى بن أبان الرقاشي روى عن أنس ومحمد بن المنكدر والحسن البصري وغيرهم ، وعنه المعتمر بن سليمان وأبو عاصم العباد والحكم بن عباد وآخرون . قال أبو حاتم : منكر الحديث في حديثه بعض الوهن ، ليس بقوى . انظر : تهذيب التهذيب (٢٨٣/٨-٢٨٤) ، المغني في الضعفاء (٥١٢/٢) ، الجرح والتعديل (٦٤/٧) .

(٩) ساقطة من (ن) .

(١٠) جويبر بن سعيد الأزدى أبو القاسم البلخى روى عن الضحاك أشياء مقلوبة روى عن مروان بن معاوية ، ومحمد بن يزيد قال ابن حجر ضعيف جدًا مات بعد الأربعين انظر : في التاريخ الكبير (٢٥٧/١) ، تقريب التهذيب (١٣٦/١) ، الضعفاء والمتروكين للنسائي (١٤٨/٣) .

(١١) النزال بن سبرة الهلالي روى عن أبي بكر وعثمان وعلى وغيرهم ، وروى عنه الشعبي والضحاك وغيرهم . قال يحيى بن معين النزال بن سبرة : ثقة لا يسأل عنه . انظر : تهذيب التهذيب (٣٧٨/١٠) ، =

ضعيف الحديث [١] . قال : ورواه ليث [٢] بن أبي سليم [٣] ، عن عبد الملك بن ميسرة [٤] ، عن النزال [٥] بن سبرة ، عن علي ، وليث بن أبي سليم ، ضعيف [٦] ورواه الحسن عن علي ، ولم يسمع الحسن من علي شيئا [٧] قال : يحي بن سعيد القطان [٨] : حديث جويبر بحديث الضحاك ، عن النزال بن سبره عن علي قال : لا طلاق إلا بعد نكاح [٩] . قال الطحاوي : طالبناهم بتصحيح ما رووا من ذلك ، فلم يأتوا بشئ [مما ثبت] [١٠] من جهة الأسانيد [١١] و [١٢] لو ثبت الخبر ، اقتضى نفى الطلاق قبل النكاح . وعندنا إنما عقد الطلاق قبل النكاح ،

= الكاشف (١٧٦/٣) ، الجرح والتعديل (١٩٨/٨) .

(١) انظر : الضعفاء والمتروكين للنسائي ص ٧٣ . (٢) في (ن) ، (ع) : [لينبن] .

(٣) ليث بن أبي سليم بن زنيم . . . . الكوفي ولد بالكوفة ، روى عن مجاهد وطاووس وابن سيرين وغيرهم وروى عنه النووي وأهل الكوفة قال أبو زرعة وأبو حاتم لا يشتغل به ، وهو مضطرب . مات سنة (١٤٣) هـ انظر : في ميزان الاعتدال (٤٢٠/٣-٤٢٣) ، التاريخ الكبير (٢٤٦/٧) ، المجروحين (٢٣١/٢-٢٣٤) ، الضعفاء والمتروكين (٣ /٢٩) لابن الجوزى ط بيروت .

(٤) عبد الملك بن ميسرة الهلالي ، وروى عن ابن عمرو وأبي الطفيل وزيد بن وهب ، وروى عنه شعبة ومسعر ومنصور بن المعتمر وسليمان بن بلال وغيرهم . قال ابن معين وخراش : ثقة ، قال البخاري : مات في العشر الثاني من المائة الثانية . انظر : تهذيب التهذيب (٤٢٦/٦ - الكاشف (١٨٩/٢) خلاصة تهذيب الكمال (١٨١/٢) الجرح والتعديل (٣٦٥/٥-٣٦٦) .

(٥) في (ن) : [النرال] .

(٦) انظر : الضعفاء والمتروكين للنسائي ٢٠٩ المجروحين (٢٣١/٢) .

(٧) انظر : تهذيب الكمال (٩٥/٦) وما بعدها .

(٨) هو يحيى بن سعيد بن فروخ القطان روى عن حميد الطويل وعكرمة وهشام بن عروة ، والأعمش ومالك وغيرهم ، وروى عنه على بن المدينى ويحيى بن معين وشعبة وغيرهم . قال أبو زرعة : كان من الثقات الحفاظ . مات سنة ١٩٨ هـ انظر : الثقات لابن حيان (٦١١/٧-٦١٢) تذكرة الحفاظ (٢٩٨/١-٣٠٠) تهذيب التهذيب (٢١٦/١١-٢٢٠) الجرح والتعديل (١٥٠/٩-١٥١) .

(٩) لعل هذا الكلام في المسند الكبير ليعقوب بن شيبة في مسنده ، واسمه : المسند الكبير المعلل ولم يصل إلينا منه إلا الجزء العاشر بعنوان مسند أمير المؤمنين عمر بن الخطاب وذلك في المكتبة الخاصة بسامي حداد في بيروت ٢٥ ورقة ومنه نسخة مصورة بالقاهرة ملحق (٦٠/٣،٦١) تحت رقم ١٩٠٦٠ (ن) . انظر : تاريخ التراث العربي (٢٧٩/١) تأليف فؤاد سزكين .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(١١) روى الطبراني في المعجم الصغير عن عبد الله بن أبي أحمد قال : قال علي بن أبي طالب ﷺ : حفظت لكم من رسول الله ﷺ : لا طلاق إلا من بعد نكاح ولا عتاق إلا من بعد ملك ولا وفاء لنذر في معصية ولا يُتم بعد احتلام ولا صمات يوم إلى الليل ولا وصال في الصيام . انظر : المعجم الصغير (١٦٩/١) .

(١٢) ساقط من (م) .

ولم يطلق قبله ، وإنما طلق [١] بعده ، ولم ينف ﷺ العقد ، وإنما نفى الطلاق [٢] .

٢٣٢٦٥ - يبين ذلك أنه كما نفى الطلاق قبل النكاح نفى النذر قبل الملك ، فقال في الخبر : ولا نذر فيما لا يملك ولم يرد به [٣] عقد النذر ، وإنما أراد به انعقاد النذر [٤] ، ولزوم [٥] إخراجه ، فعلم أن المراد في الطلاق [٦] والعتاق ، الوقوع دون العقد .

٢٣٢٦٦ - ولا يقال : إن اللفظ يحتمل العقد المرفوع ، بدلالة أنه يصح أن يقترن ذلك باللفظ ، فتقول : لا طلاق معقود ، ولا واقع ، وإذا [٧] احتمل اللفظ الأمرين حمل النفي على الأمرين . وذلك لأنه إذا قيس الشيء بمعنى ظاهر حمل على المعنيين بدلالة ، ثم لا يدل على أنه يحمل [٨] على ذلك بإطلاق اللفظ .

٢٣٢٦٧ - ألا ترى : أن الله تعالى سمى بيع الأحرار أنفسهم بيعا ، بقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ ٱشۡتَرَىٰ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ أَنفُسَهُمۡ وَأَمۡوَٰلَهُم ﴾ [٩] .

٢٣٢٦٨ - ثم لم يجز حمل البيع في الإطلاق على ذلك . ويعنون الاستثناء [١٠] بالعدد في الطلاق والإقرار سقوط [١١] بعضه ، وإن كان اللفظ لا يصلح لذلك إذا لم يقترن به استثناء .

٢٣٢٦٩ - فإن قيل [١٢] روى عبد الله بن عمر : عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن رجل قال : يوم أتزوج فلانة ، فهي طالق ، فقال : طلق مالا يملك [١٣]

٢٣٢٧٠ - قلنا : هذا الخبر ذكره الدراقطني ، عن أبي خالد الواسطي [١٤] عن أبي

---

(١) في (م) : [أطلق] .
(٢) انظر : مشكل الآثار للطحاوي (٢٨١/١-٢٨٤) .
(٣) في (ن) ، (ع) : [فيه] .
(٤) في (ن) : [الغدر] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [لزم] .
(٦) في (ن) : [البطلاق] .
(٧) في (ن) ، (ع) : [فإذا] .
(٨) في (ن) ، (ع) : [لا يحمل] .
(٩) سورة التوبة : الآية ١١١ .
(١٠) في اللغة استفعال من ثناه عن الأمر يثنيه إذا صرفه عنه . لسان العرب (٥١١/١) . وفي الاصطلاح إخراج الشيء من الشيء لولا الإخراج لوجب دخوله فيه . التعريفات ٤٥ .
(١١) في (ن) ، (ع) : [وسقط] ، وفي غيرهما : « سقط » بحذف الواو ، وقد أثبتنا المصدر فيه .
(١٢) استدلال للمخالف بهذا الحديث على عدم جواز تعليق الطلاق بالملك . انظر : النكت ورقة ٢١٦
(١٣) أخرجه الدارقطني في سننه - كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره (١٦/٤) .
(١٤) هو أبو خالد الواسطى ، يقال اسمه عمرو بن خالد ، حدث عن زيد بن على ، ضعفه أبو حاتم ، وكذبه أحمد ويحي والدارقطني ، وقال أبو زرعة : كان في جوارنا يضع الحديث ، فلما فطن له تحول إلى واسط . =

هاشم « الرماني » [١] ، عن سعيد بن جبير [٢] ، عن ابن عمر ، وأبو خالد الواسطي ، « عمرو القرشي » قال أحمد : هو كذاب [٣] ، وقد طعن الدارقطني عليه في كتابه في غير هذا الموضع حين روى عنه خبر الرعاف [٤] ، فلما روى عنه خبرا وافق مذهبه أمسك عن ذكره على عادته في التدليس [٥] لمثل ذلك .

٢٣٢٧١ – قالوا : كيف [٦] يجوز حمل الخبر على طلاق الأجنبية ، وهذا أمر[٧] لا يشكل على أحد [٨] .

٢٣٢٧٢ – قلنا : إنما صار لا يشكل لاستقرار الشرع وبيان الأحكام ، فأما قبل ذلك فكان مشكلا . يبين ذلك قوله ﷺ « لا صلاة إلا بطهور [٩] » ولا يشكل الآن على أحد أن الصلاة بغير طهارة لا تصح ، لكن عندنا بيان النبي ﷺ كان مشكلا إلى أن بينه .

= انظر : في الجرح والتعديل (٢٣٠/٦) ، لسان الميزان (٥١٩/٤) ، الضعفاء الصغير للبخاري ٨٣ ط بيروت

(١) في جميع النسخ « الرمادي » وصحته « أبو هاشم الرماني » كما هو مذكور في سنن الدارقطني (١٦/٤) . وهو يحيى بن دينار أبو هاشم الرماني الواسطي روى عن أبي العالية ومجاهد وأبي قلابة ، وعنه الثوري وشعبة وشريك وهشيم قال يحيى بن معين : ثقة مات سنة ١٧٣ هـ . انظر : الجرح والتعديل (١٤٠/٩) ، لسان الميزان (٥٨١/٤) ، الثقات (٥٩٦/٧) .

(٢) سعيد بن جبير أبو محمد ، روى عن ابن عباس وعائشة وأبو موسى الأشعري وابن عمر وأنس وغيرهم وروى عنه الحكم وحماد بن زيد وسلمة بن كهيل وسماك بن حرب وغيرهم . قال يحيى بن معين : سعيد بن جبير ثقة ، قتل سنة (٩٥) هـ انظر : سير أعلام النبلاء (٣٢١/٤-٣٤٣) الكاشف (٢٨٢/١) ، الثقات (٢٧٥/٤،٢٧٦) ، الجرح والتعديل (٢٧٥/٤،٢٧٦) .

(٣) انظر : لسان الميزان (٥١٩/٤) .

(٤) أخرجه الدارقطني – باب الوضوء من الخارج من البدن كالرعاف والقيئ والحجامة ونحوه – سنن الدارقطني (١٥٦/١) .

(٥) التدليس في الحديث نوعان الأول : تدليس الإسناد ، وهو أن يروى عمن لقيه ولم يسمعه منه . موهمًا أنه سمعه منه ، أو عمن عاصره ولم يلقه أنه لقيه أو سمعه منه . والثاني : تدليس الشيوخ ، وهو أن يروى عن شيخ حديثا سمعه منه فيسميه أو يكنيه ويصفه بما لم يعرف ، كي يعرف . مقدمة علوم الحديث لابن الصلاح صـ ٨١ .

(٦) ساقطة من (م) . (٧) في (ن) ، (ع) : [الأمر] .

(٨) انظر : الحاوي للماوردي ورقة ١٩٢ .

(٩) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه ، باب وجوب الطهارة للصلاة (٢٠٤/١) ، وأحمد في مسنده (٥٧/٢) ، والدارقطني في سننه باب ذكر وجوب الصلاة على النبي ﷺ في التشهد واختلاف الروايات (٣٥٥/١) ، والبيهقي في السنن الكبرى باب من أحدث في صلاته قبل الإحلال منها بالتسليم بنحوه (٢٥٥/٢) .

٢٣٢٧٣ - وقد قال الزهري [١] : إن الجاهلية كانت إذا خطب [٢] الرجل امرأة فيمنع منها قال : هي طالق ثلاثًا إنه ينوى بذلك تحريمها ، فبين النبي ﷺ بطلان هذا الاعتقاد بهذا الخبر [٣] على أن هذا الخبر فيه بيان لحكم يجوز أن يشكل ، وهو الرجل إذا تزوج اليوم امرأة ، ثم قال لها : أنت طالق أمس [٤] . لم يقع طلاقه عليها ، لأنه طلاق قبل النكاح [٥] ، وهذا حكم مفهوم بهذا الخبر ، وهو مما يشكل [٦] لولاه .

٢٣٢٧٤ - قالوا : هذا الخبر خرج على سبب ، وهو أن [٧] ابن عمر خطب [٨] امرأة ، فأغلوا في مهرها ، فقال : إن نكحتها فهي طالق . فسئل النبي ﷺ عن ذلك ، فقال : لا طلاق قبل النكاح [٩] .

٢٣٢٧٥ - قلنا : هذا لا يعرف ، ولا خرج الخبر على [١٠] هذا السبب ، ولم يذكر هذه القصة معتمد ، ولا غير معتمد ، ولم ينقلها الدارقطني مع جمعه كل محتطب ، فكيف يسوغ الكلام على هذا ، ودعواه ،

٢٣٢٧٦ - ثم يجوز أن يكون القوم ظنوا أن هذا تحريم العقد ، فأخبر ﷺ أن الطلاق لم يقع ، ليس أن العقد لا يحرم بهذا القول / ، وإنما ينعقد بالطلاق [١١] . ٢٦٠/أ

٢٣٢٧٧ - قالوا : لا يملك الطلاق المباشر ، فلا يملك تعليق الطلاق بصفة [١٢] ، كالصبي ، والمجنون .

---

(١) محمد بن مسلم بن عبد الله بن كلاب الزهري روى عن ابن عمر وسهل بن سعد وأنس بن مالك وغيرهم ، وروى عنه عقيل ويونس والزبيدى ومعمر وشعيب وغيرهم . قال الليث ما رأيت عالمًا قط أجمع من الزهري مات في رمضان سنة (١٢٤) هـ انظر : تذكرة الحفاظ (١٠٨/١-١١٣) الثقات لابن حبان (٣٤٩/٥-٣٥٠) سير أعلام النبلاء (٣٢٦/٥) ، خلاصة تهذيب الكمال (٤٥٧/٢) .

(٢) في (م) : [حطب] .

(٣) انظر : المبسوط (٩٨/٦) ، بدائع الصنائع (١٣٢/٣) . قال في فتح الباري وما ادعاه من التأويل ترده الآثار الصريحة عن سعيد بن المسيب وغيره من مشايخ الزهري في أنهم أرادوا عدم وقوع الطلاق عمن قال : « إن تزوجت فلانة فهي طالق سواء خصص أم عمم أنه لا يقع » (٣١٨/٩) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) انظر : الهداية (٢٣٤/١) ، تبيين الحقائق (٢٠٥/٢) ، فتح القدير (٤٢٢/٤) .

(٦) في (ن) : [شكل] .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) في (م) : [حطب] .

(٩) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٩٢ .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [عن] .

(١١) انظر : المبسوط (٩٨/٦) .

(١٢) في (ع) : [بصفة] .

٢٣٢٧٨ - وربما قالوا : لا يملك الطلاق المعجل فلا يملك المؤجل [١] .

٢٣٢٧٩ - قلنا : يبطل بالمرتد ، لا يملك الطلاق عقيب الردة منجزا [٢] ، لأنه يقف عندهم ، ولو قال : إن أسلمت ، فأنت طالق انعقدت يمينه [٣] .

٢٣٢٨٠ - فإن قيل : لا فرق بينهما ، لأن طلاقه واقف عليه ، فإن أسلم بينا أنه وقع ، وإن لم [تسلم] بينا أنه لم ينعقد .

٢٣٢٨١ - قلنا : إذا وقع وقف فهو لا يملك المنجز ، فإذا عقد انعقد [٤] ، وإن أسلم وقع ، وإن لم يسلم لم يبين أنه لم ينعقد ، لكن الشرط الذي علق به الطلاق [لم يوجد] [٥] ، فلم يقع الطلاق لفقد الشرط ، ويبطل بالعقد إذا كانت عنده أمة لا يملك [٦] منها [٧] التطليقة الثالثة ، ولو قال لها : إن أعتقت ، فأنت طالق ثلاثًا . صح عقده وينعكس [٨] بالزوجة الحائض لا يملك أن يباشر منها طلاق السنة ، ولو علق على طلاق السنة فقال : إذا طهرت فأنت طالق . صح ، ووقع [٩] وينعكس [١٠] بالنذر فإنه لو [١١] أوجب في ملك الغير لم يلزم ، لو أضاف النذر إلى ملكه انعقد [١٢] ولا يقال : لـمَّا لم يملك المنجز منه لم يملك المؤجل .

٢٣٢٨٢ - وقولهم إنما لم يصح نذره منجزا [١٣] ، لأنه نذر المعصية ، وهذا لا يوجد في المطلق غلط ، لأنا بينا الفرق بين الموضعين ، فذكروا علة الفرق ، وهذا لا يمنع افتراق الأمرين ، ثم المعنى في الصبي ، والمجنون ، أنهما لا يملكان الإيقاع في الملك ، فلا يملكان التعليق [١٤] ، ولما كان [١٥] المالك [١٦] المكلف يملك [١٧] مباشرة الإيقاع في ملكه ملك [١٨] أن يضيف إلى الملك .

---

(١) انظر : النكت للشيرازى ورقة ٢١٦ ، الشرح الكبير (٣٨٠/٨) ، الكافي (٨٣٥/٢) .
(٢) في (م) : [متحيرًا] .
(٣) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٤٢ .
(٤) في (م) : [بعقد] .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٦) في (ن) : [تملك] .
(٧) ساقطة من (ع) .
(٨) في (م) : [ونكس] .
(٩) انظر : المبسوط (١٠٢/٦) .
(١٠) في (م) : [ينكس] .
(١١) ساقطة من (م) .
(١٢) انظر : بدائع الصنائع (٩٠/٥) .
(١٣) في (م) : [نحرًا] ، وفي (ن) : [منحرا] .
(١٤) انظر : المبسوط (٩٧/٦) .
(١٥) في (م) : [ملك] .
(١٦) ساقطة من (م) .
(١٧) في (ن) ، (ع) : [ملك] .
(١٨) ساقطة من (ع) .

٢٣٢٨٣ – قالوا : عقد طلاقا بصفة في غير ملك ، فصار كما لو قال لأجنبية : إن دخلت الدار ، فأنت طالق [١] .

٢٣٢٨٤ – قلنا : المعنى فيه أنه لم يعقد اليمين في ملك ، ولا أضافه إلى ملك ، وفرق بينهما . ألا ترى : أنه لو أطلق النذر [٢] في ملك صح ، ولو أضافه إلى الملك ، وهو غير مالك ، صح ولو نذر في غير ملك ، ولم يضف إلى ملك لم يصح [٣] ، ثم لا يعتبر أحد الأمرين بالآخر ، كذلك هذا .

٢٣٢٨٥ – قالوا : كل طلاق نافاه الجنون والصغر نافاه عدم الملك ، كالمباشر [٤] .

٢٣٢٨٦ – قلنا : عدم الملك ينافى الطلاق عندنا ، وإنما لا ينفى عقده [٥] إذا أضيف إلى الملك [٦] ، كما أن الصغر والجنون [٧] ينفى النذر ، وينفى [عدم الملك] [٨] ، ولا ينفى عدم الملك عند [٩] النذر [١٠] .

٢٣٢٨٧ – قالوا : أحد شرطي الطلاق [لم ينعقد في غير الملك ، فلم ينعقد إذا أضيف إلى الملك [١١] .

٢٣٢٨٨ – قلنا] : [١٢] « وليس » [١٣] إذا لم بنفذ الشيء في [غير الملك] [١٤] لم ينعقد إذا أضافه إلى الملك ، كما أن النذر لا ينفذ [١٥] فيما لا [١٦] يملك ، وينعقد فيه مضافا [١٧] ، وكما أن الحيض ينفى وقوع طلاق السنة ، ولا ينفى العقد عليه إذا أضافه إلى وقت السنة [١٨] .

٢٣٢٨٩ – قالوا : لا يملك الطلاق بعوض ، ولا يملكه بغير عوض كالصبي ،

---

(١) انظر : الشرح الكبير (٣٨٠/٨) . الحاوي الكبير ورقة ١٩٣

(٢) في (ن) [الندر] .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٨١/٥،٩٠) .

(٤) انظر : الشرح الكبير (٣٨٠/٨) ،الحاوي الكبير ورقة ١٩٣ .

(٥) في (ن) [عنده] .

(٦) انظر : المبسوط (٩٧/٦-٩٩) ، بدائع الصنائع (١٢٦/٣) .

(٧) في (ن) [عنده] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٩) في (ن) ، (ع) [عندنا] .

(١٠) انظر : بدائع الصنائع (٨١/٥،٩٠) .

(١١) انظر : النكت للشيرازى ورقة ٢١٦ .

(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(١٣) في (م) [وليس] .

(١٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(١٥) في (ع) [ينعقد] .

(١٦) في (ع) [لم] .

(١٧) ساقطة من (م) .

(١٨) انظر : المبسوط (٩٨/٦) .

والمجنون [١] .

٢٣٢٩٠ - قلنا : نقول بموجبه ، لأنه لا يملك الطلاق بعوض ، ولا بغير عوض ، وإنما يملك العقد على الطلاق بعوض ، وبغير عوض ، لأنه لو [٢] قال لأجنبية : إن تزوجتك فأعطيتينى ألفًا ، فأنت طالق . صح العقد [٣] ، ولا فرق بينهما .

٢٣٢٩١ - قالوا : الطلاق ينفى النكاح ، فلو أضيف إلى النكاح انعقد العقد مع وجود ما ينافيه ، وربما قالوا [٤] : ينعقد غير موجب للإباحة [٥] .

٢٣٢٩٢ - قلنا : لا ينعقد عندنا مع ما ينافيه ، لأن النكاح يقع [٦] ثم يتعقبه الطلاق ، فهو كشري [٧] ذي الرحم ، لأن العتق [يتعقب الملك .

٢٣٢٩٣ - ولا يقال إن العقد انعقد مع وجود ما ينافيه وقولهم في النكاح] [٨] ينعقد غير موجب للإباحة غلط ، بل هو موجب للإباحة وإن زالت بالطلاق كمن [٩] قال للمطلقة الرجعية : إن راجعتك فأنت طالق اثنتين . فراجعها [١٠] صحت الرجعة ، وإن كانت البينونة تعقبها [١١] ، ثم لم يجز أن يقال : كيف تصح الرجعة موجبة للإباحة .

٢٣٢٩٤ - قالوا : الطلاق حل عقد ، فلا يضاف إلى العقد ، كالإقالة [لا يصح تعليقها بشرط مع وجوب الملك] [١٢] .

٢٣٢٩٥ - قلنا : الإقالة لم تصح ، كذلك إذا عقد الإقالة قبل الملك . وفي مسألتنا يجوز تعليق الطلاق بشرط في الملك ، فجاز أن يضيفه إلى الملك .

* * *

(١) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٩٢ .
(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٣) انظر : المبسوط (٩٧/٦) .
(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٥) انظر : الحاوي للماوردي ورقة ١٩٣ .
(٦) في (م) : [يتبع] .
(٧) في (م) ، (ن) : [كسري] .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٩) في (م) : [فمن] .
(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(١١) انظر : البناية (٥٩٩/٤) .
(١٢) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٩٣ .

مسألة ١١٢٧

إذا علق الطلاق على صفة ثم بانت منه ثم تزوجها قبل وجود الصفة

٢٣٢٩٦ - قال أصحابنا : إذا قال الرجل لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم أبانها ، ثم تزوجها فدخلت الدار ، يقع [1] عليها الطلاق [2] .

٢٣٢٩٧ - وقال الشافعي : لا يقع وهذا مبنى على أصلنا : أن عدم الملك لا يمنع عقد اليمين ، والابتداء أضعف ، والبقاء أقوى ، فإذا لم ينف عدم الملك ابتداء اليمين ، فلأن لا يمنع بقاء أولى .

٢٣٢٩٨ - ولأن اليمين « عندنا » [3] في الملك ، والشرط وجد في الملك ، فوجب أن يقع الطلاق الذي عقد عليه اليمين . أصله : إذا لم يطلقها فيما بين اليمين والشرط .

٢٣٢٩٩ - ولا يلزم إذا طلقها ثلاثًا ، ثم تزوجها بعد زوج ، ثم دخلت الدار [4] ، لأنا قلنا : فوجب أن يقع الطلاق الذي عقد عليه اليمين ، وهناك قد بطل الطلاق الذي عقد عليه اليمين ، لأنه عقد على ما كان استفاده [بالنكاح وقد استوفى ذلك ، ولأنه عقد اليمين في الملك ووجد الشرط في الملك فزال] [5] ملكه عن الإيقاع ، وفي خلال

(١) في (ن) ، (ع) : [يقع] .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٢٦/٣) .

(٣) قال في المهذب إذا علق طلاق امرأته على صفة من يمين أو غيرها ثم بانت منه ثم تزوجها قبل وجود الصفة ففيه أقوال : أحدها لا يعود حكم الصفة في النكاح الثاني وهو اختيار المزني لأنها صفة علق عليها الطلاق قبل النكاح فلم يقع بها الطلاق كما لو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها ودخلت الدار والثاني أنها تعود ويقع بها الطلاق وهو صحيح لأن العقد والصفة وجدا في عقد النكاح فأشبه إذا لم يتخللهما بينونة ، والثالث أنها إن بانت بما دون الثلاث عاد حكم الصفة وإن بانت بالثلاث لم تعد لأن بالثلاث انقطعت علائق الملك وبما دون الثلاث تنقطع علائق الملك » انظر : المهذب (٩٩/٢) ، النكت للشيرازي ورقة ٢١٦ . في (م) : [عندها] .

(٤) إن قال لها أنت طالق ثلاثًا إن دخلت الدار ثم طلقها ثلاثًا ثم عادت إليه بعد زوج آخر فدخلت الدار لم تطلق خلافًا لزفر لأن التعليق في الملك قد صح والشرط وجد في الملك فينزل الجزاء كما لو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار انظر : المبسوط (٩٣/٦) ، بدائع الصنائع (١٢٧/٣، ١٢٨) » .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب ص ومستدرك في الهامش .

ذلك [لا يمنع وقوع الطلاق ، كما لو جن في ذلك] [١] .

٢٣٣٠٠ - احتجوا : بأن البينونة وجدت بعد اليمين فصار كما لو طلقها ثلاثًا ثم تزوجها [٢] .

٢٣٣٠١ - قلنا : هناك استوفى الطلاق المعقود عليه ، فبطل العقد والمعقود عليه ، وفي مسألتنا بحاله ، فجاز أن يبقى العقد [٣] بحاله .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . انظر : بدائع الصنائع (١٢٦/٣) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة (٢١٦،٢١٧) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [العدة] .

فهرس المجلد التاسع

الموضوع — الصفحة

كتاب النكاح

كتاب الصداق

مسائل القسم [١١٠٩ - ١١١٢]

كتاب الخلع

* * *

مَوْسُوعَةُ القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيدُ

للإمامِ أبي الحُسَينِ أحمدَ بنِ مُحَمَّدِ بنِ جعفرٍ البغداديِّ القُدُورِيِّ

(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مركز الدِّراسات الفِقْهيّة والاقتصاديّة

أ. د محمد أحمد سراج

أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد

أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

المُجلَّد العَاشِر

دَارُ السَّلامِ

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى

١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

القاهرة - جمهورية مصر العربية

الإدارة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر

هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)

بريديًا : ص.ب ١٦١ الغورية الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسَمَّاة

التجريد

كتاب الطلاق

مسألة (١) ١١٢٨

[إيقاع التطليقات ثلاثًا بكلمة واحدة

٢٣٣٠٢ – قال أصحابنا : إيقاع التطليقات (٢) الثلاث بكلمة واحدة بدعة (٣) .

---

(١) الطلاق لغة : عبارة عن حل القيد والإطلاق ، ولكن جعل في المرأة طلاقًا وفي غيرها إطلاقًا يقال : طلق الرجل امرأته تطليقًا فهو مطلق . ويقال أطلقت الأسير إذا حللت إساره وخليت عنه ، وهو من باب قتل ، وفي لغة من باب قرب » المصباح المنير (٣٤١/١) . أما في الشرع : فله تعريفات عدة عند فقهاء المذاهب ، فعرفه صاحب تبيين الحقائق بأنه رفع القيد الثابت شرعًا بالنكاح انظر : تبيين الحقائق (٣٦٤/٢) .

وعرفه صاحب الفواكه الدواني بأنه : صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبًا تكررها لذي رق حرمتها عليه قبل زوج . الفواكه الدواني (٥٧/٢) .

وعرفه الشافعية بأنه حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه انظر : مغني المحتاج (٢٧٩/٣) نهاية المحتاج (٤٢٣/٦) .

وتعريفه عند الحنابلة : حل قيد النكاح . انظر : المغني (٢٣٣/٨) ، الشرح الكبير (٢٣٣/٨) .

والأصل في مشروعية الطلاق الكتاب ، السنة ، الإجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ (البقرة : ٢٢٩) ، وقوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ (الطلاق : ١) . أما السنة : فقد وردت بذلك الأحاديث الدالة على جواز وقوعه : منها ما روى عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك ، فقال له النبى ﷺ مره فليرجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء . أخرجه البخارى في صحيحه كتاب الطلاق انظر : فتح البارى (٢٨٨/٢٨٤/٩) . انظر : المغنى (٢٢٣/٨) ، الشرح الكبير (٢٢٣/٨) . وقد أجمع الناس على جواز الطلاق انظر : المغني (٢٢٣/٨) ، الاختيار (٦٨/٣) .

وإنما الطلاق في الشريعة عند الحاجة إليه وذلك لأن مصالح النكاح قد تنقلب إلى مفاسد والتوافق بين الزوجين قد يصير تنافرا فالبقاء على النكاح حينئذ يشتمل على مفاسد من التباغض والعداوة والمقت وغير ذلك ، فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضررًا مجردًا بإلزام الزوج النفقة والسكن وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه .

(٢) في (ع) : [الطلقات] .

(٣) انظر : هذه المسألة في المبسوط (٤١/٦) ، وبدائع الصنائع (٨٨/٣) ، الهداية (٢٢٧/١) ، البحر (٢٥٧/٣) . البناية (٣٧٢/٤) ، مجمع الأنهر (٣٨٢/١) والمسألة في الكتاب . انظر : اللباب (٣٧/٣) وبه قال الإمام مالك وهو رواية عن الإمام أحمد وهي مذهب » انظر : الكافي (٥٧٢/٢) قوانين الأحكام ٢٥٠ ، المبدع (٦٢/٧) ، الإنصاف (٤٥١/٨) ، الشرح الكبير (٢٥٧/٨) .

٢٣٣٠٣ – وقال الشافعي رحمه الله : هو مباح [١]

٢٣٣٠٤ – فالذي يدل على قولنا [٢] قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ [٣] ، فلا يخلو : إما أن يكون خبرًا ، أو أمرًا ، ولا يجوز أن يكون خبرًا ، لأنه لو كان خبرًا ما كان يوجد [٤] خبره بخلاف مخبره [٥] ، فلم يبق إلا أن يكون أمرًا فكأنه قال : طلقوا مرتين ، والأمر بالتفريق يمنع الجمع .

٢٣٣٠٥ – فإن قيل : يمكن [٦] حمله على الجمع ، ويكون معناه الطلاق الرجعي مرتان ، قيل له : الطلاق الرجعي يكون مرة واحدة ، ويكون مرتين ، فلا يجوز أن يخص بالثنتين ، الدليل عليه قوله تعالى : ﴿ نُّؤْتِهَآ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾ [٧] .

٢٣٣٠٦ – قلنا : ليس ههنا تفسير جملة ، وإنما قوله : الطلاق على قول من جعله : خبر مبتدأ . وقوله : مرتان الخبر [٨] وليس [٩] فيه عندنا بيان زمان ، وإنما فيه الأمر بالتفريق خاصة .

٢٣٣٠٧ – فإن قيل : مرتان إذا ذكرت عقيب فعل اقتضت التفريق بقوله صريحة مرتين [١٠] فإذا ذكرت عقيب اسم أفادت التضعيف كقوله : ﴿ نُّؤْتِهَآ أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾[١١] ، وقوله : ﴿ يُضَٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِۚ ﴾ [١٢] [١٣] .

---

(١) انظر : الأم (١٩٢/٥،١٩٣) – فتح الوهاب (٨١/٢) مغني المحتاج (٣١١/٣) ، نهاية المحتاج (٨/٧) وهو رواية عن الإمام أحمد انظر : الفروع (٣٧١/٥-٣٧٢) ، شرح منتهى الارادات (١٢٤/٣) .

(٢) في (ن) ، (ع) [على قولنا] . وفي غيرهما : « على ما قولنا » .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٤) في (م) : [يؤيد] .

(٥) في (م) : [بحال] .

(٦) في (ن) ، (ع) : [ممكن]

(٧) سورة الأحزاب : الآية ٣١ .

(٨) هكذا في جميع النسخ ولعل صحة العبارة وقوله مرتان الخبر وذلك لأن الحنفية يعربون الآية على قوله « الطلاق » في حكم مبتدأ ، ومرتان هي الخبر والمعنى أن التطليق الشرعي يجب أن يكون تطليقه بعد تطليقة على التفريق دون الجمع والإرسال والشافعية يعربون الآية على أن قوله الطلاق ليس ابتداء كلام وإنما هو متعلق بما قبله والمعنى أن الطلاق الرجعي مرتان ولا رجعة بعد الثلاث » انظر : التفسير الكبير للفخر الرازي (٩٦/٦) ط بيروت .

(٩) ساقطة من (م) .

(١٠) ساقطة من (ن) .

(١١) سورة الأحزاب : الآية ٣١ .

(١٢) سورة الأحزاب : ٣٠ .

(١٣) هذا اعتراض للمخالف على استدلال الحنفية بقوله تعالى « الطلاق مرتان » البقرة (٢٢٩) بأن المراد بالآية الطلاق اثنتان لأن المرات إذا قرنت بالإسم اقتضت بيان العدد كما قال تعالى « نؤتها أجرها مرتين [الأحزاب ٣١] . انظر : النكت ورقة ٢١٧ .

٢٣٣٠٨ – قلنا : الطلاق مصدر للفعل ، والمفعول ، فإذا هو عقيب الفعل ، ولأنا بينا أن المراد به الأمر ، والأمر (١) لا يكون إلا أمرًا بفعل ، فعلى هذا : يجب أن يفيد التفريق ، لأنه عقيب الفعل .

٢٣٣٠٩ – فإن قيل : الآية تدل على التفريق فمن أين يجب التفريق في طهرين ،

٢٣٣١٠ – قلنا : إذا ثبت وجوب التفريق ، ثبت أنه في طهرين ، لأن أحدًا لا يفصل بينهما ، ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ (٢) والأمر بالطلاق لا يفيد أكثر من مرة واحدة ، بدلالة أن من قال لرجل : طلق امرأتي ، لم يجز [أن يطلقها] (٣) أكثر من مرة واحدة ، [ولأن العدة] (٤) ذات عدد ، والطلاق ذو عدد ، فالأعداد إذا قوبلت بأعداد مثلها ، فإنها تكون مقسومة عليها ، كما لو قال : تصدق بهذه الدراهم في ثلاثة أيام اقتضى قسمته (٥) عليها . يبين ذلك قوله تعالى : ﴿ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾ (٦) . يعني يبدوا (٧) له [في مراجعتها فدل على أن الطلاق الذي يتضمنه الأمر هو الذي يمكن] (٨) استدراكه بالرجعة (٩) .

٢٣٣١١ – ويدل عليه ما روي أن ابن عمر طلق امرأته في حال حيضها ، فقال ﷺ [ما هكذا أمرك ربك يا ابن عمر : ، وإنما أمرك أن تستقبل الطهر استقبالًا تطلقها (١٠) لكل قرء (١١) تطليقة] (١٢) (١٣) [وروي أن ابن عمر قال

---

(١) ساقطة من (م) (٢) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع)

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) بها قال في المبسوط : ولما قابل الله تعالى الطلاق بالعدة والطلاق ذو عدد والعدة ذات عدد انقسم أحدهما على الآخر . المبسوط (٦/٤) .

(٥) في (م) : [تسمته] . (٦) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٧) في (ن) : [يتدوا] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش

(٩) انظر : المبسوط (٦/٤) ، بدائع الصنائع (٨٩/٣) ، المبدع (٢٦٢/٧) ، الشرح الكبير (٢٥٧/٨)

(١٠) في (م) : [فيطلقها] .

(١١) القرء الوقت ، والقرء الحيض والطهر ضد وذلك أن القرء الوقت فقد يكون للحيض والطهر ، والجمع أقراء وأقرؤ لسان العرب باب القاف (٣٥٦٤/٤، ٣٥٦٥) ، القاموس المحيط باب الهمزة (٢٥/١)

(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(١٣) الحديث بهذا السياق أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره (٣١/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في إمضاء الطلاق الثلاث (٣٣٤/٧) ، صحيح البخاري كتاب =

للنبي ﷺ] (1) أرأيت لو طلقتها ثلاثًا لا كانت تحل لي ، فقال لا وتكون (2) معصية (3) فلا يخلو : أن [يكون في جميع الثلاث أو لإيقاعها في حال الحيض ولا يجوز أن يكون] (4) المراد بالمعصية حال الحيض لأنه قد بين أن إيقاع الواحدة في حال الحيض لا يجوز ، وهذا بيان للمنع من الثلاث ، فلم يجز حمل اللفظ على التكرار ، فوجب أن يحمل على جميع الثلاث (5) .

٢٣٣١٢ – ويدل عليه حديث عبادة بن الصامت (6) [ﷺ] : أن بعض آبائه طلق امرأته ألفًا ، فذكر للنبي ﷺ فقال : بانت بالثلاث في معصية ، وتسع مائة وسبع وتسعون فيما لا يملك (7) . فأخبر (8) أن الثلاث معصية .

٢٣٣١٣ – ويدل عليه إجماع الصحابة (9) . روى أنس بن مالك : أن عمر بن الخطاب [ﷺ] كان لا يؤتى برجل طلق امرأته ثلاثًا إلا أوجعه ضربًا ، وأجاز ذلك عليه (10) (11)

= الطلاق (٢٠١١/٥) ، صحيح مسلم باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها (١٠٩٣/٢)

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع)

(٢) في (ن) : [ويكون]

(٣) سبق تخريجه

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش

(٥) انظر : المبسوط (٥/٦) ، بدائع الصنائع (٨٩/٣) ، تبيين الحقائق (١٩٠/٢) البحر الرائق (٢٥٨/٤) .

(٦) عبادة بن الصامت بن قيمي بن نوفل الأنصاري الخزرجي أحد النقباء روي عن النبي ﷺ ، وعنه أنس بن مالك وجابر ورفاعة بن رافع وأبو أمامة الباهلي وأوس بن عبد الله وغيرهم ، شهد العقبة الأولى والثانية وبدرًا وأحدًا والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ وتوفى عام ٣٤ هـ ببيت المقدس على الصحيح انظر : أسد الغابة (١٦٠/٣-١٦١) الاستيعاب (٨٠٨/٢-٨٠٩) ، الإصابة (٦٢٤/٣-٦٢٦) ، الطبقات الكبرى لابن سعد (٦٢١/٣) ط بيروت

(٧) أخرجه عبد الرزاق في المصنف باب المطلق ثلاثًا (٣٩٣/٦) والدارقطني في سننه بمعناه باب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره ٢٩/٤ وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد باب فيمن طلق أكثر من ثلاث بمعناه وبمجمع الزوائد (٢٨٥/٤) وأورده ابن حجر في المطالب العالية ، باب إمضاء الطلاق الثلاث بلفظ واحد إذا نوى (٦٣/٢،٦٤) بمعناه .

(٨) في (م) [وأخبرنا] .

(٩) وقال في المبسوط ، قال الكرني : لا أعرف بين أهل العلم خلافًا أن إيقاع الثلاث جملة مكروه ، إلا ما روى عن ابن سيرين وأن قوله ليس بحجة . المبسوط (٦/٦) .

(١٠) ساقطة من (م) .

(١١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف باب المطلق ثلاثًا (٣٩٦/٦) والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما جاء في إمضاء الطلقات الثلاث وإن كن مجموعات بمعناه (٣٣٤/٧) . وابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق ، من كره أن يطلق الرجل امرأته ثلاثًا في مقعد واحد (٢٤/٥) ، وسعيد بن منصور في سننه باب التعدي =

وروى إنكار الطلاق الثلاث مع رفعه عن علي وعبد اللّٰه بن مسعود عمران بن الحصين وأبي موسى الأشعرى ﷺ .

٢٣٣١٤ - وروى الأعشى [(١)] عن مالك بن الحارث [(٢)] [(٣)] قال : كنت جالسًا عند ابن عباس فقال له رجل [(٤)] : « يا ابن » [(٥)] عباس « إن ابن عمر » طلق امرأته ثلاثًا ، فما ترى ، قال : إنه عصى اللّٰه ، فأندمه وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجًا [(٦)]

٢٣٣١٥ - وعن ابن عمر أنه قال لرجل [طلق امرأته ثلاثًا] [(٧)] قد حرمت عليك حتى تنكح زوجًا غيرك ، وعصيت اللّٰه فيما أمرك به من الطلاق [(٨)] وروى ابن عون [(٩)] [(١٠)]

= في الطلاق (٢٦٤/٣) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار باب الرجل يطلق امرأته ثلاثًا (٥٩/٣) بمعناه .

(١) سليمان بن مهران الأعشى أبو محمد الكاهلي روى عن أبي وائل وزيد بن وهب وعنه النووي وشعبة والحكم ووكيع وغيرهم قال يحيى بن معين ثقة مات سنة (١٤٨ هـ) انظر : الجرح والتعديل ١٤٦/٢ ، ١٤٧ خلاصة تهذيب الكمال (٤١٩/١-٤٢٠) ، الكاشف (٣٢٠/١) ، الثقات (٣٠٢/٤-٣٠٣) .

(٢) في (م) : [الحويرث] .

(٣) مالك بن الحارث السلمي روى عن ابن عباس وأبي سعيد الخدري وعلقمة وأبي وائل وغيرهم ، وعنه النخعي والأعشى وطلحة بن مصرف وغيرهم . قال العجلي كوفي ثقة مات سنة (٩٤) هـ انظر : تهذيب التهذيب (١٢/١٠،١٣) ، الثقات لابن حيان (٣٨٤/٥،٣٨٥) ميزان الاعتدال (٤٢٥/٣) معرفة الثقات للعجلي (٢٦٠/٢) .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٥) في جميع النسخ « يا أبا عباس » وصحة العبارة يا ابن عباس كما في سياق الحديث عند البيهقي في السنن الكبرى (٣٣٧/٧) .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب من جعل الثلاث واحدة (٣٣٧/٧) ، وسعيد بن منصور في سننه باب التعدي في الطلاق (٢٦٢/٣) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق من كره أن يطلق الرجل امرأته ثلاثًا في مقعد واحد (١١/٥) والطحاوي في شرح معاني الآثار باب الرجل يطلق امرأته ثلاثًا معا (٥٧/٣) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٨) أخرجه مسلم (١٠٩٣/٢) والبيهقي في السنن الكبرى باب الاختيار للزوج أن لا يطلق إلا واحدة بنحوه ٣٣٦/٧ ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق من كره أن يطلق الرجل امرأته ثلاثًا في مقعد واحد ، وأجاز ذلك عليه (١١/٥) وعبد الرزاق في المصنف باب المطلق ثلاثًا (٣٩٥/٦) بنحوه

(٩) في (ن) : [عوض] .

(١٠) هو : عبد اللّٰه بن عون بن أرطبان أبو عون المزني روى عن الأعمشي والشعبى ، والحسن ، ومجاهد ، ونافع وغيرهم وعنه سفيان ، وشعبة ، وابن المبارك وغيرهم قال النسائي : ثقة مأمون مات سنة (١٥١) هـ انظر : تهذيب التهذيب (٣٤٦/٥-٣٤٩) سير أعلام النبلاء (٣٦٤/٦-٣٧٥) ، وتذكرة الحفاظ (١٥٦/١ - ١٥٧) .

عن الحسن : أنهم كانوا لينكرون على الرجل أن يطلق امرأته ثلاثًا في مجلس . ذكر ذلك الشيخ أبو الحسن رَحِمَهُ اللَّهُ في جامعه [١] بأسانيده ، فهؤلاء علماء الصحابة ، ومعلموا الأمم السُّنَنَ ، وهم القدوة بعد رسول الله ﷺ . /

٦١

٢٣٣١٦ - فإن قيل : روي أن : عبد الرحمن بن عوف : طلق امرأته تماضر [٢] بنت الأصبغ [٣] الكلبية [٤] ثلاث تطليقات في مرضه [٥] [٦]

٢٣٣١٧ - قلنا : يجوز أن يكون طلقها ثلاثة أطهار كلها في المرض .

٢٣٣١٨ - وقد روى ليث [٧] عن ابن شهاب ، عن طلحة بن عبيد الله [٨] : أن عثمان بن عفان ورث تماضر [٩] وكان عبد الرحمن طلقها تطليقة وهي آخر تطليقاتها

---

(١) لأبي الحسن الكرخي الجامع الكبير والصغير ذكرهما صاحب كشف الظنون نقلًا عن ذكر الكرخي لهما في مختصره . قال الجامع الكبير لأبي الحسن الكرخي كما ذكر في مختصره وقال من أراد مجازاة ما في هذا الكتاب فلينظر في الجامع الصغير الذي ألفناه ومن أراد أكثر فالكبير يستغرق ذلك كله انظر : كشف الظنون (٥٧٠/١) .

(٢) في (م) ، (ن) : [تماطر] .

(٣) في (ن) : [الأصنع] .

(٤) هي تماضر بنت الإصبغ بن عمرو الكلبية تزوجها عبد الرحمن بن عوف حينما بعثه النبي ﷺ إلى بني كلب فأنجبت له أبا سلمة بن عبد الرحمن وكان في تماضر سوء خلق وكانت على تطليقتين فجرى بينها وبين عبد الرحمن شيء فقال لها إذا حضت وطهرت فأعلميني فأعلمته بذلك فطلقها . انظر : الإصابة (٥٤٣/٧ - ٥٤٤) الطبقات الكبرى لابن سعد (٢١٨/٨ - ٢٢٠) ، جمهرة أنساب العرب ١٣١ .

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الطلاق والخلع والإيلاء (١٢/٤) ، عبد الرزاق في المصنف باب الطلاق المريض بنحوه (٦٢/٧) وهو عند البيهقي في السنن الكبرى ، باب الاختيار للزوج أن لا يطلق إلا واحدة (٣٢٩/٧ ، ٣٣٠) وابن أبي شيبة في المصنف ، باب من رخص للرجل أن يطلق ثلاثًا في مجلس (١٣/٤) .

(٦) هذا استدلال للمخالف على جواز إيقاع الثلاث بكلمة واحدة انظر : الأم (١٩٣/٥) .

(٧) ليث بن سعد بن عبد الرحمن النهمي روى عن عطاء ونافع وقتادة والزهري وغيرهم ، وعنه ابن عجلان وهشيم وابن المبارك وابن وهب وغيرهم . قال ابن بكير له موافقة من مالك وثقه أحمد وابن معين. مات سنة (١٧٥) هـ انظر : الجرح والتعديل (١٧٩/٧،١٨٠) ، والكاشف (١٢/٣،١٣) تهذيب التهذيب (٤٥٩/٨-٤٦٥) ، خلاصة تهذيب الكمال (٣٧١/٢) .

(٨) طلحة بن عبيد الله بن عوف ، الزهري ، روى عن أبي هريرة ، وعثمان بن عفان وابن عباس وسعيد ابن المسيب وغيرهم ، وعنه الزهري وأبوعبيدة وغيرهم قال ابن معين وأبو زرعة ثقة توفي بالمدينة (٩٧) هـ انظر : الكاشف (٣٩/٢) سير أعلام النبلاء ج (١٧٤/٤،١٧٥) الثقات (٣٩٢/٤) تهذيب التهذيب (١٩/٥) .

(٩) في (م) (ن) : [تماطر] .

الثلاث في مرضه (١) .

٢٣٣١٩ - قالوا (٢) : روى « أن ابن عمر » (٣) وحفص بن المغيرة (٤) : طلق فاطمة بنت قيس (٥) ثلاثًا في كلمة واحدة (٦) .

٢٣٣٢٠ - قلنا : فعله على عهد رسول اللّه ﷺ [لا يقدح في الإجماع ، لأن فعله في تلك الحال ليس بحجة ، إلا أن يعلم به ﷺ] (٧) ، فيقره عليه (٨) .

٢٣٣٢١ - ولأنه روى عن فاطمة أنها قالت : بعث رسول اللّه ﷺ في بعثة ، وخرج زوجي معه فكتب إلى ببعثه تطليقاتي الثلاث (٩) ، وهذا يدل على أنه (١٠) فرق الطلاق (١١) .

٢٣٣٢٢ - قالوا : (١٢) روى أن الحسن بن على (١٣) رضي الله عنهما قالت له امرأته عائشة

---

(١) في (م) : [مرضها] . أخرجه الدارقطني في سننه ، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء (٦٤/٤،٦٥) وعند البيهقي في السنن الكبرى ، باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض موتها ج ٣٦٣ . وأخرجه الشافعي في مسنده كتاب الطلاق والرجعة ٢٩٥ ، عند مالك في الموطأ (٦٤٥/٢) .

(٢) انظر : المغني (٢٤٠/٨) ، الشرح الكبير (٢٥٧/٨) ، الحاوي الكبير ورقة ١٣٦ .

(٣) هكذا في جميع النسخ وصحته أن أبا عمرو حفص بن المغيره - كما في سياق الحديث عند الإمام مسلم في صحيحه (١١١٦/٢) ، وأبو داود في سننه ٠ ٧١٤/٢) .

(٤) هو حفص بن المغيرة بن عبد اللّه بن عمر بن مخزوم القرشى . بعثه رسول اللّه ﷺ مع على بن أبي طالب حين بعث عليًا أميرًا إلى اليمن فطلق امرأته هناك فاطمة وبعث إليها بطلاقها ثم مات هناك . انظر : الاستيعاب (١٧١٩/٤) ، أسد الغابة (٣٣/٢،٣٤) ، الإصابة (٢٨٧/٧) .

(٥) هي فاطمة بنت قيس بنت خالد الأكبر بن فهر القرشية . روت عن اللنبي ﷺ وعنها الشعبي ، والنخعي وأبو سلمة . كانت من المهاجرات الأول وكانت ذات عقل وكمال وكانت عند أبي عمرو فطلقها فخطبها معاوية وأبو جهم فاستشارت النبي ﷺ فأشار عليها بأسامة بن زيد فزوجته . انظر : الإستيعاب (١٩٠١/٤) الإصابة (٦٩/٨) ، أسد الغابة (٢٣٠/٧) ، والطبقات الكبرى (٢٠٠/٨-٢٠٢) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [بكلمة واحدة] . الحديث أخرجه الإمام مسلم في صحيحه باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها (١١١٦/٢-١١١٧) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) أخرجه أبو داود في سننه باب في نفقة المبتوتة (٧١٦/٢،٧١٧) .

(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١١) انظر : شرح الزركشي (٣٧٥/٥) .

(١٢) انظر : الشرح الكبير (٥٦/٨) ، المبدع (٢٦١/٧) ، المغني (٢٤٠/٨) .

(١٣) الحسن بن على بن طالب بن هاشم سبط رسول اللّه ﷺ ، روى عن النبي ﷺ وأبيه وهند بنت أبي هالة وغيرهم ، وعن عائشة وابن سيرين وأبو مجلز وغيرهم ، كان أشبه الناس برسول اللّه ﷺ .

الخثعمية [١] لما قتل علي ﷺ : لتهنئك الخلافة يا أمير المؤمنين . فقال لها الحسن : أو يقتل أمير المؤمنين وتشمتين [٢] اذهبي : فأنت طالق ثلاثًا [٣] [٤] .

٢٣٣٢٣ - قلنا : هذه قصة لم ينقلها الفقهاء ، ولا دلالة فيها ، لأن الإجماع حصل قبل [٥] ذلك ، وخلاف الحسن لا يعتد به على عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، ومتى انعقد الاجماع [٦] فهو حجة على الحسن ومن بعده .

٢٣٣٢٤ - ولأنه تحريم البضع بقول الزوج من غير حاجة ، فوجب أن يتعلق به الكراهة [٧] ، كالظهار [٨] ، ولا يلزم الطلاق قبل الدخول ، لأن التحريم لا يحصل بقول الزوج ، ولكن بعدم العدة ولا [٩] يلزم التطليقة الثالثة ، لأن التحريم لا يتعلق بها ، وأنما يتعلق بها وبما تقدم عليها من طلاق . ولا يلزم الخلع ، لأنا قلنا : من غير حاجة [والخلع لا يجوز إلا عند الشقاق وذلك حاجة] [١٠] .

٢٣٣٢٥ - قالوا : التحريم في الظهار لا يقع بقول الزوج على المذهبين ، لأن عندنا يحرم بإمساكها عقيب الظهار [١١] و[١٢] عندكم تحرم لكن يقال له : إن أردت الوطء فكفر [١٣] .

٢٣٣٢٦ - قلنا : هذا غلط ، لأن التحريم يقع بالظهار وإمساكها عندكم يوجب الكفارة . فأما أن يتعلق به التحريم فلا [١٤] ، وعلى قولنا : التحريم يتعلق بالظهار ، وما

---

(١) عائشة بنت خليفة الخثعمية امرأة الحسن بن على كانت عنده وكان من أمرها لما بويع الحسن بن علي بالخلافة قالت له ليهنئك الخلافة يا أمير المؤمنين فغضب عليها فطلقها ثلاثًا وبعث إلها بعشرة آلاف متعة . الأنساب للسمعاني (٣٢٦/٢) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [أو تشمتين] .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغير ذلك (٣٠/٤) - والبيهقي في السنن الكبرى (٣٣٦/٧) باب الاختيار للزوج أن لا يطلق إلا واحدة .

(٥) في (ن) ، (ع) : [مثل] .

(٦) في (ص) : [انتقد أن الإجماع] .

(٧) الكراهة ورود خطاب الشارع بطلب ترك ليس معه جزم . شرح الكوكب (٣٤١/١) .

(٨) بل هذا أولى فإن الظهار تحريم البضع ، بمجرد قوله من غير حاجة دون إزالة الملك ، وفي إيقاع الثلاث تحريم البضع مع إزالة الملك . انظر : المبسوط (٧،٦/٦) ، والمغني (٢٤١/٨) .

(٩) ساقطة من (م) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش انظر : بدائع الصنائع (٩٨/٣) .

(١١) في (م) : [الطهار] .

(١٢) ساقطة من النسخ .

(١٣) انظر : المهذب (١١٤/٢) .

(١٤) انظر : المهذب (١١٣/٢) .

يزيل التحريم لا ينحصر وجوبه عندنا .

٢٣٣٢٧ - قالوا : المعنى في الظهار [١] : أنه منكر من القول وزور [٢] .

٢٣٣٢٨ - قلنا : [٣] ليس [كذلك ماسكًا ولا يزال له ملكه فجاز مجتمعا ومتفرقًا فأعلنا قوله وانتم لتقولون منكرًا من القول وزورًا ليس] [٤] هو علة لتحريم [٥] الظهار ، وإنما هو تنبيه على الكذب في تشبيهها [٦] بالأم [٧] والعلة في المنع إنما هو ما يتعلق بها من التحريم ، ولهذا لو شبهها بظهر [٨] الأجنبية كان كذبًا وزورًا ، ولا يوجد فيه التحريم ، والحظر [٩] الذي يوجد في الظهار [١٠] .

٢٣٣٢٩ - وقولهم : إن الطلاق إزالة الملك فجاز [١١] مجتمعًا ، ومتفرقًا [١٢] ليس بصحيح لأنه قد يجوز التفريق فيما لا يجوز جمعه كضرب الحدود [١٣] ، ورمي الجمار [١٤] وألفاظ اللعان [١٥] ، ولأنه إيقاع طلاق لا يأمن معه الندم ، لمعنى يعود إلى فعله ، فصار كالطلاق عقيب الجماع [يبين ذلك : أن الإنسان في العادة يطلق ، ثم تتبع نفسه المرأة ، كما أنه إذا طلق عقيب الجماع] [١٦] وظهر [١٧] الحمل ندم [١٨] .

٢٣٣٣٠ - ولا يلزم طلاق غير المدخول بها لأن الندم غير مأمون ، إلا أنه لا يعود

---

(١) في (م) : [الطهار] . (٢) في (ع) : [وزواد] .

(٣) ساقط من جميع النسخ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش

(٥) في (م) : [التحريم] . (٦) في (ن) ، (ع) : [شبهها] .

(٧) في (م) : [باللام] . (٨) في (م) : [يطهر] .

(٩) في (م) : [والحطر] . (١٠) انظر : بدائع الصنائع (٢٣٣/٣) .

(١١) في (ن) : [فجازا] . (١٢) انظر : النكت ورقة ٢١٧

(١٣) في اللغة مختار الصحاح باب الحاء ١١٦ وفي الشرع عقوبة مقدرة وجبت حقًا لله تعالى . الاختيار (٢٦١/٣) . قال في فتح القدير لا يجوز الجمع في ضرب الحدود إلا إذا كان لعذر كالمرض الذي لا يرجى زواله كالسل أو كان خدلجاً ضعيف الخلقة فيضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة . فتح القدير (٢٤٥/٥) .

(١٤) قال في بدائع الصنائع فإن رمى إحدى الجمار بسبع حصيات جميعًا دفعة واحدة فهي واحدة ، ويرمي ستة أخرى ، لأن التوقيف ورد بتفريق الرميات فوجب اعتباره . بدائع الصنائع (١٥٨/٢) .

(١٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٣٧/٣) ، فتح القدير (٢٨٥/٤) ، مع الهداية .

(١٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . (١٧) في (ص) : [وطهر] .

(١٨) انظر : بدائع الصنائع (٩٤/٣) .

إلى فعله ، وإنما يعود إلى عدم العلة [١] ولا يلزم إيقاع الثالثة ، لأنه جرب نفسه في مدة العدة ، فلو ندم لم يطلق [٢] ، ولا يلزم الخلع ، لأنه [٣] يكون عند الشقاق ، فيؤمن معه الندم [٤] .

٢٣٣٣١ - فإن قيل : المعنى في الطلاق عقيب الجماع ، فعدتها وضع الحمل إن تحمل ، وإن كانت لم تحمل ، فعدتها بالإقراء [٥] .

٢٣٣٣٢ - قلنا : لو كان كذلك لم يجز طلاق المراهقة [٦] لأنها لا تدري بماذا تعتد ، لأنها تعتد [٧] بالشهور ما لم تحض ، فإن حاضت اعتدت بالحيض ، فلما لم يكره طلاقها دل على بطلان هذا التعليل [٨] .

٢٣٣٣٣ - ولأنه استعجل الطلاق عن وقت أبيح إيقاعه فيه فجاز أن يتعلق به الكراهة ، كما لو طلقها في الحيض ، وعقيب الجماع [٩] ولأنه معنى ذو [١٠] عدد موقع يختلف بالرق والحرية ، فجاز أن تتعلق الكراهة بجميعه ، ولأنه كالحد .

٢٣٣٣٤ - ولأنه معنى ذو عدد اعتبر فيه السنة من حيث الوقت ، فاعتبرت في التفريق كرمي الجمار [١١] ، ولأنه معنى ذو عدد جعل سببا في البينونة فلا يجوز الجمع

---

(١) قال في بدائع الصنائع : وهذا بخلاف الطلاق قبل الدخول ، لأنه طلاق لحاجة ، لأنه قد يحتاج إلى الطلاق قبل الدخول ولا يمكن دفع الحاجة بالطلاق الرجعي ، لأن الطلاق قبل الدخول لا يتصور إيقاعه إلا بائنًا فكان طلاقًا لحاجة فكان مسنونًا ، بدائع الصنائع (٩٦/٣) .

(٢) انظر : المبسوط (٧،٦/٦) ، بدائع الصنائع (٨٩/٣) .

(٣) ساقطة من (ع) .

(٤) ولأن الخلع لا يتصور إيقاعه إلا بصفة الإبانة . ألا ترى أنه لا يتصور أن يكون رجعيًا ، ولأن الله تعالى رفع الجناح في الخلع مطلقًا بقوله ﷻ « لا جناح عليهما فيما افتدت به » البقرة : ٢٢٩) فدل على كونه مباحًا مطلقًا . بدائع الصنائع (٩٦/٣) .

(٥) أي أن الطلاق عقيب الجماع عند المخالف في الطهر الذي جامعها فيه ممنوع ، لأنه لا يعلم هل علقت بالوطء فتكون عدتها بالحمل أو لم تعلق ، فتكون عدتها بالأقراء . انظر : المهذب مع المجموع (٢١٦/١٨) .

(٦) الرهق : الدنو . وفي الحديث : « أرهقوا القبلة » أي أدنوا منها ومنه قولهم غلام مراهق أي مقارب للحلم وراهق الحلم قاربه . لسان العرب (١٧٥٦/٣) باب الراء .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (١٩٢/٣) ، الاختيار (١٤٦،١٤٣/٣) .

(٩) انظر : المبسوط (٧،٦/٦) ، بدائع الصنائع (٨٩،٨٨/٣) .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [دون] .

(١١) في (م) : [الحمار] .

فيه كاللعان [١] .

٢٣٣٣٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [٢] .

٢٣٣٣٦ - والجواب : أنا قد بينا أن هذه الآية دليلنا [٣] ، لأن [٤] قوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [٥] أمر ، والأمر لا يتضمن العدد ، ولأن المراد به الطلاق الرجعي ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ﴾ [٦] ولا حكم [٧] يتعلق بالزوج من العدة إلا الرجعة ، فلا يجوز أن يكون لأجل النفقة ، لأن ذلك من حقوقها ، والمرجع فيه إلى قولها ، ولأنه تعالى قال [٨] : ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ [٩] . أي يبدوا له فيراجعها [١٠]

٢٣٣٣٧ - يبين ذلك أن الصحابة ﷺ فهموا من الآية ما ذكرنا ، فروى أن المطلب بن حنطب [١١] سأل عمر ﷺ عن [١٢] التطليقات الثلاث ، فتلا قوله تعالى ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [١٣] ثم قال : ولو أنهم فعلوا ما يوعظون به لكان خيرًا لهم وأشد تثبيتًا [١٤] [١٥] وقال علي ﷺ : لو طلق الناس كما أمر الله تعالى ما تبعت نفس رجل امرأة طلقها أبدًا [١٦] .

---

(١) انظر : فتح القدير (٢٨٥/٤) .

(٢) سورة الطلاق : الآية ١ . انظر : النكت ورقة ٢١٧

(٣) انظر : ص .

(٤) في (ن) ، (ع) : [وأن] .

(٥) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [حلم] .

(٨) ساقطة من (ن) .

(٩) سورة الطلاق : الآية ١ .

(١٠) انظر : المبسوط (٥/٦) ، بدائع الصنائع (٨٩/٣) ، المبدع (٢٦٢/٧) .

(١١) في (ن) ، (ع) : [حطب] . هو : المطلب بن حنطب بن الحارث بن مخزوم روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر . ومن ولده الحكم بن المطلب ، كان أكرم أهل زمانه وزهد في آخرته . انظر : الإستيعاب (١٤٠١/٣-١٤٠٢) أسد الغابة (١٨٧/٥،١٨٨) الإصابة (١٣٢/٦) .

(١٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٣) سورة الطلاق : الآية ١ .

(١٤) سورة النساء : الآية ٦٦ .

(١٥) أخرجه الإمام الشافعي في مسنده ، باب أحكام الطلاق (٣٨/٢) والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما جاء في كنايات الطلاق (٣٤٣/٧) ، وعبد الرزاق في مصنفه باب البتة والخلية . المصنف (٣٥٦/٦) .

(١٦) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق ، ما يستحب من طلاق السنة وكيف هو (٤/٥) ، ابن حجر في المطالب العالية بمعناه باب طلاق السنة (٦٠/٢) .

٢٣٣٣٨ - احتجوا : [١] بقوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ ﴾ [٢] .

٢٣٣٣٩ - قلنا : هذا [٣] يقتضي ملابسة الطلاق ، ولا يقتضي ملابسة العدد ، و لا التكرار .

٢٣٣٤٠ - قالوا : روى أن ابن عمر طلق امرأته في حال الحيض ، فأمره النبى ﷺ : أن يراجعها ، فإذا [٤] طهرت طلقها طاهرًا من غير جماع ، أو حاملًا قد استبان حملها [٥] فبين السنة في الوقت ، ولم يبين السنة في العدد [٦] .

٢٣٣٤١ - قلنا : قد بين ذلك بقوله ﷺ : « ما هكذا أمرك ربك يا ابن عمر ، إنما أمرك أن تستقبل الطهر استقبالًا ، فتطلقها لكل قرء [٧] تطليقة » .

٢٣٣٤٢ - قالوا : روى أن عويمرا العجلاني [٨] [٩] لما فرغ [١٠] من اللعان قال كذبتُ [١١] عليها إن أمسكتها ، فهي طالق ثلاثًا [١٢] ولم ينكر ﷺ عليه إيقاع الثلاث دفعة [١٣] .

٢٣٣٤٣ - قلنا : البينونة هاهنا مستحقة ، وإنما يكره [جميع التطليقات في الموضع

---

(١) انظر : الأم (١٩٢/٥) .
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٦ .
(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٤) في (ن) ، (ع) : [وإذا] .
(٥) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب الطلاق باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها (١٠٩٥/٢) .
(٦) انظر : الأم (١٩٣/٥) ، معرفة السنن والآثار (٣٦/١١) .
(٧) في : [قر] .
(٨) في (ع) : [أن عويمر ما هكذا أمرك العجلاني] .
(٩) عويمر بن الحارث بن زيد العجلاني صاحب اللعان وهو الذي رمى امرأته بشريك بن السمحاء فلا عن رسول الله ﷺ بينهما سنة تسع من الهجرة . انظر : الاستيعاب (١٢٢٦/٣) ، الإصابة (٧٤٦/٤) أسد الغابة (٣١٧/٤) .
(١٠) في (م) (ن) : [فرع] .
(١١) في (م) : [كدبت] .
(١٢) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه باب اللعان كتاب اللعان (١١٢٩/٢ ،١١٣٠) والنسائي باب اجتماع المتلاعنين ج (١٧٧/٦ ،١٧٨) وأحمد في مسنده (٣٣٤/٥) والبيهقي في السنن الكبرى (٤٠٠/٧ ،٤٠١) وابن أبي شيبة في المصنف ما قالوا في المتلاعنين إذا فرق بينهما يكون لها مهر بنحوه وعبد الرزاق في المصنف باب لا يجتمع المتلاعنان أبدًا (١١٥/٧ ،١١٦) .
(١٣) انظر : الأم للشافعي (١٩٣/٥) ، المبدع (٢٦١/٧) ، والمهذب (٧٩/٢) ، والنكت للشيرازي ورقة ٢١٧ ، المحلي (٤٦٥/١١) ، شرح الزركشي (٣٧٣/٥) معرفة السنن والآثار (٣١/١١) .

الذي يقطع به الرجعة ، ومتى كانت البينونة مستحقة لم يكره] (١) عندنا (٢) ، ويجوز أن يكون هذا في وقت لم تثبت « سنة الطلاق » (٣) بدلالة أن النبي ﷺ لم يسأل عن طهرها ، ولو كانت السنة في الطلاق تثبت لسأل عن ذلك لينكر (٤) الطلاق إن كان في حال الحيض ، ولأنه اعتقد بقاء النكاح وأوقع الطلاق .

٢٣٣٤٤ - وعندهم قد وقع التحريم المؤبد قبل هذا الطلاق (٥) ولا يجوز أن يترك إنكار ذلك ، ليعلم أنه أنكره ولم ينقل كذلك (٦) أنه أنكر إيقاع الثلاث (٧) .

٢٣٣٤٥ - فإن قيل : قد نقل إنكاره كذلك (٨) لأنه قال لا سبيل لك عليها (٩) .

٢٣٣٤٦ - قلنا : هذا ليس بإنكار ، لأنه يحتمل لا سبيل لك عليها لأنك طلقتها .

٢٣٣٤٧ - وقد قيل : يجوز أن يكون قوله : كذبت عليها إن أمسكتها فهي (١٠) طالق ثلاثًا . أي : هي محرمة باللعان كتحريم (١١) الثلاث فلذلك لم ينكر عليه إيقاع الثلاث ، ولا اعتقاد بقاء النكاح .

٢٣٣٤٨ - قالوا : طلاق في طهر لم يجامعها فيه كالواحدة ، وربما قالوا : طلاق صادف عدة من غير ريبة كالواحدة (١٢) .

٢٣٣٤٩ - [قلنا : قولكم صادق عدة لا نسلمه لأن العدة عندنا الحيض .

٢٣٣٥٠ - وقولكم : من غير ريبة] (١٣) يحترزون به عن الطلاق عقيب الجماع ،

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٢) انظر : المبسوط (٦/٥،٦) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [صفة الطلاق] . (٤) في (م) : [ليكسر] .

(٥) انظر : المهذب (١٢٧/٢) . (٦) في (ن) : [ذلك] .

(٧) ويحتمل أيضًا أن النبي ﷺ ترك الإنكار على العجلاني في ذلك الوقت شفقة عليه أو أنه أخر الإنكار إلى وقت آخر كما أن اللعان يوجب تحريمًا مؤبدًا ، فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره ، ولأن جمع الثلاث إنما حرم لما يعقبه من الندم ويحصل به من الضرر فيفوت عليه من حل نكاحها ولا يحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان لحصوله باللعان . وسائر الأحاديث لم يقع فيها جمع الثلاث بين يدي رسول اللّه ﷺ فيكون مقرًا عليه ، ولا حضر المطلق عند النبي ﷺ حين أخبر بذلك لينكر عليه . انظر : المبسوط (٥/٦) ، المغني (٢٤١/٨،٢٤٢) .

(٨) في (م) : [لذلك] . (٩) سبق تخريجه .

(١٠) في (م) : [هي] وما ذكرناه أنسب كما هو سياق الحديث .

(١١) في (م) : [لتحريم] . (١٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢١٧ .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

وهناك المانع من الطلاق خوف الندم ، وهذا موجود في الثلاث .

٢٣٣٥١ - والمعنى في الواحدة أن الإيقاع [١] يؤمن معه الندم [من غير أضرار معتبرة ، وليس كذلك الثلاث ، لأنه لا يأمن معه الندم] [٢] في الغالب فصار كالطلاق عقيب الجماع .

٢٣٣٥٢ - فإن قيل : علة الأصل ، تبطل بإيقاع تطليقتين .

٢٣٣٥٣ - قلنا : قد لا يأمن معها الندم إذا كانت المطلقة أمة ، ونحن اعتبرنا لأمن [٣] من الندم بكل حال .

٢٣٣٥٤ - قالوا : إزالة ملك يملك [٤] تفريقه فملك [٥] جمعه كعتق العبيد [٦] .

٢٣٣٥٥ - قلنا : قد [٧] يجوز التفريق فيما لا يجوز الجمع فيه [٨] بدلالة رمي الجمار [٩] وتفريق الجلد في الحد [١٠] ، وتفريق كلمات اللعان [١١] ، ولأن عتق العبد [لم يمنع] [١٢] منه منعًا يعود إلى الزمان ، فلم يمنع منه [١٣] منعًا [١٤] يعود إلى الجمع ، ولما منع من الطلاق منعًا يختص بالزمان ، جاز أن يمنع منه منعًا يعود إلى الجمع .

٢٣٣٥٦ - قالوا : كل طلاق يجوز تفريقه جاز جمعه كطلاق أربعة نسوة [١٥] .

٢٣٣٥٧ - قلنا : جمع طلاق النساء وتفرقه سواء ، لأنه يقتضي حال الجمع ما يقتضي حال التفريق ، وليس كذلك طلاق المرأة الواحدة ، لأنه يختلف حكمه بالجمع والتفريق ، فجاز أن تختلف الإباحة فيه ، ولأن حيض إحدى النساء لا يمنع طلاق الأخرى ، ولما كان حيض المرأة يمنع طلاقها ، جاز أن يكون طلاقها يؤثر في المنع من طلاقها .

٢٣٣٥٨ - قالوا : ذو عدد [١٦] يملكه الزوج بعقد النكاح يجوز تفريقه ، فوجب أن

---

(١) في (م) : [إيقاع] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٣) في (ن) ، (ع) : [الأمرين] .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) في (م) : [فملكي] .
(٦) انظر : النكت ورقة ٢١٧ .
(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٨) في (ن) ، (ع) : [يجوز فيه الجمع] .
(٩) انظر : ص
(١٠) انظر : ص
(١١) انظر : ص
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(١٣) ساقط من (م) .
(١٤) في (م) : [تبعًا] .
(١٥) انظر : الشرح الكبير (٢٥٧/٨) ، والمغني (٢٤٠/٨) ، والكافي (٧٨٦/٢) .
(١٦) في (ن) : [عدل] .

يجوز جمعه ، كعدد « الإرضاع » (١) (٢) .

٢٣٣٥٩ - قلنا : الوصف لا يوجد في الأصل لأن عدد الأبضاع (٣) لا يملك بالعقد ، وإنما / يملك أن يستبيحه بعقد الشرع ، ثم نقلب فنقول : فجاز أن يمنع جمعه كعدد الأبضاع إذا جمع بين حرة وأمة (٤) وأختين (٥) ، ولأن ملك الأبضاع لا يختص بوقت دون وقت ، فاستوى في الجائز منه الجمع والتفريق . ولما اختص الطلاق بوقت دون وقت جاز أن يختلف حكم اجتماعه وافتراقه في الإيقاع .

٢/أ

٢٣٣٦٠ - قالوا : كل من جاز له أن يطلق [واحدة ، جاز له أن يطلق] (٦) ثلاثًا ، كما لو أمسكها بشهوة ثم قال لها : أنت طالق (٧) .

٢٣٣٦١ - قلنا : ينتقض بمن طلق امرأته تطليقتين ، وهي (٨) في الطهر الثالث [يملك أن يطلقها] (٩) [واحدة ولا يملك أن يطلقها] (١٠) ثلاثًا ، والعبد عندهم (١١) ، وزوج الأمة عندنا يملك أن يطلق واحدة . ولا يملك أن يطلق ثلاثًا (١٢) ولأن الكلام معهم في إيقاع ثلاث (١٣) تطليقات بلفظة واحدة ، فإن عللوا لإيقاعها متفرقة في طهر واحد قلنا بموجبه إذا خالعها ، ثم تزوجها ثم خالعها ، ثم تزوجها ، ثم تزوجها وخالعها ، والمعنى في الأصل الذي قاسوا عليه : أنه يوجد بعد الطلاق ما يدل على تبقية النكاح ، وهو الاستمتاع المقصود ، فرفع حكم ذلك الطلاق ، كما لو قال بعد الطلاق : راجعتك ، وليس كذلك موضع الخلاف ، لأنه لم يوجد بعد التطليقة الأولى ما يدل على تبقية النكاح ، فلم يجز أن يضم إليها [في الطهر] (١٤) تطليقة أخرى .

* * *

(١) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة [كعدد الإبضاع] انظر : النكت ورقة ٢١٧ .
(٢) انظر : النكت ورقة ٢١٧ ، الشرح الكبير (٢٥٧/٨) ، المغني (٢٤٠/٨) .
(٣) في (ن) ، (ع) : [الإرضاع] .
(٤) انظر : البحر الرائق (١١٢،١٠٢) .
(٥) انظر : الهداية (١٩١/١)
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٧) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٣٧ .
(٨) في (م) : [وهو] .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(١١) انظر : المهذب (٧٨/٢) .
(١٢) انظر : الهداية (٢٣٠/١) .
(١٣) ساقطة من (ن) .
(١٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

مسألة ١١٢٩

إذا قال الرجل لامرأته إذا طلقتك فأنت طالقة قبله ثلاثًا

٢٣٣٦٢ – قال أصحابنا : إذا قال الرجل لامرأته إذا طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثًا ، ثم طلقها ، وقع (١) الطلاق عليها ، ووقع الشرط تمام الثلاث عليها في الحال (٢) .

٢٣٣٦٣ – وقال بعض أصحاب الشافعي على قياس مذهبه : لا تطلق هذه المرأة أبدًا (٣) .

٢٣٣٦٤ – لنا : قوله تعالى ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ (٤) ، وقوله تعالى : ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ﴾ (٥) وقال ﷺ : كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه (٦) والصبي (٧) وقال : الطلاق لمن أخذ بالساق (٨) .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [فوق] .

(٢) انظر : هذه المسألة في فتح القدير (٢٩/٤) ، البحر الرائق (٢٩/٣) ، منحة الخالق على البحر الرائق (٢٩٣/٣) للعلامة السيد محمد أمين الشهير بابن عابدين .

(٣) هذا قول أبي العباس بن سريج وابن الحداد والشيخ أبو حامد وأبي الطيب الطبري ، وهذا ما صححه الأكثرون . ونسبه في البحر إلى جمهور الخرسانيين ، وهو قول المزني والقفال ، ونقل في البحر أن الشافعي نص عليه في المسائل المنثورة . قال الإسنوي : إذا كان صاحب المذهب نص عليه ، وقال به أكثر الأصحاب خصوصًا الشيخ أبا حامد شيخ العراقيين والقفال شيخ المراوزة كان هو الصحيح . وقيل يقع المنجز فقط ، وهو اختيار الماوردي ورجحه ابن أبي عصرون وصاحب الاستقصاء وقيل ثلاث . انظر : المهذب (٩٩/٢) ، روضة الطالبين (١٦٢/٨) ، مغني المحتاج (٣٢٣/٣، ٣٢٤) ، نهاية المحتاج (٣٢/٧، ٣٣) .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٣٦ .

(٦) في (ن) ، (ع) : [المعتق] . عُته الرجل عتهًا وعتاهًا وهو المدهوش من غير مس ولا جنون ، لسان العرب (٢٤٤٢/٤)

(٧) صبا صبوًا وصباءً والمصدر الصبا والصبي هو من لدن أن يولد إلى أن يبلغ . اللسان (٢٣٩٧/٤) . الحديث أخرجه الترمذي في جامعه باب ما جاء في طلاق المعتوه . سنن الترمذي (٤٩٦/٣) . والبيهقي في السنن الكبرى – باب من لا يجوز طلاق الصبي حتى يبلغ ، وطلاق المعتوه حتى يفيق موقوفًا (٣٥٩/٧) . سنن الترمذي (٤٩٦/٣) . والبيهقي في السنن الكبرى – باب من لا يجوز طلاق الصبي حتى يبلغ ، وطلاق المعتوه حتى يفيق موقوفًا (٣٥٩/٧) .

(٨) الحديث أخرجه ابن ماجه في كتاب الطلاق – باب طلاق العبد (٦٧٢/١) والدارقطني في سننه كتاب الطلاق =

٢٣٣٦٥ - ولأنه يصح ظهاره فصح طلاقة كسائر الأزواج ، ولأنها يمين فلا يمنع [١] وقوع الطلاق عليها [٢] ، [ولأنه طلاق من مكلف ، فلا يمنع وقوعه عليها ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق] [٣] [٤] ولأنه طلاق [٥] من مكلف في زوجه فوجب أن يقع عليها الطلاق الذي [جعله جزاء] [٦] .

٢٣٣٦٦ - أصله : إذا لم يحلف ، ولأنه تصح مخالعته فيصح طلاقه . أصله : قبل اليمين ، يستبيحها بالنكاح ، فجاز أن ترتفع الاستباحة بالطلاق كما قبل اليمين .

٢٣٣٦٧ - احتجوا : بأنه إذا طلقها كان في إيقاع الطلاق إسقاطه ، لأن الطلاق الثلاث يقع عليها قبل ذلك ، فبطل هذا الطلاق . ومتى كان في إيقاعه إسقاطه لم يقع ، إذا لم تقع الثلاث لعدم شرطها ، فلا تطلق أبدًا [٧] .

٢٣٣٦٨ - قلنا : إذ أوقع تطليقة لم يقع الطلاق [٨] قبلها وإنما تقع تمام الثلاث عقيب هذه التطليقه .

٢٣٣٦٩ - ولأن قوله : إذا طلقتك شرط ، فإذا وجد صار كالمتكم بالجزاء في تلك الحال ، فكأنه قال لها بعد الطلاق : أنت طالق قبل أن أطلقك . فيقع في الحال ، ولا يقع فيما تقدم ، لأنه لا يملك ذلك .

٢٣٣٧٠ - ألا ترى : أن من قال لامرأة وقد تزوجها أول من أمس : أنت طالق أمس وقع عليها الطلاق حال [ما تكلم] [٩] به ، ولو كان [قد وطئها] [١٠] اليوم ، لم يجب عليه مهرًا آخر ، ثم تبتدئ اليوم ولا تبتدئ من أمس [١١] . يبين هذا : أن صحة هذا الطلاق رفع الاستباحة ، والزوج يملك رفع [١٢] الاستباحة فيما يستقبل ، ولا يملك رفعها في الماضي ، [لأن استباحة الماضي] [١٣] قد عدمت ، فلا يصح رفعها ، فإذا

= والخلع وغير ذلك (٣٨،٣٧/٤) والبيهقي في السنن الكبرى - باب طلاق العبد بغير إذن سيده (٢٣٥/٧) .

(١) في (ن) : [فلا يمس ولا يمنع] .
(٢) انظر : تحفه الفقهاء (٢٩٤/٢) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومكرر في (ص) .
(٤) انظر : تحفة الفقهاء (٢٩٤/٢) .
(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٧) انظر : المهذب (٩٩/٢) ، النكت ورقة ٢٢٢ .
(٨) في (ن) ، (ع) : [لم يقع الطلاق] . كما يدل عليه السباق .
(٩) في (ن) ، (ع) : [ما يتكلم]
(١٠) في (ن) ، (ع) : [قد وطئها]
(١١) انظر : الجامع الصغير ١٩٦ ، المبسوط (١١٠/٦) الهداية مع العناية (٣٠/٤) ، البحر الرائق (٢٩٢/٣)
(١٢) ساقطة من (م)
(١٣) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ع)

ثبت هذا لم يكن في إيقاع الطلاق إسقاطه لأن الطلاق الواقع باليمين لا يتقدم عليه (١) وإنما يقع بعده .

٢٣٣٧١ - فإن قيل : أليس عندكم يقع الطلاق في زمان متقدم [إذا قال لامرأته] (٢) أنت طالق قبل رمضان بشهر ، وقبل موت فلان بشهر وقبل قدومه بشهر ، [فكيف يصح قولكم إن الاستباحة الماضية لا يجوز رفعها .

٢٣٣٧٢ - قلنا : أما إذا قال قبل قد قدوم فلان بشهر] (٣) فإنما يقع بعد قدومه

٢٣٣٧٣ - قوله : قبل رمضان بشهر ، الطلاق لا (٤) يقع في زمان متقدم ، ولكن هذا رجل طلق امرأته [في أول شعبان] (٥) ، وهو زمان متأخر عن اليمين (٦) . وأما قوله : قبل موت فلان بشهر فقد علق الطلاق بوجود زمان يوصف أنه قبل موته بشهر ، وهذا الزمان بعد اليمين (٧) فكيف يلزم على مسألتنا ، ووزان مسألتنا أن يقول لها عند موته : أنت طالق منذ شهر . فيقع في الحال (٨) .

٢٣٣٧٤ - فإن قيل : أليس لا يقع الطلاق [حتى يوجد الموت . قلنا : الموت ليس بشرط الطلاق] (٩) لكن هو الذي يحصل حقه الشهر المعلق به الطلاق ، لأن ذلك الشهر مجهول ، وإنما يتعين بالموت فإذا وجد الموت استحق الشهر الصفة ، فوقع الطلاق من أوله ، ولما كان رمضان معلوم الوقت لم ينتظر (١٠) فأوقعنا الطلاق في أول رمضان .

* * *

(١) في (ن) ، (ع) : [متقدم عليه] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٦) انظر : فتح القدير (٣٨/٤) .

(٧) لو قال لامرأته أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر ، أو قال لها : أنت طالق قبل موت فلان بشهر ، فقدم فلان أو مات لتمام الشهر فعلى قول زفر يقع الطلاق من أول الشهر ، حتى تعتبر العدة من ذلك الوقت ، وعند أبي يوسف ومحمد يقع الطلاق مقصورًا على حالة القدوم ، والموت حتى تعتبر العدة في الحال ، وقال أبو حنيفة : في القدوم الجواب كما « قالا » وفي الموت الجواب كما قال زفر . انظر : المبسوط (١١٧/٦، ١١٨) البحر الرائق (٣٠٠/٣) فتح القدير (٣٧/٤، ٣٨) (٨) انظر : المبسوط (١٢٠/٦)

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش

(١٠) في (ن) : [تنظر] .

مسألة ١١٣٠

الفراق والسراح كنايتان

٢٣٣٧٥ - قال أصحابنا : الفراق [١] ، والسراح [٢] كنايتان لا يقع الطلاق بهما إلا بنية أو بدلالة حال [٣] .

٢٣٣٧٦ - وقال الشافعي في الجديد : هما صريحا الطلاق لا يفتقران إلى نية [٤] .

٢٣٣٧٧ - لنا : أن الصريح [٥] : ما اختص في الاستعمال والعرف [٦] بما حصل صريحا له لا يستعمل فيه وفي غيره على وجه واحد ، كإطلاق أنه يختص [٧] بالزوجات . تقول : طلقت زوجتي ، وأطلقت أسيرى .

٢٣٣٧٨ - والسَّراح : يستعمل في الزوجة ، وغيرها على وجه واحد . يقول :

---

(١) فارق الشيء مفارقة وفراقا : باينه ، والاسم : الفرقة ، وفارق فلان امرأته مفارقة وفراقا : باينها . انظر : لسان العرب باب الفاء (٣٣٩٨/٥) .

(٢) تسريح المرأة : تطليقها ، والاسم السراح ، مثل التبليغ والبلاغ ، وقد سمى الله ﷻ الطلاق سراحا فقال : ﴿ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ الأحزاب ٤٩ . لسان العرب باب السين (١٤٥٦/٣) .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٥ ، المبسوط (٧٧/٦) ، تحفة الفقهاء (٢٧٠/٢) ، الهدايا (٢٤١/١) وهو رواية عن الإمام مالك وهذا هو المشهور . قال في أسهل المدارك : والفراق والسراح كنايتان على المشهور . انظر : أسهل المدارك (١٤٥/٢) الكافى (٥٧٥/٢) ، حاشية الدسوقى (٣٨١/٢) . ورواية عن الإمام أحمد وهذا ما عليه أكثر الأصحاب : انظر : الفروع (٣٧٩/٥) ، الإنصاف (٤٦٢/٨) .

(٤) القديم في المذهب : أن الفراق والسراح كنايتان . قال في روضة الطالبين : حكى أبو الحسن العبادى أن أبا عبد الرحمن القزاز نقل قولًا قديما أن السراح والفراق كنايتان ، والمشهور في المذهب أن الفراق والسراح صريحا الطلاق . قال في المنهاج : فصريحه الطلاق وكذا الفراق والسراح على المشهور . انظر : هذه المسألة في مختصر المزنى (٢٩٦/٨) ، المهذب (٨١/٢) ، روضة الطالبين (٣٢/٨) مغني المحتاج (٢٨٠/٣) . وهو رواية عن الإمام مالك ورواية عن الإمام أحمد الكافي (٢٧٥/٢) ، التفريع (٧٤/٢) ، المبدع (٢٦٩/٧) ، الفروع (٣٧٩/٥) .

(٥) الصريح في اللغة : الخالص ، يقال صرح الشيء : أي خلص . مختار الصحاح ٣٨٤ . وفي الشرع : ما استعمل في الطلاق دون غيره . البحر الرائق (٢٦٩/٣) .

(٦) في اللغة : ضد النكر يقال أولاه عُرْفا أي معروفا - مختار الصحاح باب العين . وفي الاصطلاح هو : ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الأمة بالقبول . التعريفات ١٩٤ .

(٧) ساقطة من (م) .

سرحت إبلي ، وزوجتي ، وفارقت زوجتي ، وفارقت صديقي ، وفارقت بلدي ، [١] فصار كقوله : بِنتِ وحَرمتِ لما استعمل في الزوجة ، وغيرها على وجه واحد ، لم يكن صريحًا [٢] .

٢٣٣٧٩ - فإن قيل : يقال : فلان طلق الدنيا . فيستعمل لفظ الطلاق على وجه غير [٣] الزوجية ، كما يستعمل فيها .

٢٣٣٨٠ - قلنا : هذا غلط ، لأنه إذا قال : طلقت فهم من ظاهره [٤] طلاق للنساء ، ولا يفهم طلاق الدنيا إلا بتقيد ، فإذا قال : فارقت ، أو سرحت . لم يختص ذلك بالنساء حتى يضيفه إليهن ، كما لا يفهم غير النساء حتى يضيفه فيقول : سراحت إبلي .

٢٣٣٨١ - ولأنه لفظ إيقاع يصح إرادة الثلاث به ، فوجب أن لا يكون صريحا في الطلاق ، كقوله : أنت بائن [٥] .

٢٣٣٨٢ - ولا يلزم قوله [٦] : طلقي نفسك ، لأنها ليس بإيقاع ، وإنما هو أمر [٧] .

٢٣٣٨٣ - ولا يلزم قوله : أنت طالق ، أو مطلقة ، لأنه ليس بصريح عندنا [٨] ،

---

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) انظر : المبسوط (٧٨،٧٧/٦) ، بدائع الصنائع (١٠٦/٣) ، البحر الرائق (٣٢٥/٣) ، المغنى (٢٦٤/٨) ، الشرح الكبير (٢٧٤/٨) ، المبدع (٢٦٨/٧) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (ن) : [طاهره] .

(٥) قال في المبسوط : ولو قال (أنت منى بائن أو خلية) إن نوى الطلاق فهو كما نوى إن نوى ثلاثا فثلاث ، لأنه نوى أتم أنواع البينونة ، فإن البينونة تارة تكون مع احتمال الوصل عقيبه وتارة تكون على وجه لا يحتمل الوصل عقيبه ، وهو الثلاث ما لم تتزوج بزوج آخر فعملت نيته . المبسوط (٧٣،٧٢/٦) فصح بهذا إرادة الثلاث بقوله أنت بائن ، لأنه من كنايات الطلاق ، كما صح في قوله فارقتك وسرحتك ، لأنه من كنايات الطلاق أيضًا .

(٦) في (م) ، (ن) : [قولي] .

(٧) مراد المصنف بهذا أن قوله طلقي نفسك وإن كان يصح إرادة الثلاث به إذا نواه الزوج إلا إنه ليس بإيقاع وإنما هو أمر احتمل الثلاث ، لأن قوله طلقي نفسك معناه أي : حصلن طلاقًا . والمصدر يحتمل الخصوص والعموم لأنه اسم جنس فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته . انظر : بدائع الصنائع (١٢٣/٣) ، الاختيار (٩١/٣) .

(٨) أما قوله أنت طالق ليس بصريح فليس هذا على الإطلاق قال في بدائع الصنائع : ومن الصريح الإبانة فهو أن يكون بحروف الإبانه أو بحروف الطلاق لكن قبل الدخول حقيقة أو بعده ، لكن مقرونا بعدد الثلاث نصا ، كأن قال لها أَنتِ طالق ثلاثا أو إشارة ، وهذا إذا أشار إلى عدد الثلاث بأن قال لها أنتِ طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى وكذا إذا كانت موصوفة بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ، مثل قوله أنتِ طالق بائن أو أنتِ طالق حرام . بدائع الصنائع (١١٠،١٠٩/٣) وأما قوله أنت مطلقة بالتخفيف فقال في بدائع الصنائع : من قال لامرأته أنتِ مُطْلَقَةٌ مخففة يرجع إلى نيته ، لأن الإطلاق في العرف يستعمل في إثبات =

ولأن هذا إخبار عن الصفه التي يؤول [١] إليها أمر المطلقة ، لأنه إذا طلقها سرحها ، وفارقها ، فكان من كنايات الطلاق ، كقوله : تقنعي [٢] ، واستتري [٣] ، لأنه لفظ لا يقع به الطلاق من المكره بغير نية ، فلم يكن صريحا كقوله : أنتِ بائن [٤] .

٢٣٣٨٤ - احتجوا : [٥] بقوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ [٦] .

٢٣٣٨٥ - قالوا : روى أنس بن مالك قال : سئل [٧] رسول اللّه ﷺ فقيل له : ذكر اللّه تعالى ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ فأين الثالثة ، قال : ﴿ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ [٨] .

٢٣٣٨٦ - والجواب : أن هذا يدل أن التسريح طلاق وكذلك نقول ، إلا [٩] أنا نشترط فيه النية ، كما يشترطون فيه عدم الإكراه ، ووجود القصد لا التلفظ به [١٠] .

٢٣٣٨٧ - قالوا : قال اللّه تعالى : ﴿ فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا ﴾ [١١] [يعنى به الطلاق فدل أن السراح طلاق بغير نية .

٢٣٣٨٨ - قلنا : عندنا يقع الطلاق بالنية أو بدلالة القول ، فلما قال ﴿ أُمَتِّعۡكُنَّ

= الانطلاق عن الحبس والقيد الحقيقي ، فلا يحمل على القيد الحكمي إلا بالنية . انظر : بدائع الصنائع (١١٠/٣) .

(١) في (م) : [يوول] وفي (ن) : [يول] .

(٢) قناع المرأة جمعه قُنعا ، مثل كتاب وكتبا ، وتقنعت : لبست القناع . المصباح المنير (٤٦١/١) .

(٣) قال في بدائع الصنائع وقوله : تقنعي واستتري : أمر تقنع واستتار ، فيحتمل الطلاق ، لأنها إذا طلقت يلزمها ستر رأسها بالقناع وستر أعضائها بالثوب عن زوجها . بدائع الصنائع (١٠٥/٣) فصح بهذا أن قوله تقنعي واستتري إخبار عن الصفة التي يؤول إليها أمر المطلقة ، فكان من كنايات الطلاق ، كما أن قوله فارقتك وسرحتك إخبار عن الصفة التي يؤول إليها أمر المطلقة ، فكان من كنايات الطلاق .

(٤) انظر : المبسوط (٧٢/٦،٧٣)

(٥) انظر : الأم للشافعي (٢٧٦/٥) ، النكت ورقة ٢١٧ ، المغني (٣١٩/٨) المبدع (٢٦٩/٧) الكافي (٧٩٢/٢) ، كشاف القناع (٢٤٥/٥) .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٧) في (ع) : [قال] .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ الحديث أخرجه الدار قطنى في سننه كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في موضع الطلقة الثالثة من كتاب اللّه ﷻ (٣٤٠/٧) ورواه سعيد بن منصور في سننه باب ما جاء في الخلع مرسلا عن أبي رزينه (٣٤٠/٣،٣٤١) . وأورده ابن حجر في المطالب العالية باب عدد الطلاق (٧٦/٢) .

(٩) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) انظر : الأم (٢٧٦/٥) مختصر المزنى (٢٩٦/٨) .

(١١) سورة الأحزاب : الآية ٢٨ .

﴿ وَأُسَرِّحْكُنَّ ﴾] [١] . لم يحتج إلى النية ، لأن ذكر المتعة يصير دلالة حال ، فيغنى [٢] عن النية .

٢٣٣٨٩ - فإن قيل : لمّا ذكر اللّه تعالى : الفرقة بلفظ [٣] الطلاق ، [٤] والفراق بلفظ التصريح والمفارقة بقوله ﴿ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ ﴾ [٥] وقوله ﴿ وَأُسَرِّحْكُنَّ ﴾ [٦] وقوله : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [٧] . دل إلى أن الجميع [٨] صريح [٩] .

٢٣٣٩٠ - قلنا : ليس المراد بهذا إيقاع الفرقة بهذه الألفاظ ، وإنما هو [١٠] ذكر المفارقة والتسريح ، وإن وقع ذلك بلفظ [١١] الطلاق ، كما يقول الرجل : فارق امرأتك [١٢] . ليس معناه قل لها : فارقتك بل طلقها ، يبين ذلك : أنه قال ﴿ الطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾ [١٣] ثم قال ﴿ فَإِمْسَاكُۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ [١٤] ثم قال ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا ﴾ [١٥] ولو كان التسريح إيقاعًا [١٦] لكان في الآية أربع تطليقات ، فعلم أن المراد بالإمساك المراجعة [والمراد بالتسريح ترك المراجعة] حتى تنقضي » العدة .

٢٣٣٩١ - قالوا : لفظ ورد به القرآن ، والمقصود [١٧] منه الفرقة بين الأزواج ، فكان صريحًا فيها . أصله : لفظ الطلاق [١٨] .

٢٣٣٩٢ - قلنا : لا نسلم [أن القرآن] [١٩] ، ورد بهذا اللفظ [في] [٢٠] إيقاع الفرقة به ، وإنما ورد بألفاظ الطلاق ، [أوترك] [٢١] المراجعة ، ولو سلمنا ذلك فالقرآن يرد بالصريح ، والحقيقة ، والمجاز [٢٢] [٢٣] ، لأنه بلغة العرب ، والتفاضل في

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ن) : [فيعنى] .

(٣) في (م) ، (ن) : [بلفظ] .

(٤) ساقطة من (ع) .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٦) سورة الأحزاب : الآية ٢٨ .

(٧) سورة الطلاق : الآية ٢ .

(٨) في (ن) ، (ع) : [الجمع] .

(٩) أي أن ورود هذه الألفاظ الثلاثة على وجه الأمر في القران دليل على أن الألفاظ الثلاثة صريح عند المخالف . الأم (٢٧٦/٥) المجموع (٩٨/١٧) .

(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١١) في (ن) : [بلفظ] .

(١٢) في (ع) : [وامرأتك] .

(١٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(١٤) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(١٥) سورة البقرة : ٢٣٠ .

(١٦) في (م) : [تنقضي] .

(١٧) في (ن) ، (ع) : [والمقصود] .

(١٨) انظر : النكت للشيرازى ورقة ٢١٧ ، المغني (٢٦٤/٨) ، الشرح الكبير (٢٧٤/٨) المبدع (٢٦٩/٧) .

(١٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع)

(٢٠) في (ن) ، (ع) : [من] .

(٢١) في (ن) ، (ع) : [أو ترجع] .

(٢٢) ساقطة من (ن) ، (ع)

(٢٣) المجاز في اللغة : من جزت الطريق ، وجاز الموضع جوازًا وجاز به وجاوزه : صار فيه وسلكه ، وجاوزت الموضع جوازا بمعنى جزته . لسان العرب باب الجيم وفي الاصطلاح : اسم لما أريد به غير ما وضع له لمناسبة =

الفصاحة [١] إنما يكون بالعدول عن الحقائق ، فلم يستدل [٢] بورود القران على أنه صريح ، أو كناية .

٢٣٣٩٣ – والمعنى في الطلاق أنه يختص بالزوجات في الاستعمال ، وليس كذلك السراح ، والفراق لأنه يستعمل فيهن [٣] وفي غيرهن على وجه واحد .

٢٣٣٩٤ – قالوا : إزالة ملك بنى [٤] على [٥] التغليب ، فوجب أن لا يقف صريحه على لفظة واحدة ، كالعتق [٦] .

٢٣٣٩٥ – قلنا : هذا تحجر على أهل اللغة وإلزامهم [٧] أن يسوى بين مشكلات المعانى [٨] في الاتساع ، والوضع [٩] . وإذا وضعوا لبعضها / أسماء وضعوا للباقي مثلها ، ونحن نعلم أن الخمر [١٠] كثرت أسمائها ، ولم يضعوا للخل [١١] إلا اسما واحدا ، ولم يجز أن يحجر عليهم .

٢٠/ب

٢٣٣٩٦ – فإن قيل : لسنا نتكلم [١٢] في اللغة لكن في الحكم ، وهو افتقار هذا اللفظ على النقل ، ووقوفه على غير النية

٢٣٣٩٧ – قلنا : اعتبار النية ، وسقوطها حكم من الأحكام ، إلا أنكم جعلتموها تابع للتسمية ، والتسمية لا يجوز القياس فيها . ولأن العتق : إزالة ملك عن الرق ، والأسباب التي يملك [١٣] بها الرق كثيرة ، فجاز أن يكون إزالته [١٤] لا تخصيص بصريح واحد ، وأما الطلاق : فهو إزالة ملك عن الاستباحة وذلك لا يملك إلا بسبب واحد ، وهو النكاح ، فجاز أن يختص إزالة الملك فيه بصريح واحد .

= بينهما . التعريفات – ٢٥٥

(١) في اللغة مأخوذه من الفصيح ، وهو : اللبن الذي أخذت عنه الرغوة . الصحاح باب الحاء (١/١٨٨) ، وفي الاصطلاح : خلوصه من ضعف التأليف وتنافر الكلمات والتعقيد مع فصاحتها . التعريفات ٢١٤

(٢) في (ن) ، (ع) : [يستدرك] .

(٣) في (م) ، (ن) : [غيرهم] .

(٤) في (ن) (ع) : [الينى] .

(٥) ساقطة من (م)

(٦) انظر : النكت ورقة ٢١٧

(٧) ساقط من (م)

(٨) في (ن) ، (ع) : [الشاكلات] .

(٩) في (ن) ، (ع) : [والموضع] . الوضع هو : عبارة عن تخصيص الشيء بالشيء بحيث إذا أطلق الأول فهم منه الثاني . المزهر في علوم اللغة ج (١/٣٨) للإمام السيوطي .

(١٠) في (م) : [الخمر] . خَمَر خَمْرة ، وخمر وخمور قال ابن الأعرابي سميت الخمر خمرًا لأنها تركت فاختمرت ، واختمارها : تغير ريحها . وقيل سميت بذلك لمخامرتها العقل . مختار الصحاح ٢٠٨ .

(١١) في (م) : [الحل] وهو تصحيح الخل معروف قال ابن سيده : الخل ما حمض من عصير العنب وغيره . لسان العرب باب الخاء (١/١٢٤٨) .

(١٢) في (ن) : [يتكلم] .

(١٣) في (ن) ، (ع) : [يتملك] .

(١٤) في (م) : [أزالته] .

٢٣٣٩٨ - قالوا : هذه اللفظة لا تفتقر إلى النية حال الغضب [١] فلم تفتقر إلى النية في حال الرضى ، كقوله : أنت طالق [٢]

٢٣٣٩٩ - قلنا : الوصف غير مسلم ، لأنها تفتقر في حال الغضب [إلى النية ليقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى . وفي حال الرضى يفتقر إلى النية ودلالة غير النية والغضب] [٣] دلالة فلا يفتقر مع وجودها إلى النية ، كما لو وجد في حال الرضي مع مذاكرة [٤] الطلاق ، أو بدل العوض ، لم يحتج عندنا مع ذلك إلى النية [٥]

٢٣٤٠٠ - قالوا : الكناية لا تختص بلفظ واحد ، كذلك الصريح [٦] .

٢٣٤٠١ - قلنا : الكناية : عدول عن الوضع ، وتوسع فلا تختص . والصريح هو : اللفظ المستعمل في موضوعه [٧] وذلك متخصص فلا يعتبر أحدهما بالآخر ، ولهذا عندهم الصريح ثلاث ألفاظ [٨] والكناية لا يحصرها عدد

٢٣٤٠٢ - [قالوا : النكاح لا يقف صريحا على لفظ واحد . كذلك الطلاق .

٢٣٤٠٣ - [قلنا : يفتقر الحجر] على أهل اللغة . وقد قال الشافعي إن الصلح يختص بلفظ واحد ، وفسخه ورفضه لا يقف على لفظ واحد [٩] .

٢٣٤٠٤ - قالوا : اعتبار الاستعمال في الصريح لا يصح ، لأن الواجب اعتبار استعمال القرآن .

٢٣٤٠٥ - قلنا : قد ثبت أن الصريح ما ثبت في الاستعمال ، ولم يثبت أن القرآن اختص حتى يعتبر استعماله . على أنا قلنا : إن هذا اللفظ لا يستعمل في القرآن . « والطلاق » إنما يستعمل في المفارقة بترك المراجعة ، أو بانضمام قرينه إليه [وهي تقع للمتعة] [١٠]

* * *

(١) في (م) : [الغصب] .
(٢) انظر : المهذب مع المجموع (٣٣٩/١٨)
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٤) في الأصل : [مدكراة] .
(٥) انظر : تحفة الفقهاء (٢٦٩/٢-٢٧١) ، الهداية (٢٤٢/١) ، بدائع الصنائع (١٠٦،١٤٤/٣)
(٦) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٤٧ ميكروفيلم ١٣٨
(٧) انظر : إرشاد الفحول للشوكاني ص ١٧٨ ط عيسى الحلبي
(٨) انظر : لسان العرب (١٤٥٦/٣)
(٩) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٤٧ .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [ومتى تقع المتعة] .

مسألة ١١٣١

اعتبار دلالة الحال في وقوع الطلاق بالكنايات

٢٣٤٠٦ - [قال أصحابنا] : [١] ألفاظ الكنايات إذا انضمت [٢] إليها دلالة الحال في ذكر الطلاق ، أو الغضب [٣] وفي الألفاظ التي لا تصلح للسبب [٤] لم تفتقر إلى النية . [٥] .

٢٣٤٠٧ - وقال الشافعي : دلالة الحال لا تؤثر [٦] ولا يقع الطلاق بها إلا بالنية [٧]

٢٣٤٠٨ - لنا : أن دلالة الحال تؤثر في حكم الكلام بدلالة أن اللفظة الواحدة تحمل [٨] علي المدح تارة وعلي الذم أخري ، لما يقارنها من دلالة الحال ، ألا ترى : أنك تقول للمستحق المدح : يا فاضل ، فتمدحه بذلك ، فإن كانت الحال للذم قلت : يا فاضل . وأنت [٩] تريد وصفه بضد ذلك ، والصفه واحدة ، وقد استعملت في الشيء ، ونقيضه [١٠] لانضمام دلالة الحال إليه [١١] .

٢٣٤٠٩ - ولأن الكلام إذا خرج جوابا لسؤال فالظاهر أنه محمول على مقتضى

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وأثبتناه تماشيًا مع سياق المصنف .

(٢) في (م) : [انصمت] .
(٣) في (م) ، (ن) : [الغصب] .

(٤) هكذا في جميع النسخ وصحة اللفظ (للسب) قال في الكتاب : وإن لم يكونا في مذاكرة الطلاق وكانا في غضب أو خصومة وقع الطلاق بكل لفظ لا يقصد به السب والشتيمة ، ولم يقع بما يقصد به السب والشتيمة إلا أن ينويه . انظر : اللباب في شرح الكتاب (٤٣/٣) .

(٥) والحل في ذلك أن الأحوال ثلاثة : حالة مطلقة عن قيدي الغضب والمذاكرة ، وحالة مذاكرة الطلاق ، أو الغضب . والكنايات ثلاثة أقسام : ما يصلح جوابا وردا ، وما يصلح جوابا لا ردا ، وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة انظر : هذه المسألة في الجامع الصغير وشرحه (٢٠٥، ٢٠٦) مختصر الطحاوي ١٩٥ ، الهداية (٢٤١/١، ٢٤٢) ، البحر الرائق (٣٢٦/٣) تبيين الحقائق (٢١٧/٢) ، بدائع الصنائع (١٠٦/٣، ١٠٧) المبسوط (٨٠/٦، ٨١) الإنصاف (٤٨/٨) ، الفروع (٣٨٧/٥، ٣٨٨) ، الكافي (٧٩٥/٢) .

(٦) في (ن) دلالة الحال من ذكر الطلاق أو الغضب في الألفاظ التي يصلح للسب لم تفتقر إلى يؤثر . .

(٧) انظر : بداية المجتهد (٦٤/٢، ٦٥) ، أسهل الدارك (١٤٥/٢) .

(٨) في (ن) : [تحتمل] .
(٩) في (ع) : [فأنت] .

(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١١) انظر : شرح منتهى الإرادات (١٣١/٣) المبدع (٢٧٨/٧) .

السؤال ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ ﴾ [١] .

٢٣٤١٠ - وتقديره وجدنا ما وعدنا ربنا حقا . فإذا قالت له : طلقني فقال : أنت بائن [فالظاهر أنه أجابها إلى ما سألت ، وقال لها : أنت بائن] [٢] بالطلاق [٣] .

٢٣٤١١ - فإن قيل : هذا يبطل إذا قالت له : طلقني ، فقال : لا سبيل لي عليك . أو قال لها : اخرجي أو اذهبي ، أنه لا يحمل على الطلاق إلا بنية ولا يجعل جوابا [٤] .

٢٣٤١٢ - قلنا : قوله : لا سبيل لي عليك : يحتمل لا سبيل لي [٥] بالطلاق ، وقوله : اذهبي ، واخرجي يحتمل الإبعاد ، وقد يقصد الزوج إبعادها إذا طلبت الطلاق ، فلذلك لم نحمله على الطلاق وقوله : أنت بائن في جواب مسألة الطلاق ، ولا يحتمل إلا البينونة بما سألت ، فنكمله على ذلك [٦] ، ولأن الكلام ظاهر لمعنى يعود إلى صيغته ، ولفظه [٧] ، والمعنى يعود إلى دلالة الحال ، فإذا جاز أن يقع الطلاق بوجود أحد الظاهرين [٨] من غير نية ، جاز أن يقع لأجل الظاهر [٩] الآخر .

٢٣٤١٣ - ولأن دلالة الحال تؤثر في حكم الأفعال ، ويستباح بها الدماء ألا ترى : أن من قصد رجلا بالسيف والحال يدل على اللعب ، والمزح ، لم يجز له قتله ، [فإن دلت الحال على الجد جاز له قتله] [١٠] ، ولو هجم رجل على دار غيره ، وظاهره الصلاح لم « يجز له أن يقتله . ولو كان داعرا [١١] جاز له . أن يقتله [١٢] ، فيدفعه عن حريمه فإذا أثرت [١٣] دلاله الحال في الأفعال وأباحت القتل ، فلأن تؤثر في ألفاظ الطلاق أولى [١٤] .

---

(١) سورة الأعراف : الآية ٤٤ .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(٣) انظر : الشرح الكبير (٢٩٤،٢٩٣/٨) المبسوط (٨٠/٦) ، شرح الزركشي (٣٩٩/٥) ، كشاف القناع (٢٥١/٥) ، الكافي (٧٩٥/٢) .
(٤) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازى في النكت على استدلال المصنف . انظر : النكت ورقة ٢١٨
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) انظر : فتح القدير (٦٦/٤) ، بدائع الصنائع (١٠٧/٣) .
(٧) في (ن) : [ولفظه] .
(٨) في (م) : [الطاهرين] .
(٩) في (م) : [الطاهر] .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش
(١١) دعر الرجل ودعر دعارة فجرو مجرو فيه دعارة ودعرة ، ودعارة ، ورجل دُعر ، ودُعرة خائن يعيب أصحابه . انظر : لسان العرب مادة (دعر) (١٣٧٩/٢) .
(١٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(١٣) في (ن) : [أبرأت] .
(١٤) انظر : الشرح الكبير (٢٩٤،٢٩٣/٨) ، الكافي (٧٩٥/٢) ، المبدع (٢٧٨/٧) كشاف القناع (٢٥١/٥) شرح منتهى الإرادات (١٣١/٣) .

٢٣٤١٤ - احتجوا : بما روى : أن ركانة بن عبد يزيد [١] طلق امرأته البتة [٢] فجاء إلى النبي ﷺ فقال له طلقت امرأتي البتة - فقال : ما أردت بها ، فقال : والله ما أردت إلا واحدة فردها عليه [٣] .

٢٣٤١٥ - قالوا : فرجع إلى نيته ولم يسأله عن دلالة الحال [٤] .

٢٣٤١٦ - قلنا : إنما [٥] [لم يعتبر نيته ، لأنه] [٦] قال : [إني طلقت] [٧] ، وإنما اعتبر نيته في [٨] العدد ، ومن نوى الطلاق ، لم تعتبر دلاله الحال [مع نيته] [٩] ، فلم يكن في الخبر دلالة .

٢٣٤١٧ - قالوا كناية لم تقترن [١٠] بها نية الطلاق ، فلم تكون طلاقا ، كما لو عرت عن دلاله الحال [١١] .

٢٣٤١٨ - [قلنا : إذا تعرت [١٢] عن النية ، والدلالة ، واللفظ يحتمل ، لم يجز حمله على أحد] [١٣] محتمليه بغير دلالة ، فإذا قارن [١٤] اللفظ دلالة الحال كان الظاهر من جهتي[١٥] الاحتمال ما دل الحال عليه ، فصار ذلك لمقارنه النية .

---

(١) ركانة بن عبد يزيد بن هاشم بن كلاب القرشي ، روى عن النبي ﷺ وروى عنه نافع بن عجير وابن ابنه على ابن يزيد ، أسلم عام الفتح ، وكان من أشد الناس ، وهو الذي طلب من رسول الله أن يصارعه قبل إسلامه ففعل ، انظر : في الاستيعاب (٥٠٧/١، ٥٠٨) ، أسد الغابة (٢٣٦/٢) ، الإصابة (٤٩٧/٢-٤٩٨) .

(٢) البتة : القطع ، تقول بته يبته ويبته بضم الباء وكسرها هو الطلاق الذي لا رجعة فيه انظر : مختار الصحاح باب الباء

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) . الحديث أخرجه أبو داود في سننه ، باب في البتة (٤٨٠/٢) الترمذي في سننه باب ما جاء فيه الرجل يطلق امرأته (٤٨٠/٣) ، ابن ماجه في سننه - باب طلاق البتة (٦٦١/١) وأحمد في مسنده (١٢٣/٣) ، والدارقطني في سننه كتاب الخلع وإيلاء والطلاق (٣٣/٤) والبيهقي في السنن الكبرى ، باب من جعل الثلاث واحدة وما ورد من خلاف ذلك يمحوه (٣٣٩/٧) والحاكم في المستدرك كتاب الطلاق (١٩٩/٢، ٢٠٠)

(٤) انظر : الحاوي الكبير ورقه ١٦٧ .

(٥) في (م) : [وكأنه] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٨) ساقطة من (م) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(١٠) في (ن) : [تعثر] .

(١١) المبدع (٢٨٧/٧) ، الشرح الكبير (٢٩٢/٨) ، الكافي (٧٩٥/٢) .

(١٢) في (ن) : [تعرب] .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(١٤) في (ن) : [قارب] . وفي (ع) : [قارن] .

(١٥) في (م) : [جهة] .

٢٣٤١٩ - فإن قيل : هذا يبطل بمن قالت امرأته : قد تزوجت عليّ . فقال : كل امرأة لي طالق فإن المخاطبة تطلق مع نسائه ، ودلالة الحال لاتقتضى ذلك ، لأن ظاهر الفعل أنه يرضيها بطلاق نسائه ، فكان يجب أن لا تدخل في الطلاق ، ثم طلقت باتفاقنا (١) فدل على بطلان اعتبار دلالة الحال .

٢٣٤٢٠ - قلنا : [هذا غلط ، لأنا أجمعنا أن اللفظ المحتمل للطلاق وغيره يحمل على الطلاق ، بدلالة تصرفه عن أحد محمليه إلى الآخر (٢) ، واتفقنا على أن النية دلالة (٣) ودللنا على أن دلالة الحال] (٤) تؤثر (٥) فيجب أن يتشاغل (٦) بإبطال دلالة الحال (٧) ، فتبين أنها لا تؤثر في تعيين أحد الاحتمالين ، وإنما (٨) فيها نقول لمخالفنا : إنك لم تعتبر دلالة الحال في مسألة بعينها ، أو مسائل ، فليس باعتراض ، لأن دلالة الحال إن صح اعتبارها فقد غلط مخالفه في تركها في مسألة الإلزام ، وليس ذلك بعذر له (٩) في أن يقتدى به في الخطأ ، وإن لم يصح فيجب أن يبين الوجه الذي يطلب على أن قوله : كل امرأة لي طالق عموم ، وظاهر العموم الاستغراق (١٠) [فلا ينزل ظاهر اللفظ بدلالة الحال .

٢٣٤٢١ - وفي مسألتنا ليس للفظ ظاهر ، بل احتماله للجهتين على وجه واحد ، فيجوز أن يقوي أحد جهتى الاحتمال بدلالة الحال .

٢٣٤٢٢ - فإن قيل : قد قلتم فيمن قال لامرأته ، وقد عزمت على الخروج : إن خرجت فأنت طالق . أن يمينه على ذلك الخروج الذي تأهبت له ، فإن خرجت في وقت آخر لم يحنث .

٢٣٤٢٣ - وقلتم : إذا قال لرجل : تغدى عندى . قال : إن تغديت عندك فامرأتي طالق ، يمينه على الغداء عنده .

٢٣٤٢٤ - قلنا : لأنه لا عموم لهذا اللفظ ، ألا ترى أن قوله : إن خرجت يقتضي

---

(١) انظر : المبسوط (١٢٤/٦) ، النكت ورقة ٢١٧

(٢) انظر : الاختبار (٨٥/٣) ، النكت ورقة ٢١٧ .

(٣) انظر : الاختبار (٨٥/٣) المهذب مع المجموع (٢٤٤/١٨) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب ص ومستدرك في الهامش .

(٥) (١٠) راجع ص

(٦) في (م) : [يتشاغل] .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع)

(٨) في (ن) ، (ع) : [قلنا] .

(٩) في (م) : [وليس ذلك بعد ذلك له] .

(١٠) الاستغراق هو : الشمول لجميع الأفراد بحيث لا يخرج عنه شيء . التعريفات ٤٦ .

خروجا واحدًا يقع به الحنث وقوله : إن تغديت يقتضي غداء واحدًا يقع به الحنث فيخصص [١] ذلك الواحد المنكر بدلالة الحال [٢] .

٢٣٤٢٥ - قال مخالفنا : قد أجمعنا على أن اللفظ الخارج على سبب يعتبر عموم اللفظ ولا يختص بالسب .

٢٣٤٢٦ - قلنا : لأن المراد باللفظ البيان . فإذا دلت الدلالة على اللفظ بالعموم صار هذا اللفظ للاستغراق ، ويصرف اللفظ عن ظاهره بدلالة الحال .

٢٣٤٢٧ - قالوا : كناية عريت [٣] عن نية ، فصار كقوله : اعتدى ، واستبرئي رحمك [٤]

٢٣٤٢٨ - قلنا : هذا الأصل غير مسلم [٥] . لأنه إذا قال : اعتدى ، لم يصدق في حال الغضب [٦] ولا عند ذكر الطلاق ، وكذلك إذا قال لها : استبرئي رحمك [٧] .

٢٣٤٢٩ - قالوا : مالا يكون طلاقا حال الرضى لا يكون طلاقًا حال « الغضب » ، وذكر الطلاق ، كقوله : أنت واحدة [٨] .

٢٣٤٣٠ - قلنا : لا نسلم الأصل لأنه [٩] إذا قال : أنت واحدة . في حال ذكر الطلاق كانت طالقا ، لأنه يعتبر كقوله : أنت طالق واحدة .

٢٣٤٣١ - قالوا : كناية لا يقع بها طلاق ، بذكرها في حال الغضب [١٠] ، وذكر الطلاق كقوله : الحقي بأهلك [١١] .

٢٣٤٣٢ - قلنا : قوله الحقي بأهلك [١٢] يحتمل الطلاق [١٣] ، والإبعاد ، والإنسان يبعد المرأة إذا غضب [١٤] وإذا طالبته بالطلاق ، فلم يجز حمله على الطلاق ، وليس

---

(١) في (م) : [فيحصص] .

(٢) ساقطة من (م) انظر : الكافي شرح الواقي ٢ورقة ٢٢ لحافظ الدين النسفي مخطوط بمكتبة الأزهر تحت رقم ٢٠٥٤ رافعي ٢٦٨٩٣ فقه حنفي .

(٣) في (ن) ، (ع) : [غير] .

(٤) ساقطة من (ع) .

(٥) انظر : المجموع (١٠٤/١٧)

(٦) في (ن) : [العضب] .

(٧) انظر : المبسوط (٨٠/٦) بدائع الصنائع (١٠٦/٣)

(٨) انظر : النكت ورقه ٢١٧ ، الشرح الكبير (٢٩٢/٨) ' المغني (٢٦٨/٨)

(٩) في (ن) ، (ع) : [لأنه]

(١٠) في (ن) : [الغضب] .

(١١) انظر : الحاوي للماوردي ورقة ١٦٧ .

(١٢) ساقطة من (ن) ، (ع)

(١٣) في (ن) ، (ع) : [طلاق] .

(١٤) في (ن) : [غضب] .

كذلك اختاري وأمرك بيدك ، لأنه لا يصلح للسب [١] ولا للإبعاد فلا نحمله [٢] في حال الغضب وذِكْرِ الطلاق إلا على الطلاق . [٣]

٢٣٤٣٣ - قالوا : قال الشافعي : الكلام إذا خرج على سبب تعلق الحكم به ، وعمل بمقتضاه ، ولم يراعِ حكم السبب بدلالة من قال : أنت الفاضلة [٤] التي يعين من يطلقك . ثم قال لها : أنتِ طالق [٥] .

٢٣٤٣٤ - قلنا : هنا ذكرالصريح الذي [٦] لا احتمال فيه ، فدلالة الحال لا تعمل فيه كما لا تعمل فيه النية ، وليس [٧] كذلك [٨] ألفاظ / الكنايات ، لأنها محتمله [٩] فجاز أن تعمل فيها [١٠] الدلالة ، كما تعمل فيها النية . ٦٣

* * *

(١) في (م) : [السبب] وفي (ن) : [للسبب] .
(٢) في (ع) : [بحمله] .
(٣) انظر : البحر الرائق (٣/٣٢٦،٣٢٧) ، الاختيار (٣ /٨٦،٨٧) .
(٤) في (ن) : [الفاصلة] .
(٥) انظر : الحاوي للماوردي ورقة ١٦٧ .
(٦) في (م) : [التي] .
(٧) ساقطة من (م) .
(٨) في (م) : [لذلك] .
(٩) في (ن) : [تحمله] ، وفي (ع) : [تحتمله] .
(١٠) في (م) : [بعد] .

مسألة ١١٣٢

ما يقع بكنايات الطلاق

٢٣٤٣٥ - قال أصحابنا : كنايات الطلاق إذا نوى بها الطلاق كانت بوائن ، إلا قوله : اعتدى ، واستبرئي رحمك ، وأنت واحدة [(١)]

٢٣٤٣٦ - وقال الشافعي : الكنايات كلها طلاق رجعى ، إلا أن يريد بها ثلاثا [(٢)] .

٢٣٤٣٧ - لنا : أن البينونة تفيد القطع [(٣)] . ومنه قوله ﷺ : « ما أبين من حي ، فهو ميت » [(٤)] فإذا اقتضى اللفظ القطع ووقع به وجب أن يقع مقتضاه ، كقوله : أنت طالق ثلاثا [(٥)] .

٢٣٤٣٨ - فإن قيل : قوله : أنت طالق يفيد طلاقها عن حبسه [(٦)] ، وذلك لا يكون إلا بالبينونة ، ثم يقع به الطلاق الرجعى . وقوله : اعتدى يفيد وجوب العدة ، ويقع

---

(١) انظر : هذه المسألة في الجامع الصغير ٢٠٦ مختصر الطحاوي ١٩٥ المبسوط (٧٣/٦) رءوس المسائل ٤١٠ ، بدائع الصنائع (١١٢/٣) ، البحر الرائق (٣٢٢/٣، ٣٢٣) وبه قال الإمام مالك في الكنايات الظاهرة ويقع بها بائنا بالثلاث على المشهور في المذهب المالكي وأما الخفية فله ما نواه ، انظر : قوانين الأحكام (٢٥٣، ٢٥٤) ، أسهل المدارك (١٤٢/٢، ١٤٣) وبه قال الإمام أحمد في الكنايات الظاهرة ، ويقع بها بائنا بالثلاث في ظاهر المذهب . انظر : الشرح الكبير (٢٩٦/٨) . المبدع (١٧٨/٧) ، وأما الخفية فله ما نواه . المغني (٢٧٦/٨) .

(٢) انظر : الأم (٢٧٧/٥ ، ٢٧٨) ، النكت ورقة ٢١٨ .

(٣) انظر : المغرب ص ٥٧ .

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه باب صيد قطع منه قطعة (٢٧٧/٣) ، والترمذي في سننه باب ما قطع من الحي فهو ميت بلفظه (٦٢/٤) ، والدارمى في سننه باب في الصيد يبين منه العضو بنحوه (١٢٨/٢) وأحمد في مسنده (٢١٨/٥) وابن ماجه في سننه ، باب ما قطع من البهيمة وهي حية (١٠٧٢/٢) والدارقطني في سننه باب الصيد والذبائح ، والأطعمة وغير ذلك (٢٩٢/٤) وأورده الهيثمي في كشف الأستار عن زوائد البزار (٦٧/٢) .

(٥) قال في بدائع الصنائع : لفظ الطلاق الثلاث إذا كان مقرونًا بعدد الثلاث نصًا بأن قال لها أنت طالق ثلاثا كان الواقع به بائنا ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ (البقرة : ٢٣٠) سواء كان قبل الدخول أو بعده . بدائع الصنائع (١٠٩/٣) . وبهذا تبين أن لفظ الطلاق إذا قرن بالثلاث وقع بائنا بالثلاث ، لأن ذلك مقتضاه ، كما أن الواقع بكنايات الطلاق يكون بائنا ، لأن ذلك مقتضاه .

(٦) في (ن) : [جنسه] .

الطلاق به قبل الدخول ، وإن لم يكن هناك عدة [١]

٢٣٤٣٩ - قلنا : قوله : أنت طالق مقتضاه في الشرع ، منقول عن مقتضى اللغة باتفاق [٢] . ومقتضى قوله : أنت بائن غير منقول ، أن الشرع لم يؤثر في إباحته ، فينقله عن مقتضاه . وأما قوله : اعتدى فهو مدلول الطلاق ، فمعناه اعتدى ، لأني طلقتك [٣] ، فقدم المدة التي ذكرها لا يمنع وقوع الطلاق .

٢٣٤٤٠ - ولأنها إحدى [٤] نوعى البينونة ، فجاز أن يقع [٥] بمقتضي قوله : أنت بائن في المدخول بها ، كالثلاث [٦] ، ولأن البينونة من غير عدد في ملك الزوج بدلالة أنه يأخذ العوض عنها ، وما كان في ملكه يجوز أن يقع بمجرد قوله كالثلاثة .

٢٣٤٤١ - ولأن هذا اللفظ إيقاع الطلاق بلفظ الكنايات [٧] دلالة على أن مقتضاه البينونة ، ولا يلزم أنت واحدة واعتدى ، أنه لا يكره إيقاع الطلاق به عندنا [٨] .

٢٣٤٤٢ - ولأنه طلاق يوجب تحريم الوطء ، فيوجب البينونة كالثلاث [٩] ولأنه طلاق لو حصل بعد الخلوة [لم تثبت] [١٠] ، كالطلاق بعوض ، والطلاق الثلاث [١١] ،

---

(١) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازى في النكت بأن القياس على لفظ الثلاث يبطل بقوله أنت طالق فإنه يقتضى البينونة والتخلية من النكاح ولهذا تبين به قبل الدخول إذا انقضت ، ثم لا يقع على ذلك الوجه . وقوله اعتدى لا يوجب ما في لفظ يقع به الطلاق . انظر النكت ٢١٨ .

(٢) انظر : البحر الرائق (٢٥٢/٣) ، المجموع (٢٠١/١٨ ، ٢٠٢) .

(٣) انظر : المبسوط (٧٥/٦) ، الاختيار (٨٥/٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [أحد] .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) انظر : الاختيار (٨٥/٣)

(٧) ذكر في زيادات الزيادات أن التطليقة البائنة تقع بصفة السُّنَّة كالرجعية ، لأن ابن ركانة ﷺ طلق امرأته البتة ، ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ إيقاع الطلاق بهذا اللفظ ، فلو كان خلاف السنة لأنكر عليه كما أنكر على ابن عمر ﷺ ، والواقع بهذا اللفظ يكون بائنا ، والدليل عليه الطلاق قبل الدخول والخلع فإنه يقع بائنا ولا يكون مكروها ، انظر : المبسوط (١٨/٦) ، بدائع الصنائع (٩٥/٣ ، ٩٦) .

(٨) أما قوله أنت واحدة ، واعتّدى فلا يكره إيقاع الطلاق به ، وإن كان كناية ، لأن الواقع به رجعى ولا كراهة في الرجعى . المبسوط (٧٥/٦) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (١٨٧/٣) .

(١٠) في (ن) : [لم يثبت] .

(١١) قال في بدائع الصنائع : وأما حكم الطلاق البائن من الواحدة البائنة والثنتين البائنتين هو نقصان عدد الطلاق ، وزوال الملك حتى لا يحل له وطؤها إلا بنكاح جديد ، ولا يصح ظهاره وإيلاؤه ولا يجرى اللعان بينهما ، ولا يجرى التوارث ولا تحرم حرمة غليظة حتى يجوز له نكاحها من غير أن تتزوج بزوج آخر انظر : بدائع الصنائع (١٨٧/٣) .

٢٣٤٤٣ - ولأنه إذا قال : أنت طالق بائن فقد وصف الطلاق بصفة يصح أن يوصف بها . لأن التطليقة تصير بائنة بانقضاء العدة ، وبأخذ العوض عنها ، فلم يجز أن يوقع الطلاق ، ويلغى الصفة ، كما لو قال : أنت طالق رأس الشهر ، أو إذا دخلت الدار [١] ولأن له أن « يقطع » ملكه عنها بالواحدة معجلًا بالجعل [٢] ومؤجلا بغير جعل ، فملك أن يقع ملكه معجلا من غير جعل بالمعنى الذي يقطعه به بالجعل ، كالثالث [٣] .

٢٣٤٤٤ - فإن قيل : المعنى في الثلاث ، أنها توقع البينونة ، وإن كانت بلفظ الصريح [كذلك إذا كانت بلفظ الكناية . والواحدة لو كانت بلفظ الصريح] [٤] لم يبنها ، كذلك بلفظ الكناية .

٢٣٤٤٥ - قلنا : ليس إذا لم تَبِنْ الواحدة بالصريح ، لم تبن بمعنى ينضم [٥] إليها ، بدلالة أنها تبينها إذا انضم [٦] إلى اللفظ العوض ، فإذا انضم إلى قوله : أنت طالق صفة البينونة قامت مقام ذكر العوض في : إيقاع الثلاث .

٢٣٤٤٦ - احتجوا : [٧] بقوله تعالى : ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [٨] .

٢٣٤٤٧ - قلنا : الآية تقتضي ثبوت الرجعة في إيقاع الطلاق للمطلق ، ومتى قال : أنت طالق بائنة ، أو بتة ، فقد زال الإطلاق فاللفظ لا يتناوله .

٢٣٤٤٨ - احتجوا بحديث ركانة : أنه طلق امرأته البتة ، وجاء إلى النبي ﷺ فقال : طلقت زوجتي البتة ، والله ما أردت إلا واحدة ، فقال له رسول الله ﷺ : والله ما أردت إلا واحدة ؟ فقال : والله ما أردت إلا واحدة . فردها عليه [٩] .

٢٣٤٤٩ - الجواب : أن هذا الخبر رواه الشافعي قال : أخبرني عمى [١٠] محمد بن

---

(١) إذا علق الطلاق بشرط ووجد الفعل أو الصفة التي علق عليها الطلاق وقع الطلاق وانحلت اليمين وانتهت ، لأن الفعل أو الصفة إذا وجد أحدهما تم الشرط ولا يقع الطلاق . انظر : المبسوط (٨١/٦) ، بدائع الصنائع (١٢٦/٣، ١٣٣) ، الاختيار (٩٦/٣ ، ٩٧) .

(٢) في (ن) ، (ع) : [يقطع] .

(٣) في (م) : [والثالث] . انظر : المبسوط (٧٤/٦) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٥) في (ع) : [لم يتضمن] .

(٦) في (ع) : [انضموا] .

(٧) انظر : الأم (٢٧٥/٥) ، النكت للشيرازى ورقة ٢١٨ .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٩) سبق تخريجه .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [عن] .

علي بن شافع [١] عن عبد الله بن علي بن السائب [٢] ، عن نافع بن عجير بن عبد يزيد [٣] أن ركانة طلق امرأته سهيمة [٤] البتة [٥] . وهذا حديث مقطوع [٦] لأن نافع بن عجير لم يدرك رسول الله ﷺ ، ولا رواه عن ركانة ، ومثل هذا لو احتج به علي الشافعي لم يقبله ، ومن وصل هذا الخبر روى فيه عن عبد الله بن علي بن يزيد بن ركانة [٧] عن أبيه [٨] ، عن جده ، ولم يذكر في الخبر أنه ردها عليه ، وإنما فيه لما حلف أنه لم يرد إلا واحدة قال له رسول الله ﷺ : فهو على ما أردت ، والمتصل لا حجة فيه ، والمنقطع لا يصح على أصله

٢٣٤٥٠ - ولأن قوله : « ردها عليه » . يحتمل بنكاح جديد ، بدلالة أنه أضاف الرد إلى رسول الله ﷺ ، والرد ، الذي هو الرجعة ، يضاف إلى الزوج . فلما [٩] أضاف ذلك إلى رسول الله ﷺ كان الظاهر أنه ردها بنكاح آخر .

---

(١) هو محمد بن علي بن شافع بن هاشم المطلبي روى عن ابن عم أبيه عبد الله ابن علي بن السائب ، والزهري ، وروى عنه الإمام الشافعي وسبطه إبراهيم بن محمد الشافعي والحسن بن محمد وآخرون انظر : في الثقات لابن حبان (٣٤/٥) ، تهذيب التهذيب (٣٥٣/٩،٣٥٤) ، تقريب التهذيب (١٩٢/٢) الكاشف (٧١/٣) .

(٢) عبد الله بن علي بن السائب بن هاشم روى عن عثمان ﷺ مرسلا وعبد الله بن الحصين وغيرهم وروى عنه سعيد ابن هلال ، وعمر مولي عفرة وغيرهم . ذكره ابن حبان في الثقات انظر : في الثقات لابن حبان (٣٤/٥) الجرح والتعديل (١١٤/٥) ، خلاصة تهذيب الكمال (٨٠/٢) ، الكاشف (٩٩/٢) ، تهذيب التهذيب (٣٢٥/٥) .

(٣) نافع بن عجير بن عبد يزيد بن هاشم المطلبي روي عن أبيه وعمه ركانة وعلى بن أبي طالب وروى عنه ابنه محمد وعبد الله بن علي السائب ، ومحمد بن إبراهيم التيمي وغيرهم ، قال الذهبي : ثقة . انظر : في الثقات لابن حبان (٤٦٩/٥) التاريخ الكبير (٨٤/٤) ، الجرح والتعديل (٤٥٤/٨) ، تهذيب التهذيب (٤٨٠/١٠) ، الكاشف (١٧٣/٣) .

(٤) هي سهيمة بنت عمير المزنية ، امرأة ركانة بن عبد يزيد المطلبى ، طلقها زوجها البتة ، فأخبر رسول الله ﷺ بذلك الحديث انظر : في الاستيعاب (١٨٦٦/٤) الإصابة (٧١٨/٧) ، أسد الغابة (١٥٦/٧) .

(٥) انظر : الأم للشافعي (٢٧٧/٥) .

(٦) الحديث المقطوع : هو ما جاء عن التابعين موقوفا عليهم من أقوالهم . انظر : المختصر في علم الأثر ص ١٣١ لمحيي الدين محمد الكافيجى .

(٧) عبد الله بن يزيد بن ركانة بن هاشم المطلبى روى عن أبيه عن جده وروى عنه الزبير بن سعيد الهاشمي ، وثقه ابن حبان . انظر : التاريخ الكبير (١٤٧/٣،١٨) الثقات لابن حبان (١٥/٧) ، تهذيب التهذيب (٣٩٥/٧)

(٨) على بن يزيد بن ركانة بن عبد يزيد المطلبى روى عن أبيه وأرسل عن جده ، وروى عنه ابناه محمد وعبد الله ، قال البخاري : لم يصح حديثه ، ورروي له أبو داود وابن ماجه . انظر : الجرح والتعديل (٢٠٨/٦) ، الكاشف (٢٥٩/٢) ، تهذيب التهذيب (٣٩٥/٧) ، الكامل لابن عدى (٢٠٨/٥) .

(٩) في (م) : [علما] .

٢٣٤٥١ – فإن قالوا : هذا يقتضي إضمار [١] العقد ، ومن استعمل اللفظ بغير إضمار أولى .

٢٣٤٥٢ – قلنا [٢] : وما يقولونه ينفى إضمار الرجعة لأن فعل النبي ﷺ ، ليس برجعة ، فالمعنى الذي وقع به الرد غير مذكور بالاتفاق [٣] .

٢٣٤٥٣ – قالوا : الرد صريح في الرجعة . قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [٤] وهو كناية في العقد . وحمل اللفظ على الصريح أولى [٥] .

٢٣٤٥٤ – قلنا : الرد كناية فيهما جميعا ، وليس إذا ذكر اللّٰه تعالى الرد في الرجعة ما يدل أنه صريح ، لأنه تعالى [٦] يذكر الصحيح والكناية

٢٣٤٥٥ – ولأنه لم يرد الرجعة بهذا اللفظ [وإنما أراد ردها بالرجعة] [٧] كما يقال : رد فلان إلى مودتك يعنى افعل ما يقع به الرد ، وليس معناه [أنه يأتي] [٨] بلفظ الرد .

٢٣٤٥٦ – قالوا : الرد يحتاج إلى حضور الولي ، والشهود .

٢٣٤٥٧ – قلنا : النبي ﷺ كان الولي ، وقد أضيف الرد إليه ، والشهود يحتاج إلى حضورهم في الرجعة عندهم [٩] . ولم ينقل حضورهم ، ولا نقل تلفظ ركانة بالرجعة .

٢٣٤٥٨ – قالوا : روى أن المطلب بن حنطب [١٠] قال : طلقت زوجتي البتة ، فقال له عمر بن الخطاب ﷺ أمسك عليك زوجك فإن الواحدة [لا تبت] [١١] .

٢٣٤٥٩ – قلنا : روى عن على وزيد أنهما قالا في البتة : طلاقًا ثلاثًا [١٢] .

٢٣٤٦٠ – وعن ابن مسعود وابن عباس أنهما قالا في مدة الإيلاء إذا انقضت وقعت

---

(١) في (م) : [ضمان] .
(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٣) انظر : النكت ورقة ٢١٨ .
(٤) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .
(٥) انظر : النكت ورقة ٢١٨ .
(٦) في (ن) ، (ع) : [لأنه تعالى] .
(٧) في (ن) ، (ع) : [وإنما أرادوا بالرجعة] .
(٨) في (ع) : [أن يأتي] .
(٩) انظر : الأم (٦١/٥) ، مختصر المزني (٢٩٦/٨) .
(١٠) في (ن) : [خطت] وفي (ع) : [حطب] .
(١١) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة [فإن الواحدة تبت] كما في الأم (٢٧٧/٥)
(١٢) أما الرواية عن الإمام على ﷺ فقد أخرجها البيهقي في السنن الكبرى باب من قال في الكنايات : إنها ثلاث (٣٥٧/٣٥٦/٦) وسعيد بن منصور في سننه باب البتة والبرية والخلية والحرام (٢٣٧/١) . وأما الرواية عن زيد بن ثابت فأخرجها البيهقي في السنن الكبرى ، باب من قال في الكنايات أنها ثلاث ٣٤٤/٧ .

واحدة بائنة [(١)] . وعن أبي موسى الأشعرى أنه قال فيمن قال لامرأته : ما فوق نطاقك محرم [(٢)] أنها بائنة [(٣)] . وذكر الطحاوي حديث سفيان عن عمرو بن دينار عن المطلب بن حنطب عن عمر ﷺ في البتة [(٤)] : واحدة [(٥)] فقد [(٦)] اختلفت الرواية عن عمر ﷺ ، واتفقت [(٧)] عن غيره .

٢٣٤٦١ – قالوا : طلاق مجرد [(٨)] عن عوض صادف عدة قبل استيفاء العدد ، فوجب أن يكون رجعيا كما لو وقع بالصريح . وربما قالوا : طلاق في غير مدخول [(٩)] بها [(١٠)] .

٢٣٤٦٢ – قلنا : العوض إنما يجعل الطلاق بائنا ، لأنها لا تعطى العوض إلا في مقابلة ملكها لنفسها ، وصريح البينونة بإزالة الملك دل على ذلك .

٢٣٤٦٣ – وقولهم : من غير عدد لا معنى له . لأن العدد يوقع البينونة العظمى [(١١)] ، وزوال الملك لا بدلالة انقضاء العدة ، والمعنى في الطلاق أنه أبيح إيقاع الفرقة به [(١٢)] فلم يفد البينونة لنفسه ، فلما [(١٣)] منع من إيقاع الطلاق بلفظ [(١٤)] الكناية دل على أنها تزيل الملك ، أو نقول : إن الطلاق مقتضاه إزالة اليد ، وذلك لا ينافى الأملاك ، فلم يزل به الملك ، والبتة [(١٥)] تفيد القطع ، وذلك لا يجتمع مع الملك ، فوقع في كل واحد من اللفظ من مقتضاه .

٢٣٤٦٤ – قالوا : تبطل [(١٦)] بقوله : أنت واحدة . فإن مقتضاه الانفراد عن النكاح ،

---

(١) أما الرواية عن ابن مسعود فأخرجها عبد الرزاق في المصنف باب انقضاء الأربعة (١٤٣/٥) والبيهقي في السنن الكبرى باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر (٣٧٩/٧) . وأما الرواية عن ابن عباس فأخرجها عبد الرازق في المصنف باب انقضاء الأربعة (٣٥٦/٦) وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الإيلاء ما قالوا في الرجل يولى من امرأته فتمضى أربعة أشهر من قال هو طلاق (١٣٤/٥) والبيهقي في السنن الكبرى باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر (٣٧٩/٧) والدارقطني في سننه كتاب الطلاق والخلع وغير ذلك (٦٣/٤) .

(٢) في (م) : [محرر] .

(٣) أورده ابن حجر في المطالب العالية باب كنايات الطلاق (٦٢/٢) .

(٤) في (ن) : [النية] .

(٥) انظر : شرح معاني الآثار (٧٨/٣) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [كتب فقد] .

(٧) في (م) : [انقضت] .

(٨) في (ن) ، (ع) : [تجرد]

(٩) في (ن) ، (ع) : [مدخولة] .

(١٠) انظر : النكت ورقة ٢١٨ ، الشرح الكبير (٢٩٦/٨،٢٩٧) .

(١١) في (م) : [العطمى] . وفي (ن) : [الطعمى] .

(١٢) ساقطة من (م) .

(١٣) في (م) : [قلنا] . وفي (ن) : [فلها] .

(١٤) في (م) : [بلفط] .

(١٥) في (م) : [والنية] .

(١٦) في (ع) : [يبطل] .

وهذا معنى البينونة . وزوال الملك ، وقد قلتم : إنه يقع رجعيًا [١] .

٢٣٤٦٥ – قلنا : هذه اللفظة تحتمل أنت واحدة : بمعنى مفردة عن الأزواج وتحتمل : أنت طالق واحدة ، فيوقع المتيقن من الأمرين [٢] .

٢٣٤٦٦ – قالوا : الصريح الأصل ، والكناية فرع عليه ، ولهذا لا يقع الطلاق بها إلا بقرينة ، فإذا كان الصريح يقع به الرجعى ، فالكناية [٣] أولى .

٢٣٤٦٧ – قلنا : الكناية من غير نية أضعف من الصريح ، فإذا انضمت النية إليها صارت أقوى من الصريح ، لأن البينونة في لفظها [٤] ، وليست هي لفظ الصريح ، والنية إنما يحتاج إليها لتمييز اللفظ فيحمل على الطلاق دون غيره ، وإذا تميز لم يحتج في الوقوع إلى النية . يبين [٥] ذلك : أن قوله : أنت طالق يفتقر عند مخالفينا إلى النية ليقع به الثلاث .

٢٣٤٦٨ – ثم لا يدل ذلك علي أنه إذا وقع به الثلاث كان كمطلق طلاق الذي لا يحتاج إلى النية ، ثم قولهم : الصريح هو الأصل ، والكناية فرع [٦] لا نسلمه ، لأن قوله : أنت بائن كناية عن قوله : أنت طالق بائن ، وليس بكناية عن أنت طالق ، فعلي هذا : الكناية لا تكون أقوى مما هي كناية عنه .

٢٣٤٦٩ – قالوا : لو صرح بنفي الرجعة ، فقال [٧] : أنت طالق علي أن لا رجعة [٨] لي عليك ثبتت الرجعة [٩] . فإذا لم يصرح بنفيها أولى أن تثبت .

٢٣٤٧٠ – قلنا : هذه المسألة ليست منصوصة ، وكان أبو بكر الرازى يقول : إن كان جعل [١٠] نفي الرجعة صفة للطلاق ، فهو بائن مثل مسألتنا ، وإن أراد به نفي موجب / الطلاق لم يكن بائنا . لأنه [١١] لا يصح النفي [١٢] .

ب

---

(١) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٥ .

(٢) انظر : المبسوط (٧٥/٦) ، البحر الرائق (٣٢٣/٣) ، الاختيار (٨٥/٣) .

(٣) في (ع) ، [الكناية] .

(٤) في (ن) : [لفظها] .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) انظر : النكت ورقة ٢١٨،

(٧) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة (فلو قال) كما يدل غليه السياق .

(٨) في (ن) ، (ع) : [رجعية] .

(٩) في (ن) ، (ع) : [فهو بائن لأنه جعل نفي الرجعة شرطا ثبتت الرجعة] .

(١٠) ساقطة من (ن) ، (ع)

(١١) في (ن) : [لم] .

(١٢) انظر : شرح الجصاص على مختصر الطحاوي ورقة ١٩٨ بدار الكتب المصرية رقم ٤٩٨ .

٢٣٤٧١ - ومن أصحابنا من قال : إذا قال أنت طالق علي أن لا رجعة لي عليك . [فهو بائن ، لأنه جعل نفي الرجعة شرطا في الطلاق الموقع ، وإن قال : أنت طالق ولا رجعة لي عليك] [(١)] فهذا إنما أتى بسقوط الرجعة ولم يجعل بينها شرطا فلا يتعلق بقوله حكم [(٢)] .

٢٣٤٧٢ - قالوا : كل طلاق لو وقع بصريح اللفظ كان رجعيا ، فكذلك [(٣)] الكناية [(٤)] تقع [(٥)] مع النية كقوله : اعتدي ، واستبرئى رحمك ، وأنت واحدة [(٦)] .

٢٣٤٧٣ - قلنا : أصل هذه العلة قد دخل في جملة [(٧)] وصفها ، وأصل العلة يجب أن يكون غير وصفها ، والمعني في قوله : اعتدى ، واستبرئى رحمك [(٨)] : أنه ليس في لفظه [(٩)] [ما يختص بإزالة النكاح لأنه تكون العدة في الطلاق الرجعي والبائن ، وفي مسألتنا لفظه] [(١٠)] اقتضى زوال النكاح لأن البينونة لا تجتمع معه . وقوله : أنت واحدة يحتمل أن يكون صفة لصريح الطلاق ، ومقتضاه أنت طالق [واحدة فلم] [(١١)] يختص اللفظ بإزالة الملك ، فلذلك كان رجعيا [(١٢)] .

٢٣٤٧٤ - قالوا : كل من وقع طلاقه عليها لم يكن بائنا ، كالزوجة [(١٣)] .

٢٣٤٧٥ - قلنا البينونة إذا كانت توجد مع بقاء ملكه في التطليقات لم يمتنع أن يقع طلاقه فيزيل ملكه عما بقى ، وإنما البينونة التي تمنع التصرف هي التي لا تبقى معها ملك في الطلاق ، فلا يصح التصرف في الطلاق بعدها .

٢٣٤٧٦ - قالوا : إن اللّه تعالى حرم المطلقة ثلاثا إلا بعد أن تزوج [(١٤)] ، فلو قال لها : أنت طالق واحدة لا تحلين لى إلا بعد زوج بطل شرطه ، كذلك إذا قال : أنت

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(٢) انظر : المبسوط (٢٢/٦) ، بدائع الصنائع (١٨٥/٣) ، البحر الرائق (٢٧٥/٣) .

(٣) في (م) : [فلذلك] .

(٤) في (م) : [بالكناية] .

(٥) في (ن) : [يقع]

(٦) في (م) : [حمله] .

(٧) انظر : النكت ورقة ٢١٨

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) في (ع) : [وصفه] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(١١) في (ن) ، (ع) : [واحدة يحتمل أن فلم] .

(١٢) انظر : المبسوط (٧٥/٦) البحر الرائق (٣٣٢/٣ ، ٣٣٣) .

(١٣) في (م) : [والزوجية] . انظر : الحاوي للماوردي ورقه ٥ .

(١٤) في (ن) ، (ع) : [زوج] .

طالق بائن بطل شرطه [١] .

٢٣٤٧٧ - قلنا : المطلقة الواحدة ، البينونة من صفاتها ، بدلالة أنها تكون بائنة بشرط العوض [٢] وانقضاء العدة [٣] ، فإذا وصفها بصفة يجوز أن تنصف بها تعلق بوصفه حكم ، وليس كذلك التحريم إلا بعد زوج ، لأن المطلقة الواحدة لا توصف بهذه الصفة بوجه ، فإذا وصفها بما لا تتصف به لم يتعلق بوصفه حكم .

٢٣٤٧٨ - قالوا : طلاق المدخول بها يقتضي الرجعة ، كما يقتضي العتق الولاء ، ثم ثبت أنه لو أعتقه بشرط أن لا ولاء له سقط الشرط ، كذلك هنا يسقط [٤] شرط البينونة .

٢٣٤٧٩ - قلنا : لا نسلم أن الرجعة توجب الطلاق البائن ، وإنما توجب الطلاق المطلق ، وخلافنا [٥] في الطلاق الموصوف بالبينونة . ثم العتق لو حصل ببدل لم ينف الولاء عنه ، كذلك الشرط لأنه نفى ، وليس كذلك الرجعة ، لأنها تنتفي بشرط العوض ، فجاز أن تنتفي بوصف الطلاق بصفة البينونة ، لأن صريح الصفة أدل [٦] من شرط العوض .

٢٣٤٨٠ - قالوا : كل تحريم تعلق بالثلاث لم يتعلق بالواحدة ، كتحريم نكاحها إلا بعد زوج [٧] .

٢٣٤٨١ - قلنا : يبطل بتحريم الوطء على أصلهم ، فإنه يتعلق بالواحدة وبالثلاث جميعًا [٨] ، والمعنى في تحريم العقد أنه لا يثبت مع شرط البينونة وتحريم الرجعة بخلاف ذلك .

* * *

(١) انظر : الحاوي ورقة ٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٤٥/٣) .

(٣) انظر : البحر الرائق (٢٥٧/٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [سقط] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [وخلافا] .

(٦) في (ع) : [أولى] .

(٧) انظر : مختصر المزني (٢٩٦/٨) .

(٨) انظر : النكت ورقة ٢٢٣ .

مسألة ١١٣٣

إذا قال أنت بائن ونوى تطليقتين

٢٣٤٨٢ - قال أصحابنا [إلا زفر] (١) : إذا قال (٢) : أنت بائن ، ونوى تطليقتين ، كانت تطليقة واحدة (٣) .

٢٣٤٨٣ - وقال الشافعي : يكون كما نوى . (٤) .

٢٣٤٨٤ - لنا : أن بائن وصف لها بالبينونة ، والوصف لا يتضمن العدد كقوله : أنت قائمة ، أو آكلة . فإذا نوى واحدة فقد نوى أدنى البينونتين ، فإذا نوى الثلاث ، فقد نوى أعلى البينونتين ، فيقع ذلك ، فإذا نوى اثنتين ، فلم ينو البينونة الكبرى ، فلم يبق إلا البينونة الصغرى وهي لا تستتبع أكثر من طلقة ، فوقع ذلك دون مالا تفتقر البينونة الصغرى إليه ، فصار كمن قال : لله علي صلاة ينوي الصوم (٥) لم يلزمه ، لأن الصلاة [لا تتضمن] (٦) الصوم ، ولا هو من توابعها (٧) .

٢٣٤٨٥ - فإن قيل : الموقع لم ينو البينونة ، [وإنما نوى عددا واعتداده ، فوقوع البينونة لا معنى له (٨) .

---

(١) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) هذا مقيد بالحرة ، أما الأمة فلو قال لها : أنت باين ونوى اثنتين يقع ما نوى ، لأن الثنتين في الأمة كل جنس الطلاق في حقها ، فكانت الثنتين في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة انظر : الجامع الصغير (٢٠٦،٢٠٧) مختصر الطحاوي ١٩٥ ، المبسوط (٧٥،٣/٦) بدائع الصنائع (١٠٨/٣) رد المحتار (٤٦٧/٢)

(٤) وبه قال زفر من الحنفية ، وهو قول مالك وأحمد في الكنايات الخفية ، ورواية عن أحمد في الكنايات الظاهرة « الهداية (٢٤٣/١) ، الأم (٢٧٨/٥) ، مختصر المزني (٢٩٦/٨) المهذب (٨٤/٢) المغني (٢٧٦/٨) ، الشرح الكبير (٢٨٥/٨) ، المبدع (٢٧٩/٧) وقال مالك في الكنايات الظاهرة : هي ثلاث ، وهو ظاهر مذهب الإمام أحمد . انظر : قوانين الأحكام ٢٥٣ ، ٢٥٤ أسهل المدارك (١٤٢/٢،١٤٣) ، المغني (٢٧١/٨) .

(٥) في اللغة : مطلق الإمساك ، لسان العرب باب الصاد (٢٥٢٩/٤) . وفي الشرع : عبارة عن الإمساك عن الأكل والشرب والمباشرة في جميع النهار . أنيس الفقهاء ١٣٨ (٦) في (ن) ، (ع) [يتضمن] .

(٧) انظر : المبسوط (٧٠/٦،٧٣) بدائع الصنائع (١٠٨/٣) .

(٨) هذا استدلال للمخالف ، وهو أن الموقع نوى العدد ولم ينو البينونة ، فوجب أن يقع كما لو كان عددًا ، فقرنه باللفظ . انظر : النكت ورقة ٢١٩ .

٢٣٤٨٦ - قلنا : قد أوقع البينونة] [١] ، ونوى عددا ، واللفظ لا يقتضي العدد ، فنحن نوقع البينونة التي أوقعها ، ونتبعها ما تفتقر إليه تلك البينونة من العدد .

٢٣٤٨٧ - فإن قيل : العدد يقع أولا ثم تتبعه البينونة ، فأما أن تقع البينونة ويتبعها العدد فلا ، لأن البينونة من أحكام العدد .

٢٣٤٨٨ - قلنا : لسنا نقول : إن البينونة تسبق العدد ولكنا نقول : إنه إذا أوقع بينونة ، فإذا أراد الثلاث ، والبينونة العليا تفتقر إليها أضمرنا العدد في اللفظ ، فكأنه قال : أنت بائن بالثلاث . وإن لم ينو الثلاث أضمرنا ما تفتقر إليه البينونة الصغرى ، فكأنه قال : أنت بائن واحدة والثانية لا يفتقر إليها « فوقع البينونة » [٢] في الحرة ، فلم يضمرها ، فإن لزم على هذا إذا طلق واحدة ، ثم قال لها : أنت بائن ينوى اثنتين [٣]

٢٣٤٨٩ - قلنا : البينونة الكبرى فيما تقع باثنتين وبواحدة التي تقدمت والبتة [٤] لا تتعلق بما تقدم من الطلاق ، فلو علقناها باثنتين [٥] ، يقع بهما بينونة كبرى ، فلم يبق إلا أن تضمر ما تفتقر إليه البينونة الصغرى .

٢٣٤٩٠ - ويدل عليه أن مالا يقع به الطلاق لفظ البينونة بإجماع لا يقع وإن نوى ، كالظهار [٦] . ولا يلزم الثلاث لأن عليًا وزيدًا قالا تقع بإطلاق [٧] قوله : أنت بائن ، ولأن التطليقة الثانية [٨] لا يحتاج إليها في تحريم العقد ، ولا في تحريم البضع فلم يقع [٩] بقوله : أنت بائن ، إن نواها كالظهار .

٢٣٤٩١ - احتجوا : بأن كل من ملك إيقاع الطلقتين بصريح اللفظ ملك إيقاعها دفعه بالكناية مع النية [١٠] .

٢٣٤٩٢ - الجواب : أنه إن أردتم أنه ملك إيقاع تطليقتين بالصريح الذي هو لفظة

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٢) في (ن) ، (ع) : فوقع [البينونة] .

(٣) إذا طلق الحرة واحدة ، ثم قال لها : أنت بائن ونوى اثنتين ، لم يقع إلا واحدة بهذا اللفظ ، لأنه نوى العدد ، واللفظ لا يحتمله ، وإن نوى ثلاثا وقع عليها بهذا اللفظ ثنتان ، لأن نيته قد صحت باعتبار أنه نوى نوعا من البينونة فيقع ما ثبت به تلك البينونة وذلك بالتطلقتين الباقيتين . المبسوط (٨٥/٦) ، البحر الرائق (٣٢٤/٣) .

(٤) في (م) ، (ن) : [النيه] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [باثنتين] .

(٦) في (م) : [كالطهار] .

(٧) في (ن) ، (ع) : [بالطلاق] . .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع)

(٩) في (ن) ، (ع) : [يبق] .

(١٠) انظر : المهذب (٨٤/٢) الشرح الكبير (٢٨٥/٨) .

واحدة ، لم نسلم ذلك ، لأنه لو قال : أنت طالق . ينوي اثنتين [١] « كانت واحدة » [٢] وإن أردتم أنه يملك بلفظي [٣] صريح مثل قوله : أنت طالق ، وأنت طالق ، فكذلك يملك [٤] عندنا بلفظي [٥] كناية مثل أن يقول : استبرئى رحمك ، واعتدى [٦] . وأصلهما العبد ، وهو غير مسلم إذا كانت تحته حرة ، وإنما نسلم ذلك إذا كانت تحته أمة ، والمعنى فيه أنها أعلى البينونتين فيها ، فوقع ذلك من حيث البينونة ، وفي الحرة ليس ذلك البينونة العظمى ، ولو وقع لوقع [٧] بمجرد النية واللفظ لا يتضمنه ، فلم يصح [٨] .

٢٣٤٩٣ - قالوا : كل عدد وقع بصريح اللفظ دفعة صح بالكناية على حرة ، كالثلاث .

٢٣٤٩٤ - قلنا : المعنى في الثلاث : أنه نوع بينونة في الحرة [فوقعت من حيث] [٩] توقع البينونة ، وهذا لا يوجد في الثانية .

٢٣٤٩٥ - قالوا : إذا جاز أن يقع بهذا اللفظ الثلاث مما لا بيان في ضمنها ، لأنهما بعضها فجاز أن يقعا بها [١٠] .

٢٣٤٩٦ - قلنا : يبطل إذا قال : أنت طالق ثلاثًا لو أراد به اثنتين لم يصح ، ويقع [١١] به الثلاث . ولأننا [١٢] بينا أن الثلاث يقع فيها المعنى ، وهو افتقار البينونة [الكبرى إليها والواحدة تقع وإضمار البينونة] [١٣] الصغرى إليها وهذا لا يوجد في اثنتين [١٤] .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [اثنتين] .

(٢) صريح الطلاق لا تصح فيه نية الثنتين ، والثلاث لأنه نعت فرد يقال للواحدة طالق وللثنتين طالقتان وللثلاث طوالق ، ونعت الفرد لا يحتمل العدد ، لأنه ضده خلافًا لزفر ، وهو قول أبي حنيفة الأول . انظر : المبسوط (٧٩/٦) ، تحفة الفقهاء (٢٥٨/٢) ، رءوس المسائل ٣١٤ ، الاختيار (٧٤/٣) .

(٣) في (م) : [بلفطى] .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (م) : [بلفطي] .

(٦) انظر : المبسوط (٧٩/٦) .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) قال في بدائع الصنائع « ولهذا قال أصحابنا : إذا قال لزوجته الأمة أنت بائن أو حرام ينوي الثنتين يقع ما نوى ، لأن الثنتين في الأمة كل جنس الطلاق في حقها ، فكان الثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة ، وقالوا لو طلق زوجته الحرة واحدة ثم قال لها : أنت بائن أو حرام ينوي اثنتين كانت واحدة ، لأن الاثنين بأنفسهما ليسا كل جنس الحرة بدون الطلقة المتقدمة ، ألا ترى أنها لا تبين ، فالاثنتان بينونة غليظة بدونهما . بدائع الصنائع (١٠٨/٣) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(١٠) انظر : الحاوى ورقة ٥ .

(١١) ساقطة من (م) .

(١٢) انظر : المبسوط (٨٩/٦) .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(١٤) استدل الشافعية أيضًا بما روى أن ركانة بن عبد يزيد قال يا رسول اللّٰه إنى طلقت إمرأتى سهيمة البتة واللّٰه ما أردت بها إلا واحدة ، فقال رسول اللّٰه ﷺ واللّٰه ما أردت إلا واحدة ، فقال ركانة : واللّٰه ما أردت إلا واحدة ، =

مسألة ١١٣٤

إذا نوى الثلاث بالكنايات الرجعية

٢٣٤٩٧ - قال أصحابنا : إذا قال لامرأته : اعتدى ، واستبرىء رحمك ، وأنت واحدة « ينوى بها الثلاث » (١) فإنه تقع واحدة (٢)

٢٣٤٩٨ - وقال الشافعي : تقع ثلاثًا في قوله اعتدى واستبرئى .

٢٣٤٩٩ - قالوا : والصحيح من مذهبه في قوله : أنت واحدة ، أنها تكون واحدة . ومنهم من قال : تكون ثلاثا (٣)

٢٣٥٠٠ - لنا : أنها كناية يقع بها الطلاق الرجعى أو لفظ يقع به الطلاق الرجعى فلا يقع به الثلاث ، وإن نواها ، كقوله أنت « واحدة » (٤) والدليل على هذا الأصل : أن واحدة تفسير لقوله : أنت طالق ، لأنه يصلح أن يقول ذلك ولا يصلح أن يقول [أنت (٥) بائن] (٦) واحدة [وإذا أراد به الطلاق ، أضمرناه فيه] (٧) فكأنه قال : أنت

= فردها رسول الله ﷺ عليه ، فدل على أنه لو أراد ما زاد على واحدة لوقع . انظر : المهذب (٨٤/٢) .

(١) في (ن) ، (ع) : [ينوى به] .

(٢) انظر : الجامع الصغير ٢٠٦ ، مختصر الطحاوي ١٩٥ الهداية (٢٤١/١) ، البحر الرائق (٣٢٢/٣) ، رد المحتار (٤٦٦/٢) .

(٣) إن قال « أنت واحدة » فإن كان بالنصب ونوى طلقتين أو ثلاثا فثلاثة أوجه ، أصحها : يقع ما نوى صححه البغوي وغيره ، والثاني : لا يقع إلا واحدة ، وصححه الغزالي . والثالث قاله القفال : إن بسط نية الثلاث على جميع الثلاث لم تقع الثلاث ، وإن نوى ما زاد على واحدة عند قوله : أنت وقع ما نواه وإن كان بالرفع ففيه وجهان : أحدهما وقوع ما نواه وهو الصحيح ، والثاني : تقع واحدة فقط انظر : المهذب (٨٤/٢) روضة الطالبين (٧٦/٨) المجموع شرح المهذب (١٢٣/١٧) .

(٤) قال في بدائع الصنائع : « لو نوى بقوله اعتدى ، واستبرئى رحمك وأنت واحدة ثلاثا لم يصح ، لأن هذه الألفاظ في حكم الصريح ، ألا ترى أن الواقع بها رجعية فصار كأنه قال أنت طالق ونوى به الثلاث ، لأن قوله : أنت واحدة لا يحتمل أن يفسر بالثلاث ، فلا يحتمل نية الثلاث . وكذا قوله اعتدى واستبرئى رحمك لأن الواقع بكل واحدة منهما رجعى ، فصار كقوله : أنت واحدة . انظر : بدائع الصنائع (١٠٨/٣) وبهذا يتبين أن قوله : أنت واحدة ، لو نوى به الثلاث لم يصح ، كما أن الكنايات الرجعية لو نوى بها الثلاث لم تصح .

(٥) في (ن) ، (ع) : [ذلك] .

(٦) في (م) : [لأنه يصلح أن يقول ذلك ولا يصلح أن يقول ذلك] وهي زيادة مكررة

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

طالق واحدة ينوى ثلاثا فتكون [١] واحدة [٢] ولأن قوله : أنت واحدة صريح في عدد ، فلا يقع به عدد آخر ، كما لو قال : أنت طالق ثلاثا ينوى واحدة [٣] .

٢٣٥٠١ - فإن قيل : يحتمل أن يكون قوله : أنت واحدة . أي منفردة عن النكاح [٤] .

٢٣٥٠٢ - قلنا : هو صريح في عدد الطلاق . وعندهم : أن الصريح في النوع لا يجوز أن يكون كناية في بابه ونوعه [٥] .

٢٣٥٠٣ - احتجوا : بأنها كناية لا تنبئ عن عدد فجاز أن يقع به الثلاث ، كقوله : أنت بائن [٦] .

٢٣٥٠٤ - الجواب : أن المعنى فيه أن اللفظ صريح في البينونة ، والثلاث البينونة الكبرى ، فإذا نوى ما يصلح له من [٧] اللفظ وقع ، واللفظ في مسألتنا لا يفيد البينونة ، فلا تقع مطلقة باتفاق [٨] ، فلم يجز أن يحمل عليه بالنية كقوله [٩] : أنت واحدة [١٠] .

* * *

---

(١) في (ن) : [فيكون] .
(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٠٨/٣)
(٣) قال في المبسوط : الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع العدد المذكور ، لأن الموقع هو العدد ، فإذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف . ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله : طالق . قبل قوله ثلاثا لا يقع شيء ، وهذا الآن الكل كلمة واحدة في الحكم ، فإن إيقاع الثلاث لا يتأتى بعبارة أوجز من هذا ، والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها من بعض . المبسوط (٨٩/٦) .
(٤) انظر : المجموع ، شرح المهذب (٢٤١/١٨) .
(٥) انظر : المجموع شرح المهذب (١٢٤/١٨) .
(٦) انظر : المهذب (٨٤/٢) المجموع (١٢٤/١٧) .
(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٨) انظر : بدائع الصنائع (١٠٨/٣) ، المهذب (٨٤/٢) .
(٩) في (م) : [لقوله] .
(١٠) انظر : بدائع الصنائع (١٠٨/٣) ، البحر الرائق (٣٢٢/٣) .

مسألة ١١٣٥

وقوع العتق بصريح الطلاق وكنايته

٢٣٥٠٥ - قال أصحابنا : إذا قال لأمته أنت طالق ، أو بائن ، أو حرام ينوى بذلك العتق لم تعتق [١] [٢] .

٢٣٥٠٦ - وقال الشافعي : تعتق [٣] .

٢٣٥٠٧ - لنا : أن الطلاق يفيد إزالة اليد والتخلية [٤] تقول : أطلقت [٥] أسيرى ، وأطلقت [٦] إبلي [٧] ، وزوال اليد لا ينافي ملك اليمين ، لأن المكاتب قد زالت يد المولى عنه بعقد الكتابة ، وإن لم يزل الملك ، وإذا لم ينف ذلك ملك اليمين لم تقع به الحرية ، كما لو قال لأمته [٨] زوجتك [٩] ينوى به العتق ، أو قال : وهبتك ، أو قال : أجرتك [١٠] وليس هذا كما لو قال لزوجته : أنت حرة ينوى به الطلاق أنها تطلق [١١] لأن الحرية تقتضي إسقاط الحقوق يقال أرض حرة إذا لم يكن عليها خراج [١٢] وإسقاط الحقوق لا يجتمع مع الزوجية ، فلما تنافيا جاز أن يقع به الطلاق .

٢٣٥٠٨ - فإن قيل : العتق لا يقع من حيث « ما يتضمن » [١٣] اللفظ من إزالة اليد ، لكن الطلاق يزيل الملك فتقع الحرية . كذلك .

---

(١) في (ن) : [يعتق] .

(٢) روى عن أبي يوسف أنه يقع بقوله لأمته : طلقتك ناويًا العتق انظر : هذه المسألة في الجامع الصغير ٢٠٦ ، المبسوط (٦٣/٧) ، بدائع الصنائع (٥٤/٤) ، تبيين الحقائق (٦٨/٣) رد المحتار (٨/٣) ، الاختيار (١٧٨/٣) .

(٣) انظر : مختصر المزني (٦٨/٨) ، المهذب (٢/٢) ، روضة الطالبين (٢٩/٨) ، مغني المحتاج (٤٩٣/٣) ، زاد المحتاج (٦٥٦/٤) .

(٤) في (ن) : [والتحلية] .

(٥) في (م) : [أطلعت] .

(٦) في (م) : [أطلعت] .

(٧) انظر : لسان العرب : باب الطاء (٦٩٣/٤) . القاموس المحيط : باب القاف .

(٨) ساقطة من (م) .

(٩) في (م) : [لو زوجتك] .

(١٠) انظر : المبسوط (٦٣/٧) .

(١١) انظر : رءوس المسائل ص ٤١٣ .

(١٢) في (ن) : [خراج] الخَرْج ، والخَرَاج واحد ، وهو : ما يخرج من غلة الأرض والغلام ، المغرب (١٤١،١٤٢) ، وفي الاصطلاح نوعان : الأول الخراج الموظف ، وهو الوظيفة المعينة التي توضع على أرض ، كما وضع عمر على سواد العراق . والثاني : خراج المقاسمة كربع الخارج وخمسه ، ونحوهما . التعريفات ص ١٣٢ .

(١٣) انظر : رؤوس المسائل ص ٤١٤

١٤ ٢٣٥٠٩ - قلنا : الطلاق / لا يزيل الملك إلا بعدد أو عدم العدة ، وكل واحد من هذين لا يوجد في العتاق وإنما يوجد اللفظ من غير عدد ولا انقضاء عدة ، وذلك لا يزيل الملك باتفاق [١] ولأن صريح الطلاق في الموضع الذي [هو صريح فيه لا يتضمن زوال الملك ، فلأن لا يزيل الملك في الموضع الذي] [٢] هو كناية أولى . [٣]

٢٣٥١٠ - ولأن لفظ الطلاق في الزوجات لا يزيل الملك إلا بعدد ، أو عدم عدة ، وكل واحد من هذين المعنيين لا يوجد في العتاق ، لأن الأمة لا عدة عليها ، ولا يملك المولى منها عدد الطلاق ومتى لم يتصور المعنى الذي به يزول الملك في موضعه [٤] ، لم يزل به الملك في الموضع المنقول [٥] إليه .

٢٣٥١١ - ولأن الطلاق صريح مختص [٦] بالنكاح ، فلا يقع به العتاق كالإيلاء ، [٧] ولأنه لفظ وضع لإزالة الملك عن المنافع ، فلا يزول به الملك عن الأعيان ، كلفظ الإجارة إذا عقد به البيع [٨] .

٢٣٥١٢ - ولم يلزمنا لفظ العارية [٩] إذا حصل في الدراهم كان « قرضا » [١٠] ؛ لأن لفظ العارية لا يزيل الملك عن العين ، وإنما يزول باللفظ والقبض [١١] .

٢٣٥١٣ - ولأنه لفظ [١٢] يختص بتحريم [١٣] البضع فلا يقع به العتاق كالظهار [١٤] ، فإن نازعوا فيه دللنا عليه في الموضع الذي هو صريح لا يزيل الملك ، ففي الموضع الذي هو كناية أولى ، ولأنه كان طلاقا في الجاهلية ، فنقل بالشرع إلى غير

---

(١) هذا إذا كان الواقع رجعيا فإذا لم تنقض العدة فالملك باق والزوجية قائمة ، إلا أن الملك عند الشافعية يزول في حق الوطء انظر : المهذب (١٠٢/٢) ، بدائع الصنائع (١٨٠/٣) .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٣) انظر : الاختيار (١٧٨/٣) .
(٤) في (م) : [موضوعه]
(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٦) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٧) انظر : بدائع الصنائع (٥٤/٤) .
(٨) انظر : المبسوط (٦٤/٧) ، البناية (٨٧٤/٧) .
(٩) بالتشديد والتخفيف وجمعها : العَوارِي ، وهي مشتقة من عار الرجل : إذا جاء وذهب ، وهي في اللغة : إعارة الشيء . انظر : مختار الصحاح باب العين ٤٨٦ . وفي الشرع : تمليك المنافع بغير عوض . انظر : البحر الرائق (٢٨٠/٧) .
(١٠) القرض في اللغة : ما تعطيه من المال لتتقاضاه . مختار الصحاح باب القاف وفي الشرع : عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلى لآخر ليرد مثله . القاموس الفقهي ٢١٥ .
(١١) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥/٦) .
(١٢) في (ن) : [لفظ] .
(١٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(١٤) انظر : بدائع الصنائع (٥٤/٤) .

الطلاق فلا يقع به العتق كالإيلاء ، ولأن ملك اليمين لا يستدرك الحق فيه بالرجعة .

٢٣٥١٤ - ولأن مالا يصح أن يملك بلفظ النكاح لا يزول الملك فيه بالطلاق كالأعيان ، وعكسه ملك البضع . ولأن مالا يصح أن يكون بلفظ النكاح لا يزول الملك فيه بالطلاق كالأعيان ، وعكسه البضع (١)

٢٣٥١٥ - احتجوا بقوله ﷺ : إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل (٢) امرئ (٣) ما نوى (٤) .

٢٣٥١٦ - والجواب : أن هذا الخبر متروك الظاهر (٥) لأنه يقتضي أن العمل لا يكون عملا إلا بالنية ، ونحن نعلم أن الأعمال كلها توجد مع فقدها ، فاحتمل أن يكون المراد به جواز العمل ، واحتمل (٦) ثواب العمل ، وليس أحدهما بأولى من الآخر .

٢٣٥١٧ - فإن قيل : لو كان المراد به الجواز اقتضى أن يقع العتق ، [وإن كان المراد به الثواب] (٧) اقتضى الوقوع ليستحق به الثواب ، لأنه قربة .

٢٣٥١٨ - قلنا : عندنا إذا قال لأمته : أنت طالق ينوي به العتاق استحق الثواب ، وإن لم يقع معه العتاق لأنه قصد القربة فيه (٨) .

٢٣٥١٩ - قالوا : ما صح استعماله [في الطلاق صح] (٩) استعماله في العتاق ، كقوله : لا ملك لي عليك (١٠) .

٢٣٥٢٠ - قلنا : يصح أن يقال : ما صح « جاز استعماله في كذا » (١١) إلا أن يبين وجود معنى كل واحد من الأمرين فيه ، وقد بينا أن الطلاق يزيل الملك في الطلاق ، وذلك لا يجتمع مع النكاح ، ويجتمع مع ملك اليمين بدلالة المكاتب ، فلم يصح استعماله في إزالة ما لا ينافيه ، وصح استعماله في إزالة ما ينافيه .

(١) ساقطة من (ن) ، (ع) (٢) ساقطة من (م)
(٣) في (م) : [أمر] .
(٤) الحديث أخرجه الإمام البخاري في صحيحه ، باب كيف كان بدء الوحي (١٥١٥/٣) .
(٥) ساقطة من (م) (٦) في (م) : [فاحتمل] .
(٧) في (م) : [وإن كان المراد الآخر فإن قيل لو كان المراد به الجواز الثواب] وهو زيادة مكررة .
(٨) ساقطة من (م) انظر : الاختيار (١٧٨/٣) .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٠) انظر : الحاوي للماوردي ورقة (٨) .
(١١) في (ص) : [صح استعماله في كذا ، صح استعماله في كنا] وهي زيادة مكررة

٢٣٥٢١ - فأما قوله : لا ملك لي عليك فيصح [١] استعماله في الأمرين ، لأن ملك النكاح لا يبقى مع زوال الملك ، فلما وجد معناه في إزالة الأمرين ، صح أن يستعمل فيهما [٢] .

٢٣٥٢٢ - وقد ادعوا أنا لا نسلم : لا سلطان [لي عليك] ولا سبيل لي عليك ، وكل واحد من الأمرين لا يبقى ملك اليمين أيضًا غير مسلم ، لأن ذلك لا ينافي ملك اليمين إذا كان المولى لا سلطان له على مكاتبه ، ولا سبيل له عليه [٣]

٢٣٥٢٣ - قالوا : كل لفظ [٤] « كان » كناية في الطلاق ، كان كناية في العتاق أصله : لا ملك لي عليك [٥] .

٢٣٥٢٤ - قلنا : لا يصح أن يكون اللفظ كناية في الشيء حتى يتضمن معناه ، فيجب أن يتلو على أن معنى العتاق يوجد في كنايات الطلاق حتى يصح الجمع ، وقد بينا خلاف ذلك .

٢٣٥٢٥ - ولأن قوله : أنت حرام . يقتضي التحريم المطلق ، وذلك لا يجتمع مع النكاح ، ويجتمع مع ملك اليمين في أخته من الرضاع .

٢٣٥٢٦ - فأما قوله : لا ملك لي عليك ، يقتضي إزالة الملك ، وذلك ينافي كل واحد من الأمرين فيصح [٦] أن يكون كناية فيه .

٢٣٥٢٧ - [قالوا : كل ملك صح] [٧] استعمال الإعتاق في إزالته ، صح استعمال الطلاق في إزالته ، كالزوجة [٨] .

٢٣٥٢٨ - قلنا : ملك الزوجة يستدرك الحق فيه « بالرجعة » [٩] بعد الطلاق بخلاف ملك الرقبة فإنه لا يسد الحق فيه بعد العتاق ، فلم يجز أن يزول الملك عنه

---

(١) في (ع) : [فلم يصح] .
(٢) انظر : البحر الرائق (٣٢٦/٣) ، الاختيار (١٧٨/٣)
(٣) انظر : المبسوط ٦٥/٧ ، بدائع الصنائع (٥٤/٤) .
(٤) في (ن) ، (ع) : [كل لفظ]
(٥) انظر : الحاوي للماوردي ورقة ٨
(٦) في (ن) (ع) : [فصح] .
(٧) في (م) : [قالوا كل واحد من الأمرين فيصح أن يكون كناية فيه قالوا كل ملك صح] وهي زيادة لا معنى لها .
(٨) انظر : الحاوي للماوردي ورقة رقم ٨ .
(٩) انظر : المبسوط (٢٠/٦) .

بلفظ [١] الطلاق .

٢٣٥٢٩ - قالوا : لفظ وضع [٢] لإزالة ملك بنى على التغليب ، فوجب أن يكون كناية في مثله . أصله : استعمال الحرية في موضع الطلاق [٣] .

٢٣٥٣٠ - قلنا : قد بينا أنه لا يصح أن يقال : إن اللفظ كناية في شيء ، حتى يتبين أن فيه معناه ، ومعنى الطلاق موجود في الحرية لأنها تفيد إسقاط الحقوق ، وذلك لا يجتمع في النكاح ، ومعنى العتق لا يوجد في الطلاق ، لأن لفظه يقتضي إزالة اليد [٤] وذلك موجود في المكاتب ، ووضعه التحريم إما في الحال ، وإما في الثاني ، وذلك لا ينافي ملك اليمين ، بدلالة أخته من الرضاع ، فلم يصح هذا الكلام .

٢٣٥٣١ - فإن قيل : في الطلاق معنى الحرية ، وهو زوال جنس الرق .

٢٣٥٣٢ - قلنا : قد يوجد ذلك في المكاتب ، مع بقاء الرق فيه فكيف يكون إطلاق [٥] الجنس قربة .

٢٣٥٣٣ - ولأن لفظ الحرية وضع لإزالة الملك عن الأعيان ، وهي أعلى الأملاك ، فإذا عبّر [٦] به عن الطلاق فقد عبر به عن إزالة الملك عن المنافع ، وهي أدنى الأملاك وما وضع لإزالة الملك عن الأعلى ، يصلح أن يزيل الملك عن الأدنى إذا كان في ملكه ، فأما الطلاق ، فقد وضع لإزالة الملك عن المنافع ، وهي أدنى الملكين ، وما وضع لإزالة الملك عن أدنى [٧] الأمرين لا يزول به عن أعلاهما ، كلفظ الإجارة ، والعارية إذا عقد بهما البيع [٨] . ولا يلزم الإجارة بلفظ البيع ، لأن من أصحابنا الخراسانيين من قال : ينعقد ، ومن بالعراق يقولون : لا ينعقد [٩]

٢٣٥٣٤ - وقد احترزنا عنه بقولنا : إذا كان ملكه [١٠] والمنافع ليست مملوكة ، فكذلك لا يزيل الملك عنها بالبيع . وفرق آخر على أصولنا : أن استباحة البضع

---

(١) في (م) : [بلفظ] .
(٢) في (م) : [وقع] .
(٣) انظر : الحاوي للماوردي ورقة رقم ٨ .
(٤) في (ع) : [الكتاب] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [لطلاق] .
(٦) في (ن) ، (ع) : [اعتبر] .
(٧) ساقطة من (ص) .
(٨) انظر : البحر الرائق (٢٩١/٥)
(٩) ذكر في عيون المسائل أن الإجارة فاسدة ، لأن المنافع معدومة ، وهي ليست بمحل للبيع . وذكر شيخ الإسلام : أن فيه اختلاف المشايخ ، وعن الكرخي : أن الإجارة لاتنعقد بلفظ البيع ، ثم رجع وقال : تنعقد انظر : البحر الرائق (٢٩١/٥) .
(١٠) ساقطة من (م) .

يجوز أن يملك بلفظ التمليك عندنا الذي يملك [١] به رقبة الأمة ، فلذلك زال [٢] الملك عنه بلفظ الحرية ، وملك رقبة الأمة « لا يملك » [٣] بلفظ النكاح مبدلا [٤] ولا يزل [٥] الملك فيه بلفظ الطلاق .

* * *

(١) ساقطة من (م) .
(٢) في (ن) ، (ع) : [زوال] .
(٣) في (ع) : [لا يتملك] .
(٤) في (ن) ، (ع) : [ميتالا] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [يزيل] .

مسألة ١١٣٦

إضافة الطلاق إلى الرجل

٢٣٥٣٥ – قال أصحابنا : إذا قال لآمرأته : أنا منك طالق ، أو قال لها : أمرك بيدك فقالت : طلقتك ، أو أنت طالق ، لم يقع بذلك بشيء [(١)]

٢٣٥٣٦ – وقال الشافعي : يقع بذلك الطلاق « إذا نوى الطلاق » [(٢)] .

٢٣٥٣٧ – لنا [(٣)] : أن [(٤)] الطلاق لا يصح إضافته إلى الرجل لفظا ، ولا معنى . أما [(٥)] اللفظ فلأنه [(٦)] يقال : امرأة طالق ، ولا يقال رجل طالق ، ولا مطلق .

٢٣٥٣٨ – وأما المعنى : فلأن الطلاق عبارة عن إزالة اليد . والمرأة تحت يد الزوج فتوصف أنها مطلقه منه ، [(٧)] وليس لها يد عليه فلا يوصف [(٨)] أنه مطلق منها ، كما لا يقال والأمير : إنه مطلق من حبس أسيره ، [وإذا لم تصح الإضافة لم يقع الطلاق بلفظ لا يقتضيه ، وإن انضمت إليه نية . وليس [(٩)] كذلك قوله : أنا منك بائن ، أو حرام عليك ، لأن هذه إضافة صحيحة في المعنى ، لأن البينونة عبارة عن القطع ، وحبل الزوجية متصل بينهما ، فكل واحد منهما يوصف أنه انقطع من الآخر ، والاستباحة موجودة فيهما ، فيوصف كل واحد منهما أنه محرم على الآخر . فإذا صحت الإضافة ، جاز أن يراد بها الطلاق [(١٠)] .

---

(١) انظر : الجامع الصغير ٢٠٠ ، المبسوط (٧٨/٦) ، بدائع الصنائع (١٤١/٣) ، الهداية (٢٣٦/١) ، البناية (٤٣١/٤) ، رد المحتار (٤٤٦/٢) وهو المنصوص عن الإمام أحمد ، نص عليه الأثرم . انظر : المغني (٢٧٨/٨) المبدع (٢٨٠/٧)

(٢) في (ن) ، (ع) : [إذا نواه] . وبه قال الإمام مالك ، واختاره أبو الخطاب من الحنابلة . انظر : التفريع (٧٤/٢) المهذب (٨٢/٢) روضة الطالبين (٦٧/٨) ، نهاية المحتاج (٤٤٩/٦) ، حاشية البيجرمي (٦/٤) الإنصاف (٤٨٥/٨) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [لأن] .

(٥) في (م) : [إنما] .

(٦) في (م) : [أن] .

(٧) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٨) في (م) [توصف] .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش انظر : المبسوط (٧٨/٦) ، رؤوس المسائل ٤١٢ ، المغني (٢٧٨/٨) ، الشرح الكبير (٢٩٨/٨) .

(١٠) انظر : المبسوط (٧٨/٦) البناية (٤٣٣/٤) ، البحر الرائق (٣٠٢/٣) . بين الرملي ذلك فقال : =

٢٣٥٣٩ - فإن قيل : الزوج يصح أن يوصف بالطلاق ، لأنه محرم عليه بعقد النكاح العقد على أختها وأربع سواها ، فإذا طلقها زال [ملك] ذلك عنه ، فيوصف بالإطلاق من هذا الوجه (١) .

٢٣٥٤٠ - قلنا : زوال النكاح إطلاق للزوج في التزويج ، إلا أن ذلك ليس بإطلاق منها ، والطلاق الذي يقع عليها هو أن يتخصص (٢) بها ، ولا يد للمرأة في منع الزوج من تزويج أختها ، والمرأة مطلقة من الزوج ، لأن يده عليها ، واليد تمنعها (٣) من الأزواج ، فيصح أن يضاف إليها الإطلاق منه ، يبين ذلك أن من حبس إنسانًا بغير حق ثم أطلقه فقد (٤) سقط المأثم عن الحابس .

٢٣٥٤١ - ولا يقال : مطلق بمعنى زوال المأثم لأنه لا يد للمحبوس عليه (٥) كذلك الزوج لا يوصف بالطلاق منها لزوال الحظر (٦) عنه ، ولأنه أضاف الطلاق إلى من لا يصح أن يوصف به بحال ، فصار كما لو قال الأجنبي : أنا منك طالق (٧) .

٢٣٥٤٢ - فإن قيل : الأجنبي لو أضاف إليه لفظ (٨) البينونة ، لم يقع به الطلاق ، كذلك لفظ الصريح ، والزوج لو أضاف إليه لفظ البينونة وقع به الطلاق كذلك الصريح (٩) .

٢٣٥٤٣ - قلنا : الإضافة إلى الأجنبي بلفظ البينونة ، والصريح لا يصح ، فلا يقع بكل واحد منهما الطلاق (١٠) والإضافة إلى الزوجة صحيحة بلفظ البينونة والتحريم ،

= لأن له عليه حجرا من جهتها ، إذ لا ينكح معها نحو أختها ، ولا أربعًا سواها مع مالها عليه من الحقوق ، والمؤن فصح إضافة الطلاق إليه على حسب السبب المقتضى لهذا الحجر مع النية ، نهاية المحتاج (٤٤٩/٦) ، النكت ورقة ٢١٨ .

(١) في (ن) : [تخصيص] .

(٢) في (ن) ، (ع) : [فقط] .

(٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [فقط] .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٦) في (ن) : [الخطر] .

(٧) قال في بدائع الصنائع ، إذا أضيف الطلاق الصريح إلى المرأة وقع الطلاق سواء نواه أو لم ينوه بخلاف الأجنبي فإنه لو أضاف الطلاق الصريح إلى المرأة لا يقع سواء نواه أو لم ينوه ، بدائع الصنائع (١٠١/٣) وبهذا تبين أن الأجنبي لو أضاف الطلاق الصريح إلى المرأة لا يقع ، كما أن الرجل لو أضاف الطلاق إلى نفسه لا يقع الطلاق .

(٨) ساقط من (ن) ، (ع) .

(٩) هذا اعتراض للمخالف مما أورده الشيرازي في النكت على قياس المصنف وهو أن القياس على الأجنبي غير مسلم لأن الأجنبي لو أضاف الطلاق إليه بلفظ البينونة لا يقع الطلاق كذلك لفظ الصريح وعكسه الزوج فإنه يصح إضافة الطلاق إليه بلفظ البينونة وبلفظ الصريح انظر : النكت ورقة ٢١٨ .

(١٠) انظر : بدائع الصنائع (١٠١/٣)

فوقع به الطلاق [١] وهي غير صحيحة بلفظ الطلاق ، فلم يقع به شيء [٢] ولأن كل من لو أضيف إليه صريح الطلاق من غير نية لم يقع ، فإذا أضيف إليه مع النية / لم يصح كالأجنبي ، وعكسه : الزوجة [٣] .

٢٣٥٤٤ - فإن قيل : الطلاق يستعمل [٤] في المرأة ، فالإضافة إليها لا تحتاج إلى النية ، والإضافة إلى الزوج [٥] غير مستعملة في العادة فلذلك احتاجت إلى النية .

٢٣٥٤٥ - قلنا : هذه معارضة في الوصف ، والمعارضة إنما [٦] تقع في الأصل ولأن اللفظ غير المستعمل هو المانع من وقوع الطلاق به مع النية لأن البينونة تؤثر في اللفظ غير [٧] المستعمل [٨] إذا كان فيه احتمال .

٢٣٥٤٦ - فأما أن تؤثر فيما لا يستعمل فلا . ألا ترى أنه لو قال : أحمد اللّٰه ينوى الطلاق لم يقع [٩] لأنه غير مستعمل فيه ، وإن جاز أن يحمده على توفيقه لمفارقتها ، ولأن الزوج له عليها حق » بالنكاح يملك استيفاءه ، وإسقاطه فإذا أضاف لفظ الإسقاط إلى نفسه لم يتعلق به حكم ، كما لو قال صاحب الدَّيْن لغريمه : أنا بريء من الدَّيْن . [١٠]

٢٣٥٤٧ - ولأن الطلاق [١١] لفظ وضع لإزالة الملك عن البضع ، كما أن الحرية لفظ وضع لإزالة الملك عن الرقبة ، والرق و[١٢] إذا كان إضافة لفظ الحرية إلى المولى إذا

---

(١) قال في بدائع الصنائع : « لو جعل أمر امرأته بيدها فقالت أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ، كان طلاقا ، لأن الزوج لو قال لها : أنت مني بائن ، أو أنت على حرام ، كان طلاقا . وكذلك لو قالت لزوجها : أنت مني بائن أو أنت مني حرام لأن الزوج لو قال لها ذلك كان طلاقا . بدائع الصنائع (١١٧/٣) ، البحر الرائق (٣٠٢/٣) .

(٢) انظر : المبسوط (٧٨/٦) تبيين الحقائق (٢٠٨/٢) .

(٣) مراد المصنف أن الأجنبي إذا أضاف الطلاق الصريح إلى نفسه فقال : أنا منك طالق ، لا يقع ، سواء نواه أو لم ينوه ، وهذا بخلاف المرأة ، فإنها لو قالت لزوجها : أنا منك طالق وقع لأنه لو قال لها : أنت طالق مني كان طلاقا انظر : بدائع الصنائع (١١٧/٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [مستعمل] .

(٥) في جميع النسخ « الزوجة » إلا أن الظاهر أن صحة العبارة « الزوج » لأن هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على استدلال المصنف بأن الطلاق لو صح إضافته إلى الرجل لم يفتقر إلى النية ، لأنه صريح . وذلك يبطل عند المخالف بأن الطلاق فى جانب المرأة متعارف وفي جانب الزوج غير متعارف فافتقر إلى النية . انظر : النكت للشيرازى ورقة ٢١٨ .

(٦) في (ن) ، (ع) : [وإنما] .

(٧) في (م) : [غير] .

(٨) في (م) : [مستعمل] وما أثبتناه أنسب .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) انظر : شرح الأشباه والنظائر ورقه ٣٩٨ لأحمد بن محمد الحنفي الحموي .

(١١) في (م) : [الانطلاق] .

(١٢) ساقط من (م) .

[قال لأمته] [١] أنا منك حر لا تقع به الحرية كذلك [٢] لفظ الطلاق إذا أضافه إلى الزوج [٣] وهذا أصل سلمه المروزى [٤] ومنعه ابن [٥] أبي هريرة [٦] وهو منع ، لأن المولى موصوف بالحرية قبل الإيقاع على وجه واحد فلا تجدد له هذه الصفة حكما لم يكن . ولا يقال للعبد على مولاه حق النفقة ، فهو بالعتق حر من ذلك الحق ، لأن سقوط هذا الحق عن المولى لا يقتضي الحرية بدلالة المكاتب .

٢٣٥٤٨ - فإن قيل : الحرية إزالة الرق ، وليس في جهة المولى رق يزيله لفظ الحرية ، والطلاق إزالة النكاح ، والنكاح ثابت في جهة الزوج والمرأة فجاز أن يضيف إزالته إلى نفسه [٧] .

٢٣٥٤٩ - قلنا : في جهة الزوج ملك المملوك يثبت في جهتها ، كما أن الرق معنى مملوك للمولى [٨] فالمالك هو المولى ، والرق فيه المملوك العبد ، ثم [٩] لم يصح إضافة الحرية إلى المالك للرق ، كذلك لا يصح إضافة الطلاق إلى المالك في النكاح .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [إذا قال لامرأته] . (٢) في (م) : [ولذلك] .

(٣) قال في تبيين الحقائق : « لنا أن الطلاق شرع مضافًا إلى المرأة بقوله تعالى ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ (الطلاق : ١) وبقوله ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ ، (الطلاق : ١) وغير ذلك من النصوص ، وهو إذا طلّق نفسه فقد غير المشروع فيلغو كالعتق إذا أضيف إلى المولى . انظر : تبيين الحقائق (٢٠٨/٢) البناية (٤٣٤/٤) ، المبدع (٢٨١/٧) الشرح الكبير (٢٩٨/٨) شرح منتهى الإرادات (١٣٢/٣) كشاف القناع (٢٥٣/٥) .

(٤) في (م) [المروزى] إبراهيم بن أحمد المروزى ، أخذ الفقه عن ابن سُريج ، وانتهت إليه رئاسة العلم ببغداد ، ثم انتقل في آخر عمره إلى مصر ، وجلس في مجلس الشافعي ، قال العبادي : خرج من مجلسه إلى البلاد سبعون إماما من أصحاب الشافعي . من مصنفاته شرح المختصر شرحا مبسوطا . توفى سنة (٣٤٠ ٥) ودفن قريبا من الشافعي ، انظر : طبقات الشيرازي ١١٢ ، طبقات العبادي ٠ ٦٨،٦٩) طبقات الإسنوى (١٩٧/٢،١٩٨) وفيات الأعيان (٢٦/١،٢٧)

(٥) في (ع) : [من] ويلاحظ أن ما نقله المصنف عن المروزى وابن أبي هريرة يخالف ما هو منقول عنهما في مصنفات أئمة الشافعية . قال في المهذب اختلف أصحابنا في إضافة العتق إلى المولى ، فمنهم من قال يصح وهو قول على بن أبي هريرة وقال أكثر أصحابنا لا يصح انظر : المهذب (٨٠/٢) ، النكاح ورقة ٢١٨ .

(٦) أبو على الحسن بن الحسين البغدادي ، أحد أئمة الشافعية ، أخذ الفقه عن أبي العباس بن سريج ، والمروزى ، انتهت إليه رئاسة العراقيين . له من المنصفات : شرح مختصر المزني ، وله مسائل في الفروع . توفى في رجب سنة (٣٤٥هـ) انظر : طبقات الشيرازي (١١٢،١١٣) طبقات الشافعية للإسنوي (٢٩١/٢) طبقات العبادي ٧٧ .

(٧) هذا استدلال للمخالف على جواز إضافة العتق إلى المولى ، ومنع الإضافة إلى الزوج ، حيث إن الطلاق يحل النكاح ، وهما مشتركان في النكاح ، والعتق يحل الرق ، وهو يختص بالعبد . انظر : المهذب (٨٠/٢) روضة الطالبين (٦٨/٨) . (٨) في (ن) ، (ع) : [المولى] .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

٢٣٥٥٠ - ولأنه وصف نفسه بما لا يجوز أن يوصف به ، فلا يقع به طلاق ، كما لو قال : أنا معتد منك أو مستبرئ [١] . وهذا الأصل قد اضطربوا فيه فحكوا عن أبي على الطبرى [٢] أنه لا يقع على المرأة بقوله : أنت معتدة ، ولا على الرجل [٣] وهذا ليس بصحيح ، لأن قوله : أنت معتدة يحتمل لأني طلقتك فهو كقوله : أنت محرمة أو بائنة [٤] .

٢٣٥٥١ - و قال غيره : يقع إذا قال [٥] أنا معتد [٦] ويكون معناه : أنا معتد [٧] بطلاقك [٨] ، وهذا لا يصح ، لأن أصل ذلك العدة التي هي الاستبراء .

٢٣٥٥٢ - احتجوا [٩] : بقوله ﷺ : إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى [١٠] وقد بينا الجواب عن هذا الخبر .

٢٣٥٥٣ - قالوا : [١١] روى عن عمر ، وابن مسعود فيمن قال لامرأته : أمرك بيدك فقالت : أنْتَ طالق ثلاثًا . قال : تقع عليها واحدة ، وهو أحق بها [١٢] .

٢٣٥٥٤ - قلنا : روي عن ابن عباس أنه قال في هذه القصة أخطأت نواها . [١٣] لأنها ما قالت قد طلقتُ نفسي [١٤] فصارت مسألة خلاف [١٥] .

٢٣٥٥٥ - فإن قيل : ليس في قول ابن عباس تصريح بخلافهما .

---

(١) انظر : شرح الجصاص على مختصر الطحاوي ورقه ٢١٧ .

(٢) هو صاحب الوجوه المشهورة في المذهب أبو علي الحسين بن القاسم الطبرىء - تفقه على أبي على بن أبي هريرة ، ودرَّس ببغداد بعد ابن أبي هريرة صنف في الأصول ، والخلاف والجدل ، وهو أول من صنف في الخلاف المجرد و كتابه يسمى فيه المحرر . مات سنة (٣٥٠) ه انظر : طبقات ابن هداية الله ص ٧٤ طبقات الشيرازي ١١٥ طبقات العبادى ٨٤ طبقات السبكى (٢٨٠/٣،٢٨١) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي ورقه رقم (٢) .

(٤) انظر : البحر الرائق (٣٢٢/٣،٣٢٦) .

(٥) في (ن) : [قالت] .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي ورقة رقم ٢ .

(٧) في (ن) ، (ع) : [معتدة] .

(٨) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٢ .

(٩) انظر : الحاوي الكبير ورقة (٢،٣) .

(١٠) سبق تخريجه .

(١١) انظر : الحاوي الكبير ورقة رقم ٣ .

(١٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق (٥٥/٥،٥٦) ، وعبد الرزاق في المصنف باب المرأة تملك أمرها فردته هل تستحلف ، (٥٢٠/٦،٥٢١) وسعيد بن منصور في سننه باب الرجل يجعل أمر امرأته بيدها (٣٧٢/٣) ، البيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في التمليك (٣٤٧/٧/٣٤٨) .

(١٣) المعنى لو طلقت نفسها لوقع الطلاق فحين طلقت زوجها لم يقع ، فكانت كمن يخطئه النوء فلا يمطره . النهاية في غريب الحديث (١٢٢/٥/١٢٣) .

(١٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه - عن عطاء عن ابن عباس أنه سئل عن رجل جعل أمر امرأته بيدها ، فقالت أنت طالق فقال ابن عباس : خطأ الله نواها .

(١٥) انظر : البحر (٣٠٣/٣) شرح منتهى الإرادات (١٣٢/٣) .

٢٣٥٥٦ - قلنا : إن كان الطلاق عنده واقعًا لم تُخطِئ نواها .

٢٣٥٥٧ - قالوا : كل لفظ صح استعماله فيه بالطلاق مضافًا إلى الزوجة صح استعماله فيه بالإضافة إلى الزوج كقوله : أنا منك بائن ، أو حرام .

٢٣٥٥٨ - وربما قالوا : أحد الزوجين وقع الطلاق مضافًا بإضافته إليه كالمرأة .

٢٣٥٥٩ - وربما قالوا : كل (١) من صح استعمال البينونة والحرام في الطلاق بالإضافة إليه كالزوجة (٢) .

٢٣٥٦٠ - قلنا : اعتبار إحدى الإضافتين بالأخرى لا يصح ، إلا أن يبين أن معناها موجود فيها على وجه واحد ، وقد بينا : أن البينونة والتحريم يضاف (٣) إلى كل واحد منهما . والطلاق لا يضاف إلى الزوج لفظًا ولا معنى ، فكذلك تعلقت الفرقة بالإضافة الصحيحة ، ولم تتعلق (٤) بالإضافة التي لا تصح .

٢٣٥٦١ - يبين ذلك : أن الإضافة بلفظ البينونة لما استوت فيهما ، استوى شرطهما ، فاعتبرت النية في جهة الزوج (٥) والمرأة ، فلو كانت الإضافة بالطلاق كذلك استوى شرط الإضافتين ، فلما كان الطلاق يقع عليها بغير نية وقع متى أضيف إليه الطلاق بغير نية أولى (٦) ، فدل (٧) على خلاف الحكم الإضافتين .

٢٣٥٦٢ - فإن قيل قولكم : إن الطلاق تختص به المرأة . إن أردتم به حكمًا لم نسلم ، لأن حكمه يصح فيها ، وإن أردتم استعمالًا في العادة ، فهو مسلم ، إلا أن (٨) ينتقض بلفظ البينونة ، والبت والتحريم ، فإنه يستعمل في [جهتها ، ولا يستعمل في] (٩) جهته في العادة ، ومع ذلك يقع به الطلاق .

٢٣٥٦٣ - قلنا : لفظ التحريم والبينونة يستعمل (١٠) في الرجال ، لأنه يقال حرم عليها ، كما يقال : حرمت عليه ، وبان منها ، كما بانت منه .

٢٣٥٦٤ - ولا يقال : هو طالق منها ، وهي طالق منه (١١) فثبت ما قلنا .

---

(١) ساقطة من (ن) ، (ع)

(٢) انظر : النكت ورقة ٢١٨ ، المهذب (٨٠/٢) ، المغني (٢٧٨/٨) ، الشرح الكبير (٢٩٨/٨)

(٣) في (ن) ، (ع) : [مضاف] .

(٤) في (ن) : [يتعلق] .

(٥) في (ن) : [بالزوج] .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) في (م) : [دل] .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع)

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [قد يستعمل] .

(١١) انظر : المبسوط (٧٨/٦) ، البناية (٤٣٣/٤) ، والبحر الرائق (٣٠٢/٣)

مسألة ١١٣٧

إذا قال لامرأته أنت طالق ينوي ثلاثًا

٢٣٥٦٥ – قال أصحابنا : إذا قال لامرأته [(١)] أنت طالق ينوى ثلاثًا ، [لم يقع إلا واحدة ، [(٢)]

٢٣٥٦٦ – وقال الشافعي : يقع ثلاثًا] [(٣)] .

٢٣٥٦٧ – لنا : قوله تعالى : ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ﴾ [(٤)] . ولم يفصل بين أن ينوى الثلاث ، أو لم ينو [(٥)] ،

٢٣٥٦٨ – وروي أن ابن عمر طلق امرأته في الحيض ، فأمره النبي ﷺ أن يراجعها ، [ثم ليطلقها طاهرًا ، أو حاملًا] [(٦)] ، ولم يستحلفه أنه لم يرد ثلاثًا ، ولو احتمل اللفظ ذلك استحلفه ، كما استحلف ركانة في البتة باللّٰه ما أردت إلا واحدة [(٧)] .

٢٣٥٦٩ – ولأن قوله : أنت طالق ، يقتضي طلقة واحدة ، بدلالة إجماعهم على أنه إذا لم ينو شيئًا كانت واحدة [(٨)] .

٢٣٥٧٠ – وزعم الشافعي : أن اللفظ مشترك في تناول الواحدة والثلاث [(٩)] ، ولابد لمدعي ذلك من دلالة إما شرعية ، وإما لغوية . فأما نحن فقد حملنا اللفظ على ما اتفقنا على تناوله [(١٠)] .

---

(١) ساقطة من (م)

(٢) انظر : هذه المسالة في الجامع الصغير ١٩٣ مختصر الطحاوي (١٩٤،١٩٥) المبسوط (٧٦/٦) ، بدائع الصنائع (١٠٢/٣،١٠٣) تبيين الحقائق (١٩٧/٢) رد المحتار (٤٢٩/٢) وهو رواية عن الإمام أحمد انظر : المغني (٤٠٨/٨) ، الشرح الكبير (٣٢٥/٨) ، الفروع (٣٩٥/٥)

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) وهو : قول أبي حنيفة ، الأول ، وقول زفر ومالك والرواية الثانية عن الإمام أحمد . انظر : المبسوط (٧٦/٦) ، الكافي (٥٧٤/٢) ، قوانين الأحكام ٢٥٤ ، الأم للشافعي (٢٧٨/٥) ، المهذب (٨٤/٢) ، الفروع (٣٩٥/٥) ، الكافي (٨٠٣/٢)

(٤) البقرة : ٢٢٩

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٠٣/٣)

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م)

(٧) انظر : المبسوط ٧٦/٦ ، البحر الرائق ٢٧٥/٣ ، بدائع الصنائع ١٠١/٣

(٨) انظر : البحر الرائق (٢٧٦/٣)

(٩) انظر : الحاوي الكبير ورقة رقم (٥)

(١٠) محل الاتفاق هنا أنه إذا لم ينو به شيئا كانت واحدة ، انظر : البحر (٢٧٥/٣،٢٧٦) المهذب مع المجموع (٣٣٩/١٨)

٢٣٥٧١ - ولأن قوله أنت طالق صريح ، والنية لا تسلط على الصريح ، فتصرفه من وجه إلى وجه ، وإذا سقطت النية ، فكأنه أطلق اللفظ (١) ولأنه صريح في الإيقاع ، [فإذا نوى به العدد لم يقع كمن قال] : (٢) أنت علي كظهر أمي ، ونوى ظهارين (٣) .

٢٣٥٧٢ - ولا يلزم إذا قال : أنت الطلاق ، لأن هذا ليس بصريح في الإيقاع (٤) عندنا (٥) .

٢٣٥٧٣ - ولا يلزم إذا قال : طلقي نفسك ، لأنه أمر ، وليس بصريح إيقاع (٦) ولأن ما لا يقع بإطلاق قوله : أنت طالق ، لا يقع به ، وبالنية ، كالواحدة البائنة (٧) ولأن البينونة أقرب إلى صريح الطلاق من الثلاث ، لأن الواحدة تصير بائنة بمضي المدة ، ولا تصير ثلاثًا أبدًا ، فإذا لم تعمل نيته في إيقاع البينونة بهذا اللفظ فلأن لا (٨) تقع الثلاث أولى (٩) ولأن الثلاث أحد نوعي البينونة ، فلا يقع بقوله : أنت طالق وإن نوى كالواحدة البائنة (١٠) .

---

(١) في (م) (ن) : [اللفظ] . انظر : البحر الرائق (٢٧٦/٣)

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) في (م) : [طهارين] .

(٤) ساقطة من (ن) ، (ع)

(٥) قال في المبسوط : « كذلك قوله أنت الطلاق ، فمعناه أنت طالق الطلاق ، حتى تتسع فيه نية الثلاث ، وقد يذكر المصدر ويراد به الفعل ، يقال إنما هو إقبال وإدبار ، على سبيل النعت للمقبل والمدبر المبسوط (٧٧/٦) ، بدائع الصنائع (١٠٤/٣) الاختيار (٧٥/٣) ولما كان اللفظ يتسع لثلاث تطليقات ، فهو ليس بصريح في الإيقاع لأن الصريح لا يقع به إلا واحدة .

(٦) قال في المبسوط : بخلاف قوله « طلقي نفسك » فإن نية العدد لا تعمل هناك عندنا ، حتى لو نوى الثنتين لا يصح ، ونية الثلاث إنما تصح باعتبار معنى العموم ، لأنه تفويض ، والتفويض قد يكون عامًا وقد يكون خاصًا ، والمفوض إليها بهذا اللفظ طلاق ، وذلك ثابت في هذا اللفظ لغة ، والطلاق بمنزلة أسماء الأجناس يحتمل العموم والخصوص فتعمل نيته في العموم . المبسوط (٧٦/٦،٧٧)

(٧) في (م) : [الثانية] . مراد المصنف : أن قوله : أنت طالق عند الإطلاق لا يقع به إلا واحدة ، ولا يقع به ثلاثًا ، فكذا إذا نوى به الثلاث لا يقع به إلا واحدة ، كما لو نوى به الإبانة فإنه لا تصح فيه الإبانة انظر : البحر الرائق (٢٧٥/٣،٢٧٦)

(٨) ساقطة من (م)

(٩) انظر : بدائع الصنائع (١٠٢/٣،١٠٣)

(١٠) قال في بدائع الصنائع : « ولو قال لامرأته أنت طالق ، ونوى به الإبانة فقد لغت نيته ، لأنه نوى تغيير الشرع ، لأن الشرع أثبت البينونة بهذا اللفظ مؤجلًا إلى ما بعد انقضاء العدة ، فإذا نوى إبانتها للحال معجلًا ، فقد نوى تغيير الشرع ، وليس له هذه الولاية فبطلت نيته . بدائع الصنائع (١٠٢/٣،١٠٣) وبهذا تبين أنه لو نوى الواحدة البائنة بقوله : أنت طالق ، لا يقع كما لو نوى الثلاث لا يقع .

٢٣٥٧٤ – احتجوا بأن قوله : أنت طالق اسم فاعل [١] يقال : طلقت وهي طالق ، كما يقال : حاضت فهي حائض ، وحملت فهي حامل ، وخرج فهو خارج ، وضرب فهو ضارب ، واسم الفاعل يتضمن العدد ، فدل ذلك على أنه يحسن أن يفسره بما شاء من المصادر . فنقول : أنت طالق تطليقة واحدة ، وتطليقتين ، وثلاث تطليقات ، كما يقول : أنت ضارب ضربة ، وضربتين ، وثلاث ضربات . وما يقال من العدد الذي لا يحصى . ولو كان الاسم لا يحتمل العدد ، لم يحسن أن يفسر به [٢] .

٢٣٥٧٥ – قلنا : إذا سلمنا أن طالق اسم فاعل على اختلاف فيه [٣] ، لم نسلم أنه يتضمن العدد ، فإذا قال : أنت طالق مرتين فهذا ظرف [٤] زمان [٥] فإذًا العدد بالمعنى لأن التقدير أنت طالق في زمانين ، والفعل الواحد لا يكون في زمانين ، فثبت أن التطليقتين من طريق المعنى . فإذا قال : تطليقتين ، فهذا مصدر [٦] وليس بعدد [٧] .

٢٣٥٧٦ – فإذا قال : ثنتين ، احتمل أن يكون ظرف زمان ، واحتمل أن يكون صفة المصدر ، ويكون تقديره : أنت طالق [تطليقتين ثنتين ، فإن قال : ثلاثًا ، احتمل أن يكون ظرف زمان ، واحتمل أن يكون صفة المصدر فتقديره أنت طالق] [٨] ثلاثًا [٩] .

٢٣٥٧٧ – قالوا : لما حسن التفسير [١٠] بالثلاث [١١] في قوله : أنت طالق ثلاثًا . دل على أنه يتضمن العدد [١٢] .

---

(١) اسم الفاعل هو : الصفة الدالة على فاعل ، جارية في التذكير والتأنيث على المضارع من أفعالها ، لمعناه أو معنى الماضي – شرح التسهيل (٧٠/٣)

(٢) انظر : المبسوط (٧٦/٦) ، النكت ورقة ٢١٨ ، والمهذب (٨٤/٢)، المغني (٤٠٩/٨) ، الشرح الكبير (٣٢٥/٨)

(٣) الاختلاف هنا في المعني فإنه يأتي بمعني فاعل ، ويأتي بمعنى مفعول ، بدائع الصنائع (١٠٣/٣) .

(٤) في (م) : [طرف] وفي (ع) : [صرب] .

(٥) ظرف الزمان هو : اسم ضُمِّن معنى في باطراد . انظر : شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك (١٩١/٢) .

(٦) هو : الاسم الدال على الحدث الجاري على الفعل – قطر الندى وبل الصدى لابن هشام ص ٢٦٠

(٧) في (ن) ، (ع) : [بعده] .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) ويقال له أيضًا التبيين والتمييز ، وهو : كل اسم نكرة مضمن معنى من لبيان ما قبله من إبهام ، في اسم يحمل الحقيقة أو إجمال في نسبة العامل إلى فاعله أو مفعوله . انظر : شرح ألفية ابن مالك ص ٣٤٦ لابن الناظم .

(١١) ساقطة من (م) .

(١٢) انظر : النكت ورقة ٢١٨ ، مغني المحتاج (٢٩٤/٣) ، زاد المحتاج (٣٧٩/٣) ، المغني (٤٠٩/٨) .

٢٣٥٧٨ - قلنا : هذا غلط ، لأن قوله « ثلاثًا » ليس بتفسير وإنما هو صفة للمصدر أو ظرف زمان ، فكأنه قال : أنت طالق في ثلاثة أزمان وهذا [١] يدل على أن ذلك التفسير [٢] إنما يكون بعدد مبهم تقدم . تقول : عندي عشرون ، فيحتمل الدراهم ، والدنانير ، فتقول : درهما يتبين به [٣] ذلك المبهم [٤] .

٢٣٥٧٩ - وقوله : أنت طالق ليس بمبهم ، وإنما هو كلام مفهوم ، فلا معنى للتفسير ، ويدل عليه ما قالوا : إن التفسير لا يكون إلا في نكرة ولا يدخل فيه الألف واللام تقول : عشرون رجلًا ، ولا تقول عشرون الرجل .

٢٣٥٨٠ - فلما صح أن تقول : أنت طالق ثلاثًا ، وأنت طالق الثلاث ، علم أنه ليس بتفسير .

٢٣٥٨١ - ويدل عليه أنهم قالوا : التفسير تدخل عليه من ، ويكون المعنى في دخولها / كالمعنى مع عدمها تقول : عشرون درهما وعشرون من الدراهم ويا حبذا جبل الريان [من جبل] [٥] .

٢٣٥٨٢ - فكأنه قال [٦] : يا حبذا جبل الريان جبلًا [٧] ومعلوم أنه لو [٨] قال : أنت طالق من الثلاث لم يفد ذلك ما يفيده قوله : أنت طالق ثلاثًا . فعلم أن ذلك ليس بتفسير .

٢٣٥٨٣ - قالوا : لو قال لامرأته : أنت طالق ثلاثًا ، وقعت ثلاث تطليقات ، ولا يجوز أن يقع بقوله : أنت طالق ، لأنه لا يجوز أن يقع عليها الطلاق بلفظ بعد لفظ . ألا ترى : أنه لو قال لها : أنت طالق و[٩] طالق ، وقعت الأولى ولم تقع الثانية [١٠] .

٢٣٥٨٤ - قلنا : إذا قال : أنت طالق ثلاثًا وقع بهذه الجملة الثلاث [١١] وليس إذا دل

(١) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) . (٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(٣) ساقطة من (ع) .
(٤) انظر : شرح التسهيل لابن مالك (٢٩٠،٣٧٩) ، شرح ألفية ابن مالك لابن الناظم ص٣٤٦ .
(٥) هذا صدر بيت لجرير قاله في معرض قصيدة يهجو بها الأخطل بعنوان يا حبذا جبل الريان وتكملة البيت وحبذا ساكن الريان من كانًا . انظر : ديوان جرير ص ٤٩٣ وقد استشهد به المصنف هنا على أن التفسير قد دخلت عليه ، من ، والمعنى مع دخولها كالمعنى مع عدمها .
(٦) في (م) : [فكأنه قال فكأنه قال] وهي زيادة مكررة .
(٧) انظر : شرح المفصل لابن يعيش (٢/ ٧٠) . (٨) ساقط من (م) .
(٩) ساقط من (ن) ، (ع) . (١٠) انظر : النكت ورقة ٢١٨ .
(١١) انظر : المبسوط (٦/ ٧٦) .

اللفظ على الثلاث بانضمام لفظ آخر إليه يدل على أنه يتضمنه .

٢٣٥٨٥ – ألا ترى : أن قولنا : عشرة إلا واحدًا [١] يفيد تسعة [٢] لانضمام الاستثناء إليه .

٢٣٥٨٦ – ولا يدل ذلك على أن اللفظ يتضمنه قبل القرينة . فأما غير المدخول بها ، فإنما وقع عليها الثلاث بقوله : أنت طالق ثلاثًا ، لأنها جملة واحدة تنعقد لفائدة بجميعها ، فلا يتعلق ببعضها ، فإذا كان ذلك وقف الوقوع على تمام الكلام ، ولم يقع ببعضه دون بعض [٣] وليس كذلك قوله أنت طالق ، وطالق [٤] لأنهما [٥] جملتان كل واحدة منهما مفيدة ، فتقع الأولى قبل الثانية [٦]

٢٣٥٨٧ – ولهذا قال أصحابنا : فيمن أراد أن يقول : أنت طالق ثلاثًا ، فلما قال : طالق مات [٧] قبل ذكر الثلاث لم يقع عليها شيء [٨] لأن الوقوع يكون عند تمام الجملة [٩]

٢٣٥٨٨ – قالوا : كل لفظ لو أضافه إلى الزوجة ملكت إيقاع الثلاث بها ، [وجب أن يملك هو إيقاع الثلاث بها] [١٠] كقوله : أنت بائن ، وأبيني نفسك [١١]

٢٣٥٨٩ – قلنا : هذا يبطل بلفظ الخيار ، لأنه إذا قال لها : اختاري ينوى ثلاثًا ملكت إيقاع الثلاث بهذا اللفظ عندهم ، ولو أوقع الزوج عليها بقولها : اخترت لم يقع [١٢] ولأنه إذا « فوض » إليها فقد أمرها ، والأمر يحتمل العدد [١٣] فإذا أوقع [١٤]

---

(١) في (م) ، (ن) : [واحدة] .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : البحر الرائق (٣/٣١٤) ، والاختيار (٣/٨٣) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (م) : [لأنها] .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٧ ، البناية (٤/٤٦٠) ، تبيين الحقائق (٢/٢١٣) .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) ما نقله المصنف عن الأحناف يوافق ما جاء في المبسوط ، ونقل في البحر عن الخانية والمعراج أنه لو أراد أن يقول أنت طالق ثلاثًا ، فلما قال : أنت طالق . مات وقع واحدة . انظر : المبسوط (٦/١٩٨) ، البحر الرائق(٣/٣١٦) .

(٩) انظر : المبسوط (٦/٨٩) ، الهداية (١/٢٤٠) ، البناية (٤/٤٦٣) ، البحر (٣/٣١٥) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(١١) انظر : النكت ورقة ٢١٨ ، المبسوط (٦/٧٦) .

(١٢) انظر : المهذب (٢/٨٢) ، روضة الطالبين (٨/٤٩) ، المجموع (١٧/١٢٥) .

(١٣) انظر : المبسوط (٦/٧٦،٧٧) ، بدائع الصنائع (٣/١٠٤) .

(١٤) في (ن) ، (ع) : [وقع] .

فقد وصف و[1] الوصف لا يتضمن العدد على ما بينا ، والمعنى في قوله : أنت بائن . أنه إيقاع بينونة وهي على ضربين ، فإن نوى الثلاث فقد أراد أحد النوعين ، فيحمل[2] على ذلك ، فأما أن يقع من حيث العدد فلا [3] .

٢٣٥٩٠ - ولأن قوله : أنت باين كناية ، والكنايات تتسلط [4] النية عليها فتصرفها من وجه إلى وجه ، لأن أصل وقوعها يقف على النية ، فكذلك [5] كيفية الوقوع [6] وأما الصريح ، فلا تسلط النية عليه لأن ابتداء وقوعه لا يقف عليها ، فلا يتصرف بها من وجه إلى وجه [7]

٢٣٥٩١ - قالوا : كل لفظة صح استعمالها في المطلقة الواحدة ، صح استعمالها في الثلاث ، كقوله : [أنت خلية [8] وأنت بائن [9] .

٢٣٥٩٢ - قلنا : الخلية ، والبائن لا يصح استعمالهما في الثلاث] [10] عندنا وإنما نستعملها في البينونة العظمى ، فتتبع البينونة العدد الذي يفتقر إليه ، ويصير ذلك مضمرًا في الإيقاع فكأنه قال : بائن بالثلاث [11]

٢٣٥٩٣ - [وقوله : أنت طالق ، لا يتضمن بينونة ، حتى يصح أن يحصل على الثلاث] [12] .

٢٣٥٩٤ - قالوا : لو اقترن به ذكر الثلاث وقع به ثلاث تطليقات ، فإذا اقترن به[13] نية الثلاث وجب أن يقع به ثلاث تطليقات ، كما لو قال : أنت بائن [14] .

٢٣٥٩٥ - قلنا : لا نسلم أن الثلاث إذا اقترن بها طالق ، وقعت الثلاث ، كقوله :

---

(١) ساقطة من (م) . (٢) في (م) : [محمل] .

(٣) انظر : الاختيار (٨٥/٣، ٨٦) ، بدائع الصنائع (١٠٣/٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [تتسط] . (٥) في (م) : [فلذلك] .

(٦) انظر : الهداية (٢٤١/١) ، فتح القدير (٦١/٤) ، تبيين الحقائق (١٩٧/٢) .

(٧) انظر : البحر الرائق (٢٧٦/٣) ، الاختيار (٧٤/٣) .

(٨) الخلية من الخُلو بضم الخاء يقال خلا الإناء مما فيه أي : خال ، ومنه أنت خلية أي خالية من الخير ، المغرب ١٥٣ .

(٩) انظر : الحاوي الكبير ورقة (٥) . (١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (١٠٣/٣) .

(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش . انظر : بدائع الصنائع (١٠٣/٣) .

(١٣) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٤) انظر : الشرح الكبير (٣٢٥/٨) ، المبدع (٢٩٣/٧) .

أنت طالق ، وإنما يقع بجملة الكلام [١] ولأنه ليس إذا أفاد اللفظ معنى بانضمام غيره إليه ، أفاده بانضمام النية إليه .

٢٣٥٩٦ - ألا ترى : أنه لو قال : عشرة إلا واحدًا [٢] أفادت تسعة ، ولو قال : عشرة ينوي تسعة لم يثبت الاستثناء بنيته ، والمعنى في قوله : أنت بائن [٣] ما قدمنا .

٢٣٥٩٧ - قالوا : [لو قال] [٤] : أنت [٥] طالق للسنة . ونوى به الثلاث وقعت ، فلو كان قوله : أنت طالق لا يحتمل إلا تطليقة واحدة ، كان قوله : للسنة راجعًا إليها ، فكأنه تقع واحدة في وقت السنة [٦] .

٢٣٥٩٨ - قلنا : إذا قال للسنة فهذه الأيام كناية عن أوقات السنة وهي ذات عدد متى أضاف الطلاق وينوى ذو عدد إلى] [٧] أوقات ذات عدد ، فكأنه أضافه إلى الثلاث ، وقال : أنت طالق [ثلاثًا .

٢٣٥٩٩ - قالوا : لو قال لها : أنت طالق] [٨] وأشار بأصابعه الثلاث وقعت ثلاث تطليقات ، واقتران النية إليه بقوله : أنت طالق أقوى من الإشارة

٢٣٦٠٠ - قلنا : هذا غير مسلم ، لأن من قال : أنت طالق وأشار بأصابعه لم يقع لا واحدة ، وإنما يقع [٩] الثلاث ، إذا أشار وقال أنت طالق هكذا ، يقوله إشارة إلى ماله عدد ، كقوله أنت طالق ثلاثًا [١٠] .

٢٣٦٠١ - قالوا : لو قال لها : أنت طالق طلاقًا ونوى الثلاث كان ثلاثًا ، وقوله طلاقا مصدر ، والمصدر لا يغير معنى الكلام ، وإنما يؤكده [١١] فلولا أن قوله أنت طالق يتضمن الثلاث لم يفد [١٢] المصدر ذلك . وكذلك : أنت طالق الطلاق [١٣] .

---

(١) انظر : المبسوط (٨٩/٦) .
(٢) في (ن) ، (ع) : [واحدة] .
(٣) في (ن) ، (ع) : [أنت طالق] .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) انظر : الحاوي الكبير ورقة (٥) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٩) في (ن) ، (ع) : [لا يقع] .
(١٠) قال في الهداية : من قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث ، لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد ، في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم ، قال عليه الصلاة والسلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا . الحديث ، ولو لم يقل هكذا تقع واحدة ، لأنه لم يقترن بالعدد المبهم ، فبقى الاعتبار بقوله أنت طالق . انظر : الهداية (٢٣٨/١) .
(١١) في (م) : [يؤكد] وما أثبتناه أنسب .
(١٢) في (ع) : [يغدر] .
(١٣) انظر : المبسوط (٧٦/٦) ، النكت ورقة ٢١٨ .

٢٣٦٠٢ - قلنا : قوله : أنت طالق الطلاق بمنزلة قوله : أنت طالق كل الطلاق ، لأن الألف واللام تجري مجرى الكل فقد أراد بالكلام بعض ما وضع له (١) وأما قوله : أنت طالق طلاقًا فقد روي بشر (٢) عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يقع به إلا واحدة ، (٣) وفرق بينه وبين الطلاق ، لأن (٤) تنكيره يقصره على أن يكون مؤكدًا ، ليس فيه زيادة على ما تتضمنه (٥) .

٢٣٦٠٣ - وذكر محمد في الأصل (٦) والجامع الكبير (٧) أنه يكون ثلاثًا ، وسوى بينه وبين قوله : الطلاق وطلاقًا (٨) لأنه لا فرق بين قوله : أنت طالق الثلاث وأنت طالق ثلاثًا فكأنه قال : أنت طالق طلاقًا (٩) ثلاثًا ، ثم حذف الصفة وأرادها ، وقد جاء حذف الصفة وإرادتها في القرآن قال تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ (١٠) فأراد غير المملوك ، فحذف الصفة وأرادها ، وقال ﴿ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

(١) انظر : المبسوط (٧٧/٦) .

(٢) هو : بشر بن الوليد بن خالد الكندي القاضي ، أحد أصحاب أبي يوسف خاصة ، أخذ الفقه عن أبي يوسف وروى عنه كتبه وأماليه ، وسمع مالك ، وحماد بن زيد وغيرهما وروى عنه أبو نعيم الموطي والبغوي ، وأبو يعلي وغيره ، وثقه أبو داود والدارقطني . مات سنة ٢٣٨ ه‍ . انظر : طبقات الشيرازي ١٣٨ الفوائد البهية (٥٤،٥٥) الجواهر المضية (٤٥٢/١) أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصمري ١٥٥ تاريخ بغداد (٨٠٨٤/٧) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٠٤/٣) ، فتح القدير (١٢/٤) ، المبسوط (٧٧/٦) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [لا] .

(٥) قال في بدائع الصنائع : وجه هذه الرواية أنه ذكر المصدر للتأكيد ، لما ذكرنا أن قوله « طالق » يقتضي الطلاق ، فكأنه قال طلاقًا تنصيصًا على المصدر الذي اقتضاه الطالق ، فكان تأكيدًا ، كما يقال : قمت قيامًا وأكلت أكلًا ، فلا يفيد إلا ما أفاده المؤكد ، وهو قوله « طالق ، » فلا يقع إلا واحدة ، كما لو قال : أنت طالق ونوى ثلاثًا ، إلا أن هذه الرواية غير مشهورة ، بدائع الصنائع (١٠٣/٣) .

(٦) انظر : الأصل ١٥ ورقة ٢٢٧ للإمام محمد بن الحسن الشيباني تحت رقم ٢٠٦٦ رافعي ٢٦٩٠٥ .

(٧) لم يورد محمد بن الحسن ذلك في كتاب الطلاق من الجامع الكبير ، ولعل مراد المصنف الجامع الصغير فقد جاء فيه [وإن قال : أنت طالق طلاقًا وأنت طالق الطلاق ونوى واحدة أو اثنتين فهي واحدة ، يملك الرجعة . وإن نوى ثلاثًا فثلاث الجامع الصغير (١٩٣،١٩٤) .

(٨) وهذا هو المنقول في كتب ظاهر الرواية ، ووجهه أن قوله طلاقًا مصدر ، فيحتمل كل جنس الطلاق ، لأن المصدر يقع على الواحد ويحتمل الكل . بدائع الصنائع (١٠٣/٣) .

(٩) في (م) : [طلاق] .

(١٠) سورة النساء : الآية ١١ .

ٱلسُّدُسُ ﴾ [١] أي [٢] [له أخ أو أخت] [٣] من أم [٤] وقد جاء حذف [٥] الموصوف وتبقية الصفة ، قال اللّٰه تعالى ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْمَدِينَةِ مَرَدُواْ عَلَى ٱلنِّفَاقِ ﴾ [٦] أي : منافقون مردوا و[٧] كقوله : ﴿ وَمِنَّا دُونَ ذَٰلِكَ ﴾ [٨] أي : ومنا فريق دون ذلك [٩] .

٢٣٦٠٤ - والذي قاله الشافعي : في هذه المسألة لا وجه له ، لأنه جوز حذف الموصوف والصفة ، والذي جاء حذف أحدهما ، وهو اتساع [١٠] فإذا حذفا [١١] قبح ذلك ، واستعمل فيما لم يرد [عن العرب] [١٢] والحذف اتساع فلا يجوز القياس [١٣] عليه ، وإذا لم يصح حذفهما لم يجز أن يريد بقوله : أنت طالق الثلاث ، ويصير كمن قال : أنت طالق طلاقًا ثلاثًا .

* * *

---

(١) سورة النساء : الآية ١٢ .
(٢) ساقطة من (م) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٤) انظر : شرح التسهيل (٣٢٤/٣) ، المساعد على تسهيل الفوائد ج (٤٢٢/٢) .
(٥) ساقط من (ن) ، (ع) .
(٦) سورة التوبة : الآية ١٠١ .
(٧) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .
(٨) سورة الجن : الآية ١١ .
(٩) انظر: شرح التسهيل (٣٢٠/٣) شرح المفصل ٥٩/٣ وما بعدها شرح الرضي على الكافية (٣٢٤/٢) للعلامة حسن بن محمد شرف شاة .
(١٠) في (ن) ، (ع) : [إقناع] .
(١١) في (ن) : [حذفا] .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) .
(١٣) في (م) : [القيام] .

مسألة ١١٣٨

وقوع الطلاق بالكتابة

٢٣٦٠٥ - قال أصحابنا : إذا كتب بطلاق امرأته ، ونوى بذلك الطلاق وقع [(١)] .

٢٣٦٠٦ - وهو قول الشافعي : في المزني [(٢)] . وقال في كتاب الرجعة : لا يكون طلاقًا [(٣)] .

٢٣٦٠٧ - لنا : أن الكتابة تقوم مقام الكاتب [(٤)] بدلالة أن النبي ﷺ كان مأمورًا بدعاء جميع الناس إلى الإسلام ، ثم كتب إلى كسري [(٥)] وقيصر [(٦)] فقام ذلك مقام

---

(١) إذا كتب بطلاق امرأته فالكتابة على أنواع :
أولًا : إذا كتب كتابة غير مستبينة الحروف كما إذا كتب على الماء والهواء فهذا ليس بشيء ، لأنه لا يسمى كتابة .
ثانيًا : إذا كتب كتابة مستبينة الخط ، ولكن ليس على رسم الكتابة ، بأن كانت على لوح أو حائط أو أرض ، فهو في حكم الكتابة .
ثالثًا : إذا كانت الكتابة على رسم الكتابة والرسالة قبل أن يكتب : أما بعد يا فلانة إذا أتى إليك كتابى فأنت طالق فإنه يقع به الطلاق من غير نية ، ولا يصدق أنه ما نوى ، لأن الكتاب قيد الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر ، ثم إن كان كتب مطلقًا وقال أنت طالق يقع الطلاق كما كتب ولا يتوقف على الوصول إليها ، وإن علقه بشرط الوصول بأن قال : إذا وصل إليك كتابى فإنه لا يقع الطلاق مالم يصل إليها لأن المعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده انظر : المبسوط ٠ (١٤٣/٦) ، تحفة الفقهاء (٢٧٧/٢) ، بدائع الصنائع (١٠٩/٣) ، البحر الرائق (٢٦٧/٣) ، رد المحتار (٢٤٨/٢) .

(٢) هذا هو الصحيح في المذهب كما صرح به صاحب المهذب . انظر : مختصر المزني (٢٩٦/٨) المهذب (٨٣/٢) .

(٣) الأم (٢٦٢/٥) ، المهذب (٨٣/٢) .

(٤) في (ص) : [الكتاب] .

(٥) لقب لكل ملوك الفرس ، وهو هنا يزدجرد بن شهريار ، وهو عظيم الفرس في العراق وحواليها قتل سنة (٣٠) من الهجرة . انظر : طبقات ابن سعد (٢٥٩/١) شذرات الذهب (٣٧/١) المنتظم في تاريخ الأمم والملوك (٨/٥) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [قيصر] . لقب لكل ملوك الروم واسمه هنا هرقل بكسر الهاء وفتح الراء على المشهور وقال الجوهري يقال : أيضًا هرقل بإسكان الراء انظر : طبقات ابن سعد (٢٥٩/١) ، تهذيب الأسماء واللغات (٦٦/١) للإمام يحيى بن شرف الدين النووي . أخرجه البخاري في صحيحه باب دعوة اليهود والنصارى على ما يقاتلون عليه . فتح الباري (١٠٨/٦) ومسلم في صحيحه باب كتب النبي ﷺ إلى ملوك يدعوهم إلى الله ﷻ من حديث أنس ﷺ (١٣٩٧/٣) . أما كتاب قيصر فأخرجه البخاري باب دعوة اليهود والنصارى وعلى ما يقاتلون عليه . فتح الباري (١٠٩/٦) . ومسلم في صحيحه ، باب كتاب النبي ﷺ إلى هرقل يدعوه إلى الإسلام (١٣٩٣/٣) .

دعائهما إلى الإسلام بالكلام [١] .

٢٣٦٠٨ - ولأن الكتابة حروف منظومة تدل [٢] على معنى مفهوم كالكلام [٣] ولأنها تقوم في بيان المعنى مقام الكلام ، والطلاق يقع بما يقوم مقام الغير ، كالكتابة [٤] .

٢٣٦٠٩ - ولأن الكتابة تتعلق بها الأحكام ، بدلالة كتاب القاضي إلى القاضي تثبت به الديون والحقوق ، فصار كالقول الذي يثبت به الدين [٥] .

٢٣٦١٠ - احتجوا : بأنه فعل ، فلا يقع به الطلاق مع القدرة على القول كالضرب [٦] .

٢٣٦١١ - قلنا : قولكم مع القدرة لا تأثير له في الأصل ، لأن الضرب لا يقع به الطلاق مع القدرة والعجز ، والمعنى فيه أنه لا يدل على الطلاق فلم يقع به ، وليس كذلك الكتابة ، لأنها تدل على الطلاق كالكلام .

٢٣٦١٢ - قالوا : عقد النكاح لا ينعقد بالكتابة ، فكذلك قطعه كالبيع [٧] .

٢٣٦١٣ - قلنا : [٨] عندنا ينعقد [٩] البيع ، والنكاح بالكتابة ويثبت به الطلاق ، والإقالة [١٠] . قالوا : الكتابة بصريح الطلاق لا يقع به شيء بغير نية ، فلو وقع به الطلاق ، لم تفتقر إلى النية كالكلام [١١] .

٢٣٦١٤ - قلنا : إذا كتب على وجه لا احتمال فيه وقع الطلاق عندنا بغير نية ، كمن كتب مخاطبًا لها ، فقال : أما بعد يا فلانة إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق ، فإن لم يكتب على طريقة المخاطبة ، لكنه كتب فلانة طالق ، فإنما يحتاج إلى النية ، لأنه يحتمل [١٢] أن يكون أوقع بهذا اللفظ ، ويحتمل أن يكون قصد إلى تجويد الخط ، فلم

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٠٩/٣) ، المبسوط (١٤٣/٦) ، الشرح الكبير (٢٨٣/٨) .
(٢) ساقط من (ع) .
(٣) انظر : المهذب (٨٣/٢) ، مغني المحتاج (٨٤/٣) .
(٤) المبسوط (١٤٣/٦) ، الشرح الكبير (٢٨٣/٨) ، المبدع (٢٧٣/٧) .
(٥) انظر : الشرح الكبير خ (٣٨٣/٨) ، المبدع (٢٧٣/٧) .
(٦) انظر : الحاوي الكبير ورقة (١٠) .
(٧) انظر : الحاوي الكبير ورقة (١٠) .
(٨) ساقطة في (م) .
(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .
(١٠) انظر : بدائع الصنائع (١٣١/٢، ٣٨/٥) ، رد المحتار (١٠/٤) .
(١١) انظر : الحاوي الكبير ورقة (١١) .
(١٢) في (م) : [لا يحتمل] .

يحمل على الطلاق ، إلا بالنية [1] كما لا يحمل اللفظ المحتمل . فأما اللفظ الصريح فلا احتمال فيه ، لعرف الاستعمال ، فلم يفتقر إلى نية ، ولا عرف في الكتابة . قالوا : لو كتب كتابة لا تستبين ، ونوى الطلاق لم يقع [2]

٢٣٦١٥ - قلنا : الكتابة [التي لا تستبين كالكلام الذي لا يستبين فلا يقع به شيء [3] والكتابة المستبينة كالكلام المفهوم فيقع به الطلاق [4] .

٢٣٦١٦ - قالوا : [5] الكتابة] [6] فعل كالإشارة ، [7] .

٢٣٦١٧ - قلنا [8] : الإشارة إذا فهم بها [9] المعنى ، وقع بها الطلاق ، باتفاق كالإشارة من الأخرس [10] فأما إشارة الصحيح فلا عرف يدل على معناها ، فلم يقع بها الطلاق [11] .

* * *

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٠٩/٣) ، البحر الرائق (٦٧/٣) ، رد المحتار (٤٢٢/٢) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير ورقة (١١) .

(٣) في (م) : [ونوى الطلاق لم يقع قلنا : الكتابة التي لا تستبين كالكلام الذي لا يستبين فلا يقع به شيء] وهي زيادة مكررة لا وجه لها .

(٤) انظر : البحر الرائق (٢٦٧/٣) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [قلنا] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . وفي صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٧) انظر : المجموع (١١٩/١٧) .

(٨) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ن) : [بهما] .

(١٠) انظر : الأم (٢٦٢/٥) ، والهداية (٢٣٠/١) ، وفتح القدير (٣٤٨/٣) ، البحر الرائق (٢٦٧/٣) .

(١١) انظر : تبيين الحقائق (١٩٦/٢) .

مسألة ١١٣٩

النية في الاختيار للزوج

٢٣٦١٨ - قال أصحابنا : إذا قال لزوجته : اختاري ينوي الطلاق فقالت : اخترت نفسي وقع الطلاق ، وإن لم ينو الطلاق [١] .

٢٣٦١٩ - وقال الشافعي : إن نوت المرأة باختيارها نفسها لفرقته وقع ، وإن لم ينو لم يقع شيء [٢] .

٢٣٦٢٠ - لنا : أن الصحابة اختلفوا في رجل [٣] خيَّر [٤] امرأته فاختارت / نفسها ، فمنهم من قال : طلاق بائن [٥] ومنهم من قال : ثلاثًا [٦] ولم ينقل عن أحد منهم اعتبار النية .

٢٣٦٢١ - ولأنه علق الطلاق بفعلها ، ولا تعتبر نيتها ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت [٧] ولأنه خيرها بين البقاء على النكاح ، وبين الطلاق ، فلو اختارت تبقية النكاح لاختارت الزوج ، أو أمسكت ، فلما اختارت نفسها دل ذلك على اختيار الفرقة ، فلا يحتاج إلى النية .

---

(١) إذا قال لها اختاري فلابد من ذكر النفس في أحد الكلامين ، إما في تفويض الزوج وإما في جواب المرأة ، بأن يقول لها اختاري نفسك وتقول : اخترت انظر : هذه المسألة في الجامع الصغير (٢٠٣،٢٠٤) مختصر الطحاوي ١٩٧ المبسوط (٢١١/٦) ، تحفة الفقهاء (٢٨٥/٢) ، الهداية (٢٤٣/١)

(٢) انظر : المهذب (٨٢/٢) ، روضة الطالبين (٤٩/٨) ، حلية العلماء (٤٠/٧) للإمام القفال الشاشي التفريع (٩٠/٢)

(٣) ساقطة من (م) . (٤) في (ن) : [جيد] .

(٥) عبد الرزاق في المصنف عن زاذان (٥٩/٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في الاختيار (٣٤٥/٧ ، ٣٤٦) .

(٦) روي ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف (٩/٧،١٠) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٦٠/٥) . والبيهقي في السنن الكبرى (٣٤٥/٧)

(٧) إذا علق الطلاق بفعلها كأن قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ووجد الشرط في ملك ، انحلت اليمين ووقع الطلاق ، لأن الشرط وجد والمحل قابل للجزاء ، فينزل وينتهي اليمين ، ولا تعلق لهذا بالنية ، فمتى وجد الشرط وقع الطلاق ، بدائع الصنائع (١٢٦/٣) - الاختيار (١٤٠/٣) وبهذا تبين أن التعليق بفعل المرأة لا تعلق له بالنية ، كما أن الاختيار لا تعلق له بالنية لأنه تعليق بفعلها .

٢٣٦٢٢ - ولأن كلامها خرج على وجه الجواب ، فالظاهر أنها اختارت نفسها بما يفوض إليها من الطلاق ، فكأنها تكلمت بذلك ، فلو قالت : اخترت نفسي بالطلاق ، لم تعتبر النية . كذلك هذا [١] .

٢٣٦٢٣ - احتجوا بأن الاختيار كناية ، فيعتبر فيها النية كسائر الكنايات [٢] .

٢٣٦٢٤ - قلنا : النية معتبرة عندنا [٣] وإنما الخلاف في اعتبار نية [٤] المرأة ، وسائر الكنايات لا تفتقر إلى أن تبين .

٢٣٦٢٥ - قالوا : قولها « اخترت » محتمل لأنها لو قالت : اخترت زوجي [٥] أو النكاح ، أو تقوى اللّه لم تقع الفرقة ، كذلك إذا كان هذا اللفظ محتملاً له [٦] .

٢٣٦٢٦ - قلنا : إذا قالت : اخترت [٧] نفسي فلا احتمال فيه ، لأن ذلك ليس باختيار للزوج ، ولا لتقوى اللّه ، ولا لتبقية النكاح ، وإنما هو اختيار لما عقدت عليه ، فهو كالبايع إذا اختار المبيع دل ذلك على الفسخ [٨] .

* * *

---

(١) انظر : البحر الرائق (٣/٣٣٥) ، المغني (٨/٢٩٠) .

(٢) انظر : المهذب (٢/٨٢) ، المجموع (١٧/١١٠) ، المغني (٨/٢٩١) .

(٣) انظر : المبسوط (٦/٢١١،٢١٢) ، الهداية (١/٢٤٣) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [النية] .

(٥) في (ن) : [روحي] .

(٦) انظر : المهذب (٢/٨٢) ، النكت ورقة ٢١٩ ، المجموع (١٧/١١٠) .

(٧) في (ن) : [اخترت] .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٥/٢٧٢) .

مسألة ١١٤٠

الواقع باختيار المرأة لنفسها

٢٣٦٢٧ - قال أصحابنا : إذا قال لامرأته اختاري ، فاختارت نفسها فهي تطليقة بائنة [١] .

٢٣٦٢٨ - وقال الشافعي : رجعية [٢] .

٢٣٦٢٩ - لنا : أنه اختيار [٣] طارئ على النكاح فإذا تم كان مقتضاه البينونة ، كخيار المعتقة [٤] ، ولأنه خيار في رفع العقد ، فإذا تم بالاختيار زال [٥] العقد ، كالبائع إذا اختار المبيع في بيع الخيار [٦] .

٢٣٦٣٠ - ولأنه خيرها بين تبقية النكاح وإزالته ، فإذا اختارت ثم لم ينفها ، بقي النكاح وهذا ضد الاختيار [٧] ، وهذه مبنية [٨] على أصلنا : أن ألفاظ الكنايات بوائن إلا

---

(١) انظر : هذه المسألة في المبسوط (٢١٢/٦) ، بدائع الصنائع (١١٩/٣) ، الهداية (٢٤٣/١) . تبيين الحقائق (٢١٩/٢) ، البناية (٢٨٩/٤) والمسألة في الكتاب انظر : اللباب (٥١/٣) وبه قال الإمام مالك إلا أنها بائن بالثلاث عنده انظر : الكافي (٥٨٧/٢، ٥٨٨) التفريع (٩٠/٢) ، الرسالة ص ٢٠٤ لابن أبي زيد القيرواني .

(٢) انظر : حلية العلماء للقفال (٤٠/٧) ، الوجيز (٥٦/٢) ، روضة الطالبين (٤٩/٨) . وبه قال الإمام أحمد انظر : المغني (٢٨٩/٨) ، المبدع (٢٨٦/٧) .

(٣) في (ن) : [اختار] .

(٤) الواقع باختيار المرأة لنفسها لا يكون طلاقًا في المذهب الحنفي ، بل هو فسخ ، قال في المبسوط : ولهذا لو اختارت نفسها كان فسخًا لا طلاقًا بمنزلة الخيار الثابت لرفع أصل العقد ، وفي حق من توقف على إجازته لا يكون طلاقًا ، ولأن سبب هذا الخيار معنى في جانبها ، وهو ملكها أمر نفسها ، والفرقة متى تكون بسبب من جهة المرأة لا تكون طلاقًا المبسوط (٩٩/٥) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [زوال] .

(٦) قال في بدائع الصنائع : إذا تصرف من له الخيار تصرف الملاك كالبائع إذا تصرف في المبيع تصرف الملاك فهذا دليل استبقاء ملكه ، وهو دليل على الفسخ ، فيكون فسخًا للبيع بدائع الصنائع (٢٧٢/٥) وبهذا تبين أن البائع إذا اختار المبيع في بيع الخيار فسخ العقد ويترتب على ذلك زوال العقد ورفعه كما أن اختيار المرأة لنفسها في التخيير يكون رفعا للعقد وزوالا له ، ولا يكون ذلك إلا بالبائن .

(٧) انظر : المبسوط (٢١٢/٦) ، بدائع الصنائع (١٢٠/٣) ، فتح القدير (٧٩/٤) .

(٨) في (ن) ، (ع) : [تبقية] .

ثلاث ألفاظ ، وهذا من جملة الكنايات [١] . وعندهم : الكنايات كلها يقع بها الطلاق رجعى ، وهذا من الكنايات [٢] .

٢٣٦٣١ – ويقولون : إنه طلاق مجرد صادف عدة من غير عدد ، فصار كقوله : أنت طالق [٣] .

٢٣٦٣٢ – قلنا : المعنى فيه أن لفظة الطلاق [٤] لا تفيد إزالة الملك ، والاختيار يفيد إزالة النكاح [٥] ، لأنه خيَّرها بين تبقية النكاح وإزالته ، فاختارت الإزالة باختيار نفسها .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٧٣/٦) .

(٢) انظر : النكت للشيرازى ورقة ٢١٨

(٣) انظر : الحاوي الكبير ورقة (١٤) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [الملك] .

مسألة ١١٤١

إذا قال اختاري ينوي ثلاثًا

٢٣٦٣٣ – قال أصحابنا : إذا قال لامرأته : اختاري– ينوي ثلاثا – فاختارت كانت واحدة [(١)] .

٢٣٦٣٤ – وقال الشافعي : ثلاثا [(٢)] .

٢٣٦٣٥ – لنا : أنه اختيار [(٣)] طارئ على النكاح فلا يقع به العدد كخيار [(٤)] المعتقة ، ولأنها فرقة [(٥)] تثبت باختيار المرأة كتفريق القاضي بالعنة [(٦)] .

٢٣٦٣٦ – احتجوا بأنه لفظ يجوز أن يقع به واحدة فجاز أن يقع به الثلاث . أصله : قوله : أنت بائن [(٧)] .

٢٣٦٣٧ – قلنا : « أنت بائن » من ألفاظ الكنايات وهو يتضمن البينونة فإذا نوى به الثلاث فقد نوى نوع بينونة فعملت نيته ، وأما الاختيار فليس من ألفاظ الطلاق بدلالة أن الزوج لا يملك إيقاع الطلاق به ، وإنما يقع مقدار ما يقتضي الاختيار إليه دون ما سواه ، [(٨)] كما أن فسخ البيع بالخيار يثبت به رفع العقد دون ما زاد عليه [(٩)] .

* * *

(١) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٥ ، المبسوط (٢١٢/٦) ، تحفة الفقهاء (٢٨٤/٢) ، الهداية (٢٤٣/١) .

(٢) انظر : المهذب (٨٥/٢) المجموع (٢٦٧/١٨) .

(٣) في (ن) ، (ع) : [خيار] .

(٤) في (ص) : [الخيار] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [قربة] .

(٦) الواقع بتفريق القاضي بسبب العنة تطليقة بائنة كالإيلاء إذا مضت مدته بانت بتطليقة بائنة ، لأنه حصل بفعل الزوج ، وفي التفريق بالعنة القاضي نائب عن الزوج في التفريق الواجب عليه . تحفة الفقهاء (٢٧٣/٢) .

(٧) انظر : الحاوي الكبير ورقة (١٤) .

(٨) انظر : تحفة الفقهاء (٢٨٤/٢) ، البناية (٤٩١/٤) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٢٧٢/٥) ، الهداية (٢٤٣/١) .

مسألة ١١٤٢

التخيير في الطلاق والعتاق يتوقف بالمجلس

٢٣٦٣٨ - قال أصحابنا : إذا خيرها فلها أن تختار [(١)] في مجلسها قبل أن تتشاغل عن الاختيار بعمل آخر [(٢)] .

٢٣٦٣٩ - وهو ظاهر مذهب الشافعي .

٢٣٦٤٠ - وقال المروزى [(٣)] : إذا قال لها اختاري أو طلقي نفسك إن شئت أو أمرك بيدك فهو على الفور وإن طلقت نفسها في أول أحوال الإمكان وقع [(٤)] وإلا لم يقع [(٥)] .

٢٣٦٤١ - وقالوا : في خيار المعتقة ثلاثة أقوال : أحدها على الفور والآخر [(٦)] لها الخيار ما لم يمسها والثالث لها الخيار ثلاثة أيام [(٧)] .

٢٣٦٤٢ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ لما أراد أن يخير نساءه قال لعائشة . رضي الله عنها : إني جاعل إليك أمرا فلا تعجلي حتى تستشيرى أباك [(٨)] . ولو كان على الفور بطلت

---

(١) في (ن) : [يختار] .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٦ ، المبسوط (٦/٢١١) ، الهداية (١/٢٤٣) ، تبيين الحقائق (٢/٢١٩/٢٢٠) الدر المختار (٢/٤٧٥) والمسألة في الكتاب اللباب (٣/٥٠/٥١) وهو أحد قولي الإمام وقال في القول الآخر : هو على التراخي ، ولها الاختيار في المجلس وبعده انظر : الكافي (٢/٥٨٨) ، التفريع (٢/٨٤،٨٨) ، وبه قال الإمام أحمد انظر : الشرح الكبير (٨/٣٠٧) ، المبدع (٧/٣٠٧) ، المبدع (٧/٢٨٦) كشاف القناع (٥/٢٥٥) .

(٣) في (م) : [المروري] .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) المنصوص في المذهب أنه إذا فوض الطلاق إليها أن لها أن تطلق نفسها ، ما لم يتفرقا عن المجلس أو يحدث ما يقطع ذلك ، وهذا ما جزم به ابن أبي القاص ، وهذا بناء على القول : بأن التفويض توكيل وقال أبو إسحاق المروزي : لا تطلق إلا على الفور ، وهذا بناء على القول بأن التفويض تمليك ، وعلى ذلك فيشترط لوقوعه تطليقها على الفور . انظر : المهذب (٢/٨٠) ، روضة الطالبين (٨/٤٦) الوجيز (٢/٥٥/٥٦) ، نهاية المحتاج (٦/٤٣٦) .

(٦) في (ن) ، (ع) : [والثاني] .

(٧) والأظهر في الأقوال الثلاثة أنه على الفور ، المهذب (٢/٥١) ، مغني المحتاج (٣/٢٦٤) وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه يتقيد بالمجلس انظر : المبسوط (٦/٢١١) الهداية (١/١٩٩)

(٨) فتح الباري ، باب موعظة الرجل ابنته لحال زوجها (٩/٢٧٨/٢٧٩) ، صحيح مسلم باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية (٢/١١٠٣) .

الاستشارة . ويدل عليه ما روي عن عمر [١] وعلي [٢] وعثمان وابن مسعود [٣] وابن عمرو [٤] وجابر [٥] وآخرين [٦] في المخيرة أن لها الخيار ما دامت في مجلسها ولا مخالف لهم [٧] .

٢٣٦٤٣ - ولأنه جعل إليها الفرقة ، فلم يكن التفريق على الفور ، كما لو قال [٨] طلقي نفسك [٩] ولأن التخيير وضع للارتياء والنظر في أصلح الأمرين فلو كان على الفور لم يمكن [١٠] الارتياء [١١] وفي ذلك إبطال المقصود بالتخيير ولأنه خيار طارئ على النكاح فلا يكون على الفور كخيار المعتقة [١٢] .

---

(١) روي ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق (٦٢/٥) وعبد الرزاق في مصنفه باب الخيار والتمليك ، ما كانا في مجلسها (٥٢٥/٦) ،

(٢) روي ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف باب الخيار والتمليك ما كانت في مجلسهما (٥٢٦/٦) ، وابن أبي شيبة في مصنفه كتاب الطلاق من قال : أمرها بيدها حتى تتكلم (٦٣/٥) ، سعيد بن منصور في سننه باب الرجل يجعل أمر امرأته بيدها في (٣٨٠/٣)

(٣) روي ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف ، باب الخيار والتمليك ما كانت في مجلسهما (٦٤/٦٢/٥) ، والطبراني في المعجم الكبير (٣٨٨/٩) .

(٤) روي ذلك عنه ابن أبي شيبة مصنفه كتاب الطلاق ، ما قالوا في الرجل يخير امرأته فلا تختار حتى تقوم من مجلسها (٦٣/٥) .

(٥) روى ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف باب الخيار والتمليك ، ما كانا في مجلسهما عن جابر (٦/ ٥٢٥) ، وابن أبي شيبة في مصنفه ما قالوا في الرجل يخير امرأته حتى تقوم من مجلسها (٦٢/٥) وسعيد بن منصور في سننه باب الرجل يجعل أمر امرأته بيدها (/٣٧٤) .

(٦) قال في نصب الراية وأخرج ابن أبي شيبة نحو ذلك عن مجاهد وجابر بن زيد والشعبي والنخعي وعطاء وطاووس . نصب الراية (٢٣٠/٣) .

(٧) قال في بدائع الصنائع « وأما الإجماع فإنه روي عن جماعة من الصحابة مثل عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمرو وعائشة أن المخيرة إذا اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق . بدائع الصنائع (١١٨/٣) .

(٨) ساقط من (ب) ، (ج) .

(٩) قال في بدائع الصنائع : إذا قال لها طلقي نفسك فهو تملك عندنا ، سواء قيده بالمشيئة أم لا ، ويقتصر على المجلس كقوله : أنت طالق إن شئت بدائع الصنائع (١٢٢/٣) وبهذا تبين أنه لو قال لها : طلقي نفسك اقتصر على المجلس ، كما أن الخيار يقتصر على المجلس .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١١) في (م) : [للارتياء] .

(١٢) قال في المبسوط : ولأن الخيار الطارئ لها على النكاح من جهة الزوج معتبر بالخيار الطارئ شرعا وهو خيار المعتقة ، وذلك يتوقت بالمجلس فكذلك هذا لها الخيار ما بقيت في المجلس وإن تطاول يوما أو أكثر ، لأن المجلس قد يطول وقد يقصر ، ألا ترى أن حكم قبض بدل الصرف ورأس المال المسلم لما توقت بالمجلس لم =

٢٣٦٤٤ – وقد دل عليه قوله ﷺ : « إن وطئك زوجك [1] فلا خيار لك » [2] فلو أن الخيار ملكه في المجلس لم يقف بطلانه على التمكين من الوطء ولأنها اختارت نفسها في مجلس التخيير من غير أن يوجد منها عمل ليس من عمل الاختيار ، فصارت كما لو اختارت على الفور .

٢٣٦٤٥ – ولا يقال إن السكوت يدل على الإعراض كالعمل ، لأن السكون فكر فيما جعل إليها وأرتياء ، وهذا من عمل الاختيار فصار كاستدعاء الشهود ولأنه خيار يملك فكان على المجلس كخيار القبول وقد دل عليه قوله ﷺ : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » .

٢٣٦٤٦ – احتجوا : بأنه تمليك مطلق تأخر قبوله عن أول حال للإمكان فوجب أن لا يصح قبوله . أصله : إذا قامت من مجلسها ثم قبلت .

٢٣٦٤٧ – قلنا : إذا قامت فقد دل قيامها على الإعراض فأبطل ذلك الاختيار ، والسكوت لا يدل على الإعراض لأنه ارتياء وفكر فلذلك لم يبطل الاختيار [3] .

* * *

= يفترق الحال بين أن يطول أو يقصر ، المبسوط (٢١١/٦) وبهذا تبين أن خيار المعتقة يتوقت بالمجلس ، كما أن الخيار في الطلاق يتوقت بالمجلس .

(١) هكذا في جميع النسخ ، واضحة العبارة [إن وطئك زوجك] كما في سياق الحديث .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في سننه باب وقت الخيار

(٣) انظر : المبسوط (٢١١/٦) ، البحر الرائق (٣٣٦/٣) .

مسألة ١١٤٣

الرجوع عن التفويض

٢٣٦٤٨ - قال أصحابنا : إذا قال لها اختاري أو طلقي نفسك أو أنت طالق ، إن شئت ، ثم رجع عن ذلك لم يصح رجوعه [ولم يخرج الأمر من يدها [1] .

٢٣٦٤٩ - وقال الشافعي : يصح رجوعه] [2] [3] .

٢٣٦٥٠ - لنا : أنه خيار طارئ على النكاح فلا يملك إبطاله ، كخيار المعتقة وامرأة العنين [4] . ولأنه علق الطلاق بفعلها وهو الاختيار فلم يملك عزلها عنه ، كما لو علقه بدخول الدار [5] ولأن الطلاق « إذا تم » [6] باختيارها لا يلحقه الفسخ فإذا ملكه فقد وجد شطره فوجب أن يتأكد بحسب تأكد الجملة . ألا ترى أن البيع لما جاز أن يفسخ بعد تمامه [7] جاز الرجوع عن إيجابه [8] وضعف شطره بحسب ضعف [9] جملته .

٢٣٦٥١ - فإن قيل : لو ردت المرأة التخيير بطل ، فإن كان [جعله لها لا يمكنها

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٦ ، الهداية (٢٤٧/١) ، تبيين الحقائق (٢٢٦/٢) ، البحر الرائق (٣٥٣/٣) ، فتح القدير (٩٨/٤) البناية (٥١٣/٤) .

(٢) وبه قال الإمام مالك . انظر : الشرح الصغير (٣١٦/٣) ، أسهل المدارك (١٦٥/٢) قال في المهذب : وهل له أن يرجع فيه قبل أن تُطَلِّق ، وقال أبو علي بن خيران وليس له أن يرجع انظر : المهذب (٨٠/٢) روضة الطالبين (٤٦/٨) ، نهاية المحتاج (٤٤٠/٦) ، زاد المحتاج (٣٦٧/٣) . وبجوازه قال الإمام أحمد انظر : الشرح الكبير (٨ /٣١٠) ، المبدع (٧ /٢٨٧/٢٨٦) الإنصاف (٤٩٣/٤٩٢/٨) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) . (٤) انظر : المبسوط (١٩٧/٦) .

(٥) انظر : الاختيار (٩٧/٣) . (٦) في (م) : [دائم] .

(٧) يجوز أن يفسخ البيع الصحيح بعد التمام ، إذا وجد في المبيع عيب أو إذا عدمت الرؤية ، أما لو كان فاسدًا فلكل واحد منهما فسخه ، دفعا للفساد . أما إذل حصل الإيجاب والقبول ولم توجد هذه العوارض ، فإن البيع يكون لازما ، ولا يحق لواحد منهما فسخه ، لأن في الفسخ إبطال حق الآخر فلا يجوز . انظر : الهداية (٥١/٣) ، فتح القدير (٢٥٧/٦) والبناية (٢٠٥/٤) .

(٨) للموجب الرجوع أيهما كان بائعا أو مشتريا قبل قبول الآخر ، لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى ؛ لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك ، والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية ، فله أن يرفعها كعزل الوكيل . انظر : الهداية مع فتح القدير (٢٥٤/٢٥٣/٦) .

(٩) في (م) : [صعف] .

إبطاله] [1] .

٢٣٦٥٢ – قلنا : لا يبطل بردها لكنها تشاغلت عن الاختيار والرد ومن شرط اختيارها أن لا يوجد منها إعراض عنه [2] .

٢٣٦٥٣ – احتجوا : بأنه ملكها الطلاق والتمليكات يجوز الرجوع عنها قبل تمامها [3] .

٢٣٦٥٤ – قلنا : التخيير بالطلاق المعلق بالصفة أشبه بالتمليك بدلالة أنه يملك توقيته وتعليقه بزمان يستقبل [4] ولا يجوز ذلك في التملكيات [5] فإذا تم حكم المعلق بصفة لم يملك إبطاله ولأن سائر التمليكات يجوز فسخها بعد تمامها ، فيجوز إبطال إيجابها ، والطلاق لا يصح إبطاله بعد وقوعه كذلك لا يصح الرجوع عن إيجابه .

٢٣٦٥٥ – قالوا : فوض إليها الطلاق فصار كما لو فوضه إلى أجنبي [6] .

٢٣٦٥٦ – قلنا : إن فوضه إلى أجنبي على وجه التمليك لم يصح الرجوع عنه [7] كما لو ملك المرأة . وإذا فوضه إلى أجنبي على وجه التوكيل جاز أن يرجع عنه [8] ولا يتصور مثله في المرأة لأنها لا تكون وكيلة في حقوق نفسها وإنما تكون مملكة [9] .

---

(١) هذا استدلال للمخالف بأن التخيير تمليك ، ولهذا يبطل برد المرأة وليس فيه معنى التعليق انظر : النكت ورقة ٢١٩ . انظر استدلال للمخالف بأن التخيير تمليك ، ولهذا يبطل برد المرأة وليس فيه معنى التعليق . انظر : النكت ورقة ٢١٩ وما بين المعكوفتين بدل مما جاء في النسخ بلفظ : « جملته لا يمكلها » .

(٢) انظر : المبسوط (١٩٧/٦) ، البناية (٥١٣/٤) رد المختار (٤٨٦/٤/٤٨٧) .

(٣) انظر : المهذب (٨٠/٢) النكت ورقة (٢١٩) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [مستقبل] . وذلك كما لو قال لها اختاري إذا أهل الشهر ، أو إذا قدم فلان ، أو إذا كملت السنة ونحو ذلك . المبسوط (٢١٨/٦) .

(٥) وذلك كالبيع ، فإنه لا يحتمل التعليق انظر : فتح القدير (١٠١/٤) .

(٦) انظر : الشرح الكبير (٨ /٣١٩) .

(٧) وصورة ذلك : أن يقول له طلقها إن شئت قال في تبيين الحقائق : وأما إذا زاد كلمة « شئت » بأن قال طلق امرأتي إن شئت ، فإنه يقتصر على المجلس ، ويلزم حتى لا يكون له الرجوع ، وقال زفر : له الرجوع ، لأن التصريح بالمشيئة كعدمه ، لأنه يتصرف عن مشيئة فصار : كالوكيل بالبيع إذا قيل له بع إن شئت ، ويرد عليه أنه تمليك ، لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع فإنه لا يحتمله . انظر : تبيين الحقائق (٢٦/٢) .

(٨) صورة ذلك : أن يقول له طلّق امرأتي ، قال في الهداية : وإذا قال لرجل طلق امرأتي ، فله أن يطلق في المجلس وبعده وله أن يرجع عنه لأنه توكيل واستعانة . الهداية (٢٤٧/١) .

(٩) في (ن) ، (ع) : [مملوكة] .

٢٣٦٥٧ - قالوا : لما بطل هذا التفويض بجنون الزوج كذلك يبطل برجوعه [١] .

٢٣٦٥٨ - قلنا : لا نسلم هذا لأن لها أن تختار نفسها بعد جنونه كما تختار في صحته .

* * *

---

(١) انظر : الحاوي الكبير ورقة (١٩) .

مسألة ١١٤٤

إذا قال أنت على حرام ولا نية له في الطلاق

٢٣٦٥٩ - قال أصحابنا : إذا قال لامرأته : أنت على حرام ولا نية له إذا أراد التحريم ولم ينو الطلاق فهي يمين فإن [١] قربها [٢] كفّر [٣] .

٢٣٦٦٠ - وقال الشافعي : إذا قال ذلك لزوجته وجاريته فعليه كفارة يمين بنفس [اللفظ] وليس بيمين [٤] .

٢٣٦٦١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَۚ ﴾ إلى قوله ﴿قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡۚ ﴾ [٥] روي يحيى بن سعيد القطان عن الخزاز [٦] قال : حدثني بن أبي مليكة [٧] عن ابن عباس : أن النبي ﷺ كان يشرب من شراب عند [٨] سودة [٩] من العسل فدخل على عائشة رضي الله عنها فقالت : إني أجد منك

(١) في (م) : [قال] . (٢) في (ن) ، (ع) : [أقر بها] .

(٣) إذا قال : أنت على حرام ونوى التحريم أو لم يكن له فيه نية فهي يمين ويصير مؤليا لو تركها أربعة أشهر وتبين بطلقة بائنة ، لأن الأصل في تحريم الحلال أنه يكون يمينا . انظر : المبسوط (٧٠/٦) ، تحفة الفقهاء (٢٩٦/٢) ، بدائع (١٦٧/٣) ، الهداية (١٣/٢) ، فتح القدير (٢٠٨/٤) والمسألة في الكتاب . انظر : اللباب (٦٣/٣) ، وهو رواية على الإمام أحمد إذا نوى به يمينا ولا يصير به مؤليا حتى ولو تركها أربعة أشهر انظر المغني (٣٠٣/٨) ، المبدع (٢٨٢/٧) ، الشرح الكبير (٣٠٠/٨) .

(٤) انظر : الأم (٢٧٩/٥) ، المهذب (٨٣/٢) ، الوجيز (٥٤/٢) ، نهاية المحتاج (٤٣٣/٦/٤٣٤) وقال الإمام مالك : هو كناية عن الثلاث في المدخول بها ، وغير المدخول بها ينوي ما أراد من العدد انظر : التفريع (٧٤/٢) ، الشرح الصغير (٣٧٩/٣، ٣٨٠) وذهب الإمام أحمد في ظاهر المذهب إلى أنه ظهار انظر : المبدع (٢٨٢/٧) ، كشاف القناع (٢٥٣/٥)

(٥) سورة التحريم : الآية ١/ ٢ .

(٦) في (م) (ن) : [الخراه] . صالح بن رستم المزني مولاهم أبو عامر الخزاز البصري روي عن ثابت البناني والحسن البصري وعمرو بن دينار وابن أبي مليكة وغيرهم وعنه يحيى بن سعيد وروح بن عيادة ومعتمر وغيرهم . قال أبو داود ثقة مات سنة (١٥٢ ه) انظر : في تهذيب الكمال (٤٧/١٣-٥٠) الجرح والتعديل (٤٠٣/٤) تهذيب التهذيب (٣٩١/٤) الثقات لابن حيان (٤٥٧/٦) .

(٧) عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة روي عن عبد الله بن الزبير وابن عباس وابن عمر وعلقمة وغيرهم وعنه ابن جريج والخزاز وابن رافع وغيرهم . وثقه أبو زرعة وأبو حاتم مات سنة (١١٧ ه) انظر : تهذيب الكمال (٢٥٦/١٥-٢٥٩) الكاشف ٢٩٥١٢ الثقات لابن حبان (٢/٥) تهذيب التهذيب (٣٠٦/٥) .

(٨) ساقطة من (ن) (ع) .

(٩) سودة بنت زمعة بن قيس بن لؤى القرشي تزوجها رسول الله ﷺ بمكة بعد وفاة خديجة ، أسنت عند رسول الله ﷺ =

ريحا فقال : أراه من شراب شربته عند سودة ، والله لا أشربه ، فنزلت هذه الآية [(١)]
وروت عائشة أن النبي ﷺ / دخل عليها فقالت : إني أجد منك رائحة « المغافير » [(٢)] ٧/أ
« فقال : إني أكلت عسلا عند زينب [(٣)] ولن أعود إليه ، فنزلت الآية [(٤)] فذكرت عائشة رضي الله عنها [في خبرها] [(٥)] أنه لم يحلف . فإن كان أصل الخبر أن النبي ﷺ حلف فقد سمى الله ﷻ ذلك تحريما فإذا قال : حرمتها فقد جاء بمعنى اليمين ، وإن كان النبي ﷺ حرم العسل ولم يحلف فقد جعل الله تعالى في ذلك كفارة يمين وكل من أوجب في تحريم العسل الكفارة أوجبها بالحنث وقال : ﴿ قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ ﴾ [(٦)] فدل أن الحرام يمين [(٧)] .

٢٣٦٦٢ - فإن قيل : قد روي عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن النبي ﷺ حرم مارية [(٨)] فأنزل الله تعالى الآية [(٩)] .

= فهمَّ بطلاقها فقالت : لا تطلقني وأنت في حل من شأني ، فأمسكها رسول الله ﷺ حتى توفى عنها مع سائر أزواجه . روت عن النبي ﷺ وتوفيت في آخر زمن عمر بن الخطاب . انظر : الاستيعاب (١٨٦٧/٤) أسد الغابة (١٥٨/١٥٧/٧) الإصابة (٧٢٢/٧) طبقات ابن سعد (٣٦/٣٥/٨) .

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٧٧/١١) مجمع الزوائد كتاب التفسير (١٢٧/٧٩٠) .

(٢) في (ن) (ع) : [المعافير] . المغافر والمغافير صمغ شبيه بالناطق فيوضع في ثوب ثم ينضح بالماء فيشرب واحدها مِغْفَر لسان العرب باب الميم (٣٢٧٥/٥) .

(٣) أم المؤمنين زينب بنت جحش بن رباب . تزوجها رسول الله ﷺ سنة خمس من الهجرة بعد زيد بن حارثة روت عن النبي ﷺ وروي عنها محمد بن عبد الله بن جحش وأم حبيبة وزينب بنت أبي مسلمة وأرسل عنها القاسم بن محمد كانت من سادة النساء دينًا وورعًا وجودًا ومعروفًا . ماتت سنة ٢٠ من الهجرة وصلى عليها عمر بن الخطاب . انظر : الاستيعاب (١٨٤٩/٤) أسد الغابة (١٢٥/٧) طبقات ابن سعد (١٠١/٨) .

(٤) صحيح البخاري باب لم تحرم ما أحل الله لك (٢٠١٧/٢٠١٦/٥) ومسلم في صحيحه باب وجوب الكفارة على من حرم امرأته ولم ينو الطلاق . (١١٠٠/٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) . (٦) سورة التحريم : الآية ٢ .

(٧) في (م) : [لهن] . انظر : المبسوط (٧٠/٦) بدائع الصنائع (١٦٨/٣) المغنى (٣٠٥/٣٠٣/٨) الشرح الكبير (٣٠٠/٨) .

(٨) مارية القبطية مولاة رسول الله ﷺ وأم ولده إبراهيم وهي مارية بنت شمعون وقد أهداها له المقوقس القبطي صاحب الإسكندرية فوصلت إلى المدينة سنة ثمان ، وتوفيت في خلافة عمر بن الخطاب في المحرم سنة (١٦ ه) ودفنت بالبقيع انظر : الاستيعاب ق (١٩١١/٤-١٩١٢) أسد الغاية (٢٦١/٧) الإصابة ق (١١١/٨) الطبقات الكبرى لابن سعد (١٥٣/٨-١٥٦) .

(٩) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه (٤٢/٤١/٤) . سنن سعيد بن منصور (٣٩١/٣/١) . البيهقي في السنن الكبرى (٣٥٣/٧) - وعند الحاكم في المستدرك كتاب التفسير (٤٩٣/٢) .

٢٣٦٦٣ - قالوا : فقد تعارض السببان فسقطا [(١)] .

٢٣٦٦٤ - قلنا : ليس في ذلك تعارض لأنه لا يمتنع [(٢)] أن يكون عليه السلام حرّم العسل وحرّم مارية فأنزل الله تعالى الآية على السببين جميعا فدلت الآية على أن من حرم جاريته فهو حالف لقوله تعالى : ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [(٣)] [(٤)] ودلت الآية أيضًا على أن تحريم العسل يمين يتعلق بها الكفارة . وعند مخالفنا تحريم العسل ليس بيمين ، ولا يتعلق به كفارة يمين [(٥)] .

٢٣٦٦٥ - فإن قيل : قوله تعالى : ﴿تَبْتَغِى مَرْضَاتَ أَزْوَٰجِكَ﴾ [(٦)] يدل أنه حرم مارية لأن تحريم العسل لاحق للزوجات فيه .

٢٣٦٦٦ - قلنا : إنما حرم العسل لأنهن قلن له : « إنا نجد منك رائحة المغافير » [(٧)] وهو كريه الريح ينزل في العسل ويقال : يعقد عليه « النحل : فحرم ذلك لآجل كراهتهن لريحه .

٢٣٦٦٧ - فإن قيل : قوله تعالى﴿ وَإِذْ أَسَرَّ ٱلنَّبِىُّ ﴾ [(٨)] يدل أنه تحريم الجارية لأن تحريم العسل لا يُسِرُّه .

٢٣٦٦٨ - قلنا : لا يمتنع أن يُسِرَّ ذلك ويخبر به بعض الزوجات دون بعض .

٢٣٦٦٩ - فإن قيل : قد أوجب الله تعالى الكفارة بنفس اللفظ وأنتم توجبونها بالحنث .

٢٣٦٧٠ - قلنا : لما قال الله ﴿ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾ [(٩)] وتحلة اليمين لا تجب إلا بعد الحنث اكتفاء بما تقرر في الأصول ولم يذكر الحنث

٢٣٦٧١ - « ولا يقال » [(١٠)] : إن التقدير إنكم تخرجون من التحريم [(١١)] بما [(١٢)] تخرجون به من اليمين لأن الظاهر [(١٣)] أن هناك يمينا موجودة ، لأنه قال ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [(١٤)] وتحلة اليمين إنما تكون بعد وجود اليمين .

---

(١) انظر : الحاوي الكبير ورقة (٢٤) .
(٢) في (ن) ، (ع) : [يمنع] .
(٣) سورة التحريم : الآية ٢ .
(٤) انظر : بدائع الصنائع (١٦٩/٣) .
(٥) انظر : المهذب (٨٣/٢) .
(٦) سورة التحريم : الآية ١ .
(٧) سبق تخريجه .
(٨) سورة التحريم : الآية ٣ .
(٩) سورة التحريم : الآية ٢ .
(١٠) في (م) : [أولا] .
(١١) في (ن) ، (ع) ولا يقال إن تقدير الآية [إنكم تخرجون من التحريم] وهي زيادة لا وجه لها .
(١٢) في (ن) ، (ع) : [بما] وفي غيرهما : « مما » والأصوب ما أثبتناه .
(١٣) في (م) : [الظاهر] .
(١٤) سورة التحريم : الآية ٢ .

٢٣٦٧٢ - يبين ذلك أن الأمر لو كان على ما يقوله الشافعي لقال : قد فرض الله عليكم [١] تحلة أيمانكم لأن الكفارة وجبت باللفظ وليس بمخير فيها .

٢٣٦٧٣ - وعلى قولنا : هو حالف فقد خير بين البقاء على اليمين وبين الخروج منها بالحنث والتكفير ، فيصح أن يقول : ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ [٢] لأنه لم تجب عليه كفارة بعد ، وإنما هو مخير بين التزامها وبين تركها .

٢٣٦٧٤ - ويدل عليه ما روي قتادة عن سعيد بن جبير [٣] وعكرمة [٤] عن ابن عباس عن عمر بن الخطاب ﷺ أن النبي ﷺ « جعل الحرام يمينا » [٥] وهذا قصر .

٢٣٦٧٥ - ويدل عليه ما روي جويبر عن الضحاك أن أبا بكر [٦] وعمر [٧] ﷺ وابن مسعود [٨] وابن عباس [٩] وعائشة [١٠] ﷺ قالوا : في الحرام يمين يعنون بذلك إذا حرم امرأته على نفسه [١١] .

---

(١) ساقطة من (ن) (ع) .　　　　(٢) سورة التحريم : الآية ٢٢ .

(٣) سعيد بن جبير بن هشام الأسدى . روي عن الحسن بن مالك وعبد الله بن عباس وأبي هريرة وعائشة وغيرهم وعنه عمرو بن دينار وابن ميسرة والزبير ابن مرسى وغيرهم قال أبو القاسم هو ثقة إمام حجة على المسلمين مات سنة (٩٥) ه انظر : في تهذيب الكمال (٣٥٨/١٠) الثقات لابن حبان (٢٧٥/٤) تذكرة الحفاظ (٧٦/١) .

(٤) عكرمة البربري أبو عبد الله المدني روي عن مولاه ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر ومعاوية وغيرهم وعنه إبراهيم النخعي وجابر بن زيد وأيوب وغيرهم . وثقه البخاري وابن أبي حاتم مات بالمدينة سنة (١٠٤ ه) انظر : الجرح والتعديل للباجى (١٠٢٢/٣) الكاشف (٢٤١/٢) تهذيب التهذيب (٢٦٣/٧) .

(٥) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه عن ابن عباس عن ابن عمر : أنه جعل الحرام يمينا . قال الدارقطني ابن محرز ضعيف ، ولم يروه عن قتادة ، سنن الدارقطني ، كتاب الطلاق والخلع وغيره (٤١/٤٠) .

(٦) أبن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق : من قال الحرام يمين وليس بطلاق (٧٤/٥) وسعيد بن منصور في سننه في (٣٨٩/٣) .

(٧) ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق من قال الحرام يمين وليست بطلاق وعبد الرزاق في المصنف (٣٩٩/٦) والبيهقى في السنن الكبرى باب من قال الحرام يمين (٣٥١/٧) وسعيد بن منصور في سننه ٣٨٩ .

(٨) روى ذلك البيهقى في السنن الكبرى (٣٥١/٧) . وروى ذلك عنه أيضًا عبد الرزاق في الصنف (٤٠١/٦) وسعيد بن منصور في سننه (٣٨٩/٣) . وابن حزم في المحلى (٣٨٥/١١) .

(٩) روى ذلك عنه مسلم في صحيحه ، باب وجوب الكفارة على من حرم امرأته ولم ينو الطلاق عن ابن عباس أنه كان يقول في الحرام يمين يكفرها ، صحيح مسلم (١٠٠/٢) .

(١٠) روي ذلك عنها ابن أبي شيبة في المصنف - كتاب الطلاق ، ما قالوا في الحرام ، من قال الحرام يمين وليست بطلاق ، عن عائشة قالت يمين . ورواه الدارقطني في سننه ، كتاب الخلع والطلاق (٦٦/٤) والبيهقى في السنن الكبرى (٣٥١/٧) .　　　(١١) انظر : المبسوط (٧٠/٦ ٧١) .

٢٣٦٧٦ - وروى كذلك عن ابن عمر [1] وقد روي عن علي وزيد أنهما قالا : ثلاث تطليقات [2] وهذا محمول على من نوى الطلاق [3] وذلك لا يعارض قول الآخرين ، لأنهم أجابوا في إطلاق التحريم من غير [نية] [4] .

٢٣٦٧٧ - فإن قيل : يحمل ذلك على إيجاب كفارة اليمين

٢٣٦٧٨ - قلنا : إن جعلوه يمينا فحمله على الكفارة بغير يمين ترك للظاهر ، لأن ما يتعلق به كفارة اليمين فهو يمين .

٢٣٦٧٩ - أصله : [5] إذا ذكر اسم اللّٰه تعالى . [6] .

٢٣٦٨٠ - ولا يلزم إذا قال : علي « نذر » [7] لأنه يمين عندنا .

٢٣٦٨١ - ولأن التحريم يقتضي الامتناع من الشيء لحق اللّٰه تعالى ، فإذا حرمها فقد منع نفسه منها لحق اللّٰه تعالى وليست محرمة ، وهذا معنى أن اليمين كنفس اليمين

---

(١) روى ذلك عنه ابن حزم في المحلى عن نافع عن ابن عمر قال الحرام يمين - المحلى (٣٨٥/١١) .

(٢) ابن أبي شيبة في لمصنف - كتاب الطلاق (٧٢/٥) وعبد الرزاق في المصنف (٤٠٣/٦) والبيهقي في سننه الكبرى ، باب من قال لامرأته أنتِ عليَّ حرام (٣٥١/٧) وسعيد بن منصور في سننه (٣٨٥/٣) .

(٣) قال في زاد المعاد الثابت عن زيد بن ثابت وابن عمر ما رواه أبو محمد بن حزم من طريق الليث بن سعد عن قبيصة أنه سأل زيد بن ثابت وابن عمر عمن قال لامرأته أنت علي حرام ، فقالا جميعا كفارة يمين ، ولم يصح عنهما خلاف ذلك . وأما علي كرم اللّٰه وجهه فقد روي أبو محمد بن حزم من طريق يحيى القطان عن الشعبي قال يقوم رجال في الحرام هي حرام حتى تنكح زوجا غيره ولا والله ما قال ذلك علي كرم اللّٰه وجهه وإنما قال علي ما أنا بمحلها ولا بمحرمها عليك إن شئت فتقدم وإن شئت فتأخر . زاد المعاد لابن القيم (٧٢/٤) ط صبيح .

(٤) في (ن) (ع) : [نيته] . انظر : المبسوط (٧٠/٦ ٧١) بدائع الصنائع (١٦٨/٣) المغني (٣٠٣/٨-٣٠٥) الشرح الكبير (٣٠٠/٨) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [أصل أصله] وهي زيادة لا وجه لها .

(٦) إذا ذكر اسم اللّٰه تعالى في الطلاق خاصة أو غيره كأن قال والله لا أفعل كذا أو قال والعليم لأشربن كذا كان حالفا وتعلقت الكفارة به سواء كان قاصدا لليمين أم مكرها أو ناسيا .

انظر : بدائع الصنائع (٦/٥/٣) الهداية (٧٢/٢) . وبهذا تبين أنه إذا ذكر اسم اللّٰه كان حالفا وتعلقت به الكفارة ، كما أنه إذا قال لزوجته أنت علي حرام ولم ينو شيئًا كانت يمينا وتعلق بالكفارة .

(٧) النذر الذي لا تسمية فيه حكمه وجوب ما نوى إن كان الناذر نوى شيئًا ، سواء كان مطلقا عن شرط أم معلقا بشرط ، بأن قال لله علي نذر ، أو قال إن فعلت كذا فلله علي نذر ، فإن نوى صوما أو صلاة أو عمرة لزمه الوفاء به في المطلق للحال وعليه كفارة اليمين ، غير أنه إن كان مطلقا يحنث للحال ، وإن كان معلقا يحنث على الشرط ، لقوله ﷺ « النذر يمين » وكفارته كفارة اليمين ، والمراد منه النذر الذي لا نية للناذر فيه ، سواء أكان الشرط الذي علق به النذر مباحا أم معصية . بدائع الصنائع (٩٢/٥) .

بدلالة قوله : على يمين [1] ، ولأن كل لفظ لا يتعلق بانفراده كفارة يمين في غير الزوجات لا يتعلق به كفارة يمين فيهن . أصله : والله لا أكلمك [2] .

٢٣٦٨٢ - احتجوا : بما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ حرم مارية فأنزل الله تعالى الآية [3] ، فأمر النبي ﷺ من حرَّم حلالا أن يعتق رقبة أو يطعم عشرة مساكين ، فأوجب الكفارة باللفظ لا بالحنث [4] .

٢٣٦٨٣ - قلنا : معناه يعتق رقبة إذا حنث . الدليل عليه : أن ابن عباس راوي الخبر وقد [5] صح عنه أنه قال : في الحرام يمين . واليمين لا تجب الكفارة [6] فيها إلا بالحنث فدل على أن المراد بالخبر الأمر بالعتق عند الحنث لولا [7] ذلك لم يخالف [8] ما رواه .

٢٣٦٨٤ - ولأن قوله : أوجب [9] على كل من حرم حلالا يقتضي النساء وغيرهم . وكل من قال : إن حكم الحرام يثبت في غير النساء قال : إن كفارة اليمين لا تجب فيه باللفظ « وإنما بالحنث » [10] [فاعتبار العموم يقتضي شرط الحنث] [11] .

٢٣٦٨٥ - فإن قيل : هذا ترك للظاهر [12] .

٢٣٦٨٦ - قلنا : أضمرنا الحنث واستعملنا العموم وعلقتم الكفارة بنفس التحريم من

---

(١) إذا قال على يمين فهو يمين عند الإمام أبي حنيفة وصاحبيه خلافا لزفر لأن قوله على يمين أي يمين الله ؛ إذ لا يجوز بغير الله ، أو يقال معنى على يمين ، أي علي موجب يمين الله تعالى ، إلا أنه حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه طلبا للتخفيف عند كثرة الاستعمال . انظر : بدائع الصنائع (٨٢/٣) وبهذا تبين أن قوله على يمين كنفس اليمين ، كما أن قوله أنت على حرام فيها معنى اليمين ، لأنه يقتضي الامتناع منها لحق الله تعالى ، ومعنى اليمين كنفس اليمين .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٦٩/٣) .

(٣) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره (٤٢/٤) البيهقي في السنن الكبرى باب من قال لامرأته أنت على حرام لا يريد عتاقا (٣٥٣/٧) والبيهقى أيضًا في معرفة السنن والآثار (٦١/٦٠/١١) .

(٤) انظر : الأم (٢٧٩/٥) المهذب (٨٣/٢) معرفة السنن والآثار (٦١/٦٠/١١) مغنى المحتاج (٨٣/٣) المجموع (١١٣/١٧) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [قد] .

(٦) في (م) : [اللعارة] .

(٧) في (م) : [أولا] .

(٨) في (ن) : [يحالف] .

(٩) في (ن) : [أوجب] .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [وإنما تجب بالحنث] . انظر : البناية (٦٥٢/٤) .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(١٢) في (ن) (ع) : [الظاهر] .

غير إضمار [١] وخصصتم [٢] العموم ، فحملتموه على تحريم النساء خاصة [٣] فكل منا ترك الظاهر [أو استعمل ظاهرا] [٤] وأنتم المستدلون فوقف الاستدلال بالخبر .

٢٣٦٨٧ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ آلى من نسائه شهرًا [٥] وحرم جاريته فوفى بالإيلاء وكفر الحرام [٦] ففرق بين الإيلاء والحرام [٧] .

٢٣٦٨٨ - قلنا : إنما فرق بينهما لأن الإيلاء لا يكون إلا في [٨] الزوجات والتحريم يكون في كل شيء .

٢٣٦٨٩ - قالوا : كناية في الطلاق فوجب أن لا ينعقد [٩] بها [١٠] يمين ، كقوله : أنت بائن وسائر الكنايات [١١] .

٢٣٦٩٠ - قلنا : لا يمتنع أن يكون كناية في الطلاق وينعقد به غيره كما أنه كناية في الطلاق ، ويجوز أن ينعقد به الظهار [١٢] ولأنه كناية في الطلاق وصريح في اليمين عندنا لا يحمل عليها بغير نية [١٣] وهذا غير ممتنع كما أن لفظ الحرية صريح في العتق [١٤] وكناية في الطلاق [١٥] والمعنى في سائر الكنايات أن كفارة اليمين لا يتعلق بها فلم تكن يمينا . ولما وجب بحكم هذا اللفظ كفارة اليمين في الزوجات كان يمينًا .

---

(١) انظر : المهذب (٨٢/٢) .
(٢) في (ن) ، (ع) : [خصصهم] .
(٣) انظر : المهذب (٨٢/٢) .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) .
(٥) في (ن) ، (ع) : [أو حرم] .
(٦) أخرجه الترمذي في سننه عن عائشة قالت آلى رسول اللّٰه ﷺ من نسائه وحرم فجعل الحرام حلالًا وجعل في اليمن كفارة سنن الترمذي باب ما جاء في الإيلاء (٥٠٥/٥٠٤/٣) .
(٧) معرفة السنن والآثار (٦٠/١١) المجموع (١١٢/١٧) .
(٨) ساقطة من (ن) ، وفي (ع) : [من] .
(٩) في (ن) ، (ع) : [يعقد] .
(١٠) ساقطة من (م) .
(١١) انظر : الحاوي الكبير ورقة (٢٥) .
(١٢) في (م) : [وينعقد به غيره يجوز أن ينعقد به الظهار] ومن المفيد أن نشير إلى أن لفظ الحرام إذا نوى به الظهار يكون ظهارا عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها تحرم عليه بالظهار كما تحرم عليه بالطلاق فكان ما نوى من محتملات لفظه ، وعند محمد رحمه الله لا يكون ظهارا لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة فبدون حرف التشبيه وهو الكاف لا يثبت الظهار . المبسوط (٧١/٦) بدائع الصنائع (١٦٩/٣) .
(١٣) انظر : المبسوط (٧٠/٦) .
(١٤) في (ن) ، (ع) : [كما أن لفظ الحرية في العتق صريح] .
(١٥) انظر : الجامع الصغير ٢٠٦ رءوس المسائل (٤/٣) .

٢٣٦٩١ - فإن قيل : وجوب كفارة اليمين لا يدل على ثبوت اليمين كما أن وجوب كفارة الظهار [١] بالجماع في رمضان لا يدل على وجوب الظهار .

٢٣٦٩٢ - قلنا : معنى [٢] الظهار [٣] هو التحريم الواقع باللفظ [٤] وهذا المعنى لا يوجد في جماع الصائم . ومعنى اليمين هو الامتناع من فعل المحلوف عليه لحق اللّٰه تعالى ، وتحريم الزوجة يقتضي الامتناع عن وطئها لحق اللّٰه تعالى من غير تحريم ، فتساويا في معناها ، فاستدل بوجوب الكفارة على انعقاد اليمين .

٢٣٦٩٣ - فإن قيل : كيف يكون اللفظ كناية في أمرين في الطلاق واليمين

٢٣٦٩٤ - قلنا : هي كناية في الطلاق والظهار على أنا بينا أنه كناية في الطلاق صريح في اليمين ، وهذا غير ممتنع .

٢٣٦٩٥ - قالوا : لفظ تعرى عن اسم اللّٰه تعالى وصفته ، فوجب أن لا ينعقد فيه اليمين بالله كسائر الألفاظ [٥] .

٢٣٦٩٦ - قلنا : يبطل إذا قال : أنا منه مؤلي [٦] ، لأن التحريم المطلق يقتضي الامتناع بالله تعالى ، وقد جاء بمعنى اليمين فصار كمن صرح باليمين [٧] ، لأنه إذا جاز أن يكون من آلى بمعنى الطلاق مطلقا ، ومن جاء بمعنى الظهار مظاهرا لم يمتنع أن يكون من جاء بمعنى الحلف حالفا ، لأن هذا اللفظ لما تعلق به عندهم كفارة اليمين وإن لم يذكر [٨] الاسم والصفة [٩] جاز أن يكون يمينا عندنا وإن لم يذكر الاسم والصفة [١٠] .

* * *

(١) في (م) : [الظهار] .
(٢) في (م) : [معنى] .
(٣) في (م) : [الظهر] .
(٤) في (م) : [اللفظ] .
(٥) انظر : مغني المحتاج (٨٣/٣) زاد المحتاج (٣٦٣/٣) .
(٦) وذلك لأنه لفظ تعرى عن ركن الإيلاء وهو التأكيد باليمين مع وجود اللفظ الدال على ترك الوطء ومع هذا يصح به الإيلاء إذا قصد به الإيجاب . المبسوط (٢٦/٧) تحفة الفقهاء (٣٠٧/٣) .
(٧) انظر : بدائع الصنائع (٩/٣) .
(٨) ساقطة من (ع) .
(٩) انظر : المهذب (٨٣/٢) .
(١٠) انظر : المبسوط (٢/٦) .

مسألة ١١٤٥

إذا حرم زوجته كان موليا وإن حرم أمته أو طعامه أو متاعه كان حالفا

٢٣٦٩٧ – قال أصحابنا : إذا حرم زوجته على نفسه كان (١) موليًا وإن حرم أمته أو طعامه أو متاعه كان حالفا (٢) .

٢٣٦٩٨ – وقال الشافعي : إن حرم زوجته فعليه كفارة يمين ، وإن حرم أمته ففيها قولان (٣) وإن حرم ما سوى النساء فليس بشئ (٤) .

٢٣٦٩٩ – لنا : قوله تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ﴾ إلى قوله : ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ (٥) وهو عام في كل تحريم (٦) ولأنا بينا أن الآية خرجت على سبب وهو تحريم العسل (٧) .

٢٣٧٠٠ – وعند مخالفنا تحريم « العسل » لا يتعلق به كفارة (٨) .

٢٣٧٠١ – ويدل عليه حديث ابن عباس ﷺ أن الله تعالى لما أنزل (٩) الآية أمر النبي ﷺ كلَّ من حَرَّمَ حلالا أن يكفر ، ولم يفرق بين أن يكون من الزوجة (١٠) أو غيرها، ولأنه تحريم متاع فوجب أن تتعلق الكفارة بمقتضى التحريم للآية ، ولأن ما تتعلق به كفارة اليمين في الزوجات تعلق به في غير الزوجات كقوله : والله (١١) .

٢٣٧٠٢ – احتجوا : بما قال الشافعي : إن البضع فرج وغير البضع ليس بفرج (١٢) . وفسروا هذا الكلام فقالوا : (١٣) معناه أن الفرج يجوز أن يكون محرما ، مع بقاء الملك

---

(١) ساقطة من (ن) (ع) .

(٢) انظر : المبسوط (٧١/٦) تحفة الفقهاء (٢٩٦/٢) بدائع الصنائع (١٦٩/٣) فتح القدير (٢٠٩/٢٠٨/٤) .

(٣) إن نوى تحريم عينها لم تحرم ، وعليه كفارة يمين ،ﷺ وإن أطلق ولم ينو شيئًا ففيه قولان أحدهما يجب عليه الكفارة على الأظهر ، وقيل قطعا . والثاني لا يجب . انظر : المهذب (٨٣/٢) روضة الطالبين (٣٠/٨) .

(٤) انظر : روضة الطالبين (٣٠/٨) مغنى المحتاج (٢٨٣/٣) نهاية المحتاج (٤٣٥/٦) زاد المحتاج (٣٦١/٣) .

(٥) سورة التحريم : الآية ١٢ .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (١٦٩/٣) .

(٧) في (م) : [العتل].

(٨) انظر : مغنى المحتاج (٢٨٣/٣) .

(٩) في (م) : [نزلت] .

(١٠) في (م) : [الزوج] .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (١٦٩/٣) .

(١٢) انظر : الحاوي الكبير ورقة (٢٦) .

(١٣) في (ن) (ع) : [فقال] .

/ب فلذلك أوجبت إضافة التحريم إليه الكفارة [١] . /

٢٣٧٠٣ - قلنا : سائر الأعيان أيضًا يجوز أن تكون محرمة مع بقاء الملك .

٢٣٧٠٤ - ألا ترى أن العين المرهونة والمبيع في يد البائع محرم على مالكه لا يجوز الانتفاع به مع بقاء الملك [٢] .

٢٣٧٠٥ - قالوا : جعل اللّٰه تعالى للتحريم بالامتناع لفظًا مخصوصًا يتعلق ذلك به ، فإذا عدل عنه إلى غيره عوقب بإيجاب الكفارة عليه ، وسائر الأعيان لم يجعل لتحريمها لفظًا مخصوصًا ، فإذا حرمها فلم يعدل عن لفظ وضعه اللّٰه لتحريمها فلم يعاقب بالكفارة [٣] .

٢٣٧٠٦ - قلنا : يبطل ببضع الأمة لم يجعل اللّٰه لفظا ليخصه في التحريم ومع ذلك أوجبوا بتحريمه الكفارة [٤] . ثم لا فرق بين تحريم الأبضاع وغيرها ؛ لأن اللفظ الموضوع لتحريم البضع هو الذي يزيل الملك ، فيقع التحريم بزوال الملك ، وهذا موجود في سائر الأعيان ، لأنها يزول الملك فيها .

* * *

(١) انظر : مغني المحتاج (٢٨٣/٣) زاد المحتاج (٣٦٣/٣) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٧١/٥ ٢٧٢ ١٤٦/٦/) .

(٣) انظر : الحاوي الكبير ورقة (٢٦) .

(٤) انظر : المهذب (٨٣/٢) .

مسألة ١١٤٦

لا يقع الطلاق بقوله كلى واشربي

٢٣٧٠٧ - قال أصحابنا : إذا قال لامرأته كلى واشربي ونوى الطلاق لم يقع [١] .

٢٣٧٠٨ - وقال الشافعي : يقع [٢] .

٢٣٧٠٩ - لنا : أن الطلاق يقع بصريح لفظ الطلاق أو بلفظ يفيد [٣] التحريم أو بلفظ يفيد معنى الطلاق كلفظ البينونة أو بلفظ « ما يؤول » [٤] إليه حال المطلقة كقوله : تقتنعي واستبرئى واعتدي والحقي بأهلك وما أشبه ذلك ، وهذا لا يوجد في قوله : كلى واشربي ، فلا يقع به الطلاق كقوله : الحمد لله مستحق الحمد [٥] .

٢٣٧١٠ - قالوا : قال الشافعي : هذا اللفظ يحتمل الطلاق ، لأنه يقول : كلى للطلاق كما يقول : تجرعي غصصه [٦] .

٢٣٧١١ - قلنا : الطلاق لا يوصف بأنه مأكول أو مشروب ، وقوله : تجرعي مجاز لا يقاس عليه .

* * *

(١) في (ن) ، (ع) : [لا يقع] . انظر : مختصر الطحاوي ١٩٦ بدائع الصنائع (١٠٨/٣) تحفة الفقهاء (٢٧٠/٢٦٩/٢) .

(٢) ما ذكره المصنف يوافق ما جاء في الأم للشافعي ، وذكر في المهذب أن فيه اختلاف الأصحاب . يقول الشيرازي : واختلفوا فيمن قال لامرأته كلى واشربي ونوى الطلاق فمنهم من قال لا يقع وهو قول أبي إسحق ومنهم من قال يقع وهو الصحيح انظر : الأم (٥/ ٢٧٩/٢٧٨) المهذب (٨٢/٢) المجموع (١٠٤/١٧) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (ن) : [ما يول] . وفي (ع) : [يؤل] .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٠٨/٣) .

(٦) في (ص) ، (م) : [عصصيه] . انظر : الأم (٢٧٩/٢٧٨/٥) المجموع (١٠٤/١٧) المهذب (٨٢/٢) .

مسألة ١١٤٧

تعليق الحلف بالطلاق بالصفة

٢٣٧١٢ - قال أصحابنا : إذا قال لامرأته : إن حلفت بطلاقك فعبدي حر ، ثم قال لها إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق [وإذا جاء المطر فأنت طالق وإذا قدم الحاج فأنت طالق وإذا ولدت فأنت طالق] [١] فقد حلف وحنث وعتق عبده [٢] .

٢٣٧١٣ - وقال أصحاب الشافعي : « لا يجب » [٣] في جميع هذه [٤] المواضع شيء وإنما يحنث إذا امتنع بيمينه من فعل أوجَبَه عليه ، أو قصد تصديق نفسه أو براءتها [٥] .

٢٣٧١٤ - والأصل في هذا : أن الحلف [٦] عند العرب هو القسم [٧] الذي يقتضي تعظيم المقسم [٨] به ، وإنما ألحق أهل الشريعة بذلك الشرط والجزاء [٩] الذي تعلق به الإيقاع ، ووجب إلحاقه به ، لأن القسم جملة غير مستقلة إما من مبتدأ أو خبر . تقول : لعمر الله : تقدير الكلام لعمرو اللّٰه قسمي ، أو كل من فعل وفاعل كقوله : بالله [١٠] تقديره [١١] : أحلف بالله [١٢] وكل واحد من هاتين الجملتين غير مستقلة حتى ينضم إليها غيرها وإما من [١٣] جملة من مبتدأ وخبر كقولك [١٤] : والله إنك لكريم [١٥] أو من فعل وفاعل كقولك [١٦] : والله لتضربن ، وكذا الحلف بدخول [١٧] الدار كذلك ،

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٢) انظر : الكافي - شرح الوافي ج ٢ / ورقة ٥٩ شرح مختصر الطحاوي ورقة ٢٢٠ .

(٣) في (ن) (ع) : [لا يقع] .

(٤) في (ن) : [هذا] .

(٥) انظر : النكت ورقة ٢٢٣ روضة الطالبين (١٦٧/٨) نهاية المحتاج (٤٠/٧) المجموع (١٩١/١٧) .

(٦) الحلف القسم ، يقال حلف أي أقسم يحلف حَلِفًا وحَلْفا اللسان - باب الحاء (٩٦٣/٢) .

(٧) القسم جملة تؤكد ما تلاها من جملة خبرية غير تعجبية - المساعد (٣٠٢/٢) .

(٨) في (ن) ، (ع) : [القسم] . المقسم به هو الاسم الذي يلصق به القسم ليعظم به ويفخم . المفصل مع شرحه لابن يعيش (٩٠/٩) .

(٩) ساقطة من (ن) (ع) .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [اللّٰه] .

(١١) ساقطة من (ن) (ع) .

(١٢) وحذف فعل القسم هنا للعلم به والاستغناء عنه . شرح المفصل (٩٤/٩) .

(١٣) في (ن) ، (ع) : [عن] .

(١٤) في (ن) ، (ع) : [كقوله] .

(١٥) في (ن) ، (ع) : [أنت الكريم] .

(١٦) في (ن) ، (ع) : [كقوله] .

(١٧) في (م) : [أحلف أولاد] .

لأن [١] ما دخل حرف الشرط فيه غير تام فإن [٢] قلت [٣] : إن دخلت الدار بطلت منه [٤] الفائدة وصار هذا الجزء من الجملة [غير مفيد] [٥] ولا يفيد ما لم ينضم إليه [٦] جملة أخرى إما من مبتدأ أو خبر كقولك : إن دخلت الدار أعطيتك درهما أو أكرمتك .

٢٣٧١٥ - ولا يكون الشرط إلا من جملة من فعل وفاعل [٧] . فأما القسم : فتارة يكون جملة من فعل وفاعل ، وتارة يكون من مبتدأ وخبر . فأما إذا كان المعنى الموجب لإيجاب هذه الجملة فالقسم ما ذكرته ، وهو موجود في هذه المواضع أيضًا ، تخصيصًا [٨] منها كقوله : إذا شئت فأنت طالق .

٢٣٧١٦ - لأنهم قالوا : في الموضع لذلك [٩] طلق للسنة . ولم يقولوا : حلف إذا قال : إذا حضت ، لأنهم سموا [١٠] هذا طلاق البدعة ، وهي مواضع حيضها . والإجماع أيضًا ، لأن مخالفنا قال : ليست بأيمان فيها . وسوى هذه المواضع أيمان [١١] لوجود المعنى الذي ذكرنا فيها .

٢٣٧١٧ - احتجوا : بأنه إيقاع طلاق بصفة ليس فيه منع من فعل ، ولا حنث عليه ولا تصديق ، فوجب أن لا يكون حالفا بالطلاق .

٢٣٧١٨ - أصله : إذا قال لها إذا حضت فأنت طالق وإذا طهرت فأنت طالق [وأنت طالق] [١٢] إن شئت [١٣] .

٢٣٧١٩ - الجواب : أنا قدمنا [١٤] أن الشرط والجزاء ليس بيمين ، وإنما ألحق باليمين اللغوية بمعنى هو موجود في الجميع ، فاعتبار الحنث على الفعل والامتناع منه لم يدل عليه دلالة شرعية ولا لغوية ، فلم يصح اعتباره . ثم إذا قال لها : إن قدم الحاج فأنت

---

(١) ساقطة من (م) .
(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) في (م) : [فقلت] .
(٤) ساقطة من (م) (ع) .
(٥) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .
(٦) في (م) : [فلا يفيده بين أين ينضم] وهو .
(٧) انظر : شرح المفصل لابن يعيش (٢١٥/١٠) .
(٨) في (م) : [تحصيصًا] .
(٩) في (م) : [لذلك] وفي غيرها : كذلك .
(١٠) ساقطة من (ن) .
(١١) انظر : المهذب (٩٣/٩٢/٢) النكت ورقة ٢٢٣ .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) .
(١٣) انظر : النكت ورقة ٢٢٣ .
(١٤) في (ن) ، (ع) : [إذا قال] وهو .

طالق ، وإن جاء المطر فأنت طالق فقد خرج مخرج [١] اليمين بدلالة أنه يجوز أن يكون يعتقد أن المطر لا يأتي ، وأن الحاج لا يقدمون ثم حقق الخبر عن ذلك باليمين .

* * *

(١) ساقطة من (م) .

مسألة ١١٤٨

إذا أضاف الطلاق أو علَّقه إلى مطلق الوقت

٢٣٧٢٠ - قال أبو حنيفة : إذا قال : متى لم أطلقك فأنت طالق لم يقع عليها الطلاق [إلا في آخر أجزاء حياته (١) . وإن قال : إذا لم أطلقك فأنت طالق فهو مثل أن لا يقع عليها الطلاق] (٢) في الحال .

٢٣٧٢١ - وقال أبو يوسف ومحمد : هو مثل متى (٣) .

٢٣٧٢٢ - وبه قال الشافعي (٤) .

٢٣٧٢٣ - لنا : أن متى شرط هي (٥) عليه في الأزمان (٦) ، ومثلها أنى في الأماكن ، وأنى (٧) تقع على الأماكن والأزمنة ، وإذا ظرف زمان إلا أنها أيضًا هي

---

(١) هكذا في (م) وفي (ن) ، (ع) إذا قال متى لم أطلقك فأنت طالق لم يقع عليها الطلاق في الحال . والمنقول عن أبي حنيفة وصاحبيه بخلاف هذا . جاء في الجامع الصغير : إن قال أنت طالق متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت . وكذا نقله الطحاوي في المختصر وصاحب المبسوط وصاحب الهداية وغير هؤلاء من أئمة المذهب . انظر : الجامع الصغير ١٩٦ مختصر الطحاوي ٢٠٢ المبسوط (١١٢/١١١/٦) بدائع الصنائع (١٣/١٣) الهداية (٢٣٥/١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٣) محل الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه إن لم تكن له نية . قال في المبسوط : فأما إذا قال إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك فإن قال : عنيت به إذا الشرطية ، فهو بمنزلة أن لا يقع الطلاق حتى يموت أحدهما ، وإن قال عنيت به وقع الطلاق متى سكتُّ ، لأن إذا تستعمل لكل واحدة منهما ، وإن لم تكن له نية فعلى قول أبي حنيفة لا تطلق حتى يموت أحدهما ، وقال أبو يوسف ومحمد متى سكت يقع . انظر : المبسوط (١١١/٦) البحر الرائق (٢٩٥/٢٩٤/٣) البناية (٤٢٥/٤٢٣/٤) .

(٤) المنصوص عن الإمام الشافعي أن إذا على الفور وأَنَّ إنْ لا تقتضي الفور متى بل هي على التراخي ، فإذا قال : إذا لم أطلقك فأنت طالق وأمكنه الطلاق فلم يطلق طلقت . انظر : المهذب (٩٢/٢) النكت ورقة ٢١٩ الوجيز (٦٥/٢) نهاية المحتاج (٢٢/٧) زاد المحتاج (٤٠٥/٣) .

(٥) ساقطة من (ن) (ع) .

(٦) الجنى الداني في حروف المعاني ص ٤٦٨ للعلامة حسن بن قاسم المرادى ط مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر ط سنة ١٣٩٦ هـ ١٩٧٦ شرح المفصل (٩٦/٤) لابن يعيش .

(٧) في (ن) ، (ع) : [أي] .

للشرط من طريق المعنى (١) . وتفارقه (٢) فوجه المضاهاة (٣) : أنه يجب بحصول الأول حصول الثاني فصار قوله (٤) إذا جاء الحاج أعطيتك درهما . بمنزلة قوله : متى قدم زيد أعطيتك درهما (٥) .

٢٣٧٢٤ - وجه المفارقة : [أن الشرط] (٦) لا يتيقن حصوله وإذا تيقن حصولها ففارقت « متى » بذلك وضعف فيها معنى الجزاء ولذلك (٧) لم يجز بها إلا في الشعر (٨) . قال أبو على (٩) إلا أن الشريعة قد أجرتها في أيمان الطلاق مجرى صريح الشرط بدليل أن قوله : إذا دخلت الدار فأنت طالق بمنزلة قوله : إن دخلت الدار فأنت طالق لأنه لا يتيقن حصول الشرط في الموضعين جميعا .

٢٣٧٢٥ - قال : وقد وجدت في كتاب سيبويه (١٠) ما يشهد لهذا وهو إنشاده يعنى إبله (١١) :

إذا رأتني سقطت أبصارها الشطرة الثانية دأب (١٢) ....

---

(١) هذا إذا كانت اسمًا وتكون ظرفًا لما يستقبل من الزمان متضمنة معنى الشرط . وفي هذا تجاب بما يجاب به أدوات الشرط نحو إذا جاء زيد فقم إليه . انظر : الجني الداني ص ٣٦٠ كتاب الأزهية في علم الحروف ص ٢١٥ للعلامة على بن محمد الهروى . ط . مجمع اللغة العربية بدمشق ١٤٠١ هـ ١٩٨١ م .

(٢) في (ن) ، (ع) : [ومفارقة] .

(٣) المضاهاة هي : المشاكلة . مختار الصحاح - باب الضاد ٤٠٩ .

(٤) في (ن) ، (ع) : [كقوله] . انظر : المبسوط (١١٢/٦) .

(٥) ساقطة من (ن) (ع) .

(٦) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) .

(٧) في (ن) ، (ع) : [وكذلك] .

(٨) انظر : الجني الداني ٣٦٠ المسائل المنثورة ص ٢١٥ لأبي على الفارسي ط مجمع اللغة العربية بدمشق .

(٩) هو : الحسن بن أحمد بن عبد الغفار أبو على الفارسي أخذ عن الزجاج وابن السراج وابن جنى وعلى بن عيسي . صنف كتبا كثيرة ، وعلت منزلته في النحو حتى قال قوم من تلامذته : هو فوق المبرد . من أشهر مصنفاته : التذكرة والحجة والمقصور والممدود والمسائل العسكرية والمسائل البصرية والكرمانية وغير ذلك . مات ببغداد سنة (٣٧٧ هـ) . انظر : في بغية الوعاة (٤٩٦/١-٤٩٨) طبقات الزبيدى ص ١٢٠معجم الأدباء (٢٣٢/٧) أنباه الرواة (٢٣٧/١-٢٧٥) .

(١٠) هو : عمرو بن عثمان بن قنبر أخذ النحو عن الخليل بن أحمد ويونس وغيرهم وأخذ اللغة عن الأخفش الكبير وقال الأزهري : كان سيبويه علامة حسن التصنيف . ومن أشهر مصنفاته « الكتاب » المنسوب إليه مات سنة (١٨٠ هـ) . انظر : في معجم الأدبان (١١٤/١٦) أنباه الرواة (٣٤٦/٢) بغية الوعاة (٢٢٩/٢) .

(١١) ساقطة من (م) .

(١٢) الدأب : العادة والملازمة يقال : مازال ذلك دينك ودأبك وديدنك كله من العادة . انظر : لسان =

بكار [١] شايحت [٢] أبكارها [٣] .

٢٣٧٢٦ - يقول : قد دعوتها أن انحر وأولادها الصغار « فهي غير مستبشرة [٤] برؤيته [٥] .

٢٣٧٢٧ - ويبين مفارقة « إذا » « لمتى » أن « إذا » لوقت معين « ومتى » ليست لوقت معين « ومتى » يصح فيها العموم [٦] والشمول وإذا لا يصح فيها ذلك [٧] .

٢٣٧٢٨ - ألا ترى أن « متى » تكون استفهاما لصحة العموم فيها « وإذا » لا تكون استفهاما ، لأنه لا يصح فيها العموم ، فشابهت أن في أنها شرط يمتنع فيها الاستفهام وفارقت « متى » « وأين » في ذلك .

٢٣٧٢٩ - ألا ترى أن من قال : متى دخلت الدار [٨] فأنت طالق . فتكرر الدخول تكرر الطلاق فلما شابهت « إذا » « أن » ألحقها أبو حنيفة بها لكثرة الشبه ، ولو تساوى شبهها « بإن » « ومتى » احتمل أن يتعجل الطلاق واحتمل أن يتأخر فلم يعجله بالشك فقضى بتأخيره [٩] .

٢٣٧٣٠ - احتجوا : بأن « إذا » لوقت مستقبل « وإذا » اسم لوقت ماض فإذا قال إذا لم أطلقك فأنت طالق [معناه : أي وقت لم أطلقك فأنت طالق] [١٠] فإذا مضى وقت يمكنه أن يطلقها فيه فلم يطلقها فقد وجدت الصفة فوجب أن يقع الطلاق كما إذا قال : أي وقت لم أطلقك أو متى لم أطلقك [١١] .

= العرب - باب الدال (١٣١٠/٢) .

(١) البكار بالكسر جمع البكر والمصدر البكارة والبكرة من الإبل وهي الفتية . القاموس باب الراء (٣٩٠/١) .

(٢) الشياح بالكسر الجد في كل شيء أو الحذار والمعنى جدت ومضت أو حازرت . القاموس باب الحاء (٢٤٠/١) .

(٣) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة [بكارها] كما في موطنه . انظر : الكتاب لسيبويه (٣٥٧/١) ط الهيئة المصرية العامة للكتاب - تحقيق عبد السلام هارون سنة ١٩٧٧ .

(٤) في (ن) ، (ع) : [مستبسرة] .

(٥) ساقطة من (ن) ، (ع) . انظر : المسائل العسكرية لأبي على الفارسي ﷺ ٨٦ ط أولي ١٤٠٣ هـ ١٩٨٢ م ط مطبعة المدني .

(٦) في (ن) ، (ع) : [المعمول] .

(٧) انظر : شرح المفصل (١٠٤/٩٦/٤) .

(٨) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(٩) انظر : المبسوط (١١٢/١١١/٦) تبيين الحقائق : (٢٠٦/٢) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(١١) في (ن) ، (ع) : [فقد وجدت الصفة فوجب أن يقع الطلاق أو متى لم أطلقك] وهي زيادة انظر : =

٢٣٧٣١ - قلنا : هذا وجه شبهها بمتى وقد بينا مشابهتها « إن » ومفارقتها « متى » ، ومتى تجاذبها الشبهان لم يصح لهم كلام ، حتى يبطلوا شبهها بإن ويلحقوها بمتى من كل الوجوه .

٢٣٧٣٢ - قالوا : « إذا » تفارق « إن » . ألا ترى أنه متى قال : أنت طالق إذا قامت القيامة كفَّر ، فدل على اختلافهما ولم يجز الشرط بينهما .

٢٣٧٣٣ - قلنا : هذه المفارقة لأن الشرط لا يتيقن حصوله في « إن » [وإذا يتيقن حصولها] [1] وهي بهذا تفارق « متى » لأنه لا يتيقن حصولها ، وكما دل على مفارقتها « إن » فكذلك دل على مفارقتها « متى » .

٢٣٧٣٤ - قالوا : لو قال لامرأته : أنت طالق إذا شئت لم يختص بالمجلس ويجوز لها أن تشاء الطلاق بعد قيامها كما لو قال : أنت طالق متى شئت . ولو قال لها : أنت طالق [إن شئت] [2] اختص بالمجلس [3] .

٢٣٧٣٥ - قلنا : قد بيّنا أن [4] « إذا » أشبهت « متى » « وإن » . وفي مسألتنا قد ملكها الطلاق ، وإذا محتملة ، فلم يخرج من يدها بالشك ، كما أن في مسألتنا لما احتملت وقوع الطلاق في الحال وفي آخر العمر لم يعجل الطلاق بالشك [5] .

* * *

= المبسوط (٦/١١٢) بدائع الصنائع (٣/١٢٣) النكت ورقة ٢١٩ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٢) في (ن) ، (ع) : [متى شئت] وهو .

(٣) انظر : المبسوط (٦/١١٢) تبيين الحقائق (٢/٢٠٦) فتح القدير (٤/٣٢/٣٣) .

(٤) ساقطة من (ن) (ع) .

(٥) انظر : الاختيار (٣/٨٠) .

مسألة ١١٤٩

إذا قال لامرأته أنت طالق إلى شهر

٢٣٧٣٦ - روى الحسن [١] عن أبي حنيفة في من قال لامرأته : أنت طالق إلى شهر وقع الطلاق في الحال .

٢٣٧٣٧ - وقال محمد : لا يقع إلا بعد شهر [٢] .

٢٣٧٣٨ - وبه قال الشافعي [٣] .

٢٣٧٣٩ - لنا : أن قوله « إلى شهر » تأجيل والتأجيل إنما يصح دخوله في الحقوق الثابتة لتأخر المطالبة ، ولابد من إثبات الطلاق حتى يصح دخول التأجيل فيه ، والطلاق إذا وقع لم يدخله التأجيل بلغو ذلك التأجيل [٤] ولأنا [لو لم] [٥] نوقع الطلاق في الحال صار كأنه قال : أنت طالق إذا مضى شهر وإلا لا تكون بمعنى إذ الحال [٦] .

٢٣٧٤٠ - احتجوا : بأنا لو أوقعنا الطلاق ألغينا التأجيل وتصحيحه أولى من إلغائه [٧] .

٢٣٧٤١ - قلنا : إنما يصح [٨] الكلام إذا كان له معنى ، فإذا لم يكن له معنى ، لم نحمله مالا يحتمله وإلا لثبتت له فائدة .

---

(١) هو : الحسن بن زياد اللؤلؤى صاحب أبي حنيفة أخذ الفقه عن أبي حنيفة وعنه محمد بن سماعة وعلى الرازى ومحمد بن شجاع وغيرهم مات سنة ٢٠٤ هـ . انظر : الفوائد البهية (٦٠،٦١) الجواهر المضية (٧٢/١) .

(٢) قال في المبسوط : لو قال : أنت طالق إلى شهر فإن نوى وقوع الطلاق عليها في الحال طلقت ولنا قوله « إلى شهر » لأن الواقع من الطلاق لا يحتمل الأجل وإن لم ينو ذلك لم تطلق إلا بعد مضى شهر وقال زفر رحمه الله لم تطلق في الحال وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ، لأن قوله إلى شهر لبيان الأجل ، والأجل في الشيء لا ينفي ثبوت أصله ، بل لا يكون إلا بعد ثبوت أصله ، كالأجل في الدين لا يكون إلا بعد وجوب الدين ، فكذلك ذكر الأجل هنا فيما أوقعه لا ينفي الوقوع في الحال ، ولكن يلغو الأجل ، لأن الواقع من الطلاق لا يحتمل ذلك . وأصحابنا رحمهم الله تعالى يقولون الواقع لا يحتمل الأجل ولكن الإيقاع يحتمل ذلك » . المبسوط (١١٤/٦) البحر الرائق (٢٨٧/٣) .

(٣) قال في النكت : إذا قال أنت طالق إلى شهر ولم يكن له نية طلقت بعد شهر . المهذب (٩٣/٢) المجموع (١٩٨/١٧) روضة الطالبين (١٢٧/٨) . (٤) انظر : المبسوط (١١٤/٦) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) . (٦) انظر : المبسوط (١١٤/٦) .

(٧) انظر : المبسوط (١١٤/٦) النكت ورقة ٢٢٣ .

(٨) ساقطة من (ن) (ع) .

٢/٢٠أ

٢٣٧٤٢ - قالوا : يحتمل الغاية والشرط فإن حملناه على / الغاية فكأنه [١] قال : أنت طالق في مدة شهر دون ما بعده ويحتمل الشرط كما يقال : آتيك إلى شهر . بمعنى « بعد مضيه » [٢] .

٢٣٧٤٣ - قلنا : لا يعرف هذا اللفظ في اللغة ولا يصح أن تقول آتيك إلى شهر بمعنى بعد شهر . وقد وافقنا أبو يوسف ومحمد أنه لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق أنها إذا دخلت وقع الطلاق في الحال [٣] والطلاق المعلق بالشرط كالموقع بعد الشرط ، وإذا كان لا يتأجل بعد دخول الدار فلذلك لا يتأجل في الحال .

* * *

(١) في (م) : [كأنه] .

(٢) في (ن) ، (ع) : [بعد شهر] . انظر : المهذب (٩٣/٢) .

(٣) انظر : الاختيار (٩٧/٣) .

مسألة ١١٥٠

تصرفات المكره

٢٣٧٤٤ - قال أصحابنا : طلاق المكره وعتاقه ويمينه ونكاحه ونذره يصح [١] .

٢٣٧٤٥ - وقال الشافعي : لا يصح [٢] .

٢٣٧٤٦ - لنا : قوله تعالى ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [٣] فأثبت الرجعة عقيب التطليقتين ولم يفصل وقال : ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا﴾ [٤] .

٢٣٧٤٧ - فإن قيل : القصد من الآية الأولى بيان الطلاق الرجعي ومن الثانية بيان التحريم بالثانية إلا بعد زوج .

٢٣٧٤٨ - قلنا : المعتبر العموم دون مقاصد المتكلم بالكلام وما خرج عليه .

---

(١) يكون مكرها بشروط هي (أ) قدرة المكره على إيقاع ما هدد به (ب) خوف حدوث المكره به عاجلًا مع امتناعه عن فعله قبل الإكراه (ج) أن يكون المكره به نفسًا أو عضوًا المبسوط (٦/١٧٦-٢٤/٤٠-٦٢-١٠٥) الاختيار (٢/١٤٣) .

(٢) هذا إذا كان الإكراه بغير حق ولا يصير مكرها إلا بثلاثة شروط أحدهما : أن يكون المكره قاهرًا له لا يقدر على دفعه . الثاني : أن يغلب على ظنه أن الذي يخافه من جهته يقع به . الثالث : أن يكون ما يهدده به مما يلحقه ضرر به كالقتل والقطع والضرب المبرح والحبس الطويل والاستخفاف بمن يتضرر من ذلك من ذوى الأقدار . انظر : المهذب (٢/٨٧) الوجيز (٢/٥٧) الإقناع (٢/١٥٧) . قوانين الأحكام ٢٥٢ جواهر الإكليل (١/٣٤٠) بداية المجتهد (٢/١٠) . انظر : المغنى (٨/٢٥٩/٢٦١) الشرح الكبير (٨/٢٤١/٢٤٤ ٢٤٥) والمبدع (٧/٢٥٤) وبه قال ابن حزم . انظر : المحلى (٩/٢٥٨) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ . ورد على هذا الاستدلال أمور منها : أولًا : أن الاحتجاج بعموم الآية فيه تناقض ، لأنهم لا يجيزون بيع المكره ، والله تعالى يقول : « وأحل الله البيع وحرم الربا » . ثانيا : أنهم خالفوا هذا العموم ولم يجيزوا طلاق الصبي ولا طلاق النائم . ثالثا : أن الله تعالى الذي قال هذا هو الذي قال « ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم » والمكره لم يطلق قط وإنما قيل له : قل هي طالق ثلاثا فحكى قول المكره له . انظر : المحلى (٩/٢٦٣) . رابعًا : أن هذه الآية دخلها التقييد باستثناء طلاق الصبي والمجنون والنائم بما روى النبي ﷺ أنه قال رفع القلم عن ثلاث الحديث ، فبقيت دلالتها ظنية في الباقي فجاء الحديث « لا طلاق في إغلاق » ، فأخرج المكره ولحق بالثلاث - المشار إليهم آنفا . انظر : أركان الطلاق في الشريعة الإسلامية د/ محمد إسماعيل ص ٨٠ .

٢٣٧٤٩ - فإن قيل : إطلاق الطلاق يقتضي ما حصل مع الطوع [(١)] ألا ترى : أن من طلق جاز للشهود أن يشهدوا عليه أنه طلق طائعا .

٢٣٧٥٠ - قلنا : « ما ذاك » [(٢)] للإطلاق لكن لأنهم لم يعاينوا إكراهه فيصح أن يشهدوا تبعته [(٣)] عند الإيقاع ويدل عليه ما روى صفوان بن عمران الطائي [(٤)] أن رجلا كان مع امرأته فأخذت السكين فجلست على صدره [ووضعت السكين على صدره] [(٥)] ، فقالت : طلقني ثلاثا البتة أو لأذبحنك [(٦)] فناشدها فأبت عليه فطلقها ثلاثا فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال : لا قيلولة في الطلاق [(٧)] ذكر محمد هذا الخبر في الأصل [(٨)] .

٢٣٧٥١ - فإن قيل : لا يقال : قيلولة وإنما يقال . إقالة والقيلولة من القايلة [(٩)] .

٢٣٧٥٢ - قلنا : قال أبو الفتح بن جنى [(١٠)] في شرح ....

(١) في (ن) ، (ع) : [التطوع] . (٢) في (ن) : [ما دال] .

(٣) في (ن) : [سفيه] .

(٤) هكذا في جميع النسخ ووقع في الإصابة » أنه صفوان بن غزوان الطائي » وفي الجرح والتعديل- لابن أبي حاتم أنه صفوان بن عمران . كذا في ميزان الاعتدال وفي لسان الميزان : أنه صفوان بن عاصم . انظر : الإصابة (٤٣٧/٣) الجرح والتعديل (٤٢٢/٤) ميزان الاعتدال (٣١٦/٢) لسان الميزان (١٩١/٣) . وهو : صفوان بن عمران الأصَم الطائي روى عن بعض أصحاب النبي ﷺ حديثا منكرًا في طلاق المكره ، وروى عنه الفاز بن جبلة وإسماعيل بن عياش . قال البخاري : حديثه منكر لا يتابع عليه . انظر : الإصابة (٤٣٨/٤٣٧/٣) الجرح والتعديل (٤٢٢/٤) ميزان الاعتدال (٣١٦/٢) لسان الميزان (١٩١/٣) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٦) في (ن) ، (ع) : [أو لأذبحك] .

(٧) الحديث أخرجه بن منصور في سننه باب ما جاء في طلاق المكره (٢٧٦/٢٧٥/٣) والعقيلي في كتاب الضعفاء الكبير (٤٤١/٣/٢١١/٢) وأخرجه أبو محمد عبد الرحمن الرازي في علل الحديث (٤٣٦/١) وابن الجوزي في العلل المتناهية (١٦٠/١٥٩/٢) انظر : المحلي (٩/٥٢٦/١١) زاد المعاد (٤٠/٤) نيل الأوطار (٢٣٨/٦) .

(٨) انظر : الأصل ورقة (١٣/١٣٢) . مخطوط بمكتبة الأزهر تحت رقم ٢٠٦٦ فقه حنفي المبسوط (٤١/٢٤/١٧٦/٦) بدائع الصنائع (١٠٠/٣) رؤوس المسائل ٤٢٥ فتح القدير (٤٨٩/٤) .

(٩) هذا استدلال للمخالف بأن اللفظ الوارد في الحديث هو لا إقالة في الطلاق وأما القيلولة فلا تقال في الطلاق .

(١٠) هو : عثمان بن جنى بسكون الياء وكنيته أبو الفتح الموصلي أخذ عن أبي على الفارسي وعنه الثمانيني وعبد السلام البصري وأبو الحسن وغيرهم كان من أحذق أهل الأدب وأعلمهم بالنحو والتصريف . من أشهر تصانيفه : الخصائص واللمع وسر الصناعة والتلقين في النحو والمقصور والممدود وغير ذلك مات في صفر ٣٩٢ هـ . انظر : معجم الأدباء (٨١/١٢) بغية الوعاة (١٣٢/٢) طبقات الزبيدى ١٢٠ إنباه الرواة (٣٣٥/٢-٣٤٠) .

التصريف [١] : ويقال : أقلت الرجل في البيع [إقالة وقِلت من القائلة قيلولة ، وحدثني أبو على أن أبا زيد [٢] قال : يقال قلته في البيع] [٣] وأقلت وأقلته جميعا قال [٤] : ومعناه : أنك رددت عليه ما أخذت منه ورد عليك ما أخذ منك [٥] وهذا بناء يختص بمصادر المعتل نحو كينونة [٦] . وصيرورة وبينونة فتقول على هذا : في البيع قيلولة كما تقول : صار صيرورة وطار طيرورة وبان بينونة .

٢٣٧٥٣ - فإن قيل : يجوز أن يكون اعترف بالطلاق وادعى الإكراه [٧] .

٢٣٧٥٤ - قلنا : لا يجوز أن يعلق الحكم بغير السبب المنقول ، ولأنه لو كان كذلك لم « نقبل قوله » [٨] فدل على أن المانع تعذر الفسخ . ويدل عليه ما روى عن حذيفة بن اليمان [٩] [أنه قال] [١٠] ما منعني أن أشهد بدرا إلا أنى خرجت أنا وأبي فأخذنا كفار

---

(١) هذا كتاب للإمام أبي عثمان بن جني شرح فيه كتاب أبي عثمان بكر بن محمد المازنى في التصريف شرح فيه غوامضه وأوضح فيه مشكلاته مع إيراده للأشباه والنظائر . والكتاب طبع طبعة أولى سنة (١٣٧٣/١٩٥٤) م تحقيق إبراهيم مصطفى عبد الله أمين واسم الكتاب المصنف في شرح كتاب المازنى في التصريف . انظر : هدية العارفين (٥/٦٥٢) . للإمام إسماعيل باشا البغدادي ط دار الفكر بيروت سنة ١٩٣٩ هـ .

(٢) هو : سعيد بن أوس بن ثابت أبو زيد الأنصاري أخذ عن عمرو بن عبيد وأبي عمرو بن العلاء وأخذ عنه القاسم بن سلام ومحمد بن سعد الكاتب وأبو حاتم السجستانى وأبو حاتم الرازى وغيرهم . من أشهر مصنفاته : النحو الكبير ، ومعاني القرآن ، والنوادر ، وغريب الأسماء . مات سنة (٢١٤ هـ) بالبصرة . انظر : معجم الأدباء (١١/٢١٢) بغية الوعاة (١/٥٨٢/٥٨٣) إنباه الرواه (٢/٣٠) طبقات الزبيدى (١٦٥/١٦٦) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) والزيادة هذه من النص كما في شرح التصريف .

(٥) انظر : شرح التصريف (٣/٤٤) للإمام عثمان بن جنى ط مصطفى البابي الحلبي ط أولى (١٣٧٩/ ١٩٦٠) تحقيق إبراهيم مصطفى عبد الله أمين .

(٦) في (ن) ، (ع) : [قيدود] وهو .

(٧) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على استدلال المصنف بحديث صفوان بأن الحديث يؤول على أن الرجل اعترف بالطلاق وادعى الإكراه . النكت ورقة ٢٣١ .

(٨) في (ن) ، (ع) : [لم يقبل قوله] ، وفي غيرهما : « لم يقل قبوله » .

(٩) هو : الصحابي الجليل حذيفة بن حسل بن جابر بن عمرو القطعانى روى عن النبي ﷺ وروي عنه ابنه أبو عبيدة وعمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وقيس بن أبي حازم وغيرهم . شهد مع النبي ﷺ أحدا والأحزاب وما بعده ونهاوند وفتح همذان والري ودينور وغيرها . من فضائله : أنه كان صاحب سر رسول الله ﷺ في المنافقين وكفى بها فضيلة . مات سنة (٣٦ هـ) . انظر : الاستيعاب (١/٣٣٤-٣٣٥) أسد الغابة (١/٤٦٨-٤٧٠) الإصابة ق (٢/٤٤/٤٥) طبقات ابن سعد (٥/٣٨٥) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

قريش ، فقالوا : إنكم تريدون محمدًا فقلنا : لا نريد إلا المدينة « فأخذوا منا عهد رسول الله ﷺ » [١] وميثاقه [٢] لتنصرفن إلى [٣] المدينة . . . ولا تقاتلا معه فأتينا رسول الله ﷺ فأخبرناه فقال : انصرفا فيا لهم بعهدهم ونستعين بالله عليهم [٤] فصح العهد [٥] مع الإكراه وأقر بالوفاء به [٦] وهذا يدل [على أن اليمين ينعقد بالإكراه والخلاف في الجميع واحد .

٢٣٧٥٥ - ويدل] [٧] عليه ما روى عطاء بن أبي رباح عن أبي روح عن أبي ماهل عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة [٨] .

٢٣٧٥٦ - ولا يخلو طلاق المكره أن يجعل في طلاق الجد أو الهزل وأيهما [٩] كان وقع [١٠] .

٢٣٧٥٧ - فإن قيل : فعل المكره نوع ليس بهزل ولا جد لأن الجاد من قصد اللفظ والفرقة والهازل من قصد اللفظ دون الفرقة ، والمكره الذي قصد الدفع فهو نوع ثالث كفعل المجنون والصبي [١١] .

٢٣٧٥٨ - قلنا : الجاد هو غير اللاعب والهازل هو اللاعب وليس بين النفي

---

(١) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة [عهد الله وميثاقه] كما في سياق الحديث صحيح مسلم (١٤١٤/٣) .
(٢) ساقطة من (ع) . (٣) ساقطة من (ن) (ع) .
(٤) الحديث أخرجه الإمام مسلم في صحيحه باب الوفاء بالعهد (١٤١/٣) .
(٥) في (ن) ، (ع) : [العقد] .
(٦) البيهقي هذا في معرفة السنن والآثار (٧٤/١١) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) .
(٨) الحديث بلفظه أخرجه أبو داود باب في الطلاق على الهزل (٦٤٤/٦٤٣/٢) والترمذي في سننه باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق (٤٩٠/٣) . وابن ماجه في سننه باب من طلق أو نكح أو انظر لاعبا (٦٥٨/٦٥٧) والحاكم في المستدرك كتاب الطلاق (١٩٨/١٩٧/٢) وقال سعيد بن منصور في سننه باب الطلاق الذي لا رجوع فيه (٣٧٠/٣٦٩/٣) . والدارقطني في سننه (٢٥٦/٣) باب المهر والبيهقي في السنن الكبرى ، باب صريح ألفاظ الطلاق (٣٤١/٧) .
(٩) انظر : بدائع الصنائع (١٠٠/٣) تبيين الحقائق (١٩٥/٢) .
(١٠) انظر : المحلى (٥٢٨/١١) معرفة السنن والآثار (٧٥/١١) .
(١١) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على استدلال المصنف بحديث أبي هريرة بأن الهازل من قصد اللفظ ولم يقصد المعنى ، والمكره لم يقصد اللفظ ولا المعنى .

والإثبات قسم زايد . فأما فعل المجنون فلا يدخل في التقسيم لأن الجد والهزل يكون في ذوى المقصود ، ويدل عليه قوله ﷺ : « الطلاق لمن أخذ بالساق » يعنى لمن أصابه وبيده النكاح ولم يفصل ، و(١) لأن الإكراه معنى يدل على فقد الاختيار ، مع صحة القول (٢) فلا يمنع وقوع الطلاق كالهزل (٣) .

٢٣٧٥٩ – فإن قيل : الهازل قصد اللفظ ولم يقصد الوقوع والمكره لم يقصد اللفظ فهو كالنائم .

٢٣٧٦٠ – قلنا : المكره قاصد إلى اللفظ ليدفع عن نفسه أعظم الضررين بأيسرهما . ألا ترى أنه لو قيل له لم طلقت ؟ لقال : اخترت الطلاق على ذهاب نفسي ، ولأنه معنى ينفى الرضا بزوال الملك فلم يمتنع وقوع الطلاق مع صحة القول كشرط الخيار (٤) .

٢٣٧٦١ – ولأنه معنى من جهة الأجنبي يزيل الاختيار ، فلم يمنع وقوع الطلاق كالغضب (٥) ولأنه لو عين التي أكره على طلاقها طلقت وكل من وقع طلاقه على إحدى نسائه وقع على سائر نسائه كغير المكره (٦) ولأنه أرسل الطلاق على زوجته [وهو أهل الطلاق فوجب أن يقع منه كالهازل] (٧) .

٢٣٧٦٢ – ولا يلزم الحاكي للطلاق لأنه لم يطلق زوجته . ولا يلزم المجنون لأنه ليس بمخاطب(٨) ، ولأنه معنى يختص برفع الملك عن البضع فلا ينفيه الإكراه

---

(١) ساقطة من (ع) . (٢) في (ن) ، (ع) : [القيول] .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٠٠/٧) . وقد نوقش هذا الاستدلال بأن المكره ليس بجاد ولا هازل في طلاقه . انظر : المحلى (٥٢٨/١١) .

(٤) رد الشيرازي هذا بأنه هناك اختار الطلاق بشرط باطل فسقط الشرط وبقى الطلاق ، وهاهنا أكره عليه فصار كما لو لم يصح . ولهذا لوارتد واستمهل القتل ثلاثة أيام حكم بردته . ولو أكره على الردة لم يحكم بردته ، ولأنه لو باع بشرط الخيار ثم مات في المدة لزمه البيع عندهم ، ولو أكره عليه ثم مات لم يلزم فدل على أن الإكراه أبلغ – انظر النكت ٢٢ .

(٥) هناك فرق بين الغضب والإكراه ، لأن الغضب يكون دلالة حال على إرادة الطلاق ظاهرا وأما الإكراه فهو حمل على أمر هو له كاره . (٦) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [الملك] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) . وقد رد الشيرازي هذا فقال لا نسلم أنه إيقاع بل يحكي لفظ الإيقاع كالحاكي ، ثم المكره يخالف المختار كما قلنا في الإقرار والقطع والبيع والردة والهازل قصد اللفظ فلزمه موجبه ، وهذا لم يقصد اللفظ ولا موجبه ، ولهذا يصح إقرار الهازل ولا يصح إقرار المكره . انظر : النكت ورقة ٢٢١ .

(٨) في (ن) ، (ع) : [بمخاطب] ، وفي غيرهما : « مخاطب » انظر : البحر الرائق (٢٦٨/٣) .

كالرضاع [١] . ولا يلزم الردة ، لأنها قد تزيل الملك وقد لا تزيل إذا ارتد الزوجان معًا [٢] ولأنها لا تختص بإزالة [الملك عن] [٣] البضع بل تزيل الملك عن سائر المملوكات [٤] .

٢٣٧٦٣ - فإن قيل : المعنى في الرضاع أنه فعل والإكراه لا يؤثر في الأفعال ، والطلاق قول والإكراه يؤثر في الأقوال كالبيوع [٥] ولأن المجنون لو أعتق أمته لم تعتق ولو استولدها ثبت الاستيلاد ، وكان الفرق بينهما أن أحدهما قول والآخر فعل [٦] .

٢٣٧٦٤ - قلنا : والإكراه قد يؤثر في الأفعال بدلالة المكره على شرب الخمر لا يجب عليه الحد [٧] وكذلك المكره على الزنا عندهم [٨] . والأقوال قد لا يؤثر فيها الإكراه لأنه إذا أكره الحربي على الإيمان صح إيمانه [٩] . ولأن المجنون إنما اختلفت [١٠] أقواله وأفعاله لأن الجنون لا يقع في الأفعال ويقع في الأقوال ، والإكراه يؤثر فيما يؤثر فيه عدم الاختيار كالبيع يؤثر فيه فَقْدُ الاختيار [١١] والطلاق لا يؤثر فيه ذلك .

٢٣٧٦٥ - ويدل عليه أن المكره مكلف ، بدلالة أنه يجوز عليه أن يقتل ويزنى وإن أكره على ذلك ومباح له أن يظهر كلمة الكفر ، وواجب عليه أن يشرب الخمر ويأكل الميتة ، فلما خوطب بالحظر والإباحة والإيجاب [١٢] دل [١٣] على أنه مكلف ،

---

(١) رد ابن حزم هذا فقال : ثم نقول لهم إن الرضاع لا يراعى فيه نية بل رضاع المجنونة والنائمة كرضاع العاقلة ، لقول النبي ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » فلا مدخل للإرادة في الرضاع ، ولا هو من عمل أمرت به فيراعى فيه نيتها . انظر : المحلى (٢٦٧/٩) . زد على ذلك بأنه لو كان كالرضاع لصح مع الجنون والنوم ، ثم الرضاع فعل والطلاق قول وحكم الأمرين مختلف .

(٢) إذا ارتد الزوجان معًا لا تقع الفرقة بينهما استحسانا حتى لو أسلما معا فهما على نكاحهما . والقياس أن تقع الفرقة بينهما . بدائع الصنائع (٢٣٨/٢٣٧/٢) .

(٣) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (١٨٦/٧) .

(٥) في (ن) ، (ع) : [كالبيع] .

(٦) هذا اعتراض للمخالف أورده الشيرازي في النكت على قياس المصنف على الرضاع بأن المعنى في الرضاع أنه فعل والإكراه لا يؤثر في الأفعال ، والطلاق قول وحكم الأمرين يختلف - ولهذا لا ينفذ قول المجنون لو اعتق أمته ، ولو استولدها ثبت الاستيلاد . والفرق بينهما أن أحدهما قول والآخر فعل . انظر : النكت ورقة ٢٢١ .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٧٨/٧) .

(٨) قال في المهذب : وهل يجب الحد على الرجل إذا أكره على الزنا فيه وجهان : أحدهما -وهو المذهب : إنه يجب عليه ، والثاني لا يجب عليه .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (١٨٦/٧) .

(١٠) في (ن) ، (ع) : [اختلف] .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (١٨٦/٧) .

(١٢) في (ن) ، (ع) : [والأصحاب] .

(١٣) ساقط من (ن) (ع) .

والمكلف [١] إذا خاطب زوجته بالطلاق وقع طلاقه كالغضبان .

٢٣٧٦٦ - احتجوا : [٢] بما روى أن النبي ﷺ قال : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه [٣] .

٢٣٧٦٧ - والجواب : أن ظاهر الخبر متروك المعنى ولا يمكن اعتبار عمومه ، وذلك لأن الظاهر [٤] رفع الفعل المسمى ، والخطأ الذى وقع عليه الإكراه ، ونحن نعلم أن هذه الأفعال موجودة غير مرتفعة فعلم أن المرفوع غير الفعل ، فليس لهم أن يحملوه على رفع الفعل المضمر ولأن حكم الخطأ « لا يرتفع » [٥] بالإجماع بدلالة وجوب الدية وضمان الأموال [٦] فلم يبق إلا أن يحمل على المأثم [٧] .

٢٣٧٦٨ - فإن قيل : روى هذا الخبر بألفاظ منها « عفي لأمتي » [ومنها تجاوز] [٨] ومنها « رفع « فيحمل رفع على معنى اللفظين .

٢٣٧٦٩ - قلنا : [هذا يحقق ما قلنا : أن العفو] [٩] والتجاوز يستعمل في رفع المأثم [١٠] - وهو فيه أظهر - كلفظ الرفع ، فالواجب حمل لفظ الرفع عليه .

٢٣٧٧٠ - فإن قيل : الخبر يقتضي رفع المكره عليه وعندنا الطلاق لا يقع فقد قلنا بالخبر [١١] .

٢٣٧٧١ - قلنا : الطلاق بعض ما دخل تحت العموم والخبر يقتضي رفع كل فعل

---

(١) ساقط من (ن) (ع) .

(٢) انظر : المهذب (٧٨/٢) النكت للشيرازي ٢٢١ بداية المجتهد (٦٩/٢) . نهاية المحتاج (٤٤٥/٦) الشرح الكبير (٧٨٩/٢) والكافي (٧٨٩/٢) .

(٣) الحديث أخرجه ابن ماجه ، باب طلاق المكره والناسى (٦٥٩/١) والدارقطنى في سننه باب النذور (١٧١/٤) . والبيهقى في السنن الكبرى باب من زنى بامرأة مكرهة (٢٣٥/٨) وأيضا في باب ما جاء في طلاق المكره (٣٥٦/٧) الحاكم في المستدرك (١٩٢/٢) - وعبد الرزاق في المصنف (٤٠٩/٦/٤١٠) . والطبرانى في المعجم الكبير مجمع الزائد (٢٥٠/٦) المعجم الكبير (٩٧/٢) .

(٤) في (ن) ، (ع) : [وذلك ولا معنى له] .

(٥) في (ن) ، (ع) : [لا يرفع] .

(٦) انظر : الجوهر النقي (٣٥٧/٧) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٨٢/٧) فتح القدير(٤٨٨/٤/٤٨٩) البحر الرائق (٢٦٤/٣) . وقد رد ابن حزم هذا بأنه إخبار من النبي ﷺ بأنه رفع عن المكره حكم كل ذلك كما رفع عن المصلى فعله بالسهو في السلام والكلام وعن الصائم أكله وشربه وجماعه سهوا وعن البائع مكرها بيعه - المحلى (٢٦٧/١١) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) (ع) .

(١٠) ساقطة من (ن) (ع) .

(١١) ساقطة من (م) .

خطأ ومكره عليه وقد أجمعنا أن ذلك لا يرتفع - وإن اختلفنا [1] في الطلاق ، وإذا انتفى الظاهر في مواضع الاتفاق لم يقدح في كلامنا ما ينفرد مخالفنا به في موضع الخلاف .

٢٣٧٧٢ - فإن قيل : الذي استكره عليه هو وقوع الطلاق فيجب أن يكون مرفوعا .

٢٣٧٧٣ - قلنا : هذا غلط إنما يكره على اللفظ والحكم لا يصح الإكراه عليه لأنه ليس من فعله فلم يبق إلا أن يكون المرفوع اللفظ وذلك غير مرتفع باتفاق فعلم أن الذي رفع بالإكراه هو المواخذة [2] والمأثم .

٢٣٧٧٤ - فإن قيل : الطلاق لا مأثم فيه فكيف ينتفي عنه المأثم بالإكراه ، ولا مأثم فيه مع عدم الإكراه

٢٣٧٧٥ - قلنا : هذا غلط لأن الطلاق فيه مأثم إذا وقع في حال الحيض وعقيب الجماع أو جمع في لفظ واحد [3] وهذا المأثم يرتفع بالإكراه . ثم هذا غلط ؛ لأنا إذا بينا بالدلالة التي قدمناها أن معنى الخبر رفع مأثم الخطأ وذلك لا يوجد في الطلاق وتناول الخبر ما يأثم بفعله فينتفي « عنه المأثم / » [4] بالإكراه وخرج الطلاق من اللفظ وعلمنا أنه يتناوله [5] . /ب

٢٣٧٧٦ - احتجوا : [6] بما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : لا طلاق في إغلاق [7] .

٢٣٧٧٧ - قالوا : قال أبو عبيد [8] وابن قتيبة الإغلاق : الإكراه [9] .

---

(١) في (ن) ، (ع) : [اختلفا] .
(٢) في (ن) ، (ع) : [الواحدة] .
(٣) انظر : المبسوط (٧/٤/٦) .
(٤) في (ن) ، (ع) : [عنه المأثم] .
(٥) في (ن) ، (ع) : [تناوله] .
(٦) انظر : النكت ورقة ٢٢١ نهاية المحتاج (٤٤٥/٦) مغنى المحتاج (٢٨٩/٣) الشرح الكبير (٢٤٢/٨) المبدع (٢٥٤/٧) .
(٧) الحديث أخرجه أبو داود في سننه باب في الطلاق على غلط (٦٤٣/٦٤٢/٢) ابن ماجه في سننه باب طلاق المكره (٦٥٩/١) والبيهقى في السنن الكبرى باب جامع الإيمان (٣٥٧/٧) وأحمد في مسنده (٢٧٦/٦) والحاكم في المستدرك كتاب الطلاق (١٩٨/٢) وأبو يعلى في مسنده (٤٤٤/٤٢١/٧ ٥٣٥٢/٨) .
(٨) أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله - سمع سفيان بن عيينة وعبد الله بن المبارك ويحي القطان وابن مهدى وأخذ اللغة عن أبي عبيدة وأبي زيد وجماعة ، وروى عنه عبد الله بن الرحمن الدارمي ووكيع وعباس الدوري وغيرهم . صنف التصانيف ، منها : كتاب الأموال وغريب الحديث والمنسوخ وفضائل القرآن وغيرها . مات سنة ٢٢٤ بمكة . انظر : طبقات الشيرازي ٩٢ طبقات السبكى (١٥٣/٢) طبقات الزبيدى ١٩٩ سير أعلام النبلاء (٤٩٠/١٠) .
(٩) انظر : النهاية في غريب الحديث (٣٧٩/٣) .

٢٣٧٧٨ - والجواب : عن هذا الخبر ذكره البخاري [(١)] في تاريخه [(٢)] فقال : قال أحمد بن حنبل حدثنا سعد بن إبراهيم وهو أبو إسماعيل الزهري [(٣)] قال : حدثني أبي [(٤)] عن [(٥)] محمد ابن إسحاق [(٦)] قال : حدثني ثور بن يزيد الكلاعى [(٧)] عن محمد بن عبيد بن أبي صالح المكي [(٨)] قال : حججت مع عدى بن عدى

(١) الإمام الحافظ محمد بن إسماعيل بن إبراهيم أبو عبد الله البخاري روى عن مكي بن إبراهيم ومحمد بن عبد الله الأنصاري وعفان وأبي عاصم النبيل وخلائق غيرهم . وروي عنه الإمام مسلم والترمذى والنسائي وأبو زرعة وابن خزيمة وغيرهم . قال ابن خزيمة : ما رأيت تحت أديم السماء أعلم بحديث رسول الله ﷺ ولا أحفظ له من البخاري . من أشهر مصنفاته : الجامع الصحيح والتاريخ الكبير والتاريخ الصغير والأدب المفرد وغيرها مات سنة (٢٥٦ هـ) . انظر : تهذيب التهذيب (٥٥/٤٧/٩) الكاشف (١٨/٣) تذكرة الحفاظ (٥٥٧/٥٥٥/٢) الجرح والتعديل (١٩١/٧) .

(٢) « التاريخ الكبير » للإمام محمد بن إسماعيل البخاري جمع فيه أسماء الرواة : ثقاتهم وضعفاءهم من رواة الأحاديث ، مع دراسة لأحوالهم . كشف الظنون (٢٨٧/١) وهو مطبوع .

(٣) جاء في جميع النسخ « يعقوب بن إبراهيم » وهو أبو إسماعيل الزهري - وصحته كما في تاريخ البخاري (١٧٢/١) « سعد بن إبراهيم » . وهو : سعد بن إبراهيم بن سعد أبو إسحاق البغدادي ، روى عن أبيه وابن أبي ذئب وروي عنه ابناه عبد الله وعبيد الله وأحمد بن حنبل وغيرهم . قال ابن معين : ثقة مات سنة (٢٠١ هـ) . انظر : الجرح والتعديل (٨٠/٧٦/٤) تهذيب التهذيب (٤٦٢/٣) الثقات لابن حبان (٢٨٣/٨) خلاصة تهذيب الكمال (٣٦٧/١) .

(٤) إبراهيم بن سعد بن إبراهيم أبو إسحاق المدني روى عن الزهري هشام بن عروة ومحمد بن إسحاق وغيرهم وروي عنه الليث وقيس بن الربيع وشعبة وغيرهم قال أبو حاتم ثقة مات سنة (١٨٣ هـ) له في الكاشف (٢٣٧/١) الجرح والتعديل (١٠٢/١٠١/٢) تهذيب التهذيب (١٢١/١) .

(٥) ساقطة من (م ن ع) .

(٦) محمد بن إسحاق بن يسار المدني أبو بكر روى عن مكحول وحميد الطويل والنخعى والزهري وغيرهم ، وروي عنه يحيى بن سعيد وجرير وإبراهيم بن سعد وخلق كثير . قال ابن معين : ثقة . مات سنة (١٥٢هـ) . انظر : ميزان الاعتدال (٤٦٨/٣-٤٧٦) الثقات (٣٨٠/٧/٣٨٥) تهذيب التهذيب (٣٨/٩-٤٦) خلاصة تهذيب الكمال (٣٧٩/٢) .

(٧) ثور بن يزيد بن زياد الكلاعى روى عن خالد بن معدان ورجاء بن حيوة وعكرمة وغيرهم ، وروى عنه إسماعيل بن عياش والثوري وبقية بن الوليد وغيرهم . قال يحيى بن القطان : ثقة . انظر : تهذيب الكمال (٤١٨/٤-٤٢٨) الجرح والتعديل (٤٦٨/٢-٤٦٩) الكاشف (١٢٠/١) رجال صحيح البخاري (١٣٣/١) .

(٨) محمد بن عبيد بن أبي صالح المكي روى عن مجاهد وصفية بنت شيبة ، وروى عنه عدى بن عدى وثور بن يزيد وعبيد الله بن أبي جعفر وغيرهم . قال أبو حاتم ضعيف الحديث مات سنة ١٣٢ هـ . انظر : الثقات لابن حبان (٣٧١/٧) الجرح والتعديل (١٠/٨) تهذيب التنهذيب (٣٣٠/٩) خلاصة تهذيب الكمال (٤٣٥/٢) .

الكندي [١] فبعثني إلى صفية بنت شيبة بنت عثمان [٢] حاجب الكعبة لأسألها عن أشياء سمعتها عن عائشة رضي الله عنها [عن النبي ﷺ] [٣] [فكان فيما حدثتني أنها] [٤] [سمعت عائشة رضي الله عنها] [٥] تقول سمعت النبي ﷺ يقول : لا طلاق ولا عتاق في إغلاق [٦] .

٢٣٧٧٩ – وكذلك رواه الدارقطني [٧] ثم رواه عن [٨] محمد [٩] من طريق قزعة ابن سويد [١٠] قال : حدثنا زكريا بن إسحاق [١١] ومحمد بن عثمان [١٢] عن صفية

---

(١) عدى بن عدى بن عميرة الكندى روي عن أبيه ورجاء بن حيوة والضحاك وغيرهم ، وروي عنه أيوب وجرير بن حازم وأبو الزبير وغيرهم . قال العجلى وأبو حاتم : ثقة مات سنة (١٢٠ هـ) . انظر : التاريخ الكبير (٤٤/٤) الجرح والتعديل (٣/٧) الكاشف (٢٢٧/٢) تهذيب التهذيب (١٦٩/١٦٨/٧) .

(٢) صفية بنت شيبة بن عثمان العبدرية – اختلف في صحبتها ، وصرح البخاري بسماعها من النبي ﷺ . روت عن النبي ﷺ وعائشة وأم سلمة وأسماء وغيرهم ، وروى عنها عبيد الله بن أبي ثور وميمون بن مهران وقتادة والحسن بن مسلم . ماتت سنة ١١٠ هـ . انظر : الاستيعاب (١٨٧٣/٤) أسد الغاية (١٧٢/٧) الإصابة (٧٤٣/٨) طبقات ابن سعد (٣٤٥/٣٤٤/٨) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) انظر : التاريخ الكبير للإمام البخاري (١٧٢/١) .

(٧) انظر : سنن الدارقطني (٣٦/٤) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) محمد بن سعيد بن الوليد الخزاعي : روى عن عبد الأعلى وخالد بن الحارث وهشام الكلبي وغيرهم وروى عنه البخاري وأبو زرعة وأبو حاتم وغيرهم . قال أبو حاتم فقيه صدوق . مات سنة (٢٣٠ هـ) انظر : الجرح والتعديل (٢٦٥/٧) الكاشف (٤٢/٣) تهذيب التهذيب (١٩٠/٩) خلاصة تهذيب الكمال (٢٠٧/٢) رجال صحيح البخاري (٦٥٢/٢) .

(١٠) قزعة بن سويد بن حجير الباهلي : روى عن الأعرج ومحمد بن المنكدر وأبي الزبير المكي ومسدد وإبراهيم بن الحجاج وغيرهم . انظر : ميزان الاعتدال (٣٨٩/٣) تهذيب التهذيب (٣٧٦/٨) المغنى في الضعفاء (٥٢٥/٢) الضعفاء والمتروكين للنسائي ٢٠٣ .

(١١) زكريا بن إسحاق المكي : روى عن عمرو بن دينار والوليد بن عبد الله وعطاء وغيرهم وعنه أزهر بن القاسم وبشر بن السري ووكيع وعبد الله بن المبارك وغيرهم . قال أبو داود : ثقة . انظر : تهذيب الكمال (٣٥٦/٩) الكاشف (٢٥٢/١) ميزان الاعتدال (٧١/٢) .

(١٢) هو : محمد بن عثمان بن خالد الأموي : روى عن أبيه وإبراهيم بن سعيد وأبو زرمة وغيرهم . وروى عنه أبو حاتم وموسى بن هارون وغيرهم – قال أبو حاتم : ثقة . مات ١٣٠ هـ . انظر : الجرح والتعديل (٢٥/٨) تهذيب التهذيب (٢٩٩/٩) ميزان الاعتدال (٦٤٠/٣) .

بنت شيبة عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أن النبي ﷺ قال : لا طلاق ولا عتاق في إغلاق [١] وقزعة عندهم واهي الرواية [٢] وكل واحد من الحديثين لم يخرجه البخاري ولا مسلم [٣] وقولهم إن أبا عبيد وابن قتيبة فسرا الحديث وقالا : الإغلاق : الإكراه .

٢٣٧٨٠ - ولم يذكر أبو عبيد هذا الحديث [٤] [وإنما ذكره القتبى [٥] ولم يبين من أين قال ذلك ، وليس هو حجة عند أهل العربية [٦] .

٢٣٧٨١ - وقد ذكر] [٧] ابن دريد [٨] ، وهو الحجة ، غَلِقَ الرجل يغلق : إذا ساء خلقه ، ويقال غلق الرهن يغلق : إذا ذهب بالدين [٩] .

٢٣٧٨٢ - وليس يستعمل غلق في اللغة إلا في أحد هذين الوجهين . وقال القتبى : غلق إذا غضب [١٠] وهو قريب مما قال ابن دريد ، وقد استعمل غلق في الخبر استعارة [١١] من غلقان : الرهن وجاء ذلك في أشعارهم : -

---

(١) انظر : سنن الدارقطني (٣/٣٦/٣٧) .

(٢) انظر : الضعفاء والمتروكين للنسائي ١٠٤ المغنى في الضعفاء (٢/٢٢٥) .

(٣) مسلم بن الحجاج القشيري : روى عن أحمد بن يونس وسعيد بن منصور وعلى بن الحسن وغيرهم ، وروى عنه الترمذي والرازى وخلائق غيرهم . من أشهر مصنفاته الصحيح . قال مسلمة بن القاسم ثقة جليل القدر من الأئمة . مات سنة ٢٦١ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (١٠/١١٣-١١٥) الجرح والتعديل (٨/١٨٢) تذكرة الحفاظ (٢/٥٨٨) .

(٤) انظر : غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام (٢/١١٤) مادة غلق ط دار الكتاب العربي بيروت .

(٥) انظر : النهاية في غريب الحديث .

(٦) ساقطة من (ن) (ع) . انظر : الصاحبى لأبي الحسين أحمد بن فارس ص ٣١ ط عيسى البابى الحلبي ١٩٧٧ م تحقيق السيد أحمد صقر . وهذا النقل موجود في غريب الحديث لابن قتيبة (١/٢٩٣/٢٩٤) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٨) هو محمد بن الحسن بن دريد بن قحطان . ولد بالبصرة سنة ٢٢٣ هـ أخذ عن عبد الرحمن بن أخي الأصمعي وأبي حاتم السجستانى وأبي الفضل الرياش وغيرهم ، وعنه أبو سعيد السيرافى وعمر بن محمد بن سيف وأبو عبيد المرزبانى وغيرهم . له من التصانيف : كتاب الجمهرة في اللغة الاشتقاق ، رواة العرب ، اللغات وغيرها مات سنة (٣٢١ هـ) . انظر : في بغية الوعاة (١/٧٦-٨١) معجم الأدباء (١٨/١٢٧) إنباه الرواة (٣/٩٢-١٠٠) طبقات الزبيدى (١٨٣/١٨٤) .

(٩) انظر : جمهرة اللغة لأبي بكر محمد بن الحسن بن دريد (٣/١٤٩) ط مجلس دائرة المعارف العثمانية الهند ط أولى ١٣٤٥ هـ .

(١٠) انظر : النهاية في غريب الحديث (٣/٣٧٩) .

(١١) الاستعارة في اللغة : مأخوذة من العارية : أي نقل الشيء من شخص إلى آخر . لسان العرب (٤/١٣٦٨) =

وَفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لا فِكَاكَ له [١] يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا [٢] .

٢٣٧٨٣ - وقال ابن أبي ربيعة [٣] :

وكم من قتيل لا يباء به دم ومِنْ غَلِقٍ رَهْنًا إذا ضَمَّه منى [٤] .

٢٣٧٨٤ - نقول : من ذلك غَلِق غَلاَقًا فهو غلق . والخبر الثابت « لا طلاق ولا عتاق في غلاق [٥] : أي لا يطلق الرجل المحب للمرأة ولا يعتق المولى [٦] المحب ، لأن نفسه تتبعها ولا يقدر عليها ، وهذا معنى قوله ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾ [٧] فإن [٨] صح اللفظ الآخر وهو لا [٩] طلاق في إغلاق فهو من هذا أيضًا ، لأنه يريد أن غيره أدخله في هذا ، فتقول : أغلقه غيره إغلاقا فهو مغلق ، والعرب تجعل العاشق مرة فاعلًا ومرة مفعولًا .

٢٣٧٨٥ - قال الشاعر

تامت [١٠] فؤادك لن تنجزك ما وعدت [١١] إحدى نساء بنى ذهل بن شيبانا [١٢] .

= باب العين . وفي الاصطلاح : ذكر الشيء باسم غيره أو إثبات ما لغيره له لأجل المبالغة في التشبيه . انظر : الإيضاح (٣٧/٥) شروح التلخيص ٥٥٥ .

(١) فكاك الرهن بفتح الفاء وكسرها ما يُفْتكك به مختار الصحاح باب الفاء ٥٣٥ .

(٢) غَلَقَ الرهن من باب طَرِب استحقه المرتهن وذلك إذا لم يُفْتك في الوقت المشروط مختار الصحاح باب الغين . البيت لزهير بن أبي سلمى وهو يمدح هرما وأباه وأخوته . انظر : ديوان زهير ابن أبي سلمى ص ٣٩ ط دار صادر بيروت .

(٣) هو : عمر بن عبد الله بن أبي ربيعة المخزومى ولد في الليلة التي توفى فيها عمر بن الخطاب ﷺ فتسمى باسمه كان من أرق شعراء عصره وهو من طبقة جرير والفرزدق - مات غرقًا سنة (٩٣ هـ) . انظر : في الأغاني (٢٨/١) للإمام أبي الفرج الأصبهانى (٢٨/١) ط دار الفكر بيروت .

(٤) البيت هكذا في جميع النسخ . انظر : ديوان عمر بن أبي ربيعة ص ٢٧٢ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق على مكي . والبَوَاء هو : السواء يقال دم فلان بواء لدم فلان إذا كافأه . مختار الصحاح - باب الباء ٨٢ .

(٥) بهذا اللفظ أخرجه أبو داود في سننه - باب الطلاق على غضب (٦٤٣/٦٤٢/٢) - وفي إسناده محمد بن عيد بن أبي صالح ضعفه أبو حاتم الرازى وقال الذهبي لم يحتج به . تلخيص الحبير (٢١٠/٣) .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٨) في (ع) : [إن] .

(٩) ساقطة من (ن) ، (ع) .

(١٠) في (م) : [ناعمت] . تأمت فلانة فلانا تتيَّمة وتيَّمة تتييما إذا ذهبت بعقله - جمهرة اللغة (٣٠/٢) - ط دار صادر - بيروت ط أولى .

(١١) نَجَز الوعد وأنجز حُرٌّ ما وعد مختار الصحاح باب النون ٦٧٢ .

(١٢) البيت بهذا اللفظ رواه أبو علي في التذكرة القصرية عن ابن دريد « تامت فؤادك لم تنجزك ما وعدت =

٢٣٧٨٦ - وكذلك يقال مُتَيَّم ومَشْغُوف [١] ومُسْتَهام [٢] ومُسْتَطار وهذه أسماء المفعول به قال اللَّه تعالى : ﴿ قَدْ شَغَفَهَا حُبًّا ﴾ [٣] فجعلها وهي العاشقة مفعولا بها وجعله وهو المعشوق فاعلا فعلى هذا يحتمل الإغلاق وإن ثبتت الرواية كأنه قال : في حال الإغلاق من يحبه إياه يوضح هذا قول بشر بن أبي خازم [٤] :

فإن يُكن للعقليات شطت بهن وبالرهينات الديار [٥] .

٢٣٧٨٧ - فسمى القلوب رهينة فهذا معنى غلق وأغلق .

٢٣٧٨٨ - فأما حمله على الإكراه فلا وجه له في اللغة فلا يجوز التشاغل به [٦] وإن حملنا اللفظ على الغضب - كما قال ابن قتيبة [٧] - وهو قريب من تغير الخلق الذي قاله ابن دريد فكأنه عليه السلام نهى عن الطلاق في حال الغضب ، لأن الإنسان يندم عند سكون غضبه في العادة [٨] .

= « ويروى » تامت فؤادك لم يحزنك ما صنعت وكذا أنشده الجوهري في الصحاح . . وقال ابن برى في أماليه على الصحاح المشهور في إنشاده لم تقض الذي وعدت . انظر : شرح أبيات المغنى (٥/١٠٩/١١٠) ط دار المأمون للتراث بيروت لعبد القادر بن عمر البغدادي - تحقيق عبد العزيز رماح أحمد يوسف ، وخزانة الأدب ولب لباب لسان العرب على شواهد الكافية للبغدادي (٤/٥٢٢) ط بولاق ط أولى جمهرة اللغة (٢/٣٠) اللسان (١/٤٦١) .

(١) الشغاف بالفتح غلاف القلب وهو جلدة دونه كالحجاب - يقال شغفه الحب أي بلغ شغافه - مختار الصحاح - باب الشين ٣٦٣ .

(٢) قلب مستهام أي هائم . مختار الصحاح - باب الهاء (٧٢٩/٧٣٠) .

(٣) سورة يوسف : الآية ٣٠ .

(٤) هو : بشر بن أبي حازم من بنى أسد جاهلي قديم شهد حرب أسد وطئ له قصائد في الفخر والحماسة جيدة - مات قتيلا سنة ٥٣٣ م . انظر : المؤتلف والمختلف ٧٧ الشعر والشعراء لابن قتيبة (١/٢٧٦/٢٧٧) خزانة الأدب (٤/٤٤١) - الأغاني (٩/١٥٧/١٣/١٣٧) .

(٥) انظر : ديوان بشر بن أبي خازم .

(٦) قال ابن منظور في لسان العرب في باب الغين مادة غلق . وفي الحديث « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق » أي في إكراه ومعنى الإغلاق : الإكراه لأن المغلق مكره عليه أمره ومضيق عليه في تصرفه كأنه يغلق عليه الباب ويحبس ويضيق عليه حتى يطلق . انظر : لسان العرب (٥/٣٢٨٣) .

(٧) انظر : . النهاية (٣/٣٧٩) .

(٨) أما الحمل على الغضب فقد وقع في سنن أبي داود في رواية ابن الأعرابي وكذا ذكره أحمد وردَّه ابن السيد فقال : لو كان كذلك لم يقع على أحد طلاق لأن أحدًا لا يطلق حتى يغضب . انظر : تلخيص الحبير (٣/٢١٠) عون المعبود (٦/٢٦٢) .

٢٣٧٨٩ - وقد حمل أصحابنا الخبر على الجنون وقالوا : المجنون المغلق عليه في الحقيقة ، لأن طلاقه لا يقع بوجه [١] . فأما المكره فيقع طلاقه في حال الإكراه على سائر نسائه ، وعلى المرأة التي أكره على طلاقها ، إن اختار ذلك . إلا أن الذي تقتضيه العلة على ما قدمنا .

٢٣٧٩٠ - قالوا : روى عن عمر [٢] وعلى [٣] وابن عباس [٤] وابن الزبير [٥] أن طلاق المكره لا يقع ، ولا مخالف لهم [٦] .

٢٣٧٩١ - قلنا : روى عمرو بن شرحبيل [٧] أن امرأة كانت مبغضة لزوجها فراودته على الطلاق فأبى ، فلما رأته نائما قامت إلى سيفه فوضعته على بطنه ثم حركته برجلها ، فلما استيقظ قالت له : والله لأنحرنك أو تطلقني ، فطلقها ثلاثا فرمت بالسيف ، فأتى عمر بن الخطاب ﷺ فاستغاث به ، فشتمها وقال : ويحك ما حملك على صنعك فقالت : بغضى إياه ، فأمضى طلاقه [٨] .

---

(١) وأما الحمل على الجنون فاستبعده المُطرزى قال في المُغرب : ومن أوله بالجنون وأن المجنون هو المغلق عليه فقد أبعد على أنى لم أجده في الأصول . انظر : المغرب ٣٤٣ - باب الغين تلخيص الحبير (٢١٠/٣) .

(٢) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في مصنفه (٩٥/٥) والبيهقى في السنن الكبرى - باب ما جاء في طلاق المكره (٣٥٧/٧) وسعيد بن منصور في سننه - باب ما جاء في طلاق المكره (٢٧٤/٣) وابن حزم في المحلى (٢٦٢/٩) .

(٣) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق ، من لم يره شيئًا ، عن على أنه كان لا يرى طلاق المكره شيئًا ، وعبد الرزاق في المصنف ، باب طلاق الكره (٤٠٩/٦) والبيهقى في السنن الكبرى باب ما جاء في طلاق المكره (٣٥٧/٧) وابن حزم في المحلى (٧١/١١) .

(٤) روى ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف - باب طلاق المكره والبيهقى في السنن الكبرى - باب ما جاء في طلاق المكره (٣٥٨/٣٥٧/٧) .

(٥) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف عن أبي معاوية كتاب الطلاق ، من لم ير طلاق المكره شيئًا (٤٨/٥) . والبيهقى في السنن الكبرى (٣٥٨/٧) - باب ما جاء في طلاق المكره وعبد الرزاق في المصنف - باب طلاق الكره (٤٠٧/٦-٤٠٩) وابن حزم في المحلى (٥٢٤/١١) .

(٦) انظر : معرفة السنن (٧٢/١١) المغنى (٢٥٩/٨) .

(٧) عمرو بن شرحبيل أبو ميسرة الهمدانى : روى عن عمر وعلى وابن مسعود وحذيفة وغيرهم ، وروى عنه أبو وائل وأبو إسحاق السبيعى ومسروق وغيرهم . قال ابن معين : ثقة مات سنة (٦٣ هـ) في الطاعون . انظر : في الثقات (١٦٨/٥) الجرح والتعديل (٢٣٧/٦) الكاشف (٢٨٦/٢) تهذيب التهذيب (٤٧/٨) .

(٨) أخرج ذلك سعيد بن منصور في سننه باب ما جاء في طلاق المكره (٢٧٥/٣) والبيهقى في السنن الكبرى باب ما جاء في طلاق المكره إلا أنه قال : فرفع إلى عمر ﷺ فأبانها منه (٣٥٧/٧) . معرفة السنن =

٢٣٧٩٢ - وروى عن - علي كرم اللّه وجهه - أنه قال : كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبي [١] . وقد أوقع طلاق المكره ابن المُسيب [٢] وعمر بن عبد العزيز [٣] .

٢٣٧٩٣ - والشعبي [٤] والنخعى [٥] وأبو قلابة [٦] والزهري [٧] .

٢٣٧٩٤ - قالوا : لفظ محمول عليه بغير حق فلم يقع به الطلاق كالإقرار بالطلاق [٨] .

= والآثار (٧٢/١١) السنن الكبرى (٣٥٧/٧) .

(١) في المحلى « وقد روينا عنه قبلُ إبطالَ طلاق المكره [يريد أنه روى عن على ﷺ أن طلاق المكره غير واقع] عن الحسن أن على بن أبي طالب قال : ليس لمستكرهٍ طلاق . المحلى (٥٢٥/١١/٢٦٢/٩) .

(٢) سعيد بن المسيب بن حزن بن مخزوم عالم أهل المدينة روى عن عثمان وعلى وزيد بن ثابت وابن عباس وغيرهم وروي عنه بشير وعطاء وقتادة وغيرهم . قال مكحول : كان سعيد بن المسيب عالم العلماء . مات سنة ٩٤١ هـ . انظر : في التاريخ الكبير (٥١٠/٢) تذكرة الحفاظ (٥٦/٥٤/١) طبقات السيوطى ص١٧ ١٨ خلاصة تهذيب الكمال (٣٩٠/١) . روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق عن سعيد المسيب أنه كان يجيز طلاق المكره . المصنف (٥٠/٥) .

(٣) الإمام عمر بن عبد العزيز بن مروان الأَموي ولد سنة (٦١ هـ) روى عن أنس وعروة والسائب بن يزيد وأبي سلمة وغيرهم . وروى عنه الزهري وأيوب السختيانى ونعيم بن عبد اللّه وغيلان بن أنس وغيرهم . قال ابن سعد : كان ثقة مأمونًا له فقه وعلم وورع وروى حديثا كثيرا وكان إمام عدل . مات سنة (١٠١هـ) انظر : الثقات (١٥١/٥) تذكرة الحفاظ (١١٨/١-١٢١) سير أعلام النبلاء (١١٤/٥) الجرح والتعديل (١٢٢/٦) تهذيب التهذيب (٤٧٥/٧) . وروى ذلك عنه الطحاوي في شرح معاني الآثار ، باب طلاق المكره (٢٧٧/٣) . المصنف لعبد الرزاق (٤٩/٥) والمصنف للشيباني باب طلاق المكره أنه لم يره شيئًا (٤٧/٦) .

(٤) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف : كتاب الطلاق من لم ير طلاق المكره شيئًا (٤١٠/٦) وسعيد بن منصور في سننه باب ما جاء في طلاق المكره (٢٧٧/٣) .

(٥) روى ذلك عبد الرازق في المصنف باب طلاق الكره (٤١٠/٦) وابن أبي شيبة في المصنف (٥٠/٥) وسعيد ابن منصور في سننه (٢٧٧/٢٧٦/٤) .

(٦) عبد اللّه بن زيد بن عمرو أبو قلابة البصري روى عن ثابت بن الضحاك وسمرة وأنس وابن عباس وغيرهم ، وروى عنه أيوب وخالد الحذاء وأشعث وغيرهم . قال العجلى : بصري ثقة مات سنة (١٠٧) هـ انظر : تهذيب الكمال (٥٤٢/١٤) الكاشف (٧٩/٢) الجرح والتعديل (٥٧/٥) ميزان الاعتدال (٤٢٥/٢) تهذيب التهذيب (٢٢٤/٥) . وروى في ذلك عنه ابن أبي شيبة في مصنفه ، باب من كان يرى أن طلاق المكره جائز عن أبي قلابة أنه قال : طلاق المكره جائز .

(٧) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف باب من لم ير طلاق المكره شيئًا ، عن الزهري قال : لا طلاق ولا عتاق على المكره (٤٩/٥) . انظر : المبسوط (٤١/٤٠/٢٤) .

(٨) انظر : المهذب (٧٨/٢) .

٢٣٧٩٥ - قلنا : حكم الإقرار يخالف الإيقاع ، بدلالة أن من أكره حتى أقر بالرضاع لم [١] يثبت التحريم ولو أكرهت المرأة على الرضاع تعلق به التحريم [٢] فلم يعتبر أحدهما بالآخر . والمعنى في الإقرار أنه إخبار عن أمر ماض والخبر يحتمل الصدق والكذب ، فإذا أقر طائعا فالظاهر الصدق ، لأن العاقل لا يكذب إلا في المنفعة أو لدفع مضرة ، ولم يوجد منها . والظاهر أنه صادق ، فإذا كان هناك إكراه فالظاهر أنه أقر ليدفع عن نفسه الضرب ، فزال ذلك الظاهر حمل قوله على الصدق ، فلم يقع الطلاق .

٢٣٧٩٦ - فإن قيل : لم سويتم بين الإكراه على النكاح وعلى الإقرار بالنكاح .

٢٣٧٩٧ - قلنا : بل فرقنا بينهما كالطلاق . وإن أكره على النكاح انعقد ، وإن أكره على الإقرار بالنكاح لم يثبت [٣] .

٢٣٧٩٨ - قالوا : إذا أكره على الإجارة أو على الإقرار بالإجارة صح عندكم فاستويا [٤] .

٢٣٧٩٩ - قلنا : ما استويا ، فإنه إذا أكره انعقدت الإجارة ، وثبت خيار الفسخ . فإن أجازها جازت ، وإن فسخها انفسخت فإذا أقر بها لم يحكم بها [٥] .

٢٣٨٠٠ - فإن قيل : عند أبي حنيفة ﷺ إذا قال لمن لا يولد لمثله : هذا ابني عتق ، وإن كان كاذبًا فيبطل أن يقال : إن الإقرار يحمل على الصدق والكذب والصدق الظاهر .

٢٣٨٠١ - قلنا : الإقرار بالنسب إيقاع قربة عندنا ، فكأنه قال : هذا ابني وهو حر معتق لمعنى الإيقاع لا لمعنى الإخبار [٦] .

٢٣٨٠٢ - قالوا : معنى يُسْقِط الإقرار بالطلاق فَيُسقط الحكم بإيقاع الطلاق كالصغر والجنون .

٢٣٨٠٣ - قلنا : يبطل بالهزل لو قارب الإيقاع لم يؤثر فيه ولو قارب الإقرار منع الوقوع بينه وبين الله تعالى ، ولأن الصبي والمجنون لو قصد إيقاع الطلاق لم يقع ، لأنهما ليسا من أهله [٧] ، والمكره من أهل الطلاق بدلالة أنه لو قصد الطلاق وقع . ولو

(١) في (ن) ، (ع) : [ولم] . (٢) انظر : البحر الرائق (٢٣٩/٣) .

(٣) انظر : المبسوط (٨٣/٦٥/٦٤/٢٤) بدائع الصنائع (١٨٥/١٨٤/٧) .

(٤) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٦٢ .

(٥) انظر : الهداية (٢٧٥/٣) بدائع الصنائع (١٨٧/١٨٦/٧) .

(٦) انظر : تحفة الفقهاء (٥٢/٢) الهداية (٥٢/٢) العناية (٤٣٩/٤) .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ١٩١ فتح القدير (٣ /٤٨٧) .

طلق امرأة أخرى فكذلك لم يمنع الإكراه من وقوع طلاقه ، كما لا يمنع هزله وقوع الطلاق [1] .

٢٣٨٠٤ - قالوا : كل لفظ يقع التحريم والفرقة به إذا كان مختارًا لم يقع إذا كان مكرها ، ككلمة الكفر [2] [3] .

٢٣٨٠٥ - قلنا : كلمة الكفر لا تقع الفرقة بها ، وإنما تقع باعتماد الكفر ، بدلالة أنه لو نوى الكفر ولم يتكلم به وقعت الفرقة . ولو نوى أنه يكفر إلى عشر سنين كفر في الحال . ولو نوى الطلاق لم يقع .

٢٣٨٠٦ - فعلمت : أن الكفر يعتبر فيه الاعتقاد ، والإكراه يمنع الحكم بالاعتقاد في الظاهر ، فلم تقع الفرقة . والطلاق يعتبر فيه إرسال اللفظ في زوجته مع التكليف ، وهذا المعنى موجود في طلاق المكره .

٢٣٨٠٧ - فإن قيل : حكم الكفر أيضًا قد يتعلق بمجرد اللفظ بدلالة أن الهازل بالكفر كافر لوجود اللفظ دون الاعتقاد .

٢٣٨٠٨ - قلنا : هناك لا يكفر باللفظ لكن باستخفافه بالإسلام .

٢٣٨٠٩ - قالوا : قول يزول به الملك ، فوجب أن يمنع الإكراه نفوذه كالبيع .

٢٣٨١٠ - قلنا : لا فرق بين الطلاق والبيع عندنا في أن الإكراه لا يمنع انعقادَ كل واحد منهما وقوعُه ، إلا أن البيع يثبت فيه الفسخ لعدم الرضا ، والإكراه ينفى الرضا ، كما ينفيه الخيار ، فيفسخ بعد وقوعه . ولو لم يحل الفسخ فأجازه جاز ، والطلاق يقع ولا يلحقه الفسخ بعد وقوعه وإن عدم الرضا [4] كما لا ينفسخ بشرط الخيار .

٢٣٨١١ - قالوا : علم ظاهر يدل على فقد الإرادة مع كونه معذورًا فيه ، كالصبي والمجنون [5] .

---

(١) انظر : المبسوط (٤١/٤٠/٢٤) .

(٢) قاعدة : « كل لفظ يقع التحريم والفرقة به إذا كان مختارًا لم يقع إذا كان مكرها ، ككلمة الكفر » .

(٣) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٦٢ .

(٤) وهذا مقيد بما إذا كان الإكراه بالقتل وبالضرب الشديد أو الحبس المديد . أما إن كان الإكراه بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم فلا يبالي به ، إلا إذا كان الرجل الذي أكره صاحب منصب يعلم انه يستضربه لفوات الرضا . انظر : فتح القدير مع العناية (٢٣٦-٢٣٣/٩) البناية في شرح الهداية (١٧٥-١٧٣/٨) .

(٥) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٦٢ .

٢٣٨١٢ - قلنا : قولكم علم يدل على عدم الإرادة لا معنى له ، لأن الصبي والمجنون لو أرادا الطلاق لم يتعلق بإرادتهما حكم / وقولكم : مع كونه معذورا تحترزون به عن السكران والعلة تنقضي به لأن السكران غير معذور في الشرب وهو معذور في السكر ، لأنه من فعل اللّٰه تعالى .

٢٣٨١٣ - والمعنى في الصبي والمجنون أن أقوالهما لا يتعلق بها حكم لفقد الخطاب ولهذا لو قصدا الطلاق لم يقع والمكره يتعلق بأقواله حكم بدلالة أنه لو طلق لا يقصد دفع ما هُدد به وقع طلاقه « لعدم [1] الرضا » بزوال الملك لا يمنع الطلاق .

* * *

(١) هكذا في جميع النسخ وصحة العبارة [وعدم الرضا] كما يدل عليه السياق .

مسألة ١١٥١

طلاق السكران

٢٣٨١٤ - قال أصحابنا : يقع طلاق السكران [١] .

٢٣٨١٥ - وقال أبو الحسن ، والطحاوي لا يقع طلاقه [٢] .

٢٣٨١٦ - وهو أحد قولي الشافعي [٣] .

٢٣٨١٧ - لنا : أن السكران مكلف بدلالة قوله تعالى : ﴿ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ ﴾ [٤] والنهى لا يتناول إلا المكلف [٥] .

٢٣٨١٨ - وروى أن عمر بن الخطاب ﷺ استشار الصحابة في حد الشرب فقال علي ﷺ : إذا شرب سكر ، فإذا سكر هذى [٦] فإذا هذى : [٧] افترى ،

---

(١) السكران ضد الصاحي والجمع سَكْرى وسَكارى والاسم السُّكْر / مختار الصحاح - باب السين ٣٢٨ . وفي الشرع : غفلة تعرض بغلبة السرور على العقل بمباشرة ما يوجبها من الأكل والشرب . التعريفات للجرجاني ص ١٥٩ . هذا إذا كان سكره بسبب محظور بأن شرب الخمر أو النبيذ طوعًا حتى سكر وزال عقله ، بخلاف شرب الدواء .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي (٢٨٠/٢٨١) بدائع الصنائع (٩٩/٣) .

(٣) إذا زال العقل بسبب لا يعذر فيه ، كمن شرب الخمر لغير عذر ، فيسكر فالمنصوص في المذهب في السكران أنه : يصح طلاقه . وروى المزني أنه قال في القديم : لا يصح طلاقه ، فمن الأصحاب من قال فيه قولان ، أحدهما : لا يصح ، وهو اختيار المزني وأبي ثور . والثاني : يصح ، وهو الصحيح ،ﷺ وقال أكثر الأصحاب : يقع قولا واحدا . انظر : الأم (٢٧٠/٥) المهذب (٧٧/٢) الوجيز (٥٧/٢) نهاية المحتاج (٤٢٤/٦) حاشية البيجرمى (٢/٤) . . وهو رواية عن الإمام أحمد ، وبه قال ابن حزم . انظر : الشرح الكبير (٢٣٩/٨) المبدع (٢٥٢/٧) المحلى (٥٣٥/١١) .

(٤) سورة النساء : الآية ٤٣ .

(٥) انظر : فتح القدير (٤٩١/٣) المجموع (٦٣/١٧) . ويتجه على هذا الاستدلال ما يلي :
أولًا : أن النهي في الآية المذكورة إنما هو عن أصل السكر الذي يلزم منه قربان الصلاة كذلك .
ثانيًا : وأنه نهى للثمل الذي يعقل الخطاب .
ثالثًا : وأن قوله في آخر الآية ﴿ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ ﴾ . النساء : ٤٣ . دليل على أن السكران يقول مالا يعلم ومن كان كذلك فكيف يكون مكلفا وهو غير فاهم - والفهم شرط التكليف - كما هو مقرر في الأصول .
رابعًا : لو كان مكلفا لوجب أن يقع طلاقه إذا كان مكرها على شربها أو غير عالم بأنها خمر وهم لا يقولون به . زاد المعاد (٤١/٤) نيل الأوطار (٢٣٧/٦) .

(٦) هَذَى في منطقه يَهْذِي هَذْيًا وهَذَيَانا ، بمعنى اضطرب كلامه واختلط مختار الصحاح .

(٧) في (ن) : [هدى] .

وحد المفترى ثمانون [١] .

٢٣٨١٩ - فدل على [٢] أن السكران مكلف يجب عليه الحد ، ولأن مخالفنا لا يخلو إما أن يقول [٣] لا يجب الحد بقذفه [٤] ، ولا القصاص [٥] في قتله ، أو يقول [٦] يجب ذلك ، فإن أوجب فهو مكلف ، وإن لم يوجب ذلك كان فاسدًا ، لأن كل إنسان يسكر ثم يقتل ، فلا يلزمه شيء ، فيؤدى إلى إبطال حرمة الدماء والأعراض [٧] وهذا لا يصح ، لأن اللّٰه تعالى أوجب القصاص [٨] صيانة للناس ، فإذا ثبت تكليفه .

٢٣٨٢٠ - قلنا : طلاق من مكلف في ملكه ، فصار كغير السكران [٩] .

٢٣٨٢١ - ويدل عليه قوله ﷺ : « كل الطلاق جائز إلاَّ طلاق المعتوه والصبي » [١٠] .

---

(١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ، كتاب الأشربة ، باب الحد في الخمر (٨٤٢/٢) والشافعي في مسنده ، باب حد الشرب ١٩٠ . والدارقطني في سننه ، كتاب الحدود والديات (١٥٧/٣) والبيهقي في معرفة السنن والآثار ، باب عدد حد الخمر (٣٤/١٣) . والحاكم في المستدرك ، كتاب الحدود (٣٧٥/٤) .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) في (ن) : [نقول] .

(٤) القذف في اللغة الرمي : يقال قذف بالشيء ، يقذف قذفًا رمي . اللسان ، باب القاف . وفي الاصطلاح : نسبة آدمي مكلف غيره حرًا عفيفًا مسلمًا بالغًا أو صغيرة تطيق الوطء لزنى أو قطع نسب مسلم . القاموس الفقهي ص ٢٨٤ ، سعدي أبو حبيب ط دار الفكر ط أولى ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .

(٥) القصاص لغة : مأخوذ من قَصِّ الثوب وغيره قَصًا قطعه أو من قص الشيء تتبع أثره . اللسان ، باب القاف (٣٦٥٠/٥) . وفي الشرع : أن يوقع على الجاني مثل ما جنى النفس بالنفس والجرح بالجرح أو أن يفعل ؛ الفاعل مثل ما فعل . أنيس الفقهاء ٢٣٥ .

(٦) في (ع) : [تقول] .

(٧) في (ن) : [والأعراض] .

(٨) في (ن) : [والقصاص] .

(٩) ويتجه على هذا الاستدلال ما يلي :

أولًا : أن ذلك محل خلاف بين الصحابة فلا يكون قول بعضهم حجة علينا كما لا يكون حجة على بعضهم بعضا .

ثانيًا : أن قوله « يحد حد المفترى » أراد أنه يحد كما يحد المفترى وإذا كان ذلك حد الافتراء لاحتاج الشرب إلى حد آخر ثم يعارضه قوله ﷺ في حديث ماعز « استنكهوه . أبك جنون ؟ » (موطأ مالك (٢٣٨/٢) فجعل السكر كالجنون في رد الإقرار بالزنا وقضاء الصلاة يجب عليه إذا صحا ، كما يجب على النائم والمغمى عليه عندهم ثم لا يصح طلاقه .

ثالثًا : أن الخبر فيه مناقضة مما يدل على بطلانه ، فإن فيه إيجاب الحد على من هذى ، والهاذى لا حد عليه . انظر : المحلى (٥٣٥/١١) النكت ورقة (٢٢٢/٢٢١) زاد المعاد (٤١/٤) نيل الأوطار (٢٣٧/٦) .

(١٠) ويتجه على هذا الاستدلال ما يلي :

أولًا : أن الحديث في غاية السقوط ، لآن فيه عطاء بن عجلان ، وهو ضعيف ذاهب الحديث .

ثانيًا : أن الحديث على فرض صحته فهو في المكلف . انظر : المحلي (٥٣٦/١١) زاد المعاد (٤١/٤) .

٢٣٨٢٢ - ولأن السكر معنى يتعلق به الحد ، فلا يمنع وقوع الطلاق كالزنا [١] .

٢٣٨٢٣ - ولأنا لا [٢] نعلم السكر إلا بقوله ، والسكر فسق ، والفاسق لا يقبل خبره ، ولأن السكر معصية ، والمعاصي [٣] يستحق بها التغليظ .

٢٣٨٢٤ - فلو قلنا : إن طلاقه لم يقع لجعلنا المعصية سببا للتخفيف ، وهذا لا يجوز [٤] .

٢٣٨٢٥ - فإن قيل : لو كُسِرَ رجل جاز أن يصلى قاعدا ، وإن كان سبب ذلك [٥] معصية [٦] .

٢٣٨٢٦ - قلنا : كسر الرجل لا يلتذ [٧] به والسكر يلتذ به ويعتقده من كمال المسرة فلذلك عوقب ببقية [٨] التكاليف وكسر الرجل لا يلتذ به حتى يتيقن التكليف معه [٩] .

٢٣٨٢٧ - احتج أبو الحسن : أن زوال العقل بشرب الشراب كزواله بشرب البنج فإذا لم يقع الطلاق في أحد الموضعين كذلك الآخر [١٠] .

٢٣٨٢٨ - والجواب : أن شرب البنج في العادة لا يقع على وجه المعصية ، وإنما يقع

---

(١) في (ن) : [كالزنا] . اتجه على هذا الاستدلال ما يلي :-
أولًا : أن إلزامه بجناياته محل نزاع ، لا محل وفاق .
ثانيًا : أن الغاء أقواله لا يتضمن مفسدة لأن القول المجرد من غير العاقل لا مفسدة فيه ، بخلاف الأفعال ، فإن مفاسدها لا يمكن إلغاؤها إذا وقعت ، فإلغاء أفعاله ضررمحض وفساد منتشر بخلاف أقواله . زاد المعاد (٤١/٤) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . (٣) في (ن) : [والمعصى] .

(٤) رد الشيرازي هذا بأن الشرب هو المعصية دون السكر ، فهو كن ترك الصلاة آخر الوقت حتى غلبه النوم . ثم يبطل بمن شرب البنج لغير التداوي . النكت ٢٢٢ .

(٥) في (ع) : [مكررة] .

(٦) هذا اعتراض للمخالف على قول المصنف أن السكر معصية والمعاصي يستحق بها التغليظ . بأن الأحكام لا تختلف في فاقد العقل بسبب من جهته أو من جهة غيره ، ولا فرق بين من عجز عن القيام في الصلاة بسبب من قبل اللّه أو من قبل نفسه كمن كسر رجل نفسه . المحلي (٥٣٥/١١) .

(٧) في (ن) : [يلتد] . (٨) في (ع) : [ببعية] .

(٩) احتج القائلون بالوقوع أيضًا بأن ترتيب الطلاق على التطليق من باب ربط الأحكام بأسبابها ، فلا يؤثر فيه السكر . زاد المعاد (٤١/٤) . وقد رد هذا بأنه في غاية الفساد والسقوط ، فإن هذا يوجب إيقاع الطلاق ممن سكر مكرهًا أو جاهلًا بأنها خمر ، وبالمجنون والمبرسم والنائم ثم يقال : وهل ثبت لكم أن طلاق السكران سبب حتى يربط الحكم به ، وهل النزاع إلا في ذلك . زاد المعاد (٤١/٤) نيل الأوطار (٢٣٧/٦) . وقالوا أيضًا : بأن إيقاع الطلاق عقوبة له ، وقد رد هذا بأن هذا في غاية الضعف فإن الحد يكفيه عقوبة ولا عهد لنا في الشريعة بالعقوبة بالطلاق والتفريق بين الزوجين . انظر : زاد المعاد (٤١/٤) نيل الأوطار (٢٣٧/٦) .

(١٠) انظر : فتح القدير (٤٨٩/٣-٤٩٠) تبيين الحقائق (١٩٦/٢) البناية (٣٩٣/٤) .

على وجه التداوي ، ثم يفضي [1] « إلى زوال العقل ، فلم يعاقب ببقية [2] التكليف .

٢٣٨٢٩ – وإذا زال [3] التكليف ، لم يقع الطلاق ، وليس كذلك شرب النبيذ – لأنه يقع في الغالب على وجه المعصية ، فعوقب ببقاء التكليف في حقه ، فوقع طلاقه [4] .

٢٣٨٣٠ – فإن قيل : إذا شرب البنج على وجه المعصية ، ينبغي أن يقع طلاقه [5] .

٢٣٨٣١ – قلنا : الغالب من أمر الناس ، أنهم يشربون البنج لغير معصية ، والحكم يتعلق بالغالب ، ولأن العادة أن الإنسان يشرب البنج ويتظاهر زوال العقل ، وهو يعقل ، فلذلك[6] لم يحكم بطلاقه ، وفي العادة أن الإنسان يشرب الشراب ، ويظهر السكر ، وعقله ثابت ، فعوقب بإيقاع الطلاق للتهمة [7] .

٢٣٨٣٢ – قالوا : زائل العقل ، فلم يقع طلاقه كالمجنون [8] .

٢٣٨٣٣ – قلنا : المعنى فيه زوال التكليف ، وسقوط الحد عنه والقصاص والسكران بخلاف ذلك .

٢٣٨٣٤ – فإن قيل : لو ارتد لم يحكم بردته [9] .

٢٣٨٣٥ – قلنا : إذا أسلم حكمنا بإسلامه ، فإذا ارتد لم يحكم بردته استحسانًا [10] ، لأن الردة تتعلق بالاعتقاد والسكران في الطلاق يعتقد والطلاق يتعلق بالقول دون الاعتقاد [11] .

---

(١) في (ن) : [يفصى] .
(٢) في (ن) : [بنقيية] .
(٣) في (ن) : [أزال] .
(٤) انظر : بدائع الصنائع (٩٩/٣) فتح القدير (٤٩١/٣) .
(٥) هذا اعتراض للمخالف أو رده الشيرازي في النكت على استدلال المصنف بأن الشرب معصية فلا يجعل سببا للتخفيف بأن ذلك يبطل بمن شرب البنج لغير التداوي . انظر : النكت ورقة ٢٢٢ .
(٦) في (ع) : [فكذلك] .
(٧) انظر : فتح القدير (٤٩١/٣) .
(٨) انظر : بدائع الصنائع (٩٩/٣) النكت ورقة ٢٢١ .
(٩) أي أن السكران لو ارتد لم يحكم بردته عند المخالف . انظر : المهذب (٧٧/٢) .
(١٠) في اللغة : اعتقاد الشيء حسنا . انظر : المصباح المنير – باب الحاء (١٨٦/١) أساس البلاغة للزمخشري ص ٨٤ ط بيروت ط – رابعة ١٤٠١ هـ ٩٨٤ م وفي الاصطلاح : العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص بتلك المسألة . شرح الكوكب (٤٣١/٤) . وقد عدل هنا بالردة عن المؤاخذة بها في حال السكر استحسانًا ، لدلائل شرعية روعيت في ذلك .
(١١) انظر : بدائع الصنائع (٩٩/٣) البناية (٣٩٤/٣٩٣/٤) .

٢٣٨٣٦ - فإن قيل : لو أقر بالحد لم يلزمه [1] .

٢٣٨٣٧ - قلنا : لأن الإقرار بالحد من شرطه أن يثبت على المقر عليه ، ولهذا سقط برجوعه ، والسكران في العادة لا يثبت على ما يقوله [2] .

* * *

(١) أي أن السكران عند المخالف لو أقر بالحد لم يلزمه . انظر : المهذب (٧٧/٢) .

(٢) انظر : العناية (٤٩٠/٤) البحر الرائق (٨/٥) .

مسألة ١١٥٢

الطلاق بالحساب

٢٣٨٣٨ – قال أصحابنا : إذا قال لامرأته ، أنت طالق واحدة في اثنتين وقعت واحدة ، وإن أراد الضرب والحساب (١) .

٢٣٨٣٩ – وقال الشافعي : إن قال : أردت به واحدة مقرونة باثنتين ، فهي ثلاث ، وإن قال : أردت الحساب ، وهو من أهل الحساب ، فهي اثنان وإن لم يكن له بينة ، والمنصوص أنها طلقة واحدة .

٢٣٨٤٠ – وقال الماروزي : طلقتان وإن لم يكن من أهل الحساب ، وإن قال أردت موجبها عند الحساب ففيها وجهان (٢) .

٢٣٨٤١ – لنا : أن الضرب يصح فيما له : مساحة (٣) ، فأما ما ليس له مساحة (٤) فحقيقة الضرب لا توجد (٥) فيه ، وإنما معناه ثنتين ضوعفت مرة ، فصارت أربعا ، فإذا قال : أنت طالق كذا في كذا ، فلفظ الإيقاع وجد المضروب [ولم يوجد المضروب به] (٦) فيه فلم يقع (٧) ، ولأن ما دخل عليه حرف في الطلاق أما أن يجعل شرطًا أو ظرفا ، كقوله : أنت طالق في دخولك الدار أنه يكون شرطًا ، والثاني يقول : أنت طالق في الدار . فيكون ذكر الدار ظرفًا وقد بطل في مسألتنا أن يكون شرطًا ، فلم يبق إلا أن

---

(١) انظر : الجامع الصغير (١٩٥/١٩٦) الهداية (٢٣٣/١) تبيين الحقائق (٢٠٢/٢) رد المحتار (٤٣٨/٢) .

(٢) نرى أن ما نقله المصنف عن الشافعي غير صحيح ففي « المهذب » ما نصه : وإن لم تكن له نية نظرت فإن لم يعرف الحساب ولا نوى مقتضاه في الحساب طلقت واحدة بقوله أنت طالق ولا يقع بقوله في اثنتين شيء . وإن نوى مقتضاه في الحساب ففيه وجهان أحدهما : – وهو قول أبي بكر الصيرفي – أنه تقع طلقتان ، والثاني ، وهو المذهب ، أنه لا يقع إلا طلقه واحدة . وإن كان عالما بالحساب ، فإن نوى موجبه في الحساب طلقت طلقتين ، وإن قال أردت به واحدة في اثنتين طلقت واحدة . المهذب (٨٤/٢) وفي المنهاج : لو قال طلقة في طلقتين وقصد معية ، فثلاث أو ظروفا ، فواحدة أو حسابا وعرفه فثنتان . – مغني المحتاج (٢٩٨/٣) روضة الطالبين (٨/ ٨٤) المجموع (١٢٩/١٧) .

(٣) في (ع) : [مسامحة] .

(٤) في (ع) : [مسامحة] .

(٥) في (ن) : [لا يوجد] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٦١/٣) النافع الكبير – شرح الجامع الصغير ص ١٩٥ .

يكون » ظرفًا [١] .

٢٣٨٤٢ - احتجوا : بأن قوله : ثنتين في ثنتين عبارة عن أربعة في عادة الحساب ، فمعنى ذلك [٢] لغة كأنه قال : أربعة في أخرى [٣] .

٢٣٨٤٣ - قلنا : إن قلتم إن هذا الذي ادعيتموه لغة لم يصح ، لأن العرب لا تعرف ذلك ، وإن قلتم : إنه في عادة الحساب فمعنى ذلك في عادتهم ثنتين ضوعفت مرة واحدة لضعفين لم ينضم إليه إيقاع ، فلا يقع به شيء .

٢٣٨٤٤ - قالوا : قوله : أنت طالق إيقاع ، وقوله اثنتين في ثنتين ، تفسير ، فيصير كقوله : أنت طالق هكذا ، وأشار بأصابعه .

٢٣٨٤٥ - قلنا : إذا أشار فكأنه قال : أنت طالق هذا العدد . فإذا قال : ثنتين في ثنتين فإنما جاء بحرف الظرف [٤] ، وذلك ليس بتفسير ، ولا معه لفظة إيقاع فلم يقع به شيء [٥] .

* * *

---

(١) في (ن) : [طرف] وهو تصحيف . انظر : الهداية (٢٣٣/١) فتح القدير (٢٢/٤) البحر الرائق (٢٨٥/٣) تبيين الحقائق (٢٠٢/٢) .

(٢) في (ع) : [فكأنه] وهو تحريف .

(٣) انظر : النكت ورقة ٢١٩ .

(٤) في (ن) : [الطرف] وهو تصحيف .

(٥) وقد احتج الشافعي أيضًا بأنه جنس يجوز أن ينقص بالاستثناء ، فجاز أن يتضاعف بالضرب كالدراهم في الإقرار . انظر : النكت ورقة ٢١٩ .

مسألة ١١٥٣

[إضافة الطلاق إلى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن جميع البدن]

٢٣٨٤٦ – قال أصحابنا : إذا قال يدك طالق ، أو شعرك طالق ، لم يقع الطلاق [١] .

٢٣٨٤٧ – وقال الشافعي : إذا أوقع الطلاق على جزء يتصل بها اتصال خلقة ، وقع الطلاق .

٢٣٨٤٨ – واختلف أصحابه ، فمنهم من قال : يقع الطلاق على العضو ، ثم يسري .

٢٣٨٤٩ – ومنهم من قال : يقع ابتداء على جميعها [٢] .

٢٣٨٥٠ – لنا : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [٣] فأمر بطلاق النساء ولم يأمر بطلاق اليد ، فلم تطلق المرأة فلا يقع طلاقه [٤] ولأن الطلاق طريقة للأقوال ، أو فيما أقيم مقامها ، فإذا أضافه إلى جزء معين ، لم يجز أن [يتعلق به ، ثم يسري إلى البدن ، كالبيع . أو نقول : فإذا أضافه إلى جزء معين لم يجز أن] [٥] يقع على الجملة كالمبيع [٦] ، وإنما تغير الحكم لاختلاف مذهبهم حتى يتناول الحكم الطريقين .

ولا يلزم إذا كان له قصاص في يد فعفي عنه .

٢٣٨٥١ – لأنه يسري إلى الجملة ولا يتعلق بالجملة [٧] . ولا يلزم إذا قال : رأسك طالق ، أو رقبتك طالق أو فرجك طالق ، لأن الطلاق يصح بذلك كما يعقد البيع بالإضافة [٨] .

٢٣٨٥٢ – فإن قيل : البيع لا يجب تكميله ، ولا يسري بما يقع عليه إلى غيره ،

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ١٩٩ المبسوط (٨٩/٦) بدائع الصنائع (١٤٣/٣) الهداية (٣٢/١) فتح القدير (١٤/٤) البحر الرائق (٢٨١/٣) .

(٢) انظر : النكت ورقة ٢٢٢ الوجيز (٨٥/٧٥/٢) المهذب (٨٠/٢) روضة الطالبين (٦٤/٦٣/٨) مغني المحتاج (٢٩١/٣) .

(٣) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (١٤٣/٣) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (١٥٧/١٥٦/٥) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢٩١/٧) .

(٨) انظر : المبسوط (٨٩/٦) بدائع الصنائع (١٤٣/٣) .

وليس كذلك الطلاق ، لأنه يجب تكميله . ألا ترى أن أحد الشريكين في العبد إذا أعتق نصيب شريكه ، لم يعتق ، وإن كان العتق يسري ، لأن الوقوع لم يصح ، فلم يسر ، كذلك في مسألتنا [١] .

٢٣٨٥٣ – قلنا : اختلفا في الوقوع ، فإذا لم نسلم لهم صحة الوقوع ، لم تصح [٢] السراية ، ولأنه تصرف تختص صحته بالملك ، فوجب أن لا يصح إضافته إلى طرف بعينه كالبيع . أو نقول إذا أضيف على [٣] الطرف لم يقع على الجملة كالبيع [٤] .

٢٣٨٥٤ – ولأن الطلاق لو أضافه إلى جزء معين ، لم ينعقد على الجملة ، فإذا أضاف رفع العقد إلى جزء معين ، لم يصح كالإقالة [٥] ، ولأن مالا يصلح إضافة الوصية إليه لا يصح إضافة الطلاق إليه ، كما لو قال : ريقك طالق ودمك طالق [٦] ، وحملك طالق [٧] ، ولا يلزم الرأس لأنه يصح إضافة الوصية [٨] إليه .

٢٣٨٥٥ – فإن قيل : المعنى فيه أنه ليس متصل بها ، وإنما هو مودع فيها ، ولهذا ينفصل منها بغير قطع .

٢٣٨٥٦ – قلنا : اتصال الدم بها ، كاتصال الصفراء بالكبد ، والظفر [٩] ، واتصال الدم يقف على الجراحة [١٠] كما أن اتصال الظفر يقف على ذلك ، والدم أخص في التركيب من الظفر [١١] لأن النفس تفوت بفقده ، ولا تفوت بفقد الظفر [١٢] ولأن الطلاق معنى يختص بالنكاح .

٢٣٨٥٧ – قالوا : إطلاق قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ [١٣] يقتضي عدم التقيد بالنساء [١٤] .

---

(١) هذا اعتراض للمخالف أو رده الشيرازي في النكت على قياس المصنف على البيع بأن البيع يراد للانتفاع واليد لا منفعة فيها على الانفراد ، ولا يمكن تكميله بالسراية ، والطلاق مبناه على السراية ، فأمكن تكميله في الجملة . انظر : النكت ورقة ٢٢٢ .

(٢) في (ن) : [يصح] .

(٣) في (ع) : [إلى] .

(٤) انظر : حاشية أبي السعود (١١٧/٢) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٤٣/٣) .

(٦) في الدم روايتان إحداهما : يقع لأنه يقال : دمه هَدْر فأريد به الكل ، والرواية الثانية : لا يقع ، فإنه لو قال : دمك حر لا يقع العتق . وصحح في الخلاصة عدم الوقوع . الاختيار (٧٦/٣) .

(٧) انظر : الاختيار (٧٦/٣) .

(٨) انظر : حاشية أبي السعود (١١٧/٢) .

(٩) في (ن) : [الطفر] .

(١٠) في (ن) : [الحراجة] .

(١١) في (ن) : [الطفر] .

(١٢) في (ن) : [الطرف] .

(١٣) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(١٤) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٧٣ .

٢٣٨٥٨ - والجواب : أنهم أجمعوا أن المراد به طلاق النساء ، ولهذا [(١)] لم تطلق المرأة . يبين ذلك أنه قال : ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍۗ﴾ [(٢)] أمر بإمساك المطلقة ، أو تسريحها ، ثم [(٣)] قال : ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾ [(٤)] يعنى المرأة ، فدل على أن المراد بالآية طلاق النساء ، أو طلاق المرأة ومن طلق عضوا منها لم يطلقها .

٢٣٨٥٩ - قالوا : أشار بالطلاق إلى ما اتصل بها اتصال خلقة [(٥)] ، فوجب أن يكون في باب الوقوع ، كالإشارة إلى الجملة .

٢٣٨٦٠ - أصله : إذا قال رأسك طالق .

٢٣٨٦١ - قلنا : الأصل غير مسلم ، لأنه متى أشار بالطلاق إلى الرأس / المتصل بها ، والفرج [(٦)] الذي هو العضو لم يقع الطلاق ، وإنما يقع الطلاق ، إذا ذكر الرأس ، وهو يريد الجملة ، إذا طلق [(٧)] ، وذلك ليس إشارة إلى المتصل بها [(٨)] ، فالأصل غير مسلم ، وينتقض [(٩)] بالحمل ، لأنه جزء من الأم ، يعتق بعتقها ويدخل في بيعها ، وهو متصل لا ينفصل إلا بالقطع ، فكذلك الدم متصل [(١٠)] بها اتصال خلقة لو أضاف الطلاق إليه لم يقع [(١١)] .

٢٣٨٦٢ - قالوا : طلق جزءًا استباحه بعقد النكاح ، وهو من أصل الطلاق ، فوجب أن يقع الطلاق عليها ، كالجزء الشائع [(١٢)] .

٢٣٨٦٣ - قلنا : الجزء الشائع لا يمكن استباحته لجهالته ، ولا تصلح [(١٣)] الإشارة إليه حتى يستمتع به [(١٤)] ، ولأن الأصل غير مؤثر ، لأنه أوقع الطلاق على ما استباح قبل النكاح ، وهو الظفر ، وأهداب العين ، فوقع [(١٥)] عندهم [(١٦)] .

---

(١) في (ن) : [وهذا] .
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .
(٣) ساقطة من جميع النسخ .
(٤) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .
(٥) في (ن) : [حلقة] .
(٦) في (ع) : [الفرح] .
(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٨) انظر : المبسوط (٨٩/٦) فتح القدير (١٥/٤) العناية (١٦/١٥/٤) .
(٩) في (ن) : [وينتقص] .
(١٠) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(١١) انظر : فتح القدير (١٥/٤) الاختيار (٧٦/٣) .
(١٢) انظر : النكت ورقة ٢٢٢ .
(١٣) في (ن) : [يصلح] .
(١٤) انظر : المبسوط (٩٠/٦) بدائع الصنائع (١٤٣/٣) .
(١٥) في (ع) : [وقع] .
(١٦) انظر : المهذب (٨٠/٢) .

٢٣٨٦٤ - فإن قيل : إنما يستباح قبل النكاح النظر ، فأما الاستمتاع ، والنظر بشهوة ، فإنما أباحه النكاح .

٢٣٨٦٥ - قلنا : الظفر وأهداب العين [1] لا يستمتع بها [2] ، ولا ينظر إلى الظفر بشهوة ، والمعنى في الجزء الشائع ، أنه يصح إضافة الوصية إليه [3] والبيع [4] ، فصح إضافة الطلاق إليه ، والجزء المعين بخلاف ذلك ، ولأن زوال الملك يجوز أن يختص » بجزء [5] شائع ، ويحرم الجمع . فإن جعلوا أصل هذه العلة [6] الوجه والرأس فقد بينا الكلام عليه .

٢٣٨٦٦ - وقد فرق [7] أصحابنا بين الظفر والرأس فقالوا : الرأس يعبر به عن جميع البدن ، يقال عند فلان كذا رأسا من الرقيق [8] ، ويعبر بالرقبة عن الجميع . قال الله تعالى ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [9] وقال تعالى ﴿ فَكُّ رَقَبَةٍ ﴾ [10] ، وقال ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ [11] . والوجه يعبر به عن الجملة قال الله تعالى : ﴿ وَيَبْقَىٰ وَجْهُ رَبِّكَ ﴾ [12] أي ذاته . وتقول : جاءني وجوه [13] العشيرة . والفرج [14] يعبر به عن الجملة [15] يقولون : فلان قال : ملكت كذا فرجا [16] ، وليس كذلك الأنملة ، وطرف الظفر [17] ، والشعرة الواحدة ، لأنه لا يعبر بها عن الجملة [18] .

٢٣٨٦٧ - فإن قالوا : قد ذكر الله تعالى اليد ، وأراد بها الجملة قال الله تعالى : ﴿ذَٰلِكَ بِمَا قَدَّمَتْ يَدَاكَ ﴾ [19] ، وقال ﴿تَبَّتْ يَدَا أَبِي [20] لَهَبٍ وَتَبَّ ﴾ [21] وقال الله

---

(١) ساقطة من (ع) .
(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٣) وذلك كالوصية بالثلث والربع والثمن والسدس إلا أنه لا يراد فيها على ثلث التركة إلا أنه يجيز الورثة ذلك انظر : تحفة الفقهاء (٣٤١/٣) الهداية (٢٣٢/٤) .
(٤) انظر : فتح القدير (٢٥٧/٦) .
(٥) في (ن) : [بحر] .
(٦) ساقطة من (ع) .
(٧) في (ع) : [القيق] .
(٨) في (ع) : [فرض] .
(٩) سورة المائدة : الآية ٩٢ .
(١٠) سورة البلد : الآية ١٣ .
(١١) سورة التوبة : الآية ٦٠ .
(١٢) سورة الرحمن : الآية ٢٧ .
(١٣) في (ن) : [وجوه] .
(١٤) في (ع) : [والفرج] .
(١٥) في (ع) : [الحملة] .
(١٦) في (ن) : [فرحا] .
(١٧) في (ن) : [الطفر] .
(١٨) انظر : المبسوط (٨٩/٦)بدائع الصنائع (١٤٣/٣) فتح القدير (١٤/١٣/٤) تبيين الحقائق (٢٠٠/٢) الاختيار (٧٦/٣) .
(١٩) سورة الحج : الآية ١٠ .
(٢٠) في (ن) : [يدي] .
(٢١) سورة المسد : الآية ١ .

تعالى : ﴿ لَهُمْ قَدَمَ صِدْقٍ عِندَ رَبِّهِمْ ﴾ (١) ، ويقال : تساوت الأقدام ، وأعلا اللّٰه كعبك ، وحيا اللّٰه هذه (٢) اللحية ، و(٣) لفلان الوبر يعنى : الجمال (٤) ، ولفلان الشعر : يعنى الغنم .

٢٣٨٦٨ - قلنا : هذا الكلام تكلف من مخالفنا ، لأنه قد ثبت بالدليل الذي ذكرناه أن الرأس الذي والرقبة يعبر به عن جميع البدن ، [ولاخلاف أن طرف الظفر (٥) لا يعبر به عن جميع البدن] (٦) ، فقد صح لنا الفرق في موضع الخلاف ، واعتبار اليد دون البدن (٧) ، لأن الاسم الذي يتناولها لا معنى للتشاغل به ، وعندهم أن الحكم لا يتعلق بما يعبر به عن اليد دون غيره .

٢٣٨٦٩ - فإن قيل : نحن لا نسلم أن الرأس يعبر به عن جميع البدن ، ومعنى قوله كذا وكذا رأس أي رأس .

٢٣٨٧٠ - قلنا : الرأس في الحقيقة اسم العضو ، وقد صار في العرف (٨) الذي ذكرناه اسما لجميع البدن ، فلم يثبت مثل هذا العرف فيما ذكروا ، ولو ثبت لسوينا بينهما ، والمجاز لا يقاس عليه (٩) ، لأنه لو فعل ذلك صار حقيقة ، ولابد أن يكون أبو حنيفة عرف عادة في الاستعمال ، لم يعرفها في هذه الأعضاء ، فعلق الحكم بها ، والعرف يأخذ الثاني عن الأول ، فلم يلزم الأول اتباع الثاني فيه إلا أن يثبت بغير العرف .

٢٣٨٧١ - فإن قيل: إذا كان الرأس في الحقيقة اسما للعضو وبالعرف لجميع البدن فالواجب أن لا يحمل على أحدهما بغير نية (١٠) .

٢٣٨٧٢ - قلنا : إنما حمله أبو حنيفة على ذلك لعرف شاهده بحاضر الاسم ، ولا

---

(١) سورة يونس : الآية ٢ .
(٢) في (ن) : [هذا] .
(٣) ساقطة من (ع) .
(٤) في (ع) : [الجمال] .
(٥) في (ن) : [الطفر] .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٨) العرف هو : ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول . التعريفات ص ١٩٤ .
(٩) انظر : المزهر في علوم اللغة وأنواعها لجلال الدين السيوطي (٣٦٤/١) ط عيسى الحلبي تحقيق محمد جاد المولى وعلي البجاوي ومحمد أبو الفضل .
(١٠) هذا استدلال للمخالف بأن الرأس وغيره من الأعضاء التي يعبر بها عن الجملة أنه وإن كان يعبر بها عن الجملة إلا أنها حقيقة في الأعضاء فلا تدل على جملة البدن إلا بالنية . انظر : النكت ورقة ٢٢٢ .

شبهة لمعرفته بالحال . على أن أصحابنا تكلموا على ما أورده فقالوا: قوله ﴿ تَبَّتْ يَدَآ أَبِي [١] لَهَبٍ وَتَبَّ ﴾[٢]. ليس المراد به الجارية ولا الجملة ، وإنما المراد العمل معناه: خسر عمله ثم قال « وتب [٣] » ولو كان المراد بالأول الجملة لكان مكرراً .

٢٣٨٧٣ - وقوله : ﴿ بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ ﴾ [٤] المراد به : القدرة وقوله ﴿ فَبِمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ ﴾ [٥] المراد به الجارحة ، لأن الكسب يقع بها غالبًا . وقوله عليه الصلاة والسلام: على اليد ما أخذت حتى ترد [٦] أي على ذي اليد بحذف المضاف . [٧] وقوله تعالى: ﴿ لَهُمْ قَدَمَ صِدْقٍ ﴾ [٨] المراد به عمل يتقدمون به . وفي قوله : « أعلا الله كعبه » معناه : عمله . وقولهم: لفلان الوبر [ولفلان الشعر] [٩] يدل [١٠] على أن الشعر والوبر يعبر به عن الإبل والغنم وليس في ذلك دلالة على أنه يعبر عن الآدمي .

٢٣٨٧٤ - وقولهم : حيا الله لحيتك المراد به نفس اللحية لا الجملة [١١] وإنما أضاف اللحية إليها لأن الجمال والتمييز يقع بها ، وجملة هذا أن يتناول الرأس الجملة مجازا [١٢] . فإن ادعى مخالفنا أن غير ذلك يعبر به عن » الجملة [١٣] على طريق المجاز [١٤] عرفا فلم يثبت هذا العرف عند أبي حنيفة ﷺ ولو ثبت قال به . والاستعمال في المجاز لا يثبت بالقياس [١٥] .

٢٣٨٧٥ - فإن قيل : إذا أطلق الرأس يتناول الجملة فإذا أضيف يتناول العضو .

---

(١) في (ن) : [يدي] .

(٢) سورة المسد : الآية ١ .

(٣) سورة المسد : الآية ١ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٦٤ .

(٥) سورة الشورى : الآية ٣٠ .

(٦) الحديث أخرجه أبو داود في سننه - باب في تضمين العارية عن سمرة (٨٢٢/٣) والترمذي في سننه - باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٣٤٢/٢) بنحوه وابن ماجه في سننه ، باب الوديعة (٨٠٢/٢) والبيهقي في السنن الكبرى ، باب العارية مضمونه (٩٠/٦) والحاكم في المستدرك كتاب البيوع (٤٧/٢) .

(٧) انظر : فتح القدير (١٥/٤) العناية (١٥/٤) البنابة (٤٠٩/٤) .

(٨) سورة يونس : الآية ٢ .

(٩) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) وزدتها ليستقيم المعنى بها .

(١٠) في (ع) : [فدل] .

(١١) في (ع) : [الحملة] .

(١٢) في (ن) : [مجاز] .

(١٣) في (ن) : [الحملة] .

(١٤) في (ع) : [المجاز] .

(١٥) انظر : المزهر في علوم اللغة وأنواعها (٣٦٤/١) .

نقول : هذا رأس فلان [١] .

٢٣٨٧٦ - قلنا : وقد يضاف ما يراد به الجملة [٢] كما يقول: ذاتك ونفسك .

* * *

(١) أي أن هذا العضو عند المخالف إذا أطلق تناول الجملة وإذا أضيف فلا ولهذا تقول صدعني رأسي والمراد به : العضو فلا يجوز أن يجعل عبارة عن الجملة مع الإضافة كقوله : أنت طالق من وثاق . النكت ورقة ٢٢٢ .

(٢) في (ع) : [الحكمة] .

مسألة ١١٥٤

لا يستحلف في النكاح

٢٣٨٧٧ - قال أبو حنيفة : لا يستحلف في النكاح .

٢٣٨٧٨ - [وقال أبو يوسف ومحمد : يستحلف فيه] (١) .

٢٣٨٧٩ - وبه قال الشافعي (٢) .

٢٣٨٨٠ - لنا : أن حبسه لا يجوز أن يستوفى بالنكول فلا (٣) يستحلف فيه حد الزنا ، (٤) ولا يلزم بالقصاص . لأن حبسه ليستوفى النكاح ، فإذا لم يستحلف في أحدهما ، لم يستحلف في الآخر ، لأن كل واحد منهما أخذ ما يستوفى به منفعة البضع ، ولأن بذله لا يصح ، بدلالة أن استيفاءه مع البذل كاستيفائه من غير بذل في الحكم المتعلق به نصًا (٥) ، كحد الزنا (٦) .

٢٣٨٨١ - فإن قيل : لا نسلم أن بذله لا يصح ، لأنها إذا تزوجته فقد بذلت نفسها ، وإذا وطئها في النكاح فقد استوفى المنافع بالبذل ، وحكم هذا الاستيفاء مخالف للاستيفاء من غير بذل (٧) .

٢٣٨٨٢ - قلنا : وطء الزوج ليس هو استيفاء بالبذل ، لكن بحق الملك ، وكذلك المرأة إذا تزوجت ، فلم تبذل المنافع ، وإنما بذلت العقد .

---

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) . انظر : مختصر الطحاوي ١٧٢ ، تحفة الفقهاء (٢٩٤،٢٩٣/٣) بدائع الصنائع (٢٢٧/٦) ، الهداية (١٥٧/٣) ، البحر الرائق (٢٠٧/٣) والمسألة في الكتاب . انظر : اللباب (٩/٣) .

(٢) انظر : المهذب (٣١١/٢) ، الوجيز (٢٦٥/٢) ، روضة الطالبين (٣٧/١٢) .

(٣) في (ع) : [ولا] .

(٤) في (ع) : [الزنا] . قال في بدائع الصنائع : لا يجوز الاستحلاف في الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والسرقة والشرب » لأن الاستحلاف لأجل النكول ، ولا يقضى بالنكول في الحدود الخالصة لأنه بذل . بدائع الصنائع ٢٢٦/٦ وبهذا تبين أنه لا يجوز الاستحلاف في حد الزنا ، لأنه لا يقضى فيه بالنكول ، كما لا يستحلف في النكاح ، لأنه لا يقضى فيه بالنكول .

(٥) في (ن) : [قضا] .

(٦) في (ن) : [الزنا] . انظر : بدائع الصنائع (٢٢٧/٦) ، نتائج الأفكار (١٨٥،١٨٤/٨) .

(٧) أي أنه يجوز الاستحلاف في النكاح ، لأن بذله يصح ، لأنها إذا تزوجته فقد بذلت نفسها ، وإذا وطئها =

٢٣٨٨٣ – احتجوا : [١] بقوله ﷺ : « البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه [٢] .

٢٣٨٨٤ – والجواب : أن هذا عموم مخصوص بما ذكرنا [٣] .

٢٣٨٨٥ – قالوا : ما جاز أن يثبت بالإِقرار جاز أن يستحلف فيه كالمال [٤] [٥] .

٢٣٨٨٦ – قلنا : يبطل بالزنا .

* * *

= فقد استوفى المنافع بالبذل ، وحكم هذا الاستيفاء مخالف للاستيفاء من غير بذل . انظر : النكت ورقة ١٩٨ .

(١) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٤٢ .

(٢) الحديث أخرجه الترمذي في سننه – باب ما جاء في أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، سنن الدارقطني مع التعليق (٤/ ١٥٧) . والبيهقي في السنن الكبرى – باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه (٢٥٢/١٠) . صحيح مسلم – باب اليمين على المدعى عليه (١٣٣٦/٣) .

(٣) قال في العناية : « لا يقال إن أبا حنيفة ترك الحديث المشهور ، وهو قوله ﷺ واليمين على من أنكر » بالرأي – وهو لا يجوز – لأن أبا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها ، لكنه يقول لما لم يفد اليمين فائدتها – وهو القضاء بالنكول ، لكونه بذلا لا يجرى فيها – سقطت ، كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود . العناية (١٨٥/٨) .

(٤) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٤٢ .

(٥) قاعدة : « ما جاز أن يثبت بالإقرار جاز أن يستخلف فيه كالمال » .

مسألة ١١٥٥

المطلقة في مرض الموت ترث وهي في العدة

٢٣٨٨٧ - قال أصحابنا : إذا أبان المريض امرأته فمات [١] وهي في العدة ، ورثت منه [٢] .

٢٣٨٨٨ - وقال الشافعي : - في أحد قوليه - لاترث [٣] .

٢٣٨٨٩ - لنا : إجماع الصحابة ﷺ [٤] . وروى المغيرة [٥] عن إبراهيم ، كتب عمر

---

(١) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .
(٢) أما إرثها منه فلا يتحقق ذلك إلا بشروط وهي نوعان : نوع يعم أسباب الإرث كلها ، ونوع يخص النكاح . أما الذي يعم الأسباب كلها فهو : -
١ - الأهلية وهو : أن لا يكون الوارث مملوكًا ، ولا مرتدًا ولا قاتلًا ، فلا يرث المملوك ولا المرتد من أحد ولا يرث القاتل من المقتول .
٢ - وجود الأهلية منها وقت الطلاق ودوامها إلى وقت الموت .
٣ - ومنها شرط المحلية ، وهو : أن يكون المتروك مالًا فاضلًا فارغًا عن حوائج الميت حاجة أصلية .
٤ - ومنها اتحاد الدين واتحاد الدار . انظر : هذه المسألة في مختصر الطحاوي ٢٠٣ ، رءوس المسائل ٤١٨ الحيوط (١٥٤/٦) تبيين الحقائق (٢٤٥/٢) ، ورد المحتار (٥٢/٢) والمسألة في الكتاب . انظر : اللباب (٥٢/٣) - وبه قال الإمام مالك (٥٨٤/٢) ، التفريع (٨٠/٢) ، المغني (٢١٧/٧) ، الشرح الكبير (١٨١/٧) .
(٣) اختلف قول الشافعي فيمن بتّ طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت ، فقال - في أحد القولين - إنها ترثه - في القديم أنها لا ترث إلا بشروط هي : -
١ - كون الزوجة وارثة ، فلو أسلمت بعد الطلاق فلا . ٢ - عدم اختيارها فلو اختلعت أو سألت فلا .
٣ - كون البينونة في مرض مخوف ونحوه ، ومات بسببه فإن برئ منه فلا .
٤ - كونها بطلاق لابلعان وفسخ .
٥ - ثبوت الزواج بغير الإقرار ، ليخرج ما إذا أقر به . انظر : الأم (٢٧١/٥) ، المهذب (٢٥/٢) ، مغني المحتاج (٢٩٤/٣) ، نهاية المحتاج (٤٥٤/٦) ، الأم (٢٧١/٥) . مختصر المزني (٢٨٩/٨، ٢٩٠) : الوجيز (٥٩/٢) ، المحلى (٥٦٢/١١) .
(٤) قال في فتح القدير : أما الإجماع : فلأن عثمان ورث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاقها في مرضه وهي في العدة ، بمحضر من الصحابة فلم ينكر فكان إجماعًا . فتح القدير (١٤٦/٤) .
(٥) هو : المغيرة بن مقسم الضبي : روى عن إبراهيم والشعبي وأبو وائل وغيرهم ، وروي عنه الثوري وشعبة وشريك وغيرهم . قال العجلي والنسائي : ثقة . مات سنة ١٣٢ هـ . انظر : الجرح والتعديل (٢٢٨/٨، ٢٢٩) ، الثقات لابن حبان (٤٦٤/٧) ، تهذيب التهذيب (٢٦٩/١٠) خلاصة تهذيب الكمال (٥١/٣) .

إلى شريح [١] فقال [٢] : كان فيما جاءني به عوف [٣] البارقي [٤] من عبد الله بن عمر » [٥] ﷺ في الذي يطلق امرأته وهو مريض ترث [٦] ما كانت في العدة [٧] .

٢٣٨٩٠ - وروى الشعبي أن أم البنين ابنة عيينة بن حصن [٨] ، كانت تحت عثمان بن عفان ، فلما حضر [٩] طلقها ، [فجاءت إلى علي بن أبي طالب بعد ما قتل ، وأخبرته بذلك فقال : تركها حتى أشرف على الموت فارقها] [١٠] فورثها [١١] .

٢٣٨٩١ - وروى هشام بن عروة [١٢] ، عن أبيه [١٣] ،........................

---

(١) هو : شريح بن الحارث بن قيس الكندي . روى عن عمر ، وعلى ، وروى عنه النخعي وابن سيرين وتميم ابن سلمة وغيرهم . قال يحيى بن معين : ثقة . مات سنة (٧٨ هـ) . انظر : تذكرة الحفاظ (٩٥/١) ، التاريخ الكبير (٢٢٨/٢، ٢٢٩) ، سير أعلام النبلاء (١٠٠/٤-١٠٦) ، طبقات السيوطي ص ٢٠ .

(٢) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) هكذا في جميع النسخ ، وصحته [عروة البارقي] كما في إسناد الحديث . انظر : سنن سعيد بن منصور (٤٢/٣) .

(٤) عروة بن الجعد البارقي سكن الكوفة . روى عن النبي ﷺ وروى عنه الشعبي ، وسماك بن حرب والسبيعي ، مشهور وكان ممن سيره عثمان ﷺ إلى الكوفة . انظر : الاستيعاب (١٠٦٥/٣) ، أسد الغابة (٢٦/٤، ٢٧) ، الإصابة (٤٨٨/٤، ٤٨٩) .

(٥) هكذا في جميع النسخ ، وصحة سياق الحديث « من عند عمر ﷺ . انظر : سنن سعيد بن منصور ٤٢/٣ .

(٦) في (ن) : [بيرث] .

(٧) أخرجه سعيد بن منصور في سننه ، باب طلاق المريض (٤٢/٣) - وابن أبي شيبه في المصنف كتاب الطلاق من قال ترثه ما دامت في العدة منه إذا طلق وهو مريض (٢١٧/٥، ٢١٨) والبيهقي في السنن الكبرى - باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت بنحوه (٣٦٣/٧) .

(٨) هي أم البنين بنت عيينة بن حصن الفزارى ، لوالدها صحبة ، ولها إدراك وتزوجها عثمان ﷺ . الإصابة (١٧٨/٨) .

(٩) في (ن) : [حضر] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش . المبسوط (١٥٥/٦) .

(١١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق - المصنف (٢١٨/٥، ٢١٩) ، وأخرجه أيضًا ابن حزم في المحلى (٥٦٨/١١) . انظر : المبسوط (١٥٥/٦) ، بدائع الصنائع (٢١٨/٣) .

(١٢) هشام بن عروة بن الزبير بن العوام روى عن أبيه وعبد الله بن الزبير وعمرو بن خزيمة وغيرهم ، وروي عنه سعد ومالك والسفيانان وغيرهم . قال أبو حاتم : ثقة . مات سنة ١٤٦ هـ . انظر : الكاشف (١٩٧/٣) ، ميزان الاعتدال (٣٠١/٤، ٣٠٢) ، تهذيب التهذيب (٢٥١/١١) التعديل والتجريح للباجى (١١٧١/٣) .

(١٣) عروة بن الزبير بن العوام القرشي : روي عن ابن عباس وعائشة وزيد بن ثابت وغيرهم ، وروي عنه الزهري وعبد الله بن عروة وصالح بن كيسان وسعيد بن خالد وغيرهم ، قال ابن سعد : كان ثقة فقيهًا عالمًا . مات سنة ٩٢ هـ . انظر : في الجرح والتعديل (٣٩٥/٦، ٣٩٦) ، تذكرة الحفاظ (٦٢/١، ٦٣) ، تهذيب =

عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا »[١] قالت : إذا طلق الرجل [٢] امرأته في مرضه ، فانقضت العدة ، فلا ميراث بينهما[٣] . وروى سفيان بن حبيب [٤] عن رجل من قريش عن أبي بن كعب [٥] قال : إذا طلقها ، وهو مريض ، ثم مات [٦] ورثت منه [٧] .

٢٣٨٩٢ - وعن ابن عباس [٨] ، وعروة بن الزبير مثله [٩] ، وروى أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر [١٠] بنت الأصبغ [١١] الكلبية فدخل عليه عثمان يعوده ، فأشهده على طلاقها ، فقال له عثمان ﷺ : أما إنك لو مت في مرضك ، ورثتها منك ، فقال : أما إني لم أطلقها فرارا من كتاب اللّه ، قال : ذلك ما تقوله ، فمات في مرضه ذلك ، فورثها عثمان ، فأصابها ربع الثمن ثمانون ألفا [١٢] ، وهذا بحضرة الصحابة من

= التهذيب (١٨٠/٧-١٨٥) ، طبقات السيوطي ص ٢٣ .

(١) في (ن) : [عنه] . (٢) في (ن) : [الرحل] .

(٣) روى ذلك عنها ابن أبي شيبة في مصنفه/ كتاب الطلاق/ من قال ترثه مادامت في العدة منه ، عن عائشة أنها قالت في المطلقة ثلاثا وهو مريض : ترثه مادامت في العدة (٢١٢/٥) وابن حزم في المحلى (١١/ ٥٥٥) . انظر : المبسوط (١٥٥/٦) بدائع الصنائع (٢١٩/٣) .

(٤) هو : سفيان بن حبيب البصري - روى عن أشعث بن جابر وخالد الحذاء وابن جريج وغيرهم وروي عنه حبان بن هلال وسليمان بن أيوب ، وعمرو بن على . قال أبو حاتم . صدوق ثقة . مات سنة ١٨٢ هـ . انظر : الجرح والتعديل ٤ / ٨٢٨ ، تهذيب الكمال (١٣٧/١١ ، ١٣٨) ، الكاشف (٣٠٠/١) .

(٥) هو : الصحابي الجليل أُبيّ بن كعب بن قيس بن النجار الأنصاري . روى عن النبي ﷺ وروى عنه عبادة بن الصامت وابن عباس وعبد اللّه بن خباب وغيرهم ، كان من ألزم الصحابة لكتابة الوحي ، وشهد العقبة الثانية والمشاهد كلها مع رسول اللّه ﷺ . مات سنة (٣٠ هـ) علي الصحيح . انظر : الاستيعاب (٦٥/١-٧٠) ، أسد الغابة (٦١/١-٦٣) ، الإصابة (٢٧/١) ، طبقات ابن سعد (٣٤٠/٢،٣٤١) .

(٦) في (ن) : [ماتت] .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف عن أبي بن كعب قال : إذا طلقها وهو مريض ورثت منه ولو مضى ستة أشهر لم يبرأ أو يموت (٢١١/٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٦٣/٧) . انظر : المبسوط (١٥٥/٦) ، بدائع الصنائع (٢١٩/٣) .

(٨) قال في المحلي عن طاوس عن ابن عباس في الذي يطلق امرأته ثلاثًا في مرضه قبل أن يدخل بها ، قال : ليس لها ميراث ، ولها نصف الصداق . المحلى (٥٦٣/١١) .

(٩) أخرجه عبد الرزاق في المصنف عن هشام وابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق بنحوه (٢١٧/٥) وسعيد بن منصور في سننه (٢/٣ /٤٣،٤٤) .

(١٠) في (ن) : [يماطر] . (١١) في (ن) : [الأصبع] .

(١٢) في الاستدلال بقصة عبد الرحمن بن عوف نظر ، فقد قال في المجموع وليس طلاقه لها (أي ما سألت تماضر عبد الرحمن) في هذا الوقت لأن قولها طلقني يقتضي الجواب في الحال ، فإذا تأخر ثم طلقها كان =

غير نكير [١] .

٢٣٨٩٣ – فإن قيل [٢] : عبد الله بن الزبير مخالف [٣] ، لأنه قال : ورَّث عثمان تماضر [٤] ولو كنت أنا لم أورثها ، وروى أنه قال : وأما أنا فلا أورث مبتوتة .

٢٣٨٩٤ – قلنا : ابن الزبير قال هذا بعد [٥] معاوية ، في إمارته ، والإجماع سبق قوله ، فكيف يعتد بقوله على الإجماع ، ولم يكن ابن الزبير ممن يجتهد مع عمر ، وعثمان ، وعلى ، وعائشة ﷺ ، وإنما قال هذا بعد مضى عصرهم [٦] ، فالإجماع سبق [٧] ، على أن قوله : ورثها عثمان ، ولو كنت أنا لم أورثها [٨] يجوز أن يكون معناه : استدراك من هذا الحكم ، ما لو كنت أنا لم يقع لي ، وقوله : أما أنا فلا أورث مبتوتة [٩] يجوز أن يكون معناه أستدرك أن رأيي أن لا أورث مبتوتة ، إلا أن عثمان ورثها ، فتبين أن القياس عنده يخالف قول عثمان ، وهذا ليس بمخالفة منه ، بل يجوز أن يكون عدولا عن القياس بقول الصحابة ﷺ .

٢٣٨٩٥ – فإن قيل : عبد الرحمن مخالف [١٠] ، لأنه طلقها لإسقاط ميراثها [١١] .

٢٣٨٩٦ – قلنا : قد روينا أنه لم يقصد [١٢] بطلاقها إسقاط ميراثها ، لأنه قال ما أطلقها [١٣] فرارا من كتاب الله . ولا اعتقد أنه يموت من ذلك المرض حتى يكون / ٢/أ

= ذلك ابتداء طلاق . انظر : المجموع (١٦/٦٤٥) .

(١) انظر : المبسوط (٦/١٥٥) ، بدائع الصنائع (٣/٢١٩) ، فتح القدير (٤/٢١٤٦) رءوس المسائل ٤١٩ ، البناية (٤/٥٧٢) ، المغنى (٧/٢١٨) ، الشرح الكبير (٧/١٨١) ، مسالك الدلالة ١٩٢ .

(٢) هذا اعتراض للمخالف بأن توريث عثمان لتماضر قد خالفه فيه ابن الزبير ، فقال ورَّث عثمان تماضر وأنا لا أري توريث المبتوتة . انظر : النكت ورقة ٢٢٣ .

(٣) في (ن) : [محالف] .

(٤) في (ن) : [تنماطر] .

(٥) ساقط (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ، باب طلاق المريض (٧/٦٢) وابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق (٥/٢١٧) ، والشافعي في مسنده ، باب في العدة ١١٨ ، والدارقطنى في سننه ، باب ما جاء في توريث المبتوتة (٤/٦٤) والبيهقي في السنن الكبرى (٧/٣٦٢) .

(٧) قال في بدائع الصنائع : على أنه روى أن ابن الزبير قال ذلك في ولايته ، وقد كان انعقد الإجماع منهم على التوريث ، فخلافه بعد وقوع الاتفاق منهم لا يقدح في الإجماع ، لأن انقراض العصر ليس بشرط لصحة الإجماع على ما عرف في الأصول . انظر : بدائع الصنائع (٣/٢١٩) ، الشرح الكبير (٧/١٨١،١٨٢) .

(٨) سبق تخريجه .

(٩) في (ن) : [متبوبة] .

(١٠) في (ن) : [مخالف] .

(١١) هذا استدلال للمخالف على أن هذا الإجماع قد خالفه عبد الرحمن بن عوف ، لأنه طلق تماضر لإسقاط ميراثها . انظر : النكت ورقة ٢٢٣ .

(١٢) في (ن) : [ما يعصد] .

(١٣) في (ن) : [حلقها] .

طلاقها ، لإسقاط ميراثها [١] .

٢٣٨٩٧ - قالوا : روى أن عبد الرحمن قال : والله لا أورث تماضر [٢] « بنت الأصبغ [٣] » وهذا يدل أن طلاقها كان لقطع الميراث عنها .

٢٣٨٩٨ - قلنا : لأنها سألته الطلاق ، فاعتقد أن طلاقها مع مسألتها يسقط إرثها ، وبذلك نقول [٤] ، لأنه أخر تطليقاتها ، فيجوز أن يكون ظنه أن العدة تنقضي قبل ذلك .

٢٣٨٩٩ - فإن قيل : لابد أن يكون في المسألة خلاف ، لأن عثمان ورثها ، وقد سألت الطلاق . وعندكم أنها لا ترث [٥] فإن كان إمساك الصحابة عن الإنكار إجماعًا فقد أجمعوا على ثبوت الميراث في موضع لا إرث فيه ، فكيف يجتمعون على ضلال ، وإن كان في المسألة خلاف ، ولم ينكر [٦] .

٢٣٩٠٠ - قلنا : أما مسألتها الطلاق ، فلم يطلقها بمسألتها ، لأنه روى أنه قال : من سألتنى الطلاق طلقتها ، فأرسلت إليه تماضر [٧] تسأله الطلاق ، فقال إذا حضت فأذنيني ، فلما حاضت قال : إذا طهرت فأذنيني ، فلما طهرت طلقها .

٢٣٩٠١ - ولو كان الطلاق بمسألتها لقال حين سألت : إذا طهرت من حيضك فأنت طالق فأما قولهم أنه ورثها بعد انقضاء عدتها فقد روى هذا وروى أبو عوانه [٨] عن عمر [٩]

---

(١) انظر : المبسوط (١٥٥/٦) .

(٢) في (ن) : [تماطر] .

(٣) في (ن) : [الأصبع] .

(٤) انظر : المبسوط (١٥٥/٦) .

(٥) في (ن) : [يرث] أي إن سألت الطلاق .

(٦) هكذا في جميع النسخ ولعل تكملة الاعتراض » فهذا إجماع سكوتي وهو ليس بحجة وذلك لأن الإجماع لا ينعقد عند الشافعي إلا بقول الكل لأن السكوت محتمل والمحتمل لا يكون حجة . انظر : كشف الأسرار ، شرح المنار لعبد الله بن أحمد النسفى ج (١٨١،١٨٠/٢) ط أولى ١٤٠٦ هـ بيروت .

(٧) في (ن) : [تماطر] .

(٨) هو : الوضاح بن عبد الله البشكرى أبو عوانة روى عن إبراهيم بن ميسرة وإسماعيل بن سالم وعمرو بن أبي سلمة وغيرهم ، وروي عنه عفان وقتيبة وغيرهم . قال أبو زرعة : بصري ثقة إذا حدث من كتابة . مات سنة (١٧٦هـ) . انظر : الجرح والتعديل (٤١،٤٠/٩) الكاشف (٢٠٧/٢) ، الثقات (٥٦٣،٥٦٢/٧) ، خلاصة تهذيب الكمال (١٤٠/٣) .

(٩) في (ع) : [عن ابن عمر بن أبي سلمة] . والصواب أنه عمر بن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ، روي عن أبيه وإسحاق بن يحيي وغيرهم وروى عنه سعد بن إبراهيم ومسعر وخشين وغيرهم . قال أبو حاتم : صدوق صالح . مات سنة ١٣٢ه انظر : الثقات (١٦٤/٧) ، ميزان الاعتدال (٢٦٣،٢٦٢/٣) ، الجرح والتعديل (٢٣٥/٦) الكاشف (٢٧١/٢) .

وابن أبي سلمة [١] عن أبيه قال ، طلق عبد الرحمن إحدى نسائه ثم قال : فلم » يلبث » إلا يسيرا حتى مات وهي في العدة فورثها [٢] عثمان .

٢٣٩٠٢ - فيحتمل أن يكون من قال ورثها قبل انقضاء عدتها يعنى قسم لها قبل انقضاء عدتها . وليس من شرط الميراث بقاء العدة إلى حين القسمة ، وإنما المعتبر بقاؤها إلى حين الموت [٣] .

٢٣٩٠٣ - فإن قيل : إنما لم يذكروا الآية لأنه موضع اجتهاد مذهبهم ، حتى لا يعترضوا على الحاكم .

٢٣٩٠٤ - قلنا : لم تجر عادتهم أنهم يمسكون عن ذكر مذهبهم ، ومن عرف السيرة وما جرى عليه أمر الاختلاف علم أن العادة خلاف هذا .

٢٣٩٠٥ - فإن قيل : روى أنها صالحت عن حقها على ثمانين ألفا ، ولو كانت تستحق الإرث ، لما احتاجت إلى الصلح .

٢٣٩٠٦ - قلنا : الورثة إذا أحبوا إخراج بعضهم من التركة ، صالحوه عن حقه عن مال لتسلم [٤] لهم التركة ، على أنها [٥] لو لم تستحق شيئًا لم يجز أن تصالح [٦] على مال يدفع [٧] إليها ، ولأنه حق مال يجوز أن تستحقه المطلقة الرجعية ، فجاز أن تستحقه المبتوتة كالسكنى .

٢٣٩٠٧ - فإن قيل : المعنى في السكنى [٨] أنها تستحق إن طلقها في الصحة كذلك إذا طلقها في المرض . والميراث لا تستحقه المطلقة في حال الصحة ، كذلك إذا

---

(١) أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري . روي عن أبيه ، وعثمان بن عفان وطلحة وأبو الدرداء وغيرهم ، وروي عنه زرارة بن مصعب وعروة بن الزبير وبكير بن عبد الله وغيرهم . مات سنة (٥٩٤) . انظر : نهذيب التهذيب (١١٨/١١٥/١٢) ، الثقات (٢/١/٥) ، وخلاصة تهذيب الكمال (٢٢١/٣) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) انظر : البناية (٥٧٣/٤) .

(٤) (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) في (ن) : [إنهما] .

(٦) في (ن) : [بصالح] .

(٧) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) قال في بدائع الصنائع : فإن كانت معتدة من نكاح صحيح عن طلاق فإن كان الطلاق رجعيًا فلها النفقة ، والسكنى بلا خلاف ؛ لأن ملك النكاح قائم ، فكان الحال بعد الطلاق كالحال قبله . وإن كان الطلاق ثلاثًا أو بائنا ، فلها النفقة والسكنى إن كانت حاملا بالإجماع . وإن كانت حائلا فلها النفقة والسكنى عند أصحابنا . انظر : بدائع الصنائع (٢٠٩/٣) ، وبهذا تبين أن المطلقة الرجعية تستحق السكنى ، فجاز أن تستحقه البائن ، كما أن المطلقة الرجعية تستحق الميراث فجاز أن تستحقه البائن .

طلقها في حال المرض .

٢٣٩٠٨ - قلنا : السكنى حق ثابت لها في حال الصحة والمرض . والطلاق في حال المرض لم يسقط هذا الحق ، ولأنها وارثة فلا يملك إخراجها من الإرث بقوله .

٢٣٩٠٩ - أصله : سائر الورثة ، ولأن الميراث يستحق تارة بنسب [١] ، وتارة بسبب [٢] ، فإذا كان الوارث بالنسب لا يملك إخراجه من الميراث بقوله ، كذلك الوارث بالسبب [٣] ، ولا يلزم إذا طلقها في الصحة ، لأنه يملك إسقاط حق ورثته عن ماله بقوله في الصحة ، مثل أن يهب جميعه ، ويسلمه [٤] .

٢٣٩١٠ - ولا يلزم إذا نفي [٥] نسب الولد ، لأنه لا يبطل بقوله ، ولكن بقوله وحكم الحاكم [٦] ، ولأنه لا يسقط عن الإرث ، ولكن تبين أنه لم يكن وارثا ، ولا يلزم إذا كان له أخ ، لأنه لم يخرج الأخ من الميراث ، ولكن تبين أنه لم يكن وارثا [٧] .

٢٣٩١١ - ولآن الأخ لا يخرج من الإرث بالإقرار بالابن ، لجواز أن يصير الابن قاتلا ، ومرتدا ، ولأن تصرف المريض فيما يلحقه من التهمة حال مرض كتصرفه بعد الموت ، والدليل عليه عتقه ، وهبته [٨] ، ومعلوم أنه لو أسقط حقها بعد موته لم يسقط ، كذلك إذا أسقطه حال المرض .

٢٣٩١٢ - ولأنه طلقها في حال يلحقه منه التهمة ، فإذا دام المرض إلى حين موته مع بقاء عدتها ورثت ما لم يسقط حقها ، كما لو قال لها : أنت طالق [٩] ، أنت بائن [١٠] .

(١) الإرث بالنسب ثلاثة أنواع المنتسبون إليه وهم الأولاد والمنتسب هو إليهم وهم الآباء والأمهات والمنتسبون معه إلى أصوله ، وهم الأخوات والأعمام وغير ذلك . انظر : البحر الرائق (٥٥٧/٨) .

(٢) الإرث بالسبب ضربان : زوجية وولاء ، والولاء نوعان : ولاء عتاقه وولاء الموالاة وفي النوعين من الولاء يرث الأعلى من الأسفل - البحر الرائق (٥٥٧/٨) .

(٣) في (ن) : [بالنسب] .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢١٩/٣) .

(٥) في (ع) : [بقي] .

(٦)انظر : بدائع الصنائع (٢٤٦/٢١٦/٣) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢١٧/٣) .

(٨) انظر : فتح القدير (١٤٦/٤) ، بدائع الصنائع (٢١٩/٣) .

(٩) إذا قال لها : أنت طالق فهذا من ألفاظ الطلاق الصريح ، فإذا مات وهي في العدة ورثت منه بلا خلاف ، سواء كان الطلاق في حال الصحة أو كان في حال المرض ؛ لأن الطلاق الرجعي منه لا يزيل النكاح ، فكانت الزوجية بعد الطلاق قل انقضاءالعدة قائمة من كل وجه . والنكاح القائم من كل وجه سبب لاستحقاق الإرث من الجانبين انظر : بدائع الصنائع (٢١٨/٣) .

(١٠) رذا قال لها أنت بائن فهذا من ألفاظ الطلاق البائن ، فإذا مات وهي في العدة ، وكان ذلك في حال =

٢٣٩١٣ - ولا يلزم إذا سألته الطلاق ، لأنها أسقطت حقها [١] ، ولأنها معتدة من نكاح صحيح ، فجاز أنت ترث بوفاة الزوج ، كالمطلقة الرجعية [٢] وهذه المسألة مبنية على أن حق الورثة متعلق بمال المريض حال مرضه ، وقد دللنا عليه في كتاب الإقرار بامتناع تبرعه في ماله [٣] والحق إذا تعلق بملك المريض ، وليس ببدل غير البضع ، لم يملك إسقاطه بقوله [٤] .

٢٣٩١٤ - أصله : الرهن ، والسكنى [٥] .

٢٣٩١٥ - فإن قيل : لو تعلق حقهم بالمال ، لم يملك المريض ، وطء الجارية ، والإنفاق على نفسه ، ولا البيع ، ولم تجب الزكاة عليه .

٢٣٩١٦ - قلنا : المأذونة يتعلق بها الدين ، ويملك مولاها الوطء [٦] ، فأما الإنفاق [٧] فإنه يملك للحاجة ، كما ينفق مال الصبي ، ومال الغير ، ولأن [٨] حق الورثة في معنى المال ، والبيع هنا [٩] يسقط هذا المعنى ، وأما وجوب الزكاة فلأنها تجب في الدين بعد الحول [١٠] ، وقد كان ملكا بغير حلول الحول .

٢٣٩١٧ - احتجوا : بقوله تعالى ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ [١١] فأثبت الربع للزوجات [١٢] .

٢٣٩١٨ - قلنا : هذا يدل على ثبوت الربع للزوجة ، ولا ينفى ثبوته لغيرها ، وتعلق

= المرض ، وكان بغير رضاها ، ورثت منه ، لأن سبب استحقاق الإرث وجد ، وهو وقت مرض الموت ، مع شرائط الاستحقاق فتستحق الإرث . انظر : بدائع الصنائع (٢١٩/٢١٨/٣) .

(١) انظر : المبسوط (١٥٦/٦) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢١٨/٣) ، فتح القدير (١٤٧/٤) ، تبيين الحقائق (٢٤٦/٢) .

(٣) انظر : التجريد ورقة ٤٢٢ .

(٤) في (ع) : [وقوله] .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢١١/٣) .

(٦) انظر : الهداية (٧/٤) .

(٧) في (ع) : [للإنفاق] .

(٨) في (ع) : [فلأن] .

(٩) في (ع) : [ههنا] .

(١٠) من كان له دين على آخر فإن كان على مقر - سواء كان مليئًا أو معسرًا - وحال عليه الحول ، ثم قبضه بعد ذلك ، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا يزكيها لما مضى ، وقال محمد بن الحسن : ليس عليه أن يزكيها ، وأما إن كان الدين على جاحد فلا زكاة عليه فيه ، وإن قبضه بعد ذلك فلا زكاة عليه لما مضى من الوقت الذي كان مجحودا فيه ، خلافا لزفر . انظر : مختصر الطحاوي ص ٥١ . الهداية (٩٧/١) ، وتحفة الفقهاء (٤٦٠/١) .

(١١) سورة النساء : الآية ١٣ .

(١٢) انظر : الحاوي ورقة ٩٢ .

الحكم بالاسم لا يدل على نفى [1] ماعداه .

٢٣٩١٩ - فإن قيل : إذا طلق أربع زوجات ، وتزوج أربعا ، فالظاهر يقتضي ثبوت الميراث للأواخر ، وعندكم لا يرثن .

٢٣٩٢٠ - قلنا : إذا تزوجهن في عدة الأوائل فنكاحهن باطل [2] ، ولا نسلم أنهن زوجات ، ولأن قوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ ﴾ [3] تقدير للزوجات الربع ، وهذه مبنية بالزوجية ، والعرب تبعض [4] بأدنى ملابسة ألا ترى إلى قولهم :

إذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة ... سهيل أذاعت غزلها في القرائب [5]

٢٣٩٢١ - والمعتدَّة لها ملابسة بالزوج فيجوز أن تضاف إلى الزوجية ، فتستحق الميراث بالعموم .

٢٣٩٢٢ - وقد قال أصحابنا : إن النساء [6] اللاتي كن صويحبات [7] الربع لا تستحققن الميراث بعد زوال الزوجية ، وهذه كانت زوجة .

٢٣٩٢٣ - فإن قيل : معناه التي كانت زوجة إلى حين الموت .

٢٣٩٢٤ - قلنا : أضمرتم ما ذكرناه وزيادة واللفظ إذا استعمل بالإضمار لم يجز الزيادة عليه .

٢٣٩٢٥ - قالوا : فرقة [8] تقطع [9] إرثه منها ، فوجب أن تقطع إرثها منه ، كما لو أبانها في حال الصحة [10] .

٢٣٩٢٦ - قلنا : تبطل بموت الزوج . فإنه موجب فرقة تقطع إرثه منها ، ولا تقطع [11] إرثها منه ، ولأن الزوج لما اكتسب سبب الفرقة ، جاز أن يسقط [12] إرثه

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) انظر : الصنائع (٢٦٣/٢) الاختيار (١٥/٣) .

(٣) سورة النساء : الآية ١٣ .

(٤) في (ن) : [تنغص] .

(٥) البيت هكذا في (م) ، (ن) ، (ع) . وصحة البيت :

إذا كوكب الخرقاء لاح بسحره ... حمل أساعت فطنها في الأقارب

(٦) في (ص) : [المرأة] .

(٧) في (ص) : [زوجات] .

(٨) ساقطة من (ن) .

(٩) في (ن) : [بقطع] .

(١٠) انظر : المهذب (٢٥/٢) ، النكت ورقة ٢٢٣ . المجموع (٦٣/١٦) .

(١١) انظر : فتح القدير (١٤٧/٤) . العناية (١٤٧/٤) .

(١٢) في (ن) : [سقط] .

وإن لم يسقط إرثها ، كما لو جرحها . فلو مات بعد الجراحة ورثت ، وإن ماتت [١] لم يرثها . ثم الأصل غير مسلم ، لأن الفرقة تحصل في حال الصحة فيتعلق بها الإرث إذا ارتد الزوج في صحته ، ورثت منه [٢] .

٢٣٩٢٧ - والمعنى في حال المرض أنه لا يملك إسقاط حقها عن جميع ماله بالهبة ، والصداقة [٣] فلم يملك ذلك بالطلاق [٤] .

٢٣٩٢٨ - فإن قيل : إنه يملك في المرض إسقاط حقها عن جميع ماله بأن يقر للأجنبي [٥] .

٢٣٩٢٩ - قلنا : إقراره يبين أنه لم يكن حقها تعلق به ، فأما أن يسقط به حقها فلا .

٢٣٩٣٠ - قالوا : إرث ينقطع بالفرقة في حال الصحة ، فيسقط الإرث في حال المرض قياسا عليه .

٢٣٩٣١ - قلنا : أما إرثه منها فلأنه رضي بالإسقاط حين اكتسب البينونة بفعله ، وهي لم ترض بإسقاط حقها فلا يسقط ، وصار نظير مسألتنا أن ترتد [٦] حال مرضها ، فيرث منها [٧] ، ولا ترث منه لِمَا اكتسِب بسبب الفرقة [٨] .

٢٣٩٣٢ - فإن قيل : الميراث لا يسقط [٩] بالرضى ، بدلالة غير الزوجة ، لو رضي بإسقاط حقه من الإرث لم يقسط .

---

(١) في (ن) : [مات] .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٠/٣) . البحر الرائق (٤٨/٤) .

(٣) الصدقة هي : « العطية » يقال تصدق على المساكين : أي أعطاهم الصدقة ، وهي العطية التي بها يبتغي المثوبة من الله تعالى . انظر : المغرب ٢٦٤ ، مختار الصحاح - باب الصتد ٣٨٣ .

(٤)انظر : بدائع الصنائع (٢١٩/٣) .

(٥) أي أن إقرار المريض عند المخالف يقبل إذا أقر بالمال للأجنبي ، لأنه غير متهم في حقه حتى وإن أقر بجميع ماله ، وهو بهذا يكون مسقطا لحقها في الإرث . انظر : المهذب (٣٤٤/٢) .

(٦) في (ع) : [تريد] .

(٧) القياس فيما إذا ارتدت في مرضها ثم ماتت في العدة أن لا يرثها زوجها ، وإنما يرثها استحسانًا . وجه القياس أن الفرقة لم تقع بفعلها لأن فعلها الردة والفرقة لا تقع بها ، وإنما تقع باختلاف الدينين ولا صنع لها في ذلك فلم يوجد منها في مرضها إبطال حق الزوج عليها فلا يرث منها ، وجه الاستحسان أن الردة من أسباب الفرقة وقد حصلت منها في حال تعلق حقه بالإرث ، وهو مرض موتها فيرث منها . انظر : بدائع الصنائع (٢٢٠/٣) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٠/٣) . (٩) في (ن) : [سقط] .

٢٣٩٣٣ - قلنا : لأن السبب الذي به يرث لا يصح إبطاله بالرضى ، وسَقْط الإرث مع بقاء سببه لا يصح ، والزوجية يصح رفعها ، فكذلك اختلف الميراث بالرضا وغيره . وصار « نظير [١] مسألتنا أن يقر [٢] أحد [٣] الوارثين بجميع ماله في مرضه ، فيصدقه الوارث الآخر [٤] .

٢٣٩٣٤ - قالوا : كل فرقة قطعت الميراث حال الصحة قطعته حال المرض ، كما لو لاعنها ، أو طلقها بمسألتها [٥] .

٢٣٩٣٥ - قلنا : أما المعلق فغير مسلم ، لأن عند أبي حنيفة وأبي يوسف إذا لاعن حال المرض ترث ، سواء قذفها [٦] حال الصحة ، أو حال المرض [٧] وقال محمد : إن حصل القذف في المرض ورثت ، وإن كان في حال الصحة [٨] لم ترث [٩] . فأما إذا طلقها بمسألتها فقد رضيت بإسقاط حقها [١٠] ، وحق الوارث يجوز [١١] أن يسقط عن مال المريض بفعله ، وإن كان لا يسقط بفعل المريض : كما لو أقر أن عنده حق فصدقه ، أو أقر لوارثه بجميع ماله فصدقه [١٢] .

٢٣٩٣٦ - قالوا : خصائص النكاح ارتفعت بينهما من الإيلاء والظهار ، واللعان ، وعدة الوفاة ، فكذلك الميراث . وتحريره أنه حكم يختص بالنكاح ، فوجب أن ينقطع بالبينونة [١٣] حال المرض [١٤] .

٢٣٩٣٧ - قلنا : خصائص النكاح لم تزل ، لأن العلة واحدة والسكنى ، والنفقة ، والمختلعة [١٥] يلحقها طلاق عندنا لأن المختلعة يلحقها الطلاق .

---

(١) في (ن) : [نظير] .
(٢) في (ن) : [يفر] .
(٣) في (ع) : [أحدهما] .
(٤) انظر : مختصر الطحاوي ١١٦ .
(٥) انظر : النكت ورقة ٢٢٣ . المجموع (٦٣/١٦) .
(٦) في (ن) : [قذفها] .
(٧) انظر : فتح القدير (١٥٥/٤) . تبيين الحقائق (٢٥٠/٢) ، البناية (٥٨٨/٤) .
(٨) انظر : المبسوط (١٥٦/٦) .
(٩) ويقول محمد بن الحسن قال زفر .انظر : الجامع الصغير ٢٢٧ ، تحفة الفقهاء (٣٣٤/٣) .
(١٠) انظر : المبسوط (١٥٦/٦) .
(١١) في (ع) : [بجوز] .
(١٢) انظر : مختصر الطحاوي ١١٦ .
(١٣) ساقطة من (ن) .
(١٤) وكذا الزوجة تغسل الزوج ويغسلها ، وهذه لا يغسلها ، وإلى أنه ينكح أختها وأربعًا سواها .انظر : الأم (٢٧١/٥) ، المجموع (٦٣/١٦) .
(١٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

٢٣٩٣٨ - قالوا : كيف يتصور هذا في المختلعة ، وهي لا ترث [١] باتفاقٍ عندنا للبينونة ، وعندكم ، لأنها سألت الطلاق [٢] .

٢٣٩٣٩ - قلنا : إذا قبل الخلع أجنبي ، وأعطى العوض فإنها ترث [٣] عندنا [٤] .

٢٣٩٤٠ - فإن قيل : العدة ليست من خصائص النكاح ، لأنها تثبت / بالنكاح وغيره .

٢٣٩٤١ - قالوا : الميراث مستحق يثبت لزوجته أولا [٥] .

٢٣٩٤٢ - قلنا : وقسم آخر عندنا ، وهو بقاء العدة عند الموت من طلاق يلحقه عند التهمة .

٢٣٩٤٣ - فإن قيل : الأسباب [٦] التي يتوارث بها يلزم بقاؤها إلى حين الموت .

٢٣٩٤٤ - قلنا : ملك الأسباب يتصور بقاؤها بعد الوفاة ، فإذا زالت قبل الوفاة لم يستحق بها ، وهذا السبب لا يتصور بقاؤه بعد الوفاة ، وإنما تبقى غايته وهي العدة ، فيرث معها ، فجاز أن يكون بقاؤها إلى حين الموت ، ويستحق فيه الإرث ، كما يستحق ببقاء تلك الأسباب .

٢٣٩٤٥ - قالوا : عندكم إذا وطئها ابن زوجها في مرضها ورث منها ، فتقول : بانت منه في حال مرضها ، فلم ترث منه ، كما لو أعتقت تحت عبد [٧] فاختارت فأعتق .

٢٣٩٤٦ - قلنا : هناك لا تهمة تلحقها في الاختيار ، لأن الفرقة ، ليست ظاهرة [٨] والشرع جعل لها استدراك حقها به ، فلم تحمل الفرقة على قصد إسقاط حقه به ، وفي مسألتنا هي متهمة أن تكون قصدت [٩] الفرقة ليسقط حقه من إرثها فلم يسقط [١٠] .

---

(١) في (ن) : [يرث] .

(٢) أي أنه محل اتفاق بين الحنفية والشافعية أن المختلعة لا ترث منه إذا أبانها في حال مرضه ، لانها سألت الطلاق . انظر : النكت ورقة ٢٢٣ ، المبسوط (١٥٦/٦) .

(٣) في (ن) : [يرث] .

(٤) إذا خلعها أجنبي من زوجها المريض - مرض الموت - فلها الإرث لو مات الزوج في مرضه ذلك إذا ضمن الأجنبي العوض ومات زوجها وهي في العدة لأنها لم ترض بهذا الطلاق فيصير الزوج فارًّا . انظر : البحر الرائق (٤٨/٤) .

(٥) انظر : الحاوي الكبير - ورقة ٩٢ .

(٦) في (ن) : [الإثبات] .

(٧) في (ن) : [عند] .

(٨) في (ع) : [طاهرة] .

(٩) في (ن) : [قصده] .

(١٠) إذا كانت البينونة من قبل المرأة ، كما إذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة طائعة أو مكرهة ، أو اختارت =

٢٣٩٤٧ – ولأن من أصحابنا من سلك في هذه المسألة طريقة أخرى ، وقال : الطلاق الثلاث ، والبائن منهي منه [١] عندنا . فمتى فعل أيا منها لم يسقط إرثه كالردة [٢] . فعلى هذا اختيار [٣] نفسها ليس بفعل منهي عنه ، بل يمنع من سقوط إرثه [٤] .

٢٣٩٤٨ – فإن قيل : الزوج ملك في حال مرضه أن يتزوج ثلاثا سواها فينقل [٥] حقها من الربع إلى ربع الربع ، كذلك يملك إسقاط حقها من الجميع .

٢٣٩٤٩ – قلنا : يملك أن يزاحم الورثة ، عن بعض حقهم ، وإن لم يكن يملك إسقاط حقهم . ألا ترى أنه لو أوصى بالثلث جاز ، وإن نقص حقُّ الورثة بالوصية ، فلو وصى بجميعها لم يجز إسقاط حقهم [٦] .

٢٣٩٥٠ – قالوا : لو ثبت حقها ، لأجل الفرار ، لم يسقط بانقضاء العدة [٧] .

٢٣٩٥١ – قلنا : سقط ، فلو طلقها طلاقا رجعيا لم يسقط حقها عن الميراث باتفاق [٨] ، وإن انضم إلى ذلك انقضاء العدة سقط حقها [٩] ، ولأن عدتها إذا انقضت حلت للأزواج ، فلو ورثت من الأول استحقت ميراثا آخر ، والمرأة لا تستحق [١٠] « ميراث زوجين [١١] » في حالة واحدة [١٢] .

* * *

= نفسها في خيار الإدراك أو العتاق أو عدم الكفاءة فإن كان ذلك في حال الصحة فإنهما لا يتوارثان بالإجماع ، وإن كان في حال مرضها وماتت قبل انقضاء العدة ورث الزوج منها ، لأن سبب الفرقة منها ، وقد وجد سبب الاستحقاق في حقه ، وهو النكاح في وقت الاستحقاق وهو مرض موتها ولوجود سبب إبطال حقه منها في حال المرض . بدائع الصنائع (٣/٢٢٠) .

(١) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣/٢٢٠) . (٣) في (ن) : [احتيار] .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣/٢٢٠) . (٥) في (ع) : [انتقل] .

(٦) انظر : تحفة الفقهاء (٣/٣٤١ ٣٤٢) ، الهداية (٤/٢٣٢) ، نتائج الأفكار (١٠/٤١٥)

(٧) انظر : الحاوي الكبير ورقة ٩٢ .

(٨) انظر : فتح القدير (٤/١٤٥) ، المجموع (١٦،٦٣) .

(٩) انظر : الهداية (٢/٣) البحر الرائق (٤/٤٦) . تبيين الحقائق (٢/٢٤٥/٢٤٦) . رد المختار (٢/٥٢٣) .

(١٠) في (ن) [يستحق] . (١١) في (ن) [زوجين] .

(١٢) انظر : المبسوط (٦/١٥٦) ، الشرح الكبير (٧/١٨٣) .

مسألة ١١٥٦

إذا انقضت عدة المبتوتة لم ترث

٢٣٩٥٢ – قال أصحابنا : إذا انقضت عدة المبتوتة ، لم ترث [١] .

٢٣٩٥٣ – وقال الشافعي : – [في أحد] [٢] قوليه – : ترث ما لم تتزوج [٣] ، وهو قول مالك [٤] .

٢٣٩٥٤ – لنا : أنه ليس بينهما نكاح ، ولا حكم من أحكام النكاح ، فوجب أن لا ترث منه بالزوجية كسائر الزوجات [٥] .

٢٣٩٥٥ – ولأنه يجوز له تزويج أختها وأربع سواها ، كما لو تزوجت ، ولأنها حلَّت للأزواج ، فلم ترث بالزوجية ، كالأجنبية [٦] .

٢٣٩٥٦ – احتجوا : بأن حقها ثابت ولم يوجد منها ما يدل على إسقاط حقها كما لو [٧] لم تنقض عدتها [٨] .

٢٣٩٥٧ – الجواب : أنه إذا لم تنقض العدة فحقوق النكاح باقية ، فجاز أن ترثه ، ومتى انقضت ، فلم يبق نكاح ، ولا حق من حقوقه ، فلم ترث بالنكاح .

* * *

(١) في (ن) : [يرث] . انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٣ ، الهداية (٣/٢) فتح القدير (١٤٥/٤) ، رد المحتار (٥٢٣/٢) . اللباب (٥٢/٣) وهو رواية عن أحمد – المبدع (٢٤٢/٦) . الكافي (٥٦١/٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) وهو : المشهور من مذهب الإمام أحمد . انظر : المهذب (٢٥/٢) روضة الطالبين (٧٣،٧٢/٨) ، المجموع (١٦ /٦٤) ، الشرح (١٨٢/٧) المغني (٣٧٣/٦) ، الكافي (٥٦١/٢) .

(٤) ما عليه مذهب الإمام مالك خلاف هذا ، قال في بدايةالمجتهد : وقال قوم بل ترث – كانت في العدة أو لم تكن ، تزوجت أو لم تتزوج . وهو مذهب مالك . انظر : بداية المجتهد (٧٠/٢) أسهل المدارك (١٥٣/٢) .

(٥) انظر : الكافي (٥٦١/٢) .

(٦) انظر : المبدع (٢٤٢/٦) ، المغني ٢١٩٧ ، المغني ، الشرح الكبير (١٨٢/٧) .

(٧) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : المجموع (٦٤/١٦) .

مسألة ١١٥٧

إذا انقضت عدة المبتوتة وتزوجت لم ترث

٢٣٩٥٨ - قال أصحابنا : إذا انقضت عدة المبتوتة وتزوجت ، لم ترث [1] .

٢٣٩٥٩ - وقال الشافعي : في قول آخر « ترث » [2] - وإن تزوجت - [3] .

٢٣٩٦٠ - لنا : أنه « وجد [4] » من حقها ما يدل على الإعراض عن الزوج الأول ، فوجب أن لا « ترث » [5] منه ، كما لو سألته الطلاق فطلقها [6] .

٢٣٩٦١ - ولأنه ليس بينهما نكاح ، ولا « حكم [7] » من أحكامه ، فلم « ترث [8] » بالزوجية كالأجنبية [9] .

٢٣٩٦٢ - ولأنا لو [10] قلنا بأنها « ترث » [11] ، وإن تزوجت ، أدى ذلك أن ترث امرأة واحدة من أزواج كثيرة في حالة واحدة ، وهذا مستقبح [12] .

٢٣٩٦٣ - احتجوا : بأن حقها ثابت ، وتزوجها حق مباح ، فلا يسقط حقها [13] .

٢٣٩٦٤ - والجواب : أنه سقط سؤال الطلاق .

* * *

---

(١) وبه قال الإمام أحمد . انظر : المبسوط (١٥٦/٦) ، فتح القدير (١٤٥/٤) ، المبدع (٢٤٢/٦) ، الشرح الكبير (١٨٢/٧) .

(٢) في (ن) : [يرث] .

(٣) وهو قول الإمام مالك . انظر : بداية المجتهد (٧٠/٢) ، جواهر الإكليل (٣٣٣/١) ، المهذب (٢٥/٢) المجموع (٥٦/١٦) .

(٤) في (ع) : [وحد] .

(٥) في (ن) : [برث] .

(٦) انظر : المبسوط (١٥٦/٦) ، الشرح الكبير (١٨٣/٧) .

(٧) في (ع) : [حلم] .

(٨) في (ن) : [يرث] .

(٩) انظر : المغني (٢١٩/٧) ، الشرح الكبير (١٨٣/٧) .

(١٠) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(١١) في (ن) : [يرث] .

(١٢) انظر : المبسوط (١٥٦/٦) ، المغني (٢١٩/٧) ، الشرح الكبير (١٨٢/٧) .

(١٣) انظر : المهذب (٢٥/٢) ، المجموع (٦٤/١٦) .

مسألة ١١٥٨

ما يهدم الزوج الثاني من الطلاق وما لا يهدم

٢٣٩٦٥ – قال أبو حنيفة وأبو يوسف : الزواج الثاني يهدم ما دون الثلاث ، فإذا عادت إلى الأول ، عادت بثلاث تطليقات [١]

٢٣٩٦٦ – وقال محمد : تعود بما بقي من طلاقها .

٢٣٩٦٧ – وبه قال الشافعي [٢] .

٢٣٩٦٨ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾ [٣] . دلالة ظاهره [٤] يقتضي أن كل زوج يملك الرجعية . ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام : كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه ، [٥] وقال : الطلاق لمن أخذ بالساق [٦] ، وقال طلاق الأمة تطليقتان [٧] ، وعدتها حيضتان [٨] ، ظاهره يقتضي أنه إذا طلق الأمة ، ثم تزوجها بعد زوج ، ملك تطليقتين [٩] ، ولأنه ....

(١) وهو : رواية عن الإمام أحمد . انظر : مختصر الطحاوي (٢٠٢، ٢٠٣) ، المبسوط (٦/٩٥) ، البحر الرائق (٤١/٦٢) ، بدائع الصنائع (٣/١٢٦، ١٢٧) ، اللباب (٣/٥٩) ، المغني ، (٨/٤٤٢) ، الكافي (٢/٨٦١) .

(٢) وبه قال الإمام مالك وهو راوية عن الإمام أحمد وهي الأظهر انظر الكافي (٢/٨٥٣) ، التفريع (٢/٧٨) ، الأم (٥/٢٦٦، ٢٦٧) ، مختصر المزني (٨/٢٩٩) المهذب (٢٢/١٠٥) ، المبسوط (٦/٩٥) ، المغني (٨/٤٤٢) ، الكافي (٢/٨٦١) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٤) في (ع) : [وظاهره] .

(٥) استدلال المصنف يرد عليه أن الحديث ضعيف ، لأن فيه عطاء بن عجلان وهو ضعيف . انظر : سنن الترمذي (٣/٤٩٦) .

(٦) الاستدلال بهذا الحديث لا يصح ، لأن في إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف . التعليق (٤/٧) .

(٧) في (ع) : [تطليقان] .

(٨) أخرجه أبو داود في سننه ، باب طلاق العبد (٢/٦٩٣، ٦٤٠) والترمذي في سننه (٣/٤٨٨) ، والدارقطني في سننه ، كتاب الطلاق والخلع (٤/٣٨، ٣٩/٤٠) والحاكم في المستدرك كتاب الطلاق (٢/٢٠٥) والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما جاء في طلاق العبد (٢/١٥٧) ، من حديث عبد الله بن عمر . قال البيهقي عمرو بن شعيب الكوفي هكذا مرفوعًا وكان ضعيفًا

(٩) استدلال المصنف بهذا الحديث يرد عليه أن الحديث ضعيف . قال أبو داود : هذا حديث مجهول . وقال الترمذي : حديث عائشة حديث غريب ، لا نعرفه إلا من حديث مظاهر بن أسلم ، ومظاهر لا نعرف له غير هذا . وقال أحمد : هذا حديث لا يعرف إلا من حديث مظاهر ، ولا يعرف له رواية سواه . وقال يحيى بن معين : =

وطئها [١] زوج ثان ، فوجب أن يرفع الحكم المتعلق بالطلاق . أصله : إذا كان الطلاق ثلاثًا [٢] .

٢٣٩٦٩ - ولا يقال : إن الوطء لا يرفع حكم الطلاق ، بدلالة أنه لو ارتفع عادت زوجته ، وإنما يعمل في إباحة العقد ، ومادون الثلاث لا يحرم العقد ، ولا يعمل فيه وطء الزوج الثاني ، وذلك لأن زوال الملك والتحريم ليس هو من أحكام الطلاق ، وإنما يتعلق بانقضاء العدة ، أو باستيفائها .

٢٣٩٧٠ - وقولهم : « كان يجب أن تعود [٣] زوجته [٤] ليس بصحيح ، لأن الوطء يؤثر في الطلاق الثلاث ، ثم لا يجب أن تعود زوجته ، بل نأمره أن يلحقها بالأجنبيات حتى يجوز [٥] تزويجها ، فيملك منها كمال الطلاق .

٢٣٩٧١ - و[٦] في مسألتنا يؤثر في الطلاق ، حتى يلحقها بالأجنبي ، فيملك منها إذا تزوجها ثلاث تطليقات . وقولهم : إن وطء الزوج يعمل في الإباحة خاصة [٧] ليس بصحيح ، لأنه يلحقها بالأجنبيات ، وهذا يقتضي أمرًا زائدًا على الإباحة .

٢٣٩٧٢ - ألا ترى أنه يملك منها ثلاث تطليقات ، وهذه يملك منها دون ذلك ، ولو عمل في الإباحة خاصة ، لم يجز أن يملك منها الثلاث [٨] .

٢٣٩٧٣ - ولأن كل وطء جاز أن يؤثر في كمال العدد ، جاز أن يوجب الحد الناقص [٩] في العبد ، ولأنها فارقت الأجنبيات بالطلاق ، بدلالة أنه يجوز أن يتزوجها ، و[١٠] الأجنبية إذا تزوجها يملك منها ثلاث تطليقات ، وهذه يملك منها دون ذلك

= مظاهر ليس بشيء مع أنه لا يعرف . انظر : سنن أبي داود (٦٤٠/٦٣٩/٢) سنن الترمذي (٤٨٨/٣) ، العلل المتناهية (١٥٧/٢) .

(١) في (ع) : [وطهره] .

(٢) رد الشيرازي هذا فقال : هناك استوفى في العدد فوجب الاستئناف ، وههنا لم يستوف العدد فوجب البناء . ولأن هناك لا يبنى على ما مضى في اليمين ، فلم ين في عدد الطلاق ، وهاهنا يبنى في اليمين فيبنى في الطلاق . انظر : النكت ورقة ٢٢٢ .

(٣) في (ع) : [يعود] .

(٤) انظر : المبسوط (٩٦/٦) .

(٥) في (ع) : [يحوز] .

(٦) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) انظر : المبسوط (٩٥/٦) بدائع الصنائع (١٢٧/٣) .

(٨) انظر : المبسوط (٩٥/٦) بدائع الصنائع (١٢٧/٣) .

(٩) في (ع) : [ناقص] .

(١٠) ساقطة من (ع) .

فوجب أن يلحقها وطء الزوج الثاني بالأجنبيات كالمطلقة ثلاثًا [١] .

٢٣٩٧٤ - ولأن التطليقة الواحدة تكمل بانضمامها [٢] إلى غيرها ، فأثر وطء الزوج الثاني في حكمها كالثالثة : ولأن حكم المتعلق بالثلاث أغلظ [٣] من حكم ما دونها ، فإذا كان لوطء الزوج الثاني تأثير في أغلظ [٤] الأمرين ، فأولى أن يؤثر فيما دونه .

٢٣٩٧٥ - ولأن وطء الزوج الثاني إما أن يؤثر في العدد دون التحريم ، أو في التحريم دون العدد ، أو فيهما ، ولا يجوز أن يؤثر في العدد خاصة ، لأنه لو كان كذلك ، لنفى التحريم ولا يجوز أن يؤثر في التحريم خاصة ، لأنه لو كان [٥] كذلك في العدد ثبت أنه [٦] يؤثر فيهما ، فالعدد موجود في مسألتنا ، فوجب أن يؤثر الوطء فيهما ، فإذا ارتفع حكم العدد فيهما ملك العقد ما كان يملك لو تزوجها ابتداء [٧] .

٢٣٩٧٦ - فإن قيل : وطؤه يؤثر في تحريم العقد ، وذلك يتعلق بمجموع الآية ، فإذا ارتفع التحريم ملك بالعقد عليها ثلاث تطليقات ، كالنكاح المبتدأ .

٢٣٩٧٧ - قلنا : لو كان كذلك لوجب أن يرتفع حكم التطليقة الثالثة ، التي بوجودها حرم العقد فلو ارتفع حكم جميع الطلاق ، دل على أنه يؤثر في التحريم العدد .

٢٣٩٧٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾ [٨] ، ثم قال : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ [٩] ظاهره يقتضي أنه إذا تزوجها بعد زوج يملك تطليقتين فإن كان قد طلقها قبل ذلك تطليقتين يملك تطليقة [١٠] .

---

(١) انظر : المبسوط (٩٥/٦) .
(٢) في (ن) : [بانظمامها] .
(٣) في (ن) : [أغلط] .
(٤) في (ن) : [أغلط] .
(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .
(٦) في (ع) : [أن] .
(٧) رد الشيرازي هذا بأن الطلاق قول مضى وتلاشى ، فلا يتصور رفعه ، لأنه لو وقع الطلاق لعادت منكوحة كما كانت قبل الطلاق ، وقولهم إن التحريم لا يرتفع مع بقاء موجبه يبطل بنجاسة جلد الميتة فإنها ترتفع بالدباغ مع بقاء موجبه وهو الموت ، وإباحة دم الكافر يرتفع بالأمان مع بقاء موجبها وهو الكفر ، وقولهم إن الطلقة الثانية هي الموجبة للتحريم لا يصح ، بل الطلاق الثلاث يخالف الزنا والإحصان فإن الإحصان ليس بسبب للعقوبة ، فجعل الموجب هو الزنا والطلاق سبب فيتعلق بالجميع ، ثم يبطل أصل الدليل باللعان يرفع الفراش والنسب ، ولا يرتفع النسب وحده ، والقهقهة تبطل الطهارة والصلاة ، ولا تبطل الطهارة وحدها والعاقلة تحمل أرش الموضحة ولا تحمل ما دونها عندهم . انظر : النكت ورقة ٢٢٢ .
(٨) سورة البقرة : الآية ٢٢٩
(٩) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .
(١٠) انظر : الأم (٢٦٧/٥) ، نهاية المحتاج (٤٥٤،٦) ، شرح الزركشي (٤٣٨/٥) ، المبسوط (٩٥/٦) .

٢٣٩٧٩ - قلنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا ﴾ [(١)] الفاء للتعقيب [(٢)] يقتضي أنه إذا طلقها عقيب التطليقتين تحرم عليه ، ومتى تزوجت بزوج [(٣)] آخر ، وعادت إلى الأول فطلقها فلم توجد التطليقة الثالثة عقيب التطليقتين ، والآية لا تتضمن ذلك [(٤)] .

٢٣٩٨٠ - قالوا : لا بد لكم من تخصيص [(٥)] أول الآية ، لأن الزوج [(٦)] الذي يملك التطليقتين هو الذي تزوجها ابتداء ، لو تزوجها بعد زوج ، ونحن نستدل بآخر الآية من غير تخصيص [(٧)] ، لأن كل من طلق تطليقتين لم يملك أن يطلق الثالثة إلا بعد زوج [(٨)] .

٢٣٩٨١ - فإن قيل : أول الآية دلالة لكم لأنه [(٩)] يقتضي الإباحة وآخرها دليلنا ، لأنه يقتضي الحظر [(١٠)] .

٢٣٩٨٢ - قلنا : الترجيح يصح إذا تساوى الاستدلال ، وقد بينا أنه لا يصح تعلقهم بآخر الآية ، لأنها تقتضي ارتفاع الثلاث عقيب التطليقتين ، وهذا يتناول ما يحلله وطء الزوج .

٢٣٩٨٣ - قالوا : روى مثل قولنا عن عمر [(١١)] ، وأبي هريرة [(١٢)] وأبي ابن كعب [(١٣)] ، وعمران [(١٤)] ، ....

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

(٢) في (ن) : [للتعقيب] .

(٣) في (ع) : [يزوج] .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (١٢٧/٣)

(٥) في (ن) : [تحصيص] .

(٦) في (ن) : [الزوج] .

(٧) في (ن) : [تحصيص] .

(٨) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٤٦ . الملاحظ أن المصنف ترك الرد على هذا الدليل ولعله لوجاهته .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) أي أن المخالف يستدل بآخر الآية وهو قوله تعالى "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره » وحتى تقتضي حظر النكاح للزوج الأول بعد الثلاث إلى ما بعد زواجها ، وأما من طلق واحدة أو ثنتين فالحرمة لا تثبت قبل الطلقات الثلاث ، فلم يكن الزوج الثاني منهيًا للحرمة بدائع الصنائع (١٢٧/٣) .

(١١) روى ذلك عنه البيهقي في السنن الكبرى باب ما يهدم الزوج من الطلاق وما لا يهدم (٣٦٤/٧) ، وعبد الرزاق في المصنف ، باب النكاح جديد والطلاق جديد (٣٥١/٦) ، وسعيد بن منصور في سننه باب الرجل يطلق المرأة تطليقة أو تطليقتين ، ثم ترجع إليه بَعد زوج ، على كم تكون عنده ، ٣٥٤/٣ وابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق (١٠١/٥،١٠٢) .

(١٢) روى ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف باب النكاح جديد - والطلاق جديد المصنف (٣٥٢/٦) .

(١٣) روى ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف - باب النكاح جديد والطلاق جديد - كتاب الطلاق (١٠٢/٥) ، وسعيد بن منصور في سننه ، باب الرجل يطلق امرأته تطليقة . . . .) (٣٥٤/٣) والبيهقي في السنن الكبرى باب ما يهدم الزوج من الطلاق وما لا يهدم (٤٦٥/٧) .

(١٤) روى ذلك عنه عبد الرزاق في المصنف ، باب النكاح (٣٥٢/٦) وابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب =

وعلي [١] ، ومعاذ [٢] ، وزيد بن ثابت [٣] ، وعبد الله بن عمر [٤] ، ولا مخالف لهم [٥] .

٢٣٩٨٤ - قلنا : هذه مسألة خلاف مشهورة بين الصحابة [٦] . وروى شعبة [٧] ، عن حماد [٨] عن سعيد قال : سألت ابن عمر ، وابن عباس عن الزوج الثاني فقالا : لا يهدم النكاح [٩] الطلاق [١٠] .

= الطلاق (١٠١/٥) وسعيد بن منصور في سننه (٣٥٤/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما يهدم الزوج من الطلاق وما لا يهدم (٣٦٥/٧) .

(١) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق (١٠٢/٥) ، وسعيد بن منصور في سننه ، باب الرجل يطلق المرأة تطليقة أو تطليقتين فتتزوج ثم ترجع إليه بعد زوج على كم تكون عنده ، (٣٥٣/٣) ، والبيهقي في السنن الكبرى ، باب ما يهدم الزوج من الطلاق وما لا يهدم ٣٦٥ .

(٢) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف عن عمرو بن شعيب ، قال : قضى عمر ومعاذ وزيد بن ثابت وأبي وعبد الله بن عمر أنها على ما بقي من طلاقها (١٠٢/٥) .

(٣) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف عن عمرو بن شعيب قال قضى عمر ومعاذ وزيد بن ثابت وأبي وعبد الله بن عمر أنها على ما بقي من طلاقها ، المصنف ، كتاب الطلاق (١٠٢/٥) .

(٤) روى ذلك عنه ابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق (١٠٢/٥) .

(٥) انظر : مختصر المزني (٢٩٩/٨) ، مغني المحتاج (٢٩٣/٣) ، المجموع (٢٨٧/١٧) ، الشرح الكبير (٤٨١/٨) ، المبدع (٣٩٦/٧) .

(٦) روى عن علي وعمر وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبو هريرة وزيد بن ثابت ومعاذ وعبد الله بن عمرو بن العاص قال : هي عنده على ما بقي من طلاقها ، وروى عن ابن عباس وابن عمر : أنها إذا رجعت إليه فهي عنده على ثلاث تطليقات . انظر : اختلاف العلماء للإمام محمد بن نصر المروزي ص١٣٥ ، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٢٠٣،٢٠٢/٤) ، المبسوط (٩٥/٦) .

(٧) شعبة بن الحجاج بن الورد حَدَّث عن أنس ، وابن سيرين وسلمة بن كهيل وقتادة وغيرهم ، ورروي عنه سفيان الثوري ومطر الوراق وأبو اسحاق الفزاري وابن إسحاق وغيرهم . قال سفيان الثوري : شعبة أمير المؤمنين في الحديث مات بالبصرة سنة (١٦٠ ه) انظر : التاريخ الكبير (٢٤٥،٢٤٤/٢) ، الثقات لابن حبان (٤٢٧/٦) ، تهذيب التهذيب (٣٣٨٣٤٦/٤) ، تذكرة الحفاظ (١٩٣/١) .

(٨) حماد بن أبي سليمان الكوفي ، روى عن أنس وزيد بن وهب وسعيد بن جبير والشعبي وإبراهيم النخعي ، وروى عنه منصور ومطرف وشعبة والثوري وغيرهم . قال الذهبي : ثقة . مات سنة ١٢٠ ه انظر : الجرح والتعديل (١٤٦١٤٨/٣) ، الكاشف (١٨٨/١) ، الثقات (١٦٠،١٥٩/٤) ، تهذيب الكمال (٢٧٠،٢٦٩/٧) ، خلاصة تهذيب الكمال ٢٥٢/١ .

(٩) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٠) روى ذلك عنهما عبد الرزاق في المصنف عن ابن عباس وابن عمرو قالا : لا يهدم النكاح الطلاق - المصنف (٣٥٢/٦) ، باب النكاح جديد والطلاق جديد وابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق ، من قال هي عنده على طلاق جديد (١٠٣،١٠٢/٥) . وقد رد الزركشي هذا بأن أقوال الصحابة إذا اختلفت كانت كدليلين متعارضين وإذًا يصار إلى الترجيح ولا شك أن قول الأولين أرجح . شرح الزركشي (٤٤٠/٥) .

٢٣٩٨٥ - وقولهم : إن هذا يحتمل أن يكون في المطلقة ثلاثًا [١] .

٢٣٩٨٦ - قلنا : لا يصح ، لأن ذلك ذكر في الخبر أن عمران بن الحصين سئل عن ذلك فقال : هي على ما بقي . وسئل ابن عباس وابن عمر فقالا : هي على الثلاث ، والطلاق لا يتناول كيفية إذا نصوا على موضع الطلاق ، لأن وطء الزوج الثاني لا يحتاج إليه في إباحته للزوج [٢] الأول ، فلا يرتفع حكم الطلاق . أصله : وطء المولى ، ووطء الزوج الثالث [٣] .

٢٣٩٨٧ - قلنا : الوطء غير مسلم ، لأن وطء الزوج الثاني ، وإن لم يحتج إليه / في الإباحة ، في مستقبل النكاح ، احتيج إليه في الإباحة في إيجاز [٤] النكاح ، لأنه إذا تزوجها قبل زوج ، وطلقها بعد الطلاق حرمت عليه ، وإن عادت بعد زوج وطلقها ذلك الزوج [٥] لا بعد طلاق لم تحرم ، فإذًا وطء الزوج يحتاج إليه في الإباحة عندنا .

٢٣٩٨٨ - ثم لا يمتنع أن يكون الشيء لا يحتاج إليه في إثبات الحق ، وإذا وجد تعلق بوجوده الحكم المتعلق ، [به كما لو شهد الشهود] [٦] بشهادة ، حتى لو رجع الشهود [٧] وجب عليهم الضمان [٨] ، والزيادة على ضمان [٩] السرقة ، لا يحتاج إليه في وجوب القطع ، وإذا وجد تعلق الحكم [١٠] به ، وكذلك عتق الأمة ، لا يحتاج إليه في تحريمها على المطلق ، لأنها تبين باثنتين [١١] ، فإذا أعتقت تعلق التحريم بها ولم تبن[١٢] إلا بالثلاث ، فكذلك على أصلهم حرمة الزوج والمعنى في وطء المولى ، لأنه لا يؤثر في [١٣] الثالثة ، فلم يؤثر فيما دونها . ولما كان وطء الزوج [١٤] يؤثر في الثلاث ، جاز أن يؤثر في حكم ما دونها ، والمعنى في وطء الزوج الثالث أنه تكرار للسبب في رفع

٧٠

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) . أي أن المخالف قد حمل قول ابن عمر ، وابن عباس على ما إذا كان بعد طلاق ثلاث انظر : شرح الزركشي (٥/٤٤٠) .

(٢) في (ن) : [للزوح] .

(٣) انظر : المغني (٨/٤٤٢) ، الشرح الكبير ٨/٤٨١ ، المبدع (٧/٣٩٦) ، شرح الزركشي (٥/٤٣٩) .

(٤) في (ن) : [إعجاز] .

(٥) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٨) انظر : الاختيار (٣/٢٦٣) .

(٩) في (ن) : [صمان] .

(١٠) انظر : الاختيار (٣/٢٠٣) .

(١١) في (ع) : [ما تبين] .

(١٢) في (ع) : [تبين] .

(١٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٤) في (ن) : [الزوح] .

التحريم سبب إذا تكرر ، فلم يؤثر في الثاني ، ولم يدل على أن الأول لا يؤثر .

٢٣٩٨٩ - ألا ترى أن الحدث الثاني لا يؤثر في إيجاب الوضوء [١] ، وإن كان الحدث الأول يؤثر في ذلك

٢٣٩٩٠ - قالوا : مطلقة لم يستوف عدد طلاقها ، فوجب أن تعود إلى زوجها بما بقي من طلاقها

٢٣٩٩١ - أصله : إذا عادت إليه قبل أن يطأها الزوج الثاني [٢] .

٢٣٩٩٢ - قلنا : قولكم مطلقة لم يستوف عدد طلاقها يدل على ضعف حكم الطلاق . وقولكم : وجب أن تعود [٣] بما بقي يقتضي تغليظ [٤] الحكم ، وهذا ضد الوصف . والمعنى فيه إذا عادت قبل زوج أن سبب الإباحة لم يوجد [٥] ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأن سبب الإباحة قد وجد فصار كما لو كانت مطلقة ثلاثًا [٦] .

٢٣٩٩٣ - قالوا : وطء الزوج لا يخلو إما أن يرتفع الطلاق أو يرتفع التحريم ، أو يصح العقد . ولا يجوز أن يرفع الطلاق ، لأنه إذا ثبت لم يلحقه الفسخ ، ولا يجوز أن يرفع التحريم ، لأنه لو كان كذلك حل له وطؤها ، فلم يبق إلا أن يؤثر في إباحة العقد ، وهو مباح متى كان الطلاق أقل من ثلاث ، فصار وجوده وعدمه سواء [٧] .

٢٣٩٩٤ - قلنا : قولكم إن الوطء لا يرفع الطلاق ، لأنه لا يلحقه الفسخ [٨] صحيح إلا أن حكمه يرتفع حتى يملك في العقد الثاني مثله ، بدلالة المطلقة ثلاثًا [٩] فما دون الثلاث يزول حكمه ، كما زال حكم الثلاث .

٢٣٩٩٥ - وقولهم : لو ارتفع التحريم حلت للزوج غلط ، لأنها بالطلاق الثلاث أسوأ حالًا من الأجنبيات ، فالوطء يرفع التي فارقت الأجنبيات ، فيصير في حكمين ، فيجوز العقد ولا يجوز وطؤها ، ولم تكن إباحة تمليكها موجبة إباحة وطئها ، فلما حل الوطء والعقد دل على أن الوطء أثر في رفع التحريم ، وإزالة حكم الطلاق .

---

(١) في (ن) : [للوضوء] .
(٢) انظر : النكت ورقة ٢٢٢ ، المغني (٤٤٤/٨) ، الشرح الكبير (٤٨١/٨) .
(٣) في (ن) : [يعود] .
(٤) في (ن) : [تغليط] .
(٥) في (ن) : [لا يوجد] .
(٦) ساقطة من (ع) .
(٧) انظر : المبسوط (٩٦/٦) ، الحاوي ورقة ٩٢ .
(٨) في (ع) : [الفسح] .
(٩) في (ع) : [قلنا] .

مسألة ١١٥٩

الاشتباه في محل الطلاق

٢٣٩٩٦ - قال أصحابنا : إذا طلق إحدى امرأتيه بعينها ، ثم اشتبهت عليه ، فالبيان إليه . فإن وطأ إحداهما فالمطلقة الأخرى ، وإن طلق إحداهما بغير عينها ، فوطأ تعين الطلاق في الأخرى [1] .

٢٣٩٩٧ - وقال الشافعي : لا يتعين ، وإن كان الطلاق في غير [2] معين ففيه وجهان . قال المروزي : تعين [3] .

٢٣٩٩٨ - [وقال ابن أبي هريرة : لا يتعين] [4]

٢٣٩٩٩ - لنا : أنه يملك تفريق الملك بقوله ، فيملك ذلك بفعله . أصله : إذا باع بشرط الخيار ثم وطئ [5] ، ولأنه يملك وطء إحداهما دون الأخرى أولى [6] ، فالظاهر أنه وطأ من ملك وطئها ، دون من لا يملك وطئها ، وهذا لا يكون إلا بالتعيين فيها بقوله، فيملكه بفعله . أصله : إذا باع قفيزًا [7] من صبرة [8] ، ثم أكلها إلا قفيزًا تعين المبيع في القفيز [9] ، ولا يلزم إذا أعتق إحدى أمتيه ، ثم وطأ

(١) ومحل هذا في الطلاق البائن ، قال في فتح القدير : إذا قال لزوجتيه إحداكما طالق ، ولم يدخل بهما أو دخل ، فقال طالق بائن أو ثلاثًا ، فوطئ إحداهما طلقت الأخرى ، وإنما قيدنا الطلاق بما ذكرنا ، لأنه لو كان رجعيًا لا يكون الوطء بيانًا لطلاق الأخرى ، لحل وطء المطلقة الرجعية . انظر هذه المسألة في المبسوط (١٢٣/٦) بدائع الصنائع (١٤٣/٣) ، فتح القدير (٥٠٠/٤) ، تبيين الحقائق (٨٧/٣) ، العناية (٥٠٠/٤) ، الاختيار (١٤٥/٣، ١٤٦) .

(٢) ساقطة من النسخ .

(٣) وهو اختيار المُزني - وهو الصحيح - ، والثاني : لا يعين بالوطء . وهو قول أبي علي بن أبي هريرة انظر : المهذب (١٠٠/٢) ، حلية العلماء (١١٢/٧) ، الوجيز (٦٣/٢) ، نهاية المحتاج (٤٧٥/٦، ٤٧٦) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٥) انظر : نهاية المحتاج (٤٧٦/٦) ، المجموع (٢٥١/١٧) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٧) القفيز : مكيال وهو ثمانية مكاكيك والجمع أقفزة ، وقفزان مختار الصحاح - باب القاف ٥٧٢ .

(٨) الصبرة واحدة صبر الطعام يقال اشترى الشيء صبرة أي بلا وزن أو كيل مختار الصحاح باب الصاد ٣٧٨ .

(٩) قال في المبسوط : ولأن ما هو مبني على الضيق - وهو البيع - يصح إيجابه في المجهول ، إذا كان لا يؤدي إلى المنازعة - وهو ما إذا باع قفيزًا من صبرة [ففيها يكون مبنيًا على السعة لأنه يصح إيجابه في المجهول] وهذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة هنا ، لأن الزوج ينفرد بالبيان كما ينفرد بالإيقاع . انظر : المبسوط (١٢٣/٦) .

إحداهما [١] ، لأن الملك تعين بالفعل عندنا إذا علقت منه [٢] .

٢٤٠٠٠ - احتجوا : بأن إحداهما مطلقة فلا يملك بقاءها بالوطء . أصله : إذا طلق إحداهما بعينها ، ثم نسيها [٣] .

٢٤٠٠١ - الجواب : أن الخلاف في المسألتين واحد .

٢٤٠٠٢ - قالوا : المملوك في النكاح لا يملك [بالفعل ابتداء] [٤] ، فتقرير الملك لا يقع بالفعل [٥] .

٢٤٠٠٣ - قلنا : المملوك بالنكاح يملك بالفعل في الشَراء ، كما أن المملوك في البيع يملك بالفعل ، فلا فرق بينهما .

٢٤٠٠٤ - قالوا : لو كان الوطء بيانًا لكان إذا وطئها يتعين الطلاق فيهما [٦] .

٢٤٠٠٥ - قلنا : الوطء لا يتصور فيهما معًا ، وإنما يقع في إحداهما بعد الأخرى ، فيتعين الطلاق في الثانية ، ولا يبقى بعد ذلك طلاق يتعلق بالوطء .

٢٤٠٠٦ - فإن قيل : قد قال أبو حنيفة إذا أعتق إحدى أمتيه ، ثم وطأ إحداهما [٧] لم يتعين العتق بالوطء [٨] .

٢٤٠٠٧ - قلنا : الفرق أن الطلاق موجبه [٩] التحريم ، وذلك ينفي [١٠] النكاح ، فلما وطأ إحداهما ، دل أنه لم يطأ من لا يملك وطئها ، وأما العتق فيوجب تحريم الوطء ، فإذا وطأ إحداهما ، تعين التحريم في الأخرى ، وتحريم الوطء لا ينفي [١١] ملك اليمين ، كأخيه من الرضاع .

* * *

---

(١) في (ع) : [أحدهما] .

(٢) إذا وطئ إحدى أمتيه ثم علقت منه عتقت الأخرى بالإجماع ، لأنها صارت أم ولد والاستيلاد يكون معينًا للعتق في الأخرى انظر : بدائع الصنائع (٤/١٠٣،١٠٤) .

(٣) انظر : المهذب (٢/١٠٠) ، النكت ورقة ٢٢١ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) .

(٥) انظر : مغني المحتاج (٣/٣٠٥،٣٠٦) ، حاشية الجمل (٤/٣٥٥) .

(٦) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٠٨ . (٧) في (ع) : [أحدهما] .

(٨) انظر : فتح القدير مع الهداية والعناية (٤/٥٠٠) .

(٩) في (ع) : [موحبه] . (١٠ ، ١١) في (ع) : [يبقى] .

مسألة ١١٦٠

لا يحال بين الزوج ومنكوحته في الطلاق المبهم

٢٤٠٠٨ - قال أصحابنا : إذا طلق إحدى امرأتيه بغير عينها ، أو بعينها واختلطت لزمه البيان في المعين ، والتعيين في [غير] [١] المعين ولا يحال بينه وبينهما [٢]

٢٤٠٠٩ - وقال الشافعي : يحال بينه وبينهما [٣]

٢٤٠١٠ - لنا : أن الملك يزول في غير معين وهو يملك التعيين ، فلا يحال بينه وبين الجميع ، كمن باع قفيزًا من صبرة [٤] ، ولأنه إذا طلق إحداهما بعينها فالمطلقة معتدة والزوج لا يحال بينه وبين المعتدة ، لأن الواجب كونها في منزله إلى أن تنقضي عدتها [٥] ، وإن كان تعين بالحيلولة معه من وطئها ، فلذلك نقول : وأما إن كان إحداهما تعين عينها [٦] فله أن يتخير في البيان ، فلا معنى للحيلولة بين المشتري ومتاعه على وجه الخيار .

٢٤٠١١ - احتجوا : بأن إحداهما أجنبية محرمة عليه [٧] .

٢٤٠١٢ - والجواب : أنه يبطل به إذا باع قفيزًا من صبرة ، فإنه يحرم عليه ، ولا يحال بينه وبين البائع .

* * *

(١) في (ع) : [عين] .
(٢) ما في بدائع الصنائع والاختيار بخلاف هذا ، قال في بدائع الصنائع ، عند الكلام على الأحكام المتعلقة بهذا الحكم : وأما الأحكام المتعلقة به فنوعان ، أما الذي يتعلق به في حال حياة الزوج فهو أنه لا يحل له أن يطأ واحدة منهن حتى يعلم التي طلق فيتجنبها ، لأن إحداهن محرمة بيقين ، وكل واحدة منهما يحتمل أن تكون هي المحرمة ، فلو وطئ أحدهما فربما وطئ المحرمة ، وفي الاختيار نص على مثل هذا الحكم . انظر : بدائع الصنائع (٢٢٨/٣) ، الاختيار (١٠٥/٣) .
(٣) انظر : الأم ٢٨٠/٥ ، المهذب (١٠٠/٢) ، روضة الطالبين (١٠٣/٨) ، نهاية المحتاج (٤٧٥/٦) .
(٤) انظر : بدائع الصنائع ١٤٣/٣ ، الاختيار (١٠٤/٣) .
(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢٠٥/٣) .
(٦) في (ع) : [عنها] .
(٧) انظر : نهاية المحتاج (٤٧٥/٦) ، مغني المحتاج (٣٠٥/٣) ، زاد المحتاج (٣٩١/٣) ، الجمل على شرح المنهج (٣٥٥/٤) .

مسألة ١١٦١

حكم الإرث إذا مات الزوج ولم يبين الطلاق في إحدى امرأتيه

٢٤٠١٣ – قال أصحابنا : إذا طلق إحدى امرأتيه : ثم مات قبل أن يبين [1] ، قسم ميراث امرأة بينهما [2] .

٢٤٠١٤ – وقال الشافعي : يوقف حتى يصطلحا [3] .

٢٤٠١٥ – لنا : أنهما يتساويا في سبب الاستحقاق ، لأن حجة كل واحدة منهما كحجة الأخرى ، فوجب أن يتساويا في الإرث ، كما لو أقامت كل واحدة من النساء البينة بالزوجية [4] ، ولأن الحاكم نصب لفصل الأحكام ، ولم ينصب لإيقافها ، ولأن التنازع في الحق لا يجوز أن يقف على اصطلاح المتخاصمين ، فلا يفصل بغير الصلح ، كسائر الأحكام .

٢٤٠١٦ – قالوا : إحداهما أجنبية [5] فلا يجوز أن يقسم الميراث بينهما [6] .

٢٤٠١٧ – قلنا : إنما لا يستحق الميراث الأجنبية إذا تعينت ، فأما مع الإشكال يجوز أن تستحق ، كما يجوز أن تأخذ [7] بالصلح .

٢٤٠١٨ – قالوا : لو لم يطلق واحدة منهما كان الربع بينهما ، فإذا قسم بعد الطلاق بينهما ، صار وجود الطلاق وعدمه سواء [8] .

٢٤٠١٩ – قلنا : الطلاق لا يجوز أن يؤثر في مقدار السهم لأنه لا يخلف المرأة الواحدة وما زاد عليهما ، وإنما يؤثر في حرمان المطلقة ، فإذا تعينت لم يؤثر في إسقاط حق من لا تتعين .

* * *

(١) في : [تبيين] .

(٢) انظر : الاختيار (١٤٦/٣) ، الكافي ورقة ٤٨ .

(٣) انظر : الأم (٢٨٠/٥) ، مختصر المزني (٢٩٩/٨) ، المهذب (١٠٠/٢) ، النكت ورقة ٢٢١ .

(٤) انظر : الكافي ورقة ٤٨ .

(٥) في (ن) : [أجنبية] .

(٦) انظر : الحاوي ورقة ١١٠ .

(٧) في (ن) : [يأخذ] .

(٨) انظر : الحاوي ورقة ١١٠ .

مسألة ١١٦٢

إذا طلق إحدى امرأتيه بغير عينها فماتت إحداهما

٢٤٠٢٠ - قال أصحابنا : إذا طلق إحدى امرأتيه بغير عينها ، فماتت إحداهما بطل الطلاق في الميتة [١] .

٢٤٠٢١ - وقال الشافعي : له أن يعين الطلاق في الميتة [٢] .

٢٤٠٢٢ - لنا : أنه مخير في التعيين ، ولم يبق من يصح إيقاع الطلاق عليه إلا الباقية ، ومن خير بين أمرين ففات أحدهما تعين الآخر [٣] ، ولأن الميتة لا يصح أن يبتدئ فيها الطلاق ، فلا يصح أن يعين فيها الطلاق كالأجنبية ، ولأنها ماتت غير مطلقة ، بدلالة أنه يجوز أن يقول بعد موتها : ما أردتها بالطلاق ، وإن لم تكن [٤] مطلقة قبل الموت لم يثبت فيها حكم الطلاق بعد الموت ، كما لا يثبت الطلاق المبتدأ [٥] .

٢٤٠٢٣ - قالوا : لو كان يملك البيان فيها فلا يسقط ذلك بموتها عليها .

٢٤٠٢٤ - قلنا : كان يملك البيان ، لأنه يملك ابتداء الإيقاع فيها ، فلما ماتت صارت بحيث لا يملك الإيقاع عليها ، فلم يملك البيان .

٢٤٠٢٥ - فإن قيل : إذا طلق إحداهما بعينها ونسيها لم يتعين الطلاق فيها بالموت .

٢٤٠٢٦ - قلنا : لأن هناك ليس له اختيار الطلاق ، وإنما يخير عن المطلقة عند الإيقاع ، ولا يتعين التخيير بالموت . وفي مسألتنا تخيير الطلاق ، كما يتخير الإيقاع ، وقد كان الاختيار في الميت ، فيتعين الطلاق في الباقي .

* * *

---

(١) انظر : الجامع الصغير ٢٥٠ ، المبسوط (١٢٣/٦) ، البناية (٩٠/٥) ، البحر الرائق (٢٧٠/٤) .

(٢) انظر : المهذب (١٠١/٢) ، النكت ورقة ٢٢١ .

(٣) انظر : المبسوط (١٢٣/٦) ، الاختيار (١٠٥/٣) .

(٤) في (ن) : [يكن] .

(٥) انظر : المبسوط (١٢٣/٦) .

مسألة ١١٦٣

ما يختلف به عدد الطلاق

٢٤٠٢٧ – قال أصحابنا : عدد الطلاق معتبر بالنساء ، فإذا تزوج الحر الأمة ملك منها تطليقتين ، وإن تزوج العبد الحرة ، ملك منها ثلاث تطليقات [١] .

٢٤٠٢٨ – وقال الشافعي : الطلاق معتبر بالرجل ، وطلاق الحر ثلاث تطليقات حرة كانت زوجته أم أمة ، وإن كان عبدًا فطلاقه تطليقان أمة كانت تحته أم حرة [٢] .

٢٤٠٢٩ – لنا : ما روى مظاهر [٣] بن أسلم [٤] ، عن القاسم [٥] بن محمد ، عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ « طلاق الأمة تطليقتان ، وعدتها حيضتان » [٦] .

٢٤٠٣٠ – فإن قيل : قال أبو داود : مظاهر [٧] منكر الحديث [٨] / .

/ب

٢٤٠٣١ – قلنا : طعن أصحاب الحديث لا يلزمنا حتى يبينوا جهة الطعن [٩] ، وقد روى هذا الحديث عطية العوفي [١٠] ، ....

(١) انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٤ ، المبسوط (٣٩/٦) ، بدائع الصنائع (٩٧/٣) ، الهداية (٢٣٠/١) ، والمسألة في الكتاب انظر : اللباب (٤٨/٣) .

(٢) وبه قال الإمام مالك وأحمد ، انظر : الكافي (٥٧٣/٢) ، التفريع (٧٥/٢) ، المهذب (٧٨/٢) ، مغني المحتاج (٢٩٤/٣) ، المغني (٤٤٤/٨) ، الشرح الكبير /٣٢١ .

(٣) في (ن) : [مطاهر] .

(٤) مظاهر بن أسلم من أهل مكة ، روى عن القاسم بن محمد وروى عنه ابن جريج وأبو عاصم النبيل قال يحيى بن معين : ضعيف مات سنة ١٣٠هـ انظر : التاريخ الكبير (٧٢/٤) ، الميزان (١٣٠/٤) ، الثقات (٥٢٨/٧) ، الكاشف (١٣٤/٣) ، خلاصة تهذيب الكمال (٨٢/٣) .

(٥) في (ن) : [القسم] .

(٦) – سبق تخريجه . وقد رد الشيرازى هذا الاستدلال بالحديث فقال : يرويه مظاهر بن أسلم ، وهو منكر الحديث ، ولأنه يعارضه قوله ﷺ يطلق العبد تطليقتين ثم نحمله عليه إذا كان زوجها عبدًا فإن الأمة لا يتزوجها الحر إلا بضرورة .

(٧) في (ع) : [مطاهر] .

(٨) هذا اعتراض للمخالف على الاستدلال بحديث مظاهر بأن الحديث مطعون فيه لأن فيه مظاهر بن أسلم ، وقد قال أبو داود فيه : مظاهر رجل مجهول وهذا منكر ، انظر : معرفة السنن والآثار (٩٣/١١) .

(٩) قال البيهقي : لو كان ثابتًا لقلنا به ، إلا أنا لا نثبت حديثًا يرويه من تجهل عدالته .

(١٠) عطية بن سعد العوفي ، روى عن أبي سعيد الخدرى وأبي هريرة وابن عمر وابن عباس وغيرهم . وروى عنه الأعمش ومسعود وابن أبي ليلى وغيرهم ، ضعَّفه الثوري مات سنة (١١١ هـ) انظر : في الجرح والتعديل =

عن ابن عمر عن النبي ﷺ [١] .

٢٤٠٣٢ – وقولهم إن عطية ضعيف [٢] ، والكلام عليه كالأول . ولأن أحمد بن حنبل قال : إذا اتفق ضعيفان على رواية خبر جاز العمل به [٣] .

٢٤٠٣٣ – فإن قيل : روى عن القاسم [٤] بن محمد أنه سئل عن هذه المسألة فأجاب بقولكم ، فقيل له : بلغك في هذا شيء عن رسول الله ﷺ قال : لا [٥] .

٢٤٠٣٤ – قلنا : هذه طريقة لا تقدح عندكم ، لجواز أن يروى وينسى ، ولهذا قلتم بخبر سليمان بن موسى [٦] عن الزهري في قوله عليه الصلاة والسلام : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل » [٧] ، مع إنكار الزهري الخبر [٨] . ويجوز أن

= (٣٨٣،٣٨٢/٦) ، الكاشف (٢٣٥/٢) ، ميزان الاعتدال (٨٠،٧٩/٣) ، تهذيب التهذيب (٢٢٤٢٢٦/٧) ، خلاصة تهذيب الكمال (٢٣٣/٢) .

(١) أخرجه ابن ماجه في السنن باب في طلاق الأمَة وعدتها (٦٧٢/١) ، ومالك في الموطأ ، باب ما جاء في طلاق العبد (٥٤٧/٢) ، والدار قطني في سننه كتاب الطلاق والخلع وغير ذلك (٣٨/٤) والبيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في طلاق الأمة (٣٦٩/٧) . وقد رد البيهقي الاستدلال بهذا الحديث فقال : قال الدار قطني حديث عطية هذا منكر ، غير ثابت من وجهين : أحدهما أن عطية ضعيف ، ونافع أثبت منه وأصح رواية ، والآخر أن عمر بن شبيب ضعيف لا يحتج بروايته ، قال البيهقي عمر بن شبيب قد ضعفه يحيى بن معين وغيره . والصحيح عن ابن عمر ما رواه سالم ونافع من قوله . انظر : معرفة السنن والآثار (٩٢/١١) .

(٢) انظر : معرفة السنن والآثار (٩٢/١١) .

(٣) أما حكم العمل بالحديث الضعيف فالذى عليه جمهور العلماء أنه يستحب العمل به في فضائل الأعمال لكن بشروط أوضحها الحافظ ابن حجر ، ﷺ وهي :

١ – أنه يكون الضعف غير شديد .　　٢ – أن يندرج تحت أصل معمول به .

٣ – أن لا يعتقد عند العمل به ثبوته بل يعتقد الاحتياط . انظر : تدريب الراوى (٢٩٩،٢٩٨/١) ، فتح المغيث (٢٦٨/١) .

(٤) في (ن) : [القسم] .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في عدد طلاق العبد السنن الكبرى (٣٧٠/٧) .

(٦) هو سليمان بن موسى الأسدي . روي عن عطاء ونافع والزهري ، مات سنة (١١٥ ه) انظر : في الجرح والتعديل (١٤١/٣) ، الكاشف (٣٢٠/١) ، خلاصة تهذيب الكمال (٤٢٠/١) ، الميزان (٢٢٥/٢) .

(٧) الحديث أخرجه أبو داود في سننه باب في الولي – (٥٦٦/٢) ، والترمذي في سننه باب ما جاء لا نكاح إلا بولي – (٤٠٨،٤٠٧/٣) ، والدارمي في سننه باب النهي عن النكاح بغير ولي (١٨٥/٢) ، وابن ماجه في سننه باب لا نكاح إلا بولي ، سنن ابن ماجه (٦٠٥/١٢) ، والحاكم في المستدرك – (كتاب النكاح) – وقال صحيح (١٦٨/٢) .

(٨) وقد استدل الشافعية بهذا الخبر في عدم صحة النكاح إلا بولي ، المهذب (٣٥/٢) .

يكون القاسم [١] سئل عن طلاق العبد للحرة ، فأجاب بقولنا ، وقال : لم يبلغني فيه عن النبي ﷺ شيء [٢] . ولأن الطلاق معنى يختص بالنكاح ، والنكاح يختلف بالرق ، والحرية فجاز أن يؤثر فيه رق المرأة .

٢٤٠٣٥ - أصله : القسم [٣] . ولا يلزم عدد المنكوحات ، لأن ذلك نفس النكاح .

٢٤٠٣٦ - ولا يقال : إنه معنى يختص به ؛ لأن رق المرأة يؤثر فيه ، فعندهم لا يتزوج الحر أكثر من أمة واحدة [٤] ، وعندنا لا يتزوجها بعد حرة [٥] .

٢٤٠٣٧ - فإن قيل : المتغلب على القسم حق النساء ، لأنه وضع للعدل بينهن فللملك أثر فيه رقهن [٦] .

٢٤٠٣٨ - قلنا : لا يمتنع أن يكون القسم لحقهن ، وإن اعتبر بغيرهن ، كما أن المغلب على العدة أنها وضعت لصيانة ماء الزوج ، ويبقى حقه ببقائها ، ويسقط بانقضائها ، وإن كانت معتبرة بالنساء .

٢٤٠٣٩ - قالوا : القسم له عدد محصور ، وإنما هو بحسب التراضي إن شاءوا [٧] يومًا ويومًا وإن شاءوا [٨] شهرًا وشهرًا ، والطلاق معدود محصور فهو كعدد المنكوحات .

٢٤٠٤٠ - قلنا : القسم محصور ، بمعنى أن للحرة ضعف قسم الأمة ، لأنه لا زيادة للحرة على الضعف ، ولا تنقص الأمة من النصف ، فهو محصور من هذا الوجه ، وقد أثر الرق فيه . ولأنه معنى ذو عدد يختص بالنساء يؤثر فيه الرق ، فجاز أن يؤثر فيه رق المرأة ، كالعدة [٩] .

---

(١) انظر : سنن الترمذي (٤١٠/٣) ، الاختيار (٢٢/٣،٢٣) .

(٢) انظر : أعلام السنن (١٨٧/١١،١٨٨) .

(٣) رد الشيرازى هذا بان القسم شرع بينهما ، والمتغلب فيه حقها ولهذا أورد الوعيد في بابها فقال من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل . وهذا خالص للزوج فاعتبر به ، كعدد المنكوحات .

(٤) انظر : المهذب (٤٥/٢) .

(٥) انظر : فتح القدير مع الهداية (٢٣٦/٣) .

(٦) اعتراض على القياس على القسم بأن القسم شرع بينهما والغالب فيه حق النساء لأنه وضع للعدل بينهن ولهذا ورد الوعيد في بابها . انظر : النكت ورقة ٢٢٣ .

(٧) في (ن) : [ساءوا] .

(٨) في (ن) : [ساءوا] .

(٩) رد الشيرازي هذا فقال : نقلب فنقول فاختلف برق من يضاف إليه كالعدة ، ولأن السنة فرقت بين العدة والطلاق ، فلا يجوز الجمع بينهما . ولأن المغلب في العدة العبادة فاعتبر بالمعتدة ، وهذا ملك والمغلب فيه حقه ، ولهذا يجوز أن يأخذ عليه العوض فاعتبر بالمال . النكت ورقة ٢٢٣ .

٢٤٠٤١ - ولا يلزم عدد المنكوحات ، لأنه لا يختص بالنساء ، وإنما ثبت للرجال ، والطلاق بخصهن فيقال [1] : امرأة مطلقة ومعتدة ، ولا يوصف الرجل بذلك ، وأما النكاح فيوصفان به جميعًا ، فيقال : تناكحا ، ونكحت المرأة ، كما يقال : نكح [2] الرجل ، ولأنه معنى مؤثر في زوال الملك ، يختلف بالرق ، والحرية ، فأثر فيه رق المرأة كالعدة .

٢٤٠٤٢ - فإن قيل : الملك يزول بالطلاق ، إلا أن زواله مؤجل بانقضاء العدة .

٢٤٠٤٣ - قلنا : العدة تؤثر في الرق ، وإن كانت العلة الطلاق .

٢٤٠٤٤ - فإن قيل : العدة عبادة ، فيعتبر بها ، كما تعتبر صلاة المسافر وصلاة الإقامة بالمقيم ، وصلاة المرض بالمريض [3] ، ولا تجب الجمعة على العبد ، فأما الطلاق فهو حق للزوج خالص ، فاعتبر به في كماله ونقصانه [4] .

٢٤٠٤٥ - قلنا : قولكم إن العدة عبادة عليهما فليس يمنع أن تجمع العبادة على الإنسان ، ويعتبر صفاتها بالمحدود . وقولهم : إن الطلاق حق للزوج ، فاعتبر به [في كماله] [5] ونقصانه ، ليس بصحيح ، لأنه حق له ثم اعتبر بصفاتها [6] حتى منع من إيقاعه حال حيضها ، وجاز إيقاعه حال طهرها ، كذلك لا يمتنع أن يعتبر عدده بها .

٢٤٠٤٦ - فإن قيل : المرأة هي الفاعلة للعدة ، وتعتبر بها ، والطلاق فعل الزوج ، فاعتبر به .

٢٤٠٤٧ - قلنا : العدة هي مضى الزمان ، وذلك من فعل اللّٰه تعالى ، فلا نسلم أنها هي الفاعلة لها ، ولأن الفاعل للحد هو القاضي ، أو الجلاد ، ولا يعتبر عدده بواحد منهما [7] ، ولأن الطلاق هو الموجب للعدة ، وأولى الأشياء أن يعتبر الموجب بالموجب ، فمن أثر رقه في أحدهما أثر في الآخر .

---

(١) في (ن) : [فقال] . (٢) في (ع) : [تكح] .

(٣) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٤) اعتراض للمخالف بأن القياس على العدة قياس مع الفارق فإن المغلب في العدة عبادة فاعتبر بالمعتدة والطلاق ملك للرجل فاعتبر به في كماله ونقصانه النكت ورقة ٢٢٣ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من النسخ . (٦) في (ع) : [بصقاتها] .

(٧) رد الشيرازي هذا فقال نقلب فنقول فاعتبر لمن يضاف إليه شبه كالحد ثم الموقع الحد هو الإمام ، ولو غير مستحق ، وإنما هو ثابت ، فلم يمكن اعتباره به فاعتبر بالموقع عليه ، والموقع للطلاق مستحق له فاعتبر به ، ولأن في الحد يعتبر حال الموقع عليه وهاهنا يعتبر حال الزوج في صفة إيقاعه من الحرية والنطق فاعتبر حاله في عدده . انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢٢٣ .

٢٤٠٤٨ - ولأن زوج الأمة ، لو ملك التطليقات الثلاث ملك جهتي الإيقاع فيها ، الجمع ، والتفريق في الأطهار ، كزوج الحرة ، فلما لم يملك التفريق ثبت أنه لا يملك الجمع ، كالعبد من الأمة (١) .

٢٤٠٤٩ - فإن قيل : هذا يبطل بمن تزوج امرأة ، ولم يدخل بها : يملك جميع طلاقها ، ولا يملك تفريقه (٢) .

٢٤٠٥٠ - قلنا : يملك وطأها بعد العقد ، ثم تفريق الإيقاع .

٢٤٠٥١ - فإن قالوا : كذلك زوج الأمة يملك التفريق إذا أعتقت .

٢٤٠٥٢ - قلنا : هو لا يملك العتق ، فكيف يقال : إنه يملك التفريق ، بمعنى أنه يفعل الوطء ثم يفرق . ولأن ما ثبت جملة في الأحرار والعبيد ضربان : أحدهما : يستويان فيه ، كأعداد الصلوات ، والآخر : يتفاضلان فيه « كالحد في الحدود » (٣) ، وعدد المنكوحات (٤) ، ووجدنا مع ما وقع فيه التفاضل اقتضى ما يملكه العبد النصف مما يملكه (٥) . بدلالة عدد المنكوحات . ووجدنا (٦) غاية ما يملكه اثنا عشر تطليقة ، فإن تزوج أربع حرائر ، فالواجب أن يملك العبد النصف من ذلك ، وهذا يصح ، لأنه يتزوج حرتين فيملك من كل واحدة ثلاث تطليقات (٧) ، وعلى قولهم غاية ما يملك أربع تطليقات ، وهذا خلاف الأصول .

٢٤٠٥٣ - فإن قيل : غاية ما يملك الحر من امرأتين ست تطليقات ، والعبد يملك في أمتين نصفها ثلاث تطليقات من كل واحدة تطليقة ونصف ، إلا أن الطلقة لا تتبعض ، فوجب كمالها قلنا : هذا غلط ، لأن الحر والعبد ، إنما يختلفان في أكثر ما يملك ، ألا ترى

---

(١) رد الشيرازي هذا ، فقال يبطل بالحر قبل الدخول وتزويج الحامل إن بقي من الحمل أشهر انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢٢٣ .

(٢) اعتراض للمخالف على قياس المصنف بأن ذلك يبطل بالحر إذا تزوج امرأة ولم يدخل بها يملك جميع طلاقها ولا يملك التفريق النكت ورقة ٢٢٣ .

(٣) هكذا في النسخ كالحد في الحدود . فالحر في حد الزنا يجب عليه إن لم يكن محصنًا مائة جلدة والعبد خمسون جلدة ، وفي حد القذف ثمانون سوطًا للحر وأربعون للعبد وكذا في حد الشرب . انظر : الاختيار (٢٦٩/٣، ٢٨٠، ٢٨٦) .

(٤) للحر أن يتزوج أربعا من النساء ، وللعبد زواج اثنتين - حرتين كانتا أو أمتين انظر : البحر الرائق (١١٣/٣) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) في (ع) : [ووحدن] .

(٧) انظر : المبسوط (٤٠/٦) .

أن كل واحد يتزوج امرأة واحدة ، ويتزوج اثنتين وإنما يختلفان في الأكثر ، فملك الحر أربعة وغاية ما يملكه العبد نصفها . فالواجب في مسألتنا أن يعتبر غاية ما يملكه الحر ، فلا يصح .

٢٤٠٥٤ – ويدل عليه أن الحر لا يملك من الأمة أكثر من تطليقتين ، لأن الطلاق معنى ذو عدد يؤثر في البينونة ، فتسبق بينونة الأَمَة [1] فيه بينونة الحرة كالعدة ، ويدل على أن العبد يملك من الحرة ثلاث تطليقات ، لأن التطليقة الثالثة معنى يملكه الحر من امرأته الحرة ، فوجب أن يملكه العبد من امرأته الحرة ، كالظهار والإيلاء [2] .

٢٤٠٥٥ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ [3] إلى قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ [4] وظاهر الآية أن الأمة إذا كانت تحت حر يملك منها التطليقة الثالثة [5] .

٢٤٠٥٦ – قلنا : وكذلك ظاهرها يقتضي أن الحرة إذا كانت تحت عبد فطلقها تطليقتين يملك إيقاع الثالثة ، وهذا خلاف قولكم ، وصارت الآية مشتركة الدليل ، ولأن الآية لا تدل على واحد من المذهبين لأنها تناولت الحرة تحت الحر ، بدلالة أنه قال تعالى ﴿ وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ ﴾ [6] ، ثم وصف الطلاق بقوله ﷻ ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ [7] ، ثم قال تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ ﴾ [8] وهذا يقتضي جواز المفاداة على العموم ، وعندهم أن الأمة لا تملك المفاداة إلا بدين [9] ثم قال سبحانه : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ﴾ [10] فأضاف التراجع إليهما ، والمراد به ابتداء العقد ، وهذا لا يصح إلا في الحرين ، فأما العبد والأمة فيقف تراجعهما على إذن المولى [11] .

٢٤٠٥٧ – قالوا : [12] روى أنه عليه الصلاة والسلام قال : الطلاق بالرجال والعدة

---

(١) في (ن) : [الآية] .

(٢) انظر : المبسوط (٤٠/٦) . وقد رد الشيرازي هذا بأن الظهار والإيلاء لا يتعدد ، فلم يختلف فيه الحر والعبد ، كالقطع في السرقة وهذا يتعدد فهو كالجلد .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٥) انظر : المجموع (٧٢/١٧) .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٧) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٩) انظر : المهذب (٧١/٢) .

(١٠) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

(١١) انظر : الاختيار (١٠٨/٣، ١٠٩) .

(١٢) انظر : النكت للشيرازى ورقة ٢٢٣ ، مغنى المحتاج (٢٩٤/٣) .

بالنساء [١] .

٢٤٠٥٨ – قلنا : هذا حديث لا نعرفه ، ولا نُقِلَ عن كتاب من كتب الحديث ، [وإنما ذكره القتبي في رسالته [٢] ، وقد ذكر هناك أخبارًا [٣] أنكرها أصحاب الحديث] [٤] ، والعجب من مخالفينا يطعنون في خبر مظاهر [٥] بن أسلم وهو خبر ذكره أبو داود ، وإن كان اعترضه فلم يضمن كتابه إلا الصحيح ، وما يقاربه [٦] ثم يقولون على خبر لم ينقله أحد أنه أصل . ولو ثبت مع بُعْد ثبوته احتمل أن يكون معنى الطلاق بالرجل : أن وقوع الطلاق بفعل الرجل [٧] فلا يقع بفعل النساء كما كانت الجاهلية تصنع ، إذا كرهت المرأة الرجل غيرت البيت ، فكان ذلك طلاقًا منها [٨] ، ويحتمل الطلاق بالرجل لبيان أن طلاق الصبى لا يقع ، والعدة بالنساء لبيان أن الصغيرة لا عدة عليها . ويحتمل أن الطلاق بالرجل بمعنى أن الاختلاف إذا وقع في الطلاق كان القول قول الزوج ، والعدة بالنساء ، بمعنى أن الرجوع في انقضاء العدة إلى قول المرأة [٩] .

٢٤٠٥٩ – قالوا [١٠] : روى الشافعي بإسناده أن مكاتبًا لأم سلمة طلق امرأته تطليقتين ، فأراد أن يراجعها فأمرته أزواج النبي ﷺ أن يأتي عثمان ﷺ فيسأله ، فذهب إليه فوجده آخذًا بيد زيد بن ثابت فسألهما ، فابتدراه وقالا : حرمت عليك [١١] . وروى بإسناده عن عبد الله بن عمر ﷺ أنه قال : إذا طلق العبد امرأته ثنتين ، حرمت

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٧٠،٣٦٩/٧) .

(٢) لم نعثر على هذا الكتاب . (٣) في (ع) : [أخبار] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٥) في (ع) : [مطاهر] .

(٦) قد نص أبو داود على أنه حديث مجهول : سنن أبي داود (٣٢٤/٢) .

(٧) في (ن) : [الراحل] .

(٨) انظر : المبسوط (٤٠/٦) ، بدائع الصنائع (٩٨/٣) ، فتح القدير (٤٩٢/٣) .

(٩) رد الشيرازي هذا فقال « ولا يحمل على أن المراد به ملك للرجال ، لأنه لو أراد ذلك لقال الطلاق للرجال ، ولما فرق بينه وبين العدة ، النكت ورقة ٢٢٣ . انظر : الاختيار (١٠٨/٣) .

(١٠) النكت للشيرازى ورقة ٢٢٣ ، مغني المحتاج (٢٩٤/٣) ، المجموع (٧١،٧٠/١٧) .

(١١) أخرجه الشافعي بإسناده في الأم (٢٧٥،٢٧٤/٥) ، المسند ١٩٧ ، ورواه أيضًا مالك في الموطأ باب ما جاء في طلاق العبد (٥٧٤/٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في عدد طلاق العبد (٣٦٨/٧) ، والطبراني في المعجم الكبير (٢٩،٢٩٠/٣) والطحاوي في مشكل الآثار / بيان مشكل ما روى أن العبد لا طلاق له (١٣٦/٤) .

عليه حتى تنكح زوجًا غيرة حرة كانت أو أمة / [1] ، ولا يعرف لهم مخالف . ٢٧١

٢٤٠٦٠ – قلنا : ذكر الطحاوي بإسناده عن قتادة ، عن سعيد بن المسيب عن علي بن أبي طالب ﷺ قال : السنة بالنساء في الطلاق ، والعدة » [2] ، وذكر عن ابن شهاب عن سالم [3] عن عبد الله بن عمر أنه قال : أيهما] [4] رق نقص الطلاق برقه ، والعدة بعد ذلك على النساء [5] ، وإذا كان الخلاف ظاهرًا لم يمكن دعوى الإجماع [6] .

٢٤٠٦١ – قالوا : عدد محصور للزوج رفعه بعد ملكه بعوض ، فوجب أن يكون اعتبار كماله ونقصانه بالرجال ، كعدد الزوجات [7] .

٢٤٠٦٢ – وقولهم : « محصور [8] احتراز من [القسم ، للزوج رفعه بعد ملكه بعوض ، واحتراز من] [9] حد القذف [10] إذا قذفته [11] ملك الحد عليها فكماله ، ونقصانه لا يكون بالزوج ، وإنما قالوا : حق خالص للزوج يختلف بالرق والحرية ، فوجب أن يختلف برق الزوج ، وحريته كعدد المنكوحات .

---

(١) أخرجه الشافعي بإسناده في الأم (٢٧٤/٥) ومالك في الموطأ باب ما جاء في طلاق العبد (٥٧٤/٢) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الطلاق – من قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء (٨٣/٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في عدد طلاق العبد (٣٦٩/٧) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار باب الأقراء (٦٢/٣) .

(٢) رواه الطحاوي في مشكل الآثار باب بيان مشكل ما روى أن العبد لا طلاق له (١٣٦/٤،١٣٧) ، وابن أبي شيبه في المصنف كتاب الطلاق ما قالوا في العبد يكون تحته الحرة (٨١/٥) وسعيد بن منصور في سننه باب الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ق (٣١٦/٣/١) ، وأورده ابن حزم في المحلى (٥٧٧/١،٥٧٨) .

(٣) سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي روى عن أبيه وأبي هريرة وزيد بن الخطاب وغيرهم ، وروى عنه الزهري وصالح بن كيسان وحميد الطويل وموسى بن عقبة وآخرون . قال مالك : كان من أفضل أهل زمانه مات (١٠٦ ه) تهذيب الكمال (١٤٥١٦٠/١٠) ، تذكرة الحفاظ (٨٨٨٩/١) ، خلاصه تهذيب الكمال (٣٦١/١) ، الثقات (٣٠٥/٤) ، تهذيب التهذيب (٤٣٦٤٣٨/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) .

(٥) رواه الطحاوي في مشكل الآثار باب بيان مشكل ما روى أن العبد لا طلاق له (١٣٧/٤) .

(٦) قال الطحاوي ما روينا عن ابن عمر من هذا لم نجد له عليه موافقًا من الصحابة ولا ممن بعدهم من الفقهاء– مشكل الآثار (١٣٧/٤) .

(٧) النكت للشيرازى ورقة ٢٢٢ ، المغني (٤٤٥/٨) ، الشرح الكبير (٣٢٢/٨) ، المبدع (٢٩١/٧) .

(٨) في (ع) : [محضور] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(١٠) في (ع) : [القدف] . (١١) في (ن) : [قدفته] .

٢٤٠٦٣ - قلنا : قولكم للزوج [١] رفعه بعد ملكه لا يصح في الطلاق ، لأن الزوجة ترفعه ، وإيقاع الشيء تحقيقه [٢] ولا يقال : المرأة تتوصل إلى رفعه ، وإنما المراد التوصل إلى رفع حكمه بعد وقوعه ، ثم عدد المنكوحات عندهم يختلف برق المرأة ، كما يختلف برق الزوج ، لأن الحر يتزوج أربع حرائر ، ولا يتزوج أكثر من أمة واحدة [٣] .

٢٤٠٦٤ - فالمعنى في عدد المنكوحات أن أحكام النكاح من النفقة ، والاستباحة معتبر بالزوج ، فكان عدده معتبرًا به ، وأحكام الطلاق ، والعدة تعتبر بالنساء ، فكان عدده معتبرًا بهن . ولأن النكاح لما اعتبر بالرجال ، كان غاية [٤] ما يملكه الزوج ضعف ما يملكه العبد ، وكذلك يجب أن يكون غاية ما يملكه الحر من الطلاق ضعف ما يملكه العبد ، وهو لا يكون إلا على قولنا .

٢٤٠٦٥ - قالوا : عدد محصور تقع به البينونة ، فوجب أن يكون اعتبار كماله ونقصانه بمن يضاف إليه ، كالعدة .

٢٤٠٦٦ - قلنا : البينونة [لا تقع [٥]] بالعدة عندكم ، وإنما يقولون [٦] إنها تقع [٧] بالطلاق عند مضي العدة ، ولأن الطلاق قد صار إلى المرأة إذا [٨] مَلَّكَها الطلاق ، يقال : طلقت نفسها ، كما يقال : طلق الزوج ونعكس فنقول : فوجب أن يعتبر كماله ونقصانه بالمعتدة ، ولأن رق المرأة لما أثر في العدة منع من الرجعة في الحيضة الثالثة [٩] ، وكذلك التطليقة الثالثة يمنعها الرق ، فوجب أن يكون المانع منها رق المرأة أيضًا .

٢٤٠٦٧ - قالوا : الطلاق ملك الزوج [١٠] ، فوجب أن يكون تحصل الملك . ثم كماله [١١] معتبر بالمرأة ، لأنه ملك رجعة الحرة في ثلاثة أقراء ، ولا يملك رجعة الأمة إلا في قرئين [١٢] .

٢٤٠٦٨ - قلنا : يبطل بحكم القذف ، لأن المالك له إما أن يكون لله تعالى ، أو

---

(١) في (ع) : [للروج] .
(٢) في (ع) : [تجميقه] .
(٣) انظر : المهذب (٥٣،٤٦/٢) .
(٤) في (ن) : [عاية] .
(٥) في (ن) : [يقع] .
(٦) في (ع) : [تقولون] .
(٧) في (ع) : [يقع] .
(٨) انظر : المهذب (١٠٢/٢) .
(٩) انظر : الاختيار (١٤٣/٣) .
(١٠) في (ن) : [الزوج] .
(١١) في (ن) : [كمالها] .
(١٢) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١١٦ ، المغني (٤٤٤/٨) .

الإمام أو المقذوف [١] ، ثم لا يعتبر كماله بمالكه .

٢٤٠٦٩ - قالوا : أصل الطلاق إليه ، وهو المتصرف فيه بدلالة : أن الحر العاقل يجوز طلاقه ، والمجنون والصبي لا يقع طلاقهما ، فإذا كان أصله به كان اعتبار كماله ونقصانه به [٢] .

٢٤٠٧٠ - قلنا : أصل الحد إلى القاضي ، أو إلى المقذوف يطالب به أو يسقطه عندهم [٣] ، ثم عدده لا يعتبر بواحد منهما ، وكذلك الرجعة [٤] أصلها إلى الزوج : يملك التصرف فيها ، ويملك إسقاطها [٥] ، وكمالها معتبر بالزوجة دونه .

٢٤٠٧١ - قالوا : كل أمر ذي [٦] عدد يدخله النقص والكمال [٧] ؛ فإن كان النقص لفاعله كان تأثيره بالتنصيف ، كالعدة ، وإن كان التأثير لنقص المفعول به كان تأثيره الإسقاط ، كالحد إذا كان المقذوف عبدًا . فلما كان النقص في الطلاق التنصيف دون الإسقاط [كان اعتبار عدده به كحد الزنا] [٨] .

٢٤٠٧٢ - قالوا : الرق [٩] يمنع من إيقاع التطليقة الثالثة ومواقعة الطلاق تعتبر في جهة الزوج ، بدلالة امتناع طلاق الصبي ، والمجنون [١٠] .

٢٤٠٧٣ - قلنا : الرق يمنع ملك التطليقة الثالثة [١١] ، والجنون ، والصغر لا يمنعان بذلك الطلاق ، وإنما يمنع تصرف الزوج فيما ملك من الطلاق ، كما يمنع من التصرف في سائر أملاكه [١٢] ، فعلى هذا لا توجد العلة . أصله أن الرق يمنع التطليقة الثالثة ، ويمنع الرجعة [١٣] في الحيضة الثالثة [١٤] ثم الحيضة التي يمنعها الرق تعتبر [بالنساء لا بالرجال ، كذلك [١٥] التطليقة [١٦] الثالثة ، تمنع الرجعة في الحيضة الثالثة ، ثم الحيضة

---

(١) انظر : الهداية (١١٣/٢) ، الاختيار (٢٨٤،٢٨٣/٣) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٣) انظر : المهذب (٢٧٤/٢) ، المجموع (٦٤/٢٠) .

(٤) في (ع) : [الرحعة] .

(٥) انظر : الاختيار (١٠٧/٣) .

(٦) في (ن) : [دو] .

(٧) قاعدة : « كل أمر ذي عدد يدخله النقص والكمال » .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

(٩) هكذا في النسخ الموقف .

(١٠) في (ع) : [والمحنون] .

(١١) انظر : الاختيار (٧٢/٣) .

(١٢) انظر : بدائع الصنائع (١٣٥/٥) .

(١٣) في (ع) : [الرحعة] .

(١٤) انظر : الاختيار (١٤٣/٣) .

(١٥) في (ع) : [لذلك] .

(١٦) في (ن) : [الصليقة] .

التي يمنعها الرق تعتبر] [١] بالمرأة . وأولى الأشياء [٢] أن يعتبر أحد هذين المعنيين بالآخر؛ لأن الرجعة في الحيضة الثالثة توجب امتداد الملك عليها ، لأنها تمكنه أن يراجعها ثلاث مرات كذلك ما يكفى التطليقة الثالثة فوجب امتداد الملك عليها . فإذا كان ما يؤدي إلى الملك بالطلاق وجب أن يعتبر بها .

٢٤٠٧٤ – قالوا : الطلاق من فروع النكاح فإذا كان نفس النكاح يعتبر بالرجال ، فكذلك فروعه [٣] .

٢٤٠٧٥ – قلنا [٤] : إن عنيت بفرعه أنه لا يوجد إلا فيه بطل بالرجعة والقسم ، ولأن النكاح يقع به الملك للزوج ، فاعتبر به [٥] . كذلك [٦] الطلاق يقع الملك به للحرة ، ويجب [٧] البدل عليها ، كما يجب البدل [٨] على الزوج بالنكاح ، فوجب أن يعتبر الطلاق بها .

٢٤٠٧٦ – قالوا : عدد النكاح في المنكوحة الواحدة يختلف بالرق ، والحرية ، ثم أعداد النكاح في المنكوحات يعتبر بالرجال ، فكذلك [٩] أعداد النكاح في المنكوحة الواحدة وجب أن يعتبر بالرجال أيضًا [١٠]

٢٤٠٧٧ – قلنا : أعداد النكاح في المنكوحة الواحدة لو اعتبر بالرجال صار العبد على القلب من الحر ، لأن الحر يملك أربع نسوة ، فملك عليهن اثنا عشر عقدا ، كأن يطلق كل واحدة ثم يتزوجها مرتين ، فإذا اعتبر النكاح بالرجل ملك العبد امرأتين ، فإذا طلقهما جاز أن يتزوجهما مرة أخرى ، فيملك عليهما ثلث ما يملكه الحر ، فالرق يؤثر في التنصيف ، فأما في الثلث فلا .

٢٤٠٧٨ – ولأن الزوج يملك من المنكوحة أنكحة لا نهاية لها ، لأنها ترتد ثم تسلم فيتزوجها إلى غير غاية [١١] ، فدل على أن [١٢] عدد الطلاق غير معتبر بعدد الأنكحة

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٢) في (ن) : [الأسياء] .

(٣) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١١٦ ، عارضة الأحوذي (١٥٣/٥) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٦) في (ع) : [فلذلك] .

(٧) في (ع) : [ويحب] .

(٨) في (ع) : [ويحب] .

(٩) في (ع) : [فلذلك] .

(١٠) انظر : الحاوي ورقة ١١٦ .

(١١) في (ن) : [عاية] .

(١٢) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

فكيف يعتبر ذلك والنبي ﷺ كان له أن يتزوج تسعة ولا يملك من كل واحدة [1] أكثر من ثلاث [2] تطليقات .

* * *

(١) في (ن) : [واحد] .
(٢) ساقطة من (ن) .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسمَّاة

التجريد

كتاب الرجعة

مسألة [(١)] ١١٦٤

الطلاق الرجعي لا يوجب تحريم الوطء

٢٤٠٧٩ - قال أصحابنا : الطلاق الرجعي لا يوجب تحريم الوطء [(٢)] .

٢٤٠٨٠ - وقال الشافعي : هي محرمة تحريم البينونة حتى يرتجعها [(٣)] .

٢٤٠٨١ - لنا : قوله تعالى ﴿ نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ ﴾ [(٤)] وهذه من نسائه ، بدلالة أنه إذا قال : نسائي طوالق طلقت [(٥)] ، فوجب أن يحل له إتيانها بظاهر الآية [(٦)] ، ولأنه طلاق لا يزيل الملك فلا يوجب التحريم ، كالطلاق المعلق بالشرط ، وطلاق الصبي [(٧)] .

٢٤٠٨٢ - فإن قيل : المعنى فيه أن الفرقة لم تقع [(٨)] .

٢٤٠٨٣ - قلنا : الطلاق لا يوقع فرقة ، وإنما هو سبب فيها ، كالطلاق المضاف إلى الشرط عندنا .

٢٤٠٨٤ - فإن قيل المعنى فيه أن الطلاق لا يقع انتقضت علة الأصل للظاهر وأن

---

(١) - الرجعة - بفتح الراء - أفصح من كسرها ، وهي لغة : الرجوع . واختلف الفقهاء في تعريفه :
١ - فهو عند الحنفية : عبارة عن استدامة الملك القائم في العدة بنحو : راجعتك وما يوجب حرمة المصاهرة ، البناية (٥٩١/٤) ، اللباب (٥٤/٣) .
٢ - وعند المالكية : رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها : الفواكه الدواني (٥٨/٢) .
٣ - وعند الشافعية : رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص . مغني المحتاج (٣٣٥/٣) .
٤ - وعند الحنابلة : إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد المبدع (٣٩٠/٧) كشف القناع (٣٤١/٥) . والملاحظ أن تعريف الحنفية قد اعتبر أن الرجعة استدامة للملك ، لأن الطلاق الرجعي عندهم لا يحرم الوطء ، فالملك باق عندهم في حق الوطء خلافًا للمالكية والشافعية .

(٢) وبه قال الإمام أحمد . وهو ظاهر المذهب انظر : المبسوط (١٩/٦) ، بدائع الصنائع (١٨٠/٣) ، رؤوس المسائل ٤٢١ ، المغني (٤٧٧/٨) ، الشرح الكبير (٤٧٤/٨) ، المبدع (٣٩٣/٧) .

(٣) وبه قال الإمام مالك انظر : المهذب (١٠٢/٢) ، بداية المجتهد (١٠٦/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٠/٣) ، أسهل المدارك (١٣٨/٢) .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٢٣ .

(٥) ساقط من (ع) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (١٨٠/٣) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٠٠/٣) ، الاختيار (٩٧/٣) .

(٨) اعتراض للمخالف على قياس المصنف بأن المعنى في الطلاق المعلق بالصفة الملك فيه يأتي فلا يحرم الوطء حالا : النكت ورقة ٢٢٣ .

التحريم حاصل ولم يقع لأنه طلاق لا يبينها ، فلم يثبت التحريم بموجبه . أصله : طلاق المكره [١] ، ولأن الزوج يملك ردها إلى الحالة الأولى بقوله من غير رضاها ، ولو حرمها الطلاق لم يملك ذلك ، كالمختلعة [٢] .

٢٤٠٨٥ - ولا يلزم ابن العم إذا أبان ابنة عمه ، ثم تزوجها ، وهي صغيرة ، لأنا قلنا : يملك ردها ، وبعد البينونة ليس بزوج ، ولأن هذا ليس برد ، وإنما هو استئناف عقد آخر [٣] .

٢٤٠٨٦ - ولأنه يصح ظهاره [٤] منها ، ولو حرمها الطلاق ، لم يثبت الظهار كالمختلعة . ولأن تحريم الظهار أضعف فلا يجوز أن يدخل أضعف التحريمين على آكدهما [٥] .

٢٤٠٨٧ - ولأنه يصح إيلاؤه منها ، والإيلاء يثبت بمنع حقها من الوطء ، فلو كانت محرمة بالطلاق لم يثبت الإيلاء منها ، كالمختلعة [٦] ، وطلاق المكره [٧] .

٢٤٠٨٨ - ولأنه طلاق لا يمنع أن يلحقها الطلاق بعموم ألفاظه فلا يوجب التحريم كطلاق المكره . ولأنه طلاق لو حصل حال الصحة لم يمنعها حقها من الإرث ، فلم يحرم بمقتضاه الوطء ، كطلاق المكره [٨] .

٢٤٠٨٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [٩] وجميع أحكام النكاح بحالها ، والرد لابد أن يكون زوال شيء حتى يرد ، وما ذاك إلا الإباحة .

٢٤٠٩٠ - الجواب : أن الآية دلالة لنا ، لأنه [١٠] تعالى قال ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ ﴾ [١١] فسماه بعلًا ، وهذا من أسامي الأعيان ، فيقتضي أن يكون فعله ، فلو حرمها الطلاق لم يكن فعله . فأما الرد : فلأن قبل الطلاق كانت لا تبين بمضي المدة ، فصارت تبين بمضيها ، فيردها إلى الحالة الأولى ، حتى لا يؤثر مضي المدة فيها [١٢] .

٢٤٠٩١ - قالوا : طلقة واحدة ، فوجب أن يقع بها تحريم الوطء . أصله : إذا قال

---

(١) المبسوط (١٧٨،١٧٧/٦) ، بدائع الصنائع (١٠٠/٣) .
(٢) المبسوط (٢٠/٦) ، بدائع الصنائع (١٨٠/٣) ، رءوس المسائل ٤٢١ ، الاختيار (١٠٧/٣) .
(٣) المبسوط (٢٠/٦) ، بدائع الصنائع (١٨٠/٣) .
(٤) في (ن) : [طهاره] .
(٥) المبسوط (٢٠/٦) ، بدائع الصنائع (١٨٠/٣) ، المبدع (٣٩٣/٧) .
(٦) المبسوط (٢٠/٦) ، الاختيار (١١٦/٣) . (٧) المبسوط (١٧٧/١٧٦/٦) .
(٨) المبسوط (١٧٦/٦/ ١٧٧) .
(٩) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ . (١٠) ساقطة من (ع) .
(١١) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ . (١٢) المبسوط (٢٠/٦) ، الاختيار (١٠٦/٣) .

لها أنت بائن [١] .

٢٤٠٩٢ - قلنا : الطلقة في قوله : أنت بائن لا توجب التحريم ، وإنما تتضمن عندنا زوال الملك ، فوقع التحريم بذلك ، وهذا لا يوجد في صريح الطلاق . والمعنى فيه أن لفظ البينونة يوجد في الإيقاع ، فصار كالبينونة الواقعة من طريق الحكم ، وصريح الطلاق لم يوجد في لفظ [٢] بينونة ، ولا وقعت حكمًا ، فلم يثبت [٣] تحريم الطلاق [٤] .

٢/ب

٢٤٠٩٣ - قالوا : معتدة ، فوجب أن يحرم / وطؤها ، كالمعتدة التي قال لها : أنت بائن .

٢٤٠٩٤ - قلنا : يبطل بمن اشترى زوجته وهي معتدة ، بدلالة أنه لا يحل له تزويجها ، وليست محرمة بالطلاق [٥] .

٢٤٠٩٥ - قالوا : الطلاق ضد النكاح ، فإذا ثبتت [٦] الإباحة بالنكاح ، زالت بالطلاق [٧] .

٢٤٠٩٦ - قلنا : الإباحة في النكاح تحصل بالملك بضد ذلك الطلاق الذي يزيل الملك ، فأما الطلاق الذي لا يزيل الملك فلا يضاف إليه ما حصل من الإباحة .

٢٤٠٩٧ - قالوا : لا يجوز [٨] أن يسافر بها كالمطلقة ثلاثًا .

٢٤٠٩٨ - قلنا : إنما لا يسافر بها ، لأنه ممنوع من إخراجها من منزله في حالة العدة ، فأولى أن يُمنع إخراجها من البلد ، ولو كانت معتدة لا تمنع من الخروج ، ولا يمنع من السفر بها كالزوجة والأَمَة [٩] ، والمعنى في المطلقة ثلاثًا أن الطلاق أزال الملك ، فأوجب التحريم ، ولما لم يزل الملك في مسألتنا لم يثبت التحريم بمقتضى الطلاق .

٢٤٠٩٩ - قالوا : جارية إلى البينونة ، فكان وطؤها محرمًا كالتي أسلمت في دار

---

(١) انظر : النكت ورقة ٢٢٣ ، المهذب (٢/١٠٢) .

(٢) في (ن) : [لفظ] . (٣) في (ن) : [ثبت] .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣/١٨٠/١٩٨٧) ، رءوس المسائل ٤٢١ .

(٥) المبسوط (٦/٢٠) . (٦) في (ن) : [ثبت] .

(٧) انظر : الحاوي الكبير للماوردي ورقة ١٣١ .

(٨) في (ع) : [يجوز] .

(٩) السفر بالمطلقة طلاقًا رجعيًا - إن كان قبل المراجعة - قال زفر : يحل له المسافرة بها قبل الرجعة ، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد فإنها لا تحل ، لا لزوال الملك بل لكونها معتدة . وقد قال اللّٰه تعالى في المعتدات « ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » (الطلاق : ١ وأما بعد الرجعة فله أن يسافر بها إذا أشهد على رجعتها ، انظر : بدائع الصنائع (٣/١٨٠) الاختيار (٣/١٠٧) .

الحرب ، وزوجها كافر [١] .

٢٤١٠٠ - قلنا : تلك الجارية إلى الفرقة عندنا ، لأن الزوجة بحالها .

٢٤١٠١ - فإن قالوا في الوصف : جارية إلى الفرقة انتقض بمن قال لزوجته : أنت طالق رأس الشهر ، ولأن هناك اختلف الدين على وجه لا يجوز معه بقاء النكاح فحرمت . كذلك في مسألتنا الدين لا يختلف ، فلم يجز الوطء بالطلاق مع بقاء الملك [٢] .

* * *

(١) الحاوي الكبير للماوردي ورقة ١٣١ .

(٢) المبسوط (٥/٥٠،٥١) ، الاختيار (٣/٥٤،٥٥) .

مسألة ١١٦٥

ما تصح به الرجعة

٢٤١٠٢ – قال أصحابنا : تصح الرجعة بالفعل إذا وطئها الزوج ، أو باشرها بشهوة ، أو نظر إلى فرجها بشهوة (١) .

٢٤١٠٣ – وقال الشافعي : لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه ، كأن يقول : راجعتك ، أو ارتجعتك ، أو رددتك ، فإن قال أمسكتك (٢) ، ففيه وجهان (٣) ، وإن كان عاجزًا عن القول كالأخرس ، فتثبت (٤) الرجعة بالإشارة . فإذا أسلم الحربي وتحته أكثر من أربع نسوة ، فأسلمن معه ، فله أن يختار أربعًا منهن بالقول ، فإن وطء أربعة منهن نص الشافعي : أن الوطء ليس باختياره ، وفيها وجه آخر : أنه اختيار ، وإذا طلق إحدى امرأتيه ثم وطئ إحداهما : ففيه وجهان (٥) .

٢٤١٠٤ – لنا : قوله تعالى ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾ (٦) والمراد به الفعل تقول : رددت الوديعة ، والمراد به الفعل (٧) .

---

(١) اختلف الفقهاء فيما تكون به الرجعة على النحو التالي :
المذهب الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية إلى أن الرجعة تصح بالقول وبالفعل ، وهؤلاء انقسموا فيما بينهم فيما يكون به الفعل : فذهب الإمام أبو حنيفة وأحمد في رواية إلى أن الرجعة تكون بالوطء ، سواء نوى به الرجعة أو لم ينو . وأما إذا باشرها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة ، فإنه يكون رجعة عند الإمام أبي حنيفة . وأما عند الإمام أحمد فالمنصوص عنه أنه لا يكون رجعة ، وخرج ابن حامد فيه وجهان ، وذهب الإمام مالك إلى أن الرجعة تكون بالفعل وهو الوطء إذا نوى به الرجعة . انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٥ المبسوط (١٩/٦) ، بداية المجتهد (١٠٥/٢) ، المغني (٤٨٣/٨) ، الشرح الكبير (٤٧٥/٨) ، المذهب الثاني : ذهب الإمام الشافعي وأحمد في رواية إلى أن الرجعة لا تكون إلا بالقول . المغنى (٤٨٣/٨) ، الشرح الكبير (٤٧٥/٨) .

(٢) في (ع) : [أمسكته] .

(٣) أحدهما – وهو قول أبي سعيد الاصطخري- أنه يصح ، والثاني لا يصح المهذب (١٠٣/٢) .

(٤) في (ع) : [ثبت] .

(٥) إذا طلق إحداهما بغير عينها ففيه وجهان : أحدهما لا يتعين الطلاق بالوطء ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة . والثاني : يتعين ، وهو قول أبي إسحاق والمزني . وهو الصحيح انظر : هذه المسألة في الأم (٢٤٤/٥) ، المهذب (١٠٣،٥٢/٢) ، روضة الطالبين (٢١٧،٢١٥/٨) .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٨١/٣) .

٢٤١٠٥ - فإن قيل : ذكر الله تعالى أن للزوج الرد ، ولم يبين المعنى الذي يقع بقوله : رددتك ، ولهذا اتفقنا أن هذا اللفظ صريح في الرجعة (١) .

٢٤١٠٦ - قلنا : إذا كان الرد هو الفعل اقتضى أن حق الزوج هو الفعل ، وعنده حقيقة القول الذى يقع به الرد . فأما قوله : رددتك ، فيقع به الرجعة بتضمن معناها ، لا لأنه يراد بالآية .

٢٤١٠٧ - فإن قيل : الرد إذا أضيف إلى صفة المعين اقتضى أن يكون بالقول . تقول : رددتك فلانًا إلى المودة و (٢) قد يكون بالفعل ، وهو أن يفعل ما (٣) يستصلحه به ويتصل به (٤) . ويدل عليه قوله تعالى : ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ﴾ (٥) فأثبت الرجعة بالإمساك ، وحقيقة ذلك بالفعل دون القول ، وظاهر الأمر أنه إذا أمسكها بشهوة فقد فعل المأمور به من الرجعة (٦) ، وذكر أبو داود أن عمران بن الحصين سئل عن رجل طلق امرأته ولم يشهد ، ثم واقعها ولم يشهد ، فقال : طلقها لغير السنة وراجعها كذلك (٧) .

٢٤١٠٨ - وذكر أبو الحسن عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل طلق امرأته ، ثم وقع عليها فقال (٨) صار مراجعًا لها ، ولا يعرف لهما مخالف ، ولأنها مدة علق بها حكم التربص ، وثبت ابتداؤها بقول الزوج ، فجاز أن يملك الزوج إبطالها بفعله كمدة الإيلاء (٩) .

---

(١) أي أن قوله لزوجته : رددتك صريح في الرجعة عند الحنفية والشافعية على السواء . ولما كان صريحًا فإن الله ذكره في القرآن ولم يبين المعنى المراد به هل الفعل أو القول ، انظر : البناية (٥٩٢/٤) ، المهذب (١٠٣/٢) .

(٢) ساقطة من (ن) (٣) ساقطة من (ن)

(٤) اعتراض بأن لفظ الرد إذا أضيف إلى صفة العين اقتضى الوقوع بالقول والفعل ، أما القول فنحو أن يقول : رددت فلانًا إلى المودة ، والفعل هو أن يفعل ما يستصلحه به ، وعلى هذا فاستدلال الحنفية بلفظ الرد أن المراد به الفعل لا وجه له (الحاوي للماوردي ١٣٢) . (٥) سورة الطلاق : الآية ٢ .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (١٨٢/٣) ، الاختيار (١٠٧/٣) ، شرح الزركشي (٤٤٩/٥) .

(٧) لفظ الأثر كما عند أبي داود - باب الرجل ينظر ولا يشهد - عن مطرف بن عبد الله أن عمران بن الحصين سئل عن الرجل يطلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها ، فقال : طلقت لغير سنة وراجعت لغير سنة ، أشهدْ على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد . سنن أبي داود (٢٥٧/٢) وهو عند البيهقي في السنن الكبرى (٣٧٣/٧) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٩) الفيء في الإيلاء يكون بالفعل وهو الجماع في الفرج ، حتى لو جامعها فيما دون الفرج أو قبلها بشهوة =

٢٤١٠٩ - فإن قيل : لا تأثير لقولكم ثبت ابتداؤها بقول الزوج ، لأنه فرق بين أن يطلقها ، أو يجعل أمرها إليها فتطلق [١] نفسها ، أو إلى أجنبي فيطلقها .

٢٤١١٠ - قلنا : هذا كله ثبت بقول الزوج ، لأن الموقع للطلاق تعبيره عنه [٢] فكأنه طلق بنفسه . فإن قيل : نعكس فنقول : فلا يملك إبطال المدة بقوله وفعله .

٢٤١١١ - قلنا : لا يحتاجون إلى قوله ثبت ابتداؤها بقول الزوج لأن مدة الإيلاء يجتمع في إبطالها القول ، والفعل ، لأن المريض الذى يستضر [٣] بالوطء يمنعها بالقول ، فإن تحمل المشقة وأبطلها بطلت [٤] .

٢٤١١٢ - فإن قيل : المعنى في مدة الإيلاء أنه لا يجوز إبطالها بالقول ، فجاز بالفعل [٥] .

٢٤١١٣ - قلنا : هذا كلام يصح إذا كان اجتماع القول والفعل يتنافى ، وإذا صح أحدهما بطل الآخر ، فإما إذا كانا لا يتنافيان [٦] فلا ، بدلالة أن مدة الإيلاء تبطل [٧] بالأمرين ، فدل [٨] على انتفاء الآخر [٩] . فإن قيل : مدة الإيلاء إنما ثبتت لترك حقها من الوطء ، فإذا وطئها ، فقد أوفاها حقها .

= أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة ، لا يكون ذلك فيئًا ، لأن حقها الجماع في الفرج ، فصار ظالمًا بمنعه ولا يندفع الظلم إلا به . بدائع الصنائع (١٧٣/٣) ، المغني (٤٨٣/٨) لكن الإيلاء وإن كان يثبت بالفعل - إلا أن الفعل مخصوص بالجماع ، بخلاف الرجعة فإنها تثبت بالجماع فيما دون الفرج ، وبالمس عن شهوة والنظر إلى الفرج بشهوة ، لأن البينونة هناك بعد انقضاء العدة تثبت من وقت وجود الطلاق من وجه ، فلو لم تثبت الرجعة به لصار مرتكبا للحرام ، فجعل الإقدام عليه دلالة الرجعة تحرزًا عن الحرام . انظر : بدائع الصنائع (١٧٣/٣) ، الهداية (١١/٣) .

(١) في (ن) : [فيعلق] .
(٢) في (ن) : [عنه] .

(٣) في (ن) : [ستصير] .

(٤) إذا فاء بالقول فيشترط لصحته ثلاثة شروط : أحدهما : العجز عن الجماع ، فلا يصح مع القدرة عليه لأنه الأصل ، والفيء بالقول خلف عنه ، ولا عبرة بالخلف مع القدرة على الأصل ، وسواء كان العجز حقيقة أو حكمًا ، فالحقيقي نحو أن يكون أحد الزوجين مريضًا مرضا يتعذر معه الجماع أو كانت المرأة صغيرة لا يجامع مثلها .
الثاني : دوام العجز عن الجماع إلى أن تمضي العدة .
الثالث : قيام ملك النكاح وقت الفيء بالقول . انظر : بدائع الصنائع (١٧٣/٣، ١٧٤) .

(٥) اعترض للمخالف على قياس الرجعة بالإيلاء ، بأن الرجعة تصح بالفعل - وهو الوطء - بأنه قياس مع الفارق ؛ لأنه مدة الإيلاء لا يجوز أن يبطلها بالقول فجازت بالفعل ، بخلاف الرجعة .

(٦) في (ن) : [يتنافنا] .
(٧) في (ن) : [يبطل] .

(٨) ساقطة (م) ، (ن) ، (ع) .
(٩) انظر : بدائع الصنائع (١٧٣/٣، ١٧٤) .

٢٤١١٤ - قلنا : وهذه المدة تثبت لإعراضه عنها ، فإذا وطئها فقد عدل عن الإعراض ، لأنها تثبت الاستبراء ، والوطء بها في الاستبراء ، فلما فعله دل على أنه قطع حكم الاستبراء .

٢٤١١٥ - ولأنه معنى طارئ على النكاح يقتضي البينونة والوفاء ، لسبق البينونة فيه العدة ، ولأنه مدة علق بها التربص ، فجعل للزوج سبيلًا إلى إبطالها ، فكان له إبطالها بفعله كمدة العنة [١] .

٢٤١١٦ - ولأن الطلاق يثبت [٢] الخيار في مدة معلومة من الرد إلى الحالة الأولى بالفعل ، كمن باع بشرط الخيار .

٢٤١١٧ - ولا يلزم إذا أعتق إحدى أمتيه [٣] . ولا يلزم إذا جنت أمته أنه بالخيار بين الدفع والفداء ، ولو وطئها لم يكن مختارًا ، لأن هذا الخيار ليس هو في مدة معلومة [٤] ، ولا يلزم إذا أسلمت امرأة الحربي ، لأنه يجب عليه إبطال المدة ، ولأن هناك تبطل المدة بالفعل إذا اعتقد الإسلام [٥] .

٢٤١١٨ - فإن قيل : لو قطع يد المبيعة [٦] بطل خياره ، ولو قطع يد المطلقة لم يبطل خياره ، ولو باع البيعة بطل الخيار ، ولو خالع المطلقة صح الخلع ، فاستحق العرض ، فدل على أن مدة الخيار تبطل به العدة .

٢٤١١٩ - قلنا : أما قطع اليد فلأنه تصرف في المبيع . ألا ترى أن البيع يقع على سائر الأعضاء ، والتصرف فيما وقع عليه العقد إبطال للخيار [٧] . وأما النكاح فينعقد على البضع دون الأعضاء ، فإذا وطئها ، فقد تصرف في المعقود عليه ، [فلا تبطل العدة ، فإما إذا باع المبيع من غير المشترى ، فقد تصرف في المعقود عليه] [٨] فكان

(١) المدة في العنة مقدرة بسنة ، فإن وصل إليها ، وإلا فرق القاضي بينهما . الاختيار (١١٤/٣) .

(٢) في (ع) : [ثبت] .

(٣) قال السرخسي : « ونقول أكثر ما في الباب أن يثبت أن الطلاق مزيل للملك ، ولكن المزيل متى ظهر وأعقب خيار الاستبقاء في مدة معلومة يكون مستبقيًا للملك بالوطء ، كمن باع أمته على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها صار بالوطء مستبقيًا للملك بل أولى ، لأن هناك يحتاج إلى فسخ السبب المزيل ، وهنا لا يحتاج إلى رفع الطلاق الواقع . المبسوط (٢١/٦) ، المغني (٤٨٣/٨) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٧٢/٣، ٢٨٢) .

(٥) انظر : الهداية (٢٢٠/٢) . (٦) في (ع) : [البيعة] .

(٧) انظر : الاختيار (١٧/٢) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

فسخًا [١] ، فإذا خالعها فقد أكد المعنى الموجب للعدة وقدره ، فلا يوجب بطلانها [٢] كما لو أخذ البائع زيادة عوض في المتاع [٣] .

٢٤١٢٠ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ ﴾ [٤] فأمر بالرجعة بما يصح الإشهاد عليه ، والوطء لا يشهد عليه [٥] .

٢٤١٢١ – قلنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ﴾ [٦] لا يقتضي المقارنة ، فيراجعها بالوطء ، ثم يشهد أنه وطئها [٧] .

٢٤١٢٢ – قالوا : هذا إشهاد على الإقرار بالرجعة ، والله أمر بالرجعة [٨] .

٢٤١٢٣ – قلنا : بل أمر بالإشهاد ، ولم يبين المعنى الذي يشهد [٩] عليه ،

فإن قيل : فأي فائدة في الإشهاد بعد الرجعة

٢٤١٢٤ – قلنا : الفائدة أنه لو لم يشهد حتى انقضت العدة ، ثم ادعى الرجعة لم يقبل قوله ، ويرجع إلى قولها ، فيشهد مع بقاء العدة حتى يصدق في الرجعة [١٠] .

٢٤١٢٥ – قالوا : قال الله تعالى : ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [١١] ظاهره يقتضي أن المعتدة إذا وطئها ثم وضعت حملها بعد الوطء انقضت عدتها [١٢] .

٢٤١٢٦ – الجواب : أن المراد بالآية ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ ﴾ [١٣] المعتدات [إذا قاربن] [١٤] أجلهن ونحن لا نسلم أنها بعد الوطء معتدة ، فلا تتناولها [١٥] الآية [١٦] .

٢٤١٢٧ – قالوا : جارية إلى بينونة ، فلم يصح إمساكها بالوطء . أصله : إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب [١٧] .

---

(١) انظر : الاختيار (٢/١٧) .

(٢) هذا إذا كان الخلع بعد الطلاق الرجعي فإنه يجوز ، ويلزمها الجعل لأن زوال الملك لا يحصل بهذا الطلاق ، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح ، فإنه يعتاض عن ملك قائم له فيصبح كما قبل الطلاق الرجعي . المبسوط (٦/١٧٥،١٧٦) .

(٣) الاختيار (٣/٨) .

(٤) سورة الطلاق : الآية ٢ .

(٥) الحاوي الكبير ورقة ١٣٢ .

(٦) سورة الطلاق : الآية ٢ .

(٧) المبسوط (٦/٢١) .

(٨) الحاوي الكبير ورقة ١٣٢ .

(٩) في (ن) : [شهد] .

(١٠) المبسوط (٦/٢١) .

(١١) سورة الطلاق : الآية ٤ .

(١٢) الحاوي الكبير ورقة ١٣٣ .

(١٣) سورة الطلاق : الآية ٤ .

(١٤) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) .

(١٥) في (ن) : [يتناولها] .

(١٦) المبسوط (٦/٨٦) .

(١٧) المجموع (١٨/٤١١) .

٢٤١٢٨ - قلنا : يملك الزوج إعادتها بفعله ، كما لو اعتقد الإسلام . ولأن الفرقة في إسلام أحدهما تقع لأجل اختلاف الدين ، والوطء لا يدل على زوال المعنى الموجب للفرقة به بإمساكها [١] ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأن البينونة تقع بإعراض الزوج عن نكاحها ، وهذا المعنى يزول بالوطء ، فلذلك منع من وقوعه البينونة عليها .

٢٤١٢٩ - قالوا : فعل من قادر عليه بالقول ، فلا تصح به الرجعة ، كما لو قبلها بشهوة ، أو سافر بها [٢] .

٢٤١٣٠ - قلنا : لا تأثير لقولكم من قادر في الأصل ، لأن الرجعة كما تقع من القادر تقع أيضًا من العاجز . والمعنى في القبلة بغير شهوة ، والمسافر بهن لا تختص [٣] بالنكاح ، فلما لم يختص ذلك بالنكاح لم يستدل به على تبقيته . وليس كذلك الوطء ، لأن استباحته في الحرة تختص بالنكاح ، لأن الإنسان يقبل أمته ، وابنته بغير شهوة ، ويسافر بهن ، فلما لم يختص ذلك بالنكاح لم يستدل به ، والتقبيل بشهوة من خصائص النكاح ، فجاز أن يستدل به على قصد تبقية النكاح ، فوقعت به الرجعة [٤] .

٢٤١٣١ - قالوا : حكم من أحكام النكاح ينفرد به الزوج ، فوجب أن لا يصح بغير القول مع القدرة عليه كالطلاق ، والظهار .

٢٤١٣٢ - قلنا : الأصل غير مسلم ، لأن الطلاق والظهار يصحان عندنا بالكتابة ممن يقدر على القول [٥] .

٢٤١٣٣ - قالوا : استباحة بضع مقصودة في عينه ، فوجب أن [لا] يصح بالقول مع القدرة / عليه كالنكاح [٦] . ٢٧٢/

٢٤١٣٤ - قلنا : هذا على أصلكم أن الطلاق الرجعي يوجب التحريم [٧] والرجعة استباحة . ونحن لا نسلم هذا ، ولأن النكاح يصح عندنا بغير القول من القادر إذا تزوج بالكتابة ، وينتقض بمن سبا جارية ليطأها بالتكفير في الظهار [٨] .

---

(١) الهداية (٢٢٠/٢) .
(٢) الحاوي الكبير ورقة ٢٢٣ .
(٣) في (ن) : [يختص] .
(٤) المبسوط (٢١/٦) .
(٥) بدائع الصنائع (٢٣١/٣) ، الاختيار (٩٦/٣) .
(٦) المهذب (١٠٣/٢) ، النكت ورقة (٢٢٤،٢٢٣) المجموع (٤١١/١٨) .
(٧) النكت ورقة ٢٢٣ ، المهذب (١٠٢/٢) .
(٨) المبسوط (١٥/٥) .

٢٤١٣٥ - فإن قيل : الكفارة لا يقصد بها الاستباحة ، وإنما يقصد إسقاط الواجب عن ذمته [١] .

٢٤١٣٦ - قلنا : هذا لا يمنع أن يستباح البضع بها ، والمعنى في النكاح أن الاستباحة لما شرط فيه القول ، اعتبر قولهما ، ولما لم يعتبر قولهما في الرجعة دل على أن قول الزوج أيضا ليس بشرط .

٢٤١٣٧ - قالوا : الرجعة إنما تراد [٢] لإصلاح الخلل الداخل في النكاح ، ونفس النكاح لا يقع بالفعل ، كذلك إزالة ما دخله [٣] .

٢٤١٣٨ - قلنا : ابتداء البيع لا يصح بالفعل ، وإزالة الخلل الحاصل فيه إذا باع بشرط الخيار يصح بالفعل ، ولأن العلم الحاصل يزول بقصده إلى تبقية النكاح ، والوطء تصرف في المعقود عليه ، فيدل على قصده إلى تبقية العقد ، كالوطء في البيع المشروط فيه الخيار [٤] .

٢٤١٣٩ - قالوا : الإباحة لو وقعت بالوطء كان الجزء الأول محرمًا ، ثم يباح ذلك بالعدة ، وهذا لا يصح .

٢٤١٤٠ - قلنا : الوطء عندنا مباح ، وإنما تنقطع العدة حتى لا تقع البينونة ، فالجزء الأول يقطع العدة ، ويحل بعده الوطء ، ولا عدة ، كمن باع بشرط الخيار ثم وطئ بالجزء الأول يوجد والبيع قائم لينفسخ فيه البيع [٥] ، وتحصل فيه الوطء ولا بيع . ولو سلمنا أن الوطء محرم لانقطعت العدة في الجزء الأول وزال التحريم بزوال العدة ، فلم [٦] يكن الوطء أباح الوطء ، وإنما أباحه انقطاع العدة الحاصل بالجزء الأول من الوطء .

* * *

---

(١) في (ن) : [دمته] . اعترض المخالف بأن القصد من تكفير المظاهر إسقاط الغرض دون الاستباحة .

(٢) في (ن) : [يراد] .

(٣) هذا الدليل قاله الشيرازي ، ولأن الرجعة لإصلاح النكاح وذلك يختص بالقول فكذلك إصلاحه . النكت للشيرازى ورقة ٢٢٤ .

(٤) المبسوط (٢١/٦) ، الاختيار (١٧/٢) .

(٥) المبسوط (١٢/٦) ، الاختيار (١٧/٢) .

(٦) في (ع) : [يلن] .

مسألة ١١٦٦

وطء المرأة في حال الطلاق الرجعي

٢٤١٤١ - قال أصحابنا : إذا طلق امرأته طلاقا رجعيا ، ثم وطئها ، فلا مهر عليه .

٢٤١٤٢ - وقال الشافعي : إن وطئها ، ولم يراجعها بعد الوطء حتى انقضت عدتها ، فعليه مهر المثل . وإن راجعها بعد الوطء لم يسقط المهر . نص عليه . وقال : إذا أسلم أحد الزوجين وجب عليها العدة ، ووجب عليه المهر ، فإن اجتمعا على الإسلام في العدة سقط المهر فيهما ، [واختلف أصحابه : فقال أبو سعيد الإصطخري : (١)] فيهما قولان (٢) ، وقال غيره : يسقط المهر قولًا واحدًا وفرق بين المسألتين (٣) .

٢٤١٤٣ - وهذه المسألة مبينة عندنا على أن الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء ، وإنما الوطء رجعة ، ووطء الزوجة لا يوجب المهر (٤) ، ولأنه يصير مراجعا بالجزء الأول من اللمس ، فيحصل الوطء ، ولا عدة ، فيوجب المهر .

٢٤١٤٤ - ولو سلمنا أن الطلاق يوجب التحريم فإنه تحريم لا يفتقر رفعه إلى تراضيهما ، فصار كتحريم الحيض ، والإحرام فإذا وطئها لم يجب مهر (٥) ، ولأنه طلاق لا يمنع الإرث بحال ، فصار كالطلاق المعلق بشرط (٦) ، ولأن الظهار (٧) يصح فيها ، فلم يجب (٨) بوطئها مهر لغير المطلقة .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م ، ن ، ع) . وهو : الحسن بن أحمد بن يزيد بن عامر الاصطخرى . روى عن سعدان بن نصر بن أبي غزوة وحنبل بن إسحاق ، وروى عنه الدارقطني وعمر بن أحمد بن شاهين وغيرهم . قال الخطيب : كان ورعًا زاهدًا ، وكان أبو إسحاق المروزى لا يفتى بحضرته إلا بإذنه . مات عام ٣٢٨ ﻫ انظر : في الأنساب (٢٨٦/١) ، تاريخ بغداد (٢٦٨/٧) ، النجوم الزاهرة (٢٦٧/٣) ، المنتظم (٣٠٢/٦) ، وفيات الأعيان (٧٤/٢)

(٢) أحدهما يجب المهر لأنه وطء في نكاح ، والثاني لا يجب لأن بالرجعة والإسلام قد زال التشعث فصار كما لو لم تطلق ولم يرتد . المهذب (١٠٢/٢،١٠٣) .

(٣) وهو قول أبي العباس وأبي اسحق . المهذب (١٠٢/٢،١٠٣) ، النكت ورقة ٢٢٤ ، روضة الطالبين (٢٢١/٨،٢٢٢) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (١٨٤/٣) .

(٥) انظر : الاختيار (٣٨/١،٢١٧) ، المبسوط (٢٠/٦) .

(٦) المبسوط (٩٧/٦) .

(٧) في (ع) : [الطهار] .

(٨) في (ع) : [يحب] .

٢٤١٤٥ - ولأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ، فلووجب المهر بوطئها وجب عليه في ملك واحد مهران ، وهذا لا يصح (١) .

٢٤١٤٦ - احتجوا : أنه لو لم يراجعها بانت منه بالطلاق ، فصار الوطء بعد البينونة ، فيجب به مهر (٢) .

٢٤١٤٧ - قلنا : هذا غلط ، لأن الطلاق لم يُبِنْها عند وقوعه ، وإنما أوجب بينونة بمضي العدة ، وإذا وطئ تبين أنه كان بعده وطء قبله ، كمن قال لها : إذا مضى شهر رمضان فأنت طالق ثلاثا بانقضاء العدة .

٢٤١٤٨ - قالوا : معتدة فوجب بوطئها مهر ، كالبينونة (٣) .

٢٤١٤٩ - قلنا : يبطل إذا طلق زوجته ، ثم وطئها فلا مهر عليه مع وجود الوطء في العدة ، ويبطل بمن تزوج أمة فطلقها طلاقا رجعيا ، ثم اشتراها فراجعها (٤) .

٢٤١٥٠ - والمعنى في البينونة أن تحريمها لا يرتفع من غير عقد ، فجاز أن يتعلق بوطئها مهر كالأجنبية وهذه ترفع العارض من غير عقد ، كتحريم الحيض والإحرام ، ووطء الزوجة المعتدة (٥) .

* * *

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٨٦/٣) ، الاختيار (١٠٧/٣) .

(٢) انظر : المهذب (١٠١/٢، ١٠٢) ، المجموع (٤٠٩/١٨) .

(٣) انظر : المجموع (٤٠٩/١٨) . (٤) المبسوط (٢٠/٦، ٢١) .

(٥) انظر : المبسوط (٢٠/٦) ، الاختيار (٣٨/١ ، ٢١٧) .

مسألة ١١٦٧

حكم الإشهاد على الرجعة

٢٤١٥١ - قال أصحابنا : الإشهاد على الرجعة مستحب ، وتركه لا يمنع صحة الرجعة .

٢٤١٥٢ - وهو قول الشافعي : في الأم والقديم (١) ، وقال في الإملاء : إن الإشهاد شرط ، وإن لم يشهد لم تصح الرجعة (٢) .

٢٤١٥٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾ (٣) ، وقال (٤) ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ (٥) ولم يشرط الشهادة (٦) ، وقال ﷺ في قصة ابن عمر : « مره فليراجعها » ، ولم يقل : يشهد

٢٤١٥٤ - قالوا : ذكر الله تعالى النكاح في القرآن ، ولم يذكر الإشهاد ، وهو شرط ، وذكر النبي ﷺ فقال لفاطمة : أنكحي أسامة (٧) ولم يشرط الشهادة .

٢٤١٥٥ - قلنا : الظاهر يقتضي صحة النكاح بغير شهود . ولو قالوا : إنه يملك بقوله الطلاق والرجعة (٨) لولا أن الله تعالى ذكر في الآية الأخرى الإشهاد .

---

(١) وهو رواية عن الإمام أحمد انظر : المبسوط (١٩/٦) ، وبدائع الصنائع (١٨١/٣) ، الاختيار (١٠٨/٣) ، بداية المجتهد (١٠٥/٢) ، المغني ، ٤٨٢/٨) ، المبدع (٣٩٢/٧) ، الأم (٢٦١/٥) ، المهذب (١٠٣/٢) .

(٢) وهو رواية عن الإمام أحمد . انظر : المهذب (١٠٣/٢) ، مغنى المحتاج (٢٣٦/٣) ، نهاية المحتاج (٥٩/٧) ، المبدع (٣٩٢/٧) ، المغنى (٤٨٢/٨) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٤) في (ن) : [وقال الشافعي] وهي زيادة .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٦) المبسوط (١٩/٦) ، بدائع الصنائع (١٨١/٣) ، بداية المجتهد (١٠٥/٢) .

(٧) هو : أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحبيل بن وبرة الكلبي ، مولى رسول الله ﷺ ، روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه أبو هريرة وابن عباس وأبو عثمان النهدى وأبو مائل وآخرون ، كان من أصحاب النبي ﷺ الذين اعتزلوا الفتنة . مات سنة ٥٤ على الصحيح ، كما قاله ابن عبد البر الإصابة (٤٩/١) ، الاستيعاب (٧٥/١) أسد الغابة (٧٩/١) .

(٨) اعتراض بأن ذكر الرجعة في القرآن بدون شرط الشهادة وكذا حديث ابن عمر المذكور سابقه ولم يقل فيه « يشهد » منقوض بأن الله تعالى ذكر النكاح ولم يذكر فيه الإشهاد - وهو شرط - وكذا وردت السنة أحيانًا بذكر النكاح ولم يذكر فيها الإشهاد وهو شرط .

٢٤١٥٦ - قلنا : لما ذكره في موضع لم يكن واجبا . ويدل عليه ما قدمنا عن عمران بن حصين أنه سَئل عمن طلق امرأته ، ولم يشهد [ثم وقع عليها ، ولم يشهد على رجعتها] (١) فقال : طلق لغير السنة وراجع لغير السنة . وعن ابن مسعود فيمن طلق امرأته ثم وقع عليها كانت رجعية ، ولا يعرف لهما مخالف .

٢٤١٥٧ - ولأنه حق للزوج ينفرد به فلا يفتقر إلى الإشهاد كالطلاق (٢) .

٢٤١٥٨ - ولا يلزم ابن العم إذا أبان ابنة عمه الصغيرة ، ثم تزوجها ، لأنه حال ما يعقد ليس بزوج . ونحن قلنا : ينفرد به الزوج ، ولأن الرجعة لا تتعلق بها ، فلم يفتقر إلى الإشهاد كالظهار ، ولأنها لا تفتقر إلى قول كالظهار والإيلاء (٣) .

٢٤١٥٩ - ولأن الرجعة رد إلى حالة سابقة ، فلم تفتقر إلى شهادة كفسخ البيع (٤)

٢٤١٦٠ - ولا يلزم تزويج المبتوتة ، لأن التزويج قد يكون ردا ، وقد يكون مبتدأ ، والرجعة لا تقع إلا على وجه الرد ، ولأنه معنى لا مدخل للولي فيه بوجه ، فلا يقف على الإشهاد فيه كالبيع (٥) .

٢٤١٦١ - فإن قيل : النكاح لا يقف على الولي (٦) عندكم .

٢٤١٦٢ - قلنا : للولي فيه مدخل يستحب أن يعقده ويعترض فيه بعدم الكفاءة ولنقصان البدل (٧) ، ولأنه تصرف لا يقف على إذن المولي إذا كان الزوج عبدًا ، فلا يفتقر إلى الإشهاد كالطلاق ، والظهار (٨)

٢٤١٦٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ﴾ (٩) « الآية » (١٠) .

٢٤١٦٤ - والجواب : أن الواو لا تقتضي المفارنة ، فظاهر الآية يقتضي جواز

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) .

(٢) بدائع الصنائع (١٨١/٣) المبسوط (١٩/٦) ، كشاف القناع (٣٤٢/٥) ، المغنى (٤٨٢/٨) .

(٣) بدائع الصنائع (١٧٣،٢٣٤/٣) ، الهداية (١١/٢) .

(٤) المبسوط (١٩/٦) ، المغنى (٤٨٢/٨) ، كشاف القناع (٣٤٣،٢٤٢/٥) .

(٥) المبسوط (١٩/٦) .

(٦) في (ن) : [المولى] .

(٧) المبسوط (٢٨،٢٧/٥) .

(٨) المبسوط (١٩/٦) ، بدائع الصنائع (١٨١/٣) ، المغنى (٤٨٢/٨) ، كشاف القناع (٣٤٢/٥) .

(٩) سورة الطلاق : الآية ٢ .

(١٠) المهذب (١٠٣/٢) ، مغنى المحتاج (٣٣٦/٣) ، نهاية المحتاج (٥٩/٧) .

الإشهاد بعد الإمساك ، وكل من حمل الإشهاد على ما بعد الرجعة جعله استحبابا .

٢٤١٦٥ - فإن قيل : الأمر على الوجوب ، وكل من أوجب الإشهاد قال : يجب أن يقارن .

٢٤١٦٦ - قلنا : الآية مشتركة الدليل ، لأنه ليس في اللفظ مقارنة ، وإن اعتبر الوجوب سقطت المقارنة [١] ، وإن تركنا المقارنة للظاهر سقط الوجوب ، لأن الإشهاد لا يجب بالرجعة [٢] .

٢٤١٦٧ - فإن قيل : أمر اللّٰه بالإشهاد ، ولم يبين كيفية ما يقع الإشهاد عليه . ولأن اللّٰه تعالى أمر بالإشهاد على الفرقة والرجعة ، وقد ثبت أن الإشهاد على المفارقة ، والرجعة استحباب فيستحيل أن يحمل على الوجوب ، لأن اللفظ الواحد لا يحمل على المفارقة المذكورة في الآية ، فله [٣] تركها حتى تنقضي عدتها .

٢٤١٦٨ - قلنا : ذكر المفارقة مضافة إلى الزوج ، وهذا لا يكون إلا بالطلاق ، فأما الفرقة الحاصلة بانقضاء العدة حكما فإضافتها إليه مجاز ، فثبت أن الفرقة هي الطلاق ، والإشهاد إليها أقرب فتناولها أقرب .

٢٤١٦٩ - قالوا : استباحة فرج مقصود ، فوجب أن يفتقر إلى شاهدين . أصله : عقد النكاح [٤] .

٢٤١٧٠ - قلنا : الوصف عندنا مسلم ، لأن الطلاق لا يحرمها ، والبضع مباح ، ولا يقال : إنه يستبيحه بالرجعة ، لأنه يبطل بالتكفير بالظهار فإنه استباحة بضع مقصود .

٢٤١٧١ - فإن قيل : التكفير يستباح به البضع ، والمقصود به إسقاط الغرض ، ولهذا يجوز بعد الطلاق .

٢٤١٧٢ - قلنا : النقص يتبع كمن يكفر عن الزوجة . فلم يقصد به الاستباحة وغيرها [٥] .

---

(١) في (ن) : [الفارقة] .

(٢) المبسوط (١٩/٦) ، بدائع الصنائع (١٨١/٣) .

(٣) في (ع) : [هي] .

(٤) انظر : المهذب (١٠٣/٢) ، مغني المحتاج (٣٣٦/٣) ، نهاية المحتاج (٥٩/٧) .

(٥) وهذا يتصور إذا ظاهرت المرأة من زوجها ، بأن قالت له أنت عليّ كظهر أبي ولا يلزمها شيء عند الشافعية لأنه قول يوجب تحريمًا في الزوجية يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق . المهذب (١١٣/٢) .

٢٤١٧٣ - قلنا : إذا طلقها ثم حلف بمراجعتها ، فالمقصود من الرجعة الاستباحة ، والبر في اليمين ، وإذا طلقها حال الحيض ثم راجعها ، والمقصود بالاستباحة ، أن لا يزول الملك بطلاق محرم [١] ، والمعنى في النكاح أنه للولي فيه مدخل شرط فيه الشهادة ، أو نقول : يعتبر فيه الرضا من غير التفسيخ [٢] .

٢٤١٧٤ - فإن قالوا : يبطل بابن عم الصغيرة إذا زوجها .

٢٤١٧٥ - قلنا : النكاح في الجملة يعتبر فيه الرضا ، وههنا أيضا الرضا معتبر ، ولكن تأخر إلى حين القدرة عليه ، ولهذا إذا بلغت كان لها الخيار [٣] .

٢٤١٧٦ - قالوا : تزوج المولى أمته لا يقف على رضاها ، ويفتقر إلى الشهادة [٤] .

٢٤١٧٧ - قلنا : تزويج المولى أمته يفتقر إلى رضى غير المستبيح ، وهو المولى [٥] .

٢٤١٧٨ - قالوا : الشهادة اعتبرت في النكاح ، ليثبت بها عند التجاحد احتياطا للبضع ، وهذا المعنى موجود في الرجعة [٦] .

٢٤١٧٩ - قلنا : هذا غير مسلم ، لأن النكاح ينعقد عندنا بشهادة من لا تثبت بشهادته كالفاسقين وابني الزوج منها [٧] وعلى الأصلين بمن ظاهره العدالة ، ولم تعلم عدالته في الباطن ، وإنما اعتبرت الشهادة ، ليخرج العقد من عين الزنا الذي فعل سرا إلى حين النكاح الذي يعلم [٨] ، وهذا المعنى غير موجود في الرجعة .

* * *

---

(١) المبسوط (٢١،٢٠/٦) .

(٢) بدائع الصنائع (٢٥٢،٢٥١/٢) .

(٣) الهداية (١٩٩،١٩٨/١) .

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ورقة ١٣٨ .

(٥) المبسوط ٣٦١٥ .

(٦) الحاوي الكبير ورقة ١٣٨ .

(٧) المبسوط (٣٣،٣٢/٥) .

(٨) المبسوط (٣١/٥) ، تحفة الفقهاء (١٩٧/٢) ، الهداية (١٩٠/١) .

مسألة ١١٦٨

أقل ما تصدق فيه المرأة المعتدة إذا أخبرت بانقضاء عدتها

٢٤١٨٠ – قال أبو حنيفة ﷺ : أقل ما تصدق فيه المرأة المعتدة إذا أخبرت بانقضاء العدة شهران [١] .

٢٤١٨١ – وقال الشافعي : اثنان وثلاثون يومًا ولحظتان [٢] وهذه / المسألة مبينة على أصول : ٧٢

٢٤١٨٢ – أحدها : أن أقل الحيض عندنا ثلاثة أيام [٣] ، وعندهم يوم وليلة [٤] .

٢٤١٨٣ – والثاني : أن انقضاء العدة بمضي الحيض [٥] ، وعندهم بالأطهار [٦] .

٢٤١٨٤ – والثالث : أن لا يجعل حيضها أقل الحيض ، وذلك لأنها أمينة فيما تخبر به من انقضاء العدة ، والأمين لا يقبل قوله إذا كذَّبه الظاهر [٧] ، كالوصي إذا قال : أنفقت مال الصبي عليه في يوم [٨] واحد ، وإذا كان كذلك لم يجعل حيضها أقل الحيض ليسقط حق الزوج ، ولا أكثر الحيض ، لأن ذلك نادر .

٢٤١٨٥ – ولأنه إسقاط حقها فاعتبر الوسط ليوفى الحقين ، فجعلنا حيضها خمسة أيام ، فإذا كان كذلك حمل الأمر على أنه طلقها أول الطهر ، فاعتبر طهر خمسة عشر يوما ، وطهر خمسة عشر يوما ، وحيض خمسة أيام ، فذلك شهران .

---

(١) هذا في العدة بالإقراء ، وقال أبو يوسف ومحمد : تسعة وثلاثون يومًا . انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٦ ، البناية (٦٣١/٤) فتح القدير (١٨٧/٤) .

(٢) مختصر المزني (٣٢٢/٨) ، المهذب (١٤٣/٢) ، مغني المحتاج (٣٣٩/٣) ، نهاية المحتاج (٦٢/٧) .

(٣) وعند أبي يوسف يومان ، والأكثر من اليوم الثالث إقامة للأكثر مقام الكل . الهداية (٣٠/١) .

(٤) قال المزني : وفيه قول آخر : أنه يوم ، فمن الأصحاب من قال : هما قولان ، ومنهم من قال : هو يوم وليلة – قولًا واحدًا . انظر : مختصر المزني (٣٢٢/٨) ، المهذب (٣٨/١) .

(٥) تحفة الفقهاء (٣٦١/٢) ، الهداية (٢٨/٢) .

(٦) مختصر المزني (٣٢٢/٨) ، المهذب (١٤٣/٢) .

(٧) قاعدة : « الأمين لا يقبل قوله إذا كذبه الظاهر » .

(٨) الهداية (٢٦٤/٤) .

٢٤١٨٦ - وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه اعتبر حيضة عشرة أيام ، وطهرا خمسة عشر يومًا ، لأنه اعتبر أقل الطهر ، واعتبر أكثر الحيض حتى يوفى الحقين ، وحمل الأمر على أنه طلقها في آخر الطهر ، لأنه لا ضرورة به إلى إيقاع الطلاق في أول الطهر ، فابتدئ بعشرة أيام حيضًا وخمسة عشر طهرا وعشرةٍ حيضا فذلك ستون يوما (١) ، فأما الشافعي فالعدة تنقضي بالأطهار فيحمل الأمر على أنه طلقها في آخر الطهر ، فيكون الطهر بعد الطلاق ، ويوم وليلة حيضا ، وخمسة عشر يومًا طهرًا ، ويوم وليلة حيضا ، وخمسة عشر يومًا طهرًا ولحظة يسرع فيها في الحيض ، فتنقضي باثنين وثلاثون يومًا (٢) .

* * *

(١) انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٦ ، البناية (٤/٦٣١) .

(٢) انظر : المهذب (٣٨/١) ، مغنى المحتاج (٣/٣٣٩) .

مسألة ١١٦٩

الوطء بنكاح فاسد لا يبيح المرأة لزوجها الأول

٢٤١٨٧ - قال أصحابنا : الوطء بنكاح فاسد لا يبيح المرأة لزوجها الأول [(١)] .

٢٤١٨٨ - وقال الشافعي في - أحد قوليه - : يبيحها [(٢)] .

٢٤١٨٩ - لنا : قوله تعالى ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾[(٣)] فعلق الإباحة بوجود زوج ، وهذا ليس بزوج ، فلا يقع بوطئه إباحة [(٤)] ، ولأنه وطء لم يوجبه عقد النكاح ، فلا يبيحها للزوج الأول كوطء المملوك [(٥)] ، والوطء يشبهه [(٦)] .

٢٤١٩٠ - ولأنه وطء في غير ملك - كالزنا - [(٧)] ، ولأنه وطء لا يستقر به المسمى ، كالوطء فيما دون الفرج [(٨)] .

٢٤١٩١ - قالوا : وطئت ، فالمهر ، والعدة ثبت به السبب بوطء الزوج [(٩)] .

٢٤١٩٢ - قلنا : يبطل بالوطء بشبهة ، والمعنى في وطء الزوج أنه موجب بالنكاح ، وهذا لا يوجد في مسألتنا .

٢٤١٩٣ - قالوا : مفارقة التحريم بالوطء لا يمنع [(١٠)] وقوع الإباحة ، كالوطء في حال الحيض ، والمحرمة ، لأن الملك بالنكاح فارقه ، فلذلك وقعت الإباحة .

٢٤١٩٤ - قالوا : روى أن النبي ﷺ قال : « لعن الله المحلل » [(١١)] فسماه محللا -

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢١٨٧/٣) ، الاختيار (١١١/٣) .
(٢) وقال في القول الآخر لا يبيحها .انظر : المهذب (١٠٤/٢) .
(٣) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .
(٤) انظر : الاختيار (١١١/٣) . (٥) انظر : بدائع الصنائع (١٨١/٣) .
(٦) انظر : بدائع الصنائع (١٨١/٣) ، الاختيار (١١١/٣) ، المهذب (١٠٤/٢) .
(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٨١/٣) . (٨) انظر : الاختيار (٤١/٣) .
(٩) انظر : الحاوي الكبير ورقة ١٤٧ . (١٠) انظر : في (ع) : [تمنع] .
(١١) أخرجه أبو داود - باب في التحليل - من حديث ابن مسعود . أن رسول الله ﷺ قال : « لعن المحلل والمحلل له (٤٧٩/١) ، والترمذي في جامعه - باب ما جاء في المحلل والمحلل له- وقال : حديث حسن صحيح . عارضة الأحوذى (٤٤،٤٣/٥) ، والنسائي في سننه - باب الحلال المطلقة ثلاثا - (١٢٧،١٢١/٦) . وابن ماجة في سننه - باب المحلل والمحلل له (٦٢٢/١) ، والدارمي - باب في النهى عن التحليل (١٥٨/٢) وأحمد في المسند (٨٣/١) والحاكم في المستدرك - باب لعن الله المحلل والمحلل له (١٩٨/٢) .

وإن كان عقده فاسدًا [١] .

٢٤١٩٥ - قلنا : النكاح بشر التحليل صحيح عندنا ، وإن نهى عنه والمنهي عنه لا يوجب الفساد [٢] .

* * *

(١) انظر : المهذب (٢/١٠٤) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣/١٨٧ ، ١٨٨) .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسَمَّاة

التجريد

كتاب الإيلاء

مسألة (١) ١١٧٠

الرجل إذا آلى من امرأته ولم يفئ إليها في مدة أربعة أشهر

٢٤١٩٦ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا آلى من امرأته ولم يفء [٢] إليها في الأربعة أشهر بانت منه بمضيها [٣] .

٢٤١٩٧ - وقال الشافعي [رحمه الله] [٤] : « إذا طالبت المرأة بعد المدة التي وقفه الحاكم [٥] في قوله الجديد [٦] وفي قوله القديم : يحبسه الحاكم حتى ....

---

(١) الإيلاء لغة : مصدر آلى يولي وألية كأعطى ويعطي وإعطاء ، وعطية ، معناه الحلف أو اليمين . انظر : لسان العرب (٥٨/٢) ، المصباح المنير (٢٠/١) .

(٢) الفيء من فاء ، يفيئ معناه في اللغة رجع إليه ، وفاءه غيره رجعه ، ويقال فاء الظل إذا رجع . انظر : لسان العرب (١٢٦/١) ، المصباح المنير للرافعي (٦٦٦/٢) . ويقصد بالفيء في الشرع : الجماع في الفرج . وسمي الوطء فيئًا لأنه امتنع ثم رجع . قال ابن المنذر : أجمع كل من تحفظ عنه من أهل العلم أن الفيء الجماع . انظر : المبسوط (٢٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٦/٤) ، المغني (٣٢٤/٧) .

(٣) مراد المصنف أنه بمضي المدة في الإيلاء تقع فرقة بينهما طلاقًا بائنًا ، راجع هذه المسألة في الجامع الصغير صـ٦٨ ، مختصر الطحاوي صـ٢٠٧ ، المبسوط للسرخسي (٢٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٦/٤) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) ، البناية شرح الهداية (٢٧٠/٥) ، اللباب (٥٢٢/٣) .

(٤) هو الإمام عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي المطلبي ، الشافعي الحجازي المكي ، أبو عبد الله ، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة وإليه تنتسب الشافعية ، ولد بغزة بفلسطين سنة ١٥٠هـ ، وحمل إلى مكة وهو ابن سنتين فنشأ بها وبمدينة الرسول ﷺ ، وتعلم القرآن على سفيان بن عيينة ، ثم خرج إلى المدينة ، فقرأ على مالك بن أنس الموطأ وحفظه ، ثم دخل بغداد وأقام بها سنتين وصنف بها كتبه القديمة ، ثم عاد إلى مكة سنة ١٩٩ ، ثم عاد إلى بغداد فأقام بها شهرًا ثم خرج إلى مصر وصنف كتبه الجديدة ، وأقام بها إلى أن مات ، ودفن فيها ، وكان موته ليلة الجمعة آخر ليلة من رجب من تصانيفه : المسند في الحديث ، أحكام القرآن ، الرسالة وغيرهم ، توفي سنة ٢٠٤هـ . انظر : معجم المؤلفين (١١٦/٣) ، الجرح والتعديل (٢٠١/٧ -٢٠٤) ، وسير أعلام النبلاء (٥/١٠ -٩٩) ، تقريب التهذيب (١٤٣/٢) .

(٥) المراد بالوقف أي المطالبة بعد انتهاء مدة الإيلاء فالخيار فيه ، بين أن يفيء إليها وبين أن يطلق .

(٦) الجديد : ما قاله الشافعي في مصر ، وأشهر رواته البويطي ، والمزني ، والمرادي ، وحرملة ، والخيري ، ومن أشهر كتبه كتاب الأم ، والقديم هو ما قاله الشافعي في العراق قبل انتقاله إلى مصر ومن أشهر رواته أحمد بن حنبل ، والزعفراني ، وأبو ثور ، ومن أشهر كتبه الحجة ، وقد رجع الإمام الشافعي عن القديم ، وقال لا يحل عدا القديم من المذهب إلا في مسائل أفتى فيها أصحاب الشافعي على القديم ، والفتوى في المذهب على الجديد . وإذا كان في المسألة قولان فالجديد هو الصحيح وقد استثنى بعض الأصحاب بعض المسائل ، وقالوا =

يطلق [١] .

٢٤١٩٨ – لنا : قوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ [٢] .

٢٤١٩٩ – ووجه الاستدلال من الآية أن الفيء في المدة مراد بالإجماع [٣] ، لأن عند مخالفنا إن وطئها فيها سقط الإيلاء وإذًا نقضي أنه مراد ، ثم زعم مخالفنا أن الفيء بعد المدة مراد أيضًا [٤] لم نسلم [٥] ذلك بغير دليل ، ونثبت حكم الفيء في المدة خاصة [٦] ، وقد جعله اللّٰه تعالى عقيب ذكر التربص [٧] ، وهذا إنما يكون مع بقاء المدة دون مضيها [٨] .

= الفتوى فيها على القديم . انظر : المجموع للنووي (٦٥/١ ، ٦٦) ، الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٢٩٩ .

(١) القديم في المذهب أنه إذا آلى من امرأته وامتنع ولم يفء ولم يطلق بعد المدة أن الحاكم لا يطلق عليه ، وعلى هذا يحبس حتى يطلق أو يفئ . ودليل القديم قوله ﷺ : « الطلاق لمن أخذ بالساق » ولأن ما خير فيه الزوج بين أمرين لم يقم الحاكم فيه مقامه ، كما لو أسلم وتحته أختان ، وأما الجديد فإن الحاكم يطلق عليه . وقد ذكر المصنف أدلة الجديد وستأتي . انظر : الأم (٢٦٩/٥) ، المهذب (١٤١/٢) ، شرحه (٣٢٢/١٦) ، روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٢٥٥/٨) ، كفاية الأخيار (١١٢/٢ ، المنهاج في شرح مغني المحتاج (٣٤٣/٣) . بداية المجتهد (٩٩/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٢٥/٣) ، الشرح الصغير للدردير (٦٢٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٢٢/٧) .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٦٦ .

(٣) الإجماع هو : اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ في عصر من العصور على أمر من الأمور . انظر : شرح البدخشي لمنهاج الوصول (٣٧٧/٢) ، وما بعدها .

(٤) أي : أن الفيء إذا وقع في المدة فإنه جائز عند الجميع من غير اختلاف في جوازه ، إلا أنه إذا وقع في المدة فقد سقط حكم الإيلاء الذي من قصده الطلاق . فلم يقع الطلاق بوقوع الفيء فيها . إلا أنهم رغم اتفاقهم فيه فإنهم اختلفوا عليه في اعتبار وقوع الفيء في المدة . حيث يرى الحنفية أن هذه المدة مدة الاختيار بين أن يفيء وبين أن يستمر الإيلاء الذي من قصده الطلاق ، وعند غير الحنفية أن الفيء في المدة يقع في الوقت الجائز لأن الاختيار عندهم لا يكون بعد المدة . انظر : شرح فتح القدير (٤٢/٤) ، الهداية شرح بداية المبتدئ (١١/٢) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٧/٣) ، المهذب (١٤٦/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٩/٣) ، كفاية الأخيار (٤٨٠/٢) ، المدونة الكبرى ٨٤ ، الشرح الصغير (٦٢٠/٢) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٦٢/٥) ، المغني لابن قدامة (٣١٩/٧) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يسلم] وما أثبتناه من (ص) . وهي في (ص) : [نم] اختصار [نسلم] أو [ينمُ] .

(٦) أي : لا نسلم أن الفيء بعد المدة ، وأن له الخيار بعدها بين أن يفيء أو أن يطلق ، وهذا لا يجوز ، لأنه لا يوجد دليل يدل على ذلك ، وكذلك لا يوجد دليل يدل على نفي الفيء في المدة .

(٧) التربص معناه : الانتظار والتأني والتأخر . انظر : لسان العرب (٣٩/١٠) ، المصباح المنير للرافعي (٢٣٩/١) ، تكملة المجموع (٣٠١/١٦) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٤/٤) ، تحفة الفقهاء (٣١١/٢) .

٢٤٢٠٠ - وفي قراءة ابن مسعود ، فإن فاءوا فهن (١) ، وهذه التلاوة حكمها ثابت ، فدل أن الفيء المذكور في المدة (٢) .

٢٤٢٠١ - فإن قيل : « هذه زيادة في حكم القرآن (٣) بخبر الواحد (٤) ولا يجوز عندكم » (٥) .

٢٤٢٠٢ - قلنا : « هذه القراءة قد نقلت إلى زمن أبي حنيفة (٦) نقل استفاضة » (٧) ، ولأن ظاهر الآية عند مخالفنا يقتضي الفيء في المدة وبعدها ، بدلالة أنه يصح الفيء

---

(١) انظر : تحفة الفقهاء (٢/٣١١) ، بدائع الصنائع (٤/١٩٦٤) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٤/١٢٩٦٣ ، المبسوط للسرخسي ٧/٢٠ .

(٣) إن الفيء في المدة ما روى ابن مسعود فيهن ، زيادة على الدليل ، لأن الظاهر في الآية تدل على مضي المدة ، وذلك عقيب التربص بفاء التعقيب فدل على تأخرها . انظر : شرح المهذب (١٦/٣٠٢) .

(٤) خبر الواحد هو : ما يرويه شخص واحد . وفي الاصطلاح : هو الخبر الذي لم تبلغ نقلته في الكثرة مبلغ التواتر سواء كان المخبر واحد ، أو اثنين أو ثلاثة ، أو أربعة ، أو خمسة إلى غير ذلك من الأعداد التي لا تشعر بأن حيز المتواتر فكل ما ليس متواترًا يحكم عليه بأنه حديث خبر أحاد ، ومن أقسامه المشهور ، والعزيز ، الغريب . انظر : قواعد التحديث للقاسمي ١٢٩ ، توجيه النظر ٣٣ .

(٥) أي : أن خبر الواحد يوجب العلم والعمل معًا وقد ذكر هذا القول أحمد بن خويز منداد عن مالك بن أنس ، وقال الحنفيون والشافعيون وجمهور المالكيين أن خبر الواحد لا يوجب العلم ، ومعنى هذا عند جميعهم أنه قد يمكن أن يكون كذبًا . انظر : الإحكام في أصول الأحكام (٢/٤٧) ، الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١/١١٩) .

(٦) هو : أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن طاووس بن هرمز ، الكوفي ، التيمي عالم العراق ، ولد ﷺ سنة ثمانين في حياة صغار الصحابة ، روى عن : عطاء بن رباح ، وعن الشعبي ، وعن طاووس ، ولم يصح ، وعن غيرهم ، وحدث عنه : خلق كثير منهم : إبراهيم بن طهمان ، وأسد بن عمرو البجلي ، وغيرهما ، قيل ليحيى ابن معين : أبو حنيفة كان يصدق في الحديث ، فقال : نعم صدوق . وكان شعبة أول من تكلم في الرجال ، وكان حسن الرأي في أبي حنيفة ، وكان ﷺ ورعًا تقيًا ، ضرب غير مرة على أن يلي القضاء فلم يجب ، قال الإمام الشافعي عنه : الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة ، ومن آثاره : الفقه الأكبر في الكلام ، والمتعلم في العقائد ، والرد على القدرية ، وغيرها ، توفي ﷺ في سنة خمسين ومائة وله سبعون سنة ، وعليه قبة عظيمة ومشهد فاخر ببغداد . انظر : الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/٤٩) ، سير أعلام النبلاء (٦/٥٢٩) ، معجم المؤلفين (٤/٣٢) .

(٧) أي : نقلًا مشهورًا أو أن الاستفاضة اسم للحديث المشهور ، وهو ما له طرق محصورة بأكثر من اثنين ولم يبلغ حد التواتر ، إذ إن أقل ما ثبت به الشهرة ثلاثة ، وحديث مشهور أو مستفيض من أقسام الآحاد . انظر : كتاب نزهة النظر بشرح نخبة الفكر ١٠ ، قواعد التحديث ١٢٤ ، وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني (١/٢١٢) .

فيها [١] ، فهذه القراءة تخصيص للظاهر ، وذلك يجوز بخبر الواحد [٢] .

٢٤٢٠٤ – فإن قيل : الآية تقتضي الفيء بعد المدة ، فإن وطئ ، فقد عجل ما لم يكن مستحقًّا عليه ، كمن عجل [٣] بالدين [٤] المؤجل لازم [٥] بالعقد [٦] ، ولولا ذلك لبطل البيع [٧] ؛ لأنه لو قال : بعتك بألف لا يلزمني إلا بعد شهر لم يصح البيع [٨] .

٢٤٢٠٥ – فإذا كان الثمن لازمًا فمتى عجل فقد أسقط الأجل ؛ فصار الثمن [٩] هو الموجَبُ بالعقد ، كذلك في مسألتنا .

٢٤٢٠٦ – قلنا : « إنهما يختلفان في أن مضي المدة يفوت الفيء ؛ لأنه يحصل عزيمة الطلاق ، ومضي المدة في الأجل لا يفوت الثمن معه [١٠] .

٢٤٢٠٧ – قالوا : الفاء للتعقيب [١١] ، فيجب أن يكون عقيب الحكم الذي قبله [١٢] ، كقوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ﴾ [١٣] .

---

(١) انظر : المهذب (٢/١٤٠) .

(٢) أي : أن قراءة ابن مسعود تخصص الآية العامة التي تجوز الفيء في المدة وبعدها ، والخبر يجوز الفيء في المدة فقط لا بعدها ، وهذا تخصيص لعموم الآية بخبر الواحد وهو جائز . انظر : الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢/٤٧٢) .

(٣) أي : أسرع وحضر . انظر : المصباح المنير ٥٣٨ .

(٤) الدين هو : القرض يقال : دِنْتُهُ أي أقرضته ، ودنته استقرضت منه . انظر : المصباح المنير ٢٠٥ .

(٥) هو : ما لا خيار فيه بعد وجود شرطه . انظر : شرح فتح القدير (٥/٤٩٨) ، حاشية الدسوقي (٣/٣) .

(٦) انظر : حاشية ابن عابدين (٣/٩) ، فتح القدير (٢/٣٤١) ، حاشية الدسوقي (٣/٥) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) البيع لغة : من باعه يبيعه بيعًا ومبيعًا والقياس مباعًا إذا باعه وإذا اشتراه ضد . وشرعًا : مبادلة المال بمال تمليكًا واشتقاقه من الباع ، وقال البعض : هو الإيجاب والقبول إذا ضمن عيني التمليك . انظر : المصباح المنير (١/٩٦) ، المغني لابن قدامة (٣/٥٥٩) .

(٩) ساقطة من (ص) .

(١٠) قياس الفيء المعجل على الدين المعجل مع الفرق لأن المدة إذا مضت لا تكون محلا للفيء بخلاف الدين إذا مضت المدة فإن الثمن ثابت لازم ، فكان قياس الفيء على الدين قياس مع الفارق فلا يجوز . انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٢٠) ، الهداية (٢/١٢) .

(١١) التعقيب معناه : مؤخر القدم ، أن يجئ الشيء بعقب الشيء أي متأخرا عنه . انظر : المصباح المنير ٥٧٣ .

(١٢) انظر : المجموع (١٦/٣٠٢) ، الحاوي الكبير (١٠/٣٤١) .

(١٣) سورة البقرة : الآية ٢٣٠ .

٢٤٢٠٧ - قلنا : قال الله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ ﴾ [١] والمراد بالإحصار [٢] قبل إتمامها ، فلم تفد الفاء هاهنا التعقيب ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ ﴾ [٣] ، وذلك يفيد قبل مضى المدة وبعدها [٤] ، ونظائر هذا في القرآن كثير ، فأما الآية التي ذكروها فلم تثبت الحكم الذي ذكروه بالفاء ، لكن جعل طلاق الزوج الثاني شرطًا في الإباحة ، فلا يجوز أن يتقدم الرجل الشرط ، يبين ذلك أن الله تعالى ملك المولى التربص ؛ فصار بمنزلة قولك المال [٥] إن أنفقه ليسعد به ، وإن أمسكه شقي به [٦] .

٢٤٢٠٨ - والإنفاق [٧] يكون مع بقاء الملك لا بعد زواله ، كذلك الفيء في مسألتنا في حال تملك التربص لا بعد زواله ، فإذا ثبت بها قدمنا أن الفيء في المدة ، فإذا مضت

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٢) الحصر في اللغة : الحبس والتضييق ، وأحصره المرض منعه من السفر ، انظر : لسان العرب (١٦/١٩٣) ، المصباح المنير ١٩٠ . وقد اختلف الفقهاء في معنى الإحصار في الآية ، قال أبو حنيفة ﷺ : المحصر من يصير ممنوعًا من مكة بعد الإحرام ، بمرض أو عدو أو غيره ، وقال مالك : الإحصار يطلق على ما يعم المنع من عدو أو من غيره بقرينة قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا أَمِنتُمْ ﴾ ، فإنه ظاهر في أن المراد الأمن من خوف العدو ، وقال الشافعي وأحمد : هو حصر العدو ونحوه . والأظهر هنا أن المحصر هو الممنوع من الحج بأي نوع امتنع لعموم الآية . انظر : اللباب ٢١٢ ، بداية المجتهد (١/٢٥٩) ، المهذب (١/٣١١) ، المغني (٢/٣٥٦) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٣٣ .

(٤) بخلاف الفاء الموجودة في قوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا ﴾ فإنها تفيد قبل مضي المدة وبعدها ، لأن السبب متقدم على المسبب ، وقال صاحب التلويح على التوضيح : التحقيق أن التعقيب بأن ما بعد الفاء علة باعتبار معلول ودخول الفاء عليه باعتبار المعلولية لا باعتبار العلية (١/١٩٧) . انظر : ابن عابدين (٣/٤٢٤) ، بدائع الصنائع (٤/١٩٦٤) ، شرح فتح القدير (٤/٤٢) ، التلويح على التوضيح (١/١٩٧) .

(٥) مَال الرجل مَوْلًا أي : صار ذا مال ، والمال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما يقتني ويملك من الأعيان . انظر : لسان العرب (٦/٤٣٠٠) .

(٦) اعتراض المخالف : بالزيادة على مدة التربص ، مردود عليه بأن المدة لتقدير مطالبة الفيئة وبأن جواز الفيئة فيها دليل على استحقاقها فيه فهو باطل بالدين المؤجل يجوز تقديمه قبل أجله ولا يدل على استحقاقه فيه . انظر : الحاوي (١٠/٣٤٢) .

(٧) النفقة لغة : مشتقة من النفوق ، وهو الهلاك ، نفقت الدابة نفوقًا ماتت وهلكت ، أو من النفاق وهو الرواج ، انظر : لسان العرب (١٤/٢٥٨) . وشرعًا هو : الإدرار على الشيء بما فيه بقاؤه . انظر : حاشية ابن عابدين (٣/٥٧٢) ، الشرح الصغير (٢/٧٢٩) ، مغني المحتاج (٢/٤٢٥) .

فات الفيء ؛ فتعين عليه عزيمة الطلاق ، فوقع بمضيها [١] ؛ لأن من جعل له أحد أمرين ، فإذا فات أحدهما تعين الآخر ، ويدل عليه أن الله تعالى جعل للمؤلي أحد أمرين : إما الفيء ، أو عزيمة الطلاق ، فالظاهر أنه ليس هناك حكم آخر [٢] ، فمن زعم أن الحكم يقف على مطالبة المرأة بعد المدة ، حتى إن تركت المطالبة لم يقع شيء [٣] ، وأن الحاكم يطلق إن امتنع الزوج عن الفيء ، أو يحبسه ، فقد زاد في حكم الآية بغير دليل [٤] .

٢٤٢٠٩ - ويدل عليه ما روي عن ابن عباس [٥] أنه قال : عزيمة الطلاق انقضاء أربعة

---

(١) أي : إذا كان الفيء يتوصل إليه بعد المدة يكون الفيء بعد التربص ، وإذا كان بعد التربص فلا يجوز ، لأنه وقع بعد زوال الملك والتصرف بالفيء بعد زوال الملك لا يجوز . انظر : شرح فتح القدير (٤٢/٤) ، الاختيار (١٥٢/٣) ، بدائع الصنائع (١٩٦٣/٤) .

(٢) الظاهر أن الآية لا تدل على حكم غير حكم الفيء ، أو عزيمة الطلاق ، فلا تدل إذا كان كذلك إلى الوقف أو المطالبة كما قال المخالف .

(٣) قال الشافعي : إن للمرأة بعد المدة إما الفيء وإما الطلاق ، وبه قال الإمام مالك وأحمد ، بينما قال الحنفية : لا مطالبة لها بعد المدة ، وإنما يقع الطلاق بمضيها ؛ لأن الفيء في المدة ، فإذا فاء فيها فقد تحقق القصد من الإيلاء وهو الطلاق ، أما المطالبة فإنها تكون قبل مضى المدة ، لقراءة ابن مسعود (فإن فاءوا فيهن) وذهب الإمام الشافعي أن الزوج لا يطالب بالفيء قبل مضى أربعة أشهر لقوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآبِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ وبه قال الإمام مالك والإمام أحمد ، فإذا تركت المطالبة بعد وجوبها على من قال لها المطالبة فإنه لا يسقط حقها ، ولها المطالبة متى شاءت . إلا عند الإمام أحمد فعنه وجهان : أحدهما : يسقط حقها ، وليس لها المطالبة بعده . والثاني : لا يسقط حقها ، ولها المطالبة متى شاءت ، وذلك لأن المطالبة إنما ثبتت لرفع الضرر ، فكان لها الرجوع كما لو أعسر بالنفقة . انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٢/٤) ، شرح فتح القدير (٤٣/٤) ، الأم (٣٦٩/٥) ، شرح المهذب (٣٢٣/١٦) ، المدونة الكبرى (٨٤/٥) ، الشرح الصغير (٦٢٠/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٢٨/٣) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٦٢/٥) ، المغني لابن قدامة (٣٢٢/٧) .

(٤) روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٢٥٥/٨) ، تكملة المجموع (٣٣٠/١٦) .

(٥) هو : عبد الله بن عباس بن عبد المطلب ، حبر الأمة ، وفقيه العصر ، وإمام التفسير ، وابن عم رسول الله ﷺ كان مولده بشعب بني هاشم قبل الهجرة بثلاث سنين . حدث عن : النبي ﷺ وعن عمر بن الخطاب ، وطائفة من الصحابة وحدث عنه : ابنه علي ، وعكرمة ، وعروة بن الزبير ، وغيرهم كثير ، انتقل ابن عباس مع أبويه إلى دار الهجرة سنة الفتح ، وقد أسلم قبل ذلك ، وتوفي النبي ﷺ وهو ابن عشر سنين ، وكان ﷺ أبيض طويلًا مشربًا ، بصفرة ، جسيمًا ، صحيح الوجه ، دعا له النبي ﷺ بالحكمة فقال له : « اللَّهم فقهه في الدين وعلمه التأويل » قال عنه مجاهد : « ما رأيت قط مثل ابن عباس ، وإنه لحبر هذه الأمة » ، مسنده ألف وستمائة وستون حديثًا ، وله من ذلك في الصحيحين خمسة وسبعون ، وتفرد البخاري له بمائة وعشرين =

أشهر لا فيء فيها [(١)] ؛ فإما أن يكون هذا الاسم لغةً أو شرعًا [(٢)] ؛ فإن كان لغةً فهو حجة منها ، وإن كان شرعًا فإنما الشرع يؤخذ من صاحب الشرع ، وإذا ثبت أن مضى الأشهر من غير عزيمة الطلاق استحال إن ثبت الفيء بعدها ؛ لأن وجود عزيمة الطلاق يتبع بقاء حكم الفيء ، إذا لم يجعل اللَّه تعالى له الأمرين ، وإنما جعل له أحدهما .

٢٤٢١١ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ ﴾ [(٣)] ، والعزم فعل القلب [(٤)] ، فالظاهر أن عزيمة الطلاق هو فعل من جهة الزوج [(٥)] ؛ فوصف أنه من أفعال القلوب ، وعندهم هو إيقاع الطلاق ، والايقاع ليس بعزيمة [(٦)] .

٢٤٢١٢ - احتجوا : من الآية أن اللَّه تعالى جعل للمؤلي الأجل ، فيما عليه من إبقاء الحق ، والأجل إذا كان لمن عليه الحق كان استحقاق إيفاء الحق ، وتوجُهِ المطالبة عليه بعد انقضائه كآجال الديون [(٧)] .

٢٤٢١٣ - قالوا : وهذا دليل الشافعي [(٨)] .

٢٤٢١٤ - قلنا : لم يجعل اللَّه تعالى للمؤلي الأجل ، وإنما جعل له التربص في مدة

= حديثًا ، وتفرد مسلم بتسعة أحاديث . توفي ﷺ سنة ثمان أو سبع وستين . انظر : أسد الغابة (٢٩٠/٣) ، سير أعلام النبلاء (٤٣٩/٤) .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى « باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر » (٣٧٩/٧) ، وابن أبي شيبة في المصنف كتاب الإيلاء (٤١٢/٥) .

(٢) أي : أن قول ابن عباس يبين أن الطلاق يقع بعد أربعة أشهر بشرط أن لا يقع الفيء في المدة ويعتبر هذا الكلام لغة إذا كان من كلام ابن عباس نفسه ، ويعتبر شرعًا إذا كان هذا التعبير من تعبير الشرع . وإذا كانت هناك رواية أخرى مثل ما جاء عن رواية ابن عمر وابن عباس أيضًا أنهما قالا : إذا آلى فلم يفيء حتى مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة . انظر : فتح الباري (٥٣٣/١٠) ، شرح فتح القدير (٤٥٠/٤) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٦ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٣/٤) ، لسان العرب (٢٩٣٢/٤) .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين (٤٢٣/٣) .

(٦) أي : أن الطلاق الذي يقع في الإيلاء من فعل الزوج ، وهو عزيمة عند الحنفية ، بينما قال المخالف : إنه إيقاع وليس بعزيمة ، انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٣/٤) ، الأم للشافعي (٢٦٩/٥) ، المهذب (١٤٠/٢) .

(٧) أي : استدل المخالف بأن الرجل لما آلى من امرأته انتظرناه أربعة أشهر ، وهذه المدة أجل له وليس له وفاء حقه حتى يأتي أجله وهو بعد أربعة أشهر وإذا أتى أجله فله وفاء حقه ، وذلك بأن توجه المطالبة إليه كأجل الديون . انظر : مغني المحتاج (٣٤٨/٣) ، زاد المحتاج شرح المنهاج (٤٤٤/٣) ، كفاية الأخيار (١١٠/٢) .

(٨) انظر : الأم للشافعي (٢٧١/٥) ، مغني المحتاج (٣٤٨/٣) ، كفاية الأخيار (١١١/٢) .

تنتهي بمضيها [١] ؛ فمن زعم [٢] أن هناك تربصًا بعد مضيها لوقف فيه فهو مخالف للظاهر . فأما الأجل فإنه يدخل لتأخر الحق الواجب [٣] ، فإذا ذهب الأجل بقي الوجوب بمقتضى [٤] العقد [٥] ، ونظيره في مسألتنا مدة الخيار المضروبة (للارتياء) ، فإذا فات تم العقد ، ولم يثبت بعدها تخيير [٦] .

٢٤٢١٤ - قالوا : قال ابن سريج [٧] قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ [٨] يدل على أن الطلاق يقع بلفظ مسموع [٩] .

٢٤٢١٥ - قلنا : اللّه تعالى موصوف في الأزل [١٠] بأنه سميع ، وإن لم تكن

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٩٥٣/٤ ، ١٩٥٤) ، شرح فتح القدير (٤٧/٤) ، وقال صاحب شرح فتح القدير : لم تفد الآية أن يكون أربعة أشهر فصاعدًا ، بل خص بالأربعة مدة التربص وأطلق الحلف .

(٢) في باقي النسخ (جعل) .

(٣) لغة : السقوط ومنه وجبت الشمس ، ويراد به أيضًا الثبوت والاستقرار . القاموس المحيط (١٣٦/١) . وشرعًا : هو الفعل الذي طلبه الشارع طلبًا جازمًا . الإحكام للآمدي (١١٤/١) .

(٤) ما يترتب على العقد من أثر .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين (٩/٣) ، شرح فتح القدير (٣٤١/٢) ، حاشية الدسوقي (٥/٣) .

(٦) أي إذا ذهب الأجل يرجع الواجب بمقتضى العقد ، وذلك مثل الخيار ، فإذا فات الخيار تم العقد ولم يكن بعدها تخيير ، فإذا ثبت هذا فيكون الإيلاء طلاقا بمضي المدة ، لا فيء بعدها . انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٢/٤) .

(٧) هو : أحمد بن سريج القاضي ، أبو العباس البغدادي ، شيخ المذهب الشافعي ، ولد سنة بضع وأربعين ومائتين ، سمع من الحسن بن محمد الزعفراني ، وعباس بن محمد الدوري ، وأبي أيوب السجستاني ، وغيرهم . وروى عنه : أبو القاسم الطبراني ، وأبو الوليد حسان بن محمد الفقيه ، وغيرهما ، كان ﷺ يفضل على جميع أصحاب الشافعي ، حتى المزني . قال عنه أبو حفص المطوعي : ابن سريج سيد طبقته بإطباق الفقهاء ، وأجمعه للمحاسن باجتماع العلماء ، كان له مصنفات كثيرة يقال إنها بلغت أربعمائة مصنف ، منها : كتاب الخصال ، والرد على ابن داود في القياس ، توفي سنة ست وثلاثمائة . انظر : طبقات الشافعية (٢١/٣) ، سير أعلام النبلاء (٢٤٥/١١) .

(٨) سورة البقرة : الآية ٢٢٧ .

(٩) أي : احتج الشافعية بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ ﴾ إلى آخر الآية ، ووجه الاستدلال في هذه الآية تدل على أن الطلاق في الإيلاء لابد فيه من النطق ، ويكون ذلك من كلام الزوج بعد مطالبة المرأة إذا اختار الزوج الطلاق ، واعترض بكون الطلاق بمضي المدة لأن مجرد المضي لا يسمع ، فإذا كان كذلك فلا يصح الطلاق بالمضي ، وإنما لابد فيه من كلام مسموع ، انظر : الأم (٢٧١/٥) ، الحاوي الكبير (٤٣٢/١) .

(١٠) الأزل هو نفي الأولية أو عدم الأولية ، والأزلي هو ما ليس له أول ويتصف به الموجود كالباري تعالى وصفاته ، إذ ليس له أول ، كما يتصف به المعدوم ، إذ إن من أفراد الأزلي عدمنا الأزلي لأنه ليس له أول ، وهو لم ينقطع ، وإنما المنقطع عدمنا فيما لا يزال إذا انقطع بوجودنا . انظر : الاقتصاد في الاعتقاد للإمام الغزالي ٢١٤ .

المسموعات [١] ، فوصفه بأنه مستمع في حال الإيلاء لا يدل على معنى يستمع [٢] .

٢٤٢١٧ - وقد قيل في التفسير : إن ذلك راجع إلى أول الكلام معناه ، والله سميع بما يحكم به من الإيلاء عليم بما قصده بقلبه من الإصرار على فعل غيره ، وإنما يعزم على فعل نفسه [٣] ، فدل على أن هناك طلاقًا بفعل الزوج ، فوصف بالعزم عليه [٤] .

٢٤٢١٨ - قلنا [٥] : روينا عن ابن عباس أن العزم انقضاء المدة قبل وطئها [٦] ، وهذا ينفي أن يكون المراد به القصد [العزم] / الذي يقولونه [٧] . ٢/أ

٢٤٢١٩ - قالوا ، قال الله تعالى : ﴿ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [٨] ، وهذا يدل على أن الفيء بعد المدة إنما يأثم بترك الوطء بعدها [٩] .

٢٤٢٢٠ - قلنا : هذا غلط ؛ لأنه بنفس الإيلاء قصد إلى الإصرار ؛ فيحتاج إلى الغفران فيقع ذلك بالوطء في المدة [١٠] .

---

(١) على قدرة الله تعالى وعلمه ، وحياته ، وإرادته ، وسمعه ، وبصره ، وكلامه صفات له أزلية ، تفيد أنه يسمع جميع المسموعات من الأصوات والكلام ، وقال أبو الحسن الأشعري : كل موجود يجوز كونه مسموعًا مرئيًا . انظر : أصول الدين للتميمي البغدادي ٩٠-٩٧ .

(٢) أي : أن الله تعالى يسمع الإيلاء ، ويقع الطلاق بمضي المدة ، انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٤/٤) ، الاختيار (١٥٢/٣) .

(٣) انظر : تفسير فتح القدير للشوكاني (٢٣٣/١) ، تفسير آيات الأحكام للصابوني (٣١٣/١) ، فتح البيان في مقاصد القرآن للسيد الإمام (٣٦٤/١) .

(٤) أي : أن الله تعالى سميع بما يريد الزوج من الإيلاء وعليم بما أسر به ويكون ذلك فعل الزوج . ومن فعله عزم الطلاق ، والطلاق لا يقع على من استمر على فعل ذلك ، فوصف بالعزم على الطلاق . انظر : الأم للشافعي (٢٥٦/٥) ، المجموع (٣١٨/١٦) .

(٥) هكذا في جميع النسخ ، وهو رد على حجة الشافعية على مذهبهم في الوقف بعد مضى المدة ، مما روى عن عثمان وعلي وعائشة وابن عمر وأبو الدرداء أن المؤلى إذا مضت مدته بوقف فإن فاء وإلا طلق » . انظر : الأم (٢٥٦/٥) .

(٦) انظر شرح فتح القدير (٤٥/٤) .

(٧) ورد أصحاب أبي حنيفة على ذلك بما روى ابن عباس أن العزم لا يكون بفعل الزوج ، وإنما يكون بانقضاء المدة قبل وطئها ، وهذا غير ما يقولون .

(٨) البقرة : ٢٢٦ .

(٩) أي : استدل القائلون بالمطالبة بقوله تعالى المذكور ووجه استدلالهم : أن الآية تشير إلى أن الفيء بعد المدة يأثم بوطئها . انظر : زاد المحتاج بشرح المنهاج (٤٤٧/٣) كفاية الأخيار (١١٠/٢) .

(١٠) وأجيب أيضًا عن ذلك أنه لما آلى منها إنما يريد منه الإضرار فإذا وطئ فيها فقد سقط الإيلاء فعفى الله تعالى عن ذلك فيكون في المدة . انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٢/٤) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) .

٢٤٢٢١ - قالوا : خير اللّه تعالى بين الفيء وبين عزيمة الطلاق ، والتخيير متى دخل بين شيئين ، فالحالة التي تكون وقتًا لأحدهما تكون وقتًا للآخر [١] ، ألا ترى أن اللّه تعالى لما ذكر التخيير في كفارة [٢] اليمين [٣] بين الأشياء الثلاثة [٤] ، كانت الحالة التي تكون وقتًا لأحدهما هي وقت للآخر ، وهذا لا يكون إلا على قولنا أن الفيء بعد المدة ، وكذلك الطلاق [٥] .

٢٤٢٢٢ - قلنا : ليس في الآية تخيير ، وإنما فيها حكم متعلق بشرط فوات حكم آخر ، وهذا يقتضي أن يكون أحد الأمرين بعد الآخر .

٢٤٢٢٣ - فلو سلمنا ما قالوا [٦] لم يكن فيه دليل [٧] ، لأن اللّه تعالى لم يذكر الطلاق ، وإنما ذكر العزم عليه [٨] وقد بينا أن ترك الوطء في المدة على ما قال ابن عباس ، فوقت الفيء عندنا [٩] هو المدة ، وعزيمة الطلاق تكون فيها .

٢٤٢٢٤ - فقد قلنا : إنما ألزمونا [١٠] والدليل على أن الفيء في المدة من طريق النظر

---

(١) الأم (٢٧٥/٥) ، كفاية الأخيار (١١١/٢) .
(٢) وهي مأخوذة من الكفر ، وهو الستر لسترها الذنب تخفيفًا من اللّه تعالى . انظر : المصباح المنير (٧٣٥/٢) .
(٣) أصله لغة : اليد اليمنى ، وأطلقت على الحلف ، لأنهم كانوا إذا تحالفوا أخذ كل واحد يمين صاحبه ، وقيل : لأن اليمين تحفظ الشيء كما تحفظه اليد ، واليمين والحلف والإيلاء والقسم ألفاظ مترادفة . وشرعًا : تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اللّه تعالى أو صفته . انظر : كفاية الأخيار (٢٤٧/٢) .
(٤) الأول : عتق رقبة ، والثاني : إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم ، والثالث : الصيام ثلاثة أيام لقوله تعالى : ﴿ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ أَوۡ تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖۖ ﴾ [المائدة : ٨٩] . انظر : المهذب (١٨٠/٢) .
(٥) انظر : الأم (٢٥٤/٥) ، المهذب (١٣٦/٢) ، مغني المحتاج (٥٠/٣) ، كفاية الأخيار (٤٧٩/٢) .
(٦) أي : أن الفيء يكون بعد المدة ، وكذلك الطلاق يقع بعدها ؛ لأن الحالة تكون وقتًا للآخر من حيث التخيير ، كما ورد في الآية الكريمة .
(٧) أي : أنه ليس هناك دليل من كتاب اللّه أو السنة تدلان على أن الطلاق يقع بعد المدة .
(٨) فعلى ذلك يكون الطلاق في المدة (أي بمضيها) لأن الفيء يكون فيها ، كما قال ابن عباس سابقًا : إن العزم انقضاء المدة قبل وطئها . انظر : بدائع الصنائع (١٩٥٣/٤) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) .
(٩) في (م) ، (ع) : [عنده] وما أثبتناه من (ص) .
(١٠) أي : القائل بأن الطلاق يقع بعد المدة كالفيء يكون ذلك من طريق الإلزام فقط لا من طريق النظر أو الفحص ، وسبق ذكره أنه من غير دليل ، إذا كان كذلك فيكون الطريق الإلزام .

بأنها مدة التربص [١] ثبت ابتداؤها بقول الزوج ، فما يبطلها [ويكون فيها كمدة العدة ، ولأنها مدة يفضي انقضاؤها إلى انقطاع الملك فما يبطلها] [٢] وجب أن يقع فيها كمدة الخيار [٣] .

٢٤٢٢٥ - وإذا ثبت أن الفيء في المدة ثبت أن الفرقة تقع بانقضائها ، لأن أحدًا لا يفصل بين الأمرين .

٢٤٢٢٦ - ولأن الله تعالى جعل له الأمرين : إما الفيء ، أو عزيمة الطلاق ، فإذا فات أحدهما تعين الآخر .

٢٤٢٢٧ - والدليل في نفس المسألة أن مدة التربص ثبت [٤] ابتداؤها بقول الزوج ، فوجب أن تقع البينونة بانقضاء العدة ، كمدة العدة [٥] ولا يلزم مدة العنة [٦] لأن ابتداءها لم يثبت بقول الزوج ، وإنما ثبت بقول القاضي [٧] ، ولأنها مدة ورد بها القرآن بلفظ التربص ، فجاز وقوع البينونة بانقضائها كمدة العدة [٨] ، ولا يلزم مدة العنة ، لأن القرآن لم يرد بها . ولا يلزم عدة الوفاة [٩] ؛ لأن الأصل جملة العدة ، والحكم جواز

---

(١) أي : بخلاف ما لو قيل يقع في المدة كما يقع الفيء فيها ، فإن الدليل على ذلك موجود ، فالتربص دليل على أن الفيء في المدة فكذلك الطلاق .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من : (م) ، (ع) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٨٢/٥) .

(٤) ساقط في (م) .

(٥) أي : الدليل الآخر أنه شرع في الإيلاء مدة التربص أربعة أشهر وابتداء التربص من وقت الحلف ، فتقع البينونة بانقضائها قياسًا على العدة من حديث إن العدة مدة التربص أيضًا ، وتقع البينونة في العدة إذا لم يطلقها طلاقا رجعيا فتقع بانقضائها . انظر : اللباب ٥٤٣ . والعدة لغة : الإحصاء مأخوذة من العدد لاشتمالها على عدد الأفراد أو الأشهر غالبًا . انظر : القاموس المحيط (٣١٢/١) . واصطلاحًا : مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها . انظر : اللباب ٥٤٣ . ويقصد بالعدة تمكين الرجل من العود إلى مطلقته خلال العدة ، فإذا انتهت مدة العدة تكون المرأة مطلقة بمجرد مضي العدة ، ويقاس على هذا ثبوت العزيمة في الإيلاء ، بمجرد انقضاء مدته بجميع أن على كل منهما التربص للطلاق ، فبانت المرأة بانتهاء مدة العدة ، وكذلك في الإيلاء . انظر : بدائع الصنائع (١٩٩٥/٤) ، الدر المختار (٣٤٠/١) ، الشرح الصغير (٦٧١/٢) ، مغني المحتاج (٣٨٤/٤) ، كشاف القناع (٤١١/٧) .

(٦) العنين هو : الرجل الذي لا يقدر على إتيان النساء ، أو لا يشتهي النساء ، أو العاجز عن الجماع . انظر : المصباح المنير ٤٣٣/٢ ، كفاية الأخيار (٥٩/٢) .

(٧) انظر : اللباب ٤٨٥ .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (٢١/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٤/٤) .

(٩) عدة المتوفى عنها زوجها : إذا كانت حائلًا غير حامل فعد بالاتفاق أربعة أشهر وعشرة أيام ولياليها من =

حكم البينونة (١) ، وفي جملة العدة ما يجوز أن تقع البينونة بمضيها عندنا (٢) ، فوجب أن يكون في الفرع مثله .

٢٤٢٢٧ - قالوا : نقلب فنقول فلا يقع بمضيها طلاق (٣) .

٢٤٢٢٨ - قلنا : « لا يحتاجون إلى قولنا : ثبت ابتداؤها بقول الزوج ، ويكفي أن نقول (٤) مدة التربص » ، وكذلك (٥) لا نحتاج إلى قولنا ورد بها الشرع بلفظ التربص ، وورود القرآن ، ولأن عندنا وقوع الطلاق عند انقضائها (٦) بالإيلاء (٧) ، كما يقع إذا قال : « أنت طالق بمضي أربعة أشهر (٨) ، فعلى هذا نقول بموجب القلب (٩) .

٢٤٢٢٩ - فإن قيل : المعنى في مدة العدة أن الطلاق يقدم عليها (١٠) ، فوقعت البينونة بمضيها » لأن من حكم التطليقة أنه يبتها عند عدم العدة بدلالة المطلقة قبل الدخول (١١) ،

= تاريخ الوفاة لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ البقرة ٢٣٤، إما إذا كانت حاملًا فتنتهي عدتها بوضع الحمل ، ولو كانت الولادة بعد الوفاة بزمان قريب أو بعيد لقوله تعالى : ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ الطلاق ٤ . انظر : اللباب ٤٨٥ وما بعدها .

(١) أي : لا يجوز القياس على مدة العنة ؛ لأنها لم ترد في القرآن فلا يجوز أن تكون أصلًا لحكم القياس ، وكذلك لا يجوز القياس على عدة الوفاة ؛ لأن الأصل جملة العدة ، وإذا كان كذلك فالحكم ثابت في جواز البينونة بمضيها في الإيلاء .

(٢) ساقط في (ن) .

(٣) اعترض القائل بالمطالبة ووقوع الطلاق بعد المدة على أنه تقل لأنه لا يقع الطلاق بمضيها في العدة ، وإنما يقع بانقضائها بالمطالبة . انظر : الحاوي (٣٤٧/١٠) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يقال] .

(٥) ساقط في (ص) .

(٦) أي : لا نستدل بما قلنا لأن عندنا مدة التربص وابتداءها بقول الزوج والتربص ورد بها الشرع كما ورد بها القرآن ، وعلى كل حال فالطلاق عندنا وقع عند انقضائها بالإيلاء .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٢/٤) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) .

(٨) انظر : تحفة الفقهاء ٢١٤/٢ .

(٩) أي : أن وقوع الطلاق في الإيلاء بمجرد مضي المدة ، مثل أن يقول القائل : أنت طالق بمضي أربعة أشهر فإذا مضت المدة فالطلاق واقع بمضيها ، والمعنى يدل على أنه يقع بموجب القلب ، وهو المراد بالعزيمة .

(١٠) اتفاق جمهور الفقهاء أن العدة بعد الطلاق ، لأن العدة مدة التربص للمرأة ومدة التفكير للتراجع للزوج، انظر : بدائع الصنائع (١٩٣٥/٤) ، الشرح الصغير (٦٧١/٢) ، مغني المحتاج (٣٨٤/٤) ، كشاف القناع (٤١١/٥) .

(١١) أي : أن طلاق الرجل امرأته قبل الدخول بها لا توجب عليها العدة والطلاق بائن . لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ الأحزاب ٤٩ ، ولأن العدة إنما وجبت لبراءة الرحم وقد تيقنا براءة رحمها ، واتفق الفقهاء في ذلك ما عدا الإمام أحمد والشافعي في =

فإذا انقضت صارت كالمطلقة قبل الدخول (١) ، وليس كذلك مدة الإيلاء ، لأنه لم يتقدمها طلاق (٢) .

٢٤٢٣١ - ولأن الطلاق لا يقع بانقضائها إذا كانت أكثر من أربعة أشهر ، كذلك إذا كانت أربعة ، لأن المدة المضروبة للطلاق يقع بمضيها ، فلا يتقدم ولا يتأخر (٣) .

٢٤٢٣٢ - قلنا : علة الأصل تبطل بالمطلقة ثلاثا (٤) ، لأنه يتقدم العدة طلاق ، ولا تقع البينونة بانقضائها ، وعكسها (٥) ، وتبطل بإسلام أحد الزوجين (٦) ، فإن الطلاق لا يتقدم مدة العدة ، فتقع البينونة بانقضائها .

٢٤٢٣٣ - [وقولهم في مسألتنا : لا يقع الطلاق بمضي العدة إذا كانت أكثر من أربعة أشهر ليس بصحيح ، لأن المدة المضروبة بالشرع هي ، الأربعة أشهر ، والبينونة تقع

= القديم . انظر : الاختيار لتعليل المختار (١٢٢/٣) ، الشرح الصغير (٥٣٩/٥) ، المهذب للشيرازي (١٨٢/٢) ، المغني لابن قدامة (٤١٥/٧) .

(١) الطلاق يقع بمضيها في العدة ، وذلك ؛ لأن الطلاق يقدم عليها ، وهذه المسألة لا تقاس على الطلاق بسبب الوفاة ؛ لأن الطلاق بالوفاة طلاق بالعلة ، والأصل فيها جملة العدة ، وإنما يقاس على الطلاق قبل الدخول فلا عدة فيه ، فيقع الطلاق بمجرد إطلاقه .

(٢) بخلاف الإيلاء فإن المدة لم يتقدمها طلاق ، فلا يقع بانقضائها ، وإنما يقع بالمطالبة بعد المدة . انظر : الأم للشافعي (٢٥٤/٥) ، المهذب (١٤١/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٢٠/٢ ، ٤٢١) ، المغني لابن قدامة (٣٣١/٧) .

(٣) الدليل الآخر : أن الطلاق لا يقع بانقضاء مدة أقل من مدة العدة ، وإنما يقع بمضيها وهو أربعة أشهر وعشرة يومًا ولياليها ، فلا يقع قبل تلك المدة مثل أربعة أشهر فقط ، أو أكثر غير محدد . وأقل مدة العدة المضروبة . وهنا فيها فرق بين الانقضاء والمضي ، فالانقضاء قد يكون أقل من المدة المضروبة ، وأما المضي فلا يكون إلا بعد المدة . انظر : المهذب (١٣٦/٢) وما بعدها .

(٤) الطلاق الثلاث الذي لا يستطيع الرجل أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر ، زواجًا صحيحًا ، ويدخل بها دخولًا حقيقيًا ثم يفارقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه ، انظر : بدائع الصنائع (٢٠٢٦/٤) .

(٥) قال أصحاب أبي حنيفة : لا نسلم أن العدة التي يتقدم عليها طلاق هي في التطليقة التي لا يوجد فيها العلة ، ويقع الطلاق بمضيها لا بانقضائها ، وهذا باطل بالمطلقة ثلاثًا ، لا يجوز للرجل أن يعيد إلا بعد الزواج من غيره إليها ، ولا تقع البينونة في المطلقة ثلاثًا بانقضائها وغيرها يقع بانقضائها فتلك الحجة باطلة . انظر : اللباب (٥٢٠/٢) .

(٦) إذا أسلم أحد الزوجين عرض القاضي الإسلام على الآخر ، فإن أسلم وإلا فرق بينهما ، وكان ذلك طلاقًا بائنًا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : هي فرقة من غير طلاق ، وهذا ما ذهب إليه مالك والشافعي وأحمد . انظر : اللباب (٢٤٨٦/٢) ، مغني المحتاج (٢٠١/٣) ، المغني (٦١٦/٦) .

بانقضائها] (١) ، ولا معتبر بما سمي من المدة (٢) إذا صح الإيلاء فكأنه قال : « أنت طالق بمضي أربعة أشهر لا أقربك فيها » (٣) ، وإن زاد على هذه المدة في اليمين ، ولأن الفرقة (٤) على ضربين ، فرقة هي طلاق ، وفرقة ليست بطلاق (٥) ، فإذا جاز أن يقع الطلاق منه وقع أيضًا من طريق الحكم كالعتاق (٦) .

٢٤٢٣٤ - ولا يلزم العفو من دم العمد (٧) ؛ لأن الملك يزول فيه حكمًا إذا ملك الولد قصاصًا على والده (٨) . ولأن الإيلاء كان طلاقًا في الجاهلية ، فجاز أن يقع

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) وهذا دليل آخر من أصحاب أبي حنيفة على إبطال علة الأصل ، حيث إن الطلاق الذي يقع بمضي المدة ولا يقع بانقضائها ، فإنه يبطل بإسلام أحد الزوجين ، حيث إنه لا يتقدم العدة الطلاق إلا أن البينونة تقع بانقضاء المدة ، فوقوع الطلاق في العدة بالانقضاء كما يقع بالمضي ، إذا كان كذلك فلا اعتبار بما سمي من العدة ؛ لأن المدة بانقضائها أو بمضيها سواء .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (١٩٥١/٤) .

(٤) الفرقة لغة : الافتراق . انظر لسان العرب (٣٣٩٧/٥) واصطلاحًا : اختلال رابطة الزواج وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب . انظر : بدائع الصنائع (٣٣٦/٢) .

(٥) المراد بما ليس بطلاق هو الفسخ كالفسخ بالرضاع ، والفسخ : هو رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن . انظر : بدائع الصنائع (٣٣٦/٢) .

(٦) العتاق هو : قوة حكمية يصير بها أهلًا للتصرفات الشرعية . انظر : التعريفات للجرجاني ١٩١ ، وإذا اعتق أحد الزوجين فله الخيار بين القرار والفرار . انظر : اللباب (٤٨٤/٢) .

(٧) أي : القتل العمد ، وهو ما تعمد الجاني الفعل قاصدًا إزهاق روح المجني عليه . وشرطه : قصد القتل ونيته واستخدام الوسيلة القاتلة والآثار المترتبة عليه هي : الأول : القاتل عمدًا يتحمل إثم قتله ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ النساء : ٩٣ . والثاني : يجب فيه أيضًا القود . قال الله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾ البقرة : ١٧٨ . انظر : بدائع الصنائع (٢٣٧/٧) .

(٨) أي : لا يقتل الأصل بالفرع أو لا يقتل الوالد بولده ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية ، والصحيح عند الحنابلة بينما ذهب المالكية إلى التفضيل بين حالتين : الحالة الأولى : إذا اجتمع الوالد أو الوالدة فدعاه أو شقا بطنه أو فعلا به فعلًا يتعين به أنهما تعمدا القتل ، فيجب القصاص على من فعل ذلك منهما . الحالة الثانية : إذا لم يتعمد الوالد أو الوالدة القتل كأن يقذف أحدهما الولد أو يضربه قصدًا إلى تأديبه فيسقط القصاص ، وتجب الدية مغلظة على القاتل . انظر : الكافي لابن عبد البر ٥٨٨ ، ٥٨٩ ، بداية المجتهد (٣٦٦/٢) . ومراد المصنف هو : أن العفو لا يمتنع إذا قتل الوالد ولده ، وذلك لأن الحد نفسه لا يوجب القصاص فيه عملًا لحديث رسول الله ﷺ السابق ذكره . وكذلك مضي المدة قد يؤثر ، حيث إن العدة التي تقدم عليها طلاق يجوز أن يكون انقضاء لا مضيا ، وذلك مثل قول القائل : أنت طالق بمضي أربعة =

التحريم بلفظه [١] كالظهار [٢] ، أو نقول : إن كان طلاقًا معجلًا فيتعين بالشرع ، ولا يتأجل ، فإذا مضى الأجل عاد إلى ما كان عليه [٣] .

٢٤٢٣٥ - احتجوا : بما روى سفيان بن عيينة [٤] عن يحيى بن شعيب [٥] عن سليمان بن يسار [٦] قال : « أدركت بضعة عشر نفسًا من أصحاب النبي ﷺ كلهم يقولون : يوقف المؤلي » [٧] .

٢٤٢٣٦ - وروى سهل بن أبي صالح قال : « أدركت بضعة عشر رجلًا من أصحاب النبي ﷺ يقولون يتربص المؤلي أربعة أشهر ثم يوقف » [٨] .

= أشهر فإذا انقضت المدة وقع الطلاق بالإيلاء بينما كانت عدة الطلاق لا يجوز أن يتقدم أو يتأخر وهنا يجوز اختصاصًا بالإيلاء . انظر : المبسوط للسرخسي (١٩/٧) ، شرح فتح القدير (٤٣/٤ - ٤٤) .

(١) مثل أن يقول : « أنت عليَّ حرام ، أو قد حرمتك عليَّ ، أو أنا عليك حرام ، أو قد حرمت نفسي عليك ، أو أنت محرمة عليَّ ، فإذا أراد الطلاق انصرف إليه ، وإن لم ينو الطلاق ونوى التحريم ، أو لم يكن له نية فهو يمين ؛ لأن الأصل في تحريم الحلال أن يكون عينًا لما تبين . انظر : بدائع الصنائع (١٩٤٤/٤ ، ١٩٥١) ، شرح فتح القدير (٥٥/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٣٣/٣) .

(٢) الظهار لغةً : مصدر مأخوذ من الظهر مشتق من قول الرجل إذا ظاهر امرأته ، قيل : إنما خص ذلك بذكر الظهر ؛ لأن الظهر من الدابة موضع الركوب ، والمرأة مركوبة وقت مركوب الأم مستعار من ركوب الدابة ، ثم شبه ركوب الزوجة بركوب الأم الذي هو ممتنع . انظر : المصباح المنير (٣٨٨/١) . شرعًا : تشبيه المسلم زوجته أو ما يعبر بها عنها من إعضائها أو جزء منها بمحرمة عليه ، تأبيدًا ، وهو مثل أن يقول : أنت علي كظهر أمي ، ويقاس عليه مثل كلمة التحريم ، مثل أنت عليّ حرام على الظهار . انظر : بدائع الصنائع (١٩٤٤/٤) ، حاشية ابن عابدين (٥٧٣/٢) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٦٥/٤) .

(٤) وهو : سفيان بن عيينة بن ميمون الهلالي روى عن : عمرو بن دينار ، والزهري ، وزيد بن أسلم ، وغيرهم ، وعنه : ابن جرير والأعمش ، وشعبة وغيرهم ، قال الشافعي : لولا مالك وسفيان لذهب علم الحجاز ، ومات سنة ١٩٣هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (٢٦٢/٢) ، الجرح والتعديل (٢٢٥/٤) .

(٥) هو : يحيى بن شبيب روى عن : الثوري ، وعنه محمد بن عاصم ، ومهلب بن علي الأهوازي ، وقال ابن حبان : لا يحتج به بحال . انظر : ميزان الاعتدال (٣٨٥/٤) ، لسان الميزان (٢٦١/٦) .

(٦) هو : سليمان بن يسار العلال ابن أيوب روى عن : ميمونة ، وأم سلمة ، وعائشة ، وابن عباس ، وجابر ، وأبي هريرة وروى عنه : عمرو بن دينار ، وأبو الزناد ، وصالح ابن كيسان وغيرهم ، قال أبو زرعة : ثقة مأمون فاضل . انظر : تهذيب التهذيب (٢٠٠/٤) ، التعديل والتجريح (١١٢٠/٣ ، ١١٢١) .

(٧) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٣٧٦/٧ ، ٣٧٧) .

(٨) انظر : الحاوي (٢٤١/١٠) .

٢٤٢٣٦ - قلنا : الاحتجاج بقول بعض الصحابة في هذه المسألة غلط للاختلاف الظاهر فيها .

٢٤٢٣٧ - وقد روى معمر [١] عن عطاء الخراساني [٢] عن أم سلمة [٣] عن عثمان ابن عفان [٤] وزيد بن ثابت [٥] أنهما كانا يقولان : « إذا آلى الرجل من امرأته ، ولم يفئ حتى مضى أربعة أشهر ، فهي تطليقة بائنة » [٦] وزيد أحد من لقيه سليمان بن يسار .

---

(١) هو : معمر بن راشد الأزدي روى عن : قتادة ، والزهري ، والأحول ، والجعد وغيرهم ، وعنه أيوب وعمرو بن دينار ، وابن جريج ، وغيرهم مات سنة ١٣٢هـ ، قال العجلي بصري : ثقة . انظر : تهذيب التهذيب (٢١٨/١) ، خلاصة الكمال (٤٧/٣) .

(٢) هو : عطاء بن أبي مسلم الخراساني روى عن : ابن عباس ، وأبي هريرة ، وأنس ، وكعب بن مالك وغيرهم ، وعن عثمان ، وشعبة ، وعمر ، وغيرهم ، قال الدارقطني : ثقة مات سنة ١٣٥ . انظر : تهذيب التهذيب (١٩٠/٧) ، وما بعدها ، رجال صحيح مسلم (١٠٢/٢) .

(٣) هي : أم المؤمنين أم سلمة بنت أمية بن المغيرة بن مخزوم القرشية ، اختلف في اسمها فقيل : رملة ، وقيل : هند وهو الصواب ، وعليه الجماعة من العلماء ، تزوجها رسول الله ﷺ سنة اثنتين من الهجرة . روت عن النبي ﷺ ، وابن سلمة وفاطمة الزهراء روى عنها : ابنها عمر ، وزينب ، ونافع ، وأبو عثمان المهدي ، وغيرهم ، ماتت في آخر سنة ٦١هـ . انظر : الاستيعاب في معرفة الأصحاب (١٩٢٠/٤ - ١٩٢١) ، أسد الغابة (٣٤٠/٧ - ٣٤٣) ، والإصابة (٢٢١/٨ - ٢٢٥) .

(٤) هو : عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشي ، الأموي ، ذو النورين ، أمير المؤمنين ، ولد ﷺ بعد عام الفيل بست سنين على الصحيح ، روى عن : الرسول ﷺ ، وعن أبي بكر ، وعن عمر ، وروى عنه : أولاده : عمرو ، وأبان ، وسعيد ، وابن عمه مروان بن الحكم ، ومن الصحابة : ابن مسعود ، وابن عمر ، وآخرون ، كان ﷺ من السابقين في الإسلام ، وكان يقول إني رابع أربعة في الإسلام ، زوجه الرسول ﷺ بابنته رقية فلما توفيت زوجه بابنته أم كلثوم ، وهو أحد العشرة الذين شهد لهم رسول الله ﷺ بالجنة . وقد تولى الخلافة من بعد عمر بن الخطاب ، ومكث فيها إحدى عشر سنة وأحد عشر شهرًا ، وقتل يوم الجمعة لثماني عشرة من ذي الحجة سنة خمس وثلاثين من الهجرة . انظر : أسد الغابة (٥٨٤/٣) ، الإصابة (٢٢٣/٤) .

(٥) هو : مفتي المدينة أبو سعيد زيد بن ثابت بن الضحاك بن النجار الأنصاري ، روى عن : النبي ﷺ ، وأبي هريرة ، وأبو سعيد ، وابن عمر ، وأنس ، وسهل ابن سعد ، وغيرهم ، وعنه : سعيد بن المسيب ، والقاسم بن محمد ، وسليمان بن يسار ، وغيرهم ، فضائله أكثر من أن تحصى فهو الذي جمع القرآن ، وكتب الوحي لرسول الله ﷺ كان أعلم الصحابة بالفرائض ، مات سنة ٤٥ هـ . انظر : الاستيعاب (٥٣٧/٢) ، أسد الغابة (٢٧٨/٢) ، الإصابة (٥٩٢/٢) .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى الإيلاء باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر (٣٧٨/٧) .

٢٤٢٣٩ - وروى عن علي [(١)] ﷺ القولان جميعًا [(٢)] ، وروى أبو عبيدة [(٣)] عن مسروق [(٤)] عن عبد الله ، قالا : « إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة ، وهي أحق بنفسها » [(٥)] .

٢٤٢٤٠ - وقال مقسم [(٦)] : « سمعت ابن عباس يقول عزيمة الطلاق انقضاء أربعة أشهر ، والفيء الجماع [(٧)] ، ولم تختلف الرواية عن ابن مسعود وابن عباس .

٢٤٢٤١ - واختلفت الرواية عن ابن عمر [(٨)] ، وروى ....

---

(١) هو : علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن عبد مناف بن هاشم أمير المؤمنين أبو الحسن القرشي الهاشمي ، ابن عم رسول الله ﷺ ، ولد قبل البعثة بعشر سنين على الصحيح ، روى الكثير عن النبي ﷺ ، عرض عليه القرآن وأقرأه ، وروى عنه : أبو بكر ، وعمر ، والحسن ، والحسين ، وطائفة من الصحابة ، والتابعين ، كان ﷺ من السابقين الأولين ، شهد بدرًا وما بعدها من المشاهد ، قال له رسول الله ﷺ : « أنت مني كهارون من موسى غير أنك لست بنبي » تولى الخلافة من بعد سيدنا عثمان إلى أن قتل على يد ابن ملجم سنة أربعين من الهجرة . انظر : الإصابة (٢٦٩/٤) ، سير أعلام النبلاء (٦١٥/٢) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر (٣٧٩/٧) .

(٣) هو : أبو عبيدة عقبة بن عامر روى عن : مسروق ، والزهري ، وقتادة ، وأيوب ، وعنه : شرحبيل بن السمط ، وعبد الله بن الصامت وغيرهم ، مات سنة١٧٦هـ . انظر : تذكرة الحفاظ للسيوطي ٢١٧ ، رجال صحيح البخاري (١٧٤/٢) .

(٤) هو : مسروق بن الأجدع الهمداني روى عن : علي ، وعمر ، ومعاذ ، وغيرهم ، وعنه : الشعبي ، وأبو وائل ومكحول ، وغيرهم ، قال ابن معين : ثقة ، مات عام ٦٣ . انظر : تهذيب الكمال (٢١/٣) ، رجال صحيح مسلم (٢٨٢/٢) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر (٣٧٩/٧) .

(٦) هو : مقسم بن هلال الضبي روى عن : ابن عباس ، وأبو هريرة ، وعائشة ، وعمر ، وغيرهم ، وعنه : قتادة ، ووكيع ، وابن أبي زائدة ، وغيرهم ، مات سنة ١٠٧ . قال يحيى بن معين : ثقة . انظر : تهذيب الكمال (١٨٧/٢٢) ، تذكرة الحفاظ للذهبي (١٢٧/٢) .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر (٣٧٩/٧) .

(٨) هو : عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي ، ولد سنة ثلاث من المبعث النبوي ، روى عن : النبي ﷺ ، وعن أبي بكر ، وعمر ، وعثمان ، وطائفة ، روى عنه من الصحابة : جابر ، وابن عباس ، وغيرهما ، ومن التابعين : سعيد بن المسيب ، وعلقمة بن وقاص ، وغيرهما ، أسلم ﷺ وهو صغير ، استصغره النبي ﷺ في شهود غزوة أحد ، والصحيح أن أول مشاهدة الخندق ، كان كثير الاتباع لآثار رسول الله ﷺ حتى إنه كان ينزل منازله ، ويصلي في كل مكان صلى فيه ، أقام ابن عمر بعد النبي ﷺ ستين سنة ، يفتي الناس في الموسم ، قال الإمام مالك : كان ابن عمر من أئمة المسلمين . توفي ﷺ سنة ثلاث وسبعين من الهجرة . انظر : أسد الغابة (٣٤٠/٣) ، الإصابة (١٠٧/٤) .

مالك [١] عن نافع [٢] عن ابن عمر أنه يوقف [٣] .

٢٤٢٤٢ - وروى الأعمش [٤] عن حبيب [٥] عن سعيد بن جبير [٦] ، وزعم أنهما كانا يقولان : « إذا آلى الرجل من امرأته ، ولم يقربها حتى مضت أربعة أشهر ، فهي تطليقة بائنة [٧] .

٢٤٢٤٣ - وقد قال أهل العلم بالحديث : إن سليمان بن يسار لم يلق من أصحاب النبي ﷺ العدد المذكور ، وإنما لقي زيدا ، وابن عباس ، وابن عمر وأبا هريرة [٨]

---

(١) هو : أبو عبد الله مالك بن أنس بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث ، شيخ الإسلام حجة الأمة ، إمام دار الهجرة ولد ﷺ على الأصح في سنة ثلاث وتسعين ، سمع من : نافع ، وسعيد المقبري ، والزهري ، وغيرهم ، وروى عنه : محمد بن عقبة ، وابن جريج ، والأوزاعي ، وخلق كثير ، طلب العلم وهو ابن بضع عشرة سنة ، وتأهل للفتيا ، وجلس للإفتاء وله إحدى وعشرون سنة ، وقصده طلبة العلم من جميع الآفاق ، قال عنه الإمام الشافعي : إذا ذكر العلماء فمالك النجم ، وكان ﷺ لا يركب في المدينة مع ضعفه وكبر سنه ، ويقول : لا أركب في مدينة فيها جسد الرسول ﷺ ، من تصانيفه : الموطأ ، رسالة إلى الرشيد ، ونقل بعده : المدونة ، والواضحة ، توفي سنة تسع وسبعين ومائة . انظر : شجرة النور الزكية ٥٣ ، سير أعلام النبلاء (٣٨٢/٧) ، معجم المؤلفين (٩/٣) .

(٢) هو : نافع بن عبد الحارث الخزاعي مولى عبد الله بن عمر ، روى عن : ابن عمر ، وعائشة ، وأبو هريرة ، وعبد الله بن محمد بن أبي بكر ، وغيرهم ، وعنه : مالك ، وموسى بن عقبة ، والليث ، وغيرهم ، مات سنة ١٢٧هـ . انظر : رجال صحيح مسلم (٢٨٩/٢) ، تذكرة الحفاظ للذهبي (٢٣٧/١) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب من قال : يوقف المولى بعد تربص أربعة أشهر فإن فاء وإلا طلق (٣٧٧/٧) .

(٤) هو : عبد الله بن داود بن إبراهيم القيس ، روى عن : مالك ، والليث بن سعد ، وسليمان بن بلال ، وغيرهم ، وعنه : محمد بن عبد الله ، والحارث بن مسكين ، وابن عيينة ، وغيرهم ، مات عام ١٤٥هـ ، قال يحيى بن معين فقيه : ثقة ، انظر : تهذيب الكمال (٣١٤/٢) ، تذكرة الحفاظ (١١٧/٢) .

(٥) هو : حبيب بن أبي ثابت بن قيس بن دينار ، روى عن : ابن عمر ، وابن عباس ، وأنس ، وغيرهم ، مرسلًا وعنه : طاووس ، وسعيد بن جبير ، وزيد بن وهب ، وغيرهم ، مات سنة ١١٩هـ ، قال ابن عدي : ثقة . انظر : تذكرة الحفاظ ١٣٧ ، رجال صحيح البخاري (١٩٧/١) ، الاستيعاب (٩٥٠/٣ - ٩٥٣) .

(٦) هو : سعيد بن جبير الوالبي ، روى عن : ابن عباس ، وعائشة ، وابن عمر ، وغيرهم ، وعنه : الحكم ، وحماد بن زيد ، وغيرهم قال يحيى بن معين : ثقة ، قتل عام ٩٩٥ . انظر : الكاشف (٢٨٢/١) ، الثقات (٢٧٥/٤) ، الجرح والتعديل (٢٧٥/٤) .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب من قال عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر (٣٧٩/٧) .

(٨) هو : عبد الرحمن بن صخر الدوسي ، أبو هريرة ، صاحب رسول الله ﷺ ، وأكثرهم حديثًا عنه ، حدث عن : النبي ﷺ ، وعن أبي بكر ، وعمر ، وطائفة ، وحدث عنه : ولده المحرر ، ومن الصحابة : ابن =

وعائشة [١] وميمونة [٢] ، فإن [٣] كان بلغه عن العدد المذكور ، فهو مرسل .

٢٤٢٤٤ - قال مخالفنا : قال الشافعي في القديم : وقد روي عن ابن مسعود ، وابن عباس مثل قولهم ، فلا يصح عنهما ، والعجب لهذا الكلام ، وقد رواه الطحاوي [٤] بأسانيد صحاح عن الجماعة الذين ذكرناهم [٥] .

٢٤٢٤٥ - ثم قال الشافعي : لو ثبت هذا ، فابن عباس يقول : « الإيلاء على التأبيد » ، وهم لا يقولون [٦] به ، فكأنه ظن أنا إذا احتججنا بقول ابن عباس في مسألة يجب أن نأخذ بقوله في غيرها ، وإلا لم يصح الرجوع إلى قوله ، وهاتان مسألتان ، فإذا خالفنا ابن عباس في إحداهما لم يمنع الرجوع إلى قوله في الأخرى [٧] .

٢٤٢٤٦ - قالوا : « مدة مقدرة بالشرع لم يتقدمها فرقة ، فلم يتعقبها بينونة كمدة العدة » [٨] .

= عمر ، وابن عباس ، وغيرهم ، ومن التابعين : مروان بن عبد الحكم ، وسعيد بن المسيب ، وطائفة ، أسلم عام خيبر ، وشهدها مع رسول الله ﷺ ، ثم لزمه وواظب عليه في العلم ، فدعا له رسول الله ﷺ بعدم نسيان أحاديثه ، فلم ينس شيئًا بعد ذلك من أحاديث الرسول ﷺ استعمله عمر على البحرين ، ثم عزله ، ثم أراده على العمل فامتنع وسكن بالمدينة ، وبها كانت وفاته . توفي سنة سبع وخمسين من الهجرة . انظر : أسد الغابة (٣١٨/٦) ، الإصابة (١٩٩/٧) .

(١) هي : عائشة بنت أبي بكر الصديق ، الصديقة بنت الصديق أم المؤمنين زوج النبي ﷺ وأشهر نسائه ، تزوجها النبي ﷺ قبل الهجرة بسنتين ، وبنى بها وهي بنت تسع سنين بالمدينة ، روت عن النبي ﷺ أحاديث كثيرة ، وروى عنها : عمر بن الخطاب ، وكثير من الصحابة ، ومن التابعين ، وكان أكابر الصحابة يسألونها عن الفرائض وعن الأحكام ، توفيت سنة سبع وخمسين من الهجرة . انظر : أسد الغابة (١٩٢/٧) ، الإصابة (١٣٩/٨) .

(٢) هي : ميمونة بنت الحارث الهلالية ، روت عن النبي ﷺ وروى عنها : عبد الله بن عباس ، وعبد الله بن شداد ، وعبد الرحمن بن السائب ، وغيرهم ، ماتت عام ٥١هـ ، وصلى عليها عبد الله بن عباس . انظر : تهذيب التهذيب (٤٨٠/١٢) ، تهذيب الكمال (٣٩٢/٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فإذا] .

(٤) هو : أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ولد عام ٢٣٩ هـ ، وأخذ العلم عن عبد الغني بن رفاعة ومحمد بن المظفر ، وغيرهم ، وروى عنه : يونس بن عبد الأعلى ، والمزني ، وغيرهم ، حقق التصانيف منها اختلاف العلماء ، شرح معاني الآثار ، مات عام ٣٢١هـ . انظر : المنتظم (٣١٨/٣) ، النجوم الزاهرة (٢٣٩/٣) ، لسان الميزان (٢٧٤/١) .

(٥) انظر : شرح معاني الآثار (١١٩/٣) .

(٦) في (م) ، (ع) : [يقولون] .

(٧) انظر : الأم (٢٥٤/٥) .

(٨) انظر : تكملة المجموع (٣٣٣/٦١) ، زاد المحتاج بشرح المنهاج (٤٤٤/٣) .

٢٤٢٤٦ - قلنا : ينتقض بمن قال والله لا أقربك (١) .

٢٤٢٤٧ - ثم قال : إن لم أطئك أربعة أشهر فأنت طالق ثلاثًا ، فهذه الأربعة أشهر مقدرة بالشرع من حيث الإيلاء لم يتقدمها فرقة ، وتعقبها البينونة (٢) ، وينتقض بإسلام أحد الزوجين (٣) .

٢٤٢٤٨ - فإن قالوا : لم تتقدر المدة بالشرع ، وإنما تقدرت بالاجتهاد (٤) .

٢٤٢٤٩ - قلنا : وكذلك مدة العدة لم تتقدر بالشرع الذي هو القرآن وقول الرسول ﷺ ، وإنما قدرت بقول عمر (٥) ، وهو اجتهاد ، وربما عبروا عن هذه العلة (٦) ، فقالوا : مدة ضربت لإزالة الضرر بعقد الوطء ، فوجب أن لا يتعقبها البينونة (٧) .

---

(١) هذه من الألفاظ التي تجري مجرى الصريح ؛ لأن القربان المضاف إلى المرأة يراد به الجماع في الفرق . انظر : بدائع الصنائع (١٩٣١/٤) ، الاختيار لتعليل المختار (١٥٣/٣) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٦٤/٤ ، ١٩٦٥) .

(٣) معنى كلام المصنف هنا : أن المدة في الإيلاء لا يتقدمها فرقة فلا يتقدمها بينونة ، هذا باطل بمن قال : لا أقربك ، ثم قال : إن لم أقربك أربعة أشهر فأنت طالق ثلاثًا ، وباطل نفيًا بإسلام أحد الزوجين من حيث إن في كل منهما وقع البينونة . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٦٤/٤) ، الاختيار لتعليل المختار (١١٣/٣) .

(٤) انظر : المهذب (١٣٩/٢) ، زاد المحتاج (٤٤٤/٣) . الاجتهاد لغةً : بمعنى بذل الجُهد (بضم الجيم) وهو الطاقة ، أو تحمل الجَهد (بفتح الجيم) وهو المشقة ، وعلى كل حال ، فالاجتهاد في اللغة : هو استفراغ الوسع في أي فعل كان . واصطلاحًا : بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريقة الاستنباط . انظر : القاموس المحيط (٢٨٦/١) ، إرشاد الفحول صـ٢٥ ، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢١٨/٤) .

(٥) هو : عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى ، بن رياح بن عبد الله بن قرط القرشي أبو حفص ، الفاروق ، ولد بعد عام الفيل بثلاث عشر سنة ، روى عن : النبي ﷺ ، وروى عنه : علي ، وابن مسعود ، وغيرهم ، كان إليه السفارة في الجاهلية ، وكان عند المبعث شديد على المسلمين ثم أسلم فكان إسلامه فتحًا على المسلمين فهاجر إلى المدينة قبل رسول الله ﷺ ، وشهد المشاهد كلها ، قال عنه رسول الله ﷺ : « إن الله وضع الحق على لسان عمر وقلبه » تولى الخلافة من بعد أبي بكر الصديق ، ومكث فيها عشر سنين ، فتح في خلافته فتوحات كثيرة ، واتسعت رقعة بلاد المسلمين ، استشهد على يد أبي لؤلؤة المجوسي سنة ثلاث وعشرين هجريًا ، ودفن بجانب رسول الله ، وأبي بكر الصديق . انظر : أسد الغابة (١٤٥/٤) ، الإصابة (٢٧٩/٤) ، سير أعلام النبلاء (٥٠٩/٢) .

(٦) أي : أن قول المخالف إن الإيلاء لم يكن من الشرع وإنما من الاجتهاد منقوض بأن مدة العدة ليست من الشرع وإنما من الاجتهاد . فإذا كان ذلك كذلك فإن البينونة من الإيلاء أيضًا .

(٧) انظر : المهذب (١٣٦/٢) ، وشرح المهذب (٣٣٣/١٦) .

٢٤٢٥٢ - وهذه العبارة يدخل عليها النقض الأول [١] ، ولا نسلم في الفرع أنها لإزالة الضرر بعقد الوطء ، لأنه لو وطئها ثم حلف ثبتت المدة ، وإن لم يعقد الوطء ، ولأنه لا فرق بين المدتين في المعنى [٢] ، ولأن مدة الإيلاء يبطلها الوطء ، فإذا مضت المدة فات الوطء ، فثبت لها الخيار [٣] ، ولم تعتبر قدرته على الوطء بعد ذلك ؛ ولأن الخيار في مدة العدة ثبت لعجزه عن الوطء [٤] ، فإذا مضت المدة لم يتحقق العجز إلا بالحكم ، فلذلك لم تستحق الفرقة إلا بالحاكم [٥] ، و [٦] في الإيلاء تقع الفرقة بفوات الفيء ، فإذا فات بمضى المدة لم يبق معنى ينتظر التفريق لأجله ، فوقعت الفرقة ، ولأن ابتداء المدة في العنة يقف على الحاكم ، فالفرقة يجوز أن تقف عليه ، ومدة الإيلاء لا [٧] يقف ابتداؤها على الحاكم ، فلم [٨] يقف التفريق على اتفاقه .

ب **٢٤٢٥٣** - قالوا : يمين بالله تعالى [٩] ، فلا يفضي إلى طلاق بقوله : والله لا أقربك شهرًا » [١٠] / .

---

(١) أي : أن المدة المضروبة في الإيلاء إنما ضربت لإزالة الضرر ، وإزالة الضرر إن لم يتعقبها البينونة كما لا تقع بانقضائها ؛ لأن كل ذلك ليس من الإزالة .

(٢) أي : أن مدة الإيلاء شرعت لإزالة العقد بعدم الوطء ، وإنما لإزالة الضرر بالتفريق ، أو الفيء إليها ، مع الكفارة ، والدليل على ذلك أنه لو وطئها ثم حلف فالمدة تثبت ويقع الطلاق إن لم يعقد الوطء ؛ ولأن كلا منهما فيها استمرار لعزم الطلاق .

(٣ ، ٤) انظر : كفاية الأخيار (٣/٣٣٧ ، ٣٣٩) ، زاد المحتاج بشرح المنهاج (٣/٤٤٦) .

(٥) والخيار ثبت في الإيلاء بعد المدة ، ولم يكن في المدة ؛ لأن الفيء يبطلها بخلاف العدة فالخيار فيها في المدة ؛ لأن الفيء لا يشرع فيها ، فلذلك لا تستحق الفرقة في الإيلاء إلا بالحاكم ، وذلك بعد فوات الفيء في المدة ، بخلاف العدة فإنها تتحقق بدونه .

(٦ ، ٧) ساقط من (م) ، (ع) وما أثبتناه من (ص) .

(٨) في (م) ، (ع) : [لم] : وما أثبتناه من (ص) .

(٩) من شروط الإيلاء التي لا يصح إلا بها أن يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته . ولا خلاف بين أهل العلم أن الحلف بذلك إيلاء ، فأما الحلف على ترك الوطء بغير هذا مثل أن يحلف بطلاق ، أو عتاق ، أو صدقة المال ، أو الحج ، أو الظهار ، فعلى قول الشافعي القديم : لا يكون موليًا ، وأيضًا في إحدى الروايتين عن أحمد ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي في الجديد ، وفي رواية عن أحمد : كل يمين منعت جماعًا فهي إيلاء . انظر : بدائع الصنائع (٤/١٩٣١) ، الإمام الشافعي (٥/٢٦٥) ، تكملة المجموع (١٦/٢٩١ - ٢٩٢) ، حاشية الدسوقي (٢/٤٢٦) ، المغني لابن قدامة (٧/٢٩٨) .

(١٠) وهذا اتفاق بين الفقهاء أن مثل هذا القول لا يكون إيلاء ، لأن من شروط الإيلاء أن يكون أربعة أشهر فصاعدًا . انظر : بدائع الصنائع (٤/١٩٥٣) ، الشرح الصغير للدردير (٢/٦٢) ، المغني لابن قدامة (٧/٣٠١) ، المهذب (٢/١٣٦ - ١٣٧) .

٢٤٢٥٤ - قلنا : قولكم يمين بالله لا تأثير له في الأصل ؛ لأن اليمين سواء كانت بالله أو بغيره لا تفضي إلى الطلاق إذا كانت المدة شهرًا . والمعنى فيه أنه يصل إلى وطئها في مدة الإيلاء من غير شيء يلزمه .

٢٤٢٥٥ - قالوا : وفي مسألتنا لا يتوصل إلى وطئها في مدة الإيلاء إلا بشيء يلزمه من أحكام اليمين .

٢٤٢٥٦ - قالوا : قول لا يقع به ، ولا يتعقبه طلاق معجل ، فكذلك [1] المؤجل كقوله : والله لا أقربك ثلاثة أشهر [2] .

٢٤٢٥٧ - قلنا : الوصف غير مسلم ، لأنه إذا قال : والله لا أقربك ، ينوي الطلاق وقع الطلاق به [3] ؛ ولأنه لا يمتنع أن لا يقع باللفظ طلاق معجل ، ويقع في الثاني كقوله : اختاري ، إذا انضم إليه الاختيار [4] .

٢٤٢٥٨ - والمعنى في الأصل : أنه يصل إلى وطئها في مدة التربص من غير شيء يلزمه [5] ، وفي مسألتنا بخلافه . يبين الفرق بينهما أن اليمين إذا كانت على ثلاثة أشهر لم يوقف عند مخالفنا بمضيها ، فإذا كانت أكثر من أربعة أشهر يوقف ، فكذلك على أصله يختلفان أيضًا [6] .

٢٤٢٥٩ - قالوا : حلف على ترك وطئها ، ولم يحنث ، فلم يقع به طلاق [7] ، أصله إذا قال : إن وطئتك ، فلله عليَّ أن أصلي ركعتين [8] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فلذلك] . (٢) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٣٤٢/١٠) .

(٣) أي : أن ما ذكره المخالف أنه ليس إيلاء ولا عدة لأن الإيلاء لابد فيه من أربعة أشهر ، والعدة لابد أن يتقدمها طلاق غير مسلم لأنه إذا قال : والله لا أقربك ينوي الطلاق وقع الطلاق به . انظر : بدائع الصنائع (١٩٢١/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٣/٣) .

(٤) أي : لأن هذا القول : « والله لا أقربك » لا يمنع وقوع الطلاق المعجل وكذلك لا يمنع وقوع الطلاق في الطلاق المؤجل وهو الإيلاء . (٥) أي : من غير شيء يلزمه بالإيلاء من الفيء أو الطلاق .

(٦) أي : أن الخلاف قائم بين الحنفية والشافعية سواء كانت المدة أربعة أشهر أو أقل من حيث المطالبة أو الوقف لا تشرع في أقل من أربعة أشهر ، وإنما أكثر منها ويقع الطلاق بمضيها إذا كانت بعد المدة .

(٧) إن قال المخالف : أي أن الحلف على أقل المدة لا يترتب على وقوع الطلاق ، وأيضًا لا يلزمه الكفارة عليه ؛ لأن الذي يتوصل إليه الفيء وقع قبل إتمام مدة الإيلاء المضروبة ، فلا يقع الطلاق كما لا يلزمه الكفارة .

(٨) أي : الدليل على أنه لا يعد موليًا لأن المدة دون أربعة أشهر . كما إذا قال : إن وطئتك فلله أن أصلي ركعتين فعند الشافعية لا يجعل موليًا به . انظر : مغني المحتاج (٢٣٤٤/٣) ، المهذب (١٣٥/٢) ، وشرحه (٢٩٠/١٦) .

٢٤٢٦٠ - قلنا : هذه المسألة قال محمد [١] في الأصل : يكون مؤليًا في قول أبي يوسف [٢] الأول ، وهو قول محمد ، وفي قول أبي يوسف الآخر : ليس هو بمؤلٍ ، ولم يذكر قول أبي حنيفة .

٢٤٢٦١ - فإذا قلنا : بقول محمد لم نسلم هذا الأصل [٣] .

٢٤٢٦٢ - قالوا : هذا اللفظ ليس بصريح في الطلاق ، ولا كناية بدلالة أنه لا يقع به الطلاق مع وجود النية ، وفقدها [٤] ، فلم يجز أن يقع به الطلاق في الثاني [٥] .

٢٤٢٦٣ - قلنا : هذا غير مسلم ؛ لأنه لو قال : والله لا أقربك ، ونوى به الطلاق

---

(١) هو : أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني بالولاء ، فقيه مجتهد محدث ، أصله من حرستا بغوطة دمشق ، وولد سنة ١٣٥هـ ، وفي رواية ١٣٢هـ ، بواسط ، ونشأ بالكوفة فطلب الحديث وجالس أبا حنيفة سنين ، تفقه على يد أبي يوسف ، وقدم بغداد ونزلها ، وسمع منه الحديث ، وأخذ عنه الرواية فولاه الرشيد القضاء بها ثم عزله . من تصانيفه : الجامع الكبير والصغير ، وكلاهما في فروع الفقه الحنفي ، وكتاب الحجة على أهل المدينة ، وكتاب الآثار ، توفي سنة ١٨٩هـ . انظر : الجواهر المضية (١٢٢/٣) ، معجم المؤلفين (٢٢٩/٣) .

(٢) هو : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي ، أبو يوسف ، فقيه أصولي مجتهد محدث ، حافظ ، عالم بالتفسير والمغازي ، وأيام العرب ، ولد سنة ١١٣هـ بالكوفة ، وتفقه على أبي حنيفة ، وسمع عطاء بن السائب وطبقته ، وروى عنه : محمد بن الحسن الشيباني ، وأحمد بن حنبل ، ويحيى بن معين ، وولي القضاء ببغداد لثلاثة من الخلفاء العباسيين ، ودعي بقاضي القضاة ، من آثاره : كتاب الخراج ، المبسوط في فروع الفقه الحنفي ، كتاب أدب القاضي على مذهب أبي حنيفة وغيره ، توفي سنة ١٨٢هـ ، ببغداد ودفن في مقابر قريش . انظر : الجواهر المضية (٦١١/٣ - ٦١٣) ، معجم المؤلفين (١٢٢/٤) .

(٣) قال محمد وأبو يوسف في القول الأول إن قول : إن قربتك فعلي أن أصلي ركعتين يكون موليًا وذهب إليه الشافعي . وقال أبو يوسف في القول الثاني : وبه قال الإمام أبو حنيفة لا يكون موليًا ، واستدل محمد بأن الصلاة مما يصح إيجابها بالنذر كالصوم والحج فيصير موليًا كما قال لله على صوم أو حج . واستدل الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله أن هذا لا يصلح مانعًا لأنه لا يثقل على الطبع بل يسهل ولا يعد مانعًا في العرف أيضًا . ألا ترى أن الناس لم يتعرفوا الحلف بالصلاة بخلاف الحج والصوم ، وذلك لا مدخل للصلاة في الكفارة ولا تعلق لها بالمال بخلاف الصوم والحج . انظر : بدائع الصنائع (١٩٤٣/٤) ، تحفة الفقهاء (٣٠٧/٢) ، شرح فتح القدير (٥١/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٦/٣) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) ، تكملة المجموع (٢٩٣/١٦) ، وحاشية الدسوقي (٤٢٦/٢) . ويتفق رأي الإمام أحمد مع رأي أبي يوسف في القول الأول وكذا ذكره في الكشاف (٣٥٦/٥) .

(٤) ورد عند البعض أن لفظ الكناية ما يجري مجرى الصريح في الحكم دون الباطن . انظر : بدائع الصنائع (١٩٣١/٤) ، المغني لابن قدامة (٣١٥/٧ ، ٣١٦) .

(٥) أي : في الإيلاء المغني لابن قدامة (٣١٥/٧ ، ٣١٦) .

المعجل كان طلاقًا مؤجلًا [١] عندنا بالشرع لأنه كان طلاقًا في الجاهلية لم تغيره الشريعة عن معناه ، وإنما غير به [٢] التأجيل ؛ فإذا مضت المدة عاد إلى معناه ، فوقع الطلاق به [٣] .

٢٤٢٦٤ - فإن قيل : لا يخلو أن يكون طلاقًا عاجلًا [٤] أو آجلًا ، وبطل أن يكون عاجلًا بالاتفاق ولا [٥] يجوز أن يكون مؤجلًا ؛ لأنه لو كان كذلك لم يصدق الأجل المضروب [٦] ، فلما قلتم إنه لو قال : « والله لا أقربك سنة » وقع الطلاق بمضي أربعة أشهر [٧] ، ودل على أنه ليس بمؤجل عندنا بالشريعة ، فلا معنى لاعتبار تأجيل الحالف إذا ذكر مدة يصح معها الإيلاء .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [عبر به] .

(٣) أي : إذا قال : والله لا أقربك ونوى به الطلاق المعجل أي أقل من المدة المضروبة أربعة أشهر فلا يقع الطلاق أو وقع الطلاق إلا أن وقوعه بمضي أربعة أشهر لأن الذي يعتبر به لشريعة هو التأجيل .

(٤) في (م) : [عاجزًا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلا] .

(٦) أي : الأربعة أشهر .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٢/٧) .

مسألة ١١٧١

تحديد مدة أربعة أشهر في الإيلاء

٢٤٢٦٥ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يطؤها أربعة أشهر فصاعدًا ، فهو مؤلٍ (١) .

٢٤٢٦٦ - وقال الشافعي [رحمه الله] : لا يصح الإيلاء حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر . مدة يمكن أن يوقفه القاضي فيها .

٢٤٢٦٧ - فإن قال : لا أقربك أربعة أشهر ، فليس بمؤلي (٢) .

٢٤٢٦٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ (٣) . فذكر تعالى مدة أربعة أشهر ولم يزد عليها ، فمن قال إن الحكم معلق (٤) بزيادة على الأربعة ، فهو تارك [لظاهر النص . فإن قيل : ذكر اللَّه تعالى المؤلي المطلق لإيلائه] (٥) ، وهو من حلف لا يقربها ، وذلك يقتضي التأبيد وجعل التربص أربعة أشهر (٦) .

٢٤٢٦٩ - قلنا : هو الحالف على ترك الوطء مطلقًا ، أو مقيدًا بمدة (٧) ، فظاهر الآية يقتضي أنه إذا حلف على يوم ، أو أربعة أشهر ، أو ما زاد ، فهو مؤلٍ إلا ما خصه دليل (٨) ،

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٠٦/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٣٠/٤) ، شرح فتح القدير (٤٠/٤) ، تحفة الفقهاء لعلاء الدين (٣٠٦/٢) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٤/٣) ، اللباب (٦٠/٣) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٦٦/٥) ، المهذب (١٣٦/٢) ، مغني المحتار (٣٤٣/٣) ، زاد المحتاج بشرح المنهاج (٤٨٣/٣) ، وذهب أيضًا إليه المالكية والحنابلة . انظر : الشرح الصغير (٨٢٠/٢) ، المدونة الكبرى (٨٤/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٠٠/٧) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٥٣/٥) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٦ .

(٤) في (م) ، (ع) : [يتعلق] .

(٥) في (م) ، (ع) : [لظاهر النص للطلاق المولي المطلق لإيلاؤه] وما أثبتناه من (ص) .

(٦) أي : أن الشافعي ومن معه يرد عليهم قوله بزيادة مدة الإيلاء عن الأربعة أشهر بأنه قد خرج عن ظاهر الآية التي تشرح التربص بأربعة أشهر فتكون الزيادة بدون دليل . انظر : المبسوط (٢٠/٧) ، شرح فتح القدير (٤٢٠/٤) ، بدائع الصنائع (١٩٦٣/٤ ، ١٩٦٤) ، تحفة الفقهاء (٣٠٦/٢) .

(٧) انظر : تحفة الفقهاء (٢٠٦/٢) .

(٨) تحديد مدة الإيلاء بقوله تعالى : ﴿ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ فلا يجوز الزيادة عليها . إلا أنه قال بعض العلماء : إن مدة الإيلاء غير مقدرة يستوي فيها القليل والكثير حتى لو حلف لا يقربها يومًا أو ساعة كان مؤليًا ، وقد استدلوا بأن رسول اللَّه ﷺ أنه آلى من نسائه شهرًا فلما أتم تسعة وعشرين يومًا ترك إيلاءه فقيل له : إنك آليت =

ولأنها مدة ورد القرآن بها بلفظ التربص ، ولا يجوز الزيادة عليها كمدة العدة [١] ، ولأنه تارك لوطئها أربعة أشهر بيمين ؛ فكان مؤليًا كما لو أطلق الحلف ، ولأنها مدة مضروبة [٢] لإزالة الضرر عنها [٣] ؛ فلا تجوز الزيادة على ما ورد به الشرع ، كمدة العنة .

٢٤٢٧٠ - ولأنه لا يتوصل إلى وطئها في مدة الأربعة الأشهر إلا [٤] بحيث يلزمه شيء [٥] كمن أطلق اليمين ، وهذه المسألة مبنية على أن البينونة تقع بمضي المدة [٦] ، فلا معنى لاعتبار الزيادة عليها ، وإنما المعتبر بقاء اليمين حين وقوع الفرقة [٧] ، وللشافعي [٨] بناءً على أصله أن مدة الفيء [بعد الأربعة الأشهر فلا بد من بقاء اليمين إلى مدة الفيء كما لابد من بقائها في مدة الأربعة الأشهر لأنها مدة الفيء] [٩] .

= شهرًا يا رسول الله فقال : الشهر تسعة وعشرون يومًا . حديث أخرجه ابن ماجه في زوائد ابن ماجه على الكتب الخمسة للشيخ ابن العباس شهاب الدين بن أحمد الكناني ، ولأن الله تعالى لم يذكر في كتابه الكريم للايلاء مدة ، بل أطلقه إطلاقًا بقوله ﷻ : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ فجرى على إطلاقه وإنما ذكر المدة حتى تبين بمضي المدة من غير فيء . لكن الراجح هو قول الجمهور : بأن المدة مقدرة لقوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ حيث ذكر أن للإيلاء حكم الطلاق بمضى مدة مقدرة فلا يكون الحلف على ما دونها إيلاء في حق هذا الحكم ، وهذا لأن الإيلاء ليس بطلاق حقيقة وإنما جعل طلاقًا بشروط ، منها : كونه مانعًا من الجماع أربعة أشهر فصاعدًا ، فلا يجعل طلاقًا بدونه . ولأن الإيلاء هو اليمين الذي يمنع الجماع خوفًا من لزوم الحنث ، وبعد مضي يوم أو شهر يمكنه أن يطأها من غير حنث يلزمه فلا يكون هذ إيلاء . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٣/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٢/٤ ، ١٩٥٣) ، المهذب (١٣٦/٢) ، المدونة الكبرى (٨٤/٥) .

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٢١/٧ ، ٢٣) ، بدائع الصنائع (١٩٥٣/٤ ، ١٩٥٤) . اعترض المخالف وقال : إنكم تزيدون على مدة التربص فالرد هو أننا لا نزيد عليها وإنما نقدر بها مطالبة الفيئة في مدة التربص . انظر : الحاوي الكبير (٣٤٢/١٠) .

(٢) في (م) : [مضرنة] ، وفي (ع) : [مضربة] .

(٣) انظر المبسوط للسرخسي (٢٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٦٣/٤) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) ، ابن عابدين (٤٢٤/٣) .

(٤) في (م) ، (ع) : [لا] .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) أي : أن عدم الوطء في مدة الإيلاء ليس لكونه لازما مثل ما ورد اليمين ، وإنما يكون ذلك استمرارًا لعزيمته بما قصده الإيلاء من الطلاق حيث إنه وقع بمضي المدة . انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٢/٤) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) .

(٧) إذا كان وقع الطلاق بمضى المدة فلا حاجة إلى زيادة المدة لوقوع الطلاق بعدها لأن الطلاق يعتبر وقوعه بالمعنى ملتزمًا باليمين .

(٨) في (م) ، (ع) : [الشافعي] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . أي : أن مدة أربعة أشهر تكون مدة الفيء ، أما بعدها فإنها تكون مدة الخيار بين الفيء والطلاق

٢٤٢٧١ - وهذا لا يصح ؛ لأنه عقد على خمسة أشهر [١] ؛ فلو لم يطالبه بالفيء حتى مضت سنة ثبت حكم الطلاق عندهم ، وإن نقضت اليمين [٢] ، كذلك إذا عقد على أربعة أشهر ، فمضت جاز أن يثبت حكم المطالبة ، وإن لم يكن يمين [٣] .

٢٤٢٧٢ - قالوا : الطلاق وقع [٤] طلاقًا [٥] .

٢٤٢٧٣ - قلنا : المدة عندنا هي الموجبة لوقوع الطلاق [٦] ، فصار كقوله : « إن دخلت الدار فأنت طالق » . فإنه يحنث [٧] بدخول الدار ويقع الطلاق بعد الدخول [٨] ، ولا يمين حينئذ كذلك في مسألتنا [٩] .

* * *

---

(١) أي : ورد الحنفية أن الفيء بالمطالبة بعد المدة لا يصح وذلك زيادة على المدة المضروبة ، وإذا كان كذلك فيكون كأننا اعتبرنا الإيلاء بمدة الزيادة على أربعة أشهر .

(٢) انظر : المهذب (١٣٧/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) .

(٣) الدليل الآخر : أن الإيلاء هو الحلف على أربعة أشهر فصاعدًا أنه إذا لم تطالب بعد السنة وقع الطلاق ، فكذلك إذا لم يطالب بالفيء في أربعة أشهر وقع الطلاق بمضيها لأن المطالبة فيها جائز .

(٤) في (م) ، (ع) : [يقع] .

(٥) أجاب المخالف على ذلك : ما دام القصد في الإيلاء هو الطلاق ، فإذا لم يطالب بالفيء رغم مضي السنة فوقع الطلاق . انظر : مغني المحتاج (٣٤٤/٣) .

(٦) حيث إن الأصل في الإيلاء أن الطلاق يتبع المدة لا اليمين ، فيقع الطلاق بموجب المدة خلافًا لزفر ، حيث قال : إن الطلاق يتبع اليمن . انظر : بدائع الصنائع (١٩٤٤/٤) ، تحفة الفقهاء (٣٠/٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٨) انظر : بدائع لصنائع (١٩٤٥/٤) .

(٩) إذا كان الطلاق يقع بموجب المدة ، لأن الأصل في الإيلاء أن الطلاق يتبع المدة فلا يمين حينئذ في وقوع الطلاق بدخول الدار كقوله : « أنت طالق إن دخلت الدار » فيقع الطلاق بمضي المدة لا باليمين .

مسألة ١١٧٢

الحلف بألفاظ الطلاق أو العتاق ونحوهما

٢٤٢٧٤ - قال أصحابنا : إذا حلف أن لا يطأها بالله ، أو [1] بالطلاق [2] ، أو بالعتاق [3] ، أو بصدقة [4] المال [5] ، أو بحج ، كان مؤليًا .

٢٤٢٧٥ - وهو قول للشافعي [6] في قوله الجديد .

٢٤٢٧٦ - وقال في القديم : لا يكون مؤليًا [7] إلا أن يحلف بالله تعالى [8] .

---

(١) ساقط في (م) .

(٢) الطلاق لغةً : رفع القيد ، لكن جعلوه في المرأة طلاقًا وفي غيرها إطلاقًا . وشرعًا : رفع قيد النكاح في الحال بالبائن أو المآل بالرجعي بلفظ مخصوص . انظر : القاموس المحيط (٢٥٨/٣) ، حاشية رد المحتار (٢٦٢/٣) .

(٣) العتاق لغةً : الخروج عن المملوكية : من باب ضرب مصدره عتق وعتاق . وشرعًا : عبارة عن إسقاط لمولى حقه من مملوكه بوجه مخصوص يصير به المملوك من الأحرار . انظر : القاموس المحيط (٢٦٢/٣) ، حاشية ابن عابدين (٦٤١/٣) .

(٤) الصداق لغةً : مهر امرأة يقال أصدق المرأة حين تزوجها جعل له صداقًا . وشرعًا : هو المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية أو بالعقد . انظر : لسان العرب (٢٤٢/٤) ، الوسيط (١١٦/٢) ، العناية (٣١٦/٣) .

(٥) الحج بفتح الحاء وكسرها لغةً : القصد إلى معظم لا مطلق القصد . وشرعًا : زيارة مكان مخصوص في زمن مخصوص بفعل مخصوص . انظر : القاموس المحيط (١٨٢/١) ، حاشية ابن عابدين (٤٥٥/٣) .

(٦) في (م) ، (ع) : [الشافعي] .

(٧) كل لفظ دل على منع النفس من الجماع في الفرج مؤكدًا باليمين بالله تعالى ، أو بصفاته ، أو باليمين بالشرط والجزاء ، حتى لو امتنع عن جماعها ، أو هجرها سنة ، أو أكثر لم يكن مؤليًا ما لم يأت بلفظ يدل عليه لأن الإيلاء يمين . انظر : المبسوط (٢٣٥/٧) ، شرح فتح القدير ٥١١٤ ، بدائع الصنائع (١٩٤١/٥) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٦/٣) ، الاختيار (١٥٢/٣) ، البناية (١٧٩/٥) .

(٨) ووجه القول في القديم أنه يمين بغير الله ﷻ فلم يصح به الإيلاء ، كاليمين بالنبي ﷺ ، والكعبة . انظر : المهذب (١٣٥/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) ، روضة الطالبين (٢٢٣٠/٨) . وقال الإمام مالك : يكون مؤليًا . انظر : الكافي لابن عبد البر . وقال الإمام أحمد بما قال به الشافعي في قوله القديم : إن الحلف يشترط أن يكون بالله تعالى : أو بصفة من صفاته ، فإن حلف على ترك الوطء ، أو عقد ، أو طلاق ، أو صدقة مال ، أو حج ونحوه ، فليس بمؤلٍ لأنه لم يحلف بالله تعالى أشبه ما لو حلف بالكعبة ، ولأن هذا تعليق بشرط . انظر : المغني لابن قدامة (٢٨٩/٧) .

٢٤٢٧٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآبِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ (١) ، [والإيلاء هو الحلف] (٢) ولم يفصل بين اليمين بالله ، أو بغيره (٣) ، ولأنه لا يتوصل إلى وطئها في مدة الإيلاء إلا بمعنى يلزمه ، فصار كالحلف بالله (٤) ، ولأنه إذا حلف على ترك الوطء بالله تعالى لم يتوصل إلى وطئها إلا بوجوب عتق ، أو إطعام ، أو صدقة ، أو صوم (٥) .

٢٤٢٧٨ - فإذا صرح بإيجاب ذلك على نفسه إن وطئها ، فهو أكد ما في مضمون كلامه (٦) .

٢٤٢٧٩ - احتجوا : بأن الطلاق يمين بالله دون غيره (٧) .

٢٤٢٨٠ - الجواب : أن اليمين ما كان بالله ، وبغيره ، وبدلالة أن من قال لامرأته : إن وطئتك فعبدي حر قال أهل الشرع : قد حلف بعتق عبده ، وألفاظ الشرع مأخوذة من الشارع (٨) .

٢٤٢٨١ - فإن قيل : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من كان حالفًا ، فليحلف بالله » (٩) ،

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٦ .

(٢) ما بين المعكوفتين سقط في (ع) . انظر : تبيين الحقائق (٢٦٢/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٧ ، بدائع الصنائع ١٩٣١/٤ .

(٤) قال صاحب الأنهر : « معنى يلزمه الجزاء ، أو الشرط وما يلزمه من اليمين الحنث » ، وقال في التبيين : « وإنما صار مؤليًا ، لأن المنع باليمين قد تحقق وهو ذكر الشرط والجزاء ، وهذه الأجزية مانعة من الوطء ، فصار معنى اليمين بالله تعالى » . انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٨ ، بدائع الصنائع (١٩٤١/٤) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٤٢/١) ، تبيين الحقائق بشرح كنز الدقائق (٢٦٥/٢) .

(٥) انظر : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٤٢/١) ، مختصر الطحاوي ٢٠٨ .

(٦) أي : أنه قد أوجب بفعل ذلك -من إطعام أو غيره- على نفسه إذا فعل ما يخالف كلامه من المحلوف به يلزم عليه فعل ذلك المحلوف . انظر : مختصر الطحاوي ٢٢٠٩ ، بدائع الصنائع (١٩٤١/٤) ، تحفة الفقهاء (٣٠٧/٢ ، ٣٠٨) ، المهذب (١٣٥/٢) . (٧) انظر : الأم للشافعي (٢٥٦/٧) .

(٨) في (م) ، (ع) : [صاحب الشرع] . أي : أن الحلف بغيره تعالى مأخوذ من الشرع ، وقد أخذ من حديث النبي ﷺ أنه قال : « لا تحلفوا بآبائكم ، ولا بالطواغيت ، فمن كان منكم حالفًا فليحلف بالله ، أو ليذر » . والإيلاء في اللغة عبارة عن يمين ، واسم اليمين يقع على اليمين بالله تعالى ، ويقع على اليمين بالشرط والجزاء لتحقق معنى اليمين وهو القوة . انظر : بدائع الصنائع (١٩٤١/٤) ، المبسوط للسرخسي (٢٤/٧) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٦/٣) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) ، المهذب (١٣٥/٢) .

(٩) أخرجه البخاري كتاب الأيمان (٥٣/٥) ، مسلم كتاب الأيمان (٤١٦/٤) .

فدل ذلك على أن الحلف بغير الله ليس بيمين [١] .

٢٤٢٨٢ - قلنا : هذا هو الدليل عليكم ؛ لأنه لما نهى عن الحلف بغير الله تعالى ، دل على أن يكون حالفًا به ؛ لأن النهي إنما يكون عما يتصور وجوده ، لا أنه ممنوع منه [٢] .

٢٤٢٨٣ - وقوله : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ خبر [٣] لا يدل على إباحة [المخبر به] [٤] ، ولا [على حظره] [٥] .

٢٤٢٨٤ - فإن قيل : قال الله تعالى : ﴿ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [٦] ؛ فدل ذلك على أن الحلف بالله تعالى ، لأنه إذا أبانها ، ثم فاء وجبت الكفارة عليه ، ولم يلزمه شيء سواها من الأيمان بالحنث [٧] .

٢٤٢٨٥ - قلنا : إذا آلى بالله تعالى ، ثم فاء وجبت الكفارة عليه عندنا ، كما يلزمه الحنث في غيرهما مما حلف عليه ، وذكر الغفران لا ينفي وجوب الكفارة لو حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها ، ندب إلى الحنث ، ووجبت الكفارة عليه عندنا [٨] .

٢٤٢٨٦ - قالوا : إذا حلف بغير الله توصل إلى وطئها من غير شيء ، لأنه يبيع عبده ، ويخالع زوجته .

٢٤٢٨٧ - قلنا : فإذا قال : إن وطئتك ، فعليَّ عتق رقبة ، فليس بمؤلٍ عندكم ، وإن كان لا يتوصل إلى وطئها إلا بالحنث ، ثم هذا ليس بصحيح ؛ لأنه لا يقدر على الوطء في الموضع الذي ذكروه إلا بحنث ، أو ضرر يلحقه بخلع زوجته ، وبيع عبده ، وهذا كالضرر الذي يلحقه بوجوب الكفارة [٩] .

* * *

(١) انظر : الأم للشافعي (٢٤٩/٥) ، المهذب (١٦٥/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) .
(٢) انظر : بدائع الصنائع (١٩٤١/٤) .
(٣) في (م) ، (ع) : [خبره] .
(٤) في (م) ، (ع) : [الخبر به] .
(٥) في (م) : [على حضره] .
(٦) سورة البقرة : الآية ٢٢٦ .
(٧) الأم للشافعي (٢٤٩/٥) .
(٨) انظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢٦٢/٢) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٤٨/١) .
(٩) انظر : بدائع الصنائع (١٩٤١/٤) .

مسألة ١١٧٣

إذا حنث في يمين الإيلاء في المدة يجب عليه الكفارة

٢٤٢٨٨ - قال أصحابنا : إذا آلى من امرأته ، ثم [طلقها ثم] (١) فاء إليها في المدة بالجماع حنث في يمينه ، ووجبت الكفارة (٢) .

٢٤٢٨٩ - وهو قول الشافعي في الجديد (٣) ، وقال في القديم : لا كفارة عليه (٤) .

٢٤٢٩٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّـٰرَةُ أَيْمَـٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾ (٥) ، والمراد به حنثتم (٦) ، وهو عام .

٢٤٢٩١ - ويدل عليه قوله [ﷺ] (٧) : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها فليأت الذي هو خير » (٨) وروي وليكفر عن يمينه (٩) ، ولأنه تارك لوطئها بيمين باللّه تعالى (١٠) ، فإذا وطئها مع بقاء اليمين وجبت الكفارة ، كما لو حلف على وطء أمته (١١) ، ولأن كل مدة لو حلف فيها على ترك الكلام ، ثم كلمها وجبت الكفارة ،

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ٢٠٧ ، البناية في شرح الهداية (٦٣٤/٤) ، اللباب (٦٠/٣) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٦٥/٥) ، المهذب (١٤٠/٢) ، شرح المهذب (٣٢٧/١٦ ، مغني المحتاج (٣٥١/٣) ، روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٢٣١/٨) ، كفاية الأخيار (١١١/٣) . وذهب إلى هذا الإمام مالك وأحمد . انظر : الشرح الصغير (٦٢٨/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٣٥/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٢٤/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٦٠/٥) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٣٥١/٣) ، المهذب (١٤٠/٢) ، روضة الطالبين (٢٣١/٨) ، تكملة المجموع (٣٢٧/١٦) ، كفاية الأخيار (١١١/٣) .

(٥) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٦) المراد إذا حلفتم ثم حنثتم ، والحنث معناه ترك اليمين ، فإذا حنث فعليه الكفارة عن إطعام العشرة مساكين ، أو كسوتهم ، أو تحرير رقبة ، وصيام الثلاثة أيام . انظر : جامع البيان للطبري (٣١/٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [العَلِيْلاً] .

(٨) رواه مسلم والترمذي ، وأخرجه مسلم في كتاب الأيمان حديث رقم (١١) ، وسنن الترمذي الجامع الصحيح (١٠٧/٤) ، باب ما جاء في الكفارة قبل الحنث حديث رقم (١٥٣٠) .

(٩) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢٩٩/١٦) ، حديث رقم (٨٧١٩) .

(١٠) انظر : البناية في شرح الهداية (٦٣٥/٤) .

(١١) انظر : الجامع الصغير ٦٨ ، المبسوط للسرخسي (٣٥/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٣٥/٤) . وقال صاحب البدائع : « إذا حلف على ترك أمته لا يكون مؤليًا ولكنه إذا أقر بها لزمته الكفارة » (٤٤١/٢ ، ٤٤٢) .

فإذا حلف على ترك الوطء فوطئها ، وجبت الكفارة . أصله ما دون أربعة أشهر [١] ، ولأن كل يمين عقدها على أربعة أشهر وحنث لزمته إذا عقدها على أكثر من ذلك ، ثم إذا [٢] حنث لزمته الكفارة كاليمين على ترك الكلام [٣] ، ولأن كل مدة لو حلف بها على ترك وطء أمته لزمته الكفارة بوطئها [٤] ، كذلك إذا حلف على ترك وطء زوجته ، فوطئها . أصله الأربعة الأشهر ، ولأن ما تعلقت به الكفارة في غير الزوجات تعلقت به في الزوجات ، أصله ترك الكلام [٥] .

٢٤٢٩٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [٦] ، ولم يذكر الكفارة [٧] .

٢٤٢٩٣ - الجواب : أن الغفران لا ينفي وجوب الكفارة [٨] ، وإنما سكت عن بيانها ، لأنه ذكرها في آية أخرى [٩] .

٢٤٢٩٤ - قالوا : روي عنه ﷺ قال : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها فليأت الذي هو خير فإن ذلك كفارتها » [١٠] .

٢٤٢٩٥ - قلنا : روي وليكفر عن يمينه [١١] ، وهذا زائد فهو أولى ، ولأنه جعل اختيار [١٢] خير الأمرين ككفارة اليمين [١٣] ، والكلام في كفارة الحنث ، ولم يتعرض / ٤

---

(١) انظر : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢/٤٤١ ، ٤٤٢) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) أي : ولو قال لامرأته إن كلمتك فأنت طالق ، فإذا تكلم حنث فوجبت الكفارة . انظر : الجامع الصغير ٢٦ .

(٤) انظر : الجامع الصغير ٦٨ ، المبسوط للسرخسي (٧/٣٥) ، بدائع الصنائع (٤/١٩٣٥) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٤/١٩٣٧) ، مغني المحتاج (٣/٣٤٤) .

(٦) البقرة : ٢٢٦ .

(٧) انظر : تكملة المجموع (١٦/٣٢٧) .

(٨) انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/٢٦٢) ، كفاية الأخيار (٣/١١١) .

(٩) وهذا في قوله تعالى : ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَـٰنِكُمْ وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَـٰنَ فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ ﴾ المائدة : ٨٩ .

(١٠) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الأيمان حديث رقم ١١ ، وأحمد في المسند (٢/٢١١) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/٥١) .

(١١) رواه السيوطي في الجامع الصغير حديث ٢٤١٧ ، وأحمد في المسند (١٦/٢٩٩) رقم ٨٧١٩ .

(١٢) في (م) ، (ع) : [الاختيار] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [كذلك] . انظر : سبل السلام شرح بلوغ المرام (٤/١٤٣٥ ، ١٤٣٦) ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار (٤/٢٤٨) .

لذلك [١] .

٢٤٢٩٦ - قالوا : هو مأمور بوطئها ، فإذا فعل المأمور به لم يجز أن تلزمه الكفارة [٢] .

٢٤٢٩٧ - قلنا : هذا مجرد دعوى [٣] ، ويبطل بمن حلف لا يكلم أباه فإنه مأمور بكلامه ، وتجب عليه الكفارة [٤] .

٢٤٢٩٨ - قالوا : الإيلاء يوجب الفيء ، أو عزيمة الطلاق ، فإذا اختار عزيمة الطلاق ، فقد وفي باليمين ولم يحنث ، فإذا أفاء فقد فعل المحلوف عليه ، ولا يقال إن من لم يحنث إذا لم تلزمه الكفارة لم تلزم الحانث ، ولأن من وفى باليمين لاتلزمه الكفارة إذا كانت على أربعة أشهر . كذلك إذا كانت على أكثر منها [٥] .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (١٩٩٣٧/٤) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) .
(٢) انظر : تكملة المجموع (٣٢٧/١٦) ، روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٢٥٥/٨) ، كفاية الأخيار (١١١/٢) .
(٣) في (م) ، (ع) : [الدعوى] والدعوى لغةً : يقصد بها الإنسان إيجاب حق على غيره ، أو هي الطلب ، أو التمني وتجمع على دعاوى . وشرعًا : إخبار بحق إنسان على غيره عند الحاكم ، وركنها : هو قول الرجل لي على فلان ، أو قبل فلان ، أو قضيت حق فلان ، أو أبرأني عن حقه ونحوها . انظر : المصباح المنير ١٩٤ ، اللباب في شرح الكتاب (٢٦/٤ ، ٢٧) .
(٤) انظر : المهذب (١٢٤/٢) .
(٥) انظر : المهذب (١٣٧/٢) .

مسألة ١١٧٤

الطلاق يقع بمضي المدة

٢٤٢٩٩ - قال أصحابنا : إذا مضت المدة وقع الطلاق [١] .

٢٤٣٠٠ - وقال الشافعي [رحمه الله] : يطالب بالفيء ، فإن دافع ذلك قال [٢] في الجديد يطلق الحاكم عليه [٣] .

٢٤٣٠١ - وقال في القديم : فيه قولان [٤] .

٢٤٣٠٢ - وهذه المسألة لا فائدة فيها ، لأن الفرقة تقع فيها [٥] عندنا بمضي المدة ، فلا معنى لإيقاع الفرقة بعد ذلك ، ولكنا نتكلم على التسليم ، فنقول : قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ ﴾ ، فعلق ذلك بقول الزوج دون القاضي [٦] ، ولأن الإيلاء يتعلق به حكمان : الفيء والطلاق [٧] ، ومعلوم أن الفيء إذا كان بالقول لم يقم القاضي مقامه فيه ، كذلك الطلاق [٨] ، ولأنه تارك لوطئها بيمين ، فصار كما لو حلف على أربعة أشهر [٩] .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٦٢/٤) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٤/٣) ، الهداية (٢٩/٢) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) ، وأثبتناها من (ص) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٥٤/٥) ، روضة الطالبين (٢٥٥/٨) ، تكملة المجموع (٣٢٣/١٦) . وبه قال الإمام مالك والإمام أحمد . انظر : الشرح الصغير (٦٢٩/٢ ، ٦٣٠) ، حاشية ابن عابدين (٦٣٥/٢) ، المغني لابن قدامة (٣١٨/٧) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٦٢/٥) .

(٤) القولان في القديم أحدهما : مثل القول الجديد يطلق الحاكم عليه ، والثاني : لا يطلق عليه بل يحبسه وينظره حتى يفيء أو يطلق . انظر : تكملة المجموع (٣٢٣/١٦) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٥٥/٨) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٠/٧) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٢١/٧) ، تحفة الفقهاء (٣٠٨/٢) .

(٧) انظر : شرح فتح القدير (٤٣/٤) .

(٨) أي : دليل وقوع الطلاق بمضي المدة دون حاجة لحكم القاضي أنه إذا عجز الرجل عن الفيء بالفعل انتقل إلى الفيء بالقول ، انظر : المبسوط للسرخسي (٢٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٧/٤) ، شرح فتح القدير (٥٤/٤) .

(٩) جاء في المذهب : « قال في الجديد : يطلق الحاكم عليه لأن ما دخلت النيابة فيه وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم فيه مقامه كقضاء الدين » . انظر : المهذب (١٤١/٢) .

٢٤٣٠٣ - قالوا : حق تدخله النيابة مستحقة [١] بتعين ، فإذا امتنع من هو عليه في الإيفاء كان للسلطان الاستيفاء كالدين [٢] .

٢٤٣٠٤ - قلنا : عندنا لا يقوم القاضي مقامه في إيفاء الديون ، وإنما يحبسه [٣] حتى يوفيه [٤] ، ولأن الدين يجوز أن يستوفيه صاحب الحق إذا وجب حبس [٥] حقه ، فجاز أن يوفيه الحاكم [٦] ، والفرقة في مسألتنا لا تجوز أن تقع بفعل المرأة ، فلا يقوم الحاكم مقامه في إيفائها [٧] .

٢٤٣٠٥ - قالوا : مدة يرفعها الوطء تتعلق بها الفرقة ، فكان للقاضي أن يوقع ذلك . أصله العنة [٨] .

٢٤٣٠٦ - قلنا : مدة العنة ابتداؤها [٩] يتعلق بها الفرقة ، فجاز أن تكون الفرقة المتعلقة بانقضائها إلى القاضي ، ولما كانت هذه المدة ابتداؤها [١٠] يتعلق بسبب من جهة الزوج ، كانت الفرقة تبطل به أيضًا [١١] .

* * *

---

(١) انظر : المهذب (١٤١/٢) ، كفاية الأخيار (١١٢/١) .

(٢) إذا امتنع المدين عن الوفاء بدينه ، ففيه اختلاف الحنفية مع الشافعية في إجبار القاضي المدين على الوفاء ، فيرى أبو حنيفة أن القاضي لا سلطان له على مال المدين ، وإنما له الحق في حبسه وليس له الحق في بيع ماله للوفاء بدينه ، يرى الشافعية : أن للقاضي أن يجبر المدين على بيع ماله للوفاء بدينه ، فإن امتنع حق للقاضي أن يبيع ماله ويسدد دينه عنه لأنه إجبار بحق . انظر : المبسوط (٢١/٧) ، شرح فتح القدير (٤٢/٤) ، المهذب (١٤١/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [يجب] .

(٤) في (م) : [توفيه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [حبسه] .

(٦) انظر : كفاية الأخيار (١١٢/٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [اتفاقها] . أي : أن الإيلاء يجوز أن تدخل فيه النيابة مثل وفاء الدين ، وللحاكم أن يبيع عليه ماله لإيفاء دينه ، وكذلك في الإيلاء يجوز للحاكم أن يطلق .

(٨) العنة : هي العجز عن الجماع ، وإذا ثبتت عنة الزوج ضرب القاضي له سنة بطلبها ، فإذا تمت رفعته إليه فإن قال : وطئت حلف وإلا فسخ القاضي ذلك . انظر : مغني المحتاج (٢٠٥/٣٠) ، وما بعدها .

(٩) ساقطة من (ع) .

(١٠) في (ص) : [ابتداؤها ابتداؤها] وأثبتناها من (م) ، (ع) .

(١١) الفرقة في العنة لا تكون إلا بحكم القاضي ، وللمرأة الحق في الوطء فلها المطالبة به بخلاف الإيلاء لأن الفرقة فيه من جهة الزوج فيكون متعلقًا بالزوج . انظر : الاختيار لتعليل المختار (١١٥/٣) .

مسألة ١١٧٥

مدة إيلاء الأمة

٢٤٣٠٧ - قال أصحابنا : مدة إيلاء الأمة شهران [١] .

٢٤٣٠٨ - وقال الشافعي : كإيلاء الحرة [٢] .

٢٤٣٠٩ - لنا : أنها مدة ورد بها القرآن بلفظ التربص ؛ فوجب أن يؤثر فيها الرق كمدة العدة [٣] ، ولأنها مدة للتربص ثبت ابتداؤها بقول الزوج كمدة العدة [٤] .

٢٤٣١٠ - فإن قيل : مدة العدة تختلف بالرق والحرية [٥] .

٢٤٣١١ - قلنا : هي وإن اختلفت فقد أثر الرق في نقصان كل ما يتعين منها ، ومدة الإيلاء لا يمكن تبعيضها ، فأثر في نقصانها [٦] .

٢٤٣١٢ - فإن قيل : مقصود العدة براءة الرحم ، وذلك يوجد في حيضة واحدة والمقصود بمدة الإيلاء إزالة الضرر بترك الوطء ، وهما يتساويان في ذلك .

٢٤٣١٣ - قلنا : إذا كان الاستبراء يتم بحيضة واحدة جاز اعتبار ما زاد عليها لمعنى مقصود ، ثم إن اختلفت الأمة والحرة فيه جاز أن يختلفا في مسألتنا .

٢٤٣١٤ - وقولهم إن مدة الإيلاء لنفي الضرر بترك الوطء صحيح لأن حق الحرة في

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٣١/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٤/٤) ، شرح فتح القدير (٥٣/٤) ، البناية في شرح الهداية (٦٤٨/٤) ، الاختيار لتعليل المختار (١٥٣/٣) ، الهداية (٢٩٢/٢) . وبه قال الإمام مالك في رواية في مقابل الظاهر للإمام أحمد . انظر : بداية المجتهد (٨٨/٢) ، الشرح الصغير (٤٤٨/٣) ، المبدع شرح المقنع (٢٠/٨) . وقال صاحب الشرح الصغير : « لأنه على النصف من الحرفي الحدود وهذا منها » (٤٤٨/٣) .

(٢) انظر : الأم (٢٧١/٥) ، المهذب (١٣٦/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٨/٣) ، كفاية الأخيار (١١١/٢) ، وذهب إلى هذا الإمام أحمد في رواية ، وقال : مدة الإيلاء في الأحرار والرقيق سواء . انظر : المبدع في شرح المقنع (٢٠/٨) ، كشاف القناع في متن الإقناع (٣٦٢/٥) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٣/٧) ، تبيين الحقائق في كنز الدقائق (٢٦٦/٢) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٣/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٤/٤) ، شرح فتح القدير (٥٣/٤) ، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق (٢٦٦/٢) ، الهداية شرح بداية المبتدي (٢٩٢/٢) .

(٥) قال صاحب الكفاية : وعدة الأمة كعدة الحرة ، في المحل تعتد بقرءين إن كانت من ذوات الأقراء ، وتعتد بالشهور في الوفاة بشهرين وخمس ليال وفي الطلاق بشهر ونصف إن لم تكن من ذوات الأقراء . انظر : مغني المحتاج (٣٩٥/٣) ، كفاية الأخيار (١٢٨/٢) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (١٩٥٤/٤) ، شرح فتح القدير (٥٣/٤) ، البناية في شرح الهداية (٦٤٨/٤) .

الوطء أوفى من حق الأمة لأن قسمها أكبر ، فالمدة التي وضعت لإيتاء الحق الأوفى يزيد على المدة التي وضعت لإيتاء الحق الأنقص ولأنها مدة [تعين فيها] (١) حقها من الوطء ، ولا يقف تقديرها على الحاكم فكان [لها] (٢) تأثير في نقصانها كمدة القسم .

٢٤٣١٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ ولم يفصل .

٢٤٣١٦ - الجواب : أن الآية خاصة في الأحرار ؛ لأن اللّٰه تعالى ذكر عزيمة النكاح ثم قال : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ .

٢٤٣١٧ - قالوا : إن الآية خاصة في الأحرار .

٢٤٣١٨ - قالوا : مدة [معينة بالشرع] (٣) فوجب أن لا يختلف برق الزوجة وحريتها كمدة العنة وهي مدة لإزالة الضرر عن الزوجة بفقدها الوطء كمدة العنة .

٢٤٣١٩ - قلنا : مدة العنة ضربت لاختبار حال الزوج حتى [يظهر سبب] (٤) عجزه [أكان] (٥) خلقة أم حدث به معنى يرجى زواله . واختبار حال الزوج لا يختلف برق الزوجة وحريتها . فأما مدة الإيلاء ففرضها لاختبار حال الزوج ليوفيها حقها بالفيء . ومدة استمتاع الحرة أطول من استمتاع الأمة ، فلذلك اختلفت المدة بحسب اختلافهما في مدة الاستمتاع .

* * *

(١ - ٥) ما بين المعكوفتين زائد للسياق .

مسألة ١١٧٦

حكم الطلاق الواقع في الإيلاء

٢٤٣٢٠ - قال أصحابنا : الطلاق الواقع في الإيلاء بائن .

٢٤٣٢١ - وقال الشافعي : طلاق رجعى .

٢٤٣٢٢ - لنا : أنها مدة ورد بها القرآن بلفظ ...

٢٤٣٢٣ - فإن قيل : إيقاع البينونة ليتم الغرض من الفرقة بإزالة الضرر عنها ... فالفرقة المتعلقة بها بينونة كفرقة العنة .

٢٤٣٢٤ - فإن قالوا : هناك الفرقة فسخ (١) لم نسلم ذلك ، لأنها عندنا طلاق (٢) ، ولأن هذه المدة ضربت لتخلص المرأة من ضرر الزوج ، وتتوصل إلى زوج يوفيها حقها ، فلو جعلنا الفرقة رجعية ، لراجعها ، وعاد الضرر ، واحتاج القاضي إلى ضرب مدة أخرى (٣) .

٢٤٣٢٥ - فإن قيل : إذا كان زوج الصغيرة ابن عمها ، وآلى منها ، ووقعت الفرقة بمضي المدة جاز أن يتزوجها ، فلا يمكن من تزويجها حتى لا يستديم ضررها ، فلا يؤدي إلى ما قالوه (٤) .

٢٤٣٢٦ - وهذه المسألة مبنية على أصلنا : أن الفرقة تقع حكمًا ، والفرقة الحكمية بائنة (٥) كفرقة الرضاع (٦) .

---

(١) انظر : المهذب (٦٢/٢) ، تحفة الطلاب ٢٣٦ ، حاشية الشرقاوي (٢٩٤/٢ ، ٢٦٩) .

(٢) الفرقة نوعان : فرقة فسخ وفرقة طلاق ، والفرقة التي تكون من قبل الزوجة كالعنة والطلاق من قبل القاضي ، أو الحاكم فرقة فسخ ، وأما الفرقة التي تكون من قبل الزوج أو بسبب منه فهي فرقة طلاق والفرقة في الإيلاء هي فرقة طلاق . انظر : فتح القدير (٢١/٣) ، بدائع الصنائع (١٩٦٦/٤) ، رد المحتار لابن عابدين (٥٧١/٢) .

(٣) انظر : البناية في شرح الهداية (٨٤٨/٤) .

(٤) أي أن الفرقة رجعية .

(٥) انظر : فتح القدير (٤٣/٤) .

(٦) الرضاع : هو بفتح الراء ، ويجوز كسرها ، معناه لغة : اسم لمص الثدي وشرب لبنه . وشرعًا : اسم لحصول لبن امرأة وما حصل منه . انظر : لسان العرب (٤١٤/٣) ، والمراد في القياس : أن الفرقة في الإيلاء بائنة فيكون حكمها مثل الرضاع من حيث لا يجوز الرجوع إليها .

٢٤٣٢٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ (١) .

٢٤٣٢٨ - الجواب : أن الله تعالى قال : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ (٢) ، ثم قال : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ والطلاق المذكور هو الذي يملك الزوج إيقاعه (٣) ، فأما الطلاق الذي يقع بالإيلاء (٤) ، فلا يتكرر ، فلم تتناوله الآية (٥) .

٢٤٣٢٩ - قالوا : طلاق مجرد صادف عدة من غير عدد ، فصار كالطلاق المبتدأ (٦) .

٢٤٣٣٠ - قلنا : الطلاق المبتدأ لم يوضع لإزالة الضرر ، فإثبات الرجعة يثبت (٧) مقصوده (٨) كالتفريق بالعنة (٩) ، والاعتبار بالنفقة على قولهم (١٠) .

* * *

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ . (٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٩ .

(٣) انظر : البناية في شرح الهداية (٨٤٨/٤) . (٤) في (م) ، (ع) : [به الإيلاء] .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٦/٤) ، شرح فتح القدير (٤٥/٤) .

(٦) قال صاحب المذهب : لأنه طلاق صادف مدخولًا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعيًا كالطلاق من غير إيلاء . انظر : المهذب (١٤١/٢) .

(٧) في (م) ، (ع) : [تبطل] وهو خطأ . (٨) انظر : بدائع الصنائع (١٩٦٥/٤) .

(٩) أي أن المقصود من الإيلاء هو إزالة الضرر وكذلك العنة لإزالة الضرر لعجز الزوج عن الوطء فإذا كان رجعيًا فلا يتحقق الغرض منه .

(١٠) في (ص) : [عندهم] ، وفي (م) ، (ع) : [على قولهم] . فالطلاق الذي يناسب الإيلاء هو البائن لأن الضرر لا يزول بالرجعي ويزال بالبائن فالاعتبار بالنفقة على قولهم غير جائز .

مسألة ١١٧٧

إذا آلى [1] ثم طلق أو طلق ثم آلى [2]

٢٤٣٣١ - قال أصحابنا : إذا طلق امرأته طلاقًا رجعيًا ، ثم آلى [3] منها فمدة الإيلاء من حين الإيلاء [4] ، وإن آلى [5] منها ثم طلقها طلاقًا رجعيًا فالمدة [6] يحتسب بها كما كانت لو لم تطلق [7] .

٢٤٣٣٢ - وقال الشافعي : إذا كانت مطلقة ، فالمدة من حين تراجعها [ولا تحتسب بالمدة مع القدرة ، وإن طلقها بعد الإيلاء لم تعتد بالمدة حتى تراجعها] [8] ، ويبدأ بالمدة من حين الرجعة [9] .

٢٤٣٣٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ [10] ، والمطلقة الرجعية من نسائه [11] بدلالة أنه لو قال : نسائي طوالق طلقت . فظاهر الآية يقتضي اعتبار أربعة أشهر من حين الإيلاء [12] ، فمن زعم أنها من حين الرجعة أوجب زيادة على ذلك ،

(١ - ٣) في (ص) : [آليا] ، وفي (م) ، (ع) : [آلى] .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٣١/٣٠) ، شرح فتح القدير (٥٢/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٢/٣) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٤٤/١) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧٢/٤) ، اللباب (٦١/٣) .

(٥) في (ص) : [آليا] ، وفي (م) ، (ع) : [آلى] .

(٦) في (م) ، (ع) : [بالمدة] .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٠/٧ ، ٣١) ، شرح فتح القدير (٥٢/٤) ، البناية في شرح الهداية (٦٣٩/٤) ، وبه قال الإمام مالك في رواية والإمام أحمد في رواية . انظر : الشرح الصغير (٤٦٢/٣) ، شرح فتح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣٠٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٣١٣/٧) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) انظر : الأم (٢٥٦/٥) ، المهذب (١٣٩/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٩/٣) ، كفاية الأخيار (١١١/٢) ، حواشي الشرقاوي وابن القاسم على العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر (١٧٠/٨) . وبه قال الإمام مالك وأحمد في الرواية الثانية لكل منهما . انظر : الشرح الصغير (٤٦٢/٣) ، شرح فتح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣٠٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٣٣/٧) .

(١٠) سورة البقرة : الآية ٢٢٦ .

(١١) انظر : شرح فتح القدير (٥٢/٤) ، البناية (٦٤٦/٤) .

(١٢) قال صاحب مجمع الأنهر : أما المطلقة الرجعية فإنها محل لوطئها من زوجها ، فإن اشتد طهرها وهي ممن تحيض بانت بمضي مدة الإيلاء وإن انقضت عدتها قبل مضي مدته فإنها تبين كذلك . انظر : مجمع الأنهر (٤٤٤/١) .

وهذا خلاف الظاهر (١) ، ولأن الطلاق يلحقها بلفظ الكناية (٢) ، فإذا آلى منها كانت المدة عقيب اليمين ثم يثبت في الثاني ، كما لو آلى من المبتوتة (٣) ؛ ولأنا دللنا على (٤) أن وطئها مباح ، فلها حق في الوطء ، فتحتسب بالمدة كما تحتسب في الزوجة (٥) . وأما إذا طلقها بعد الإيلاء ؛ فهو طلاق (٦) لا يزيل الملك ، فلا يعتبر حكم المدة كالطلاق المعلق بالشرط (٧) .

٢٤٣٣٤ – احتجوا : بأنها معتدة كالمبتوتة (٨) .

٢٤٣٣٥ – والجواب : أن هناك لما لم تثبت المدة عقيب اليمين (٩) الـمُطلَّقَةِ (١٠) لم تثبت في الثاني (١١) ، وفي مسألتنا بخلاف ذلك (١٢) ، وبنوا على أصلهم أن وطئها محرم ، فلا تعتد بالمدة مع تحريم الوطء (١٣) .

٢٤٣٣٦ – قالوا : إذا طلق طلاقًا رجعيًا ، فقد فعل ما يقع بمضي مدة (١٤) الإيلاء حتى كأنّ المدة قد انقضت (١٥) .

---

(١) أي : أنه إذا آلى منها ثم طلقها طلاقًا رجعيًا فإن المدة عند المخالف من حين الرجعة لا من حين الإيلاء ، وهذا يوجب الزيادة على ما تقتضيه الآية المذكورة فيكون خلافًا للظاهر ، انظر : مجمع الأنهر في شرح ملتقى لأبحر (٤٤٤/١) .

(٢) الطلاق قد يكون بلفظ صريح وهو الذي لا يحتاج إلى نية ، وقد يكون بلفظ الكناية وهو الذي يحتاج إلى نية ، وما دام قد يقع الطلاق بلفظ الكناية تلزم المدة من حين الإيلاء فيما إذا آلى منها ثم طلقها طلاقًا رجعيًا .

(٣) أي : أن الإيلاء لا يثبت بعد وقوع الطلاق الرجعي إذا احتسبت المدة من الرجعي ، فاعتبرت المدة من حين الإيلاء قياسًا على من آلى منها ثم طلقها بائنًا فإن المدة تحتسب من الإيلاء ، . انظر : المبسوط (٣٠/٧) .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) أي : الدليل أن المدة من حين الإيلاء لا من طلاقه الرجعي أن الوطء في الرجعي مباح له يحتسب من الإيلاء .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٣١/٧) ، البناية في شرح الهداية (٦٤٦/٤ ، ٦٤٧) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٠/٧) ، البناية في شرح الهداية (٦٤٦/٤) ، اللباب (٦٠/٣) .

(٨ ، ٩) ساقط من (م) ، (ع) . (١٠) في (ع) : [الطلقة] .

(١١) أي : إذا كانت المدة لم تثبت فيما إذا طلق طلاقًا رجعيًا ثم آلى منها ، فإن المدة لم تثبت أيضًا فيما إذا آلى منها ثم طلقها طلاقًا رجعيًا . وهذا عند المخالف من الحنفية . انظر : مغني المحتاج (٣٤٩/٣) ، روضة الطالبين (٢٥١/٨ ، ٢٥٢) ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٧٨/٧) .

(١٢) وأما عند الحنفية فإن المسألة تختلف في ثبوتها فيما إذا طلقها طلاقًا رجعيًا ثم آلى منها وفيما إذا طلقها طلاقًا رجعيًا . ثبت في الأولى ولم يثبت في الثانية .

(١٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٠/٧) ، البناية في شرح الهداية (٦٤٦/٤) .

(١٤) في (م) ، (ع) : [به مدة] .

(١٥) انظر : المهذب (١٣٩/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٩/٣) ، الحواشي (١٧٠/٧) .

مسألة ١١٧٨

حكم من قال إن قربتك فلله علي صلاة

٢٤٣٣٨ - قال محمد إذا قال : إن قربتك فلله علي صلاة فهو مولي .

٢٤٣٣٩ - وقال أبو يوسف في قوله الآخر : ليس بمؤل [١] .

٢٤٣٤٠ - وقال الشافعي [رَحِمَهُ اللَّهُ] ، يكون مؤليًا [٢] .

٢٤٣٤١ - لأبي يوسف : أن الصلاة ليست من أحكام اليمين ، ولا يعتبر في وجوبها المال ، فلا يتعلق بإيجابها إيلاء [٣] ، كما لو قال : إن قربتك فعلي أن أصلي على جنازة [٤] ، أو أتوضأ [٥] . وهذا الأصل لا شبهة فيه ، لأن صلاة الجنازة لا تجب بالإيجاب ؛ إذ هي من فروض الكفايات [٦] ، فمتى فعلها وقعت عما وجب عليه ، ولم تقع عن النذر [٧] . ولأنه منع نفسه من قربها إلا بوجوب قربة ليس لها مدخل في

(١) ما ذهب إليه أبو يوسف يتفق مع رأي أبي حنيفة . انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٤٣/٤) ، شرح فتح القدير (٤٠/٤ ، ٥١) ، الاختيار لتعليل المختار (١٥٢/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٢٦/٢) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٤٤/٣ ، ٩ ، تكملة المجموع (١٩٣/١٦) ، قول الشافعي هو ما قال به مالك ، وأحمد . انظر : المدونة الكبرى (٨٤/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٢/٢) ، المغني لابن قدامة (٢٩٩/٧) ، وفي الحاشية قولان : عند ابن القاسم فهو مول ، وعند يحيى بن عمر ليس بمول . انظر : الحاشية (٤٢٦/٢) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٤٣/٥) .

(٤) جنزت الشيء أجنزه من باب ضرب سترته ، ومنه اشتقاق الجنازة وهي بالفتح والكسر أفصح . وقال الأصمعي وابن الأعرابي بالكسر ، الميت نفسه وبالفتح السرير ، وقال ثعلب بعكس هذا . انظر : المصباح المنير ١١١ .

(٥) الوضوء : بالضم هو الفعل ، وبالفتح هو الماء الذي يتوضأ به ، وهو مشتق من الوضاءة وهو الحسن والبهجة . يقال : وضؤ الوجه أي زان وحسن ، وفي الشرع : استعمال الماء في أعضاء مخصوصة مفتتحًا بنية . انظر : المصباح المنير ٦٦٣ ، قليوبي وعميرة (٤٤/١) .

(٦) ذهب الجمهور غير الحنفية إلى أن الفرض والواجب مترادفان وهو الفعل الذي طلبه الشارع طلبًا جازمًا سواء كان الطلب ثابتا بدليل قطعي أو ظني ، وذهب الحنفية إلى أن الفرض والواجب متباينان ، فالفرض هو الفعل الذي طلبه الشارع طلبًا جازمًا بدليل قطعي كالصلاة والزكاة ، أما الواجب فهو الفعل الذي طلبه الشارع طلبًا جازمًا بدليل ظني كصلاة الوتر . انظر : التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للآمدي ٧٤ .

(٧) أي أن الصلاة لم تقع عن النذر . انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٧) .

الكفارة ولا للكفارة [١] فيها مدخل [٢] كما لو قال : إن قربتك فعلي أن أعود مريضًا ، أو أصلي على جنازة . ولا يلزم العتق ، والصوم ، والصدقة ، لأن لذلك مدخلًا [٣] في الكفارة . ولا يلزم الحج ، لأن الكفارة فيه مدخلًا [٤] .

٢٤٣٤٢ – احتجوا : بأن ما وجب بالنذر جاز أن يصير به مؤليًا كالحج ، والصوم والصدقة [٥] .

٢٤٣٤٣ – والجواب : أن الفرق بينهما أن الحج يعتبر في وجوبه المال ، والصوم والصدقة من موجب اليمين [٦] .

٢٤٣٤٤ – فإن قيل : الصلاة قد يعتبر فيها المال بدلالة أنها لا تصح إلا بطهارة ، وإنما يبتاع بالمال ، وستر [٧] العورة لا يتوصل إليه إلا بالمال [٨] .

٢٤٣٤٥ – قلنا : هذا لا يعتبر في وجوب الصلاة ، وإنما يعتبر في أدائها مع القدرة عليه . ولا يعتبر مع العجز . وأما الحج فيعتبر المال في وجوبه ، والقول للكفارة فيه مدخل [٩] .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٢) أي لأنه منع نفسه من قربها بشيء لا يؤدي إلى وجوب الكفارة إذا فعله ، قاله صاحب شرح فتح القدير ، لأنه ليس مما يشق في النفس وإن تعلق شقاقه بعارض ذميم في النفس من الجبن ، أوالكسل ولأنه لا يثقل على الطبع بل يسهل ولا يعد مانعًا في العرف .
(٣) في (م) ، (ع) : [ذلك يدخل] .
(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٤٣/٤) ، شرح فتح القدير (٤٠/٤) .
(٥) قال صاحب بدائع الصنائع عن وجه قول محمد : « بأن الصلاة مما يصح إيجابها في النذر كالصوم والحج فيصير مؤليًا كما لو قال علي صوم أو حج » . انظر : بدائع الصنائع (١٩٤٣/٤) .
(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٧) .
(٧) في (م) ، (ع) : [ستور] .
(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٧) .
(٩) قال صاحب المبسوط : « لأن الإنسان لا يكون ممتنعًا من التزام الصلاة أو صلاة ركعتين ، إذ لا يلحق في أدائها مشقة ولا حزن في ماله بخلاف سائر القرب ، توضيحه أنه علق القربان بإطعام مسكين فهو موجب اليمين ، وكذلك الصدقة والصوم ، وكذلك الهدي والحج فإنه لا يتوصل إلى أدائها إلا بمال والتكفير بالمال موجب اليمين عند الحنث . انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٧) .

مسألة ١١٧٩

احتساب المدة فيما إذا آلى فخرجت من المصر أو نشزت أو مرضت

٢٤٣٤٦ - قال أصحابنا : إذا آلى منها ، فخرجت من المصر أو نشزت أو مرضت احتسب عليه بالمدة في النشوز (١) والغيبة (٢) التي تصل إليها في المدة . وفي المرض الذي لا يستطاع معه الجماع يفيء إليها بلسانه (٣) .

٢٤٣٤٧ - وقال الشافعي : لا يحتسب عليه بالمدة (٤) .

٢٤٣٤٨ - لنا : أن الناشزة يمكنه ردها بالحاكم ، والغائبة يمكنه أن يجتمع معها في [مدة الإيلاء] (٥) ، فصار كما (٦) لو كانت بحضرته (٧) ؛ ولأنه لا يخلو إما أن يتمكن من وطئها ، أو يتعذر وطؤها (٨) ، فإن كان من حين الممكن اعتد بالمدة ، وإن كان من

---

(١) النشوز : هو الخروج عن الطاعة . انظر : مغني المحتاج (٢٥١/٣) .

(٢) المراد إذا حدثت الغيبة بحيث لا يتمكن من الوطء في المدة . انظر : بدائع الصنائع (١٩٥٧/٤ ، ١٩٥٨) .

(٣) انظر : المبسوط (٢٨/٧) ، شرح فتح القدير (٥٠/٤) ، مختصر الطحاوي ٢٠٨ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٤٥/١) ، البناية في شرح الهداية (٦٤٤/٤) ، اللباب (٦٣/٣) ، وبه قال الإمام أحمد انظر : المغني لابن قدامة (٣٢٧/٧ ، ٣٢٨) .

(٤) قال بعض الشافعية يحتاج أن يقول قد ندمت على ما فعلت وإن قدرت فعلت . انظر : الأم للشافعي (٢٥٦/٥) ، مغني المحتاج (٢٤٩/٣) ، روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٢٥٤/٨) ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٧٨/٧) ، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٥١/٤) ، وبه قال الإمام مالك انظر : شرح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣١١/٢) .

(٥) في (ص) : [المدة] ، وما أثبتناه من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [كان] ،.

(٧) قال في الجامع الصغير : « لأنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه . انظر : الجامع الصغير ٢٢٠ ، حاشية ابن عابدين (٤٣٠/٣) .

(٨) في (م) ، (ع) : [وطئوها] ، . أي أن القادر على الوطء يكون فيؤه بالجماع ، وأما من لا يقدر أو عجز عنه فيكون الفيء بالقول أو اللسان ، وقد قسمه الحنفية عند التعذر أو العجز عن الوطء إلى قسمين حقيقي وحكمي . أما الحقيقي : فهو الذي يتعذر معه الوطء ، مثل أن يكون أحد الزوجين مريضًا مرضًا يتعذر معه الجماع ، أو كون المرأة صغيرة ، أو رتقاء ، أو ناشزة ، أو غير ذلك . أما الحكمي : فهو الذي يتمكن من وطئها مثل أن يكون محرمًا وقت الإيلاء وبينه وبين الحج أربعة أشهر . وقال الإمام مالك وأحمد بجواز الفيء بالقول أو اللسان عند العجز وأما المريض والمسجون فتعرف فيئته بالكتابة بأن يكتب إلى الموضع الذي فيه =

حين المتعذر ففيه القول ، ولا يسقط حكم المدة كالمريض [١] .

٢٤٣٤٩ - احتجوا : بأنها مدة ضربت لإيفاء حقها من الوطء كمدة العنة [٢] ، ومعلوم أنها لا تحتسب عليه في تلك المدة بزمان النشوز والغيبة فكذلك [٣] هذا [٤] .

٢٤٣٥٠ - قلنا : هذا [٥] مدة العنة .

٢٤٣٥١ - قد قالوا : يحتسب [عليه بمدة غيبتها إذا خرجت بإذنه ، فإن خرجت وهو لا يقدر على منعها كخروجها لحجة الإسلام لم يحتسب] [٦] بذلك من المدة [٧] . وأما المرض فروي عن أبي يوسف أنه قال : إن كان شهرًا لم يحتسب به ، وإن كان أقل احتسب به [٨] [٩] وروي عنهم أن المرض إذا كان في جميع المدة أجل سنة أخرى ، وإن صح في السنة يومًا واحدًا احتسب بها علي أن الفرق بين مدة العنة والإيلاء [أن مدة العنة] [١٠] لا يبطلها إلا الوطء ، فإذا وجد هناك مانع من الوطء لم يعلم أن العجز منه ، فلم يكتف بالمدة . ومدة الإيلاء تبطل بالوطء مع القدرة ، وبالقول مع العجز ، فهذه

= زوجته . وقال بعض الشافعية لا فيء إلا بالجماع . وجهه أن الفيء بالحنث ولا حنث باللسان فلا يحصل الفيء به ، وهذا لأن الحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف عليه هو القربان فلا يحصل الفيء إلا به . بينما رأي بعضهم : أنه إن كان مريضًا مرضًا يمنع الوطء أو حبس بغير حق حبسًا يمنع الوصول إليه طولب أن يفيء فيه المعذور بلسانه وهو أن يقول : لست أقدر على الوطء ولو قدرت لفعلت فإذا قدرت فعلت . انظر : بدائع الصنائع (١٩٥٧/٤) ، وما بعدها ، تحفة الفقهاء (٣١١/٢) ، المدونة الكبرى (٩٩/٣) ، الدسوقي (٢٣٧/٢) ، المهذب (١٤٢/٢) ، المغني (٣٢٨/٧) ، وما بعدها .

(١) أي في حالة ما إذا كان قادرًا على الجماع حقيقة وعاجزًا عنه حكمًا ، قال أصحاب أبي حنيفة ما عدا زفر : لا يصح ولا يكون فيئه إلا بالجماع . وقال زفر يصح . لأن العجز حكمًا كالعجز حقيقة في أصول الشريعة كما في الخلوة . والراجح الأول : لأنه قادر على الجماع حقيقة فيصير ظالمًا بالمنع ، فلا يندفع الظلم عنها إلا بإيفائها حقها بالجماع . انظر : بدائع الصنائع (١٩٥٩/٤) ، تحفة الفقهاء (٣١١/٢) .

(٢) أي لا يحسب زمن الإيلاء من المدة لارتفاع النكاح أو اختلاله مثل النشوز والعنة . انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٥٠/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [كذلك] .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٣٤٨/٣) .

(٥) ساقط من (ص) ، وأثبتناه من (م) ، (ع) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) أي أجاب الحنفية : بأن المدة التي ضربت لإيفاء حقها من الوطء إنما هي مدة العنة لا للمرض ، وقد قالوا بأنها تحتسب من المدة .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ع) ، وأثبتناها من (ص) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع ١٩٥٩/٤ .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، وأثبتناها من (ص) ، (م) .

الأعذار إن كان يعجز معها فيجب أن يفيء بالقول الذي يقدر عليه ، فإذا لم يفعل صار كالممتنع من الوطء مع القدرة [١] .

* * *

(١) أي : أن القادر على الوطء إذا لم يفيء في المدة وقع الطلاق ، وكذلك العجز عن الوطء ففيؤه باللسان ، فإذا لم يفيء بلسانه وقع الطلاق . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٧/٤) ، شرح فتح القدير (٥٠/٤) ، البناية شرح الهداية (٦٤٤/٤) .

مسألة ١١٨٠

حكم من قال لامرأتين له والله لا أقربكما

٢٤٣٥٢ - قال أصحابنا إذا قال لامرأتين له : والله لا أقربكما كان مؤليًا استحسانًا (١) .

٢٤٣٥٣ -وقال زفر : لا يكون مؤليًا حتى يطأ إحديهما (٢) .

٢٤٣٥٤ - وبه قال الشافعي [رحمه الله] (٣) .

٢٤٣٥٥ - لنا : أنه لا يتوصل إلى واحدة منهما إلا بحنث يلزمه ، أو يعتبر إيلاء في صاحبتها . ويعتبر الإيلاء من أحكام / اليمين ، ومن لا يتوصل إلى الوطء إلا بلزوم حكم من أحكام الإيمان كان مؤليًا (٤) كما لو قال : إن قربتك فعليَّ عتق أو صوم أو صدقة (٥) .

٢٢/ب

(١) يطلق الاستحسان عند الأحناف على معنيين : أولهما - قياس خفيت علته لدقتها وبعدها في مقابلة قياس آخر ظهرت علته لتبادرها للذهن أولا ، وثانيهما : النصوص التي جاءت على خلاف القياس بطريق الاستثناء من القواعد الأصلية .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ٢١٠ ، المبسوط للسرخسي (٢٦/٧ ، بدائع الصنائع (١٩٣٣/٤) ، شرح فتح القدير (٥٠/٣) . وإليه ذهب الإمام مالك ، جاء في المدونة : « إذا قال لامرأتين : والله لا أقربكما . ففيهما ثلاثة فصول : أحدها : أن يقول لامرأتين والله لا أقربكما ، أو يقول لنسائه الأربع والله لا أقربكن وهما فصل واحد . الثاني : أن يقول : والله لا أقرب إحداكما أو إحداكن . الثالث : أن يقول : والله لا أقرب واحدة منكما أو واحدة منكن . أما الأول : فواضح بأنه صار مؤليًا منهما للحال ، حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقربهما بانا جميعًا . وكذلك إذا قال لنسائه الأربع : والله لا أقربكن صار مؤليًا منهن للحال ، فلو لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر بِنّ جميعًا ، وهذا قول أصحاب أبي حنيفة ما عدا زفر القائل : ما لم يطأ واحدة فيصير مؤليًا من الأخرى . وقال الشافعي وأحمد يكون مؤليًا . أما الثاني : وهو ما إذا قال والله لا أقرب إحداكما : فإنه يصير مؤليًا من إحداهما حتى لو وطئ إحداهما لزمته الكفارة وبطل الإيلاء لوجود شرط الحنث ، وهو قربان إحداهما ، حتى لو وطيء إحداهما بعينها فيكون مؤليًا منها دون غيرها ، وعند الإمام مالك لا يشترط النية لواحدة دون الأخرى . أما الثالث : وهو ما إذا قال : والله لا أقرب واحدة منكما فإنه يصير مؤليًا منهما جميعًا ، حتى لو مضت مدة أربعة أشهر ولم يقربهما فيها بانتا جميعًا ، وبه قال الشافعي أيضًا . انظر : المدونة الكبرى (٩٦/٥) تكملة المجموع (٣١٤/١٦) ، الكشاف (٣٦٠/٥) ، بدائع الصنائع (١٩٣٣/٤) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٦٩/٥) ، المهذب (١٣٨/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٧/٣) ، المدونة الكبرى (٣٦١/٥) .

(٤) أي : أنه إذا وطئ إحداهما سقط الإيلاء عمن جامع منهما ، وأما من لا يتوصل إلى وطئها فلا يسقط الإيلاء ، وإما زال هو مؤليًا ، كما لو عقد يمينه على كل واحدة على الانفراد . إلا أنه لا يلزمه الكفارة بقرب إحداهما ؛ لأن الكفارة موجب الحنث فلا تجب ما لم يتم شرط الحنث . انظر : المدونة الكبرى (٩٦/٥) ، المغني لابن قدامة (٣٠٨/٧) ، المبسوط للسرخسي (٢٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٣٤/٤) .

(٥) أي : الدليل على أنه مؤلٍ ؛ أنه إذا توصل إلى الوطء منها يحنث ويلزم عليه الكفارة فيكون مؤليًا .

٢٤٣٥٦ - قالوا : لا يحنث بوطء إحداهما ، فلم يكن مؤليًا منها ، كما لو قال [١] لزوجته وأَمَتِهِ : واللَّه لا أقربكما ، أو لزوجته وأجنبية [٢] .

٢٤٣٥٧ - قلنا : هناك إذا وطئ زوجته لم يحنث ، ولم يتعين الإيلاء في الأخرى ، ومن يتوصل إلى وطئها من غير أن يلزمه حكم من أحكام اليمين لم يكن مؤليًا منها [٣] .

* * *

(١) انظر : الأم للشافعي (٢٥٣/٥) ، المهذب (١٣٨/٢) ، شرح المهذب (٣١٣/١٦) ، مغني المحتاج (٣٤٧/٣) .

(٢) هذا اعتراض على هذا الدليل أي أنه لا يلزم عليه الكفارة فيما إذ وطئ إحداهما ؛ لأن الكفارة لا تجب إلا بقربان كل منهما ، فلا يكون مؤليًا بها ، فلا فرق بينه وبين ما إذا قال لزوجته وأمته ، أو لزوجته وأجنبية . انظر : الأم للشافعي (٢٥٣/٥) ، المبسوط (٣١/٧) .

(٣) وأجيب عن هذا الاعتراض : بأنه لا يجوز القياس على ذلك ، وإنما هذه المسألة تقاس على من يقول : واللَّه لا أقرب إحداكما ، فإنه يصير مؤليًا من إحداهما ، ولو وطئ إحداهما لزمته وبطل الإيلاء . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٧/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٣٤/٤ ، ١٩٣٥) .

مسألة ١١٨١

إذا آلى المريض من امرأته ودام المرض

٢٤٣٥٨ - قال أصحابنا : إذا آلى المريض من امرأته ، ودام المرض انقضت المدة [١] ؛ فإن كان فاء إليها بقوله سقط الإيلاء ، ولم يقع عليها بهذا الإيلاء طلاق أبدًا ، وإن مضت المدة ولم يفئ إليها طلقت [٢] .

٢٤٣٥٩ - وقال الشافعي : إذا مضت وهو مريض قيل له : تفيء بلسانك ؟ فتقول : إذا قدرت على الوطء وطئتك . فمتى قدر على الوطء قيل له : إما أن تفيء بالوطء أو تطلق [٣] .

٢٤٣٦٠ - لنا : أنه وجد منه الفيء المانع من الطلاق ؛ فصار كما لو فاء بالوطء ، ولأن الفيء بالقول أُقِيمَ مقام الفيء بالوطء عند العجز ، فوجب أن يقوم مقامه في الحكم المختص به كالمقيم ، ولأن الطلاق لا يتعين عليه عقيب المدة ، فلا يلزمه في الثانى كما لو وطئها [٤] .

٢٤٣٦١ - قالوا : كان عليه الوطء ، وقد عجز عنه ؛ فتأخر إلى حين القدرة ، فإذا امتنع منه مع القدرة كلف الطلاق [٥] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [العدة] .

(٢) قال صاحب شرح فتح القدير : « إنه آلى وهو مريض ، وتم أربعة أشهر وهو مريض ، وفيؤه أن يقول بلسانه : فئت إليها . فإن قال ذلك سقط الإيلاء . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٩/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٩/٤) ، شرح فتح القدير (٥٣/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بطل] . انظر : الأم للشافعي (٢٦٠/٥) ، المهذب (١٤٢/٢) ، مغني المحتاج (٣٥٠/٣) ، المدونة الكبرى (١٠٠/٥) ، الشرح الصغير (٦٣١/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٣٧/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٢٧/٧) ، الكشاف (٣٦٤/٥ ، ٣٦٥) .

(٤) أي أنه إذا وقع الفيء باللسان فلا يترتب بعده الطلاق ؛ لأن الفيء باللسان بدل عن الفيء بالجماع فمنع الطلاق كالتيمم عند عدم الماء ، فقام مقامه ، والطلاق الذي يقصد من الإيلاء والذي يقع عقيب المدة لم يتعين ؛ فلا يجوز الفيء باللسان بعد المدة كما لا يجوز بالوطء أيضًا فيها . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٩/٧) ، بدائع الصنائع (٩٥٩/٤) ، شرح فتح القدير (٥٤/٤) .

(٥) انظر : الأم للشافعي (٢٦٠/٥) ، تكملة المجموع (٣٣٤/١٦) ، المدونة الكبرى (١٠٠/٥) ، كشاف القناع (٣٦٥/٥) .

٢٤٣٦٢ - قلنا : المريض فاء إليها بالقول ، فسقط حكم الإيلاء ، فإذا قدر علي الوطء ، فهو ممتنع من وطئها بيمين نهي غير إيلاء ، فلا يكلف الطلاق كالحالف على أقل من أربعة أشهر [١] .

* * *

---

(١) والجواب لقول المعترض : بأن المريض إذا فاء بالقول فقد سقط الإيلاء ، أما تأخره إلى وقت القدرة فلا يجوز ، بدليل أنه لو قدر على الوطء ومنعه بيمين ؛ فإنه لا يعتبر ذلك إيلاء كما لو حلف على أقل من أربعة أشهر فإنه لا يكون إيلاء بالإجماع . انظر : بدائع الصنائع (١٩٥٩/٤) .

مسألة ١١٨٢

حكم من قال لامرأته : إن قربتك فللَّه علي عتق هذا العبد عن ظهاري

٢٤٣٦٣ - قال أصحابنا : إذا قال لامرأته : إن قربتك فلله عليَّ عتق هذا العبد عن ظهاري ، فليس بمؤلٍ (١) .

٢٤٣٦٤ - وقال الشافعي [رحمه الله] : يكون مؤليًا (٢) ، فإن قربها فهو بالخيار : إن شاء عتق العبد عن ظهاره ، وإن شاء كفر كفارة يمين .

٢٤٣٦٥ - لنا : أنه أوجب على نفسه تعيين ما وجب عليه غير معين ، فصار كما لو قال : إن قربتك فلله عليَّ صوم يوم الخميس ، عن اليوم الذي نذر صومه ، أو فلله عليَّ أن أتصدق بهذا المال عن زكاتي (٣) ، أو كفارة يميني .

٢٤٣٦٦ - فإن قيل : في عتق عبد بعينه فضيلة لم تجب بالظهار ؛ لأن زيادة القيمة فضيلة (٤) .

٢٤٣٦٧ - قلنا : وكذلك إذا نذر صومًا مطلقًا ، ثم قال : للَّه عليَّ أن أصوم يوم عرفة (٥) ، ففي تعيين صوم يوم عرفة فضيلة ، على أنه لو عين الإيجاب في عبد بعينه ، وهو أقل العبيد قيمة كان مؤليًا عندهم وإن لم يكن في تعينه زيادة فضيلة (٦) .

٢٤٣٦٨ - قال : قيل للعبد حق في العتق ، وليس للزمان الذي يتعين فيه الصوم

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٧ ، ٣٩) .

(٢) ذكر في مغني المحتاج والمهذب أن للشافعي قولين : قال في الجديد : إنه لو قال : إن قربتك فلله عليَّ عتق هذا العبد عن ظهاري يكون مؤليًا ، وقال في القديم : لا يكون مؤليًا . انظر : الأم للشافعي (٢٨٦/٥) ، المهذب (١٣٦/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٧/٣) .

(٣) الزكاة في اللغة : هي الزيادة والنماء ، وفي الشرع : تمليك جزء مخصوص من مال مخصوص لشخص مخصوص للَّه تعالى . انظر : اللباب (١٣٦/١) .

(٤) قال في المهذب : إن الفرق بينهما أن الصوم الواجب لا تتفاضل فيه الأيام ، والرقاب تتفاضل ، انظر : المهذب (١٣٦/٢) .

(٥) عرفة وعرفات موضع بمكة ، وسمي بذلك ؛ لأن الناس يتعارفون به . انظر : لسان العرب (٢٩٠١/٤) .

(٦) أي : أنه لا فرق بين أن يكون العبد أقل قيمة أو أكثر في كونه مؤليًا عند الشافعية ، كما في نذر صوم يوم عرفة ، فإنه يكون مؤديًا لنذره .

منفعة في الصوم ، فلذلك [١] صح الإيجاب في العتق [٢] .

٢٤٣٦٩ - قلنا : عند الشافعي لا يتعين الإيجاب ، لأن الحالف مخير عنده ، إن شاء أعتق العبد ، وإن شاء كفر عن يمينه [٣] ؛ فعلى هذا لا حق للعبد أن يتعين بهذا التعيين ، لأن اللَّه تعالى أوجب العتق غير معين ، فإذا عين الإيجاب بالنذر لا يتعين إيجاب ، كما لو قال : لله عليَّ أن أقضي صوم رمضان في هذا الشهر ، وإذا لم تتعين العين بهذا الإيحاب ، فهو يتوصل إلى وطئها من غير شيء يلزمه ، فلم يكن مؤليًا [٤] .

٢٤٣٧٠ - قالوا : حلف على ترك وطئها يمين تبقى بعد أربعة أشهر زمانًا يمكن مطالبته ، فوجب أن يكون مؤليًا كما لو قال : للَّه عليَّ عتق عبدي [٥] .

٢٤٣٧١ - قلنا : لا نسلم أنه حالف ، لأن عندنا هذا الإيجاب لا يلزمه به حق ، فهو كقوله : عليَّ صوم رمضان وصلاة الظهر ، فلا يكون بذلك حالفًا [٦] .

٢٤٣٧٢ - قالوا : الدليل على أنه يلزمه : أنه يملك عتق هذا العبد عن ظهاره ، فصح إيجابه ، كما لو أطلق الإيجاب ، ولم يقل : عن ظهاري [٧] .

٢٤٣٧٣ - قلنا : يبطل إذا قال : للَّه عليَّ صيام شوال عن قضاء رمضان ، فأصوم هذه الأيام الثلاثين عن كفارة الماضي ، وعن نذري ، وهو يملك ذلك ، ولا يصير بتعيينها حالفًا [٨] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .
(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٤٦/٣) .

(٣) إذا لم يتوصل إلى الوطء يلزمه العتق ؛ لكونه مظاهرا ، فإذا توصل إلى الوطء لزمته الكفارة ؛ لأنه حنث . انظر : الأم للشافعي (٢٦٨/٥) ، مغني المحتاج (٣٤٧/٣) .

(٤) لا يجوز تعيين العتق للعبد لكونه إن شاء عتق العبد وإن شاء كفر عن اليمين ؛ لأن اللَّه تعالى أوجب العتق غير معين ، ثم عين الإيجاب بالنذر ، فإن هذا النذر لا يتأثر في إيجابه بعدما أوجبه اللَّه به ، وقال السرخسي : بحيث يملك قربانها من غير أن يلزمه شيء لا يصح فيصير عند القربان كأنه قال : عليَّ صوم أمس وذلك لغو . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٩/٧) .

(٥) أي أن القول : إن قربتك فلله عليَّ عتق هذا العبد عن ظهاري أنه حلف أيضًا ، فيكون مؤليًا بمثل ذلك الحلف ، كما يقاس على لو قال : لله على عتق عبدي فإنه مؤلٍ إذا كان العبد في وقت الحلف حيًّا . انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٣١/٨) .

(٦) أي لا يسلم أن هذا الحلف إيلاء ؛ لأن الإيجاب به لا يلزمه شيء له ، كما قالوا : حلف صوم رمضان وغيره من الواجبات فلذلك لا يكون مؤليًا . انظر : المهذب (١٣٥/٢) .

(٧) انظر : الأم للشافعي (٢٥١/٥) ، المهذب (١٣٥/٢) .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٠/٧) .

مسألة ١١٨٣

إيلاء المجبوب

٢٤٣٧٤ - قال أصحابنا : إذ حلف المجبوب [١] لا يقرب امرأته [أو] [٢] لا يجامعها كان مؤليا [٣] ، وفيؤه القول ، وكذلك إذا كانت المرأة رتقاء [٤] .

٢٤٣٧٥ - وهو قول الشافعي في الأم [٥] ، وقال في الإملاء : لا ينعقد يمينه ، ولا يكون مؤليًا [٦] .

٢٤٣٧٦ - لنا : أنه زوج يصح طلاقه ، فصح إيلاؤه كغير المجبوب ، ولأن العجز عن الوطء لا يمنع صحة الإيلاء ، كما لو آلى منها ، وبينهما مدة [٧] لا يصل إليها في مدة الإيلاء [٨] .

٢٤٣٧٧ - فإن قيل : هناك يقدر على وطئها في الجملة [٩] .

٢٤٣٧٨ - قلنا : التعيين هو الوطء في المدة ، وما بعدها ، بدلالة : أنه ينعقد عليه اليمين ، فلا يعتبر بالقدرة في غير مدة اليمين [١٠] .

---

(١) هو : مقطوع جميع الذكر ، أو لم يبق منه قدر الحشفة . انظر : مغني المحتاج (٢٠٢/٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [و] .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ٢٨ ، المبسوط للسرخسي (٢٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٨/٤) ، شرح فتح القدير (٥٣/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٣٢/٣) ، البناية في شرح الهداية (٦٤٩/٤) ، اللباب (٦٢/٣) .

(٤) هي : انسداد محل الجماع منها بلحم . انظر : مغني المحتاج (٢٠٢/٣) .

(٥) انظر : الأم للشافعي (٢٧٤/٥) ، المهذب (١٣٥/٢) ، مغني المحتاج (٤٢٢/٢) .

(٦) انظر : المهذب (١٣٥/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) ، وبه قال مالك وأحمد . انظر : المدونة (١٠١/٣) ، الكشاف (٣٦١/٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [مسافة] .

(٨) استدل القائل بأن المجبوب يصح الإيلاء منه ، بأن المجبوب يصح طلاقه فيصح إيلاؤه وعدم القدرة على الوطء لا يمنع الإيلاء فيقاس بما لو آلى وبينهما مسافة فالإيلاء يصح منه . انظر : المبسوط للسرخسي (٢٨/٧) ، بدائع الصنائع (١٩٥٨/٤) ، شرح فتح القدير (٥٣/٤) ، المهذب (١٣٥/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) .

(٩) اعترض على هذا الدليل : بأن هناك فرقًا بين المجبوب ومن بينهما مسافة ؛ من حيث إن المجبوب لا يقدر على الوطء في الجملة . انظر : المهذب (١٣٥/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٤/٣) .

(١٠) جاء في بدائع الصنائع والمبسوط : أن الاعتبار بالوطء في المدة وما بعدها ، وأن اليمين ينعقد منه وليس الاعتبار بالقدرة ؛ لأن في حالة العجز عن الوطء يمكن الفيء بالقول . انظر : بدائع الصنائع (١٩٩٥٨/٤) ، المبسوط للسرخسي (٢٨/٧) .

٢٤٣٧٩ - احتجوا : بأنه حلف على ما لا يصح وجوده ، فصار كما لو حلف ليشربن الماء الذي في الكوز [١] ولا ماء فيه [٢] .

٢٤٣٨٠ - قلنا : هناك ليس في عقده معقود عليه ، ألا ترى أن اللّٰه تعالى لو خلق ماء في الكوز لم يكن هو المعقود عليه ، وعدم المعقود عليه يمنع الانعقاد [٣] ، وفي مسألتنا يتصور أن اللّٰه تعالى يخلق له ذكرًا ، فيكون هو المجامع لها ، فيتوهم وجود المعقود عليه [٤] ، فينعقد يمينه [٥] .

٢٤٣٨١ - قالوا : حكم الإيلاء ثبت ، لأنه منعها حقها من الوطء ، وفقده ليس من وطئها [٦] ، فلم يضر بها باليمين [٧] .

٢٤٣٨٢ - قلنا : المجبوب يقذف بالماء ويحبلها ، ولها حق في ذلك ، فإذا حلف لا يقربها فقد منع ذلك ، فأضر بها [٨] .

٢٤٣٨٣ - قالوا : فلو آلى منها ، وقذف بالماء في فرجها لم يكن فيئًا ؛ فدل [٩] على أن هذا ليس بحق لها [١٠] .

٢٤٣٨٤ - قلنا : لو قذف الماء ، وحملت وولدت ثبت النسب [١١] ، وكان ذلك فيئًا عندنا ، وبطل حكم الإيلاء به [١٢] .

---

(١) الكوز معروف وهو من الأواني ، والجمع أكواز . انظر : لسان العرب (٥/٣٩٥٥) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) . احتج من قال أن الإيلاء لا يصح من المجبوب ، بأنه حلف على شيء يستحيل وجوده ، وهو لا يجوز ، ويقاس على من حلف ليشربن الماء في محل الماء ، ولا ماء فيه وهذا مستحيل . انظر : المهذب (٢/١٣٥ ، ١٣٧) .

(٣) قاعدة : « عدم المعقود عليه يمنع الانعقاد » .

(٤) ساقطة من (ع) ، وأثبتناها من (م) ، (ص) .

(٥) جاء في فتح القدير : بأن ما استدللتم بالقياس لا يصح ؛ لأنه قياس مع الفارق ، والقياس مع الفارق لا يصح ، ووجهه : أن اللّٰه تعالى لم يخلق الماء الذي هو المعقود عليه في الكوز ، فيكون أنه قد حلف على شيء يستحيل وجوده ، أما في المقيس فإن اللّٰه تعالى قد خلق له ذكرًا ، وأما المعقود عليه الذي في الذكر فإنه يوهم بالوجود وعدمه . ولو كان كذلك فإن اليمين منه جائز ، ولأن الاعتبار باليمين . انظر : شرح فتح القدير (٤/٥٢) .

(٦) في (ع) : [الوطء] .

(٧) جاء في مغني المحتاج : نعم ، الإيلاء ثابت له ؛ لأن الإيلاء ترك الفيء في المدة ، ولكن لما كان العجز عن الفيء فلا معنى لليمين . انظر : مغني المحتاج (٣/٣٤٤) ، المهذب (٢/١٣٥) .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٢٨) .

(٩) في ، (ع) : [فدل ذلك] .

(١٠) قال المعترض : لا نقبل هذا ؛ لأن هذه الطريقة رغم أنه يحبلها لا تسمى فيئًا ، لأنها ليست من حق المرأة ، فلا يكون ذلك دليلًا على صحة الإيلاء منه .

(١١) انظر : الهداية (٢/١٣٩) .

(١٢) وأجاب بكون ذلك فيئًا : لأنها لو حملت وولدت ثبت النسب فيكون دليلًا على صحة الإيلاء منه .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيدِ

كتاب الظهار

مسألة (١) ١١٨٤

ظهار الذمي

٢٤٣٨٥ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : لا يصح ظهار الذمي (٢) .

٢٤٣٨٦ - وقال الشافعي [رحمه الله] : يصح ظهاره (٣) .

٢٤٣٨٧ - لنا : أنه لا يصح طلاقه ، ولا إيلاؤه (٤) . والذي يصح منه الطلاق يصح (٥) منه الظهار .

---

(١) الظهار لغة : مصدر مأخوذ من الظهر ، مشتق من قول الرجل إذا ظاهر امرأته : أنت علي كظهر أمي . وكان طلاقًا في الجاهلية ، ويقال : كانوا في الجاهلية إذا كره أحدهم امرأته ولم يرد أن تتزوج بغيره آلى منها أو ظاهر ، فتبقى لا ذات زوج ولا خلية عن الأزواج ، تستطيع أن تنكح غير زوجها الأول ، فغير الشارع حكمه إلى تحريم الزوجة بعد العود (العزم على الوطء) ولزوم الكفارة . وتعريف الظهار شرعًا عند الأحناف أنه : « تشبيه المسلم زوجته ، أو ما يعبر به عنها من أعضائها ، أو جزءًا شائعًا منها بمحرمة عليه تأبيدًا » . وعرفه المالكية بقولهم : « الظهار : تشبيه المسلم المكلف من تحل له من زوجة أو أمة أو جزئها بمحرمة عليه ، أو بظهر أجنبية ، وإن تعليقًا ، أو مقيدًا بوقت » . وعرفه الشافعية بقولهم : « تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلالًا على التأبيد » . وعرفه الحنابلة بقولهم : « أن يشبه الزوج امرأته أو عضوًا منها بظهر من تحرم عليه التأبيد . وحكمه الشرعي : التحريم لقوله تعالى : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا ﴾ ومعناه أن الزوجة ليست كالأم في التحريم ، وقال تعالى : ﴿ مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ ﴾ وقال تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ أَزْوَٰجَكُمُ ٱلَّٰٓـِٔى تُظَٰهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَٰتِكُمْ ﴾ . وسمي الظهار بالظهر لتشبيه الزوجة بظهر الأم ، وإنما خص دون غيره ؛ لأنه موضع الركوب ؛ إذ المرأة مركوبة إذا غشيت ، فقوله : أنت علي كظهر أمي ؛ أي ركوبك للنكاح حرام عليَّ كركوب أمي للنكاح ، فأقام الظهر مقام الركوب ؛ لأنه مركوب ، وأقام الركوب مقام النكاح ؛ لأن الناكح راكب . انظر : المصباح المنير ٣٨٨ ، حاشية ابن عابدين (٤٦٦/٢) ، شرح فتح القدير (٨٥/٤) ، اللباب (٥٣٠/٣) ، الشرح الصغير (٦/٣) ، مغني المحتاج (٣٥٣/٣) ، كشاف القناع (٣٦٩/٥) ، غاية المنتهى (١٩٠/٣) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٣١/٦) ، بدائع الصنائع (٢١٢٣/٥) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٦/٣) ، شرح فتح القدير (٨٥/٤) ، وبه قال الإمام مالك انظر : الشرح الصغير (٦٦٤/٣) ، الخرشي على مختصر خليل (١٠٢/٣) .

(٣) انظر : مختصر المزني في الأم للشافعي (٣٠٦/٨) ، المهذب (١٥١/٢) ، وشرحه (٣٤/١٦ ، ٣٤٣) ، روضة الطالبين (٢٦١/٨ ، ٢٦٢) ، مغني المحتاج (٣٥٢/٣) ، وبه قال الإمام أحمد . انظر : المغني لابن قدامة (٢٣٨/٧) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ١٦٩١/٤ ، المبسوط ٢٣١/٧ ، المدونة ٥٢/٨ .

(٥) في (ص) : [فصح] وما أثبتناه من (م) ، (ع) ، قال الأصحاب مستدلين على الصحة : (لأنه لفظ =

٢٤٣٨٨ - قلنا : إنما لا يصح طلاقه ؛ لأنه لا يصح ظهاره [(١)] ، وعلة الفرع تبطل ؛ لأنه [(٢)] إزالة ملك ، والكافر في إزالة الملك [(٣)] كالمسلم [(٤)] ، والظهار تحريم بالقول يفضي إلى الكفارة ، فلا يصح من الذمي [(٥)] .

٢٤٣٨٩ - أصله : قوله : أنت عليَّ حرام [(٦)] ، ولأنه عقد إذا صح كان سببًا في وجوب الكفارة [(٧)] ، فلا يصح من الذمي كالإحرام ، ولأنه سبب في وجوب كفارة مرتبة من أنواع ثلاثة [(٨)] ، فإذا وجد من الذمي ؛ لم يتعلق به حكم ، كالفطر في رمضان [(٩)] ، ولا يلزم القتل ؛ لأنه [(١٠)] سبب في وجوب كفارة من نوعين [(١١)] ، والدليل على أن كفارة الظهار لا تلزم [(١٢)] منه : أنها عبادة لا تصح منه [(١٣)] وأنها عبادة من شرطها النية ، أو عبادة [(١٤)] تقارنها ؛ فلا تصح من الذمي كالصلاة والصوم ، ولا

= يقتضي تحريم الزوجة ، يصح من المسلم والكافر كالطلاق ، وقال الشافعي : يلزم الظهار من الأزواج من يلزمه الطلاق ، وصرح الروياني في الحلية بأنه لا فرق بين الذمي والحربي والمسلم) . انظر : منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع للسيوطي (٢٣٦/٦) ، وفي المغني لابن قدامة : ولنا أن من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم ... ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره كالطفل والزائل العقل بجنون أو إغماء . انظر : المغني لابن قدامة (٢٣٩/٧) .

(١) قال في البدائع : « لأن الظهار من التصرفات الضارة المحضة ، فلا يملكه الصبي ، كما لا يملك الطلاق والعتاق وغيرهما من التصرفات التي هي ضارة محضة » . (٢١٢٣/٥) .

(٢) أي : الطلاق ، والمعنى : لا يصح قياس الظهار على الطلاق ؛ لأن الطلاق إزالة ملك لا يفضي إلى الكفارة خلافًا للظهار .

(٣) في (م) ، (ع) : [الأملاك] .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٣١/٦) .

(٥) قال في المبسوط : « إن الذمي ليس من أهل الكفارة ، فلا يصح ظهاره كالصبي ، وبيان الوصف أن المقصود بالكفارة التكفير والتطهير ، والكافر ليس بأهل له ، وما فيه من الشرك أعظم من الظهار » . (٢٣١/٦) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢١٢٥/٥) .

(٧) انظر : المبسوط (٢٣١/٦) ، البدائع (٢١٢٥/٥) .

(٨) أي : العتق والإطعام والصوم لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦۚ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًاۚ ﴾ المجادلة ٣ ، ٤ .

(٩) أي : كما لو لم يجب على الذمي شيئًا بفطره رمضان لأنه لا يلزمه .

(١٠) في (ع) : [فإنه] ، وما أثبتناه من (م) ، (ص) .

(١١) القصاص والدية .

(١٢) في (م) ، (ع) : [يلزم] .

(١٣) أي : من الذمي .

(١٤) ساقطة من (ص) ، وأثبتناها من (م) ، (ع) .

يلزم الإيمان ، لأنه اعتقاد ونية [١] .

٢٤٣٩٠ - ولا يقال : من شرطها النية ، ولا تقارنها [٢] النية ، ولأن العتق والإطعام معنى يقع به التكفير ، فلا يصح منه [٣] كالصوم ، فلا يصح من الذمي ككفارة رمضان ، ولأن التكفير موضوع للتغطية ، فلا يجتمع مع الكفر كالقربة [٤] .

٢٤٣٩١ - فإن قيل : لا يمتنع أن تكون الكفارة عبادة في حق المسلمين عقوبة في حق أهل الذمة [٥] ؛ لأنها [٦] لا تجب إلا [٧] عن معصية متقدمة [كما أن الحدود وكفارات المسلمين عقوبة للكفار ، ولا تجب إلا عن معصية متقدمة] [٨] .

٢٤٣٩٢ - قلنا : الحدود [٩] ليست عبادات على المحدود ، وإنما هي عبادة على الإمام [١٠] [١١] ، ولهذا فإن الفاعل الملابس للحد مندوب إلى ستر نفسه ، والاقتصار على التوبة [١٢] . فأما في حق المحدود والمسلم : فتارة تكون عقوبة ليس فيها تكفيرَ وهو المحدود والمصِرُّ ، وتارة تكفيرًا [١٣] في حق المحدود الثابت ، والكافر لا تصح منه التوبة ، والحد عقوبة في حقه لا تكفير فيها ، كما هي في حق المسلم الذي لم يتب .

---

(١) انظر : المبسوط (٢٣١/٦) ، شرح فتح القدير (٩٤/٤) ، تحفة الفقهاء (٣١٧/٢) .

(٢) في (م) : [يقارنه] ، وفي (ع) : [يقاربه] ، .

(٣) في (م) ، (ع) : [فيه] ، . انظر : مغني المحتاج (٣٥٩/٣) ، روضة الطالبين (٢٧٩/٨) ، المغني لابن قدامة (٣٧٨/٧) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) ، .

(٥) قال في شرح روضة الطالب : « اختلف في بعض الكفارات هل هي زواجر أو جوابر ، والظاهر الثاني ؛ لأنها عبادات وقربات » ، وقال : « إنها تستقل بمعنى الزجر في حق الكافر » . انظر : أسنى المطالب شرح روضة الطالب (٣٦٢/٣) .

(٦) ساقطة من (ع) ، .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) قاعدة : الحدود ليست عبادات على المحدود ، وإنما هي عبادة على الإمام .

(١٠) الحدود جمع حد ، ومعناه في اللغة : المنع ، ومنه سمي البواب حدادًا لمنعه الناس عن الدخول ، وفي الشرع : عند الحنفية عبارة عن : « عقوبة مقدرة واجبة حقًّا للَّه تعالى ، وسمي هذا النوع من العقوبة حدًّا لأنه يمنع صاحبه إذا لم يكن متلفًا ، وغيره بالمشاهدة ، ويمنع ذلك ويعافيه إذا لم يكن متلفًا لأنه يتصور حلول تلك العقوبة بنفسه لو باشر تلك الجناية فيمنعه من المباشرة . وتعريف الحدود للجمهور شرعًا : عقوبة مقدرة شرعًا سواء كان حقًّا للَّه أم للعبد . انظر : المصباح المنير ١٢٤ ، لسان العرب (١٤٠/١٣) ، بدائع الصنائع (٤١٤٩/٧) ، إعانة الطالبين (١٤٢/٤) ، المغني (١٥٦/٨) .

(١١) الإمام : هو الذي له الرئاسة العامة في الدين والدنيا جميعًا . انظر : التعريفات للجرجاني ٥٨ .

(١٢) قاعدة : الفاعل الملابس للحد مندوب إلى ستر نفسه والاقتصار على التوبة .

(١٣) في (م) ، (ع) : [تكفير] .

وإما أن تختلف العبادة ، فتكون في حق المسلم عبادة ، وفي حق الكافر عقوبة ، ولو جاز ذلك لجاز إيجاب الزكوات [١] وصدقة الفطر على الكافر عقوبة وإن كانت في حق المسلم عبادة وقربة .

٢٤٣٩٣ – فإن قيل : قد قلتم إن المظاهر إذا ارتد وأعتق عن ظهاره جاز عتقه مع الكفر ، وإن كان التكفير لا يصح منه [٢] .

٢٤٣٩٤ – قلنا : كان شيخنا أبو عبد الله [٣] يقول : إنما قالوا إذا أسلم جاز عتقه [٤] ، وهذا يقتضي وقوع العتق ، فأما عن الكفارة فلا .

٢٤٣٩٥ – وقال غيره من أصحابنا : يجوز العتق إذا أسلم . وقبل إسلامه تصرف موقوف ، وإذا أسلم بعد العتق ، حال عقد الفعل عن الكفارة هو مسلم من أهل التكفير ، فلا يلزم ذلك على الطريقين .

٢٤٣٩٦ – فإن قيل : الكافر على الطريقين ، وإن لم يكن من أهل التكفير ، فيجوز أن يسلم [٥] ، فيصير من أهله [٦] .

٢٧٥

٢٤٣٩٧ – قلنا : المعتبر بحكمه في الحال / ألا ترى أن الصبي يجوز أن يصير من أهل التكفير ثم لا يصح ظهاره ، لأنه ليس من أهل التكفير في الحال [٧] ؟ وإذ ثبت له أنه لا يصح منه التكفير لا يصح منه الظهار كالصبي [٨] ، ولأن الكفارة موجبة للظهار ،

---

(١) في (م) ، (ع) : [ذكاة] ،.

(٢) قال في مختصر المزني : « ولو ارتد قبل أن يكفر فأعتق عبدًا عن ظهاره ، فإن رجع أجزأه ؛ لأنه معنى دين أداه ، أو قصاص أخذ منه ، أو عقوبة على بدنه لمن وجبت له ، ولو صام في ردته لم يجزئه ؛ لأن الصوم عمل البدن لا يجزئ إلا من يكتب له » انظر : مختصر المزني طبع مع الأم (٣٠٩/٨) .

(٣) هو : عبد الله بن محمد بن يحيى بن مهدي أبو عبد الله الجرجاني ، أخذ الفقه عن أبي بكر الرزاي ، وأقام ببغداد ودرس فيها بمسجد قطيعة الربيع ؛ وله تصانيف منها : ترجيح مذاهب أبي حنيفة ، وقال الخطيب : كان فقيهًا عالمًا ، وهو معدود من أصحاب الترجيح . انظر : الأعلام (١٢٦/٧) ، تاريخ بغداد (٤٣٣/٣) ، كشف الظنون (٥٦١/١) .

(٤) قال السرخسي : « لو أعتق عبدًا عن ظهاره في ردته ثم أسلم جاز عتقه عن الكفارة » . انظر : المبسوط (٢٣٢/٦) .

(٥) في (م) ، (ع) : [سلم] ،.

(٦) قال في الروضة : « وإذا كفر عنها ثم أسلم حل له الوطء » انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٨٠/٨ ، ٢٨١) ، أسنى المطالب في شرح روضة الطالب (٣٦٣/٣) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٣٣/٧) .

(٨) يقصد به : إذا لم يصح من الذمي التكفير فعدم صحة الظهار منه أولى ، مثل الصبي ؛ فإنه لا يصح منه التكفير فلا يصح الظهار منه أولى .

فمن لا يصح منه الموجَبُ لم يصح منه الظهار [(١)] الموجِب ، كما أن من لا يصح منه الطلاق لا يصح منه النكاح .

٢٤٣٩٨ - ولا يلزم الإيلاء أنه يصح من الذمي ، وإن كانت الكفارة لا تصح منه ، وذلك لأن الكفارة ليست من موجب الإيلاء .

ألا ترى أنها تجب بالحنث [(٢)] ، وذلك لأنها لا تزيل الإيلاء ، وإنما موجب الإيلاء الطلاق ، وذلك يصح من الذمي ؟ [(٣)] .

٢٤٣٩٩ - فإن قيل : كذلك الظهار ، لا يوجب الكفارة ، وإنما يجب بالعود [(٤)] .

٢٤٤٠٠ - قلنا : الظهار هو الموجب ، والعود [(٥)] شرط لا يحل الظهار ، ولا يخرجه من أن يكون مظاهرًا .

٢٤٤٠١ - ويدل على أن [ظهار المجبوب لها يصح منه ؛ لأنه شبه] [(٦)] امرأته بمن يعتقد عدم إباحتها بعقد يقر عليه [(٧)] ، فصار كالمسلم إذا قال لامرأته : أنت علي كظهر

---

(١) ساقطة من (ص) ، (ع) وأثبتناها من (م) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (١٩٠/٤) .

(٣) الإيلاء يصح من الذمي ؛ لأن الكفارة تجب فيه بالحنث ، فالذمي والمسلم في الإيلاء سواء في صحته ، على رأي الجمهور ما عدا الإمام مالك ، وقال في المبسوط : « لأن لهذه اليمين حكمين ، أحدهما : الطلاق وهو من أهله ، والآخر الكفارة وهو ليس من أهلها ، وكل واحد من الحكمين مقصود بهذه اليمين ، فامتناع ثبوت أحد الحكمين لانعدام الأهلية لا يمنع ثبوت حكم الثاني مع وجود الأهلية . انظر : المبسوط (٣٦/٧) ، الشرح الصغير (٤٤٧/٣) ، شرح فتح الجليل على مختصر خليل (٣٠٨/٢) ، مغني المحتاج (٣٤٣/٣) ، المغني لابن قدامة (٣١٤/٧) .

(٤) الرد على الإمام أبو حنيفة ومن وافقه : أن الظهار يصح من الذمي كما يصح الإيلاء منه ، والإيلاء يوجب الكفارات بالحنث وكذلك الظهار يوجبها بالعود ، فيصح الظهار من الذمي كما يصح الإيلاء منه ، إلا أن الظهار يوجب الكفارة بالعود ، وأما الإيلاء فإنه يوجب بالحنث أو مخالفة الزوج يمينه .

(٥) معنى العود : اختلف الفقهاء بما يقصد بالعود ، فقال الحنفية والمالكية على المشهور : العود هو العزم على وطئها بعد الظهار ، وقال الشافعية : العود في الظهار هو إمساكها بعد ظهاره زمنًا يمكنه طلاقها فيه ، وقال الحنابلة إن العود : هو الوطء في الفرج ، لقوله تعالى ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾ انظر : تحفة الفقهاء (٣٢٠/٢) ، بداية المجتهد (٧٩/٢) ، مغني المحتاج (٣٥٦/٣) ، المبسوط للسرخسي (٣٨/٦) .

(٦) في (م) ، (ع) : [النكاح لا يصح منه ، لأنه] ، .

(٧) دليل أبي حنيفة وأصحابه : أن الظهار هو الموجب للكفارة ، والعود شرط ، ولا يصح الظهار من الذمي ؛ لأن مناكحتهم على طريقتهم واعتقاد إباحتهم فلا يصح الظهار من الذمي . انظر : المبسوط للسرخسي (٣٨/٦) .

جاريتي [١] .

٢٤٤٠٢ - ولا يقال : المعتبر بما في شريعتنا دون اعتقادهم ، لأنه لو كان كذلك لم يجز إقرارهم على مناكحتهم .

٢٤٤٠٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [٢] ولم يفصل بين المسلم والكافر [٣] .

٢٤٤٠٤ - الجواب : أنه تعالى ابتدأ الآية الأولى بخطاب المسلمين [٤] ، فقال تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ ﴾ [٥] ، وقال جل اسمه : ﴿ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ ﴾ [٦] .

وهذا خطاب المواجهة ، فالظاهر [٧] أنه انصرف إلى من خوطب بالمواجهة في الآية الأولى ، وهم المسلمون [٨] ، ولأن الكافر لا يوعظ على الظهار ، وإنما يوعظ [٩] على الكفر ، فدل ذلك على أن الوعظ للمسلمين ، ثم قال تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ [١٠] ، والكافر لا يخاطب بالصيام فعلمنا أن الخطاب لمن يصح منه الصوم ، وهو المسلم [١١] ، والقرائن متى انضمت إلى اللفظ العام صار خاصًا ، ومنعت من دعوى العموم فيه .

٢٤٤٠٥ - ثم قال : ﴿ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ [١٢] ، فخاطب بالإطعام من لا [١٣] يستطيع الصوم ، ولو تناولته الآية تناولت من لا يكفر بالإطعام إلا

---

(١) لن يكون مظاهرًا في هذه الحالة ؛ لأنه شبه امرأته بامرأة محرمة عليه في حال ، وهي ممن تحل له في حالة أخرى ، مثل أخت امرأته ، ومثل امرأة لها زوج فلا يكون مظاهرًا ؛ لأن النص ورد في الأم المحرمة على التأبيد . انظر : تحفة الفقهاء (٣/٣١٧) .

(٢) سورة المجادلة : الآية ٣ .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٣/٢٥٢) ، نهاية المحتاج (٧/٨٢٨) ، المغني لابن قدامة (٧/٣٠٢) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٥/٢١٢٣) .

(٥) سورة المجادلة : الآية ٣ .

(٦) سورة المجادلة : الآية ٣ .

(٧) في (م) ، (ع) : [بالظهار] .

(٨) قال الجصاص : « قيل له : المذكورون في الآية الثانية هم المذكورون في الآية الأولى ، فوجب أن يكون خاصًا في المسلمين دون غيرهم » انظر : تفسير أحكام القرآن للجصاص (٥/٣٠٢) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) ، وما أثبتناه من (ص) .

(١٠) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(١١) انظر : بدائع الصنائع (٥/٢١٢٣) .

(١٢) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(١٣) في (ع) : [لم] ، وما أثبتناه من (ص) ، (م) .

بعد العجز عن الصوم [١] .

٢٤٤٠٧ – فإن قيل : ليس إذا لم [٢] يلزمه الصوم – لأنه لا يصح منه [٣] – لم يدخل [٤] في الآية ، كما أن العبد لا يخاطب بالعتق ، وإن دخل فيها .

٢٤٤٠٨ – قلنا : الآية لم تتناول العبد عندنا ، وإنما ثبت ظهاره بدليل آخر [٥] .

٢٤٤٠٩ – فإن قيل : قال الله تعالي ﴿ ذَٰلِكَ [٦] لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ ﴾ [٧] ، ولا يقال للمؤمن ذلك لتؤمن ، فدل أن الآية تناولت الكفار .

٢٤٤١٠ – قلنا : لو كان كما قالوا لكانت الآية خاصة في الكفار دون المسلمين ، وهذا لا يقوله [٨] أحد . وإنما المراد بقوله : ﴿ ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ ﴾ أي لتستديموا الإيمان في المستقبل كقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا آمِنُوا بِاللَّهِ ﴾ [٩] .

٢٤٤١١ – فإن قيل : الكافر يصح منه الصوم إذا قدَّم الإيمان ، كما يصح من المحدث الصلاة إذا توضأ [١٠] .

٢٤٤١٢ – قلنا : لو كان كذلك لكان يجوز الإطعام مع القدرة علىالصوم ، وهذا خلاف الآية .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢١٣٢/٥) .

(٢) ساقطة من (ع) ، وأثبتناها من (ص) ، (م) .

(٣) انظر : روضة الطالبين (٢٨٠/٨) ، المغني لابن قدامة (٣٦٩/٧) .

(٤) لا يمتنع صحة الظهار من الذمي ، كما أن العبد لا يخاطب في الآية بالعتق وإن دخل فيها ، إلا أن الظهار من العبد صحيح ، فتكون الكفارة في حق الذمي كذلك ، كما أن الكفارة في حق العبد الصوم ؛ لأنه لا يتصور منه العتق أو الإطعام . انظر : بدائع الصنائع (٢١٣٢/٥) ، بداية المجتهد (٨٣/٢) ، روضة الطالبين (٢٦١/٨ ، ٣٠٠) ، المغني لابن قدامة (٣٧٩/٧) .

(٥) قال في البدائع : « فإن قيل : هذه الآية لم تتناول العبد لأنه جعل حكم الظهار التحرير بقوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ والعبد ليس من أهل التحرير فلا يكون من أهل حكم الظهار ، فلا يتناوله نص الظهار ، فالجواب : أنه ممنوع أن يجعل حكم الظهار التحرير على الإطلاق ، بل جعل حكمه في حق من وجد ، فأما في حق من لم يجد فإنما جعل حكمه الصيام (٢١٣٢/٥ ، ٢١٣٤) .

(٦) ساقطة من (ص) ، وأثبتناها من (م) ، (ع) .

(٧) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٨) في (م) ، (ع) : [يقول به] .

(٩) سورة النساء : الآية ١٣٦ .

(١٠) انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتين (٣٦٢/٨) .

٢٤٤١٣ - قالوا : من صح طلاقه صح ظهاره ، كالمسلم [١] .

٢٤٤١٤ - قلنا : نجعل المعلول علة [٢] ؛ فنقول : من صح ظهاره يصح طلاقه ، ومتى صار المعلول علة فسدت العلة [٣] ؛ لأن الحكم والعلة لا يجوز أن يجلب كل واحد منهما الآخر .

٢٤٤١٥ - قال مخالفنا : ليس هذا يقدح [٤] في العلل ؛ لأن علل الشرع أمارات [٥] ، فيجوز أن يصير كل واحد من الأمرين أمارة على الآخر ، كما أن من علمنا من حاله أنه إذا وهب [لابنه شيئًا وهب] [٦] لابنته مثله ؛ فمتى علمناه واهبًا لابنه دل ذلك على أنه وهب لابنته .

٢٤٤١٦ - قلنا : هذا خطاب لا يقوله من يعرف موضوع العلل . ألا ترى أنا نعلم أولًا [٧] الحكم في الأصل ، ثم نعلم العلة في الفرع ثانيًا ثم نعلم الحكم ، فما سبق علمنا به في الأصل يتأخر في الفرع ، فكيف يكون كل واحد من الأمرين علة الآخر ويسبق [٨] علمنا بأحد الأمرين من حيث كان حكمًا ، ويتأخر علمنا [٩] من حيث كان فرعًا ، وهذا تناقض ظاهر [١٠] .

٢٤٤١٧ - فإن قيل : إذا جعلنا الطلاق علة تعدت ، وإذا جعلتم الظهار علة وقعت ، والعلة الواقعة ليست علة عندكم [١١] .

---

(١) انظر : إعانة الطالبين (٣٦/٤) ، أسنى المطالب (٣٥٨/٣) ، المغني لابن قدامة (٣٦٥/٧) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٧٢/٥) .

(٢) العلة في اللغة : اسم لما يتغير الشيء بحصوله ، أخذًا من العلة التي هي المرض ؛ لأن تأثيرها في الحكم كتأثير العلة في ذات المريض . أما في الاصطلاح : فهي المعرفة للحكم بأن جعلت علمًا على الحكم ، إن وجد المعنى وجد الحكم . انظر : المصباح المنير ٤٢٦ ، تحقيق الحق في علم الأصول ٢٠٦ ، ميزان الأصول في نتائج العقول في أصول الفقه (٨٢٧/٢) .

(٣) لأن من شرائط الأصل : أن لا يكون الدليل الدال على حكم الأصل دالًّا بعينه على حكم الفرع ، وإلا لم يكن جعل أحدهما أصلًا والآخر فرعًا أولى من العكس . انظر : المحصول في علم أصول الفقه (٤٨٦/٣) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يقدح هذا] .

(٥) انظر : ميزان الأصول على نتائج العقول في أصول الفقه (٨٢٢/٢ ، ٨٣٦) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [سبق] .

(٩) ساقطة (م) ، (ع) .

(١٠) في (ع) : [يناقض ظاهره] ، وما أثبتناه من (ص) ، (م) .

(١١) انظر : المغني لابن قدامة (٤١٩/١٠) .

٢٤٤١٨ - قلنا : بل يتعدى علتنا وتصير [1] دلالة على إبطال قولهم فيمن قال لامرأته : إذا طلقتك فأنت طالق قبل ذلك ثلاثًا فعندهم لا يقع طلاقه ، ويصح ظهاره .

٢٤٤١٩ - فإذا قلنا : من صح ظهاره صح طلاقه ، ومن يصح ظهاره استفدنا به حكم [2] هذه المسألة [3] .

٢٤٤٢٠ - قالوا : لو كان ظهاره لا يصح [ما صح طلاقه] [4] .

٢٤٤٢١ - قلنا [5] : لنا أن من صح ظهاره صح طلاقه ، ومن لا يصح ظهاره هل يصح طلاقه أم لا ، عكس علينا ، ولا يلزمنا [6] .

٢٤٤٢٢ - فإن قيل : الطلاق يجوز إن جلب الظهار ، ولا يجوز إن جلب [7] الظهار والطلاق [8] ، ألا ترى أن الظهار والطلاق كل واحد منهما كان طلاقًا في الجاهلية ، فغير الظهار بالشرع ، وترك الطلاق بحاله [9] ، فهو أسبق ، فكيف نحكم [10] بصحته ممن يصح منه الظهار ، فتتأخر العلة عن حكمها .

٢٤٤٢٣ - قلنا : هذا غير ممتنع في العلل الشرعية ، وإنما يمتنع في العقلية [11] . ثم هو غلط ؛ إذ لا يمتنع أن يكون في شريعتنا قبل أن يتغير حكم الظهار ، كأن يقع الطلاق بلفظ الظهار ، فلما تغير حكم الظهار في الشرع ، وجُعل تحريمٌ لم

(١) في (م) ، (ع) : [علينا ويصير] . (٢) في (م) ، (ع) : [علم] ، .

(٣) يقصد أن الذمي لا يصح ظهاره ؛ لأنه لا يصح طلاقه ، فيكون الحكم مستفادا من مفهوم مخالفة قاعدة : من صح طلاقه صح ظهاره . (٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) في (م) ، (ع) : [قالوا] .

(٦) يقصد أن المعترض يقول : إن الذمي عندكم لا يصح ظهاره لأنه لا يصح طلاقه ، فإذا اعتبرت هذه قاعدة فهل يكون عكسها صحيحًا ؟ فنقول : من صح طلاقه صح ظهاره أم لا ، ثم ينفي القدوري الملازمة لأنه لا يشترط أن يكون عكس القاعدة صحيحًا ، حيث سبق إثبات الفرق بين الظهار والطلاق حيث إن الظهار لم يلزم الذمي لأنه يفضي إلى الكفارة والذمي ليس من أهلها ، خلافًا للطلاق . وعلى هذا فالذمي حتى وإن صح طلاقه لم يلزم منه أن يكون حجة على الحنفية في صحة ظهاره لثبوت الفرق بين الظهار والطلاق .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) انظر : الأم للشافعي (٢٩٥/٥) ، وأراد الظهار فإنه يجوز ، وإذا أطلق لفظ الظهار وأراد به الطلاق لا يجوز .

(٩) انظر : الأم للشافعي (٢٦٢/٥) ، كفاية الأخيار (٤٨٢/٢) .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١١) العلل الشرعية هي التي علَّل بها الشارع بعض الأحكام الشرعية كتحريم الظهار ؛ لأن الزوجة ليست أمًّا للمظاهر ، والعلل العقلية هي التي يرجع العقل إليها الحكم المذكور كرد التحريم الوارد في الخمر إلى كونها مسكرة . انظر : ميزان الأصول في نتاج العقول في أصول الفقه (٨٣٣/٢ ، ٨٣٥) .

يف [١] أن يكون علة لوقوع [٢] الطلاق كما كان قبل أن يتغير حكمه ، والمعنى في المسلم أنه يصح صومه ، فيصح ظهاره الموجب للصوم ، والكافر لا يصح منه الصوم فلا يصح منه الظهار الموجب للصوم [٣] .

٢٤٤٢٤ - قالوا : تحريم يختص بقول الزوج ، فوجب أن يستوى فيه المسلم والذمي [٤] قياسًا على الطلاق [٥] .

٢٤٤٢٥ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن الطلاق لا يختص بقول الزوج ، بل يقع بالقول والكتابة ، وبقول الوكيل ، وإيقاع القاضي للفرقة في العنين عندنا ، وفي الإيلاء على أحد قولهم [٦] .

٢٤٤٢٦ - فإن قيل : تحريم يختص بقول الزوج ، وما أقيم مقامه انتقض [٧] بالردة ؛ فإنها توجب تحريمًا يختص بقول الزوج ، أو بما يقوم مقامه ، وهو الاعتقاد ، ولا يصح من الكافر . والمعنى في الطلاق أنه موضوع لإزالة الملك وإسقاط الحكم ، والمسلم والذمي يتساويان في ذلك ، والظهار تحريم ثبت لحق اللَّه تعالى ، وذلك لا يثبت بقول الكافر ، كما لا تحرم عليه المحظورات بالإحرام والأكل في الصوم .

٢٤٤٢٧ - قالوا : حكم من أحكام النكاح فيستوى فيه المسلم والكافر كالطلاق [٨] .

٢٤٤٢٨ - قلنا : لا نسلم أن الكافر والمسلم يتساويان في الإيلاء ، لأن المسلم إذا حلف لا يقربها بالحج وبالصلاة كان موليًا ، والكافر لا يصير موليًا بذلك [٩] ، لأن

---

(١) في (م) : [تحريم لم يفي] ، وفي (ع) : [تحريم لم يف] .

(٢) في (م) ، (ع) : [بوقوع] .

(٣) هذا دليل قوى لرد المعترض ، لأن الذمي لا يصح منه الصوم فلا يصح منه الصوم من كفارة الظهار ؛ فالظهار لا يصح منه .

(٤) في (م) ، (ع) : [الذمي والمسلم] .

(٥) انظر : الأم للشافعي (٢٦٢/٥) ، المهذب (١٤٢/٢) ، كشاف القناع عن متن أبي شجاع (٣٧١/٥ ، ٣٧٢) .

(٦) الإجابة على اختصاص الطلاق بقول الزوج حيث إنه لم يكن وقوع الطلاق بقول الزوج فحسب ، وإنما يقع بكتابته أو بقول الوكيل ، فلذلك لم يكن اختصاص منه ، فقول الاختصاص باطل بخلاف كون الاختصاص في الزوج المظاهر منها مسلمًا فإنه جائز .

(٧) في (ع) : [ينتفض] ، وما أثبتناه من (ص) ، (م) .

(٨) انظر : كشاف القناع على متن الإقناع (٣٧١/٥) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (١٩٦١/٤) .

مقتضى الإيلاء وقوع الطلاق ، وهما يتساويان فيه [(١)] ، ومقتضى الظهار تحريم يتعلق بقوله ، وهذا لا يصح من الكافر ، كما لا يحرم عليه محظورات [(٢)] الإحرام [(٣)] بالإحرام .

٢٤٤٢٩ - قالوا : الأحكام المختصة بالنكاح خمسة : الظهار ، والإيلاء ، والطلاق ، وعدة الوفاة ، والتوارث ، ثم ثبت أن المسلم والمشرك في جميع ذلك سواء ؛ كذلك في الظهار .

٢٤٤٣٠ - قلنا : من الأحكام المختصة بالنكاح : وقوع الفرقة بكلمة الكفر ، ووقوع التحريم بالرضاع ، وفساد النكاح به ، والكافر لا يساوى المسلم في ذلك ، لأنهما [(٤)] لا يتساويان في الظهار باتفاق ؛ لأن التحريم لا يرتفع بالصوم في حق الكافر ، ويرتفع في حق المسلم ، ويجوز للكافر أن يطعم مع قدرته على الصوم ، ولا يجوز ذلك للمسلم . فأما الطلاق والإيلاء : فقد تكلمنا عليهما ، وأما الميراث : فموضوع لنقل الملك ، والكافر يساوي المسلم في ذلك ، والظهار : تحريم يفضى إلى الكفارة ، والكافر يخالف المسلم في ذلك .

٢٤٤٣١ - وأما عدة الوفاة : فلا نسلم لهم مساواة الكافرة للمسلمة فيها ، لأن العدة لا تجب على الكافرة عند أبي حنيفة إذا كان زوجها كافرًا ، وهي مخالفة للمسلمة في العدة [(٥)] .

* * *

---

(١) أي لا نسلم أن الكافر والمسلم يتساويان في الظهار كالطلاق ؛ لأن المسلم والكافر يتساويان في الإيلاء كالطلاق ، إلا أن هناك فرقًا بينهما في الإيلاء فيما إذا حلف الكافر بالحج أو الصلاة لا يكون موليًا ، بخلاف المسلم فإنه يكون موليًا إذا حلف بهما فالتساوي بينهما باطل .

(٢) في (م) ، (ع) : [المحظورات] ، وما أثبتناه من (ص) .

(٣) يقصد به لو أن الظهار يتعلق بقول الزوج إلا أنه لا يصح من الكافر ، يقاس ذلك على الذمي إذا أحرم ، فإن محظورات الإحرام لا تحرم عليه ، فحلف الزوج بالحج أو الصلاة لا يصح لأنهما ليسا من موجبه وكذا الظهار .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولأنهما] ، وما أثبتناه من (ص) .

(٥) في (م) ، (ع) : [العلة] .

مسألة ١١٨٥

الظهار من أربعة نسوة بكلمة واحدة

٢٤٤٣٢ - قال أصحابنا : إذا ظاهر من أربعة نسوة بكلمة واحدة فعليه لكل واحدة كفارة .

وهو قول الشافعي [رحمه الله] في الجديد (١) . وقال في القديم : عليه كفارة واحدة (٢) .

٢٤٤٣٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ ﴾ (٣) والمراد بالآية الظهار ، ظهار كل واحدة بجميع الحكم ، بدلالة أن من أفرد امرأته بالظهار لزمته الكفارة (٤) ، فكأن الله تعالى خاطب كل زوج ظاهر من امرأته بالكفارة عند العود ، فإذا ظاهر من جميع نسائه لزمته (٥) لكل واحدة منهن ما يلزمه عند الانفراد ؛ ولأن الكفارة يتعلق وجوبها بالعود ، وعودة كل واحدة عود في الأخرى (٦) ، فإذا اختلف المعنى الموجب للكفارة وجب لكل عود كفارة (٧) . ولأنه / معنى يتعلق به الكفارة العظمى ، فاستوى فيه الجميع ، والتفريق كالقتل (٨) ،

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٢٦/٦) ، شرح فتح القدير (٩٣/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٠/٣) ، بدائع الصنائع (٢١٣٣/٥) ، الأم للشافعي (٢٦٣/٥) ، مغني المحتاج (٣٥٨/٣) ، المهذب (١٤٦/٢) ، روضة الطالبين (٢٧٥/٨) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٥٨/٣) ، المهذب (١٤٦/٢) ، وذهب إلى هذا المالكية والحنابلة . وسبب الخلاف : أن من شبه الظهار بالطلاق أوجب في كل واحدة كفارة ، ومن شبه بالإيلاء أوجب فيه كفارة واحدة . انظر : بداية المجتهد (٨٥/٢) ، الشرح الصغير (٣/٣) ، المغني لابن قدامة (٣٥٧/٧) .

(٣) سورة المجادلة : الآية ٣ .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٢٦/٦) ، الأم للشافعي (٢٧٨/٥) ، المهذب (١٤٦/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [لزمه] ، وما أثبتناه من (ص) .

(٦) قال صاحب مغني المحتاج : « فأربع كفارات تجب عليه في الجديد لوجود الظهار ، والعود في حق كل واحدة منهن ، فإن امتنع العود في بعضهن بموت أو طلاق أو غيره وجبت الكفارة بعدد من عاد فيه منهن . انظر : مغني المحتاج (٣٥٨/٣) ، المهذب (١٤٦/٢) .

(٧) اختلاف الموجب للكفارة بين أن يكون الموجب الظهار والعود ، أو الظهار والعود شرط ، أو العود مسقط ، إلا أن الكفارة وجبت لكل عود رغم الاختلاف في الموجب .

(٨) أي يتعلق به أربع كفارات ، فاستوى فيه أن تكون كلمة الظهار ألقيت إليهن بكلمة واحدة كقوله : « أنتن علي كظهر أمي » ، أو بأربع كلمات كما لو قال لكل واحدة : « أنت علي كظهر أمي » ، عليه في ذلك أربع =

ولا يلزم اليمين [١] ، لأنه لا يتعلق بها [٢] الكفارة العظمى ، ولأن كفارة الظهار لرفع التحريم ، وتحريم كل واحدة غير تحريم الأخرى ، فوجب أن يتعلق بكل تحريم كفارة ، كما لو ظاهر بألفاظ مختلفة ، ولأنه سبب تحريم البضع ، فاستوى في حكمه الجمع والتفريق . أصله : الطلاق ، ولأن الكفارة لزوال [٣] التحريم كوطء الزوج الثاني الموضوع لرفع التحريم . ومعلوم أنهن لو حَرُمْن بالطلاق الثلاث احتاجوا مع التحريم في كل واحدة منهن إلى ما يرفع التحريم ، سواء جمع طلاقهن بكلمة واحدة ، أو فرق ، وكذلك [٤] هذا ، ولأنه لا تعلق لظهار إحداهن بظهار الأخرى [ولهذا لا يلزم العود في إحداهن دون الأخرى ، وإذا لم يتعلق ظهار الواحدة بظهار الأخرى] [٥] صار كأنه أفردها بالظهار [٦] .

٢٤٤٣٤ - احتجوا : بما روى سعيد بن المسيب [٧] أن عمر بن الخطاب سئل عن رجل له ثلاث نسوة ، فقال لهن : أنتن عليَّ كظهر أمي ، فقال : يجب به كفارة واحدة [٨] .

٢٤٤٣٥ - الجواب : أنا لا نعلم انتشار هذا القول ، حتى يكون إجماعًا [٩] ، وتقليد الصحابي لا يلزم عندنا إذا خالف قوله ظاهر القرآن ، وقد بينا [١٠] أن الآية تقتضي

= كفارات دون فرق بين كلمة واحدة أو أربع كلمات . انظر : مغني المحتاج (٣٥٨/٣) .

(١) في (م) ، (ع) : [التمييز] ،.

(٢) في (م) ، (ع) : [به] ، وما أثبتناه من (م) ، (ص) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لزوم] ،.

(٤) في (م) ، (ع) : [وكذلك] ، .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ،

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٢٦/٦) ، الأم للشافعي (٢٨٨/٥) ، مغني المحتاج (٣٥٨/٣) ، المهذب (١٤٦/٢) .

(٧) هو : سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب ، القرشي المخزومي ، أبو محمد المدني ، سيد التابعين ، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر بن الخطاب ، رأى عمر بن الخطاب ، وسمع عثمان ، وعليًا ، وطائفة من الصحابة ، روى عن : أبي بن كعب مرسلًا ، وبلال ، وسعد بن عبادة ، وغيرهم ، وروى عنه : خلق كثير منهم : إدريس بن صبيح ، وأسامة بن زيد الليثي ، وإسماعيل بن أمية ، وغيرهم ، قال عنه على بن المديني : لا أعلم في التابعين أحدًا أوسع علمًا من ابن المسيب . وقد تعرض للمحنة في أيام ابن الزبير فصبر ، توفي سنة أربع وتسعين . انظر : تهذيب الكمال (٦٦/١١) ، سير أعلام النبلاء (٢١٥/٥) .

(٨) انظر : المغني لابن قدامة (٣٥٧/٧) .

(٩) ردد ابن قدامة كثيرًا أن عموم قول عمر وعلي ﷺ رواه عنهما الأثرم ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفًا فكان إجماعًا . انظر : المغني لابن قدامة (٣٥٧/٧) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

إيجاب الكفارة بظهار المرأة الواحدة [١] .

٢٤٤٣٦ - قالوا : الحكم تجب بمخالفته كفارة ، فوجب أن تجزى كفارة واحدة [٢] . أصله : إذا قال : والله لا أطأكن .

٢٤٤٣٧ - قلنا : الكفارة في اليمين تجب بحرمة الاسم ، والاسم واحد ، فلا يجب بالمخالفة فيه إلا كفارة واحدة ، وفي مسألتنا الكفارة تجب بالعود ، والعود مختلف ، أو تجب لرفع [٣] التحريم ، وتحريم [٤] كل واحدة منهن غير تحريم الأخرى [٥] .

٢٤٤٣٨ - قالوا : الحدود كفارات ، ولو قذف [٦] جماعة بكلمة واحدة ؛ وجب عند أبي حنيفة حد واحد ، وهو قول الشافعي [في القديم] [٧] كذلك هذا [٨] ، إذا قتل جماعة بفعل واحد ، وجب لكل واحد كفارة [٩] ، ولأن الحد يسقط بالشبهة [١٠] ، فاجتماع أسبابه تصير شبهة في التداخل ، والكفارة لا تسقط بالشبهة ، فاجتماع أسبابها لا تصير شبهة في التداخل [١١] .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٦/٢٢٦) .

(٢) الكفارة تجب عليه واحدة باعتبار أنه مخالف بالظهار نفسه ، كالكلمة بالجمع لا تعتبر عنده ، وإنما المعتبرة مخالفة الظهار ، فوجب عليه كفارة واحدة ، انظر : المغني لابن قدامة (٧/٣٥٧) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لدفع] .

(٤) في (م) ، (ع) : [دفع] .

(٥) أي : تجوز اليمين بأسماء الله وصفاته ، فإن حلف بذلك انعقدت يمينه وتجب عليه الكفارة بحرمة الاسم بخلاف كفارة الظهار ؛ فإنها تجب عليه بالعود ، فاختلافهما في الكفارة والأسباب ، يوجب اختلاف الواجب في الظهار عما يجب في اليمين .

(٦) في (م) ، (ع) : [قدمت] ، .

(٧) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٨) أن الواجب كفارة واحدة .

(٩) ذهب جمهور فقهاء : الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في الراجح إلى أن الجماعة تقتل بالواحد . انظر : تبيين الحقائق (٦/١١٤) ، الشرح الكبير (٤/٣٤٥) ، المهذب (٢/١٧٤) ، مغني المحتاج (٤/٤٠) ، المغني لابن قدامة (٧/٦٧١) .

(١٠) خالف الظاهرية جمهور الفقهاء في إسقاط الحدود بالشبهات ؛ حيث يرون أن الحدود لا تسقط بالشبهات كما لا تثبت بها ، إنما تثبت الحدود وتسقط باليقين فقط .

(١١) رد المعترض بكفارة الواحد إذا قتل جماعة ، أن الكفارة تجب عليهم ، إلا أن الحد يسقط بالشبهة ، بخلاف كفارة الظهار ؛ فإنها لا تسقط بالشبهة ، فكان الواجب عنده كفارة واحدة .

مسألة ١١٨٦

ظهار السكران

٢٤٤٣٩ - قال أصحابنا : ظهار السكران واقع [١] .

٢٤٤٤٠ - وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يصح ظهاره [٢] .

وهذه مبينة على وقوع طلاقه ، وقد بينا ودللنا على أنه مكلف يصح ظهاره [٣] كغير [٤] السكران ، ومن خالف يقول : إنه زائل العقل كالمبنج [٥] .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٦/٢٣٣) ، بدائع الصنائع (٥/٢٢٢٢) ، حاشية ابن عابدين (٣/٤٦٦) ، وبه قال مالك والشافعي في الرواية الأولى وأحمد . انظر : المدونة الكبرى (٣/٥٢) ، مغني المحتاج (٣/٣٥٣) ، روضة الطالبين (٨/٢٦١) ، المغني لابن قدامة (٧/٣٣٨) .

(٢) انظر : المهذب (٢/٩٩) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع)

(٤) في (م) ، (ع) : [لغير] . انظر : المبسوط للسرخسي (٦/٢٣٣) ، بدائع الصنائع (٥/٢٢٢٢) ، حاشية ابن عابدين (٣/٤٦٦) .

(٥) المراد من زال عقله بسبب مباح كالمضطر لشرب الخمر فإن طلاقه وظهاره لا يقع عند الشافعية . انظر : المهذب (٢/٩٩) .

مسألة ١١٨٧

حكم إضافة الظهار إلى عضو ليس من البدن

٢٤٤٤١ - قال أصحابنا : إذا أضاف الظهار إلى عضو لا يعبر به عن البدن لم يصح [١] .

٢٤٤٤٢ - وقال الشافعي : لا يصح [٢] . وهذه مبنية على إضافة الطلاق إلى اليد [٣] ، وقد بينا ذلك [٤] ، وفرقنا بينه وبين الرأس [٥] ، وإذا ثبت في الطلاق ثبت في الظهار ، لأن أحدًا لم يفصل بينهما ، ولأن الظهار معنى يفضي إلى الكفارة ، فإذا أضافها إلى عضو معين لم يسر إلى الجميع كاليمين [٦] ، ومخالفنا يقول : أضاف الظهار [٧] إلى عضو يتصل بها اتصال خلقة كالرأس [٨] .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٢٢٦/٦ ، ٢٢٧) ، بدائع الصنائع (٢١٢٩/٥) ، شرح فتح القدير (٨٨/٤ ، ٨٩) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٨/٣) ، وهو رواية عن أحمد انظر : المغني لابن قدامة (٣٤٦/٧) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٦٩/٥) .

(٢) أساس المسألة : أنه يجب إضافة الظهار إلى جميع بدن المرأة عند الحنفية ، أو إلى جزء يعبر عن البدن غالبًا كالرأس ، ولا يصح إضافة الظهار إلى جزء يطلق علي بعض البدن دون بقيته كالإصبع ، ويصح إضافة الظهار إلى كل هذا عن الشافعية . انظر : بدائع الصنائع (٢١٢٩/٥) ، شرح فتح القدير (٨٨/٤ ، ٨٩) ، مغني المحتاج (٣٥٣/٣) ، المهذب (١٤٣/١) .

(٣) في (م) ، (ع) : [البدن] .

(٤) ذكر في كتاب الطلاق : « إذا أضاف جميع ذلك إلى الطلاق فإنه يقع الطلاق » . انظر : حاشية ابن عابدين (٤٣٥/٢) .

(٥) فرق بين البدن كبطنها ، أو فخذها ، والرأس كيدها ، أو رجلها ، أو شعرها .

(٦) انظر : المغني لابن قدامة (٣٤٦/٧) .

(٧) ساقطة من (ص) ، وأثبتناها من (م) ، (ع) .

(٨) انظر : بداية المجتهد (٧٩/٢) ، روضة الطالبين (٦٣/٨) .

مسألة ١١٨٨

حكم إضافة الظهار إلى الملك

٢٤٤٤٣ – قال أصحابنا : إذا أضاف الظهار إلى الملك ، فقال : إن تزوجتك ، فأنت على كظهر أمي ؛ صح (١) .

٢٤٤٤٤ – وقال الشافعي : لا يصح (٢) . وهذه مبنية على الطلاق إذا أضافه إلى الملك .

٢٤٤٤٥ – فنقول : إن الظهار [ينفى تحريم الجميع فجاز أن يتعلق بالملك ؛ لأنه كالطلاق ، والشافعي يقول : الحكم بلفظ] (٣) المنجز فلا يملك المؤجل (٤) كالصبى والمجنون (٥) .

* * *

(١) انظر : المبسوط (٦/ ٢٣٠) ، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٢٨) ، حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٦٧) ، وبه قال مالك وأحمد ﷺ ، قال الإمام مالك في بداية المجتهد : « وإن عين امرأة بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهرًا منها ، وكذلك إن لم يعين ، وقال : كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي » انظر : بداية المجتهد (٢/ ٨١) ، وجاء عن الإمام أحمد في المغني : « أن الظهار من الأجنبية لا يصح سواء ، قال ذلك لامرأة بعينها أو قال : كل النساء علي كظهر أمي : أوقعه مطلقًا أو علقه على التزويج ، فقال : كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي ، ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يطأها حتى يكفر . انظر : المغني لابن قدامة (٧/ ٣٥٤) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٥/ ٣٧٢) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣/ ٣٥٤) ، روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٨/ ٢٦١) ، تكملة المجموع (١٦/ ٣٤٤٥) ، كفاية الأخيار (٢/ ٤٨٣ ، ٤٨٤) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط في (م ، ع) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [الموحد] .

(٥) انظر : المبسوط (٦/ ٢٣٠) ، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٢٨) ، حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٦٨) .

مسألة ١١٨٩

حكم إضافة الظهار إلى أعضاء البدن

٢٤٤٤٦ – قال أصحابنا : إذا قال لامرأته [١] : أنت على كوجه أمي أو يدها أو صدرها لم يكن مظاهرًا حتى يشبهها بعضو لا يجوز له النظر إليه منها [٢] .

٢٤٤٤٧ – وقال الشافعي : يكون مظاهرًا بجميع أعضائها [٣] .

٢٤٤٤٨ – لنا : أنه شبهها بما يجوز له استباحته بوجه ، وهو النظر واللمس ، فصار كما لو قال : أنت على كظهر أجنبية [٤] ، أو بما جاز استباحته بدون أن يتزوجها ، لم يكن مظاهرًا ، لأن وجه الأم يجوز استباحته بالنظر واللمس لغير شهوة ، ولا يجوز للشهوة ، فصار كظهر الأجنبية التي تستباح في حال دون حال ، فلا يتأبد [٥] التحريم فيه ، فلا يكون به مظاهرًا [٦] .

٢٤٤٤٩ – احتجوا : بأنه شبهها بعضو من أمه فصار كظهرها [٧] .

٢٤٤٥٠ – قلنا : المعنى فيه : أنه لا يجوز استباحته بحال ، فيغلظ التحريم فيه ، ولما جاز استباحة الوجه فيختلف بضعف التحريم فيه [٨] .

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) ، .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٢٢٨/٦) ، بدائع الصنائع (٢١٢٩/٥) ، شرح فتح القدير (٨٨/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٦/٤) ، وبه قال أحمد طبقا لما جاء في المغني لابن قدامة (٣٤٦/٧) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٦٩/٥) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٦٣/٥) ، مغني المحتاج (٣٥٣/٣) ، المهذب (١٤٣/٢) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٦٣/٨) ، تكملة المجموع (٣٤٧/١٦) ، وبه قال الإمام مالك ورواية عن أحمد ، وقال الإمام أحمد : شبهها بعضو من أمه فكان مظاهرًا كما لو شبهها بظهرها . انظر : المغني (٣٤٦/٧) ، بداية المجتهد (٧٩/٢) ، كشاف القناع على متن الإقناع (٣٦٩/٥) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢١٢٨/٥) ، شرح فتح القدير (٨٨/٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يبادر] ، .

(٦) جاء في شرح فتح القدير : « لانتفائه من جهة المشبه بها ؛ لأن هذه الأشياء [وجه أمي ، أو يدها ، أو صدرها] مما ويجوز النظر إليه وبغير شهوة » . انظر : شرح فتح القدير (٨٨/٤ ، ٨٩) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٨/٣) .

(٧) انظر : الأم للشافعي (٢٦٣/٥) ، المغني لابن قدامة (٣٤٧/٧) .

(٨) أي : لما كان وجه الأم يجوز استباحته للنظر واللمس من دون شهوة خالف سائر الأعضاء التي لا يجوز استباحتها بحال .

٢٤٤٥١ - قالوا : ليس المعتبر استباحة النظر ، إنما المعتبر الاستمتاع والتلذذ ، ووجه الأم لا يجوز التلذذ به ولا الاستمتاع [١] .

٢٤٤٥٢ - قلنا : اعتبرنا النظر واللمس ، واعتبرتم النظر للشهوة ، فعلقتم الحكم بما علقناه وزيادة ، والحكم إذا استقل بوصف واحد لم يجز ضم غيره إليه [٢] ، ولأن ما يجوز استباحته لغير الشهوة ولا يجوز لشهوة لم يكمل فيه التحريم ، والتشبيه بما لا يكمل تحريمه ليس بظاهر كتشبيهها [٣] بالأجنبية .

* * *

(١) انظر : الأم للشافعي (٥/٢٦٣) ، مغني المحتاج (٣/٣٥٣) ، المغني لابن قدامة (٧/٣٤٦) .
(٢) قاعدة : « الحكم إذا استقل بوصف واحد لم يجز ضم غيره إليه » .
(٣) في (م) ، (ع) : [لشبهها] .

مسألة ١١٩٠

حكم التشبيه بظهر غير الأم

٢٤٤٥٣ - قال أصحابنا : إذا شبه امرأته بظهر من لا تحل له على التأييد كان مظاهرًا [سواء كانت] (١) أمًا أو أختًا أو حرمت لسبب (٢) كالرضاع (٣) والمصاهرة (٤) .

٢٤٤٥٤ - وقال الشافعي : إذا شبهها بالأم والجدة ، فهو ظهار ، وإن شبهها بالبنت والأخت ففيه قولان ، فإن شبهها بمن كانت حلالًا ثم حرمت كالمرضعة وأم امرأته لم يكن مظاهرًا قولًا واحدًا (٥) .

٢٤٤٥٥ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًاۚ ﴾ (٦) ، وهذا موجود (٧) . إذا قال : أنت عليَّ كظهر أمي أو أختي ، ولأنه شبهها بمن لا تحل له على التأبيد كالأم .

٢٤٤٥٦ - ولا يلزم إذا قال : أنت عليَّ كظهر فلانة : امرأة قد زنى بها ، لأن تلك قد تحل له بحال إذا عقد عليها الحكم بالتشبيه بالأم .

٢٤٤٥٧ - والجواب أنه على ذلك يكون منكرًا من القول وزورًا [يحكم الحاكم بجواز العقد ولا يلزم كلامه فيحتجون بقوله وتطلق منه] .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [بسبب] .
(٣) في (م) ، (ع) : [مثل الرضاع] .
(٤) المبسوط للسرخسي : (٣٢٧/٦) ، بدائع الصنائع : (٢١٣٠/٥) ، حاشية ابن عابدين : (٤٦٦/٣) ، وقد وافقه مالك وأحمد ، وسبب الخلاف : معارضة المعنى للظاهر ، وذلك أن معنى التحريم تستوي فيه الأم وغيرها من المحرمات ، والظهر وغيره من الأعضاء ، واحتج أحمد في بما رواه أبو داود بإسناده « أن رجلًا قال لامرأته : يا أخية ، فقال رسول الله ﷺ : « أختك هي » فكره ذلك ونهى عنه . المغني لابن قدامة : (٣٤٧/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع : (٣٦٩/٥) .
(٥) وانظر : الأم للشافعي (٢٧٧/٥ ، ٢٧٨) ، مغني المحتاج (٣٥٤/٣) ، المهذب (١٤٣/٢) .
(٦) سورة المجادلة : الآية ٣ .
(٧) المغني لابن قدامة : (٣٦٦/٧) .

مسألة ١١٩١

عتق المكاتب في الكفارة

٢٤٤٥٨ - [قال أبو حنيفة : يجزئ عتق المكاتب في كفارة الظهار إذا كان لم يؤد شيئًا من بدل الكتابة : وقال الشافعي : لا يجزئ] (١) .

٢٤٤٥٩ - هذا لنا أن هذا عبد ، والدليل على كمال رق المكاتب أن الكتابة لو أوجبت نقص الرق لم يرتفع النقصان أبدًا كالاستيلاد (٢) ولأن (٣) تعليق العتق بالملك لا يوجب نقص الرق ، كقوله (٤) : إذا أديت إلي ألفًا فأنت حر (٥) .

٢٤٤٦٠ - قالوا : لا تأثير لقولكم كاملة الأعضاء .

٢٤٤٦١ - وعندنا (٦) : لا يجوز مقطوع اليد (٧) .

٢٤٤٦٢ - قلنا : لا تأثير لأن نقصان الأعضاء ينقسم : فيه ما يمنع التكفير ، وهذا قوله ، مخالفًا العلة (٨) في تحريم التفاضل في السراية ، (٩) فلو صح التزامه في مسألتنا لزمه مثله .

(١) ما بين المعكوفتين مزيد للسياق . وقد قال أبو حنيفة : لا يجوز إعتاق المكاتب إذا كان أدى شيئًا من بدل الكتابة ، وإذا لم يكن أدى شيئًا من بدل الكتابة جاز عتقه في كفارة الظهار . وقال الشافعي : لا يجوز . قال في المهذب : ولا يجزئ عتق أم الولد ولا المكاتب . وقد أورد المصنف الأدلة على ذلك فيما ذكره . وما قال به الشافعي قال به زفر ومالك وأحمد . وقال في بداية المجتهد : إذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيزًا لا إعتاقًا (٨٤/٢) ، المبسوط للسرخسي (٤/٧) ، شرح فتح القدير (٩٨/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٥/٥) ، البناية في شرح الهداية (٣٤٣/٤) ، المدونة الكبرى (٧٣/٣) ، بداية المجتهد (٨٤/٢) ، الأم للشافعي (٢٨١/٥) .

(٢) انظر : البناية في شرح الهداية (٣٤٣/٤) .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا] .

(٤) في (م) ، (ع) : [لقوله] .

(٥) انظر : شرح فتح القدير : (٩٨/٤) .

(٦) ساقط من النسخ وزدناها ليستقيم المعني بها .

(٧) انظر : المهذب (١٤٧/٢) ، تكملة المجموع (٣٧٠/١٦) ، وقال في المهذب : « ولا يجزئ إلا رقبة سليمة من العيوب التي تضر بالعمل ضررًا بينًا ؛ لأن المقصود تمليك العبد منفعته وتمكينه من التصرف .... ولا يجزئ مقطوع اليد أو الرجل ؛ لأن ذلك يضر بالعمل ضررًا بينًا » .

(٨) أي : يختلف نقصان الأعضاء في الكتابة ، شرط التفاصل في الربا جنس ؛ لأنه ليس كل النقصان يؤدي إلي عدم الصحة للكفارة ، فصح عند الحنفية إذا لم تفت المنفعة ، كإحدى اليدين المقطوعة ، أما إذا فاتت المنفعه كالعمياء ، فلا تصح الكفارة بها ، فالمكاتب رقبته سليمة من العيوب ، فتجوز الكفارة بها ، فالعيوب التي لا تُجَوِّزُ الكفارة عند الحنفية : فوات المنفعة ، أما عند الشافعية : فهي العيوب التي تضر بالعمل ضررًا بينًا . انظر : المبسوط للسرخسي (٢/٧) ، المهذب (١٤٧/٢) .

(٩) بياض في (ص) .

٢٤٤٦٣ - قيل : لا تأثير لقولكم : مطعوم ، والتحريم يتعلق بالأيمان . فإن أجاب بأن [١] ما ليس بمطعوم قد يتعلق التحريم به إذا كان يمتاز ، وقد لا يتعلق به ، فهذا ما هاهنا مثله ، ولا نجد بين الموضعين فضلًا . وهذه المسألة مبنية على أصله ، وهو أن عتق المولى العبد القن هو مقصود البذل في الكفارة . يفسخ الكتابة [٢] . والدليل على صحة [٣] قولنا : أنه إتلاف للمعقود عليه بقيام العاقد بفسخ العقد كالبائع إذا أتلف المبيع قبل القبض [٤] ، ولأنه عتق قبل حصول المعقود بالعقد ، فانفسخ العقد ، كما لو كان الخيار للبائع ، فأعتق العبد [٥] ، ولأنه لو علق عتقه بشرط جاز [٦] ، وهو أن نقول : إذا جاء غدًا ، فأنت حر [٧] ، ولا يقال ، [فلو كان حرًّا لم يصح تعليق بشرط كما لو قال : إذا جاء غد فقد أبرأتك] [٨] أو عتق الوارث عبدًا لم يره . ولا يجوز تعليقه بشرط [٩] ، لأنا لا نعرف هذا ، والظاهر أنه لا يتعلق بشرط ، ولأن الكتابة عتق معلق بشرط ، فإذا باشر العتق كان إعتاقًا ، ولم يكن تعجيلًا لما اقتضاه الشرط . أصله : إذا قال له : أنت حر إن دخلت الدار ، ثم أعتقه قبل دخوله [١٠] .

٢٤٤٦٤ - فإن قيل : العتق المعلق بالشرط لا يصلح تعجله ، وعتق المكاتب يصح [١١] تعجله ، بدلالة إذا أبرأه من المال [١٢] .

٢٤٤٦٥ - قلنا : كل واحد من العقدين لا يصح تعجيله عندنا ، فإذا أبرأه لم يعجل العتق ، لأن ملكيته [١٣] الحرية متعلقة ببراءة ذمته من مال الكاتبة [١٤] ، فإذا أبرأه وجد الشرط الذي تعلقت الحرية ابتداء به ، وأما إذا باشر عتقه سقط المال بالعتق ، فحال

(١) ساقطة من (ص) ، وأثبتناها من (م) ، (ع) .
(٢) انظر : المهذب (١٨/٢) .
(٣) في (م) ، (ع) : [صحته] ،
(٤) انظر : المبسوط ، (٢٩٩/٧) ، البناية في شرح الهداية (٣٤٤/٥) .
(٥) انظر : اللباب ٢٤٠ .
(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٧) ، شرح فتح القدير (٩٨/٤) .
(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .
(٩) أي : من الوارث أما من المولي فهو جائز .
(١٠) المبسوط للسرخسي (٦/٧) .
(١١) في (م) ، (ع) : [يجوز] ، .
(١٢) أي : أن قياس عتق المكاتب المعلق على شرط على عتق العبد المعلق على شرط قياس غير صحيح ، لأن عتق العبد المعلق على شرط يجوز تعجيله ، بخلاف عتق المكاتب لا يجوز تعجيله .
(١٣) في (م) ، (ع) : [لحرمة] ، وما أثبتناه من (ص) .
(١٤) في (م) ، (ع) : [المكاتب] ، وما أثبتناه من (ص) .

إيقاعه لم تتبرأ ذمته ، فلم يكن ذلك تعجيلًا لما اقتضته الكتابة [1] .

٢٤٤٦٦ - فإن قيل : لو كان فسخًا لم تعتق أولاده ولم يبيحوا لعانه كما لو كان شيخًا تبرأ منهما .

٢٤٤٦٧ - قلنا : عقد الكتابة أثبت لكل واحد من المولى والعبد حقًّا ، فإذا أعتق المولى ، فقد أسقط حق نفسه من المال ، وأراد إسقاط حق مكاتبه من الأولاد والأكساب ، وهو يملك إسقاط حق نفسه ، ولا يملك إسقاط حق غيره ، فيبقى حق المكاتب بحاله ، وهذا كما لو ولدت المبيعة في يد البائع [2] فقيل الإبراء يفسخ العقد فيها ، ويسلم الولد للمشتري بحصته ؛ لم ينفسخ العقد فيه ، وليس هذا كما لو تقاسما ؛ لأن كل واحد منهما رضي بإسقاط حقه ؛ فلم يجز أن تبقى الكتابة مع إسقاطه لها .

٢٤٤٦٨ - فإن قيل : [قد] [3] قلتم إن المولى إذا مات [4] فأعتق الوارث المكاتب ، كان ذلك براءة ؛ فهلا قلتم في الموروث مثله ؟ .

٢٤٤٦٩ - قلنا : لأن الكتابة تمنع إسقاط الملك ، والوارث لا يملك الرقبة ، وإنما يملك البدل ، فحملنا عتقه على إسقاط ما يصح إسقاطه ، والمولى / مالك للرقبة ؛ فأمكن حمل عتقه على حقيقته [5] ، فلم يجز أن يصرف إلى غير حقيقته [6] .

٢٧٦/أ

٢٤٤٧٠ - فإن قالوا : كذلك نقول : إن الموروث لا يملك المكاتب [7] .

٢٤٤٧١ - قلنا : لا نتكلم في هذه المسألة إلا بتسليم هذا الأصل لو سلم بالدليل ، وإلا فالكلام لغو . والدليل على أن عقد الكتابة لا يزيل ملك المولى قوله [ﷺ] [8] : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم [9] ، ولا يخلو إما أن يكون عبدًا للمولى أو عبدًا لا مالك له ، لا [10] يجوز أن يكون لا مالك له ، لأنه لو كان كذلك [11] لم يستحق المولى الولاء

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٦/٧) ، اللباب ٢٤١ .

(٢) انظر : اللباب : ٢٣٢ وما بعدها

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وأثبتناها من (ص) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥ ، ٦) في (م) ، (ع) : [حقيقة] ، وما أثبتناه من (ص) .

(٧) انظر : المهذب : (١٧/٢) .

(٨) في (م) ، (ع) : [عليكم] ، وما أثبتناه من (ص) .

(٩) سبق تخريجه .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ولا] ، .

(١١) في (م) ، (ع) : [ذلك] .

بوقوع الحرية ، لأنها وقعت في غير ملكه ، فلم يبق إلا أن يكون عبدًا لمولاه ، ولأنه عتق معلق بشرط ؛ فلا يوجب زوال الملك قبل وجود الشرط ، كقوله (١) : إن دخلت الدار فأنت حر (٢) ، أو عتق معلق بأداء مال ، فصار كقوله : إذا أديت إلى ألفًا ، فأنت حر ، ولأن الملك لو زال بالكتابة لم يستحق المولى الولاء إذا اعتق (٣) .

٢٤٤٧٢ - احتجوا : بأن بينهما عقداً يمنع من رجوع أرش الجناية عليه ؛ فوجب أن يمنع الإجزاء في الكفارة . كما لو أدى بعض نجومه (٤) . وربما قالوا : ممنوع من بيعه بعقد الكتابة ، فوجب أن لا يملك إعتاقه عن كفارته (٥) كما لو أدى بعض نجومه (٦) .

٢٤٤٧٣ - قلنا : لا نسلم أنه أعتقه ، وهو ممنوع من بيعه ، أو هو على منعه لا يرجع أرشه عليه ، لأن الكتابة تنفسخ عندنا بالعتق ، فيقع عليه ، وهو عبد قن (٧) ، والمعنى فيه : أنه إذا أدى بعض النجوم أن العوض سلم له عن الرقبة (٨) ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأنه عتق في رقبة كاملة الرق ، والأعضاء لم يسلم له عنها عوض يبين ذلك أنه لو (٩) قال لعبده : إذا أديت لي ألفا ، فأنت حر ، ثم أعتقه عن كفارته جاز ، فإن أدى بعض الألف ، ثم أعتقه لم يجز (١٠) عنها ، وإنما كان كذلك في المسألتين ، لأنه يتهم بتحصيل العوض ، ثم بالعتق من الكفارة .

٢٤٤٧٤ - فإن قيل : علة الأصل [تبطل بمن باع] (١١) ، وشرط لنفسه الخيار وقبض الثمن ، ثم أعتق ، جاز عتقه عن الكفارة ، لا نسلم وإن حصل له العوض .

---

(١) في (ص) : [لقوله] . (٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٨/٧) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٥/٧ ، ٦) .

(٤) التنجيم : هو تأدية المال المشترط في عقد الكتابة مقسطًا علي أزمنة معينة . وسميت نجوم الكتابة به ؛ لأن العرب ما كانت تعرف الحساب والكتابة وإنما تعرف الأوقات بالنجوم وهي ثمانية وعشرون نجمًا منازل القمر ، فيقول : أعطيتك إذا طلع نجم كذا ، أو سقط نجم كذا فسميت باسمها مجازًا ، وقد يطلق النجم علي المال الذي يحل في الوقت ، انظر : كفاية الأخبار (٦٧٥/٢) ، اللباب ٥٩٢ .

(٥) في (م) ، (ع) : [كفارة] . (٦) انظر : مغني المحتاج (٣٦١/٣) ، المهذب (١٥/٢) .

(٧) قال في المبسوط : « إذا ثبت أن العتق لا يصير مستحقًا » بهذا السبب ، ظهر إن إعتاق المولى إياه يكون تحريرًا مبتدأ من كل وجه ، فيصير ممتثلًا للأمر . انظر : المبسوط (٦/٧) .

(٨) انظر : اللباب ٥٩٢ . (٩) ساقط من (م) .

(١٠) وجه عدم الجواز : أنه عتق بعوض ، والكفارة به لا تتأدى ، والدليل علي أن المقبوض عوض : أنه لو وجده زيوفًا رده ، واستبدل بالجياد ، ولأن الصحابة ﷺ اختلفوا في رقه بعد أدائه بعض البدل ، واختلاف الصحابة في رقه شبهة مانعة من جواز التكفير به . انظر : المبسوط للسرخسي (٥/٧) .

(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

٢٤٤٧٥ – قلنا : هذا لأن العوض لا يسلم له ، بل يجب رده ، وفي مسألتنا نسلم له أخذه من المكاتب .

٢٤٤٧٦ – فإن قيل : العتق عندنا لا يقع بمقتضى الكتابة ، بل ينفسخ ، فكيف يحصل له العوض ؟ (١) .

٢٤٤٧٧ – قلنا : إذا أخذ مال الكتابة لأحدهما ، ثم أعتقه عن الكتابة ، فقد حصل العوض ، ثم استوفى العوض ؛ فلحقته التهمة من هذا الوجه ، فمنع الجواز .

٢٤٤٧٨ – قالوا : تصرف لا يعقد في المكاتب إذا أدى المال أو نفس المال ، ولا يتعد وإن لم يؤد كالبيع والهبة (٢) .

٢٤٤٧٩ – قلنا : التصرف نافذ في الوجهين ، وإنما جهة التصرف تختلف ، فيجوز في أحد الوجهين عن فرضه ، ولا يجزى في الوجه الآخر . كما لو أعتقه بعوض أو بغيره جاز عتقه في أحد الوجهين عن فرضه ، وإن لم يجز في الآخر (٣) .

٢٤٤٨٠ – قالوا : كل من لو أعتقه بعد أداء بعض الكتابة لم يجز ، فكذلك قبله كالوارث (٤) .

٢٤٤٨١ – قلنا : الوارث لا يثبت له الولاء بالإعتاق ، فلم يجز عن كفارته والموروث يثبت له الولاء بإعتاقه في رق كامل من غير عوض ، فلذلك جاز عن كفارته (٥) .

٢٤٤٨٢ – قالوا : عتق مستحق به سبب غير الكفارة ، فلا يصرف إلى الكفارة . أصله : عتق أم الولد .

٢٤٤٨٣ – وربما قالوا : عتق مستحق بسبب سابق ، فلا يجوز صرفه إلى الكفارة (٦) .

٢٤٤٨٤ – قلنا : يبطل إذا علق عتق عبد بشرط ، ثم أعتقه عن كفارته قبل وجود الشرط – والمعنى في أم الولد : أن رقها ناقص ، بدلالة أنها لا تعود إلى حال المملوك القن بحال ، وهي في ملك مولاها (٧) ، وليس كذلك المكاتب ، لأن رقه ليس بناقص ، بدلالة

---

(١) أي أن المكاتب لا يكون حرًا بمجرد عقد الكتابة عند الأحناف ، فإذا أعتقه عن كفارة الظهار انفسخ العقد فلا يحصل للمولي العوض . انظر : المهذب (١٤٨/٢) . (٢) انظر : المهذب (١٤٨/٢) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٦/٧) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٥/٣) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٣٦١/٣) . (٥) انظر : اللباب ٥٩٨ ، الاختيار (٢٠٨/٣) .

(٦) حاصل هذا القياس عند الشافعي : أن أم الولد لا يجوز عتقها في كفارة الظهار ، لاستحقاقها العتق بوصف الاستيلاد ، كذلك المكاتب لا يجوز عتقه في الظهار ، لاستحقاقه العتق بالكتابة . انظر : مغني المحتاج (٣٦١/٣) .

(٧) وذلك الملك ثابت له وقائم كما في المدبر . انظر : اللباب ٥٨٧ .

أنه لو لم يؤد بدل الكتابة عاد إلى حال المملوك القن ، كما كان قبل الكتابة [١] .

٢٤٤٨٥ - فإن قيل : العتق المعلق بالصفة إذا عجله فليس هو المستحق بالصفة التي لم توجد ، وليس كذلك في الكتابة ؛ لأن عتق المكاتب هو الذي أوجدته الكتابة ، بدلالة أن أولاده يعتقون بعتقه [ويستحق فاضل الكتابة .

٢٤٤٨٦ - قلنا : إنما يعتق أولاده لأن عتقهم متعلق بعتقه] [٢] ، وكذلك سلامة الاكتساب ، فأما ما ذكروه فلا . ألا ترى أن المولى لو كاتب أم ولده ، أو استولد مكاتبته ، ثم مات عتقت لا بموجب الكتابة ، وسلم لها ، فاضل اكتسابها ، لأن الولد متعلق بعتقها لا بما ذكروه ؟ [٣] .

٢٤٤٨٧ - فإن قيل : كيف يكون عتق المولى فسخًا ، وهو لا يملك الفسخ .

٢٤٤٨٨ - قلنا : لا يملك ذلك لحق المكاتب ، فإذا أعتق فقد وفَّى المكاتب حقه ، وزاد إسقاط العوض ؛ فصح الفسخ ، وهذا كما نقول جميعا : إنه يملك العتق ، ولا يملك البيع ، وإن كان في الموضعين أزال الملك ، إلا أنه لما وفَّي المكاتب حقه بالعتق نفذ ، ولم يتفد البيع ، لأنه إسقاط حقه [٤] .

٢٤٤٨٩ - قالوا : ملك المولى في مكاتبه ناقص ، بدلالة أن تصرفه فيه لا ينفذ إلا بالعتق [٥] .

٢٤٤٩٠ - قلنا : ليس لنقصان الملك ، لكن لأنه علق بالرق حقًا منع التصرف كالعبد الموهوب .

٢٤٤٩١ - قالوا : المولى مع مكاتبه كالأجنبي ، بدلالة أن تصرفه فيه لا يجوز [٦] .

٢٤٤٩٢ - قلنا : والمكاتب ممنوع من التزوج لحق المولى كالعبد القن [٧] . فأما منع التصرف ، فلما بيناه من تعليق الحق برقبته ، كما يتعلق بالرهن [٨] .

---

(١) إذا صحت الكتابة ، خرج المكاتب عن يد المولي دون ملكه ، حتى إنه يصير أحق بمنافعه وأكسابه ؛ لأن المطلوب من الكتابة وصول المولى إلى البدل ووصول العبد إلي الحرية بأداء بدلها ، ولا يتحقق ذلك إلا بفك الحجر عنه وثبوت حرية اليد حتى يتجر ويكتسب ويؤدي البدل . انظر : الاختيار (٢٠٢/٣) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) انظر : الاختيار (٢٠٤/٣) .

(٤) انظر : اللباب ٥٩٣ .

(٥) انظر : المهذب (٢٠/٢) .

(٦) المكاتب مع المولي كالأجنبي في ضمان المال وبذل المنافع وأرش الأطراف ؛ لأنه صار بما بذله له من العوض عن رقبته كالخارج عن ملكه . انظر : المهذب (١٥/٢) .

(٧) العلة في ذلك : أن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ، وضرورة التوصل إلي المطلوب والتزوج ليس وسيلة إليه ، ويجوز بإذن المولي لأن الملك له . انظر : اللباب ٥٩٣ .

(٨) انظر : الاختيار (٢٥٢/٣) .

مسألة ١١٩٢

حكم عتق رقبة ذي رحم

٢٤٤٩٣ - قال أصحابنا : إذا اشترى ذا رحم منه ينوى أن يعتقه كفارة اليمين جاز عنها استحسانًا (١) ، والقياس (٢) يمنع ذلك (٣) . وبه قال زفر (٤) خلافًا للشافعي (٥) .

٢٤٤٩٤ - لنا : أن السبب الموجب للحرية من جهته ، فقد وجد (٦) مقارنًا لنية الكفارة ، فصار كقوله لعبده : أنت حر (٧) .

٢٤٤٩٥ - ولا يقال : إن سبب الحرية هو السبب (٨) ، والملك شرط (٩) ، لأن

---

(١) معني الاستحسان عند الحنفية : « هو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها ، لوجه أقوي يقتضي العدول عن الأول » ، وقد اتفق الإمامان أبو حنيفة ومالك في جريان الاستحسان كثيرًا في عباراتهم واستنباطهم ، وقد عرفه ابن العربي من المالكية بقوله : « الاستحسان هو إيثار ترك الدليل والترخيص بمخالفته لمعارضة دليل آخر في بعض مقتضياته » . انظر : أصول الفقه لمحمد أبو زهرة ٢٥١ ، ٢٥٨ .

(٢) معنى القياس لغة : المساواة والتقدير . واصطلاحًا : حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما ، أو نفيه عنهما ، بأمر جامع بينهما . انظر : إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي الشوكاني ١٧٤ ط دار المعرفة ببيروت .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي ٨٧ ، شرح فتح القدير (٩٩/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٤٧/٣) ، الاختيار لتعليل المختار (١٦٤/٣) .

(٤) انظر : المبسوط السرخسي (٨/٧) ، شرح فتح القدير (٩٩/٤) .

(٥) انظر : مغني المحتاج : (٣٦١/٣) ، المهذب (١٤٩/٢) ، كفاية الأخيار (٤٨٦/٢ * ، وقال به الإمام مالك ، بداية المجتهد (٨٤/٢) ، المدونة الكبرى (٧٣/٣) ، الشرح الصغير (٦٤٦/٢) .

(٦) السبب الموجب للحرية هناك هو الملك لقوله ﷺ : « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » . وأخرجه النسائي في السنن الكبرى (١٧٣/٣) ، وأبو داود في سننه وقال أبو داود : روي محمد بن بكر البرساني عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ مثل ذلك الحديث ، قال أبو داود : ولم يحدث ذلك الحديث إلا حماد بن سلمة وقد شك فيه . انظر : سنن أبي داود (٣٥/٤) ، رقم ٣٩٤٩ ، ٣٩٥٠ ، ٣٩٥١ .

(٧) أي أن قوله لعبده : أنت حر من أنواع كلمات العتق الصريحة ، لا فرق بين كون العبد من أقارب المعتق أو غيرهم ؛ لأن الحاصل أن العتق يقع بالنداء بثلاثة ألفاظ في ظاهر الرواية يا حر ، يا عتق ، يا مولاي ، وقيل : بخمسة ألفاظ بالثلاثة المذكورة وبقوله : يا ابني ، ويا أخي . انظر : شرح فتح القدير باب العتق (٢٤٠/٤) .

(٨) في (م) ، (ع) : [المسبب] ، .

(٩) يقصد بالأقارب : ذو رحم محرم هو من لا يجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرًا والآخر أنثى وهذا =

السبب الذي من جهته هو التمليك ، والسبب فعل الله تعالى [١] ، وليس هو من جهته ، ولأن العتق على ضربين : [عتق يقع من طريق الحكم و] [٢] عتق يقع بالإيقاع [وما يقع بالإيقاع] [٣] ، فيه ما يجزي عن الكفارة ، كذلك ما يقع حكمًا يجب أن يكون فيه ما يجزي عن الكفارة ، ولأنه ذو رحم محرم ، فجاز عتقه ، ولأنه عتق معلق لسبب [٤] من جهته لم يتقدم على نية الكفارة ، فصار كقوله : إذا جاء غد ، فأنت حر عن كفارة خطيئتي ، ولأنها رقبة تجزي عن كفارة غيره ، فجاز أن تجزي عن كفارته ، كسائر العبيد . لا يلزم من استولد جارية غيره أنها تجزى عن كفارة غيره ولا تجزي عنه لأنها تجزي إذا قال لمولاها : اعتقها عن كفارتي على ألف [٥] ، فأعتقها ، ولأن كل رقبة تجزي عن كفارته إذا لم يكن بينه وبينه رحم تجزي ، وإن كان بينهما رحم كالأخ ، وعكسه المقطوع اليدين [٦] .

٢٤٤٩٦ - احتج المخالف : بقوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [٧] .

٢٤٤٩٧ - قالوا : والتحرير فعل يتعدى : حرره يحرره ، وهذا عتق عليه ، ولم يحرره ، وهذا عتق [٨] .

٢٤٤٩٨ - والجواب : أنه إذا اشتراه بشرط الخيار ، فأعتقه بإعتاقه عندنا ، فهو محرر ، وظاهر الآية يقتضي جوازه [٩] . وعندهم لا يجوز [١٠] . ولأنه دلالة عليهم من هذا الوجه ، لأن العتق الواقع بالسبب تجويز شرعي ، وإعتاق بدلالة قوله ﷺ : « لا يجزى والد والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه » [١١] ، أي فيعتق عليه ، فسمى ذلك إعتاقًا ، لأنه فعل سبب الإعتاق ، وهو الشراء [١٢] ، وهذا كقولك : أطعمته

= اللفظ مروي عن رسول الله ﷺ المذكور تخريجه . انظر : شرح فتح القدير (٢٤٧/٤) .

(١) قاعدة : السبب فعل الله تعالى . (٢ ، ٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) أي : معلق السبب بالكفارة التي تلزمه بالظهار .

(٥) أي : عدم الجواز عن كفارة نفسه بإعتاق نفسه .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٢/٧) . (٧) النساء : ٩٢ .

(٨) انظر : كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨١/٥) .

(٩) انظر : المبسوط للسرخسي (٨/٧) . (١٠) انظر : كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨١/٥) .

(١١) أخرجه النسائي في السنن الكبرى بلفظ : « لا يجزي ولد والدًا » إلا أن يجده فيشتريه فيعتقه من ملك ذا رحم محرم » ، انظر : تحقيق دكتور عبد الغفار سليمان البنداري وسيد كسروي حسن : (١٧٣/٣ ، ٤٨٩٦) . ط دار الكتب لعلمية بيروت .

(١٢) انظر : سبل السلام شرح بلوغ المرام (١٥٠١/٤) .

فأشبعته ، وسقيته فأرويته ، وضربته فأوجعته . معناه أنه سبب ذلك ، وإن لم يستأنف فعلًا . ويخالف ذلك دعوته وكسوته ، وإذا كان هذا العتق يسمى في الشرع إعتاقًا ، دخل تحت الآية (١) .

٢٤٤٩٩ - فإن قيل : الآية تضمنت الإيقاع ، وهي حقيقة ، فإذا حملوها على الوقوع جاز ، فلا يحمل اللفظ عليهما (٢) .

٢٤٥٠٠ - قلنا : المجاز ما عدل إليه عن الحقيقة ، وأهل اللغة لم تستعمل الوقوع من غير إيقاع (٣) ، ولا نعرفه إيقاعًا ، وإنما هو اسم اقتصر الشريعة مبتدأ .

٢٤٥٠١ - ولا يقال إنه مجاز ، وإنما يقال : إنه شرعي .

٢٤٥٠٢ - قالوا : عتق يقع عقيب معنى سبب سابق ، فوجب أن لا يعدل به عن سببه في محله بنية التكفير ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر ، فدخل الدار ينوى به عن كفارته (٤) .

٢٤٥٠٣ - قلنا : لم يعدل عندنا بالعتق عن سببه أنه يقع بالسبب عن الكفارة ، وهذا كالطلاق للعتق الذي ينتج عن الكفارة ، فإن قارنته النية ، فلم يعدل به ، لكن تعلق به الجواز لانضمام نية الكفارة ، فلم يجز عنها . وسبب الحرية من جهته وجد نية الكفارة مقترنة به ، فلهذا جاز عنها (٥) .

٢٤٥٠٤ - قالوا : عتق يقع عقيب تلك الحرية لسبب ، فوجب أن لا يجزي عن الكفارة . أصله : إذا ورث (٦) .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٨/٧) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٤/٣) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٨/٧) ، المهذب (١٤٩/٢) .

(٣) سقط في (م) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٨/٧) ، شرح فتح القدير للهمام (١٠٠/٤) ، المهذب (١٤٩/٢) ، مغني المحتاج (٣٦١/٣) . وقال ابن الهمام : « إنه إذا دخل في ملكه بصنع منه ، إن نوى عند صنعه أن يكون عتقه عن الكفارة أجزأه وإلا فلا . ولو قال : إن دخلت الدار فأنت حر نوى كون العتق وقت دخوله له عن الكفارة لا يجوز ، ولو نوي وقت اليمين جاز » .

(٥) إنما يقع العتق بسبب القرابة ، ويكون مجازاة له إذا قصد ذلك ، فأما إذا قصد به الكفارة كان هذا في حقه إعتاقا عن الكفارة . انظر : المبسوط للسرخسي (٨/٧) .

(٦) عتق الأقارب عن الكفارة يقاس في عدم جوازه على الإرث ، فيما إذا ورث بنية الكفارة . انظر : مغني المحتاج (٣٦١/٣) ، روضة الطالبين (٢٨٧/٨) .

٢٤٥٠٥ – قلنا : المعنى فيه أن سبب الحرية ليس بصنيع له ؛ فلم يجز عن الكفارة ، وفي مسألتنا وجد سبب الحرية من جهته مقترنًا بنية الكفارة ، فجاز أن يكون فيه ما يجزي / عن الكفارة كالإيقاع يبين الفرق بينهما أن من اشترى نصف أبيه ضمن لشريكه . ولو ورثه لم يضمن [١] .

٢٤٥٠٦ – قالوا : سبب يقع به التكفير ؛ فلا يصح وضعه في والده كالإطعام [٢] .

٢٤٥٠٧ – قلنا : الرق يتلف على ملك المعتق ، فأما أن يضعه في المعتق فلا ، ولهذا المعنى يجوز وضع العتق في عبده ، ولو وضع الإطعام فيه لم يصح .

٢٤٥٠٨ – فإن قيل : إنهما أجازا صرف العتق إلى عبده ، لأنه يعتق ، فيكمل العتق ، وقد خرج من أن يكون عبده ، وفي مسألتنا يقع العتق ، ولا تزول الأبوة ، فيكون مصروفًا إلى نية [عتق أبيه] [٣] .

٢٤٥٠٩ – قلنا : ليس المعتبر بكمال التصرف ، بل المعتبر بابتداء التصرف [٤] ، ألا ترى أنه لو تصدق على غنى ، فلم يتم القبض حتى افتقر لا يجزي عن الكفارة [٥] ، ثم المعنى في الإطعام أن التمليك معتبر فيه ، وملك الأب قد أجرى مجرى ملكه ، فكأنه لم يخرج الإطعام عن ملكه إخراجًا صحيحًا ؛ فلم يجز . فأما العتق ، فالمستحق إتلافه على ملكه ، ولهذا يستحق الولاء ، وهذا المعنى موجود في أبيه والأجنبي على وجه واحد [٦] .

٢٤٥١٠ – قالوا : اجتمع أمران : السبب الموجب للعتق والتكفير ، ولا يجوز أن يقع عنهما ، وكان وقوعه عن السبب أولى ؛ لأن سببه مقدم ، ولأنه لا يفتقر إلى أبيه ، ولأنه

---

(١) أي : عند المخالف أن الحرية تزول بسبب الكفارة ، أما عند أبي حنيفة وأصحابه : أن سبب الحرية بالقرابة لا يزول وإنما وجد مقترنًا بنية الكفارة فيجوز ، بخلاف الإرث فإنه لا يجوز الاقتران بنية الكفارة كما إذا ورث أباه ينوي به الكفارة ، فلا يجزئ . انظر : المبسوط للسرخسي (٩/٧)

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٨/٧) ، المهذب (١٤٩/٢) . أي أن سبب الحرية موجود مع التكفير ، إلا أنه لا يجوز الإشراك مع والده . مثل الإطعام في النفقة .

(٣) أي : إذا أعتق العبد خرج من ملكه ، بخلاف ما إذا كان عبده أباه ، فإن إعتاقه عن الكفارة لا يزيل الأبوة ، أي سبب الأبوة لأن الذي يحقق تصرف نيته . انظر : المبسوط للسرخسي : (٨/٧) .

(٤) قاعدة : « ليس المعتبر بكمال التصرف بل المعتبر بابتداء التصرف » .

(٥) أي : إن الاعتبار الملك للعبد ، سواء كان أباه أو غيره ؛ لأن من لا ملك له لا يجوز التصرف عن الكفارة فيه . كما أن الشيء الذي لم يتأد قبضه لا يجوز عتقه عن الكفارة .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٩/٧) .

لا يقفى على فعله [١] .

٢٤٥١١ - قلنا : العتق الذي اقتضاه السبب هو الذي يقع عن الكفارة ، لأنه لا يفتقر إلى إيقاع ، فكيف نسلم أنه لا يقع عنهما ؟ وما المانع من ذلك ؟ والمقصود بالعتق القربة ، وعتق الأب أدخل في القربة ، فهو أولى بالجواز [٢] .

٢٤٥١٢ - قالوا : لم يقع في عتق أبيه كماله في الطعام [٣] .

٢٤٥١٣ - قلنا : يبطل بعتق أخيه وعمه ، فإن لم يقع في ذلك الخلاف ، ويجزي عن الكفارة بإجماع [٤] .

٢٤٥١٤ - قالوا : عتق مستحق بسبب سابق للنية ، فلا يجوز صرفه إلى الكفارة . أصله : عتق أم الولد ، وإذا قال : إذا فعلت أنا كذا . فأنت حر [٥] .

٢٤٥١٥ - قلنا : استحقاق العتق غير مسلم ؛ لأنه إن قال بثبوت الاستحقاق قبل الملك لم يصح ، لأنه لا يجب على الإنسان عتق أبيه ، وإن قال : أنت حر ، يستحق بعد الملك ، لأن العتق يتعقب الملك ، فليس هنا من [٦] حالة لسبق الملك فيها ، حتى يقال : يستحق عليه العتق فيها [٧] ، والمعنى في أم الولد أنها لا تجزي عن [كفارة غيره فلم تجز] [٨] عن كفارته . أو نقول : رقها ناقص بدلالة نقصان التصرف فيها على وجه لا يرتفع . والمعنى في العتق المعلق بالشرط أن سبب العتق من جهته لم يقارنه نية الكفارة ، والسبب هو اليمين ، بدلالة أن لفظ الحرية وجد فيها ، ونية الكفارة لم تقارن ذلك السبب في مسألتنا ، وسبب الحرية هو الملك ، بدلالة أن الضمان يجب على المشترى لبعض النصيب [٩] .

---

(١) انظر : مغني المحتاج (٣٦١/٣) ، المهذب (١٤٩/٢) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٩/٧) .

(٣) أي : إذا وقع العتق عن أبيه فأدى عن الكفارة بالإطعام .

(٤) الرد على هذا الاستدلال : يبطل القول بأن وقوع العتاق عن الأبوة في كفارة الظهار بما إذا عتق أخاه أو عمه ، فإنه يقع هذا العتاق عن الكفارة ، ولم يترتب لزومها بالإطعام ، وهذا يجوز بالإجماع وإذا كان كذلك جاز في الأب بينهم بجامع النسب الموجود بينهم .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٨/٧) قال السرخسي : « إن أم هذا الولد استحقت حق العتق عند دخولها في ملكه وذلك مانع إعتاقها عن الكفارة » .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٩/٧) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) وفي صلب (ص) استدرك في الهامش

(٩) انظر : المبسوط للسرخسي (٩/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٠/٤) .

٢٤٥١٦ – فإن قيل : رق الأب ناقص كأم الولد (١) .

٢٤٥١٧ – قلنا : هذا النقصان إن قلتم أنه قبل ملك الأب لم يصح ؛ لأن الرق لو نقص في ملك البائع منع الفعل إلى المشتري ، ولا يجوز أن ينقص بعد ملكه ، لأن نقصان الملك لا ينشأ بعد حصول الملك ، فليس بعد سبب الكفارة تمليك (٢) ، كما لو قال لعبد غيره : إن ملكتك فأنت حر ، ثم اشتري له ينوى به كفارة اليمين (٣)

قال : هناك السبب الموجب للحرية من جهة اليمين ، لأن لفظ الحرية واحد فيها ، وذلك السبب لم يقترن بنية الكفارة ، وفي مسألتنا سبب الحرية من جهته هو الملك ، وقد اقترن به نية الكفارة .

٢٤٥١٨ – فإن قيل : لو كان الملك إعتاقًا كان يجب إذا أكرهه على ابتياع أبيه ، فابتاعه يضمن كما لو أكرهه على إعتاقه ، إلا أن الضمان لا يجب . ولأن العتق وجب عن أمر وجب عليه ، فهو كالمظاهر إذا أكرهه مكره على عتق رقبة عن ظهاره لم يضمن (٤) .

* * *

(١) قال صاحب شرح فتح القدير : « الرق الناقص هو إنشاء عتق من لا يكون عبدًا من كل وجه كالمدبر وأم الولد ، والرق الكامل هو الذي أنشأ العتق من كل وجه » . انظر : شرح فتح القدير (٤/٩٧) .

(٢) والمراد به : أي إذا كان المراد بالنقص قبل الملك لا يصح الإعتاق عن الكفارة ، أما إذا أراد به بعد الملك فإن الإعتاق عن الكفارة يجوز لأن نقصان الإنشاء مع كامل الإنشاء لا يختلف بعد الملك ، فيجوز إنشاؤه بعد الملك عن الكفارة .

(٣) لا يصح عن الظهار هنا ؛ لأن تعليق الأول قد صح علي وجه لا يملك إبطاله ولا تغييره ، وإنما يحال بالعتق عند الشراء عليه ، لأنه ترجح بالسبق ولم تقترن به نية الكفارة . انظر : المبسوط للسرخسي (٧/١٠) .

(٤) أما أن الضمان في الإعتاق لا يجوز ؛ لأن العتق وجب علي أمر وجب عليه كالإكراه في كفارة الظهار ، فلا يجوز الضمان فيه . كذلك في ابتياع أبيه لأنه ملك لإعتاقه فأكرهه في الابتياع ، فإذا أكره فلابد من الضمان ، وهذا معارض لأن الضمان في الإعتاق لا يجوز عن الكفارة . ذهب الإمام الشافعي وهو ما يقتضيه القياس عند الحنفية إلى أن من اشترى ذا رحم محرم فيه بنية التكفير لا يصح ، حيث يفارق شراء ذي رحم شراء غيره ، بدليل أنه لو اشترى عبدًا بقصد الكفارة ثم أمسكه ولم يعتقه صح ذلك ويقاس عليه حكم الكفارة ، ولا يستحق ذلك في ذي الرحم المحرم ، حيث إنه بمجرد الشراء يصبح حرًا » لدخوله في ملك المشتري .

مسألة ١١٩٣

حكم عتق الرقبة المشتركة

٢٤٥١٩ - قال أبو حنيفة : إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد عن كفارته ، ثم ملك النصف الآخر بالضمان ، فأعتقه على كفارته لم يجزئ [١] .

٢٤٥٢٠ - وقال الشافعي : إذا أعتق نصيبه ، ونوى عند الإيقاع أن يكون نصيبه الموقع ، وما سرى عن كفارته أجزأه [٢] ، وهذه مبنية على تبعيض الحرية [٣] ، فلما أعتق نصيبه عتق ، ونقص نصيب شريكه لاستحقاق الحرية ومنع التصرف فيه بالبيع والتمليك ، وذلك النقص لم ينصرف إلى الكفارة ؛ لأنه في غير ملكه ، فلم يجز عتقه عن الكفارة مع نقصانه [٤] . وليس هذا كما لو كان العبد كله له ، فأعتق نصفه ، ثم أعتق الباقي ؛ لأن عتق النصف أوجب نقصانًا في الباقي ، وينصرف ذلك النقص إلى الكفارة ؛ لأنه على ملكه ، فأعتق فكأنه [٥] عتق [٦] ابتداء نصفه ، وبقي نصفه حرًا ، ثم أعتق الباقي [٧] .

٢٤٥٢١ - وأما الشافعي : فعنده أن العتق لا يتبعض حال النسيان ، فعتق البعض

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٧) ، شرح فتح القدير (٩٦/٤) ، البناية على شرح الهداية (٣٤٥/٥) ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٩/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٥/٣) ، الاختيار لتعليل المختار (٢٦٤/٣) . وبه قال الإمام مالك وأحمد في رواية . وقال أحمد في كشاف القناع من متن الإقناع : لأنه لم يحصل بالمباشرة بل بالسراية (٣٨٣/٥) ، المدونة الكبرى (٧٢/٣) ، الشرح الصغير (٣٤٥/٢) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٨١/٥) ، المهذب (١٤٩/٢) ، روضة الطالبين (٢٨٨/٨) . وبه قال : أبو يوسف ومحمد ، وكذا قال الإمام أحمد في رواية . انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٧) ، البناية على شرح الهداية (٣٤٥/٤) ، الاختيار لتعليل المختار (١٦٤/٣) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٦٤٧/٥) ، المغني على المبدع في شرح المقنع (٥٨/٨) .

(٣) أي : وإن أعتق نصف عبده علي كفارته ، ثم جامع التي ظاهر منها أعتق باقيه لم يجز عند أبي حنيفة ، لأن الإعتاق يتجزأ عنده ، وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس . وعند أبي يوسف ومحمد وكذا عند الشافعي قالوا : إعتاق النصف إعتاق الكل على أصلهما ، لأن الإعتاق لا يتجزأ ، فيحصل الكل قبل المسيس فيجوز . انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٧) ، البناية على شرح الهداية (٣٤٧/٥) .

(٤) انظر : البناية على شرح الهداية (٣٤٦/٥) . ط . دار الفكر .

(٥) سقط في (م) .

(٦) في (م) فأعتق وهذا تحريف .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٧) ، البناية على شرح الهداية (٣٤٧/٥) ، ط . دار الفكر ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٣/٥) ، المدونة الكبرى (٧٢/٣) ، الشرح الصغير (٦٤٧/٢) .

عتق للجميع ، فيجزي الاعتبار يعتق نصيب المعتق ، ولا ينقص الباقي ؛ لأنه لا يستحق الحرية عنده ، ويجوز تصرفه فيه بالبيع ، فإذا ملكه فأعتقه جاز [1] .

* * *

---

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٣٨٣/٨) . وقال في الروضة : « سواء وجه العتق إلى جملته أو إلى نصيبه فقط لحصول العتق بالسراية » .

مسألة ١١٩٤

حكم عتق نصف رقبة

٢٤٥٢٢ - قال أصحابنا : إذا أعتق نصف رقبتين لم يجزه عن الكفارة (١) .

٢٤٥٢٣ - واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من قال مثل قولنا .

ومنهم من قال : يجزيه إن كان نصف الرقبة حرًا ، ولا يجزيه إن بقي رقيقًا ، وهل يجوز نصفا (٢) شاة [في الزكاة عن شاة ؟ فيه وجهان ، ويجوز نصفا شاة] (٣) عن الأضحية (٤) .

٢٤٥٢٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ﴾ (٥) ، ومن أعتق نصف رقبتين لم يعتق رقبة ، ولأنه لم يعتبر العتق في شخص واحد ، فصار كمن أعتق نصفي مكاتبين ، ولأنه أحد ما يقع به التكفير ، فإذا صرف ما شرع صرفه إلى شخصين لم يجز ، كمن دفع طعام مسكين إلى فقيرين (٦) .

٢٤٥٢٥ - احتجوا : بأنه أحد ما يقع به التكفير فجاز فيه التفريق كالإطعام (٧) .

٢٤٥٢٦ - قلنا : الإطعام شرع تفريقه في أشخاص ، وما عتق رقبة واحدة ، فهو كالقدر الذي يدفعه إلى مسكين واحد ، فلا يجوز تفريقه على أشخاص (٨) .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٠/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٤/٤) .

(٢) في (ن) : [نصفي] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وأثبتناه من (ص) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٣٦٢/٣) ، المهذب : (١٤٩/٢) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٩٩/٨) . ووافقه الإمام أحمد على قوله الراجح ، وقال : « لأن الأشقاص بمنزلة الأشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير » . والمغني لابن قدامة (٣٨٩/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٣/٥) .

(٥) سورة المجادلة : الآية ٣ .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (١٠/٧) .

(٧) انظر : المغني لابن قدامة (٣٨٩/٧) .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (١٠/٧) . أي الإطعام يخالف العتاق من حيث إن الإطعام شرع توزيعه علي أشخاص متعددة ، أما العتاق ؛ فإنه كالقدر الذي شرع تفريقه إلى شخص واحد ، فلا يجوز عتق نصف رقبتين عن كفارة .

مسألة ١١٩٥

العتق غير المباشر للكفارة

٢٤٥٢٧ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا قال المكفر لرجل : أعتق عبدك عن كفارتى ، وقع العتق على المأمور والولاء له [١] ، ولا يجزئ الآخر عن الكفارة [٢] .

٢٤٥٢٨ - وقال أبو يوسف : يقع العتق عن الأمر بالقيمة [٣] .

٢٤٥٢٩ - وقال الشافعي : يقع العتق عن الأمر بغير عوض [٤] . واختلف أصحابه متى يقع الملك ؟ فمنهم من قال : يقع الملك بمجرد الاستدعاء ، ويقع العتق بالإعتاق بعد حصول الملك [٥] ، ومنهم من قال : يقع الملك بالشروع ، في لفظ الإعتاق والآخر بإكمال الإعتاق [٦] .

٢٤٥٣٠ - وقال المروزي [٧] : يقع العتق والملك معًا بلفظ واحد [٨] .

٢٤٥٣١ - وقال الإسفراييني [٩] : الأشبه بقول الشافعي أن الملك يقع عقيب فراغه

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢ ، ٣) انظر : المبسوط للسرخسي (١١/٧) ، شرح القدير (١٠٥/٤) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٣٦٣/٣) ، المهذب (١١٦/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٢/٨ ، ٢٩٣) ، وبه قال الإمام مالك وأحمد . وقال أحمد في الكشاف : « صح العتق عن المعتق عنه وله ولاؤه وأجزأه عن كفارة ، لأن المأمور كالوكيل عنه » (٣٨٢/٥) . شرح منح الجليل علي مختصر العلامة خليل (٣٩٤/٢) ، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل (١٢٦/٤) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٢/٥) .

(٥) انظر : روضة الطالبين (٢٩٥/٨) .

(٦) انظر : المهذب (١١٦/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٥/٨) .

(٧) المروزي هو إبراهيم بن أحمد المروزي ، أخذ الفقه عن ابن شريح وانتهت إليه رئاسة العلم ببغداد ، ثم انتقل في آخر عمره إلي مصر ، وجلس في مجلس الشافعي ، قال العبادي : خرج من مجلسه إلي البلاد سبعون إمامًا من أصحاب الشافعي من مصنفاته أنه شرح المختصر شرحا مبسوطًا ، توفي سنة ٣٤٠ هـ ودفن قريبًا من الشافعي انظر : طبقات الشيرازي ١٢ ، طبقات العبادي (٦٦ ، ٦٨) ، طبقات الإسنوي (١٩٧/٢ ، ١٩٨) ، وفيات الأعيان (٢٦/١ ، ٢٧) .

(٨) انظر : المهذب (١١٦/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٥/٨) .

(٩) الإسفراييني هو : أحمد بن محمد بن أحمد الإسفراييني أبو حامد شيخ طريقة العراق حافظ المذهب الشافعي وإمامه ولد سنة ٣٤٤ هـ وقدم بغداد شابًا حيث علي ابن المرزبان والداركي . ثم انتهت إليه بها رئاسة الدين والدنيا . توفي سنة ٤٠٦ هـ ودفن في داره ، له ترجمة في البداية والنهاية : (٢١/١٢) النجوم الزاهرة (٢٣٣/٤) . تاريخ بغداد (٣٦٩/٤) .

من لفظ العتق ، ثم يتعقب العتق الملك ، فيكون قوله بعتقه عنك تصرف المعتق ، لكنه يتضمن التمليك ، فالملك يقع بتضمينه ومقتضاه ، والعتق بنفس اللفظ (١) .

٢٤٥٣٢ - لنا : أن العتق لا يقع إلا بعد التمليك بغير عتق منه ، فهذا رجل استوهب وأمر بالعتق قبل القبض ، [والمستوهب إذا أعتق قبل القبض لم ينفذ عتقه ، كذلك إذا أمر بالعتق] (٢) لم يقع العتق عنه ، وليس كذلك إذا قال : اعتقه عني بألف ، لأنه مشتري ، والمشتري إذا أعتق قبل القبض جاز ، فكذلك إذا أمره بالعتق بل القبض يقع ، ولهذا لو كان العبد في يد الآخر ، فقال : اعتقه عني جاز ، لأن التمليك موجود مع العوض (٣) .

٢٤٥٣٣ - احتجوا : [بأن العتق قبض ، بدلالة أن المشتري إذا أعتق العبد صار قابضًا ، فقام العتق مقام القبض والإعتاق] (٤) .

٢٤٥٣٤ - الجواب : أنه إنما يكون العتق قبضًا إذا صادف الملك ، والعتق هنا لم يصادف ملك المستوهب ، فلم يصر قبضًا ، كما أن من عليه الدين لا يعتبر قابضًا للدين من نفسه بفعله (٥) .

٢٤٥٣٥ - فإن قيل : من أصلكم أن البيع الفاسد لا يملك إلا بالقبض ، فلو قال : اعتق عبدك عني على رطل خمر فأعتقه ، وقع العتق عن الأمر ، كذلك الهبة (٦) .

٢٤٥٣٦ - قلنا : هذه المسألة مذكورة في كتاب الإكراه (٧) ، ومن أصحابنا من قال : إنها على هذا إطلاق أيضًا ، وأن العتق يقع عن أمر على قول أبو يوسف خاصة ، ومن أصحابنا من قال : إن العتق على مال ، وإن كان فاسدًا ، فالعتق عن الأمر لا يقف

---

(١) انظر : المهذب ١١٦/٢ ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ٢٩٥/٨ .

(٢) من بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (١١/٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط في (ع) . وانظر : المبسوط للسرخسي (١١/٧) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٩٥/٨) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (١١/٧) .

(٦) انظر : مغني المحتاج (٣٦٢/٣) ، روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٢٩٥/٨) .

(٧) الإكراه : هو حمل الغير علي أمر يفعله قهرًا عنه دون أن يرضاه ، والكره بضم الكاف : المشقة ، وبفتحها : الإكراه ، وقيل لغتان بمعنى واحد . انظر : لسان العرب مادة « كره » ، المصباح المنير مادة « كره » : ٥٣١ ، ٥٣٢ .

على القبض ، وهذا عتق على مال ، فلذلك وقع قبل القبض ، وإن كان فاسدًا [١] .

٢٤٥٣٧ – قالوا : العتق يقع به التكفير كالإطعام ، فلو قال : أطعم عني عشرة مساكين ، ولم يذكر العوض ؛ وقع ذلك عن الآمر [٢] كذلك العتق [٣] .

٢٤٥٣٨ – قلنا : إذا أمره بالإطعام ؛ فقد استوهب الطعام أو اقترضه ، وأذن له في دفع ذلك إلى المساكين مقام قبضه ، ومتى وجدت الهبة والقبض صح التمليك ، فيجزي عن الكفارة [٤] .

٢٤٥٣٩ – فإن قيل : إذا قال أعتق عني بألف ، وقال : أعتقه عنك ، قام القول مقام قوله : ملكتك ، ومقام الإعتاق ، كذلك يقوم مقام التمليك والقبض [٥] .

٢٤٥٤٠ – قلنا : إذا التمس الآمر العتق على مال لم يفتقر ذلك إلى القبول عندنا ، لأنه إذا قال : أعتق عبدك عني بألف فقال : قد أعتقته ، أو قال : قد فعلت ، اكتفي بذلك . ولا يفتقر إلى قبول حتى يكون العتق قام مقام ذلك ، والقبض بفعله ، فلا يقوم إعتاقه مقامه .

* * *

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١١/٧) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (١١/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٥/٤) .

(٣) أي : يقاس الأمر بالعتق علي الأمر بالإطعام ، فيجوز عند المخالف . انظر : المبسوط للسرخسي : (١١/٧) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (١٢/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٥/٤) . وقال الهمام : « لأنه استقراض معنى ، والفقير قابض له أولًا ثم لنفسه ، فتحقق تملكه ثم تمليكه » .

(٥) على الرغم من عدم وجود القبول ، إلا أن العبد معتق ، ويصح عتقه على قول من قال بذلك . انظر : روضة الطالبين (٢٩٢/٨) .

مسألة ١١٩٦

حكم التكفير في الأجناس المختلفة

٢٧/أ

٢٤٥٤١ – قال أصحابنا : إذا كان عليه كفارات من أجناس ؛ لم يجزه / التكفير إلا بنية معينة . وإن كانت من جنس واحد جازت بنية التكفير استحسانًا [(١)] .

٢٤٥٤٢ – وقال الشافعي : إذا نوى الكفارة فيهما جاز ، وسقط عنه إحدى الكفارات [(٢)] .

٢٤٥٤٣ – لنا : أنهما عبادتان اختلف جنسهما ، فإذا وجبت النية لهما وجب التعيين ، كالصوم والصلاة والنذر والزكاة [(٣)] .

٢٤٥٤٤ – فإن قيل : لا تأثير لقولكم من جنسين [(٤)] ، لأن الصلاة وإن كان جنسها واحدًا ، ففيه التعيين معتبر ، لأن الجنس الواحد قد يسقط فيه التعيين ، كقضاء أيام رمضان لوصف مؤثر من هذا الوجه [(٥)] ، ولأن إحدى العبادتين لها بدل واحد ، والأخرى لها بدلان [(٦)] ، فاستحق فيها نية التعيين كهذه النية وجزاء الصيد ، ولأن التكفير مقصود والجهة مقصودة ، فإذا وجب أن يعين أحدهما للتميز من غيره وجب الآخر [(٧)] .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٠/٧) ، شرح فتح القدير (١١٠/٤) ، الهداية (٣٠٢/٢) ، حاشية ابن عابدين (٤٨١/٢) ، الاختيار لتعليل المختار (١٦٦/٣) . وبه قال مالك ورواية عن أحمد . الشرح الصغير (١١/٣) . المغني لابن قدامة (٣٨٨/٧) ، كشاف القناع من متن الإقناع (٣٨٩/٥) ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (١٢٧/٤) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٨٢/٥) ، مغني المحتاج (٣٥٩/٣) ، المهذب (١٥١/٢) ، روضة الطالبين (٢٧٩/٨) . وبه قال رواية ثانية عن أحمد . المغني لابن قدامة (٣٨٨/٧) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (١٠/٧) ، شرح فتح القدير (١١٠/٤) .

(٤) كالظهار واليمين مثلًا ؛ فإنهما جنسان .

(٥) ، وقال صاحب مغني المحتاج : « وإنما لم يشترط تعيينها في النية كالصلاة ؛ لأنها في معظم خصالها نازعة إلي الحرمات فاكتفي فيها بأصل النية » . انظر : مغني المحتاج (٣٥٩/٣) .

(٦) تختلف العبادة المحضة عن العبادة غير المحضة . والعبادة المحضة : كالوضوء والصلاة ، وغير المحضة : كغسل النجاسة .

(٧) لأن التكفير يقصد عن الظهار ، أو النذر ، أو القتل ، أو غيرها ، فإذا وجب أحدها في التعيين بالكفارة ، فيترتب المقصود من الكفارة . انظر : مغني المحتاج (٣٥٩/٣) .

٢٤٥٤٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ (١) .

٢٤٥٤٦ - قلنا : الظاهر يقتضي جواز التحريم عن القتل بنفس الفعل ، وهذا لا يكون إلا فيمن عليه كفارة ، فأما من عليه كفارات ؛ فيحتاج إلى التحرير ثم التعيين ، وهذا لا يدل الظاهر عليه ، [وقوله ﷺ] (٢) : « الأعمال بالنيات » مشترك الدليل ، لأنه لم ينو كفارة الظهار ، ولم يقع عتقه عنها ، ولم ينوها (٣) .

٢٤٥٤٧ - قالوا : كفارة واجبة ، فلا يفتقر جوازها إلى التعيين ليبينها . أصله : إذا كانت عليه كفارة واحدة ، أو كان عليه كفارات من جنس واحد (٤) .

٢٤٥٤٨ - قلنا : المعتبر السبب الذي يحتاج إلى التمييز ، فإذا كانت الكفارة واحدة فقد تميزت ، وإذا نوى الكفارة فقد ميزها من غيرها ، فتعينت (٥) . وإذا كان عليه (٦) كفارتان من ظهار وقتل فنوى التكفير لم تتميز إحداهما عن الأخرى ، فلم تجز ، كما لو أعتق لا ينوى التكفير لم يجزه ذلك عن الكفارة (٧) ، لأن إطلاق العتق لا يتميز عن الفاعل ، وأما إذا كانت من جنس واحد ، فلأن حكم الجنس في نية التمييز يخالف الجنسين ، بدلالة أن قضاء أيام من رمضان لا يجب فيها نية التعيين ، وقضاء رمضان وصوم النية يفتقر إلى تعيين النية لاختلاف جنسها (٨) .

٢٤٥٤٩ - فإن قيل : الصلاة لا يختلف فيها الجنس والجنسان في اعتبار تعيين النية (٩) .

٢٤٥٥٠ - قلنا : هذا دليل عليكم ؛ لأن تعيين النية إذا وجب في الظهرين وهما

---

(١) سورة المجادلة : الآية ٣ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير (١١٠/٤) .

(٤) أي : إذا كانت عليه كفارة واحدة لا يجب عليه التعيين ، وكذا إذا كانت عليه كفارات ؛ فإنه لا يجب عليه التعيين ، انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٧٩/٨) .

(٥) اختلاف السبب يدل علي اختلاف الحكم ؛ لأن الحكم ملزوم السبب ، واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ، انظر : شرح فتح القدير (١١٠/٤) .

(٦) سقط في (م) .

(٧) أي : لم تتميز الكفارة عن القتل أو الظهار ؛ فوجب تعيين الكفارة ، ولم تكف نية التكفير فقط .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (١٠/٧) ، شرح فتح القدير (١١٠/٤) .

(٩) انظر : مغني المحتاج (٢٥٩/٣) وقال صاحب مغني المحتاج : « لم يشترط تعيينها في النية كالصلاة ؛ لأنها في معظم خصالها نازعة إلي المحرمات ، فاكتفي فيها بأصل النية » .

جنس واحد ، فوجوبه في مسألتنا في الجنسين أولى [١] .

٢٤٥٥١ - قالوا : كفارات تجزى نية الكفارة الثانية منهما بتعيينه ، فلا تحتاج إلى التمييز عن غيرها في الكفارات ، وإنما تحتاج أن تتميز من غير الكفارات [٢] فإذا نوى الكفارة تميزت ، فأما الأول : فيحتاج إلى التمييز من الثانية ، فلم يكن تمييزها منها بالنية [٣] .

٢٤٥٥٢ - فإن قيل : هذا موجود في الكفارتين من جنس واحد [٤] .

٢٤٥٥٣ - قلنا : الموجب غير مختلف كقضاء أيام رمضان ؛ فلا يحتاج إلى التمييز [٥] .

٢٤٥٥٤ - فإن قيل : إذا كان عليه صلاة ظهر ، فصلى الظهر ؛ فلا بد من التعيين ، وإن اتفق الموجب [٦] .

٢٤٥٥٥ - قلنا : لا يحتاج إلى أكثر من صلاة الظهر ، فسقط بها إحدى الصلاتين ، ثم سقط الأخرى ، اللَّهم إلا أن يكون الترتيب بينهما واجبًا ، فلا بد من تقديم الأولى بالنية لأصل الترتيب [٧] .

٢٤٥٥٦ - قالوا : عبادة من شرطها النية فكانت نيتها عند انفرادها ، وعند اجتماعها مع غيرها سواء . أصله : الصلاتان [٨] .

٢٤٥٥٧ - قلنا : إذ انفردت ؛ فقد تعينت ؛ وإذا اجتمعت مع غيرها ، فقد أشبهت . ونية التمييز معتبرة فيما يشتبه غير متعذرة فيما لا يشتبه ، فلم يجز اعتبار أحد الموضعين بالآخر [٩] .

* * *

---

(١) دليل على المعترض في وجوب تعيين النية ، سواء كان في كفارتين من جنس واحد ، أو من جنسين مختلفين ، فلابد من التعيين . انظر : شرح فتح القدير : (٤/١١٠) .

(٢) أي : أن الكفارات لا تحتاج إلى تعيين النية ، ما دام ينوي كفارة فيكون جائزًا له إلى غيرها من الكفارات ، إلا أنه لابد من التمييز فيما كان عليه كفارات وغيرها .

(٣) انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٨/٢٨٠) .

(٤) إذا نوى كفارة فيجوز فيه .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/١٠) .

(٦) أي : أن صلاة الظهر لابد من تعيين النية في حالة اتفاق الموجب ، مع أن الواجب لا يختلف ، فلا يحتاج إلى النية .

(٧) الجواب على ذلك : أن التعيين في تلك الحالة مقيد إلى سقوط الواجب منه ولا تترتب النية إلى الأخرى .

(٨) أي أن التعيين واجب عند من كان عليه صلاتان ، وعند الانفراد كذلك ؛ لأن الصلاة عبادة فتحتاج إلى النية سواء كانت انفرادًا أو اجتماعًا .

(٩) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/١٠) .

مسألة ١١٩٧

عتق العبد الأعور

٢٤٥٥٨ – قال أصحابنا : يجزئ في الكفارة عتق مقطوع إحدى اليدين وإحدى الرجلين [١] من خلاف [٢] .

٢٤٥٥٩ – وقال الشافعي : لا يجوز مقطوع الإبهام ، ولا مقطوع أنملة من إبهام ، ولا يجوز مقطوع أنملة واحدة [٣] من السبابة والوسطى ، [ولا يجوز مقطوع المفصلين عنهما ، ويجوز مقطوع الخنصر والبنصر] [٤] ولا يجوز مقطوع الوسطى والسبابة أو الإبهام [٥] .

٢٤٥٦٠ – لنا : قوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [٦] ولم يفصل [٧] ، ولأن منفعة الجنس باقية ، فصارت كالمقطوع الخنصر . ولا يلزم مقطوع الإبهامين ، لأن منفعة الجنس تبطل . ولا يلزم مقطوع اليد والرجل من جانب واحد ، لأنه لا يقدر على البطش ، ولأنه قادر على المشي والتصرف والكسب ، كالمقطوع الخنصر والأعور [٨] .

٢٤٥٦١ – فإن قيل : ذاك لا يضر بالعمل ضررًا بينًا [٩] .

---

(١) ساقط في (م) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٢/٧) ، شرح فتح القدير (٩٦/٤ ، ٩٧) ، الهداية (٢٩٧/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٣/٣ ، ٤٧٤) ، الاختيار لتعليل المختار (١٦٤/٣) .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) انظر : الأم للشافعي (٢٦٩/٥) ، مغني المحتاج (٣٦٠/٣) ، المهذب (١٤٧/٢) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٨٤/٨) ، كفاية الأخيار (٢ ، ٤٨٦) . وبه قال الإمام مالك وأحمد . بداية المجتهد (٨٤/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٦٠/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٧٩/٥) ، الشرح الصغير (١١/٣) ، إلا أن الإمام أحمد يخالف الإمام الشافعي في الخنصر أو البنصر المقطوعين من يد واحدة ؛ لأن نفع اليد يزول بذلك . المغني (٣٦٠/٧) .

(٦) سورة المجادلة : الآية ٣ .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٢/٧) .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (٢/٧) ، شرح فتح القدير (٩٦/٤ ، ٩٧) . وقال السرخسي : « ومقطوع أحد الرجلين يجزئ ؛ لأن منفعة المشي لا تفوت ، وكذلك مقطوع اليد والرجل من خلاف ، لأنه يتمكن من المشي بالعصا ، ومنفعة البطش باقية أيضًا فلم تكن مستهلكة » . (٢/٧) .

(٩) انظر : الأم للشافعي (٢٦٩/٥) ، المهذب (١٧٤/٢) .

٢٤٥٦٢ - قلنا : المعتبر فيها منفعة الجنس دون إمكان العمل ، بدلالة أنه يجوز عتق من لا عمل له ولا تصرف ، وعتق الناقص العمل (١) .

٢٤٥٦٣ - احتجوا : بأنه نقص يضر بالعمل ضررًا بينًا ؛ فصار كالمقطوع اليدين ، أو اليد والرجل من جانب واحد (٢) .

٢٤٥٦٤ - والجواب : أن هناك عدمت منفعة الجنس ، فصار عدمها كعدم الحياة ، وفي مسألتنا منفعة الجنس باقية ، وإذا حدث بها نقص كان كما لو قطع إصبعٌ واحدة أو أنملةٌ من السبابة (٣) .

* * *

(١) انظر : شرح فتح القدير (٩٧/٤) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٨٢/٥) ، المهذب (١٤٧/٢) ، كفاية الأخبار (٤٨٦/٢) .

(٣) قال الإمام السرخسي : « وكذلك إن كان من كل يد ثلاثة أصابع مقطوعة لم يجز ، لفوات منفعة البطش ، وقطع أكثر الأصابع في هذا كقطع جميعها ، وإن كان المقطوع من كل يد أصبعًا أو أصبعين سوى الإبهام يجزئ ؛ لأن منفعة البطش باقية ، وإن كان مقطوع الإبهام من كل يد فمنفعة البطش فائتة فلهذا لا يجزئ » . انظر : المبسوط للسرخسي (٢/٧ ، ٥) .

مسألة ١١٩٨

عتق العبد المحتاج للخدمة

٢٤٥٦٥ – قال أصحابنا : إذا كان له عبد يحتاج لخدمته لزمه عتقه في الكفارة ، ولم يجز الصيام [(١)] .

٢٤٥٦٦ – وقال الشافعي : إن كان زمنًا أو مريضًا ، أو لم تجر له عادة بخدمة نفسه ، جاز له الصوم [(٢)] .

٢٤٥٦٧ – لنا : قوله تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ ﴾ [(٣)] ، فأمر بالانتقال إلى الصوم بشرط أن لا يجد رقبة ، وهذا واجد [(٤)] .

٢٤٥٦٨ – فإن قيل : الحاجة إذا استغرقت الشيء فليس بواجد له ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ ﴾ [(٥)] ، ثم ثبت أن من معه ما يحتاج إليه فليس بواجد للماء [(٦)] .

٢٤٥٦٩ – قلنا : ظاهر الآية يمنع من جواز التيمم [(٧)] مع وجود الماء ، وإن احتاج لولا قيام الدلالة ، ولأنه واجد لما يقع به التكفير فلا يجوز الانتقال عنه إلى الصوم [(٨)] .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٣/٧) ، شرح فتح القدير (١٠١/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٥/٣) . وبه قال الإمام مالك . الشرح الصغير (١٢/٣) ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (١٢٧/٤) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٧٠/٥) ، مغني المحتاج (٣٦٤/٣) ، روضة الطالبين (٢٩٦/٨) . وبه قال الإمام أحمد . المغني لابن قدامة (٣٦٣/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٣/٥) . وقال في المغني : « إن ما استغرقته حاجة الإنسان فهو كالمعدوم في جواز الانتقال إلى البدل ، كمن وجد ماء يحتاج إليه للعطش ، يجوز له الانتقال إلى التيمم » . (٣٦٣/٧) .

(٣) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (١٢/٧ ، ١٣) .

(٥) النساء : ٤٣ ، المائدة : ٦ . في النسخ ﴿ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً ﴾ وهذا غلط وربما من النساخ .

(٦) انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٣/٧) .

(٧) التيمم لغة : القصد . وشرعًا : قصد صعيد مطهر واستعماله بصفة مخصوصة لإقامة القربة . انظر : المصباح المنير ٦٨١ ، اللباب (٢٧/٢) .

(٨) أي : أن ظاهر الآية يدل على عدم جواز التيمم مع وجود الماء في حالة الحاجة إليه ، ويجوز التيمم ، وكذلك التكفير ، فلا يجوز الانتقال إلى الصوم ؛ لأنه عنده ما يتأدى به إلى التفكير ، وذلك كما لو كان له خادم ، بخلاف ما لو كان له مسكن فقط ، فإنه عليه الانتقال إلى الصوم . انظر : المبسوط للسرخسي (١٣/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٨/٤) .

٢٤٥٧٠ - أصله : إذا كان عبدًا لا يحتاج إليه أو لا تستغرقه الحاجة ، بأن تكون قيمته ألفًا وهو مقدر أن يشترى بقيمته عبدين يستخدم أحدهما ، ويكفر بالآخر [١] ، ولا يلزم إذا كان معه طعام في كفارة اليمين وهو يحتاج إليه . ولأنه لا يجوز أن ينتقل إلى الصوم حتى يطعمه أهله ، ولأنه مالك رقبة يجوز عتقها عن الكفارة ؛ فلم يجز له الصوم مع وجودها في ملكه إذا كان غير محتاج إليها ، وإذا كان له عبد ، وهو ممن جرت عادته باستخدام جمع [٢] .

٢٤٥٧١ - احتجوا : بأنه مال استغرقته حاجته ؛ فلم يجز صرفه إلى الكفارة . أصله : سكنه [٣] .

٢٤٥٧٢ - الجواب : أن السكن لو لم يستغرقه لم يلزمه صرفه إلى الكفارة [٤] ؛ لأنه لو كان له أكثر من دار يقدر على بيعها وابتياع مسكن ببعض منها لم يلزمه بيعها للعتق بفضلها ، كذلك لا يلزمه بجميعها ، والعبد إذا لم تستغرقه الحاجة لم يجز الصوم مع وجوده ، كذلك إذا استغرقته الحاجة [٥] .

٢٤٥٧٣ - قالوا : ما لا يفضل عن كفايته [على الدوام لم يعتبر صرفه إلى الكفارة . أصله : سكنه .

٢٤٥٧٤ - قلنا : اعتبار الفضل عن كفايته] [٦] في المسكن لا تأثير له ؛ لأن قيمة المسكن لو زادت على كفايته لم يعتق بها [٧] .

٢٤٥٧٥ - فإن قالوا : إذا فضل المسكن عن كفايته وجب عليه التكفير بالعتق لم يصح ، لأن عند الشافعي من له بضاعة عظيمة ربحها لم يفضل عن كفايته يجوز له

---

(١) استغراق الحاجة في المسكين لا استغرق الحاجة في الخادم ؛ لأن المنصوص عين عليه ، فلا معتبر بالمعنى فيه ، بخلاف التيمم ، فإن المعنى معتبر فيه . انظر : المبسوط للسرخسي (١٣/٧) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (١٣/٧) .

(٣) انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٩٦/٧) ، المغني لابن قدامة (٣٦٣/٧) .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (١٠١/٤) .

(٥) أي : سواء استغرقت الحاجة أو لم تستغرق لا يجوز الانتقال إلى الصوم ، مثل السكن استغرقت الحاجة أو لم تستغرق لا يجوز بيعها للكفارة .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٩٦/٨) ، وقال في الروضة : « أو ضمامة المانعة من خدمة نفسه فهو كالمعدوم » .

الصوم [1] ، [ولا يلزمه العتق من بضاعته ، ونحن نعلم أن بيع فضل المنزل أحق في التكفير من بضاعته] [2] ، لأن في الثاني يجوز أن يحتاج ويجوز أن لا يحتاج .

٢٤٥٧٦ – قالوا : البدل يجوز الانتقال إلى بلده لعدمه ، فجاز الانتقال إلى بلده للحاجة إليه كالماء في الطهارة [3] .

٢٤٥٧٧ – قلنا : لو خاف العطش في الثاني جاز الانتقال عنه ، فإذا عطش في الحال مثله ، وفي الرقبة إذا كان المكفر صحيحًا لا يحتاج إلى خدمة عبده ، وخاف الضرر والزمانة [4] لم يجز [5] له الانتقال إلى الصوم ، كذلك إذا وجدت الحاجة في الحال . وإنما كان كذلك . لأن خدمة العبد ليست حاجة ظاهرة [6] ، ألا ترى أن أكثر الناس لا يحتاجون إلى العبيد ، وإنما يخدمون أنفسهم ويستخدمون الأحرار ، فصارت الحاجة إلى خدمة العبد كالحاجة إلى النفقة [7] . من ذلك المتعة وإطعام الطعام . ومعلوم أن من معه ثمن رقبة فاضلًا عن نفقته ونفقة عياله بقدر نفقة الاقتصاد . إلا أنه إذا كان ممن اعتاد الزيادة على نفقة الاقتصاد وجب عليه الإعتاق ، وإن كان محتاجًا إلى ما في يده على عادته . كذلك إذا كان ممن يعتاد خدمة العبيد يجب عليه عتق العبد ، لأنه يفضل عن حاجة الاقتصاد [8] .

٢٤٥٧٨ – فإن قيل : فقولوا في فاضل المسكن والكسوة مثله [9] .

٢٤٥٧٩ – قلنا : ذلك لا يقع التكفير به [10] ، والعبد نفس يقع التكفير به ، وقد فرقت الأصول بين الأمرين [11] بدلالة أن الواجد للماء إذا عرض عليه الماء بالثمن الكثير

---

(١) انظر : روضة الطالبين (٢٩٦/٨) . (٢) سقط في (م) .

(٣) أي أن المسكن يجوز أن نعتبره من الحاجات ، ويجوز أن نعتبره فاضلا عنها ، لجواز الانتقال إلى غيره سواء كان لعدمه أو للحاجة كالانتقال . انظر : الحاوي للماوردي (٤٨٩/١٠) .

(٤) أي : إذا عطش في وقت مقبل لا يجوز الانتقال عنه ومأمور بإمساكه ، وإذا عطش في الحال لا يجوز أيضًا ، كذلك في الرقبة لا يجوز الانتقال إلى غيره سواء لحاجة المقبلة أو الحال .

(٥) في (ن) لم يجزي . (٦) أي أساسية .

(٧) يقاس الحاجة إلى الخادم على الحاجة إلى النفقة حيث يتيسر الحصول عليها . انظر : شرح فتح القدير (١٠١/٤) .

(٨) قياس وجوب إعتاق الرقبة المحتاج إليها لخدمة نفسه على من كان معه فاضل نفقته ونفقة عياله من حيث وجوب إعتاق الرقبة لمن له الفضل ، كذلك لمن له العبد لخدمة نفسه وجب عتقه .

(٩) في (ن) : [المسكن والكسوة] . انظر : روضة الطالبين (٢٩٦/٨) ، المغني لابن قدامة (٣٦٣/٧) .

(١٠) انظر : شرح فتح القدير (١٠١/٤) . (١١) الكسوة أو المسكن أو العبد .

لم يلزمه فرضه ، وجاز له الانتقال إلى القيمة ، ولو كان معه ما يقدر أن يبيعه بثمن كثير لم يجز له التيمم والانتفاع بثمن الماء لأنه واجد لنفسه ما فرض عليه . كذلك الرقبة التي يحتاج إليها والكسوة كذا هذا (١) .

٢٤٥٨٠ - فإن قيل : قد قلتم أن من معه ثمن الرقبة وهو محتاج إليه لم يجز له الصوم ، وإن كان لا يقدر على نفس ما يكفر به (٢) .

٢٤٥٨١ - قلنا : هذا لا يلزمنا ، لأنا لم نقل أن كل من وجد ما لا يقع به التكفير ، ويتوصل به إلى التكفير لا يلزمه ، / وإنما قلنا وجود نفس ما يكفر به يفارق وجود ما يتوصل به إليه ، وهذا لا يمنع اتفاقهما (٣) ، ألا ترى أن من له مسكن وكسوة لا يلزمه بيعه ليحج به ، ولو لم يكن له مسكن ومعه دراهم وهو محتاج إلى مسكن لم يجز له ترك الحج في مسألتنا .

* * *

---

(١) إذا تعذر الحصول على الماء بأن يكون بثمن كثير يجوز له التيمم ، أما إذا تيسر له الحصول ولو كان بثمن كثير لا يجوز له التيمم لأنه وجد ثمنه . انظر : شرح فتح القدير (١٠١/٤) ، المبسوط للسرخسي (١٣/٧) ، كذلك الرقبة التي استعملها كخادم لنفسه والكسوة التي ملكها .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٦٤/٣) .

(٣) في كونه يملك العبد ويجب عليه التكفير به ، وكذلك قالوا لو كان معه مسكن وكسوة لا يجوز بيعه ليحج بثمنها بخلاف ، فلو كان معه ثمن فإنه يجب عليه الحج بذلك الثمن ولو كان محتاجًا إلى المسكن من هذا الثمن . انظر : المبسوط للسرخسي (١٣/٧) .

مسألة ١١٩٩

حكم التتابع في كفارة الظهار

٢٤٥٨٢ – قال أصحابنا : إذا أفطر في خلال الصوم المتتابع [١] لمرض أو سفر ، استأنف [٢] .

٢٤٥٨٣ – وقال الشافعي : في قوله الجديد مثله [٣] .

٢٤٥٨٤ – وقال في القديم : إذا أفطر لمرض لم يستأنف . وإن أفطر لسفر فعلى قوله القديم يبني المريض ، وفي المسافر قولان . والحامل والمرضع إذا أفطرتا خوفًا على أنفسهما كالمريضة . وإن أفطرتا خوفًا على الولد اختلف أصحابه على طريقين ، فمنهم من قال على قولين [ومنهم من قال يستأنف قولًا واحدًا ، وإذا أكره حتى أكل بنفسه فهل يفطر ؟ فيه] [٤] قولان ، على القول الذي يقول يفطر [٥] قال :

(١) التتابع : أي الموالاة بين صيام أيامها ، فلا يفطر فيها ، ولا يصوم غير الكفارة ، ولا يفتقر التتابع إلى النية ، ويكفى فعله لأنه شرط ، وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية ، وإنما تجب النية لأفعالها ، وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي . والوجه الآخر : أنها واجبة لكل ليلة ؛ لأن ضم العبادة إلى العبادة إذا كان شرطًا وجبت النية فيه ، كالجمع بين الصلاتين . والثالث : يكفى بنية التتابع في الليلة الأولى . انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٥/٧) ، مغني المحتاج (٣٦٥/٣) ، كفاية الأخيار (٤٨٩/٢) . والاختلاف في حكم التتابع في الأيام المنهي عن صومها كالعيدين والتشريق : قال الإمام أبو حنيفة والإمام مالك والإمام الشافعي : « إن التتابع ينقطع بذلك ، لأن الصيام في تلك الأيام منهي عنه . وقال الإمام أحمد : لا ينقطع ، والدليل عليه : أنه زمن منع الشرع من صومه في الكفارة . انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٥/٧) ، شرح فتح القدير (١٠١/٤) ، اللباب (٥٣٥/٢) ، تكملة المجموع (٣٧٥/١٦) ، الشرح الصغير (١٢/٣ ، ١٣) ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (١٢٧/٤) . والاختلاف فيما إذا جامع في أثناء الشهرين : قال مالك وأبو حنيفة ورواية عن أحمد : يستأنف الصيام ، وقال الشافعي وأحمد في رواية : لا يستأنف ولكن يبني عليه . انظر : شرح فتح القدير (١٠٣/٤) ، بداية المجتهد (٨٣/٢) ، المهذب (١٤٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٢٩٧/٧ ، ٢٨٩) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (١٢/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٢/٤ ، ١٠٣) ، العناية مع شرح الهداية (/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٧/٣) ، الهداية (٣٠٠/٢) ، اللباب (٥٣٥/٢) .

(٣) وقال به أيضًا الإمام الشافعي في قوله الجديد . انظر : الأم للشافعي (٢٧٠/٥) ، المهذب (١٤٩/٢ ، ١٥٠) ، مغني المحتاج (٣٦٥/٣) ، تكملة المجموع (٣٧٥/١٦) ، روضة الطالبين (٣٠٢/٧) ، كفاية الأخيار (٤٨٩/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ؛ .

(٥) كذا في جميع النسخ وأضفته إلى العبارة حتى يستقيم المعنى .

يستأنف [١] .

٢٤٥٨٥ – لنا : قوله ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ [٢] ولم يأت بالشهرين على هذه الصفة [٣] ، ولأنه ترك صوم التكفير في خلال الشهرين على وجه يخلو الزمان منه عادة ؛ فصار كما لو أفطر من غير عذر ، وكما لو تخللها يوم النحر .

٢٤٥٨٦ – ولا يلزم أيام الحيض ؛ لأن الشهر لا يخلو من أيام الحيض في العادة [٤] .

٢٤٥٨٧ – فإن قيل : هناك ترك التتابع بتفريط منه ، وفي مسألتنا بغير تفريط منه .

٢٤٥٨٨ – قلنا : لو اجتهد الأسير فبدأ بالصوم في ذي القعدة وعنده أنه شوال ، لقطع التتابع يوم الفطر ، وإن لم يوجد منه تفريط [٥] ، وكذلك إذا أكره فأفطر على القول الذي يقول يفطر ، ولأنه تخلل الصوم لا يمكن أن لا يتخلل الشهر في العادة ، فإذًا منع الصوم [من التكفير من البناء ؛ كيوم] [٦] النحر [٧] .

٢٤٥٨٩ – احتجوا : بأنه فرق صوم الشهرين بما لا يثبت فيه التفريط ، فلم يمنع البناء ، أصله : الفطر بالحيض [٨] .

---

(١) انظر : المهذب (١٤٩/٢ ، ١٥٠) ، مغني المحتاج (٣٦٥/٣) ، تكملة المجموع (٣٧٥/١٦) ، روضة الطالبين (٣٠٣/٨) ، كفاية الأخيار (٤٨٩/٣) ، وبه قال الإمام مالك وأحمد . انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٥/٧ ، ٣٦٦) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٤/٥) ، واستدل الإمام على ذلك بأنه أفطر بسبب لا صنع له فيه ، كالحيض ، واستدل في الحامل والمرضع بأنه خطر أبيح لعذر من غير جهتها . أشبه المرض . انظر : الكشاف (٣٨٤/٥) .

(٢) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٣) أي : إذا أفطر لسفر أو لمرض لم يأت بالشهرين الواجبين بالنص من التتابع .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (١٣/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٣/٤ ، ١٠٣) ، اللباب (٥٣٥/٢) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٧/٣) .

(٥) أي : أنه ظاهر من امرأته في شهر شوال ، وقام بكفارته في شهر ذي القعدة ؛ فإن التتابع من صيامه لا يتحقق من فطر عيد النحر أو أيام التشريق ، والصوم في هذه الأيام منهي فلا يتحقق التتابع فيه ، وهذا قول الإمام أبي حنيفة ، وبه قال الإمام الشافعي : إن التتابع يبطل بأيام التشريق والعيدين . وقال الإمام مالك مثل ما قاله الإمامان ، بينما قال الإمام أحمد : إن التتابع لا ينقطع ، لأنه زمن منع الشرع من صومه في الكفارة . واستدل الإمام أبو حنيفة والشافعي بأنها أيام نهي عن الصيام فيها . انظر : شرح فتح القدير (١٠١/٤) ، اللباب (٥٣٥/٢) ، تكملة المجموع (٣٧٥/١٦) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٤/٥) ، الشرح الصغير (١٣/٣ ، ١٤) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (١٣/٧) ، اللباب (٥٣٥/٣) ، المهذب (١٤٩/٣) .

(٨) انظر : المهذب (١٤٩/٣) ، مغني المحتاج (٣٩٥/٣) .

٢٤٥٩٠ - الجواب : إنه إذا بنى النية بالليل فقد فرق الصوم بما لا ينسب معه إلى التفريط . ولا يجوز البناء . والمعنى في الحيض : أن صوم الشهرين لا يخلو منه في العادة ، فإذا كانت من ذوات الحيض ، فصار كزمان الليل والمرض ، يجوز الصوم من الحيض بأن النية من الليل (١) .

٢٤٥٩١ - فإن قيل : يجوز أن يخلو الصوم من الحيض ، بأن تحبل أو تيأس من الحيض .

٢٤٥٩٢ - قلنا : إذا كانت من ذوات وطء حاصل منه الصوم من غير حيض ، وجواز أن تحمل لا يجوز أن لا يوجد ذلك ، والمعتبر بصفة المتعبد في حال وجود الأداء دون ما بعدها (٢) .

٢٤٥٩٣ - قالوا : لم يضر ، إذا كلفناه الاستئناف بعد القطع لم يأمن مثل ذلك في القضاء (٣) .

٢٤٥٩٤ - قلنا : بأنه الغالب ؛ لأن العادة أن الإنسان لا يكثر المرض عليه كل شهرين على الدوام ، على أنه لا يأمن المرض ، ويأمن الفطر ؛ لأن المريض قد يتحمل المشقة ولا يفطر ، ويبطل هذا بترك النية باللسان والصوم (٤) .

* * *

---

(١) أي : إذا نوى الصيام بالليل فإنه قد نوى بما يبعد وما لا يرجى ما يؤدي إلى إفراط ، فإذا تورط في الإفراط ، فلا يجوز له أن يبني ما نوى به بالليل ، بل يجب عليه الاستئناف به ؛ لأنه متعثر عادة ، إذا لا يجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما فلا يجب الاستئناف والمرض ليس من العادة . انظر : شرح فتح القدير (١٠٣/٤) .

(٢) رد على ما قاله بالاحتجاج بالحيض ، وقال : بأن هناك شهرين متتابعين لا حيض فيهما وذلك فيمن يئس منه ، فيكون دليلكم من القياس باطل ، إذا كان كذلك ؛ فلأن الاعتبار وقت الأداء ، فيجوز له أن يبني ولا يستأنف . انظر : المغني لابن قدامة (٢٦٦/٧) ، روضة الطالبين (٢٠٢/٨) .

(٣) إن سلمنا أن عليه الاستئناف إلا أن المرض قد يتكرر ويصيب المكفر بعد استئنافه ، ولم يأمن الناس عن ذلك ، وإذا كان ذلك فلا يجوز .

(٤) لعله قد استدل لهذا المذهب بالعادة أن الإنسان لا يتكرر عليه المرض في كل شهرين على الدوام ، أو أنه قد يصيبه المرض إلا أنه قادر على أن يحتمل مشقة المر ض ولا يفطر ، فإذا أفطر به استأنف الصوم .

مسألة ١٢٠٠

اعتبار الكفارة بين الأداء أو الوجوب

٢٤٥٩٥ - قال أصحابنا : المعتبر في الكفارات بحال الأداء ، وإن كان موسرًا عند الوجوب معسرًا عند الأداء فكفارته العتق [١] .

٢٤٥٩٦ - وقال الشافعي في كتاب الظهار : المعتبر حال الأداء [٢] ، وقال في كتاب الأيمان : المعتبر حال الوجوب [٣] فإذا كان موسرًا ثم أعسر ؛ فكفارته العتق ، وهو في ذمته حتى يعتق ، فإن كان وقت الوجوب معسرًا ثم أيسر ؛ فهو مخير : إن شاء صام ، وإن شاء أعتق [٤] .

٢٤٥٩٧ - وخرج أصحابه قولًا ثالثًا ، فقالوا : يعتبر أحد الحالين [٥] .

---

(١) انظر : شرح فتح القدير (١٠١/٤) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١٥/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٧٥/٣) .

(٢) الاعتبار حال الأداء ؛ لأنها عبادة لها بدل من غير جنسها ، فاعتبر فيها حال الأداء . انظر : المهذب (١٤٧/٢) ، روضة الطالبين (٢٨٩/٨ ، ٢٩٩) .

(٣) الاعتبار حال الوجوب ؛ لأنه حق يجب على وجه التطهير . انظر : المهذب (١٤٧/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٨/٨ ، ٢٩٩) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٢٦٥/٣) ، المهذب (١٤٧/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٨/٨) ، كفاية الأخيار (٤٨٨/٢) ، وبه قال مالك وأحمد . انظر : شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل (٢٤٤/٢) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٢٧٦/٥) ، وقال في شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل (٢٤٤/٢) : « وقت الأداء - أي فعل الكفارة ، ووقت الوجوب - أي وقت العود » . قال أحمد : الاعتبار في الكفارات بوقت الوجوب ، وقال : « لأنها تجب على وجه الطهرة ؛ فكان الاعتبار بحال الوجوب كالحد » ، ثم قال : « فإن وجبت الكفارة وهو موسر بها ثم أعسر لم يجزئه إلا العتق ؛ لأنه هو الذي وجب عليه ، فلا يخرج من العهدة إلا به ، وإن وجبت وهو معسر ثم أيسر لم يلزمه العتق » . انظر: الكشاف (٣٧٦/٥) .

(٥) انظر : مغني المحتاج (٢٦٥/٣) ، المهذب (١٤٧/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٨/٨) ، كفاية الأخيار (٤٨٨/٢) . وقال صاحب المهذب : « وإن اختلف حاله من حين وجبت الكفارة إلى حين الأداء ففيه ثلاثة أقوال ، أحدها : أن يعتبر حال الأداء ؛ لأنها عبادة لها بدل من غير جنسها فاعتبر فيها حال الأداء كالوضوء . والثاني : يعتبر حال الوجوب ؛ لأنه حق يجب على وجه التطهير فاعتبر فيها حال الوجوب كالحد . والثالث : يعتبر أغلظ الأحوال من حين الوجوب إلى حين الأداء ، فأي وقت قدر على العتق لزمه ، لأنه حق يجب في الذمة لوجود المال ، فاعتبر فيه أغلظ الأحوال كالحج » (١٤٧/٢) .

٢٤٥٩٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ (١) ، فإيجاب (٢) الله تعالى الصوم لمن لا يجد الرقبة ، وهذا واجد ، فلا يجوز له الصوم ، كمن كان واجدًا من قبل الوجوب من وجد رقبة ، فهذه رقبة يجوز [عتقها عن] (٣) الكفارة ؛ فلم يجز الصوم مع وجودها . أصله : إذا وجدها حال الوجوب ، ولأنها عبادة لها بدل ، فاعتبر في جواز الانتقال بصفة المكلف حال الأداء ، كالوضوء والعدة [بالشهور] (٤) مع العدة بالحيض (٥) .

٢٤٥٩٩ - احتجوا : بأن ما وجب باسم الكفارة فالمعتبر فيه حال الوجوب كالحدود (٦) .

٢٤٦٠٠ - الجواب : إن إطلاق اسم الكفارة لا يتناول الحدود ، بدلالة أنه إذا قيل : على فلان كفارة لم يفهم منه الحد (٧) .

٢٤٦٠١ - فإن قالوا : النبي ﷺ قال : « الحدود كفارات لأهلها » (٨) .

٢٤٦٠٢ - قلنا : فالعلة على هذا تبطل بالصلاة ؛ لأن النبي ﷺ قال : « الجمعة إلى الجمعة كفارة لما بينهما » (٩) ، والمعتبر في صفة الصلاة بحال الأداء ؛ لأن المريض عند

---

(١) سورة المجادلة : الآيتان ٣ ، ٤ .

(٢) في (ص) : [إيجاز] ، وهو خطأ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وأثبتناه من (ص) .

(٤) في (ن) : [بالشهوة] . انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١٤/٤ ، ١١٥) ، حاشية ابن عابدين (٥٨/٢) ، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل (٢٤٤/٢) .

(٥) والمعنى : أنه يجوز الانتقال حال الأداء من وقت الوجوب بناء على قدرته في حال الأداء ، فيقاس على الوضوء ، ويرجع إلى وجود الماء للوضوء ، وعند عدمه عند الأداء ينتقل إلى التيمم ، وكذلك يقاس على العدة بالشهور فيما إذا تحقق لها الدم في أثناء العدة فانتقل بالحيض لا بالشهور بناء على حال الأداء .

(٦) انظر : المذهب (١٤٧/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٨/٨ ، ٢٩٩) ، مغني المحتاج (٣٦٥/٣) ، واحتج بأن ما وجب عليه وقت الوجوب لا وقت الأداء ، فما وجب عليه إعتاق العبد حال الوجوب أي وقت العود ، وكما لو زنا قن ثم عتق فإنه يحد حد القن . انظر : نهاية المحتاج (٩٩/٧) .

(٧) الجواب أي أن إطلاق اسم الكفارة لا يفهم منه أن الكفارة التي توجب عليه حد ، وإنما يفهم الحد منه بعد تسمية الكفارة نفسها . أي أن إطلاق اسم كفارة الظهار لا يتناول الحدود ؛ لأن الظهار ليس من الحدود وإنما يفهم ذلك بالقياس .

(٨) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٤٦٠/١٠) ، وأورده العجلوني في كشف الخفاء (٤١٧/١) .

(٩) أخرجه أحمد في مسنده (٢٩٩/٢) ، وابن ماجه في سننه ، كتاب الصلاة حديث رقم ١٠٨٦ ، وابن حجر في المطالب العالية ٥٨٤ .

الوجوب إذا صح قضى قائمًا . والصحيح عند الوجوب يقضي إذا مرض قاعدًا ، ولذلك ينتقض بالطهارة ؛ فإن النبي ﷺ سئل عن الكفارات ؟ فقال : « إسباغ الوضوء في المعسرات ، ونقل الأقدام إلى الجمعات » (١) ، ثم المعتبر في الطهارات لم يعتبر فيها بحال الانتقاص ؛ بدلالة أن من وجب عليه الحد فارتد ولحق الدار ثم أسلم لم يستوف الحد منه ، ولو لحق سقط الحد ، وهذا اعتبار بحال الاستفتاء ، ولأن الحدين ليس أحدهما بدلًا عن الآخر ، فلذلك اعتبر بحال الوجوب ، والكفارات لها بدل فيعتبر بحال الأداء كالعدة . يبين ذلك أن العدتين إذا لم يكن أحدهما بدلًا عن الآخر اعتبر بحال الوجوب كالمبتوتة إذا كانت تعتد بالشهور ، فرأت الدم . أو تقول لها اعتبرنا في الحدود بحال الوجوب متى كان الطارئ لتغليظ الحد كالعبد إذا أعتق ، والسكران إذا حُدَّ فلم يغلظ الحد ؛ لأن الحدود تسقط بالشبه ، فأما إذا كان الطارئ مما وجب تحقيقها فإنا نعتبر بحال الاستيفاء ، بدلالة ما ذكرنا في المرتد إذا لحق [بدار الحرب] (٢) ، ومن وجب عليه الحد فحد في إحدى الروايتين .

٢٤٦٠٣ – قالوا : حكم يختلف باليسار والإعسار (٣) ، فاعتبر بحال الوجوب لعلة ضمان العتق لنصيبه من العبد والحج وحمل العاقلة الدية (٤) .

٢٤٦٠٤ – قلنا : يبطل بالطهارة ، فإن من وجد الماء بثمن مثله ، فإن كان له مال ؛ لزمه ابتياعه للوضوء ، وإن لم يكن له مال جاز التيمم . ويعتد ذلك بحال الأداء دون الوجوب . والمعنى فيما ذكرناه : أنها أحكام تجب على الموسر دون المعسر ، فاعتبر بصفة حال الوجوب ، والكفارة تجب على الموسر والمعسر ، وإنما يختلف أداؤها ؛ فكان المعتبر بحال الأداء ، كالوضوء والتيمم والعدة بالشهور والحيض (٥) .

٢٤٦٠٥ – قالوا : إذا كان موسرًا حال الوجوب ، ثبت المال في ذمته ، فلا يسقط باعتباره كالحج (٦) .

٢٤٦٠٦ – قلنا : الثابت في ذمته كفارة دون المال ، وإنما المال شرط في أدائها بصفة ، فاعتبر كمال الأداء كابتياع المال على ما قدمنا .

---

(١) أخرجه ابن الجوزي في العلل المتناهية (١٦/١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٣) في النسخ : [الاعتبار] وهذا خطأ .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (٤٩٧/١) ، نهاية المحتاج (٩٩/٧) ، روضة الطالبين (٢٩٨/٨) .

(٥) انظر : رد المحتار على الدر المختار (٥٨٠/٢) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١٤/٣ ، ١١٥) .

(٦) انظر : المهذب (١٤٧/١) ، مغني المحتاج (٣٦٥/٣) ، روضة الطالبين (٢٩٩/٨) .

مسألة ١٢٥١

حكم العتق بعد الشروع في الصوم

٢٤٦٠٧ - قال أصحابنا : إذا شرع في الصوم ثم وجد الرقبة وجب عليه العتق ولم يجزه الصوم [١] .

٢٤٦٠٨ - وقال الشافعي : إن شاء مضى [على صومه] [٢] ، وإن شاء أعتق ، والعتق أفضل [٣] .

٢٤٦٠٩ - لنا : أنه قدر على البدل قبل إسقاط الفرض عنه بالبدل ، فصار كما لو وجد الرقبة قبل الدخول في الصوم . وهذه المسألة لا يتكلم فيها إلا بعد تسليم هذا الأصل ؛ إذ المعتبر في الكفارات بحال الأداء [٤] ، ولأن كل معنى منع صحة صوم اليوم الأول منع صوم يوم الثاني . أصله ترك النية من الليل [٥] . ولأنه بملك رقبة يجوز عتقها

---

(١) انظر : البحر الرائق (١١٥/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٥٨١/٢) ، مجمع الأنهر (٤٥١/١) ، وبه قال الإمام مالك ، وذلك : « لأنه قادر على الإعتاق وقت الأداء بملك ما لا يحتاج إليه » ، كذا في شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣٤٤/٢) ، الشرح الصغير (٤٨٨/٣) ، حكم الصوم عند مذهب الأول تطوعًا . والأفضل إتمامه ، وإن أفطر لا قضاء عليه ؛ لأنه شرع فيه مسقطًا لا ملتزمًا . انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١٥/٤) ، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣٤٤/٢) .

(٢) سقط في (م) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٨٣/٥) ، المهذب (١١٤/٢) ، روضة الطالبين (٢٩٩/٨) ، تكملة المجموع (٣٧٦/١٦ ، ٣٧٧) .

(٤) سبب الاختلاف : اعتبار اليسار والإعسار في الكفارات وقت الأداء أو وقت الوجوب . من قال بوقت الأداء قال : بوجوب العتق ، والصوم صار تطوعًا ، إن كان وجود اليسر والقدرة على العتق قبل غروب الشمس من أيام الآخرة . ومن قال بوقت الوجوب ، قال : « مضى الصيام ولو أعتق كان أفضل ؛ لأنه الأصل» . انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١٥/٤) ، تكملة المجموع (٣٧٧/١٦) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٧٦/٧) .

(٥) الصوم ضربان : واجب ، ونفل ، والواجب ضربان ، منه ما يتعلق بزمان معين كصوم رمضان والنذر المعين ، فيجوز بنية من الليل وإن لم ينو حتى أصبح أجزأه إلى الزوال ، والدليل على ذلك قوله (: بعد ما شهد الأعرابي برؤية الهلال : « ألا من أكل فلا يأكلن بقية يومه ، ومن لم يأكل فليصم » ، ولأنه يوم صوم فيتوقف الإمساك في أوله على النية المتأخرة المقترنة بأكثره كالنفل . والضرب الثاني : ما ثبت في الذمة كقضاء شهر رمضان والنذر المطلق ، فلا يجوز هذا إلا بنية من الليل ؛ لأنه غير متعين ولابد في التعين من الابتداء ، وأما =

في كفارة ، فوجب عتقها فيها . أصله : إذا وجدها في الابتداء [١] ، ولأن الله تعالى جعل كفارة الظهار على الترتيب ، فلو قلنا : إنه يخير بين الصوم والعتق لكانت على التخيير ، وهذا لا يصح [٢] .

٢٤٦١٠ – واحتجوا [٣] : بقوله تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ [٤] .

٢٤٦١١ – الجواب : أن نطق الآية لا دلالة فيه ؛ لأنها تقتضي جواز الدخول في الصوم إذا عدم الرقبة . فإذا وجدها من بعد فلم يخير لها ولا له ، فوقف على الدليل . ومفهومها : أنه لما لم يجعل الصوم بدلًا يجوز عند العجز غيره كانت القدرة مانعة من جوازه [٥] .

٢٤٦١٢ – قالوا : قدر على المبدل بعد الدخول في الصوم ، فصار كمن وجد الهدى في خلال صوم السبعة في التمتع [٦] .

٢٤٦١٣ – قلنا : صوم السبعة ليس بدلًا عن الهدى عندنا ، وإنما البدل عنه صوم الثلاثة ، وقد بينًا ذلك في المناسك [٧] .

= النفل كله فيجوز بنية قبل الزوال لقوله ﷺ بعد ما كان يصبح غير صائم : « إني صائم » ولأن المشروع خارج رمضان هو النفل ، فيتوقف الإمساك في أول الليل على صيرورته بالنية . انظر : الهداية (١/١١٨ ، ١١٩) ، الاختيار (١/١٦٥ ، ١٦٧) .

(١) انظر : رءوس المسائل للزمخشري ٤٣١ .

(٢) كفارة الظهار على الترتيب : أولًا عتق الرقبة إذا كان قادرًا على ذلك ، فإن لم يقدر صام شهرين متتابعين ، فإن لم يقدر أطعم ستين مسكينًا ، وهذا لا خلاف فيه بين أهل العلم ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . وقال النبي ﷺ لأوس ابن الصامت حين ظاهر من امرأته : « يعتق رقبة » قلت : لا أجد ، قال : « فتصوم » قلت لا أستطيع ، قال : « فلتطعم ستين مسكينًا » . انظر : المغني (٧/٣٥٩) ، المهذب (٢/١١٤) ، بدائع الصنائع (٥/٢١٣٥) وما بعدها ، المبسوط للسرخسي (٦/٢٢٥) .

(٣) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٠/٥١٠) .

(٤) المجادلة : ٤ .

(٥) إن القدرة على العتق مانعة من جواز الصيام ، وذلك وقت الأداء . انظر : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/٤٥١) ، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل (٢/٣٤٤) .

(٦) وكذا إذا رأى المتيمم الماء في الصلاة . انظر : المهذب (٢/١١٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٥/٣٧٦) ، المبدع في شرح المقنع (٨/٤٨) .

(٧) استدل الحنفية على ذلك بقوله تعالى : ﴿ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ ﴾ والنص ورد في التمتع . ولأنه أداء بعد انعقاد سببه . انظر : الهداية (١/١٥٧) .

٢٤٦١٤ - فإن قالوا : قدر على المبدل في خلال بدله [١] .

٢٤٦١٥ - قلنا : إن قلتم بدل لم نسلم ذلك ، وإن قلتم مبدل في الجملة ، فوجود مبدل في خلال ما ليس ببدل عنه لا تأثير له . والمعنى في صوم السبعة : أن وجود الهدى لا يمنع الشروع فيه ، فلم يمنع المضي . وفي مسألتنا وجود العتق يمنع الشروع في الصوم فمنع المضي ؛ لأن المقصود بصوم المتعة التحلل عندنا ، وقد حصل ذلك بصوم الثلاثة ، فوجود [الهدي] [٢] بعد حصول المقصود بالبدل كوجود الرقبة في مسألتنا بعد الفراغ من صوم الشهرين .

٢٤٦١٦ - قالوا : وجود الرقبة بعد التلبس بالصوم ، كما لو وجدها بعد الفراغ [٣] .

٢٤٦١٧ - قلنا : تلك الرقبة لا يجوز عتقها عن الكفارة ؛ فلم يجز عتقها . وفي مسألتنا هذه : الرقبة يجوز عتقها عن الكفارة فوجب عتقها عنها .

* * *

(١) انظر : تكملة المجموع (٢٩٨/١٦ ، ٢٩٩) .

(٢) سقط في (م) .

(٣) انظر : كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٧٦/٥) ، المبدع في شرح المقنع (٤٨/٨) .

مسألة ٢٠٢

مقدار الإطعام في الكفارة

٢٤٦١٨ - قال أصحابنا : الإطعام / في الكفارة يتقدر بنصف صاع [بر] [(١)] أو صاع شعير أو تمر [(٢)] . ٧٢/أ

٢٤٦١٩ - وقال الشافعي : [من مد [(٣)] بُر كل نوع] [(٤)] .

٢٤٦٢٠ - لنا : حديث سليمان بن يسار [(٥)] ، عن سلمة بن صخر [(٦)] ، أن النبي ﷺ أمره لما ظاهر من امرأته ، قال : « أتملك رقبة » فقال : لا ، فقال : « صم شهرين متتابعين » قال : فكيف ؟ وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام ؟ قال « فأطعم وسقًا [(٧)] من تمر ستين مسكينًا » ، قلت والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ، ما لنا طعام [قال] [(٨)] : « فانطلق إلى صدقة بني زريق فلتدفعها إليك ، فأطعم ستين مسكينًا وسقًا من تمر ، وكل أنت وعيالك منها [(٩)] » ذكره أبو داود [(١٠)] . وذكر قصة أوس بن

---

(١) الصحيح : [برا] .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (١٦/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٣/٤ ، ١٠٤) .

(٣) المد بضم الميم : مكيال ، وهو رطل وثلث عند أهل الحجاز ، ورطلان عند أهل العراق . انظر : مختار الصحاح ٦٤٣ .

(٤) ربما الصحيح [مد بر من كل نوع] .

(٥) هو سليمان بن يسار الهلالي ، روى عن ميمونة وعائشة وابن عباس وجابر وغيرهم ، وروى عنه : عمرو بن دينار وبكير بن الأشبح وصالح بن كيسان وغيرهم ، قال أبو زرعة : ثقة مأمون مات عام ١٠٧ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٢٢٨/٤) ، الكاشف (٤٠٢/١) ، التاريخ الكبير (٤١/٤) .

(٦) سلمة بن صخر بن حارثة الأنصاري المدني ، هو الذي ظاهر من امرأته ثم وقع عليها ، فأمره رسول الله ﷺ أن يكفر ، وكان أحد البكائين . انظر : الاستيعاب (٦٤١/٢) ، الجرح والتعديل (٧٢٧/٤) ، تقريب التهذيب (٣١٧/١) .

(٧) الوسق ستون صاعًا . انظر : القاموس المحيط (٢٨٩/٣) .

(٨) ساقط من النسخ زدناها ليستقيم المعنى . (٩) انظر : سنن أبي داود (٢٦٥/٢ ، ٢٦٦) .

(١٠) هو سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي ، روى عن أحمد بن حنبل ، وموسى بن إسماعيل ، ويحيى بن معين ، وعنه : محمد بن عيسى الترمذي وأحمد بن محمد بن هارون ، وإسماعيل بن محمد الصفار وغيرهم ، قال يحيى بن معين : « ثقة » مات عام (٢٧٥ هـ) . انظر : تهذيب الكمال (٥٣٠/١) ، تذكرة الحفاظ (١٦٨/٢) ، طبقات الحفاظ ٢٦ .

الصامت [١] ، إلى أن قال : « فليطعم ستين مسكينًا » ، قالت خولة : [٢] ما عندي شيء يتصدق به ، قال : « فأتى ساعته بفرق من تمر » قلت : يا رسول الله وأنا أعينه بفرق آخر . قال : « أحسنت ، اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكينًا ، وارجعي إلى ابن عمك » قال : والفرق ستون صاعًا [٣] .

وروى أبو داود هذا الخبر من طريق أبي إسحاق [٤] ، قال [فيه] : والفرق مكيل يسع ثلاثين صاعًا [٥] .

وروي من طريق ثالث : والفرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعًا [٦] ، فإن كان الفرق ستين صاعًا فهو قولنا ، وإن كان ثلاثين ، فقد قالت : وأنا أعينه بفرق آخر [٧] ، أما الخبر الذي ذكر خمسة عشر صاعًا قال أبو داود : هو مرسل [٨] ضعيف [٩] .

٢٤٦٢١ - وإذا اختلفوا في مقدار الفرق ، وجب الرجوع إلى خبر سلمة بن صخر ،

---

(١) أوس بن الصامت الأنصاري الخزرجي شهد بدرًا ، وهو الذي ظاهر من امرأته ، روى عن النبي ﷺ وعنه عطاء ، مات أيام عثمان وله (٨٥ هـ) . انظر : تهذيب التهذيب (٣٣٥/١) ، الثقات لابن حيان (٣٢٧/١) .

(٢) هي : خولة بنت ثعلبة ، روت عن النبي ﷺ ، وفيها أنزل الله ﷻ صدر سورة المجادلة ، وروى عنها : عطاء بن يسار ، ويوسف بن عبد الله بن سلام ، وابن عباس وغيرهم . انظر : أسد الغابة (٩١/٧) ، الاستيعاب (١٨٣١/٤) .

(٣) ساقطة من (ص) ، وأثبتناها من (م) ، (ع) . أخرجه أبو داود في سننه باب في الظهار (٢٦٦/٢) ، وأحمد في المسند (٤١٠/٦ ، ٤١١) .

(٤) هو : محمد بن إسحاق بن يسار المدني روى عن أنس ، وابن المسيب ، والأعرج وغيرهم ، وعنه يحيى بن سعيد ، وإبراهيم بن سعد وشعبة وغيرهم ، قال ابن معين : « ثقة » مات عام (١٥٠ هـ) . انظر : تهذيب التهذيب (٣٤/٩) وما بعدها ، والجرح والتعديل (١٨٧/٧) ، التاريخ الكبير .

(٥) انظر : سنن أبي داود (٢٦٧/٢) .

(٦) في (ص) [خمسة صاعا] ، وهو خطأ .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) الحديث المرسل : هو ما رواه التابعي الكبير الذي قد أدرك جماعة من الصحابة وجالسهم كسعيد بن المسيب وأمثاله إذا قال : قال رسول الله ﷺ ، وأما كونه حجة في الدين فخلاف بين العلماء ، فمذهب ابن الصلاح ومن وافقه أنه ساقط الاحتجاج به مع الحكم بضعفه ، خلافًا لأبي حنيفة ومالك ، وللشافعي في مراسيل كبار التابعين ، فهي حجة إن جاءت من وجه آخر ، أو اعتضدت بقول صحابي أو أكثر العلماء . انظر : الباعث الحثيث ٤٦ .

(٩) الضعيف : هو ما لم يجتمع فيه صفات الصحيح ولا الحسن . انظر : الباعث الحثيث٤٢ . وانظر : سنن أبي داود : . قلت : ما في سنن أبي داود أنه قال : « وعطاء لم يدرك أوسًا ، وهو من أهل بدر قديم الموت ، والحديث مرسل ، وإنما رواه عن الأوزاعي عن عطاء .... » انظر : سنن أبي داود (٢٦٧/٢) .

وذكر فيه الوسق من غير احتمال . وقد ذكر أبو الحسن [١] الخبر عن معمر [٢] ، عن ابن يوسف بن عبد الله بن سلام [٣] ، عن خولة قالت : قال : « فليطعم وسقًا من تمر ستين مسكينًا » ، قلت : يا رسول الله ما عنده ، قال : « فأنا أعينه بفرق من تمر » ، قلت : وأنا سأعينه بفرق آخر . قال : « أحسنت وأصبت » [٤] .

٢٤٦٢٢ - فإن قيل : يجوز أن يكون ﷺ أمر سلمة بن صخر بإخراج وسق ، بعضه كان واجبًا وبعضه تطوعًا [٥] .

٢٤٦٢٣ - قلنا : كيف يأمره بإخراج التطوع مع فقره وحاجته ، ثم ظاهر الأمر الوجوب [٦] ولأن مالا تتقدر به الفطرة ، لا يتقدر به طعام مسكين [٧] . والكفارة دون المد ، ولأنها صدقة مقدرة للمسكين ، فكانت نصف صاع من بر ، كالطعام في كفارة الأذى [٨] .

---

(١) هو : عبد الله بن الحسين بن دلال الكرخي ، أخذ الفقه عن إسماعيل البردعي ، وعنه : أبو بكر الرازي والتنوخي وغيرهما ، له من المصنفات : المختصر ، وشرح الجامع الصغير وغيرهما ، مات عام (٣٤٠ هـ) . انظر : الجواهر المضية (٤٩٣/٢) ، الفوائد البهية ١٠٨ ، ولعله ذكر هذا الخبر في الجامع الكبير والصغير . انظر : كشف الظنون (٥٧٠/١) .

(٢) هو معمر بن عبد الله بن حنظلة الحجازي ، روى عن يوسف بن عبد الله بن سلام ، وعنه محمد بن إسحاق بن يسار ، ذكره ابن حبان في الثقات ، وقال القطان : مجهول الحال وتبعه الذهبي . انظر : تهذيب التهذيب (٢٢٠/١٠) ، الثقات (٣١١/٦) .

(٣) هو يوسف بن عبد الله بن سالم الحارثي ، روى عن النبي (وعثمان وخولة بنت ثعلبة وغيرهم ، وعنه : معمر بن عبد الله ، وعوف بن عشية ، ومحمد بن يحيى وغيرهم ، توفي في خلافة عمر بن عبد العزيز . انظر : تهذيب التهذيب (٣٦٥/١١) ، الجرح والتعديل (٣٥١/٦) .

(٤) انظر : أسد الغابة (٩١/٧ ، ٩٢) .

(٥) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٥١٣/١٠) .

(٦) في (ص) : والوجوب .

(٧) انظر : شرح فتح القدير (٣٧/٤) .

(٨) كفارة الأذى : هي كفارة حلق الشعر وتقليم الأظفار ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ﴾ البقرة : ١٩٧ . أي تحللوا من إحرامكم بالحلق أو التقصير حتى يصل الهدي المكان الذي يحل ذبحه فيه ، وهو الحرم أو مكان الإحصار ، ومن كان منكم معشر المحرمين مريضًا مرضًا يتضرر معه بالشعر فحلق أو كان به أذى من رأسه كقمل وصداع ، فحلق في الإحرام فعليه فدية ، وهي إما صيام ثلاثة أيام ، أو يتصدق بثلاثة أصوع على ستة مساكين ، أو يذبح ذبيحة وأقلها شاة . انظر : صفوة التفاسير : (١٢٩/١) . والقياس في وجوب كفارة الظهار في مقدار الإطعام ، حيث إن الواجب عليه مقدر بنصف صاع من بر يقاس على مقدار الواجب في كفارة الأذى حيث إن الواجب عليه نصف صاع من تمر .

٢٤٦٢٤ - فإن قيل : المعنى في كفارة الأذى أن عدد المساكين ضعف أيام الصوم ؛ فجاز أن يزيد مقدار الطعام على سائر الكفارات ، وفي مسألتنا عدد المساكين بعدد أيام الصوم ، فلذلك لم يزد الطعام على عدد الأيام [١] .

٢٤٦٢٥ - قلنا : الإطعام في كفارة اليمين [٢] مقدر بما تتقدر به كفارة الظهار ، وإن كان عدد المساكين في كفارة اليمين أضعاف عدد الصيام ، ولأن المد مقدار لا يكفى في قوت يوم غالبًا ، فلا يقدر به الإطعام فيما دونه ، يبين ذلك قوله تعالى في كفارة اليمين : ﴿ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ ﴾ [٣] وليس الوسط من طعام الأهل رطلًا ونصفًا [٤] .

٢٤٦٢٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِطۡعَامُ سِتِّينَ مِسۡكِينٗاۚ ﴾ [٥] وظاهر الآية يقتضي إذا أطعم ما يتناوله الاسم جاز [٦] .

٢٤٦٢٧ - الجواب : أن اللّه تعالى ذكر في كفارة اليمين : ﴿ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ ﴾ [٧] والمد ليس من أوسط الطعام ، ولأنا أجمعنا على أن المراد به قدر مخصوص ، وجنس مخصوص ، وما اجتمع عليه كالمنطوق به .

٢٤٦٢٨ - قالوا : [٨] روي عن علي بن أبي طالب ﷺ[٩] أنه أمر المجامع في رمضان وقد أتى بفرق من تمر فيه خمسة عشر صاعًا ، فقال : خذها وأطعم عنك ستين مسكينًا [١٠] .

٢٤٦٢٩ - قلنا : هذا الخبر ذكره الدارقطني عن الحجاج [١١] ، عن إبراهيم بن

---

(١) أي أن كفارة الأذى كفارة الحلق للضرر ، الصوم ثلاثة أيام ، أو الإطعام لستة مساكين نصف صاع لكل منهم ، فيكون عدد الإطعام فيه ضعف عدد الصيام ، فيجوز الزيادة في المقدار ، أما في مسألة كفارة الظهار ؛ فإن عدد المساكين بعدد الصيام ، فلا يجوز الزيادة في مقدار الطعام . انظر : تكملة المجموع (٣٧٨/١٦) .

(٢) سبق ذكره .

(٣) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٤) الجواب : أن الإطعام في اليمين بعشرة مساكين ، أما الصيام : فثلاثة فتكون أضعاف عدده ، فيجوز الزيادة فيه رغم أن عدد الإطعام ليس بعدد الصيام ، فلا تكون هذه ضابطة ؛ لأن المد مقدار لا يكفي قوتًا بوجه ، وكذلك بدليل الأوسط ، فإذا لم يكف فليس المراد بالوسط رطلا وثلثا من المد ، فيكون المقدار الكافي مُدَّيْن من بر . انظر : المبسوط للسرخسي (١٦/٦) .

(٥) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٦) انظر : المهذب (١٥٠/٢) ، مغني المحتاج (٣٦٦/٣) .

(٧) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٨) انظر : معرفة السنن والآثار (١١٧/١٢) ، الحاوي الكبير للماوردي (٥١٣/١٠) .

(٩) سبق ترجمته .

(١٠) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الصيام (١٨٧/٢) .

(١١) الحجاج بن أرطاة النخعي من أهل الكوفة ، روى عن عطاء ، وعمرو بن دينار ، والشعبي ، وابن الزبير =

غافر [١] عن سعيد بن المسيب [٢] و عن الزهري [٣] ، عن حميد بن عبد الرحمن [٤] عن أبي هريرة [٥] والحجاج بن وطأة [٦] طعن عليه الدارقطني في هذا الكتاب [٧] وسكت عن ذكره حين روى عنه هذا الخبر على طريقته في المماثلة التي لا تضر سواه [٨] .

وقد ذكر أبو داود هذا الخبر بعينه عن سفيان [٩] ، عن ابن مسعود عن الزهري ، عن حميد بن عبد الرحمن ، وذكر فيه أن النبي ﷺ أتي بفرق من تمر وقال : « تصدق به » ولم يذكر عدد المساكين [١٠] ، فكيف يعدل عن هذا الطريق الصحيح إلى خبر لا يساويه ولا يقبل مخالفنا مثله وقد أجاب أصحابنا عنه تبرعًا .

= وغيرهم ، وعنه : الثوري ، وهشيم ، وشعبة ، قال النسائي : كوفي ليس بالقوي . مات سنة (١٤٥ هـ) انظر : تهذيب التهذيب (١٩٦/٢ ، ١٩٨) ، المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين (٢٢٥/١ ، ٢٢٨) ، الكامل في ضعفاء الرجال (٦٤١/٢ ، ٦٤٦) للإمام عبد الرحمن بن علي ابن الجوزي .

(١) إبراهيم بن سويد النخعي الكوفي ، روى عن الأسود وعلقمة وغيرهم ، وعنه : الحسن بن عبيد الله ، وزيد بن الحارث وغيرهم . قال الدارقطني : ليس في حديثه شيء منكر ، مات عام (١١٥هـ) ، انظر : ترجمته في تهذيب الكمال (١٠٤/١) ، ميزان الاعتدال (٣٧/١) ، التاريخ الكبير (٢٩٠/١) .

(٢) سبق ترجمته .

(٣) محمد بن مسلم بن عبد الله الزهري روى عن ابن عمر ، وسهل بن سعد ، وأنس بن مالك ، وعنه : عقيل ، ويونس ، والزبيري وغيرهم ، قال الليث : ما رأيت عالمًا قط أجمع من الزهري . مات عام (١٢٤ هـ) . انظر : تذكرة الحفاظ (١٠٨/١) ، الثقات : (٣٤٩/٥) ، أعلام النبلاء (٣٢٦/٥) .

(٤) حميد بن عبد الرحمن بن عوف الزهري ، ويقال : أبو عبد الرحمن ، روى عن أبيه وأمه أم كلثوم ، وعمر ، وعثمان ، وسعيد بن زيد وغيرهم ، وعنه : يزيد بن هارون ، عن ابن أبي ذئب ، عن الزهري . توفي سنة (٩٥ هـ) . انظر : تهذيب التهذيب : (٤٥/٣) .

(٥) هو عبد الرحمن بن صخر الدوسي روى عن النبي ﷺ ، وأبي بكر ، وعائشة ، وغيرهم ، وعنه : ابن عباس ، وابن عمر ، وجابر وغيرهم ، كان من أحفظ أصحاب رسول الله ﷺ في دهره مات عام (٥٧ هـ) . انظر : الاستيعاب (١٧٦٨/٤) ، أسد الغابة (٣٥٧/٣) ، الإصابة (٤٢٥/٧) .

(٦) في (م) أيطان هو تحريف .

(٧) انظر : سنن الدارقطني (١١/١) في باب - الذي يقع على امرأته في شهر رمضان نهارًا .

(٨) انظر : سنن الدارقطني (١١/١) باب الذي يقع على امرأته في شهر رمضان نهارًا .

(٩) هو سفيان بن عيينة بن أبي عمران ، روى عن عمرو بن دينار ، والزهري ، والأسود وغيرهم ، وعنه : الأعمش ، وابن جريج ، وشعبة وغيرهم ، قال ابن مهدى : « كان ابن عيينة من أعلم الناس بحديث أهل الحجاز » مات عام (١٩٨ هـ) . انظر : تهذيب التهذيب (١١٧/٤) ، الجرح والتعديل (٣٢/١) ، تذكرة الحفاظ (٢٦٢/١) .

(١٠) انظر : سنن أبي داود (٢٦٧/٢) .

٢٤٦٣٠ - وقالوا : لا يجب على رسول الله ﷺ التكفير عن الفطر في رمضان ، وإنما يتبرع بالقدر الذي وجده [(١)] وترك الباقي في ذمته كما أنه لما شكا الفقر جوز له أكله تبقية بلا طعام في ذمته [(٢)] .

٢٤٦٣١ - قالوا : لو كان ذلك بعض الواجب أقره بصرفه إلى بعض المساكين حتى لا يدفع إلى كل مسكين مالا يجزي [(٣)] .

٢٤٦٣٢ - قلنا : الفقراء بالمدينة كانوا محصورين ، فإذا تصدق على ستين مسكينًا بخمسة عشر صاعًا أعاد عليهم إذا وجد مقدار الواجب .

٢٤٦٣٣ - قالوا : روي أن النبي ﷺ أعطى الأعرابي فرقًا من تمر ، فقال : « تصدق به » فالظاهر أنه جميع الواجب [(٤)] .

٢٤٦٣٤ - قلنا : النبي ﷺ قال هل تستطيع أن تطعم ستين مسكينًا .

٢٤٦٣٥ - قال : لا ، ولا مقدار ما يدفع إلى كل مسكين كان قد استغرق في كفارة الظهار ، فبينه ﷺ ، فلما دفع إليه [(٥)] ما حضره وأمره أن يتصدق به علم أنه بعض الواجب وأنه يتصدق على عدد مخصوص دون غيره [(٦)] .

٢٤٦٣٦ - قالوا : طعام يجوز إخراجه في الكفارة فلا يتقدر بالصاع . أصله : الحنطة [(٧)] .

---

(١) وفي هامش (ص) من نسخة أخرى [حضره] .

(٢) انظر : سبل السلام (٦٦٦/٢) ، فقال [أن رسول الله ﷺ] : « تصدق بهذا » فقال [رجل] : أعلى أفقر منا ؟ فما بين لابتيها أهل بيت أحوج إليه منا ، فضحك النبي ﷺ حتى بدت أنيابه ، ثم قال : « اذهب فأطعمه أهلك » رواه السبعة ، واللفظ لمسلم ، لقوله عند الشافعية في وجوب الكفارة بسبب الوطء في رمضان قولان : أحدهما : لا يجب لقوله ﷺ للأعرابي : « خذه واستغفر الله وأطعم أهلك » ولأنه حق مالي يجب لله تعالى لا على وجه البدل ، فلم يجب مع العجز كزكاة الفطر ، والثاني : أنها تثبت في الذمة ، فإذا قدر لزمه أداؤها وهو الصحيح . انظر : المهذب (١٤٩/١ ، ١٥٠) ، سبل السلام (٦٦٦/٢) . وقال الإمام أبو حنيفة وأحمد في رواية : إن الكفارة لم تسقط بالعجز عنها كسائر الكفارات ، وأن قصة الأعرابي خاصة له ، ولا تتعداه . انظر : المغني لابن قدامة (١٣٢/٣) ، سبل السلام (٦٦٦/٢) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٥٠٧/١٠) .

(٤) أي : أن الواجب عليه هذا المقدار دون زيادة ، وقد سبق تخريج هذا الحديث .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) أي : يدل على بعض الواجب ، ويتصدق بهذا البعض إلى عدد مخصوص من المساكين ، وهو ستون .

(٧) انظر : روضة الطالبين (٣٠٥/٨) ، مغني المحتاج (٣٦٧/٣) .

٢٤٦٣٧ - قلنا : اختلاف أجناس المال يقتضي اختلاف مقدار الواجب بدلالة الزكاة [١] ، لأن التسوية بين المقادير مع اختلاف الأجناس مخالفٌ للأصول ، ولأن المقصود من الطعام كفاية ، ومعلوم أن ذلك لا يقع بالحنطة والشعير على وجه واحد فلم تجز التسوية بينهما ، ولأن التقدير بالصاع له نظير متفق عليه وهو صدقة الفطر ، والتقدير بالمد ليس له نظير متفق عليه ، فكان إثبات الصاع أولى [٢] .

٢٤٦٣٨ - قالوا : الواجب سد جوعة في مقابلة صوم يوم ، ورطل وثلث يكفى سد جوعة [٣] .

٢٤٦٣٩ - قلنا : الواجب قوت يوم وذلك يكون بأكلتين في الغالب ، فإن مكنهم بأن يستوفوا جاز قليلًا كان ما يأكلونه أو كثيرًا [٤] ، وإن لم يمكنهم فرطل وثلث لا يكفي في أكلتين ، فاعتبرنا ما يكفي سد الجوعة في دفعتين ، ثم في كفارة اليمين جعل إطعام عشرة مساكين في مقابلة صوم ثلاثة أيام ، وكل ثلاثة مساكين في ثلاث في مقابلة جوعة [٥] .

٢٤٦٤٠ - وقد قال مخالفنا : لكل مسكين في كفارة - طحن وخبزه - منه رطلان [٦] ، وذلك يكفى في قوت يوم .

٢٤٦٤١ - قلنا : هذا يحتاج إلى مؤنة لطحنه وخبزه وذلك المؤنة من غير الكفارة فيكون بعض الرطلين من الكفارة وبعضها من غيرها فلا يجزئ [٧] .

* * *

---

(١) أي : أن الحنطة تختلف عن الشعير ، أو التمر فلزم أن تختلف في المقدار ، كما أن الزكاة تختلف في إخراج الذهب من كل عشرين دينار نصف دينار ، والفضة من كل مائتي درهم خمسة دراهم .

(٢) أي : لأن الصاع له نظير متفق عليه كصدقة الفطر ، والمد ليس له نظير متفق عليه ، فكان الصاع أولى . انظر : المبسوط للسرخسي (١٦/٧) ، البناية في شرح الهداية (٧١٨/٤) .

(٣) الأم للشافعي (٢٧٣/٥) ، مغني المحتاج (٣٦٦/٣) ، المهذب (١٥٠/٢) ، كفاية الأخيار (٤٨٩/٢) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (١٥/٧) ، البناية في شرح الهداية (٧٢٠/٤) .

(٥) انظر : البناية في شرح الهداية (٧١٨/٤ ، ٧١٩ ، ٧٢٠) ، شرح فتح القدير (١٠٤/٤ ، ١٠٥) .

(٦) المد رطل وثلث بالبغدادي ، فرطلان أكثر من المد . انظر : روضة الطالبين (٣٠٤/٨) .

(٧) هذا لأن القدر الواجب عنده نصف صاع من بر أو صاع من شعير أو تمر ، فإذا أخرج رطلان وهو يساوي مد وزيادة لم يجز ؛ لأنه أقل من نصف الصاع أو أقل من الصاع ، وكذا هو ينفق أيضًا بمؤنة الطحن ، فلا يساوي ذلك المقدار .

مسألة ١٢٥٣

إطعام مسكين واحد ستين يومًا

٢٤٦٤٢ - قال أصحابنا : إذا أطعم في الكفارة مسكينًا واحدًا ستين يومًا أجزأه [١] .

٢٤٦٤٣ - وقال الشافعي : عشرة لا يجوز حتى يستوفي عدد المساكين [٢] .

٢٤٦٤٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ ﴾ [٣] .

٢٤٦٤٥ - ووجه الدلالة من الآية : أن المصدر [٤] قد يراد به المفعول به ، [٥] قال سيبويه [٦] وقد يجيء غير مخالف يعنى المصدر والمفعول به ، تقول : رويت ريًّا ، وأصابه ريه ، وطعمت طعمة ، وأصاب طعمة ، ونهل نهلًا وأصاب نهلة ، كما قالوا : الحلب ، وهم يريدون اللبن ، ويقولون : حلب حلبًا يريدون الفعل الذي هو مصدر ، وقد يجيء المصدر على المفعول ، وذلك لبن حلب إنما يراد محلوب ، وكقولهم : الخلق إنما يريدون المخلوق ، ويقولون : الدرهم ضَرْبُ الأمير ، إنما يريدون مضروب الأمير ، هذا

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٧/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٦/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٧٩/٣) ، البناية على شرح الهداية (٧٢٢/٤) ، الاختيار لتعليل المختار (١٦٦/٣) ، اللباب (٥٣٧/٢) . وبه قال أحمد في رواية ، المغني لابن قدامة (٣٦٩/٧) ، وذكر في البناية في شرح الهداية (٧٢٢/٤) : « روي عن ابن يوسف في غير رواية أنه لا يجوز » .

(٢) وبه قال الإمام مالك والإمام أحمد وهو الصحيح في روايته ، انظر : الشرح الصغير (١٤/٣) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٣٠٥/٨) ، تكملة المجموع (٣٧٥/١٦) ، مغني المحتاج (٣٦٦/٣) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٦/٥) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٤) المصدر هو : « اسم دال بالأصالة على معنى قائم بفاعل أو صادر عنه ، حقيقة أو مجازًا ، أو واقع على مفعول » . انظر : نيل الفوائد لابن مالك (٨٧/١) .

(٥) يريد المصنف بالمفعول هنا المفعول المطلق ، وهو المصدر المنتصب توكيدًا لعامله ، أو بيانًا لنوعه ، أو عدده ، نحو : ضربت ضربًا ، وسرت سير زيد ، وضربت ضربتين ، وسمى مفعولًا مطلقًا : لصدقه المفعول عليه غير مقيد بحرف جر ونحوه ، بخلاف غيره من المفعولات ؛ فإنه لا يقع عليه اسم المفعول إلا مقيدًا ، كالمفعول به ، والمفعول فيه ، والمفعول معه ، والمفعول له . انظر : شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك (١٦٩/٢) .

(٦) هو عمر بن عثمان بن قنبر ، أخذ النحو عن الخليل بن أحمد ، ويونس وغيرهم ، وأخذ اللغة عن الأخفش الكبير . قال الأزهري : كان سيبويه علامة حسن التصنيف ومن أشهر مصنفاته : الكتاب المنسوب إليه ، مات سنة (١٨٠ هـ) . انظر : معجم الأديان (١١٤/١٦) ، أنباه الرواة (٣٥٦/٣) ، بغية الوعاة (٣٣٩/٣) .

كلام سيبويه [(١)] فقوله : إطعام إنما يريد المفعول به ؛ لأن المصدر وإن كان بلفظه بدلالة وصفه بقوله : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ ذو فعل لا يضاف إلى ما هو بعضه ، ولا تقول أكلته أفضل قديد ، وما تطعمون إنما هو المطعوم ؛ فدل على أن الموصوف هو المطعوم ، ولأنه حق خرج من المال فما جاز دفعه إلى اثنين جاز دفعه إلى واحد كالزكاة [(٢)] ، ولأنه مسكين لم يستوف قوت يومه من كفارة فجاز الصرف منها إليه ، كسائر المساكين [(٣)] .

٢٤٦٤٦ – فإن قيل : المعنى في غيره من صرف المساكين أنه لم يستوف قوت يومه من هذه الكفارة ، وليس كذلك في مسألتنا لأنه استوفى قوت يومه منها ، فلم يجز صرفها إليه كاليوم الأول [(٤)] .

٢٤٦٤٧ – قلنا : علة الأصل تبطل بالمسكين الذمي ، وعلة الفرع لا تصح [(٥)] ، لأن المسكين تجد له في كل يوم خلة ، فسد خلته في اليوم الثاني كسد خلة غيره [(٦)] ولأن [(٧)] الدفع / عندكما أن المدفوع معتبر ، ثم جاز أن يتكرر المدفوع في غير واحد

(١) انظر : الكتاب لسيبويه (٢٢٩/١) .

(٢) الزكاة تصرف إلى ثمانية أصناف وهم : الفقراء ، والمساكين ، والعاملون عليها ، والمؤلفة قلوبهم ، وفي الرقاب ، والغارمون ، وفي سبيل الله ، وابن السبيل ، فيجوز أن يقتصر على صنف واحد من الأصناف المذكورة ، ويجوز أن يعطيها شخصًا واحدًا ، وقال الشافعي : « يجب أن تتم زكاة كل صنف من ماله على الموجود من الأصناف الستة الثابتة سهامهم قسمة على السواء ، ثم قسمة كل صنف منهم لا تصرف إلى أقل من ثلاث منهم إن وجد منهم ثلاثة أو أكثر ، فإن لم يجد إلا واحدًا صرف حصة ذلك الصنف إليه » . انظر : اللباب (١٥١/١) ، المهذب (٢٣٤/١) ، المغني لابن قدامة (٦٦٨/٢) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (١٧/٧) ، فتح القدير (١٠٦/٤) وما بعدها ، البناية على شرح الهداية (٧٢٢/٤) ، وقال في المبسوط : « لأن المقصود سد الخلة وذلك يتجدد له بتجدد الأيام ، فكان هو في اليوم الثاني في المعنى مسكينًا آخر لتجدد سبب الاستحقاق » (١٧/٧) .

(٤) أي : لأنه مسكين استوفى قوت يوم من كفارة فإذا دفع إليه غيره منها لم يجزه ، كما لو دفع إليه في يوم واحد . انظر : تكملة المجموع (١٦ : ٣٧٨) . الحاوي (٥١٤/١٠) .

(٥) أي : إن أعطاه في يوم واحد لم يجزه ؛ لأن الواجب التفريق على ستين مسكينًا ، ولم يوجد ذلك حقيقة لأنه مسكين واحد ، ولا حكمًا لعدم تجدد الحاجة ، بخلاف الفرع – وهو إن أعطى مسكينًا واحدًا ستين يومًا – لأن إطعامه في ستين يومًا كإطعام ستين مسكينًا . انظر : البناية على شرح الهداية (٧٢٢/٤) .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (١٧/٧) ، البناية على شرح الهداية (٧٢٢/٤) .

(٧) قد نوقش هذا القياس بأن المسكين الواحد لو أخذها جمعيًا في يوم واحد وسد جوعته في ستين يومًا لم يجزه . انظر : الحاوي (٥١٤/١٠) .

إلى المساكين بأن يدفع إلى مسكين ثم يبتاع ما دفع إليه أو يستوهبه فيدفعه إلى آخر ، لذلك يجوز أن يتكرر الدفع في أعيان إلى مسكين واحد ، ولأن ما جاز أن يتكرر الدفع في غير واحد جاز أن يتكرر على مسكين واحد . أصله : الزكاة والدفع في كفارتين .

٢٤٦٤٨ - فإن قيل : المعنى فيه أنه يجوز تكراره في عام واحد ، فجاز في أيام .

٢٤٦٤٩ - قلنا : لا يمنع أن يجوز التكرار في وقتين ، ولا يجوز في وقت واحد [١] كما يجوز الوقوف بعرفة في وقتين ، بحجتين ولا يجوز في وقت واحد ، ولأنه أحد بدلي كفارة الظهار ؛ فجاز أن يستحق تفريقه في ستين يومًا كالصيام [٢] .

٢٤٦٥٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ [٣] .

٢٤٦٥١ - قالوا : وإطعام فعل [٤] يتعدد ، فيجب أن يتكرر الفعل إلى العدد ، فإذا أعطى مسكينًا واحدًا ولم يوجد العدد فلا يجزيه [٥] .

٢٤٦٥٢ - قلنا : قد بينا أن المصدر يحتمل أن يكون مفعولًا ، وإطعام يتعدى إلى مفعولين كما يتعدى فعله ، تقول : أطعمت زيدًا خبزًا ، فقوله : فإطعام ستين مسكينًا يحتمل وجهين : أحدهما : أن يكون المصدر قد عدى إلى مفعول واحد وحذف المفعول

---

(١) أي : يجوز أن يتكرر في وقتين ولا يجوز في وقت واحد ، سواء كان بطريق الإباحة بأن غداهم وعشاهم ، أو بطريق التمليك على قول صحيح عند الحنفية ، وعندهم أنه يجوز التكرار في وقت واحد ؛ لأن الحاجة تتجدد في يوم واحد . انظر : شرح فتح القدير (١٠٧/٥) ، البناية في شرح الهداية (٧٢٢/٤) .

(٢) الدليل الآخر : أنه لابد من تفريقه ؛ لأن الواحد لا يستوفي ما يستوفي ستون مسكينًا في يوم واحد ، كالصيام لابد فيه من التتابع ، فكذلك الإطعام لابد فيه من تفريق الأيام . انظر : البناية في شرح الهدية (٧٢٢/٤) .

(٣) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٤) الفعل من أقسام الكلمة ، وهو كلمة تسند أبدا قابلة لعلامة فرعية للمسند إليه ، والاسم : هو كلمة تسند ما لمعناها إلى نفسها أو نظيرها . الحرف هو كلمة لا تقبل إسنادًا وضعيا بنفسها ولا بنظير . والأفعال ثلاثة أقسام من حيث الزمن : ماضٍ ، ومضارع ، وأمر ، الماضي : هو ما دل على حدوث فعل في الزمن الماضي كضربت ، والمضارع : هو ما دل على حدوث فعل في الزمن الحاضر ، أو المستقبل . والأمر هو ما دل على حدوث فعل في الزمن الحاضر انظر : المساعد على تسهيل الفوائد (٣/١ ، ١٠ ، ١١) التسهيل لابن مالك (١٢/١) . ومن حيث التعدي ولزومه : ينقسم إلى قسمين : متعدٍ ، ولازم ، فالمتعدى : هو ما تعدى إلى مفعول وأكثر بلا واسطة ، واللازم : هو ما لا يتعدى إلى المفعول إلا بواسطة ، انظر : شرح ابن عقيل (١١٢/١) المساعد (١٣/١٠) .

(٥) أي : أن فعل الإطعام متعد ، يتعدى إلى مفعول واحد وهو مسكين ، فإذا تعدى إلى عدد من المساكين فلابد أن يتكرر هذا الفعل . انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٩/٧) .

الثاني ، فيكون المسكين منتصبًا على التفسير ، والوجه الثاني : أن يكون مسكينا أحد المفعولين ، وستين في المفعول الثاني والمفسر محذوف ، والتفسير فإطعام طعمة ستين مسكينًا ، ويتنوع حذف المفسر لدلالة ضربت عليه ، ففي كلا الوجهين حذف ، وفي الوجه الأول حذف أحد المفعولين ، وفي الوجه الثاني حذف المفسر من أحد المفعولين (١) .

٢٤٦٥٣ - فقال أبو حنيفة : يجوز الأمران (٢) .

٢٤٦٥٤ - قال مخالفونا : إذا احتمل كان أولى ؛ لأن اللّٰه تعالى قال : [في كفارة اليمين فكفارته إطعام ، فسماه كفارة وإذا حملتموه على المفعول لم يكن كفارة .

٢٤٦٥٥ - قلنا : قد بينا أن آية كفارة اليمين لا تحتمل إلا ما ذكرناه ؛ لأنه وصف الإطعام بقوله : ﴿ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ ﴾ فلا معنى للترجيح ، واللفظ لا يحتمل إلا وجهًا واحدًا ، على أنهم إذا حملوا الإطعام على المصدر فالإطعام فعله ، وذلك ليس بكفارة ، كما أنا نحمله على الطعام وليس بكفارة (٣) .

٢٤٦٥٦ - قالوا : أجمعنا على أن وجوب إخراج الكفارة استفيد من هذه الآية ، فإذا حملناها على التقدير لم يفد وجوب الإخراج (٤) .

٢٤٦٥٧ - قالوا : إذا قدرنا الآية بما ذكرنا ، أفادت تقدير المدفوع ، وتقدير المدفوع إليه . وعلى قولكم ، أفادت تقدير المدفوع خاصة (٥) .

٢٤٦٥٨ - قلنا : وأفادت وجوب تكرار الدفع عندنا ، وهذه فائدة أخرى غير تقدير المدفوع .

---

(١) ففي الوجه الأول : حذف « مسكين » ، وهو مفعول ثان ، وفي الوجه الثاني : حذف المفسر وهو طعمة .

(٢) أي : إما حذف أحد المفعولين ، أو حذف المفسر .

(٣) أي : أن آية اليمين لم يجز حملها على احتمالين كما في آية الظهار ؛ لأنه إذا حملها مثل الظهار لم يدل على الكفارة لو جعل مثل احتمال الأول ، وحذف أحد المفعولين لا يحتمل معنى الكفارة ، وكذا لو حمل الاحتمال الثاني الذي له مفعولان ؛ فالإطعام ليس بكفارة أيضًا فيكون حمله على المصدر الذي ليس له مفعولان ، فالإطعام ليس بكفارة أيضًا ، فيكون حمله على المصدر الذي ليس له مفعول ، فثبت دلالته على الكفارة .

(٤) أي : متفق أن وجوب الإخراج استفيد من هذه الآية ، لأنه لو أخذ وجوب الإخراج من الاحتمال ، لا يفيد معنى الوجوب في إخراج الكفارة .

(٥) أي : أن الإطعام في الآية جاز أن يكون متعديًا إلى مفعولين ، وجاز أيضًا أن يكون مرفوعًا على الابتداء ، فإذا أفاد ذلك ، أفاده على وجه الخصوص .

٢٤٦٥٩ – قالوا : الآية خرجت على سبب وهو قصة أوس بن الصامت ، وقد قال له النبي ﷺ « أطعم ستين مسكينًا » فصار هذا هو المراد بالآية (١) .

٢٤٦٦٠ – قلنا : قد أفادت عندنا جواز الأمرين ، وفسر النبي ﷺ ما يتعجل (٢) به الإباحة التي قصدها (٣) .

٢٤٦٦١ – احتجوا : بقوله ﷺ في قصة المظاهر : « أطعم ستين مسكينًا » (٤) .

٢٤٦٦٢ – قلنا : كل واحد منهما سأل عما يعمل به الإباحة ، فلو أمره بدفع الإطعام في ستين يومًا تأخرت ، فذكر له عدد المساكين ليتعجل بالإباحة في المال (٥) .

٢٤٦٦٣ – قالوا : مسكين استوفى قوت يومه من كفارة فإذا أعطى منها لم يجز ، كما لو أعطاه ثانيًا في اليوم الأول (٦) .

٢٤٦٦٤ – قلنا : المعنى في اليوم الأول استوفى قوت يومه منها ؛ فلم يجز (٧) أن يدفع إليه ، وفي اليوم الثاني لم يستوف قوته منها ، فجاز الدفع إليه كما يجوز الدفع إلى غيره (٨) .

٢٤٦٦٥ – قالوا : عارضتم ما نقلناه وزيادة ، لأنا قلنا : استوفى قوت يومٍ ، فقلتم : استوفى قوت يومه (٩) .

٢٤٦٦٦ – قلنا : هذا غلط ؛ لأنا اعتبرنا يومًا معروفًا ، واعتبرتم يومًا منكرًا ، والمنكر

---

(١) أي : خرجت من كون جواز الإطعام مسكينًا واحدًا في ستين يومًا ، وذلك بدليل قصة أوس بن الصامت ، وإذا كان كذلك ؛ فقد دلت الآية على ما دل عليه الحديث ، وهو ستون مسكينًا لا ستون يومًا لمسكين واحد .

(٢) أي : إطعامه في يوم واحد .

(٣) أي : أن الآية تدل على الأمرين ، بجواز إطعام مسكين واحد في يومين على الأقل ، أما الحديث في قصة أوس بن الصامت ؛ فإنه يدل على طريق الإباحة ، حيث لا يجوز إطعام مسكين واحد في يوم ، وإنما هو خاص بإطعام ستين مسكينًا . انظر : البناية على شرح الهداية (٧٢٢/٤) ، شرح فتح القدير (١٠٧/٤) .

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٤٣٦/٥) ، وأبو داود (٦٦٠/٢) ، والترمذي (٤٠٥/٥) ، والحاكم في المستدرك (٢٠٤/٢) .

(٥) أي : أنه يجوز أمران في الإباحة : إطعام ستين مسكينًا ، أو مسكين واحد في ستين يومًا ، وإذا عمل الإطعام في ستين يومًا تأخرت ، فأما ذكر عدد من المساكين فلا يكون تأخرا في الإطعام عن طريق الإباحة .

(٦) انظر : تكملة المجموع (٣٧٨/١٨) ، المغني لابن قدامة (٣٧٩/٧) .

(٧) سقط في (م) .

(٨) قال في المبسوط : لأن المقصود سد الخلة ، وذلك سيتجدد له بتجدد الأيام ، فكان هو في اليوم الثاني في المعنى مسكينًا آخر لتجدد سبب الاستحقاق له . انظر : المبسوط للسرخسي (١٧/٧) .

(٩) انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٩/٧) ، تكملة المجموع (٣٧٨/١٦) .

أعم ، وقد عارضنا بأقل من أوصافكم فقولنا أولى [١] .

٢٤٦٦٧ – قالوا : هذا الاعتبار الذي ذكرتموه يبطل بما لو سرق منه الطعام في اليوم الأول ، لا يجوز الدفع إليه ، ولم يستوف قوت يومه . ويبطل بما لو بقي الطعام عنده إلى اليوم الثاني وجاز الدفع إليه من كفارة أخرى ، لأنه غير ما أخذ من الكفارة الأولى [٢] .

٢٤٦٦٨ – قلنا : هذا غلط لأن اللّٰه تعالى ذكر الكفارة بلفظ الإطعام وذلك يفيد التمليك ، وقال : ﴿ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ ﴾ [٣] والأصل تطعمون مرة ومرتين وثلاثًا [٤] .

٢٤٦٦٩ – قالوا : سقط من الإطعام أن يكون مرتين ، والتمليك يقوم مقام ذلك عندنا ، ولو أطعم المسكين في يوم فجاع لم يجز أن يطعمه ثانيًا [٥] كذلك إذا سرق ما أعطاه ، ولو أطعمه بعد ما أكل أكلتين من كفارة جاز لذلك إذا ملكه من كفارة أخرى ، [٦] فأما إذا بقي الطعام عنده إلى اليوم الثاني ، وهو أن يبقي الشبع إلى اليوم الثاني ، فلا يمنع ذلك من إطعامه منها .

٢٤٦٧٠ – قالوا : ذو عدد موصوف لا يجوز الأخذ بغير الصفة ؛ فلا يجوز

---

(١) فاليوم بعد الإضافة يفيد المعرفة ، وقبل الإضافة يفيد النكرة ، والنكرة أعمّ عن المعرفة وهذه المسألة معروفة فكان أولى بالإضافة .

(٢) أي : إذا سرق الطعام من يده فإنه لا يجوز اعتباره في كفارة عنه ، ولم يجز اعتباره عن قوت يومه ، فإذا كان كذلك بطل قولكم كونه بالإضافة ؛ كما يبطل قولكم فيما لو بقى الطعام عنده ، وصرفه لكفارة أخرى غير كفارة الظهار ، فلا يجوز اعتباره ولا استعماله في غير الكفارة الأولى ، قال صاحب مغني المحتاج : « لو دفع الطعام إلى الإمام فتلف في يده قبل التفرقة لم يجزه ، بخلاف الزكاة » انظر : مغني المحتاج (٢٦٦/٧ ، ٢٦٧) .

(٣) الرد المخالف : هذا غلط لأن الطعام في الآية يفيد التمكين ، أي بأن يغديهم ويعشيهم ، وهو مأخوذ من قوله تعالى : ﴿ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ ﴾ فإطلاقه بقول : « يومه » أولى لما تضمن معنى المعرفة .

(٤) المراد هنا في وقت واحد ، أو وقتين ، أو ثلاثة ؛ وذلك لأن المراد من التمكين غداؤهم ، أو عشاؤهم فقط ، ولا يجوز ولا يحصل التمكين بغير ذلك ؛ لأن المعتبر في التمكين أكلتان مشبعتان إما الغداء والعشاء ، وإما غداءان أو عشاءان ، ولأن المعتبر حاجة اليوم ، وذلك بالغداء والعشاء عادة . انظر : المبسوط (١٥/٧) ، البناية على شرح الهداية (٧٦٢/٤) .

(٥) أي : الإطعام بالإباحة : أن يكون في وقتين ، فلا يجوز في وقت واحد ، وأما التمليك فإنه لا يجوز أيضًا إلا في قول ضعيف ، فلا يجوز الإطعام بعد غذائهم وعشائهم ، وكذلك لا يجوز التمليك بعد إعطائه في يوم واحد .

(٦) أي : جاز إعطاؤه بعد ما أكل أكلتين ما سُرِق عن كفارة أخرى .

الإخلال [١] بالعدد كالشهود [٢] .

٢٤٦٧١ - قلنا : لا نسلم أنه ذو عدد من المساكين ، وإنما هو عدد من الأفعال ، وذلك يجوز الإخلال به [٣] . لا نسلم أنه لا يجوز الإخلال بالصفة ؛ لأنه لو دفعها إلى الفقير بدل المسكين أو ابن السبيل والمكاتبين جاز [٤] وينتقض برمي جمار [٥] لأنه ذو عدد موصوف ، لا يجوز الإخلال بالصفة عند مخالفنا ؛ لأن الرمي بغير الحجارة لا يجوز ، فيرمي بحجر واحد مرة بعد مرة ، والمعنى في الشهود أن المقصود غالب الظن بقول اثنين ، فإذا أخبره واحد فالظن الثاني هو الأول فلا يستفيد به معنى ، وليس كذلك الإطعام ؛ لأن المقصود سد الخلة ، فما يدفعه في اليوم الثاني يحصل به سد خلة لم توجد في اليوم الأول [٦] .

٢٤٦٧٢ - قالوا : قدر اللّٰه تعالى المدفوع إليه نصًا بقوله سبحانه : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ وأبو حنيفة قدر اجتهادًا فقال : صاع ، فَجَوَّزَ الإخلال بالتقدير المنصوص عليه ، ولم يجز الإخلال بالتقدير المجتهد فيه [٧] .

---

(١) قال علماء الأحناف في مقدار الإباحة : إن الاعتبار في الإباحة الشبع لا المقدار ، ولو لم يبلغ صاعًا أو نصفه ، واختلف المشايخ فيه فيما لو كان أحدهما شبعان ، قال بعضهم : يجوز لأنه وجد إطعام العشرة ، وقال بعضهم : لا يجوز ؛ لأن المأخوذ عليه إشباع العشرة ولم يوجد .

(٢) ، قال صاحب المغني : « إن اللّٰه أمر بعدد المساكين لا بعدد الأيام ، وقائل هذا يعتبر عدد الأيام دون عدد المساكين ، والمعنى في اليوم الأول أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة ، وفي اليوم الثاني قد استوفى حقه منها فأخذ منها قوت يوم فلم يجز . انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٩/٧) .

(٣) أي : ذو عدد الإطعام تقديره طعمه .

(٤) اتفق الفقهاء في جواز دفع الكفارة إلى الفقير والمسكين وابن السبيل ، أو إلى من يعطى من الزكاة ، واختلف في دفعها إلى المكاتب و الكافر ، فذهب الحنفية إلى أنه يجوز دفعها إلى المكاتب والذمي ، وذهب الإمام الشافعي ووافقه الإمام أحمد إلى أنه لا يجوز إعطاء الكفارة إلى المكاتب والكافر ، وعند أحمد يجوز دفعه إلى المكاتب . انظر : المبسوط للسرخسي (١٨/٧) ، الأم للشافعي (٢٨٥/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٦/٧) .

(٥) رمي الجمار : يرمي الحاج يوم النحر بمنى جمرة العقبة [وهي الجمرة الكبرى] بعد طلوع الشمس قدر رمح بسبع حصيات ، ويرمي سائر الجمرات الثلاث في أيام منى ، وهي ثاني العيد وثالثه ورابعه ، كل جمرة سبع حصيات ، مبتدئًا بالجمرة الأولى [الصغرى] وهي التي تلي مسجد الخليف من جهة عرفات ، ثم الوسطى ، ثم جمرة العقبة بين الزوال والمغرب .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (١٧/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٧/٤) ، البناية على شرح الهداية (٧٢٢/٤) .

(٧) أي : أنَّ قدر الواجب عند الحنفية نصف صاع من بر أو صاعًا من تمر أو شعير .

٢٤٦٧٣ – قلنا : نسلم أن اللَّه تعالى قدر العدد على ما ذكرتم ، ولا نسلم أن تقدير الصاع اجتهاد بل بالنص ، لأن النبي ﷺ قال للمظاهر : أطعم ستين مسكينًا وسقا من تمر [١] .

٢٤٦٧٤ – قالوا : صدقة أمر بصرفها إلى عدد من المساكين ؛ فلا يجوز صرفها إلى واحد ، كالوصية [٢] .

٢٤٦٧٥ – قلنا : هذا غير مسلم ؛ لأنه قال في الجامع [٣] : إذا أوصى بثلثه للمساكين ، جاز صرفه على مسكين واحد عند محمد ، ولا يجوز في قول أبي يوسف أقل من اثنين ، وليس عن أبي حنيفة رواية [٤] ، ولو سلمنا لم يدل ؛ لأن الوصية [٥] يعتبر فيها لفظ الموصي [٦] ، ولو أمر اللَّه تعالى غيره يعتبر فيها المقصود ، بدلالة أن الموصي للمساكين لا يجوز له العدول عنه إلى غيرهم ، والإطعام في الكفارة يجوز صرفه إلى غير المساكين [٧] .

٢٤٦٧٦ – ولو قال : أعتق عبدي لأنه أسود ؛ لم يجز أن يعتق غيره من غيره ، ولو قال اللَّه تعالى : أعتقوا أفريقيًا لأنه أسود عتق كل أسود .

٢٤٦٧٧ – قالوا : إذا دفع الكسوة إلى مسكين واحد في عشرة أيام جاز عندكم ، ومعلوم أنه لا يتجدد في اليوم الثاني حاجة إلى الكسوة [٨] .

---

(١) ورد في رواية عبد الرزاق : « اذهب إلى صاحب صدقة بني زريق ، فقل له فليدفعها إليك ، فأطعم عنك منها وسقًا ستين مسكينًا » قالوا : والوسق ستون صاعًا ، وفي رواية لابن داود والترمذي : « فأطعم وسقًا من تمر ستين مسكينًا » . انظر : سبل السلام (١١١٠/٢) ، شرح فتح القدير (١٠٤/٤) ، البناية على شرح الهداية (٧١٧/٤) .

(٢) انظر : المغني لابن قدامة (٣٦٩/٧) ، أي كما لو أوصى إلى عدد من المساكين ؛ فإنه لا يجوز صرفها إلى من استوفى حقه .

(٣) مراده بالجامع هنا الجامع الصغير ، وهو كتاب لمحمد بن الحسن الشيباني ، ومعدود في المذهب من كتب ظاهر الرواية .

(٤) انظر : الجامع الصغير : ٢٢٤ .

(٥) الوصية : اسم بمعنى المصدر ، ثم سمي به الموصى به وصية ، ومنه قوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۚ ﴾ ، وهي في الشرع : « تمليك مضاف إلى ما بعد الموت » ، وشرطها كون الموصي أهلًا للتمليك ، وعدم استغراقه بالدين ، والموصى له حيًا وقتها ، غير وارث ، ولا قاتل ، والموصى به قابلًا للتمليك بعد موت الموصى . انظر : المغرب ٤٨٦ ، انظر : اللباب (١٦٨/٤) .

(٦) انظر : اللباب (١٦٨/٤) .

(٧) انظر : اللباب (١٧٧/٤) ، الجامع الصغير ٤٥٢ .

(٨) أي : اعترض المخالف : لو كسا مسكينًا واحدًا عشرة أثواب في عشرة أيام يجوز ؛ لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة إلى الثوب بتجدد اليوم .

٢٤٦٧٨ - قلنا : إذا كسي المسكين في اليوم الثاني لم يجز ذلك عن الكسوة ، احتجنا إلى أن يجوز عن الإطعام ؛ لأن من أصلنا أن الكسوة إذا لم تجز عن نفسها جازت عن الإطعام ؛ لأن من أصلنا ، أن من أعطى خمسة أثواب قيمتها إطعام عشرة مساكين لم يجز عن الكسوة ، وجازت عن الإطعام ، فإن كان في مسألتنا تجوز الكسوة بدلًا عن غيرها ، فجوازها عن نفسها أولى [1] .

* * *

(١) انظر : شرح فتح القدير (١٠٧/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٧٩/٣) ، أي إذا كانت الكسوة تجوز أن تكون بدلًا عن الإطعام كما يجوز غير الكسوة بدلًا عنه ، فكون الكسوة بدلًا عنه أولى .

مسألة ١٢٠٤

حكم صرف الكفارة إلى أهل الذمة

٢٤٦٧٩ - قال أبو حنيفة ومحمد : يجوز صرف الكفارات إلى أهل الذمة [(١)] .

٢٤٦٨٠ - وقال الشافعي : لا يجوز [(٢)] .

٢٤٦٨١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ ﴾ [(٣)] ، وقوله : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ [(٤)] ، وهو عام ، وقوله ﷻ : ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ ﴾ [(٥)] ، وقال عليه الصلاة والسلام : « تصدقوا على أهل الأديان » [(٦)] ولأنها صدقة ليس للإمام حق في أخذها [(٧)] ؛ إذ هي صدقة تتعلق بسبب من جهته ، فجاز صرفها إلى أهل الذمة كالنافلة [(٨)] ، ولا

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٨/٧) ، البحر الرائق في كنز الدقائق ٤ ، رد المحتار على الدر المختار (٤٧٩/٣) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٧/٤) ، وقال أبو يوسف بالجواز ، انظر : البناية على شرح الهداية (٧٣٧/٤) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٧٢/٥) ، مغني المحتاج (٣٦٦/٣) ، المهذب (١٥١/٢) ، روضة الطالبين (٣٠٦/٨) ، وبه قال الإمام مالك وأحمد ، الشرح الصغير (١٤/٣) . مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (١٣٠/٤ ، ١٣٤) . المغني لابن قدامة (٣٧٦/٧) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٨٩ . (٤) سورة المجادلة : الآية ٤ . (٥) سورة الممتحنة : الآية ٨ .

(٦) الحديث أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن سعيد بن جبير قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تصدقوا إلا على أهل دينكم » فأنزل الله تعالى : ﴿ لَّيْسَ عَلَيْكَ هُدَىٰهُمْ ﴾ فقال رسول الله ﷺ : « تصدقوا على أهل الأديان » . وهو مرسل . انظر : المصنف (٣٩/٣) .

(٧) الدليل الأول على أنه ليس للإمام حق في أخذها : حديث الظهار نفسه وهو ما رواه أبو داود عن خويلة بنت مالك . وقال في آخر الحديث : « اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكينًا وارجعي إلى ابن عمك » . الدليل الثاني : ورد في كفارة المجامع في رمضان : أن النبي ﷺ أمر أن يأكل الكفارة هو وعياله ، وأنه يجوز للإمام إذا قبض الزكاة من شخص أن يردها إليه . انظر : سبل السلام (١١١١/٣) .

(٨) انظر : شرح فتح القدير (٣٦/٤) ، وذكر في شرح فتح القدير جواز إعتاق الرقبة الكافرة والمسلمة ؛ لأن اسم الرقبة ينطلق إلى هؤلاء . والشافعي يخالفه في الكافرة . وقال : والاتفاق : جواز الصدقة النافلة عليه . لا يجوز في الكافرة يدفع الزكاة إلى ذمي لقوله (لمعاذ بن جبل خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم . ولا يدفع إليه ما سوى ذلك من الصدقة ، وهو مذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد وأبي يوسف اعتبارًا بالزكاة . وقال أبو حنيفة ومحمد يدفع إليه ما سوى الزكاة استدلالًا بقوله ﷺ : « تصدقوا على أهل الأديان » . وقد سبق تخريجه . انظر : البداية (١١٣/١) ، المغني (٣٧٦/٧) ، المهذب (١١٣/١) .

يلزم زكاة المال الباطن [١] ؛ لأن حق أخذها إلى الإمام وإنما [٢] أصحاب المال وكلاء ، ولأن من كان صدقة النفل قربة في حقه لم يجز دفع الواجب إليه بحال كالمسلم [٣] . ولا يلزم الوالدين والولد ؛ لأن الدفع يجوز إليهم باجتهاد ، ولا يلزم الحربي والعبد والمكاتب ؛ لأن صدقة النفل لا تصح عليهم [٤] .

٢٤٦٨٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لَا / تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾ [٥] . ٧٩

٢٤٦٨٣ - الجواب : أن المراد بهذه الآية أهل الحرب بدلالة الآية الأخرى ، وهو قوله تعالى : ﴿ لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ ﴾ [٦] .

٢٤٦٨٤ - قالوا : كافر لا يجوز دفع الكفارة إليه كالحربي يستعين بما نعطيه على حربنا .

٢٤٦٨٥ - قلنا : هذا لا يوجد في الذمي .

٢٤٦٨٦ - قالوا : مال يجب دفعه إلى الفقير بالشرع ، فلا يجوز دفعه إلى الإمام وهو قائم مقام المسلمين ؛ فدل أنها حق [٧] لهم ، والكفارة لا حق للإمام فيها وهي كالنافلة [٨] .

---

(١) هو ما يستخرجه الإنسان من الأرض مما تجب فيه الزكاة ، إما من قبيل المعادن ، أو من قبيل الركاز . والمعادن هو اسم لما أودع الله في باطن الأرض من الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص وغير ذلك مما يستخرج من باطن الأرض بأصل الخلقة . والذي يجب الزكاة فيه : الذهب والفضة - وهذا مذهب الشافعية والمالكية . ومذهب الحنفية أنه قال : تجب في المعادن التي تقبل الانطباع والإذابة بالنار كالذهب والفضة والحديد والنحاس . قال الحنابلة : تجب في المعادن بجميع أنواعها انظر : النهاية لابن الأثير (٨٢/٣) ، . المهذب (١٦٩/١) ، والتاج والإكليل (٣٣٤/٢) ، المحلي (٣٣٤/٥) ، بدائع الصنائع (٩٠٥/٢ ، ٩٠٦) ، فتح القدير (٣٣/٢) . والركاز هو المال المدفون في الأرض بفعل الإنسان على اختلاف أنواعها كالذهب والفضة والنحاس . والواجب الزكاة فيه كالواجب في المعادن . انظر : الموارد المالية في الدولة الإسلامية ٧٧ .

(٢) كذا في جميع النسخ .

(٣) أي : ما دام دفع الصدقة النافلة إلى الذمي فلا مانع من دفع الواجب من الكفارة إليه .

(٤) لا خلاف بين الفقهاء الأربعة وكذا غيرهم أنه لا يجوز دفعها إلى فقير كافر كالحربي ولا إلى العبد ؛ لأن نفقته واجبة على سيده ، وليس هو من أصناف الزكاة ، إلا أن الاختلاف وقع بينهم في دفعها إلى المكاتب . فقال الفقهاء الثلاثة ما عدا أحمد : لا يجوز ، وقال أحمد : يجوز لأنه مسكين فجاز إطعامه . انظر : المبسوط للسرخسي (١٨/٧) ، مغني المحتاج (٣٦٦/٣) . المغني لابن قدامة (٣٧٦/٧) .

(٥) سورة المجادلة : الآية ٢٢ . (٦) سورة الممتحنة : الآية ٨ . (٧) انظر : الحاوي (٥١٦/١٠) .

(٨) القياس أن دفعها إلى الذمي كدفعها إلى المسلم ، حيث إن الكفارة حق للمسلمين وأهل الذمة دون فرق من حيث إنهم من الفقراء .

مسألة ١٢٠٥

حكم إخراج القيمة في الكفارة

٢٤٦٨٧ – قال أصحابنا : يجوز إخراج القيمة في الكفارات [١] .

٢٤٦٨٨ – وقال الشافعي : لا يجوز [٢] ، وهذا فرع على جواز أخذ القيمة في الزكاة [٣] ، لأن المقصود بكل واحد منهما سد خلة المسكين ودفع حاجته ، وهذا المعنى موجود في القيمة [٤] ، ولأنه حق يخرج من المال سببه الجناية فجاز دفع القيمة فيه كالدية [٥] ، ولأنه مال لم يجب بعقد معاوضة فجاز إخراج القيمة فيه كقيمة المتلفات [٦] .

٢٤٦٨٩ – قالوا : أخذها يقع به التكفير كالعتق [٧] .

٢٤٦٩٠ – قلنا : العتق كَثيرُ مال فلا يمكن تقويمه ، والكسوة والإطعام كل واحد منهما مال لم يجب بعقد معاوضة ، فجازت القيمة فيه .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٦/٧) ، شرح فتح القدير (١٠٣/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٧٩/٣) ، البناية على شرح الهداية (٧١٦/٤) ، اللباب (٥٣٦/٢) ، الاختيار لتعليل المختار (١٦٥/٣) . وبه قال أحمد في رواية المغني لابن قدامة (٣٧٥/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٨/٥) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٧٢/٥) ، المهذب (١٥٠/٢) ، روضة الطالبين (٣٨٨/٨) ، شرح فتح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣٥١/٢) .

(٣) الأصل : أن ما هو منصوص عليه لا تعتبر فيه القيمة عند الحنفية حتى لو أدى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من تمر أو أكثر لم يجز . فأما ما ليس بمنصوص عليه فإنه يلحق بالمنصوص باعتبار القيمة بينما قال الفقهاء الثلاثة : لا يجوز إخراج القيمة . انظر : شرح فتح القدير (٢٩٦/٢) . والمهذب (٢٤٤/١) والمغني لابن قدامة (٦٥/٤) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٦١/٧) .

(٥) جعل عمر بن الخطاب في دية التغليظ على أهل الإبل مائة ؛ وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم ، فهذه قيمة فتقاس الكفارة على الدية في جواز الدفع بالقيمة . انظر : المبسوط (٧٧/٢٦) .

(٦) الدفع في الكفارة لا يكون من ضمن المعاوضة أي بدل مال ، وإنما الكفارة عقوبة في الوجوب وعبادة في الأداء فتجوز بالقيمة ، كما يجوز دفع القيمة في ضمان المتلفات إذا لم تكن عينا .

(٧) يجوز أخذ القيمة بناء على أن التكفير في الدية إذا لم يوجد له العبد ووجد ثمنه فلزم له العتق ، بخلاف القيمة المذكورة في هذه المسألة قياسًا على الزكاة ؛ لأن في الزكاة الاعتبار بماله فكذلك هاهنا . انظر : المهذب (١٥٠/٢) .

مسألة ١٢٠٦

حكم دفع الكفارات إلى المكاتب

٢٤٦٩١ - قال أصحابنا : يجوز دفع الكفارات إلى المكاتب [١] .

٢٤٦٩٢ - وقال الشافعي : لا يجوز [٢] .

٢٤٦٩٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ [٣] ولم يفصل ، ولأنها صدقة واجبة فجاز دفعها إلى المكاتب كالزكاة [٤] .

٢٤٦٩٤ - قالوا : الزكاة ليست [٥] حق المكاتب بل حق الفقراء ، والكفارة حق الفقراء [٦] ، وغيرهم ، ولأن من جاز دفع الزكاة إليه جاز دفع الكفارة إليه كالحر . ولا يلزم العامل ؛ لأن ما يدفع إليه ليس من الزكاة ، وإنما هو عوض [٧] . ولا يلزم ابن السبيل ؛ لأن دفع الكفارة إليه يجوز [٨] ، ولأنه يتخلص بما يدفع إليه من إسر الرق ، فصار كما يدفع إلى الأسير في دار الحرب ، ولأن الحر يحصل له سد الخلة ، والمكاتب يستفيد ذلك والتخليص من الرق . فإذا جاز الدفع إلى الحر فالمكاتب أولى [٩] .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٨/٧) ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق (١١٧/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٥٧٨/٢) .

(٢) وبه قال الإمام مالك وأحمد . انظر : مغني المحتاج (٣٦٦/٣) ، الأم للشافعي (٢٨٥/٥) ، روضة الطالبين (٣٠٨/٨) ، الشرح الصغير (٤٩٣/٣) ، شرح فتح الجليل على مختصر العلامة خليل (٣٥٠/٢) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٨٦/٥) .

(٣) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (١٨/٧) ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق (١١٦/٤) .

(٥) ساقط من (ن) ، وفي (ص) : [قالوا : المكاتب من الفقراء ، والكفارة حقُّ الفقراء وغيرهم] ، وما أثبتناه من (م) لوضوح معناه .

(٦) قال في مغني المحتاج : « ويشرط في المسكين والفقير أن يكونا من أهل الزكاة ، وحينئذ لا يكفى تمليكه كافرًا ولو ذميًا ولا هاشميًا ولا مُطلبيًا ، ومن تلزمه نفقته كزوجته وقريبه ، ولا إلى مكلف بنفقة قريب ، أو زوج ولا إلى عبد ومكاتب » . انظر : مغني المحتاج (٣٦٦/٣) .

(٧) انظر : شرح فتح القدير (٢٦٢/٢) .

(٨) أي : ولا يلزم أن يقاس في عدم جواز دفعها إلى المكاتب على عامل الزكاة ؛ لأن ما أخذه عوض لا زكاة ، وكذا لا يقاس على ابن السبيل ؛ لأن ابن السبيل يجوز دفعها إليه بخلاف الكتابة ، فإنه لا يجوز دفعها إليه .

(٩) انظر : المغني لابن قدامة (٣٧٥/٧) .

٢٤٦٩٥ - قالوا : بأنه مكاتَب فلا يجوز دفع الكفارة إليه كمكاتِبِه [١] .

٢٤٦٩٦ - قلنا : مكاتِبُه لا يجوز دفع زكاة ماله إليه [٢] ، فكذلك كفارته ، ولو كاتب غيره يجوز دفع زكاته إليه ، كذلك كفارته [٣] .

٢٤٦٩٧ - قالوا : المكاتب لا يخلوا إما أن يكون في يده مال أو لا يكون ؛ فإن كان في يده مال فهو غني . وإن لم يكن فهو يقدر على الغنى بأن يعجز نفسه ، فلذلك لم يجز دفع الكفارة إليه [٤] .

٢٤٦٩٨ - قالوا : وليس كذلك الزكاة ؛ لأنها تدفع إلى الغني العامل ، وابن السبيل ، والغارم لإصلاح ذات البين [٥] .

٢٤٦٩٩ - قلنا : إن كان في يده مال فهو لا يملكه ولا يكون غنيًا [٦] به .

٢٤٧٠٠ - وإن لم يكن فهو لا يقدر أن يعجز [٧] نفسه عندنا إلا أن يعجز [نفسه برضا سيده] [٨] ، ولأن قدرته على أن يستغني لا يمنعه من أخذ الصدقة ، بدلالة أنه من وهب لفقير مالًا فهو يقدر على قبوله ليستغني به . ويجوز له أخذ الصدقة قبل القبول .

* * *

(١) انظر : المغني لابن قدامة (٣٧٥/٧) ، الحاوي (٥١٩/١٠) ، وقال فيه : إذا قلنا يجوز الدفع إلى المكاتب جاز للسيد الدفع من كفارته إلى مكاتبه ؛ لأنه يجوز أن يدفع إليه من زكاته .

(٢) لفقد التمليك إذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك . انظر : شرح فتح القدير (٢٧١/٢) .

(٣) لأن الزكاة تصرف إلى الرقاب . والرقاب هو المكاتب ، فيجوز للآخر دفعها إليه ، وأما دفع المال لا يجزئ للدلالة المخصوصة ؛ لأن للسيد حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك . انظر : شرح فتح القدير (٢٦١/٢ ، ٢٦٣) .

(٤) أي : وأن لم يكن غنيًا فهو عبد فلا يجوز صرفها إليه ؛ لأن الكفارة صرفها مخصوص للفقراء والسائلين . انظر : مغني المحتاج (٢٦٦/٣) وإن كان غنيًا فلا يجوز صرفها إلى العبد في الكفارة . انظر : المغني لابن قدامة (٣٧٥/٧) .

(٥) انظر : المهذب (١٧٢/١) : لقول رسول الله ﷺ : « لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة : الغازي في سبيل الله ، أو العامل عليها ، أو الغارم ، أو لرجل اشتراها بماله ، أو لرجل له جار مسكين ، فتصدق على المسكين فأهدى المسكين إليه » .

(٦) شرح فتح القدير (٢٧٧/٢) .

(٧) يعجز نفسه : أي يمنع نفسه من الاكتساب لدفع مال المكاتبة ، والفعل : عَجَز يَعْجِز . انظر : لسان العرب مادة « عجز » (٢٨١٧/٤) .

(٨) زيادة اقتضاها السياق .

مسألة ١٢٠٧

حكم دفع الكفارة بالتمكين أو التمليك

٢٤٧٠١ - قال أصحابنا : يجوز في الكفارات التمكين ، وهو أن يغديهم ويعشيهم ، ويجوز التمليك [١] .

٢٤٧٠٢ - وقال الشافعي : لا يجوز إلا التمليك [٢] .

٢٤٧٠٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ [٣] وقال ﷻ : ﴿ فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ ﴾ [٤] ، وحقيقته الإطعام عند التمكين ، يقال : فلان يطعم الأحلاق [٥] ويطعم الطعام . يبين ذلك قوله تعالى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ [٦] ، وطعام الأهل يكون بالتمكين في الغالب [٧] .

٢٤٧٠٤ - فإن قيل : قد أجمعنا على جواز التمليك ، فدل أن الآية تناولته ، وهو مجاز يحمل على الحقيقة لا على جواز التمليك ، فدل أن اللفظ الواحد لا يحمل على الأمرين [٨] .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/١٤-١٥) ، رد المحتار على الدر المختار (٣/٤٧٩) ، شرح فتح القدير (٤/١٠٥) ، الاختيار لتعليل المختار (٣/١٦٥) ، الهداية (٢/٣٠١) ، البناية على شرح الهداية (٤/٧٢٠) ، اللباب (٢/٥٣٦) ، بدائع الصنائع (٦/٢٩٠٦) . وبه قال أحمد في رواية أخرى : أنه يجزئه إذا أطعمهم العدد الواجب لهم . انظر : المغني لابن قدامة (٧/٣٧٢) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٥/٢٨٥) ، المهذب (٢/١٥٠) ، مغني المحتار (٣/٣٦٦) ، روضة الطالبين (٨/٣٠٧) . ووافقه الإمام مالك وأحمد في رواية . انظر : الشرح الصغير (٣/٤٩٤) ، شرح فتح الجليل على مختصر العلامة خليل (٢/٣٥١) ، المغني لابن قدامة (٧/٣٧٢) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٥/٣٨٨) .

(٣) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٥) هكذا في (ص) ولعلها مشتقة من (الحلق) وهو مجرى الطعام إلى الجوف .

(٦) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/١٥) ، البناية على شرح الهداية (٤/٧٢٠ ، ٧٢١) ، بدائع الصنائع (٦/٢٩٠٧) ، إن المنصوص عليه الإطعام ، وحقيقة ذلك في التمكين والمقصود به سد الخلة ، وفي التمليك تمام ذلك ، فتأدى الواجب بكل واحد منهما ، أما بالتمليك فلأن الأكل الذي هو المنصوص جزء مما هو المقصود بالتمليك لأنه إذا ملك فإما أن يأكل أو يصرف إلى حاجة أخرى ، فيقام هذا التمليك مقام ما هو المنصوص عليه لهذا المعنى ، ويتادى بالتمكين لمراعاة عين النص ، والدليل عليه أنه يشبهه بطعام الأهل فقال ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ وذلك ينادي بالتمليك تارة وبالتمكين تارة أخرى ، فكذا هذا .

(٨) أي : التمليك والتمكين ، أو الإباحة . انظر : مغني المحتاج (٣/٣٦٦) ، روضة الطالبين (٨/٣٠٧) ، =

٢٤٧٠٥ - قلنا : الآية ما تناولت عندنا التمليك ، وإنما ثبت جواز التمليك بقول النبي ﷺ وجواز التمكين بالآية [١] .

٢٤٧٠٦ - فإن قيل : إذا حملنا الآية على التمليك نفينا عمومها في الصغير والكبير ؛ لأن تمليك كل واحد منهما جائز ، وإذا حملناها على التمكين خصصناها في الكبير ؛ لأن تمكن الصغير لا يجوز [٢] .

٢٤٧٠٧ - قلنا : الآية لم تتناول الصغير ؛ لأنه تعالى ذكر المساكين ، والمسكين من سكنت نفسه إلى الفقر [٣] ، وهذا لا يوجد في الصغير ، ولأنه قال : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ وما يأكله الصبي ليس هو أوسط ما يأكله الأهل . ولو سلمنا التخصيص كان حفظ الحقيقة أولى من حفظ العموم ؛ لأنه عمومات فكان حفظ الحقيقة وتخصيص العموم أولى من إسقاط الحقيقة واستعمال العموم [٤] ، ويدل عليه ما روي عن ابن مسعود وابن عمر وابن عباس قالوا : في تفسير الآية الوسط الخبز والتمر أو الخبز والزيت والأقصى الخبز واللحم . هذا إنما يعتبر في التمكين [٥] . أصله : إذا ثبت أن يطعم المساكين ، ولأن النذور محمولة على أصولنا في الفروض ، فلما جاز التمكين في النذور دل على أنه يجوز في الواجب [٦] . ولأن المقصود بالإطعام سد الخلة ، وهذا المعنى موجود في التمكين . ولا يلزم الزكاة ؛ لأن أبا يوسف قال : يجزئ فيها التمكين [٧] ولأن المعتبر كفارة المسكين في اليوم . وإذا ملكه جاز أن يكتفي بما أعطاه ، وجاز أن لا يكتفي . فإذا مكنه تيقنًا بحصول الكفارة فهو أولى بالجواز [٨] .

= المغني لابن قدامة (٧/٣٧٢) ، الشرح الصغير (٣/٤٩٤) .

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/١٥) ، البناية على شرح الهداية (٤/٧٢٠) .

(٢) إذا حملناها على التمليك فيكون جواز دفعها إلى الكبير فقط دون الصغير مع أن عدم جواز الدفع إلى الصغير في حالة ما إذا حملناها إلى التمكين ، فيكون هذا اعتراضًا على قولهم إن الآية لا تتناول التمليك وهذا لا يجوز . وأضاف الحنفية عن الصغير . إذا أطعم صبيًا فطيمًا لا يجزئه ؛ لأنه لا يستوفيه كاملًا . انظر : البناية في شرح الهداية (٤/٧٢١) .

(٣) انظر : القاموس المحيط (٤/٢٣٥) .

(٤) بمعنى أن دفعها إلى الكبير أولى من دفعها إلى الصغير في التمليك ، فكان حفظ الحقيقة أولى من حفظ المجاز وهو العموم ، وأما في الإباحة فالدفع للكبير ولا يجوز للصغير لأن تعشيته وتغذيته ناقصة .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/١٦) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٨/٢٨٧) .

(٧) انظر : البناية في شرح الهداية (٤/٧٢١) .

(٨) أي : أن الإباحة تعتبر من ضمن سد خلة الفقير أو حاجته اليومية ، فإذا دفعها إليه بطريق التمليك فقد يتأدى المقصود به ، سدا لخلته ، فإذا دفعها إليها بطريق الإباحة تأدى المقصود ، وحصل الكفارة بل هو فوق ما =

٢٤٧٠٨ - احتجوا : بأن النبي ﷺ : دفع إلى المكفر الثمن فقال : « تصدق بهذا » [١] .

٢٤٧٠٩ - والجواب : أن هذا يدل على جواز الصدقة ، وقد روي أنه قال لسلمة بن صخر : « أطعم » وهذا يفيد التمكين [٢] فأفادنا ﷺ جواز الأمرين ، ولأنه قال : « تصدق » . ولأن المكفر كان فقيرًا ، والتمكين يحتاج أن يهيأ الطعام فيلزمه مؤنة ، والتمليك لا يحتاج إلى ذلك فأمره بأيسر الأمرين لفقره [٣] .

٢٤٧١٠ - قالوا : صدقة وجبت بالشرع ، فلا يجوز فيها التمكين كالزكاة [٤] .

٢٤٧١١ - قلنا : روى عن أبي يوسف أنه قال يجزى التمكين فيها . وقال محمد : لا تجوز [٥] . فعلى قول أبي يوسف لا نعلم الأصل ، وعلى قول محمد أوجب الله تعالى الزكاة بلفظ الإيتاء ، فقال : ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ بلفظ الصدقة . وذلك يفيد التمليك فأوجب الكفارة بلفظ الإطعام وذلك يفيد التمكين [٦] .

٢٤٧١٢ - قالوا : ما يقع به التمكين لا يجزئ فيه التمكين كالكسوة [٧] .

٢٤٧١٣ - قلنا : التمكين في الكسوة لا يحصل للفقير عن الكسوة [٨] وإنما يحصل له الانتفاع بها فهو في معنى العارية [٩] فلا يجزئ [١٠] وليس كذلك الإطعام لأن

= هو المقصود ، وهو سد خلة الفقير وغناؤه .

(١) سبق تخريجه ، أو انظر : الحاوي للماوردي (٥٢٣/١٠) .

(٢) لفظ الإطعام يشمل التمليك والإباحة . انظر : رد المحتار على الدر المختار (٤٧٩/٣) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (١٧/٧) .

(٤) استدل المعترض بالقياس على أن الزكاة فرضت بالشرع ، ولا يجوز صرفها بالتمكين ، فكذلك الكفارة فرضت بالشرع فلا يجوز صرفها بالتمكين . انظر : المغني لابن قدامة (٣٧٢/٧) ، المهذب ١٥٠/٢) ، الحاوي (٥٢٣/١٠) .

(٥ ، ٦) انظر : البناية في شرح الهداية (٧٢١/٤) .

(٧) الكسوة تجوز في الكفارة ، وهذا دليل على أن لفظ الإطعام لا يراد به التمكين ، وإنما يراد به التمليك . انظر : الحاوي للماوردي (٥٢٣/١٠) .

(٨) لأن النص ثمة تناول التمليك ، لأنه جعل الثوب هناك كفارة إذ الكسوة اسم للثوب ، فتوجب التكفير بعين الثوب ، وإنما يكون كذلك بالتمليك . انظر : شرح فتح القدير (١٠٦/٤) .

(٩) العارية شرعًا : تمليك النافع بغير عوض . انظر : القاموس المحيط (٩٧/٢) فصل العين باب الراء ، اللباب (٤٢٦/٢) .

(١٠) بمعنى أنه أعار ثيابًا للمساكين ، فلبسوا بنية الكفارة ، فلا يجوز بالتمكين فيكون بالتمليك .

الطعام يسلم للفقير بالأكل فيصير كالتمليك الذي يحصل به للعين [١] . يبين ذلك أنه لو أوصى له بثوب ثم أوصى لآخر [٢] بلبسه يجوز ، لأنه لا يكون رجوعًا عن الوصية للأول ، ولو أوصى له بالطعام ، وأوصى لآخر بأكله كان ذلك رجوعًا [٣] . يبين ذلك أن إطعام الزوجة مستحق ، وكسوتها ، فلو مكنها من الطعام جاز عن المستحق ، ولو مكنها من الكسوة لم يَجُزْ عن المستحق ، وهذا يبين الفرق بين الموضعين .

٢٤٧١٤ - وقولهم : الزوجة الصغيرة سقط حقها .

٢٤٧١٥ - قالوا : ما يدفع إلى مسكين مقدارٌ فإذا مكنهم لم يحصل المقدر لهم [٤] .

٢٤٧١٦ - قلنا : التقدير شرط ليتحقق حصول الكفاية ، فإذا [٥] مكنهم من أكلتين فقد تيقنا الكفاية ، فسقط التقدير [٦] .

٢٤٧١٧ - قالوا : المساواة بين المساكين فيما يأخذونه واجبة : فإذا لم يمكنهم لم يتيقن [٧] .

٢٤٧١٨ - قلنا : المساواة غير معتبرة بدلالة أنه لو أعطى بعضهم طعامًا جيدًا وبعضهم رديئًا أو كسي بعضهم أفخر الثياب وبعضهم أدناها جاز . وإنما يعتبر تساويهم

---

(١) أي : أن الكفارة بالإطعام تختلف عنها بالكسوة ، فالإطعام في الكفارة يجوز صرفها بغيرها كالأكل ، أما الكسوة فلا يجوز صرفها بغيرها وإنما يلزم صرفها بعين الثوب . وإنما يكون كذلك بالتمليك . انظر شرح فتح القدير (١٠٦/٤) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) توضيح ذلك فيما لو أوصى بالإطعام فإنه يختلف عما لو أوصى بالكسوة في حالة ما إذا كان يعتبر رجوعًا ، أولا يعتبر . فيعتبر الرجوع إذا أوصى بالإطعام ، ولا يعتبر الرجوع فيما إذا أوصى بالكسوة . فالصرف يختلف فيهما ، فإذا اختلفا في الصرف اختلفا في اعتبارهما من التمليك ، أو التمكين فإذا لم يعتبر الرجوع في الكسوة فالكسوة تمليك ، وإذا اعتبر الرجوع في الإطعام فالإطعام تمكين ، فإذا كان كذلك ثبت أن بينهما فرقا .

(٤) انظر : المهذب (١٥٠/٢ ، ١٥١) ، الحاوي للماوردي (٥٢٣/١٠) .

(٥) في (م) : [فإذا لم يحصل التقدير ، لهم . قلنا : التقدير شرط تحقق الكفاية] ، وما أثبتناه من (ص) أولى لاتفاقه مع السياق .

(٦) قال في المبسوط : « إن المتميز في التمكين أكلتان مشبعتان إما الغداء والعشاء ، إما غداآن أو عشاآن لكل مسكين فإن المعتبر حاجة اليوم ، وذلك بالغداء والعشاء عادة ، ويستوي في خبز البرّ أن يكون مأدوما أو غير مأدوم » ، إذ القصد الشبع لا المقدار ، لأن المقصود حاجة اليوم قليلًا أو كثيرًا ، وإن لم يبلغ ذلك صاعًا أو نصف صاع . انظر : المبسوط للسرخسي (١٥/٧) ، البناية على شرح الهداية (٧٢٠/٤) .

(٧) اعتبار المساواة بين المساكين واجبة ، وهم يختلفون في الأكل ، ولا يتحقق أن كل واحد منهم يتناول قدر حقه ، فلا يتحقق المساواة بينهم . انظر مغني المختار (٣٦٦/٣) ، المهذب (١٥٠/٢ ، ١٥١) .

في الكفارة في التمكين [١] .

٢٤٧١٩ - قالوا : إذا مكنهم فقد خص جهة من الانتفاع دون غيرها ، لأنهم لا يقدرون على البيع والإطعام [٢] .

٢٤٧٢٠ - قلنا : المستحق عندنا من هذا القدر النفع ، وما زاد عليه مستحق ، إن فعله جاز ، وإن لم يفعله لم يؤثر في الجواز [٣] .

* * *

---

(١) المساواة تعتبر في التمكين ولا تعتبر في القدر الواجب للمساكين ، أو تعتبر في القدر الواجب لهم في الشبع فقط ، أو الذي يمكنه الاستيفاء إلى الشبع . وتعتبر فيه الأكلتان المشبعتان مما يكون معتادًا في كل موضع . كما لو شرط الإدام في خبز الشعير دون خبز البر . لأن الفقير لا يستوفى من خبز الشعير حاجته إلا إذا كأن مأدومًا ، بخلاف البر ، فإنه يستوفى منه حاجته وإن لم يكن مأدومًا . انظر : المبسوط للسرخسي (١٦/٧) ، البناية على شرح الهداية (٣٢١/٤) .

(٢) أي : الأفضل لهم التمليك ، لأن الانتفاع بالكفارة بالتمليك تجعل المساكين قادرين على التصرف والتمول فيكون أكثر مصلحة لهم ، بخلاف التمكين فإنه لا يجعل ذلك إلا سد خلة يومه . انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٥٢٣/١٠) .

(٣) أي : أن هذا أدنى القدر فإذا فعل أكثر من هذا فيجوز ، أي أن التمكين من الطريق الذي يجوز للمكفر لدفع الكفارة للمساكين ، لما يشتبه لفظ الإطعام بين التمكين والتمليك . وإذا كان طريق التمليك أفضل ، فهذا لا يؤثر فى عدم جواز التمكين ، فيعتبر هذا كذلك .

مسألة ١٢٠٨

حكم الكفارة خمسة بالإطعام وخمسة بالكسا

٢٤٧٢١ - قال أصحابنا : إذا أطعم خمسة وكسا خمسة جاز ويكمل أحد الأمرين بقيمة الآخر (١) .

٢٤٧٢٢ - وقال الشافعي : يجب عليه أن يكمل الكسوة والإطعام (٢) وهذه مبنية على أصل وهو عندهم أن إخراج القيمة يجوز في الكفارات (٣) وقد نوى بالفعل التكفير فوجب أن يحمل على الوجه الذي يصح به ، وهو القيمة ، لأن كل واحد منهما يقصد به غير ما يقصد به الآخر ، فجاز أن يكون أحدهما بدلًا عن الأخر (٤) وليس هذا كإخراج الحنطة عن التمر لأن المقصود بهما معنى واحد ، ولا يجوز أحدهما بقيمة الآخر ، كما لا يجوز إخراج الحنطة الجيدة بقيمة الحنطة الوسط (٥) .

٢٤٧٢٣ - قالوا : اللّٰه أمر بإطعام عشرة مساكين ، وهذا قد أطعم خمسة (٦) .

٢٤٧٢٤ - قلنا : الكسوة قائمة مقام الطعام ، فقد أخرج كالإطعام ، وقامت الكسوة مقام الطعام (٧) .

٢٤٧٢٥ - قالوا : النص يتناول الأمرين فلا يجزئ أحدهما عن الآخر ، كما لا يجزى في صدقة الفطر البر بقيمة التمر

٢٤٧٢٦ - [قلنا : من أصحابنا من يجوز قيمة الحنطة بقيمة التمر] (٨) فعلى هذا

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٥١/٨) ، بدائع الصنائع (٢٩٢٠/٦) ، شرح فتح القدير (١٠٤/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٧٢٦/٣) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٧٢/٥) ، الحاوي للماوردي (٥٢١/١٠) .

(٣) قال الكاساني في البدائع : « ولو أطعم خمسة مساكين على وجه الإباحة ، وكسا خمسة مساكين ، فإن أخرج ذلك على وجه المنصوص عليه لا يجوز الإطعام ، لأن اللّٰه تعالى أوجب أحد شيئين فلا يجمع بينهما ، وإن أخرجه على وجه القيمة . فإن كان الطعام أرخص من الكسوة أجزأه ، وإن كانت الكسوة أرخص من الطعام لم يجزه ، لأن الكسوة تمليك فجاز أن تكون بدلا عن الطعام ، ثم إذا كانت قيمة الكسوة مثل قيمة الطعام حق أخرج الطعام وإن كانت أعلى من هذا فقد خرج قيمة الطعام وزيادة فجاز .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٩٢١/٦) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (١٥١/٨) .

(٦) انظر : الأم للشافعي (٦٤/٧) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٢٩٢١/٦) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

سقط الالتزام ، ومنهم من منع ذلك . وقال المقصود منها واحد ، فصارا كالشيء الواحد فلا يجزى بعضه عن بعض بالقيمة [١] .

٢٤٧٢٧ - وفي مسألتنا المقصود بالكسوة ستر العورة ، وبالإطعام سد الجوعة / وهما مختلفان فجاز أحدهما بقيمة الآخر .

* * *

(١) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٠/٥٢١) .

مسألة ١٢٠٩

دفع الكفارات إلى المكاتب

٢٤٧٢٨ - قال أصحابنا : يجوز دفع الكفارات إلى المكاتب [١] .

٢٤٧٢٩ - وقال الشافعي : لا يجوز [٢] .

٢٤٧٣٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ [٣] . ولم يفصل ، ولأنه يجوز صرف الزكاة إليه [فجاز صرف الكفارة إليه] [٤] ولأن الحر يحصل له سد الخلة والمكاتب لا يحصل له هذا المعنى ، والتخلص من الرق فكان أولى [٥] .

٢٤٧٣١ - فإن قيل : الزكاة يجب دفعها إلى الصبي بدلالة العامل والغازي .

٢٤٧٣٢ - قلنا : لم يسلم ذلك ؛ لأن العامل يأخذها على طريق المعاوضة والغازي والصبي لا يجوز دفعها إليه [فإن قتله الكفار لا يجوز أن تدفع إلى ورثته] [٦] .

٢٤٧٣٣ - جميع الزكاة عينها للفقراء ، ولأن المكاتب يتخلص بالصدقة من أسر الرق ، فصار كالمسلم الأسير في دار الحرب .

٢٤٧٣٤ - احتجوا : بأن المكاتب لا يخلو إما أن يكون في يده مال أو لا يكون . فإن كان فقد غَنِيَ بما في يده ، وإن لم يكن فيقدر أن يعجز نفسه فيصير غنيًا بغنى مولاه [٧] .

٢٤٧٣٥ - قلنا : إذا كان في يده مال فهو لا يملكه بل هو موقوف على مولاه وعليه . وجواز الاستيفاء يتعلق به فهو كالغارم ، وقدرته على تعجيز نفسه لا نسلمها ؛ لأن المكاتب إذا قدر على الاكتساب لم يجز أن يعجز إلا برضى المولى ، فإذا أدى أخذ

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٨/٧) ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق (١١٧/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٥٧٨/٢) .

(٢) وبه قال الإمام مالك وأحمد . انظر : المهذب (١٥٠/٢) ، مغني المحتاج (٣٦٦/٣) ، الأم للشافعي (٢٨٥/٥) ، روضة الطالبين (٣٠٨/٨) ، الشرح الصغير (٤٩٣/٣) ، شرح فتح الجليل على مختصر العلامة الخليل (٥٣٠/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٧٦/٧) ، الكشاف (٣٨٦/٥) .

(٣) سورة المجادلة : الآية ٤ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) انظر : رد المحتار على الدر المختار (٥٧٨/٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) وفي صلب (ص) استدرك في الهامش .

(٧) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٥٠١/١٠) .

الزكاة وجاز أن يعجز فيملكها المولى وهو غني .

٢٤٧٣٦ - قلنا : يبطل بالفقير إذا كان وارثه غنيًا يجوز دفع الزكاة إليه ، وإن جاز أن يموت فيرثه الغير .

* * *

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيدِ

كتاب اللعان

مسألة [١] ١٢١٠

موجب قذف الزوج

٢٤٧٣٧ – قال أصحابنا : موجب قذف الزوج اللعان [٢] .

٢٤٧٣٨ – وقال الشافعي : موجب قذفه الحد وإنما يسقط ذلك عن نفسه بالأيمان [٣] .

٢٤٧٣٩ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ ﴾ [٤] فذكر الله تعالى لعان الزوج وحكمه ، وهو اللعان ؛ فالظاهر أنه جمع الحكم المتعلق بقذفه . ومن زعم أن حكم القذف من الخلة فهو مدع لخلاف الظاهر [٥] .

٢٤٧٤٠ – فإن قيل : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ ﴾ تقديره : فشهادة القاذف

---

(١) تعريف اللعان – لغة : مصدر لاعن كقاتل من اللعن ، وهو الطرد والإبعاد من رحمة الله تعالى ، وسمي به ما يحصل بين الزوجين ؛ لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذبًا ، أو لأن الرجل هو الذي يلعن نفسه ، وأطلق في جانب المرأة من مجاز التغليب سُمِي لعانًا ، لأنه قول الرجل ، وهو الذي بدأه . وشرعًا : عرفه الحنفية والحنابلة : بأنه شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن من جهة الزوج وبالغضب من جهة الزوجة . وعرفة المالكية : بأنه حلف زوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته ، أو على نفي حملها منه . وعرفة الشافعية : بأنه كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به أو إلى نفي ولد . انظر : القاموس المحيط (٢٦٧/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٨٠٥/٣) ، كشاف القناع (٤٥٠/٥) ، الشرح الصغير (٦٥٧/٢) ، مغني المحتاج (٣٦٧/٣) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٩/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤١/٥) ، شرح فتح القدير (١١٢/٤) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٣/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٢/٣) ، اللباب (٥٣٧/٢) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٨٥/٥) ، مغني المحتاج (٣٧١/٣) ، المهذب (١٥٢/٢) ، شرح المهذب (٣٨٩/١٦) ، روضة الطالبين وعمدة المفتيين (٣٢١/٨) ، كفاية الأخيار (٤٩٠/٢) ، ويتفق رأي المالكية والحنابلة مع رأي الإمام الشافعي . انظر : الشرح الصغير (٦٥٧/٢) ، المدونة الكبرى (١٠٧/٣) ، بداية المجتهد (٨٩/٢ ، ٩٠) ، المغنى لابن قدامة (٤٠٤/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٩٠/٥) .

(٤) سورة النور : الآية ٦ .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٩/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) ، شرح فتح القدير (١١٢/٤) . وهذا الخلاف يرجع إلى أصل اللعان : فاللعان عند أبي حنيفة وأصحابه : شهادة . لقوله تعالى : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ ﴾ [النور : ٦] . ولحديث ابن عباس أنه ﷺ قال لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سمحاء : « ائت بأربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك وإلا تجلد على ظهرك » رواه النسائي في سننه من =

أربع ، فيفيد ذلك بيان عدد الشهادة [١] .

٢٤٧٤١ - قلنا : الفاء تعلق ما بعدها بما قبلها [٢] ، وهذا يقتضي أن اللعان حكم القذف المذكور ، على أنا أجمعنا أن اللعان واجب ، فلابد أن يكون تقدير الآية فعليهم أن يشهدوا [٣] . لقوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [٤] .

يدل عليه ما روي أن عويمر العجلاني [٥] قذف امرأته . فلاعن النبي ﷺ بينهما [٦] وفرق ولم يذكر الحد ، ولو كان واجبًا لذكره [٧] . ولا يقال : إنه لم يبين ذلك ، لأن الآية دلت عليه ، وقد بينه في قصة هلال بن أمية ؛ لأن الناس قد اختلفوا في تناول الآية

= كتاب الطلاق (٦/١٤١) ، والترمذي في تحفة الأحوذي (٩/٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨) ، (٣٢٢٩) . بينما يرى الإمام الشافعي ومن معه كالإمام مالك والإمام أحمد أن اللعان يمين ، وإن كان يسمى شهادة ، فإن أحدًا لا يشهد لنفسه ، لقوله ﷺ في بعض روايات حديث ابن عباس : « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن » رواه أبو داود في كتاب اللعان ، وأبو يعلى في مسنده (٥/١٢٧ ، ٢٧٤٠) . والذين ذهبوا إلى أنه شهادة قالوا : لا يصح إلا بين الزوجين يكونان من أهل الشهادة وذلك بأن يكونا حرين مسلمين . والذين ذهبوا إلى أنه يمين قالوا : إنه يصح اللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبدين أو أحدهما أو عدلين أو فاسقين أو أحدهما . انظر : البناية في شرح الهداية (٤/٧٢٩) ، بداية المجتهد (٢/٨٩) ، المهذب (٢/١٥٩) ، المغني لابن قدامة (٧/٣٩٢) .

(١) أي : دليل المخالف في وجوب الحد قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ ﴾ [النور : ٤] ، وهذا عام في الأزواج وغير الأزواج . فأخبر الأزواج بأن لعانهم يقوم مقام شهادة أربعة غيرهم بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ ﴾ [النور : ٦] . انظر : مغني المحتاج (٣/٣٧١) ، المهذب (٢/١٥٢) ، وشرحه (١٦/٣٩١) ، بداية المجتهد (٢/٩٠) ، المغني (٧/٤٠٤) ، كشاف القناع (٥/٣٩٠) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (٤/١١٥) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٣٩) ، بدائع الصنائع (٥/٢١٤٢) .

(٤) النساء : ٩٢ ، المجادلة : ٣ . أي : لأنه إخبار يجرى مجرى الأمر . ولأن المصدر المقرون بحرف الفاء في موضع الجزاء يراد به الأمر . انظر : شرح فتح القدير (٤/١١٥) .

(٥) هو صاحب اللعان . وهو الذي رمى امرأته بشريك بن سحماء ، فلاعن رسول الله ﷺ بينهما . مات سنة تسع من الهجرة . انظر : الاستيعاب (٢/١٣٢٦) ، الإصابة (٤/٧٤٦) ، أسد الغابة (٤/٣١٧) .

(٦) أصل الحديث رواه الأوزعي عن الزهري عن سهل بن سعد : أن عويمر أتى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله رجل وجد مع امرأته رجلًا ، أيقتله فتقتلونه ، أم كيف يفعل ؟ فأنزل الله تعالى هذه الآية . فقال رسول الله ﷺ : « قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فأت بها » قال سهل : فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ فلما فرغا من تلاعنهما ، قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثًا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ ، قال ابن شهاب : فكانت سنة المتلاعنين . أخرجه الإمام البخاري في باب اللعان ومن طلق بعد اللعان (١٠/٥٥٩) حديث رقم ٥٣٠٨ .

(٧) وهو قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ﴾ النور : ٤ .

للأزواج [١] . وفي أن قصة هلال [٢] هل يستحد بأنه اللعان أم لا [٣] ، فكيف يظن أنه ﷺ يقتصر على ذلك في البيان مع إشكاله [٤] . ولأنه قذف لا يستوفى به الحد مع مطالبة المقذوف ؛ فلم يتعلق به الحد [٥] . أصله : قذف من ليس بمحصن [٦] ولأن الحد لو وجب بقذفه لم يملك إسقاطه بقول القاذف الأجنبي [٧] ، ولأن اللعان تأكيد للقذف وتكرار له ، وذلك لا يسقط حكم القذف كمن قذف أجنبيًا ثم كرر قذفه [٨] .

٢٤٧٤٢ - فإن قيل : لا يسقط الحد بقوله ، وإنما يسقط بيمينه [٩] ، كما تسقط

---

(١) انظر : شرح فتح القدير (١١٥/٤) .

(٢) هو هلال بن أمية الأنصاري الواقفي . شهد بدرًا ، وهو آخر الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك فنزل فيهم القرآن [التوبة : ١١٩] . وهو الذي قذف امرأته بشريك ابن السحماء ، وذكر قصة اللعان مطولًا ، وعاش إلى خلافة معاوية حتى أدرك عكرمة الرواية عنه . انظر : الإصابة (٥٧٤/٣) ، والاستيعاب (١٥٤٢/٤) .

(٣) ساقطة من (ص) ، وأثبتناها من (م) ، (ع) .

(٤) أي : لا يمكن تعيين الحد بناء علي ما ورد من حديث عن رسول الله ﷺ . انظر : المبسوط للسرخسي (٣٩/٧) ، بدائع الصنائع (٣١٤٢/٥) . وقال صاحب البدائع : والحد لا يجب مع الشبهة فكيف يجب مع الاحتمال ، ولأن الاحتمال من اليمين بدل وإباحة ، والإباحة لا تجرى في الحدود .

(٥) أما بيان سبب وجوب اللعان وهو القذف عند القاضي ، فسبب ظهور القذف نوعان : أحدهما : البينة . وإذا خاصمت المرأة فأنكر القذف والأفضل أن تترك الخصومة . والثاني : المطالبة . لما فيها من إشاعة الفاحشة ، ولذا كان تركها من باب الفضل والإكرام . انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٣/٥) .

(٦) اتفاق الفقهاء على وجوب الحد للقاذف إذا كان المقذوف محصنًا . والمسألة ترجع إلى أن النبي ﷺ لم يبين أن وجوب اللعان هو الحد . فإذا قلنا إن الموجَب هو الحد فلا يجوز ، كما لا يجوز إقامة حد القذف لمن ليس بمحصن . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٨/٥) و المراد بالمحصنات في القذف أي العفيفات . وفي القرآن جاءت بأربعة معان . أحدهما : هذا ، أي العفائف . والثاني : بمعنى المزوجات . كقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ [النساء : ٢٤] . وقوله تعالى : ﴿ مُحْصَنَٰتٍ غَيْرَ مُسَٰفِحَٰتٍ ﴾ [النساء : ٢٥] . والثالث : بمعنى الحرائر كقوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ [النساء : ٢٥] . وقوله سبحانه : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾ [المائدة : ٥] . وقوله : ﴿ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ﴾ [النساء : ٢٥] . والرابع : بمعنى الإسلام كقوله : ﴿ فَإِذَآ أُحْصِنَّ ﴾ قال ابن مسعود : إحصانها إسلامها . انظر : المغني لابن قدامة (٢١٥/٨ ، ٢١٦) .

(٧) فإنه لا يقبل فيه النيابة ، حتى لو وكل أحد الزوجين والمطالبة من حقها ؛ لأنه بمنزلة الحد ، فلا يحتمل النيابة كسائر الحدود . انظر : بدائع الصنائع (١٤٣/٥) .

(٨) يقصد به أن الموجب هو اللعان ، وليس الحد ؛ لأن الحد موجب للقذف ، فإذا كان الموجب هو اللعان فإنه تكرار ، وهذا لا يجوز ؛ لأن الموجب في اللعان لا يسقط ، بدليل أنه لا يقبل النيابة فيه ، بخلاف الموجب في القذف ؛ فإنه يقبل فيه النيابة . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) .

(٩) انظر : مغني المحتاج (٣٦٩/٣) .

الدعوى عنه بيمينه (١) وإنما تأخرت الخصومة لأن الدعوى لا توجب إلا اليمين . وإذا حلف لا يسقط بيمينه ما وجب عليه ، وإنما فعل الواجب . وعندهم الواجب هاهنا الحد ، ويسقط عن نفسه بلعانه (٢) . ولأن كل قول من الإنسان أوجب حقًّا عليه لآدمي لم يسقط ذلك الحق عنه بقوله (٣) . أصله : الإقرار بقذف الأجنبي (٤) . ولا يلزم المرتد (٥) لأن ردته توجب القتل ويسقط بإسلامه (٦) ، لأنا قلنا يوجب حقًّا لآدمي ، والقتل لحق الله تعالى ، ولأن القتل لا يسقط عنه بقوله ، وإنما يسقط عنه باعتقاده الإسلام (٧) .

٢٤٧٤٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ﴾ (٨) ولم يفصل (٩) .

٢٤٧٤٤ - قلنا : الآية لا تتناول قذف الزوجة ، بدلالة أنه إذا عجز عن الشهود لم يجلد (١٠) ، ولأن الله تعالى جعل آية اللعان متأخرة ، وهي خاصة ، والخاص إذا تأخر عن العام ، أوجب نسخ بعضه (١١) .

٢٤٧٤٥ - فإن قيل : قد أجمعنا أن الآية تناولت قذف الزوج [قبل] (١٢) نزول آية اللعان ، فكيف يقال إنها لا تتناول الزوج (١٣) ؟ .

---

(١) قال في الروضة : « إذا حلف المدعى عليه تخلص عن المطالبة ، ولا يطالب أهل الموضع الذي وجد فيه القتيل ، ولا يأتي ذلك الموضع ، ولا عاقلته ولا عاقلة الحالف ولا غيرهم ، سواء كان المدعى بقتل عمدًا أم خطأً » . انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتين (٢٥/١٠) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٧٢/٣) ، المهذب (١٥٢/٢ ، ١٦٢) .

(٣) انظر : الحاوي (١٠/١١) ، حيث إنه حق على بدن ، إذا ثبت بالاعتراف لم يسقط بالرجوع ، فوجب أن يكون من حقوق الآدميين ، كالقصاص .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (١٠/١١) .

(٥) المرتد هو : الراجع عن الإسلام إلى الكفر . انظر : كفاية الأخيار (٥٧٦/٢) .

(٦) أي : لا يقاس على المرتد ، إذا لم يتب يجب قتله ، أي إذا لم يرجع إلى إسلامه قتل ؛ لأن التعليل فيه موضوع على أن ما لا يستوفى إلا بالمطالبة فهو من حقوق الآدميين . انظر : الحاوي (١٠/١١) .

(٧) انظر : المهذب (٢٨٦/٢) .

(٨) سورة النور : الآية ٤ .

(٩) انظر : بداية المجتهد (٩٠/٢) ، المجموع (٣٩١/١٦) ، المغني لابن قدامة (٤٠٤/٧) .

(١٠) انظر : الهداية (٢٣/٢) .

(١١) قال في البدائع : دل قوله : (وإن تكلم به جلدتموه) أي الذي لاعن من زوجته ، لأن موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول آية اللعان ، ثم نسخ في الزوجات بآية اللعان ، فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره ، هذا هو مذهب عامة مشايخنا . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) .

(١٢) هكذا في جميع النسخ وزدتها حتى يستقيم المعنى بها .

(١٣) انظر : بداية المجتهد (٩٠/٢) ، المجموع (٣٩١/١٦) ، المغني (٤٠٤/٧) .

٢٤٧٤٦ - قلنا : إنما جوابنا عما يقتضيه بعد استقرار حكم اللعان [١] . فأما قوله : فكانت متناولة للزوج وكان يحد بالعجز عن إقامة الشهادة ، فلم تغير هذا الحكم [٢] وصار لا يحد . وإن عجز عن البينة خرجت الآية أن تكون له متناولة .

٢٤٧٤٧ - قالوا : روي أن هلال بن أمية لما قذف امرأته قال له النبي ﷺ : « إيتني بأربعة يشهدون وإلا فحد في ظهرك » [٣] ، فدل على أن قذفه يجب به الحد [٤] .

٢٤٧٤٨ - قلنا : هذا كان قبل نزول آية اللعان [٥] ، لأنها نزلت في قصته بالطلاق في موجب قذف الزوج بعد ثبوت اللعان [٦] .

٢٤٧٤٩ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال لعويمر « لاعن أربع مرات ، إنها الموجبة ، ولعقاب الدنيا أيسر من عذاب الآخرة » [٧] ، فندبه إلى ترك اللعان . فدل أنه حقه ، وعندكم أنه حق عليه [٨] .

٢٤٧٥٠ - قلنا : إنما ندبه إلى ترك اللعان بتكذيب نفسه ، إن كان كاذبًا . ولهذا قال : « ولعذاب الدنيا أيسر » وكذلك نقول أنه يجب عليه أن لا يلاعن إن كان كاذبًا [٩] .

٢٤٧٥١ - قالوا : قذف مسلمة عفيفة [١٠] فوجب أن يلزمه الحد . أصله : إذا قذف

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٩/٧) .

(٢) أي : أن آية القذف لا تتناول اللعان ، إنما قلنا ذلك بعد نزول آية اللعان ، ويترتب على ذلك في الموجب في كل منهما ، فإن الموجب في الحكم الأول هو الحد ، أما في اللعان فالموجب فيه اللعان .

(٣) أخرجه الترمذي في تحفة الأحوذي (٢٦/٩ ، ٢٧ ، ٢٨) ، (٣٢٢٩) ، وأبو داود في سننه (٣٦٩/٢) ، (٢٢٥٤) ، والنسائي في سننه في باب كيف اللعان من كتاب الطلاق (١٤١/٦) .

(٤) انظر : المهذب (١٥٢/٢) ، مغني المحتاج (٣٦٧/٣) ، المغنى (٤٠٤/٧) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٩/٧) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٣/٤) .

(٦) انظر : نيل الأوطار (٢٧٠/٦) . وقال في نيل الأوطار : « إن التفريق الذي جرى بين عويمر وامرأته كان بتفريق النبي ﷺ ، وطلقها عويمر لظنه أن اللعان لا يحرمها عليه ، فأراد تحريمها بالطلاق ، فقال : طالق ثلاثًا ، فقال له النبي ﷺ : « لا سبيل لك عليها » .

(٧) أخرجه النسائي في سننه في باب عظة الإمام الرجل والمرأة عند اللعان (١٤٤/٦) ، وأبو داود في سننه (٣٧١/٢) ، (٢٢٥٦) ، والإمام مسلم في صحيحه المسمى الجامع الصحيح (٦٩٣/٢) .

(٨) أي : أن من قال إن الموجب هو الحد ، فإن الحد حقه ، وأما من قال الموجب اللعان ، فإن الحد يجب عليه باللعان . وأنه ذكر في آية اللعان ماله من الحق في قذفه ، وذكر في آية القذف ما عليه من الحق في قذفه . وليس يمتنع أن يجتمع في قذفه حق له وحق عليه ، فلم يتنافيا . انظر : الحاوي (٨/١١) .

(٩) انظر : شرح فتح القدير (١١٥/٤) . (١٠) حديث سبق تخريجه .

أجنبية [١] .

٢٤٧٥٢ - قلنا : قذف الأجنبية متهم فيه ، وقذفه لزوجته لا يتهم فيه ؛ لأن الزوج يضطر لهذا المعنى لما يلحقه من الشين [٢] . وعند مخالفنا : الزوج مضطر إلى قذف زوجته [٣] . وليس بمضطر إلى قذف الأجنبية [٤] ، فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر [٥] . والمعنى في قذف الأجنبية : أنه لما وجب الحد لم يملك إسقاطه عن نفسه بقوله . فلو كان قذف الزوجة يجب به الحد لم يَسْقُط بلعانه [٦] .

٢٤٧٥٣ - قالوا : قذف من زوج ، فيجب به الحد ، أصله : إذا كان عبدًا أو كافرًا [٧] .

٢٤٧٥٤ - قلنا : المعنى أنه ليس من أهل الشهادة على المسلمين ، فيتعلق بقذفه المحصنة الحد للزوج المسلم ، والزوج الحرمن تقبل الشهادة منه على المسلمين ، فتعلق بقذفه اللعان [٨] .

---

(١) انظر : مغني المحتاج (٣٧١/٣) . (٢) انظر : بدائع الصنائع (٢١٣٩/٥) .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٣٦٧/٣) ، حيث ورد في تعريف اللعان أنه : كلمات معلومة ، جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه ، وألحق العار به ، أو إلى نفي ولد .

(٤) انظر : كفاية الأخيار (٥٥٨/٢) .

(٥) أي : لا يجوز اعتبار موجب اللعان هو الحد ، كما يعتبر موجب القذف هو الحد ، لأنهما مختلفان ، فيكون موجب أحدهما غير موجب الآخر .

(٦) وذلك لأن صفات الحدود في حد الزنا ، والشرب ، والسكر ، والسرقة ، وكذا في القذف بعد ما ثبت بالحجة لا يحتمل العقد والصلح والإبراء ؛ لأنه حق اللّٰه تعالى خالصًا لا حق للعبد فيه يملك إسقاطه ، وكذا اللعان إذا كان الموجب هو الحد على الحقيقة فإن اللعان يجب ألا يسقط سواء بعد ما ثبتت الحجة أم لم تثبت . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٣/٥ ، ٤٢٠١/٩) .

(٧) لأن الكافر إذا زنى ، حُدَّ إهانة له ، والحد بقذفه إكرام له . وبقذف العبد بزنا يضيفه إلى حال حريته إذا طرأ عليه الرق . انظر : مغني المحتاج (٣٧١/٣) .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (٤١/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥١/٥) . قال صاحب البدائع : وأما الإسلام : فالكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم . وإن كان المسلم من أهل الشهادة على الكافر فليس من أهل اليمين باللّٰه تعالى ؛ لأنه ليس من أهل حكمها وهو الكفارة . ولهذا لم يصح ظهار الذمي عندنا . واللعان عندنا شهادات مؤكدة بالأيمان ، فمن لا يكون من أهل اليمين لا يكون من أهل اللعان . وقال صاحب المبسوط : فالكافر إذا كان تحته مسلمة بأن أسلمت امرأته فقذفها قبل أن يعرض عليه الإسلام ؛ فهو ليس من أهل الشهادة عليها . وكذلك العبد إذا كان تحته حرة ، فلا يكون قذفه إياها موجبًا للعان ، ولكنه يكون موجبًا حد القذف ؛ لأن القذف بالزنا لا ينفك عن موجب . فإذا خرج من أن يكون موجبًا للعان لمعنى في القاذف كان موجبًا للحد .

٢٤٧٥٥ - قالوا : نقيس على المحدود في القذف إذا تاب [١] .

٢٤٧٥٦ - قلنا : المعنى : أنه يختلف في جواز قبول شهادته على المسلمين [٢] .

٢٤٧٥٧ - قالوا : كل من لو قذفها أجنبي وجب عليه الحد ، إذا قذفها زوجها وجب عليه الحد . أصله : ما ذكر [٣] .

٢٤٧٥٨ - قلنا : هذه العلة لا أصل لها [٤] ؛ لأن قولهم ، فإذا قذفها الزوج قد دخل فيه الزوج الكافر والزوج العبد ، فلا يصح أن يكون الأصل داخلًا في الفرع ، ولأن قذف الأجنبي لم يصادف ملكه .

٢٤٧٥٩ - وقذف الزوج صادف ملكه وما يوجب العقوبة ، يختلف أن يصادف ملكه أو غير ملكه [٥] ، بدلالة من قتل عبد نفسه أو عبد غيره [٦] .

٢٤٧٦٠ - قالوا : الشين يلحقها بقذف الزوج أكثر مما يلحقها بقذف الأجنبي ؛ [لأن من عادة الزوج أن يتستر على زوجته ، فإذا حكاه فقد لحقها شين] [٧] ، يوجب الحد ، فقذف الزوج مع زيادة الستر فيه أولى [٨] .

٢٤٧٦١ - قلنا : هذا هو الدليل عليكم ؛ لأن الزوج إذا كان من عادته الستر لم تلحقه تهمة ، والأجنبي تلحقه التهمة ، فكيف يكون الزوج بإيجاب الحد أولى [٩] ،

---

(١) الكلام عن لعان المحدود في القذف في المسألة الثالثة التي يأتي ذكرها فيما بعد مع مسألة لعان المحدود في القذف إذا تاب ، وفيه خلاف بين الحنفية والجمهور . حيث لا يقبل عند الحنفية ويقبل عند الجمهور .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥١/٥) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٥٨/٥) . مغني المحتاج (٣٧١/٣) ، المغنى لابن قدامة (٤٠٤/٨) .

(٤) موجب القذف هو الحد ؛ لأن كل من قذفها وجب عليه الحد .

(٥) أي : أن العقوبة تختلف بكون العامل المرتكب مالكًا ، أو غير مالك ، عبدًا ، أو حرًا . فإن الاختلاف في حالتهما واقع .

(٦) اختلف في قتل الحر عبدًا ، فذهب فريق إلى : أنه لا يقتل الحر بالعبد مطلقًا ، أي سواء كان القاتل مولاه أو غيره ذهب إلى هذا المالكية والشافعية والحنابلة . وذهب فريق آخر إلى أن الحر لا يقتل في عبد نفسه ، ويقتل في عبد غيره . وهو مذهب الإمام أبي حنيفة وأصحابه ، فوقع الاختلاف أيضًا في اللعان عند أبي حنيفة . انظر : تبيين الحقائق (١٠٢/٦) ، رد المحتار على الدر المختار (٣٩٣/٥) ، الشرح الكبير للدردير (٢٣٧/٤) ، مغني المحتاج (١٧/٤) ، المغني (٦٥٧/٧) .

(٧) ساقط في (م) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش وبعضه مطموس .

(٨) انظر : مغني المحتاج (٣٧٣/٣) ، روضة الطالبين (٣٢٨/٨) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٧/٥) .

ولأن الزوج لا يستوفىٰ منه الحد ، والأجنبي يستوفى منه الحد ، فلو كان الأمر على ما قالوا ، كان الزوج باستيفاء الحد أولى (١) .

٢٤٧٦٢ – قالوا : لو كذب نفسه وجب عليه ، فلولا أنه وجب بالقذف ، لم يجب باللعان (٢) .

٢٤٧٦٣ – قالوا : إذا أكذب نفسه فقد اعترف بوجوب الحد (٣) ، وإذا لم يكذب فلم يعترف . يبين الفرق بينهما ، أنه إذا كذب استوفى الحد ، فلا يدل ذلك على أنه مستوفىً منه قبل الإكذاب (٤) .

* * *

(١) أي : إذا كان الزوج أكثر في الستر مما يلحقه الأجنبي ؛ فالزوج بإيجاب الحد أولى ، والمراد بناء على ما قال المخالف ، وهذا لا يجوز ؛ لأن بينهما فرقا ، قلنا : إن الفرق واقع في الملك وغير الملك .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣/٣٨٠) ، تكملة المجموع (١٦/٤٥٣) ، المغني (٧/٤٠٤) .

(٣) قال في المصباح شرح غريب الشرح الكبير للرافعي : « لو أكذب نفسه وكذبها بمعنى اعترف بأنه كذب في قوله السابق ، انظر : المصباح شرح غريب الشرح الكبير للرافعي (٢/٥٢٨) ، تكملة المجموع (١٦/٤٥٣) .

(٤) انظر : المجموع (١٦/٤٥٣) .

مسألة ١٢١١

امتناع الزوج من اللعان

٢٤٧٦٤ - قال أصحابنا : إذا امتنع الزوج من اللعان حبس حتى يلاعن ، أو يقر بالكذب [١] .

٢٤٧٦٥ - وقال الشافعي : إذا امتنع الزوج من اللعان ؛ حد حد القذف . وإن امتنعت المرأة حدت حد الزنا [٢] .

٢٤٧٦٦ - وأما الكلام في حبس الزوج - وهو فرع على المسألة المتقدمة - أن الواجب بقذف الزوج اللعان [٣] . فإذا امتنع منه فقد منع حقًا يقدر على إيقاعه فيحبس حتى يوفيه كالمديون [٤] . وعلى أصلهم الواجب بقذفه الحد [٥] . وأما الكلام في المرأة فإن لعان الزوج عندنا يوجب عليها اللعان [٦] . فإذا امتنعت من حق لزمها إيقاعه حبست .

٢٤٧٦٧ - وعندهم لعان / يحقق عليها الزنا ، فيجب الحد لو سقط بلعانها . فإذا لم تلاعن حدت . والدليل على ما قلناه قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ﴾ [٧] فذكر

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٩/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤١/٥) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٥/٣) ، الاختيار لتعليل المختار ، البناية في شرح الهداية (٧٣٣/٤) ، اللباب (٥٣٧/٢) . وكذلك إذا امتنعت المرأة من اللعان تحبس . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٠/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤١/٥) ، شرح فتح القدير (١١٥/٤) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٣/٢) . وبه قال أحمد في رواية . انظر : المغني لابن قدامة (٤٠٤/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٤٠١/٥) .

(٢) وافقه الإمام مالك وأحمد في رواية . انظر : الأم للشافعي (٢٩٢/٥) ، المهذب (١٦٣/٢) ، روضة الطالبين (٣٤٩/٨) ، بداية المجتهد (٩٠/٢) ، المدونة الكبرى (١١٢/٣) ، الشرح الصغير (٦٥٨/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٠٤/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٤٠١/٥) .

(٣) أي : بيان ما يترتب على المسألة السابقة من أن موجب اللعان هو اللعان عند أبي حنيفة خلافًا للشافعي أن موجبه هو الحد ، والمسألة الآن فيما إذا امتنع الزوج عن اللعان هل هو حد ، أم حبس ؟ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢٤١/٥) ، البناية في شرح الهداية (٧٢٤/٤) .

(٥) انظر : الأم للشافعي (٢٩٢/٥) ، روضة الطالبين (٣٤٩/٨) ، المغني لابن قدامة (٤٠٤/٧) .

(٦) انظر : شرح فتح القدير (١١٥/٤) ، البناية في شرح الهداية (٧٢٤/٤) .

(٧) سورة النور : الآية ٦ .

لعان الزوج ولعانها . فظاهره يقتضي أن ذلك جميع الحكم [(١)] . ولأن اللعان قول القاذف فلا يحقق الزنا على المقذوف ، وإن كره بقذف الأجنبي [(٢)] . ولأن الحد لو وجب عليها بلعانه لم يسقط [(٣)] بقولها [(٤)] . أصله : البينة [(٥)] . ولأن الزوج لو شهد عليها بالزنا مع غيره بعد قذفه لها لم يتحقق الزنا ، فإذا شهده وحده أولى ، ولأن للزوج حقًّا عليها في الظاهر بقذفه ؛ لأنها محصنة عفيفة ، وإنما يتخلص باللعان من جنايته [(٦)] ، فلا يتحقق بذكره دعوى المدعي بيمينه من غير نكول [(٧)] .

٢٤٧٦٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ ﴾ [(٨)] الآية فذكر عذابًا معرفا يرجع إلى الحد تقدم ذكره بقوله : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [(٩)] .

٢٤٧٦٩ - الجواب : أن العذاب المعرف لو رجع إلى الحد الذي ظنوه لقال ويدرأ عنهما عذابهما ، لأن التعريف إذا رجع إلى ما تقدم صار المتقدم كالمذكور [(١٠)] . ونحن نعلم أن حد الزانيين لا يجوز أن يجب عليهما ، فبطل أن يرجع العذاب إلى المعرف

---

(١) أي : أن المرأة إذا امتنعت عن التلاعن تحبس حتى تلاعن أو تصدقه ؛ لأنه حق مستحق عليها وهي قادرة على إيفائه فتحبس فيه . انظر : شرح فتح القدير (١١٥/٤) . البناية في شرح الهداية (٧٢٤/٤) .

(٢) أنه لا يتحقق زناها فلا يجب عليها الحد كما لو لم تلاعن ، ودليل ذلك : أن تحقق زناها لا يخلو إما أن يكون بلعان الزوج ، أو بنكولها ، أو بهما ، لا يجوز أن يكون بلعان الزوج وحده ، لأنه لو ثبت زناها به لما سمع لعانها ، ولوجب الحد على قاذفها . انظر : المغني لابن قدامة (٤٤٥/٧) .

(٣) عن ابن عباس في قصة الملاعنة : أن النبي ﷺ قضى أن لا قوت لها ولا سكنى من أجل أنهما يتفرقان . بيان هذا الحديث : أن المرأة المفسوخة باللعان لا تستحق في مدة العدة نفقة ، إنما تستحق في عدة الطلاق . انظر : نيل الأوطار (٢٧٧/٣) .

(٤) أي : يدل على وجود احتمالات وشبهات في تحديد حكم الحد ، والحد لا يجب مع الشبهة فتعين أن يكون الحد هو الحبس حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه . ولأن وجوب الإطعام ساقط بالحد ، ولو وجب عليه إطعامها لما سقط بقولها الحد ، ولكنه سقط ، وهذا دليل على أن الحكم في حال الامتناع هو الحبس . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) .

(٥) فيه تكرار في (ص) .

(٦) أي : في حالة ما إذا تلاعنا أو صدقته يرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب لأن اللعان إنما يجب إذا أكذب كل الآخر فيما ادعاه ؛ فالقذف هو السبب والتكاذب شرط . انظر : شرح فتح القدير (١١٥/٤) .

(٧) أي : في حالة تلاعن المرأة لا يتحقق قذف الزوج ، ويرتفع سبب وجوب لعانها ، كما إذا ادعى المدعي بالحلف ولم يكذب فيه . فالحلف لا يكون مؤثرًا وذلك لأن اليمين على المدعى عليه .

(٨) سورة النور : الآية ٨ .

(٩) سورة النور : ٢ .

(١٠) لأن التعريف لفظ موضوع لمعنى معين مشخص . انظر : القواعد الأساسية للغة العربية للسيد أحمد الهاشمي ٧٨ .

المذكور فلم يبق إلا أن يرجع إلى تعريف الجنس . فكأنه قال ويدرأ عنها جنس العذاب والجنس [(١)] يتأدى دلالته إلى بقيته على حد يتباعد ولم لـم يشهد لزمها الجنس وهو من جنس العذاب [(٢)] .

٢٤٧٧٠ - فإن قيل : العذاب قد يعرف في الشرع بالحد ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ﴾ [(٣)] .

٢٤٧٧١ - قلنا : هذا ليس بمذكور في هذه القصة فكيف يدعى وجوب رجوع التعريف إليه [(٤)] .

٢٤٧٧٢ - فإن قيل : ويدرأ عنها اللعان المقتضى عذابًا قد وجد ، وهذا هو الحد على قولنا [(٥)] .

٢٤٧٧٣ - فأما الجنس فلم يجب بلعان الزوج ، وإنما يجب عندكم بامتناعها من اللعان فكيف يدرؤه باللعان [(٦)] .

٢٤٧٧٤ - قلنا : فوجوب الحد أثر العذاب وإنما استيفاؤه هو العذاب [(٧)] . فتقدير الآية عندكم ويدرأ عنها ما يصير عذابًا [(٨)] ، وهو أن قوله : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ﴾ [(٩)] فعل وقد يذكر الفعل في القرآن والمراد به المصدر . قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَلَا يَحْسَبَنَّ ٱلَّذِينَ

---

(١) تعريف الجنس هو : « ما صدق على الكثرة المختلفة الحقيقة في جواب ما هو » . كالحيوان مثلا . فإنه يصدق على كثرة مما يندرج تحته فيصح حمله عليها في جواب ما هو . انظر : دراسات في المنطق القديم ٤١ ، للدكتور حسن محرم الحويني .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٣/٥) ، شرح فتح القدير (١١٥/٤) .

(٣) النساء : ٢٥ . أي أن الحبس لم يسم في عرف الشرع عذابا وقد سمي الحد عذابا . انظر : الحاوي (٣٠/١١) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) .

(٥) انظر : مغني المحتاج (٣٨١/٣) ، المغني لابن قدامة (٤٤٥/٧) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) . وذلك لأن الحد إنما يجب لظهور كذبه في القذف وبالامتناع عن اللعان لا يظهر كذبه إذ ليس كل من امتنع عن الشهادة ، أو اليمين يظهر كذبه فيه ، بل يحتمل أنه امتنع صونا لنفسه عن اللعن أو الغضب . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع ٢١٤٢ .

(٨) أي : دفع العذاب عندنا يقتضي توجه العذاب لا وجوبه ، وحينئذ يحتمل أن يكون المراد الحبس ، إذ إن الحبس سمى عذابًا ، وعند المخالف أن دفع العذاب هو المتوجه عليها بلعانه وهو الحد ، ولأنه بلعانه حقق زناها فوجب الحد . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٣/٥) ، مغني المحتاج (٣٨١/٣) ، المدونة (١١٢/٣) ، المغني (٤٤٥/٧) .

(٩) سورة النور : الآية ٤ .

يَبْخَلُونَ بِمَآ ءَاتَىٰهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ هُوَ خَيْرًا لَّهُم ﴾ (١) .

٢٤٧٧٥ - وهو يرجع إلى المصدر الذي هو البخل (٢) . فلم يجد للبخل ذكرًا . فعلم أنه أراد بقوله ﴿ يَبْخَلُونَ ﴾ البخل ، كذلك هاهنا . قوله المراد به الرمي ﴿ وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ ﴾ (٣) يرجع إلى الرمي المذكور ، وذلك عذاب لأنه شهادتها ، واللَّه تعالى يعتبر على الشيء وجه الفحش (٤) معناه كقوله : ﴿ فَٱجْتَنِبُوا ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ ﴾ (٥) والدليل على أن الرمي سمي عذابًا ما ورى عن النبي ﷺ أنه قال في المخبل السعدي وكان شاعرًا يهجو الناس ما هو إلا عذاب يصبه اللَّه على من يشاء من عباده ، وقد أجرت العرب اسم مجرى الجراح بالسلام . فقالوا : « والقول تنفذ مالا تنفذ الآية » (٦) . وقد جاء في الأثر أن الشيطان قال لامرأة أيوب (٧) عليه السلام حين ابتلى : لو قال هذه الكلمات لزال ما به وذكر في بعضها (٨) كفرًا فذكرت ذلك له فقال : ﴿ أَنِّى مَسَّنِىَ ٱلشَّيْطَٰنُ بِنُصْبٍ وَعَذَابٍ ﴾ (٩) .

٢٤٧٧٦ - فسمى ذلك الكلام عذابًا فعلى هذا الوجه تتناوله الآية ، وهو يرد العذاب إلى المذكور ، وقد تقدم وهو الرمي .

---

(١) سورة آل عمران : الآية ١٨٠ .

(٢) البخل والبخول بضمهما كنجم وعتق معناه ضد الكرم من بخل كفرح . انظر : المحيط (٣/٣٣٣) ، باب اللام . فصل الباء .

(٣) سبق تخريج آيتها .

(٤) الفاحشة معناها الزنا وما أشتد قبحه من الذنوب ، وكل ما نهى اللَّه ﷻ عنه . فاحش وفحاش وأفحش . قال الفحش وتفاحش أتى به وأظهره . انظر : المحيط (٢/٢٨٢) ، باب الشين وفصل الفاء .

(٥) سورة الحج : الآية ٣٠ .

(٦) وقال مثله في الأنبياء حياتهم قصصهم . لعبد الصاحب الحسنى العاملي : فقال اللَّه سبحانه وتعالى : « يا أيوب نفذ فيك علمى وسبقت رحمتى غضبى ، إن أخطات فقد غفرت لك ورددت عليك أهلك ومالك ومثلهم معهم لتكون لمن خلفك آية وتكون عبرة لأهل البلاء وعزاءً للصابرين » . انظر : الأنبياء حياتهم قصصهم لعبد الصاحب الحسنى العاملي ٢٤٦ .

(٧) هو ابن موسى بن رزاح بن رعوايل بن العيص بن إسحاق بن إبراهيم خليل الرحمن عليه السلام وأمه بنت لوط عليه السلام ، وكان مقره في أرض حوران في بلاد الشام والبثنية من أعمال دمشق والجابية ، وكان كثير المال والولد فابتلاه اللَّه في نفسه وماله وولده فصبر صبرًا جميلًا ، ثم رد اللَّه عليه صحته وجمال صورته وقوته . ويقال سمى أيوب لأوب صحته وأهله وماله وولده ورجوعهم عليه بعد أخذهم منه . انظر : الأنبياء حياتهم قصصهم لعبد الصاحب الحسنى العاملي ٢٣٦ .

(٨) في (ص) [بعضهم] والأصوب ما أثبتناه .

(٩) سورة ص : الآية ٤١ .

٢٤٧٧٧ - فإن قيل : هذا مجاز لأنكم حملتم الفعل على المصدر .

٢٤٧٧٨ - قلنا : صحيح لأن النبي ﷺ قال : « ادرأوا الحدود بالشبهات » (١) فإذا عرض دليل الحد بوجه يوجب سقوطه صار شبهه فيدرأ به استعمالها ، على أن القتل حد الله (٢) .

٢٤٧٧٩ - قالوا : حجة يسقط بها موجب القذف عن القاذف ، فيتحقق بها الزنا على المقذوف ، أصله إذا أقام البينة (٣) .

٢٤٧٨٠ - قلنا : قولكم حجة لا تصح (٤) ، لأن القاذف يجبر على اللعان (٥) ولو كان حجة له وقف على اختياره ولم يحصر عليه ، كما لا يجبر على إقامة البينة . وقولهم يسقط بها موجب القذف لا نسلم أن موجب القذف الحد فسقط باللعان . ولأن اللعان إذا سقط سقط على غيره لأن ما يسقط الحد يستدعى لسقوطه الحد ولا يستدعى إيجابه (٦) .

٢٤٧٨١ - والمعنى في البينة أن الحد لما وجب بها لم يملك بلعانه الحد ، ولم يسقط بلعانها إنما يتحقق الزنا على الأجنبية فلذلك تحقق على الزوجة . واللعان لا يحقق الزنا على الأجنبية كذلك لا يحققه على الزوجة (٧) .

---

(١) حديث أخرجه الإمام البيهقي من رواية على في سننه الكبرى مع الجوهر النقي في كتاب الحدود (٢٣٨/٨) ، وقال هذا الإسناد ضعيف ، انظر : نيل الأوطار (١٢٨٧/٤) .

(٢) الحد لا يجب مع الشبهة . فكيف يجب مع الاحتمال . ولأن الاحتمال من اليمين بدل ، والإباحة لا تجرى في الحدود . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) .

(٣) لأن ما ثبت ببينة الزوج ثبت بلعانه كالحبس ، فجاز أن يجب به الحد على زوجته كالبينة . انظر : الحاوي (٣٠/١١) .

(٤) أي : دليل المخالف بالشبهات أن حمل الفعل على المصدر لا يكون حجة . لأنه يعرض له الشبهات والاحتمال والحدود تدرأ بالشبهات . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) .

(٥) حيث إن الواجب على المرأة إذا لاعن الزوج هو حد الزنا . ولها أن تخلص نفسها عنه باللعان ، حتى إن للمرأة أن تخاصمه إلى الحاكم وتطالبه باللعان . وإذا طالبته يجبر الزوج عليه ، ولو امتنع يحبس لامتناعه عن الواجب عليه كالممتنع من قضاء الدين ، فيحبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٢/٥) .

(٦) أي : أن موجب القذف يسقط بغير القاذف عند المخالف فيما إذا ثبت بالشبهات لأن ما ثبت بلعانه كما ثبت بالبينة ، فجاز أن يجب به الحد على زوجته وهذا غير صحيح لأن ما وجب من الحد في القذف غير ما وجب في اللعان ، فلم يسقط أحدهما الآخر . انظر : شرح فتح القدير (١١٦/٤) .

(٧) يرد المصنف هنا اعتراض المخالف من أن اللعان لا يثبت به الحد لأنه لو ثبت به لما سقط بلعانها ولكنه سقط بلعانها فيما إذا تلاعنا ، وكذا إذا أقامت عليها البينة فوجب الحد بها ، ولا يوجب باللعان .

٢٤٧٨٢ - قالوا : اللعان حقها فلا يجوز أن تحبس إذا امتنعت [١] .

٢٤٧٨٣ - قلنا : اللعان عندنا حق لله ، ولهذا تجبر عليه ، ولو كان حقها لم يجبر ولأن ما يحبسها للامتناع لكن يحقق عليها التهم ، وقد روى أن النبي ﷺ حَبَسَ رَجُلًا في تُهْمَةٍ [٢] .

٢٤٧٨٤ - قالوا : كل متحالفين في البيع [لا يحبس من يمتنع منهما] [٣] .

٢٤٧٨٥ - قلنا : اللعان عندنا شهادة مؤكدة باليمين [٤] . فكيف نسلم أنهما تحالفا . ولو سلمناها لمعنى في البيع أن المنازعة فيما يصح بدله . فلذلك لزم بالنكول والحد لا يصح بدله فلم يزل بالنكول .

* * *

---

(١) انظر : المهذب (١٦٣/٢) ، تكملة المجموع (٤٥٢/١٦) .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه في باب الحبس في الدين وغيره من كتاب الأقضية (٤٢٧/٣ ، ٣٦٣) ، والنسائي في سننه الكبرى في كتاب قطع السارق (٣٢٨/٨ ، ٧٣٦٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة واجبة لتمام المعنى . الحاوي للماوردي (٣٠/١١) .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (١١٢/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٢/٣) .

مسألة ١٢١٢

كون القاذف عبدا أو كافرا أو محدودا في القذف

٢٤٧٨٦ - قال أصحابنا : العبد والكافر والمحدود في القذف إذا قذفوا زوجاتهم لم يجب اللعان ، وكذلك المرأة والأمة والكافرة والمحدودة . فالذي نعتبره في الزوج أن يكون من أهل الشهادة على المسلمين وفي المرأة أن تكون من أهل الشهادة ، وممن يحد قاذفها [١] .

٢٤٧٨٧ - وقال الشافعي : كل زوج يصح طلاقه يصح لعانه [٢] .

٢٤٧٨٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ﴾ [٣] الآية .

٢٤٧٨٩ - ظاهره أن الزوج الكافر والعبد إذا قذف زوجته المحصنة ولم يقم بينة أن يجب عليه الحد [٤] .

٢٤٧٩٠ - فإن قيل : آية اللعان متأخرة عنها وهي خاصة [٥] .

---

(١) وافقه الإمام أحمد في رواية مختصر الطحاوى ، انظر : المبسوط للسرخسي (٤٠/٧ ، ٤١) ، بدائع الصنائع (٢١٤٨/٥) ، شرح فتح القدير (١١٦/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٣/٣) ، البناية في شرح الهداية (٧٢٩/٤) ، اللباب (٥٣٨/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٩٢/٧) .

(٢) وافقه الإمام مالك وأحمد في رواية . انظر : المدونة الكبرى (١٠٦/٣) ، بداية المجتهد (٨٩/٢) ، الشرح الصغير (٦٥٧/٢ ، ٦٥٨) ، الأم للشافعي (٢٨٦/٥) ، المهذب (١٥٩/٢) ، مغني المحتاج (٣٧١/٣ ، ٣٧٨) ، روضة الطالبين (٣٣٤/٨) ، شرح المهذب (٤٣٣/١٦) ، المغني لابن قدامة (٣٩٢/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٩٥/٥) . ومعنى كونهما أهلا للشهادة عند الحنفية حتى يتلاعنا أن يكونا زوجين ، حرين ، عاقلين ، بالغين ، مسلمين ، ناطقين ، غير محدودين في قذف . فلا لعان بين كافرين ولا من أحدهما عبد ، أو صبي ، أو مجنون ، أو محدود في قذف ، أو كافر ، أو أخرس للشبهة . أما المالكية والشافعية وأحمد في رواية غير ذلك ، لأن اللعان عندهم يمين فيشترط في المتلاعنين أن يكونا مكلفين ، أي بالغين عاقلين سواء كانا مسلمين أم كافرين ، عدلين أم فاسقين ، محدودين في قذف ، أم كان أحدهما كذلك ، إلا أن المالكية يشترطون الإسلام في الزوج فقط لا في الزوجة ، فإن الذمية تلاعن لدفع العار عنها . انظر : البناية في شرح الهداية (٧٢٩/٤) ، بداية المجتهد (٨٩/٢) ، المهذب (١٥٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٩٢/٧) .

(٣) سورة النور : الآية ٤ .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (١١٦/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٣/٣) ، البناية في شرح الهداية (٧٢٩/٤) ، اللباب (٥٣٨/٢) .

(٥) أي : آية اللعان متأخرة عن آية القذف . فآية اللعان مخصصة عن عموم آية القاذفين . وهو يراد به الخاص . =

٢٤٧٩١ - قلنا : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ [١] ومن لم تتناوله الآية الثانية فهو داخل في عموم الأولى [٢] . ولأن الواجب بقذف الزوج كان الحد لظاهر الآية ، ثم أقيم اللعان مقام الجلد في الأزواج ، كما في قصة هلال بن أمية . ومعلوم أن الكافرة والمملوكة لم يدخل قذفهما في الآية الأولى . فلا يثبت اللعان فيهما . ويدل عليه حديث عمرو بن شعيب [٣] عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « أربعة لا لعان بينهم ملاعنة اليهودية والنصرانية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر ، والحرة تحت المملوك » [٤] وهذا نص .

٢٤٧٩٢ - فإن قيل : قال الشافعي . هذا خبر رواه ضعيف عن مجهول : الضعيف عمرو ، والمجهول جده ، لا نعلم هل هو جده محمد بن عبد الله أو عبد الله بن عمرو .

٢٤٧٩٣ - قلنا : أما طعن الشافعي على عمرو بن شعيب فعجب مع رجوعه إلى خبره في زكاة مال اليتيم واعتماده عليه .

٢٤٧٩٤ - قالوا : فإن الدارقطني [٥] روى هذا الخبر عن عمرو بن شعيب عن ابن

= وكل واحدة منهما على ما حكم الله به فيفرق بينهما حيث فرق الله ويجمعان حيث جمع الله . انظر : تقريب التراث الرسالة للإمام الشافعي للدكتور محمد نبيل غنايم (١١٨ ، ١١٩) ، مغني المحتاج (٣٧٨/٣) ، المهذب (١٥٢/٢) ، وشرحه (٣٩١/١٦) ، المغني لابن قدامة (٣٩٨/٧) .

(١) سورة النور : الآية ٦ .

(٢) أي : وما لا يتضمنه في آية اللعان من الشروط تتضمنه أية القذف ككون الزوج أهلًا للشهادة ، والحمل على الحقيقة يجب عند الإمكان ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ آية النور ، أنهم شهداء لأن الاستثناء بعد النفي إثبات . انظر : شرح فتح القدير (١١٣/٤) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٠/٤) .

(٣) هو : ابن محمد عبد الله بن عمرو بن العاص القرشي . ويقال أبو عبد الله المدني روى عن أبيه وكل روايته عنه ، وعمته زينب بنت محمد وزينب بنت سلمة ، وطاوس ، وعطاء ، والزهري ، وغيرهم ، وعنه عطاء ، وعمرو بن دينار ، والزهري ، وغيرهم ، وكان يحي بن سعيد القطان يقول : « إذا روى عنه الثقات فهو ثقة يحتج به ، وقال الذهبي ، وقيل : إن محمد والدشعيب مات في حياة أبيه فرباه جده .
انظر : تهذيب التهذيب (٥٤/٨) ، والكاشف (٢٨٧/٢) ، خلاصة تهذيب الكمال (٢٨٧/٢) .

(٤) أخرجه ابن ماجه بلفظ ما أخرجه هو : أربعة من النساء لا ملاعنة بينهم النصرانية تحت المسلم ، واليهودية تحت المسلم ، والحرة تحت المملوك ، والمملوكة تحت الحر » . انظر : سنن ابن ماجه (٦٧٠/١) ، (٢٠٧١) .

(٥) هو : أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدى بن مسعود البغدادي ، إليه النهاية في معرفة الحديث ذكره الحاكم فقال : « صار أوحد عصره في الحفظ والفهم والورع إمامًا في القرآن والنحو صادفته فوق ما وصف لي » ، وله مصنفات يطول ذكرها . توفي سنة ٣٨٥ هـ . انظر : شذور الذهب (١١٦/٣) ، هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنف (٦٨٣/٥) ، معجم المؤلفين (١٥٧/٧) .

عبد اللّٰه الزهري وعن ابن عطاء الخراساني [١] وكل واحد منهما ضعيف [٢] .

٢٤٧٩٥ - قلنا : رواه أبو بكر الرازي [٣] ثابت لإسناده عن معاوية بن صالح [٤] أبي مؤنة عن عمرو ، وقد قال أحمد [٥] إن الخبر إذا اجتمع عليه ضعيفان احتج به [٦] .

٢٤٧٩٦ - فأما روايته عن جده [٧] فقد قيل إنه لا يروى عن جده محمد ، وإنما

---

(١) هو : عطاء بن أبي مسلم أبو أيوب الخراساني محدث روى عن الصحابة مرسلًا كابن عباس والمغيرة بن شعبة وأبي هريرة وعمرو بن شعيب وغيرهم ، وعنه عثمان ابنه وشعبة وإبراهيم بن طهان وغيرهم ، توفي بأريحا سنة ١٣٣ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٢١٢/٧ ، ٢١٣) ، معجم المؤلفين (٢٨٣/٦) ، ميزان الاعتدال (١٩٨/٢) .

(٢) لم أقف على اسمهما في كتب الضعفاء .

(٣) هو : أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الإمام درس الفقه على أبي الحسن الكرخي وتفقه عليه ، وابن يحيى الجرجاني والزعفراني والخوارزمي ومحمد بن أحمد النسفى ، وغيرهم . صنف التصانيف منها أحكام القرآن ، وشرح مختصر الطحاوي ، وأصول الفقه . قال ابن النجار : مات سنة ٣٧٠ هـ . انظر : الجواهر المضيئة (٢٢٠/١) ، الطبقات السنية (٤٧٧/١-٤٨٠) الفوائد البهية ٢٧ .

(٤) هو : معاوية بن صالح بن حديد قاضي الأندلس ، روى عن إسحاق بن عبد اللّٰه ويحيى بن سعيد الأنصاري وعبد الرحمن بن جبير ومكحول وعنه الثوري والليث وابن وهب وخلف . وقال أحمد ثقة . توفي سنة ١٥٨ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (٢٠٩/١٠ ، ٢١٠) ، سر أعلام النبلاء (١٥٨/٧ ، ١٥٩) ، خلاصة تهذيب الكمال (٤٠/٣) ، تذكرة الحفاظ (١٧٦/١) .

(٥) أحمد بن محمد بن حنبل . . . ، أحد الأئمة الأعلام ، سمع من هشيم بن بشير وعلى بن الماجشون وأبي عبيدة وخلائق غيرهم ، وروى عنه البخاري ومسلم وعبد الرزاق والشافعي ، وغيرهم قال إبراهيم الحربي : « ما رأيت أحدًا أعلم بفقه الحديث ومعانيه من أحمد » . مات سنة ٢٤١ هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (٤٣١/٢ ، ٤٣٢) ، الجرح والتعديل (٢٩٢/١ ، ٣١٣) ، طبقات الحفاظ (١٨٦ ، ١٩٧) للسيوطي .

(٦) المذاهب في الأخذ بالضعيف ثلاثة : الأول : لا يعمل به مطلقًا ، لا في الأحكام ولا في الفضائل ، حكاه ابن سيد الناس في عيون الأثر عن يحيي بن معين . والظاهر أنه مذهب البخاري ، ومسلم . الثاني : أنه يعمل به مطلقا قاله السيوطي وعزا ذلك إلى أبي داود وأحمد لأنهما يريان ذلك أقوى من رأي الرجال . الثالث : يعمل به في الفضائل وهذا هو المعتمد عند الأئمة . قال ابن عبد البر : « أحاديث الفضائل لا يحتاج فيها إلى ما يحتج به في أحاديث الأحكام » . وقد اشترط كثير من المحققين لقبول الضعيف ثلاثة شروط . أحدها : أن يكون الضعف غير شديد ، فيخرج من انفرد من الكذابين والمتهمين بالكذب ومن فحش غلطه . الثاني : أن يندرج تحت أصل معمول به . الثالث : أن لا يعتقد عنه العمل به ثبوته ، بل يعتقد الاحتياط . انظر : قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث للسيد جمال الدين القاسمى ٩٤ ، ٩٧ .

(٧) محمد بن عبد اللّٰه بن عمرو بن العاص عن أبيه وعنه ابنه شعيب وحكيم بن الحارث وغيرهم . قال الذهبي غير معروف ولا ذكر بتوثيق مات سنة ٧٨ هـ . انظر : لسان الميزان (٣٦٤/٧) ، معرفة الثقات للعجلي (٢٤٢/٢) ، ميزان الاعتدال (٥٩٣/٣ ، ٥٩٤) .

يرويه عن جده عبد الله [(١)] خاصة وأكثر أحواله أن يكون مرسلًا [(٢)] .

٢٤٧٩٧ - قالوا : نحمله على المسلم إذا كانت تحته نصرانية فقذفها لم يلزمه الحد بقذفها ولا يلاعن لنفي الحد [(٣)] .

٢٤٧٩٨ - قلنا : عند كثير يلاعنها لنفي التقرير ، والنبي ﷺ نفى اللعان معنى [(٤)] .

٢٤٧٩٩ - قالوا : أربعة لا لعان بينهم يعني لا لعان غيرهم ، حتى لا يظن أن [للرق تأثيرا] [(٥)] في نقصان عدد اللعان [(٦)] .

٢٤٨٠٠ - قلنا : هذا غاية التلبيس أن تذكر النفي وتريد به الإثبات [(٧)] . ثم هذه الفائدة إن كانت للعان العبد ما بقي فائدة لذكر اليهودية والنصراينة ، ولأنه ليس من أهل الشهادة فلا يثبت اللعان بينه وبين زوجته كالصبي والمجنون [(٨)] .

٢٤٨٠١ - فإن قيل : الصبي الذي يعقل يلاعن [(٩)] .

٢٤٨٠٢ - قلنا : بتعيينه على من لا يعقل [(١٠)] . ولا يلزم الفاسق لأنه من أهل الشهادة [(١١)] .

---

(١) هو : عبد الله ين عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم وقال النبي ﷺ : « نعم أهل البيت عبد الله وأبو عبد الله وأم عبد الله » . قال أبو هريرة ما كان أحد أكثر حديثًا عن رسول الله ﷺ منى إلا عبد الله بن عمرو ، فإنه كان يكتب وكنت لا أكتب . روى عن النبي ﷺ وعن أبي بكر وعمرو بن عبد الرحمن وغيرهم وعنه أنس بن مالك وأبو أماجة بن سهل وعبد الله بن الحارث وغيرهم ، وتوفي سنة ٥٥ هـ بالطائف وقيل سنة ٦٥ هـ بمصر . انظر : تهذيب التهذيب (٣٣٨/٥ ، ٣٣٩) ، والاستيعاب (٩٥٧/٣ ، ٩٥٨) .

(٢) هو : كل ما لم يتصل سنده إلى النبي ﷺ وأرسله راوٍ من رواته تابعيًا كان أو من دونه إلى النبي ﷺ ، أو سكت فيه عن راوٍ من رواته ، أو أكثر وارتفع إلى من فوقه وكانت صورته لا خلاف فيها . وهو حديث التابعي الكبير الذي لقي جماعة من الصحابة وجالسهم . انظر : مقدمة ابن الصلاح ١٣٠ .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٨٧/٥) ، روضة الطالبين (٣٣٤/٨) ، بداية المجتهد (٨٩/٢) . قال في الروضة : قذف زوجته الذمية . وترفعا إلينا ولاعن الزوج ، نص الشافعي رحمه الله . أنها لا تجبر على اللعان ولا تحد إذا امتنعت منه حتى ترضى بحكمنا .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٤/٧) .

(٥) في (ص) : [أن الرق ما بين] ، ولعله تحريف .

(٦) انظر : الأم للشافعي (٢٨٧/٥) ، المهذب (٣٤٨/٢) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٠/٧) ، شرح فتح القدير (١١٧/٤) .

(٨) انظر : شرح فتح القدير (١١٦/٤) ، الهداية (٢٤/٢) .

(٩) قال في الحاوي : « نفي جواز لعان الصبي وجهان » (٢٩/١١) .

(١٠) الصبي الذي يعقل من جملة الصبيان الذي ، ولم يصل إلى مرتبة البلوغ في العقل ، فلا يكون أهلا للشهادة .

(١١) لا يجوز قياس هذه المسألة على الفاسق ، لأن الفاسق يكون أهلا للشهادة في التحمل عند أبي حنيفة أما المذكورون فليسوا أهلا للشهادة ، فلا يجوز لعانهم .

بدلالة أنه لو شهد فردت شهادته ثم تاب فأدَّاها لـم تقبل [١] . ولو لم يكن من أهلها فسكت كالكافر إذا ردت شهادته ثم أسلم فشهد بها [٢] . ولا يلزم الأعمى ، لأنه من

---

(١) هناك فرق في الشهادة بين التحمل والأداء ، فالتحمل عبارة عن فهم الحادثة وضبطها بالمعاينة أو بالسماع . أما الأداء فهو القيام بالشهادة : المبسوط للسرخسي (١١٢/١٦) ، فلكل واحد من التحمل والأداء شروط . فيشترط للتحمل ثلاثة شروط :

أولها : أن يكون عاقلا فلا تصح الشهادة من المجنون والصبي .

ثانيها : أن يكون بصيرا قال به الحنفية لأن من شروط التحمل معرفة الخصم ومعاينة المشهود عليه . إلا إن اعتمد ذلك على السمع وحده .

وقال الشافعية : لا يجوز شهادة الأعمى لجواز اشتباه الأصوات وقد يحاكي الإنسان صوت غيره . وقال الحنابلة : تحمل الشهادة تكون بالرؤية والسماع فيجوز للأعمى أن يشهد فيما يتعلق بالسماع كالبيع ونحوه .

ثالثها : معاينة المشهود بنفسه لا بغيره إلا فيما تصح فيه الشهادة بالتسامع مع الناس والاستفاضة . لقوله (للشاهد » إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع » ولا يتم العلم إلا بالمعاينة رواه الخلال في الجامع : بإسناده . فلا يشترط في التحمل البلوغ والحرية والإسلام والعدالة وإنما يشترط جمهور الفقهاء العقل الكامل ، والبصر ، ومعاينة المشهود به ، ويشترط في الأداء عدة شروط ، منها :

(١) أهلية العقل والبلوغ : يشترط أن يكون الشاهد عاقلا بالغا باتفاق الفقهاء . فلا تقبل شهادة من ليس بعاقل إجماعا .

(٢) الحرية : ذهب الجمهور ما عدا الحنابلة إلى عدم قبول شهادة العبد ، دليل الجمهور أن الشهادة فيها معنى الولاية وهو لا ولاية له . واستدل الإمام أحمد بعموم آيات الشهادات .

(٣) الإسلام : اتفق الفقهاء في الشهادة على المسلم على اشتراط كون الشاهد مسلمًا ، فلا تقبل شهادة الكافر على مسلم .

(٤) البصر : يشترط عند أبي حنيفة والشافعية أن يكون مبصرًا ، فلا تقبل شهادة الأعمى لأنه لابد من معرفة المشهود له والإشارة إليه عند الشهادة .

(٥) النطق : ذهب الجميع إلى اشتراط أن يكون الشاهد ناطقًا فلا تقبل شهادة الأخرس وإن فهمت إشارته . لأن الإشارة لا تعتبر في الشهادة .

(٦) العدالة : اتفق العلماء على اشتراط العدالة في الشهود لقوله تعالى : ﴿ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ البقرة : ٢٨٢ . وقوله تعالى : ﴿ وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ ﴾ [الطلاق : ٢] ؛ إذًا فلا تقبل شهادة الفاسق .

(٧) عدم التهمة : أجمع الفقهاء على أن التهمة ترد بها الشهادة ، والتهمة أن يجلب الشاهد إلى المشهود له نفعًا ، أو يدفع عنه ضررًا ، فلا تجوز شهادة الوالد لولده ، والوالد لولده ، ولا شهادة الولد لأبويه ، وأجداده ، ولا شهادة الخصم لخصمه . انظر : مغني المحتاج (٤٤٥/٤) ، المغني لابن قدامة (١٤٨/٩) ، المبسوط للسرخسي (١١٢/١٦) ، شرح فتح القدير (٤٤٦/٦) ، حاشية ابن عابدين (٤٦٢/٥) .

(٢) لأن شرط التحمل وهو كونه أهلا للشهادة : العدالة ؛ فالكفر والفسق مما يقدح في الشهادة لعدم ظهور رجحان جانب الصدق . انظر : المبسوط (٤١/٧) .

أهل الشهادة ، وإن لم يتبين المشهود عليه [١] . ولو أنه عالم بشهادته جاز [٢] ولا يلزم المحدود في القذف إذا تاب لأنه من أهل الشهادة [٣] . ولو كان غير عالم بشهادته ثم ردت ، ورفع إلى القاضي لم يفسخ حكمه [٤] . ولأن الأجنبي لو قذفها لم يحد فإذا قذفها الزوج لم يلاعن كالصغيرة والمجنونة [٥] . ولأنها غير محصنة فلم يجب على قاذفها ما يجب على قاذف / المحصنة .

٢٤٨٠٣ - أصله إذا قذف أجنبي [٦] . ولأن الرق نقص يؤثر في الولاية فيمنع وجوب اللعان كالصغير والمجنون . ولأن لفظ الشهادة تختص بالحاكم فلا يصح من العبد كالشهادة [٧] بالحقوق .

٢٤٨٠٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ ﴾ [٨] .

٢٤٨٠٥ - قلنا : استثناء الزوج من الشهداء يدل على أنه منهم ، لأن المستثنى من جنس المستثنى منه [٩] والكافر والعبد ليسا من أهل الشهادة فلم تتناولهما الآية [١٠] . ولأنه قال : ﴿ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ﴾ [١١] . والكافر لا وجه في استحقاقه اللعنة لكذبه في القذف ، وإنما يختص بهذا المسلم فثبت أن الآية لم تتناول الكافر ، لأنه تعالى قال : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ﴾ [١٢] . ثم قال : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ

---

(١) انظر : شرح فتح القدير (١١١/٤) ، والبناية في شرح الهداية (٧٢٨/٤) .

(٢) أي : جاز قضاؤه . انظر : البناية في شرح الهداية (٧٢٨/٤) .

(٣) أي : يختلف عنهم المحدود إذا قذف زوجته بعد أن تاب فلعانه جائز لأنه من أهل الشهادة في التحمل ، إلا أن أبا حنيفة لا يقبل شهادته ، ولو تاب . انظر : المبسوط (٤١/٧) .

(٤) انظر : البناية في شرح الهداية (٧٢٨/٤) ، المبسوط (٤١/٧) .

(٥) شرح فتح القدير (١١٧/٤) ، أي لا يحد إذا كانت غير محصنة كالصغيرة والمجنونة .

(٦) وقال في المبسوط : قذف الأجنبية إذا لم تكن محصنة لا يوجب الحد فكذلك قذف الزوج زوجته إذا لم تكن محصنة لا يوجب اللعان . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٠/٧) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٠/٧) ، شرح فتح القدير (١١٧/٤) .

(٨) سورة النور : الآية ٦ .

(٩) وذلك تنصيص على اشتراط أهليه الشهادة فيهما ، وفي الآية إشارة إلى هذا فإنه قال ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ، والمراد بالشهداء من يكون أهلا للشهادة مطلقًا ، والمستثنى من جنس المستثنى منه . وقال تعالى : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ ﴾ . وهذا شأن شهادة شرعية . انظر : المبسوط (٤٠/٧) .

(١٠) انظر : المبسوط (٤٠/٧) . (١١) سورة النور : الآية ٧ .

(١٢) سورة النور : الآية ٤ .

أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ [(١)] . فخصهم من جملة العموم الأول [(٢)] . وهذا يقتضي أن يكون الإحصان شرطا في الزوجات كما هو شرط في الأجنبيات [(٣)] .

٢٤٨٠٦ - قالوا : اللعان معنى يسقط موجَبَ القذف ، فاستوى فيه الحر والعبد كإقامة البينة بالزنا [(٤)] .

٢٤٨٠٧ - قلنا : اللعان عندنا موجَبٌ بالقذف ، فإما أن يسقط به الموجَبُ فلا . ولأن البينة إذا قامت فالزوج مشهود له [(٥)] وصفات المشهود له غير معتبرة في الشهادة . وإذا لاعن فهو الشاهد فوجب أن تعتبر صفاته [(٦)] كما تعتبر صفة الشاهد بالزنا ، ثم نقلب . فنقول فشرط صحة القذف فيه الإسلام والحرية . أصله إقامة البينة [(٧)] .

٢٤٨٠٨ - قالوا : كل زوج صح طلاقه أو صح قذفه أو صحت يمينه صح لعانه . أصله الحر المسلم [(٨)] .

٢٤٨٠٩ - قلنا : اللعان لا يجوز اعتباره بالطلاق ، بدلالة أن المختلة عندنا يلحقها الطلاق ، ولا يلحقها اللعان ، والصغيرة والمجنونة يلحقهما الطلاق دون اللعان [(٩)] . والمعنى في الحر المسلم أنه من أهل الشهادة على المسلمين . والعبد والكافر بخلافه [(١٠)] .

٢٤٨١٠ - قالوا : اللعان ثبت لضرورة حاجة الزوج إلى نفي النسب ، فهذا المعنى موجود في العبد والكافر [(١١)] .

٢٤٨١١ - قلنا : اللعان حق المرأة تنفي به شين القذف عنها ، ولهذا ثبت

---

(١) سورة النور : الآية ٦ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير (١١٢/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٣/٣) ، « لأن اللعان قائم في حقه مقام حد القذف وهو يقتضي إحصانها » .

(٤) انظر : المهذب (١٥٢/٢) ، روضة الطالبين (٣٢٧/٨ ، ٣٢٨) ، المغني لابن قدامة (٤٠٤/٤) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٧/٥) .

(٦) الحرية ، والعقل ، والبلوغ ، والإسلام ، وعدم الحد في القذف شروط لوجوب اللعان . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٧/٥) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٠/٧) ، شرح فتح القدير (١١٢/٤) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٠/٤ ، ٧٣١) .

(٨) انظر : الأم للشافعي ٢٨٦/٥ ، الحاوي للماوردي ١٢/١١ ، المغني لابن قدامة ٣٩٤/٧ .

(٩) الشروط المعتبرة في الطلاق غير الشروط المعتبرة في اللعان .انظر : فتح القدير (٤٨٧/٣) ، تحفة الفقهاء (٣٢٧/٢) .

(١٠) انظر : تحفة الفقهاء (٣٢٨/٢) .

(١١) انظر : مغني المحتاج (٣٦٧/٣) ، روضة الطالبين (٣١/٨) .

بمطالبتها [١] . فإن لم يكن لها ولد ثم يقذف الزوج يلاعن ، ولا يقدر على نفي النسب فعلم أن اللعان وضع لما ذكرنا [٢] .

٢٤٨١٢ - قالوا : تحالف في عقد فاستوى فيه العبد والحر كالتحالف في البيع [٣] .

٢٤٨١٣ - قلنا : اللعان عندنا شهادة وليس تحالفا ، ولأن التحالف لا يختص بلفظ الشهادة واللعان لفظ يختص بالحاكم فلم يصح من العبد والكافر [٤] .

* * *

---

(١) انظر : الهداية (٢٣/٢) .

(٢) أي : أن اللعان لضرورة نفي النسب من جهة الزوج غير صحيح لأنه إذا لم يكن لها ولد فلا يثبت ذلك النفي لعدمه ، فإذا قذفها بالزنا ، لاعن لضرورة أن يندفع عنه عار الزنا .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٣٠/١١) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٠/٥) ، شرح فتح القدير (١١٢/٤) ، البناية في شرح الهداية (٧٢٨/٤) .

مسألة ١٢١٣

اللعان شهادة أو يمين

٢٤٨١٤ – قال أصحابنا : اللعان شهادة أقيمت مقام [حلفهما بالله أكدت] (١) باليمين (٢) .

٢٤٨١٥ – وقال الشافعي : اللعان يمين (٣) .

٢٤٨١٦ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ (٤) . وقال : ﴿ وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ ﴾ (٥) ولا يقال : فلما قال ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ ﴾ (٦) دل على أنه يمين (٧) لأن الشهادة لا تقف على ذكر الله . واليمين يكون بلفظ الشهادة (٨) . قال الله تعالى : ﴿ قَالُواْ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ ﴾ (٩) .

٢٤٨١٧ – قلنا : الشهادة وبدء الكلام مؤكدة باليمين قال الله تعالى : ﴿ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ لَشَهَٰدَتُنَآ أَحَقُّ مِن شَهَٰدَتِهِمَا ﴾ (١٠) فإذا أكد اللعان باسم الله تعالى فقد بدل ما كانت الشهادة عليه (١١) ،

---

(١) مطموسة في (ص) بهامش (ص) اجتهدنا في إثباتها على هذا النحو . وانظر : نيل الأوطار (٢٧٤/٣) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٠/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٠/٥) ، شرح فتح القدير (١١٢/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٢/٣) ، البناية في شرح الهداية (٧٢٨/٤) ، اللباب (٥٣٧/٢) . وبه قال الإمام أحمد في رواية . انظر : المغني لابن قدامة (٣٩٢/٧) ، وما بعدها .

(٣) انظر : الحاوي الكبير (١٢/١١) ، مغني المحتاج (٣٧٤/٣) ، المهذب (١٥٣/٢) ، روضة الطالبين (٣٣٤/٨) . ووافقه الإمام مالك وأحمد في رواية . انظر : بداية المجتهد (٨٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٣٩٢/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٩٥/٥) .

(٤) سورة النور : الآية ٦ .

(٥) سورة النور : الآية ٨ .

(٦) سورة النور : الآية ٦ .

(٧) أي أن هذه الآية تدل على الشهادة لا على اليمين ، وذلك من وجهين : أحدهما : أنه تعالى سمى الذين يرمون أزواجهم شهداء لأنه استثناهم من الشهداء بقوله تعالى : ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ والمستثنى من جنس المستثنى منه . والثاني : أنه سمي اللعان شهادة نصا بقوله تعالى : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ ﴾ والخامسة أي الشهادة الخامسة . انظر : بدائع الصنائع (٢١٥١/٥) ، شرح فتح القدير (١١٢/٤) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥١/٥) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٠/٤) ، المغني لابن قدامة (٣٩٣/٧) .

(٩) سورة المنافقون : آية ١ .

(١٠) المائدة : ١٠٦ .

(١١) أي : فإذا بدل لفظ الشهادة بحلف ونحوه ، أو الغضب لم يصح ، وأنه يعتبر قد ترك الشهادة . انظر : البناية في شرح الهداية (٧٤٠/٤) ، المغني لابن قدامة (٤٣٧/٧) .

وذلك لا يخرجه من أن يكون شهادة [١] . ولأنه لفظ شهادة يختص بالحاكم كسائر الشهادات [٢] . ولأن حكم القذف يسقط به كالشهادة بزنا المقذوف [٣] . ولأن الحد لا يستوفي بالقذف الصحيح مع وجود البينة [٤] ولا يختص بلفظ الشهادة كسائر الشهادات وهذا الوصف على قول الشافعي [٥] .

٢٤٨١٨ – ومن أصحابه من التزمه فقال : يصح اللعان بقوله أحلف وأقسم [٦] . وهذا مخالف للقرآن لأن الله تعالى قال : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ [٧] وقال : ﴿ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ ﴾ [٨] ومخالف للسنة لفضل النبي ﷺ لأنه لاعن بين هلال بن أمية وبين امرأته بلفظ الشهادة [٩] ولو كان مخيرًا بين الألفاظ لبين ذلك لأنه لا يؤخر البيان عن وقت الحاجة [١٠] .

٢٤٨١٩ – احتجوا : بأن اللعان لو كان شهادة لم يصح من الأعمى والفاسق [١١] .

---

(١) أي : يجوز شهادة الزوج لامرأته ، كما إذا شهدها هو وثلاثة نفر بالزنا جازت شهادتهم وأمضى عليها الحد . انظر : المبسوط للسرخسي (٥٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥١/٥) .

(٣) لأنه رفع حكم القذف فوجب أن يكون شهادة كالبينة ، أو نسخ القذف باللعان فيما إذا حدث بين الزوجين ولم يكن قذفًا . انظر : شرح فتح القدير (١١٢/٤) .

(٤) أي أن الذي يقام عليه الحد فإن موجَبه لا يكون هو القذف وإنما الموجَبُ هو اللعان ، لأن القذف جري بين الزوجين لا بين أجنبيين ، فالموجوب في هذه الحالة هو اللعان .

(٥) انظر : المهذب (١٩٠/٢) .

(٦) اختلف الفقهاء في جواز اللعان بغير لفظ الشهادة على وجهين . أحدهما : يجوز أن يقول : « أحلف بالله وأقسم بالله كما يقول أشهد بالله » في ذلك لأن اللعان يمين فجاز بألفاظ اليمين . ثانيهما : لا يجوز إلا بلفظ الشهادة على ما جاء به النص وهذا في القول الأرجح من المذهب . انظر : البناية في شرح الهداية (٧٤٠/٤) ، بداية المجتهد (٨٩/٢) ، المهذب (١٩٠/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٣٧/٧) .

(٧) سورة النور : الآية ٦ . (٨) سورة النور : الآية ٨ .

(٩) انظر : سنن أبي داود (٣٦٩/٢ ، ٣٧٠) ، حديث رقم ٢٢٤٩ .

(١٠) أما تأخير تبليغ الحكم إلى وقت الحاجة فإنه يجوز ، وهو وقت تنجيز التكليف سواء كان موسعًا أو مضيقا ، أما ما ذهب إليه البعض من أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، فلا يصح لأن الاشتغال بمثل هذا مما يضيع الوقت ولا تحصل فائدة . انظر : الإبهاج في شرح المنهاج (٢٤٥/٢) ، والمستصفى للغزالي (٤٩/٢) .

(١١) انظر : الحاوي للماوردي (١٣/١١) ، وهذا اعتراض من المخالف : أن اللعان يرجع بناء على أهليته للشهادة فكيف يصح من الأعمى والفاسق وشهادتهما لا تصح ؟ أجاب الحنفية في الفاسق بأنه من أهل الشهادة ولكن لا تقبل شهادته لعدم رجحان جانب الصدق ، ولهذا أمر الله بالتثبت في خبره ، وأما الأعمى فإنه من أهل الشهادة أيضًا إلا أنه لا تقبل شهادته لنقصان في ذاته ، وهو أنه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه إلا بالصوت . =

٢٤٨٢٠ - قلنا : الأعمى من أهل الشهادة ، وتقبل شهادته عندنا في النسب والنكاح [١] . وإنما لا تقبل فيما لا يتميز فيه المشهود عليه [٢] . وهذا المعنى لا يحتاج إليه في اللعان وأما الفاسق فهو من أهل الشهادة ، بدلالة أن الفاسق لو شهد فردت شهادته ثم تاب فأداها تقبل وإن لم تكن الأولى شهادته قبلت الثانية [٣] . كذلك الكافر إذا شهد ثم أسلم فأعادها [٤] . ولو شهد الفاسق بالزنا لم يجب عليهم الحد ، ولو لم يكن قوله شهادة حدوا كالعبيد [٥] ولو حكم حاكم بشهادة فاسق وهو لا يعلم بحاله ثم علم لم يفسخ عندنا حكمه [٦] .

٢٤٨٢١ - فإن قيل : اللعان يجوز مع حكم الحاكم بفسقه فلو كان ذلك شهادة لم يجز مع العلم .

٢٤٨٢٢ - قلنا : الشهادة على غيره لا تقبل للتهمة وهاهنا غير متهم . فلذلك صحت شهادته مع العلم بفسقه [٧] .

٢٤٨٢٣ - قالوا : لو كان اللعان شهادة لم يصح من المرأة لأن شهادة النساء في الحدود لا تقبل [٨] .

= من هنا وضح بالاتفاق بين الحنفية والشافعية والحنابلة في صحة اللعان من الأعمى والفاسق رغم اختلافهم في أصل اللعان بينهم ، والمالكية قد اتفقوا معهم في الفاسق فقط أما في الأعمى فعندهم وفي قول ضعيف عند الحنفية : لا يصح لعانه بدليل أن اللعان لا يكون إلا بأحد أمرين ، إما رؤية وإما إنكار الحمل . لأن آية اللعان نزلت في هلال بن أمية وكان قال : « رأيت بعيني وسمعت بأذني » فلا يثبت اللعان إلا في مثله . انظر : المبسوط للسرخسي (٤١/٧) ، شرح فتح القدير (١١١/٤) ، حاشية الدسوقي (٤٥٨/٢) ، المهذب (٩٨/٢ ، ١٥٩) ، الحاوي الكبير (١٦/١١) ، المغني (٤٠٣/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٩٥/٥) .

(١) انظر : حاشية ابن عابدين (٤٨٣/٣) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٤١/٧) ، شرح فتح القدير (١١١/٤) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير (٤٧٥/٦) . (٤) انظر : شرح فتح القدير (٤٧٦/٦) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير (١١١/٤) ، حاشية ابن عابدين (٤٨٣/٣) .

(٦) انظر : البناية في الهداية (٧٢٨/٤) ، وحاشية ابن عابدين (٢٨٣/٣) .

(٧) انظر : البناية في شرح الهداية (٧٢٨/٤) . وقال في البناية : « وعليه لو قضى القاضي بشهادة الفاسقين جاز » (٧٢٨/٤) .

(٨) وقال في المهذب : « ولا تقبل شهادة الزوجة في الزنا ، لأن شهادتها دعوى خيانة في حقه فلم تقبل كشهادة المودِع على المودَع بالخيانة في الوديعة ، ولأنه خصم لها فيما يشهد به فلم تقبل ، كما لو شهد عليها أنها جنت عليه . انظر : المهذب (٤٢٢/٢-٤٢٥) .

٢٤٨٢٤ – قلنا : عندنا موجب القذف اللعان دون الحد (١) ، وأيضا يصح هذا على أصلكم أن الحد يجب عليها بلعانه ويسقط بلعانها (٢) . ثم هذا لا يصح . لأن شهادة النساء لا تقبل في إيجاب الحدود وتقبل في إسقاطها . ألا ترى أن أربعة من الشهود لو شهدوا على امرأة بالزنا وشهد النساء أنها بكر درئ الحد عنها (٣) .

٢٤٨٢٥ – قالوا : لو كان اللعان شهادة كان على النساء من النصف على الرجال . وقد تساوي العدد عندنا في شهادة النساء والرجال (٤) ، لأن شهادة المرأة الواحدة عندنا تقبل في الولادة ، وكذلك شهادة الرجل الواحد (٥) .

٢٤٨٢٦ – ولأن العدد يكون على الضعف فيما يعتبر فيه العدد (٦) . واللعان لا عدد فيه . لا يصح من الرجل الواحد ولا يصح لامرأتين ، فتلاعن غير المقذوفة .

٢٤٨٢٧ – فإن قيل : يجب أن يلاعن المرأة عشرة شهادات .

٢٤٨٢٨ – قلنا : الشهادة من المرأة الواحدة لا تخالف شهادة الرجل الواحد (٧) . وإنما يختلف عند الأشخاص فيها وقدمنا أن ذلك غير معتبر في اللعان .

٢٤٨٢٩ – احتجوا : بأن النبي ﷺ لما لاعن بين هلال بن أمية وبين امرأته ، قال إن جاءَتْ به أصيْهب أريسح حمش الساقين فهو لهلال وإن جاءت به أورق جَعْدًا جُمَّالِيًّا خدلَّجَ الساقين سَابِغَ الأليتين فهو للذي رميت به فجاءت به على الصفة المكروهة ، فقال ﷺ لولا ما منعنا من الأيمان لكان لي ولها شأن (٨) .

٢٤٨٣٠ – قلنا : روي لولا ما مضى من الشهادة (٩) وروي لولا ما مضى من كتاب

(١) أي : أن موجب القذف ليس شهادة المرأة وإنما هو اللعان ، لأن الحد يجب عليها بلعانه ويسقط بلعانها .

(٢) انظر : كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٩٠/٥) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير (٤٥٢/٦) . (٤) انظر : الحاوي للماوردي (١٣/١١) .

(٥) تقبل شهادة المرأة الواحدة في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال ، وبه قال أحمد ، وقال الشافعي يشترط أربعا وقال مالك اثنتين . انظر : شرح فتح القدير (٤٥٢/٦) ، بداية المجتهد (٣٤٨/٢) ، المهذب (٤٢٦/٢) ، المغني لابن قدامة (١٥٧/٩ ، ١٥٨) .

(٦) والدليل عليه قوله تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] . فأقام المرأتين مقام الرجل . انظر : المهذب (٤٢٦/٢) .

(٧) انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٦١/٧) .

(٨) رواه أحمد بن حنبل في المسند (٢٣٩/١) ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى (٣٩٣/٧ ، ٣٩٤) وأبو داود في سننه (٣٧٢/٢ ، ٢٢٥٦) ، وأبو يعلى في مسنده الموصلي (١٢٧/٥ ، ٢٧٤٠) .

(٩) رواه النسائي في سننه الكبرى في كيف اللعان (٣٧٢/٣ ، ٥٦٦٣/١) .

اللَّه [١] وإذا تعارض ذلك سقط التعرض به أو نقول إنها شهادة مؤكدة باليمين ، فلذلك ذكر كل واحد من الأمرين [٢] .

٢٤٨٣١ – قالوا : روي أن النبي ﷺ قال لهلال بن أمية : « قم فاحلف » [٣] .

٢٤٨٣٢ – قلنا : هذا اللفظ لا يعرف ولا يوجد فلو ثبت ما قالوه فلأن اللعان شهادة مؤكدة باليمين ، والشهادة باليمين لا زجر فيها واليمين فيها معنى الزجر ، فعبر بذلك ليقع الزجر دون غيره [٤] .

٢٤٨٣٣ – قالوا : لو كان شهادة لم يصح أن يشهد الزوج لنفسه [٥] .

٢٤٨٣٤ – قلنا : ولو كان يمينا لم يجز أن يحلف ويستحق باليمين في القسامة [٦] ولكان عندكم [٧] .

٢٤٨٣٥ – قالوا : لو كان شهادة ، لاعتبر فيه العدد [٨] .

٢٤٨٣٦ – قلنا : من الشهادات مالا يعتبر فيه العدد كالشهادة بالولادة وبرؤية الهلال . ولأن العدد لا يمكن اعتباره [٩] ؛ ألا ترى أنه عنى غير الزوج لا يلاعن ، فجعل تكرار الشهادة فيه لعدد الشهود . وإذا ثبت أن اللعان شهادة والعبد والكافر ليسا من أهل الشهادة على المسلمين لم يتعلق اللعان بقذفهم [١٠] .

* * *

(١) وهذا ما أخرجه الترمذي في تحفة الأحوذي (٢٦/٢ ، ٢٧ ، ٢٨) رقم ٣٢٢٩ .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٣٩/٧) ، شرح فتح القدير (١١٢/٤) .

(٣) أخرجه الإمام البخاري في باب إحلاف الملاعن عن موسى إسماعيل حدثنا جُوَيرِيَةُ عن نافع عن عبد اللَّه ﷺ أن رجلا من الأنصار قذف امرأته فأحلفهما النبي ﷺ ثم فرق بينهما . انظر : فتح الباري شرح صحيح البخاري (٥٥٧/١٠ ، ٥٣٦) .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (١١٢/٤ ، ١١٣) .(٥) انظر : الحاوي للماوردي (١٣/١١) .

(٦) عبارة غير واضحة بهامش (ص) . القسامة لغة : اسم وضع موضع الأقسام . وشرعًا : أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو غير ذلك وجد فيها قتيل به أثر ، يقول كل منهم واللَّه ما قتلته ولا علمت له قاتلًا . انظر : المصباح المنير ٥٠٣ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٤٤٦/٨) .

(٧) أي : اليمين ؛ فإنه معهود في القسامة لأن الشهادة محلها الإثبات واليمين للنفي ، فلا يتصور تعلق حقيقتيهما بأمر واحد فوجب العمل بحقيقة أمرهما ، ويجاز الآخر وهو الشهادة . انظر : شرح فتح القدير (١١٣/٤) .

(٨) انظر : الحاوي للماوردي (١٣/١١) .

(٩) انظر : شرح فتح القدير (٤٥٣/٦) ، البحر (٦١/٧) .

(١٠) انظر : الهداية (٢٤/٢) .

مسألة ١٢١٤

حد القذف حق الله أم الآدمي

٢٤٨٣٧ - قال أصحابنا : حد القذف حق لله تعالى والمطالبة له حق الآدمي [١] .

٢٤٨٣٨ - وقال الشافعي : هو حق للآدمي يصح أن يبرأ منه ويعفو [٢] .

٢٤٨٣٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ ﴾ [٣] فخاطب بالجلد من يتوقف عن قبول الشهادة ، وهو الإمام ، ولو كان حقًّا للآدمي لم يقف استيفاؤه على الإمام [٤] .

٢٤٨٤٠ - فإن قيل : عندنا أنه لا حق للآدمي ، لأن الاستيفاء إلى الإمام ؛ فهذا هو الدليل ، لأن حق الآدمي استيفاؤه إليه ، وحقوق اللّٰه تعالى حق على الإمام .

٢٤٨٤١ - قلنا : إنما كان الاستيفاء للإمام لأنه يختار سوطا بين السوطين لا يكون جديدا فيقتل ، ولا خلقًا فلا يؤلم ، ويفرق الضرب على الأعضاء [٥] .

٢٤٨٤٢ - قالوا : وكذلك نقول في القصاص / إن الاستيفاء إلى الإمام ويخير الأولياء [٦] . ٢٨١

٢٤٨٤٣ - قلنا : لو قال : اضربني بهذا السوط وفرق الضرب لم يجز ، وإن كان السوط

---

(١) ما عدا قول أبي يوسف في إحدى روايتيه . انظر : المبسوط للسرخسي (١٠٥/٩) ، بدائع الصنائع (٤٢٠١/١٩) ، شرح فتح القدير (٩٧/٥) ، الاختيار لتعليل المختار (٩٥/٤) ، وقال أبو يوسف في رواية أخرى له : حق مشترك بين حق اللّٰه تعالى وحق الآدمي ، لا يجب إلا بالمطالبة ويسقط بالعفو ، وما قال به أبو يوسف قال به الإمام مالك أنه من الحقوق المشتركة بين حق اللّٰه تعالى وحق الآدمي ، فإن سمعه الإمام وشاهدان وجب بغير مطالبة ، وإن سمعه الإمام وحده لم يجب إلا بالمطالبة ويجوز العفو عنده عنه قبل الترافع إلى الإمام ، ولا يجوز العفو عنه بعد الترافع إليه . انظر : بداية المجتهد (٣٣١/٢) ، حاشية الدسوقي (١٢٣٦/٤) .

(٢) ووافقه الإمام أحمد ، انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٩/١١) ، مغني المحتاج (١٥٥/٤) ، المهذب (٣٥١/٢) ، المجموع (٣٠٠/١٨) ، روضة الطالبين (٣٢٥/٨) ، المغني لابن قدامة (٢١٧/٨) .

(٣) سورة النور : الآية ٤ .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١١) ، مغني المحتاج (١٥٨/٤) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير (١٧/٥) ، بدائع الصنائع (١/٩) ، حاشية ابن عابدين (١٣/٤) .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١١) ، روضة الطالبين ، المغني لابن قدامة (٢١٧/٨) .

قدمه يعتبر .. [١] قد يفرق ، ورضي القاذف بفعل المقذوف وتشديده في الاستيفاء [٢] .

٢٤٨٤٤ – قالوا : اليمين للمدعى [٣] ولا يستوفيها إلا الحاكم [٤] .

٢٤٨٤٥ – قلنا : عندنا أن حكم حكمًا فيستحلف ويتعلق باليمين حكم ولأنها عقوبة يستوفيها الإمام فكانت حقًّا لله تعالى كحد الزنا [٥] .

٢٤٨٤٦ – ولأنها عقوبة سميت حدًّا [٦] في الشرع كحد الزنا ، ولأنها عقوبة شرط فيه الإحصان وتنقص بالرق أو شرع تفرقها على الأعضاء [٧] كحد الزنا وشرب الخمر [٨] ولأنها عقوبة لا يجوز إسقاطها بعوض [٩] فكانت حقًّا لله تعالى كالحد . ولأنها لو كانت حقًّا للآدمي لسقط بالإذن في سببه كالإيلاء والمال والقصاص فلما لم تسقط بالإذن في سببه دل على أنه من حقوق الله تعالى [١٠] .

٢٤٨٤٧ – فإن قالوا : يسقط بالإذن في القذف [١١] .

---

(١) هناك سقط كلمة بهامش (ص) غير مقروءة .

(٢) ذكر الكاساني أن الاستيفاء لابد له من الإمام ، أو من يوليه الإمام . وإنما ثبت له هذا لمصلحة العباد ، صيانة لأنفسهم وأموالهم وأعراضهم ، لأن القضاة يمتنعون من التعرض فلابد من الإمام . انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠٥/٩) .

(٣) أصل هذا خبر رسول الله ﷺ : الذي قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن البينة للمدعي واليمين للمدعى عليه » .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٤٦١/٤) .

(٥) المقيم للحد هو الإمام أو من ولاه ، ولا يجوز لرجل عند جمهور من الفقهاء أن يقيم الحد على مملوكه إلا بإذن الإمام خلافًا لبعض من رأى أنه يجوز له ذلك إذا كان حرًّا مكلفًا عدلا ، فله أن يجلده بغير إذن الإمام . انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠٥/٩) ، الهداية (٩٨/٢) ، المهذب (٣٤٥/٢) .

(٦) الحد هو العقوبة المقدرة حقًّا لله تعالى فلا يسمى القصاص حدًّا لأن الغالب فيه أنه حق لآدمي انظر : الهداية (٩٤/٢) .

(٧) لأن الجمع في عضو واحد قد يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف . انظر : الهداية (٩/٢) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠٢/٩) .

(٩) انظر : بدائع الصنائع (٤١٤٣/٥) ، ويناقش المعترض على هذا : بأنه يسقط بالرجوع بعد الاعتراف وأنه يستوفى من غير طلب بخلاف حد القذف الذي لا يسقط بالرجوع بعد الاعتراف ولا يستوفى إلا بالمطالبة . انظر : الحاوي للماوردي (١١/١١) .

(١٠) حق الآدمي يسقط بالعفو ، أو الإبراء ، أو الصلح ، ولا يسقط بذلك حق الله تعالى ، فلا يقاس على غصب المال والقصاص ، لأن كل ذلك يقبل العوض . انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠١/٩) ، البناية في شرح الهداية (١٩٠/٦ ، ١٩١) .

(١١) ، وقال : « على الصحيح لا يسقط ولو بإذن الإمام وخلاف الصحيح يسقط إذا أذن الإمام » . انظر : مغني المحتاج (١٥٧/٤) .

٢٤٨٤٨ - قلنا : أسباب الحقوق إذا أذن فيها الآدمي لم يسقط الحد [١] كالزنا بالمطاوعة [٢] .

٢٤٨٤٩ - فإن قيل : القصاص يسقط بالإذن [٣] .

٢٤٨٥٠ - قلنا : لأن المقطوع قد يكون له عوض صحيح في الإذن ، فلما جاز أن يقع الجرح متاحًا بالإذن ، فأسقط العود فإذا ثبت أنه حق اللّه تعالى لم يصح العفو عنه [٤] ولأنه لا يصح العفو عن بعضه مع كونه مما يتبعض فلا يصح العفو عن جملته كالحد [٥] ، ولأن كل عقوبة يجوز العفو عنها بغير عوض يجوز بعوض كالقصاص [٦] لم يصح العفو بعوض ، فدل على أنه لا يصح له [٧] .

٢٤٨٥١ - احتجوا : بقوله ﷺ : « ألا إن حرمة أموالكم كحرمة أعراضكم » [٨] .

٢٤٨٥٢ - قالوا : والمال من حقوق الآدميين كذلك العوض [٩] [١٠] .

٢٤٨٥٣ - قلنا : هل العوض لحرمة اللّه تعالى أو الاجتماع في جهة واحدة ؟ [١١] .

٢٤٨٥٤ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « أيعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم [١٢] كان إذا خرج من منزله قال اللّهم إني قد تصدقت بعرضي على

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠١/٩) ، البناية في شرح الهداية (٢١٨/٦ ، ٢١٩) ، وبدائع الصنائع (٢١٤٣/٥) .

(٢) أي : الحد لا يسقط بالإذن ، كما إذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته ، فإن الحد لا يسقط عم المرأة ويسقط عليه . انظر : بدائع الصنائع (٤١٥٠/٩) ، شرح فتح القدير (٥٠/٥) .

(٣) انظر : المهذب (٢٣٦/٢ ، ٣٥٢/٢) .

(٤) أي : لأن الغالب في القصاص حق الآدمي فيقبل فيه العفو ويأخذ الدية ، وهذا يخالف الحد في اللعان لأنه حق اللّه تعالى فلا يقبل العفو . انظر : بدائع الصنائع (٤٦٣٣/١٠) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠١/٩) ، الهداية شرح بداية المبتدئ (١١٣/٢) .

(٦) انظر : البناية في شرح الهداية (١٥٢/١٢) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠٣/٩) ، الهداية شرح بداية المبتدئ (١١٣/٢) .

(٨) أخرجه الإمام البخاري بلفظه ، انظر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري (٦٧٨٥/١٤) ، والإمام أحمد في المسند (٨٠/٣ ، ٤١١/٥ ، ٤١٢) .

(٩) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٥/١١) .

(١٠) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٣/٥ ، ٤٢٠١/٩) .

(١١) أي مشتركة بين حق اللّه تعالى وحق الآدمي ، كما ذهب إليه الإمام أبو يوسف ومالك .

(١٢) أبو ضمضم غير منسوب ، وعن أنس قال : قال رسول اللّه ﷺ : « ألا تحبون أن تكونوا كأبي ضمضم قالوا : يا رسول اللّه وما أبو ضمضم . قال : إن أبا ضمضم كان إذا أصبح قال اللّهم أني قد تصدقت بعرضي =

عبادك »[١] ولو كان لم يجب بهذا العرض حق من حقوق الله تعالى لم تصح الصدقة [٢] .

٢٤٨٥٥ - قلنا : أبو ضمضم لا يقذفه الناس بالزنا وإنما كان يتصدق بذكره بما دون القذف وذلك من حقوق الآدميين ، ولأن القذف والمطالبة مما يجب به من حقوق الآدمي فيجوز [له] [٣] أن يتصدق بما يجب [له] [٤] من المطالبة .

٢٤٨٥٦ - قالوا : حق يجب استيفاؤه على مطالبة آدمي به فكان حقًّا للآدمي كالديون [٥] .

٢٤٨٥٧ - قلنا : ينكسر هذا بحد السرقة فإن استيفاءه يقف على مطالبة بالمال والحق لله تعالى [٦] وهذا مسلم على مذهب الشافعي [٧] وإنما قال يجب القطع باعتراف السارق وإن لم يحضر المسروق منه ، وهو غلط لأنه يجوز أن يكون المسروق منه يذكر شبهة تسقط القطع فلا يجوز إيجابه مع الشبهة [٨] ولأن حد القذف يقف على شرائط المقذوف ، وتلك الشرائط لا تثبت إلا على خصم ، منها : الحرية والإسلام والعقل [٩] فلم يكن بدٌّ من مطالبة الآدمي لتثبت الشرائط [١٠] كما أن القطع يقف على مطالبة الآدمي بالمال لأنه شرط في القطع ، ولا يصح ثبوته إلا بخصم [١١] . والمعنى في الأصل

= على من ظلمني » . انظر : الاستيعاب (١٦٩٤/٤) ، الإصابة (١١٢/٤) .

(١) أخرجه ابن السني في عمل اليوم والليلة رقم ٦٢ ، وأبو داود في السنن ٤٨٨٦ ، والخطيب في موضح أوهام الجمع والتفريق (٢٧/١) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (١٠/١١) ، المهذب (٣٥١/٢) .

(٣ ، ٤) زيادة من (م) ، (ن) .

(٥) انظر : الحاوي للماوردي (١٠/١١) .

(٦) لأن حقه متعلق بالسرقة حتى لا يثبت بدون دعواه ، ولاحتمال أن يهبه المسروق أو يملكه ، فيسقط القطع . انظر : الاختيار لتعليل المختار (٢٩٦/٣) .

(٧) أي : لا يستوفي القطع إلا بمطالبة آدمي . انظر : الحاوي (١١/١١) .

(٨) رد الماوردي في الحاوي قول أبي إسحاق المروزي أنه يجوز للإمام أن يقطع السارق من غير مطالبة إذا ثبت عنده سرقته ورأى جمهور الفقهاء أنه لا يقطع إلا بالمطالبة . انظر : الحاوي (١١/١١) .

(٩) انظر : حاشية ابن عابدين (٤٨٣/٣) ، الاختيار لتعليل المختار (٢٨١/٣) .

(١٠) وهذا بناء على أن الغالب حق الشرع ، ولا خلاف أن فيه حق العبد والشرع ، لأنه شرع لدفع العار عن المقذوف ، وفيه معنى الزجر ولأجله يسمى حدًّا لله تعالى . انظر : الاختيار لتعليل المختار (٢٨١/٣) .

(١١) الخصومة شرط صيرورة البينة حجة مظهرة للسرقة ، لأن الفعل لا يتحقق كونه سرقة ما لم يعلم أن المسروق ملك غير السارق ، وإنما يعلم ذلك بالخصومة فكانت الخصومة مظهرة للسرقة وبهذا فإن حد القذف حق الله =

أنه يجوز استيفاء بعضه دون بعض . ولما كان الحد لا يصح استيفاء بعضه مع إمكان إسقاط بعضه دل على أنه ليس لحق الآدمي ، أو نقول المعنى في المال أن استيفاءه بعد ثبوته لا يقف على الإمام فكان حقًّا للمستوفي والحد يقف استيفاؤه على الإمام فكان حقًّا له (١) .

٢٤٨٥٨ - قالوا : حق يجوز للحاكم أن يحكم فيه بعلمه كالأموال (٢) .

٢٤٨٥٩ - قلنا : سائر الحدود لا يقضي فيها بعلمه لأنه المطالب لها ، فإذا قضى بعلمه فكأنه قضى لنفسه وهذا الحد يطالب به الآدمي ، فإذا قضى بعلمه والقضاء وقع لغيره فيجوز القضاء (٣) .

٢٤٨٦٠ - قالوا : الشهود يشهدون بالزنا وهم الخصوم ، فإذا جاز أن يكون الشاهد خصمًا جاز أن يكون القاضي خصمًا ويقضي بعلمه ، كما تجوز شهادة الخصم (٤) .

٢٤٨٦١ - قلنا : المعنى في قولنا : إن الشهود خصوم أن شهادتهم لا تفتقر إلى مدع (٥) فأما أن يكونوا خصومًا في الحقيقة فلا ، وإنما الخصم هو اللَّه تعالى والحاكم قائم مقامه فلا يقضي بعلمه فيما يثبت له استيفاؤه (٦) .

٢٤٨٦٢ - قالوا : وجوب حد القذف يعتبر فيه صفات المقذوف من الحرية

= تعالى ، وحق الآدمي في ذلك إنما هو المطالبة لإقامته ، كما أن القطع في السرقة حق اللَّه تعالى ، والمطالبة لإقامة الحد للآدمي . انظر : بدائع الصنائع (٩/٤٢٦٦ ، ٥/٤٢٠١) ، الاختيار لتعليل المختار (٣/٢٩٦) .

(١) أي : أن حد القذف حق اللَّه عز شأنه على الخلوص كسائر الحدود ، إلا أن الشرع شرط فيه الدعوى من المقذوف ، وهذا لا ينفي كونه حقًّا للَّه تعالى عز شأنه على الخلوص ، لأن المقذوف يطالب القاذف ظاهرًا وغالبًا دفعًا للعار عن نفسه ، فيحصل ما هو المقصود من شرع الحد كما في السرقة ، ولأن حقوق العباد تجب بطريق المماثلة . انظر : بدائع الصنائع (٩/٤٢٠٣) .

(٢) في أحد قولي المخالف يقيم الإمام الحد بعلمه ، وفي الآخر لا يقيم الإمام الحد بعلمه ، وهو مذهب الحنفية وبه قال مالك وأحمد ، وما ذهب إليه الجمهور هو الراجح لقوله تعالى : ﴿ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾ [النساء : ١٥] وقوله تعالى : ﴿ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا۟ بِٱلشُّهَدَآءِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلْكَٰذِبُونَ ﴾ [النور : ١٣] ، انظر : بدائع الصنائع (٩/٤١٩٢) ، بداية المجتهد ٢ ، روضة الطالبين (٨/١٥٦) ، المغني لابن قدامة (٨/٢١٠) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٩/٤١٩٢) .

(٤) انظر : المهذب (٢٥/٤٢٠) ، روضة الطالين وعمدة المفتيين (١١/١٥٦) .

(٥) أي قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى ، فلا نسلم أن الدعوى شرط للحد لأنه خالص حق اللَّه تعالى والدعوى ليست بشرط فيه ، وإنما شرط للمال وهو حق العبد . انظر : شرح فتح القدير (٥/٥٨) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٩/٤١٩٨ ، ٤٢٠٤) .

والإحصان ، فدل على أنه من حقوقه [١] .

٢٤٨٦٣ – قلنا : ويعتبر فيها صفات القاذف من العقل والبلوغ ، وإن لم يكن من حقوقه ، وحد الزنا يعتبر فيه صفات الزاني من الإحصان وعدمه [٢] وهو من حقوق اللّٰه تعالى ، وكذلك يعتبر في حال السارق وحال المسروق [٣] .

٢٤٨٦٤ – قالوا : عقوبة لا يصح الرجوع عنها بعد الاعتراف بها كالقصاص وكحد الزنا والسرقة ، ومنها ما يصح الرجوع عنها كالذي أقر بإتلاف ستارة الكعبة أو آلة المسجد ، ومن أقر بأن عليه زكاة فلا يمنع أن يكون حد القذف لا يصح الرجوع فيه وإن كان من حقوق اللّٰه تعالى .

٢٤٨٦٥ – قالوا : هذه حقوق الآدميين [٤] .

٢٤٨٦٦ – قلنا : هذا يتقرب به إلى اللّٰه تعالى ، ويتم القربة فيه غير أنه يتعلق به حق آدمي فدل أنه لحق اللّٰه تعالى [٥] والمعنى في القصاص أنه يجوز إسقاطه بعوض ، فكان حقًّا للآدمي [٦] ولما كان حد القذف عقوبة لا يصح العفو عنها بعوض دل على أنها من حقوق اللّٰه تعالى [٧] .

٢٤٨٦٧ – قالوا : ما وجب لإلحاق الشين بالغير كان من حقوقه كأرش الشجة [٨] .

٢٤٨٦٨ – قلنا : إذا زنى بمكرهة حُدَّ ، لإلحاق الشين بها والحق لله تعالى ، وإذا سرق مال غيره قطع [اليد] [٩] لإلحاق الشين بماله والحق لله تعالى .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٢/٩) .
(٢) انظر : المهذب (٣٤٩/٢) .
(٣) التشابه بين القذف والزنا يدل على أن كلا منهما حق لله تعالى ، وليس حق آدمي . انظر : الهداية (٩٥/٢ ، ١١٢) .
(٤) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٠/١١) .
(٥) الرجوع عن الإقرار بالزنا والسرقة والشرب والسكر يسقط الحد ، لأنه يحتمل أن يكون صادقًا في المرجوع ، أما الرجوع عن الإقرار بالقذف فلا يسقط الحد ، لأن هذا الحد حق العبد من وجه ، وحق العبد بعد ما ثبت لا يحتمل السقوط بالرجوع كالقصاص وغيره . انظر : بدائع الصنائع (٤٢١٢/٩ ، ٤٢١٣ ، ٤١٨٩) .
(٦) انظر : البناية في شرح الهداية (١٥٦/١٢) .
(٧) انظر : بدائع الصنائع (٤٢٠٣/٩) ، الهداية (١١٣/٢) .
(٨) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١١) ، مغني المحتاج (٣٦٧/٣ (، بداية المجتهد (٣٣٠/٢ ، ٣٣١) .
(٩) زيادة من (م) ، (ن) .

٢٤٨٦٩ – قالوا : لو كان حقًّا للّٰه تعالى لم يسقط بموت المقذوف [1] .

٢٤٨٧٠ – قلنا : لم يسقط عندنا وإنما سقطت المطالبة فتعذر الاستيفاء لعدم المطالب ، وإذا ثبت أنه حق للّٰه تعالى لم يصح العفو عنه [2] .

* * *

(١) إذا مات المقذوف قبل استيفائه يرثه كل فرد من الورثة في اتجاه فقهي ، أما في الاتجاه الآخر ، فيرثه جميعهم إلا الزوجين لارتفاع النكاح بالموت . انظر : مغني المحتاج (٣٧٢/٣) .

(٢) عند الحنفية ، أنه إذا كان المقذوف حيًّا وقت القذف ثم مات فليس للولد والوالد حق الخصومة ، بل يسقط لأن القذف أضيف إليه وهو كان محلًّا قابلًا للقذف صورة ومعنى بإلحاق العار به ، فانعقد القذف موجبًا حق الخصومة له خاصة ، فلو انتقل إلى ورثته لانتقل إليهم بطريق الإرث ، وهذا الحد لا يورث فسقط ضرورة . انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٩/٩) .

مسألة ١٢١٥

حد القذف لا يورث

٢٤٨٧١ - قال أصحابنا : حد القذف لا يورث [١] .

٢٤٨٧٢ - وقال الشافعي : يورث [٢] واختلف أصحابه فيمن يرثه . قال بعضهم : جميع الورثة . وقال بعضهم : العصبات ، وقال بعضهم : من حصل بالقذف طعن في نسبه . واختلفوا إذا عفى بعضهم ، فقال بعضهم لكل واحد أن يستوفي جميع الحد ، ومنهم من قال : يستوفي الباقون مقدار حقهم ، ومنهم من قال : يسقط جميع الحد بعفو الواحد كالقصاص [٣] .

٢٤٨٧٣ - [وهذه المسألة] [٤] مبنية على أن الحد حق اللّٰه تعالى ، وهو حق باق فلا يورث حقوقه [٥] ، ولأنه حد لا يورث كحد الزنا [٦] ولأنها عقوبة تجب لمعنى [يجب به] [٧] القدح في النسب كالزنا ، ولأنه لو ورث جاز أن يستوفى بعد موته بغير إذن الإمام كالأموال [٨] ، ولأنه لو انتقل إلى الورثة وهو مما يتبعض جاز لبعضهم أن يستوفي نصيبه خاصة مع إسقاط الباقين لحقوقهم كالأموال [٩] ولأنه حق ليس فيه معنى

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١١٢/٩) ، بدائع الصنائع (٤١٩٩/٩) ، شرح فتح القدير (٩٤/٥) ، البناية في شرح الهداية (٣٣٣/٦) ، وبه قال الإمام أحمد . انظر : المغني لابن قدامة (٤٧/٧) .

(٢) انظر : الحاوي (٢٦/١١) ، المهذب (١٦٣/٢ ، ٣٥٢) ، مغني المحتاج (٣٧٢/٣) ، وروضة الطالبين (٣٢٥/٨) ، لا خلاف بينهم في أن حق المطالبة لأهل الورثة ، إلا أن الخلاف وقع في أسباب الذي يؤدي إلى الطلب ، فعند من قال : أنه لا يورث فالسبب هو إلحاق العار ، وعلى من قال أنه يورث فالسبب هو من حيث الإرث . انظر : شرح فتح القدير (٩٤/٥) ، المهذب (١٦٣/٢) .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٣٧٢/٣) ، المهذب (٣٥٢/٢) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٣٢٦/٨) .

(٤) زيادة في (م) ، (ع) وفي ص [وهي مبينة] .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (١١٩/٩) ، بدائع الصنائع (٤١٩٩/٩) .

(٦) انظر : شرح فتح القدير (٩٤/٥) .

(٧) ساقطة من (ص) وفي (ن) [يقع به] .

(٨) لأن الخصومة للمقذوف ويتشرط لإقامة الحد حضوره ، ولا يجوز التوكيل عند أبي يوسف ويجوز عند محمد وزفر ، والمراد أن حضرة المقذوف بنفسه شرط جواز الاستيفاء ، لأن الاستيفاء عند غيبة الموكل بنفسه استيفاء مع الشبهة والحدود لا تستوفى مع الشبهات ، فلذلك لو كان المقذوف حيًا وقت القذف ثم مات قبل الخصومة أو بعدها سقط الحد . انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٩/٩) .

(٩) لا خلاف في أن الأخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات لا يملكون الخصومات ، =

المال والوثيقة كالشرط [(١)] ، ولأن الشين ينتقل إلى الورثة إذا حصل به عناء أو كان [مما] [(٢)] يدلي [(٣)] إلى ذلك ، ولهذا قال ﷺ : « إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة » [(٤)] ولأنه أحد موجب القذف فلا يؤثر كاللعان .

٢٤٨٧٤ - قالوا : نازعوا في الأصل [(٥)] .

٢٤٨٧٥ - قلنا : إنه سبب في الفرقة فلا يورث [(٦)] كالاختيار ولأنه لفظ شهادة يختص بالحاكم فورث بالشهادة كالديون [(٧)] .

٢٤٨٧٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾ [(٨)] .

٢٤٨٧٧ - قلنا : الحد ليس بمتروك عندنا [(٩)] . ولأنه تعالى ذكر الميراث فيما يتبعض وينقسم بين الورثة ، وهذا لا يوجد في الحد [(١٠)] .

٢٤٨٧٨ - احتجوا : بأنها عقوبة لا تتجزأ لإلحاق الشيء بالغير فيورث كالقصاص في الشجاج [(١١)] .

٢٤٨٧٩ - قلنا : يبطل بمن أكره على الزنا . والمعنى في الأصل أنه حق لا يزول إلى

= وذلك لأن العار لم يلحقهم لانعدام الجزئية والبعضية ، فالقذف لا يتناولهم لا صورة ولا معنى ، واختلف أصحاب أبي حنيفة ﷺ في أولاد البنات هل يملكون الخصومة ، عندهما يملكون ، وعند محمد لا يملكون . انظر : بدائع الصنائع (٩/٩٩ ، ٤١ ، ٤٢٠٠) ، شرح فتح القدير (٥/٩٤ ، ٩٥) .

(١) حد القذف يختلف عن الأموال في الميراث ، فإذا مات أحد الورثة انتقل إلى أهلها الأخرى ، والوثيقة كذلك .

(٢) في (ص) : [ممن] ، وما أثبتناه من (ن) .

(٣) في (ص) : [يدل] وهو خطأ . وقد تكون يؤول إلا أن اللام مضبوطة بالكسرة .

(٤) أخرجه الإمام البخاري في باب الوصايا (٢/٢٥٤) ، والإمام أحمد في المسند (١/١٧٢) .

(٥) أي : قول المعترض أن قول القائل لا يورث يخالف الأصل ، والأصل في غير هذا يورث .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٥/٢٢٥٦) . (٧) انظر : بدائع الصنائع (٩/٤٢٠٤) .

(٨) سورة النساء : الآية ١٢ .

(٩) أي : أن الحق المتروك يورث ، وهذا - يعني الحد - ليس بمتروك ، فلا يورث . انظر : المغني لابن قدامة (٧/٤٠٧) .

(١٠) أي : لأن الحد لا يتبعض ، فلا يجب فيه الميراث ، وذلك لأن الميراث فيما يتبعض . انظر : بدائع الصنائع (٩/٤١٩٩ ، ٤٢٠٠) ، شرح فتح القدير (٥/٩٤ ، ٩٥) .

(١١) انظر : الحاوي للماوردي (١١/٢٦ ، ٢٧) ، مغني المحتاج (٣/٣٧٢) ، الشجاج : الجراح ، وهو مجموع بكسر المعجمة جمع شجة بفتحها . والشجاج شرعًا ، جراحات الرأس والوجه خاصة . انظر : المصباح المنير ٣٠٥ ، القاموس المحيط (١/١٩٥) فصل الشين باب الجيم ، اللباب (٢/٦٢١) ، مغني المحتاج (٥/٢٥٤) .

المال [١] .

٢٤٨٨٠ – قالوا : حق لا يصح الرجوع عنه بعد الاعتراف به فصار كمن قذف ميتًا [٢] .

٢٤٨٨١ – قلنا : يبطل بالمضاربة [٣] والشركة [٤] لأن هناك ثبت الحق للوارث [٥] .

٢٤٨٨٢ – قالوا : هو حق ثبت ابتداء للميت فجاز أن يورث عنه [٦] .

٢٤٨٨٣ – قلنا : لا نسلم ... [٧] .

٢٤٨٨٤ – فإن قيل : لو قذفهم لم يجب الحد إذا لم يكونوا محصنين .

٢٤٨٨٥ – قلنا : لأن القذف لم يصح ، وإذا قذف الميت فقد قدح في نسبهم بقذف صحيح [٨] .

٢٤٨٨٦ – قالوا : وقذف أمه بزنا بعد ولادته يثبت الحد ، وإن لم يقدح في نسبه . ولو قذف أباه أنه زنا الغرامة لم يقدح في نسبه [٩] .

---

(١) إن أكره على الوطء فإنه لا يجب الحد فلا يورث ، كما لا يورث حد القذف ، فإنه يقاس عليه . انظر : بدائع الصنائع (٩/٤١٥٢) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (١١/٢٦ ، ٢٧) ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٧/١٢١) .

(٣) المضاربة لغة : مفاعلة من الضرب في الأرض وهو السير فيها . واصطلاحًا : عقد شركة في الربح بمال من جانب رب المال وعمل من جانب المضارب ، ويقال لمن يقدم المال : رب المال ، أما العامل فيه فيقال له : المضارب (بكسر الراء) . وقد شاع استعمال لفظ المضاربة عند الحنفية والحنابلة ، أما المالكية والشافعية فإنهم يطلقون على هذا العقد لفظ : القراض . انظر : القاموس المحيط (١/٩٥) ، حاشية ابن عابدين (٥/٦٤٥) ، المهذب (١/٥٠٤) ، المغني لابن قدامة (٤/٣٤٦) .

(٤) الشركة لغة : الخلط سمي بها لأنها سببه . وشرعًا : عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح ، والشركة على ضربين : شركة أملاك وشركة عقود . انظر : لسان العرب لابن منظور (٤/٢٢٤٨) ، اللباب (٢/٣٤٢) .

(٥) أي أنه لو مات المضارب أو المشارك بطلت هذه المضاربة أو المشاركة ، وكذا حد القذف يبطل إذا مات المقذوف ، انظر : اللباب (٢/٣٥٦) .

(٦) أي إذا مات رب المال وأراد الوارث أن يعقد القراض ففيه قولان ، الصحيح لا يجوز لأن القراض قد بطل بالموت ، وهذا ابتداء قراض على غرض لم يجز ، انظر : المهذب : (١/٥٠٩) .

(٧) كلمات غير مقروءة بالهامش ، في سياق رد المصنف على من قال بأن الحق في القذف قد ثبت ابتداء للميت ، كما ثبت للمضارب والمشارك ثم انتقل عنهما لورثتهما .

(٨) انظر : بدائع الصنائع (٩/٤١٩٩) .

(٩) انظر : المهذب (٢/٣٤٩) .

٢٤٨٨٧ - قلنا : غلط من يقدح القذف في نسبه بزيادة يلحقه الشين بقذفه كما يلحقه بقذف نفسه [١] .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٩/٩) .

مسألة ١٢١٦

قذف الأخرس

٢٤٨٨٨ - قال أصحابنا : لا يصح قذف الأخرس ولا لعانه . فإن قذفها وهو صحيح ثم خرس لم يلاعن [١] .

٢٤٨٨٩ - وقال الشافعي : يصح قذفه ولعانه [٢] .

والدليل على أن قذفه لا يصح أن الإشارة قائمة مقام الصريح كالكناية [٣] ولأن أكثر أحوال الإشارة أنه يدل على الوطء الحرام من غير شبهة ولو نطق بهذا لم يكن قاذفًا / كذلك إذا دلت عليه الإشارة [٤] أشار ثم قال لم أرد القذف بالزنا قبل منه ، ولو كانت الإشارة محتملة فيصدق فيما يرى بها [٥] ولأنه قذف بغير نطق كالصحيح إذا أشار [٦] .

٢٤٨٩٠ - فإن قيل : لو أقر بقتل العمد اقتص منه ، وإن كان يثبت بالكتابة .

٢٤٨٩١ - قلنا : كان أبو بكر الرازي [٧] يقول إذا أقر بالقصاص لم يقتص منه [٨]

---

(١) وبه قال الإمام أحمد إذا كانت إشارته غير معلومة ، وكذا كتابته انظر : المبسوط (٤٢/٧) ، الهداية (٢٥/٢) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٧/٤) ، فتح القدير (١٢٤/٤) ، المغني (٣٩٦/٧) ، كشاف القناع (٣٩٢/٥) .

(٢) هذا إذا كانت له إشارة معقولة أو كتابة مفهومة . انظر : الحاوي للماوردي (٢٣/١١) ، المهذب (١٥٩/٢) ، الروضة للنووي (٣٥٢/٨) ، المجموع (٤٢٤/٦) ، وبه قال الإمام مالك وأحمد إذا كانت إشارته معلومة مفهومة . راجع المغني (٣٩٦/٧) ، المدونة الكبرى (١١٧/٣) ، كشاف القناع (٣٩٢/٥) .

(٣) مراد المصنف أن الإشارة كناية والقذف لا يثبت بالكنايات ، وقد رد الماوردي في الحاوي على هذا القياس فقال : « وأما استدلالهم بأن الإشارة بالقذف كناية ولا يثبت بها فهو أنها كناية من الناطق وصريح من الأخرس ، كما يصح النكاح بإشارته ، وإن لم يصح بالكناية » . انظر : الحاوي الكبير (٢٤/١١) .

(٤) مراد المصنف أنه لابد من التصريح بلفظ الزنا ليكون قذفًا موجبًا للحد أو اللعان ، ولا يتأتى هذا التصريح في إشارة الأخرس ، فإن إشارته دون عبارة الناطق بالكناية انظر : المبسوط للرخسي (٤٢/٧) ، البناية (٧٤٧/٤) وما بعدها .

(٥) انظر : المغني (٣٩٦/٧) .

(٦) انظر : المبسوط (٤٢/٧) ، رد المختار على الدر المختار (٤٩٠/٣) ، فتح القدير (١٤٢/٤) .

(٧) هو العلامة أحمد بن عليّ أبو بكر الرازي ، أخذ الفقه على أبي الحسن الكرخي وعنه محمد بن يحيي الجرجاني الزعفران والخوارزمي والنسفي ، وغيرهم من التصانيف المغيرة مات عام (٣٧٠ هـ) ، وصلى عليه أبو بكر الخوارزمي . انظر : الجواهر المضية (٢٢٠/١) ، القواعد البهية ٢٧ ، الطبقات السنية (٤٧٧/١) .

(٨) انظر : الاختيار (٢٦٧/٣) .

ويحمل ما قال في الجامع الصغير (ويقتص من الأخرس [١]) على أن القتل ثبت منه فعل هذا الرسول لهم ، ومن أصحابنا من يسلم ذلك وقال : القصاص يجوز أن يقر بصريح اللفظ وما أجري مجرى الصريح لأن من قال ضربته بحديدة وأنا قاصد [٢] موته فالإشارة كاللفظ القائم مقام الصريح .

٢٤٨٩٢ – فإن قيل : إذًا يجب بالقذف ولا احتمال فيه .

٢٤٨٩٣ – قلنا : لو كتب الصحيح لم يكن قذفًا ولولا الاحتمال قبل من الصحيح ، ولأن القذف بالكتابة فرع على القذف بغيرها ، فإذا دللنا على أنه قذفه لا يصح واللعان من حكم القذف الصحيح ، والدليل على أن لعانه لا يصح أنه لا يوجد منه لفظ الشهادة فصار كالصحيح إذا قال أعلم [٣] ولأن الإشارة قائمة مقام الكلام فصار كقوله أعلم [٤] . ولأن شهادة الأخرس لا تصح عندنا ، ومن ليس من أهل الشهادة لا يصح لعانه كالصبي [٥] . والدليل على أن شهادة الأخرس لا تصح قوله تعالى : ﴿ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ [٦] والأخرس ليس بمرضى ، ولأن الإشارة محتملة فلا يصح الشهادة بها كاللفظ المحتمل [٧] وإذا ثبت هذا قلنا لفظ شهادة تختص بالحاكم

---

(١) انظر : الجامع الصغير .

(٢) في (ص) [قاصدًا] ويجوز أن يكون المعنى وأنا حال كوني قاصدًا النيل منه فالإشارة كاللفظ ... والمثبت أوضح لهذه الدلالة لأن جملة (وانا قاصد منه ...) قد تعرب حالًا .

(٣) قال قي المبسوط « ولأنه لابد من لفظ الشهادة في اللعان ، حتى إن الناطق لو قال : « أحلف » مكان قوله : « أشهد » لا يكون صحيحًا ، فإذا ثبت أنه لابد من لفظ الشهادة وذلك لا يتحقق بإشارة الأخرس » . انظر : المبسوط (٤٢/٧) ، المغني (٣٩٦/٧) ، رد المحتار على الدر المختار (٣٩٠/٣) . وقد رد الماوردي في الحاوي هذا القياس فقال : « وأما الجواب عن استدلالهم بالشهادة فاللعان عندنا يمين ، ويمين الأخرس تصح بالإشارة وبالشهادة : جوزها أبو العباس بن جريح بإشارته فيكون الأصل على قوله غير مسلم : والذي عليه جمهور الأصحاب أنه لا تصح شهادته وإن صح قذفه ولعانه لوقوع الفرق بينهما من وجهين :

١- أن غيره يقوم مقامه في الشهادة ولا يقوم مقامه في القذف .

٢- أن القذف واللعان يختصان به فقضت الضرورة بإمضائه بإشارته كالنكاح والطلاق ، والشهادة لا تختص به فلم تدع الضرورة إلى إمضائه بإشارته . انظر : الحاوي (٢٤/١١) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (١١٥٢/٥) .

(٥) إذا قذف الصبي فلا حد ولا لعان ، وذلك لأن قوله هدر لا يفيد اللزوم ، ولأنه قول لا تحصل به الفرقة ولا يصح من غير مكلف كالطلاق واليمين . انظر : المبسوط (٤٢/٧) ، الهداية (٢٥/٢) ، المغنى (٣٩٤/٧) .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

(٧) شهادة الأخرس مشتبه فيها للاستدلال بإشارته على مراده بطريق غير موجب للعلم ، فتتمكن في شهادته تهمة =

كالشهادة بالديون .

٢٤٨٩٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ﴾ (١) (٢) .

٢٤٨٩٥ - قلنا : المراد به الرمي بصريح الزنا . وعندنا أنه لم يرمها بذلك ، لأنه قال فشهادة أحدهم ، والأخرس لا توجد منه الشهادة (٣) .

٢٤٨٩٦ - قالوا : كل زوج صح طلاقه صح قذفه أو صح لعانه كالناطق ، وربما قالوا : زوج صح يمينه (٤) .

٢٤٨٩٧ - قلنا : الناطق يصح طلاقه لأن لعانه يصح فيجعل المعلول علة (٥) ولأن الطلاق يصح بالصريح وغير الصريح ، والقذف لا يصح بغير الصريح فلم يعتبر أحدهما بالآخر (٦) ولأن المعنى في الناطق أنه وجد منه صريح القذف ، والأخرس لم يوجد منه صريح القذف فصار كالناطق إذا قذف بالكتابة (٧) .

٢٤٨٩٨ - قالوا : به ضرورة إلى نفي نسب ولد وليس منه كالناطق . وربما قالوا إنه مأمور بأن ينفي عن نفسه نسبًا ليس منه ويستحيل أن يؤمر بالنفي ولا يصح نفيه (٨) .

٢٤٨٩٩ - قلنا : الظاهر من حال المرأة العفة ، وأنه كاذب عليها ، وكيف نقول إنه مضطر إلى قذفها . وقولهم إنه مأمور بنفي النسب فإنه يؤمر بذلك إذا وجد منه النفي ، فأما إذا عجز عن السبب لم يؤمر ، ألا ترى أن اللّٰه تعالى نهى عن كتمان الشهادة ، ومن لا تقبل شهادته نحو أن لا يشهد ولا يمنع من الكتمان لأنه لا فائدة في إظهاره (٩) .

= لا يجب اللعان معها . فلا تستوي إشارته مع عبارة الناطق . انظر : المبسوط للسرخسي (١٦/١٣٠) .

(١) سورة النور : الآية ٦ . (٢) انظر : المهذب (٢/١٥٩) .

(٣) انظر : المبسوط (٧/٤٢) ، بدائع الصنائع (٥/١١٥٢) .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (١١/٢٤) ، المهذب (٢/١٥٩) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٥/١١٥٢) .

(٦) حاصل كلام المصنف هنا أنه فرق بين الطلاق وحد القذف ، فالطلاق يقع بالصريح كقوله أنت طالق ، ومطلقة ، وطلقتك وأنت الطلاق ، وبغير الصريح وهي الكناية ، كقوله أنت بائن ، بتة ، خلية وغير ذلك من ألفاظ الكنايات ، وأما القذف فلا يصح إلا بصريح الزنا ، كقوله يا زاني أو يا ابن الزانية ، ولا يقع بالكناية لأن الكناية محتملة لمعان عدة ، وهذا يورث شبهة تمنع الحد ، انظر : الهداية (٢/١١٢) ، الاختيار (٣/٧٤ ، ٢٨٠) .

(٧) انظر : الاختيار (٣/٢٨٠) .

(٨) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١١/٢٤) .

(٩) في (ص) [الإظهار] .

٢٤٩٠٠ - قالوا : إشارة قائمة مقام النطق بدلالة البيع والنكاح والطلاق [١] .

٢٤٩٠١ - قلنا : هذه العقود ثبتت بالصريح والكناية ، والإشارة تجري مجرى الكناية فقامت مقام النطق بدلالة البيع والنكاح ، فلم يصح بالإشارة القائمة مقام الصريح [٢] [٣] .

* * *

(١) انظر : الحاوي للماوردي (٢٤/١١) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (١٤٤/٦) .

(٣) قلت : « وقد استدل الشافعية ومن وافقهم أيضًا بأنه لما صح منه النكاح مع تأكيده بالولي والشاهدين فأولى أن يصح منه ما هو أخف من القذف وللعان ، ولأنه لما صح منه الطلاق مع جواز نيابة وكيله فيه فأولى أن يصح بما لا تجوز النيابة فيه من قذف ولعان ، ولأن الأخرس لا يمنع اليمين فوجب أن لا يمنع من اللعان كالطرش . انظر : الحاوي للماوردي (٢٤/١١) .

مسألة ١٢١٧

إذا رمى زوجته بالزنـا قبل التزويج

٢٤٩٠٢ – قال أصحابنا : إذا رمى زوجته بالزنا قبل التزويج وجب عليه اللعان [١] .

٢٤٩٠٣ – وقال الشافعي : وجب الحد واختلف أصحابه إذا قذفها بزنا قبل النكاح فزعم أنها ولدت في النكاح وأراد نفي الولد فقال : أبو هريرة [٢] يلاعنها وقال المروزي [٣] لا يلاعنها ويحد [٤] .

٢٤٩٠٤ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ﴾ [٥] ، ولم يفصل [٦] [٧] ولا يقال إنه زنا وليست زوجته [٨] لأن الرمي اسم مشتق من فعل فيستحيل أن يكون راميًا قبل فعله ، وهو إذا رمي في حال النكاح فكيف يقال إنه رماها قبل التزويج ، ويدل عليه أن عويمر العجلاني [٩] قذف امرأته فلاعن النبي ﷺ بينهما [١٠] ولم يسئل عن الحال التي رماها بالزنا فيها فلو اختلف الحكم لفعل ، ولأن كل زوج من أهل الشهادة إذا حقق

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٠/٧) ، بدائع الصنائع (١٤٩/٥) ، شرح فتح القدير (١١٨/٤) ، وبه قال مالك انظر : المدونة (١١٨/٥) .

(٢) سبقت ترجمته .

(٣) هو أبو علي الحسن بن الحسين البغدادي ، أخذ الفقه عن أبي العباس بن سريج والمروزي انتهت إليه رئاسة العراقيين ، له من المصنفات شرح مختصر المزني توفي عام (٣٤٥ هـ) انظر : طبقات الشيرازي : ١١٢ ، طبقات العبادي ، طبقات الإسنوي : (٢٩١/٢) .

(٤) وبه قال الإمام أحمد ، انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) ، المهذب (١٥٨/٢) ، مغني المحتاج (٣٨٣/٣) ، المغني (٤٠٢/٧) ، روضة الطالبين (٣٣٧/٨) .

(٥) سورة النور : الآية ٦ .

(٦) أي : ولم يفصل بين ما إذا كان القذف بزنا بعد الزوجية أو قبلها ، انظر : البدائع (٢١٤٩/٥) .

(٧) قال في الحاوي ردًا على هذا الاستدلال قال : « الاستدلال بالآية فيما ذكرناه من الاعتبار بحال الزنا دون القذف دليل على أنه قاذف بالزنا لغير زوجته ، فلم يكن فيها دليل » انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) .

(٨) أي : أن المخالف اعتبر أن القذف رمي بالزنا ، وقد قذفها بزنا هي فيه أجنبية منه ، فلم يجز أن يلاعن به . انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) .

(٩) هو عويمر بن الحارث بن زيد العجلاني صاحب اللعان ، رمى زوجته بشريك بن السمحاء فلاعن رسول الله ﷺ بينهما سنة تسع من الهجرة انظر : الاستيعاب (١٢٢٦/٣) ، أسد الغابة (٣١٧/٤) ، الإصابة (٧٤٦/٤) .

(١٠) أخرجه البخاري في صحيحه باب اللعان ، ومن طلق بعد اللعان من حديث سهل بن سعد (٧٠٣٣/٥) ، ومسلم في صحيحه كتاب اللعان (١١٢٩/٢) .

الزنا بالبينة حد فإذا لم يحققه لاعن . أصله إذا قذفها بزنا في الحال [1] [ولأنه ألحق الشين بها في حال الزوجية ، فصار كما لو قذفها في الحال] [2] ولأن القذف الصحيح إذا وجد اعتبر حال ظهوره دون حالة الإضافة . بدلالة أن ابن عشرين سنة إذا قال لابن خمسين سنة زنيت قبل ثلاثين سنة ولو اعتبر بحالة الإضافة استحال أن يكون قاذفًا قبل أن يخلق ، ولا يلزم على هذا إذا قال : زنيت وأنت صغيرة ، لأن هذا ليس بقذف صحيح لأن الصغيرة لا يكون منها الزنا فلا يجب الحد لهذا المعنى لأنا اعتبرنا حال الإضافة [3] .

٢٤٩٠٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ﴾ [4] [5] .

٢٤٩٠٦ - قلنا : آية اللعان متأخرة عن هذه الآية وهي خاصة فيقضى بها على العموم على أصل مخالفنا [6] وعلى أصلنا إذا تأخر الخاص عن العام وجب نسخ بعضه فيقضى بالناسخ على المنسوخ [7] .

٢٤٩٠٧ - قالوا : آية اللعان نزلت على سبب وهو قذف هلال بن أمية [8] وذلك كان منها في حال الزوجية [9] .

٢٤٩٠٨ - قلنا : المعتبر بعموم اللفظ دون خصوص السبب .

٢٤٩٠٩ - قالوا : ذاك إذا تجرد ، فأما إذا عارضه عموم خرج على غير سبب وجب أن يقضى بما خرج على سبب على هذه [10] .

٢٤٩١٠ - قلنا : القضاء بالخاص على العام . وإنما أوجب عندكم لأنه أقوى في

---

(١) انظر : بدائع الصنائع : (٢١٤٩/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) إذا قال زنيت وأنت صغيرة فلا حد عليه ولا لعان ، لأن فعل الصغيرة لا يكون زنًا شرعًا ، فقد نسبها إلى ما لا يتحقق شرعًا فيكون هذا بمنزلة ما لو نسبها إلى ما لا يتحقق أصلًا بأن قال : « زنيت قبل أن تخلقي » ، ولأن الصغيرة لا يلحقها العار ولا الإثم شرعًا والقذف بالزنا يتعير به المقذوف . انظر : المبسوط (٥٠/٧) .

(٤) سورة النور : الآية ٤ .

(٥) وجه الدلالة من الآية أن هذا في الزنا الذي رميت به أجنبية فحد ولم يلتعن . انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) .

(٦) قال في البدائع : « وأما آية القذف فهي مقدمة على آية اللعان ، فيجب تخريجها على التناسخ فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره ، وعند الشافعي يقضى على العام بالخاص بطريق التخصيص . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع : (٢١٤٩/٥) .

(٨) سبقت ترجمته .

(٩) انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) .

(١٠) انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) .

تناول الحكم وبيانه . وهذا المعنى موجود وإن خرج على سبب .

٢٤٩١١ - قالوا : قذفها بزنا إضافة إلى حالة لا يلحقه الولد فوجب أن لا يكون له اللعان ، كما لو قذف أجنبية ثم تزوجها [١] .

٢٤٩١٢ - قلنا : لو قذف من لا يكون منها ولد ولا ماسها أو رتقاء لَاعَنَ ، فيبطل هذا الاعتبار . والمعنى في قذف الأجنبية أن قذفه لم يصادف الفراش ، وفي مسألتنا صادف قذفه الفراش وهو من أهل اللعان [٢] .

٢٤٩١٣ - قالوا : غير محتاج إلى اللعان ، لأنه لا معرة عليه في ذلك الزنا ، فصار كقاذف الأجنبية [٣] .

٢٤٩١٤ - قلنا : اللعان حق المرأة ، ولهذا تجب بمطالبتها [٤] فكيف يعتبر في ثبوته حالُ الزوج ؟ ولأن الزوج يلحقه شين بزنا امرأته قبل أن يتزوجها وبعد أن يتزوجها فالحكم في الحالتين واحد ، لأن قاذف الأجنبية لو كانت به حاجة إلى قذفها ، مثل أن يكون ولدها وارثا معه أو يحجبه لم يجب اللعان .

٢٤٩١٥ - قالوا : من قذف شخصًا بزنا مضافًا إلى حاله فالمعتبر بما يتعلق بذلك القذف على القاذف بحال إضافة الزنا لإيجاب ذكر الإضافة ، بدليل أنه لو قال لمعتقته : زنيت وأنت أمه ، ولمسلمة : زنيت وأنت نصرانية ، ولبالغة : زنيت وأنت طفلة وجب الحد [٥] .

٢٤٩١٦ - قلنا : إذا قذف المعتقة والمسلمة فعليه الحد في المسألتين لأنه قذف قذفًا صحيحًا ، إذ الأمة والنصرانية قد يزنيان فوجب الحد اعتبارًا بحال القذف لا بحال الإضافة [٦] وأما إذا قال : زنيت وأنت صغيرة فالقذف لم يصح ، لأن الصغيرة لا يكون منها الزنا ، فلم يجب الحد لأن القذف لا يصح لما ذكره [٧] .

* * *

---

(١) انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) ، المهذب (١٥٨/٢) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) . (٣) انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) .

(٤) انظر : الهداية (١١٢/٢) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٨٤/٣) .

(٥) وفي (ص) (زينب وأنت صغيرة) والمثبت من (م) و(ن) لقطعية دلالته . انظر : الحاوي الكبير (٣٧/١١) .

(٦) انظر : المبسوط (٥٤/٧) . (٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٠/٧) .

مسألة ١٢١٨

إذا أبان امرأته ثم قذفها بالزنا

٢٤٩١٧ - قال أصحابنا : إذا أبان امرأته ثم قذفها بالزنا حد [١] .

٢٤٩١٨ - وقال الشافعي : إن قذفها بزنا في حال النكاح ، وهناك ولد تلاعنا ونفى الولد [٢] .

٢٤٩١٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ ﴾ الآية ولم يفصل [٣] ، ولأنه قذفها وليس بينهما نكاح فصارت كالأجنبية [٤] . ولأنه لو قذفها بغير ولد لم يلاعنها ، كذلك إذا قذفها بإنكار ولد كأم ولده [٥] . ولأن اللعان سبب بقطع الفراش فلا يثبت بعد انقضاء العدة كالطلاق ، ولأن اللعان وضع لقطع الفراش ونفي النسب على طريق التبع ، بدلالة أن اللعان ثبت ولا ولد ، وقد انقطع الفراش فلا معنى لإثبات اللعان [٦] .

٢٤٩٢٠ - احتجوا : بأنه قذف به حاجة إليه ، فوجب أن يكون له تحقيقه باللعان ، كما لو كانت زوجة [٧] .

٢٤٩٢١ - قلنا : اللعان حق لها بدلالة ثبوته بمطالبتها ، فلا معنى لاعتبار حاجة القاذف إليه ، ولأنه إذا سكت عن النفي ثم بان أنه ليس منه فهو محتاج إلى القذف ، كي ينتفى الولد . والمعنى في قاذف الزوجة أن قذفه [قد] [٨] صادف الفراش وهو من أهل الشهادة فكان موجبه اللعان .

٢٤٩٢٢ - قالوا : ولد يلحقه بغير رضاه فكان له سبيل إلى نفيه . أصله ولد الزوجة .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ٢١٧ ، بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) ، رد المحتار (٤٨٣/٣) .

(٢) وبه قال الإمام مالك وأحمد . انظر : المدونة (١١٣/٣) ، الأم (٢٨٧/٥) ، الحاوي الكبير (٣٥/١١) ، المهذب (١٥٨/٢) ، المغني (٤٠٠/٧) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٨/٥) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٨٧/٣) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٤١/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) ، رد المحتار (٧٨٣/٣) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٩/٥) .

(٧) انظر : الحاوي للماوردي (٣٥/١١) ، المهذب (١٥٨/٢) .

(٨) زيادة من (م) ، (ن) .

٢٤٩٢٣ - قلنا : مالا يلحقه الْقسمُ إذا لزمه بفعله لم ينفسخ . وإذا لزمه حكمًا بغير رضاه يجوز أنه لا ينفسخ كعتق ذوي الأرحام . ومعلوم أن النسب لو ثبت باعترافه لم يصح نفيه [(١)] . وكذلك يجوز إذا لزمه حكمًا أن لا يصح نفيه ، وتبطل هذه العلة إذا قذف زوجته فصدقته أوأقام [عليها] [(٢)] بينة بالزنا / [(٣)] فإن قالوا : يلاعنها مع ذلك لم يصح [(٤)] لأنه يستحيل أن تقول أشهد أنه من الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وهي تقر أنه صادق على أصلهم ، وكذا الزوجة . والمعنى أنه لو قذفها بغير ولد لم يثبت اللعان . كذلك إذا قذفها بولد .

٢/أ

* * *

(١) وانظر : الهداية (٢/٢٥) . (٢) زيادة من (م) ، (ن) .
(٣) وإذا صدقت المرأة زوجها عند الإمام فقالت : « صدق » ، ولم تقل « زنيت » فأعادت ذلك أربع مرات في مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنا ، لأن قولها صدق كلام محتمل ، ولم تفصح بالإقرار بالزنا فلا يلزمها الحد ولكن يبطل اللعان ، ولا يحد من قذفها بعد هذا ، لأن الظاهر أنها صدقته في نسبتها إلى الزنا ، والظاهر يكفي لإسقاط إحصانها . انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٥٧) .
(٤) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١١/٧٧) .

مسألة ١٢١٩

إذا قذف المرأة بالزنا ثم أبانها

٢٤٩٢٤ - قال أصحابنا : إذا قذف امرأته بالزنا ثم أبانها سقط اللعان ولا حد [(١)] .

٢٤٩٢٥ - وقال الشافعي : يلاعن سواء كان هناك ولد أو لم يكن [(٢)] .

٢٤٩٢٦ - لنا : أنه سبب للفرقة فلا يثبت حكمه بعد البينونة بانقضاء العدة لا التخيير . ولو خيرها ثم أبانها سقط حكم تخييرها [(٣)] ولأنها فرقة تختص بحضرة الحاكم فلا يثبت مع وجود وجه البينونة كفرقة العنة [(٤)] ولأنها أجنبية فيه بينه وبينها لعان كما لو قذفها قبل النكاح [(٥)] .

٢٤٩٢٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ﴾ [(٦)] [(٧)] .

٢٤٩٢٨ - قلنا : الآية بعد وجوب اللعان ، وتلا ذلك الاستيفاء فقال : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ ﴾ [(٨)] يعني أحد الزوجين وبعد الطلاق لأن لا زوجية فلم يوجد الشرط

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ٢١٧ ، المبسوط للسرخسي (٤٩/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٤/٥) ، الدر المختار : (٣٣٦/١) ، رد المحتار على الدر المختار : (٤٨٧/٣) .

(٢) وبه قال الإمام مالك وأحمد انظر : الأم للشافعي (٢٨٨/٥) ، روضة الطالبين (٣٣٦/٨) ، مغني المحتاج (٣٨٢/٣) ، المدونة (١١٣/٣) ، المغني (٤٠٢/٧) .

(٣) انظر : الاختيار (٥٩/٣ ، ٨٧) .

(٤) إذا اختارت نفسها في فرقة العنة فقال أبو يوسف ومحمد تبين منه ، وهو ظاهر الرواية ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها لا تبين إلا بتفريق القاضي وهو المشهور من المذهب . لهما أن الشرع خيرها عند تمام الحول دفعًا للضرر عنها ، فلا يحتاج إلى تفريق القاضي ، كما إذا خيرها الزوج . وله أن النكاح عقد لازم ، وملك الزوج فيه معصوم ، فلا يزول إلا بإزالته دفعًا للضرر عنه ، لكن لما وجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان ، وقد عجز عن الأول بالعنة ، ولا يمكن القاضي النيابة فيه فوجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع عنه ناب القاضي منابه لأنه نصب لدفع الظلم فلا تبين بدون تفريق القاضي ، فإذا فرق يصير كأنه طلقها بنفسه ، فتكون تطليقة بائنة ليحصل مقصودها ، وهو دفع الظلم عنها بملكها نفسها . انظر : الاختيار : (٥٨/٣) .

(٥) إذا قذفها بزنا قبل النكاح فهو قاذف ، وعليه اللعان ، وقد سبق تفصيل هذه المسألة . وانظر المغني (٤٠٢/٧)

(٦) سورة النور : الآية ٦ .

(٧) وجه الدلالة من الآية أن هذا رمى زوجته فيدخل في عموم الآية ، إذا لم يلاعن وجب الحد بعموم قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً ﴾ انظر : المغني (٤٠٢/٧) .

(٨) سورة النور : الآية ٦ .

بالاستيفاء [(١)] .

٢٤٩٢٩ - قالوا : كل بينة سقط بها موجب القذف لا يعتبر حكمها بالبينونة كالشهادة [(٢)] .

٢٤٩٣٠ - قلنا : الشهادة تسقط بموجب القذف بكل حال ، زوجة كانت المقذوفة أو أجنبية [(٣)] . فإذا أبانها صارت أجنبية فلم يغير حكم البينة ، والكفارة لا تؤثر في حكم قذف الأجنبية ، فإذا صادف أجنبية بالفرقة سقط حكم اللعان ، وهذا جار على أصلنا أن الطارئ على الحدود يسقطها كالموجود في الابتداء ، واللعان يوجب القذف وهو في حكم الحد .

٢٤٩٣١ - قالوا : به ضرورة إلى نفي ولد ليس منه [(٤)] .

٢٤٩٣٢ - قلنا : اللعان ثبت هنا بغير ولد عنده ، فلا معنى لاعتبار الضرورة في نسب الولد ، ولأن القاضي هو الذي يقضي باللعان ، فلو كان ثبت لضرورة الزوج وجب أن تثبت هذه الضرورة عند الحاكم .

٢٤٩٣٣ - قالوا : قذف صادف الزوجية فصار كما لو نفى النكاح .

٢٤٩٣٤ - قلنا : إذا نفى النكاح فالفراش باقٍ وأسباب القذف يجوز إن ثبت مع بقاء الفراش ومتى بانت زال الفراش ، فلا يثبت سبب الفرقة بعد زواله .

٢٤٩٣٥ - قالوا : هذا يؤدي إلى أن يقذف محصنة فيسقط حكم قذفها ، ولا يجب به حد ولا اللعان [(٥)]

٢٤٩٣٦ - قلنا : هذه مناقضة لأن عندهم أن اللعان يجب بقذفه [(٦)] لأنه يضطر

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٤/٥) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (٣٩/١١) .

(٣) الشهادة مع القذف لهما حالتان : الأولى : إذا قذفها أولًا ثم أقام أربعة شهود على زناها هو منهم ، ففي هذه الحال لا تصح الشهادة لأنه صار مستوجبًا اللعان ، وهو إنما يقصد بالشهادة بعد ذلك إسقاط اللعان عن نفسه ، والحد الواجب بزناها يخلص حقًا لله ، وإنما يكون الزوج مدعيًا إذا قصد بشهادته إثبات حق لنفسه وليس في هذه الشهادة إثبات حق الله . الثانية : أن يأتي بأربعة شهود على زناها هو منهم ، فتجوز شهادتهم ويمضي الحد عليها ، فإذا قذفها بعد ذلك فلا حد ولا لعان لأنها غير محصنة . انظر : المبسوط للسرخسي (٥٥/٥٤/٧) .

(٤) انظر : الحاوي الكبير (٣٩/١١) .

(٥) انظر : الحاوي الكبير : (٤٠/١١) ، روضة الطالبين (٣٣٦/٨) .

(٦) انظر : المهذب (١٥١/٢ ، ١٥٢) ، مغني المحتاج (٣٦٧/٣) ، روضة الطالبين (٣٣٣/٨) .

إلى قذفها حتى لا يلحقه ولد ليس منه ، ولأنها أدخلت عليه المعرة فكيف يقال هاهنا إن اللعان من حقوق المرأة ؟ فأما على قولنا فاللعان وضع لتتخلص من زوج يقذفها ، وتتوصل إلى زوج لا يقذفها ، وهذا المعنى قد حصل بالبينونة (١) .

* * *

(١) قد احتج المخالفون أيضًا بأنه قاذف لزوجته فوجب أن يكون له أن يلاعن كما لو كان على النكاح إلى حالة اللعان . انظر : المغني (٤٠٢/٧) .

مسألة ١٢٢٥

قذف المرأة المتزوج بها زواجا فاسدًا

٢٤٩٣٧ - قال أصحابنا : إذا تزوج امرأة نكاحها فاسدٌ ثم قذفها ثم لاعنها لم تحرم باللعان تحريمًا مؤبدًا (١) .

٢٤٩٣٨ - وقال الشافعي : إن لم يكن نسب فلا لعان ، وإن كان هناك نسب تلاعنا (٢) . وفيه وجهان .

٢٤٩٣٩ - لنا : أن الأصل وجوب الحد بقذف المحصنة ، أو التعزير بقذف المحصنة خص من ذلك الزوج باللعان ؛ فمن ليس بزوج على ما كان عليه (٣) ولأن اللعان موضوع لقطع الفراش فلا يثبت والنكاح الفاسد كالطلاق (٤) ، ولأنه من خصائص النكاح كالطلاق والإيلاء والظهار ، ولأنه تفريق يختص سببه بحضرة الحاكم كالفرقة

---

(١) إذا قذف امرأته المنكوحة منه نكاحًا فاسدًا فلها حالتان :
١ - أن يكون القذف بالزنا ، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء في أنه لا لعان ولا حد . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٨/٥) ، حاشية الدسوقي (٤٥٨/٢) ، الحاوي للماوردي (٤١/١١) ، المغني (٤٠٠/٧) .
٢- إذا كان هناك نسب يريد نفيه . وآراء الفقهاء فيه كما يلي : ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه لا لعان بينهما ويلحقه الولد وليس له نفيه ، انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٨/٥) ، شرح فتح القدير (١١١/٤) ، البناية (٧٢٩/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٨٣/٣) . وذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد إلى أنه إذا كان هناك نسب جاز اللعان ولا حد عليه ، انظر : حاشية الدسوقي (٤٥٨/٢) ، المهذب (١٥٨/٢) ، الحاوي للماوردي (٤١/١١) ، المغني (٤٠٠/٧) .
(٢) ساقط من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .
(٣) وقد نوقش القياس على الأجنبي بأنه قذف من زوج ، فهو في حكم الأزواج في لحوق النسب وإن لم يكن زوجًا ، فلذلك خالف فيه الأجنبي لاختصاصه بنسب يضطر فيه إلى نفيه بلعان ، انظر : الحاوي للماوردي : (٤٢/١١) .
(٤) القياس على الطلاق لا يصح لوجهين : أحدهما : أن الطلاق يملك بالعقد فلم يثبت إلا في صحيحه دون فاسده . واللعان يملك بحدوث الزنا فجاز أن يملك به في صحيح العقد وفاسدة . والثاني : أن الطلاق مختص بالفرقة والنكاح الفاسد لا يحتاج فيه إلى وقوع الفرقة واللعان موضوع لنفي المعرة بوقوع الفرقة ونفي لحوق النسب فصح فيه اللعان لبقاء سببه ، ولهذا المعنى منع أن يلاعن من غير ذات ولد لزوال أسبابه كلها انظر : الحاوي الكبير للسيوطي (٤٣/١١) .

بالعنة (١) ولأنه قذف لم يصادف الزوجية كقذف الأجنبية (٢) ولأن من أصلنا أن الموطوءة بنكاح فاسد لو قذفها أجنبي لم يحد (٣) واللعان أحد موجبي القذف كالحد .

٢٤٩٤٠ - احتجوا : بأنه فراش يتحقق به نسب ليس له نفيه بغير لعان ، فوجب أن يكون له نفيه باللعان كالنكاح الصحيح (٤) .

٢٤٩٤١ - قلنا : ولد أم الولد ، فإن قالوا هناك يجوز نفيه عندنا بغير اللعان بأن يدعي فيه الاسترقاق ويحلف (٥) .

٢٤٩٤٢ - قلنا : النقض بالوطء بعد الاستبراء ؛ فإن كان يدعي الاستبراء كاذبًا فكذلك في مسألتنا يجحد الولد فلا يثبت النسب ، والمعنى في النكاح الصحيح ، أن القذف لو كان بغير ولد ثبت اللعان ، وكذا إذا كان بولد ، وفي مسألتنا بخلافه .

٢٤٩٤٣ - قالوا : النسب في النكاح الصحيح أقوى من الفاسد ، بدلالة أن في الصحيح يثبت النسب بأنه كان للوطء ومضي مدة الحمل . وفي الفاسد لا يثبت إلا بالوطء ، فإذا انتفى اللعان بالنسب الأقوى فالأضعف أولى (٦) .

٢٤٩٤٤ - قلنا : النسب ثبت في الصحيح والفاسد بالفراش لأن الفراش في الصحيح ثبت بالعقد وفي الفاسد بالوطء ، ثم النسب في الفاسد أقوى عندنا ، لأنه لا يُنْفى بحال ، فلا نسلم ما ذكروه (٧) .

٢٤٩٤٥ - قالوا : به ضرورة إلى نفي ولد ليس منه (٨) .

٢٤٩٤٦ - قلنا : يبطل إذا سكت عن نفيه وهو لا يعلم أنه ليس منه ثم بان له ،

---

(١) انظر : البناية في شرح الهداية (٧٣٣/٤) .

(٢) هذا قياس مع الفارق لأن الأجنبيات لا يلحقه ولدهن فلا حاجة به إلى قذفهن . انظر : المغني : (٤٠٠/٧) .

(٣) إذا قذفها أجنبي فلا يجب عليه الحد لأنها وطئت وطأ حرامًا فذهب إحصانها ، ثم رجع أبو يوسف وقال : « يجب بقذفها الحد واللعان ، لأن هذا وطء يتعلق به ثبوت النسب ووجوب المهر ، فكان كالموجود في النكاح فلا يزيل العفة عن الزنا » ، والجواب أن الوطء حرام لعدم النكاح إنما الموجود شبهة النكاح فكان ينبغي أن يجب الحد عليها إلا أنه سقط للشبهة فلأن يسقط الحد واللعان عن القاذف لمكان الحقيقة أولى . انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٨/٥) .

(٤ ، ٥) انظر : الحاوي الكبير (٤٢/١١) .

(٦) انظر : الحاوي الكبير (٤٢/١١) ، المغني (٤٠٠/٧) .

(٧) انظر : البناية في شرح الهداية (٦٤٨/٤) .

(٨) انظر : الحاوي الكبير (٤٢/١١) ، المغني (٤٠٠/٧) .

والحاكم هو الذي يلاعن ، وهذه الضرورة لا يعلمها [1] .

* * *

(١) واستدل الشافعي ومن وافقه أيضًا بما يلي : -

١ - قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ﴾ وهذه في حكم الأزواج في درء الحد ووجوب المهر ولحوق النسب فاقتضى أن تكون مثلهن في جواز اللعان .

٢ - ولأنها ذات فراش لا يقدر على نفي نسبه بغير اللعان ، فجاز له نفيه باللعان كالزوجة .

٣ - أن المستفاد باللعان شيئان رفع الفراش ونفي النسب ، فلما جاز أن ينفرد برفع الفراش جاز أن ينفرد بنفي النسب لأن ما قدر على رفع شيئين قدر على رفع أحدهما .

٤ - أن أصول الشرع مستقرة على أن أحكام العقود الفاسدة معتبرة في أحكامها في الصحة فلما جاز نفي النسب في صحيح المناكح كان نفيه في فاسدها أولى ، انظر : الحاوي الكبير (٤٢/١١) ، المغني (٤٠٠/٧) .

مسألة ١٢٢١

قذفها بالوطء في الموضع المكروه

٢٤٩٤٧ - قال أبو حنيفة : إذا قذفها بالوطء في الموضع المكروه لم يلاعنها .

٢٤٩٤٨ - قال الشافعي : يلاعنها

٢٤٩٤٩ - لنا : أنه وطء لا يؤدي إلى اختلاط النسب ، فالقذف به لا يوجب اللعان كما لو وطئ فيما دون الفرج . وهذه المسألة مبنية على أن هذا الوطء يتعلق به حد ولأنه يجب على الأجنبي إذا قذفها به الحد ، كذلك اللعان .

٢٤٩٥٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾

٢٤٩٥١ - قلنا : أجمعنا على أن المراد به الرمي بالزنا فصار كالمذكور ، ونحن لا نسلم أن هذا زنا [١]

٢٤٩٥٢ - قالوا : فرج تبتغى اللذة بالوطء فيه غالبًا كالفرج [٢] .

٢٤٩٥٣ - قلنا : المعنى هناك أن النسب يختلط بالوطء فيه فلا يوجد في غيره .

٢٤٩٥٤ - قالوا : أدخلت عليه المعرة فكان له قطع فراشها كالوطء في الفرج .

٢٤٩٥٥ - قلنا : قد بينا أن اللعان في الظاهر ثبت لحقها ولنفي الشين عنها ولهذا يقف على مطالبتها ، فلم يصح ما قالوه . ولأن الشين الذي لحقها بالقذف متحقق والشين الذي أدخلته عليه فيه بدعواه لا يعلم فكيف تعلق الحكم بشين لم يثبت ، ولا تعلق بشين ثابت معلوم [٣] .

* * *

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٣/٥) .
(٢) انظر : الحاوي الكبير (٣٨/١١) .
(٣) استدل الشافعية أيضًا بأنه قَذف به الحد فجاز فيه اللعان كالقبل . انظر : الحاوي الكبير (٣٨/١١) .

مسألة ٢٢٢

إذا نفى حمل امرأته زاعمًا أن الحمل من الزنا

٢٤٩٥٦ - قال أبو حنيفة : إذا نفى حمل امرأته لم يجب حد ولا لعان . وإن قذفها بالزنا وزعم أن الحمل من الزنا لاعن ولم ينتف نسب الولد (١) .

٢٤٩٥٧ - وقال الشافعي : إذا قال هذا الحمل ليس مني لاعن ونفي القاضي (٢) .

٢٤٩٥٨ - لنا : أنه يحتمل أن يكون حملًا ، ويحتمل أن يكون ريحًا . وإن علق القذف بنفي الحمل فكأنه قال إن كنت حاملا من زنا ، والقذف لا يصح تعليقه بالشرط ولأن الأحكام التي ينفرد بها الحمل لم تقف على ولادته حتى يثبت الدليل عليها باستحقاقه للميراث والوصية ، فلو ثبت نفي النسب فيه تعلق بشرط ، ونفي النسب لا يجوز تعليقه بالشروط ولأنه لا يملكه بالتمليك فلا ينفى نسبه باللعان ، كما لو ولدته ميتًا ولأن العفو لا يصح عليه فلا ينتفي نسبه . دليله ما ذكرنا (٣) .

٢٤٩٥٩ - احتجوا (٤) : بما روي أن هلال بن أمية قذف امرأته فلاعن النبي ﷺ بينه وبينها ونفى حملها (٥) .

٢٤٩٦٠ - قلنا : لا دلالة في هذا الخبر لأنه قذف امرأته بصريح الزنا (٦) وذكر الحمل روى ذلك ابن مسعود ، وابن عباس ، وغيرهما وقال : الرجل يجد مع امرأته

---

(١) وبه قال زفر وأحمد . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، مختصر الطحاوي ٢١٦ ، شرح فتح القدير (١٢٤/٤) ، بدائع الصنائع (٢١٤٥/٥) ، حاشية ابن عابدين (٤٩١/٣) ، الاختيار (٣٣٧/١) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٨/٤) ، كشاف القناع عن متن الإقناع : (٣٩٧/٥) .

(٢) قال في الحاوي للماوردي أنه فيه وجهان : أحدهما : أن له أن يلاعن من حملها كما يلاعن من ولدها . والثاني : وافق ما قاله الإمام أبو حنيفة أنه لا يجوز أن يلاعن بينما ذهب أبو يوسف ومحمد إلى وجوب اللعان إن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر . انظر : الحاوي للماوردي (٣٥/١١) ، المهذب (١٥٦/٢) ، مغني المحتاج (٣٨١/٣) ، المجموع (٤١٦/١٦) ، روضة الطالبين (٣٢٧/٨) ، بداية المجتهد (٨٧/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٥٧/٢) ، بدائع الصنائع (٢١٤٥/٥) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٨/٨) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٥/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٥/٥ ، ٢١٤٦) ، شرح فتح القدير (١٢٥/٤) .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) انظر : مغني المحتاج (٣٨١/٣) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢١٤٦/٥) .

رجلًا . فإن قتل قتلتموه وإن أبدى ذلك جلدتموه ، وإن سكت أمسك على غيظ [١] وروي أنه ابتلي بذلك فقذف امرأته بشريك بن سمحاء ، وعندنا انه إذا صرح بالقذف وذكر الحمل لاعنهما فأما احتجاجهم بنفي الولد فلا حجة فيه لأن النبي ﷺ ثبت [٢] وجوده بالوحي ولهذا قال إن جاءت به على صفة [٣] كذا فهو لهلال ، وإن كان على صفة كذا فهو لشريك والمانع من نفي نسب الحمل أنا لا نتيقن وجوده وإذا علم بالوحي وجوده ثبت اللعان عليه .

٢٤٩٦١ – وجواب آخر وهو قوله ﷺ : إن جاءت به على صفة كذا فهو لهلال يدل على أنه لم ينتف نسبه ، لأن النسب لو انتفى لم يعتد بوجود سببه [٤] .

٢٤٩٦٢ – قالوا : حالة يصلح استلحاق الولد فيها فيصح نفيه أصله . بعد الوضع [٥] .

٢٤٩٦٣ – قلنا : إذا استلحق الحمل وقف ثبوت نسبه على الولادة . فأما إن ثبت في الحال فلا . والتزام النسب يتعلق بشرط ، والقذف لا يتعلق بشرط [٦] . والمعنى فيما بعد الولادة أن الأحكام المختصة به يجوز أن تثبت له [٧] .

٢٤٩٦٤ – وقبل الولادة لا تثبت الأحكام المختصة قبل البيع والنكاح . كذا نفي النسب .

٢٤٩٦٥ – قالوا : كأن حاله أن يتعلق بالشروط .

٢٤٩٦٦ – قالوا : أحكام الحمل ما ثبت بالظاهر ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ ﴾ [٨] وقال : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ ﴾ [٩] وفرض في الدية الحوامل ويجوز

---

(١) حديث أخرجه البخاري (٤٤٩/٨ ، ٤٧٤٥) ، ومسلم (١١٢٩/٢ ، ١٤٩٢/١) .

(٢ ، ٣) ساقطة من [ن] .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٥/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٦/٧) ، شرح فتح القدير (١٢٥/٤) .

(٥) أي : أن حكم اللعان نفي الولد فيجوز أن يلاعن فيه . انظر : الحاوي (٣٥/١١) ، مغني المحتاج (٣٨١/٣) ، الشرح الصغير (٦٦/٢) .

(٦) وإذا علق القذف بشرط لم يجب حد ولا لعان ، لأن القذف مما لا يحلف به فلا يتعلق بالشرط ، ولأن التعلق بالشرط يمنع تحقق نسبتها إلى الزنا في الحال ، ولأن من لا تكون زانية قبل دخول الدار لا تكون زانية بدخول الدار ، وكذلك لو قال : « إذا تزوجتك فأنت زانية ، أو أنت زانية إن شاء فلان » فهو باطل . انظر : المبسوط للسرخسي (٥٠/٧) .

(٧) إلزام الحكم على الحمل لا يجوز ، وإنما يكون إلزامه بعد الوضع . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٥/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٥/٥ ، ٢١٤٦) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٩/٤ ، ٧٥٠) .

(٨) سورة الطلاق : الآية ٦ . (٩) سورة الطلاق : الآية ٤ .

رد [1] الحامل بالعيب لأجل الحمل .

٢٤٩٦٧ - قلنا : هذه الأحكام كلها يجوز أن تثبت بالظاهر ، والقذف يسقط حكمه بالشبه فلا يجوز أن يثبت بالظاهر ، لأن هذه الأحكام لا تختص بالحمل ، وإنما تتعلق بحيوان موصوف بالحمل .

٢٤٩٦٨ - وأما الأحكام التي ينفرد بها الحمل فلا يثبت مثل الميراث والوصية والبيع والنكاح ونفي النسب حكم تنفرد به وهو معتبر بما ينفرد / به دون غيره . /ب

* * *

(١) مذكور في النسخ [لاد] ولا يستقيم معناه وما أثبتناه هو الصحيح .

مسألة ١٢٢٣

اللعان لا يختص بمكان ولا زمان

٢٤٩٦٩ - قال أصحابنا : اللعان لا يختص بزمان ولا مكان [١] .

٢٤٩٧٠ - وقال الشافعي : يغلظ اللعان بالمكان والوقت وحضور جماعة . فأما المكان فإن كان بمكة فبين الركن والمقام ، وإن كان بالمدينة فعلى منبر النبي ﷺ . وقال في موضع آخر عند المنبر ، وأما الوقت فبعد العصر ، وأما العدد فيحضر جماعة من الناس .

٢٤٩٧١ - قال أصحابه : هذا كله ليس بشرط ، وإنما هو استحباب ، فعلى هذا يسقط الخلاف لأن أصحابنا نفوا الوجوب [٢] .

٢٤٩٧٢ - [واحتجوا : بقوله] تعالى ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ ولم يفصل [٣] ولأن اللعان إما أن يكون شهادة أو يمينا ، وأيهما كان لم يختص بزمان ولا مكان ، ولأن اللعان ثبت بالفرقة كالطلاق والتخيير ولأنها فرقة يختص سببها بحضرة الحاكم كفرقة العنة . وأما إذا قالوا : إنه استحباب لم يمنع ذلك متى غلب على ظن القاضي إذا حلف يتعظم هذه الحرمة ، وإن كان كاذبًا امتنع من اللعان [٤] .

٢٤٩٧٣ - قالوا احتجاجهم بأن النبي ﷺ لاعن على المنبر يدل على جواز اللعان في هذا الموضع ولا يدل على اختصاصه به [٥] . وقولهم أنه ﷺ قال : « من حلف على يمين فاجرة على منبري هذا ولو على شوك إذخر فليتبوأ مقعده من النار » [٦] فيدل على

---

(١) لم يصرح الحنفية بهذا في غالب كتبهم إلا أنهم ذكروا صفة اللعان بدون تحديدها بوقت ولا مكان ولا غيرهما ، بل تؤدى الأيمان عند القاضي وبين يديه في أي مكان ، وبه قال الإمام أحمد . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٢/٧) ، الهداية (٢٤/٣) ، البناية في شرح الهداية (٧٣٨/٤) ، شرح فتح القدير (١١٧/٤) . المغني (٤٣٥/٧) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (٤٤/١١) ، المهذب (١٦٠/٢) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٢/٧) ، المغني (٤٣٥/٧) .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (٤٤/١١) وما بعدها .

(٥) وقد دل اختصاصه بالمنبر على تغليظه به لشرفه ولعظم العقوبة في الإقدام على المعاصي فيه . انظر : الحاوي للماوردي (٤٤/١١) . وقد نوقش هذا الاستدلال بأن النبي ﷺ لاعن بينهما عند المنبر فليس هذا في شيء من الأحاديث المشهورة . انظر : المغني (٤٢٥/٧) .

(٦) أخرجه مالك في الموطأ (١١/٢) ، و أبو داود حديث رقم ٣٢٤١ ، و ابن ماجه حديث رقم ٢٣٢٥ ، والحاكم (٢٩٦/٤) .

تعظيم اليمين الكاذبة في هذا الموضع ولا يدل أنه شرط (١) . وقولهم أن الله تعالى قال في الحد : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ (٢) واللعان أقيم مقام الحد (٣) لا يصح لأن الحد اعتبر فيه حضور طائفة من المؤمنين لا تقادح منهم وهم الشهود ، فيعتبر في اللعان من يصح به أيضًا وهم الزوجان . وقولهم إنا نتيقن كذب أحدهما ، لذلك غلط ويبطل بالمتداعيين في البيع إذا تحالفا (٤)

* * *

---

(١) انظر : الحاوي للماوردي (٤٥/١١) ، المهذب (١٦١/٢) .

(٢) سورة النور : الآية ٢ .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٤٥/١١) .

(٤) انظر : اللباب ٢٣٠ .

مسألة ١٢٢٤

لعان الحاكم وتفريقه

٢٤٩٧٤ - قال أصحابنا : إن بدأ الحاكم بلعان المرأة و فرق وقعت الفرقة [١] .

٢٤٩٧٥ - وقال الشافعي : لا يعتد بلعانها ، ويأمرها الحاكم أن تعيد اللعان فإن حكم بجواز ذلك فسخ حكمه [٢] .

والخلاف في هذه المسألة لا يتصور ، لأن عندنا تقع الفرقة بتفريق الحاكم [٣] وعنده بلعان الزوج [٤] فإذا لاعن بعدها وفرق وقعت الفرقة بإجماع . وإن كان يقول إنني أفسخ حكمه في إيقاع الفرقة لم يصح . وإن قال إني أفسخ حكمه في إسقاط اللعان فهو غلط ؛ لأنه حكم في موضع يسوغ فيه الاجتهاد ، ولأن اللعان إن كانت شهادة لم يرتب ، وإن كان يمينًا فالاجتهاد يسوغ في تقديم يمين كل واحد من المتداعيين على الآخر . فيقول هذا الحاكم إنما أعتذر من الشافعي لأني أثبتُّ لعانهما وأسقطتُ الذي ثبت ، والشافعي يقضي بلعان الزوجة في الميتة والمجنونة وترك التي تثبت في الشيء اليسير من الترك . فأما قولهم إنه حكم بخلاف القرآن لأن اللّه تعالى قال : ﴿ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ ﴾ [٥] فهذا يدل على وجوب عذاب يسقط بلعانها ، وذلك لا يكون إلا بعد لعانه [٦] فليس بالصحيح لأن العذاب قد بينا أنه بما يلحقها من الشين بقذفه لها ، وقولهم إن النبي ﷺ بدأ بالزوج في اللعان فقد دل ذلك على أنه أولى والكلام أنه إذا ترك الأولى هل يعتد باللعان أولًا ؟ وقولهم إنه حكم بخلاف الإجماع [٧] غلط ، لأن أبا حنيفة إذا شرع الاجتهاد لمن فعل هذا فقد قال به ، وإن جعل غيره أولى منه .

٢٤٩٧٦ - قالوا : إن كان شهادة لم يصح قبل الدعوى وإن كان يمينًا لم يصح قبل

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٨/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٠/٥) ، شرح فتح القدير (١١٧/٤) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٨٥/٣) .

(٢) وبه قال مالك وأحمد . انظر : حاشية الدسوقي (٦٦٣/٢) ، الأم (٢٨٩/٥) ، روضة الطالبين (٣٥٢/٨) ، المهذب (١٦٢/٢) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٨/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٤٠/٥) .

(٤) انظر : المهذب (١٦٢/٢) .

(٥) سورة النور : الآية ٨

(٦) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٤٥/١١) ، المغني (٤٣٨/٧) .

(٧) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٤٦/١١) .

الاستخلاف (١) .

٢٤٩٧٧ - قلنا : شهادة عندنا وقد تقدمت الدعوى بالقذف وحصل الاستشهاد بطلب اللعان .

* * *

(١) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١١/٤٥) .

مسألة ١٢٢٥

وقوع الفرقة في اللعان

٢٤٩٧٨ - قال أصحابنا : الفرقة في اللعان بلعانها (١)

٢٤٩٧٩ - وقال الشافعي : تقع الفرقة بلعان الزوج (٢) .

٢٤٩٨٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ (٣) أحد الزوجين ثم قال : ﴿ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ ﴾ (٤) يعني عن الزوجة (٥) وهذا خلاف قولهم (٦) ويدل عليه ما روى مالك (٧) عن نافع (٨) عن ابن عمر (٩) أن رجلًا

---

(١) وبه قال مالك وأحمد . انظر : المبسوط (٤٣/٧) ، وبدائع الصنائع (٢١٥٧/٥) ، شرح فتح القدير (١١٨/٤) ، رد المحتار (٤٨٨/٣) ، حاشية الدسوقي (٦٦٩/٢) ، المغني (٤١١/٧) .

(٢) انظر : الأم للشافعي : (٢٩١/٥) ، المهذب : (١٦٣/٢) ، الحاوي الكبير للماوردي (٥١/١١) .

(٣) سورة النور : الآية ٦ .

(٤) سورة النور : الآية ٨ .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٧/٥) .

(٦) قال في بدائع الصنائع : ثم قول الشافعي مخالف لآية اللعان ، لأن الله تعالى خاطب الأزواج باللعان بقوله : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ ... إلى آخر ما ذكر ، فلو ثبتت الفرقة بلعان الزوج فالزوجة تلاعن وهي غير زوجة ، وهذا خلاف النص . انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٧/٥) .

(٧) هو مالك بن أنس بن مالك ، ولد عام ٩٣ هـ ، أخذ العلم عن نافع وسعيد المقبري وربيعة الرأي وابن هرمز وخلائق غيرهم ، من أشهر تلاميذه المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي ، عبد الرحمن بن القاسم ، وعبد الله بن وهب ، ومحمد بن مطرف ، وابن الماجشون ، وغيرهم ، قال النسائي : ما عندي بعد التابعين أنبل من مالك ولا أجل منه ، ولا آمن على الحديث منه ، من أشهر تصانيفه الموطأ ، مات عام ١٧٩ هـ . انظر : طبقات الشيرازي ٦٧ ، ٦٨ ، تذكرة الحفاظ (١١٧/١) ، تهذيب التهذيب (٨٩/٩) ، الثقات (٥٤/٧) .

(٨) نافع هو : نافع بن عجير بن عبد يزيد بن هاشم المطلبي ، روى عن أبيه ، وعمه ركانة ، وعلي بن أبي طالب ، وعنه ابنه محمد ، وعبد الله بن علي بن السائب ، ومحمد بن إبراهيم التيمي ، وغيرهم ، قال الذهبي : ثقة ، انظر : الثقات لابن حبان (٤٦٩/٥) ، التاريخ الكبير (٨٤/٤/٢) ، الجرح والتعديل (٤٥٤/٨) ، تهذيب التهذيب (٤٨٠/١٠) .

(٩) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي أسلم صغيرًا مع أبيه ، أول مشاهده الخندق ، روى عن النبي ﷺ وأبي بكر ، وعمر ، وعثمان ، ومعاذ ، وغيرهم ، وعنه ابن عباس ، وجابر ، ونافع ، وغيرهم ، شهد مؤتة واليرموك ، وفتح مصر ، وإفريقية ، كان كثير الاتباع لآثار الرسول ﷺ حتى إنه لينزل منازله ويصلي في كل مكان صلى فيه . مات عام ٧٣ هـ . انظر : أسد الغابة (٣٤٠/٣) ، الاستيعاب (٣٧٣/٣) .

لاعن امرأته في زمن النبي ﷺ وانتفى من ولدها ففرق ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة [١] [٢] وفي السنن من حديث عكرمة [٣] عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ فرق بين هلال بن أمية [٤] وبين امرأته بعد ما تلاعنا وبأن الولد لها ولا يدعي للأب [٥] وظاهر الخبر [٦] يقتضي أن الفرقة وقعت بفعله وأن النسب ينفى بفعله [٧] . وعند مخالفنا أن الفرقة تقدمت ونسب الولد ينفى عن الأب بلعانه [٨]

٢٤٩٨١ – فإن قيل : معناه أنه مضى الفرقة [٩] .

٢٤٩٨٢ – قلنا : هذا مجاز وحقيقة اللفظ تقتضي أنه ابتدأ بالتفريق ، وأولى ذلك أن يفرق المفرق .

٢٤٩٨٣ – فإن قيل : معناه فرق بينهما في المكان ، لأنهما كانا في بيت واحد فلما وقعت الفرقة نقلها [١٠] .

٢٤٩٨٤ – قلنا : المكان لم يجر له ذكر ، وإنما جرى ذكر الزوجة ، والتفريق ينصرف إليها . يبين ذلك أنه ذكر تفريقه وألزم الولد لها ونفاه عن أبيه ، والتفريق الذي ينتفي معه الولد هو تفريق النكاح . ويدل عليه حديث سهل بن سعد الساعدي [١١] قال : لاعن

---

(١) أخرجه النسائي في سننه الكبرى (٣/٣٧٦ ، ٥٦٧١/١) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٥/٢٥٦) ، المبسوط للسرخسي (٧/٤٣) ، المغني (٧/٤١١) ، وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه قضية عين لا يدعي فيها العموم فاحتمل أن يفرق بينهما في المكان ، واحتمل أن يفرق بينهما في النكاح . انظر : الحاوي (١١/٥٣) .

(٣) هو عكرمة البربري أبو عبد الله المدني ، روى عن مولى ابن عباس ، وأبي هريرة ، وعائشة ، وغيرهم ، وعنه عمرو بن دينار ، وابن ميسرة ، والزبير بن موسى وغيرهم ، قال أبو القاسم « هو ثقة » . مات عام ٩٥ هـ انظر : تهذيب الكمال (١٠/٣٥٨) ، الثقات لابن حبان (٤/٢٧٥) ، تذكرة الحفاظ (١/٧٦) .

(٤) سبقت ترجمته .

(٥) أخرجه مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر مثله . أن رجلًا لاعن امرأته في زمان رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ، ففرق رسول الله ﷺ بينهما ، وألحق الولد بالمرأة . انظر : الموطأ (٢/٥٦٧) حديث رقم ٣٥ .

(٦) زيادة من (م) ، (ن) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع (٥/٢٢٥٦) ، المبسوط للسرخسي (٧/٤٣) .

(٨ ، ٩ ، ١٠) انظر : الحاوي الكبير (١١/٥٣) .

(١١) هو سهل بن سعد بن مالك . . الأنصاري روى عن النبي ﷺ وروى عنه أبو هريرة ، وسعيد بن المسيب ، والزهري وغيرهم ، شهد قضاء رسول الله ﷺ في المتلاعنين ، وأنه فرق بينهما ، وعمّر سهل حتى أدرك الحجاج وامتحن به . مات عام ٩١ هـ . انظر : الاستبصار ١٠٥ ، الإصابة (٢/٢٠٠) ، الاستيعاب (٢/٤٧٢) .

رسول الله ﷺ بين عويمر العجلاني [(١)] وبين امرأته فلما التقيا قال كذبت عليها إن أمسكتها ، هي طلاق ثلاثًا قال سهل : ففارقها قبل أن يأمره النبي ﷺ بذلك [(٢)] [(٣)] .

٢٤٩٨٥ - وذكر أبو داود [(٤)] هذا الخبر عن أبي شهاب [(٥)] عن سهل بن سعد قال : فطلقها ثلاث تطليقات عند النبي ﷺ وكان ما صنع عند النبي ﷺ سنة فمضت السنة بعد في الملاعنين يفرق بينهما فلا يجتمعان أبدًا [(٦)] وجه الدلاله من هذا الخبر أن عويمرًا ظن أن النكاح باق ما وقع الطلاق ولم ينكر النبي ﷺ ذلك ، وقول الراوي : يفارقها قبل أن يأمر النبي ﷺ بفراقها ، فدل أن الفرقة وقعت بالطلاق وإن لم يطلق أمره النبي ﷺ بالفرقة ، وقوله تأييده النبي ﷺ يقتضي إسناد النبي ﷺ الطلاق وذلك لا يكون إلا في طلاق واقع ، وقوله فمضت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما [(٧)] فدل على أن الفرقة تقع بالتفريق لا باللعان [(٨)] .

٢٤٩٨٦ - [فإن قيل] [(٩)] روى أن النبي ﷺ قال : لا سبيل لك عليها ونحن نعلم أنه لا يجوز أن يبين له أنه لا سبيل له لأجل الطلاق لأن هذا إنكار منه ﷺ لإيقاع

---

(١) هو عويمر بن الحارث بن زيد العجلاني صاحب رسول الله ﷺ . انظر : الاستيعاب : (٢٢٦/٣) ، الإصابة (٧٤٦/٤) ، أسد الغابة (٣١٧/٤) .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه باب اللعان ومن طلق بعد اللعان ٧٠٣٣/٥ ، ومسلم في صحيحه كتاب اللعان (١١٢٩/٢) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢٢٥٦/٥) ، المغني (٤١١/٧) .

(٤) هو سليمان بن الأشعث بن شداد .. السجستاني روى عن محمد بن كثير ، ومسلم بن إبراهيم ، وسليمان بن عبد الرحمن وغيرهم ، وعنه أحمد بن إبراهيم ، وأحمد بن زياد وإسحاق بن موسى وغيرهم ، كان أحد حفاظ الإسلام للحديث وعلله . مات عام ٢٧٥ هـ . انظر : الجرح والتعديل (١٠١/٤) ، تقريب التهذيب (٣٢١/١) .

(٥) هو محمد بن مسلم بن عبد الله .. بن كلاب الزهري روى عن عمر ، وسهل بن سعد ، وأنس بن مالك ، وغيرهم ، وعنه عقيل ، ويونس ، والزبيدي ، ومعمر ، وشعيب ، وغيرهم ، قال الليث : « ما رأيت عالمًا قط أجمع من الزهري » ، مات في رمضان سنة ١٢٤ هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (١٠٨/١ ، ١١٣) الثقات لابن حبان (٣٤٩/٥ ، ٣٥٠) ، سير أعلام النبلاء (٣٢٦/٥) ، خلاصة تهذيب الكمال (٤٥٧/٢) .

(٦) يتجه هذا الاستدلال أن النبي ﷺ أنكر منه ذلك بقوله : « لا سبيل لك عليها أبدًا » ، ولو وقعت الفرقة بالطلاق لكان له عليها سبيل . انظر : الحاوي الكبير (٥٤/١١) .

(٧) سبق تخريجه

(٨) انظر : المبسوط (٤٣/٧) بدائع الصنائع (٢١٥٨/٥) ، البناية في شرح الهداية (٧٤١/٤) .

(٩) ما بين المعكوفين ساقط من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها .

الطلاق [١]

٢٤٩٨٧ – قلنا : هذه اللفظة لم ينقلها أبو داود ولا الدارقطني [٢] . ولو ثبت كانت ردًّا لقوله كذبت عليها إن أمسكتها بما أخبر عليه الصلاة والسلام أن إمساكها لا يجوز ، كاذبًا كان أو صادقًا .

٢٤٩٨٨ – وقد قيل : لا سبيل لك عليها في مطالبتها بالمهر ، لأنه روى أنه قال : مالي فقال ﷺ : « إن كنت صادقًا فبما استحللت من فرجها ، وإن كنت كاذبًا فأولى » [٣] فعلى هذا قوله : لا سبيل لك يعني في مطالبتها بالمهر [٤] وقد قيل إن عويمرا لم يطلقها لكن علق طلاقها بشرط وهو الإمساك ، وقد أمسكها عقيب اليمين فوقع الطلاق ، فبين النبي ﷺ أن الفرقة وقعت بالحنث ، وأن البقاء على النكاح وهو الإمساك لا يجوز ، وهذا معنى لم يعرفه عويمر [٥] ولأنها فرقة يختص سببها بحضرة الحاكم ، فوجب أن لا تقع الفرقة بغير تفريق . أصله فرقة العنة [٦] .

٢٤٩٨٩ – فإن قيل : المعنى في فرقة العنة أنها تختلف فيها فوقعت على الحاكم [٧] .

٢٤٩٩٠ – قلنا : علة الأصل تبطل بالفرقة التي تقع فأريد ذلك ، وحيث إنها مختلف فيها ولا تقف على الحاكم . ولأن هذه الفرقة إن اتفق عليها فقد اختلف في المعنى الذي تقع به ، فصار اختلافهم في المعنى الذي تقع الفرقة به ، وتُرِكَ اختلافهم في نفس الفرقة .

---

(١) انظر : الحاوي الكبير (٥٤/١١) وما بعدها .

(٢) سبقت ترجمته .

(٣) أخرجه مثله بالحديث الذي قال : « إن كنت صدقت عليهما فهو بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك » أخرجه النسائي في السنن (٣٧٦/٣) ، وأبو داود (٣٧٢/٢) .

(٤) انظر : البناية في شرح الهداية (٧٤١/٤) ، المبسوط للسرخسي (٤٣/٧) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٣/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٨/٥) ، وما بعدها .

(٦) قال في المبسوط : « ثم هذه الفرقة تختص بمجلس الحكم ، ولا يتقرر سببه إلا في نكاح صحيح ، فتكون الفرقة باطلة كالفرقة بسبب الجب والعنة ، وهذا لأنه باللعان يفوت الإمساك بالمعروف فيتعين التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع منه ناب القاضي منابه فيكون فعل القاضي كفعل الزوج ، وإذا ثبت أنه طلاق فالحرمة بسبب الطلاق لا تتأبد . انظر : المبسوط للرخسي (٤٤/٧) .

(٧) اعتراض للمخالف على القياس على العنة بأن كلا من اللعان والعنة تفريق في مجلس الحاكم ، بأن اللعان لا يقع عند أبي حنيفة إلا بالحاكم دون الزوج والطلاق يملكه الزوج دون الحاكم ، وقد قال النبي ﷺ : « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق » . انظر : الحاوي للماوردي (٥٤/١١) .

٢٤٩٩١ - قالوا : المعنى في فرقة العنة أنها تفتقر إلى المطالبة فكانت أبقاها ، وهذه الفرقة لا تحتاج إلى مطالبة فكانت تنفيذًا [١] .

٢٤٩٩٢ - قلنا : فرقة اللعان وإن لم يطالب بها فإن المطالبة واقعة بسببها ، وإنما فارقت فرقة العنة لأن الفرقة من العنة من حقوق الآدمي ، فاعتبر مطالبته ، والفرقة ها هنا من حقوق اللَّه تعالى وشأنها من حقوق الآدميين ، فتعتبر المطالبة بالسبب دون المسبب ، كما تعتبر المطالبة في السرقة بالمال الذي هو حق الآدمي ، ولا تعتبر المطالبة بالقطع الذي هو حق اللَّه تعالى . وحد القذف لمَّا كان حقًّا لآدمي متعلقًا بنفس الحد [٢] اعتبرت المطالبة بنفس الحد [٣] .

٢٤٩٩٣ - قالوا : المعنى في العنة أن كون إقرارهما على بعد سببها ، ولما لم يجز الإقرار / على النكاح بعد اللعان وقعت الفرقة من غير إيقاع [٤] .

٨٣

٢٤٩٩٤ - قلنا : يبطل إذا أسلمت امرأة الكافر فإنهما لا يقران على النكاح ، ولا تقع الفرقة إلا بمعنى حادث عندنا وهو تفريق الحاكم [٥] . وعندهم مضي الحيض [٦]

٢٤٩٩٥ - فإن قالوا : يجوز الإقرار على النكاح إذا لم يسلم [٧]

٢٤٩٩٦ - قلنا : وكذلك هناك يقر على النكاح إذا أكذب نفسه أو زنت المرأة ، ولأنه لفظ شهادة يختص بالحاكم والحكم المتعلق به يختص بالحاكم . أصله سائر الشهادات ، ولأن اللعان قول من قبل الزوج لو حصل بغير حضرة الحاكم لم تقع الفرقة ، فإذا حصل بحضرة القاضي لم تقع الفرقة أيضًا كسائر الأقوال [٨] ولأنا دللنا على أن البينونة تمنع فلو وقعت بلعان الزوج سقط لعان المرأة ، فلما صح لعانها دل على أن الفرقة لم تقع .

٢٤٩٩٧ - احتجوا : [٩] بقوله ﷺ : « المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا » [١٠]

٢٤٩٩٨ - قلنا : هذا دليل عليكم لأن النهي عن الاجتماع يقتضي وجود الاجتماع ؛ إذ النهي لا يصح عما لا يتصور وجوده ، ولأن الخبر يقتضي أن لعانها إذا حصل لم

---

(١) انظر : الحاوي الكبير : (٥٤/١١) .
(٢) غير واضحة بهامش (ص) .
(٣) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٨/٥) ، المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) .
(٤) انظر : الحاوي الكبير (٥٤/١١ ، ٥٥) .
(٥) انظر : الاختيار (٥٤/٣) .
(٦) انظر : المهذب (٦٧/٢) .
(٧) انظر : المهذب (٦٧/٢) .
(٨) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٩/٥) .
(٩) انظر : المهذب (١٦٣/٢) .
(١٠) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٤٠٩/٧) .

يجتمعا ، فدليله قولهم أن يجتمعا بعد لعان أحدهما ، فيصير دلالة لنا دون ما قالوا : المتلاعنان حقيقة حال التشاغل باللعان فأما إذا فرغا منه يقال كانا متلاعنين ، فدل على أن الفرقة تقع حال لعانهما ، وهذا على قولنا المتلاعنان المتشاغلان ، فإذا لاعن أحدهما فالاسم لا يوجد وتقع الفرقة عندكم في حال تناولها الاسم مجازًا فبطل اعتبار الحقيقة (١) .

٢٤٩٩٩ - قالوا : روي أن عويمرًا لما لاعن أربع مرات أمر النبي ﷺ (٢) من وضع يده على فيه فقال : إنها الموجبة فدل أنها الموجبة للفرقة .

٢٥٠٠٠ - قلنا : بل هي موجبة للعان المرأة وعند مخالفنا للحد عليها (٣) تبين ذلك أنها لما لاعنت قال لها في الخامسة إنها موجبة . وعندهم أن الفرقة لا تقع بلعانها (٤) فكل من حملوا عليه اللفظ في لعانها فهو جوابنا في لعان الزوج .

٢٥٠٠١ - قالوا : فرقة تجردت عن عرض لا تنفرد بها الزوجة فوجب أن ينفرد بها الزوج كالطلاق (٥)

٢٥٠٠٢ - قلنا : يبطل بفرقة العنة (٦) وفرقة الإعسار على قولهم (٧) . ثم عندهم لا ينفرد الزوج بهذه الفرقة ، وإنما تقع عقيب لعانه من طريق الحكم (٨) . وإنما يقال : انفرد بها إذا وقعت على فعله ، والمعنى في الطلاق أن سببه لا يختص بالحاكم فلم يقف التفريق عليه واللعان يختص بحضرة الحاكم ، فالفرقة الموجبة تقف عليه كفرقة العنة .

٢٥٠٠٣ - قالوا : معنى يمنع إقرارهما على النكاح فوجب أن تقع به الفرقة دون حكم الحاكم . أصله الطلاق والردة والرضاع وملك أحد الزوجين قيل : لإقرار المرأة (٩) .

---

(١) قلنا : و « الحديث يناقش أيضًا بأنه لم يرد مرفوعًا وإنما روي موقوفًا على جماعة من الصحابة ، من ذلك ما رواه أبو داود (٢١٢/٢) ، من حديث ابن شهاب عن سهل بن سعد في هذا الخبر قال : « فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله ﷺ فمضت السنة بعد في المتلاعنين إذا افترقا لا يجتمعان أبدًا » ، وعند عبد الرزاق في المصنف : المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا ، موقوفًا على عمر وابن مسعود ﷺ . انظر : البناية في شرح الهداية (٧٤٠/٤) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (٥٢/١١) . (٣) انظر : الحاوي الكبير (٢٨/١١) .

(٤) انظر : الحاوي الكبير (٥٢/١١) . (٥) انظر : الحاوي الكبير (٥٣/١١) .

(٦) مراد المصنف أن في الفرقة عند المخالف لا تثبت المدة إلا بالحاكم لأنه يختلف فيها فلا يثبت بقول الزوج كالإيلاء . انظر : المهذب (٦٣/٢) .

(٧) إذا أعسر الزوج بالنفقة فلها أن تفسخ النكاح ، وإذا اختارت الفسخ لم يجز الفسخ إلا بالحاكم ، لأنه فسخ مختلف فيه ، فلم يصح إلا بالحاكم كالفسخ بالتعنين . انظر : المهذب (٢١٠/٢) .

(٨ ، ٩) انظر : الحاوي للماوردي (٥٣/١١) .

٢٥٠٠٤ - فإن قالوا : يجوز الإقرار إذا أسلم [١] .

٢٥٠٠٥ - قلنا : وكذلك نقول هاهنا إنه يجوز إذا أكذب نفسه ، والمعنى في جميع ما ذكروه أن الفرقة لو وقعت به بحضرة الحاكم وقعت به بغير حضرته ، ولما لم تقع الفرقة في اللعان إذا حصل بغير حضور الحاكم كذلك إذا حصل بحضرته .

٢٥٠٠٦ - قالوا : قول يمنع إقرار أحد الزوجين على الزوجية فوجب أن يكون حكم الحاكم تنفيذا لا إيقاعًا كالشهادة على الطلاق والإقرار [٢]

٢٥٠٠٧ - قلنا : لا نسلم أنه يمنع الإقرار على ما بينا ولا يمنع أن نمنع الإقرار ، ويقف زوال النكاح على حكم ، كما أن المشتري لا يقر على الشركة بحق الشفيع ، ولا ينقل النكاح وزوال ذلك الملك يقف على معنى يحدث ، وكذلك ولد النصراني إذا أسلم .

٢٥٠٠٨ - قالوا : يدل على أن لعان المرأة لا مدخل له في نفي النسب أن الزوج يدعي التفريق يحققه باللعان ، والمرأة تدعي ثبوت النسب وتلاعن على ضد ما يلاعن الزوج عليه ، فإذا كانت يمينها على ثبوت النسب لم يكن سببًا في نفيه [٣]

٢٥٠٠٩ - قلنا : لعانها ليس سببًا لقطع الفراش ، ومن أحكام قطعه نفي النسب الثابت به . ولأن كل واحد من المتبايعين إذا اختلفا يختلف على إثبات العقد بصفة ينفيها الآخر ثم يفسخ البيع بتحالفهما [٤] كذلك هاهنا يلاعن على إثبات ما ينفيه ثم ينفسخ العقد وتنتفي أحكامه .

٢٥٠١٠ - قالوا : المعتبر في النفي بقول الزوج ، بدلالة أنه لو اعترف ونفته ثبت . ولو نفاه وادعته انتفى . ولو عاد فأقر به بعد نفيه ثبت [٥] .

٢٥٠١١ - قلنا : نفي الزوج لا ينفي النسب به لأنها تنفيه عن غيرها ولا يثبت باعترافها ، لأنها تلزم غيرها حقًا وإن اجتمعا على النفي لم يؤثر ، لأن ثبوت النسب حق للولد فلا يقبل قولها عليه [٦] .

(١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥) انظر : الحاوي الكبير (٥٣/١١) .

(٦) استدل الشافعية ومن وافقهم أيضًا بأن اللعان يمين عندهم بأن الحكم بكل واحد منه تنفيذ وليس بإيقاع ، ولأن حكم التنفيذ يجوز من غير طلب كالحكم بشهادة ، أو يمين ، وحكم الإيقاع لا يجوز إلا بعد الطلب كالفسخ في العنة ، وفرقة اللعان لا تفتقر إلى طلب فدل على اختصاصها بالتنفيذ دون الإيقاع ، ولأن اللعان تقع به الفرقة ، وينتفي به النسب فلما اختص نفي النسب بلعان الزوج وجب أن يكون وقوع الفرقة بمثابته ، لأنه أحد حكمي اللعان . انظر : الحاوي الكبير (٥٣/١١) .

مسألة ١٢٢٦

هل الفرقة في اللعان فسخ أم طلاق

٢٥٠١٢ - قال أبو حنيفة ومحمد : فرقة اللعان طلاق [١]

٢٥٠١٣ - وقال الشافعي : فسخ [٢] .

٢٥٠١٤ - لنا : أنها فرقة تتعلق من جهة الزوج بطارئ على النكاح يختص به ، فكان طلاقًا لقوله أنت طالق [٣] .

٢٥٠١٥ - فإن قيل : لا يسلم أنها تتعلق بسبب من جهة الزوج ، بل تتعلق بسبب من جهة الزوجين والحاكم [٤] .

٢٥٠١٦ - قلنا : الفرقة تتعلق باللعان الموجب بالقذف ، وهو سبب من جهة الزوج وأيضًا لعان المرأة لا يمنع كون السبب من جهته [٥] كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق فالسبب من جهته وإن اعتبر انضمام معنى آخر وهو فعلها [٦] .

٢٥٠١٧ - فإن قالوا : لا نسلم أنه يختص بالنكاح في الأصل ولا في الفرع فيثبت

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، شرح فتح القدير (١١٩/٤) ، بدائع الصنائع (٢١٥٨/٥) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٢/٤) .

(٢) ومعه أبو يوسف وزفر من الحنفية ومالك وأحمد . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٨/٥) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٢/٤) ، مغني المحتاج ٣٨٠ ، الحاوي للماوردي (٥٤/١١) ، شرح المذهب (٤٥٣/١٦) ، بداية المجتهد (٩١/٢) ، والمغني لابن قدامة (٤١٢/٧) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع : (٢١٥٨/٥) .

(٤) اختلف الفقهاء في الفرقة بماذا تقع على ثلاثة مذاهب : المذهب الأول : وهو مذهب الشافعي أنها تقع بلعان الزوج وحده ، وإنما يختص لعان الزوجة بإسقاط الحد عنها لا غير ، وإن حكم الحاكم بالفرقة يكون تنفيذًا ولا يكون إيقاعًا ، وقال مالك وأحمد بن حنبل في رواية إن الفرقة تقع بلعان الزوجين ، ولا تقع بلعان أحدهما ، ويقوم الحاكم بالفرقة تنفيذًا لا إيقاعًا ، وقد خالفوا الشافعي في وقوع الفرقة بلعانهما ، ووافقوه في أن حكم الحاكم بها تنفيذ ، وليس بإيقاع . وقال أبو حنيفة وأحمد في رواية أخرى لا تقع بلعانهما وإنما بتفريق الحاكم بينهما ، فيكون حكم الحاكم بها إيقاعًا لها لا تنفيذًا . انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٨/٧ - ٢١٥٩) ، بداية المجتهد (٩١/٢) ، الحاوي الكبير (٥١/١١ ، ٥٢) ، المغني لابن قدامة (٥١٠/٧) .

(٥) ربما الصحيح [من جهتها] .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٦/٥ ، ٢١٥٧) .

اللعان عندنا في غير النكاح إذا كانت موطوءة بشبهة وفي الأصل يقع به العتق إذا نوى [١] .

٢٥٠١٨ - قلنا : التعليل بغير النكاح يختص بالنكاح لأنه لا يتم إلا بين الزوجين ، ولأن اللعان لا يصح إلا في النكاح ، والشبهة باليمين هي شبهة النكاح فالاختصاص من هذا الوجه [٢]

٢٥٠١٩ - فأما وقوع العتق به فذلك لا يمنع أن يختص بالنكاح وإنما يعتبر به عندهم بعد العقد ، فأما أن يقع الطلاق من غير نكاح فلا .

٢٥٠٢٠ - فإن قيل : فالمعنى في الطلاق أنه يقف على إيقاع الزوج أو من يقوم مقامه [٣] .

٢٥٠٢١ - قلنا : وكذلك فرقة اللعان تقف على الحاكم وهو قائم مقامه ، ولو واقعها الزوج فطلقها [...] [٤] عندنا [٥]

٢٥٠٢٢ - قالوا : المعنى في الطلاق أنه عزيمة ترتفع بإضافة الزوج [٦]

٢٥٠٢٣ - قلنا : فرقة اللعان لا عود فيها ، فلا تقبل الإضافة ولا ترتفع بالعقد ، لأن المعنى الموجب للتحريم فيها زوال الملك ، وذلك يرتفع بالعقد [٧] . ولا يلزم العود في

---

(١) انظر : الشرح الصغير (٦٥٧/٢) .

(٢) ذهب الأحناف إلى أن اللعان : « قد يكون من غير نكاح إذا كانت موطوءة بشبهة » ، ومذهب الشافعية « أن هذا التعليل غير صحيح ، لأن اللعان من نكاح فلم يجز في غير النكاح ، ولأنه لا يتم إلا من زوجين والتفريق يقع بالقاضي » . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٦/٥) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٥١/١١ ، ٥٢) .

(٤) يشير ناسخ المخطوط الأصلي إلى وجود سقط لم يستدركه هو بالإشارة إلى ذلك .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٧/٥) ، شرح فتح القدير (١١٩/٤) . أجاب المعترض بأن هذا القول فيه تناقض لأن الطلاق يملكه الزوج دون الحاكم ، قال النبي ﷺ « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق » فإن قيل فقد فعلتم مثل هذه المناقضة لأنكم جعلتم الفرقة موقوفة بالزوج دون الحاكم ، والزوج لا يقع منه إلا الطلاق ، قيل : « قد يصح من الزوج الطلاق بغير سبب ، والفسخ إذا كان عن سبب كالفسخ بالعيوب ، وهذه الفرقة لسبب فكانت فسخًا ولم تكن طلاقًا ، فلم يكن في هذا القول تناقض لأن الطلاق يقع بما يختص من ألفاظه من صريح وكناية ، وهذه الفرقة لا تقع بصريح الطلاق ولا كنايته . انظر : الحاوي للماوردي (٥٤/١١) .

(٦) انظر : مغني المحتاج (٣٧٨/٣) ، المهذب (٩٨/٢) .

(٧) هنا ثمرة الخلاف والذي يترتب عليه خلاف آخر وهو : هل تحريم الرجل للمرأة مؤبد ، أم غير مؤبد ؟ ذهب الإمام أبوحنيفة ومحمد إلى أنه غير مؤبد ، وذهب الإمام الشافعي وزفر والإمام مالك وأحمد إلى أنه مؤبد . استدل الإمام أبو حنيفة : بأن الثابت بالنص اللعان بين الزوجين ، فلو أثبتنا به الحرمة المؤبدة كان زيادة على النص وذلك لا يجوز ، خصوصًا فيما كان طريقه طريق العقوبات ، ثم هذه فرقة تختص بمجلس الحاكم =

العدة في الردة [١] .

٢٥٠٢٤ – قلنا : لا يختص بالنكاح فإن الأحكام تتعلق بالردة في النكاح وغيره ، ولا يلزم خيار البلوغ لأن ذلك لا يختص بالنكاح بل تثبت في الإجارة [٢] ، كما إذا أجر الولي الصغير ثم بلغ ، ولأنها فرقة تشترك الزوجات في سببها ، ولا توجب تحريمًا مؤبدًا كالخلع [٣] . وإذا ثبت بيان أن التحريم لا يتأبد ثبت أنها طلاق [٤]

٢٥٠٢٥ – احتجوا : بما روى ابن عباس في قصة هلال بن أمية إلى أن قال : وفرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها فمن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد [٥] .

٢٥٠٢٦ – وقضى أن لا يثبت لها نفقة ولا سكنى ، من أجل أنهما مفترقان من غير

= ولا يتقرر سببه إلا في نكاح صحيح فتكون فرقة بطريق الطلاق كالفرقة بسبب الجب والعنة ، وهذا لأنه باللعان يفوت الإمساك بالمعروف فيتعين التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع منه ناب القاضي منابه ، فيكون فعل القاضي كفعل الزوج . و إذا ثبت أنه طلاق فالحرمة بسبب الطلاق لا تتأبد . فأما الحديث فقد بينا أن حقيقة المتلاعنين حال تشاغلهما باللعان ، ومن حيث المجاز إنما يسميان متلاعنين ما بقي اللعان بينهما حكمًا ، وإنما تجوز المناكحة بينهما إذا لم يبق اللعان بينهما حكمًا ، لأنه إذا أكذب نفسه يقام عليه الحد لإقراره على نفسه بالتزام الحدود مع ضرورة إقامة الحد ، وكذلك إن أقرت المرأة بالزنا . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، شرح فتح القدير (١١٩/٤) . واستدل الشافعي ومن معه . بقول رسول الله ﷺ : « المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدًا » أخرجه الإمام البيهقي (٤١٠/٧) ، الدارقطني (٤/٣) ، أي أن سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان ، والطلاق يختص به الزوج ، فما يشترك الزوجان فيه لا يكون طلاقًا . ومثل هذا السبب متى كان موجبًا للحرمة كانت مؤبدة كالحرمة بالرضاع . توضيحه أن ثبوت الحرمة هنا باللعان نظير حرمة قبول الشهادة بعد الحد في قذف الأجنبي وذلك يتأبد فكذلك هنا . انظر الحاوي الكبير (٧٥/١١ ، ٧٦) ، المهذب (٨٠/٢) .

(١) احتج المخالف بأن الردة فقال : إن الردة قد لا تقع بها الفرقة إذا عاد إلى الإسلام في العدة ، ولم يتأبد تحريمها إذا وقعت الفرقة ، بخلاف اللعان . انظر : الحاوي (٧٦/١١) ، المهذب (٨٠/٢) .

(٢) الإجارة لغة : اسم للأجرة وهي كراء الأجير ، وقد آجره إذا أعطاه أجرته من بابي طلب وضرب فهو آجر وذاك مأجور . واصطلاحًا : عقد على المنافع بعوض . أي : ولا يجوز تصرف الصبي غير المميز مطلقًا ولا المميز إلا بإذن وليه . فإن أذن له وليه ، جاز تصرفه لأن إذن الولي آية أهليته ، والطلاق منه لا يقع وكذا العتاق إذا حدث منه . انظر : اللباب (٢٨٤/١ ، ٢٨٥ ، ٣٠٦) .

(٣) وهو في اللغة : القلع والإزالة ، وفي الشرع : هو إزالة الزوجية بما تعطيه من المال . انظر : الاختيار (١٢٠/٣) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٩/٥) .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن في باب اللعان (٣٧٠/٢ ، ٢٢٥٦) .

طلاق ولا هي متوفى عنها زوجها [١] .

٢٥٠٢٧ - قلنا : هذا الخبر على هذا الوجه ذكره أبو داود [٢] وقوله من أجل أنهما مفترقان بغير طلاق ليس من كلام رسول الله ﷺ لأن سقوط النفقة والسكنة لا يعلل بأن الفرقة بغير طلاق [٣]

٢٥٠٢٨ - فإن قيل : قول ابن عباس مقدم على القياس .

٢٥٠٢٩ - قلنا : لا نعلم أيضًا أن التعليل من قوله ويجوز أن يكون من قول عكرمة [٤] وقول الصحابي يقدم على القياس إذا لم يعرف له مخالف وقد اختلف السلف في فرقة اللعان هل توجب تحريمًا مؤبدًا أم لا ؟ [٥]

٢٥٠٣٠ - قالوا : فرقة توجب تحريم عقد النكاح ، ولا يزول بإصابة زوج ، فوجب أن لا يكون طلاقًا قياسًا على الرضاع [٦]

٢٥٠٣١ - قلنا : إصابة الزوج تؤثر في الفرقة متى استوفى بها عدد الطلاق . وهذه الفرقة طلاق بائن ، ولا يرتفع التحريم بالإصابة ، وإنما يرتفع بزوال ما أوجب التحريم ففي الطلاق وقع التحريم بزوال الملك فيحل الملك فلابد من زوال حكمها حتى يزول التحريم والمعنى في تحريم النكاح أنه لا يختص بالرضاع [٧]

---

(١) ، وقال في الحاوي : « إنه لو جاز أن تحل لوجب أن يذكر شرط الإحلال كما قال في الطلاق الثلاث : ﴿ فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ [البقرة : ٢٣٠] . انظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١١) .

(٢) هو الإمام الحافظ سليمان بن الأشعث بن شداد ... السجستاني روي عن محمد بن كثير ومسلم بن إبراهيم وسليمان بن عبد الرحمن وغيرهم ، وعنه أحمد بن إبراهيم وأبو عمر وأحمد بن علي أحمد بن محمد بن زياد وغيرهم قال أبو بكر الخلال الإمام المقدم في زمانه : « رجل لم يسبق إلى معرفته بتخريج العلوم » ، وقال أحمد بن محمد الهروي : « كان أحد حفاظ الإسلام للحديث وعلمه وعلله » ، وسنده في أعلى درجة مع التنسك . مات سنة ٢٧٥ هـ انظر : تهذيب التهذيب ١٦٩/٤ - ١٧٣ ، تذكرة الحفاظ (٥٩١/٢-٥٩٣) ، الجرح والتعديل (١٠١/٤ ، ١٠٢) ، تقريب التهذيب (٣٢١/١) ، للإمام ابن حجر العسقلاني .

(٣) بأنه لو وقعت الفرقة بمجرد اللعان لأنكر عليه النبي ﷺ تطليقه وقوله ﷺ : « لا سبيل لك عليها » إنما هو إنكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله : يا رسول الله مالي ، قال : « لا مال لك إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها » فدل تفريقه ﷺ على وقوع الطلاق . انظر : شرح فتح القدير (١١٩/٤) .

(٤) سبقت ترجمته . (٥) هذا السؤال من ضمن مسائل الكتاب .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي (٥٤/١١) ، مغني المحتاج (٨٣٠/٣) تكملة المجموع (٤٥٣/٦١) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤٠/٧) .

٢٥٠٣٢ - قالوا : فرقة لا يقف وقوعها على إيقاع الزوج ولا ينوب عنه ، فوجب أن لا يكون طلاقًا . أصله فرقة الطلاق والردة [١]

٢٥٠٣٣ - قلنا : الفرقة لا تقف على إيقاعه ، لكنها تقف على سبب من جهتها ، ولكن تختص النكاح ، فهي كتخييره لامرأته [٢]

* * *

(١) معنى الاعتراض أن الردة قد لا تقع بها الفرقة إذا عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة . ولم يكن طلاقًا ، لأن الطلاق لما كان منه يرفع العقد ضعف عن تحريم الأبد و خالف تحريم ما لا يصح أن يثبت معه العقد لقوته . نظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١١) ، المهذب في باب الطلاق (٩٨/٢) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (١١٨/٤) .

مسألة ١٢٢٧

إذا قال كل واحد من الزوجين ثلاث ألفاظ وفرق القاضي

٢٥٠٣٤ - قال أصحابنا : إذا قال كل واحد من الزوجين ثلاث ألفاظ للعان وفرق القاضي وقعت الفرقة (١)

٢٥٠٣٥ - وقال الشافعي : لا تقع (٢) .

٢٥٠٣٦ - لنا : أن المجتهد في هذه المسالة لا يخالف حكمه نصًا من الإجماع ، لأن اللّٰه تعالى ذكر اللعان ولم ينص على موضع الفرقة (٣)

٢٥٠٣٧ - ولهذا اختلف فيها ؛ فمنهم من قال : تقع بلعان الزوج (٤) ومنهم من قال بلعانها (٥) أما مخالفة الإجماع فلا !

٢٥٠٣٨ - لنا : ما قال أبو حنيفة من وقوع الفرقة بحكمه ولم ينعقد إجماع في مخالفته . ومن اجتهد ولم يخالف نصًا ولا إجماعًا لم ينقض حكمه (٦) لأن المقصود من تكرار الواحد اللعان أن يستعظم الحرمة فيرجع إن كان كاذبًا ، وهذا موجود في ثلاث مرات ، ولأن ألفاظ / الشهادة قد اعتبر تكرارها أربع مرات يجوز أن يجتهد فيها ، فيلحق اللعان بعددها (٧) . ونقول قد يقام الأكثر في الأصول مقام الجميع بدلالة أن أكثر الركعة ٣

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٧/٧) ، شرح فتح القدير (١١٨/٤) حاشية ابن عابدين (٤٨٩/٣) ، البناية في شرح الهداية (٧٥٥/٤) .

(٢) الإمام مالك وأحمد متفقان مع الشافعي من حيث عدم صحة تفريق الحاكم ، لكن يختلفان في وقوع الفرقة . فقالا : إنه لا يفرق بينهما إلا بعد كمال لعانهما ، وإن فرق قبل ذلك كان تفريقًا باطلًا ، فوجوده كعدمه . بينما قال الإمام الشافعي حتى يكمل الزوج لعانه . انظر : بداية المجتهد : (٩١/٢) ، الحاوي الكبير للماوردي (٧٨/١١ ، ٧٩) ، مغني المحتاج (٣٧٥/٣) ، المهذب : (١٦٠/٢) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٣٥١/٨) ، المغني لابن قدامة (٤١١/٧ ، ٤١٢) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٧/٧) ، شرح فتح القدير (١١٨/٤) .

(٤) أي : هذا ما ذهب إليه الإمام الشافعي . انظر : الحاوي الكبير (٧٤/١١) .

(٥) وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك و أحمد ، انظر : بداية المجتهد (٩١/٢) ، المغني لابن قدامة (٤١١/٧ ، ٤١٢) .

(٦) أي : لم ينقض الاجتهاد حكم الإجماع ، والاجتهاد هنا هو اجتهاد القاضي في حكمه على نحو لا يناقض إجماعًا . انظر : الموافقات : (٣٤٦/٣) ، المستصفى (٣٥٠/٢ ، ٣٥١) .

(٧) هذه حجة لأبي حنيفة وأصحابه على أن الملاعنة ثلاث مرات إذا فرق القاضي بها فإن التفريق واقع منه من حيث أنه اعتبر بالأربع فاعتبر بالثلاث كذلك .

تقوم في حق المدرك مقام جميعها [١] وأكثر أركان الحج إذا فعلها لم يفسد حجه [٢] وقد وجد تكرار الأكثر ، ولا معنى لقولهم إن أكثر أعضاء الطهارة لا يقوم مقام [٣] جميعها لأنا لم ندع أن هذا في الأصول ، ولكنا قلنا نحكم بما له نظير من الأصول حيث تحقق المعنى الذي قام به الأكثر مقام الكل ، ولم يوجد هذا في أعضاء الطهارة .

٢٥٠٣٩ - احتجوا : بأن الله تعالى قال : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ﴾ [٤] ﴿ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ [٥] فأخرجه من حكم القذف بهذا العدد [٦] فمن زعم أنه خرج منه بأقل منه فقد خالف النص [٧] .

٢٥٠٤٠ - قلنا : هذا الحاكم يقول [٨] أنا لا أخرجه من حكم القذف بإثبات العدد بل أفرق ثم أتمم العدد ، فأخرجته من حكم القذف بكون الزوج ينفرد اللعان ، فيخرج من حكم القذف بلعانه خاصة ، والله تعالى أسقط حكم القذف بلعانهما فلم يسغ لك هذه المخالفة ولم يسغ لي .

٢٥٠٤١ - قالوا : لاعن رسول الله ﷺ بين الزوجين بالتحليف عشر مرات [٩] .

٢٥٠٤٢ - قلنا : هذا الحاكم يقول إن النبي ﷺ فعل أحد الجائزين ، وذلك لا يمنع من الآخر [١٠] .

---

(١) انظر : نيل الأوطار في حديث إذا أدرك الإمام راكعًا فهل تحسب له (٢/٤٣٦) ، ومن أدلته حديث أبي بكرة حيث ركع وهم ركوع ثم أقره ﷺ على ذلك .

(٢) هذا كما ورد في الإحصار وبماذا يكون به ، فقال جمهور الفقهاء : يكون من كل حبس يحبس الحاج من عدو و مرض و غير ذلك ، ومنهم من قال : يكون بالمرض و الكبر و الخوف ، إلا أنه يدل على أنه يجوز أن يلحق الأكثر بالجميع ، وقد اختلف العلماء في وجوب الهدى أو في وجوب القضاء من عمرة ، و الحق أنه لا يجب كل واحد منهما على المحصر . انظر : نيل الوطار (٢/٧٦٢ ، ٧٦٣) .

(٣) في [ن] مقامها . (٤) سورة النور : الآية ٦ . (٥) سورة النور : الآية ٧ .

(٦) أي ، أن القذف لم يشرع فيه أن يقول الزوج أمام الحاكم أربع مرات : « أشهد بالله أني لمن الصادقين » ، ثم يقول و « عليَّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين » . و تقول المرأة أربع مرات : « أشهد بالله إنه لمن الكاذبين » ، ثم تقول : « وعليَّ غضب الله إن كان من الصادقين » .

(٧) انظر : مغني المحتاج (٣/٣٧٥) ، المغني لابن قدامة (٧/٤١٢) .

(٨) ساقط من (م)

(٩) أي : ما قاله الزوج أمام الحاكم من اللعان أربع مرات ، والخامسة أن عليَّ لعنة الله إلى آخره ، وكذا المرأة تقول ذلك أربع مرات ، والخامسة أن عليَّ غضب الله إلى آخره ، فصار ضعف ما قاله الرجل على ما قالته المرأة عشر مرات .

(١٠) قال في المبسوط : « ألا ترى أنه لو فرق بينهما بعد لعان الزوج وقبل لعان المرأة ينفذ حكمه لكونه مجتهدًا =

٢٥٠٤٣ – قالوا : إنما يسوغ الاجتهاد إذا فعل القاضي ما اختلف فيه [١] وقد أجمعنا أنه لا يجوز أن يفرق .

٢٥٠٤٤ – قلنا : أبو حنيفة لا يقول هذا ، بل يقول لا يجوز له هذا في اجتهادي ولأن أبا حنيفة إذا نفَّذ حكمه فقال : لا ينبغي أن يفعل ذلك فكأنه قال بجواز الأمرين ، وأحدهما أولى من الآخر [٢]

٢٥٠٤٥ – قالوا : معنى ذو عدد يتخلص به الزوج من قذفه ، فإذا حكم الحاكم بدون ذلك العدد [٣] لم ينفذ حكمه فيه [٤] كما لو أقام عليها ثلاثة من الشهود

٢٥٠٤٦ – قلنا : نقلب فلا يتقدر العود فيه بمجيئه ، أصله الكتابة [٥] . ولأن المقصود من كل عدد الشهود ما يحصل من غالب الظن لهم [٦] .

٢٥٠٤٧ – قلنا : ذلك لا يقوم مقام الجميع ، والمقصود بالعدد في اللعان استعظام الزوج لتكراره ، وهذا يوجد في أكثره [٧] .

= فيه فبعد ما أتى كل واحد منهما بأكثر كلمات اللعان أولى . انظر : المبسوط للسرخسي : (٤٨/٧) .

(١) انظر : شرح البدخشي ومعه شرح الإسنوي (٢٦١/٣) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٧/٧) .

(٣) انظر : المهذب (١٦٠/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٣٨/٧) .

(٤) وقال في المغني : أما ألفاظه فهي خمسة في حق كل واحد منهما ، وصفته أن الإمام يبدأ بالزوج فيقيمه ويقول له : « قل أربع مرات : أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا » ، ويشير إليها إن كانت حاضرة ولا يحتاج مع الحضور والإشارة إلى نسبها وتسميتها ، كما لا يحتاج إلى ذلك في سائر العقود ، وإن كانت غائبة أسماها ونسبها وتسميتها ، كما يحتاج إلى ذلك في سائر العقود ، فقال : « امرأتي فلانة بنت فلان » ، ويرفع في نسبها حتى ينفي المشاركة بينها وبين غيرها ، فإذا شهد أربع مرات وقفه الحاكم وقال : له « اتق الله فإنها الموجبة عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة . وكل شيء أهون من لعنة الله » ويأمر رجلًا فيضع يده على فيه حتى لا يبادر في الخامسة قبل الموعظة ، ثم يأمر الرجل فيرسل يده عن فيه فإن رآه يمضي ذلك قال له : « قل : وأن لعنة الله عليَّ إن كنت من الكاذبين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا . ثم يأمر المرأة بالقيام ويقول لها قولي : « أشهد بالله أن زوجي هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا » وتشير إليه ، وإن كان غائبًا أسمته و نسبته ، فإذا كررت ذلك أربع مرات وقفها ووعظها كما ذكرنا في حق الزوج ، و يأمر امرأة فتضع يدها على فيها ، فإن رآها تمضي على ذلك قال لها : « قولي : وأن غضب الله عليَّ إن كان زوجي هذا من الصادقين فيما رماني به من الزنا » . انظر : المغني لابن قدامة (٤٣٦/٧) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط في (م) ، (ع) في صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٦) انظر : المهذب (١٦٠/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٣٨/٧) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٨/٧) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٠/٤) .

مسألة ١٢٢٨

لو قذف زوجته بأجنبي سماه

٢٥٠٤٨ - قال أصحابنا : إذا قذف زوجته بأجنبي لاعنها وحدها ، وحد للأجنبي إن طلب الحد [١] .

٢٥٠٤٩ - وقال الشافعي : في أحد قوليه يجب عليه حد واحد لهما ويسقط بلعانها ، وفي القول الآخر يجب حد واحد ، ويسقط باللعان إذا ذكر الأجنبي في لعانها [٢] .

٢٥٠٥٠ - وإن أغفل ذكر الأجنبي في اللعان ، ثم ذكره قال في الأم : يستأنف اللعان له وإلا أقيم عليه الحد [٣]

٢٥٠٥١ - وقال في الإملاء وأحكام القرآن سقط حقه تبعًا لحقها [٤] .

٢٥٠٥٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ﴾ [٥] وقد أجمعوا أن قذف المحصنين مراد فكأنه قال : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ﴾ [٦] بالمحصنين : فاجلدوهم ولم يفصل .

٢٥٠٥٣ - فإن قيل : المراد بالآية المحصن والمحصنة الذي يجب الحد بقذفهما

٢٥٠٥٤ - قلنا : الآية نزلت وقذف الزوجة يجب به الحد ، ثم نسخ فيها ذلك باللعان فبقى الأجنبي على الظاهر [٧] ولأن اللعان إذا كان حدًّا فهو من غير الجلد والحد ، وأن المختلفين لا يتداخلان وإن كان من غير جنس الحد فأولى أن لا يسقط

---

(١) الحكم المنصوص عليه في كتب المذهب « أنه لو قذف امرأة بغير ولد لاعنت ، وعليه الحد ، وإن قذفها أجنبي بذلك يحد » وقد جاء في فتح القدير أنه لو قذف امرأة لاعنت إن كان بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا ، ولو قذفها أجنبي فإنه يحد لأنها محصنة في حق غير الزوج . ألا ترى أن اللعان في حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلى غيره حتى قبلنا شهادته . وجاء في الهداية « ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد » انظر : شرح فتح القدير (١٠٤/٥) ، الهداية (١١٥/٢) ، العناية (١٠٤/٥) ، الاختيار (٢٨٢/٣) .

وقد سبق تفصيل هذه المسألة من المصنف [إن كان القذف بولد] وهي تحت رقم (٣١) من كتاب اللعان .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (٣٣/١١) ، والمهذب (١٦٤/٢ ، ٣٥٣)

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٩٦/٥) .

(٤) انظر : أحكام القرآن .

(٥) سورة النور : الآية ٤ .

(٦) سورة النور : الآية ٤ .

(٧) وذلك لأن المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل . انظر : الهداية : (١١٦/٢) .

باستئنافه ، ولأن عندكم إذا قذف جماعة لم تتداخل الحدود وإن كان من جنس واحد فأولى أن لا يتداخل . ولأنه قذف أجنبيًا فلم يسقط حكم قذفه باللعان كما لو أفرده [١] ولأنه قذف لم يصادف الفراش كما لو انفرد [٢] ولا يقال للأجنبي إذا أفرد فلا حاجة له في قذفه وها هنا به حاجة إلى ذكره ليدخل عليه الشين كما دخل عليه في شبه الولد كما قال رسول الله ﷺ [٣] .

٢٥٠٥٥ - قلنا : هو غير مصدق على الأجنبي حتى يقابله في إلحاق الشين وشبه الولد لا يتعلق به حكم ، وإنما ذكره عليه الصلاة والسلام لأنه علمه بالوحي ، وذلك لا يوجد في غيره [٤]

٢٥٠٥٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ﴾ [٥] ولم يفصل بين أن سمى الزاني أو سكت عنه [٦]

٢٥٠٥٧ - قلنا : بين حكم الزوجة وسكت عن حكم الأجنبية لأنه بين بالآية الأخرى .

٢٥٠٥٨ - قالوا : هلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن السمحاء ولاعن النبي ﷺ بينهما ولم يبين حد المقذوف [٧]

٢٥٠٥٩ - قلنا : [لأنه لو كان يجبره بالترهيب لفرض عندنا .

٢٥٠٦٠ - قالوا : يجب بفرض التعزير .

٢٥٠٦١ - قلنا] [٨] : لم ينقل أنه حضر أو طلب فلم يلزم عليه السلام ذلك .

٢٥٠٦٢ - قالوا : كان يجب أن يبين له ما يستحق من التعزير ، كما أنه قال في قصة

---

(١) مراد المصنف أن الأجنبي لو قذفها مفردًا لم تلاعن بينها وبين زوجها قبل قذف الأجنبي فهي محصنة وعليه الحد لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً ﴾ . انظر : الهداية (١٠٤/٢) .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (١٠٤/٥) ، العناية : (١٠٥/٥) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٣٣/١١) .

(٤) والحديث الذي يقصده المصنف هنا وهو قضاء رسول الله ﷺ بأن الولد إن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين خدلَّج الساقين فهو لشريك بن السمحاء ، فجاءت به كذلك فقال رسول الله ﷺ : « لولا قضاء من كتاب الله كان لي ولها شأن » أخرجه البخاري (٤٤٩/٨) ، كتاب التفسير .

(٥) سورة النور : الآية ٦ .

(٦) انظر : النكت للشيرازي ورقة رقم ٢١٨ .

(٧) انظر : الحاوي للماوردي (٣٣/١١) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقطا من صلب (ص) واستدركت بهامش (ص) واجتهدنا في إثباتها بصعوبة لعدم وضوحها .

العسيب : « واغد يا أنيس [١] إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها [٢] ومعلوم أنه أمر بالستر في الحدود ولا يجوز أن يبحث عنها فعلم أنه أراد أن يبين لها حكم قذفها [٣] .

٢٥٠٦٣ – قلنا : النبي ﷺ إذا ادعى عنده الزنا وجب عليه أن ينظر في الدعوى لأنه هو الخصم [٤] وإذا حضر الشهود أحضر المشهود عليه وإنما المسمى حين لا يدفع إليه عليه أن يأتمر بالشيء بعد الترافع إلى الولي [٥]

٢٥٠٦٤ – قالوا : حكم يجب صدوره في أحد طرفي الزنا ، فوجب أن يسقط في القذفة الأخرى ، مثل الشهادة [٦] .

٢٥٠٦٥ – قلنا : لا نسلم أن اللعان يوجب صدقه ، وإنما يوجب قذفه ، ثم المعنى في الشهادة أن البينة لا تلحقها تهمة في حق الأجنبي فأسقطت القذف في حق الزوج ولا يتهم في حق زوجته فأسقط لعانه وقذفها ومتهم في حق الأجنبي فلم يسقط باللعان ، كما لا يسقط إذا انفرد [٧]

٢٥٠٦٦ – قالوا : به حاجة إلى قذفه حتى يدخل عليه الشين وتلحق الشبهة به إن ولدت ، فصار كقذفه لامرأته [٨] .

٢٥٠٦٧ – قلنا : لا حاجة إلى قذف امرأته ولا إلى قذف الأجنبي وإنما لم يجب الحد بقذفها ليس للحاجة ، وإنما لأنه لا يتهم بالقذف ؛ إذ يلحقه الشين ، وأن سبب العقوبة إذا صادف ملك الإنسان منع منها . فأما لما قالوا فلا ، ولأنا بينا أن الأجنبي لا يلحقه شين ولا يتعلق بالشبه حكم ، فيسقط هذا الكلام .

---

(١) هو أنس بن الضحاك الأسلمي ، وهو الذي أرسله النبي ﷺ إلى المرأة الأسلمية يرجمها إن اعترفت بالزنا انظر : أسد الغابة في معرفة الصحابة (١٥٧/١) .

(٢) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه في باب من اعترف على نفسه بالزنا (١١٢/١١١/٢) ، والإمام مالك في الموطأ في كتاب الحدود (٨٢٢/٢) ، والترمذي في كتاب تحفة الأحوذي في باب الحدود (٦٩٧/٤ ، ١٤٥١) ، والأقضية (٤٩٩/٣) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٣٣/١١) ، المجموع (٤٣١/٠١٦)

(٤) وقال في البدائع : « لكن للعبد فيه حق لأنه ينتفع به بصيانة عرضه عن الهتك فيشترط فيه الدعوى » . انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٣/٩) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٤١٩٣/٩) .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي (٣٣/١١) .

(٧) انظر : شرح فتح القدير مع العناية (١٠٤/٤) ، وما بعدها .

(٨) انظر : الحاوي للماوردي (٣٣/١١) والمجموع (٤٣١/١٦) .

مسألة ١٢٢٩

تحريم اللعان بائن أم مؤبد

٢٥٠٦٨ - فقال أبو حنيفة ومحمد : تحريم اللعان لا يتأبد فإذا أكذب الملاعن نفسه جاز أن يتزوجها وكذلك إذا حُد من القذف (١) بحضرة القاضي فلا يوجب تحريمًا مؤبدًا (٢) .

٢٥٠٦٩ - [وقال الشافعي : تحريم مؤبد] (٣) (٤)

٢٥٠٧٠ - أصله : فرقة العنة ، ولأنها فرقة تتعلق بسبب يشترك فيه الزوجان فأشبه الخلع ، ولأنها فرقة لدفع ضرر كفرقة الإيلاء ، ولأنها فرقة وقعت بين الزوجين بالقول فوجب أن لا تقع به حرمة مؤبدة كالطلاق والردة . ولا يلزم حرمة المصاهرة ، لأنها لا تكون بين الزوجين وإنما تكون بين الزوج وأم المرأة وبنتها . ولا يلزم عليه إذا أقر برضاع لأن التحريم لا يتعلق بالقول ، وإنما يتعلق بالفعل الذي حكاه بالقول ، لأن التحريم في إرضاع لم يعلم إلا بالقول لم يتأبد ، لأنهما لو تصادقا أنهما كذبا أو غلطا جاز أن يتزوجها (٥) .

٢٥٠٧١ - فإن قيل : المعنى في الطلاق أن من نوعه ما لا يجب بالعقد ، وكذلك إذا أبرم العقد لم يتأبد (٦) وليس كذلك اللعان لأنه ليس منه إلا ما يقطع النكاح ونحوه من العقد فلذلك يتأبد التحريم (٧) .

---

(١) هنا هامش زائد في (ص) غير واضح لعله : [لو رميت وقال أبو يوسف اللعان يتأبد بتكذيبه نفسه وقال الشافعي : .....] والمثبت من (م) و (ن) وانظر : نيل الأوطار (٢٧٢/٦) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٨/٥) ، شرح فتح القدير (١١٨/٤) ، الهداية (٢٤/٢) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٢/٤) .

(٣) وهذه الزيادة مذكورة في (ص) ولكنها غير واضحة بالهامش .

(٤) وافقه الإمام مالك وأحمد . انظر : الأم للشافعي (٢٩١/٥) ، الحاوي للماوردي (٤٥٣/١١) ، روضة الطالبين (٣٥٦/٨) ، المدونة الكبرى (١٠٧/٣) ، الشرح الصغير (٦٦٩/٢) ، المغني لابن قدامة (٤١٥/٧ ، ٤١٦) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٤٠٢/٥) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٨/٥) ، شرح فتح القدير (١١٨/٤) ، الهداية (٢٤/٢) ، البناية في شرح الهداية (٧٤٢/٤) .

(٦) أي : من تحريم الزوجة الأربعة منها تحريم مؤبد كتحريم المصاهرة و الرضاع ، أما التحريم الباقي الثلاثة تحريم يرتفع بعقد كالطلاق الرجعي بعقد و إصابة زوج كالطلاق الثلاث ، فلما لم يكن تحريم اللعان ملحقًا بالأقسام الثلاثة في شروط الإباحة وجب أن يكون ملحقا بالأول المذكور في تأبيد التحريم ، انظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١١).

(٧) انظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١١) .

٢٥٠٧٢ – قلنا : الطلاق إذا استوفى الثلاث أوجب تحريم العقد ، وإنما من نوعه ما لا يكمل فلا يحرمه ، كذلك اللعان إذا كمل حرم العقد فإن لم يكمل لم تجب الفرقة فلا يتصور أن يحرم العقد (١) .

٢٥٠٧٣ – قالوا : المعنى في الفرقة بالعنة والإيلاء والردة أنه ليس من نوع هذه الفرقة ما يحرم العقد فكيف يوصف بتأبيد التحريم ، ولما كان اللعان يقطع العقد [ويحرم ابتداء النكاح حرمه على التأبيد (٢) .

٢٥٠٧٤ – قلنا : يبطل بالردة فإنها تقطع العقد] (٣) وتحرم الابتداء (٤) ولا يتأبد التحريم (٥) فكذلك الآخر (٦) .

٢٥٠٧٥ – قالوا : النسب حق يُقِرُّ به على نفسه ، فلزمه باعترافه وليس كذلك التحريم لأنه حق عليه فلم يكن إسقاطه بقولَه (٧) .

٢٥٠٧٦ – قلنا : لا يسقط بقوله عندنا وإنما يسقط من طريق الحكم إذا جعلنا شهادته قذفًا (٨) . ولأن النسب لا يثبت لأنه حق اعترف به على نفسه لكن تكذيبه لنفسه أسقط حكم لعانه ، فعاد النسب ، بدلالة أن من أقر بنسب ولد لا يعرف نسبه لم يثبته إلا بالتصديق ، وإن اعترف بحق على نفسه ، فلو كان كذلك هاهنا وقف على التصديق (٩) .

٢٥٠٧٧ – احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال للعجلاني : « لا سبيل لك عليها » (١٠) . وهذا عام في جميع الأحوال (١١) .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٩/٥) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١١) . (٣) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .

(٤) ساقط في (ن) .

(٥) بهامش (ص) زيادة غير واضحة أثبتنا منها [التحريم] نظما للسياق والمثبت من (م) .

(٦) أي : أن الردة دليل على عدم تأبيد التحريم ، كما أن اللاعن إذا أكذب نفسه يقام عليه الحد لإقراره على نفسه بالتزام الحدود ، ومن ضرورة إقامة الحد عليه بطلان اللعان ، ولا يبقى أهلًا للعان بعد إقامة الحد .

(٧) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٧٦/١١) ، المهذب (١٦٢/٢) ، أي : أن النسب يلحقه لأن ذلك حق عليه فعاد بتكذيبه ، ولا يعود الفراش ، ولا يرتفع التحريم لأنه حق له فلا يعود بتكذيبه نفسه .

(٨) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) . (٩) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٦/٥) .

(١٠) أخرجه النسائي في سننه في اجتماع المتلاعنين (١٤٥/٦) .

(١١) انظر : مغني المحتاج (٣٨٠/٣) .

٢٥٠٧٨ - قلنا : لأنه طلقها ثلاثا فلا سبيل له عليها حتى تتزوج ويطلقها وتنقضي عدتها . والنبي ﷺ قال للعجلاني : « كذبت عليها » فبين النبي ﷺ ما يمنع الإمساك الذي ذكره عويمر [١] ، وهذا كما يقال : لا سبيل لك على ذات زوج / ولا سبيل لك على مال زيد ، وعلى المجوسية .

٢٥٠٧٩ - وروي عن سهل بن سعد الساعدي أنه قال : مضت السنة من المتلاعنين أن لا يجتمعا أبدا [٢] [٣] .

٢٥٠٨٠ - قلنا : المتلاعنان في الحقيقة المتشاغلان باللعان [٤] . فأما بعد نقضي الفعل فيتناول المتلاعنين مجازًا فيما يصح أن ينفي أحكامه كالمتبايعين والمؤاجرين [٥] . والذي يبين أنه لم يبق له حكم أن حكم اللعان إذا بقي لم يجلد اللاعن ، ثبت النسب أم لم يثبت . وجلد الزوج على أن الحكم زال ومتى تقضي الفعل ولم يبق هناك حكم لم يتناولهما اسم المتلاعنين لهما حقيقة ولا مجازا [٦] . يبين ذلك أن راوي هذا اللفظ سعيد ابن جبير [٧] وقال : إنه إذا أكذب نفسه جاز أن يتزوجها [٨] وكذلك قال الزهري [٩] وهو راوي الخبر وما رواه عن عمر ، وعلي ، وابن مسعود فلفظه كلفظ هذا الخبر والكلام عليه ما قدمنا [١٠] .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٩/٥) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٧٥/١١) ، المهذب (١٦٣/٢) .

(٤) أي : لفظ المتلاعنين في حديث : « المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا » . فالمراد عند الحنفية حال تشاغلهما باللعان . انظر : المبسوط (٤٤/٧) .

(٥) أي : أنه يسميان من حيث المجاز متلاعنين ما بقي اللعان بينهما حكما ، فعند أبي حنيفة لا يجتمعان ما بقي اللعان بينهما حكمًا ، وإنما تجوز المناكحة بينهما إذا لم يبق اللعان بينهما حكمًا . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) .

(٦) انظر : بدائع الصنائع (٢١٥٩/٥) .

(٧) هو سعيد بن جبير أبو محمد روى عن ابن عباس ، وعائشة ، والأشعري ، وابن عمر ، وغيرهم ، وعنه الحكم ، وحماد بن زيد ، ومسلمة بن كهل ، وغيرهم ، قال يحيى بن معين : سعيد بن جبير « ثقة » ، قتل سنة ٩٥ هـ انظر : سير أعلام النبلاء (٣٢١/٤ - ٣٢٣) ، الكاشف (٢٨٢/١) ، الثقات (٢٧٥/٤) .

(٨) سبق تخريجه .

(٩) هو طلحة بن عبد الله بن عوف الزهري ، روى عن أبي هريرة ، وعثمان بن عفان ، وابن عباس ، وغيرهم ، وعنه الزهري ، وأبو عبيدة ، وغيرهم ، قال ابن معين ، وأبو زرعة "ثقة » توفي بالمدينة سنة ٩٨ هـ انظر : الكاشف (٣٩/٢) ، سير النبلاء (١٧٤/٤ ، ١٧٥) الثقات ٣٩٢/٤) ، تهذيب التهذيب (١٩/٥) .

(١٠) أراد المصنف أن الحديث لا يمكن العمل بحقيقته ، لأن حقيقة التفاعل هو التشاغل بالفعل . انظر : =

٢٥٠٨١ - قالوا : نوع فرقة ليس منها إلا ما يقطع العقد [١] بعد الدخول [٢] .

٢٥٠٨٢ - قلنا : يقطع إذا انضم إليها معنى الحيض ، وكذلك اللعان عندنا لا يقطع حتى ينضم إليه حكم الحاكم . والمعنى في الرضاع أنه لا يختص النكاح بل يجوز أن يتقدمه . ولما كانت هذه الفرقة تختص بالنكاح ولا تتقدم عليه صارت كفرقة الطلاق والخلع والعنة والإيلاء .

٢٥٠٨٣ - قالوا : تحريم عقد لا يرتفع بغير تكذيب ولا يرتفع بهما تحريم المصاهرة [٣] .

٢٥٠٨٤ - قلنا : الوصف غير مسلم لأن التحريم عندنا يرتفع من غير تكذيب ، وجلد ، إذا حدت في قذف أو زنت [٤] . والمعنى في المصاهرة أنه معنى يحصل في غيرها فيسري من حكم الحرمة المؤبدة أن لا يختص ، ويوجد معنى في غيرها بتحريمها لوطء الأم ، أو يوجد فيها الحرمة [٥] فيسري منها إلى أمها وبنتها كالرضاع [٦] ولما كانت هذه الحرمة تختصها ولا يسري منها علم أنها غير مؤبدة كحرمة الطلاق [٧] .

٢٥٠٨٥ - قالوا : التحريم في النكاح على أربعة أضرب أحدها : يرتفع من غير عقد كتحريم الطلاق الرجعي ، والآخر : يرتفع بعقد كتحريم الخلع ، والثالث : يرتفع بالزوج وإصابته كالطلاق الثلاث ، وتحريم مؤبد كتحريم الرضاع فلما كان التحريم في مسألتنا لا يرتفع بالوجوه الثلاث فهذا لا يصح [٨] لأن من خص مواضع الإجماع وزعم أن الحاكم

= بدائع الصنائع (٢١٥٩/٥) ، أما ما روى الزهري فقد رده المعترض بأنه لو جاز أن تحل لوجب أن يذكر شرط الإحلال كما في الطلاق الثلاث (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) [البقرة : ٢٣] . انظر : الحاوي للماوردي (٧٥/١١) .

(١) ثمة زيادة في هامش (ص) غير مقروءة .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١١) .

(٣) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٧٦/١١) .

(٤) أي : كذلك إن أقرت المرأة بالزنا فقد خرجت من أنها أهلًا للعان . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) .

(٥) وقال في شرح فتح القدير : « ولا بأم امرأته دخل بها أو لم يدخل إذا كان نكاح البنت صحيحا . أما بالفاسد فلا تحرم الأم إلا إذا وطء بنتها ويدخل في أم امرأته جداتها » . انظر : شرح فتح القدير (٢٠٩/٣ ، ٢١٠) .

(٦) انظر : شرح فتح القدير (٢١٠/٣) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢١٥٩/٥) .

(٨) أي : فلما لم يكن تحريم اللعان ملحقا بالأقسام الثلاثة في شرط الإباحة وجب أن يكون ملحقا بالرابع في تأبيد التحريم . انظر : الحاوي (٧٦/١١) .

لا ينفذ لها فقد غلط في الاستدلال ، بل الحكم يجوز أن يتجاوز موضع الإجماع بقيام الدلالة [١] . ولأن الخلع إنما أوجب الحرمة لزوال الملك ، والعقد يفيد الملك فأزال الحرمة [٢] كذلك في مسألتنا : الحرمة حصلت باللسان ، فإذا أكذب نفسه وحد صارت شهادته قذفًا فزال حكم اللعان وزال التحريم [٣] .

٢٥٠٨٦ - قالوا : محرم عليه بفرقة اللعان فلا يجوز أن يتزوجها كما قبل الإكذاب [٤] .

٢٥٠٨٧ - قلنا : المعنى هناك أن حكم اللعان تخلله بدلالة أن شهادته لم تصر قذفا ولم يتغير حالها ، وفي مسألتنا صارت شهادته قذفا فسقط حكم اللعان ، وجاز أن يتزوجها [٥] .

* * *

---

(١) أي : تحريم مؤبد كتحريم المصاهرة والرضاع ، فأما عموم الآية فمخصوصة بنص السنة . انظر : الحاوي للماوردي (١١/٧٦) .

(٢) في تعريف الخلع انظر ما سبق . وانظر : المهذب (٢/٩٠) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (١١/٧٦) .

(٤ ، ٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٤٤) .

مسألة ١٢٣٠

إذا قذف امرأته بالزنا وصدقته قبل اللعان

٢٥٠٨٨ - قال أصحابنا : إذا قذف امرأته بالزنا فصدقته قبل اللعان أو بعد الشروع قبل تمامه لم يتلاعنا [١] .

٢٥٠٨٩ - وقال الشافعي : إن كان هناك ولد لاعن لنفيه ، وإن لم يكن هناك ولد لم يتلاعنا ، إلا أن ترجع عن إقرارها . فمن [أصحابه] [٢] من قال : يلاعن [٣] لقطع الفراش [٤] وليس بشيء ؛ لأن اللعان لا يخلو أن يكون ليخلص نفسه من موجب قذفه أو ليحقق عليها الزنا على قولهم . فإن كان ليخلص عنه موجب القذف فقد تخلص حقيقة باعترافها ولا معنى للعان [٥] . ولأنه معنى يمنع ثبوت اللعان إذا كان القذف بولد أصله إذا قذفها وأقام البينة بالزنا [٦] . ولأنه قول يرد على القاضي بلفظ الشهادة ويسقط حكم القذف فلا يثبت مع إقرارها كالشهادة [٧] .

٢٥٠٩٠ - احتجوا : بالآية [٨] .

٢٥٠٩١ - قلنا : لا دلالة فيها ، لأنه قال : ﴿ وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ ﴾ [٩] وهذا

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٧/٧) ، شرح فتح القدير (١١٥/٤) ، البداية في شرح الهداية (٧٣٤/٤) .

(٢) [أصحابهم] في [ن] .

(٣) والمذهب هو الأول . انظر : الحاوي للماوردي (٢٩/١١) ، المهذب (١٥٢/٢) ، المجموع (٣٩٤/١٦) .

(٤) وكذا الفرقة المؤبدة . انظر : المجموع (٣٩٤/٢٦) .

(٥) يرد على هذا الاستدلال بأنه لا يجوز أن يعتبر في حكم الزوجة بغيرها لاختصاص اللعان بالأزواج ، ثم المعنى في الأيمان مباينتها للعان في نفي النسب ، فتباينها في وجوب الحد .

(٦) يرد على هذا القياس أن حدها حكم عليها به بالنكول ، لأننا نحدها بلعان الزوج لا بنكولها عن اللعان ، لأن لعانها يسقط عنها الحد بعد وجوبه . انظر : الحاوي للماوردي (٣١/١١) .

(٧) يرد على هذا القياس أن ما ثبت ببينة الزوج ثبت بلعانه ، وأن ما خرج به الزوج من قذفه جاز أن يجب به الحد على زوجته كالبينة . انظر : الحاوي للماوردي (٣١/١١) .

(٨) وهو قوله تعالى : ﴿ وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴾ ووجه الدلالة أن الذكر بالألف واللام يوجب حمله على جنس ، أو معهود ، فلم يجز حمله على جنس العذاب لأنه لا يجب ، فوجب حمله على المعهود وهو الحد . انظر : الحاوي للماوردي (٣٠/١١) .

(٩) سورة النور : الآية ٨ .

لا يكون مع اعترافها بالزنا فعلم أن الآية لم تتناول من ثبت الزنا منها .

٢٥٠٩٢ - قالوا : به ضرورة إلى نفي الولد منها [١] .

٢٥٠٩٣ - قلنا : يبطل إذا اعترفت ثم أقرت بالزنا .

٢٥٠٩٤ - قالوا : قال الشافعي هذا القول يقتضي نفي نسب ولد العفيفة [٢] وثبوت نسب ولد الزانية ، كما يقطع باللعان فراش العفيفة ولا يقطع به فراش الزانية .

* * *

(١) انظر : الحاوي للماوردي (٣٠/١١) ، المهذب (١٥٢/٢) .

(٢) واستدل الشافعية أيضًا بأن ما خرج به الزوج من قذفه جاز أن يجب به الحد على زوجته كالبينة ، ولأن ما ثبت ببينة الزوج ثبت بلعانه . انظر : الحاوي للماوردي (٣٠/١١) .

مسألة ١٢٣١

إذا ماتت قبل إكمال اللعان

٢٥٠٩٥ - قال أصحابنا : إذا ماتت قبل إكمال اللعان سقط اللعان [١] .

٢٥٠٩٦ - وقال الشافعي : إذا كان القذف بولد لاعن الزوج على نفيه [٢] .

٢٥٠٩٧ - لنا : أن اللعان أحد موجبي القذف كالحدّ وقد ثبت من أصولنا أن الحد يسقط بموت المقذوف كذلك اللعان [٣] . ولأن الفراش انقطع بالموت ولا يثبت اللعان مع فقد الفراش كقذف الأجنبية [٤] . ولأن اللعان لا يصح منها فلا يصح من الزوج [كالصغير] [٥] . ولأنه سبب في الفرقة [فلا يثبت] [٦] بعد الموت [٧] ولأن كل موضع لو جعل القذف بغير ولد لم يلاعن إذا حصل بولد كقاذف أم الولد [٨] ، ولأنها فرقة وقعت بموت أحد الزوجين فسقط معها اللعان كموت الزوج [٩] .

٢٥٠٩٨ - احتجوا : بأن به ضرورة إلى نفي نسب الولد كحال حياتها [١٠] .

٢٥٠٩٩ - قلنا : إن قلت به ضرورة إلى نفي ولد ليس هو منه انتقض إذا اعترف به ثم بان أنه ليس منه . وإن قذف بولد ليس منه لم نسلم لأنها وضعت على فراشه . فالظاهر أنه منه ولا يصدق على رميها . والمعنى في حال الحياة أن اللعان لم يتعذر منها فجاز أن يثبت في حق زوجها ، وهاهنا تعذر اللعان منها فصارت كالصغيرة [١١] .

---

(١) وبه قال الإمام أحمد . انظر : المبسوط للسرخسي (١١٤/٦) ، البحر الرائق (٣٩/٥) ، شرح فتح القدير (٩٧/٥) ، الاختيار (٢٨٣/٣) ، المغني لابن قدامة (٤٠٦/٧) ، كشاف القناع عن متن الإقناع (٣٩٨/٥) .

(٢) ومعه المالكية انظر : الشرح الصغير (٦٦٠/٢) ، المدونة (٣٨٢/٣) ، روضة الطالبين (٣٦٣/٨) .

(٣) حاصل هذا القياس أن حد القذف يبطل بموت المقذوف ، لأنه شرع لدفع العار ، على وجه الخصوص ، فإذا مات صاحب الحق بطل الحد فكذلك اللعان . انظر : البحر الرائق (٣٩/٥) .

(٤) انظر : المبسوط (١١٨/٩) . الاختيار (٢٨٣/٣) ، المغني (٤٠٦/٧) .

(٥ ، ٦) ساقط في (م) .

(٧) إلا الأحكام المترتبة عليهما تختلف في كل منها ، فالعدة في الطلاق تختلف باختلاف حال المرأة واعتدادها ، وكذلك يكون الطلاق رجعيا وبائنا أما فرقة اللعان فهي تطليقة بائنة . انظر : المبسوط للسرخسي (٢/٦ ، ٦) .

(٨) انظر : شرح فتح القدير (٩٦/٥) .

(٩) انظر : المغني لابن قدامة (٤٠٦/٧) ، كشاف القناع (٣٩٨/٥) .

(١٠) انظر : المهذب (١٦٣/٢) ، المجموع (١٦ ، ٤٥٦) .

(١١) إذا قذفها وهي صغيرة فلا حد ولا لعان ، لأن الصغيرة ليست بمحصنة . انظر : المبسوط للسرخسي (٤٢/٧) .

مسألة ١٢٣٢

إذا مات الولد فنفاه الأب ثم مات

٢٥١٠٠ - قال أصحابنا : إذا مات الولد فنفاه الأب ثم مات لم ينف نسبه باللعان [(١)] .

٢٥١٠١ - وقال الشافعي : يلاعن وينفيه [(٢)] .

٢٥١٠٢ - لنا : أن نفي النسب حكم على الولد ، والميت لا يجوز الحكم له ولا عليه ، إلا إذا كان بحضور من قام مقامه . ولأنا حكمنا بميراثه لابنه فلم يجز أن ينتفي نسبه باللعان ، كما لو أقر به ثم نفاه [(٣)] . ولأن ثبوت التوارث بين الأب والابن يمنع من نفي النسب ، كما لو مات الأب فورثه الابن [(٤)] .

٢٥١٠٣ - احتجوا : بأن النفي إنما يحتاج إليه حتى لا ينسب إليه ، ولا تلزمه نفقته بعد الموت وكفنه ، فجاز أن ينفيه [(٥)] .

٢٥١٠٤ - قلنا : نسبة الموت إليه لا تضره لأنه لا يلحق به أولاده ، وأما الحي يلحقه أولاده فهو ينفيه حتى يسقط ذلك عن نفسه [(٦)] . وأما الكفن فقد وجب عليه فلا يمكن إسقاط ما وجب بلعانه . فأما النفقة فإنها تسقط باللعان ما يستجد منها ، فيمنع نفي النسب وجوبه فأما أن يسقط ما وجب فلا .

٢٥١٠٥ - فإذا ثبت هذا قلنا : إذا ولدت ولدين فنفاهما فمات أحدهما لم يلاعن ، لأن الميت لا ينتفي نسبه إلا وهو حمل واحد ، فإذا تعذر نفي بعضه تعذر نفي جميعه [(٧)] .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٢/٧) ، بدائع الصنائع (١٦٢/٥) ، شرح فتح القدير (١٢٣/٤) ، البناية (٧٥٤/٤) ، وبه قال مالك انظر : حاشية الدسوقي (٤٦١/٢) .

(٢) وبه قال الإمام أحمد ، انظر : الأم للشافعي (٢٩٢/٥) ، الحاوي الكبير (٥٧٨/١١) ، روضة الطالبين (٣٥٩/٨) ، كشاف القناع (٣٩٩/٥) .

(٣) إذا أقر بنسب ولد ثم نفاه يلاعن ، وإن كان لا يقطع نسبه لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان بل ينفصل عنه بالجملة . انظر : بدائع الصنائع (٢١٦٢/٥) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٢/٧) البناية في شرح الهداية (٧٥٤/٤) .

(٥) انظر : الحاوي الكبير (٧٨/١١) . (٦) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٢/٧) .

(٧) نقل في البناية عن مختصر الكرخي أنه لا يجب اللعان عند أبي يوسف ، ويجب عند محمد رحمهما الله تعالى . (٧٥٣/٤) . انظر : بدائع الصنائع (٢١٦٤/٥) ، البناية (٧٥٣/٤) .

مسألة ١٢٣٣

إذا نفى نسب الولد باللعان فمات الولد واعترف به

٢٥١٠٦ - قال أصحابنا : إذا نفي نسب الولد باللعان فمات الولد أو اعترف به ولا ولد لم يثبت نسبه منه . وإن كان ولد الملاعنة ابنا فترك ولدا صلح اعترافه ، وإن كانت بنتا فتركت ولدًا لم يقبل اعترافه [١] .

٢٥١٠٧ - وقال الشافعي : يصح اعترافه وإن لم يدع ولدًا [٢] .

٢٥١٠٨ - لنا : أن النسب إثبات حق للولد والولد الميت لا تثبت له الحقوق المبتدأة كما لا يصح تمليكه والوصية له . ولأنه لا فائدة في الاعتراف به إذا لم يقرك بثبوت النسب . كذلك ثبوت الولد يؤثر في منع ثبوت النسب لأن موت أحد المتناسبين [٣] . ولأنه إذا مات ولا ولد له ، وترك مالا فالملاعن متهم في دعواه ، لأنه يتضمن استحقاق ماله وما اتهم فيه المقر لم يقبل إقراره . ولا يلزم إذا ترك ولدًا أنه يتهم في مقاسمة الولد الميراث ، ولأن إقراره يتضمن إثبات حق عليه بولد الولد ، وفي مقابلته حق له ، وهو حق الميراث فلم يتهم[٤] . ولا يلزم إذا مات ولم يترك مالًا ويحتاج إلى كفن ، لأنا نمنع ثبوت النسب إذا ترك مالا بدليل التهمة ويمنعه هاهنا وثبوت النسب إذا ترك مالًا ويمنعه هاهنا بدليل آخر [٥] .

٢٥١٠٩ - احتجوا : بأنه نسب أقر به بعد نفيه فصار كما لو ترك ولدًا [٦] .

٢٥١١٠ - قلنا : إذا ترك ولدًا فالنسب في الحي ابتداء ثم يتبع الميت من طريق الحكم

---

(١) قلنا ذكر في شرح فتح القدير أنها إن كانت بنتًا و لها ابن ، فأكذب نفسه يثبت نسبه عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وقيل الخلاف على العكس ، ولأبي حنيفة أن الابن يعتبر بانتفاء نسب أمه كأبيه ، فهو محتاج إلى ثبوت نسبها ، ولهما أن نسب الولد القائم من جانب أبيه لا من جانب أمه قال القائل :

وإنما أمهات الناس أوعية ... مستودعات وللأنساب آباء

ألا ترى أن أولاد الخلفاء من الإماء يصلحون للخلافة ، وهذا وما لو ماتت لا عن ولد سواء . انظر : المبسوط للسرخسي (٥٣/٧) ، شرح فتح القدير (١٢٣/٤) البناية في شرح الهداية (٧٥٤/٤) .

(٢) انظر : المهذب مع المجموع (٤٥٤/١٦) ، الأم (٢٩٢/٥) ، روضة الطالبين (٣٥٩/٨) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٢/٧) ، فتح القدير (١٢٣/٤) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٢/٧) . (٥) انظر : بدائع الصنائع (٢١٦٢/٥) .

(٦) انظر : المجموع (٤٥٤/١٦) .

فلا يكون ذلك إثبات حق مبتدأ للميت .

٢٥١١١ - قالوا : الميت أصل والولد فرع فكيف يثبت الأصل لأنه الفرع يثبته [(١)] .

٢٥١١٢ - قلنا : الميت هو الأصل إلا أنه لا يثبت له الحقوق ، والحي تثبت له الحقوق ثم يسري / إلى من لا يصح أن يبتدئ بالحق ، ولهذا نقول : الذي ثبت على صاحب الأصل ثم ثبت على كفيله لأنه غلب صاحب الأصل على الكفيل وثبت الدين على صاحب الأصل من طريق الحكم .

٢٥١١٣ - قالوا : لو صح الاعتراف بنسبه إذا ترك ولدًا هذا صح وإن لم يترك كما لو كان حيًّا [(٢)] .

٢٥١١٤ - قلنا : إذا كان حيًّا فهو ممن تثبت له الحقوق المبتدأة ، فجاز أن يثبت نسبه بعد نفيه ، والميت لا تثبت له الحقوق ، ولا يبتدأ بإثبات النسب .

* * *

(١) قال في المجموع : « ولأن ولد الولد يتبع نسب الولد ، وقد جعل أبو حنيفة نسب الولد تابعا لنسب ابنه فجعل الأصل تابعًا للفرع وذلك باطل » انظر : المجموع (١٦/٤٥٤) .

(٢) انظر : الحاوي الكبير (١١/٧٨) .

مسألة ١٢٣٤

إذا قال الرجل يا زانية

٢٥١١٥ - قال أصحابنا : إذا قال لرجل يا زانية لم يكن قاذفا [١] .

٢٥١١٦ - [وقال الشافعي : يكون قاذفًا] [٢] .

٢٥١١٧ - لنا : أن التأنيث يدخل في اسم المذكر للمبالغة في العلم بالشيء كقوله : علامة وحسابه ونسابه فصار كأنه قال : أنت أعلم الناس بالزنا [٣] .

٢٥١١٨ - فإن قيل : يحتمل أن يكون المراد به أن نفسه زانية وذاته زانية [٤] .

٢٥١١٩ - قلنا : أقمتم الصفة مقام الموصوف ، وهذا ترك الظاهر ، وجعلتم لفظ المؤنث خطابًا للمذكر ، وهذا مجاز وتأولتم لإيجاب الحد والتأويل يجب أن يكون في إسقاطه . ولأن هذا اللفظ لما احتمل أن يكون قذفًا أو غلطًا في الكلام ويحتمل أن يكون أراد ما ذكرنا فلم يجز إيجاب الحد مع الشك [٥] .

٢٥١٢٠ - احتجوا : بأن قوله « يا زانية » يحتمل أن يراد به المبالغة في الفعل كقولهم [حفظة للمبالغة في الحفظ] [٦] .

٢٥١٢١ - قلنا : هذا اسم للمبالغة كقوله [علامة ، ونسابة] [٧] ولأن الإنسان يقذف ويلحق فلا يخرجه من أن يكون قاذفًا .

٢٥١٢٢ - قلنا : إذا كان لا يعتبر المعنى [فإن العرفي واعتبر المعنى اللغوى] [٨]

---

(١) قلنا : المنقول في كتب المذهب بخلاف هذا فقد جاء في المبسوط ما نصه : « رجل قال لرجل يا زانية ، لا حد عليه في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف رحمهما اللّه استحسانًا ، وقال محمد عليه الحد ، وهو القياس . انظر : المبسوط للسرخسي (١١٤/٩) ، وقد تبعه أيضا صاحب شرح فتح القدير (٩٠/٥) ، وصاحب البحر الرائق (٣٣/٥) ، ومن الواضح أن علماء المذهب يرجحون رأى الشيخين ، ويرونه الرأى الراجح في المذهب .

(٢) ما بين المعكوفين ساقط من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها كما في مغني المحتاج وبه قال الإمام أحمد . انظر : المغني لابن قدامة (٢٢٥/٨) .

(٣) انظر : شرح فتح القدير (٩٠/٥) .

(٤) انظر : المغني لابن قدامة (٢٢٥/٨) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير (٩٠/٥) .

(٦) هكذا في جميع النسخ ساقط وزدناها ليستقيم المعنى بها . انظر : المغني لابن قدامة ٨٢٢٦ .

(٧) هكذا في جميع النسخ ساقط وزدناها ليستقيم المعنى بها . انظر : بدائع الصنائع (٤١٧٨/٩) .

(٨) ما بين المعكوفتين بياض في (ص) أثبتناه من (م) ، (ع)

والاحتمال فيه موجود .

٢٥١٢٣ – قالوا : القذف ثبت حكمه للمعرة التي يدخلها على المقذوف ، وهذا موجود هاهنا [١] .

٢٥١٢٤ – قلنا : إذا قذف بالكناية والتعريض فالشين موجود ولا يجب الحد [٢] .

* * *

(١) يراد به : أنه لا فرق بين من قال لرجل : « أنت زان وأنت زانية » ، وذلك لأن كثيرًا من الناس يذكر المؤنث ويؤنث المذكر ولا يخرج ذلك عن كون المخاطب به مرادًا بما يراد باللفظ الصحيح ، انظر : المغني لابن قدامة (٢٢٦/٨) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي (١٢٠/٩) .

مسألة ١٢٣٥

وإن قال : زنأت في الجبل

٢٥١٢٥ - قال أبو حنيفة [رحمهم الله] : إذا قال زنأت في الجبل كان قاذفًا (١) .

٢٥١٢٦ - [وقال محمد] (٢) لا يكون قاذفًا وبه قال الشافعي (٣) .

٢٥١٢٧ - قالوا : وإذا قال : زنأت ولم يذكر الجبل ففيه وجهان (٤) .

٢٥١٢٨ - لنا : أن العرب تهمز ما ليس بمهموز وتلين الهمزة (٥) وإذا كان كذلك صار قاذفًا ، ولأن أبا حنيفة ﷺ عرف من عادة العامة أنها تترك هذا اللفظ وتُعرُّ به المرأة فجعل ذلك لغة لها تقذف به كما تقذف بالعجمية (٦) ، ولا يقال : إنكم اعتبرتم في المسألة الأولى مقتضى اللغة ، وعدلتم عنها في هذه ، لأن أبا حنيفة يقول في العربي الذي يعرف أن اللفظ يراد به الارتقاء أنه ليس بقاذف ، وإنما يقول ذلك في العامي الذي لا يعرف هذا المعنى ، فلم يبق للنكاح وجه يحمل عليه إلا القذف (٧) .

٢٥١٢٩ - احتجوا : بأن هذا اللفظ في العربية صريح في الارتقاء فوجب أن يحمل عليه (٨) .

---

(١) المنقول في كتب المذهب أن أبا يوسف قد وافق الإمام أبا حنيفة ، انظر : المبسوط للسرخسي (١٢٦/٩) ، شرح فتح القدير (١٠٠/٥) ، بدائع الصنائع (٤١٧/٩) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٤٠/٥) وبه قال الإمام أحمد ، انظر : المغني لابن قدامة (٢٣٥/٨) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من النسخ وزدناها ليستقيم المعنى بها انظر : المبسوط للسرخسي (١٢٦/٩) ، شرح فتح القدير (١٠٠/٥) ، بدائع الصنائع (٤١٧/٩) ، البحر الرائق (٤٠/٥) .

(٣) انظر : الأم للشافعي (٢٩٥/٥) ، مغني المحتاج (٣٦٨/٣) ، المهذب (٣٥٠/٢) الحاوي للماوردي (١٠٨/١١) .

(٤) وهذا أيضًا عند أصحاب الشافعي ، فيما إذا لم يذكر الجبل فوجهان عندهم ، انظر : مغني المحتاج (٣٦٨/٣) ، المهذب (٣٥٠/٢) .

(٥) أهل اللغة يستعملون هذا اللفظ مهموزًا عند ذكر الجبل ويراد به الصعود ، وأما ما ليس بمهموز فمعناه هو حجر ، انظر : القاموس المحيط (١٧/١) باب الهمزة فصل الزاي ، (٤٣٣٩/٤) باب الياء فصل الزاي .

(٦) أي : يوجب الحد لأن المقصود دفع الشين وذلك يختلف باختلاف الألسن ، انظر : المبسوط للسرخسي (١١٤/٩) .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (١٢٦/٩ ، ١٢٧) ، شرح فتح القدير (١٠٠/٥ ، ١٠١) .

(٨) انظر : مغني المحتاج (٣٦٨/٣) .

٢٥١٣٠ - قلنا : إن كان القاذف ممن يعرف العربية فليس بقاذف ، وإنما كلامنا في العوام الذين عرف من عادتهم أنهم لا يفرقون بين الهمزة وغيرها [١]

* * *

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٢٧/٩) .

مسألة ١٢٣٦

إذا قذف الرجل امرأته بالزنا فقالت : بل أنت زان

٢٥١٣١ - قال أصحابنا : إذا قذف الرجل امرأته بالزنا فقالت بل أنت زان ، وجب عليه بقذفها اللعان ، ووجب عليها بقذفه الحد ، فإن طلب الزوج الحد حدت وسقط اللعان ، وإن طلب اللعان لاعن القاضي بينهما ولم يسقط الحد ، وإن طالبا معًا بدأ القاضي بالحد ، وأسقط اللعان (١) .

٢٥١٣٢ - وقال الشافعي : تحد المرأة ويلاعن الزوج (٢) . وهذه فرع على أصلنا أن المحدود من القذف لا يلاعن ، وقد دللنا على ذلك (٣) فإن بدا القاضي أن لا يحدها منه (٤) تعزر باللعان . لأنها ليست من أهله . فإن بدأت فطالبت باللعان لاعن القاضي بينهما ، وإن طالب بحدها حدت ، لأن الملاعِنة يجب عليها الحد ، وإن طلب كل واحد حقه واجتمع بدأ القاضي بحدها ، لأنه إذا فعل ذلك سقط أحد موجبي القذف . ولأن يقضي على أحد الموجَبَيْن أولى من أن يأتي بهما ، كما أنه إذا أمكنه أن يقضي على أحد حدين فهو أولى من استيفائهما (٥) .

٢٥١٣٣ - احتجوا (٦) : بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ (٧) .

٢٥١٣٤ - قلنا : هذه الآية دلت على وجوب اللعان ، وعندنا أنه وجب بالقذف ثم تعذر له استيفاء الحد (٨) .

٢٥١٣٥ - فإن قيل : سقوطه يحتاج إلى دليل .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٠/٧) ، بدائع الصنائع (٤١٧٢/٩) ، شرح فتح القدير (١٠١/٥) .
(٢) انظر : الحاوي (١١٧/١١) ، روضة الطالبين (٣١٥/٨) .
(٣) سبق ذكره من ضمن مسائل اللعان لأن إقامة حد القذف عليه مبطل لشهادته ، ومخرج له من أن يكون أهلا لأداء الشهادة . انظر : المبسوط للسرخسي (٤١/٧) .
(٤) سقط : من [م] ، [ن] .
(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٤١/٧) .
(٦) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١١٨/١١) .
(٧) سورة النور : الآية ٦ .
(٨) لأن الحدين إذا اجتمعا ، وفي تقديم أحدهما إسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالًا للدرء ، واللعان قائم مقام الحد فهو في معناه ، وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لأنها تظهر محدودة في قذف ، واللعان لا يجري في المحدودة . انظر : شرح فتح القدير (١٠٢/٥) .

٢٥١٣٦ - قلنا : الدليل عليه قوله تعالى : ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ ﴾ [١] والمحدود في القذف ليس من أهل الشهادة بالاتفاق [٢] .

٢٥١٣٧ - قالوا : ألحق الشين بقذفها ولا يسقط موجب القذف بإقامة الحد عليها [٣] .

٢٥١٣٨ - قلنا : لم يسقط بالحد لكن تعذر اللعان من طريق الحكم حتى خرج قولها من أن يكون من الشهادة [٤] .

* * *

---

(١) سورة النور : الآية ٦ .

(٢) انظر : شرح فتح القدير (٤/١١٣) ، البناية في شرح الهداية (٤/٧٣٠) .

(٣) لأن كل واحد منهما قد صار قاذفًا ومقذوفًا ، فصارت حالتهما سواء ، وكانا بتغليظ الالتعان أولى ؛ ولأن اللعان حق الزوج موضوع لنفي النسب الذي لا ينفي بغيره ، فلو سقط حقه من اللعان بقذفها له لما أمكن زوج أن ينفي نسبًا إذا قذف ، انظر : الحاوي للماوردي (١١/١١٨) .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٤١) .

مسألة ١٢٣٧

قذف الرجل الجماعة بكلمة واحدة

٢٥١٣٩ - قال أصحابنا : إذا قذف الرجل الجماعة بكلمة واحدة أو بألفاظ متفرقة فعليه حد واحد .

٢٥١٤٠ - وقال الشافعي [رحمه الله] في القديم : إن قذف بكلمة واحدة فحد واحد وإن كان بكلمات فلكل واحد حد .

٢٥١٤١ - وقال في الجديد : يحد لكل واحد حد كامل سواء قذف بكلمة واحدة ، أو بكلمات (١) . وإذا رمى رجلًا بامرأته هل يجب حد واحد ، فيه وجهان (٢) .

٢٥١٤٢ - [واختلفوا إذا قذفت امرأة زوجها فالعقد على قول الخصوم ، فمنهم من قال : يجب به واحد لأنه تحقق واحد ، ومنهم من قال : كل واحد حد كامل] (٣) .

٢٥١٤٣ - ذكر لنا : قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ (٤) والخطاب بالإيجاب إذا تناول جماعة دخل على كل واحد منهم جميع الحكم المذكور ، كقوله تعالى : ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ ﴾ (٥) فاقتضى ظاهر الآية إن كان واحدًا قذف المحصنات لزمه حد واحد ولا يقال : إنه ذكر الجماعة لأنه لما ذكر ثمانين جلدة علم أنه أراد كل واحد من القاذفين على حاله (٦) ولأنه حد من جنس واحد فجاز أن يتداخل كحد الزنا ، ولأنه عقوبة تتبعض فجاز أن تتداخل كحد الشرب ولأنها عقوبة شرط لها الإحصان كالرجم ، ولأن حد القذف شرع صيانة للأعراض

---

(١) انظر : المهذب (٥٣٢/٢) ، مغني المحتاج (٣٧٩/٣) ، روضة الطالبين (٤٣٦/٨) ، الحاوي للماوردي (١١٩/١١ ، ١٢٠) .

(٢) قال في المهذب : فإن قذف زوجته برجل ولم يلاعن ففيه طريقان : من أصحابنا من قال : يعني على قولين كما لو قذف رجلين أو امرأتين ، ومنهم من قال : يجب حد واحد قولا واحد ، لأن القذف هاهنا بزنى واحد والقذف هناك بزنائين . انظر : المهذب (٣٥٢/٢) .

(٣) ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٤) سورة النور : الآية ٤ . (٥) سورة البقرة : الآية ٤٣ .

(٦) انظر : المغني (٢٣٣/٨) .

كما أن حد السرقة إذا تداخلت فالحد لها واحد كذلك حد القذف [١] .

٢٥١٤٤ - احتجوا : بأنه حقوق مقصودة لآدميين ، فإذا ترادفت لم تتداخل ، كما لو قطع يد واحد ورجل آخر [٢] .

٢٥١٤٥ - قلنا : قولكم لآدميين لا نسلم ، لأن عندنا أن حد القذف من حقوق الله تعالى وللآدمي حق المطالبة . والمعنى في الأصل أنها في حكم الأجناس المختلفة ، بدلالة أن يحل واحد من الحقين محل الآخر فصار كالحدود المختلفة . وفي مسألتنا هو جنس واحد والحدود من جنس واحد يجوز أن تتداخل ، كحد الزنا . ونظيره في القصاص إذا قتل ثم قتل أو قطع يمين رجلين تداخل القصاص . ولا يلزم التعزير ؛ لأنه يتداخل ؛ فإذا رأى الإمام أن يقتصر على تعزير واحد جاز ، ولأن قطع اليد والرجل لو وجبت لآدمي واحد لم يتداخل ، كذلك إذا وجب لآدميين . وفي مسألتنا لو ترادف القذف لواحد تداخل ، فكذا إذا ترادف لاثنين [٣] .

٢٥١٤٦ - قالوا : لو أقام البينة على المقذوفين حد كل واحد منهم ، فإذا عجز عن البينة [وجب عليه] [٤] في مقابلة كل واحد حد [٥] .

٢٥١٤٧ - قلنا : ما وجب على الجماعة لا يجوز أن يتداخل كحدود الزنا والسرقة وما وجب على الواحد يجوز أن يتداخل إن كان من جنس واحد ، فلم يجب اعتبار أحدهما بالآخر .

---

(١) مراد المصنف بالتداخل في حد الزنا أن يتكرر منه فعل الزنا مرارًا ، فيجب عليه لذلك حد واحد ، لأن المقصود من إقامة الحد حق الله تعالى ، واحتمال حصوله بالأول قائم ، فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني . انظر : البحر الرائق (٤٢/٥) ، شرح فتح القدير (٩٨/٥) . وقد حكى صاحب المغني اتفاق العلماء على ذلك حيث نقل قول ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، منهم : عطاء ، والزهري ، ومالك ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأبو يوسف ، وهو مذهب الشافعي ، انظر : المغني لابن قدامة (٢١٣/٨) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (١١٩/١١) .

(٣) انظر : البحر الرائق (٤٢/٥) ، وشرح فتح القدير (٩٨/) .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (١٢٠/١١) .

(٥) وذلك كما لو زنى مرارًا ، أما لو فعل ما يوجب الحد من أجناس ، بأن زنى ، وقذف ، وشرب الخمر ، فإنه يحد بكل واحد منهما لعدم حصول المقصود بالبعض إذ الأغراض مختلفة فإن المقصود من حد الزنا هو صيانة الأنساب ومن حد القذف صيانة الأعراض ، ومن حد الشرب صيانة العقول ، فلا يحصل بكل جنس إلا ما قصد بشرعه ، انظر : البحر الرائق (٤٢/٥) .

مسألة ٢٣٨

حكم ما إذا شهد الزوج على زوجته بالزنا مع ثلاثة

٢٥١٤٨ – قال أصحابنا : إذا شهد الزوج على زوجته بالزنا مع ثلاثة قبلت شهادته (١) .

٢٥١٤٩ – وقال الشافعي : لا تقبل (٢) .

٢٥١٥٠ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ﴾ الآية (٣) ولم يفصل بين شهادة أربعة أجانب وشهادة ثلاث وزوج المقذوفة فالظاهر يقتضي الجمع ولأن شهادته مقبولة عليها في غير حد الزنا .

٢٥١٥١ – فتقبل شهادته عليها فيه (٤) ولأنه حد في محل زان بشهادة عدد ، أحدهم الزوج . أصله حد السرقة والشرب ؛ ولأن الزوج يستر على امرأته في العادة ، والشين الذي يلحقه بزناها ، فإذا شهد لم تلحقه تهمة فتقبل شهادته (٥) . ولأن الشافعي قال : إذا لاعن الزوج وجب عليها حد الزنا بقوله وحده (٦) . ثم قال : إذا شهد مع ثلاثة لم تقبل شهادته (٧) .

٢٥١٥٢ – احتجوا : بما روى قتادة (٨) عن جابر بن زيد (٩) عن ابن عباس قال :

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٤/٧) ، بدائع الصنائع (٤١٨٢/٩) ، شرح فتح القدير (١١٦/٤) .

(٢) وافقه الإمام مالك . انظر المدونة الكبرى (١١٨/٣) ، الحاوي للماوردي (١٣٥/١١) ، المهذب (٤٢٥/٢) .

(٣) سورة النور : الآية ٤ .

(٤) قال في المبسوط : « بل أولى لأن انتفاء التهمة هنا أظهر ، والظاهر أن الزوج يستر الزنا على امرأته ، لأن ذلك يشينه . انظر : المبسوط للسرخسي (٥٤/٧) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٤/٧) .

(٦) وقد سبق ذكره في مسألة سابقة مع اختلاف بين الإمام أبي حنيفة والشافعي في موجب اللعان .

(٧) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (١٣٥/١١) .

(٨) هو : قتادة بن دعامة السدوسي أبو الخطاب البصري ، أحد الأئمة الأعلام روى عن أنس بن مالك ، وسعيد بن المسيب ، وابن سيرين ، وزرارة وعنه أيوب ، وحميد الطويل ، والأوزاعي ، قال ابن المسيب : « ما أتانا عراقي أحفظ من قتادة » مات سنة ١١٧ هـ . انظر : ميزان الاعتدال (٣٨٥/٣) رجال صحيح مسلم (١٢٩/٢) .

(٩) جابر بن زيد الأزدي مولاهم البصري ، حدث عنه عن عمر بن دينار ، وأيوب ، وقتادة روى عطاء عن =

أربعة شهدوا على امرأة بالزنا أحدهم زوجها قال [يحد الزوج والثلاثة] [١] .

٢٥١٥٣ – قالوا : ذكر هذا أبو الوليد النيسابوري [٢] فأخرجه عن كتاب المحلى .

٢٥١٥٤ – قلنا : لا نعرف إسناده فنتكلم عليه ولا حجة فيه لأنا لا نعلم انتشاره ، ولا يلزمنا تقليد الصحابي مع مخالفة ظاهر الآية [٣] .

٢٥١٥٥ – قالوا : بينة في حد زنا لم يكمل إلا بشهادة زوج المزني بها فلم تقبل ، كما لو قذفها ثم شهد [٤] .

٢٥١٥٦ – قلنا : إذا قذفها لزمه حكم القذف فنسقطه شهادته . وهذا المعنى لا يوجد إذا شهد ابتداء / [٥] . يبين ذلك أن الأجنبي لو قذف ثم شهد لم تقبل شهادته [٦] ولو بدأ الشهادة قبلت [٧] .

٢٥١٥٧ – قالوا : الزوج تجر شهادته إلى نفسه نفعًا ، لأنه يسقط إحصانها ، ولا يحد إن قذفها وتنتفي التهمة عن نفسه إن نفى ولدها ، ويدفع عن نفسه ضررًا لأنه يدفع الحد عن نفسه فلم تقبل شهادته [٨] .

= ابن عباس : « لو أن أهل البصرة نزلوا عند قول جابر بن زيد لأوسعهم علمًا عما في كتاب اللّٰه » توفي سنة ٩٣ هـ . انظر : حلية الأولياء (٨٥/٣) ، الكاشف (١٢١/١) ، سير أعلام النبلاء (٤٨١/٤) .

(١) الصحيح : [يلاعن الزوج ويحد الثلاثة] انظر : الحاوي للماوردي (١٣٥/١١) .

(٢) هو حسان بن محمد بن أحمد بن هارون النيسابوري الشافعي ، روى عن محمد بن إبراهيم البوشنجي وطبقته ، وعنه الحاكم وغيره ، وهو ثقة قال فيه الحاكم : « وهو إمام أهل الحديث بخراسان » توفي سنة ٣٤٩ هـ . انظر : شذرات الذهب (٣٨٠/٢) ، طبقات الشافعية الكبرى (٢٢٨/٣) ، معجم المؤلفين (١٩٢/٣) ، سير أعلام النبلاء (٤٩٢/١٥) إلى ما بعدها .

(٣) حديث « يلاعن الزوج ويحد الثلاثة » إسناده غير معلوم ، وقد روى هذا الحديث قتادة عن جابر بن زيد عن ابن عباس . انظر : الحاوي للماوردي (١٣٥/٢) .

(٤) الشهود الثلاثة في حكم حدهم عن الإمام الشافعي قولان ، أحدهما : لا يحدون لأنهم أتوا بالشهادة دون القذف ، ولو كان قذفًا لما جاز قبول شهادتهم مع كمال عددهم . والقول الثاني : أنهم قد صاروا بخروجهم من كمال الشهادة قذفة لإدخالهم المعرة بالزنا كالقذف الصريح ، ولأن عمر بن الخطاب ﷺ لما شهد عنده بالزنا على المغيرة بن شعبة أبو بكرة ، ونافع شبل بن معبد ، وتوقف زياد عن الإفصاح بالشهادة أمر عمر بجلد الثلاثة وجعلهم قذفة . انظر : الحاوي للماوردي (١٣٦/١١) .

(٥) لأنه صار في حكم القاذف الذي لا تقبل شهادته اتفاقا بين الفقهاء .

(٦) وكذا الأجنبي إذا قذف صار قاذفًا ، فلا تقبل شهادته ، لأنه لا يكون أهلًا للشهادة بعد ذلك .

(٧) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٥/١١) . (٨) انظر : الحاوي للماوردي : (١٣٥/١١ ، ١٣٦) .

٢٥١٥٨ – قلنا : موجود في الأجنبي أنه إذا شهد فإنه يسقط إحصان المشهود عليه ولا يجب عليه بقذف حد ويسقط الحد عن نفسه ومع ذلك شهادته مقبولة (١) .

٢٥١٥٩ – قالوا : الشافعي بنى هذه المسألة على أصل وقالوا : إنه عدو لها لأنها حرمته على نفسها وأدخلت غيره في فراشه وعرضته للعان (٢) .

٢٥١٦٠ – قلنا : شهادة العدو على عدوه مقبولة ، ويسقط ما ذكروه بشهادة الرجل على أمه وبنته وأخته بالزنا ، وشهادته مقبولة عليهم (٣) .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (١٣٦/١١) ، ورواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : «لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه » .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٥/٧) .

مسألة ١٢٣٩

إذا ولد للرجل ولد فلم يعترف به أو لم يفعل ما يدل على الاعتراف

٢٥١٦١ – قال أبو حنيفة : إذا ولد للرجل ولد فلم يعترف به أو لم يفعل ما يدل على الاعتراف أو تمضي المدة التي تقبل في مثلها [البينة] [1] [2] وسماع الولادة وقال : لا ينفي إلا في مدة النفاس [3] .

٢٥١٦٢ – وقال الشافعي في أحد قوليه : على الفور ، وفي قوله الآخر ثلاثة أيام [4] وإن نفى النسب لا يجوز حتى يغلب على ظنه إنه ليس منه بالعلامات التي يستدل بها وهذا المعنى لا يميز على الفور ولا رميت بقول وإعداد ما يحتاج إليه من الولادة فجاز نفي النسب فيها .

٢٥١٦٣ – أصله : حال الولادة ولأنه لم يعترف به ولا مضى زمان يوجد فيه ما يدل على الاعتراف فجاز له النفي في حال الولادة وأما التقدير بثلاثة أيام فلا يصح لأنه خيار

---

(١) ربما الصحيح [التهنئة] .

(٢) روي عن أبي حنيفة أنه وقّت له سبعة أيام ، وقيل : عند أبي حنيفة ثلاثة أيام ، إلا أنه لم يصح ذلك عنه ، فيما أوضحه السرخسي . ولأبي يوسف ومحمد أنهما وقتاه بأكثر النفاس وهو أربعون يومًا ، فلأبي حنيفة أن هذا أمر يحتاج إلى التأمل فلابد من زمن التأمل ، وأنه يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال فتعذر التوقيت فيه ، فتحكم فيه العادة من قبول التهنئة وابتياع آلات الولادة ، أو مضي مدة يفعل ذلك عادة فلا يصح نفيه بعد ذلك ، وبهذا يبطل اعتبار الفور لأن معنى التأمل لا يحصل بالفور ، وعلى هذا قالوا في الغائب عن امرأته : إذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم أو بلغه الخبر وهو غائب أن له أن ينفي عند أبي حنيفة في مقدار تهنئة الولد وابتياع آلات الولادة ، وعندهما في مقدار عدم النفاس بعد القدوم وبلوغ الخبر ، لأن النسب لا يعلم إلا بعد العلم به فصار حال القدوم وبلوغ الخبر كحال الولادة على المذهبين جميعا . ووجه أبي يوسف أن الولد قبل الفصال لم ينتقل عن غذائه الأول فصار كمدة النفاس ، وبعد الفصال انتقال عن ذلك وخرج عن حال الصغر ، فلو احتمل النفي بعد ذلك لاحتمل بعد ما صار شيخا وذلك قبيح . انظر : بدائع الصنائع (٥/٢١٦٠ ، ٢١٦١) ، المبسوط للسرخسي (٧/٥٢) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٧/٥١) ، بدائع الصنائع (٥/٢١٦١) ، شرح فتح القدير (٤/١٢٥) ، البناية في شرح البداية (٤/٧٥٠) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٣/١٨٠) ، الحاوي للماوردي (١١/١٤٩) ، المهذب (٢/١٥٦) ، وعلى القول الأول للشافعي ذهب إليه الإمام مالك والإمام أحمد انظر : حاشية الدسوقي (٢/٤٥٩) ، كشف القناع عن متن الإقناع (٥/٤٠٣) .

ثبت من طريق الحكم ، ولا يتقدر بثلاثة أيام لها كخيار العنة وخيار المعتقة وخيار المخيرة [١] .

٢٥١٦٤ – احتجوا : بأنه لا خيار لزوج في ضرر يتحقق ، فإذا لم يكن على التأبيد كان على الفور كخيار الرد بالعيب . وهذا يجيء على أصلهم [٢] . فأما عندنا فخيار العيب على التأبيد .

* * *

---

(١) وقد حكاه الإمام أبو حنيفة : أنه يقدر بثلاثة أيام ، وضعّفه السرخسي بأن نصب المقادير بالرأي متعذر .
انظر : . شرح فتح القدير (٤/١٢٦) ، المبسوط للرخسي (٧/١)
(٢) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١٥٠) ، المهذب (٢/١٥٧) .

مسألة ١٢٤٠

قذف الملاعنة

٢٥١٦٥ – قال أبو حنيفة : إذا لاعنت المرأة بولد ثم قذفها قاذف لم يحد[(١)] .

٢٥١٦٦ – وقال أبو يوسف : يحد وبه قال الشافعي [(٢)] .

٢٥١٦٧ – لنا : أنها تشبه الزانية ، لأن لها ولدا غير ثابت النسب من الوطء ، فصارت كالموطوءة بشبهة [(٣)] ولأن اللعان لفظ شهادة [(٤)] .

٢٥١٦٨ – فمنع وجوب الحد عن القاذف فأثر ذلك في سقوط حد قاذفها ، كما [(٥)] لو أقام الزوج البينة . ولا يلزم إذا لم يكن لها ولد ، لأنا عللنا للتأثير في الجملة لا للأحوال [(٦)] .

٢٥١٦٩ – احتجوا : بما روى يزيد [(٧)] بن هارون [(٨)] عن عبادة [(٩)] بن

(١) وافقه الإمام أحمد انظر : المبسوط للسرخسي (٥٣/٧) ، بدائع الصنائع ٢١٦٥ ، ١٢٦٦ ، شرح فتح القدير (٢١/٤) ، المغني : (٢٣٠/٨) ، قال في البدائع : « لو لاعنها بالولد ثم قذفها هو أو غيره لا يجب الحد ، ولو لاعنها بغير الولد ثم قذفها هو أو غيره يجب عليه الحد ، والعزم أن اللعان لا يوجب تحقيق الزنا منها فلا تزول عفتها باللعان ، إلا أن في اللعان بالولد قذفها ومعها علامة الزنا وهو الولد بغير والد ، فبقيت عفتها ، فيجب الحد على قاذفها .

(٢) وكذلك قال به الإمام مالك انظر : بدائع الصنائع (٢١٣٩/٥) المدونة الكبرى (١١٥/٥) الأم للشافعي (٢٩٦/٥) ، المهذب (١٦٤/٢) ، تكملة المجموع (٤٥٨/١٦) ، الحاوي للماوردي (١٢٧/١١) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (٥٣/٧) ، المغني لابن قدامة (٢٣١/٨) .

(٤) انظر : شرح فتح القدير (١١١/٤) .

(٥) يرجع المصنف في عدم إقامة الحد له إلى لفظ اللعان نفسه والقاذف غير الملاعن ، لأن القذف هو الرمي بالزنا أما اللعان فهو عبارة عما يجرى بين المتلاعنين من الشهادات ، فهما يختلفان فلذلك لا يجب على القاذف إلى ، انظر : شرح فتح القدير (١١١/٤ ، ٨٩/٥) .

(٦) انظر : المغني لابن قدامة (٢٣٠/٨) .

(٧) نقل في النسخ [زيد] وهذا تصحيف وربما من النساخ .

(٨) هو : يزيد بن هارون بن زاذان أبو خالد من حفاظ الحديث الثقات ، روى عن سليمان التيمي ، وحميد الطويل وعاصم وإسماعيل بن أبي ، وعنه بقية بن الوليد ، وآدم بن أبي إياس ، وأحمد بن حنبل ، وإسحاق بن راهويه توفي سنة ٢٠٦ هـ ، انظر : تهذيب التهذيب (٣٣٦/١١) ، الأعلام (٢٤٧/٩) ، الكاشف (٢٥١/٣) .

(٩) نقل في النسخ [عباده] وهذا تصحيف من النساخ .

منصور(١) عن عكرمة (٢) عن عبد الله بن عباس (٣) وذكر قصة هلال بن أمية (٤) إلى أن قال : ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أَنْ لا يُدْعَى ولدها لأبٍ ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد (٥) .

٢٥١٧٠ - قلنا : عبادة بن منصور ليس بحجة ، وكان قاضي البصرة (٦)

٢٥١٧١ - قالوا : رواه عن عكرمة وسمعه من إبراهيم بن يحيى (٧) عن داود بن الهيثم (٨) .

٢٥١٧٢ - قلنا : دلسه عن عكرمة . قال يحيى بن معين (٩) عبادة بن منصور ليس بشيء .

٢٥١٧٣ - قالوا : قذف تعارض فيه لعانه ولعانها كما لو كان بغير ولدها (١٠) .

٢٥١٧٤ - قلنا : هناك لها شبهة بالزانية فمنع ذلك وجوب الحد على قاذفها (١١) .

---

(١) هو : عبادة بن منصور الناجي أبو سلمة البصري القاضي ، روى عن عكرمة ، وعطاء ، وأبي رجاء العطاردي ، وأبي المهزم وغيرهم ، وعنه حماد بن سلمة وزياد بن ربيع وغيرهم ، قال يحيى بن سعيد عباد بن منصور كان قد تغير ، وقال الدوري عن ابن معين ليس بشيء . انظر : تهذيب التهذيب (١٠٤/٥) ، والكاشف (٥٦/٢) .

(٢ - ٤) سبقت ترجمته .

(٥) أخرجه أبو داود في السنن في باب اللعان (٣٧٠/٢ - ٢٢٥٦) .

(٦) انظر : تهذيب التهذيب (١١٤/٥) .

(٧) هو : أبو إسحاق إبراهيم بن يحيى بن عثمان الكلبي ، سمع بدمشق من الفقيه نصر صاحب الإمام الشافعي ﷺ وناقل الأقوال القديمة عنه ، له الكتب المصنفة في الأحكام جمع فيها بين الحديث والفقه توفي سنة ٥٢٤ هـ انظر : معجم المؤلفين (١٢٥/١) ، وفيات الأعيان (٥٦/١ ، ٥٧) ، سير أعلام النبلاء (٥٤٤/١٩) .

(٨) هو : داود بن الهيثم العلامة البارع ، أبو سعد داود بن الهيثم بن إسحاق بن بهلول ، روى عن إسحاق بن بهلول وعمر بن شبه ، وزياد بن يحيى وغيرهم ، وعنه طلحة بن محمد وابن المظفر وأحمد بن إسحاق ، توفي سنة ٣١٦ هـ انظر : سير أعلام النبلاء (٤٨٣/١٤) ، تاريخ بغداد (٣٧٩/٨) ، المنتظم (٢١٨/٦) .

(٩) يحيى بن معين بن عوف الغطفاني الحافظ روى عن ابن عيينة ، وإسماعيل بن عياش ، وعبادة بن عباد ، وعنه البخاري ومسلم وأبو داود وأحمد وغيرهم ، قال أحمد : « كل حديث لا يعرفه يحيى فليس بحديث » ، مات بالمدينة سنة ٢٣٣ هـ انظر : تهذيب التهذيب الكمال (١٦١/٣) ، سير أعلام النبلاء (٧١/١١) ، الجرح والتعديل (٣١٤/١ ، ٣١٨) تاريخ بغداد (١٧٧/١٤) .

(١٠) انظر : بدائع الصنائع (٢١٦٥/٥) ، الحاوي للماوردي (١٢٧/١١) .

(١١) هلال في لعانه لا شبهة بها ، فإذا كان كذلك فالقذف لا يجب عليه الحد ولاسيما أن للمرأة ولدا في تحصيله شبهة الزنا .

مسألة ١٣٤١

إن أقر بالولد ثم نفاه

٢٥١٧٥ – قال أصحابنا : إذا أقر الزوج بالولد ثم نفاه لاعن [١] .

٢٥١٧٦ – وقال الشافعي : يحد [٢] .

٢٥١٧٧ – لنا : أن اعترافه بالولد يقتضي وصفها بالعفة [٣] ويفيد الآخر مقتضى الوصف بالزنا فصار كمن قال : يا عفيفة ثم قال يا زانية [٤] .

٢٥١٧٨ – ولأنه زوج قذفها ولم يكذب نفسه فصار كالمبتدئ بقذفها [٥] .

٢٥١٧٩ – احتجوا : بأنه كذب نفسه في قذفه بالاعتراف الأول [٦] فصار كما لو أقربه بعد نفيه [٧] .

٢٥١٨٠ – قلنا : الاعتراف بتكذيب من طريق الحكم ؛ فإن تقدمه نفي النسب تعلق به حكم كان تقدم عليه لم يصح أن يكون تكذيبًا . ألا ترى أنه لو صرح بالتكذيب فقال هذه عفيفة وإذا قذفتها فأنا كاذب ، ثم قذفها لم يحكم بكذبه ، ولم يجز إيجاب الحد عليه بتقدم هذا القول كذلك هاهنا [والله تعالى أعلم] [٨] .

* * *

(١) انظر : شرح فتح القدير (١٠٢/٥) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٤١/٥) ، بدائع الصنائع (٢١٦٢/٥) .

(٢) وقد وافقه الإمام مالك وأحمد . انظر : المدونة الكبرى (١١٥/٣) ، الأم للشافعي (٢٩٦/٥) . روضة الطالبين : (٣٥٩/٨) ، المغني لابن قدامة (٤٢٦/٧) .

(٣) أن لا يكون المقذوف قد وطئ في عمره وطئًا حرامًا في غير ملك ، ولا نكاح أصلًا ، ولا في نكاح فاسد مجمعًا عليه في عهد السلف .

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٢١٦٣/٥) .

(٥) انظر : شرح فتح القدير (١٠٢/٥) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٤١/٥) .

(٦) انظر : المهذب (١٦٣/٢) ، شرحه (٤٥٣/١٦) .

(٧) أي يقاس نفى الولد بعد الإقرار على من أكذب نفسه بعد لعانه ، ففي كل منها يجب الحد بجميع أنهما سبقهما الإقرار باللعان .

(٨) ما بين المكوفتين ساقط من (ص) . انظر : بدائع الصنائع (٢١٦٣/٥) .

مسألة ٢٤٢

إذا ولدت ولدين في بطن واحد

٢٥١٨١ - قال أصحابنا : إذا جاءت بولدين في بطن واحد فنفى الأول وأقر بالثاني حد ، وإن أقر بالأول ونفى الثاني لاعن وثبت نسبهما [1] .

٢٥١٨٢ - وقال الشافعي : يحد [2] .

٢٥١٨٣ - لنا : أنه إذا اعتراف بالأول ثم نفى الآخر فقد وصفها بالزنا ، فكأنه قال : هي عفيفة ثم قال هي زانية ، وإذا نفى الأولى فقد قذفها ، فإذا اعترف بالثاني فقد وصفها بالعفة ، فكان ذلك تكذيبًا لنفسه . والنسب ثابت في الوجهين لأنه حمل واحد ، فإذا ثبت بعضه باعترافه ثبت جميعه .

٢٥١٨٤ - احتجوا : بأنه أكذب نفسه بالاعتراف بالولد الأول ، فصار كما لو أكذب نفسه بالاعتراف الثاني .

٢٥١٨٥ - قلنا : قد بينا الجواب عن هذا ، وهو أن المكذب بعد القذف يتعلق به الحد . والتكذيب الثاني يجب به الحد ، كما لو قال : متى قدمت هذه فأنا كاذب في قذفي لها .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (٤٦/٧) ، شرح فتح القدير (١٢٦/٤ ، ١٢٧) . بدائع الصنائع (٢١٦٢/٥) ، العناية في شرح الهداية (٧٥٢/٤) ، اللباب (٤٥٢/٢) .

(٢) انظر : الأم للشافعي (٢٩٤/٥) . مغني المحتاج (٣٨٣/٣) ، المهذب (١٥٥/٢) . تكملة المجموع (٤٢٢/١٦) ، روضة الطالبين (٣٥٨/٨) . وبه قال الإمام مالك وأحمد انظر : الشرح الصغير (٦٦٩/٢) ، المدونة الكبرى (١١١/٣) ، المغني لابن قدامة : (٤١٨/٧) .

مسألة ١٢٤٣

ثبوت الولد بالفراش [١]

٢٥١٨٦ - قال أصحابنا : الأمة لا تصير فراشًا بالوطء ، فإذا أتت بولد لم يثبت نسبه حتى يعترف به المولى [٢] .

٢٥١٨٧ - وقال الشافعي : إذا أقر بوطئها ، فجاءت بولد لمدة حمل يجوز أن يكون منه ثبت نسبه وإن لم يعترف به ، وإن نفاه لم يقبل نفيه إلا أن يدعي أنه استبرأها بعد وطئها بحيضة هذا هو المشهور .

٢٥١٨٨ - ومن أصحابه من قال : إن له قولًا آخر هو أن نسبه لا ينتفي إلا باللعان [٣] .

٢٥١٨٩ - لنا : أنه وطء لا يوجب نوعه ما يسمى عدة بحال فلا تصير الموطوءة فراشا كوطء الزاني [٤] ووطء الصبي . ولأن الموطوءة بالرق لو كانت فراشًا لأوجب من ذلك فراشها مع وجود الوطء ما يسمى عدة .

٢٥١٩٠ - أصله : الزوجة ، فلما لم يجب به عدة دل على أنه لا فراش لها [٥]

٢٥١٩١ - فإن قيل : يجب بزوال فراشها [٦] الاستبراء وهو عدة [٧] .

---

(١) هذه المسألة لا واقع لها الآن في حياتنا العملية أثبتناها حفاظًا على نص المؤلف .

(٢) انظر : الهداية (٢/٢٦٨) ، اللباب ٥٨٧ ، الاختيار (٣/١٩٥) .

(٣) اختلف الأصحاب في انتفاء ولد الأمة باللعان ، فقال الإمام أحمد في رواية تفرّد بها عن الإمام الشافعي أنه ينتفي ولد الأمة باللعان ، وقد أخذ أبو العباس وابن سريج هذا القول للشافعي واعتبراه قولًا في المذهب ، ووجهه أنه كالنكاح في لحوق النسب فكان كالنكاح في النفي باللعان . إلا أن هذا القول لا تعرف له رواية إلا عن الإمام أحمد منفردًا بها ، والقاعدة أن في رواية الشيخ عن شيخه مخالفا للأقران غرابة ، ولعل الإمام أحمد أراد بأبي عبد الله غير الشافعي ، وهذا أحسن ما أجيب به ، ومن الأصحاب من قال : « لا يلاعن قولًا واحدًا قاله النووي وهو الأظهر » ، انظر : المهذب (٢/٢١٥٩) ، روضة الطالبين (٨/٣٤١) ، المجموع مع المهذب (١٦/٤٣١) .

(٤) وطء الزنا لا يثبت به النسب إلا أن الولد يصح عتقه ويجوز بيع الأم خلافًا لزفر ، لأن الحدية عنده تثبيت للولد بالولادة فيثبت لأمه الاستيلاد كالثابت النسب ، وقال أبو حنيفة وصاحبيه في دليلهم أن الاستيلاد يتبع النسب ولهذا يضاف إليه فيقال أم ولد ، انظر : الاختيار (٣/١٩٦) .

(٥) انظر : الهدية (٢/٩٨) ، الاختيار (٣/١٩٥) .

(٦) واختلف العلماء في الفراش . فقال قوم هو المرأة ، وقال قوم هو الرجل ، انظر : الهامش أبو داود (٢/٣٧٨) .

(٧) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١٥٧) .

٢٥١٩٢ - قلنا : ذلك لا يسمى عدة في الشرع ولأنه لو كان اعتبر عدة اعتبر فيه العدد ؛ ولأن الاستبراء يجب في الملك الثاني ، والعدة تجب قبل تجدد الملك الثاني .

٢٥١٩٣ - قالوا : لو أراد أن يتزوجها لم يجز حتى يستبريها [١] .

٢٥١٩٤ - قلنا : فهذا لا يجب بزوال السبب الذي صارت به فراشًا ، وإنما يجب عندكم قبل نزول السبب .

٢٥١٩٥ - قالوا : عقد النكاح يثبت الفراش ثم لا يجب بزواله عدة [٢] .

٢٥١٩٦ - قلنا : لا يوجد مع الوطء ويتعلق به عدة ، وقد توجد العدة ولا وطء إذا مات .

٢٥١٩٧ - قالوا : امرأة الزاني فراش ، وبزوال هذا الفراش مع وجود الوطء ، فلا يوجب عليه عدة إذا أسلم الزوج ثم زال الفراش [٣] ولأنه [٤] وطء في مملوكة فلا تصير به فراشًا كالمقبوضة في بيع فاسد ؛ ولأن السبب الذي صدرها الوطء عنه لا يصير به الوطء فراشًا كالأب إذا وطئ جارية ابنه [٥] وكالرجل إذا أخذ جاريته وعليه النكاح .

٢٥١٩٨ - ولا يلزم الوطء في النكاح الفاسد لأنها لا تصير بالوطء فراشًا ، وإنما تصير به وبالشبهة المتقدمة عليه . وإن شئت ذكرتُ دليل العكس فقلتُ : لو صارت فراشًا بالوطء ، لصارت فراشًا بالسبب الذي أباح الوطء بالنكاح .

٢٥١٩٩ - فإن قيل : النكاح لما ثبت به تحريم المصاهرة لا تصير به فراشًا . وعلة الفرع لا تصح ؛ لأن ملك اليمين إذا لم تصر به فراشًا فالتصرف الموجب به في حكمه فلا تصير به فراشًا ولأنه وطء لا يوجب مالًا على الواطء للموطوءة فلا تصير به فراشًا كوطء الزاني [٦] ولأن الأمة لا يثبت لها على مولاها حق بسبب وطئها .

---

(١) انظر : الحاوى للماوردي (١١/١٥٧) وما بعدها .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي : (١١/١٥٧) .

(٣) انظر : الحاوي : (١١/١٥٨) .

(٤) هكذا في جميع النسخ والملاحظ هنا أن المصنف ترك الرد على هذا الدليل على غير عادته ولعله لوجاهته أو لعله سقط من النساخ .

(٥) إذا وطئ جارية ابنه فولدت وادعاه ثبت نسبه وصارت أم ولد ، لأن للأب أن يتملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء للمأكل والمشرب ، فله أن يتملك جاريته للحاجة إلى صيانة مائه وبقاء نسله ، ويثبت له هذا الملك قبيل الاستيلاء ليثبت الاستيلاء . أما إن زوجها الابن من الأب فولدت لم تصر أم ولد ، لأن ماءه صار مصونًا بالنكاح فلا حاجة إلى الملك ، انظر : الهداية (٢/٧٠) ، الاختيار (٣/١٩٨) .

(٦) انظر : الاختيار (٣/١٩٦) .

٢٥٢٠٠ - أصله [١] العنة وحضانة الولد [٢] والْقَسْم [٣] . ولا يلزم أم الولد لأنه بسبب وطئها نالث حق الحرية فجاز أن يثبت لها بسببه الفراش ولأنه تصرف فيما ملكه بالعقد ، فكل حكم لا يجوز أن يستفاد بالعقد لم يجب أن يستفاد بذلك التصرف .

٢٥٢٠١ - أصله : ثبوت النسب بالخلوة بها وبالقبلة وبالاستخدام . ولا يلزم جواز التصرف ودخول المبيع في ضمان المشتري ؛ لأن التصرف مستفاد بالعقد بالثمن وفي العقار ويستفاد بالعقد ضمان الثمن أيضًا .

٢٥٢٠٢ - ولأن المولى له حق في ولد أمته وعن الملك . ولا يبطل ذلك الحق بغير عوض إلا بإبطاله وقوله . أصله إذا لم يطأها [٤] .

٢٥٢٠٣ - ولا تلزم أم ولد لأنها تبطل حقه بقولها وحق اعترافه بنسب ولدها .

٢٥٢٠٤ - ولا يلزم ذلك ولد المغرور ، لأن حق المولى بطل فيه بعوض مسلم له وهو القيمة . ولأنه ليس له عليها فراش يجب بزوال عدة ولا ثبت نسب ولدها منه ما لم تدعه وإن اعترف بالوطء بولد الجارية المشتراة .

٢٥٢٠٥ - احتجوا : بحديث عائشة [٥] أن سعد بن أبي وقاص [٦] وعبد بن زمْعَةَ [٧] اختصما إلى النبي ﷺ في ولد وليدة زمعة ، فقال سعد هو ابن أخي

---

(١) أي دليله .

(٢) لا حق لأمه ولا لأم الولد في الحضانة لأنه من باب الولادة وليس من أهلها ، فإذا أعتقتا فهما كالحرة ، انظر : الاختيار (١٧٤/٣) .

(٣) ما صرح به المصنف هنا يخالف ما صرح به في مختصره حيث قال : « ما نصب فإن كانت إحداهما حرة والأخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث » ، وبذلك ورد الأثر . انظر : للباب ٤٩١، الاختيار (٦٠/٣) .

(٤) انظر : الهداية (٦٨/٢) .

(٥) سبق ترجمتها .

(٦) هو : مالك بن أهيب بن عبد مناف شهد بدرًا وهو أحد العشرة وآخرهم موتًا ، وعنه أولاده وتولى قتال فارس ، وفتح الله على يديه القادسية توفي سنة ٢٥١ هـ ، وهو المشهور انظر : تهذيب التهذيب (٤٨٤/٣) ، الكاشف (٢٨٠/١) ، خلاصة تهذيب الكمال (٣٧١/١) .

(٧) هو : زمعة بن صالح عن عمرو بن دينار وابن طاووس ، وهو يماني نزل مكة ، حدث عنه ابن مهدي ، وعبد الرزاق وخلق آخر ، أخرج له مسلم مقرونًا بآخر ، ضعّفه أحمد وابن معين ، وقال البخاري : يخالف في حديث وقال النسائي : ليس بالقوي » . انظر : ميزان الاعتدال (٨١/٢) ، تقريب التهذيب (٢٦٣/١) ، تهذيب التهذيب (٣٣٨/٣ ، ٣٣٩) .

ب

عتبة[1] يشير إلى ما كانوا عليه في الجاهلية . وقال عبد ابن زمعة : هو أخي ولد على فراش أبي[2] . يشير إلى ما / استقر عليه الحكم في الإسلام فقضى رسول الله ﷺ لعبد ابن زمعة[3] إبطالًا لحكم الجاهلية كذا في كتب الحديث[4] .

٢٥٢٠٦ – قلنا : يدل على فراش سابق في حال حياة الأب ، وذلك لا يكون عندنا إلا بدعواه لولدها ، حتى تصير أم ولد . والخبر إذا ذكر فيه حكم تعلق باسم ، واختلف في ذلك الاسم لم يصح ، حتى يثبت المدعي وجود الاسم الذي يدعيه .

٢٥٢٠٧ – ولا يقال : إن الحكم في الخبر يتعلق بالسبب المنزل فلم ينقل دعواه .

٢٥٢٠٨ – لأنه نقل عنه أن لها فراش ولد عليه ، والنبي ﷺ علق بهذا فلزم مخالفنا أن يثبت أن الأمة التي لم يعترف المولى بولدها فراش .

٢٥٢٠٩ – ولأن زمعة لم يترك وارثا غيره لأن سودة[5] كانت مسلمة عند موته ، ومتى اعترف الوارث بالنسب وليس للميت وارث غيره ثبت النسب في إحدى الروايتين . فعلى هذا إنما يثبت نسبه لدعوى عبد لا يوجد الوطء من أبيه .

٢٥٢١٠ – وجواب آخر : وهو أن النبي ﷺ علم به ملكًا لعبد . الدليل عليه قوله

(١) هو : عتبة بن أبي وقاص مالك الزهري مكي ، روى عنه أخوه سعد أنه عهد إليه ابن أم زمعة ، مات عتبة بالمدينة في حياة رسول الله ﷺ . انظر : تهذيب التهذيب (١٠٣/٧) .

(٢) أخرجه أبو داود في المسند في باب الولد للفراش (٣٧٨/٢ ، ٣٧٩) ، (٢٢٧٣) .

(٣) ووجه الدلالة من الحديث ما يلي : –

(١) أحدهما قول عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فجعله فراشا ؛ لأبيه وجعل ولدها أخا له بالفراش ، فإن إقرار النبي ﷺ له على هذا دليل على ثبوته وصحته .

(٢) جواب النبي ﷺ فيما حكم به من قوله : « هو لك يا عبد بن زمعة . الولد للفراش وللعاهر الحجر » فجعلها فراشا وحكم به لعبد بن زمعة أخًا ، وجعل الفراش مثبتًا لنسبه .

(٣) أنه لما صارت الحرة فراشًا بهذا الخبر ، وهو في الأمة دونها فلأن تصير به الأمة فراشًا أولى ، لأنه نقل السبب مع الحكم فيمنع من خروج الحكم ذلك السبب إجماعا ، إنما الخلاف هل يكون مقصورًا عليه أو متجاوزا له .

(٤) انظر : المسند لأبي داود ٢ / ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، (٢٢٧٣)

(٥) سودة أم المؤمنين : وهي بنت زمعة بن قيس العامرية ، وهي أول من تزوج بها النبي ﷺ بعد خديجة ، وانفردت به نحو ثلاث سنين أو أكثر حتى دخل بعائشة ، وكانت سيدة جليلة نبيلة ، حدث عنها ابن عباس ويحيى بن عبد الله الأنصاري ، لها أحاديث وأخرج لها البخاري . قالت عائشة : ما رأيت امرأة أحب إلي أن أكون في مسلاخها من سودة ، من امرأة فيها حدة ، فلما كبرت جعلت يومها من النبي ﷺ لعائشة . توفيت في آخر خلافة عمر بالمدينة . انظر : شذرات الذهب (٣٤/١) ، سير أعلام النبلاء : (٥١٣/٣) .

هو لك يا عبد . وهذه العبارة في إطلاقها تقبل الملك ، ولو أراد ثبوت النسب لقال : هو أخوك فلما قال : هو لك علم أنه قضى به مملوكًا له ، ولم يقضي به أخًا

٢٥٢١١ - يبين صحة هذا الجواب أنه قال : « واحتجبي منه يا سودة فإنه ليس بأخ لك » (١) ولو قضى به أخا لأخيها لقضى به أخًا لها ، فلما حكم أنه ليس بأخٍ لها ، وأمرها أن تحتجب عنه دل على أنه قضى بملكه فلم يفصل بعض نسبه (٢) .

٢٥٢١٢ - فإن قيل : كيف يجوز أن يقضي عبدًا وقد اعترف عبد بأنه أخوه وعتق عليه (٣) .

٢٥٢١٣ - قلنا : الولد متنازع فيه وإنما ينفذ عتق المقر بعد ثبوت الملك له ، فقضى ﷺ بالملك فيصح وقوع الحرية باعترافه .

٢٥٢١٤ - فإن قيل : قوله ﷺ : « الولد للفراش » تعليل لثبوت النسب لا للملك (٤) .

٢٥٢١٥ - قلنا : هو تعليل لنفي نسبه من بني عتبة حين ظن أن نسبه ثبت ولا فراش لها .

٢٥٢١٦ - قالوا : قوله واحتجبي عنه إنما قاله بعد ضرب الحجاب ، فلولا أنه جرى بسبب يبيح النظر لم يقل : واحتجبي .

٢٥٢١٧ - قلنا : جرى بسبب وهو دعوى أخيها وثبوت أحكام النسب من حقه ، فبين عليه الصلاة السلام أن ذلك إن ثبت له فلم يثبت الأحكام في حقها ، لولا هذا لم يكن للأمر بالاحتجاب معنى .

٢٥٢١٨ - قالوا : هذا محال لأنه لا يجوز أن يمنع من النظر المباح مع ما فيه من صلة الرحم ، وقد علل الحجاب بغير هذا فلم يكن للأمر بالاحتجاب معنى (٥) .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) وأجاب الماوردي عن هذا من وجهين : أحدهما : أنه قد حكم لعبد بن زمعة بما ادعاه من نسبه ، والحكم بالدعوى محمول على إثباتها دون إبطالها . الثاني : أنه لو نفاه لأجرى عليه حكم الرق ، ولم يفعل ذلك . وأمر سودة بالاحتجاب عنه محمول على أحد وجهين إما أن يبين بذلك أن للزوج أن يحجب زوجته عن أقاربها فيصير ذلك ابتداء لبيان حكم ، وإما لأنه رأى فيه شبها قويا من عتبة وقد نفاه الشرع عنه بالفراش الثابت لغيره ، ففعل ذلك إما بطريق الاستظهار أو حتى لا ترى سودة ما فيه من الشبه بعتبة فترتاب في نسبه .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١٥٥) .

(٤) انظر : الحاوى للماوردي (١١/١٥٤) .

(٥) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١٥٥) .

٢٥٢١٩ - قالوا : رأى النبي ﷺ للولد شبهًا فاحتاط في الأمر بالإيجاب [١] .

٢٥٢٢٠ - قلنا : الولد الثابت النسب لا حكم للشبه فيه ، وإنما يتعلق الحكم بالفراش . وعند مخالفنا يعتبر الشبه من الواطئين إذا كان كل واحد منهما وطئ على وجه ثبت بوطئه النسب [٢] .

٢٥٢٢١ - احتجوا : بما روي عن عمر [٣] أنه قال : « ما بَالُ رِجَالٍ يَطَئُونَ وَلائدهم ثم يرسلونهن يدَعُوهن يَخرُجْن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه قد ألم بها إلا وألحقت به ولدها فأرسلوهن بعد أن أمسكوهن » [٤] .

٢٥٢٢٢ - قلنا : ذكر محمد [٥] في الأصل عن زيد بن ثابت [٦] مثل قولنا [٧] فصارت مسألة خلاف [٨] .

٢٥٢٢٣ - قالوا : روي عن زيد أنه نفى ولد جارية له وكان يعزل عنها ، فلولا أنه اعتقدها فراشًا ما اعتد بالوطء [٩] .

٢٥٢٢٤ - قلنا : نحن لم نستدل بهذا الخبر ، وإنما ذكر محمد عنه مثل مذهبنا ، بما يفيد أن النسب لا يثبت بالوطء وأما اعتداده بالعزل فصحيح ، لأنه يستحب له أن يعترف به إذا وطئها ثم حصنها فهذا الاعتداد لعدوله عن الاستحباب . وقد روي : « أن

---

(١) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١٥٥) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١٥٦) .

(٣) سبقت ترجمته .

(٤) أخرجه الإمام مالك في الموطأ في باب القضاء في أمهات الأولاد (٢/٧٤٣) .

(٥) انظر : المهذب (٢/١٥٨) ، الحاوي الكبير للماوردي (١١/١٥٦) . ووجه الدلالة من الأثر ، أن عمر ابن الخطاب نادى به في الناس فلم ينكر فصار إجماعا .

(٦) هو : زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد ... ، روي عن النبي ﷺ وعن صاحبيه وعنه أبو هريرة وابن عباس وابن عمر وأنس بن مالك وغيرهم ، قال أنس : « جمع القرآن على عهد رسول الله ﷺ أربعة كلهم من الأنصار : أبي ، ومعاذ ، وزيد بن ثابت ، وأبو زيد ، وقال أبو عبيد : مات سنة ٤٥ هـ . انظر : الجرح والتعديل (٣/٥٥٩) ، الاستيعاب (٣/٥٣٨) ، تهذيب التهذيب (٣/٣٩٩) ، سير أعلام النبلاء (٢/٤٢٦) .

(٧) انظر : الأصل .

(٨) قال في الحاوي : « وأما نفي زيد فإنما نفاه لأنه قال : « كنت أعزل عنها » فدل على أنه معهم ، إذ لو لم يعزل كان لاحقًا به . انظر : الحاوي للماوردي (١١/١٥٦) .

(٩) الحاوي للماوردي (١١/١٥٦) .

جارية لعمر أتت بولد كان يطؤها فنفاه وقال : اللّهم لا يلحق بآل الخطاب من ليس منهم » .

٢٥٢٢٥ - قالوا : كل وطء ثبت به تحريم المصاهرة ، [يجب أن يثبت به النسب] (١) .

٢٥٢٢٦ - قلنا : حكم ثبت بينها وبين غيرها ولأن نفس ما ثبت بينهما من الأحكام بعضها ببعض أولى من اعتبارها بحكم ثبت بينه وبين غيرها . وتثبت هذه العلة بالقبلة على أحد القولين ، وبالرضاع على القولين جميعا . وقولهم : إن الرضاع لا تحرم به أمها ، ولا تحرم به أختها تحريم جمع لا يصح ، لأن تحريم المصاهرة يتعلق به ، بدلالة أنه لا يجوز للمرضعة أن تتزوج المرضع ، ولا يتزوج أمهاتها وبناتها ، ولا يجوز للمرضعة أن تتزوج بزوج المرضعة ولا بأولاده ، ولا يجوز الجمع بين هذه المرضعة وأخواتها (٢) وليس إذا لم يتعلق به من وجه خرج من أن يتعلق به تحريم المصاهرة . ألا ترى أن أصل عقد النكاح أصل عليهم ، ويتعلق به تحريم الأمهات دون البنات بالاتفاق .

٢٥٢٢٧ - قالوا : إن تحريم المصاهرة يتعلق به ، والمعنى في عقد النكاح أنه يوجب المهر لها على زوجها ، فجاز أن تصير به فراشًا .

٢٥٢٢٨ - ونقول : المعنى أن وطء الأمة لم يؤثر في إيجاب المال على المولي فلم تصر به فراشًا . ونقول : المعنى فيه أن زواله يجوز أن يوجب العدة إذا مات عنها ، ولما لم يجز أن يتعلق بزوال إباحة الوطء في الأمة عدة لم يجز أن تصير بالوطء فراشًا .

٢٥٢٢٩ - قالوا : سبب ثبت به تحريم الجمع ، فصارت الأمة به فراشًا لعقد النكاح (٣) .

٢٥٢٣٠ - قلنا : يبطل بالنسب فإنه ثبت به تحريم الجمع ولا تصير به فراشا . والقبلة واللمس بها تحريم الجمع ولا تصير به فراشًا ، ونقلب فنقول : سبب يثبت به تحريم الجمع فلا تصير به الأمة فراشا لمولاها . أصله عقدة النكاح .

٢٥٢٣١ - قالوا : الوطء أبلغ في إثبات التحريم من العقد ؛ لأنه يحرم الأمهات والبنات في الجمع ، وعندنا النكاح يحرم الأمهات دون البنات ، فإذا صارت بالنكاح فراشا فلأن تصير بالوطء فراشًا أولى (٤) .

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة لتمام المعنى . وفي الحاوي ، أنه وطء ثبت به تحريم المصاهرة فوجب أن يثبت به لي ، وقد يكون النسب كوطء الحرة انظر : الحاوي للماوردي (١٥٦/١١) .

(٢) انظر الاختيار (٦٣/٣) ، وما بعدها اللباب ٤٩٣ ، وما بعدها .

(٣ ، ٤) انظر : الحاوي الكبير (١٥٦/١١) .

٢٥٢٣٢ - قلنا : ثبوت التحريم لا يستدل به على ثبوت الفراش بدلالة أنه لو تزوج ثبت التحريم ولا يثبت الفراش . وكذا الصبي إذا تزوج وينتفي نسب الولد باللعان ولا يرتفع التحريم ، فلا يجوز أن يستدل بثبوت أقوى الحكمين على وجود أضعفها ، ولأن طريقه أولى . وإنما يصح إذا ثبت لمخالفنا أن العقد صادف به فراشًا لأن التحريم يتعلق به ، وإذا لم تصح هذه العلة لم يجز أن يقال إن الوطء دخل في التحريم فهو بإثبات هذا الحكم أولى .

٢٥٢٣٣ - ولأن العقد ثبت به حق لها وهو المهر فجاز أن يثبت به حق عليها ، وهو الفراش . كذلك الوطء في النكاح الفاسد لما أثبت لها عليه المهر أثبت لها الفراش [1] . فلما لم يثبت في الأمة على مولاها حق بوطئها لم يجز أن يثبت به الفراش الذي هو من حقوقها .

٢٥٢٣٤ - ولأن عقد النكاح يخالف الوطء في أحكام كثيرة ، بدلالة استيفاء الظهار والإيلاء والطلاق واللعان به واستيفاء ذلك بالوطء ، ويتساويان في التحريم ، فلو وجب أن يتساويا في إثبات الفراش لم بفترقا في التحريم ، ولم يجب أن يختلفا فيه لاختلاف بقية الأحكام .

* * *

(١) انظر : اللباب ٤٨٢ .

مسألة ١٢٤٤

إذا تزوج امرأة وطلقها بحضرة القاضي فجاءت بولد لستة أشهر

٢٥٢٣٥ - قال أصحابنا : إذا تزوج امرأة بحضرة القاضي وطلقها بحضرته فجائته بولد لستة أشهر ثبت نسبه منه ، وكذلك لو تزوجها وبينهما مسافة لا يصل إليها في مدة الحمل يثبت النسب [١] [٢] ويعتبر هو عن الزوج والمرأة والفراش المعروف وقد انشد أبو علي الفارسي [٣] .

باتت تعانقه وبات فراشها خلق العياد في الدماء

٢٥٢٣٦ - فقيل : هذا في رجل هوى امرأة فقتل زوجها ، ومعلوم أنه لم يرد بالفراش هاهنا المعروف لأن ذلك ليس بعلم النسب مع وجوده في الزاني ، ولا يجوز أن يكون المراد به المرأة ؛ لأنه لا فرق بين الفراش والعاهر ، والمرأة يثبت منها الولد مع القهر فلم يبق إلا الزوج ، فكأنه قال : الولد للزوج .

٢٥٢٣٧ - ولا يقال : إن معناه لذي الفراش ، فحذف المضاف وأقام مقامه المضاف إليه ؛ لأن ذا الفراش من أبيح له الاستفراش فهو الزوج وإن أردته من فعل الاستفراش لم يصح ؛ لأن الزاني يفعل ذلك ولا يثبت له نسب ، ولأنه ﷺ نفى النسب عن العاهر [٤] فالظاهر أنه أثبت للفراش ما نفاه ، فكأنه قال : « ولد العاهر » ، يثبت لصاحب الفراش ، وينتفي عن العاهر ولأنه أحد الزوجين فجاز أن يلحقه الولد

---

(١) انظر : الهداية (٣٣/٢) ، الاختيار ١٥٤٣ ، اللباب ٥٥٣ .

(٢) هكذا في جميع النسخ ، وقد ترك المصنف ذكر رأي الشافعي ، الذي اعتبر المدة وإمكان الوطء . انظر : الحاوي للماوردي (١٤٩/١١) ، المهذب (١٥٤/٢) ، المجموع (٤٠٤/١٦) .

(٣) هو الحسن بن علي بن إبراهيم ... الأهوازي روى عن نصر بن أحمد المرجي والمعافي الجريري والكتاني وغيرهم ، وعنه الخطيب والكتاني والفقيه نصر المقدي وغيرهم ، قال ابن عساكر : « كان على مذهب السالمية يقول بالظاهر ويتمسك بالأحاديث الضعيفة التي تقوي رأيه » توفي سنة ٤٤٦ هـ انظر : ميزان الاعتدال (٥١٢/١) ، كشف الظنون (٢١١/١) ، شذور الذهب (٢٧٤/٣) ، سير أعلام النبلاء (١٣/١٨) ، والشطر الثاني من البيت مكسور ، وفيه حذف ، وقد يكون تمامه مثل : « خلق العيادة في أديم من دماء » .

(٤) وذلك في قوله ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » فنفى النسب عن العاهر وأثبته للفراش . سبق تخريج هذا الحديث .

من الزنا كالزوج [١] ، ولأن النسب لا يخلو أن يثبت بالفراش الصحيح أو بإمكان الوطء ولا يجوز أن يتعلق بإمكان الوطء ؛ لأن ذلك موجود في الزاني وفي الأمة إذا ملكها ولم يطأها ، فلم يبق إلا أن يتعلق بالفراش الصحيح وهو موجود هاهنا [٢] .

٢٥٢٣٨ - ولأن كل ولد أقر به ثبت نسبه منه ، وإن لم يقر كما لو كان بينهما مسافة قريبة فلم يصل إليها حتى ولدت ، ولأن ماءه وماء الزاني لا يستحق له ، والماء المستحق إذا اختلط بما لا يستحق له كان الجميع لصاحب المستحق ، كماء السيل والمطر إذا اختلط بماء لرجل [٣] .

٢٥٢٣٩ - ولأن رحم / المرأة في حكم المملوك للزوج ، بدلالة أنه يملك استباحته ، ويمنع من العقد عليه بما حدث فيه من النماء المتولد ، وليس له مستحق كما يحدث ، وهو المستحق لأصله ، كالأرض المملوكة إذا نبت فيها شجر ، ولا يعرف مستحقها .

٢٥٢٤٠ - قالوا : لا نسلم أنه مملوك ، بدلالة أنها لو وطئت بشبهة كان المهر لها دونه [٤] .

٢٥٢٤١ - قلنا : لم نقل أنه مملوك ، لكنا قلنا أنه في حكم المملوك في جواز الاستباحة ، وقد يكون الشيء في حكم المملوك في باب الاستباحة ، وإذا أتلفه متلف لم يستحق بدله كالطعام الذي أبيح له .

٢٥٢٤٢ - قالوا : لا نسلم أن ما يحدث في الأرض يملكه صاحبها ؛ لأنه إذا نبت فيها [٥] ما حرث من بذر غيره كان لصاحب البذر دون صاحب الأرض [٦] .

٢٥٢٤٣ - قلنا : نحن إنما حدث ولا مستحق لأصله ، وأما ولد الزاني فليس له مستحق ، فهو كالشجرة التي نبتت لا يعرف مالك أصلها .

٢٥٢٤٤ - احتجوا : بأنها أتت بولد لا يمكن أن يكون منه ، فوجب أن لا يلحق به . أصله وامرأة الصغير [٧] .

٢٥٢٤٥ - قلنا : هذا غلط ؛ لأنها إذا تزوجت بحضرة القاضي فطلقها بحضرته

---

(١) انظر : اللباب ٥٥٤ .

(٢) انظر : الهداية (٣٣/٢) ، الحاوي للماوردي (٩٢/١١) ، وما بعدها .

(٣) انظر : الاختيار (١٥٤/٣) .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (٩٣/١١) .

(٥) في (م) [قط] .

(٦) انظر : المجموع (٤٠٤/١٦) .

(٧) أو كما لو ولدته دون ستة أشهر .

جاز أن تكون استدخلت الماء قبل التزويج ، وفي حال العقد وصل إلى رحمها من العقد والطلاق .

٢٥٢٤٦ - وعند الشافعي أن المرأة إذا استدخلت الماء جازت أن تعلق منه .

٢٥٢٤٧ - وعلى قولنا يجوز أن يكون وطؤها قبل العقد ، ولم يصل المني إلى رحمها إلا بعد العقد ، فكيف نسلم أن الولد لا يجوز أن يكون منه . وإن عينوه في الشرقية والغربية جاز أن يكون الماء يصل إليها في جوفه إذا أقطر فاستدخلته ، ولا يصح الوصف على أصلهم .

٢٥٢٤٨ - والمعنى في الصبي أنه لا يجوز أن يكون والدًا فلم يجز أن يكون له ولد ، والبالغ يجوز أن يكون له ولد ، فصح أن ينسب إليه الولد ، كما لو كان بينهما مسافة قريبة ولم يجتمع معها . يبين الفرق بينهما أن من لا يجوز أن يكون مالكًا لا ينسب إليه الملك ، ومن يجوز أن يكون مالكًا يصح أن تنسب إليه الأملاك (١) .

٢٥٢٤٩ - قالوا : قد أجرى اللّه تعالى العادة أن لا يخلق الولد في أقل من ستة أشهر، كما أجرى اللّه العادة أن لا يخلق ولد الإنسان من ماء غيره ، وكما لو ولدت لأقل من ستة أشهر لم يثبت منه ، كذلك إذا كان من ماء غيره (٢) .

٢٥٢٥٠ - قلنا : إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر فقد حدث ولا فراش له ، وزانه الأرض إذا نبت فيها زرع ثم اشتراها لم يستحقه ، ولو نبت بعد الشراء استحقه ؛ لأنه حدث على ملكه .

٢٥٢٥١ - وقولهم : إن ولد الإنسان لا يخلق من ماء غيره موضع الخلاف . وعندنا أن المخلوق على الفراش سواء من ماء صاحب الفراش أو من ماء غيره فإن نسبه يثبت منه ، إلا أن ينفيه عن نفسه .

٢٥٢٥٢ - قالوا : ولد الملاعِنَة يجوز أن يكون من مائه ، ويجوز أن يكون من ماء غيره ثم انتفى نسبه باللعان ، فالولد الذي يعلم أنه ليس من مائه أولى .

٢٥٢٥٣ - قلنا : إذا لاعنها قطع الفراش فانتفى النسب الثابت ، وفي مسألتنا الفراش بحاله فالولد الحادث عليه لا ينتفي ، ما لم يوجد النسب المؤثر في قطع الفراش .

٢٥٢٥٤ - قالوا : نحن اعتبرنا الزواج وإمكان الوطء ، وأنتم اعتبرتم الزواج دون

---

(١) قاعدة : من لا يجوز أن يكون مالكًا لا ينسب إليه الملكُ ومن يجوز أن يكون مالكًا يصح أن تنسب إليه الأملاك .

(٢) أو كما لو ولدته دون ستة أشهر .

إمكان الوطء ومتى لم يمكن الوطء قطعنا أن الولد ليس منه [١] .

٢٥٢٥٥ - قلنا : إمكان الوطء مع الفراش غير معتبر ، بدلالة أن من تزوج امرأة فجاءت بولد لتمام ستة أشهر ثبت نسبه [٢] . ولو اعتبرنا إمكان الوطء وجب أن لا يثبت ؛ لأنها جاءت به بعد الإمكان لأقل من ستة أشهر فلما لم يثبت النسب سقط اعتبار الوطء .

٢٥٢٥٦ - فإن قالوا : لا يثبت حتى تأتي به لأكثر من ستة أشهر بمقدار ما يطؤها [٣] .

٢٥٢٥٧ - قلنا : خالفوا الإجماع لأنه روى أن امرأة تزوجت وجاءت بولد لستة أشهر فهمَّ عثمان [٤] برجمها ، فقال ابن عباس : أما أنها لو خاصمتكم لخصمتكم ، فترك عثمان رجمها [٥] فدل من اتفاقهم أن نسب الولد ثبت لستة أشهر من غير زيادة .

* * *

(١) انظر : الحاوي للماوردي (١١/١٥٠) .
(٢) انظر : الهداية (٢/٣٢) .
(٣) انظر : المجموع (١٦٤/٤٠٤) .
(٤) سبقت ترجمته .
(٥) أخرجه في الموطأ (٢/٨٢٥) ، حديث رقم (١١) .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسَمَّاة

التجريد

كتاب العدة

كتاب العدة (١)

(١) العدة لغة : مأخوذة من العد والحساب ، والعد في اللغة : الإحصاء ، وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالبا ، فعدة المرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها هي ما تعده من أيام أقرائها ، أو أيام حملها ، أو أربعة أشهر وعشر ليال ، وقيل : تربصها المدة الواجبة عليها ، وجمع العِدة : عِدَد ، كسدرة ، وسدر . والعُدّة بضم العين : الاستعداد أو ما أعددته من مال وسلاح ، والجمع عُدد ، مثل غرفة وغرف . والعِدّ : الماء الذي لا ينقطع ، كماء العين وماء البئر .

وفي الاصطلاح : اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها ، أو لتفجعها على زوجها .

وقد : اتفق الفقهاء على مشروعية العدة ووجوبها على المرأة عند وجود سببها واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فمنه قول اللّه تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُو۟لَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ ﴾ . وأما السنة فمنها ما ورد عن أم عطية رضي الله عنها أن رسول اللّه ﷺ قال : « لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا » وما ورد أنه ﷺ قال لفاطمة بنت قيس : « اعتدى في بيت ابن أم مكتوم » وعن عائشة رضي الله عنها قالت : « أمرت بريرة أن تعتد بثلاث حيض » . ولذا أجمعت الأمة على مشروعية العدة ووجوبها من عصر الرسول ﷺ إلى يومنا هذا دون نكير من أحد .

وإنما تجب العدة على المرأة بالفرقة بين الزوجين بعد الدخول بسبب الطلاق أو الموت أو الفسخ أو اللعان ، كما تجب بالموت قبل الدخول وبعد عقد النكاح الصحيح . وأما الخلوة فقد اختلف الفقهاء في وجوب العدة بها فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه تجب العدة على المطلقة بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح دون الفاسد ، فلا تجب في الفاسد إلا بالدخول ، وذهب الشافعية إلى أن العدة لا تجب بالخلوة المجردة عن الوطء .

وهل تجب العدة على الرجل ؟ ذهب الفقهاء إلى أن العدة لا تجب على الرجل حيث يجوز له بعد فراق زوجته أن يتزوج غيرها دون انتظار مضي مدة عدتها ، إلا إذا كان هناك مانع يمنعه من ذلك ، كما لو أراد الزواج بعمتها أو خالتها أو أختها أو غيرها ممن لا يحل له الجمع بينهما ، أو طلق رابعة ويريد الزواج بأخرى ، فيجب عليه الانتظار في عدة الطلاق الرجعي بالاتفاق ، أو البائن عند الحنفية ، خلافا لجمهور الفقهاء ، فإنه لا يجب عليه الانتظار . ومنع الرجل من الزواج هنا لا يطلق عليه عدة ، لا بالمعنى اللغوي ولا الاصطلاحي ، وإن كان يحمل معنى العدة ، قال النفراوي : المراد من حقيقة العدة منع المرأة ، لأن مدة منع من طلق رابعة من نكاح غيرها لايقال له عدة ، لا لغة ، ولا شرعًا ، لأنه لا يمكن من النكاح في مواطن كثيرة ، كزمن الاحرام أو المرض ولا يقال فيه أنه معتد .

وإنما شرعت العدة لمعان وحكم اعتبرها الشارع منها : العلم ببراءة الرحم ، وأن لا يجتمع ماء الواطئين فأكثر في رحم واحد فتختلط الأنساب وتفسد ، ومنها : تعظيم خطر الزواج ورفع قدره وإظهار شرفه ، ومنها : =

....

= تطويل زمان الرجعة للمطلق لعله يندم ويفئ فيصادف زمنا يتمكن فيه من الرجعة ، ومنها قضاء حق الزوج وإظهار تأثير فقده في المنع من التزين والتجميل ، ولذلك شرع الإحداد عليه أكثر من الإحداد على الوالد والولد ، ومنها : الاحتياط لحق الزوج ، ومصلحة الزوجة ، وحق الولد ، والقيام بحق اللّٰه الذي أوجبه ، ففي العدة أربعة حقوق ، وقد أقام الشارع الموت مقام الدخول في استيفاء المعقود عليه ، فليس المقصود من العدة مجرد براءة الرحم ، بل ذلك من بعض مقاصدها وحكمها .

وإجمال أنواع العدد في الشرع ثلاثة :

أ - عدة القروء . ب - عدة الأشهر .

ج - عدة وضع الحمل .

أما العدة بالقروء ففيها اختلاف الفقهاء على قولين :

القول الأول : وهو قول كثير من الصحابة رضوان اللّٰه عليهم ، وفقاء المدينة ، ومالك والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين عنه : أن المراد بالأقراء في العدة : الأطهار ، **القول الثاني** : المراد بالقرء : الحيض ، وهو ما ذهب إليه جماعة من السلف كالخلفاء الأربعة وابن مسعود ﷺ وطائفة كثيرة من الصحابة والتابعين وبه قال أئمة الحديث والحنفية وأحمد في رواية أخرى حيث نقل عنه أنه قال : كنت أقول : إنها الأطهار ، وأنا اليوم أذهب إلى أنها الحيض .

وأما العدة بالأشهر : فإنها تجب في حالتين : **الحالة الأولى** : وهي ما تجب بدلا عن الحيض في المرأة المطلقة أو ما في معناها التي لا ترى دمًا ليأس أو صغر ، أو بلغت سن الحيض ، أو جاوزته ولم تحض ، فعدتها ثلاثة أشهر بنص القرآن ، لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ أي فعدتهن كذلك ، ولأن الأشهر هنا بدل عن الأقراء ، والأصل مقدر بثلاثة ، فكذلك البدل .

الحالة الثانية : عدة الوفاة التي وجبت أصلا بنفسها ، وسبب وجوبها الوفاة بعد الزواج الصحيح ، وسواء أكانت الوفاة قبل الدخول أو بعده ، وسواء أكانت ممن تحيض أم لا ، بشرط ألا تكون حاملا ، ومدتها أربعة أشهر وعشرة أيام ، لعموم قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ وقول الرسول ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن باللّٰه واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا » .

وإنما تحتسب أشهر العدة : في الطلاق أو الفسخ أو الوفاة بالشهور القمرية وزيادة ما نقص منها من الأيام ، لأنه إذا انكسر جميع الأشهر ، قياسا على صوم الشهرين المتتابعين إذا ابتدأ الصوم في نصف الشهر . ولأن العدة يراعى فيها الاحتياط ، فلو اعتبرناها في الأيام لزادت على الشهور ولو اعتبرنا بالأهلة لنقصت عن الأيام ، فكان إيجاب الزيادة أولى احتياطًا .

ويبدأ الحساب عند ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة من الساعة التي فارقها زوجها فيها ، فلو فارقها في أثناء الليل أو النهار ابتدئ حساب الشهر من حينئذ ، واعتدت من ذلك الوقت إلى مثله ، واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ وقال تعالى : ﴿ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ فلا تجوز الزيادة عليها بغير دليل ، وحساب الساعات ممكن : إما يقينا وإما استظهارا ، فلا وجه للزيادة على ما أوجبه اللّٰه تعالى . =

مسألة ١٣٤٥

الأقراء المذكورة في القرآن

٢٥٢٥٨ - قال أصحابنا : الأقراء المذكورة في القرآن هي الحيض (١) .

٢٥٢٥٩ - وقال الشافعي : الأطهار . ويتعين الخلاف إذا طلقها في الطهر انقضت عدتها عندنا بالخروج من الحيضة الثالثة .

= وقال المالكية : لا يحسب يوم الطلاق إن طلقت بعد فجره ، ولا يوم الوفاة . العَشْر المعتبرة في عدة الوفاة بالأشهر وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العشر المعتبرة في عدة الوفاة هي عشر ليال بأيامها ، لقوله تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ فالعرب تغلب صيغة التأنيث في العدد خاصة على المذكر فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بأيامها كقوله تعالى لسيدنا زكريا ﷺ ﴿ ءَايَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَ لَيَالٍ سَوِيًّا ﴾ يريد بأيامها بدليل أن الله تعالى قال في آية أخرى ﴿ ءَايَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا ﴾ إلا رمزًا يريد بلياليها ولو نذر اعتكاف العشر الأخير من رمضان لزمه الليالي والأيام وبهذا قال أبو عبيد وابن المنذر خلافا للأوزاعي والأصم اللذين قالا : تعتد بأربعة أشهر وعشر ليال وتسعة أيام ، لأن العشر تستعمل في الليالي دون الأيام ، وإنما دخلت الأيام اللاتي في أثناء الليالي تبعا ، وعلى ذلك فلو تزوجت في اليوم العاشر جاز ، أخذا من تذكير العدد (العشر) في الكتاب والسنة لقوله ﷺ « لا يحل لمرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا » فيجب كون المعدود من الليالي وإلا لأنثه .

وأما العدة بوضع الحمل : سواء أكانت عن طلاق أم وطء شبهة فذلك لقوله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ولأن القصد من العدة براءة الرحم ، وهي تحصل بوضع الحمل . وقد اختلف الفقهاء في عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا : فذهب جمهور الفقهاء إلى أن عدتها تنقضي بوضع الحمل ، قلت المدة أو كثرت ، حتى ولو وضعت بعد ساعة من وفاة زوجها ، فإن العدة تنقضي وتحل للازواج . واستدلوا على قولهم بعموم قوله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ فقد جاءت عامة في المطلقات ومن في حكمهن والمتوفى عنها زوجها لو كانت حاملًا . انظر : لسان العرب مادة (عدد) والمصباح المنير ، شرح حدود ابن عرفه ص٣٦ ، مغني المحتاج (٤٠٨/٣) ، بدائع الصنائع (٢٠٨/٣) ، والمغني لابن قدامة (٤٤٨/٧) ، فتح القدير (٣٠٧/٤) ، الدسوقي (٤٦٩/٢) ، جواهر الإكليل (٣٨٥/١) .

(١) جاء في المبسوط : وعدة التي تحيض كما قال الله تعالى في كتابه ثلاثة قروء وهو حكم مقطوع به ثابت بالنص ثم عطف عليه ما هو مجتهد فقال : القروء هي الحيض وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى هي الأطهار حتى أن على مذهبه كما طعنت في الحيضة الثالثة يحكم بإنقضاء عدتها وعندنا مالم تطهر من الحيضة الثالثة . وعن ابن عمر وعائشة وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم قالوا : الإقراء الأطهار وعن ابن عباس ﷺ كما طعنت في الحيضة الثالثة : تبين من زوجها ولا يحل لها أن تتزوج حتى تطهر وكذلك أهل اللغة يطلقونه اسم القرء على الطهر والحيض جميعًا . انظر : المبسوط (١٣/٦) ، البدائع (١٩٤/٣) .

٢٥٢٦٠ - وقال الشافعي : بالشروع فيها تنقضي [١] .

٢٥٢٦١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ [٢] ، فذكر جمعًا مفسرًا لعدد ؛ فظاهره يقتضي استغراق العدد كقوله « رأيت ثلاث رجال » .

٢٥٢٦٢ - ومعلوم أن اللَّه تعالى أمر بإيقاع الطلاق في الطهر ، فإذا كانت الأقراء الأطهار واعتدت [٣] بطهرين وبعض الثالث ، وإذا كانت بالحيض استغرقت الثلاث ؛ فكان حمل الاسم على الحيضَ التي يستغرق فيها العدد أولى .

٢٥٢٦٣ - ولا يقال إنا نستغرق ثلاثة أطهار إذا طلقها في حال الحيض ، لأن هذا الطلاق ليس هو المأمور به ، ولأنا نعتبر ثلاث حيض كاملة إذا وقع الطلاق في الحيض والطهر . وعندهم نستكمل الاقراء إذا طلقها في الحيض دون الطهر ، والاعتبار الذي يستكمل فيه العدد بكل حال أولى .

٢٥٢٦٤ - فإن قيل : لا يمتنع أن يذكر اسم الجمع ، ويراد به أكثر من ثلاثة ، كقوله تعالى : ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ ﴾ [٤] .

٢٥٢٦٥ - قلنا : الظاهر تُرك هناك لدليل لبث الكفار لثلاث خلون ، وإن كان يوم الثالث .

٢٥٢٦٦ - قلنا : هذا الاستعمال لا تعرفه العرب .

٢٥٢٦٧ - قالوا : قال النبي ﷺ : « أيام منى ثلاثة أيام » [٥] ، والمراد بها يومان وبعض الثالث ، وبين أن يقيم ثلاثة أيام ويبقى الرابع بقوله : أيام منى ثلاثة أيام ، يقتضي التي ثبت فيها المقام لمن لم يتعجل » [٦] .

٢٥٢٦٨ - ولأن اللَّه تعالى أمر المطلقة أن تتربص بالأقراء ، ونهاها أن تكتم حيضها

---

(١) جاء في المهذب : فإن كانت المعتدة غير حامل فإن كانت تحيض اعتدت بثلاثة أقراء لقوله ﷻ ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ والأقراء هي الأطهار والدليل عليه قوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ والمراد في وقت عدتهن . انظر : المهذب للشيرازي (١٥٢/٢) ، الأم (٢٢٥/٥) .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٣) في المخطوط بدون الواو .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٩٢ .

(٥) أخرجه الإمام الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢١٠/٢) ط دار المعرفة ، نصب الراية (١٨٧/٣) .

(٦) في المخطوط : « لما لم يتعجل » .

بقوله : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ ﴾ (١) ، والأمر بالشيء إذا تعقب النهي فالظاهر أنه يتناول مقتضى الأمر ، فلما كان قوله : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ ﴾ يتناول كتمان الحيض ، علم أن الأمر بالتربص يتناول الحيض

٢٥٢٦٩ - [ولأن الحيض] (٢) يتناوله اسم القرء بكل حال والأطهار في بعض الأحوال ، ولا سيما فيما إذا تخللت الحيَض ؛ فلما انتفى الاسم عن الطهر في حال ، دل على أنه مجاز ، وليس بحقيقة .

٢٥٢٧٠ - ولأن ما سمي باسم لم يجازوه إلى غيره ، فالاسم مجاز فيه كتسمية إيجاب الرق بدونه .

٢٥٢٧١ - ولأن أهل اللغة قالوا : إن اسم القرء يصلح للحيض والطهر .

قال ذلك يعقوب في كتاب الأضداد ، وقال : « أو أنها الأطهار في لغة أهل الحجاز ، والحيض في لغة أهل العراق [وهي لغة تميم] (٣) ، وقد نزل القرآن باللغتين ، وأجمعوا أن الأقراء المذكورة في الآية لم يرد بها الأمرين ، وإنما المراد بها إما الحيض أو الأطهار ، فحملها على الحيض أولى .

٢٥٢٧٢ - لأنه ﷺ تكلم بذلك ؛ فقال لفاطمة بنت أبي حبيش : « إذا أتاك قرءك ، فدعي الصلاة » (٤) .

٢٥٢٧٣ - وفي حديث أم سلمة أنه [﵇] (٥) قال : « المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها » (٦) ؛ فكان حمل ما اختلف فيه على لغته ﷺ أولى .

٢٥٢٧٤ - فإن قيل : قد روي في حديث بن عمر أن النبي ﷺ قال : « إنما أمرك أن تطلقها في كل قرء تطليقة » (٧) .

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب ص واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب ص واستدركه المصنف في الهامش

(٤) متفق عليه : أخرجه البخاري في كتاب الوضوء باب غسل الدم ، ومسلم في كتاب الإيمان باب المستحاضة وغسلها وصلاتها (٢٦٤/١) برقم (٣٣٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب ص واستدركه المصنف في الهامش

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٣١/١) ، وأبو داود (٧٣/١) برقم (٢٨١) ، انظر : نصب الراية (٨٩/١) دار المعرفة .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٣٤/٧) ، وانظر : نصب الراية (٢٢٠/٣) .

٢٥٢٧٥ - قلنا : الذي يروى أنه قال : « إنما أمرك أن تطلقها لكل قرء تطليقة » ، وهذه اللام تُذْكَر ، ويُرَاد بها الماضي كقوله : « صوموا لرؤيته » [١] ، ويُرَاد بها الاستقبال كقوله : ﴿ وَمَنْ أَرَادَ ٱلْآخِرَةَ وَسَعَىٰ لَهَا سَعْيَهَا ﴾ [٢] .

٢٥٢٧٦ - ولأن أهل اللغة تكلموا في اشتقاق القرء ، فمنهم من قال : إنه مأخوذ من الجمع يقول : قريت الماء في الحوض ، أي جمعته ، وكذلك القرآن سمي قرآنًا لجمعه . قال الشاعر :

ذِراعَي (عَيْطَلٍ) أدماءَ بِكْرٍ (هِجَانِ) اللونِ لمْ تقرأْ جَنينا [٣]

٢٥٢٧٧ - ويقولون : ما قرأت الناقة ، أي ما اشتمل رحمها على ولد .

٢٥٢٧٨ - وقالوا : أنه مأخوذ من الوقت ، وأنشدوا :

كرهت (العَقْرَ عَقْرَ) بني سليل إذا هبت لقارئها الرياح [٤]

٢٥٢٧٩ - وقد قيل : هو اسم الانتقال من شيء إلى شيء ، وأنشدوا :

٢٥٢٨٠ - إذا ما الثريا وقد أقرا ه حسن السما كان منها أفولا [٥]

٢٥٢٨١ - فإن أخذ من الجمع فهو الحيض ؛ لأنه ذو أجزاء صح اجتماعه ، وهذا لا يوجد في الطهر .

٢٥٢٨٢ - فإن قيل : الحيض يجتمع في أيام الطهر ، ثم ينفصل في أيام الحيض .

٢٥٢٨٣ - قلنا : هذا دعوى لا دلالة عليها ، ولأن هذا يقتضي أن يكون الاسم تناول الطهر لأجل الدم واجتماعه ، فيكون كل واحد من الطهر أخذ من الوقت فيكون وقتًا لما يحدث فيه ، والحادث هو الحيض ، والطهر الأصل ، فكان حمل الاسم على الدم الحادث أولى ، وإن كان الاسم أخذ من الانتقال تناول الحيض والطهر على وجه واحد / ، واقتضى تساويهما . ٢٨٦/ب

٢٥٢٨٤ - وقد ثبت باتفاقنا أن أحد الأمرين يترجح على الآخر ؛ فما أدى إلى تساويهما ساقط .

---

(١) متفق عليه : أخرجه البخاري في كتاب بدء الوحي باب في قول النبي إذا رأيتم الهلال فصوموا (٦٧٤/٢) برقم (١٨١٠) ، مسلم في باب بيان أنه لا اعتبار بكبر الهلال وصغره (٧٦٢/٢) برقم (١٠٨١) .

(٢) سورة الإسراء : الآية ١٩ . (٣) لعمرو بن كلثوم ، تفسير الطبري (١٨٩/٢٩) .

(٤) انظر : التمهيد لابن عبد البر (٨٧/١٥) وزارة الأوقاف المغربية ولسان العرب مادة قرء (٣٥٦٥/٥) .

(٥) انظر : تفسير الطبري (٤٤٤/٢) .

٢٥٢٨٥ - فإن قيل : قد عبروا بالقرء عن الطهر ، قال الأعشى :

أفي كل يوم أنت جاشم غزوة تشـد لأقصاها بزيم عزائكـا
مورثة مجدًا وفي الذكر رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائِكَ [١]

٢٥٢٨٦ - قلنا لهم : المجاز [٢] يعبر في موضع الخلاف شيئًا لاتفاقنا على تسميتهم لكل واحد من الطهر والحيض قرء ، فَتَكَلُفُ الاجتماع بمجرد التسمية لا معنى له ، كما لا نحتج نحن بما جاء في ذلك أنه الحيض ، أنشد ثعلب :

٢٥٢٨٧ - يا رب مولى حاسد مباغض على ذي ضغن وصب فارض له قروء كقروء الحائض [٣]

فشبه هيجان عداوته بهيجان الحيض ، على أن الأعشى إنما أراد الوقت ، وذلك أن العرب كانت لا تمتنع من الوطء في حال الحيض والطهر ، وإنما كانت تمتنع من ذلك اليهود ، فعلم أنه أراد بالقرء وقت الجماع ، أو فعل الطهر الذي لا يجامع فيه يشبهها بالحيض التي يمنع من الجماع ، فمعنى هذا إن صح من دين العرب تجنب الوطء في حال الوطء ، ويدل عليه أنهم يقولون لمن تحيض : هذه من ذوات الأقراء ، ولمن لا تحيض : هذه ليست [٤] من ذوات الأقراء ، فدل أن الاسم للحيض .

٢٥٢٨٨ - فإن قيل : إنما قالوا ذلك ؛ لأن القرء وهو الطهر من الحيض .

٢٥٢٨٩ - قلنا : فهذا دليلنا على أن الاسم تناول الطهر للمجاورة ، وهذه طريقة المجاز .

٢٥٢٩٠ - ويدل عليه حديث عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا [٥] وابن عمر أن النبي ﷺ قال : « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » [٦] .

٢٥٢٩١ - فإن قيل : حديث عائشة رواه مظاهر بن أسلم [٧] .

---

(١) تفسير الطبري (٤٤٤/٢) ديوان الأعشى ص٦٧ ، ولسان العرب مادة قرأ (٣٥٦٤/٥) .
(٢) ساقطة من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .
(٣) تفسير الطبري (٣٤١/١) ، أحكام القرآن للجصاص (٤٩٨/١) ، والمغرب ص٣٧٧ .
(٤) ساقطة من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (ن) .
(٦) أخرجه الترمذي في سننه (٤٨٨) برقم (١١٨٢) باب ما جاء أن طلاق الأمة تطليقتان ، وأبو داود (٢٥٧/٢) برقم (٢١٨٩) باب في سنة طلاق العبد ، نصب الراية (٢٢٦/٣) .
(٧) هو : مظاهر بن أسلم ويقال ابن محمد ابن أسلم القرشي المخزومي المدني روى عن : سعيد المقبري =

٢٥٢٩٢ - قال أبو داود : مظاهر منكر الحديث .

٢٥٢٩٣ - قلنا : مجرد طعن أصحاب الحديث لا يعتد به حتى تبين جهة صحيحة للطعن ، فقد بينا أن من مذهب أحمد بن حنبل أن الحديث إذا روي من طرق ضعيفة صح الاحتجاج به .

٢٥٢٩٤ - فإن قيل : من مذهب عائشة أن الأقراء الأطهار ، وهو مذهب القاسم بن محمد [(١)] ، وهو الراوي عنها ؛ فكيف يرويان هذا الحديث ويخالفانه ؟ فدل ذلك على ضعفه .

٢٥٢٩٥ - قلنا : يجوز أن يكونا حملا الخبر على أن العدة تشتمل على حيضتين ، ولا بد فيها من الطهر ، والأقراء هي التي تنقضي بها العدة ، لم يعدلا عن ظاهر لفظ القرء عندهما بالاحتمال .

٢٥٢٩٦ - ولأن اللّٰه تعالى جعل الأطهار بدلًا عن الأقراء في الآيسة والصغيرة ، ومن حكم البدل أن يخالف الأصل في جنسه وصفته ، فلو كانت الأقراء الأطهار لاستوى جنس البدل والمبدل ، وهذا لا يضر .

٢٥٢٩٧ - ولأن المقصود بالعدة في ذوات الأقراء ، العلم ببراءة الرحم ، وهذا المعنى يوجد في الحيض ؛ لأنها لا تجتمع مع الحبل في العادة .

٢٥٢٩٨ - ولأن انفصال جزء من الحيض معتبر في انقضاء العدة ، وما اعتبر في انقضاء العدة انفصاله اعتبر انفصاله . أصله زمان الحمل .

٢٥٢٩٩ - ولأن العدة تشتمل على حيض وطهر ، فإذا جاز أن تنقضي العدة بالطهر

= والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، وروى عنه : سفيان الثوري وسليمان بن موسى القرشي والزهري وأبو عاصم الضحاك وقال عنه أبو حاتم : منكر الحديث ، ضعيف الحديث وقال أبو داود رجل مجهول وحديثه في طلاق الأمة منكر . انظر : تهذيب الكمال (٩٦/٢٨ ، ٩٧) .

(١) هو : القاسم بن محمد ابن خليفة رسول اللّٰه ﷺ أبي بكر الصديق عبد اللّٰه بن أبي قحافة عالم وقته بالمدينة مع سالم وعكرمة وأبو محمد وأبو عبد الرحمن القرشي التيمي البكري المدني . ولد في خلافة الإمام على فروايته عن أبيه عن جده انقطاع على انقطاع فكل منهما لم يلحق أباه . وربي القاسم في حجر عمته أم المؤمنين عائشة وتفقه منها وأكثر عنها . روى عن : ابن مسعود مرسلًا ، وزينب بنت جحش وفاطمة بنت قيس وابن عباس وابن عمر وأسماء بنت عميس جدته وأبي هريرة وغيرهم . وروى عنه : ابنه عبد الرحمن والشعبي ونافع العمري وسالم بن عبد اللّٰه وآخرون . توفي سنة ١٠٦ أو ١٠٧ أو ١٠٨هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٣٩/٥) .

في الآيسة والصغيرة جاز أن تنقضي العدة ، وليس عند مخالفنا موضع يقف انقضاء العدة على الحيض يحال .

٢٥٣٠٠ – ولأن الطهر معنى يجتمع مع الحمل ، فلم يجز أن تنقضي به العدة وبراءة الرحم ، فوجب أن يكون في الحامل بالحيض كاستبراء الأمة ، وقد دل على هذا الأصل قوله ﷺ : « لا تُوطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » [1] .

٢٥٣٠١ – وهذا مذهب الشافعي نص عليه في مواضع من كتبه [2] .

٢٥٣٠٢ – وقال في أم الولد : لا تحل للأزواج حتى تطهر من الحيضة [3] .

قالوا : المقصود من الاستبراء إباحة الوطء ، فلو قلنا : إنه يقع بالطهر الذي يعقبه الحيض . فلم يحل الوطء .

٢٥٣٠٣ – ولذلك قلنا : إنه يقع بالحيض ليعقبه الطهر . وأما العدة فالمقصود من انقضائها تحريم الوطء ؛ فإذا جعلناها بالأطهار يعقبها الحيض المؤثر في تحريم الوطء .

٢٥٣٠٤ – قلنا : الاستبراء لو وقع بالطهر لاستفاد بمضيه إباحة القبلة واللمس ، وإن لم يستبح الوطء . وقولهم المقصود من انقضاء العدة تحريم الوطء . ليس بصحيح ، بل المقصود منها العلم ببراءة الرحم ، بدلالة أن المطلقة ثلاثًا ، والتي وُطِئَ أمها بشبهة تعتد ، وإن كان تحريم وطئها لا يتعلق بانقضاء العدة ثم إنه لا فرق بينهما . ثم إن العدة تطلب ليباح العقد ؛ فيجد الوطء بعده ، فهي كالاستبراء الذي يتعقبه آثار الوطء .

٢٥٣٠٥ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [4] .

٢٥٣٠٦ – قالوا : معناه في زمان عدتهم ، كقوله تعالى : ﴿ وَنَضَعُ ٱلۡمَوَٰزِينَ ٱلۡقِسۡطَ لِيَوۡمِ ٱلۡقِيَٰمَةِ ﴾ [5] معناه في يوم القيامة .

٢٥٣٠٧ – والعدة مصدر عدَّ ، يَعُدُّ ، عِدَّة ، كقولهم : وزن ، يزن ، وزنة ، ووعد ، يعد ، عدة ، والمصدر فعل لا يصح إيقاع الطلاق فيه ، فدل على أن المراد به زمان العدة والعرب تعبر في الحقوق عنه ، فتقول : « آتيك النجم » ، فيصير تقديره : فتطلقوهن في

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٢٩/٥) ، الإمام الشافعي في الأم (١٥١/٥) ، نصب الراية (٢٥٢/٤) .

(٢) انظر : الأم (٣٤٧/٧) ، (١٥١/٥) .

(٣) انظر : الأم (٢١٨/٥) .

(٤) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٥) سورة الأنبياء : الآية ٤٧ .

زمان عدتهن ، وقد أجمعوا أن الطلاق يحرم في الحيض ، فعلم أن الأطهار زمان العدة [١] .

٢٥٣٠٨ – قلنا : زمان الطهر والحيض كلاهما عندنا عدة ، فإنما الخلاف فيما تنقضي به العدة ، أما أن نقول إن المرأة عقيب الطلاق ليست في عدة فلا .

٢٥٣٠٩ – ولأن الطهر لا يكون زمان العدة حتى لا يقع الطلاق فيه ، فكيف يجوز أن تقدر الآية بما قالوا ، وإنما هي مقدرة . بما روى من قراءة ابن عمر (فطلقوهن لقبل عدتهن) [٢] كأنه قال : (لقبل زمان عدتهن) ، وقد أبيح له طلاقها في آخر الطهر ، فيكون العدة ما يليه من الحيض ، كما يطلقها في أول الطهر ، ويكون العدة لما يليه من الطهر ، فدل ذلك على أن كلا الأمرين زمان العدة .

٢٥٣١٠ – احتج الشافعي بقوله : ﴿ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ ﴾ [٣] ، وهاء التأنيث تدخل في الجمع المذكر من الواحد إلى العشرة ، فدل على أن الأقراء هي الأطهار المذكورة ، وليست الحيض المؤنثة ، وهذا غلط ، لأن الحيض مؤنث جمع لمسماه اسم آخر مذكر ، وهو القرء ، فإذا جمع الاسم المذكر جمع التذكير ، كما أن المرأة اسم مؤنث لمسماه اسم آخر ، وهو الشخص ، فإذا جمعنا المؤنث قلنا : ثلاث نساء ، وإن جمعنا المذكر ، قلنا : ثلاثة أشخاص [٤] .

---

(١) العدة مصدر من عد يَعُد قاله العيني (قوله هي تربص) أي انتظار مدة ا هـ ع (قوله عند زوال النكاح) أي المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت . (قوله في المتن عدة الحرة للطلاق) أي سواء كان بائنا أو رجعيا . (قوله ثلاثة أقراء) والحكمة في تقدير العدة بثلاثة أقراء أن الأول لتعريف براءة الرحم ، والثاني لحرمة النكاح ، والثالث لفضيلة الحرة . انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢٦/٣) .

(٢) انظر : تفسير القرطبي (١٥٣/١٨) . (٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

(٤) حاصل الاختلاف راجع إلى أن القرء المذكور في قوله سبحانه ﴿ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ ﴾ هو الحيض أم الطهر فعند الحيض ، وعند الشافعي الطهر ولا خلاف بين أهل اللغة في أن القرء من الأسماء المشتركة يراد به الحيض ، ويراد به الطهر على طريق الاشتراك فيكون حقيقة لكل واحد منهما كما في سائر الأسماء المشتركة من اسم العين ، وغير ذلك ، أما استعماله في الحيض فلقول النبي ﷺ « المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها » أي : أيام حيضها ؛ إذ أيام الحيض هي التي تدع الصلاة فيها لا أيام الطهر . وأما في الطهر فلما روينا أن رسول الله ﷺ قال لعبد الله ابن عمر ﷺ « إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة أي : طهر » ، وإذا كان الاسم حقيقة لكل واحد منهما على سبيل الاشتراك فيقع الكلام في الترجيح . احتج الشافعي بقوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ وقد فسر النبي ﷺ العدة بالطهر في ذلك الحديث حيث قال « فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء » فدل أن العدة بالطهر لا بالحيض ؛ ولأنه أدخل الهاء في الثلاثة بقوله ﷻ : ﴿ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ ﴾ . وإنما تدخل الهاء في جمع المذكر لا في جمع المؤنث يقال ثلاثة رجال ، وثلاث نسوة ، والحيض مؤنث ، والطهر مذكر فدل =

٢٥٣١١ – قالوا ، روى في الحديث ابن عمر أن النبي ﷺ ، قال : « فإذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت ، فليطلقها إن شاء ، فتلك العدة التي أمر اللّٰه أن تطلق لها النساء » (١) .

٢٥٣١٢ – قلنا قوله : « فتلك العدة التي أمر اللّٰه أن تطلق لها النساء » فقوله « فتلك » إشارة إلى غير الحائض ، فكأنه قال : فليطلقها الحيضة الماضية بتلك العدة ، فإن قيل : كيف تسمى الحيضة قبل الطلاق عدة ؟

٢٥٣١٣ – قلنا : كيف يسمى الطهر الذي وقع فيه الطلاق عدة ، والعدة ما يعقب الطلاق ، لأنا بينا أن العدة مشتملة على الأطهار والحيض ، فالطهر هو الذي أبيح الطلاق فيه ، والحيض هو الذي تنقضي به العدة ، فلذلك قال في الطهر « فتلك العدة التي أمر اللّٰه أن يطلق لها » ، ولم يقل : فتلك العدة على الأطهار .

٢٥٣١٤ – قالوا : قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ (٢) والقرء يقع على الطهر والحيض ، فالظاهر أنها تعتد بثلاثة منهما ، إلا أن الإجماع حصل على أن المراد أحدهما ، فحمله على الطهر أولى ، لأنه يتعقب الطلاق ، وهي معتدة عقيبة .

٢٥٣١٥ – ولأن الاسم إذا تناول أحد شيئين حمل على أولهما ، ولأن زمان الطهر أكثر وزمان الحيض أقل ، والأكثر متبوع والأقل تبع ، فحمل الاسم على المتبوع أولى .

٢٥٣١٦ – قلنا : قولكم إن الاسم إذا تناول أمرين حُمِل على أولهما صحيح ، متى كان الاسم يتناولهما على وجه واحد ، فأما إذا كان حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر ، ومطلقًا في أحدهما مقيدًا في الآخر ، فالواجب حمله على المطلق والحقيقة وإن تأخر ، ونحن لا نسلم تناول الاسم للأمرين على وجه واحد .

٢٥٣١٧ – ولأن الحيض قد يتعقب الطلاق كما قد يتعقبه الطهر ، وهو إذا طلقها في آخر الطهر فعلى قولهم يجب حمله على الحيض هاهنا .

= أن المراد بها الأطهار ؛ ولأنكم لو حملتم القرء المذكور على الحيض للزمكم المناقضة ؛ لأنكم قلتم في المطلقة إذا كانت أيامها دون العشرة فانقطع دمها أنه لا تنقضي عدتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة ، فقد جعلتم العدة بالطهر ، وهذا تناقض . انظر : بدائع الصنائع (١٩٤/٣ ، ١٩٥) .

(١) أخرجه الأمام أحمد في مسنده (١٠٢/٢) ، ومسلم في صحيحه (١٠٩٣/٢) برقم (١٤٧٠) باب تحريم اطلاق الحائض بغير رضاها كتاب الطلاق .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

٢٥٣١٨ - وقولهم إن الطهر يتعقب الطلاق المباح ، فقد يتعقب الطلاق المباح الحيض إذا طلقها في آخر أجزاء الطهر .

٢٥٣١٩ - وقولهم : زمان الطهر أكثر ، فهو المتبوع ، لا يصح ، لأن مقصود العدة يوجد بالحيض ، والمقصود هو المتبوع وغير المقصود تبع / .

٢٥٣٢٠ - قالوا : يمنع من إيقاع الطلاق فيه ؛ لأنه يفضي إلى تطويل العدة عليها أيضًا .

٢٥٣٢١ - قلنا : هذا غير مسلم ؛ لأنه ممنوع من إيقاع الطلاق في الحيضة الثانية والثالثة . وإن لم يؤد ذلك إلى تطويل العدة كان الأمر على ما قالوا ، وجاز أن يطلقها في آخر أجزاء الحيض ، لأن ذلك سيؤدي إلى تطويل العدة [١] .

٢٥٣٢٢ - قالوا : إيقاع الطلاق في زمان مباح مستند على العدة ، فوجب أن تكون معتدة عقيبه .

٢٥٣٢٣ - قلنا : فيجب إذا طلقها في الحيض أن تكون لا تختص بالعدة لأنه يتعقب فرقة مباحة ، وكذلك إذا طلقها في آخر أجزاء الطهر ، ولأنا قد بينا أن الطهر عندنا عدة فقد قلنا بموجب هذا الكلام ، والخلاف فيما يقتضي به .

٢٥٣٢٤ - قالوا : الحيضة التي طلقها فيها لا يعتد بها ، وتكمل من الحيضة الرابعة ، ونقول بموجبه ، لأن عندنا ما لا يعتد به هو الحيض الذي طلق فيه ، فلا يعتد بجميعه كما لا يعتد ببعضه ، ويبطل بالصوم ، فإنه لا يعتد بصوم بعض اليوم ويعتد بجميعه .

٢٥٣٢٥ - قالوا دم يؤثر في الصلاة والصوم ، فلا تنقضي به العدة ، كدم النفاس والحيضة التي طلقها فيها .

---

(١) فأما تخريج قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فعلى ما ذكره محمد رحمه الله تعالى يجعل كأنه طلقها من أول الطهر تحرزا عن إيقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر ؛ لأنه لا غاية لأكثر الطهر فيقدر بأقله وحيضها خمسة ؛ لأن من النادر أن يكون حيضها أقل أو يمتد إلى أكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك ، وذلك خمسة فثلاثة أطهار كل طهر خمسة عشرة يكون خمسة وأربعين وثلاث حيض كل حيضة خمسة يكون خمسة عشر فذلك ستون يوما وعلى ما رواه الحسن رحمه الله تعالى يجعل كأنه طلقها في آخر جزء من الطهر ؛ لأن التحرز عن تطويل العدة واجب وإيقاع الطلاق في آخر الطهر أقرب إلى التحرز عن تطويل العدة ثم الحيض لها عشرة ؛ لأنا لما قدرنا طهرها بأقل المدة نظرا إليها : يقدر حيضها بأكثر الحيض نظرا للزوج فثلاث حيض كل حيضة عشرة يكون ثلاثين وطهران كل طهر خمسة عشر يوما يكون ثلاثين فذلك ستون .

٢٥٣٢٦ - قلنا : دم النفاس لا يحصل به براءة الرحم ، لأن النفاس عندنا من الولد الأول ، فيجمع النفاس مع الحمل في الغالب ، والحيض بخلافه . فأما الحيضة التي طلقها فيها فلا تنقضي بها العدة ، كما لا تنقضي بالطهر الذي طلقها فيه (١) .

٢٥٣٢٧ - فإن قالوا : لا يحتسب بها ، لم نسلم على ما قدمنا ، لأن تلك الحيضة لا يعتد بأولها ، لأنه إذا قدم الطلاق قد يعتد بآخرها ، لأن الحيضة لا تتبعض ، فإذا ثبت لأولها حكم ثبت لبقيتها .

٢٥٣٢٨ - قالوا : طلقها في زمان مباح يتقيد بما يعده من العدة ، كالآيسة والصغيرة .

٢٥٣٢٩ - قلنا : عدة الآيسة لا تشتمل على أمرين ، والمقصود منها ليس هو براءة الرحم ، لأنه قد سلمنا براءة رحمها ، فلذلك اعتدت بالطهر .

٢٥٣٣٠ - وفي مسألتنا زمان عدتها يشتمل على أمرين مختلفين ، والمقصود منها براءة الرحم ، وهذا يوجد في الحيض دون الطهر (٢) .

٢٥٣٣١ - احتج ابن سريج (١) بأنه منع من إيقاع الطلاق في الحيض ، لأنه يتعقبه ما لا يحتسب به .

٢٥٣٣٢ - فلو قلنا أن الطهر لا يعتد به منع من الطلاق في الطهر ، فقال له

---

(١) يقول الإمام الكاساني : « وما تراه النفساء من الدم بين الولادتين فهو دم صحيح في قول أبي حنيفة ، وأبي يوسف وعند محمد ، هو فاسد عند زفر بناء على أن المرأة إذا ولدت ، وفي بطنها ولد آخر فالنفاس من الولد الأول عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف . وعند محمد ، وزفر من الولد الثاني ، وانقضاء العدة بالولد الثاني بالإجماع . وجه قول محمد وزفر : أن النفاس يتعلق بوضع ما في البطن كانقضاء العدة فيتعلق بالولد الأخير كانقضاء العدة ، وهذا لأنها بعد حبلى ، وكما لا يتصور انقضاء عدة الحمل بدون وضع الحمل لا يتصور وجود النفاس من الحبلى ، لأن النفاس بمنزلة الحيض ، ولأن النفاس مأخوذ من تنفس الرحم ولا يتحقق ذلك على الكمال إلا بوضع الولد الثاني فكان الموجود قبل وضع الولد الثاني نفاسا من وجه دون وجه ، فلا تسقط الصلاة عنها بالشك ، كما إذا ولدت ولدا واحدا وخرج بعضه دون البعض ، ولأبي حنيفة وأبي يوسف : أن النفاس إن كان دما يخرج عقيب النفس فقد وجد بولادة الأول ، وإن كان دما يخرج بعد تنفس الرحم فقد وجد أيضًا بخلاف انقضاء العدة ، لأن ذلك يتعلق بفراغ الرحم ولم يوجد ، والنفاس يتعلق بتنفس الرحم ، أو بخروج النفس وقد وجد أو يقول : بقاء الولد في البطن لا ينافي النفاس لانفتاح فم الرحم فأما الحيض من الحبلى فممتنع لانسداد فم الرحم ، والحيض اسم لدم يخرج من الرحم ، فكان الخارج دم عرق لا دم رحم . انظر : بدائع الصنائع (٤٣/١ ، ٤٤) .

(٢) عدة الآيسة والصغيرة ليتبين أنها ليست بحامل وفي أكثر المعتبرات لا تفيد في ظاهر الرواية عند الشيخين (وعند محمد بأربعة أشهر وعشر) ؛ لأنها مدة فراغ رحم الحرة المتوفى عنا زوجها وفي رواية عن محمد =

البردعي : فيجب أن يمنع من إيقاع الطلاق في الحيض ؛ لأنه يتعقبه ما لا يحتسب به ، [فلو قلنا أن الطهر لا يعتد به وقال البردعى صح في آخر الطهر] (٢) فالتزم بن سريج ذلك ، وقال : لا يجوز ، وهذا خلاف للإجماع ، فقال له : إن كان لا يجوز الطلاق في آخر الطهر ، لأنه يتعقبه زمان لا يكره إيقاع الطلاق فيه ، [فيجب أن يجوز إيقاع الطلاق في آخر الحيض ؛ لأنه يتعقبه زمان لا يكره إيقاع الطلاق] (٣) فيه . قال ابن سريج : الطهر ينقسم فيه إلى ما لم يبح الطلاق به ، وسببه ما يمنع ، وهو الطهر الذي جامعها فيه فجاز أن يباح فيه الطلاق تارة وينهى أخرى ، والحيض يكره فيه بكل حال ، فلم يجز أن يتخير في آخره ، فجاز تعقبه بزمان الإباحة .

٢٥٣٣٣ - قال له : ولا فرق بينهما ، لأن الحيض ينقسم إلى ما يباح فيه الفرقة تارة ويحظر بأخرى ، وهو الطلاق بعوض خال الشقاق ، والطلاق قبل الدخول .

٢٥٣٣٤ - قال أصحاب الشافعي : ما التزمه ابن سريح خطأ ، والطلاق في آخر الطهر مباح ، لأنه لاحد له ، فإذا طلقها في آخره يتحقق أنه يقع الطلاق زمان الحظر .

٢٥٣٣٥ - قلنا : نحن إنما نلتزم من طلق في وقت يتحقق أن الحيض يتعقبه ، وهو من قال لامرأته : أنت طالق في آخر قرء ، ومن آخر طهرك .

* * *

= بنصفها أي بشهرين وخمسة أيام . والفتوى عليه ؛ لأن هذه المدة متى صلحت للتعرف على شغل الرحم بالنكاح في الإماء فلأن يحصل للتعرف على شغل الرحم بملك اليمين ، وهو دونه أولى . انظر : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٥٤٤/٢ ، ٥٤٥) .

(١) هو : ابن سريج شيخ الإسلام فقيه العراقين أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج البغدادي القاضي الشافعي صاحب المصنفات ولد سنة بضع وأربعين ومائتين ولحق أصحاب سفيان بن عيينة ووكيع فسمع من الحسن بن محمد الزعفراني تلميذ الشافعي ، وعلى بن إشكاب وأحمد بن منصور الرمادي وغيرهم . وحدث عنه : أبو القاسم الطبراني ، وأبو الوليد حسان بن محمد الفقيه وأبو أحمد بن الغطريف الجرجاني وغيرهم . توفي سنة ٣٠٣هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٤٥/١١ : ٢٤٨) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٤٦

انقطاع دم الحيض في الحيضة الثالثة

٢٥٣٣٦ – قال أصحابنا : إذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لأقل من أكثر الحيض لم تنقض العدة حتى تغتسل ، ويوجد ما ينوب عن القدر (١) .

٢٥٣٣٧ – وقال الشافعي : لا أعرف بعد في كتاب اللّه ، ولا في سنة رسول اللَّه ﷺ معنى يقف انقضاء العدة عليه ، وهذا مبني على أصلنا أن العدة تنقضي بانقضاء الحيضة الثالثة ، فإذا انقطع الدم جاز أن يقلدوها ، ولا تحل بانقضاء العدة حتى يوجد حكم ينافي الحيض ، والاغتسال ينافي حكم الحيض ، فانقضت العدة بوجوده (٢) .

٢٥٣٣٨ – وقد روى الشعبي عن بضعة عشر نفسًا من أصحاب رسول اللَّه ﷺ ، منهم أبو بكر وعمر ، أن له عليها الرجعة ما لم تغتسل (٣) .

٢٥٣٣٩ – فأما الشافعي ، فعنده أن العدة تنقضي بالشروع في الحيضة الثالثة ، فلا معنى لاعتبار ما يستقر به انقطاعها (٤) .

* * *

(١) جاء في المبسوط : « وإذا طهرت من الحيضة الثالثة غير أنها لم تغتسل فالرجعة باقية له عليها ، وهذا إذا كانت أيامها دون العشرة فأما إذا كانت أيامها عشرة فقد تبقتا بخروجها من الحيض بنفس انقطاع الدم ، وإذا كانت أيامها دون العشرة لم يتبقن بذلك لجواز أن يعاودها الدم فيكون ذلك حيضًا إذا لم يجاوز العشرة » انظر : المبسوط (٦/٢٣) ، والبدائع (٣/١٨٤) .

(٢) روى المزني والربيع أنها إذا رأت الدم بعد الطهر الثالث انقضت العدة برؤية الدم ، وروى البويطي وحرملة أنها لا تنقضي لأن الظاهر أن ذلك حيض . والثاني لا تنقضي حتى يمضي يوم وليلة ، لجواز أن يكون دم فساد فلا يحكم بانقضاء العدة . انظر : المهذب (٢/١٥٣) ، الأم (٨/٣٢٣) كتاب العبد .

(٣) أخرجه ابن حزم في المحلى (١٠/٣٣) .

(٤) انظر : الأم (٥/٢٢٦) .

مسألة ١٣٤٧

موت الصبي عن امرأته الحامل

٢٥٣٤٠ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا مات الصبي عن امرأته وهي حامل ، فعدتها وضع الحمل استحسانًا [(١)] .

٢٥٣٤١ - وقال أبو يوسف والشافعي : عدتها الشهور [(٢)] .

٢٥٣٤٢ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ ﴾ [(٣)] ، وهو عام .

٢٥٣٤٣ - فإن قيل : الآية خاصة في المطلقات ، لأنه قال في أول الآية : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [(٤)] ، والمعطوف على المشروط بمنزلة المشروط .

٢٥٣٤٤ - ألا ترى أنه إذا قال : إذا أحرمت بالحج فلا تحلق شعرك ولا تقلم ظفرك ولا تتطيب ولا تقتل الصيد ، ومن قتل الصيد ، فعليه الجزاء ، اقتضى أن يكون الجزاء على قاتل الصيد إذا كان محرمًا .

٢٥٣٤٥ - قالوا : وحكم امرأة الكبير لا نفهمه من هذه الآية ، وإنما فهم عن قصة سبيعة [(٥)] .

٢٥٣٤٦ - قلنا : هذه الآية تناولت المتوفى عنها بإجماع الصحابة .

٢٥٣٤٧ - قال علي بن أبي طالب : لا أدري أي الآيتين متقدمة [(٦)] ، فأوجب العدة بالشهور ووضع الحمل احتياطًا .

---

(١) جاء في المبسوط : وفي امرأة الصغير لا يستند العلوق إلى ما قبل الموت ، وإنما يستند إلى أقرب الأوقات ، لأن النسب لا يثبت منه ، وإذا لم يكن الحبل ظاهرًا وقت الموت وإنما ظهر بعد الموت يجعل هذا حبلًا حادثًا ، فأما إذا كانت حبلى عند موت الصبي فعدتها أن تضع حملها استحسانًا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وعن أبي يوسف رحمه الله أن عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول الشافعي . انظر : المبسوط (٥٢/٦) ، وفتح القدير (٣٢٤/٤) .

(٢) الأم (٢٣٦/٥) .

(٣) سورة الطلاق : الآية ٤ .

(٤) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٦٤/٤) برقم (٤٦٢٦) باب وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ... ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥٥٤/٣) .

(٦) تفسير الطبري (١٤٣/٢٨) ، والقرطبي (١٧٥/٣) .

٢٥٣٤٨ - وقال ابن مسعود وابن عباس : قوله : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ ﴾ تأخرت حتى قال ابن مسعود : من شاء باهلته عند الحجر الأسود (١) أن آية النساء القصرى نزلت بعد الطولى فسقط ما قالوه باتفاقهم .

٢٥٣٤٩ - فأما قولهم : إن المعطوف على المشروط في حكم المشروط فهذا لا يصح إذا كان العطف جملة تامة كقولهم : قام زيد وقعد عمرو ، فتكون الجملة الثانية لها حكم نفسها . فأما إذا عطف على بعض الجملة فهو كما لو قال : قام زيد و قعد ، والعطف في مسألتنا جملة في نفسها فتعين في نفسها .

٢٥٣٥٠ - فإن قيل : هذا العموم مخصوص بالقياس .

٢٥٣٥١ - قلنا : إذا لم يتفق على تخصيص العموم لم يخص عندنا بخبر الواحد ، ولا بالقياس .

٢٥٣٥٢ - قالوا : فهو مخصوص بالحمل الحادث بعد الولادة ، والحمل من الزنا .

٢٥٣٥٣ - قلنا الآية تناولت من كانت حاملًا عند وجوب العدة ، فأما الحمل من الزنا فهو مسألة الخلاف ؛ لأن حبل امرأة الصبي إنما يكون من الزنا أو من شبهة ، والعدة تنقضي بوضعها (٢) .

٢٥٣٥٤ - ولأن كل امرأة جاز أن تعتد من وفاة زوجها بالشهور ، جاز أن تعتد بوضع الحمل كامرأة الكبير . ولأن ما جاز أن تنقضي به عدة امرأة الكبير في الوفاة جاز أن تنقضي به امرأة عدة الصغير كالشهور .

٢٥٣٥٥ - ولأن الصغير إذا دخل بها ثم وقعت الفرقة بسبب من جهتها اعتدت بالحيض ، ومن جاز أن تعتد بالحيض جاز أن تعتد بوضع الحمل كامرأة الكبير ، لأن

---

(١) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٣٩١/٣) ، ومصنف عبد الرزاق (١٠٦/٦) برقم (١١٧١٥) .

(٢) وجه قوله أن هذا الحمل ليس منه بيقين بدليل أنه لا يثبت نسبه منه فكان من الزنا ، فلا تنقضي به العدة كالحمل من الزنا ، وكالحمل بعد موته . ولهما عموم قوله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ وقوله : الحمل من الزنا لا تنقضي به العدة ، وهذا حمل من الزنا فيكون مخصوصا من العموم ، فنقول : الحمل من الزنا قد تنقضي به العدة على قياس قولهما . ألا ترى أنه إذا تزوج امرأة حاملًا من الزنا جاز نكاحها عندهما ، ولو تزوجها ثم طلقها فوضعت حملها تنقضي عدتها عندهما بوضع الحمل ، وإن كان الحمل من الزنا . ولأن وجوب العدة للعلم بحصول فراغ الرحم ، والولادة دليل فراغ الرحم بيقين ، والشهر لا يدل على الفراغ بيقين فكان إيجاب ما دل على الفراغ بيقين أولى ولا أثر للنسب في هذا الباب . انظر : بدائع الصنائع (١٩٨/٣) .

وضع الحمل والأقراء ، كل واحد منهما وضع للعلم ببراءة الرحم ، فإذا جاز أن تعتد امرأة الصغير بأحدهما ، جاز أن تعتد بالآخر .

٢٥٣٥٦ - فإن قيل : المعنى في امرأة الكبير أن الولد يمكن أن يكون منه ، وليس كذلك امرأة الصغير ، لأن الولد لا يجوز أن يكون منه بحال .

٢٥٣٥٧ - قلنا : انقضاء العدة يجوز أن يقع بما ليس من الزوج ، بدلالة الشهور والحيض ، ولأن العدة عبادة وجبت عليها ، والعبادات يعتبر فيها صفات المعتد دون صفات غيره .

٢٥٣٥٨ - احتجوا : بقوله تعالى ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (١) .

٢٥٣٥٩ - قلنا : قوله : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ ﴾ متأخرة عن هذه الآية ، فيقضى بها عليها .

٢٥٣٦٠ - فإن قيل : هذه آية عامة ، وآية ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ ﴾ خاصة ، فيقضى بالخاص على العام .

٢٥٣٦١ - قلنا : من أصلنا أن العام يحمل على عمومه ولا يخص بالخاص على أن كل واحدة من الآيتين عامة من وجه خاصة من وجه ، وقوله : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ ﴾ خاصة في المتوفى عنها عامة في الحامل والحائل ، وقوله : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ ﴾ خاصة في المطلقة الحامل والمتوفى عنها .

٢٥٣٦٢ - قالوا : الولد لا يجوز أن يكون منه قطعًا ويقينًا فلم يعتد به منه قياسًا على الولد الحادث بعد الموت .

٢٥٣٦٣ - قلنا : انتفاء النسب لا يمنع من تعليق انتفاء العدة بالولد ، بدلالة ولد الملاعنة . ومن قال لامرأته ، إذا ولدت فأنت طالق ؛ فولدت ولدًا ، ثم ولدت آخر لأكثر من أربع سنين انقضت به العدة ، وإن كان النسب لا يثبت منه .

٢٥٣٦٤ - قالوا : « هاهنا لا نعلم انتفاء النسب قطعًا فيجوز أن يكون منه ، ولهذا لو اعترف به ثبت .

٢٥٣٦٥ - قلنا : الأحكام المتعلقة بالنسب الثابت يتعلق به ، وإذا لم ينتف كونه منه

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٤ .

٢/ب إذا حكم الشرع يكون منه ، كذلك الأحكام / المتعلقة بانتفاء النسب إذا نفاه الشرع يجب أن يتعلق به ، فإن لم ينتف انتفى .

٢٥٣٦٦ – والمعنى في الأصل أن الحمل لم يحدث على فراش النكاح ، فلم تنقض به العدة ، وهذا الحمل صادف فراش النكاح ، فجاز أن تنقضي العدة .

٢٥٣٦٧ – قالوا : جاز أن يعترف الصغير بوضع الحمل الموجود ، والحادث كامرأة الكبير .

٢٥٣٦٨ – قلنا : هذا قياس عكس ، ولا يصح على أصلكم ، لأن امرأة الصغير إذا ظهر بها حمل بعد وفاته اعتدت بوضعه ، وإنما إذا حدث الحبل بعد موته لم تعتد به . ذكر ذلك محمد في الجامع الصغير على أن العدة إذا وجبت مع البينونة لم تعتد بما تجدد إلا أن ينتقل من أصل إلى بدل ، ومن بدل إلى أصل ، فإذا حدث الحمل لم تتعين العدة . فأما امرأة الكبير فحملها يثبت من زوجها ، فلا بد أن نحكم بوجوده عند الوفاة ، فيصير الظاهر وغير الظاهر سواء ، وهذا لا يوجد في امرأة الصغير .

٢٥٣٦٩ – قالوا : الحمل من الزنا لا يجوز أن يمنع النكاح أن يتقدر بالشهور ، وبوضع الحمل كل واحد منهما لا يمنع النكاح . على أنا لا نعلم أن هذا الحمل من الزنا ، لجواز أن يكون من وطء بشبهة ، والحمل من الشبهة له تأثير في المنع من النكاح .

* * *

مسألة ١٢٤٨

سكنى المتوفى عنها زوجها

٢٥٣٧٠ - قال أصحابنا : المتوفى عنها زوجها لا سكنى لها [(١)] .

٢٥٣٧١ - وقال الشافعي : في أحد قوليه : لها السكنى [(٢)] .

٢٥٣٧٢ - لنا قوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾ [(٣)] ، فجعل ما فضل من الدين والوصية للورثة ، ولم يوجد فيه حق لأحد .

٢٥٣٧٣ - وروى أبو الزبير عن جابر وعطاء عن ابن عباس أن المتوفى عنها زوجها تعتد حيث شاءت [(٤)] ، وهذا يمنع وجوب السكنى على الورثة ، ولأنها لا تستحق النفقة ، فلم تستحق السكنى كالناشزة .

٢٥٣٧٤ - ولا يلزم المختلعة على نفقتها ، لأنها تستحق النفقة ، وسقطت بعد استحقاقها ، ولأنه لا يخلو إما أن يجب سكناها على الميت أو على الورثة ، ولا يجوز إيجابها على الميت ، لأن الموت ينافي وجوب الحقوق المبتدأة ، ولا يجوز إيجابها على الورثة ، لأنهم أجانب عنها .

٢٥٣٧٥ - ولأن عدة الوفاة عبادة تجب عليها ، لاحق للزوج فيها ، بدليل أنها تجب مع العلم ببراءة الرحم ، ولا يجب على الزوج الإنفاق في أدائها كسائر العبادات ، ولأنها غير مسلمة نفسها في منزل زوجها كالناشزة .

٢٥٣٧٦ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم ﴾ [(٥)] .

---

(١) جاء في المبسوط : المعتدة في عدة الوفاة أجر المنزل عليها لأنها لا تستوجب على زوجها السكنى ، كما لا تستوجب النفقة . فإن مكنها أهل المنزل من المقام بكراء وهي تقدر على ذلك فعليها أن تسكن ، وإن كانت لا تجد ذلك فهي في سعة من التحول ؛ لأن سكناها في ذلك المنزل حق الشرع . انظر : المبسوط للسرخسي (٣٤/٦) ، البدائع (٢١٢/٣) .

(٢) يقول الإمام الشيرازي « وإن مات الزوج وهي في العدة قدمت على الورثة في السكنى لأنها استحقتها في حال الحياة فلم تسقط بالموت . وإن توفى عنها زوجها . قلنا إنها تستحق السكنى : فإن كانت في مسكن الزوج لزمها أن تعتد فيه » . انظر : المهذب (١٥٧/٢) ، مغني المحتاج (١٠٦/٥) .

(٣) سورة النساء : الآية ١١ .

(٤) الحديث في المحلى (٧٧/١٠) .

(٥) سورة الطلاق : الآية ٦ .

٢٥٣٧٧ – الجواب : أن هذا خطاب للأزواج ، وعندهم الإسكان على الورثة .

٢٥٣٧٨ – احتجوا بقوله : ﴿ مَّتَـٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ ﴾ [1] .

٢٥٣٧٩ – والجواب أنه منسوخ بقوله : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ [2] ، ولأنه حث في هذه الآية على الوصية كما حث على الوصية للوالدين ، ونسخ جميع ذلك بآية المواريث .

٢٥٣٨٠ – قالوا : روي أن رسول الله ﷺ قال : « للمتوفى عنها زوجها ، لا حتى يبلغ الكتاب أجله » [3] : نهاها عن الخروج .

٢٥٣٨١ – قلنا : يجوز أن يكون ورثت بعض البيت ، أو أذن لها الورثة في المقام .

٢٥٣٨٢ – وقد روي أنها قالت : لم يترك منزلًا ؛ فأمرها النبي ﷺ بالمقام في المنزل ، والخلاف في وجوب السكنى على الورثة .

٢٥٣٨٣ – قالوا : معتدة ؛ فأشبهت المطلقة .

٢٥٣٨٤ – قلنا : تلك يجوز أن تستحق النفقة فجاز أن تستحق السكنى .

* * *

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٤٠ . (٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٤ .

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٦/٣٧٠) برقم (٢٧١٣٢) ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/٤٣٤) ، أبو داود (٢/٢٩١) برقم (٢٣٠٠) باب في المتوفى عنها تنتقل .

مسألة ١٢٤٩

تأخر حيض الطلقة

٢٥٣٨٥ – قال أصحابنا : إذا تأخر حيض المطلقة لعارض أو غير عارض بقيت في العدة ، إلى أن تبلغ حد الإياس (١) .

٢٥٣٨٦ – وهو قول الشافعي : في الجديد (٢) ، وبه قال ابن مسعود (٣) . وقال في قوله القديم : إن تأخر لعارض من مرض أو رضاع أو نفاس فكذلك ، وإن تأخر بغير عارض انتظرت إلى أن تعلم براءة رحمها ، ثم اعتدت بالشهور ، وهو قول عمر (٤) .

٢٥٣٨٧ – لنا قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ (٥) ، ولم يفصل ، ولأنها بالغة يُريد منها الحيض كالتى تأخر حيضها لعارض ولأن العارض عذر وكل عذر ينسل من الأصول إلى الأبدال وحتى عدم العارض فلم يوجد العذر ، فأولى أن لا ينقل .

٢٥٣٨٨ – قالوا : في انتظار الحيض إضرار بالزوج ؛ لأنا نوجب عليه سكناها وإضرارها ، لأنها تبقى لا خالية ولا ذات بعل .

٢٥٣٨٩ – قلنا : يبطل بفداء الأسير ، وبالحيض إذا تأخر بعذر .

٢٥٣٩٠ – قالوا : المقصود بالعدة براءة الرحم ، قد علمنا براءة رحمها .

٢٥٣٩١ – قلنا : يبطل إذ قال لها : إذا ولدت ، فأنت طالق فولدت ، فإن عليها العدة مع علمنا براءة رحمها .

٢٥٣٩٢ – ولأنه يوجب العدة بالشهور بعد العلم ببراءة رحمها ، فبطل قولهم : امرأة المؤلى تقع الفرقة بعد المدة حتى يرتفع الضرر عنها .

٢٥٣٩٣ – قلنا : هناك قصد الإضرار بها ، فعوقب ، وهاهنا ثبت الضرر من طريق الحكم .

* * *

(١) انظر : رد المحتار (٥١١/٣ ، ٥١٢) .

(٢) انظر : الأم (٧٩/٤) ، ونهاية المحتاج (١٣٣/٧ ، ١٣٤) .

(٣ ، ٤) أخرجه ابن حزم في المحلى (٣٢٠/٩ – ٣٢٣) .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

مسألة ١٢٥٠

إقرار المعتدة بانقضاء العدة

٢٥٣٩٤ - قال أصحابنا : إذا أقرت المعتدة بانقضاء عدتها ، ثم جاءت بولد لستة أشهر فصاعدًا ، لم يثبت نسبه من الزوج (١) .

٢٥٣٩٥ - وقال الشافعي : يثبت نسبه إلا أن تكون تزوجت ، فثبت من الثاني ، أو ما يأتي به لأكثر من أربع سنين (٢) .

٢٥٣٩٦ - قلنا : إنها أتت بولد لمدة حمل أم بعد اعترافها بانقضاء عدتها ، ولم يتعين كذبها ، فلم يثبت نسبه من الزوج المطلق . أصله إذا تزوجت ، ولا يلزم إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ؛ لأنا تبينا كذبها ، والآيسة لا تحبل ، ولأنها تصدق فيما تخبر به من انقضاء عدتها ، والأمين يحمل قوله على الصحة ما لم يتبين كذبه كالوصي (٣) .

٢٥٣٩٧ - ولأن الاعتراف بانقضاء العدة معنى صح من جهتها ، فوجب أن لا يحمل على الفساد متى أمكن حمله على الصحة كعقد النكاح .

٢٥٣٩٨ - ولأن كل مدة لا يثبت فيها نسب الولد من المطلق ، فإنه لا فرق بين أن تكون تزوجت أو لم تتزوج ، كما لو أتت به لأكثر من أربع سنين ، وكل مدة ثبت النسب فيها فإنه لا يختلف أن يكون تزوجت أو لم تتزوج ، كما لو أتت به لأقل من ستة أشهر .

٢٥٣٩٩ - فلما اتفقنا على أن في مسألتنا إذا كانت تزوجت أن النسب لا يثبت ، علمنا أنه لا يثبت قبل التزويج . ولو أن كل ولد أتت به بعد التزويج لم يثبت نسبه من الزوج الأول إذا أتت به قبل التزويج لم يثبت نسبه منه أيضًا . أصله إذا أتت به لأكثر من

---

(١) جاء في كتاب المبسوط للسرخسي : وإذا أقرت المطلقة بانقضاء عدتها بالحيض في مدة يحيض فيه مثلها ثلاث حيض ، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها لم يثبت النسب عندنا . وعند الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ يثبت النسب منه ما لم تتزوج . انظر : المبسوط (٥٠/٦) .

(٢) يقول الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : فإن ولدت المرأة التي قال زوجها لم أدخل بها إلى أربع سنين لستة أشهر فأكثر من يوم عقد عقدة النكاح لزم الزوج الولد إلا بأن يلتعن .. فإن لم يلتعن حتى مات أو عرض عليه اللعان وقد أقر به أو نفاه أو لم يقر ولم ينفه لحق نسبه بأبيه وعليه المهر تامًّا إذا ألزمناه الولد ، وحكمنا عليه بأنه مصيب لها . انظر : الأم (١٩٧/٥) .

(٣) قاعدة : « الأمين يحمل قوله على الصحة ما لم يتبين كذبه كالوصى » .

أربع سنين .

٢٥٤٠٠ - احتجوا : بقوله ﷺ : « الولد للفراش » [١] .

والجواب : أن الفراش عندنا هو الزوج ، وليس بزوج ، وعلى قولهم هو صاحب الاستفراش ، وهذا المعنى قد عدم بالبينونة ، فلا يتناوله الخبر [٢] .

٢٥٤٠١ - قالوا : أتت بولد لمدة حمل يجوز أن يكون منه ، ولم يحدث هناك ما هو أولى منه ، فوجب أن يثبت النسب منه . أصله إذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر [٣] .

٢٥٤٠٢ - قلنا : قولكم ولم يحدث هناك ما هو أولى منه لا يؤثر في الأصل ، لأنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر فقد تيقنا كذبه ، وإذا جاءت به لأكثر ، فلم نتيقن ، والأمين يقبل قوله ما لم يتبين كذبه ، والمعنى في الأصل أنها إذا تزوجت ثبت النسب من الأول ، كذلك إذا لم تتزوج .

٢٥٤٠٣ - وفي مسألتنا لو تزوجت لم يثبت من الأول ، كذلك إذا لم تتزوج كما لو جاءت به لأكثر من أربع سنين .

٢٥٤٠٤ - قالوا : إقرارها يتضمن حقها من السكنى ، وإسقاط حق الولد ، فقيل قولها في إسقاط حق نفسها ، ولا يقبل في إسقاط نسب الولد .

٢٥٤٠٥ - قلنا : لو علمنا بكون الولد في بطنها يوم إقرارها لم يقبل إقرارها في إسقاط نسبه ، ولهذا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ثبت نسبة ، فأما في مسألتنا فيجوز أن يكون حدث بعد الإقرار ، وإذا لم يعلم وجوده عند إقرارها لم يسقط نسبه بقولنا ، وإنما أثر قولها في إسقاط العدة .

٢٥٤٠٦ - قالوا : نفيه النسب في هذه المسألة مع إمكان أن يكون منه ، واسم

---

(١) متفق عليه ، أخرجه البخاري (٧٢٤/٢) برقم (١٤٥٧) باب تفسير المشبهات ، مسلم (١٠٨٠/٢) برقم (١٤٥٧) باب الولد للفراش وتوقي الشبهات .

(٢) الأصل في الفراش هو النكاح الصحيح ، فكان دعوى نسب الولد إقرارا منه أنه من النكاح الصحيح فإذا صدقها يثبت النكاح ظاهرا فترثه ؛ لأن العمل بالظاهر واجب . فأما إذا لم تكن معروفة بذلك وأنكر الورثة كونها حرة أو أما له فلا ميراث لها ؛ لأن الأمر يبقى محتملا فلا ترث بالشك والاحتمال انظر : بدائع الصنائع (٢١٩/٣) .

(٣) (قال الشافعي) رحمه الله تعالى : وإذا طلق الرجل المرأة فأقرت بانقضاء العدة ونكحت فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم نكحها وأقل من أربع سنين من يوم طلقت فهو للأول وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم نكحها وأكثر من أربع سنين من يوم طلقها الأول فليس للأول ولا للآخر . انظر : الأم (٢٥٠/٥) .

النسب في المشرقية والمغربية مع عدم الإمكان ، وهذه مناقضة .

٢٥٤٠٧ – قلنا : المناقضة إنما تكون على علة ، وعلتنا في المسألتين غير متناقضة ، لأنها تعتبر الفراش في تلك المسألة ملك الفراش ، فثبت الولد للمولود عليه ، ولما لم يثبت الفراش في مسألتنا لم يثبت النسب لفقده . وإنما ناقض الشافعي ، لأن الأمة تصير فراشًا بالوطء في مال المولى ، ولأن مولى الأمة لو قال استبرأتها ، ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر لم يثبت نسبه منه . هذا هو القول المنصوص عليه / وأثبت النسب في مسألتنا للإمكان ، وهذه مناقضة ، بل الاستبراء ثبت بحيضة واحدة ، والعدة ثلاثة أقراء ، وهى أقوى في براءة الرحم ، فكانت بنفي النسب أولى .

٢٥٤٠٨ – قالوا : ثبوت النسب بالنكاح أقوى ، لأنه ثبت بإمكان الوطء ، وفي الأمة لا يثبت إلا بالوطء .

٢٥٤٠٩ – قلنا ، إذا وجد الوطء تساويا فيما بينهما ، فنفوا النسب في أحد الموضعين، وأثبتوه في الآخر .

* * *

مسألة ١٢٥١

طلاق الرجل المرأة بعد الخلوة

٢٥٤١٠ - قال أصحابنا : إذا طلق الرجل امرأته بعد الخلوة فعليها العدة [(١)] .

٢٥٤١١ - وقال الشافعي [رحمه الله] : لا عدة عليها [(٢)] .

٢٥٤١٢ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ [(٣)] ، ولم يفصل ؛ ولأنه عقد يقصد به التناكح ، والتمكن من الاستيفاء يجري مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة بالعقد . أصله عقد الإيجارة .

٢٥٤١٣ - فإن قيل : فيجب أن تثبت الرجعة ، ويستوي المانع الشرعي وغيره ، كما يستويان في الاستيفاء في الأحكام المتعلقة بالعقد .

٢٥٤١٤ - قلنا : الرجعة لا تثبت ؛ لأنها من حقوقه ، وقد أسقطها بإنكار الوطء . وأما المانع الشرعي فلا يمنع العدة ، لأن خلوة الصائم والمحرم تجب بها العدة .

٢٥٤١٥ - ولأن الفرقة على ضربين فرقة في حال الحياة وفرقة بالوفاة ، فإذا كانت فرقة الوفاة . توجب العدة قبل الدخول و اشتغال الرحم بمائه ، فلأن تجب العدة بالخلوة أولى .

---

(١) جاء في بدائع الصنائع : وأما ما يجري مجرى الدخول وهو الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح دون الفاسد ، فلا يجب بدون الدخول والخلوة الصحيحة لقوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ الآية . ولأن وجوبها بطريق استبراء الرحم على ما بينا والحاجة إلى الاستبراء بعد الدخول لا قبله ، إلا أن الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح أقيمت مقام الدخول في وجوب العدة التي فيها حق الله تعالى لأن حق الله تعالى يحتاط في إيجابه . انظر : بدائع الصنائع للكاساني (٢٧٨/٣ ، ٢٧٩) .

(٢) قال الشافعي : قال الله تبارك و تعالى ﴿ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ قال الشافعي رحمه الله فكان ينافي حكم الله عز وجل أن لا عدة على المطلقة قبل أن تمس وأن المسيسي هو الإصابة ولم أعلم في هذا خلافًا ، ثم اختلف بعض المفتين في المرأة يخلو بها زوجها فيغلق بابًا ويرخى سترًا وهي غير مُحْرِمةٍ ولا صائمة فقال ابن عباس وشريح وغيرهما لا عدة عليها إلا بالإصابة نفسها ، لأن الله عز وجل هكذا قال . وأخبرنا مسلم عن ابن جروح عن ليث عن طاووس عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال في الرجل يتزوج المرأة فيخلو بها ولا يمسها ثم يطلقها ليس لها إلا نصف الصداق لأن الله عز وجل يقول ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ وبهذا أقول ، وهو ظاهر كتاب الله عز وجل . انظر : الأم (١٩٧/٥) ، مغني المحتاج (٨٠/٥) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

٢٥٤١٦ - ولأنه قد اشتهر من أصولنا أن الخلوة يجب معها كمال المهر ، وكل معنى أوجب كمال المهر أوجب العدة كالوفاة .

٢٥٤١٧ - ولأنها لو حملت فسبق الماء وجب العدة عليها ، وإن لم تحبل كالمدخول بها والمتوفى عنها زوجها .

٢٥٤١٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ ﴾ (١) ، فلما أخبر أنه لا عدة للزوج بالطلاق قبل المسيس ، وهذا طلاق قبل المسيس ، فلا عدة .

٢٥٤١٩ - قلنا : وكذلك نقول أن العدة لا تجب لحق الزوج ، لأنه أسقط حقه من العدة حين قال : لم أدخل بها .

وإنما تجب العدة لحق اللّه تعالى ، ولأن المس اسم للقرب ، فاللّه تعالى قال : ﴿ لَا مِسَاسَۖ ﴾ ، أي لا قرب ، ويقال بينهما رحم ماسة ، أي قريبة ، والقرب يوجد بالحلف ، ولأن حقيقة المس عند مخالفنا المس باليد ، وذلك في العادة لا يكون إلا في الخلوة بالكناية عنها .

٢٥٤٢٠ - قالوا : روي أنه ﷺ : « تزوج امرأة ، فلما خلا بها وجد بلحمها بياضًا ، فردها إلى أهلها وقال : « دلستم » (٢) ، ولم ينقل أنه أمرها بالاعتداد .

٢٥٤٢١ - قلنا : يجوز أن يكون خلا بها خلوة فاسدة ، فلم تجب عليها عدة ، لأنه ﷺ غير متهم ، وإنما تجب العدة مع الخلوة الفاسدة لتمتع الزوجين .

٢٥٤٢٢ - قالوا : فرقة من نكاح في حال الحياة قبل وجود الوطء فيه ، واشتغال رحمها بمائه ، فلم تجر له عليها عدة . أصله إذا طلقها قبل الخلوة .

٢٥٤٢٣ - قلنا : يبطل بالوفاة . والمعنى في الأصل أن الطلاق حصل قبل التمكن والاستيفاء . وفي مسألتنا وجدت الفرقة بعد التمكن ، فصارت كوجود الاستيفاء .

٢٥٤٢٤ - قالوا : ومن وجب عليها بوطئه العدة لم تجب عليها بخلوته ، كالتى نكحها نكاحًا فاسدًا .

٢٥٤٢٥ - قلنا : الخلوة في النكاح الفاسد لا يستوفى بها موجب العقد ، فلم يتعلق

---

(١) سورة الأحزاب : الآية ٤٩ .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢١٣/٧) .

بها حكم ، وفي النكاح الصحيح يستوفى بها حكم العقد من التمكن ، فيتعلق بها أحكام العقد [١] .

٢٥٤٢٦ - قالوا : الخلوة معنى إذا وجد في النكاح الفاسد لا يوجب العدة ، فإذا وجد في الصحيح وجب أن لا توجب العدة كاللمس باليد .

٢٥٤٢٧ - قلنا : يبطل بالوفاة . قالوا : الوفاة لا توجد في النكاح ، أو الفرقة في النكاح لا توجد فيه .

٢٥٤٢٨ - قلنا : الدخول لا يوجب العدة ، وإنما الموجب لها الفرقة إذا تقدمها الدخول أو الخلوة والفرقة ، ولأن المس باليد ليس هو من مقاصد النكاح ، بدلالة أن القاضي لا يجبرها عليه ، والتمكين من نفسها مقصود ، بدليل أن القاضي يجبرها عليه ، فحل محل الوطء .

٢٥٤٢٩ - قالوا : لا رجعة له عليها من غير عوض ، والاستيفاء عدد ، ولو كانت معتدة لثبت له الرجعة .

٢٥٤٣٠ - قلنا : هذه العدة لا تثبت لحق الزوج ، والرجعة لا تثبت متى كانت العدة لحقه ، بدلالة أنه لو قال : أخبرتني أن عدتها انقضت ، وهي تنكر ، والعدة ثابتة لحق اللّه تعالى ولحقها فلا رجعة له ، لأنها غير ثابتة في حقه .

* * *

(١) الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب المهر والعدة فهنا كذلك العدة الأولى لم تسقط بمجرد العقد الفاسد . انظر : المبسوط (٢٩/٥) .

مسألة ١٢٥٢

مقدار عدة الأمة

٢٥٤٣١ – قال أصحابنا : عدة الأمة بالشهور . شهر ونصف [١] .

٢٥٤٣٢ – وللشافعي : ثلاثة أقوال ، أحدها مثل قولنا ، والآخر : عدتها ثلاثة أشهر ، والثالث : أن عدتها شهران [٢] .

٢٥٤٣٣ – لنا : ما روي عن عمر أنه قال : عدة الأمة بالشهور نصف عدة الحرة [٣] . ولو أسقطت لجعلت عدتها شهرًا ونصف ، ولأنها عدة تنتقص ، فكان للرق تأثير في نقصانها ، كالعدة بالحيض .

٢٥٤٣٤ – ولأنه حق من حقوق النكاح مقدر ، فكان للرق تأثير في نقصانها كالقسم .

٢٥٤٣٥ – احتجوا : بما روي أن الولد يبقى في الرحم أربعين يومًا نطفة ، وأربعين علقة ، وأربعين مضغة ، ثم ينفخ فيه الروح [٤] ، ولا يتبين الحمل بأقل من ذلك .

٢٥٤٣٦ – والجواب : أن على هذا يجب أن تكون العدة أربعة أشهر ، وهذا لا يقوله أحد ، ولأن الروح إذا كانت تنفخ فيه في الشهر الخامس فإنه يتبين قبل ذلك ، فلهذا نعلم براءة الرحم بأقل منه .

---

(١) جاء في بدائع الصنائع : دلنا الحديث المشهور ، وهو ما روي عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال : « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان » وقال عمر رضي الله عنه : عدتها حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفًا . وأما عدة الأشهر : فإن كانت أمة فشهر ونصف ، لأن حكم البدل حكم الأصل ، وقد ينصف عندنا خلافًا للشافعي . انظر : بدائع الصنائع (٢٨٤/٣ ، ٢٨٥) المبسوط (١٦/٦ ، ١٧) .

(٢) جاء في الأم قول الشافعي : فلم أعلم مخالفًا ممن حفظت عنه من أهل العلم أن عدة الأمة نصف عدة الحرة إن كانت بالشهور ، فأما الحيض فلا يعرف له نصف فتكون عدتها فيه أقرب الأشياء إلى النصف وذلك حيضتان . انظر : الأم (١٩٨/٥ ، ١٩٩) ، مغني المحتاج (٨٣/٥) .

(٣) انظر : الحجة لمحمد بن الحسن الشيباني (٢٥٦/٣) عالم الكتب بيروت ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٦٣/٣) وعبارته : « لو استطعت أن أجعلها حيضة ونصف لفعلت ، والسنن الكبرى للبيهقي (٤٢٦/٧) .

(٤) البخاري (١١٧٤/٣) برقم (٣٣٦) باب ذكر الملائكة كتاب بدء الخلق ، مسلم (٢٠٣٦/٤) برقم (٢٦٤٣) كتاب القدر باب كيفية الخلق الآدمي في بطن أمه .

فأما الكلام على القول الآخر فقد دل عليه حديث عمر ؛ ولأن الشرع أقر تبعيض ما يقبل التبعيض منها على النصف كالحد ومدة القسم ، وهم يقولون إن عدتها حيضتان ، وكل شهر يأتي مقام حيضة .

٢٥٤٣٧ – قلنا : لا نسلم ذلك ، بل عدتها حيضة ونصف ، والحيضة لا تتبعض ، فلما وجب بعضها وجب باقيها ، والشهر يتبعض ، فلم تجب بقيته بوجوب حرمته .

* * *

مسألة ١٢٥٣

عتق الأمة في حال العدة

٢٥٤٣٨ - قال أصحابنا : إذا أعتقت الأمة في حال العدة [١] ، فإن كان الطلاق رجعيًا انتقلت عدتها ، وإن كان بائنًا لم تنتقل .

٢٥٤٣٩ - وللشافعي قولان : أحدها أن عدة الرجعية لا تنتقل ، وكذلك في البائن قولان ، أما المطلقة الرجعية ، فهي زوجة ، فإذا لزمها الاعتداد مع الحرية كانت عدة الحرائر كما لو طلقها بعد العتق .

٢٥٤٤٠ - ولأن الحرية سبب لتعيين العدة ، كما لو توفي فإن الوفاة سبب لذلك ، وهو أصله .

ولأن النكاح بينهما قائم . بدلالة التوارث وصحة الإيلاء والظهار والحرية مع قيام النكاح فيثبت كمال العدة . أصله إذا أعتقت ثم طلقها [٢] .

٢٥٤٤١ - احتجوا : بأنها مطلقة كالمبتوتة .

٢٥٤٤٢ - والجواب أن المبتوتة لا تنتقل عدتها بالوفاة ، فلم تنتقل بالعتق ، وهذه تنتقل بالوفاة ، فانتقلت بالعتق .

٢٥٤٤٣ - قالوا : معنى يختلف بالرق والحرية ؛ فكان المعتبر بحال الوجوب دون حال المال كالحد .

٢٥٤٤٤ - قلنا : الحد يسقط بالشبهة ؛ فإذا وجب على وجه لم يرد بتعيين حال المحدود ، والعدة تثبت مع الشبهة ، فإذا طرأ المعنى الموجب للكمال كملت ، ولأن الحد وجب لمعصية ؛ فقد عصت ، فلم يجز إكماله مع عدم الموجب له ، والعدة تجب بالنكاح ، وهو معنى قائم ، فإذا كان الموجب لها بحالة ، جاز أن يكمل طروء المعنى

---

(١) يقول الإمام السرخسي : وإذا اطلقت الأمة تطليقة رجعية ثم أعتقت صارت عدتها عدة الحرة ، وإن كان الطلاق بائنا لم تنتقل عدتها من عدة الإماء إلى عدة الحرائر . وعند مالك لا تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر في الوجهين جميعًا ، وهو أحد قولي الشافعي . وقال في القول الآخر : تنتقل عدتها في الوجهين . انظر : المبسوط (٣٧/٦ ، ٣٨) .

(٢) جاء في الأم : وإذا طلق الحر أو العبد الأمة طلاقا يملك فيه الرجعة فعدتها عدة الأمة ، وإذا مضت عدتها ثم عتقت لم تعد للعدة ولم ترد إلى عدتها الأولى . وإذا عتقت قبل مضى العدة بساعة أو أقل أكملت عدة حرة ، لأن العتق وقع وهي في معنى الأحرار في عامة أمرها . انظر : الأم (١٩٩/٥) ، نهاية المحتاج (١٣٢/٧) .

الموجب للكمال . فأما المبتوتة ، فلا يتعين عدتها ، لأنها أعتقت بعد البينونة ، فلم يؤثر العتق في عدتها . أصله المطلقة الرجعية إذا انقضت عدتها ، ثم أعتقت .

ولأن العتق ثبت لتعيين عدة ليست ببدل ولا مبدل ، فإذا وجد بعد البينونة لم تتعين العدة كالوفاة .

ولا يلزم المعتدة بالشهور إذا رأت الدم ، ولا المعتدة بالحيض إذا ثبت ، لأن العدة بالشهور بدل عن الحيض [(١)] .

٢٥٤٤٥ - ونحن قلنا : سبب لتعيين عدة ليست ببدل ولا مبدل .

ولا يلزم المبتوتة في المرض إذا ورثت ، لأن عدتها لم تتعين عندنا ، وإن ضممنا إليها عدة أخرى .

٢٥٤٤٦ - فإن قيل : فكذلك هاهنا ، تكمل العدة .

فإما : إن تكونوا ضممتم إليها عدة فلا ، لأن العدة لا تكون حيضة واحدة في النكاح .

٢٥٤٤٧ - قالوا : سبب عدة الوفاة لا يوجد في الثاني ، وهو وفاة الزوج ، وسبب كمال العدة الحرية ، وهو موجود .

٢٥٤٤٨ - قلنا : سبب كمال العدة الحرية مع قيام النكاح ، فأما مع زواله فلا ، [بدلالة العتق بعد انقضاء العدة] [(٢)] .

٢٥٤٤٩ - ولأن كل حالة لا تتعين عدتها بالوفاة لا تتعين بالحرية . أصله بعد انقضاء العدة ، وعكسه المطلقة الرجعية .

٢٥٤٥٠ - ولأنه لا يلحقها ظهار ولا إيلاء ، ولا يتعين حالها في العدة بالعتق . أصله المبعضة العدة / .

٨٨

٢٥٤٥١ - احتجوا : بأنها معتدة ، فوجب أن تتعين عدتها بالحرية كالمطلقة الرجعية .

---

(١) إن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضي من عدتها ، وعليها أن تستأنف العدة بالحيض . ومعناه إذا رأت الدم على العادة ؛ لأن عودها يبطل الإياس وهو الصحيح ، فظهر أنه لم يكن خلفا . وهذا لأن شرط الخلفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز إلى الممات ، كالفدية في حق الشيخ الفاني . انظر : العناية شرح الهداية (٤/٢١٦) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب ص واستدركه المصنف في الهامش .

٢٥٤٥٢ - والجواب : أن المطلقة الرجعية زوجة [1] ، وأحكام الزوجية قائمة ، فكل شيء يطرأ عليها يغير عدتها بدلالة الوفاة . والمبتوتة أحكام الزوجية عندها زائلة ، فإذا حدث ما يوجب تغير العدة ، وليس ببدل ولا مبدل كما لو حدثت الوفاة لم تنتقل .

٢٥٤٥٣ - قالوا : حرة في حال عدتها كما لو أعتقت قبل الفرقة .

٢٥٤٥٤ - قلنا : هناك حصلت مع قيام النكاح ، فلما وجبت العدة كانت عدة الحرائر ، وهاهنا الحرية حدثت بعد زوال النكاح فصار كما لو حدثت بعد انقضاء العدة .

٢٥٤٥٥ - قالوا : سبب لتعيين العدة كالصغيرة إذا بلغت ، والكبيرة إذا يئست .

٢٥٤٥٦ - قلنا : يبطل بعدة الوفاة ، ولأن الصغيرة لا عدة عليها عندنا ، وإنما يلزمها العدة بالبلوغ ، وإذا تبدل بالعدة في تلك الحال ، وبقيت من ذوات الأقراء كانت عدتها الحيض ، فأما أن تكون عدتها بعرف فلا ، وأما الكبيرة إذا يئست ، فلو لم تتعين العدة لأكملنا المبدل ، وأحدهما يجوز إكماله بالآخر فلذلك استأنفت العدة بالشهور ،

وفي مسألتنا ثبت التعيين بما لا يوجب الجمع بين البدل والمبدل ، فلم تعين عدة المبتوتة بالوفاة .

* * *

---

(١) جاء في البحر الرائق : « أنه لا فرق أن تكون العدة عن طلاق رجعي أو بائن . ولا خلاف في المنع في الأول ؛ لأن المطلقة رجعيًا زوجة . انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١١٣/٣) .

مسألة ١٢٥٤

إذا أبان الرجل زوجته بعدما دخل بها

٢٥٤٥٧ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا أبان الرجل زوجته بعدما دخل بها ، ثم تزوجها في العدة ، ثم طلقها قبل الدخول ، فلها كمال المهر ، وعليها عدة مستقبلة (١) .

٢٥٤٥٨ - وقال محمد : يجب عليه نصف المهر ، وتمام العدة الأولى ، وبه قال الشافعي (٢) .

٢٥٤٥٩ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ (٣) ، ولم يفصل ، ولأنها معتدة عقيب الطلاق في نكاح تام فوجب أن يلزمها كمال العدة ، كما لو دخل بها ، ثم طلقها .

٢٥٤٦٠ - ولا يلزم المطلقة الرجعية ، لأنا قلنا في نكاح تام ، وهذا نكاح ناقص .

٢٥٤٦١ - ولأن دخول المدخول بها ثابت بهذا العقد ، ولهذا ثبت نسب الولد لأقل

---

(١) إذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : عليه نصف المهر وعليها إتمام العدة الأولى ، لأن هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة ، وإكمال العدة الأولى إنما يجب بالطلاق الأول ، إلا أنه لم يظهر حال التزوج الثاني ، فإذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه ، كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها . ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره وهو العدة ، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح ، كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده فيصير قابضا بمجرد العقد ، فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول . وقال زفر : لا عدة عليها أصلا ؛ لأن الأولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود ، والثانية لم تجب . وجوابه ما قلنا . انظر : فتح القدير (٣٣٢/٤) ، المبسوط (١٦١/٦) .

(٢) انظر : أسنى المطالب (٤٠٠/٣) ، وتحفة المحتاج (٢٥٠/٨) . لو جدد نكاح مطلقته البائن في العدة ثم طلقها قبل الدخول بنت على العدة الأولى ، ولم يلزمه إلا نصف المهر ؛ لأن هذا نكاح جديد طلقها فيه قبل الدخول فلا تتعلق به العدة ، ولا كمال المهر بخلاف ما مر في الرجعية فإنها تعود بالرجعة إلى ذلك النكاح فيقتضي الطلاق فيه العدة وإن كان قد دخل بها قبل طلاقها أو مات عنها استأنفت عدة ودخلت فيها (البقية) من العدة السابقة وإن اختلف الجنس ؛ لأنهما من شخص واحد وعلم من كلامه صحة نكاح المختلعة وبه صرح في الأصل .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

من ستة أشهر ، وحكم الدخول كنفس الدخول في باب العدة ، أصله إذا تزوج امرأة ، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر .

٢٥٤٦٢ - ولأن الفرقة على ضربين ، فرقة في حال الحياة ، وفرقة بالوفاة ، فإذا كانت الفرقة بالوفاة يجوز أن يجب بها كمال العدة ، وإن حصلت قبل الدخول . كذلك العدة الأخرى . وهذه المسألة مبنية على أنه يلزمه كمال المهر ، وكل امرأة استحقت كمال مهر وجب عليها كمال عدتها كالمدخول بها ، والمتوفى عنها زوجها .

٢٥٤٦٣ - احتجوا بقول اللَّه تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ ﴾ [1] .

٢٥٤٦٤ - قلنا : هذا تناول من لا يخاطب عقيب الطلاق بعد توجهه ، وهذه يلزمها عدة باتفاق . قالوا مطلقة قبل المسيس فصار كالنكاح ابتداء [2] .

٢٥٤٦٥ - قلنا : هناك لا يجب عليها عدة ، فلم يعتبر كمالها ونقصانها ، وهاهنا عدة تجب باتفاق في نكاح تام ؛ فوجبت العدة بكاملها .

* * *

(١) سورة الأحزاب : الآية ٤٩ .

(٢) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) صلب ص واستدركها المصنف في الهامش

مسألة ١٢٥٥

الإحداد للمبتوتة

٢٥٤٦٦ - قال أصحابنا : المبتوتة يلزمها الإحداد [١] .

٢٥٤٦٧ - وقال الشافعي : في أحد قوليه : لا إحداد عليها [٢] .

٢٥٤٦٨ - لنا : ما روى من حديث أم سلمة أن رسول الله ﷺ : « نهى المعتدة أن تختضب بالحناء » [٣] ، وقال : الحناء طيب . ولم يفصل .

٢٥٤٦٩ - ولأنها مسلمة بانت من زوجها بينونة يتعلق بها تحريم الوطء ، وهي من أهل العبادات ، كالمتوفى عنها زوجها .

٢٥٤٧٠ - ولا يلزم الصغيرة ؛ لأنها لا تخاطب بفروع العبادات ، ولا المطلقة الرجعية ، لأنا قلنا : بانت ، ولا المنكوحة نكاحًا فاسدًا ، وأم الولد ، لأنا قلنا : من زوجها . ولا يلزم إذا اشترى الزوج زوجته ، لأن البينونة لا يتعلق بها تحريم الوطء ، وإن

---

(١) اختلف في المطلقة ثلاثا أو بائنا ، فقال أصحابنا : يلزمها الحداد . وقال الشافعي : لا يلزمها الحداد . وجه قوله أن الحداد في المنصوص عليه إنما وجب لحق الزوج تأسفا على ما فاتها من حسن العشرة وإدامة الصحبة إلى وقت الموت وهذا المعنى لم يوجد في المطلقة ؛ لأن الزوج أوحشها بالفرقة وقطع الوصلة باختياره ولم يمت عنها فلا يلزمها التأسف . ولنا أن الحداد إنما وجب على المتوفى عنها زوجها لفوات النكاح الذي هو نعمة في الدين خاصة في حقها لما فيه من قضاء شهوتها وعفتها عن الحرام وصيانة نفسها عن الهلاك بإدرار النفقة ، وقد انقطع ذلك كله بالموت فلزمها الإحداد إظهارا للمصيبة والحزن ، وقد وجد هذا المعنى في المطلقة الثلاث والمبانة فيلزمها الإحداد . وقوله : الإحداد في عدة الوفاة وجب لحق الزوج لا يستقيم ؛ لأنه لو كان لحق الزوج لما زاد على ثلاثة أيام كما في موت الأب . وأما الثالث في شرائط وجوبه فهو أن تكون المعتدة بالغة عاقلة مسلمة من نكاح صحيح سواء كانت متوفى عنها زوجها أو مطلقة ثلاثا أو بائنا ، فلا يجب على الصغيرة والمجنونة الكبيرة والكتابية والمعتدة من نكاح فاسد والمطلقة طلاقا رجعيا ، وهذا عندنا . البدائع (٢١٠/٣) .

(٢) إن مات عن مطلقة رجعية انتقلت إلى عدة وفاة بالإجماع كما حكاه ابن المنذر ، فتلغو أحكام الرجعة ، وسقطت بقية عدة الطلاق فتسقط نفقتها ، وتثبت أحكام عدة الوفاة من إحداد وغيره لو مات عن مطلقة بائن فلا تنتقل لعدة وفاة ، لأنها ليست بزوجة فتكمل عدة الطلاق ولا تحد ، ولها النفقة إن كانت حاملًا انظر : مغني المحتاج (١٠١/٥) .

(٣) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٤١٩/٢٣) برقم (١٠١٣) ، أبو داود (٢٩٢/٢) برقم (٢٣٠٥) .

شئت قلت معتدة من زوجها لأجل بينونة حرمت الوطء ، فأشبهت المتوفى عنها زوجها ، ويستوي فيها الصغيرة والكافرة .

٢٥٤٧١ - ولأن المنع المتعلق بعد الطلاق آكد من المنع بعد الوفاة ، بدليل أن المطلقة تمنع من الخروج ليلًا ونهارًا والمتوفى عنها تمنع ليلًا . فإذا حرم الطيب والزينة في عدة الوفاة فلأن يحرم في عدة الطلاق أولى .

٢٥٤٧٢ - احتجوا بقوله ﷺ : « لا يحل لامرأة تؤمن باللّٰه واليوم الآخر أن تحد على ميت أكثر من ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرًا » (١) .

٢٥٤٧٣ - والجواب : أن هذا لا دلالة فيه ، لأنه منع الإحداد على ميت إلا على زوج ، وخلافنا في الإحداد على الحي .

٢٥٤٧٤ - ولأنه حرم الإحداد ، وأباحه على الزوج في مدة العدة ، فصار ذلك تنبيها على وجوب الإحداد في كل عدة .

٢٥٤٧٥ - قالوا : روت أم سلمة أن رسول اللّٰه ﷺ قال في المتوفى عنها زوجها : « لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا تلبس الحلي ولا تختضب ولا تكتحل (٢) » .

٢٥٤٧٦ - قالوا : فخص المتوفى عنها زوجها .

٢٥٤٧٧ - قلنا : تخصيص المذكور بالحكم لا يدل على نفي ما عداه .

٢٥٤٧٨ - قالوا : معتدة من فرقة في حال الحياة فكانت كالمطلقة الرجعية .

٢٥٤٧٩ - قلنا : لم يزل ملك الزوج عنها ، وهذه قد زال الملك عنها [كالمتوفى عنها] (٣) .

٢٥٤٨٠ - قالوا : عدة موجبها الوطء كعدة الصغيرة .

٢٥٤٨١ - قلنا : تلك لا تخاطب بفروع الشرع فلم يلزمها الإحداد ، وهذه ممن تخاطب بفروع الشرع ، فلذلك لزمها الإحداد إذا بانت من زوجها بينونة تحرم الوطء .

٢٥٤٨٢ - قالوا : الإحداد يجب على المتوفى عنها زوجها ، لأن الزوج تمسك بها

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٤٣/٥) برقم (٥٠٢٥) باب الكحل للمحادة ، والإمام أحمد في مسنده (١٨٤/٦) برقم (٢٥٥٥٣) .

(٢) أخرجه أبو داود (٢٩٢/٢) برقم (٢٣٠٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٤٤٠/٧) برقم (١٥٣١٠) .

(٣) ساقط من (م) ، (ن) ، (ع) ومن صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

إلى غاية نكاحها ، فيظهر الحزن عليها ، والمطلق أعرض عنها ، فلم يستحق ذلك .

٢٥٤٨٣ - قلنا : لو كان الإحداد يجب لهذا المعنى ، لوجب على الزوج بوفاتها ، وإنما يجب ، لأنها حرمت على الأزواج والتشوق بفعل لطلب الأزواج ، فكان عليها الإحداد ليتبين إعراضها عنهم .

٢٥٤٨٤ - قالوا : قياس على عدة الطلاق أولى ، لأن اعتبار الشيء بجنسه .

٢٥٤٨٥ - قلنا : قياسها على عدة الوفاة أولى ، لأن كل واحدة منهما ثبت عليها البينونة فيقاس على نظيره ، وقياسها على ما لا يثبت البينونة قياس على خلاف ذلك .

* * *

مسألة ١٢٥٦

الإحداد للمجنونة والصغيرة

٢٥٤٨٦ - قال أبو حنيفة : الصغيرة والمجنونة لا إحداد عليها (١) .

٢٥٤٨٧ - وقال الشافعي : الإحداد عليها (٢) .

٢٥٤٨٨ - لنا قول النبي ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث ، عن الصبي حتى يحتلم » (٣) وهذا ينفي الخطاب بالشرعيات ، فإن قيل خلافنا في الصبية .

٢٥٤٨٩ - قلنا : قد أريد الصغير بإجماع ، بدلالة بقية وجوب العبادات .

٢٥٤٩٠ - فإن قيل : إنما يخاطب الولي بأن يحبسها .

٢٥٤٩١ - قلنا : فهي المطالبة ، والمشقة تلحقها ، والخبر يقتضي رفع التكليف عنها ، ولأنها عبادة شرعية فلا تجب على الصغيرة كالكبيرة .

٢٥٤٩٢ - أو نقول عبادة من فروع الإسلام ، فلا يلزم الصغيره كالصوم ، ولا يلزم صدقة الفطر ؛ لأنها لا تخاطب بها ، وإنما يخاطب بها الولي ، ولهذا يجب عليه إخراجها من ماله إذا لم يكن له مال ، ولا يلزم العدة ، لأنها لا يلزمها ، وإنما تعتد بأن لا يتزوجها أحد في مدة العدة ، ولأن تحريم الوطء لحق الله تعالى ، فلا يجب على الصغيرة ابتداء كالإحرام .

٢٥٤٩٣ - احتجوا : بما روي أن امرأة أتت إلى رسول الله ﷺ ، فقالت : « يا

---

(١) الثابت في شرائط وجوبه أن تكون المعتدة بالغة عاقلة مسلمة من نكاح صحيح سواء كانت متوفى عنها زوجها أو مطلقة ثلاثا أو بائنا فلا يجب على الصغيرة والمجنونة والكبيرة والكتابية والمعتدة من نكاح فاسد والمطلقة طلاقا رجعيا ، وهذا عندنا . وقال الشافعي : يجب على الصغيرة والكتابية ؛ وجه قوله أن الحداد من أحكام العدة وقد لزمتها العدة فيلزمها حكمها ، ولنا أن الحداد عبادة بدنية فلا تجب على الصغيرة والكافرة كسائر العبادات البدنية من الصوم والصلاة وغيرهما بخلاف العدة فإنها اسم لمضي زمان وذا لا يختلف بالإسلام والكفر والصغر والكبر انظر : البدائع (٣/٢١٠) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٥/١٠٠) . وعند الشافعية بإيمان المرأة جرى على الغالب ؛ لأن غيرها ممن لها أمان يلزمها الإحداد ، وكذا الأربعة أشهر وعشر فإن ذلك في الحائل ، وأما الحامل فتحد مدة بقاء حملها كما قاله شيخنا في حاشيته على البخاري ، وعلى ولي الصغيرة والمجنونة منعهما مما يمنع منه غيرهما .

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١/١٤٠) برقم (١١٨٣) .

رسول الله إن بنتي توفي عنها زوجها ، وقد اشتكت عينها ، أفتكتحل ، قال : لا ، مرتين أو ثلاثًا » [١] .

٢٥٤٩٤ – قالوا : ينقل الحكم مع السبب .

٢٥٤٩٥ – قلنا : السبب قد يحتمل أن يكون عرف ببلوغها .

٢٥٤٩٦ – قالوا : هذا زيادة على سبب وفاة زوج شخص بعينه ، فالحكم لا يتعداه إلا بدليل ، وقد عارض هذا قوله ﷺ : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت ، فدليله أن غير المرأة لا إحداد عليها ، والدليل عندهم كالمنطوق .

٢٥٤٩٧ – قالوا : معتدة من وفاة زوجها كالبالغة .

٢٥٤٩٨ – قلنا المعنى فيها أنها مخاطبة بفروع الشرع ، فجاز الإحداد ، والصغيرة لا يلزمها فروع الشرع ، فلم يلزمها الإحداد .

* * *

(١) أخرجه الطحاوي في شرح الآثار (٧٦/٣) ، والطبراني في المعجم الكبير (٣٤٩/٢٣) .

مسألة ١٢٥٧

الإحداد للكافرة

٢٥٤٩٩ – قال أصحابنا : الكافرة لا يلزمها الإحداد (١) .

٢٥٥٠٠ – وقال الشافعي : عليها الإحداد (٢) .

٢٥٥٠١ – لنا : أن تحريم الطيب لحق اللّٰه تعالى ، فلا يثبت لحق الكافرة كحال الإحرام . ولأنها كافرة ، فلا يلزمها الإحداد كالمبتوتة .

٢٥٥٠٢ – ولأن ما يلزم المبتوتة في عدتها لا يلزم الكافرة المتوفى عنها زوجها . أصله لبس الحداد .

٢٥٥٠٣ – ولأن الإحداد عبادة بدنية ليس للآدمي حق فيها ، فلا يلزم أداؤها مع الكفر كالصلاة .

٢٥٥٠٤ – ولا يلزم العدة ، لأن للزوج حقًّا فيها ، وهو حفظ المال .

٢٥٥٠٥ – احتجوا : بقول رسول اللّٰه ﷺ : « لا يحل لامرأة تؤمن باللّٰه واليوم الآخر أن تحد على ميت » ...

٢٥٥٠٦ – والجواب : أنه لا يقال / للكافرة أنها تؤمن باللّٰه واليوم الآخر ، وإنما يقال ذلك في المسلمة . ٢/أ

٢٥٥٠٧ – احتجوا : بحديث المرأة التي قالت : إن بنتي توفي عنها زوجها ، وقد اشتكت عينها .

---

(١) من شرائط وجوب الإحداد أن تكون المعتدة بالغة عاقلة مسلمة من نكاح صحيح ، سواء كانت متوفى عنها زوجها أو مطلقة ثلاثا أو بائنا فلا يجب على الصغيرة والمجنونة الكبيرة والكتابية والمعتدة من نكاح فاسد والمطلقة طلاقًا رجعيًا ، وهذا عندنا . تحفة الفقهاء (٣٧٤/٢) ، والبدائع (٢١٠/٣) .

(٢) في عدة المشركات قال الشافعي : إذا كانت اليهودية أو النصرانية تحت المسلم فطلقها أو مات عنها فهي في العدة والسكنى والنفقة والإحداد مثل المسلمة لا خلاف بينهما ، وله عليها الرجعة في العدة كما يكون له على المسلمة . وهكذا المجوسية تحت المجوسي والوثنية تحت الوثني لأزواجهن عليهن من الرجعة ما لزوج المسلمة وعليهن من العدد والإحداد ما على المسلمة لأن حكم اللّٰه تعالى على العباد واحد ، فلا يحل لمسلم إذا تحاكم إليه مشرك أن يحكم له ولا عليه إلا بحكم الإسلام لقول اللّٰه ﷻ لنبيه ﷺ في المشركين ﴿ فَإِن جَآءُوكَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ ﴾ الآية . انظر : الأم (٢٤٩) ، نهاية المحتاج (١٤٨/٧) .

٢٥٥٠٨ - قلنا : عرف النبي ﷺ إسلامها ، وهذا هو الظاهر ، لأن الكفار لا يسألون النبي ﷺ الأحكام .

٢٥٥٠٩ - قالوا : معتدة من وفاة زوجها كالمسلمة .

٢٥٥١٠ - قلنا : المسلمة مخاطبة بفروع الشرع ، فجاز أن يلزمها الإحداد ، والكافرة غير مخاطبة بفروع الشرع ، فلا يلزمها .

٢٥٥١١ - قالوا : ما وجب في عدة المسلمة وجب في عدة الكافرة ، كترك التزويج والخروج .

٢٥٥١٢ - قلنا : هذا يلزمها لحق الآدمي ، والإحداد يلزمها لحق الشرع ، فلا يلزمها فعله مع وجود الكفر .

٢٥٥١٣ - قالوا : الإحداد من توابع العدة وصفاتها ؛ فإذا لزمها العدة لزمها توابعها .

٢٥٥١٤ - قلنا : لو كان كذلك لا يلزم في كل عدة ، فلما لم يجب دل على أنه عبادة مفردة ، ليس من توابع العدة إن قدر بها .

* * *

مسألة ١٢٥٨

عدة الكافرة إذا طلقها الكافر

٢٥٥١٥ - قال أبو حنيفة : إذا طلق الكافر الكافرة فلا عدة عليها . وقالا عليها العدة (١) .

٢٥٥١٦ - وبه قال : الشافعي (٢) .

٢٥٥١٧ - لنا : أن العدة لا تخلو أنها تجب لحق الله تعالى ، أو لحق الزوج ، ولا يجوز إيجابها لحق الله تعالى ، لأن الكفار لا يخاطبون في الدنيا بالشرعيات ، فلا يجوز أن تجب لحق الزوج ، لأنه لا يعتقدها حقًا له ، وإذا سقط الأمران لم يجز إيجابها .

٢٥٥١٨ - ولأنها عبادة يتعلق بها تحريم الطيب ، فلم تجتمع مع الكفر كالإحرام ، ولأنها فرقة حصلت بين كافرين فلا تجب بها عدة كالمبينة .

٢٥٥١٩ - احتجوا بقول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ﴾ .

٢٥٥٢٠ - والجواب : أن هذا في امرأة المسلم ، لأنه قال : منكم ، وامرأة المسلم الكافرة ، فلا يلزمها العدة لحقه .

٢٥٥٢١ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ .

٢٥٥٢٢ - قلنا : قال : ﴿ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ ﴾ ، فدل على أن الآية خاصة في المسلمات .

٢٥٥٢٣ - قالوا : امرأة بانت من زوجها بالزنا ، فوجب أن تعتد منه عدة الوفاة كالمسلمة .

---

(١) انظر : فتح القدير (٣٣٤/٤ ، ٣٣٥) .

(٢) عدة المشركات (قال الشافعي) رحمه الله تعالى : وإذا كانت اليهودية أو النصرانية تحت المسلم فطلقها أو مات عنها فهي في العدة والسكنى والنفقة والإحداد مثل المسلمة لا خلاف بينهما وله عليها الرجعة في العدة كما يكون له على المسلمة . قال : وهكذا المجوسية تحت المجوسي والوثنية تحت الوثني لأزواجهن عليهن من الرجعة ما لزوج المسلمة وعليهن من العدد والإحداد ما على المسلمة لأن حكم الله تعالى على العباد واحد فلا يحل لمسلم إذا تحاكم إليه مشرك أن يحكم له ولا عليه إلا بحكم الإسلام لقول الله عز وجل لنبيه ﷺ في المشركين ﴿ فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ الآية . انظر : الأم (٢٤٩) ، نهاية المحتاج (١٤٨/٧) .

٢٥٥٢٤ - قالوا : ولأنه طلاق واقع بعد الدخول ، فوجب عليها عدة الاستبراء كالمسلمة .

٢٥٥٢٥ - قلنا : المسلمة مخاطبة بفروع الشرع ، فجاز أن تلزمها العدة ، والكافرة لا يلزمها فروع الشرع ، ولا يعتقد الزوج العدة حقًّا له ، فلم يجز أن يلزمها .

٢٥٥٢٦ - قالوا : عدة الوفاة من أحكام الشرع ، فيستوي فيها المسلمة والذمية كالطلاق والإيلاء والميراث .

٢٥٥٢٧ - قلنا : هي من أحكام النكاح في حقه ، لأن العبادات التي هي فروع الشرع تختص بنا ، فأما الطلاق والميراث والإيلاء ، فلا يثبت على وجه العبادات [1] ، لكن الطلاق إسقاط حق والإرث سبب الملك ، وهذه المعاني يستوي فيها الكافر والمسلم .

٢٥٥٢٨ - قالوا : لا يمتنع أن لا تخاطب بالعدة للكفر ؛ فإذا اختصموا إلينا فسخناها .

٢٥٥٢٩ - قلنا : كل عقد فسد بمعنى يستوي فيه الابتداء والبقاء [2] ، وما أحل فيه بشرط يختلف فيه للابتداء أو البقاء لا يعترضه كالنكاح بلا شهود .

٢٥٥٣٠ - قالوا : وطء يثبت منه النسب ، فوجب العدة فيه ، كما لو كانت تحت مسلم .

٢٥٥٣١ - قلنا : النسب لا يخلو أن يجوز لحق الله تعالى ، أو لحق الزوج ، أو لحق الولد ، ولا يجوز أن يجب لحق الله ، لأنهم لا يخاطبون بفروع الشرع ، ولا لحق الزوج إذا لم يعتقد ذلك حقًّا لنفسه ، ولا لحق الولد ، لأنا لا نعلم وجوده ، ولا يجوز إن ثبت الحق ، ونحن لا نعلم المستحق .

* * *

---

(١) قاعدة : العبادات التي هي فروع الشرع تختص بنا ، فأما الطلاق والميراث والإيلاء فلا يثبت على وجه العبادات » .

(٢) قاعدة : كل عقد فسد بمعنى يستوي فيه الابتداء والبقاء .

مسألة ١٢٥٩

تداخل العدتين

٢٥٥٣٢ - قال أصحابنا : العدتان يتداخلان ، سواء كانتا من واحد أو اثنين من جنس واحد أو جنسين ، فصورة العدتين من واحد أن يطلق الرجل امرأته تطليقه رجعية ، ثم يطؤها ، فالطلاق أوجب عدة ، والوطء عندهم أوجب عدة ، لأنه لا تكون رجعية ، ويكتفي بعدة واحدة ، [وعلى أصله إذا طلقها ، فكل واحد من الطلاقين لو انفردا أوجب كل منهما عدة ، ويقتصر على عدة واحدة ، والعدة] (١) من اثنين كالرجل امرأته ، فتوطأ في عدتها بشبهة ، فيجب عليها عدة من الثاني ، وهما من جنس واحد ، فتتداخل العدتان . وأما إذا كانا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة ، فعليها عدة الوفاة بالشبهة ، وعدة الوطء بالأقراء ، فيقع فيهما التداخل ، وهو أن ما تراه في عدة الوفاة من الحيض يحتسب لها من العدة الثانية (٢) .

٢٥٥٣٣ - وقال الشافعي [رحمه الله] : في العدتين من الواحد مثل قولنا ، وقال : في العدة من الاثنين لا تتداخل لها ، لكنها إذا وطئت ، وهما جاهلان بالتحريم ، أو الرجل جاهل انقطعت عدة الأول ، ولم تعتد بالأقراء ، فإذا فرق القاضي بينهما كملت عدة

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

(٢) وإذا تزوجت المرأة المعتدة من الطلاق برجل ودخل بها ففرق بينهما فعليها عدة واحدة من الأول والآخر ثلاث حيض ، وهو مذهب الأحناف ، لأن العدتين إذا وجبتا يتداخلان وينقضيان بمضي مدة واحدة إذا كانتا من جنس واحد ، وهو قول معاذ بن جبل رضي الله عنه وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يتداخلان ولكنها تعتد بثلاث حيض من الأول ثم بثلاث حيض من الثاني فإن كانت العدتان من واحد بأن وطئ معتدته بعد البينونة بالشبهة فلا شك عندنا أنهما ينقضيان بمدة واحدة ، وهو أحد قولي الشافعي رحمة الله تعالى ، وفي القول الآخر يقول لا تجب العدة كفٌّ عن الأزواج ، بسبب الثاني أصلا . وحجتنا في ذلك أنهما حقان وجبا لمستحقين فلا يتداخلان كالمُهرين ، ولأن العدة فرض لزمها في المدة ولا يجتمع الكفان في مدة واحدة كصومين في يوم واحد ، وهذا هو الحرف الذي يدور عليه الكلام فإن المعتبر عنده معنى العبادة في العدة لأنه كف عن الأزواج والخروج فتكون عبادة كالكف عن اقتضاء الشهوات في الصوم وأداء العبادتين في وقت واحد لا يتصور . ولو جاز القول بالتداخل في العدة لكان الأولى أقراء عدة واحدة فينبغي أن يكتفي بقرء واحد لأن المقصود يحصل ، وهو العلم بفراغ الرحم وحجتنا في ذلك أن العدة مجرد أجل والآجال تنقضي بمدة واحدة في حق الواحد والجماعة كآجال الديون . انظر : المبسوط (٤٢/٦) ، البدائع (١٩١/٣) .

الأول ، ثم اعتدت من الثاني ، فإن حملت نظر القافة إلى الولد ، فإن ألحقوه بالأول انقضت عدة الثاني بوضعها ، وتمت عدة الأول بعدة . وإن كان الزوج يعلم بالتحريم فعليها تمام عدة الأول ، ولا عدة عليها من الثاني ، لأن وطأه زنا [(١)] .

٢٥٥٣٤ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ، فظاهره يقتضي أن الحامل إذا وطئت بشبهة فوضعت حملها قضت الأجل من الطلاق والوطء .

٢٥٥٣٥ - فإن قيل : قوله تعالى : ﴿ أَجَلُهُنَّ ﴾ إضافة الأجل إليها ، وهذا تعريف ، فيقتضي أجلًا واحدًا ، كقولهم (دار زيد) .

٢٥٥٣٦ - قلنا : التعريف بالإضافة كالتعريف باللام ، والمعرف باللام إذا لم يكن هناك عهد أفاد الجنس .

٢٥٥٣٧ - ولأنه من إضافة الأجل إلى الجماعة ، والأجل الواحد لا يضاف إلى الجماعة . إننا نعلم أنه أراد بالأجل الجنس ، وهذا كقوله ﷺ : « منعت العراق قفيزها ودرهمها » [(٢)] .

٢٥٥٣٨ - يدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ ، ولم يفصل بين التي وطئت بشبهة ، أو لم توطأ .

٢٥٥٣٩ - ولأن العدة أجل ، فقوله تعالى : ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ ﴾ ، وقال عز من قائل : ﴿ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ ﴾ ، فالأجل يجوز أن ينقضي في حق اثنين [كآجال الديون ولا يقال المعنى في الأجل أنه يجوز أن ينتفي بمدة واحدة] [(٣)] .

لأن العدة مدة لا تقف على فعل ، فجاز أن تُسقِطَ عدةٌ واحدة حقَّ اثنين .

كالأجل لصاحب الدين ، وعليه فجاز أن ينقضي الأجلان بمدة واحدة ، ولأن المقصود بالعدة في ذوات الأقراء العلم ببراءة الرحم ، وهذا المعنى وجد في حقهما ، فانقضت العدة .

ولا يقال لا يمنع أن تجب العدة عبادةً ، لأجل براءة الرحم كعدة الآيسة والصغيرة ، لأنا لا نمنع كون وجوب العدة لا لبراءة الرحم ، وإنما عدة ذوات الأقراء يقصد بها براءة الرحم .

---

(١) انظر : تحفة الفقهاء (٣٦٦/٢ ، ٣٦٧) ، مغني المحتاج (٩١/٥) .

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢٦٢/٢) ، أبو داود (١٦٦/٣) برقم (٣٠٣٥) باب في إيقاف أرض العنوة .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

٢٥٥٤٠ – فإن قيل : لو كان المقصود براءة الرحم اقتصر على حيضة واحدة .

٢٥٥٤١ – قلنا : لا يقتصر على ذلك ، لأن الحامل قد ترى دم الاستحاضة ، وعندهم ترى دم الحيض ، فإنما لا يتوالى ذلك في العادة ، فاعتبر ثلاث حيض ليتيقن بها عدم الحمل .

٢٥٥٤٢ – فإن قيل : لو قال لامرأته إذا ولدت ، فأنت طالق ، فولدت ، ووجب عليها العدة ، وإن كان رحمها قد برئ بوضع الحمل ، وإنما يورِثُ براءة الرحم إذا وجدت مع سبب وجوبها ، وهاهنا برئ رحمها قبل وجود سبب العدة ، فلذلك لم تعتد بالوضع، لأنه يجوز أن يكون وطئها قبل وضع الحمل ، ولم يخلص الماء إلى رحمها إلا بعد وضع الحمل ، لأن سبب العدة وجد في حالة واحدة ، فوجب أن يتداخل . أصله إذا وجبت لحق واحد .

٢٥٥٤٣ – ولأن كل ما يقع فيه التداخل إذا كان المستحق له واحدًا جاز أن يقع فيه التداخل [1] ، وإن كان المستحق له اثنين فكذلك أصله الإحالة ، وعكسه الديون .

٢٥٥٤٤ – فإن قيل لا يمتنع أن يختلف التداخل في حق الواحد والاثنين ، بدلالة أن المنكوحة نكاحًا فاسدًا إذا تكرر وطؤها وجب مهر واحد ، ولو وطئ امرأتين وجب لكل واحدة مهر ، ولو قطع يد رجل ، ثم قتله وجبت دية واحدة [ولو قطع يدًا واحدة] ثم قطع أخرى [2] . وقيل : آخر لم يتداخل الواجب .

٢٥٥٤٥ – قلنا : إذا تكرر الوطء في النكاح ، فالثاني لا يوجب مهرا ، وإذا قطع يد واحد ، فما لم يتداخل لم يجب به شيء ، وإذا قتله لا يتداخل إذا كان للحق مستحقان .

٢٥٥٤٦ – وفي الجناية يتداخل الواجب . وفي مسألتنا قد وجب لكل واحد من السببين عدة باتفاق . ولأنا علمنا بجواز التدخل عندنا إذا قتل الواحد جماعة ، ولأنها وطئت في حال عدتها ، فإذا تعقب وطئها ثلاثة أقراء ، حلت للأزواج . أصله إذا كان الواطئ يعلم بالتحريم .

٢٥٥٤٧ – ولأن المخالف لا يخلو إما أن يسلم لنا أن العدة من الثاني سبب عقيب الوطء ، أو يمنع ذلك ، ويقول : هي معتدة في حق الأول خاصة . فإن لم يسلم فالدليل عليه ، لأن سبب العدة قد وجد ، فلا تتأخر العدة عنها . أصله السبب / الأول . ب

(١) قاعدة : « كل ما يقع فيه التداخل إذا كان المستحق له واحدًا جاز أن يقع فيه التداخل ، وإن كان المستحق له اثنين فكذلك » .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

٢٥٥٤٨ - ولا يلزم إذا طلق إحدى نسائه ثم تبين أن العدة تجب عليها من وقت البيان ، لأن الطلاق لم يقع على واحدة منهن عندنا ، وإنما ثبت في الذمة ، ويقع على هذه بالتعيين ، فلم تتأخر العدة عن سببها ، ولأن كل سبب لا يوجب العدة عقيب وجوده لا يوجبها في الثاني [1] ، أصله الطلاق قبل الدخول .

٢٥٥٤٩ - قالوا : إذا طلقها في الحيض لم تتعقب العدة الطلاق ، وتتأخر عنه .

٢٥٥٥٠ - قلنا غلط ، بل هي معتدة عقيب الطلاق ، إلا أن العدة لا تنقضي بتلك الحيضة ، كما لا تنقضي بالأطهار عندنا ، لأن الأول لا يجوز أن يتزوجها ؛ فلو لم تكن معتدة من غيره لجاز له تزويجها ، إذ العدة من الإنسان لا تمنع نكاحهما ، إلا أنه يجوز أن يتزوجها ، فدل على أنها معتدة من غيره .

٢٥٥٥١ - ولأن العدة التي هي من حقوق النكاح لا تكون أقوى من نفس النكاح . ومعلوم أن الوطء بشبهة إذا طرأ مع قيام النكاح أوجب العدة ، ولم يمنعها النكاح ، فأولى ألا تمنعها العدة التي هي من حقوقه .

٢٥٥٥٢ - ولأن حكم النكاح والعدة في المنع من العدة سواء ، بدلالة أن أم الولد إذا مات مولاها ، ولها زوج لم يلزمها عدة بموته . وكذلك إن مات المولى ، وهي في عدة من زوج ، فإذا استوى النكاح والعدة في منع العدة ، ثم كان النكاح لا يمنع طرئان هذه العدة ، فكذلك العدة لا تمنع .

٢٥٥٥٣ - فإن قيل : هذا ممنوع ، ولا تصير المرأة محبوسة في حق اثنين . أصله النكاح .

٢٥٥٥٤ - قلنا : هذا تعليل بحكم اتفق على خلافه ، لأنها محبوسة في حقهما بإنفاق ، بدلالة أن الأول ممنوع من العقد عليها لأجل ، والثاني ممنوع من العقد لحق الأول ، والحبس هو المنع من الأزواج .

٢٥٥٥٥ - ولأن النكاح لا يطرأ أحد العقدين على الآخر مع بقائه ، فلا يصح أن تكون محبوسة في حقها ، والعدة يجوز أن يطرأ سببها على عدة أخرى ، فكذلك اجتمع الجنسان . بين ذلك أنها تخير على زوجها ، وعلى الواطئ بشبهة ، ولما جاز أن نحبس بالعقد والعدة ، جاز أن تحبس بالعدتين .

٢٥٥٥٦ - فإذا ثبت هذا قلت إن كل معنى تنقضي به العدة متى وجد عقيب سبب العدة انقضت به العدة . أصله إذا كانت العدة من واحد .

---

(١) قاعدة : « كل سبب لا يوجب العدة عقيب وجوده لا يوجبها في الثاني » .

٢٥٥٥٧ - احتجوا : بما روى سعيد بن المسيب [١] أن طليحة كانت عند رشيد الثقفي ، فطلقها ، وبت طلاقها ، فتزوجت في عدتها ، فضربها عمر بن الخطاب بالمخفقة [٢] ، وضرب زوجها عدة ضربات ، وفرق بينهما [٣] ثم قال : أيما امرأة نكحت في عدتها من الأول ، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول وكان خاطبًا من الخطاب . فإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ، ثم لم ينكحها أبدًا . وعن علي ابن أبي طالب ﷺ مثله [٤] .

٢٥٥٥٨ - قلنا : ذكر محمد في الكتاب عن أحمد بن حنبل مثل قولنا ، فصارت مسألة خلاف بينهم .

٢٥٥٥٩ - قالوا : حقان مقصودان لآدميين يمكن استيفاؤهما ، فوجب أن يتداخلا كالديتين .

٢٥٥٦٠ - قلنا : الحق المقصود هو الاستبراء لمدة ليست مقصودة لهذا ، تارة تطول وتارة تقصر ، فهي كالأجل الذي المقصود منه الدين ، والمدة ليست مقصودة ، فتتداخل فيهما كما يقع في مدة العدة عندنا .

٢٥٥٦١ - وقولهم : يمكن استيفاؤهما لا نسلم أن العدتين تنقضي بوضع الحمل عندنا ، أو بوجود الحيض ، فما يعتد به بعد ذلك ليست بعدة ، فلا نسلم أنه يمكن استيفاؤهما ، والوصف غير مؤثر في الأصل ، لأنه لا فرق في الدين أن يكون لآدمي واحد ، أو لآدميين . والمعنى في الدين أنه [لآدمي واحد] [٥] ، كذلك العدة ، لأنه لو ثبت لواحد تداخلت ، فإذا ثبت لاثنين جاز أن تتداخل ، [أو نقول المقصود بالدين لا

---

(١) هو : سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ الله عمران بن مخزوم . عالم أهل المدينة ، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر ﷺ ، وقيل لأربع مضين منها بالمدينة وكان ممن برز في العلم والعمل ، واختلف في سنة وفاته ، فقيل سنة المتوفي سنة ٨٩ أو ٩١ أو ٩٢ أو ٩٣ أو ٩٤ ترجمته في « تذكرة الحفاظ » (٥٤/١) و « العبر » (١١٠/١) . « الأعلام » (٢١٥/٥) .

(٢) المخفقة : الشيء بضرب به نحو سير أو درة وقال ابن سيدة المخفقة : سوط من خشب . انظر : لسان العرب (خفق) (١٢١٥/٢) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٤١/٧) .

(٤) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٤٤١/٧) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

يحصل في حق واحد إذا استوفاه آخر ، فلذلك لم يتداخل] [١] ، والمقصود بالعدة يحصل في حقهما ، إن استوفت حق أحدهما .

٢٥٥٦٢ – قالوا : فيجعل أصل العدة إذا قطع يد واحد قبل آخر حتى يؤثر الوصف ، وتسقط المعارضة .

٢٥٥٦٣ – قلنا : المعنى في القصاص أنه لو ثبت لحق واحد جاز أن يتداخل ، وهو إذا قبله بعد التردد في مسألتنا لو حصل لحق الواحد تداخل . كذلك إذا ثبت لحق اثنين .

٢٥٥٦٤ – قالوا : عدتان وجبتا لحق اثنين كما لو كانتا من جنسين تداخلت ما أمكن التداخل ، لأن الحيض التي تراها في مدة الأشهر يحبسها ، وإنما لا يتداخل منها ما لا يمكن التداخل ، فهو كالعدتين من جنس واحد سبقت إحداهما الأخرى ، فيقع التداخل فيما يمكن منها ، ولا يقع فيما زاد على العدة الأولى .

٢٥٥٦٥ – قالوا : حقان لآدميين يتعلقان بالوطء ، فلم يتداخلا كالمهرين .

٢٥٥٦٦ – قلنا : العدة لا تتعلق بالوطء ، بدلالة وجوبها في الوفاة قبل الدخول ، وإنما هي من أحكام العقد إذا استوفيت أحكامه ، ولهذا تجب بالخلوة عندنا . والمعنى الظاهر أنه حق ثبت للزوجة ، فإذا استوفت أحد المهرين لم يجعل ذلك المقصود من الآخر ، والعدة متى استوفيت في حق أحد الزوجين حصل بها المقصود في حق الآخر .

٢٥٥٦٧ – وقد قال الشافعي في الكافر إذا طلق امرأته فتزوجت في عدتها بمشرك آخر ثم أسلم ، وهي في عدتها ففرق بينهما ، فإنها تعتد بثلاثة أقراء تدخل فيها بقية العدة الأولى . التزم ذلك ابن أبي هريرة [٢] وأبو علي الطبري [٣] ، وهو نقض لكلامهم .

٢٥٥٦٨ – ومن أصحابهم من قال : لا تتداخل ، وسوى بين المسألتين .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٢) هو : ابن أبي هريرة شيخ الشافعية أبو علي الحسن بن الحسين بن أبي هريرة البغدادي القاضي من أصحاب الوجوه ، انتهت إليه رئاسة المذهب ، تفقه بابن سريج ثم بأبي إسحاق المروزي وصنف شرحًا لمختصر المزني . أخذ عنه : أبو علي الطبري والدارقطني وغيرهما واشتهر في الآفاق . توفي سنة خمسين وأربعين وثلاثمائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٩١/١٢) .

(٣) هو : أبو علي الطبري شيخ الشافعية الحسن بن القاسم علق التعليقة على أبي علي بن أبي هريرة وصنف المحرر في النظر ، وهو أول كتاب في الخلاف المجرد ، وصنف الإفصاح في المذهب ، وألف في الجدل ودرس ببغداد بعد شيخه أبي علي . ومات كهلًا في سنة خمسين وثلاثمائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٢٥/١٢) .

مسألة ١٢٦٠

تزوج الرجل المرأة في العدة

٢٥٥٦٩ - قال أصحابنا : إذا تزوج الرجل امرأة في عدة وطئها ، وهو يعلم أنها محرمة عليه ، ثم انقضت عدتها ، جاز له أن يتزوج بها .

٢٥٥٧٠ - وقال الشافعي : في أحد قوليه : لا تحل له أبدًا (١) .

٢٥٥٧١ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ﴾ ، ولما روي أن رسول الله ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » (٢) .

٢٥٥٧٢ - وقوله ﷺ : « لا يحرم الحلال الحرام » (٣) ، ولأنه وطء نكاح فاسد ، فلا يوجب تحريمًا مؤيدًا كسائر الأنكحة الفاسدة .

٢٥٥٧٣ - ولأنه وطء محرم ؛ فلا يوجب تحريم الموطوءة عليه كالزنا ، ولأن الزنا أبلغ في تحريم الوطء كوطء المعتدة ، فإذا لم يوجب الزنا تحريمًا مؤيدًا ، فهذا أولى ، ولأن المعقود عليه يجوز أن يملك بالعقد ، وإنما لم يقع العقد (٤) لفقد شرط ، فصار كمن تزوج بغير شهود .

٢٥٥٧٤ - احتجوا : بما روي عن عمر أنه قال : يفرق بينهما ، ولا تحل له أبدًا (٥) .

---

(١) (قال الشافعي) رحمه الله : أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ألبتة فنكحت في عدتها فضربها عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وضرب زوجها بالمخفقة ضربات وفرق بينهما « ثم قال عمر بن الخطاب » أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان الزوج الذي تزوج بها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول وكان خاطبًا من الخطاب وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم اعتدت من زوجها الآخر ثم لم ينكحها أبدًا . قال الشافعي قال سعيد : ولها مهرها بما استحل منها . انظر : الأم (٥/٢٥٠) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن (٧/١٢٥) ، الدارقطني (٣/٢٢١) .

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه (١/٦٤٩) برقم (٢٠١٥) باب لا يحرم الحرام الحلال ، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/١٦٩) .

(٤) في (م) ، (ن) ، (ع) [الملك] .

(٥) سبق تخريجه .

٢٥٥٧٥ - قلنا : الخلاف في هذه المسألة مشهور بين الصحابة وروي عن علي [رضي الله عنه] [1] مثل قولنا .

٢٥٥٧٦ - قالوا : استعجل ما نهى اللَّه تعالى عنه ، فوجب أن يثبت الحظر في حقه على التأبيد ، كالوارث إذا قتل المورث .

٢٥٥٧٧ - قلنا : يبطل بمن طلق امرأته ثلاثًا ، ثم تزوجها ، ووطئها قبل أن تتزوج بزوج آخر ، وبأم الولد إذا قتلت مولاها عتقت .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

مسألة ١٢٦١

تزوج امرأة المفقود

٢٥٥٧٨ - قال أصحابنا : امرأة المفقود لا يجوز لها أن تتزوج ما لم يثبت موته ، أو تمضى مدة لا يعيش مثله إلى مثلها [1] .

٢٥٥٧٩ - وقال الشافعي [رحمه الله] : إذا غاب غيبة منقطعة يخفى عنها شخصه وخبره ، تربصت أربع سنين ، ثم تأتي الحاكم حتى يحكم بفراقها بوفاته ، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرًا ، وتحل للأزواج . هذا قوله القديم .

٢٥٥٨٠ - وقال في الجديد مثل قولنا ، وظاهر قوله أن ابتداء مدة التربص من حين فقده [2] .

---

(١) حكمه في الشرع أنه حي في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ، ميت في حق غيره حتى لا يرث هو إذا مات أحد من أقربائه ؛ لأن ثبوت حياته باستصحاب الحال فإن علم حياته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه ، واستصحاب الحال معتبر في إبقاء ما كان على ما كان غير معتبر في إثبات ما لم يكن ثابتًا ، وفي الامتناع من قسمة ماله بين ورثته إبقاء ما كان على ما كان ، وفي توريثه من الغير إثبات أمر لم يكن ثابتًا له ، ولأن حياته باعتبار الظاهر ، والظاهر حجة لدفع الاستحقاق ، وليس بحجة للاستحقاق ، فلا يَسْتَحِقُّ به ميراث غيره ، ويندفع به استحقاق ورثته لماله بهذا الظاهر ؛ ولهذا لا تتزوج امرأته عندنا ، وهو مذهب علي رضي الله تعالى عنه . المبسوط (٣٦/١١) ، البدائع (١٩٨/٦) .

(٢) قال الشافعي : قال الله تبارك وتعالى : ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ ﴾ قال : وجعل رسول الله ﷺ على الزوج نفقة امرأته ، وحكم الله ﷻ بين الزوجين أحكامًا منها اللعان والظهار والإيلاء ووقوع الطلاق . (قال الشافعي) فلم يختلف المسلمون فيما علمته في أن ذلك لكل زوجة على كل زوج غائب وحاضر . ولم يختلفوا في أن لا عدة على زوجة إلا من وفاة أو طلاق . وقال الله ﷻ ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ﴾ الآية وقال تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ﴾ . (قال) فلم أعلم مخالفًا في أن الرجل أو المرأة لو غابا أو أحدهما ، برًا أو بحرًا ، علم مغيبهما أو لم يعلم ، فماتا أو أحدهما فلم يسمع بهما بخبر أو أسرهما العدو فصيروهما إلى حيث لا خبر عنهما لم نورث واحدًا منهما من صاحبه إلا بيقين وفاته قبل صاحبه . فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف بإسار عدو أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه أو بهيام من ذهاب عقل أو خروج فلم يسمع له ذكر أو بمركب في بحر فلم يأت له خبر أو جاء خبر أن غرقا كأن يرون أنه قد كان فيه ولا يستيقنون أنه فيه لا تعتد امرأته ولا تنكح أبدًا حتى يأتيها يقين وفاته ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته وترثه ، ولا تعتد امرأة من وفاة ومثلها يرث إلا ورثت زوجها الذي اعتدت من وفاته ، ولو =

٢٥٥٨١ - وقال أصحابه من حين يضرب القاضي المدة ، فإذا حكم القاضي بالفرقة على قوله القديم ، هل ينفذ في الباطن ؟ على قولين :

٢٥٥٨٢ - أحدهما : ينفذ حتى إذا رجع الزوج لم يكن له عليها سبيل .

٢٥٥٨٣ - والثاني : ينفذ في الظاهر دون الباطن

٢٥٥٨٤ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ ، وهن ذوات الأزواج ، ولأنه لم يثبت موت الزوج ، ولا علمنا أنه في الظاهر ، فلا يجوز أن تتزوج كما كان قبل أربع سنين .

٢٥٥٨٥ - ولأن كل حالة لا تحكم بانتقال مال المفقود إلى الورثة لا يباح لامرأته أن تتزوج . أصله إذا مضي أقل من أربع سنين .

٢٥٥٨٦ - ولأنها لا ترث مع ارتفاع الموانع ، ولا يحكم بوجوب عدة الوفاة عليها ، كما لو انقضى أربع سنين .

٢٥٥٨٧ - ولأن الفرقة على ضربين : فرقة بالطلاق ، وفرقة بالوفاة ، فإذا كانت الفرقة بالطلاق / لا يحكم بها إلا بعد ثبوت الطلاق ، فالفرقة بالوفاة مثله .

٢٥٥٨٨ - ولأن جواز التزويج لا يخلو إما أن يكون لأجل الضرر الذي يلحقها ، وللحل بوفاته ، ولا يجوز أن تكون الفرقة ، لأن هذه المدة يعيش الإنسان في مثلها غالبًا كما دون أربع سنين ، ولا يلزم إذا مضى له مائة وعشرون سنة لأن هذه مدة لا إمكان للإنسان أن يعيش إليها غالبًا .

٢٥٥٨٩ - واحتجوا : بما روي أن رجلًا افتقد ، فجاءت زوجته إلى عمر بن الخطاب ، فقال لها : انتظري أربع سنين ، ثم ارجعي إليّ ، فرجعت إليه بعد أربع سنين ، فقال لها : اعتدى أربعة أشهر وعشرًا ، [وتزوجي ؛ فاعتدت] [1] وتزوجت ، فجاء زوجها إلى عمر ، فقال له : زوجت امرأتي ، فقال له عمر : ما بال أحدكم يغيب عن

= طلقها وهو خفي الغيبة بعد أي هذه الأحوال كانت أو آلى منها أو تظاهر أو قذفها لزمه ما يلزم الزوج الحاضر في ذلك كله . وإذا كان هذا هكذا لم يجز أن تكون امرأة رجل يقع عليها ما يقع على الزوجة المعتدة لا من طلاق ولا وفاة كما لو ظنت أنه طلقها أو مات عنها لم تعتد من طلاق إلا بيقين ، وهكذا لو تربصت سنين كثيرة بأمر حاكم واعتدت وتزوجت فطلقها الزوج الأول المفقود لزمها الطلاق ، وكذلك إن آلى منها أو تظاهر أو قذفها لزمه ما يلزم الزوج . وهكذا لو تربصت بأمر حاكم أربع سنين ثم اعتدت فأكملت أربعة أشهر وعشرًا . قليوبي وعميرة (٥٢/٤ ، ٥٣) ، تحفة الفقهاء (٢٥٤/٨ ، ٢٥٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

امرأته من غير غزو ولا تجارة ، فقال الرجل : إني كنت خرجت أريد المسجد ، فاختطفني نفر من الجن ، فمكثت فيهم إلى أن غزاهم قوم من المسلمين ، فهزموهم ، وأخذوني ، وقالوا لي : ما دينك ، فقلت : ما لي دين غير الإسلام ، فخيرونى بين المقام عندهم والرجوع إلى أهلى ، فاخترت الرجوع إلى أهلي ، فخيره عمر بين أن يأخذ المهر وبين أن يرد عليه امرأته [١] .

٢٥٥٩٠ – قلنا : روي عن علي ﷺ أنه قال في امرأة المفقود : تلك امرأة ابتليت ، فلتصبر ، فصارت خلافًا بين الصحابة [٢] .

٢٥٥٩١ – قالوا : يلحقها ضرر بالبقاء علي النكاح كامرأة العنين .

٢٥٥٩٢ – قلنا : ينتقض إذا غاب عنها ، وموضعه معروف ، ولأن امرأة العنين إنما جاز لها أن تختار التفريق [٣] ليس لما يلحقها من الضرر ، لكن لأنه لا يستقر لها البدل ، وهذه قد استقر لها البدل استقرارًا صحيحًا ؛ فلذلك لم يكن لها اختيار لفرقه .

* * *

(١) التمهيد لابن عبد البر (٢٦٦/١٦) وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية مغرب .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٨/٦) وعبد الرازق في مصنفه (٩٠/٧) .

(٣) العُقر بالضم : ماتعطاه للعقر عقرًا ، وقال ابن المظفر : عقر المرأة دية فرجها إذا غصبت فرها ، وقال أبو عبيدة : عقر المرأة ثواب تناله المرأة من نكاحها وقيل هو : صداق المرأة ، وقال الجوهري : هو مهر المرأة إذا وطئت في شبهة فسماه مهرًا . انظر : لسان العرب (عقر) (٣٠٣٦/٤) .

مسألة ١٢٦٢

عدة أم الولد

٢٥٥٩٣ - قال أصحابنا : عدة أم الولد إذا مات سيدها ، أو أعتقها ثلاثة قروء [١] .

٢٥٥٩٤ - وقال الشافعي : قرء واحد [٢] .

٢٥٥٩٥ - ومن أصحابنا من منع أن تكون عدة ، وقال : هو استبراء ، والدليل على أنها معتدة أنه معنى يجب بزوال الفراش ، فكان عدة كالزوجة .

٢٥٥٩٦ - ولا يلزم شراء الأمة ؛ لأن ذلك يجب بحدوث الملك لا بزوال الفراش ، يبين ذلك أن أصل الاستبراء في الشيء يجب لحدوث الملك لا بزواله ، ولأنه يجب عليها وهي أمة ما يجب على الحر ، وليس باستبراء كسائر العدد ، ولأن هذه المدة ثبت فيها النسب من غير دعوة ؛ فلم يكن استبراء كسائر العدد ، وإذا ثبت أنها عدة لم تتقدر بحيضة واحدة كسائر العدد . ولأنها عدة وطء ، فلهذا يستوى فيها الحياة والموت كالموطوءة بنكاح فاسد .

٢٥٥٩٧ - ولأنها إما أن تعتد بعدة الحرائر أوعدة الإماء ، وأيهما كان لم يتقدر بحيضة واحدة .

٢٥٥٩٨ - فإن قيل : المعنى في عدة الحرة أنها كملت في الطرفين ، فجعل الوطء في حال الزوجية العدة كحال الحرية ، فلذلك كملت العدة .

٢٥٥٩٩ - وفي مسألتنا نقصت في الطرف الأول ، لأن الوطء لم يوجد في النكاح .

٢٥٦٠٠ - قلنا : اعتبرنا في كمال العدة كمال حال الوجوب .

---

(١) جاء في المبسوط : « وأم الولد إذا عتقت بموت مولاها اعتدت بثلاث حيض ، وإن لم يترك وفاء فعدتها شهران وخمسة أيام . لأنه مات عاجزًا فكان النكاح منتهيًا بالموت ، وعلى الأمة عند زوجها من العدة شهران وخمسة أيام وإن لم تكن ولدت منه ، وقد ترك وفاء فإن كان دخل بها فعدتها حيضتان ، كالحر إذا اشترى امرأته بعد ما دخل بها فعليها من العدة حيضتان ، حتى لا يملك تزويجها إلا بعد مضي المدة » . المبسوط (١٧٥/٥) ، والبدائع (١٩٤/٣) .

(٢) قال الشافعي رحمه الله : أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال في أم الولد : يتوفى عنها سيدها تعتد بحيضة . (قال الشافعي) رحمه الله ولا تحل أم الولد للأزواج حتى ترى الطهر من الحيضة . وقال في كتاب النكاح والطلاق إملاء على مسائل مالك : وإن كانت ممن لا تحيض فشهر الأم (٢٣٤/٥) .

٢٥٦٠١ - واعتبر مخالفنا الكمال في الطرفين نعلق الحكم بعلتنا وزيادة ولا تصح المعارضة .

٢٥٦٠٢ - ولأن الزوج يطؤها حال الرق ثم تعتق فيجب عليها عدة كاملة ولو لم تكمل في الطرفين كذلك هذا الكمال يعتبر بالحرية حال الوجوب وإن تقص حال الوطء .

٢٥٦٠٣ - احتجوا : بما روى عن ابن عمر وعائشة مثل قولهم [١] .

٢٥٦٠٤ - قلنا روي عن عبد الله بن عمر مثل قولنا . وروي الشعبي عن ابن عمر : مثل قولنا [٢] ، وروى أن مارية القبطية [٣] اعتدت من وفاة رسول الله ﷺ بثلاث حيض [٤] ، ولم تكن من أهل الاجتهاد . وأما أن يكون رخص في ذلك إلى رسول الله ﷺ أو إلى الصحابة .

٢٥٦٠٥ - قالوا عدة تختلف بالرق والحرية بل تجب على أم الولد ، كعدة الوفاة .

٢٥٦٠٦ - قلنا : ليس إذا لم تلزمها عدة الوفاة لم يلزمها عدة الحيض بدلالة الموطوءة بنكاح فاسد . ولأن عدتها عدة وطء كما أن عدة الموطوءة بنكاح فاسد عدة وطء فهما سواء .

٢٥٦٠٧ - ولأن المعنى الذي يجب به العدة على أم الولد في حياة سيدها هو المعنى الذي يجب به العدة عليها بموته ، وهو العتق ، فلذلك استوت العدتان . كما أن الموطوءة بعقد فاسد لما وجب عليها العدة في حال الحياة بالفرقة وبعد الموت بالوفاة ، فلما اختلف السبب اختلفت العدة .

٢٥٦٠٨ - قالوا : التي تكمل عدتها بزوال فراشها حال الحياة هي التي تكمل عدتها بزوال فراشها بالوفاة ، فلما ثبت أن هذه لا تكمل عدتها بالوفاة كذلك حال الحياة .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٤٤٨/٧) .

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في كتاب السنن (٣٤٦/١) المكتبة السلفية الهند .

(٣) هي : مارية أم إبراهيم ولد النبى ﷺ أهداها صاحب الإسكندرية وهو جريج بن مينا مع جملة من تحف وهدايا لرسول الله فقبل ذلك منه . وكانت معها أختها شرين التي وهبها النبي لحسان بن ثابت ، ولدت له ابنه عبد الرحمن بن حسان . حملت مارية من رسول الله بولده : إبراهيم فعاش عشرين شهرًا ومات قبل النبي بسنة فحزن عليه حزنًا شديدًا . كانت مارية هذه من الصالحات الخيرات الحسان وقد حظيت عند رسول الله وأعجب بها . توفيت سنة ست عشرة بالمدينة وصلى عليها عمر بن الخطاب ، وكان يجمع الناس لشهود جنازتها ، ودفنت بالبقيع رضي الله عنها وأرضاها . انظر : البداية والنهاية لابن كثير (٧٩/٧) .

(٤) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٤٤٨/٧) .

٢٥٦٠٩ - قلنا : عدتها كاملة عندنا في الوفاة وحال الحياة ؛ لأنها تجب بالحيض فإن عنوا بالكمال عدة الوفاة لم نسلم أن تلك أكمل من الحيض بل كل واحدة منهما عدة كاملة .

٢٥٦١٠ - ولأن عدة الوفاة تختص بالنكاح فلذلك لم تجب عليها ، وعدة الحيض لا تختص بالنكاح فلذلك وجبت عليها .

٢٥٦١١ - قالوا عدة أوجبت زوال ملكه عن رقبتها فوجب أن تكون قرءًا واحدًا ، كالأمة المشتراة .

٢٥٦١٢ - قلنا المعنى فيما يجب بالشراء أنه لا يجب إلا على ناقصة بالرق ، فوجب على أنقص الوجوه وليس كذلك ما يجب على أم الولد ؛ لأنه لا يجب إلا على حال الكمال فلذلك وجبت العدة كاملة .

٢٥٦١٣ - قالوا عدة وجبت عن تغير رق وحرية ، فوجب أن تكون كاملة كالمسبية .

٢٥٦١٤ - قلنا : لا نسلم أن ما يجب علي المسبية عدة ، ولأنه لا فرق في الاستواء بين أن يجب بتعين رق وحرية ، أو بانتقال من رق إلى رق ، والمعنى فيه ما قدمنا .

٢٥٦١٥ - قالوا أم الولد يتعلق بها أحكام النكاح من الطلاق والظهار والإيلاء واللعان ، فلا يتعلق بها كمال الاعتبار .

٢٥٦١٦ - قلنا الموطوءة بنكاح فاسد لا تثبت لها أحكام النكاح من الطلاق والظهار والإيلاء ، وثبت في حقها كمال العدة .

٢٥٦١٧ - قالوا العدة تكمل بكمال الطرفين وطرفي زوجته واعتداد حالة الحرية كالحرة المزوجة إن طلقت اعتدت عدة كاملة لهذا المعنى . وهكذا الأمة المزوجة [إذا اعتقت ثم طلقت فاعتدت بنقص الطرفين وكذلك] (١) المشتراة .

٢٥٦١٨ - قلنا قد بينا أن المعتبر الكمال والنقصان حال الوجوب دون ما قالوه ، ومن علق الحكم بأحد الوصفين كان أولى ممن علقه بهما .

٢٥٦١٩ - ولأن هذا يبطل بالموطوءة حال الرقة إذا أعتقت ثم طلقت .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٦٣

تزويج أمته بعد وطئها

٢٥٦٢٠ - قال أصحابنا : إذا وطئ أمته ، وأراد أن يزوجها فهو جائز وإن لم يستبرئها (١) .

٢٥٦٢١ - وقال الشافعي : لا يجوز النكاح حتى يستبرئها (٢) .

٢٥٦٢٢ - لنا : أن الاستبراء وجب عليه من حين ملكها ، فلو وجب في حال الملك لوجب في ملك واحد الاستبراءُ مرتين ، وهذا لا يصح بدلالة النكاح .

٢٥٦٢٣ - ولأن الإنسان لا يجب عليه الاستبراء من مال نفسه ، إذا لم يرد أن يزوجها ، ولأنا دللنا على أنها لا تصير فراشًا بالوطء ، فلا يمنع الوطء تزويجها كالزنا .

٢٥٦٢٤ - احتجوا : بأنه وطء له حرمة ، فوجب أن لا يجوز لغير الواطئ نكاحها قبل الاستبراء ، كما لو وطئ إمرأة بشبهة . قلنا هناك لا يملك الواطئ نفي النسب بقوله ، ولا يملك نقل الفراش إلى غيره ، وهاهنا يملك نفي النسب بقوله : فإذا زوجها فقد نفاه بفعله فإذا سقط حكم النسب صارت كالزانية . قالوا : روي عن النبي ﷺ « أنه قال لا يسقين أحدكم ماءه زرع غيره » (٣) .

٢٥٦٢٥ - وقال ﷺ : « لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا مع امرأة واحدة في طهر واحد .

٢٥٦٢٦ - قلنا : هذا يدل على أن الزوج لا يجوز له الوطء ، وكذلك نقول . والكلام على جواز عقد النكاح ، وليس يمتنع أن يصح العقد ولا يباح الوطء كالحامل من الزنا .

---

(١) لو أراد البائع أن يزوجها لم يكن له أن يزوجها حتى يستبرئها ، ومن الأحناف من يقول : لا فرق بين البيع والتزويج بل في الموضعين جميعًا يستحب للمولى أن يستبرئها من غير أن يكون واجبًا عليه . ألا ترى أنه لو زوجها قبل أن يستبرئها جاز ، كما لو باعها قبل أن يستبرئها ، وإلا ظهر أن عليه أن يستبرئها إن أراد أن يزوجها بعدما وطئها صيانة لمائه . انظر : المبسوط (١٥٣/١٣) .

(٢) أمر النبي ﷺ في الإماء أن يستبرئن بحيضة فكانت الحيضة الأولى أمامها طهر كما كان الطهر أمامه الحيض فكان قصد النبي ﷺ في الاستبراء إلى الحيض وفي العدة إلى الأطهار . قليوبي وعميرة (٦١/٤ ، ٦٢) ، الأم للشافعي (٣٣٢/٨) .

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٣٩٤/٧) برقم (٣٦٨٨٤) ، والسنن الكبرى للبيهقي (٦٢/٩) .

مسألة ١٢٦٤

استبراء الأمة بعد عجزها

٢٥٦٢٧ - قال أصحابنا : إذا كاتب أمته ثم عجزت لم يجب أن يستبرئها [١] .

٢٥٦٢٨ - وقال الشافعي : يجب [٢] .

٢٥٦٢٩ - لنا أنه عقد لا يوجب زوال الملك عن الرقبة ، وإذا انفسخ لم يجب الاستبراء ، كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع .

٢٥٦٣٠ - ولأنه محرم عارض في الملك فإذا زال لم يجب الاستبراء كالاحرام .

٢٥٦٣١ - ولأن هذا عقد يوجب زوال يده عنها مع بقاء ملكه في الرقبة ، فأشبه الإجارة .

٢٥٦٣٢ - احتجوا : بأن الاستباحة / قد زالت بعقد الكتابة فإذا عجزت عنها فقد حدثت له استباحة فصار كما لو باعها ثم اشتراها .

٢٥٦٣٣ - قلنا : يبطل بما إذا باعها بشرط الخيار [٣] للمشتري ثم فسخ المشتري العقد .

٢٥٦٣٤ - والمعنى في الأصل أنها عادت إليه بعد زوال ملكه عن الرقبة ، والاستباحة في مسألتنا لم تعد إليه بعد زوال ملكه عن الرقبة لأن الرقبة ؛ باقية على ملكه فلذلك تعلمًا .

* * *

(١) كذلك لو كاتب أمته ثم عجزت فليس عليه أن يستبرئها عندنا . وقال الشافعي : عليه أن يستبرئها ؛ لأنها بالكتابة صارت كالخارجة عن ملكه ، حتى يغرم بوطئها العقد لها . ويغرم الأرش لها لو جنى عليها ؛ يوضحه أنها صارت بمنزلة الحرة يدًا فتكون مملوكة له من وجه ، دون وجه فهو كما لو باع نصفها ثم اشترى الباقي . والدليل عليه أنه لو زوجها من إنسان ثم فارقها الزوج وجب عليه أن يستبرئها ؛ لأن ملك المنفعة زال عنه بالترويج فكذلك بالكتابة . وجه قولنا أنها بعد الكتابة باقية على ملكه . انظر : المبسوط (١٥٠/١٣) .

(٢) أمة المكاتب والمكاتبة إذا عجزا أو فسخت كتابتهما كالمكاتبة كما قاله البلقيني . وكذا أمة مرتدة عادت للإسلام يجب استبراؤها في الأصح لزوال ملك الاستمتاع ثم إعادته ، فأشبه تعجيز المكاتبة ، والثاني لا يجب ، لأن الردة لا تنافي الملك بخلاف الكتابة ، ولو ارتد السيد ثم أسلم لزمه الاستبراء أيضًا . انظر : مغني المحتاج (١١٥/٥) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) .

مسألة ١٢٦٥

طلاق المرأة أو موت زوجها بعد السفر بها

٢٥٦٣٥ - قال أبو حنيفة : إذا طلق امرأته أو مات عنها بعد ما سافر بها . فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام لزمها العود إلى بلدها . وإن كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام ، أو بينها وبين مقصدها أقل من [ثلاثة أيام] (١) مضت . وإن كان بينها وبين كل واحد من الموضعين ثلاثة أيام إن كان موضعها يصلح للإقامة أقامت فيه . وإن كان لا يصلح للمقام فلها أن تمضي (٢) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٢) إذا خرج مع امرأته مسافرًا فطلقها في بعض الطريق أو مات عنها فإن كان بينها وبين مصرها الذي خرجت منه أقل من ثلاثة أيام وبينها وبين مقصدها ثلاثة أيام فصاعدًا رجعت إلى مصرها ؛ لأنها لو مضت لاحتاجت إلى إنشاء سفر وهي معتدة ، ولو رجعت ما احتاجت إلى ذلك فكان الرجوع أولى ، كما إذا طلقت في المصر خارج بيتها أنها تعود إلى بيتها ، كذا هذا . وإن كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام فصاعدًا وبينها وبين مقصدها أقل من ثلاثة أيام فإنها تمضي ؛ لأنه ليس في المضي إنشاء سفر ، وفي الرجوع إنشاء سفر والمعتدة ممنوعة عن السفر . وسواء كان الطلاق في موضع لا يصلح للإقامة كالمفازة ونحوها ، أو في موضع يصلح لها كالمصر ونحوها . وإن كان بينهما وبين مصرها ثلاثة أيام ، وبينها وبين مقصدها ثلاثة أيام فصاعدًا فإن كان الطلاق في المفازة أو في موضع لا يصلح للإقامة بأن خافت على نفسها أو متاعها فهي بالخيار إن شاءت مضت وإن شاءت رجعت ؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر ، سواء كان معها محرم أو لم يكن . وإذا عادت أو مضت فبلغت أدنى المواضع فهي بالخيار . إن شاءت مضت وإن شاءت رجعت إلى التي تصلح للإقامة في مضيها أو رجوعها ، أقامت فيه واعتدت إن لم تجد محرمًا بلا خلاف ، وإن وجدت فكذلك عند أبي حنيفة ؛ لأنه لو وجد الطلاق فيه ابتداء لكان لا يجوز لها أن تتجاوزه عنده ، وإن وجدت محرمًا فكذا إذا وصلت إليه . وإن كان الطلاق في المصر أو في موضع يصلح للإقامة اختلف فيه ، قال أبو حنيفة : تقيم فيه حتى تنقضي عدتها ولا تخرج بعد انقضاء عدتها إلا مع محرم ، حجًا كان أو غيره . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان معها محرم مضت على سفرها وجه قولهما أن حرمة الخروج ليست لأجل العدة بل لمكان السفر بدليل أنه يباح لها الخروج إذا لم يكن بين مقصدها ومنزلها مسيرة ثلاثة أيام ، ومعلوم أن الحرمة الثابتة للعدة لا تختلف بالسفر وغير السفر ، وإذا كانت الحرمة لمكان السفر تسقط بوجود المحرم ، ولأبي حنيفة أن العدة مانعة من الخروج والسفر في الأصل إلا أن الخروج إلى ما دون السفر ههنا سقط اعتباره ؛ لأنه ليس بخروج مبتدإ بل هو خروج مبني على الخروج الأول فلا يكون له حكم نفسه ، بخلاف الخروج من بيت الزوج ؛ لأنه خروج مبتدأ فإذا كان من الجانبين جميعًا مسيرة سفر كانت منشئة للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم ، وما حرم لأجل العدة لا يسقط بوجود المحرم . انظر : البدائع (٢٠٨/٣) ، وأسنى المطالب (٥٧/٤ ، ٥٨) .

٢٥٦٣٦ - وقال الشافعي [رَحِمَهُ اللَّهُ] : إذا كانت قد خرجت من بيوت المصر مضت على سفرها وإن كانت قد خرجت ولم تجاوز بيوت المصر ففيه وجهان [(١)] .

٢٥٦٣٧ - لنا : أنها مطلقة بينها وبين بلدها أقل من ثلاثة أيام فلزمها الاعتداد في منزله ، كما لو طلقها في السوق أو في صنيعتها .

٢٥٦٣٨ - ولأن المرأة تصير مسافرة بسفر الزوج وإن لم ينو السفر ، فإذا طلقها انقطع المعنى الذي صارت مسافرة به ، فصارت مقيمة كما لو نوت الإقامة . فإذا انقطع السفر صارت منشئة لسفر صحيح في حال عدتها من غير حاجة فلا يجوز كما لو أنشأتها من منزلها .

٢٥٦٣٩ - احتجوا بأن العدة وجبت عليها وهي مسافرة سفرًا صحيحًا ، فوجب أن لا تمنع من المضى على سفرها ، كما لو كان بينها وبين مقصدها أقل من ثلاثة أيام .

٢٥٦٤٠ - قلنا : الأصل غير مسلم إذا كان بينها وبين بلدها أقل من ثلاثة أيام ، وإذا كان بينها وبين بلدها ثلاثة أيام ، والموضع يصلح للإقامة فنقول : لما دفعت إلى إحدى المسافتين كان ما دون مدة السفر أولى من هذا السفر . قالوا : قطعها للسفر مشقة غليظة لأنها تنقطع عن رفقتها وتستوحش بالمقام في الغربة ، وذلك يبيح الانتقال كما لو كانت بسقوط بيتها وترجع للوراء .

٢٥٦٤١ - قلنا : المعتدة يلزمها المقام وإن أضَّر بها . بدلالة أن حبسها في منزل زوجها ضرر ووحشة .

٢٥٦٤٢ - قالوا قطعها للسفر مشقة فإذا اعتدت عدة ثم طلقت لزمها المقام ، وإن

---

(١) كل سفر مباح ولو سفر نزهة وزيارة فإذا وجبت العدة في الطريق فلها الرجوع إلى مسكنها وهو الأولى ولها المضي إلى غرضها لمشقة الرجوع مشقة ظاهرة وهي معتدة مضت أو عادت فإن مضت وبلغت المقصد قبل انقضاء العدة أو وجبت بعد أن بلغته أقامت فيه لقضاء حاجتها إن كانت ، وإلا فثلاثة أيام كاملة إن لم يقدر لها مدة يجب عليها الرجوع فورًا إن أمنت على نفسها ومالها ووجدت رفقة ولو قبل ثلاثة أيام في الأولى كما في الروضة وإن نازع فيه جمع لتعتد البقية في المسكن الذي فورقت فيه أو بقربه إذ يلزمها الرجوع فورًا وإن علمت انقضاء البقية قبل وصولها إليه وجبت قبل مفارقة العمران فيلزمها العود ، ولو أذن لها في النقلة لمسكن آخر في البلد وقدر لها مدة فانتقلت ، ثم لزمتها العدة أقامت به . وقياس ما تقرر أنها تعتد فيه ولا يجوز لها الرجوع للأول كما يصرح به كلامهم . ولو سافرت معه لحاجته ففارقها لزمها العود . نعم لها إقامة ثلاثة أيام كاملة بمحل الفرقة ؛ لأن سفرها كان تابعا لسفره ، وقد فات فأمهلت ذلك لا أكثر منه ؛ لأنه مدة تأهب المسافر غالبًا . انظر : تحفة المحتاج (٢٦٥/٨) .

أضر ذلك بها . وكذلك إذا لم تفارق بيوت المصر على أحد الوجهين . فأما إذا رأت سقوط البيت فذاك ضرورة أسقطت العبادة ، وهذه مشقة ، فلم تسقطها .

* * *

مسألة ١٢٦٦

سقوط بين الخلف

٢٥٦٤٣ – قال أصحابنا : إذا أسقطت سقطًا بينا خَلْقُه تنقضي به العدة [١] .

٢٥٦٤٤ – وقال الشافعي : إذا شهد أربع من النساء أنه حمل وأنه لو بقي لتصور فهو ولد وتنقضي به العدة . وهل تصير به أم ولد ؟ فيه قولان [٢] .

٢٥٦٤٥ – لنا : قول تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ولأنه معنى لم يتبين فيه خلقة آدمي فلم تنقض به العدة كالمني . ويجوز أن لا يكون ولدًا ، ويجوز أن يكون دمًا اجتمع ، أو قطعة من لحمها فلم يجز أن تنقضي عدتها بالشك .

٢٥٦٤٦ – ولأن الشهادة إنما تجوز بما يشاهد من خلق الولد في الرحم ، حتى يحكم على نظيره ، وإذا لم يكن لهم طريق إلى العلم بذلك لم يقبل قولهم .

٢٥٦٤٧ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ .

٢٥٦٤٨ – قلنا : لا نعلم أن ما وضعته حمل فدلوا عليه .

٢٥٦٤٩ – قالوا ثبت ذلك بالشهادة .

٢٥٦٥٠ – قلنا : إذا لم يكن للشاهد طريق إلى العلم لم يقبل قوله [٣] .

٢٥٦٥١ – ولأن شهادة النساء عندنا لا تثبت فيما يطلع عليه الرجال [٤] .

٢٥٦٥٢ – قالوا سقطت ، فدل على براءة رحمها كما لو لم يكن .

٢٥٦٥٣ – قلنا : الوصف غير مسلم في الأصل بأنا تيقنا أنه ولد .

---

(١) جاء في المبسوط : « فإن قالت قد أسقطت سقطًا مستبين الخلق أو بعض الخلق صدقت على ذلك لأنها مسلطة أمينة في الإخبار بما في رحمها . قال اللّه تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾ والنهي عن الكتمان أمر بالإظهار . وقال أبي بن كعب رضي اللّه تعالى عنه : إن من الأمانة أن تؤمَّنَ المرأة على ما في رحمها فإذا أخبرت بذلك ، وكان محتملًا وجب قبول خبرها من غير بينة ، وإن اتهمها الزوج حلفها » . انظر : المبسوط (٢٧/٦) ، والبدائع (١٩٩/٣) .

(٢) قال الربيع : وفيه قول آخر أنها إذا قالت أسقطت سقطًا بان خلقه أو بعض خلقه لم يقبل قولها إلا بأن تأتي بأربع نسوة يشهدن على ما قالت ؛ لأن هذا موضع يمكن أن تراه النساء فيشهدن عليه . انظر : الأم (١٧٤/٦) ، والمجموع (٥٥٠/٢) .

(٣) قاعدة : « وإذا لم يكن للشاهد طريق إلى العلم لم يقبل قوله » .

(٤) قاعدة : « شهادة النساء لا تقبل فيما يطلع عليه الرجال » .

مسألة ١٢٦٧

صداق المرأة بعد انقضاء العدة

٢٥٦٥٤ - قال أبو حنيفة : لا تصدق المرأة في انقضاء عدتها في أقل من شهرين [١] .

٢٥٦٥٥ - وقال الشافعي : في اثنين وثلاثين يومًا ولحظة فاعتبر الأقل من الأكثر [٢]

٢٥٦٥٦ - واعتبر أبو حنيفة في رواية الحسن أكثر الحيض ، وفي رواية أبي يوسف خمسة أيام .

٢٥٦٥٧ - لنا : أن ما لا تنقضي عدة الأمة بالشهور لا تصدق فيه الحرة كالشهر الواحد .

٢٥٦٥٨ - ولأن اتصال حيض المرأة أقل الحيض ، وطهرها أقل الطهر يخالف العادة ، والأمين إذا أخبر بخلاف العادة لم يلتفت إلى قوله [٣] . أصله كالأب إذا قال أنفقت مال الصغير عليه في يوم واحد وهو مال كثير .

٢٥٦٥٩ - ولأن في تطويل المدة ضررا عليها ، وفي قصرها إسقاط حق الزوج وقد صدقناها في أقل الطهر ؛ لأنه لا حد ولا كثرة فوجب أن لا يعتبر حيضها أقل الحيض حتى لا يؤدي إلى إلحاق الضرر بالزوج .

٢٥٦٦٠ - احتجوا بأنها أمينة فيما تخبر به من الحيض ؛ لأن اللّٰه تعالى أمر بالرجوع إلى قولها ، وإذا أخبرت بالممكن قبل قولها .

٢٥٦٦١ - والجواب أن الأمين إذا خالف قوله الظاهر لم يلتفت إليه [٤] .

---

(١) ولا تصدق في انقضائها في أقل من شهرين كذا في الحاوي القدسي ، وفي البزازية ، وإذا أسقطت تام الخلق أو ناقص الخلق بطل حق الرجعة لانقضاء العدة ، ولو قالت : ولدت لا تقبل بلا بينة فإن طلب يمينها باللّٰه تعالى لقد أسقطت بهذه الصفة حلفت اتفاقًا . ا هـ . انظر : البحر الرائق (٥٥/٤) .

(٢) أو ادعت انقضاء أقراء فإن كانت حرة وطلقت في طهر فأقل الإمكان اثنان وثلاثون يوما ولحظتان) بأن تطلق قبيل آخر طهرها فهذا قرء ثم تحيض الأقل ثم تطهر الأقل فهذا قرء ثان ثم تحيض وتطهر كذلك فهذا ثالث ثم تطعن في الحيض لتيقن الانقضاء فليست هذه اللحظة من العدة فلا تصح الرجعة فيها انظر : تحفة المحتاج (١٥٢/٨) .

(٣) قاعدة : الأمين إذا أخبر بخلاف العادة لم يلتفت إلى قوله . أصله كالأب إذا قال : أنفقت مال الصغير عليه في يوم واحد ، وهو مال كثير » .

(٤) قاعدة : الأمين إذا خالف قوله الظاهر لم يلتفت إليه » .

٢٥٦٦٢ - قالوا لو علق الطلاق بحيضها وقع الطلاق بقولها ، ولا تعتبر فيه العادة ولا أكثر الحيض .

٢٥٦٦٣ - قلنا : لما علق الطلاق بما لا يعلم إلا من جهتها صار كأنه علقه باختيارها ، وصار كقوله : إن أحببت الطلاق فأنت طالق . فأما هاهنا فالعدة عبادة عليها يتعلق بها حق لزوجها ولم يوجد من الزوج ما يقتضي الرضا بقوله فاعتبر فيه الوسط ولم يعتبر أدناه .

* * *

مسألة ١٢٦٨

أكثر مدة الحمل

٢٥٦٦٤ - قال أصحابنا : أكثر مدة الحمل سنتان [١] .

٢٥٦٦٥ - وقال الشافعي : أربع سنين [٢] .

٢٥٦٦٦ - لنا : ما روي عن عائشة أنها قالت : « لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل » [٣] .

٢٥٦٦٧ - وروي أن الحمل أكثر من سنتين بقدر ما يتحول ظل المغزل ، وهذا أمر مغيب لا يعرف إلا بالتوقيف ، فكأنها روت ذلك عن رسول الله ﷺ .

٢٥٦٦٨ - ويدل عليه أن العادة أجراها الله تعالى في الحمل بتسعة أشهر فما زاد على ذلك أو نقص منه لا يثبت إلا بدليل من توقيف أو إجماع .

٢٥٦٦٩ - ولأنها مدة قدرت لانتقال الصبي من حال إلى حال فلا يجوز تقديرها بأربع سنين كمدة الرضاع .

٢٥٦٧٠ - ولأن ما لا تتقدر به مدة الرضاع لا يتقدر به مدة الحمل . أصله الخمس سنين .

٢٥٦٧١ - ولا يلزم السنتان لأن مدة الرضاع مقدرة بينهما فيما يلزم الأب من أجرة الرضاع .

---

(١) قال زفر : يستبرئها بحولين أكثر مدة الحمل . وكان أبو مطيع البلخي يقول : يستبرئها بتسعة أشهر ؛ لأنها مدة الحبل في النساء عادة . قال : والأول أصح ؛ لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون وليس في ذلك نص . انظر: المبسوط (٤٥/٦) ، والبدائع (٢١٢/٣) .

(٢) جاء في مغني المحتاج : « أكثر مدة الحمل أربع سنين ، دليله الاستقراء ، وحكي عن مالك أنه قال : جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة تحمل كل بطن أربع سنين ، وقد روي هذا عن غير المرأة المذكورة وقيل : إن أبا حنيفة حملت به أمه ثلاث سنين ، وفي صحته كما قال ابن شهبة نظر ؛ لأن مذهبه أكثر مدة الحمل سنتان فكيف يخالف ما وقع في نفسه . قال ابن عبد السلام : وهذا مشكل مع كثرة الفساد في هذا الزمان » . انظر : مغني المحتاج (٨٨/٥) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٤٣/٧) برقم (١٥٣٢٩) ، والدارقطني (٣٢٢/٣) برقم (٢٨٠) ، ونصب الراية (٢٦٤/٣) .

٢٥٦٧٢ - احتجوا بأن المرجع في مدة الحمل إلى الخلقة والجبلة وليس المرجع فيه إلى الشرع ، وإن علق الشرع به حكمًا [١] .

٢٥٦٧٣ - قالوا : وقد وجد أربع سنين فوجب المصير إليه .

٢٥٦٧٤ - قالوا : والدليل عليه أن الشافعي قال إن محمد بن عجلان [٢] مولى فاطمة بنت عتبة بن ربيعة « حملت أربع سنين » [٣] في هرِم بن حبان [٤] « حملته أربع سنين » [٥] وسمى هرمًا لاحتباسه في بطن أمه ومنظور بن زياد الفزاري حملته أمه « أربع سنين » قالوا وولد مالك بن أنس « لأكثر من سنتين » [٦] .

٢٥٦٧٥ - وقال القتبي ، قال الواقدي « سمعت نساء آل الجحاف من ولد زيد بن الخطاب [٧] يقلن ما حملت امرأة منا أقل من ثلاثين شهرًا » [٨] وإذا وجد هذا في الأعيان كان في العامة أكثر من أن يحصى .

٢٥٦٧٦ - والجواب أن هذا هو الدليل عليكم ، لأن الرواية لو صحت في هذا

---

(١) قاعدة : « المرجع في مدة الحمل إلى الخلقة والجبلة وليس المرجع فيه إلى الشرع ، وإن علق الشارع به حكمًا » .

(٢) هو : محمد بن عجلان أبو عبد الله القرشي المدني ، وكان عجلان مولى لفاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة ابن عبد شمس ولد في خلافة عبد الملك بن مروان . حدث عن : أبيه وعبد الرحمن بن هرمز الأعرج وعمر بن شعيب وأبي حازم سليمان بن الأشجعي وغيرهم . حدث عنه : إبراهيم بن أبي عبلة ومنصور بن المعتمر وشعبة وسقيان وزيد بن أبي أنيسة وأخرون . مات ابن عجلان سنة ثمان وأربعين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٦/٤٨٤ : ٤٨١) .

(٣) انظر : سنن الدراقطني (٣/٣٢٢) برقم (٢٨٣) .

(٤) هو : هرم بن حبان العبدي ويقال الأزدي البصري ، حدث عن : عمر وروى عنه : الحسن البصري وغيره . قال ابن سعد : كان عاملًا لعمر ، وكان ثقة له فضل وعبادة . وقيل : سمي هرمًا لأنه بقي حملًا سنتين حتى طلعت أسنانه !! ولي بعض الحروب أيام عمر وعثمان في بلاد فارس ترجم له الذهبي في تاريخ الإسلام ولم يذكر تاريخ وفاته . انظر : سير أعلام النبلاء (٥/٩٠-٩٢) .

(٥) انظر : تلخيص الحبير (٣/٤٧١) .

(٦) انظر : الطبقات الكبرى ، القسم المتمم (١/٣٥٥) .

(٧) هو : زيد بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رباح أبو عبد الرحمن القرشي العدوي أخو أمير المؤمنين عمر بن الخطاب وكان أسمر طويلًا جدًا ، شهد بدرًا والمشاهد كلها . وكان النبي قد آخى بينه وبين معن بن عدي العجلاني . وكانت راية المسلمين معه يوم اليمامة فلم يزل يقدم بها حتى قتل ، فوقعت الراية فأخذها سالم مولى أبي حذيفة وحزن عليه عمر . وكان يقول : أسلم قبلى واستشهد قبلي . حدث عنه ابن أخيه : عبد الله وروى عنه : ولده عبد الرحمن بن زيد استشهد في ربيع الأول سنة اثنتي عشر . انظر : سير أعلام النبلاء (٣/١٨٧ : ١٨٦) .

(٨) انظر : الطبقات الكبرى - القسم المتمم (١/٣٥٥) .

وجب أن يكون في غير الأعيان أضعافه . ولو كان كذلك ظهر وانتشر كما ظهر نقصان الحمل عن تسعة أشهر ، فلما لم ينتشر علم أن هذه الروايات لم تثبت . وكيف يظن أن هذه عادة ظاهرة متقدمة في الشرع ثم يروى مخالفنا « أن رجلًا غاب عن امرأته أربع سنين فجاءت بولد فهم عمر برجمها » [1] ولو أن ذلك مستحيل عنده في العادة لم يبلغ به إلى الرجم ، ثم قد ذكر أبو داود أن امرأة ولدت لخمس سنين .

٢٥٦٧٧ - فإن قالوا : لو ثبت هذا لقلنا به .

٢٥٦٧٨ - قلنا ولو ثبت ما قلتم عندنا قلنا به ، وعلى أن الطريق إلى إثباته إن كان الوجود النادر فقد وجدنا ما روينا كما وجد ما رووه ، وكل منها ثبت بخبر واحد ، وإن كان الرجوع إلى عادة مستمرة لم يوجد في واحد من الأمرين ؛ لأن المرأة تخبر عن ظاهر أمر يجوز أن يكون بخلاف ظنها ؛ لأنها تستصغر الحبل العارض ، ثم تمضى مدة ويتصل الحبل بذلك ولا طريق لها إلا معرفة لأن الحبل استمر في تلك المدة .

٢٥٦٧٩ - فإن قالوا إن المرأة تعرف حملها بأمارة وبعد شهور ويوضع في التاسع .

٢٥٦٨٠ - قلنا هذا أيضًا لا يعلم إلا العادة إذا استمرت به واتصلت الأخبار عنه ، وهذا لا يوجد فيما يذكرونه فلم يجز إثبات ما يخالف العادة بخبر واحد لا يعلم المخبر به حقيقة ما يخبر عنه . والله أعلم / . ٢٩١/أ

* * *

(١) انظر : مصنف عبد الرزاق (٣٥٤/٧) .

مسائل الرضاع (١) [١٢٦٩ - ١٢٧٩]

(١) ذكرنا في كتاب النكاح أن المحرمات على التأبيد أنواع ثلاثة : محرمات بالقرابة ، ومحرمات بالصهرية ، ومحرمات بالرضاع ، وقد بينا المحرمات بالقرابة والصهرية في كتاب النكاح ، هذه المسائل لبيان المحرمات بالرضاع ، والخلاف في هذه المسائل يقع في ثلاثة مواضع : أحدها في بيان المحرمات بالرضاع ، والثانى في بيان صفة الرضاع المحرم ، والثالث في بيان ما يثبت به الرضاع . أما الأول : فالأصل أن كل من يحرم بسبب القرابة من الفرق السبع الذين ذكرهم الله ﷻ في كتابه الكريم نصًا أو دلالة على ما ذكرنا في النكاح يحرم بسبب الرضاعة ، إلا أن الحرمة في جانب المرضعة متفق عليها ، وفى جانب زوج المرضعة مختلف فيها . أما تفسير الحرمة في جانب المرضعة فهو أن المرضعة تحرم على المرضع لأنها صارت أما له بالرضاع فتحرم عليه لقوله ﷻ : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ [النساء : ٢٣] معطوفًا على قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ ﴾ [النساء : ٢٣] فسمى سبحانه وتعالى المرضعة أم المرضع وحرمها عليه ، وكذا بناتها يحرمن عليه سواء كن من صاحب اللبن أو من غير صاحب اللبن من تقدم منهن ومن تأخر لأنهن أخواته من الرضاعة ، وقد قال الله ﷻ : ﴿ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ لأنها أم ابنه من الرضاع فهى كأم ابنه من النسب . وأما صفة الرضاع المحرم : فالرضاع المحرم ما يكون في حال الصغر ، فأما ما يكون في حال الكبر فلا يحرم عند عامة العلماء وعامة الصحابة ﷺ إلا ما روي عن عائشة ﷺ أنه يحرم في الصغر والكبر جميعًا . واحتجت بظاهر قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ من غير فصل بين حال الصغر والكبر ، وروي أن أبا حذيفة تبنى سالمًا وكان يدخل على امرأته سهلة بنت سهيل ، فلما نزلت آية الحجاب أتت سهلة إلى رسول الله ﷺ وقالت : يا رسول الله قد كنا نرى سالمًا ولدًا وكان يدخل علي وليس لنا إلا بيت واحد فماذا ترى في شأنه ؟ فقال لها رسول الله ﷺ : « أرضعيه عشر رضعات ثم يدخل عليك » وكان سالم كبيرًا ، فدل أن الرضاع في حال الصغر والكبر محرم . وقد عملت عائشة ﷺ بهذا الحديث بعد وفاة النبي ﷺ حتى روي عنها أنها كانت إذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم بنت أبي بكر ﷺ وبنات أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ﷺ أن يرضعنه ، فدل عملها بالحديث بعد موت النبي ﷺ على أنه غير منسوخ . وأما بيان ما يثبت به الرضاع : أي يظهر به فالرضاع يظهر بأحد أمرين : أحدهما الإقرار ، والثانى البينة . أما الإقرار : فهو أن يقول لامرأة تزوجها : هي أختى من الرضاع أو أمي من الرضاع أو بنتي من الرضاع ويثبت على ذلك ويصر عليه فيفرق بينهما . وقال مالك والشافعي : يفرق بينهما ، ولا يصدق على الخطأ وغيره . وجه قولهما أنه أقر بسبب الفرقة فلا يملك الرجوع ، كما لو أقر بالطلاق ثم رجع بأن قال لامرأته : كنت طلقتك ثلاثًا ثم قال أوهمت والدليل عليه أنه قال لأمته : هذه امرأتي أو أمي أو أختي أو ابنتي ثم قال : أوهمت أنه لا يصدق وتعتق كذا هاهنا . أما البينة : فهي أن يشهد على الرضاع رجلان أو رجل أو امرأتان ، ولا يقبل على الرضاع أقل من ذلك ، ولا شهادة النساء بانفرادهن . وهذا عندنا ، وقال الشافعي : يقبل فيه شهادة أربع نسوة . وجه قوله : أن الشهادة على الرضاع شهادة على عورة ، إذا لا يمكن تحمل الشهادة إلا بعد النظر إلى الثدي ، وإنه عورة فيقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالولادة . فدعت الضرورة إلى القبول ، وإذا شهدت امرأة على الرضاع فالأفضل للزوج أن =

مسألة ١٢٦٩

ثبوت التحريم بقليل الرضاع

٢٥٦٨١ - قال أصحابنا : قليل الرضاع يثبت به التحريم (١) وهو قول علي بن أبي طالب وابن مسعود وابن عباس وابن عمر (٢) .

= يفارقها لما روي عن محمد أن عقبة بن الحرث قال : تزوجت بنت أبي إهاب فجاءت امرأةٌ سوداءُ فقالت : إني أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال ﷺ : « فارقها » فقلت : إنها امرأة سوداء وإنها كيت وكيت ، فقال ﷺ : « كيف وقد قيل » . وفي بعض الروايات قال عقبة : فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فأعرض ثم ذكرته فأعرض حتى قال في الثامنة أو الرابعة : « فدعها إذًا » . وقوله فارقها أو فدعها إذا ندبٌ إلى الأفضل والأولى . ألا ترى أنه ﷺ لم يفرق بينهما بل أعرض ولو كان التفريق واجبًا لما أعرض ، فدل قوله ﷺ فارقها على بقاء النكاح . وروي أن رجلًا تزوج امرأة فجاءت امرأة فزعمت أنها أرضعتهما فسأل الرجل عليًا ﷺ فقال : هي امرأتك ليس أحد يحرمها عليك فإن تنزهت فهو أفضل . وسأل ابن عباس ﷺ فقال له مثل ذلك ، ولأنه يحتمل أن تكون صادقة في شهادتها فكان الاحتياط هو المفارقة ، فإذا فارقها فالأفضل له أن يعطيها نصف المهر إن كان قبل الدخول بها ، لاحتمال صحة النكاح لاحتمال كذبها في الشهادة ، والفضل لها أن لا تأخذ شيئًا منه ، لاحتمال فساد النكاح لاحتمال صدقها في الشهادة ، وإن كان بعد الدخول فالأفضل للزوج أن يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنى لاحتمال جواز النكاح ، والأفضل لها أن تأخذ الأقل من مهر مثلها ومن المسمى ، ولا تأخذ النفقة والسكنى لاحتمال الفساد . وإن لم يطلقها فهو في سعة من المقام معها ؛ لأن النكاح قائم في الحكم ، وكذا إذا شهدت امرأتان أو رجل وامرأة أو رجلان غير عدلين أو رجل وامرأتان غير عدول لما قلنا . وإذا شهد رجلان عدلان أو رجل وامرأتان وفرق بينهما فإن كان قبل الدخول بها فلا شيء لها لأنه تبين أن النكاح كان فاسدًا ، وإن كان بعد الدخول بها يجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل ، ولا تجب لها النفقة والسكنى في سائر الأنكحة الفاسدة .

(١) جاء في البدائع : « ويستوي في الرضاع المحرم قليله وكثيره عند عامة العلماء وعامة الصحابة ﷺ . وروي عن عبد الله بن الزبير وعائشة ﷺ أن قليل الرضاع لا يحرم ، وبه أخذ الشافعي فقال : لا يحرم إلا خمس رضعات متفرقات ، واحتج بما روي عن عائشة ﷺ أنها قالت : « كان فيما نزل عشر رضعات يحرمن ، ثم صرن إلى خمس فتوفي النبي ﷺ وهو فيما يقرأ » . وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا تحرم المصة والمصتان ولا الإملاجة والإملاجتان ولأن الحرمة بالرضاع لكونه منبتًا للحم ومنشزا للعظم وهذا المعنى لا يحصل بالقليل منه فلا يكون القليل محرمًا . ولنا قوله ﷻ : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ مطلقًا عن القدر . وروي عن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس ﷺ أنهم قالوا : قليل الرضاع وكثيره سواء ، وروي عن ابن عمر ﷺ أنه قال : الرضعة الواحدة تحرم » . انظر البدائع (٤/٨) ، والمبسوط (٥/١٣٥) .

(٢) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٧/٤٥٨) .

٢٥٦٨٢ - وقال الشافعي : يقع التحريم بخمس رضعات [١] .

٢٥٦٨٣ - وهو قول عائشة وابن الزبير وقال زيد بن ثابت يقع التحريم بثلاث رضعات [٢] .

٢٥٦٨٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ وذلك عام في قليل الرضاع وكثيره .

٢٥٦٨٥ - فإن قيل هذا ليس برضاع قلنا : هذا اسم مشترك من فعل ، فينطلق على وجود جنس الفعل كالضرب .

٢٥٦٨٦ - فإن قيل : الآية تقتضي أن الأم تكون مرضعة وليس فيها أن كل مرضعة تكون أمًّا .

٢٥٦٨٧ - قلنا : الرضاع تصير به المرأة أمًّا بالإجماع ، فلا فرق بين أن يكون بقول ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ أو بقول : اللآتي أرضعنكم أمهاتكم ، كما أن الولادة لما صارت بها أمًّا لم يفرق بين قوله : ﴿ أُمَّهَٰتُهُمۡ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدۡنَهُمۡ ﴾ أو اللآتي ولدنكم أمهاتكم .

٢٥٦٨٨ - ولأن المراد بالآية تحريم من تصير أمًّا بالرضاعة ، ولم يرد أن يبين كل من كانت أمًّا قبل الرضاع . وقد فهمت الصحابة من الآية ما ذكرنا ؛ لأن ابن عمر لما بلغه

---

(١) (قال الشافعي) ولو أخذ ثديها الواحد فأنفد ما فيه ثم تحول إلى الآخر مكانه فأنفد ما فيه كانت هذه رضعة واحدة ؛ لأن الرضاع قد يكون بقية النفس والإرسال والعودة كما يكون الطعام والشراب بقية النفس وهو طعام واحد ولا ينظر في هذا إلى قليل رضاعه ولا كثيره إذا وصل إلى جوفه منه شيء فهو رضعة وما لم يتم خمسًا لم يحرم بهن (قال الشافعي) والوجور كالرضاع وكذلك السعوط لأن الرأس جوف (قال الشافعي) فإن قال قائل : فلم لم تحرم برضعة واحدة وقد قال بعض من مضي أنها تحرم ؟ قيل بما حكينا أن عائشة تحكي أن الكتاب يحرم عشر رضعات ثم نسخن بخمس ، وبما حكينا أن النبي ﷺ قال : « لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان » وأمر رسول الله ﷺ أن يرضع سالم خمس رضعات ليحرم بهن ، فدل ما حكت عائشة في الكتاب وما قال رسول الله ﷺ أن الرضاع لا يحرم به على أقل اسم الرضاع ولم يكن في أحد مع النبي ﷺ حجة ، وقد قال بعض من مضي بما حكت عائشة في الكتاب ثم في السنة والكفاية فيما حكت عائشة في الكتاب ثم في السنة . فإن قال قائل فما يشبه هذا ؟ قيل قول الله ﷻ : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا ﴾ فسن النبي ﷺ القطع في ربع دينار وفي السرقة من الحرز وقال تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ ﴾ فرجم النبي ﷺ الزانيين الثيبين ولم يجلدهما فاستدللنا بسنة رسول الله ﷺ على أن المراد بالقطع من السارقين والمائة من الزناة بعض الزناة دون بعض وبعض السارقين دون بعض لا من لزمه اسم سرقة وزنا ، فهكذا استدللنا بسنة رسول الله ﷺ أن المراد بتحريم الرضاع بعض المرضعين دون بعض لا من لزمه اسم رضاع . الأم (٢٩/٥ ، ٣٠) ، تحفة المحتاج (٢٨٩/٨) .

(٢) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٤٥٤/٧) .

أن ابن الزبير يفتي بوقوع التحريم بخمس رضعات قال : قضاء اللّٰه أولى من قضاء ابن الزبير (١) ، واحتج بالآية .

٢٥٦٨٩ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ ولم يفصل والرضاعة مصدر فتناول القليل والكثير

٢٥٦٩٠ - ويدل عليه ما روي في حديث أفلح أن عائشة وكان عمها من الرضاعة فقال رسول اللّٰه ﷺ : « يلج عليك أفلح فقالت : إنما أرضعتني المرأة فقال : دعيه يلج عليك فإنه عمك ، ولم يسأل عن مقدار الرضاع » (٢) .

٢٥٦٩١ - وروي في قصة المرأة التي قالت للزوجين : إني أرضعتكما (٣) فقال النبي ﷺ : فارقها ، فقال : إنها سوداء قال : « كيف وقد قيل » ولم يسألها عن قدر الرضاع ولا عدده .

٢٥٦٩٢ - ويدل عليه قول رسول اللّٰه ﷺ « الرضاعة من المجاعة » (٤) ، « والرضاع ما أنبت اللحم وأشد العظم » (٥) ، « والرضاع ما فتق الأمعاء » (٦) ولم يفصل .

٢٥٦٩٣ - فإن قيل هذه الأوصاف لا توجد في القليل .

٢٥٦٩٤ - قلنا : وكذلك العدد لا يوجد فيه هذا المعنى وإنما أراد النبي ﷺ بيان جنس ما يقع به هذا المعنى وهو موجود في القليل ؛ لأن له تأثيرًا عند وجود الكثير في إنبات اللحم .

٢٥٦٩٥ - واحتج أصحابنا أيضًا بما روي عن علي بن أبي طالب أن رسول اللّٰه ﷺ قال : تحرم الجرعة من الرضاعة كما يحرم الحولان الكاملان . ذكره الحسن بن سفر في مسنده عن زادان عن علي كرم اللّٰه وجهه .

٢٥٦٩٦ - فإن قيل لا يحرمان فقد شبه الجرعة التي لا تحرم بالحولين وهما لا يحرمان .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٤٥٨/٧) .

(٢) متفق عليه ، أخرجه البخاري (١٨٠١/٤) برقم (٤٥١٨) باب قوله : إن تبدوا شيئًا أو تخفوه إلخ ، ومسلم في صحيحه (١٠٦٩/٢) برقم (١٤٤٥) باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل .

(٣) أخرجه البخاري (٧٢٤/٢) برقم (١٩٤٧) باب تغيير المشبهات ، وابن شيبة في مصنفه (٤٩٧/٣) .

(٤) أخرجه البخاري (٩٣٦/٢) برقم (٢٥٠٤) باب الشهادة على الأنساب ، ومسلم في صحيحه (٧٢٤/٢) برقم (١٤٥٥) باب « إنما الرضاعة من المجاعة » .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥٤٨/٣) ، والإمام أحمد في مسنده (٤٣٢/١) برقم (٤١١٤) .

(٦) أخرجه الدارقطني في سننه (١٧٣/٤) برقم (٦) .

٢٥٦٩٧ - قلت قوله كما يحرم الحولان دليل على أنه أراد تحريم الجرعة ما تحرمه الرضاعة في الحولين الكاملين .

٢٥٦٩٨ - ولأنه معنى موجب تحريمًا مؤبدًا فوجب أن يتعلق بمرة واحدة ، أو لا يعتبر فيه العدد ، أو فلا يعتبر فيه . أصله الوطء ، وعقد النكاح . وإنما اعتبرنا الحكم ، لأن من أصحابهم من يقول : لا يعتبر العدد وإنما يعتبر القدر .

٢٥٦٩٩ - الصحيح عندهم اعتبار خمس رضعات متفرقات .

٢٥٧٠٠ - فإذا قلت في العلة فوجب أن يتعلق بمرة واحدة ولا يعتبر فيه عدد أولا قدر لم يمكنهم القول بموجبها على الوجهين . ولا يلزم الطلاق واللعان لأن العدد معتبر فيهما ، ولأن كل واحد منهما لا يوجب تحريمًا مؤبدًا .

٢٥٧٠١ - فإن قيل إيجاب التحريم المؤبد يقتضي التأكيد ، ولا يعلق عليه حكم التخفيف وهو إسقاط العدد .

٢٥٧٠٢ - قلنا : إذا اقتضى الوصف الغليظ والحكم تعليق التحريم بالقليل والكثير فقد غلظنا الحكم كما غلظنا الوصف .

٢٥٧٠٣ - فإن قيل المعنى في الوطء أنه لا يختص بزمان فلم يختص بمقدار . ولما اختص الرضاع بزمان جاز أن يختص بمقدار .

٢٥٧٠٤ - قلنا علة الأصل تبطل باللعان فإنه لا يختص بزمان ويختص بمقدار ، وعلة الفرع تبطل بالفطر فإنه يختص بزمان النهار ، ولا يعتبر فيه عدد .

٢٥٧٠٥ - فإن قيل الوطء لا يوجب التحريم بين الفاعل والمفعول ، وإنما يوجب بينهما وبين غيرهما . والرضاع أثبت التحريم بين الفاعل والمفعول ، فلذلك اعتبر فيه العدد .

٢٥٧٠٦ - قلنا : المرأة إذا أرضعت الصبية فالتحريم لا يحصل بينهما ، وإنما يحصل بينهم وبين غيرهما ، ويعتبر فيه العدد عندهم .

٢٥٧٠٧ - فإن قيل : المعنى في الوطء أنه ثبت به الفراش فلم يعتبر فيه العدد .

٢٥٧٠٨ - قلنا وطء الأمة لا تصير به فراشًا عندنا (١) ، وهو أصل علتنا فلا نسلم به للمعارض ولأنه حكم يتعلق بوصول واصل إلى الجوف فوجب أن لا يعتبر فيه عدد لا

---

(١) جاء في البدائع : « بخلاف الأمة القنة أو المدبرة ؛ لأنه لا يثبت نسب ولدها ، وإن حصنها المولى وطلب ولدها بدون الدعوة عندنا ، فلا تصير فراشًا بدون الدعوة » . انظر : البدائع (١٣٠/٤) .

يقدر كالإفطار .

٢٥٧٠٩ - فإن قيل الإفطار لا يختص بالوصول من الفم .

٢٥٧١٠ - قلنا : وكذلك الرضاع عندنا ، لأن السقوط يتعلق به التحريم .

٢٥٧١١ - ولأنه حكم يتعلق بوصول واصل إلى الجوف على وجه التغليظ فلا يعتبر فيه العدد . أصله وجوب الحد بشرب الخمر .

٢٥٧١٢ - ولأن كل حكم لا يتعلق بالرضعة الواحدة لا يتعلق بالخمس . أصله رضاع الكبير ، ولأن لبنها وصل إلى جوف الصبي في مدة الرضاع ، فصار كالخمس رضعات .

٢٥٧١٣ - ولا يلزم إذا حصرته ، لأنا نسوى بين الأصل والفرع ، وإن ثبت فعل وصل من فمه .

٢٥٧١٤ - احتجوا : بما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان ولا المصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان » (١) .

٢٥٧١٥ - والجواب أن المصة والإملاجة عندنا لا تحرم ، لأنها قد توجد فلا ينفصل بها اللبن ، لضعف الصغير حتى يكرر المص ؛ فقد قلنا بظاهر الخبر وقوله ولا الرضعة ولا الرضعتان فهو تأويل الراوي معنى الرضعة . والمشهور في الخبر ذكر المصة والإملاجة . ولأن إثبات التحريم ونفيه إنما يقال في اللبن الذي يوصف بالتحريم والتحليل ، فأما الصغير فلا يثبت في حقه تحريم ، فعلم أن الخبر في رضاع الكبير ، وقد كان العدد معتبرًا فيها ؛ لأنه لا يكتفي به الصغير ولم ينسخ رضاع الكبير فسقط العدد .

٢٥٧١٦ - ولهذا روى طاوس عن ابن عباس أنه سئل عن الرضاع فقيل له : الناس يقولون : لا يحرم الرضعة ولا الرضعتان (٢) قال وقد كان ذلك فأما اليوم فإن الرضعة الواحدة تحرم . فقال ابن مسعود إن الرضاع قليله وكثيره يحرم (٣) فقد رويا النسخ ، فدل على أن الخبر في رضاع الكبير .

٢٥٧١٧ - ولأن قوله : « لا تحرم المصة ولا المصتان » دليل على أن الثلاث تحرم . وعندهم أن تلك الثلاث لا تحرم . وعندهم أن دليل الخطاب كالنطق ، وهو خلاف

---

(١) أخرجه الأمام مسلم في صحيحه (١٠٧٤/٢) برقم (١٤٥١) باب في المصة والمصتان ، وابن ماجة في سننه (٦٢٤/١) برقم (١٩٤٠) باب لا تحرم المصة ولا المصتان .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٨٧/٣) ، وأحكام القرآن للجصاص (١٨٠/٢) .

(٣) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٤٥٨/٧) .

قولهم . [فإن قيل] [(١)] كل من أثبت التحريم بالثلاث أثبته بالرضعتين .

٢٥٧١٨ – قلنا : غلط زيد بن ثابت التحريم بالثلاث ولا يثبته دونها وهو مذهب أبي ثور وأهل الظاهر [(٢)] .

٢٥٧١٩ – فإن قيل هذا الدليل قد عارضه صريح نطق بخلافه فهو أولى منه .

٢٥٧٢٠ – قلنا وكذلك نطقه قد عارضه نطق آخر ، فهو أولى منه ، وهو خبر على ابن أبي طالب ، وثبت نسخه عندنا بحديث ابن مسعود وابن عمر .

٢٥٧٢١ – احتجوا : بما روي أن سهلة بنت سهيل بن عمرو امرأة أبي حذيفة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت : « كنا نرى سالمًا ولدًا ، وكان يدخل عليَّ ، وليس لنا إلا بيت واحد ، وقد أنزل الله ما تعلم فما تأمرني يا رسول الله ؟ فقال لها : أرضعي سالمًا خمس رضعات يحرم بهن عليك » [(٣)] .

٢٥٧٢٢ – والجواب أن هذا يدل على أنه يحرم بالخمس ولا ينفي الحكم عما دونها .

٢٥٧٢٣ – ولأنه في رضاع الكبير ، فقد كان من شرط رضاع الكبير العدد ، فلما نسخ رضاع الكبير سقط حكم العدد .

٢٥٧٢٤ – فإن قيل إذا نسخ رضاع الكبير لم ينسخ العدد . وهذا كقول لله تعالى : ﴿ فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي ٱلْبُيُوتِ ﴾ ثم نسخ الإمساك في البيوت بقوله ﴿ فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ ولم ينسخ العدد في الشهادة .

٢٥٧٢٥ – قلنا : إذا كان التحريم يتعلق بما ينبت اللحم ، والكبير لا يتغذى بما يتغذى به الصغير ، سقط العدد بسقوط رضاع الكبير .

٢٥٧٢٦ – احتجوا : بما روى مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمر بن حزم عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة أنها قالت : « كان فيما أنزل الله ﷻ في القرآن عشر رضعات معلومات / يحرمن » [(٤)] ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفي رسول الله ﷺ « وهن مما يقرأ في القرآن » .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٢) انظر : المحلى (١٠/١٩٢) .

(٣) انظر : مصنف عبد الرزاق (٧/٤٦٠) برقم (١٣٨٨٩) .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (٢/١٠٧٥) برقم (١٤٥٢) باب التحريم بخمس رضعات ، والإمام مالك في موطئه (٢/٦٠٨) برقم (١٢٧٠) .

٢٥٧٢٧ - وهذا يدل على أن الشرع قد استقر على أن المحرم من الرضاع خمس رضعات .

٢٥٧٢٨ - قلنا : عبد اللَّه بن أبي بكر ضعيف عندهم . قال سفيان بن عيينة : « كنا إذا رأينا الرجل يكتب الحديث عن أربعة سخرنا منه ، لأنهم كانوا لا يعرفون الحديث . منهم عبد اللَّه بن أبي بكر » .

٢٥٧٢٩ - وقد روى حماد بن سلمة عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عمرة عن عائشة قالت : « كان فيما نزل من القرآن ثم سقط أنه لا يحرم إلا عشر رضعات أو خمس رضعات » (١) وهذا يقتضي أن يكون حكم العشرة والحكم منسوخ .

٢٥٧٣٠ - ولأن في هذا الخبر أن الخمس رضعات كانت تتلى ، وكانت في صحيفة إلى يوم توفى رسول اللَّه ﷺ فتشاغل أصحابه بغسله ودفنه فدخلت داجن الحي فأكلتها (٢) .

٢٥٧٣١ - ومستحيل أن يتلى القرآن إلى يوم وفاة رسول اللَّه ﷺ ناسخًا أومنسوخًا ثم ينساه الناس جميعًا ، وكيف يظن أن القرآن تأكله داجن فيذهبه واللَّه تعالى ضمن حفظه .

٢٥٧٣٢ - وقولهم إن العشر رضعات نسخ حكمها ورسمها ولم ينسخ حكمها فكانت تتلى منسوخة ليس بصحيح ؛ لأن عائشة لم تذكر نسخ رسم الخمسة .

٢٥٧٣٣ - ولأنه إذا تلى منسوخًا إلى يوم وفاة رسول اللَّه ﷺ لم يجز أن يجهله كل الصحابة .

٢٥٧٣٤ - فإن قيل هذا كما روى عن عمر أنه قال كان مما يتلى « الشيخ والشيخة إذ زنيا فارجموهما البتة نكالًا من اللَّه » (٣) .

٢٥٧٣٥ - قلنا : خبر عمر لم يثبت به الرجم عندنا بالطريقة التي لم يثبت بها هذا الخبر ، وإنما أثبتناه بخبر ماعز ، على أنه لو ثبت كان منسوخ التلاوة (٤) . والرسم ما روينا عن ابن مسعود أنه آل أمر الرضاع إلى أن قليله وكثيره يحرم . وعن ابن عباس أنه قال : في الرضعة والرضعتين (٥) قد كان ذلك ، فأما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم . والنسخ يثبت بقول الصحابة .

---

(١) رواه الترمذي (٤٥٨/٣) برقم (١١٥٢) باب ما جاء في ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر دون الحولين .

(٢) انظر : تفسير القرطبي (١١٣/٤) .

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٨٣/٥) ، وانظر : تفسير (٨٩/٥) .

(٤) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٩٦/٥) .

(٥) سبق تخريجه .

٢٥٧٣٦ - ولأنها قالت « نسخت بخمس يحرمن » وقد بينا أن التحريم لا يثبت في حق الكبير ، وقد كان العدد شرطًا في رضاع الكبير ، فلما نسخ سقط حكم العدد .

٢٥٧٣٧ - قالوا معنى يباح به رفع النكاح ، ويحرم الوطء فجاز أن يعتبر فيه العدد . أصله الطلاق واللعان .

٢٥٧٣٨ - قلنا الرضاع قد يكون مباحًا وقد يكون محظورًا إذا تزوج رجل صغيرة فأرضعتها زوجته ليفسد نكاحها أو أرضعتها أمته . وإذا سقط قولهم انتقضت العلة بالرد فتنقض العلة . ثم إن وطأ امرأته بشبهة وهو لا يدري ، وهذا وطء لا يوصف بالحظر ولا يعتبر فيه العدد واللعان غير مسلم ، لأن رفع العقد والتحريم لا يقع به ، وإنما يقع بحكم الحاكم عندنا ، ونعكس في الطلاق فنقول فلا يختص التحريم بعدد أصله الطلاق .

٢٥٧٣٩ - قالوا ما يقطع النكاح ضربان أفعال وأقوال ، فإذا كنا في الأقوال ما نرى عاقبة العدد كذلك في الأفعال .

٢٥٧٤٠ - قلنا : قطع النكاح في الأقوال لا يقف على العدد ؛ لأن الطلاق قبل الدخول والطلاق بعوض بقطع النكاح ، ولا عدد ، فإنما يعتبر العدد لتأكيد التحريم ، فلذلك قَطْعُ النكاح بالرضاع لا يفتقر إلى عدد ، وقد يتأكد بالعدد التحريم ؛ لأن العدد إذا حصل بأثر التحريم بإجماع لم يسع الاجتهاد في الإباحة .

٢٥٧٤١ - قالوا : إرضاع تعدى عن عدد فصار كاللبن المشوب بالماء .

٢٥٧٤٢ - قلنا إذا غلب الماء فنوعه لا يكتفي به الصبي في العدد وفي مسأتنا بخلافه والوصف غير مسلم ؛ لأن الماء إذا غلب على اللبن فليس برضاع ولا يتناوله الاسم .

٢٥٧٤٣ - قالوا : الرضعة الواحدة لا يحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم .

٢٥٧٤٤ - قلنا : وكذلك الخمس وإنما المعتبر الجنس الذي يقع به هذا المعنى .

* * *

مسألة ١٢٧٠

مدة الرضاع التي يقع بها التحريم

٢٥٧٤٥ - قال أبو حنيفة : مدة الرضاع الذي يقع به التحريم ثلاثون شهرًا وقال أبو يوسف ومحمد حولان (١) .

٢٥٧٤٦ - وبه قال الشافعي (٢) .

٢٥٧٤٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ أضاف الأمرين إلى هذه المدة وهي لا تتضايق عنها فيكون جميعًا مدة الرضاع ومدة الحمل .

---

(١) جاء في البدائع : « وإذا ثبت أن رضاع الكبير لا يحرم ورضاع الصغير محرم فلا بد من بيان الحد الفاصل بين الصغير والكبير في حكم الرضاع وهو بيان مدة الرضاع المحرم . وقد اختلف فيه . قال أبو حنيفة : ثلاثون شهرًا ولا يحرم بعد ذلك سواء فطم أو لم يفطم ، وقال أبو يوسف ومحمد : حولان لا يحرم بعد ذلك فطم أو لم يفطم ، وهو قول الشافعي وقال زفر : ثلاثة أحوال وقال بعضهم : خمس عشرة سنة . وقال بعضهم : أربعون سنة . احتج أبو يوسف ومحمد بقوله : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ جعل الله تعالى الحولين الكاملين تمام مدة الرضاع ، وليس وراء التمام شيء ، وبقوله تعالى : ﴿ وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ ﴾ وقوله ﷻ : ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ وأقل مدة الحمل ستة أشهر فبقي مدة الفصال حولين » . انظر البدائع (٧/٤) .

(٢) في مغني المحتاج : « فإن زالت أوصافه الثلاثة حسًا وتقديرًا وشرب الرضيع الكل أو شرب البعض حرم في الأظهر لوصول اللبن إلى الجوف ، وليس كالنجاسة المستهلكة في الماء الكثير حيث لا يؤثر ، فإنها تجتنب للاستقذار وهو مندرج بالكثرة ، ولا كالخمر المستهلكة في غيرها حيث لا يتعلق بها حد ، فإن الحد منوط بالشدة المزيلة للعقل والثاني : لا يحرم لأن المغلوب المستهلك كالمعدوم ، والأصح أن شرب البعض لا يحرم لانتفاء تحقق وصول اللبن منه إلى الجوف ، فإن تحقق كأن بقي من المخلوط أقل من قدر اللبن حرم جزمًا . ويشترط كون اللبن قدرًا يمكن أن يسقى منه خمس دفعات لو انفرد كما عن السرخسي وأقره ، ومحل الخلاف ما إذا شرب من المختلط خمس دفعات أو كان حلب في خمس آنية كما مر أو شرب منه دفعة بعد أن سقي اللبن الصرف أربعًا ، فإن زالت الأوصاف الثلاثة اعتبر قدر اللبن بماء له لون قوي يستولي على الخليط ، فإن كان ذلك القدر منه يظهر في الخليط ثبت التحريم وإلا فلا ، وقد يفهم تقييده بالمائع أن خلطه بالجامد لا يحرم ، وليس مرادًا ، فقد مر أنه عجن به دقيق يحرم ، وسكت عن استواء الأمرين ، وحكمه يؤخذ من الثانية بطريق الأولى ، ولبن المرأتين المختلط يثبت أمومتهما ، وفي المغلوب من اللبنين التفصيل المذكور فيثبت الأمومة الغالبة اللبن ، وكذا لمغلوبته بشرطه السابق ، ولا يضر في التحريم غلبة الريق لقطرة اللبن الموضوعة في الفم إلحاقًا له بالرطوبات في المعدة ويُحَرِّم براء مشددة مكسورة إيجار وهو صب اللبن في الحلق لحصول التغذية به كالارتضاع . انظر : الأم (٥٦٢/١) ، نهاية المحتاج (١٧٦/٧) .

٢٥٧٤٨ - فإن قيل : روى عن ابن عباس أنه قال : هذه الآية فيها أكثر مدة الرضاع وأقل مدة الحمل لأنه تعالى قال : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ فبان أن المدة منقسمة عنده فيبقى ستة أشهر مدة الحمل .

٢٥٧٤٩ - قلنا قال اللَّه تعالى : ﴿ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ﴾ والمراد بذلك الحمل بالألف وهو الحجر ، حتى لا يؤدي إلى حكم اللفظ على التكرار .

٢٥٧٥٠ - فأما قول بن عباس فلا حجة فيه ، وقد خالفته عائشة ، وقالت : لا تتقدر مدة الرضاع ؛ قال رسول اللَّه ﷺ : « لا يُحَرِّمُ من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء في الثدي » [(١)] وكان قبل الفطام .

٢٥٧٥١ - فإذا اختلفوا وجب الرجوع إلى الدليل .

٢٥٧٥٢ - يدل عليه أن اللَّه تعالى قال : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾] [(٢)] وقال تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ﴾ والفاء للتعقيب فأثبت الفصال بعد الحولين بتراضيهما وعند مخالفنا الانفصال بالتراضي ثم قال : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ وهذا يفيد ما بعد الحولين باتفاق فعلم أنه إذا استرضع ثبت الرضاع . ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ولم يفصل . ويدل قوله ﷺ : « الرضاعة من المجاعة ما أنبت اللحم وأنشز العظم » [(٣)] وهذا موجود بعد الحولين .

٢٥٧٥٣ - ولأن مدة الرضاع لو كانت مبينة في القرآن لم يعلق ﷺ ذلك بأمر مجتهد فيه ؛ لأن الاجتهاد لا يدخل مع النص فكان يجب أن يقول الرضاع المدة المذكورة في القرآن ، فلما علقه بأمر مجتهد فيه دل على أن النص لم يتناوله .

٢٥٧٥٤ - ولأن كل مدة يلزم الأب فيها نفقة الرضاع باتفاق جاز أن يزاد عليها كالسنة الواحدة . ولأنها مدة لتربية الصغير ؛ لأنها مدة تنقل الصبي من حال إلى حال فجاز أن يزاد على مدته . أصله مدة البلوغ . ولأنها مدة لتربية الصبي فجاز أن يزاد على السنتين أصله مدة الحضانة . ولأنها مدة لنقل الصبي من غذاء إلى غذاء فجاز أن يزاد على معيارها . أصله مدة الحمل .

---

(١) سبق تخريجه في مسألة رقم (١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٣) سبق تخرجه في المسألة رقم (١) .

٢٥٧٥٥ - [ولأن السنتين والستة أشهر كل واحدة منهما معتاد] [(١)] باتفاق فإذا جاز أن يعتاد أحد المدتين بنفسها للرضاع جازت الأخرى . ولأن كل مدة جاز أن يمتد الحمل إليها جاز أن يزيد مدة الرضاع عليها . أصله التسعة أشهر .

٢٥٧٥٦ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ . وقد جعلنا هذه الآية دلالة لنا ، وبينا أن إضافة الأمرين إلى المدة وهي لا تتضايق عنها تقضى إضافة كل واحد إلى جميعها .

٢٥٧٥٧ - ولو سلمنا ما قالوا لم يكن ذلك بيانًا لعلة الفصال وإنما هو بيان لأول مدة الفصال . ألا ترى أنه فرق بين الحمل والفصال ، وأراد أقل مدة الحمل ، كذلك أراد أقل مدة الفصال .

٢٥٧٥٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ وبقوله : ﴿ وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ ﴾ .

٢٥٧٥٩ - والجواب أن رضاع الأم لا يثبت به تحريم ، فعلم أن الفصال المذكور فيه ليس هو فصال في التحريم ، وإنما هو وجوب النفقة على الأب . وكذلك نقول : إن الأب يجب عليه النفقة في الحولين بغير اختياره ، والفصال قبلها ثبت باتفاقهما ، والرضاع بعدها ثبت بإقامتها أو باختيار الأم من الأمرين ، من غير أن يجب على الأب نفقة .

٢٥٧٦٠ - احتجوا : بقوله ﷺ : « لا رضاع بعد الفصال » [(٢)] .

٢٥٧٦١ - والجواب أنه إذا فعل الفصال لم يثبت الرضاع بعده عندنا ، لأن الأم إذا قطعت الرضاع فاكتفى الصبي بالغذاء ، فقد حصل الفصال فلم يثبت به تحريم الرضاع ، سواء كان ذلك في الحولين أو عند تمامهما ، فقد قلنا بظاهر الخبر ومخالفنا يحمله على وقت الفصال . وهذا ترك الظاهر .

٢٥٧٦٢ - احتجوا بحديث ابن عباس أن النبي ﷺ : « قال لا رضاع إلا ما كان في الحولين » [(٣)] .

٢٥٧٦٣ - والجواب أن هذا الخبر رواه الناس عن ابن عُيَيْنة موقوفًا على ابن عباس

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣١٩/٧) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٦٢/٧) ، والدارقطني (١٧٤/٤) .

ورواه ابن شهاب كذلك ، وانفرد بروايته محمد بن عيينة مسندًا لهيثم بن جميل [١] الذي كان بدويًّا بمكة رواية ظاهرة الانقطاع فكيف يكون عنده هذا الخبر متصلاً فلا يرويه إلا مقطوعًا ، ثم يسنده الهيثم وحده وليس هو من وجوه أصحاب بن عيينة . ثم لا دلالة فيه لأنه ﷺ نفى الرضاع فهو موجود فلا بد أن يكون للنفي معنى يتعلق به ، فزعم مخالفنا أن معناه لا رضاع يتعلق به التحريم .

٢٥٧٦٤ – وقلنا نحن : لا رضاع يجب على ما كان في الحولين فتساوينا في الخبر .

٢٥٧٦٥ – قالوا : كل سنة لا يثبت حكم الرضاع في آخرها لا يثبت في أولها . أصله السنة الرابعة .

٢٥٧٦٦ – قلنا : لا يمتنع أن يتعلق الحكم بمدة مقدرة ويتناولها دون آخرها كما أن مدة / الوفاة تثبت في أول الشهر الخامس دون آخره .

٧٩٢

٢٥٧٦٧ – فإن قيل لأن تلك العدة فيها كسر .

٢٥٧٦٨ – [قلنا : وكذلك سني الرضاع فيها كسر] [٢] والمعنى في السنة الرابعة أنه لا يترتب على مدة يجب فيها نفقة الرضاع على الأب وليس كذلك الحولين ؛ لأنها تترتب على مدة فيها نفقة الرضاع على الأب بإجماع ، فلذلك جاز أن يثبت فيها الرضاع .

٢٥٧٦٩ – قالوا : رضاع بعد الحولين الكاملين بلبن غلب الماء عليه .

٢٥٧٧٠ – قلنا : لا نسلم أن ذلك رضاع ، والمعنى فيه أنه ليس من جنس ما ينبت اللحم وينشز العظم .

٢٥٧٧١ – وفي مسألتنا بخلافه ، قالوا مدة لا يجب فيها نفقة الرضاع على الأب ، كالسنة الرابعة .

قلنا : سقوط النفقة لا يستدل به على انتفاء التحريم ، بدلالة أن أم الولد لا تستحق النفقة على مولاها ، ويثبت برضاعها التحريم ، والمعنى في السنة الرابعة ما قدمنا .

* * *

(١) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٤٦٢/٧) ، وانظر : نصب الراية (٢١٨/٣) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٧١

غلبة الماء والطعام على اللبن

٢٥٧٧٢ - قال أصحابنا : إذا غلب الماء والطعام أو الدواء على اللبن لم يقع به التحريم [١] .

٢٥٧٧٣ - وقال الشافعي : إذا تحقق وصول أجزاء اللبن إلى الجوف وقع به التحريم [٢] .

٢٥٧٧٤ - لنا قوله ﷺ : « الرضاعة من المجاعة » [٣] « والرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم » [٤] ، و « الرضاع ما فتق الأمعاء » [٥] وهذا لا يوجد في اللبن المشوب بالماء ولأن خلطه لا يكتفي به الصبي في الغذاء ، أو لا يحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم فصار كلبن الشاة .

٢٥٧٧٥ - ولا يلزم الجرعة الواحدة لأن جنسها مؤثر في هذه المعاني ، ولأن كل ما وصل إلى جوف الصبى بعد الحولين لم يتعلق به التحريم إذا وصل فيهما لم ينبت اللحم ، كلبن الميتة إذا غلب الماء عليه .

٢٥٧٧٦ - ولأنه حكم يتعلق باللبن فسقط غلبة الماء عليه ، كاليمين إذا حلف لا يشرب .

٢٥٧٧٧ - ولا يلزم اللبن النجس إذا غلب الماء عليه ، لأن ذلك الحكم يتعلق بالنجاسة لا باللبن ولأنه حكم يتعلق بوصول مائع إلى الجوف على طريق التغليظ ، فغلبة الماء عليه تسقط ذلك الحكم . أصله الحد الذي يجب بشرب الخمر .

٢٥٧٧٨ - احتجوا : بأنه وصل غير المحرم إلى محله في وقته وعدده فوجب أن ينشر الحرمة . أصله إذا لم يختلط به غيره .

٢٥٧٧٩ - قلنا لا نسلم أنه وصف اللبن المحرم ، لأن هذه الصفة مستحقها اللبن إذا كانت بنفسه أو كانت قوته باقية مع المخالطة . وقولهم في وقته وعدده دليل عليهم ؛ لأن الوقت إنما اعتبر ، لأن الصبي يكتفي به في مدة الرضاع باللبن ، ولا يكتفى بغيره فعلى

---

(١) المبسوط (٥/١٤١) .

(٢) مغني المحتاج (٥/١٢٦) .

(٣ ، ٤ ، ٥) سبق تخريجه في المسألة رقم (١) .

هذا يجب أن لا يحرم اللبن المغلوب ؛ لأن الصبي لا يكتفي به . وأصله اللبن المنفرد .

٢٥٧٨٠ - ولا فرق بينه وبين مسألتنا لأنه متى وصل لا تقع به الكفاية ، فلم يحرم كرضاع الكبير ، وإنما يحرم إذا وصل ، وجنسه يؤثر في الكفاية فإذا غلب عليه الماء كاللبن النجس قالوا تحريم يتعلق باللبن ، ولا يسقط ، فغلبه الماء كاللبن النجس .

٢٥٧٨١ - قلنا يبطل على أصلكم إذا اختلط بقلتين من الماء ؛ لأن التحريم في النجاسة لا يتعلق باللبن وإنما يتعلق بالنجاسة ، وهي موجودة ، وإن غلبها الماء . والتحريم في مسألتنا يتعلق باللبن ، فإذا غلب زال معنى اللبن واسمُه فلم يثبت به التحريم .

٢٥٧٨٢ - وقد بنى مخالفونا هذه المسألة على ظن منهم أنا نقول في الدواء إذا اختلط وغلب تعلق به التحريم . وهذا غلط بل مخالطته للدواء في الدواء إذا اختلط وغلب تعلق به التحريم ، ولمخالطته للماء يعتبر الأغلب ، وإذا اختلط به لبن حيوان غير الآدمي فهو كالماء . وإذا اختلط لبن امرأتين اعتبر أبو يوسف الأغلب . وأما الطعام فإن كان ظاهرًا مسلبًا قوته لم يثبت التحريم بالعين وإن كان غالبًا ، لأن الطعام يسلب اللبن القوة ، بدلالة أنه فرق ، وليس كذلك الدواء ، لأنه يخلط باللبن ، حتى يوصله إلى العروق ، فهو يزيده قوة . ولا يسلبه قوته فإذا غلب الدواء سلبه قوته فصار كالطعام ، قالوا : إذا اجتمع في الوطء ما يبيح وما يحرم كان الحكم للمحرم . أصله الجارية المشتركة .

٢٥٧٨٣ - قلنا : المعنى الموجب للتحريم في الجارية ملك غير الواطئ ، وهذا موجود وإن قل . وفي رواية من مسألتنا أنه إن شرب من لبن امرأة دفعة واحدة ، وشرب في بقية المدة من غيرها فالتحريم ثبت منهما ، وإن كان أحدهما أقل .

٢٥٧٨٤ - أما في مسألتنا فالمعنى الموجب للتحريم لم يوجد لأن اللبن المشوب لا يحصل بجنسه المقصود من الرضاع .

* * *

مسألة ١٢٧٢

أكل الصبى الجبن من لبن الآدمي

٢٥٧٨٥ - قال أصحابنا : إذا اتخذ من لبن الآدمي جبن فأكله الصبي لم يقع به التحريم [١] .

٢٥٧٨٦ - وقال الشافعي : يقع به التحريم [٢] .

٢٥٧٨٧ - لنا : أنه مأكول فلا يتعلق باللبن . أصله اليسير في الجبن ولأنه نفع يتعلق باللبن فإذا صار جبنًا زال النفع كمن حلف لا يشرب لبنًا .

٢٥٧٨٨ - احتجوا بأن صفة اللبن تغيرت كما لو حمض .

٢٥٧٨٩ - قلنا : لا رواية في هذا والظاهر أن الحامض إذا كان لا يقع التغذي بجنسه لا يتعلق به تحريم ، وإن كان يقع بجنسه ويكتفي الصبي به جعلنا هذا الفرق بينه وبين الجبن .

* * *

(١) جاء في البدائع : « ولو جعل اللبن مخيضًا أو رائبًا أو شيرازًا أو جبنًا أو أقطًا أو مصلًا فتناوله الصبي لا يثبت به الحرمة ؛ لأن اسم الرضاع لا يقع عليه وكذا لا ينبت اللحم ولا ينشز العظم ، ولا يكتفي به الصبي في الاغتذاء فلا يُحَرِّمُ ولو اختلط اللبن بغيره فهذا على وجوه . أما إن اختلط بالطعام أو بالدواء أو بالماء أو بلبن البهائم أو بلبن امرأة أخرى فإن اختلط بالطعام فإن مسته النار حتى نضج لم يُحَرِّم في قولهم جميعًا ؛ لأنه تغير عن طبعه بالطبخ . وإن لم تمسه النار فإن كان الغالب هو الطعام لم تثبت الحرمة ؛ لأن الطعام إذا غلب سلب قوة اللبن وأزال معناه وهو التغذي فلا يثبت به الحرمة » . انظر : البدائع (١٠/٤) .

(٢) لا يشترط بقاء اسمه لبنًا فلو جبن أو جعل منه أقط أو نزع منه زبد أو عجن به دقيق وأطعم الطفل من ذلك حرم لحصول التغذي به . تنبيه : عبارته صادقة بإطعام الزبد نفسه وباللبن الذي نزع زبده ، وكل منهما محرم ولو خلط اللبن بمائع طاهر كماء أو نجس خمر حرم إن غلب بفتح الغين المعجمة على المائع بظهور أحد صفاته من طعم أو لون أو ريح ، إذ المغلوب كالمعدوم ، وسواء أشرب الكل أم البعض . انظر : مغني المحتاج (١٢٦/٥) ، الأم (٣٢/٥) .

مسألة ٢٧٣

حقن الصبي باللبن

٢٥٧٩٠ - قال أصحابنا : إذا حقن الصبى باللبن لا يقع به تحريم [١] .

٢٥٧٩١ - وبه قال الشافعي : في الجديد ، وقال في القديم : يحرم [٢] .

٢٥٧٩٢ - لنا : أنه مسلك لا يثبت تحريم الرضاع بوصول اللبن منه دفعة فلا يثبت لأن ما يصل منها إلى الأمعاء لا ينبت ، وما لا يؤثر في التغذي لا يقع به التحريم كالماء .

٢٥٧٩٣ - ولا يلزم السوط لأن المقصود به التغذي ، لأن الدماغ إذا وصل إليه [٣] اللبن أصلحه وقواه ، والبدن يصلح بصلاحه ويشد الأعضاء ، وشد الأعصاب القوة منه وبها يستقيم البدن وأما الحقنة فتفعل لتخرج أثقال البدن وتنشر الطبع وهذا ليس بتغذي ولا زيادة في البدن .

٢٥٧٩٤ - احتجوا بأنه مسلك يفطر بالوصول منه ، فيثبت بما يصل منه التحريم

---

(١) وأما الإقطار في الأذن فلا يحرم ؛ لأنه لا يعلم وصوله إلى الدماغ لضيق الخرق في الأذن ، وكذلك الإقطار في الإحليل ؛ لأنه لا يصل إلى الجوف فضلًا عن الوصول إلى المعدة ، وكذلك الإقطار في العين والقبل لما قلنا وكذلك الإقطار في الجائفة وفي الآمة ؛ لأن الجائفة تصل إلى الجوف لا إلى المعدة والآمة إن كان يصل إلى المعدة لكن ما يصل إليها من الجراحة لا يحصل به الغذاء فلا تثبت به الحرمة ، والحقنة لا تحرم إن حقن الصبي باللبن في الرواية المشهورة . وروي عن محمد أنها تحرم ، وجه هذه الرواية أنها وصلت إلى الجوف حتى أوجبت فساد الصوم ، فصار كما لو وصل من الفم ، وجه ظاهر الرواية أن المعتبر في هذه الحرمة هو معنى التغذي والحقنة لا تصل إلى موضع الغذاء ؛ لأن موضع الغذاء هو المعدة والحقنة لا تصل إليها فلا يحصل بها نبات اللحم ونشوز العظم واندفاع الجوع فلا توجب الحرمة .

(٢) جاء في الأم : « والوجور كالرضاع وكذلك السعوط ؛ لأن الرأس جوف ، ولو حقن به كان فيها قولان : أحدهما : أنه جوف وذلك أنها تفطر الصائم ، والآخر أن ما وصل إلى الدماغ كما وصل إلى المعدة ؛ لأنه يغتذي من المعدة وليس كذلك الحقنة . قال المزني رحمه الله قد جعل الحقنة في معنى من شرب الماء فأفطر ، فكذلك هو في القياس في معنى من شرب اللبن . وإذ جعل السعوط كالوجور ؛ لأن الرأس عنده جوف فالحقنة إذا وصلت إلى الجوف عندي أولى . وأدخل الشافعي رحمه الله تعالى على من قال : إن كان ما خلط باللبن أغلب لم يحرم ، وإن كان اللبن الأغلب حرم فقال : أرأيت لو خلط حرامًا بطعام وكان مستهلكا في الطعام لا يحرم ، فكذلك اللبن . انظر : الأم (٣٣٥/٨) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) .

كالفم والأنف .

٢٥٧٩٥ - قلنا الفطر يقع بتناول ما لا نفع به كالطين والحجر ، فيجوز أن يفطر بالواصل من مسلك لا يحصل به التغذي ، والتحريم لا يثبت بوصول ما لا يحصل به التغذي . وكذلك لا يحصل بما يصل من المسلك الذي لا يحصل بالواصل منه التغذي .

* * *

مسألة ١٢٧٤

لبن الميتة إذا شربه الصبي

٢٥٧٩٦ - قال أصحابنا : إذا حلب لبن الميتة فشربه الصبي ثبت التحريم [(١)] .

٢٥٧٩٧ - وقال الشافعي : لا يثبت به التحريم [(٢)] .

٢٥٧٩٨ - لنا : قوله ﷺ : « الرضاعة من المجاعة » [(٣)] ، « والرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم » [(٤)] وهذا موجود في الميتة .

٢٥٧٩٩ - ولا يقال إن لبن الميتة يستضر به الصبي ؛ لأن لبن الميتة كلحمها ، ونحن قطعنا أن لحم الميتة لا يضر ، والمسك ميتة ولا يضر ، ولأنه وصل إلى جوف الصبى في مدة الرضاع ما يقع بجنسه التغذي ، كلبن الحية . ولأنه لبن يكتفى به من الغذاء فصار كما لو حلب منه في حياتها وشربه الصبى بعد موتها .

٢٥٨٠٠ - ولأن فعلها في الرضاع غير معتبر بدلالة لو أكرهت على أخذ اللبن أو أخذ منها وهي نائمة أو مغمى عليها يثبت به التحريم . والموت يوجب تعذر فعلها ولا يمنع وقوع التحريم .

٢٥٨٠١ - فإن قيل النائم له فعل بدلالة أنه لو انقلب على إنسان فقتله وجبت الدية فلذلك تعلق الحكم بما وجد من لبنها .

٢٥٨٠٢ - [قلنا : النائم لا يجب عليها إن لم يكن لها فعل وهو الحركة ولا تجب عليها شيء] [(٥)] وإن لم يكن لها فعل فدل أن فعلها غير معتبر .

٢٥٨٠٣ - فإن قيل لا يمنع أن يوجد الفعل في حال الحياة ، فيتعلق به أحكام بعد الموت ،

---

(١) جاء في البدائع : « وكذا يستوي فيه لبن الحية والميتة بأن حلب لبنها بعد موتها في قدح فأوجر به صبي يحرم عندنا وقال الشافعي : لبن الميتة لا يحرم ولا خلاف في أنه إذا حلب لبنها في حال حياتها في إناء فأوجر به الصبي بعد موتها أنه يثبت به الحرمة » . انظر : البدائع (٤/٩) . ويلاحظ كثرة المسائل التي تندرج تحت الفقه الافتراضي في كتاب الرضاع على وجه الخصوص .

(٢) قال : ولو حلب منها رضعة خامسة ثم ماتت فأوجره صبي كان ابنها ، ولو رضع منها بعد موتها لم يحرم ؛ لأنه لا يحل لبن الميتة . انظر : الأم (٥/٣٤) ، ومغني المحتاج (٥/١٢٥) .

(٣ ، ٤) سبق تخرجه في المسألة رقم (١) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

بدلالة من حفر بئرًا ثم مات ضمن ما يتولد منها ، وإن كان لا يجب الضمان بعد الموت .

٢٥٨٠٤ - قلنا : الضمان إنما يجب بالحفر إذا كان على وجه التعدي ، وبعد الموت لا يتصور التعدى ولهذا لو حفر في حال الحياة مكرهًا لم يضمن ؛ لأنه ليس بمتعد . ولو أخذ اللبن وهي مكرهة ثبت التحريم . فدل على افتراق الأمرين ؛ ولأنه لبن لا يتناوله بعد موتها . أصله : إذا حلب منها قبل الموت .

٢٥٨٠٥ - ولأن الموت لا يؤثر في اللبن ، لأنه لا يحله فصار حكمه بعد الموت كهو في حال الحياة .

٢٥٨٠٦ - فإن قيل : الموت لا يحل اللبن لكنه يوجد في محله فيؤثر فيه

٢٥٨٠٧ - قلنا : موت المحل ليس بأكثر من تخلية الطرف ، فصار كاللبن إذا حلب في إناء نجس بعد طهارته فكان تأثيره في نشر الحرمة كتأثيره قبل أن ينجس . أصله اللبن الذي خالطه الخمر ؛ لأنه منفصل من آدمية تنشر الحرمة ، فاستوى فيه موتها وحياتها كالولد .

٢٥٨٠٨ - فإن قيل الحرمة في الولد تحصل قبل الانفصال فموتها عند انفصاله لا يؤثر والتحريم في مسألتنا لا يشق انفصاله فكذلك أثر موتها .

٢٥٨٠٩ - قلنا التحريم في مسألتنا يتأخر عن الانفصال ، وموتها لا يمنع مقصوده . كما لا يمنع إذا انفصل ثم ماتت ، ولأنه حكم يتعلق بوصول اللبن إلى الجوف ، فاستوى فيه لبن الحية / والميتة . أصله إذا حلف لا يشرب لبنًا .

٢٥٨١٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ وبهذا يقتضي أن التحريم يتعلق بفعلها للإرضاع ، والميتة لا ترضع فلا يثبت التحريم .

٢٥٨١١ - قلنا : ظاهر الآية يقتضي أن المرضعة ثبت بإرضاعها ، وهل ثبت التحريم من غير إرضاع موقوف على الدليل .

٢٥٨١٢ - ولأن اللّه تعالى علق التحريم بالإرضاع لأن الغالب أن الارتضاع بإرضاعها ، لأن الحكم يقف على فعلها بدلالة النائمة والمكرهة ، وهذا كقوله تعالى : ﴿ مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمۡۖ إِنۡ أُمَّهَٰتُهُمۡ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدۡنَهُمۡۚ وَإِنَّهُمۡ لَيَقُولُونَ مُنكَرٗا مِّنَ ٱلۡقَوۡلِ وَزُورٗاۚ ﴾ ومعلوم أن المراد لو شق بطنها فأخرج ولدها بعد موتها كان ابنها وإن لم تلده ، إلا أن الغالب أن انفصال الولد يكون بالولادة فتعلق الحكم بذلك .

٢٥٨١٣ - قالوا : لبن لا يحل شربه كلبن الكلب والضبع .

٢٥٨١٤ - قلنا : البهائم لا يثبت بينها وبين الآدمي تحريم النسب ، فلا يثبت بينهما تحريم الرضاع . والميتة يثبت بينها وبين الصبي حرمة النسب فتثبت حرمة الرضاع . وهذا فرق صحيح لأن النبي ﷺ علق أحد الأمرين بالآخر وقال : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » (١) .

٢٥٨١٥ - قالوا تناول هذا اللبن محرم ، وقد قال ﷺ : « لا يحرم الحلال الحرام » (٢) .

٢٥٨١٦ - قلنا : الرضاع ثبت بشرب الصغير [وفعله لا يوصف بالحرام ولا بالحلال ولأن التحريم إنما يحصل بما يقع باللبن] (٣) من إنشاز العظم وإنبات اللحم ، وذلك لا يوصف بالتحريم .

٢٥٨١٧ - قالوا لبن محرم قبل انفصاله من محله ، فأشبه لبن الرجل .

٢٥٨١٨ - قلنا : لبن الرجل غير محرم عندنا ، فالوصف غير مسلم ، والمعنى في لبن الرجل أنه لا يكتفى به في غذاء الصغير غالبًا ، فلم ينشر الحرمة كلبن الشاة .

٢٥٨١٩ - وفي مسألتنا خلافه . قالوا الرضاع ثبت بين شخصين ، فإذا كانت حياة أحدهما شرطًا كذلك حياة الآخر .

٢٥٨٢٠ - قلنا : إنما اعتبرنا حياته حال الإرضاع ، لأن موته يبطل للمعنى الذي تعلق به التحريم ، وهو إنبات اللحم وإنشاز العظم ، وموتها لا يبطل للمعنى المقصود باللبن ، فلذلك لا يؤثر .

٢٥٨٢١ - قالوا المعنى يتعلق بتحريم مؤبد فاختص بحال الحياة كالنكاح والوطء .

٢٥٨٢٢ - قلنا : النكاح يتعلق به التحريم إذا انعقد ، وبعد الموت لا ينعقد ، فلا يتعلق به التحريم . فاللفظ الذي لا ينعقد به النكاح في حال الحياة ، وأما الوطء فعلى قولهم لا يوجب التحريم ، إلا إذا وجد في ملك أو شبهه ، وهذا لا يوجد بعد الموت .

٢٥٨٢٣ - وعلى قولنا التحريم يتعلق باستبقاء منفعة الوطء والموت يبطل المنافع ، بدلالة منفعة السمع والبصر ، فكذلك منفعة البضع ، فلا يوجد بالوطء استيفاء منفعة فلم يثبت التحريم .

٢٥٨٢٤ - وأما الرضاع فيثبت التحريم به بما يحصل بالكفاية بالغذاء أو لإنبات اللحم وهذا موجود في لبن الميتة .

---

(١) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه (٩٣٥/٢) ، برقم (٢٥٠٢) ، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المتفيض والموت القديم ، والإمام أحمد في مسنده (١٠٢/٦) .

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه (٦٤٩/١) رقم (٢٠١٥) باب لا يحرم الحرام الحلال ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٦٩/٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٧٥

إرضاع الزوجة الكبيرة الزوجة الصغيرة

٢٥٨٢٥ - قال أصحابنا : إذا تزوج بامرأتين كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة فإن تعمدت فساد النكاح وقعت الفرقة وضمنت وإن لم تتعمد لم تضمن (١) .

٢٥٨٢٦ - وقال الشافعي : تضمن في الحالين (٢) .

٢٥٨٢٧ - لنا : أن الرضاع ليس هو إتلاف لحق الزوج ، وإنما هو سبب ، والأسباب تختلف بالتعدي وغير التعدى كحفر البئر إن كان في ملكه لم يضمن ما تلف بها ، وإن كان في غير ملكه ضمن . ومعلوم أن الرضاع مباح إذا لم يكن فيه فساد ومندوب إليه

---

(١) جاء في المبسوط : « ولو كانت امرأتان صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة بانتا جميعًا ؛ لأنهما صارتا أمًّا وبنتا ، وللصغيرة نصف الصداق ، ولا شيء للكبيرة إن لم يدخل بها تعمدت الفساد أو لم تتعمد ؛ لأن الفرقة جاءت من جهتها قبل الدخول وسقط جميع الصداق على كل حال سواء كانت متعدية في التسبيب أو لم تكن متعدية كالمعتقة إذا اختارت نفسها ، إلا أن الزوج يرجع عليها بما غرم للصغيرة إن كانت تعمدت الفساد لكونها متعدية في التسبيب ، وله أن يتزوج الصغيرة إذا لم يدخل بالكبيرة . وليس له أن يتزوج الكبيرة ؛ لأن بمجرد العقد على الابنة تحرم الأم على التأبيد والعقد على الأم لا يحرم الابنة قبل الدخول ، وإن كان قد دخل بالكبيرة لم يتزوج واحدة منهما قط لوجود العقد الصحيح على الابنة والدخول بالأم » . المبسوط (٣٠٠/٣٠) ، والبدائع (١٢/٤ ، ١٣) .

(٢) ولو كان تحته كبيرة وصغيرة فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة انفسخت الصغيرة لأنها صارت أخت الكبيرة وكذا الكبيرة في الأظهر لذلك ، ويفرق بينه وبينها ، كما لو نكح أختًا على أختها فإن هذه لا تجتمع مع الأولى أصلًا لوقوع عقدها فاسدًا من أصله فلم يؤثر في بطلان الأولى ، بخلاف الكبيرة هنا فإنها اجتمعت مع الصغيرة فبطلتا إذ لا مرجح وله نكاح من شاء منهما من غير جمع ، لأنهما أختان وحكم مهر الصغيرة عليه وتغريمه أي الزوج المرضعة وكذا الكبيرة إن لم تكن موطوءة حكمها ما سبق في الصغيرة ، فلها عليه نصف المسمى الصحيح ، وإلا فنصف مهر المثل وله على أمها المرضعة نصف مهر المثل فإن كانت موطوءة فله على الأم المرضعة بشروطها السابقة مهر مثل في الأظهر كما لزمه لبنتها جميع المسمى إن صح ، وإلا فجميع مهر المثل ، ويأتي أنهم لو شهدوا بطلاق بعد وطء ثم رجعوا غرموا مهر المثل ، وهو يرد دعوى المقابل أنه بالدخول استوفى منفعته فلا يغرم له بدله . أما لو كانت الكبيرة الموطوءة هي المفسدة لنكاحها بإرضاعها الصغيرة فلا يرجع عليها بمهرها ، لئلا يخلو نكاحها من الوطء عن مهر وهو من خصائص نبينا ﷺ ولو أرضعت بنت الكبيرة الصغيرة حرمت الكبيرة أبدا لأنها جدة زوجته وكذا الصغيرة فتحرم أبدا إن كانت الكبيرة موطوءة لأنها ربيبة ، بخلاف ما إذا لم تكن موطوءة ، لأن بنت الزوجة لا تحرم إلا بالدخول وحكم الغرم هنا ما سبق أيضًا وتركه لوضوحه مما ذكره . انظر : تحفة المحتاج (٢٩٦/٨) ، مغني المحتاج (١٤٤/٥ ، ١٤٥) .

عند حاجة الصغيرة ، وواجب إذا خاف عليها فإن لم تكن متعدية فيه لم تضمن .

٢٥٨٢٨ - ولا يقال إن ضمان حافر البئر فيها حصل ، لأن الحافر تصرف في ملك نفسه ؛ لأنه لو حفر في غير ملكه على وجه ما لم يضمن ، بدلالة من أذن له الإمام في حفر بئر في الطريق لماء السبيل . كذلك هذه إذا تصرفت في غير ملكها على وجه مأذون .

٢٥٨٢٩ - احتجوا : بأن كل فعل إذا قصد به الإتلاف تعلق به الضمان ، وإذا لم يقصد به الإتلاف تعلق به الضمان كالرمي .

٢٥٨٣٠ - قلنا : لا يختلف عندنا بالقصد إلى الإتلاف وإنما يختلف بالتعدي وغير التعدي . وقصد الفساد هو الذي تصير به متعدية فهو سبب العلة . يبين ذلك أنها لو أرضعتها لا تقصد إفساد النكاح [لكنها قصدت الإضرار لديها بتمريضها بارتضاع زيادة على صاحبتها ضمنت ، وإن لم تقصد إفساد النكاح] [1] لأنها متعدية .

٢٥٨٣١ - وقد ناقضهم أصحابنا بمن رمى مسلمًا واقفًا في صف المشركين إن علمه مسلمًا ضمن لأنه تعدى في رميه ، وإن لم يعلم أنه مسلم لم يضمن لأنه غير متعد لرميه .

٢٥٨٣٢ - كذلك في مسألتنا بمعنى فيما قاسوا عليه أنه ضمان مباشرة الإتلاف ، فاستوى فيه التعدي وغيره .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٧٦

إرضاع الزوجة بقصد الفساد

٢٥٨٣٣ – قال أصحابنا : إذا أرضعتها قاصدة الفساد ضمنت نصف المهر المسمى [(١)] .

٢٥٨٣٤ – وقال الشافعي : تضمن نصف مهر مثلها وخرج أصحابه قولًا أخر أنه تضمن جميع مهر مثلها [(٢)] .

٢٥٨٣٥ – لنا : أن منافع البضع في ملك الزوج لا قيمة له ، بدلالة أن الأب لا يملك خلع بنته الصغيرة بمالها . ولو كان لخروج البضع قيمة جاز بدل مالها في مقابلته . ولهذا لو طلق المريض امرأته لم يضمن شيئًا لغرمائه . ولو تقوم بضعها ضمنت ، كما لو أعتق عبده . وإذا لم تتقوم المنافع لم تضمنها المرضعة بالإتلاف . وإنما تضمن لأنها قررت عليه ضمان نصف المهر ، وقد كان يجوز أن يسقط عنه بأن تكفر فترتد ، أو تمكن ابن الزوج من نفسها ، فكأنها أتلفت عليه ما غرمه لها فضمنت ذلك .

٢٥٨٣٦ – احتجوا : بأن من أتلف شيئًا وضمنه وجب أن يضمنه بقيمته ، لا بالبدل الذي ملك [(٣)] به أصله سائر المتلفات

٢٥٨٣٧ – قلنا لا نسلم أنها تضمن بالإتلاف قيمة البضع لأنه لا قيمة له وإنما قررت عليه ضمانًا كان يجوز أن يتهم منه فغرمت ما قررته عليه من الضمان فأما أن يكون

---

(١) لا يثبت حرمان الميراث بقتل الصغيرة . ويستوي إذا كانت الكبيرة تعلم أن الصغيرة امرأة زوجها أو لا تعلم ذلك فيما بينا من الحكم . إلا أنها إذا كانت تعلم ، وقد تعمدت الفساد ، فإنه يرجع الزوج عليها بنصف مهر الصغيرة ، وهذا إذا أقرت أنها تعمدت الفساد ، وإن لم تتعمد الفساد أو لم تعلم أنها امرأته فلا شيء عليها ، وفيها قول آخر أنه يرجع عليها بنصف الصداق سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمده . انظر : المبسوط (٣٠٦/٣٠) ، البدائع (١٢/٤ ، ١٣) .

(٢) جاء في تحفة المحتاج : « ولو كان تحته كبيرة وصغيرة فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة انفسخت الصغيرة ، لأنها صارت أخت الكبيرة ، وكذا الكبيرة في الأظهر لذلك ، ويفرق بينه وبين ما لو نكح أختا على أختها بأن هذه لم تجتمع مع الأولى أصلًا لوقوع عقدها فاسدًا من أصله ، فلم يؤثر في بطلان الأولى بخلاف الكبيرة هنا ، فإنها اجتمعت مع الصغيرة فبطلتا إذ لا مرجح وله نكاح من شاء منهما من غير جمع ، لأنهما أختان وحكم مهر الصغيرة عليه وتغريمه أي الزوج المرضعة » . انظر : تحفة المحتاج (٢٩٦/٨) ، ومغني المحتاج (١٤٥/٥) .

(٣) قاعدة : من أتلف شيئًا وضمنه وجب أن يضمنه بقيمته ، لا بالبدل الذي ملكه به .

ضمانها البضع ولا قيمة له بالخروج من ملكه .

٢٥٨٣٨ – وقد نص الشافعي أنها تضمن نصف مهر مثلها ولو صح ما قالوه لوجب أن تضمن الجميع ، فلما لم تعتبر قيمة المتلف لم يصح هذا الكلام .

* * *

مسألة ١٢٧٧

تزوج صغيرتين فأرضعتهما امرأة واحدة

٢٥٨٣٩ - قال أصحابنا : إذا تزوج صغيرتين فأرضعتهما امرأة واحدة وفرقت الرضاع وقعت الفرقة بينه وبينهما

٢٥٨٤٠ - وهو أحد قولي الشافعي (١) .

٢٥٨٤١ - وقال : في القول الآخر وقعت الفرقة بينه وبين الثانية خاصة (٢) .

٢٥٨٤٢ - لنا : أنهما صارتا أختين [بسبب واحد وهو رضاع الثانية ، وكأنهما ارتضعتا معًا ولأنهما صارتا أختين] (٣) وهما تحته ، ففسد نكاحهما ، كما لو ارتضعتا معًا .

٢٥٨٤٣ - احتجوا : بأن الثانية تم الجمع بها فاختصت بفساد النكاح ، كمن تزوج امرأة ثم تزوج أختها ، وكمن وطئ أمة ثم وطئ أختها اختصت الثانية بالتحريم .

٢٥٨٤٤ - قلنا إذا تزوج واحدة بعد الأخرى فقد صح نكاح الأولى ، والمعنى المفسد اختص بالثانية ، لأن نكاحها لا يصح ، فلم يؤثر ذلك في الأولى .

٢٥٨٤٥ - وفي مسألتنا صح نكاحها ، وجعلتهما الأخوة بمعنى واحد ، برضاع الثانية فكأنه تزوجهما معًا . وكما لو تزوج كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة . فأما الأمتان فمثل مسألتنا ، لأن الجمع في الوطء حصل بالثانية فحرم وطؤها ، وتساويا ولا تحل له واحدة منهما حتى تخرج الأخرى من ملكه إما الأولى أو الثانية .

* * *

---

(١) وكذا إذا تزوج صبيتين رضيعتين ، فجاءت امرأة فأرضعتهما بانتا منه ؛ لأنهما صارتا أختين وحرمة الأخت من الرضاع يستوي فيها السابق والطارئ . وكذا حرمة الجمع بين الأختين من الرضاعة ، انظر : المبسوط (٣٠٠/٣٠) ، البدائع (١٤/٤) .

(٢) ولو أرضعتها امرأة له كبيرة لم يصبها حرمت الأم لأنها من أمهات نسائه ولا نصف مهر لها ولا متعة ؛ لأنها المفسدة . وفسد نكاح المرضعة بلا طلاق ؛ لأنها صارت وأمها في ملكه في حال ولها نصف المهر ويرجع على التي أرضعتها بنصف مهر مثلها . انظر : الأم (٣٣٤/٨) ، وأسنى المطالب (٦٩/٤) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

مسألة ١٣٧٨

تزوج المرأة ولها لبن من زوج آخر

٢٥٨٤٦ - قال أصحابنا : إذا تزوجت المرأة ولها لبن من زوج فيكفي باللبن الأول وإن حملت من الثاني فاللبن عند أبي حنيفة للأول (١) .

٢٥٨٤٧ - وقال الشافعي : إذا حملت واللبن بحاله لم ينقطع ولم يزد ، فهو للأول قولًا واحدًا ، وإن زاد ففيه قولان :

٢٥٨٤٨ - أحدهما : للأول والآخر : بينهما . وإن انقطع ثم عاد بظهور الحمل ففيه ثلاثة أقوال : قولان مثل الأول والثالث أن اللبن للثاني وهو الصحيح (٢) .

٢٥٨٤٩ - لنا : أن الولادة سبب لنزول اللبن ، والحمل قد يزول به اللبن ، وقد لا يزول فالظاهر يقتضي تعلق الحكم بالسبب الأول ، وما بعده محتمل فلا يتعين السبب الأول بالاحتمال .

٢٥٨٥٠ - ولأن الزيادة قد تحدث بصحة الجسم وبجودة الغذاء ، وقد ينقطع اللبن بعارض ثم يعود . وزيادة اللبن يحتمل أن يكون لهذا المعنى ، ويحتمل أن يكون للحمل الثانى فلا يتعين الحكم الأول بالشك ، ولأن حكم اللبن لم ينقطع عن الأول فلا يثبت للثاني . أصله إذا لم يزد .

٢٥٨٥١ - ولأن اللبن لو لم يزد لا يتعين حكم الأول . فإذا زاد فقد يتعين . أصله قبل الحمل .

٢٥٨٥٢ - احتجوا : بأن الحمل سبب للبن ، فإذا زاد فالظاهر أن الزيادة لأجل الحمل ، فيكون بينهما كلبن أبيه خلط بلبن غيره .

٢٥٨٥٣ - قلنا الحمل قد يكون سببًا وقد لا يكون ، والسبب الأول مستقر فلا يتغير / عنه بالاحتمال .

* * *

(١) جاء في المبسوط : « إذا ولدت المرأة من الرجل ثم طلقها وتزوجت بزوج آخر وأرضعت بلبن الأول ولدًا وهي تحت الزوج الثاني فالرضاع من الزوج الأول دون الثاني ؛ لأن المعتبر من كان نزول اللبن منه لا من هي تحته ، ونزول هذا اللبن كان من الأول » . انظر : المبسوط (١٣٤/٥) ، والبدائع (١١/٤) .

(٢) انظر : الأم (٣٤/٥) ، تحفة المحتاج (٢٩٣/٨ ، ٢٩٤) .

مسألة ١٢٧٩

قول الرجل لزوجته أختي من الرضاع أو النسب

٢٥٨٥٤ – قال أصحابنا : إذا قال لزوجته هذه أختي من النسب أو الرضاع ولم يثبت على هذا القول حتى قال وهمت أو أخطأت لم تقع الفرقة وإن ثبت على قوله فرق بينهما [١] .

٢٥٨٥٥ – وقال الشافعي : لا يقبل رجوعه وإن قال ذلك لأجنبية ثم [رجع لم يحل له] [٢] أن يتزوجها .

٢٥٨٥٦ – قالوا فلو ادعى الرجل نكاحًا على امرأة فجحدت ، ثم أقرت لم تحل له إلا بنكاح جديد [٣] .

٢٥٨٥٧ – لنا : أن هذا الإقرار لا يتضمن فرقة وإنما هو نفي أصل النكاح بأمر يجوز أن يقع فيه الغلط ، فإذا استدركه جاز أن يقبل استدراكه إذا قال : ما تزوجت ، ثم قال قد تزوجتك .

٢٥٨٥٨ – فإن لم يسلموا هذا ، قلنا : جحد عقدا ثم أقر به ، فصار كما لو جحد البيع ثم أقر به ، وكما لو جحد الملك ثم أقر به .

٢٥٨٥٩ – احتجوا : بأنه أقر بتحريم فرج عليه فلا يقبل قوله في الرجوع . أصله : إذا قال لأمته هذه أختي قلنا إقراره في ملكه بالنسب ليس بنفي أصل الملك ، وإنما هو إقرار بغير موقع ، لأنه يصح أن يملك ذات رحمه ، ومن أوقع عتقًا ثم رجع عنه لم يصدق .

٢٥٨٦٠ – وفي مسألتنا لم يقر برجوعه من فرقة ، وإنما نفى أصل النكاح ، فكأنه قال لم أتزوجها .

٢٥٨٦١ – فإن قيل هذا الإقرار يتضمن فرقة بدلالة أنه إذا كان قبل الدخول وجب بها نصف المهر .

٢٥٨٦٢ – قلنا : لأنه مصدق في التحريم ، غير مصدق في إسقاط حقها في المهر

---

(١) انظر : المبسوط (١٤١/٦) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ، ومن صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٣) انظر : الأم (٣٣٩/٨) .

٢٥٨٦٣ - قالوا إذا أقر أنه طلق امرأته ثلاثًا ثم قال : غلطت لم يقبل قوله .

٢٥٨٦٤ - قلنا لأنه إيقاع فرقة من جهته ، وذلك لا يشتبه في الغالب ، وليس كذلك الرضاع لأنه يشتبه عليه في الغالب .

٢٥٨٦٥ - قالوا لو أقر بدين على ابنه ثم رجع لم يقبل قوله ، وإن كان ذلك مما يشتبه

٢٥٨٦٦ - قلنا لأن الإقرار تعلق به حق آدمي فلم يصدق في إسقاطه .

٢٥٨٦٧ - وهذا الإقرار يلزم فيما بينه وبين اللَّه تعالى فإذا أقر به على وجه يشبه جاز أن يقبل رجوعه . [واللَّه أعلم بالصواب] (١) .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيدِ

كتاب النفقات

كتاب النفقات (١)

(١) النفقة أنواع أربعة : نفقة الزوجات ، ونفقة الأقارب ، ونفقة الرقيق ، ونفقة البهائم والجمادات . أما نفقة الزوجات فالكلام فيها يقع في مواضع : في بيان وجوبها ، وفي بيان سبب الوجوب ، وفي بيان شرائط الوجوب ، وفي بيان مقدار الواجب منها ، وفي بيان كيفية وجوبها وبيان سبب الوجوب ، وفي بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينًا في الذمة . أما وجوبها : فقد دل عليه الكتاب والسنة والإجماع والمعقول . أما الكتاب العزيز فقوله ﷻ : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ [الطلاق : ٦] أي على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة ، والأمر بالإسكان أمر بالإنفاق لأنها لا تصل إلى النفقة إلا بالخروج والاكتساب ، وفي حرف عبد الله بن مسعود ﷺ : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ وهو نص . وقوله ﷻ : ﴿ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] أي لا تضاروهن في الإنفاق عليهن فيخرجن ، أو لا تضاروهن في المسكن فتدخلوا عليهن من غير استئذان فتضيقوا عليهن المسكن فيخرجن . وأما السنة : فلما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوان لا يملكن لأنفسهن شيئًا وإنما أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، لكم عليهن حق أن لا يوطئن فرشكم أحدًا ، ولا يأذن في بيوتكم لأحد تكرهونه ، فإن خفتم نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ، ولهن عليكم كسوتهن ورزقهن بالمعروف » ثم قال ثلاثًا : « ألا هل بلغت ؟ » . وأما المعقول : فهو أن المرأة محبوسة بحبس النكاح حقًّا للزوج ممنوعة عن الاكتساب بحقه فكان نفع حبسها عائدًا إليه فكانت كفايتها عليه بقوله ﷺ : « الخراج بالضمان » ، ولأنها إذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه فلو لم تكن كفايتها عليه لهلكت ، ولهذا جعل للقاضي رزق في بيت مال المسلمين ، لأنه محبوس لجهتهم ، ممنوع عن الكسب فجعلت نفقته في مالهم وهو بنت المال كذا هاهنا . وأما سبب وجوب هذه النفقة : فقد اختلف العلماء فيه ، قال أصحابنا : سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها ، وقال الشافعي : السبب هو الزوجية وكونها زوجة له ، وربما قالوا ملك النكاح للزوج عليها ، وربما قالوا القوامة واحتجوا بقوله تعالى : ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ﴾ [النساء : ٣٤] أوجب النفقة عليهم لكونهم قوامين ، والقوامة تثبت بالنكاح ، فكان سبب وجوب النفقة النكاح ، لأن الإنفاق على المملوك من باب إصلاح الملك واستيفائه ، فكان سبب وجوبه الملك كنفقة المماليك . وأما شرط وجوب هذه النفقة : فلوجوبها شرطان : أحدهما يعم النوعين جميعًا أعني نفقة النكاح ونفقة العدة . والثاني يخص أحدهما وهو نفقة العدة . أما الأول : فتسليم المرأة نفسها إلى الزوج وقت وجوب التسليم ، ونعني بالتسليم التخلية ، وهي أن تخلي بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة ، إذا كانت المانع من قبلها أو من قبل غير الزوج ، فإن لم يوجد التسليم على هذا النحو فلا نفقة لها . وأما بيان مقدار الواجب منها فالكلام في هذا الفصل في موضعين : أحدهما في بيان ما تقدر به هذه النفقة . والثاني في بيان من تقدر به . أما الأول : فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا : هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بل بكفايتها . وقال الشافعي : مقدرة بنفسها على الموسر مدان ، وعلى المتوسط مد ونصف ، وعلى المعسر نصف مد ، واحتج بظاهر قوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ [الطلاق : ٧] أي قدر سعته ، فدل أنها مقدرة ، ولأنه إطعام واجب فيجب أن يكون مقدرًا كالإطعام في الكفارات ، ولأنها وجبت بدلًا لأنها تجب بمقابلة الملك عند الشافعية ومقابلة الحبس عندكم فكانت مقدرة ، كالثمن في البيع والمهر في =

....

= النكاح . وأما بيان كيفية وجوب هذه النفقة : فقد اختلف العلماء في كيفية وجوبها قال أصحابنا : إنها تجب على وجه لا يصير دينًا في ذمة الزوج إلا بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين ، فإن لم يوجد أحد هذين تسقط بمضى الزمان ، وقال الشافعي : إنها تصير دينًا في الذمة من غير قضاء القاضي ولا رضاه ولا تسقط بمضي الزمان فيقع الكلام في هذا الفصل في مواضع : في بيان أن الفرض من القاضي أو التراضي هل هو شرط صيرورة هذه النفقة دينًا في ذمة الزوج أم لا ؟ وفي بيان شرط جواز فرضها من القاضي على الزوج إذا كان شرطًا ، وفي بيان حكم صيرورتها دينًا في ذمة الزوج ، أما الأول : فهو على الاختلاف الذي ذكرنا . احتج الشافعي بقوله ﷻ : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] فعلى كلمة إيجاب ، فقد أخبر سبحانه وتعالى عن وجوب النفقة والكسوة مطلقًا دون تقييد بزمان وقوله ﷻ : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ﴾ [الطلاق : ٧] أمر تعالى بالإنفاق مطلقًا عن الوقت ولأن النفقة قد وجبت ، والأصل أن ما وجب على إنسان لا يسقط إلا بالإيصال او بالإبراء كسائر الواجبات ، ولأنها وجبت عوضًا لوجوبها بمقابلة المتعة فبقيت في الذمة من غير قضاء كالمهر ، والدليل عليه أن الزوج يجبر على تسليم النفقة ويحبس عليها ، والصلة لا تحتمل الحبس والجبر . وأما نفقة الأقارب : فالكلام فيها أيضًا يقع في المواضع التي ذكرناها في نفقة الزوجات وهي : بيان وجوب هذه النفقة وسبب وجوبها وشرط الوجوب ومقدار الواجب وكيفية الوجوب وما يسقطها بعد الوجوب . أما نفقة الأولاد فسبب وجوبها هو الولادة لأن به تثبت الجزئية والبعضية والإنفاق على المحتاج إحياء له ، ويجب على الإنسان إحياء كله وجزئه ، وإن شئت قلت : سبب نفقة الأقارب في الولاد وغيرها من الرحم المحرم هو القرابة المحرمة للقطع لأنه إذا حرم قطعها يحرم كل سبب مفض إلى القطع ، وترك الإنفاق من ذي الرحم المحرم مع قدرته وحاجة المنفق عليه تفضي إلى قطع الرحم فيحرم الترك ، وإذا حرم الترك وجب الفعل ضرورة ، وأما شرائط وجوب هذه النفقة فأنواع : بعضها يرجع إلى المنفق عليه خاصة ، وبعضها يرجع إلى المنفق خاصة ، وبعضها يرجع إليهما ، وبعضها يرجع إلى غيرهما . وأما بيان كيفية وجوبها : فهذه تجب على وجه لا تصير دينًا في الذمة أصلًا سواء فرضها القاضي أو لا ، بخلاف نفقة الزوجات فإنها تصير دينًا في الذمة بفرض القاضي أو بالتراضي ، حتى لو فرض القاضي للقريب نفقة شهر فمضى الشهر ولم يأخذ ليس له أن يطالب بها بل تسقط ، وفي نفقة الزوجات للمرأة ولاية المطالبة بما مضي من النفقة في مدة الفرض ، وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما في نفقة الزوجات فيقع الفرق بين النفقتين في أشياء . وأما بيان المسقط لها بعد الوجوب فالمسقط لها بعد الوجوب هو مضي الزمان من غير قبض ولا استدانة ، حتى لو فرض القاضي نفقة شهر للقريب فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت النفقة ، لما ذكرنا أن هذه النفقة تجب صلة محضة فلا يتأكد وجوبها إلا بالقبض أو ما يقوم مقامه . وأما نفقة الرقيق ، فالكلام في هذا الفصل في مواضع : في بيان وجوب هذه النفقة ، وفي بيان سبب وجوبها ، وفي بيان شرط الوجوب ، وفي بيان مقدار الواجب ، وفي بيان كيفية الوجوب . أما الأول : فوجوبها ثابت بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول . أما الكتاب : فقوله ﷻ : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ [النساء : ٣] معطوفًا على قوله : ﴿ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا ﴾ [النساء : ٣٦] أمر بالإحسان إلى المماليك ، ومطلق يحمل على الوجوب والإنفاق عليهم إحسان بهم فكان واجبًا ، ويحتمل أن يكون أمرًا بالإحسان إلى المماليك أمرًا بتوسيع النفقة عليهم ، لأن المرء لا يترك أصل النفقة على مملوكه إشفاقًا على ملكه ، وقد يقتر في الإنفاق عليه لكونه =

مسألة ١٢٨٠

النفقة تعتبر بحال الزوجين

٢٥٨٦٨ - ذكر الخصاف [١] أن النفقة تعتبر بحال الزوجين جميعًا ، فيجب على الزوج الموسر للمرأة الموسرة نفقة متوسطة بين النفقتين [٢] .

= مملوكًا في يده ، فأمر اللّٰه ﷻ السادات بتوسيع النفقة على مماليكهم شكرًا لما أنعم عليهم حيث جعل من هو من جوهرهم وأمثالهم في الخلقة خدمًا وخولًا تحت أيديهم يستخدمونهم ويستعملونهم في حوائجهم . وأما السنة : فما روي أن رسول اللّٰه ﷺ كان يوصي بالمملوك خيرًا ويقول : « أطعموهم مما تأكلون واكسوهم مما تلبسون ولا تكلفوهم ما لا يطيقون فإن اللّٰه تعالى يقول : ﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة : ٢٨٦] وعن أنس ﷺ قال : « كان آخر وصية رسول اللّٰه ﷺ حين حضرته الوفاة الصلاة وما ملكت أيمانكم وجعل ﷺ يغرغر بها في صدره وما يقبض بها لسانه » . وعليه إجماع الأمة أن نفقة المملوك واجبة . وأما المعقول : فهو أن العبد مملوك لا يقدر على شيء فلو لم تجعل نفقته على مولاه لهلك . وأما سبب وجوبها فالملك لأنه يوجب الاختصاص بالمملوك انتفاعا وتصرفا وهو نفس الملك ، فلما كانت منفعته للمالك كانت مؤنته عليه إذ الخراج بالضمان . وأما شرط وجوبها : فهو أن يكون الرقيق مملوك المنافع والمكاسب للمولى ، فإن لم يكن فلا تجب عليه نفقته ، فيجب على الإنسان نفقة عبده القن والمدبر وأم الولد لأن أكسابهم ملك المولى ، ولا تجب عليه نفقة مكاتبه لأنه غير مملوك المكاسب لمولاه . وأما مقدار الواجب منها : فمقدار الكفاية ، لأن وجوبها للكفاية فتقدر بقدر الكفاية كنفقة الأقارب . وأما كيفية وجوبها : فإنها تجب على وجه يجبر عليها عند الطلب والخصومة في الجملة . بيان ذلك أن المملوك إذا خاصم مولاه في النفقة عند القاضي فإن القاضي يأمره بالنفقة عليه فإن أبي ينظر القاضي فكل من يصلح للإجارة يؤاجره وينفق عليه من أجرته أو يبيعه إن كان محلًا للبيع كالقن ورأى البيعَ أصلحَ ولا يجبر على الإنفاق ، وإن لم يصلح للإجارة بأن كان صغيرًا أو جارية وليس محلًا للبيع كالمدبر وأم الولد يجبره على الإنفاق ، لأنه لا يمكن بيعه ولا إجارته ، وتركه جائعًا تضييع آدمي فيجبر المولى على الإنفاق . وأما نفقة البهائم : فلا يجبر عليها في ظاهر الرواية ولكنه يفتى فيما بينه وبين اللّٰه تعالى أن ينفق عليها . وروي عن أبي يوسف أنه يجبر عليها لأن في تركه جائعًا تعذيب الحيوان بلا فائدة وتضييع المال ، ونهى رسول اللّٰه ﷺ عن ذلك كله ولأنه سفه لخلوه عن العاقبة الحميدة والسفه حرام عقلًا . انظر : بدائع الصنائع (٥٨/٤ : ٢٢) .

(١) الخصاف شيخ الحنفية أبو بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني الفقيه الحنفي المحدث حدث عن : وهب بن جرير ، وأبي عامر العقدي والواقدي وأبي نعيم وعمرو بن عاصم . وخلق كثير . كان قرضيًا حاسبًا عارفًا بمذهب أبي حنيفة صنف للمهتدي باللّٰه كتاب الخراج ، وذهب بعض كتبه ، من ذلك كتاب عمله في مناسك الحج ، وله كتاب في الحيل وكتاب في الوصايا وكتاب الشروط الكبر والصغير وكتاب الرضاع مات سنة إحدى وستين ومائتين وقد قارب الثمانين . قال شمس الأئمة الحلواني : الخصاف رجل كبير في العلوم وهو ممن يصح الاقتداء به . انظر : الفوائد البهية في تراجم الحنفية (٣٠/٢٩) - سير أعلام النبلاء (٥٠٨/١٠) .

(٢) ظاهر الرواية أن المعتبر في ذلك حال الزوج في اليسار والإعسار ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى =

٢٥٨٦٩ - وقال الشافعي : المعتبر بحال الزوج [١] .

٢٥٨٧٠ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ قال لهند : « خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف » [٢] فاعتبر حالها دون حاله .

٢٥٨٧١ - ولأنها نفقة واجبة فجاز أن تعتبر بحال المنفق عليه . أصله نفقة ذوي الأرحام ، ولأنه مال مقصود بعقد النكاح فجاز أن يعتبر بحال المرأة . أصله مهر المثل . ولأن المقصود بالنفقة الكفاية والفقيرة لا تحتاج إلى كفاية الموسر بل تكتفي بدون ذلك ، فلا معنى للزيادة .

٢٥٨٧٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ [٣] قلنا : هذا يدل على أن الموسر ينفق من سعته وليس فيه أن ينفق أكبر النفقات وقوله : ﴿ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ﴾ يدل على أنه ينفق بقدر الإعسار .

٢٥٨٧٣ - وكذلك نقول أنه لا يلزمه مع الإعسار أن ينفق إلا الأول ، والزيادة لا تثبت في دمه ولا يؤديها مع العجز . النفقة ، قالوا نفقة واجبة فاعتبرت بحال المنفق كنفقة ذوي الأرحام .

٢٥٨٧٤ - قلنا : ذلك صفة اعتبرت بحال المنفق والمنفق عليه إن كان غنيًّا فلا نفقة له ، وإن كان فقيرًا فله النفقة ، وتعتبر بحال المنفق ، لأن الابن الفقير يلزمه لأبيه نفقة الفقير ، والابن الغني يلزمه لأبيه نفقة واسعة أكثر من الفقراء .

= ﴿ ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ وقال الله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ الآية فتبين أن التكليف بحسب الوسع ، وأن النفقة على الرجال بحسب حالهم . وذكر الخصاف أن المعتبر حالهما جميعا ، حتى إذا كانا موسرين فلها نفقة الموسرين ، وإن كانت هي معسرة تحت زوج موسر تستوجب عليه دون ما تستوجب إذا كانت موسرة ؛ لأن الظاهر أن دون ذلك يكفيها ، وإن كانت موسرة والزوج معسرا تستوجب عليه فوق ما تستوجب إذا كانت معسرة ؛ لتحصل كفايتها بذلك . انظر : المبسوط (٥/١٨٣) ، البدائع (٤/٢٥) .

(١) ولما كان يختلف بحسب حال الزوج بين ذلك بقوله : يجب (على موسر) حر (لزوجته) ولو أمة وكتابية (كل يوم) بليلته المتأخرة عليه كما صرح به الرافعي في الفسخ بالإعسار (مدا طعام ، و) على (معسر مد ، و) على (متوسط) حر (مد ونصف) انظر : مغني المحتاج (٥/١٥٩) .

(٢) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه (٥/٢٠٥٢) برقم (٥٠٤٩) باب إذا لم يتفق الرجل للمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ، الإمام أحمد في مسنده (٦/٥٠) برقم (٢٤٢٧٧) .

(٣) سورة الطلاق : الإية ٧ .

٢٥٨٧٥ - قالوا : مقصود بعقد النكاح فإذا اعتبر بأحد الزوجين لم يعتبر بالآخر أصله مهر المثل .

٢٥٨٧٦ - قلنا : المهر بدل بضعها ، فاعتبر بقيمة البدل دون غيره . والنفقة ليست بعوض وإنما هي للكفاية فكانت بحسب الكفاية .

* * *

مسألة ١٢٨١

مقدار النفقة

٢٥٨٧٧ - قال أصحابنا : النفقة غير مقدرة (١) .

٢٥٨٧٨ - وقال الشافعي : على الموسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى الفقير مد (٢) .

٢٥٨٧٩ - لنا : قوله عليه السلام لهند : « خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف » (٣) فرد ذلك إلى اجتهادها ولو كانت مقدرة لبين مقدارها ، ثم سوى بينها وبين نفقة الولد في الكفاية وقد أجمعنا أن نفقة الولد غير مقدرة ، كذلك نفقتها جرى أحدهما على مجرى واحد ، ولأنها نفقة واجبة فلا تتقدر بالشرع ، كنفقة ذوي الأرحام والمماليك .

٢٥٨٨٠ - فإن قيل هذه النفقة تجب على طريق المواساة ، ونفقة الزوج على طريق العوض .

٢٥٨٨١ - قلنا : الكفارات مواساة وقد تقدرت ، والمهر عوض وليس بمقدر عند مخالفنا .

٢٥٨٨٢ - ولأن الواجب للمرأة النفقة والكسوة . ولما كانت الكسوة غير مقدرة كذلك النفقة ، ولأن ما يجب للزوجة والولد ثم لا يتقدر للولد لم يتقدر للزوجة . أصله الكسوة والإدام .

٢٥٨٨٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ ، قالوا : وهذا يدل على أن المعتبر في النفقة بالزوج (٤) .

---

(١) وأما بيان مقدار الواجب منها فالكلام في هذا الفصل في موضعين : أحدهما في بيان ما تقدر به هذه النفقة والثاني : في بيان من تقدر به . أما الأول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا : هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بل بكفايتها ، وقال الشافعي مقدرة بنفسها ، على الموسر مدان ، وعلى المتوسط مد ونصف ، وعلى المعسر نصف مد واحتج بظاهر قوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ أي قدر سعته فدل أنها مقدرة ولأنه إطعام واجب فيجب أن يكون مقدرا كالإطعام في الكفارات ولأنها وجبت بدلا ؛ لأنها تجب بمقابلة الملك عندنا ، ومقابلة الحبس عندكم فكانت مقدرة كالثمن في المبيع والمهر في النكاح . ولنا قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ مطلقًا عن التقدير ، فمن قدر فقد خالف النص ، ولأنه أوجبها باسم الرزق ورزق الإنسان كفايته في العرف والعادة كرزق القاضي والمضارب . انظر : البدائع (٢٤/٢) .

(٢) الأغلب أن أقل القوت مد وأن أوسعه مدان ، قال والفرض على الوسط الذي ليس بالموسع ولا بالمقتر ما بينهما مد ونصف ، للمرأة ومد للخادم . انظر : الأم (٩٦/٥) .

(٣) سبق تخريجه في المسألة السابقة . (٤) انظر : البدائع (٢٥/٤) .

٢٥٨٨٤ - قلنا : هذا غلط لأن من أصحابنا من قال إنها تعتبر بالزوج ولا تتقدر فلم يصح الاحتجاج بالإجماع .

٢٥٨٨٥ - ولأن هذا غاية ما يذكر في إسقاط التقدير ، وهو قوله : ﴿ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ﴾ فكيف يستدل به على التقدير ، ولأنا بينا أن الآية لا تدل على اعتبار الوجوب بحال الزوج .

٢٥٨٨٦ - قالوا : الطعام واجب بالشرع يستقر في الذمة ليس بتابع لغيره ، فوجب أن يكون مقدرًا كالإطعام في الكفارات .

٢٥٨٨٧ - قلنا : قوله مستقر في الذمة لا نسلمه ، لأن النفقة تسقط بالموت عندنا . ولو استقرت لم تسقط . وإذا سقط هذا الوصف بطلت العلة بنفقة ذوي الأرحام ، ولأن الطعام في الكفارة يجب لحق الله تعالى ، والأموال إذا وجبت لحق الله تعالى دخلها التقدير . والنفقة تجب للآدمي والمال إذا وجب للآدمي لم يتقدر ، ولأن الكفارات تجب على الإنسان لحق الله تعالى والحاكم لا يحكم بها . فلو لم تتقدر بالشرع لم يتوصل إلى تقديرها ، والنفقة يخاصم فيها المستحق لها ، ويحكم الحاكم بها فيتولى تقديرها .

٢٥٨٨٨ - فإن قيل : إن الله تعالى قال في كفارة اليمين ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ فأجرى أحدهما مجرى الآخر ، وهذا يقع للتفريق بينهما .

٢٥٨٨٩ - [قلنا : نقدر التسوية بينهما] [1] في الجنس دون القدر بدلالة أن أحدهما يتقدر به الآخر بإجماع . ألا ترى أن عندنا تتقدر الكفارة بذلك .

٢٥٨٩٠ - قالوا : النفقة تجري مجرى المعاوضة ، بدلالة أنها تجب في مقابلة التسليم ، فوجب أن تتقدر ، كالأجرة والثمن .

٢٥٨٩١ - قلنا : ليس إذا وجبت عند التسليم كانت بدلا عنه . ألا ترى أن نفقة ذوي الأرحام تجب عند وجود الفقر ، وليست عوضًا عن الفقر .

٢٥٨٩٢ - ولأن الثمن والأجرة لا تتقدر شرعًا ، وإنما تتقدر بالتراضي ، كذلك النفقة لا تتقدر بالشرع ، وإنما تتقدر بالتراضي وبالقضاء .

٢٥٨٩٣ - وقال الشافعي : إن ثلاث أرطال يجيء منه رطلا خبز فيقع به الكفاية .

٢٥٨٩٤ - قلنا : يحتاج إلى غرامة لطحنه وخبزه ، فما يبقى بعد ذلك لا تقع به الكفاية .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ن) ، (ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٨٢

تزويج الصغيرة التي لا توطأ

٢٥٨٩٥ - قال أصحابنا : إذا تزوج صغيرة لا توطأ فسلمت إليه لم يجب عليه نفقتها [١] .

٢٥٨٩٦ - وهو قول الشافعي في الأم . وقال في موضع آخر تجب نفقتها [٢] .

٢٥٨٩٧ - لنا : أنها غير مسلمة لنفسها في منزل زوجها ، فلم تجب نفقتها كالناشزة [لأنها لم تبلغ بعد] [٣] فلم تجب لها نفقة [٤] .

٢٥٨٩٨ - ولأن كل من لا تجب نفقتها إذا زوجها العم لا تجب نفقتها إذا زوجها

---

(١) جاء في المبسوط : « لا نفقة للصغيرة التي لا يجامع مثلها عندنا . وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لها النفقة ؛ لأنها مال يجب بالعقد فالصغيرة والكبيرة فيه سواء كالمهر وهذا ؛ لأن الوجوب لحاجتها والصغيرة محتاجة إلى ذلك كالكبيرة ، ألا ترى أن بسبب ملك اليمين تجب النفقة للصغير كما تجب للكبير ، فكذلك بسبب النكاح ، وحجتنا في ذلك أنها غير مسلمة نفسها إلى زوجها في منزله فلا تستوجب النفقة عليه كالناشزة وهذا ؛ لأن الصغيرة جدا لا تنتقل إلى بيت الزوج بل تنقل إليه ولا تنقل إليه للقرار في بيته أيضًا فتكون كالمكرهة إذا حملت إلى بيت الزوج ، ولأن نفقتها عليه باعتبار تفريغها نفسها لمصالحه فإذا كانت لا تصلح لذلك لمعنى فيها كان ذلك بمنزلة منع جاء من قبلها فلا نفقة لها على الزوج ، بخلاف المملوكة ، فإن نفقتها لأجل الملك فقط ، وذلك لا يختلف بالصغر والكبر ، وإن كانت قد بلغت مبلغا يجامع مثلها فلها النفقة على زوجها صغيرا كان زوجها ، أو كبيرا ؛ لأنها مسلمة نفسها في منزله مفرغة نفسها لحاجته » . انظر : المبسوط (١٨٨/٥) ، والبدائع (٢٠/٤) .

(٢) يقول الشافعي في الأم : « إذا نكح الصغيرة التي لا يجامع مثلها وهو صغير أو كبير فقد قيل ليس عليه نفقتها لأنه لا يستمتع بها وأكثر ما ينكح له الاستمتاع بها وهذا قول عدد من علماء أهل زماننا لا نفقة لها لأن الحبس من قبلها ولو قال قائل ينفق عليها لأنها ممنوعة به من غيره كان مذهبا قال وإذا كانت هي البالغة ، وهو الصغير فقد قيل عليه النفقة لأن الحبس جاء من قبله ومثلها يستمتع به وقيل إذا علمته صغيرا ونكحته فلا نفقة لها لأن معلومًا أن مثله لا يستمتع بامرأته قال ولا تجب النفقة لامرأة حتى يدخل عليها زوجها أو تخلي بينه وبين الدخول عليها فيكون الزوج يترك ذلك فإذا كانت هي الممتنعة من الدخول عليه فلا نفقة لها لأنها مانعة له نفسها وكذلك إن هربت منه أو منعته الدخول عليها بعد الدخول عليه لم يكن لها نفقة ما كانت ممتنعة منه » . انظر : الأم (٩٥/٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

(٤) في (ص) [كما لو تزوج سماعها] .

الأب . أصله العانية والممتنعة .

٢٥٨٩٩ - احتجوا : بقوله تعالى ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ .

٢٥٩٠٠ - قلنا هذا اللفظ لا يستقل بنفسه لأنه يقتضي وجوب الإنفاق . وعندنا يجب على الزوج الصغير أن ينفق على نفسه وعلى غيرها من زوجاته وعلى ذوي أرحامه ، ومماليكه . وليس في الآية ما يدل على وجوب الإنفاق على جميع الناس حتى يحمل على العموم .

٢٥٩٠١ - فلم يبق إلا أن ينصرف إلى ما نقدمه وهو قوله : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ والصغيرة لا تكون مرضعة فعلم أن الآية خاصة في الكبيرة .

٢٥٩٠٢ - قالوا الصغر معنى من جهة اللّٰه تعالى لا صنع لها فيه فلم يمنع صحة التسليم ووجوب النفقة على الزوجة كالمرض والرتق .

٢٥٩٠٣ - قلنا : المانع من التسليم أن يكون من جهة المسلمة أو من جهة غيرها كالموانع من تسليم المبيع / .

٢٥٩٠٤ - ولأن المريضة مسلمة لنفسها تسليما صحيحًا والاستمتاع بها غير موجود ، فمنع ذلك وجوب النفقة . يبين ذلك أن للزوج أن يطالب المريضة بتسليم نفسها .

٢٥٩٠٥ - فدل أن التسليم صحيح ، وليس له أن يطالب بتسليم الصغيرة ، فدل أنه ليس بصحيح ، لأن التسليم إذا لم يكمل لم تجب به النفقة وإن أمكن الاستمتاع ، كالمرأة إذا قالت أنا أسلم نفسي في منزلي ، فالتسليم الذي لم يصح ولا يمكن معه الاستمتاع أولى .

٢٥٩٠٦ - قالوا روي أن رجلًا أتى النبي ﷺ فقال : « إن معي دينارا أفأتصدق به فقال : « أنفقه على أهلك » [١] .

٢٥٩٠٧ - قلنا : في الخبر أنك إذا لم تنفق على زوجتك طالبتك بالطلاق وهذا لا يكون إلا في الكبيرة .

* * *

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٦٦/٧) ، ومسند الإمام الشافعي (٢٦٦/١) دار الكتب العلمية .

مسألة ٢٨٣

تزويج الكبيرة صبيًا

٢٥٩٠٨ - قال أصحابنا : إذا تزوجت الكبيرة صبيًا فسلمت نفسها في منزله فلها النفقة [١] .

٢٥٩٠٩ - وقال الشافعي : في أحد قوليه لا نفقة لها [٢] .

٢٥٩١٠ - لنا : أنها سلمت نفسها في منزل زوجها كامرأة الكبير ، ولأن عجزه عن التسليم لمعنى فيه لا يسقط نفقتها رضًا ، كما لو كان مجبوبًا أو عنينًا .

٢٥٩١١ - احتجوا : بأنها دخلت في العقد مع علمها بعجزه عن التسليم في الحال فصار ذلك رضًا ، بترك نفقتها

٢٥٩١٢ - قلنا : يبطل إذا تزوجت بمجنون وهي تعلم ، أو بغائب وهي تعلم بغيبته ، ثم سلمت نفسها في بيته فلم يُقْدِمْ مع علمه بتسليمها

٢٥٩١٣ - قال الشافعي : تجب لها النفقة [٣] .

* * *

(١) ولا نفقة للصغيرة التي لا يجامع مثلها عندنا . وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لها النفقة ؛ لأنها مال يجب بالعقد فالصغيرة والكبيرة فيه سواء كالمهر . وهذا لأن الوجوب لحاجتها ، والصغيرة محتاجة إلى ذلك كالكبيرة ، ألا ترى أن بسبب ملك اليمين تجب النفقة للصغير كما تجب للكبير ، فكذلك بسبب النكاح انظر : المبسوط (١٨٨/٥) .

(٢) (والأظهر أن) (لا نفقة) ولا مؤنة (لصغيرة) لا تحتمل الوطء ، وإن سلمت له ؛ لأن تعذر وطؤها لمعنى فيها ، وليست أهلا للتمتع بغيره وبه فارقت المريضة ، ونحو الرتقاء (و) الأظهر (أنها تجب لكبيرة) أي : لمن يمكن وطؤها ، وإن لم تبلغ كما هو ظاهر (على صغير) لا يمكن وطؤه إذا عرضت على وليه ؛ لأن المانع من جهته . انظر : الأم (٩٦/٥) ، وتحفة المحتاج (٣٣١/٨) ، نهاية المحتاج (٢٠٩/٧) .

(٣) انظر : الأم (٩٨/٥) .

مسألة ١٢٨٤

إعسار الرجل بنفقة امرأته

٢٥٩١٤ - قال أصحابنا : إذا أعسر الرجل بنفقة امرأته لم يفرق القاضي بينهما ، ولكنها تؤمر أن تستدين عليه (١) .

٢٥٩١٥ - وقال الشافعي : يفرق بينهما إن طلبت الفرقة وكذلك إذا أفلس بالمهر قبل الدخول (٢) .

٢٥٩١٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ (٣) والأمر بالإنظار ينافي الفرقة ، لأن القاضي إنما يفرق إذا طالبت بالنفقة فعجز عنها ، فإذا انتظر بها فظاهر الآية لا يوجب التفريق

٢٥٩١٧ - فإن قيل هذا راجع إلى ما تقدم بدلالة أنه لا يستقل ، فرجع إلى قوله : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ ﴾ .

٢٥٩١٨ - قلنا لو رجع إلى ما تقدم لقال : وإن كان ذا عسرة لأن خبر كان منصوب ، وإنما قال الزجاج كان بمعنى حدث فكأنه تعالى قال : وإن وقع ذو عسرة فنظرة ، وهذا مستقبل غير مفتقر إلى ما تقدم .

٢٥٩١٩ - وقد قيل إن ذو اسم كان وخبرها محذوف تقديره وإن كان ذو عسرة معا فلا تنظره إلى ميسرة ، وهذا مستقل ، لا يفتقر إلى ما تقدم .

---

(١) من أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ، ويقال لها استديني عليه . وقال الشافعي : يفرق ، لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجَبِّ والعنة ، بل أولى لأن الحاجة إلى النفقة أقوى . ولنا أن حقه يبطل وحقها يتأخر ، والأول أقوى في الضرر ، وهذا لأن النفقة تصير دينا بفرض القاضي ، فتستوفي في الزمان الثاني ، وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل . وفائدة الأمر بالاستدانة مع الفرض أنه يمكنها إحالة الغريم على الزوج ، فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي فإن المطالبة عليها دون الزوج . انظر : العناية شرح الهداية (٢٩٠/٤) ، المبسوط (١٩١/٥) ، تبيين الحقائق (٥٥/٣) .

(٢) قال الشافعي وإذا أعسر بنفقة المرأة فأجل ثلاثا ثم خيرت فاختارت المقام معه فمتى شاءت أجل أيضًا ثم كان لها فراقه لأن اختيارها المقام معه عفو عما مضي فعفوها فيه جائز وعفوها غير جائز عما استقبل فلا يجوز عفوها عما لم يجب لها ، وهي كالمرأة تنكح الرجل تراه معسرا لأنها قد تعفو عن ذلك راجية أن يوسر بعد عسرته فينفق عليها . انظر : الأم (٩٩/٥) ، تحفة المحتاج (٣٣٦/٨ ، ٣٣٧) .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٨٠ .

٢٥٩٢٠ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ ﴾ ومن لا يقدر على النفقة لا يكلف بالإنفاق .

٢٥٩٢١ - فإن قيل نحن لا نكلفه الإنفاق وإنما نكلفه الفراق وهو يقدر عليه

٢٥٩٢٢ - قلنا : لا يجوز أن يكلف الفرقة بعجزه عن أمر لا يجب عليه ، ولأنه يلزمه أن أصحاب النبي ﷺ كان فيهم فقراء لا يقدرون على شيء ولم يعين ﷺ لهم حق التفريق . ولو كانت المطالبة من حقوقهن بيَّنَها لهن ، ولأنها نفقة واجبة فلا يتلف ملكه عليه ، لعجزه عنها كما لو عجز عن نفقة أمه وأبيه .

٢٥٩٢٣ - قالوا : إنما لا يأمره بعتق أم الولد ، لأنه يعتق ليتوصل إلى نفقتها بالتزويج ، وهو يقدر أن يتزوجها في الحال فتتوصل إلى النفقة فلا معنى للأمر بالعتق والزوجة لا تقدر أن تتزوج إلا بعد الفرقة ، فلذلك أمرناه بالتفريق .

٢٥٩٢٤ - قلنا : فإذا عجز عن نفقة أم ولده لم يلزمه تزوجها بل يتركها تأكل كسبها وكذلك الزوجة لا يفارقها ولكنه يُخلى بينها وبين الاحتيال ، ويكون ذلك دينًا عليه ، ولأنها نفقة مستحقة أو مقصودة بالنكاح فلا تجب الفرقة للعجز عنها ، كنفقة اليسار والنفقة الماضية .

٢٥٩٢٥ - فإن قيل نفقة اليسار إذا عدمت أمكنها أن تعيش نفقة الإعسار فلم تثبت الفرقة ، وإذا عدمت الإعسار لم يمكن أن تعيش بغير شيء .

٢٥٩٢٦ - قلنا : يمكنها أن تعيش بالتكسب والاستدانة عليه ، كما تعيش الفقيرة التي لا زوج لها . ولأن الفرقة لا تجوز أن تجب للنفقة الماضية ، لأنها دين في الذمة ، فلا يفرق بينهما لأجلها ، كسائر الديون . ولا يستحق للنفقة المستقبلة لأنها [لم تجب ، والتفريق لا يستحق بحق لم يجب . ولا يجوزأن يفرق للنفقة الحالية لأنها] [1] إما أن تكون في حكم الماضية أوالمستقبلة فلا يستحق بها التفريق .

٢٥٩٢٧ - قالوا عندنا تجب نفقة كل يوم في أوله فيفرق بينهما لعجزه عن نفقة يومه وقد وجبت .

٢٥٩٢٨ - قلنا : قد أبطلنا هذا القسم حين ألحقناه بالنفقة الماضية .

٢٥٩٢٩ - قالوا فقد قلتم إن الأب إذا امتنع من نفقة ابنه مع القدرة حبس . وإن

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

كان يحبس لما مضى ، والأب لا يحبس في ديون ابنه ونفقة الابن لا تصير دينًا ولا يجوز أن يحبس للمستقبل ، لأنه لم يجب نفقة الحال في حكمها .

٢٥٩٣٠ - قلنا نحن نحبسه إذا كان قادرًا لعزمه على منع النفقة مع القدرة . وهذه معصية يستحق بها الحبس . ولأنه عجز عما تقع فيه النيابة والقضاء فلم يستحق التفريق مثل عجزه عن مهرها قبل الدخول وعجزه عن النفقة الماضية ونفقة اليسار ونفقة دمها .

٢٥٩٣١ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ قالوا مخيرة بين أمرين : إن عجز عن أحدهما تعين عليه الآخر . قال تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ﴾ ومتى أمسكها وهو لا يقدر على الإنفاق فقد أضر بها .

٢٥٩٣٢ - قلنا : هذه الآية نزلت في المطلقة أمر اللّٰه تعالى بمراجعتها بمعروف ، وهو أن يراجعها رغبة فيها يستديم نكاحها ويمنع مراجعتها ، لأنه لا يرغب فيها ثم يعود فيطلقها فتطول العدة عليها ، وهذا هو المراد بقوله : ﴿ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ﴾ أي لا تراجعوهن ولا حاجة لكم فيها وإنما تطولون العدة لتمنعوهن من الأزواج اعتداء . هذا هو قول المفسرين يبين ذلك أن المسهل لهذا وهو لا يقدر على النفقة ليس بمعتد إذا كان غير مكلف بها .

٢٥٩٣٣ - قالوا فنحن نحمل الآية على المطلقة الرجعية إذا كان زوجها فقيرًا تعذر عليه أن يمسكها بمعروف ، فيجب أن يفارقها .

٢٥٩٣٤ - قلنا : لا يجوز أن يكون الإمساك بالمعروف في باب النفقة ، لأن النفقة واجبة قبل الطلاق وبعده على وجه واحد ، فلا معنى للتخصيص بالمطلقة ، ومتى حملنا الآية على الإمساك الذي ذكرناه كان في التخصيص فائدة .

٢٥٩٣٥ - ولأنه لا يصح أن يخير الفقير بين الإمساك بالمعروف في النفقة وبين التسريح ، لأن التخيير إنما يصح بين أمرين يقدر عليهما . فأما أن يخير وهو عاجز عن أحدهما فلا يصح .

٢٥٩٣٦ - قالوا : روى أبو الزبير قال : سئل سعيد بن المسيب عن رجل أعسرته نفقة زوجته فقال : يفرق بينه وبينها فقيل : سُنَّةٌ ؟ قال سنة [١] .

٢٥٩٣٧ - قال الشافعي : فهذا يقتضي سنة النبي ﷺ [٢] .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٦٩/٧) ، ومسند الإمام الشافعي (٢٦٦/١) دار الكتب العلمية - بيروت .

(٢) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٤٦٩/٧) ، ومسند الشافعي (٢٦٦/١) .

٢٥٩٣٨ - قالوا السنة قد تطلق ويراد بها سنة رسول الله ﷺ أو سنة الصحابة أو سنة من يجب الاقتداء به [١] . كذلك قوله عليه السلام : « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء من بعدي » [٢] وقال : « من سن سنة حسنة فله أجرها » [٣] .

٢٥٩٣٩ - وروي أن ربيعة سأل سعيد بن المسيب عن أرش أصابع المرأة فأجابه أن في قليلها أكثر مما في كثيرها فاستنكر ربيعة ذلك فقال : « إنها السنة يا ابن أخي » [٤] وإنما أخذ ذلك بقول زيد ، فدل أنه سمى السنة لما أخذ من غير رسول الله . وقد خالف سعيد بن المسيب في هذا عمر بن عبد العزيز والزهري والحسن والشعبي فإن الاحتجاج بقوله فنقول هذا لم يعارضه ، وإن كان يقول من سن سنة .

٢٥٩٤٠ - قلنا : لا نعلم هو هل ممن يحتج بقوله على التابعين أو لا .

٢٥٩٤١ - احتجوا : بما روى الشافعي عن ابن عجلان عن المقبري عن أبي هريرة قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : « يا رسول الله عندي دينار ، فقال أنفقه على نفسك ، فقال عندي آخر فقال أنفقه على ولدك ، فقال عندي آخر فقال أنت أعلم به » [٥] قال أبو سعيد : كان أبو هريرة إذا حدث بهذا الحديث يقول : لك ولدك أنفق عليَّ إلى من تكلني ، وتقول زوجتك أنفق علي أو طلقني ، ويقول خادمك أنفق علي أو بعني . قال فهذا يدل على أن للمرأة المطالبة بالطلاق إذا لم ينفق عليها [٦] .

٢٥٩٤٢ - قلنا : قد بين سفيان بن عيينة أنه من كلام أبي هريرة [٧] وقد روي أنه قيل لأبي هريرة تقول هذا عن رسول الله فقال لا هذا من نفسي [٨] .

٢٥٩٤٣ - فإن قيل تأويل الراوي يرجع إليه .

٢٥٩٤٤ - قلنا : هذا / ليس بتأويل وإنما هو تعليل وتأويل الراوي تعليله لا يلزم ثم لا دلالة فيه لأنه قال : إن لم ينفق عليها طلبت الطلاق ولم يقل يجب الطلاق وقد تطالب ٤

(١) قاعدة : « السنة قد تطلق ويراد بها سنة رسول الله ﷺ أو سنة الصحابة أو سنة من يجب الاقتداء به » .

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٢٦/٤) ، ابن ماجه في سننه (١٦/١) باب اتباع سنة الخلفاء الراشدين المهديين .

(٣) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه (٢٠٥٩/٤) برقم ١٠١٧ باب من سن سنة حسنة أو سيئة ومن دعا إلى هدى أو ضلالة ، الإمام أحمد في مسنده (٣٦١/٤) .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٦/٨) . (٥) سبق تخريجه .

(٦) انظر : الأم (١٠٧٥/٥) . (٧) انظر : المصادر السابقة .

(٨) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤٨/٥) ، وأخرجه الإمام ابن حزم في المحلى (٤٩/١٠) .

المرأة بالواجب وغيره ، لأن هذا قال فيمن لا ينفق ومعه النفقة . ولا خلاف أن التفرقة هاهنا غير مستحقة .

٢٥٩٤٥ – احتجوا : بما زعموا أن حماد بن سلمة روى عن عاصم بن بهدلة بن النجود [(١)] عن أبي صالح عن أبي هريرة عن النبي ﷺ : « أنه سئل عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يرى أعسر بنفقة امرأته فقال يفرق بينهما » [(٢)] وهذا إقدام عظيم سمح في الحكاية عن الرسول شديدًا وإذا أحسنا الظن بمن استدل بهذا حملنا أمره على قلة المعرفة بطرق الحديث وعادة أهله .

٢٥٩٤٦ – وإنما ذكر الدارقطني في كتابه بهذا الإسناد حديث أبي هريرة الذي قدمنا قال : المرأة تقول لزوجها أطعمني أو طلقني وأضاف هذا اللفظ إلى النبي ﷺ وهو غلط .

٢٥٩٤٧ – والصحيح ما قدمناه أنه من كلام أبي هريرة ، ثم ذكر بعده حديث حماد عن يحيى عن سعيد بن المسيب قال في الرجل يعجز عن نفقة امرأته فقال : إن عجز فرق بينهما [(٣)] ثم ذكر من طريق آخر حديث حماد بن سلمة عن عاصم عن أبي صالح عن أبي هريرة عن النبي ﷺ « بمثله » [(٤)] .

٢٥٩٤٨ – فظن هذا الصحيح أنه مثل لفظ سعيد بن المسيب فأورده على غير ما ذكره الدارقطني . وإنما أراد الدارقطني بقوله بمثله يعني بمثل حديث حماد بن سلمة الذي أورده قبل حديث سعيد بن المسيب . وهذه عادة لأصحاب الحديث .

٢٥٩٤٩ – ولا يلزم راوي متنه أن يتعلق بلفظ معين ، ويقول بورود الحديث عن رسول الله ﷺ ولا يذكر لفظه ويقوله بمثله ، فلما لما لم يعرف هذا الناقل هذه العادة أورد اللفظ عن ابن المسيب وحكاه عن النبي ﷺ . ومن تتبع كتب الحديث يبحث عنها علم أن هذا اللفظ لم ينقل عن رسول الله ﷺ في حديث صحيح ولا ضعيف ولا هو صريح .

---

(١) هو : عاصم بن أبي النجود الإمام الكبير مقرئ العصر أبو بكر الأسدي الكوفي واسم أبيه جهد روى عن : الحارث بن حسان البكري ، ورفاعة التميمي ، ولهما صحبة . وهو معدود من صغار التابعين حدث عنه : عطاء بن أبي رباح ، وأبو صالح السمان وهما من شيوخه وسليمان التيمي وأبو عمرو بن العلاء وشعبة والثوري ، وحماد بن سلمة . توفي سنة ١٢٣هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٨٣/٦ : ٧٩) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٧٠/٧) ، والدارقطني (٢٩٧/٣) برقم (١٩١) .

(٣) انظر : سنن الدارقطني (٢٧٩/٣) برقم (١٩٢) .

(٤) انظر : سنن الدارقطني (٢٩٧/٣) برقم (١٩٤) ، تلخيص الحبير (١٦/٤) .

٢٥٩٥٠ – وقد تكلف بعض أصحابنا هذا الخبر ، فقالوا فرق بينهما بمعنى منع من حبسها في منزله ومكنها من نفسها لتتصرف ، وتكتسب ، كما يمكن العبد إذا لم ينفق عليه مولاه من الاكتساب حتى ينفق على نفسه

٢٥٩٥١ – فإن قيل : إذا ذكرت الفرقة من هذا الوجه فالظاهر أن المراد بها الطلاق أو الفسخ .

٢٥٩٥٢ – قلنا حقيقة الفرقة هو التفريق في المكان والتفريق في الحكم يتناول الاسم وليس أحدهما أولى من الآخر . وهذا التأويل عندي محظور من الدين ، لأن التشاغل به يوهم أن هذا من كلام رسول اللّه ﷺ .

٢٥٩٥٣ – احتجوا : بما روي أن عمر كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن لم يطلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا [١] .

٢٥٩٥٤ – قالوا : وهذا يدل على أن من لم ينفق على زوجته يطالبه السلطان بفراقها .

٢٥٩٥٥ – قلنا : هؤلاء أجناد يلزم الإمام أن يعطيهم ما يكفيهم ويكفي عيالهم . ومن قدر على الإنفاق أجبر عليه ولم يفرق بينه وبين زوجته ، وإنما أمرهم عمر أن ينفقوا لقدرتهم على ذلك ، وأفتاهم أن يطلقوا إن لم يختاروا الإنفاق حتى لا يضيعوهن . وليس هذا موضع الخلاف .

٢٥٩٥٦ – احتجوا : بما روي أن اللّه تعالى : « خير نبيه عليه السلام بين أن يكون ملكًا شكورًا أو عبدا فقيرًا فاختار الفقر » فأمره أن يخير نساءه بين المقام معه والفراق [٢] فإذا ثبت لنساء النبي ﷺ هذا الفراق كذلك لنساء أمته [٣] .

٢٥٩٥٧ – قلنا : النبي عليه السلام : كان لا يعجز عن نفقتهن وكان يدخر لهن قوت سنة . [٤] وكيف يظن أنه لا يجد ما ينفق ، وهذا بعضه يؤثر في الكفاءة ، ولايضاف إلى رسول اللّه ﷺ تقصير ، وإنما قال اللّه تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ ﴾ لأن الزاهد لا يرغب في مصاحبة من يريد الدنيا وزينتها ، فكأنه قال : إن كنتن تردن الدنيا رغبت عنكن ، وهذا

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٩٦/٧) ، والإمام الشافعي في مسنده (٢٦٧/١) .

(٢) صحيح البخاري (١٧٩٦/٤) برقم ٤٥٠٧ باب قوله : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا ﴾ .. إلخ ، مسلم (١١٠٣/٢) برقم ١٤٧٥ ، باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقًا إلا بالنية .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٧١/٤) .

(٤) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه (٢٠٤٨/٥) برقم ٥٠٤٢ باب حبس نفقة الرجل قوته سنة على أهله .. إلخ .

لا تعلق له بموضع الخلاف .

٢٥٩٥٨ - قالوا المهر بدل عن مبدل ، فجاز إزالة استحقاق الملك عن المبدل بإعواز البدل . أصله إذا تبايعا عبدًا ولم يتقابضا فهرب المشتري .

٢٥٩٥٩ - قلنا : يبطل إذا خالعها على مال فعجزت عنه لم تستحق إزالة الملك عن البضع .

٢٥٩٦٠ - قالوا المرأة لا تملك ما كان الزوج يملكه .

٢٥٩٦١ - قلنا : فقد ملكت عليه ما كان يملكه ، لأن النساء يملكن البضع ليتصرفن فيه لا ليستوفين منافعه كما تملك المرأة بضع أَمتِها .

٢٥٩٦٢ - ولأن المعنى في البيع أنه عقد لا ينفرد عن تسمية العوض [فلذلك جاز أن يستحق إزالة الملك عن المعوض بالعجز عن العوض . ولما انفرد النكاح عن تسمية العوض] [1] لم يستحق إزالة الملك فيه بالعجز عن العوض .

٢٥٩٦٣ - فقالوا عقد يلحقه الفسخ فجاز أن يلحقه الفسخ بإعواز البدل ، كالكتابة .

٢٥٩٦٤ - قلنا : المعقود عليه الكتابة ، ولم يزل ملك العاقد عنه فيصير كالبيع المشروط فيه الخيار للبايع ، والملك قد زال في مسألتنا ، فتعذر البدل لا يوجب الفسخ كالخلع والعتق على مال .

٢٥٩٦٥ - قالوا : عجز عن الإنفاق على عبده .

٢٥٩٦٦ - قلنا هذا غير مسلم فإنا نفتي المولى ببيع عبده ولا نجبره على البيع كما نفتيه هاهنا بأن يطلق ولا نفرق بينهما .

٢٥٩٦٧ - ولأن العبد إذا بيع حصلت له النفقة بإزالة الملك من المشتري والمرأة بزوال الملك لا تحصل لها النفقة لأنها تنتظر انقضاء العدة ثم التزويج جاز أن يتأخر وهو التحريم موجود في الزوج الأول لأنه يجوز أن يملك في هذه المدة أو أقرب منها ما ينفقه عليها .

٢٥٩٦٨ - ولأنه في النكاح يتلف ملكه عليه بغير عوض . فوزانه من العبد أن يعتق عليه . وهذا لا يجوز باتفاق ، ولأن عليه بيع العبد إذا امتنع من الإنفاق وإن كان موسرًا ، ولا يفرق بينه وبين زوجته إذا كان قادرًا وامتنع من النفقة عليها ، ولأنا لو لم نلزمه بيع العبد سقط حق العبد في الحال والتالي ، لأن نفقته لا تصير دينا والزوجة يقضى بنفقتها ويجعل ذلك دينا لها فلا يسقط أصلًا ، فلذلك لم يفرق بينهما .

٢٥٩٦٩ - قالوا : ما عُدَّ من مقصود النكاح جاز أن يُمْلَكَ الفسخ بإعوازه

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

كالاستمتاع . وربما قالوا إنه يفقد بالوطء لذة ، وبالقوت الحياة فإذا ثبت بتعذر الوطء الخيار فيثبت الخيار بهذا أولى .

٢٥٩٧٠ - قالوا : ولأن النفقة حق خالص لها ، والوطء حق مشترك بينهما ، فإذا وجب لهما الخيار بفقد الوطء فهذا أولى .

٢٥٩٧١ - قلنا الفرقة تثبت في العدة ، لأن المهر لم يستقر استقرارًا صحيحًا ، ولهذا [لو وطئ ثم عجز لم يثبت الخيار فلو كان في النفقة لوجب إذا أنفق أيثبت الخيار .

٢٥٩٧٢ - قلنا : المعنى] [1] الذي ظهر به العجز ابتداء بمثله يظهر في الثاني ، ولأن هذا لا يتحقق في الحالين .

٢٥٩٧٣ - ولأن التفريق بالعنة لا يثبت حتى يقع الإياس من الوطء وبتعذر النفقة لا يقع اليأس بها ابتداء ، لأن رزق اللّٰه غير منقطع .

٢٥٩٧٤ - ولأن الوطء لو منعها منه بيمين جاز أن يستحق التفريق في الإيلاء كذلك إذا تعذر بغير يمين . والنفقة لو منعها إياها بيمين ، ولم يظهر موضع ماله ، لم تجب الفرقة. كذلك إذا تعذرت بغير يمين .

٢٥٩٧٥ - ومن أصحابنا من قال إن شهوة الوطء ركبت في الرجال والنساء وهي لا تتوصل إليها إلا من زوجها ، فإذا تعذر ثبت الخيار . فأما النفقة فيجوز أن يحصل لها من غير زوجها فلم يكن تعذرها من الزوج يثبت الخيار .

٢٥٩٧٦ - قالوا للزوج إمساكان : إمساك عقد وإمساك يد ، فإذا سقط بالعجز عن الإنفاق إمساك اليد وجب أن يسقط إمساك العقد .

٢٥٩٧٧ - قلنا يبطل بالعبد الذي له كسب إذا عجز مولاه عن الإنفاق زال حبس اليد عنه ، وأجره الحاكم وأذن له في الاكتساب ولا يزول حبس الملك .

٢٥٩٧٨ - ولأن حبس اليد لا يزول عنها بكل حال . ألا ترى أنها إذا اكتسبت ما تنفق يثبت له حبسها إلى أن تحتاج إلى الاكتساب .

٢٥٩٧٩ - ولأن حبس اليد يؤثر فيه تأخير توفية العوض مع القدرة عليه ، وهو إذا تزوجها ولم يعطها المهر فجاز أن يؤثر / فيه تعذر الإنفاق وجنس الملك لا يزول بتركه الإنفاق مع القدرة وكذلك مع العجز . ٤

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٨٥

السكن والنفقة للمطلقة

٢٥٩٨٠ – قال أصحابنا : للمطلقة النفقة والسكنى (١) .

٢٥٩٨١ – وقال الشافعي : المبتوتة لها السكنى ولا نفقة لها (٢) .

٢٥٩٨٢ – لنا : قوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ﴾ وإن كانت محبوسة لحقه فلم ينفق عليها فقد أضر بها وضيق عليها إذا منعها النفقة . وإذا نقصها منها كما يقال ضيق عليها إذا أشرك معها في المكان غيرها . فأما إذا منعها السكنى فلا يقال ضيق عليها بل وسع عليها ؛ لأن الواجب أن تقيم في مكان واحد فإذا منعها منه صار لها أن تقيم في جميع المواضع ، وذلك توسعة عليها وليس بتضييق .

٢٥٩٨٣ – ولأن في حمله على السكنى تكرارًا ، وفي حمله على النفقة إثبات فائدة جديدة ، فكان أولى .

٢٥٩٨٤ – فإن قيل : التضييق منع الواجب فدلوا على أن النفقة واجبة .

٢٥٩٨٥ – قلنا : نحن نثبت الاسم باللغة ثم نتبعه الحكم الشرعي .

٢٥٩٨٦ – ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ والمتاع : هو النفقة بدلالة قوله تعالى : ﴿ مَّتَٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ ﴾ .

---

(١) لكل مطلقة بثلاث أو واحدة السكنى والنفقة ما دامت في العدة ، أما المطلقة الرجعية ؛ فلأنها في بيته منكوحة له كما كانت من قبل . وإنما أشرف النكاح على الزوال عند انقضاء العدة ، وذلك غير مسقط للنفقة ، كما لو آلى منها ، أو علق طلاقها بمضي شهر ، فأما المبتوتة فلها النفقة والسكنى ما دامت في العدة عندنا . وعلى قول الشافعي لها السكنى ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملًا . وعلى قول ابن أبي ليلى لا نفقة للمبتوتة في العدة ، واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس – رضي الله تعالى عنها – قالت طلقني زوجي ثلاثًا فلم يجعل لي رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى . إلا أن في صحة هذا الحديث كلامًا ؛ فإنه روي أن زوج فاطمة أسامة بن زيد كان إذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شيء في يده . انظر : المبسوط (٢٠٢/٥) ، البدائع (٢٣٣/٢) .

(٢) (قال الشافعي) وقلت له فكيف زعمت أنه لا يجب على الرجل نفقة امرأته إلا بالدخول وإن خلت بينه وبين نفسها ؟ قال : لأنه لم يستمتع منها بجماع ، قلت : أفرأيت إذا غاب أو مرض أيستمتع منها بجماع ؟ قال لا ، ولكنها محبوسة عليه قلت أفتجدها مملكة محبوسة عليه ؟ قال : نعم ، قلت : ويجب بينهما الميراث ؟ قال : نعم ، قلت : وإن كانت النفقة للحبس فهي محبوسة وإن كانت للجماع فالمريض والغائب لا يجامعان في حالهما تلك فأسقط لذلك النفقة . انظر : الأم (١١٨/٥) .

٢٥٩٨٧ - ويدل عليه ما روى أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه لما سمع حديث فاطمة بنت قيس قال : لا ندع كتاب ربنا وبيان سنة نبينا بقول امرأة لعلها نسيت أو شبه لها عندما سمعت النبي ﷺ يقول : « لها السكنى والنفقة » [١] .

٢٥٩٨٨ - فإن قيل : رواه إبراهيم عن عمر وهو مرسل .

٢٥٩٨٩ - قلنا المرسل عندنا والمسند في الاحتجاج سواء لاسيما مراسيل إبراهيم ، وقد روي عنه أنه قال : إذا حدثني عن ابن مسعود واحد سميته ، فإذا حدثني جماعة قلت : قال ابن مسعود [٢] ، فهذا يدل على أن مراسيله أقوى من مسانيده .

٢٥٩٩٠ - ولأنها مستحقة للسكنى ، فوجب أن تستحق النفقة ما لم يسقط حقها عنها كالمطلقة الرجعية ، فجاز أن تستحقه المبتوتة الحامل كالسكنى .

٢٥٩٩١ - فإن قيل : السكنى حق اللّٰه تعالى ، ولهذا لا يسقط بإسقاطها ، والنفقة حق لها بدلالة أنها تسقط بإسقاطها .

٢٥٩٩٢ - قلنا : هذا لم يمنع أن يتساويا في الثبوت ويتساويا في السقوط بعد انقضاء العدة ، ولأنها أحد حالتي الحبس أعنى حال الملك وحال زوال الملك ، فإذا جاز أن تجب النفقة في إحدى الحالتين للحامل فكذلك الأخرى ، ولا يمكن القول بموجبه في الرجعية .

٢٥٩٩٣ - ولأنه ملك من جهته حال الملك فقد دخلت في أصل العلة .

٢٥٩٩٤ - ولا يلزم المتوفى عنها زوجها ؛ لأنها من جملة الفرع . والتعليل لحق أن ثبوت النفقة في جملة هذه الحال ولأنها محبوسة عن الأزواج في منزل الزوج بحقه ذلك طلقة رجعية .

٢٥٩٩٥ - ولا يلزم المتوفى عنها زوجها . لأنها محبوسة في منزل الورثة ، ولأنها إحدى عدتي الطلاق فجاز أن تجب لها النفقة كالحامل . أصله المطلقة الرجعية ، ولأنها عدة تمنع الخروج في الزمانين فجاز أن تجب فيها النفقة للحامل كالرجعية .

٢٥٩٩٦ - فإن قيل : المعنى في المطلقة الرجعية أنها زوجة ، بدلالة أنه يصح الإيلاء منها والظهار .

٢٥٩٩٧ - قلنا : قد زال بعض أحكام الزوجية وبقى بعضها وكذلك المبتوتة زال

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٧٥/٧) ، والدارقطني (٢٤/٤) .

(٢) انظر : سنن الدارقطني (١٧٤/٣) .

بعض أحكام الزوجية وبقى بعضها بدلالة تحريمها على الأزواج ، ووجوب السكنى وثبوت نسب الولد فإن قيل النفقة في مقابلة الاستمتاع والرجعية هو يتمكن من الاستمتاع ؛ لأنه يراجعها متى شاء فيطؤها فلذلك وجبت نفقتها ، وأما البائن فلا يملك الاستمتاع بها فلذلك لم تجب نفقتها .

٢٥٩٩٨ - قلنا : النفقة تجب بوجود تسليم نفسها بحكم نكاح صحيح ، فأما في مقابلة الاستمتاع فلا . ولهذا تجب نفقة امرأة الصغير لوجود التسليم ، وإن لم يكن من أهل الاستمتاع . ولا تجب نفقة الأمة إذا لم يُبَوِّئْهَا مولاها بيت الزوج إن استمتع بها في بيت مولاها .

٢٥٩٩٩ - ولأن الزوج عند مخالفنا لا يملك الاستمتاع بالمطلقة بجواز أن يراجعها فتستباح لجواز أن تسلم الناشزة ، وذلك لا يوجب النفقة ؛ لأنها تستحق النفقة إذا كانت حاملًا فجاز أن تستحقها إذا كانت حائلًا ، كالمطلقة الرجعية .

٢٦٠٠٠ - والدليل على أن نفقة الحامل لها لا لحملها قوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ ﴾ فأمر بالإنفاق على المرأة الموصوفة بالحمل ؛ إذ المستحق إذا وصف بصفة كان الاستحقاق له لا للصفة كقوله : أعط رجلًا طويلًا درهمًا .

٢٦٠٠١ - ولأن النفقة لو كانت للحمل لم تجب علي أبيه لأن نفقة ذوي الأرحام لا تجب مع الاستغناء عنها والحمل غني عن النفقة .

٢٦٠٠٢ - ولأن نفقة الزوجة عند مخالفنا مُقَدَّرة ، ونفقة الولد غير مقدَّرَة . ولو كانت هذه النفقة للحمل لم تتقدر دل على أنها للحامل .

٢٦٠٠٣ - ولأن حقوق الحمل تقف على ولادته ، فلو وجبت هذه النفقة لم تثبت قبل الولادة .

٢٦٠٠٤ - ولأن الولد المملوك تجب نفقته على مولاه لا على والده فلما وجبت نفقة الحامل على زوجها دل على أن النفقة لها .

٢٦٠٠٥ - ولأن الحمل لو كان له مال أو أوصي به لم تجب النفقة فيه . ونفقة الولد لا تجب على أبيه إذا كان له مال ، ولأن المنكوحة نكاحًا فاسدًا تجب نفقتها على الواطئ، وإن كانت حاملًا ، فلو كانت النفقة للحمل لم تختلف الزوجة وغيرها . وإذا ثبت أن النفقة للحامل صح الوصف .

٢٦٠٠٦ - ولأن كل من وجب عليه سكنى شخص وجب عليه نفقته ، كالزوجة والمولى مع مملوكه .

٢٦٠٠٧ - ولا يلزم المرتهن أن يجب عليه سكنى الرهن وللمرتهن إن شاء استوفاه وإن شاء تركه ، فأما أن يجب عليه فلا .

٢٦٠٠٨ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم ﴾ فأطلق السكن ثم قال : ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ فأوجب النفقة بشرط الحمل ، فلو كانت السكنى والنفقة سواء لأطلق وجوبهما .

٢٦٠٠٩ - ولأنه علق النفقة بشرط والحكم المعلق بشرط يدل على نفي ما عداه .

٢٦٠١٠ - قلنا : لا نسلم أنه إذا أطلق السكنى وجبت دون النفقة ، لما بينا أن قوله « ولا تضاروهن » قد أفاد وجوب النفقة على الإطلاق ، ثم أعاد ذكرها معلقًا بشرط لفائدة أخرى .

٢٦٠١١ - فأما قولهم : إن الحكم [المعلق بشرط يدل على نفي ما عداه ، فلسنا نقوله ، وإنما نقول بل يدل على ثبوت الحكم] (١) الثابت مع الشرط عند عدمه ، بحسب الدليل ، على أن اللّٰه تعالى ذكر هذا في المطلقة وهذا عام في المبتوتة والرجعية ومعلوم أن إيجاب النفقة للحامل الرجعية لا يقتضي أن يكون المشروط بخلاف الشرط ، كذلك لا يلزمنا في المبتوتة . فإن قيل : فائدة شرط اللّٰه تعالى الحمل في وجوب النفقة .

٢٦٠١٢ - قلنا : الفائدة أن اللّٰه تعالى تارة يبين الحكم بصريح اللفظ ، وتارة يكله إلى الاجتهاد فتكون الفائدة في التخصيص أن يقف ما سوى المذكور على الدلالة . ويجوز أن تكون الفائدة أن يبين أن نفقة الحامل على زوجها حتى لا يظن أن نفقة الحمل في ماله أو من مال من تلزمه نفقته إذا كان مملوكًا .

٢٦٠١٣ - ويجوز أن تكون الفائدة أن مدة الحمل أطول من مدة العدة ؛ لأن أقله ستة أشهر ، ويمتد عندنا إلى سنتين وعند غيرنا إلى أربع سنين وخمسة ، والعدة لا تبلغ ذلك فيبقى أن تجب نفقة الحامل إلى أن تضع ، وإن طالت مدة الحمل .

٢٦٠١٤ - احتجوا : بحديث فاطمة بنت قيس : « أن زوجها طلقها ثلاثًا وهو غائب بالشام فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته ، فقال : واللّٰه مالك علينا من شيء ، فأتت رسول اللّٰه ، فذكرت ذلك له ، فقال : « ليست لك النفقة » وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال : « تلك امرأة يغشاها أصحابي . اعتدي عند ابن أم مكتوم ؛

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركها المصنف في الهامش .

فإنه رجل أعمى فإذا حللت فآذنيني » [١] .

٢٦٠١٥ - قالوا : رواه أبو داود ، وقال فيه : أن النبي ﷺ قال : « لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملًا » [٢] .

٢٦٠١٦ - قلنا : هذا الخبر أنكره عمر بن الخطاب ﷺ ، وقال : ما رويناه عنه ، وقالت عائشة رضي الله عنها : لا خير لفاطمة بنت قيس في رواية هذا الحديث ، وكان زوجها أسامة بن زيد إذا سمعها تذكر ذلك رماها بكل شيء كان يحمل في يده ، وقال سعيد بن المسيب : تلك امرأة فتنت النساء بروايتها [٣] ، وذكر أبو إسحاق أن الأسود سمع الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس في المسجد فحصبه ، وقال : ويلك [٤] تحدث بمثل هذا الحديث ، وقد أنكره عمر بن الخطاب عليها / ومن شرط قبول الخبر تعريه عن إنكار السلف . ٢/أ

٢٦٠١٧ - فإن قيل : إنما أنكر عليها روايتها إسقاط السكنى ؛ لأنه قال : لا ندع كتاب ربنا ، وليس في الكتاب النفقة ، وإنما فيه السكنى .

٢٦٠١٨ - قلنا : بل فيه النفقة بقوله تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ وقوله : ﴿ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ﴾ .

٢٦٠١٩ - ولأنه روى في الخبر أنها استطالت بلسانها على أحمائها فنقلها النبي ﷺ ، وأسقط نفقتها بخروجها من منزله كما سقط بنشوزها [٥] ، يبين ذلك أنه أسقط السكنى والنفقة .

٢٦٠٢٠ - وقد اتفقنا على وجوب السكنى والنفقة [٦] فالمعنى الذي أسقط مخالفنا به السكنى هو المسقط للنفقة عندنا .

٢٦٠٢١ - قالوا لو كان كذلك لا يسقط النفقة على الإطلاق ، فلما روى أبو داود أنه قال : « لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملًا » لم يصح هذا التأويل .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١١١٤/٢) برقم (١٤٨٠) باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها ، والإمام أحمد في مسنده (٤١٢/٦) ، برقم (٢٧٣٦٨) .

(٢) انظر : سنن أبو داود (٢٨٧/٢) برقم (٢٢٩٠) .

(٣) انظر : سنن أبي داود (٢٨٨/٢ ، ٢٨٩) برقم (٢٢٩١-٢٢٩٦) .

(٤) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه (١١١٨/٢) برقم (١٤٨٠) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٣٣/٧) .

(٦) ساقطة من (ص) .

٢٦٠٢٢ - قلنا : أبو داود نطرق الخبر ، ولم يذكر الزيادة في عامة الطرق وذكرها ، في قصة مروان أنه أرسل إلى فاطمة فسألها فذكرت ذلك له (١) ، فقال لسنا نأخذ بهذا ، وإنما نأخذ بالعصمة التي وجد الناس عليها (٢) فأخبر أن عمل الناس بخلاف الخبر ، ومن تركت الصحابة العمل بخبره لم يلتفت إليه .

٢٦٠٢٣ - فإن قيل : روى الدارقطني بإسناده في حديث فاطمة ، قالت : قال رسول الله ﷺ : « المطلقة ثلاثًا لا سكنى لها ولا نفقة إنما السكنى والنفقة لمن يملك الرجعة » (٣) .

٢٦٠٢٤ - قلنا : رواه جابر الجعفي عن عامر عن فاطمة ، وقد قال الدارقطني : إن جابر الجعفي كذاب .

٢٦٠٢٥ - قالوا : روى حديث السري ، قلنا السري لم يخرجه البخاري في الصحيح وضعفه ، وكيف يروي عن عائشة رضي الله عنها هذا الخبر ، والمشهور عنها إنكارها ، إلا أن يكون يرويه على طريق التعجب . وقد ذكر الدارقطني حديث أبي الزبير عن جابر أن النبي ﷺ قال : « للمطلقة ثلاثًا السكنى والنفقة » (٤) .

٢٦٠٢٦ - فإن قيل : إذا كانت الأخبار تعارضه في قصة فاطمة فالرجوع إلى روايتها أولى ؛ لأنها أعرف بقصتها كما رجح أصحاب النبي عليه السلام خبر الزوجات في « التقاء الختانين » (٥) ؛ لأنهن أعرف . ولما سئلت عائشة رضي الله عنها عن مسح الخفين ، قالت : للسائل : سل عليًا فإنه كان يسافر مع رسول الله ﷺ » (٦) .

٢٦٠٢٧ - قلنا : إذا كانت غلطت ، وروت سقوط السكنى التي اتفقنا على وجوبها .

٢٦٠٢٨ - قالوا : نجمع بين الأخبار فتقول الذي روي أنه ﷺ قال : « لها السكنى والنفقة » ؛ لأنه ظن أن طلاقها رجعي ، ثم علم أنها مبتوتة فقال : لا سكنى ولا نفقة .

٢٦٠٢٩ - قلنا : فنحن نستعمل مثله ، فنقول أوجب لها النفقة ؛ لأنه لم يعلم

---

(١) ساقطة من (ص)

(٢) انظر : سنن أبي داود (٢٨٧/٢) برقم (٢٢٩٠) ، وصحيح مسلم (١١١٧/٢) برقم (١٤٨٠) .

(٣) انظر : سنن الدارقطني (٢٢/٤) برقم (٦٢) .

(٤) انظر : سنن الدارقطني (٢١/٤) برقم (٥٩) .

(٥) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه (١١٠/١) برقم (٢٨٣) باب نوم الجنب ، الإمام الشافعي في مسنده (١٥٩/١) .

(٦) انظر : مسند أبي حنيفة (٧٢/١) ، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (٩٦/١) .

بنشوزها ، فلما علم ذلك أسقطها .

٢٦٠٣٠ - فإن قيل : تعديها ليس بنشوز .

٢٦٠٣١ - قلنا : إذا لم يمكن أن تقيم في منزل الزوج ، فقد صار الامتناع بمعصية من جهتها .

٢٦٠٣٢ - قالوا : زوجية زالت ، فزالت النفقة بزوالها كالمتوفاة .

٢٦٠٣٣ - قلنا : يبطل بالحامل . والمعنى في الأصل أن النفقة تسقط مع الحمل كذلك مع عدمه .

٢٦٠٣٤ - [وفي مسألتنا تجب النفقة مع الحمل كذلك مع عدمه] [1] .

٢٦٠٣٥ - قالوا : بائن ، فوجب أن تسقط نفقتها كالمطلقة قبل الدخول .

٢٦٠٣٦ - قلنا : هناك لما سقط سكانها سقطت نفقتها ، ولما لم تسقط في مسألتنا السكنى كذلك النفقة .

٢٦٠٣٧ - قالوا : النفقة تجب بإزاء التمكين ، ولهذا تسقط بالنشوز وليس هاهنا تمكين ، فلا تجب النفقة .

٢٦٠٣٨ - قلنا النفقة تجب بحبسها في منزل الزوج لحقه ، وهذا المعنى موجود . وإنما سقطت بالنشوز لزوال الحبس .

٢٦٠٣٩ - قالوا : نفقة بحق الملك ، فسقطت بزوال الملك كالعبد إذا اعتقه .

٢٦٠٤٠ - قلنا : هناك سقطت السكنى فسقطت النفقة .

٢٦٠٤١ - وفي مسألتنا بخلافه ، أو نقول : لم يبق بعد العتق حكم من أحكام الملك ، فلم يجز أن تبق النفقة . وقد بقي في المبتوتة حكم من أحكام الملك ، فجاز أن تبقى النفقة .

٢٦٠٤٢ - قالوا : مبتوته فلم تجب لها نفقة ، كما لو ارتدت أو قبلت أباه .

٢٦٠٤٣ - قلنا : هناك منعت نفسها من زوجها بمعصية ، ولو فعلت هذا مع بقاء ملكه سقطت نفقتها كالناشزة ، فمنع زوال الملك أولى .

٢٦٠٤٤ - وفي مسألتنا : منعت الاستمتاع بحق ، فلم تسقط نفقتها ، كما لو منعت نفسها لتأخذ مهرها .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٨٦

نفقة كل ذي رحم محرم

٢٦٠٤٥ – قال أصحابنا : النفقة واجبة لكل ذي رحم محرم من جهة النسب إذا كان فقيرًا موافقًا في الدين (١) .

٢٦٠٤٦ – وقال الشافعي : لا تجب النفقة إلا للوالدين والولد (٢) .

٢٦٠٤٧ – لنا : قوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ وهذا يقتضي وجوب حق يدفع إلى الأقارب ، ولا حق إلا النفقة ولا يجوز حمله على أفراده ؛ لأنه تخصيص بغير دليل .

٢٦٠٤٨ – ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱلْمِسْكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ ﴾ فأوجب إيتاء ذي القربى كما أوجب إيتاء المساكين ، ومعلوم أنه يجب أن يوفى المسكين حقًا من المال ، كذلك القريب .

٢٦٠٤٩ – ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ وهذا يقتضي وجوب النفقة على كل وارث كوجوبها على الوالد .

٢٦٠٥٠ – فإن قيل النفقة والكسوة نفقة الزوجية فأما أجرة الرضاع فتجب بحسب التراضي .

---

(١) إذا فرض القاضي لها النفقة على زوجها فأنفقت من مالها ولم تأخذ منه شيئًا فلها أن تأخذه بما مضي من ذلك ؛ لأن نفقة الزوجة تصير دينا بقضاء القاضي ، أو الصلح عن التراضي وقد بيناه . قال : وإن كان هذا في ذي الرحم المحرم فأنفق على نفسه من مال آخر بعد فرض القاضي لم يكن له أن يرجع على الذي فرض له عليه بشيء ؛ لما بينا أن المعتبر هنا حقيقة الحاجة وقد انعدم ذلك بمضي ذلك الوقت فلا تصير النفقة دينًا . وأورد في باب الزكاة من الجامع أن نفقة ذي الرحم المحرم تصير دينًا بقضاء القاضي . وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع ، فوضع المسألة هناك فيما إذا استدان المنفق عليه وأنفق من ذلك فتكون الحاجة قائمة لقيام الدين عليه ، وهنا وضع المسألة فيما إذا أنفق من مال له ، أو من صدقة تصدق بها عليه والحاجة لا تبقى بعد مضي المدة ، وقد قررنا هذا فيما أمليناه من شرح الجامع . انظر : المبسوط (٢٢٤/٥) ، والبدائع (٣٧/٤) .

(٢) فصل يلزمه نفقة الوالد ، وإن علا ، والولد وإن سفل ، وإن اختلف دينهما . انظر : الأم (٩٥/٥ ، ١٠٩) ، مغني المحتاج (١٨٧/٥) .

٢٦٠٥١ - قلنا المراد بالآية أجرة الرضاع بدلالة أن الأم قد تكون زوجة وقد تكون غير زوجة وقوله إن أجرة الرضاع لا تكون طعامًا وكسوة ليس بصحيح ، لأن عند أبي حنيفة يجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها .

٢٦٠٥٢ - فإن قيل : قوله : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ المراد به في ترك المضارة بها .

٢٦٠٥٣ - قلنا : قال الله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ ثم قال : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ فالظاهر أنه عطف الاسم على الاسم ولم يعطفه على الفعل الذي هو ترك المضارة .

٢٦٠٥٤ - ولأنه حق له ، بقوله ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا ﴾ معناه لا يؤخذ منها فيدفع إلى ظئر ترضع بدلها للرضاع ، وقوله : ﴿ وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ﴾ معناه أنه لا يلزم ما يقترح الوالد من العوض .

٢٦٠٥٥ - وقوله : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ لو سلمنا أنه يرجع إلى نفس المضارة دلَّ على أن نفقة الرضاع عليه ؛ حتى يقال له : لا يضار بها بأن تبذل النفقة للظئر مع بدلها للرضاع .

٢٦٠٥٦ - فإن قيل إذا حملنا قوله : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ على نفي المضارة حملناه على العموم في كل وارث ، وإذا حملتموه على النفقة خصصتموه بذي الرَّحم المحرم .

٢٦٠٥٧ - قلنا : إذا حملتموه على نفي المضارة لم يكن لتخصيصه بالوارث معنى ؛ لأنه يجب على كل مسلم ترك الإضرار بها .

٢٦٠٥٨ - ولأنه روى في قراءة ابن مسعود « وعلى الرحم المحرم مثل ذلك » فعلى هذا لم تختص الآية .

٢٦٠٥٩ - قالوا : روي عن ابن عباس أنه قال ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ في نفي المضارة [١] .

٢٦٠٦٠ - قلنا : روي عن ابن مسعود وزيد بن ثابت أنهما قالا في النفقة [٢] مثل ذلك . ويدل عليه ما روي أن امرأة خاصمت صبيانها إلى عمر بن الخطاب فقضى عليهم بنفقتها ، وعن زيد بن ثابت أنه قضى بنفقة صغير على أمه وعمه أثلاثًا ولا مخالف لهما [٣] .

---

(١) انظر : مصنف ابن أبي شيبة (١٦٧/٤) . (٢) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٥٥/١) .
(٣) انظر : مصنف ابن أبي شيبة (١٨٤/٤) ، المحلى لابن حزم (٢٧٠/٩) .

٢٦٠٦١ - ولأنه ذو رحم محرم من النسب فجاز أن يستحق من جهته النفقة كالوالد والولد .

٢٦٠٦٢ - ولا يقال : المعنى فيه أن النفقة تجب مع اختلاف الدين فكذلك مع اتفاقه ؛ لأن النفقة صلة ، فلا يقال : لما لم تجب صلة الرحم مع وجود الكفر لم تجب مع الإسلام ، فأما الأب فتجب عليه صلة رحمه في الحالين والأخ بخلافه . ولأنهما شخصان ولا يرجع أحدهما فيما يهبه للآخر ، فجاز أن تجب نفقة أحدهما على الآخر ، كالوالد والولد .

٢٦٠٦٣ - ولأنه رحم كامل فجاز أن تجب النفقة لأجله كالولاد ، ولأنه معنى وضع لغناء الأقارب فجاز أن يثبت بين الأخ والأخت كالإرث ، ولأنها قرابة تمنع التفريق إذا جمعهما الملك ، كقرابة الولاء .

٢٦٠٦٤ - والدليل على الوصف ما روي أن عليًا عليه السلام فرق بين الأخوين ، فقال ﷺ : « اذهب فاسترد » [١] .

٢٦٠٦٥ - احتجوا بقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [٢] .

٢٦٠٦٦ - قلنا : هذا يقتضي تحريم تناول ماله الذي لم يجز أخذه بالشرع إلا برضاه ، ونحن لا نسلم أن هذا المال لم يجب بالشرع .

٢٦٠٦٧ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « ليس في المال حق سوى / الزكاة » [٣] . ٩٥

٢٦٠٦٨ - قلنا : في المال حق الله تعالى سوى الزكاة بقوله ﷺ : « في المال حق سوى الزكاة » [٤] .

٢٦٠٦٩ - احتجوا : بما روى أبو هريرة أن رجلًا جاء إلى النبي ﷺ « فقال : إن معي دينارًا فقال : « أنفقه على نفسك » فقال : « إن معي آخر » فقال : « أنفقه على ولدك » فقال : معي آخر فقال : « أنفقه على أمك » فقال : « معي آخر » فقال : « أنفقه على خادمك » قال : « معي أخر » قال : « أنت أعلم به » [٥] فهذا يدل على أنه لا يجب عليه نفقة أخيه وعمه وخاله .

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١٢٨٤) باب ما جاء في كراهية الفرق ، والسنن الكبرى للبيهقي (١٢٧/٩) .

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٧٢/٥) ، والدارقطني (٢٦/٣) برقم ٩١ .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١٠٧/٢) برقم ٤٣ .

(٤) انظر : مصنف ابن أبي شيبة (٣٨٤/٢) برقم ١٠١٩١ ، وشرح معاني الآثار (٢٧/٢) .

(٥) سبق تخريجه .

٢٦٠٧٠ – قلنا : بهذا الخبر احتج أصحابنا . ولأنه روي أنه قال : « وعلى أبيك وعلى أخيك وأختك ثم أدناك [1] فأدناك » ثم إذا لم ينقل هذا لم يدل على ما قالوا ؛ لأنه يجوز أن يكون ﷺ عرف أنه لا رحم له أو عرف أن أرحامه أغنياء فلم يأمره بالنفقة عليهن .

٢٦٠٧١ – قالوا : كل شخصين لا يجب نفقة أحدهما على الآخر مع اختلاف الدين لا يجب مع اتفاقه كابني العم .

٢٦٠٧٢ – قلنا اللّٰه تعالى أوجب النفقة فيما سوى الوالد والولد باسم الوارث ، بقوله : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ واختلاف الدين يمنع الإرث دون نفقة الأب بالولادة ، واختلاف الدين لا يمنع ذلك . والمعنى في ابني العم أن رحمهما ليس بكامل ، بدلالة أنه يجوز تزويج بنت العم كما يجوز تزويج الأجنبية ، والأخت رحمها كامل ، بدلالة أنه لا يجوز تزوجها كما لا يجوز تزويج الأم والبنت ، ولهذا أوجب عليه رحم الأختين فمنع أن يجمع بينهما في النكاح ، وكذلك المرأة وعمتها وخالتها ولم يجب مثل ذلك في بني العم ، بل جاز الجمع بينهما ولم يحرم رحمهما ، وجعلناهما كالأجانب .

٢٦٠٧٣ – ولو ملك أختين لم يفرق بينهما . ولو ملك ابني عم فرق بينهما ، لأن إيجاب نفقة ابن العم يؤدي إلى التناقض ؛ لأن الفقير يتزوج بنت عمه الموسرة فتجب عليها نفقته بالقرابة ، ويجب عليه نفقتها بالنكاح ، فيطالب كل واحد منهما بنفقته وهذا محال .

٢٦٠٧٤ – ولأن ولد العمِّ لما تعلقت له على ولد عمه بغير الرحم نفقة وهو النكاح لم يجب له عليه نفقة بالرحم . ولما لم يجب للرحم المحرم على صاحبه نفقة بغير الرحم جاز أن يجب بالرحم كالوالدين والولد .

٢٦٠٧٥ – وقد ساقوا على هذا الأصل بأوصاف منها أنه يجري بينهما القصاص ، وتقبل شهادة كل واحد منهما للآخر ، ولا يحرم على أحدهما زوجة الآخر على التأبيد .

٢٦٠٧٦ – قلنا : القصاص يجري بين الزوجين مع وجوب النفقة ، ويجب على الابن للأب ، وعلى العبد بقتل المولى ، ويجب عليه نفقته . وأما الشهادة فلأن أحدهما ليس بعضًا للآخر ولا تسلط له في ماله ، والوالد والولد لم تقبل شهادة أحدهما للآخر ؛ لأنه بعض له بالقرابة ، فليس اعتبار هذا بأولى من اعتبار المنع من جمعهما تحت زوج ، وهذا أولى ؛ لأنه منع من جمعها ؛ حتى لا تنقطع أرحامهما بالعداوة ، وهذه علة

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٤٥/٨) .

منصوص عليها ، والنفقة صلة الرحم ، فأولى أن يعتبر أحدهما بالآخر . وتحريم الزوجة لم يجعل صلة للرحم فلم يجز اعتبار النفقة .

٢٦٠٧٧ - قالوا : لا يجب نفقته في كسبه فلم يجب في ماله كالأجنبي .

٢٦٠٧٨ - قلنا : الوصف غير مسلم ، ولا رواية في هذه المسألة عن أبي حنيفة . وقال محمد : إذا كان في كسب الآخر ما يفضل عن كفايته فرض في الفاضل منه نفقة أخيه .

٢٦٠٧٩ - ولأن النفقة صلة الرحم فلا يصح أن يقال : لما لم تجب صلة الأجنبي ، لا تجب صلة الأخ والعم . والمعنى في الأجنبي أن نفقته يجوز أن تجب بغير الرحم ، وهو النكاح [والرق فلم يجب بالرحم . وذو الرحم لا يجوز أن تجب نفقته بغير الرحم] (١) فلذلك وجبت به .

٢٦٠٨٠ - قالوا : يجوز لكل واحد منهما دفع زكاته إلى الآخر فلو وجبت النفقة لم يجز دفع الزكاة فيسقط بها ما وجب من النفقة ، كما لا يجوز الدفع في الولد .

٢٦٠٨١ - قلنا : يبطل إذا قضى القاضي بالنفقة فإن الدفع يجوز بإجماع وإن كانت النفقة واجبة . والمعنى في الأب والابن أن مال أحدهما أجري مجرى مال الآخر ، فإذا دفع الزكاة إليه فكأنه نقلها على ملكه . وهذا لا يوجد في الآخرين .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط (م ، ن ، ع) ، من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ١٣٨٧

الحضانة بعد افتراق الزوجين

٢٦٠٨٢ - قال أصحابنا : إذا افترق الأبوان فالأم أحق بالجارية حتى تبلغ ، وبالغلام حتى يأكل وحده ويشرب ويتوضأ ويلبس (١) .

٢٦٠٨٣ - وقال الشافعي : الأم أحق به حتى يبلغ سبع سنين ، ثم يخير فيكون عند من يختار من الأبوين ، فإن اختار الأم كان بالليل عندها وبالنهار عند الأب (٢) .

٢٦٠٨٤ - قالوا : وإذا كان الولد حرًّا وأحد أبويه مملوك لم يخير ، والحر أولى . وإن كان أحدهما كافرًا لم يخير . والمسلم أولى . وقال الإصطخري يخير .

---

(١) قال : ولا خيار للولد عند الأحناف ، وبه قال مالك . وقال الشافعي : يخير ، وعند أحمد إذا بلغ سبع سنين يخير الغلام ، وتسلم الجارية إلى الأب من غير تخيير . لما روى أبو هريرة ﷺ : أن امرأة جاءت إلى رسول اللَّه ﷺ فقالت : إن زوجي يريد أن يذهب بابنه ، وقد سقاني من بئر أبي عتبة ، وقد نفعني . فقال رسول اللَّه ﷺ : « استهما عليه » فقال زوجها : أتحاقني في ولدي ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : « هذا أبوك ، وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به » رواه الترمذي ، وصححه . وهذا نص على التخيير ، غير أن أحمد يقول : هو نص في الغلام ، ولا تقاس الجارية عليه ، لأنها تحتاج إلى الحفظ والتزويج دون الغلام . ولنا أنه صغير غير رشيد ولا عارف بمصلحته فلا يعتمد اختياره كسائر تصرفاته ، ولأنه لقصور عقله يختار من عنده الراحة والتخلية ، ولا يتحقق النظر فيه . وقد صح أن الصحابة لم يخيروا ، ولا حجة لهم في الحديث لأنه لم يذكر فيه الفراق فالظاهر أنها كانت في صحبته . ألا ترى إلى قولها إن زوجي يريد ، ولولا أنها في صحبته لما قالت ذلك . ويحتمل أنه كان بالغًا ، بل هو الظاهر ؛ لأنها قالت ، وقد سقاني من بئر أبي عتبة ، والذي يسقي من البئر هو البالغ ظاهرًا أو هو حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به ، وليس فيه دليل على أنه يخير في السبع ، لأنه ليس في الحديث ذكر عمره أو لأنه وفق ببركة دعائه عليه الصلاة والسلام لاختيار الأنظر ، فلا يقاس عليه غيره . انظر : تبيين الحقائق (٤٧/٣) ، البدائع (٤٣/٤ ، ٤٤) .

(٢) المميز إن افترق أبواه كان عند من اختار منهما ، فإن كان في أحدهما جنون أو كفر أو رق أو فسق أو نكحت فالحق للآخر ، ويخير بين أم وجد ، وكذا أخ أو عم أو أب مع أخت أو خالة في الأصح ، فإن اختار أحدهما ثم الآخر حول إليه ، فإن اختار الأب ذكر لم يمنعه زيارة أمه ويمنع الأنثى ، ولا يمنعها دخولًا عليهما زائرة ، والزيارة مرة في أيام ، فإن مرضا فالأم أولى بتمريضهما فإن رضي بها في بيته ، وإلا ففي بيتها ، وإن اختارها ذكر فعندها ليلًا ، وعند الأب نهارًا ، ويؤدبه ويسلمه لمكتب أو حرفة ، أو أنثى فعندها ليلًا ونهارًا ، ويزورها الأب على العادة ، وإن اختارهما أقرع فإن لم يختر فالأم أولى ، وقيل يقرع . انظر : مغني المحتاج (٢٠١/٥) ، الأم (١٠٠/٥) ، تحفة المحتاج (٣٦١/٨) .

٢٦٠٨٥ - لنا : ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد اللَّه بن عمر أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت : إن ولدي كان بطني له وعاءً وثديي له سقاء وحجري له وطاء وإن أباه يزعم أنه ينتزعه مني فقال ﷺ : « أنت أحق به ما لم تنكحي » [١] .

٢٦٠٨٦ - فإن قيل : فيه إضمار عندكم أنت أحق به ما لم يكتفِ بنفسه . وعندنا ما لم يبلغ سبع سنين ، فيخير .

٢٦٠٨٧ - قلنا : أجمعنا على أنه بلغ حد التخيير فسقط استحقاقها ، وقلتم : يسقط حقها إذا بلغ إلى ذلك وأجاز الأب فما اتفق على إضماره يلحق بالخبر والزيادة مختلف فيها فلا يثبتها بغير اتفاق ولأن قول الصبي لا يتعلق به حكم في مصالحه . أصله البيع والشراء .

٢٦٠٨٨ - ولا يلزم الإيمان ؛ لأنه يتعلق بالاعتقاد لا بالقول .

٢٦٠٨٩ - ولا يلزم الإذن للغير وحمل الهدية ؛ لأن ذلك في غير مصالحه . ولأن الأم ثبت لها الحضانة ، كما ثبت لطالب التصرف في المال . فإذا كان ما ثبت للأب لا يسقط بقول الصبي فكذا لا يثبت للأم .

٢٦٠٩٠ - ولأن الصبي يختار من أبويه من يهمله ويترك تأديبه . وفي ذلك إلحاق وضرر به . ولا يراد إذا لم يكتف بنفسه ، ففي كونه عند الأب ضرر به ؛ لأن النساء أقوم للتربية من الرجال . فإذا اختار الأب في هذه الحالة فاختيار يضر به فلا يقبل قوله فيه . وإن اختارت الجارية بعد بلوغها الأم ففي ذلك ضرر عليها ، لأن الأب أغير عليها ، وأحفظ لها ، فلم يقبل قولها فيما يضر بها .

٢٦٠٩١ - احتجوا : بحديث أبي هريرة قال : « سمعت امرأة جاءت إلى النبي ﷺ وأنا قاعد عنده ، فقالت : يا رسول اللَّه ، إن زوجي يريد أن يذهب بابني قد سقاني من بئر ابني عنبة وقد نفعني فقال ﷺ : « استهما عليه » فقال الرجل من يحاقني في ولدي ؟ فقال ﷺ : « هذا أبوك وهذه أمك ، فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به » [٢] .

٢٦٠٩٢ - قلنا : هذه قصة عين يحتمل أن تكون غالبًا وهو الظاهر ؛ لأنها قالت : نفعني وسقاني من بئر ابني عنبة .

٢٦٠٩٣ - قالوا : وهذه البئر لا يمكن أن يستقى منها إلا البالغ ، وتسميته غلامًا لا ينفي البلوغ ؛ لأن المختار قال : أنا الغلام الثقفي ، وكان كهلًا . فإن قيل : لو كان بالغًا

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٨٢/٢) برقم (٦٧٠٧) ، والدارقطني في سننه (٣٠٥/٣) برقم (٢٢٠) .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٣/٢) برقم (٢٢٧٧) باب من أحق بالولد ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣/٨) .

يخير بين أمه وبين أن ينفرد بنفسه .

٢٦٠٩٤ - قلنا : إذا بلغ وهو لا يؤمن على نفسه فليس له أن ينفرد عن أحدهما . ويدل على بلوغه أن التخيير إما إن يكون حقًّا له أو يثبت حقًّا عليه ، والصبي لا يثبت له حق بقوله ، ولا يثبت بقوله حقًّا عليه .

٢٦٠٩٥ - قالوا : روى مالك عن عمر وعليٍّ وأبي هريرة التخيير [١] .

٢٦٠٩٦ - قلنا : ذكر الخصاف بإسناده عن عكرمة عن أبي بكر قال : الولد عند أمه ما لم تتزوج ، أو يدرك فيختار [٢] . وعن عطاء قال عمر : الأم أحق بالولد ما كان صغيرًا أو يدرك فيختار [٣] . قال : من أمر بفعل الطهارة والصلاة خير بين أبويه كالبالغ .

٢٦٠٩٧ - قلنا : المعنى في البالغ أن قوله يتعلق به حكم في مصالح ملكه فجاز أن يتعلق به حكم في مصالح نفسه ، وغير البالغ بخلافه .

٢٦٠٩٨ - قالوا : بلغ حدا ، وتميز بفروضه ونفعه فلا يكون أمه أحق به كالغلام ، أو فلا تكون أحق به كالجارية / . ٢٩٠/أ

٢٦٠٩٩ - قلنا الغلام إذا اكتفى بنفسه استضر بالكون عند أمه ؛ لأنه بالغ خلاف البنت . والجارية لا تستضر بذلك فلهذا أسقط الحق في الغلام ولم يسقط في الجارية .

* * *

(١) انظر : المحلى (١٥٣/١٠) ، المدونة (٢٦٣/٢) ، الأم (١٠٠/٥) ، والسنن الكبرى للبيهقي (٣/٨ ، ٤) .

(٢) أخرجه بطريق آخر عن عبد الرزاق في مصنفه (١٥٣/٧) برقم (١٢٥٩٨) ، وقد ذكرها بهذا الاسناد الحافظ بن حجر في الدراية (٨١/٢) .

(٣) أخرج ابن حزم نحوه ، انظر : المحلى (٣٢٨/١٠) .

مسألة ١٣٨٨

النفقة لا تصير دينًا في الذمة

٢٦١٠٠ - قال أصحابنا : النفقة لا تصير دينًا في الذمة إلا أن يقضي بها قاضٍ أو يقدرها الزوج ويلزمها نفسه [١] .

٢٦١٠١ - وقال الشافعي : تصير دينًا بمضي المدة [٢] .

٢٦١٠٢ - لنا : أنها نفقة تجب حالًا فحالًا ، فلا تصير دينًا بمضي المدة . أصله نفقة الأقارب ، ولأن النفقة تستحق بالزوجية والنسب ، فإذا لم تجب النفقة بالنسب ابتداء دينًا في الذمة لم تجب بالزوجية .

٢٦١٠٣ - فإن قيل : نفقة الأقارب تجب لإحياء النفس ، فإذا مضت المدة فقد حصل المقصود فلا يجب عليه لإحياء النفس ، فلا يجب الإحياء في الماضي . ونفقة الزوجة تجب على وجه المعاوضة .

٢٦١٠٤ - قلنا : نفقة الزوجة تجب ؛ لأنها محبوسة لحقه عن التصرف فوجب عليه أن يكفيها ، فإذا مضت المدة فقد اكتفت . وقولهم : إن نفقة الزوجة على وجه العوض غير مسلم .

٢٦١٠٥ - فإن قيل : نفقة النسب لا تصير دينًا ، وإن ألزمها وحكم بها الحاكم ، ونفقة الزوجة بخلاف ذلك .

٢٦١٠٦ - قلنا : لأنها تجب في مقابلة معنى يلزمها له وهو الحبس ، فلذلك صارت دينًا بالقضاء . ونفقة الأقارب لا تجب في مقابة معنى يلزم المستحق لمن وجب عليه ولأنها نفقة تجب عليه لحق الملك فلا يجب ابتداء في المدة ، كنفقة عبده وأم ولده .

---

(١) لو خاصمته امرأته في نفقة ما مضى من الزمان قبل أن يفرض القاضي عليه لها النفقة لم يكن لها شيء من ذلك عندنا . وعلى قول الشافعي - رحمه الله تعالى - يقضي لها بما لم تستوف من النفقة الماضية . وأصل المسألة أن النفقة لا تصير دينا إلا بقضاء القاضي ، أو التراضي عندنا . وعند الشافعي تصير دينًا ؛ لأن وجوبها بالعقد فلا تحتاج إلى القضاء ، أو إلى الرضاء في صيرورتها دينا بعد العقد كالمهر . انظر : المبسوط (١٨٥/٥) ، البدائع (٢٦/٤) .

(٢) ولا تسقط نفقة العدة بمضي الزمان من غير إنفاق فتصير دينا عليه حاصله أنه إذا حكم بموجب البينونة أثر في المستقبل ، كما هو شأن الحكم بالموجب ، وإلا فلا . انظر : تحفة المحتاج (٣٥٠/٨) .

٢٦١٠٧ - ولأن النفقة والسكنى كل واحد منهما يجب على الزوج للمرأة حالًّا فحالًّا ثم كانت السكنى لا تصير دينًا بمضي المدة ، كذلك النفقة .

٢٦١٠٨ - فإن قالوا : في السكنى وجهان .

٢٦١٠٩ - قلنا : لسنا نقيس على أجرة السكنى ، وإنما نقيس على السكنى نفسها .

٢٦١١٠ - فإن قيل : المقصود من السكنى تحصنها ، ولا يمكن التحصين فيما مضى .

٢٦١١١ - قلنا : يمكن القضاء بأجرة السكنى لما مضي ، كما يمكن القضاء بالنفقة .

٢٦١١٢ - وهذه المسألة مبنية على أن النفقة لا تجب للزوج على وجه العوض عن شيء [بدلالة أنه لا يصح أن تكون عوضًا عن البضع أو عن الاستمتاع ، ولا يجوز أن تكون بدلًا] (١) عن البضع ؛ لأن المهر وجب بدلًا عنه فلا يجب بحكم عقد واحد عن مبدل واحد بدلان .

٢٦١١٣ - ولأنها لو وجبت على طريق العوض عن البضع أثر فيها الطلاق قبل الدخول كالمهر . ولا يجوز أن تكون عوضًا عن الاستمتاع ؛ لأنه تصرف فيما ملكه بالعقد فلا يجب بدل عوض غير ما وجب بالعقد فلا يجب كاستيفاء المنافع في الأجرة ، وإذا ثبت أنها تجب لا على وجه العوض كانت صلة فلا يستقر وجوبها لا بمعنى ينضم إلى سبب الوجوب ، كالهبات .

٢٦١١٤ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ وبقوله : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ .

٢٦١١٥ - قلنا الآية الثانية إذا قلنا إن المراد بها أجرة الرضاع فإن الأولى تدل على الوجوب في النفقة ، وعندنا أنها تجب والخلاف في سقوطها بمضي المدة .

٢٦١١٦ - فإن قالوا : إذا ثبت الوجوب يدل أنه لم يسقط إلا بدليل .

٢٦١١٧ - قلنا : إن كان هذا الاحتجاج بالظاهر فهو استصحاب الحال . وإن كان بقياس تكلمنا عليه فيما بعد . ولأن الظاهر لا يقتضي أكثر من نفقة واحدة . فإذا أنفق مرة واحدة ثم ترك النفقة لم يجب إيجابها بالظاهر .

٢٦١١٨ - قالوا : كلما صار دينًا إذا حكم الحاكم صار دينًا وإن لم يحكم به ، كالمهر .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقطًا من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

٢٦١١٩ - قلنا : النفقة لا تصير دينًا بالحكم ، وإنما يمنع الحكم من سقوطها ، ولأنا نقول بموجب الصلة ؛ لأن النفقة تصير دينًا بغير حكم إذا التزمها الزوج وقدرها على نفسه . والمعنى في المهر أنه لما وجب في النكاح عوضًا يستقر فيه أثر الطلاق ، فلو كانت النفقة كذلك أثر فيها الطلاق .

٢٦١٢٠ - قالوا : كل ما لا يسقط بمضي الزمان إذا تراضيا عليه لم يسقط وإن لم يتراضيا ، كالديون [١] .

٢٦١٢١ - قلنا : المعنى في الديون أنها لو ثبتت لذوي الأرحام سقط بمضي الزمان ، وكذلك إذا وجب للزوجة .

٢٦١٢٢ - قالوا : النفقة تجب في مقابله الاستمتاع بدلالة أنها تسقط بتعذره .

٢٦١٢٣ - قلنا : لا نسلم ذلك بدلالة أنها تجب لزوجة الطفل ، وهو ممن لا يستمتع فدل على أنها عوضه ، بل هو شرط فيها ، كما أن النفقة في ذوي الأرحام تجب [عند الفقر ، وليست عوضًا عن الاستمتاع كانت صلة لم تحبس غالبًا

٢٦١٢٤ - قلنا : تجب] [٢] على وجه الصلة ، ويحبس من امتنع عنها .

* * *

(١) قاعدة : « كل ما لا يسقط بمضي الزمان إذا تراضيا عليه لم يسقط وإن لم يتراضيا كالديون » .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ١٣٨٩

وجوب النفقة بالقضاء

٢٦١٢٥ - قال أصحابنا [1] : إذا وجبت نفقة الزوجة بالقضاء فمات أحد الزوجين سقطت [2] .

٢٦١٢٦ - وقال الشافعي : تؤخذ من تركة الزوج [3] .

٢٦١٢٧ - لنا : أنها صلة ، فإذا لم تقبض حتى مات الواصل بطلت ، كنفقة ذوي الأرحام . أو نقول : إذا مات من جعلت له قبل تمامها بطلت ، كنفقة ذوي الأرحام ، وكموت الموصى له .

٢٦١٢٨ - ولأن وجوبها لو بقي بعد الموت جاز أن يجب بعد الموت إذا وجد سبب وجوبها كسائر الديون ، فلما كانت الحامل المبتوتة إذا مات زوجها سقطت نفقتها لبقية العدة دل أن الموت ينافي وجوبها . ولأنها وجبت لا على وجه العوض عن شيء ، فسقطت بالموت ، كالجزية والزكاة على أصلنا .

٢٦١٢٩ - احتجوا بأنه دين ثابت تجوز الكفالة به والحبس لأجله كسائر الديون .

٢٦١٣٠ - قلنا : المعنى فيها أنه يجوز وجوبها بعد الموت بتقدم أسبابها في حال الحياة ، والنفقة بخلاف ذلك .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) ، (ن) ، (ع) ، (ص) أثبتناها لضرورة السياق .

(٢) لا تخرج من بيتها ليلًا ولا نهارًا لقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ ﴾ قال إبراهيم : خروجها من بيتها فاحشة . ولأنها مكفية المؤنة ؛ فلا حاجة لها إلى الخروج ليلًا ولا نهارًا ، بخلاف المتوفى عنها زوجها ؛ فإنه لا نفقة لها في تركة الزوج . انظر : البدائع (٣٠/٤) ، المبسوط (١٩٦/٥) .

(٣) انظر : أسنى المطالب ٤٣٣ ، تحفة المحتاج (٢٦١/٨) .

مسألة ١٢٩٠

سلف الزوجة من الزوج النفقة

٢٦١٣١ - قال أبو يوسف : إذا أسلف الزوج زوجته النفقة ، ثم ماتت أو مات لم يرجع عليها بشيء [(١)] .

٢٦١٣٢ - وقال محمد : إذا مات يرجع بحصة ما بقي ، وهذا مبني على أنها صلة اتصلت بالقبض فلا يرجع فيها بعد الموت كالهبة . ولأنه لو وهب لها وأقبضها فماتت أنه لا يرجع فيها ، وهذا تبرع . أصله أنه غير مستحق ، فإذا دفع النفقة ، فهي صلة مستحقة فلأن يرجع فيها أولى . لمحمد أن المرأة تتعجل النفقة عما يجب لها ، فإذا بطل سبب الوجوب رجع عليها كمن أسلفها النفقة ثم نشزت .

٢٦١٣٣ - قلنا : الأجرة لو بطلت الإجارة بموت المؤجر رجع ورثته بالأجرة ، كذلك إذا بطلت بموت المستأجر .

٢٦١٣٤ - وفي مسألتنا لو انتقض النكاح بموت الزوج لم يرجع ورثته بشيء ، كذلك إذا انتقضت بموتها . فأما إذا استسلفت ثم نشزت ، فمن أصحابنا من لا يسلم ذلك ، ويقول : لا يرجع عليها ، كما لا يرجع بعد موتها .

٢٦١٣٥ - ولا رواية فيه

٢٦١٣٦ - والشافعي : حدثنا على أصله أنه يجب على وجه العوض ، كالأثمان . وهذا أصل نخالفه فيه ، وإنما تتعجل صلة عما يجب في الصلة في المستقبل فلا يثبت الرجوع وإن لم يجب ، كما لو عجل رب المال الزكاة ثم لم تجب عليه في المستقبل [(٢)] .

---

(١) لا تُرَدُّ النفقة المعجلة بموت أحدهما ، بأن أسلفها نفقة سنة مثلًا ثم مات أحدهما لا يسترد ذلك ، وقال محمد رحمه الله : يحتسب لها بنفقة ما مضى ، وما بقي يسترد منها ، وبه قال الشافعي . وعلى هذا الخلاف الكسوة : هما يقولان إنها أخذت عوضًا عما تستحقه عليه بالاحتباس ، فتبين أن لا استحقاق لها عليه فترده . كما إذا ادعى على شخص دينًا فقضاه ثم تصادقا أن لا دين عليه ، فإنه يرد المقبوض ، وكما إذا أسلفها نفقة سنة ثم ماتت قبل أن يتزوجها ، وكرزق القاضي والمقاتلة إذا أسلف ثم مات قبل المدة . ولنا أنها صلة اتصل بها القبض ، ولا رجوع في الصلات بعد الموت بخلاف مسألة التصادق فإن المقبوض هناك مضمون على القابض ألا ترى أنه يرجع عليه . انظر : تبيين الحقائق (٥٧/٣) ، البدائع (٣٠/٤) ، المبسوط (١٩٦/٥) .

(٢) انظر : أسنى المطالب ٤٣٣ ، تحفة المحتاج (٣٢٢/٨) .

مسألة ١٣٩١

نفقة الأنثى إذا بلغت وليس لها عائل

٢٦١٣٧ - قال أصحابنا : إذا بلغت الأنثى وليس لها مال ، ولا زوج ولا كسب فنفقتها على أبيها (١) .

٢٦١٣٨ - وقال الشافعي : إذا بلغت صحيحة فلا نفقة لها (٢) .

٢٦١٣٩ - لنا : أن البلوغ مع الفقر والعجز عن التكسب في الغالب لا يسقط النفقة . أصله : الابن الأعمى ، والزمن .

٢٦١٤٠ - ولا يلزم إذا كان لها زوج ، لأن المسقط للنفقة ليس هو البلوغ ، وإنما هو وجوب نفقتها على غيره ، بدلالة أن المراهقة المزوجة لا يجب على الأب نفقتها .

٢٦١٤١ - احتجوا بأن البلوغ مع الصحة معنى يسقط نفقة الابن ، فوجب أن يسقط نفقة البنت . أصله : اليسار . ولأن البلوغ مع الصحة يسقط النفقة . أصله الابن .

٢٦١٤٢ - قلنا : الغالب من حاله القدرة على التكسب ، والبنت الغالب من حالها العجز عن التكسب .

٢٦١٤٣ - فإن قيل : قد تكسب بالعمل ، قلنا : إذا كان لها كسب سقطت نفقتها ، وذلك نادر ، فلا يعتبر به كالابن الزمن .

* * *

(١) تجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على أبويه أثلاثًا على الأب الثلثان وعلى الأم الثلث ؛ لأن الميراث لهما على هذا المقدار . قال العبد الضعيف : هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن ، وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الأب . لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾ انظر : فتح القدير (٤٢٢/٤) ، المبسوط (٢٢٤/٥) .

(٢) قال الشافعي : وينفق على ولده حتى يبلغوا المحيض والحلم ثم لا نفقة لهم عليه إلا أن يتطوع ، إلا أن يكونوا زمنى فينفق عليهم قياسًا على النفقة عليهم إذا كانوا لا يغنون أنفسهم في الصغر ، وسواء في ذلك الذكر والأنثى . وإنما ينفق عليهم ما لم تكن لهم أموال ، فإذا كانت لهم أموال فنفقتهم في أموالهم ، قال : وسواء في ذلك ولده وولد ولده وإن سفلوا ، ما لم يكن لهم أب دونه يقدر على أن ينفق عليهم ، قال : وإذا زمن الأب والأم ولم يكن لهما مال ينفقان منه على أنفسهما أنفق عليهما الولد لأنهما قد جمعا الحاجة . انظر : الأم (٩٥/٥) .

مسألة ١٢٩٢

نفقة الصغيرة

٢٦١٤٤ - قال أصحابنا : إذا كان لصغير أم وجد فالنفقة عليهما أثلاثًا . وإن كان للرجل بنت وابن ابن فعلى البنت النفقة ، وإن كان له ابن وبنت فالنفقة عليهما نصفان (١) .

٢٦١٤٥ - وقال الشافعي : النفقة على الجد وعلى الابن ، دون البنت ، وعلى ابن الابن دون البنت (٢) .

٢٦١٤٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ فأوجب النفقة فيمن سوى الأب على الوارث فوجب أن يعتبر مقدار الأب ، ولأنهما اختلفا في الدرجة فلم ينفرد البعيد بالإنفاق ، دون القريب الموسر . أصله الأب والجد .

٢٦١٤٧ - [ولأنها تدلى إليه بنفسها ، والجد بواسطة ، فلم يقدم عليها كالجد والأب] (٣) .

٢٦١٤٨ - ولأن البنت من صلب الأب وابن الابن [أبعد في الدرجة فكانت النفقة على ولد الصلب كالابن وابن الابن] (٤) والابن والبنت / تساويا في البنوة والتعصيب فصار كالابنين . ٩٦

٢٦١٤٩ - احتجوا بأن الجد له تعصيب وولاء فلم تشاركه الأم في النفقة كالأب

٢٦١٥٠ - قلنا : الأب لا يشاركه في نفقة ولده غيره فلم تدخل الأم معه ، والجد يجوز أن يقدم غيره عليه في الإنفاق ، فجاز أن يشاركه من هو أقرب منه .

---

(١) إذا مات الأب وللولد الصغير أم وجد أب الأب فنفقته عليهما على قدر ميراثهما أثلاثا بخلاف الأب في ظاهر الرواية ، فإنه لا يشاركه في النفقة أحد لحقيقة الجزئية بينه وبين الولد ، وذلك لا يوجد في حق الجد ؛ فإن اتصال النافلة بواسطة الأب كاتصال الأخ ، فكما أن في الأخ والأم النفقة عليهما بحسب الميراث إذا كانا موسرين ، فكذلك في الجد والأم النفقة عليهما بحسب الميراث . انظر : المبسوط (٢٢٧/٥) ، البدائع (٣٣/٤) .

(٢) قال الشافعي : وإذا اجتمع القرابة من النساء فتنازعن الولد فالأم أولى ثم أمها ثم أم أمها ثم أمهات أمها وإن بعدن ثم الجدة أم الأب ثم أمها ثم أمهاتها ثم الجدة أم الجد أبي الأب ثم أمها ثم أمهاتها ثم الأخت للأب والأم ثم الأخت للأب ثم الأخت للأم ثم الخالة ثم العمة . قال : ولا ولاية لأم أبي الأم ؛ لأن قرابتها بأب لا بأم فقرابة الصبي من النساء أولى . قال : ولا حق لأحد مع الأب غير الأم وأمهاتها ، فأما أخواته وغيرهن فإنما يكون حقهن بالأب فلا يكون لهن حق معه ، وهن يدلين به والجد أبو الأب يقوم مقام الأب إذا لم يكن أب أو كان غائبًا أو غير رشيد . قال : وكذلك أبو أب الأب . قال : وكذلك العم وابن العم وابن عم الأب والعصبة يقومون مقام الأب إذا لم يكن أحد أقرب منهم مع الأم وغيرها من أمهاتها . انظر : الأم (١٠١/٥) .

(٣ ، ٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركه المصنف في الهامش .

مسألة ١٢٩٣

الحضانة بين أخت الأم وأخت الأب

٢٦١٥١ - قال أصحابنا : الأخت من الأم أولى بالحضانة من الأخت من الأب [١] .

٢٦١٥٢ - وقال الشافعي : الأخت من الأب أولى [٢] .

٢٦١٥٣ - لنا : أنهما تساويا في رتبة القرابة فالتى تدلى بالأم أولى ممن تدلى بالأب ، كالخالة والعمة .

٢٦١٥٤ - ولأن الحضانة أصلها الأب فكما أن ولاية المال يستحقها من يدلي بالأب فولاية الحضانة يقدم فيها من تدلي بالأم .

٢٦١٥٥ - ولأن الأخت من الأم تدلى بمن لها حضانة ، والأخرى تدلي بمن لا حضانة لها ، فصارت كأم الأم وأم الأب .

٢٦١٥٦ - احتجوا بأنهما شخصان استويا في عدم الولاء ، فوجب أن يكون أولاهما بالحضانة أقواهم في الإرث ، لا سيما على أصلنا تقدم على ولد الأب والأم في الشركة ، وترث معهم في بقية المسائل .

* * *

---

(١) هذه الولاية مستفادة من قبل الأم فكل من يدلي بقرابة الأم كان أولى ؛ لأنها تكون أشفق ثم الأخوات فأم الأب أولى من الأخت ؛ لأن لها ولادة فكانت أدخل في الولاية ، وكذا هي أشفق ، وأولى الأخوات الأخت لأب وأم ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ؛ لأن الأخت لأب وأم تدلي بقرابتين فترجح على الأخت لأم بقرابة الأب وترجح الأخت لأم ؛ لأنها تدلي بقرابة الأم فكانت أولى من الأخت لأب ، واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الأخت لأب مع الخالة أيتهما أولى ، روي عنه في كتاب النكاح أن الخالة أولى وهو قول محمد وزفر . انظر : البدائع (٤/٤٢) ، المبسوط (٥/٢١١ ، ٢١٢) .

(٢) لأن الولادة فيهن محققة وفي أمهات الأب مظنونة (فأخت) ؛ لأنها أقرب من الخالة (فخالة) لأنها تدلي بالأم بخلاف من يأتي (فبنت أخت فبنت أخ) كالأخت مع الأخ (فعمة) ؛ لأن جهة الأخوة مقدمة على جهة العمومة ، وتقدم أخت وخالة وعمة لأبوين على من كانت لأب ، لزيادة قرابتهن ، وتقدم أخت وخالة وعمة لأب عليهن لأم لقوة الجهة ، وفهم بالأولى أنهن إذا كن لأبوين يقدمن عليهن لأم . انظر : فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (٤/٥١٧) ، الأم (٥/١٠١) .

مسألة ١٢٩٤

سقوط الحضانة بالزواج

٢٦١٥٧ - قال أصحابنا : إذا تزوجت المرأة سقطت حضانتها ، فإن طلقها الزوج طلقة بائنة عاد حقها ، وإن طلقها رجعية لم يعد حقها (١) .

٢٦١٥٨ - وقال الشافعي : يعود في الوجهين (٢) .

٢٦١٥٩ - لنا : أنه طلاق لا يزيل الملك فلا يعود مع الحضانة ، كالطلاق المعلق بالشرط . ولأن ملك الزوج بحاله ، بدلالة أنه يراجعها متى شاء ، فصار كالمظاهر والمولى .

٢٦١٦٠ - احتجوا : بأنها مطلقة كالمبتوتة .

٢٦١٦١ - قلنا : زال الملك ، وهو المعنى المسقط للحضانة فعادت ، والرجعي بخلافه .

٢٦١٦٢ - قالوا : من أصلنا أن الطلاق الرجعي يحرمها كالبائن .

٢٦١٦٣ - قلنا : البائن لم تعد الحضانة للتحريم ، لكن يزول الملك يبين ذلك أن التزويج يسقط الحضانة حتى لا يلحق الولد حقًّا من زوج أمه ، فإذا طلقها طلاقًا رجعيًّا فله أن يُرجعها متى شاء ، كالمظاهر والمولي .

* * *

---

(١) والحاضنة (يسقط حقها بنكاح غير محرمه) أي الصغير ، وكذا بسكناها عند المبغضين له ، كما في القنية : ولو تزوجت الأم بآخر فأمسكته أم الأم في بيت الزوج فللأب أخذه . انظر : المبسوط (٢١١/٥) ، ورد المحتار (٥٦٦/٣) ، البدائع (٤٣/٤) .

(٢) إذا نكحت المرأة فلا حق لها في كينونة ولدها عندها صغيرًا كان أو كبيرًا ، ولو اختارها ما كانت ناكحًا . فإذا طلقت طلاقًا يملك فيه الزوج الرجعة أو لا يملكها رجعت على حقها فيه ، فإذا راجعها أو نكحته أو غيره دخل بها أو لم يدخل بها أو غاب عن بلدها أو حضر فلا حق لها فيهم حتى تطلق وكلما طلقت عادت على حقها فيهم لأنها تمنعه بوجه فإذا ذهب فهي كما كانت قبل أن تكون ، وأن في ذلك حقًّا للولد . انظر : الأم (١٠٠/٥) .

مسألة ١٢٩٥

سفر المرأة بإذن زوجها في التجارة

٢٦١٦٤ - قال أصحابنا : إذا سافرت بإذن زوجها في تجارة لها فلا نفقة لها [١] .

٢٦١٦٥ - وقال الشافعي : لها النفقة [٢] .

٢٦١٦٦ - لنا : أنها مانعة لنفسها بسفر ليس بواجب ، فصار كما لو خرجت بغير إذنه .

٢٦١٦٧ - احتجوا : بأنها سافرت بإذنه كما لو أنفذها في حاجة .

٢٦١٦٨ - قلنا : هناك لم تمنع نفسها بسفر ؛ لأنها تتصرف له . وهاهنا هي مانعة ؛ لأنها متصرفة لنفسها في أمر لم يجب عليها .

٢٦١٦٩ - قالوا : معنى لم تعص به فصار كما لو خرجت إلى منزل والدها بإذنه .

٢٦١٧٠ - قلنا : لو غصبها أحد فلا نفقة لها ، وإن لم تكن عاصية لهذا المعنى ، وأما إذا خرجت إلى منزل والديها بأمره ، وأقامت فيه سقطت النفقة ، وإن لم تقم فذلك ليس يمنع فهو كخروجها إلى العيد .

* * *

(١) جاء في المبسوط : « قال : وإذا تغيبت المرأة عن زوجها ، أو أبت أن تتحول معه إلى منزله ، أو إلى حيث يريد من البلدان وقد أوفاها مهرها فلا نفقة لها . انظر : المبسوط (١٨٧/٥) .

(٢) (و) من سافرت (بإذنه لغرضه) كأن أرسلها في حاجته (يقضي لها) ما فاتها للإذن ، وغرضه فهي كمن عنده وفي قبضته وهو المانع نفسه عنها بإرسالها (و) بإذنه (لغرضها) كحج وعمرة وتجارة (لا) يقضي لها (في الجديد) لأنها ليست في قبضته ، وفائدة الإذن رفع الإثم ، والقديم يقضي لوجود الإذن . ولو سافرت لحاجة ثالث . قال الزركشي : فيظهر أنه كحاجة نفسها اهـ . وهو كما قال غيره ظاهر ، إذا لم يكن خروجها بسؤال الزوج لها فيه وإلا فيلحق بخروجها لحاجته بإذنه ، ولو سافرت وحدها بإذنه لحاجتهما معًا لم يسقط حقها ، كما قاله الزركشي وغيره بالنسبة للنفقة ، ومثلها القسم خلافًا لما بحثه ابن العماد من السقوط وامتناعها من السفر مع الزوج نشوز . قال الماوردي : إلا أن تكون معذورة بمرض أو نحوه . انظر : تحفة المحتاج (٤٥١/٧ ، ٤٥٢) ، مغني المحتاج (٤٢٣/٤) .

مسألة ١٢٩٦

طلب المبتوتة أجرة الرضاع

٢٦١٧١ - قال أصحابنا : إذا طلبت المبتوتة أجرة الرضاع مقدار أجر مثلها فوجد الأب من يرضعها بأقل من ذلك أو من يتبرع بالرضاع فله أن يمنع الأجرة ، ويكلف المرضعة أن ترضعه في بيت أمه (١) .

٢٦١٧٢ - وقال الشافعي : يجبر على أن يعطيها الأجرة (٢) .

٢٦١٧٣ - لنا قوله تعالى : ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ﴾ ومتى كلفناه الأجرة وهو غني عنها فقد أضررنا به ، ولا نلتمس زيادة على ما يجب الأب للمرضعة فصار كما لو طلبت أكثر من أجرة مثلها .

٢٦١٧٤ - ولأن اللبن قوت الصبي فإذا وجد من يتبرع به لم يلزم الأب أن يعطي عنه عوضًا . أصله طعامه بعد الفصال .

٢٦١٧٥ - ولا يقال إن الطعام لا يتفاوت وإن لبن الأم أنفع له ؛ لأن هذا يبطل إذا التمست أكثر من أجرة مثلها .

٢٦١٧٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ .

٢٦١٧٧ - قلنا : الرضاع لا يكون له إلا إذا رضي به ، فأما إذا كان بغير اختياره فلم يقع له قالوا : قال : اللّٰه تعالى : ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ .

٢٦١٧٨ - قالوا : ومتى التمست أجرة المثل فلم تعاسره .

٢٦١٧٩ - قلنا : هذا يدل على أنها إذا تعاسرت جاز أن يسترضع وإذا لم تتعاسر موقوف على الدليل . ولأن التعاسر لم يمنع كل واحد منهما من عوض الأجرة ، سواء طلبت أجرة المثل أو أقل منه .

٢٦١٨٠ - قالوا : حقها من الحضانة لم يسقط ، فصار كما لو طلبت الأجنبية

---

(١) انظر : المبسوط (٥/٢٠٩) ، البدائع (٤/٤٢) ، رد المحتار (٣/٦٢٠ ، ٦٢١) .

(٢) (قال الشافعي) رحمه الله تعالى : وإذا أسلمت الذمية تحت الذمي حاملاً كانت لها النفقة حتى تضع حملها فإن أرضعته فلها أجر الرضاع وهي كالمبتوتة المسلمة الحامل أو أولى بالنفقة منها . انظر : الأم (١/٢٨٥) ، نهاية المحتاج (٧/٢٢٣) .

الأجرة فرضيت الأم .

٢٦١٨١ – قلنا : هناك لاحظ للأب في الأجنبية ، ولبن الأم أصلح للصبي وهي عليه أشفق فلم يجز إسقاط حق الصبي من غير منفعة الأب .

* * *

مسألة ١٢٩٧

امتناع المولى عن نفقة عبده

٢٦١٨٢ - ذكر الطحاوي عن محمد أن المولى إذا امتنع من نفقة عبده أجبر عليها ، وإن امتنع من النفقة على دابته لم يجبر عليها ، ولكنه يفتي بذلك .

٢٦١٨٣ - وعن أبي يوسف : أنه يجبر فيهما (١) .

٢٦١٨٤ - وبه قال الشافعي . ومن أصحابه من قال لا يجبر فيهما (٢) .

---

(١) وأما شرط وجوبها فهو أن يكون الرقيق مملوك المنافع والمكاسب للمولى ، فإن لم يكن فلا تجب عليه نفقته . ويجب على الإنسان نفقة عبده القن والمدبر وأم الولد ؛ لأن أكسابهم ملك المولى . انظر : البدائع (٤١/٤) ، العناية (٤٢٧/٤ ، ٤٢٨) .

(٢) إذ للنفقة ثلاثة أسباب : الزوجية ، والبعضية ، وملك اليمين ولما أنهى الكلام على الأولين شرع في الثالث فقال : (عليه) (كفاية رقيقه) ذكرًا كان أو أنثى أو خنثى (نفقة وكسوة) وسائر مؤناته حتى ماء طهارته ولو سفرًا وتراب تيممه إن احتاجه (وإن كان أعمى زمنًا ومدبرًا أو مستولدة) وآبقا وصغيرًا ومرهونًا ومستأجرًا وموصى بمنفعته أبدًا ومعارًا وكسوبًا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَهُوَ كَلٌّ عَلَىٰ مَوْلَىٰهُ ﴾ والخبر « للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل ما لا يطيق » وخبر « كفى بالمرء إثما أن يحبس عن مملوكه قوته » [رواهما مسلم] وقيس بما فيهما معناهما ، ولأن السيد يملك كسبه وتصرفه فيه فتلزمه كفايته ، وأفهم قوله : كفاية رقيقه أن المعتبر كفايته في نفسه ، وإن زادت على كفاية مثله فتراعى رغبته وزهادته كما في نفقة القريب حتى يجب على السيد أجرة الطبيب وثمن الأدوية وإن لم يجب عليه ذلك لنفسه اكتفاء في حق نفسه بداعية الطبع بل الرقيق أولى بذلك ؛ لأن القريب قد يتكلف تحصيله . وشمل كلامه كغيره مستحق القتل لحرابة أو ردة أو نحوهما ؛ إذ لا تسقط كفايته بذلك ؛ لأن قتله بتجويعه تعذيب يمنع منه خبر مسلم « وإذا قتلتم فأحسنوا القتلة » ولأن السيد متمكن من منع وجوبها عليه ، بإزالة ملكه ، وبهذا فارق عدم وجوب كفاية قريبه ، ويستثنى المكاتب ولو فاسد الكتابة فلا تجب كفايته على سيده لاستقلاله بالكسب ، ولهذا تلزمه كفاية أرقائه . نعم إن احتاج لزمته كفايته ، وكذا لو عجز نفسه ولم يفسخ سيده كتابته فعليه نفقته ، وهي مسألة عزيزة النقل، ويلزمه فطرة المكاتب كتابة فاسدة لعدم تكررها كل يوم . وكذا تستثنى الأمة المزوّجة حيث أوجبنا نفقتها على زوجها ، ونفقة وكسوة منصوبان على التمييز ، والمعتبر في كفايته عرف البلد بالنسبة لأرقائهم (من غالب قوت رقيق البلد وأدمهم وكسوتهم) من حنطة وشعير وزيت وسمن وكتان وقطن وصوف وغيرها ، ولا بد من مراعاة حال السيد أيضًا في يساره وإعساره فيجب ما يليق بحاله من الجنس الغالب وخسيسه لخبر الشافعي « للمملوك نفقته وكسوته بالمعروف » قال : والمعروف عندنا المعروف لمثله ببلده، ولو كان السيد يأكل ويلبس دون المعتاد غالبًا بخلًا أو رياضة لزمه لرقيقه رعاية الغالب . ولو تنعم بما هو فوق اللائق استحب أن يدفع إليه مثله ، ولا يلزمه ، (ولا يكفي ستر العورة) وإن لم يتأذ بحر ولا برد ؛ لأن ذلك =

....

= يعد تحقيرًا له . قال الغزالي : وهذا ببلادنا إخراجًا لبلاد السودان ونحوها كما في المطلب ، وهذا يفهمه قولهم من الغالب ، فلو كانوا لا يستترون أصلًا وجب ستر العورة لحق الله تعالى ، ويؤخذ من التعليل أن الواجب ستر ما بين السرة والركبة (ويسن أن يناوله مما يتنعم به من طعام وأدم وكسوة) لخبر « إنما هم إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم ، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه من طعامه وليلبسه من لباسه » . قال الرافعي : حمله الشافعي على الندب أو على الخطاب لقوم مطاعمهم وملابسهم متقاربة ، أو على أنه جواب سائل علم فأجابه بما اقتضاه الحال . نعم يتجه في أمرد جميل يخشى من تنعمه بنحو ملبوسه لحوق ريبة من سوء ظن به ووقوع في عرضه عدم استحبابه حينئذ ، والأفضل أن يجلسه السيد معه للأكل : أي حيث لا ريبة تلحقه فيما يظهر ليتناول القدر الذي يشتهيه ، فإن لم يفعل أو امتنع هو من جلوسه معه توقيرًا له فليروغ له في الدسم لقمة كبيرة تسد مسدًا لا صغيرة تهيج الشهوة ولا تقضي النهمة أو لقمتين ثم يناوله ذلك ، وهذا لمن ولي الطبخ آكد لخبر الصحيحين « إذا أتى أحدكم خادمه بطعامه ، فإن لم يجلسه معه فليناوله لقمة أو لقمتين أو أكلة أو أكلتين فإنه ولي حره وعلاجه » ، والمعنى فيه تشوف النفس لما تشاهده ، وهذا يقطع شهوتها ، والأمر في الخبر محمول على الندب ندبًا للتواضع ومكارم الأخلاق ، ونقل الإسنوي نصًا حاصله الوجوب . ثم قال : فظهر أن الراجح عند الشافعي الوجوب على خلاف ما رجحه الرافعي ، ورده الأذرعي بأن النص لا يدل على ذلك بل على ما رجحه الرافعي ، ولو أعطى السيد رقيقه طعامه لم يجز له تبديله ، بما يقتضي تأخير الأكل إلا لمصلحة الرقيق ، ولو فضل نفيس رقيقه لذاته على خسيسه كره في العبيد ، وسن في الإماء (وتسقط) كفاية القن (بمضي الزمان) كنفقة القريب فلا تصير دينًا إلا بفرض قاضٍ أو نحوه . وقد قال الروياني : لو قال الحاكم لعبد رجل غائب استدن وأنفق على نفسك جاز ، وكان دينًا على سيده (ويبيع القاضي فيها ماله) إن امتنع منها أو غاب كما في نفقة القريب ، وتحريره أن الحاكم يؤجر جزءًا من ماله بقدر الحاجة أو جميعه إن احتيج إليه أو تعذر إيجار الجزء فإن تعذر إيجاره باع جزءًا منه بقدر الحاجة أو كله إن احتيج إليه أو تعذر بيع الجزء ، هذا في غير محجور عليه . أما هو فيتعين فعل الأحظ له من بيع القن أو إجارته أو بيع مال آخر أو لاقتراض على مغله (فإن فقد المال) بأن لم يكن لمالكه مال ولو ببلد القاضي فقط فيما يظهر لانتفاء سلطنته عليه حينئذ ، والمالك حاضر ممتنع من إنفاقه وتعذرت إجارته (أمره) القاضي بإيجاره : أي إن وفّى بمؤنته فيما يظهر ، أو بإزالة ملكه عنه (ببيعه أو إعتاقه) دفعًا للضرر ، والقصد إزالة ملكه عنه ، فإن امتنع أجره الحاكم عليه أو باعه كما مرَّ ، ويستدين عليه إلى اجتماع قدر صالح عليه فيباع حينئذ ما بقي به على الأصح في الروضة . قال الأذرعي وغيره : ومحله إذا لم يتيسر بيعه شيئًا فشيئًا بقدر الحاجة كالعقار ، فإن تيسر ذلك كالحبوب والمائعات تعين : أي بلا استدانة ا هـ . وهو مأخوذ من كلامهم ، فإن تعذر بيعه ، وإجارته فنفقته في بيت المال ، فإن فقد فعلى المسلمين ؛ لأنه من محاويجهم . قال ابن الرفعة : وتدفع كفاية الرقيق لمالكه ؛ لأن الكفاية عليه ، وهو المعني بأنه من محاويج المسلمين لا الرقيق ، قال الأذرعي : وظاهر كلامهم أنه ينفق عليه من بيت المال أو المسلمين مجانًا ، وهو ظاهر إن كان السيد فقيرًا أو محتاجًا إلى خدمته الضرورية وإلا فينبغي أن يكون ذلك قرضًا ا هـ . قال القمولي : من نصفه حر ونصفه رقيق يجب نصف نفقته على سيده والنصف الآخر عليه ، فإن عجز عن القيام به فيجب نصف نفقته في بيت المال . انظر : نهاية المحتاج (٧/٢٣٨-٢٤٣) .

٢٦١٨٥ - لنا : أن النفقة حق لا يجب للآدمي على البهيمة فلا يجبر الآدمي عليها لحقها وأنواع العلف .

٢٦١٨٦ - ولأن ما لا يثبت للآدمي على البهائم لا يثبت للبهائم على الآدمي كالديون . ولأن البهيمة أبيح له إتلافها فلم يجبر على نفقتها كشجرة ونخلة .

٢٦١٨٧ - احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ : « أن امرأة من بني اسرائيل حبست هرًا فلم تطعمه ولا تركته يأكل من خشاش الأرض فدخلت النار » [1] .

٢٦١٨٨ - قلنا : هذا يدل على أنه مؤاخذ بذلك في أحكام الآخرة ، والكلام في أحكام الدنيا .

٢٦١٨٩ - احتجوا : بأنه حيوان على مالكه الانفاق عليه ، فإذا امتنع أجبر كالعبد .

٢٦١٩٠ - قلنا : من أصحابنا من قال لا نسلم ذلك ؛ لأن العبد لا يثبت له على مولاه حق وإن نقصه بذلك كالبهيمة وإن سلمنا فلأن النفقة يجوز أن تجب على العبد ، فجاز أن تجب له . ولما لم يجز أن تجب على البهيمة لم تجب عليه .

* * *

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٨٣٤/٢) برقم (٢٢٣٦) باب فضل سقي الماء ، ومسلم في صحيحه (٦٢٢/٢) برقم (٩٠٤) باب ما عرض على النبي ﷺ في صلاة الكسوف من أمر الجنة والنار .

مسألة ١٢٩٨

نفقة العبد الموصى به

٢٦١٩١ – قال أصحابنا : إذا وصى بعبده لرجل وبخدمته لآخر فالنفقة على صاحب الخدمة (١) .

٢٦١٩٢ – وقال الشافعي : على صاحب الرقبة (٢) .

٢٦١٩٣ – لنا : أنه استحق منافعه لغير عوض فكانت النفقة عليه كالمكاتب المستحق لنفقة نفسه .

٢٦١٩٤ – احتجوا : بأن الملك له وكانت النفقة عليه كالمؤجر .

٢٦١٩٥ – قلنا : يبطل بالمكاتب .

٢٦١٩٦ – ولأن المستأجر استحق المنفعة بعوض فصار استحقاق العوض عليها ، كاستحقاقها فكانت النفقة عليه .

* * *

(١) ولو أوصى لرجل بخادمة ولآخر بخدمتها ؛ فإنها تكون عند صاحب الخدمة فإن أخذ منه صاحب الرقبة كفيلا بها وقد أخذها صاحب الخدمة بإذنه ؛ لم يكن على الكفيل شيء ؛ لأنه أخذها بحق مستحق له تبرعا فلا يكون ذلك الأخذ موجبا عليه ضمانا فلا يلزم الكفيل ذلك بالكفالة . ولو أخذها صاحب الرقبة بغير إذن صاحب الخدمة ثم أعطاه كفيلا بها حتى يسلمها إليه أخذ بها الكفيل ؛ لأن تسليم العين إلى صاحب الخدمة مستحق على صاحب الرقبة هنا ، وهو مما تجرى فيه النيابة فيصح التزامه بالكفالة ، فإن ماتت برئ الكفيل ؛ لأن حق صاحب الخدمة بطل بموتها وسقطت المطالبة عن صاحب الرقبة بالتسليم ، وكذلك لو كانت الوصية بالغلة مكان الخدمة . انظر : المبسوط (١٨٩/٢٧) ، البدائع (٣٨٧/٧) .

(٢) (قال الشافعي) : لو أوصى برقبة عبد لرجل وخدمته لآخر حياته ، أو وقتا فقبلا ، كانت صدقة الفطر على مالك الرقبة ، ولو لم يقبل كانت صدقة الفطر على الورثة ؛ لأنهم يملكون رقبته . انظر : الأم للشافعي (٧٠/٢) ، نهاية المحتاج (٨٧/٦) .

فهرس المجلد العاشر

الموضوع | الصفحة

كتاب الطلاق

كتاب الرجعة

كتاب الإيلاء

كتاب الظهار

كتاب اللعان

كتاب العدة

كتاب النفقات

* * *

موسوعة

القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري

(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج

أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد

أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

المجلد الحادي عشر

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى

١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

القاهرة - جمهورية مصر العربية

الإدارة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر

هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)

المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)

بريديًا : ص.ب ١٦١ الغورية الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

مَوْسُوْعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الجنايات

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ [١]

كتاب [٢] الجنايات [٣]

---

(١) ما بين المعكوفتين ليست في النسخ الثلاثة .

(٢) الكتاب لغة : مصدر سمي به المكتوب تسمية للمفعول باسم المصدر على التوسع الشائع . ويعبر عن الإثبات والتقدير والإيجاب والفرض والقضاء بالكتابة . والكتاب قد غلب في العرف العام على جمع من الكلمات المنفردة بالتدوين . وفي عرف النحويين غلب على كتاب سيبويه ، كما يطلق في الشرع على مجموع القرآن الكريم . وفي عرف الأصوليين غلب على أحد أركان الدين . وفي اصطلاح المصنفين : يطلق على طائفة من ألفاظ دالة على مسائل مخصوصة من جنس واحد تحته في الغالب إما الأبواب الدالة على الأنواع منها وإما الفصول الدالة على الأصناف وإما غيرها . انظر : الكليات لأبي البقاء الكفوي (٣٨٦/٢) منشورات وزارة الثقافة السوري دمشق ١٩٧٥م وكشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي (١٢٤١/٣) دار صادر بيروت .

(٣) التمهيد في معنى الجنايات لغة واصطلاحا ، والأدلة على تحريمه : الجنايات جمع الجناية وهي لغة : مصدر جنى بمعنى أذنب ويقال جنى على نفسه وجنى على قومه والذنب على فلان جره إليه ، وجنى الثمرة ونحوها جَنىً وجنيًا تناولها من منبتها ، ويقال جنى الثمرة لفلان وجنى الثمرة فلانا وجنى الذهب جمعه من معدنه ، فهو جانٍ وجناة وجُنَّاة . انظر : المعجم الوسيط (١٤٧/١) مادة جنى مجمع اللغة العربية ط الثالثة ، والمصباح المنير (١٥٤/١) المطبعة الأميرية ١٩٢٥م ط السادسة . أما الجناية اصطلاحًا : ففي المذهب الحنفي : (عبارة عن التعدي الواقع في النفس أو الأطراف) انظر : اللباب في شرح الكتاب للميداني (١٤٠/٣) دار الحديث بيروت ط الرابعة ١٩٧٩م) أو (اسم لفعل محرم حل بنفس وأطراف) انظر : حاشية ابن عابدين (٣٣٩/٥) دار إحياء التراث العربي ط الثانية . وفي المذهب المالكي : (ما يحدثه الرجل على نفسه أو غيره مما يضر حالا أو مآلا) انظر : مواهب الجليل شرح مختصر الخليل للحطاب (٢٧٧/٦) ط مكتبة النجاح ليبيا . وفي المذهب الشافعي : (ما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة) انظر: تكملة المجموع شرح المهذب للشيخ محمد نجيب المطيبعي (٣٤٤/١٨) دار الفكر . وفي المذهب الحنبلي : (التعدي على الأبدان بما يوجب قصاصا أو غيره) انظر : كشاف القناع للبهوتي (٢٨٥٧/٨) مكتبة نزار مصطفى الباز تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد ط الثالثة ١٩٩٧م السعودية وقد تعارف أكثر الفقهاء على إطلاق لفظ الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه ، وسموا الجنايات على الأموال غصبا ونهبا وسرقة وخيانة وإتلافا . فالتعريف الأول أولى لاتفاق الجميع عليها . وقد يسمى بعض الفقهاء كتاب الجنايات بكتاب الدماء كالمالكية نظرا إلى نتيجة الجريمة غالبا ، و بكتاب الجراح كالشافعية والحنابلة الذين اعتبروا الجراحة هي السبب الغالب في الاعتداء ولكن التبويب بالجنايات أولى لشمولها الجناية بالجرح وغيره كالقتل بالمثقل من العصا والحجر وبمسموم وسحر . حكمها : هو التحريم ، وأما أدلة تحريمها : فقد ثبت تحريمها بالكتاب والسنة والإجماع والقياس .

١ ـ أما الكتاب فآيات كثيرة منها :

=

مسألة ١٢٩٩

قتل الذمي بالمسلم

٢٦١٩٧ - قال أصحابنا رحمهم الله [1] : يقتل المسلم بالذمي .

٢٦١٩٨ - وقال الشافعي [2] رحمه الله : لا يجب القصاص على المسلم بقتل كافر [3]

= قوله تعالى : ﴿ قُلْ تَعَالَوْاْ أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُواْ بِهِۦ شَيْـًٔا وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُم مِّنْ إِمْلَٰقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُواْ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ﴾ سورة الأنعام ، الآية رقم ١٥١ . وقوله تعالى : ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ سورة النساء الآية رقم ٩٣ .
٢ - وأما السنة : فأحاديث كثيرة منها :
ما رواه البخاري رحمه الله عن عمرو بن شُرَحبيل قال : قال عبد الله : قال رجل : يا رسول الله أي الذنب أكبر عند الله ، قال : « أن تدعو لله ندا وهو خلقك » قال : ثم أي ؟ قال : « أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك » قال : ثم أي ، قال : « أن تزاني بحليلة جارك » . انظر : صحيح البخاري كتاب الديات (٢٥١٧/٦) برقم ٦٤٦٨ . تعليق مصطفى ديب البغا دار ابن كثير دمشق - بيروت ط الثالثة ١٩٨٧م . وما رواه أيضًا عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ « لن يزال المؤمن في فسحة من دينه ما لم يصب دما حرامًا » انظر : صحيح البخاري كتاب الديات (٢٥١٧/٦) برقم ٦٤٦٩ . أما الإجماع : فقد أجمع الفقهاء على تحريم الجناية على النفس وما دونها ولم يخالف لهم مخالف . أما المعقول : فلأن الجناية لو لم تكن حراما لأدى ذلك إلى سفك الدماء والاعتداء على حقوق الآخرين ونظام المجتمع وأمنه واستقراره وفي ذلك مفسدة عظيمة تتنافى مع مقاصد الشرع وحكمته فاقتضى الضرورة ذلك .

(١) ما بين المعكوفتين ليست في ص ، م ، ن وهكذا في كل ما هو آت مثل : [ﷺ] و [رحمه الله] ونحوها .

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن الشافع القرشي المطلبي ، الإمام الجليل صاحب المذهب المعروف ، من أشهر مصنفاته « الأم » و « الرسالة » و « أحكام القراءن » . ولد سنة ١٥٠هـ بغزة . وتوفي رحمه الله بمصر سنة ٢٠٤هـ وله ٥٤ سنة . انظر : شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي (٩/٢) دار الفكر القاهرة دون سنة الطبع . وتذكرة الحفاظ للذهبي (٣٦١/١) دار إحياء التراث العربي الهند ، وحلية الأولياء للأصفهاني (٦٣/٩) ، دار الفكر بيروت دون سنة الطبع ، وصفة الصفوة لابن الجوزي مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة ١٩٩٦ م .

(٣) اتفق الفقهاء على أن المسلم يقتل بالمسلم والذمي يقتل بالذمي . كما اتفقوا أيضًا على قتل الذمي بالمسلم . واختلفوا في قتل المسلم بالذمي على قولين :
القول الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى وعثمان البتي إلى أن المسلم يقتل بالذمي .
القول الثاني : وذهب الجمهور منهم الإمام مالك والإمام الشافعي والإمام أحمد والظاهرية إلى أن المسلم لا يقتل بالذمي . إلا أن الإمام مالك قال : لا يقتل به إلا أن يقتله غيلة . وقتل الغيلة هو القتل لأخذ المال سواء =

فإن جرحه وهو كافر ثم أسلم اقتص منه [١] .

= كان القتل خفية كما لو خدعه فذهب به لمحل فقتله فيه لأخذ المال أم كان القتل ظاهرا على وجه يتعذر معه الغوث ، فقالوا : المسلم إذا قتل الذمي غيلة فإنه يقتل لكن لا على سبيل القصاص بل على أنه مفسدة في الأرض ، وكذلك فإن هذا القتل لا عفو فيه ولا صلح ، وصلح الولي مردود والحكم فيه للإمام . وأما إذا قتله قتلا ليس بغيلة فإنه لا يقتص منه لعدم المكافأة فهو مع الجمهور في هذه الحالة . ولم يفرق الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية بين القتل غيلة وغيره ، وردوا على الإمام مالك بأن قتل الغيلة وغيره سواء في القصاص والعفو ، وذلك للولي دون السلطان لأن النصوص الواردة في القتل لم تفرق بين قتل الغيلة وغيرها ، فعمومها يوجب القتل على سبيل القصاص لا على سبيل الحد . انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٣٠ تحقيق أبو الوفا الأفغاني دار الكتاب العربي القاهرة ١٣٧٠هـ ، وتحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (١٤٥/٣) تحقيق د . محمد زكي عبد البر مطبعة جامعة دمشق . والمبسوط للسرخسي (١٣١/٢٦) دار المعرفة بيروت ط الثانية والهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني (١٦٠/٤) ط مصطفى البابي الحلبي الطبعة الأخيرة ، وبلغة السالك للصاوي (٣٨١/٢) ، وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٣٧/٤) دار إحياء الكتب العربي ، وبداية المجتهد لابن رشد (٣٩٩/٢) دار الكتب العلمية بيروت ط العاشرة ١٩٨٨م والذخيرة للقرافي (٣٣٢/١٢) تحقيق محمد بو خبزة دار الغرب الإسلامي بيروت ط أولى ١٩٩٤م . الأم للشافعي (٤٠/٦) دار الفكر بيروت ط الثانية ١٩٨٣م ومغني المحتاج للخطيب الشربيني ط مصطفى البابي الحلبي ١٩٥٨م والحاوي الكبير للماوردي (١٠/١٢) تحقيق الشيخ علي محمد معوض وزميله ، دار الكتب العلمية بيروت ط أولى ١٩٩٤م . الإنصاف للمرداوي (٤٧٠/٩) تحقيق محمد حامد الفقي مطبعة السنة المحمدية . وكشاف القناع للبهوتي (٢٨٥/٣) تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة ١٩٩٧م . والمغني والشرح الكبير (٣٤٢/٩) دار الكتاب العربي بيروت ١٩٨٣م والمحلى لابن حزم الأندلسي (١١/١٢) مكتبة الجمهورية العربية مصر ١٩٧١م . هذا وقد ثبت رجوع زفر بن هزيل من الحنفية عن القول بقتل المسلم بالذمي . قال أبو عبيد : « قلت لزفر إنكم تقولون إنا ندرأ الحدود بالشبهات وإنكم جئتم إلى أعظم الشبهات فأقدمتم عليها قال : وما هو ، قلت المسلم يقتل بالكافر : قال : فاشهد أنت على رجوعي عن هذا » . انظر غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام الهروي المتوفى سنة ٢٢٤هـ ١٠٥/٢ دار الفكر العربي بيروت ١٩٧٦م .

(١) إذا قتل الذمي ذميا ثم أسلم القاتل فقد اتفقت المذاهب الأربعة على أنه يقتص منه خلافا للإمام الأوزاعي والإمام أحمد في رواية . وإليك نصوص المذاهب الأربعة :

قال الإمام الكاساني : « ولا خلاف في أن الذمي إذا قتل ذميا ثم أسلم القاتل أنه يقتل به قصاصا » انظر : بدائع الصنائع للكاساني (٢٣٧/٧) دار الكتب العلمية بيروت ط الثانية ١٩٨٦م .

وقال الإمام القرافي نقلًا عن الجواهر : « إذا صادف القتل تكافؤ الدماء لم يسقط القصاص بزواله كالكافرين يسلم أحدهما بعد الجناية . » انظر : الذخيرة (٣٣٢/١٢) وحاشية الدسوقي (٢٣٧/٤) . وقال الخطيب الشربيني : « فلو أسلم الذمي القاتل مكافئا له لم يسقط القصاص لتكافئهما حالة الجناية ، لأن الاعتبار في العقوبات بحال الجناية ولا نظر لما يحدث بعدها . » انظر مغني المحتاج (٦/٤) ونهاية المحتاج للرملي (٢٦٩/٧) مطبعة مصطفى البابي الحلبي . أما الحنابلة فإنهم يرون أنه يقتل به في هذه الحالة على الصحيح من المذهب عندهم ، جاء في الإنصاف : فإنه =

٢٦١٩٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ﴾ (١) ولم يشترط في المقتول صفة (٢) .

٢٦٢٠٠ - ولا يقال : إنه خطاب للمؤمنين ، لأنه خاطب المؤمنين الذين عليهم القصاص ولم يشترط الإيمان فيمن له القصاص (٣) .

٢٦٢٠١ - فإن قيل : القصاص المماثلة وليس الذمي مماثلا للمسلم (٤) .

٢٦٢٠٢ - قلنا : القصاص هو المماثلة في الفعل دون المماثلة في المفعول ، ومنه قولهم اقتص أثر فلان (٥) .

= يقتل به على الصحيح من المذهب ، نص عليه ، وعليه جماهير الأصحاب وقيل : لا يقتل به وهو احتمال في المغني وغيره وهو ظاهر نقل بكر ، كإسلام حربي قاتل . انظر : الإنصاف للمرداوي (٤٧٠/٩) . ودليل قول الإمام الأوزاعي قول النبي ﷺ « لا يقتل مؤمن بكافر » ولأنه مؤمن فلا يقتل بكافر ، كما لو كان مؤمنا حال قتله ، ولأن إسلامه لو قارن السبب منع عمله فإذا طرأ أسقط حكمه ودليل الجمهور : أن القصاص عقوبة فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها كالحدود ، ولأنه حق وجب عليه قبل إسلامه فلم يسقط بإسلامه كالدين ، ولأن القصاص قد وجب فلا يسقط بما طرأ كما لو جن . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٤٢/٩) .

(١) تكملة الآية الكريمة ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖۗ ذَٰلِكَ تَخۡفِيفٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَرَحۡمَةٞۗ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ بَعۡدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٞ ﴾ سورة البقرة الآية رقم ١٧٨ .

(٢) كذا في أ و ج ، وفي ب (صيغة) .

(٣) ذكر المفسرون أن الخطاب للمؤمنين في هذه الآية . انظر : تفسير ابن كثير (٢١٠/١) ، وفتح القدير للشوكاني (٢٦١/١) ، دار الحديث بالقاهرة ط الأولى سنة ١٩٩٣ . ولكن قال الإمام الرازي : دل ظاهر الآية على وجوب القصاص على جميع المؤمنين بسبب قتل جميع القتلى ، إلا أنهم أجمعوا على أن غير القاتل خارج من هذا العموم . انظر : تفسير الرازي (٤٧/٥) دار إحياء التراث العربي بيروت ط الثانية . وقال الإمام أبو بكر الجصاص : وليس توجيه الخطاب إلى المؤمنين بإيجاب القصاص عليهم في القتلى بموجب أن يكون القتلى مؤمنين ، لأن علينا اتباع عموم اللفظ ما لم تقم دلالة الخصوص وليس في الآية ما يوجب خصوص الحكم في بعض القتلى دون بعض . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٦٥/١) وناقش الإمام الماوردي هذا الاستدلال بأن الله تعالى قال في آخر الآية : ﴿ وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ ﴾ فهو قصاص لهم فلم يجز أن يجعل قصاصا عليهم . انظر : الحاوي للماوردي (١٤/١٢) .

(٤) اعترض الجمهور بأن الذمي لا يماثل المسلم لأنه منقوص بالكفر . قال تعالى : ﴿ أَفَمَن كَانَ مُؤۡمِنٗا كَمَن كَانَ فَاسِقٗاۚ لَّا يَسۡتَوُۥنَ ﴾ سورة السجدة الآية ١٨ وقال تعالى : ﴿ أَفَنَجۡعَلُ ٱلۡمُسۡلِمِينَ كَٱلۡمُجۡرِمِينَ ۝٣٥ مَا لَكُمۡ كَيۡفَ تَحۡكُمُونَ ﴾ سورة القلم الآية ٣٥ ، ٣٦ وقال تعالى : ﴿ لَا يَسۡتَوِيٓ أَصۡحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصۡحَٰبُ ٱلۡجَنَّةِۚ أَصۡحَٰبُ ٱلۡجَنَّةِ ﴾ سورة الحشر الآية ٢٠ . انظر بلغة السالك (٣٨١/٢) الحاوي للماوردي (١٠/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٤٢/٩) والمحلى (١١/١٢) .

(٥) القصاص في اللغة : مأخوذ من قصصت الأثر أي تتبعته ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فَٱرۡتَدَّا عَلَىٰٓ ءَاثَارِهِمَا قَصَصٗا ﴾ =

٢٦٢٠٣ - قالوا : قال الله تعالى : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ ﴾ (١) والمسلم أخو المسلم (٢) والكافر ليس بأخ .

٢٦٢٠٤ - قلنا : يجوز أن يكون المراد بالأخ من النسب والقبيلة ، وذلك لا يقتضي الأخوة من الدين (٣) .

٢٦٢٠٥ - يدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَـٰنًا (٤) ﴾ (٥)

= سورة الكهف الآية رقم ٦٤ . وفيه معنى القطع لأن القصاص يقطع ما بين أولياء المقتول والقاتل من خلاف وشقاق . ثم غلب استعماله في كل ما يفيد معنى المماثلة كقتل القاتل وقطع القاطع وجرح الجارح لأنه يفعل بالجاني مثلما فعل بالمجني عليه . انظر : لسان العرب لابن منظور (٣٦٥١/٥) دار المعارف . ومختار الصحاح للرازي مادة قص مكتبة الثقافة الدينية القاهرة والمفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني (٥٢٢/٢) مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة . والقصاص اصطلاحا : « القتل بإزاء القتل وإتلاف الطرف بإزاء إتلاف الطرف » (انظر : طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية للنسفي ص٣٢٧ تعليق الشيخ خالد عبد الرحمن العك دار النفائس بيروت ط أولى ١٩٩٥م)

(١) وتمام الآية الكريمة : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ۖ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَـٰنٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ سورة البقرة الآية ١٧٨ .

(٢) الحديث متفق عليه . عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « المسلم أخو المسلم ، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ، ومن فرج عن مسلم كربة من كرب الدنيا فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة ، ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة » أخرجه الإمام البخاري في صحيحه . كتاب المظالم، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه (٨٦٢/٢) برقم ٢٣١٠ . والإمام مسلم في صحيحه . كتاب البر والصلة والآداب ، باب تحريم الظلم (١٩٩٦/٤) رقم ٢٥٨٠ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي دار الحديث القاهرة ط أولى ١٩٩١م .

(٣) يجوز أن يكون قد جعله أخا له في النسب كقوله تعالى : ﴿ وَإِلَىٰ عَادٍ أَخَاهُمْ هُودًا ﴾ ويدل على ذلك أيضًا قوله تعالى : ﴿ كَذَّبَتْ عَادٌ ٱلْمُرْسَلِينَ ۝ إِذْ قَالَ لَهُمْ أَخُوهُمْ هُودٌ ﴾ لم يرد الأخوة في الدين ، ولو سلمنا أن المراد بالآية الأولى الأخوة في الدين نقول يجوز أن يتقدم لفظ عام ثم يعطف عليه خاص كقوله تعالى : ﴿ وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَـٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ ﴾ يعم الوالدين المسلمين والكافرين ثم قوله تعالى : ﴿ وَإِن جَـٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِى } خاص في الكافرين . انظر : الجوهر النقي لابن التركماني المتوفى سنة ٧٤٥هـ المطبوع في ذيل السنن الكبرى للبيهقي (٢٨/٨) مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدرآباد الدكن الهند ١٣٥٤هـ وأحكام القرآن لأبي بكر الجصاص (١٧٣/١) . وغرائب القرآن ورغائب الفرقان للنيسابوري المتوفى سنة ٧٢٨ هـ مطبعة الحلبي ط أولى ١٩٦١م .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) وتمام الآية الكريمة : قال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ۗ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَـٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴾ سورة الإسراء الآية ٣٣ .

وهذا عام في جميع كل قتيل مظلوم (١) .

٢٦٢٠٦ - فإن قيل : لما قال : ﴿ فَلَا يُسْرِف فِّي ٱلْقَتْلِ ﴾ (٢) لم يتناول مسألتنا ، لأن قتل المسلم بالكافر (٣) سرف .

٢٦٢٠٧ - قلنا : السرف في القتل هو التجاوز [في الفعل] (٤) وذلك لا يتناول اختلاف الأديان (٥) .

٢٦٢٠٨ - يدل عليه (٦) ما روى ربيعة بن عبد الرحمن (٧) عن عبد الرحمن بن البيلماني (٨) أن النبي ﷺ أتى برجل من المسلمين قد قتل معاهدا من أهل الذمة فضرب عنقه ، وقال : « أنا أحق من وفى بذمته » (٩) .

---

(١) وجه دلالة الآية : أن السلطان المذكور في الآية عام في المسلم والكافر . (انظر : أحكام القرآن للجصاص ١٧٤/١) ونوقش هذا بأن الآية مخصوصة بالمؤمنين لأن الكافر ليس له سلطان على المسلم بدليل قوله تعالى : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ سورة النساء الآية ١٤١ . (انظر : الحاوي للماوردي ١٢/١٢ والمحلى لابن حزم ١٣/١٢) .

(٢) جزء من الآية السابقة .

(٣) كذا في أ و ج ، وفي ب (الكافر) .

(٤) في ب وج للفعل . وما أثبته من أ وهو الصحيح ، لأن تجاوز تتعدى بفي . (انظر : لسان العرب مادة جوز ٧٢٥/١) .

(٥) وجه الدلالة من الآية أنه ثبت بالاتفاق أن السلطان المذكور في هذا الموضع قد انتظم القود وليس فيها تخصيص مسلم من كافر فهو عليهما . (انظر : أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص ١٧٤/١) ونوقش هذا بأن الآية مخصوصة بالمؤمنين لأن الكافر ليس له سبيل على المسلم ، وقد قال تعالى : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ سورة النساء الآية ١٤١ (انظر : المحلى لابن حزم ١٣/١٢) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٧) هو ربيعة بن عبد الرحمن بن حصن الغنوي ، روى عن جدته الصحابية سراء بنت نبهان حديثا واحدا في حجة الوداع ، وروى عنه أبو عاصم النبيل . ذكره ابن حبان في الثقات . (انظر : التاريخ الكبير للبخاري ٢٨٧/٣ ، تهذيب التهذيب ٢٢٣/٣) .

(٨) هو عبد الرحمن بن البيلماني مولى عمر ﷺ ، روى عن الصحابة أمثال عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعثمان بن عفان وغيرهم وعن التابعين ، وروى عنه حبيب بن أبي ثابت وخالد بن أبي عمران وغيرهم ، وروى له الأربعة . قال أبو حاتم : لين . وذكره ابن حبان في الثقات ، وقال الأزدي : منكر الحديث يروى عن ابن عمر بواطيل . وقال الدارقطني : ابن البيلماني ضعيف لا يقوم به الحجة . توفي في ولاية الوليد بن عبد الملك . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٢٦٣/٥ و ٢٨٥) ، وتهذيب الكمال (٨/١٧) ، وسنن الدارقطني (١٣٥/٣) برقم ١٦٥ .

(٩) أخرجه الدارقطني في كتاب الحدود والديات (١٣٥/٣) برقم ١٦٦ ، والبيهقي في كتاب الجنايات ، السنن الكبرى ٣٠/٨ ، ٣١ ، وأخرجه الإمام الشافعي بلفظ : « أنا أحق من أوفى بذمته » ثم أمر به فقتل . كتاب الديات والقصاص ، مسند الإمام الشافعي ص٣٤٣ دار الكتب العلمية . وأخرجه عبد الرزاق بلفظ : « أنا أحق من وفى بذمتي » في كتاب العقول باب قود المسلم بالذمي ، المصنف (١١٠/١٠) تحقيق حبيب =

٢٦٢٠٩ - وقولهم : إن الشافعي قال : هو ضعيف [١] غلط ، لأن ربيعة وعبد الرحمن كلاهما في الصحيح ، وإرساله لا يمنع الاحتجاج به [٢] ، لأن المرسل [٣] والمتصل عندنا حجة [٤] .

٢٦٢١٠ - وقد روى هذا الحديث مُسندا [٥] محمد بن المُنْكَدِر الضَمْري [٦] .

= الرحمن الأعظمي المجلس العلمي جنوب إفريقيا . وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب الديات باب من قال إذا قتل الذمي المسلم قتل به ، (٩/٢٩٠) برقم ٧٥١٠ .

(١) انظر : الأم (٤/٣٤١) حيث قال الإمام الشافعي رحمه الله : وحديث ابن البيلماني منقطع وحديث ابن البيلماني خطأ .

(٢) لم أجدهما من بين رجال صحيح البخاري ولا من رجال صحيح مسلم ، وإنما ذكرهما الإمام البخاري في كتاب التاريخ الكبير ٣/٢٨١ برقم ٩٧٧ و ٥/٢٦٣ برقم ٨٤٨ ، وابن حبان في الثقات كما سبق في ترجمتهما ، وعلى هذا يكون دعوى كونهما في الصحيح غير مقبولة . كيف وقد ضعف علماء الحديث عبد الرحمن بن البيلماني وقال الدارقطني : ابن البيلماني ضعيف لا يقوم به الحجة إذا وصل الحديث ، فكيف بما يرسله . انظر : سنن الدارقطني (٣/١٣٥) برقم ١٦٥ .

(٣) في ب و ج المراسيل .

(٤) المرسل : ما انقطع إسناده بأن يكون في رواته من لم يسمعه ممن فوقه ، إلا أن أكثر ما يوصف بالإرسال من حيث الاستعمال ما رواه التابعي عن النبي ﷺ . والمتصل : ما كان كل واحد من رواته سمعه ممن فوقه حتى ينتهي ذلك إلى آخره وإن لم يبين فيه السماع بل اقتصر على العنعنة . (انظر : الكفاية في علم الرواية ص ٥٨ للإمام الخطيب البغدادي المتوفى سنة ٤٦٣هـ دار الكتب الحديثة ط أولى) آراء الفقهاء في الاحتجاج بالمرسل : ذهب الإمام أبو حنيفة ومالك والإمام أحمد في أشهر الروايتين عنه إلى أنه يحتج به . وذهب الإمام الشافعي إلى أنه لا يحتج به إلا بشروط : وذلك بأن يروى أيضًا مسندا أو مرسلا من جهة أخرى ، أو يعمل به بعض الصحابة أو أكثر العلماء ، وأن يروى من كبار التابعين الذين كثرت مشاهدتهم لبعض أصحاب رسول الله ﷺ ، وفي هذه الحالة أيضًا لا يكون المرسل بدرجة المتصل ، وإنما يكون دونه في الاحتجاج . انظر : تيسير التحرير للأمير بادشاه (٣/١٠٢) دار الكتب العلمية بيروت والإحكام للآمدي (٢/١٣٦) تحقيق د/سيد الجميلي دار الكتاب العربي ط أولى ١٩٨٤م والرسالة للإمام الشافعي رحمه الله ٤٦١ تحقيق أحمد محمد شاكر مكتبة دار التراث القاهرة ط الثانية ١٩٧٩م وشرح مختصر الروضة للطوفي (٢/٢٢٨) تحقيق د عبد الله بن عبد المحسن التركي مؤسسة الرسالة بيروت ط أولى ١٩٨٨م .

(٥) رواه الإمام الدارقطني عن ابن عمر مسندا وقال : لم يسنده غير إبراهيم بن أبي يحيى وهو متروك الحديث ، والصواب عن ربيعة عن ابن البيلماني مرسل عن النبي ﷺ انظر : (سنن الدارقطني ٣/١٣٤ برقم ١٦٥) وقال الإمام البيهقي في رواية عمار بن مطر عن ابن البيلماني عن ابن عمر رضي الله عنه : هو خطأ من وجهين : أحدهما : وصله بذكر ابن عمر ، والآخر أنه رواه عن إبراهيم عن ابن عمر . وإنما يرويه إبراهيم عن محمد بن المنكدر ، والحمل فيه على عمار بن مطر الرهاوي فقد كان يقلب الأسانيد ويسرق الأحاديث حتى كثر ذلك في رواياته وسقط عن حد الاحتجاج به ، وروى إبراهيم عن محمد بن المنكدر عن عبد الرحمن بن البيلماني ، وهذا هو الأصل في هذا الباب وهو منقطع وراويه غير ثقة . اهـ انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٨/٣٠) كتاب الجنايات .

(٦) هو أبو عبد الله محمد بن المنكدر الضمري بن عبد الله بن الهدير التيمي ، أحد الأئمة الأعلام ، روى =

وقوله (١) : وقد عاش إلى [زمن معاوية (٢) ﷺ غلط (٣) ، لأن القاتل (٤) لم يذكر في الحديث] (٥) .

٢٦٢١١ - ولأن النبي ﷺ اقتدى (٦) عمرو بن أمية (٧) .

٢٦٢١٢ - فإن قيل : يحتمل أن يكون قتله وهما كافران ثم أسلم القاتل (٨) .

٢٦٢١٣ - قلنا : تعليله يقتضي وجوب القصاص للوفاء بذمته ، وهذا يفيد العموم (٩) .

= عن جمع من الصحابة ، كان من سادات القراء . قال الواقدي : كان ثقة ورعا عابدا . قال يعقوب بن شيبة : صحيح الحديث جدا . وقال إبراهيم بن المنذر : غاية في الحفظ والإتقان والزهد . توفي سنة ١٣١هـ . انظر : طبقات السيوطي ص٥١ وتهذيب التهذيب (٤١٧/٩) .

(١) ما بين المعكوفتين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر أنه ساقط منها . لأن ما بعده اعتراض الإمام الشافعي على استدلال الحنفية بحديث ابن البيلماني . قال الإمام الشافعي رحمه الله في الأم (٣٤١/٤) : وهو خطأ . لأن عمرو بن أمية عاش بعد النبي ﷺ دهرا طويلا . وعمرو قتل اثنين وداهما النبي ﷺ ولم يزد النبي ﷺ عمرًا أن قال : « قتلت رجلين لهما مني عهد لأودينهما » . وانظر كذلك : النكت للشيرازي ورقة أ٢٥٣ حيث قال : لا أصل لهذا الحديث . وعمرو عاش إلى أيام معاوية .

(٢) هو معاوية بن أبي سفيان بن حرب أبو عبد الرحمن الأموي ، أسلم يوم الفتح ، كان كاتبا للوحي ، ولاه عمر بن الخطاب الشام بعد أخيه يزيد فأقره عثمان مدة ولايته ، ثم ولي الخلافة ، توفي بدمشق سنة ٦٠هـ وله ثمان وسبعون سنة . (انظر : تهذيب التهذيب ١٨٧/١٠ وشذرات الذهب ٦٥/١)

(٣) في أ (وغلط) وهو ساقط من ب و ج . وما أثبته هو الأقرب للسياق .

(٤) في أ (القائل) . وهو ساقط من ب و ج . (٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٦) في النسخة ب (قد اقتلى) وفي ج (قد قتل) .

(٧) هو عمرو بن أمية بن خويلد بن عبد الله ، أبو أمية الضمري ، روى عن النبي ﷺ وعنه أولاده ، أسلم حين انصرف المشركون عن أحد ، وكان شجاعا له إقدام ، بعثه رسول الله ﷺ إلى النجاشي في زواج أم حبيبة ، مات بالمدينة في خلافة معاوية . انظر : تهذيب التهذيب (٦/٨) . وحديث قتل عمرو بن أمية أخرجه البيهقي فقال : قال الإمام الشافعي : إنما روى ابن البيلماني أن عمرو بن أمية الضمري قتل كافرا كان له عهد إلى مدة ، وكان المقتول رسولا فقتله النبي ﷺ به . انظر : معرفة السنن والآثار (٢٨/١٢) تحقيق د عبد المعطي أمين قلعة جي دار الوفاء ط أولى ١٩٩١م .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٣ وعبارته : ثم يحتمل أنه قتله ثم أسلم . وقال الماوردي : وقد يكون القاتل أسلم بعد قتله به . وإذا احتمل هذا وجب التوقف عن الاحتجاج . انظر : الحاوي (١٤/١٢) .

(٩) وبالجملة قد نوقش استدلال الحنفية بحديث ابن البيلماني من عدة وجوه : أولا : أنه ضعيف من جهة الرواة ، ثانيا : أنه مرسل ، ثالثا : أنه خطأ ، لأن عمرو بن أمية الذي يفترض أنه قتل بذمي ، قد عاش بعد النبي ﷺ دهرا طويلا ، فاستحال ما أضيف إليه ، لأن عمرو قتل اثنين وداهما النبي ﷺ ، ولم يزد النبي ﷺ عمرا أن قال : « قتلت رجلين لهما مني عهد لأدينهما » . رابعا : على فرض التسليم بأن هذا الحديث صحيح ، فإنه =

٢٦٢١٤ - ويدل عليه قوله [ﷺ] [١] : « كتاب الله القصاص » [٢] وقال : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ، إن شاءوا أفادوا ، [وإن شاءوا أقادوا] [٣] [٤] ولم يفصل .

= يكون منسوخا ، لأن الذي قتله عمرو بن أمية قبل بنى النضير وقبل الفتح بزمان ، وخطبة النبي ﷺ : « لا يقتل مسلم بكافر » عام الفتح . خامسا : على فرض صحة الحديث فإن هناك احتمالا بأن يكون القاتل أسلم بعد قتله ، فقتل به ، وهذا محل اتفاق . سادسا : إن في روايتهم أن المقتول كان كافرا له عهد إلى مدة . وكان رسولًا . فقتله النبي ﷺ به . وعندهم أن المسلم لا يقتل بالمستأمن . وعلى هذا لا يصلح حديث ابن البيلماني للاحتجاج به . انظر : الأم (٣٤١/٧) ومعرفة السنن والآثار للبيهقي (٢٨/١٢) والحاوي للماوردي (١٤/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٤٢/٩) .

(١) كذا في أ ، وفي ب و ج (عليه السلام) .

(٢) أخرجه الإمام البخاري في كتاب الصلح ، باب الصلح في الدية ، (١١٣/٢) وفي كتاب تفسير القرآن (١٠٢/٣) عن أنس ﷺ . وأبو داود في سننه ، كتاب الديات (١٩٧/٤) برقم ٤٥٩٥ تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد المكتبة العصرية بيروت . والنسائي في سننه ، كتاب القسامة ، باب القصاص من الثنية (٢٧/٨) برقم ٤٧٥٧ .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) الحديث أخرجه الأئمة الستة عن يحيى بن كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة في حديث طويل جاء في آخرها : « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، إما أن يُعْطَى - يعنى الدية - وإما أن يقاد أهل القتيل » هذا لفظ مسلم في كتاب الحج ، باب تحريم مكة وفي رواية عنده : « إما أن يُفدَى وإما أن يقتل » . (٩٨٨/٢ - ٩٨٩) برقم ٤٤٧و٤٤٨ . ولفظ البخاري في كتاب العلم باب كتابة العلم : « إما أن يعقل وإما أن يقاد أهل القتيل » (٥٣/١) برقم١١٢ . ولفظه في كتاب القصاص باب كيف تعرف لقطة أهل مكة : (إما أن يُفْدَى وإما أن يُقِيد) . ٨٥٨/٢ برقم ٢٣٠٢ . ولفظه في الديات باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين : (إما أن يودى وإما أن يقاد) . ٢٥٢٢/٦ برقم ٦٤٨٦ . ولفظ الترمذي : في كتاب الديات باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو سنن الترمذي (٢١/٤) برقم ١٤٠٦ وأيضا لفظ النسائي في كتاب القسامة باب الأمر بالعفو في القصاص : (إما أن يقاد وإما أن يفدى) سنن النسائي (٣٨/٨) برقم ٤٧٨ . ولفظ ابن ماجه في كتاب الديات باب من قتل له القتيل فهو بالخيار : (إما أن يقتل وإما أن يفدى) سنن ابن ماجه (٨٧٦/٢) برقم ٢٦٢٤ وأخرجه ابن ماجه أيضًا في كتاب الديات باب من قتل عمدا فرضي بالدية بلفظ : (إن شاءوا قتلوا ، وإن شاءوا أخذوا الدية) سنن ابن ماجه (٨٧٧/٢) برقم ٢٦٢٦ . قال الإمام البيهقي : وهذا الاختلاف في لفظ أبي هريرة من أصحاب يحيى بن أبي كثير ، والموافق منها بحديث أبي شريح أولى . وانظر : معرفة السنن والآثار (٦٤/١٢) برقم ١٥٨٨٤ . وحديث أبي شريح أخرجه أبو داود والترمذي عن أبي شريح الخزاعي قال : قال رسول الله ﷺ : (ألا إنكم يا معشر خزاعة قتلتم هذا القتيل من هذيل وإني عاقلته ، فمن قتل له بعد مقالتي هذه قتيل فأهله بين خيرتين إما أن يأخذوا العقل أو يقتلوا) قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح وحديث أبي هريرة حديث حسن صحيح . انظر : سنن أبي داود كتاب الديات باب ولى العمد يرضى بدية (١٧٢/٤) برقم ٤٥٠٤ . وسنن الترمذي كتاب الديات باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو (٢١/٤) برقم =

٢٦٢١٥ - وقال : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : قتل نفس [١] بغير نفس » [٢] .

٢٦٢١٦ - ولأن كل من وجب عليه القصاص على قاتله الكافر ، جاز أن يجب القصاص على المسلم . وإن جرحه [٣] في حال السلامة [٤] ، أصله المسلم . فلا يمكن القول بوجوب العلة إذا قتل الكافر الكافر ثم أسلم القاتل .

٢٦٢١٧ - لأنا قلنا : جاز أن يجب القصاص على قاتله المسلم .

٢٦٢١٨ - ولا يقال بوجوب [٥] العلة في الكافر بجرح الكافر ثم يموت المجروح بعد إسلامه [٦] .

٢٦٢١٩ - فإن قيل : المسلم حقن دمه بذمته ، والذمي حقن دمه بعقده [٧] .

٢٦٢٢٠ - قلنا : هذا لا يمنع التساوي كما لا يمنع التساوي في وجوب القطع بسرقة المال [٨] ، وإن كان أحد المالين حقن بالدين والآخر بالعقد .

= ١٤٠٦ . وأخرجه الإمام أحمد عن أبي شريح بلفظ : (فمن قتل بعد مقامي هذا فأهله بخير نظرين إن شاءوا فدم قاتله وإن شاءوا فعقله) المسند (٣٢/٤) ط المكتب الإسلامي وانظر : نصب الراية (٣٥١/٤) .

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٢) وتمامه : عن عثمان بن عفان ﷺ قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : (لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إسلام أو زنا بعد إحصان أو قتل نفس بغير نفس) . بهذا اللفظ أخرجه أبو داود في سننه (١٢٦/٤) كتاب الحدود باب الحكم فيمن ارتد . برقم ٤٣٥٣ وفي كتاب الديات ، باب الأمر بالعفو في الدم (١٧٠/٤) برقم ٤٥٠٢ . وأخرجه الشيخان باختلاف بلفظ قريب . انظر : صحيح البخاري كتاب الديات باب قول الله تعالى : ﴿ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ (٢٥٢١/٦) برقم ٦٤٩٤ وصحيح مسلم كتاب القسامة باب ما يباح به دم المسلم (١٣٠٢/٣) برقم ١٦٧٦ . ووجه الاستدلال بالأخبار الثلاثة السابقة : أن هذه الأخبار يقتضي عمومها قتل المسلم بالذمي . ونوقش هذا بما نوقش به الأدلة السابقة التي تفيد العموم وهي أن هذه الأخبار مخصوصة بحديث : (لا يقتل مسلم بكافر) . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٤٢/٩) .

(٣) في أ (خرجه) وفي ب و ج (أخرجه) ولعلها تحريف . والصواب ما أثبته نظرا لاستقامة المعنى .

(٤) كذا في النسخ الثلاثة .

(٥) في ب و ج (نوجب) .

(٦) وحاصل هذا الدليل هو القياس ، أي أن المسلم يجوز أن يقتل بالذمي قياسا على ما لو قتل الذمي ذميا ثم أسلم القاتل بجامع أن كلا قتل مسلم بذمي . ونوقش هذا بأنه قتله وهو مسلم وهذا قتله وهو كافر . فحال الجاني في الصورتين مختلف . فالقياس مع الفارق . انظر : الحاوي للماوردي (١٥/١٢) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢٥٣أ وعبارته : ليس الذمي كالمسلم لأن المسلم حقن دمه بالإسلام . والذمي حقن دمه بالذمة . ولا يعتبر الذمة كالإسلام . ولهذا يؤمر بالانتقال من الذمة ولا يؤمر بالانتقال من الإسلام .

(٨) لا خلاف بين العلماء في قطع يد المسلم بسرقة مال الذمي . انظر : البدائع (٧١/٧) وحاشية الدسوقي (٣٣٦/٤) والحاوي (٣٢٦/١٣) والمغني لابن قدامة (٤٥١/١٢) .

٢٦٢٢١ - قالوا : حقن الدم بالإسلام آكد ، بدلالة أنه لا يزول إلا بالردة ، وحقن العقد يزول بنقض العهد من الذمي كالردة من المسلم .

٢٦٢٢٢ - قلنا : الامتناع من أداء الجزية [١] فإن [٢] حصل من واحد لم يؤثر في نقض العهد [٣] ، وإن حصل من جماعة ممتنعة ، فهم كالجماعة من المسلمين إذا امتنعوا من أداء الزكاة [٤] ، وخروج أهل الذمة وإن حصل من جماعة علينا كخروج [٥] المسلمين علينا فلا فرق بينهما [٦] .

٢٦٢٢٣ - فإن قيل : إذا قتل الأب ابنه والمولى عبده فهو محقون الدم على التأبيد ، ولا قصاص على القاتل .

٢٦٢٢٤ - قلنا : المعتبر في جهة المقتول حقن دم على التأبيد ، ويعتبر في جهة القاتل أن [يَعْرى] [٧] العلة عن أبيه ، والأب له شبهة في نفس الابن وماله ، والمولى له شبهة في رقبة عبده [٨] .

٢٦٢٢٥ - ولأن كل من وجب على المسلم القطع بسرقة ماله ، جاز أن يجب

---

(١) الجزية : اسم لما يؤخذ من أهل الذمة . لأنها تجزئ من القتل أي تعصم . والجمع جِزىً كلِحْيَة ولِحِيً . انظر : اللباب في شرح الكتاب (١٤٣/٤) .

(٢) كذا في ب و ج . وفي أ (وإن) . (٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (الذمة) .

(٤) عند الحنفية لا ينتقض العهد بالامتناع من أداء الجزية ، لأن الامتناع يحتمل أن يكون لعذر العدم ، فلا ينتقض العهد بالشك والاحتمال . أما إن غلب جماعة منهم إلى موضع فيحاربون ، لأنهم إذا فعلوا ذلك فقد صاروا أهل حرب ، وينتقض العهد ضرورة . انظر : اللباب (١٤٧/٤) والبدائع (١١٣/٧) . وعند المالكية : الامتناع إذا حصل من واحد لا يعد ناقضا . انظر : بلغة السالك (٣٦٩/١) . وعند الشافعية : ينتقض العهد بالامتناع من أداء الجزية ، وإن لم يشترط الانتقاض به ، لمخالفته مقتضى العهد . قال الخطيب الشربيني : هذا بالنسبة للقادر ، أما العاجز إذا استمهل لا ينتقض عهده ، قال الإمام : ولا يبعد أخذها من الموسر قهرا ولا ينتقض ، وأقره الرافعي . انظر : مغني المحتاج (٢٥٨/٤) . وعند الحنابلة : ينتقض بالامتناع من أداء الجزية بلا خلاف في المذهب . انظر : المغني لابن قدامة (٢٣٨/١٣) .

(٥) في ب و ج (لحروج) وهو تحريف . (٦) كذا في ب و ج . وفي أ (عنهما) .

(٧) كذا في النسخ الثلاثة ، وعري بمعنى تجرد ، تقول عري من ثيابه عريا وعرية : تجرد منها فهو عار وعريان وعري من العيب أي سلم . انظر : المعجم الوسيط (٦١٩/٢) مادة عري .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٣ وعبارته : ليس إذا وجب عليه لمثله وجب له على من هو أعلى منه ، كالقصاص وجب على أحد الولدين للآخر ولا يجب للولد على الوالد . ويجب على الصحيح للصحيح في الطرف ، ولا يجب للأشل على الصحيح .

القصاص على قاتله [١] ابتدا بقتله أصله [٢] المسلم .

٢٦٢٢٦ - ولا يلزم المكاتب لأنه لا مال له ، فلا مدخل على العلة ، ولأنه يجب القصاص على قاتله إذا مات عن وفاء وارثه المولى ، ولا يلزم المرتدة [٣] ، لأنا لا نعرف الرواية في وجوب القطع بسرقة مالها [٤] .

٢٦٢٢٧ - ولا يلزم المرجوم ، لأن القطع يجب بسرقة ماله [٥] ، ويجوز أن يجب القصاص بقتله إذا دخلت شبهة بعد القضاء عليه بالرجم [٦] .

٢٦٢٢٨ - فإن قيل : حرمة النفس أعظم من حرمة المال .

٢٦٢٢٩ - قلنا : هذا هو الدليل عليكم ، لأن حرمة المال الضعيفة إذا لم يمنع من قطع يد المسلم ، فحرمة النفس القوية أولى أن لا يمنع وجوب القصاص على المسلم .

٢٦٢٣٠ - قالوا : الرجل إذا سرق من المرأة قطع ، ولو قطع يدها لم يقطع ، واعتبار قطع الطرف بالطرف أولى [٧] .

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط في النسخ الثلاثة .

(٣) كذا في أ و ب ، وفي ج (المرتد) . (٤) كذا في أ و ب ، وفي ج (ماله) .

(٥) لا قصاص على قاتل زان أحصن عند المالكية والحنابلة أيضًا ، وعند الشافعية وجهان ، والأصح أنه لا يقتص . (انظر : حاشية الدسوقي (٢٣٧/٤) ومغني المحتاج (١٥/٤) والمغني والشرح الكبير (٣٥٢/٩) .

(٦) وحاصل هذا الدليل أنه كما يجب قطع يد المسلم إذا سرق من مال الذمي ، فكذلك يجب قتله به لاستواء حرمة دمه بحرمة ماله . ونوقش هذا الدليل من وجوه : أولا : بأنه قياس في مقابلة النص . قال ابن بطال : بأنه قياس حسن لولا النص . ثانيا : أنه قياس مع الفارق ، لأن القطع في السرقة حق لله تعالى ، لا يجوز العفو عنه كحد القذف ، فجاز أن يستحق في مال الكافر ، والقود من حقوق الآدميين لجواز العفو عنه ، فلم يستحقه كافر على المسلم . ثالثا : القصاص يعتبر فيه المساواة ، ولا مساواة بين المسلم والذمي . والقطع في السرقة لا يعتبر فيه المساواة . ولهذا يقطع الرجل بسرقة مال المرأة ولا يقطع طرفه بطرفها عند الحنفية . رابعا : أنه لما جاز قطع يد المسلم بسرقة مال المستأمن ولم يقتل به ، جاز أن يقطع في مال الذمي وإن لم يقتل به . انظر : فتح الباري (٢٦٢/١٢) والنكت للشيرازي الورقة أ ٢٥٣ والمحلى (٢٧/١٢) .

(٧) وحاصل هذا الاعتراض النقض . فينتقض ما قاله الحنفية هنا بما إذا قطع رجل يد امرأة فإن يده لا يقطع بيدها عند الحنفية وإن كان يده يقطع بسرقة مالها ، فالقياس الصحيح أن نقيسه على قطع الأطراف بجامع أن كلا منهما من حقوق الآدميين يجوز العفو عنه . بخلاف القطع في السرقة ، فإنه حق لله لا يجوز العفو عنه . انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٣ حيث قال الشيرازي : وقطع السرقة لا يعتبر فيه المماثلة . ولهذا يؤخذ اليد بنصاب من المال وإن لم يساوه في الجنس ولا في القيمة . والقصاص يعتبر فيه المماثلة ولا مماثلة بين المسلم والذمي . ولهذا يقطع الرجل بسرقة مال المرأة ، ولا يقطع طرفه بطرفها عندهم . وانظر أيضًا : المحلى (٢٧/١٢) .

٢٦٢٣١ - قلنا : سارق مالها يقطع ، فإن قتلها قتل . [وأما قطع يدها] [١] ، فلأن القصاص في الطرف يؤثر فيه [٢] اختلاف الأرش [٣] ولا يؤثر ذلك في القصاص في النفس .

٢٦٢٣٢ - ولأنه [٤] فعل لو وجد من المسلم و المسلم أوجب القتل ، فإذا وجد منه في الكافر أوجب القتل كالزنا مع الإحصان [٥] .

٢٦٢٣٣ - ولأن المسلم والذمي إذا [٦] اشتركا في قتل الذمي وجب القصاص على الذمي [٧] وكل مشتركين في القتل إذا وجب به القصاص على أحدهما ، جاز أن يجب على الآخر ، كالذميين إذا قتلا ذميا ، والمسلمين إذا قتلا مسلما [٨] .

٢٦٢٣٤ - ولأنه محقون الدم على التأبيد ، فجاز أن يجب القصاص ابتداء على قاتله المسلم كالمسلم . بيان ذلك : أن المسلم محقون الدم لا إلى مدة ، والذمي كذلك ، ولا يشبه المستأمن ، ألا ترى أن قتل الكافر الحربي [٩] لحربه ، والذمي تارك للحرب على التأبيد ، فحقن دمه على التأبيد . والمستأمن [١٠] تارك للحرب إلى مدة فحقن دمه إلى مدة .

٢٦٢٣٥ - ولا يلزم صبيان المشركين ونساءهم ، لأن صبيانهم حظر قتلهم إلى [١١]

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ج .

(٢) كذا في ب و ج . وفي أ (في) وهو خطأ .

(٣) الأرش لغة : دية الجراحة ، والجمع أروش . وأصله الفساد ، يقال أرشت بين القوم تأريشا أي أفسدت بينهم . ثم استعمل في فساد الأعيان لأنه فساد فيها . واصطلاحا : اسم للواجب فيما دون النفس . انظر : المصباح المنير للفيومي (١٦/١) وحاشية ابن عابدين (٣٦٨/٥) .

(٤) في ب و ج (فلأنه) .

(٥) ويمكن أن يناقش هذا بأن هذا قياس مع الفارق ، لأن رجم الزاني المحصن حد من حدود الله لا يجوز العفو عنه . والقصاص حق من حقوق العبد يجوز العفو عنه فافترقا .

(٦) كذا في أ و ب ، وفي ج (لو) .

(٧) وعند الشافعية أيضًا إذا شارك ذمي مسلما في قتل ذمي وجب القصاص على الذمي ، لأن الذمي لو انفرد اقتص منه ، فإذا شاركه في العمدية من لا يقتص منه لمعنى فيه وجب أيضًا . انظر : مغني المحتاج (٢١/٤) .

(٨) المسلم والذمي لو اشتركا في قتل الذمي ، وجب القصاص على الذمي ولم يجب على المسلم ، لأن امتناع القصاص عن المسلم لإسلامه ، وانتفاء مكافأة المقتول له . بخلاف ما لو اشترك ذميان في قتل ذمي أو اشترك مسلمان في قتل مسلم ، فإن القصاص لا يمتنع في حق أحدهما لمكافأة المقتول لهما . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٧٢/٩) .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . وما أثبته من أ .

(١٠) في ب و ج (والحربي) وهو خطأ . وما أثبته من أ .

(١١) كذا في أ و ب ، في ج (قبل) .

البلوغ ، والنساء لم يحظر قتلهن على التأبيد . لأنهم إذا ملّكوا امرأة [١] قتلناها ، وإن كان لها رأي في الحرب قتلناها [٢] .

٢٦٢٣٦ - وهذه المعاني ليست من فعلها . وإذا اختلط النساء بالرجال حتى لا يتميزون قتلوا [المرأة] [٣] .

٢٦٢٣٧ - لأن قتلها يستباح لغير قتلها إذا حكم الحاكم بقتلها .

٢٦٢٣٨ - والذي يدل على صحة هذه العلة : أن عقد الذمة يقوم مقام الإسلام . ألا ترى أنا ندعوهم إلى الإسلام .

٢٦٢٣٩ - فإن امتنعوا دعوناهم إلى الجزية . وإن بذلوا دفع الجزية وجب علينا قبولها كما يجب علينا أن نقبل الإسلام إن [٤] بذلوه ، وما قام مقام الشيء سد مسده في المقصود ، كالتيمم لما قام مقام الوضوء سد مسده في جواز الصلاة ، وكذلك العدة بالشهور ، والإطعام في الكفارات ، والمقصود من العقد حقن الدم ، فقام مقام الإسلام في ذلك [٥] .

---

(١) كذا في ا ، وفي ب و ج (المرأة) .

(٢) قال الإمام الكاساني : إن النساء والصبيان لا يحل قتلهم لقول النبي ﷺ (لا تقتلوا امرأة ولا وليدا) وروي أنه ﷺ رأى في بعض غزواته امرأة مقتولة فأنكر ذلك وقال : (هاه ما أراها قاتلت فلم قتلت ؟) ونهى عن قتل النساء والصبيان . ولأن هؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا يقتلون . ولو قاتل واحد منهم قتل ، وكذا لو حرض على القتال ، أو دل على عورات المسلمين ، أو كان الكفرة ينتفعون برأيه ، أو كان مطاعا وإن كان امرأة أو صغيرا لوجود القتال من حيث المعنى . اهـ . انظر : البدائع (١٠١/٧) . وعند الشافعية أيضًا لا يجوز قتل نسائهم وصبيانهم إذا لم يقاتلوا للنهي عنه في الحديث . وإن قاتلوا جاز قتلهم . وكذلك لو التحم حرب فترسوا بنساء وصبيان جاز رميهم ، وإن نصب عليهم منجنيقا أو بيتهم ليلا وفيهم نساء وأطفال جاز لما روى علي كرم الله وجهه أن النبي ﷺ نصب المنجنيق على أهل الطائف وإن كانت لا تخلو من النساء والأطفال . انظر : المهذب (٢٣٣/٢ -٢٣٤) ومغني المحتاج (٢٢٣/٤-٢٢٤) .

(٣) وفي النسخ الثلاثة (المرتدة) . والظاهر أنه تحريف . وما أثبته أقرب للسياق . والله أعلم .

(٤) كذا في أ ، وفي ب و ج (إذا) .

(٥) حاصل هذا الدليل قياس الذمي على المسلم بجامع عصمة دمهما . ونوقش هذا بأن الذمي ليس بمحقون الدم على التأبيد فأشبه الحربي والمستأمن . ولا فرق بين الذمي والمستأمن ، لأن كلاهما محرم الدم إذا قتل تحريما مساويا لتحريم الآخر . وإنما يراعى الحكم وقت الجناية الموجبة للحكم لا بعد ذلك ، ولعل المستأمن لا يرجع إلى دار الحرب ، ولعل الذمي ينقض الذمة ويلحق بدار الحرب ، فيعود دمه حلالا ولا فرق . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٤٢/٩) والمحلى (٢٧/١٢) .

٢٦٢٤٠ - ولأنه بالعهد حقن ماله ، فساوى مال المسلم حتى تعلق به ما يجتمع مع [1] السنة وهو الضمان ، وما لا يجتمع معه مغرما وهو القطع ، كذلك ساوى المسلم في وجوب ضمان [2] الملك بالقتل الذي يجتمع مع السنة ، ساوى في القصاص الذي لا يجتمع مع السنة [3] وهذا اعتبار دلت عليه السنة [4] كقوله [ﷺ] [5] : « [6] حرمة مال المسلم حرمة دمه » [7] فيستحيل أن يساوى بغير الأعداد [8] بدلالة أن من استهل ولدهما لم يلزمه أكثر منه ولا أزيد من صفته .

٢٦٢٤١ - ثم كان الأعداد [9] في الأنفس غير معتبر إذا حصل التساوي في حقن الدم . [لأن الجماعة يقتلون بالواحد [10] ، كذلك الاختلاف فيما صفته لا يؤثر إذا حصل التساوي في حقن الدم] [11] .

٢٦٢٤٢ - ولأن إسلام القاتل لو منع وجوب [12] القصاص عليه بقتل الذمي ، لكان

---

(١) كذا في أ و ب ، وفي ج (من) . (٢) كذا في أ ، وفي ب و ج (الضمان) .

(٣) وحاصل هذا الدليل قياس . فكما ساوى مال الذمي مال المسلم في وجوب قطع يد سارقها ، فكذلك يساوى نفس الذمي نفس المسلم في قتل قاتلها . ونوقش هذا كما مر بأنه قياس مع الفارق ، لأن القطع في السرقة حق الله تعالى ، والقصاص حق العبد . والقصاص مشعر بالمساواة ، ولا مساواة بين المسلم والكافر . كما أن هناك فرقا بين عصمتيهما . لأن عصمة المسلم بالإسلام فعصمته مؤبدة . وعصمة الذمي بالعهد وعصمته مؤقتة . وليس الذمة كالإسلام . ولهذا يؤمر بالانتقال من الذمة ، ولا يؤمر بانتقال من الإسلام .

(٤) كذا في أ ، وفي ب و ج (البينة) . (٥) ما بين القوسين ساقطة من ب و ج .

(٦) في ب وج زيادة لفظ (عليكم) في أول الحديث ، ولم يرد هذه الزيادة في كتب الحديث .

(٧) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب البيوع (٢٦/٣) برقم ٩٤ والهيثمي في مجمع الزوائد (١٧٢/٤) دار الريان للتراث بالقاهرة ، وانظر تلخيص الحبير كتاب الصلح (٤٦/٣) .

(٨ ، ٩) في ب و ج (الأعدا) .

(١٠) يرى الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية في رواية عن الإمام أحمد أن الجماعة يقتلون بالواحد . روي ذلك عن عمر وعلي والمغيرة بن شعبة وابن عباس ﷺ ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وأبو سلمة وعطاء وقتادة والثوري والأوزاعي وإسحاق وأبي ثور . وفي رواية عن الإمام أحمد أن الجماعة لا يقتلون به ، وتجب عليهم الدية . وهو قول ابن الزبير والزهري وابن سيرين وحبيب بن أبي ثابت وعبد الملك وربيعة وداود وابن المنذر ، وحكاه ابن أبي موسى عن ابن عباس ﷺ . وروي عن معاذ بن جبل وابن الزبير وابن سيرين والزهري : أنه يقتل منهم واحد ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية . انظر : البدائع (٢٣٨/٧) وبداية المجتهد (٣٩٩/٥) ومغني المحتاج (٢٠/٤) والمغني والشرح الكبير (٣٦٦/٩) .

(١١) قوله : لأن الجماعة يقتلون بالواحد - إلى آخر قوله - في حقن الدم ساقط من ب و ج .

(١٢) ما بين القوسين ساقطة من ب و ج .

طريانه [١] بعد وجوب القصاص يمنع الاستيفاء . لأن كل معنى إذا وجد في الابتداء منع وجوب القصاص ، إذا طرأ بعد الوجوب منع الاستيفاء [٢] ، كالولد قتل الأب لم يقتص منه [٣] .

٢٦٢٤٣ - ولو ورث الابن قصاصا على أبيه لسقط [٤] ، ولا يلزم العاقل إذا قتل ثم جن ، لأنه ذكر في المنتقى [٥] : أنه إن جن قبل تسليمه إلى الولي سقط القصاص ، وإن جن بعد تسليمه ليقتل لم يمنع القصاص .

٢٦٢٤٤ - لأنه يختلط في تلك الحال من الخوف ، فعلى هذا هو طَرُوٌ علينا ، ونحمل ما ذكر في الكتاب على المجنون بعد التسليم [٦] . ولو جعلناها في الأصل رواية أخرى لم يلزمنا .

٢٦٢٤٥ - لأن المجنون إذا قتل لم يجب عليه القصاص [٧] ، لأن فعله ليس بعمل ،

---

(١) كذا في أ و ب ، وفي ج (طريان) .

(٢) هذا يدخل تحت القاعدة الفقهية : الطارئ هل ينزل منزلة المقارن ؟ أو كل ما لو قارن لمنع فإذا طرأ فعلى قولين عند الشافعية . منها : لو وجب القصاص على رجل فورث القصاص ولده . قيل يجب ثم يسقط وقيل لا . انظر : الأشباه والنظائر للسبكي (٣١٢/١) تحقيق الشيخ علي محمد عوض وزميله ، دار الكتب العلمية بيروت ط أولى ١٩٩١م والمنثور في القواعد للزركشي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ (٣٥٠/٢) تحقيق د تيسير فائق أحمد . وزارة الأوقاف كويت .

(٣) للمسألة صور عدة ، منها : أن يقتل ولد أباه وللولد أخ ، ثم يموت الأخ صاحب الحق في القصاص ولا وارث له إلا أخوه القاتل ، فيصبح القاتل وارث دم نفسه من أخيه ، فيسقط القصاص ، لأن القصاص لا يتجزأ أو لا يتبعض ، ولا يصح استيفاء القصاص من شخص طالب ومطلوب في آن واحد . انظر : البدائع (٢٥١/٧) والشرح الكبير للدردير (٢٦٢/٤) ومغني المحتاج (١٨/٤) والمغني والشرح الكبير (٣٦٣/٩) .

(٤) ومن ورث قصاصا على أبيه أي على أصله سقط عنه . وللمسألة عدة صور منها : إذا قتل الأبن أب امرأته مثلا ، ولا وارث له غيرها ، ثم ماتت المرأة ، فإن ابنها منه يرث القود الواجب على أبيه ، فسقط لما ذكرناه . ومنها : لو قتل أحد الأبوين صاحبه ولهما ولد لم يجب القصاص . لأنه لو وجب لوجب لولده ، ولا يجب للولد قصاص على والده . لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه ، فلأن لا يجب بالجناية على غيره أولى . ولأن ما منع مقارنا أسقط طارئا . انظر : اللباب (١٤٤/٣) والمغني والشرح الكبير (٣٦٢/٩) .

(٥) هو كتاب المنتقى في فروع الحنفية للحاكم الشهيد أبي الفضل محمد بن محمد بن أحمد المقتول شهيدا سنة ٣٣٤هـ . قال : نظرت في ٣٠٠ جزء مثل الأمالي والنوادر حتى انتقيت كتاب المنتقى . وفيه نوادر من المذهب ، وهو في فروع المسائل ونوازل الوقائع . وله غيره من المصنفات منها : الكافي ، وشرح الجامع ، وأصول الفقه وغيرها . انظر : الفوائد البهية ص ١٨٥-١٨٦ وكشف الظنون (١٨٥١/٢) المكتبة العلمية بيروت ١٩٩٢م .

(٦) كذا في أ ، وفي ب و ج (تسليمه) .

(٧) وعند الشافعية أيضًا لا يجب القصاص على المجنون إذا قتل ، ومحله : إذا كان الجنون مطبقا ، أما المنقطع =

فإذا قتل وهو عاقل صح العمل منه ، فإذا جن بعد الوجوب لم يؤثر جنونه من إخراج الفعل المتقدم من حكم العمل .

٢٦٢٤٦ - فإذًا المعنى المسقط للقصاص إذا قارب لا يصح إن يطرأ . وهذا كما قلنا إن طلاقه لا يقع .

٢٦٢٤٧ - لأن قوله ليس بصحيح ، فإذا قال وهو عاقل : أنت طالق إن دخلت الدار ، ثم جن ودخلت وقع الطلاق ، لأن الجنون الطارئ لا يخرج قوله المتقدم من حكم الصحة .

٢٦٢٤٨ - ولا يلزم إذا أذن لرجل في قتل (١) عبد فشاركه من لم يأذن له لم يلزمه القصاص . ولو قتلاه من غير إذن فعفا عن أحدهما لم يسقط القصاص عن الآخر .

٢٦٢٤٩ - لأن المانع أن فعل أحدهما إذا لم يتمحض عمدا من لا قود عليه ، فإذا لم يتمحض فعلهما ثم طرأ العفو لم يتغير بالطريان ذلك التمحض ، فالمعنى المقارب الذي أثّر لا يتصور طريانه (٢) .

٢٦٢٥٠ - ولأن من جاز استيفاء القصاص منه بقتل الكافر ، جاز إيجاب القصاص عليه ابتداء بقتل الكافر أصله الكافر (٣) .

٢٦٢٥١ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ لَا يَسْتَوِىٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ ﴾ (٤) .

= فينظر ، إن كان في زمن إفاقته فهو كالعاقل الذي لا جنون به ، وإن كان في زمن جنونه ، فهو كالمجنون الذي لا إفاقة له . انظر : مغني المحتاج (٤/١٥) .

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . وما أثبته من أ .

(٢) وحاصل هذا الدليل أنه لو منع الإسلام وجوب القصاص لمنع الاستيفاء بعد وجوبه ، وذلك فيما إذا قتل الذمي ذميا ثم أسلم بعد القتل أو بعد الجرح ، فلما لم يمنع هذا الإسلام الطارئ بعد وجوب القصاص من الاستيفاء لم يمنع الإسلام وجوب القصاص ابتداء . ونوقش هذا بأن الجنون يمنع وجوب القصاص ولا يمنع الاستيفاء استحسانا ، والثيوبة والحرية تمنع وجوب حد الأبكار والعبيد ولا يمنع الاستيفاء ، والزيادة في الموهوب تمنع عندكم الرجوع في الهبة ولا يمنع الاستيفاء . ويخالف الابن إذا ورث القصاص ، فإن هناك ابتداء إيجاب قصاص للابن على الأب ، فإذا جرح ثم أسلم أو قتل ثم أسلم فقد وجب القصاص لكافر على كافر . انظر : النكت للشيرازي الورقة أ ٢٥٣ .

(٣) وحاصل هذا الدليل قياس جواز إيجاب القصاص على المسلم ابتداء بقتل الكافر على جواز استيفاء القصاص من المسلم بسبب قتله كافرا قبل إسلامه . ونوقش هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق فلا يصح . لأن حال الجاني وقت الجناية في الصورتين مختلف . ولأن القصاص عقوبة فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها كالحدود . انظر : المغني والشرح الكبير (٩/٣٤٢) .

(٤) وتمام الآية الكريمة : ﴿ لَا يَسْتَوِىٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ أَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ هُمُ ٱلْفَآئِزُونَ ﴾ سورة الحشر الآية رقم ٢٠ .

٢٦٢٥٢ – قلنا : المراد به أحكام الآخرة ، بدليل قوله : ﴿ أَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ هُمُ ٱلْفَآئِزُونَ ﴾ (١) .

٢٦٢٥٣ – احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ (٢) .

٢٦٢٥٤ – قالوا (٣) : وهذا خبر يراد به الأمر ، وإلا وقع مخبره بخلاف الخبر (٤) .

٢٦٢٥٥ – قلنا : نعلم (٥) أن الله تعالى قد (٦) جعل للكافرين على المؤمنين السبيل في ضمان الأموال وفي كثير من الأحكام (٧) . وإنما المراد بالآية سبيل الحجة ، فإذا حمل على ذلك بقي اللفظ على ظاهر الخبر ولم نحتج إلى تعديله (٨) إلى الأمر ونترك الظاهر .

---

(١) جزء من الآية الكريمة السابقة . ووجه استدلال الشافعية بها : أن نفي التساوي بينهما يمنع من تساوي نفوسهما ، وتكافؤ دمائهما . انظر : الحاوي للماوردي (١١/١٢) . ونوقش هذا بأن عدم التسوية بين المسلم والكافر في الآية إنما هو في أمور الآخرة ، وأما في الدنيا فإن الذمي والمسلم متساويان في عصمة الدم . والحق أن الآية يحتمل عدم استوائهما في أمور الدنيا ، كما يحتمل عدم استوائهما في أمور الآخرة . فقد قال الماوردي في تفسير هذه الآية يحتمل وجهين : أحدهما : لا يستوون في أحوالهم . والثاني : لا يستوون عند الله . انظر : النكت والعيون للماوردي (٥/٥١١) دار الكتب العلمية .

(٢) الآية كاملة : ﴿ ٱلَّذِينَ يَتَرَبَّصُونَ بِكُمْ فَإِن كَانَ لَكُمْ فَتْحٌ مِّنَ ٱللَّهِ قَالُوٓا۟ أَلَمْ نَكُن مَّعَكُمْ وَإِن كَانَ لِلْكَٰفِرِينَ نَصِيبٌ قَالُوٓا۟ أَلَمْ نَسْتَحْوِذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعْكُم مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۚ فَٱللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ ۗ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ سورة النساء الآية رقم ١٤١ .

(٣) كذا في ب و ج ، وهو ساقط من أ .

(٤) استدل الإمام الماوردي في الحاوي بهذه الآية (١١/١٢) وقال : هذا وإن كان بلفظ الخبر فالمراد به النهي . لأن الخبر لا يجوز أن يكون بخلاف مخبره . وقد نرى للكافر على المسلم سبيلا بالتسلط واليد . ونفي السبيل عنه يمنع وجوب القصاص عليه . اهـ . وقد ذكر الإمام القرطبي أن في تفسير هذه الآية تأويلات خمس : أحدها : معنى ذلك يوم القيامة . وهو قول علي وابن عباس ﷺ . والثاني : إن الله لا يجعل لهم سبيلا يمحو به دولة المسلمين . والثالث : إن الله لا يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلا منه إلا أن يتواصوا بالباطل ولا يتناهوا عن المنكر . والرابع : إن الله لا يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلا شرعا ، وإن وجد فبخلاف الشرع . والخامس : سبيلا أي حجة عقلية لا شرعية يستظهرون بها إلا أبطلها ، وهو قول السدي . وقد نوقش هذا الدليل بأن المراد بذلك سبيل الحجة . وأجيب بأنه ضعيف . قال القرطبي : وضعفه ابن العربي بقوله : وهذا ضعيف لعدم فائدة الخبر فيه وإن أوهم صدر الكلام معناه . فتوهم من توهم أن آخر الكلام يرجع إلى أوله . وذلك يسقط فائدته إذ يكون تكرارا . انظر : تفسير القرطبي (٥/٤١٩) .

(٥) في ب (فعلم) . (٦) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .

(٧) كذا في أ ، في ب و ج (الأحوال) .

(٨) في أ (أن نعدل به) ، وفي ب و ج (تعديه) .

ونحمله على العموم ولا يحتاج إلى التخصيص ، فإن هذا مستفاد بالعقل .

٢٦٢٥٦ – قلنا : قد يرد الشرع مؤكدا لما في العقل كقوله تعالى : ﴿ أَفَلَا يَنظُرُونَ إِلَى ٱلْإِبِلِ كَيْفَ خُلِقَتْ ﴾ (١) وقوله : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ﴾ (٢) .

٢٦٢٥٧ – احتجوا بقوله [ﷺ] (٣) : « المسلمون تتكافأ دماؤهم » (٤) .

٢٦٢٥٨ – دليله أن غيرهم لا يكافئ المسلم .

٢٦٢٥٩ – قلنا : الخبر يقتضي [أن دماء المسلمين تتكافأ مع اختلاف أحوالهم وصفاتهم . ودم غير المسلم هل يكافئ] (٥) دم المسلم موقوف على الدليل ، وفائدة تخصيص المسلم بالذكر عطف عليه أحكامها تختص المسلمين ، وفي (٦) قوله : «[ويَسعى بذمتهم] (٧) أدناهم ، وهم يد على من سواهم ، ويَعقد عليهم أوَّلهم ، ويَرُدُّ عليهم أقصاهم » (٨) . وهذه [الأحكام كلها تختص] (٩) بالمسلمين ، فلذلك خص المسلمين بالذكر أول الخبر .

---

(١) سورة الغاشية الآية رقم ١٧ . (٢) سورة الإسراء الآية رقم ٣٣ .

(٣) في ب و ج (عليه السلام) .

(٤) أخرجه الإمام أبو داود في كتاب الديات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، سنن أبي داود كتاب الديات (١٨١/٤) برقم ٤٥٣١ . والنسائي في سننه كتاب الديات (٢٠/٨) برقم ٤٧٣٥ . وابن ماجه في سننه كتاب الديات باب : المسلمون تتكافأ دماؤهم (٨٩٥/٢) برقم ٢٦٨٣ والإمام أحمد في مسنده في مسند عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما (١٩٥/٢) وأخرجه الحاكم في المستدرك كتاب قسم الفيء (١٤١/٢) دار المعرفة بيروت والإمام البيهقي في السنن الكبرى كتاب الجنايات ٢٩/٨ ط الهند . ووجه الاستدلال بالحديث الشريف أنه دل على أن دماء المسلمين لا يكافئ دماء الكفار ، وأنه لا يقتل مسلم بكافر . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٢ والمغني والشرح الكبير (٣٤١/٩) . ونوقش هذا : بأن قوله (المسلمون تتكافأ دماؤهم) لا ينفي مكافأة دماء غير المسلمين وفائدته ظاهرة ، وهي إيجاب التكافؤ بين الحر والعبد والشريف والوضيع والصحيح والسليم . وهذه كلها فوائد هذا الخبر وأحكامه ، وكلها تختص بالمسلمين .

(٥) قوله : أن دماء المسلمين – إلى آخر قوله – هل يكافئ ساقط من ب و ج .

(٦) كذا في النسخ الثلاثة . (٧) في ب و ج (ويشهد منهم) .

(٨) جزء من الحديث السابق الذي أخرجه أبو داود في كتاب الديات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : (المسلمون تتكافأ دماؤهم ، يسعى بذمتهم أدناهم ، ويجير عليهم أقصاهم ، وهم يد على من سواهم ، يرد مشدهم على مضعفهم ، ومتسريهم على قاعدهم ، لا يقتل مؤمن بكافر ، ولا ذو عهد في عهده) سنن أبي داود كتاب الديات (١٨١/٤) برقم ٤٥٣١ . ورواه ابن ماجه بلفظ قريب في كتاب الديات (٨٣٥/٢) برقم ٢٦٨٥ .

(٩) كذا في أ ، وفي ب (أحكام كلها تختص) وفي ج (أحكام تختص كلها) .

٢٦٢٦٠ - احتجوا [١] : بقوله [ﷺ] [٢] : « لا يُقتل مؤمن بكافرٍ ولا ذو عهدٍ في عهدِهِ » [٣] .

٢٦٢٦١ - الجواب : أن حرف العطف إذا عطف مفردا على مفرد بمنزلة حرف التَّثْنِيَة ، بدلالة قوله :

كأن [٤] بين فَكِّها والفَكّ [فأرة مسك ذُبِحَتْ في سُكِّ] [٥]

٢٦٢٦٢ - يقتضي : لا يقتل مؤمن ولا ذو عهد في عهده بكافر [٦] . وفصل

---

(١) انظر : الأم (٣٤٠/٧) وبداية المجتهد (٣٩٩/٢) .
(٢) في ب و ج (عليه السلام) .
(٣) أخرجه الإمام أبو داود في سننه كتاب الديات باب أيقاد المسلم بالكافر ؟ (١٨١/٤) برقم ٤٥٣٠ . والنسائي في سننه كتاب القسامة باب سقوط القود من المسلم للكافر (٢٤/٨) برقم ٤٧٤٥ . وابن ماجه في كتاب الديات باب لا يقتل المسلم بالكافر . سنن ابن ماجه (٢٨٨/٢) برقم ٢٦٦٠ . وصححه الحاكم وقال : هذا حديث صحيح على شرط الصحيحين ولم يخرجاه . انظر : المستدرك كتاب قسم الفيء (١٤١/٢) . وأخرجه عبد الرزاق في المصنف كتاب العقول (٩٩/١٠) برقم ١٨٥٠٧ . تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ط المجلس العلمي جنوب إفريقيا . ط أولى ١٩٧٢م .
(٤) في النسخ الثلاثة (كأنهن) وهو تحريف .
(٥) في أ (إن كاره عليها فعلى) وفي ب و ج (إنكاره عليها فعلى) . ولعله تحريف ، والصواب هو ما أثبت لما ورد في كتب اللغة . والرجز لمنظور بن مرثد الأسدي في لسان العرب (١٨٤٨/٣) مادة زكك و (٣٤٥٢/٥) مادة فكك . وخزانة الأدب (٤٦٢/٧ و ٤٦٨) . لعبد القادر بن عمر البغدادي المتوفى ١٠٩٢هـ تحقيق عبد السلام محمد هارون الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٩م وأسرار العربية لابن الأنباري المتوفى ٥٧٧هـ ص ٤٨ تحقيق محمد بهجت البيطار مطبعة الترقي بدمشق ١٩٥٧م والأمالي لابن الشجري المتوفى ٥٤٢هـ (١١/١) تحقيق محمود محمد الطناحي . مكتبة الخانجي بالقاهرة . والمعجم المفصل في شواهد النحو الشعرية (١٢٢٤/٣) . والشاهد فيه قوله : بين فكها والفك ، يريد بين فكيها ، لكنه أفرد المتعاطفين ضرورة . وفأرة مسك : وعاؤه الذي يجتمع فيه ، والسك : ضرب من الطيب .
(٦) نوقش استدلال الشافعية ومن معهم بقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده) بأن قوله : (ولا ذو عهد في عهده) معطوفة على ما قبلها . لأنه لو كانت جملة مستأنفة لأخلينا اللفظ من الفائدة . لأنه من المعلوم أن الذمي محظور القتل . وحكم كلام النبي ﷺ حمله على مقتضاه في الفائدة ، وغير جائز إلغاؤه ، ولا إسقاط حكمه . فيكون تقديره : لا يقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر . والمراد به الكافر الحربي . ولهذا عطف ذو عهد وهو الذمي على المسلم . لأن الذمي إذا قتل ذميا يقتل به اتفاقا . وإذا قتل حربيا لا يقتل به اتفاقا أيضًا . فعلم أن المراد به الحربي . ودليل عطفها على المسلم ، أن كلمة ذو جاءت مرفوعة ، فلو كانت معطوفة على كلمة كافر لكانت مجرورة . انظر : أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص (١٧٧/١) . والدليل عليه أنه شرط بقاء العهد ، وبقاء العهد ليس بشرط في نفي القصاص . انظر : الأم (٣٤٠/٧) والنكت للشيرازي الورقة ٢٥٢ والحاوي للماوردي (١٢/١٢) وسبل السلام للصنعاني (٤٨١/٣) دار الريان للتراث ط الرابعة ١٩٨٧م .

بالمفعول به بين ما استند إليه الفعل وما عطف عليه . وهذا سائغ (١) .

٢٦٢٦٣ - ومنه [قوله تعالى] (٢) : ﴿ ءَامَنَ ٱلرَّسُولُ بِمَآ أُنزِلَ إِلَيۡهِ مِن رَّبِّهِۦ وَٱلۡمُؤۡمِنُونَۚ ﴾ (٣) وقوله تعالى : ﴿ إِنَّ رَبَّكَ يَعۡلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ ﴾ (٤) الآية . فالتقدير : إن ربك يعلم أنك تقوم أنت وطائفة من الذين معك أدنى من ثلثي الليل ، وآمن الرسول والمؤمنون بما أنزل إلى الرسول من ربه (٥) .

٢٦٢٦٤ - وقد قرأ أبو جعفر (٦) والحسن (٧) و (٨) ابن عامر (٩) [وأبو عمرو] (١٠) وغيرهم : ﴿ عَٰلِيَهُمۡ ثِيَابُ سُندُسٍ خُضۡرٌ وَإِسۡتَبۡرَقٌۖ ﴾ (١١) جرا (١٢) . تقديره : ثيابُ سندسٍ وإستبرقٍ خضرٌ فعطف (١٣) صفةُ المضاف بين المضاف إليه وما عُطف عليه (١٤) . قال أبو

---

(١) في ب و ج (شائع) .

(٢) ما بين المعكوفتين ليست في النسخ الثلاثة . وأثبت لسياق الكلام .

(٣) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٥ . (٤) سورة المزمل الآية رقم ٢٠ .

(٥) انظر : الفريد في إعراب القرآن المجيد للهمداني المتوفى سنة ٦٤٣هـ (٥٣٣/١ . ٤/ ٥٥٦) تحقيق : د .فهمي حسن النمر وزميله ، دار الثقافة ، الدوحة .

(٦) هو يزيد بن القعقاع المخزومي المدني . أحد القراء العشرة . تابعي مشهور . عرض القرآن على مولاه عبد الله بن عياش بن أبي ربيعة ، وعبد الله بن عباس وأبي هريرة وروي عنهم . وروي القراءة عنه نافع بن أبي نعيم وغيرهم . قال يحيى بن معين : كان إمام أهل المدينة في القراءة فسمي القارئ بذلك . وكان ثقة قليل الحديث . توفي رحمه الله بالمدينة سنة ١٣٠هـ . (انظر : طبقات القراء ٣٨٤/٢) .

(٧) هو الحسن بن علي بن أحمد بن بشار . أبو محمد النيسابوري البصري . مقرئ متصدر أخذ القراءة عرضا عن أبي بكر النقاش . روي القراءة عنه أبو علي الحسن بن القاسم في البصرة . (انظر : غاية النهاية في طبقات القراء ١/ ٢٢٢) . (٨) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٩) هو عبد الله بن عامر بن يزيد بن تميم اليحصبي . أبو عمران ، إمام أهل الشام في القراءة ، والذي انتهت إليه مشيخة الإقراء بها . ولد سنة ثمان من الهجرة وتوفي بدمشق يوم عاشوراء سنة ١١٨هـ . (انظر : غاية النهاية في طبقات القراء ١/ ٤٢٣)

(١٠) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . وأبو عمرو هو زبان بن العلاء بن عمار بن العريان . أبو عمرو التميمي المازني البصري . أحد القراء السبعة . ولد سنة ٦٨هـ . سمع أنس بن مالك وغيره . وكان أعلم الناس بالقرآن والعربية مع الصدق والثقة والزهد . توفي رحمه الله سنة ١٥٤هـ بالكوفة . (انظر : غاية النهاية في طبقات القراء ٢٨٨/١) . (١١) سورة الإنسان الآية رقم ٢١ .

(١٢) ما بين القوسين ساقط من ب . (١٣) في ب و ج (عطف) .

(١٤) انظر : إعراب القراءات السبع وعللها لابن خالويه الهمذاني (٤٢٣/٢) تحقيق د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين مكتبة الخانجي بالقاهرة . ط أولى ١٩٩٢م وإتحاف فضلاء البشر بالقراءات الأربعة عشر للعلامة أحمد بن محمد البنا المتوفى سنة ١٧٠٥م تحقيق شعبان محمد إسماعيل مكتبة الكليات الأزهرية ، ط أولى ، ١٩٨٧م .

على (١) : وهذه القراءة أقوى (٢) ، كقوله تعالى : ﴿ وَيَلْبَسُونَ ثِيَابًا خُضْرًا مِّن سُندُسٍ وَإِسْتَبْرَقٍ ﴾ (٣) فكذلك جواز الفصل في الخبر بين ما استند إليه الفعل وما عطف عليه .

٢٦٢٦٥ - ولا يجوز أن يكون الكافر الذي لا يقتل به المعاهد إلا من لا عهد له ، وذلك لا يقتل به المسلم عندنا (٤) . وهذا وجه تأويل لا يحتاج فيه إلى تقدير حذف . ومخالفنا لا بد أن يقدر في الحديث (٥) حذفا (٦) ، وهو قوله : لا يقتل مؤمن بكافر ، ولا يقتل ذو عهد في عهده . ولو تساوى التأويلات (٧) وقف دليلهم . كيف إذا قدرنا تقديرا لا حذف فيه وقدروا تقديرا حذفوا منه الفعل (٨) .

٢٦٢٦٦ - وجواب آخر : وهو أن الجملة من المبتدأ والخبر تكون حالا . قال الله تعالى : ﴿ يَغْشَىٰ طَآئِفَةً مِّنكُمْ وَطَآئِفَةٌ قَدْ أَهَمَّتْهُمْ أَنفُسُهُمْ ﴾ (٩) قال سيبويه (١٠) :

---

(١) هو الحسن بن أحمد بن عبد الغفار بن سليمان بن أبان . الإمام أبو علي الفارسي النحوي المشهور . انتهت إليه رئاسة علم النحو . روي القراءة عرضا عن أبي بكر بن مجاهد . ألف كتاب الحجة والتذكرة ، توفي سنة ٣٧٧هـ . (انظر : غاية النهاية في طبقات القراء ٢٠٦/١) .

(٢) قال أبو علي الفارسي : أوجَهُ هذه الوجوه قول من قال : ثيابُ سندسٍ خضرٌ وإستبرقٍ برفع الخضر ، لأنه صفة مجموعه لموصوف مجموع ، فأتبع الخضر الذي هو جمع مرفوع ، الجمع المرفوع الذي هو ثياب . وأما إستبرق فجُرَّ من حيث كان جنسا أضيفت إليه الثياب كما أضيفت إلى سندس ، فكان المعنى ثيابهما ، فأضاف الثياب إلى الجنسين كما تقول : ثياب خزٍ وكتَّانٍ ، فتضيفهما إلى الجنسين . ودل على ذلك قوله تعالى : ﴿ وَيَلْبَسُونَ ثِيَابًا خُضْرًا مِّن سُندُسٍ وَإِسْتَبْرَقٍ ﴾ سورة الكهف الآية٣١ . انظر : كتاب الحجة للقراء السبعة لأبي على الفارسي (٣٥٧/٦) دار المأمون للتراث ، دمشق ، ط أولى ١٩٩٣م .

(٣) سورة الكهف : الآية ٣١ .

(٤) أي لا يقتل المسلم والذمي بالمستأمن . انظر : ملتقى الأبحر (٢٨٦/٢) .

(٥) في النسخ الثلاثة (الآية) وهو خطأ . لأن المقصود هنا هو الحديث لا الآية .

(٦) في جميع النسخ الثلاثة (حذف) . (٧) كذا في ب و ج ، وفي أ (الدليلان) ولعله تحريف .

(٨) ما ذكره القدوري هنا أجيب عنه فيما سبق بأنه لا يجب التقدير . لأن الجملة الثانية جملة تامة فلا يحتاج إلى إضمار . لأن الإضمار خلاف الأصل فلا يصار إليه إلا للضرورة . ولأن مقتضى العطف الاشتراك لا الاشتراك من كل وجه . انظر : سبل السلام (٤٨١/٣) .

(٩) سورة آل عمران الآية رقم ١٥٤ . جاء في إعراب الآية : وهذه الواو أعني واو (وطائفة) تسمى واو الحال وواو الابتداء ، وبمعنى إذ ، والجملة في موضع الحال . انظر : الفريد في إعراب القرآن المجيد للهمداني (٦٤٧/١) .

(١٠) هو عمرو بن عثمان بن قنبر ، أبو بشر المعروف بسيبويه . إمام البصريين . علامة النحو المعروف . من أحسن مؤلفاته كتابه المسمى (الكتاب) من أجل ما ألف في هذا الشأن . توفي سنة ١٨٠هـ . (انظر : شذرات الذهب ١/ ٢٥٢) .

فلما وجّهوه [١] على طائفة يغشى منكم في هذه الحال ، كأنه قال : طائفة قد أهمتهم . وإنما فعلها وقتا ولم يرد أن يجعلها واو عطف ، وإنما هي واو الابتداء [٢] .

٢٦٢٦٧ - وهذا القول : [خرجت وزيد قائم . فقولهم : وزيد قائم ، جملة مبتدأ وخبر وهي حال ، كأنه قال] [٣] : خرجت [والآن] [٤] زيد قائم ؟ فعلى هذا تقدير الخبر : لا يقتل مؤمن بكافر ، وليس ذو عهد في عهده . ولقد [٥] قدرنا ارتفاع العهد [٦] عن جميع المعاهدين لم يقتل مؤمن بكافر .

٢٦٢٦٨ - ومثله في المعنى إنشاد أبي [٧] زيد الأنصاري [٨] بأيدي [٩] رجالٍ لم يَشِيمُوا سيُوفَهُم ولم تَكْثُر القتلى بها حين سُلَّتْ [١٠] .

٢٦٢٦٩ - وهذا التأويل أيضًا لا يُدخل الكلامَ [حذفا] [١١] ، وما سوى ذلك من تأويلهم لا بد من دخول الحذف [١٢] . وقد حذفوا [١٣] في هذا الكلام فقال : قد روي

---

(١) في ب و ج (وجهوا) .

(٢) انظر : الكتاب لسيبويه (٩٠/١) . تحقيق عبد السلام هارون ، الهيئة المصرية العامة للكتاب . ط الثانية ١٩٧٧م .

(٣) قوله : خرجت وزيد قائم - إلى آخر قوله - كأنه قال ساقط من ب و ج .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) كذا في النسخ الثلاثة .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٧) في أ (أفي) وفي ب و ج (في) .

(٨) هو سعيد بن أوس بن ثابت بن بشير بن أبي زيد الأنصاري النحوي البصري . صاحب النحو واللغة . كان ثقة ثبتا من أهل البصرة . له مصنفات في الآداب منها : كتاب اللغات وكتاب النوادر وكتاب الجمع والتثنية وغيرها . مات بالبصرة سنة ٢١٥هـ . (انظر : تهذيب الكمال ٣٣٠/١٠ وتاريخ بغداد ٧٧/٩ ووفيات الأعيان ٣٧٨/٢) .

(٩) في النسخ الثلاثة (معير بأيدي) والصواب ما أثبت لما جاء في كتب اللغة والشعر .

(١٠) البيت نسب إلى الفرزدق ولم أجده في ديوانه . وهو في شرح ديوان الحماسة للمرزوقي (١٢٢/١) لجنة التأليف والترجمة والنشر ط الثانية ١٩٦٧م . ولسان العرب (١١٢٩/٢) مادة خرر . و٢٣٨٠/٣ مادة شيم . وشواهد المغني للسيوطي (٧٧٨/٢) . والشاهد فيه قوله : (ولم تكثر القتلى) حيث جاءت الواو حالية على مذهب جماعة من النحاة ، وهي للعطف عند جماعة أخرى . انظر : المعجم المفصل في شواهد النحو الشعرية . (١٤٨/١) د أميل بديع يعقوب دار الكتب العلمية بيروت ط أولى ١٩٩٢م .

(١١) في النسخ الثلاثة (حذف) .

(١٢) ويمكن أن يناقش جوابهم هذا بأن جوابكم مبني على تقدير كلمة (بكافر) في أخر الحديث وهو خلاف الأصل . فيبقى قوله عليه الصلاة والسلام : (ولا ذو عهد في عهده) جملة مستأنفة قيلت حتى لا يتوهم إباحة دم الذمي ابتداء كما سبق .

(١٣) كذا في ج ، وفي أ و ب (هزموا) ولعله تحريف .

الخبر من غير عطف [١] وهو قوله : [لا يقتل مؤمن بكافر] [٢] وهذا كلام ضعيف .

٢٦٢٧٠ - لأن هذا خبر واحد روي بعض الرواة بعضه وروي بعضهم تمامه .

٢٦٢٧١ - وقد عاب أصحاب مالك [٣] والشافعي بهذا فقالوا [٤] : لم يرو [٥] من غير عطف . ما لا مقطوع يعدل هذا الخبر المتصل إلى غير مقطوع [٦] .

---

(١) انظر : الأم (٣٠٧/٧) .

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢١٥/٢) والبيهقي في السنن الكبرى (٢٩/٨) وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٩٤/٩) كلهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . والإمام الشافعي في مسنده ص ٣٤٤ وعبد الرزاق في مصنفه (٩٨/١٠) مرسلا . قال الإمام البغوي في شرح السنة ٣٨٨/٥ : هذا حديث صحيح . وأخرجه الإمام البخاري والترمذي وابن ماجة بلفظ (لا يقتل مسلم بكافر) عن أبي جحيفة . صحيح البخاري كتاب العلم باب كتابة العلم (٥٣/١) ، وكتاب الديات باب لا يقتل المسلم بالكافر (٢٥٣٤/٦) . وباب العاقلة (٢٥٣١/٦) وكتاب الجهاد باب فكاك الأسير (١١١٠/٣) . وسنن الترمذي كتاب الديات باب ما جاء لا يقتل مسلم بكافر (٢٥/٤) برقم ١٤١٢ . وسنن ابن ماجه كتاب الديات باب لا يقتل المسلم بالكافر (٨٨٧/٢) برقم ٢٦٥٨ . استدل الإمام الشافعي بهذا الحديث فقال : قال رسول الله ﷺ : (لا يقتل مسلم بكافر) ثم إن كان قال : (ولا ذو عهد في عهده) فإنما قال : ولا يقتل ذو عهد في عهده ، تعليما للناس ، إذ سقط القود بين المؤمن والكافر أنه لا يحل لهم قتل من له عهد من الكافرين . انظر : الأم (٣٤٠/٧) .

(٣) هو الإمام مالك بن أنس بن مالك الأصبحي ، إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة . جمع بين الحديث والفقه والرأي . وهو الذي قيل عنه : لا يفتى ومالك في المدينة . جمع الحديث في الموطأ . وتوفي رحمه الله سنة ١٧٩هـ في خلافة هارون الرشيد ودفن بالبقيع . (انظر : الديباج المذهب ٦٣/١ وشذرات الذهب ٢٨٩/١)

(٤) في ب و ج (وقالوا) .

(٥) في ب (يرد) وهو تحريف .

(٦) كذا في النسخ الثلاثة ، ولعل في العبارة سقطا . وقد نوقش استدلال الشافعية بما روي من غير عطف بأن هذا الكلام الذي حكاه أبو جحيفة في هذا الحديث عن علي رضي الله عنه لم يكن منفردا . ولو كان منفردا لاحتمل ما قالوه . ولكنه كان موصولا بغيره . فكل ما روي عن علي رضي الله عنه بعطف ومن غير عطف فهو في الحقيقة حديث واحد قد عزاه أبو جحيفة إلى الصحيفة وكذلك قيس بن عباد . وإنما حذف بعض الرواة ذكر العهد . فأما أصل الحديث فواحد . ومع ذلك فلو لم يكن في الخبر دليل على أنه حديث واحد لكان الواجب حملهما على أنهما وردا معا . وذلك لأنه لم يثبت أن النبي ﷺ قال ذلك في وقتين : مرة مطلقا من غير ذكر ذي العهد ، وتارة مع ذكر ذي العهد . انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي (١٩٣/٣) وأحكام القرآن للجصاص (١٧٧/١) ويجاب عن هذا بأن قوله عليه الصلاة والسلام : (لا يقتل مؤمن بكافر) كلام تام بنفسه . فلا وجه لضمه إلى ما بعده وإبطال حكم ظاهره . وصحيفة علي رضي الله عنه قد تضمن أحكاما غير هذا . ولا مانع أن يتضمن الحديث أكثر من حكم شرعي دون أن يقتصر على حكم معين كما هو الحال في هذا الحديث الشريف . انظر : معالم السنن للخطابي (١٨/٤) وشرح السنة للبغوي (٣٩٠/٥) .

٢٦٢٧٢ - قالوا : روي عن عمر [١] وعثمان [٢] وعلي [٣] وزيد بن ثابت [٤] وابن مسعود [٥] [ﷺ] مثل قولنا ولا مخالف لهم [٦] .

٢٦٢٧٣ - قلنا : هذا كلام من لم يعرف الحديث . لأن الخبر المشهور أن مسلما قتل عِباديا [٧] من أهل الحيرة ، فذهب أخوه إلى عمر [ﷺ] ، وكتب عمر أن يقتل ، فجعل يقول : اقتل ، فيقول : حتى يجيء (الغيظ) [٨] . وكتب عمر أن يودى ولا يقتل .

٢٦٢٧٤ - وقد قيل : إن عمر قيل له : إن القاتل فرسان المسلمين [٩] ، ويجوز أن

---

(١) هو عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى القرشي العدوي . أبو حفص ، أمير المؤمنين . كان من أشراف قريش ، وإليه كانت السفارة في الجاهلية . أسلم بعد أربعين رجلا وإحدى عشرة امرأة . شهد بدرا والمشاهد كلها . وولي الخلافة بعد أبي بكر . ومناقبه كثيرة جدا . قتل سنة ٢٣هـ . ودفن مع رسول اللَّه ﷺ في بيت عائشة ﷺ . انظر : تهذيب التهذيب (٣٨٣/٧) .

(٢) هو عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية ، أبو عبد اللَّه . ثالث الخلفاء الراشدين ، وأحد المبشرين بالجنة . ومناقبه كثيرة . حوصر في منزله وقتل ودفن بالبقيع سنة ٣٥هـ . انظر : شذرات الذهب (٤٠/١) .

(٣) هو علي بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشي ، أمير المؤمنين ورابع الخلفاء الراشدين ، وأحد المبشرين بالجنة . ابن عم النبي ﷺ وزوج السيدة فاطمة الزهراء . ضربه عبد الرحمن بن ملجم فبقي يوما ثم مات سنة ٤٠هـ . ودفن في الكوفة وغيب قبره وخلافته ، وخلافته أربع سنين وأشهر وأيام . (انظر : صفة الصفوة ١٣٩/١ وشذرات الذهب ٥٣/١) .

(٤) هو زيد بن ثابت بن الضحاك ، أبو سعيد الأنصاري الخزرجي . من أكابر الصحابة . كان يكتب الوحي لرسول اللَّه ﷺ . أعلم الصحابة بالفرائض . أمره أبو بكر أن يجمع القرآن . وأمره عثمان فكتب المصحف . توفي سنة ٤٥هـ . (انظر : صفة الصفوة ٣١٣/١ وطبقات الحفاظ ١/ ٨) .

(٥) هو عبد اللَّه بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي . أبو عبد الرحمن . من أكابر الصحابة ومن السابقين إلى الإسلام . ولي قضاء الكوفة وبيت المال لعمر وصدرا من خلافة عثمان . مات عن نيف وستين سنة ودفن بالبقيع سنة ٣٢هـ . انظر : الطبقات الكبرى (١٠٦/٣) وصفة الصفوة (١٧٣/١) .

(٦) انظر : النكت للشيرازي الورقة ب٢٥٢ والحاوي للماوردي (١٤/١٢) ومعرفة السنن للبيهقي (٢٨/١٢) برقم ١٥٧٥٣ والمغني والشرح الكبير (٣٤١/٩) .

(٧) عِبادي - نسبة إلى العباد بالكسر ، وهي قبائل شتى اجتمعوا على النصرانية بالحيرة . انظر : القاموس المحيط للفيروزآبادي (٣٢٣/١) فصل العين باب الدال . دار الجيل بيروت .

(٨) في النسخ الثلاثة (الايغيظ) .

(٩) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٩٦/٣) وعبد الرزاق في المصنف (١٠٢/١٠) باب قود المسلم بالذمي برقم ١٨٥٢٠ وابن أبي شيبة في مصنفه كتاب الديات (٢٩٢/٩) برقم ٧٥٢٠ . وأخرجه أيضًا الإمام ابن عبد البر في الاستذكار (١٧٢/٢٥) والبيهقي من طريق الشافعي أن رجلًا من بكر بن وائل قتل رجلا من أهل الحيرة . فذكره نحوه . انظر السنن الكبرى (٣٢/٨) .

يكون أسقط القصاص لأن الأخ أخبر أنه يقتله غيظا لا قصاصا .

٢٦٢٧٥ - ولما قتل [عُبَيْدُ اللَّه] (١) ابنُه الهُرْمُزَانَ (٢) و (جُفَيْنَة) (٣) ، وكان نصرانيا من أهل الحيرة ، فلما استخلف عثمان ﷺ ، دعا المهاجرين والأنصار فقال : أشيروا علي (في) (٤) هذا الرجل الذي قد فَتَقَ من الدين ما فتق . فاجتمع (المهاجرون) (٥) فيه على كلمة واحدة يأمرونه (٦) بالشدة عليه ويحثون عثمان على قتله ، فكان فوج الناس أعظم مع عبيد اللَّه (٧) ، يقولون لجُفَيْنَةَ والهُرْمُزَانَ : (أبعدهما اللَّه) (٨) .

---

(١) في النسخ الثلاثة (عبد اللَّه) وهو خطأ وما أثبته هو الصحيح . و عبيد اللَّه بن عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي . أبو عيسى . ولد على عهد رسول اللَّه ﷺ وكان من شجعان قريش وفرسانهم . شهد صفين مع معاوية وقتل فيها سنة ٣٧هـ . (انظر : شذرات الذهب ٤٦/١) .

(٢) هو الهرمزان صاحب تستر ، وهو من جملة الملوك الذين تحت يد يزدجرد . عندما فتح تستر بعثه أبو موسى الأشعري إلى عمر ﷺ ، ففرض له وسماه عرفطة ، وأقام بالمدينة . قتله عبيد اللَّه بن عمر ﷺ . (انظر: تاريخ الإسلام للذهبي ، عهد الخلفاء الراشدين ص ٢٩٤)

(٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (جفنة) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) في ب (المهاجرين) .

(٦) ما بين القوسين في النسخ الثلاثة (فأمر فيه) .

(٧) في ب و ج (عبد اللَّه) .

(٨) في ب و ج (بعدهما اللَّه) . هذه القصة أخرجها الإمام الطحاوي عن ابن شهاب أنه قال : أخبرني سعيد بن المسيب أن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق قال : حين قتل عمر مررت على أبي لؤلؤة ومعه هرمزان ، فلما بغتهم ثاروا ، فسقط من بينهم خنجر له رأسان ممسكة في وسطه ، قال : قلت فانظروا لعله الخنجر الذي قتل به عمر فنظروا ، فإذا هو الخنجر الذي وصف عبد الرحمن . فانطلق عبيد اللَّه بن عمر حين سمع ذلك من عبد الرحمن ومعه السيف حتى دعا الهرمزان ، فلما خرج إليه قال : انطلق حتى ننظر إلى فرس لي ، ثم تأخر عنه إذا مضى بين يديه علاه بالسيف ، فلما وجد مس السيف قال : لا إله إلا اللَّه . قال عبيد اللَّه : ودعوت جفينة وكان نصرانيا من نصارى الحيرة . فلما خرج إلي علوته بالسيف فصلت بين عينيه . ثم انطلق عبيد اللَّه فقتل ابنة أبي لؤلؤة ، صغيرة تدعي الإسلام . فلما استخلف عثمان ، دعا المهاجرين والأنصار فقال : أشيروا علي في هذا الرجل الذي فتق من الدين ما فتق . فاجتمع المهاجرون فيه على كلمة واحدة يأمرونه بالشدة عليه ويحثون عثمان على قتله ، وكان فوج الناس الأعظم مع عبيد اللَّه يقولون لجفينة والهرمزان أبعدهما اللَّه . فكان في ذلك الاختلاف . ثم قال عمرو بن العاص : يا أمير المؤمنين ، إن هذا الأمر قد أعفاك اللَّه من أن تكون بعد ما قد بويعت ، وإنما كان ذلك قبل أن يكون لك على الناس سلطان . فأعرض عن عبيد اللَّه ، وتفرق الناس عن خطبة عمرو بن العاص ، وودي الرجلين والجارية . انظر : شرح معاني الآثار (١٩٤/٣) والمحلى (٥٢٧/١٢) وتاريخ الإسلام للذهبي عهد الخلفاء الراشدين ص٢٩٤ . قال الإمام الطحاوي بعد ذكر القصة : ففي هذا الحديث أن عبيد اللَّه ﷺ قتل جفينة وهو مشرك ، وضرب الهرمزان وهو كافر ثم كان إسلامه بعد ذلك . فأشار المهاجرون رضوان اللَّه عليهم على عثمان بقتل عبيد اللَّه وعلي فيهم . انظر : شرح معاني الآثار (١٩٤/٣) . =

٢٦٢٧٦ - فهذا يدل من قول المهاجرين أن المسلم يقتل بالنصراني .

٢٦٢٧٧ - وروي (أبو الجَنُوب) [١] الأسَدي [٢] قال : جاء رجل من أهل الحيرة إلى علي [ﷺ] فقال : يا أمير المؤمنين ، رجل من المسلمين قتل ابني ولي البينة ، فجاء الشهود فشهدوا ، وسأل عنهم فزُكُّوا ، وأمر بالمسلم فأُقْعِد ، وأعطى الحيري سيفا وقال : اخرجوا معه إلى الجَبَّانَة [٣] فليقتله ، فتَبَاطَأَ الحيري ، فقال له بعض القوم : هل لك في الدية تعيش بها وتصنع عندنا يدا ، فقال : نعم . وغمد السيف وأقبل إلى علي [٤] ، فقال له علي : لعلهم منعوك [٥] أو هَدَّدُوك [٦] .

٢٦٢٧٨ - قال : لا والله يا أمير المؤمنين ، ولكن الدية . قال : أنت أعلم . ثم أقبل على القوم فقال : إنما أعطيناهم الذي أعطيناهم ليكون دماؤنا كدمائهم [٧] .

= وقال الزيلعي : ولا يقال : لعل عثمان أراد قتله ببنت أبي لؤلؤة لا بجفينة والهرمزان . لأنا نقول : لو أراد ذلك لبينه أنه يقتله بها لا بهما ، لأن الناس كانوا يقولون بين يديه : أبعدهما الله . فمحال أن لا يبين ذلك مع هذا القول من الناس بين يديه . انظر : تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي (١٠٤/٦) . وأجاب الإمام الشافعي عن قول الحنفية في هذا الأثر من وجهين : أحدها : لا يسلم أن الهرمزان كان كافرا عندما ضربه عبيد الله بن عمر ، لأنه كان قد أسلم قبل ذلك ، مستدلا بالأحاديث التي تثبت أن الهرمزان كان قد أسلم وفرض له عمر وأنه خرج مع عمر رافعا يديه يهل أو يكبر ، وهو معروف مشهور بين أهل المغازي . وإنما قال : لا إله إلا الله تعجبا أو تبعيدا لما اتهمه به عبيد الله بن عمر ﷺ . انظر : معرفة السنن والآثار للبيهقي (١٢/ ٢٣-٢٥) والسنن الكبرى له أيضًا (٣٤/٨) .

(١) في النسخ الثلاثة (ابن الحيدر) .

(٢) هو عقبة بن علقمة اليشكري ، أبو الجنوب الكوفي . روي عن علي بن أبي طالب وروي عنه عبد الله بن عبد الله الرازي وأبو عبد الرحمن بن منصور العنزي الفزاري ، قال أبو حاتم : ضعيف الحديث بين الضعف . روي له الترمذي حديثًا واحدًا . وقال الدارقطني : ضعيف الحديث . شهد موقعة الجمل مع علي بن أبي طالب ﷺ . (انظر : تهذيب الكمال ٢١٣/٢٠ ترجمة ٣٩٨٣ . وتهذيب التهذيب ٢٢٠/٧ والجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٣١٣/٦ ترجمة ١٧٤٣ وسنن الدارقطني ٢٣١/١ و ١٤٨/٣)

(٣) الجَبَّانَة : المقبرة والصحراء . انظر : القاموس المحيط ، باب النون فصل الجيم . مادة جبن .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . (٥) في ب و ج (فيقول) .

(٦) في ب و ج (هددك) .

(٧) أخرجه الإمام الشافعي في مسنده عن أبي الجنوب الأسدي قال : أتي علي بن أبي طالب ﷺ برجل من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة . قال : فقامت عليه البينة فأمر بقتله . فجاء أخوه فقال : إني قد عفوت عنه . قال : فلعلهم هددوك أو فرقوك أو فزعوك . قال لا ولكن قتله لا يرد علي أخي وعوضوني فرضيت . قال : أنت أعلم . من كان له ذمتنا فدمه كدمنا ، وديته كديتنا . انظر : مسند الإمام الشافعي كتاب الديات =

٢٦٢٧٩ - احتجوا : بأنه منقوص بالكفر ، وإذا قتله مسلم لم يجب عليه القود كالمستأمن . أو لأنه محقون الدم بعهد ، فإذا قتله من حقن دمه بدينه لم يقتل به .

٢٦٢٨٠ - وربما قالوا : محقون الدم بأمان فلم يكن مكافئا بمحقون الدم بإيمان (١) .

٢٦٢٨١ - قلنا : الكفر نوع نقص وأنواع النقص كلها غير مؤثرة في القصاص في النفس . كذلك هذا النوع يلحق بها ، لأن النقص كالكفر لو كان (٢) شبهة (٣) في سقوط القصاص عن المسلم ، كان تأثير هذه الشبهة في الاستيفاء الذي هو العقوبة (٤) أولى من تأثيرهما في الوجوب ، لأن الاستيفاء هو (العقوبة) (٥) فالتأثير فيه أولى .

٢٦٢٨٢ - والمعنى في المستأمن أن دمه لم يحقن على التأبيد ، وإنما هو موقوف بدلالة إباحة دمه من غير فعل تحدد (٦) في جهته ، إذا انقضت المدة فامتنع من الخروج أخرجناه إلى مأمنه ثم حل دمه .

٢٦٢٨٣ - وليس كذلك الذمي ، لأن حقن دمه مؤبد ، بدلالة أنه لا يحل إلا لمعنى يوجد منه ، كما لا (٧) يباح دم المسلم إلا بحدوث معنى منه .

= والقصاص . ص ٣٤٤ . وأخرجه أيضًا الإمام البيهقي في السنن الكبرى كتاب الجنايات باب بيان ضعف الخبر الذي روي في قتل المؤمن بالكافر وما جاء عن الصحابة في ذلك (٣٤/٨) . ورد على احتجاج الحنفية بالأثر على عدم إجماع الصحابة على أن المسلم لا يقتل بالذمي من وجهين : أولا : أن هذا مع كونه قول صحابي ففي إسناده أبو الجنوب الأسدي وهو ضعيف الحديث كما قال الدارقطني . انظر : نيل الأوطار (١١/٧) . ثانيًا : أنه قد روي عن الإمام علي حديث « لا يقتل مسلم بكافر » وهذا دليل على أن عليا لا يروي عن النبي ﷺ شيئا ويقول بخلافه . انظر : السنن الكبرى (٣٤/٨) .

(١) قال الإمام الشيرازي : ولأنه منقوص بالكفر فلا يكافئ دمه دم المسلم كالمستأمن . انظر : النكت للشيرازي الورقة ب٢٥٢ وأيضا الحاوي للماوردي (١٣/١٢) وبداية المجتهد (٣٩٩/٢) والمغني والشرح الكبير (٣٤٢/٩) . هذا ويجدر بالذكر أن أبا يوسف رحمه الله من الحنفية قد روي عنه أنه قال : يقتل المسلم بالحربي المستأمن . فقد جاء في كتاب مختصر اختلاف الفقهاء لأبي بكر الجصاص ما نصه : قال أبو جعفر : وليس ما ذكره الشافعي إجماع ، لأن أحمد بن أبي عمران وجعفر بن أحمد قد حدثا قالا : حدثنا بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال : يقتل المسلم بالحربي المستأمن . انظر : مختصر اختلاف الفقهاء ورقة ب٢٤٣ مسجل باسم اختلاف الفقهاء لأبي جعفر الطحاوي برقم ٦٤٧ فقه حنفي ميكروفيلم ٣٠٢٩٧ بدار الكتب المصرية .

(٢) في ب و ج (ولو كانت) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤ ، ٥) في ج (المعقود به) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٧) ما بين المعكوفتين ليست في النسخ الثلاثة . وقد أثبت ليستقيم المعنى .

٢٦٢٨٤ - وهذه علة متعدية إلى فرع وهو الذمي إذا قتل المستأمن لم يقتل عندنا به [١] لهذه العلة [٢] . وعلى هذا الفرق [٣] إذا قتل المستأمن مستأمنا يجب عليه القصاص . لأنه تساوى في حقن دمه [٤] .

٢٦٢٨٥ - فإن قيل [٥] : هذا الاختلاف لا يمنع التساوي في وجوب الفِدْيَة [٦] ، لأن الزنا بالأجنبية كالزنا [٧] بذات محرم في وجوب الحد وإن اختلفا من أن [٨] حظر المحرم على التأبيد وحظر الأجنبية مؤقت [٩] .

٢٦٢٨٦ - قلنا : حظر الأجنبية متأبد ، بدلالة أنه لا تحل إلا بمعنى يوجد منها كما أن [١٠] حظر دم الذمي لا يزول إلا بمعنى يوجد منه ، ووِزَان المستأمن وطأ زوجته الحائض لأن الحيض يزول بغير فعلها ، وكذلك لا يجب بوطئها حد . فأما ذات الرحم فلا تحل بمعنى يوجد منها .

٢٦٢٨٧ - وهذا لا يمنع من أن تساوي الأجنبية مع وجوب الحد . ونظيره من

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٢) انظر : ملتقى الأبحر (٢/٢٨٦) .
(٣) في ب (الفراق) .
(٤) استدل الشافعية ومن معهم بأن الذمي منقوص بالكفر فلا يقتل به المسلم كما لا يقتل بالمستأمن . ونوقش هذا بأن نقصان حال الكافر بكفره لا يزيل عصمته فلا عبرة به كسائر الأوصاف الناقصة كالجهل والفسق والأنوثة . ولا نسلم أن كفره مبيح ، بل المبيح هو الكفر الباعث على الحراب بدليل أن النساء والشيوخ والأطفال الذين لا يقاتلون المسلمين لا يجوز قتلهم . والقياس على المستأمن قياس مع الفارق ، لأن عصمة دم الذمي مؤبد بخلاف المستأمن فإن عصمة دمه مؤقت . ولذلك لا يقتل الذمي بالمستأمن ويقتل المستأمن بالمستأمن . انظر : البدائع (٧/٢٣٧) وأجيب عن هذا بأنه لا فرق بين الذمي والمستأمن . بل كلاهما محرم الدم تحريما مساويا لتحريم الآخر . وإنما يراعى الحكم وقت الجناية الموجبة للحكم لا بعد ذلك . ولعل المستأمن لا يرجع إلى دار الحرب ولعل الذمي ينقض العهد ويلحق بدار الحرب فيعود دمه حلالا . فدم الذمي ليس محقونا على التأبيد فأشبه الحربي . انظر : المغني والشرح الكبير (٩/٣٦١) والمحلى (١٢/٢٨) .
(٥) أجيب عن اعتراض الحنفية بأن هذا الاختلاف بين عصمة الذمي وعصمة المستأمن لا يمنع من وجوب الدية إذا قتل المسلم الذمي ، كما لا يمنع الاختلاف بين تحريم الأم وتحريم المعتدة من وجوب الحد بوطئهن . قال الشيرازي : وتحريم الأم مؤبد وتحريم المعتدة مؤقت وتجب الحد في وطئهما . انظر : النكت للشيرازي مخطوط ، الورقة ب٢٥٢ . وانظر أيضًا : الحاوي للماوردي (١٢/١٣) .
(٦) كذا في النسخ الثلاثة .
(٧) في ب و ج (بالزنا) وهو تحريف .
(٨) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٩) في ب وج (فمؤقت) .
(١٠) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

القصاص أن قتل العاقل البالغ يوجب القود وإن كان قتله يستباح بفعله ، وقتل الصبي والمجنون يوجب القصاص وإن كان لا يباح قتله بفعله .

٢٦٢٨٨ - وفرق آخر : وهو أن معنى الإباحة موجود في دم الحربي لأن قتله مباح ، ثم تأجلت الإباحة بالعهد ، ودخول التأجيل في الحق لا يمنع من ثبوته . وهذا المعنى لا يوجد من الذمي . وهذه المعارضة [١] تقتضي أن المستأمن إذا قتل المستأمن لا يقتل به .

٢٦٢٨٩ - فإن قيل : هذا الاختلاف لا يمنع أن يتساوى الذمي والمستأمن في بدل النفس كذلك (لا يمتنع) [٢] أن يتساويا [٣] في القصاص [٤] .

٢٦٢٩٠ - قلنا : معنى الإباحة يجوز أن يؤثر فيما سقط بالشبهة ، وإن كان لا يؤثر في الضمان ، بدلالة أن وطأ الأب جارية ابنه لا يتعلق به حد لوجود معنى الإباحة [٥] . وكذلك إذا سرق الابن من أبيه والأب من ابنه لم يقطع [٦] ، وإن صار كالأجنبي في وجوب الضمان .

٢٦٢٩١ - وفرق ثالث : وهو أن قبول استئمان الحربي ليس بواجب علينا ، بل نحن بالخيار في قبوله أو رده ، وبعد قبوله لنا أن ننقض أمانه ونرده ، [٧] (فلذلك) [٨] لم يجب بقتله علينا قصاص . واستئمان الذمي يجب علينا قبوله كما يجب قبول الإسلام ، ولا يجوز لنا أن ننقضه بعد العهد ، (فلذلك) [٩] (أوجب علينا القصاص بقتله .

---

(١) المعارضة لغة : هي المقابلة على سبيل الممانعة ، واصطلاحا : هي إقامة الدليل على خلاف ما أقام الدليل عليه الخصم . انظر : التعريفات للجرجاني ص ٢٤٧ .

(٢) كذا في أ ، وفي ب (يمنع) وهو ساقط من ج .

(٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (يتساوى) . (٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة ب٢٥٢ .

(٥) الأب إذا وطأ جارية ولده فإنه لا حد عليه في قول أكثر أهل العلم . وقال أبو ثور وابن المنذر : عليه الحد . انظر : الذخيرة (١٥٦/١٢) والوجيز (٢١/٢) والمغني لابن قدامة (٣٤٥/١٢) .

(٦) إذا سرق الابن من مال أبيه فيها رأيان : الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعي والثوري وإسحاق يرون أنه لا يقطع . ويرى الإمام مالك وأبي ثور وابن المنذر وهو ظاهر قول الخرقي : أنه يقطع . أما إذا سرق الوالد من مال ولده فإنه لا يقطع . وهو مذهب عامة أهل العلم منهم الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد والثوري . وقال أبو ثور وابن المنذر : يقطع . انظر : البدائع (٧٠/٧) والذخيرة للقرافي (١٥٦/١٢) والحاوي للماوردي (٣٤٧/١٣) والمغني لابن قدامة (٤٥٩/١٢) .

(٧) عند الشافعية أيضًا يجوز قبول استئمان الحربي . ولكنه لازم من جهة المسلمين ليس للإمام ولا لغيره نبذه ، فإن استشعر خيانة نبذه . انظر : الروضة (٢٢٨/١٠-٢٣١) ومغني المحتاج (٢٣٦/٤-٢٣٧) .

(٨) كذا في أ و ج ، وفي ب (فكذلك) . (٩) وفي ب و ج (فكذلك) .

٢٦٢٩٢ - قالوا : حد القذف يجب بهتك حرمة العرض ، والقود يجب بهتك حرمة) [١] النفس . ثم ثبت أن المسلم لا يحد بقذف الذمي كذلك لا يقتل بقتله . وتجيزه كل شخصين فُضِّل أحدهما للآخر في حد القذف بهتك عرضه بفضله [٢] بسقوط القود بقتله كالوالد مع الولد .

٢٦٢٩٣ - وربما قالوا : كل شخصين لا يجب لأحدهما على الآخر حد القذف مع (عفته) [٣] ويجب للآخر عليه ولم يجب عليه القصاص بقتله أصله الوالد مع الولد [٤] .

٢٦٢٩٤ - قلنا : حد القطع إصابة الأموال . وأجمعنا أن المسلم يقطع في مال الذمي ولا يحد بقذفه ، [٥] واختلفنا في القصاص بقتله . فلم وجب اعتباره بالحد ولم يجب اعتباره كالقطع ؟ ثم حد القذف أضيق ووجوب القصاص أوسع ، بدليل الذمي لا يحد بقذف الذمي [٦] ويقتل بقتله . ومن قذف موطوءة بشبهة يجب القصاص بقتلها ولا يجب الحد بقذفها . ولأن الأب لا يحد بقذف ابنه بفضله بدلالة أنه لا يحد مع إحصان الابن ، [٧] ولو قذفه غيره حد . فلما منعت الفضيلة الحد منعت القصاص في المسلم . إذا قذف الذمي لم يُحدَّا [٨] لا للفضيلة ، لكن يَعدُم حد القذف لفقد إحصان المقذوف .

٢٦٢٩٥ - وهذا [٩] . لا يمنع وجوب القصاص بقتله . بدلالة من قذف صغيرا أو

---

(١) قوله : أوجب علينا - إلى آخر قوله - بهتك حرمة ساقط من ب و ج .

(٢) في النسخ الثلاثة (بقتله) .

(٣) كذا في ب و ج . وفي أ (عصبته) .

(٤) قال الإمام الشيرازي : ولأنهما لا يتكافآن في حد القذف فلا يتكافآن في القصاص كالأب والابن . انظر : النكت للشيرازي الورقة أ ٢٥٣ . وهذا بناء على قاعدة : من يحد بقذف الغير يقتل بقتله ومن لا يحد بقذف الغير لا يقل بقتله . انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٩٩/١) . وقال الإمام ابن حزم : يقال لهم : كما لا تحدون أنتم المسلم إذا قذف الذمي وتحدون الذمي إذا قذف المسلم فكذلك اقتلوا الذمي بالمسلم ولا تقتلوا المسلم بالذمي . وهذا أصح قياس لأنها حرمة بحرمة انظر : المحلى (٢٨/١٢) .

(٥) عند الشافعية : تقطع يد المسلم بسرقة مال الذمي ، ولا يحد المسلم بقذف الذمي ، لأن من شروط إقامة حد القذف كون المقذوف محصنا والكافر ليس بمحصن . انظر : الحاوي (٣٢٦/١٣) وكفاية الأخيار (٣٤٨/٢) .

(٦) عند الشافعية : لا يحد الذمي بقذف الذمي لفقد شرط الإحصان في المقذوف . انظر : كفاية الأخيار (٣٤٨/٢) .

(٧) عند الشافعية لا يحد الأصل ولو أنثى بقذف الولد وإن سفل . انظر : المهذب للشيرازي (٢٧٢/٢) ومغني المحتاج (١٥٦/٤) .

(٨) كذا في النسخ الثلاثة ، ولعل المقصود من العبارة هو المسلم والذمي إذا قذفا الذمي لم يحدا ، وذلك لعدم توافر شرط الإحصان في الذمي المقذوف .

(٩) ما بين المعكوفتين ليست في النسخ الثلاثة . ولعل السياق يقتضيه .

مجنونا لم يحد ، [1] ولو قتلهما قتل .

٢٦٢٩٦ - قالوا [2] : كل من (ثبت) [3] ضمان دمه بالتزام المال لغيره لم يجب القصاص (على) [4] من التزم المال [له] [5] بقتله قياسا على المكاتب مع (المولى) [6] .

٢٦٢٩٧ - قلنا : المولى لا يقطع بسرقة مال (مكاتبه) [7] (لما) [8] له من شبهة الملك في (ماله) [9] .

٢٦٢٩٨ - وأما الذمي فيجب القطع على المسلم (بسرقة) [10] ماله [11] لأنه لا شبهة له فيه ، كذلك يجب القصاص بقتله .

٢٦٢٩٩ - لأنه لا شبهة له في رقبته أعني لشبهة ملكه .

* * *

(١) عند الشافعية أيضًا لا يحد من قذف صغيرا أو مجنونا ، لأن ما يرمى به الصغير والمجنون لو تحقق لم يجب به الحد ، فلم يجب الحد على القاذف . انظر : المهذب للشيرازي (٢٧٢/٢) .

(٢) انظر : النكت للشيرازي الورقة أ ٢٥٣ .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) في أ (على أن) . وما أثبته من ب و ج .

(٥) في النسخ الثلاثة (لم) وهو خطأ .

(٦) في ب وج (الولي) .

(٧) في ب و ج (المكاتب) .

(٨) في ب و ج (بما) .

(٩) في ب و ج (رقبته) وهو خطأ .

(١٠) كذا في ب و ج . وفي أ (لسرقة) .

(١١) لا خلاف بين العلماء في قطع يد المسلم بسرقة مال الذمي . قال ابن قدامة في المغني : لا نعلم فيه مخالفا . انظر : المغني (٤٥١/١٢) والحاوي للماوردي (٣٢٦/١٣) .

مسألة ١٣٠٠

قتل الحر بالعبد

٢٦٣٠٠ - قال أصحابنا رحمهم الله : يجب القصاص على الحر بقتل العبد .

٢٦٣٠١ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يجب (١) .

---

(١) اتفقت كلمة الفقهاء على أن القاتل والمقتول إذا كانا حرين أو عبدين معصومي الدم وتوافرت فيهما بقية الشروط لاستيفاء القصاص بينهما ، فإن القصاص يجري بينهما لتكافئهما . وكذلك اتفقوا على قتل العبد بالحر ، لأنه إذا قتل بمثله فبمن هو أكمل منه أولى مع عموم النصوص الواردة في ذلك . واختلفوا فيما إذا قتل الحر عبدا هل يقتل به قصاصا أم لا على ثلاثة أقوال :
القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء منهم المالكية والشافعية والحنابلة والليث وأبو ثور إلى أن الحر لا يقتل بالعبد مطلقا سواء أكان عبد نفسه أو عبد غيره . وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي وزيد وابن الزبير رضي الله عنهم . وبه قال الحسن وعطاء وعمر بن عبدالعزيز وعكرمة وعمرو بن دينار رحمهم الله .
القول الثاني : ذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله وأصحابه إلى أن الحر لا يقتل في عبد نفسه ويقتل في عبد غيره .
القول الثالث : ذهب آخرون منهم النخعي وداود الظاهري إلى أن الحر يقتل بالعبد مطلقا .
وقد ذكر الإمام القدوري رحمه الله في هذه المسألة أدلة كل من الحنفية والشافعية ومن معهم . أما أصحاب القول الثالث القائلين بقتل الحر بالعبد مطلقا . فقد استدلوا على مذهبهم بالعمومات التي توجب القصاص دون تفريق بين الحر والعبد مثل قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ وقوله ﷺ : (العمد قود) وما روي عن النبي ﷺ أنه قال : (المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم) وبما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة بن جندب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : (من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدعناه) ومن طريق المعنى قالوا : ولما كان قتله محرما كقتل الحر ، وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر . وأجيب عنها بأن هذه الأدلة قد خصصت بدليل آخر وهو قوله ﷺ : (لا يقاد مملوك من مالكه) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٣٦/٨) وصححه الحاكم في المستدرك (٣٦٨/٤) . وقد روي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا قتل عبده متعمدا فجلده النبي ﷺ ونفاه سنة ومحا سهمه من المسلمين ، ولم يقده به وأمره أن يعتق رقبة . وروي عن علي رضي الله عنه أن رجلا قتل عبده فجلده النبي ﷺ مائة جلدة ونفاه عاما ومحا سهمه من المسلمين . وروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما قالا : من قتل عبده جلد مائة وحرم سهمه مع المسلمين . كما أننا إذا أوجبنا القصاص على المولى بقتل عبده يجب عليه لنفسه قصاص إذا قتل عبده . وهذا لا يجوز . ولأن المولى له شبهة في رقبة عبده فيسقط عنه القصاص بهذه الشبهة . انظر : تحفة الفقهاء (١٤٥/٣) والمبسوط (١٢٩/٢٦) وبداية المجتهد (٣٩٨/٢) والذخيرة للقرافي (٣٣٤/١٢) والحاوي للماوردي (١٧/١٢) ومغني المحتاج (١٧/٤) والتفريع لابن الجلاب (٢١٦/٢) تحقيق د حسين ابن سالم الدهماني دار الغرب الإسلامي بيروت ط أولى ١٩٨٧م والمبدع لابن مفلح (٢٦٩/٨) المكتب الإسلامي ط أولى ١٩٧٩م والمغني والشرح الكبير (٣٤٨/٩) .

٢٦٣٠٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [١] ولم يفصل .

٢٦٣٠٣ - فإن قيل : لم يكن في بني إسرائيل مملوك ، لأن الغنائم لم تبح إلا لرسول الله ﷺ .

٢٦٣٠٤ - قلنا : قد ثبت بالنقل الصحيح أن هاجر كانت مملوكة لإبراهيم عليه السلام ، فدل على أن الرق كان فيمن قبلنا [٢] .

٢٦٣٠٥ - فإن قيل : إن الآية لم تتناول العبد لأنه قال فيها : ﴿ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ ﴾ [٣] .

٢٦٣٠٦ - قلنا : الآية قد أريد بها العبد إذا كان قاتلا ، (فظاهره) [٤] يقتضي

(١) سورة المائدة الآية رقم ٤٥ . ووجه الاستدلال بالآية الكريمة أنها عامة تفيد وجوب القصاص من غير فصل بين الحر والعبد . انظر : البدائع (٢٣٨/٧) . قال ابن كثير في تفسير الآية الكريمة : احتج أبو حنيفة رحمه الله بعموم هذه الآية على قتل الحر بالعبد وقد خالفه الجمهور فيهما . وقد وردت آثار عن السلف أنهم لم يكونوا يقيدون العبد من الحر ولا يقتلون حرا بعبد ، وقد جاء في ذلك أحاديث لا تصح . وحكى الشافعي الإجماع على خلاف قول الحنفية في ذلك . ولكن لا يلزم من ذلك بطلان قولهم إلا بدليل مخصص للآية الكريمة . انظر : تفسير ابن كثير (٦٣/٢) . وقال الإمام أبو بكر الجصاص : وقد احتج أبو يوسف بذلك في قتل الحر بالعبد . وهذا يدل على أن مذهبه أن شريعة من قبلنا من الأنبياء ثابتة علينا ما لم يثبت نسخها على لسان الرسول ﷺ . ولا نجد في القرآن ولا في السنة ما يوجب نفي ذلك ، فوجب أن يكون حكمه ثابتا علينا على حسب ما اقتضاه ظاهر لفظه من إيجاب القصاص في سائر الأنفس . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٦٦/١) . وقد اختلف العلماء في الأحكام التي جاءت عن الأمم السابقة ولم يقم دليل على أننا مكلفون بها ، كما لم يأت ما يدل على أنها كانت خاصة بهم . هل نحن متعبدون بها أم لا ، فللعلماء في ذلك رأيان : أحدهما : أننا متعبدون بها . وهذا الرأي اختاره كثير من الحنفية والمالكية والشافعية . وثانيهما : أننا لم نتعبد إلا بشريعتنا فقط . وهو رأي المعتزلة وجمهور الأشاعرة وهو المختار للبيضاوي . والراجح الرأي الأول . انظر : إرشاد الفحول للشوكاني (٢٥٦/٢) تحقيق الدكتور شعبان محمد إسماعيل دار الكتبي ط أولى ١٩٩٢م ، وأصول الفقه للأستاذ محمد أبو النور زهير (١٢٠/٣) المكتبة الأزهرية للتراث ١٩٩٢م .

(٢) وقد جاء في الحديث الشريف ما يدل على أن الرق كان فيمن قبلنا ، ففي حديث أخرجه الإمام الطبري ورد : لم يكذب إبراهيم عليه السلام غير ثلاث .... وفي آخره : قالت سارة : كفى الله كيد الفاجر وأخدم هاجر . وروي الطبري عن السدي قصة إبراهيم عليه السلام مع فرعون جاء في آخره : فرد فرعون سارة إلى إبراهيم ووهب لها هاجر جارية كانت له قبطية . انظر : تاريخ الطبري (٢٤٥/١) .

(٣) قال الإمام الماوردي : فأما الجواب عن الآية فهو أنها تضمنت نفوسا وأطرافا ، فلما خرج العبيد من حكم الأطراف خرجوا من حكم النفوس . انظر : الحاوي (١٨/١٢) .

(٤) كذا في ب وج . وفي أ (فظاهر) .

(وجوب) [١] القصاص بطرف العبد لو (لا) [٢] قيام (الدليل) [٣] .

٢٦٣٠٧ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا ﴾ [٤] ولم يفصل .

٢٦٣٠٨ - ولا يقال : إن هذا في العبد ، (لأن العبد) [٥] [يُقدر حرا] [٦] بالموالاة .

٢٦٣٠٩ - قلنا : [التعميم] [٧] يعم لمولى العبد وولي الحر ، فلما ذكر لفظا عاما في جميعهم ذكر المولى الذي يعم الحر والعبد .

٢٦٣١٠ - فإن قيل : الحر بالعبد سرف ، وقد قال اللّٰه تعالى : ﴿ فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ﴾ [٨] .

٢٦٣١١ - قلنا : السرف في القتل التجاوز في الفعل الحد المستحق .

٢٦٣١٢ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ ﴾ [٩] فأوجب القصاص على الأنثى لقتل الأنثى ولم يفصل .

٢٦٣١٣ - فإن قيل : قوله : ﴿ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ ﴾ دليله أن الحر لا يقتل بالعبد .

٢٦٣١٤ - قلنا : دليل الخطاب ليس بحجة عندنا [١٠] ، ولأن النطق يقوم عليه ،

(١ ، ٢) ما بين القوسين زيادة في ب و ج .

(٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (الدلالة) . والدليل على عدم القصاص بين العبيد في الأطراف عند الحنفية قوله تعالى : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ لأنهم إن تفاوتت قيمتهم فظاهر ، وإن تساوت فذلك مبني على الحرز والظن ، فلا يثبت به القصاص . ويدل على ذلك أيضًا الحديث الذي روي عن عمران بن حصين أن غلاما لأناس فقراء قطع أذن غلام لأناس أغنياء ، فأتى أهله النبي ﷺ فقالوا : يا رسول اللّٰه إنه لأناس فقراء ، فلم يجعل عليه النبي ﷺ شيئا . أخرجه أبو داود في سننه كتاب الديات باب في جناية العبد يكون للفقراء (١٩٦/٤) برقم ٤٥٩٠. انظر : الاختيار (٤١/٥) .

(٤) سورة الإسراء جزء من الآية رقم ٣٣ . ووجه الدلالة من الآية الكريمة : أن الآية شملت جميع المقتولين ظلما ، وجعل لأوليائهم سلطانا وهو القود لاتفاق الجميع على أن القود مراد بذلك في الحر المسلم إذا قتل حرا مسلما . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٦٦/١) .

(٥) كذا في أ ، وهو ساقط من ب و ج .

(٦) ما بين المعكوفتين في أ (يقال يندر حراه) وفي ب (يقال يندرجزاه) وفي ج (يندر جزاه) .

(٧) ما بين المعقوفين في النسخ الثلاثة (التمم) . (٨) جزء من الآية الكريمة السابقة .

(٩) سورة البقرة : الآية ١٧٨ .

(١٠) دليل الخطاب ويسمى أيضًا مفهوم المخالفة وهو : دلالة اللفظ على نقيض حكم المنطوق للمسكوت . وقد اختلف في حجيته . فنفاه الإمام أبو حنيفة ﷺ وبعض الشافعية كالغزالي وابن سريج وأبو بكر الباقلاني . واختاره الآمدي والباجي وهو قول جمهور المعتزلة . وذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد رحمهم اللّٰه =

وهذا أولى من الدليل المختلف في كونه حجة .

٢٦٣١٥ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ [١] .

٢٦٣١٦ - وقال (ﷺ) [٢] : (العمد قود) [٣] . وقال : (لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : قتل نفس بغير نفس) [٤] . وقال : (من قتل عبده قتلناه) [٥] (فمفهومه) [٦] أن من قتل عبد غيره قتل ، ونسخ اللفظ لا يسقط مفهومه [٧] .

= والأكثرون من أصحابهم إلى أنه حجة . وإليه ذهب الأشعري . انظر : تيسير التحرير (١٠٠/١) وإحكام الفصول للباجي (٤٤٧/٢) والمحصول للرازي تحقيق طه جابر العلواني (٢٣٠/٢) والمستصفى (١٩١/٢) ، وشرح مختصر الروضة للطوفي (٧٥٦/٢) تحقيق : د عبد الله عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ط الأولى سنة ١٩٨٧م ، وأصول الفقه للشيخ محمد أبو النور زهير (١٠٤/٢) .

(١) سورة البقرة ، الآية ١٧٩ ، وجه الدلالة : أن الله تعالى أخبر أنه أوجب القصاص لأن فيه حياة لنا ، وذلك خطاب شامل للحر والعبد لأن صفة أولي الألباب تشملهم جميعا ، فإذا كانت العلة موجودة في الجميع لم يجز الاقتصار بحكمها على بعض من هي موجودة فيه دون غيره . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٦٥/١) .

(٢) كذا في أ ، وفي ب و ج (عليه السلام) .

(٣) أخرجه أبو داود عن ابن عباس ﷺ بلفظ (العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول) في كتاب الديات باب عفو الإنسان عن الدم سنن أبي داود (١٨٣/٤) وأخرجه بهذا اللفظ أيضًا الدارقطني في كتاب الحدود والديات ، سنن الدارقطني (٩٤/٣) برقم ٤٣ . كما أخرجه أبو داود وابن ماجه والبيهقي بلفظ (من قتل عمدا فهو قود) انظر : سنن أبي داود كتاب الديات باب من قتل في عمياء بين قوم . وسنن ابن ماجه كتاب الديات باب من حال بين ولي المقتول وبين القود (٨٧٠/٢) برقم ٢٦٣٥ والسنن الكبرى للبيهقي (٥٣/٨) . وانظر كذلك : نصب الراية (٣٢٨/٤) .

(٤) الحديث سبق تخريجه في المسألة السابقة .

(٥) أخرجه أبو داود في كتاب الديات باب من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه ، برقم ٤٥١٥ سنن أبي داود (١٧٦/٤) . والترمذي في كتاب الديات باب ما جاء في الرجل يقتل عبده برقم ١٤١٤ . قال أبو عيسى : هذا حديث حسن غريب . انظر : سنن الترمذي (٢٦/٤) . والنسائي في سننه برقم ٤٧٣٦ في كتاب القسامة باب القود من السيد للمولى (٢١/٨) . وابن ماجه في كتاب الديات باب ٢٣ هل يقتل الحر بالعبد ، برقم ٢٦٦٣ سنن ابن ماجه (٨٨٨/٢) . والإمام أحمد في مسنده عن سمرة بن جندب (١٢/٥) والدارمي في كتاب الديات باب القود بين العبد وبين سيده (٢٥٠/٢) والحاكم في المستدرك (٣٦٧/٤) والبيهقي في السنن الكبرى (٣٥/٨) .

(٦) كذا في أ ، وفي ب و ج (فعمومه) . والمفهوم : ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق ، أي يكون حكما لغير المذكور وحالا من أحواله . والمنطوق : ما دل عليه اللفظ في محل النطق ، أي يكون حكما للمذكور وحالا من أحواله . انظر : إرشاد الفحول للإمام الشوكاني (٥٣/٢) تحقيق شعبان محمد إسماعيل .

(٧) فكان حديث (من قتل عبده قتلناه) يدل بلفظه على قتل السيد بعبده ويدل بمفهومه على قتل الحر بعبد غيره وهو قياس جلي . فلما امتنع قتل السيد بعبده لقوله عليه الصلاة والسلام : (لا يقاد مملوك من مالكه) بقي مفهومه كما هو فيعمل به .

٢٦٣١٧ - فإن قيل : روي في الحديث (من جدع [١] جدعناه) [٢] مفهومه أن من (جدع) [٣] غيره جدعناه . وقد نسخ هذا المفهوم كما نسخ المنطوق [٤] .

٢٦٣١٨ - قلنا : لم ينسخ المنطوق . لكن (خصصناه) [٥] بدليل آخر [٦] .

٢٦٣١٩ - ولأن كل من جاز أن يستوفى القصاص من قاتله الحر جاز ابتداء أصله الحر . [٧] .

٢٦٣٢٠ - ولأن الرق معنى يستحق به الولاية ، فلا يمنع وجوب القصاص على قاتله الحر (كالصغر) [٨] والجنون .

٢٦٣٢١ - ولأنه نقص لا يوجب إباحة الدم ، فلا يمنع وجوب القصاص ابتداء على القاتل الحر [٩] أصله الأنوثية .

٢٦٣٢٢ - ولأن الدم معنى لا يملكه المولى من عبده ، وهو مما يملك مكان العبد ، كالحر أصله الطلاق . ولا يلزم القصاص في الطرف ، لأن العبد كالأحرار فيها [١٠] . ألا ترى أن الأحرار لا يجرى بينهما القصاص عليه بقتله ابتداء أصله الحر . [١١] .

٢٦٣٢٣ - (ولأن يد) [١٢] العبد في دمه أقوى منها في ماله ، بدلالة أن المولى يملك إزالة يده من المال ولا يملك إتلاف الدم ، ولو أقر بما في يده من المال نفذ إقراره ،

---

(١) الجدع قطع الأنف أو الأذن أو اليد أو الشفة ، جدعه فهو أجدع . (انظر : القاموس المحيط للفيروزآبادي ١١/٣) .

(٢) جزء من الحديث الذي سبق تخريجه في ص٨٢ ، وهو حديث (من قتل عبده قتلناه) .

(٣) في ب و ج (جدع جدعه) .

(٤) قالت الشافعية : إن الحديث محمول على الزجر والردع ، أو هو منسوخ . انظر : شرح السنة للبغوي (٣٩٢/٥) ومعالم السنن للخطابي (٩/٤) والحاوي (١٩/١٢) .

(٥) في ب و ج (خصصنا) .

(٦) والدليل المخصّص عند الحنفية قوله ﷺ : (لا يقاد مملوك من مالكه) وهذا الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٦/٨) والحاكم في المستدرك كتاب العتق (٢١٦/٢) وقال : حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه . انظر : نصب الراية (٣٣٩/٤) والاختيار (٣٨/٥) والبدائع (٢٣٥/٧) .

(٧) هذا قياس جواز استيفاء القصاص من الحر الذي قتل العبد على جواز استيفاء القصاص من العبد القاتل الذي عتق بعد وجوب القصاص عليه بقتل العبد .

(٨) كذا في أ و ب ، وفي ج (كالصغير) .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٠) لأن الأطراف يسلك فيها مسلك الأموال .

(١١) قوله : ألا ترى أن الأحرار إلخ فيها غموض ، وقد أثبته كما هو في النسختين . ولعل بعض الكلمات سقط منه .

(١٢) كذا في أ ، و في ب (ولايد) و في ج (وليد) .

ولو أقر بقصاص لم ينفذ .

٢٦٣٢٤ - فإذا جاز أن يجب على الحر القطع بسرقة ما في يده من المال ، فلأن يجب عليه القتل ابتداء بقتله أولى .

٢٦٣٢٥ - ولأن فضيلة القاتل (الحر) [١] لو منعت وجوب القصاص كان طريانها بعد الوجوب تمنعه ، كفضيلة الأب . في علمنا أن القاتل العبد إذا أعتق (استوفى) [٢] القصاص منه دلالة على أن هذه الفضيلة لا تمنع الوجوب .

٢٦٣٢٦ - ولأن ما سقط بالشبهة لأجل أنه أكثر مما وجب منه ، بدلالة أن العبد إذا زنا لم يكمل حده إذا أعتق . فلو كان دم الحر أكثر من دم العبد لكان طريان الحرية يمنع الاستيفاء حتى لا يستوفى أكثر مما وجب .

٢٦٣٢٧ - ولأن تفاوت الأعداد في الجنس أقوى من تفاوت الصفات بدلالة أنه لا يجوز بيع قفيز [٣] حنطة بقفيزين ويجوز بيع قفيز جيد برديء [٤] . ثم ثبت أن تفاوت الأعداد لا يمنع وجوب القصاص إذا قتل الجماعة واحدا [٥] ، كذلك زيادة الصفة في القاتل لا تمنع وجوب القصاص .

٢٦٣٢٨ - وعكسه الأطراف على أصلنا ما منع تفاوت الأعداد القصاص حتى لا نقطع يدين بيد واحد [٦] ، كان تفاوت الصفات مثله حتى لا تقطع يد الحر بيد العبد [٧] ،

---

(١) كذا في أ ، وفي ب و ج (بالحر) . (٢) كذا في أ ، وفي ب و ج (استوى) .

(٣) القفيز : مكيال كان يكال به قديمًا ، ويختلف مقداره في البلاد ، ويعادل بالتقدير المصري الحديث نحو ستة عشر كيلو جراما . جمعه : أقفزة وقُفزان . انظر : المعجم الوسيط (٧٨٠/٢) مادة قفز .

(٤) لا يجوز بيع قفيزين من الحنطة بقفيز . لأن الربا في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا . ولا يجوز بيع الجيد برديء مما فيه الربا إلا مثلا بمثل . انظر : الهداية (٦١/٣) .

(٥) يرى الجمهور أن الجماعة يقتلون بالواحد ، بينما يرى الإمام أحمد في رواية عنه أن الجماعة لا يقتلون به . وروي عن معاذ بن جبل وابن الزبير وابن سيرين والزهري : أنه يقتل منهم واحد ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية . انظر : البدائع (٢٣٨/٧) وبداية المجتهد (٣٩٩/٢) ومغني المحتاج (٢٠/٤) والمغني والشرح الكبير (٣٦٦/٩) .

(٦) عند الشافعية يقطع الأيدي باليد إذا قطعها الجماعة دفعة واحدة بضربة واحدة . جاء في مغني المحتاج ما نصه : ولو وضعوا سيفا على يده وتحاملوا عليه دفعة فأبانوها قُطِعوا . انظر : مغني المحتاج (٢٥/٤) . وقد ذكر الإمام القدوري الخلاف فيها في مسألة رقم ٥ كما ستأتي .

(٧) عند الشافعية أيضًا لا تقطع طرف الحر بطرف العبد . انظر : الحاوي للماوردي (١٤٨/١٢) ومغني المحتاج (٢٥/٤) . وذكر الإمام القدوري هذه الجزئية في مسألة رقم ٤ كما ستأتي .

ولا تقطع اليد الصحيحة (باليد الشلاء) [١] .

٢٦٣٢٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ ﴾ [٢] .

٢٦٣٣٠ - قلنا : هذا يدل على جريان القصاص بين الحرين والعبدين ولا ينفي غيره .

٢٦٣٣١ - فإن قيل : فما فائدة التخصيص ؟ .

٢٦٣٣٢ - قلنا : قد بينا أن اللّٰه تعالى يخص الحكم بالذكر ، ويوقف ما سوى المذكور على الاجتهاد . وهذه فائدة معقولة لا تحتاج معها إلى غيرها . ولكن هذا التخصيص لم يمنع (قتل العبد بالحر) [٣] والذكر بالأنثى ، وإن كان خص الأنثى بالأنثى ، كذلك لا يصح أن يمنع قتل الحر بالعبد . وقد روي عن ابن عباس [٤] [رضي الله عنهما] أن قبيلتين من العرب تفاضلتا ، فكان الأفضل يقول : أحراركم كعبيدنا ورجالكم كنسائنا ، فرد اللّٰه تعالى هذا القول ، وأخبر أنه لا يجوز لأحد التفاضل أن (يقتل) [٥] غير القاتل [٦] .

٢٦٣٣٣ - احتجوا : بما روي (جُوَيْبِر) [٧] ....

---

(١) كذا في أ ، وفي ب و ج (بالشلاء) . وعند الشافعية أيضًا لا تقطع الصحيحة باليد الشلاء . انظر : مغني المحتاج (٣٣/٤) .

(٢) سورة البقرة ، الآية ١٧٨ . قال الإمام الماوردي في الاستدلال بالآية الكريمة : فاقتضى هذا الظاهر أن لا يقتل حر بعبد . انظر : الحاوي للماوردي (١٧/١٢) . وقال ابن رشد : فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ ﴾ انظر : بداية المجتهد (٣٩٨/٢) .

(٣) كذا في أ وهو الصحيح ، وفي النسخة ب (قتل الحر بالعبد بالحر) وفي ج (قتل الحر بالعبد) وهو خطأ .

(٤) هو عبداللّٰه بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ، أبو العباس القرشي الهاشمي ، ابن عم رسول اللّٰه ﷺ . ولد قبل الهجرة بثلاث سنين ، كان عالما فقيها حافظا مفسرا ، دعا له الرسول ﷺ بقوله : « اللّٰهم فقهه في الدين وعلمه التأويل » . كان عمر بن الخطاب إذا جاء القضية المعضلة استشاره من أجلها . عاش رضي الله عنه يفتي ويعلم الناس إلى أن توفي سنة ٦٨ هـ بالطائف وعمره ٧١ سنة . انظر : صفة الصفوة (٧٤٦/١) . والإصابة (١٤١/٤) . ووفيات الأعيان (٦٢/٣) . والطبقات الكبرى (١٩/٢)

(٥) كذا في أ و ب ، وفي ج (بقتل) وهو تحريف .

(٦) أنظر : أسباب النزول للإمام أبي الحسن علي بن أحمد النيسابوري . ص ٣٠ . تحقيق طارق الطنطاوى مكتبة القرآن بالقاهرة . وأسباب النزول للسيوطي ص٢١ . وتفسير البغوي (١٤٤/١) .

(٧) كذا في أ و ب ، وفي ج (جبير) والصواب ما أثبته . وجويبر هو جُوَيْبِرُ بن سعيد أبو القاسم البلخي . قال الدارقطني : متروك ، سكن بغداد ، ويقال اسمه جابر وجويبر لقب . روي عن أنس بن مالك والضحاك ابن مزاحم وغيرهما . (انظر : تهذيب الكمال (١٦٧/٥) برقم ٩٨٥ . وتاريخ بغداد (٢٥٠/٧) . والضعفاء والمتروكون للدارقطني ص١٧١ برقم (١٤٧) .

عن الضحّاك [١] عن عبد الله بن عباس [رضي الله عنهما] عن النبي ﷺ : (« لا » [٢] يقتل حر بعبد) [٣] وروي إسماعيل بن مسلم المكي [٤] عن عمرو بن دينار [٥] عن ابن عباس عن النبي ﷺ [٦] . [ ] [٧]

٢٦٣٣٤ – قلنا : هذان خبران ذكرهما الدارقطني [٨] . فأما خبر جُوَيْبِر فرواه عنه

---

(١) هو الضحاك بن مزاحم الهلالي . روى عن الأسود بن يزيد النخعي وأنس بن مالك وسعيد بن جبير وغيرهم . قال أبو داود الطيالسي : عن شعبة حدثني عبد الملك بن ميسرة قال : الضحاك لم يلق ابن عباس ، وإنما هي سعيد بن جبير بالري وأخذ عنه التفسير . اهـ مات سنة ١٠٥ هـ - . وقيل ١٠٦ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٩٧/٢) . وتهذيب الكمال (١٩١/١٣) برقم ٢٩٢٨ . والتاريخ الكبير للبخاري ٢٣٢/٤ برقم (٣٠٢٠) .

(٢) كذا في ج ، وهو ساقط من أ و ب . والصواب ما أثبته بناء على نص حديث رسول الله ﷺ .

(٣) أخرجه الدارقطني في كتاب الحدود والديات (١٣٣/٣) برقم ١٥٨ . والبيهقي في السنن الكبرى (٣٥/٨) وأخرجه أيضًا أبو داود ، كتاب الديات ، باب من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه ، (١٧٦/٤) برقم ٤٥١٨ . وقد استدل بالحديث الشافعية والحنابلة . انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢٥٣ والمغني والشرح الكبير (٣٤٩/٩) .

(٤) هو إسماعيل بن مسلم المكي أبو إسحاق ، أصله بصري ، روي عن الحسن وابن سيرين وقتادة والحكم والأعمش والزهري . وهو متروك الحديث . انظر : الضعفاء والمتروكين للنسائي ص ٥٠ . والضعفاء والمتروكون للدارقطني ص ١١٧ وتهذيب الكمال (١٩٨/٣) .

(٥) هو عمرو بن دينار الجُمَحي ، أبو محمد المكي . عالم أهل مكة . قال شعبة : ما رأيت أثبت في الحديث منه . قالوا لعطاء : بمن تأمرنا ، قال بعمرو بن دينار . سمع جابرا وابن عباس وطائفة . توفي سنة ١٢٦هـ . انظر : العبر للذهبي (١٢٥/١) . وطبقات الفقهاء للشيرازي ص٧٠ .

(٦) أخرجه الدارقطني (١٣٤/١٣٣/٣) . واستدل به الماوردي . انظر : الحاوي (١٧/١٢) .

(٧) ما بين المعكوفتين بياض في النسخ الثلاثة .

(٨) الدارقطني : بفتح الراء وضم القاف وسكون الطاء ، نسبة إلى دار قطن ببغداد . وهو على بن عمر بن أحمد بن مهدى ، أبو الحسن الدارقطني الشافعي البغدادي . الحافظ المشهور ، كان عالما حافظا فقيها على مذهب الإمام الشافعي ، انفرد بالإمامة في علم الحديث في عصره ، وصنف كتاب السنن والمختلف والمؤتلف وغيرها . ولد سنة ٣٠٦هـ ببغداد ، وتوفي سنة ٣٨٥هـ ببغداد . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى (٣/ ٤٦٢) ترجمة رقم ٢٢٨ ، وشذرات الذهب (١١٦/٣) ، ووفيات الأعيان ٤٣٢/٣) وقد ذكر الدارقطني حديث جويبر عن الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنه في سننه . انظر سنن الدارقطني (١٣٣/٣) برقم ١٥٨ . وأما الخبر الثاني فلا يوجد متنه في النسخ الثلاثة ، والذي وجد في سنن الدارقطني عن إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن طاووس عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « لا تقام الحدود في المساجد ، ولا يقتل الوالد بالولد » سنن الدارقطني (١٤١/٣) ، وفيه أيضًا عن إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن ابن عباس بإسناده « لا يقاد الوالد بالولد » سنن الدارقطني (١٤٢/٣) . كما أني لم أجد من استدل من الشافعية بحديث بهذا الإسناد في هذه المسألة .

عثمان البُرِّي ، وهو عثمان بن مِقسم [١] مولى كندة من أهل الكوفة ، تركه أحمد بن حنبل [٢] و يحيى بن معين [٣] ومالك[٤] وسفيان الثوري [٥] بالكذب . وأما إسماعيل بن مسلم (المكي) [٦] .

٢٦٣٣٥ – قلنا : (الآثار تبعه) [٧] ، أصله من البصرة ، وضَعَّفَه ابن المبارك[٨] ، وتركه يحيى (بن) [٩] القطان [١٠] وابن مهدي [١١] ، وسُئل يحيى

---

(١) هو عثمان بن مِقسم الكندي البصري البُرّي ، أبو سلمة . العلامة المفتي فقيه البصرة ، روي عن طائفة . وحدث عنه سفيان الثوري وغيرهم ، وكان ممن صنف العلم ودونه . تركه ابن المبارك والقطان . وكان قليل الحديث يتهم بدعة . قال ابن معين ليس بشيء . انظر : الطبقات الكبرى ٧ : ٢٨٥ . وسير أعلام النبلاء (٣٢٥/٧) .

(٢) هو أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن إدريس ، أبو عبدالله الشيباني . كان إمام المحدثين . صنف كتابه المسند ، . دعي إلى القول بخلق القرآن فضرب وحبس . ولد سنة ١٦٤ ببغداد وتوفي سنة ٢٤١ هـ . (انظر: العبر للذهبي (٣٤٢/١) . وحلية الأولياء (١٦١/٩) . ووفيات الأعيان (٦٣/١) .

(٣) هو يحيى بن معين بن عون بن زِيَاد بن بسطام بن عبدالرحمن المري ، أبو زكريا البغدادي . الحافظ المشهور وأحد الأئمة الأعلام . كان إماما عالما حافظا متقنا ولد في خلافة أبي جعفر سنة ١٥٨هـ ، وتوفي سنة ٢٣٣هـ بالمدينة ودفن بالبقيع .انظر : تاريخ بغداد (١٧٧/١٤) . والعبر للذهبي (٣٢٧/١) . ووفيات الأعيان (١٣٩/٦) .

(٤) سبقت ترجمته .

(٥) هو سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب بن رافع الثوري ، أبو عبدالله الكوفي . المجتهد ، شيخ الإسلام ، إمام الحفاظ ، سيد العلماء العاملين في زمانه . مصنف كتاب الجامع . ولد رحمه الله سنة ٩٧هـ ، وتوفي سنة ١٦١ هـ . (انظر : شذرات الذهب (٢٥٠/١) . وسير أعلام النبلاء (٢٢٩/٧) برقم ٨٢ وتاريخ بغداد (١٥١/٩ – ١٧٤)

(٦) كذا في ب و ج ، وفي أ (الملكي) وهو تحريف .

(٧) كذا في النسخ الثلاثة ، ويحتمل أن يكون فيه تحريف .

(٨) هو عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي التميمى ، أبو عبد الرحمن المروزي . أحد الأئمة الأعلام وحفاظ الإسلام . كان قد جمع بين العلم والزهد ، تفقه على سفيان الثوري والإمام مالك وروي عنه الموطأ . كان أبوه تركيا وأمه خوارزمية . ولد سنة ١١٨هـ ، توفي سنة ١٨١هـ . انظر : وفيات الأعيان (٣٢/٣) . وتهذيب الكمال (٥/١٦) . والطبقات الكبرى (٣٧٢/٧) والعبر للذهبي (٢١٧/١)

(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٠) هو يحيى بن سعيد بن فروخ القطان التميمي ، أبو سعيد البصري الحافظ . أحد الأعلام ، وهو أجل أصحاب مالك بالبصرة . وكان الثوري يتعجب من حفظه . واحتج به الأئمة كلهم وقالوا : من تركه يحيى تركناه . توفي رحمه الله سنة ١٩٨هـ وله ثمان وسبعون سنة . انظر : تهذيب التهذيب (١٩٠/١١) . والعبر للذهبي (٢٥٥/١) . والبداية والنهاية (٢٤٤/١٠) .

(١١) هو عبدالرحمن بن مهدى بن حسان بن عبدالرحمن العنبرى ، أبو سعيد البصري اللؤلئي . كان من الربانيين في الغلم ، وأحد المذكورين بالحفظ ، وممن برع في معرفة الأثر وطرق الروايات وأحوال الشيوخ . ولد =

ابن معين [١] عنه فقال : ليس بشيء . وقد عدد أصحاب (الحديث) [٢] المناكير التي انفرد بها ولا أصل لها .

٢٦٣٣٦ - ولأن القتل هو الاستيفاء ، ولا خلاف في استيفاء القتل من الحر بالعبد ، وإنما يمنع مخالفنا الوجوب ، فليس لهم العدول عن هذا الظاهر إلا ولنا أن نحمله على عبد نفسه .

٢٦٣٣٧ - قالوا : رُوي وكيع [٣] عن إسرائيل [٤] عن جابر [٥] عن الشعبي [٦] قال : قال علي ﷺ : « من السنة ألا يقتل مسلم بكافر ولا يقتل حر بعبد » . [٧]

٢٦٣٣٨ - قلنا : جابر الجُعْفِي قد رددتم خبره ، وقال الدارقطني [٨] (في كتابه) [٩] : أنه كذاب . وذكر حديث ليث [١٠] ....

= رحمه الله سنة ١٣٥هـ ، وتوفي سنة ١٩٨ هـ وهو ابن ثلاث وستين . انظر : تاريخ بغداد (٢٤٠/١٠) برقم ٥٣٦٦ . وحلية الأولياء (٦٣/٣/٩) . والعبر للذهبي (٢٥٥/١) .

(١) سبقت ترجمته .

(٢) كذا في أ و ب ، وفي ج (الأحاديث) .

(٣) هو وكيع بن الجراح الرؤاسي ، أبو سفيان الكوفي . ثقة عابد صالح أديب من حفاظ الحديث . ولد سنة ١٢٨ هـ ، وتوفي سنة ١٩٨ هـ في طريق مكة . انظر : تاريخ بغداد (٤٩٦/١) . ومعرفة الثقات للعجلي (٣٤١/٢)

(٤) هو إسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق عمرو بن عبدالله الهمداني السبيعي ، أبو يوسف الكوفي . الإمام الحجة الحافظ . روي عن جده وغيرهم ، كان من أوعية الحديث ومن مشايخ الإسلام . ولد سنة ١٠٠هـ وتوفي ١٦٠هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٥٥/٧) برقم ١٣٣ . وتاريخ بغداد (٢٥/٢٠/٧)

(٥) هو جابر بن يزيد بن الحارث الجُعفي . من كبار المحدثين بالكوفة ، روي عن أبي الطفيل ومجاهد ، وثقه وكيع وغيره وضعفه آخرون . توفي سنة ١٢٨ هـ . انظر : تهذيب الكمال (٤٦٥/٤) وتاريخ الإسلام للذهبي (٥٢/٥) وشذرات الذهب (١٧٥/١)

(٦) هو عامر بن شراحيل بن عبد بن ذي كبار الشعبي . سمع من ثمانية وأربعين من أصحاب رسول الله ﷺ ، ولا يكاد يرسل إلا صحيحا . ولد سنة ٢٨هـ وتوفي سنة ١٠٥هـ ، وقيل ١٠٤هـ ، وقيل ١٠٣ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣١٨/٢٩٤/٤) ، والبداية والنهاية (٢٣٠/٩) ، وشذرات الذهب (١٢٦/١) .

(٧) وقد أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب الديات (٢٩٥/٩) برقم ١٠٥٢٧ والبيهقي في السنن الكبرى (٣٤/٨) والدارقطني في سننه (١٣٤/٣) برقم ١٦٠ ، كتاب الحدود والديات ، وقد استدل بالحديث الشافعية والحنابلة . وفي الاستدلال بها قال الإمام الماوردي : يعنى سنة رسول الله ﷺ ، وهذا يقوم مقام الرواية عنه ، وليس له في الصحابة مخالف فصار مع السنة إجماعا . انظر : الحاوي (١٧/١٢) والنكت للشيرازي ورقة ب٢٥٣ والمغني والشرح الكبير (٣٤٩/٩) . ودعوى الإجماع هذا لم يسلم من جهة الحنفية . لأنه قد روي الحكم عن علي وابن مسعود ﷺ أنهما قالا : إذا قتل الحر العبد معتمدا فهو قود . وبوجود مثل هذا الخلاف لا يسلم لهم الإجماع .

(٨) سبق ترجمته .

(٩) ما بين القوسين ساقط من أ . وما أثبت من ب و ج .

(١٠) هو ليث بن أبي سليم بن زُنيم ، محدث الكوفة وأحد علماء الأعيان . ولد بعد الستين ، وحدث عن =

عن الحكم [١] قال : قال علي [٢] وابن مسعود [٣] [ﷺ] : « إذا قتل الحر العبد (معتمدًا) [٤] فهو قود » [٥] .

٢٦٣٣٩ – وقولهم : إنه مرسل [٦] . لا يصح ، لأن مراسيل الحكم أقوى من مسانيد (جابر) [٧] الجُعْفِي . وقد ذكروا حديث عمرو بن شعيب [٨] عن أبيه [٩] عن جده [١٠] أن أبا بكر [١١] ....

= الشعبي ومجاهد وطاووس وعطاء ونافع مولى عمر وغيرهم . وحدث عنه خلق كثير . قال الإمام أحمد بن حنبل : ليث بن أبي سليم مضطرب الحديث ، ولكن حدث عنه الناس .

وقال الدارقطني : صاحب سنة يجرح حديثه . توفي سنة ١٤٨هـ . انظر : الضعفاء والمتروكين للنسائي ص٢٠٩ ، وسير أعلام النبلاء (١٧٩/٦) ، وشذرات الذهب ٢٠٧/١/٢٠٨)

(١) هو الفقيه النبيه الحكم بن عتيبة ، أبو محمد الكندي . عالم كبير من أهل الكوفة ، حدث عن شريح القاضي وعبدالرحمن بن أبي ليلى وإبراهيم النخعي وسعيد بن جبير وطاووس وعكرمة ومجاهد وعلى بن الحسين وعطاء بن أبي رباح وغيرهم . وروي عنه منصور والأعمش والأوزاعي وشعبة وآخرون . قال سفيان بن عيينة : ما كان بالكوفة مثل الحكم وحماد بن أبي سليمان . ولد سنة ٤٦هـ ، وتوفي سنة ١١٥هـ على المشهور . انظر : تذكرة الحفاظ (١١٧/١) ، وشذرات الذهب (١٥١/١) ، وتهذيب الكمال (١١٤/٧-١٢٠) ، وسير أعلام النبلاء (٢٠٨/٥-٢١٢) .

(٢) سبق ترجمته . (٣) سبق ترجمته .

(٤) في النسخ الثلاثة (سهما) وهو تحريف . والصحيح ما أثبت بناء على رواية الدارقطني في سننه ، كتاب الحدود والديات (١٣٣/٣) برقم ١٥٩ . وهو عند الإمام البيهقي بلفظ (متعمدا) . انظر : السنن الكبرى ٣٥/٨ .

(٥) انظر : سنن الدارقطني (١٣٣/٣) والسنن الكبرى للبيهقي (٣٥/٨) .

(٦) قال الدارقطني : لا تقوم به حجة لأنه مرسل . انظر : سنن الدارقطني (١٣٣/٣) والنكت للشيرازي ورقة ب٢٥٣ . (٧) في ب و ج (جعفر) .

(٨) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبدالله بن عمرو بن العاص السهمي ، أبو إبراهيم ، تابعي روي عن زينب ربيبة النبي ﷺ . وثقه يحيى بن معين وابن راهويه . وهو حسن الحديث .

وقال الإمام الذهبي : صدوق في نفسه . توفي سنة ١١٨ هـ . (انظر : شذرات الذهب (١٥٥/١) والعبر للذهبي (١١٣/١) ومعرفة الرواة للذهبي ص١٥٤ .

(٩) هو شعيب بن محمد . روي عن جده وأبيه وابن عباس وابن عمر ومعاوية . وذكر البخاري وأبو داود أنه سمع من جده .

(١٠) هو محمد بن عبدالله . روي عن أبيه . وروي عنه ابنه شعيب وحكم بن الحارث وتوفي في حياة أبيه . انظر : تهذيب التهذيب (٢٣٧/٤) وتهذيب الكمال (٥١٤/٢٥) .

(١١) هو الصحابي الجليل عبد الله بن عثمان بن عامر بن كعب القرشي التميمي ، أبو بكر الصديق ، ابن أبي قحافة . ولد بعد عام الفيل بسنتين وستة أشهر ، وصحب النبي ﷺ قبل البعثة ، وكان من السابقين إلى الإسلام ، ورافقه ﷺ في الهجرة إلى المدينة المنورة ، ورضيه المسلمون خليفة لرسول الله ﷺ ، وهو أحد المبشرين بالجنة . توفي ﷺ سنة ١٣من الهجرة بالمدينة وهو ابن ثلاث وستين سنة ، ودفن في بيت عائشة ﷺ =

وعمر[(١)] [رضي الله عنهما] كانا لا يقتلان الحر بالعبد[(٢)] . ورواه الحجاج بن أرطاة[(٣)] عن (عمرو)[(٤)] .

٢٦٣٤٠ – وقد طعن مخالفونا (على)[(٥)] الحجاج بن أرطاة ، وقالوا في رواية عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أنه مرسل[(٦)] . وسكتوا عن الطعن حين طعنوا بروايته . وإذا ثبت من قول[(٧)] ابن مسعود [رضي الله عنه] وجوب القصاص (بينهما)[(٨)] لم يصح الاحتجاج بقول غيره من الصحابة[(٩)] .

٢٦٣٤١ – قالوا : كل شخصين لا يجوز القصاص بينهما في الأطراف السليمة لم يجب القصاص بينهما في النفس ، كالمسلم والمستأمن والأب والابن[(١٠)] .

٢٦٣٤٢ – قلنا : تفاضل مؤثر في الأطراف ، بدلالة أنه لا يقطع الصحيحة بالناقصة الأصابع ولا بالشلاء[(١١)] . وهذا المعنى لا يمنع القصاص في النفس (بدلالة)[(١٢)] أن (صحيح)[(١٣)] البدن يُقتل بأشلِّ البدن ، فكذلك [لا][(١٤)]

= مع رسول الله ﷺ . انظر : حلية الأولياء (١/٢٨/٣٨) ، وتهذيب الكمال (١٥/٢٨٢) ترجمة ٣٤١٨ ، والاستيعاب (٤/١٧٧) ترجمة ٢٩٠٦ دار الكتب العلمية .

(١) سبقت ترجمته .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه ، كتاب الحدود والديات (٣/١٣٤) برقم ١٦٢ . والبيهقي في السنن الكبرى (٨/٣٤) .

(٣) هو حجاج بن أرطاة بن ثور بن هبيرة بن شراحيل بن كعب النخعي ، أبو أرطاة الكوفي . الفقيه الإمام العلامة . توفي رحمه الله سنة ١٥٠ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٧/٦٨) برقم ٢٧ وشذرات الذهب (١/٢٢٩) وتاريخ بغداد (٨/٢٣٠)

(٤) كذا في أ و ب ، وفي ج (عمر) وهو تحريف .

(٥) في ب و ج (عن) وهو تحريف .

(٦) انظر : سنن الدارقطني (٣/١٣٤) والسنن الكبرى للبيهقي (٨/٣٤) .

(٧) هو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ، وليس قول ابن مسعود رضي الله عنه وحده .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب و ج ، وفي أ (بينهما في الأطراف السليمة) وهو خطأ لأن حديث ابن مسعود رضي الله عنه ورد في القصاص في النفس لا في الأطراف .

(٩) أي لم يصح الاحتجاج بإجماع الصحابة مع وجود خلاف بينهم .

(١٠) انظر : النكت للشيرازي ورقة ب٢٥٣ وعبارته : ولأنه أحد نوعي القصاص ، فلا يتساوى العبد الحر فيه ، كالقصاص في الطرف . وقال أيضًا : ولهذا لا يؤخذ المسلم بالمستأمن ولا الأب بالابن . وانظر : المغني والشرح الكبير (٩/٣٤٩) وعبارته : ولأنه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوي في السلامة فلا يقتل به ، كالأب مع ابنه .

(١١) عند الشافعية أيضًا لا تقطع صحيحة بشلاء وإن رضي الجاني ، فلو فعل لم يقع قصاصا بل عليه ديتها . انظر : مغني المحتاج (٤/٣٣) .

(١٢) ما بين القوسين ساقط من ج .

(١٣) في ب و ج (الصحيح) .

(١٤) كذا في ب ، وهو ساقط من أ و ج .

(يمنع) (١) التفاضل بالحرية من القصاص في النفس ، و [هوان الرق] (٢) والملك لا يقع في (الروح) (٣) ، وإنما يقع في البدن (وفي) (٤) الطرف ، والمقصود المماثلة في الطرف ، والملك يمنع ذلك .

٢٦٣٤٣ - قلنا : وهوان الرق لا يوجد في الروح ، وإنما يوجد في البدن حكما ، فأما روح العبد فهي كاملة كروح الحر . فأما [المستأمن] (٥) فقد تكلمنا عليه من المسألة الأولى (٦) . وأما الأب والابن ، فلأن الأب لا يجوز حبسه في ديون الابن ، فلم يجز الاقتصاص فيه في حقوق ابنه ، ويجوز أن يحبس الحر في ديون العبد ، (فكذلك) (٧) يجوز أن يقتص منه وإن ابتدأ حربه في حال الحرية .

٢٦٣٤٤ - قالوا : كل قصاص لا يجري بين المستأمن والمسلم لا يجري بين الحر والعبد كالقصاص في الأطراف (٨) .

٢٦٣٤٥ - قلنا : الأطراف يجري مجرى ضمان الأموال ، بدلالة أنها تكون عمدا محضا أو (شبهة) (٩) فلا يجب القصاص فيها ، فكذلك اعتبرت المماثلة . والأنفس ليس فيها ضمان (الأموال) (١٠) ، فلم تعتبر فيها المماثلة . ولأن الأطراف يؤثر فيها النقص ، والأنفس لا يتصور فيها النقص (١١) .

٢٦٣٤٦ - لأن محل القصاص في الحر والعبد سواء . وإنما يؤثر في الأنفس معنى الإباحة ، وذلك لا يوجد في دم العبد . وقد قال بعضهم : إن اليد الشلاء ميتة ، (فلذلك) (١٢) لا يجب (بقطعها) (١٣) ....

---

(١) في أ (منع) . وما أثبت من ب و ج .

(٢) في أ و ج (وهان الروح) ، وفي ب (وهاب الزوج) وهو تحريف . والصحيح ما أثبتناه .

(٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (الزوج) . (٤) كذا في أ ، وفي النسخة ب و ج (وهو) .

(٥) في النسخ الثلاثة (مستأمن) . والصواب ما أثبتناه .

(٦) ذكر في المسألة الأولى : أن المستأمن تارك للحرب إلى مدة ، فحقن دمه إلى مدة بخلاف المسلم ، فإنه محقون الدم لا إلى مدة . (٧) كذا في ب و ج ، وفي أ (فلذلك) .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٣ الحاوي للماوردي (١٧/١٢) .

(٩) كذا في أ ، وفي ب و ج (شبهة) . (١٠) في ب وج (المال) .

(١١) أجيب عنه : بأن التساوي يعتبر في النفس أيضًا . ولهذا لا يؤخذ المسلم بالمستأمن ولا الأب بالابن . وإنما لم تؤخذ الصحيحة بالشلاء والكاملة الأصابع بالناقصة ، لأن النقص والشلل يتصور في الطرف ولا يتصور في النفس . ولهذا لا يتغير بدل النفس بالنقص ويتغير بالطرف . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب٢٥٣ .

(١٢) كذا في أ و ج ، وفي ب (فكذلك) . (١٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (لقطعها) .

القصاص [١] وهذا غلط . لأنها لو كانت ميتة تلاشت وفسدت ولم تبق ، وإن كانت لا تصير مذكاة في الشاة بذكاة الأصل .

٢٦٣٤٧ - لأن الذكاة لا تفعل إلا في (الحي) [٢] ، ولم يجب (بقطعها) [٣] أرش .

٢٦٣٤٨ - قالوا : الشعر يضمن ولا يفسد وإن كان ميتا عندكم [٤] .

٢٦٣٤٩ - قلنا : غلط . (عندنا) [٥] الشعر لا حياة فيه ، فأما أن نقول إنه ميت فلا ، وعدم الحياة لم يمنع الضمان كالشجر .

٢٦٣٥٠ - فإن قيل : لو كان القصاص (سقط) [٦] في طرف العبد (للتفاضل) [٧] ، قطع طرف العبد بالحر والمرأة بالرجل كما تقطع الشلاء بالصحيحة .

٢٦٣٥١ - قلنا : النقصان متى كان مشاهدا منع أن (يؤخذ) [٨] الأكمل بالأنقص ، ولم يمنع أخذ (الناقص) [٩] بالكامل بالتراضي . وإن كان النقص من طريق الحكم منع أن يؤخذ الناقص بالكامل وإن حصل (بالتراضي) [١٠] ، كما لو قطع (الرجل) [١١] يمين رجل ولا يمين له ، لم يقطع يساره بيمين المقطوع وإن رضي بذلك .

٢٦٣٥٢ - قالوا : النفس أكمل حرمة من الطرف ، فإذا لم (يؤخذ) [١٢] طرف الحر بطرف العبد فنفسه أولى [١٣] .

٢٦٣٥٣ - قلنا : لما كانت حرمة النفس أعظم من حرمة الطرف جاز أن يقتص من الحر لانتهاكه الحرمة العظمى ، ولم يقتص من طرفه لانتهاكه الحرمة الناقصة .

٢٦٣٥٤ - قالوا : فالرق لا تأثير له في عبد نفسه ، لأن المكاتب لو قتل عبده لم يقتص منه ، ولم يكن منقوصا بالرق .

٢٦٣٥٥ - قلنا [١٤] : والمعنى الصحيح أن حقوق العبد ثبت للمولى ، فأوجب على

---

(١) انظر : الحاوي للماوردي (١٨/١٢) .
(٢) في ب و ج (حر) . وهو تحريف . وما أثبت من أ .
(٣) في ب و ج (لقطعها) .
(٤) انظر : الحاوي للماوردي (١٨/١٢) .
(٥) ما بين القوسين ساقط من ب .
(٦) كذا في أ و ب ، وفي ج (يسقط) .
(٧) في ب و ج (التفاضل) .
(٨) كذا في أ و ج ، وفي ب (يوجد) .
(٩) كذا في أ و ب ، وفي ج (الناقصة) .
(١٠) في ب و ج (التراضي) .
(١١) كذا في أ ، وفي ب و ج (رجل) .
(١٢) كذا في أ و ج ، وفي ب (يوجد) .
(١٣) انظر : الحاوي (١٧/١٢) .
(١٤) ما بين المعكوفتين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر أنه ساقط منها . لأن ما بعده جواب الإمام القدوري عن دليل المخالف .

المولى القصاص لعبده [لو وجب] (١) له ، والإنسان لا يَثْبُتُ له (٢) على نفسه قصاصٌ (٣) . وهذا المعنى في عبد غيره لا يوجد (٤) .

٢٦٣٥٦ - قالوا : كل [شخصين] (٥) يُحَدُّ أحدهما بقذف صاحبه ولا يحد الآخر بقذفه مع عفته (٦) لم يقتل به كالمسلم والمستأمن والمولى وعبده (٧) .

٢٦٣٥٧ - وقد تكلمنا على هذا القياس فيما مضى (٨) ، وبيّنا أن القذف يَسقُط الحَدُّ فيه لعدم الإحصان ، وهذا لا يمنع القصاص ، كما لو قذف الكبيرُ الصغيرَ والعاقلُ المجنونَ لم يُحَدَّا (٩) بقذفهما ، وإن وجب القصاص عليهما (١٠) بقتلهما .

* * *

---

(١) في النسخ الثلاثة (لوجب) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب وج .

(٥) في النسخ الثلاثة (شخص) .

(٦) كذا في ب و ج ، وفي أ (عتقه) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة ب٢٥٣ حيث قال : لا يتكافآن في حد القذف مع العفة فلم يتكافآ في القصاص كالمسلم والمستأمن . اهـ وانظر الحاوي للماوردي (١٨/١٢) .

(٨) قال الإمام القدوري : ثم حد القذف أضيق ووجوب القصاص أوسع . بدليل الذمي لا يحد بقذف الذمي ويقتل بقتله . ومن قذف موطوءة بشبهة يجب القصاص بقتلها ولا يجب الحد بقذفها . ولأن الأب لا يحد بقذف ابنه بفضله . بدلالة أنه لا يحد مع إحصان الابن ، ولو قذف غيره حد . فلما منعت الفضيلة الحد منعت القصاص في المسلم . إذا قذف الذمي لم يحدا لا للفضيلة . لكن يعدم حد القذف لفقد إحصان المقذوف . وهذا لا يمنع وجوب القصاص بقتله . بدلالة من قذف صغيرا أو مجنونا لم يحد ، ولو قتلهما قتل . انظر : ص ٨١ .

(٩) كذا في ج . وفي أ و ب (لم يحد) .

(١٠) كذا في ج وهو الصواب . في أ (عليه القصاص) و في ب (القصاص عليه) .

مسألة ١٣٠١

مقدار دية العبد إذا قتله الحر

٢٦٣٥٨ - قال أبو حنيفة ومحمد (رحمهما اللّه) [1] : إذا قتل عبدًا لم يبلغ بضمانه دية الحر وينقص عنها .

٢٦٣٥٩ - وقال أبو يوسف (رحمة اللّه عليه) [2] : عليه قيمته بالغة ما بلغت .

٢٦٣٦٠ - و (به) [3] قال الشافعي [4] [رحمه الله] .

٢٦٣٦١ - لنا : ما روي عن ابن مسعود [5] [رضي الله عنه] أنه قال في قيمة العبد بالجناية : « لا يزاد على عشرة آلاف إلا عشرة » [6] . وهذا التقدير لا مدخل للقياس فيه ، فإذا

(١) ما بين القوسين زيادة من ب وج . (٢) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) اتفق الفقهاء أن في العبد يقتل قيمته إذا كانت القيمة أقل من الدية ، أما إذا كانت قيمته أكثر من دية الحر ، فاختلفوا على قولين : القول الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد رحمهم اللّه إلى أن العبد إن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر ، تجب في ديته عشرة آلاف إلا عشرة دراهم ولا يزيد عليها . وبه قال النخعي والشعبي والثوري وهو رواية عن الإمام أحمد حكاها أبو الخطاب . القول الثاني : ذهب الإمام مالك والإمام الشافعي وكذلك الإمام أحمد في المشهور من مذهبه إلى أنه تجب قيمته بالغة ما بلغت وإن زادت عن دية الحر . وهو قول الإمام أبو يوسف من الحنفية . وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز وإياس بن معاوية والزهري ومكحول وإسحاق . انظر : مختصر الطحاوى ص ٢٤٣ ، والمبسوط للسرخسي (٢٥٧/٦) ، بداية المجتهد (٤١٤/٢) ، بلغة السالك (٣٩٨/٢) . الأم (١١٤/٦) ، المهذب للشيرازي (٢١٠/٢) ، الحاوي للماوردي (٢٠/١٢) ، الإنصاف للمرداوي (٦٦/١٠) ، شرح منتهى الإرادات (٣٠٣/٣) ، المغني والشرح الكبير (٣٨٢/٩) والإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (٢١٢/٢) . (٥) سبقت ترجمته ، انظر ص ٧٣ .

(٦) أخرجه الإمام محمد في كتاب الأصل المعروف بالمبسوط قال : بلغنا ذلك عن عبداللّه بن مسعود وإبراهيم النخعي أنهما قالا : « لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر » . انظر : الأصل (٥٩٢/٤) . وروي هذا القول عن جمع من التابعين ، فقد أخرج عبد الرزاق عن إبراهيم والشعبي قالا : « لا يبلغ بالعبد دية الحر » . وعن معمر عن حماد : « لا يجاوز به دية الحر » . انظر : مصنف عبد الرزاق (٩/١٠) . وأخرجه ابن أبي شيبة عن إبراهيم والشعبي قالا : « لا يبلغ بدية العبد دية الحر في الخطأ » . وعن ابن جريج عن عطاء : « لا يزاد العبد على دية الحر » . انظر : مصنف ابن أبي شيبة (٢٤٠/٩) . هذا ولم نجد أثرا يثبت تقدير العشرة . وقد جاء في الهداية : روي عن ابن عباس : أنه ينقص في العبد عشرة إذا بلغت قيمته عشرة آلاف . قال الزيلعي : قلت غريب . نصب الراية (٣٨٩/٤) .

قاله الصحابي [١] حُمِل على (التوقيف) [٢] ، فكأنه رواه عن النبي ﷺ [٣] .

٢٦٣٦٢ - فإن قيل : روي (عن) [٤] النبي ﷺ : « يُضمن (قيمته) [٥] بالغة ما بلغت » [٦] .

٢٦٣٦٣ - قلنا : هذا يقتضي القياس فلا يحمل على (التوقيف) [٧] لجواز أن يكون قاله قياسا ، فلا يعارض قول من لا يُجوِّز أن يكون رجع إلا إلى التوقيف .

٢٦٣٦٤ - ولأنه بدل على (نفس) [٨] آدمي بالقتل فلا يزاد على ألف دينار كالحر [٩] .

٢٦٣٦٥ - ولا يقال : هذا كلام من جوابه يبلغ ألف دينار ويمنع الزيادة ؛ لأن الخلاف في (موضعين) [١٠] : أحدهما : أنه لا يبلغ ، والآخر : لا يزاد .

---

(١) الصحابي : من لقي رسول الله ﷺ مؤمنا به ومات على الإسلام ، وجمعه الصحابة . قال الفيومي : والأصل في هذا الإطلاق لمن حصل له رؤية ومجالسة . انظر : المصباح المنير (٤٥٤/١) والمعجم الوسيط (٥٢٧/١) مادة صحب .

(٢) في النسخ الثلاثة (التوقف) .

(٣) قال الإمام الكاساني : وتقدير النقصان بالعشرة ثبت توقيفا ، فالظاهر أنه قال ذلك سماعا من النبي ﷺ لأنه من باب المقادير . أو لأن هذا أدنى مال له خطر في الشرع كما في نصاب السرقة والمهر والنكاح . انظر : البدائع (٢٥٨/٧) . وقد أجيب عن هذا بأنه لا حجة في هذه الرواية . قال الإمام الشافعي : إن كانت حجته بأن إبراهيم النخعي قاله ، فهو يزعم أن إبراهيم وغيره من التابعين ليسوا حجة على أحد . الأم (٣٤٣/٧) .
أقول إن ما استدل به الإمام أبو حنيفة ومن معه يقوم على أمرين :
الأول : أنه لا يزاد على دية الحر . والثاني : ينقص منه عشرة دراهم . فما استدلوا به على الأمر الأول بما روى عن ابن مسعود ﷺ فهو معارض بمثله فقد روى عن عمر وعلى ﷺ في الحر يقتل العبد قالا : ثمنه ما بلغ . أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٧/٨) . أما الأمر الثاني فلم يثبت في الأثر . فإن كان تحديد عشرة دراهم بالرأي فهذا تحديد لا دليل عليه . ولو قيل إنها تكون على النصف من دية الحر لكان قولا له وجه كما قال ابن رشد في بداية المجتهد (٤١٥/٢) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) في ج (قيمة) ، وما أثبته من أ و ب .

(٦) أخرجه الإمام البيهقي السنن الكبرى (٣٧/٨) . وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب الديات (٢٣٧/٩) برقم ٧٢٥٤ . وعبد الرزاق في مصنفه (٩/١٠) . والإمام الشافعي في الأم (١١١/٦) (٣٤٦/٧) .

(٧) في النسخ الثلاثة (التوقف) .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٩) نوقش هذا القياس بأنه قياس مع الفارق . فقد أجاب الإمام الماوردي عن قياس الحنفية العبد على الحر بجوابين : الأول : أنهم لا يساوونه بالحر لما يعتبرونه من نقصان قيمته عن دية الحر .
والثاني : أنه لما لم يلحق بالحر في ضمانه باليد لم يلحق في ضمانه بالجناية . ولما امتنع أن يلحق به إذا نقصت قيمته امتنع أن يلحق به إذا زاد . انظر : الحاوي للماوردي (٢١/١٢) . وقال ابن قدامة : ويخالف الحر فإنه ليس بمضمون بالقيمة . وإنما ضمن بما قدره الشرع ، فلم يتجاوزه . ولأن ضمان الحر ليس بضمان مال ، ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته . وهذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها فاختلفا . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٨٣/٩) .

(١٠) كذا في ب و ج . وفي أ (الموضعين) .

٢٦٣٦٦ - قلنا : (إنه) [١] يدل على أحد الخلافين . ولأن الحرية لها تأثير في زيادة الدية ، والرق (له) [٢] تأثير في نقصانها ، بدلالة أن عبدًا قيمته ألف إذا قُتل يُضمن بألف ، ولو أُعتق ثم قُتل ضُمن بألف ، فلو قلنا : إن بدل العبد يزاد بالقتل على الدية لجعلنا (للرق) [٣] تأثيرًا في زيادة البدل ، وهذا لا يصح ؛ لأن الأسباب الموجبة لزيادة البدل معقولة من الحس والعقل والدين والعلم والشجاعة والصنائع . المعاني كلها توجد في الأحرار مع زيادة الحرية ، (فلأنه) [٤] إذا بُدِّل أنفسهم على الدية ، فلأن لا يوجب البدل في العبد مع نقصان الرق أولى .

٢٦٣٦٧ - قالوا [٥] : هذه الأسباب (أوجبت) [٦] زيادة القيمة في البهائم وإن لم توجب في الأحرار [٧] .

٢٦٣٦٨ - قلنا : صفات الآدمي الموجبة لزيادة القيمة (لا) [٨] توجد في البهيمة ، وصفات البهيمة الموجبة لزيادة قيمتها لا توجد في الآدمي .

٢٦٣٦٩ - فإن قيل : التفاوت بالنقصان يجوز أن يؤثر في نقصان بدل العبد ولا يؤثر في نقصان بدل الحر ، كذلك الزيادة [٩] .

٢٦٣٧٠ - قلنا : التفاوت (بالنقص) [١٠] يجوز أن يؤثر في الأحرار ولا تؤثر الزيادة . ألا ترى أن الجنين لما لم تُعلم حياته أثَّر ذلك في نقصان بدله ، وكذلك الكفر عند مخالفنا ، والأُنوثة على الأصلين ، ومع ذلك لم يجز أن يؤثر تفاوت الصفات الزائدة في الزيادة .

٢٦٣٧١ - فإن قيل : بدل نفس الحر لما قُدِّر قلة يُقدر كثرة ، وبدل العبد لا يتقدر

---

(١) كذا في ب ، وفي أ و ج (إن) .
(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٣) في ب و ج (الرق) وهو تحريف .
(٤) كذا في ج ، وفي أ و ب (لأنه) .
(٥) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٦١ وعبارته : ولأن كل ما يضمن به البهائم ضمن به العبد في القتل كما دون الدية . وانظر أيضًا : المغني والشرح الكبير (٣٨٣/٩) .
(٦) في ب و ج (وجبت) وهو تحريف .
(٧) كذا في أ ، وفي ب (الاقرار) وفي ج (الأفراد) ولعله تحريف .
(٨) كذا في أ و ب ، وفي ج (لم) .
(٩) انظر : الأم (٣٤٦/٧) قال الإمام الشافعي رحمه الله فيها : وكانت دية المسلم موقتة لا ينقص منها شر الناس ولا يزيد فيها خيرهم . وكان من استهلك من شيء من المال ففيه قيمته بالغة ما بلغت ، فكيف لم يقل هذا في العبيد . وانظر كذلك شرح منتهى الإرادات (٣٠٣/٣) وعبارة البهوتي : وضمان الحر ليس بضمان مال ، ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته التي تزيد بها قيمته ولو قنا ، وإنما يضمن بما قدره الشرع ، وضمان القن ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها .
(١٠) كذا في أ و ب ، وفي ج (بالنقصان) .

قلة فلم يتقدر كثرة .[١]

٢٦٣٧٢ - قلنا : يجوز أن يتقدر الشيء كثرة ولا يتقدر قلة ، كأرش اليد الشلاء لا يتقدر قلة ويتقدر (كثرة)[٢] حتى لا يبلغ به نصف الدية . وكذلك التعزير لا يتقدر قلة ويتقدر كثرة .

٢٦٣٧٣ - ولأن القصاص يجب بقتله (فلم يُضمن بالجناية بأكثر من الدية كالحر .

٢٦٣٧٤ - [و][٣] لأن كفارة القتل يجب بقتله)[٤] فلا يلزمه بقتله أكثر من ألف دينار كالحر[٥] .

٢٦٣٧٥ - فإن قيل : الحر إذا ضُمن (باليد)[٦] لم يُضمن بأكثر من الدية كذلك الجناية ، والعبد إذا ضُمن باليد ضُمن بأكثر من الدية ، كذلك إذا ضُمن بالجناية[٧] .

٢٦٣٧٦ - قلنا : الحر (عندنا لا يضمن)[٨] (باليد)[٩] ، لأن من غصب صبيًّا فوقع عليه حائط فهو مضمون[١٠] .

٢٦٣٧٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾[١١] قالوا : [المثل][١٢] يُعبر به عن مثل الشيء عن جنسه وعن مثله من قيمته[١٣] .

٢٦٣٧٨ - قلنا : قوله : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ يقتضي الاعتداء على من يملك أن

---

(١) انظر : الحاوي للماوردي (٢٠/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٨٣/٩) .

(٢) في ب و ج (قلة) وهو خطأ .

(٣) ما بين المعكوفتين ليست في النسخ الثلاثة . وقد أثبت نظرا للسياق .

(٤) قوله : فلم يضمن - إلى آخر قوله- يجب بقتله ساقط من ب و ج .

(٥) هذا تكرار من الإمام القدورى رحمه الله .

(٦) في ب و ج (اليد) وهو تحريف .

(٧) قال الماوردي : أنه لما لم يلحق بالحر في ضمانه باليد لم يلحق في ضمانه بالجناية ، ولما امتنع أن يلحق به إذا نقصت قيمته امتنع أن يلحق به إذا زادت . انظر الحاوي (٢١/١٢) .

(٨) في ب و ج (لا يضمن عندنا) .

(٩) في ب و ج (ليد) . وهو تحريف .

(١٠) الحر لا تضمن بالغصب عند الحنفية . قال الكاساني : إذا غصب صبيا حرًا من أهله فمات في يده من غير آفة أصابته بان مرض في يده فمات أنه لا يضمن . لأن كون المغصوب مالا شرط تحقق الغصب ، والحر ليس بمال . ولو مات في يده بآفة بأن عقره أسد أو نهشته حية ونحو ذلك يضمن لوجود الإتلاف منه تسببيا . والحر يضمن بالإتلاف مباشرة وتسببيا . اه- انظر البدائع (١٤٦/٧) .

(١١) سورة البقرة الآية ١٩٤ .

(١٢) في النسخ الثلاثة (قاتل) .

(١٣) قال الإمام الماوردي في الاستدلال بالآية الكريمة : أن المثل في الشرع مثلان : مثل في الصورة ومثل في القيمة ، فإذا لم يعتبر المثل في الصورة اعتبر في القيمة . انظر : الحاوي (٢٠/١٢) .

يقاتله وذلك هو الحر . فأما العبد فالمقاتلة إلى مولاه فلا تتناوله الآية . ولأن الواجب هو القيمة ، وقد اختلفنا في قيمة الجناية ، فعندنا أنها لا تبلغ عشرة آلاف . وعندكم أنها تزيد فاحتاجوا إلى الدلالة .

٢٦٣٧٩ - قالوا : حيوان يُضمن باليد والجناية ، فوجب أن يُضمن بالجناية بمثل ما يُضمن باليد ، أصله البهيمة [١] .

٢٦٣٨٠ - قلنا : ضمان البهيمة مال بكل حال فاعتبر حكم المال في الوجهين ، وأما العبد فضمانه باليد ضمان المال فاعتبر ضمان المال فيه ، وضمانه بالجناية ضمان الجنايات ، ولهذا يجب القصاص والكفارة ، وضمان الجناية ما يدخل التقدير ، والمعنى في البهيمة أن القصاص لا يجوز أن يجب بقتلها فلم يتقدر بدلها ، ولما كان العبد يجوز أن يجب القصاص بقتله جاز أن يتقدر بدله بالجناية .

٢٦٣٨١ - قالوا : لا يتقدر بدله (قلة) [٢] فلا يتقدر بدله كثرة كالبهيمة [٣] .

٢٦٣٨٢ - قلنا : لا يمنع أن يتقدر الشيء كثرة ولا يتقدر (قلة) ، [٤] (بدلالة) [٥] أن ما دون الموضحة يرجع في أرشه إلى التقويم [فيُقوَّم] [٦] نقصان قيمة المشجوج بها لو كان عندنا ، فإن بلغت قيمة الموضحة نُقِّص [منها] [٧] ، فيقدر الأرش كثرة وإن لم يتقدر قلة [٨] ، وكذلك التعزير يقدر بالاجتهاد ثم لا يبلغ به الحد فيقدر كثرة ولا يقدر قلة .

٢٦٣٨٣ - قالوا : مملوك مضمون بالإتلاف فوجب أن يضمن بكمال قيمته كالثياب [٩] .

---

(١) النكت ورقة أ٢٦٥ وعبارته : قال الشيرازي : ولأن ما ضمن باليد جميع القيمة ضمن بالقتل جميع القيمة كسائر الأموال . وقال ابن رشد : وعمدة مالك أنه مال قد أتلف فوجب به القيمة ، أصله سائر الأموال . انظر : بداية المجتهد (٤١٥/٢) وانظر كذلك شرح منتهى الإرادات (٣٠٣/٣) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) قال الماوردي : إن ما لم يتقدر أقل قيمته لم يتقدر أكثرها كالبهيمة . انظر : الحاوي (٢٠/١٢) . وقال ابن قدامة : ولنا : أنه مال متقوم فيضمن بكمال قيمته بالغة ما بلغت كالفرس . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٨٢/٩) .

(٤) في ب تكرر لفظ (قلة) مرتين .

(٥) في ب (بدل ان له) .

(٦) في النسخ الثلاثة (فيقرب) .

(٧) في النسخ الثلاثة (هاهنا) .

(٨) أجاب عنها الإمام الشيرازي بقوله : ولا يلزم ما دون أرش الموضحة ، لأن الصفات هناك لا تعتبر لاختلاف القيمة ، بل يعرف قدره من دية الموضحة . ولأن ذلك جزء من الموضحة فلا يجوز أن يجب فيه ما يجب في الموضحة ، والعبد ليس بجزء من الحر فجاز أن يقوم بدية الحر . اهـ . النكت ورقة أ ٢٦١ .

(٩) انظر : بداية المجتهد (٤١٥/٢) النكت ورقة أ ٢٦١ والمغني والشرح الكبير (٣٨٢/٩) .

٢٦٣٨٤ - قلنا : الثياب ضمانها ضمان المال ، (بدلالة) [١] أنه لا يتعلق الأثمان ولا يتأجل بدله إلا بالتأجيل ، فكذلك اعتبر كمال قيمته في جهة المال . وأما ضمان القتل فليس بضمان مال وإنما هو ضمان جناية ، بدلالة أنه يجب فيما ليس بمال وهو الحر ، وهو يتأجل من غير تأجيل فليس بضمان مال يجب به القصاص فلذلك لم يعتبر جهة المال فيه ويقدر كما تقدر الجنايات [٢] .

٢٦٣٨٥ - قالوا : لو كان ضمانه ضمان جناية لم يستو الذكر بالأنثى [٣] .

٢٦٣٨٦ - قلنا : لا يستويان ، بدلالة أن عبدًا قيمته ألف يضمن بجميع قيمته ، و(أمة) [٤] قيمتها خمسة آلاف إلا عشرة ، فدل أنها لا يستوي بينهما بمعنى يعود إلى كونه ذكرا وأنثى . وأما إذا كان قيمة كل واحد ألف ، وإنما يتساويان بمعنى تساوى القيمة لا لكونه ذكرا (و) [٥] أنثى .

٢٦٣٨٧ - قالوا : لو كان جناية لغُلِّظ في شبه العمد .

٢٦٣٨٨ - قلنا : شبه العمد يتغلظ بدله من الإبل . ولا يتغلظ من الوَرِق و[الذهب] [٦] . وبدل العبد لا يجب فيه الإبل فلم يتغلظ .

٢٦٣٨٩ - قالوا : العبد يُضمن بالغصب والعتق والجناية ، فإذا كان يُضمن في العتق والعتق بجميع قيمته ، فكذلك بالجناية [٧] .

٢٦٣٩٠ - قلنا : ضمانه بالغصب والعتق تمحض ضمان مال ، بدلالة أنه لا يتأجل من غير تأجيل ، وضمانه بالقتل ضمان جناية ، فكذلك اختلف حكم الضمان .

٢٦٣٩١ - قالوا : العبد له (شبهة) [٨] بالأموال ، بدلالة ضمانه بالقيمة ، و(له) [٩]

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٢) وحاصل ما رد به الإمام القدورى على قياس الشافعية ومن معهم على الثياب بأنه قياس مع الفارق ، لأن الثياب الضمان فيها ضمان مال ، وفي العبد الضمان فيها ضمان جناية .

(٣) قال الشيرازي : ولأن ضمانه ضمان الأموال بدليل أنه يختلف باختلاف الصفات ويستوي فيه العمد والخطأ والذكر والأنثى . انظر : النكت ورقة أ ٢٦١ .

(٤) كذا في أ ، وفي ب (أبا) وفي ج (أما) .

(٥) كذا في أ ، وفي ب و ج (أو) .

(٦) في النسخ الثلاثة (العتق) .

(٧) قال الإمام الماوردي : لأن ضمان العبد بالجناية أغلظ من ضمانه باليد ، ثم كان في اليد مضمونا بجميع قيمته فكان أولى أن يضمن في الجناية بجميع قيمته . اهـ . انظر : الحاوي (٢٠/١٢) .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٩) في ب و ج (لو) .

شبهة بالجنايات ، بدلالة القصاص وتحمل العاقلة ، [فكل] [١] حكم [أخذ الشبه] [٢] [من] [٣] ضمان الأموال تمحض . وكل حكم أخذ الشبه من الجنايات تمحض ، فلما كان وجوب الضمان أخذ (شبهًا) [٤] من أصلين روعي (فيه) [٥] (حكم كل) [٦] واحد منهما [٧] .

٢٦٣٩٢ - ألا ترى أن مخالفنا جعله ضمان مال حين اعتبر (فيه) [٨] قيمته بالغة ما بلغ ، ثم أجّله من غير تأجيل اعتبارا بالجنايات وجعله على العاقلة في الصحيح من المذهب [٩] . وهذا حكم الجنايات دون الأموال ، (وقال في أحد يديه نصف قيمته [١٠] وهذا حكم الجناية دون الأموال) [١١] . ولو كان ضمان المال وجب النقصان ، قال يجب (نصف) [١٢] القيمة بالغًا ما بلغ . وهذا حكم الأموال ، (فثبت) [١٣] أنه يجوز أن يلحق في حكم واحد بالشبهين .

* * *

---

(١) في النسخ الثلاثة (بكل) .
(٢) في النسخ الثلاثة (اكتسبه) .
(٣) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة .
(٤) في ب و ج (بها) .
(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٦) في ب و ج (كل حكم) .
(٧) الحاوي (٢١/١٢) . قال الماوردي في تقرير هذا الدليل : العبد متردد الحال بين أصلين : أحدهما : الحر . لأنه آدمي مكلف يجب في قتله القود والكفارة .
والثاني : البهيمة . لأنه مملوك يباع ويوهب ويورث . وهو في القيمة ملحق بأحد الأصلين . فلما ألحق بالبهيمة في ثلاثة أحوال : أحدها : إذا قلت قيمته . والثاني : إذا ضمنت باليد . والثالث : إذا ضمنه أحد الشريكين بالعتق . وجب أن يلحق بالبهيمة في الحال الرابعة ، وهو إذا زادت قيمته في ضمانه بالجناية . لأنه لا يجوز أن يلحق بالبهيمة في أقلها ويلحق بالحر في أكثرها . ولأنهم لا يلحقونه بالحر في أكثرها حتى ينقصوا من قيمته عشرة ، فلم يسلم لهم أحد الأصلين . اهـ .
(٨) كذا في ب و ج ، وهو ساقط من أ .
(٩) قال الإمام الشافعي : إذا قتل الرجل العبد خطأ عقلته عاقلته . الأم (١٥٨/٦) .
(١٠) قال الإمام الشافعي : في يده خمسون . الأم (١٢٦/٦) .
(١١) قوله : وقال في أحد - إلى آخر قوله - دون الأموال ساقط من ب و ج .
(١٢) كذا في ب و ج . وفي أ (النقصان) .
(١٣) - في ب و ج (ثبت) .

مسألة ١٣٥٢

القصاص بين الحر والعبد وبين العبدين

وبين الرجال والنساء فيما دون النفس

٢٦٣٩٣ - قال أصحابنا رحمهم الله : لا قصاص بين الحر و [١] العبد فيما دون النفس ، [ولا بين العبدين] [٢] ولا بين الرجال والنساء [٣] .

٢٦٣٩٤ - وقال الشافعي رحمه الله : يجرى بينهما القصاص [٤] .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٢) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر أنه سقط منهما بسهو النساخ . والصواب ما أثبته بدليل أن الحديث الذي استدل به الإمام القدوري هو في القصاص بين العبيد فيما دون النفس .

(٣) انظر : مختصر الطحاوى ص٢٣١ حيث قال الإمام الطحاوى : لا قصاص بين العبيد ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس ، ولا قصاص بين النساء والرجال فيما دون النفس . والواجب في ذلك الديات أو الأرش لا ما سواه . وانظر كذلك : الهداية (١٦٦/٤) وتحفة الفقهاء (١٥١/٣) .

(٤) قول الإمام القدوري رحمه الله : « وقال الشافعي رحمه الله : يجرى بينهما القصاص » ليس دقيقًا . لأن الإمام الشافعي رحمه الله لا يرى جريان القصاص بين هؤلاء بإطلاق . فهو وإن كان يرى أن الرجل والمرأة يجرى بينهما القصاص فيما دون النفس الرجل بالمرأة والمرأة بالرجل وأن العبيد يقتص لبعضهم من بعض وإن تفاوتت أثمانهم ، إلا أنه يرى بالنسبة للقصاص بين الحر والعبد فيما دون النفس أنه يقتص من العبد للحر إن طالب الحر بالقصاص ، ولا يقتص للعبد من الحر . فقد قال الإمام الشافعي في الأم ما نصه : وكل نفس قتلتها بنفس لو كانت قاتلتها أقصصت بينهما ما دون النفس . وأقص للرجل من المرأة وللمرأة من الرجل بلا فضل مال بينهما ، والعبيد بعضهم من بعض وإن تفاوتت أثمانهم . ولو أن عبدًا أو حرًا أو كافرًا جرح مسلمًا أقصصت المجروح منه إن شاء ، لأني أقتله لو قتله . ولو كان الحر المسلم قتل كافرًا أو جرحه أو عبدًا أو جرحه لم أقصه منه . انظر : الأم (٥٥/٦) . وبهذا يتبين لنا أن هذه المسألة اشتملت على ثلاث مسائل :

الأولى : القصاص بين الحر والعبد فيما دون النفس .

الثانية : القصاص بين العبيد بعضهم من بعض فيما دون النفس .

الثالثة : القصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس . ويمكن القول إن الفقهاء اتفقوا على أنه يقتص للحر من الحر وللعبد من العبد وللذكر من الذكر وللأنثى من الأنثى فيما دون النفس . وكذلك اتفقوا على أنه لا يقتص من الحر للعبد فيما دون النفس . ثم اختلفوا فيما عدا ذلك . ففي المسألة الأولى أي القصاص بين الحر والعبد فيما دون النفس قولان للفقهاء : **القول الأول** : للإمام أبي حنيفة والإمام مالك في المشهور أنه لا يجري بينهما القصاص فيما دون النفس . **والقول الثاني** : للإمام الشافعي والإمام أحمد وكذلك الإمام مالك في رواية أنه يقتص للحر من العبد في ما دون النفس ، ولا يقتص للعبد من الحر فيها . وبه قال الثوري وأبو ثور وإسحاق =

٢٦٣٩٥ – لنا : ما [١] روى قتادة [٢] عن أبي نَضْرة [٣] عن عمران بن حُصين [٤] ﷺ أن عبدًا لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء فأتوا النبي ﷺ فقالوا : إنا قوم فقراء ، فلم يقطعه (رسول الله) [٥] ﷺ [٦] . ولا يقال : يحتمل أن يكون القوم لم يطالبوا بالقصاص وكان في

= وابن المنذر . وفى المسألة الثانية وهي القصاص بين العبيد بعضهم من بعض فيما دون النفس للفقهاء أقوال ثلاثة : **القول الأول** : للإمام أبي حنيفة : أنه لا قصاص بينهم فيما دون النفس . وهو قول الشعبي والنخعي والثوري **والقول الثاني** : للإمام مالك والإمام الشافعي والإمام أحمد في المذهب : أنه يجرى بينهم القصاص فيما دون النفس وبه قال عمر بن عبد العزيز وسالم والزهري وقتادة وأبو ثور وابن المنذر . **القول الثالث** : للإمام أحمد في رواية : أنه يجرى بينهما القصاص إذا استوت القيمة . وفى المسألة الثالثة وهي القصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس قولان للفقهاء : **القول الأول** : للإمام أبي حنيفة وحماد بن أبي سليمان أنه لا قصاص بينهما فيما دون النفس . **والقول الثاني** : للإمام مالك والإمام الشافعي والإمام أحمد وإسحاق والثوري وأبي ثور وإسحاق وابن المنذر أنه يجرى بينهما القصاص فيما دون النفس . انظر بالإضافة لما سبق من المراجع : المدونة برواية سحنون (١٦٦/١٦) والكافي للقرطبي ص ٥٨٨ وبداية المجتهد (٤٠٦/٢) وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٥٠/٤) وبلغة السالك (٣٨٧/٢) ومغنى المحتاج (٢٤/٤) . والإنصاف للمرداوي (١٤/١٠) والمغني والشرح الكبير (٣٧٨/٣٥١/٩) ، والإشراف على مذاهب أهل العلم (١٠١/٩٦/٢) .

(١) في أ (قوله ما) . وهو خطأ . وما أثبته من ب و ج .

(٢) هو قتادة بن دِعامة السدوسى ، أبو الخطاب البصري . مفسر الكتاب ، كان آية في الحفظ ، إماما في النسب ، رأسا في العربية واللغة وأيام العرب . روى عن أنس بن مالك وغيره من الصحابة وروى عنه الجماعة قال معمر : سمعت قتادة يقول : ما في القرآن آية إلا وسمعت فيها شيئا اهـ . ولد سنة ٦٠هـ وتوفى سنة ١١٧هـ بواسط في الطاعون . انظر : تهذيب الكمال (٤٩٨/٢٣) ترجمة ٤٨٤٨ حلية الأولياء (٣٣٣/٢) شذرات الذهب (١٥٣/١) .

(٣) في النسخ الثلاثة (نضر) والصحيح ما أثبته بناء لما ورد في كتب التراجم . وأبي نضرة هو المنذر بن مالك بن قطعة . أبو نضرة العبدى ثم العوفى البصري . أحد شيوخ البصرة . أدرك طلحة وعليا والكبار ، روى عن وكيع بن الجراح . ذكره بن حبان في الثقات . توفي سنة ١٠٨هـ وصلى عليه الحسين ﷺ . انظر : تهذيب التهذيب (٢٦٨/١٠) شذرات الذهب (١٣٥/١) ثقات ابن حبان (٤٢١/٥) .

(٤) هو عمران بن حصين بن عُبيد ، أبو نُجيد الخزاعى صاحب رسول الله ﷺ . أسلم عام خيبر ، روى عن النبي ﷺ ، بعثه عمر ﷺ ليفقه أهل البصرة وكان قاضيا بها . توفي بالبصرة سنة ٥٢هـ . انظر : تهذيب الكمال (٣١٩/٢٢) طبقات ابن سعد (٤/٧) شذرات الذهب (٥٨/١) .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٦) أخرجه الدارمي في كتاب الديات باب القصاص بين العبيد برقم ٢٣٦٧ عن عمران بن حصين : أن عبدًا لأناس فقراء قطع يد غلام لأناس أغنياء فأتى أهله النبي ﷺ فقالوا : يا رسول الله إنه لأناس فقراء . فلم يجعل عليه النبي ﷺ شيئا . سنن الدارمي (٢٥٤/٢) . وأبو داود في كتاب الديات باب في جناية العبد يكون للفقراء برقم ٤٥٩٠ ولفظه : (أن غلاما لأناس فقراء قطع أذن غلام لأناس أغنياء) سنن أبي داود (١٩٦/٤) . =

الفعل شبهة [١] ، لأن هذا تعلق الحكم بغير السبب المذكور ، وهذا ترك الظاهر .

٢٦٣٩٦ – ولأن الرق نقص يمنع استيفاء طرف الحر بطرفه ، كما لو كان المقطوع ذميا والقاطع عبدًا مسلمًا .

٢٦٣٩٧ – ولأنهما إن اختلفا في القيمة لم يجز أخذ الكامل بالناقص لما قدمناه . ولا يجوز أخذ الناقص بالكامل لأن النقص من طريق الحكم يمنع أخذ الناقص بالكامل كاليمين واليسار [٢] . وإن تساوت قيمتهما فالتساوي [٣] يُعلم بالحرز [٤] والظن ، وما اعتبر فيه المماثلة لم يجز أن يُرجع فيها إلى [٥] الحرز [٦] والظن ، كبيع الفضة بالفضة والحنطة بالحنطة .

٢٦٣٩٨ – فإن قيل : إذا سرق السارق ثوبا فبلغت قيمته النصاب قطع وإن كانت القيمة بالحرز [٧] ، وكذلك إذا شهد شاهدان بالقطع فطريق عدالتهما الظن . وإذا أوجبتم على المسلم القصاص بالكافر فطريق ذلك الظن [٨] .

= وأخرجه النسائي بهذا اللفظ أيضًا في كتاب القسامة باب سقوط القود بين المماليك فيما دون النفس . سنن النسائي (٢٥/٨) والإمام أحمد في المسند (٤٣٨/٤) . قال الحافظ ابن حجر: إسناده صحيح . انظر : سبل السلام (٤٨٤/٣) . وجه الاستدلال بالحديث الشريف : هو أن النبي ﷺ لم يقتص منه ، لأن ذلك لم يكن واجبا . انظر : مختصر اختلاف الفقهاء لأبي بكر الجصاص ورقة أ٢٤٤ مخطوط باسم اختلاف الفقهاء لأبي جعفر الطحاوي برقم ٦٤٧ فقه حنفي ميكروفيلم ٣٠٢٩٧ بدار الكتب المصرية . وقد ناقش الشافعية الاستدلال بهذا الحديث فقال الإمام الخطابي : إن الغلام الجاني كان حرا وكانت جنايته خطأ وكانت عاقلته فقراء . وقال السندى : أراد أن الغلام بمعنى الصغير لا المملوك . انظر : معالم السنن للخطابي (٤١/٤) وشرح السيوطى على سنن النسائي مع حاشية السندى (٢٥/٨) . ويمكن أن يرد على هذا بأن الدارمى روى الحديث بلفظ العبد صراحة ، كما أن أصحاب السنن أخرجوا الحديث في باب القصاص بين العبيد مما يدل على أن الحديث وارد في القصاص بين العبيد فيما دون النفس ، ولفظ الغلام يستعمل في العبد كما يستعمل في الصبي فيحمل على العبد جمعا بين روايات الحديث الشريف .

(١) قال الإمام الشيرازي : قصة في عين فلعل كان هناك شبهة أو لم يطالب أهله . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٣ .

(٢) قال الإمام أبو بكر الجصاص : لا يؤخذ الكامل بالناقص لاختلافهما في القيمة ، ولا يؤخذ الناقص بالكامل ؛ لأن القصاص سقط في هذا الموضع لاختلاف أحكامها . لا من جهة النقص فصار كاليسرى لا تؤخذ باليمنى . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٧٣/١) .

(٣) في ب وج (بالتساوي) وهو تحريف .

(٤) في ج (بالحزر) . وهو تحريف .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٦) في ج (الحزر) وهو تحريف .

(٧) في ج (بالحذر) وهو تحريف .

(٨) قال الإمام الشيرازي : الظاهر من المقوم الإصابة ، ولهذا يقطع السارق بتقويمه . انظر : النكت ورقة ب ٢٥٣ .

٢٦٣٩٩ - قلنا : نحن لا نمنع أن كلية الأحكام [١] الشرعية تثبت [٢] بالظن كما تثبت [٣] بالقطع ، وإنما نمنع [٤] أن يرجع إلى القطع فيما أخذ علينا به المماثلة .

٢٦٤٠٠ - فلا يلزم على هذا جميع ما ذكروه [٥] . على أن السارق نقطعه إذا اتفق المقومون في قيمة ما سرق ، وقد يتفق الناس على قيمة عين في الغالب ولا يكادون يتفقون على تساوي قيمة عبدين غالبًا فكذلك [٦] أمر يد الرجل والمرأة .

٢٦٤٠١ - فلأنهما اختلفا في الأرش فلا يستوفي الأكمل بالأنقص ، كاليد الصحيحة بالشلاء [٧] .

٢٦٤٠٢ - ولأن يد الرجل والمرأة (تختلف شأنهما في موضوع الآلية) [٨] فلا يستوفى الأكمل بالأنقص كاليمين والشمال ، يبين ذلك أن يد الرجل تصلح للضرب بالسيف والطعن بالرمح والصنائع ، وهذا لا يوجد في النساء غالبًا ، ومن يوجد في البادية خلاف ذلك ولا يفيد ، كما أن اليسار قد يعمل بها بعض الناس كما يعمل يمينه ولا يعتد بذلك ؛ لأنه خلاف الموضوع [٩] .

---

(١) كذا في أ و ج ، وفي ب (أحكام) .
(٢) - ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر سقوطه منها . وقد أثبته نظرا لسياق الكلام .
(٣) في ب و ج (ثبت) . وهو تحريف . (٤) في النسخ الثلاثة (معنى) . ولعله تحريف .
(٥) في ب و ج (ذكره) .
(٦) كذا في ب و ج ، وفي أ (فلذلك) . وهو تحريف .
(٧) هذا القياس دليل الحنفية على عدم جريان القصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس . وقد نوقش هذا القياس بأنه يبطل بالقصاص في النفس ، وأنه قياس مع الفارق . لأن الشلاء قلت منفعتها فلا تساوي الصحيحة . وهاهنا يستويان في المنفعة كما استويا في النفس وإن اختلفا . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب٢٥٣ والذخيرة للقرافي (٣٢٤/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٧٩/٩) .
(٨) كذا في أ وهو ساقط من ج ، وفي ب (فلأنهما اختلفا في الأرض) وهو خطأ .
(٩) هذا قياس عدم جريان القصاص بين المرأة والرجل فيما دون النفس على عدم جريان القصاص بين اليمين واليسار . وقد نوقش هذا القياس بأنه قياس مع الفارق . رد الإمام الماوردي على هذا القياس بقوله : وما ذكره من اختصاص أطراف الرجل بالمنافع فيفسد من ثلاثة أوجه : أحدها : ما اتفقوا عليه من أخذ يد الكاتب والصانع والمحارب بيد من ليس بكاتب ولا صانع ولا محارب . والثاني : أن في يد المرأة منافع ليست في يد الرجل فتقابلا والثالث : أن أطراف العبيد تماثل في المنافع ولا يجرى فيها قود فبطل هذا الاعتبار . انظر : الحاوي (٢٦/١٢) . وقال ابن قدامة : وأما اليسار واليمين فيجريان مجرى النفس لاختلاف محليهما . ولهذا استوى بدلهما فعلم أنها ليست ناقصة عنها شرعا ولا العلة فيهما ذلك . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٧٣/٩) .

٢٦٤٠٣ - احتجوا : بقوله تعالى ﴿ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ (١)

٢٦٤٠٤ - قلنا : هذا يتناول الأحرار بدليل قوله تعالى : ﴿ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ﴾ (٢) والعبد لا يتصدق .

٢٦٤٠٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ﴾ (٣)

٢٦٤٠٦ - قلنا : هذا يقتضي ما أتلف الإنسان (في) (٤) نفسه ، وإن لك أن تُعاقِب بما أُصِبْتَ به في نفسه (إلا الحر) (٥) ، فأما العبد فلا يملك ذلك ، فإن احتجوا بذلك في الرجل والمرأة كان مخصوصًا بما ذكرنا (٦) .

٢٦٤٠٧ - قالوا : كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس ، جرى بينهما في

---

(١) جزء من الآية رقم ٤٥ من سورة المائدة وتمامه : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ ووجه الاستدلال بها : عموم الآية . قال ابن العربي : وهذا بين ، لأن الآية بعمومها تقتضي الجملة بالجملة والبعض بالبعض . انظر : أحكام القرآن لابن العربي (٦٤/١) . وقال الإمام الشافعي : لأن الله تعالى ذكرها - أي النفس والأطراف - ذكرا واحدا فلم يفرق بينهما في هذا الموضع الذي حكم به . فقال جل شأنه : ﴿ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ إلى ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ فلم يوجب في النفس شيئا إلا أوجب فيما سمى مثله . انظر : الأم (٣٥١/٧) والحاوي للماوردي (٢٦/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٥١/٩) . وأجيب عن الاستدلال بالآية الكريمة : بأن الآية المذكورة في القصاص ، والقصاص ينبئ عن المماثلة ، فالمراد بما في الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسير تلك الآية حيث قال : ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة . ويدل على ذلك أن العين لا قصاص فيها إذا قلعها بالإجماع لعدم إمكان المماثلة في القلع . انظر : نتائج الأفكار تكملة فتح القدير (٢٣٧/١٠) . واستدل المالكية أيضًا بعموم قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ ﴾ سورة البقرة الآية رقم ١٧٨ . انظر : بداية المجتهد (٤٠٦/٢) ، ويناقش استدلال المالكية بعموم هذه الآية بأن الآية مقصورة الحكم على ذكر القتلى وليس فيها ذكر لما دون النفس من الجراح ، فتكون الاستدلال في غير محله . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٦٧/١) .

(٢) جزء من الآية الكريمة السابقة .

(٣) جزء من الآية رقم ١٢٦ من سورة النحل ، وتمامها : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّٰبِرِينَ ﴾ .

(٤) في أ (لما) وهو تحريف ، وما أثبته من ب و ج .

(٥) كذا في النسخ الثلاثة . ويحتمل أن يكون (إلا) زيادة من النساخ .

(٦) أي مخصوص بما ذكرناه من أن أطراف الرجل والمرأة تنعدم فيها المماثلة فلا يجوز فيها القصاص كما لا تؤخذ الصحيحة بالشلاء واليمين باليسار .

الأطراف السليمة أصله الأحرار [١] .

٢٦٤٠٨ - قلنا : النفس لا يعتبر فيها التساوي في الأرش ، ولهذا أُجرى بينهما القصاص في النفس ولم يُجْرَ بينهما فيما دونها ، فأما الحر والحر [٢] فتساويا في [٣] حقن الدم وفي أرش الأطراف ، فجرى القصاص بينهما [٤] في الأمرين ، والحر [٥] والعبد تساويا في حقن الدم ، فجرى القصاص بينهما [٦] في النفس ، وإن [٧] اختلفا في أرش الأطراف فلم يجر بينهما قصاص فيها [٨] .

---

(١) كذا في ب و ج . وفي أ (الحر) . قال الإمام الماوردي : وهذا صحيح كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس جرى القصاص بينهما في الأطراف والجراح ، سواء اتفقا في الدية كالحرين المسلمين أو اختلفا في الدية كالرجل والمرأة والعبيد إذا تفاضلت فيهم . انظر : الحاوي للماوردي (٢٦/١٢) والأم (٥٥/٦) وبداية المجتهد (٤٠٦/٢) والمغني والشرح الكبير (٣٥١/٩) .

(٢) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . ولعله ساقط منها . وقد أثبته نظرا لسياق الكلام .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٦) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . ولعله ساقط منها . وقد أثبته ليستقيم الكلام .

(٧) - ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٨) - أجيب عن دليل الشافعية بأنه قياس مع الفارق إذ لا اعتبار بالمساواة في الأنفس ، وإنما يعتبر ذلك فيما دونها . والدليل على ذلك أن عشرة لو قتلوا واحدا قتلوا به ولم تعتبر المساواة ، وكذلك لو أن رجلا صحيح الجسم سليم الأعضاء قتل رجلا فلوجا مريضا مدنفا مقطوع الأعضاء قتل به ، وكذلك الرجل يقتل بالمرأة مع نقصان عقلها ودينها وديتها ناقصة عن دية الرجل ، فثبت بذلك أن لا اعتبار بالمساواة في إيجاب القصاص في الأنفس ، وأن الكامل يقاد منه للناقص ، وليس ذلك حكم ما دون النفس ، لأنهم لا يختلفون في أنه لا تؤخذ الصحيحة بالشلاء وتؤخذ النفس الصحيحة بالسقيمة . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٦٩/١) . الترجيح : وبعد فإنني أرى - والله تعالى أعلم - أن قول الحنفية بأنه لا قصاص بين العبيد بعضهم من بعض فيما دون النفس هو الأرجح لقوة ما استدلوا به وهو حديث رسول الله ﷺ وهو نص في الموضوع . وتأويل المخالفين للحديث بأن المراد منه الغلام الحر تأويل بعيد وهو يخالف ظاهر نص الحديث . وأيضًا قول الحنفية بأن القصاص لا يجرى بين الحر والعبد فيما دون النفس هو الأرجح لعدم التساوي بين طرف الحر والعبد . فيقاس على اليسار واليمين . وأما بالنسبة للقصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس فالراجح فيها هو قول القائلين بوجوب القصاص بينهما فيما دون النفس ؛ وذلك لعموم النصوص الواردة في القصاص فيما دون النفس والتي لم تفرق بين الرجل والمرأة . ولا يوجد مخصص لهذه النصوص . يضاف إلى ذلك أن الضرر الذي يلحق بالمرأة من فقد عضو من أعضائها كفقد عين مثلا يكون كالضرر الذي يلحق بالرجل بل أشد منه ؛ لأن المرأة تفقد جمالها مع فقد العضو . وذهاب الجمال أشد ضررًا للمرأة بالنسبة للرجل . كما أن المقصود من القصاص هو صيانة الدماء . فلو لم يجر القصاص بينهما لأدى ذلك إلى عدم شفاء الصدور ، وبالتالي إلى سفك الدماء . والله تعالى أعلم .

مسألة ١٣٠٣

قطع يدين بيد واحد

٢٦٤٠٩ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا قطع اثنان يد واحد لم يجب القصاص على واحد منهما (١) .

٢٦٤١٠ - وقال الشافعي رحمه الله : إذا لم يتميز فعل (٢) أحدهما من فعل الآخر وجب القصاص عليهما (٣) .

٢٦٤١١ - لنا : أن الطرف يتبعض في الإتلاف ، فإذا اشترك الجماعة في إتلافه ضمن كل واحد منهما (٤) جميعه لحق الآدمي ، وأصله إتلاف الأموال . لا يلزم إذا

---

(١) قالت الحنفية : لو قطع جماعة يد واحد لا تقطع أيديهم بها ، ولكن يجب عليهم دية اليد . انظر : مختصر الطحاوي ٢٣١ وتحفة الفقهاء (١٤٥/٣) .

(٢) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . وقد أثبتناه نظرا لسياق الكلام .

(٣) قال الإمام الشافعي : إذا قطع اثنان يد رجل معًا قطعت أيديهما معا ، وكذلك أكثر من الاثنين ، وإنما تقطع أيديهما معا إذا حملا شيئًا فضرباه معا ضربة واحدة أو حزاه معا حزًّا واحدًا ، فأما إن قطع هذا من أعلاها إلى نصفها وهذا يده من أسفلها حتى أبانها فلا تقطع أيديهما ، ويحز من هذا بقدر ما حز من يده ومن هذا بقدر ما حز من يده إن كان هذا يستطاع . انظر : الأم (٢٤/٦) والمهذب للشيرازي (١٧٨/٢) والإشراف على مذاهب أهل العلم (١٠٤/٢) . وعند المالكية : يقطع الأيدي باليد إن تمالئوا على قطعه سواء تميزت أفعالهم أو لم تتميز . جاء في الشرح الصغير ما نصه : فإن تمالئوا اقتص من كل بقدر الجميع تميزت أم لا قياسا على قتل النفس من أن الجميع عند التمالؤ يقتلون بالواحد . الشرح الصغير (٣٦/٦) وانظر أيضًا الذخيرة للقرافى (٣٢١/١٢) ومنح الجليل على مختصر خليل (٣٦٤/٤) . وعند الحنابلة : إن اشترك جماعة في قطع طرف أو جرح ، وتساوت أفعالهم مثل أن يضعوا الحديدة على يده ، ويتحاملوا عليها جميعا حتى تبين ، فعلى جميعهم القصاص في إحدى الروايتين وهو المذهب . وفي رواية لا يجب القصاص ، وهذه الرواية تتفق مع رأي الحنفية فيما إذا استوت أفعالهم ، فأما إن تفرقت أفعالهم أو قطع كل إنسان من جانب ، فلا قصاص رواية واحدة . انظر : المبدع (٣٢٣/٨) والإنصاف (٢٩/١٠) والمغني والشرح الكبير (٣٧٠/٩) وبالنظر لأقوال المذاهب الأربعة السابقة نرى أن الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة على ثلاثة أقوال : القول الأول : أنه لو قطع جماعة يد واحد لا تقطع أيديهم بها . ولكن يجب عليهم دية اليد . وهو قول الحنفية . ورواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وبه قال الحسن البصري والزهري وسفيان الثوري . والقول الثاني : يجب قطع الأيدي إذا لم يتميز أفعالهم . أما إن تميزت فيقتص من كل بقدر فعله إن أمكن . وهو قول الإمام الشافعي رحمه الله وهو المذهب عند الحنابلة . والقول الثالث : يقطع الأيدي باليد سواء تميز فعل كل واحد منهم أم لا . وهو قول المالكية .

(٤) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .

اشترك محرمان في قطع طرف صيد ، لأن الضمان هنا لحق الله تعالى .

٢٦٤١٢ - ولأن أرش اليدين [١] تخالف الأرش الواحدة فلم يجز استيفاؤه كاليد الصحيحة بالناقصة [٢] .

٢٦٤١٣ - ولأن اليد ذات أجزاء ، فكل واحد أتلف جزءًا منها ، فلم يجز أن تستوفى جميع يده ، كما لو تميز [٣] فعلهما .

٢٦٤١٤ - وليس كذلك إذا قتلا ، لأن خروج النفس ليس بمتجزئ ، فكل واحد منهما فعل فعلا يجوز أن يكون خروج الروح اتفق عنده .

٢٦٤١٥ - ولأنهما اشتركا في إتلاف اليد فلم يجب على كل واحد منهما قصاص ، كما لو قطع كل واحد من جانب حتى التقى القطعان .

٢٦٤١٦ - ولأن الجماعة لو وجب عليهم القصاص بطرف واحد استوى أن يتميز فعلهما أو لا يتميز ، كالمشترك في إتلاف النفس [٤] .

٢٦٤١٧ - ألا ترى أن أحدهم لو قطع جانب العنق ، والآخر من الجانب الآخر حتى التقى القطعان وجب القصاص ، فلما لم يجب في اليد مثل هذا الفعل دل على أن القصاص لا يجب وإن قطعوا بضربة واحدة .

٢٦٤١٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ [٥] .

٢٦٤١٩ - قلنا : القصاص المماثلة ، واليدان لا تماثلهما [٦] يد واحدة .

٢٦٤٢٠ - قالوا : قال النبي ﷺ : « العمد (قود) [٧] » [٨] .

٢٦٤٢١ - قلنا : هذا يقتضي أن يُقطع من يد القاطع مثل ما قطع ، وهذا ليس بقول لكم .

---

(١) في النسخ الثلاثة (اليد) . والصحيح ما أثبت .

(٢) ناقشها الشيرازي فقال : لأن الناقصة لا تتساوى الكاملة بخلاف المقطوع يساوى القاطع ، أو كل واحد منهم كالقاطع لليد . انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٤ . (٣) و في أ (لو لم تميز .

(٤) وحاصل هذا الدليل قياس حالة عدم التميز على حالة التميز بجامع عدم الاقتصاص في كل .

(٥) الآية رقم ٤٥ من سورة المائدة وتمامها : وفى الاستدلال بالآية الكريمة قال الإمام الشافعي رحمه الله : لأن الله تبارك وتعالى ذكر القصاص في النفس والجروح ذكرًا واحدًا فلم يفرق بينهما في هذا الموضع الذي حكم بها فيه ، فقال جل ثناؤه : ﴿ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ - إلى قوله - وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ فلم يوجب في النفس شيئًا من القود إلا أوجب فيما سمى مثله . اهـ الأم (٣٥١/٧) . (٦) في ب و ج (تماثلها) .

(٧) في ب و ج (قتل) . (٨) سبق تخريجه .

٢٦٤٢٢ - قالوا : روى أن رجلين شهدا عند علي بن أبي طالب [١] ﷺ بالسرقة ، فأمر بقطعه . ثم عادا ومعهما رجل آخر فقالا : هذا الذي سرق ، وإنما شبَّهناه ، فقال علي ﷺ : « لو علمت أنكما تعودتما لقطعتكما » [٢] .

٢٦٤٢٣ - قلنا : هذا على وجه التعزير [٣] بدلالة أنه لم يوقف القطع على مطالبة الخصم ، والذي يتعلق باختيار الإمام هو التعزير [٤] ، وقد اختلف قول الصحابة في التعزير ، فرأى بعضهم أن يبلغ به الحد ، [٥] وضرب عبدالله بن مسعود [٦] ﷺ التعزير [٧] .

٢٦٤٢٤ - قالوا : كل قصاص وجب للواحد (على الواحد) [٨] جاز [٩] أن يجب

---

(١) سبقت ترجمته .

(٢) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه ، كتاب الديات ، باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم . عن مطرف عن الشعبي : في رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعه علي ﷺ ، ثم جاءا بآخر وقالا : أخطأنا فأبطل شهادتهما وأخذ بدية الأول وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما . صحيح البخاري (٢٥٢٧/٦) وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤١/٨) (٢٥١/١٠) وعبد الرزاق في المصنف (٨٩/١٠) . وقد استدل به الشافعية والحنابلة فقالوا : إن الإمام علي ﷺ أخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحدة فدل على جواز قطع اليدين باليد الواحدة . انظر : النكت للشيرازي مخطوط الورقة أ ٢٥٤ والحاوي للماوردي (٣٢/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٧٢/٩) والمبدع (٣٢٣/٨) . ونوقش هذا الدليل بأنه لا حجة لهم فيه ، لأنه إنما قال ذلك على سبيل السياسة . بدليل أنه أضاف القطع إلى نفسه وهذا لا يكون إلا بطريق السياسة . انظر : البدائع (٢٩٩/٧) .

(٣) في ب و ج (الغرور) . والتعزير : الضرب على وجه التأديب ، من العزر وهو الرد ، من حد ضرب ، فهو ضرب يرده عن الجناية . قال تعالى : ﴿ وَتُعَزِّرُوهُ ﴾ سورة الفتح الآية رقم ٩ أي تنصروه برد الأعداء عنه . انظر : طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ص ١٣٣ .

(٤) يجوز في التعزير العفو عنه وتسوغ الشفاعة فيه ، فإن تفرد التعزير بحق السلطنة ولم يتعلق به حق لآدمي جاز لولي الأمر أي يراعي الأصلح في العفو أو التعزير ، وجاز أن يشفع فيه من سأل العفو عن الذنب ، فإن تعلق بالتعزير حق لآدمي وحق السلطنة فلا يجوز لوالي الأمر أن يسقط بعفوه حق المجني عليه . انظر : الأحكام السلطانية للإمام أبي الحسن الماوردي ص ٢٣٧ .

(٥) انظر : المحلى (٤٨٤/١٣) والإشراف على مذاهب أهل العلم (٣٠/٢) وفتح الباري (١٧٦/١٢) .

(٦) سبق ترجمته .

(٧) يحتمل أن يكون سقط من العبارة بعض الكلمات . روى أن عبدالله بن مسعود ﷺ أُتي برجل وجد مع امرأة في لحاف ، فضربهما لكل واحد منهما أربعين سوطًا ، فذهب أهل المرأة وأهل الرجل فشكوا ذلك إلى عمر بن الخطاب ﷺ ، فقال عمر لابن مسعود : ما يقول هؤلاء ، قال قد فعلت . انظر : مصنف عبد الرزاق (٤٠١/٧) والمحلى لابن حزم (٤٨٤/١٣) .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ج .

على الجماعة للواحد كالقصاص في الأنفس [1] .

٢٦٤٢٥ - قلنا : الأنفس لا تتبعض في الإتلاف [2] ، وكل واحد من المشتركين كالمستوفى بجميعها ، وليس كذلك الطرف لأنه يتبعض في الإتلاف [3] ، فالواحد من المشتركين مستوفى لبعض المتلف لم يجز أن يقتص [4] منه [5] ، بيان الفرق بينهما : أن أحد المشتركين لو قطع من جانب العنق [6] وقطع الآخر من الجانب الآخر وجب القصاص ، ولو قطع أحد الشريكين [7] من جانب الزنْد والآخر [8] من الجهة الأخرى لم يقطع .

٢٦٤٢٦ - قالوا : النفس أعظم حرمة من اليد ، فإذا جاز أن يقتل الجماعة بالواحد فلأن يجوز أن يقطعوا بيده أولى [9] .

٢٦٤٢٧ - قلنا : لما عظمت حرمة النفس جاز أن يقتل الجماعة بالواحد ، فلا يجوز أن يقطعوا بيده أولى .

٢٦٤٢٨ - قالوا : إن الذي (وجب لأجله) [10] القصاص على الجماعة أنهم لو [11] لم يُقْتَلوا المعنى (هدرت الدماء) [12] ، لأن كل واحد قاتل يشرك غيره فيسقط عنه ، وهذا المعنى موجود في الأطراف [13] .

---

(١) قال الإمام الشيرازي : ولأنه أحد نوعى القصاص فجاز أن يجب على الجماعة بالجناية على الواحد ، كالقصاص في النفس . انظر إلى : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٤ وبداية المجتهد (٤٠٥/٢) والمغني والشرح الكبير (٣٧٢/٩) .

(٢) في النسخ الثلاثة (الاختلاف) .

(٣) في النسخ الثلاثة (التلاف) .

(٤) في أ (ينقص) . وما أثبته من ب و ج .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٦) كذا في ب و ج ، ساقط من أ .

(٧) في ب و ج (المشتركين) .

(٨) - كذا في أ و ج ، وفي ب (الأخرى) .

(٩) - قال الإمام الشيرازي : ولأن النفس أعظم حرمة ، ثم يقتل الجماعة بالواحد فلأن يقطع أولى . انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٤ والأم للشافعي (٣٥١/٧) والحاوي للماوردي (٣٢/١٢) .

(١٠) في ب و ج (لأجله وجب) .

(١١) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . وقد أثبتناه ليستقيم الكلام .

(١٢) في ب و ج (حدرت الدما لكل واحد) . وهو تحريف .

(١٣) أجيب عن هذا بأنه قياس مع الفارق . لأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث ، والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث . انظر : الهداية (١٦٩/٤) . وقال ابن قدامة : لأن الاشتراك الموجب للقصاص في النفس يقع كثيرًا فوجب القصاص زجرا عنه كيلا يتخذ وسيلة إلى كثرة القتل . والاشتراك المختلف فيه لا يقع إلا في غاية الندرة ، فلا حاجة إلى الزجر عنه . ولأن إيجاب القصاص على المشتركين في النفس يحصل به الزجر عن كل اشتراك أو عن الاشتراك المعتاد . وإيجابه =

٢٦٤٢٩ - قلنا : يبطل إذا تميز فعل القاطعين [١] .

* * *

= على المشتركين في الطرف لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتاد . ولا عن شيء من الاشتراك إلا على صورة نادرة الوقوع بعيدة الوجود يحتاج في وجودها إلى تكلف ، فإيجاب القصاص للزجر عنها يكون منعًا لشيء ممتنع بنفسه لصعوبته وإطلاقًا في القطع السهل المعتاد بنفي القصاص عن فاعله . وهذا لا فائدة فيه . بخلاف الاشتراك في النفس . يحققه أن وجوب القصاص على الجماعة بواحد في النفس والطرف على خلاف الأصل لكونه يأخذ في الاستيفاء زيادة على ما فوت عليه ويخل بالتماثل المنصوص على النهي عما عداه . وإنما خولف هذا الأصل في الأنفس زجرًا عن الاشتراك الذي يقع القتل به غالبًا ، ففيما عداه يجب البقاء على أصل التحريم ، ولأن النفس أشرف من الطرف ، ولا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على ما دونها بذلك. انظر : المغني والشرح الكبير (٣٧٢/٣٧١/٩) .

(١) جواب الإمام القدوري رَحِمَهُ ٱللَّهُ هذا يتجه إلى الشافعية ومن معهم القائلين بالتفرقة بين حالة التميز لفعل كل واحد من المشتركين وبين عدم التميز . أما المالكية القائلون بالاقتصاص من الأيدي باليد الواحد دون تفريق بين حالة تميز فعل كل واحد من المشتركين وبين عدم التميز فلا يلزمهم ما أجاب به الإمام القدورى . ويمكن أن يقال لهم كما سبق : أن الاشتراك في القطع يحدث نادرًا ، فلا يؤدي عدم الاقتصاص فيه إلى إهدار الدماء بخلاف النفس فإنه يقع غالبًا . ولأن النفس أشرف من الطرف ، ولا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على ما دونها بذلك . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٧٢/٩) .

مسألة ١٣٠٤

القتل شبه العمد

٢٦٤٣٠ - قال أبو حنيفة [ﷺ] [١] : شبه العمد (القتل) [٢] بما ليس بسلاح ولا يجري مجراه في تفريق الأجزاء .

٢٦٤٣١ - وقالا : هو أن يتعمد الضرب بما لا يقتل غالبًا . فأما إذا اعتمد الضرب بما يقتل في الغالب فهو عمد .

٢٦٤٣٢ - (وبه قال) [٣] الشافعي [٤] رحمه الله .

---

(١) زيادة من ب وج . (٢) في ب وج (والقتل) .

(٣) في ب و ج (وقال به) .

(٤) اتفق الفقهاء على أن القتل يكون عمدًا وخطأ . واختلفوا في شبه العمد . فقال به الحنفية والشافعية والحنابلة . فأنواع القتل عند الحنفية خمسة أنواع : عمد وشبه عمد وخطأ ، وما جرى مجرى الخطأ ، والقتل بسبب . انظر : البدائع (٢٣٣/٧) . وعند الشافعية والحنابلة ثلاثة أنواع : عمد وشبه عمد وخطأ . انظر : مغنى المحتاج (٣/٤) والمغني والشرح الكبير (٣٢٠/٩) . أما الإمام مالك فالقتل عنده نوعان فقط . عمد وخطأ . فليس عنده شبه عمد . إلا في الآباء مع أبنائهم . قال سحنون : قلت لابن القاسم ، هل كان مالك يعرف شبه العمد في الجراحات أو قتل النفس ، قال : قال مالك : شبه العمد باطل ، وإنما هو عمد أو خطأ . ولا أعرف شبه العمد . ولم يره مالك إلا في الآباء مع أبنائهم . انظر : المدونة (١٠٦/١٦) والذخيرة (٢٨٠/١٢) وبداية المجتهد (٣٩٨/٢) . ورُدّ على الإمام مالك بأن شبه العمد ورد الشرع به على ما رواه النعمان بن بشير ﷺ أن النبي ﷺ قال : « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الإبل أربعون منها خلفة في بطونها أولادها » والصحابة اتفقوا على شبه العمد ، حيث أوجبوا فيه دية مغلظة مع اختلافهم في صفة التغليظ وقال علي كرم الله وجهه : « شبه العمد الضربة بالعصا والقذفة بالحجر العظيم » انظر : المبسوط للسرخسي (٦٥/٢٦) والمغني والشرح الكبير (٣٢٠/٩) . وإليك أقوال المذاهب في تعريف شبه العمد : شبه العمد عند أبي حنيفة رحمه الله : أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح أي بما لا يفرق الأجزاء ، ولو بحجر أو خشب كبيرين . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا ضربه بحجر عظيم أو خشبة عظيمة فهو عمد . وشبه العمد عندهما : هو أن يتعمد الضرب بما لا يقتل غالبًا . والفتوى عند الحنفية على ما قال الإمام . ولو قتله بحديد غير محدد كالعمود ونحوها فيه روايتان عن الإمام أبي حنيفة . في ظاهر الرواية هو عمد . وفي رواية الإمام الطحاوي ليس بعمد . لأنه لا يفرق الجزاء . انظر : تحفة الفقهاء (١٤٩/٣) واللباب (١٤٢/٤) والدر المختار مع رد المحتار (٣٤١/٥) والاختيار (٢٣/٥) . أما المالكية فلم يفرقوا بين المثقل الصغير والمثقل الكبير . فما دام القتل عدوانًا لا على وجه اللعب والتأديب فإنه يكون عمدًا فيها القود . جاء في الشرح الصغير (٢٠/٦) ما نصه : وإن تعمد الجاني ضربًا لم يجز وإن بقضيب أو عصا أو سوط أو نحوهما مما لا يقتل به =

٢٦٤٣٣ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ خطب يوم فتح مكة ، فقال في خطبته : « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الإبل » [١] وذكر الطحاوى [٢] : « ألا إن قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا فيه مائة من الإبل » [٣] فوجه الدلالة : أنه

= غالبًا أو مثقل فيها القود . اهـ . فكل قتل شبه العمد عند الجمهور يجعله الإمام مالك ضمن قتل العمد . لأن الجناية الموجبة للقصاص عنده شرطها العمد العدوان . فكل قتل وجد فيه الفعل عدوانًا فهو عمد إلا في حالة قتل الأب ابنه فهو عند المالكية شبه عمد . وعند الشافعية ، قال الخطيب الشربيني : وإن قصد الفعل والشخص بما لا يقتل غالبًا فشبه عمد . ومنه الضرب بسوط أو عصا . لكن بشروط : أن يكونا خفيفين . وأن لا يوالى الضربات . وأن لا يكون الضرب في مقتل . أو المضروب صغيرًا أو ضعيفًا . وأن لا يكون حر أو برد معين على الهلاك . وأن لا يشتد الألم ويبقى إلى الموت . ومثل العصا المذكور : الحجر الخفيف ، وكف مقبوضة الأصابع لمن يحمل الضرب واحتمل موته به . انظر : مغنى المحتاج (٤/٤) . وقال الشيخ البهوتي من الحنابلة : وشبه العمد ويسمى خطأ العمد وعمد الخطأ لاجتماعهما فيه : أن يقصد الجناية إما لقصد العدوان عليه أو قصد التأديب له ، فيسرف فيه بما لا يقتل غالبًا . ولم يجرحه بها ، فيقتل قصد قتله بها أو لم يقصده . سمي بذلك لأنه قصد الفعل وأخطأ في القتل . نحو أن يضربه بسوط أو عصا أو حجر . أو يلكزه بيده ، أو يلقيه في ماء قليل ، أو يسحره بما لا يقتل غالبًا . فهذا كله لا قود فيه . انظر : كشاف القناع (٢٨٦٤/٨) . ومما سبق عرضه من أقوال المذاهب نرى أن الفقهاء قد اختلفوا في القتل شبه العمد . فأنكره الإمام مالك إلا في قتل الأب لابنه . وقال به الجمهور . إلا أن القائلين به اختلفوا في تحديد معنى القتل شبه العمد على قولين : **القول الأول** : فذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله إلى أن شبه العمد أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح أو ما في حكمه مما يفرق الأجزاء كالمثقل من الحجر والخشب ونحوهما . **القول الثاني** : وذهب الصاحبان ومعهم الشافعية والحنابلة إلى أن شبه العمد أن يتعمد الجاني الضرب بما لا يقتل غالبًا كالعصا الصغير والحجر الصغير . فعلى هذا يمكن القول إن الضرب بالمثقل الصغير مثل العصا والحجر الصغير لا خلاف بين القائلين بشبه العمد أنه قتل شبه عمد . أما محل الخلاف بينهم فهو في القتل بالمثقل الكبير . فالإمام أبي حنيفة يرى أنه شبه عمد . بينما يرى الصاحبان ومن معهم أنه عمد .

(١) أخرجه الإمام أبو داود في كتاب الديات باب : في الخطأ شبه العمد . سنن أبي داود (١٨٥/٤) برقم ٤٥٤٧ . والنسائي في كتاب القسامة باب : كم دية شبه العمد ، سنن النسائي (٤٠/٨) برقم ٤٧٩١ وابن ماجه في كتاب الديات باب : دية شبه العمد مغلظة . سنن ابن ماجه (٨٧٧/٢) برقم ٢٦٢٧ . وكذلك أخرجه الدارقطني في سننه (١٠٤/٣) .

(٢) أحمد بن محمد بن سلامة ، أبو جعفر الطحاوي الأزدي . كان إمامًا برع في الفقه والحديث وصنف التصانيف الكثيرة . انتهت إليه رياسة الحنفية بمصر . كان شافعي المذهب يقرأ على المزني ، ثم انتقل من عنده وتفقه على مذهب أبي حنيفة وصار إمامًا . ومن تصانيفه : أحكام القرآن ، وشرح معاني الآثار ، والمختصر ، ومشكل الآثار وغيرها . ولد سنة ٢٢٩هـ . وتوفي سنة ٣٢١ هـ . (انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٤٢ والفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٣١)

(٣) أخرجه الإمام الطحاوي في كتاب الديات باب شبه العمد الذي لا قود فيه ما هو ، شرح معاني الآثار للطحاوى (١٨٦/١٨٥/٣) .

(جعل) [١] قتيل العصا خطأ العمد ، ولم يفصل بين العصا الكبير .

٢٦٤٣٤ - فإن قيل : المراد به (الصغير) [٢] ، فلهذا قرنه بالسوط [٣] .

٢٦٤٣٥ - قلنا : لو أراد الصغير لاقتصر على السوط . فلما ذكر السوط الذي لا يقتل في الغالب ثم ذكر العصا الذي يختلف دل على أنه أراد العصا الكبير ، حتى يكون (الجمع) [٤] بينها وبين السوط معنى . بيان ذلك : أنه جعل [القتل] [٥] بهذه الآلة عمد الخطأ ، ولم يفصل بين أن [يكرر] [٦] بها الضرب أو لا [يكرر] [٧] ، (فدل) [٨] أن من كرر الضرب بالسوط حتى قتل فهو عمد .

٢٦٤٣٦ - فإن قيل : معنى خطًأ العمد أن يكون اعتمد الضرب (وأخطأ) [٩] في الآلة . وهذا لا يكون إلا في الآلة التي لا تقتل في الغالب ، فأما إذا كانت مما تقتل في الغالب فلم يوجد معنى الخطأ [١٠] .

٢٦٤٣٧ - قلنا : هذا اسم شرعي لا تعرفه أهل اللغة ، وإنما تعرف العرب العمد والخطأ ، فأما اجتماع الأمرين في فعل واحد ما (يقع منه) [١١] . فلا يجوز أن يرجع في تفسيره [إلا] [١٢] إلى قول [صاحب] [١٣] الشرع .

٢٦٤٣٨ - فإن قيل : قوله : ألا إن (قتيل) [١٤] خطًأ العمد (قتيل) [١٥] السوط

---

(١) في ب وج (حصل) .
(٢) كذ في أ و ج ، وفي ب (العصر) .

(٣) انظر : شرح معاني الآثار (٣/١٨٨) حيث ذكر الطحاوي قول الصاحبين في الحديث فقال : قالوا : قد يجوز أن يكون النبي ﷺ أراد بذلك العصا التي لا تقتل مثلها التي هي كالسوط الذي لا يقتل مثله . وقال الشيرازي من الشافعية : أراد العصا الصغير . ولأنه قرنه بالسوط . انظر : النكت ورقة ب ٢٥٤ . وانظر أيضًا : المغني والشرح الكبير (٩/٣٢٣) .

(٤) كذا في النسخ الثلاثة .

(٥) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . ولعله ساقط منها ، وقد أضيف ليستقيم الكلام .

(٦) في النسخ الثلاثة (يكون) .
(٧) في النسخ الثلاثة (يكون) .

(٨) كذا في ج . وفي أ و ب (فد) .
(٩) في ج (أو خطًأ) .

(١٠) انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٤ وعبارته : ولأنه جعله عمدًا خطًأ . لأنه عمد في الضرب ، خطًأ في القتل . ولأنه لا يقتل غالبًا . والكبير لا يوصف بأنه عمد خطًأ .

(١١) كذا في النسخ الثلاثة .

(١٢) في أ (و) وفي ب و ج (ولا) ، ولعلها تحريف .

(١٣) في النسخ الثلاثة (واجب) . وما أثبتناه هو الأقرب لسياق الكلام .

(١٤) في ب و ج (قتل) .
(١٥) في ب و ج (قتل) .

(يدلان) [١] أن من جملته (القتيل) [٢] بالسوط والعصا (خطأ) [٣] عمد . وليس في اللفظ ما يدل على أن كل قتيل بالسوط فهو عمد خطأ . (ومخالفكم) [٤] لا يمنع أن يكون من جملة القتل بالسوط والعصا عمد الخطأ [٥] .

٢٦٤٣٩ - قلنا : هذا خبر روي « (ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا » بفتح اللام . وهذا بدل ، [٦] والبدل إما أن يكون هو المبدل) [٧] نفسه ، كقولك : رأيت زيدا أبا عبدالله ، أو يكون بعضه ، كقولك : رأيت (زيدا وجهه ، وهذا يفيد أنه مثل الأول أو أخص منه .

٢٦٤٤٠ - ولو صح ما قالوه) [٨] لكان البدل أعم من المبدل .

٢٦٤٤١ - وهذا لا يصح [٩] و [١٠] لأن البدل يفيد الإضراب عن الأول تقول :

---

(١) في النسخ الثلاثة (يدان) . والصواب ما أثبتناه . (٢) في ب و ج (القتل) .

(٣) كذا في ب و ج ، وهو ساقط من أ . (٤) كذا في أ ، وفي ب و ج (ومخالفتكم) .

(٥) حاصل هذا الاعتراض ذكره الماوردي في الحاوي (٣٧/١٢) حيث قال : وقوله : « ألا إن قتيل الخطأ بالسوط والعصا مائة من الإبل » فلا دليل فيه من وجهين : أحدهما : أنه جعل في عمد الخطأ بالسوط والعصا الدية . ولم يجعل السوط والعصا عمدًا خطًأ . والثاني : ما قدمناه أن في السوط والعصا عمدًا خطًأ . وليس بمانع أن يكون عمدًا محضا . لأنه قد يتنوع ، والسيف لا يتنوع .

(٦) ذكر صاحب البناية عن تاج الشريعة رحمه الله في إعراب حديث الباب قوله : روي قتيل بالنصب على البدل. وخبر إن : فيه مائة من الإبل . وروي بالرفع فيكون خبر المبتدأ . ويكون قوله : فيه مائة كلامًا مستأنفًا . انظر : البناية مع الهداية (١٣/١٠) . وقال السرخسي : فيكون نصبا على التفسير . وبالرفع قتيلُ السوط والعصا . فيكون خبرا للابتداء . وفي كليهما بيان أن قتيل السوط والعصا يكون قتيل خطًأ العمد ، وأن الواجب فيه الدية . انظر : المبسوط (١٢٤/٢٦) .

(٧) قوله : ألا إن قتيل - إلى آخر قوله - هو المبدل ساقط من ب و ج .

(٨) قوله : زيدا وجهه - إلى آخر قوله - ما قالوه ساقط من ب و ج .

(٩) تعرض الإمام القدورى رحمه الله هنا إلى أنواع البدل . فالذي وجد في كتب اللغة أن البدل هو التابع المقصود بلا واسطة مثل الحليفة الثاني عمر . وتكون على أربعة أنواع : الأول : بدل كل من كل . وهو البدل المطابق . الثاني : بدل بعض من كل . الثالث : بدل الاشتمال مثل أعجبني زيد خلقه . الرابع : البدل المباين أو بدل الإضراب . وزاد بعضهم نوعًا خامسًا وهو بدل كل من بعض . ونفاه الجمهور . انظر : شرح الأشمونى (١٢٨/١٢٥/٢) . قال صاحب الهمع : والمختار - خلافًا للجمهور إثبات بدل الكل من البعض لوروده في الفصيح . انظر : الهمع (٢١٦/٥) . فعلى هذا يكون ما قاله الإمام القدورى من عدم صحة كون البدل أعم من المبدل إنما هو على رأي الجمهور .

(١٠) ساقط من ب .

رأيت زيدا وجهه . كأنك قلت : وجهه . فيصير تقدير الخبر : إلا إن (قتيل) [١] السوط . قلنا [٢] : هذا لم ينقل ولا روي (ولا يصح) [٣] . أيضًا إن قوله : « فيه مائة من الإبل » جملة من مبتدأ وخبر (وهي) [٤] خبر المبتدأ الأول ،

٢٦٤٤٢ - والراجع منها (الهاء التي في الخبر ، وهو قوله : « فيه » ، ولا يصح أن يكون الرواية « قتيل السوط » ، لأن هذا كأن يكون خبر المبتدأ والراجع منه) [٥] غيرهما .

٢٦٤٤٣ - والراجع من الخبر الثاني في قوله : « فيه مائة من الإبل » . ولا يصح أن يكون (للمبتدأ) [٦] خبران الراجع من أحدهما ظاهر من الأمر عين الظاهر .

٢٦٤٤٤ - لأن القياس يمنع ذلك . وإنما جاء عن العرب : هذا (حلو حامض) [٧] ، والراجع من الخبرين غير ظاهر . فلا يجوز أن يثبت ما يخالف القياس غير ما جاء عنهم .

٢٦٤٤٥ - فإن قيل : قوله : « قتيل السوط » نكرة مضافة إلى معرفة . والنكرة إذا أضيفت إلى معرفة صارت معرفة ، فتتناول قتيلا (واحدا) [٨] ولا تقبل الاستغراق .

٢٦٤٤٦ - قلنا : هذا (إذا) [٩] أضيف إلى اسم (علم) [١٠] مثل قولهم : قتيل زيد . فأما إذا لم (يضف) [١١] إلى اسم علم ، فإنه لا يصير (معرفة) [١٢] ويفيد

---

(١) في ب (قتل) .

(٢) قول الإمام القدورى : قلنا ، جواب عن اعتراض المخالف ، ومن المؤكد أن اعتراض المؤلف سقط من النسخ الثلاثة .

(٣) في ب (يصلح) .

(٤) في أ (ما هي) وفي ب و ج (ما في) ولعل ما أثبتناه هو الأقرب للسياق .

(٥) قوله : الهاء التي في الخبر - إلى آخر قوله - والراجع منه ساقط من ب و ج .

(٦) في النسخ الثلاثة (المبتدأ) ، والصواب ما أثبتناه بناء لما ورد في كتب اللغة .

(٧) كذا في ب و . وفي أ و ج (حلو وحامض) . والأصوب ما أثبتناه . لأن مجموع الخبرين فيه بمنزلة خبر واحد . إذ المعنى : أنه جامع للوصفين . وقد اختلف النحويون في جواز تعدد خبر المبتدأ الواحد بغير حرف عطف ، فذهب قوم إلى جواز ذلك نحو : هذا حلو حامض . سواء كان الخبران في معنى خبر واحد أم لا مثل : زيد قائم ضاحك . وذهب بعضهم إلى أنه لا يتعدد الخبر إلا إذا كان الخبران في معنى خبر واحد . فإن لم يكونا كذلك تعين العطف . فإن جاء عن لسان العرب شيء بغير عطف قدر له مبتدأ آخر كقوله تعالى : ﴿ وَهُوَ ٱلْغَفُورُ ٱلْوَدُودُ ۝ ذُو ٱلْعَرْشِ ٱلْمَجِيدُ ﴾ . انظر : همع الهوامع (٥٤/٢) وشرح بن عقيل (١٣٢/١) وقطر الندى لابن هشام ص ١٧٠ .

(٨) كذا في ب . وفي أ و ج (واحد) .

(٩) ساقط من ب و ج .

(١٠) في ب و ج (على) .

(١١) في ب و ج (يفصل) .

(١٢) كذا في أ ، وفي ب (إلا معرفة) وفي ج (إلى معرفة) .

الاستغراق (١) .

٢٦٤٤٧ - ويدل عليه حديث النعمان بن بشير (٢) [رضي الله عنه] أن النبي ﷺ قال : « كل شيء خطأ إلا السيف وفي كل خطأ أرش » (٣) .

٢٦٤٤٨ - وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « (لا قود) (٤) إلا بحديدة » (٥) .

---

(١) والذي وجد في كتب اللغة أن الإضافة على أنواع :
نوع تفيد التعريف إن كان المضاف إليه معرفة كغلام زيد . فغلام قبل الإضافة نكرة . فلما أضيفت إلى المعرفة اكتسب التعريف منها . ونوع يفيد التخصيص إن كان المضاف إليه نكرة . مثل غلام امرأة . ونوع لا يفيد شيئًا من ذلك . وضابطه أن يكون المضاف صفة تشبه المضارع في كونها مرادا بها الحال أو الاستقبال وهي ثلاثة أنواع . أن يكون المضاف اسم فاعل كضارب زيد . أو يكون اسم المفعول كمروع القلب . أو يكون الصفة المشبهة كحسن الوجه . والدليل على أن هذه الإضافة لا تفيد تعريفًا ، وصف النكرة به في نحو قوله تعالى : ﴿ هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ ﴾ . انظر : أوضح المسالك ص ٣٧٩ والتصريح على التوضيح (٢٦/٢) .

(٢) هو النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي ، أبو عبد الله المدني . صاحب رسول الله ﷺ وابن صاحبه . وأمه عمرة بنت رواحة أخت عبدالله بن رواحة . ولد بعد الهجرة . روى عن النبي ﷺ وعن خاله عبدالله بن رواحة وعمر بن الخطاب وعائشة أم المؤمنين . كان أميرا على الكوفة . قتل سنة ٦٤هـ . انظر: طبقات ابن سعد (٥٣/٦) وشذرات الذهب (٧١/١) .

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده عن جابر الجعفي عن أبي عازب عن النعمان بن بشير رضي الله عنه . انظر : المسند (٢٧٥/٤) كما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٤٠/٩) وعبد الرزاق في مصنفه (٢٧٣/٩) والبيهقي في السنن الكبرى (٤٢/٨) . قال البيهقي : والحديث مداره على جابر الجعفي وقيس ابن الربيع . وهما غير محتج بهما . انظر : معرفة السنن والآثار (٥٢/١٢) . وقال الشوكاني : وهذا الحديث يدور على جابر الجعفي وقيس بن الربيع . ولا يحتج بهما . وأيضا هذا الدليل أخص من الدعوى . فإن أبا حنيفة يوجب القصاص بالمحدود ولو كان حجرًا أو خشبًا . ويوجبه أيضًا بالمنجنيق لكونه معروفًا بقتل الناس وبالإلقاء في النار . انظر : نيل الأوطار (٢١/٧) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) روى هذا الحديث من عدة طرق بألفاظ مختلفة . أخرجه الدارقطني عن علي عليه السلام قال : قال رسول الله ﷺ : « لا قود إلا بحديدة . ولا قود في النفس وغيرها إلا بحديدة » وفي إسناده معلى بن هلال . قال الدارقطني : معلى بن هلال متروك . انظر : سنن الدارقطني (٨٨/٣) . وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦٢/٨) عن قيس عن جابر الجعفي عن أبي عازب عن النعمان بن بشير . وقال : جابر الجعفي مطعون فيه . وأخرج ابن ماجه عن مبارك بن فضالة عن الحسن عن أبي بكرة بلفظ : « لا قود إلا بالسيف » انظر : سنن ابن ماجه (٨٨٩/٢) . ولكن قال الإمام البيهقي : مبارك بن فضالة وأبو بكرة كلاهما ضعيف . انظر : معرفة السنن والآثار (٨٠/١٢) . وأخرجه عبد الرزاق (٢٧٣/٩) . قال ابن التركماني في الجوهر النقي المطبوع في ذيل السنن الكبرى للبيهقي (٦٢/٨) : فهذا الحديث قد روي من وجوه كثيرة يشهد بعضها لبعض ، فأقل أحواله أن يكون حسنا . وانظر كذلك نصب الراية (٣٤٢/٤) . وقد نوقش الاستدلال بالحديث من جهة المعنى بأنه =

٢٦٤٤٩ - وروي عن علي (رضي الله عنه) [١] أنه قال في شبه العمد : « (الحد فيه) [٢] بالعصا والقذفة بالحجر » [٣] وهذا اسم لا تعرفه العرب ، وإنما (يثبت) [٤] بالشرع ، فالظاهر أن تفسيره عن صاحب الشريعة .

٢٦٤٥٠ - ولأنه قتيل بما ليس بسلاح ولا يجرى مجرى السلاح في تفريق الأجزاء ، فصار (كالقتيل) [٥] بالعصا الصغير [٦] .

٢٦٤٥١ - ولا يلزم إذا أحرقه بالنار [٧] ، لأنها تفرق (الأجزاء) [٨] كالحديد . ألا ترى أن المحدود يفرق التأليف بلطافته ، والنار ألطف من المحدود وهي تفرق الأجزاء . ولا يلزم إذ قتله بحديد مثقل ، لأن الطحاوي [٩] روى [عنه] [١٠] في شروطه [١١] : أنه لا

= خارج محل النزاع . لأن المراد منه استيفاء القود وأنه لا يكون إلا بالسيف . . فقد قال الماوردي : ظاهره حال استيفاء القود أنه لا يكون إلا بالسيف . انظر : الحاوي (٣٧/١٢) . وقال القرافي : فمعناه لا يقتص إلا بالسيف . والنزاع في القتل الأول . ولم يتعرض له الحديث . انظر : الذخيرة (٣٢١/١٢) .

(١) زيادة من ب و ج . (٢) كذا في النسخ الثلاثة .

(٣) أخرجه عبد الرزاق بلفظ : « شبه العمد الضربة بالخشبة العظيمة » . انظر : مصنف عبد الرزاق (٢٨٠/٩) . وأخرجه الطحاوي بلفظ : شبه العمد بالعصا والحجر الثقيل ، وليس فيهما قود . انظر : شرح معاني الآثار (١٨٩/٣) . كما أخرجه ابن حزم بلفظ : شبه العمد الضربة بالخشبة أو القذفة بالحجر العظيم . انظر : المحلى (٧٥/١٢) .

(٤) في ب و ج (ثبت) . (٥) كذا في ج . وفي أ و ب (كالقتل) .

(٦) نوقش القياس على القتل بالعصا الصغير بأنه قياس مع الفارق من وجهين :

أولا : إن صغير المثقل لا يقتل غالبًا . بخلاف كبيره فإنه يقتل في الغالب .

ثانيا : إن إسقاط القود في العصا الصغير لا يؤدي إلى إهدار الدماء . لأنه لا يقصد بها القتل . و المثقل الكبير يقصد بها القتل . فيؤدى إسقاط القتل فيه إلى إهدار الدماء . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٤ والحاوي للماوردي (٣٧/١٢) .

(٧) و قال ابن قدامة : ولأنه لا يصح ضبطه بالجرح . بدليل ما لو قتله بالنار أو بمثقل الحديد . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٢٣/٩) .

(٨) كذا في أ ، وفي ب (للأجز) وفي ج (للأجزاء) . (٩) سبق ترجمته .

(١٠) في النسخ الثلاثة (عنهم) والصواب ما أثبتناه . لأن الإمام الطحاوي روى ذلك عن الإمام دون الصاحبين .

(١١) انظر : كتاب الشروط الصغير للطحاوى (٥٥٤/٢) تحقيق روحى أوزجان . مطبعة العاني بغداد . الطبعة الأولى ١٩٧٤ م . ورواية الإمام الطحاوي تقوم على اعتبار الجرح . لأنه يمكن القصور في هذا القتل لوجود فساد الباطن دون فساد الظاهر . وفي الاستيفاء إفساد الباطن والظاهر جميعا فلا تتحقق المماثلة . وعلى ظاهر الرواية يكون القتل بحديد لا حد له قتل عمد يجب فيه القصاص . لأن الحديد آلة معدة للقتل . والقتل بالعمود معتاد . فكان القتل به دليل القصد فيتمحض عمدًا . انظر : البدائع (٢٣٤/٧)

قصاص فيه كالحجر . على الرواية الأخرى : الحديد نفس السلاح (بدلالة قوله)[١] تعالى : ﴿ وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ ﴾ .

٢٦٤٥٢ - ولأن القتل حصل ، فما لا (يقع)[٢] به (الذكاة)[٣] فأشبه (السوط)[٤] الصغير[٥] .

٢٦٤٥٣ - ولا يلزم [النار][٦] . لأن الذكاة (بها)[٧] عندنا إذا وضع النار على مذبح الحيوان حتى ينشق[٨] .

٢٦٤٥٤ - ولأن القصاص [لو][٩] (وجب)[١٠] [بهذه الآلة][١١] لم يجز [التأديب بها][١٢] كالسيف . فلما (جاز)[١٣] [التأديب][١٤] بالسوط والعصا دل (على)[١٥] ن القصاص لا يتعلق به[١٦] .

٢٦٤٥٥ - ولأن القصاص لو جاز بهذه الآلة استوى صغيرها وكبيرها كالحديد[١٧] .

٢٦٤٥٦ - ولأنه قتل تتعلق به الكفارة ، فلم يجب به القصاص كالقتل بالسوط .

٢٦٤٥٧ - ولأنه قتل يملك الولي المطالبة بالمال من غير رضي القاتل ، فلا يتعلق به

---

(١) في ب وج (بقوله) .
(٢) كذا في ب و ج ، وفي أ (يقع بما يقع) .
(٣) في ب و ج (السكاة) .
(٤) كذا في أ و ج ، وفي ب (الصوت) .
(٥) وقد نوقش هذا بأنه ينتقض بالقطع في غير الحلقوم لا يقع به الذكاة ويجب به القصاص . والضرب بالعصا الصغير القصد منه التأديب . بخلاف الكبير فإن القصد منه القتل غالبا . انظر : النكت ورقة ب ٢٥٤ .
(٦) في النسخ الثلاثة (الكبير) . والصواب ما أثبتناه نظرا لسياق الكلام .
(٧) في ب و ج (لها) .
(٨) أي : إذا قرب النار من مذبح الحيوان حتى انقطع الأوداج وسال الدم تحل وإلا فلا . انظر : المبسوط (١٢٣/٢٦) .
(٩) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر سقوطه منها . وقد أضيفت ليستقيم الكلام . والله أعلم .
(١٠) كذا في ج . وفي أ و ب (وجبت) .
(١١) في النسخ الثلاثة (لهذه الدلالة) ، وما أثبته هو الأقرب للسياق .
(١٢) في النسخ الثلاثة (لتأديتها) . والصواب ما أثبتناه .
(١٣) كذا في ب و ج . وفي أ (جازت) .
(١٤) في النسخ الثلاثة (التأدية) وهو تحريف .
(١٥) ما بين القوسين ساقط من ب .
(١٦) ويمكن أن يجاب عن هذا بأن التأديب شرع بالسوط الصغير والعصا الصغير . ولم يشرع بالمثقل الكبير ، لأنه يقتل غالبا .
(١٧) نوقش هذا القياس بأن صغير المحدد وكبيره يقتل غالبا ، فجمع بينهما . وصغير المثقل لا يقتل غالبا ، ويقتل كبيره في الغالب فافترقا . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٤ والحاوي للماوردي (٣٧/١٢) .

القصاص لقلة القتل بالسوط [١] .

٢٦٤٥٨ - ولأنه إذا كرر الضرب مات . ولو خرجت الروح بالضرب الأول لم يجب القصاص ، فإذا كرر الضرب فقد خرجت الروح من فعلين يتعلق القصاص بأحدهما ولا يتعلق بالآخر ، فصار كجراحة الخطأ العمد [٢] .

٢٦٤٥٩ - فإن قيل : المعنى في [السوط] [٣] أن الآلة لا يتعلق به القتل في قاطع الطريق . فلم نسلم ذلك .

٢٦٤٦٠ - فإن قالوا : المعنى في السوط إباحة (التأديب) [٤] وهذا لا يوجد في القتل [٥] .

٢٦٤٦١ - قلنا : عند مخالفنا لا يسقط القصاص ، وإنما يسقط القتل . إن الآلة التي أبيح (بها التأديب) [٦] إذا كرر بها الضرب وجب القصاص [٧] ، فلا معنى للتفريق [بين الآلتين] [٨] .

٢٦٤٦٢ - ولأن القصاص يعتبر فيه (الفعل) [٩] والآلة ، ولهذا لو قتل بالسيف لم يجز أن يقتص بغيره بمكان .

٢٦٤٦٣ - القصاص يجوز أن يسقط بمعنى يعود إلى الفعل ، كذلك يجوز أن يسقط بمعنى يعود إلى الآلة .

٢٦٤٦٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ

---

(١) ويمكن أن يجاب عن هذا بأننا لا نسلم أن القتل بالمثقل لا يتعلق به القصاص . بل يتعلق به القصاص لأنه قتل عمد . ولو أسقطنا القود فيها لقلة القتل بالسوط والعصا التي تقتل غالبًا ، لحاول من يريد القتل أن يقتل الناس بها فينجو من القصاص . وفي هذا إهدار للدماء .

(٢) أوضح الإمام السرخسي بقوله : والمعنى فيه أن القتل حصل بمجموع أفعال لو حصل بكل واحد منها على الانفراد لا يتعلق به القصاص . فكذلك إذا حصل بمجموعها . كما لو جرح رجلًا جراحات خطأ . لأن كل واحد من هذه الأفعال غير موجب للقصاص إذا انفرد ، فبانضمام ما ليس بموجب كيف يكون موجبا ، انظر : المبسوط (١٢٤/٢٦) . وقد نوقش هذا القياس بأن نصاب السرقة وما يسكر من النبيذ لا تجب الحد في أبعاضه . وتجب في جميعه . وجنايات الخطأ لا يقصد بها القتل . وهذا يقصد بها القتل . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٤ .

(٣) في النسخ الثلاثة (الشروط) .

(٤) كذا في ب و ج . وفي أ (التأدية) .

(٥) انظر : النكت للشيرازي ورقة ي ٢٥٤ وعبارته : الضرب بالعصا القصد به التأديب .

(٦) كذا في أ ، وفي ب و ج (لتأديب) .

(٧) إذا كرر الضرب بالآلة التي أبيح بها التأديب مثل السوط والعصا الخفيفين فمات فالقتل عمد يجب بها القصاص عند الشافعية . انظر : مغنى المحتاج ٤/٤ .

(٨) في النسخ الثلاثة (ومن الإلباس) .

(٩) في النسخ الثلاثة (الفصل) .

سُلْطَٰنًا ﴾ (١) وهو عام ، وقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ﴾ (٢) ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ (٣)

٢٦٤٦٥ – قلنا : قد (أجمعوا) (٤) أن المراد بذلك قتل العمد المحض الذي لا [شبهة] (٥) فيه ، وما أجمعوا عليه كالمنطوق به ، ولا نسلم أن هذا القتل عمد محض ، فلا يصح التعلق بالظواهر .

٢٦٤٦٦ – احتجوا : بما روي أن يهوديا (رضخ) (٦) رأس جارية من الأنصار بين حجرين ، فأمر النبي ﷺ أن يرضخ رأسه (٧) .

٢٦٤٦٧ – قلنا : يحتمل أن يكون رضخ رأسها بحجر له حد (٨) ، وهذا يوجب

---

(١) وجه استدلال الصاحبين بالآية الكريمة هو أن المراد بالسلطان استيفاء القود . بدليل أنه عقبه بالنهي عن الإسراف في القتل . فالتقييد بكون الآلة جارحة زيادة على النص . انظر : المبسوط (١٢٢/٢٦) . وقال الآخرون : وهذا قتل مظلومًا ، فوجب أن يكون لوليه القود . انظر : الحاوي (٣٧/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٢٣/٩) .

(٢) سورة البقرة رقم الآية ١٧٨ والاستدلال بالآية الكريمة هو بعمومها أيضًا . جاء في شرح منتهى الإرادات ٢٥٥/٣ ما نصه : فيتناوله عموم قوله : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ﴾ .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٧٩ .

وقال الإمام الماوردي في الاستدلال بالآية الكريمة : ولأن القود موضوع لحراسة النفوس كما قال تعالى ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ فلو سقط بالمثقل لما انحرست النفوس ، ولتسارع كل من يريد القتل إلى المثقل ثقة بسقوط القود . وما أدى إلى إبطال معنى النص كان مطرحا . انظر : الحاوي (٣٦/١٢) .

(٤) في ب و ج (احتجوا) . (٥) في النسخ الثلاثة (شبه) .

(٦) كذا في أ ، وفي ب و ج (رضح) . والرضخ : الدق والكسر . انظر : النهاية لابن الأثير (٢٢٩/٢) باب الراء مع الضاد . وفي بعض الروايات بلفظ رَضَّ وهي بمعنى الدق أيضًا .

(٧) أخرجه الجماعة عن أنس بن مالك ﷺ . البخاري في كتاب الديات باب من أقاد بحجر . برقم ٦٨٧٩ . صحيح البخاري (٢٥٢٠/٦) . ومسلم في كتاب القسامة باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره . برقم ١٦٧٢ صحيح مسلم (١٢٩٩/٣) وأبو داود في كتاب الديات باب يقاد من القاتل برقم ٤٥٢٧ سنن أبي داود (١٨٠/٤) . والترمذي في كتاب الديات باب ما جاء فيمن رضخ رأسه بصخرة . برقم ١٣٩٤ سنن الترمذي (١٥/٤) . والنسائي في كتاب الديات باب القود بين الرجل والمرأة برقم ٤٧٤١ سنن النسائي (٢٢/٨) . وابن ماجه في كتاب الديات باب يقتاد من القاتل كما قتل برقم ٢٦٦٥ سنن ابن ماجه (٨٨٩/٢) . وجه الاستدلال بالحديث الشريف : هو أن النبي ﷺ قتل اليهودي لقتله الجارية بحجر وهو غير محدد . فدل على أن القتل به قتل عمد يجب فيه القصاص .

(٨) ويمكن أن يجاب عن هذا الاحتمال بأنه احتمال لا دليل عليه . والظاهر أنه قتله بحجر مثقل .

القصاص عندنا ، ويحتمل أن يكون قتل اليهودي حدًّا لا قصاصًا كما قتل العُرَنِيِّين (١) .
وقد روى مَعْمَر (٢) عن أيوب (٣) عن أبي قِلابة (٤) عن أنس (٥) [ﷺ] أن النبي ﷺ رجم ذلك اليهودي (٦) . [و] (٧) الرجم لا يكون إلا على وجه الحد (٨) .

---

(١) عن أنس ﷺ أن ناسا من عُرَينة اجتووا المدينة ، فرخص لهم رسول اللَّه ﷺ أن يأتوا إبل الصدقة فيشربوا من ألبانها وأبوالها . فقتلوا الراعي واستاقوا الذود . فأرسل رسول اللَّه ﷺ فأتى بهم فقطع أيديهم وسمر أعينهم وتركهم بالحرة يعضون الحجارة . أخرجه البخاري ومسلم . انظر : صحيح البخاري كتاب الزكاة باب استعمال إبل الصدقة وألبانها لأبناء السبيل (٥٤٦/٢) برقم ١٤٢٩ . وصحيح مسلم كتاب القسامة باب حكم المحاربين والمرتدين . (١٢٩٦/٣) برقم ١٦٧١ .

(٢) معمر بن راشد الأزدي ، مولاهم البصري . الحافظ أبو عروة صاحب الزهري . رأى جنازة الحسن . وأقدم شيوخه قتادة . قال الإمام أحمد : ليس نضم معمرًا إلى أحد إلا وجدته فوقه . له الجامع المشهور في السير أقدم من الموطأ . توفي سنة ١٥٣ هـ . (انظر : تهذيب الكمال (٣٠٣/٢٨) ترجمة ٦١٠٤ وطبقات ابن سعد (٥٤٦/٥) وشذرات الذهب (٢٣٥/١)

(٣) أيوب بن أبي تميمة كيسان السختياني ، أبو بكر البصري مولى عنزة . رأى أنس بن مالك وسعيد بن جبير وجابر بن زيد . قال يحيى بن معين : أيوب السختياني ثقة . روى عنه الثوري وشعبة وغيرهم . ولد سنة ٦٦ هـ وتوفي سنة ١٣١ هـ . (انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٤٠٩/١) والجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٢٥٥/٢) وصفة الصفوة (٢٩١/٣)

(٤) عبداللَّه بن زيد بن عمرو ، أبو قِلابة الجَرمي الأزدي البصري . أحد الأئمة الأعلام ، روى عن أنس بن مالك وغيرهم . كان رأسًا في العلم والعمل . طلب للقضاء فهرب . توفي بالشام سنة ١٠٤ هـ . (انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٩٢/٥) ترجمة ٢٥٥ والعبر للذهبي (٩٦/١) وصفة الصفوة (٢٣٨/٣)

(٥) أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم الأنصاري النجاري ، راوية الإسلام أبو حمزة المدني . نزيل البصرة . صاحب رسول اللَّه ﷺ وخادمه وآخر أصحابه موتًا . وأمه أم سليم بنت ملحان . خدم رسول اللَّه ﷺ عشر سنين مدة مقامه بالمدينة . وغزا معه غير مرة وبايع تحت الشجرة . دعا له الرسول ﷺ فقال : اللَّهم أكثر ماله وولده . (انظر : سير أعلام النبلاء (٣٩٥/٣) وتهذيب ابن عساكر (١٤٢/٣)

(٦) أخرجه الإمام مسلم في كتاب القسامة باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره . صحيح مسلم (١٢٩٩/٣) برقم ١٦٧٢ والإمام أبو داود في كتاب الديات باب يقاد من القاتل . سنن أبي داود (١٨٠/٤) برقم ٤٥٢٨. والنسائي في كتاب تحريم الدم باب ذكر اختلاط طلحة . سنن النسائي (١٠١/٧) برقم ٤٠٤٥ .

(٧) ما بين المعكوفين في النسخ الثلاثة (كل) . والصواب ما أثبتناه نظرا لسياق الكلام .

(٨) ومما يدل على أنه قتل حدًّا لا قصاصًا : أن النبي ﷺ قتل اليهودي بقول الجارية : قتلني فلان كما جاء في بعض الروايات . وبمثله لا يجب القصاص . فعلم أنه كان مشهورا بالسعي في الأرض بالفساد . ولأن قصد اليهودي كان أخذ المال ففي بعض الروايات أنه قتلها على حلي لها . وهذا شأن قطاع الطريق . فيقتل بأي شيء شاء الإمام . انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي (١٨٧/٣) وتبيين الحقائق (١٠٦/٦) . وأجيب بأنه حكم ورد على سبب فوجب أن يكون محمولاً عليه . كما أنه لما قتله بمثل ما قتل به دل على أنه قتله =

٢٦٤٦٨ - وقد روى أبو قِلابة عن أنس [ﷺ] أن اليهودي قتل الجارية وألقاها في (قَلِيب) [١] ثم رضخ رأسها [٢] . فيحتمل أن يكون الفعل الأول بآلة يقتص بها (فبلغ) [٣] بها حدًّا لا [تعيش] [٤] من مثله ثم رضخ رأسها .

٢٦٤٦٩ - احتجوا : بما روي في حديث حَمَل بن مالك [٥] [ﷺ] قال : كنت بين جاريتين ، فضربت إحداهما الأخرى بمِسطح [٦] خيمة ، فألقت جنينا ميتا وماتت ، فقضى رسول اللَّه ﷺ بالقصاص على القاتلة وبالغرة على العاقلة [٧] .

٢٦٤٧٠ - قلنا : قد اختلفت الرواية في هذه القصة ، فروى إبراهيم [٨] عن

= قصاصًا لا للحد . يضاف إلى ذلك أن اليهودي اعترف كما وقع التصريح به في بعض طرق الحديث ، فهذا يدل على أن اليهودي لم يقتل بقل الجارية فقط ، وإنما بالإقرار من اليهودي . فالظاهر أنه قتل كان قصاصًا . انظر : فتح الباري (١٨١/١٤) والنكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٤ والحاوي للماوردي (٣٦/١٢) .

(١) كذا في ب و ج . وفي أ (قليبه) . والقليب : البئر التي لم تطو . انظر : النهاية لابن الأثير (٩٨/٤) .

(٢) وهو نفس الحديث السابق الذي رواه أبو قلابة عن أنس بن مالك ﷺ ولفظه : أن رجلًا من اليهود قتل جارية من الأنصار على حلي لها ثم ألقاها في القليب ورضخ رأسها بالحجارة . فأخذ فأتي به رسول اللَّه ﷺ فأمر به أن يرجم حتى يموت فرجم حتى مات . انظر : المصادر السابقة .

(٣) في ب (قطع) .

(٤) في النسخ الثلاثة (تعلس) .

(٥) حمل بن مالك بن النابغة الهذلي ، ويقال حملة بن النابغة . أبو نضلة . له صحبة . روى عن النبي ﷺ حديث دية الجنين . وروى عنه عبداللَّه بن عباس . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (١٠٨/٣) ترجمة ٣٦٦ والجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٣٠٣/٣) ترجمة ١٣٤٩ .

(٦) المِسطح : عمود الخيمة . انظر : النهاية لابن الأثير (٣٣٠/٤) باب حرف الميم مع السين .

(٧) أخرجه الأئمة أبو داود وابن ماجه والدارمي والبيهقي عن ابن جريج عن عمرو بن دينار عن طاووس عن ابن عباس : أن عمر نشد الناس قضاء رسول اللَّه ﷺ . فقام حمل بن مالك فقال : كنت بين امرأتين فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها فقضى رسول اللَّه ﷺ في جنينها بغرة وأن تقتل بها . انظر : سنن أبي داود (١٩١/٤) كتاب الديات باب دية الجنين برقم ٤٥٧٢ . وسنن ابن ماجه (٨٨٢/٢) كتاب الديات باب دية الجنين برقم ٢٦٤١ . وسنن الدارمي (١٥٨/٢) كتاب الديات باب في دية الجنين برقم ٢٣٨١ . والسنن الكبرى للبيهقي (١١٤/٨) . قال الإمام البيهقي بعد ذكر الحديث : كذا قال : (وأن تقتل بها) يعنى المرأة القاتلة . ثم شك فيه عمرو ابن دينار . والمحفوظ أنه قضى بديتها على عاقلة القاتلة .

(٨) إبراهيم بن يزيد بن قيس النخعي ، أبو عمران الكوفي . فقيه أهل الكوفة وأحد الأئمة المشاهير . لم يحدث عن أحد من أصحاب رسول اللَّه ﷺ . ورأى عائشة ﵂ . وكان مفتي أهل الكوفة هو والشعبي في زمانهما . وكان رجلًا صالحًا فقيهًا عالمًا متوقيًا قليل التكلف . قال أبو نعيم : كان إبراهيم صيرفي الحديث . مات وهو مختف عن الحجاج سنة ٩٦هـ . انظر : وفيات الأعيان (٢٥/١) وحلية الأولياء (٢١٩/٢) ترجمة ٢٧٣ .

عبيد بن نضلة [١] عن المغيرة بن شعبة [٢] ﷺ أن امرأتين اقتتلتا ، فرمت إحداهما صاحبتها بعمود فُسطاط [٣] فأصاب بطنها فألقت جنينًا وماتت ، فقضى رسول الله ﷺ بغرة الجنين ودية المقتولة على عصبة القاتلة [٤] .

٢٦٤٧١ - وروى يونس [٥] (عن) [٦] ابن شهاب [٧] عن سعيد بن المسيب [٨]

---

(١) عبيد بن نُضَيلة الخزاعي ، وقيل نضلة ، أبو معاوية الكوفي . تابعي ثقة . كان مقرئ أهل الكوفة في زمانه . روى عن علقمة وقرأ عليه القرآن . وروى عنه إبراهيم النخعي وغيرهم . توفي سنة ٧٤ هـ . انظر : التاريخ الكبير (٥/٦) ترجمة ١٤٩٨ وتهذب الكمال (٢٣٩/١٩) ترجمة ٣٧٤١ وتاريخ الثقات للعجلي ص٣٢٣ ترجمة ١٠٨٥ .

(٢) المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود الثقفي ، أبو عبدالله . صاحب رسول الله ﷺ . أسلم عام الخندق وقدم مهاجرا . روى عن النبي ﷺ . وكان له مغيرة الرأي . توفي سنة ٤٩ هـ بالكوفة وهو أميرها . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٣١٦/٧) ترجمة ١٣٤٧ وطبقات ابن سعد (٢٨٤/٤) والاستيعاب (٧/٤) ترجمة ٢٥١٢ .

(٣) الفُسطاط : ضرب من الأبنية في السفر دون السرادق . انظر : النهاية لابن الأثير (٤٤٥/٣) حرف الفاء مع الشين .

(٤) أخرجه الإمام مسلم في كتاب القسامة باب دية الجنين (١٣٠٩/٣) برقم ١٦٨٢ وأبو داود في كتاب الديات باب دية الجنين (١٩٠/٤) برقم ٤٥٦٨ والترمذى في كتاب الديات باب ما جاء في دية الجنين (٢٤/٤) برقم ١٤١١ . والنسائي في كتاب القسامة باب جنين المرأة (٤٩/٨) برقم ٤٨٢١ .

(٥) يونس بن يزيد بن أبي النجاد ، أبو يزيد القرشي مولى معاوية بن أبي سفيان . الإمام الثقة المحدث . حدث عن ابن شهاب ونافع وعكرمة وغيرهم . وعنه الليث بن سعد والأوزاعي وابن المبارك وغيرهم . كان ابن المبارك يقول : كتابه صحيح . توفي سنة ١٥٩ هـ وقيل غير ذلك . (انظر : سير أعلام النبلاء (٢٩٧/٦) ترجمة ١٢٦ والجرح والتعديل (٢٤٧/٩) ترجمة (١٠٤٢)

(٦) ساقط من ب و ج .

(٧) محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبدالله القرشي الزهري ، أبو بكر المدني . الإمام العلم حافظ زمانه . رأى عشرة من أصحاب النبي ﷺ . كان من أحفظ أهل زمانه وأحسنهم سياقا لمتون الأخبار . كان فقيهًا فاضلًا روى عنه الناس . قال عمر بن عبد العزيز : لا أعلم أحدًا أعلم بسنة ماضية منه . توفي سنة ١٢٤ هـ بناحية الشام . (انظر : سير أعلام النبلاء (٣٢٦/٥) ترجمة ١٦٠ وثقات ابن حبان (٣٤٩/٥) وطبقات الفقهاء للشيرازي ص (٦٣)

(٨) سعيد بن المسيّب بن حَزْن بن أبي وهب القرشي المخزومي ، أبو محمد المدني . سيد التابعين وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة . رأس في العلم والعمل ثقة حجة . جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع . وكان لا يأخذ العطاء . ومناقبه وفضائله كثيرة جدا . ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر بن الخطاب . روى عنه الصحابة . توفي بالمدينة سنة ٩٤ هـ وقيل غير ذلك . انظر : وفيات الأعيان (٣٧٥/٢) ترجمة ٢٦٢ والكاشف (٢٩٦/١) ترجمة ١٩٧٩ وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ٥٧ .

وأبي (سَلَمَة) (١) عن أبي هريرة (٢)

٢٦٤٧٢ - ﷺ هذا (٣) الحديث بعينه (٤) . وروى شعبة (٥) عن قتادة (٦) عن أبي المليح (٧) عن (حَمَل) (٨) بن مالك ابن النابغة الهذلي أنه قال : كنت بين امرأتين فاقتتلتا ، فرمت إحداهما صاحبتها بحجر فألقت جنينا ميتا (وماتت) (٩) ، فقضى رسول اللَّه ﷺ بغرة الجنين ودية المقتولة على عصبة القاتل (١٠) . وإذا (اختلفت) (١١) الأخبار لم يصح الاحتجاج بهذه القصة .

٢٦٤٧٣ - وقولهم (١٢) : إن خبر حَمَل بن مالك أولى بالقبول لأنه (زوج

---

(١) في أ (مسلم) وفي ب و ج (سلم) . والصواب ما أثبتناه بناء على كتب الحديث .
وأبو سلمة هو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف القرشي الزهري المدني . قيل : اسمه عبداللَّه . وقيل : إسماعيل . وقيل : اسمه وكنيته واحد . كان ثقة فقيهًا كثير الحديث . روى عن أبيه وابن عباس وأبي هريرة وغيرهم . وروى عنه الشعبي والزهري وغيرهم . توفي بالمدينة سنة ٩٤ هـ . وقيل غير ذلك . (انظر : تهذيب الكمال (٣٣/٣٧٠) ترجمة ٧٤٠٩ والجرح والتعديل (٥/٩٣) ترجمة ٤٢٩ وطبقات الفقهاء ص (٦١)

(٢) أبو هريرة الدوسي اليماني . صاحب رسول اللَّه ﷺ وحافظ الصحابة . اختلف في اسمه فقيل : عبد الرحمن بن صخر ، وقيل غير ذلك . أسلم عام خيبر سنة سبع . أكثر الصحابة رواية لحديث رسول اللَّه ﷺ . وروى عنه أكثر من ثمانمائة رجل . واستعمله عمر بن الخطاب ﷺ على البحرين . توفي سنة ٥٧ هـ . وقيل غير ذلك . (انظر : تهذيب الكمال (٣٤/٣٦٦) ترجمة ٧٦٨١ شذرات الذهب (١/٦٣)

(٣) في النسخ الثلاثة (بهذا) والصواب ما أثبتناه .

(٤) البخاري في كتاب الديات باب جنين المرأة برقم ٦٥١٩ . صحيح البخاري (٦/٢٥٣٢) . ومسلم في كتاب القسامة باب دية الجنين برقم ١٦٨١ . صحيح مسلم (٣/١٣٠٩) . وفيه : فقضى رسول اللَّه ﷺ فيها بغرة عبد أو أمة . فلم يذكر فيه دية المرأة .

(٥) شعبة بن الحجاج بن الورد الأزدى ، مولاهم أبو بِسطام الواسطي ثم البصري . كان من سادات أهل زمانه حفظًا وإتقانا وورعًا وفضلًا . وهو أول من فتش بالعراق عن أمر المحدثين وجانب الضعفاء والمتروكين ، وصار علما يقتدى به . وتبعه بعده أهل العراق . توفي سنة ١٦٠ هـ بالبصرة . انظر : طبقات ابن سعد (٧/٢٨٠) وتهذيب التهذيب (٤/٢٩٧) وثقات العجلي ص ٢٢٠ ترجمة ٦٦٥ .

(٦) سبق ترجمته .

(٧) هو عامر بن أسامة بن عمير ، أبو المليح الهذلي الكوفي ثم البصري . روى عن أبيه وغيره . ولأبيه صحبة . وروى عنه قتادة وغيره . قال أبو زرعة عنه : بصري ثقة . توفي سنة ١١٢ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥/٩٤) ترجمة ٣٣ والوافى بالوفيات (١٦/٥٩٣) وتهذيب التهذيب (١٢/٢٦٨) .

(٨) في النسخ الثلاثة (أحمد) .

(٩) ساقط من ب و ج .

(١٠) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٤/٩) برقم ٣٤٨٥ .

(١١) في ب و ج (اختلف) .

(١٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢٥٤أ وعبارته : وهذه الرواية أولى . لأنها يرويها زوجها . وقال =

المرأتين)[١] ، فقد روينا عنه مثل قولنا . على أن الخبر إن كان إيجاب الدية فهو دلالة لنا ، (لأن)[٢] عمود الخيمة (يقتل)[٣] غالبًا .

٢٦٤٧٤ – وقد أوجب (ﷺ)[٤] فيه الدية . وإن كان أصل الخبر إيجاب القصاص ، فلا دلالة فيه لمخالفنا . لأنه يحتمل أن يكون محدودًا أو يكون على رأسه حديد ، وحكاية الفعل إذا احتملت وجهين سقط التعلق بها .

٢٦٤٧٥ – قالوا : الآلة لو قتل بها قاطع الطريق وجب (عليه)[٥] القتل بها ، في غير قطع الطريق جاز أن يجب عليه القتل بها ، أصله الحديد .

٢٦٤٧٦ – قلنا : القتل في قاطع الطريق (لا)[٦] يثبت على وجه القصاص . وإنما (يثبت)[٧] حدًّا[٨] بدلالة أن الإمام يستوفيه وإن (لم)[٩] يطالب الولي ، (فلذلك)[١٠] لم تعتبر فيه الآلة

٢٦٤٧٧ – ولأن الحكم المتعلق بقطع الطريق مغلظ ، بدلالة أن أخذ المال في غير قاطع الطريق أكثر [عقوبته][١١] قطع طرف واحد ، وأخذ المال في قطع الطريق يقطع به طرفان ، كذلك لا يمنع أن يغلظ القتل فيجب في قاطع الطريق القتل مع اختلاف [الآلات][١٢] ، ولا يجب في غير قاطع الطريق إلا إذا قتل بآلة مخصوصة ، والمعنى في الحديد أن القصاص لما وجب بجرحها استوى صغيرها وكبيرها ، ولما لم يجب القصاص إذا قتل بصغير الآلة فيما سوى الحديد ، كذلك بكبيرها .

٢٦٤٧٨ – وإن شئت قلت : الحديد [آلة][١٣] يقع بها [الذكاة][١٤] ، فجاز أن يجب بالقتل بها القصاص . وغير المحدود لا يقع به الذكاة ، فلا يجب بالقتل (به)[١٥] القصاص .

= الماوردي : حديث حمل بن مالك لا يعارض حديث المغيرة . لأنه أجنبي من المرأتين ، وحمل بن مالك زوج الضرتين فكان بحالهما أعرف . انظر : الحاوي (٣٧/١٢) .

(١) في النسخ الثلاثة (روح الخيمة) .
(٢) في ب و ج (أن) .
(٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (فهو يقتل) .
(٤) في ب و ج (عليه السلام) .
(٥) كذا في ب . وفي أ و ج (عليها) .
(٦) في ب و ج (ولا) وهو خطأ .
(٧) في ب و ج (ثبت)
(٨) في النسخ الثلاثة (هذا) .
(٩) ساقط من ب و ج .
(١٠) في ب و ج (فكذلك) .
(١١) في النسخ الثلاثة (عقوبة) والصواب ما أثبته .
(١٢) في النسخ الثلاثة (الدلالات) .
(١٣) في النسخ الثلاثة (بدلالة) .
(١٤) في النسخ الثلاثة (الدلالة) .
(١٥) زيادة من ج .

٢٦٤٧٩ - و (قالوا) [١] : الحجر آلة يتعلق بها (قتل) [٢] في حق الله وهو الرجم ، فجاز أن يتعلق بها القصاص كالسيف [٣] .

٢٦٤٨٠ - قلنا : الحجر قد يتعلق بها القصاص عندنا (إذا) [٤] كان له حد ، ولا يتعلق إذا لم يكن له حد ، قد شرع الرجم بهما ، (كما أن) [٥] عند مخالفنا قد شرع القتل بصغير الحجر وكبيره ، والقصاص يجب في كبيره ولا يجب في صغيره ، والمعنى في السيف أن الجرح يقع بمجموع أجزاء حده ، وكل (حرف) [٦] منها لو انفرد القتل به تعلق به القصاص ، كذلك إذا قتل بجملته ، والحجر يقع به الضرب بمجموع (أجزائه) [٧] لو حصل القتل بقليلها لم يجب به القصاص ، فلم يجب به القصاص (لذلك ، والحجر يقع في كلها .

٢٦٤٨١ - بيان ذلك : أن القاتلين إذا اشتركوا ، وكل واحد لو انفرد وجب عليه القصاص ، وجب) [٨] على جماعتهم القصاص . ولو اشتركوا وفيهم من لو انفرد بالقتل لم يجب عليه القصاص ، لم يجب على جماعتهم قصاص كالخاطئ والعامد .

٢٦٤٨٢ - قالوا : آلة يقصد بها القتل ، فجاز أن يجب بها القصاص كالمحدود [٩] .

٢٦٤٨٣ - قلنا : المعتبر في وجوب القصاص القصد إلى الضرب ، فلا معنى لاعتبار القصد إلى القتل .

٢٦٤٨٤ - ولأن الذي يقصد به القتل هو المحدود ، ومتى لم يقصد تعجيل القتل عدل عن المحدود إلى غيره . ولأن المحدود يعمل في الظاهر والباطن ، ولهذا لو جرحه به جراحة لا تقتل في الغالب وجب القصاص ، وأما الحجر فيعمل في الظاهر دون الباطن ، ولهذا لا يجب القصاص بصغيره .

---

(١) في ب و ج (قال) . (٢) في ج (القتل) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٤ وعبارته : والحجر شرع القتل به في كبيره فهو كالسيف . لأنه جهة يقصد بها القتل . أو سبب يقتل غالبًا فأشبه الضرب بالسيف في وجوب القتل .

(٤) في ب و ج (إن) . (٥) في ب (كمان) .

(٦) كذا في النسخ الثلاثة .

(٧) في ب و ج (أجزاء) .

(٨) قوله : لذلك - إلى آخر قوله - وجب ساقط من ب و ج .

(٩) انظر : الاختيار (٣٤/٥) وعبارته : لأن الذي لا يتقاصر عن عمل السيف في إزهاق الروح فيكون عمدًا . وانظر كذلك : الحاوي (٣٧/١٢) . والمغني والشرح الكبير (٣٢٣/٩) .

٢٦٤٨٥ - قالوا : كلما لو قتل وجب القصاص إذا قتل (بثقله) [١] ، وجب القصاص كالحديد [٢] .

٢٦٤٨٦ - قلنا : قد دل الطحاوي [٣] أن القتل بالحديد لا يجب به القصاص ، وهذا هو الصحيح من قول أبي حنيفة [٤] [رحمه الله] . ويبطل هذا بالسوط المحدد لو قتل بحده وجب القصاص ، ولو ضرب (بغير) [٥] حده لم يجب القصاص ، والمعنى في الحديد ما قدمنا .

٢٦٤٨٧ - قالوا : أحد نوعي القصاص [فاستوى فيه] [٦] القتل (بالمحدد) [٧] وغيره كما دون النفس [٨] .

٢٦٤٨٨ - قلنا : [إفاتة] [٩] البعض بالمحدد والمثقل يحصل على وجه واحد ، فوجب القصاص فيها ، والقتل بالسيف يخالف القتل بالحجر . لأن السيف يقطع ظاهرا وباطنا ، والحجر يكسر ويهشم ، فيعمل في الظاهر دون الباطن . (فلذلك) [١٠] اختلفا [١١] .

٢٦٤٨٩ - قالوا : القصاص صيانة الدماء ، فيجب أن يتعلق بجميع الآلات التي يقصد بها القتل [١٢] .

---

(١) في ب و ج (بتقتيله) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (٣٧/١٢) وعبارته : ولأن ما وجب القود في محدده ، وجب في مثقله كالحديد .

(٣) سبق ترجمته .

(٤) ذكر فيما سبق أن الإمام أبي حنيفة رحمه الله اختلفت الرواية عنه في الحديد الذي لا حد له . ففي ظاهر الرواية هو عمد نظرًا إلى أن الحديد نفس السلاح . وفي رواية الطحاوي ليس بعمد لأنه لا يفرق الجزاء . وهنا صحح الإمام القدورى رواية الطحاوي .

(٥) كذا في أ وفي ب وج (لغير) .

(٦) في أ (فاستغني فيه) وفي ب و ج (فاستغني به) .

(٧) في ب (بالمحدود) .

(٨) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٤ وعبارته : لأنه جهة يقصد بها القتل ، أو سبب يقتل غالبًا فأشبه الضرب بالسيف في وجوب القتل كما لو أبان به الطرف وجب القصاص . فإذا قتل به النفس وجب به القصاص .

(٩) في النسخ الثلاثة (أقام) .

(١٠) في ب و ج (فكذلك) .

(١١) وأجيب عن ذلك بأن الناس اعتادوا قتل أعدائهم بالمثقل . لأن الضرب بالمثقل فعل مزهق للروح . ولا تطيق النفس احتماله في كونه مزهقا للروح . وهذا يكون أبلغ في القتل من الجرح . فهو أولى بإيجاب القصاص .

(١٢) قال الماوردي : القود موضوع لحراسة النفوس . فلو سقط القصاص بالمثقل لما أنحست النفوس ، ولسارع كل من يريد القتل إلى المثقل ثقة بسقوط القود انظر الحاوي للماوردي (٣٧/١٢) . وقال الإمام الشوكاني : لأن المقصود بالقصاص صيانة الدماء من الإهدار . والقتل بالمثقل كالقتل بالمحدد في إتلاف النفوس . فلو لم يجب به القصاص كان ذلك ذريعة إلى إزهاق الأرواح . انظر : نسل الأوطار (٢١/٧) .

٢٦٤٩٠ - قلنا : لما كان القتل يحصل (بالمحدد) [١] في الغالب وضع (القصاص فيه) [٢] دون ما لا يحصل به القتل غالبًا .

* * *

(١) في ب و ج (بالعدد) وهو تحريف .

(٢) في ب (فيه القصاص فيه) .

مسألة ١٣٠٥

حكم ما إذا رمى إلى مرتد فأصابه السهم بعد إسلامه فمات

٢٦٤٩١ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا رمى إلى مرتد (فأصابه) [1] السهم بعد إسلامه ، فلا ضمان على الرامي [2] .

٢٦٤٩٢ - وقال الشافعي [رحمه الله] : عليه الدية [3] .

---

(١) كذا في أ ، وفي ب و ج (فأصاب) .

(٢) هذا ما ذكره صاحب الهداية قال : ولو رمى إليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعًا . وكذا إذا رمى حربيًا فأسلم . لأن الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك . انظر : الهداية (١٧٥/٤) . ولم يشر الإمام القدورى رحمه الله ولا صاحب الهداية أن قول زفر رحمه الله من الحنفية يخالف قول الأصحاب . ولكن صاحب البدائع ذكر أن زفر يرى أن عليه الضمان . حيث قال في البدائع (٢٥٣/٧) ما نصه : وإن رمى مرتدًا أو حربيًا فأسلم ثم وقع السهم به ومات لا شيء عليه عند أصحابنا الثلاثة . وعند زفر عليه الدية . وقال سحنون من المالكية أنه لا قصاص ولا عقل . بينما ذهب ابن القاسم إلى وجوب الدية في مال الرامي . فقد ذكر القرافى في الذخيرة (٣٣٢/١٢) ما يأتي : فإن رمى مرتدًا فأسلم أو حربيًا فأسلم قبل الإصابة فقتله أو جرحه ، قال سحنون : لا قصاص على الرامي . لأنه في وقت لا قود فيه ولا عقل . وعلى قول ابن القاسم : الدية عليه حالة في ماله . لأنه لو جرح وهو مرتد ثم مات من جرحه بعد أن أسلم ، أقسم ولاته لمات منه وديته في ماله .

(٣) قال الإمام الشافعي رحمه الله : إذا ارتد الرجل عن الإسلام فرماه رجل ولم تقع الرمية به حتى أسلم فمات منها أو جرحه بالرمية فلا قصاص على الرامي . لأن الرمية كانت وهو ممن لا عقل ولا قود . وعليه الدية في ماله حالة إن مات . وأرش الجرح إن لم يمت حالا . لأنه عمد ولا تسقط الدية . لأن مخرج الرمية وهو مرتد ، كما لو أن رجلًا رمى رجلًا ثم أحرم فأصابته الرمية بعد الإحرام صيدا ضمنه . ولم يكن في أقل من معنى أن يرمى غرضا فيصيب آدميا . اهـ انظر : الأم (٥١/٦) حيث . فالاعتبار عند الشافعية بحال الإصابة ، لأنها حالة اتصال الجناية . ولا يعتبر حال الرمي . لأنه كالمقدمة التي تسبب بها إلى الجناية كما لو كان مهدرًا عند الحفر معصوما عند التردي . انظر : تحفة المحتاج (٤١١/٨) . وذهب الحنابلة إلى أنه إن رمى مرتدًا فأسلم قبل وقوع السهم به فلا قصاص على الرامي . لأنه رمى من ليس بمعصوم فأشبه الحربي . وفي الدية وجهان : أحدهما : لا تجب وهو الأشهر وعليه العمل كردة مسلم وكالحربي . والثاني : تجب الدية . لأن الرمي هنا محرم لما فيه من الافتئات على الإمام . وكتلفه ببئر حفرت . انظر : كشاف القناع (٢٨٧٤/٨) والمبدع في شرح المقنع (٢٦٤/٨) وقد ذكر المرداوى قولا ضعيفًا عند الحنابلة وهذا القول يوجب القصاص على الرامي حيث قال المرداوى : وإن رمى مرتدًا فأسلم قبل وقوع السهم به فلا قصاص . وهو الصحيح من المذهب . وقيل يقتل به . انظر : الإنصاف (٤٦٤/٩) ولم يذكر القاضي أبو يعلى أي خلاف في عدم وجوب =

٢٦٤٩٣ – وقالوا : إذا رمى إلى حربي فأصابه بعد إسلامه ، نص في الأم على أن فيه الدية اعتبارا بحال الإصابة [(١)] .

٢٦٤٩٤ – وقالوا : لو رمى [المحْرِم] [(٢)] صيدا فأصابه بعد (إحلاله) [(٣)] فلا ضمان ، فإن رمى الحلال ثم أحرم فأصابه ضمن ، ولو رمى المجوسي ثم أسلم فأصاب السهم يؤكل [(٤)] .

٢٦٤٩٥ – والدليل على سقوط الضمان في [الحربي] [(٥)] : أن الرمي مباح وسبب الجناية إذا أبيح مطلقا لم يضمن ما تولد منه في حق الآدمي ، أصله إذا حفر بئرا في داره فوقع فيها إنسان ، ولا يلزم إذا رمى إلى صيد ، لأن الإباحة ليست مطلقة [فشرط] [(٦)] السلامة . وإذا ثبت في الحربي قسنا عليه المرتد بعلة أنه رمي في مباح الدم .

٢٦٤٩٦ – ولأن الرمي كمباشرة الجناية ، بدلالة أن التسمية في الذبيحة يعتبر عند الرمي ، لأنه موجب للإصابة . ألا ترى أن الرمي إذا وقع لم يكن (بد) [(٧)] من الإصابة

= القصاص إذ قال : ولا يختلفون إذا رمى مرتدًا فأسلم ثم وقع السهم أنه لا قصاص . انظر : المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين للقاضي أبو يعلى (٢٥٧/٢) مكتبة المعارف بالرياض . يتضح مما سبق عرضه من أقوال المذاهب أن الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في الصحيح من المذهب يرون أنه لا يجب القصاص على الرامي . وفي قول مقابل الصحيح من المذهب عند الحنابلة يجب القصاص على الرامي وهو قول ضعيف عندهم ولم أجد ما استدل به على هذا القول . وعلى هذا فإن محل الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة هو في وجوب الدية . وفيه للفقهاء قولان :

القول الأول : لا تجب الدية على الرامي . وهو قول الإمام أبو حنيفة والصاحبين . وبه قال سحنون من المالكية . وهو المذهب عند الحنابلة .

والقول الثاني : تجب الدية على الرامي . وهو قول زفر من الحنفية وابن القاسم من المالكية وبه قال الإمام الشافعي رحمه الله والحنابلة في وجه عندهم .

(١) قال الإمام الشافعي رحمه الله فيه : لو أرسل سهمه على حربي فلم يقع به السهم حتى أسلم ، كان خلافًا للمسائل التي قبلها . لأنه أرسل عليه وهو مباح الدم . وليس عليه قود بحال لما أصابه من رميته وعليه الكفارة ودية حر مسلم بتحويل حاله قبل وقوع الرميةانظر : الأم (٤١/٦) .

(٢) في النسخ الثلاثة (الحربي) وهو خطأ . والصواب ما أثبته .

(٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (احتلاله) وهو تحريف .

(٤) وهذه إشارة من الإمام القدوري رحمه الله إلى أن الشافعية اعتبروا في كل هذه الحالات وقت الإصابة لا وقت الرمي فأسقطوا فيه الضمان اعتبارا بوقت الإرسال . وأوجبوا الضمان اعتبارا بوقت الإصابة انظر : الأم (٥١/٦) .

(٥) في النسخ الثلاثة (المجوسي) .

(٦) في النسخ الثلاثة (شرط) .

(٧) ساقط من ب و ج .

(إلا) [١] أن يعترضه مانع (أو) [٢] أن يقع رميه في غير الجهة أو يعدل السهمَ ريحٌ أو حيوانٌ [٣] .

٢٦٤٩٧ - ولأن (المباشرة) [٤] يقع بحسب اعتماده وقوته ، ولهذا لم يجب القصاص (في مسألتنا باتفاق [٥] . ولو اعتبر بحال الإصابة يوجب القصاص ، وإذا اعتبر بحال الرمي فكأنه جرحه) [٦] وهو مرتد ثم أسلم (فسرت) [٧] الجراحة [٨] .

٢٦٤٩٨ - فإن قيل : لو اعتبر بحال الرمي لكان إذا مات (المرمي) [٩] قبل وقوع السهم يجب به الضمان [١٠] .

٢٦٤٩٩ - قلنا : المعتبر عندنا بحال الرمي إذا اتصلت الإصابة به ، فأما إذا مات المرمي قبل ذلك فكأن السهم عدل عنه .

٢٦٥٠٠ - احتجوا : بقوله (ﷺ) [١١] : « في النفس مائة من الإبل » [١٢] .

---

(١) ساقط من ب و ج .
(٢) في النسخ الثلاثة (أما) .
(٣) ناقش الشيرازي هذا القياس فقال : وإنما اعتبرت التسمية حالة الرمي ، لأنه لا يمكن عند الإصابة . كما ينوى الصوم بالليل وإن كان الصوم بالنهار . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب٢٦١ .
(٤) في ب و ج (للناس) .
(٥) لا يجب القصاص في هذه المسألة باتفاق المذاهب الأربعة . إلا في قول ضعيف عند الحنابلة . وهو في مقابل الصحيح من المذهب عندهم .
(٦) قوله : في مسألتنا باتفاق - إلى آخر قوله - فكأنه جرحه ساقط من ب و ج .
(٧) في ج (فبرأت) .
(٨) ناقش الشيرازي هذا القياس بأنه قياس مع الفارق فقال : إن الجناية حصلت بالإصابة بخلاف الجرح ، فإن الجرح جناية . والرمي ليس بجناية . انظر : النكت ورقة ب٢٦١ .
(٩) كذا في أ و ج ، وفي ب (به المرمي) .
(١٠) انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٦١ وعبارته : ولأنه لو رمى إلى عبد صحيح فوقع به السهم وهو أقطع وجبت دية أقطع . فدل على أن الاعتبار بحال الإصابة .
(١١) في ب و ج (ﷺ) .
(١٢) أخرجه الإمام النسائي عن الزهري قال : جاءني أبو بكر بن حزم بكتاب في رقعة من أدم عن رسول الله ﷺ هذا بيان من الله ورسوله . ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ . فتلا منها آيات ثم قال : في النفس مائة من الإبل . إلى آخر الحديث . انظر : سنن النسائي (٥٧/٨) كتاب القسامة باب حديث عمرو بن حزم في العقول واختلاف الناقلين عنه . برقم ٤٨٥٧ . كما أخرجه الإمام مالك في الموطأ (٨٤٠/٢) كتاب العقول باب ذكر العقول . وأخرجه الدارمي في سننه (٢٥٣/٢) كتاب الديات باب كم الدية من الإبل ، برقم ٢٣٦٥ . وقد اختلف أهل الحديث في صحة هذا الحديث . وقد صحح الحديث بالكتاب المذكور =

٢٦٥٠١ - قلنا : معناه في النفس المضمونة ، ونحن لا نسلم لهم ضمان هذه النفس ، لأن الخبر مشترك الدليل ، لأنه يقتضي وجوب الضمان إذا رمى (إلى) [١] مسلم فارتد قبل وقوع السهم به ، وهذا خلاف قولهم .

٢٦٥٠٢ - قالوا : الإصابة صادفته وهو مضمون ، فوجب بقتله الضمان أصله إذا رمى إلى غرض فأصابه [٢] .

٢٦٥٠٣ - قلنا : هناك وقع الرمي وهو غير مباح النفس (فضمن) [٣] بالإصابة ، وفي مسألتنا حصل الرمي وهو مباح ، فلم يتعلق به ضمان .

٢٦٥٠٤ - قالوا : الرمي سبب فهو (كالحفر) [٤] . ومعلوم أن من حفر بئرا فوقع فيها مسلم كان (مرتدًا) [٥] أو حربيا عند الحفر ضمن ، ولم يعتبر بحال الحفر ، كذلك الرمي .

٢٦٥٠٥ - قلنا : الإصابة في الحفر غير موجبة بالحفر ، بدلالة أن الوقوع يكون بفعل الواقع لا بفعل الحافر . وإذا لم يكن موجبا به لم يعتبر حال الواقع عند الحفر . وأما الإصابة فهي موجبة بدلالة أن الرامي كما فعل الاعتماد حتى فارق السهم الوَتَر ، كذلك هو الفاعل للجرح الحادث . فلما كان ذلك موجب فعله اعتبر بحال الفعل دون ما تجدد .

* * *

= جماعة من العلماء لا من حيث الإسناد بل من حيث الشهرة . قال ابن عبد البر : هذا كتاب مشهور عند أهل السير ، معروف ما فيه عند أهل العلم معرفة يستغني بشهرتها عن الإسناد . لأنه أشبه التواتر في مجيئه لتلقى الناس له بالقبول والمعرفة . انظر : تلخيص الخبير (١٨/١٧/٤) .

(١) كذا في ب و ج . وهو ساقط من أ .
(٢) انظر : الأم (٥١/٦) .
(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٤) في ب و ج (كحفر البئر) .
(٥) في ب و ج (أو مرتدًا) .

مسألة ١٣٠٦

حكم ما إذا رمى ذميًا فأصابه السهم بعد إسلامه فمات

٢٦٥٠٦ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا رمى ذميًا فوقع السهم بعد إسلامه ، فعلى الرامي القصاص [١] .

٢٦٥٠٧ - وقال الشافعي [رحمه الله] : الدية [٢] .

٢٦٥٠٨ - وهذا مبني على أصلنا في وجوب قتل المسلم بالذمي . فلو لم يسلم حتى أصابه وجب القصاص ، فإذا أسلم أولى ، وعلى أصلهم يعتبر في القصاص أن يقصد قتل من يكافئه في الدم ، وهذا لا يوجد عند الرمي [٣] . والمعتبر (عندكم) [٤] في القصاص بحال الرمي دون (حالة) [٥] الإصابة ، فلم يجب القصاص .

* * *

(١) وإلى هذا القول ذهب ابن القاسم من المالكية . بينما ذهب سحنون إلى وجوب الدية . قال الإمام القرافي : فإن تغير حال الذمي قبل إصابة السهم ثم أصابه . فالعبرة عند ابن القاسم بحال الإصابة ، لأنه وقت للسبب . وعند سحنون بحال الرمي . انظر : الذخيرة (٣٣٢/١٢) .

(٢) قال الإمام الشافعي رحمه الله : لو رمى نصرانيًا أو مجوسيا فأسلم المرمي قبل أن تقع الرمية لم يُقَد لخروج الرمية وهو غير مسلم . وكانت عليه دية مسلم إن مات من الرمية انظر : الأم (٥٢/٦) . وذهب الخرقي من الحنابلة إلى عدم وجوب القصاص . بينما ذهب أبو بكر إلى وجوبه . جاء في المحرر (١٢٦/٢) ما نصه : ولو رمياهما (أي الذمي والعبد) فلم يصبهما السهم إلا بعد الإسلام ثم ماتا لم يجب القود عند الخرقي . وأوجبه أبو بكر كما لو قتل من يعرفه ذميًا أو عبدًا فبان قد أسلم وعتق . ومن خلال عرض أقوال المذاهب نرى أن الحنفية ذهبوا إلى وجوب القصاص في هذه الحالة . وهو قول ابن القاسم من المالكية وأبو بكر من الحنابلة . بينما ذهب الشافعية إلى وجوب الدية . وهو قول سحنون من المالكية والخرقي من الحنابلة .

(٣) ذكر الإمام القدوري رحمه الله الخلاف في قتل المسلم بالذمي في المسألة رقم ١ .

(٤) زيادة من ب و ج .

(٥) في ب و ج (حال) .

مسألة ١٣٠٧

حكم ما إذا رمى عبدًا فأصابه السهم بعد عتقه ثم مات

٢٦٥٠٩ - قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما اللَّه : إذا رمى عبدًا فأعتقه مولاه قبل وقوع السهم به وجبت قيمته [١] للمولى [٢] .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٢) ذكر الإمام القدورى رحمه الله أن رأي محمد رحمه الله يتفق مع رأي الإمام ، ولم يذكر رأي الإمام أبي يوسف . والذي في الهداية أن رأي محمد يختلف مع رأي الإمام . فمحمد يرى في هذه الحالة أن عليه فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمي . بينما يتفق قول أبي يوسف مع قول الإمام . قال صاحب الهداية : وإن رمى عبدًا فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال محمد رحمه الله : عليه فضل ما بين قيمته مرميًا إلى غير مرمي . وقول أبي يوسف رحمه الله مع قول أبي حنيفة رحمه الله . انظر : الهداية (١٧٥/٤/ ١٧٦) . وذكر صاحب البناية أن زفر يخالف الإمام والصاحبين في وجوب القيمة نظرًا إلى حالة الإصابة ، فتجب الدية عنده لا القيمة . انظر : البناية مع الهداية (١٢٠/١٠) .ويؤكد القول بأن رأي محمد يختلف عن رأي الإمام هو ما جاء في الجامع الصغير ص ٤٩٨ حيث ذكر فيه ما نصه : وإن رمى عبدًا فأعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى . وقال محمد : عليه فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمي . اهـ . وقال الإمام الطحاوي : ولو رمى عبدًا بسهم فأعتقه مولاه ثم وقع به السهم فقتله ، فإن محمدا رضي الله عنه قال : على الرامي لمولى العبد ما بين قيمت عبد مرمى إلى قيمته غير مرمي . ولا شيء عليه سوى ذلك . وبه نأخذ . وعليه في قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه قيمته عبدًا لمولاه . انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٣٥ . وجه قول الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللَّه : أنه يصير قاتلًا من وقت الرمي . لأن فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته . وجه قول محمد رحمه الله : أن العتق قطع السراية ، وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي ، وهي جناية تنتقص بها قيمة المرمي إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي ، فيجب عليه ذلك حتى لو كانت قيمته ألف درهم قبل الرمي وثمانمائة بعده لزمه مائتان . لأن العتق قاطع للسراية . ألا ترى أن من قطع يد عبد ثم أعتقه مولاه ثم مات منه لا يجب عليه إلا أرش اليد مع النقصان الذي نقصه القطع إلى العتق ، وهو بنفس الرمي فصار جانيا عليه لأنه يوجب النقصان . ووجه قول زفر رحمه الله : أن الرمي إنما صار علة عند الإصابة . إذ الإتلاف لا يصير علة من غير تلف يتصل به . ووقت التلف المتلف حر فتجب ديته . انظر : الهداية (١٧٦/١٧٥/٤) والبحر الرائق (٣٧٢/٨) أما الملكية فقد ذهب سحنون إلى وجوب قيمة العبد . بينما ذهب ابن القاسم إلى وجوب دية الحر في هذه الحالة . قال الإمام القرافى : لو رمى عبدًا فعتق قبل الإصابة فعلى الأصلين . تجب إما دية حر أو قيمة عبد . فالعبرة عند ابن القاسم بحال الإصابة وعند سحنون بحال الرمي . انظر : الذخيرة (٣٣٢/١٢) .

٢٦٥١٠ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : ديته لورثته [١] .

٢٦٥١١ - لنا : أن المعتبر حال الرمي (على) [٢] ما بينا ، فصار كما لو جرحه ثم أعتقه [٣] . ولأن الإصابة موجبة بالرمي ، فكأنه قتله وهو عبد [٤] .

٢٦٥١٢ - ولأن الرمي وقع والجناية علة [٥] توجب ، فلا يتغير [٦] ذلك الموجب بعتقه ، كما لو رمى عبد نفسه ثم أعتقه قبل الإصابة لم يجب القصاص [٧] .

٢٦٥١٣ - احتجوا [٨] : بأن [٩] السبب حصل مع الرق والإصابة مع الحرية ، فصار [١٠] كمن حفر بئرا فوقع فيها من [١١] كان (عبدًا عند) [١٢] الحفر [١٣] .

---

(١) قال الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : لو أن رجلًا أرسل سهما على نصراني فلم يقع به السهم حتى أسلم أو على عبد فلم يقع عليه حتى عتق فقتله لم يكن عليه قصاص . لأن غلبة السهم كانت بالإرسال الذي لا قود فيه بينهما . ولو كان وقوعه به وهو بحاله حين أرسل السهم ثم أسلم لم يقص منه وعليه دية مسلم حر في الحالتين والكفارة . ولا يكون هذا في أقل من حال من أرسل سهما على غرض فأصاب إنسانا . لأنه إنما يضمن ما جنت رميته . وكلا هذين ممنوع من أن يقصد قصده برمي . اهـ انظر : الأم (٦/٤١) . أما الحنابلة فقد ذهب أبو بكر إلى وجوب القصاص . بينما ذهب الخرقى إلى وجوب الدية وهو المذهب . ودليل أبي بكر هو القياس على ما لو قتل من يعرفه ذميًا أو عبدًا فبان قد أسلم وعتق . انظر : المحرر (٢/١٢٦) والإنصاف (٩/٤٧٢) . وبالنظر لما سبق من أقوال الفقهاء نرى أن في هذه المسالة أربعة أقوال : **القول الأول** : تجب قيمة العبد للمولى . وهو قول الإمام أبي حنيفة وصاحبه أبي يوسف رحمهما اللّه . وبه قال سحنون من المالكية . **والقول الثاني** : تجب قيمة الفرق بين كونه مرميًا وبين كونه غير مرمي . وهو قول محمد رَحِمَهُ اللَّهُ من الحنفية . **والقول الثالث** : تجب ديته لورثته . وهو قول الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ . وبه قال زفر من الحنفية وابن القاسم من المالكية . وهو المذهب عند الحنابلة . والقول الرابع : يجب القود في هذه الحالة . وهو قول أبي بكر من الحنابلة .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) ويمكن أن يناقش هذا القياس بأن عبد الغير يجب بقتله القصاص عندكم ، فلو اعتبرنا حالة الرمي وجب بقتله القصاص ، ولم تقولوا به في هذه المسألة .

(٤) ويمكن أن يناقش هذا القياس أيضًا بأن الواجب بقتل عبد الغير القصاص عندكم . فيجب أن يقتص منه على أصلكم .

(٥) كذا في ب و ج . وفي أ (عليه) .

(٦) في ب و ج (يعتبر) .

(٧) ويمكن أن يناقش هذا بأنه قياس مع الفارق . لأنه في مسألتنا رمى عبد الغير وقتله يوجب القصاص عندكم . وفي المقيس عليه رمى عبد نفسه وهو لا يوجب القصاص عندكم .

(٨) انظر : النكت للشيرازي وعبارته : ولأنه لو رمى إلى عبد صحيح فوقع به السهم وهو أقطع وجبت دية أقطع . فدل على أن الاعتبار بحال الإصابة . وانظر أيضًا : الذخيرة (١٢/٣٢) ، ورقة ب٢٦١ .

(٩) في ب و ج (إن) .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١١) في النسخ الثلاثة (حين) .

(١٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٣) في ب و ج (حفر البئر) .

٢٦٥١٤ - قلنا : الوقوع قد بينا أنه غير موجب بالحفر ، فلا يستند إليه . واعتبر بحال وجوده . والإصابة موجبة بالرمي ، فإذا حصلت فكأن التلف حصل بالرمي .

* * *

مسألة ١٣٠٨

حكم القود من المكرِه على القتل

٢٦٥١٥ - قال أبو حنيفة ومحمد [رحمهما الله] : إذا أكره [(١)] رجل رجلًا على قتل رجل بغير حق ، فعلى الآمر القـود .

٢٦٥١٦ - وقال أبو يوسف رحمه الله : لا قود عليه [(٢)] .

(١) الإكراه لغة : بأنه الإجبار . وهو الحمل على فعل الشيء كارها . وشرعا : عرفه المرغيناني بأنه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينفي به رضاه ، أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٢ والهداية مع البناية ١٧٢/٨ . والإكراه نوعان : ملجئ وهو التام . وغير الملجئ وهو الناقص . والإكراه على القتل يحصل عند الحنفية بالإكراه التام . وهو الإكراه الذي يوجب الإلجاء والاضطرار طبعا كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو قل الضرب أو كثر . ولا يحصل بالإكراه الناقص . وهو الذي لا يوجب الإلجاء والاضطرار وهو الحبس والقيد والضرب الذي يخاف منه التلف . وليس فيه تقدير لازم . سوى أن يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الأشياء أي الحبس والقيد والضرب . انظر : البدائع (١٧٩/١٧٥/٧) . وقد اختلف أصحاب الإمام الشافعي رحمه الله في الإكراه على القتل بماذا يكون ، على وجهين : أحدهما : أنه يكون بكل ما كرهته النفس وشق عليها من قتل أو ضرب أو حبس أو أخذ مال ، كالإكراه على الطلاق والبيع والثاني : أنه لا يكون الإكراه على القتل إلا بالقتل أو بما يفضي إليه من قطع أو جرح . ولا يكون الضرب والحبس وأخذ المال فيه إكراها . لأن حرمة النفوس أغلظ من حرمة الأموال . فاقتضى أن يكون الإكراه على القتل أغلظ من الإكراه فيما عداه . انظر : الحاوي للماوردي (٧٦/١٢) . ولا فرق في الصحيح عند الشافعية بين أن يكون المكره الإمام أو غيره . انظر : مغنى المحتاج (٩/٤) .

(٢) اتفق الفقهاء على أن القاتل الذي يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلا بالغا مختارا للقتل مباشرا غير مشارك له فيه غيره . انظر : بداية المجتهد (٣٩٦/٢) . واختلفوا في وجوب القود على كل من المكرِه والمكرَه وفي هذه المسألة تعرض الإمام القدورى رحمه الله للخلاف بين الحنفية والشافعية في وجوب القود على المكرِه فقط وأفرد مسألة أخرى للكلام في الخلاف في وجوب القود على المكرَه . في بداية المسألة ذكر الإمام القدورى قول الإمام والصاحبين . وهو موافق لما هو موجود في كتب الحنفية . انظر : مختصر الطحاوي (٤٠٩/ ٤١٠) وتحفة الفقهاء (٤٦٢/٣) والبدائع (١٧٩/٧) . ولم يذكر الإمام القدورى رحمه الله رأي زفر من الحنفية فقد ذكر الإمام الطحاوي والكاسانى أن زفر رحمه الله لا يرى القصاص على المكرِه . انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٠٩ والبدائع ١٧٩/٧ ، بينما ذكر صاحب البناية روايتين عنه أحدهما ما ذكره الطحاوي والكاسانى . وفي الرواية الأخرى يرى القصاص على المكرِه . انظر : البناية مع الهداية (١٩٧/١٩٤/٨) . وبقول الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه بالنسبة للمكرِه قالت المالكية . فيقتل المكرِه لتسببه والمكره لمباشرته . انظر : الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي (٢٤٤/٤) وبداية المجتهد (٣٩٦/٢) . وهو قول الحنابلة . قال ابن قدامة : أن يكره رجلًا على قتل رجل آخر فيقتله ، فيجب القصاص على المكره والمكره جميعًا .

٢٦٥١٧ - وبه قال الشافعي [١] رحمه الله .

٢٦٥١٨ - لنا : ما روي أن [رجلا] [٢] أسود بعثه أبو بكر [٣] رضي الله عنه مع يعلى بن مُنْيَة [٤] رضي الله عنه إلى الشام فعاد أقطع ، فقال أبو بكر رضي الله عنه : ما شأنك ، قال : إن يعلى بن منية اتهمني بسرقة فريضة من فرائض الصدقة . فقال : « لو علمت أنه ظلمك قطعت يده » . وروي أنه قال : « لو علمت أنه تعمد بذلك

---

(١) ما نسبه الإمام القدورى هنا للإمام الشافعي يخالف ما قال الإمام الشافعي رحمه الله حيث قال ما نصه : ولو علم أنه أمره بقتله ظلما ، ولكن الوالي أكرهه عليه لم يزل عن الإمام القود بكل حال في الأم (٤٤/٦) . ويخالف أيضًا ما قاله الشيرازي : وإن أكرهه رجل على قتل رجل بغير حق فقتله ، وجب القود على المكرِه . لأنه تسبب إلى قتله بمعنى يفضي إلى القتل غالبًا ، فأشبه إذا ما رماه بسهم . انظر : المهذب (١٧٧/٢) . وانظر كذلك : تحفة المحتاج (٣٨٨/٨) . وهذا هو ما صح عن الإمام الشافعي رحمه الله وعن مذهب الشافعية خلافًا لما ذكره الإمام القدورى رحمه الله . ولكن هناك قول آخر ضعيف عند الشافعية ذكره الخطيب الشربيني فقال : وقيل لا قصاص على المكرِه بكسر الراء . لأنه متسبب ، بل على المكرَه بفتحها فقط . لأنه مباشر والمباشرة مقدمة . انظر : مغنى المحتاج (٩/٤) . فعلى هذا يمكن القول إن الشافعية عندهم قولان . وما ذكره الإمام القدورى عن الإمام الشافعي رحمه الله إنما هول قول ضعيف عنه . وفي القول الآخر الذي لم يذكره القدورى يوافق الإمام الشافعي مع الإمام أبي حنيفة رحمهما اللّه في وجوب القود على المكرِه . وبالنظر لما سبق من أقوال المذاهب يمكن القول إن الفقهاء قد اختلفوا في وجوب القود على المكره على قولين : **القول الأول** : يجب على المكرِه القود . وهو قول الإمام أبي حنيفة ومحمد . وهو قول زفر في رواية عنه والإمام مالك والإمام الشافعي على الصحيح وهو مذهب الإمام أحمد . **والقول الثاني** : لا يجب على المكره القود . وهو قول الإمام أبي يوسف . وروي ذلك عن زفر . وهو قول ضعيف عند الشافعية .

(٢) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر أنها ساقطة منها . وقد أثبتناه بناء على ما ذكر في كتب الآثار .

(٣) الصحابي الجليل عبداللّه بن عثمان بن عامر بن كعب القرشي التميمي ، أبو بكر الصديق . ابن أبي قحافة . ولد بعد الفيل بسنتين وستة أشهر . وصحب النبي ﷺ قبل البعثة . وكان من السابقين إلى الإسلام . ورافقه النبي ﷺ في الهجرة إلى المدينة المنورة . ورضيه المسلمون خليفة لرسول اللّه ﷺ . وهو أحد المبشرين بالجنة . توفي رضي الله عنه سنة ١٣ من الهجرة بالمدينة . وهو ابن ثلاث وستين سنة . ودفن في بيت عائشة رضي الله عنها مع رسول اللّه ﷺ . انظر : الاستيعاب (١٧٧/٤) ترجمة ٢٩٠٦ وتهذيب الكمال (٢٨٢/١٥) ترجمة ٣٤١٨ وحلية الأولياء (٣٨/٢٨/١) .

(٤) يعلى بن أبي عبيدة بن همام بن الحارث التميمي . أبو خلف ، ويقال : أبو خالد . وهو يعلى بن مُنْية وهي أمه . ويقال جدته . أسلم يوم فتح مكة . وشهد الطائف وحنينا وتبوك مع رسول اللّه ﷺ . وروى له أحاديث . كان عامل عمر بن الخطاب على نجران وكان من أسخياء الصحابة . قيل أنه قتل بصفين . انظر : طبقات ابن سعد (٤٥٦/٥) وتهذيب الكمال (٣٧٣/٣٢) ترجمة (٧٧١٠) .

لقطعت يده » (١) . والأمير (قد) (٢) يقطع بنفسه ، وقد يأمر بذلك . والأغلب أنه يأمر بقطع (السراق) (٣) ولا يباشره ، فلما لم يفصل أبو بكر [ﷺ] دل على أن القصاص واجب على الأمير الظالم بكل حال .

٢٦٥١٩ - وروي عن عمر (٤) [ﷺ] أنه بعث جيشا إلى الغزو ، فانتهوا إلى ماء في يوم بارد ، فأمر أميرهم واحدا منهم أن يخوض في الماء يطلب لهم (مخاضا) (٥) في الماء ، فأبى الرجل ذلك ، فأكرهه الأمير على ذلك ، فلما شرع في الماء مات ، فكتب إليه عمر : « لولا أن يكون [سنة] (٦) لأخذتك به » (٧) .

٢٦٥٢٠ - وهذا يدل على أن القود عنده على المكرِه . وقوله : (٨) لولا أن يكون (سنة) (٩) .

٢٦٥٢١ - لأنه حمل أمره على أنه لم يقصد هلاكه ، بل غلب على ظنه أنه يَسلم ، فأسقط القود بهذه الشبهة (١٠) .

٢٦٥٢٢ - فإن (قيل) (١١) : عندكم من غرق رجلًا لم يجب عليه

---

(١) أخرجه الإمام البيهقي في السنن الكبرى (٤٩/٨) ولفظه : والله لئن كنت صادقا لأقيدنك به . وأخرجه كذلك عبد الرزاق وذكر أن الرجل الأسود اسمه جبر أو جُبير . انظر : مصنف عبد الرزاق (١٨٩/١٨٧/١٠) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) كذا في أ . وهو جمع سارق . وفي ب و ج (السارق) .

(٤) سبق ترجمته .

(٥) كذا في ج . وفي أ و ب (مخاض) . والمخاض : موضع خوض في الماء أي دخول فيه . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٣

(٦) في أ (شبهة) . وهو ساقط من ب و ج . والصواب ما أثبتناه بناء على رواية الأثر .

(٧) أخرجه الإمام البيهقي . انظر : السنن الكبرى ٣٢٢/٨ كتاب الأشربة والحد فيها . باب السلطان يكره رجلًا على أن يدخل نهرا أو ينزل بئرا أو يرقى نخلة . وفيه : قال عمر : لولا أن تكون سنة لضربت عنقك . اذهب فاعط ديته ، وأخرج فلا أراك .

(٨) قوله : لولا أن تكون - إلى آخر قوله - وقوله . ساقط من ب وج .

(٩) في النسخ الثلاثة (شبهة) والصواب ما أثبتناه بناء على رواية الأثر .

(١٠) قال الإمام السرخسي في الاستدلال بهذا الأثر : إنما أمره الأمير بهذا على غير إرادة قتله بل ليدخل الماء فينظر لهم مخاضة الماء . فضمنه عمر ﷺ ديته . فكيف بمن أمره وهو يريد قتله بذلك ، ثم قال : وفيه دليل على أنه يجب القود على المكرِه ، وأنه يجب بغير السلاح . ومعنى قوله : أن يكون سنة يعنى في حق من لا يقصد القتل ويكون مخطئا في ذلك . فهو تنصيص على أنه إذا كان قاصدا إلى قتله بما لا يلجئه فإنه يستوجب القود . انظر : المبسوط (٦٨/٢٦) .

(١١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

القصاص [١] .

٢٦٥٢٣ - قلنا : إذا كان من مذهب (عمر) [٢] [ﷺ] أنه يقتل المكرِه بالغرق ، فلأن يقتله إذا أكره على قتله بالسيف أولى .

٢٦٥٢٤ - ولأن فعل المكرَه ينتقل إلى المكرِه فيصير كأنه الفاعل (له) [٣] ، بدلالة أنه لو أكره على إتلاف مال ضمنه ، فصار كأن المكرِه أخذ بيد المأمور وفيها (السيف) [٤] فضربه بها وإن شئت (قلت) [٥] : إنه ألجأه بأقوى أسباب الإلجاء (فانتقل فعله إليه .

٢٦٥٢٥ - ولا يلزم إذا أكرهه على الزنا ، لأن عندنا لا يتصور الإكراه ، لأن المباشر مختار للفعل .

٢٦٥٢٦ - ومن أصحابنا من احترز فقال : ألجأه بأقوى أسباب الإلجاء) [٦] على فعل يصح أن يكون فيه آلة لغيره ، فانتقل (فعله) [٧] إليه ، كما لو أكره على إتلاف المال .

٢٦٥٢٧ - ولا يلزم المكرَه على الزنا ، لأن الإنسان لا يصح في الزنا أن يكون آلة لغيره . ويصح أن يكون في القتل (آلة لغيره) [٨] بأن أخذ بيده فضرب بها (إنسانا) [٩] .

٢٦٥٢٨ - ولا يلزم إذا أكره على الطلاق ، لأنا قلنا : فعل المكرَه ينتقل ، والطلاق قول وليس بفعل . والفرق بينهما من طريق (المعنى) [١٠] أن الإنسان يكون فاعلًا بيد غيره ، ولا يكون متكلمًا بكلام غيره ، (ولهذا) [١١] لم ينتقل الطلاق والعتاق إلى المكرِه .

٢٦٥٢٩ - ولأنه لو أكرهه على قتل من لا يجب بقتله القصاص ، كان الضمان على الآمر دون المأمور . والقتل بالسيف يجب القصاص فيه على من يجب على عاقلته

---

(١) ومما يجدر الإشارة إليه هنا أن التغريق بالماء الكثير عند أبي حنيفة ﷺ قتل شبه عمد . لأنه كالقتل بالمثقل . وعند الصاحبين هو قتل عمد موجب القود . لأنه مما يقتل غالبًا ، واستعماله دليل العمدية . فلو كان الماء قليلا لا يقتل غالبًا أو عظيما يمكن النجاة منه بالسياحة والملقي بالماء يحسن السباحة ، فالقتل شبه عمد باتفاق الحنفية . انظر : المبسوط لمحمد بن الحسن (٥٠٨/٤) والدر المختار (٣٨٥/٥) وملتقى الأبحر (٢٨٧/٢) .

(٢) كذا في أ و ب ، وهو ساقط من ج .

(٣) كذا في ب و ج ، وهو ساقط من أ .

(٤) في ب و ج (سيف) .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٦) قوله : فانتقل فعله - إلى آخر قوله - أسباب الإلجاء ساقط من ب و ج .

(٧) كذا في أ ، وفي ب و ج (قوله) .

(٨) كذا في أ ، وفي ب (آية لغير) وفي ج (آلة لغير) .

(٩) في ب و ج (الإنسان) .

(١٠) في ب و ج (والمعنى) .

(١١) في ب و ج (فلهذا) .

إذا كان القتل شبه العمد ، أصله المباشرة .

٢٦٥٣٠ - ولأن المكرِه [صرف] [١] المأمور على اختياره ، فصار كما لو أخذ بيده فضرب بها غيره .

٢٦٥٣١ - احتج أبو يوسف [٢] [رَحِمَهُ اللَّهُ] بأن الإكراه [لا] [٣] (يؤثر في إباحة الفعل ، بدلالة أن المأمور لا يجد له بدا أن يقتل ، فلما لم يؤثر في الإباحة دل على أنه لا حكم له ، فلم ينتقل الفعل إلى الآمر . وهذا يخالف الإكراه على إتلاف المال ، لأن الإكراه) [٤] إباحة المأمور بالإكراه فانتقل فعله إلى الآمر [٥] .

٢٦٥٣٢ - (قلنا) [٦] : المضطر إلى طعام غيره قد (أثرت) [٧] الضرورة في إباحة الإتلاف ولم (ينتقل) [٨] فعله (عنه) [٩] ، حتى سقط الضمان عنه . ولو أكره المولى رجلٌ على عتق عبده لم يؤثر إكراهه في إباحة [الفعل] [١٠] و (ينتقل) [١١] الفعل عنه حتى لم (يلزمه) [١٢] الضمان . وبمثله لو أكرهه على إتلاف مال له سوى الآدمي [١٣] حل له إتلافه ، وانتقل فعله في سقوط الضمان ، فدل على أن انتقال الفعل ليس له تعلق بالإباحة والحظر . و [لو] [١٤] أنه اضطر إلى طعام غيره (حل) [١٥] له تناوله (ووجب الضمان) [١٦] .

٢٦٥٣٣ - ولو اضطر إلى إتلاف نفس غيره لم يحل له ذلك ووجب الضمان ، فدل على أن الإباحة والحظر ليست المؤثرة في إيجاب الضمان وسقوطه . ولأنه يجوز أن

---

(١) في النسخ الثلاثة (ضرب) ، والصواب ما أثبته .

(٢) سبق ترجمته .

(٣) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر أنه ساقط منهما . وقد أثبتناه حتى يستقيم الكلام .

(٤) قوله : يؤثر في الإباحة - إلى آخر قوله - لأن الإكراه ساقط من ب و ج .

(٥) هذا الدليل للإمام أبي يوسف إنما هو عبارة عن بيان وجود فرق بين الإكراه على القتل وبين الإكراه على إتلاف المال . ففي الإكراه على القتل لم يؤثر الإكراه في إباحة القتل من حيث كونه صارفا عن الاختيار . فلم يفقد المكره اختياره فأثم بالقتل . ومعنى هذا أن الإكراه في حكم المعدوم فلا ينتقل فعل المكرَه إلى المكرِه . وأما في إتلاف المال فقد أثر الإكراه في إباحة الإتلاف ، فلم يأثم المكرَه بالإتلاف . فانتقل فعل المكرَه إلى المكرِه .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٧) في ب وج (أمرت) .

(٨) في ب و ج (ينقل) .

(٩) كذا في ج . وفي أ و ب (علة) وهو تحريف .

(١٠) ما بين المعقوفين في النسخ الثلاثة (القتل) .

(١١) في ب (يقبل) .

(١٢) كذا في ب و ج . وفي أ (يلزم) .

(١٣) أي سوى العبيد . لأن العبد آدمي وهو مال .

(١٤) ما بين المعقوفين في النسخ الثلاثة (لولا) .

(١٥) في ب و ج (حد) .

(١٦) ما بين القوسين ساقط من ج .

يضطر (ولا) (١) تبيحه الضرورة أن يفدي نفسه (بغيره) (٢) ، وإن وجب القصاص على غيره ، كالمرمي إذا تترس بغيره فإن جَرَحَه لم يبح ذلك وهو آثم ، وإن كان القصاص يجب على الرامي دونه ، كذلك في مسألتنا .

٢٦٥٣٤ - قالوا : الإكراه [سبب] (٣) فلم يجب به القصاص كحفر البئر وشهادة الزور (٤) .

٢٦٥٣٥ - قلنا : عند أبي يوسف [رَحِمَهُ اللَّهُ] المكرِه يحرم الميراث . (وتجب) (٥) عليه الكفارة عنه إذا كان القتل لا قصاص (فيه) (٦) فلو كان سببًا لم تجب الكفارة ولم يحرم الميراث (٧) . ولو كان سببا لم يحل للمأمور و (للمقتول) (٨) قتله إذا قويا على ذلك ، كما لا يحل (للمشهود) (٩) عليه قتل (الشهود) (١٠) .

٢٦٥٣٦ - قالوا : الآمر والمأمور قد اشتركا في القتل ، لأن المأمور مباشر والآمر ملجئ . والمشتركان إذا سقط القصاص عن أحدهما سقط عن الآخر ، كالخاطئ

---

(١) في ب و ج (فلا) .
(٢) في ب و ج (لغيره) .
(٣) في أ (ثبتت) وفي ب و ج (ثبت) .
(٤) حيث ذكر الإمام الكاساني دليل الإمام أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ فقال : إن المكرِه ليس بقاتل حقيقة ، بل هو مسبب للقتل . وإنما القاتل هو المكرِه حقيقة . ثم لما لم يجب القصاص عليه ، فلأن لا يجب على المكرِه أولى انظر : البدائع (١٧٩/٧) . حيث جاء فيه : فيقتل المكرِه بالكسر لتسببه وانظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٤/٤) . وعبارته : وقيل لا قصاص على المكره بكسر الراء لأنه متسبب وانظر : مغني المحتاج (٩/٤) . وعبارة ابن قدامة فيه : ولنا على وجوبه على المكرِه أنه تسبب إلى قتله بما يفضي إليه غالبًا ، فأشبه ما لو ألسعه حية أو ألقاه على أسد في زبية وانظر : المغني والشرح الكبير (٣٣١/٩) . ومما يذكر أن القتل بالتسبب لا يوجب القصاص عند الحنفية . وذلك مثل حفر بئر على قارعة الطريق ، فيقع فيها إنسان فيموت . لأن الحفر قتل بالسبب لا بالمباشرة . كما لا قصاص على شهود الزور إذا رجعوا عن شهادتهم بعد قتل المشهود عليه . فاستدل على عدم قتل المكرِه بقياسه على عدم قتل حافر البئر وشاهد الزور بجامع التسبب في كل . انظر : البدائع (٢٣٩/٧) وتبيين الحقائق (١٠٢/٦) .
(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٦) في ب و ج (عليه) .
(٧) والقتل بسبب لا يوجب القود ولا يحرم الميراث ولا يوجب الكفارة عند الحنفية . انظر : تبيين الحقائق (١٠٢/٦) وحاشية ابن عابدين (٤٨٩/٥) . لأن القتل الذي يمنع الإرث هو الذي يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة . وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب أو بقصاص لا يوجب الحرمان . لأن حرمان الإرث عقوبة ، فيتعلق بما تتعلق به العقوبة وهو القصاص أو الكفارة . انظر : تبيين الحقائق (٢٤٠/٥) .
(٨) في ب و ج (للمقتولة) .
(٩) في ب و ج (للشهود) .
(١٠) كذا في ج . وفي أ و ب (المشهود) .

والعامد والأب والأجنبي [١] .

٢٦٥٣٧ - قلنا : المأمور آلة وليس بمشارك ، بدلالة أنه لا يحرم الميراث ولا يشارك في الكفارة والدية .

٢٦٥٣٨ - قالوا : المأمور قام مقام الآمر ، والقصاص لا يجب بما يقوم مقام الغير ، كالشهادة على الشهادة [٢] .

٢٦٥٣٩ - قلنا : المأمور ليس (بنائب) [٣] ، لكنه آلة الآمر ، والقصاص يجب بالآلات .

* * *

(١) إذا اشترك الخاطئ والعامد ، والأب والأجنبي في قتل الابن لا قصاص عليهما عند الحنفية . انظر : البدائع (٢٣٥/٧) . وقد ذكر الإمام القدورى ﷺ الخلاف فيها بين الحنفية والشافعية في مسألة رقم ١٩

(٢) هذا القياس قائم على أن المكرَه قائم مقام المكرِه في تنفيذ الجريمة . فلا يجب على المكرِه القصاص كما لا يجب القصاص بالشهادة على الشهادة . فعند الحنفية لا تجوز في القصاص الشهادة على الشهادة . انظر : المبسوط لمحمد بن الحسن (٤٧٢/٤) .

(٣) في ب و ج (بناب) .

مسألة ١٣٠٩

حكم القود من المكرَه على القتل

٢٦٥٤٠ - قال أصحابنا [١] رحمهم الله : لا قصاص على المأمور (المكرَه) [٢] .

٢٦٥٤١ - وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله . وقال في القول [٣] الآخر : عليه القصاص [٤] .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص ٤٠٩ وتحفة الفقهاء (٣/٤٦٢) .
في هذه المسألة تعرض الإمام القدوري للمكرَه هل يقاد منه أم لا ، ويفهم من عبارة الإمام القدوري أن عدم وجوب القود على المكرَه محل اتفاق عند الحنفية . ولعله أراد بقوله أصحابنا الإمام وصاحبيه . وبالرجوع إلى كتب المذهب الحنفي نرى أن زفر رحمه الله روي عنه ما يخالف قول الإمام وصاحبيه . فقد ذكر صاحب البدائع أن زفر يرى أنه يجب القصاص على المكرَه دون المكرِه . وجه قول زفر رحمه الله : أن القتل وجد من المكرَه حقيقة حسًّا ومشاهدة . وإنكار المحسوس مكابرة . فوجب اعتباره منه دون المكرِه . إذ الأصل اعتبار الحقيقة لا يجوز العدول عنها إلا بدليل . وقد ذكر صاحب البناية على الهداية روايتين عن زفر رحمه الله كلتا الروايتين توجب القود على المكرَه . انظر : البدائع (٧/١٧٩/١٨٠) والبناية على الهداية (٨/١٩٤/١٩٧) .

(٢) كذا في أ ، في ب و ج (والمكره) . (٣) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٤) قال الإمام الشافعي رحمه الله : وفي المأمور المكره قولان : أحدهما : أن عليه القود . لأنه ليس له أن يقتل أحدًا ظلمًا . إنما يبطل الكره عنه فيما لا يضر غيره . والآخر : لا قود عليه للشبهة وعليه نصف الدية والكفارة . اهـ انظر : الأم (٦/٤٤) . والقول الأول الذي يوجب القود على المكرَه هو أظهر القولين . انظر : التحفة (٨/٣٨٩) . وذهب المالكية والحنابلة إلى وجوب القود على كل من المكرِه والمكرَه كما ذكرنا في المسألة السابقة . انظر : بداية المجتهد (٢/٣٩٦) والمغني والشرح الكبير (٩/٣٣٠) . ومما سبق من أقوال الفقهاء نرى أنهم اختلفوا في وجوب القود على المكرَه على قولين : **أحدهما** : لا يجب عليه القود . وهو قول الإمام أبي حنيفة والصاحبين رحمهم الله . وهو أحد قولي الإمام الشافعي رحمه الله . **والثاني** : يجب القود على المكرَه . وهو أظهر القولين للإمام الشافعي رحمه الله . وبه قال الإمام مالك والإمام أحمد رحمهما الله . وروى ذلك عن الإمام زفر بن الهزيل من الحنفية . وقد استدل الإمام أبو حنيفة وصاحباه رحمهم الله على ما ذهبوا إليه بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « عفوت عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ذكر هذا الدليل صاحب البدائع وقال في وجه الاستدلال به : وعفو الشيء عفو عن موجبه ، فكان موجب المستكره عليه معفوًّا بظاهر الحديث . انظر : البدائع (٧/١٧٩) . والاستدلال بهذا الحديث لم يذكره الإمام القدوري رحمه الله . ولعله لم يذكرها ؛ لأن الاستدلال به على المدعى فيه ضعف فقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث ورد عليه بأنه محمول على ما اختص بحقوق الله تعالى دون حقوق الآدميين . وحمله بعضهم على غير القتل . انظر : الحاوي للماوردي (١٢/٧٥) وكشاف القناع للبهوتي (٨/ ٢٨٦٩) . ويؤيد هذا الرد كون المكرَه على القتل آثمًا بالقتل بالاتفاق . ولو كان المكرَه معفوًّا لما كان آثمًا بالقتل .

٢٦٥٤٢ - لنا : أن معه علم ظاهر دل على فقد الاختيار ، فصار كمن رمى غرضًا فأصاب إنسانًا (١) . ولا معنى لقولهم : إن هناك لا مأثم عليه (٢) . لأنه لو رمى وهو لا يأمن أن يصيب آدميًا فهو آثم ولا قصاص عليه . ولا يلزم إذا قتله للجوع ؛ لأن ذلك ليس بعلم ظاهر .

٢٦٥٤٣ - ولأنه معنى يوجب القتل يؤثر فيه عدم (القصد) (٣) فوجب أن يؤثر فيه الإكراه ، أصله الردة (٤) .

٢٦٥٤٤ - ولأن الآمر صرف المأمور بإكراهه على اختياره ، فلم يلزمه قصاص ، كما لو أخذ بيده وفيها سيف فضرب بها (٥) .

٢٦٥٤٥ - ولأن فعل المكره المأمور ينتقل إلى الآمر حتى يصير كالفاعل له ، بدلالة وجوب القصاص عليه . وبدلالة المكره على البيع . بدليل أنه لو أكره رجلًا على قطع يد نفسه ، وجب القصاص للمأمور على الآمر . وإذا انتقل الفعل لم يجب القصاص على المأمور ، كما لا يجب عليه (٦) إذا أخذ بيده فضرب غيره .

٢٦٥٤٦ - فإن قيل : وجوب القصاص على الآمر لا يدل على انتقال الفعل . لكن يدل على أنه مشاركة في القتل فيجب القتل عليهما ، كوجوب القتل عندكم على قاطع الطريق و [الرِدْء] (٧) ، يجب الضمان في الصيد على القاتل والدال (٨) .

---

(١) اتفقت المذاهب الأربعة على أن من رمى غرضًا فأصاب إنسانًا فهو قتل خطأ لا قصاص فيه ولا إثم . انظر : ملتقى الأبحر (٢/٢٨٤) والكافي لابن عبد البر ص ٥٩٤ وإخلاص المناوى (٤/١٠) والمغني والشرح الكبير (٩/٣٣٨) .

(٢) هذا إشارة إلى اعتراض المخالف على قياس الحنفية على القتل الخطأ بأنه قياس مع الفارق . قال الشيرازي : المخطئ غير قاصد إلى القتل وهذا قاصد . ولهذا لا يأثم هناك ، ويأثم هاهنا . انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٥ .

(٣) في ب و ج (الفصل) .

(٤) نوقش القياس على الردة بأن هناك سقط المأثم مع عظمها ولا تسقط هاهنا . انظر : النكت . المصدر السابق .

(٥) نوقش هذا القياس أيضًا . قال الماوردي : وقولهم إن الإكراه قد نقل حكم المباشرة عن المأمور إلى الآمر فليس بصحيح ، بل تعدى عن المأمور إلى الآمر . والفعل إذا تعدى حكمه إلى غير الفاعل كان أولى أن يؤاخذ به الفاعل . لأن تعديه لفضل قوته . انظر : الحاوي للماوردي (١٢/٧٥) وقال ابن قدامة : وقولهم إن المكرَه ملجأ غير صحيح . فإنه متمكن من الامتناع ؛ ولذلك أثم بقتله وحرم عليه . انظر : المغني والشرح الكبير (٩/٣٣١) .

(٦) زيادة من ب و ج .

(٧) في النسخ الثلاثة (والرد) بدون همزة . والصحيح ما أثبتناه . والرِدْء : المعين الناصر ، والجمع أرداء . انظر : المعجم الوسيط (١/٣٤٩) مادة ردأ .

(٨) انظر : النكت للشيرازي وعبارته : لو نقل المأثم كان وجوب القود على المكرَه للمشاركة لا للنقل ، كما =

٢٦٥٤٧ - قلنا : الإكراه لو لم [ينقل] [١] الفعل لم يجب على الآمر قصاص ، كمن أمر بغير تهديد . وعكسه المكرِه على إتلاف المال يختص بالضمان ولا يصير كالمشارك . فأما [الرِدْءُ] [٢] فلم ينتقل إليه الفعل ، لكنه مشاركه (فيه) [٣] [كالردء] [٤] في الغنيمة . والدال على الصيد يضمنه ، لأنه سبب يختص بالإتلاف لا (للمشاركة) [٥] .

٢٦٥٤٨ - ولأنه سبب ظاهر يمنع لزوم البيع [٦] ، فمنع وجوب القصاص أصله الجنون والصغر [٧] .

٢٦٥٤٩ - ولأنه قتل (ليستبقي) [٨] نفسه من خوف القتل ، فصار كما لو قصده فقتله دفعًا .

٢٦٥٥٠ - فإن قيل [٩] : هناك أبيح له القتل ، وهاهنا (محظور) [١٠] عليه (القتل) [١١] .

٢٦٥٥١ - قلنا : إذا أكره على قتل عبد الآمر فهو آثم في القتل (ولا) [١٢] ضمان . ولو أكرهه على الزنا فهو آثم ولا حد عليه عند مخالفنا . والمأمور بإتلاف المال لا ضمان عليه ولا إثم عليه ، فدل على أن (الإثم) [١٣] ليس يتعلق بإيجاب الضمان وإسقاطه .

٢٦٥٥٢ - ولأنه مكره على القتل فلم يلزمه قصاص ، كالمسلم إذا أكره على قتل ذمي [١٤] .

٢٦٥٥٣ - ولأن من لا يلزمه القصاص بقتل الذمي لا يلزمه بقتل المسلم أصله الصبي [١٥] .

= قالوا في إيجاب الجزاء على الدال بقتل الصيد ، والحد على الرِّدء في قطع الطريق ورقة أ ٢٥٥ .

(١) في النسخ الثلاثة (يفعل) .
(٢) في النسخ الثلاثة (الرد) .
(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٤) في النسخ الثلاثة (كالرد) .
(٥) في ب و ج (للمشارك) .
(٦) إذا أكره الرجل على بيع ماله أو شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤاجر دابته ، فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى ، فهو بالخيار . إن شاء أمضى البيع ، وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع . انظر : نتائج الأفكار (٢٣٣/٩) .
(٧) ويمكن أن يناقش هذا القياس بأنه قياس مع الفارق . لأنه لا خلاف في أن المكره على القتل يأثم . والمجنون والصبي لا يأثم .
(٨) في ب (ليبقي) .
(٩) وعبارته : وقياسهم على قتله دفعًا عن نفسه منتقض بأكله من الجوع . ثم المعنى في المدفوع أنه قد أباح نفسه بالطلب ، فصار مقتولا بحق . وهذا مقتول بظلم فافترقا انظر : الحاوي للماوردي (٥٧/١٢) .
(١٠) في ب و ج (محصور) .
(١١) في ب و ج (الفعل) .
(١٢) في ب و ج (فلا) .
(١٣) في ج (المأثم) .
(١٤) ويمكن أن يجاب عن هذا القياس بأن هناك قتل مسلم مسلما . وهنا قتل مسلم ذميا . ولا يقتل المسلم بالذمي .
(١٥) ويمكن أن يناقش هذا القياس بأن الصبي مرفوع عنه القلم . والمكرَه آثم بالقتل فافترقا .

٢٦٥٥٤ – احتجوا [١] : بالظواهر الدالة على وجوب القصاص (قوله تعالى) [٢] : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [٣] وقوله : ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ [٤] وقوله ﷺ [٥] : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : قتل نفس بغير نفس » [٦] .

٢٦٥٥٥ – الجواب : أن المراد بذلك القتل العمد بغير شبهة ، وهذا غير مسلم في مسألتنا . ولأن الظواهر تدل على وجوب القصاص على القاتل ، وقد اختلفنا في القاتل ، فعندنا أنه الآمر ، وعندهم الآمر والمأمور [٧] .

٢٦٥٥٦ – قالوا : قتل من يكافئه لإحياء نفسه ظلمًا (فلزمه القصاص) [٨] ، كمن اضطر إلى غيره من الجوع فقتله وأكله . وربما قالوا : توصل إلى استبقاء نفسه بقتل من يكافئه ظلمًا ، فوجب أن يجب عليه القصاص . وربما قالوا : قتله ظلمًا لاستبقاء نفسه ، فكان حكمه كما لو ابتدأ قتله . قالوا : وعلى هذا الجماعة إذا خافوا في السفينة الغرق فألقوا بعضهم في الماء ، (و) [٩] كمن قصدهم سبع فألقوا إليه أحدهم . [١٠]

٢٦٥٥٧ – قلنا : قولكم إنه قتل لاستبقاء نفسه ليس بصحيح ، لأنه لا يعيش بقتله . وإنما يعيش بأكله [١١] . ولأن الجوع لا يؤثر في البيع ، بدلالة أن من اضطر إلى طعام (غيره) [١٢] فلم يتمكن من أخذه منه فابتاعه (نفذ) [١٣] البيع ، ولو أكره على الابتياع لم ينفذ البيع ، فدل على اختلاف الإكراه والجوع . ولأن الضرورة في الجائع ليس معها علم ظاهر ، وإنما يعلم حاله بقوله . والإكراه علم ظاهر يدل عليه فقد الاختيار . وبهذا المعنى (يسقط) [١٤] ضمان الأموال عن المأمور المكره ، ولا يسقط عن المضطر إلى الأكل .

---

(١) قال الماوردي : ودليلنا قوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا ﴾ ولأنه عمد انظر : الحاوي (٧٤/١٢) .

(٢) في أ (قوله) وفي ب و ج (وقوله تعالى) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٧٩ .

(٥) في ب و ج (عليه السلام) .

(٦) الحديث سبق تخريجه . انظر : ص ٥٤ .

(٧) ويمكن أن يناقش جواب الإمام القدوري رحمه الله عن الاستدلال بظواهر النصوص السابقة بأن القتل وجد من المكرَه حقيقة وحسا ومشاهدة . وقرر الشرع حكمه عليه وهو الإثم . فوجب اعتباره قاتلا يجب القصاص منه .

(٨) في ج (فوجب أن يجب عليه القصاص فلزمه القصاص) ولعله من خطأ النساخ .

(٩) ساقط من ب و ج .

(١٠) انظر : الحاوي (٧٤/١٢) . وانظر كذلك بداية المجتهد (٣٩٦/٢) والمغني والشرح الكبير (٣٣١/٩) .

(١١) أجيب هذا بأن المكرَه إنما قتله عند الإكراه ظنا منه أن في قتله نجاة نفسه وخلاصه من شر المكرِه . فأشبه القاتل في المخمصة ليأكله . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٣١/٩) .

(١٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٣) في ج (يفسد) .

(١٤) في ب و ج (سقط) .

٢٦٥٥٨ - فإن قيل : الجوع معه علم ظاهر إذا شاهدناه و (قد) [١] بقي مدة لا يأكل شيئا .

٢٦٥٥٩ - قلنا : هذا يدل على (الجوع) [٢] ولا يدل أنه بلغ إلى خوف (حال) [٣] التلف . ولأن ضرورة الجوع من فعل اللَّه تعالى ، فإذا انضمت إلى فعل القاتل لم يسقط عنه القصاص ، كالسراية التي (تنضم) [٤] إلى الجراحة . وليس كذلك فعل الآمر ، لأنه فعل آدمي . ويجوز أن (ينضم) [٥] إلى فعل القاتل فعل (آدمي) [٦] (يسقط) [٧] عنه القصاص ، (كاشتراك) [٨] الخاطئ والعامد ، وكمن أكره عبدا على قتل عبد نفسه ، وكما لو أكرهه على أن يقتل نفسه أعنى نفس الآمر . ولأن المضطر إلى قتل غيره (ليأكله) [٩] يقدر أن يدفع ضرورته بدون ذلك ، وهو أن يأكل طرفًا من أطراف نفسه ، [١٠] فصار كمن قتله وهو يجد غيره ، وكما لو قتله دفعًا عن نفسه وهو يقدر أن يدفعه بغير القتل . وفي مسألتنا مثله لو قدر على أن يمانع الآمر أو يقتله ولم يفعل وقتل المأمور (وجب) [١١] عليه القصاص .

٢٦٥٦٠ - قالوا : قتل عمدًا من يكافئه بوجه لا عذر له فيه ، فإذا كان من أهل الضمان (كان) [١٢] عليه القود كما لو قتله ابتداء [١٣] .

٢٦٥٦١ - قلنا : لا نسلم أنه غير معذور . هناك (عذر) [١٤] ، إلا أنه لا يبيح ، كما أن الجائع معذور وإن لم يستبح الأكل بعذره ، ولا نسلم لهم العمد ، لأنه (ملجئ) [١٥] . فلا يوصف بالاعتماد . والمعنى في القاتل ابتداء أنه لم (يقارن) [١٦]

---

(١) كذا في أ ، وهو ساقط من ب و ج .
(٢) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٣) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٤) كذا في أ و ج ، وفي ب (تنظم) .
(٥) كذا في أ و ج ، وفي ب (ينظم) .
(٦) في ب و ج (من آدمي) .
(٧) في ب و ج (سقط) .
(٨) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٩) كذا في ب و ج . وفي أ (بأكله) .
(١٠) أجاب الشيرازي عن هذا بقوله : نقيس على من لا يمكنه أن يقطع من لحمه . انظر : النكت ورقة أ ٢٥٥ .
(١١) كذا في ب و ج . وفي أ (يوجب) .
(١٢) في ج (وجب) .
(١٣) وعبارته : لأنه لا عذر له في إحياء نفسه بقتل غيره . لأن حرمة غيره مثل حرمة نفسه . فلم يكن إحياء نفسه بالغير أولى من إحياء الغير بنفسه فاستويا . وصار وجود العذر كعدمه . فاقتضى أن يجب القود بينهما كوجوبه لو لم يكن كارها انظر : الحاوي للماوردي (٧٤/١٢) .
(١٤) في ج (عذرا) .
(١٥) في ب و ج (يلجئ) .
(١٦) في ب و ج (يفارق) .

فعله ما ينقل حكمه إلى غيره . والمكره (قارن) [١] فعله ما يوجب نقل الفعل ، فسقط عنه القصاص كما سقط عنه ضمان الأموال التي أتلفها بالإكراه .

٢٦٥٦٢ - قالوا [٢] : كل حكم تعلق بالقتل كما سقط عنه ضمان الأموال المختار (وجب) [٣] أن يتعلق بالقتل على الاختيار أصله (المأثم) [٤] .

٢٦٥٦٣ - قلنا : يبطل باختصاص القصاص بالمباشرة ، لأنه حكم يتعلق (بالمختار) [٥] ، فإنه لا يختص ، بل يقتل الآمر (بالإجماع) [٦] . ولأن مأثم القتل لا يستدل [به] [٧] على وجوب القصاص ، بدلالة القتل شبه العمد وبدلالة الآمر والممسك [٨] .

* * *

(١) في ب وج (فارق) وهو تحريف .

(٢) هذا قياس على الإثم . وقد سقط عن المكرَه الإثم في حالة إتلاف الأموال فسقط عنه ضمان الأموال المتلفة . فلما لم يسقط الإثم عن المكرَه على القتل دل على أن القود لا يسقط عنه . ويحتمل أن يكون في عبارة القدوري سقوطا أو تحريفا من جهة النساخ . وقد ذكر الشيرازي قياسا آخر على الإثم . انظر : النكت ورقة أ ٢٥٥ وعبارته : ولأن ما ثبت في حق أحد الشريكين في القتل ثبت في حق المكرَه كالإثم .

(٣) كذا في ب و ج . وفي أ (ووجب) .

(٤) في ب و ج (الموثم) .

(٥) في أ (بالمختر) وفي بو ج (المختر) .

(٦) في ب و ج (بالأمر بالإجماع) .

(٧) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . وقد أضيفت ليستقيم الكلام .

(٨) وأجيب عن قول الإمام القدوري رحمه الله هذا بأن في شبه العمد حدث القتل من غير إكراه وكذلك الممسك أعان باختياره من غير إكراه فأثما بفعلهما وإن لم يجب القصاص عليهما لعدم الإكراه . وفي مسألتنا وجد إكراه على القتل فوجب أن لا يأثم . فلما أثم دل على أن القصاص لا يسقط عنه .

مسألة ١٣١٠

حكم ثبوت الدية بغير رضا القاتل في القتل العمد

٢٦٥٦٤ - قال أصحابنا رحمهم الله : موجب قتل العمد القود . ولا (تثبت) [١] الدية إلا بالتراضي [٢] .

٢٦٥٦٥ - وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه : (موجبه) [٣] القود والدية . والولي بالخيار في استيفاء أيهما (أحب) [٤] .

٢٦٥٦٦ - وقال في القول الآخر : الواجب القود . وللولي أن يسقطه ويطالب بالدية . فتكون بدلا عن البدل [٥] .

---

(١) في ب وج (يثبت) وهو خطأ .

(٢) انظر : مختصر الطحاوى ص ٢٣٢ والمبسوط (٥٩/٢٦) والبدائع (٢٤١/٧) وقول الحنفية هذا هو المشهور عند المالكية . فقد ذهب ابن القاسم من المالكية إلى أن الواجب في العمد القود . وليس لورثة المقتول أن يجبر الجاني على دفع الدية إذا امتنع وسلم نفسه . خلافا لأشهب فإنه قال : الواجب التخيير بين القصاص وبين الدية . فعلى هذا إن طلب الأولياء من الجاني دفع الدية ، فإنه يجبر على ذلك إن كان مليا . إلا أن المشهور عن الإمام مالك رحمه الله هو ما قاله ابن القاسم . قال ابن يونس : قال مالك : وقاتل العمد يطلب منه الأولياء الدية فيأبى إلا أن يقتلوه فليس لهم إلا القتل . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٤٠/٤) ومواهب الجليل (٢٣٤/٦) ، والكافي ص ٥٩٠ .

(٣) في ب و ج (من موجبه) . (٤) في ب و ج (أوجب) وهو تحريف .

(٥) في موجب العمد عند الشافعية قولان : أحدهما : أن موجب قتل العمد القصاص وحده ، ولا تجب الدية . إلا بالاختيار . والقول الثاني : أن موجبه أحد الأمرين من القصاص والدية . وأصحهما الأول . وعلى القولين للولي عفو على الدية بغير رضي الجاني . والفرق بين هذين القولين : أنه إذا قلنا إن الواجب هو القصاص وحده ، فعفا عن القصاص مطلقا ، سقط القصاص ولم تجب الدية . لأنه لا يجب له غير القصاص وقد أسقطه بالعفو . وإن قلنا : إنه يجب أحد الأمرين ، فعفا عن القصاص وجبت الدية . لأن الواجب أحدهما . فإذا ترك أحدهما وجب الآخر . وإن اختار الدية سقط القصاص وثبت المال ولم يكن له أن يرجع إلى القصاص . وإن قال : اخترت القصاص فهل له أن يرجع إلى الدية ، فيه وجهان . أحدهما : له أن يرجع . لأن القصاص أعلى فجاز أن ينتقل إلى الأدنى . والثاني : ليس له أن يرجع إلى الدية . لأنه تركها فلم يرجع إليها كالقصاص . انظر : المهذب للشيرازي (١٨٨/٢) ومغنى المحتاج (٤٨/٤) . أما عند الحنابلة فقد اختلفت الرواية عن الإمام أحمد رحمه الله . فروي عنه أن موجبه القصاص عينا . وروي عنه أن موجبه أحد شيئين : القصاص أو الدية . والرواية الثانية هي المذهب عند الحنابلة . قال المرداوي : والواجب بقتل العمد أحد =

٢٦٥٦٧ – والدليل على أن (موجبه) [١] القود قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [٢] .

٢٦٥٦٨ – وقال النبي ﷺ « العمد قود » [٣] . وقال في قصة الرُّبيِّع [٤] :

٢٦٥٦٩ – « كتاب اللَّه القصاص » [٥] معناه : حكم اللَّه ، فمن زعم أن له موجبا آخر خالف الظاهر .

٢٦٥٧٠ – ولأنه أحد نوعي القتل ، فكان له موجب واحد كالخطأ .

٢٦٥٧١ – ولأنه معنى يوجب القتل ، فلم يتنوع موجبه كالردة .

= شيئين : القصاص أو الدية في ظاهر المذهب ، وله العفو إلى الدية وإن سخط الجاني . هذا المذهب المشهور المعمول به في المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه : أن الواجب القصاص عينا . فعلى المذهب : الخيرة إلى الولي ، فإن شاء اقتص ، وإن شاء أخذ الدية . وإن شاء عفا إلى غير شيء . والعفو أفضل بلا نزاع في الجملة . انظر : الإنصاف (٥/٣/١٠) . والمغني والشرح الكبير (٤٧٤/٩) . ومما سبق يمكن أن نقول إنه لا خلاف بين المذاهب الأربعة فيما إذا تعينت القود جزما كما إذا قتل المرتد مرتدا فإن الواجب فيه القود جزما . أو تعينت الدية جزما كما إذا كان القصاص لجماعة فعفا بعضهم سقط حق الباقين عن القصاص إلى الدية . وإنما محل الخلاف في العمد الذي تدخله الدية . هل للولي أن يأخذ الدية بغير رضي القاتل أم لا . فذهب الحنفية والمالكية في المشهور وهو رواية عن الإمام أحمد إلى أنه ليس للولي أخذ الدية من غير رضي القاتل . وذهب الشافعية والمالكية في مقابل المشهور وهو رواية عن الإمام أحمد إلى أن للولي أخذه من غير رضي القاتل .

(١) كذا في أ ، وفي ب و ج (موجب) وهو تحريف .

(٢) وتمام الآية الكريمة : سورة المائدة الآية رقم ٤٥ . ووجه الاستدلال بالآية الكريمة : أن المراد به القتل العمد لأن اللَّه تعالى أوجب الدية في القتل خطأ بقوله تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾ . انظر : تبيين الحقائق (٩٨/٦) . واعترض المخالف على الاستدلال بالآية بأن الاقتصار في الآية على بعض ما يجب لا يدل على أنه لا يجب غيره . فوجب القود بالآية والدية بحديث أبي شريح . انظر : الحاوي (٩٦/١٢) وسبل السلام (٤٩٢/٣) .

(٣) الحديث سبق تخريجه . انظر : ص ٨٧ ، ووجه الاستدلال بالحديث الشريف : أن الألف واللام للجنس لعدم العهد . فيقتضي أن جنس العمد موجب للقود لا المال . ومن جعله موجبا للمال فقد زاد عليه ، وهو لا يجوز . وإلى هذا أشار ابن عباس ﷺ بقوله : العمد قود لا مال فيه . انظر : تبيين الحقائق (٩٨/٦) .

(٤) الرُّبيِّع : بنت النضر الأنصارية . أم حارثة بن سراقة المستشهد بين يدي رسول اللَّه ﷺ . وهي عمة أنس ابن مالك بن النضر بن ضمضم الأنصاري . وهي أخت أنس بن النضر . وقد بشر رسول اللَّه ﷺ ابنها حارثة بالجنة . (انظر : الاستيعاب (٣٩٧/٤) برقم ٣٣٧١ وفتح الباري (٢٦/٦)

(٥) الحديث سبق تخريجه . انظر ص ٥٣ ، ووجه الاستدلال بالحديث الشريف : أن النبي ﷺ لم يخير . ولو كان المال واجبا لخير . إذ من وجب له أحد شيئين على الخيار لا يحكم له بأحدهما معينا ، وإنما يحكم له بأن يختار أيهما شاء . انظر : تبيين الحقائق (٩٩/٦) .

٢٦٥٧٢ - ولأنه قتل على وجه الزجر ، فكان له موجب واحد كالقتل في قاطع الطريق . ولا يجوز أن يقال [١] : (إن) [٢] في هذه المواضع لا يجوز أخذ المال بالتراضي ، وفي مسألتنا يجوز أخذه بالتراضي . لأن جواز أخذ المال عن الشيء بالتراضي لا يدل على أخذه بغير رضي كالطلاق .

٢٦٥٧٣ - ولأن القصاص يسقط بالشبهة . والمال لا يسقط بالشبهة . فلم يجز اجتماعهما بسبب واحد كالمهر والحد في الزانية المطاوعة .

٢٦٥٧٤ - ولأنه متلف [لمثل] [٣] ، فلم يجب بإتلافه المثل وغير المثل كالمكيلات والموزونات [٤] .

٢٦٥٧٥ - وأما الدليل على إبطال القول الآخر [٥] : فلأنه قادر على استيفاء حقه من جنسه بكماله ، فلا يجوز الانتقال (إلى غير) [٦] جنس الحق من غير تراض أصله الديون .

٢٦٥٧٦ - ولا يلزم [٧] إذا قطع يمين رجل ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع ، أو شجه فاستغرق قرنيه و (جبين) [٨] (الشاج [أضيق] [٩] كان ضامنا ، لما لم يقدر على استيفاء جنس حقه بكماله ، وجاز له العدول إلى) [١٠] بدل يستدرك فيه كمال

---

(١) هذا جواب الإمام القدوري عن اعتراض المخالف على القياس على الردة وقاطع الطريق بأنه قياس مع الفارق . قال الشيرازي : هناك تجب لحق الله تبارك وتعالى ، ولهذا لا يجوز أخذ المال فيه بالرضا . وها هنا يجوز . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٥ . (٢) زيادة من ب و ج .

(٣) في النسخ الثلاثة (لفضل) . ولعله من النساخ . والله أعلم .

(٤) اعترض على هذا القياس بوجود الفارق . قال ابن قدامة : ويخالف القتل سائر المتلفات . لأن بدلها لا يختلف باختلاف القصد وعدمه . والقتل بخلافه . انظر : الشرح الكبير (٤٧٤/٩) .

(٥) وهو قول الإمام الشافعي رحمه الله : إن موجب العمد القود ، والدية بدل عند سقوطه .

(٦) في ج (لغير) .

(٧) هذا جواب عن اعتراض المخالفين على قياس الحنفية على الديون . قال الشيرازي : ولأن القصاص يجوز تركه إلى غير جنس الدية بالتراضي ، فجاز تركه إلى جنس الدية بغير تراض كما لو كانت يد الجاني أنقص الأصابع أو رأسه أصغر . انظر : النكت ورقة ب ٢٥٥ . وكذلك المغني والشرح الكبير (٤٧٤/٩) حيث قال ابن قدامة : وينتقض ما ذكروه بما إذا كان رأس الشاج أصغر أو يد القاطع أنقص . فإنهم سلموا فيهما .

(٨) في ب و ج (جنس) وهو تحريف .

(٩) ما بين المعقوفين ساقط من ب و ج . وهو في أ (أوسع) وهو خطأ . والصواب ما أثبته بناء على ما ذكره الإمام الشيرازي وابن قدامة .

(١٠) قوله : الشاج أضيق - إلى آخر قوله : وجاز له العدول إلى . ساقط من ب و ج .

حقه . يبين ذلك : أن القصاص مماثلة ، فهو كوجوب الحنطة بإتلاف الحنطة .

٢٦٥٧٧ - فإن قيل : المعنى في المكيل (أنه) [١] لو وجد بعض حقه وجب أخذه والانتقال في [بعضه] [٢] إلى البدل ، كذلك إذا وجد جميع حقه لم يجز الانتقال . وفي مسألتنا إذا كان القاطع ناقص الأصابع فليس له أن يأخذ اليد وأرش الإصبع الفائتة . بل يعدل إلى البدل ، كذلك إذا وجد جميع حقه جاز أن يعدل إلى البدل . [٣]

٢٦٥٧٨ - قلنا : حق صاحب الطعام في جملة حقه وفي (كل) [٤] جزء منه ، فإذا وجد البعض فقد وجد حقه .

٢٦٥٧٩ - وفي مسألتنا (القطع) [٥] لم يتعلق حقه بكل جزء من اليد ، بدلالة أنه لو أراد قطع الأصابع أو بعضها لم يجز . وإنما حقه في القطع من الزَنْد . وفقد الأصابع نقص في ذلك . فقدر على حقه ناقصا . وأما أن يقال : قدر على بعض حقه بكماله (فلا) [٦] نسلم ذلك .

٢٦٥٨٠ - ولأن القتل لا يجوز الانتقال عن موجبه إلى غيره إلا بالتراضي أصله الخطأ .

٢٦٥٨١ - فإن قيل : في الخطأ (يثبت) [٧] له (البدل الأدنى) [٨] ولا يجوز له الانتقال إلى الأعلى ، (يثبت) [٩] له الأعلى فجاز أن ينتقل إلى الأدنى بغير تراض [١٠] .

٢٦٥٨٢ - قلنا : هذا يبطل إذا ثبت له القصاص فقال : أنا أقتصر على قطع الطرف لأبقى [النفس] [١١] لم يجز ، وإن كان الفعل انتقل من الأعلى إلى الأدنى ، (وكذلك في الدية لا يجوز أن ينتقل إلى عبد قيمته بعض الدية إلا بالتراضي ، وإن كان انتقل من الأعلى

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٢) في النسخ الثلاثة (نفسه) ولعله تحريف . والصواب ما أثبته ليستقيم الكلام .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٥ وعبارته : ثم هناك لو وجد بعض حقه لم يجز فيما وجد الانتقال إلى بدله . وها هنا يجوز .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٥) في ب و ج (بقطع) وهو تحريف .

(٦) في ب و ج (فلم) .

(٧) في ب و ج (ثبت) .

(٨) في ب و ج (اليد الأولى) وهو تحريف .

(٩) في ب و ج (ثبت) .

(١٠) انظر : الحاوي للماوردي (١٢/٩٦) وعبارته : إن القود أغلظ والدية أخف . فملك إسقاط الأغلظ بالأخف . ولم يملك إسقاط الأخف بالأغلظ .

(١١) في النسخ الثلاثة (العين) ولعله تحريف ، وما أثبته أقرب لسياق الكلام .

إلى الأدنى) [١] (إلا) [٢] أنه من غير جنس حقه ، فلم يجز أخذه إلا بالرضا .

٢٦٥٨٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ﴾[٣] وهذا خطاب للقاتلين . ثم قال : ﴿ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ ﴾ فالمعفو هو القاتل ، والعافي (هو) [٤] ولي المقتول . ثم قال تعالى : ﴿ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ ﴾ فالظاهر أن الاتباع يقع بمجرد العفو عنه ، فمن قال لا يثبت إلا برضاه فقد ترك الآية [٥] .

٢٦٥٨٤ - وقال الشافعي [رحمه الله] : حقيقة العفو هو الترك (بغير) [٦] تراض . يقال : عفوت عن حقي بمعنى تركته . ويحمل على البذل [مجازا] [٧] فلا يترك الحقيقة إلى المجاز [٨] .

---

(١) قوله : وكذلك في الدية - إلى آخر قوله - إلى الأدنى . ساقط من ب و ج .

(٢) ساقط من ج .

(٣) وتمام الآية الكريمة : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖۗ ذَٰلِكَ تَخۡفِيفٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَرَحۡمَةٞۗ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ بَعۡدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٞ ﴾ سورة البقرة الآية رقم ١٧٨

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) انظر : الحاوي (٩٥/١٢) حيث استدل الماوردي بالآية الكريمة فقال : معناه : فمن عفي له عن القصاص ، فليتبع الولي الدية بمعروف ويؤديها القاتل بإحسان . فجعل للولي الاتباع وعلى القاتل الأداء . فلما تفرد القاتل بالأداء وجب أن ينفرد الولي بالاتباع ولا يقف على المراضاة . وانظر كذلك : المغني والشرح الكبير (٤٧٤/٤٧٣/٩) . وما قاله الشافعية ومن معهم إنما هو إحدى التأويلات الواردة في كتب التفسير . والعفو في هذا القول بمعنى الترك . والتأويل الثاني : أن ﴿ مِنۡ ﴾ يراد به الولي . و ﴿ عُفِيَ ﴾ : بمعنى يُسّر . والأخ يراد به القاتل . وشيء يراد به الدية . والعفو في هذا القول بمعنى البذل والعطاء . وقد رجح الإمام أبو حنيفة ومن معه معنى البذل والعطاء . بينما رجح الإمام الشافعي ومن معه معنى الترك والإسقاط . انظر : أحكام القرآن لابن العربي (٦٧/١) وأحكام القرآن للقرطبي (٢٥٣/٢) . وقد أجاب الإمام الطحاوى عن استدلال الشافعية ومن معهم بالآية الكريمة فقال : ما في هذا دليل على ما ذكرتم . وقد يحتمل ذلك وجوهًا : أحدهًا ما وصفتم ، ويحتمل أيضًا ﴿ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ ﴾ على الجهة التي قلنا برضاء القاتل أن يعفو عنه على ما يؤخذ منه . وقد يحتمل أيضًا أن يكون ذلك في الدم الذي يكون بين جماعة . فيعفو أحدهم ، فيتبع الباقون القاتل بحصصهم من الدية بالمعروف ويؤدى ذلك بإحسان . هذه تأويلات قد تأولها العلماء في هذه الآية . فلا حجة لبعضهم فيها على بعض إلا بدليل آخر في آية أخرى متفق على تأويلها أو سنة أو إجماع . انظر: شرح معاني الآثار (١٧٦/٣) .

(٦) في ج (لغير) .

(٧) في النسخ الثلاثة (مجاز) والصواب ما أثبته .

(٨) انظر : الأم (١٠/٦) حيث قال الإمام الشافعي رحمه الله : إن الله عز وجل إذ ذكر القصاص ثم قال : ﴿ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾ لم يجز - والله أعلم - أن يقال : إن عفي : إن صولح على أخذ الدية . لأن العفو ترك حق بلا عوض . فلم يجز إلا أن يكون إن عفي عن القتل . فإذا عفي =

٢٦٥٨٥ – قلنا : إن الشافعي [رَحِمَهُ ٱللَّهُ] عادل في تأويل هذه الآية عن الآثار وحقيقة اللغة ، فأما الأثر فقد روي عن مجاهد (١) عن ابن عباس (٢) [رضي الله عنه] : إن بني إسرائيل كان فيهم القصاص لا يجوز قبول الدية ، (فأباح اللّه تعالى للولي قبول الدية) (٣) ونسخ ما كان تخفيفا ، ولهذا قال اللّه تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ تَخۡفِيفٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَرَحۡمَةٞۗ ﴾ (٤) وقال الشعبي (٥) : نزلت في حيين كان لأحدهما طول على الآخر ، فكانوا يتزوجون نساءهم بغير مهور ، فقتل الحي المفضول قتيلًا من الحي الفاضل ، فحلف الحي الأفضل أن يقتل الرجل بالمرأة ، والحر بالعبد ، وأن يضاعفوا الجراح .

٢٦٥٨٦ – فاختصموا إلى النبي ﷺ فقال : « القتل سواء » فاصطلحوا على الديات يفضل لأحد الحيين فضل على الآخر ، فقال اللّه تعالى : ﴿ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ ﴾ يعني : فمن فضل له شيء من الديات التي وقع [الاصطلاح عليها] (٦) فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان (٧) . هذا قول السلف في الآية ، ولم ينقل عن أحد منهم ما قاله مخالفونا ، فوجب المصير إلى الأثر في التأويل .

٢٦٥٨٧ – وأما اللغة ، فقوله : ﴿ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ ﴾ لا يجوز أن يكون من عفا

= لم يكن إليه سبيل . وصار للعافي عن القتل مال في مال القاتل ، وهو دية قتيله ، فيتبعه بمعروف ويؤدى إليه القاتل بإحسان . وإن كان إذا عفا عن القاتل لم يكن له شيء ، لم يكن للعافي أن يتبعه ولا على القاتل أن يؤديه بإحسان .

(١) هو مجاهد بن جبْر . ويقال ابن جُبير ، والأول أصح . أبو الحجاج المكي الأسود . مولى السائب بن أبي السائب المخزومي . الإمام ، شيخ القراء والمفسرين . روي عن ابن عباس ، وعنه أخذ القرآن والتفسير والفقه . فقد روي عنه أنه قال : عرضت القرآن على ابن عباس ثلاثين مرة . وروى عن ابن عمر وأبي هريرة وغيرهم . وروى عنه كثيرون . قال يحيى بن معين : مجاهد ثقة . ولد سنة ٢١ هـ في خلافة عمر وتوفي بمكة سنة ١٠١ هـ . وقيل غير ذلك . انظر : تهذيب الكمال (٢٢٨/٢٧) ترجمة ٥٧٨٣ وسير أعلام النبلاء (٤٤٩/٤) ترجمة ١٧٥ والجرح والتعديل (٣١٩/٨) .

(٢) سبق ترجمته .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) هذا الأثر عن ابن عباس رضي اللّه أخرجه الإمام البخاري في صحيحه ، كتاب تفسير القرآن . باب ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ – إلى قوله – عَذَابٌ أَلِيمٞ ﴾ (١٦٣٦/٤) برقم ٤٢٢٨ . والنسائي في كتاب القسامة سنن النسائي (٣٦/٨) برقم ٤٧٨١ . والبيهقي في السنن الكبرى (٥١/٨) .

(٥) سبق ترجمته .

(٦) في النسخ الثلاثة (القصاص) وهو خطأ . والصواب ما أثبته بناء على ما ذكره الإمام أبو بكر الجصاص في أحكام القرآن (١٨٦/١) والإمام القرطبي في تفسيره (٢٥٤/٢) .

(٧) انظر : تفسير الطبري (١١٠/٢) وأحكام القرآن للجصاص (١٨٦/١) وتفسير القرطبي (٢٥٤/٢) .

(الأثر) [١] إذا درس ، (ولا) [٢] من عفا أي صفا ، كما يقال لك : عفو هذا الشيء أي صفوه . [ولا] [٣] من عفا (البنت أو البنين) [٤] ، (ولا من) [٥] عفا اللَّه عنكم ، لأنه في جميع هذه الوجوه لا يتعدى فيبنى للمفعول به ، المرتفع به مفعول به وهو ﴿ شَيْءٌ ﴾ [٦] ، فبقي أن يكون من قولهم : قد عفا فلان فلانا يعفو عفوًا ، أو (اعتفاه) [٧] بقتله إذا (احتداه) [٨] وطلب بماله .

---

(١) كذا في ب و ج . وفي أ (الأمر) وهو تحريف .

(٢) كذا في ج . وفي أ و ب (ولأن) وهو تحريف .

(٣) في النسخ الثلاثة (ولأن) وهو تحريف . والصواب ما أثبته .

(٤) كذا في النسخ الثلاثة ، ويحتمل أن يكون صواب العبارة (النبت والشعر) كما جاء في لسان العرب (٣٠٢١/٤) مادة عفو .

(٥) في ب و ج (ولأن) وهو تحريف .

(٦) ما ذكره الإمام القدوري رحمه الله من أن كلمة عفا لا تتعدى في تلك الوجوه غير مسلم به في بعضها . فقد ذكر أهل اللغة أن أكثر هذه الوجوه لكلمة عفا قد تتعدى فتستعمل لازمًا ومتعديا . فمثلا : قولهم عفا الأثر بمعنى درس قد تتعدى . جاء في لسان العرب (٣٠٢١/٤) مادة عفا ما نصه : وعفا المنزل ، يعفو ، وعفت الدار ونحوها عفاء وعُفوا وعَفَّت وتعفَّت تعفِّيا : درست . يتعدى ولا يتعدى . عَفَتْها الريح وعفَّتْها . وانظر كذلك : الصحاح للجوهري (٢٤٣٢/٦) والمصباح المنير (٥٧٢/٢) . وكذلك قولهم : عفا النبت والشعر قد تتعدى . جاء في لسان العرب (٣٠٢١/٤) ما نصه : عفا بمعنى كثر . يتعدى ولا يتعدى أيضًا مثل : عفا الشعر : كثر وطال . وعفوته أي كثرته . يُعَدَّى أيضًا بالهمزة فيقال : أعفيت . وانظر كذلك : المصباح المنير (٥٧٢/٢) . وأما عفا بمعنى صفا فهو لا يتعدى كما قاله الإمام القدوري . فلم أعثر في كتب اللغة على أنه قد يتعدى . قال الجوهري : وعفا الماء : إذا لم يطرقه شيء يكدره . انظر : الصحاح (٢٤٣٣/٦) . وأما عفا بمعنى البراءة والصفح فإنه يتعدى . ولكنه يتعدى بعن . كما قال تعالى : ﴿ عَفَا ٱللَّهُ عَنكَ ﴾ ﴿ وَيَعْفُواْ عَن كَثِيرٍ ﴾ قال ابن سيده في المخصص (٨٢/١٣) : عفوت عن ذنبه عفوا ، وفلان عفو عن الذنب . وكذلك عفا بمعنى طَلَبَ الفضل . هو كما قال الإمام القدوري . فقد جاء في لسان العرب (٣٠٢١/٤) مادة عفا : وعفاه يعفوه : أتاه . وقيل : أتاه يطلب معروفه . والعفو : المعروف . والعفو : الفضل . وعفوت الرجل : إذا طلبت فضله . والعافية والعُفاة والعُفَّى : الأضياف وطلاب المعروف . وانظر كذلك : الصحاح (٢٤٣٣/٦) حيث قال الجوهري : وعفوته : أي أتيته أطلب معروفه . واعتفيته مثله . وانظر أيضًا : مجمل اللغة لابن فارس (٢٨٣/٢٨٢/٣) . والخلاصة : إن كلمة عفا تأتي في اللغة على معان عدة منها : ١ - العطاء والفضل والبذل ٢ - الإسقاط والبراءة ٣ - الكثرة ٤ - الذهاب والاندراس ٥ - طلب الفضل ٦ - الصفاء . والذي يعنينا في هذا المقام هو معنيان : العطاء والإسقاط . فرجح الإمام أبو حنيفة ومن معه معنى العطاء . بينما رجح الإمام الشافعي معنى الإسقاط . وبالرجوع إلى كتب اللغة ترجح معنى الفضل والعطاء . قال الأزهري : الأصل فيه أن كلمة العفو في موضوع اللغة : الفضل . والعفو الفضل . قال تعالى : ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ ٱلْعَفْوَ ﴾ أي الفضل . انظر : تهذيب اللغة (٢٢٦/٣) .

(٧) في ب و ج (اعتفا) .

(٨) في ب و ج (احتده) وهو تحريف . واحتدى بمعنى تبع . انظر : المعجم الوسيط (١٦٨/١) مادة حدا .

٢٦٥٨٨ - قال الأعشى (١) :

[تطوف العفاة بأبوابه كطوف النصارى ببيت الوَثَنْ] (٢)

٢٦٥٨٩ - أراد بالعفاة المحتدين الطالبين ، وأحدهم عاف . قال ابن الأنباري (٣) : يقال : [أعفيت الشعر] (٤) وعَفَوْتُه : إذا زدت فيه وكَثَّرتُه (٥) .

٢٦٥٩٠ - وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من أحيا أرضًا ميتة (٦) فهي له ، [وما أكلت العافية فهو له صدقة] » (٧) .

---

(١) هو ميمون بن قيس بن جندل . أبو بصير ، يقال له أعشى قيس ، وأعشى بكر بن وائل . والأعشى الكبير . لقب بالأعشى لضعف بصره ، وعمي في أواخر عمره . يعد في الطبقة الأولى من شعراء الجاهلية . وأحد أصحاب المعلقات . أدرك الإسلام ولم يسلم . أخباره كثيرة ومدائحه لملوك العرب والفرس مشهورة . ولد وتوفي باليمامة قرب مدينة الرياض . (انظر : الأغاني للأصفهاني (٥/١٢) والأعلام للزركلي (٣٤١/٧) ومعجم الشعراء للمَرْزُباني ص ٣٢٥)

(٢) في النسخ الثلاثة : تطوف العفاة كطواف النصارى ببيت الوَثَن . وما أثبته هو الموجود في ديوان الأعشى ولسان العرب . والعفاة في البيت : الأضياف وطلاب المعروف . والعافي : كل من جاءك يطلب فضلا أو رزقا فهو عاف ومعتف . انظر : ديوان الأعشى ص ٢٠٩ دار صادر بيروت دون سنة الطبع . ولسان العرب مادة عفا (٣٠٢٢/٣٠١٩/٤) .

(٣) هو محمد بن القاسم بن محمد بن بشار ، أبو بكر الأنباري النحوي . نسبة إلى أنبار بلدة قديمة على مسيرة يومين من بغداد . إمام في اللغة والقراءات . صاحب التصانيف في النحو والأدب . من مصنفاته : كتاب غريب الحديث وكتاب الأضداد وغيره . ولد سنة ٢٧١ هـ وتوفي سنة ٣٢٨ هـ .
(انظر : وفيات الأعيان (٤٦٣/٣) وطبقات النحاة واللغويين ص ٢٣٣)

(٤) في ب و ج (عفت الشيء) و في أ (عفيت الشيء) والصواب ما أثبته بناء على ما ورد في كتاب الأضداد لابن الأنبارى .

(٥) انظر : كتاب الأضداد لابن الأنبارى ص ٨٧ تحقيق : محمد أبو الفضل إبراهيم المكتبة العصرية بيروت ١٩٨٧م حيث جاء فيه ما نصه : ويقال : أعفيت الشعر وعفوته : إذا كثّرته وزدت فيه .

(٦) قوله أرضًا ميتة : أي الخربة التي لم تعمر قط . انظر : طلبة الطلبة ص ٣١٥ .

(٧) ما بين المعقوفين لا توجد في النسخ الثلاثة . وهو جزء من الحديث الشريف . والظاهر من سياق الكلام أن هذا الجزء هو محل الاستشهاد . لأن كلمة العافية الواردة في الحديث تعنى كل من جاءك يطلب فضلا أو رزقا . فهو عاف ومعتف وجمعه عفاة . وقد تكون العافية في هذا الحديث من الناس وغيرهم . انظر : تهذيب اللغة للأزهري (٢٢٤/٣) والحديث أخرجه الإمام أحمد في المسند (٣٣٨/٣) عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « من أحيا أرضًا ميتة فهي له . وما أكلت العافية فهو له صدقة » فقال رجل : يا أبا المنذر ، قال أبو عبد الرحمن : أبو المنذر هشام ابن عروة . ما العافية ، قال : ما اعتافها من شيء . وأخرجه الدارمي بلفظ قريب . انظر : سنن الدارمي كتاب البيوع باب من أحيا أرضًا ميتة فهي له (٣٤٦/٢) برقم ٢٦٠٧ .

٢٦٥٩١ - من [١] احتدي له شيء من (أجل) [٢] قتل أخيه ، فعليه اتباع بالمعروف وله أداء إليه بإحسان . (رفع) [٣] بالابتداء وخبره محذوف ، و [أداء] [٤] جملة أخرى من مبتدأ وخبر فقد حذف الخبر منهما ، وهما جميعا [جزاء] [٥] الشرط [٦] . وقد جاء حذف الخبر من الجزاء في القرآن ، قال اللّه تعالى : ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ ﴾ [٧] تقديره : فعليه فدية من صيام [٨] ، وكذلك قوله : ﴿ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ [٩] ﴾ [١٠] (تقديره) [١١] : فعليه ما استيسر [١٢] ، فأفادت الآية أن الولي إذا بذل له المال فهو مندوب إلى (قبوله) [١٣] .

٢٦٥٩٢ - ونظيره قوله تعالى في المائدة بعد ذكر القصاص : ﴿ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ﴾ [١٤] ثم قال : ﴿ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ بمعنى أن الباذل للمال يجب عليه إذا قبل

---

(١) هذا تأويل الآية الكريمة . ويحتمل أن تكون هناك عبارة ساقطة من النسخ الثلاثة .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . (٣) في ب و ج (وقع) وهو تحريف .

(٤) في النسخ الثلاثة (وإذا) وهو تحريف . والصواب ما أثبته .

(٥) في النسخ الثلاثة (خبرا في) . ولعله تحريف . والصواب ما أثبته .

(٦) ورد في إعراب القرآن (٢٣٢/١) للنحاس المتوفى سنة (٣٣٨) هـ ما يلي :﴿ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ ﴾ : شرط . والجواب : ﴿ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ . وهو رفع بالابتداء . والتقدير : فعليه اتباع بالمعروف . وقال الرازي في تفسيره (٥٤/٥) : ﴿ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ : رفع لأنه خبر لمبتدأ محذوف تقديره : فحكمه اتباع . أو هو مبتدأ خبره محذوف تقديره : فعليه اتباع بالمعروف . فعلى هذا يكون ما قاله الإمام القدوري في إعراب الآية الكريمة موافقا لما جاء في كتب التفسير .

(٧) وتمام الآية الكريمة : ﴿ وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ ۚ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ ۖ وَلَا تَحْلِقُوا۟ رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْهَدْىُ مَحِلَّهُۥ ۚ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ۚ فَإِذَآ أَمِنتُمْ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ ۚ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِى ٱلْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ ۗ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ ۗ ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُۥ حَاضِرِى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ ﴾ سورة البقرة الآية رقم ١٩٦ .

(٨) انظر : تفسير القرطبي (٣٨٢/٢) . (٩) كذا في ج ، وهو ساقط من أ و ب .

(١٠) جزء من الآية الكريمة السابقة ، سورة البقرة الآية ١٩٦ .

(١١) في ج (تقدير) .

(١٢) قال الإمام القرطبي في تفسيره (٣٧٨/٢) : ما : في موضع رفع . أي فالواجب أو فعليكم ما استيسر . ويحتمل أن يكون في موضع نصب . أي فانحروا أو فاهدوا .

(١٣) كذا في أ و ج ، وفي ب (قوله) وهو تحريف .

(١٤) وتمام الآية الكريمة ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ =

منه أن يؤديه بإحسان . وهذا تأويل موافق (للأثر) [١] ومقتضى اللغة .

٢٦٥٩٣ – وما ذكره الشافعي [رَحِمَهُ اللهُ] من حقيقة اللغة غلط ، لأن العفو الذي هو البراءة والإسقاط لا يتعدى ، فكيف قال [٢] تعالى [٣] : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ ﴾ فيرتفع به . [٤] .

٢٦٥٩٤ – فإن قيل : (نحن رددنا) [٥] الكناية في قوله : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ ﴾ إلى مذكور متقدم وهو القاتل ، وأنتم رددتم الكناية إلى الولي ، (ولم) [٦] يجر له ذكر .

٢٦٥٩٥ – قلنا : نحن رددنا الكناية إلى مذكور (لأن تقديره) [٧] : فمن احتدى له . فالكناية ترجع إلى الولي . (وهو قوله : ﴿ فَمَنْ ﴾ ، و رَدُّ الكناية إلى أقرب المذكورين أولى) [٨] .

٢٦٥٩٦ – قالوا : حملتم قوله : ﴿ فَٱتِّبَاعٌۢ ﴾ على الندب ، ونحن نحمله على الوجوب .

٢٦٥٩٧ – قلنا : خبر المبتدأ محذوف على قولكم وقولنا . لأن تقديرها عندكم : فعليه اتباع ، وعندنا : فله اتباع ، فتساوينا في ذلك . وأنتم تركتم حقيقة عفا ، لأنكم حملتموه على العفو الذي هو الإسقاط . وذلك لا يتعدى من المذكور في القرآن ، فتعدى إلى مفعول ارتفع به ، وهو قوله : ﴿ شَيْءٌ ﴾ ذلك لا يصح إلا في العفو الذي هو الطلب والاحتداء .

= ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ سورة المائدة الآية رقم ٤٥ .

(١) في ب و ج (الأثر) .

(٢) ساقط من ب .

(٣) زيادة من ب و ج .

(٤) فعلى هذا تكون كلمة عفا في الآية الكريمة بمعنى الفضل . وليس بمعنى الإسقاط . قال ابن العربي : لأن العفو إذا كان بمعنى الإسقاط وصل بكلمة عن ، كقوله تعالى : ﴿ وَٱعْفُ عَنَّا ﴾ وكقوله عليه الصلاة والسلام : « عفوت لكم عن صدقة الخيل » ٦٧ وقول الإمام القدوري هذا هو ما رجحه الإمام الزمخشري والبيضاوي . قال الإمام الزمخشري في تفسير الآية الكريمة : ولا يصح أن يكون ﴿ شَيْءٌ ﴾ في معنى المفعول به ؛ لأن عفا لا يتعدى إلى مفعول به إلا بواسطة . وقال البيضاوي : ﴿ شَيْءٌ ﴾ أي شيء من العفو ؛ لأن عفا لازم . فائدته الإشعار بأن بعض العفو كالعفو التام في إسقاط القصاص . وقيل : عفا بمعنى ترك . وشيء مفعول به وهو ضعيف ، إذ لم يثبت عفا الشيء بمعنى تركه بل أعفاه . انظر : تفسير البيضاوي (٢١٤/١) .

(٥) في ب (يجوز رددنا) وفي ج (يجوز ردنا) وهو تحريف .

(٦) في ب و ج (فلم) .

(٧) في ب و ج (كان تقديرها) .

(٨) قوله : وهو قوله – إلى آخر قوله – المذكورين أولى ساقط من ب و ج . وفيهما بدلا عنها (فلم يجر له ذكر) وهو خطأ .

٢٦٥٩٨ - قالوا : روي أبو شريح الكعبي [1] [ﷺ] أن النبي ﷺ قال : « ثم » [2] أنتم يا [خُزاعة] [3] (قد) [4] قتلتم هذا القتيل من هُذيل ، وأنا واللّه عاقله ، فمن قتل بعده قتيلًا فأهله بين خيرتين : إن أحبوا (قتلوا) [5] ، وإن أحبوا أخذوا العقل » [6] . وروي « إن أحبوا أخذوا الدية » [7]

٢٦٥٩٩ - قلنا : قد روي في هذا الخبر : « وإن أحبوا فادوا » [8] ،

---

(١) هو أبو شريح الخزاعي العدوي الكعبي . قيل : اسمه عبد الرحمن بن عمرو ، وقيل : عمرو بن خويلد . والمشهور خويلد بن عمرو بن صخر بن عبد العزى . أسلم قبل فتح مكة . كان يحمل أحد ألوية بني كعب من خزاعة الثلاثة يوم فتح مكة . روي عن النبي ﷺ وعن ابن مسعود ﷺ . توفي بالمدينة سنة ٦٨ هـ . (انظر : تهذيب الكمال (٤٠٠/٣٣) ترجمة ٧٤٢٤ وطبقات ابن سعد (٢٩٥/٤)

(٢) في النسخ الثلاثة (لم) وهو تحريف . والصواب ما أثبته .

(٣) في النسخ الثلاثة (جماعة) وهو تحريف . والصواب ما أثبته .

(٤) ساقط من ج . (٥) ساقط من ب و ج .

(٦) الحديث سبق تخريجه . ووجه الاستدلال بالحديث الشريف : هو أن الرسول ﷺ قد خير ولي المقتول بين القود وأخذ الدية دون أن يشترط رضا الجاني على دفع الدية . انظر : الأم (١٠/٦) والحاوي للماوردي (٩٦/١٢) والمغني والشرح الكبير (٤٧٤/٩) . وقد أجاب الحنفية على استدلال الشافعية بهذا الحديث من وجوه : فقالوا أولًا : إنه محمول على ما إذا رضي الجاني على دفع الدية . وإنما لم يذكر رضا القاتل لأن ذلك معلوم ببديهة العقل . لأن العاقل يدفع الهلاك عن نفسه بأداء المال إن أمكن . ثانيًا : أن المراد من الحديث أن لا يجبر الولي على أخذ الدية شاء أو أبي . لا أن له أن يجبر غيره على أداء الدية ؛ لأن التخيير من الشرع تجويز الفعلين وبيان المشروعية فيهما ونفي الحرج عنهما . كقوله عليه الصلاة والسلام في الربويات : « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » معناه تجويز البيع مفاضلة ومماثلة بمعنى نفي الحرج عنهما . وليس فيه أن يستقل به دون رضا المشترى . فكذا هنا جواز القصاص وجواز أخذ الدية . وليس فيه استقلال يستغني به عن رضا القاتل . انظر : المبسوط (٦٤/٢٦) وعمدة القاري (٢٩٣/١٠) . ثالثا : يمكن الجمع بينه وبين حديث (كتاب اللّه القصاص) حتى تتفق معاني الآثار . قال الإمام الطحاوى : قد روي عن أبي شريح أنه قال : قال رسول اللّه ﷺ : « من أصيب بدم أو خبل - يعنى بالخبل الجراح - فوليه بالخيار بين إحدى ثلاث : بين أن يعفو ، وبين أن يقتص ، وبين أن يأخذ الدية . فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه . فإن قبل واحدة منهن ثم عدى بعد ذلك فله النار خالدًا فيها مخلدًا » فيجعل قول رسول اللّه ﷺ فيهما « فهو بالخيار بين أن يعفو ، وبين أن يقتص ، وبين أن يأخذ الدية » على الرضا من الجاني بغرم الدية . حتى تتفق معاني هذين الحديثين ومعنى حديث أنس ﷺ « كتاب اللّه القصاص) . انظر : شرح معاني الآثار (١٧٤/٣) .

(٧) أخرجه ابن ماجه بلفظ : « وإن شاءوا أخذوا الدية » في كتاب الديات باب من قتل عمدًا فرضي بالدية . سنن ابن ماجه (٨٧٧/٢) برقم ٢٦٢٦ .

(٨) لم أجد رواية للحديث بهذا اللفظ . والذي وجدته بلفظ : يفادى و أيضًا بلفظ : يُفدَي . فقد أخرجه النسائي عن أبي هريرة « بلفظ إما أن يُفدَى » بالبناء للمجهول . انظر سنن النسائي (٣٨/٨) ويُفْدَى : بضم =

(والمفاداة) [١] لا تكون إلا بالتراضي ؛ لأنها مفاعلة . [٢]

٢٦٦٠٠ – فإن قيل : نقول باللفظين [٣] .

٢٦٦٠١ – قلنا : الخبر واحد ؛ فأصل اللفظ إن كان المفاداة فلا حجة لهم فيه ، فلم يصح إثبات اللفظين عن رسول الله ﷺ حتى يحتج بأحدهما [٤] ، ولأن قوله : « وإن أحبوا أخذوا العقل » فالعقل عبارة عما (تؤديه) [٥] العاقلة [٦] ، لا يكون في العمد إلا بالتراضي . وإنما يجب عندهم المال على القاتل ، وإن كان اللفظ : « وإن أحبوا أخذوا الدية » فحقيقة الدية ما يُودَى [٧] ، وذلك لا يكون إلا فيما بذله القاتل وأدَّاه . فأما ما

= أوله وفتح ثالثه مبنيًا للمفعول . أي يُعطَى الدية . انظر : إرشاد الساري (٢٤٨/٤) وأخرجه البيهقي بلفظ : « إما أن يقاد وإما أن يفادى » وبلفظ : « إما أن يقتل وإما أن يفادى أهل القتيل » عن الأوزاعي عن يحيى بن كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة . انظر : السنن الكبرى (٥٣/٨) ورواه أيضًا ابن حزم في المحلى (٤٠/١٢) . قال الإمام نجم الدين النسفي : وكلمة فادوا : جمع قولك فادى . وهو فعل ماض من المفاداة . وهي ما بين اثنين من أحدهما دفع الفداء ومن الآخر أخذه . وقال : ودلت اللفظة على أن أخذ الدية ليس باختيار من له القصاص وحده بأن يترك القصاص ويأخذ المال من غير رضا من عليه القصاص ، وإن تعلق الخصم بظاهره لإثبات ذلك له ، لما أن المفاداة تقوم باثنين : بالفادي وبالقاتل ، وبه نقول . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٧ .

(١) في ب و ج (والمفادات) وهو خطأ .

(٢) قال الإمام نجم الدين النسفي : ودلت اللفظة على أن أخذ الدية ليس باختيار من له القصاص وحده بأن يترك القصاص ويأخذ المال من غير رضا من عليه القصاص ، وإن تعلق الخصم بظاهره لإثبات ذلك له ، لما أن المفاداة تقوم باثنين : بالفادي وبالقاتل ، وبه نقول . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٧ .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٩٦/١٢) وعبارته : هذه رواية شاذة . وتحمل المفاداة فيها على بذل الدية التي لا تستحق إلا عن مراضاة . ويحمل خبرنا في خيار الولي على أصل الدية التي لا تفتقر إلى مراضاة ليستعمل الخبرين ، ولا يسقط أحدهما بالآخر .

(٤) لعل الإمام القدوري يريد بقوله : (فلم يصح إثبات اللفظين عن رسول الله ﷺ حتى يحتج بأحدهما) أن يرد على الشافعية قائلًا : كيف تقولون باللفظين وفي نفس الوقت تحتجون بأحدهما وتتركون الآخر . وفي الإمكان الجمع بين اللفظين بأن يحمل الروايتين على حالة رضا القاتل على دفع الدية . ولا يريد منها أن اللفظين غير ثابت عن رسول الله ﷺ . والله أعلم .

(٥) في ب و ج (يؤديه) .

(٦) العَقل : الدية . وعقلت القتيل : أي أعطيت ديته . وعقلت عن القاتل : أي لزمته دية فأديتها عنه . والعاقلة : الذين يؤدون الدية . والجمع عواقل . وسميت الدية عقلًا لوجهين : أحدهما : أن الإبل كانت تعقل بفناء ولي المقتول فسميت الديات كلها بذلك وإن كانت دراهم أو دنانير . والثاني : أنها تعقل الدماء عن السفك أي تُمسك . انظر : النهاية في غريب الحديث (٢٧٨/٣) ، وطلبة الطلبة ص ٣٣٤ .

(٧) الدية : بدل النفس ، وجمعها : الديات ، وقد وديت المقتول أي أديت ديته ، من حد ضرب ، فالدية اسم للمال ، ومصدر أيضًا لهذا الفعل . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٧ .

(يؤخذ) [١] بغير رضاه في العمد ، فهو غصب عندنا فلا نسلم أنه يسمى دية .

٢٦٦٠٢ - قالوا : كل جناية تسقط إلى غير جنس الحق بالتراضي صح أن تسقط إلى جنسها بغير تراضي ، أصله : إذا كانت يد القاطع ناقصة الأصابع ، وإذا كانت بين قرني (المشجوج) [٢] [أوسع] [٣] مما بين (قرني) [٤] الشاج . [٥] وقد احتذوا [٦] عن مسألة . وهي : العبد إذا قطع يد مولاه أن يقتص ، وليس له أن يعفو على مال ؛ لأن هناك لا تسقط الجناية إلى غير جنس الدية بالتراضي ، إلا أن العلة تدخل عليها مسألة . وهي من قطع يدي رجل ثم قتله . فجاء الولي فقطع يديه . فقد ثبت له أن يضرب عنقه بعد القطع . فإن تصالحا على مال بالتراضي جاز . ولو عفا الولي بالدية لم يصح [٧] .

٢٦٦٠٣ - فإن قالوا : هذه الجناية كان له أن يعفو عنها على مال . وإنما سقط ذلك باستيفائه اليدين [٨] .

٢٦٦٠٤ - قلنا : هما جنايتان مختلفتان عندكم [٩] ، فإذا استوفى أحدهما لم يتعين حكم الأخرى ، والمعنى في الأصل أن صاحب الحق (تعذر) [١٠] عليه استيفاء حقه من جنسه بكماله ، فلم يجز له العدول عنه بغير تراض .

٢٦٦٠٥ - (قالوا) [١١] : (لم) [١٢] يتعذر استيفاء كل حقه . وإنما تعذر بعضه .

---

(١) في ب و ج (يوجد) وهو تحريف . (٢) في ب وج (المستجرح) وهو تحريف .

(٣) في النسخ الثلاثة (أضيق) والصواب ما أثبته لما ورد في كتب الشافعية . ويؤكده جواب الإمام القدوري رحمه الله عن دليلهم هذا . (٤) في ب و ج (مرمي) وهو تحريف .

(٥) انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٥ وعبارته : ولأن القصاص يجوز تركه إلى غير جنس الدية بالتراضي ، فجاز تركه إلى جنس الدية بغير تراض كما لو كانت يد الجاني أنقص الأصابع أو رأسه أصغر .

(٦) احتذوا : أي صاروا على مثاله ، تقول : احتذى مثال فلان أو به : سار على مثاله . انظر : المعجم الوسيط (١٧٠/١) مادة حذو .

(٧) انظر : الأم (١٣/٦) حيث قال الإمام الشافعي رحمه الله : فإن قالوا : نقطع يديه ثم نأخذ دية أو بعضها لم يكن ذلك لهم . وانظر : تحفة المحتاج (٤٤٦/٨) .

(٨) انظر : الأم (١٣/٦) حيث قال الإمام الشافعي رحمه الله : وقيل : إذا قطعتم يديه فقد أخذتم منه ما فيه الدية فلا يكون لكم عليه زيادة إلا القطع أو القتل . فأما مال فلا .

(٩) هو كما قال الإمام القدوري جنايتان مستقلتان عند الشافعية . جاء في إخلاص المناوي (٥٠/٤) ما نصه : ولو قطع يد رجل ثم ذفف عليه . فعفا الولي عن القطع ، لم يسقط القصاص في النفس . وإن عفا عن النفس ، لم يسقط القصاص في الطرف ؛ لأن كلا منهما حق مستقل .

(١٠) في ب و ج (يقدر) وهو تحريف . (١١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٢) في ب و ج (فلم) .

فيجب أن يأخذ الموجود وعوض المعدوم يقدر ، كمن وجد بعض طعامه [(١)] .

٢٦٦٠٦ - قلنا : قد بينا أن الأصابع ليست حقه ، وإنما حقه قطع الزَّنْد ، والأصابع صفة لليد فلم [يتعذر] [(٢)] شيء من حقه بتمامه : وأما الحنطة ، فكل جزء منها حقه. وأما (المشجوج) [(٣)] . فقد (ثبت) [(٤)] (له) [(٥)] مقدار من الشجة يستوفي مثله يجاوز ما بين قرني الشاج . (وفي ذلك من) [(٦)] الشَّين أكثر مما لحقه . وإن اقتصر على ما بين (قرنيه) [(٧)] لم يجز أن يأخذ معه أرشا للفضل ، لأن صغر العضو (وكبره) [(٨)] لا يتقوم في الأرش ، فإن هذه في القصاص (في الشجاج) [(٩)] .

٢٦٦٠٧ - قالوا : قادر على إحياء نفسه ببذل بدل الحق ، فصار كالمضطر (إذا) [(١٠)] بذل له الطعام بثمن مثله [(١١)] .

٢٦٦٠٨ - قلنا : يبطل بمن قطع اليدين ثم عفا (على) [(١٢)] مال ، لم يلزم القاتل بذله . وإن كان يقدر على إحياء نفسه . وكذلك يبطل إذا عفا على (غير) [(١٣)] جنس الدية . وإن (عفا) [(١٤)] على أكثر من الدية [(١٥)] .

٢٦٦٠٩ - فإن قيل : هذا طلب أكثر من بدل (حقه) [(١٦)] .

---

(١) انظر : النكت للشيرازي ب ٢٥٥ وعبارته : الموجود غير ناقص ، فهو كما لو أتلف عليه قفيزًا فوجد نصفه .
(٢) في أ (تعدر) وفي ب و ج (يقدر) والصواب ما أثبته .
(٣) في ب و ج (المستجرح) وهو تحريف . (٤) في ب و ج (يثبت) .
(٥) ساقط من ج .
(٦) كذا في ب و ج . وفي أ (و ذلك في) وهو تحريف .
(٧) في ب و ج (قيمته) وهو تحريف . (٨) في ج (وكبيره) وهو تحريف .
(٩) في ب و ج (الشاج) وهو تحريف . (١٠) في ب و ج (وإذا) وهو خطأ .
(١١) انظر : المغني والشرح الكبير (٤٧٤/٩) وعبارته : ولأن القاتل أمكنه إحياء نفسه ببذل الدية فلزمه . وقد أجاب الكاساني عن هذا القياس بقوله : قضيته أن يصير آثمًا بالامتناع . لا أن يملك الولي أخذه من غير رضاه . كمن أصابته مخمصة وعند صاحبه طعام يبيعه بمثل قيمته ، يجب عليه أن يشتريه دفعًا للهلاك عن نفسه . فإن امتنع عن الشراء ، ليس لصاحب الطعام أن يدفع الطعام إليه ويأخذ الثمن من غير رضاه ، كذا هذا . انظر : البدائع (٢٤٢/٧) . وأيضا يقال : أنه بالامتناع من أداء الدية يسلم نفسه لإيفاء حق مستحق عليه ، ويمتنع من أداء ما ليس عليه . فلا يكون به ملقيا نفسه في التهلكة . انظر : المبسوط للسرخسي (٦٤/٢٦) .
(١٢) في ب و ج (عن) . (١٣) ساقط من ب و ج .
(١٤) في النسخ الثلاثة (عقل) لعله تحريف . والأصوب ما أثبته .
(١٥) كما قال الإمام القدوري رحمه الله في كل هذه الحالات يشترط رضا القاتل عند الشافعية . انظر : الأم (١٣/٦) والروضة (٢٤١/٩) فينتقض بذلك ما ذكروه . (١٦) في ب و ج (الحق) .

٢٦٦١٠ - قلنا : الدية ليست ببدل عن القصاص . وإنما هي بدل النفس . ولأن الطعام طَرْد [١] مسألتنا .

٢٦٦١١ - لأن صاحب الطعام لو بذله لم يجب له (بذله) [٢] شاء المضطر أو أبي . كذلك في مسألتنا أداء الدية لم يجب بذلها شاء أم أبي . ولأن الطعام يجب على صاحبه بذله لإحياء نفس المضطر . ولا يجب في مسألتنا العفو لإحياء نفس القاتل . فدل على الفرق بين الأمرين .

٢٦٦١٢ - قالوا : القصاص عقوبة ، فلو ثبت المال فيه (بغير) [٣] رضا لم يثبت (بالرضا) [٤] [كحد] [٥] القذف [٦] .

٢٦٦١٣ - قلنا : هذا قياس عكس لا يصح عندكم [٧] . ولأن القذف (يوجب) [٨] العقوبة ولا (يوجب) [٩] المال بوجه ، فلم يجز التراضي بالمال ، والقتل تارة يوجب المال وتارة القود ، وإذا وجب (القود) [١٠] ثم دخلته شبهة مثل أن يرث الابن قصاصًا على الأب سقط القصاص ووجب المال ، (فلذلك) [١١] جاز التراضي على المال .

٢٦٦١٤ - قالوا : إذا عفا أحد الشريكين من الدم ؛ (وجب) [١٢] للآخر المال [١٣] .

---

(١) الطرد : ما يوجب الحكم لوجود العلة ، وهو التلازم في الثبوت . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٥٩ .

(٢) في ب و ج (بذل) . (٣) في ب و ج (لغير) .

(٤) في ج (الرضا) وهو تحريف .

(٥) في النسخ الثلاثة (كجحد) وهو تحريف . والصواب ما أثبته .

(٦) هذا الدليل نسبه الإمام القدوري للشافعية . ولم أجد هذا الدليل في كتبهم . وقد نسبه الإمام أبو بكر الجصاص للمزني رحمه الله قائلًا : احتج المزني للشافعي في هذه المسألة بأنه لو صالح من حد القذف على مال أو من كفالة بنفس ، لبطل الحد والكفالة ولم يستحق شيئا . ولو صالح من دم عمد على مال باتفاق الجميع قبل ذلك . فدل ذلك على أن دم العمد مال في الأصل . لولا ذلك لما صح الصلح ، كما لم يصح عن حد القذف والكفالة . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٩٤/١) .

(٧) وقياس العكس : استدلال بنقيض العلة على نقيض الحكم . قال الزركشي : اختلف أصحابنا في الاستدلال به على وجهين : أحدهما : أنه لا يصح ، وأصحهما وهو المذهب : أنه يصح . انظر : البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي (٤٦/٥-٤٩) ، وجمع الجوامع (٣٨٣/٢) . فيكون قول الإمام القدوري : لا يصح عندكم ، إنما هو على وجه في مقابل الأصح عند الشافعية .

(٨) في ب و ج (موجب) . (٩) في ب و ج (موجب) .

(١٠) كذا في أ و ج ، وفي ب (القوم) وهو تحريف .

(١١) في ب و ج (وكذلك) والصواب ما أثبته . (١٢) في ب و ج (ووجب) .

(١٣) هذا محل اتفاق بين المذاهب الأربعة . انظر : تحفة الفقهاء (٢٤٣/٣) الكافي ص ٥٩١ =

ولا يجوز أن يكون وجوبه (لعفو) [١] شريكه ، فعلم (أنه) [٢] كان واجبا بنفس القتل [٣] .

٢٦٦١٥ - قلنا : بل لتعذر استيفاء حقه من غير إسقاطه ، والقاتل من أهل الغرامة ، فانتقل الحق إلى المال كما دخلت فيه شبهة .

* * *

= والمهذب (١٨٩/٢) والمغني والشرح الكبير (٤٦٤/٩)

(١) في ج (بعفو) . (٢) في ج (أن) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٩٦/١٢) وعبارته : أنه سقط بالعفو عنه ، فلم تقف الدية فيه على مراضاة كما لو عفا عنه أحدهم . وانظر أيضًا : المغني والشرح الكبير (٤٧٤/٩) .

مسألة ١٣١١

حكم انفراد الولي الكبير باستيفاء القصاص دون الولي الصغير

٢٦٦١٦ - قال أبو حنيفة (ﷺ) [١] : إذا كان الدم مشتركًا بين (كبير وصغير) [٢] ، فللكبير أن يقتص قبل بلوغ الصغير [٣] .

٢٦٦١٧ - واختلف أصحابنا المتأخرون [٤] في العبد المشترك بين الكبير والصغير .

٢٦٦١٨ - فمنهم من قال : للكبير أن يقتص . ومنهم من قال : لا يقتص [٥] .

٢٦٦١٩ - وقال أبو يوسف ومحمد [رحمهما الله] : ليس للكبير أن يقتص . وبه قال الشافعي [٦] [رحمه الله] .

---

(١) زيادة من ب و ج .
(٢) في ج (صغير وكبير) .

(٣) قال الإمام الطحاوي : ومن قتل وله ابنان أحدهما كبير والآخر صغير ، فإن أبا حنيفة ﷺ قال : للكبير أن يقتل قبل أن يكبر الصغير . وقال أبو يوسف ومحمد ﷺ : ليس له ذلك حتى يكبر الصغير انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٣٩ . وانظر كذلك : المبسوط (١٧٤/٢٦) والهداية مع البناية (٤٠/١٠) . وبقول الإمام أبي حنيفة ﷺ قالت المالكية . فقد قال الإمام ابن عبد البر في ما نصه : وإن كان للمقتول ابن صغير وأخ كبير كان للأخ الكبير أن يقتص دون بلوغ الصغير ، وكذلك غيره من العصبة ، لهم تعجيل القتل ، ولا ينتظر أن يكبر البنون الصغار الكافي ص ٥٩١ .

(٤) اصطلاح : أصحابنا المتأخرون عند الحنفية يقصد به أصحاب الإمام أبي يوسف والإمام محمد وأصحاب أصحابهما . وهم كثيرون مثل : عصام بن يوسف وابن رستم ومحمد بن سماعة وأبي سليمان الجوزجاني وأبي حفص البخاري ومن بعدهم مثل : محمد بن سلمة ومحمد بن مقاتل ونصير بن يحيى وأبي الن صر القاسم ابن سلام . وأول كتاب جمع في فتواهم كتاب النوازل للفقيه أبي الليث السمرقندي . انظر : رسالة رسم المفتي من مجموعة رسائل ابن عابدين (١٧/١) .

(٥) ذكر الإمام القدوري اختلاف الأصحاب المتأخرين في العبد المشترك بين الكبير والصغير إذا قتل ، هل للكبير أن ينفرد بالاستيفاء دون الصغير ، ولم يشر إلى آراء المتقدمين فيها . وظاهر كلامه أنه لا نص في هذه المسألة عن الإمام والصاحبين . وعبارة المبسوط (١٧٦/١٧٤/٢٦) والهداية (٤٢/٤١/١٠) وتبيين الحقائق (١٠٩/٦) تشير إلى أنه لا يجوز للمولى الكبير أن ينفرد بالاستيفاء باتفاق الإمام والصاحبين . حيث استدل الصاحبان على عدم انفراد الولي الكبير بالاستيفاء دون الولي الصغير بالقياس على ما لو قتل عبد مشترك بين كبير وصغير فليس للكبير أن يستوفي دون الصغير .

(٦) انظر : الأم (١٣/٦) والمهذب (١٨٤/٢) ومغنى المحتاج (٤٠/٤) . وعند الحنابلة روايتان عن الإمام =

٢٦٦٢٠ - لنا : ما رُوي أن عبد الرحمن [(١)] لما أصاب عليًّا ﷺ (قال) [(٢)] : « إن مت فألحقوه [بي أخاصمه عند] [(٣)] اللّٰه » [(٤)] فقتله الحسن [(٥)] ، وفي ورثته [(٦)] صغار ، منهم العباس [(٧)] كان له أربع سنين ، وأكثر أولاده كانوا صغارًا [(٨)] وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير ولا اعتراض . وروي أنه قال للحسن : « أما أنت يا

= أحمد . قال المرداوى : وإن كان بعضهم صغيرًا أو مجنونًا ، فليس للبالغ العاقل الاستيفاء حتى يصيرا مكلفين في المشهور . وهو المذهب ، نص عليه . وعنه : له ذلك . انظر : الإنصاف (٤٨٢/٩) وانظر كذلك : المغني والشرح الكبير (٤٥٩/٤٥٨/٩) . ومما سبق يمكن القول إن الإمام أبا حنيفة يرى جواز استيفاء الكبير دون بلوغ الصغير . وهو قول المالكية . وهو رواية عن الإمام أحمد في مقابل المشهور عنه ، وبه قال حماد والأوزاعي والليث . بينما يرى الصاحبان من الحنفية والشافعية عدم جواز انفراد الكبير دون الصغير . وهو المذهب عند الحنابلة . وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى وإسحاق . وروي عن عمر بن عبد العزيز ﷺ .

(١) هو عبد الرحمن بن ملجم . قاتل علي ﷺ . خارجي . شهد فتح مصر . وكان ممن قرأ القرآن والفقه ، وكان من العباد . كان من شيعة علي ﷺ وشهد معه صفين . ثم خرج عليه . وهو عند الخوارج من أفضل الأمة ، وكذلك تعظمه النصيرية . قتله الحسن ﷺ . انظر : تاريخ الإسلام ، عهد الخلفاء الراشدين ص ٦٥٣ ووفيات الأعيان (٢١٨/٧/٦٥/٢) (٢) ساقط من ب .

(٣) في أ (في إجماضه عبد) وفي ب و ج (في أخماصه عبد) . والصواب ما أثبته بناء على رواية الأثر .

(٤) وفيه ما يلي : وأُخذ عبد الرحمن بن ملجم فأُدخل على علي فقال : « أطيبوا طعامه وألينوا فراشه ، فإن أعش فأنا أولى بدمه عفوا أو قصاصًا . وإن مت فألحقوه بي أخاصمه عند رب العالمين » انظر : طبقات ابن سعد (٣٧/٣) وأخرج الحاكم عن مجالد عن الشعبي قال : لما ضرب ابن ملجم عليًّا تلك الضربة أوصى به علي فقال : « قد ضربني فأحسنوا إليه وألينوا فراشه ، فإن أعش : فهضم : أو قصاص ، وإن مت : فعاجلوه فإني مخاصمه عند ربي ﷻ » انظر : المستدرك كتاب معرفة الصحابة (١٤٤/٣) .

(٥) هو الحسن بن علي بن أبي طالب القرشي الهاشمي ، أبو محمد المدني . سبط رسول اللّٰه ﷺ ، وريحانته من الدنيا ، وأحد سيدي شباب أهل الجنة . وأمه فاطمة بنت رسول اللّٰه ﷺ . كان أشبه الناس برسول اللّٰه ﷺ . ولد في النصف من رمضان سنة ثلاث من الهجرة . وتوفي ﷺ سنة (٤٨هـ) . وقيل غير ذلك . وصلى عليه سعيد بن العاص ، ودفن بالبقيع . انظر : تهذيب الكمال (٢٢٠/٦) ووفيات الأعيان (٦٥/٢) وأسد الغابة (١٠/٢) . (٦) في ب و ج (رواية) .

(٧) هو العباس بن علي بن أبي طالب ﷺ ، يقال : إنه قتل بالطَّف وهو موضع قريب من الكوفة . انظر : تهذيب الكمال (٤٧٩/٢٠) .

(٨) أخرج الإمام البيهقي عن الإمام الشافعي . قال الشافعي ﷺ : قال أبو يوسف عن رجل عن أبي جعفر : أن الحسن بن علي ﷺ قتل ابن ملجم بعلي ﷺ . قال أبو يوسف : وكان لعلي ﷺ أولاد صغار . انظر : السنن الكبرى (٥٨/٨) . وانظر كذلك : آداب الإمام الشافعي ومناقبه لابن أبي حاتم ص (١٧٦/١٧٥) تحقيق : عبدالغني عبدالخالق مكتبة الخانجي ط الثانية سنة ١٩٩٣م ، وزاد ابن سعد في طبقاته : والعباس بن علي يومئذ صغير ، فلم يستأن به بلوغه . انظر : طبقات ابن سعد (٤٠/٣) .

حسن ، فإن شئت أن تعفو فاعف ، وإن شئت أن (تقتص فاقتص) [١] (بضربة) [٢] واحدة ، وإياك والمُثْلَة [٣] ؛ فإني سمعت رسول الله ﷺ (نهى) [٤] عن المثلة ولو بالكلب العقور » [٥] .

٢٦٦٢١ - قالوا : قتله بالكفر ؛ لأن النبي ﷺ قال لعلي ﵁ : « إن أشقى الأولين عاقر ناقة صالح ، وأشقى الآخرين من خضب هذه من [٦] هذا » [٧] .

٢٦٦٢٢ - ولأن ابن ملجم اعتقد إباحة دم ، ومن اعتقد إباحة ما يقطع في الشرع تحريمه كفر ، كمعتقد إباحة الخمر [٨] .

٢٦٦٢٣ - [قلنا] [٩] : فلا يصح لمن (انتصر ماهية) [١٠] أن (يتناول) [١١] فيما

---

(١) كذا في أ و ج ، وفي ب (تقبض فاقبض) . (٢) في ب و ج (فضربة) .
(٣) المُثْلَة : هو أن يُجدَعَ المقتول أو يُسْمَلَ أو يقطع عضو منه . انظر : طلبة الطلبة ص ١٨٨ .
(٤) ما بين القوسين ساقط من أ . وما أثبته من ب .
(٥) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير قال : قال علي للحسن ﵄ : « إن بقيت رأيت فيه رأيي ، وإن هلكت من ضربتي هذه ، فاضربه ضربة ولا تمثل به . فإني سمعت رسول الله ﷺ نهى عن المثلة ولو بالكلب العقور » . انظر : المعجم الكبير (١/١٠٠) وأخرجه أيضًا الهيثمي في مجمع الزوائد (٩/١٩٥) .والكلب العقور : هو كل سبع يعقر : أي يجرح ويقتل ويفترس كالأسد والنمر والذئب . سماها كلبا لاشتراكها في السبعية . والعقور من أبنية المبالغة . انظر : النهاية لابن الأثير (٣/٢٧٥) .
(٦) في النسخ الثلاثة (مثل) ولعله تحريف . وما أثبته أقرب إلى الروايات التي ورد في كتب الحديث .
(٧) أخرجه الحاكم عن يزيد بن محمد بن خثيم المحاربي عن محمد بن كعب القرظي عن محمد ابن خثيم عن عمار بن ياسر ﵁ . في حديث طويل . وفيه : فقال رسول الله ﷺ : « ألا أحدثكما بأشقى الناس ؟ رجلين » ، قلنا بلى يا رسول الله . قال : أحيمر ثمود الذي عقر الناقة ؛ والذي يضربك يا علي على هذا - يعني قرنه - حتى تبتل هذه من الدم - يعني لحيته » في : المستدرك كتاب معرفة الصحابة (٣/١٤٠/١٤١) قال الحاكم : حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . الإمام أحمد في المسند (٤/٢٦٣) والنسائي في كتابه خصائص الإمام علي بن أبي طالب ص ٢٧٩ والبيهقي في السنن الكبرى ٥٨/٨ والهيثمي في مجمع الزوائد . كتاب المناقب باب وفاة علي ﵁ (٩/١٣٦) برقم ١٤٧٧٥ وقال : ورجال الجميع موثقون إلا أن التابعي لم يسمع من عمار .
(٨) الحاوي (١٢/١٠٣) والمغني والشرح الكبير (٩/٤٥٩) .
(٩) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر سقوطه منها ، لأن ما بعدها جواب الإمام القدورى عن اعتراض الشافعية .
(١٠) كذا في النسخ الثلاثة ، ويحتمل أن يكون صواب العبارة هو : اعتقد مذهبا . والله أعلم .
(١١) في ب و ج (يتنا) . والصواب ما أثبتناه .

لا يصح على مذهبه . وقد نص على قبول شهادة الخوارج على المسلمين [(١)] ، فدل على (أنه) [(٢)] لم يكفرهم .

٢٦٦٢٤ – ولأن عليًا ﷺ قال : [اقتله بضربة] [(٣)] ، وهذا يدل على أنه ليس بكافر ، وإنما يقتل قصاصًا . وقال : « لا تمثل به » والمرتد يجوز المثلة به [(٤)] .

٢٦٦٢٥ – وقال للحسن : « إن شئت أن تعفو فاعف » وقال : « إن مت فألحقوه بي » ولو كان كافرًا لم (يقف) [(٥)] قتله على شرط الموت . وأما قولهم : إنه كفر باعتقاد إباحة قتله . فلو كان كذلك لم يقل (علي) [(٦)] ﷺ للخوارج : « لكم علينا أن لا نمنعكم المساجد ، ولا نمنعكم حقكم من الفيء » [(٧)] . ولأن الكفر إنما يكون باعتقاد ما (يشترك) [(٨)] في معرفة تحريمه الخاصة والعامة .

٢٦٦٢٦ – فأما الخبر الذي احتجوا به ، فرواه يزيد [(٩)] بن (خثَيم) [(١٠)] عن أبيه [(١١)] . وهما لا (يعرفان) [(١٢)] . وخبر الواحد الصحيح لا يقبل في

---

(١) نص الإمام الشافعي رحمه الله على قبول شهادة من استحل دماء المسلمين بتأويل كان له وجه يحتمله . وقال : فكل مستحل من قول أو غيره ، فشهادته ماضية ، لا ترد من خطأ في تأويله انظر : الأم (٢٢٢/٦) .

(٢) كذا في ب و ج . وفي أ (أنهم) وهو خطأ ، لأن الضمير يعود إلى الإمام الشافعي رحمه الله .

(٣) في أ (اقتله فضربة) وفي ب و ج (أصله فضربة) . والصواب ما أثبته .

(٤) هذا عند الحنفية . وعند الشافعية : لا تجوز المثلة بالمرتد ، وإنما يقتل بضرب العنق دون الإحراق ونحوه للأمر بإحسان القتلة ، وللنهي عن المثلة . انظر : مغني المحتاج (١٤٠/٤) .

(٥) في ج (يعف) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٧) السنن الكبرى (١٨٤/٨) .

(٨) في ج (اشترك) .

(٩) هو يزيد بن محمد بن خُثَيم المحاربي . روى عن محمد بن كعب القرظي . وروى عنه محمد بن إسحاق قال البخاري : لا يعرف سماع يزيد من محمد . وقال يحيى بن معين : ليس به بأس . وذكره ابن حبان في الثقات . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٧١/١) برقم ١٧٥ والجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٢٨٨/٩) برقم ١٢٢٩ وثقات ابن حبان (٦٢٨/٧) وتهذيب التهذيب (٣١٢/١١) .

(١٠) في ب و ج (خيثم) .

(١١) هو محمد بن خُثَيم ، أبو يزيد المحاربي . والد يزيد بن محمد بن خثيم . روى عن عمار بن ياسر وروى عنه محمد بن كعب القرظي . ذكره ابن حبان في الثقات . انظر : التاريخ الكبير (٧١/١) برقم ١٧٥ وثقات ابن حبان (٤٠٢/٧) .

(١٢) في ب و ج (لا يعرفان خبر) . وما قاله الإمام القدوري من أنهما لا يعرفان هو قول علماء الحديث . فقد قال الإمام البخاري : وهذا إسناد لا يعرف سماع يزيد من محمد ، ولا محمد بن كعب من ابن خثيم ، وابن خثيم من عمار . وقال الذهبي : محمد بن خثيم عن عمار بن ياسر لا يعرف وكأنه الأول . وقال أيضًا : لعله الأول ، وإلا فلا يدرى من هو . وقال الهيثمي بعد ما ذكر الحديث الذي رواه يزيد : ورجال الجميع =

(الإكفار) (١) فكيف الضعيف ، (٢)

٢٦٦٢٧ - فإن قيل : كان في ورثته كبار فلم يُستأذنوا (٣) .

٢٦٦٢٨ - قلنا : لم يكن فيهم غائب إلا الحسن ، كان بالمدائن (٤) قد سار على (مقدمة) (٥) . فلما أصيب بعث خلفه فحضر . وتولى قتله مع ابن جعفر (٦) ، ومثلا به (٧) ، وكان (الحسن) (٨) يستغفر اللّه من ذلك ، وحج ماشيًا تقاد رواحله (٩) . وقد أجمعنا أن القتل لا يجوز إلا برضا الوارث الخاص ، (و) (١٠) الظاهر أنهم (استأذنوا) (١١)

= موثقون إلا أن التابعي لم يسمع من عمار . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٧١/١) برقم ١٧٥ ، وميزان الاعتدال (٥٣٦/٣) برقم ٥٤٧٠ ، ومجمع الزوائد (١٣٦/٩) ، وثقات ابن حبان (٤٠٢/٧) .

(١) في ب و ج (الاكفا) . والإكفار : مصدر أكفر ، تقول : أكفر غيره : نسبه إلى الكفر . انظر : المعجم الوسيط (٨٢٣/٢) .

(٢) وما قاله الإمام القدورى إنما هو في رواية يزيد بن خثيم . فقد أخرج الإمام الطبراني في المعجم الكبير (١٠٦/١) نحوه عن أبي سنان الدؤلي . قال الهيثمي : رواه الطبراني بإسناد حسن . انظر : مجمع الزوائد (١٨٨/٩) وأخرج الحاكم عن حيان الأسدي نحوه وصححه . انظر : المستدرك (١٤٢/٣) وأخرج الطبرانى عن صهيب نحوه . قال الهيثمي : رواه الطبراني وأبو يعلى . وفيه رشدين بن سعد . وقد وثق . وبقية رجاله ثقات . انظر : مجمع الزوائد (١٨٦/٩) .

(٣) وقال الماوردي : أنه قد كان في شركائه من البالغين من لم يستأذنه . لأن عليًا خلف حين قتل على ما حكاه بعض أهل النقل ستة عشر ذكرا وست عشرة أنثى انظر : الحاوي للماوردي (١٠٣/١٢) .

(٤) المدائن : كان مسكن الملوك من الأكاسرة الساسانية وغيرهم . فكل واحد منهم إذا ملك بنى لنفسه مدينة إلى جنب التي قبلها . وسماها باسم ، فسميت بذلك . وكان فتح المدائن على يد سعد بن أبي وقاص سنة (١٦ هـ) في عهد عمر بن الخطاب . فلما اختطت الكوفة والبصرة انتقل إليهما الناس عن المدائن . انظر : معجم البلدان (٧٤/٥) .

(٥) كذا في ب و ج . وفي أ (مقدمته) .

(٦) هو عبد اللّه بن جعفر بن أبي طالب القرشي الهاشمي ، أبو جعفر . وأمه أسماء بنت عميس الخثعمية ولد بأرض الحبشة لما هاجر أبواه إليها . وهو أول مولود ولد بها في الإسلام . وكان سيدًا عالمًا سخيًا جوادًا حليمًا . وللشعراء فيه مدائح ، وله أخبار . وكان يوم صفين أحد الأمراء في جيش علي بن أبي طالب رضي اللّه تعالى عنه . توفي بالمدينة سنة ثمانين ، وقيل غير ذلك . انظر : تهذيب الكمال (٣٦٧/١٤) وشذرات الذهب (٨٧/١) وتاريخ الإسلام (٤٢٨/٢) وسير أعلام النبلاء (٤٥٦/٢) .

(٧) انظر : طبقات ابن سعد (٤٠/٣٩/٣) .

(٨) في ب و ج (الحسين) .

(٩) أخرج الحاكم عن عبيد بن عمير قال : لقد حج الحسن بن علي خمسًا وعشرين حجة ماشيًا ، وإن النجائب لتقاد معه . انظر : المستدرك كتاب معرفة الصحابة (١٦٩/٣) . والنجائب مفردها : نجيبة ، وهي خيار الإبل . انظر : المعجم الوسيط (٩٣٦/٢) مادة نجب .

(١٠) ساقط من ب و ج .

(١١) في ب و ج (استؤذنوا) .

ولم يخالفوا الإجماع .

٢٦٦٢٩ - فإن قيل : قتله لأنه سعى في الأرض بالفساد (بقتله) [١] الإمام [٢] .

٢٦٦٣٠ - قلنا : لو كان كذلك لم يجز العفو . وقد قال للحسن : « إن شئت فاعف » ولأن الساعي في الأرض بالفساد (يقتله) [٣] الإمام ، والحسن قتله قبل أن يبايعه الناس .

٢٦٦٣١ - فإن قيل : جواز انفراد الكبير بالقتل يسوغ فيه الاجتهاد ، وقد قال به بعض أهل الكوفة وأهل المدينة [٤] فلذلك لم ينكروه .

٢٦٦٣٢ - قلنا : لم تجر عادة المجتهدين إذا بدرت حادثة أن يمسكوا عن ذكر الخلاف ، وإن كان في مسائل الاجتهاد ، وهذا القول يسقط الاحتجاج بفعل الواحد من الصحابة ، وترك (إنكار) [٥] الباقين عليه [٦] .

٢٦٦٣٣ - ولأن القصاص أحد بدلي النفس ، فصغر الشريك (فيه) [٧] لا يمنع الباقين من الاستيفاء ، أصله : الدية .

٢٦٦٣٤ - فإن قيل : المعنى في الدية : أن استيفاء الكبار لحقهم لا يؤدي إلى إتلاف حق الصغار . وفي مسألتنا استيفاء حق الكبار يؤدي إلى إتلاف (حق) [٨] الصغار .

---

(١) في ب و ج (بقتل) .

(٢) المغني والشرح الكبير (٤٥٩/٩) .

(٣) في ج (بقتله) .

(٤) من أهل الكوفة : الإمام أبو حنيفة رحمه الله . ومن أهل المدينة : قال به الإمام مالك رحمه الله .

(٥) في ب و ج (إمكان) .

(٦) إذا قال بعض المجتهدين قولًا في المسائل التكليفية الاجتهادية ، وعرفه الباقون فسكتوا عن الإنكار ، ولم يظهر علامات سخط ولا خوف يمنع الساكت عن المخالفة ، فأكثر الحنفية والإمام أحمد وبعض الشافعية كأبي إسحاق الشيرازي يرون أنه إجماع . وهو قول أكثر الأصحاب عند المالكية . وذهب إمام الحرمين والغزالى والآمدي إلى أنه ليس بإجماع ولا حجة ، ونقل ذلك الغزالى عن الإمام الشافعي . لكن قال الرافعي : المشهور عند الأصحاب أن الإجماع السكوتي حجة ، لأنهم لو لم يساعدوه لاعترضوا عليه ، وهل هو إجماع أو لا فيه وجهان : الأول : أنه حجة وليس بإجماع . والثاني : أنه إجماع بعد انقراض العصر . وذهب أبو على بن أبي هريرة إلى أنه إن كان هذا القول من حاكم لم يكن إجماعًا ولا حجة ، وإلا فإجماع . وذهب أبو إسحاق المروزي إلى أنه إن كان هذا القول من حاكم كان إجماعًا وحجة ، وإلا فلا . انظر : فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت المطبوع على هامش المستصفى للغزالي (٢٣٢/٢) ط بولاق ، وتيسير التحرير (٢٤٦/٣) ، وإحكام الفصول للباجى ص٤٠٧ ، واللمع للشيرازي ص٤٩ ، والإبهاج في شرح المنهاج للسبكي (٣٨٠/٢) ، وشرح مختصر الروضة (٧٩/٣) .

(٧) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .

(٨) ساقط من ب .

٢٦٦٣٥ - قلنا : لا يمتنع أن (يثبت) [١] لأحد الشريكين التصرف في حقه ، وإن أدى إلى تلف حق شريكه ، بدلالة العتق على أصلهم [٢] ، والعفو عن القصاص على الأصلين [٣] ، وإسقاط الفسخ لعدم الكفاءة عندنا [٤] .

٢٦٦٣٦ - (ولأن) [٥] القصاص إذا ثبت [ولم يكن يُتَولى عليه] [٦] ، جاز لمن يلي ويولى عليه أن ينفرد باستيفائه ، أصله : إذا قتل من لا وارث له ؛ ثبت القصاص للإمام والمسلمين ، ثم ينفرد الإمام بالاستيفاء .

٢٦٦٣٧ - فإن (قيل) [٧] : الإمام يستوفي بولاية مطلقة ، وكذلك لا يستأذن الكبار [٨] .

٢٦٦٣٨ - قلنا : لأنه يلي عليه .

٢٦٦٣٩ - فإن قيل : (ذلك) [٩] القصاص [منحتم] [١٠] لا يجوز العفو عنه .

٢٦٦٤٠ - قلنا : لا نسلم أن الإمام يجوز له أن يعفو على مال .

٢٦٦٤١ - ولأن القصاص معنى لا يتبعض ، فإذا اشترك في سببه صغير وكبير ، جاز أن ينفرد باستيفائه ، أصله : النكاح : ولا يلزم العبد المشترك ، (لأن) [١١] للمولى السبب لا يتبعض . وهو (القرابة) [١٢] . فإذا ألزموا العبد [١٣] . قلنا [١٤] : ثبت

---

(١) في ب ج (ثبت) .

(٢) عند الشافعية : إن كان بين نفسين عبد فأعتق أحدهما نصيبه ، فإن كان موسرا قوم عليه نصيب شريكه وعتق . وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه ما رق . انظر : المهذب (٣/٢) ومغنى المحتاج (٤/٤٩٥) .

(٣) باتفاق المذاهب الأربعة : إذا عفا بعض الورثة عن القصاص سقط القصاص ولم يبق لأحد إليه سبيل . انظر : الهداية مع البناية (٧٣/١٠) الشرح الكبير للدردير (٢٦١/٤) والمهذب (١٨٩/٢) والمغني والشرح الكبير (٤٦٤/٩)

(٤) عند الحنفية : لو تزوجت المرأة غير كفء ، فللولي أن يفرق . وإن رضي به أحد الأولياء فليس لغيره الاعتراض . انظر : ملتقى الأبحر (٢٤٦/١) .

(٥) في ب و ج (فلأن) .

(٦) في النسخ الثلاثة (لم يكن ويتولى عليه) .

(٧) في ب (قيل له) .

(٨) انظر : الحاوي للماوردي (١٠٤/١٢) وعبارته : أنه لما لم يتعين مستحقه وكان للكافة ، تفرد به من ولي أمورهم . وهذا قد تعين مستحقه فافترقا .

(٩) في ب و ج (هذا) .

(١٠) في أ (منحم) وفي ب (منجم) وفي ج (محتم) . والصواب ما أثبته .

(١١) في ج (لأنه) .

(١٢) في ج (القران) .

(١٣) استدل الصاحبان بأن هذا قصاص مشترك بين الكبير والصغير ، ولا ولاية للكبير على الصغير ، فلا يملك استيفاءه ، كما لو قتل عبد مشترك بينهما انظر : المبسوط (١٧٤/١) .

(١٤) في النسخ الثلاثة (قالوا) والصواب ما أثبته . لأن ما بعدها جواب الإمام القدورى عن إلزام المخالف . قال السرخسي : وهذا بخلاف ما إذا قتل عبدا مشتركا بين الصغير والكبير ، لأن السبب هناك الملك ، وهو غير متكامل =

القصاص (بسبب يتبعض) [١] وهو الملك .

٢٦٦٤٢ - فإذا قيل : النكاح (يثبت) [٢] استيفاؤه لكل ولي (على) [٣] الانفراد ، وليس كذلك القصاص .

٢٦٦٤٣ - لأنه لا يثبت حق الاستيفاء لكل (وارث) [٤] على الانفراد [٥] .

٢٦٦٤٤ - قلنا : هذا القول يبطل بالقصاص (الثابت) [٦] بين الإمام والمسلمين . ولأن عندنا لا فرق بين النكاح (والقصاص . يثبت استيفاء القصاص لكل واحد ، إلا أنه لا يجوز أن ينفرد باستيفائه أحد الكبيرين) [٧] لجواز أن يكون الآخر عفا ، فيسقط حق المستوفى . ومتى كان الشريك صغيرًا لم يتصور العفو منه ، فجاز للكبير أن يستوفي . ويدل عليه [٨] أن [٩] القصاص إذا ثبت للأب وابنه الصغير جاز للأب أن يستوفيه ، بدلالة أن القصاص أحد بدلي النفس ، فإذا ثبت بين الأب والابن جاز [١٠] للأب الانفراد بالاستيفاء كالدية .

٢٦٦٤٥ - ولأن الأب يلي في حقوق ابنه بنفسه ، كما يلي في حقوق نفسه . فإذا جاز أن يستوفي (حق) [١١] نفسه ، كذلك (حق) [١٢] ابنه [١٣] .

٢٦٦٤٦ - احتجوا : بقوله (ﷺ) [١٤] : « من قتل قتيلا فأهله بين

= لكل واحد منهما . فإن ملك الرقبة يحتمل التجزؤ ، ولهذا لم يكن لأحد المولیين في الأمة ولاية تزويجها بانفراده . بخلاف ما نحن فيه ، فالسبب هناك القرابة . وهو مما لا يحتمل التجزؤ . انظر : المبسوط (١٧٥/١٧٤/٢٦) .

(١) في ب (لسبب يتبعض) وفي ج (لسبب لا يتبعض) .

(٢) في ب و ج (ثبت) . (٣) في ب و ج (عن) .

(٤) في ب و ج (وارد) .

(٥) وقال الماوردي : إن ولاية النكاح يستحقها كل واحد منهم ، فجاز أن ينفرد بها أحدهم . والقود يستحقه جميعهم ، فلم يجز أن ينفرد به بعضهم انظر : الحاوي للماوردي (١٠٣/١٢) .

(٦) في ب (المثابت) .

(٧) قوله : والقصاص يثبت - إلى آخر قوله - أحد الكبيرين ساقط من ب و ج .

(٨) في النسخ الثلاثة (على) والصواب ما أثبته نظرا لسياق الكلام .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . (١٠) في ج (جاز أن يثبت) .

(١١) في ب و ج (في حق) . (١٢) ما بين القوسين ساقط من ج .

(١٣) والجامع بينهما : حاجتهما إلى استيفاء القصاص لاستيفاء النفس . وعجز الصغير عن الاستيفاء بنفسه . وقدرة الكبير على ذلك . وكون تصرفه في النظر والشفقة في حق الصغير مثل تصرف الصغير بنفسه لو كان أهلا . انظر : البدائع (٢٤٣/٧) . (١٤) في ب و ج (عليه السلام) .

خيرتين » (١) .

٢٦٦٤٧ - قلنا : هذا في [الأهل] (٢) الذين يصح أن يتخيروا القصاص والدية ، وهذا في البالغ ، فأما الصغير فلا يصح أن يتخير .

٢٦٦٤٨ - قالوا (٣) : قود غير [متحتم] (٤) ، فإذا وجب لعدد لم يملك بعضهم أن يستوفيه ، كما لو (كان) (٥) كلهم (كبارًا) (٦) .

٢٦٦٤٩ - قلنا : قولكم : « فإذا وجب لعدد » ، فإن أردتم [به الوجوب] (٧) (فلا نسلم أنه وجب للجماعة ، وإنما يثبت للكبار خاصة . وإن أردتم به الاستيفاء) (٨) فلا نسلم أن سبب القصاص وجب لهم .

٢٦٦٥٠ - (نسلم) (٩) أنه لا يمنع أن (يثبت) (١٠) سبب الحق [فيساوى] (١١) فيه الكبير والصغير ، وينفرد الكبير بالاستيفاء (كسبب) (١٢) ولاية النكاح ، والمعنى في الكبير أن أحدهما لا مولى عليه ، فلم يجز للآخر أن ينفرد بالقصاص .

٢٦٦٥١ - وفي مسألتنا أحدهما مولى عليه ، فجاز [لمن] (١٣) يلي أن يستوفي كالقصاص الثابت (للمسلمين) (١٤) يستوفيه الإمام . ولأن (في الكبيرين) (١٥) يتصور (من) (١٦) كل واحد منهما إسقاط حق الآخر بعفوه ، فلا يجوز له أن ينفرد بالاستيفاء ، (والصغير لا يتصور منه إسقاط حق شريكه بعفو ، فجاز لشريكه أن ينفرد بالاستيفاء) (١٧)

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) في النسخ الثلاثة (الأصل) ، والصواب ما أثبتناه .

(٣) وقال الماوردي : لأن القود إذا تعين لجماعة لم يجز أن ينفرد به بعضهم ، كما لو كانوا جميعا أهل رشد انظر : الحاوي للماوردي (١٠٣/١٢) . وانظر كذلك : المغني والشرح الكبير (٤٥٩/٩)

(٤) في أ و ج (متحم) وفي ب (منجم) والصواب ما أثبته .

(٥) في ب و ج (كانوا) .

(٦) في ب و ج (كبار) .

(٧) ما بين المعقوفين في النسخ الثلاثة (الاستيفاء) .

(٨) قوله : فلا نسلم - إلى آخر قوله - به الاستيفاء ساقط من ب و ج .

(٩) كذا في ب و ج . وفي أ (فمسلم) .

(١٠) في ب و ج (ثبت) .

(١١) في أ و ب (فساوى) وفي ج (يساوي) .

(١٢) كذا في ب و ج . وفي أ (لسبب) .

(١٣) في النسخ الثلاثة (كمن) . والصواب ما أثبته .

(١٤) في ب و ج (للمسلم) .

(١٥) في ب و ج (الكبير) .

(١٦) في ب و ج (في) .

(١٧) قوله : والصغير لا يتصور منه - إلى آخر قوله - أن ينفرد بالاستيفاء ساقط من ب و ج .

كالإمام . (لما) [١] لم يجز للمسلمين إسقاط حق الإمام من القصاص بالعفو ، جاز للإمام أن ينفرد باستيفاء القصاص .

٢٦٦٥٢ - قالوا : لا يخلو (إما) [٢] أن يكون القصاص للكبير [أو] [٣] للصغير [أو] [٤] يكون لهما .

٢٦٦٥٣ - ولا يجوز أن يكون كله للكبير ؛ لأنه لو كان كذلك وجب إذا عفا أن يسقط حق الصغير . (فلما انتقل حق الصغير) [٥] مالًا علم أن الدم بينهما .

٢٦٦٥٤ - ولأن الدم مستحق بالإرث ، وهو مشترك كسائر المواريث . وإذا ثبت أنه بينهما لم يجز للكبير أن يستوفيه لنفسه وللصغير ، لأنه لا ولاية له عليه ، بدلالة أنه لا يستوفي القصاص الذي ينفرد به ، ولا يجوز أن يستوفيه لنفسه لأنه لا يملكه [٦] .

٢٦٦٥٥ - قلنا : [سبب] [٧] القصاص الذي هو الإرث ثبت لهما ، والاستيفاء للكبار خاصة كما قدمنا .

٢٦٦٥٦ - ولأنه ليس يمتنع أن يكون الحق لهما ، ويملك الكبير أن يستوفي جميعه ، وإن كان الصغير لو انفرد بالحق (لم يستوفه) [٨] الكبير ألا ترى أن (الأب) [٩] في البكر البالغ عند مخالفنا لا يملك التصرف في أموالها ، ثم يملك التصرف بإيجاب المهر وقبضه ، لأنه ولي [ما] [١٠] لا [ينفك] [١١] عن ثبوت المهر ؟ .

٢٦٦٥٧ - وعلى هذا ، الجد في تزويج الصغير إذا كان الأب رضي على المذهبين ، وكذلك العم والأخ إذا زوجا الصغيرة عندنا . وكذلك مسألتنا ، يملك أن يستوفي لحق نفسه ما لا ينفك عن حق الصغير [فينتقل] [١٢] تصرفه في نصيب الصغير تبعا لحقه ، وإن كان الصغير لو انفرد بالحق لم يجز للكبير التصرف فيه . وعلى هذا عتق نصيب (أحد) [١٣] الشريكين (عند مخالفنا) [١٤] يوجب عتق نصيب شريكه ، ولو انفرد

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٣) في النسخ الثلاثة (و) . والصواب ما أثبتناه .
(٤) في النسخ الثلاثة (و) والصواب ما أثبتناه .
(٥) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٦) انظر : المبسوط (١٧٤/٢٦) والبدائع (٢٤٢/٧) حيث ورد ذلك في أدلة الصاحبين .
(٧) في أ (يثبت) وفي ب وج (ثبت) . والصواب ما أثبته .
(٨) في النسخ الثلاثة (لم يستوفيه) . والصواب ما أثبته .
(٩) في ب و ج (الإرث) .
(١٠) في النسخ الثلاثة (مما) . والصواب ما أثبتناه .
(١١) في النسخ الثلاثة (ينقل) .
(١٢) في ا (فينقل) وفي ب وج (فنقل) . .
(١٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(١٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

الشريك بالعبد لم يملك شريكه التصرف فيه .

٢٦٦٥٨ - قالوا : أحد بدلي النفس ، فلا يملك شريك الصغير أن ينفرد باستيفائه كالدية [١] .

٢٦٦٥٩ - قلنا : الدية تتبعض فانفرد الكبير باستيفاء حقه . والقصاص لا يتبعض فيستوفى الكبير حقه ويتبعه حق الصغير ،غُآ م ألا ترى أن العتق لما لم يتبعض عند مخالفنا ، كان استيفاء (أحد) [٢] الشريكين (لحقه) [٣] يوجب أن يتبعه نصيب الشريك ، والبيع لما تبعض لم (يتبع) [٤] نصيب أحد الشريكين نصيب الآخر فيه .

٢٦٦٦٠ - قالوا : قصاص مشترك بين كبير وصغير فصار كالعبد المشترك [٥] .

٢٦٦٦١ - قلنا : من أصحابنا من التزم (هذا) [٦] وقال : للمولى الكبير أن يستوفي ، ومنهم من قال : لا يستوفي .

٢٦٦٦٢ - لأن ولايته لسبب متبعض وهو المال (فتبعض) [٧] . (بيان) [٨] الفرق بينهما : أن ولاية الآخرين في النكاح لما (ثبتت) [٩] (لسبب) [١٠] يتبعض وهو الملك [١١] .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (١٧٤/٢٦) والمغني والشرح الكبير (٤٥٩/٩) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) في ج (حقه) .

(٤) في ب و ج (ينفع) .

(٥) وانظر أيضًا : المبسوط ١٧٤/٢٦

(٦) في ب و ج (ذلك) .

(٧) في ب (فبقض) وفي ج (فنقص) .

(٨) في ب و ج (تبين) .

(٩) في ب (ثبت)

(١٠) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١١) أي أن القياس مع الفارق ؛ لأن السبب في العبد المشترك وفي النكاح يتبعض ، وهو غير متكامل لكل واحد منهما ، ولهذا لم يكن لأحد المولين في الأمة ولاية تزويجها بانفراده ، بخلاف ما نحن فيه ؛ فالسبب هناك القرابة وهو مما لا يحتمل التجزؤ . انظر : المبسوط (١٧٥/١٧٤/٢٦) .

مسألة (١) ١٣١٣

حكم استيفاء الوكيل القصاص مع غيبة الموكل عن المجلس

٢٦٦٦٣ - قال أصحابنا رحمهم الله : لا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة الموكل عن المجلس (٢) .

٢٦٦٦٤ - وقال الشافعي [رحمه الله] : في الجنايات (ما يدل) (٣) على جواز الاستيفاء . و (٤) في الوكالة : ما يدل على أنه لا يجوز ، فمن أصحابه من قال : يجوز قولًا واحدا ، و (٥) [منهم من] (٦) قال لا يجوز قولًا (واحدًا) (٧) ، ومنهم من قال على قولين (٨) .

---

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) انظر : المبسوط (٢٦/١٧٣) والبدائع (٧/٢٤٣) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) ساقط من ب و ج .

(٥) كذا في ب و ج . وفي أ (أو) .

(٦) في النسخ الثلاثة (مصرف) ولعله تحريف ، لأن الكلام لا يستقيم بها . والصواب ما أثبته .

(٧) كذا في أ و ج ، وفي ب (واحد) وهو خطأ .

(٨) قال الإمام الشافعي رحمه الله في كتاب القتل : ولو أذن لرجل فتنحى به فعفاه الولي فقتله قبل أن يعلم ففيها قولان . انظر : مختصر المزني مع الأم (٨/٣٤٦) . فهذا النص يدل على جواز استيفاء الوكيل مع غيبة الموكل عن المجلس . وقال في الوكالة : وإذا وكّلَ الرجل الرجل بطلب حد له أو قصاص ، قبلت الوكالة على تثبيت البينة . فإذا حضر الحد أو القصاص لم أحده ولم أقص حتى يحضر المحدود له والمقتص له . من قِبَل أنه قد يعزله فيبطل القصاص ويعفو . انظر : الأم (٣/٢٣٧) . وهذا النص يدل على أن استيفاء الوكيل مع غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز . وأمام هذين النصين اختلف الأصحاب . قال الإمام الماوردي : فاختلف أصحابنا فكان أكثرهم يخرجون المسألة على قولين لاختلاف قوله في الموضعين : أحدهما : أنه لا يجوز احتياطا للدماء في فوات استدراكها إن حدث من الموكل عفو عنها . وأنه إن حضر كان أرق قلبا في العفو عنها . والقول الثاني : وهو أصحهما أن ذلك جائز . لأن ما صح فيه التوكيل مع حضور الموكل ، صح فيه التوكيل مع غيبة الموكل قياسا على تثبيت القصاص . ولأن ما صح التوكيل في إثباته ، صح التوكيل في استيفائه كالأموال . وقال آخرون منهم أبو إسحاق المروزي : إن التوكيل في استيفائه يجوز قولًا واحدا على ما ذكرنا . وحمل ما اقتضاه ظاهر كلامه ها هنا على المنع إذا كان التوكيل في إثباته وحده . وقال آخرون : بل لا يجوز قولًا واحدا وحملوا كلام الشافعي في الجنايات على جوازه مع حضور موكله . وإن معنى قوله « فتنحا به » : عن قرب موكله إلى حيث يستوفي له على بعد منه وهو شاهده ، فيمكن بالمشاهدة والحضور استدراك عفوه . والله أعلم . انظر : الحاوي (٦/٥١٧) . ولم يشترط المالكية لصحة الوكالة في استيفاء القصاص حضور الموكل في المجلس . فيجوز عندهم استيفاء الوكيل القصاص سواء مع غيبة الموكل عن المجلس أو حضوره . قال ابن =

٢٦٦٦٥ – لنا : أنه استيفاء قصاص بوكالة فصار كما لو وكّلَ صبيًّا [١] .

٢٦٦٦٦ – ولا يلزم إذا كان الموكل حاضرًا في المجلس ؛ لأن ذلك ليس بوكالة ، وإن كان (المالك) [٢] استوفى ألا ترى أنهم قالوا : يجوز للوكيل أن يدفع (ثمن الصرف) [٣] مع حضور موكله في مجلس العقد ، وكأن العاقد دفع بنفسه [٤] ، وكذلك الوكيل لا يجوز أن يوكل عاقدًا وشاهدًا .

٢٦٦٦٧ – ولأنه استيفاء قصاص (قام) [٥] مقام الغير فصار كما لو شهد به الرجال والنساء .

٢٦٦٦٨ – ولأن القصاص (يورث) [٦] فيه الشبهة ؛ فلا يجوز أن يستوفي مع الشبهة .

٢٦٦٦٩ – لأنه لا يندرئ بعد استيفائه . ومعلوم أن (الموكل) [٧] يجوز أن يكون

= رشد : وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك . انظر : بداية المجتهد (٣٠٢/٢) .وبقول المالكية هذا قالت الحنابلة في ظاهر المذهب . وقال بعض الأصحاب : لا يجوز استيفاء القصاص في غيبة الموكل . قال ابن قدامة : كل ما جاز التوكيل فيه ، جاز استيفاؤه في حضرة الموكل وغيبته . نص عليه أحمد . وهذا مذهب مالك . وقال بعض أصحابنا : لا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف في غيبة الموكل . أومأ إليه أحمد . وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية . انظر : المغني (٢٠٣/٧) . ومما سبق عرضه من أقوال المذاهب الأربعة يمكن أن نقول : إنهم قد اتفقوا على جواز الوكالة في استيفاء القصاص . كما اتفقوا على جواز استيفاء الوكيل القصاص بحضرة الموكل في المجلس . ثم اختلفوا بعد ذلك في جواز استيفاء الوكيل القصاص مع غيبة الموكل عن المجلس على قولين . **القول الأول** : لا يجوز استيفاء الوكيل القصاص مع غيبة الموكل عن المجلس . وهو قول الحنفية وبعض الشافعية ممن قال لا يجوز قولًا واحدا أو قول للإمام الشافعي رحمه الله على رأي من قال فيه قولان . وبه قال بعض الحنابلة. **القول الثاني** : يجوز . وهو قول المالكية وبعض الشافعية ممن قال يجوز قولًا واحدا أو قول للإمام الشافعي على رأي من قال فيه قولان . وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة .

(١) أي صبيًّا غير عاقل ؛ لأنه عند الحنفية : لا تصح وكالة الصبي الذي لا يعقل ، وتصح وكالة الصبي العاقل. انظر : البدائع (٢٠/٦) . وعند الشافعية : لا يصح توكيل الصبي . انظر : التحفة (٢٩٩/٥) .

(٢) كذا في النسخ الثلاثة ، ولعل المقصود منه الوكيل ، والله أعلم .

(٣) كذا في أ ، وفي ب (لمن الصرف) وفي ج (لمن للصرف) وهو تحريف .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (٧٩/٥) حيث قال الإمام الماوردي في الصرف : فلو وكَّلَ أحدهما في القبض له والإقباض عنه ، فإن قبض الوكيل وأقبض قبل افتراق موكله والعاقد الآخر صح العقد ، وإن أقبض بعد افتراقهما لم يجز وكان العقد باطلًا لافتراق المتعاقدين قبل القبض .

(٥) كذا في ج . وفي أ و ب (كما قام) .

(٦) كذا في النسخ الثلاثة .

(٧) في ب و ج (الوكيل) .

عفا فسقط القصاص ، فلم يصح الاستيفاء مع تجويز ذلك .

٢٦٦٧٠ - ولا يلزم إذا كان الموكل حاضرًا .

٢٦٦٧١ - لأنه لو عفا أظهر العفو ، ولم يمكن وكيله القتل ألا ترى أن الإنسان يعفو رحمة للقاتل أو طلبًا للثواب ، وكّلَ واحد من هذين الوجهين (منع) [١] الإمساك عن إظهار [العفو] [٢] .

٢٦٦٧٢ - فإن قيل : (فيجب أن) [٣] لا يستوفي القصاص مع غيبة الشهود ، لأنهم يجوز أن يكونوا رجعوا [٤] .

٢٦٦٧٣ - قلنا : في إحدى الروايتين رجوع الشهود بعد الحكم لا يسقط القصاص [٥] ، وعلى الرواية الأخرى : الرجوع لا يصح إلا عند الحاكم [٦] .

٢٦٦٧٤ - ولأن الوكيل متصرف بالأمر ، فأثر ذلك في استيفاء القصاص كالوصي .

٢٦٦٧٥ - احتجوا : بأن كل حق صحت النيابة فيه بحضرة الموكل كذلك لغيبته ، أصله : سائر الحقوق [٧] .

---

(١) في ب و ج (مع) .

(٢) في النسخ الثلاثة (العقد) ولعله تحريف . والصواب ما أثبته .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٢٢١/٢) حيث قال الخطيب الشربيني : ورد بان احتمال العفو كاحتمال رجوع الشهود فيما إذا ثبت ببينة . فإنه لا يمتنع الاستيفاء في غيبتهم . وانظر كذلك : المغني لابن قدامة (٢٠٣/٧) .

(٥) لأن آخر كلامهم يناقض أوله ، فلا ينقض الحكم بالتناقض ، لأنه لو اعتبر رجوعه في إبطال القضاء أدى إبطاله إلى ما لا يتناهى ، لأنه يأتي بعد ذلك فيرجع عن هذا الرجوع . ولأن الكلام الآخر في الدلالة على الصدق مثل الأول . وكلما كان كذلك ساواه . واحتيج إلى الترجيح . وقد ترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقض به . انظر : البدائع (٢٤٠/٧) .

(٦) إن الرجوع عن الشهادة فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من المجلس . وهو مجلس القاضي أي قاض كان . ولأن الرجوع عن الشهادة توبة عن جناية الكذب ، والتوبة على حسب الجناية . فالسر بالسر والإعلان بالإعلان . فالشهادة كانت بالإعلان والرجوع أيضًا كذلك . انظر : البدائع (٢٤٢/٢٤١/٧) . وعلى كلا الروايتين لا يلزم الحنفية ما اعترض به المخالف .

(٧) انظر : الحاوي للماوردي (٥١٧/٦) وعبارته : ولأن ما صح فيه التوكيل مع حضور الموكل صح فيه التوكيل مع غيبة الموكل قياسا على تثبيت القصاص . ولأن ما صح التوكيل في إثباته صح التوكيل في استيفائه كالأموال . وقال ابن قدامة في المغني (٢٠٣/٧) : ولأن كل من جاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته ، كالحدود وسائر الحقوق .

٢٦٦٧٦ – قلنا : يبطل بثمن الصرف ، لا يجوز للوكيل دفعه لغيبة موكله ، ويجوز مع حضوره [١] ، والمعنى في سائر الحقوق : أن الشبهة لا تمنع [استيفاءها] [٢] لإمكان استدراكها بعد الاستيفاء ، والقصاص تمنع الشبهة من استيفائه .

٢٦٦٧٧ – لأنه لا يستدرك ، وقد بينا أن الوكيل يستوفيه إذا غاب الموكل مع الشبهة . وإذا كان حاضرًا استوفاه عن (غير) [٣] شبهة ، ولأن سائر الحقوق يتوالى وجوبها من جهات مختلفة ، فلو وقف استيفاؤها عليه (تعذر) [٤] ذلك وبطلت ، والقصاص لا يتكرر ثبوته ، فإذا وقف (استيفاؤه) [٥] على الموكل لم يؤثر ذلك في بطلانه .

٢٦٦٧٨ – قالوا : (وكّلَ) [٦] باستيفاء قصاص كما لو وكّلَ حاضرًا .

٢٦٦٧٩ – قلنا : هناك لا يستوفيه بوكالة على ما قدمنا ، ولأنه لو عفا أظهر العفو ، فلم يكن في استيفائه شبهة ، وإذا غاب جاز (أن يكون) [٧] عفا ، فلو استوفى وكيله استوفى مع الشبهة .

* * *

---

(١) انظر : الحاوي للماوردي (٧٩/٥) .

(٢) في النسخ الثلاثة (استيفاؤها) . والصواب ما أثبته لأنه مفعول به .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) في ب و ج (بعد) .

(٥) في ب و ج (استيفاؤها) .

(٦) في ب و ج (وكان) .

(٧) في ب و ج (أن لم يكن) .

مسألة [(١)] ١٣١٣

قتل الواحد بالجماعة

٢٦٦٨٠ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا قتل الواحد جماعة فحضروا وطلبوا القصاص ، قتل لجماعتهم ، ولا دية عليه ، وإن حضر واحدًا (وطلب) [(٢)] القصاص ؛ قتل وسقط حق الباقين [(٣)] .

٢٦٦٨١ - وقال الشافعي [رحمه الله] : إذا حضروا قتل للأول إن عرف ، وكان لكل واحدًا من الباقين دية ، وإن لم يعلم الأول ، أقرع (بينهم الإمام) [(٤)] فقتله (لمن) [(٥)] خرجت قرعته ، ووجب لكل واحدًا من الآخرين دية [(٦)] .

---

(١) مكانها بياض في ب . (٢) في ب و ج (فطلب) .

(٣) انظر : الهداية مع البناية (٧٨/١٠) ، والمبسوط للسرخسي (١٢٧/٢٦) ، وتحفة الفقهاء (١٤٤/٣) وبقول الحنفية قالت المالكية . جاء في الكافي لابن عبد البر ص ٥٩٠ ما نصه : وإن قتل واحدًا جماعة فمن قتله من أولياء المقتولين لم يكن عليه ولا على ماله غير ذلك . ولا شيء لسائرهم من دية وغيرها . وجاء في مواهب الجليل (٢٥٦/٦) ما نصه : وكذلك لو قتل رجلا ثم قتل بعد ذلك رجالًا فقتل فلا شيء فيه لهم عليه .

(٤) في ب و ج (الإمام بينهم) . (٥) في ب (كمن) ، وفي ج (بمن) .

(٦) انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٤٦/٨) حيث جاء فيه ما نصه : قال الإمام الشافعي رحمه الله : ولو قتل نفرًا قتل للأول . وكانت الديات لمن بقي في ماله . فإن خفي الأول منهم أقرع بينهم ، فأيهم قتل أولًا قتل به ، وأعطى الباقون الديات من ماله . وانظر كذلك : المهذب (١٨٣/٢) حيث ذكر الشيرازي علة تعين حق الباقين في الدية فقال : لأنه فاتهم القود بغير رضاهم ، فانتقل حقهم إلى الدية كما لو مات القاتل . وانظر أيضًا في هذه المسألة : الوجيز (١٣٥/٢) والروضة (٢١٨/٩) ومغني المحتاج (٢٢/٤) . وذهب الحنابلة إلى أنه إن قتل واحدًا جماعة فرضوا بقتله ، قتل لهم جميعًا ، ولا شيء لهم سوى ذلك . وإن تشاحنوا فيمن يقتله منهم على الكمال ؛ أقيد للأول ، ولمن بقي الدية . وكذلك لو طالب بعضهم بالقصاص وطالب البعض الآخر بالدية ، قتل لمن طالب بالقصاص ، وأعطيت الدية للباقين . أنظر : الإنصاف للمرداوي (٤٩٤/٩) والمغني والشرح الكبير (٤٠٥/٩) . فهم قد فرقوا بين أن يتفق الأولياء على القود وبين أن يختلفوا عليها . ففي الحالة الأولى يتفقون مع مذهب الحنفية والمالكية . بينما يتفق مذهبهم في الحالة الثانية مع ما ذهب إليه الشافعية . والفرق بين مذهب الشافعية ومذهب الحنابلة : أنه عند اتفاق أولياء الدم على استيفاء القصاص ، يقتل القاتل بالكل عند الحنابلة ، ولا دية فيه . وعند الإمام الشافعي : يقتل بالأول ، وتجب الدية للباقين في ماله . ومما سبق يمكن القول إن الفقهاء قد اتفقوا على قتل الواحد إذا قتل جماعة . ولكن محل الخلاف بينهم هو هل يسقط بقتله حق الكل أم يسقط بقتله حق الواحد ويجب للآخرين الدية في مال القاتل ، للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة أقوال : **القول الأول** : إن قتل القاتل سواء كان بالكل أو بالبعض يسقط حق الكل . فلا =

٢٦٦٨٢ – وهذه مبنية على أصلنا (أن) [١] موجب قتل العمد القصاص خاصة . (فإذا قتل) [٢] تعذر استيفاء الحق فسقط ، وعندهم موجب المال أو القصاص ، فإذا قتل سقط القصاص فبقي البدل الآخر [٣] ، ومبنية على أصل آخر وهو : أن من وجب عليه القصاص [إذا مات سقط القصاص بغير عوض] [٤] وعنده تجب الدية ، فقتْلُه قصاصا (كموته) [٥] ، وهذه المسألة ستجيء فيما بعد [٦] .

٢٦٦٨٣ – والدليل على أنهم إذا حضروا يقتل لجماعتهم ولم يقتل للأول : أن حقوقهم تعلقت بالعين بأسباب متساوية ، (فوجب أن يتساووا في الاستيفاء أصله الشفعة .

٢٦٦٨٤ – ومعنى قولنا : بأسباب متساوية) [٧] قتل وقتل ، كما أن في الشفعة اجتمعت شركة وشركة .

٢٦٦٨٥ – ولأن الجماعة إذا قتلوا واحدًا (قتلوا) [٨] به ، فلما كان الجماعة مع زيادة عددهم مثلًا للواحد ، كان الواحد أيضًا مماثلًا لهم ، (لأن) [٩] ما (قابل) [١٠] الشيء فلا بد أن يكون الشيء مماثلًا له أيضًا .

٢٦٦٨٦ – فإن قيل : الابن يقتل بأبيه ، والعبد بمولاه ، والأب لا يقتل بابنه ، ولا يقتل المولى (بعبده) [١١] .

٢٦٦٨٧ – قلنا : هذا توكيد . لأن الأدنى يماثل الأعلى ، والأعلى يماثل الأدنى ، (فإذا) [١٢] كان في مسألتنا الأعلى يستوفى [بالأدنى] [١٣] ، فلا بد أن يستوفى

= يجب شيء آخر . وهو مذهب الحنفية والمالكية . والقول الثاني : إن قتله يسقط حق الأول إن كان القتل على سبيل التعاقب ويجب للآخرين الديات . وإن كان القتل وقع دفعة أو لم يعلم الأول وتنازعوا فإن قتله يسقط حق من خرج اسمه في القرعة ويجب للآخرين الديات . وهو قول الشافعية . والقول الثالث : إن اتفقوا على قتله فإن قتله يسقط حق الكل . وإن قتل لواحد منهم فلا يسقط حق الآخرين فيجب لهم الديات في ماله . وهو مذهب الحنابلة .

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٢) في ب و ج (فإذا قتل سقط القصاص) .

(٣) قد ذكر الإمام القدورى الخلاف في موجب القتل العمد في مسألة مستقلة .

(٤) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . والظاهر سقوطه . وقد أثبته ليستقيم الكلام .

(٥) في ب و ج (لموته) .

(٦) انظر : مسألة رقم ١٧ .

(٧) من قوله : فوجب أن – إلى آخر قوله – بأسباب متساوية . ساقط من ب و ج .

(٨) في ب و ج (واقتلوا) .

(٩) في ب و ج (لا) .

(١٠) كذا في النسخ الثلاثة .

(١١) في ب و ج (بعبد) .

(١٢) في ب و ج (فإن) .

(١٣) في النسخ الثلاثة (الأدنى) والصواب ما أثبته .

الأدنى بالأعلى .

٢٦٦٨٨ - فإن قيل : (قتلنا) [(١)] الجماعة بالواحد ، لأن خروج الروح لا يتبعض . (فكل) [(٢)] واحدًا منهم في حكم القاتل ، فأما الواحد إذا قتل جماعة ، فقد انفرد فعله في كل واحدًا منهم عن فعله في الآخر . فلذلك وجب بكل (فعل) [(٣)] معنى منفرد .

٢٦٦٨٩ - قلنا : فكذلك نقول في مسألتنا إن خروج الروح لا يتبعض ، فإذا حضروا (وطالبوا) [(٤)] (فكأن) [(٥)] النفس بكمالها [استوفيت] [(٦)] لكل واحدًا منهم .

٢٦٦٩٠ - قالوا : إنما قتل الجماعة بالواحد صيانة للدماء ، لو لم يفعل ذلك سقط القصاص .

٢٦٦٩١ - لأن كل من (أراد) [(٧)] قتل غيره يشارك غيره فيه . وفي تغليظ ما يجب في مسألتنا حتى تؤخذ النفس والدية صيانة النفس أيضًا [(٨)] .

٢٦٦٩٢ - قلنا : صيانة النفس يكون بقتل القاتل ، وقد فعلنا ذلك . فأما الدية فلم توضع للزجر عن القتل . وإنما هي قيمة المتلف ، ولهذا يستوفيها في شبه العمد ، (ويعزر) [(٩)] القاتل (لنزجره) [(١٠)] عن القتل .

٢٦٦٩٣ - ولأن من جاز أن يقتل (بالواحد جاز أن يقتل) [(١١)] الواحد به كالواحد .

٢٦٦٩٤ - ولأن القصاص لم يجب معنى آخر أصله إذا كان القاتل عبدا .

---

(١) في ب و ج (قلنا) .

(٢) في ب و ج (لكل) والصواب ما أثبته .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) في ب و ج (فطالبوا) .

(٥) كذا في ج . وفي أ و ب (فكان) .

(٦) في النسخ الثلاثة (استوفت) والصواب ما أثبتناه .

(٧) في ب و ج (يريد) .

(٨) هذا اعتراض آخر على قياس الحنفية بأن قياس قتل الواحد بالجماعة على قتل الجماعة بالواحد قياس مع وجود الفارق . قال الإمام الشيرازي : ولأنا قتلنا الجماعة بالواحد احتياطا للدماء ، فوجب أن لا يقتل الواحد بالجماعة احتياطا للدماء . وقال ابن قدامة : وما ذكره مالك وأبو حنيفة فليس بصحيح ، فإن الجماعة قتلوا بالواحد لئلا يؤدى الاشتراك إلى إسقاط القصاص تغليظا للقصاص ، ومبالغة في الزجر . وفي مسألتنا ينعكس هذا ، فإنه إذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحدًا ، وإن قتل الثاني والثالث لا يزداد به عليه حق ، بادر إلى قتل من يريد قتله ، وفعل ما يشتهي فعله . فيصير هذا كإسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية . انظر : المغني والشرح الكبير ٤٠٦/٩ .

(٩) كذا في ب و ج ، وفي أ (وتعزير) .

(١٠) في ب (لزجره) وفي ج (بزجره) .

(١١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

٢٦٦٩٥ - فإن قيل : العبد إذا قُتِل سقط القصاص ، ولم يبق محل الدية ؛ لأنه لا مال للعبد . فوزانه في مسألتنا : إذا كان القاتل فقيرا يقتل [١] .

٢٦٦٩٦ - قلنا : إذا كان عندنا لا حق في العمد إلا القود ، فلا معنى للتفريق بوجود محل المال في أحد الموضعين وتعذره في الآخر حتى (يثبت لهم) [٢] أن هناك حقًّا يطلب له محل . وقولهم : إن حق الباقين لم يسقط لكن فقد محله ، غلط . لأنه إذا لم يطلب به أولًا لا يجوز أن يطالب به في الثاني ، فهذا معنى السقوط .

٢٦٦٩٧ - فإن قيل : جنايات العبد وجنايات الحر إذا كانت خطأً لم تتداخل ، كذلك العمد [٣] .

٢٦٦٩٨ - قلنا : لم نسلم ذلك ، لأن جنايات العبد الخطأ إذا اختار المولى الفداء وجب عليه لكل واحدًا من أولياء القتلى دية كما يجب في الحر .

٢٦٦٩٩ - ولأن قتل الواحد إذا وجب (بقتل) [٤] جماعة لم يجب (بقتله) [٥] (مال) [٦] . أصله : قاطع الطريق إذا وجب بقتله جماعة لم يجب بقتله (مال) [٧] .

٢٦٧٠٠ - فإن قيل : ابن سريج [٨] يقول : ....

---

(١) ليس هناك محل تتعلق به الدية ، فهو كالحر المعسر . وقال الماوردي : لم تسقط الدية بموته . ولكن لتعذر وجودها بعدم ملكه وقف استحقاقها بعد موته . وكذلك لو مات الحر معسرا . انظر : الحاوي (١٣٥/١٢) ويجدر بالذكر أن الحنابلة تتفق مع الحنفية والمالكية في أن الأولياء إذا اتفقوا على القود سقط حق الكل بقتل الجاني ، ولا يجب شيء غيره . وقد رد ابن قدامة على الشافعية فقال : ولنا على الشافعي : أنه محل تعلق به حقان لا يتسع لهما معا رضي المستحقان به عنهما فيكتفى به ، كما لو قتل عبد عبدين خطأ فرضي بأخذه عنهما . ولأنهما رضيا بدون حقهما ، فجاز كما لو رضي صاحب الصحيحة بالشلاء . أو ولي الحر بالعبد وولي المسلم بالكافر . انظر : المغني والشرح الكبير (٤٠٦/٩) .

(٢) في ب و ج (ثبت) .

(٣) وقال الماوردي : أنه لما تداخلت جنايات خطئه ، تداخلت جنايات عمده انظر : الحاوي (١٢٠/١٢) .

(٤) في ب و ج (بقتله) . (٥) في ب و ج (مع قتله) .

(٦) كذا في ج . وفي أ و ب (محال) . (٧) كذا في ج . وفي أ (محال) وفي ب (بحال) .

(٨) هو أحمد بن عمر بن سريج القاضي ، أبو العباس البغدادي . كان من عظماء الشافعية ، وكان يقال له الباز الأشهب ، وولى القضاء بشيراز ، وكان يفضل على جميع أصحاب الشافعي حتى على المزني . له مصنفات كثيرة ، يقال إنها بلغت أربعمائة مصنف . تفقه على أبي القاسم الأنماطي ، وعنه انتشر فقه الشافعي في أكثر الآفاق . توفي رحمه الله سنة ٣٠٦هـ ببغداد . انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص١٠٨ وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٢١/٣) ترجمة ٨٥ ووفيات الأعيان (٦٦/١) ترجمة ٢١ .

فيه وجهان (١) .

٢٦٧٠١ - دللنا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ أَن يُقَتَّلُوٓاْ ﴾ (٢) ولم يوجب غير القتل .

٢٦٧٠٢ - ولأنه قتل لا يصح العفو عنه ، فلم يجب معه مال كقتل المرتد والزاني المحصن (٣) .

٢٦٧٠٣ - فإن قيل : قتل قاطع الطريق (المغلب) (٤) على قتله حق (اللَّه) (٥) تعالى ولهذا [تحتم] (٦) ، فتداخل الحدود ، وأما القصاص فيثبت لحق الآدمي ، فلا يتداخل (٧) .

٢٦٧٠٤ - قلنا : (حد) (٨) القذف عندهم لحق الآدمي ويتداخل إذا كرر قذف واحدًا (٩) ، وكذلك القصاص يتداخل إذا قطع يد رجل فمات (١٠) .

٢٦٧٠٥ - احتجوا : بقوله (ﷺ) (١١) : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ، إن

---

(١) أي وجهان في تداخل جناية قاطع الطريق . قال الماوردي : اختلف أصحابنا في تداخل جنايته . فذهب ابن سريج إلى أنها لا تتداخل ؛ ويتحتم قتله بالأول ، ويؤخذ من ماله ديات الباقين . وذهب جمهورهم إلى تداخلها . لأنها صارت بانحتام قتله من حقوق اللَّه تعالى . وحقوقه تتداخل . انظر : الحاوي (١٢/١٢٠) .

(٢) سورة المائدة .

(٣) ويمكن أن يجاب عن هذا القياس بأنه قياس مع الفارق . لأن قتل المرتد والزاني المحصن صارت بانحتام قتله حقًّا من حقوق اللَّه تعالى فلا يدخله العفو . وهذا من حقوق الآدميين فيدخله العفو إن اتفق أولياء المقتولين على العفو ، فافترقا .

(٤) في ب و ج (الغلب) .

(٥) في ب و ج (لله) .

(٦) ما بين المعكوفين في أ (تحم) وفي ب و ج (ينجم) ، وما أثبته أقرب للسياق .

(٧) وقال الماوردي : قتل المحارب صارت بانحتام قتله حقًّا من حقوق اللَّه تعالى ، وحقوقه تتداخل . وإذا قتل في غير الحرابة لم ينحتم قتله ، فكان من حقوق الآدميين وحقوقهم لا تتداخل انظر : الحاوي للماوردي (١٢/١٢٠) .

(٨) في ب و ج (حق) .

(٩) ما ذكره الإمام القدورى هو الصحيح من القولين عند الشافعية . قال الشيرازي : وإن قذفه بزنا ثم قذفه بزنا قبل أن يقام عليه الحد ، ففيه قولان : أحدهما : أنه يجب عليه حدان ، لأنه من حقوق الآدميين فلم تتداخل كالديون . والثاني : يلزمه حد واحدًا وهو الصحيح . لأنهما حدان من جنس واحدًا لمستحق واحدًا فتداخلا ، كما لو زنا ثم زنا . انظر : المهذب ٢/٢٧٥ . وعلى هذا لا يلزم الحنفية ما اعترض به الشافعية هنا .

(١٠) ما قاله الإمام القدورى هنا من أن القصاص يتداخل إذا قطع يد رجل فمات مسألة خلافية ، وما ذكره الإمام القدورى إنما هو رأي الحنفية . أما الشافعية فقالوا : للولي أن يقطع . فإن مات به فقد استوفى حقه . وإن لم يمت قتل بالسيف . وعلى هذا ما قاله الإمام القدورى غير ملزم للشافعية .

(١١) في ب و ج (عليه السلام) .

أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » (١) .

٢٦٧٠٦ - قلنا : إن استدللتم بهذا في ثبوت التخير فهو كلام في مسألة أخرى ، وقد سبق الجواب عنه (٢) . وإن استدللتم به فيما بعد قتله لم يتناوله (الخبر) (٣) .

٢٦٧٠٧ - لأنه لا يقال : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية (إلا) (٤) مع بقاء الحياة (٥) .

٢٦٧٠٨ - فإن قيل : الخبر يقتضي ثبوت الخيار بين الأمرين ، فإذا قتله أخذ الأول ، فقد فات أحد الأمرين ، فتعين عليه الآخر (٦) .

٢٦٧٠٩ - قلنا : قد بينا أن الدية هو المال المودى ، وذلك يكون ببذل القاتل ، فكأنه قال : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا ما (بذل) (٧) لهم ، وذلك لا يكون إلا مع بقاء القاتل الباذل (٨) .

٢٦٧١٠ - قالوا : إذا قتله أحد الأولياء فقد سقط حق الباقين من القصاص بغير اختيارهم ، فوجب أن ينتقل الحق إلى الدية ، أصله إذا عفا أحد الشريكين (٩) .

٢٦٧١١ - قلنا : لا يصح اعتبار تعذر القصاص بفوات النفس بتعذره (بالعفو) (١٠) ، بدلالة أن العبد القاتل إذا عفا عنه أحد الوليين ، انتقل نصيب الآخر مالًا ، ولو قتله أحد الأولياء سقط حق الباقين ، ولأن أحدهما إذا عفا فحق الآخر سَلِم

---

(١) سبق تخريجه . انظر : المغني والشرح الكبير (٤٠٦/٩) حيث قال ابن قدامة في وجه الاستدلال بالحديث الشريف : فظاهر هذا أن أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية . فإذا اتفقوا على القتل وجب لهم . وإن اختار بعضهم الدية وجب له بظاهر الخبر .

(٢) انظر مسألة رقم ١٢ .

(٣) زيادة من ب و ج .

(٤) كذا في ج . وفي أ و ب (لا) .

(٥) ويمكن أن يجاب عما قاله الإمام القدوري بأن هذا مسلم إذا كان المقتول واحدًا . وفي مسألتنا قتل أكثر من واحدًا . فإذا اختار أحد الأولياء القود لا يسقط اختياره حق اختيار الآخرين . لأن كل ولي من أولياء المقتولين يثبت له حق الاختيار بين القود والدية على سبيل الاستقلال ،

(٦) وقال الماوردي : ومن خير بين حقين ، إذا فاته أحدهما تعين حقه في الآخر .

(٧) في ب و ج (يبذل) .

(٨) هذا تكرار من الإمام القدورى . وقد سبق الجواب عنه .

(٩) قال الماوردي : سقط حقه من القصاص بغير رضاه ، فوجب الدية في ماله ، كما لو عفا أحد الشريكين . وانظر كذلك : الحاوي (١٣٥/١٢) .

(١٠) كذا في أ وهو الصواب ، وفي ب (بالكفر) وفي ج (فالعفو) .

للقاتل ، فجاز أن (يتقوم) [١] عليه ، وفي مسألتنا لم يسلم له حق الباقين ، وإن أتلف أحد [الشريكين] [٢] حقهم (والمقتص منه) [٣] ليس من أهل الضمان فلم يثبت المال في تركته ، وإن شئت قلت : إن حق الولي لم يكن إلا القصاص عندنا ، والسبب إذا حصل غير موجب لضمان مال (لم) [٤] يجز أن ينقلب بعد الموت ، فيجب المال على الورثة ابتداء ، ألا ترى أن المدعى عليه يلزمه اليمين ، فإذا امتنع منها صار ناكلًا عندنا ، ولم يقم يمينه (ويلزمه) [٥] المال ، فإن مات قبل أن يحلف (تعزر) [٦] اليمين (و) [٧] لم يقض على ورثته بالمال ؟ كذلك هذا .

٢٦٧١٢ - قالوا [٨] : جناية لو كانت على الطرف لم تتداخل ، (فإذا) [٩] كانت على النفس لم تتداخل كالخطأ . ولأنها جناية إذا كانت خطا لم تتداخل ، فإذا كانت عمدًا وجب أن لا تتداخل (كالطرف) [١٠] .

٢٦٧١٣ - قلنا : [١١] خرجت هذه العلة أن الجناية على النفس لا تتداخل وإن قتلوه جميعًا ، فخروج الروح لا يتبعض ، (فكل) [١٢] واحدًا كالمستوفى بجميع النفس ، وإن قتله واحدًا سقط حق الآخر لفوات محله (لا) [١٣] يقيد القاتل فيها بإيجاب (الديون) [١٤] .

٢٦٧١٤ - ولأن أصل العلة إن كانت الجناية على الطرف ، فلأن المماثلة معتبرة في الأطراف ، فلم تقم اليد الواحدة مقام اليدين ، ولهذا لم تقطع يدان عندنا بيد واحدة ، وأما النفس (فالمماثلة) [١٥] غير معتبرة فيها ، فكما جاز أن يقتل الجماعة بالواحد

---

(١) في ب و ج (يتقدم) .
(٢) في النسخ الثلاثة (العين فيه) ، والصواب ما أثبته . .
(٣) في ب وج (والقبض منهم) .
(٤) في ب و ج (فلم) .
(٥) في ب و ج (فيلزمه) .
(٦) في ب و ج (لقدرة) .
(٧) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .
(٨) وقال الماوردي في الحاوي (١١٩/١٢) : ولأنها جنايات لا يتداخل خطأها ، فوجب أن لا يتداخل عمدها ، كالأطراف . وقال ابن قدامة في المغني والشرح الكبير (٤٠٦/٩) : ولأنهما جنايتان لا يتداخلان إذا كانتا خطأ أو أحدهما . فلم يتداخلا في العمد كالجنايات على الأطراف . وقد سلموها .
(٩) في ب و ج (إذا) .
(١٠) في ب و ج (الطرف) . .
(١١) زيادة من ب و ج .
(١٢) في ب و ج (بكل) .
(١٣) كذا في أ ، وفي ب (في حال لا) وفي ج (في حال إلا) .
(١٤) كذا في النسخ الثلاثة . ولعل الأصوب هو (الديات) .
(١٥) في ب و ج (والمماثلة) .

فتماثل الأنفس نفسه ، كذلك يقتل [بهم] (١) ويماثل نفسه أنفسهم .

٢٦٧١٥ - ولأن الطرف يتبعض في الاستيفاء ، فإذا اجتمع على قطع اليد فكأن استوفى بعضها ، فلا يقوم مقام يده . وخروج الروح لا يتبعض ، فإذا اجتمعوا على القتل فكأن كل واحدًا استوفاه على الانفراد ، بدلالة (المشترك) (٢) في الأضحية .

٢٦٧١٦ - ولأن الطرف تعلق به حق كل واحدًا بكماله ، بدلالة أن أحدهم إذا عفا استوفاه الآخر ، فإن اجتمعوا على القطع فقد قضى بعض حق كل واحدًا منهما فيما تعلق به حق الآخر . وهو خيار [القصاص] (٣) من الضمان ، فصار ذلك مضمونا عليه ببدله .

٢٦٧١٧ - وإن انفرد (واحدًا منهم) (٤) بالاستيفاء فقد قضى حقه فيما تعلق به حق غيره ، وهو خيار القصاص من أهل وجوب الضمان ، فلزمه ضمان البدل ، فأما النفس فإذا استوفاها واحدًا فقد صار مقضيا لذمته في حال لا يجوز أن يلزم القاتل ابتداء ضمان لم يكن ، فلذلك لم يضمن للباقين .

٢٦٧١٨ - فإن قيل : الميت يجوز أن يلزمه الضمان فيما وجد سببه حال حياته ، كمن حفر بئرا فوقع فيها بعد موته إنسان ، وكمن باع شيئا فرده المشتري بعد موته بالعيب .

٢٦٧١٩ - قلنا : هناك (لم) (٥) يبتدئ إيجاب ضمان المال ، وإنما يستند إلى السبب (السابق وتعلقه به ، فذاك السبب يجوز أن يتعلق المال به ، وفي مسألتنا لا يجوز أن يبتدئ الضمان ، فإن أسندناه إلى السبب السابق) (٦) ، وهو قتل العمد لم يصح ، لأنه غير موجب للمال عندنا ، وإن كان أصل العلة الخطأ ، فمحله الواجب به الدية ، وهي متسعة ، (فثبت) (٧) حق جماعتهم فيها ، ومحل (القصاص) (٨) الرقبة ، وهي متضايقة (عن الحقوق ، فجاز أن يتداخل ، بيان ذلك : أن جناية الخطأ إذا تعلقت بمحل لا يتسع لها وهي جناية العبد) (٩) تداخلت (١٠) .

---

(١) كذا في ب ، وفي أ و ج (منهم) . (٢) في ب و ج (الشرك) .

(٣) في النسخ الثلاثة (القضا) . والصواب ما أثبتناه .

(٤) في ب و ج (أحدهم) . (٥) في ب و ج (لا) .

(٦) قوله : السابق وتعلقه به - إلى آخر قوله- إلى السبب السابق . ساقط من ب و ج .

(٧) في ب و ج (قبلت) . (٨) كذا في ب و ج . وفي أ (الضمان) .

(٩) قوله : عن الحقوق - إلى آخر قوله - وهي جناية العبد . ساقط من ب .

(١٠) أي إن كانت العلة في قياس الشافعية الخطأ فهو قياس مع الفارق كما قال الإمام القدوري . وقد رد الحنابلة أيضًا على الشافعية بهذا الرد . قال ابن قدامة في المغني والشرح الكبير (٤٠٦/٩) : وفارق ما إذا كان القتل خطأ ، فإن الجناية تجب في الذمة ، والذمة تتسع لحقوق كثيرة .

٢٦٧٢٠ - قال مخالفنا : للنفس بدلان : القصاص والدية ، فإذا تعذر أحدهما وجب الآخر ، كمن أتلف على كل واحدًا من رجلين [قفيز] (١) حنطة (ووجد) (٢) له قفيز واحدًا ، فإنه يقسم بينهما ويقوم لكل واحدًا قيمة نصف قفيز ، وإنما كان كذلك ، لأن (للمال) (٣) بدلين : المثل والقيمة ، لا بدل له إلا القصاص (٤) .

٢٦٧٢١ - قلنا : المال ثبت (بدلًا) (٥) عن القصاص ، ولهذا يجوز أن يصالح على أضعاف الدية وعلى غير جنس الدية مؤجلًا ، وما ليس بمال إنما ينقلب مالًا بالتراضي كالطلاق ، أو بتعذر الاستيفاء مع قيام المحل وعدم رضا المستحق ، كعفو أحد الشريكين، وهذا لا يوجد في مسألتنا . ولهذا يجب الضمان في الطرف إذا استوفاه بعضهم ؛ لأنه قضى به حقًّا عليه ، فقام ذلك مقام الرضا ، فإذا طلب صاحب الطرف الآخر فكأنهما تراضيا .

٢٦٧٢٢ - قالوا : حقان مقصوران لآدميين ، فوجب أن لا يتداخل كالديون .

٢٦٧٢٣ - قلنا : الوصف غير مؤثر ؛ لأن الديون لا تتداخل ، وإن كانت لواحد نقول بموجبه ، لأن القصاص (يتداخل) (٦) كما بينا ، ولأن محل الديون (الذمة) (٧) وهي متسعة ، ومحل القصاص الرقبة وهي (تضيق) (٨) ، فجاز أن يتداخل ما تعلق بها .

* * *

(١) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة ، ولعله سقط منها .

(٢) في ب و ج (ووجب) . (٣) في ب و ج (المال) .

(٤) وقال الماوردي : ولأن القصاص مماثلة لجنس متلف ، فوجب إذا تعذر استيفاء المثل أن يستحق الانتقال إلى بدله من المال ، كمن استهلك ذا مثل من الطعام فأعوز ، انتقل إلى قيمته انظر : الحاوي للماوردي (١٢/١٣٥) .

(٥) في ب و ج (بدل) .

(٦) في النسخ الثلاثة (لا يتداخل) والصواب ما أثبته . لأن القصاص يتداخل عند الحنفية .

(٧) في ب و ج (الدية) . (٨) كذا في ب . وفي أ (تتضيق) .

مسألة [(١)] ١٣١٤

حكم ما إذا قطع شخص يمين رجلين

٢٦٧٢٤ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا قطع يمين رجلين بفعل واحدًا أو [(٢)] تقدم أحدهما الآخر ، (فحضرا وطلبا) [(٣)] القصاص ، قطعت يده لهما ، (وقضى لهما) [(٤)] عليه بنصف الدية . وإن حضر أحدهما اقتص له ، (ويقضى) [(٥)] (للباقي) [(٦)] بالدية [(٧)] .

٢٦٧٢٥ - وقال الشافعي [رحمه الله] : إن علم الأول فله القصاص وللباقي الدية ، وإن لم يعلم أقرع بينهما ، فقطع (لمن) [(٨)] خرجت قرعته ، وقضى للآخر بالدية [(٩)] .

٢٦٧٢٦ - لنا : أن حقهم تعلق باليمين بأسباب متساوية ، فلا (يقدم) [(١٠)] أحدهما في الاستيفاء : أصله : الشفعة .

٢٦٧٢٧ - ولأن حق كل واحدًا ثابت في اليد بدلالة [أنه] [(١١)] لو عاد

---

(١) مكانها بياض في ب . (٢) في ج (و) . والصواب ما أثبته .

(٣) في ب و ج (فحضر وطلب) . والصواب ما أثبته . (٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) في ب و ج (فيقضى) . (٦) وفي ج (للثاني) .

(٧) أي دية اليد وهو نصف الدية . انظر : الهداية مع البناية (٨٢/١٠) وتبيين الحقائق (١١٦/٦) وملتقى الأبحر (٢٩٠/٢) . (٨) وفي ب و ج (من) .

(٩) انظر : المهذب للشيرازي (١٨٣/٢) حيث قال : وإن قتل واحدًا جماعة أو قطع عضوًا من جماعة ؛ لم تتداخل حقوقهم ؛ لأنها حقوق مقصودة لآدميين ، فلم تتداخل كالديون . فإن قتل أو قطع واحدًا بعد واحدًا اقتص منه للأول ؛ لأن له مزية بالسبق . وإن سقط حق الأول بالعفو اقتص للثاني . وإن سقط حق الثاني اقتص للثالث . وعلى هذا ، إذا اقتص منه لواحد بعينه تعين حق الباقين في الدية ؛ لأنه فاتهم القود بغير رضاهم فانتقل حقهم إلى الدية ، كما لو مات القاتل أو زال طرفه . وإن قتلهم أو قطعهم دفعة واحدة أو أشكل الحال ، أقرع بينهم . فمن خرجت له القرعة اقتص له . لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فقدم بالقرعة ، كما قلنا فيمن أراد السفر ببعض نسائه . فإن خرجت لواحد فعفا عن حقه ، أعيدت القرعة للباقين . وانظر كذلك : مغنى المحتاج (٢٤/٤) والروضة (١٦٠/٩) . ويتضح من كلام الشافعية أنهم يفرقون بين حالتين . الحالة الأولى : أن يقطع واحدًا بعد واحدًا ويكون هذا الترتيب معلومًا . فيقطع لمن قطع يده أولًا لتميزه بالسبق . ويصير حق الثاني إلى الدية لفوات لتعذر استيفاء حقه . والحالة الثانية : أن يقطع واحدًا بعد واحدًا ولا يعلم أيهما قطع أولًا . وكذلك إذا قطعهما دفعة واحدة . فيقرع بينهم لتساويهم في الاستحقاق . ولم يفرق الحنفية بين الحالتين . فلا فرق عندهم بين أن يكون الجنايتين بالترتيب أو دفعة واحدة . (١٠) وفي ب و ج (يتقدم) .

(١١) في النسخ الثلاثة (أمر) . والصواب ما أثبتناه .

(فقطعها) (١) لم يجب عليه قصاص ، فلم يجز أن يسقط حقه عما تعلق به بالقرعة كالشفعة والغرماء .

٢٦٧٢٨ - ولأن الثاني ساوى الأول في سبب الحق مع بقاء المحل ؛ فوجب أن (يستوي) (٢) في الاستحقاق كالشفعة . ومعنى سبب الحق : قطع (يد) (٣) حر مثله سليمة من غير حق .

٢٦٧٢٩ - احتجوا : بأنه قصاص وجب لرجلين في (عين واحدة) (٤) ، فوجب أن لا يتبعض في حق كل واحد منهما من القصاص والدية ، أصله : إذا قتل رجل رجلين .

٢٦٧٣٠ - قلنا : خروج الروح لا يتبعض ، فإذا قتلاه : فكل واحدًا استوفى جميع النفس ، فلم يجز أن يقضى له [بجزء من] (٥) الدية ، فأما الطرف فإنه يتبعض في الاستيفاء ، فإذا قطع لهما فكل واحدًا استوفى بعضه ، فجاز أن يقضي له من الدية بقدر ما بقي من جهته .

٢٦٧٣١ - قالوا : حق (الأول) (٦) متعلق باليد ، فمنع من (تعلق) (٧) حق الثاني ، قياسا على الرهن بعد الرهن ، والبيع بعد البيع (٨) .

٢٦٧٣٢ - قلنا : الثاني يتعلق بالاتفاق ، بدليل أنه لو عدا على الطرف فقطعه وقع عن حقه ، وبدليل أن الأول لو عفا ثبت للثاني القطع ، ولو لم يكن القصاص وجب له بنفس الجناية لم يجز أن تثبت في الثاني . ألا ترى أن من كسر سن رجل ولا سن له ، ثم نبت له سن ، لم يجب (له) (٩) قلعها .

٢٦٧٣٣ - ويبطل ما قالوه (بالعبد) (١٠) إذا جنى ثم جنى ، فالجناية الثانية متعلقة وإن (١١) كانت الرقبة مشغولة بالأولى ، وليس هذا كالبيع والرهن ، لأن العقد الثاني لم يصح ، فلم يساوى علة الأول . وأما الجناية فهي فعل (يضمنها) (١٢) تكون مشاهدة ،

---

(١) في ب و ج (قطعها) .

(٢) في النسخ الثلاثة (يستوفى) . والصواب ما أثبتناه .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) في ب و ج (غير واحدًا) .

(٥) في النسخ الثلاثة (مجرى) ، وما أثبته أقرب للسياق .

(٦) في ب و ج (للأول) .

(٧) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٨) انظر : المهذب للشيرازي (١٨٢/٢) حيث قال فيه : فإن قطع أو قتل واحدًا بعد واحد اقتص من الأول لأن له مزية بالسبق .

(٩) ساقط من ب و ج .

(١٠) في ب و ج (وبالعبد) .

(١١) في النسخ الثلاثة (فإن) وما أثبته أقرب للسياق .

(١٢) في أ (يتضمنها) وفي ب وج (يضمها) والصواب ما أثبته .

فلذلك ساوت الثانية الأولى .

٢٦٧٣٤ - قالوا : الجناية الواحدة لا توجب القصاص والمال .

٢٦٧٣٥ - قلنا : لم توجب الجناية إلا القصاص . ثم المال ثبت في الثاني لما (ذكرنا أنه) (١) قضى بعض ما عليه مما تعلق به (حق) (٢) غيره .

* * *

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٢) ساقط من ب و ج .

مسألة [1] ١٣١٥

حكم ما إذا مات القاتل بعد وجوب القصاص عليه

٢٦٧٣٦ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا وجب القصاص فمات القاتل ؛ سقط القصاص بغير عوض [2] .

٢٦٧٣٧ - وقال الشافعي رحمه الله : يجب في ماله الدية [3] .

٢٦٧٣٨ - لنا : أن كل حق يستوفى من الرقبة يبطل بهلاكها ، أصله المنافع من

---

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) اختلف الفقهاء فيما إذا كان سقوط القصاص بموت الجاني يوجب الدية في ماله أو لا يوجبها . فذهب الحنفية إلى أن فوات محل القصاص بالموت لا يوجب الدية في مال القاتل . قال الإمام الطحاوي : ولو قتل رجل عمدًا فوجب عليه القود فقتل بحق أو بغير حق فلا شيء لولي المقتول الأول . انظر : مختصر اختلاف الفقهاء لأبي بكر الرازي ورقة ب٢٣٩ مخطوط برقم ٦٤٧ فقه حنفي باسم اختلاف الفقهاء لأبي جعفر الطحاوي ميكروفيلم ٣٠٢٩٧ دار الكتب المصرية . ولا فرق عندهم بين أن يموت بآفة سماوية أو يقتل . وسواء كان القتل بحق أو بغير حق . قال الإمام الكاساني : المسقط للقصاص أنواع : منها فوات محل القصاص . بأن مات من عليه القصاص بآفة سماوية . لأنه لا يتصور بقاء الشيء في غير محله . وإذا سقط القصاص بالموت لا تجب الدية عندنا . لأن القصاص هو الواجب عينًا عندنا . وكذا إذا قتل من عليه القصاص بغير حق أو بحق بالردة والقصاص . انظر : البدائع (٢٤٦/٧) . وقالت المالكية أيضًا بعدم وجوب الدية بموت القاتل بآفة سماوية أو بغيره . انظر : الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي (٢٣٩/٤) ، (٢٥٤/٤) .

(٣) ترى الشافعية أن فوات محل القصاص بموت الجاني يوجب الدية في تركته . قال الإمام الشافعي رحمه الله : ولو لم تختر الورثة القتل ولا المال حتى مات القاتل كانت لهم الدية في ماله يخاصمون بها غرمائه كدين من دينه . ولو اختاروا - أي أولياء المقتول - القتل فمات القاتل قبل أن يقتل ، كانت لهم الدية في ماله . لأن المال إنما يبطل عنهم بأن يختاروا القتل ويقتلون ، فيكونون مستوفين لحقهم من أحد الوجهين . انظر : الأم (١٠/٦) . فعند الشافعية : الدية بدل عن القصاص عند سقوطه بعفو أو غيره كموت الجاني . فيثبت حق المجني عليه في الدية . لأن ما ضمن بسببين على سبيل البدل ، إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر ، كذوات الأمثال انظر : المهذب (١٨٨/٢) ومغني المحتاج (٤٨/٤) . وبقول الشافعية قالت الحنابلة في الصحيح من المذهب عندهم . قال المرداوي : وإن مات القاتل عمدًا وجبت الدية في تركته ، وكذا لو قتل . هذا هو الصحيح من المذهب ، نص عليه . وقيل تسقط بموته . واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله أنها تسقط بموته وقتله . وخرجه وجهًا . انظر : الإنصاف (٦/١٠) . ومما سبق يمكن القول بأن الحنفية والمالكية ذهبوا إلى أنه لا تجب الدية في تركة القاتل بموته قبل الاقتصاص منه . وهو وجه عند الحنابلة في مقابل الصحيح . اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله . وذهب الشافعية ومعهم الحنابلة في الصحيح من المذهب إلى وجوب الدية في تركة القاتل بموته .

الإجارة والوصية بالخدمة والنكاح ، ولا يجوز إيجاب الدية .

٢٦٧٣٩ - لأن الضمان يجب بهلاك ما هو مضمون على الإنسان كالغصب ، ونفسه غير مضمونة عليه ، (فلم) [١] يجز أن يلزمه بهلاكها ضمان [٢] .

٢٦٧٤٠ - ولأن القصاص وجب عليه فلا يستوفى المال بعد موته كالعبد إذا مات [٣] .

٢٦٧٤١ - فإن قيل [٤] : الحق لم يسقط بموت العبد ، وإنما تعذر استيفاء الدية لأنه (لا) [٥] مال له ، فهو كالحر (الفقير) [٦] .

٢٦٧٤٢ - قلنا : لم نعلل السقوط ، وإنما عللنا الاستيفاء ، ولا خلاف أنه لا يستوفى .

٢٦٧٤٣ - ولأن الفقير يجوز أن يقال لم يسقط الحق ، يجوز أن يظهر له مال ، والعبد لا يرجى له مال ، فلا بد من سقوط الحق .

٢٦٧٤٤ - ولأن جناية الحر (عمدًا) [٧] كجناية العبد خطأ ، بدلالة أن كل واحدًا منهما يستوفى من الرقبة ، فإذا كانت جناية العبد تسقط (بموته) [٨] ، كذلك (جناية) [٩] الحر .

٢٦٧٤٥ - ولأنه سبب لوجوب القتل فيسقط بالموت ولا ينتقل إلى التركة أصله المرتد إذا مات .

٢٦٧٤٦ - ولأن المال لا يخلو إما أن يجب بالقتل أو بالموت ، ولا يجوز إيجابه

---

(١) في ب و ج (لم) .
(٢) هذا الدليل الذي ذكره الإمام القدورى مبني على أن نفس القاتل غير مضمونة عليه . وقد أجاب الماوردي عن هذا فقال : وقوله : إن نفسه غير مضمونة عليه فعنه جوابان :
أحدهما : أنه لما جاز أن يضمنها حيا ببذل الدية جاز أن يضمنها ميتا بوجوب الدية .
والثاني : أنه يضمن الدية بدلا من نفس قتيله لا من نفسه . انظر : الحاوي (١٣٥/١٢) .
(٣) المقصود بالمقيس عليه هنا : العبد الجاني إذا مات قبل استيفاء القصاص منه . والله أعلم .
(٤) هذا اعتراض من قبل المخالف بأن القياس على موت العبد قياس مع الفارق . . : ليس هناك محل تتعلق به الدية ، فهو كالحر المعسر . وقال الماوردي : لم تسقط الدية بموته ، ولكن لتعذر وجودها بعدم ملكه وقف استحقاقها بعد موته . وكذلك لو مات الحر معسرا . انظر : الحاوي (١٣٥/١٢) . وقال ابن قدامة : وفارق العبد الجاني . لأنه ليس له مال فينتقل إليه . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٥٦/٩) .
(٥) ساقط من ب .
(٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٧) في ب (عبدا) .
(٨) في ب و ج (لموته) .
(٩) ما بين القوسين ساقط من ج .

بالقتل ، لأنا دللنا على أن قتل العمد (يوجب) [١] القود دون غيره [٢] ، ولا يجوز إيجابه بالموت ، لأن نفسه ليست مضمونة عليه ، (فبتلفها) [٣] لا يوجب عليه (ضمان) [٤] . ولأن الموت ينافى ابتداء الضمان ،

٢٦٧٤٧ - ولا يلزم حفر البئر ، لأن الضمان يستند إلى (الحفر) [٥] السابق [٦] ، وفي مسألتنا لا يستند إلى القتل ، لأن دم العمد لا يوجب به مال .

٢٦٧٤٨ - احتجوا : بقوله ﷺ : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ، إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » [٧]

٢٦٧٤٩ - قلنا : قد بينا أن الدية عبارة عما (يودى) [٨] ، وهذا لا يكون إلا ببذل القاتل ، فكأنه قال : فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا قبلوا ما يودى إليهم ، (وهذا) [٩] لا يدل أن لهم المطالبة شاء ورثة القاتل أو أبوا .

٢٦٧٥٠ - قالوا : سقط القصاص بغير رضي القاتل ، فوجب أن (يؤخذ) [١٠] المال ، أصله إذا عفا أحد الوليين [١١] .

٢٦٧٥١ - قلنا : هناك سَلِمَت النفس له ، فجاز أن يلزمه ضمان عوضها ، وها هنا لم تَسلُم له ، فلم يلزمه العوض ، ويجوز أن تفترق في الأعواض سلامة البدل وغيره كثمن المبيع .

٢٦٧٥٢ - فإن قيل : المضمون يجب بدله سَلِم له الانتفاع به (أو) [١٢] لم يسلم

---

(١) في ب و ج (موجب) .

(٢) لأن عندهم القتل العمد يوجب أحد أمرين : القصاص أو الدية . وقد سبق الخلاف فيها في مسألة رقم ١٢ .

(٣) في ج (فتلفها) .

(٤) في ج (ضمانا) .

(٥) في ب و ج (حفر) .

(٦) هذا جواب عن اعتراض الشافعية . واستناد الضمان إلى الحفر السابق صورته : إذا حفر بئرا في الطريق فمات . ثم وقع فيها إنسان بعد ذلك . ضمن الحافر الدية .

(٧) الحديث سبق تخريجه . في المسألة رقم ١٢ ، ووجه الاستدلال به : أن من خير بين حقين إذا فاته أحدهما تعين حقه في الآخر . انظر : الحاوي (١٣٥/١٢) .

(٨) في ب (يؤدى) وكلاهما صواب .

(٩) في ب و ج (ومن هذا) .

(١٠) في ب (يوجد) .

(١١) أنه إذا سقط حقه من القصاص بغير رضاه ، فوجبت الدية في ماله ، كما لو عفا أحد الشريكين وقال الإمام الماوردي : ولأن سقوط القصاص بعد استحقاقه بغير اختيار مستحقه يوجب الانتقال إلى الدية ، كما لو عفا بعض الورثة انتقل حق من لم يعف إلى الدية . انظر : الحاوي (١٣٥/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٥٦/٩) .

(١٢) في ج (و) .

بدلالة الغصب .

٢٦٧٥٣ - قلنا : العين المغصوبة (مضمونة) [١] في يد الغاصب ، فيضمنها سَلمت له أو لم تسلم ، ونفس القاتل لا يجوز أن تكون مضمونة عليه ، (و) [٢] نفسه (تكون) [٣] في حكم الأمانات (إن) [٤] تلفت لم يضمنها ، وإن سلم له الانتفاع فيها ضمنها .

٢٦٧٥٤ - قالوا : النفس (متلف) [٥] له مثل ، فإذا تعذر المثل وجبت القيمة كالمتلفات

٢٦٧٥٥ - قلنا : المتلف له مضمون على المتلف ، فإذا تعذر تسليمه وجب العوض عنه ، والنفس ليست مضمونة عليه فلا يجب (عليه) [٦] بدلها

٢٦٧٥٦ - ولأن [٧] ضمان قيمة المتلف يستند إلى الإتلاف ، وذلك السبب يجوز أن تتعلق به القيمة ، والضمان (في) [٨] مسألتنا لو وجب استند إلى القتل ، وهو سبب لا يجوز أن يوجب المال على ما قدمنا .

* * *

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) في ب و ج (وإن) وهو خطأ .

(٥) في ب (ملفف) وهو تحريف .

(٦) في ب (عليها) وهو تحريف .

(٧) في ب و ج (وإن) .

(٨) في ج (وفي) .

مسألة [١] ١٣١٦

حكم الضمان فيما إذا سرى القصاص في الطرف إلى النفس

٢٦٧٥٧ - قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ : إذا اقتص في الطرف فمات المقتص منه [٢] ضمن المقتص الدية .

٢٦٧٥٨ - وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللَّه : لا ضمان عليه [٣] . وبه قال الشافعي [٤] رَحِمَهُ اللَّهُ .

---

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) في النسخ الثلاثة (فيه) ولعله تحريف ، والصواب ما أثبته .

(٣) انظر : مختصر الطحاوى ص ٢٤٠ حيث قال : ومن قطع يد رجل عمدًا فاقتص له منه الإمام ثم مات المقتص منه من القصاص ، فإن أبا حنيفة ﷺ قال : دية نفس المقتص منه على المقتص له . وبه نأخذ . وقال أبو يوسف ومحمد ﷺ : لا شيء له عليه . اهـ . وانظر كذلك : المبسوط (١٤٧/٢٦) والهداية مع البناية (١٠٤/١٠) .

(٤) انظر : المهذب للشيرازي (١٨٨/٢) حيث قال : إذا اقتص في الطرف فسرى إلى نفس الجاني فمات لم يجب ضمان السراية . وقال الماوردي : ولو مات الجاني من القصاص كانت نفسه هدرا لا يضمنها المقتص . انظر : الحاوي (١٢٦/١٢) . وبهذا قال الإمام مالك ﷺ . جاء في أسهل المدارك (١٢٣/٣) ما نصه : وإن زاد جرح المستقاد منه أو مات فليس على المجروح الأول المستقيد شيء . وقال القرافى : إذا مات من القصاص في الأطراف فلا شيء فيه . قاله مالك . انظر : الذخيرة (٣٥٠/١٢) . وانظر كذلك حاشية الدسوقي (٢٥٢/٤) وبداية المجتهد (٤٠٨/٢) . وهذا قول الحنابلة أيضًا . قال المرداوى : سراية القود غير مضمونة . فلو قطع اليد قصاصًا فسرى إلى النفس فلا شيء على القاطع بلا نزاع . انظر : الإنصاف (٣٠/١٠) . وانظر كذلك : المغني والشرح الكبير (٤٤٣/٩) . ومما سبق من أقوال الفقهاء يمكن أن نقول : إن الإمام أبا حنيفة يرى أن المقتص يضمن الدية . بينما يرى الصاحبان والإمام مالك والإمام الشافعي والإمام أحمد أن سراية القصاص غير مضمونة . وبقول الإمام أبي حنيفة قال جماعة . منهم عطاء وطاووس وعمرو بن دينار والحارث العكلي والحكم بن عتيبة والشعبي والنخعي والزهري والثوري . وبقول الصاحبين ومن معهما قال جماعة . منهم الحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب ويحيى ابن سعيد الأنصاري وربيعة وأبو ثور وداود وإسحاق وابن المنذر . وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي بن أبي طالب ﷺ . وهناك فريق ثالث يرى بأن يسقط من الدية قدر الجراحة التي اقتص منها . وهو قول ابن مسعود ﷺ . وروي هذا القول عن إبراهيم النخعي وحماد بن أبي سليمان . وبه قال عثمان البتي وابن أبي ليلى ﷺ . انظر : الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (١١٧/٢) والمحلى لابن حزم (٣٦٦/١٢) والاستذكار لابن عبد البر (٢٨٩/٢٥) وبداية المجتهد (٤٠٨/٢) والمغني والشرح الكبير (٤٤٣/٩) .

٢٦٧٥٩ - لنا : أنه حق يستوفيه لنفسه على طريق البدل ، فكان مضمونًا عليه كالديون [١] ، فإذا ثبت أنه مضمون وما تولد من قطع فهو مضمون كالجناية المبتدأة [٢] .

٢٦٧٦٠ - ولا يلزم المتبرع ، لأنه لا يستوفى العمل لنفسه .

٢٦٧٦١ - ولا يلزم المعلم إذا ضرب الصبي ، لأنه إن كان بغير إذن الأب ضمن ، وإن كان بأمره لم يضمن [٣] ، لأنه لا يستوفيه لنفسه ، وليس هو على طريق البدل .

٢٦٧٦٢ - ولا يلزم المستأجر إذا ماتت الدابة من ركوبه ، لأنه مستوفى لمنفعة نفسه ومنفعة المؤجر حتى يستحق البدل ، ولا يلزم المستعير ، لأنه لا يستوفى المنفعة على وجه البدل .

٢٦٧٦٣ - ولأنه حق يستوفيه لنفسه لا يقف على إذن [المستوفى منه] [٤] ، من ملكه خُيِّر بين أخذه وتركه ، فما تولد منه مضمون عليه (كضربه) [٥] لامرأته [٦] ، ولا

---

(١) ويمكن أن يجاب عن هذا القياس بأن مستوفى القصاص قد فعل مثل ما فعل به دون زيادة ، فهو فعل غير مضمون . بخلاف الدين فإنها مضمون .

(٢) يوضح هذا القياس ما قاله الكاساني في البدائع (٣٠٥/٧) حيث قال : ولأبي حنيفة ﷺ أنه استوفى غير حقه لأن حقه في القطع وهو أتى بالقتل . لأن القتل اسم لفعل يؤثر في فوات الحياة عادة . وقد وجد فيضمن كما إذا قطع يد إنسان ظلما فسرى إلى النفس . وكان القياس أن يجب القصاص ، إلا أنه سقط للشبهة فتجب الدية . وقد أجاب الجمهور عن هذا القياس بأنه قياس مع الفارق . قال الشيرازي : وقطع اليد ابتداء للجناية والعدوان . وهذا للقصاص والانتقام . ولهذا يضمن سراية القطع هناك ولا يضمن ها هنا . انظر : النكت ورقة ب ٢٥٨ . وقال ابن قدامة في المغني والشرح الكبير (٤٤٣/٩) : وفارق ما قاسوا عليه ، فإنه ليس ما فعله مستحقا .

(٣) عند الحنفية : ولو ضربه المعلم أو الأستاذ فمات . إن كان الضرب بغير أمر الأب أو الوصي يضمن . لأنه متعد في الضرب . والمتولد منه يكون مضمونًا عليه . وإن كان بإذنه لا يضمن للضرورة . لأن المعلم إذا علم أنه يلزمه الضمان بالسراية وليس في وسعه التحرز عنها يمتنع عن التعليم فكان في التضمين سد باب التعليم . وبالناس حاجة إلى ذلك . فسقط اعتبار السراية في حقه للضرورة . انظر : البدائع (٣٠٥/٧) .
وعند الشافعية : إن ضرب المعلم الصبي فمات يضمن . انظر : التنبيه للشيرازي ص ١٣٥ .

(٤) في النسخ الثلاثة (المستوفين) ، والصواب ما أثبته .

(٥) في ب و ج (لضربه) .

(٦) أجيب عن القياس على ضرب الزوجة بأنه قياس مع الفارق . قال الماوردي : وما ذكره من ضرب الزوج والأب فالفرق بينه وبين القصاص تقدير القصاص بالشرع نصا فلم يضمن . والضرب عن اجتهاد فضمن . كما لا يضمن ما حدث عن جلد الزاني ، ويضمن ضرب التعزير . انظر : الحاوي (١٢٦/١٢) . وأجيب أيضًا بأن هذا القياس باطل . لأنه أمر بضرب الزوجة بما لا تموت من مثله . فإن ضربها بما تموت من مثله فماتت ضمن . لأنه تعدى عليها . فكذلك الجاني تعدى على المجني عليه بما قد يموت من مثله . فوجب أن يتعدى عليه بما قد يموت من مثله . فإن مات منه فلا قود ولا دية . انظر : المحلى (٣٦٩/٣٦٧/١٢) .

يلزم العارية ، لأن الاستيفاء يقف على إذن [المالك] [١] المعير .

٢٦٧٦٤ - ولأن الاستيفاء مضمون عندنا وقد أسقطه المالك بإذنه ، ولا يلزم الإمام إذا قطع السارق .

٢٦٧٦٥ - لأنه لا يستوفى ، (وإنما) [٢] الاستيفاء لله ، ولأنه (لا) [٣] يخير في الاستيفاء ، وإنما يجب عليه .

٢٦٧٦٦ - ولا يلزم إذا عزر [٤] ، (لأن) [٥] التعزير لا يستوفيه لنفسه ، وإنما يستوفيه للمسلمين .

٢٦٧٦٧ - فإن قيل : الأب إذا ضرب الصبي فليس يستوفى لنفسه ، وإنما يضربه لمنفعة الصبي ، ومع ذلك عليه الضمان [٦] ، فلا تأثير للوصف .

٢٦٧٦٨ - قلنا : الأب يستوفيه لمنفعة الصبي (ومنفعة) [٧] نفسه فلا تأثير للوصف ، لأن له غرض صحيح في تأديب ولده .

٢٦٧٦٩ - فإن قيل : ضرب المرأة [بشرط] [٨] السلامة ، وهذا قطع مقدر مأذون إذن مطلق [٩] .

٢٦٧٧٠ - قلنا : لا نسلم ، بل أذن فيه بشرط السلامة ، ولهذا لا يقطع في الحر الشديد ولا البرد الشديد [١٠] .

٢٦٧٧١ - ولأنه أحد موجبي الجناية فإذا استوفى أكثر من حقه كان مضمونًا عليه

---

(١) في النسخ الثلاثة (مالك) والصواب ما أثبته .

(٢) في ب و ج (وإنما قال) وهو خطأ .   (٣) في ب و ج (لم) .

(٤) ومما يجدر الإشارة إليه هنا أنه إذا مات رجل من حد أو تعزير فدمه هدر عند الحنفية . انظر : تبيين الحقائق (٢١١/٣) . وعند الإمام الشافعي : إذا ضرب الإمام فيما دون الحد تعزيرا فمات المضروب ضمنت عاقلة الإمام ديته . انظر : الأم (٩٤/٦) .   (٥) في ب و ج (ولأن) وهو خطأ .

(٦) لو ضرب الأب الصبي للتأديب فمات ضمن في قول أبي حنيفة ﷺ . وهو مذهب الشافعية . وفي قولهما : لا يضمن . انظر : البدائع (٣٠٥/٧) . التنبيه للشيرازي ص١٣٥ .

(٧) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٨) في النسخ الثلاثة (بسوط) . والصواب ما أثبتناه .

(٩) ضُرب الزوجة موكول إلى اجتهاده فشرط عليه السلامة ، وهذا مقدر غير موكول إلى اجتهاده . وانظر كذلك الحاوي (١٢٦/١٢) .

(١٠) لا يقطع في الحر السديد ولا البرد الشديد لئلا يؤدى إلى تلف النفس . ويؤخر ذلك إلى أن يعتدل الجو . انظر : البدائع (٥٩/٧) وأسهل المدارك (١٢٤/٣) والأم (٢٠/٦)

أصله الأرش [١] .

٢٦٧٧٢ - ولأنه مستوفى على وجه المماثلة ، فإذا بان أنه استوفى أكثر من المثل ضمن ، كالقرض استوفي عوضه أكثر منه [٢] .

٢٦٧٧٣ - ولأنه أذن له في استيفاء القصاص ، والمماثلة شرط في ذلك ، فإذا بان أنه استوفي النفس لم يوجد الشرط الذي تعلق الإذن به ، فصار كما لو قتله ولم يقطعه [٣] .

٢٦٧٧٤ - فإن قيل : لا سبيل إلى (استيفاء القصاص) [٤] على وجه لا يسرى [٥] .

٢٦٧٧٥ - قلنا : صحيح ، ولكن له (ترك) [٦] الاستيفاء ، فإذا استوفاه ضمن [٧] ، كما أن الضارب زوجته أمر بضربها بشرط السلامة ، ولا سبيل إلى ذلك ، إلا أنه لما كان (له) [٨] ترك الضرب فمتى فعله ضمن ، وكذلك الجالس في الطريق مأذون له في الجلوس بشرط أن لا (يعنى) [٩] به إنسان ، ولا سبيل له إلى ذلك ، لكن له سبيل إلى ترك الفعل ، (فما) [١٠] يتولد منه يلزمه ضمانه

٢٦٧٧٦ - ولأن القطع إذا سرى فكان القاطع ضمن النفس ، ولا يلزم الإمام إذا قطع السارق ، [١١] لأنه استوفى القطع لله تعالى ، فإذا مات فاللّه تعالى هو المستوفى للنفس ، والنفوس إذا أتلفها اللّه تعالى لم تكن مضمونة ، كذلك إذا

---

(١) ويمكن أن يجاب عن هذا القياس بأنه لم يستوف أكثر من حقه . وإنما فعل به مثل جنايته ولم يزد عليه .

(٢) قياسه على القرض قياس مع الفارق . لأنه في القصاص فعل به مثل فعله دون زيادة . وفي القرض أخذ منه أكثر مما دفع .

(٣) ويمكن أن يجاب عن هذا بأنه قياس مع الفارق . لأنه في مسألتنا وضع السيف في الموضع الذي أمر بوضعه فلم يضمن . بخلاف ما إذا قتله ولم يقطعه . فإنه لم يضع السيف في الموضع الذي أمر بوضعه فضمن .

(٤) في ب و ج (الاستيفاء) .

(٥) هذا اعتراض من الصاحبين . انظر : حاشية ابن عابدين (٣٦٣/٥) وعبارته : ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص . إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه . وانظر كذلك : المبسوط (١٤٧/٢٦) .

(٦) في ج (أن يترك) .

(٧) قوله : له ترك الاستيفاء ، فإذا استوفاه ضمن . نوقش : بأن الضرب للدفع عن النفس لا يجوز تركه ، وعن المال يجوز . ثم لا يضمن سرايته فيهما .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٩) كذا في أ و ج ، وفي ب (يضى) .

(١٠) في ب و ج (كما) .

(١١) ويجدر الإشارة هنا إلى الإمام إذا قطع يد السارق فمات منه لا ضمان على الإمام ولا على بيت المال بالإجماع . انظر : البدائع (٣٠٥/٧) والاستذكار لابن عبد البر (٢٨٩/٢٥) والأم (٩٣/٦) والإفصاح لابن هبيرة (٣٧٩/٢) .

صارت مستوفاة لحقه (١) .

٢٦٧٧٧ - قالوا : قوله تعالى : ﴿ وَلَمَنِ انتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ ﴾ (٢) .

٢٦٧٧٨ - قلنا : المنتصر هو الذي يستوفى مثل ما ظلم به ، وهنا قد استوفى لسراية فعله ما لم يظلم به ، فلم تتناوله الآية (٣) .

٢٦٧٧٩ - احتجوا (٤) : بما روي عن سعيد بن المسيب (٥) أن عمر بن الخطاب [ﷺ] قال [في الذي يقتص] (٦) منه ثم يموت : « قتله الحق ، فلا دية له » (٧) . وعن عبد اللَّه بن

(١) ناقش الإمام الماوردي هذا القياس فقال : ولأن السراية معتبرة بأصلها . فإن كان مضمونًا لحظره ضمنت سرايته . وإن كان هدرا لإباحته لم يضمن سرايته اعتبارا بالمستقر في أصول الشرع بأن من أوقد نارا في ملكه فتعدت إلى جاره ، أو أجرى الماء في أرضه فجرى إلى أرض غيره لم يضمن . ولو أوقد النار في غير ملكه وأجرى الماء في غير أرضه ضمن بتعديهما . ولو حفر بئرا في ملكه لم يضمن ما سقط فيها . ولو حفرها في غير ملكه ضمن ما سقط فيها . كذلك سراية القصاص عن مباح فلم يضمن . وسراية الجناية عن محظور فضمنت . وهذا دليل وانفصال عن الجمع بين السرايتين . انظر : الحاوي (١٢٦/١٢) .

(٢) الآية رقم ٤١ سورة الشورى . استدل به الإمام الماوردي في الحاوي (١٢٧/١٢) والقرافى في الذخيرة (٣٥٠/١٢) . قال ابن كثير في تفسير الآية الكريمة : أي ليس عليهم جناح في الانتصار ممن ظلمهم . انظر : تفسير ابن كثير (١١٩/٤) . وقال السدّي : إنما مدح اللَّه من انتصر ممن بغى عليه من غير اعتداء بالزيادة على مقدار ما فعل به . انظر : تفسير القرطبي (٤٠/١٦) . ويمكن أن نقول : وجه الاستدلال بالآية الكريمة أن اللَّه تعالى رفع الإثم عمن أخذ حقه ممن ظلمه من غير اعتداء بالزيادة على مقدار ما فعل به . فلا يضمن نفسه الجاني بالدية إذا مات دون تعد بالزيادة . وقد استدلوا أيضًا بقوله تعالى : ﴿ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾ جزء من الآية رقم ٩١ سورة التوبة . قال الإمام ابن حزم : قالوا : إن القصاص مأمور به . ومن فعل ما أمر به فقد أحسن . وإذ أحسن فقد قال اللَّه تعالى : ﴿ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾ وإذ لا سبيل عليه فلا غرامة تلحقه ، ولا على عاقلته من أهله . انظر : المحلى (٣٦٧/١٢) .

(٣) ما رد به الإمام القدوري على المخالف من أن المنتصر هو الذي يستوفى مثل ما ظلم به . موافق لما نقله القرطبي عن السدّي وما ذكره ابن كثير . وأما قوله : وهنا قد استوفى لسراية فعله ما لم يظلم به فلم تتناوله الآية . فأقول : إنه فعل به مثل ما ظلم به فقط ، ولم يزد على ذلك . فتتناوله الآية الكريمة .

(٤) احتج به القائلون بعدم الضمان . انظر : المبسوط (١٤٧/٢٦) والمهذب للشيرازي (١٨٨/٢) والمغني والشرح الكبير (٤٤٣/٩) . وقد ادعى الإمام الماوردي الإجماع فيها فقال : وروي عن عمر وعلي ﷺ أنهما قالا : من مات من حد أو قصاص فلا دية له . الحق قتله . وليس لهما مخالف فصار إجماعا . انظر : الحاوي (١٢٦/١٢) . وهذا غير مسلم . لأنه قد روي عن ابن مسعود ﷺ ما يخالف هذا الأثر فلا يسلم دعوى الإجماع عليها .

(٥) سبق ترجمته .

(٦) في النسخ الثلاثة (فالذى ينصر) . والصواب ما أثبته .

(٧) أخرجه عبد الرزاق في كتاب العقول . المصنف (٤٥٧/٩) برقم ١٨٠٠٢ وابن حزم في المحلى =

عمر [١] أن عمر وعليا رضي الله عنهما كانا يقولان في الذي يموت من قصاص : « لا دية له » [٢] .

٢٦٧٨٠ - قلنا : روى إبراهيم [٣] عن ابن مسعود [٤] [رضي الله عنه] أنه قال في الذي يموت من القصاص : « يحط عنه [قدر] [٥] جراحته ، ثم يكون ضامنا لما بقي » [٦] . فإن قيل : هذا أيضًا (يخالف) [٧] قولكم .

٢٦٧٨١ - قلنا : خالفها في الضمان فلم يثبت (به) [٨] الاحتجاج ، ثم الكلام في كيفية الضمان كلام في مسألة أخرى [٩] ، وقد ....

= (٣٦٤/١٢) وابن عبد البر في الاستذكار ٢٨٨/٢٥ .

(١) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي ، صحابي جليل . ولد سنة ثلاثة من البعثة ، وأسلم وهو صغير ، شهد المواقع مع رسول الله ﷺ من غزوة الخندق . وهو ممن بايع تحت الشجرة ، وأحد المكثرين من الرواية عن رسول الله ﷺ . توفي سنة ٧٣هـ . انظر : أسد الغابة (٢٣٦/٣) ، وسير أعلام النبلاء (٢٠٣/٣) .

(٢) أخرجه أبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه كتاب الديات (٣٤٣/٩) والبيهقي في باب الرجل يموت في قصاص الجرح ، السنن الكبرى (٦٨/٨) عن عبيد بن عمير عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما أنهما قالا في الذي يموت في القصاص : لا دية له . وفى نص الإمام القدوري أن راوي الأثر عنهما هو عبد الله بن عمر . ولكنى لم أجد الأثر بروايته . وهو عند ابن أبي شيبة والبيهقي برواية عبيد بن عمير . ولعل ما في نص الإمام القدوري تصحيف كلمة عبد الله بن عمر . والله أعلم . هذا وقد روى هذا الأثر عن عمر وعلي رضي الله عنهما كل من خلاس بن عمرو والأحنف بن قيس . أخرجه ابن حزم في المحلى (٣٦٥/١٢) هذا وقد روي هذا القول أيضًا عن أبي بكر رضي الله عنه . فقد أخرج ابن أبي شيبة عن أبي سعيد أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما قالا : من قتله حد فلا عقل له . انظر : مصنف ابن أبي شيبة (٣٤١/٩) وانظر كذلك : المحلى (٣٦٦/١٢) والمغني والشرح الكبير (٤٤٣/٩) .

(٣) سبق ترجمته .

(٤) سبق ترجمته .

(٥) في النسخ الثلاثة (وزر) ، والصواب ما أثبته بناء لما روي في كتب الآثار .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب الديات . انظر : مصنف ابن أبي شيبة (٣٣٨/٩) . وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٤٥٨/٩) برقم ١٨٠٠٨ ، والإمام ابن حزم في المحلى (٣٦٤/١٢) ، وابن عبد البر في الاستذكار (٢٨٩/٢٥) .

(٧) في ب و ج (مخالف) .

(٨) ساقط من ب و ج .

(٩) الفرق بين قول ابن مسعود رضي الله عنه وقول أبي حنيفة رحمه الله هو أن ابن مسعود رضي الله عنه يرى بأن يرفع من الدية بقدر الجراحة . بينما يرى أبو حنيفة رحمه الله أنه لا يرفع منها شيء . بل تجب الدية كاملة . وجه قول ابن مسعود رضي الله عنه : أنه لما صار القطع قتلا لم يستوف منه حقه . ولما تعذر استيفاءه من جهة القصاص فله أن يستوفيه من الدية . ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله : أنه قطع حالا وقتل مآلا . فمن جهة أنه قطع حالا استيفاء لحقه . ومن جهة أنه قتل مآلا تعد منه . فيكون مستوفيا لحقه ومتعديا عليه . فمن جهة استيفاء حقه منه لا يجب له عليه شيء . ومن جهة أنه تعد عليه يجب الدية كاملة . وكان مقتضى القياس أن يقتص منه . إلا أنه لم يكن عمدًا محضا لأنه لم يرد قتله . وإنما أراد استيفاء حقه . فصار هذا شبهة في إسقاط القصاص . ولو سلم أنه لم يستوف حقه =

قال عطاء [١] وطاووس [٢] وحماد [٣] مثل قول أبي حنيفة [٤] رحمهم الله .

٢٦٧٨٢ - قالوا : عقوبة مستحقة مقدرة ، فوجب أن تكون سرايتها غير مضمونة ، أصله القطع في السرقة . وربما قالوا : ما لا يضمنه القاطع في السرقة لا يضمنه المقتص ، أصله قطع اليد من غير (سراية [٥] .

٢٦٧٨٣ - قلنا : القطع في السرقة واجب بقول الله تعالى . فلو ضمن) [٦] سرايته

= فلا معنى لأخذه من الدية . لأن حقه إنما كان في القصاص دون الدية . وقد فات محل القصاص . فسقط حقه بفوات المحل بإتلافه ، فلا يستحق شيئا . انظر : إعلاء السنن (٢١٢/١٨) .

(١) هو عطاء بن أبي رباح أسلم بن صفوان ، أبو محمد المكي ، مولى آل أبي خيثم القرشي . من أئمة التابعين وأجلة الفقهاء وكبار الزهاد . عامل عمر بن الخطاب على مكة . سمع أبا هريرة وابن عباس وأبا سعيد وجابرا وابن عمر ﷺ . وكان ثقة فقيها عالما كثير الحديث . انتهت فتوى أهل مكة إليه وإلى مجاهد في زمانهما . وكان أكثر ذلك إلى عطاء . ولد في خلافة عثمان بن عفان ﷺ . وتوفي ﷺ سنة ١١٥ هـ . وقيل سنة ١١٤هـ . وقيل غير ذلك . والله أعلم . انظر : التاريخ الكبير للبخاري (٤٦٣/٦) ترجمة رقم ٢٩٩٩ وشذرات الذهب (١٤٧/١) وتهذيب الكمال (٦٩/٢٠)

(٢) هو طاووس بن كيسان ، أبو عبد الله اليماني الحميري ، مولاهم من أبناء الفرس . من كبار التابعين والعلماء والفضلاء الصالحين . روى عن أبي هريرة وعائشة وغيرهما . والمشهور أن طاووس اسمه . قال ابن الجوزي : اسمه زكوان وطاووس لقبه . توفي بمكة سنة ١٠٦ هـ . وقيل غير ذلك . وصلى عليه الخليفة هشام بن عبد الملك . انظر : تهذيب الكمال (٣٥٧/١٣) وثقات ابن حبان (٣٩١/٤) ووفيات الأعيان (٥٠٩/٢)

(٣) هو حماد بن أبي سليمان مسلم الأشعري . صاحب إبراهيم النخعي . أبو إسماعيل الكوفي الفقيه ، مولى أبي موسى . العلامة الإمام فقيه العراق . روى عن أنس بن مالك وإبراهيم النخعي والحسن البصري وغيرهم . وروى عنه تلميذه الإمام أبو حنيفة وابنه إسماعيل وغيرهم . كان أحد العلماء الأذكياء والكرام الأسخياء . قال شعبة : كان صدوق اللسان . وقال يحيى بن معين : ثقة . توفي سنة ١٢٠ هـ . وقيل ١١٩ هـ . والله أعلم . انظر : تهذيب الكمال (٢٧٩/٧) ترجمة رقم ١٤٨٣ وسير أعلام النبلاء (٢٣١/٥) ترجمة رقم (١٥٧/١) وشذرات الذهب (١٥٧/١) والجرح والتعديل (١٤٦/٣) ترجمة رقم ٦٤٢ .

(٤) انظر مصنف عبد الرزاق (٤٥٥/٩) برقم ١٧٩٩٥ . وقال ابن المنذر : هذا قول عطاء وطاووس وعمرو بن دينار والحارث العكلي وبه قال الثوري . انظر : الإشراف (١١٧/٢) . وقال ابن عبد البر : وهو قول حماد بن أبي سليمان وطاووس وعطاء وعمرو بن دينار والحارث العكلي وعامر الشعبي . انظر : الاستذكار (٢٨٩/٢٥) . ولكن روي عن حماد أيضًا ما يوافق قول ابن مسعود ﷺ . انظر : مصنف ابن أبي شيبة (٣٤٠/٩) والمحلى (٣٦٤/١٢) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي (١٤٧/٢٦) حيث بين الإمام السرخسي وجه قول الصاحبين فقال : وجه قولهما : أن هذا قطع بحق أو قطع مستحق . فالسراية المتولدة منه لا تكون مضمونة كالإمام إذا قطع يد السارق . وقال الماوردي في الحاوي (١٢٦/١٢) : ولأن ما استحق قطعه بالنص لم يضمن سرايته كالسرقة . وانظر كذلك : بداية المجتهد ٤٠٨/٢ والمغني والشرح الكبير (٤٤٣/٩) .

(٦) من قوله : سراية إلى آخر قوله : فلو ضمن ساقط من ب و ج .

كان في ذلك إسقاط ما وجب على الإمام من [الحد] [١] ، وذلك لا يجوز ، والقطع في مسألتنا (القصاص) [٢] ، [والأولى هو العفو] [٣] ، وذلك مندوب إليه .

٢٦٧٨٤ - ولأن القطع في السرقة يستوفى لحق اللّٰه تعالى ، فإذا تلفت به النفس لم يجز أن يكون مضمونًا من حقه ، لأن اللّٰه تعالى لا يضمن النفوس بالإتلاف .

٢٦٧٨٥ - ولا يجوز أن يضمنه الإمام ، لأنه لو ضمن ما يتصرف فيه (للمسلمين) [٤] لم يَنْفُذْ حكمُه ، وأما القصاص فإنما يستوفى بحق الإمام ، والنفس (يجوز) [٥] أن تكون مضمونة عليه بالإتلاف ، فكذلك يضمنها إذا بان أن شرط المماثلة لم يوجد [٦] .

٢٦٧٨٦ - قالوا : قطع غير مجتهد فيه ، (وإذا) [٧] سرى إلى النفس لم يضمن كقطع يد المرتد [٨] .

٢٦٧٨٧ - قلنا : عندكم قطع يد المرتد محظور ، لأن الإمام لا يجوز أن يمثل به [٩] ، فكيف يصح الوصف ، والمعنى في المرتد أن القطع يحصل والنفس مستحقة ، فلو قتله لم يضمن ، فإذا قطعه قطعًا مأذونا فيه فسرى لم يضمن ، وليس كذلك ها هنا ، لأن النفس غير مباحة ، فإذا قطع فسرى جاز أن يضمن .

---

(١) في النسخ الثلاثة (الحط) . والصواب ما أثبتناه . ويراد بالحد هنا إقامة الحد .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) ما بين المعكوفين ليست في النسخ الثلاثة . وقد أثبته ليستقيم الكلام . لأن الظاهر من سياق الكلام أن فيه سقطا . ومما يؤكد سقوطها من النص ما جاء في البدائع (٣٠٥/٧) حيث ورد فيه هذه العبارة : فلو أوجبنا الضمان لامتنع الأئمة عن الإقامة خوفا عن لزوم الضمان . وفيه تعطيل الحدود . والقطع ليس بمستحق على من له القصاص ، بل هو مخير فيه . والأولى هو العفو .

(٤) في ب و ج (المسلمون) .

(٥) كذا في ب و ج . وفي أ (لا يجوز) .

(٦) ويمكن أن يجاب عما قاله الإمام القدوري هنا بأن فيه تعطيل أحكام القصاص . فقد ذكر ابن حزم في كتابه المحلى (٣٦٧/١٢) ما يلي : قال ابن وهب : أخبرني الليث بن سعد عن يحيى بن سعيد الأنصاري أنه قال : من استقيد منه بمثل ما دخل على الناس منه فقتله القود ، فليس له عقل . ولو أن كل من استقيد منه من حق قِبَله للناس فمات منه أغرمه المستقيد ، رفض الناس حقوقهم .

(٧) في ب (فوالى) ، وفي ج (وإن) .

(٨) انظر : المبسوط (١٤٧/٢٦) وعبارته : ولأن هذا قطع لو اقتصر لم يكن مضمونًا ، فلا تكون السراية مضمونة كقطع يد المرتد . وانظر كذلك : الذخيرة (٣٥٠/١٢) .

(٩) كما قال الإمام القدوري لا تجوز المثلة بالمرتد عند الشافعية . وإنما يقتل بضرب العنق دون الإحراق ونحوه للأمر بإحسان القِتلة وللنهي عن المثلة . انظر : مغني المحتاج (١٤٠/٤) .

مسألة [(١)] ١٣١٧

حكم القصاص من شريك من لا يقتص منه لو انفرد

٢٦٧٨٨ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا اشترك الأب والأجنبي في قتل الابن أو حُران في قتل عبد أحدهما ، فلا قصاص على واحد منهما [(٢)] .

٢٦٧٨٩ - وقال الشافعي رحمه الله : يجب القصاص على الأجنبي وعلى المشارك للمولى .[(٣)] (و) [(٤)] قال : إذا شارك (البالغ) [(٥)] صبي (أو) [(٦)] مجنون ففيه قولان [(٧)] : فرع

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) انظر : الأصل لمحمد بن الحسن الشيباني (٤/٤٦٥/٤٦٦) وعبارته : وإذا اشترك رجلان في قتل رجل أحدهما أبوه فقتلاه بسلاح فالدية عليهما نصفين في أموالهما في ثلاث سنين . اهـ . هذا مذهب الحنفية في اشتراك الأب مع الأجنبي في قتل الابن ، أما اشتراك المولى مع الأجنبي في قتل المملوك فقد ذكرها السرخسي في المبسوط (٢٦/٩٤) وعبارته : فأما الأب مع الأجنبي أو المولى مع الأجنبي إذا اشتركا في قتل الولد والمملوك فلا قصاص على واحد منهما عندنا . ا هـ وفي هذه الحالة تجب على الأجنبي نصف قيمة العبد في ماله . كما جاء في البدائع ٢٣٦/٧ وانظر كذلك : مختصر الطحاوي ص ٢٣١ . وتحفة الفقهاء (٣/١٤٤) .

(٣) قال الشافعي : وهكذا لو قتل رجل ابنه وقتله معه أجنبي كان على أبيه نصف ديته والعقوبة ، وعلى الأجنبي القصاص إذا كان الضرب في هذه الحالات كلها عمدًا . اهـ انظر : الأم (٦/٢٤) . هذا في اشتراك الأب مع الأجنبي في قتل الابن ، أما مسألة اشتراك المولى مع الأجنبي في قتل المملوك فقد جاء في أسنى المطالب (٤/ ١٧) ما نصه : ويقتص من شريك الأب في قتل الولد وعلى الأب نصف الدية مغلظة ، وكذا يقتص من شريك سيد في قتل عبده إن كان شريكه عبدا أو حرا . وانظر كذلك : المهذب للشيرازي (٢/١٧٤) ومغني المحتاج (٤/٢٠) وهل يقتص من شريك الأب ، هذه مسألة خلافية بين الإمام أبي حنيفة والإمام الشافعي رحمهما الله ، وقد وافق الإمام مالك والإمام أحمد في أظهر الروايتين عنه مذهب الإمام الشافعي ، بينما وافق الإمام أحمد في رواية أخرى مذهب الإمام أبي حنيفة . فقد جاء في المنتقى للباجي (٧/٧١) ما نصه : فإنه يعقل الأجنبي وعلى الأب نصف الدية لأن القتل كله عمد ، لكن القصاص صرف عن الأب لمعنى فيه لا لصفة القتل . وجاء في المغني مع الشرح الكبير (٩/٣٧٣) ما نصه : وإذا قتل الأب وغيره عمدًا قتل من سوى الأب ، وعن أحمد رواية أخرى : لا قصاص على واحد منهما . وانظر كذلك الإنصاف للمرداوي (٩/٤٥٨) .

(٤) ساقط من ب و ج . (٥) في ب (البايع) .

(٦) في ج (أم) .

(٧) القول الأول : أنه لا قود في العمد على البالغ العاقل إذا شارك صبيًا أو مجنونًا ، وعليه نصف الدية حالة في ماله ، وعليهما نصف دية الخطأ مخففة على عواقلهما من ، والقول الثاني : يجب على العامد إذا شاركهما في القتل القود بخروج النفس بعمد محض ، ولا قود عليهما ، وعليهما نصف الدية مغلظة حالة في أموالهما . انظر : الحاوي للماوردي (١٢/١٣٠) . وبقول الإمام الشافعي الأول قال الإمام أبي حنيفة والإمام =

على عمد الصبي في حكم العمد أو الخطأ ، (١) إن شارك العامدُ في (فعل) (٢) غير مضمون مثل أن يجرح نفسه ، (ويجرحه أجنبي عمدًا ، أو يجرح) (٣) سبع ، أو يجرح الرجلُ مرتدًّا ثم أسلم فيجرحه (آخر) (٤) ففيه قولان (٥) .

= أحمد في الصحيح من مذهبه ، وبقول الإمام الشافعي الآخر قال الإمام مالك والإمام أحمد في رواية . وإليك نصوص المذاهب في هذه المسألة : قال الإمام محمد بن الحسن رحمه الله : فإن كان مكان الأب رجل معتوه أو صبي فهو كذلك ، غير أن ما أصاب الصبي والمعتوه فهو على عاقلتهما ، عمدهما وخطأهما سواء انظر : الأصل (٤/٤٦٦) . وجاء في المدونة الكبرى (١٦/٢٠٣) ما نصه : إذا اجتمع في قتل رجل حر صبي ورجل فقتلاه عمدًا قال مالك : على عاقلة الصبي نصف الدية ويقتل الرجل . وانظر كذلك : المنتقى للباجي (٧/٧٢) . وجاء في المغني مع الشرح الكبير (٩/٣٧٥) ما نصه : إذا شاركوا في القتل من لا قصاص عليه لمعنى في فعله كالصبي والمجنون فالصحيح في المذهب أنه لا قصاص عليه .

(١) قال الإمام الشيرازي : فإن قلنا إن عمد الصبي خطأ لم يجب القصاص على البالغ لأن شريكه مخطئ ، وإن قلنا : إن عمده عمد ؛ وجب ؛ لأن شريكه عامد فهو كشريك الأب . انظر : المهذب (٢/١٧٥) . وقد اختلف الفقهاء في جناية الصبي : فذهبت الحنفية والمالكية وهو الصحيح من مذهب الحنابلة إلى أن عمد الصبي وخطأه خطأ ، وهو أحد قولي الإمام الشافعي . وذهب الإمام الشافعي في القول الثاني وهو الأظهر والإمام أحمد في رواية : إلى أن عمده عمد حتى تجب الدية عليه في ماله . هذا إذا كان له نوع تمييز وفهم ، وإلا فخطأ قطعًا . انظر : المبسوط (٢٦/٨٦) والمنتقى للباجي (٧/٧٢) وتحفة المحتاج (٨/٣٩٠) والإنصاف للمرداوي (١٠/١٣٣) وقد تعرض لها الإمام القدوري في مسألة مستقلة ، وستأتي فيما بعد في مسألة رقم ٣٣ .

(٢) في ب و ج (فعله) . (٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) في النسخ الثلاثة (أخرى) . والصواب ما أثبته لأن المسألة خاصة باشتراك اثنين .

(٥) هذه ثلاث مسائل جمعها الإمام القدوري في سياق واحد ، ومذهب الحنفية يقضي بعدم وجوب القصاص وعلى الشريك نصف الدية ؛ لأنه مات بجرحين : أحدهما هدر ؛ والآخر معتبر . قال الإمام الكاساني : إذا جرح رجل جراحة وجرحه سبع فمات من ذلك : أن على الرجل نصف الدية ونصفها هدر ، لأنه مات بجراحتين إحداهما مضمونة ، والأخرى ليست بمضمونة فانقسم الأمان فسقط بقدر غير مضمون وبقي بقدر المضمون . انظر : البدائع (٧/٢٣٦) . وعند الشافعية فيها قولان . ذكر الشيرازي في المهذب (٢/١٧٥) المسألتين الأوليين فقال : وإن جرح رجل نفسه وجرحه آخر ، أو جرحه سبع وجرحه آخر ومات ففيه قولان : أحدهما : يجب القصاص على الجارح لأنه شاركه في القتل عامدًا فوجب عليه القصاص كشريك الأب ، والثاني : لا يجب ؛ لأنه إذا لم يجب على شريك المخطئ وجنايته مضمونة ، فلأن لا يجب على شريك الجارح نفسه والسبع وجنايتهما غير مضمونة أولى . وفيها عند المالكية قولان : أحدهما : يقتص ، والثاني : لا يقتص وإنما عليه نصف الدية في ماله ويضرب مائة ويحبس عامًا . انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٢٤٧) . والحنابلة عندهم وجهان : أحدهما : يجب القود ، والثاني لا قود وهو المذهب . انظر : الإنصاف للمرداوي (٩/٤٥٨) . وصورة المسألتين كما ذكره ابن قدامة : أن يجرحه سبع ويجرحه إنسان عمدًا إما قبل ذلك أو بعده فيموت منهما ، أو يجرح نفسه عمدًا ثم يجرحه غيره عمدًا فيموت منهما . =

٢٦٧٩٠ - لنا : أن خروج الروح إذا حكم له بأدنى الأحوال في حق آدمي لم يحكم له بأعلاها في حق آدمي آخر ، أصله : المجوسي والمسلم إذا اشتركا في الذبح [١] .

٢٦٧٩١ - ولا يلزم إذا جرحه سبع ثم ذبحه آدمي ؛ لأن فعل [السبع] [٢] لم يحكم به في حق آدمي . ولا يلزم الحلال والمحرم إذا اشتركا في قتل صيد أنه لا كفارة على الحلال بفعله أدنى الفعلين ، [ثم] [٣] (يجب على المحرم الكفارة [٤] ؛ لأنا خالفنا بفعل المحرم أعلى الفعلين) [٥] في حق الله تعالى ؛ لأنه حق الآدمي .

٢٦٧٩٢ - ولأنه شارك في القتل (من) [٦] لا قود عليه بنفس الفعل ، فلم يلزمه القصاص كالمخطئ والعامد [٧] .

= انظر : المغني مع الشرح الكبير (٩/ ٣٨٠) . والمسألة الثالثة ذكرها الإمام النووي في الروضة (٩/ ١٦٢) وعبارته : لو أن مسلمًا جرح مرتدا ثم أسلم فجرحه مسلم آخر ومات ؛ فلا قود على الأول ؛ لأن جرحه في الردة غير مضمون ، وفي وجوب القود على الثاني قولان : أظهرهما : الوجوب كشريك الأب ، والثاني : لا ، بل عليه نصف الدية . يتضح مما سبق أن مذهب الحنفية يقضي في هذه المسائل كلها بعدم وجوب القصاص لاشتراك من يجب القصاص عليه لو انفرد مع من لا يجب القصاص عليه لو انفرد . كما يتضح أن الحنفية والشافعية اتفقوا في حالة اشتراك العامد مع الخاطئ على أنه لا يجب القصاص على شريك مخطئ . لذلك لم يتعرض لها الإمام القدوري هنا لكونها محل اتفاق بين المذهبين .

(١) عند الإمام الشافعي أيضًا لا تؤكل الذبيحة إذا اشترك المجوسي والمسلم في الذبح . انظر : الأم (٢/ ٢٥٠) وقد أجاب الإمام الشيرازي عن هذا القياس فقال : لأن الزهوق لا يتبعض ؛ فغلب التحريم ، والقصاص يتبعض ؛ فيجب على أحدهما دون الآخر . انظر : النكت للشيرازي مخطوط ، ورقة ٢٥٧ .

(٢) ما بين المعكوفين في النسخ الثلاثة (الآدمي) . والصواب ما أثبته نظرا للسياق .

(٣) ساقط من ج ، وفي أ و ب (لم) ، والصواب ما أثبتنا .

(٤) أي على المحرم الجزاء الكامل ، هذا عند الحنفية . انظر : اللباب (١/ ٢١٨) . أما عند الشافعية فيجب على المحرم نصف الجزاء انظر : المهذب للشيرازي (١/ ٢١٧) وعبارته : إذا اشترك حلال ومحرم وجب على المحرم نصف الجزاء ولم يجب على الحلال شيء كما لو اشترك رجل وسبع في قتل آدمي .

(٥) قوله (يجب على المحرم - إلى قوله - بأعلى الفعلين) ساقط من ج .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٧) هذا قياسًا على اشتراك العامد مع المخطئ ، وكما ذكرنا اتفقت الحنفية والشافعية على أنه لا يقتل شريك مخطئ ، انظر : البدائع (٧/ ٢٣٥) والأم (٦/ ٢٤) وهو قول المالكية . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/ ٢٤٧) . وعند الحنابلة روايتان والمذهب سقوطه عن شريك المخطئ . انظر : الإنصاف للمرداوي (٩/ ٤٥٨) وقد أجاب ابن قدامة عن هذا القياس فقال : وأما شريك الخاطئ فلنا فيه منع ، ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الإيجاب ، فإن فعل الخاطئ غير موجب للقصاص ولا صالح له ، والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمدًا لوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق النفس بخلاف مسألتنا . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٩/ ٣٧٤) .

٢٦٧٩٣ - قالوا : الوصف لا يصح ؛ لأن أبا الحسن الكرخي [١] قال : إن قتل الأب للابن يوجب القصاص ثم يتعذر الاستيفاء فتجب الدية ، ولهذا قلتم : إن (الأب) [٢] لا يقتل ، ولو كان القتل أوجب المال وجب عليه [٣] .

٢٦٧٩٤ - قلنا : قال أصحابنا جميعا : إن الواجب بقتل الأب الدية [٤] ، ولهذا تجب مؤجلة ، ولو لم تجب بنفس القتل لم تتأجل إلا بالتأجيل ، وأما سقوط القود : فروي عن أبي يوسف [رَحِمَهُ اللَّهُ] ، ولا يعرف مذهب أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ .

٢٦٧٩٥ - وانفرد أبو الحسن صاحبه بأن قال : (إنَّ) [٥] قتله يوجب القصاص (ثم) [٦] يسقط .

٢٦٧٩٦ - فإن قلنا بقول الجماعة ؛ فالوصف صحيح (و) [٧] سقط السؤال .

٢٦٧٩٧ - وإن قلنا بقول أبي الحسن ؛ فالقصاص يجب (غير) [٨] مستقر فيصير كأنه لم يجب ، (كما) [٩] قال أصحابنا في ملك الوكيل لما لم يستقر صار كأن لم يكن .

٢٦٧٩٨ - فإن قيل : ينتقض برجلين أجاف [١٠] كل واحد منهما رجلا جائفة ، (فعفا) [١١] المجروح عن أحدهما وعما يحدث من جراحته ثم مات ، فالقصاص واجب على الآخر ، وقد شاركه من لا قود عليه بنفس الفعل [١٢] .

---

(١) هو عبيد اللّٰه بن الحسين أبو الحسن الكرخي ، منسوب إلى كرخ قرية بنواحي العراق ، أخذ الفقه عن أبي سعيد البردعي عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة عن أبيه عن جده ، وكان إمامًا قانتًا عابدًا صوامًا كبير القدر ، انتهت إليه رئاسة المذهب ، وتفقه عليه أبو بكر الرازي الجصاص وأبو على أحمد بن محمد الشاشي الفقيه ؛ وأبو أحمد الطبري وأبو القاسم التنوخي وأبو الحسين القدوري ، وله المختصر وشرح الجامع الصغير وشرح الجامع الكبير . ولد سنة (٢٦٠ هـ) وتوفى سنة (٣٤٠ هـ) . انظر : الفوائد البهية ص (١٠٨/١٠٩) وشذرات الذهب (٣٥٨/٢) وطبقات الفقهاء للشيرازي ص١٤٢ .

(٢) في ب (الابن) .
(٣) كذا في ب و ج ، وفي أ (عكسه) .

(٤) انظر : المبسوط (٩٥/٢٦) حيث قال السرخسي : الواجب على الأب بهذا الفعل الدية لا غير ، فإنه هو الذي يستوفى منه ، وإنما يراد بالوجوب الاستيفاء ، فإذا كان لا يستوفى منه إلا الدية عرفنا أنه موجب للدية .

(٥) ما بين القوسين زيادة من ب ج .
(٦) في ب و ج (لم) .

(٧) ما بين القوسين زيادة من ب و ج
(٨) في ج (عن) .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٠) أجافه أي بلغ جوفه ، وجافه يجوفه كذلك ، والجائفة : الجناية التي تصل إلى جوف البدن . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٣٢ .
(١١) في ب و ج (ففي) .

(١٢) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٧ وعبارته : ينتقض إذا جرحه أجنبيان وعفا عن أحدهما قبل الموت ، فإنه شاركه من لا قود عليه وتجب عليه القود .

٢٦٧٩٩ - (قلنا : الجائفة تقع ووجوب (القصاص) [١] بها مراعى ، فإن استقرت ثبت أنها لم توجب القصاص ، وإن سرت إلى النفس ثبت أن القصاص [٢] وجب بها ، فلا يقال : إنه شاركه من لا قود عليه بنفس الفعل) [٣] .

٢٦٨٠٠ - ومن أصحابنا من منع هذا النقض وقال : لا يجب القصاص على الآخر ، (و) [٤] احتج بما روى ابن سماعة [٥] عن محمد [رحمه الله] في رجل جرح رجلًا جراحتين ، فعفا المجروح عن (إحدى) [٦] الجراحتين وما يحدث منها ثم مات ، لم يجب على الجارح قصاص ، قال : فهذا يدل أنه لا يجب القصاص أيضًا في جراحة الرجلين .

٢٦٨٠١ - قالوا : يبطل بالحربي والمسلم إذا جرحا مسلمًا عمدًا [٧] .

٢٦٨٠٢ - قلنا : لا نعرف الرواية في هذا ، ويجب أن يسقط القصاص عن المسلم للعلة (التي) [٨] ذكرناها .

٢٦٨٠٣ - فإن قيل : المعنى في (الأصل) [٩] أن الشبهة وجدت في [الفعل] [١٠] وفعل أحدهما غير متميز (من) [١١] فعل الآخر فلم يجب القصاص على واحد منهما .

٢٦٨٠٤ - وفي مسألتنا وجدت الشبهة في الفاعل لا في الفعل وأحد الفاعلين

---

(١) ساقط من ب و ج .

(٢) في أ زيادة : كان ، وفي ب زيادة (كما) وأثبتنا سقوطهما من ج

(٣) قوله : (قلنا الجائفة - إلى قوله - بنفس الفعل) كله ساقط من ج .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) هو محمد بن سماعة بن عبد الله بن هلال بن وكيع ، أبو عبد الله التميمى ، حدث عن الليث ابن سعد وأبي يوسف ومحمد وأخذ الفقه عنهما وعن الحسن بن زياد . وولى القضاء للمأمون ببغداد فلما مات قال يحيى بن معين : اليوم مات ريحانة العلم من أهل الرأي . وله كتاب أدب القاضي وكتاب المحاضر والسجلات وكتاب النوادر وغيرها . ولد سنة (١٣٠ هـ) وتوفي سنة ٢٣٣ هـ . انظر : الفوائد البهية ص ١٧٠ وتاج التراجم ص ٢٤٠ وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣٨ .

(٦) في أ (أحد) وما أثبتناو من ب .

(٧) لا يوجد إيراد هذا النقض في كتب الشافعية ، وإنما الذي وجده ما أورده الإمام الشافعي على محمد بن الحسن وهو إبطاله باشتراك المستأمن والمسلم في قتل المستأمن ، حيث قال في كتاب الرد على محمد بن الحسن الشيباني في الأم (٣٢٨/٧) ما نصه : ويقال له : إن كنت إنما رفعت القود في الصبي والمجنون يقتلان الرجل ومعهما عاقل من قبل أن القلم مرفوع عنهما فحكمت بأن أحدهما خطأ ، فقد تركت هذا الأصل في الرجل المستأمن يقتله مسلم ومستأمن إذا كنت تحكم على المستأمن ؛ وتجعل على المسلم حصته من الدية .

(٨) كذا في ب و ج ، وفي أ (الذي) .

(٩) في ب و ج (الأجل) .

(١٠) في النسخ الثلاثة (الفصل) ، والصواب ما أثبتته .

(١١) في ب و ج (عن) .

(متميز) (١) عن الآخر ، (فلذلك) (٢) لم يسقط القصاص عن أحدهما بسقوطه عن الآخر (٣) .

٢٦٨٠٥ - قلنا : (هذا) (٤) فرق لا معنى له ، لأن المخطئ [وُجد] (٥) معنى فيه وهو عدم القصد ، أوجب ذلك المعنى حكما (لفعله) (٦) ، وكذلك الأبوة معنى في الأب أوجب بفعله صفة ، فاستويا في أن المؤثر وجد في الفاعل ، ويوجب ذلك الفعل حكما أو صفة ، ولأن ما تؤثر فيه الشبهة [يستوي] (٧) أن تكون (الشبهة) (٨) في الفاعل أو الفعل أو المفعول ، ألا ترى أن الأب إذا وطأ جارية ابنه ، فالشبهة في الفعل (٩) ، (ومن) (١٠) وطأ جارية مشتركة فالشبهة في المفعول ، ثم استوى الجميع في سقوط الحد (١١) .

٢٦٨٠٦ - فإن قيل : فعل الخاطئ لو قدرنا وجوده في العامد لم يجب عليه القصاص ، لأن الروح تخرج عن عمد وخطأ ، وفعل الأب لو قدرناه فصفته من الأجنبي لم تسقط القصاص عنه لأنه عمد محض (١٢) .

---

(١) في ب و (مميز) . (٢) في ب و ج (فكذلك) .

(٣) قال الماوردي : فأما الجواب عن قياسه على الخاطئ : فهو أن سقوطه عن الخاطئ لمعنى في فعله ، وقد امتزج الفعلان في السراية فلم يتميزا ، وسقوطه عن الأب لمعنى في نفسه ، وقد تميز القاتلان فلم يستويا . انظر : الحاوي للماوردي (١٢/١٢٩) ومغني المحتاج (٤/٢٠) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . (٥) في النسخ الثلاثة (واحد) .

(٦) كذا في أ و ب ، وفي ج (لفظه) .

(٧) في النسخ الثلاثة (ويستوي) والسياق يقتضي حذف الواو كما أثبتناه .

(٨) في ب و ج (للشبهة) .

(٩) قوله : فالشبهة في الفعل ، فيه نظر ، لأن الذي وجدته في كتب الحنفية أن الشبهة الدارئة للحد في وطء الأب جارية ولده إنما هو شبهة في المحل وهي قيام دليل ناف للحرمة في ذاته ، فلا يحد فيها وإن قال : علمت أنها علي حرام . أما الشبهة في الفعل وتسمى شبهة الاشتباه فتتحقق في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة فظن غير الدليل دليلًا ، فلا بد من الظن وإلا فلا شبهة أصلا ، فلا يحد فيها إن ظن الحل كظنه حل وطء جارية زوجته أو أبيه أو أمه أو جده أو جدته وإن علا ، ووطء المطلقة ثلاثا في العدة أو بائنا على مال والمختلعة أو أم الولد إذا أعتقها وهي في العدة ، ووطء العبد جارية مولاه والمرتهن في حق المرهونة في رواية ومستعير الرهن كالمرتهن ، ففي هذه المواضع لا حد إذا قال : ظننت أنها تحل لي . ولو قال : علمت أنها حرام على وجب الحد . انظر : ملتقى الأبحر (١/٣٣٢/٣٣٣) والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٤٢/١٤٣) .

(١٠) في ج (ولأن) .

(١١) لا خلاف بين الحنفية والشافعية في أنه لا يُحد من وطأ الأمة المشتركة وجارية ولده . انظر : ملتقى الأبحر (١/٣٣٣) والمهذب للشيرازي (٢/٢٦٨) .

(١٢) لأنه لو وجد فعل الخاطئ والعامد من أحدهما لم يجب القود ، ولو وجد فعل الأب والأجنبي من الأجنبي وجب القود . انظر مغني المحتاج (٤/٢١) .

٢٦٨٠٧ - قلنا : فعل الأب لو قدرنا وجوده من الأجنبي لصفته لم يجب عليه القصاص ، وهو أن يجرحه عامدًا جراحتين لا قصاص في إحداهما مثل أن يكون المجروح [قد عفا] [١] من إحدى الجراحتين أو تكون (إحداهما) [٢] موضحة استوفاها قصاصًا ، فأما أن يقدر فعل الأب من الأجنبي ولم يقارنه معنى يؤثر في القصاص فلا يصح ، كما لا يصح أن يقدر فعل الخاطئ من العامد لا على وجه الخطأ .

٢٦٨٠٨ - فإن قيل : من أصلكم أن الشبهة المقارنة والطارئة سواء ، ولهذا قلتم : إن العين المسروقة إذا وهبت من السارق سقط القطع ، وإذا ملك المزني بها سقط الحد [٣] ، [فجاز] [٤] أن يكون (العفو عن) [٥] أحد (الجارحين) [٦] يسقط القصاص عن الآخر كما تسقط الشبهة المقارنة للفعل .

٢٦٨٠٩ - قلنا : العفو عن أحد القاتلين ليس بشبهة ، وإنما هو إسقاط للحق ، ومن يسقط حقه لم يوجب ذلك شبهة في الفعل ، وإذا لم يكن شبهة لم يؤثر [٧] ، فأما إذا وقع الفعل من أحد الفاعلين غير موجب للقصاص فهو شبهة في حق الآخر .

٢٦٨١٠ - لأن القصاص لم يجب في بعض النفس ، فلم يجب في نفسها ، بيان الفرق بين الموضعين : أن رجلين لو قتل كل واحد منهما رجلا انفرد بقتله وولي المقتولين واحد ، فعفا عن أحد القاتلين لم يَسقط القصاص عن الآخر [٨] ، ولو عفا عن نصف دم المقتولين سقط عن القاتلين ، ولأن الولي يجوز [له] [٩] أخذ المال يقسمه القاتلين ، فلم يكن سقط عن القاتلين ، ولأن الولي يجوز [له] [١٠] أخذ المال وله استيفاء القصاص ، كما لو قتل أحدُهما عمدًا والآخرُ شبه عمد .

---

(١) في النسخ الثلاثة (في فدا) ، والصواب ما أثبتناه . (٢) في أ (أحدهما) ، وما أثبتناه من ب .

(٣) هذا عند الحنفية ، لأن اعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه . انظر : البناية مع الهداية (٤٢٦/٥) . أما عند الشافعية فلا يسقط الحد . انظر : المهذب (٢٨٣/٢) .

(٤) في النسخ الثلاثة (فكان) . (٥) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .

(٦) في أ (الجراحتين) . أثبتنه من ب و ج .

(٧) من المتفق عليه بين الحنفية والشافعية : أن العفو عن أحد الشريكين أو القاتلين لا يسقط القصاص عن الشريك الآخر . انظر : الأصل للإمام محمد بن الحسن (٥١١/٤) والأم (١١/٧) .

(٨) فله أن يقتل الآخر ، لأنه استحق على كل واحد منهما قصاصًا كاملا ، والعفو عن أحدهما لا يوجب العفو عن الآخر ، وذكر في المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يسقط القصاص عنهما . انظر : البدائع (٢٤٧/٧) .

(٩) ما بين المعقوفين ليس في النسخ الثلاثة ، وقد أثبته ليستقيم الكلام .

(١٠) ما بين المعقوفين ليس في النسخ الثلاثة ، وقد أثبتناه ليستقيم الكلام .

٢٦٨١١ - وإن القصاص لم يجب في بعض المتلَف (فلم يجب) [(١)] في نفسه ، كما لو جرح نفسه وجرحه أجنبي [(٢)] ، (أو) [(٣)] جرحه سبع وآدمي ، أو نقول : شاركه في القتل من أُجرِي فعلُه مجرى الخطأ في سقوط القصاص من جميع الأحوال ، فلم يجب عليه القصاص كما ذكرنا ، والدليل على هذا الأصل : أن فعل [السبع] [(٤)] وجرح الإنسان لنفسه دون (الخطأ) [(٥)] ، بدليل أن الخطأ مضمون وفعل السبع ليس بمضمون ، فإذا ترك مشاركة المخطئ (من) [(٦)] القصاص ، فمشاركة السبع بالنفس أولى [(٧)] .

٢٦٨١٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾ [(٨)] وقوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [(٩)] وقوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ﴾ [(١٠)] . وقوله (ﷺ) [(١١)] : « من قُتل (له قتيل) [(١٢)] فأهله بين خيرتين » [(١٣)] .

٢٦٨١٣ - قلنا : أجمعنا أن المراد في جميع هذه المواضع كلها عمد محض لا شبهة

---

(١) في ب و ج (لم يجز) .

(٢) أجاب الإمام الماوردي عن قياس شركة الأب على شركة المقتول ؛ فقال : وجمعه بين شركة الأب وشركة المقتول ففيه قولان : أحدهما : أن شريك المقتول يقتل ، فعلى هذا يسقط الاستدلال . والقول الثاني وهو الأصح : لا يقتل وإن قتل شريك الأب ، لأن شركة المقتول إبراء وليست شركة الأب إبراء . انظر : الحاوي للماوردي ١٢/١٢٩ .

(٣) في ج (و) .

(٤) في النسخ الثلاثة (الدم) ، والصواب ما أثبته لأن الكلام هنا في مشاركة السبع للآدمي .

(٥) كذا في أ ، وفي ب و ج (من الخطأ) .

(٦) في ج (في) .

(٧) ويمكن أن يجاب عن هذا القياس بأنه قياس مع الفارق ، لأن جناية السبع هدر لا قصاص فيه ولا دية ، أما جناية المخطئ فليست بهدر ، لأنها مضمونة بالدية وإن لم يكن فيها قود .

(٨) الآية رقم ١٧٨ من سورة البقرة .

(٩) وتمام الآية الكريمة :﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ الآية رقم ٤٥ من سورة المائدة .

(١٠) وتمام الآية الكريمة : ﴿وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ۗ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴾ الآية رقم ٣٣ من سورة الإسراء .

(١١) كذا في أ . وفي ب و ج (عليه السلام) .

(١٢) في ب (قتل أهله) ، وفي ج (قتيلا) .

(١٣) الحديث سبق تخريجه . ووجه الاستدلال بهذه النصوص : أن عمومها يوجب القصاص من شريك الأب ؛ لأنه قتل من يكافئه عمدًا . قال الماوردي : والدليل على أن شريك الأب يقتل عموم قوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا ﴾ انظر : الحاوي للماوردي (١٢/١٢٩) والمنتقى للباجي (٧/٧٢) .

فيه ، فصار ذلك كالمشروط ، ولو ذكر ذلك لم نسلم أن هذا عمد محض [فيسقط الاستدلال] [(١)] ، على أن قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ (فِيهَآ) [(٢)] أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ يقتضي أن يجب من قتل النفس القتل ، قال : يجب القتل والمال ، فلم يقل بالظاهر (في) [(٣)] قوله [تعالى] : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ﴾ فالقصاص هو المماثلة فلا يجب بقتل الواحد [إلا] [(٤)] (قتل نفس) [(٥)] واحدة ، فمن أوجب القصاص والمال فقد خالف الظاهر ، قوله [تعالى] : ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا (لِوَلِيِّهِۦ) [(٦)] سُلْطَٰنًا ﴾ يقتضي سلطانًا واحدًا ، فمن أثبت السلطان (بالقود) [(٧)] والمال فقد ترك الظاهر ، وقوله ﷺ : « فأهله بين خيرتين » يقتضي (التخير) [(٨)] بين القصاص والمال ، وعندهم يجمع بين الأمرين في مسألتنا [(٩)] .

٢٦٨١٤ - قالوا : خروج الروح عن عمد محض مضمون فوجب على (المكافئ) [(١٠)] في القصاص قياسًا على (الأجنبيين) [(١١)] إذا عفا الولي عن أحدهما [(١٢)] .

٢٦٨١٥ - قلنا : لا نسلم أنه عمد محض ، لأن مشاركة من لا (قود) [(١٣)] عليه بفعله (شبهة) [(١٤)] ، فيمنع (ذاك) [(١٥)] تمحض العمد .

٢٦٨١٦ - ولأن قولهم : مضمون (إن) [(١٦)] أرادوا به مضمونًا بالقود لم نسلم ،

---

(١) في النسخ الثلاثة (يسقط للاستدلال) ، والصواب ما أثبتناه .
(٢) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٤) في النسخ الثلاثة (لأن) .
(٥) كذا في أ ، وفي ب (من قتل نفسا) .
(٦) ساقط من ب .
(٧) كذا في أ ، وفي ب (بالقول) ، وفي ج (بالقتل) .
(٨) في ج (التمييز) .
(٩) وجواب الإمام القدوري عن الاستدلال بالنصوص فيه نظر ، لأن الحنفية يتفقون مع الشافعية في حالة اشتراك اثنين فأكثر في قتل شخص أن لولي المقتول القود ممن أراد منهم وأخذ الدية ممن أراد منهم ، ولم يقولوا أن هذا جمع بين القود والدية ، وإنما الذي يخالف ظاهر هذه النصوص الجمع بين القود والدية في حالة انفراد القاتل بالقتل .
(١٠) في ج (الكافر) .
(١١) في أ (الأختين) وهو تحريف ، وما أثبته من ب و ج .
(١٢) لنا أنه روح خرجت عن عمد محض مضمون فتعلق بها وجوب القود على المكافئ كما لو انفرد الأجنبي بالقتل أو سقط القود عن أحد الشريكين لا لمعنى في فعله فلا تسقط به عن الآخر كما لو اشترك أجنبيان ثم عفا عن أحدهما . انظر ذلك في : الحاوي للماوردي (١٢٦/١٢) والمغني مع الشرح الكبير (٣٧٣/٩) .
(١٣) في ب و ج (فرق) وهو تحريف .
(١٤) في ج (الشبهة) .
(١٥) في ب و ج (ذلك) .
(١٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

وإن أرادوا مضمونًا بالدية ، لم يصح على أصلهم ، وإن أبهموا الضمان لم يصح مع اختلاف أحكامه ، ولأن قولهم : عمد محض مضمون لا تأثير له .

٢٦٨١٧ - لأن عند الشافعي [رَحِمَهُ اللَّهُ] إذا اشترك الحربي و المسلم في قتل المسلم وجب القصاص على المسلم [(١)] ، (وإن) [(٢)] كان فعل الحربي (مضمونًا) [(٣)] ، وإذا سقط هذا الوصف انتقضت العلة بمن جرح نفسه (وجرحه) [(٤)] أجنبي ، وبمن جرحه آدمي وسبع على الصحيح من المذهب [(٥)] ، والمعنى في الأصل أن القصاص تعلق بفعل كل واحد منهما ، فسقوطه عن أحدهما بعد ذلك لا يوجب سقوطه عن الآخر .

٢٦٨١٨ - وفي مسألتنا شاركه في الفعل من لا قود عليه بنفس الفعل ، فأسقط ذلك القصاص عنه .

٢٦٨١٩ - (وهذا) [(٦)] أَلزم للشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ ، ولأن عنده الشبهة المقارنة مؤثرة والطارئة لا تؤثر [(٧)] ، ولهذا (القول) [(٨)] إن هبة العين المسروقة لا تسقط القطع [(٩)] ، ثم اعتبر في مسألتنا المعنى المقارن بالطارئ ، وهذا لا يصح ، فإن قاسوا بهذه العلة على القاتل الواحد .

---

(١) في هذه المسألة قولان للإمام الشافعي ، والذي ذكره الإمام القدوري أظهرهما ، فقد قال الخطيب الشربيني في مغنى المحتاج (٢١/٤) ما نصه : وإذا اشترك الحربي والمسلم في قتل المسلم وجب القصاص على المسلم في الأظهر لحصول الزهوق بفعلين عمدين وامتناع القصاص على الآخر لمعنى يخصه فصار كشريك الأب ، والثاني : لا يقتل لأنه شريك من لا يضمن ، فهو أخف حالا من شريك الخاطئ الذي فعله مضمون بالدية ، فإذا لم نوجب القصاص على شريكه فهنا أولى .

(٢) في ب و ج (فإن) .

(٣) في ب (مضمون) .

(٤) في ب و ج (وجرح) .

(٥) ما قاله الإمام القدوري من أنه الصحيح من المذهب عند الشافعية إنما هو أظهر القولين عندهم فقد قال الخطيب الشربيني في مغنى المحتاج (٢١/٤) ما نصه : يقتل شريك جارح النفس ، وكذا يقتل شريك السبع والحية القاتلين غالبا في الأظهر .

(٦) في أ (وبهذا) ، وما أثبته من ب و ج .

(٧) ما ذكره الإمام القدوري عن الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في التفرقة بين الشبهة المقارنة والشبهة الطارئة هو الصحيح من القولين للإمام الشافعي ، وإليك نص ما ذكره الإمام السبكى في الأشباه والنظائر (٣١٢/١) حيث قال : قاعدة : كل ما قارن لمنع فإذا طرأ فعلى قولين ، كما لو أسلم فيما يعم فانقطع في محله ، ففي الانفساخ قولان : وكالفسق يمنع الإمامة ابتداء وإذا طرأ لم يعزل على الصحيح . وانظر كذلك : المنثور في القواعد للزركشي (٣٥٠/٢) .

(٨) كذا في النسخ الثلاثة ، .

(٩) وذلك لما روي أن النبي ﷺ أمر في سارق رداء صفوان أن تقطع يده فقال صفوان : إني لم أرد هذا ، هو عليه صدقة ، فقال رسول الله ﷺ : « فهلا قبل أن تأتيني به ، » ولأن ما حدث بعد وجوب الحد ولم يوجب شبهة في الوجوب فلم يؤثر في الحد كما لو زنى وهو عبد فصار حرًا قبل أن يحد أو زنى وهو بكر فصار ثيبًا قبل أن يحد . انظر : المهذب (٢٨٢/٢) .

٢٦٨٢٠ - قلنا : المعنى فيه أن القصاص وجب (عن) [١] جميع النفس ، وليس كذلك في مسألتنا ، لأن المال وجب في بعض النفس ، فلم يجب القصاص في بقيتها .

٢٦٨٢١ - قالوا : القصاص وضع لصيانة الدماء ، فلو (أسقطت المشاركة) [٢] القصاص (لقصد) [٣] كل إنسان إلى من يشاركه صبي أو مجنون فيسقط القصاص عنه .

٢٦٨٢٢ - قلنا : إذا ضرب الرجل بآلة لا يقتص فيها ، ثم ضربه بالسيف فمات لا قصاص عليه ، وإن جاز أن يتوصل بذلك إلى إسقاط القصاص ، لأنه على فعل نفسه ، ونعني صفاته أقدر منه على فعل غيره .

٢٦٨٢٣ - وقد حكى المزني [٤] [رَحِمَهُ اللَّهُ] عن الشافعي [رَحِمَهُ اللَّهُ] مناظرة جرت بينه وبين محمد بن الحسن [٥] [رَحِمَهُ اللَّهُ] في هذه المسألة ، قال الشافعي [رَحِمَهُ اللَّهُ] : سألت محمدا عن الصبي والبالغ إذا اشتركا في القتل هل يقتل البالغ ، قال : لا ، لأن الصبي لا مأثم عليه ، (فقال له) [٦] : هذا ينتقض بالأب والأجنبي . إذا اشتركا [٧] ، وهذا كلام لا

---

(١) في ب و ج (من) . (٢) في ب و ج (سقط لمشاركة) .

(٣) في أ (لفعل) وفي ب (لفصل) وما أثبته من ج .

(٤) المزني هو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق أبو إبراهيم المزني . صاحب الإمام الشافعي رضي الله عنه من أهل مصر ، وكان زاهدًا عالمًا مجتهدًا محجاجًا غواصًا على المعاني الدقيقة ، وهو إمام الشافعيين وأعرفهم بطرقه وفتاويه وما ينقل عنه ، وقال الشافعي رضي الله عنه في حقه : المزني ناصر مذهبي . وقال أيضًا في وصفه : لو ناظر الشيطان لغلبه . صنف كتبا كثيرة في مذهب الإمام الشافعي منها : الجامع الكبير والجامع الصغير والمختصر والمنثور والمسائل المعتبرة والترغيب في العلم وكتاب الوثائق وغير ذلك . توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة ٢٦٤ هـ بمصر ودفن بالقرب من تربة الإمام الشافعي رضي الله عنه . انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٩٧ وطبقات الشافعية للسبكي (٢/٩٣ - ١٠٩) وشذرات الذهب (٢/١٤٨) ووفيات الأعيان (١/٢١٧) .

(٥) سبق ترجمته . (٦) في ج (قال) .

(٧) انظر : مختصر المزني المطبوع مع الأم ٨/٣٤٦ وعبارته : واحتج على محمد بن الحسن في منع القود من العامد إذا شاركه صبي أو مجنون فقال : إن كنت رفعت عنه القود لأن القلم عنهما مرفوع وأن عمدهما خطأ على عاقلتهما فهلا أقدت من الأجنبي إذا قتل عمدًا مع الأب لأن القلم عن الأب ليس بمرفوع ، وهذا ترك أصلك . اهـ . وهذه المناظرة ذكرها الإمام الشافعي في الأم في كتاب الرد على محمد بن الحسن الشيباني (٧/٣٢٧/٣٢٨) . وقد اعترض المزني على الإمام الشافعي بعد أن حكى المناظرة فقال : قد شرك الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ محمد بن الحسن فيما أنكر عليه في هذه المسألة ، لأن رفع القصاص عن الخاطئ والمجنون والصبي واحد فكذلك حكم من شاركهم بالعمد واحد . وقد تعقبه الإمام الماوردي فقال : فأما كلام المزني فمشتمل على فصلين : أحدهما : ما حكاه الشافعي في مناظرته لمحمد بن الحسن في شريك الصبي لم أسقط عنه القود ، فقال محمد بن الحسن : لأن القلم عنه مرفوع . فأجاب الشافعي : بأن شريك الأب لا قود عليه عندك ، =

يصح ، لأنه لا يشتبه على أحد أن هذا ليس بنقض ، وإنما هو (عكس) [١] ، (فاعتذر) [٢] أصحابه من هذا وقالوا : التعليل إذا وقع للجنس [٣] انتقض بالعكس [٤] .

٢٦٨٢٤ - قلنا : فالشافعي [رحمه الله] سأله عن علة ، الظاهر أنه علل لها ، فأما الجنس فلم يقع السؤال عنه .

٢٦٨٢٥ - قالوا : يجوز أن يكون الشافعي [رحمه الله] سأله عن الفرق بين البالغين إذا اشتركا ، فعفا عن أحدهما ، والصبي والبالغ إذا اشتركا ، فقال محمد [رحمه الله] : البالغان كل واحد منهما مأثوم والصبي لا (مأثم) [٥] عليه .

٢٦٨٢٦ - قلنا : [نَقَضَه] [٦] على هذا بالأب والأجنبي .

٢٦٨٢٧ - قلنا : (إن) [٧] كان هكذا ، فقد احتج محمد رحمه الله بعلتين ، فحكى الشافعي رحمه الله إحداهما وسكت عن الأخرى ، ثم ذكر النقض على العلة (المسكوت) [٨]

= وليس القلم مرفوعا عن الأب ، فأبطل عليه تعليله بارتفاع القلم . والفصل الثاني من كلام المزني أن اعترض به على الشافعي فقال : قد شارك محمد بن الحسن فيما أنكر عليه ، لأنه رفع القصاص عن الخاطئ حتى أسقط به القود عن العامد ، ورفع القصاص عن الصبي ولم يسقط به القود عن البالغ ، وهذا الاعتراض وهم من المزني ، لأن الشافعي حمل ذلك على اختلاف قوليه في عمد الصبي هل يكون عمدًا أو خطأ ، فجعله في أحد قوليه عمدًا ، فلم يسقط به القود عن البالغ إذا شاركه لوجود الشبهة في الفاعل دون الفعل بخلاف الخاطئ ، وإن جعل عمده في القول الثاني خطأ سقط به القود عن البالغ لوجود الشبهة في الفعل دون الفاعل كالخاطئ ، فكان اعتراضه زللا ، والله أعلم بالصواب . انظر الحاوي للماوردي (١٢/١٣٢) .

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . والعكس : لغة : القلب والرد . واصطلاحًا : عبارة عن تعليق نقيض الحكم المذكور بنقيض علته المذكورة ردًا إلى أصل آخر ، كقولنا : ما يلزم بالنذر يلزم بالشروع كالحج ، وعكسه : ما لم يلزم بالنذر لم يلزم بالشروع ، فيكون العكس على هذا ضد الطرد . انظر : المعجم الوسيط (٢/٦٤١) مادة عكس ، والتعريفات للجرجاني ص١٧٥ .

(٢) في ب و ج (قد اعتذر) .

(٣) الجنس : كلي مقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو من حيث هو كذلك . انظر : التعريفات للجرجاني ص٨٩ .

(٤) حيث أجاب الماوردي بجوابين عن قول الحنفية من أنه ليس بنقض وإنما هو عكس فقال : أحدهما : إن من مذهبهم نقض العلة بطردها وعكسها فألزمهم الشافعي على مذهبهم . والجواب الثاني : أن التعليل إذا كان لعين انتقض بإيجاد العلة ولا حكم ، ولا ينتقض بإيجاد الحكم ولا علة ، وإذا كان التعليل لجنس انتقض بإيجاد العلة ولا حكم وبإيجاد الحكم ولا علة ، وتعليل محمد بن الحسن قد كان للجنس دون العين فصح انتقاضه بكلا الأمرين . الحاوي للماوردي (١٢/١٣٢) .

(٥) في ب (إثم) .

(٦) في النسخ الثلاثة (فضمه) ، وما أثبته أقرب للسياق .

(٧) في ج (إذا) .

(٨) كذا في أ ، وفي ب (المشارك) وفي ج (المسلول) .

عنها التي لم يحكها ، وهذا غلط في الحكاية وإيراد النقض على علة لم تُذكر [1] .

* * *

(١) قال الإمام أبو بكر الجصاص : الذي ألزمه الشافعي محمدًا غير لازم بحق النظر ؛ لأن الذي يلزم على هذا الأصل أن كل من عمده خطأ أن لا يقتل المشارك في القتل وإن كان عامدًا ، فأما من ليس بعمد ، فليس بلازم على ذلك ، وهو موقوف على دليله ؛ لأنه عكس العلة . انظر : مختصر اختلاف الفقهاء لأبي بكر الجصاص ورقة أ ٢٣٣ .

مسألة (١) ١٣١٨

حكم ما إذا كان الدم بين شريكين فعفا أحدهما عن القاتل ثم قتله الآخر مع العلم بعفو شريكه

٢٦٨٢٨ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا كان الدم بين شريكين فعفا أحدهما ، ثم قتله الآخر مع العلم بعفو شريكه ؛ فعليه القصاص (٢) .

٢٦٨٢٩ - وقال الشافعي رحمه الله : إن قتل أحد الشريكين قبل عفو الآخر فهل عليه قود ، فيه قولان . وإن قتله بعد عفوه ، فإن كان (قبل) (٣) حكم الحاكم بسقوط القود ، ففيها قولان (٤) .

٢٦٨٣٠ - لنا : أن أحدهما لما عفا فقد سقط حق الآخر من القصاص ، فإذا قتله

---

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) انظر : الأصل لمحمد بن الحسن (٥٤٧/٤) والمبسوط للسرخسي (١٦٣/٢٦) حيث قال السرخسي : إذا عفا أحد الوليين عن الدم ثم قتل الولي الآخر القاتل عمدًا ، فإن كان لا يعلم بعفو الشريك ، أو علم بذلك ولا يعلم أن عفو أحدهما يسقط القود ، فعليه الدية كاملة في ماله . وإن كان فقيها يعلم أن القود ؛ يسقط بعفو أحد الشريكين ؛ فعليه القصاص . وانظر كذلك : البدائع (٢٤٨/٧) . وبهذا القول قالت المالكية . جاء في الكافي ص ٥٩٠ ما نصه : فإن كان القاتل الثاني ولي القتيل ، فقد أخذ حقه ولا شيء له ولا لمن شركه في الدم غير ذلك ، فإن كان قتله بعد أن عفا عنه ؛ فعليه القود كالأجنبي . وهو قول الحنابلة أيضًا . قال المرداوي : فإن قتله الباقون عالمين بالعفو وسقوط القصاص فعليهم القود بلا نزاع . انظر : الإنصاف (٤٨٢/٩) . وقال ابن قدامة : فإن قتله الشريك الذي لم يعف عالمًا بعفو شريكه وسقوط القصاص به ؛ فعليه القصاص ؛ سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٤٦٥/٩) . وبهذا يتبين أن هذه المذاهب الثلاثة لم تفرق بين أن يكون القتل قبل حكم الحاكم بالقصاص أو بعده ، فأوجبوا القود على القاتل.

(٣) في ج (قتل) .

(٤) انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٤٧/٨) والحاوي للماوردي (١٣٣/١٢) . قال الإمام الشيرازي في بيان أقوال الإمام الشافعي رحمه الله في هذه المسألة : وإن قتل رجل وله اثنان من أهل الاستيفاء فبدر أحدهما وقتل القاتل من غير إذن أخيه ؛ ففيه قولان : أحدهما : لا يجب عليه القصاص ، وهو الصحيح . والثاني : يجب عليه القصاص . وإن عفا أحدهما عن حقه من القصاص ثم قتله الآخر بعد العلم بالعفو ؛ نظرت ، فإن كان بعد حكم الحاكم بسقوط القود عنه وجب عليه القصاص ؛ لأنه لم يبق له شبهة . وإن كان قبل حكم الحاكم بسقوط القود عنه ، فإن قلنا يجب عليه القود إذا قتله بعد قبول العفو ، فلأن يجب عليه ؛ إذا قتله بعد العفو أولى . وإن قلنا لا يجب عليه قبل العفو ، ففيما بعد العفو قولان : أحدهما : يجب عليه ، لأنه لا حق له في قتله ، فصار كما لو عَفَوَا ثم قتله أحدهما . والثاني : لا يجب . انظر : المهذب للشيرازي (١٨٤/٢) . وما نقله الإمام القدوري رحمه الله عن الشافعية موافق لما في كتب الشافعية .

الآخر مع العلم بالعفو كان كما لو قتله بعد الحكم [(١)] .

٢٦٨٣١ - ولأن عفو الشريكين لما أسقط القصاص وأوجب القود على القاتل إذا حكم الحاكم ، وكذلك إذا لم يحكم ، كأن عفا بنفسه ثم قتل [(٢)] .

٢٦٨٣٢ - ولأن أحدهما إذا عفا انتقل نصيب الآخر [مالًا فصار] [(٣)] كمن له دين على آخر (قتله) [(٤)] ، وإن شئت قلت : (إن) [(٥)] الجناية بعد العفو موجبها المال ، فصارت كجناية الخطأ ، ومعلوم أن ولي الخطأ لو قتل وجب عليه القصاص ، كذلك هذا .

٢٦٨٣٣ - احتجوا : بأن سقوط القصاص بعفو أحد الشريكين مختلف فيه ؛ لأن عثمان البتي [(٦)] يقول : لا يسقط القصاص [(٧)] . فإذا لم يحكم حاكم بسقوط القصاص فقد قتل مع الشبهة [(٨)] .

---

(١) بجامع أن كلا قتل بغير حق ؛ لأن القصاص سقط بعفو شريكه فأصبح دمه معصوما .

(٢) لأن في كل من المقيس والمقيس عليه سقط القصاص بالعفو ، فصار دم القاتل محرمًا كسائر الدماء المحرمة ، فلو رجع عن عفوه وقتل القاتل ، اعتبر الولي قاتلًا عمدًا . وقد قال اللَّه تعالى في أية القصاص : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ سورة البقرة الآية ١٧٨ فقد جاء في تفسير الآية الكريمة : أي قتل قاتل وليه بعد أخذ الدية وسقوط القود . انظر : تفسير القرطبي (٢٥٥/٢) .

(٣) في النسخ الثلاثة (فصار مالا) والصواب ما أثبته .

(٤) ساقط من ج .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٦) هو عثمان بن سليمان بن جُرموز ، أبو عمرو البتي . قيل : اسم أبيه مسلم ، وقيل : أسلم . من كبار الفقهاء ، وكان ثقة له أحاديث ، حدث عن أنس بن مالك والشعبي والحسن البصري . كان من أهل الكوفة ثم انتقل إلى البصرة . وكان يبيع البتوت فنسب إلى البت وهو كساء غليظ من وبر أو صوف . توفي رحمه الله سنة ١٤٣هـ . انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٩١ وطبقات ابن سعد (٢٥٧/٧) وسير أعلام النبلاء (١٤٨/٦) .

(٧) والقول بأن عفو أحد الشريكين لا يسقط القصاص نسبه الإمام القدوري إلى عثمان البتي ، بينما نسبه الإمام الشيرازي في المهذب (٢/ ١٨٤) إلى الإمام مالك رحمه الله . وقد نسبها أيضًا ابن قدامة في المغني والشرح الكبير (٤٦٤/٩) إلى بعض أهل المدينة . وهذا القول لم أجده منسوبًا لعثمان البتي رحمه الله . وهو رأي الإمام ابن حزم من الظاهرية ، فقد قال : وصح أن من دعا إلى القود فهو له . انظر : المحلى (٢٤٩/٢٤٨/١٢) أما الإمام مالك فيرى أنه إذا كان الأولياء مستوين في الدرجة والاستحقاق كابنين أو أخوين أو عمين فأكثر ، فإن اجتمعوا كلهم على القصاص اقتصوا . وإن طلب بعضهم القصاص وبعضهم العفو ، فالقول لمن طلب العفو ، ومتى حصل العفو من أحدهم سقط القصاص ولمن لم يعف نصيبه من دية عمد . فإن كان أنزل درجة لم يعتبر عفوه . انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٦١/٤) والكافي ص ٥٩١ .

(٨) انظر : المهذب للشيرازي (١٨٤/٢) حيث قال فيه : والقول الثاني : لا يجب ؛ لأن على مذهب مالك رحمة اللَّه عليه : يجب له القود بعد عفو الشريك ، فيصير ذلك شبهة في سقوط القود . وقال النووي في الروضة (٢١٦/٩) : لشبهة اختلاف العلماء .

٢٦٨٣٤ - قلنا : خلاف البتّي غير محتج به ، والإجماع بخلافه [١] . ثم يبطل هذا إن [٢] أمسك رجلًا على قتل آخر ، ثم إن الولي قتل الممسك ، فإن القصاص يجب عليه .

٢٦٨٣٥ - وكان مالك [٣] رَحِمَهُ اللَّهُ يقول : إن القصاص يجب على الممسك [٤] . ولا يعتبر في ذلك الحكم .

* * *

(١) والإجماع لما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفع إليه رجل قتل رجلًا ، فجاء أولياء المقتول وقد عفا أحدهم ، فقال عمر لابن مسعود - رضي الله عنهما - وهو إلى جنبه : ما تقول ، فقال ابن مسعود رضي الله عنه : أقول : إنه قد أُحرز من القتل . قال : فضرب على كتفه ثم قال : كُنَيِفٌ ملئ علما . أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٣/١٠) برقم ١٨١٨٧ . ووجه كونه إجماعًا أن ذلك كان بحضرة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم من غير نكير فحل محل الإجماع . انظر : تبيين الحقائق (١١٤/٦) .

(٢) في النسخ الثلاثة (وإن) والصواب ما أثبته نظرًا للسياق .

(٣) سبق ترجمته .

(٤) لا خلاف بين المذاهب الأربعة في أنه إذا أمسك رجل شخصًا ليقتله آخر ؛ فالقصاص يجب على القاتل ؛ لأنه باشر القتل . أما الممسك : فقد اختلفت آراء المذاهب هل يقتص منه أم لا ، فذهب الحنفية والشافعية إلى أنه لا يقتل ، وإنما يعزر . وهو الراجح عند الحنابلة . وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا أمسك الرجل الرجل حتى جاء آخر فقتله ، قتل القاتل وحبس الممسك » أخرجه الإمام البيهقي في السنن الكبرى وصححه ابن القطان ورفعه . انظر : تلخيص الحبير (١٥/٤) . وذهب المالكية إلى أنه يقتص من الممسك أيضًا لتسببه في القتل . وهو مشروط عندهم بأن يكون قتله متوقفًا على إمساكه أي لولا إمساكه لما أدركه القاتل ، وأن يعلم الممسك أنه يريد أن يقتله فيمسكه لأجل أن يقتله . وقتل الممسك رواية أيضًا عن الإمام أحمد . انظر : الحجة على أهل المدينة (٤٠٣/٤) والكافي ص ٥٨٩ وقوانين الأحكام الشرعية ص٣٧٤ ومغني المحتاج (٩/٤) والإنصاف للمرداوى (٤٥٦/٩) والمغني والشرح الكبير (٤٧٧/٩) .

مسألة [(١)] ١٣١٩

حكم ما إذا قطع يد رجل من الزنْد ثم جاء آخر فقطع الذراع من المرفق قبل اندمال الجرح الأول ثم مات المقطوع

٢٦٨٣٦ - قال أصحابنا رحمهم اللّٰه : إذا قطع يد رجل من الزنْد [(٢)] ، ثم جاء آخر فقطع الذراع [(٣)] من المرفق [(٤)] ، ثم مات المقطوع ؛ فعلى الأول القصاص في اليد ، وعلى الثاني القصاص في النفس [(٥)] .

٢٦٨٣٧ - وقال الشافعي رحمه الله : يقتلان جميعًا [(٦)] .

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) الزنْد : موصل طرف الذراع في الكف . والزَّندان : عظما الساعد أحدهما أدق من الآخر ، فطرف الزند الذي يلي الإبهام هو الكوع ، وطرف الزند الذي يلي الخِنْصَر كُرْسوع ، والرُّسغ مجتمع الزندين . انظر : لسان العرب (١٨٧١/٣) مادة زند . ومختار الصحاح ص ٢٩٧ .

(٣) الذِراع : من المرفق إلى أطراف الأصابع . انظر : المصباح المنير (٢٨٢/١) .

(٤) المِرفق : موصل الذراع في العضد ، وكذلك المَرفق . انظر : مختار الصحاح ص ٢٧٣ .

(٥) انظر : الأصل (٥٣٦/٤) حيث جاء فيه ما نصه : ولو شهد شاهدان أن هذا قطع يده من مفصل الكف ، ثم شهدا على آخر أنه قطع تلك اليد من المرفق ، ثم مات من ذلك كله والقطع عمد ، فإن على صاحب الكف أن يقطع يده ، وعلى هذا الآخر القصاص في النفس ، لأن هذا هو القاتل من قبل أن القطع الثاني برأ منه القطع الأول . وقد ذكر صاحب المبسوط والبدائع أن زفر من الحنفية يختلف رأيه عن هذا ، فهو يرى أنهما يقتلان جميعًا . حيث قال السرخسي في المبسوط (١٧٠/٢٦) : وقال زفر والشافعي : القصاص عليهما في النفس جميعًا . وقال الكاساني : ولو قطع إصبع يد رجل عمدًا ، وقطع آخر يده من الزند فمات فالقصاص على الثاني في قول أصحابنا الثلاثة رحمهم اللّٰه . وقال زفر رحمه الله : عليهما جميعًا . وبه أخذ الشافعي رحمه الله . وجه قول زفر : أن السراية باعتبار الألم ، والقطع الأول اتصل ألمه بالنفس وتكامل بالثاني ، فكانت السراية مضافة إلى الفعلين ، فيجب القصاص عليهما . انظر : البدائع (٣٠٤/٧) .

(٦) ما نقله الإمام القدوري رحمه الله عن الإمام الشافعي رحمه الله غير دقيق ، فالإمام القدوري لم يبين ما إذا كان الإمام الشافعي يرى قتلهما قصاصًا بضرب العنق فقط وهو ما يفهم من عبارة الإمام القدوري ، أو أنه يرى أن يقتص منهما في الأطراف أولا مثلما فعلا ثم يقتلان ، وما وجدته في مختصر المزني هو أن الإمام الشافعي رحمه الله يرى أن يقتَص منهما في الأطراف أولًا كما فعلا ثم يقتلان أيضًا . فقد قال المزني في مختصره ما نصه : قال الشافعي رحمه الله : ولو قطع يده من مفصل الكوع ، فلم يبرأ حتى قطعها آخر من المرفق ، ثم مات ، فعليهما القود . يقطع قاطع الكف من الكوع ، ويد الآخر من المرفق ثم يقتلان . لأن ألم القطع الأول واصل إلى الجسد كله . انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٤٧/٨) . وقد ذكر الإمام النووي أن هناك قولان للإمام الشافعي رحمه الله فيما إذا كان يد القاطع الثاني سليمة ، فقال الإمام النووي : وأما الثاني ، فإن كان له ساعد بلا كف ، اقتص منه بقطع مرفقه =

٢٦٨٣٨ – لنا : أن الموت حصل وليس للجرح الأول أثر في النفس ، فلم يجب القصاص في النفس على الأول : أصله : إذا اندمل الجرح الأول (١) .

٢٦٨٣٩ – ولأنه إذا اندمل جاز أن يتبعض فيموت لسرايتها وباتصال الألم منها ، وإذا زال موضع الجراحة لم يعدْ أبدًا ، فإذا لم يجب القصاص إذا قطع اليد بعد البرء فهذه أولى . ولا يلزم إذا ضربه رجل بعصا وآخر بسيف فمات منهما أن القصاص عليهما ، وإن كان الضارب بالعصا لا أثر لفعله (٢) ، لأنا لا نسلم هذا ، بل نقول : إن الضرب بالعصا لا يوجب القصاص وإن كان له أثر .

٢٦٨٤٠ – فإن قيل : المعنى في الاندمال أن الألم زال ، فحصل [التلف] (٣) من ألم الجرح الثاني ، وفي مسألتنا لم يزل الألم (٤) .

٢٦٨٤١ – قلنا : قد يندمل الجرح والألم في النفس بحاله ، بدلالة أنا نشاهد المجروح بعد اندمال الجرح متغير اللون والجسم ، ولو كان الألم قد زال عاد إلى حالته الأولى من غير (تغيير) (٥) .

= ثم يقتل ، وإن كانت يده سليمة فهل تقطع من المرفق ثم تحز رقبته أم يقتصر على الحز ، قولان ، ويقال وجهان . أظهرهما الأول ، وهو نصه في المختصر . انظر : روضة الطالبين (٢٣٢/٩) . وبهذا يتبين أن محل الخلاف بين الحنفية والشافعية هو ما إذا كان القطع الثاني قبل برء الأول ، أما إن كان بعد برئه فالقاتل هو الثاني بالاتفاق ، فيكون على الأول القصاص في الطرف وعلى الثاني القصاص في النفس . انظر : المراجع السابقة . كما يتبين لنا أن زفر من الحنفية يرى أن يقتلان جميعًا ، ولكن هل يرى أن يقتص منهما بضرب العنق فقط أم يرى القصاص منهما في الطرف أولا ثم قتلهما بضرب العنق ، فلم أعثر على ما يوضح ذلك .

(١) لا خلاف بين الحنفية والشافعية في أنه لو قطع الثاني بعد برء واندمال الجرح الأول فمات المجروح فإن القاتل هو الثاني ، انظر : المراجع السابقة .

(٢) هذا جواب الإمام القدوري رحمه الله عن اعتراض الشافعية على القياس الأولوي ، فقد ذكروا اعتراضين : أحدهما : أن هذا يقتضي زيادة الألم الثاني وقلة الأول ، وليس اختلافهما في القلة والكثرة مانعًا من تساويهما في القتل ، كما لو جرحاه فكانت جراحة أحدهما أكثر ألمًا ، كانا سواء في قتله . والثاني : أن انقطاع أسباب الألم لا يمنع من مساواة ما بقيت أسبابه في إضافة القتل إليهما ، كما لو ضربه أحدهما بخشبة وجرحه الآخر بسيف كانا شريكين في قتله ، وإن كان أثر الخشبة مرتفعًا وأثر السيف باقيًا . انظر : الحاوي (١٣٦/١٢) . ومن هذا القياس نرى أن ما ذكره الشافعية لا يلزم الحنفية .

(٣) في النسخ الثلاثة (أن التلف) ، والسياق يقتضي حذف أن .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (١٣٦/١٢) حيث قال فيه : أما الاندمال فلا يكون إلا بعد زوال الألم ، والقطع لا يزيل الألم ، وإنما يقطع زيادته فافترقا .

(٥) كذا في ب و ج ، وفي أ (تفريق) . وما أثبتناه أقرب للسياق .

٢٦٨٤٢ - ولأن القطع إذا حصل وصل الألم إلى النفس ، وذلك الألم غير موجب للتلف ، بدلالة أنه لو أوجب التلف مات في الحال ، وإنما السراية تكون باتصال الألم إلى أن تتكامل في النفس فيتلف ، واتصال الألم لا يجوز أن يكون مع زوال محله ، كما لا يكون النماء في (الأغصان) [١] مع جفاف أصلها ، فلم يبق إلا أن يكون التلف مع القطع الثاني ، فوجب القصاص به خاصة .

٢٦٨٤٣ - فإن قيل : محل القطع وإن زال فالألم في النفس بحاله ، ثم ينضم إليه ألم القطع الثاني فمات منهما .

٢٦٨٤٤ - قلنا : وجود الألم الذي لا جرح معه لا يتعلق به قصاص ، كما لو آلمه بالكلام .

٢٦٨٤٥ - فإن قيل : يبطل بمن جرح رجلًا جراحة ثم جاء آخر فقَوَّرَ [٢] اللحم من مكان الجراحة حتى زال محل الجرح الأول .

٢٦٨٤٦ - قلنا : هذا مثل مسألتنا يجب القصاص على الثاني ، والأول لا قصاص عليه .

٢٦٨٤٧ - احتجوا : بأنه جرح لا يمنع جرحًا بعده ، فلا يقطع حكم جراحة قبله . أصله : إذا قطع اليد الأخرى . ولأنهما قطعان لو كانا من طرفين كانا قاتلين ، فإذا كانا في طرف واحد كانا (قاتلين) [٣] كما لو قطع إصبعين .

٢٦٨٤٨ - قلنا : إذا قطع كل واحد طرفًا ، فالتلف حصل ومحل ؛ الجناية الأولى بحاله لم ينقطع اتصال الألم منه ، فحدث الموت منهما ، فكان القصاص عليهما .

٢٦٨٤٩ - وفي مسألتنا زال المحل الأول ، فلم يجز يتصل الألم منه ، فلم يبق إلا أن يكون التلف من الجرح الثاني ، فوجب عليه القصاص .

٢٦٨٥٠ - فإن قيل : القطع الأول قد حصل الألم منه في القلب والدماغ ، ولم يزل ذلك بالقطع الثاني [٤] .

٢٦٨٥١ - قلنا : ذلك الألم غير موجب للتلف ، وإنما كان موجب التلف بالاتصال ، ويستحيل أن يتصل الألم من غير محل .

---

(١) وفي ب و ج (الأعراض) .

(٢) قَوَّرَ : تقول قورت الشيء تقويرًا : أي قطعت من وسطه خرقًا مستديرًا كما يقور البطيخ . انظر : المصباح المنير (٧١٣/٢) ومختار الصحاح ص ٥٨١ .

(٣) - في أ و ب (قاتلان) وما أثبته من ج وهو الصواب .

(٤) انظر : انظر : النكت ورقة أ ٢٥٧ والحاوي (١٣٦/١٢) .

٢٦٨٥٢ - قالوا : لا يمتنع أن يزول محل الجناية ولا يزول ألمها ، كما أن التنور إذا شُجِرَ [١] ثم أخرج الجمر منه بقيت الحرارة وإن زال ما كان يتولد منها [٢] .

٢٦٨٥٣ - قلنا : النار أجزاء لطيفة لا يقدر الإنسان على إخراج جميعها ، فإذا خرج الجمر فقد بقي هناك أجزاء لطيفة من النار تلك الحرارة تتولد (منها) [٣] ، ولأن النار تولد حرارة في الهواء ، فإذا أخرج النار بقي الهواء وفيه حرارة ، ثم هذا أكثر أحواله أن يُثبت لمخالفنا أن الألم باق مع زوال الجراحة ، ونحن نسلم ذلك ، إلا أنه غير موجب التلف ، إنما كان يتوالى حتى يتلف ، وقد انقطع التوالى فلم يتعلق بذلك حكم .

* * *

---

(١) شُجِرَ من سَجَرتُه سجرا من باب قتل : ملأته ، وسجرت التنور : أوقدته . وهذا هو المراد هنا . انظر : المصباح المنير (٣٦٣/١) .

(٢) انظر : الحاوي للماوردي (١٣٦/١٢) وعبارته : دليلنا هو أن الموت بالسراية حادث عن ألمها ، وألم القطع الأول قد سرى في الحال إلى الجسد كله قبل القطع الثاني ، فانتقل محله إلى القلب الذي هو مادة الحياة ، فإذا حدث القطع الثاني أحدث ألمًا ثانيًا زاد على الألم الأول ، فصار الموت حادثا عنهما لا عن الثاني منهما ، كما سجر تنورًا بنار حمي بها ثم أخرج سجاره وسجره بأخرى تكامل حماه بهما ، ولم يكن تكامل الحمى منسوبًا إلى السجار الثاني وإن زال السجار الأول ، بل كان منسوبًا إليهما ، كذلك تكامل الألم في القلب لم يكن بالقطع الثاني دون الأول ، بل كان بالثاني والأول .

(٣) ساقط من ب .

مسألة [١] ١٣٢٠

حكم استيفاء القصاص بغير السيف

٢٦٨٥٤ – قال أصحابنا رحمهم الله : لا قصاص إلا بالسيف ، سواء قتل به أو بغيره [٢] .

٢٦٨٥٥ – وقال الشافعي رحمه الله : يقتل بالآلة التي قتل بها [٣] .

٢٦٨٥٦ – ويتعين الخلاف فيمن حرّق رجلًا بالنار ؛ فإنه يقتل بالسيف (عندنا) [٤] ، وعنده يحرق [٥] .

٢٦٨٥٧ – وعلى إحدى الروايتين : إذا قتل بحديد مثقل يقتل عندنا بالسيف [٦] ، وعنده بالحديد المثقل [٧] . وإذا قطع منه عضوًا يجب فيه القصاص

---

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) الأصل لمحمد بن الحسن (٤٨٣/٤) والمبسوط للسرخسي (١٢٢/٢٦) والبدائع (٢٤٥/٧) .

(٣) انظر : روضة الطالبين (٢٢٩/٩) ومغني المحتاج (٤٤/٤) قال القفال الشاشي في الحلية (٤٩٥/٧) : فإذا قتله بغير السيف في مثقل أو حرقه أو غرقه أو خنقه ، اقتص منه بمثل ما قتل به .
وقالت المالكية : القصاص يكون بمثل ما قتل به ، انظر : المنتقى للباجي (١١٩/٧) والقوانين الفقهية ص ٣٧٥ . وانظر كذلك حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٦٥/٤) .
وعن الإمام أحمد رحمه الله روايتان ، والمذهب أنه لا يستوفي القصاص في النفس إلا بالسيف ، وهو المشهور واختيار الأكثرين ، وفي الرواية الأخرى : يفعل به كما فعل إلا ما استثنى أو يقتل بالسيف ، وهو اختيار الشيخ تقي الدين رحمه الله . انظر : الإنصاف للمرداوى (٤٩٠/٩) والإفصاح لابن هبيرة ص٣٨٠ .

(٤) كذا في أ ، وفي ب و ج (عمدًا) .

(٥) إذا قتل رجلًا بالنار ترى الحنفية أنه يقتل بالسيف . قال محمد بن الحسن في الأصل (٥٠٦/٤) : وإذا حرق الرجل الرجل بالنار ، فإن عليه القصاص ، يقتله وليه بالسيف إن أراد ذلك . وقال الإمام الشافعي رحمه الله : إن طرحه في نار حتى يموت طرح في النار حتى يموت . انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٤٧/٨) وعند المالكية المشهور من قول الإمام مالك وأصحابه أن من قتل بالنار فإنه يقتص منه بالنار ، وعبد الملك يرى أنه لا يقتل بالنار لحديث : « لا يعذب بالنار إلا رب النار » فعلى المشهور يكون القصاص بالنار مستثنى من النهي عن التعذيب بها . انظر : المنتقى (١١٩/٧) وبلغة السالك (٣٩٤/٢) . وعند الحنابلة إن حرقه بالنار لا يحرق ، لأن التحريق محرم لحق الله تعالى لقول النبي ﷺ : « لا يعذب بالنار إلا رب النار » ولأنه داخل في عموم الخبر وهو « لا قود إلا بالسيف » وقال القاضي : الصحيح أن فيه روايتين كالتغريق . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٩١/٩) .

(٦) ولو قتله بحديد مثقل غير محدد كالعمود ونحوها ففيه روايتان عن الإمام أبي حنيفة رحمه الله : في ظاهر الرواية أنه عمد نظرا إلى أنه أصل الآلة ، وفي رواية الطحاوى : ليس بعمد ، لأنه لا يفرق الأجزاء . انظر : الاختيار (٣٢/٥) .

(٧) انظر : المهذب (١٨٦/٢) .

[فمات] (١) يقتل بالسيف ولا يقطع ، وعنده يقطع ، فإن مات وإلا قتل (٢) . وإن فعل ما لا يجب فيه القصاص [بانفراده] (٣) مثل أن يقطع يده من بعض الساعد أو جافه أو شجه هاشمة(٤) ، فعندنا يقتل .

٢٦٨٥٨ - وهذا أحد قولي الشافعي [رحمه الله] ، وقال في قول آخر : يصنع به كما صنع ، فإن مات وإلا قتل بالسيف (٥) .

٢٦٨٥٩ - وإن أوجر (٦) (رجلًا خمرًا) (٧) حتى مات ، أو وطأ (صبية) (٨) صغيرة (فقتلها) (٩) أو تلوط بصبي فقتله ، قال أصحاب الشافعي [رحمه الله] يقتل بالسيف . وقال المَرْوَزي (١٠) : يتخذ له آلة على هيئة الذكر فيقتل بها كما قتل ويوجر الماء حتى يموت (١١) .

---

(١) في النسخ الثلاثة (بأن) ، والأقرب للسياق ما أثبته .

(٢) انظر : الحلية (٥٠٣/٧) وعبارته : فإن قطع يده ، فسرى القطع إلى نفسه فمات جاز للولي أن يقطع يده فإن مات منه وإلا قتله .

(٣) في النسخ الثلاثة (بانفاده) ، والصواب ما أثبته .

(٤) فمات منه . والهاشمة : التي تهشم العظم أي تكسره . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٣٠ . وجافه أي أحدث له جائفة .

(٥) انظر : الحلية (٤٩٧/٧) وعبارته : فإن جنى عليه جناية لا يجب فيها القصاص كالجائفة وكسر الساعد ففيه قولان أحدهما : أنه يقتل بالسيف . والثاني : أنه يقتص منه في الجائفة وكسر الساعد ، فإن مات وإلا قتل بالسيف .

(٦) أوجره : أي صبه في فيه . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٣٢ .

(٧) في ب و ج (رجل خمر) .

(٨) في ب و ج (ميتة) .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٠) هو إبراهيم بن أحمد ، أبو إسحاق المروزي . نسبة إلى مرو إحدى مدن خراسان . الفقيه الشافعي . كان إمامًا جليلًا غواصًا على المعاني ورعًا زاهدًا ، وهو صاحب أبي العباس ابن سريج . انتهت إليه الرئاسة في العلم ببغداد . شرح مختصر المزني وصنف كتبًا كثيرة ، وعنه وعن أصحابه انتشر الفقه الشافعي في الأقطار . انتقل في آخر عمره إلى مصر وتوفي بها سنة (٣٤٠ هـ) ودفن بالقرب من تربة الإمام الشافعي رضي الله عنه . انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص١١٢ وطبقات الشافعية للحسيني ص٦٦ ووفيات الأعيان (٢٦/١) .

(١١) انظر : المهذب للشيرازي (١٨٦/٢) حيث قال فيه : وإن قتله باللواط أو بسقي الخمر ففيه وجهان . أحدهما وهو قول أبي إسحاق : أنه إن قتله بسقي الخمر قتله بسقي الماء ، وإن قتله باللواط فعل به مثل ما فعل بخشبة ، لأنه تعذر مثله حقيقة ، ففعل ما هو أشبه بفعله . والثاني : أنه يقتل بالسيف ؛ لأنه قتله بما هو محرم في نفسه ، فاقتص بالسيف كما لو قتله بسحر . اهـ . وقال الماوردي : وحكي عن أبي إسحاق المروزى : أنه يقتل في قتل اللواط بإيلاج خشبة ، وفي سقي الخمر بسقي الخل ، وهذا فاسد ؛ لأنه لما تعذرت المماثلة ؛ لحظرها على الفاعل والمفعول به ، ولم يكن في العدول عنها مماثلة كان السيف أحق . انظر : الحاوي (١٤٠/١٢) . وعند المالكية والحنابلة أيضًا : إن قتله بما لا يحل لعينه مثل أن لاط به فقتله ، أو جرعه خمرًا أو سحره لم يقتل بمثله ، بل يعدل إلى السيف . انظر : بلغة السالك (٣٩٥/٢) والمغني والشرح الكبير (٣٩٠/٩) . وبالنظر =

٢٦٨٦٠ - لنا : حديث النعمان بن بشير [١] [ﷺ] أن النبي ﷺ قال : « لا قود إلا بالسيف » [٢] .

٢٦٨٦١ - وروى شداد بن أوس [٣] [ﷺ] قال : (قال) [٤] رسول الله ﷺ : « إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا (القِتْلَة) [٥] ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبْحَة ، وليُحِدَّ أحدُكم شَفْرَتَه [٦] ، وليُرِحْ ذبيحته » [٧] .

= لما سبق من أقوال الفقهاء يمكن القول بأن الفقهاء اتفقوا على أن القاتل إذا كان قتل بالسيف ، فإن القصاص يستوفي بالسيف . واتفقوا كذلك على أن الولي إذا طلب القود بأخف مما له لم يمنع ، لأنه ترك بعض حقه ، فيجوز أن يعدل إلى السيف لأنه أسرع وأسهل . كما يمكن القول بأن الحنفية والمالكية والحنابلة قد اتفقوا ومعهم الشافعية في وجه على أن القاتل إذا قتل بمحرم مثل السحر والوطء واللواط وإيجار الخمر فإنه لا يقتل به بل يعدل إلى السيف .

(١) سبق ترجمته .

(٢) سبق تخريجه في مسألة ٦ . وفي وجه الاستدلال بالحديث الشريف قال الإمام أبو بكر الجصاص : وهذا الخبر قد حوى معنيين أحدهما : بيان مراد الآية في ذكر القصاص والمثل ، والآخر : أنه ابتداء عموم يحتج به في نفي القود بغيره . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١/٢٠٠) . وأجاب الشافعية ومن معهم عن استدلال الحنفية بالحديث من وجهين : أولا : بأن الحديث ضعيف . انظر : معرفة السنن والآثار للبيهقي (١٢/٨٠) وتلخيص الحبير (٤/١٩) . ورد بأن الحديث قد روي من وجوه كثيرة يشهد بعضها لبعض ، فأقل أحواله أن يكون حسنا . انظر : الجوهر النقي لابن التركماني المطبوع في ذيل السنن الكبرى للبيهقي (٨/٦٢) . ثانيا : بأن المراد به إذا قتله بالحديد أو السيف . أنظر الحاوي (١٢/١٤٠) .

(٣) هو شداد بن أوس بن ثابت بن المنذر بن حرام ، أبو يعلى وأبو عبد الرحمن الأنصاري النجارى الخزرجى . من فضلاء الصحابة وعلمائهم . روي عن النبي ﷺ . نزل بيت المقدس ، وتوفي بالشام سنة ٥٨ هـ وقيل سنة ٦٤هـ . انظر : تهذيب الكمال (١٢/٣٨٩) ترجمة ٢٧٠٤ وسير أعلام النبلاء (٢/٤٦٠) ترجمة ٨٩ .

(٤) في ب و ج (فقال) .

(٥) في ج (القتل) .

(٦) الشفْرَة : السكين العظيمة . انظر : طلبة الطلبة ص٢٢٤ .

(٧) رواه الإمام مسلم وأصحاب السنن ، فقد أخرجه الإمام مسلم عن شداد بن أوس ﷺ قال : ثنتان حفظتهما عن رسول الله ﷺ قال : الحديث . ولفظه : فأحسنوا الذبح ، وفي بعض الروايات : الذبحة بكسر الذال وهي الهيئة والحالة . انظر : صحيح مسلم (٣/١٥٤٨) كتاب الصيد والذبائح باب الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشفرة . وأخرجه أبو داود في سننه (٣/١٠٠) كتاب الأضاحي باب النهي أن تصبر البهائم والرفق بالذبيحة برقم ٢٨١٥ . وأخرجه النسائي في سننه (٧/٢٢٧) في كتاب الضحايا باب الأمر بإحداد الشفرة برقم ٤٤٠٥ . والترمذي في سننه (٤/٢٣) كتاب الديات باب ما جاء في النهي عن المثلة برقم ١٤٠٩ . وابن ماجه في سننه (٢/١٠٥٨) كتاب الذبائح باب إذا ذبحتم فأحسنوا الذبح برقم ٣١٧٠ . والدارمي في سننه (٢/٨٢) كتاب الأضاحي باب في حسن الذبيحة برقم ١٩٧١ . والبيهقي في السنن الكبرى (٨/٦٠) . وفي وجه الاستدلال بالحديث قال الطحاوى : فأمر النبي ﷺ أن يحسنوا القتلة ، وأن يريحوا ما احل الله لهم ذبحه من الأنعام ، فما أحل لهم قتله من بنى آدم فهو أحرى أن يفعل به ذلك . وقال أبو بكر =

٢٦٨٦٢ - فإن قيل : هذا في الذبح .

٢٦٨٦٣ - قلنا : بدأ بالقتل ، والذبح لا يسمى قتلًا ، (وإحسان) [1] القتل [اختيار] [2] أسهله .

٢٦٨٦٤ - وروي عن ابن عباس [3] [ﷺ] أن النبي ﷺ قال : « لا تعذبوا بعذاب اللّٰه أحدًا » [4] و « لا يعذب بالنار إلا رب النار » [5] .

٢٦٨٦٥ - ولأنه تعذيب روح على وجه يجوز تركه اعتبر فيه (إحداد) [6] الآلات

= الجصاص : أوجب عموم لفظه أن من له قتل غيره أن يقتله بأحسن وجوه القتل وأوفاها وأيسرها ، وذلك ينفي تعذيبه والمثلة به . انظر : شرح معاني الآثار (١٨٥/٣) وأحكام القرآن للجصاص (٢٠٠/١) . وقد قال الإمام النووي : قوله ﷺ : « فأحسنوا القتلة » عام في كل قتيل من الذبائح والقتل قصاصًا وفي حد ونحو ذلك ، وهذا الحديث من الأحاديث الجامعة لقواعد الإسلام ، واللّٰه أعلم . انظر : شرح صحيح مسلم للنووي (١١٤/١٣) .

(١) في النسخ الثلاثة (اختيار) ، والصواب ما أثبته .

(٢) ما بين المعقوفين ليس في النسخ الثلاثة ، والظاهر أنه ساقط منها ، وقد أثبته ليستقيم الكلام .

(٣) سبق ترجمته .

(٤) أخرجه النسائي عن عكرمة أن ناسا ارتدوا عن الإسلام فحرقهم علي (ﷺ) بالنار . قال ابن عباس (ﷺ): لو كنت أنا لم أحرقهم قال رسول اللّٰه ﷺ : « لا تعذبوا بعذاب اللّٰه أحدًا » ولو كنت أنا لقتلتهم قال رسول اللّٰه ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » . سنن النسائي (١٠٤/٧) كتاب تحريم الدم باب الحكم في المرتد برقم ٤٠٦٠ . وأخرجه الإمام البخاري بلفظ « لا تعذبوا بعذاب اللّٰه » في كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم ، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم . فتح الباري (٢٦٧/١٢) .

(٥) أخرجه الإمام أبو داود عن حمزة الأسلمي عن أبيه أن رسول اللّٰه ﷺ أمره على سرية ، قال : فخرجت فيها . وقال : « إن وجدتم فلانا فأحرقوه بالنار » فوليت ، فناداني فرجعت إليه ، فقال : « إن وجدتم فلانا فاقتلوه ولا تحرقوه ، فإنه لا يعذب بالنار إلا رب النار » . سنن أبي داود (٥٤/٣) كتاب الجهاد باب في كراهية حرق العدو بالنار برقم ٢٦٧٣ ، كما أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد (٣٨٠/٦) كتاب الحدود والديات باب النهي عن التعذيب بالنار برقم ١٠٥٠٨ . والزيلعي في نصب الراية (٤٠٨/٣) . وأجاب الشافعية ومن معهم على الاستدلال بالحديثين السابقين بأنه وارد في غير القصاص ، لأنه ظاهر في العذاب على الكفر والمعاصي لا القصاص ، فلا يحل أن يحرق أحد بالنار ابتداء ، أما إذا حرق أحد شخصا بالنار وجب القصاص عليه بمثل ما فعل كما أمره اللّٰه عز وجل . انظر : الحاوي للماوردي (١٤٠/١٢) والذخيرة (٣٥٠/١٢) والمغني والشرح الكبير (٣٩١/٩) .

(٦) هذا وقد استدل الحنفية أيضًا على قولهم بنهي النبي ﷺ عن المثلة ، فقد أخرج الإمام الطحاوى عن المغيرة بن شعبة ﷺ أن النبي ﷺ نهى عن المثلة . وقال سمرة ابن جندب ﷺ : ما خطبنا رسول اللّٰه ﷺ إلا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة . انظر : شرح معاني الآثار (١٨٣/٣) قال الإمام أبو بكر الجصاص : وهذا خبر ثابت قد تلقاه الفقهاء بالقبول واستعملوه ، وذلك يمنع المثلة بالقاتل ، وقول مخالفنا فيه المثلة به ، وهو ينفي =

مع القدرة كالذكاة ، ولا يلزم الرجم وقتل المرتد ، لأن ذلك قتل واجب لا يجوز تركه ، ولا يلزم قتل الحشرات ، لأنه قد يجوز تركه ، وقد يجب إذا لم يؤمن ضررها ، ولا يلزم الصيد ، لأنه غير مقدور عليه ، فلم تتعين فيه الآلة .

٢٦٨٦٦ - فإن قيل : البهيمة تذبح لتؤكل ، فاعتبر فيها الأسهل (١) .

٢٦٨٦٧ - قلنا : الأسهل ضرب العنق ، وذلك غير ممكن فيها ، لأنه لا (يؤمن) (٢) أن يموت قبل قطع العروق .

٢٦٨٦٨ - فإن قيل : لما تعين الرأس في [الذكاة] (٣) ولم يجز الإبانة في النار دل على اختلافهما (٤) .

٢٦٨٦٩ - قلنا : قد تساويا في اعتبار أوجز الآلات وإن اختلفا ، في القصاص [اعتبر] (٥) أسهل الفعلين [وهو] (٦) ضرب العنق ، فلم يمكن ذلك في الذكاة ، فعدلنا إلى الذبح وهو أشق .

٢٦٨٧٠ - ولأنه قصاص ؛ فلا يستوفي بغير السيف ، أصله : إذا قتل بالسيف (٧) .

٢٦٨٧١ - (فإن عَكَسُوا فقالوا : فاختص بالآلة التي قتل بها ، انتقض بمن أوجر غيره الخمر حتى مات (٨) .

= عن مراد الآية في إيجاب القصاص واستيفاء المثل ، فوجب أن يكون القصاص مقصورا على وجه لا يوجب المثلة ، ويستعمل الآية على وجه لا يخالف معنى الخبر . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٢٠١/١) . وقد أجاب الإمام الخطابي عن ذلك فقال : وقد احتج بعض من لا يرى اعتبار المماثلة بنهي النبي ﷺ عن المثلة ، وهذه معارضة لا يصح ، لأن النهي عن المثلة إنما هو في ابتداء العقوبة بها ، فأما القصاص فلا يتعلق بالمثلة ، ألا ترى أن من جدع أذنا أو فقأ عينا من كفء له اقتص منه ، ولم يكن ذلك مثلة انظر : معالم السنن (١٥/٤) .

(١) في النسخ الثلاثة (حتى) ، والصواب ما أثبته .

(٢) في ب و ج (يأمن) .

(٣) في النسخ الثلاثة (القصاص) ، والصواب ما أثبته .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (١٤٠/١٢) وعبارته : وأما قياسه على الذبائح مع فساده برجم الزاني المحصن فالمعنى فيه أن المماثلة معتبرة فيه ، وأن محل الذبح معين ، فجاز أن تكون الآلة معينة ، ولما اعتبرت المماثلة بمحل الجناية اعتبرت بمثل آلتها .

(٥) ما بين القوسين ليست في النسخ الثلاثة ، ولعله ساقط منها ، وقد أثبتناه ليستقيم الكلام .

(٦) في النسخ الثلاثة (وقد) ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) وقياس الحنفية على القتل بالسيف أجاب عنه الشيرازي بأنه قياس مع الفارق فقال : لأنه هناك إذا قتله بغيره زاد على حقه ، وهنا يستوفي مثل حقه . انظر : النكت ورقة أ ٢٥٨ .

(٨) وقد رد الشافعية على هذا النقض ، قال الشيرازي : وسقى الخمر واللواط محرم بالشرع ، فلم يعتبر فيه =

٢٦٨٧٢ - ولأنه قتل حالة القدرة فلم يجب بالنار ، أصله إذا قتل بالسيف) [١] وقتل الزاني والمرتد [٢] .

٢٦٨٧٣ - ولأنه لا يخلو إما أن يعتبر أوجز الآلات أو يعتبر الآلة التي قتل بها ، (ولا يجوز اعتبار الآلة التي قتل بها) [٣] لاتفاقهم أنه لا يقتل بالوطء وسقي الخمر ، فلم يبق [إلا اعتبار] [٤] الموجز .

٢٦٨٧٤ - فإن قالوا : يقتل (بآلة) [٥] مثلها ويوجر [الماء] [٦] في عدول عن المماثلة [٧] . وهو خلاف الإجماع [٨] .

٢٦٨٧٥ - فإن قيل : هذا الفعل محرم (لحق الله تعالى (فلذلك) [٩] لا يقتل به ، والقتل (بالمثلة) [١٠] (ممنوع) [١١] منه (لحق) [١٢] الآدمي ، فإن قتل به فقد أسقط حق نفسه [١٣] .

= المماثلة ، والقتل بالنار محرم لحرمة القاتل ، وقد أسقط حرمته بالقتل ، ولهذا قالوا فيمن أتلف على نصراني خمرًا لا يضمن مثله . انظر : النكت ورقة ب ٢٥٧ . وقد أجاب الحنفية عن هذا . قال أبو بكر الجصاص : فإن قيل : لأن شرب الخمر معصية ، قيل له : كذلك المثلة معصية ، والله أعلم . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٢٠٢/١) .

(١) من قوله : فإن عكسوا - إلى آخر قوله - إذا قتل بالسيف ، كله ساقط من ب و ج .

(٢) وقياس الحنفية على قتل الزاني والمرتد أجيب عنه بأن تلك حدود فاعتبر فيها الشرع ، وهذا مجازاة ومقابلة الشيء على المماثلة ، فاعتبر بفعل الجاني . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٧ .

(٣) في ب و ج (انتقض بمن أوجر غيره الخمر ولأنه لا يخلو) .

(٤) في النسخ الثلاثة (الاعتبار) . والصواب ما أثبتناه .

(٥) في ب و ج (بالآلة) .

(٦) في النسخ الثلاثة (الملحان) وهي كلمة غير مفهومة ، والصواب ما أثبته لموافقته لما جاء عن أبي إسحاق المروزي من الشافعية .

(٧) انظر : المهذب للشيرازي (١٨٦/٢) .

(٨) أي الإجماع على عدم القتل باللواط وغيره ، بل يعدل إلى السيف بضرب العنق . وهذا باتفاق المذاهب الأربعة ، إلا أن أبي إسحاق المروزي روي عنه أنه إن قتل باللواط يقتل بآلة مثل آلة الذكر ، وإن قتل بإيجار الخمر يقتل بإيجار الماء حتى يموت . وقد سبق بيان ذلك في أول المسألة .

(٩) كذا في أ ، وهو ساقط من ج ، وفي ب (فكذلك) .

(١٠) ساقط من ب و ج .

(١١) كذا في أ ، وفي ب (مجموع) ، وهو ساقط من ج .

(١٢) كذا في أ ، وفي ب (بحق) وهو ساقط من ج .

(١٣) قوله : لحق الله تعالى - إلى آخر قوله - من القتل بالنار ، كله ساقط من ج . هذا وقد استدل الشافعية =

٢٦٨٧٦ - قلنا : المنع من القتل بالنار) لحق اللّٰه تعالى ولحق الآدمي ، فإذا أسقط حق نفسه بقي حق اللّٰه تعالى فمنع منه .

٢٦٨٧٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ .

٢٦٨٧٨ - قلنا : هذا يقتضي الجناية من الأطراف ، لأنه أمر (من) [١] [وقع] [٢] الاعتداء عليه (بالفعل) [٣] ، [هذا] [٤] إنما يكون مع بقاء النفس ، والمراد بقوله : « بمثل ما اعتدى عليكم » أي وجب باعتدائه ، وقد اختلفنا في الواجب بهذا الفعل ، ولأن مخالفنا يوجب أكثر من المثل ، (لأنه) [٥] يقول : من غرق رجلًا غرقناه ، فإن مات وإلا قتلناه بالسيف [٦] . وهذا أكثر مما فعل .

٢٦٨٧٩ - احتجوا : بقوله (تعالى) [٧] : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾ ،

= ومن معهم أيضًا بظواهر النصوص مثل قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ۖ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّٰبِرِينَ ﴾ سورة النحل الآية رقم ١٢٦ . انظر : المهذب (١٨٦/٢) والحاوي (١٣٩/١٢) والذخيرة (٣٥٠/١٢) قال الإمام القرطبي في تفسير آية سورة النحل : في هذه الآية دليل على جواز التماثل في القصاص ، فمن قتل بحديدة قتل بها ، ومن قتل بحجر قتل به ، ولا يتعدى قدر الواجب . انظر : أحكام القرآن للقرطبي (٢٠٢/١٠) . وأجاب الحنفية عن الاستدلال بالآية الكريمة من سورة النحل فقالوا : المراد بما تلا نفي الزيادة من جهة ، على ما روي عن ابن عباس وأبي هريرة ﷺ أنه لما قتل حمزة ومثل به قال رسول اللّٰه ﷺ : « لئن ظفرت بهم لأمثلن بسبعين رجلًا منهم » فانزل اللّٰه تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ۖ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّٰبِرِينَ ﴾ الآية . فقال رسول اللّٰه ﷺ : « بل نصبر » فصبر وكفر عن يمينه . وهذه مثلة أيضًا وهي منسوخة . انظر : شرح معاني الآثار للطحاوى (١٨٣/٣) تبيين الحقائق للزيلعى (١٠٦/٦) .

(١) في ب (في) ولعله تحريف .

(٢) في النسخ الثلاثة (رفع) . والصواب ما أثبته .

(٣) كذا في النسخ الثلاثة .

(٤) في النسخ الثلاثة (هنا) والأصوب ما أثبتناه .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٦) ما نقله الإمام القدوري رحمه الله عن الإمام الشافعي رحمه الله إنما هو أصح الوجهين عند الشافعية . قال الخطيب الشربيني : وفي قول السيف يقتل به ، وهذا هو الأصح كما نص عليه في الأم والمختصر . وقال القاضي حسين : إن الشافعي لم يقل بخلافه ، ولم يختلف مذهب الشافعي فيه . وجرى عليه جمع من الأصحاب وصوبه البلقيني وغيره . لأن المماثلة قد حصلت ولم يبق إلا تفويت الروح فيجب تفويتها بالأسهل . والوجه الثاني : إن لم يمت من ذلك الجنس زيد فيه حتى يموت ، ليكون قتله بالطريق الذي قتل به ، ولا يبالي بزيادة الإيلام والتعذيب ، كما لو ضرب رقبة إنسان بضربة واحدة ، فلم تنحز رقبته إلا بضربتين . انظر : مغنى المحتاج (٤٥/٤) .

(٧) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . ووجه الاستدلال أن القصاص يقتضى المماثلة . انظر : بداية المجتهد (٤٠٤/٢) .وقد أجاب الحنفية عن استدلال الشافعية ومن معهم بالآية الكريمة فقال أبو بكر الجصاص : لما =

والقصاص المماثلة .

٢٦٨٨٠ - [قلنا : المماثلة] [١] تعتبر في المتلف ، فأما في الآلة فلا ، ولأن مخالفنا يوجب أكثر من (المثل) [٢] ، لأنه يقول : إذا ضربه بخشبة (فمات) [٣] ضربته بها ، فإن مات وإلا قتلته [٤] . وهذا زيادة على المماثلة .

٢٦٨٨١ - قالوا : روي البَرَاء بن عازب [٥] [﵁] عن النبي ﷺ أنه قال : « من غرق غرقناه ، ومن حرق حرقناه » [٦] .

٢٦٨٨٢ - قلنا : هذا لم يثبت عن رسول الله ﷺ ، وإنما روي في خطبة زياد [٧]

= كان في مفهوم قوله : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ﴾ وقوله : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ استيفاء المثل من غير زيادة عليه ، كان محظورا على الولي استيفاء زيادة على فعل الجاني ، ومتى استوفى على مذهب من ذكرنا في الحريق والتغريق والرضخ بالحجارة والحبس أدى ذلك إلى أن يفعل بالجاني أكثر مما فعل ، لأنه إذا لم يمت بمثل ذلك قتله بالسيف أو زاد على جنس فعله ، وذلك هو الاعتداء الذي زجر الله عنه بقوله : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٩٨/١) . وعلى هذا يمكن القول إن الشافعية ومن معهم قد استدلوا بنصوص من القرآن الكريم ، وقد رد الحنفية على ذلك بأن ما ذهب إليه الشافعية يؤدى إلى أن يفعل بالقاتل أكثر مما فعل بالمقتول وهو يخالف معنى القصاص الذي هو المماثلة .

(١) ما بين المعقوفين ليس في النسخ الثلاثة ، والظاهر سقوطه ، لأن ما بعده جواب الإمام القدوري عن دليل الشافعية .

(٢) كذا في ج ، وفي أ و ب (ثمن المثل) .

(٣) كذا في أ ، وفي ب و ج (مات) .

(٤) ما نقله الإمام القدوري ﵀ عن الإمام الشافعي ﵀ إنما هو أحد قولين له . فقد قال الماوردي في الحاوي (١٤٢/١٢) ما نصه : وهكذا لو كان قد ضربه بعصا حتى مات ضرب بمثلها وبمثل عددها ، فإن ضربه ذلك العدد فلم يمت كان على قولين . أحدهما : يوالى عليه الضرب حتى يموت . والثاني : يعدل إلى قتله بالسيف .

(٥) هو البراء بن عازب بن الحارث بن عدي الأنصاري الأوسي ، أبو عمارة ، ويقال : أبو عمرو ويقال : أبو الطفيل المدني . صاحب رسول الله ﷺ . استصغره النبي ﷺ يوم بدر فرده ، وأول مشاهده أحد ، وقيل الخندق . وغزا مع رسو الله ﷺ أربع عشرة غزوة . نزل الكوفة وتوفي بها سنة (٧٢ هـ) . انظر : تهذيب الكمال (٣٤/٤) ترجمة ٦٥٠ ، وأسد الغابة (٢٠٥/١) ترجمة ٣٨٩ ، وثقات ابن حبان (٢٦/٣) .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٣/٨) . وأخرج البيهقي في السنن الصغير (٣١٣/٣) برقم ٣٢٨٧ .

(٧) هو زياد ابن سمية وهي أمه . قيل : هو زياد بن أبي سفيان صخر بن حرب ، وهو المعروف بزياد بن أبيه ، وهو الذي استلحقه معاوية ﵁ . وكان يقال قبل أن يستلحقه : زياد بن عبيد الثقفي ، يكني أبا المغيرة . ولد عام الهجرة ، وليست له صحبة ولا رواية . كان من دهاة العرب والخطباء الفصحاء . وكان عظيم السياسة ضابطًا لما يتولاه ، استعمله عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب ومعاوية ﵃ . توفي سنة ٥٣هـ . انظر : أسد الغابة (٢٧٢/٢) ترجمة ١٨٠٠ وشذرات الذهب (٥٩/١) والعبر للذهبي (٤١/١) .

حين قال : « أعلم ذنوبا لا نعرفها ، (وسنتخذن) [١] لها عقوبة لمن يعرفونها ، من (غرق غرقناه) [٢] ، ومن حرق حرقناه » [٣] .

٢٦٨٨٣ - ولأن هذا الخبر يقبل إباحة التحريق ، وقوله [ﷺ] [٤] : « لا تعذبوا بعذاب الله » [٥] يقبل الحظر ، فالذي يقبل الحظر أولى .

٢٦٨٨٤ - ويحتمل أن يكون المراد بمن غَرَّقَ فعلنا به جزاء الغريق ، كقوله تعالى : ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ ﴾ وقال : ﴿ وَمَن جَآءَ بِٱلسَّيِّئَةِ فَلَا يُجۡزَىٰٓ إِلَّا مِثۡلَهَا ﴾ [٦] .

٢٦٨٨٥ - قالوا : روي أن يهوديا رضخ رأس جارية من الأنصار بين حجرين ، فأمر رسول الله ﷺ أن يرضخ رأسه بين حجرين [٧] .

٢٦٨٨٦ - قلنا : لم يقتله قصاصًا ، وإنما قتله لأنه سعى في الأرض بالفساد ، بدلالة أنه روي (أنها) [٨] سئلت وقيل : أفلان قتلك ، فأشارت برأسها لا ، فقيل : أفلان قتلك ، فأشارت نعم [٩] . وهذا يدل أنه عدد عليها من عادته أن يفسد ثم قتل ، ولم ينقل مطالبة ورثتها ، فهذا يدل على أنه قتل على وجه الحد ، والقتل بالحد يجوز أن يقع

(١) كذا في أ ، وفي ب و ج (وسنجدن) .

(٢) ما بين القوسين في النسخ الثلاثة (عرب وعن قتادة) . والصواب ما أثبتناه .

(٣) جاء في خطبة زياد حين وُلّي البصرة : « وإياي ودعوى الجاهلية ، فإني لا أجد أحدًا دعا بها إلا قطعت لسانه ، وقد أحدثتم أحداثا لم تكن ، وقد أحدثنا لكل ذنب عقوبة ، فمن غرق قوما غرقناه ، ومن أحرق قوما أحرقناه ، ومن نقب بيتًا نقبنا عن قلبه ، ومن نبش قبرا دفناه حيا فيه ، فكفوا عني أيديكم وألسنتكم أكفف عنكم يدي ولساني . . . إلخ » . انظر : جمهرة خطباء العرب (٢٧٢/٢) لأحمد زكي صفوت مطبعة الحلبي الطبعة الثانية ١٩٦٢م والبيان والتبيين للجاحظ (٤٨/٢) تحقيق وشرح حسن الشندوبي المطبعة الرحمانية بمصر ط ١٩٣٢م والكامل لابن الأثير (٤٤٩/٣) .

(٤) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة .

(٥) سبق تخريجه قال القرطبي : وسمى الجزاء سيئة لأنه في مقابلتها ، فالأول ساء هذا في مال أو بدن ، وهذا الاقتصاص يسوئه بمثل ذلك أيضًا . انظر : أحكام القرآن للقرطبي (٤٠/١٦) .

(٦) الآية رقم ١٦٠ من سورة الأنعام .

(٧) رواه الجماعة ، وقد سبق تخريجه في ص ١٣٣ مسألة ٦ قال الإمام الخطابي : وفيه دليل على جواز اعتبار القتل ، فيقتص من القاتل بمثل فعله . انظر : معالم السنن (١٤/٤) .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٩) متفق عليه أخرجه الإمام البخاري في صحيحه (٢٥٢٢/٦) كتاب الديات باب من أقاد بالحجر برقم ٦٤٨٥ . والإمام مسلم في صحيحه (١٢٩٩/٣/ ٣٠٠) في كتاب القسامة باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره برقم ١٦٧٢ .

بالحجر كالرجم [١] .

٢٦٨٨٧ - قالوا : [آلة تجوز] [٢] مقابلة الغرق بها ، فجاز استيفاء القصاص كالسيف .

٢٦٨٨٨ - قلنا : [قتل] [٣] (الغرق) [٤] لا يتخصص بآلة ، لأن المقصود (أنه) [٥] آلة الترك ، فعلى وجه يكون ذلك فعل ، ولأن قتل الحربي يقع وهو غير مقدور عليه ، والقصاص يحصل في مقدور على قتله ، وفرق بين الأمرين ، بدلالة أن الذكاة تعين فيها من الشرائط ما لا يتعين في زمن الصيد .

٢٦٨٨٩ - لأن الذبح يقع في المقدور ، والرمي يقع في غير مقدور ، والمعنى في السيف أن القتل لو حصل بغيره جاز أن يستوفي القصاص [به] [٦] ، وليس كذلك النار ، لأن القتل لو حصل بغيرها لم يجز [أن يستوفي القصاص بها .

٢٦٨٩٠ - قالوا : آلة يجوز] [٧] استيفاء الحد بها ، فجاز أن يستوفي بها

---

(١) وقد أجاب الحنفية على الاستدلال بحديث أنس ﷺ بأن ما رواه يحتمل وجهين : إما أن يكون مشروعا ثم نسخ كما نسخت المثلة ، أو يكون اليهودي ساعيًا في الأرض بالفساد فيقتل كما يراه الإمام ليكون أردع ، وهذا هو الظاهر ، ولأن قصد اليهودي كان أخذ المال ، ألا ترى إلى ما يروى عن أنس ﷺ أنه قال عدا يهودي على جارية فأخذ أوضاحًا كانت عليها . الحديث . وهذا شأن قطاع الطريق وهو يقتل بأي شيء شاء الإمام . ويؤيد هذا المعنى أنه عليه الصلاة والسلام قتل اليهودي بخلاف ما كان قتل به الجارية ، فإنه روي أبو قلابة عن انس أن رجلًا من اليهود رضخ رأس جارية على حلي لها فأمر النبي ﷺ أن يرجم حتى قتل . وأيضا فإنه ما قتل إلا بقول الجارية أنه قتلني ، وبمثله لا يجب القصاص ، فعلم بذلك أنه كان مشهورا بالسعي في الأرض بالفساد . انظر : أحكام القرآن للجصاص (١/ ٢٠١) وشرح معاني الآثار (٣/ ١٨١) وتبيين الحقائق (٦/ ١٠٦) وأجاب القرافي عن قول الحنفية بأن اليهودي قتل حرابة لسعيه في الأرض بالفساد ، بأن المحارب لا يقتل بالحجارة إجماعا ، فكيف جاز لكم ترك إجماع الأمة لما لم يصح ومعنا ظاهر القرآن قوله تعالى : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ انظر : الذخيرة للقرافي (١٢/ ٣٥٠) . وقال الإمام الشوكاني : وأما حديث أنس المذكور في الباب ، فقد أجيب عنه بأنه فعل لا ظاهر له ، فلا يعارض ما ثبت من الأقوال في الأمر بإحسان القتلة والنهي عن المثلة وحصر القود في السيف . انظر : نيل الأوطار (٧/ ٢٠)

(٢) في النسخ الثلاثة (لو يجوزه) ما أثبتناه أقرب للسياق . (٣) في النسخ الثلاثة (قتال) ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) كذا في ب ، وفي أ و ج (الفرق) . (٥) ساقط من ب و ج .

(٦) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والسياق يقتضيه .

(٧) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والظاهر أنه سقط منها ، وقد أثبتناه ليستقيم الكلام . . قال الماوردي في الحاوي (١٢/ ١٤٠) : ولأن القتل مستحق لله تعالى تارة وللآدميين تارة ، فلما تنوع في حق الله تعالى نوعين بالحديد تارة وبالمثقل في رجم الزاني المحصن ، وجب أن يتنوع في حقوق الآدميين بمثقل وغير مثقل . وتحريره قياسا : أحد القتلين فوجب أن يتنوع استيفاؤه نوعين كالقتل في حقوق الله تعالى .

القصاص كالسيف .

٢٦٨٩١ - قلنا : الحد أخص بالآلات من القصاص ، بدلالة أن الآلة التي شرع الحد بها لا يجوز (أن) [١] يستوفي بغيرها ، والآلة التي قتل بها يجوز القتل بغيرها باتفاق ، والمعنى في السيف ما (قدمناه) [٢] .

٢٦٨٩٢ - قالوا : المقصود بالقصاص المماثلة ، فيجب أن يفعل بالفاعل مثل فعله [٣] .

٢٦٨٩٣ - قلنا : المماثلة معتبرة في التلف ، فأما في الآلة التي أتلف بها فلا تعتبر ، ولأن ما يقول مخالفنا يؤدى إلى (فوق) [٤] المماثلة ، لأنه يقول فيمن ضرب بحجر فمات : فضرب بمثله ، فإن مات وإلا قتل بالسيف [٥] .

٢٦٨٩٤ - قالوا : لا يخلو أن تعتبر المماثلة في الآلة أو يعتبر الأسهل والأزجر ، ولو اعتبر الأسهل لذبح ، فلما لم يذبح علم أن المقصود المماثلة .

٢٦٨٩٥ - قلنا : المعتبر عندنا الأيسر ، وضرب العنق أسهل إلا أنه لم يستعمل في الذكاة حتى لا تخرج الروح قبل قطع العروق ، وهذا لا يمنع القصاص ، فلذلك اقتص به .

* * *

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . (٢) كذا في ب و ج ، وفي أ (قدمنا) .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (١٤٠/١٢) وعبارته : ولأن القصاص موضوع للمماثلة ، وهي معتبرة في النفس ، فكان أولى أن تعتبر في آلة القتل .

(٤) في ب (قول) وفي ج (فول) . وما أثبته من أ .

(٥) ما ذكره الإمام القدوري رحمه الله عن الإمام الشافعي رحمه الله إنما هو أحد قولين عنه . أحدهما : أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت . والثاني : أنه يعدل إلى السيف . انظر : الحلية للقفال الشاشي (٤٩٦/٧) .

مسألة (١) ١٣٢١

حكم القصاص من اليد الناقصة بالكاملة

٢٦٨٩٦ – قال أصحابنا رحمهم اللّه : إذا قطع يد رجل وكف القاطع (أربع) (٢) أصابع ؛ فالمجني عليه بالخيار : إن شاء قطع يده ولا شيء له ، وإن شاء أخذ نصف الدية (٣) .

٢٦٨٩٧ – وقال الشافعي رحمه الله : له أن يقطع اليد ويأخذ أرش (كل) (٤) أصبع عشرة من الإبل (٥) .

٢٦٨٩٨ – لنا : أنه قطع المفصل من الموضع الذي وجب قطعه ، إلا أن الجملة ناقصة ، فلم يكن له مع القطع أرش ، أصله : إذا كانت يد القاطع

(١) مكانها بياض في ب. (٢) كذا في ب و ج ، وفي أ (أربعة) .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي (١٤٤/٢٦) . قال الإمام السرخسي : ومن قطع يد إنسان ويد القاطع ناقصة بإصبع ؛ يتخير المقطوعة يده لعجزه عن استيفاء حقه بصفة الكمال ، فإن شاء أخذ الأرش ، وإن شاء قطع ما بقي ولا شيء له سوى ذلك عندنا . وقال الإمام الكاساني : لأن حقه في المثل وهو السليم ، ولا يمكنه استيفاء حقه من كل وجه مع فوات صفة السلامة ، وأمكنه الاستيفاء من وجه ، ولا سبيل إلى إلزام الاستيفاء حتمًا لما فيه من إلزام استيفاء حقه ناقصًا ، وهذا لا يجوز ، فيخير : إن شاء رضي بقدر حقه واستوفاه ناقصًا ، وإن شاء إلى بدل حقه وهو كمال الأرش ، كمن أتلف على إنسان شيئا له مثل والمتلف جيد ، فانقطع عن أيدي الناس ولم يبق منه إلا الرديء ، أن صاحب الحق يكون بالخيار : إن شاء أخذ الموجود ناقصا ، وإن شاء عدل إلى قيمة الجيد لما قلنا ، كذا هذا . انظر : البدائع ٧٢٩٨ . ومما سبق يتبين أن مذهب الحنفية هو أنه ليس للمجني عليه أن يقتص من الناقص ويأخذ أرش الإصبع الناقصة . وهذا هو مذهب المالكية . جاء في التاج والإكليل (٦/ ٢٤٩) ما نصه : وتقطع اليد أو الرجل الناقصة إصبعًا بالكاملة بلا غرم على الجاني ولا خيار للمجني عليه في نقص الإصبع ، بل يتعين قطع الناقصة بالكاملة . وانظر كذلك : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٥٤/٤) . وما ذهب إليه الحنفية والمالكية هو وجه عند الحنابلة . قال ابن قدامة : ويجوز أخذ الناقصة بالكاملة ؛ لأنها دون حقه ، وهل له أخذ دية الأصابع الناقصة ، على وجهين . أحدهما : له ذلك ، وهو قول الشافعي واختيار ابن حامد . والثاني : ليس له مع القصاص أرش ، وهو مذهب أبي حنيفة وقياس قول أبي بكر ، لئلا يفضي إلى الجمع بين قصاص ودية في عضو واحد . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٤٥٤/٩) وكذلك المبدع (٣١٦/٨) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٥) انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٤٨/٨) وعبارته : فإن كان قاطع اليد ناقصًا إصبعًا ؛ قطعت يده وأخذ منه أرش إصبع . وقال الشيرازي في توجيه هذا الرأي : لأنه وجد بعض حقه وعدم البعض ، فأخذ الموجود وانتقل في المعدوم إلى البدل كما لو قطع عضوين ووجد أحدهما . انظر : المهذب (١٨١/٢) . ورأي الشافعية هذا هو وجه عند الحنابلة كما تقدم .

شلاء[(١)] فاختار قطعها .

٢٦٨٩٩ - ولأن حقه في قطع الزند دون الأصابع لم يكن له ذلك ، فإذا قطع الزند ؛ فقد أخذ حقه مع نقصان صفته ، فصار كمن قطع اليد الشلاء ، وكمن أخذ عشر ديته فعفا وهو يعلم .

٢٦٩٠٠ - فإن قيل : الشلاء كاملة الأصابع ناقصة الصفة ، (فتصير)[(٢)] (كقفيز)[(٣)] رديء بدل قفيز جيد ، وفي مسألتنا [ناقصة][(٤)] في القدر فتصير (كمن)[(٥)] له قفيز فأخذ بعضه[(٦)] .

٢٦٩٠١ - قلنا : الأصابع لا حق له فيها[(٧)] ، وإنما هي صفة لليد التي هي (حقه)[(٨)] ، فهي كالشلاء التي هي صفة .

٢٦٩٠٢ - ولأنها جملة تعلق القصاص بها ، فإذا نقصت عن المستحق لم يكن له أخذها مع الأرش ، كمن قطع يد رجل ثم قتله وليس للقاطع يد ، ليس له أن يقتله ويأخذ (الأرش)[(٩)] ، ولو كانت موجودة ثبت له قطعها .

٢٦٩٠٣ - فإن قيل : اليد ليست مقصودة في الأرش مع جملة اليد[(١٠)]

٢٦٩٠٤ - احتجوا : بأن الأصابع مقصودة بالقصاص ، وكل طرف مقصود (بالقصاص)[(١١)] إذا وجب القصاص فيه عند وجوده ؛ وجب الأرش عند عدمه ، أصله : قطع أصبعين وله أصبع واحد .

---

(١) اليد الشلاء : هي المنتشرة العصب التي لا تواتي صاحبها على ما يريد لما بها من الآفة . انظر : لسان العرب (٢٣١٦/٣) مادة شلل .

(٢) في ب و ج (فتعتبر) .

(٣) في ب (لقفيز) .

(٤) في النسخ الثلاثة (غير ناقصة) ولعل الصواب ما أثبته نظرًا للسياق .

(٥) في أ (لمن) . وما أثبته من ب و ج وهو الصواب .

(٦) وقال الماوردي : أما اعتباره بالشلل فلا يصح ؛ لأن الشلاء تامة الأصابع ناقصة المنافع ، وهذه ناقصة الأصابع والمنافع فافترقا . انظر : الحاوي (١٦١/١٢) .

(٧) جواب الإمام القدوري هذا يلزم الشافعية ؛ لأن عندهم : لو قطع كفه من الكوع وكف الجاني والمجني عليه كاملتان ؛ فليس له ترك الكف والتقاط أصابعه ، لأنه قادر على محل الجناية ، ومهما أمكنه المماثلة لا يعدل عنها بل لو طلب قطع أنملة واحدة لم يمكن من ذلك . انظر : مغني المحتاج (٢٨/٤) .

(٨) في ب و ج (حق) .

(٩) في ب (أرش) وفي ج (أرشا) .

(١٠) الظاهر سقوط جواب الإمام القدوري عن اعتراض الشافعية هذه من النسخ الثلاثة .

(١١) في النسخ الثلاثة (بالقصاص والطرف) . والصواب ما أثبته .

٢٦٩٠٥ - قلنا : لا نسلم في مسألتنا أن الأصابع مقصودة بالقصاص بدلالة أنه ليس (له) [١] أن (يُفردها) [٢] بالإتلاف ، كما أن من ثبت له القصاص في النفس ليس له أن يُفرد اليد بالقطع ، والمعنى في قاطع الإصبعين : أن القصاص ثبت له في كل أصبع على حالها ، فإذا عدمت أحدهما وجب أرشهما .

٢٦٩٠٦ - وفي مسألتنا لم يثبت له حق في الأصابع نفسها ، وإنما ثبت له إتلاف الجملة ، وتتلف الأصابع بتلفها ، كأن في يد القاطع ست أصابع تقطع ؛ لأن حقه في الزند [٣] ، قلنا : كذلك نقول ، لأن الإصبع الزائدة تغير في الكف كالشلل [٤] .

* * *

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . (٢) كذا في ب و ج ، وفي أ (ينفرد) .

(٣) أي تقطع كف من له ست أصابع بيد فيه خمس أصابع . ولكن يرى الشافعية أن يد من له ست أصابع لا تقطع بيد فيه خمس أصابع لزيادة أصبع القاطع على أصبع المقطوع .

(٤) في أ (كالشلول) وفي ب و ج (كالبلول) ، والصواب ما أثبته ، لأن المصدر من فعل شلَّت يدُه تَشَلُّ يكون شَلًّا وشَلَلًا . انظر : لسان العرب (٢٣١٦/٣) مادة شلل .

مسألة [(١)] ١٣٣٢

حكم ما إذا قطع أصبعًا وتلفت أخرى إلى جنبها

٢٦٩٠٧ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : إذا قطع أصبعًا و (تلفت) [(٢)] أخرى إلى جنبها من القطع ؛ فلا قصاص في الأولى .

٢٦٩٠٨ - وقال محمد رَحِمَهُ اللهُ : يجب القصاص في الأولى [(٣)] .

٢٦٩٠٩ - وبه قال الشافعي [(٤)] رَحِمَهُ اللهُ .

---

(١) مكانها بياض في ب . (٢) في ب (تلف) ج (أتلف) .

(٣) وبالرجوع إلى مصادر الفقه الحنفي يتضح لنا أن قول الإمام أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ في هذه المسألة موافق لقول محمد بن الحسن وليس موافقًا لقول الإمام أبي حنيفة كما ذكره الإمام القدوري ، فلعل ما ذكره الإمام القدوري سهو . وإليك نص محمد بن الحسن في كتاب الأصل (٤٦٨/٤) قال : وإذا قطع الرجل أصبع الرجل فشلت أخرى إلى جنبها ، أو قطع يده اليمنى فشلت يده اليسرى ؛ فإنه لا قصاص في هذا كله وفيه الأرش في مال الفاعل ، من قبل ما حدث فيه من الشلل فقد صار شيئا واحدا بعضه شلل وبعضه قطع ، ولا يقتص فيه ، وهذا قول أبي حنيفة . وفيها قول آخر ، وهو قول أبي يوسف ومحمد : إن القطع مفارق للشلل بائن منه ، فالقطع بالقطع ، وأجعل في الشلل الأرش في مال الفاعل . اهـ . وقال الإمام الطحاوي في مختصره ص ٢٤٦ : ومن قطع أصبع رجل عمدًا فشلّت أصبع أخرى من أصابعه منها ، فإن أبا حنيفة قال : عليه أرش الأصبعين جميعًا ، ولا قصاص عليه في واحد منهما . وقال أبو يوسف ومحمد : يقتص منه من الأصبع التي قطعها خاصة وعليه أرش الأصبع الأخرى . اهـ . انظر : مختصر اختلاف الفقهاء لأبي بكر الجصاص ورقة أ ٢٣٧ ، المبسوط (١٠١/٢٦) والهداية مع البناية (١٧٤/١٠) والبدائع (٣٠٦/٧) . ومما يؤكد هذا : أن الإمام القدوري في مختصره قد اكتفى بذكر رأي الإمام أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ فقط ، ولم يذكر رأي الصاحبين . فذكر الشيخ عبد الغني الغنيمي رأي الصاحبين في شرحه فقال : وعندهما عليه القصاص في الأولى والأرش في الأخرى . ثم أضاف : قال الإسبيجابي : والصحيح قول أبي حنيفة ، وعليه مشى البرهاني والنسفي وغيرهما . انظر : اللباب في شرح الكتاب (١٦٠/٣)

(٤) انظر : الحاوي للماوردي (١٦٣/١٢) والنكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٧ وعبارته : إذا قطع أصبع رجل فشلت بجنبها أخرى ؛ وجب عليه القصاص فيما قطع . وقال الخطيب الشربيني : ولو قطع أصبعًا أو أنملة أو نحو ذلك فتآكل أو شل غيرها كأصبع أو كف ، أو أوضحه فذهب شعر رأسه ؛ فلا قصاص في المتآكل والذاهب بالسراية ؛ لعدم تحقق العمدية ، بل فيه الدية أو الحكومة في مال الجاني ؛ لأنه سراية جناية عمد . انظر : مغني المحتاج (٣٠/٤) . وهو قول المالكية . انظر : الكافي ص ٥٩٣ وعبارته : أو قطع أصبعه فشلّت منها يده ؛ ففيه القصاص فيما جنى ، والأرش فيما سرى ، ويجتمع عند مالك قود وعقل في عضو واحد وضربة واحدة . وهذا أيضًا هو قول الحنابلة . قال ابن قدامة : فأما إن قطع أصبعًا فشلت إلى جانبها أخرى ؛ وجب القصاص في المقطوعة فحسب ، والأرش في الشلاء . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٤٤٥/٩) . ومما سبق يتبين لنا أن محل الخلاف هو : هل يجب القصاص في الأصبع الأول .

٢٦٩١٠ - لنا : أن الجناية وسرايتها في النفس (كجناية واحدة) [١] ، بدلالة أن سراية جناية العمد في حكمها ، وسراية الخطأ في حكمه ، وقد وجب المال لسراية هذه الجناية ، فكان موجبها المال كالخطأ [٢] .

٢٦٩١١ - ولا يلزم إذا رمى رجلًا (فَنَفَذَ) [٣] السهم إلى آخر ؛ لأن ذلك ليس بسراية [٤] ، ألا ترى أن السراية تكون في نفس واحدة ولا تكون من نفس إلى أخرى ، فلهذا لو أذن في الأولى لم يسقط ضمان الثانية .

٢٦٩١٢ - ولا يلزم إذا قطع يد امرأة حامل فألقت جنينًا [٥] ، لأن هذا ليس بسراية .

٢٦٩١٣ - ولأنا قلنا : الجناية وسرايتها في النفس بجناية واحدة ، وهذا حصل في نفسين .

٢٦٩١٤ - ولأنه قطع وجب لمقتضاه المال ، فلا يجب به القصاص مع المال في نفس (واحدة) [٦] كالخاطئ والعامد إذا اشتركا [٧] ، وكما لو قطع الأنملة فشل المفصل الثاني من الأصبع [٨] ، وهذا لا شبهة فيه ، لأنه فعل واحد فلا يجب به أرش وقصاص ، فلأن

---

(١) في ب و ج (السراية الواحدة) .

(٢) رُدَّ على هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق . قال الإمام ابن قدامة : لأن السراية مقتضية للقصاص كاقتضاء الفعل له فاستوى حكمهما ، وها هنا بخلافه ، ولأن ما ذكره غير صحيح إن القطع إذا سرى إلى النفس سقط القصاص في القطع ووجب في النفس فخالف حكم الجناية حكم السراية فسقط ما قاله . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٤٤٥/٩) .

(٣) في ب و ج (فصعد) .

(٤) هذا جواب عن اعتراض الشافعية ومن معهم . انظر : الحاوي للإمام الماوردي (١٦٤/١٢) وعبارته : ولأنه لا يمتنع وجوب القصاص في الجناية وإن انتهت إلى ما لا قصاص فيه ، كمن رمى رجلًا بسهم فنفذ السهم إلى آخر وماتا ؛ وجب القصاص للأول دون الثاني . وانظر أيضًا : البدائع (٣٠٦/٧) .

(٥) هذا جواب عن قياس الشافعية ومن معهم ، انظر : الحاوي للإمام الماوردي (١٦٤/١٢) وعبارته : ولأن كل جناية وجب القصاص فيها مع عدم السراية وجب القصاص فيها مع وجود السراية ، قياسًا على قطع يد الحامل إذا سرى إلى إسقاط حملها . وانظر أيضًا : المغني مع الشرح الكبير (٤٤٥/٩) .

(٦) كذا في ب و ج . وفي أ (واحد) والصواب ما أثبته لأن النفس مؤنث .

(٧) أجاب الإمام الماوردي عن هذا القياس فقال : وأما قياسهم على شريك الخاطئ فالمعنى فيه مع فساده بالسراية إلى الحمل ، هو أن قتل الشريكين حادث بالسراية ، ولم يتميز سراية العمد من سراية الخطأ فسقط القود عنهما بسقوطه عن أحدهما ، وحكم الجناية في مسألتنا متميز عن السراية فلم يكن سقوط القود في أحدهما موجبا لسقوطه فيهما كما لو قطع أحدهما يده عمدًا وقطع الآخر يده الأخرى خطأ ، لما تميز فعل أحدهما من فعل الآخر لم يكن سقوط القود عن أحدهما موجبا لسقوط القود عن الآخر . انظر : الحاوي (١٦٤/١٢) .

(٨) لا خلاف بين الحنفية ، ولا بين الحنفية والشافعية في هذه الجزئية . انظر : مختصر اختلاف الفقهاء لأبي =

القصاص إذا سقط في الفعلين المميزين لتعلق المال بأحدهما ، فالفعل الواحد أولى .

٢٦٩١٥ - ولأنه قطع لا يقتص في سرايته ، فلا يقتص فيه كالمسلم إذا قطع أصبع الذمي فشلت أخرى إلى جنبها [١] .

٢٦٩١٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ [٢] .

٢٦٩١٧ - قلنا : هذا يتناول [جرح أصبع] [٣] حكمه القصاص ، وقوله (ﷺ) [٤] : « العمد قود » [٥] يتناول العمد المحض ، وقد [٦] سرت [٧] الجناية إلى الشلل ، فلم يتمحض العمد فيها [٨] .

٢٦٩١٨ - قالوا : جناية إذا لم تسر وجب فيها القصاص ، فإذا سرت إلى ما لا قصاص فيه لم يسقط القصاص ، أصله إذا قطع يد امرأة فألقت جنينًا [٩] .

٢٦٩١٩ - قلنا : هناك ما في حكم جنايتين (مختلفتين بدلالة أن السراية لا تكون في نفس إلى أخرى ، وإنما تكون لنفس واحدة ، وسقوط القصاص في إحدى جنايتين) [١٠] لا يسقط القصاص في الأخرى .

٢٦٩٢٠ - وفي مسألتنا هو في حكم جناية واحدة ، فإذا تعلق بها أدنى الحكمين لم يوجب أعلاهما ، يبين ذلك : أن الجناية في النفس يتوهم منها السراية وتحدث بألمها .

= بكر الجصاص ورقة أ ٢٣٧ ، ومغني المحتاج (٣٠/٤) .

(١) وفي هذا القياس نظر ، لأن الجناية في مسألتنا بين مسلم ومسلم ، وهذا بين مسلم وذمي فافترقا .

(٢) وتمام الآية الكريمة : ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ سورة المائدة الآية رقم ٤٥ . ووجه الاستدلال بالآية الكريمة : أن الجرح مختص بالجناية دون السراية . انظر : الحاوي للماوردي (١٥٤/١٢) .

(٣) في النسخ الثلاثة (جرحا صيع) ، والصواب ما أثبته .

(٤) في ب و ج (عليه السلام) . (٥) سبق تخريجه .

(٦) في النسخ الثلاثة (وهو) والظاهر أنها تحريف ، والصواب ما أثبته .

(٧) كذا في ب و ج ، وفي أ (سرى) .

(٨) وفي رد الإمام القدوري نظر ، لأن سراية الجناية لا يغير من صفة العمدية كما إذا قطع يد شخص فسرى إلى نفسه فمات فإنه يجب القصاص في النفس في هذه الحالة .

(٩) لنا : أنه جناية لو لم تسر وجب فيها القصاص ، فإذا سرت إلى ما لا قصاص فيه لم يسقط فيها القصاص، كما لو قطع يد امرأة فأسقط جنينًا . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٤٤٥/٩) .

(١٠) من قوله : (مختلفتين بدلالة) إلى قوله (في إحدى جنايتين) ساقط من ب و ج .

٢٦٩٢١ - ولا يتوهم بها تلف نفس أخرى ، (ولأن) [(١)] المعتبر في الجناية المال ، ولهذا لو شجه مُوَضِّحَة [(٢)] فصارت مُنَقِّلَة [(٣)] لم يجب القصاص [(٤)] ، ولو جرح عبد[(٥)] حرا لم يجب القصاص ، فإن (سرى) [(٦)] إلى النفس وجب القصاص ، وعلى القولين لو أجاف جرحًا لم يجب القصاص ، فإن سرت الجراح إلى النفس وجب القصاص [(٧)] .

* * *

---

(١) في ب و ج (ولا) .

(٢) الموضحة : هي التي توضِّح العظم أي تبينه . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٩ .

(٣) المنقلة : هي التي تنقل العظم بعد الكسر . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٣٠ .

(٤) لأن هذا شيء واحد وفيه الأرش من مال الجاني . انظر : الأصل لمحمد بن الحسن ٤/٤٦٨ .

(٥) كذا في ج ، وفي أ و ب (عبدا) .

(٦) في ب و ج (أسرى) .

(٧) أي على القولين عند الشافعية ، فعندهم إن جنى علي شخص جناية لا يجب فيها القصاص كالجائفة فمات منه قولان : أحدهما : يقتل بالسيف ولا يقتص منه في الجائفة . والثاني : يقتص منه ، في الجائفة ، فإن مات منه ، وإلا قتل بالسيف . انظر : المهذب للشيرازي (٢/١٨٦) .

مسألة [١] ١٣٢٣

حكم القصاص من الجرح قبل الاندمال [٢]

٢٦٩٢٢ – قال أصحابنا رحمهم اللّٰه : لا يُقتص في الجراح إلى النفس حتى [٣] يندمل [٤] .

٢٦٩٢٣ – وقال الشافعي رحمه الله : يُقتص في الحال [٥] .

٢٦٩٢٤ – لنا : ما روي أبو الزُبَير [٦] عن ....

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) مصدر من اندمل الجرح أي تماثل . انظر : مختار الصحاح ص ٢٣١ .

(٣) كذا في أ . وفي ب و ج (بل) .

(٤) هذا هو مذهب الحنفية . انظر مختصر اختلاف الفقهاء لأبي بكر الجصاص ورقة ب٢٣١ ، والهداية مع البناية (١٨٣/١٠) وعبارته : ومن جرح رجلًا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ . وانظر كذلك البدائع (٣١٠/٧) وتبيين الحقائق (١٣٨/٦) . وسبب الانتظار لبرء المجروح هو أن الجراحات يعتبر فيها مآلها ، لآن حكمها في الحال غير معلوم ، فلعلها تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل ، وإنما يستقر الأمر بالبرء . انظر : المصادر السابقة . وبهذا قالت المالكية . جاء في أسهل المدارك (١٢٣/٣) ما نصه : ولا يقتص الجرح ولا يعقل حتى يندمل وسبب الانتظار لبرء المجروح عندهم أيضًا هو الخوف من أن يؤدي الجرح إلى موت المجروح فيكون الواجب القصاص في النفس أو الدية كاملة . فقد جاء في الشرح الصغير (٨٠/٦) ما نصه : إنما أخر للبرء أي للصحة خوف أن يؤول إلى النفس أو إلى ما تحمله العاقلة . أما عند الحنابلة : فلا يجوز القصاص في الطرف قبل الاندمال في الصحيح من المذهب عندهم ، فقد قال المرداوي : الصحيح من المذهب أنه يحرم عليه أن يقتص من الطرف قبل برئه . انظر : الإنصاف (٣١/٣٠/١٠) . وهو قول أكثر أهل العلم . قال ابن قدامة في المغني مع الشرح الكبير (٤٤٥/٩) : ولا يجوز القصاص في الطرف إلا بعد اندمال الجرح في قول أكثر أهل العلم منهم : النخعي والثوري وأبو حنيفة ومالك وإسحاق وأبي ثور ، وروي ذلك عن عطاء والحسن .

(٥) انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٤٨/٨) ونصه : قال الإمام الشافعي : ولو سأل القود ساعة قطع أصبعه أقدته . وبناء على هذا يمكن القول بأن ما نقله الإمام القدوري عن الإمام الشافعي صحيح من حيث الجواز ، أما من حيث الاستحباب ؛ فإنه يستحب عند الشافعية تأخير استيفاء القصاص في الطرف إلى الاندمال . فقد قال القفال الشاشي : ويستحب أن لا يستوفى القصاص في الطرف إلا بعد الاندمال ، فإن استوفى قبل الاندمال جاز . انظر : الحلية (٤٩٣/٧) . وجواز الاقتصاص قبل البرء قول مخرج عند الحنابلة ، قال ابن قدامة : ويتخرج لنا أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء بناء على قولنا إنه إذا سرى إلى النفس يفعل كما فعل ، وهذا قول الشافعي . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٤٤٥/٩) .

(٦) أبو الزبير هو محمد بن مسلم بن تَدْرس القرشي الأسدي ، أبو الزبير المكي مولى حكيم بن حزام كان من الحفاظ ، روي عن جابر بن عبد اللّٰه وغيره ، وكان عطاء يقدمه إلى جابر ليحفظ له ، روي عنه الإمام مالك =

جابر [١] ﷺ أن النبي ﷺ قال : « يُستأنىَ [٢] بالجراحات سنة » [٣] . وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده [٤] : « أن النبي ﷺ نهى أن يُقتص من جرح حتى يَنتهي » [٥] .

٢٦٩٢٥ - ورُوي أن رجلًا جرح [حسان بن ثابت] [٦] في فخذه

= والثوري وعبد اللّه بن عمر وغيرهم ، قال يحيى بن معين والنسائي وجماعة : ثقة . وأما أبو زرعة وأبو حاتم والبخاري فقالوا : لا يحتج به . توفي سنة (١٢٨هـ) . (انظر : سير أعلام النبلاء (٣٨٠/٥) ترجمة رقم ١٧٤. وتهذيب الكمال (٤٠٢/٢٦) ترجمة رقم ٥٦٠٢ . وثقات ابن حبان (٣٥٢/٣٥١/٥) .

(١) جابر هو جابر بن عبد اللّه بن عمرو بن حرام ، أبو عبد اللّه السلمي الأنصاري المدني ، صاحب رسول اللّه ﷺ وابن صاحبه ، شهد العقبة وشهد المشاهد كلها إلا بدرا وأُحُدا ، روي عن النبي ﷺ وعن أصحابه ، روي له الجماعة ، توفي سنة (٦٨ هـ) وقيل غير ذلك . انظر : تهذيب الكمال (٤٤٣/٤) ترجمة رقم ٨٧١ . والتاريخ الكبير للبخاري (٢٥٧/٢) ترجمة رقم ٢٢٠٨ .

(٢) يُستأنىَ : أي يُنتظر . مأخوذ من الأناة ، وهي التثبت والتوقف . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٣١ .

(٣) أخرجه الدارقطني عن يزيد بن عياض عن أبي الزبير عن جابر قال : قال رسول اللّه ﷺ : « يستأنى بالجراحات سنة » وقال الدارقطني : يزيد بن عياض ضعيف متروك . انظر : سنن الدارقطني كتاب الحدود والديات (٩٠/٣) برقم ٣٢. وقد روي الحديث من طريق آخر غير يزيد بن عياض ، فقد روي الطحاوي عن يحيى بن أبي أنيسة عن أبي الزبير عن جابر : « أن النبي ﷺ أُتي بجراح فأمرهم أن يستأنوا بها سنة » انظر: شرح معاني الآثار للطحاوي (١٨٤/٣) . ولكن ذكر ابن حزم أن ابن أبي أنيسة كذاب ، فلم يصح الاستدلال به . انظر : المحلى (٦٤/١٢) . بناء على هذه النقول يمكن القول بأن هذا الحديث ضعيف من جهة راويه ، وهو يزيد بن عياض في رواية الدارقطني ، ويحيى بن أبي أنيسة في رواية الطحاوي . وقد أضاف الإمام الماوردي ردًّا آخر وهو : أن تقدير تأخيره سنة لا يلزم بالإجماع . انظر : الحاوي للماوردي (١٦٨/١٢) .

(٤) سبقت ترجمته .

(٥) أخرجه الدارقطني ظعن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « نهى النبي ﷺ بعد ذلك أن يقتص من الجراح حتى ينتهي » . انظر : سنن الدارقطني كتاب الحدود والديات (٩/٣) برقم ٣١ . وقد أجاب الإمام الماوردي من الشافعية عن الاستدلال بهذا الحديث فقال : المراد به على سبيل الكراهة وبهذا سلمنا . وإنه محمول على الاستحباب بدليل خبرنا . انظر : الحاوي (١٦٨/١٢) . وبلفظ قريب أخرج الإمام الطحاوي عن عنبسة بن سعيد عن الشعبي عن جابر أن النبي ﷺ قال : « لا يُستقاد من الجرح حتى يبرأ » انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي (١٨٥/٣) . وقد رد ابن حزم على الاستدلال بهذه الرواية فقال : هذا باطل لأن عنبسة هذا مجهول . انظر : المحلى (٦٤/١٢) . مما سبق يتضح لنا أنه وإن كانت رواية الإمام الطحاوي رد عليها من جهة راويها إلا أن رواية الدارقطني الذي استدل به إمامنا القدوري رحمه الله لم تضعف من المخالفين ، وإنما حملوا النهي الوارد فيها على الكراهة تارة أو على استحباب التأخير للبرء تارة أخرى . وقد قال ابن التركماني : فهذا أمر قد روي من عدة طرق يشد بعضه بعضًا . انظر : الجوهر النقي على هامش السنن الكبرى للبيهقي (٦٨/٦٧/٨) .

(٦) في النسخ الثلاثة (حارسا فابت) والصواب ما أثبته بناء لما ورد في كتب الحديث . وحسان بن ثابت هو حسان بن ثابت بن المنذر بن حرام بن عمرو بن زيد الأنصاري الخزرجي ، أبو عبد الرحمن ، ويقال : أبو =

(بقرن) (١) ، فطلبت الأنصار القصاص ، فقال (النبي) (٢) ﷺ : « استأنوا بصاحبكم ، فإن مات فاقتلوه وإن برأ فشأنكم » (٣) .

٢٦٩٢٦ - ولأنها جناية لم تستقر فلم يجز استيفاء القصاص فيها ، أصله : إذا قطع يده من نصف الساعد .

٢٦٩٢٧ - فإن قيل : لا نسلم الأصل ، لأن عندنا يقطع من الزَنْد إن طلب ذلك .

٢٦٩٢٨ - قلنا : أصل علتنا أنه لا يقتص من (الجُرح) (٤) ، وهذا مسلم ، وإنما قلنا : قال مخالفنا : لا يقتص من بعضها .

٢٦٩٢٩ - فإن قيل : المعنى فيه أن الجناية لو استقرت لم يجب القصاص ، كذلك إذا لم تستقر ، وفي مسألتنا لو استقرت اقتُص ، (كذلك) (٥) إذا لم تستقر .

٢٦٩٣٠ - [قلنا] (٦) : لأنه لا يجوز أن يقال لما استوفى الحق المستقر وجب أن يستوفى ما لم يستقر ، ألا ترى أن الثمن في البيع البات يجوز أن يستوفى ، ولا يجب استيفاء الثمن في بيع الخيار .

٢٦٩٣١ - ولأنها جناية فيما دون النفس فلا يستوفى موجبها قبل استقرارها كالخطأ .

= الوليد وأبو الحسام المدني . وأمه فريعة بنت خالد ، شاعر رسول الله ﷺ وصاحبه . عاش ستين سنة في الجاهلية ، وستين في الإسلام . توفي قبل الأربعين في خلافة علي بن أبي طالب ﷺ . وقيل سنة (٥٠ هـ) وقيل سنة ٥٤هـ . والله أعلم . (انظر : أسد الغابة (٧/٥/٢) ، وسير أعلام النبلاء(٥١٢/٢) ، وتهذيب الكمال (١٦/٦) ترجمة رقم ١١٨٨) .

(١) في ب و ج (فقرت) .

(٢) ساقط من ب و ج .

(٣) أخرج ابن عبد البر عن الثوري عن عيسى بن المغيرة عن يزيد بن وهْب أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى طريف بن ربيعة - وكان قاضيا بالشام - أن صفوان بن المعطل ضرب حسان بن ثابت بالسيف ، فجاءت الأنصار إلى النبي ﷺ فقالوا : القود . فقال النبي ﷺ : « تنتظرون ، فإن يبرأ صاحبكم تَقتصوا ، وإن يمت ، نُقدكم بعد في حسان » . فعُوفي ، فقالت الأنصار : قد علمتم أن هدْي النبي ﷺ في العفو . فعَفَوا . وأعطاهم صفوان جارية وهي أم عبد الرحمن بن حسان . انظر : الاستذكار (٥٠/٢٥) برقم ٣٦٨٢٨ . كما أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٤٥٣/٩) برقم ١٧٩٩٠ وذكره ابن التركماني في الجوهر النقي على هامش السنن الكبرى للبيهقي (٦٧/٨) وذكره أيضًا الإمام الشوكاني في نيل الأوطار (٢٨/٧) .

(٤) في ب و ج (الجراح) .

(٥) كذا في ج وهو الصواب . وفي أ و ب (لذلك) .

(٦) ما بين المعقوفين لا توجد في النسخ الثلاثة ، والظاهر سقوطه ، لأن ما بعدها جواب الإمام القدوري عن اعتراض المخالف .

٢٦٩٣٢ - فإن قيل : فيه قولان [١] . دلَّلنا عليه بأن الجناية فيما دون النفس توجب معنى عند استقرارها ، فإذا سرت سقط ، بيان ذلك : ألا ترى أنه يَقطع يديه ورجليه وأنفه وذكره و (يَفقأ) [٢] عينيه فتجب عليه لو استقرت هذه الجنايات خمس ديات ، فإن مات وجب دية واحدة ؟ . (فلو قلنا) [٣] إنه (يستوفى) [٤] الديات استوفينا ما لا يتحقق أنه واجب ، وهذا لا يصح ، وإذا ثبت هذا قسنا عليه بعلة أنه أحد موجبي (العلة) [٥] .

٢٦٩٣٣ - ولأن جناية العمد (موجبها) [٦] القصاص وذلك لا يمكن ، فإذا وجب التوقف في موجب جناية الخطأ فالعمد أولى .

٢٦٩٣٤ - وهذه المسألة مبنية على أصل وهو أن الجناية فيما دون النفس إذا سرت إلى النفس وجب القصاص في النفس ولم يجب فيما دونها [٧] ، فلو استوفينا القصاص فيما دون النفس استوفينا ما يجوز أن يكون غير مستحق وهذا لا يجوز .

٢٦٩٣٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ﴾ [٨] .

٢٦٩٣٦ - قلنا : هذا في الحالة إلى الواجب العين ، وهذا لا يكون إلا بعد

---

(١) نسلم في أحد القولين ، ثم ذاك غير مستقر لأنه قديم وأما الجواب عن قياسهم على الدية : فهو أن للشافعي في أخذ دية الطرف قبل اندماله قولان : أحدهما : قاله في كتاب المكاتب : لو جنى السيد على عبده المكاتب فقطع يده كان له أن يعجل أرش يده قصاصًا من كتابته ، فخرجه أصحابنا قولًا في جواز تعجيل الأرش قبل الاندمال . والقول الثاني وهو الصحيح المنصوص عليه في جميع كتبه والمعمول عليه عند سائر أصحابنا : أنه لا يجوز أخذ الدية قبل الاندمال وإن كان القود قبله . والفرق بينهما (أي الفرق بين المقيس والمقيس عليه) : أن القود لا يسقط بما حدث بعد الجناية من اندمال أو سراية ، فجاز أن يستوفي قبل استقرارها ، ودية الطرف لا تستقر إلا بعد الاندمال ؛ لأنه إن قطع أصبعًا أرشها عشر الدية ؛ فقد يجوز أن يشاركه في قتل المجني عليه مائة نفس ، فلا يلزم كل واحد من الجماعة من الدية ؛ إلا عشر عشرها ، فيحتاج إلى أن يرد على قاطع الأصبع الزيادة عليه فافترقا . انظر : الحاوي للماوردي (١٦٩/١٦٨/١٢) .

(٢) كذا في ج . وفي أ (فقأ) وفي ب (يقفا) . (٣) في ج (قلنا فلو قلنا) .

(٤) في أ (استوفى) وما أثبته من ب و ج وهو الأقرب للسياق .

(٥) كذا في النسخ الثلاثة ، ولعله الأقرب للسياق هو (الدية) .

(٦) في ب و ج (موجب) .

(٧) هذه المسألة ذكرها الإمام القدوري فيما سبق ، أنظر : مسألة رقم ٢٣ .

(٨) وتمام الآية الكريمة : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ سورة المائدة الآية رقم ٤٥ .

استقرارها ، فأما قبل الاستقرار ؛ فالحق متردد فلا يتناوله الظاهر . ولأنه قال في آخر الآية : ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ والقصاص المماثلة ، (وذلك) (١) لا يكون إلا بعد البرء فلا يوجد فيه المماثلة .

٢٦٩٣٧ - احتجوا : بقوله (ﷺ) (٢) : « العمد قود » (٣) .

٢٦٩٣٨ - قلنا : هذا يدل على أن وجوب القود في العمد ، وخبرنا أفاد [بيان] (٤) الوقت الذي يستوفى فيه فيجمع بين الخبرين .

٢٦٩٣٩ - قالوا : أحد نوعي القصاص ؛ فجاز أن يجب معجلًا ، أصله القصاص في النفس (٥) .

٢٦٩٤٠ - قلنا : نقول بموجبه ، لأن القصاص فيما دون النفس يجب معجلا إذا كان مستقر الوجوب ، كمن كسر سن غيره ، وقد قال أصحابنا بموجبها (فيمن) (٦) قطع يد رجل من الزند ثم جاء آخر (فقطعها) (٧) من المرفق (٨) ، وهذا لا يصح (٩) ، لأن الجناية هناك وجبت مؤجلة ثم سقط التأجيل بالجناية الثانية .

٢٦٩٤١ - قالوا : روي عطاء (١٠) عن جابر (١١) [ﷺ] أن رجلًا طعن ركبة رجل [بقرن] (١٢) (فاستقاد) (١٣) (فعييت) (١٤) رجله وبرأت رجل المستقاد منه ، فأتى

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٢) كذا في أ ، وفي ب (عليكم) ، وفي ج (عليه السلام) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) في النسخ الثلاثة (بيان أن) ولعل ما أثبته هو الصواب .

(٥) انظر كذلك : الحاوي للماوردي (١٦٨/١٢) .

(٦) في ب و ج (فمن) .

(٧) كذا في ب و ج ، وفي أ (وقطعها) .

(٨) ذكرها الإمام القدوري فيما سبق . انظر : المسألة رقم ٢١ ص ٢٥٦ .

(٩) أي القياس عليها لا يصح .

(١٠) سبقت ترجمته .

(١١) سبقت ترجمته .

(١٢) في النسخ الثلاثة (بعود) وما أثبته هو الصواب بناء لما ورد في كتب الحديث .

(١٣) في ب و ج (فاسا) .

(١٤) كذا في ج . وفي أ و ب بدون نقط . ومعنى عَيِيَ : إذا لم يهتد لوجهه . انظر : مختار الصحاح ص٤٩٢ . ووردت في رواية الدارقطني وابن حزم : فعَنَتَتْ بالنون والتاء . قال الأزهري : والعنت الكسر وقد عنتت يده أو رجله أي انكسرت ، وكذلك كل عظم . انظر : لسان العرب (٣١٢١/٤) مادة عنت . ووردت في رواية الإمام البيهقي : فعتَبَتْ بالتاء والباء قال ابن الأثير : العتب بالتحريك : النقص ، وهو إذا لم يحسن جبره وبقي فيه ورم لا زم أو عرج . انظر : النهاية في غريب الحديث (١٧٦/٣) وفي لسان العرب =

النبي ﷺ فقال [ﷺ] : « ليس لك شيء ، أنت عجلته » (١) ورُوي : « أبعدك الله أنت عجلته » (٢) .

٢٦٩٤٢ - قلنا : هذا الخبر ذكره الدارقطني (٣) وقال (٤) : وأبو بكر (٥) وعثمان (٦) ابنا

= (٢٧٩٢/٤) مادة عتب : عتب الإنسان إذا وثب برجل واحدة ورفع الأخرى . وفي رواية الحافظ ابن عبد البر في الاستذكار : فعثمت بالثاء والميم . تقول : عثم العظم المكسور إذا انجبر على غير استواء . انظر : لسان العرب (٢٨٠٨/٤) مادة عثم . وقال ابن الأثير في النهاية (١٨٣/٣) : عثمتُ يده فعثمَتْ : إذا جبرتُها على غير استواء . وهذه الألفاظ وإن كانت تختلف إلا أن كلها تفيد معنى العرج كما ورد في الروايات الأخرى .

(١) أخرجه الدارقطني ، قال : حدثنا محمد بن أحمد بن الحسين ، نا محمد بن عبدوس بن كامل ، نا أبو بكر وعثمان ابنا أبي شيبة قالا : نا ابن عُليّة عن أيوب عن عمرو بن دينار عن جابر : أن رجلًا طعن رجلًا بقرن في ركبته ، فأتى النبي ﷺ يستقيد ، فقيل له حتى تبرأ . فأبى وعجل واستقاد . قال : فعنتت رجله وبرئت رجل المستقاد منه ، فأتى النبي ﷺ فقال له : « ليس لك شيء ، إنك أبيت » انظر : سنن الدارقطني كتاب الحدود والديات وغيرها (٨٩/٣) برقم ٢٧ . وأخرجه أيضًا ابن أبي شيبة في المصنف (٣٦٩/٩) برقم ٧٨٣٤ والبيهقي في السنن الكبرى (٦٦/٨) وابن عبد البر في الاستذكار (٥٠/٢٥) برقم ٣٦٨٢٧وابن حزم في المحلى (٦٤/١٢) والإمام أحمد في المسند (٢١٧/٢) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

(٢) أخرجه الدارقطني عن معمر عن أيوب عن عمرو بن دينار قال : قال رسول الله ﷺ : « أبعدك الله أنت عجلت » انظر : سنن الدارقطني (٩٠/٣) برقم ٣٠ . وعبد الرزاق في المصنف (٤٥٣/٩) برقم ١٧٩٨٨ . ووجه استدلال الشافعية بهذا الحديث من وجهين : أحدها : جواز تعجيل القود بالاندمال . والثاني : أن تأخيره إلى وقت الاندمال استحباب . انظر : الحاوي للماوردي (١٦٨/١٢) . وقال الشوكاني : ومحل الحجة : هو إذنه ﷺ بالاقتصاص قبل الاندمال ، وهو لا يأذن إلا بما كان جائزًا . انظر : نيل الأوطار (٢٨/٧) .

(٣) سبقت ترجمته .

(٤) انظر : سنن الدارقطني (٨٩/٣) وعبارته : قال الشيخ : أخطأ فيه ابنا أبي شيبة ، وخالفهما أحمد ابن حنبل وغيره عن ابن عُلَيَّة عن أيوب عن عمرو مرسلًا . وكذلك قال أصحاب عمرو بن دينار عنه ، وهو المحفوظ مرسلًا . اهـ . وقد أجاب الحافظ ابن حجر عن هذا فقال : وأُعِلَّ بالإرسال بناء على أن شعيبًا لم يدرك جده ، وقد دفع بأنه ثبت لقاء شعيب لجده ، وفي معناه أحاديث تزيده قوة . انظر : سبل السلام (٤٨٥/٣) وقد صحح ابن حزم حديث عمرو بن شعيب هذا . انظر : المحلى (٦٤/١٢) .

(٥) أبو بكر هو عبد الله بن محمد بن القاضي أبي شيبة إبراهيم بن عثمان بن خواستيَ ، أبو بكر العبسي ، مولاهم الكوفي . الإمام العلم سيد الحفاظ وصاحب الكتب الكبار : (المسند) و (المصنف) و (التفسير) ، أخو الحافظ عثمان بن أبي شيبة والقاسم بن أبي شيبة . قال أحمد بن عبد الله العجلي : كان أبو بكر ثقة حافظا للحديث . توفي رحمه الله في المحرم سنة ٢٣٥هـ . انظر : تهذيب الكمال (٣٤/١٦) ترجمة رقم ٣٥٢٦ وسير أعلام النبلاء (١٢٢/١١) وثقات ابن حبان (٣٥٨/٨) .

(٦) عثمان هو عثمان بن محمد بن القاضي أبي شيبة إبراهيم بن عثمان بن خواستيَ ، أبو الحسن العبسي ، مولاهم الكوفي . الإمام الحافظ الكبير المفسر صاحب التصانيف ، وأخو الحافظ أبي بكر بن أبي شيبة . قال =

[أبي] [١] شَيبة [٢] مسندا وغلطا فيه ، والصحيح أنه مرسل عمرو بن دينار [٣] رواه عن النبي ﷺ . كما رواه أحمد بن حنبل [رحمه الله] وغيره عن ابن عُلَيَّة [٤] .

٢٦٩٤٣ – وقد ذكر فيه الدار قطني [٥] من طريق آخر : أنه طلب القصاص فيها ، فنهى النبي ﷺ أن يُستقاد من الجرح حتى يبرأ [٦] . وروي في هذه القصة أنه طلب القصاص فرده ، ثم طلب فرده ، ثم طلب الثالثة فأقاده [٧] . فيجوز أن يكون استقاد في الثالثة لأن الجرح اندمل .

٢٦٩٤٤ – وذكر حديث ابن جُريج [٨] عن عمرو ....

= يحيى بن معين : ثقة مأمون . وسئل عنه الإمام أحمد بن حنبل فأثنى عليه وقال : ما علمت إلا خيرا . حدث عنه البخاري ومسلم واحتجا به في كتبهما . توفي رحمه الله سنة (٢٣٩ هـ) . (انظر : سير أعلام النبلاء (١٥١/١١) ترجمة ٥٨ وشذرات الذهب (٩٢/٢) وتذكرة الحفاظ (٤٤٢/٢) ترجمة رقم ٤٥٠) .

(١) ما بين المعقوفين ساقط من النسخ الثلاثة ، والصواب ما أثبته .

(٢) أبو شيبة هو إبراهيم بن خواستي العبسي مولاهم ، أبو شيبة الكوفي . ولى قضاء واسط ، وهو ضعيف الحديث . توفي سنة ١٦٩هـ . (انظر : تهذيب الكمال (١٤٧/٢) ترجمة رقم ٢١٢ وطبقات ابن سعد (٣٨٤/٦) .

(٣) سبقت ترجمته .

(٤) ابن عُلَيَّة هو إسماعيل بن إبراهيم بن مِقْسَم الأسدي ، أبو بشر البصري ، المعروف بابن عُلَيَّة وهي أمه . أصله من الكوفة ، قال الإمام أحمد إسماعيل ابن علية إليه المنتهى في التثبت في البصرة . وقال يحيى بن معين : إسماعيل ابن علية ثقة . ولد سنة ١١٠هـ ، وتوفي رحمه الله سنة ١٩٣هـ ودفن ببغداد . وقيل سنة (١٩٤هـ) . والله أعلم . انظر : تهذيب الكمال (٢٣/٣) ترجمة ٤١٧ والتاريخ الكبير للبخاري (٣٤٢/١) ترجمة ١٠٧٨ والجرح والتعديل لابن أبي حاتم (١٥٣/٢) ترجمة ٥١٣ .

(٥) سبق ترجمته .

(٦) أخرجه الدارقطني عن ابن جريج وعثمان بن الأسود ويعقوب بن عطاء عن أبي الزبير عن جابر : أن رجلًا جُرح فأراد أن يستقيد ، فنهى رسول الله ﷺ أن يُستقاد من الجارح حتى يبرأ المجروح . انظر : سنن الدارقطني ، كتاب الحدود والديات وغيرها ، (٨٨/٣) برقم ٢٥ . وكلمة يبرأ من برأ الجرح يبرأ برءا أي صَحَّ . انظر : طلبة الطلبة ص ١١٨ .

(٧) أخرجه الدارقطني عن عبد الرزاق عن ابن جريج أخبرني عمرو بن دينار عن محمد بن طلحة بن يزيد بن ركانة أخبرهم أن رجلًا طعن رجلًا بقرن في رجله ، فجاء إلى النبي ﷺ فقال : أقدني . قال : حتى تبرأ . قال : أقدني . قال : حتى تبرأ . قال أقدني . فأقاده . ثم عرج . فجاء المستقيد فقال : حقي . فقال النبي ﷺ : « لا حق لك » . انظر : سنن الدار قطني ، كتاب الحدود والديات وغيرها . (٨٩/٣) برقم ٢٩ .

(٨) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الرومي الأموي ، أبو الوليد وأبو خالد المكي . أدرك صغار الصحابة ، لكن لم يحفظ عنهم . فقيه الحرم ، أحد الأعلام ، صاحب التصانيف . كان ثقة كثير الحديث جدًّا . قال الإمام أحمد بن حنبل : كان من أوعية العلم . توفي سنة (١٥٠هـ) ، وقيل غير ذلك . انظر : تهذيب الكمال (٣٣٨/١٨) ، وطبقات ابن سعد (٤٩١/٥) ، وتذكرة الحفاظ (١٦٩/١) .

ابن شعيب [١] عن أبيه عن جده : أن رجلًا طُعِن بقرن في ركبته ، فجاء إلى النبي ﷺ فقال : أقدني ، فقال : حتى تبرأ ، ثم جاء إليه فقال : أقدني ، فأقاده . ثم جاء إلى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله عرجت . فقال : « قد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله وبطل (عرجك) [٢] » ، ثم نهى (ﷺ) [٣] أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه [٤] . فهذا يدل أن النهي متأخر عن القصة التي ذكروها [٥] .

* * *

---

(١) سبق ترجمته .

(٢) في ج (جرحك) .

(٣) في ب و ج (عليه السلام) .

(٤) انظر : سنن الدارقطني ، كتاب الحدود والديات وغيرها (٨٨/٣) برقم ٢٤ . وأخرجه أيضًا الإمام أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ قريب ، وآخرها : ثم أمر رسول الله ﷺ بعد الرجل الذي عرج ، من كان به جرح أن لا يستقيد حتى تبرأ جراحته ، فإذا برئت جراحته استقاد . انظر : المسند (٢/ ٢١٧) . وأخرج الدارقطني أيضًا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : نهى النبي ﷺ بعد ذلك أن يقتص من الجراح حتى ينتهي . انظر : سنن الدارقطني (٨٨/٣) برقم ٣١ .

(٥) قال الإمام ابن قدامة : وهذه زيادة يجب قبولها ، وهي متأخرة عن الاقتصاص فتكون ناسخة له . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٤٤٦/٩) . وقال الإمام الشوكاني : قوله : ثم نهى أن يقتص من جرح . . إلخ . يدل على تحريم الاقتصاص قبل الاندمال ؛ لأن لفظ ثم يقتضي الترتيب ، فيكون النهي الواقع بعدها ناسخًا للإذن الواقع قبلها . انظر : نيل الأوطار (٢٨/٧) .

مسألة (١) ١٣٢٤

حكم ما إذا حلق شعر الرأس واللحية والحاجبين والأشفار فلم تُنبت

٢٦٩٤٥ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا حلق شعر الرأس واللِّحْيَة (٢) والحاجبين (٣) والأشفار (٤) ، فلم تنبِت ففيه الدية (٥) .

٢٦٩٤٦ - وقال الشافعي رحمه الله : فيه حكومة (٦) (عدل) (٧) .

---

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) اللِّحْيَة - الشعر النازل على الذقن ، والجمع لحىً . انظر : المصباح المنير (٧٥٦/٢) .

(٣) الحاجبان : العظمان فوق العينين بالشعر واللحم . والجمع حواجب . انظر : المصباح المنير (١٦٦/١)

(٤) الأشفار : جمع شُفر بضم السين . حروف العين التي ينبت عليها الشعر . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٩ .

(٥) انظر : الأصل لمحمد بن الحسن (٤٤٢/٤٤١/٤) ، والمبسوط (٧١/٧٠/٢٦) ، والهداية مع البناية (١٤٣/١٠) ، لأنه فوت عليه جمالًا على الكمال . وهو رواية عن الإمام أحمد وهو المذهب عند الحنابلة . قال المرداوي : وفي كل من الشعور الأربعة الدية ، وهو شعر الرأس واللحية والحاجبين وأهداب العينين . هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب . وعنه : في كل شعر من ذلك حكومة كالشارب ، نص عليه . انظر : الإنصاف للمرداوي (١٠١/١٠) .

(٦) ومعنى الحكومة عند الإمام الشافعي هو أن يقوِّم المجني عليه كم يُسَوِّي لو كان عبدا غير مجني عليه ثم يقوم مجنيًّا عليه فينظر كم بين القيمتين ، فإن كان العُشر ففيه عشر الدية أو الخُمس فعليه خمس الدية . انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٥٢/٨) . وهذا أيضًا هو معنى الحكومة عند كل من المالكية والحنابلة . انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٧١/٢٧٠/٤) والمغني مع الشرح الكبير (٦٦٠/٩) . وهو قول الطحاوي من الحنفية وعليه الفتوى عندهم . والرأي الثاني عند الحنفية للكرخي . قال الكرخي رحمه الله : تقرب هذه الجناية إلى أقرب الجنايات التي لها الأرش مقدر فينظر ذوا عدل من أطباء الجراحات كم مقدار هذه ههنا في قلة الجراحات وكثرتها بالحرز والظن ، فيأخذ القاضي بقولهما ، ويحكم من الأرش بمقداره من أرش الجراحة المقدرة . انظر : البدائع (٣٢٤/٣٢٣/٧) ورد المحتار (٣٧٣/٥) . وهذه الطريقة في كيفية تقدير الحكومة هو الأنسب في هذه الأيام لعدم وجود الرق الآن .

(٧) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . لمذهب الإمام الشافعي رحمه الله انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٥٢/٨) وعبارته : قال الإمام الشافعي رضي الله عنه : وفي شعر الرأس والحاجبين واللحية وأهداب العينين في كل ذلك حكومة . وقال الشيرازي : ولا يجب في إتلاف الشعور غير الحكومة ؛ لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه غير الحكومة كإتلاف العين القائمة واليد الشلاء . انظر : المهذب (٢٠٨/٢) . وهذا هو مذهب المالكية أيضًا . جاء في الشرح الكبير ما نصه : وقلع شعر حاجب أو هُدب - بضم الهاء - الواحد أو المتعدد فيه الحكومة إن لم ينبت . فإن نبت وعاد لهيئته فلا شيء فيه إلا الأدب في العمد . وكذا شعر الرأس واللحية . =

٢٦٩٤٧ - لنا : ما روي عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه قضى في شعر الرأس بالدية [(١)] .

٢٦٩٤٨ - قال أبو حنيفة رحمه الله : بلغنا ذلك عن علي [(٢)] . رواه ابن المنذر [(٣)] في كتابه بإسناده [(٤)] . والصحابي إذا لم يعرف (أنه) [(٥)] مخالف وجب تقليدُه عندنا [(٦)] .

٢٦٩٤٩ - لأنه قضى بذلك وهو إمام ، فلم يخالفه على قضيته مخالف [(٧)] . وذكر

= انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٧٧/٤) وانظر كذلك الذخيرة للقرافي (٣٦٠/١٢) . وهو رواية عن الإمام أحمد . ولكن هذه الرواية مقابل المذهب عندهم . انظر الإنصاف (١٠١/١٠) . ومما سبق يتضح لنا أنه إن نبت الشعر مرة أخرى وعاد كما كان ؛ فلا يجب فيه إلا التعذير اتفاقا ؛ لأنه لم يبق لفعل الجاني أثر ، فهو بمنزلة الضربة التي لا يبقى أثرها في البدن فيؤدب لارتكابه المحرم . فيكون محل الخلاف بين الفقهاء هو إذا لم ينبت الشعر مرة أخرى وذلك بذهابه على وجه لا يرجى عوده مثل أن يقلب على رأسه ماء حارا فيتلف منبت الشعر فينقلع بالكلية بحيث لا يعود . انظر : تبيين الحقائق (١٣٠/٦) والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٧٧/٤) والروضة للنووي (٢٧٣/٩) والمغني مع الشرح الكبير (٥٩٨/٩) .

(١) أخرج ابن أبي شيبة عن سلمة بن تمام الشقري قال : مر رجل بقدر فوقعت على رأس رجل فأحرقت شعره ، فرفع إلى علي ؛ فأجله سنة ؛ فلم ينبت ؛ فقضي فيه علي بالدية . انظر : مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب (١٦٢/٩/١٦٣) برقم ٦٩٢٦ . كما أخرجه عبدالرزاق في مصنفه كتاب العقول باب (٣١٣/٩) برقم ١٧٣٧٤ . وابن حزم في المحلى (١٦١/١٢) .

(٢) أخرجه محمد بن الحسن في كتابه الأصل (٤٤١/٤) حيث قال : بلغنا عن علي بن أبي طالب ﷺ قال : في الرأس إذا حلق فلم ينبت ففيه الدية كاملة .

(٣) ابن المنذر هو محمد بن إبراهيم بن المنذر أبو بكر النيسابوري ، الحافظ العلامة شيخ الحرم . كان غاية في معرفة الاختلاف والدليل ، وكان مجتهدًا ظلا يقلد غيره ، وعده الشيرازي في طبقات الفقهاء الشافعية ، وقال : صنف في اختلاف العلماء كتبًا لم يصنف أحد مثلها ، واحتاج إلى كتبه الموافق والمخالف . من كتبه المشهورة في اختلاف العلماء : الإشراف على مذاهب أهل العلم وكتاب الإجماع . توفي بمكة سنة (٣٠٩ هـ) . وقيل سنة (٣١٠ هـ) وقيل سنة (٣١٨ هـ) . (انظر : طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٠٨ . وتذكرة الحفاظ (٧٨٢/٣) ترجمة رقم ٧٧٥ ووفيات الأعيان (٢٠٧/٤) .

(٤) انظر : الإشراف على مذاهب أهل العلم (١٥٢/٢) حيث قال فيه ابن المنذر : واختلفوا في الشعر يجنى عليه فلا ينبت ، فروينا عن علي وزيد بن ثابت أنهما قالا : فيه الدية .

(٥) كذا في أ و ب ، وفي ج (له) .

(٦) قد ذكرنا آراء العلماء في الإجماع السكوتي في ص ١٩٤ .

(٧) أي اشتهر ما قضى به وعرف ولم يتكر عليه أحدًا ، فدل على موافقة الآخرين له . هذا الاستدلال من جهة كونه إجماعًا . وقد استدل الحنفية من وجه آخر : وهو أن هذا الأمر مما ليس للرأي فيه مجال ، فلا بد أن الصحابي سمعه من النبي ﷺ ، فيكون حكمه حكم المرفوع إلى النبي ﷺ . فقد قال الزيلعي : ولنا : قول علي ﷺ في الرأس إذا حلق ولم ينبت الدية كاملة ، والموقوف في هذا كالمرفوع ؛ لأنه من المقادير فلا يهتدى إليه الرأي . انظر تبيين الحقائق (١٣٠/٦) .

الطحاوي [(١)] عن سعيد بن المسيب [(٢)] : « في الحاجبين الدية ، (وفي أحدهما نصف الدية » . وكذلك من شريح [(٣)] والحسن [(٤)] والشعبي [(٥)] .

٢٦٩٥٠ - فإن قيل [(٦)] : روي عن زيد بن ثابت [(٧)] [ﷺ] : في الحاجبين) [(٨)]

---

(١) سبق ترجمته قال الإمام الطحاوي : وقد روي سعيد بن المسيب وشريح والحسن : أن في الحاجبين الدية . وعن الشعبي مثله . وليس من غيرهم من التابعين خلاف ذلك . انظر : مختصر اختلاف الفقهاء مخطوط ورقة أ ٢٣٥ . وقد أخرج عبدالرزاق عن سعيد بن المسيب قال : في الحاجبين الدية وفي أحدهما نصف الدية . انظر : مصنف عبدالرزاق كتاب العقول (٣٢١/٩) برقم ١٧٣٧٩ كما أخرج نحوه ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب الديات (١٦٠/٩) برقم ٦٩١٨ وابن حزم في المحلى (١٥٥/١٢) . وقد روي هذا القول أيضًا عن قتادة وإبراهيم النخعي . انظر : المراجع السابقة . (٢) سبق ترجمته .

(٣) شُريح هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجَهْم الكندي ، أبو أمية الكوفي القاضي . ويقال : شريح بن شرحبيل . أدرك النبي ﷺ ولم يلقه على الصحيح . كان شاعرًا قائفًا قاضيًا . استقضاه عمر بن الخطاب على الكوفة وأقره علي بن أبي طالب وأقام على القضاء بها ستين سنة وقضى بالبصرة سنة . توفي رحمه الله سنة (٨٠ هـ) وقيل سنة (٧٩ هـ) وقيل : غير ذلك . (انظر : تهذيب الكمال (٤٣٥/١٢) ترجمة رقم ٢٧٢٥ وطبقات ابن سعد (١٣١/٦) وحلية الأولياء (١٣٢/٤) ترجمة رقم (٢٥٦)

(٤) الحسن : هو الحسن بن أبي الحسن يسار ، أبو سعيد البصري . مولى زيد بن ثابت الأنصاري ، ويقال : مولى جميل بن قطبة . وأمه خيرة وكانت مولاة لأم سلمة أم المؤمنين . شيخ أهل البصرة . ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر ونشأ بالمدينة ، رأى عثمان بن عفان وطلحة والكبار . لازم الجهاد ولازم العلم والعمل ، وكان أحد الشجعان الموصوفين . توفي سنة (١١٠ هـ) . انظر : طبقا الفقهاء للشيرازي ص ٨٧ وسير أعلام النبلاء (٥٦٣/٤) وتذكرة الحفاظ (٧١/١) ترجمة ٦٦ . (٥) سبق ترجمته .

(٦) انظر : النكت للشيرازى ورقة أ ٢٦٢ وعبارته : ولأن زيدًا قال : في الحاجب ثلث الدية ، وقال الماوردي : فأما احتجاجهم بقضاء علي رضوان اللّه عليه فقد خالفه فيه أبو بكر ﷺ فقضى فيه بعشر من الإبل ، وخالفها فيه زيد فقضى فيه بثلث الدية ، وليس مع الخلاف إجماع . انظر : الحاوي (١٧٤/١٢) . ولكن ما قاله الإمام الماوردي فيه خلط ، لأن قضاء علي ﷺ في شعر الرأس وقضاء أبي بكر وزيد بن ثابت ﷺ في الحاجب . فقد روى ابن أبي شيبة وعبد الرزاق وابن حزم عن عمرو بن شعيب قال : قضى أبو بكر الصديق في الحاجب إذا أصيب حتى يذهب شعره فقضى فيه موضحتين عشرًا من الإبل . انظر : مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات (١٦١/٩) برقم ٦٩٢١ ومصنف عبدالرزاق كتاب العقول (٣٢١/٩) برقم ١٧٣٨٢ والمحلى (١٥٥/١٢) . وعلى هذا ما روي عن أبي بكر وزيد بن ثابت ﷺ يخالف ما روي عن سعيد بن المسيب في الحاجبين الدية وفي أحدهما نصف الدية . ويمكن أن يجاب عن اعتراض الشافعية بقضاء أبي بكر وزيد بن ثابت بأنه محمول على ما إذا نبت الحاجب وفيه شين أو عيب ففيه الحكومة ، والنزاع فيما إذا لم ينبت الحاجب مرة أخرى . (٧) سبق ترجمته .

(٨) من قوله : وفي أحدهما - إلى آخر قوله : في الحاجبين ساقط من ب و ج .

[ثلثا] [(١)] الدية [(٢)] .

٢٦٩٥١ - [قلنا] [(٣)] : وفي [شعر] [(٤)] الرأس الدية [(٥)] . ولا يعلم مخالفته في الرأس [(٦)] ، ولأن هذا القول يدل من اتفاقهم على وجوب الأرش المقدر في الشعر ، وإن اختلفوا في التقدير ، فمن قال : يجب غير مقدر فقد خالف اتفاقهم .

٢٦٩٥٢ - ولأنه فَوَّتَ الجمال على الكمال ؛ فصار كقطع الأذن الشاخصة [(٧)] .

٢٦٩٥٣ - والدليل على أن في اللحية (الدية) [(٨)] : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « مِن تسبيح الملائكة : سبحان من زَيَّن الرجال باللِحى والنساء بالقُرُون » [(٩)] .

(١) في النسخ الثلاثة (ثلث) والصواب ما أثبته بناء لما ورد في كتب الآثار .

(٢) أخرج بن أبي شيبة عن زيد بن ثابت (ﷺ) قال : في الحاجبين ثلثا الدية . والبيهقي بلفظ : في الحاجب ثلث الدية . وابن حزم بلفظ : في الحاجب الواحد ثلث الدية . انظر : مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات (١٦١/٩) برقم ٦٩٢٢ ، والسنن الكبرى للبيهقي (٩٨/٨) ، والمحلى لابن حزم (١٦١/١٢) .

(٣) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والظاهر سقوطه منها ؛ لأن ما بعدها جواب الإمام القدوري .

(٤) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والسياق يقتضيه .

(٥) أي وروي عن زيد بن ثابت ﷺ : في شعر الرأس الدية . انظر : مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات (١٦٣/٩) والسنن الكبرى للبيهقي (٩٨/٨) والمحلى لابن حزم (١٦١/١٢) .

(٦) أي في شعر الرأس . هذا جواب ملزم للمخالف . قال الإمام ابن حزم : وقد جاء ههنا عن على بن أبي طالب وزيد بن ثابت ما لا يعرف عن أحد من الصحابة ولا من التابعين مخالف . انظر : المحلى (١٦٢/١٢) .

(٧) الأذن الشاخصة : أي الخارجة الظاهرة . يقال : شخص شخوصًا من حد صنع أي ارتفع . انظر : طلبة الطلبة ص ٢٧٩ .

(٨) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٩) ذكره الديلمي في مسند الفردوس عن عائشة ﷺ : ملائكة السماء يستغفرون لذوائب النساء ولحى الرجال ، يقولون : سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب . انظر : الفردوس بمأثور الخطاب للديلمي (١٧٩/٤) برقم ٦٤٨٨ . تحقيق : السعيد بن بسيوني زغلول . دار الكتب العلمية بيروت ، ط أولى ١٩٨٦م . وقد عزاه العجلوني للحاكم عن عائشة . انظر : كشف الخفا (٥٣٨/١) . وذكره الهندي الفتني عن عائشة رفعته : ملائكة السماء يستغفرون لذوائب النساء ولحى الرجال يقولون : سبحان الذي زين الرجال باللحى ، والنساء بالذوائب . وقال : فيه ابن داود ليس بثقة . انظر : تذكرة الموضوعات ص ١٦٠ لمحمد طاهر بن على الهندي الفتني المتوفي سنة (٩٨٦ هـ) دار إحياء التراث العربي ط الثانية سنة (١٣٩٩ هـ) بيروت والنص الوارد في الكتب السابقة هو (بالذوائب) والذوائب : مفردها الذُؤَابة ، الضفيرة من الشعر . انظر : النهاية لابن الأثير (١٥١/٢) . وعبارة الإمام القدوري (بالقُرون) . و مفردها القَرْن ، وهي ضفيرة من ضفائر الشعر . انظر : النهاية لابن الأثير (٥١/٤) . ويمكن أن يستدل أيضًا على وجوب الدية في اللحية بما روي عن على بن أبي طالب ﷺ أنه قضى فيها بالدية ؛ فقد أخرج الإمام أبي يوسف في آثاره عن أبي حنيفة عن الهيثم عن على بن أبي طالب ﷺ أن رجلًا حلق لحية رجل فلم تنبت فقضى عليه فيها بالدية . انظر : ص =

٢٦٩٥٤ - فإن قيل : المعنى في الأذن الشاخصة أنه (فُوِّت) [١] بها المنفعة ، لأنها تجمع (الأصوات) [٢] فتوصلها إلى السمع [٣] .

٢٦٩٥٥ - قلنا : نحن نقيس على (أذن) [٤] الأصم التى لا يوجد فيها ذلك .

٢٦٩٥٦ - ولأن هذه المنفعة (من) [٥] توابع منافع السمع ، والدية إذا وجبت (بالمنافع) [٦] اعتبر المنافع الكاملة دون التابعة .

٢٦٩٥٧ - فلما وجبت الدية في الأذن الشاخصة ؛ دل على أن وجوبها للزينة لا للمنفعة ، فإن المعاني المقصودة في الآدمي المنافع والزينة ، وإذا جاز أن تجب الدية الكاملة بفوات أحدهما على الانفراد جاز أن تجب بفوات الأخرى ، ولأن اللحية في أصل الخلقة يفرق (بها) [٧] بين الذكر والأنثى ، فوجب بها كمال الدية كالذكر [٨] .

٢٦٩٥٨ - ولا يلزم الحلَمَتان [٩] تفرق بين الذكر والأنثى .

٢٦٩٥٩ - لأن (الحلمة) [١٠] لم توضع للفصل ، وإنما الفصل يقع بالثَدْي وفيه الدية ، (وأما) [١١] عِمامة الرجل فليست للفصل لأن الصبية إذا لم تبلغ فهي (كالذكر) [١٢] في ذلك .

٢٦٩٦٠ - وكان القاضي أبو الهيثم [١٣] (رحمه الله) [١٤] يقول : إذا وُجد (شارباه

= ٢١٨ برقم ٩٦٣ . وقال محمد بن الحسن : وبلغنا أيضًا عن علي أنه قال : في اللحية إذا حلقت فلم تنبت ففيه الدية كاملة . انظر : الأصل ٤٤٢/٤ .

(١) في ب و ج (يفوت) .

(٢) في ب و ج (الأصول) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٦٢ وعبارته : وأُذنٌ تجمع الصوت وتمنع وصول الماء فهي كاليد ، وأيضًا أجاب الإمام الماوردي عن القياس على الأذن الشاخصة بأنه قياس مع الفارق من وجهين : أحدهما : أن الأذن فيه منفعة ليست في الشعر ؛ لأنها يحفظ السمع ويدفع الأذى . والثاني : قطع الأذن يحدث ألمًا وهذا الألم ربما يؤدي إلى الموت بخلاف الشعر الذي لا يؤلم ولا يخاف منه التلف . انظر : الحاوي (١٧٤/١٢) .

(٤) في ب و ج (أن) .

(٥) في ب و ج (في) .

(٦) في ب و ج (المنافع) .

(٧) في أ و ب (بينهما) وما أثبته من ج .

(٨) أجاب الإمام الماوردي عن هذا القياس بأنه قياس مع الفارق فقال : وقياسه على الذكر لاختصاص الرجال به فيفسد بشعر الشارب يختص به الرجال ولا يجب فيه الدية ، ثم المعنى في الذكر أن فيه منفعة وإنما يخاف منه للسراية إلى النفس فخالف الشعر . انظر : الحاوي (١٧٤/١٢) .

(٩) الحلَمَة بفتح اللام هي رأس الثدي . انظر : طلبة الطلبة ص٣٣٠ .

(١٠) في أ و ب (الحملة) وهي تحريف . وما أثبتناه من ج .

(١١) في ب و ج (فأما) .

(١٢) في ب و ج (كالمذكر) .

(١٣) سبق ترجمته .

(١٤) زيادة من ب و ج .

زانه)[١] وإذا فقدا [٢] شانه [٣] يوجب فيه دية الإنسان قياسا على (الأسنان) . [٤]
وذكر المُبَرِّد [٥] في الكامل [٦] أن النبي ﷺ قال : « وفي (الصَّعَر) [٧] الدية » . [٨]
قال : وهو اعوجاج الوجه .

٢٦٩٦١ - ونحن نعلم أنه إذا ضربه فاعوج وجهه فلم (ينتف) [٩] إلا (الجمال)[١٠] ؛ فدل أن فوات الجمال يوجب الدية .

٢٦٩٦٢ - احتجوا : بأن كل معنى يوجد في الذكر والأنثى (ولا) [١١] يجب بإتلافه من الأنثى كمال الدية ؛ (كإتلافه) [١٢] شعر البدن [١٣] .

---

(١) كذا في النسخ الثلاثة .
(٢) ما بين المعقوفين في أ و ج (شان بعينه) وفي ب (سانه بعينه) ، وما أثبته أقرب للسياق . والله أعلم .
(٣) كذا في ب ، وفي أ و ج (أوان) .　　(٤) كذا في أ ، وفي ب و ج (الإنسان) .
(٥) المُبَرِّد هو محمد بن يزيد بن عبد الأكبر الأزدي البصري ، أبو العباس المُبَرِّد . إمام أهل النحو في زمانه وصاحب المصنفات منها : كتاب الكامل والروضة والمقتضب وغير ذلك . كان فصيحا مفوها علامة ثقة . ولد سنة (٢١٠ هـ) وتوفي سنة (٢٨٦ هـ) وقيل سنة (٢٨٥ هـ) . (انظر : طبقات النحويين واللغويين ص ١٠١ وتاريخ بغداد ٣٨٠/٣ ترجمة رقم ١٤٩٨ وشذرات الذهب ١٩٠/٢)
(٦) كتاب الكامل للمبرد النحوي وهو في اللغة ، روي عنه هذا الكتاب أبو الحسن علي بن سليمان الأخفش النحوي المتوفي سنة ٣١٥هـ ، قال : هذا كتاب يجمع فنون الآداب بين كلام منثور وشعر مرصوف ومثل سائر وموعظة بليغة ، واختيار من خطب شريفة ورسائل لطيفة ، والنية فيه أن يفسر كل ما وقع في هذا الكتاب من كلام غريب أو معنى مستغلق إلخ . شرحه محمد بن يوسف المازني (السرقسطي) المتوفي سنة (٥٣٨ هـ) انظر : كشف الظنون (١٣٨٢/٢) . وكتاب الكامل هذا مطبوع متداول طبعته دار نهضة مصر للطبع والنشر في جزئين بتعليق محمد أبو الفضل إبراهيم وزميله ، دون سنة الطبع .
(٧) في ب و ج (الصفر) .
(٨) لم أجده في كتاب الكامل للمبرد . وقد أخرج ابن أبي شيبة عن مكحول عن زيد بن ثابت : في الصَعَر إذا لم يلتفت الدية كاملة . انظر : مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب إذا أصابه صعر ما فيه (١٧١/٩) كما أخرجه عبدالرزاق في مصنفه كتاب العقول باب الصعر (٣٥٩/٩) وابن حزم في المحلى (١٨٢/١٢) والصَعَر هو ميل في العنق وانقلاب في الوجه إلى أحد الشدقين . انظر : المصباح المنير (٤٦٤/١) . وفيه كمال الدية عند الحنفية . قال الإمام الكاساني : وفي الصعر وهو اعوجاج الرقبة كمال الدية ؛ لوجود تفويت منفعة مقصودة وتفويت الجمال على الكمال . انظر : البدائع (٣١٢/٧) . أما عند الشافعية ؛ فإنه يجب في تعويج الرقبة وتصعير الوجه الحكومة لأنه إذهاب جمال من غير منفعة فوجبت فيه الحكومة . انظر : المهذب (٢٠٨/٢) .
(٩) في ب و ج (يثبت) .　　(١٠) في ب و ج (الكمال) .
(١١) كذا في ب و ج ، وفي أ (لا) .　　(١٢) في ب و ج (فإتلافه) .
(١٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٦٢ وعبارته : لنا : أنه إتلاف شعر فأشبه شعر الصدر .

٢٦٩٦٣ - [قلنا] (١) : (لأنه) (٢) ليس بكليته جمال كامل ، ولا في فواته نقص كامل ؛ لأنه لا يظهر في العادة ، وشعر اللحية بخلافه (٣) .

٢٦٩٦٤ - قالوا : ما لا يجب بإتلافه من العبد كمال القيمة لا يجب بإتلافه من الحر كمال الدية ، كالعين القائمة (٤) واليد الشلاء (٥) .

٢٦٩٦٥ - قلنا : هذه المسألة فيها روايتان (٦) ، فإذا لم نسلم الأصل ؛ سقط . وإن سلمنا ؛ فلأن قيمة العبد لا يجوز أن يجب إلا فيما (يفقد) (٧) به منافعه أو بما فيها ، حتى يصير الباقي منه كالمستهلَك ، وهذا لا يوجد في لحيته وشعر رأسه ، وليس كذلك الحر . لأن ديته تجب فيما لا يصير مستهلكا به ، بدلالة أن استهلاكه لا يؤثر في بدله ، ألا ترى أن الأعمى المقطوع اليدين والرجلين ديته كدية الصحيح ، فلما لم يؤثر نقصه في بدل نفسه ، جاز أن تجب ديته فيما لا يستهلكه ؟ ولما كان المقصود من العبد المتولى (٨) بقيمته ، ونقصه يؤثر في القيمة ؛ لم يجز لنا إيجاب القيمة إلا فيما يصير به (٩) مستهلَكا دون غيره .

٢٦٩٦٦ - ولأن الجمال غير مقصود في العبد وهو مقصود في (الأحرار) (١٠) (فلذلك) (١١) جاز أن يختلفا في تقدير أرش ما يقصد به الجمال .

٢٦٩٦٧ - قالوا : الشعر لا منفعة فيه ، وإنما فيه زينة فصار كالعين القائمة واليد

---

(١) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، ومن المؤكد سقوطه منها ؛ لأن ما بعده جواب الإمام القدوري رحمه الله .

(٢) في ب و ج (أنه) .

(٣) وكذلك شعر الرأس يختلف عن شعر البدن ؛ لأن شعر الرأس جمال ، ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في سترة ، بخلاف شعر الصدر والساق ؛ لأنه لا يتعلق به جمال . انظر : الهداية مع البناية (١٠/١٤٣) .

(٤) العين القائمة : قال الأزهري : هي التي بياضها وسوادها صافيان لكن لا يبصر بها . انظر : تصحيح التنبيه للنووي ص ١٣٣ .

(٥) انظر : الحاوي للماوردي (١٢/١٧٤) وعبارته : ولأنه شعر لا يجب في العبد منه مقدر ؛ فلم يجب في الحر منه مقدر كشعر الجسد ، ولأن من لا يجب في شعر جسده مقدر لا يجب في شعر وجهه مقدر كالعبد .

(٦) عند الحنفية توجد روايتان في شعر العبد ولحيته . روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب كمال القيمة اعتبارا بالدية في الحر لفوات الجمال . وفي ظاهر الرواية يجب نقصان القيمة لأن المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال فيجب نقصان القيمة بخلاف الحر فإن المقصود فيه الجمال . والتخريج على ظاهر الرواية : انظر : البناية مع الهداية (١٠/١٤٤) والبدائع (٧/٣١٢) .

(٧) في ج (تعتد) .

(٨) كذا في النسخ الثلاثة .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٠) كذا في أ و ج ، وفي ب (الإخوان) .

(١١) في ب و ج (فكذلك) .

الشلاء [١] .

٢٦٩٦٨ - قلنا : المقصود من (العين) [٢] واليد المنفعة ، والجمال فيها تابع ؛ فلم يجب كمال الدية بفوات ما ليس بمقصود فيها ، وأما الشعر : فلا يقصد (به) [٣] إلا الجمال ، وفوات المقصود فيه يجوز أن (يوجب) [٤] (المقدر ، ولأن العين القائمة الجمال ليس بكامل [٥] ، لأن صاحبها يتجمل بها عند من لا يعرفها ، ولا جمال) [٦] فيها عند العالم بها ، والجمال إذا لم يكمل كالمنفعة التى [لم] [٧] تكمل .

٢٦٩٦٩ - قالوا : الجمال الكامل غير مقصود ، لأن الخَلق تختلف واللحى تختلف .

٢٦٩٧٠ - قلنا : هذا أمر يعرفه كل محصل كما يعرف المنفعة الكاملة ، وقولهم : اللحى تختلف بالكلام على (العام) [٨] الغالب وعلى موضوعها .

٢٦٩٧١ - فإن قيل : [يبطل] [٩] بحلق نصف اللحية ؛ فإن الشين به أكثر من الشين بحلق جميعها .

٢٦٩٧٢ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الحلق إذا حصل في نصفها أمكن أن يستره ويتجمل بالجانب الآخر [١٠] . وألزموا عليه إذا دَمِيَتْ [١١] جِلدة [١٢] الوجه .

---

(١) انظر : المهذب للشيرازي (٢٠٨/٢) وعبارته : لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه غير الحكومة كإتلاف العين القائمة واليد الشلاء . وقد رد علي ابن قدامة على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق فقال : وما ذكروه ممنوع فإن الحاجب يرد العرق عن العين ويفرقه ، وهدب العين يرد عنها ويصونها فجرى مجرى أجفانها ، وينتقض ما ذكروه بالأصل الذي قسنا عليه ، ويفارق اليد الشلاء ، فإنه ليس جمالها كاملا . انظر : المغني مع الشرح الكبير (٥٩٧/٩) .

(٢) كذا في أ و ج ، وفي ب (الدين) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) في ب و ج (يجب) .

(٥) وكذلك اليد الشلاء الجمال فيها ليس بكامل .

(٦) من قوله : المقدر إلى قوله : ولا جمال ساقط من ب و ج .

(٧) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والظاهر سقوطه منها لأن السياق يقتضيه .

(٨) في ب و ج (العالم) .

(٩) في النسخ الثلاثة (ينطلق) .

(١٠) عند الحنفية : إذا حلق نصف اللحية فيه نصف الدية . قال بعض الأصحاب : كمال الدية لفوات الجمال بحلق البعض . ولو حلق بعض اللحية ولم تنبت قال بعضهم : تجب فيه حكومة عدل . قال في شرح الكافي : والصحيح كل الدية لأنه في الشين فوق من لا لحية له أصلًا . انظر : البناية على الهداية (١٤٤/١٠) وحاشية ابن عابدين (٣٧٠/٥) .

(١١) دَمِيَ الجرح دَمىً ودميا : خرج منه الدم وسال . انظر : المعجم الوسيط (٣٠٨/١) .

(١٢) الجِلدة : القطعة من الجلد . انظر : المعجم الوسيط (١٣٤/١) .

٢٦٩٧٣ – قلنا : لا رواية في ذلك ، وظاهر مذهبهم يدل على وجوب الدية . وألزموا الأظفار [١] . وكان شيخنا أبو بكر الخوارزمي [٢] يقول : يجب فيها كمال الدية . وكان شيخنا أبو عبد الله الجرجاني [٣] يقول : لا تجب فيها الدية .

٢٦٩٧٤ – لأن الأظفار المقصود منها المنفعة ، وفواتها لا يفوت المنافع من الأصابع بكمالها .

٢٦٩٧٥ – قالوا : [٤] لو قطع الأجفان [٥] وجب فيها الدية ، و (دخلت) [٦] الأهداب [٧] فيها [٨] ، (فإذًا) [٩] الأهداب تابعة ، و [لا] [١٠] يجب بها على الانفراد دية أصله الكف مع (الأصابع) [١١] .

٢٦٩٧٦ – قلنا : يبطل باللسان ، فإنه إذا قطعه وجبت الدية ودخل أرش الكلام فيها بذهاب الكلام [١٢] ، على (قول) [١٣] هذا ، الكلام تابع ، ولو ضرب رأسه فذهب الكلام وجبت الدية ، وكذلك لو قطع العين والأجفان وجبت الدية ، ولو أفرد الأجفان وجبت الدية ، ولو أتلف النفس وجبت الدية ودخلت الأعضاء فيها ، وإن كان لو أفرد الأعضاء وجب فيها الديات .

---

(١) انظر : الحاوي للماوردي (١٧٤/١٢) حيث قال : لأن ما جرت العادة بإزالته عند تجاوزه حده لم تجب الدية في إزالة أصله كالأظفار ، ثم في الأظفار مع الجمال نفع ليس في الشعر لأن الأنامل لا يتصرف إلا بها فنقص حكم الشعر عنها . (٢ ، ٣) سبق ترجمته .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٦٢ وعبارته : ولأن الأهداب تدخل فيها الجفن وما تبع الطرف في الأرش لم يتقدر بالدية كالكف مع الأصابع والأظفار مع الأصابع .

(٥) الأجفان : جمع الجَفْن وهي غطاء العين من أعلاها وأسفلها . والجمع على أجْفُن وأجْفان وجُفُون . انظر: المعجم الوسيط (١٣٢/١) . (٦) في ب و ج (وجبت) .

(٧) الأهداب جمع الهُدبَة : وهي شعر أشفار العين . انظر : المعجم الوسيط (١٠١٥/٢) .

(٨) هذا أيضًا لو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة عند الحنفية ؛ لأن الكل كشيء واحد ، فصار كالمارن مع القصبة . انظر : الهداية مع البناية (١٤٩/١٠) . وهو وجه عند الشافعية والوجه الثاني عندهم : أنه يجب في الأهداب حكومة ؛ قال الشيرازي ما نصه : وإن قلع الأجفان وعليها الأهداب ففيه وجهان : أحدهما : لا يجب للأهداب حكومة لأنه شعر نابت في العضو المتلف فلا يفرد بالضمان كشعر الذراع . والثاني : يجب للأهداب حكومة ؛ لأن فيها جمالًا ظاهرًا فأفردت عن العضو بالضمان . انظر : المهذب (٢٠١/٢) . (٩) في أ (وإذًا) وما أثبته من ب و ج .

(١٠) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والصواب هو إضافته ليستقيم الكلام ؛ لأن عند الشافعية لا تجب الدية في الأهداب على الانفراد . (١١) في ب و ج (الإصبع) .

(١٢) ما ذكره الإمام القدوري ملزم للشافعية ؛ لأن عندهم إذا استؤصل لسانه بالقطع وأبطل كلامه لم يلزمه إلا دية واحدة . انظر : الروضة (٢٩٩/٩) ومغني المحتاج (٧٢/٤) .

(١٣) كذا في ج ، وفي أ و ب (القود) .

مسألة [١] ١٣٢٥

حكم ما إذا قطع ولي القتيل يد القاتل ثم عفا عنه

٢٦٩٧٧ - قال أبو حنيفة [رَحِمَهُ اللهُ] : إذا ثبت له (القصاص) [٢] في النفس فقطع يده ثم عفا ضمن دية اليد .

٢٦٩٧٨ - وقالا : لا ضمان عليه [٣] . وبه قال الشافعي [٤] [رَحِمَهُ اللهُ] .

٢٦٩٧٩ - لنا : قوله (ﷺ) [٥] : « وفي اليدين الدية ، وفي أحدهما نصف الدية » [٦] .

٢٦٩٨٠ - ولأنه استوفى ما ليس بحق له ، بدلالة أن الإمام يمنعه من ذلك ويعزره إذا

---

(١) مكانها بياض في ب . (٢) في ب و ج (قصاص) .

(٣) انظر : الأصل لمحمد بن الحسن (٥٠٥/٤) حيث قال : ولو قطع يده ثم عفا عنه كانت عليه دية اليد ؛ لأنه أخذها بغير حق . وهذا قول أبي حنيفة . وفيها قول آخر قول أبي يوسف ومحمد : إنه لا ضمان عليه من قبل أنه كانت له النفس ، ألا ترى أنه لو مات منها كان أخذ حقه . انظر كذلك الجامع الصغير ص ٥٠٤ ومختصر الطحاوي ص ٢٤٠ والمبسوط (١٥٠/٢٦) . وبقول الإمام أبي حنيفة قال زفر بن الهزيل رَحِمَهُ اللهُ ، جاء في مختصر اختلاف الفقهاء لأبي بكر الجصاص ورقة أ٢٣٧ ما نصه : قال أبو حنيفة وزفر : ولي القتيل إذا قطع يد القاتل وعفا عنه ، فعليه دية اليد في ماله . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : لا شيء عليه ويعزر. اهـ . وبقول الإمام أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ : قالت الحنابلة : قال ابن قدامة : إذا زاد مستوفي القصاص في النفس على حقه مثل أن يقتل وليه فيقطع المقتص أطرافه أو بعضها نظرنا ، فإن عفا عنه بعد قطع طرفه ؛ فعليه ضمان ما أتلف بديته . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٩١/٩) .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٨ حيث قال : إذا وجب له القصاص في النفس فقطع يده ؛ ثم قال الخطيب الشربيني : توجيه هذا القول : لأنه قطع عضوًا من مباح له دمه ؛ فكان كما لو قطع يد مرتد . انظر : مغنى المحتاج (٥٢/٤) . وعند المالكية : يقتص من الولي أو غيره إن قطع طرف القاتل ، جاء في الخرشي على مختصر خليل (٦/٨) ما نصه : إن فقئت عين القاتل أو قطعت يده ولو من الولي بعد أن أسلم له ، فله القود ، يعني أن القاتل إذا تعدى عليه رجل أجنبي أو ولي الدم فقطع يده عمدًا أو خطأً فله القصاص على من فعل به ذلك ؛ سواء كان الفاعل أجنبيًا أو ولي الدم ، سواء فعله بعد أن أسلم إليه أو قبله ، ثم يقتلونه بعد ذلك ، لأن أطراف القاتل معصومة بالنسبة إلى مستحق الدم وإلى غيره ، وله أخذ الدية في الخطأ . اهـ .

(٥) في ب و ج (عَلَيْهِ السَّلَامُ) .

(٦) لم أجده بهذا اللفظ . وقد أخرج عبد الرزاق عن الزهري : أن رسول الله ﷺ قضى في اليدين بالدية وفي الرجلين بالدية . انظر : مصنف عبد الرزاق كتاب العقول باب اليد والرجل (٣٨٠/٩) وأخرج ابن أبي شيبة عن رجل من آل عمر قال : قال رسول الله ﷺ : في اليد خمسون . انظر : مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب اليد كم فيها ، (١٨٠/٩) . يراجع نصب الراية .

(فعل) [١] ، وإنما لا يجب به الضمان في الحال .

٢٦٩٨١ - لأن حقه في النفس (بحاله ، وما دون النفس يتلف تبعًا لها ، فإذا عفا سقط حقه من النفس ؛ فوجب ضمان اليد كما لو قطع بعد العفو . فلأن حقه في النفس) [٢] غير متبعض إذا عفا انصرف عفوه إلى أصل حقه ، فبقيت اليد المتقومة مأخوذة بغير حق فتعلق به الضمان .

٢٦٩٨٢ - ولأن [٣] النفس وما دونها في حكم الجنسين المختلفين ، ولهذا يعتبر في الأطراف المماثلة ولا يعتبر في النفوس ، ومن ثبت له جنس حق فاستوفى غيره ثم أسقط حقه ضمن ما استوفاه . أصله : الديون .

٢٦٩٨٣ - ولأنه استوفى يدًا مقومة من نفس (متقومة) [٤] ، وإنما لم يجب الضمان في الحال ؛ لأنه يجوز أن يقتص فيما هو حقه (و) [٥] مستحق النفس تابعة لحقه ، فإذا (عفا) [٦] زال هذا المعنى ، وإنما الضمان إذا لم يتعجل بمعنى فزال ذلك المعنى وجب الضمان ، كمن قطع الطرف ابتداء لا يوجب القصاص ولا الضمان قبل البرء ، ويجوز أن يسري فإذا استقرت الجناية وجب الضمان (لزوال) [٧] المعنى في الضمان ، كذلك في مسألتنا .

٢٦٩٨٤ - احتجوا : بأنه أتلف جزءًا من (بدنه) [٨] في حال إباحة قتله فإذا (ورد) [٩] عليه (الحظر) [١٠] لم يضمن ذلك الجزء كمن قطع (يد) [١١] مرتد ثم أسلم [١٢] .

٢٦٩٨٥ - قلنا : لا نسلم أنه مباح القتل ، بل قتله محظور بدلالة أنه ليس لغير الولي

---

(١) في ب و ج (فعله) .
(٢) من قوله : بكماله إلى تمام قوله : فلأن حقه في النفس . ساقط من ب و ج .
(٣) في ب (فلأن) .
(٤) في ب و ج (مقومة) .
(٥) في أ (وهو) وما أثبته من ب و ج .
(٦) ما بين القوسين ساقط من ج .
(٧) في ب (كزوال) .
(٨) في ج (بدن) .
(٩) في ب و ج (أورد) وهي تحريف . والصواب ما أثبته .
(١٠) في ب (الحصر) وفي ج (العفو) ، وما أثبته من أ .
(١١) كذا في أ و ج ، وف في ب (يده) .
(١٢) انظر : المبسوط للسرخسي (١٥٠/٢٦) وعبارته : لأنه استوفى طرفًا من نفس لو استوفاها لم يضمن فكذلك إذا استوفى جزءًا منها لم يضمن كما لو قطع يد مرتد . وقال الخطيب الشربيني : لأنه قطع عضو من مباح له دمه فكان كما لو قطع يد مرتد . انظر : مغني المحتاج (٥٢/٤) .

قتله ، ومن قتله وجب (عليه القصاص) (١) ، وإنما جُوِّز (للولي) (٢) أن يستوفى حقه بقتله بدلا عن نفس المقتول ، وكيف نسلم الإباحة ، ولأن أخذ الطرف محظور ، فاعتبار الحظر فيما تناوله القطع أولى من اعتبار الإباحة و (٣) غيره .

٢٦٩٨٦ - فأما المرتد فقطع طرفه مباح عندنا ، وإتلاف نفسه قتله بدلالة أن كل من قتله لم يتقوم دمه عليه (فطريان) (٤) الحظر لا يمنع ، وفي مسألتنا اليد مقومة والنفس (متقومة) (٥) وإنما لم يتعجل الضمان بمعنى ، وقد زال ذلك المعنى فوجب الضمان .

٢٦٩٨٧ - قالوا (٦) : كل (قتل) (٧) لم يعقبه القتل لم يضمن إذا لم يتعقبه القتل [لم يضمن ، كقطع المرتد وكمن قطع عضوًا من (الصيد ثم أحرم) (٨) .

٢٦٩٨٨ - قلنا : إذا تعقبه القتل] (٩) لم يسقط حقه في النفس ، والطرف مستحق على وجه التبع لحقه فإذا وجد شرط الاستحقاق فيه لم يضمنه ؛ لأنه إنما خالف في صفة الاستيفاء ، ومن عفا فقد أسقط حقه ، فزال الشرط الذي استحق إتلاف الطرف تابعًا له وهو مقوم في نفسه فضمن . والمعنى في المرتد ما قدمناه ، (والصيد) (١٠) مثله .

٢٦٩٨٩ - [قالوا] (١١) : (لأنه) (١٢) استوفى في الطرف (قصاصًا) (١٣) في اليد

---

(١) في ج (القصاص عليه) .

(٢) في ب و ج (الولي) .

(٣) كذا في النسخ الثلاثة .

(٤) كذا في ب و ج ، وفي أ (فطريات) .

(٥) في ب و ج (مقوم) .

(٦) انظر : المبسوط للسرخسي (١٥٠/٢٦) وعبارته : والدليل عليه أنه لو أعقب القطع قتلًا لم يضمن شيئًا وكان ذلك باعتبار ثبوت حقه في الطرف فكذلك إذا أعقبه عفوًا ، لأنه في العفو محسن وإحسانه لا يكون موجبًا عليه الضمان ، يوضحه أنه بعد العفو لو سرى إلى النفس لم يضمن شيئًا . والقطع الساري أفحش من المقتصر . وإذا كان لا يضمن بعد العفو إذا سرى شيئًا ، فإذا اقتصر أولى أن لا يضمن . وانظر كذلك النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٨ وعبارته : حظر ورد بعد قطع اليد فلم يوجب ضمان اليد كإسلام المرتد بعد قطع اليد ودخول الصيد إلى الحرم بعد قطع اليد .

(٧) كذا في النسخ الثلاثة .

(٨) في أ (العبيد ثم جرح) وهي تحريف ، وهي ساقطة من ب و ج . والصواب ما أثبته .

(٩) من قوله : لم يضمن إلى آخر قوله : إذا تعقبه القتل ساقط من ب و ج .

(١٠) في أ (والقطع) . وما أثبته من ب و ج .

(١١) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والصواب إثباته ؛ لأن ما بعدها دليل المخالف .

(١٢) في النسخ الثلاثة (لأنه) .

(١٣) في النسخ الثلاثة (قصاص) والصواب ما أثبته لموافقته قواعد اللغة العربية .

فقطع أصبعًا منها ثم عفا لم يضمن ، وإن كان حقه لم يثبت في الأصبع إلا على طريق التبع ، كذلك في مسألتنا [١] .

٢٦٩٩٠ - قلنا : من أصحابنا من منع هذا وقال : الخلاف في المسألتين (واحد) [٢] ، يجب ضمان الأصبع كما يجب ضمان اليد (فلا) [٣] فرق بينهما .

٢٦٩٩١ - ومنهم من فرق بين المسألتين فقال : إن القصاص إذا ثبت في اليد فقد ثبت في جملتها وأجزائها ؛ بدلالة أن رجلًا لو قطع يمين رجلين ؛ ثبت لكل واحد منهما القصاص في يمينه ، فلو قطع أحدهما أصبعًا من كفه ، وقطع الآخر الكف ببقية الأصابع ؛ وجب لقاطع الأصبع أربع أخماس دية اليد ، ووجب (للآخر) [٤] خمس دية اليد ، فلو كان الحَقُّ الكَفَّ والأصابع تبع لم يجب لقاطع الكف شيء ، فلما وجب به خمس الدية دل على (أن) [٥] الحق (في الأصابع والكف) [٦] تبع ، فإذا قطع الأصبع فقد أخذ بعض حقه ، فانصرف عفوه إلى ما بقي .

٢٦٩٩٢ - وفي مسألتنا الحق في النفس والأطراف تبع ، فإذا استوفى الطرف فقد استوفى ما ليس بحق .

٢٦٩٩٣ - ولأنا بيّنّا أن القصاص في النفس وما دونها في حكم الجنسين من الحق ، فلما استوفى (غير) [٧] جنس حقه ثم عفا فقد أسقط حقه عن جنس (والمستوفى غيره) [٨] ، فأما في مسألة الإلزام فما دون النفس جنس واحد ، فإذا عفا انصرف عفوه إلى ما بقي ؛ لأن المستوفي من جنس حقه .

* * *

(١) وفي هذا المعنى قال الإمام السرخسي في مبسوطه ١٥٩/٢٦ ما نصه : ولأن العفو إسقاط فإنما ينصرف إلى الباقي لا إلى المستوفي كمن قطع يد إنسان ثم قطع من له القصاص أصبعًا من أصابعه ثم عفا عن اليد لم يضمن أرش الأصبع والأصابع للكف بمنزلة الأطراف للنفس .

(٢) في ب و ج (سواء) . (٣) في ب و ج (لا) .

(٤) كذا في ب و ج ، وفي أ (الآخر) . (٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٦) في أ (في الكف والأصابع) وهو خطأ ، وما أثبته من ب و ج .

(٧) في ب و ج (في غير) .

(٨) في أ (المستوفي وغيره) ، وما أثبته من ب و ج .

مسألة (١) ١٣٦٣

حكم ما إذا قطع ذكر الخصيِّ والعِنِّين

٢٦٩٩٤ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا قطع ذكر الخَصِيِّ (٢) أو العِنِّين (٣) وجب عليه حكومة (٤) .

٢٦٩٩٥ - وقال الشافعي رَحِمَهُ الله : يجب عليه كمال الدية إن كان ينقبض وينبسط (٥) .

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) الخصي : الذي سُلَّ أنثياه وبقي ذكره ، فعيل بمعنى مفعول من الخصاء من باب ضرب . انظر : طلبة الطلبة ص ١٣٧ .

(٣) العِنِّين : هو الذي لا يقدر على إتيان النساء . انظر : المغرب ص ٣٢٩ .

(٤) انظر : الأصل لمحمد بن الحسن (٤/٤٥٤/٤٥٥) حيث قال : وفي ذكر الخصي ، ولسان الأخرس ، واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين القائمة والسن السوداء وذكر العنين حكم عدل . بلغنا بعض ذلك عن إبراهيم النخعي . وانظر كذلك : المبسوط (٨٠/٢٦) وتحفة الفقهاء (١٦٨/٣) . وذلك أن المنفعة وهي الإيلاج والإحبال هي المعتبرة من هذا العضو فإذا عدمت لا يجب فيها دية كاملة كالعين القائمة والرجل الشلاء . انظر : تبيين الحقائق (١٣٥/٦) . وهذا قول مرجوح عند المالكية . انظر : التاج والإكليل (٢٦١/٦) . وهو رواية عن الإمام أحمد وهو المذهب عند الحنابلة وعليه الأصحاب . وهو قول الثوري وقتادة وإسحاق . انظر : الإنصاف (٨٨/١٠) والمغني والشرح الكبير (٦٢٨/٩) .

(٥) قال الإمام الشافعي في الأم (١٣٠/٦) ما نصه : وإذا قطع الذكر فأوعب ففيه ؛ الدية تامة ؛ لأنه في معنى الأنف ؛ لأنه من تمام خلقة المرء ، وأنه ليس في المرء منه إلا واحد ، ولم أعلم خلافًا في أن في الذكر إذا قطع الدية تامة ، وقد يخالف الأنف في بعض أمره ، وإذا قطعت حشفته فأوعب ففيها الدية تامة ، ولم أعلم في هذا بين أحد لقيته خلافًا . وسواء في هذا ذكر الشيخ الفاني الذي لا يأتي النساء إذا كان ينقبض وينبسط ، وذكر الخصي ، والذي لم يأت امرأة قط ، وذكر الصبي لأنه عضو أبين من المرء سالم ولم تسقط فيه الدية بضعف في شيء منه ، وإنما يسقط أن يكون فيه دية تامة بأن يكون به كالشلل فيكون منبسطًا لا ينقبض أو منقبضًا لا ينبسط ، فأما بغير ذلك من قرح فيه أو غيره من عيوبه جزام أو برص أو عوج رأس فلا تسقط الدية فيه بواحد من هذا . اهـ . وواضح من نص الإمام الشافعي أنه يسوى بين الذكر السليم وبين ذكر الخصي والعنين في وجوب الدية إذا كان سليمًا من الشلل . قال الشيرازي : ويجب في الذكر الدية لما روي أن النبي ﷺ كتب مع عمرو بن حزم إلى اليمن : « وفي الذكر الدية » ويجب ذلك في ذكر الشيخ والطفل والخصي والعنين لأن العضو في نفسه سليم . انظر : المهذب (٢٠٧/٢) . وإيجاب الدية في ذكر الخصي والعنين هو القول الراجح عند المالكية . انظر : التاج والإكليل (٢٦١/٦) . وهو رواية عن الإمام أحمد وهو قول ابن المنذر . انظر : المغني والشرح الكبير (٦٢٨/٩) . وهناك رواية ثالثة عن الإمام أحمد وهي : أنه يجب في ذكر الخصي والعنين ثلث الدية . ذكرها المرداوي في الإنصاف (٨٨/١٠) . وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى =

٢٦٩٩٦ - لنا : أن المقصود من الذكر اللذة التي تحصل بالوطء ، وإيصال الماء (للرحم) [١] ، وقد عدمت هذه المنفعة منه في الحالة التي بلغ كماله ، فصار كاليد الشلاء والعين القائمة [٢] . ولا يلزم ذكر الصبي ، لأنه لم يبلغ إلى حد كماله ، فلم يؤثر (نقصان) [٣] الشهوة ، كما أن يده لم يبلغ حد قوة (يد) [٤] الرجال ولا ينقص ذلك ديتها .

٢٦٩٩٧ - ولا يلزم ذكر الشيخ (الكبير) [٥] ، لأنه تجاوز حد الكمال فصار ذكره كيده المرتعشة التي لا يبطش بها بطش الشاب . وعلى هذا الأصل قال الطحاوي [٦] : إذا قطع الذكر والأنثيين [٧] معا فإن بدأ بالأنثيين وجب دية وحكومة . لأنه لما قطع الأنثيين فاتت منفعة الذكر ، وإن قطعهما عرضا معا وجبت ديتان ، لأنه قطع كل واحد من (العضوين) [٨] ومنفعته كاملة [٩] .

٢٦٩٩٨ - احتجوا : بأن كل ما لو قطعه مع غيره وجب فيه دية إذا قطعه بعد ذلك (الغير) [١٠] وجب فيه دية كاليدين والرجلين .

٢٦٩٩٩ - (قلنا) [١١] : اليدان والرجلان ليس لأحدهما تأثير [للآخر] [١٢] ؛ لأن منفعة كل واحد منهما مع فقد الأخرى ، وليس كذلك الذكر .

٢٧٠٠٠ - لأن المنفعة المقصودة منه تنعدم [١٣] بعدم الأنثيين ، فوزانه

= في ذكر الخصي بثلث الدية فقد أخرج الإمام ابن حزم عن مكحول : قضى عمر في اليد الشلاء ولسان الأخرس وذكر الخصي يستأصل بثلث الدية . انظر : المحلى (١٩٠/١٢) .

(١) في ب و ج (الرحم) .

(٢) وقد اعترض هذا بأن ذكر الخصي سليم وهو قادر على الإيلاج وإنما الفائت الإيلاد والعيب في غير الذكر ، لأن الشهوة في القلب ، والمني في الصلب ، وليس الذكر بمحل لواحد منهما فكان سليمًا من العيب بخلاف الأشل . انظر : مغني المحتاج (٦٧/٤) . وأجيب عن هذا الاعتراض بأن الحبل وإن كان متعلقا بالمني إلا أن الإحبال وإيصال الماء إلى الرحم من منافع الذكر وهو فائت في ذكر الخصي . انظر : إعلاء السنن (١٩٤/١٨) .

(٣) في ج (في نقصان) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٥) في ج (الكمال) .

(٦) سبق ترجمته .

(٧) الأنثيين : أي الخِصيتين . انظر : طلبة الطلبة ص ٣٢٨ .

(٨) في أ (العوضين) ، وما أبته من ب و ج .

(٩) انظر : مختصر الطحاوي ص٢٤١ وعبارته : وفي الذكر إذا قطع مع الأنثيين عرضا أو بدأ بالذكر ثم بالأنثيين طولا ديتان ، وإذا بدأ بالأنثيين حتى أتى ذلك عليهما وعلى الذكر كان في ذلك دية وحكومة عدل .

(١٠) في ب و ج (العين) .

(١١) في ب و ج (فأما) .

(١٢) في أ (الآخر) وفي ب و ج (وللآخر) وما أثبته هو الأقرب للسياق .

(١٣) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، ولعل السياق يقتضيه .

(أن)[١] يقطع يديه فتبطل منافع رجليه ثم (يقطعهما)[٢] .

٢٧٠٠١ - قالوا [٣] : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « وفي الذكر الدية »[٤]

٢٧٠٠٢ - قلنا : وقال في الخبر : « وفي اليدين [الدية][٥] ، و (في)[٦] الرجلين الدية » ، [٧] والمراد بذلك إذا كانت منافعها باقية لم يفت المقصود منها (كذكر)[٨] الذكر .

٢٧٠٠٣ - قالوا : الذكر عضو صحيح وإنما عدمت منفعة (إدخاله)[٩] في غيره فلا يمنع ذلك من وجوب الدية الكاملة ، أصله إذا قطع الأذن الشاخصة من الأصم .

٢٧٠٠٤ - قلنا : المقصود من الأذن الزينة والمنفعة تبع ، والزينة باقية بكمالها ، و [١٠] فقد المنفعة التابعة لا يمنع كمال الأرش ، وأما [١١] الذكر فالمقصود [١٢] منه المنفعة التي هي الإنزال والإحبال وهذا المعنى لا يوجد في ذكر الخصي .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ج . (٢) في ب و ج (يقطعها) .

(٣) انظر : المهذب للشيرازي (٢١٧/٢) وعبارته : ويجب في الذكر الدية لما روي أن النبي ﷺ كتب مع عمرو بن حزم إلى اليمن : « وفي الذكر الدية » ويجب ذلك في ذكر الشيخ والطفل والخصي والعنين ، لأن العضو في نفسه سليم . وانظر كذلك المغني والشرح الكبير (٦٢٨/٩) . وقد أجيب عن الاستدلال بالحديث بأن قوله : « وفي الذكر الدية » وإن كان مطلقا في الصورة إلا أنه مقيد في المعنى بكونه تام المنفعة ، ولا خلاف في وجوب الدية الكاملة في الذكر إذا كان تام المنفعة ، وذكر الخصي والعنين بخلافه . ويمكن أن يقال أيضًا : بأنكم قد خالفتم ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في ذكر الخصي بثلث الدية . أخرجه ابن حزم عن مكحول . انظر : المحلى (١٩٠/١٢) . وكان ذلك على وجه الحكم ، ولم يعرف له مخالف من الصحابة ، وذكر العنين يقاس عليه . انظر : إعلاء السنن (١٩٧/١٨) .

(٤) ورد ذلك في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم وقد تقدم تخريجه وأخرج ابن أبي شيبة عن عكرمة عن خالد عن رجل من آل عمر عن النبي ﷺ قال : « في الذكر الدية » . انظر : المصنف لابن أبي شيبة كتاب الديات (٢١٣/٩) برقم ٧١٣٨ .

(٥) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، والظاهر سقوطه . وقد أثبته بناء على نص الحديث الذي رواه سعيد بن المسيب . انظر : نصب الراية (٣٧١/٤) . (٦) ما بين القوسين ساقط من ب .

(٧) قال الزيلعي : روي في حديث سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ « وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية » . وقال عنه الزيلعي : غريب . انظر : نصب الراية (٣٧١/٤) . وأخرج عبدالرزاق في المصنف كتاب العقول باب اليد والرجل عن معمر عن الزهري أن رسول اللّه ﷺ قضى في اليدين بالدية وفي الرجلين بالدية . وجاء في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم : وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون . وقد تقدم تخريجه ، انظر : ص ١٤٧ . (٨) في ب (لذكر) .

(٩) في ب و ج (خاله) . (١٠) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١١) في ب و ج (فأما) . (١٢) في ب و ج (والمقصود) .

٢٧٠٠٥ - فإن قيل : منفعة الوطء باقية [١] .

٢٧٠٠٦ - قنا : الوطء يراد للإنزال والنسل وذلك معدوم ، فبقي منفعة الوطء التي ليست (كاملة) [٢] لا توجب كمال الأرش .

٢٧٠٠٧ - قالوا : فوات الأنثيين (لو أوجب نقصًا في الذكر وجب بقطعهما دية وحكومة .

٢٧٠٠٨ - قلنا [٣] : قد وجب ببعض الذكر أرش ودخل في أرش الأنثيين) [٤] ، وهذا كما لو قطع الأصابع وحدها ويدخل ما يجب بقطع الكف في قطع الأصابع .

٢٧٠٠٩ - فإن قيل : منفعة السَبَّابَة [٥] بالإبهام [٦] ؛ لأنه لا يمكن أن يكتب بالسبابة إذا قطع الإبهام ، ثم قطع الإبهام لا يوجب نقصا في السبابة كذلك الآخر .

٢٧٠١٠ - قلنا : الإبهام والسبابة كل (واحدة) [٧] منهما فيها منفعة تخصها وليس (لإحداهما) [٨] تعلق [بالأخرى] [٩] إلا المعاونة ؟ ألا ترى أنه مع بقائهما لا يكتب بإحداهما (لفعل) [١٠] المعاونة ، فأما الذكر فالجماع يقع به خاصة دون الأنثيين ومنفعته بهما (ففواتهما) [١١] يوجب نقصًا فيه .

* * *

(١) بل منفعته باقية وهي الإيلاج والماء في الصلب . وانظر كذلك المغني والشرح الكبير (٦٢٨/٩، ٣١٨) ولأن منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه .

(٢) في ج (بكاملة) .

(٣) في أ (فلذا) وهو ساقط من ب و ج . والصحيح ما أثبته .

(٤) من قوله : لو أوجب نقصا . إلى آخر قوله : في أرش الأنثيين . ساقط من ب و ج .

(٥) السبابة : الأصبع التي بين الإبهام والوسطى . انظر : المعجم الوسيط (٤٢٧/١) .

(٦) الإبهام : الأصبع الغليظة الخامسة من أصابع اليد والرجل ، جمعه أباهيم وإبهامات . انظر : المعجم الوسيط (٧٧/١) .

(٧) في أ (واحد) ، وما أثبته من ب و ج

(٨) في أ و ب (لأحدهما) ، وما أثبتناه من ج .

(٩) في النسخ الثلاثة (بالآخر) .

(١٠) كذا في النسخ الثلاثة .

(١١) في ب و ج (ففواتها) .

مسألة (١) ١٣٢٧

حكم ما إذا اختلف الجاني والمجني عليه في صفة العضو المتلف

٢٧٠١١ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا اختلف الجاني والمجني عليه في صفة العضو المتلف فالقول قول الجاني (٢) .

٢٧٠١٢ - وقال الشافعي رحمه الله : إن كان العضو ظاهرًا كاليد والرجل والعين ؛ فالقول قول الجاني ، وإن كان باطنًا فالقول قول المجني عليه إنه صحيح (٣) .

٢٧٠١٣ - لنا : أنه اختلاف في صفة المتلَف فكان القول فيه قول المتلِف أصله العضو الظاهر .

٢٧٠١٤ - ولأن (٤) ما جعل القول فيه قول المستحق عليه استوى فيه الظاهر والباطن كالأموال .

---

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) إن جنى شخص على عضو شخص آخر ثم اختلفا في صفة هذا العضو مثل أن يقطع عضوًا ويدعي شلله ، أو يقلع عينا ويدعي عماها أو يقطع ساعدا ويدعي أنه لم يكن عليه كف وينكر المجني عليه ذلك ويدعي سلامتها فالقول قول الجاني عند الحنفية بناء على ما ذكره الإمام القدوري رحمه الله .

(٣) انظر : الحاوي (١٨٥/١٢) حيث قال الماوردي : فقد نص الشافعي في الأعضاء الباطنة كالذكر والأنثيين أن القول قول المجني عليه مع يمينه على سلامتها ، وله القود إلا أن يقيم الجاني البينة على ما ادعاه من شلل . ونص في الأعضاء الظاهرة كاليدين والرجلين والأنف والعينين أن القول قول الجاني مع يمينه في كونها غير سليمة ، ولا قود عليه ولا دية إلا أن يقيم المجني عليه البينة على سلامتها . فاختلف أصحابنا في اختلاف هذين النصين على وجهين : أحدهما : أن اختلافهما محمول على اختلاف قولين . أحدهما : أن القول قول الجاني مع يمينه في الأعضاء الظاهرة والباطنة أنها غير سليمة على ما نص عليه في الأعضاء الباطنة لا قود عليه ولا دية وبه قال أبو حنيفة . لأن الأصل براءة الذمة من قود وعقل فكان الظاهر صدقه . والقول الثاني : أن القول قول المجني عليه مع يمينه في الأعضاء الظاهرة والباطنة على ما نص عليه في الأعضاء الباطنة ، لأن الأصل سلامة الخلقة وثبوت الصحة . والوجه الثاني : وهو قول أبي إسحاق المروزي : أن اختلاف النصين محمول على اختلاف حالين فيكون القول في الأعضاء الظاهرة قول الجاني مع يمينه أنها غير سليمة ، والقول في الأعضاء الباطنة قول المجني عليه مع يمينه أنها غير سليمة . ومما يجدر الإشارة إليه هنا أن المراد بالعضو الباطن هنا : ما يعتاد ستره مروءة . وقيل : ما يجب . وهو العورة . وبالظاهر : ما سواه . انظر : شرح العلامة جلال الدين المحلي على المنهاج (١٢١/٤) .

(٤) في ب و ج (فلأن) .

٢٧٠١٥ - احتجوا : بأن الباطن لا يشاهد فيتعذر إقامة البينة (لصحته) [١] فيجعل القول قوله فيه كما يجعل القول قول المرأة في الحيض إذا علق الطلاق بحيضها فقالت : قد حضت . ولو قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ، كان القول قوله لأن الدخول معنى ظاهر [٢] .

٢٧٠١٦ - قلنا : الحيض معنى لا يعلمه غيرها فلما علق الطلاق به (دل) [٣] على أنه رضي بقولها ، وصحة العضو معنى يمكن الوقوف عليه من غير المجني عليه فلم يقبل قوله فيه ، بيان ذلك : أن من شاهد الدم يخرج من الفرج لا يعلم أنه حيض حتى تخبره ، وفي الأعضاء بخلافه . على أنا قبلنا قولها في الحيض في حق نفسها ولم نقبل ذلك في حق غيرها .

٢٧٠١٧ - لأنه (إذا) [٤] قال لها : (إن) [٥] حضتِ فعبدي حر فقالت : حضتُ ؛ لم يعتق العبد .

٢٧٠١٨ - في مسألتنا يقبل قول (المجني) [٦] عليه على غيره ، وهذا لا يقبل مثله في الحيض .

* * *

---

(١) في ب و ج (بصحته) .

(٢) انظر : المهذب للشيرازي (٢١٥/٢) وعبارته : ويتعذر عليه إقامة البينة في الأعضاء الباطنة والأصل السلامة ؛ فكان القول قول المجني عليه . ولهذا لو علق طلاق امرأته على ولادتها فقالت : ولدت ؛ لم يقبل قولها ؛ لأنه يمكن إقامة البينة على الولادة . ولو علق طلاقها على حيضها فقالت : حضت ؛ قبل قولها ؛ لأنه يتعذر إقامة البينة على حيضها .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٤) في ب و ج (لو) .

(٥) في ب و ج (إذا) .

(٦) في ب و ج (الجاني) والصواب ما أثبته .

مسألة (١) ١٣٢٨

حكم ما إذا قلع سن رجل فنبت له سن مكانها

٢٧٠١٩ – قال أصحابنا رحمهم اللَّه : إذا قلع سن رجل فنبت له سن مكانها سقط الضمان (٢) .

٢٧٠٢٠ – وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في أحد قوليه : يجب الضمان (٣) .

---

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) ما قاله الإمام القدوري موافق لما هو مذكور في كتاب الأصل (٤/٤٦٧) لمحمد بن الحسن الشيباني حيث جاء فيه ما نصه : وإذا قلع رجل سن رجل ثم نبتت فلا شيء على القالع . اهـ . وهذا هو الذي ذكره الإمام القدوري في مختصره أيضًا حيث قال في (٣/١٦٠) ما نصه : ومن قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش . اهـ . ولم يذكر الإمام محمد أو الإمام القدوري أي خلاف بين الأصحاب في هذه المسألة . لكن بالرجوع لمختصر الطحاوي نرى أن الإمام أبي يوسف روي عنه أنه يلزمه حكومة عدل للألم . قال الإمام الطحاوي : ومن قلع سن رجل فنبتت كما كانت ؛ فلا شيء على القالع في قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ، وقد روي عن أبي يوسف رضي الله عنه أن عليه في ذلك حكومة عدل للألم وبه نأخذ . اهـ . انظر : مختصر الطحاوي ص ٢٤٥ . وهذا ما ذكر السرخسي أيضًا قال : وإذا قلع الرجل سن رجل أو صبي ثم نبتت ؛ فلا شيء على القالع ؛ لأنه لم يبق لفعله أثر ، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ قال : يلزمه حكومة عدل باعتبار الألم الذي لحقه . اهـ انظر : المبسوط (٢٦/٩٨) . وأما صاحب الهداية فقد ذكر أن رأي الصاحبين يختلف عن رأي الإمام فقد قال ما نصه : ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش في قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ ، وقالا : عليه الأرش كاملًا . لأن الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من اللَّه تعالى . وله أن الجناية انعدمت معنى فصار كما إذا قلع سن صبي فنبتت ؛ لا يجب الأرش بالإجماع ؛ لأنه لم يفت عليه منفعة ولا زينة . وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ : أنه تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل . انظر : الهداية مع البناية (١٠/١٧٦/١٧٧) . وهو ما قاله الزيلعي في تبيين الحقائق (٦/١٣٧) . وبناء على ما في كتاب الأصل ومختصر الإمام القدوري والمبسوط للسرخسي وأيضا قول الإمام القدوري هنا يمكن القول : إن أبا يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ عنه روايتان : رواية يتفق رأيه في إحداها مع رأي الإمام ، وهو أنه يسقط الضمان في هذه الحالة . وفي الرواية الثانية : يجب حكومة عدل للألم . ويدل عليه ما جاء في كتاب مختصر اختلاف العلماء لأبي بكر الجصاص ورقة ٢٣٧ب حيث جاء فيه ما نصه : قال أصحابنا : إذا قلع سن رجل فنبت فلا شيء على القالع ، وروي عن أبي يوسف من غير هذه الجهة أن على الجاني حكومة لما نال المجني عليه من الألم . ومذهب الحنابلة يتفق مع ما ذهب إليه الإمام أبي حنيفة . قال المرداوي : ولو قلع سن كبير أو ظفره ثم نبتت سقطت ديته ، وإن كان قد أخذها ردها . هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وقال القاضي : تجب ديتها . انظر : الإنصاف (١٠/٩٨) . وانظر كذلك المغني والشرح الكبير (٩/٦١٤/٦١٥) .

(٣) انظر : المهذب للشيرازي (٢/٢٩٥) ونصه : فإن قلع سن من قد أثغر ؛ وجبت ديتها في الحال ؛ لأن الظاهر أنه لا ينبت مثلها . فإن أخذ الدية ثم نبت له مثلها في مكانها ؛ ففيه قولان . أحدهما : يجب رد =

٢٧٠٢١ - لنا : أن ضمان السن يجب بفوات الانتفاع بها أو الزينة ، وقد عادت الفائت بكماله فلم يجب (به) [١] على الجاني ضمان ، كما لو شجه فالتحمت وعاد الشعر ، وكما لو قلع سن صبي لم يُثْغَر [٢] (فنبتت) [٣] وكما لو ضرب عينه فابيضت ثم زال البياض ، أو ضرب رأسه فذهب الكلام ثم عاد ، وكمن حلق شعر غيره فنبت .

٢٧٠٢٢ - ولأن كل معنى يوجب سقوط ضمان الجناية إذا وقعت على الصغير ، سقط الضمان إذا كان على الكبير أصله البراءة والإذن قبل الجناية من مولى العبد الصغير . (أو) [٤] أصله إذا نبت الشعر وعاد البصر والسمع .

٢٧٠٢٣ - فإن قيل : سن الصغير معرضة للسقوط وعود ما هو خير منها ، وسن الكبير غير معرضة للسقوط ولا يعود مثلها في العادة [٥] .

٢٧٠٢٤ - قلنا : لو أتلف شجرة معرضة للسقوط (فنبتت) [٦] من أصلها أخرى خير منها لم يسقط الضمان ، فعُلِم أن سقوط الضمان ممن يُثْغَر ليس هو لهذا المعنى ، (وإنما هو) [٧] لأن ضمان الجناية في (الآدمي) [٨] يجب (لفوات) [٩] زينة أو

= الدية ؛ لأنه عاد له مثلها فلم يستحق بدلها كالذي لم يثغر . والثاني : أنه لا يجب رد الدية لأن العادة جرت في سن من ثغر أنه لا يعود فإذا عادت كان ذلك هبة مجددة فلا يسقط به ضمان ما أتلف عليه . اهـ . وهذا القول الذي ذكره الإمام القدوري هو أظهر القولين عن الإمام الشافعي كما ذكره الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٦٤/٤) حيث قال : والأظهر أنه لو قلع شخص سن مثغور فعادت تلك المقلوعة لا يسقط الأرش . لأن العود نعمة جديدة كموضحة أو جائفة التحمت بعد أخذ أرشها فإنه لا يسترد كما لا يسقط بالتحامها القصاص . والثاني : يسقط لأن العائدة قائمة مقام الأولى . اهـ . وقول المالكية هو كقول الإمام الشافعي رضي الله عنه، فقد جاء في مواهب الجليل (٢٦٢/٦) ما نصه : إذا عادت سن الصغير سقط القود والعقل ، وأما الكبير إذا قضي له بعقل سنه ثم عادت أو أذنه ثم عادت بعد الحكم فلا يرد شيئًا اتفاقًا . وإن ردتا منه قبل الحكم وعادتا ففي ذلك ثلاثة أقوال ومذهب المدونة : أنه يقضى بالعقل فيهما . اهـ . وذهب القاضي من الحنابلة إلى وجوب الضمان ، ذكره المرداوي في الإنصاف (٩٨/١٠) . ومما سبق عرضه من أقوال الفقهاء يمكن القول إن محل الخلاف في هذه المسألة هو في سن الرجل ، أما إن عادت سن الصبي الذي لم تسقط رواضعه فلا يجب الضمان اتفاقا .

(١) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٢) لم يُثْغَر : أي لم تسقط سنه بعد . انظر : المغرب ص ٦٧ .

(٣) وفي ب و ج (فنبت) .

(٤) كذا في ج ، وفي أ و ب (و) .

(٥) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٦٢ وعبارته : وسن الصغير يسقط في العادة فلا يعد قلعه إتلافا وهذا بخلافه .

(٦) كذا في ب و ج ، وفي أ (فنبت) .

(٧) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٨) كذا في ب و ج .

(٩) في ب و ج (الفوات) .

منفعة ، فإذا عاد لم يجب شيء .

٢٧٠٢٥ – فإن قيل : سن الصبي لا نوجب ضمانها في الحال انتظارا لعود بدلها ، وكذلك ضمان الشعر وذهاب ضوء البصر ، وسن البالغ يجب ضمانها في الحال ، فدل أن العود (هناك) [١] منتظر فإذا حصل لم يجب شيء ، و [٢] العود هنا غير مترقب [٣] .

٢٧٠٢٦ – قلنا : هذا الاختلاف إنما هو لأن اللّٰه تعالى أجرى العادة أن يعيد سن الصبي ولا يعيد سن البالغ ، وهذا لا يمنع التساوي في سقوط الضمان .

٢٧٠٢٧ – ألا ترى أنه إذا ضرب عينه فابيضت [استُؤْنِيَ] [٤] بها ولم يجب ضمانها في الحال ، فإذا استقر البياض وجب الضمان ، فإن زال بعد ذلك سقط الضمان وإن كان زواله في حالة لا ينتظر فيها ، كما سقط إذا زال البياض في ابتداء الحال ، كذلك سن الصبي ، والبالغ مثله .

٢٧٠٢٨ – احتجوا : بما روي في كتاب عمرو بن حزم [٥] : « في السن خمس من الإبل » [٦] (ولم) [٧] يفصل .

٢٧٠٢٩ – قلنا : المراد بذلك إذا زالت ولم تنبت ، بدلالة أن ذلك هو المراد في سن الصبي ، وبدلالة أنه ذكر : « في الموضحة خمس من الإبل » والمراد به ما لم يلتحم ويعود الشعر . وقال : « في العينين الدية » [٨] والمراد به إذا لم يعد ضوءها . فلأن الخبر يفيد وجوب الأرش (وهذا) [٩] موضع اتفاق ، والخلاف في سقوطه بعد وجوبه ، وذلك موقوف على الدليل .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من ب ج . (٢) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٢٧٥/١٢) وعبارته : والأغلب من سن المثغور أن لا تعود ، ومن سن الصغير أن تعود فانتظر بالصغير ولم ينتظر بالمثغور. (٤) في النسخ الثلاثة (استوفى) .

(٥) هو عمرو بن حزم بن زيد بن لوذان الأنصاري ، أبو الضحاك وقيل : أبو محمد الخزرجي . له صحبة . شهد الخندق مع رسول اللّٰه ﷺ وبعثه رسول اللّٰه ﷺ إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات . توفي ﷺ سنة ٥١ هـ وقيل غير ذلك . انظر : تهذيب الكمال (٥٨٥/٢١) برقم ٤٣٤٧ والتاريخ الكبير للبخاري (٣٠٥/٦) برقم ٢٤٧٨ وشذرات الذهب (٥٩/١) .

(٦) ورد ذلك في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم ﷺ ، وقد سبق تخريجه في مسألة رقم ٧ .

(٧) في ب (مثل) .

(٨) ورد ذلك في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم ﷺ ، المسألة رقم ٧ .

(٩) في ب و ج (وهو) .

٢٧٠٣٠ - قالوا : السن لا ينتظر نباتها في ضمان السن [المقلوع] [١] ، فوجب أن لا يسقط أرش المقلوع (بنباتها) [٢] أصله سن أخرى [٣] .

٢٧٠٣١ - قلنا : إذا ضرب عينه فابيضت وانتظرناها واستقر البياض فأوجبنا الضمان ثم زال ، فإن تلك الحالة لا ينتظر بها ، فاستقر زوال البياض في إيجاب الضمان وإن كان زواله لا يجعل كزوال البياض من (عين) [٤] أخرى . والمعنى في ذهاب السن الأخرى (أنه) [٥] لم يعد الانتفاع بالفائت ، وفي مسألتنا عاد الانتفاع (بالفائت) [٦] فسقط الضمان .

٢٧٠٣٢ - قالوا : سن الكبير لا يعود في الغالب فإذا عادت فتلك هبة من الله فلا يسقط الضمان ، كمن قطع شجرة لرجل فنبتت أخرى [٧] .

٢٧٠٣٣ - قلنا : يبطل بزوال البياض بعد استقرار الجناية ، والمعنى في الشجرة (أن) [٨] (الضمان يجب بإتلاف الملك لا بإتلاف) [٩] الانتفاع ، بدلالة أنه لو قطع شجرة نبتت حتى (ملكها) [١٠] بها ضمن قيمتها ، فإذا نبتت أخرى فإتلاف الملك حاصل .

٢٧٠٣٤ - وفي مسألتنا يجب الضمان بتفويت الانتفاع والزينة ، فإذا (عادا) [١١] لم يفت بالجناية شيء فلم يجب الضمان .

* * *

(١) في النسخ الثلاثة (المعلوم) وهو تحريف ، والصواب ما أثبته .

(٢) في ب و ج (منها) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٦٢ وعبارته : لنا أنه لا ينتظر نباتها في تضمين المقلوع فلم يسقط أرشها بنباتها كسن أخرى .

(٤) في ب و ج (غير) .

(٥) في ب (إذا) .

(٦) كذا في ب و ج ، وفي أ (الفائت) .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٦٢ وعبارته : ولأن هذا شيء ينعم الله تعالى فلا يسقط أرش ما أتلف عليه كما لو قطع له شجرة فنبت مكانها مثلها .

(٨) في ب و ج (إلى) .

(٩) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(١٠) في ب و ج (مالكها) .

(١١) في ب و ج (عاد) .

مسألة (١) ١٣٢٩

الأجرة في القصاص

٢٧٠٣٥ - قال أصحابنا رحمهم الله : الأجرة في القصاص على المقتص له (٢) .

٢٧٠٣٦ - وقال الشافعي رحمه الله : على المقصوص منه (٣) .

(١) مكانها بياض في ب .

(٢) بهذا بين الإمام القدوري مذهب الحنفية . وهذا هو القول المشهور عند المالكية . جاء في حاشية الدسوقي (٢٥٩/٤) ما نصه : في المشهور يدفع المستحق الأجرة من ماله . وقيل : إن أجرة القصاص على الجاني لأنه ظالم والظالم أحق بالحمل عليه .

(٣) بالرجوع إلى كتب الشافعية نرى أن الإمام الشافعي رحمه الله يرى أن الأجرة تكون من بيت المال فإن لم يكن فعلى المقتص منه . فقد جاء في مختصر المزني مع الأم (٣٤٩/٨) ما نصه : قال الشافعي رحمه الله : ويرزق من يقيم الحدود ويأخذ القصاص من سهم النبي ﷺ من الخمس كما يرزق الحكام فإن لم يفعل فعلى المقتص منه الأجر كما عليه أجر الكيال والوزان فيما يلزمه . اهـ . وقال الماوردي : ينبغي للإمام أن يندب لاستيفاء الحدود والقصاص رجلًا أمينا يرزق من بيت المال إن لم يجد متطوعا لأنه من المصالح العامة . ويكون من مال المصالح وهو خمس الخمس سهم رسول الله ﷺ من الفيء والغنيمة المعد بعده للمصالح العامة . فإذا استوفى الجلاد القصاص أعطى أجرته منه ، فإن أعوز بيت المال أو كان فيه ولزم صرفه فيما هو أولى منه من سد الثغور وفي أرزاق الجيوش منه ، كانت على المقتص منه أجرته دون المقتص له . انظر : الحاوي (١٩٨/١٢) . هذا هو القول الصحيح عند الشافعية . وفي قول مقابل الصحيح عندهم تكون الأجرة على المقتص وهو يوافق قول الحنفية . فقد قال الخطيب الشربيني في مغنى المحتاج (٤٢/٤) ما نصه : وأجرة الجلاد على الجاني على الصحيح . والثاني : على المقتص . والواجب حينئذ على الجاني التمكين . أما مذهب الحنابلة ، فالصحيح من المذهب عندهم هو ما قاله الشافعية في القول الصحيح من أن الأجرة تؤخذ من بيت المال ، فإن لم يحصل ذلك فمن مال الجاني . وفي وجه تكون على المقتص كما هو مذهب الحنفية . قال ابن قدامة : فإن لم يجد من يوكله إلا بعوض أخذ العوض من بيت المال . قال بعض أصحابنا : يرزق من بيت المال رجل يستوفى الحدود والقصاص ، لأن هذا من المصالح العامة ، فإن لم يحصل ذلك فالأجرة على الجاني ، لأنها أجرة لإيفاء الحق الذي عليه فكانت الأجرة عليه كأجرة الكيال في بيع المكيل . ويحتمل أن تكون على المقتص لأنه وكيله فكانت الأجرة على موكله كسائر المواضع ، والذي على الجاني التمكين دون الفعل . ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه . ولأنه لو كانت عليه أجرة التوكيل للزمته أجرة الولي إذا استوفى بنفسه . انظر : المغني والشرح الكبير (٣٩٥/٩) . وانظر كذلك الإنصاف للمرداوي (٤٨٨/٩) . وعلى هذا يمكن أن نقول إن الحنفية والمالكية على المشهور والشافعية في مقابل الصحيح والحنابلة في وجه يرون أن أجرة استيفاء القصاص تكون على المقتص له . بينما يرى الشافعية على الصحيح والمالكية في مقابل المشهور والحنابلة في الصحيح من المذهب عندهم أن الأجرة تكون على الجاني المقتص منه . ومنشأ الخلاف بينهم كما قال القرافي هو هل =

٢٧٠٣٧ – لنا : أن حق المقتص له تعلق بالطرف و تعين فيه القطع (ليتميز)[١] ما تعلق به حقه (ما لم يتعلق به حقه)[٢] فكانت الأجرة على من ثبت له (الحق)[٣] : أصله : إذا ابتاع ثمرة على رؤوس النخل فجِدادها[٤] على المشتري .

٢٧٠٣٨ – ولا يلزم أجرة الوَزَّان والكَيَّال أنه ليس على من يستوفى منه ؛ لأن حق المستوفي لم يتعين ، وإنما تعين بالكيل والوزن على من عليه (حق)[٥] التعيين فكانت الأجرة عليه .

٢٧٠٣٩ – فإن قيل[٦] : (المعنى)[٧] في الأصل أن المشتري ملك الثمرة وتم ملكه فيها ، والقطع تصرف في ملك نفسه فلا تجب أجرته على غيره ، وليس كذلك ها هنا .

٢٧٠٤٠ – لأنه لا يملك اليد والقطع ليس بتصرف في ملكه (فلذلك)[٨] لم تجب (عليه)[٩] .

٢٧٠٤١ – قلنا[١٠] : قسنا على الثمرة قبل التخلية وهناك لم يتم ملك المشتري فيها .

٢٧٠٤٢ – ولأن قطع الثمرة ليس هو تصرف في ملك ، وإنما هو تمييز بين ملكه (وملك غيره)[١١] ، كما أن القطع في مسألتنا تمييز بين ما تعين حقه فيه وما لم يتعين .

٢٧٠٤٣ – ولأن القصاص يستوفى لمنفعة المقتص له خاصة ، فأجرته عليه كسائر الأعمال ، ولا يلزم أجرة الوَزَّان ، لأنه لمنفعة من عليه الدين ، ولهذا الخيار (في

= الواجب التمكين للآخر على الجاني أو التسليم فيجب ، كحكم المسلم فيه . انظر : الذخيرة (٣٤٦/١٢) .

(١) في ب و ج (اليسير) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) في ب و ج (حقه) .

(٤) الجِداد : القطع . جَدَّه جَدًّا من باب قتل قطعه فهو جديد فعيل بمعنى مفعول ، وهذا زمن الجِداد والجَداد . وأجد النخل : حان جداده وهو قطعه . انظر : المصباح المنير (١٢٦/١) .

(٥) في ب و ج (الحق) .

(٦) انظر : الحاوي للماوردي (١٩٩/١٢) وعبارته : فأما الجواب عن استدلاله بأجرة الجذاذ والنقل فهو أن ذلك تصرف فيما قد استقر ملكه عليه فاختص بمؤنة تصرفه فيه ، وكذلك أجرة منتقد الثمن ، وليس كذلك القصاص . لأنه إيفاء للحق ومؤنة الإيفاء مستحقة على الموفي كما قال تعالى ﴿ فَأَوْفِ لَنَا ٱلْكَيْلَ وَتَصَدَّقْ ﴾ سورة يوسف ٨٨ .

(٧) في ج (المعتبر) .

(٨) كذا في أ و ج ، وفي ب (فكذلك) .

(٩) ما بين القوسين ساقط من أ ، وما أثبته من ب و ج .

(١٠) في النسخ الثلاثة (لأنا) ، والأصوب ما أثبته بناء على أسلوب المؤلف في الكتاب .

(١١) كذا في أ ، وفي ب (وغير ملكه) وفي ج (وملك غيره وغير ملكه) .

التعيين إليه) [١] .

٢٧٠٤٤ - ولأنها عقوبة مستحقة عليه ، فلا (يلزمه) [٢] أجرة المستوفي لها كالحد .

٢٧٠٤٥ - ولأن الأجرة لو وجبت عليه جاز أن يتولى ذلك (بنفسه) [٣] كأجرة (الخَبَّاز) [٤] .

٢٧٠٤٦ - فإن [٥] قيل : باطل بأجرة (الكَيَّال والوَزَّان) [٦] فإنها تجب على المستوفي منه ، ولا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه .

٢٧٠٤٧ - قلنا [٧] : يجوز أن يتولى (الكيل) [٨] إذا رضي بذلك صاحب الحق .

٢٧٠٤٨ - احتجوا : بأنه موفى والمقتص له مستوفي ، والأجرة على الموفى دون المستوفي أصله أجرة الكَيَّال والوَزَّان [٩] .

٢٧٠٤٩ - قلنا : الذي يجب عليه الإنفاق [١٠] المقتص له ، والمقصوص [١١] منه يجب عليه التخلية دون (الإنفاق) [١٢] فهو كبائع الشيء المعين .

٢٧٠٥٠ - ولأن المعنى في الأصل أن حق المستحق لم يتعين ، وبالكيل (يفعل) [١٣] ما عليه من [التعيين] [١٤] فلا تجب الأجرة على غيره ، وفي مسألتنا قد تعين الحق والقطع للتمييز فهو كما ذكرنا .

---

(١) في ج (إليه في التعيين) . (٢) في ب و ج (يلزم) .

(٣) كذا في أ ، وفي ب (في نفسه) وفي ج (من نفسه) .

(٤) في ب و ج (الخيار) .

(٥) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، ولعله سقط منها ، وقد أثبتا لأن المؤلف يذكر الاعتراض عادة بلفظ فإن قيل . (٦) في ج (الوزان والكيال) .

(٧) ما بين المعقوفين في النسخ الثلاثة (لأنه) ، والصواب ما أثبته لأن ما بعده جواب الإمام القدوري .

(٨) في ب (الليل) .

(٩) انظر : الحاوي للماوردي (١٢/١٩٩) وعبارته : ودليلنا هو أن القصاص استيفاء حق فوجب أن تكون أجرته على الموفى دون المستوفي كأجرة الكيال والوزان . وقال ابن قدامة : لأنها أجرة لإيفاء الحق الذي عليه فكانت الأجرة عليه كأجرة الكيال في بيع المكيل . انظر : المغني والشرح الكبير (٩/٣٩٥) .

(١٠) كذا في ب و ج ، وفي أ (الإنفا) .

(١١) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة ، ولعله سقط منها ، والسياق يقتضيه ليستقيم الكلام .

(١٢) في أ (الإنفا) وفي ج (الإبقاء) وما أثبته من ب .

(١٣) في ب و ج (يعقل) .

(١٤) في النسخ الثلاثة (التعين) والصواب ما أثبته .

٢٧٠٥١ - قالوا : نقيس على (من) [1] باع قفيزا من صبرة [2] .

٢٧٠٥٢ - قلنا : هناك لم يتعين حق المستوفي ولهذا لو هلك إلا قفيزا [3] تعين البيع فيه .

٢٧٠٥٣ - قالوا : نقيس على من قال : بعتك هذه الصبرة على أنها عشرة أقفزة .

٢٧٠٥٤ - قلنا : الحق لم يتعين [4] لجواز أن [5] يزيد فتكون الزيادة للبائع [6] .

٢٧٠٥٥ - قالوا : إذا قال : بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم .

٢٧٠٥٦ - قلنا : البيع فاسد [7] عند أبي حنيفة [8] رحمه الله .

* * *

---

(١) ساقط من ب .

(٢) الصبْرَة : ما جمع من الطعام بلا كيل ولا وزن بعضه فوق بعض . قال الجوهري : الصبرة واحدة صُبَرِ : الطعام . يقال : اشتريت الشيء صُبرة أي بلا وزن ولا كيل . انظر : لسان العرب ٢٣٩٣/٤ مادة صبر .

(٣) في ج (قفيز) .

(٤) في ب و ج (يعين) .

(٥) في ب (وأن) .

(٦) في ب و ج (من البائع) .

(٧) البيع الفاسد هو ما يكون مشروعًا بأصله دون وصفه ويثبت به الملك إذا اتصل به القبض . ولكل واحد من المتعاقدين فسخه . انظر : البناية (٣٧٤/٦) والاختيار (٢٢/٢) .

(٨) قال الإمام الكاساني : إن قال بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم ، لم يجز البيع إلا في قفيز منها بدرهم . ويلزم البيع فيه عند أبي حنيفة . ولا يجوز في الباقي إلا إذا علم المشتري جملة القفزان قبل الافتراق بأن كالها فله الخيار إن شاء أخذ كل قفيز بدرهم وإن شاء ترك ، وإن لم يعلم حتى افترقا عن المجلس تقرر الفساد . وعند أبي يوسف ومحمد : يلزمه البيع في كل الصبرة كل قفيز منها بدرهم سواء علم أو لم يعلم . انظر : البدائع (١٥٨/٥/١٥٩) .

مسألة ١٣٣٠

حكم عمد الصبي

٢٧٠٥٧ - قال أصحابنا رحمهم الله : عمد الصبي في حكم الخطأ تجب به الدية على عاقلته [1] .

٢٧٠٥٨ - وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه : تجب به الدية في ماله و تغلظ [2] وتكون حالة [3] .

---

(١) انظر : الأصل لمحمد بن الحسن (٤/٥٥٠) حيث جاء فيه ما نصه : وإذا جنى الصبي جناية عمدًا أو خطأ فهو سواء . عمد الصبي وخطؤه سواء ، وكذلك المعتوه . وأرش ذلك على العاقلة إذا بلغ خمسمائة درهم فصاعدًا . اهـ . يتضح من هذا أنها تكون على العاقلة إذا لم تكن الدية أقل من خمسمائة ، فإن كانت أقل من خمسمائة فتكون في مال الصبي . قال السرخسي في توجيه ذلك : لأن ما دون الخمسمائة في معنى ضمان الأموال ، والإتلاف الموجب للمال يتحقق من هؤلاء كما يتحقق من العقلاء البالغين . فأما الخمسمائة فصاعدًا فهي على عاقلتهم العمد والخطأ في ذلك سواء . انظر : المبسوط (٨٦/٢٦) . وقالت المالكية أيضًا أن عمد الصبي خطا تجب به الدية على العاقلة . فقد جاء في المنتقى (٧٣/٧) ما نصه : قال مالك : الأمر المجمع عليه عندنا أنه لا قود بين الصبيان وأن عمدهم خطأ ما لم تجب عليهم الحدود ويبلغوا الحلم ، وإن قتل الصبي لا يكون إلا خطأ . اهـ . وعند الحنابلة : عمد الصبي خطأ على الصحيح من المذهب . وفي الرواية الأخرى : عمد الصبي العاقل في ماله . قال ابن عقيل والحلواني : وتكون مغلظة . انظر : الإنصاف للمرداوي (١٣٣/١٠) .

(٢) في أ و ج (تتغى) و في ب (يبقى) . وهو تحريف ، وما أثبتناه هو الصحيح .

(٣) انظر : الحاوي للماوردي (٣١٧/١٢) حيث ذكر فيه القولين مع التوجيه فقال : أحدهما : يجرى عليه حكم الخطأ وإن كان في صورة العمد . وهو قول أبي حنيفة . لقول النبي ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى ينتبه » . ولأن كل ما سقط فيه القود بكل حال كان في حكم الخطأ كالخطأ . والقول الثاني : أنه يجرى عليه حكم العمد وإن سقط فيه القود . لأن صفة العمد متميزة فكان حكمها متميزا . ولأن الصبي قد وقع الفرق فيه بين عمده ونسيانه إذا تكلم في الصلاة وأكل في الصيام وتطيب في الحج . فوجب أن يقع الفرق بين عمده وخطئه في القتل . لأن كل من وقع الفرق بين عمده وخطئه في العبادات وقع الفرق بينهما في الجنايات كالبالغ العاقل . فإذا صح توجيه القولين وقلنا بالأول منهما أن عمده كالخطأ فالدية مخففة تجب على عاقلته في ثلاث سنين . لأن العاقلة لا تتحمل إلا مؤجلا . وإذا قيل بالثاني أن عمده عمد ، وإن سقط فيه القود فالدية مغلظة حالة تجب في ماله دون عاقلته . ويستوي في ذلك الصبي والمجنون . وسواء كان الصبي مميزا أو غير مميز . انتهى كلام الإمام الماوردي . ويفهم من كلام الإمام الماوردي أن الصبي المميز وغير المميز سواء . ولكن جاء في التحفة ما يخالف هذا ونصه : هذا إذا كان له نوع تمييز وفهم وإلا فخطأ قطعا . انظر : التحفة (٣٩٠/٨) . وهذا القول الثاني الذي يخالف قول الحنفية هو أظهر القولين عند الشافعية . فقد قال النووي : وهو الأظهر . انظر : المنهاج مع مغني المحتاج (١٠/٤) . =

٢٧٠٥٩ - لنا : أنه فعل لا يتعلق به قود بحال [1] ، فكانت الدية فيه على العاقلة كحفر البئر .

٢٧٠٦٠ - ولأن (الأحكام) [2] المختصة بالعمد المأثم والقود ، وهي لا تتعلق بهذا الفعل فصار كالخطأ .

٢٧٠٦١ - ولأن عمده دون خطأ البالغ بدلالة أنه يلحق البالغ (اللوم) [3] والإثم في التفريط وترك الاحتراز ولا يلحق الصبي اللوم ، فإذا كان خطأ البالغ لا يتغلظ ونحمله على عاقلته فهذا أولى .

٢٧٠٦٢ - ولأن القصاص سقط عنه (لمعنى) [4] في نفسه فوجب الضمان على عاقلته ، أصله النائم والمغمى عليه . ولا يلزم الأب إذا قتل ابنه ، لأن القصاص لم يسقط لمعنى في الأب ، بدلالة (أنه لو) [5] قتل (أخا) [6] ابنه من أمه لم يكن لابنه قصاص ، فإن كان وارثه غير ابنه كان القصاص ، ولو كان القصاص سقط (لمعنى) [7] فيه سقط في (الحالتين) [8] .

٢٧٠٦٣ - ولأن القصاص يعتبر من وجوبه كمال الفاعل والآلة ، فلو نقص كمال الآلة صار كالخطأ في وجوبه على العاقلة ، وكذلك إذا نقص كمال القاتل (بالصغر والجنون) [9] .

٢٧٠٦٤ - واحتج أصحابنا : بما روي أن مجنونًا سعى على رجل بالسيف ، فقتله فقضى علي (ﷺ) [10] بالدية على (عاقلته) [11] وقال : « عمده وخطأه سواء » [12]

= وهذا القول كما قلنا رواية عن الإمام أحمد . وسبب اختلاف الفقهاء تردد فعل الصبي بين العامد والمخطئ . فمن غلب عليه شبه العمد أوجب عليه الدية في ماله . ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة . قالها ابن رشد في بداية المجتهد (٤١٢/٢) .

(١) هذا أمر متفق عليه بين الفقهاء لقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٣٧/٤) ومغنى المحتاج (١٠/٤) والمغني والشرح الكبير (٣٥٧/٩) .

(٢) في ب و ج (أحكام) .

(٣) في ب و ج (اللوم فإذا كان خطأ البالغ) .

(٤) في ب و ج (المعنى) .

(٥) كذا في أ و ب ، وفي ب (لو أنه) .

(٦) في ج (أخ) .

(٧) في ب و ج (بمعنى) .

(٨) في ب و ج (الحالين) .

(٩) في ب و ج (بالصغير والمجنون) .

(١٠) في ب و ج (كرم الله وجهه) .

(١١) في ب (قاتله) .

(١٢) أخرجه محمد بن الحسن في كتاب الأصل (٥٥٠/٤) قال : بلغنا أن مجنونًا سعى على رجل بالسيف فضربه فرفع ذلك إلى علي ﷺ ، فجعله على عاقلته وقال : عمده وخطؤه سواء . وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦١/٨) عن علي ﷺ : عمد المجنون والصبي خطأ . قال البيهقي : روي عن علي ﷺ بإسناد فيه ضعف .

ولا يعرف له مخالف .

٢٧٠٦٥ - احتجوا : بما روي (عن) [١] ابن عباس [٢] [ﷺ] أن النبي ﷺ قال : « لا تعقل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا » [٣] .

٢٧٠٦٦ - قلنا : الصحيح (أن) [٤] هذا قول ابن عباس [ﷺ] لم يسنده إلى رسول الله ﷺ . ولأن (إطلاق) [٥] العمد لا يتناول فعل الصبي ، لأن الأحكام المختصة بالعمد لا تتعلق بفعله .

٢٧٠٦٧ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الإبل (منها أربعون) [٦] خلفة » [٧] ولم يفصل بين أن يكون (القاتل) [٨] صبيا أو (غيره) [٩] .

٢٧٠٦٨ - قلنا : [هذا] [١٠] فيمن يتغلظ فعله بقصده ، والصبي ممن لا يتغلظ فعله بقصده .

٢٧٠٦٩ - قالوا : ضمان (بالإتلاف) [١١] فاستوى فيه (الصغير والكبير) [١٢] أصله قيم المتلفات .

٢٧٠٧٠ - قلنا : هناك يستوي في أحكامها العمد والخطأ ، وهاهنا يختلف (فيها) [١٣] العمد والخطأ ، فجاز أن يختلف (بالصغر والكبر) [١٤] .

٢٧٠٧١ - قالوا : آدمي يصح منه القتل كالبالغ [١٥] .

---

(١) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .
(٢) سبق ترجمته ، انظر ص ٩٠ .
(٣) أخرجه الإمام البيهقي في باب من قال : لا تحمل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا من كتاب الديات السنن الكبرى (١٠٤/٨) . وذكر الإمام الزيلعي عن ابن عباس ﷺ أنه قال : لا تحمل العاقلة عمدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا ولا ما جنى المملوك . قال الزيلعي : قلت : غريب مرفوعا . انظر : نصب الراية (٣٧٩/٤) . وقال الحافظ ابن حجر : قال ابن الصباغ : لم يثبت متصلا . وإنما هو موقوف على ابن عباس . انظر : تلخيص الحبير (٣١/٤) .
(٤) في ب و ج (من) .
(٥) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .
(٦) في ب و ج (من أربعين) .
(٧) سبق تخريجه . انظر ١٢٤مسألة رقم ٦ .
(٨) في ب و ج (الفاعل) .
(٩) في ب و ج (بالغا) .
(١٠) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . ولعله سقط منها ، والسياق يقتضيه .
(١١) في ب و ج (بان بالإتلاف) .
(١٢) كذا في ب و ج . وفي أ (الصغر والكبر) .
(١٣) في ب و ج (فيه) .
(١٤) في ب و ج (بالصغير والكبير) .
(١٥) انظر : النكت للشيرازى ورقة أ ٢٥٩ وعبارته : لنا أن من جاز تأديبه على القتل جاز أن يتغلظ الدية بقتله كالبالغ .

٢٧٠٧٢ - قلنا : إن أردتم العمد صورة (فكذلك) [١] يوجد فيه ، وإن أردتم أحكام العمد يبطل (بالقصاص) [٢] والمأثم ، ولأن البالغ يصح أن يجب القصاص بعمده ، فجاز أن تجب الدية في ماله بحكم ذلك الفعل ، والصبي لا يجب عليه القصاص (بجنس) [٣] فعله لمعنى فيه ، فلم تجب الدية في ماله .

٢٧٠٧٣ - قالوا : العمد ضد الخطأ فإذا صح منه أحد الضدين [٤] صح منه الآخر .

٢٧٠٧٤ - قلنا : يبطل بالمأثم ؛ فإنه يصح الخطأ [منه] [٥] حكمًا ولا يصح منه العمد ، لأنا قد بينا أن العمد ؛ يصح منه وإنما الخلاف في أحكامه .

٢٧٠٧٥ - قالوا : يجوز أن تتعلق بقصده أحكام القصد ولا تتعلق بالقصاص كما تتعلق بردته أحكام الردة ولا يقتل .

٢٧٠٧٦ - قلنا : الدين يجوز أن يثبت حكمه له بفعل غيره ، فنقصان قصده لا يمنع أن يثبت به الكفر له ، وأحكام العمد من القصاص وتغليظ الدية [لا] [٦] يلزمه بفعل غيره ؛ فلم يجز أن يتعلق عليه بفعله .

* * *

---

(١) كذا في ب و ج . وفي أ (فلذلك) . (٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) في ج (لجنس) .

(٤) الضدان : صفتان وجوديتان يتعاقبان في موضع واحد ، يستحيل اجتماعهما كالسواد والبياض . والفرق بين الضدين والنقيضين : أن النقيضين لا يجتمعان ولا يرتفعان كالعدم والوجود ، والضدان لا يجتمعان ولكن يرتفعان كالسواد والبياض . انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٥٥ .

(٥) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . ولعله ساقط منها ، والسياق يقتضيه .

(٦) في النسخ الثلاثة (ولا) والصواب ما أثبتنا .

مسألة ١٣٣١

حكم ما إذا غصب صبيًا فنَهَشَتْه [١] حية أو غيرها

٢٧٠٧٧ - قال أصحابنا رحمهم الله: إذا غصب صبيًا [٢] فنهشته حية أو وقع عليه حائط أو صاعقة [٣]؛ فديته على عاقلة الغاصب.

٢٧٠٧٨ - وقال زفر رحمه الله: لا ضمان عليه [٤]. وبه قال الشافعي [٥] رحمه الله.

٢٧٠٧٩ - لنا [٦]: أن (الصبي) [٧] الصغير يثبت عليه [اليد] [٨] ويكون القول فيه قول [من] [٩] هو لا بد أن يضمنه إذا غصبه من غير إتلاف أصله الأموال.

٢٧٠٨٠ - ولا يلزم الوديعة [١٠]، لأنه إذا غصبها ضمنها ويضمنها من غير

(١) نهشته: أي لسعته. انظر: المعجم الوسيط (٩٩٦/٢) مادة نهش.

(٢) المراد بغصب الصبي: الذهاب به بلا إذن وليه كما جاء في الدر المختار (٣٩٩/٥).

(٣) الصاعقة: جسم ناري مشتعل يسقط من السماء في رعد شديد. انظر: المعجم الوسيط (٥٣٥/١)

(٤) انظر: الجامع الصغير ص ٥١٢ ونصه: رجل غصب صبيًا حرًا، فمات في يده فجأة أو بحمى؛ فليس عليه شيء. وإن مات من صاعقة أو نهشته حية؛ فعلى عاقلة الغاصب الدية. اهـ. وقد أوضح السرخسي وجه قول زفر فقال: وإذا غصب الرجل الصبي الحر فذهب به فهو ضامن له إن قتل أو أصابه حجر أو أكله سبع أو تردى من حائط استحسانًا. وفي القياس: لا شيء عليه. وهو قول زفر والشافعي. وجه القياس: أن ضمان الغصب يختص بما هو مال متقوم: والصبي الحر ليس بمال متقوم فلا يضمن بالغصب كالميتة والدم. والدليل عليه: أنه لو مات حتف أنفه أو أصابته حمى فمات: أو مرض فمات أو خرجت به قرحة فمات لم يضمن الغاصب شيئًا بالاتفاق. والدليل عليه: أنه لو غصب مكاتبًا صغيرًا فمات في يده ببعض هذه الأسباب لم يضمن الغاصب شيئًا فالحر أولى. وكذلك لا يضمن أم الولد بالغصب وإن تلفت بهذه الأسباب؛ لأنه لم يبق لرقها قيمة فلأن لا يضمن الحر بهذه الأسباب أولى. انظر: المبسوط (١٨٦/٢٦). ووجه الاستحسان: أنه تسبب بنقله لمكان الصواعق أو الحيات حتى لو نقله لموضع يغلب فيه الحمى والأمراض ضمن. فتجب فيه الدية على العاقلة لكونه قتلًا تسببًا. انظر: الدر المختار (٣٩٩/٥).

(٥) انظر: النكت للشيرازي ورقة ٢٦٣أ وعبارته: إذا حبس صغيرًا في موضع فلسعته حية فمات لم يضمنه. وانظر: الحاوي للماوردي (١٤٥/٧) حيث قال فيه: إذا غصب حرًا صغيرًا فمات في يده حتف أنفه، أو لسعته حية، فلا ضمان.

(٦) ما بين القوسين ساقط من ب و ج.

(٧) ما بين القوسين ساقط من ج.

(٨) في النسخ الثلاثة (القود) وهو خطأ، لأن القلم مرفوع عن الصغير فلا يثبت عليه القود.

(٩) في النسخ الثلاثة (بين)، والصواب ما أثبته.

(١٠) هذا جواب عن قياس الشافعية على الودائع. فقد قال الشيرازي: ولأن ما يضمنه إذا مات حتف أنفه =

إتلاف إذا جحدها .

٢٧٠٨١ - ولأن الصبي لا يمكنه حفظ نفسه من الأشياء المتلفة ، وإنما يحفظه أهله . فإذا أزال الولي عنه (و) [١] قرَّبه من سبب الإتلاف صار كأنه ألقى ذلك (الشر) [٢] عليه ، وكما لو ألقاه إلى سبع حتى افترسه .

٢٧٠٨٢ - و [٣] لا يلزم [٤] إذا مات من [الحمى] [٥] ، لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن ولا يمكن حفظ فيها ، ولا يلزم الحر الكبير [٦] لأنه يقدر على التحفظ والتحرز .

٢٧٠٨٣ - فإن ألزم الحر إذا قيده فعله . قلنا : لا نعرف الرواية . ويجوز أن يقال يلزمه الضمان .

٢٧٠٨٤ - لأنه (لا) [٧] يقدر على الاحتراز [٨] ، ويجوز أن يقال إنه ممن لا يثبت اليد عليه فلا يضمن [٩] في يده . فإن ألزموا إذا أمسك أحدهما آخر فقتله [١٠] .

٢٧٠٨٥ - قلنا : الضمان (هناك) [١١] على المباشر ، ومتى تعلق الضمان بأقوى الفعلين سقط عن أدناهما .

٢٧٠٨٦ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في الصبي إذا كان (مراهِقًا) [١٢] فصاح به إنسان فسقط : وجب عليه الضمان [١٣] . ولو كان كبيرًا : لم يجب عليه الضمان [١٤] .

= لم يضمنه إذا مات من لسع الحية كالودائع .

(١) زيادة في ب و ج .

(٢) كذا في أ ، وفي ب و ج (ليس) .

(٣) ما بين القوسين زيادة من ج .

(٤) هذا جواب عن قياس زفر رَحِمَهُ اللَّهُ . انظر : المبسوط (١٨٦/٢٦) .

(٥) في النسخ الثلاثة (الخمر) والصواب ما أثبتا نظرا للسياق .

(٦) هذا جواب عن قياس المخالف على الكبير . فقد قال الشيرازي : لنا أنه حر فلا يضمنه بهذا السبب كالكبير .

(٧) ما بين القوسين ساقط من أ . وما أثبتا من ب و ج .

(٨) وهذا ما ذكره صاحب الدر المختار فيما بعد قال : ولو نقل الكبير لهذه الأماكن تعديا أن مقيدا ولم يمكنه التحرز عنه ضمن . وإن لم يمنعه من حفظ نفسه لا . لأنه بتقصيره . فحكم صغير ككبير مقيد . انظر : الدر المختار (٤٠٠/٥) .

(٩) ما بين المعقوفين في النسخ الثلاثة (يصر) .

(١٠) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٦٣ وعبارته : يبطل إذا أمسكه حتى قتله آخر .

(١١) في ب (هنا) وفي ج (هنا واجب) .

(١٢) كذا في أ ، وفي ب و ج (مراهق) وهو خطأ . والمراهق : الغلام الذي قارب البلوغ . انظر : طلبة الطلبة ص ٨٣ .

(١٣) في ب و ج (ضمانه) .

(١٤) انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٥٣/٨) وعبارته : قال الإمام الشافعي : ولو صاح برجل فسقط عن حائط لم أر عليه شيئًا . ولو كان صبيًا أو معتوهًا فسقط من صيحته ضمن . اهـ . ويبدو واضحا أن =

٢٧٠٨٧ - احتجوا : بأنه فعل لا يتعلق به وجوب الكفارة فلا يتعلق به ضمان نفس الحر ، أصله : إذا أمسكه حتى قتله غيره .

٢٧٠٨٨ - قلنا : إذا أمسكه غيره فقد وجب الضمان بالتلف على من هو (أخص) [(١)] بالإتلاف فلم يجب على من فعله أو دون من فعله . وفي مسألتنا : لم يجب الضمان بالفعل على الفاعل فجاز أن يجب الضمان على المسبب كمن ألقى رجلًا بين يدي سبع . يبين ذلك : أن من حفر بئرًا فجاء رجل وألقى فيها غيره ؛ لم يضمن الحافر (لأن فعل المباشر) [(٢)] أقوى الفعلين ، ولو لم يوجد فعل الدافع ؛ وجب الضمان على الحافر .

٢٧٠٨٩ - قالوا [(٣)] : لا يضمنه إذا مات حتف أنفه [(٤)] ؛ فلم يضمنه إذا مات بسقوط الحائط (كالعبد) [(٥)] .

٢٧٠٩٠ - قلنا : (العبد) [(٦)] يقدر على حفظ نفسه ، فحاله في يد الغاصب إذا لم يغصب في التحرز [فلم يضمن باليد] [(٧)] . والحر لا يضمن باليد ، وأما الصغير فلا يحفظ نفسه وإنما يحفظه وليه ، فإذا زال يد الولي عنه ولم يحفظه حتى تلف بما يحفظ منه الصبيان (فكأنه) [(٨)] قرَّبه من التلف فضمنه .

* * *

= الإمام القدوري يريد من ذكر قول الإمام الشافعي هذا إلزام الشافعية . لأنهم فرقوا في هذه الحالة بين الرجل والصبي المراهق وأوجبوا الضمان لو كان صبيًا أو معتوهًا ولم يوجبوها إذا كان رجلًا . فكان عليهم أن يفرقوا بينهما في مسألتنا هذه .

(١) كذا في أ ، في ب و ج (أخصر) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي ٢٦/١٨٦ ، والحاوي للماوردي ٧/١٤٦ وعبارته : ولأن من لم يضمن بالموت كبيرا لم يضمن به صغيرًا كالميت حتف أنفه .

(٤) مات حتف أنفه : أي بهلاك نفسه من غير سبب . وحقيقته انقطاع أنفاسه وخروجها من أنفها . انظر : طلبة الطلبة ص ٢٢٨ .

(٥) في ب و ج (كالبئر) .

(٦) في ب و ج (البئر) .

(٧) في النسخ الثلاثة (فلو ضمن اليد) والصواب ما أثبته ليستقيم المعنى .

(٨) في ب و ج (فكأن) .

مسألة ١٣٣٢

حكم ما إذا وجب على إنسان قتل بقصاص أو غيره فالتجأ إلى الحرم

٢٧٠٩١ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا وجب على إنسان [١] قتل بقصاص أو ردة أو زنًا ، فالتجأ إلى الحرم لم يقتل حتى يخرج منه . فإن [٢] قتَل فيه قُتِل [٣] .

٢٧٠٩٢ - وقال الشافعي رحمه الله : دخول الحرم لا يمنع القتل بحق [٤] .

(١) في ب و ج (الإنسان) . (٢) كذا في ب و ج . وفي أ (وإن) .

(٣) انظر : الجامع الصغير ص ٥١٧ ٥١٨ ونصه : رجل وجب عليه حد أو قصاص ، ثم دخل الحرم ، لا يقام ذلك كله عليه . ولا يكلم ولا يشارى حتى يخرج من الحرم ، فيقام ذلك كله . وإن أصاب ذلك في الحرم أقيم ذلك عليه . اهـ . ويستوي في ذلك القتل الواجب بقصاص أو بحد من حدود الله مثل الردة وغيرها كما يدل على ذلك عبارة الإمام القدوري رحمه الله . أما إذا كانت جنايته فيما دون النفس في غير الحرم ثم لاذ بالحرم اقتص منه قياسا على الحبس في الدين . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٣٠٦/٢) والدر المختار (٣٥٢/٥) وهذا قول ابن عباس وعطاء وعبيد بن عمير والزهري ومجاهد وإسحاق والشعبي رضي الله عنه . أخرج الطبري عن ابن عباس رضي الله عنه قال : من أحدث حدثا في غير الحرم ثم لجأ إلى الحرم ؛ لم يعرض له ؛ ولم يبايع ؛ ولم يكلم ؛ ولم يُأو حتى يخرج من الحرم . فإذا خرج من الحرم أخذ فأقيم عليه الحد . قال : ومن أحدث في الحرم حدثًا أقيم عليه الحد . وعن عطاء عن ابن عمر قال : لو وجدت قاتل عمر في الحرم ما هِجْته . انظر : تفسير الطبري (١٣/٤) وتفسير القرطبي (١٤١/٤) . هذا هو مذهب الحنابلة . قال ابن قدامة : من قتل أو أتى حدا خارج الحرم ثم لجا إلى الحرم لم يبايع ولا يشارى حتى يخرج من الحرم فيقام عليه الحد . وجملته : أن من جنى جناية توجب قتلا خارج الحرم ثم لجا إليه لم يستوف منه فيه . انظر : المغني والشرح الكبير (٢٣٠/١٠) وكذلك الإنصاف للمرداوي (١٦٧/١٠) . هذا في القتل ، أما غير القتل من الحدود كلها والقصاص فيما دون النفس فعن الإمام أحمد روايتان . إحداهما : لا يستوفي من الملتجئ إلى الحرم فيه . والثاني : يستوفي وهو مذهب الإمام أبي جنيفة . انظر : المغني والشرح الكبير (٢٣٠/١٠) .

(٤) انظر : المهذب للشيرازي (١٨٨/٢) حيث قال : ومن وجب عليه قتل بكفر أو ردة أو زنا أو قصاص فالتجأ إلى الحرم قتل ولم يمنع الحرم من قتله . والدليل عليه قوله تعالى : ﴿ وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ ولأنه قتل لا يوجب الحرم ضمانه فلم يمنع منه كقتل الحية والعقرب . اهـ . وانظر كذلك الحاوي (٢٢٠/١٢) ومغنى المحتاج (٤٣/٤) . وبهذا قالت المالكية . جاء في حاشية الدسوقي (٢٦١/٤) ما نصه : لا يؤخر قصاص على جان على نفس أو عضو ، وكذا كتلف المال بدخول الحرم بل يقتص منه فيه . وجاء في المنتقى (٨١/٣) ما نصه : وهكذا كل من وجب عليه سفك دمه لقصاص أو غيره يقتل في الحرم . ومما سبق عرضه من أقوال المذاهب يمكن القول بأنه لا خلاف بين المذاهب الأربعة في أن من أصاب حدا في الحرم أو قتل فيه =

٢٧٠٩٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًاۗ ﴾ [(١)] وهذا يقتضي أمنًا مستفادا بالدخول ، وذلك لا يكون إلا فيمن يجوز قتله قبل دخوله ، فأما من لا يجوز قتله فلم يستفد الأمن بالدخول [(٢)] .

٢٧٠٩٤ - فإن قيل [(٣)] : المراد به الكعبة بدلالة قوله (تعالى) [(٤)] : ﴿ إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ

= فإنه يقتل في الحرم ويقام عليه الحد فيه . وإنما الخلاف بينهم فيما إذا وجب عليه القتل بجناية جناها خارج الحرم ثم التجأ إلى الحرم هل يستوفى منه في الحرم ، فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه لا يستوفى منه في الحرم بل يضيق عليه حتى يخرج فيستوفى منه خارج الحرم . بينما ذهب المالكية والشافعية إلى أنه يستوفى منه ذلك في الحرم .

(١) وتمام الآية الكريمة : ﴿ فِيهِ ءَايَٰتُۢ بَيِّنَٰتٞ مَّقَامُ إِبۡرَٰهِيمَۖ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنٗاۗ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلۡبَيۡتِ مَنِ ٱسۡتَطَاعَ إِلَيۡهِ سَبِيلٗاۚ ﴾ سورة آل عمران الآية ٩٧ .

(٢) ما ذكره الإمام القدورى هو قول السُدّى في تفسير الآية الكريمة . فقد ذكر الطبري عن السُدّى : أما قوله ﴿ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنٗاۗ ﴾ فلو أن رجلا قتل رجلا ثم أتى الكعبة فعاذ بها ثم لقيه أخو المقتول لم يحل له أبدا أن يقتله . وقال آخرون : معنى ذلك : ومن دخله يكن آمنا من النار . انظر : تفسير الطبري (١٤/٤) . وقال ابن كثير : وقوله تعالى : ﴿ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنٗاۗ ﴾ يعنى حرم مكة إذا دخله الخائف يأمن من كل سوء . وكذلك كان الأمر في حال الجاهلية ، كما قال الحسن البصري وغيره : كان الرجل يقتل فيضع في عنقه صوفة ويدخل الحرم فيلقاه ابن المقتول فلا يهيجه حتى يخرج . انظر : تفسير ابن كثير (٣٨٥/١) . وقد اعترض على استدلال الحنفية بالآية الكريمة من وجهين . أحدهما : أنه خبر عما مضى ، ولم يقصد بها إثبات حكم مستقل الثاني : أن ذلك الأمن قد ذهب ، وأن القتل والقتال قد وقع بعد ذلك فيها ، وخبر اللّٰه سبحانه لا يقع بخلاف مخبره فدل على أنه في الماضي . انظر : أحكام القرآن لأبن العربي (٢٨٥/١) . وقال القرطبي : والصحيح أنه قصد بذلك تعديد النعم على من كان بها جاهلا ولها منكرا من العرب كما قال تعالى : ﴿ أَوَلَمۡ يَرَوۡاْ أَنَّا جَعَلۡنَا حَرَمًا ءَامِنٗا وَيُتَخَطَّفُ ٱلنَّاسُ مِنۡ حَوۡلِهِمۡۚ ﴾ فكانوا في الجاهلية من دخله ولجأ إليه أمن من الغارة والقتل . انظر : تفسير القرطبي (١٤١/٤) . وأجيب عن ذلك بأن قوله تعالى : ﴿ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنٗاۗ ﴾ هو أمر لنا بإيمانه وحظر دمه . ألا ترى إلى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُقَٰتِلُوهُمۡ عِندَ ٱلۡمَسۡجِدِ ٱلۡحَرَامِ حَتَّىٰ يُقَٰتِلُوكُمۡ فِيهِۖ فَإِن قَٰتَلُوكُمۡ فَٱقۡتُلُوهُمۡۗ ﴾ فأخبر بجواز وقوع القتل فيه ، وأمرنا بقتل المشركين فيه إذا قاتلونا . ولو كان قوله تعالى : ﴿ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنٗاۗ ﴾ خبرا لما جاز أن لا يوجد مخبره . فثبت بذلك أن قوله تعالى : ﴿ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنٗاۗ ﴾ هو أمر لنا بإيمانه ونهي لنا عن قتله . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٣٠٤/٢) .

(٣) انظر : النكت للشيرازي ورقة ٢٥٩ أ وعبارته : هذا في الكعبة فإنه عطف على قوله : ﴿ إِنَّ أَوَّلَ بَيۡتٖ وُضِعَ لِلنَّاسِ ﴾ . وقد أجاب أبو بكر الجصاص عن اعتراض الشافعية هذه فقال : لما جعل اللّٰه حكم الحرم حكم البيت فيما عظم من حرمته وعبر تارة بذكر البيت وتارة بذكر الحرم ، اقتضى ذلك التسوية بينهما إلا فيما قام دليل تخصيصه . وقد قامت الدلالة في حظر القتل في البيت فخصصناه وبقي حكم الحرم على ما اقتضاه ظاهر القرآن من إيجاب التسوية بينهما . واللّٰه أعلم . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٣٠٧/٢) .

(٤) زيادة من ب و ج .

وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِى بِبَكَّةَ مُبَارَكًا ﴾ (١) .

٢٧٠٩٥ – قلنا : عند مخالفنا من دخل الكعبة لم يستفد الأمن ، وإنما لا يقتل حتى لا يلوثها بالدم . والآية تقتضي أمنًا مستفادًا بالدخول . ولأنه قال : ﴿ فِيهِ ءَايَٰتٌۢ بَيِّنَٰتٌ مَّقَامُ إِبْرَٰهِيمَ ﴾ (٢) والمقام خارج الكعبة يدل على أن المراد بالآية جميع البقعة .

٢٧٠٩٦ – ويدل عليه قوله تعالى :﴿ (أَوَلَمْ) (٣) يَرَوْاْ أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا ءَامِنًا وَيُتَخَطَّفُ ٱلنَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ ﴾ (٤) فوصف الحرم بالأمن ، وهذا يمنع من قتل الملتجئ إليه (٥) .

٢٧٠٩٧ – ولا يقال إن هذا يفيد الصيد ، لأن الآية خرجت مخرج (الامتنان) (٦) ، ولا يصح أن (يمتن) (٧) علينا (بتحريم) (٨) الصيد ، لأنه قال : ﴿ وَيُتَخَطَّفُ ٱلنَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ ﴾ فدل أن الأمن للآدمي .

٢٧٠٩٨ – ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَإِذْ جَعَلْنَا ٱلْبَيْتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ وَأَمْنًا ﴾ (٩) .

٢٧٠٩٩ – ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُقَٰتِلُوهُمْ عِندَ ٱلْمَسْجِدِ (ٱلْحَرَامِ) (١٠) حَتَّىٰ يُقَٰتِلُوكُمْ فِيهِ ﴾ (١١) والمنع من المقاتلة منع من القتل ، فإذا مُنع من قتل الكفار في الحرم فقتل المسلم أولى .

٢٧١٠٠ – فإن قيل (١٢) : هذه الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ

---

(١) وتمام الآية الكريمة : ﴿فِيهِ ءَايَٰتٌۢ بَيِّنَٰتٌ مَّقَامُ إِبْرَٰهِيمَ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِىٌّ عَنِ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴾ آل عمران الآية ٩٧ .

(٢) جزء من الآية رقم ٩٧ سورة آل عمران . (٣) كذا في (ب) و (ج) وفي أ (ألم) وهو خطأ .

(٤) وتمام الآية الكريمة : ﴿ أَوَلَمْ يَرَوْاْ أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا ءَامِنًا وَيُتَخَطَّفُ ٱلنَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ أَفَبِٱلْبَٰطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ ٱللَّهِ يَكْفُرُونَ ﴾ سورة العنكبوت الآية رقم ٦٧ .

(٥) أجاب الإمام الشيرازي عن استدلال الحنفية بالآية الكريمة بأن المراد به القتل المحرم فإن الحرم يؤكد الحرمة ويتغلظ به الدية . انظر : النكت ورقة أ ٢٥٩ . (٦) كذا في أ ، وفي ب و ج (الانسان) .

(٧) في ج (يتميز) . (٨) في ب و ج (لتحريم) .

(٩) وتمام الآية الكريمة : ﴿ وَإِذْ جَعَلْنَا ٱلْبَيْتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ وَأَمْنًا وَٱتَّخِذُواْ مِن مَّقَامِ إِبْرَٰهِـۧمَ مُصَلًّى وَعَهِدْنَآ إِلَىٰٓ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَٰعِيلَ أَن طَهِّرَا بَيْتِىَ لِلطَّآئِفِينَ وَٱلْعَٰكِفِينَ وَٱلرُّكَّعِ ٱلسُّجُودِ ﴾ سورة البقرة الآية رقم ١٢٥ .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من ج .

(١١) وتمام الآية الكريمة ﴿ وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُم مِّنْ حَيْثُ أَخْرَجُوكُمْ وَٱلْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ ٱلْقَتْلِ وَلَا تُقَٰتِلُوهُمْ عِندَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ حَتَّىٰ يُقَٰتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِن قَٰتَلُوكُمْ فَٱقْتُلُوهُمْ كَذَٰلِكَ جَزَآءُ ٱلْكَٰفِرِينَ ﴾ سورة البقرة الآية رقم ١٩١ .

(١٢) ﴿ فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ انظر كذلك حاشية الدسوقي (٢٦١/٤) وقد ذكر الإمام القرطبي أقوال العلماء في كون هذه الآية الكريمة منسوخة أو محكمة فقال : للعلماء في هذه الآية قولان : أحدهما : أنها منسوخة . والثاني أنها محكمة . قال مجاهد : الآية محكمة . ولا يجوز قتال =

ٱلْحُرُمُ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ (١) .

٢٧١٠١ - قلنا : هذا يفيد زوال التحريم المتعلق بالأشهر ، والقتل في الحرم لا تأثير له في الأشهر على المنع من قتل المسلمين ، فلو أفادت هذه الآية الأخرى جواز قتل المشركين في الحرم لم يوجد نسخ ما فهم بالآية الأولى من تحريم قتل المسلمين ؛ (لأن تحريم قتل الكافر) (٢) يدل على تحريم قتل المسلم ، (وإباحة) (٣) قتل الكافر لا يدل على إباحة قتل المسلم . ويدل عليه قوله (ﷺ) (٤) في مكة : « لا يُختلى [خَلاها] (٥) ولا يُعضَد شجرها ولا يُنَفَّر صيدها ولا يُسفك فيها دم » (٦) .

٢٧١٠٢ - قالوا (٧) : سفك الدماء يتناول القتل المحرم بدلالة قوله تعالى : ﴿ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ ٱلدِّمَآءَ ﴾ (٨) .

= أحد في المسجد الحرام إلا بعد أن يقاتل . وبه قال طاووس . وهو الذي يقتضيه نص الآية وهو الصحيح من القولين . وإليه ذهب أبو حنيفة وأصحابه . وقال قتادة : الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ . وقال مقاتل : نسخها قوله تعالى : ﴿ وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ ﴾ ثم نسخ هذا قوله : ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ فيجوز الابتداء بالقتال في الحرم . انظر : تفسير القرطبي (٣٥١/٢) . وذكر الإمام الشوكاني القولين أيضًا واختار كونها محكمة . وأجاب على القائلين بأنها منسوخة فقال : إن الجمع ممكن ببناء العام على الخاص ، فيقتل المشرك حيث وجد إلا في الحرم . ومما يؤيد ذلك قوله ﷺ : « إنها لم تحل لأحد قبلي ، وإنما أحلت لي ساعة من نهار » وهو في الصحيح . انظر : فتح القدير للشوكاني (٢٨٣/١) .

(١) وتمام الآية الكريمة : ﴿ فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَٱحْصُرُوهُمْ وَٱقْعُدُوا۟ لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ ۚ فَإِن تَابُوا۟ وَأَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّوا۟ سَبِيلَهُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ سورة التوبة الآية رقم ٥ .

(٢) قوله : (لأن تحريم قتل الكافر) ساقط من ب و ج .

(٣) كذا في ب و ج . وفي أ (تحريم) . (٤) في ب و ج (عليه السلام) .

(٥) في النسخ الثلاثة (خلاؤها) والصواب ما أثبتنا لأن هذه الكلمة مقصورة .

(٦) أخرج الشيخان البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال : « حرم الله مكة فلم تحل لأحد قبلي ولا أحد بعدي . أحلت لي ساعة من نهار . لا يختلى خلاها ، ولا يعضد شجرها ، ولا ينفر صيدها ، ولا تلتقط لقطتها إلا لمعرف . فقال العباس رضي الله عنه : إلا الإذخر لصاغتنا وقبورنا . فقال : إلا الإذخر » . واللفظ للبخاري . انظر : صحيح البخاري كتاب الجنائز ، باب الإذخر والحشيش في القبر (٤٥٢/١) . ومسلم في كتاب الحج ، باب تحريم مكة وصيدها (٩٨٦/٢) . وفي حديث أبي شريح عند البخاري ومسلم أيضًا ورد بلفظ : فلا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك بها دما ولا يعضد بها شجرة . وسيأتي تخريجه .

(٧) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٩ وعبارته : السفك هو الدم الحرام . ولهذا قال : ﴿ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ ٱلدِّمَآءَ ﴾ وإنما خص الحرم لتأكيد التحريم فيه .

(٨) وتمام الآية الكريمة ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَـٰٓئِكَةِ إِنِّى جَاعِلٌ فِى ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً ۖ قَالُوٓا۟ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا =

٢٧١٠٣ - قلنا : سفك الدماء يتناول القتل على العموم بحق وبغير حق .

٢٧١٠٤ - ويدل عليه قوله (ﷺ) [١] : إن [أعتى] [٢] الناس على الله (ثلاثة) [٣] : رجل قتل غير قاتله ، (ورجل قتل في الحرم) [٤] ، ورجل قتل بذَحْل [٥] الجاهلية » [٦] ولا يجوز أن يكون غير قاتله .

٢٧١٠٥ - ولا يقال [٧] إطلاق يتناول القتل بغير القصاص ، لأن القصاص سمي قتلا ، بدلالة قوله (ﷺ) [٨] : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ، إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا (أخذوا الدية) [٩] » [١٠] .

٢٧١٠٦ - ويدل عليه قوله (ﷺ) [١١] : « إن مكة حرام حرمها الله (تعالى) [١٢]

= وَيَسْفِكُ ٱلدِّمَآءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَۖ قَالَ إِنِّيٓ أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾ سورة البقرة الآية رقم ٣٠ .

(١) في ب و ج (عليه السلام) .

(٢) في النسخ الثلاثة (أغير) والصواب ما أثبته بناء على ما في كتب الحديث . وأعتى بفتح الهمزة وسكون العين المهملة فمثناة فوقية فألف مقصورة : اسم تفضيل من العتو ، وهو التجبر . انظر : سبل السلام (٥٠٥/٣) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج . (٤) قوله : (ورجل قتل في الحرم) ساقط من ب و ج .

(٥) الذَّحْل : طلب المكافأة بجناية جنيت عليه من قتل أو جرح ونحو ذلك . والذحل : العداوة أيضًا . انظر : النهاية لابن الأثير (١٥٥/٢) .

(٦) أخرجه الإمام أحمد في المسند (١٨٧/٢) . والبيهقي في السنن الكبرى (٧١/٨) بلفظ : « وإن أعتى الناس على الله ثلاثة : رجل قتل فيها ، ورجل قتل غير قاتله ، ورجل طلب بذحل الجاهلية » وأخرجه ابن حبان بلفظ : « إن أعتى الناس على الله ثلاثة : من قتل في حرم الله ، أو قتل غير قاتله ، أو قتل لذحل الجاهلية » انظر : الإحسان كتاب الجنايات باب القصاص (٣٤١/١٣) . وأخرج الدارقطني نحوه عن أبي شريح في كتاب الحدود والديات . الحديث رقم ٥٧ . سنن الدارقطني (٩٦/٣) . قال الحافظ ابن حجر : أخرجه ابن حبان في حديث وصححه . انظر : سبل السلام (٥٠٥/٣) . ووجه الاستدلال به : أن عمومه يحظر قتل كل من كان فيه فلا يخص منه شيء إلا بدلالة . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٣٠٦/٢) .

(٧) هذا رد الإمام القدورى لجواب الشافعية عن الاستدلال بالحديث الشريف . فقد قال الماوردي : أما الجواب عن الخبر وقوله : (القاتل في الحرم) فمحمول على ابتداء القتل ظلما بغير حق دون القصاص لأمرين : أحدهما : أن لقتل القصاص أسماء وهو أخص إطلاقه على غيره . والثاني : أنه جعله من أعتى الناس . وليس المقتص من أعتى الناس لأنه مستوف لحقه ، ومستوف الحق لا يكون عاتيا . وإنما العاتي المبتدئ . ولئن كان داخلا في قوله : (من قتل غير قاتله) فأعيد ذكر قتله في الحرم تغليظا وتأكيدا كما قال تعالى : ﴿ حَٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلْوُسْطَىٰ ﴾ . انظر : الحاوي (٢٢٢/١٢) .

(٨) في ب و ج (عليه السلام) . (٩) في ب (فادوا) .

(١٠) سبق تخريجه . (١١) في ب و ج (عليه السلام) .

(١٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

لا تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي . وإنما أحلت لي ساعة من نهار »[1] .

٢٧١٠٧ - فإن قيل : المراد بهذا دخوله بغير إحرام .

٢٧١٠٨ - قلنا : وقتاله أيضًا بدلالة قوله : [فمن][2] (ترخص)[3] بقتال رسول الله ﷺ فيها ، (وإنما)[4] أحلت لي ساعة من نهار »[5] .

٢٧١٠٩ - ولأنه قتل مباح ، فجاز أن يكون للحرم تأثير في (حظره)[6] أصله قتل الصيد .

٢٧١١٠ - ولا يلزم قتل الحشرات لأنا قلنا : [قتل][7] مباح ، وذلك القتل قد يكون واجبا إذا خاف الضرر منها .

٢٧١١١ - ولا يلزم الذبح ، لأن ذلك لا يسمى قتلا وإنما سمي ذكاة وذبحا .

٢٧١١٢ - ولأنه قتل أبيح لغير دفع الضرر فأشبه قتل الصيد[8] . ولا يلزم الحشرات ، لأن قتلها أبيح لدفع ضررها .

٢٧١١٣ - فإن قيل : المعنى في الصيد أنه لما أثر الحرم فيه استوى (الملتجئ والقاتل)[9] في الحرم .

---

(١) الحديث . وقد سبق تخريجه . انظر ص ٣٤٣ ، ووجه الاستدلال بالحديث : أن ظاهره يقتضي حظر قتل اللاجئ إليه والجاني فيه . إلا أن الجاني فيه لا خلاف فيه أنه يؤخذ بجنايته فبقي حكم اللفظ في الجاني إذا لجأ إليه . انظر : أحكام القرآن للجصاص (٣٠٦/٢) .

(٢) ما بين المعقوفين في النسختين (عمر) . والصواب ما أثبته .

(٣) كذا في أ و ج ، وفي ب (رخص) . (٤) في ب و ج (فإنما) .

(٥) عن أبي شريح أنه قال لعمرو بن سعيد - وهو يبعث البعوث إلى مكة - ائذن لي أيها الأمير أحدثك قولا قام به النبي ﷺ الغد من يوم الفتح . سمعته أذناي ووعاه قلبي وأبصرته عيناي حين تكلم به . حمد الله وأثنى عليه ثم قال : « إن مكة حرمها الله ، ولم يحرمها الناس . فلا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك بها دما ، ولا يعضد بها شجرة . فإن أحد ترخص لقتال رسول الله ﷺ فيها فقولوا : إن الله قد أذن لرسوله ولم يأذن لكم . وإنما أذن لي ساعة من نهار . ثم عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالأمس . وليبلّغ الشاهد الغائب » فقيل لأبي شريح : ما قال لك عمرو ، قال : أنا أعلم بذلك منك يا أبا شريح . إن الحرم لا يعيذ عاصيا ولا فارا بدم ولا فارا بخُربة . أخرجه البخاري في صحيحه . كتاب العلم ، باب ليبلغ الشاهد الغائب (٥١/١) . ومسلم في كتاب الحج ، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها . برقم ٤٤٦ صحيح مسلم (٩٨٧/٢) . (٦) في ب و ج (حصره) .

(٧) في النسخ الثلاثة (قتال) والصواب ما أثبتنا .

(٨) أجاب الإمام القرافي عن قياس الحنفية على الصيد بأنه قياس مع الفارق فقال : إن الصيد غير جان ولا أنه ظالم بخلاف الآدمي . انظر : الذخيرة (٣٤٨/١٢) .

(٩) كذا في أ وهو الصواب ، وفي ب « والملتجئ والناس » وفي ج (والملتجئ من الناس) وهو تحريف .

٢٧١١٤ - (قلنا) [١] : كذلك نقول في الآدمي ، لأن أهل الحرم آمنون ، [والملتجئ] [٢] إليهم في (حكمهم) [٣] .

٢٧١١٥ - وإنما القاتل في الحرم يجوز قتله ، كما أن الصيد إذا ابتدأ الآدمي في الحرم جاز له قتله .

٢٧١١٦ - فإن قيل : الصيد لما منع الحرم من قتله وجب بقتله الكفارة . ولما لم يجب بقتل الآدمي الملتجئ الكفارة دل على أن الحرم لم يؤثر في المنع من قتله [٤] .

٢٧١١٧ - قلنا : إذا (قتله) [٥] (قصاصا) [٦] فهو قتل عمد . وذلك لا يتعلق به الكفارة عندنا [٧] .

٢٧١١٨ - قالوا : الصيد لما حرم قتله استوى فيه النفس وما دونها ، فلو كان كذلك في الآدمي استوى النفس وما دونها .

٢٧١١٩ - قلنا : دخول الحرم أمان ، (والأمان يقتضي حظر القتل ، [والحظر] [٨] يتناول ما يقصد به القتل ، ولا يتناول الأطراف بانفرادها بدلالة أمان) [٩] الحربي ، وما دون النفس من (الصيد) [١٠] إنما يتناول ليتمكن [به] [١١] من قتله [وحده] [١٢] فكان محظورا بالأمان كحظر النفس ، والقصاص فيما دون النفس من الآدمي لا يستوفي طلبا للنفس ، بدلالة أنه لا يقطع في الحر الشديد ولا [١٣] البرد الشديد .

---

(١) في ب و ج (لأنا) .

(٢) في النسخ الثلاثة (وفي الملتجئ) ، والصواب ما أثبته .

(٣) كذا في ب و ج . وفي أ (حلمهم) .

(٤) انظر : النكت للشيرازي ورقة أ ٢٥٩ وعبارته : ولأنه قتل لا يتعلق به الكفارة فلم يمنع الحرم منه كقتل الصيد الصائل .

(٥) في ج (قتل) .

(٦) في النسخ الثلاثة (قصاص) والصواب ما أثبته .

(٧) من المعلوم أن وجوب الكفارة في القتل العمد مسألة مختلف فيها . فلا يتعلق به الكفارة عند الحنفية كما قال الإمام القدوري . بينما قالت الشافعية بوجوب الكفارة فيها . انظر : المهذب (٢١٧/٢) ومغني المحتاج (١٠٧/٤) .

(٨) في أ (وحظر) وهو ساقط من ب و ج ، والصواب ما أثبته .

(٩) قوله : والأمان يقتضي- إلى قوله - بدلالة أمان ساقط من ب و ج .

(١٠) كذا في أ ، وفي ب و ج (الصيف) .

(١١) في أ و ب (بدل) وهو ساقط من ج . والصواب ما أثبته .

(١٢) في النسخ الثلاثة (واحدة) والصواب ما أثبته .

(١٣) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

٢٧١٢٠ - فإن قيل : الصيد إذا التجأ لا يجوز جز [١] شعره ولا حلب لبنه وإن كان ذلك [٢] لا يفعل لإتلاف نفسه .

٢٧١٢١ - قلنا : و [٣] لكنه لا يتمكن من تناوله إلا بثبوت اليد عليه . و أمر (الصيد) [٤] يمنع من اصطياده وإمساكه ، وأمر الآدمي لا يمنع من إمساكه وثبوت اليد عليه .

٢٧١٢٢ - ولأنها بقعة من بقع الحرم فلا يقتل الملتجئ إليها أصله البيت .

٢٧١٢٣ - (قال) [٥] مخالفونا [٦]: إنما لا يجوز القتل في الكعبة حتى لا يلوثها بالدم ، فإن (بسط) [٧] فيها (أنطاعا) [٨] وقتل فيها جاز . وهذا قول يرده النص . قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا ﴾ [٩] .

٢٧١٢٤ - ولأن هذا المعنى الذي ذكروه موجود في جميع المساجد ، وقد علمنا قطعا أن الكعبة حرمتها ليست كسائر المساجد .

٢٧١٢٥ - ولأن اللّٰه تعالى خص هذه البقعة (بالفضل) [١٠] كما (خص) [١١] (ﷺ) [١٢] على سائر الناس ، فمن قال إن المنع في الكعبة كالمنع في غيرها فهو كمن قال إن تحريم النبي (ﷺ) [١٣] (كتحريم) [١٤] قتل غيره .

---

(١) جز أي قطع . انظر : المعجم الوسيط مادة جزز (١/١٢٥) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ب و ج .

(٣) ما بين القوسين زيادة من ب و ج .

(٤) في ج (الصيدان) .

(٥) في ب و ج (قالوا) .

(٦) يقصد بذلك الشافعية والمالكية . قال الإمام الغزالي : فلا يؤخر باللياذ إلى الحرم بل يقتل فيه ، ويخرج عن المسجد الحرام فيقتل . وقيل : يقتل في المسجد الحرام ويبسط الأنطاع تعجيلا . انظر : الوجيز (٢/١٣٦) . وقال الخطيب الشربيني : وظاهر كلام الرافعي أن الاستيفاء في المسجد حرام . وهو كذلك إن خيف التلويث ، وإلا فمكروه كما قاله المتولي . انظر : مغني المحتاج (٤/٤٣) . وجاء في حاشية الدسوقي ما نصه : ويخرج ذلك الجاني من المسجد الحرام ليقام عليه الحد خارج المسجد ولو في الحرم . ولا يقام عليه الحد في المسجد لئلا يؤدى إلى تنجيسه .

(٧) في ب و ج (سقط) وهو تحريف .

(٨) في ب وج (انقطاعا) وهو تحريف . والأنطاع : مفردها النطع وهو المتخذ من الأديم معروف . وفيه أربع لغات : فتح النون وكسرها ومع كل واحد فتح الطاء وسكونها . والجمع أنطاع ونُطُوع . انظر : المصباح المنير (٢/٨٣٩) .

(٩) وتمام الآية الكريمة : ﴿ فِيهِ ءَايَٰتُۢ بَيِّنَٰتٌ مَّقَامُ إِبْرَٰهِيمَ ۖ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا ۗ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ۚ وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِىٌّ عَنِ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴾ رقم ٩٧ سورة آل عمران .

(١٠) في ب و ج (بالفعل) وهو تحريف .

(١١) في ب و ج (خير) .

(١٢) في ب و ج (عليه السلام) .

(١٣) في ب و ج (عليه السلام) .

(١٤) كذا في ب و ج . وفي أ (لتحريم) .

٢٧١٢٦ - ولأنها بقعة لا يجوز دخولها بغير إحرام كالبيت .

٢٧١٢٧ - ولأن كل بقعة التجأ إليها الصيد منع من قتله ، إذا التجأ إليها من وجب عليه القصاص منع من قتله كملك الغير .

٢٧١٢٨ - احتجوا [١] : بقوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [٢] وقال : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ﴾ [٣] وقوله : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا ﴾ [٤] وقوله (ﷺ) [٥] : « العمد قود » [٦] وقال : « أهله بين خيرتين » [٧] .

٢٧١٢٩ - قلنا : هذه الظواهر تدل على وجوب القصاص ، وما ذكرنا يفيد تفصيل أحوال الإنسان فوجب أن يستعمل بينهما (ويستعمل) [٨] فيما ورد فيه لا (يُعترض) [٩] (ببعضها) [١٠] على بعض .

٢٧١٣٠ - قالوا : قتل واجب فلا يمنع الحرم منه كمن وجد منه سبب القتل في الحرم [١١] .

---

(١) استدل الشافعية والمالكية بهذه النصوص العامة في القصاص . قال الإمام الماوردي : ودليلنا عموم الظواهر من الكتاب والسنة في القصاص وإن لم يقترن بها تخصيص الحل من الحرم . انظر : الحاوي (٢٢١/١٢) . وقال الإمام القرافي : لنا عمومات القصاص . انظر : الذخيرة (٣٤٨/١٢) .

(٢) وتمام الآية الكريمة ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ الآية رقم ٤٥ من سورة المائدة .

(٣) وتمام الآية الكريمة : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ الآية رقم ١٧٨ من سورة البقرة .

(٤) وتمام الآية الكريمة : ﴿ وَلَا تَقْتُلُواْ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِي حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّي ٱلْقَتْلِ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴾ الآية رقم ٣٣ من سورة الإسراء .

(٥) في ب و ج (عليه السلام) .

(٦) سبق تخريجه .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) كذا في ب و ج ، وفي أ (ويستعمل منها) ولعله خطأ من الناسخ .

(٩) في النسخ الثلاثة (يعتبر) ولعله تحريف ، والصواب ما أثبته .

(١٠) كذا في ب و ج . وفي أ (بعضها) .

(١١) انظر : الحاوي للماوردي (٢٢١/١٢) حيث قال : ولأن كل قصاص جاز استيفاؤه في الحل جاز استيفاؤه في الحرم كالقاتل في الحرم . وقال القرافي في الذخيرة (٣٤٨/١٢) : والقياس على مبتدئ القتل فيه .

٢٧١٣١ - قلنا : إذا وجد منه سبب القتل في الحرم هتك حرمته وترك التزام (تعظيمه) [١] . وإذا وجد سبب القتل في غيره ثم التجأ إليه فقد التزم حرمته وتمسك بها . وفرق في الأصول بين من وجد سبب الأمان فرده ولم يلتزمه وبين من (قبله) [٢] والتزمه أصله الحربي إذا أمناه .

٢٧١٣٢ - فإن قيل : يبطل بالكعبة فإن المبتدئ بالقتل فيها لا يقتل فيها كالملتجئ إليها .

٢٧١٣٣ - قلنا : بل المبتدئ بالقتل فيها يخالف ، الملتجئ إليها لم يقتل ، ولو (قصد) [٣] غيره فيها ليقتله جاز أن يقتله دفعا عن نفسه ، فأما إذا قتل فيها فلا ضرورة بنا إلى القصاص ، بل نخرجه منها ثم نقتله بعد إخراجه منها

٢٧١٣٤ - قالوا : موضع لو حصل سبب الإباحة فيه جاز قتله ، فإذا وجد في غيره ثم التجأ إليه جاز قتله أصله الحل [٤] .

٢٧١٣٥ - قلنا : الحل لو التجأ إليه الصيد لم يمنع من قتله ، فإذا التجأ الآدمي إليه لم يمنع من قتله ، والحرم بقعة لو التجأ إليها الصيد لم يجز قتله ، كذلك إذا التجأ إليه القاتل لم يجز قتله .

٢٧١٣٦ - قالوا : أحد نوعي القصاص فجاز أن يستوفى في الحرم أصله الأطراف [٥] .

٢٧١٣٧ - قلنا : إن عللتم للجواز قلنا بموجبه إذا ابتدأ القتل فيه ، ولأن ما دون النفس أجري ضمانه مجرى ضمان الأموال ، بدلالة (أنه) [٦] يكون عمدا محضا فلا يجب فيه (القصاص) [٧] ، وتعتبر فيه المماثلة ولا تجب فيه الكفارة ، (فلذلك) [٨] استوى فيه الحرم والحل ، والقصاص في النفس بخلافه .

٢٧١٣٨ - ولأن دخول الحرم أمان والأمان يتعلق بالنفس وتدخل الأطراف على طريق (التبع) [٩] للنفس ، فلا يتعلق الأمان بالطرف منفردا عن النفس كأمان الحربي .

---

(١) كذا في ب و ج . وفي أ (التعظيم) .

(٢) في ج (قتله) وهو تحريف .

(٣) كذا في ب و ج . وفي أ (قصده) .

(٤) انظر : الحاوي للماوردي ٢٢١/١٢ وعبارته : ولأن كل موضع كان محلا للقصاص إذا جنى فيه ، كان محلا له وإن جنى في غيره كالحل .

(٥) لنا أنه نوع قصاص فلا يمنع الحرم استيفاءه كالقصاص في الطرف . وانظر كذلك : الذخيرة للقرافي (٣٤٨/١٢) .

(٦) كذا في ب ، وفي أ و ج (أن) .

(٧) في ب و ج (قصاص) .

(٨) في ب و ج (فكذلك) .

(٩) كذا في أ و ج ، وفي ب (البيع) .

فعلى هذا من وجب عليه القصاص في النفس والمرتد والزاني المحصن [فخاف] (١) على نفسه فأفاده الحرم [أمانا] (٢) في نفسه ، فدخلت أطرافه على وجه التبع . وكذلك الصيد لم تكن نفسه آمنة في الحل فاستفاد بالحرم أمانا في نفسه .

٢٧١٣٩ - فلو قلنا : إنا لا نقطع طرفه أثبتنا الأمان في الطرف ابتداء . والأمان لا (يجوز) (٣) أن يتناول ذلك .

٢٧١٤٠ - قالوا : عقوبة فلا يمنع دخول الحرم من استيفائها كالحد (٤) .

٢٧١٤١ - قلنا : لا فرق بين (القصاص والحد) (٥) . لأن الحدود التي لا تأتى على النفس تستوفى كالقصاص فيما دون النفس ، وأما الحدود التي تأتى على النفس فلا تستوفى إذا وجد سببها في الحل كالقصاص في النفس ، ومتى وجد سببها في الحرم استوفيت كالقصاص .

٢٧١٤٢ - قالوا : حق فلا يمنع دخول الحرم (من) (٦) استيفائه كسائر الحقوق .

٢٧١٤٣ - قلنا : سائر الحقوق لا يمنع منها ، ألا ترى أن أمان الحربي لا يسقط عنه الديون ويمنع قتله .

٢٧١٤٤ - قالوا : إذا منعتموه من الأكل والشرب قتلتموه بذلك فهو أعظم من القصاص (٧) .

---

(١) في أ و ب (محرف) وفي ب (فحرف)

(٢) في النسخ الثلاثة (أمان) والصواب ما أثبتنا . (٣) في ب و ج (يجاوز) .

(٤) انظر : الذخيرة (٣٤٨/١٢) حيث قاس القرافي على حد الزنا وشرب الخمر . وقال : وبالأولى لأن الحدود تسقط بالرجوع عن الإقرار وبغيره .

(٥) في ب و ج (الحد والقصاص) . ما ذكره الإمام القدوري من أنه لا فرق بين الحدود والقصاص ليست على إطلاقه . وإنما هو يقصد بها أنه لا فرق بينهما في الاستيفاء . وأما الفروق بينهما فقد ذكر ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ١٤٥ : أن القصاص كالحدود إلا في سبعة مسائل : الأولى - يجوز القضاء بعلمه في القصاص دون الحدود . الثانية - الحدود لا تورث والحدود تورث . الثالثة - لا يصح العفو في الحدود ولو كان حد القذف بخلاف القصاص . الرابعة - التقادم لا يمنع من الشهادة بالقتل بخلاف الحدود سوى حد القذف . الخامسة - القصاص يثبت بالإشارة والكتابة من الأخرس بخلاف الحدود . السادسة - لا تجوز الشفاعة في الحدود وتجوز في القصاص . السابعة - الحدود سوى حد القذف لا تتوقف على الدعوى بخلاف القصاص لا بد فيه من الدعوى . والله تعالى أعلم . (٦) في ب و ج (على) .

(٧) انظر : أحكام القرآن لابن العربي (٢٨٥/١) حيث قال : وقد ناقض أبو حنيفة فقال : إنه لا يطعم ولا يسقى ولا يعامل ولا يكلم حتى يخرج . فاضطراره إلى الخروج ليس يصح معه أمن . وقال القرطبي في تفسيره =

٢٧١٤٥ - قلنا : نحن نمنع مبايعته ومخالطته ، ولا نمنع أن يأكل ماله ويأكل المباحات ويشرب الماء المباح فنضيق عليه ليخرج ، ولا نقتله بالجوع والعطش .

٢٧١٤٦ - قالوا : حرمتم ما أحله الله تعالى وهو البيع وأحللتم ما حرم الله وهو هجرته وترك مخالطته [١] .

٢٧١٤٧ - قلنا : حرمنا مبايعته وقد أباح الله البيع في الجملة وحرمه في بعض الأحوال ، كبيع السلاح أيام الغزو ، ونهى النبي ﷺ عن هجرة المؤمنين وأمر (بهجران) [٢] الفاسق ، وإنما وجب (الحبس) [٣] على الممتنع من قضاء دينه .

* * *

= (١١١/٢) : فنحن نقتله بالسيف وهو يقتله بالجوع والصد . فأي قتل أشد من هذا . اهـ .

(١) انظر : الحاوي للماوردي (٢٢١/١٢) وعبارته : ولأن النص وارد بتحريم الهجر وإباحة البيع . قال الله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ وقال رسول الله ﷺ : « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث » فأمر أبو حنيفة بهجره وهو محظور ، ومنع من بيعه وهو مباح ، وأخّر الاقتصاص منه وهو واجب ، فصار في الكل مخالفا للنص . وقال القرافى : إنكم خالفتم الأمر بمنعكم إياه الطعام والشراب . انظر : الذخيرة (٣٤٨/١٢) .

(٢) في ب و ج (بهجر) . وكلاهما صحيح . تقول : هجر الشيء أو الشخص هجرا ، وهجرانا : تركه وأعرض عنه . انظر : المعجم الوسيط (١٠١٢/٢) مادة هجر .

(٣) في ب و ج (بالحبس) .

مسألة ١٣٣٣

حكم استيفاء الأب أو الوصي القصاص الثابت للصغير في النفس وما دونها

٢٧١٤٨ - قال أصحابنا رحمهم الله : إذا ثبت للصغير قصاص جاز للأب أن يستوفيه في النفس وما دونها . وللوصي أن يستوفى فيما دون النفس ، ولا يستوفى فيها [١] .

٢٧١٤٩ - وقال الشافعي رحمه الله : ليس لواحد منهما أن (يستوفيها) [٢] .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي (١٦١/٢٦) حيث قال الإمام السرخسي : فأما استيفاء القصاص فيؤول للأب أن يستوفى القصاص الواجب للصغير في النفس وما دون النفس . هذا ما قاله السرخسي بالنسبة للأب . وفي الوصي قال : وليس للوصي أن يستوفى القصاص في النفس لأن تصرف الولي مقصور على المال ، والقصاص في النفس ليس بمال . وفي استيفاء الوصي القصاص في الطرف روايتان : أظهرهما : أن له أن يستوفى ، لأن الطرف يسلك به مسلك الأموال ، بدليل أنه يعتبر فيه التساوي في البدل . وفي الرواية الأخرى : ليس له أن يستوفى . لأن القصاص في الطرف ليس بمال كالقصاص في النفس . اهـ . وبهذا يتضح أن الإمام القدورى لم يذكر لنا خلافا عند الحنفية في الوصي هل له أن يقتص فيما دون النفس أو لا ، وما ذكر السرخسي يفيد أن الحنفية عندهم روايتان أظهرهما ما ذكرها الإمام القدورى . وقالت المالكية : لولي الصغير من أب أو وصي أو غيرهما إذا استحق الصغير قصاصا وحده بلا مشاركة كبير فيه ، النظر بالمصلحة في القتل وفي أخذ الدية كاملة . فيجب عليه فعل الأصلح ، فإن استوت المصلحة خير ، ولا يجوز له أخذ بعض الدية مع إملاء الجاني ، انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٥٩/٤) . يتضح من هذا أنهم لم يفرقوا بين الأب والوصي في استيفاء القصاص في النفس . ولم يفرقوا كذلك بين استيفاء القصاص في النفس وما دون النفس بالنسبة للوصي كما فرق بينهما الحنفية .

(٢) كذا في أ ، وفي ب و ج (يستوفي بها) . انظر : الأم (٦٥/٦) حيث جاء فيه : قال الإمام الشافعي رحمه الله : وكل قصاص وجب لصبي أو مغلوب على عقله فليس لأبي واحد منهما ولا وليه من كان أخذ القصاص ولا عفوه . ويحبس الجاني حتى يبلغ الصبي أو يفيق المعتوه ، فيقتصا أو يدعا أو يموتا ، فتقوم ورثتهما مقامهما . وقال الإمام الشيرازي : وإن كان الوارث صغيرا أو مجنونا لم يستوف له الولي ، لأن القصد من القصاص التشفي ودرك الغيظ ، وذلك لا يحصل باستيفاء الولي . ويحبس القاتل إلى أن يبلغ الصغير أو يعقل المجنون . لأن فيه حظا للقاتل بأن لا يقتل ، وفيه حظا للمولى عليه ليحصل . انظر : المهذب (١٨٤/٢) . فعلى هذا ينتظر بلوغ الصبي وإفاقة المجنون ، ويسجن الجاني حتى يصبح من له الحق في القصاص من أهل التكليف . وعند الحنابلة روايتان عن الإمام أحمد . وحكاهما أبو الخطاب في بعض المواضع وجهين . إحداهما : ليس للأب استيفاؤه للصغير والمجنون . وهو المذهب . والرواية الثانية : له استيفاؤه . لأن القصاص أحد بدلي النفس فكان للأب استيفاؤه كالدية . انظر : الإنصاف للمرداوي (٤٧٩/٩) ، والمغني والشرح الكبير (٤٦٠/٩) . وصورة =

٢٧١٥٠ - [لنا : أن الأب له ولاية استيفاء] (١) القصاص كالإمام . ولأن ولاية الأب أقوى من ولاية الإمام لأنه يلي بغير تولية ، فإذا جاز للإمام أن يستوفى القصاص بولايته فالأب أولى (٢) .

٢٧١٥١ - ولأنه أحد بدلي النفس فجاز أن يستوفى في حال صغر المستحق كالدية .

٢٧١٥٢ - فإن قيل : الدية تمليك للمال ، والقتل إتلاف للحق (٣) .

٢٧١٥٣ - قلنا : إتلاف هذا الحق هو التصرف المقصود فيه ، فلا يقال إنه إتلاف للحق . ألا ترى أن الإمام يستوفيه للمسلمين وهو لا يمكن من إتلاف حقوقهم .

٢٧١٥٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ﴾ (٤) والأب ليس (بولي) (٥) ....

= المسألة بالنسبة للأب : أن تقتل أم وليس لها وارث سوى ولدها الصغير ، ولم تكن المقتولة زوجة لأبيه ، بل كان مطلقا لها . وصورتها بالنسبة للوصي : أن يقتل شخص عبدا ليتيم عمدا . ومن خلال عرض أقوال المذاهب يمكن القول بأن للفقهاء رأيان في هذه المسألة : ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه لا ينتظر بلوغ الصبي وإفاقة المجنون فيستوفيه الولي . وهو رواية عن الإمام أحمد . إلا أن الحنفية فرقوا بين الأب والوصي في استيفاء القصاص في النفس . كما فرقوا بين النفس وما دون النفس بالنسبة للوصي . بينما لم يفرق الباقون . وذهب الشافعية والحنابلة في رواية وهو المذهب عندهم إلى أنه يسجن الجاني وينتظر حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون .

(١) ما بين المعقوفين ليست في النسخ الثلاثة . ويحتمل سقوطه منها . وإضافته للنص ضروري حتى يستقيم الكلام .

(٢) قاس الإمام القدورى الأب على الإمام . ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن الإمام يجوز له استيفاء القصاص إذا لم يكن للمقتول ولي . لأن السلطان ولي من لا ولي له . انظر : البدائع (٢٤٥/٧) والشرح الكبير للدردير (٢٥٩/٤) ومغنى المحتاج (٤٠/٤) والمغني والشرح الكبير (٤٧٦/٩) . وقد أجاب الإمام الشيرازي عن قياس الحنفية الأب على الإمام بأنه قياس مع الفارق فقال : لأن الحق ليس لمعين فينتظر ، وها هنا الحق لمعين ينتظر حتى يستوفى أو يعفو . ولأن تلك الولاية يملك بها الطلاق ، وبهذه الولاية لا يملك بها .

(٣) أجاب الشافعية والحنابلة عن قياس الحنفية على الدية بأنه قياس مع الفارق . فقد قال الإمام الشيرازي : الوصي يملك قبض بدل النفس ولا يملك القصاص . ولأن قبض بدل النفس تحصيل لأنه يحفظ له ، والقصاص تفويت ، لأن المقصود به التشفي ودرك الغيظ ، ولا يحصل له ذلك . انظر : النكت للشيرازي ورقة ب ٢٥٦ . وقال ابن قدامة : ويخالف الدية ، فإن الغرض يحصل باستيفاء الأب له فافترقا . ولأن الدية إنما يملك استيفاءها إذا تعينت ، والقصاص لا يتعين ، فإنه يجوز العفو إلى الدية ، والصلح على مال أكثر منها أو أقل ، والدية بخلافه . انظر : المغني والشرح الكبير (٤٦٠/٩) .

(٤) وتمام الآية الكريمة : ﴿وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ۗ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴾ الآية رقم ٣٣ من سورة الإسراء .

(٥) في ب و ج (بمولى) .

للمقتول [١] .

٢٧١٥٥ - قلنا : هذا يدل على أن للولي أن يستوفي . وهل يستوفي غير الولي ، موقوف على الدليل .

٢٧١٥٦ - ولأن الأب يستوفى للابن كما يستوفى الوكيل للولي عند مخالفنا [٢] .

٢٧١٥٧ - قالوا : قود غير منحتم ، فلم يجز استيفاؤه بغير إذنه أصله إذا كان لبالغ عاقل .

٢٧١٥٨ - قلنا : المستحق هناك لا يجوز أن يستوفى الدية بغير رضاه . فكذلك القصاص . والأب يجوز أن يستوفى الدية بغير رضا الصغير ، كذلك القصاص [٣] .

٢٧١٥٩ - قالوا [٤] : ولاية لا يملك بها إيقاع الطلاق ، فلا يملك بها استيفاء القصاص في النفس كولاية [الوصي] [٥] .

٢٧١٦٠ - قلنا : ولاية [الوصي] [٦] أضعف من ولاية الأب [٧] ، بدلالة أنها تثبت بتولية ولا يملك بها التزويج ، وولاية الأب تثبت بغير تولية ويملك بها التزويج .

---

(١) لأن صورة المسألة كما سبق أن قلنا : أن تقتل أم وليس لها وارث سوى ولدها الصغير ، ولم تكن المقتولة زوجة لأبيه ، بل كان مطلقا لها . ففي هذه الحالة لا يكون الأب وليا للقتيل . والآية الكريمة جعل السلطان للولي .

(٢) يجوز أن يستوفى الوكيل للولي بحضرة الولي عند الشافعية . انظر : الحاوي للماوردي (٥١٧/٦) .

(٣) ما أجاب به الإمام القدورى عن قياس الشافعية فيه نظر . لأنه في حالة وجوب الدية تكون الدية متحتمة ، وفي حالة وجوب القود تكون القود غير متحتمة ، فقد يقتص أو يعفو أو يأخذ الدية أو يصالح على أقل أو أكثر . وبانتظار بلوغ الصغير يحصل الجاني على فرصة للنجاة بالعفو ، ويجد الصغير فرصة للحصول على المال إذا كان يحتاج إليها .

(٤) انظر : المجموع مع التكملة الثانية (٤٤٢/١٨) عبارته : ولأنه لا يملك إيقاع طلاق زوجته ، فلا يملك استيفاء القصاص في النفس كالوصي . وانظر كذلك : المغني والشرح الكبير (٤٦٠/٩) وعبارته : لنا أنه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجته فلا يملك استيفاء القصاص له كالوصي . اهـ . وهذا القياس موجه للحنفية لأنهم يتفقون مع الشافعية في أنه ليس لوصي الصغير أن يستوفى القصاص في النفس الثابت له . وأما المالكية فإن الوصي يستوفى في النفس وما دون النفس .

(٥) في النسخ الثلاثة (الصبي) ، والصواب ما أثبته بناء لما ورد في كل من تكملة المجموع والمغني والشرح الكبير .

(٦) في النسخ الثلاثة (الصبي) والصواب ما أثبته .

(٧) ما اعترض به الإمام القدورى على قياس الشافعية والحنابلة على الوصي يرتكز على كون ولاية الوصي أضعف من ولاية الأب ، فتكون ذلك قياسا مع الفارق . ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن ولاية الأب وإن كان أقوى من ولاية الوصي إلا أن المقصود من القصاص لا يتحقق باستيفاء غير صاحب الحق ، لأن القصاص شرع للتشفي ودرك الغيظ ، وهذا لا يتحقق إلا بولي القتيل .

٢٧١٦١ - قالوا : من لا يملك العفو لا يملك القصاص .

٢٧١٦٢ - قلنا : إن أردتم العفو بغير عوض انتقض بالإمام [١] .

٢٧١٦٣ - فإنه لا يملك العفو بغير عوض ، (ويملك بعوض) [٢] . وإن قلتم : إنه لا يملك العفو بعوض لم نسلم . لأن الأب عندنا يجوز أن يعفو (و) [٣] يأخذ الدية .

* * *

---

(١) ويمكن أن يجاب عن النقض الذي أورده الإمام القدورى بأن حق استيفاء القصاص أو العفو بعوض يكون للإمام ، لأنه ليس للمقتول ولي . وفي مسألتنا المقتول له ولي معين وهو الصغير . فيمكن أن نقول : من لا يملك العفو في حالة وجود ولي صغير للمقتول لا يملك القصاص . فلا ينتقض بالإمام .

(٢) ما بين القوسين ساقط من ج .

(٣) كذا في ب ، وفي أ (أو) . والصواب ما أثبته . لأن الأب عند الحنفية يجوز أن يعفو على الدية وليس له أن يعفو على غير الدية .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المسمّاة

التجريد

كتاب الديات

مسألة (١) ١٣٣٤

[دية شبه العمد]

٢٧١٦٤ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف : دية شبة العمد أرباع (٢) خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة .

٢٧١٦٥ - وقال محمد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ما بين ثنية إلى بازل عامها كلها خلفه (٣) .

٢٧١٦٦ - وقال الشافعي : مثله (٤) .

(١) قال في العناية : ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما أن الدية أحد موجبي الجناية في الآدمي صيانة له عن القصاص لكن القصاص أشد جناية فلذ قدمه . والكلام فيها من وجوه : الأول في دليل مشروعيتها ، والثاني في معناها لغة ، والثالث في معناها عند الفقهاء ، والرابع في سبب وجوبها ، والخامس في فائدتها ، والسادس في ركنها ، والسابع في شرطها ، والثامن في حكمها . أما دليل المشروعية فقوله تعالى ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾ [سورة النساء :الأية ٩٢] . وأما معناها في اللغة فالدية مصدر ودية القاتل المقتول أعطى ديته وأعطى لوليه المال الذي هو بدل النفس ، ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر ، كذا في المغرب . قال في القاموس : الدية حق للقتيل جمعها ديات . وفي الصحاح : وديت القتيل أديه دية إذا أعطيت ديته . وأما معناها شرعا فالدية عبارة عما يؤدي وقد صار هذا الاسم علما على بدل النفوس دون غيرها وهو الأرش . وأما سبب وجوبها فالخطأ فإن الآدمي لما خلق في الأصل معصوم النفس محقون الدم مضمونا عن الهدر فيجب صون حقه عن البطلان . وأما الخامس وهو فائدتها فهو دفع الفساد وإطفاء نار ولي المقتول . وأما ركنها فهو الأداء والإيتاء . وأما شرط وجوبها فكون المقتول معصوم الدم متقوما بعصمة الدار ومنعة الإسلام حتى لو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فقتل لا تجب الدية . وأما حكمها فتمحيص ذنب التقصير بالتكفير . وفي المبسوط : يحتاج إلى بيان كيفية وجوب الدية وكيفية مقدارها . أما كيفية وجوب الدية ففي نفس الحر تجب دية كاملة يستوي فيها الصغير والكبير ، والوضيع والشريف ، والمسلم والذمي . انظر : البحر الرائق ابن نجيم المصري (٧٥/٩) .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٣) انظر البدائع (٢٥٥/٧) وعبارة : ودية شبه العمد أرباع عندهما : خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقه وخمس وعشرون جزعة وهو مذهب عبد الله بن مسعود ﷺ وعند محمد أثلاث : ثلاثون حقة وثلاثون جزعة وأربعون ما بين ثنية إلى بازل عامها كله خلفه .

(٤) قال الإمام الشافعي : وشبه العمد وهو ما عمد بالضرب ... وفى هذا الدية مغلظة فيه ثلاثون حقة وثلاثون جزعة وأربعون خلفه ما بين ثنية إلى بازل علمه الأم (٣٤٩/٧) .

٢٧١٦٧ - لنا : ما روي في كتاب عمرو بن حزم [١] في النفس مائة من الإبل [٢] ظاهر ذلك يقتضي أدنى ما يتناوله الاسم .

٢٧١٦٨ - وروى الزهري عن السائب ابن يزيد قال كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ أرباعا [٣] خمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض [٤] ومعلوم أن هذا لا يجب في دية الخطأ فلم يبق إلا أن يكون في دية شبة العمد .

٢٧١٦٩ - وروي عن عمرو بن دينار عن طاووس عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول والخطأ عقل لا قود فيه وما كان من رمية أو ضرب مفصلًا بحجر فهي مغلظة في أسنان الإبل » [٥] فأثبت التغليظ في السن فمن أثبته في الصفة فهي الحمل فقد خالف الخبر .

٢٧١٧٠ - ولأن الصحابة اتفقوا أن تغليظ شبه العمد على الخطأ يقع [٦] بشيء واحد فجعل ابن مسعود دية الخطأ أرباعًا [٧] .

٢٧١٧١ - وقالوا في شبه العمد شيئًا واحدًا فمن نقص لسن خالف إجماعهم ولأنها دية فلا تجب فيها الحوامل كالخطأ ولأنه بدل عن النفس فكان الأسنان فيه متساوية كالخطأ .

٢٧١٧٢ - قالوا : نقلب فنقول فكانت الأسنان فيه وترًا .

٢٧١٧٣ - قلنا : هذا القلب يؤكد قولنا لأنها وتر متساوية والتساوي طريقة

---

(١) هو : عمرو بن حزم بين زيد بن لوذان بن حارثة بن عيد بن زيد بن ثعلبة بن زيد بن مناة بن حبيب بن عبد الله بن حارثة بن مالك بن جشم بن الحارث بن الخزرج الأنصاري أبو الضحاك له صحبة ، شهد الخندق مع رسول الله ﷺ وبعثه رسو الله ﷺ إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات . روي عنه : ابنه محمد بن عمرو وزياد بن نعيم الحضرمي والنضر بن عبد الله السلمي . قال سعيد بن عفير توفي سنة ثلاث وخمسين وقيل أربع وخمسين . انظر : تهذيب الكمال للمزي (٥٨٧/٥٨٥/٢١) .

(٢) ما روي في كتاب ابن حزم في النفس بيانه من الإبل . أخرجه النسائي في سننه المجتبي (٥٩/٨) برقم ٤٨٥٥ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٧٣/٨) برقم ١٥٩٢٤

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٤) حديث السائب بن يزيد أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٥٠/٧) برقم ٦٦٦٤ .

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الحدود والديات وغيره برقم ٤٧ . انظر سنن الدارقطني (٩٤/٣) .

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) حديث ابن مسعود . أخرجه أبو داود في سننه (١٨٤/٤) برقم ٤٥٤٥ .

صحيحة لأن الأنواع إذا كان دخول كل واحد كالآخر وجب أن يتساوى أما الوتر والشفع فتجب للدلالة على أن دية الخطأ أحق .

٢٧١٧٤ - قلنا : هذه المخالفة تقتضي تغليظ شبة العمد غلظناه وليس يلزم التغليظ من كل الوجوه ولأنه حق تعلق بأسنان مختلفة من الإبل فلا يزيد على الجذع كالزكاة .

٢٧١٧٥ - ولأنه حق يتعلق [١] بجنس الحيوان فلا يعتبر فيه الحوامل كالزكاة وعتق الرقاب والهدايا .

٢٧١٧٦ - فإن قيل : الزكاة مواساة فلا يجوز التغليظ فيها والمقصود من الهدي اللحم ولحم الحامل ناقص والكفارة تثبت بعتق الآدمية والحمل فيها نقص .

٢٧١٧٧ - قلنا : الزكاة لا يجوز تغليظها والدية لا يجب تغليظها بكل وجوه التغليظ وقولهم المقصود بالهدي اللحم ولحم الهدايا ناقص فكذلك النقص لم يمنع من جوازها في الهدي ولم يجب .

٢٧١٧٨ - وقولهم أن الحمل في الآدمية نقص فكذلك لم [٢] يشترط في الكفارة ولأن ذلك لا يمنع جواز عتقها ولا يشترط ذلك فيها ولأنه صنف من الدية فلا يشترط فيه الحمل كالجذع .

٢٧١٧٩ - ولأنه سن لا تجب في الزكاة [فلا يجب في الدية كما زاد على البازل] [٣] .

٢٧١٨٠ - ولا يلزم [بنت مخاض] [٤] ابن مخاض [لأن هذا الشطر يجب في الزكاة إذا بنت مخاض وابن مخاض] [٥] سن واحد .

٢٧١٨١ - ولأن زيادة الفعل توجب تغليظ الدية كما أن زيادة المال توجب تغليظ الزكاة ثم لم يجز أن تزيد الزكاة على الجذع بزيادة المال كذلك بزيادة الفعل في مسألتنا لا يوجب زيادة السن على الجذع وإن أوجب زيادة العدد .

٢٧١٨٢ - ولأن كل سن ليس له مدخل في دية الخطأ وليس له مدخل في كونه شبه العمد كما زاد على البازل .

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

٢٧١٨٣ - ولأن كل سن يجب في الدية يوافق السن الذي يجب معه في العدد أصله الحقان والجذع في شبة العمد وأصله أسنان دية الخطأ .

٢٧١٨٤ - احتجوا : بما روي سفيان بن عيينة عن علي بن زيد بن جدعان (١) عن القاسم بن ربيعة عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال ألا إن قتيل عمد (٢) الخطأ بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها (٣) .

٢٧١٨٥ - قلنا : هذا الخبر مضطرب الإسناد لأن شعبة رواه عن أيوب عن القاسم ابن ربيعة (٤) عن عبد الله بن عمر (٥) وتارة يرويه عن رجل من أصحاب رسول الله ﷺ (٦) قضى في دية شبة العمد بثلاث وثلاثين حقة وثلاث وثلاثين جذعة وأربع وثلاثين خلفة . هذا مضاف إلى خطبة النبي ﷺ يوم الفتح وهو مستند إلى الكعبة (٧) .

٢٧١٨٦ - ولو كان هذا صحيحًا لم ينفرد بنقله ابن عمر وكذا رواه أصحاب رسول الله ﷺ .

٢٧١٨٧ - ولأن الاختلاف في هذه المسألة ظهر بين الصحابة فقال علي وعمر رضي الله عنهما ثلاث وثلاثون وأربع وثلاثون (٨) .

٢٧١٨٨ - وقال ابن مسعود أرباعًا (٩) وقال عثمان ثلاثة وثلاثون من كل صنف (١٠) .

---

(١) هو : علي بن يزد بن جدعان الإمام العالم الكبير أبو الحسن القرشي التيمي البصري الأعمى ولد في دولة يزيد وحدث عن : أنس بن مالك ، وسعيد بن المسيب ، وأبي عثمان النهدي وعروة بن الزبير وأبي قربة وعدة. حدث عنه : شعبة وسفيان وحماد بن سلمة وعبد الوارث وحماد بن زيد وعدة . ولد أعمى كقتادة وكان من أوعية العلم على تشيع قليل فيه وسوء حفظه يغضيه عن درجة الإتقان . مات سنة إحدى وثلاثين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٣/٤٢/٦) . (٢) ساقطة من (ص) .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٥/٤) برقم ٤٥٤٧ ، والنسائي في سننه (٤١/٨) برقم ٤٧٩٣ وغيرهم .

(٤) هو : القاسم بن ربيعة بن جوشن الغطفاني الجوشني ابن عم عيينة بن عبد الرحمن بن جوشن . روي عن : عبد الله بن عمر بن الخطاب ، عبد الله بن عمرو بن العاص وعبد الرحمن بن عوف وعقبة بن أوس وعمر بن الخطاب وأبي بكرة الثقفي ، روى عنه : أيوب السختياني وحميد الطويل وخالد الهذاء وعلي بن زيد بن جدعان وآخرون وروى له أيضًا : أبو داود والنسائي وابن ماجه . انظر : تهذيب الكمال (٣٤٨/٣٤٧/٢٣) .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٥/٤) برقم ٤٥٨٨ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٤٤/٨) برقم ١٥٧٧٧ .

(٦) أخرجه النسائي في سننه (٤١/٨) برقم ٤٧٩٤ . (٧) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٥/٤) برقم ٤٥٤٧ .

(٨) الأثر عن علي أخرجه أبو داود في سننه (١٨٦/٤) برقم ٤٥٥١ ، والأثر عن عمر أخرجه أبو داود في سننه (١٨٦/٤) برقم ٤٥٥٠ . (٩) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٦/٤) برقم ٤٥٥٢ .

(١٠) انظر السنن الكبرى للبيهقي (٦٩/٨) برقم ١٥٩٠٢ . وعبارته : وروى عثمان بن عفان وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ما يخالف بعضه .

٢٧١٨٩ - وقال زيد مثل قولهم (١) .

٢٧١٩٠ - ولو كان هذا الخبر ثابتًا لم يختلفوا ولا احتج بعضهم على بعض فلما لم يحتج به دل على أنه غير ثابت ويحتمل أن يكون هذا في الوقت الذي كان بيع الحمل جائزًا وكان يجوز ثبوت الحوامل في الدية ثم نسخ ذلك .

٢٧١٩١ - وكذلك الجواب عما روي عن عبادة بن الصامت قال : قضى رسول الله ﷺ في الدية العظمى بثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة (٢) .

٢٧١٩٢ - قالوا : دية نفس فوجب أن يكون عدد أنواعها وترًا كالخطأ .

٢٧١٩٣ - قلنا : نقلب فنقول فلا تجب فيها الحوامل أو فوجب أن تتساوى أنواعها فلا تتفاضل .

٢٧١٩٤ - قالوا : بنت مخاض لا تصلح للحمل عليها فوجب أن لا تجزئ في الدية المغلظة أصله الفصلان .

٢٧١٩٥ - قلنا : المعنى في الفصلان أنها لا تجزئ في الذكور الكبار وليس كذلك بنت مخاض لأنها تجوز في زكاة الكبار بنفسها فجاز أن تجب في دية شبه العمد .

* * *

---

(١) وعبارته : وروى عثمان بن عفان وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ما يخالف بعضه .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٤/٨) برقم ١٥٩٣٤ .

مسألة ١٣٣٥

[دية الخطأ]

٢٧١٩٦ - قال أصحابنا : دية الخطأ أخماسًا عشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض (١) .

٢٧١٩٧ - قال الشافعي : عشرون ابن لبون (٢) .

٢٧١٩٨ - لنا : قوله ﷺ في النفس مائة من الإبل (٣) وظاهره يقتضي أدنى ما يتناوله الاسم وروى خشف (٤) بن مالك الطائي عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قضى في دية الخطأ مائة من الإبل عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت لبون وعشرون بنت مخاض وعشرون بن مخاض (٥) .

٢٧١٩٩ - فإن قيل : رواه الحجاج بن أرطأة (٦) عن زيد بن جبير (٧) عن حنيف ابن مالك والحجاج ضعيف .

٢٧٢٠٠ - قلنا : قد روي أصحابنا عن الحجاج وهذا تعديل منهم وإنما طعن

---

(١) انظر المبسوط (٧٧/٢٦) وعبارته : والسن الخامس عندنا ابن مخاض وعند الشافعي ابن لبون .

(٢) الأم (١٢٣/٦) وعبارته : فدية الخطأ أخماس : عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جزعة .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) هو : خشف بن مالك الطائي الكوفي روي عن عبد الله بن مسعود وعمر بن الخطاب وأبيه مالك الطائي روي عنه : زيد بن جبير الجشمي قال النسائي : ثقة . روى له الأربعة . انظر : تهذيب الكمال (٢٤٩/٨) .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٤/٤) برقم ٤٥٤٥ ، وابن ماجه في سننه (٨٧٩/٢) برقم ٢٦٣١ .

(٦) هو : حجاج بن أرطأة بن ثور بن هبيرة بن شراحيل بن كعب الإمام العلامة مفتي الكوفة مع الإمام أبي حنيفة والقاطي ابن أبي ليلى أبو أرطأة النخعي الكوفي الفقيه أحد الأعلام ولد في حياة أنس بن مالك وغيره من صغار الصحابة . روي عن : عكرمة وعطاء والحكم ونافع ومكحول وجبلة بن سحيم والزهري وقتادة والقاسم بن برة وعمرو بن شعث وآخرون . حدث عنه : منصور بن المعتمر وهو أحد شيوخه وقيس بن سعد وابن إسحاق وشعبة وهو من أقرانه والحماد والثوري وشريك زياد البكاني وغيرهم ولي قضاء البصرة وكان جائز الحديث : إلا أنه صاحب إرسال وكان يرسل عن يحيى بن أبي كثير توفي سنة ١٤٥ أو ١٤٩ هـ . انظر: سير أعلام النبلاء (٦٢/٥٦/٧) .

(٧) زيد بن جبير الطائي الكوفي من ثقات التابعين حدث عن ابن عمر في الثقات . روى عن : خشف بن مالك وأبي يزيد الضبي . حديث عنه : حجاج بن أرطأة وشعبة والثوري وإسرائيل وزهير وأبو عوانة وآخرون وثقه يحيى بن معين وقال النسائي : ليس به بأس . مجموع له سبعة أحاديث . انظر : سير أعلام النبلاء (١٦٨/٦) .

أصحاب الحديث عليه عن سليمان التيمي عن أبي مجانة عن أبي عبيدة عن ابن مسعود أنه قال في دية الخطأ عشرون ابن [1] لبون [2] وكيف يظن أن ابن مسعود يسمع عن النبي ﷺ ما يقول خلافه .

٢٧٢٠١ - قلنا : روى عبد اللّه بن المبارك عن سليمان التيمي بهذا الإسناد بعينه عن ابن مسعود [3] وذكر فيه بني المخاض وابن المبارك أثبت من حماد وروى إسرائيل ابن يونس عن منصور بن المعتمر عن أبي عبيدة عن عبد اللّه وذكر بني مخاض [4] .

٢٧٢٠٢ - ورواه أشعث بن سوار [5] عن الشعبي وزيد بن ثابت ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار عن ابن مسعود مثل قولنا ، وذكر الطحاوي بإسناده عن سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم عن ابن مسعود في دية الخطأ أخماسًا عشرون بنو مخاض [6] فإذا تعارضت الروايتان فأثبتهما ما وافق الخبر الذي رواه عن النبي ﷺ .

٢٧٢٠٣ - ولأن بنت لبون سن قبله سن في صدقة الإبل فلا يجتمع منه الذكر والأنثى في الدية كالحقة .

٢٧٢٠٤ - ولأن ابن لبون أقيم مقام غيره في الزكاة فلم يضم إلى أسنان الإبل في الدية كالسائر ولأنه أجرى مجرى بنت مخاض وجعل [زيادة سنه بنقصان صفته فلو ضممناه إلى بنت مخاض صار كالنوع وقد اتفقنا أن في] [7] الخطأ أخماسًا فلا يجوز جعلها أرباعًا .

٢٧٢٠٥ - ولأن كل موضع وجب ابن لبون لم يجز أن يكون أصلًا مع القدرة على بنت مخاض أصله الزكاة .

---

(١) في (م) ، (ع) : [بنت] .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٥/٨) برقم ١٥٩٣٧ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٥/٨) برقم ١٥٩٣٧ .

(٤) انظر : السنن الكبرى للبيهقي (٧٥/٨) برقم ١٥٩٣٧ .

(٥) هو : أشعث بن سوار الكندي الكوفي النجار التوابيتي الأحزق مولى ثقيف وهو الأشرم وهو قاضي الأهواز حدث عن : الشعبي وعكرمة والحسن وابن سيرين . حدث عنه : شعبة وعبثر بن القاسم وهشيم وحفص بن غياث وآخرون وروى له مسلم متابعة وكان أحد العلماء على لين فيه توفي سنة ست وثلاثين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٥٢/٦/٤٥٣) .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧٤/٨ برقم ١٥٩٣٦ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش ومن (ع) .

٢٧٢٠٦ – احتجوا : بما روي سهل بن أبي حثمة [١] أن رسول الله ﷺ أدى قتيل الأنصار من إبل الصدقة [٢] وليس في إبل الصدقة بنو مخاض وإنما فيها بنو لبون .

٢٧٢٠٧ – قلنا : يجوز أن يكون فيها ابن مخاض عندنا أخذ على طريق القيمة ويجوز أن يكون توالدت الإبل بعد أخذها .

٢٧٢٠٨ – ولأن النبي عليه السلام أدى ما لا يجب عليه فإذا تبرع بالأصل لإصلاح ذات البين جاز أن يتبرع بزيادة سن على الواجب وإن كان ذلك لا يلزمه قالوا روى ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قضى في دية العمد [٣] الخطأ بمائة من الإبل خمسًا جذاعًا وخمسًا حقاقا وخمسًا بنات لبون وخمسا بنات مخاض [٤] .

٢٧٢٠٩ – قلنا : قد روينا ضد هذا من طريق ابن مسعود من قول [٥] ابن مسعود نفسه [٦] .

٢٧٢١٠ – قالوا : إذا تعارضت الروايتان ففي خبرنا زيادة حكم فكان أولى .

٢٧٢١١ – قلنا : لم يثبت التعارض كان المسمى أولى .

٢٧٢١٢ – ولأن بني المخاض يدخل في بني اللبون فيجوز أن يكون الراوي شاهدا الدية بعد مضي تمام الحول الثاني وقد صارت بني لبون فظن أنها كذلك وجبت ولا يمكن تأويل بني المخاض أن ابن لبون لا يدخل فيه .

٢٧٢١٣ – قالوا : فقد روي سليمان بن يسار [٧] عن النبي ﷺ مثل

---

(١) هو : سهل بن أبي حثمة واسمه عبد الله وقيل : عامر بن ساعدة بن جشم بن مجدعة بن حارثة ابن الحارث بن الخزرج الأنصاري أبو عبد الرحمان ويقال : أبو يحيى ويقال أبو محمد المدني صاحب النبي ﷺ . روي عن النبي ﷺ وزيد بن ثابت ومحمد بن مسلمة الأنصاري . روي عنه : بشير بن يسار وصالح بن خوات بن جبير وعبد الرحمن بن مسعود بن نبار وعروة بن الزبير وغيرهم . قال الواقدي : مات النبي ﷺ وهو ابن ثمان سنين وحفظ عنه : وهذا خلاف ما حكاه ابن أبي حاتم . روي له جماعة . انظر : تهذيب الكمال (١٧٩/١٧٧/١٢) .

(٢) أخرجه البخاري في صحيح (٢٥٢٨/٦) برقم ٦٥٠٢ ، ومسلم في صحيح (١٢٩٢/٣) برقم ١٦٦٩ .

(٣) ساقطة من (ص) .

(٤) تمام الحديث وخمسًا ابن لبون أخرجه الدارقطني في سننه (١٧٥/٣) برقم ٢٦٧ .

(٥) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٦) سبق تخريجه .

(٧) هو : سليمان بن يسار الفقيه الإمام عالم المدينة ومفتيها أبو أيوب وقيل : أبو عبد الرحمن وأبو عبد الله المدني مولى أم المؤمنين ميمونة الهلالية أخو عطاء بن يسار وعبد الملك وعبد الله . وقيل : كان سليمان مكاتبًا لأم سلمة =

قولنا[1] وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ [ورواه عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ] [2] والمراسيل ترجح بها .

٢٧٢١٤ – قلنا : ما لا يصح الاحتجاج به لا يقع به الترجيح .

٢٧٢١٥ – ولأن الشافعي احتج بحديث سليمان بن يسار قال كانوا يقولون في دية الخطأ أخماسًا [3] فكيف يكون عن ابن يسار عن النبي ﷺ غير حديث ابن مسعود .

٢٧٢١٦ – قالوا ابن يسار تابعي فإذا قال كانوا يقولون فإنما يعني الصحابة فصار هذا إجماع .

٢٧٢١٧ – قلنا : الخلاف في هذه المسألة ظاهر بين الصحابة قال ابن مسعود مثل قولنا [4] .

٢٧٢١٨ – وقال علي بن أبي طالب أرباع خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض [5] .

٢٧٢١٩ – وقال عثمان وزيد بن ثابت عشرون بنت مخاض وعشرون ابن لبون وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة [6] فكيف يدعي الإجماع قالوا كل ما لا تجب فيه الزكاة لا تجب في دية الخطأ كالثنايا .

٢٧٢٢٠ – قلنا : يبطل بابن لبون .

٢٧٢٢١ – فإن قالوا ثبت في الزكاة .

٢٧٢٢٢ – قلنا : على طريق البدل وكذلك بنت مخاض عندنا فلأن الثنايا لا تؤخذ الأنثى منها فلم يجب الذكر ولما كان ابن مخاض تجب الأنثى منه في مفتتح الأسنان كذلك أن يؤخذ الذكر .

= ولد في خلافة عثمان حدث عن : زيد بن ثابت وابن عباس وأبي هريرة وحسان بن ثابت وجابر بن عبد اللّه وعدة من الصحابة . حدث عنه : أخوه عطاء والزهري وبكير بن الشبح وعمرو بن دينار وعمرو بن ميمون بن مهران وسالم أبو النضر وربيعة الرأي وغيرهم . توفي سنية ١٠٧ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٧٦/٣٧٣/٥) .

(١) وعبارته : عن سليمان بن يسار أنهم كانوا يقولون آية الخطأ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٣) انظر : الأم (١٢٣/٦) ، والسنن الكبرى للبيهقي (٧٣/٨) برقم ١٥٩٢٨ .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٤/٨) برقم ١٥٩٣١ .

(٦) أخرجه الدارقطني في سننه (١٧٦/٣) برقم ٢٧٠ .

٢٧٢٢٣ - قالوا ابن مخاض دون ما افتتحت به فريضة الإبل من جنسها فوجب أن لا يجب في الدية أصله الفصلان .

٢٧٢٢٤ - قلنا : ابن مخاض عن السن افتتحت به الفريضة ونقصانه إنما هو في الصغر لنقصان ابن لبون والمعنى في الفصلان أن الأنثى منها لا تجزي في الديات كذلك الذكر فلما جازت الأنثى من هذا السن لم يتقدمها غيرها جاز أن يجب الذكر .

٢٧٢٢٥ - قالوا مالا يجب على من يجب عليه على طريق المواساة فوجب أن لا يكون فيه بني مخاض كالزكاة .

٢٧٢٢٦ - قلنا : الدية تجب على طريق العوض وإنما تتحملها العاقلة عن القاتل مواساة فأما أن يكون وجوبها كذلك .

٢٧٢٢٧ - ولأن ولا شبه العمد يجب على العاقلة على سبيل المواساة لم يجز أن تجب فيه الحوامل وإن كان لا تجب في الزكاة .

٢٧٢٢٨ - ولأن الزكاة لما لم يجتمع فيها من سن واحد الذكر والأنثى أصلًا لم يجب فيها بنو مخاض فلما اجتمع الذكر والأنثى من سن واحد أصلا جاز أن يجب بنو المخاض .

٢٧٢٢٩ - قالوا بنت مخاض أحد طرفي سن الزكاة فلم يجب من سنها الذكر كالجذعة .

٢٧٢٣٠ - قلنا : الجذعة أعلى سن يجب فلو اجتمع فيه ذكر وأنثى تعطلت الدية وابن مخاض أدنى سن يجب فاجتماع الذكر والأنثى لا يؤدي إلى التغليظ ووجوب الديات على التخفيف فكلما قرب منه فهو أولى .

* * *

مسألة ١٣٣٦

[قتيل الحرم خطأ]

٢٧٢٣١ - قال أصحابنا : إذا قتل قتيلًا في الحرم خطأ لم تغلظ الدية [١] .

٢٧٢٣٢ - وقال الشافعي : تغلظ بالحرم والأشهر الحرم وقتل ذوي الأرحام .

٢٧٢٣٣ - قالوا إذا كان القاتل محرمًا فيه وجهان فإن قتل بالمدينة تغلظت الدية على القول الذي يقول إذا قتل صيدًا أخذ مثله [٢] .

٢٧٢٣٤ - لنا قوله تعالى : ﴿ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾ [٣] وهذا يقتضي وجوب أدنى ما يتناوله الاسم وكذلك قوله عليه السلام « في النفس مائة من الإبل » [٤] .

٢٧٢٣٥ - وحديث بن مسعود أن النبي ﷺ قال في دية الخطأ أخماسًا [٥] ولم يفصل ولأنه حكم يتعلق بقتل الخطأ ولا يغلظ بالحرم وكالكفارة .

٢٧٢٣٦ - ولأن الكفارة تجب لحق الله تعالى والحرم مؤثر في حقوق الله تعالى فلما لم تتغلظ به الكفارة فالدية التي تجب لحق الآدمي .

٢٧٢٣٧ - فإن قيل الكفارة لا تتغلظ في شبه العمد كذلك لا تتغلظه بالحرم ولما تغلظ الدية لشبه العمد جاز أن تتغلظ بالحرم .

٢٧٢٣٨ - قلنا : تغلظ الوجوب لاعتماد القتل لا يدل على أن الخطأ الذي لم يتعمده يتغلظ بالحرم ألا ترى أن الاعتماد يجوز أن يؤثر في إيجاب القصاص ولم يدل على أن الخطأ في الحرم يتغلظ بالقصاص .

٢٧٢٣٩ - ولأنه بدل عن النفس فلا يغلظ بالحرم كالدية في شبه العمد ولا يقال : إن

---

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٣٣٤/٢) وعبارته : اختلف السلف وفقهاء الأمصار في المقتول في الحرم والشهر الحرام فقال أبو حنيفة ومحمد وزفر وابن أبي ليلى ومالك : القتل في الحرم والشهر الحرام هو في غيره فيما يجب من الدية والفور .

(٢) مع مختصر المزني مع الأم (٣٥١/٨) وعبارته : وكذلك التغليظ في النفس والجراح في الشهر الحرام والبلد الحرام وذي الرحم وجاء في مغني المحتاج (٢٩٧/٥) ، وخرج بالحرم الإحرام . لأن حرمته عارضة غير مستمرة ، وبمكة حرم المدينة بناء على منع الجزاء بقتل صيده وهو الأصح .

(٣) سورة النساء : الآية رقم ٩٢ .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) سبق تخريجه .

هذه الدية مغلظة في نفسها لأنه كان يجب أن تتغلظ بزيادة القدر .

٢٧٢٤٠ - كما روى عن عثمان ولأن الدية أحد موجبي القتل فلا تتغلظ بالحرم كالقصاص .

٢٧٢٤١ - ولا يقال أن القتل لا يمكن تغليظه لأن القتل في قطع الطريق قد غلظ بالصلب وتغلظ قتل الزاني بالرجم .

٢٧٢٤٢ - ولأنه بدل عن النفس فلا يغلظ بالشهر الحرام كالقصاص .

٢٧٢٤٣ - ولأن فضيلة الزمان لا تؤثر في تغليظ الدية كشهر رمضان وكذلك فضيلة المقتول بالرجم لا نوجب تغليظ الدية كفضيلة الجار والزاهد العالم .

٢٧٢٤٤ - ولأنه ضمان متلف فلا يختلف بالقرب والبعد كضمان المال .

٢٧٢٤٥ - ولأنه خطأ محض فلا يتغلظ الدية فيه كالقتل في شهر رمضان وكمن قتل جاره .

٢٧٢٤٦ - احتجوا : بما روي يزيد بن هارون (١) عن الليث عن مجاهد عن عمر بن الخطاب أنه قال : من قتل في الحرم أو قتل ذا رحم أو قتل في الشهر الحرام فعليه دية وثلث (٢) .

٢٧٢٤٧ - وروى ابن أبي نجيح عن أبيه أن امرأة قتلت بمكة فقضى عثمان رضي الله عنهما بديتها ستة آلاف وألفي درهم تغليظًا بالحرم (٣) .

٢٧٢٤٨ - وروى نافع بن جبير أن رجلًا قتل رجلًا في الشهر الحرام في البلد الحرام فقال ابن عباس ديته اثني عشرا ألفًا وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف فكمل عشرون ألف (٤) .

---

(١) هو : يزيد بن هارون بن زادي الإمام القدوة شيخ الإسلام أبو خالد السلمي مولاهم الواسطي الحافظ مولده في سنة ثمان عشر ومائة . سمع من عاصم الأحول ويحيى بن سعيد الأنصاري القاضي وسليمان التيمي وسعيد الحريري وحميد الطويل وداود بن أبي هند وخلق كثير . حدث عنه : بقية بن الوليد وعلي بن المديني وأحمد بن حنبل وأبو بكر بن أبي شيبة وزهير بن حرب وآخرون . كان رأسًا في العلم والعمل ثقة حجة كبير الشأن . قال عنه علي بن المديني : ما رأيت أحفظ من يزيد بن هارون وقال أحمد بن حنبل : كان يزيد حافظًا متقنًا . توفي سنة ٢٠٦ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٨/٢٢٨/٢٣٦) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨/٧١) برقم ١٥٩١٤ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨/٧١) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٤٢١) برقم ٢٧٦٠٧ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/٧١) برقم ١٥٩١٤ .

٢٧٢٤٩ - وقالوا وهؤلاء ثلاثة لا يعرف لهم مخالف ولأنهم قالوا ما لا يقتضيه القياس فالظاهر أنه موقوف .

٢٧٢٥٠ - قلنا : روي الثوري عن شعبة عن الحكيم عن إبراهيم عن الأسود أن رجلًا أصيب عند البيت فسأل عمر عليا ﷺ فقال له عليٌّ ديته من مال بيت المسلمين [١] ولم يكن ذلك قد وافقنا مخالفنا على أنه ليس بواجب فلا يصح احتجاج به .

٢٧٢٥١ - ولا يجوز أن يقال قد قالوا بالتغليظ لأنهم إذا [٢] قالوا بتغليظ لا يقولون به لم يصح أن يثبت به تغليظا لم يرو عنهم .

٢٧٢٥٢ - ألا ترى أن النبي ﷺ قال من قتل عمدًا قتلناه [٣] واتفقنا على سقوط القصاص .

٢٧٢٥٣ - قالوا أن قاتلًا يجب واحتج بهذا الخبر وقال أن النبي ﷺ قال أوجب معنى فدل أن هذا قتل يوجب ضمانًا لم يصح لأن الإيجاب الذي اقتضاه الخبر ساقط فلا يثبت به ما لم يتضمنه فإن قيل قد قالوا : أن الدية مغلظة .

٢٧٢٥٤ - قلنا : تغلظ لا يقولون به .

٢٧٢٥٥ - قالوا : يجوز أن يكونوا أوجبوا ذلك قيمة الإبل .

٢٧٢٥٦ - قلنا : قولهم تثبت دية الحر يدل أن التغليظ على أنه سامح هذا التأويل .

٢٧٢٥٧ - قلنا : يحتمل أن يكون القتل شبه العمد .

٢٧٢٥٨ - فإن قالوا لا يغلظ لأجل الحرم .

٢٧٢٥٩ - قلنا : وذلك يقوم بزيادة الأسنان لا يوجب أن يكن ثلث الدية للحرم وإنما زيادة السن لأجل الحرم عندهم فتساوينا في ترك ظاهر قولهم .

٢٧٢٦٠ - فإن قيل : إذا ثبت التغليظ بقولهم سقط قولكم .

٢٧٢٦١ - قلنا : إذا ثبت أن التغليظ لا يثبت في الأسنان سقط قول مخالفنا .

٢٧٢٦٢ - قالوا : قتل في الحرم فكان العمد والخطأ في غرمه سواء كالصيد .

---

(١) أخرجه الجصاص في أحكام القرآن (٣٣٤/٢) ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٥١/١٠) برقم ١٨٣١٧ .

(٢) ساقطة من (ص) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦٠/٨) برقم ١٥٨٥٥ ولفظه : من قتل عمدا دفع إلى أولياء المقتول فإن شاء قتله وإن شاء أخذ الدية .

٢٧٢٦٣ - قلنا : الصيد يضمن بالعمد كما يضمن بالخطأ فلم يكن الاعتماد فيه زيادة غرم وأما قتل الآدمي فيجب في عمده من الضمان أكثر مما يجب في الخطأ فلا يتغلظ بالحرم خطأه حتى يلحق بعمد كما لا يتغلظ بإيجاب القصاص .

٢٧٢٦٤ - ولأن الصيد لما جاز أن يؤثر الإحرام في حكم (١) ضمانه جاز أن يؤثر الحرم ولما لم يجز أن يؤثر الإحرام في زيادة دية المقتول المحرم كذلك الحرم .

٢٧٢٦٥ - ولأن الصيد لا يضمن في غير الحرم لأنه يملك بإيقاع الفعل والملك لما لا يملك من التمليكات يستوي في ضمانه العمد والخطأ فأما الآدمي فيتغلظ حكم إتلافه بالعمد عقوبة على فعله والخاطئ لا يستحق العقوبة بفعله فلم يبق إلا بمجرد الإتلاف فيلزمه أقل الضمانين .

٢٧٢٦٦ - قالوا دية كاملة وجبت بقتل في الحرم فوجب أن تكون مغلظة كما لو قتله في الحرم عمدًا واحترزوا بقولهم دية عن قيمة العبد المقتول في الحرم وبقولهم كاملة عن غرة الجنين .

٢٧٢٦٧ - قلنا : قولكم وجبت بقتل في الحرم لا يؤثر في الأصل لأن شبه العمد في الحرم والحل سواء والمعنى في الاعتماد أنه معنى لو تجرد أوجب الضمان فإذا لم يتجرد جاز أن يتغلظ به البدل وحرمة الحرم في الخطأ لا يجوز أن تؤثر في القصاص فلم يجز أن تؤثر في زيادة بدل الخطأ .

٢٧٢٦٨ - قالوا الدية تجب مخففة تارة ومغلظة أخرى كما أن الجزاء يجب بقتل الصيد في الحل تارة ويسقط أخرى ثم ثبت أن الجزاء يجب بقتل الصيد في الحل تارة [وسقط أخرى وجبت الجزاء] (٢) بكل حال من الحرم فكذلك التغليظ .

٢٧٢٦٩ - قلنا : هذا غير مسلم لأن الضمان بقتل الصيد يجب في الحرم تارة ولا يجب أخرى ثم لا يجب بالقتل في الحرم بكل حال وكذلك وجوب الضمان بحلق الرأس وقص الظفر يجب في الحل تارة ولا يجب أخرى ثم لا يتحتم بالحرم .

٢٧٢٧٠ - ولأن الحرم ما أثر في ضمان الصيد أثر في حق الله تعالى ولما لم يؤثر الحرم في قتل الآدمي فيما يجب لحق الله تعالى وهو الكفارة لم يؤثر فيما يجب لحق الآدمي .

٢٧٢٧١ - قالوا الزمان والمكان والرحم لكل واحد منهم تأثير في المنع أما الزمان

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش .

فقال الله تعالى ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلشَّهْرِ ٱلْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ ﴾ (١) أما الحرم فقال النبي ﷺ أن أعتى الناس على الله من قتل في الحرم (٢) وأما الرحم فروي أن أبا بكر أراد أن يقتل أباه فقال له النبي ﷺ دعه يلي قتله غيرك (٣) وإذا كان لهذه المعاني تأثير في المنع من القتل فإذا انضاف إلى قتل الخطأ وجب أن يغلظ بها الدية كما لو انضاف إلى الخطأ أن يكون قاصدًا فيكون عمد الخطأ .

٢٧٢٧٢ - قلنا : يبطل إذا قتل جاره فقد انضم إلى القتل معنى يؤثر في المنع من القتل لأن الجار له حرمة فقال ﷺ أوصاني جبريل بالجار ثم هذه الحرمة لم توجب زيادة بدل .

٢٧٢٧٣ - ولأن العمد فعل القاتل فيجوز أن يؤثر في زيادة البدل إذا كان على صفة والزمان والمكان لا يعود إلى فعله فلا يجوز أن يؤثر في زيادة البدل .

٢٧٢٧٤ - ولأن هذه الحرمات تنضم إلى قتل شبه العمد فتكون فيه وعدمها ووجودها سواء وإن كان التغليظ بها أشبه فلا يكون وجودها وعدمها في الخطأ وهو مما لا يستحق فيه التغليظ أولى .

* * *

---

(١) سورة البقرة :الآية ٢١٧ .

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٧٩/٢) برقم ٦٦٨١ .

(٣) أخرجه الإمام الشافعي في الأم (٢٣٦/٤) ، والبيهقي في السنن الكبرى (١٨٦/٨) برقم ١٦٥٥١ .

مسألة ١٣٣٧

[تقدير الدية من الدراهم والدنانير]

٢٧٢٧٥ - قال أصحابنا : الدية من الدراهم والدنانير مقدرة ويجوز أخذها مع القدرة على الإبل واختلفوا وقال [1] أبو بكر الرازي : إن كل فرع بنفسه .

٢٧٢٧٦ - وقال غيره الأصل والإعادة بذلك فيها إلا أنه بدل مقدر بالشرع لا تجوز الزيادة عليه ولا نقصان [2] .

٢٧٢٧٧ - وقال الشافعي : الدية مائة من الإبل لا يجوز العدول عنها إلى غيرها مع القدرة عليها فإن أعوزت ففيه قولان :

٢٧٢٧٨ - قال في القديم ثم يعدل إلى أحد أمرين إما ألف دينارًا واثنا عشر ألف درهم .

٢٧٢٧٩ - وقال في الجديد : يعدل إلى قيمتها حين القبض زائدة وناقصة [3] .

٢٧٢٨٠ - لنا : ما روي عمرو بن دينار [عن عكرمة عن ابن عباس] [4] أن رسول الله ﷺ قضى في الدية بالخطأ اثنى عشر ألف درهم [5] .

٢٧٢٨١ - قال الطحاوي وقد روي سفيان بن عيينة هذا الحديث عن عمرو بن

٢٧٢٨٢ - دينار عن عكرمة ولم يذكر ابن عباس [6] وهذا ليس بقدح لأن المنقطع [7] عندنا حجة . ولأن محمد بن مسلم الطائفي رواه متصلًا [8] .

٢٧٢٨٣ - وروى سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال : دية كل دم معاهد في عهده

---

(١) في (م) ، (ع) : [فكان] .

(٢) انظر المبسوط (٧٦/٢٦) واختلفوا في أن الدراهم والدنانير في الدية أصل أم باعتبار قيمة الإبل ، فالمذهب عندنا أنهما أصل ويحكي عن أبي بكر الرازي أنه كان يقول أولا وجوبهما على سبيل قيمة الإبل ولكنهما قيمة مقدرة شرعا بالنص فلا يزاد عليها ولا ينقص عنها ثم رجع عن ذلك وقال : هما أصلان في الدية .

(٣) والمنهاج مع مغني المحتاج (٣٠١/٣٠٠/٥) وعبارته : ولا يعدل إلى نوع وقيمة إلا بتراض ، ولو عدمت فالقدم : ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم والجديد قيمتها بنقد بلده .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٨/٨) برقم ١٥٩٥٧ .

(٦) انظر : نصب الراية (٣٨٢/٦) وعبارته : قال أبو داود : ورواه ابن عيينة عن عكرمة ولم يذكر ابن عباس .

(٧) يريد بـ « المنقطع » هنا : الحديث المرسل الذي سقط منه الصحابي .

(٨) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٥/٤) برقم ٤٥٤٦ .

ألف دينار (١) .

٢٧٢٨٤ - وروى أبو بكر الصديق أنه قال لعائشة تصدقي باثنى عشر ألف درهم دية الحر المسلم (٢) وروى ابن أبي ليلى عن [الشعبي عن] (٣) عبيدة عن عمر أنه جعل الدية على أهل [الذهب ألف دينار وعلى أهل] (٤) الورق عشرة آلاف (٥) .

٢٧٢٨٥ - فإن قيل : روي أنه جعل على أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الحلل مائتي حلة وعلى أهل الغنم ألفي شاة (٦) وأبو حنيفة لا يقول بذلك .

٢٧٢٨٦ - قلنا : هذا أحد الروايتين عن أبي حنيفة ذكرها في كتاب المعاقل (٧) وعن أنس بن مالك قال لأن أقعد بعد صلاة العصر أذكر اللّٰه سبحانه إلى أن تغرب (٨) الشمس أحب إليَّ من أن أعتق نسمة من ولد إسماعيل ديتها اثنا عشر ألف درهم (٩) .

٢٧٢٨٧ - وهذه الأخبار كلها تدل على أن الدية مقدرة من الأنواع المذكورة ولأن كل مال وجب بسبب القتل كان مقدرًا أصله الكفارة .

٢٧٢٨٨ - ولأن الأثمان إذا وجبت بسبب المتلف كانت بدلًا عنه أصله سائر المتلفات ولأن القاضي يجوز أن يقتضي بالدراهم مؤجلة فلو كانت بدلًا عن الإبل صار دينًا بدين وذلك لا يجوز .

٢٧٢٨٩ - فإن قيل : عند أبي حنيفة تجب في المتلفات التي لا أمثال لها مثل المتلف ثم يقضي القاضي بالقيمة ولا يجب قبضها في المجلس فتصير دينًا بدين .

٢٧٢٩٠ - قلنا : عنده أن المثل لا يستقر وجوبه ولهذا لا تثبت المطالبة به فإذا قضى بالدراهم صارت كأنها هي الواجب .

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (٣٤٤/١) برقم ١٥٨٦ ، وابن حزم في المحلى (٢٩٢/١٠) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٢٩٢/٩) برقم ١٧٢٦٣ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٧٠/٦) .

(٦) المصدر السابق .

(٧) انظر المبسوط (٧٩/٢٦) وعبارته : ذكرنا في كتاب المعاقل ما يدل على أن قول أبي حنيفة كقولهما فإنه قال : لو صالح الولي . وانظر : البدائع (٢٥٥/٧) .

(٨) ساقطة من (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٩) أخرجه أبو يعلى في مسنده (١١٩/٦) برقم ٣٣٩٢ .

٢٧٢٩١ - وفي مسألتنا الإبل قد استقر وجوبها بدلالة أن القاتل لو بذلها وجب قبولها فلو كانت الدراهم بدلًا منها وجب قبضها في المجلس فلما لم يجب دله على أنها بدل النفس والدليل على جواز الانتقال إلى الأثمان مع القدرة على الإبل أنه متلف ليس له مثل فجازت الأثمان في ضمانه مع القدرة على غيرها كسائر المتلفات .

٢٧٢٩٢ - ولأنه ضمان وجب بالفعل جاز فيه الأثمان بكل حال كما يجب بقتل الصيد .

٢٧٢٩٣ - ولا يقال فلا يجتمع فيه الحيوان والأثمان كقتل الصيد لأن الأصل في ضمان المتلفات الأثمان فإذا جاز في قتل الحر الحيوان لم يدل ذلك على أن الأثمان في أصل الضمان لا تثبت بالقتل .

٢٧٢٩٤ - احتجوا : بقوله ﷺ في النفس مائة من الإبل [١] وقال ألا أن في قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا مائة من الإبل [٢] .

٢٧٢٩٥ - قلنا : هذا يدل على أن مائة [٣] في النفس وحكم غيرها موقوف على الدلالة ولا يقال لو كان التخيير ثابتا لبينه لأن أموال القوم كانت الإبل دون الأثمان فبين ما سهل عليهم دفعة واحدة دون غيره .

٢٧٢٩٦ - قالوا : روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ كان يقيم دية الخطأ على أهل الخطأ [من الذهب] [٤] أربع مائة دينار وعلى أهل العمد من الورق ويقومها على أثمانها فإذا غلت رفع ثمنها وإذا هانت نقص من ثمنها [٥] .

٢٧٢٩٧ - قلنا : يجوز أن يكون قضى عليهم بالإبل فاستقرت فأوجب قيمتها بعد القضاء بها .

٢٧٢٩٨ - قيل : استقرار الإبل الذي يؤيد هذا ما روينا أنه يقضي بالمقدار .

٢٧٢٩٩ - قالوا : ما ضمن بنوع من المال في حق الآدمي لم يجز العدول عنه إلى

(١ ، ٢) سبق تخريجه . (٣) في (م) ، (ع) : [دية] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٥) أخرجه الشافعي في الأم (١٢٤/٦) وعبارته : أخبرنا مسلم عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الإبل على أهل الفرد أربعمائة دينار وعدلها من الورق ويقسمها على أثمان الإبل ، فإذا غلت رفع في قيمتها وإذا هانت نقص من قيمتها على أهل القرى والثمن ما كان » .
وانظر : عبد الرزاق في مصنفه (٢٩٤/٩) برقم ١٧٢٧٠ .

غيره بغير رضى أصله إذا تلف ما له مثل .

٢٧٣٠٠ - قلنا : النفس يضمن عندنا ستة أنواع فكيف نسلم أنها تضمن بنوع المال ولأن ضمان المال لا يدخله التقدير فجاز أن يدخله التعيين ولما كان بدل النفس يدخله التقرير فجاز أن يدخله التعيين .

٢٧٣٠١ - قالوا : متلف له بدل معين فوجب أن يرجع عند إعوازه إلى قيمته أصله إذا أتلف طعامًا .

٢٧٣٠٢ - قلنا : بدل المتلف قالوا لو كانت الأنواع كلها أصولًا وجب أن يخير في دفع أيها شاء كالكفارات .

٢٧٣٠٣ - قلنا : كذلك نقول [أن الخيار إلى القاتل] (١) .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

مسألة ١٣٣٨

[مقدار الدية من الدراهم والدنانير]

٢٧٣٠٤ - قال أصحابنا : الدية من الدراهم مقدرة بعشرة آلاف [١] .

٢٧٣٠٥ - وقال الشافعي : على القول الذي يقول إنها مقدرة اثني عشر ألفًا [٢] .

٢٧٣٠٦ - لنا : ما روي دهشم [٣] بن قران [٤] عن نمران [٥] عن جارية [٦] عن أبيه أن رجلًا قطع يد رجل على عهد النبي ﷺ فقضى النبي ﷺ بخمسة آلاف درهم [٧] .

٢٧٣٠٧ - وروى عن الشعبي عن عبيدة السلماني عن عمر أنه جعل الدية على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشياه ألفي شاة وعلى أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل الحلل مائتي حلة [٨] .

٢٧٣٠٨ - ولأنه لا خلاف أن الدية مقدرة بألف دينار وكل دينار بعشرة دراهم ولهذا جعل نصاب الذهب عشرين دينارًا ونصاب الورق مائتي درهم وقال علي بن أبي طالب في خطبته كتب مكان كل عشرة مسلم رجلا من بني فراس بن غنم صرف الدينار الذهب فوجب أن تكون الدية من الورق عشرة آلاف .

٢٧٣٠٩ - يبين ذلك ما روي عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كان قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمان مائة دينار أو ثمانية آلاف درهم [٩] .

---

(١) انظر : المبسوط (٧٨/٢٦) وعبارته : الدية تتقدر بعشرة آلاف درهم مما تكون الفضة فيها غالبة على الغش .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٠٠/٥) وعبارته : فالقدم ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم .

(٣) في (ص) : [إبراهيم] . وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) هو : دهشم بن قران العكلي . روى عن : عقيل بن دينار ، وأبيه قران ، ونمران بن جارية الحنفي ، ويحيى ابن أبي كثير . روى عنه : أسد بن عمرو البجلي القاضي ، وسلمة بن الحسن الكوفي ، ومحمد بن عمران شيخ لعباس بن يزيد البحراني ، ومحمد بن ميمون ، وغيرهم . انظر : تهذيب الكمال (٤٩٨/٤٩٦/٨) .

(٥) هو : نمران بن جارية بن ظَفَر الحنفي ، روى عن : أبيه ، وروى عنه : دهشم بن قران وذكره ابن حبان في الثقات وروى له ابن ماجة.. انظر : تهذيب الكمال (٢٠/١٩/٣٠) .

(٦) في (ص) : [عن حارثة] . وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨٨٠/٢) برقم ٢٦٣٦ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٦٥/٨) برقم ١٥٨٨١ .

(٨) سبق تخريجه .

(٩) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٤/٤) برقم ٤٥٤٢ .

٢٧٣١٠ - فإن قيل : فقد قال ﷺ لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارًا (١) ثم فرض عمر الجزية اثنا عشر درهما (٢) فدل أن الدينار كان مقوما باثنى عشر .

٢٧٣١١ - قلنا : لم يضع عمر الدراهم قيمة للدنانير لكنه وضعها بحسب الطاقة .

٢٧٣١٢ - قلنا : فأما أهل اليمن فكانوا يؤدون الدينار صلحا كما أخذ عمر الحلل من أهل نجران (٣) وقد روي أنه وضع عليهم عشرة دراهم وضيافة ثلاثة أيام .

٢٧٣١٣ - قالوا : قالت عائشة القطع في ربع دينار فصاعدا (٤) وروى عمر أن النبي ﷺ قطع في مجن (٥) قيمته ثلاثة دراهم (٦) .

٢٧٣١٤ - قلنا : قد روي أن ثمن المجن كان خمس دراهم فمن روي عنه ثلاثة دارهم لمن روي عنه خمسة فلا يحمل على أنه قال تقويمًا للذهب .

٢٧٣١٥ - ولأنه حق في المال لا يبلغ نصف العقد الثاني فلم يزد على العقد الأول كنصاب السرقة ومقدار المهر ولأن كل مقدر من الذهب والفضة فإنه يتقدر من الفضة بعشرة أمثال الذهب كنصاب الزكاة ولا يتقدر بالعقد الأول ونقص الثاني كالذهب والإبل .

٢٧٣١٦ - احتجوا : بما روي محمد بن مسلم الطائفي (٧) عن عمرو بن دينار عن عكرمة (٨) عن ابن عباس أن رجلًا قتل على عهد رسول الله ﷺ فجعل ديته اثنى عشر ألف درهم (٩) وفي ذلك نزل قوله (١٠) : ﴿ وَمَا نَقَمُوٓاْ إِلَّآ أَنۡ أَغۡنَىٰهُمُ

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٧/٣) برقم ٣٠٣٨ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥٨٤/٧) وعبارته : عن ابن عمر قال : وضع عمر بن الخطاب في الجزية على رؤوس الرجال على الغني ثمانية وأربعين درهمًا ، وعلى الوسط أربعة وعشرين ، وعلى الفقير اثني عشر درهمًا .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٩٥/٩) برقم ٧٤٦٠ وعبارته : صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حُلَّة .

(٤) متفق عليه صحيح البخاري (٢٤٩٢/٦) برقم ٦٤٠٧ ، وصحيح مسلم (١٣١٢/٣) برقم ١٦٨٤ .

(٥) المِجَنّ : التُّرس القوي الصُّلْب .

(٦) متفق عليه صحيح البخاري (٢٤٩٣/٦) برقم ٦٤١١ ، ومسلم (١٣١٣/٣) برقم ١٦٨٦ .

(٧) هو : محمد بن مسلم بن سوسن الطائفي . روى عن : إبراهيم بن ميسرة الطائفي ، وأيوب بن موسى القرشي ، وصدقة بن يزيد ، وعبد الله بن طاووس ، وعبد الله بن عبد الرحمن ، وعمرة بن قتادة ، وغيرهم . وروى عنه : أحمد بن عبد الله بن يونس ، وأسد بن موسى ، وبشر بن السري ، وحبيب كاتب مالك ، وغيرهم . انظر : تهذيب الكمال (٤١٧/٤١٢/٢٦) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) سبق تخريجه .

(١٠) ساقطة من (ص) .

اللَّهُ وَرَسُولُهُۥ مِن فَضْلِهِۦ ﴾ (١) .

٢٧٣١٧ – قلنا : هذا الحديث رواه سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن النبي ﷺ ، وليس فيه ابن عباس ، وسفيان أحفظ بحديث عمرو بن دينار عن محمد بن مسلم فلا يحتج برواية محمد بن مسلم في مقابلة روايته وإذا كان مقطوعًا لم يصح به الاحتجاج على قول مخالفنا ويحتمل أن يكون قتله شبه عمد فأوجب الأسنان المغلظة ثم قوم الدية المقدرة فعدلت بهذا القدر .

٢٧٣١٨ – قالوا : روي أن أبا بكر قال لعائشة تصدقي باثني عشر ألف درهم دية الحر المسلم (٢) .

٢٧٣١٩ – وروى مكحول أن عمر قضى في الدية باثنى عشر ألف درهم (٣) وعن أنس أنه قال «لأن أقعد بعد صلاة العصر أذكر اللّٰه تعالى إلي أن تغرب الشمس أحب إلي أن أعتق رقبة من ولد إسماعيل ديتها اثنى عشر ألف درهم (٤) .

٢٧٣٢٠ – قلنا : إذا تعارضت الرواية عن الصحابة أثبتنا المتقن ولا دليل على إثبات الزيادة ويحتمل العشرة ألف على وزن سبعة واثنى عشر على وزن ستة فيؤدي ذلك إلى الجمع بين الروايتين .

٢٧٣٢١ – ولا يجوز أن يقال : إن وزن ستة أكثر من عشرة آلاف لأنه يكون وزن ستة عشر فيضاف إلى ستة .

٢٧٣٢٢ – فإن قيل : فيجوز أن يحمل العشرة آلاف على وزن أكثر من سبعة .

٢٧٣٢٣ – قلنا : ليس في الأوزان أكثر من سبع وقد نقل وزن أقل منها وهو موجود إلى الآن بنجران وغيرها من البلاد .

٢٧٣٢٤ – فإن قيل : الأوزان المذكورة في الشرع كلها محمولة على وزن سبعة أنصاب الزكاة .

٢٧٣٢٥ – قلنا : ألفاظ النبي ﷺ محمولة على ذلك لأن الوزن الأساسي الغالب فأما قول الصحابة فيحمل على الموجود وقد كان يختلف .

٢٧٣٢٦ – يبين ذلك ما ذكره أبو زيد عمر بن شيبة في كتاب البصرة أن أول من

---

(١) سورة التوبة : الآية ٧٤ . (٢) سبق تخريجه .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨/٨٠) برقم ١٥٩٦٧ .

(٤) سبق تخريجه .

قضى بالدية من الدراهم بالعراق زياد فقضى بالبصرة بعشرة آلاف لأن وزنهم كان وزن [1] ستة فثبت بهذه الرواية صحة تأويلنا ، ويجوز أن يكون ذكروا هذا في دية شبه العمد ، وقد نقل عن الصحابة تغليظ الدراهم في مقدارها .

* * *

(١) توجد إحالة على الهامش ، ولكنها غير مقروءة .

مسألة ١٣٣٩

[ذهاب العقل بالموضحة ومقدار الدية]

٢٧٣٢٧ - قال أصحابنا : إذا أوضحه فذهب عقله ، فعليه الدية ويدخل أرش الموضحة فيها [١] .

٢٧٣٢٨ - وقال الشافعي : لا يدخل أحدهما في الآخر [٢] .

٢٧٣٢٩ - لنا : أن ذهاب العقل يوجب فوات منافع الأعضاء المختصة بها فصار كفوات الروح ، ولو أوضحه فمات دخل أرش الموضحة في الدية كذلك ؛ هذا ولأن زوال العقل يخرج أفعاله من جنسها إلى غير جنسها ، ألا ترى أن أفعال الآدمي تقع مرتبة فإذا زال عقله وقعت غير مرتبة كأفعال البهائم ، وإذا بطل جنس الأفعال صار كالموت .

٢٧٣٣٠ - فإن قيل : إن منافع الأعضاء باقية فيه لأنه يأكل ويشرب .

٢٧٣٣١ - قلنا : ليس هذه المنفعة التي تختص بالآدمي ؛ لأن البهائم تشاركه فيها ، فأما منافع الآدميين فقد فاتت بزوال العقل ؛ ولأن منفعة العقل لا تختص بمحل بل تنقسم على كل الأعضاء كمنافع الحياة ، ولأن إبطال منافع الأعضاء كإبطالها .

٢٧٣٣٢ - ألا ترى أنه لا فرق بين قلع العين وذهاب ضوئها وقطع اللسان وذهاب الكلام ؛ فصار فوات منافع الأعضاء بزوال العقل كإتلافها فإن قيل : المعنى في فوات الروح أنه يدخل فيه أكثر من الدية فلذلك دخلت فيه الموضحة ، وزوال العقل لا يدخل فيه أكثر من الدية فلا يدخل فيه أرش الموضحة .

٢٧٣٣٣ - قلنا : موضوع الأصول أن الأقل يدخل في الأكثر ، والأكثر لا يدخل في الأقل .

٢٧٣٣٤ - فلا يجوز أن يقال : لما لم يدخل في الدية ما زاد ، لم يدخل فيها ما نقص فأما دخول ما زاد على الدية بالموت فهو نادر في الأصول فلا يعتبر به .

---

(١) انظر : الهداية مع العناية (١٠/٢٩٢) وعبارته : ومن شج رجلًا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٥/٣١٩) وعبارته : فإن زال العقل الغريزي بجرح له أرش مقدر كالموضحة أو حكومة كالباضعة وجبا ، أي : الدية والأرش ، أو هي والحكومة ولا يندرج ذلك في دية العقل .

٢٧٣٣٥ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال : « في العقل دية مائة من الإبل »[١] وروى أنه قال : « في الموضحة خمس من الإبل »[٢] .

٢٧٣٣٦ - قلنا : قوله في العقل مائة من الإبل يقتضي أن ذلك جميع الواجب بالجناية وإن زال العقل بشجة وقوله في الموضحة خمس من الإبل يقتضي حال انفرادها وكلامنا مع وجود سرايتها .

٢٧٣٣٧ - قالوا : جناية زالت بها منفعة حالة في غير موضع الجناية فوجب ألا يدخل أرش الجناية في دية المنفعة أصله إذا ذهب بصره أو سمعه أو شمه أو كلامه .

٢٧٣٣٨ - قلنا : المعنى في هذه المنافع أنها تختص بمحلها ولا تتعداه وليس كذلك منفعة العقل ؛ لأنها تنقسم على سائر الأعضاء كما تنقسم الحياة عليها .

٢٧٣٣٩ - قالوا : معنى لا تفوت النفس بفواته فوجب أن لا يدخل أرش الأطراف في أرشه أصله السمع والبصر .

٢٧٣٤٠ - قلنا : النفس وإن لم تفت فقد فات منافعها ، وقد بينا أن فوات المنفعة كتلف[٣] العين .

٢٧٣٤١ - قالوا : معنى لا يزول ضمان الجملة بزواله ؛ فلا يدخل فيه أرش الموضحة .

٢٧٣٤٢ - قلنا : إذا قطع بعض اللسان فذهب الكلام فضمان الجملة لم يسقط ؛ لأنه لو قطع بعض اللسان [وجب الأرش ، ويدخل أرش فيه كما لو قطع كل اللسان][٤] فذهب الكلام .

٢٧٣٤٣ - قالوا : لا يدخل فيه ما زاد على الدية .

٢٧٣٤٤ - قلنا : قد بينا أن موضع الأصول أن يدخل الأقل في الأكثر .

* * *

(١) أخرجه البيهقي فى السنن الكبرى (٨٦/٨) .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٢١٠/٣) برقم ٣٧٩ .

(٣) غير واضحة في (ص) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

مسألة ١٣٤٠

[جنايات المرأة في النفس]

٢٧٣٤٥ - قال أصحابنا : جنايات المرأة في النفس وما دونها على النصف من الرجل [١] وهو قول علي بن أبي طالب [٢] وابن مسعود [٣] وقال زيد بن ثابت مثل ذلك فيما بلغ ثلث الدية فالرجل والمرأة فيه سواء [٤] .

٢٧٣٤٦ - وبه قال الشافعي : في أحد قوليه .

٢٧٣٤٧ - لنا : أنها جناية على حرة ، فكان الواجب فيها نصف ما يجب على الرجل الحر أصله إذا زادت على الثلث .

٢٧٣٤٨ - ولأنها جناية لو زادت على الثلث اعتبرت بالنفس [فإذا نقصت من الثلث اعتبرت بالنفس] [٥] كالجناية على الرجل ؛ ولأن زيادة الجناية لها تأثير العدم وعندهم لو قطع ثلاثة أصابع من المرأة وجب لها ثلاثون من الإبل ، فإذا قطع أربعًا وجب عليه [٦] عشرون ؛ فيصير لزيادة الجناية تأثير في نقصان الأرش وهذا خلاف الأصول .

٢٧٣٤٩ - فإن قيل : هذا يبطل بمن شج رجلا موضحة وجب فيه عشر من الإبل فلو زال ما بينهما حتى صارت واحدة وجب خمس من الإبل .

٢٧٣٥٠ - قلنا : لسنا نقول ذلك ، بل الواجب فيها لا يتغير عما هو عليه ، فإن أوضح ما بينهما وجب أرش موضحة بأكثر .

٢٧٣٥١ - فإن قيل : إذا قطع اليدين والرجلين وجبت ديتان ، فلو قتله قبل اليد وجبت

---

(١) انظر : المبسوط (٨٠/٢٦) وعبارته : عن علي أنه قال : دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وما دونها وبه نأخذ . وانظر : الأم (٣٣٠/٧) وعبارته : قال ابن المسيب هي السنة أشبه أن يكون عن النبي ﷺ أو عن عامة من أصحابه ولم يشبه زيد أن يقول هذا من جهة الرأي لأنه لا يحتمله الرأي .

(٢) أخرجه الإمام الشافعي في الأم (٣٣٠/٧) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٦٨/٦) وعبارته : وكان ابن مسعود يقول في دية المرأة في الخطأ : على النصف من دية الرجال ، إلا السن والموضحة فهما فيه سواء .

(٤) أخرجه الإمام الشافعي في الأم (٣٣٠/٧) عن زيد بن ثابت أنه قال : يستوي الرجل والمرأة في العقل إلى الثلث ثم النصف فيما بقي . وانظر : ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٦٨/٦) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٦) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

دية واحدة .

٢٧٣٥٢ - قلنا : إذا قطع اليدين والرجلين فلم يستقر الوجوب ما لم يندمل ، فإذا قتله بينا أن الوجوب لم يكن ؛ لأن ما دون النفس سقط مع النفس .

٢٧٣٥٣ - احتجوا : بما روي مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه قال : سألت سعيد بن المسيب كم في أصبع المرأة ؟ قال : عشر من الإبل . فقلت : كم في أصبعين ؟ فقال عشرون من الإبل . فقلت : كم في ثلاثة أصابع ؟ قال : ثلاثون من الإبل فقلت : كم في أربعة أصابع ؟ قال : عشرون من الإبل . فقلت : حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها . فقال سعيد : أعراقي أنت ؟ قلت : بل عالم متثبت (١) أو جاهل متعلم . قال : هي السنة يا ابن أخي (٢) .

٢٧٣٥٤ - قالوا : فقوله هي السنة دليل أنها سنة النبي ﷺ .

٢٧٣٥٥ - قلنا (٣) : وتذكر ويراد بها سنن الأئمة والصحابة .

٢٧٣٥٦ - ولهذا قال ﷺ : « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء من بعدي » (٤) .

٢٧٣٥٧ - وقال : « من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة » (٥) .

٢٧٣٥٨ - وإذا ثبت هذا فإذا أراد سعيد بقوله : « السنة » سنة زيد بن ثابت لأن هذا قوله وقد روى أبو أيوب عن ربيعة قال : سألت سعيد بن المسيب عن دية الرجل والمرأة قال : فقال زيد بن ثابت : يستويان إلى الثلث ، وإذا زاد فهو على النصف (٦) وإذا ثبت أن هذا قول زيد فقد روى أبو يوسف عن زكريا عن علي أنه قال في دية المرأة : إنها على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس (٧) .

٢٧٣٥٩ - وروى أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود مثل ذلك (٨) .

٢٧٣٦٠ - فإن قيل : ما قالاه يدل على القياس ، وما قاله زيد يخالف القياس ؛ فالظاهر

---

(١) ساقطة من (ص) ، (ع) . (٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٦٩/٦) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٦٨/٦) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٠/١) برقم ٤٦٨ .

(٥) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه (٧٠٥/٢) برقم ١٠١٧ .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤١١/٥) برقم ٢٧٤٩٧ .

(٧) أخرجه الإمام الشافعي في الأم (٣٣٠/٧) . (٨) سبق تخريجه .

أنه توقيف .

٢٧٣٦١ - قلنا : هو قول مخالف الأصول ، ومن أصلنا أن خبر الواحد إذا روي عن النبي ﷺ وخالف الأصول لم يقبل .

٢٧٣٦٢ - قالوا كل أرش نقص عن ثلث الدية استوى فيه الذكر والأنثى سواء ؛ الدليل عليه أرش الجنين .

٢٧٣٦٣ - قلنا : الجنين لما تعذر في الغالب الفصل بين الذكر والأنثى ؛ سوى بينهما في الأرش ولم يختلط ، وهذا لا يوجد فيما اختلفنا .

٢٧٣٦٤ - وقد قيل : إن الأنثى أسرع نموا من الذكر وأسرع هرمًا منه ، فهي في حال الحمل أسرع نشوءًا منه والعدة إنما يجب لقطع النماء لأنا لا نعلم الحياة فأقيم زيادة نشوءِ الأنثى مقام زيادة الذكر فلذلك سوى بينهما ، وأما بعد الانفصال فالضمان يجب لإتلاف الحياة لا لقطع النماء فتفاضلا .

٢٧٣٦٥ - قالوا : ما دون الموضحة يجب فيها الحكومة ، فاستوى فيها الذكر والأنثى لأنها ما دون الثلث .

٢٧٣٦٦ - قلنا : ليس كذلك بل ذلك مقدر عندنا من موضحة كل واحد منهما أو موضحة المرأة على النصف من موضحة الرجل ، فما يقرب منها يقدر بها .

* * *

مسألة ١٣٤١

[وطء الزوجة وإفضاؤها]

٢٧٣٦٧ - إذا وطأ زوجته فأفضاها [١] فلا ضمان عليه [٢] .

٢٧٣٦٨ - وقال الشافعي : تجب الدية [٣] .

٢٧٣٦٩ - لنا : أنه وطء في ملكه فلا يضمن ما قد تلف كوطء أمته ، ولأنه جزء تلف بوطء الزوج فلم يضمنه كالبكارة .

٢٧٣٧٠ - فإن قيل : المعنى في البكارة أنه يجوز إتلافها ، والإفضاء إتلاف جزء ولا يجوز أن يقصد إلى إتلافه فلذلك ضمنه .

٢٧٣٧١ - قلنا : يسقط ضمانه متى أذن في إتلافه أو في نصيب إتلافه فأوجبها في الوطء في سبب الإتلاف ؛ ولأنه مأذون في سبب الجناية من جهتها فما يتولد منها يضمن كما لو أذن في قطع يدها ولا يلزم إذا ضربها لأن الإذن في الضرب لم يحصل من جهتها .

٢٧٣٧٢ - ولا يلزم إذا قطع يدها قصاصًا فسرى ؛ لأنه مأذون في القطع من جهة المقتص منه .

٢٧٣٧٣ - ولأنه مأذون في السبب مطلقًا فلا يضمن ما تولد منه كمن أذن لغيره في قطع يده .

٢٧٣٧٤ - احتجوا : بأنها جناية قد ينفك الوطء عنها فلا يدخل أرشها في حكم الوطء ، كما لو وطئها بشبهة وكما لو وطئها وعصرها فماتت .

٢٧٣٧٥ - قلنا : جواز أن ينفك الوطء عنها لا يوجب ضمانها .

---

(١) أفضى الرجلُ المرأة ، فهي مُفْضَاة : إذا جامعها فجعل مَسْلكَيْها مَسْلكًا واحدًا . انظر : لسان العرب مادة « فضى » .

(٢) انظر البدائع (٧/٣٢٠) وعبارته : فأما إذا كانت زوجته فأفضاها فلا شيء عليه سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك في قولهما . وقال أبو يوسف : إن كانت لا تستمسك البول فعليه الدية في ماله ، وإن كانت تستمسك فعليه ثلث الدية في ماله .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٥/٣٢٧) وعبارته : وفي إفضائها - أي : المرأة - بجناية عمدا أو شبهه أو خطأ بوطء أو بغيره من الزوج وغيره دية .

٢٧٣٧٦ - ألا ترى أن من أذن لغيره في قطع يده قد تنفرد السراية عن القطع ، والإذن في القطع يسقط السراية فأما إذا وطئها بشبهة فالمسألة على أنها لم تأذن في الوطء فسبب الجناية إذا لم يؤذن فيه لم يسقط ضمانها وفي مسألتنا السبب [1] وأما إذا عصرها فقتلها فهذا غير متولد من الوطء المأذون فيه وإنما فعل فعلًا آخر غير الوطء فلم يسقط ضمانه بالإذن في الوطء . قالوا : جناية لو كانت من غير الزوج كانت مضمونة ، فإذا كانت منه كانت مضمونة كما لو وطئها وقلع عينها .

٢٧٣٧٧ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن الأجنبي إذا أذنت له في الوطء لم يضمن الإفضاء كما لا يضمنه الزوج ، وإنما يضمن الأجنبي عندنا إذا وطئها بغير إذنها ، والمعنى في قلع عينها ما قدمناه .

٢٧٣٧٨ - قالوا : حقان مختلفان بجناية شيئين مختلفين فجاز اجتماعهما كالجزاء والقيمة .

٢٧٣٧٩ - قلنا : بموجبه لأن الموجب وأرش الإفضاء يجتمعان عندنا إذا وطئها بشبهة ، والخلاف إذا وطئها بإذنها .

* * *

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

مسألة ١٣٤٢

[وطء امرأة بشبهة فأفضاها]

٢٧٣٨٠ - قال أصحابنا : إذا وطئ امرأة بشبهة ولم تأذن له في الوطء فأفضاها فإن كان البول يستمسك فعليه المهر وثلث الدية وإن كان لا يستمسك فعليه [جميع الدية ولا مهر (١) .

٢٧٣٨١ - وقال الشافعي : إن كان البول يستمسك فعليه المهر والدية ، وإن كان لا يستمسك فعليه] (٢) المهر والدية وحكومة .

٢٧٣٨٢ - لنا : إذا كان يستمسك فمنفعة العضو لم تبطل بكمالها وإنما جرحها جائفة (٣) فيجب فيها ثلث الدية . ولأن ارتفاع الحاجز بين مسلك وموضع الذكر إذا لم تبطل المنافع المقصودة بالعضو لم تجب فيه دية كاملة كما لا يجب بارتفاع الحاجز بين المنخرين وأما إذا كان البول لا يستمسك فلا مهر عندنا .

٢٧٣٨٣ - والدليل عليه أن الوطء فعل تتلف به منفعة العضو فلا يجب به مهر كما لو أفضاها بحجر .

٢٧٣٨٤ - فإن قيل : إذا أفضاها بالحجر فهذا [سبب (٤) يوجب] (٥) المهر بحال لأن من أزال بكارة امرأة بحجر وجب عليه مهرها ولأن المهر يجب بإتلاف جزء من منفعة العضو والدية تجب بإتلاف جميع منافع العضو وضمان الكل والجزء إذا اجتمعا وتعلقا بسبب واحد دخل الأقل في الأكثر أصله إذا قطع يد رجل فمات من القطع .

٢٧٣٨٥ - ولأن الأب إذا وطئ جارية ابنه فعلقت ضمن قيمتها ولم يضمن عقرها لأن القيمة وجبت وهي بدل عن الكل فلم يضمن بالعقر الذي هو ضمان الجزء .

٢٧٣٨٦ - وأما الدليل على أنه لا تجب الحكومة ؛ لأن الدية وجبت لإتلاف منافع

---

(١) انظر : البدائع (٣٢٠/٧) وعبارته : ثم إن كانت تستمسك البول فلها ثلث الدية لأنها جائفة وكمال المهر . وإن كانت لا تستمسك فلها الدية ولا مهر لها في قولهما وعند محمد لها المهر والدية .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) الجائفة : الطعنة التي تبلغ الجوف . وطعنة جائفة : تخالط الجوف . وقيل : هي التي تَنْفُذُه . انظر : لسان العرب مادة « جوف » .

(٤) بعده في (م) ، (ع) : [لا] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

العضو فلا يجب مع دية العضو شيء آخر أصله إذا ضرب يده فشلت .

٢٧٣٨٧ - ولأن كل عضو وجب كمال أرشه لم يجب بإتلاف أجزائه شيء أصله سائر الأعضاء [١].

٢٧٣٨٨ - احتجوا : في الفصل الأول بأنه إفضاء غير مضمون فوجب أن يضمن بكمال بدل النقص كما لو لم يستمسك البول .

٢٧٣٨٩ - قلنا : إذا لم يستمسك فقد بطلت منفعة العضو بكمالها بدلالة أن منافع العضو الوطء وهو غير مقصود مع الإفضاء وحبس البول وذلك لا يوجد وأما إذا استمسك البول فهي منفعة مقصودة باقية فيمنع من وجوب كمال الأرش .

٢٧٣٩٠ - فإن قيل : إذا بطل بالإفضاء منافع العضو لم يجب أرش بإتلافه ولم يصح العقد عليه .

٢٧٣٩١ - قلنا : إذا ضرب يده فشلت فهي في حكم المتلفة بدلالة وجوب كمال ديتها ولو قطعها بعد ذلك قاطع ضمن أرشها أما جواز العقد عليها فذلك لا يدل على عدم منافع العضو لأن الرتقاء يجوز العقد عليها وإن كانت منافع الوطء في العضو معدومة .

٢٧٣٩٢ - قالوا : الدليل على وجوب الحكومة أن الإفضاء يحصل والبول مستمسك ، فإذا لم يستمسك علمنا أنه أتلف منفعة من غيره ؛ فصار كمن قطع أذنه فذهب سمعه .

٢٧٣٩٣ - قلنا : هذا غلط ، بل أتلف منفعة حالة فيه ؛ لأن الإفضاء جراحة تارة تتلف بها منافع العضو وتارة لا تتلف كما ، أنه قد يجرح يده فتبطل حركة اليد والعمل بها فيجب أرش الجراحة وقد تجرح يده فيبطل منافع اليد فيجب عليه ديتها ولا تجب مع ذلك حكومة .

٢٧٣٩٤ - وأما المهر فاحتجوا فيه بحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها مهر مثلها » [٢] ولم يفصل .

---

(١) انظر : تحفة المحتاج (٤٨٢/٨) وعبارته : أو بذكر لشبهة منها كظنها كونه حليلها أو مكرهة أو نحو مجنونة فمهر مثل يجب لها حال كونها ثيبًا وأرش البكارة يلزمه لها وهو الحكومة ولم تدخل في المهر .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٩/٢) برقم ٢٠٨٣ ، وابن ماجة في سننه (٦٠٥/١) برقم ١٨٧٩ ، وأحمد في مسنده (١٦٥/٤٧/٦) .

٢٧٣٩٥ - قلنا : الدخول يحمل على الوطء المعتاد وذلك لا يحصل معه الإفضاء .

٢٧٣٩٦ - قالوا : جناية قد ينفك الوطء عنها فلا يدخل المهر في أرشها كما لو كان البول مستمسكًا .

٢٧٣٩٧ - قلنا : هناك لم تبطل منافع العضو فاجتمع الأرش والمهر كما لو جرح يده فشلت أصبعه لم يدخل أرش الجرح في أرش الأصبع ، ومتى لم يستمسك فقد بطلت المنفعة بكمالها فصار كما لو جرح يده فشلت . قالوا : المهر يجب بالتقاء الختانين وأرش الإفضاء يجب بتجاوز موضع الوطء ؛ فنقول : وجوب المهر إذا سبق الجناية لم يدخل في أرشها كما لو وطئها ثم قطع يدها .

٢٧٣٩٨ - قلنا : المهر يجب بجميع الفعل بدلالة أنه لو وجب بالتقاء الختانين خاصة حصل ما بعد ذلك وطء بغير عوض وهذا لا يصح وإنما نقول : إذا وجد الالتقاء ولم يتجاوزه تعلق به المهر فإن تجاوز ذلك تعلق المهر بالجميع .

٢٧٣٩٩ - كما أن الحد يجب بالتقاء الختانين إذا لم يتجاوز ذلك ، فإن تجاوز ذلك فالحد يتعلق بجميع الفعل ، ولا نقول : إن بعض الوطء إذا أوجب الحد دون بعض فإن تجاوز ذلك فالحد يتعلق بجميع الفعل كذلك المهر .

* * *

مسألة ١٣٤٣

[مقدار دية الذمي]

٢٧٤٠٠ - قال أصحابنا : دية الذمي كدية المسلم [١] .

٢٧٤٠١ - وقال الشافعي : دية الكتابي ثلث دية المسلم ودية المجوسي ثمانمائة [٢] .

٢٧٤٠٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ﴾ [٣] .

٢٧٤٠٣ - ولا يقال : المراد به المؤمن ؛ لأنه قال في أول الآية : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا ﴾ [٤] . فقوله وإن كان معناه وإن كان المقتول بدلالة أن المؤمن قد استفدناه بعموم اللفظ الأول فلم يجز حمل الثاني على التكرار ، يبين ذلك أنه قال : ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ ﴾ [٥] ولو كان المضمر [٦] والمؤمن لم يحتج إلى شرط الإيمان . فإن قيل : الديات مختلفة فلم يكن إيجاب الدية دلالة على قدرها .

٢٧٤٠٤ - قلنا : الدية في الشرع قد علمنا قدرًا مقدرًا في الذكر ونصفه في الأنثى ودون ذلك لا نعلمه دية فمثبته يحتاج إلى الدليل ويدل عليه قوله ﷺ : « ألا إن قتيل الخطأ قتيل السوط والعصا ديته مائة من الإبل » [٧] ولم يفصل ويدل عليه قوله : « في النفس مائة من الإبل » [٨] .

٢٧٤٠٥ - فإن قيل : قد روي في النفس المؤمنة فيجب حمل المطلق على المقيد .

٢٧٤٠٦ - قلنا : من أصلنا أن المطلق يحمل على إطلاقه والمقيد على تقييده ولا يخص أحدهما بالآخر . وذكر أبو داود عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ : « قضى في كل ذي عهد في عهده يقتل بديته ألف دينار » [٩] ومراسيل سعيد مقبولة في المذهبين .

---

(١) انظر : المبسوط (٨٥/٢٦) وعبارته : ودية أهل الذمة من أهل الكتاب وغيرهم مثل دية المسلمين .

(٢) وانظر : الأم (٣٤٠/٧) وعبارته : ودية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم ودية المجوسي ثمانمائة درهم .

(٣) سورة النساء : الآية ٩٢ .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) سورة النساء : الآية ٩٢ .

(٦) بعده في (م) ، (ع) : [وإن كان] .

(٧ ، ٩) سبق تخريجه .

٢٧٤٠٧ - وروى مقسم [١] عن ابن عباس أن رسولين من بني عامر أتيا النبي ﷺ من المشركين فأجارهما وكان فيما أجارهما حلفان وكتب لهما عهدًا وخرجا من عنده فلقيهما قوم من المسلمين فقتلوهما فوداهما النبي ﷺ قومهما بديتي حرين مسلمين [٢] .

٢٧٤٠٨ - ولا يجوز أن يقال : دفع الدية من الواجب لتطييب الأنفس ؛ لأن الدية اسم للواجب وإن ما تبرع به لا يسمى دية .

٢٧٤٠٩ - وذكر محمد في الآثار عن أبي حنيفة ﷺ عن الهيثم بن الهيثم أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر ﵄ قالوا : « في دية المعاهد دية الحر المسلم » [٣] ولأنه دين فلا يوجب نقصان بدل النفس كدين الإسلام ولأنه دين لا يوجب نقصان بدل المتلفات من أمواله فلا يوجب نقصان بدل نفسه كدين الإسلام ولأن الدين إذا أثر في نقصانه كالردة .

٢٧٤١٠ - قلنا : لم يؤثر الكفر في إسقاط بدل نفس الذمي لم يؤثر في نقصانه ولأنه حر محقون الدم فإذا نقوم دمه تقوم بالدية الكاملة أصله المسلم .

٢٧٤١١ - ولا يلزم من أسلم في دار الحرب ؛ لأن دمه لا يتقوم .

٢٧٤١٢ - ولا يلزم الجنين ؛ لأنه يتفوق بالغرة لا بالدية ولأن قتيل الخطأ تتعلق به الدية والكفارة فإذا لم يوجب الكفر نقصان الكفارة عن قتل المسلم كذلك الدية .

٢٧٤١٣ - فإن قيل : الكفارة لا يختلف قدرها لأن مقدار الدية على وجه واحد عندنا في الذكر مقدر في الأنثى نصفه فأما الواجب الجنين فليس بدية .

٢٧٤١٤ - ولأن القصاص يستوفى من المسلم بقتله فلم تقدر ديته بثلث الدية كالمسلم .

٢٧٤١٥ - ولأن القيمة في العبد بدل النفس كالدية في الأحرار فإذا لم تجب قيمة العبد بكفره كذلك الدية .

٢٧٤١٦ - فإن قيل : لما جاز أن يستوفي قيمة الأنثى والذكر جاز أن يستوفي فيه

---

(١) هو : مِقْسَم بن بُجْرَة ويقال : ابن بَجَرَة على مثال شَجَرَة ويقال : ابن نجدة ، أبو القاسم ويقال : أبو العباس ، مولى عبد الله بن الحارث بن نوفل ويقال له : مولى ابن عباس للزومه له . روى عن : خُفاف بن إيماء ابن رَحْضَة الغفاري ، ومولاه عبد الله بن الحارث بن نوفل ، وشرحبيل بن حسنة ، وعبد الله بن عباس ، وآخرون . وروى عنه : إسحاق بن يسار ، والحكم بن عُتيبة ، وخصيف بن عبد الرحمن ، وغيرهم . انظر : تهذيب الكمال (٤٦٣/٤٦١/٢٨) .

(٢) أخرجه الترمذي في سننه (٢٠/٤) برقم ١٤٠٤ .

(٣) أخرجه محمد بن الحسن في الحجة (٣٥١/٤) .

الكافر والمسلم .

٢٧٤١٧ - ولأن الأنثى والذكر قد استويا في غرة الجنين ثم لم يتساوى جنين المسلم والكافر عندهم ولأن المجوسي ساوى الكتابي في العهد فساواه في بدل النفس كالكتابيين ولأنه محقون الدم فلا تتقدر ديته بثمانمائة كالكتابي .

٢٧٤١٨ - احتجوا : بقوله ﷺ [١] : « تتكافئ دماؤهم » دليله أن دماء الكفار لا تكافئهم .

٢٧٤١٩ - قلنا : هذا يدل على تكافؤ دماء المسلمين ولا ينفي غيره .

٢٧٤٢٠ - ولو قلنا بالدليل اقتضى أن دماء المسلمين متكافئة في كل حال ودماء الكفار بخلافها وكذلك نقول ؛ لأن دم الكافر لا يكافئ دم المسلم بكل حال حتى ينضم إلى كفره عهد .

٢٧٤٢١ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال : « في النفس المؤمنة مائة من الإبل » [٢] .

٢٧٤٢٢ - قلنا : المشهور قوله : « في النفس مائة من الإبل » [٣] وهو عام والخبر الخاص بعض ما دل عله العموم دليل الشرط [٤] عندنا لا يؤثر .

٢٧٤٢٣ - ولأن العموم المتفق عليه عندنا متقدم على الخصوص المختلف في استعماله .

٢٧٤٢٤ - احتجوا : بحديث عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ : « قضى أن دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف » وروى : « قضى في دية اليهودي والنصراني بثلث دية المسلم » .

٢٧٤٢٥ - قلنا : هذا خبر لا يعرف ولم يذكر في كتاب من كتب الحديث ولا أورده الدارقطني مع جمعه لهم كل ضعيف وشاذ وإنما أضافوه إلى شرح المروزي وليس هو حجة في الحديث .

٢٧٤٢٦ - ولأنا ذكرنا أخبارًا معروفة منقولة من كتب المحدثين وما نقل في نقصان

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١١٩/١) برقم ٩٥٩ .

(٢) ورد ذلك في كتاب الرسول ﷺ لعمرو بن حزم . أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٠/٨) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) في (م) ، (ع) : [الشرط] .

الدية مختلف لم يرد فيه أقوى من خبر عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ جعل دية اليهودي والنصراني نصف دية المسلم [١] وإليه ذهب مالك فإذا كانت أخبار النقصان مختلفة كان الرجوع إلى أخبارنا أولى ؛ لأنها غير مختلفة وموافقة لعموم متفق عليه ، وهي زائدة فإثبات الزائد أولى .

٢٧٤٢٧ - ولأن بني قريظة كانت دياتهم مختلفة في الجاهلية فكانت ديات بني [٢] النضير نصف ديات بني قريظة [٣] فتحمل ما روي في دية الذمي على النصف على بني قريظة وقد كانت ديات الموالي في الجاهلية تخالف دية الصليب [٤] فيجوز أن يكون أوجب في الذمي ثلث الدية اعتبارًا بالموالي من المسلمين فكان هذا في بدء الإسلام ثم تساوت الديات فسوى رسول الله ﷺ بني قريظة والعرب والموالي فاستوى المسلم والذمي .

٢٧٤٢٨ - احتجوا : بما روى الزهري عن عمر وعثمان وابن مسعود أن دية المجوسي ثمانمائة درهم [٥] ولا مخالف لهم .

٢٧٤٢٩ - قلنا : قد روى الزهري عن سالم عن ابن عمر أن رجلا مسلمًا قتل رجلا من أهل الذمة عمدًا [٦] فرفع إلى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه الدية مثل دية المسلم ذكره الدارقطني [٧] وذكر محمد في الآثار عن الزهري أن أبا بكر وعمر وعثمان ﷺ جعلوا دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم [٨] وعن علي بن أبي طالب أنه قال : إنما أعطيناهم الأمان لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا [٩] ولأن

---

(١) أخرجه أبو داود فعن النبي ﷺ أنه قال : « دية المعاهد نصف دية الحر » . انظر : سنن أبي داود (١٩٤/٤) برقم ٤٥٨٣ .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٣/٣) برقم ٣٥٩١ . عن ابن عباس قال : كان بنو النضير إذا قتلوا من بني قريظة أدوا نصف الدية ..إلخ .

(٤) الصليب : الخالص النسب . يقال : عربي صليب ، أي : خالص لم يلتبس به غير عربي . انظر : المغرب للمطرزي مادة (صلب) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠١/٨) ، برقم ١٦١٢٠ ورقم ١٦١٢١ عن عمر وعلي وابن مسعود ﷺ .

(٦) ساقطة من (ص) ، (ع) .

(٧) أخرجه الدارقطني في سننه (١٤٥/٣) برقم ١٩٣ .

(٨) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٩٥/١٠ برقم ١٨٤٩١ .

(٩) أخرجه الدارقطني في سننه ١٤٧/٣ برقم ٢٠٠ .

معمرًا روى عن الزهري أنه قال في دية المعاهد مثل دية المسلم [١] واحتج بقوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ ﴾ [٢] وهذا يدل على أنه لا إجماع في المسألة ولأنه يحتمل أن يكون ذلك في عبد مجوسي أوجب فيه قيمة . فإن قيل : تقدير الثمانمائة لا يعلم إلا من جهة التوقيف .

٢٧٤٣٠ – قلنا : فمعنى توقيف في كمال الدية في المعاهد والمجوسي والوثني سواء وقد أوجب ﷺ دية المعاهدين العامريين دية حرين مسلمين .

٢٧٤٣١ – قالوا : مكلف لا يكمل سهمه من الغنيمة فلم تكمل ديته كالمرأة .

٢٧٤٣٢ – قلنا : نقصان السهم لا يدل على نقصان بدل النفس لأن العبد لا يكمل سهمه ويتجاوز بدل نفسه عند مخالفنا الدية . ولأن المرأة ناقصة الخلقة ناقصة في القتال بدلالة أنها لا تقاتل إلا بإذن فنقص سهمها لنقصان حالها في القتال ونقصت ديتها لنقصان خلقها كما نقص بدل الجنين فأما الكافر فنقصانه في القتال أوجب نقصان سهمه وهو كامل الخلقة فكمل بدل نفسه ونقصانه من طريق الحكم لا يؤثر في بدل نفسه إذا كان مقوم الدم .

٢٧٤٣٣ – قالوا : أحد بدلي النفس فلا يستوي المستأمن المسلم فيه كالقصاص .

٢٧٤٣٤ – قلنا : اختلاف الشخصين في القصاص لا يدل على اختلاف ديتهما لأن الأب وابنه لا يتساويان في القصاص ويتساويان في الدية وقد يتساوى الشخصان في القصاص وتختلف ديتهما كالرجل والمرأة ولأن القصاص يخالف المستأمن غيره فيه .

٢٧٤٣٥ – لأن معنى الإباحة في دمه أثرت فيما يسقط بالشبهة ولم تؤثر في الدية لأنها لا تسقط بالشبهة .

٢٧٤٣٦ – قالوا : الكفر منقسم فيه أعلى وأدنى ، وأعلاه يسقط بتقويم النفس وهو الردة وجب أن يكون أدناه يؤثر في تحقيقها كما أن أعلى الطلاق يرفع النكاح فأدناه أخف في رفعه .

٢٧٤٣٧ – قلنا : أعلى الكفر كفر الحربي وقد أثر في إسقاط بدل المتلفات ولم يؤثر أدنى الكفر في تحقيقها .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٠/٩٥) برقم ١٨٤٩١ .

(٢) سورة النساء : الآية ٩٢ .

مسألة ١٣٤٤

[قتل الحر العبد]

٢٧٤٣٨ – قال أبو حنيفة ومحمد : إذا قتل حر عبدًا فالقيمة [على عاقلته] [(١)] وإن جنى عليه فيما دون النفس فهو في ماله [(٢)] .

٢٧٤٣٩ – وقال الشافعي : في أحد قوليه : تتحمل العاقلة نفسه وما دونها ، وفي القول الآخر لا تتحمل الأمرين [(٣)] .

٢٧٤٤٠ – لنا : أنه ضمان نفس آدمي بالقتل فجاز أن تتحمله العاقلة كالحر ولأن الكفارة تجب بقتله كالحر ولأنه شخص يجب القصاص على قاتله فجاز أن تتحمل العاقلة بدله كالحر ولأن كل محل يجوز أن يستوفي منه دية الحر يجوز أن يستوفي منه دية العبد كدية القاتل . فإن قيل : المعنى في الحر أن العاقلة تتحمل أطرافه ولما لم تتحمل أطراف العبد لم تتحمل نفسه .

٢٧٤٤١ – قلنا : ما دون النفس في الحر يجب القصاص على الحر بقطعها فتحملها العاقلة وطرف العبد لا يجب القصاص على الحر بقطعه فلذلك لم تحمله العاقلة .

٢٧٤٤٢ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾ [(٤)] .

٢٧٤٤٣ – قلنا : معناه أن الإنسان لا يأثم بفعل غيره ولا يعاقب بجناية غيره وليس المراد أن الإنسان لا يجب عليه لغيره حق على طريق المساواة .

٢٧٤٤٤ – قالوا : روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « لا تعقل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا » [(٥)] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) انظر : الجوهرة النيرة (١٤٢/٢) وعبارته : ثم الجناية على العبد فيما دون النفس يتحمله العاقلة لأنه أجري مجرى ضمان الأموال ، وأما إذا قتل العبد خطأ فقيمته على العاقلة عندهما . وقال أبو يوسف : في مال القاتل . انظر : تبيين الحقائق (١٦٢/٦) وعبارته : وهذا قول أبي حنيفة وزفر ومحمد ﷺ وذلك على العاقلة في ثلاث سنين .

(٣) انظر : حاشيتي قليوبي وعميرة (١٥٨/٤) وعبارة قليوبي : وتحمل العاقلة العبد بالقيمة في الأظهر .

(٤) سورة الإسراء : الآية ١٥ .

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه (١٧٨/٣) برقم ٢٧٧ .

٢٧٤٤٥ - قلنا : هذا موقوف على ابن عباس ولم يسند من جهة صحيحة ولأن معناه : لا تعقل العاقلة جناية العبد ألا ترى أن قوله : « لا تعقل عمدًا » معناه جناية العمد كذلك قوله « ولا عبدا » معناه جناية العبد ومخالفنا يضمر : لا تحمل جناية على العبد فيضمر اسما وحرفا ومتى استقل الكلام بإضمار واحد كان أولى .

٢٧٤٤٦ - فإن قيل : لو كان كذلك لقال : لا تعقل العاقلة عن العبد .

٢٧٤٤٧ - قلنا : إذا ثبت ما قلنا أن المراد جناية العبد لم نحتج أن نقول : عن العبد .

٢٧٤٤٨ - قالوا : العاقلة لا تحمل طرفه فلا تحمل بدل نفسه كالبهائم .

٢٧٤٤٩ - قلنا : لا يجب القصاص بقتلها ولا الكفارة فلذلك لم تتحمل العاقلة الجناية عليها . ولما كان القصاص والكفارة تجب بقتل العبد جاز أن تتحمل العاقلة جنايته .

٢٧٤٥٠ - قالوا : جناية على العبد فلم تتحملها العاقلة كالطرف .

٢٧٤٥١ - قلنا : المعنى فيه أن القصاص لا يجب على الحر بنوعه فلم تتحمل العاقلة والنفس يجب القصاص بها فكذلك تحملها العاقلة .

٢٧٤٥٢ - فإن قيل : اعتبار التحمل بالقصاص لا يصح لأن المأمومة [1] لا قصاص فيها والموضحة فيها القصاص وتتحملها العاقلة .

٢٧٤٥٣ - قلنا : لأن نوع هذا يجب فيه القصاص وإنما سقط في بعض الشجاج لتعذر المماثلة .

٢٧٤٥٤ - قالوا : مضمون بالقيمة فلا تتحمل العاقلة قيمته كالأموال .

٢٧٤٥٥ - قلنا : الأموال يستوي في ضمانها العمد والخطأ فلم تتحملها العاقلة .

* * *

---

(١) المأمومة : الشجة التي تكسر عظم الرأس وتبلغ أم الرأس . وهي أيضا : الآمّة . انظر لسان العرب مادة (أمم) .

مسألة ١٣٤٥

[ما دون النفس من العبد]

٢٧٤٥٦ - قال أصحابنا : ما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة [(١)] .

٢٧٤٥٧ - [وقال الشافعي] [(٢)] في أحد قوليه : تتحمله [(٣)] .

٢٧٤٥٨ - لنا : أنه متلف لا يجب القصاص على الحر مع إمكان المماثلة فلم تتحمله العاقلة كطرف البهيمة .

٢٧٤٥٩ - ولأن العبد له شبهٌ بالبهائم من حيث كان مالا مقوماً وله شبهٌ بالحر ولأن القصاص يجب فيه والكفارة فأعطيناه الشبهين فقلنا : تتحمل العاقلة نفسه كالأحرار ، ولا تتحمل أطرافه كالبهائم .

٢٧٤٦٠ - احتجوا : بأن كل من تحملت العاقلة بدل نفسه تحملت بدل ما دونها كالحر .

٢٧٤٦١ - قلنا : المعنى في الحر أن ما دون نفسه يجوز أن يجب القصاص على الحر بقطعها وما دون النفس من العبد لا يجب القصاص على الحر بقطعها فلم تتحملها العاقلة كالبهائم .

* * *

---

(١) انظر : البيسوط (٢٨/٢٧) وعبارته : ولا تعقل العاقلة شيئا من جناية العبد والمدبر وأم الولد .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ص) .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٣٦٦/٥) وعبارته : وفي القديم يفديه بأرشها بالغا ما بلغ .

مسألة ١٣٤٦

[جناية أم الولد]

٢٧٤٦٢ - قال أصحابنا : إذا جنت أم الولد جنايات لم يلزم المولى إلا قيمة واحدة (١) وهو أحد قولي الشافعي (٢) .

٢٧٤٦٣ - وقال في قول آخر : إن تفرعت الرقبة من الجناية ثم جنت ضمن قيمة أخرى .

٢٧٤٦٤ - لنا : أن المولى يمنع تسليمها في الجناية بالاستيلاد السابق والمنع الواحد من غير إجبار لا يوجب أكثر من قيمة واحدة أصله إذا جنت جنايات فاستولدها وهو لا يعلم . ولأن الاستيلاد إذا تأخر فقد أسقط به حق لهم بعد ثبوت الحق وإذا تقدم فلم يسقط به حقًّا ثابتًا (٣) فإذا لم يجب مع تأخر الاستيلاد أكثر من قيمة واحدة [فإذا تقدم أولى . ولأنها جنايات من أم الولد فلم يجب على مولاها أكثر من قيمة واحدة] (٤) أصله إذا جنت جنايتين معًا أو إحداهما (٥) بعد الأخرى قبل يضمن (٦) المولى .

٢٧٤٦٥ - فإن قيل : هناك صادفت الجناية الثانية رقبة مشغولة فلم يكمل أرشها .

٢٧٤٦٦ - وفي مسألتنا صادفت الجناية رقبة فارغة فكمل أرشها .

٢٧٤٦٧ - قلنا : إن جنايات أم الولد جعلت كالموجود قبل الاستيلاد حتى يلزم ضمانها وتضمين المولى متأخر عن ذلك ؛ فاستوى فيه أن تكون الثانية قبل ضمان المولى وبعده ولأنه شغل الرقبة وفراغها يختلف في الجناية المتعلقة بها المستوفاة منهما فأما إذا كان محل الاستيفاء غير الرقبة فلا فرق بين فراغها وشغلها ولأنها جنايات لم ينقصها اختيار فاستوى اجتماعها وتفرقها أصله جنايات الحر والعبد .

٢٧٤٦٨ - احتجوا : بأنها مملوكة فجاز أن يتكرر الفداء بتكرر الجناية أصله الأمة .

---

(١) انظر: الهداية مع العناية (٣٦٦/٣٦٥/١٠) وعبارته: وجنايات المدبر وإن توالت لا توجب إلا قيمة واحدة . إلى أن قال: وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا .

(٢) انظر: مغني المحتاج (٣٦٨/٥) وعبارته: ويفدي أم ولده بالأقل ، وقيل : القولان ، وجناياتها كواحدة في الأظهر.

(٣) في (م) ، (ع) : [ثابتًا] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٥) في (م) ، (ع) : [أحدهما] .

(٦) في (م) ، (ع) : [تضمين] .

٢٧٤٦٩ - قلنا : الأمة لا يتكرر الفداء فيها لتكرر الجناية لكن لتكرر الاختيار والمنع هذا يوجد في أم الولد ولأن الأمة تتعلق الجناية برقبتها فإذا سلمت الرقبة للمولى بالاختيار وجب عليه الفداء وجناية أم الولد تعلق بذمة المولى [١] للمنع السابق ولم يوجد إلا منع واحد [المنع الواحد لا يوجب] [٢] فلم يجب عليه إلا ضمان واحد [٣] .

٢٧٤٧٠ - قالوا : يلزمه أن يفديها في الجناية الأولى لأن جنايتها تعلقت بالرقبة من قيمة فارغة والمولى مانع من بيعها بالاختيار المتقدم وهذه العلة موجودة في الجناية الثانية فلما لم يوجد في الجنايتين إلا منع واحد ، والمنع الواحد لا يوجب أكثر من قيمة واحدة وقد غرم المولى تلك القيمة فجعلت الجناية الثانية وقد سقط حكم المنع بالغرامة الأولى فلم يجز إيجاب غرم واحد .

٢٧٤٧١ - قالوا : ولي الجناية الأولى تعين ملكه لما قبضه فلا يجوز أن يزول ملكه عن بعضه بالجناية الثانية من أم ولد غيره .

٢٧٤٧٢ - قلنا : عندنا أن ملكه لما قبضه مراعى فإذا جنت بينا أنه قبض ما تعلق به حق الغير وهذا كأحد الشفعاء إذا قضى له بالشقص وملكه ملكًا مراعى فإن حضر الغائب زال ملك الحاضر عن بعض الشقص وكذلك من مات وترك مالا وعليه ديون نقصت التركة ثم وقع ببئر قد حفرها الميت دابة فماتت رجع صاحب الدابة على الغرماء فشاركهم فيما كانوا ملكوه .

٢٧٤٧٣ - قالوا : قال المزني كيف يغرم ولي الجناية الأولى وليس بمالك لأم الولد ولا عاقل لها .

٢٧٤٧٤ - قلنا : يبطل بمسألة البئر فإن الغرماء يلزمون [٤] لصاحب الدابة ولم يحفروا البئر ولا هم عاقلة حافرها .

* * *

(١) لعلها في (ص) : [حق بذمة المعين] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٤) لعلها في (ص) : [مدينون] .

مسألة ١٣٤٧

[قطع يد العبد المعتق]

٢٧٤٧٥ - قال أصحابنا : إذا قطع يد عبد فأعتقه مولاه سقط ضمان السراية ووجب للمولى نصف قيمة العبد وكذلك إن باعه المولى بعد القطع [(١)] .

٢٧٤٧٦ - وقال الشافعي : يضمن القاطع ديةً ؛ جزء منها للمولى نصف قيمة العبد والباقي لورثة العبد [(٢)] .

٢٧٤٧٧ - لنا : أن السراية لا تخلو إما أن يثبت حكمها للمولى أو للمعتق ولا يجوز أن تثبت للمولى لأن ملكه زال عنه ولا يجوز أن تثبت للمعتق لأنه لم يستحق أرش الجناية فلا يستحق سرايتها وحكم السراية مرتب على الجناية وتابع لها ولا يجوز أن ينفرد بحكم عنها .

٢٧٤٧٨ - فإن قيل : فقد أفردتم حكمها عن الجناية حيث أسقطتم ضمانها مع وجوب الضمان في الجناية .

٢٧٤٧٩ - قلنا : إفرادها بحكم هو أن تثبت لها حكمًا يخالف الجناية فإما أن نسقط أحكامها فلا ، وهذا كما لو أمر الجاني من السراية ولأنه فعل من المولى منع به ثبوت حقه في السراية فوجب [أن يسقط] [(٣)] حكمها أصله البراءة .

٢٧٤٨٠ - احتجوا : بأن القطع جناية مضمونة سرت فيما هو مضمون فوجب أن تكون السراية مضمونة أصله إذا سرت قبل أن يعتقه .

٢٧٤٨١ - قلنا : يبطل إذا أبرأ المقطوع من القطع أو أبرأ المولى من ذلك ولأن السارية قبل العتق لما لم يسقط حكمها كان المستحق لها هو المستحق لأرش الجناية ولما سقط حق ولي الجناية في مسألتنا عن السراية سقط حكمها كالبرء .

* * *

(١) انظر: البدائع (٣٠٦/٧) وعبارته: ولو قطع يد عبد خطأ فأعتقه مولاه ثم مات منها ، فلا شيء على القاطع غير أرش اليد .

(٢) انظر: الأم (١٥٤٥/٨) وعبارته: ولو قطع يد عبد وأُعتق ثم مات ، فلا قول إذا كان الجاني حرًا مسلمًا أو نصرانيًا حرًا أو مستأمنًا حرًا ، وعلى الحر الدية كاملة في ماله: للسيد منها نصف قيمته يوم قطعه ، والباقي لورثته .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقطة من: (ص) .

مسألة ١٣٤٨

[تعلق جناية العبد برقبته]

٢٧٤٨٢ - قال أصحابنا : جناية العبد تتعلق برقبته ويخاطب المولى بدفعه بها إلا أن يفديه بأرشها [(١)] .

٢٧٤٨٣ - وقال الشافعي : تتعلق بذمته ويباع فيها [(٢)] .

٢٧٤٨٤ - لنا : ما روي عن أبي عبيدة بن الجراح أنه قال في مدبر قتل رجلًا : ضمن المولى قيمته .

٢٧٤٨٥ - قال محمد : فلولا أنه كان يجب عليه دفع الرقبة فتعذر ردها بالتدبير لم يضمن .

٢٧٤٨٦ - فإن قيل : كان يجب البيع فالتدبير منع البيع .

٢٧٤٨٧ - قلنا : الحقوق الثابتة في ذمة العبد تتأكد بحريته لأن ذمته أقوى فلا يجوز أن يكون التدبير سبب ضمان القيمة .

٢٧٤٨٨ - ولأنها جناية يمكن استيفاءها من الرقبة فوجب أن تتعلق بها كجناية العبد من الحر والعبد ولأن جناية الخطأ توجب الضمان مؤجلا في ثلاث سنين وجناية العبد توجب الضمان حالًا فلو كان الضمان في ذمته لاحتمل التأجيل فلما ثبت حالا دل على أن الواجب تعلق بالرقبة لأن الأعيان لا تحتمل التأجيل وإذا ثبت أن جنايته متعلقة برقبته لم يلزم المولى فيها أكثر من رفع يده بل تتلف الرقبة في يده وعلى ملكه وجب عليه نفسها .

٢٧٤٨٩ - قلنا : القصاص لا يستوفي في يد المولى بل يسلمه القاضي إلى الولي ليقتله فأما الملك فإن القصاص يستوفي من غير انتقال الملك والأرش لا يستوفي الرقبة إلا بعد انتقال الملك فيها إلى الأولياء ولا جناية الخطأ يلزم أرشها

---

(١) انظر: الهداية مع العناية (٣٣٩/٣٣٨/١٠) وعبارته: وإذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه: إما أن تدفعه بها أو تفديه .

(٢) انظر: نهاية المحتاج (٣٧٧/٧) وعبارة المنهاج: مال جناية العبد أي الرقيق خطأ كانت أو شبه عمد أو عمدًا وعفي على مال وإن فدى من جنايات سابقة تتعلق برقبته إجماعا .

أقرب الناس إلى الجاني بدلالة العاقلة والمولى أقرب الناس إلى العبد ، وهو الذي يلزمه بضربه فوجب أن يخاطب بحكم جنايته وكل ضمان يجب على الإنسان كتمليكه المال سقط عنه بتسليم المال إلى المستحق كالوارث إذا خلا بين الغرماء والتركة سقط عنه المطالبة بالديون ونصب القاضي من يوفيهم الدين منها وليس كذلك إتلاف المال لأن ضمان المال من حكمه أن يثبت في ذمة المتلف بدلالة الحر[١] والدين الثابت [٢] في الذمة إذا تعلق بالمال تبع المال فيه كالرهن .

٢٧٤٩٠ - احتجوا : بأن أرش الجناية تعلق برقبة العبد ، فإذا امتنع المولى [٣] من دفع المال وجب بيع العبد وقضى بالمال من ثمنه أصله العبد المرهون .

٢٧٤٩١ - قلنا : الدين في الرهن متعلق بذمة الراهن والعبد وثيقة فأما أن يتعلق برقبته فلا ولا نسلم [٤] أن الرهن يباع في الدين ولكن الراهن يحبس حتى يبيعه ويقضي دينه .

٢٧٤٩٢ - قالوا : الأرش إما أن يكون من جنس الإبل أو من جنس الأثمان والحق إذا ثبت من جنس لم يجبر صاحب الحق على أخذ غير جنسه .

٢٧٤٩٣ - قلنا : لسنا نقول : إن رقبة العبد تؤخذ عن الأرش ولكنه يسقط عن نفسه المطالبة بتسليمها فيسقط ما وجب من الأرش بملك المستحق لها .

٢٧٤٩٤ - قالوا : ضمان متلف كإتلاف الأموال ثبت في ذمة المتلف بدلالة الحرية وما ثبت في الذمة وتعلق بالرقبة بيعت فيه كما تباع تركة الميت وأما الجنايات فتتعلق بالرقاب إذا أمكن استيفاؤها منها بدلالة العبد ولهذا نقول : إنها تتعلق بأعيان العاقلة ولا تتعلق بذمتهم ؛ ولهذا من مات منهم سقط عنه ولم يؤخذ من تركته .

* * *

(١) لعلها : [الحق] .
(٢) ساقطة من صلب (ص) .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٤) في (ص) : [لم] .

مسألة ١٣٤٩

[من صاح بصبي أو مجنون على حائط هل يضمن]

٢٧٤٩٥ - ذكر الطحاوي عن أصحابنا : أن من صاح بصبي أو مجنون وهما على حائط ففزعا وسقطا أو زال عقلهما فلا ضمان عليه [١] .

٢٧٤٩٦ - وقال الشافعي : يضمن في الصبي والمجنون ولا يضمن في الرجل العاقل وقال ابن أبي هريرة [٢] إذا عقل البالغ وصاح به فسقط ضمن دائمًا وإنما لا يضمن إذا واجهه بالصياح [٣] .

٢٧٤٩٧ - لنا : أنه لم يوقع فيه فعلاً ولا فيما اتصل به ولا قربه من سبب المتلف فلم يضمن ديته أصله إذا فزع الصبي من مشاهدته ولأنه فعل لا يضمن به البالغ فلا يضمن به الصبي أصله إذا وقع في بئر حفرها في ملكه وعكسه مباشرة الإتلاف . ولا يلزم إذا غصب صبيا فوقع عليه حائط لأن الضمان يجب حين قربه من سبب التلف وهو لا يمكنه التحفظ ولهذا يضمن به البالغ إذا قيده وحبسه فوقع عليه حائط .

٢٧٤٩٨ - احتجوا : بأن الصبي يفزع في العادة فإذا فزعه صار سببًا في إتلافه فيجب عليه ضمانه كحافر البئر .

٢٧٤٩٩ - قلنا : يبطل إذا اجتاز به وهو على صفة يخاف الصبيان منها ففزع الصبي فأما الحافر فهو كالدافع الواقع في البئر فيلزمه الضمان لإيقاعه الفعل فيما اتصل به كما يلزمه الضمان برميه أو ضربه .

* * *

(١) انظر: الفتاوى الهندية (٣٤/٦) وعبارته: رجل رأى صبيًا على حائط أو شجرة فصاح به الرجل وقال: لا تقع . فوقع الصبي ومات ، لا يضمن الرجل القائل . ولو قال له: قَعْ . فوقع ومات ، يضمن القائل ديته.

(٢) هو: الإمام الجليل القاضي أبو علي الحسن بن الحسين بن أبي هريرة . أحد عظماء الشافعية . قال عنه الخطيب البغدادي: الفقيه القاضي ، كان أحد شيوخ الشافعيين ، وله مسائل محفوظة ، وأقواله فيها مسطورة . وقال الرافعي: إن ابن أبي هريرة زعيم عظيم للفقهاء . تفقه على: ابن سُرَيج ، وأبي إسحاق المَرْوَزي . انظر: طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي (٢٥٧/٢٥٦/٣) .

(٣) انظر: الأم (٣٥٤/٨) وعبارته: ولو صاح برجل فسقط عن حائط لم أرَ عليه شيئًا ، ولو كان صبيًا أو معتوهًا فسقط من صيحته ضمن . وانظر: مغني المحتاج (٣٣٥/٥) .

مسألة ١٣٥٠

[الأب والابن يتحملان العقل]

٢٧٥٠٠ - قال أصحابنا : الأب والابن يتحملان العقل [١] .

٢٧٥٠١ - وقال الشافعي : لا يدخلان في العقل [٢] .

٢٧٥٠٢ - لنا : ما روي أن [٣] سلمة بن نعيم [٤] قتل مسلمًا يظنه كافرا فقال له عمر : الدية عليك وعلى قومك [٥] وروى أنه عليه السلام [٦] قضى بالدية على العاقلة [٧] .

٢٧٥٠٣ - وهذا الاسم مأخوذ من المنع ولهذا يقال : لما يعقل به البعير : عقال [لأنه يمنع] [٨] من النفور والابن والأب يمنعان القاتل فهما من العاقلة

٢٧٥٠٤ - ولأن كل حكم يتعلق بالرحم فإن الابن يساوي غيره فيه أو يقدم عليه أصله الإرث والنفقة ولأنه ضمن لسبب ضربه القاتل فجاز أن يعقل عنه كالأخ .

٢٧٥٠٥ - ولأن كل حكم يتعلق بالأخوة يتعلق بالبنوة أصله تحريم المناكحة ولأنها قرابة مولاها في النكاح كالأخوة والعمومة .

٢٧٥٠٦ - احتجوا : بما روى أن امرأتين من هذيل اقتتلتا فقتلت إحداهما الأخرى قضى رسول اللَّه ﷺ على عاقلة القاتلة وجعل ميراث القاتل للابن والزوج [٩] نفر بين [١٠] العاقلة والابن فلما استأنف آخر في ذمة الابن والزوج لا يثبت ذلك الحكم

---

(١) انظر: البدائع (٢٥٧/٢٥٦/٧) وعبارته: فإن كان الأصل فعاقلته أهل ديوانه إن كان من أهل الديوان وهم المقاتلة من الرجال الأحرار البالغين العاقلين تؤخذ من عطاياهم .

(٢) مغني المحتاج (٣٥٩/٥) وعبارة المنهاج فيه: دليل الخطأ وشبه العمد تلزم العاقلة وهم عصبة إلا الأصل والشرع .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) هو: سلمة بن نعيم الأشجعي له ولأبيه صحبة . روى عن : النبي ﷺ ، وعن أبيه نعيم بن مسعود . وروى عنه : سالم بن أبي الجعد ، وأبو مالك الأشجعي وروى له أبو داود حديثًا واحدًا . انظر: تهذيب الكمال (٣٢٢/١١) .

(٥) أخرجه ابن حزم في المحلى (٢٧٥/١١) . (٦) ليست في: (ص) .

(٧) أخرجه النسائي في سننه (٥١/٨) برقم ٤٨٢٨ .

(٨) في (م) ، (ع) : [لا يمتنع] .

(٩) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٢/٤) برقم ٤٥٧٥ .

(١٠) لعلها في (ص) : [فقد بين] .

لمنفعة[1] العاقلة فلم يدل ذلك على أن الابن ليس من العاقلة .

٢٧٥٠٧ - قالوا : فقد روى وبرأ الابن والزوج [2] .

٢٧٥٠٨ - قلنا : هذا اللفظ ليس بمحفوظ ولو ثبت لم يكن فيه دلالة لأنه يحتمل أن يكون الابن صغيرًا أو مجنونًا فلا يدخل مع جملة العاقلة في التحمل وأن يستحق الإرث .

٢٧٥٠٩ - قالوا : روي عن أبي رِمْثَة [3] أنه دخل على النبي ﷺ ومعه أبوه فقال : إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه [4] .

٢٧٥١٠ - قلنا : ظاهره متروك بإجماع لأن كل واحد منهما يجوز أن يجني على الآخر .

٢٧٥١١ - فإن قيل : معناه إنك لا تؤخذ بحكم جنايته .

٢٧٥١٢ - قلنا : بل معناه إنك لا تعاقب بجنايته أو لا تأثم بجنايته وليس أحد الإضمارين إذا عدلنا عن الظاهر أولى من الآخر .

٢٧٥١٣ - قالوا : روى ابن مسعود أن النبي ﷺ : « قال لا تعودوا بعدي كفارًا يضرب بعضكم بعضًا بالسيف أما إنه لا يجني ولد على والده ولا والد على ولده » [5] .

٢٧٥١٤ - قلنا : متروك فيحتمل ما يحتمله الخبر الأول والظاهر المراد به المأثم أو العقوبة لأنه ذكر قتل العمد الذي يأثم به ولهذا قال : « لا تعودوا بعدي كفارًا » أي كالكفار وتحمل الدية الذي يدعي مخالفنا أنه مراد ليس من أحكام .

٢٧٥١٥ - قالوا : من لا يحمل الدية مع أهل الديوان لا يحمل العقل مع عدمهم أصله الصغير والمعتوه والمرأة .

٢٧٥١٦ - قلنا : لا نسلم أنه لا يحمل مع أهل الديوان [6] لأن الأب والابن إذا كانا من أهل الديوان تحملا معهم والمعنى فيها فاستوى عليه إنهم ليسوا من أهل النصرة فلم

---

(١) غير واضحة في (ص) .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٤١/٦) وعبارته: عن جابر أن النبي ﷺ جعل في الجنين غُرّة على عاقلة القاتلة وبرأ زوجها وولدها .

(٣) بياض في جميع النسخ ، وما أثبتناه من كتب الحديث .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٨/٤) برقم ٤٤٩٥ .

(٥) متفق عليه البخاري في صحيحه (٥٦/١) برقم ١٢١ .

(٦) ساقطة من: (ص) .

يتحملوا جناية غيرهم وليس كذلك الأب والابن لأنهما يعصمان القاتل فجاز أن يتحملا عنه .

٢٧٥١٧ – قالوا : من لزمه نفقة غيره من ماله لم يلزم تحمل العاقلة [(١)] عن أصله الزوج .

٢٧٥١٨ – قلنا : النفقة مال يلزم الإنسان لغيره على طريق المعاونة والمواساة وكذلك تحمل الدية عنه فأحد الحكمين علة للآخر ويدل عليه فإما أن ينفيه فلا ، والمعنى في الزوج أن سببه لا يتحمل به إذا بعد لأن زوج الأم والجدة وبنت الابن لا يتحمل به إذا قرب وسبب الأب والابن هو القرابة وذلك يتحمل به مع البعيد فأولى أن يتحمل به مع القرب .

٢٧٥١٩ – قالوا : كل شخصين بينهما نفقة [(٢)] لا يتحمل أحدهما عن الآخر أصله إذا كان معهما أهل الديوان .

٢٧٥٢٠ – قلنا : هناك وجدت نصرة أخص من نصرتهما وفي مسألتنا هما أخص بالنصرة فكان أولى بالتحمل .

* * *

---

(١) في (ص) : [تعمل العاقل] .

(٢) في (ص) ، (م): [بعضه] .

مسألة ١٣٥١

[القاتل كأحد العاقلة]

٢٧٥٢١ - قال أصحابنا : القاتل كأحد العاقلة يلزمه ما يلزم واحدًا منهم (١) .

٢٧٥٢٢ - وقال الشافعي : لا يلزم القاتل شيء إلا أن لا يتسع العاقلة (٢) .

٢٧٥٢٣ - لنا : ما روي أن سلمة بن نعيم قتل رجلاً يوم اليمامة فظنه كافرا وكان مسلمًا فقال له عمر بن الخطاب : الدية عليك وعلى قومك (٣) ولأن الضمان يجب على القاتل وتتحمله العاقلة عنه بدلالة أنه مال يجب بالقتل كالكفارة .

٢٧٥٢٤ - ولأنه أحد بدل النفس فوجب على القاتل القصاص .

٢٧٥٢٥ - ولأنه بدل عن متلف فلزم المتلف أصله سائر المتلفات ولأنه لو أقر بالقتل وكذبته العاقلة وجب عليه وأولى أن الوجوب في الأصل يتعلق به لكان إذا أقر به لا يلزمه وكأنه أقر بحق غيره وإذا ثبت أن الضمان يجب عليه وإنما تتحمل العاقلة عنه وجب أن يتحملوا ما أنفق عليه ولأنهم يتحملون عنه على طريق التخفيف ومقدار ما يلزم أحدهم لا يفتقر إلى التخفيف ولأنهم إذا تحملوا لخففوا عنه صار كأحدهم .

٢٧٥٢٦ - ولأن التحمل يجب على الأقرب فالأقرب والإنسان إلى نفسه أقرب من غيره فوجب أن يدخل مع العاقلة ولأنها دية وجبت بالقتل فلا تخلو ذمة القاتل من ضمان منها أصله إذا أقر بالقتل .

٢٧٥٢٧ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قضى بدية المقتول على عصبة القاتل وروى على عاقلة القاتلة (٤) .

٢٧٥٢٨ - قلنا : لأن القاتلة امرأة ومن أصحابنا من قال : إن القاتل إذا لم يكن ممن يتحمل العقل لم يدخل مع العاقلة .

٢٧٥٢٩ - قالوا : روي عن عمر أنه قال : أقسمت عليك كما أقسمت على قومك (٥) .

---

(١) انظر تبيين الحقائق (١٧٩/٦) وعبارة الكنز فيه: والقاتل كأحدهم أي كواحد من العاقلة .

(٢) انظر تحفة المحتاج (٢٧/٩) وعبارة المنهاج: والدية على عاقلته المسلمين فإن بقي شيء ففي ماله .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) أخرج الروايتين البيهقي في السنن الكبرى (٢٣٩/٤) برقم ٧٠٢٨ و ٧٠٢٩ .

(٥) انظر: المبسوط (١٢٦/٢٧) وعبارته: العقل على أهل الديوان من العاقلة . الأم (١٢٥/٦) وعبارته: ومن في الديوان ومن ليس فيه من العاقلة سواء .

٢٧٥٣٠ - قلنا : إنما أراد بذلك كل بني عدي لأنهم عاقلة عمر وهو أحد بني عدي فقد دخل في الكلام .

٢٧٥٣١ - قالوا : ما وجب تحمله عن الغير وجب تحمل جمعه كالنفقة وصدقة الفطر .

٢٧٥٣٢ - قلنا : التحمل لا يقع في النفقة لأن التحمل هو أن يجب على الإنسان شيء يلتزمه غيره والنفقة تجب على المخاطب بها ابتداء لا على وجه التحمل كذلك صدقة الفطر عندنا لا تجب على الصغير والعبد وإنما تجب ابتداء على المولى فلا نسلم التحمل فيها .

٢٧٥٣٣ - ولأن التحمل في الفطرة إنما يكون عمن ليس من أهل الوجوب فهو كالتحمل عن الصبي القاتل فيتحمل عنه الجميع .

٢٧٥٣٤ - وفي مسألتنا القاتل من أهل التحمل فإذا اجتمع معه من يتحمل اشتركا كالقاتلين .

٢٧٥٣٥ - قالوا : الدية التي تجب على القاتل تحملها لا تشاركه العاقلة فيها وهي دية العمد وما يثبت باعترافه من دية الخطأ وكذلك ما وجب على العاقلة تحمله لا يشاركهم فيها .

٢٧٥٣٦ - قلنا : هذا غلط لأن الأصل أن الضمان الذي يجب بفعل الإنسان يلزم ولا يشاركه غيره فيه إلا أن يشاركه في فعله فوجوب الدية كالعمد عليه والإقرار من الأصل ووجوب التحمل خارج عن وضع الأصول فلا يقال : لما لم تقع المشاركة هناك لم تقع هاهنا .

* * *

مسألة ١٣٥٢

[الدية على أهل الديوان]

٢٧٥٣٧ - قال أصحابنا : الدية على أهل الديوان [١] .

٢٧٥٣٨ - وقال الشافعي : على أهل القبيلة [٢] .

٢٧٥٣٩ - لنا : ما روي عن إبراهيم قال : كانت الدية على القبائل فلما دون عمر الديوان جعل الدية على أهل الديوان [٣] فلم ينكر ذلك منكر ولا يقال المحفوظ أنه جعلها في الأعطية لأن هذا بعض الخبر وتمامه ما ذكرناه .

٢٧٥٤٠ - فإن قيل : يجوز أن يكون جعلها على القبيلة من أهل الديوان .

٢٧٥٤١ - قلنا : لو كان كذلك لم يتغير الأمر عما كان عليه قبل الديوان والخبر يقتضي تغير الحكم ولأن قوله : « وضعها على أهل الديوان » يقتضي عمومة القبيلة وغيرها فلا يخص إلا بدليل .

٢٧٥٤٢ - ولأن عند مخالفنا لا يختص التحمل بالقبيلة من أهل الديوان بل الدية على القبيلة المندوب منهم ومن لا ديوان له .

٢٧٥٤٣ - فإن قيل : إذا كانت الدية في زمن رسول الله ﷺ وأبي بكر على القبائل فكيف يجوز أن ينسخ هذا الحكم في زمن عمر .

٢٧٥٤٤ - قلنا : لو كان هذا نسخًا لم يمسك المهاجرون والأنصار عن إنكاره فأنكروه على أنهم عرفوا أنه حكم متعلق بشرط وهو النصرة فلما حدثت نصرة لم يكن انتقل العقل إليها وهذا ليس بنسخ كما روي أن عمر ضاعف على بني تغلب الصدقة [٤] وهذا حكم لم يكن في زمن النبي ﷺ كصنع الخراج وإنما وضع العشر إلا أن الأرضين التي وضع عمر عليها الخراج وهي المعرفة التي أقر أهلها عليها مع كفرهم لم يكن في زمان النبي ﷺ كذلك هذا الحكم أيضًا ولأن العقل يتحمل بالتناصر .

٢٧٥٤٥ - ولأن النساء لا تتحمل والصبيان ولأنه لا تناصر بهم والنصرة بالديوان

---

(١) انظر: المبسوط (١٢٦/٢٧) وعبارته: العقل على أهل الديوان من العاقلة .

(٢) الأم (١٢٥/٦) وعبارته : ومن في الديوان ومن ليس فيه من العاقلة سواء .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٩٦/٥) برقم ٢٧٣٢٥ .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٨٧/٩) برقم ١٨٤٢٥ .

أخص [من النصرة بالقبيلة بدلالة أن يوم الجمل خرجت كل قبيلة إلى قبيلتها وإذا كانت النصرة بهم] (١) كان العقل عليهم ولا يلزم الصنائع لأنهم إن تناصروا فالصناعة كالجرارين بمكة تعاقلوا بها ولأنهم من أهل النصرة فجاز أن يعقلوا عنه كأهله .

٢٧٥٤٦ - ولأنه معنى يثبت العصيان فجاز أن يشاركهم فيه غيرهم كالإرث ولأنهم من أهل ديوانه فوجب أن يعقلوا عنه كمن في الديوان من عشيرته .

٢٧٥٤٧ - احتجوا : بما روي أنه ﷺ قضى بالدية على عصبة القاتل (٢) .

٢٧٥٤٨ - قلنا : لم يكن في زمن النبي ﷺ ديوان والمرأة ليست من أهل الديوان فجنايتها على عصبتها والكلام إذا كان القاتل من أهل الديوان كان هناك ديوان موجود والخبر ورد في موضع إجماع والذي روي أن عمر قال لسلمة بن نعيم : الدية عليك وعلى قومك (٣) إنما قال هذا في زمن أبي بكر لما عادوا من اليمامة ولم يكن في زمنه ديوان وقول عمر لعلي أقسمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك (٤) يحتمل أن يكون قبل أن يضع عمر الديوان لأنه إنما وضع الديون (٥) في آخر زمن عمر .

٢٧٥٤٩ - قالوا : معنى يتعلق بالتعصيب إذا كان من أهل الديوان أصله ولاية النكاح والميراث .

٢٧٥٥٠ - قلنا : لا نسلم أنه يتعلق بالتعصيب بدلالة أن الصبي والمجنون لهما تعصيب ولا يتحملان وإنما يتعلق بالنصرة فإذا لم يكن ديوان فالنصرة في الأصل وإذا كان هناك فالنصرة في أهل الديوان .

٢٧٥٥١ - ولأن ولاية النكاح تتعلق بالتعصيب ويجوز أن يشركهم من ليس بعصبة وهو الزوج والزوجة كذلك تحمل العقل يجوز أن يشرك العصبات فيه من لا تعصب له .

٢٧٥٥٢ - قالوا : معنى لا يتعلق به استحقاق الميراث فوجب أن يتعلق به ويحمل إليه كالجرار والصانع .

٢٧٥٥٣ - قلنا : اعتبار التحمل بالتوارث لا يصح لأن أقرب أسباب التوارث البنوة والأبوة لا يقع بها تحمل عند مخالفنا وسوى بين القريب والبعيد في التحمل إذا قل العدد

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٢ ، ٣) سبق تخريجه .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٢٣/٦ برقم ١١٤٥٢ .

(٥) في (م) ، (ع) : [وضعها] .

باتفاق ومقدم في الميراث تحمل بهما العقل عندنا .

* * *

مسألة ١٣٥٣

[إشراك القريب والبعيد في الدية]

٢٧٥٥٤ – قال أصحابنا : يشرك القريب والبعيد وإذا احتمل القريب ذلك [١] .

٢٧٥٥٥ – وقال الشافعي : يبدأ بالأخوة فإن تحملوا ذلك وإلا ضم إليهم بنو الجد فإن حملوا ذلك وإلا ضم إليهم بنو من هو أعلى منه [٢] .

٢٧٥٥٦ – لنا : ما روي أن النبي ﷺ قضى بالدية على العاقلة [٣] والاسم يتناول القريب والبعيد ولهذا يدخل البعيد إذا لم يتحملها القريب ، وروي أنه ﷺ جعل على كل بطن من الأنصار عقول [٤] وقال عمر رضي الله عنه لسلمة بن نعيم : الدية عليك وعلى قومك [٥] ولأنهم ينصرونه كالأقارب .

٢٧٥٥٧ – احتجوا : بأنه حق متعلق بالتعصيب فاعتبر فيه الأقرب فالأقرب كالمواريث .

٢٧٥٥٨ – قلنا : لا نسلم أنه يتعلق بالتعصيب وإنما يتعلق بالنصرة ولأنه لو تعلق بالتعصيب لم يخرج الابن منه وهذا أولى العصبات .

٢٧٥٥٩ – قالوا : إذا سقط الأرش القليل على العدد الكثير احتاج المجني عليه إلى غرامة مثله بجنايته .

٢٧٥٦٠ – قلنا : تجب على العاقلة جمعه وتسليمه إليه [٦] فلا يؤدي إلى ما قالوا .

* * *

---

(١) انظر المبسوط (١٣٣/٢٧) وعبارته: ولو أن أخوين لأب وأم ديوان أحدهما بالكوفة وديوان الآخر بالبصرة لم يعقل أحدهما عن صاحبه وإنما يعقل عن كل واحد منهما أهل ديوانه .

(٢) الأم (١٢٥/٦) وعبارته: فإن كان له إخوة لأبيه حمل عليهم جنايتهم على ما تحمل العاقلة فإن احتملوها لم ترفع إلى بني جده وهم عمومته فإن لم يحتملوها رفعت إلى بني جده فإن لم يحتملوها رفعت إلى بني جد أبيه .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه (١١٤٦/٢) برقم ١٥٠٧ .

(٥) سبق تخريجه .

(٦) ساقطة من : (ص) .

مسألة ١٣٥٤

[الدية على العاقلة في ثلاث سنين]

٢٧٥٦١ - قال أصحابنا : الدية على العاقلة في ثلاث سنين أولها من حين يقضي القاضي [١] .

٢٧٥٦٢ - وقال الشافعي : أول المدة من حين الموت لا من حين الجرح أو في الجراح إذا اندمل من حين الجرح وإذا سرت الجراحة إلى طرف واحد مثل قطع أصبع رجل فسرت إلى الكف فمن حين الاندمال [٢] .

٢٧٥٦٣ - لنا : أنه معنى اعتبر فيه الحول لإبقاء حق مجتهد فيه فوجب أن تكون ابتداء المدة من حين الحكم أصله هذه العلة .

٢٧٥٦٤ - فإن قيل : وجوب الدية على العاقلة مجمع عليه .

٢٧٥٦٥ - قلنا [٣] : الحق المقضي به مجتهد فيه من الفقهاء من قال نوع واحد ومنهم من قال ثلاثة أنواع ومنهم من قال خمسة ولأنه حق اعتبر فيه الحول مختلف في ثبوته كان ابتداء الحول عقيب الحكم كأجل العنين .

٢٧٥٦٦ - فإن قيل : لا نسلم الخلاف .

٢٧٥٦٧ - قلنا : الأصل أن العاقلة لا تحمل الدية ولأن قد [٤] دللنا على أن الدية تجب في ذمة القاتل .

٢٧٥٦٨ - فمن أصحابنا من قال : ينتقل عن ذمته بالحكم فعلى هذا القول لم يجب

---

(١) انظر المبسوط (١٣١/٢٧) وعبارته: ومن جنى عليهم من أهل البادية وأهل الثمن الذين لا ديوان لهم فرضت الدية على عواقلهم في أموالهم في ثلاث سنين على الأقرب فالأقرب منهم يوم يقضى القاضي بالدية . والأم مع مختصر المزني (٣٥٦/٨) وعبارته: ويؤدي العاقلة الدية في ثلاث سنين من حين يموت القتيل .

(٢) انظر المنهاج مع مغني المحتاج (٣٧٥/٧) وعبارته : وأحل واجب النفس من وقت الزهوق لها بمزهق أو من أية جرح . وأجل واجب غيرها من حين الجناية لأن الوجوب تعلق بها وإن كان لا يطالب من لها إلا بعد الاندمال ومحل ذلك إذا لم تسر إلى عضو آخر وإلا كأن قطع أصبعه فسرت لكفه مثلا فأجل أرش الأصبع من قطعها والكف من سقوطها .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

عليهم إلا بالحكم بالتأجيل من حين الوجوب .

٢٧٥٦٩ - ومن أصحابنا من قال : لا يستقر في ذمة القاتل وإنما ينتقل ثبوته كما ينتقل ملك الوكيل إلا أن المنتقل مختلف الأنواع ومن يلزمه من العاقلة يجتهد فيه من الفقهاء من اعتبر أهل الديوان ومنهم من اعتبر القريب والبعيد ومنهم من اعتبر الأقرب فالأقرب وإنما يعين ذلك حكم الحاكم وإذا تعين الحق بحكمه كان التأجيل من حين الحكم .

٢٧٥٧٠ - احتجوا : بأن من لزمته مؤجلة كان ابتداء الأجل من حيث الفعل أصله إذا أقر القاتل بقتل الخطأ فلم تصدقه العاقلة .

٢٧٥٧١ - قلنا : لا نسلم أن العاقلة لزمها شيء إلا بالقضاء فالأجل من حين اللزوم ولأن القاتل يجوز أن تلزمه الدية حالة مؤجلة [1] فجاز أن يثبت تأجيلها في حقه بغير حكم والعاقلة لا يلزمها إلا المؤجل فلذلك اعتبر في ابتداء التأجيل الحكم .

٢٧٥٧٢ - ولأن الحق يلزم القاتل غير مجتهد في وجوبه عليه فحل محل أثمان البياعات والعاقلة مجتهد في وجوب الحق عليها لأن الموجب عليه مختلف فيه فتعيين بالحكم لذلك أجله تتعين ابتداؤه ومن حين الحكم قاسوه على سائر الديون .

٢٧٥٧٣ - قلنا : [هناك الحق مستقر فأجله من حين استقرارها هنا الحق لا يستقر على العاقلة إلا بالقضاء فالأجل من حين يستقر كثمن البيع المشروط فيه الخيار .

٢٧٥٧٤ - قالوا : أجل في حق مستقر فلم يتعين في ابتدائه الحكم كأجل الإيلاء .

٢٧٥٧٥ - قلنا] [2] : ليس للحاكم في ابتداء مدة الإيلاء مدخل فلم تؤثر المدة بحكم وله مدخل في ابتداء تعين الواجب في مسألتنا [3] فكذلك ابتدأت من حين يحكم .

* * *

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٣٥٥

[أكثر ما يوضع على كل واحد من العاقلة]

٢٧٥٧٦ - قال أصحابنا : أكثر ما يوضع على كل واحد من العاقلة أربعة دراهم وأقله لا يتقدر (١) .

٢٧٥٧٧ - وقال الشافعي : يوضع على الغني نصف دينار وعلى المتوسط ربع دينار ولا ينقص من ذلك (٢) .

٢٧٥٧٨ - لنا : أن كل مقدر يؤخذ في الزكاة بنفسه لا يتقدر به ما يؤخذ من آحاد العاقلة أصله البعير والبقرة والمسنة ولأن وجوب الزكاة أقوى من وجوب التحمل عن القاتل بدلالة أن الزكاة تجب عليه في نفسه والعقل يتحمله عن غيره واتفق على وجوب الزكاة واختلف في العقل والزكاة لا يتقدر أكثرها ويتقدر أكثر العقل فوجب أن ينقص مقدار أضعف الحقين عن أقل ما قدر به أقواهما لأنه مقدار لا يقضي به على الأب والابن فلا يقضي به على الأخ والعم كما زاد على نصف دينار .

٢٧٥٧٩ - واحتجوا : بأن ما لا يقطع فيه السارق في حكم التافه فلا يقدر به ما يلزم آحاد العاقلة .

٢٧٥٨٠ - قلنا : هذا موضع الخلاف لأن عندنا لا يتقدر التحمل فيقضي كل واحد بالشيء اليسير التافه .

٢٧٥٨١ - قالوا : لما لم يقدر أكثر المقضي به فوجب أن يتقدر أقله .

٢٧٥٨٢ - قلنا : قد يدخل التقدير في أحد طرفي الشيء ولا يدخل الطرف الآخر بدليل أن أقل الزكاة مقدر وأكثرها غير مقدر وأكثر التعزير مقدر وأقله غير مقدر لأن أكثر المتحمل يقدر تخفيفًا عن العاقلة حتى لا يجحف بهم ولهذا لا يتقدر الأقل حتى يكون أسهل عليهم .

---

(١) انظر المبسوط (١٣٠/٢٧) وعبارته: ولا يقضي بالدية على القوم حتى يصيب الرجل في عطائه من الدية كلها أربعة دراهم أو ثلاثة أو أقل من ذلك عندنا .

(٢) والأم (١٢٦/٦) وعبارته: وأرى على مذهبهم أن يحمل من ماله وشهر من العاقلة إذا قومت الدية نصف دينار ومن كان دونه ربع دينار ولا يزاد على هذا ولاينقص عن هذا .

٢٧٥٨٣ - قالوا : هذا يؤدي إلى الأضرار لأنهم يوجبون على آحاد العاقلة اليسير الذي يثق على الولي جمعه .

٢٧٥٨٤ - قلنا : عندنا تكلف العاقلة جمع الدية وتسليمها ولا يلزم الولي ذلك فلا يؤدي إلى الإضرار به .

* * *

مسألة ١٣٥٦

[الغني والمتوسط الحال في مقدار التحمل]

٢٧٥٨٥ - قال أصحابنا : الغني والمتوسط الحال في مقدار التحمل سواء [١] .

٢٧٥٨٦ - وقال الشافعي : على الموسر نصف دينار وعلى المتوسط الحال ربع دينار [٢] .

٢٧٥٨٧ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ جعل على بطن من الأنصار عقوله [٣] وهذا يقتضي التساوي [وقال عمر بن الخطاب ﷺ أقسمت عليك وعلى قومك وهذا] [٤] .

٢٧٥٨٨ - ولأنه معنى يلزم القرابة على طريق المواساة فاستوى فيه الغني والمتوسط كنفقة ذوي الأرحام ؛ ولأنه مال يجب بسبب القتل ولا يختلف قدره بكثرة المال وقلته كالكفارة .

٢٧٥٨٩ - ولأنها مواساة يدخلها التحمل : فلا يختلف قدرها بزيادة المال كصدقة الفطر .

٢٧٥٩٠ - احتجوا : بأنه مال يجب على طريق المواساة فاختلف فيه الغني والمتوسط كالزكاة .

٢٧٥٩١ - قلنا : أن يزيد على نصف دينار إلى ما لا نهاية له وهذا الحق لا يجب لأجل المال وإنما يجب للنصرة وقد ساوى في النصرة .

* * *

(١) انظر: البدائع (٢٥٩/٧) وعبارته: وأما كيفية وجوب القيمة على العاقلة عندنا وقدر ما يتحمل كل واحد منهم فما ذكرنا في دية الحر من غير تفاوت .

(٢) والأم (١٢٦/٦) وعبارته : وأرى على مذهبهم أن يحمل من كثر ماله وشهر من العاقلة إذا قومت الدية نصف دينار ومن كان دونه ربع دينار ولا يزاد على هذا ولا ينقص عن هذا .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ٣٥٧

[حصة من مات من العاقلة]

٢٧٥٩٢ – قال أصحابنا : من مات من العاقلة لم تؤخذ حصته من تركته [١] ، وسقطت بموته .

٢٧٥٩٣ – وقال الشافعي : تؤخذ من تركته [٢] .

٢٧٥٩٤ – لنا : أن تحمل الدية للنصرة والنصرة تبطل بالموت فوجب أن يسقط ما وجب لأجلها .

٢٧٥٩٥ – ولهذا قلنا أن الجزية تسقط بالموت ؛ لأنها وجبت للصغار ، وهذا لا يتصور بعد [٣] الموت ؛ ولأن التحمل طريقة الصلة فإذ لم يقبض حتى مات سقط كالجنايات ولأنه موت آحاد العاقلة يمنع بقاء التحمل أصله إذا مات في خلال الحول فإن نازعوا فيه .

٢٧٥٩٦ – قلنا : ما اعتبر فيه الحول إذا مات الموجب عليه قبل تمام الحول لم يجب أصله الزكاة ولأن كل حالة لا يستوفى فيها العقل من مال الأب والابن لا يستوفى من مال الأخ والعم كما لو ماتوا في خلال الحول .

٢٧٥٩٧ – احتجوا : بأنه دين استقر وجوبه في حال الجناية ؛ فلا يسقط بالموت كسائر الديون .

٢٧٥٩٨ – قلنا : لا نسلم أنه استقر .

٢٧٥٩٩ – قالوا : يزيد باستقراره أنه لا يملك إسقاطه عن نفسه .

٢٧٦٠٠ – قلنا : هذه إحدى علامات الاستقرار ويحتاج في الاستقرار إلى وجود سائر العلامات ولا يكفي في ذلك أحدهما وعندنا من علامات الاستقرار أنه لا يسقط الحق بالموت ولأن سائر الديون لم تجب على طريق التبرع فلم يؤثر موت المسلم في إسقاطها ، وهذا حق تبرع به فيؤثر الموت في سقوطه كنفقة ذوي الأرحام .

٢٧٦٠١ – فإن [٤] من وجب عليه ضمان الجناية لم يسقط بموته كالقاتل لزمه عوض

---

(١) انظر: المبسوط (١٩٦/٢) حتى لا يستوفر من تركة من مات من العاقلة .

(٢) روض الطالب مع أسنى المطالب (٨٨/٤) وعبارته: ومن مات من العاقلة بعد الحول لا قبله لزم واجبه تركته .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) : [قال] .

عن جنايته والأعواض لا تسقط بالموت والعاقلة لا يلزمها العقل على طريق العوض على شيء وإنما تبرع به عن القائل فإذا لم يتصل بالقبض حتى مات سقط .

* * *

مسألة ١٣٥٨

[ما دون الموضحة]

٢٧٦٠٢ - قال أصحابنا : ما دون الموضحة لا تتحمله العاقلة [١] .

٢٧٦٠٣ - وقال الشافعي [٢] : في أحد قوليه تتحمل القليل والكثير وقال في قول آخر لا تتحمل ما دون النفس .

٢٧٦٠٤ - والدليل على أنها تتحمل ما دون النفس أن النبي ﷺ قضى بغرة الجنين على العاقلة [٣] بدلالة أن حمل بن مالك قال : كيف ندي من لا أكل ولا شرب وروي أن عمر قال لعلي في أرش الجنين اقسمه على قومك [٤] .

٢٧٦٠٥ - ولأن القصاص يجب في عمده ويتقدر العوض في خطاه خطها فأشبه النفس وأما الدليل على أنها لا تتحمل ما دون الموضحة أن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه بنفسه فصار كضمان المال .

٢٧٦٠٦ - ولأنه ليس له أرش مقدر بنفسه في جميع الأحوال فلم تتحمله العاقلة كضمان المتلفات .

٢٧٦٠٧ - ولا يلزم بدل العبد ؛ لأنه يتقدر بحال إذا جاوز الدية لم يبلغ إليها ولا يلزم أرش اليد الشلاء إذا بلغ خمسمائة ؛ لأن أرش اليد يجوز أن يتقدر [بحال .

٢٧٦٠٨ - ولا يلزم إذ أقله يتقدر ، ولا لأنه عكس العلة ولأنها لا تتقن بنفسها ولأنه نقص لا يتقدر] [٥] أرشه بحال فلا تتحمله العاقلة أصله ضمان المال .

٢٧٦٠٩ - ولا يلزم قيمة العبد ؛ لأن ذلك ليس بنقص ولأن ما يتحمل ضمانه الأب والابن لا يتحمله الأخ والعم كضمان المال ولأنها على ذكر لسبب النفس ولا يعادل

---

(١) انظر المبسوط (٦٧/٢٦) وعبارته: ولهذا لا نوجب القليل من الأرش وهو ما دون أرش الموضحة على العاقلة .

(٢) الأم (٣٤٥/٧) وعبارته: وعقل الخطأ على عاقلة الجاني قل ذلك العقل أو كثر . وقال في (٣٤٦/٧) : قلنا ما بلغ أن يكون دية فعلى العاقلة وما نقص من الدية فعلى جانيه .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٠/٤) برقم ٤٥٦٨ .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

نفسها فلم تتحملها العاقلة أصله الجناية على البهيمة .

٢٧٦١٠ - احتجوا : بأنها نصف العشر فما زاد .

٢٧٦١١ - قلنا : المعنى في الأصل أنه مقدر تعادل نفسًا فتحملت العاقلة أرشه وما دونها جناية على ذكر ليست نفسًا ولا يعادل نفسًا .

٢٧٦١٢ - قالوا : من حمل كثير الأرش حمل قليله ، أصله الجاني .

٢٧٦١٣ - قلنا : وجوب الضمان على الجاني بجنايته مقتضى الأصول ووجوبها على غيره [خارج عن الأصول فلا يجوز أن يقال لنا اطرد ما وضع على الأصول] (١) فيجب أن يطرد ما خرج عنها .

٢٧٦١٤ - ولأن ما لزم الإنسان عن نفسه يستوي فيه حال الحاجة وغيرها كالديون فيما يلزمه لأجل غيره يجوز أن يختلف لحاجة الغير وانتفاعه كصدقة الفطر والنفقة والقليل لا يفتقر الجاني إلى تحمله عنه فاستغنى عن التحمل .

٢٧٦١٥ - قالوا لو اشترك ألف في قتل رجل وجب على كل واحد منهم أقل من نصف عشر الدية وتحملت ذلك عاقلته .

٢٧٦١٦ - قلنا : الجناية يحتاج فيها إلى التحمل فلا تعتبر بكثرة العدد كما أن الغني لا يحتاج إلى التحمل لكن جنايته لما كانت مما يحتاج إلى تحملها حملتها العاقلة عنه .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٣٥٩

[المولى الأسفل لا يتحمل الدية]

٢٧٦١٧ - قال أصحابنا : المولى الأسفل لا يتحمله الدية [١] .

٢٧٦١٨ - وقال الشافعي : يتحملها [٢] .

٢٧٦١٩ - لنا : أن كل حكم تعلق بالولاء وثبت للمولى الأعلى على الأسفل لم يثبت للأسفل على الأعلى كالميراث ولأن التحمل يثبت بالنصرة والقرب لا تستنصر بمواليها فجرى مجرى النساء والصبيان .

٢٧٦٢٠ - قالوا كل شخصين يتحمل أحدهما عن الآخر يتحمل الآخر عنه كالأخوين .

٢٧٦٢١ - قلنا : الأخوان تساويا في النصر فتساويًا في التحمل ، والموليان لا يتساويان في الانتصار فلا يتساويان في التحمل .

٢٧٦٢٢ - قالوا : مولى فوجب أن يتحمل العقل كالمعتق .

٢٧٦٢٣ - قلنا : تساويهما في اسم الولاء لا يدل على تساويهما في الحكم المتعلق بالولاء أصله الميراث .

* * *

(١) انظر: البدائع (٢٥٧/٧) وعبارته: ولا تؤخذ من النساء والصبيان والمجانين والرقيق ؛ لأنهم ليسوا من أهل النصرة .

(٢) الأم مع مختصر المزني (٣٥٦/٨) وعبارته: ولا أحمل الموالي من أسفل عقلًا حتى لا أجد نسبًا ولا موالي من أعلى ثم يحملونه ؛ لأنهم ورثته ولكن يعقلون عنه كما يعقل عنهم .

مسألة ١٣٦٠

[مولى الموالاة يتحمل الدية]

٢٧٦٢٤ - قال أصحابنا : مولى الموالاة يتحمل الدية [١] .

٢٧٦٢٥ - وقال الشافعي : لا يتحمل [٢] .

٢٧٦٢٦ - لنا : أنه أحد نوعي الولاء فيتعلق به تحمل الدية كولاء العتاقة ولأنه يتناصر به فجاز أن يتحمل به الدية كولاء العتق وهذه مبنية على أن هذا العقد صحيح وهو منعقد على العقل والولاء فإذا صح العقد ثبتت الأحكام المقصودة به .

٢٧٦٢٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾ [٣] .

٢٧٦٢٨ - قلنا : إذا كان للقاتل قبيلة يتحملون لم يتحمل المولى عنه عندنا والكلام فيمن لا عشيرة له .

٢٧٦٢٩ - قالوا : روي أنه ﷺ قال : « لا حلف في الإسلام » [٤] .

٢٧٦٣٠ - قلنا : يجوز أن يكون نفي وجود الحلف ولا نفى حكم فاحتمل أن يكون الحكم المنفي الميراث واحتمل أن يكون الولاء وليس أحدهما أولى من الآخر .

٢٧٦٣١ - قالوا الحلف كان يتعلق به التوارث ثم نسخ بقوله تعالى : ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ ﴾ فإذا نسخ سقطت أحكامه .

٢٧٦٣٢ - قلنا : إنما نسخ فيمن له أقارب بالرحم فبقي سواه على ما كان عليه .

٢٧٦٣٣ - قالوا : ليس بينهما قرابة كالأجنبي .

٢٧٦٣٤ - قلنا : الأجنبي إن كان ينصر القاتل تحمل عنه عندنا كأهل الديوان وإن كان لا ينصر فالفرق بينه وبين المولى وجود النصرة في أحدهما أو عدمها في الآخر .

---

(١) انظر: البدائع (٢٥٦/٧) وعبارته: وإن كان القاتل معتقًا أو مولى الموالاة فعاقلته مولاه وقبيلة مولاه .

(٢) والأم (١٢٦/٦) وعبارته: ولا يعقل الحليف بالحلف ولا يعقل عنه بحال إلا أن يكون معنى بذلك خبر لازم ولا أعلمه .

(٣) سورة الأحزاب : الآية ٦ .

(٤) متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه (٨٠٣/٢) برقم ٢١٧٢ ، ومسلم في صحيحه (١٩٦٠/٤) برقم ٢٥٢٩ .

٢٧٦٣٥ - قالوا : عقد فلا يتعلق به التحمل كالنكاح .

٢٧٦٣٦ - قلنا : النكاح العرب لا تناصر بالنكاح فلا يتعاقلون به ويتناصرون بالولاء وكذلك تعاقلوا به والذي روي أن النبي ﷺ قضى بالدية على القبيلة لا دلالة فيه ؛ لأنه يجوز أن يكون القاتل ليس له موالاة .

* * *

مسألة ١٣٦١

[أهل الذمة لا يتعاقلون]

٢٧٦٣٧ - قال أصحابنا : أهل الذمة لا يتعاقلون وإنما تجب جنايتهم في أموالهم (١) .

٢٧٦٣٨ - وقال الشافعي : يتعاقلون (٢) .

٢٧٦٣٩ - لنا : أن الدية تتحمل بالنصرة وأهل الذمة في دار الإسلام لا يتناصرون بأقاربهم فصاروا معهم كالأجانب ولأنه ضمان لا تتحمله عنهم الأب و الابن فلا يتحمله الأخ والعم كضمان المال .

٢٧٦٤٠ - احتجوا : بأنه ﷺ قضى بالدية على العاقلة (٣) .

٢٧٦٤١ - قلنا : أهل الذمة لا عواقل لهم [لأن العاقل هو المانع] (٤) وبعضهم لا يمنع عن بعض .

٢٧٦٤٢ - قالوا : يتوارثون فوجب أن يتعاقلوا كالمسلمين .

٢٧٦٤٣ - قلنا : لو كان التحمل بالتوارث كان أولى القرابة بالأب والابن وعندهم لا مدخل للأب والابن فيه فكيف يعتبر بالتوارث والمعنى في المسلمين وجوب التناصر بينهم وهذا لا يوجد في أهل الذمة .

* * *

---

(١) انظر الهداية مع العناية (١٠/٤٠٣/٤٠٤) وعبارته : وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلًا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم ؛ لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمة عن الإصرار ومعنى التناصر موجود في حقهم . وإن تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه .

(٢) الأم (٨/٣٥٧) وعبارته: وإذا حكمنا على أهل العهد ألزمنا عواقلهم الذين تجري أحكامنا عليهم.

(٣) سبق تخريجه .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٣٦٢

[الحاضر والغائب في تحمل الدية]

٢٧٦٤٤ - قال أصحابنا : الحاضر والغائب في تحمل الدية سواء [(١)] .

٢٧٦٤٥ - وقال الشافعي : لا يتحمل الغائب مع الحاضر [(٢)] .

٢٧٦٤٦ - لنا : أن النصرة موجودة في الغائب فوجب أن يتحمل كالحاضر ولأن كل حكم يثبت للحاضرين من القرابة يثبت للغائب كالتوارث .

٢٧٦٤٧ - قالوا : التحمل مواساة فالحاضر أحق بها من الغائب كالزكاة .

٢٧٦٤٨ - قلنا : لا نسلم أن صرف الزكاة إلى القريب الغائب أولى من صرفها إلى الآخر الحاضر .

* * *

(١) انظر : المبسوط (١٣١/٢٧) وعبارته : وفى حق أهل الديوان أن من مات منهم قبل خروج العطاء وقبل تمام السنة لم يصر عطاؤه ميراثًا لورثته .

(٢) الأم (٣٥٧/٨) وعبارته : ولا ينتظر بالعقل غائب .

مسألة ١٣٦٣

[إذا وجد في المحلة نصف الآدمي]

٢٧٦٤٩ – قال أصحابنا : إذا وجد في المحلة نصف الآدمي بالطول فلا قسامة فيه حتى يوجد الأكثر (١) .

٢٧٦٥٠ – وقال الشافعي : تجب فيه القسامة (٢) .

٢٧٦٥١ – لنا : أنه وجد أقل من أكثر البدن فصار كما لو وجد عضو من الأعضاء ولأن القسامة لو وجبت في هذا النصف جاز أن يوجد النصف الآخر في محله فتجب القسامة في نفس واحدة مرتين وهذا لا يصح .

٢٧٦٥٢ – احتجوا : بأنه قتيل فتجب فيه القسامة كالأكثر .

٢٧٦٥٣ – قلنا : وجوب القسامة لا يؤدي إلى تكرار القسامة في نفس واحد وهذا لا يوجد في النصف .

* * *

(١) انظر البدائع (٢٨٩/٧) وعبارته : وإن وجد مشقوقًا فلا شيء فيه ؛ لأن النصف المشقوق لا يسمى قتيلا .

(٢) ومغني المحتاج (٣٨٢/٥) وعبارته : وفسر القرينة بقوله بأن أيما كان وجد قتيل أو بعضه كرأسه إذا تحقق موته في محلة .

مسألة ١٣٦٤

[إذا قطع لسان صبي]

٢٧٦٥٤ - قال أصحابنا : إذا قطع لسان صبي لم يعلم منه الكلام ففيه حكومة [١] .

٢٧٦٥٥ - وقال الشافعي : دية كاملة [٢] .

٢٧٦٥٦ - لنا : أنه يجوز أن يكون كامل المنفعة ويجوز أن يكون ناقصًا لا يقدر على الكلام فلا يجب الأرش الكامل بالشك .

٢٧٦٥٧ - ولأنه متلف مشكوك [في صحته] [٣] فصار كسائر المتلفات ولأنه لو أوجب إكمال الدية مع دعوى القاطع نقصان العضو لزمنا الضمان بالشك .

٢٧٦٥٨ - احتجوا : بما روى أن النبي ﷺ قال في : « اللسان الدية » [٤] .

٢٧٦٥٩ - قلنا : المراد به اللسان السليم الكامل المنفعة باتفاق ، وهذا لا نعلمه في مسألتنا .

٢٧٦٦٠ - قالوا : ما يجب فيه كمال الدية من الصغير أصله التدبير .

٢٧٦٦١ - قلنا : إنما يجب كمال الدية في الكبير إذا علم صحة لسانه فإن اختلف في ذلك ولم نقم بينه بالصحة فهو مثل مسألتنا ، فأما يد الصغير ورجله فإن علم صحتها بالحركة وجب فيها كمال الدية وإن لم يعلم ذلك لم تجب إلا الحكومة وكذلك غير الصبي ما لم يعلم أنه يمص بها لا يجب بها كمال الأرش .

٢٧٦٦٢ - قالوا : العادة أنه صحيح وأنه ينطق به إذا بلغ إلى النطق كما يبطش بيده إذا قدر على البطش .

٢٧٦٦٣ - قلنا : الظاهر لا يستحق به حق على الغير وإنما تدفع به الدعوى إذا أوجبنا في مسألتنا كمال الأرش لأوجبناه بالظاهر وهذا لا يصح .

* * *

---

(١) انظر: البدائع (٣٢٤/٧) وفى لسانه(أي الصغير) حكومة العمل لا الدية وإن استهل ما لم يتكلم .

(٢) الأم (١٢٩/٦) وعبارته : وكذلك إذا جنى على لسان الصبي وقد حركه ببكاء أو بشيء يعبره اللسان فبلغ أن لا ينطق ففيه الدية .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨٩/٨) برقم ١٦٠٣١ .

مسألة ١٣٦٥

[إذا اصطدم فارسان]

٢٧٦٦٤ - قال أصحابنا : إذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر : على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر (١) .

٢٧٦٦٥ - وبه قال الشافعي (٢) .

٢٧٦٦٦ - لنا : ما روي عن علي كرم اللّٰه وجهه في الفارسين يصطدمان على عاقلة كل واحد منهما دية الآخر (٣) .

٢٧٦٦٧ - ولأن كل واحد منها جنى على صاحبه بصدمته فوجب أن يلزمه جميع ديته كما لو كان واقفًا فصدمه فمات وجبت الدية على عاقلة الصادم خاصة .

٢٧٦٦٨ - ولأن كل واحد منهما قصد (٤) ضرب الآخر فماتا ، ولأن صدم الإنسان غير مضايقة على المصدوم وليست جناية من الصادم على نفسه بدلالة أن المسلم يجوز أن يصدم العدو وإذا غلب على ظنه أن ذلك يؤثر فيه ولو كان صدمه جناية على نفسه لم يجز كما يجوز أن يجرح نفسه ليتمكن من العدو ، وقد اتفقوا على أن من بنى حائطًا في الطريق فصدمه رجل فمات وجبت ديته على عاقلة الباني ولو اعتد بفعل جنايته على نفسه لوجب نصف ديته فلما وجبت جميعها دل على أن فعله غير معتد به .

٢٧٦٦٩ - احتجوا : بما روي عن علي ﷺ أنه قال : على كل واحد منهما نصف دية الآخر (٥) .

٢٧٦٧٠ - قالوا : وقال ابن المنذر في كتابه : وقد روى عن علي أنه قال : عليه جميع الدية ولم يثبت .

---

(١) انظر: المبسوط (١٩١/٢٦) وعبارته : وإذا اصطدم الفارسان فوقعا جميعا فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه عندنا استحسان وفى القياس على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه وهو قول زفر.

(٢) الأم (٩٢/٦) وعبارته: وإذا اصطدم الراكبان - على أي دابة كان كل واحد منهما - فماتا معا فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه من قبل أن كل واحد منهما جان على نفسه وعلى غيره .

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٥٤/١٠) برقم ١٨٣٢٨ .

(٤) ساقطة من صلب (ص) .

(٥) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤٣٥/٦) وقال : غريب .

٢٧٦٧١ - قلنا : يجوز أن يكون عبرة فأما أن يقبل هذا القول محملًا من غير طعن يوجد معلوم فلا يصح ، ويجمع بين الروايتين فنقول يجب جميع الدية إذا لم يعلم كيف مات ، ويجب نصف الدية إذا مات من الفعلين جميعًا .

٢٧٦٧٢ - قالوا كل واحد منهما مات بفعل صاحبه وبفعل نفسه ؛ لأن صدمته لغيره يتألم به كما لم يصدم الغير له فصار كالميت من الجراحتين .

٢٧٦٧٣ - قلنا : قد سلمتم أن موته حصل من فعل صاحبه وادعيتم أنه يفعل نفسه أيضًا وأن ذلك في تلفه وهذا غير معلوم ، فلا يجوز أن يسقط الضمان المتبقي أو بعضه بالشك .

* * *

مسألة ١٣٦٦

[إذا مال الجدار إلى طريق المسلمين]

٢٧٦٧٤ - قال أصحابنا : إذا مال الجدار إلى طريق المسلمين فطولب صاحبه بإزالته فلم يفعل مع الإمكان ضمن ما يتلف به إن سقط وكذلك إذا مال إلى ملك جاره إلا أن المطالبة في الطريق إلى كل واحد من المسلمين أما وإذا مال إلى ملك غيره فالمطالبة لصاحب الملك والمطالبة عندنا سبب الضمان ، فأما الإشهاد فيحتاج إليه ليثبت به المطالبة إن جحدها صاحب الحائط (١) .

٢٧٦٧٥ - وقال الشافعي : ظاهر في المختصر يقتضي أنه لا ضمان وإليه ذهب الإصطخري .

٢٧٦٧٦ - وقال المروزي يجب الضمان تقدم إليه أو لم يتقدم فأما الدليل على وجوب الضمان عند خلاف الطريق فلأن هو ملك الغير حق لصاحب الملك وحائط صاحب الحائط يده وقد حصل بالمثل حق الغير في يده بغيره فعليه فإذا طالبه بإزالته فلم يفعل مع الإمكان ضمن كمن ألقت الريح ثوبًا إلى داره فطالبه صاحبه فلم يرد عليه ولا يلزم الحائط المشترك إذا شهد على أحد الشريكين .

٢٧٦٧٧ - لأن الضمان يجب في أحد الروايتين ؛ لأن الشريك تعدى على مخاصمة شريكه حتى يساعده على النقض وعلى الرواية الأخرى لا يضمن ؛ لأنه لا يتمكن من نقض الحائط المشترك ونحن (٢) .

٢٧٦٧٨ - قلنا : فإذا امتنع من الرد مع الإمكان .

٢٧٦٧٩ - فإن قيل : المعنى في الثوب أنه مال مقوم فجاز أن يضمنه بحصوله في يده والهواء لا قيمة له فلم يضمنه بالمنع .

---

(١) انظر البدائع (٢٨٥/٧) وعبارته: وعلى هذا يخرج ما إذا كان الحائط المائل لجماعة فطولب بعضهم بالنقض فلم ينقض حتى سقط فعطب به شيء أن القياس أن لا يضمن أحد منهم . وفي الاستحسان يضمن الذي طولب .

(٢) وأسنى المطالب مع الروض (٧٣/٤) وعبارته: والجدار إن بنى - أي إن بناه شخص - مستويًا أو مائلًا إلى ملكه أو موات فسقط وأتلف شيئًا فلا ضمان، لأنه تصرف في ملكه ولم يقصر ولأن له أن يبني في ملكه كيف شاء . نعم إن كان ملكه المائل إليه الجدار مستحقًا لغيره بإجارة أو وصية كان كما لو بناه مائلًا إلى ملك غيره فيما يظهر . والأم (٣٥٧/٨) .

٢٧٦٨٠ - قلنا : إذا بنى الحائط مائلًا ضمن ما يتولد منه وإن كان الحاصل في يده الهوا ولا قيمة له ولأنه إذا طولب بالإزالة وجب عليه النقل فإذا لم ينقل مع الإمكان ضمن [(١)] ما يتولد منه كما لو بنى حائطاً مائلاً إلى ملك غيره وكما لو وضع حجرًا في الطريق .

٢٧٦٨١ - احتجوا : بأنه وضع الحائط في ملكه فلا يكون سببًا في الضمان كما لو لم يطالب .

٢٧٦٨٢ - قلنا : ما حصل في يده بغير فعله تختلف فيه المطالبة .

٢٧٦٨٣ - وقيل : المطالبة كالثوب إذا ألقته الريح في داره .

٢٧٦٨٤ - قالوا : ما ليس بسبب الضمان إذا لم يتقدم إليه بإزالته وجب أن لا يكون سببًا للضمان إذا تقدم أصله إذا حفر بئرًا في ملك نفسه وإذا أجج نارا في ملك نفسه وطارت شرارته إلى ملك غيره [(٢)] .

٢٧٦٨٥ - قلنا : إذا حفر في ملك نفسه فلم يحصل لغيره في يده المطالبة لا حكم لها .

٢٧٦٨٦ - وفي مسألتنا حق الغير حصل في يده فالمطالبة بإزالته مؤثرة فأما النار فمتى أطارت الريح الجمر إلى ملك غيره فطالبه بأخذ الجمر ونقله فلم يفعل مع الإمكان ضمن ما يتلف به وهو مثل مسألتنا .

٢٧٦٨٧ - فأما الكلام على الطريقة الأخرى فلأن حق الغير حصل في يده فعله فلا يضمنه قبل المطالبة أصله الثوب إذا ألقته الريح في داره ولأنها جناية ليست فاختلف فيها التعدي وغيره كحفر البئر .

٢٧٦٨٨ - ولو قلنا : أنه يضمن بغير مطالبة استوى من بناه مائلًا ومن بنى في حق نفسه فمال البناء .

٢٧٦٨٩ - احتجوا : بأنه إذا مال فقد لزمه إزالته ؛ لأنه ما جعل في ملك غيره بغير إذنه فإذا لم يزل مع القدرة ضمن ما يتولد منه كما لو ترك نقض الحائط فوقع لم يضمن ما يتولد بنقضه إلا أن يكون طولب ولو طولب ضمن ما يحدث من النقض [كما يضمن ما يتولد من نقض الحائط في قول محمد] [(٣)] وعلى قول أبي يوسف لا ضمان في النقض وإن أشهد على الحائط إلا أن يطالب بنقل النقض مطالبة أخرى ؛ لأن الجناية

---

(١) ساقطة من (ص) ، ومستدركة في الهامش . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

التي أشهد عليها زالت عن مكانها قالوا ما وجب ضمانه إذا تقدم إليه بإزالته وجب وإن لم يتقدم كما لو بنى الحائط مائلاً وكما لو حفر في الطريق بئرًا .

٢٧٦٩٠ - قلنا : هناك حصل حق الغير في يده بفعله فضمنه مع وجود المطالبة وعدمها .

٢٧٦٩١ - وفي مسألتنا قد بينا أنه حصل في يده بغير فعله فاختلف في الضمان المطالبة وعدمها .

٢٧٦٩٢ - فإن قيل : إذا مال إلى الطريق فعليه أن يدفع ضرره عن المسلمين فإن لم يفعل صار متعديًا فيجب عليه الضمان وإن لم يطالب .

٢٧٦٩٣ - قلنا : إذا لم يكن له صنع في السبب سقط عنه الضمان وإن أمر بالإزالة ألا ترى أن الدابة المتعلقة هو مأمور بردها وربطها فلو جنت مع إمكان أحدهما لم يضمن جنايتها ولو طولب بأحدهما من حيث صارت إليه فلم يفعل مع القدرة ضمن ما يكون من جنايتها .

٢٧٦٩٤ - فإن قيل : على الطريقة الأولى طولب في الحائط فباع الدار ثم سقط لم يجب عليه الضمان ولو كان متعديًا بالترك مع المطالبة لم يسقط الضمان بزواله كمن وضع حجرًا في الطريق ثم باعه لم يسقط الضمان عنه بخروجه من ملكه .

٢٧٦٩٥ - قلنا : الحائط المائل إذا لم يكن على ملكه في ابتداء الميل لم يضمن فإن طولب كالمستأجر والمودع والمستعير كذلك إذا زالت الملك في الدار لم يجب الضمان والحجر لو وضعه ابتداء وهو لا يملكه ضمن ما يتولد منه كذلك إذا كان ملكه ثم زال الملك لم يسقط الضمان .

* * *

مسألة ٣٦٧

[إذا ضرب سنًّا فاسودت]

٢٧٦٩٦ - قال أصحابنا : إذا ضرب سنا فاسودت وجب كمال أرشها (١) .

٢٧٦٩٧ - وقال الشافعي : يجب فيها النقصان (٢) .

٢٧٦٩٨ - لنا : أن السن إذا اسودت بطلت منفعتها ؛ لأنها شين ولا ينفع بها وفوات المنفعة بكمال يوجب كمال الأرش كشلل اليد وذهاب ضوء العين ولأنها جزء يقصد به المنفعة فجاز أن يجب كمال أرشه مع بقائه كالعين واليد .

٢٧٦٩٩ - احتجوا : بأنه تغير كالاصفرار والاحمرار .

٢٧٧٠٠ - قلنا : إن كانت فيه فلا تثبت وفسدت فهو مثل مسألتنا وإن كان اللون يتغير والمنافع بحالها فهو كما لو اسودت ولم يؤثر ذلك في منافعها ، ولو تصور أنها تسود ومنافعها بحالها وجب في السواد والنقصان أيضًا فلا فرق بين الموضعين .

* * *

(١) انظر : مجمع الأنهر (٦٤٨/٢) وعبارته: ولو اسودت كلها بضربة وهي أي السن قائمة فالدية في الخطأ على العاقلة وفى العمد في ماله .

(٢) الأم (٣٨/٦) ، وعبارته : إذا جنى رجل على سن رجل فاسودت مكانها فعليه حكومة .

مسألة ٣٦٨

[إذا حفر العبد بئراً]

٢٧٧٠١ - قال أصحابنا : إذا حفر العبد بئرًا في الطريق فأعتقه ثم وقع في البئر إنسان فالضمان على المولى (١) .

٢٧٧٠٢ - وقال الشافعي : على المعتق (٢) .

٢٧٧٠٣ - لنا : أن الحفر هو الجناية بدلالة لو مات الحافر ثم وقع فيها إنسان وجب الضمان في ماله ولو أن جنايته تقدمت لم يضمن والجناية الحاصلة في حال الرق يخاطب المولى بحكمها كالجراحة .

٢٧٧٠٤ - ولأن الحفر كالجراحة لأنه من فعله والوقوع ليس من فعله فهو كالسراية ومعلوم أن العبد إذا جرح ثم أعتق ومات المجروح كان الضمان على المولى كذلك هذا .

٢٧٧٠٥ - احتجوا : بأن التلف حصل بعد الحرية فصار كما لو باشر القتل .

٢٧٧٠٦ - قلنا : هناك لا يستند التلف إلى سبب سابق فاعتبر حال وقوعه

٢٧٧٠٧ - وفي مسألتنا يستند إلى حال الحفر فصار كالسراية التي يستند إلى الجرح السابق .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (٤٧/٢٧) وعبارته : وإذا حفر العبد بئرًا في طريق بغير إذن مولاه ثم أعتقه مولاه ثم علم بما حفر ثم دفع فيها رجل فمات فعلى المولى قيمة العبد .

(٢) أسنى المطالب مع الروض (٨٥/٤) وعبارته : ومن حفر وكان عبدًا أو ذميًا بئرًا عدوان أو رمى صيدًا فعتق العبد أو عتق أباه وانجر ولاؤه إلى مولى أبيه أو أسلم الذمي ثم بعد العتق أو الإسلام تردى رجل في البئر أو أصابه السهم فمات أو عتق أبوه وانجر ولاؤه إلى موالي أبيه أو أسلم الذمي ثم بعد العتق أو الإسلام تردى رجل في البئر أو أصابه السهم فمات ضمن الحاضر أو الرامي الدية في ماله فلا تجب على السيد لانتقال العبد عن ملكه قبل الوجوب .

مسألة ١٣٦٩

[إذا قتل الأب ابنه]

٢٧٧٠٨ - قال أصحابنا : إذا قتل الأب ابنه وجبت الدية في ماله مؤجلة [١] .

٢٧٧٠٩ - وقال الشافعي : تجب حالة [٢] .

٢٧٧١٠ - لنا : أن الدية وجبت بنفس القتل فوجب أن تكون مؤجلة أصله الخطأ وشبه العمد ولأنه قتل لا يتعلق به القصاص للإمكان كشبه العمد .

٢٧٧١١ - فإن قيل : شبه العمد تتحمله العاقلة - وهذا كلام على طريقة عامة أصحابنا - فأما على طريقة أبي الحسن أن موجب القتل القصاص ويتعذر الاستيفاء .

٢٧٧١٢ - فإنا نقول : إن القصاص لما لم يستقر وجوبه صار كأنه لم يجب وحل محل الوكيل .

٢٧٧١٣ - احتجوا : بأنه عمد تعذر استيفاء القصاص فيه كما لو عفى أحد الشركاء .

٢٧٧١٤ - قلنا : هناك تجب نصف الدية في مال لم يعد مؤجلاً لا يختلف أصحابنا في هذا إلا أن أصحابنا الثلاثة .

٢٧٧١٥ - قالوا : يوجد النصف ثلاث سنين وقال زفر في سنتين فإن قالوا عمد سقط فيه القصاص فما يجب فيه والأرش يجب حالًا كمن قطع نصف اليد من الساعد .

٢٧٧١٦ - قلنا : هناك واجب لو أمكنت القصاص المماثلة فإذا سقط لتعذر المماثلة كان الأرش حالًا وفي مسألتنا لا يتوهم وجوب القصاص فوجب البدل مؤجلاً .

* * *

(١) انظر الهداية مع العناية (٢٩٨/١٠) وعبارته : وإن قتل الأب ابنه عمدًا فالدية في ماله في ثلاث سنين .

(٢) الأم (١٢٢/٦) وعبارته: ودية العمد حالة كلها في مال القاتل .

مسألة ١٣٧٠

[إذا ضرب بطن امرأة]

٢٧٧١٧ - قال أصحابنا : إذا ضرب بطن امرأة فماتت ثم انفصل منها جنين ميت فلا شيء في الجنين (١) .

٢٧٧١٨ - وقال الشافعي : فيه الغرة (٢) .

٢٧٧١٩ - لنا : أنه جنين انفصل بعد موتها ميتًا فلم يجب به ضمان كما لو انفصل بضرب بعد الموت .

٢٧٧٢٠ - ولأن كل ما لو انفصل منها يضمن أصله أعضاؤها .

٢٧٧٢١ - ولأن الجنين له حكم الأعضاء من وجه بدلالة أنه يعتق بعتقها ولا يكمل أرشه وله حكم الأنفس بدلالة أن بدله يورث عنه وأنه إذا انفصل في حياتها ثم مات انفرد بضمانه ولم يدخل في أرشها ، فإذا انفصل منافع حياتها لم يدخل في أرشها اعتبارًا بالأنفس ، وإذا انفصل بعد موتها ميتا لم يضمن اعتبارًا بالأعضاء والفرع المتردد بين أصلين يلحق بهما ولا يفرد أحدهما دون الآخر .

٢٧٧٢٢ - ولأن ديتها استقرت بموتها فما انفصل بعد ذلك منها متلفًا لم يجب فيه الضمان كالأعضاء .

٢٧٧٢٣ - ولا يلزم إذا قطعت يدها فألقت جنينًا لأن ما يجب بقطع اليدين دية اليدين وهو ديتها .

٢٧٧٢٤ - ولأنا قلنا : استقرت ديتها بموتها وهناك استقرت بالقطع .

٢٧٧٢٥ - احتجوا : بما روى أبو هريرة قال : اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فأصابت بطنها فقتلتها فأسقطت جنينًا فقضى رسول الله ﷺ

---

(١) انظر : المبسوط (٩٠/٢٦) وعبارته : ولو قتلت الأم ثم خرج الجنين بعد ذلك منها ميتا ففر الأم الدية ولا شيء في الجنين عندنا .

(٢) انظر : الأم (١١٧/٦) وعبارته : وبهذا قلنا إذا ألقت المرأة أجنة موتى قبل موتها أو بعده فذلك سواء وفي كل جنين منهم غرة .

بعقلها على عاقلة القاتلة وفي جنينها غرة عبد أو أمة [١] والواو للترتيب فيقتضي أنها ألقت بعد موتها .

٢٧٧٢٦ - قالوا : روى المغيرة بن شعبة أن امرأتين رمت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط فقتلتها وألقت جنينًا فقضى النبي ﷺ على الجنين غرة عبد أو أمة وجعله على عاقلة المرأة [٢] . قالوا : والمرأة والواو وقوله « رمتها فقتلتها » يقتضي أن القتل تعقب الرمي لأن الفاء للتعقيب .

٢٧٧٢٧ - والجواب أن أبا داود روى عن ابن عباس في قصة حمل بن مالك قال فأسقطت غلامًا وقد نبت شعره ميتًا وماتت المرأة [٣] وهذا الخبر يقتضي أن الجنين انفصل في حياتها وكذلك أخبارهم لأن فيها « ألقت جنينًا » فأضاف الفعل إليها وهذا لا يكون إلا إذا وضعت في حياتها .

٢٧٧٢٨ - قالوا : كل حالة يجب فيها ضمان الجنين على الجاني إذا كان حيًّا ثم مات وجب ضمانه إذا كان ميتًا أصله إذا أسقطته في حال حياتها .

٢٧٧٢٩ - قلنا : في حال حياتها يجوز أن يضمن ما انفصل من أعضائها فيجوز أن يضمن جنينها الميت وبعد الموت لم يضمن ما انفصل من أعضائها فلا يضمن ما انفصل منها متلفًا .

٢٧٧٣٠ - قالوا : كل جنين وجب ضمانه على الجاني إذا أسقطته في حال حياتها وجب ضمانه إذا أسقطته بعد موتها أصله إذا أسقطته حيًّا ثم مات .

٢٧٧٣١ - قلنا : الحي لو سقط بضرب بعد الموت ضمن فإذا سقط بضرب [٤] قبل الموت والميت لو سقط بضرب بعد الموت لم يضمن [فإذا سقط بضرب قبل الموت لم يضمن] [٥] .

٢٧٧٣٢ - قالوا : الموت معنى وجد في الأم أسقط ضمانها فوجب أن لا يسقط ضمان جنينها .

٢٧٧٣٣ - ولأن الردة المسقطة لقيمة النفس لم توجد في الجنين فلم يسقط بدله والموت المسقط لقيمتها إذا لم يعلم حياة جنينها فقد وجد في الجنين ، فإذا ساواها في المعنى المسقط للتقويم سقط ضمانه .

(١ ، ٢) سبق تخريجه .
(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٢/٤) برقم ٤٥٧٤ .
(٤) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٣٧١

[كفارة الجنين]

٢٧٧٣٤ - قال أصحابنا : لا كفارة في الجنين [١] .

٢٧٧٣٥ - وقال الشافعي : يجب على الضارب الغرة والكفارة [٢] .

٢٧٧٣٦ - لنا : ما روي أنه ﷺ ذكر الجنين فأوجب فيه الغرة [٣] ولم يوجب الكفارة ولو كانت واجبة لبينها ؛ لأنه بعض الحادثة عندهم فلما لم يبينها دل على أنها لا تجب .

٢٧٧٣٧ - فإن قيل : لأن الضرب كان عمدًا .

٢٧٧٣٨ - قلنا : بل كان شبه عمد ؛ لأنه ضرب بعمود فسطاط وروي بحجر وشبه العمد فيه الكفارة .

٢٧٧٣٩ - قالوا : فقد روي أنه قال : « ألا إن قتيل خطأ العمد فيه مائة من الإبل » [٤] ولم يذكر الكفارة .

٢٧٧٤٠ - قلنا : هذا يقتضي أن تكون الدية جمع الحكم لولا دلالة الإجماع .

٢٧٧٤١ - فإن قيل : إنما لم يبين ذلك لأنه مبين في القرآن .

٢٧٧٤٢ - قلنا : إن اللّٰه تعالى ذكر في القرآن وجوب الكفارة في قتل المؤمن والمعاهد ، وهذا لا يوصف به الجنين ولأنه ذكر الكفارة فيما يجب بقتله الدية والجنين لا دية فيه .

٢٧٧٤٣ - ولأنه متلف لا يعلم فيه حياة فلم يجب على قاتله كفارة [العتق أصله الأموال .

٢٧٧٤٤ - ولأنه لا يجب بإتلافه بدل نفس كاملة فلم تجب به كفارة العتق] [٥] كالأعضاء .

٢٧٧٤٥ - ولأن كفارة القتل تتعلق بوجوب القتل في الحي ولا تعلم الحياة فمتلفه

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (١٤٢/٦) وعبارته : ولا كفار : في الجنين .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣٧٦/٥) وعبارته : وبقتل جنين مضمون بالغرة أو غيرها لأنه آدمي معصوم .

(٣ ، ٤) سبق تخريجه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

فليس بقاتل فلا تجب عليه كفارة .

٢٧٧٤٦ - ولأنه متلف لا يجب في عمده قصاص بحال فلا يجب عليه كفارة العتق كالبهائم أصله إذا قتله بعد الانفصال .

٢٧٧٤٧ - قلنا : لا نسلم أنه ضمن بدل نفس لأنه لم تعلم الحياة فالواجب ليس ببدل عنها وإنما يضمن لأنه قطع النماء عن الجنين والمعنى إذا ضمنه بعد الانفصال أن القصاص يجوز أن يجب بعمد فجاز أن يجب بعمد ، فجاز أن تجب الكفارة في إتلافه والجنين بخلاف ذلك .

٢٧٧٤٨ - قالوا : كفارة تجب بالقتل فوجب أن تجب بإلقاء الجنين أصله إذا ألقى جنينًا قبل الصيد .

٢٧٧٤٩ - قلنا : كفارة الصيد تجب بإتلافه الأجزاء فجاز أن يجب بإتلافه الجنين الجاري مجرى الصيد وكفارة القتل لا تجب في الأعضاء فلا تجب في الجنين الجاري مجرى الأعضاء .

* * *

مسألة ١٣٧٢

[إذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينًا]

٢٧٧٥٠ - قال أصحابنا : إذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينًا ضمن نصف عشر قيمته إن كان ذكرًا أو عشر قيمته إن كان أنثى [(١)] ولم تعتبر قيمة الأم [(٢)] [(٣)] .

٢٧٧٥١ - وقال الشافعي [(٤)] : عشر قيمة الأم ذكرًا كان أو أنثى يوم جنى عليها وقال المزني يوم ألقت الجنين [(٥)] . وقال في جنين أم الولد من مولاها غرة يكون قيمتها نصف عشر دية الأب [(٦)] وكذلك في جنين الذمية إذا كان أبوه مسلمًا وفي جنين الكتابية إذا كان أبوه مجوسيًا عشر قيمتها عشر دية الأم [(٧)] فاعتبر [(٨)] المذهبين

٢٧٧٥٢ - والكلام في هذه المسألة يقع في فصلين أحدهما : أن الواجب في الجنين يعتبر بنفسه ولا يعتبر بدية أبيه والثاني تقدير العشر ونصف العشر .

٢٧٧٥٣ - فأما الدليل على أن الواجب معتبر به فما روي أنه ﷺ قضى في الجنين بغرة [(٩)] وهذا يقتضي أن يكون الواجب فيه معتبرًا فيه .

٢٧٧٥٤ - ولأنها نفس متلفة فيعتبر بدلها بها [(١٠)] ولا يعتبر بغيرها أصله سائر المتلفات .

٢٧٧٥٥ - ولأن الحمل في بنات آدم نقص وانفصاله زيادة فلو اعتبرنا الجنين بأنه لم

---

(١) غير واضحة في (ص) .
(٢) بعدها بياض بمقدار كلمتين في (ص) .
(٣) انظر : المبسوط (٨٩/٢٦) وعبارته : وإنما تبين ذلك في جنين الأمة ، فالواجب عندنا نصف عشر قيمته إن كان ذكرًا وعشر قيمته إن كانت أنثى .
(٤) انظر : الأم (٣٣١/٧) وعبارته: إذا ضرب الرجل بطن الأمة فألقت جنينًا حيًا ثم مات ، ففي الجنين قيمة نفسه ، فإذا ألقته ميتًا ففيه عشر قيمة أمه .
(٥) انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٥٨/٨) وعبارة المزني : القياس على أصله عشر قيمة أمه يوم تُلْقيه .
(٦) انظر : الأم (١٢٠/٦) وعبارته : ومثل أن تكون أمة توطأ بملك سيدها ، فتكون دية جنينها نصف عشر دية أبيه .
(٧) انظر : الأم مع مختصر المزني (٣٥٧/٨) وعبارة المزني: وإن كان نصرانيًا أو مجوسيًا فنصف عشر دية نصراني أو مجوسي ، وإن كانت أمه مجوسية وأبوه نصرانيًا أو أمه نصرانية وأبوه مجوسيًا فدية الجنين في أكثر أبوابه نصف عشر دية نصراني .
(٨) بعدها بياض بمقدار ثلاث كلمات في (ص) .
(٩) سبق تخريجه .
(١٠) ساقطة من صلب (ص)، ومستدركة في الهامش.

يجب فيه شيء لأنها لم تنقص بانفصاله وإنما زادت فلا يضمن بالإتلاف دل على أن الضمان معتبر به واحتج محمد في الرد على أهل المدينة بأن قال : هذا يؤدي إلى أن يجب في الجنين الميت أضعاف ما يجب فيه لو كان حيًا . لأن الجنين ينفصل ولو كان حيًا قوم كأمه عشر ألف فإذا انفصل حيًا ثم مات وجب فيه مائة وإذا انفصل ميتًا وجب فيه ألف . ولا يجوز أن يكون ضمانه إذا خرج ميتًا أكثر من ضمانه إذا خرج حيًا .

٢٧٧٥٦ - ولأنه إذا انفصل حيًا اعتبر ما يجب فيه بنفسه لا بغيره وكل شيء لو أتلف بعد كماله اعتبر بدله به كذلك إذا أتلف فيه كماله كسائر المتلفات .

٢٧٧٥٧ - ولأنه جنين أمه فلم يعتبر الواجب فيه بأمه كجنين الأم .

٢٧٧٥٨ - ثم قال في جنين الأمة الحر أنه يعتبر بأبيه وفي المجوسية من المسلم أنه يعتبر بأبيه فكأنهم اعتبروه بأوفى الأمرين وهذا غلط لأن المتلف يعتبر في ضمانه المتبقي ولا يعتبر الأكثر ولأن الجنين قد يكون كاملًا وأمه معيبة ناقصة وقد يكون ناقصًا في نفسه بالعيوب وأمه صحيحة غير معيبة ولا يجوز أن يعتبر ما يجب في الصحاح بالمعيب ولا ما يجب في المعيب بالصحيح .

٢٧٧٥٩ - فإن قيل : يعتبر بأمه المعيبة لو كانت صحيحة .

٢٧٧٦٠ - قلنا : فنحن نعتبر بنفسه لو كان حيًا .

٢٧٧٦١ - احتجوا : بأنه ﷺ أوجب في جنين الحرة غرة (١) وسوى بين الذكر والأنثى وهذا هو الأصل في الجنين .

٢٧٧٦٢ - قلنا : هذا لا دلالة فيه لأنا اتفقنا على أن جنين الحرة الغرة وأنها مقومة بخمسين دينارًا وهو عشر ديته إن كانت أنثى ونصف عشرها إن كان ذكرًا وجنين الأمة فرع عليها فيجب أن يعتبر بها وهذا يؤدي إلى ما قلناه .

٢٧٧٦٣ - قالوا : جناية سقط بها جنين ميت فوجب أن يكون الذكر والأنثى في الضمان سواء . أصله جنين الحرة .

٢٧٧٦٤ - قلنا : ضمان الأحرار يفضل الذكر على الأنثى ثم خولف بين جنين الحرة وأصول الجنايات فسوى بين الذكر والأنثى وجنايات المماليك لا يفضل الذكر فيها على الأنثى ويجوز أن يتساويان فيجب أن يختلف حكم الجنين أصله الضمان في المماليك فيفضل الأنثى على الذكر حتى يختلف ضمان الجنين في المماليك كما اختلف في الأحرار .

---

(١) سبق تخريجه .

٢٧٧٦٥ – قالوا : إنما سوي بين الذكر والأنثى في ضمان (١) الجنين لأنه قد خرج بحيث لا يبين فيه علامة الذكر والأنثى وقد خرج منقطعًا وقد خرج عضو منه فيجب البدل فإن كان لا يعلم أذكر هو أم أنثى فلهذا سوى بين الذكر والأنثى ؛ وهذا المعنى موجود في جنين الأمة .

٢٧٧٦٦ – قلنا : قد قيل : أنه يسوى بينهما ليس كما ادعوا لكن ضمان الجنين يجب بقطع النماء عنه وإنما الأنثى أسرع من نماء الذكر ولهذا يتقدم بلوغها ويسرع هرمها فصار زيادة الذكر في مقابلته سرعة النماء الذي وجب الضمان لانقطاعه فتساوي أرشها لهذا المعنى .

٢٧٧٦٧ – قالوا : بدل يعتبر بأنوثة ولا يعتبر بنفسه لأنه لو اعتبر بنفسه وجب تقويمه ولا يجوز تقديمه لأنه لا يخلو (٢) أن يقوم حيًا أو ميتًا ولا يجوز تقويمه ميتًا ؛ لأنه لا قيمة له وهو ميت ولا يجوز أن نقومه حيًا لأنا لم نتحقق حياته ولا ندري هل أتلف حياته أم لا فلم يجز تقويمه حيًا ولأنا لا ندرك صفاته والتقويم يحتاج إلى إدراك صفاته ومعرفة ما يحتاج الثمن لأجله والوقوف على أنه ذكر أو أنثى وهذا كله يخفي منه فلا يصح .

٢٧٧٦٨ – قلنا : أما قولكم أنه لا يجوز تقويمه ميتًا لأن الميت لا قيمة له فنحن نقومه ميتًا أن لو كان حيًا وهذا تقويم له في حال له قيمة .

٢٧٧٦٩ – وقولكم : لا يجوز تقويمه حيًا لأنا لا نعلم أنه أتلف الحياة بهذا إنما يلزم لو أنا نوجب قيمته حيًا فأما إذا كنا نوجب بعض قيمته لم يلزمنا لأنا اقتصرنا على بعض قيمة الحي إذا لم نعلم بوجود الحياة وكما نوجب في اليد الشلاء بعض ما يجب في اليد الصحيحة .

٢٧٧٧٠ – وقولهم أنا لا ندرك صفاته والتقويم يحتاج إلى العلم بالصفات يبطل كمن أتلف عبدًا لم يشاهده الحاكم ولا يجد من يعرف صفاته فإنا نوجب قيمته ونثبت منها ما يعرف به متلفه ولا يمنع جهلها بصفاته من الجاني قيمته .

٢٧٧٧١ – وقولهم لو وجب تقويمه وجب جميع قيمته كسائر المتلفات ليس بصحيح لأنا نقومه حيًا ونحن نعلم حياته فوجب بعض قيمة الجنين كما نوجب في اليد الشلاء قيمتها ولا يبلغ بذلك [أرش الصحيح] (٣) بل نوجب فيها بعض ذلك لنقصانها

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) . (٢) غير واضحة في (ص) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

ثم هذا الكلام لأنهم يمنعون به من اعتبار قيمته ليعتبرون بقيمته أبويه واعتبار المتلف به لا يشبهه خلاف الأصول ثم قد اعتبروا ما يجب فيه بقيمة أبويه ولم يعتبر كل قيمتها .

٢٧٧٧٢ – وإنما قالوا يجب عشر قيمتها – عشر قيمة الأم – ونصف عشرها إذا كان ذكرًا في هذا القول . قد قلنا بما قالوه في اعتبار الأبوين واعتبار المتلف بنفسه أولى من اعتباره بغيره .

٢٧٧٧٣ – فأما قولهم : إنه قد ينفصل ولا يتميز الذكر من الأنثى فإنه متى تميز ثبت الفصل وإن لم يتميز ثبت المتيقن كمن أتلف خنثى مشكل .

٢٧٧٧٤ – وقولهم : قد ينفصل أعضاء مفردة لا يمكن تقويمها فإنا نقول : متى انفصل على صفة لا يتقوم مثلها لم يوجب فيه شيئا ؛ لأن ما لا قيمة له من المملوكات لا يضمن بالإتلاف .

* * *

مسألة ١٣٧٣

[إذا وجد القتيل في محلة]

٢٧٧٧٥ – قال أصحابنا : إذا وجد القتيل في محلة وادعى وليه القتل عليهم استحلفوا خمسين يمينًا وقضى عليهم بالدية (١) .

٢٧٧٧٦ – وقال الشافعي : إذا ادعى ولي القتل وهناك لوث فإن الولي يستحلف ويقضى له بالدية فإن كان واحدًا لا يستحلف خمسين يمينًا وإن كان الأولياء جماعة ففيه قولان . أحدهما يحلف خمسين يمينًا . والثاني يقسم الأيمان بينهم على قدر ميراثهم فإن حلفوا – والقتل خطأ – قضي بالدية وإن كان عمد ففيه قولان . أحدهما يجب القود . والآخر : الدية المغلظة (٢) .

٢٧٧٧٧ – واللوث كل أمر يغلب على ظن السامع للدعوى أنه صادق في دعواه مثل الرجل بينه وبين قوم عداوة ظاهرة ولا يختلط بهم غيره فوجد قتيلًا بينهم أو بجمع جماعة في موضع ثم تفرقوا عن قتيل أو يوجد قتيلًا في صحراء بالقرب منه رجل معه سكين ملوثة بالدم أو يشهد بالقتل شاهد واحد عدل أو جماعة من غير العدول .

٢٧٧٧٨ – لنا قوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُوْلَـٰٓئِكَ لَا خَلَـٰقَ لَهُمْ فِى ٱلْـَٔاخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ ﴾ (٣) ومعلوم أن حقيقة الشراء لا توجد في اليمين وإنما المراد بذلك من جعل يمينه سببًا لاستحقاق المال وهذا يمنع من أن يستحق المدعي بيمينه المال على غيره .

٢٧٧٧٩ – ويدل عليه قوله ﷺ : « لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم (٤) دماء قوم وأموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » (٥) فسوى ﷺ في

---

(١) انظر المبسوط (١٠٧/٢٦) وعبارته : وإذا وجد الرجل قتيلًا في محلة قوم ، فعليهم أن يقسم منهم خمسون رجلًا بالله : ما قتلنا ولا علمنا له قاتلًا. ثم يُغرَّمون الدية .

(٢) انظر : الأم (٩٨/٦) وعبارته : وإذا كانت دار قوم مجتمعيه لا يخلطهم غيرهم وكانوا أعداء للمقتول أو قبيلة ووجد القتيل فيهم فادعى أولياؤه قتله فيهم ، فلهم القسامة .. إلخ . وانظر : مغني المحتاج (٣٨٣/٥) وعبارته : وتثبت القسامة بمحل لوث .. إلخ .

(٣) سورة آل عمران : الآية ٧٧ .

(٤) في (م) ، (ع): [ناس] .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٥٢/١٠) برقم ٢٠٩٩٠ .

الدعاوى بين الدماء والأموال وأوجب البينة فيها على المدعي واليمين على المدعى عليه .

٢٧٧٨٠ - ويدل عليه ما روي أن قتيلا وجد بين وادعة وحي آخر والقتيل إلى وادعة أقرب فقال عمر ﷺ لوادعة تحلّفون خمسين رجلا منكم ما قتلناه ولا نعلم له قاتلا ثم أغرموا فقال الحارث بن الأزمع : إما ندفع أموالنا عن أيماننا أو أيماننا عن أموالنا قال لا [١] وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير فصار إجماعًا وهذا الحديث ذكره الطحاوي بإسناده عن شعبة عن الحكم .

٢٧٧٨١ - قالوا : روى بن أبي مليكة أن عبد اللّه بن الزبير أفاد بالقسامة [٢] .

٢٧٧٨٢ - قلنا : إذا انعقد الإجماع في زمن عمر لم يعتد بخلاف ابن الزبير في خلافته وقد انقرض العصر وذهب أهله ويحتمل أن يكون استحلف فأقر المدعى عليه .

٢٧٧٨٣ - قالوا : يحتمل أن لا يكون هناك لوث فادعى الولي القتل على خمسين رجلا .

٢٧٧٨٤ - قلنا : في هذا الخبر إنه قاسه إلى أقرب الخبرين [٣] وقال : يحلف منكم خمسون رجلا وهذا يقتضي التمكين وأغرمهم الدية وهذا يمنع أن يكون الدعوى على معين ؛ لأنه إذا كان كذلك حلف عندهم ولم يغرم وروى حفص [٤] عن زياد بن أبي مريم قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : يا رسول اللّه أني وجدت أخي قتيلا في بني فلان قال اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلًا قال يا رسول اللّه مالي من أخي إلا هذا ، قال بلى مائة من الإبل [٥] ذكره أبو شجاع بإسناده في الآثار .

٢٧٧٨٥ - فإن قيل : يجوز أن لا يكون هناك لوث .

٢٧٧٨٦ - قلنا : لو كان كذلك لم تجب الدية مع الأيمان فلما أوجبها دل على خلاف قولهم ولأن يمين المدعي قوله فلا يستحق بها المال كدعواه .

٢٧٧٨٧ - فإن قيل شهادة [٦] : المدعي عليه لا يسقط الخصومة ويمينه تسقط الخصومة .

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٠١/٣) برقم ٤٦٧٤ .

(٢) أخرجه ابن حزم في المحلى (٦٧/١١) ، ٧٠ .

(٣) غير واضحة في (ص) ، (م) .

(٤) في (م) ، (ع) : [حنيف] .

(٥) ذكره السرخسي في المبسوط (١٠٨/٢٦) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) ، وصلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

٢٧٧٨٨ - قلنا : دعوى الإنسان ويمينه في استحقاق الحق على غير سواء وإن اختلفا في إسقاط الخصومة ولهذا يستوي الدعوى واليمين في سائر الحقوق .

٢٧٧٨٩ - ولأنه حق مدعي فلا يستحلف فيه المدعي ابتداء أصله سائر الحقوق .

٢٧٧٩٠ - ولأن الشهادة أقوى في الاستحقاق من اليمين بدلالة أن يمين الشهود لا يثبت بها الحق ويثبت بشهادتهم فإذا لم يجز أن يستحق بشهادة الولى فلأن لا يستحق بيمينه أولى .

٢٧٧٩١ - فإن قيل شهادة (١) المدعي عليه لا يسقط الخصومة ويمينه تسقط فدل أن يمين الإنسان في حق نفسه أقوى .

٢٧٧٩٢ - قلنا : اليمين والشهادة يختلفان في غير الاستحقاق [ويتساويان في الاستحقاق ونحن اعتبرنا أحدهما بالآخر في نفي الاستحقاق] (٢) .

٢٧٧٩٣ - ولأن يمين المدعي لا يستحق بها أجر المتلف لأنه لو وجد رجل مجروح لم يقض على المدعي عليه بأرشه ومالا يثبت به ضمان أجزاء المتلف لا يثبت به ضمان جملة المتلف أصله شهادة العبيد والفساق .

٢٧٧٩٤ - ولأن ما لا يستحلف المدعي في أجزائه لا يستحلف في جملته كسائر الأموال .

٢٧٧٩٥ - ولأن كل ما لا يستحق به الدية إذا لم يكن هناك لوث لا يستحق من الدية إذا كان هناك لوث أصله ولأنها دعوى للقتل فصار كما لو لم يكن هناك لوث .

٢٧٧٩٦ - ولأنه بدل عن النفس فلا يستحق بيمين المدعي كالقصاص ولأنه أرش [فلا يستحق] (٣) بيمين المدعي كأرش الأعضاء .

٢٧٧٩٧ - احتجوا : بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إلا في القسامة » وكذلك رواه ابن عباس وإبراهيم (٤) .

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٣/٨) برقم ١٦٢٢٢ عن عمرو بن شعيب وبرقم ١٦٢٢٣ عن مسلم بن خالد . ورواية ابن جريج عن عطاء عن أبي هريرة أخرجها الدارقطني في سننه (١١٠/٣) برقم ٩٨ ورواية عبد الرزاق والحجاج عن ابن جريج عن عمرو مرسلًا أخرجها الدارقطني في سننه (٢١٨/٤) برقم ٥٢ .

٢٧٧٩٨ - قلنا : الحديث مداره على مسلم بن خالد الهذلي [(١)] رواه عن عمرو بن شعيب عن جده ورواه عن ابن جريج عن عطاء [(٢)] عن أبي هريرة وخالفه عبد الرزاق والحجاج فروياه عن ابن جريج عن عمرو مرسلا . وقد اتفق أصحاب الحديث على أن مسلم بن خالد ضعيف وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، فقال الشافعي : مرسل لأن أحد جديه له صحبة والآخر لا صحبة له ، والمراسيل عندهم لا تقبل .

٢٧٧٩٩ - قالوا : قال الدارقطني : الجد المعروف الذي يروي عنه هو عبد اللّه بن عمرو وجده محمد بن عبد اللّه بن عمرو ولم يرو عنه إلا حديثا واحدًا لأنه لم يكن سمعه إلا من جده الأسفل .

٢٧٨٠٠ - قلنا : هذا الكلام رد على الشافعي فإن حكينا عنه رد أخباره بالإرسال ولأن مسلم له كتاب مفرد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فطعن فيه عليه وعلى أحاديثه وبين أنه رواها عن صحيفة ثم رواها الثقات عنه على وجوه مختلفة ينقض بعضها بعضا . ولأن سبب ذلك ضعف حفظه وتَرَكه محمد بن إسماعيل البخاري فلم يذكر له حرفًا في كتابه فلم يجب الرجوع إلى قويلة الدارقطني ولم يرجع إلى طعن مسلم وترك البخاري له هذا الخبر .

٢٧٨٠١ - قد روي عن النبي ﷺ من طريق الاستفاضة وبحمله الأمة به ورجعه إليه وليس فيه استثناء فلو كان الاستثناء ثابتا لنقل كفعله لاستحالة أن ينقلوا لفظًا عامًّا ويتركوا مما استثنى رسول اللّه ﷺ منه [(٣)] . ولو ثبت كان معناه : البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إلا في القسامة فإن اليمين لا يختص بالمدعى عليه ألا ترى إنها تجب على خمسين معينين من المحلة وإن كان القاتل ادعى على غير معين أو ادعي على واحد منهم مجهول .

٢٧٨٠٢ - فإن قيل : الاستثناء من الإثبات نفي .

٢٧٨٠٣ - قلنا : الاستثناء يقتضي أن يثبت به ما يخالف المستثنى منه وقوله : اليمين على المدعى عليه [تقيضي أن جميع الأيمان على المدعى عليه فقوله : إلا في القسامة معناه أن اليمين لا يختص بالمدعى عليه] [(٤)] وهذا نفي في معناه إثبات كما أن مخالفنا

---

(١) في (م) ، (ع) [الذنجي] .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ومستدركة في الهامش .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

يقول : معناه إلا في القسامة فإن اليمين يجب على المدعي ولا يجب على المدعى عليه وهذا نفي في معناه إثبات أيضًا فتساويا .

٢٧٨٠٤ – احتجوا : بما روى مالك عن [١] أبي ليلى بن عبد الرحمن أنه أخبر [٢] سهل ابن أبي خيثمة [٣] ورجال من كبراء قومه أن محيصة وعبد اللّٰه بن سهل خرجا إلى خيبر فتفرقا في حوائجهما فأخبر محيصة أن عبد اللّٰه قتل فطرح في حفرة أو في عين فأتى يهود فقال أنتم قتلتموه فقالوا ما قتلناه فقدم على قومه فأخبرهم فأقبل هو وأخوه وعبد الرحمن بن سهل أخو المقتول إلى النبي ﷺ فذهب محيصة يتكلم فقال ﷺ : « إما أن يدوا [٤] صاحبكم وإما أن يؤذنوا بحرب » فكتب إليهم في ذلك فكتبوا إنا والله ما قتلناه فقال لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن : تحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ قالوا : لا قال أفتحلف لكم يهود ؟ قالوا ليسوا مسلمين فوداه رسول اللّٰه ﷺ من عنده فبعث مائة ناقة [٥] .

٢٧٨٠٥ – قالوا : روى سهل بن أبي حثمة ورافع بن خديج أن عبد اللّٰه بن سهل ومحيصة بن مسعود أتيا خيبر لحاجة وذكر الحديث إلى أن قال : « تستحلفون قبيلتكم أو صاحبكم بأيمان خمسين منكم » قالوا : لم نشهد فكيف نحلف : « قال تبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم » .

٢٧٨٠٦ – قلنا هذا الخبر قد تضمن ما يدل على خلاف قولكم لأنه ﷺ قال : « إما أن يدوا صاحبكم وإما أن يؤذنوا بحرب » ولا يجوز أن يؤذنوا بحرب إلا إذا منعوا واجبًا فدل أن الدية قد وجبت على اليهود فوجد القتل قبل الحلف من الأولياء .

٢٧٨٠٧ – وهذا قولنا ثم سهل بن أبي خيثمة [٦] قال إبراهيم الحربي : قبض رسول اللّٰه ﷺ وله ثمان سنين [٧] مثل وهذا لا يضبط في العادة وقد اختلفت الرواية اختلافا

---

(١) بعدها في كافة الأصول : [ابن] وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه . وهو: أبو ليلى بن عبد الله بن عبد الرحمن بن سهل الأنصاري المدني. روى عن: سهل بن أبي حثمة ، وروى عنه: مالك بن أنس. انظر: تهذيب الكمال (٢٣٤/٣٤ – ٢٣٨) .

(٢) كذا في الأصول والصواب: [أخبره] . انظر : تهذيب الكمال (٢٣٦/٣٤) .

(٣) كذا في الأصول والصواب: [حَثْمَة] . انظر : تهذيب الكمال (٢٣٦/٣٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يفدوا] .

(٥) أخرجه مالك في موطئه برواية أبي مصعب (٢٣٥٢) ، والبخاري في صحيحه (٢٦٣٠/٦) برقم ٦٧٦٩ . ومسلم في صحيحه (١٢٩٤/٣) برقم ١٦٦٩ .

(٦) كذا في الأصول والصواب: [حثمة] . انظر : تهذيب الكمال (٢٣٦/٣٤) .

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٧٥/٥) برقم ٥٧٩١ . وانظر : الإصابة (١٩٥/٣) .

يدل على قلة ضبطه فروى سفيان عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن سهل وذكر القصة فقال له النبي ﷺ : « افتبرئك يهود بخمسين يمينًا أنهم لم يقتلوه » وقال : كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون قال فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه قالوا كيف نقسم على ما لم نر فوداه رسول الله ﷺ من عنده (١) .

٢٧٨٠٨ - وروى سعيد بن عبيد الطائي عن بشير بن يسار أن رجلا من الأنصار يقال له سهل بن أبي خيثمة (٢) أخبره أن نفرا من قومه انطلقوا إلى خيبر فتفرقوا فيها فوجدوا أحدهم قتيلا وذكر القصة إلى أن قال : « تأتون بالبينة فيحلفون لكم » قالوا لا نرضى بأيمان اليهود وكره رسول الله ﷺ أن يطل دمه فوداه بمائة من إبل الصدقة (٣) .

٢٧٨٠٩ - ففي الخبر الأول أن النبي ﷺ بدأ بيمين اليهود وفي هذا الخبر أنه طالب الأنصار بالبينة وأوجب اليمين على اليهود وهذا خلاف خبر مالك فدل على قلة ضبط سهل لما رواه .

٢٧٨١٠ - وقد ذكر ابن إسحاق عن محمد بن إبراهيم التيمي قال : ولقد وهم سهل فيما رواه قال رسول الله ﷺ للأنصار : « أتحلفون على أمر لم تشهدوه ولم تعاينوه » وروي ذلك محمد بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن بجيد القرظي قال محمد بن إبراهيم والله ما كان سهل بأكثر علما منه وقال أبو إسحاق : وسمعت عمرو بن شعيب في المسجد الحرام يقول : والله الذي لا إله إلا هو ما كان الحديث كما حدث سهل ولقد أوهم ولكنه الطَّيْلا بعث إلى أهل خيبر : « أن قتيلا وجد بين أفنيتكم فدوه أو أذنوا بحرب » فبعثوا إلى النبي ﷺ يحلفون ما قتلوه فوداه رسول الله ﷺ من عنده (٤) وهذا الطعن تحققه اختلاف رواية سهل .

٢٧٨١١ - ثم استقر في الشرع أن اليمين إذا كانت على فعل غيره كانت على العلم ولذلك يقول لهم النبي ﷺ : « أتحلفون » وهذا يقتضي الثبات ولا يقول لهم أتحلفون على علمكم وكيف يقول النبي ﷺ : « تستحقون دم صاحبكم بأيمان خمسين منكم (٥) » ؟

(١) أخرجه النسائي في سننه (١١/٨) برقم ٤٧١٧ .

(٢) كذا في الأصول والصواب: [حثمة] . انظر: تهذيب الكمال (٢٣٦/٣٤) .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٢٨/٦) برقم ٦٥٠٢ .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٠/٨) برقم ١٦٢١٦ .

(٥) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

٢٧٨١٢ - وعند مخالفنا تجب اليمين على عبد الرحمن بن سهل [١] وحده لأنه أخو المقتول وحويصة ومحيصة عماه فلا يمين عليهما ؛ ولأن قوله : « أتحلفون وتستحقون » لا يجوز أن يكون عوضًا ولا أمرًا لأنه لو كان كذلك لنصب الثاني وقال أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم لأنه إذا أراد الجمع في الأمر والنهي والعوض واليمين والخبر بالنفي [٢] نصب الثاني ؛ لأن الاستحقاق لا يثبت بها في سائر الدعاوى .

٢٧٨١٣ - يبين صحة هذا أنهم قالوا للنبي ﷺ ابتداء إنا أصبحنا فوجدناه ولا ندري من قتله فكيف يأمرهم النبي ﷺ باليمين على مالا يعلمونه وكيف يقولوا للنبي ﷺ كيف نقسم على ما لم نره ؟ وفي ذلك استدراك على النبي ﷺ أنه قال ذلك إنكارا ونصا قالوا كيف نحلف على ما لم نره موافقة للنبي ﷺ ونحن نرا لإنكاره [٣] .

٢٧٨١٤ - والذي يبين ذلك أن عمر بن الخطاب قضى بالقسامة بخلاف ما في اليمين [٤] وقد بقي حويصة ومحيصة إلى زمن عمر بن الخطاب فلم ينكرا حكمه ولا اعترضه فيه أحد من الصحابة .

٢٧٨١٥ - وهذا عمر بن عبد العزيز مع معرفته بالسنة ينكر القسامة وإيجاب القتل بها ويكتب إلى عماله إما شاهدين أو يقسم المدعى عليهم وأمره أن يكتب أسماء الذين أقسموا من أهل الدم فلا يقبل لهم في الإسلام شهادة أبدا .

٢٧٨١٦ - وقال سالم بن عبد الله وقد تهيأ قوم من بني ليث ليقسموا فقال لهم : يا عباد اللّه قوم يحلفون على أمر لم يشهدوه ولم يعلموه ولم يروه ولو كان لي من أمر الناس شيء لنكلت بهم وجعلتهم نكالا ولم أقبل شهاداتهم [٥] .

٢٧٨١٧ - وقد أنكر القسامة شريح [٦] ....

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .　　(٤) سبق تخريجه .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٤٤٥) برقم ٢٧٨٥٣ .

(٦) هو : شريح القاضي الفقيه أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكِنْدي قاضي الكوفة. ويقال: هو من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن. يقال: له صحبة. ولم يصح ، بل هو ممن أسلم في حياة النبي صلى الله عليه وسلم وانتقل من اليمن زمن الصديق . حدث عن: عمرو ، وعلي ، وعبد الرحمن بن أبي بكر. حدث عنه: قيس ابن أبي حازم ، ومُرّة الطيب ، وتميم بن سلمة ، والشعبي ، وإبراهيم النخعي ، وابن سيرين ، وغيرهم. ولاه عمر قضاء الكوفة ، وقيل: أقام على قضائها ستين سنة. وقد قضى بالبصرة سنة. وفد زمن معاوية إلى دمشق وكان يقال له : قاضي المصريين. توفي سنة ٧٨ أو ٨٠ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥/١٣٠ - ١٣٤) .

وإبراهيم [١] وهذا يدل على صحة تأويلنا في الجنين وأنه ليس على ظاهره .

٢٧٨١٨ - قالوا : يمين المدعى عليهم لا يحكم بموجبها وكل من لا يحكم بموجب يمينه لا يعرض اليمين عليه أصله المدعي في سائر الحقوق .

٢٧٨١٩ - قلنا : هذا قياس يخالف النص لأنه ﷺ كتب إلى يهود : « أما أن تحلفوا أو تغدوا أو أذنوا بحرب » [٢] .

٢٧٨٢٠ - ولأن اليمين عندنا يقضى بموجبها في القسامة كما يقضي بموجبها في سائر الدعاوي ؛ وذلك لأن الولي يدعي عليهم القتل فإذا حلفوا سقطت دعواهم بأيمانهم ثم الدية تؤخذ منهم على وجه التحمل كما تؤخذ من العاقلة واليمين لم تقع على نفي التحمل وينتقض بالمتحالفين في البيع أنه لا يقضى بيمين واحد منهما وإنما نفسخ البيع ولا يمنع ذلك من وجوب الاستحقاق .

٢٧٨٢١ - فإن قيل : إنما نقضي بيمين أحدهما إذا نكل الآخر .

٢٧٨٢٢ - قلنا : هناك القضاء بنكول لا بيمين الحالف .

٢٧٨٢٣ - قالوا : أيمان متكررة سوغت في الدعاوى فوجب أن يبدأ بأيمان المدعي كاللعان .

٢٧٨٢٤ - قلنا : اللعان عندنا شهادة وليس بيمين ومن حكم الشهادة أن يقضى فيها ببينة المدعي ثم المتلاعنان كل واحد [٣] منهما مدعي ومدعى عليه لأن الزوج يدعي عليها الزنا وهي تدعي عليه وجوب الحد فهو يحلف لينفي دعواها ولا نحلفه لينفي دعواه وهذا كالمبتايعين كل واحد منهما يحلف لينفي دعوى صاحبه لا لتحقق .

٢٧٨٢٥ - فعلى هذا الابتداء بيمين المدعى عليه في اللعان .

٢٧٨٢٦ - ولأن اللعان يجمع فيه بين المتخاصمين فجاز أن يقدم المدعي*

٢٧٨٢٧ - وفي مسألتنا لا يجمع بين أيمان ولي الدم وأيمان المدعى عليهم فاختصت اليمين بالمدعى عليه كما اختصت في سائر الدعاوى .

٢٧٨٢٨ - قالوا : اليمين في الأصول موضعة في جنبة [٤] من قوي سببه وجنبة

---

(١) انظر : المحلى (٢٩٣/١١) ، ومصنف ابن أبي شيبة (٢٥٠/٥) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) الجنبة : الناحية. انظر : لسان العرب مادة (جنب) .

المدعي مع اللوث أقوى .

٢٧٨٢٩ - قلنا : يبطل بدعوى إتلافه المال إذا كان هناك وبالمدعي للمال إذا شهد له عبيد أو نساء لأن اليمين لا توضع في جنبته ولو شهدوا للولي قويت جنبته عند مخالفنا وقضي بيمينه .

٢٧٨٣٠ - قالوا : الجمع بين الأيمان والقضاء بالمال خلاف الأصول .

٢٧٨٣١ - قلنا : قد بينا أن النهي وضعت لنفي القتل عن الحالف والمال يقضى به عليه تحملا عن القاتل كما تتحمل العاقلة والأصول لا تمنع أن يجمع على الإنسان المال لمعنى واليمين لغيره ألا ترى أن الغاصب نستحلفه على زيادة القيمة التي يدعيها ونقضي عليه بالقيمة التي اعترف بها فيجمع بين اليمين والمال لكن اليمين في معنى والقضاء بالمال في غيره .

* * *

مسألة ١٣٧٤

[حلف الولي في القسامة]

٢٧٨٣٢ - قال أصحابنا : إذا حلف الولي في القسامة لم يثبت [(١)] القصاص . وقال مالك يجب القصاص .

٢٧٨٣٣ - وهو قول الشافعي القديم [(٢)] .

٢٧٨٣٤ - لنا : قوله ﷺ : « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » [(٣)] .

٢٧٨٣٥ - ولأن قول الواحد لا يثبت القصاص أصله الشهادة .

٢٧٨٣٦ - ولأن يمين المدعي لا يثبت بها الحق ابتداء أصله الدعوى في المال .

٢٧٨٣٧ - ولأنه قصاص فلا يثبت بيمين المدعي أصله القصاص فيما دون النفس .

٢٧٨٣٨ - واحتج المخالف بقوله ﷺ للأنصار : « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » [(٤)] وقد تكلمنا على هذا الخبر .

٢٧٨٣٩ - وقد روي عن عمر بن [الخطاب وعبد الله بن عباس أنهما لم يقيدا بالقسامة [(٥)] .

٢٧٨٤٠ - وروي عن عمر بن] [(٦)] عبد العزيز أنه أبرز سريره يومًا للناس فقال : ما تقولون في القسامة ، فقالوا القسامة حق وقد أفادتها الخلفاء فقال : ما تقول يا أبا قلابة فقال يا أمير المؤمنين أرأيت لو أن رجالًا شهدوا على رجل محصن بدمشق أنه زنى ولم يروه أكنت ترجمه ، قال لا قال أبو قلابة فو الله يا أمير المؤمنين ما قتل رسول الله ﷺ

---

(١) انظر : المبسوط (١٠٩/٢٦) وعبارته : ووجوب القسامة والدية على أهل المحلة مذهب علمائنا .

(٢) انظر : حاشية قليوبي وعميرة ١٦٩/٤ وعبارته : ولا قصاص فيه في الجديد . وفي القديم : فيه قصاص كما في غير القسامة ، وفرّق الأول بضعفها . وانظر : المنتقى (٥٢/٧) وعبارته : ولا خلاف في المذهب أنه يستحق بالقسامة مثل القاتل .

(٣) في (م) ، (ع) : [من أنكر] . والحديث : سبق تخريجه .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٩/٨) برقم ١٦٢٤٠ .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

إلا في إحدى ثلاث خلال : رجل قتل بجريرة نفسه فقتل أو رجل ارتد عن الإسلام فحارب الله ورسوله أو رجل زنى بعد إحصان [١] .

٢٧٨٤١ - وقد كان عبد الملك أمير المؤمنين أفاد بقسامة ثم ندم على ذلك فأمر بالخمسين الذي أقسموا فمحوا من الدواوين وسيرهم من الشام [٢] ولو كان قوله ﷺ : « أتحلفون وتستحقون » بيان على ظاهره لم يعارضه أبو قلابة بالقياس .

٢٧٨٤٢ - وقد روينا عن عمر بن عبد العزيز أنه عاقب الذين تهيئوا ليقسموا ولو كان ما فعلوه سنة لم يستحقوا العقوبة بالعزم عليه .

٢٧٨٤٣ - وقد روي أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فأقرها رسول الله ﷺ [٣] فيجوز أن يكون قوله : « أتحلفون وتستحقون » على ذلك الأصل ثم نسخ بحديث ابن عباس : « لو أعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم » .

* * *

(١، ٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٢٨/٦) برقم ٦٥٠٣ .

(٣) أخرجه النسائي في سننه (٥/٨) برقم ٤٧٠٨ .

مسألة ٣٧٥

[إذا وجد الميت في محلة ولا أثر به]

٢٧٨٤٤ - قال أصحابنا : إذا وجد ميت في محلة ولا أثر به لم يجب على أهل المحلة قسامة [١] .

٢٧٨٤٥ - وقال الشافعي : إذا كان هناك لوث استحلف الولي فإن امتنع استحلف أهل المحلة [٢] .

٢٧٨٤٦ - لنا : أنه إذا لم يكن به أثر فالظاهر أنه [٣] مات حتف أنفه والميت لا تجب فيه قسامة ولأنه ميت لا أثر فيه فصار كما لو لم يكن لوث .

٢٧٨٤٧ - احتجوا : بأنه قد يقتل بما لا أثر له كالخنق والغم .

٢٧٨٤٨ - قلنا : كل واحد من هذين الأمرين يحصل له أثر في العادة .

٢٧٨٤٩ - قالوا : القسامة تتبع الدعوى فإذا ادعى الولى ما يجوز أن يكون سمعت دعواه .

٢٧٨٥٠ - قلنا : إذا لم يكن أثر فالظاهر خلاف ما يدعيه فلا نسلم [٤] أن الدعوى وقعت بمجوز .

٢٧٨٥١ - قالوا إذا كان هناك أثر فإن الدعوى مسموعة ويجوز أن يكون حرج نفسه أو سقط من شاهق .

٢٧٨٥٢ - قلنا : هذا التجويز مسلم ولكن لم يوجد ظاهر يخالف الدعوى فلا يسقط حكمها بالتجويز .

٢٧٨٥٣ - وقد وجد في مسألتنا ظاهر بخلاف الدعوى فذلك لم يجوز الحكم بمقتضاها .

* * *

---

(١) انظر: البدائع (٢٨٨/٧) وعبارته: وأما شرائط القسامة والدية فأنواع: منها أن يكون الموجود قتيلًا وهو أن يكون به أثر القتل من جراحة أو أثر ضرب أو خنق ، فإن لم يكن شيء من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية .

(٢) انظر: مغنى المحتاج (٣٨٣/٥) وعبارته : وتثبت القسامة في القتل بمحل لَوْث .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (ص) : [نم] .

مسألة ١٣٧٦

[حلف أهل المحلة]

٢٧٨٥٤ – قال أصحابنا : إذا حلف أهل المحلة غرموا الدية (١) .

٢٧٨٥٥ – وقال الشافعي : لا تلزمهم الدية (٢) .

٢٧٨٥٦ – لنا : ما روي أنه ﷺ كتب إلى اليهود : « إما أن تحلفوا أو تدوا وإلا فأذنوا بحرب » (٣) فجمع الأمرين عليهم .

٢٧٨٥٧ – ويدل عليه حديث زياد بن أبي مريم قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال يا رسول اللّٰه إني وجدت أخي قتيلًا في بني فلان قال : « اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوا ولا علموا له قاتلًا » فقال : يا رسول اللّٰه مالي من أخي إلا هذا ، قال : « بلى مائة من الإبل » (٤) وهذا يدل على اجتماع الأمرين .

٢٧٨٥٨ – فإن قيل : هذا خبر واحد يخالف الأصول .

٢٧٨٥٩ – قلنا : لا يخالفها لأن اليمين من كل واحد من المستحلفين والدية إنما تجب لنصرتهم للبقعة والأصول تمنع من استيفاء الدية الحق المستحلف عليه مع اليمين فأما أن يستحلف من نفى ويجب ضمان معنى آخر لم يستحلف عليه فلا يخالفها كما لو ادعى المولى قتل العمد فاعترف المدعى عليه بقتل خطأ .

٢٧٨٦٠ – ويدل عليه حديث الحارث بن الأزمع أنه قال لعمر لما قضى عليهم باليمين والمال قال لا تدفع أموالنا عن أيماننا لا تجزي هذه عن هذا ولا هذا عن هذه ، فقال عمر رضي الله عنه فمن يبطل دم صاحبكم (٥) ؟

٢٧٨٦١ – ولأن أهل المحلة تلزمهم الدية بالنصرة فلم تسقط عنهم بأيمانهم كالعاقلة .

٢٧٨٦٢ – ولأنه قتل يلزمهم حكمه بغير بينة فلم يسقط بدله بأيمانهم أصله إذا أقروا به .

٢٧٨٦٣ – والدليل على الوصف أن حكم القتل يثبت عندنا بوجود القتل وعندهم بأيمان الأولياء .

---

(١) انظر: البدائع (٢٨٧/٧) وعبارته: فإذا حلفوا يغرمون الدية وهذا عند أصحابنا رحمهم الله .

(٢) انظر: الأم (١٠٠/٦) وعبارته: ومن أوجبت له دية نفس بيمين أو أوجبت له أن يبرأ من نفس بيمين ، لم يستحق هذا ولم يبرأ من هذا بأقل من خمسين يمينًا . (٣-٥) سبق تخريجه .

٢٧٨٦٤ - احتجوا : بما روي أنه ﷺ قال : « يبرئكم اليهود بأيمان خمسين منهم » [١] .

٢٧٨٦٥ - قلنا : قد روينا هذا الخبر عن زياد وهو أنه كتب إلى يهود إما أن تحلفوا أو تدوا فقوله : يبرئكم محمول على البراءة من دعوى القتل وهذا لا يسقط الدية الواجبة باختصاصهم بالبغضة .

٢٧٨٦٦ - قالوا المدعى عليه إذا صحت يمينه برئ أو سقطت الدعوى [٢] والمطالبة . أصله سائر الدعاوى .

٢٧٨٦٧ - قلنا : إذا كانت الدعوى في معنى فحلف المدعى عليه على ذلك المعنى انقطعت الخصومة فيه .

٢٧٨٦٨ - وكذلك نقول في مسألتنا ؛ لأن الدعوى على كل مستحلف أنه قاتل ويمينه تقطع الخصومة في هذه الدعوى وقد وجب عليه حق آخر لا يجب عليه لأنه قال لكن لزمه لنصرته لهذه المنفعة وتخصيصه بها وهذا المعنى لا يتناول اليمين ولا استخلف عليه فلا يسقط الخصومة بيمينه أصله إذا اعترف المدعى عليه بقتل الخطأ والولي يدعي العمد فحلف على دعوى قتل العمد وجبت الدية ولم يسقط عنه بيمينه .

* * *

(١) سبق تخريجه .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٣٧٧

[نكول المدعى عليه]

٢٧٨٦٩ - قال أصحابنا : إذا نكل المدعى عليهم عن الأيمان في القسامة حبسوا حتى يحلفوا [١] .

٢٧٨٧٠ - وقال الشافعي : لا يحبسوا [٢] .

٢٧٨٧١ - لنا : أن أهل المحلة تلحقهم التهمة لأن الظاهر أن القاتل منهم إذا نكلوا قويت التهمة والحبس ثبت للتهمة بدلالة ما روي أنه ﷺ حبس رجلًا في تهمة [٣] .

٢٧٨٧٢ - ولأنا دللنا على أن الواجب الجمع بين الأيمان وبدل الدية فصارت الأيمان نفس الحق ومن امتنع من حق عليه يقدر على إيفائه حبس كالديون .

٢٧٨٧٣ - ولأن الولي يدعي قتل العمد وقد وجبت الأيمان ولا يجوز له إسقاط الخصومة بنكول المدعى عليه كسائر الدعاوى .

٢٧٨٧٤ - ولأنه إذا نكل لم يلزمه معنى بنكوله خرجت اليمين من أن تكون حقًّا عليه ؛ لأنه يملك أن يسقطها عن نفسه بغير شيء وقد أجمعنا أنها مستحقة فلا يجوز أن يسقطها من استحقت عليه من غير شيء يلزمه .

٢٧٨٧٥ - احتجوا : بأنه نكول عن يمين في جهته فوجب أن لا يحبس بسببه أصله اليمين في سائر الدعاوى .

٢٧٨٧٦ - قلنا : اليمين في [سائر الدعاوى] [٤] ليست نفس الحق بدلالة أن المدعى عليه لو بذل المال لم يستحلف فإذا نكل قضينا بالمال فوصل المدعي إلى حقه فلا معنى للحبس .

٢٧٨٧٧ - وفي مسألتنا لو بذل المال لم تسقط الأيمان إذا كان الولي يدعي قتل العمد فإذا نكلوا لم يجز الحكم بقتل العمد بالإجماع وليس المال حق المدعي كله فلذلك حبسوا لإيفاء الحق .

---

(١) انظر: المبسوط (١١٢/٢٦) وعبارته: فإن نكلوا عن اليمين ، حبسوا حتى يحلفوا ، لأن الأيمان في القسامة حق مقصود لتعظيم أمر الدم .

(٢) انظر: الأم ١٠٠/٦ وعبارته: وإن نكل المدعى عليه الدم عن اليمين وامتنع الوارث من اليمين ، فلا شيء على المدعى عليه .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣١٤/٣) برقم ٣٦٣٠ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٣٧٨

[ادعاء الولي القتل على واحد]

٢٧٨٧٨ - قال أصحابنا : إذا ادعى الولي القتل على واحد معين وليس هناك لوث استحلف يمينًا واحدة [(١)] . وهو قول الشافعي .

٢٧٨٧٩ - وقال في قول آخر : يستحلف خمسين يمينًا [(٢)] .

٢٧٨٨٠ - لنا : قوله ﷺ البينة على الدعي واليمن على المدعى عليه [(٣)] وهذا يقتضي وجوب ما يتناوله اسم اليمين .

٢٧٨٨١ - فإن قيل اللام للعهد وفي دعوى الدم التكرار .

٢٧٨٨٢ - قلنا : المعهود في سائر الدعاوى يمينًا واحدة وتكرار الأيمان يثبت في المواضع الذي ظهرت التهمة فيه .

٢٧٨٨٣ - ولأنه حق الدعاء على معين فلا يستحلف فيه خمسين يمينًا كسائر الدعاوى .

٢٧٨٨٤ - ولأنها يمين تختص المدعي عليه فلا تكرر كدعوى المال . ولا يلزم القسامة لأن اليمين لا تختص بالمدعى عليه .

٢٧٨٨٥ - احتجوا : بأنها يمين مسموعة في دعوى دم لعدم البينة فوجب لتغليظها عدد أصله إذا كان هناك لوث .

٢٧٨٨٦ - قلنا : ظهرت التهمة فتكرر اليمين تيقنًا [(٤)] وهذا لا يوجد إذا لم يكن هناك تهمة .

---

(١) انظر : الهداية مع العناية (٣٧٩/١٠) وعبارته: وعن أبي يوسف في غير رواية الأصل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولي : ألك بينة ، فإن قال : لا . يستحلف المدعي عليه يمينًا واحدة .

(٢) انظر: الأم (١٠٣/٦) وعبارته: وإذا كان للقتيل تجب فيه القسامة وارثان فادعى أحدهما على رجل من أهل المحلة أنه قتله وحده وأبرأه صاحبه بأن قال: ما قتله. كان فيها قولان ، أحدهما : أن لولي الدم المدعي الذي لم يُبرئ أن يحلف خمسين يمينًا ويستحق على المدعى عليه نصف الدية إن كان عمدًا وماله وعلى العاقلة إن كان خطأً ، والقول الثاني : أنه ليس للورثة أن يُقسموا على رجل يبرئه أحدهم إذا كان الذي يبرئه يعقل .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) غير واضحة في (ص) .

٢٧٨٨٧ - قالوا : تكرار اليمين إنما يثبت حرمة النفس وهذا المعنى موجود هاهنا .

٢٧٨٨٨ - قلنا : تكرار اليمين ثبت [١] لظهور التهمة وهذا المعنى لا توجد هاهنا .

* * *

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٣٧٩

[إذا لم يعين الولي الدعوى]

٢٧٨٨٩ - قال أصحابنا : إذا لم يعين الولي الدعوى على واحد من أهل المحلة استحلف منهم خمسون رجلًا وكذلك إن قال القاتل منهم ألا أني لا أعرفه [١] .

٢٧٨٩٠ - وقال الشافعي : لابد للولي من تعيين القاتل ولا يستحلف من لم يعينه بالدعوى [٢] .

٢٧٨٩١ - لنا : أن الأنصار ادعوا القتل على اليهود ولم يعينوا لأنهم قالوا لا نعلم من قتله [٣] فسمع النبي ﷺ دعواهم وألزم اليهود الأيمان وهذا خلاف قولهم .

٢٧٨٩٢ - وحديث زياد بن أبي مريم أن الرجل قال للنبي ﷺ إني وجدت أخي قتيلًا في بني فلان فقال : « اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلناه » [٤] ولم يعتبر الدعوى .

٢٧٨٩٣ - وكذلك حكم عمر بن الخطاب بالأيمان في القتيل الذي وجد بين وادعة وبين خزاعة لقربه من وادعة [٥] ولو كان الولي عين القاتل بالدعوى لم يحتج إلى النظر في الأقرب .

٢٧٨٩٤ - لأنا لو قلنا : لا نسمع الدعوى حتى يعين سقط حقه لأنه لا يعلم القاتل منهم .

٢٧٨٩٥ - ولأنه ادعى والظاهر يشهد له بدعواه فصار كما لو ادعى على جماعتهم .

٢٧٨٩٦ - ولأنه لو ادعى على معين صحت الدعوى وإن لم يشهد لها ظاهر وإذا ادعى على واحد منهم غير معين كالظاهر يشهد له فأولى أن تسمع دعواه .

٢٧٨٩٧ - احتجوا : بقوله ﷺ : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » [٦] .

٢٧٨٩٨ - قلنا : عندنا يجب اليمين هاهنا على المدعى عليه والكلام [في أنه] [٧]

---

(١) انظر: تبيين الحقائق : (١٧١/٦) وعبارته : وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم القتل عمدا أو خطأ .

(٢) انظر : الأم (١٠١/٦) وعبارته: وإن قال: قتله فلان ونفر معه . لم يحلفه حتى يسمي النفر ، فإن قال : لا أعرفهم ، وأنا أحلف على هذا أنه فيمن قتله. لم يحلفه حتى يسمي عدد النفر معه .

(٣ - ٦) سبق تخريجه .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

هل يجب تعيينه أم لا فأما إذا أبرأه وقال : هذا ليس بقاتل فإنا لا نستحلفه .

٢٧٨٩٩ – قالوا : من لم يكن مدعيًا ولا مدعى عليه لم يكن محلًّا لليمين أصله من لم يكن من أهل المحلة واليمين في سائر الدعاوى .

٢٧٩٠٠ – قلنا : المعنى [1] في سائر الدعاوى أن القضاء يقع على معين ، فلابد أن يتعين المقضي عليه وهاهنا يقع القضاء على غير معين فلا يحتاج إلى تعيين المدعي .

٢٧٩٠١ – ولأنا لا نعين تعيينه ابتداء إلا أن اختيار من يستحلف إليه فتصير تعيينه اختيار لتعيينه بالدعوى .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

مسألة ١٣٨٠

[إذا أسلم في دار الحرب]

٢٧٩٠٢ - قال أصحابنا : إذا أسلم الرجل في دار الحرب ولم يهاجر فقتله مسلم عمدًا فلا ضمان عليه ولا كفارة وإن قتله خطأ فعليه الكفارة ولا دية عليه (١) .

٢٧٩٠٣ - وقال الشافعي : عليه القود والدية (٢) .

٢٧٩٠٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ (٣) عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ (٤) ولا يخلو أن يكون المراد [وإن كان من بمعنى الانتساب إليهم أو من قوم بمعنى في قوم لا يجوز أن يكون المراد] (٥) من قوم (٦) معنى البعضية .

٢٧٩٠٥ - ولأن جميع أصحاب النبي ﷺ كان ينسبون إلى الكفار فلم يبق إلا أن يكون المراد به من قوم عدو لكم أو يكون معناه من قوم أي من جملتهم كما يقال فلان صالح من قوم فساق .

٢٧٩٠٦ - فإن قيل إنما لم يذكر الله تعالى الدية اكتفاء بما سبق .

٢٧٩٠٧ - قلنا : لو كان كذلك لسكت عن الكفارة اكتفاء بما سبق .

٢٧٩٠٨ - ولأن دم الحربي كان على أصل الإباحة فلم يتقوم إلا بالحيازة كالصيد والحشيش .

٢٧٩٠٩ - ولأن النبي ﷺ قال : « أنا بريء من كل مسلم أقام بين ظهراني أهل الشرك » (٧) وإطلاق البراءة يمنع تقويم الدم .

---

(١) انظر : البدائع (١٠٦/٧) وعبارته : ولو أسلم حربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فقتله مسلم عمدًا أو خطأ ، فلا شيء عليه إلا الكفارة وعند أبي يوسف عليه الدية والخطأ .

(٢) انظر: مغني المحتاج (٣٠٣/٥) وعبارته: لا يجوز قتل من لم تبلغه الدعوة ويقتص لمن أسلم بدار الحرب ولم يهاجر منها بعد إسلامه وإن تمكن ، لأن العصمة بالإسلام .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) سورة النساء : الآية رقم ٩٢.

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش.

(٧) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥/٣) برقم ٢٦٤٥ .

٢٧٩١٠ - ولأن دار الحرب موضع إباحة الدماء وإذا قتل فيها فقد قارن قتله سبب الإباحة وما سقط بالشبهة إذا قارنه سبب الإباحة سقط وإن لم يحصل الإباحة كمن وطئ جارية مشتركة .

٢٧٩١١ - ولأن مقامه في دار الحرب يوهم أنه منهم وذلك يمنع وجوب القصاص كما لو وقف في صف الحرب وإذا قتله على وجه العمد لا يتعلق به قصاص ثبت أنه إذا كان خطأ لا تجب الدية لأن أحدًا لا يفصل بين الأمرين .

٢٧٩١٢ - احتجوا : بالظواهر الدالة على وجوب القصاص .

٢٧٩١٣ - قلنا : قد أريد بجميعها قتل العمد الذي لا شبهة فيه وذلك غير مسلم في مسألتنا .

٢٧٩١٤ - قالوا قال اللّٰه تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا (١) فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ ﴾ (٢) .

٢٧٩١٥ - قلنا : المراد به المسلم في دار الإسلام بدلالة أنه قال في الآية ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ ولم يذكر الدية .

٢٧٩١٦ - قالوا : يتعلق بقتله الكفارة فيتعلق به الدية كمن قتل في دار الإسلام .

٢٧٩١٧ - قلنا : يبطل بقاتل عبده تجب عليه الكفارة ولا تجب دية والمعنى في المقيم في دارنا أنه أحرز دمه بعد إباحته فتقوم كالحشيش والماء ، ومتى أقام في دار الحرب لم يحرزه بعد إباحته فصار كالحشيش إذا كان في منبته .

٢٧٩١٨ - قالوا : مسلم محظور الدم فوجب بقتله الضمان كسائر المسلمين .

٢٧٩١٩ - قلنا : إن كان الأصل المسلم الذي أحرز دمه بدارنا فهو مباح أحرزه تقوم على متلفه وفي مسألتنا مباح لم يحرزه فلم يتقوم على متلفه .

* * *

---

(١) ساقطة من : (ص) . (٢) سورة النساء : الآية رقم ٩٢.

مسألة ١٣٨١

[قتل التاجر في دار الحرب]

٢٧٩٢٠ - قال أصحابنا : إذا قتل التاجر في دار الحرب فعلى قاتله الدية والكفارة إن كان خطأ [١] .

٢٧٩٢١ - وقال الشافعي : إن كان عالما به فكذلك وإن كان جاهلًا فعليه الكفارة ولا دية [٢] .

٢٧٩٢٢ - لنا : قوله ﷺ : « في النفس مائة من الإبل » [٣] ولأنه ضمان متلف فلا يختلف بالعلم والجهل أصله : سائر المتلفات .

٢٧٩٢٣ - ولأن دخوله دار الحرب لا يؤثر في تقويم ماله كذلك تقويم دمه ولأن دمه متقوم في دار الإسلام ولم يوجد منه ما يوجب إباحة الدم فلم يسقط التقويم .

٢٧٩٢٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [٤] .

٢٧٩٢٥ - قلنا : من دخل إليهم تاجرا لا نقول أنه منهم وإنما هو من أهل دار الإسلام وإنما يكون منهم إذا كان من أهل دارهم في الأصل ولم ينتقل منها . قالوا : قتل في دار الحرب من غير علم بحال المقتول فصار كمن أسلم هناك .

٢٧٩٢٦ - قلنا : المعنى فيه أنه لم يحرز دمه بدارنا والمباحات متى لم يحصل فيها حيازة لم تتقوم على ما قدمناه ولأن المتلفات يستوي فيها العلم والجهل بحال المتلف فلم يصح التفريق بينهما .

* * *

(١) انظر: الهداية مع العناية (٦/٢١) وعبارته : وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتَل أحدهما صاحبه عمدًا أو خطأ ، فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ .

(٢) انظر : الأم (٦/٣٨) وعبارته : وهكذا كل من قتله وهو يعلمه مسلمًا منهم أو أسيرًا فيهم أو مستأمنًا عندهم لتجارة أو رسالة أو غير ذلك ، فعليه في العمد القود ، وفي الخطأ الكفارة ، وعلى عاقلته الدية .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) سورة النساء : الآية رقم ٩٢.

مسألة ١٣٨٢

[ترتيب كفارة القتل]

٢٧٩٢٧ - قال أصحابنا : كفارة القتل تجب مرتبة من جنسين العتق والصوم ولا إطعام فيها [(١)] .

٢٧٩٢٨ - وقال الشافعي : في أحد قوليه يجب الإطعام إذا لم يقدر على الصوم [(٢)] .

٢٧٩٢٩ - لنا : أن اللّه تعالى ذكر القتل وأوجب الصوم والعتق ولم يوجب الإطعام فإيجابه زيادة في النص وذلك عندنا نسخ لا يثبت إلا بما يجوز نسخ القرآن به .

٢٧٩٣٠ - ولأن اللّه تعالى ذكر في كفارة القتل نوعين وفي كفارة الظهار ثلاثة أنواع وقياس المنصوص على المنصوص لا يصح لأنه يستغني بدخوله تحت النص عن القياس .

٢٧٩٣١ - ولأنها كفارة مجمع على وجوبها تتعلق بسبب يشترك فيه الرجل والمرأة فلا يكون الصوم فيها بدلا ككفارة اليمين . ولا يلزم كفارة رمضان لأنها مختلف فيها ولا كفارة الظهار لأن سببها يختص الرجل .

٢٧٩٣٢ - احتجوا : بأن اللّه تعالى جعل الإطعام عن الصوم في كفارة الظهار وأطلقه في كفارة القتل فيجب حمل المطلق على المقيد .

٢٧٩٣٣ - قلنا : من أصلنا أن المطلق يحمل على إطلاقه والمقيد على تقييده كما أن اللّه تعالى ذكر الكسوة في كفارة اليمين وأطلقها في الظهار والقتل ثم لم تثبت الكسوة في الكفارتين حمل المطلق على المقيد كذلك هذا .

٢٧٩٣٤ - قالوا ما ثبت في كفارة الظهار يثبت في كفارة القتل كالصوم .

٢٧٩٣٥ - قلنا : ثبوت الشيء في كفارة لا يدل على ثبوته في أخرى كما أن الكسوة تثبت في كفارة اليمين ولا تثبت في غيرها من الكفارات .

٢٧٩٣٦ - ولأن المعنى في الصوم أنه يحي [(٣)] به كفارة اليمين فلم يثبت بدلا في كفارة القتل كالكسوة .

---

(١) انظر: كنز الدقائق مع البحر (١١٠/٤) وعبارته: إلا كفارة القتل فإنه لا إطعام بعد الصوم .

(٢) انظر: أسنى المطالب (٣٧٠/٣) وعبارته : فله العدول إلى الإطعام لعجزه الآن عن الصوم .

(٣) غير واضحة في (ص) .

٢٧٩٣٧ - قالوا : كفارة فيها صوم شهرين متتابعين فيثبت فيها الإطعام ككفارة الظهار .

٢٧٩٣٨ - قلنا : هذا قياس منصوص [على منصوص] [١] وذلك لا يجوز عندنا .

٢٧٩٣٩ - ولأن سبب هذه الكفارة أغلظ من سبب كفارة الظهار [فجاز أن يتغلظ بإسقاط الإطعام .

٢٧٩٤٠ - ولأن كفارة الظهار] [٢] يجوز أن يسقطها عن نفسه بعد دخول سببها بأن يطلق فجاز أن يخفف حكمها وهذه الكفارة لا يملك إسقاطها بعد وجوب سببها فلما تغلظ قدرها جاز أن تتغلظ أنواعها .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٣٨٣

[كفارة قتل العمد]

٢٧٩٤١ - قال أصحابنا : قتل العمد لا كفارة فيه [١] .

٢٧٩٤٢ - وقال الشافعي : فيه الكفارة [٢] .

٢٧٩٤٣ - لنا : قوله تعالى ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَـٰلِدًا فِيهَا ﴾ [٣] فذكر قتل العمد والوعيد ولم يذكر الكفارة ولو كانت واجبة لبينها .

٢٧٩٤٤ - فإن قيل : سكت عنها لأنه ذكرها في قتل الخطأ ونبه بذلك على قتل العمد .

٢٧٩٤٥ - قلنا : ذكر اللّٰه تعالى ثلاثة أنواع من قتل الخطأ وأعاد الكفارة في كل نوع منها فإذا لم يقتصر على التنبيه في الخطأ وإيقاعه فأولى أن لا يقتصر على التنبيه في غير نوعه وهو العمد ولأنه معنى يجب به القتل فلا تجب به كفارة أصله الردة وزنا المحصن .

٢٧٩٤٦ - فإن قيل لا تأثير للوصف لأن الردة لا توجب القتل وهي ردة المرأة والزنا الذي لا يوجب القتل وهو زنا غير المحصن لا يوجب الكفارة .

٢٧٩٤٧ - قلنا : ليس يمتنع أن يكون القتل ينافي الكفارة فإذا لم يتعلق بالسبب القتل والتعليل تارة تجب الكفارة وتارة لا تجب فلا يبطل ذلك تأثير العلة عند تعلق القتل بالسبب وهذا يستوي فيه العقلية والشرعية لأن الظلم قبيح لأنه ظلم والكذب قبيح وليس بظلم .

٢٧٩٤٨ - قالوا : نعكس هذه العلة فنقول فوجب أن يكون حكم ما يوجب القتل وما لا يوجبه سواء .

٢٧٩٤٩ - قلنا : كيف يصح أن يقال معنى يجب به القتل وما لا يجب سواء فاستوى ما يوجب القتال وما لا يوجب في الكفارة ؟ وكيف يصح هذا في الفرع وعما لا يستويان باتفاق القتل بحق لا يوجب القتل ولا الكفارة ؟

٢٧٩٥٠ - فإن قيل : وجب أن يكون حمن عمده وخطأه سواء [لما لم يصح] [٤] ،

---

(١) انظر : فتح القدير (٢٣/٦) وعبارته : وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة في العمد عندنا .

(٢) مختصر المزني مع الأم (٣٦٢/٨) وعبارته : وإذا وجبت عليه كفارة القتل في الخطأ وفى قتل المؤمن في دار الحرب كانت الكفارة في العمد أولى .

(٣) سورة النساء : الآية رقم ٩٣.

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

ولأنه تعليل بحكم المجهول فلا يقابل علة قد صرح بحكمها .

٢٧٩٥١ - قالوا : المعنى في الأصل أنه ليس بقتل فلم يتعلق به كفارة القتل وفي مسألتنا قتل آدمي مضمون فأوجب كفارة القتل .

٢٧٩٥٢ - ولنا : الظاهر ليس بقتل وتتعلق به كفارة القتل .

٢٧٩٥٣ - ولأنا عللنا بنفي الكفارة مطلقة وعللوا لنفي كفارة القتل والعلة المطلقة أولى من الخاصة .

٢٧٩٥٤ - ولأن الكفارة بالعتق مال يجب بقتل الخطأ فلا يجمع مع القود أصله الدية .

٢٧٩٥٥ - فإن قيل : عندنا قتل العمد يوجب القصاص والدية .

٢٧٩٥٦ - قلنا : لا يجتمعان في الوجوب وإنما الواجب عند أحد الأمرين .

٢٧٩٥٧ - قالوا : الدية والقصاص كل واحد منهما بدل عن النفس فلا يجب بدلًا عن مبدل واحد والكفارة ليست ببدل وإنما هي حق اللّه تعالى فيجوز أن يجتمع مع البدل .

٢٧٩٥٨ - قلنا : علة الأصل تبطل بمن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدًا وجب عليه القود والدية وهما بدلًا عن النفس فلا يجب أحدهما لتفويت [1] عامة المنفعة والآخر لإتلاف الروح .

٢٧٩٥٩ - ولأنه إتلاف رقبة فلا يجب فيه إتلاف رقبتين في حق واحد أصله قتل الخطأ .

٢٧٩٦٠ - ولأن الكفارة تجب مع الشبهة ؛ بدلالة وجوبها في قتل الخطأ والقصاص معنى يسقط مع الشبهة فلا تجب إيجابها بسبب واحد كالحد والمهر في الزانية المطاوعة .

٢٧٩٦١ - ولا يلزم إذا وطئ امرأة بشبهة في رمضان أنه يلزم المهر والكفارة لأن المهر يجب بالوطء والكفارة لهتك حرمة الشهر .

٢٧٩٦٢ - ولا يلزم إذا شرب خمر الذمي أن عليه الحد والضمان ؛لأن الضمان يجب بحصول الخمر في فيه [2] لأن ذلك استهلاك لها والحد يجب بوصولها إلى جوفه وهما سببان [3] مختلفان .

٢٧٩٦٣ - ولأن كل حكم يجب بالقتل لا يسع [4] فيه جميع أنواعه ، أصله القصاص ولا يلزم حرمان الميراث لا تسع [5] في كل أنواع القتل لأن القتل سبب عندنا يتعلق به

---

(١) في (م) ، (ع) : [لتقريب] . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤ ، ٥) غير واضحة في (ص) .

حرمان الميراث .

٢٧٩٦٤ - احتجوا : بما روى واثلة بن الأسقع . قال أتينا رسول الله ﷺ في صاحب لنا أوجب النار بالقتل فقال : « أعتقوا عنه رقبة يعتق الله كل عضو بكل عضو منه من النار » [١] .

٢٧٩٦٥ - قلنا : روى واثلة بن الأسقع أن نفرًا من بني سليم أتوا النبي ﷺ في صاحب لهم أوجب فقال : « مروه فليعتق رقبة » .

٢٧٩٦٦ - ولم يذكر المعنى الذي أوجب به فيجوز أن يكون قتلًا ويجوز أن يكون غيره وأنه أمره بالعتق استحسانًا لجواز أن يتقبل [الله تعالى ذلك ليغفر له] [٢] . والذي يبين ذلك أنه [٣] لم يبين صفة الرقبة المعتقة ولم يقل : إن كان من الصوم فمروه بالصوم . يدل على أن لم يأمره بذلك على وجه الكفارة .

٢٧٩٦٧ - ولأن القتل يجوز أن يكون شبه عمد فأوجب النار به ووجب عليه الكفارة .

٢٧٩٦٨ - فإن قيل : لو كان الحكم يختلف لبين [٤] .

٢٧٩٦٩ - قلنا : يجوز أن يكون قتلًا مشهورًا عرفه ﷺ ، ولأنه خبره أنه ﷺ أمر السائلين أن يعتقوا لم يوجب العتق عليه فما أوجبه ﷺ لا يجب عند مخالفنا . وما يوجبه لم يوجبه النبي ﷺ فسقط الاحتجاج بالخبر .

٢٧٩٧٠ - ولا يجوز أن يقال [يجوز أن يكون] [٥] قد مات فأوجب العتق على ورثته لأنه لو كان كذلك سأل عنه ولا يوجب عليهم أن أخبروه ، وأنه ترك مالًا فلما لم يسأل عنه أمره بذلك فلم يأمر الوارث أن يتبرع عن الميت فيما يرجو أن يتقبل منهم .

٢٧٩٧١ - قالوا : روى عن عمر أنه سأل النبي ﷺ فقال [٦] : « إني وأدتُ في الجاهلية فقال ﷺ أعتق لكل موءودة رقبة » [٧] .

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٠/١٤٥) برقم (٤٣٠٧) .

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٠/١٤٥) برقم (٤٣٠٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٤) في (م) ، (ع) [يقبل] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٦) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨/١١٦) برقم (١٦٢٠٢) .

٢٧٩٧٢ - قلنا : هذا شبه عمد لأنهم كانوا يدفنوها [١] وشبه العمد تتعلق به الكفارة ولا هذا كان منه في الجاهلية فلا يجب عليه بعد الإسلام فعلم أنه كان استحسانًا .

٢٧٩٧٣ - قالوا : آدمي مضمون فوجب أن تتعلق به الكفارة كالخطأ وجبت فيه الكفارة لأنه مضمون لأن اللَّه تعالى نص على الكفارة في قتل يوجب الضمان وهو قوله تعالى ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [٢] .

٢٧٩٧٤ - ولا نسلم في الفرع أنه مضمون لأن الواجب القصاص ودم الإنسان لا يكون بمضمون عليه ولهذا لو قتل أو مات سقط حق المقتول ولم ينتقل إلى بدل عندنا .

٢٧٩٧٥ - والمعنى في الخطأ أنه [٣] لم يتعلق به إتلاف رقبة بالقتل فجاز أن يتعلق به إتلاف رقبة بالعتق ولا تعلق بقتل العمد إتلاف رقبة لم يتعلق بالعتق .

٢٧٩٧٦ - قالوا : قتل [٤] يتعلق به حرمان الميراث كالخطأ .

٢٧٩٧٧ - قلنا : حرمان الميراث ثبت ؛ لأن القاتل استعجل ما أخر اللَّه بفعل محظور [فكل من] [٥] [جاز أن يكون قصد القتل حرمانه الميراث كحافر البئر لأنه لا] [٦] يجوز أن يكون قصد القتل والكفارة وضعت لتغطية المأثم فقد نص اللَّه تعالى عليها في الخطأ الذي يجوز أن يقع المأثم فيه بالتفريط في شبه العمد ولا نعلم أنها تغطي المأثم العمد لزيادته فلم يجز إيجابها ونحن لا نعلم وجود المعنى المقصود بها .

٢٧٩٧٨ - قالوا : قتل يتعلق به كفارة فاستوى العمد والخطأ أصله قتل الصيد .

٢٧٩٧٩ - وربما قالوا : كل قتل لو حصل خطأ [٧] تعلقت بها الكفارة ، وإذا حصل عمدًا تعلقت به الكفارة أصله قتل الصيد .

٢٧٩٨٠ - قلنا : قتل الصيد إنما وجبت الكفارة بخطأه لأنها وجبت في عمده فتحصل المدلول [٨] عليه والدليل على ذلك أن اللَّه تعالى نص على كفارة الصيد في

---

(١) كذا في كافة الأصول . (٢) سورة النساء : الآية رقم ٩٣.

(٣ ، ٤) ساقطة من صلب (ص) ومستدركة في الهامش .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وصلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٧) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٨) في (م) ، (ع) : [المعلول] .

العمد وسكت عن الخطأ فاتفقوا على وجوب الكافرة في العمد واختلفوا في الخطأ والأصل المنصوص عليه المتفق في حكمه والفرع هو المختلف فيه المسكوت عن ذكره .

٢٧٩٨١ - ولأن قتل الصيد لم يتعلق به معنى يسقط بالشبهة فلم ينافي [١] الكفارة وقد تعلق بقتل العمد ما يؤثر فيه الشبه [٢] فنفى ذلك وجوب الكفارة .

٢٧٩٨٢ - قالوا : العامد في معنى الخاطئ لأنه أتلف النفس وحصل في قصده زيادة قصد فإذا وجب الكفارة في الخطأ فالعمد أولى .

٢٧٩٨٣ - قلنا : إذا كان اللّه تعالى نص عليها في الخطأ والمأثم لا يتعلق به ؛ دل على أن موضوعها ليس هو المأثم فلا يصح الاستدلال بطريق الأولى .

٢٧٩٨٤ - ولأنها إذا وجب [تعطيه يجز من] [٣] المأثم والعمد إن [٤] لم يعلمها أنها تعطي المأثم الزائد عليه فلم يجز إيجابها .

٢٧٩٨٥ - ولأن العمد تعلق به نوع تغليظ فجاز أن يتغلظ بالكفارة .

* * *

(١) كذا في (ص) ، (ع) ، وفي (م) لعلها : [ينافر] .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) . (٤) لعلها في (ص) : [البر] .

مسألة ١٣٨٤

[كفارة قتل الصبي والمجنون]

٢٧٩٨٦ - قال أصحابنا : الصبي والمجنون إذا قتلا فلا كفارة عليهما [١] .

٢٧٩٨٧ - وقال الشافعي : عليهما الكفارة [٢] .

٢٧٩٨٨ - لنا : قوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة : الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق » [٣] . وهذا نفي وجوب الشرعيات عليه ولا يقال : إنا نوجب الكفارة في ماله ولا نوجبها في ذمته لأن محل الكفارات الذمة فمن زعم أن هاهنا كفارة تجب في المال فقد ادعى ما لا يعلم ثبوته .

٢٧٩٨٩ - فإن قيل : قد ذكر في الخبر النائم والكفارة تجب عليه ؛ لأنه لو [٤] انقلب في حال نومه فقتل إنسانًا وجبت الكفارة عليه .

٢٧٩٩٠ - قلنا : لا نوجبها في حال نومه وإنما نوجبها بعد ما استيقظ ؛ ولأن الخبر دل على سقوط الكفارة في حق الجميع وقامت الدلالة في النائم فتركنا الظاهر للدليل وما سواه على مقتضى الظاهر .

٢٧٩٩١ - ولأن الكفارة موضوعة لتغطية المأثم والصبي لا ذنب له فلا تجب الكفارة في حقه .

٢٧٩٩٢ - ولا يلزم الخاطئ لأن الذنب متصور في حقه بأن يعتمد في الباطن أو يفرط في السبب ولأنه لا يلزمه بأن يعتمد في الباطن أو يفرد في السبب .

٢٧٩٩٣ - ولأنه لا يلزمه التكفير بالصوم .

٢٧٩٩٤ - ولأنه من [أهله [٥] فلم يلزمه التكفير بالعتق لأن كل واحد منهما ادعى أحد نوعي التكفير .

---

(١) انظر : المبسوط.(٧/٢٧) وعبارته : الكفارة وحرمان الميراث لا يثبت في حق الصغير والمجنون بالقتل .

(٢) انظر : تحفة المحتاج (٤٦/٩) وعبارته : وإن كان القاتل المذكور صبيًا أو مجنونًا ؛ لأن غاية فعلهما أنه حطأ وهي تجب فيه .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٦٩/٤) برقم ٨٠٩١ .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) غير واضحة في (ص) .

٢٧٩٩٥ - ولأنه] [١] معنى جمع [٢] كفارة فلا تجب على الصبي ككفارة اليمين والظهار.

٢٧٩٩٦ - فإن قيل : هناك شبه [٣] من الصبي وسبب هذه الكفارة القتل وهو موجود.

٢٧٩٩٧ - قلنا : إذا أردتم السبب من طريق الصورة موجودة فكذلك نقوله في كفارة الظهار واليمين [لأن صورة الظهار واليمين] [٤] توجد منه وإن قلتم أن لسبب لا يوجد من طريق المعنى .

٢٧٩٩٨ - وقلنا مثل ذلك في مسألتنا لأن القتل يوجب للكفارة ولا توجد منه وليس سبب الكفارة عندنا موجود للقتل حتى يكون بصفة مخصوصة وتلك الصفة لا نسلم وجودها من قبل الصبي .

٢٧٩٩٩ - ولأنه حق وجب على وجه التكفير فلا يثبت في حق الصبي كالحد والدليل على الوصف قوله ﷺ : « الحدود كفارة لأهلها » [٥] .

٢٨٠٠٠ - فإن قيل : الحد قي حقوق الأبدان والكفارة في حقوق الأموال .

٢٨٠٠١ - قلنا : يجوز أن يلزم الصبي حقوق الأبدان كما يجب على الصغيرة العدة والإحداد وعندهم وحقوق الأموال قد [٦] لا يثبت في حق الصبي بدلالة كفارة الظهار واليمن وبعقد الحج إذا كان مغصوبًا .

٢٨٠٠٢ - ولأن الكفارة عبادة شرعية لا يتحملها الإنسان عن غيره فلم تجب على الصبي كالصلاة والصيام .

٢٨٠٠٣ - فإن قيل : عندنا يقع التحمل في الكفارة ؛ لأن الإمام إذا حكم بالقتل شهادة بالدية في بيت المال والكفارة في بيت المال على أحد القولين .

٢٨٠٠٤ - قلنا : نحن ذكرنا أن الإنسان لا يتحملها عن غيره وهذا غير مسلم .

٢٨٠٠٥ - ولها يلزم العشر لأنه ليس بعبادة عندنا .

٢٨٠٠٦ - ولأنه لا يجب على الصبي وإنما ينعقد لحب [٧] مشتركًا بينه وبين المساكين .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٢) لعلها في (ص) : [مع] .

(٣) غير واضحة في (ص) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٢٩/٨) برقم ١٧٣٧٣ .

(٦) ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٧) لعلها في (ص) : [الحق] .

٢٨٠٠٧ - ولأنه معنى يتعلق بالقتل لا يتحمله الإنسان [عن غيره فلا يجب على الصبي كالقود .

٢٨٠٠٨ - ولا يلزم الدية ؛ لأن العاقلة تتحملها عن القاتل] [1] .

٢٨٠٠٩ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [2] وهذا عام .

٢٨٠١٠ - قلنا : قال في أول الآية : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَئًا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ .

٢٨٠١١ - وقوله : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا ﴾ . عطف على ذلك وحكم العطف في الخصوص حكم المعطوف عليه فاقتضى ذلك وجوب الكفارة إذا كان القاتل مؤمنًا والصبي لا يتناوله إثم المؤمن على الإطلاق .

٢٨٠١٢ - ولأنه ابتدأ الآية بالنهي عن القتل والصبي لا يتناوله النهي .

٢٨٠١٣ - قالوا : قتل آدمي مضمون موجب أن يتعلق به وجوب الكفارة أصله قتل البالغ .

٢٨٠١٤ - قلنا : وجوب ضمان القتل حق الآدمي والكفارة من حقوق اللّٰه تعالى فلا يستدل بوجوب أحدهما على ثبوت الآخر .

٢٨٠١٥ - ولأن قتل البالغ لما جاز أن تتعلق به الكفارة بالصوم جاز أن يتعلق بقتله التكفير بالعتق ، ولما كان قتل الصبي لا يجوز أن يتعلق به أحد النوعين من التكفير ثم يتعلق به الآخر .

٢٨٠١٦ - قالوا : من لزمته الدية بالقتل لزمته الكفارة أصله البالغ .

٢٨٠١٧ - قلنا : الصبي لا تجب عليه الدية بقتله ؛ لأنه لا عمد له عندنا وقتله يوجب الدية على عاقلته . والمعنى في البالغ أنه يجوز أن تلزمه كفارة القتل .

٢٨٠١٨ - قالوا : حق مال يتعلق بالقتل فوجب أن يستوي فيه الصغير والكبير والعاقل والمجنون كالدية .

٢٨٠١٩ - قلنا : تساوي الصغير والكبير في وجوب الدية لا يدل على تساويهما في

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٢) سورة النساء : رقم ٩٢ .

الكفارة التي هي عبادة كما لا يدل على تساويهما في وجوب الصلاة . والمعنى في الكبير أنه يجوز أن يتعلق إتلاف رقبة بالقصاص فجاز أن يتعلق به إتلاف رقبة بالعتق .

٢٨٠٢٠ - قالوا : وجوب الكفارة من وجوب الدية بدلالة من قتل عبده لزمته الكفارة دون الدية ومن قتل مسلمًا في دار الحرب وجبت عليه الكفارة دون الدية ، ومن أذن لرجل في قتله فقتله ، فعليه الكفارة دون الدية . فإذا وجبت الدية في مسألتنا فالكفارة أولى بالوجوب .

٢٨٠٢١ - قلنا : إنما لم يجب في قتل عبده الدية لأنها تجب له فمستحيل [1] أن تجب له على نفسه والكفارة تجب لله تعالى . فيجوز أن تجب عليه وهذا الفرق ليس تأكيد أحدهما على الآخر .

٢٨٠٢٢ - وكذلك إذا أذن في قتله فقد سقط الضمان الواجب له فسقط بإسقاطه والكفارة لا تجب للمقتول فلم تسقط بإسقاطه وهذا لا يعود إلى التأكيد .

٢٨٠٢٣ - وأما المسلم في دار الحرب فلم يحرز دمه بدار الإسلام فمنع ذلك من تقويمه ولم يمنع المأثم فيه فوجبت الكفارة للمأثم .

٢٨٠٢٤ - ثم قد تجب الدية ولا تجب الكفارة بدلالة أن حفر البئر عندنا يضمن بالدية دون الكفارة وإن حكم الإمام بالرجم بشهادة عبد فالدية في بيت المال . ولا كفارة وإذا دخل في العمد شبهة وجبت الدية دون الكفارة عندنا .

٢٨٠٢٥ - ولأن هذا الاستدلال لا يصح لو أن تسقط [2] عنه الكفارة يعني يعود إليها فيستدل بتأكيد وجوبها على لزومها فأما إذا كنا نسقطها لمعنى فيه لم [يجز أن] [3] يستدل بتأكيد وجوبها على لزومها .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [فيستحق] . (٢) غير واضحة في (ص) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٣٨٥

[كفارة الكافر إذا قتل]

٢٨٠٢٦ - قال أصحابنا : الكافر إذا قتل لم تجب عليه الكفارة [١] .

٢٨٠٢٧ - قال الشافعي : عليه الكفارة [٢] .

٢٨٠٢٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [٣] وحكم العطف على المعطوف عليه أنه يقتضي [٤] شرط الإيمان في وجوب الكفارة فلم يجز إيجابها مع فقد شرط .

٢٨٠٢٩ - ولأن الكفارة عبادة من شرطها النية فلا تجتمع مع الكفر أصله الصوم والصلاة .

٢٨٠٣٠ - ولأن الكفارة موضوعة [٥] لتغطية المأثم ودفع الريب وهذا المعنى لا يوجد مع الكفر وإذا لم يوجد معناه لم يجز إيجابها .

٢٨٠٣١ - فإن قيل : لا يمنع أن تجب في حق الكافر عقوبة وإن وجب في حق المسلم لتكفير كما يجب عليه عقوبة وإن كان تكفيرًا في حق المسلم .

٢٨٠٣٢ - قلنا : الحدود موضوعها للعقوبة وقد يحصل في التكفير وليس هو المقصود بها لتعذر ما ليس بمقصود في حق الكافر لا يمنع وجوبها إذا وجد المعنى الذي وضعنا لأجله فأما الكفارة فلم توضع للعقوبة وإنما وضعت للتكفير ، فإذا تعذر معناها لم يجز إيجابها ولو جاز إيجابها بغير المعنى الذي وضعت له جاز أن يجب عليه الزكاة على طريق العقوبة وإن كان وجوبها في حق المسلم للتطهير .

٢٨٠٣٣ - ولأنه لا يصح منه التكفير بالصوم ، فلا يصح منه التكفير بالعتق ؛ ولأن كل واحد منهما أحد نوعي التكفير ولأنه معنى وضع لتغطية المأثم فلا تجتمع مع الكفر كالتوبة ولأنها كفارة فيها صوم شهرين متتابعين فلا يثبت وجوبها في

---

(١) انظر : البحر الرائق (٣٠/٣) وعبارته : وشرائط وجوب الكفارة الإسلام ؛ فلا تجب على كافر .

(٢) انظر : نهاية المحتاج (٣٨٦/٧) وعبارته : وذميًا قتل معصومًا مسلمًا أو غيره نقض العهد أولًا ومعاهدًا ومؤمنًا ويتصور إعتاق الكافر للمسلم بأن يرثه أو يستدعي عتقه ببيع ضمني .

(٣) سورة النساء : الآية ٩٢ .

(٤) في (م) ، (ع) [افتقر] .

(٥) في (م) ، (ع) [موضعين] .

حق كافر أصله رمضان .

٢٨٠٣٤ – احتجوا : بأنه مال يتعلق وجوبه بالقتل كالدية أو نفس مضمونة فيتعلق بها الكفارة كالقاتل المسلم وقد أجبنا عن هذا في المسألة المتقدمة .

* * *

مسألة ١٣٨٦

[كفارة حافر البئر في الطريق]

٢٨٠٣٥ - قال أصحابنا : حافر البئر في الطريق والقائد والسائق لا كفارة عليهم [١] .

٢٨٠٣٦ - قال الشافعي : عليهم الكفارة [٢] .

٢٨٠٣٧ - لنا : أنه ليس بقاتل بدلالة أنه لم يوقع فعلًا في المقتول ولها فيما اتصل به .

٢٨٠٣٨ - ولأن لو فعل السبب في ملكه لم يضمن .

٢٨٠٣٩ - ولو كان قاتلًا [استوى أن يوجد الفعل في ملكه أو في غير ملكه كالزاني .

٢٨٠٤٠ - لأنه لو كان قاتلًا] [٣] لوجب في شيء من [٤] نوعه القصاص فلما لم نوجب القصاص بوجه من الوجوه دل على أنه ليس بقتل .

٢٨٠٤١ - فإن قيل : الواقع في البئر مقتول ولهذا يضمن الدية ويستحيل أن يكون مقتولًا ليس له [٥] قاتل . ولا قاتل إلا الحافر الضامن [٦] بجنايته .

٢٨٠٤٢ - قلنا : إذا تيقنا أن يكون الحافر قاتلًا لم نقل أن الواقع في البئر مقتول بل نقول : هالك وميت ، وتالف وليس بمقتول ولا الحافر قاتلًا .

٢٨٠٤٣ - فإن قيل : الحافر يجب عليه الضمان والحر لها يضمن إلا بالقتل .

٢٨٠٤٤ - قلنا : الحر يضمن بالجناية وهذه عندنا جناية وليست بقتل وقد تكون الجناية مضمونة ليست جانيهما قاتلًا كالجناية فيما دون النفس وكالشهود إذا شهدوا بباطل وإذا ثبت أنه ليس بقاتل والله تعالى أوجب هذه الكفارة على القاتل فلم يجز إيجابها على غيره .

---

(١) انظر : الجوهرة النيرة (١٤٦/٢) ، وبدائع الصنائع (٢٧٣/٧) وعبارة الأول : ولا كفارة على حافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه . وجاء في البدائع : ولا كفارة على السائق والقائد .

(٢) انظر : روض الطالب مع أسنى المطالب (٩٦/٤) وعبارته : الكفارة تلزم من سوى الحربي مميزًا كان أم لا ، بقتل كل آدمي معصوم من مسلم ولو في دار الحرب وذمي مستأمن وجنين وعبد ونفسه ، عمدًا أو خطأً أو شبه عمد ، مباشرة أو تسببًا .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٤ ، ٥) ساقطة من (م) ، (ع) . (٦) في (م) ، (ع) : [أيضًا] .

٢٨٠٤٥ - ولأن كل فعل لو حصل في ملكه لم يوجب الكفارة إذا حصل في غير ملكه لم يوجبها . أصله : الإمساك .

٢٨٠٤٦ - ولأنه لم يباشر قتل النفس فلم تجب عليه الكفارة كالعاقلة .

٢٨٠٤٧ - احتجوا : بأنه فعل يضمن به نفس الحر فوجب أن يضمن بالكفارة كالمباشرة .

٢٨٠٤٨ - قلنا : يجوز أن يضمن النفس بسبب لا تجب به الكفارة كالنصر في العاقلة والمعنى في المباشرة أنها لو حصلت في ملكه وجبت الكفارة بها كذلك في غير ملكه .

٢٨٠٤٩ - قالوا : كفارة تجب بمباشرة القتل فجاز أن تجب بسبب القتل ككفارة الصيد .

٢٨٠٥٠ - قلنا : كفارة الصيد تجوز أن تجب بغير القتل بدلالة أنه لو أمسكه حتى مات في يده ضمنه فلهذا ضمنت بالسبب وأما كفارة الآدمي فلا تتعلق بغير القتل فلم يجز إيجابها بالسبب .

٢٨٠٥١ - ولأن سبب تلف الصيد أن يوجد في ملكه فيجب الضمان وهو أن يضع له شبكة فلذلك يضمن بغير مباشرة [والآدمي لو جعل سبب إتلافه في ملكه وهو أن يحفر له بئرًا لم يضمن] (١) . فلذلك لم تجب الكفارة بالسبب .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٣٨٧

[كفارة ضرب الرجل الملفوف في كساء]

٢٨٠٥٢ - قال أصحابنا : إذا ضرب الرجل رجلًا ملفوفًا في كساء أو ثوب فقطعه نصفين [١] . وزعم الضارب أنه كان ميتًا فقال وليه بل كان حيًّا فقتلته بضربك فالقول قول الجاني وعلى الولي البينة . ونص الشافعي : على مثل قولنا [٢] .

٢٨٠٥٣ - قال الربيع : فيها قول آخر : أن القول قول الولي مع يمنيه وعلى الضارب البينة .

٢٨٠٥٤ - لنا : قوله ﷺ : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » [٣] والولي يدعى وجوب الضمان .

٢٨٠٥٥ - فإن قيل : فالضارب [٤] يدعي موت المضروب .

٢٨٠٥٦ - قلنا : المدعي من طلب بدعواه حقًّا والضارب لا يدعي حقًّا بقوله فلا يكون مدعيًا .

٢٨٠٥٧ - ولأنه اختلاف في صفة المجني عليه فالقول قول الجاني أصله الجناية على غير بني آدم .

٢٨٠٥٨ - ولأن الأصل براءة الذمة فيجب اصطحاب ذلك الأصل إلا أن يثبت ما يقتضي تعلقها .

٢٨٠٥٩ - ولأن الولي يدعي حقًّا على الضارب . والضارب يدعي معنى حادثًا وهو موته قبل ضربه فلا يقبل قوله كمن قتل مسلمًا وزعم أنه كان ارتد قبل ضربه .

٢٨٠٦٠ - قلنا : الأصل الجناية كما قبل زعمتم إلا أن هذا ظاهر ، والظاهر لا يستحق حقًّا على الغير ، وإنما تدفع به الدعوى فلم يجز إيجاب الضمان على الضارب بالظاهر .

٢٨٠٦١ - ولأن هذا الظاهر قد عارضه ظاهر آخر وهو أن الأصل براءة الذمة ،

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) جاء في الأم وكذلك لو قالوا نشهد أنه ضربه وهو ملفف فقطعه باثنين أو جرحه هذا الجرح ولم يبينوا أنه كلان حيًّا حين ضربه لم أجعله قاتلًا ولا جارحًا حتى يقول ضربه فالقول قول الجاني مع يمينه إذا لم تقم بينة . قال الربيع : وللشافعي فيه قول ثان يشبه هذا أن الملفوف عليهم على الحياة حتى يعمل أو تقوم بينة أنهم ماتوا قبل أن يهدم البيت . انظر : الأم للشافعي (٢١/٦) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

فقابل أحد الظاهرين الآخر ومنقطعًا [1] .

٢٨٠٦٢ - وأما القاتل فقد تيقن أنه قاتل والشك يتعلق به الضمان . فإذا ادعى ما يوجب سقوط الضمان بعد ثبوته لم يقبل قوله .

٢٨٠٦٣ - وفي مسألتنا الاختلاف وقع قبل أو لم يقبل فلا يجوز إيجاب الضمان عليه بالظاهر .

* * *

(١) لعلها في (ص) : [وتقطعا] .

مسألة ١٣٨٨

[حقيقة السحر]

٢٨٠٦٤ - قال أصحابنا : السحر لا حقيقة له وإنما يقدر الساحر على تصوير الباطل بغير صورته كالحيل الذي تخفى على الناس كما حكى اللّٰه تعالى على سحرة فرعون فقال : ﴿ يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِن سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَىٰ ﴾ (١) أو تدب بالنميمة بين الناس [فيقبل ذلك الغير] (٢) ، أو توصل إلى المسحور من الأدوية ما يخيل به عقله فإما أن يفعل فعلًا [في] (٣) محل قدرته حتى يمرض ويغير صورة الحيوان ويبطل الاختيار فيحبب إلى الإنسان فمن لا يؤثر محبته ويبعد عنه من يؤثر قربه ، فلا قدرة له على ذلك (٤) .

٢٨٠٦٥ - وقال عامة أصحاب الشافعي : السحر حقيقة ولم يفصلوا بين ما يريدونه بالسحر (٥) .

٢٨٠٦٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا يُفْلِحُ ٱلسَّاحِرُ حَيْثُ أَتَىٰ ﴾ (٦) . وهذا يقتضي أن مقاصدهم باطلة وأفعالهم غير صائبة .

٢٨٠٦٧ - ولأن ما تدعيه السحرة ولو صحب القدرة عليه من المشي فوق الماء والطيران من بلد إلى بلد . وجعل الإنسان بصورة بهيمة ككل معجزات الأنبياء فلو صح السحر لم يؤمن أن تكون معجزات الأنبياء إنما فعلوها بالسحر كما زعمت اليهود وأن عيسى منع بقلهم أن قلب الأرض فجرى الماء بخلاف حريته ، وأنه أحيا الموتى وأن اللّٰه ﷺ كلفها جهاد العدو [والمحاصرة بالتعويز] (٧) .

٢٨٠٦٨ - أمرنا بتعلمه لنكفي أعداءنا ونهلكهم من غير خطر علينا ولا ضرر .

٢٨٠٦٩ - فأما قوله تعالى : ﴿ وَٱتَّبَعُوا۟ مَا تَتْلُوا۟ ٱلشَّيَـٰطِينُ عَلَىٰ مُلْكِ سُلَيْمَـٰنَ ﴾ إلى قوله

---

(١) سورة طه : الآية ٦٦ .
(٢) غير واضحة في (ص) .
(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٤) انظر : أحكام القرآن (٦٣/١) وعبارته : ولذلك صار عند الإطلاق إنما يتناول كل أمر مموه قُصد به الخديعة والتلبيس وإظهار ما لا حقيقة له ولا ثبات .
(٥) انظر : مغني المحتاج (٣٩٥/٥) وعبارته : واختلفوا فيه هل هو تخيل أم حقيقة ؟ قال بالأول المعتزلة واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِن سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَىٰ ﴾ . وقال بالثاني أهل السنة ويدل لذلك الكتاب والسنة .
(٦) سورة طه : الآية ٦٩ .
(٧) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .

﴿ يُعَلِّمُونَ ٱلنَّاسَ ٱلسِّحْرَ ﴾ [(١)] . وهذا يدل على وجود سحر ونحن لا نمنع ذلك على الوجه الذي قدمناه وإنما نمنع السحر على بعض الوجوه فلا دلالة في الآية .

٢٨٠٧٠ - فأما قوله تعالى ﴿ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِۦ ﴾ [(٢)] فكذلك نقول أنه يفرقون بالنميمة والحيل وإنما يمنع أن نقول يفعل فعلًا لا يتصل بهما فيفارقهما .

٢٨٠٧١ - قالوا : روى أن لبيد بن أعصم اليهودي سحر النبي ﷺ في جُفٌّ طلعة ومشط ومشاط وجعل ذلك في بئر . فمرض النبي ﷺ حتى أخبر جبريل فأخرج ذلك من البئر [(٣)] .

٢٨٠٧٢ - قلنا : هذا خبر يرده القرآن . قال تعالى ﴿ وَٱللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ ٱلنَّاسِ ﴾ [(٤)] فكيف لا يعصمهم من سحر لبيد !

٢٨٠٧٣ - وقد ورد فيه أنه ﷺ قال : « إنه ليخيل لي أني أقوله الشيء وأفعله ولم أقله ولم أفعله » وهذا يقتضي أن علقه تغير وذلك لا يجوز على رسول الله ﷺ وقد قال الله تعالى حكاية عن الكفار ﴿ يَقُولُ ٱلظَّٰلِمُونَ إِن تَتَّبِعُونَ إِلَّا رَجُلًا مَّسْحُورًا ﴾ [(٥)] ، وليس يمتنع أن يكون فعل السحر على اعتقاد السحر فلم يضر ذلك [(٦)] رسول الله ﷺ وإنما أطلقه الله عليه ليكون علمه معجزة له كما أن اليهودية لما قدمت إليه شاة قال : « إن هذا الشاة لتخبرني أنها مسمومة » .

٢٨٠٧٤ - ولو ثبت أنه ﷺ مرض والله تعالى أمرضه عند السحر وفعل المرض [تلفًا له] [(٧)] لتظهر معجزته .

* * *

(١ ، ٢) سورة البقرة : الآية ١٠٢ .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٣/٣) برقم ٣٠٩٥ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٦٧ .   (٥) سورة الإسراء : الآية ٤٧ .

(٦) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٧) غير واضحة في (ص) .

مسألة ١٣٨٩

[اعتقاد الساحر صحة سحره]

٢٨٠٧٥ - قال أصحابنا : الساحر إذا اعتقد صحة السحر فهو على وجوه ؛ فإذا كان يعتقد ما ادعى .... [١] أن مع الله [٢] إله آخر تعالى الله . وأن الكواكب فاعلة وتلك الأدعية كفر ؛ لأن فيها اعترافًا للكواكب بما لا يقدر عليه إلا الله ، وكذلك إن زعم الساحر أن الشياطين تخدمه وتفعل له ما يريد وأنها تقدر على تغير خلق الناس فهو كفر وإن اعتقد الساحر [٣] أنه يفعل مثل المخاريق التي تخيل بها للناس كما يخيل المشعوذ فليس بكفر [وكذلك إن اعتقد أنه يطعم الإنسان أو يفجر [٤] له ما يصل إلى حواسه فليس بكفر] [٥] . وحكى أصحاب الشافعي : عنا أن السحر كفر وإن تعلم السحر كفر فأما السحر فإنا نقول : إنه على التفصيل الذي قدمناه وإما تعلمه فإن فعل ذلك ليعرفه بصفته ويتجنبه ويبين له بطلانه فليس بكفر وإن تعلمه متقنًا [٦] ليفعله وهو يعتقد جوازه فهو كافر .

٢٨٠٧٦ - وقال الشافعي : يقال للساحر : صف سحرك فإن وصف ما يوجب الكفر فهو كافر وإن وصف ما لا يوجب الكفر فليس بكافر [٧] . وأما إذا مات المسحور عمل فيه بإقرار الساحر فإن قال الساحر : لا يقتل . فلا قصاص عليه ، وإن قال أنه نقتل غالبًا وربما سلم منه فعليه القصاص وإن قال : سحري لا يقتل غالبًا وربما مات فيه فعليه الدية فجعل ذلك جناية وألحقها تارة بالعمد وتارة بشبه العمد فأما إذا اعتقد أن الكواكب فاعلة وأن الشياطين تخدمه فهو كافر من الوجه الذي ذكرنا فيصير مرتدًا فيقتل بالردة .

٢٨٠٧٧ - وقد روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقتل ولا يستتاب لأنه جمع إلى الكفر السعي في الأرض بالفساد فلا يسقط قتله بتوبته بعد القدرة كقاطع

---

(١) توجد هنا إحالة على الهامش (ص) ، ولكنها غير مقروءة .

(٢) ساقطة من (ص) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ومستدركة في الهامش وهي غير واضحة فيها .

(٤) غير واضحة في (ص) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٧) انظر : الأم (١/٢٩٤) وعبارته : والسحر اسم جامع لمعان مختلفة ؛ فيقال للساحر : صف السحر الذي تسحر به . فإن كان ما يسحر به كلام كفر صريح ، استتيب منه فإن تاب وإلا قتل وأخذ ماله فيئا . وإن كان ما يسحر به كلاما لا يكون كفرا وكان غير معروف ولم يضر به أحدا نهي عنه ، فإن عاد عزر .

الطريق [١] . وكذلك قال أصحابنا في الخناق .

٢٨٠٧٨ - وأما إذا قتل بسحره ولا يعتقد صحة ذلك فإن كان هو الفاعل بنفسه فقد قتل بغير الحديد ، فإن تكرر منه قتل على وجه الحمل لسعيه في الأرض بالفساد وإن لم يتكرر فعله فعليه الدية كقاتل بغير الحديد ، وإن كان المسحور يتناول ذلك بنفسه فلا قود على عاقل السبب ، كما ناول غيره السم فأكل .

٢٨٠٧٩ - وما أخبر [٢] الشافعي الساحر يجري مجرى الجناية وتحمله للقتل لا للسحر فهو قول خالف به الآثار . واتفاق السلف وروى خباب بن الأرت أنه [ﷺ قال] [٣] : « حد الساحر ضربه بالسيف » [٤] . وهذا يقتضي أن قتله على وجه الحد وأنه يقتل من غير تفصيل وقد روي عن [ابن مسعود أنه ﷺ قال : « من أتى ساحرًا فصدقه بما يقول فقد] [٥] كفر بما أنزل على محمد » [٦] .

٢٨٠٨٠ - وعن ابن عمر أن جارية لحفصة سحرتها فأمر عبد الرحمن بن زيد بقتلها فبلغ ذلك عثمان فأنكره فأتاه ابن عمر فأخبره خبرها فكان إنكاره فقتلت بغير إذنه [٧] .

٢٨٠٨١ - وعن الحسن قال : يقتل الساحر ولا يستتاب [٨] .

٢٨٠٨٢ - وروى عمرو بن شعيب أن عمر أخذ ساحرًا فدفنه إلى صدره ثم تركه حتى مات [٩] .

٢٨٠٨٣ - وعن مسلم بن أبي الجعد قال : كان قيس بن سعد أميرًا على مصر

---

(١) انظر : رد المحتار (٢٤١/٤) . (٢) غير واضحة في (ص) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) أخرجه الترمذي في السنن (٦٠/٤) برقم ١٤٦٠ .

(٥) ما بين المعكوفتين بياض في جميع النسخ ، وما أثبتناه من جزء من الأثر المروي عن ابن مسعود ، فالأثر كالتالي : من أتى ساحرا أو كاهنا أو عرافا فصدقه بما يقول فقد كفر .... إلخ ولم نثبت الأثر بتمامه لأن مساحة البياض لا تحتمل كل هذا الأثر فلعل المصنف اقتصر على جزء منه .

(٦) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (١٢٣/٢) برقم ١٤٥٣ ، وفي المعجم الكبير (٧٦/١٠) برقم ١٠٠٠٥ والبيهقي في السنن الكبرى (١٣٦/٨) برقم ١٦٢٧٤ ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤٢/٥) برقم ٢٣٥٢٨ ، والبزار في مسنده (٢٥٦/٥، ٣١٥) برقم (١٨٧٣ ، ١٩٣١) ، وأبو يعلى في مسنده (٢٨٠/٩) برقم ٥٤٠٨ .

(٧) أخرجه عبد الرازق في مصنفه (١٨٠/١٠) برقم ١٨٧٤٧ .

(٨) أخرجه بعد الرزاق في مصنفة (٤٥٣/٥) برقم ٢٧٩١٢ .

(٩) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٨٤/١٠) برقم ١٨٧٥٥ .

فجعلوا يفشون [١] سره فقال : من هذا الذي يفشي علي سري ؟ قال ساحر هاهنا . فدعاه فقال : إذا نشرت [٢] الكتاب علمناه ما فيه . فأما ما دام محبوسًا فليس نعلمه فأمر به فقتل [٣] .

٢٨٠٨٤ - وروى الأسود بن هلال قال علي بن أبي طالب : إن هؤلاء العارفين كهان العجم فمن أتى كاهنًا يؤمن له بما يقوله فقد كفر بما أنزل على محمد [٤] .

٢٨٠٨٥ - وعن الحسن أن جنديًا قتل ساحرًا [٥] .

٢٨٠٨٦ - فقد اتفق السلف على قتل الساحر بسحره ولم يعتبر أحد منهم حكم جناية . فمن قال : إني أقتله لجنايته . فقد خالف إجماعهم .

٢٨٠٨٧ - فأما تعلم السحر فقد قدمناه .

٢٨٠٨٨ - قال مخالفنا : أكثر أحوال السحر أن يكون كفرًا وتعلم السحر ليس بكفر وتعلم الزنا ليس بفسق .

٢٨٠٨٩ - قلنا : إذا تعلم السحر ليتخير ويتحرز منه فليس بكفر فإن تعلمه معتقدًا لصحته فهو كفر ، وتعلم الزنا لاجتنابه ليس بفسق وإن تعلمه ليعمل فهو فسق . لا فرق بين الزنا وبين ما استشهد به مخالفنا على أن تعلم السحر فهو في الغالب لا يقع إلا على وجه المنكر لأن السحرة تزعم أن من [٦] عمل ذلك غير معتقد لصحته ولتعظيم الكواكب والتصديق بأنها تضر وتنفع لم يصح له ما يفعله فالتعلم في الغالب لا يقع مع الاعتقاد الذي يفكر به .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [يقشوا] . (٢) لعلها في (ص) : [فشوت] .
(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٨٣/١٠) برقم ١٨٧٥١ .
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٢/٥) برقم ٢٣٥٢٥ .
(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥٦١/٥) برقم ٢٨٩٧٧ .
(٦) زيادة من (م) ، (ع) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب قتال أهل البغي

مسألة ١٣٩٠

[ما تلف من أهل العدل والبغي]

٢٨٠٩٠ - قال أصحابنا : ما تلف من أهل العدل والبغي من نفس أو مال فلا ضمان على كل واحد من الفريقين (١) .

٢٨٠٩١ - وقال الشافعي : ما أتلفه أهل العدل (٢) على الباغي فلا ضمان عليه قولًا واحدًا وما أتلفه الباغي على العادل فيه قولان : قال في القديم : يجب ضمان النفس والمال وقال في الجديد : لا ضمان (٣) .

٢٨٠٩٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا ۖ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ فَقَٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ ۚ ﴾ (٤) وهذا بيان لجميع أحكام أهل (٥) البغي فمن زعم أن ها هنا حكما آخر وهو وجوب الضمان فقد خالف الظاهر .

٢٨٠٩٣ - ولا يقال : إن اللّه تعالى قال : ﴿ وَأَقْسِطُوٓا۟ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴾ فأمر بالعدل وذلك يكون بإيجاب الضمان . لأنا إذا لم نسلم الوجوب لم يكن إلزام الضمان من القسط .ويدل عليه أن الفتنة وقعت بين السلف الصالح ثم اجتمعوا فلم يقض لأحد على أحد بوجوب القصاص [والضمان] (٦) ولو كان واجبًا كالسراية ولم يتركهم فلم ينقل دل من اتفاقهم على أنه ليس بواجب .

٢٨٠٩٤ - فإن قيل : إنما لم يقض بذلك لأن المستحق لم يطالب .

٢٨٠٩٥ - قلنا : لو كانت المطالبة واجبة لم تتفق آراؤهم مع كثرة عددهم على ترك ذلك فلما لم يطالبوا دل أنه ظهر لجماعتهم أن ذلك غير واجب حتى سكتوا عن المطالبة .

٢٨٠٩٦ - فإن قيل : رد المال المعين إذا كان في أيديهم واجب ولم ينقل أن أحدا

---

(١) انظر : البدائع (١٤٢/٧) وعبارته : لا خلاف في أن العادل إذا أصاب من أهل البغي من دم أو جراحة أو مال استهلكه . أنه لا ضمان عليه . وأما الباغي إذا أصاب شيئا من ذلك من أهل العدل فقد اختلفوا فيه . قال أصحابنا : إن ذلك موضوع .

(٢) في جميع النسخ [البغي] وما أثبتناه من كتب الشافعي .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٤٠٤/٥) وعبارته : وما أتلفه باغ على عادل أو عكسه إن لم يكن في قتال ضمن وإلا فلا . وفي قول : يضمن الباغي . والمتأول بلا شوكة يضمن وعكسه كباغ .

(٤) سورة الحجرات : الآية ٩ .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [ولا ضمان] .

طولب برد ما في يده .

٢٨٠٩٧ – قلنا : قد التمس أصحاب علي بالبصرة قسمة الأموال فامتنع وهذا ينبه على وجوب الرد فإن لم ينقل بمطالبة فيجوز أن يكون ، لأنهم لم يظهروا على مال بعينه .

٢٨٠٩٨ – فأما الضمان فينقطع أن الدماء أريقت والأموال أتلفت فترك المطالبة بضمانها يدل على نفي وجوب الضمان .

٢٨٠٩٩ – ويدل عليه ما روي عن الزهري أنه قال : وقعت الفتنة العظمى وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون فأجمعوا رأيهم على أن كل دم أريق بتأويل القرآن وكل مال أتلف بتأويل القرآن وكل فرج استبيح بتأويل القرآن فهو هدر ولا شيء فيه (١) .

٢٨١٠٠ – فإن قيل : كيف يثبت الإجماع وهو دليل مقطوع به [بخبر واحد وهو يفيد الظن . قلنا : كما ثبت قول الرسول بقول واحد هو دليل مقطوع به] (٢) ولأنهم باينوا (٣) أهل الحق السابق أن أحكامنا لا تجري في دارهم .

٢٨١٠١ – ولأن كل طائفتين اقتتلتا فلم يضمن المحقة أموال المبطلة فلم يضمن المبطلة أموال المحقة كالمسلمين وأهل الحرب .

٢٨١٠٢ – ولأنهم أهل دار لا تجري أحكامنا فيها فلم يضمنوا ما أتلفوه من أموالنا كأهل الحرب .

٢٨١٠٣ – فإن قيل : المعنى في أهل الحرب أنا نغنم أموالهم ونسبيهم فلذلك لم يضمنوا أموالنا .

٢٨١٠٤ – قلنا : جواز غنيمة أموالهم علة لسقوط الضمان عنا فأما أن يدل على سقوطه عنهم فلا ، ولأن عند مخالفنا أن الحربي لا يغنم مالنا ولا نضمن ما أتلفناه عليه كذلك الباغي لا نغم ماله ولا يضمن ما أتلفه علينا .

٢٨١٠٥ – قالوا : الحربي غير ملتزم ضمان الأموال والباغي قد التزمها .

٢٨١٠٦ – قلنا : الضمان لا يجب على الإنسان بالتزامه وإنما يجب عليه بإيجاب الله تعالى بدلالة أن الصبيان يضمنون بالإتلاف ولم يلتزموا ضمانًا ولأنا أمرنا برفع البغي وأقاموا على البغي وعادوا في البغي وهذا لا يجوز ، ولهذا قال ﷺ : « الإسلام يجب ما قبله » فأسقط ما تقدم عليه ليسهل الانتقال إليه .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٧٥/٨) برقم ١٦٥٠١ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، (ع) . (٣) غير واضحة في كافة النسخ .

٢٨١٠٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾ (١) وبقوله تعالى : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا ﴾ (٢) .

٢٨١٠٨ - قلنا : هذا خطاب للقاتل الذى يدلنا عليه فأما من قُتِل ولا يد لنا عليه فلا يتناوله الظاهر [فلا يدوا] (٣) قتلانا ولا ندي قتلاهم .

٢٨١٠٩ - قلنا : هذا قاله عمر من قُتِل منا فإنما عهد الله تعالى فأجره عليه ورجع أبو بكر إلى قوله (٤) بدلالة أنه لم يطالب أحدًا ممن أسلم بشيء من ذلك وقد قتل طليحة (٥) عكاشة بن محصن (٦) وغيره من المسلمين ثم أسلم وجاء إلى أبي بكر (٧) فلم يأخذه بشيء من ذلك ولا بين الأولياء وجوب المطالبة .

٢٨١١٠ - قالوا : شخصان كل واحد منهما وجب عليه الضمان كما لو أتلفه قبل القتال أو قبل التخيير أو ما أتلفه المسلم على المسلم .

٢٨١١١ - قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأن عندنا الباغي في حال التخيير لا يضمن مال العادل ، والعادل لا يضمن ماله فإن أرادوا أنه من أهل الضمان لولا البغي بطل بالحربى لأنه من أهل الضمان لولا الحرب ولهذا لو دخل إلينا مستأمنا ضمن . وقوله : « أتلفه بعدوانه » لا تأثير له في الأفضل لأن المسلم إذا أتلف مال المسلم بغير عدوان ضمنه والمعنى في الأصل إنا نضمن ما أتلفنا عليهم ويضمنوا ما أتلفوا علينا ونقول : إنهما في أهل دار يجري فيها حكم الإمام ولما كان الباغي في دار لا يجري حكم العدل فيها لم يضمن ما أتلف علينا .

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٧٨ . (٢) سورة الإسراء : الآية ٣٣ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٣٥/٨) برقم ١٧٤١٠ عن طارق بن شهاب قال : جاء وفد بزاخة وغطفان .

(٥) هو : طليحة بن خويلد بن نوفل الأسدي البطل الكرار صاحب رسول الله ﷺ ومن يضرب بشجاعته المثل أسلم سنة تسع ثم ارتد وظلم نفسه وتنبأ بنجد وتمت له حروب مع المسلمين ثم انهزم وخذل ولحق بآل جفنة الغسانيين بالشام ثم ارعوي وأسلم وحسن إسلامه لما توفي الصديق وأحرم بالحج فلما رآه عمر قال : يا طليحة لا أحبك بعد قتلك عكاشة بن محصن وثابت بن أرقم ، أبلى يوم نهاوند بلاء حسنا واستشهد ﷺ سنة ٢١هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٩٧/٣ ، ١٩٨) .

(٦) هو : عكاشة بن محصن السعيد الشهيد أبو محصن الأسدي حليف قريش من السابقين الأولين البدريين أهل الجنة استعمله النبي ﷺ على سرية الغمر فلم يلقوا كيدًا . وقد أبلى عكاشة يوم بدر بلاءًا حسنًا وانكسر سيفه في يده فأعطاه النبي ﷺ عرجونًا من نخل أو عودًا فعاد بإذن الله في يده سيفًا فقاتل به وشهد به المشاهد ، حدث عنه : أبو هريرة وابن عباس وغيرهما ، توفي سنة ١١ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٩٢/٣) .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٧٥/٨) برقم ١٦٥٠٥ .

٢٨١١٢ - قالوا : مسلم أتلف مال مسلم بعدوان فصار كما ذكرنا . قلنا : قولكم : « بعدوان » لا تأثير له في المسلم على ما بيناه ، والمعنى في المسلم أن أحدهما يضمن ما أتلفه على الآخر واحترازهم بذكر العدوان لا ينفع لأن المسلم لو قتل الباغي لم يضمن وقد أتلفه بعدوان .

* * *

مسألة ١٣٩١

[انهزام فئة أهل البغي]

٢٨١١٣ - قال أصحابنا [(١)] : إذا كان لأهل البغي فئة فانهزموا اتبع مواليهم وأجهز على جريحهم . وقال الشافعي [(٢)] : لا يتبعون .

٢٨١١٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَقَٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ ﴾ [(٣)] ومتى انهزموا ولهم فئة فلم يزل البغي وإنما يتجاوزون ليجتمعوا على أهل العدل ، فوجب أن يقسطوا بالظاهر .

٢٨١١٥ - وروي أن علي بن أبي طالب اتبع بالشام المولِّي وأجهز على الجريح وذلك بحضرة الصحابة من غير منكر [(٤)] والذي روي بالبصرة : لم يتبع مولٍ ولم يجهز على جريح [(٥)] فلأنه لم يبق لهم فئة .

٢٨١١٦ - ولا يقال : إن أهل الشام كانوا فئة لأن أهل الشام لم يظهروا الخلاف حينئذ ولا خلعوا الطاعة .

٢٨١١٧ - ولأنهم فارقوا حربًا ودارًا فجاز أن يتبعوهم بعد الهزيمة كأهل الحرب . ولا يلزم إذا لم يكن لهم فئة لأن التعليل يجوز الاتباع لا لأحواله .

٢٨١١٨ - ولأن بغيهم لم يزل بهزيمتهم فجاز أن يقتلوا كما قبل الهزيمة .

٢٨١١٩ - ولأن من جاز أن يقاتلوا مقاتلاها أن يقتلوا كما قبل الهزيمة إن غلب في ظننا أنه يتحيز بقتالنا .

٢٨١٢٠ - احتجوا : بأنه قتال على وجه الدفع فصار كقتال عن الخوارج .

٢٨١٢١ - قلنا : لا نسلم أن قتالهم دفعا لأن الخوارج إذا أجبروا وامتنعوا من

---

(١) انظر : كنز الدقائق مع تبيين الحقائق (٢٩٦/٣) وعبارته : قال رحمه الله : ولو لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم وإلا لا .

(٢) انظر : أسنى المطالب (١١٦/٤) وعبارته : ولو انهزموا مدبرين لم نتبعهم فلا يقاتل مدبرهم ولا يقتل مثخنهم وأسيرهم .

(٣) سورة الحجرات : الآية ٩ .

(٤) في (م) ، (ع) : [خلاف] .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٨١/٨) برقم ١٦٥٢٤ .

أحكامنا بدأناهم بالقتال ولم ننتظر أن يقاتلوا . فإن قيل : روي عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه سمع رجلا يحكم في المسجد فقال : كلمة حق أريد به باطل لكم علينا أن لا نمنعكم مساجد اللّٰه أن تذكروا اللّٰه فيها ولا نمنعكم حقكم من الفيء ولا نبدأكم بقتال [١] .

٢٨١٢٢ - قلنا : إذا كان أهل البغي في دارنا لم نتعرض لهم إلا أن يحس الإمام منهم بعزم على الخروج فيحبسهم فأما الذين خرجوا وتجبروا فإن الإمام يقاتلهم وإن لم يبدؤه بقتال .

٢٨١٢٣ - قالوا : إنه تارك للقتال كمن لا فئة له .

٢٨١٢٤ - قلنا : إذا لم يكن له فئة فقد زال بغيه بهزيمته ، والمقصود بالقتال إزالة البغي وإذا كانت له فئة فلم يزل البغي فجاز أن يقتل كحالة إزالة البغي وإذا كانت له فئة فلم يزل البغي إلا بالقتال .

* * *

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٨٤/٨) برقم ١٦٥٤٠ .

مسألة ١٣٩٢

[إذا وجد المسلمون أسلحة أهل الحرب ودوابهم]

٢٨١٢٥ - قال أصحابنا [١] : إذا وجد المسلمون أسلحة أهل الحرب ودوابهم جاز أن يقاتلوهم بها إذا احتاجوا إلى ذلك فإن استغنوا عنه أمسك الإمام إلى أن يتوبوا .

٢٨١٢٦ - وقال الشافعي [٢] : لا يجوز ذلك .

٢٨١٢٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ ﴾ [٣] وهذا عام في قتالهم بسلاحهم وسلاحنا .

٢٨١٢٨ - ولأن الفتنة وقعت بين الصحابة ونحن لا نعلم أنه لا يخلو القاتل من أخذ سهم ورده إلى عدوه واجتذاب رمح والطعن به فلو كان ذلك لا يجوز لبنيه علي بن أبي طالب ولو فعل لنقل فلما لم ينقل دل علي إباحته .

٢٨١٢٩ - وقد روي أن علي بن أبي طالب قسم السلاح يوم البصرة [٤] ونحن نعلم أنه لم يقسمه قسمة تمليك فبقى أن يقسمه قسمة انتفاع . ولأنهم فارقونا بالحرب والدار فجاز أن نقاتلهم بأسلحتهم كأهل الحرب .

٢٨١٣٠ - فإن قيل : هذه [٥] الحرب ينقطع حقهم عن أسلحتهم . قلنا : ويتعلق حق المسلم بها ولا يمنع ذلك القتال بها عند الحاجة كذلك تعلق حق البغاة لا يكون بأكثر من حق الغانمين .

٢٨١٣١ - ولأنه سلاح تدبير أمره موقوف على الإمام لأن له أن يحبسه ويرده إذا رأى وكل سلاح تدبيره إلى الإمام يجوز أن يأذن في قتال أهل البغي به [٦] كسلاح بيت المال .

---

(١) انظر : المبسوط (١٠/١٢٧) وعبارته : وما أصاب أهل العدل من كراع أهل البغي وسلاحهم فلا بأس باستعمال ذلك عليهم عند الحاجة .

(٢) انظر : تحفة المحتاج (٩/٧٣) وعبارته : ولا يستعمل ما أخذ منهم من نحو سلاح وخيل في قتال أو غيره أي لا يجوز ذلك إلا لضرورة لخوف انهزام أهل العدل أو نحو قتلهم لو لم يستعملوا ذلك .

(٣) سورة الحجرات : الآية ٩ .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٧/٥٤٤) برقم ٣٧٨٢٠ . فعن محمد بن الحنفية أن عليا قسم يوم الجمل في العسكر ما أجابوا عليه من سلاح أو كراع .

(٥) في جميع النسخ [هذا] ، وما أثبتناه هو الصواب .

(٦) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

٢٨١٣٢ – فإن قيل : ليس له إذا جاز الإمام أخذه وحبسه عنهم جاز له أن يأذن في الانتفاع به كما يجوز له أن يحبس أسراهم ولا يجوز أن يستخدمهم . قلنا : الانتفاع بالسلاح لا [١] يجوز عندنا مع عدم الحاجة ومتى احتاج المسلمون إلى عمل البغاة [٢] أمر الإمام باستعمالهم فيه [٣] .

٢٨١٣٣ – احتجوا : بقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [٤] .

٢٨١٣٤ – قلنا : قد أجمعنا على أن الانتفاع بملك الغير عند الحاجة جائز فكأنه قال : « لا يحل مال امرئ مسلم من غير حاجة » وعندنا إذا لم يحتج المسلمون إليه لم يحل لهم .

٢٨١٣٥ – قالوا : من له حرمة ولا يجوز الانتفاع به بغير إذنه من غير ضرورة [أصله مال العادل . قلنا : يبطل بانتفاع الأب بمال ابنه يجوز من غير ضرورة] [٥] وإن قالوا : من غير حاجة . قلنا : بموجبه لأن الانتفاع بهذا السلاح لا يجوز إلا مع الحاجة والمعنى في سلاح العادل أنه لا يجوز حبسه عنه فلا يجوز قتاله به ولما جاز حبس سلاح الباغي عنه وأبيح قتاله جاز قتاله به .

٢٨١٣٦ – قالوا : من لم يجز الانتفاع بغير الكراع والسلاح من ماله لم يجز الانتفاع بالكراع والسلاح كالعادل .

٢٨١٣٧ – قلنا : لا نسلم فإنه يجوز الانتفاع بثيابهم في قتالهم ومجيئهم عند الحاجة إليها ولأن الغنيمة لا يجوز الانتفاع بغير السلاح والكراع والطعام منها ويجوز الانتفاع بهذه الأنواع .

٢٨١٣٨ – قالوا : كل ما يوجب رده على صاحبه لم يجز الانتفاع به بغير إذنه .

٢٨١٣٩ – قلنا : الغنيمة تجب قسمتها بين أهلها ويجوز الانتفاع بالسلاح والطعام منها والأب يجب عليه حفظ [٦] مال ابنه عليه فإن احتاج إليه جاز أن ينتفع به بغير إذنه ولأن الحالة التي يجوز الانتفاع لا يجب الرد والحالة التي يجوز فيها الرد ولا يجوز الانتفاع على أنا نحبس أموالهم عنه لمنفعة المسلمين ولهم

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/١٠٠) برقم ١١٣٢٥ .
(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) وصلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

[حتى إنه [لو أمامها] [١] فيريد بعضهم ويقاتل به بمثل ذلك لأن تفريقهم منفعة للمسلمين ولهم] [٢] وهذا غير ممنوع كما يحبس الإمام بيت المال إذا كان في حبسه منفعة للمسلمين ويمكنهم من الانتفاع به إذا كان في ذلك منفعة لهم .

* * *

(١) غير واضحة في (ص) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ١٣٩٣

[الاستعانة بالكفار على قتال أهل البغي]

٢٨١٤٠ - قال أصحابنا : يجوز للإمام أن يستعين على قتال أهل البغي بالكفار إذا كانت كلمة المسلمين هى الظاهرة عليهم [(١)] . وقال الشافعي : لا يجوز [(٢)] .

٢٨١٤١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ ﴾[(٣)] ولم يفصل لأنهم باينوا بالحرب ودار كأهل الحرب ، ولأن من جاز قتاله وقتله جاز أن نستعين على قتاله بالكفار [كأهل الجزية جاز .... [(٤)]] [(٥)] كذلك أهل البغي .

٢٨١٤٢ - احتجوا : بأن قتل أهل البغي على صفة لا يجوز أن يسلط الكفار على قتالهم لأنهم مسلمين ودماؤهم محقونة وأموالهم معصومة وإنما يقاتلون ليرجعوا إلى الطاعة أو يتبدد شملهم ويتفرق جمعهم ولا يقاتلون ليقتلوا وهذا لا يجوز أن يتبع مدبريهم ولا يوقف على جريحهم وقتل أسيرهم ونبدأهم بالقتال إذا تجمعوا وإن بدءوا .

٢٨١٤٣ - فلم نسلم ما ذكروه على الماء إذا أحضرنا الكفار ويدنا هي العالية وكلمتنا هي الظاهرة أمرناهم بالقتال وإذا استشار بالكفار إذا وجب الكفر كما يأمر من يحضر من المسلمين بالقتال والكف وإن خالف رأيهم رأينا .

٢٨١٤٤ - وزعموا أن الشافعي قال : لا يجوز أن نقاتلهم بمسلم يعتقد وجوب قتلهم بكل حال [(٦)] وهل يجوز للقاضي أن يستحلف من يخالفه لأنه لا يعلم في الاجتهاد ويمادي بعض وهذا يلزمهم في مسألتنا لأن الإمام لا يعلم ما يؤدي إليه الاجتهاد ، وهذا الذي يرى قتلهم في حال القتال .

* * *

(١) انظر : المبسوط (١٠/١٣٦) وعبارته : ولا بأس بأن يستعين أهل العدل بقوم من أهل البغي وأهل الذمة على الخوارج إذا كان حكم أهل العدل ظاهرا .

(٢) انظر : أسنى المطالب (٤/١١٦) وعبارة الروض : وتحرم الاستعانة عليهم بكافر ولو ذميا إلى أن قال : نعم يجوز الاستعانة بهم عند الضرورة .

(٣) سورة الحجرات : الآية ٩ .

(٤) غير واضحة في (ص) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٦) انظر : روض الطالب مع أسنى المطالب (٤/١١٦) وعبارته : وكذا يحرم على من لا يرى قتلهم مدبرين الاستعانة عليهم بمن يرى قتلهم مدبرين لعداوة أو لاعتقاد كالحنفي إبقاء عليهم .

مسألة ١٣٩٤

[زنى المسلم في دار الحرب أو في دار البغي]

٢٨١٤٥ - قال لأصحابنا [١] : إذا زنى المسلم في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا لم يقم الإمام عليه الحد [واختلف أصحابنا المتأخرون فمنهم من قال : وجب الحد] وتعذر الاستيفاء ومنهم من قال : لا يجب [٢] .

٢٨١٤٦ - وقال الشافعي : يحده الإمام إذا ظفر به [٣] . لنا : أن الإمام لم يكن مخاطبًا إقامة الحد عليه حال الزنا يدل عليه قوله تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [٤] وهذا خطاب للأئمة ويستحيل أن يخاطب بإقامة الحد مع عجزه [عن ذلك ولأن إقامة الحد عبادة فلا يخاطب بها الإمام مع عجزه] [٥] عنها كسائر العبادات وإذا ثبت أنه لم يخاطب بإقامة عند [٦] الزنى ، قلنا : كل وطء لا يخاطب بإقامة الحد على الواطئ في الابتداء مع علمه بوجوده ، فإنه لا يخاطب في الثاني بإقامته أصله الوطء [مع الكفر] [٧] ولأنه زنا في موضع لا ولاية للإمام عليه فأشبه الحربي إذا زنا في دار الحرب ولأن الحربي إذا زنى في دار الحرب ثم ظهر لهم فلا يخلو إما أن يكون ترك الاستيفاء لكفره أو لأنه لا يلتزم أحكامنا أو أنه لا يد للإمام عليه ولا يجوز أن يكون لأجل الكفر لأن الذي لا يقام عليه الحد [مع الكفر] [٨] فلا يجوز أن يكون لأنه لم يلتزم أحكامنا ؛ لأن وجوب العبادات لا يقف على التزام المكلفين وإنما يلزمهم بإيجاب اللّٰه تعالى ولهذا يخرج من مال الصبي صدقة الفطر ولم يلتزمها وتجب العدة على الصغيرة ولم تلتزمها فلم يبق إلا أن يكون لأنه زنى

---

(١) انظر : البدائع (٣٥/٧) وعبارته : وكذلك الوطء في دار الحرب وفي دار البغي لا يوجد الحد حتى إن من زنى في دار الحرب أو دار البغي ثم خرج إلينا لا يقام عليه الحد .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) الأم (٢٦٣/٤) وعبارته : وإذا أصاب الرجل حدًا وهو محاصر للعدو أقيم عليه الحد ولا يمنعنا الخوف عليه من اللحوق بالمشركين .

(٤) سورة النور : الآية ٢ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، وصلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٦) في (م) ، (ع) [عندنا] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

في مكان لا يد للإمام عليه وهذا المعنى موجود في المسلمين لأنه وطئ في دار الحرب .... [١] على فراشه فوطئها . ولأن كل من لا يحد إذا وجد على فراشه غير امرأته فوطئها وهو يظنها امرأته لم يحد وإن وطئها مع علمه أصل الصبي والمجنون هذا كلام على من لم ينف الوجوب وإنما يمنع الاستيفاء فأما من قال من أصحابنا أن الحد لا يجب فقال لأن سبب الملك موجود في دار الحرب لأن له أن يأخذ النساء ويسترقهم والوطء متى قارنه سبب الملك منع الحد كالمولى إذا وطئ حربية لم يجب عليه الحد ؛ لأن له فيها حق الملك [فإن تغلب عليها .... الرد ... فيملكها ومن له فيها حق الملك] [٢] لا يجب عليه الحد فوطئها كجارية مكاتبة وإذا لم يحد بوطء الحربية .

٢٨١٤٧ - قلنا : كل من لا يلزمه الحد إذا وطئ كافرة لم يلزمه الحد وإن وطئ مسلمة كالصبي والمجنون وإذا ثبت سقوط الحد عن الزاني في دار الحرب كذلك عن الزاني في دار البغي فلابد للإمام فيها .

٢٨١٤٨ - احتجوا : بقوله تعالى ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [٣] .

٢٨١٤٩ - قلنا : الفاء للتعقيب فتقتضي الآية الخطاب بالإقامة عقيب الزنا وقد بينا أن الإمام لا يخاطب بذلك في مسألتنا فلم تتناوله الآية .

٢٨١٥٠ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني » [٤] .

٢٨١٥١ - قلنا : من أصحابنا من قال : وجب الحد وتعذر الاستيفاء وعلى الطريقة الأخرى أن هذا خطاب للمستحيل [٥] وهو الإمام وقد بينا أنه لا يخاطب بذلك ولا يد له .

٢٨١٥٢ - قالوا : زنا في دار الإسلام فأشبه إذا زنا في دار العدل .

٢٨١٥٣ - قلنا : لا فائدة بالتخصيص بدار الإسلام .

٢٨١٥٤ - وعندكم الزنا في دار الحرب مثله والمعنى في الأصل أنه زنا في مكان يجري فيه أحكام الإمام فوجب عليه أن يستوفي حده ، وفي مسألتنا زنا في مكان لا يد

---

(١) توجد هنا في (ص) إحالة على الهامش ولكنها غير مقروءة .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش ، وتوجد بعض الكلمات غير مقروءة .

(٣) سورة النور : الآية ٢ .

(٤) متفق عليه صحيح البخاري (٢٥٢١/٦) برقم ٦٤٨٤ ومسلم (١٣٠٢/٣) برقم ١٦٧٦ .

(٥) في (ص) : [للمستحيل] .

للإمام عليه فكذلك لم يجب الاستيفاء .

٢٨١٥٥ - قالوا : مخاطب بجميع العبادات يحتاط في إيجابها . ولأنه يؤثر الشبه في إسقاطها والحد تؤثر الشبه في إسقاطه فلا يقال لما وجب مالا يسقط بالشبهة وجب ما يسقط بها .

٢٨١٥٦ - قالوا : كل موضع يلزم ضمان ما أتلف فيه من الأموال إذا زنى فيه حد كدار الإسلام .

٢٨١٥٧ - قلنا : لا تأثير لهذا الوصف لأن عندهم الزانى في دار الحرب يحد وإن كان لو أتلف أموالهم لم يضمنها ولاضمان المال حق لآدمي وذلك لا يسقط بالشبه والحد سقط بالشبهة فلم يعتبر أحدهما بالآخر .

٢٨١٥٨ - قالوا : لنا عين [١] إذا قتل أحدهما الآخر وجب عليه القصاص وكل من لزمه القصاص بالقتل لزمه الحد بالزنى .

٢٨١٥٩ - قلنا : القصاص إذا وجب لم يقف استيفاؤه على الإمام وعدم [٢] ثبوت يده لا يمنع الوجوب [والحد يقف على الإمام فعدم ثبوت يده يمنع الوجوب] [٣] .

* * *

---

(١) غير واضحة في (ص) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، ومستدركة من الهامش .

مسألة ١٣٩٥

[حكم المرتدة]

٢٨١٦٠ - قال أصحابنا : المرتدة لا تقتل [(١)] .

٢٨١٦١ - وقال الشافعي : تقتل [(٢)] . لنا : ما روي أن النبي ﷺ نهى عن قتل النساء والولدان [(٣)] وروى أنه مر بامرأة مقتولة فقال : « أما أن هذه لا تقتل » [(٤)] فبين الحكم والعلة وهي موجودة في المرتدة .

٢٨١٦٢ - فإن قيل : هذا قاله في الحربية .

٢٨١٦٣ - قلنا : عموم اللفظ يختص بالسبب .

٢٨١٦٤ - وروى أبو حنيفة عن عاصم عن ابن رزين [(٥)] عن ابن عباس في المرتدة قال : تحبس ولا تقتل [(٦)] .

٢٨١٦٥ - وروى حماد بن سلمة عن قتادة عن حلاس عن علي في المرتدة عن الإسلام : [قد ثبت ما تسرقه وأمه] [(٧)] [(٨)] .

٢٨١٦٦ - وهذا يدل على أنها لا تقتل وإن لحقت بدار الحرب لأن الاسترقاق لا يكون إلا من دار الحرب ولا يعرف لهما مخالف .

٢٨١٦٧ - والذي روي أن المرتدة إن قتلت في زمن أبي بكر [(٩)] فقد روي أن [الحل

---

(١) انظر : المبسوط (١٠/١٠٩) وعبارته : ولا نقتل المرتدة ولكنها تحبس وتجبر على الإسلام عندنا . الأم (٥/١٦٦) وعبارة الإمام الشافعي : وأن أقتل المرتدة وأجعل مالها فيئا .

(٢) ساقطة من : (م) ، (ع) .

(٣) متفق عليه البخاري في صحيحه (٣/١٠٩٨) برقم ٢٨٥١ ومسلم في صحيحه (٣/١٣٦٤) برقم ١٧٤٤ .

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢/٩٤٨) برقم ٢٨٤٢ .

(٥) في جميع النسخ : [الزبير] وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه من كتب التخريج .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨/٢٠٣) برقم ١٦٦٤٨ . ، والدارقطني في سننه (٣/١١٨ - ٢٠١) برقم (١٢٠/٣٥٤) ، والخطيب البغدادي في تاريخه (١٣/٤٤٦) .

(٧) وفي جميع النسخ : [قد بينا ما تسرقه وأمه] . وفي كتب التخريج : [تستتاب] .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦/٤٤٢) برقم ٣٢٧٧٢ .

(٩) أخرجة البيهقي في السنن الكبرى ٨/٢٠٤ برقم ١٦٦٤٩ .

وطأهن] [١] .

٢٨١٦٨ - ويجوز أن تقتل مرتدة قاتلت أو حرضت أو كانت رئيسة طائفة لا تتفرق إلا بقتلها كما تقتل الكافرة الأصلية ولأنه كفر من أنثى فلا يوجب القتل كالكافرة الأصلية ولا يلزم إذا كانت ملكة لأن قتلها التفريق جميع المقاتلين لا لأجل كفرها بدلالة أن أمير الخوارج يقتل بهذه العلة من غير كفر ولا يلزم إذا أظهرت سبه ﷺ لأن الظاهر من المذهب أنها لا تقتل وعلى قول من يقول من أصحابنا أنها لا تقتل للكفر لكن السعى في دارنا بالفساد ولأن كل من لا يقتل بكفره الأصلي لا يقتل بإظهار الكفر بعد الإسلام كالصبي والمجنون ولا يلزم الشيخ لأنه يقتل بكفره إذا كان من ذوي الرأي ومن أصحابنا من قال : الشيخ الذي لا يقتل هو الخرف [٢] . وهو لا يقتل إذا ارتد ولا يلزم الرهبان لأنهم يقتلون بكفرهم إذا خالطوا الناس أو دلوا على عورات المسلمين ولأنها ممن لا يستعان بها في القتال غالبًا فلا تقتل لأجل كفرها كالصبي ولأن كل معصية إذا وجدت من الإنسان ابتداء لم يوجب القتل إذا عاد إليها بعد ثبوتها لم نوجب القتل كشرب الخمر وعكسه كفر الرجل .

٢٨١٦٩ - ولا يلزم الشيخ الفاني لأن كفره ابتداء يوجب القتل إذا كان له رأي .

٢٨١٧٠ - ولأن من جاز استرقاقه [إذا كان ...] [٣] من العرب لا يجب عليه قتله بإظهار الكفر بعد الإسلام كالصبيان .

٢٨١٧١ - ولأن الإسلام [أمر طاعة من ائتم [٤] لم يستفد به حقن الدم بالإسلام] [٥] فلا يجب عليها القتل بإظهار الكفر كالصبي لأنها اعتصمت بدين لا تقر عليها كالوثنية .

٢٨١٧٢ - ولأنها بالردة لم تنقض أحد النصرتين نصرة المقاتلة ونصرة العقل فلم تقتل كالكافرة الأصلية ولا يلزم الشيخ الكبير لأنه نقض بردته نصرة العقل ولأن كفرها لا يؤثر في إزالة ملكها عن مالها ولو نوجب قتلها أصله الصبي إذا أظهر الكفر ولأنه نوع كفر فاختلف في وجوب القتل به الرجل والمرأة بكفر الأصل .

---

(١) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .

(٢) الخرف : الرجل الذي فسد عقله من الكبر . انظر : لسان العرب مادة (خرف) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدرك في الهامش لكن توجد كلمة غير مقروءة .

(٤) غير واضحة في (ص) . (٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

٢٨١٧٣ - فإن قيل : إنما لا تقتل لأنها تسترق ففي قتلها إتلاف مال المسلمين .

٢٨١٧٤ - قلنا : والمرتدة عندنا تسترق ويبطل بالردة بين حال الرجال .

٢٨١٧٥ - احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من بدل دينه فاقتلوه » (١) .

٢٨١٧٦ - وقلنا : راوي هذا الخبر ابن عباس وقد روينا عنه أنه قال : المرتدة لا تقتل (٢) فلولا أنه عرف تخصيص العموم لم يخالف ظاهر ما رواه .

٢٨١٧٧ - وقد عارض هذا الحديث نهيه عن قتل النساء وهو مبطل لقوله : « أما أن هذا لا يقاتل » (٣) فوجب الرجوع إلى الخبر المعلل وتخصيص عموم الخبر المطلوب . ولأن خبرنا يفيد الحظر فهو أولى من خبرهم المفيد للإباحة .

٢٨١٧٨ - فإن قيل : خبركم دخله التخصيص [في الملك .

٢٨١٧٩ - قلنا : وخبركم] (٤) دخله فيمن ارتد ثم أسلم ومن انتقل من الكفر إلى الإسلام .

٢٨١٨٠ - قالوا : روى [إبراهيم بن سعد (٥) عن الزهري] (٦) عن محمد بن المنكدر (٧) عن جابر أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الإسلام فأمر ﷺ أن يعرض عليها الإسلام فإن أسلمت وإلا قتلت (٨) قال المحتج بهذا الخبر وهذا إسناد صحيح .

٢٨١٨١ - الجواب أن هذا الخبر (٩) لا يعرف لم يذكره أهل العلم إلا أبو داود وإنما أورده الدارقطني على عادته في إيراد ما يعلم أنه لا يحتج به رواه على بن بطحاء المحتسب

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٠٩٨/٣) برقم ٢٨٥٤ .

(٢ ، ٣) سبق تخريجه .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في جميع النسخ : [سعيد] هو خطأ ، والصواب ما أثبتناه من كتب التخريج . وهو : إبراهيم بن سعد بن إبراهيم القرشي الزهري أبو إسحاق المدني . نزيل بغداد . روى عن : شعبة ، وصالح بن كيسان ، ومحمد بن إسحاق ، والزهري ، وهشام بن عروة ، وغيرهم . وروى عنه : أحمد بن حنبل ، والأزرقي ، والطيالسي ، وشعبة أيضًا ، وعبد الله بن صالح ، وعبد الله بن وهب ، وغيرهم . انظر : تهذيب الكمال (٨٨/٢ - ٩٤) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٧) هو : محمد بن المنكدر بن عبد الله بن الهُدير بن عبد العزى بن عامر بن الحارث بن حارثة بن سعد بن تيم بن مرة بن كعب بن لؤي الإمام الحافظ القدوة شيخ الإسلام أبو عبد القرشي التيمي المدني . ولد سنة بضع وثلاثين . حدث : عن النبي ﷺ ، وسلمان ، وأبي رافع ، وأسماء بنت عُميس ، وأبي قتادة ، وطائفة مرسلًا . وعنه : عمرو بن دينار ، والزهري ، وهشام بن عروة ، وأبو حازم الأعرج ، وموسى بن عقبة ، ومحمد بن واسع ، وخلق كثير . توفي سنة ١٣٠ أو ١٣١ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٥٥/٦ - ١٦٢) .

(٨) أخرجه الدارقطني في سننه (١١٨/٣) برقم ١٢٢ .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

ببغداد عن رجال مجاهيل بينه وبين إبراهيم بن سعد [١] وكفى بابن بطحاء شبهة وروي في كتابه عن محمد بن عياش عن ابن عباس عن أبيه عن محمد بن عبد الملك الأنصاري عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت : ارتدت امرأة يوم أحد وأمر ﷺ أن تستتاب فإن تابت وإلا قتلت [٢] وإسماعيل بن عياش ضعيف عند أصحاب الحديث فيما يرويه عن الشاميين وأبوه دونه فلم يعترض على هذين الحديثين مع علمه بحالهما وروي عن شعبة عن عاصم عن أبي رزين عن ابن عباس قال : قال النبي ﷺ : « لا تقتل المرأة إذا ارتدت » ثم اعترضه فقال رواه عبد الملك بن عيسى الجزري وكان يضع الحديث [٣] ولو أنصف لاعترض ما يوافقه إذا كان معترضًا كما اعترض ما يخالفه وقد كان قصد شيخنا أبا بكر الرازي واعتذر إليه من هذا الكتاب وقال : قد عملت السنن لأصحاب الشافعي ثم أعمل بعدة سننا لأصحاب أبي حنيفة فقال له رحمه الله : لا تتعب نفسك فإنا لا نقبل ما ترويه لنا كما لا نقبل ما رويته علينا .

٢٨١٨٢ - فأما حديث أم مروان فهو غلط [وحسر وأين] [٤] أصحاب رسول الله ﷺ من هذا وقال قصة يجب أن يشتهر ملك عنها وهو يرى أن المرتدة وإنما هذه عصماء بنت مروان اليهودية كانت من جملة المعاهدين فنقضت العهد عام بدر وحرضت على قتال رسول الله ﷺ وقتاله فقالت في أبيات لها :

٢٨١٨٣ - فباست [٥] بني ملك والنبيت	وعرف وباسبت بني الخزرج
٢٨١٨٤ - أطعتم أتاوى من عندهم [٦]	فلا من مراد ولا مذحج
٢٨١٨٥ - إلا ما حد ينفي ركعة [٧]	فيقطع من أملح المرتجى

٢٨١٨٦ - سمع بهذا الشعر[سالم بن عمر] [٨] المذحجي فجعل له على نفسه إن رد الله نبيه من بدرٍ أن يقتلها وكان ضعيف النظر فجاء ليلًا وأولادها في صدرها ففرق

---

(١) في جميع النسخ : [سعيد] هو خطأ ، والصواب ما أثبتناه من كتب التخريج .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١١٨/٣) برقم ١٢١ .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١١٧/٣) برقم ١١٨ .

(٤) ما بين المعكوفتين غير واضح (ص) .

(٥) في شرح السير الكبير (١٤١٨/٤) : [ياست] .

(٦) في شرح السير الكبير (١٤١٨/٤) : [غيركم] .

(٧) في شرح السير الكبير (١٤١٨/٤) : [ألا أنف يبتغي عزة] .

(٨) في شرح السير الكبير (١٤١٨/٤) : [عمير بن عدي] .

بينها وبينهم بيده ثم وضع السيف في صدرها فقتلها وهذه قصة معروفة رواها أهل السيرة [(١)] وإنما يعني ارتدت أي نقضت العهد فرجعت عنه ولا معنى للتشاغل بتناول أخبار لا أصل لها وأخبار غلط رواتها .

٢٨١٨٧ - وقد ناول [بعض] [(٢)] أصحابنا ظاهر الخبر فقال هو محمول على أنها ارتدت فقاتلت أو كانت ممن يطاع في الحرب وهذا المعنى تقتل به الكافرة الأصلية كذلك الكافرة المرتدة .

٢٨١٨٨ - قالوا : كفر بعد إيمان فوجب القتل به كالرجل .

٢٨١٨٩ - قلنا : المعنى فيه أن الرجل يستعان به في القتال غالبًا ولا يوجد من المرأة أو نقول المعنى فيه أنه لا يسترق إذا كان فعلنا تغلبيًا عربيًا وكانت المرأة تسترق إذا كانت من عبدة الأوثان من العرب لم تقتل كالصبي .

٢٨١٩٠ - قالوا : المرأة تقتل بالزنا فتقتل بالردة وتقتل قصاصًا فقتلت بالردة وربما قالوا : كل معنى أوجب القتل على الرجل أوجب القتل على المرأة وأصله الزنى والقتل .

٢٨١٩١ - قلنا : اعتبار الردة بالكفر الأصلي اعتبار [(٣)] كفر بكفر وهو أولى من اعتبار كفر بقصاص وزنا ولأن الزنا والقصاص إذا وجد منها ابتداء وجب القتل كذلك إذا وجدنا [بالماء] [(٤)] ولما كان الكفر إذا وجد ابتداء من المرأة لم يوجب القتل كذلك إذا وجد في الزاني لا يوجبه .

٢٨١٩٢ - قالوا : كل كفر [(٥)] ضمان بدل النفس أباح القتل أصله الرجل .

٢٨١٩٣ - قالوا : ولا ينتقض بناء [(٦)] أهل الحرب وصبيانهم لأن أنفسهم قط لم تكن مضمونة فزال ذلك الضمان بالكفر .

٢٨١٩٤ - قلنا : بالردة حل عقد عقدة الإنسان على نفسه فتعود كله إلى ما كان عليه قبله لنقص البيع لأنها قبل إسلامها محظورة القتل ودمها مقوم كذلك لما عادت لفسخ العقد إلى ما كانت عليه .

* * *

(١) أخرجها القضاعي في مسند الشهاب (٤٨/٢) برقم ٨٥٨، والسرخسي في شرح السير الكبير (١٤١٩/٤).

(٢) مكانها بياض في (ص) ، وساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) غير واضحة في (ص) .

(٥) بعدها بياض في (ص) .

(٦) غير واضحة في (ص) .

مسألة ١٣٩٦

[حكم الزنديق]

٢٨١٩٥ – روي عن أبي حنيفة أن الزنديق الذي ليس بالأعز إذا أظهرنا عليه قتلناه ولم تقبل توبته وروى عنه أن توبته تقبل [1] . ورروي عنه أن توبته تقبل ، وبه قال الشافعي [2] :

لنا قوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » وهذا يقتضي وجوب القتل بكل حال تاب أو لم يتب ويدل عليه أنه ﷺ لما قدم المدينة أسلم منهم من أسلم وبقي على الشرك بطون من الأوس عاهدوا النبي ﷺ على نصرته كمن أسلم وعاهد النبي ﷺ جميع اليهود على أن يكونوا كالمسلمين ينصرون ويعقلون وينصرهم المسلمون ويعقلون عنهم فلما نصر اللَّه رسوله يوم بدر مضى كعب بن الأشرف إلى مكة فرثى قتلى بدر وحرض قريشًا [3] على النبي ﷺ فأمر النبي ﷺ حسان بن ثابت فنزل الذين نزل بهم من قريش فأخرج رجله فرجع فظهر للنبي ﷺ ما كان من العهد فأمر ﷺ جماعة اغتالوه ليلا فقتلوه ولا سبب ولا عصم دمه إظهار العهد فدل على أن من أظهر غير ما يبطن قتل بالمعنى الذى يبطنه ولم يعصم دمه ما يظهره ولأن عبد اللَّه بن مسعود ظهر على ابن النواحة بالكوفة وهو يبطن من مسيلمة فقتله ولم يعرض عليه التوبة واستتاب [قومه] [4] ونفاهم إلى الشام [5] فدل على أن في الكفار من يقتل ولا يستتاب وهو المشهد من جماعة الصحابة بالكوفة ولم ينكروه ولأن الزنديق من عادته أن يدعو إلى ما يعتقد فيضم إلى كفره السعي في الأرض بالفساد فصار كالمرتد إذا قطع الطريق وتاب بعد القدرة عليه ولأنه لا يوثق بما يظهرونه من التوبة لأن من عادتهم أن يجعلوا لكل ظاهر باطنا وإنما يقبل ما يظهره الإنسان بحق الظن فإذا تحققنا من عادتهم خلاف ذلك زال الظاهر فلم يقبل التوبة ولأن القتل تارة يستحق بالكفر وتارة بغيره ثم كان في القتل المستحق بغير الكفر ما لا يسقط بالتوبة أن يكون في

---

(١) انظر فتح القدير (٧١/٦ – ٧٢) وعبارته : وفي الزنديق لنا روايتان ؛ في رواية : لا تقبل توبته كقول مالك وأحمد . وفي رواية : تقبل كقول الشافعي .

(٢) انظر : روض الطالب مع أسنى المطالب (١٢٣/٤) وعبارته : وتقبل توبته أي : إسلامه ، ولو كان زنديقًا لا يتناهى خبثه في عقيدته .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) زيادة يقتضيها السياق .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٨١/٤) برقم ٣٨١١ .

القتل المستحق بالكفر ما لا يسقط أيضًا وليس إلا في الزنديق .

٢٨١٩٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقُولُوا۟ لِمَنْ أَلْقَىٰٓ إِلَيْكُمُ ٱلسَّلَٰمَ لَسْتَ مُؤْمِنًا ﴾ (١) .

٢٨١٩٧ - قلنا : هذا قاله في الحربي بدليل قوله : ﴿ تَبْتَغُونَ عَرَضَ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا فَعِندَ ٱللَّهِ مَغَانِمُ كَثِيرَةٌ ﴾ (٢) فأخبر تعالى أنه لا يجوز أن يرد ظاهر الإسلام طلبًا للاسترقاق وللمفاداة [إنما يكون في الحرب والحربي يقبل ظاهر إسلامه باتفاق وأما قوله تعالى] (٣) ﴿ قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓا۟ إِن يَنتَهُوا۟ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ ﴾ (٤) فالكفار في زمنه ﷺ كانوا يبطنون ما يظهرون فتوبتهم مقبولة وكان فيهم عدد قليل بخلاف ذلك وهم المنافقون وكان ﷺ كف عن قتلهم مع علمه بإقامتهم على الكفر لمصلحة فلم يبق هناك من لا يقبل ظاهر توبته وإطلاق فيما حدث من بعد قوله ﷺ : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا اللّه فإذا قالوا عصموا مني دماءهم » (٥) وقال لأسامة بن زيد (٦) « أتقتل رجلا يقول لا إله إلا الله » (٧) لا دلالة فيه لأن الذين قاتلهم النبي لم يكن فيهم من يستر بالكفر ويظهر غيره فظاهر إسلامهم مقبول ولو قاتل من هذه لم يقتل ما يظهره ألا ترى أن الإسلام في حقن الدم كالعهد ولم يلتفت ﷺ إلى ما أظهره كعب بن الأشرف لما أبطن النقض والنكث بالنبي ﷺ فلو كان في زمنه منافقون يبطنون الكفر ويظهرون الإسلام مثل عبد اللّه بن أبي وغيره ونزل في أمرهم القرآن ولم يقتلهم النبي ﷺ بل نهى عن قتلهم (٨) .

٢٨١٩٨ - قلنا : المنافقون كانوا كفارا شهد اللّه تعالى بكفرهم واطلع نبيه على

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٥٤/٣) برقم ٤٣٧٨ .

(٢) سورة النساء : الآية ٩٤ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٤) سورة الأنفال : الآية ٣٨ .

(٥) متفق عليه ، أخرجه البخاري في صحيحه (١٧/١) برقم ٢٥ ، ومسلم (٥١/١) برقم ٢٠ .

(٦) هو : أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل بن عبد العزى بن امرئ القيس ، المولى الأمير الكبير ، حب رسول اللّه ﷺ ومولاه وابن مولاه أبو زيد . استعمله النبي ﷺ على جيش لغزو الشام ، وفي الجيش عمر والكبار ، فلم يسر حتى توفي رسول اللّه ﷺ ، فبادر الصديق ببعثهم ، فأغاروا على أبني من ناحية البلقاء . وقيل : إنه شهد يوم مؤتة مع والده . قد سكن المزة مدة ، ثم رجع المدينة فمات بها . انظر : سير أعلام النبلاء (١١٩/٤) .

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥١٩/٦) برقم ٦٤٧٨ .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٦٧/٣) برقم ٦٢٩٤ .

حالهم فعرفهم بأعيانهم وعرفهم لحذيفة بن اليمان [١] وخصه بذلك من بين الصحابة وهذا أقوى من قولهم مع إظهار الشهادة كفار لا يعتقد ما أظهرناه ولو قال ذلك لوجب قتلهم باتفاق فكيف لا يجب قتلهم إذا علم كفرهم بما هو أقوى منه وإنما كف النبي ﷺ عن قتلهم [المصلحة ...] [٢] لانتسابهم وحتى لا يؤدي ذلك إلى ديتهم . ومن عرف السيرة علم ما جرى بين المسلمين من الأوس والخزرج من الممارة في قتلهم حتى كاد أن يقتلوا ونحن الآن إذا خفنا مثل ذلك تحققنا عن القتل ، وقد قيل أنه ﷺ لم يقتلهم حتى لا يدعي عليه المشركون أنه يقتل من آمن به واتبعوه [٣] فينفروا عن الإسلام فلم يصح الاحتجاج بذلك . قالوا : توبة من كفر فأشبه الكافر الأصلي وقال : زنا بالشهادتين .

٢٨١٩٩ - قلنا : الكافر الأصلي إما يفارق توبته ما يمنع من صحتها والزنديق فارق توبته ما يمنع من قبولها .

* * *

---

(١) هو : حذيفة بن اليمان من نجباء أصحاب محمد ﷺ وهو صاحب السر حليف الأنصار من أعيان المهاجرين . حدث عنه : أبو وائل ، وزر بن حبيش . وزيد بن وهب وربعي بن حراش ، وصلة بن زفر ، وعبد الرحمن بن أبي ليلى ، وخلق سواهم . له في الصحيحين اثنا عشر حديثًا وفي البخاري ثمانية وفي مسلم سبعة عشر حديثًا . آخى رسول الله بينه وبين عمار بن ياسر في المدينة . توفي سنة ٣٢ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٠/٤ - ٣٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ومستدركة في الهامش ، وتوجد كلمة غير مقروءة .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٢٩٦/٣) برقم ٣٣٣٠ ، ومسلم في صحيحه (١٩٩٨/٤) برقم ٢٥٨٤ .

مسألة ١٣٩٧

[ارتداد السكران]

٢٨٢٠٠ - قال أصحابنا : إذا ارتد السكران لم يحكم بردته استحسانًا وإن أسلم حكمنا بإسلامه (١) .

٢٨٢٠١ - وقال الشافعي : يصح إسلامه وردته (٢) . لنا أنه زائل العقل فلم تصح ردته كالمجنون [ولأن الكفر إنما يثبت بالاعتقاد والسكران لا اعتقاد له فصار كالمجنون .

٢٨٢٠٢ - فإن قيل : المجنون] (٣) لو أسلم لم نحكم بإسلامه كذلك لا نحكم بردته والسكران يحكم بإسلامه فكذا بردته .

٢٨٢٠٣ - قلنا : إن السكران قد يظهر السكر وهو يعقل فمتى أقررناه على الكفر بعد إظهاره الإسلام أقررناه على ذلك بالاحتمال والإسلام يحكم به بالاحتياط فكان تغليب حكم الإسلام أولى ولو حكمنا بكفره لحكمنا به بالاحتمال فلم يجز أن يحكم بالكفر بالاحتمال ولأنه ممن لا تصح صلاته فلم يحكم بردته [كالمسح والمتوسم] (٤) ولأن العبادات التي تتعلق بالاعتقادات على ضربين : شرعية وعقلية ثم كان في الشرعيات مالا يصح منه كنية الصوم والصلاة فكذلك أن يكون في العقليات مالا يصح منه .

٢٨٢٠٤ - احتجوا : بأن من صح طلاقه صحت ردته كالصاحي .

٢٨٢٠٥ - قلنا : الصاحي يصح منه اعتقاد [ويصح منه ما] (٥) يقف على الاعتقاد والسكران لا يصح اعتقاده فلم يصح منه ما يقف على الاعتقاد كما لا تصح منه نية الصلاة .

٢٨٢٠٦ - قالوا : معنى يقع به الطلاق .

٢٨٢٠٧ - قلنا : لا نسلم أن الفرقة تقع بالردة وإنما تقع باختلاف الدين وذلك لا

---

(١) انظر : البدائع (١٣٥/٧) وعبارته : وكذلك السكران الذاهب العقل لا تصح ردته استحسانًا ، والقياس أن تصح في حق الأحكام .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٤٥٤/٥) : والمذهب صحة ردة السكران وإسلامه .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

يوجد مع فقد الاعتقاد ولأن الطلاق يقع بمجرد اللفظ الذي لم يقارنه النية كمن جرى الطلاق على لسانه [وهو مكلف والسكران مكلف وقد جرى الطلاق على لسانه فإما](١) الردة فتقع بمجرد الاعتقاد لا باللفظ بدلالة أن المكره على الكفر لا يكفر والسكران لا يعلم منه الاعتقاد .

٢٨٢٠٨ - فإن قيل : فيجب أن لا نحكم بإسلامه .

٢٨٢٠٩ - قلنا : لو علمنا أنه لا يعقل لم يصح إسلامه لأنا نجوز أن يكون يعقل فلا يترك حتى يرجع إلى الكفر بالاحتمال .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ١٣٩٨

[عرض الإسلام على المرتد]

٢٨٢١٠ - قال أصحابنا [(١)] : يستحب أن يعرض الإسلام على المرتد فإن أسلم وإلا قتل وليس بواجب .

٢٨٢١١ - وقال الشافعي [(٢)] : فيه وجهان وجه أنه يستحب والآخر واجب .

٢٨٢١٢ - لنا : قوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » [(٣)] ولم يعلق القتل بشرط وروي أن ابن مسعود قتل ابن نواحة [(٤)] ولم تعرض عليه التوبة بحضرة الصحابة من غير خلاف ولأنه كافر كفر الدعوة فصار كالحربي ولأن الدعوة إنما تجب إما لإقامة الحجة على الكافر والمرتد قامت عليه الحجة فلا يجب تكرارها .

٢٨٢١٣ - فإن قيل : الحربي إذا بلغته الدعوة ولم يستحب عرض الإسلام عليه [ويستحب العرض على المرتد] [(٥)] .

٢٨٢١٤ - قلنا : لا فرق بينهما لأنه يستحب العرض فيهما جميعًا .

٢٨٢١٥ - فإن قيل : لو كان كذلك لما جاز البيان وسر العادة .

٢٨٢١٦ - قلنا : يستحب العرض إلى أن يؤدي إلى ضرر بالمسلمين فإذا رأى الإمام أن العادة والنيات أصلح سقط الاستحباب حتى لا يؤدي إلى ضرر .

٢٨٢١٧ - فإن قيل : المرتد أخف بدلالة أنه يقف على الإمام وقتل الحربي بجميع المسلمين [(٦)] والمرتد له حكم الإسلام .

٢٨٢١٨ - قلنا : قتل المرتد أغلظ بدليل أن الصحابة قتلوا المرتد [ولا يمثل] [(٧)] أهل الحرب ولا يقر المرتد على كفره بحربه إلى أى دين انتقل احتجوا بحديث أم مروان [(٨)]

---

(١) انظر : العناية (٦/٩٦) وعبارته : وإذا ارتد المسلم عن الإسلام - والعياذ بالله - عرض عليه الإسلام ، فإن كانت له شبهة كشفت عنه ؛ لأنه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره بأحسن الأمرين ، إلا أن العرض على ما قالوا غير واجب لأن الدعوة بلغته .

(٢) انظر : حاشيتي قليوبي وعميرة (٤/١٧٨) وعبارته : وتجب استتابة المرتد والمرتدة ، وفي قول : تستحب .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) في (ص) : رواحة وهو خطأ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) [الناس] .

(٧) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .

(٨) سبق تخريجه .

وقد تكلمنا عليه .

٢٨٢١٩ - قالوا : مرتد فلا يجوز قتله قبل عرض الإسلام عليه كالمرأة .

٢٨٢٢٠ - قلنا لهم : المرأة لا تقتل بكفرها الأصلي فلا تقتل بالطارئ والرجل يقتل بكفره الأصلي إذا بلغته الدعوة قبل عرض الإسلام وكذلك لا يقتل بالطارئ .

* * *

مسألة ١٣٩٩

[عدم إسلام المرتد]

٢٨٢٢١ - قال أصحابنا : إذا عرض الإسلام على المرتد فلم يسلم جاز قتله وإن غلب على ظن الإمام أنه إذا كرر عليه الدعوة أسلم حبسه ثلاثة أيام وهذا أيضًا استحباب وله أن يقتله من إيجاب (١) . وذكر الشافعي : عنا أن التأجيل واجب وليس بصحيح وحكوا من مذهبهم أن التأجيل واجب في أحد القولين (٢) . والدليل على أنه لا يجب قوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » (٣) .

٢٨٢٢٢ - ولأنه كافر بلغته الدعوة فلا يقف قتله على التأجيل كالحربي والذي روى عن عمر أن رجلا قدم عليه من الشام فقال : هل من مغر به ؟ فقال رجل ارتد منا فقتلناه فقال : اللهم اشهد ولم أرض حتى بلغنى ، ولو كنت منه ما وليتم لحبسته ثلاثة أيام ثم أعرض عليه الإسلام في كل يوم فإن أسلم وإلا قتلته (٤) . وقد روي أن عثمان بن عفان كتب إلى ابن مسعود في أصحاب عبد الله بن نواحة اعرض عليهم الإسلام فإن أسلموا وإلا اقتلهم ولم يشترط التأجيل .

* * *

---

(١) انظر : العناية (٦/٦٩ - ٧٠) وعبارته : ويحبس ثلاث أيام ، فإن أسلم وإلا قتل . وفي الجامع الصغير : المرتد يعرض عليه الإسلام ، فإن أبى قتل . وتأويل الأول أنه يستمهل فيمهل ثلاثة أيام لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أو لم يطلب .

(٢) أنظر : حاشيتي قليوبي وعميره (٤/١٧٨) وعبارته : وتجب استتابة المرتد والمرتدة وفي قول تستحب . وهب على القولين في الحال ، وفي قول ثلاثة أيام . وانظر : الأم (١/٢٩٦) وعبارته : والقول الثاني أنه يحبس ثلاثًا .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) أخرجه الشافعي في الأم (١/٢٩٦) .

مسألة ١٤٠٠

[ردة الرجل تزيل ملكه]

٢٨٢٢٣ - قال أبو حنيفة ردة الرجل تزيل ملكه عن ماله زوالًا مراعى فإن قتل على ردته أو مات حكمنا بزواله في آخر إسلامه وإن أسلم حكمنا بأن ملكه لم يزل (١) .

وحكى أصحاب الشافعي عن صاحبهم ثلاثة أقوال أحدها مثل قول أبي حنيفة والثاني مثل قول أبي يوسف ومحمد أن حكمه لا يزول والثالث [أنه تزول زوالًا مراعى ومن أصحابه من قال : الملك] (٢) لا يزول قولًا واحدا وإنما اختلف القول في التصرف فقال تصرفه جائز ما لم يحجر الحاكم عليه والثاني أن تصرفه باطل ويصير محجورا عليه حجر السفيه والثالث أن يكون متوقفًا (٣) .

٢٨٢٢٤ - لنا : قوله ﷺ : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا اللّٰه فإن قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم » (٤) فعلق عصمة الدم والمال بالإسلام فإذا ترك الإسلام زالت العصمة ولأنه كفر أباح الدم فأثر في حكم الملك [أصله كفر الحربي ولأن حكم الفيء يتناول ماله باتفاق عندنا فيما استفاد في حالة الردة وعندهم في جميع ماله وهذا المعنى يؤثر في حكم الملك] (٥) ، ليس له ملك تام فلهذا التأثير في الملك ولم يعلل لزواله ولأن الردة معنى يزيل الملك فأثر في إزالة الملك عن المال أصله الموت .

٢٨٢٢٥ - احتجوا : بأنه كفر بعد إيمان فوجب أن لا يزيل الملك أصله ردة المرأة .

٢٨٢٢٦ - قلنا : نقول بموجبه لأن الكفر لا يزيل الملك حتى ينضم إليه معنى آخر

---

(١) انظر : فتح القدير : (٧٦/٦) وعبارته : وإن مات أو قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في إسلامه إلى ورثته المسلمين ، وكل ما اكتسبه في حال ردته فيئا . وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : كلاهما لورثته .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط (م) ، (ع) .

(٣) انظر : تحفة المحتاج (٩/١٠٠ - ١٠١) وعبارته : وفي زوال ملكه عن ماله بها أي الردة أقوال أحدها : يزول مطلقًا حقيقة . ولا ينافيه عوده بالإسلام لأنه مجمع عليه ثانيهما : لا مطلقا . وثالثها وهو أظهرها إن هلك مرتدًا بأن زوال ملكه ، وإن أسلم بأن أنه لم يزل . إلى أن قال : وظاهر كلامه أنه بمجرد الردة يصير محجورًا عليه وهو وجه . والأصح أنه لابد من ضرب الحاكم الحجر عليه وإنه كحجر المفلس ؛ لأنه لأجل حق الفيء . هذا ما ذكره شارح وهو ضعيف والمعتمد أن ما لا يقبل الوقف يبطل مطلقًا . وإن ما يقبله إن حجر عليه وإلا وقف .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

وهو الموت أو اللحاق بدار الحرب وردة المرأة إذا انضم إليها معنى آخر زال الملك بها عندنا لأن الحاكم إذا حكم بقتلها ومن مذهبه أن الردة تزيل الملك في الرجل زال الملك في بالمرأة لأن المرأة لا يستباح دمها بكفرها الأصلي فلا يؤثر كفرها الطارئ في زوال الملك عن مالها ولما كان الرجل يستباح دمه بكفره الأصلي جاز أن يؤثر كفره الطارئ في حكم إملاكه ولأن كفر المرأة الطارئ لا يزيل ملكها عن بعض المملوكات فلا يزال ملكها عن نفسها وكفر الرجل لما أزال ملكه عن الاستباحة جاز أن يؤثر في ملك الآخر .

٢٨٢٢٧ - قالوا : كل معنى لا يمنع ابتداء الملك لا يمنع استدامة الملك والمرتد يملك ما يكسبه في حال ردته باتفاق فلا يزول ملكه عما كان لأن الاستدامة أقوى من الابتداء .

٢٨٢٢٨ - قلنا : المرتد عندنا ملكه إما بكسبه مراعى وإما يثبت له حكم الملك ولذلك يبقى له حكم الملك في ما كان له حال الإسلام بدلالة أنه لو ادعى ولد جاريته ثبت النسب فإن أسلم استقر ملكه في المالين .

٢٨٢٢٩ - فإن قيل : بطل حكم الملك في المالين .

٢٨٢٣٠ - فعلى هذا قد استوى حكم الابتداء والبقاء .

* * *

مسألة ١٤٠١

[المرتدة إذا لحقت بدار الحرب]

٢٨٢٣١ - قال أصحابنا : المرتدة إذا لحقت بدار الحرب استرقت [١] .

٢٨٢٣٢ - وقال الشافعي : لا يجوز استرقاقها [٢] . لنا : ما ذكر الواقدي أن مسيلمة لما قتل نزع [٣] خالد بن الوليد عن الحصون وألبسوا النساء والصبيان السلاح وصفوهم على الحصون فقدرهم رجالًا فصالحهم على أن الصفراء والبيضاء والحلقة [٤] ونصف الساق وأنه جميع السبي فضرب عليهم السهام فجرح منهم الخمس وعليه مكتوب للَّه [٥] فأسند الواقدي لامرأة منهم مسلم لم تبق إلا السياسة لذي الخف والحافر وجعل تركه إليه خمس متى تدع تستأجر [٦] . قال الواقدي : حدثنا ابن أبي الزياد عن هشام ابن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبي بكر الصديق قالت رأيت أم محمد ابن علي في ذلك السبي [٧] وذكرنا نستأذن [٨] أن أم زيد بن عمر بن الخطاب من ذلك السبي وهذا أمر أجمعوا عليه ولم ينكره أحد منهم .

٢٨٢٣٣ - فإن قيل : يحتمل أن تكون أم محمد بن علي كانت من رفقتهم فقتل ما لها فصارت فيئًا [٩] الصلح وقع على استرقاق نصف النساء كما وقع على الذهب والفضة والسلاح وهذا يمنع التخصيص ولأنه دين لا نقر عليه بالجزية فجاز نساؤهم كعبدة الأوثان من العرب ولأن الكفر على ضربين أصلي وطارئ فإذا جاز أن يسترق النساء في أحد النوعين جاز مثله في الآخر ولأن من أصلنا أنها لا تقتل وكل كافر يجوز أن يسترق والحربية لأن القتل والاسترقاق كل واحد منهما عقوبة للبقاء على الكفر فإذا

---

(١) انظر : المبسوط (١١٢/١٠) وإذا ثبت أن المرتدة لا تقتل قلنا تسترق إذا لحقت بدار الحرب لاتفاق الصحابة ﵃ .

(٢) الأم (٢٩٥/١) وعبارته : ومن انتقل من الشرك إلى الإيمان ثم انتقل عن الإيمان إلى الشرك من بالغي الرجال والنساء استتيب فإن تاب قبل منه وإن لم يتب قتل .

(٣) غير واضحة في (ص) .

(٤) الحلقة : كل أنواع السلاح .

(٥) أخرجه الزيلعي في نصب الراية (٤٥٠/٤) وعزاه للواقدي وقال : رواه الواقدي في « كتاب الردة » له .

(٦) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .

(٧) أخرجه الزيلعي في نصب الراية (٤٥٠/٤) وعزاه للواقدي في كتاب الردة .

(٨) غير واضحة في (ص) .

(٩) غير واضحة في (ص) .

جاز أن يثبت أحد الأمرين في المرتدين جاز أن يثبت الآخر .

٢٨٢٣٤ - احتجوا : بقوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » (١) والأمر بالقتل يمنع من الاسترقاق . قلنا : لا يتساويان بدلالة أنه تعالى قال : ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ ﴾ (٢) لم يمنع ذلك من استرقاقهم ولأن رقيقًا يجب قتلهم بالقصاص والردة فلا ينفي وجوب القتل الاسترقاق لجواز أن نسترقهم ثم نقتلهم ولأن الدلالة دلت عندنا أن المرتدة لا تقتل بالخبر مخصوص وإذا لم يتناول العموم المرتدة سقط الاستدلال .

٢٨٢٣٥ - قالوا : كفرت بعد إيمانها فلم يجز استرقاقها كالرجل .

٢٨٢٣٦ - قلنا : الكفر بعد الإيمان يقتضي إعادتها إلى كفر الأصل لا يمنع الاسترقاق [وردة الرجل لا ترده إلى كفر الأصل وذلك يمنع الاسترقاق] (٣) إذا لم يجزه إقراره بالجزية ولأن الرجل يستعان في القتل غالبًا فلم يسترق بعد ردته والمرأة لا يستعان بها في القتل غالبًا فجاز استرقاقها بعد ردتها . قالوا : من يكره على الإسلام لا يسترق كالرجل .

٢٨٢٣٧ - قلنا : الإجبار على الإسلام لا ينفي الاسترقاق في النساء لأن الإجبار تشديد وعقوبة فلا ينفي أحدهما الآخر .

٢٨٢٣٨ - قالوا : لا يجوز استرقاقها في دار الإسلام للإسلام السابق فلا يجوز في دار الحرب كالرجل .

٢٨٢٣٩ - قلنا : الوصف غير مسلم لأنها إذا لحقت بدار الحرب ثم عادت مغيرة أو متلصصة استرقت ؛ ولأن عندنا الرجل لا يسترق وليس لإسلامه السابق لكن لأنه على دين لا يقر عليه بجزية وإذا بطل هذا الوصف انفصل العلة بالذمي ينقض العهد في دارنا فلا يسترق ولو نقض ولحق بدار الحرب استرق .

* * *

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) سورة التوبة : الآية ٥ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) (ع) .

مسألة ١٤٠٢

[وجود اللقيط في دار الإسلام]

٢٨٢٤٠ - قال أصحابنا : إذا وجد اللقيط في دار الإسلام فبلغ وهو لا يعتقد دينا ولا يصفه أجبر على الإسلام ولم يقتل [١] .

٢٨٢٤١ - وقال الشافعي : يقتل [٢] . لنا : أنه يحتمل أن يكون من أولاد المسلمين ويحتمل أن يكون من أولاد الكفار فلم يجز قتله بالسيف ولأنه لم يثبت له حكم الإسلام بنفسه فلم يقتل بإظهار الكفر كالصبي إذا ارتد .

٢٨٢٤٢ - احتجوا : بأنه محكوم بإسلامه بالدار فصار كمن حكمنا بإسلامه بنفسه .

٢٨٢٤٣ - قلنا : التزم الإنسان بنفسه .

* * *

(١) انظر : فتح القدير (٩٨/٦) وعبارته : اللقيط في دار الإسلام محكوم بإسلامه . ولو بلغ كافرا أجبر على الإسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين إذا بلغ كافرا .

(٢) انظر حاشيتي قليوبي وعميرة (١٢٩/٣) وعبارته : فإن بلغ ووصف كفرا فمرتد .

مسألة ١٤٠٣

[أولاد المرتد في دار الإسلام]

٢٨٢٤٤ - قال أصحابنا : أولاد المرتد في دار الإسلام إذا لحق بهم لم يسترقوا وما ولد له في دار الحرب من مرتدة أو كافرة يسترق [١] .

٢٨٢٤٥ - وللشافعي قولان ؛ أحدهما يسترق الجميع أما المتولد في دار الحرب [فلأنه مولود في دار الحرب] [٢] بين كفار فجاز أن يسترق [كولد أهل الحرب [٣] .

٢٨٢٤٦ - فإن قيل : المعنى في ولد الحربي أن أباه يسترق فجاز أن يسترق] [٤] ولده والمرتد لا يجوز استرقاق ابنه لحرمة الإسلام [فلا يسترق ولده .

٢٨٢٤٧ - قلنا : لا نسلم أن المرتد لا يسترق لحرمة الإسلام بل لأنه] [٥] على دين لا يقر عليه بجزية ولأن حكم الولد والوالد مختلف في الاسترقاق بدليل أن الحربى إذا أسلم لم يسترق [وأولاد الكفار يسترقون] [٦] وعندنا حمل زوجته رقيق ولو أسلم فعلمنا أن أحدهما ينفرد في الاسترقاق عن الآخر .

٢٨٢٤٨ - وأما ما ولد في دار الإسلام فلأنه مولود في دارنا فلا يسترق بكفر أبيه كأولاد أهل الذمة .

٢٨٢٤٩ - احتجوا : بأنه تابع لا يجوز استرقاق ابنه لحرمة الإسلام فلا يجوز استرقاقه كما لو كانت أمه مسلمة كالمولود في دار الإسلام .

٢٨٢٥٠ - قلنا : إذ كانت أمه مسلمة فهو مسلم بإسلامها فلم يجز أن يبدأه بالاسترقاق .

---

(١) انظر : المبسوط (١١٦/١٠) وعبارته : وإذا ارتد الزوجان وذهبا إلى دار الحرب بولدهما الصغير ثم ظهر عليهما المسلمون فالولد فيء - إلى أن قال - : وإن كان الأب ذهب به وحده والأم مسلمة في دار الإسلام لم يكن الولد فيئا لأنه يقر مسلما تبعا لأمه .

(٢)ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) حاشيتي قليوبي وعميرة (١٧٩/٤) وعبارته : وولد المرتد إن انعقد قبلها أي الردة أو بعدها وأحد أبويه مسلم فمسلم بالتبعية أو أبواه مرتدان فمسلم لبقاء علقة الإسلام فيهما . وفي قول مرتد بالتبعية وفى قول كافر أصلي قلت الأظهر مرتد .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

٢٨٢٥١ - قالوا : وإذا كان أبوه مرتدًّا فقد ثبت لابنه حرمة الإسلام فكذلك الولد .

٢٨٢٥٢ - قلنا : لا نسلم أن المرتد لا يسترق لحرمة الإسلام لأنه منع هذه الحرمة وأطعمها [1] وصار حكمه أغلظ من حكم الكافر الأصلي . والمعنى فيمن ولد في دارنا أنه لم يعرف والده لم يسترق فإذا عرف لم يجز الاسترقاق عليه لكفرهما والمولود في دار الحرب لو لم يعرف أبواه استرق فإذا عرفاه وهما كافران لم يسترق .

* * *

(١) غير واضحة في (ص) .

مسألة ١٤٠٤

[إذا ارتد الصبي]

٢٨٢٥٣ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا ارتد الصبي وهو يعقل الكفر والإسلام صحت ردته وقال أبو يوسف وزفر لا تصح ردته [١] .

٢٨٢٥٤ - وقال أبو يوسف وزفر : لا تصح ردته وبه قال الشافعي [٢] : لنا أنه قد ثبت من أصولنا أنه يصح إسلامه وكل من صح إسلامه صح إذا اعتقد الردة حكم بردته كالبالغ ولأنه إذا ملك الإسلام وهو عقد صح [مؤجله فعقد البيع] [٣] ولأنه يعقل الكفر والإسلام [ويرد عليه السنة] [٤] كالبالغ ولأن الكفر يتعلق بالعقل لا بالبلوغ بدلالة أن المجنون لا يتعلق بردته حكم لفقد عقله فإذا وجد كمال العقل في الصغير حكم بردته ولأنه من انعقدت صلاته صحت ردته كالبالغ .

٢٨٢٥٥ - احتجوا : بقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث : وعن الصبي حتى يحتلم » [٥] .

٢٨٢٥٦ - قلنا : هذا يقتضي رفع الشرعيات بدلالة ما قدمنا .

٢٨٢٥٧ - قالوا : غير مكلف فوجب أن لا تصح ردته كالمجنون .

٢٨٢٥٨ - قلنا : إن أردتم غير مكلف للعقليات لم نسلم ذلك وإن أردتم أنه غير مكلف للشرعيات فسقوط التكليف الشرعي لا يمنع ثبوت التكليف العقلي كما قبل بعثة الرسل . والمعنى في المجنون أنه غير كامل العقل كذلك الصبي لأنه عاقل كالبالغ .

٢٨٢٥٩ - قالوا : لا يصح إقراره ولا يصح طلاقه ولا يصح عقوده فوجب أن لا تصح ردته كالمجنون .

٢٨٢٦٠ - قلنا : عندنا يصح إذا أذن له في التجارة ويصح عقوده فلا نسلم ولأن وقوع الطلاق وصحة العقود حكم شرعي فلا يستدل به على نفي الأحكام العقلية والمعنى في المجنون ما قدمنا .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٩٣/٣) وعبارته : وارتداد الصبي العاقل صحيح كإسلامه ويجبر عليه ولا يقتل وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف : ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٤٣٣/٥) وعبارته : لا تصح ردة صبي ولو مميزا .

(٣ ، ٤) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (١٤٠/٤) برقم ٤٤٠١ .

٢٨٢٦١ - قالوا : لا يقتل بردته فلا تصح ردته .

٢٨٢٦٢ - قلنا : وجوب القتل من الأحكام الشرعية فلا يستدل بعدمها على انتفاء الحكم العقلي ؛ لأن سبب القتل إذا وجد من الصبي فلم يتعلق به القتل الذي هو عقوبة لم يمنع تعلق الأحكام به كالقتل .

٢٨٢٦٣ - فإن قيل : القتل فعل والردة قول ولهذا يصح استيلاد (١) المجنون ولا يصح عقابه .

٢٨٢٦٤ - قلنا : هذا غير صحيح لأن الردة هي الاعتقاد وذلك فعل القلب فلم يصح الفرق .

* * *

---

(١) غير واضحة في (ص) .

مسألة ١٤٠٥

[إحصان المسلم إذا ارتد]

٢٨٢٦٥ – قال أبو حنيفة ومحمد : إذا ارتد المسلم يبطل إحصانه [١] .

٢٨٢٦٦ – وقال أبو يوسف : لا يبطل وبه قال الشافعي [٢] . وهذه مسألة مبنية على أن الإسلام من شرائط الإحصان . فإذا زال بطل الإحصان . ومن ليس بمحصن لا يعتد بوطئه المتقدم حتى يجدد الوطء كمن وطئ عبد ثم أعتق ، ولأن إحصانه زال بالردة بدلالة قوله ﷺ : « من أشرك بالله فليس بمحصن » [٣] وإذا زال الإحصان لم يعتد بالوطء المتقدم على كمال الشرائط كما لا يعتد بوطء العبد قبل عتقه . ولا يلزم إذا جن المحصن ثم زال جنونه لأن أبا بكر الرازي [٤] قال : لا نعرف فيه رواية وقياس هذه المسألة يقتضي أن يبطل الإحصان .

٢٨٢٦٧ – احتجوا : بقوله ﷺ : « الثيب بالثيب الجلد والرجم » [٥] .

٢٨٢٦٨ – قلنا : المراد بالثيب المحصن ، ونحن لا نسلم وجود الإحصان .

٢٨٢٦٩ – قالوا : زنى بعد الإحصان كما لو زنى قبل الردة .

٢٨٢٧٠ – قلنا : إن قلتم إنه زنى بعد الإحصان وهو محصن لم نسلم . وإن لم تريدوا هذا بطل بالمحصن إذا جن فزنى بعد جنونه .

٢٨٢٧١ – فإن قالوا : فعله ليس بزنى . قلنا : لأن الأحكام لا تتعلق به لأن الزنى اسم لغوي والأحكام لا تعرفها أهل اللغة .

---

(١) انظر : المبسوط (١٥٢/٥) وعبارته : ولو دخل مسلم بامرأته المسلمة ثم ارتدا والعياذ بالله – بطل إحصانهما .

(٢) انظر : أسنى المطالب (١٢٩/٤) وعبارته : لو زنى مرتد في حال ردته أو قبلها ثم أسلم حد ولا تبطل ردته إحصانه .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢١٦/٨) برقم ١٦٧١٤ .

(٤) هو : الإمام العلامة المفتي المجتهد عالم العراق أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي صاحب التصانيف تفقه بأبي الحسن الكرخي وكان صاحب حديث ورحلة لقي أبي العباس الأصم وطبقته بنيسابور وعبد الباقي ابن قانع ودعلج بن أحمد وعدة بأصبهان وصنف وجمع وتخرج به الأصحاب ببغداد وإليه المنتهى في معرفة المذهب وكان من براعته في العلم ذا زهد وتعبد عرض عليه قضاء القضاة فامتنع منه مات في ذي الحجة سنة ٣٧٠ هـ وله ٦٥ سنة . انظر : سير أعلام النبلاء (٤١١/١٢ – ٤١٢) .

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه ١٣١٦/٣ برقم ١٦٩٠ .

٢٨٢٧٢ - قالوا : أحد الإحصانين كإحصان القذف ولو ارتد المحصن [ثم أسلم حد قاذفه] (١) كذلك هذا الإحصان يعود .

٢٨٢٧٣ - قلنا : الإحصان في الرجم اغلظ لكثرة شرائطه . وإحصان القذف أضعف لقلة الشرائط فلم يعتبر أحدهما بالآخر . ولأن فقد أحد شرائط الإحصان العد (٢) ؛ فلا يؤثر في غيره من الشرائط . فإذا ارتد ثم أسلم ، عاد إلى ما كان عليه . وإحصان الرجم يؤثر فقد بعضه للشرائط ؛ بدلالة أن من وطئ وهو عبد لم يعتد بذلك الوطء بعد عتقه حتى يستأنف ، فإذا ارتد أثر الكفر في الوطء ، فلم لزمه من أن يتجدد بعد الإسلام .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين مكرر في (ص) .

(٢) غير واضحة في (ص) .

مسألة ١٤٠٦

[تحيز المرتدين بدار ثم أسلموا]

٢٨٢٧٤ - قال أصحابنا : إذا تحيز المرتدون بدار ثم أسلموا لم يطالبوا بما أسلفوا في حال التحيز من نفس ولا مال (١) .

٢٨٢٧٥ - وقال الشافعي : يؤخذون بذلك (٢) .

٢٨٢٧٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ ﴾ (٣) ولم يفصل . ولأن أصحاب النبي ﷺ قاتلوا أهل الردة فقتل من وجوه المسلمين ألف ومائتان منهم أبو حذيفة وسالم وزيد بن الخطاب وعكاشة فلما تابوا لم يطالبوا بالقصاص ولا بالضمان ولو كان واجبا لطولبوا به ، ولأنهم تحيزوا بالدين والدار فصاروا كأهل الحرب .

٢٨٢٧٧ - احتجوا : بالظواهر التي تدل على وجوب القصاص والضمان .

٢٨٢٧٨ - قلنا : إن هذه الظواهر تدل على خطاب من نقدر على مطالبته عقيب القتل .

٢٨٢٧٩ - قالوا : روي عن أبي بكر أنه قال : تفدون قتلانا ولا نفدي قتلاكم (٤) .

٢٨٢٨٠ - قلنا : خالفه عمر على ذلك فرجع أبو بكر إلى قوله .

٢٨٢٨١ - قالوا : التزموا بالإسلام الضمان فلم يسقط بالردة كما لو كان في دار الإسلام .

٢٨٢٨٢ - قلنا : الضمان لا يجب بالالتزام بدلالة أن صبيان المسلمين يضمنون الإتلاف ولم يلتزموا .

٢٨٢٨٣ - والمعنى في دار الحرب أن الإتلاف حصل في مكان يمكن المطالبة وهذا لا يوجد في دار الحرب .

---

(١) انظر : المبسوط (١٠/١١٧ - ١١٨) وعبارته : وإذا منع المرتدون دارهم وصارت دار كفر ثم لحقوا بدار الحرب فأصابوا سبايا منهم وأصابوا مالا من أموال المسلمين وأهل الذمة ثم أسلموا كان ذلك كله لهم .

(٢) انظر : الأم (٤/١٩٩) وعبارته : الرجل إذا أسلم أو القوم إذا أسلموا ثم ارتدوا وحاربوا أو امتنعوا وقتلوا ثم ظهر عليهم أقيد منهم في الدماء والجراح وضمنوا الأموال تابوا أو لم يتوبوا .

قال الربيع : وهذا عندي أشبههما بقوله عندي في موضع آخر .

(٣) سورة الأنفال : الآية ٣٨ .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦/٤٣٦) برقم ٣٢٧٣١ .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الحدود

مسألة [(١)] ١٤٠٧

[حد الزاني البكر]

٢٨٢٨٤ - قال أصحابنا : إذا زنا [(٢)] البكر فحده الجلد ، والتغريب [(٣)] ليس بحد ، فإن رأى ذلك الإمام مصلحة فعله على وجه التعزير .

٢٨٢٨٥ - وقال الشافعي : هي سنة حد البكر مع الجلد يستوي فيه الرجل والمرأة [(٤)] . ولهم في المملوكة قولان .

٢٨٢٨٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [(٥)] . ظاهر الآية أنه جميع الحد الواجب عليهما . فمن قال إنه بعض الحد فقد خالف الظاهر .

٢٨٢٨٧ - فإن قيل : لا يمنع أن يبين بعض الحد ويكل الباقي إلى بيان ، كما قال :

---

(١) الحدود لغة : جمع حد ، وأصله المنع والفصل بين الشيئين ، ومن قوله تعالى ﴿ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا ﴾ (البقرة : ١٨٧) . ومعناه أيضًا : الصرف عن الشيء من الخير والشر . انظر : لسان العرب مادة « حدد » (٧٩٩/٢) . وشرعًا : اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفه : فعرفه الحنفية : بأنه العقوبة المقدرة حقًّا لله تعالى فلا يسمى القصاص حدًّا ، لأنه حق العبد وكذا التعزير لعدم التقدير . وهذا الاصطلاح المشهور وعليه عامة المشايخ . وفي اصطلاح آخر : هو العقوبة المقدرة شرعًا . فيدخل فيه القصاص . وعليه فالحدود قسمان : قسم يصح فيه العفو وهو القصاص وقسم لا يقبله وهو ما عداه . انظر : فتح القدير (٢١٢/٥) . وعرفه المالكية : بأنه ما وضع لمنع الجاني من عوده لمثل فعله وزجر غيره . انظر : الفواكه الدواني (١٧٨/٢) . وعرفه الشافعية : بأنه عقوبة مقدرة وجبت زجرًا عن ارتكاب ما يوجبه . انظر : مغني المحتاج (٤٦٠/٥) ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٥٢٢/٢) . وعرفه الحنابلة : بأنه عقوبة مقدرة لتمنع من الوقوع في مثله . انظر : المبدع في شرح المقنع (٤٣/٩) .

(٢) والزنا في اللغة : زنى يزني زنًا مقصور فهو زان . والجمع زنى . وهو يقصر ويمد . والقصر لغة الحجاز . والمد لغة نجد . والزنية بالفتح المرة من الزنا . وزناة وتزنية نسبة إلى الزنا . انظر : المصباح المنير مادة « زنى » (٣٥٠/١) . وشرعًا : اختلف الفقهاء في تعريفة حسب وجهة نظر كل واحد منهم كما يلي : فعرفه الحنفية : بأنه قضاء الرجل شهوته محرمًا في قبل المرأة الخالي عن الملكين وشبهتهما وشبهة الاشتباه ، أو تمكين المرأة لمثل هذا الفعل . انظر : الفتاوى الهندية (١٤٣/٢) . وعرفه المالكية : بأنه وطء مكلف مسلم فرج آدمي لا ملك فيه باتفاق تعمدًا . انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣١٣/٤) . وعرفه الشافعية : بأنه إيلاج الحشفة أو قدرها من فاقدها في فرج آدمي حي قُبل أو دبر ذكر أو أنثى مع علمه تحريمه . انظر : إعانة الطالبين في حل ألفاظ فتح المعين (١٤٢/٤) . وعرفه الحنابلة : بأنه فعل الفاحشة في قبل أو دبر . انظر : كشاف القناع عن متن الإقناع (٨٩/٦) .

(٣) في (م) : [التعزير] .

(٤) انظر : الأم (١٩٠/٧) .

(٥) سورة النور : الآية ٢ .

﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ ﴾ [(١)] ولم يبين القصاص ، وكما ذكر قطع السارق ووكل بيان القدر والحرز إلى السنة .

٢٨٢٨٨ – قلنا : الظاهر في جميع هذا أنه بيان جملة الواجب لولا قيام الدليل .

٢٨٢٨٩ – ولأنه لم يذكر القصاص لأنه عم قتل العمد وذكر الحكم المتعلق بعمومه . وأما القصاص والضمان فيختص ببعضه دون بعض فلذلك لم يذكره ، وأما السارق فقد بين فيه جميع الحد وإنما لم يبين الشرائط كما لم يبين صفة الضرب في مسألتنا ولا قدر مسافة التغريب .

٢٨٢٩٠ – ووجه ثان [(٢)] من الآية : وهو أن [(٣)] إيجاب التعزير حد يوجب تعيين الحكم المذكور في الآية ويجعله بعض الحد وذلك نسخ عندنا . ونسخ القرآن لا يجوز إلا بما يجوز إثبات القرآن به وعند مخالفنا لا [(٤)] يجوز نسخ القرآن .

٢٨٢٩١ – فإن قيل : هذا ليس بنسخ لأنه لو ضم إليه في الإيجاب صح ، والنسخ بعض ما ينافي الحكم .

٢٨٢٩٢ – قلنا : ضم التغريب بعد استقرار وجوب [الحد] ينافي الحكم [(٥)] ، لما بينا أنه يجعل الجلد بعض الحد . والحد كان جميعه فلو وردا معًا لم يتنافيا لأنه حكم واحد ، فإذا استقر أحدهما ثم ورد الآخر غيب حكمه وكان نسخًا ؛ ويدل عليه : ما روى أبو هريرة وزيد بن خالد الجهني : أنه [ﷺ] سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن . فقال « إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم بيعوها ولو بضفير [(٦)] » [(٧)] فأمر بجلد الأمة ولم يأمر بتغريبها .

٢٨٢٩٣ – فإن زعموا أنها لا تغرب دل ذلك على أن التغريب ليس بحد في الحرة ، لأن الله تعالى أوجب على الأمة نصف حد الحرة المتبعض [(٨)] كقوله تعالى ﴿ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ﴾ [(٩)] .

٢٨٢٩٤ – فإن قال : أنها تنفي بعض سنة أو نصفها ؛ فالخبر يبطل قوله .

---

(١) سورة النساء : الآية ٢ .

(٢) في (ص) ، (م) : [ثاني] .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) ما بين المعكوفتين في (م) الجلد .

(٦) الضفير : هو الحبل المفتول المنسوج من الشعر . انظر : ترتيب القاموس المحيط مادة (ضفر) .

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه (٦/٢٥٠٩) برقم ٦٤٤٧ ، ومسلم في صحيحه (٣/١٣٢٩) برقم ١٧٠٤ .

(٨) في (م) : [التبعض] .

(٩) سورة النساء : الآية ٢٥ .

٢٨٢٩٥ - فإن قيل : إنا تنفي الجلد الذي كان المولى لا يملكه ، وسكت عن التغريب لأن المولى يملكه قبل ذلك .

٢٨٢٩٦ - قلنا : المولى [١] لا يملكه قبل ذلك حدًّا كما كان يملك الحد تأديبًا فيبينه له حدًّا . فلو كان التغريب حدًّا لبينه .

٢٨٢٩٧ - ولأنه نوع زنا فلا يجمع [٢] به عقوبتان في جنس على وجه الحد كزنا الثيب . ولأنه حد واجب فلا يجمع [٣] فيه بين التغريب والجلد على وجه الحد كحد القذف . أو نقول فلا يجمع فيه بين التغريب وعقوبة أخرى على وجه الحد كالقطع . وقد دل على الأصلين ظاهر القرآن ، وجلد عمر بن الخطاب في قصة المغيرة الشهود ولم ينفهم .

٢٨٢٩٨ - فإن قيل : سائر الحدود لم يشرع فيها النفي .

٢٨٢٩٩ - قلنا [٤] : لم نسلم ذلك بل يجوز للإمام أن ينفي في جميعها على وجه التعزير إذا رأى ذلك .

٢٨٣٠٠ - فإن قيل : الزنا أغلظ من سائر الحدود .

٢٨٣٠١ - قلنا : قطع [٥] الطريق أغلظ [٦] ولا يجتمع التغريب مع عقوبة أخرى . وزنا الثيب أغلظ من البكر ولم يوجد ضم إلى الرجم . ولأن ما يثبت بنفسه في قاطع الطريق عقوبة لم يضم إلى الجلد في الزنا على طريق الحد كالقطع .

٢٨٣٠٢ - احتج المخالف : بحديث عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال : « خذوا عني قد جعل اللَّه لهن سبيلًا . البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام . والثيب بالثيب الجلد والرجم » [٧] .

٢٨٣٠٣ - والجواب : أن هذا الخبر متقدم على الآية . لأنه ﷺ قال : « خذوا عني » . ولو كانت الآية نزلت : لقال : خذوا عن القرآن . ولأن الخبر بيان للسبيل المذكور في قوله ﴿ أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴾ [٨] فدل على أنه لم يتقدم هذا البيان إلا ما ذكر في سورة النساء من قوله : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى ٱلْبُيُوتِ ﴾ [٩] .

---

(١) في (م) : [الولي] .
(٢،٣) في (م) : [يجتمع] .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) في (م) : [قاطع] .
(٦) في (م) : [مغلظ] .
(٧) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣١٦/٣) برقم ١٦٩٠ .
(٨ ، ٩) سورة النساء : الآية ١٥ .

٢٨٣٠٤ - وإذا تقدم على الآية صارت ناسخة [الخبر] [١] . والذي يبين أنها من أول ما نزلت [٢] . لأنه ذكر في حد الثيب الجلد مع الرجم وذلك منسوخ باتفاق . ولأن الخبر إن تقدم الآية نسخته [٣] . وإن تأخر عنها نسخها كما بينا . ولو ورد معها لوجب أن ينقل كنقلها [٤] .

٢٨٣٠٥ - احتجوا : بما روى أبو هريرة وزيد بن خالد الجهني : أن رجلًا اختصم هو وآخر إلى النبي ﷺ . فقال أحدهما : اقض بيننا بكتاب اللّه . وقال الآخر وهو أفقههما [٥] : أجل يا رسول اللّه . واقض [٦] بيننا بكتاب اللّه . وائذن لي أن أتكلم . فقال : تكلم . فقال : إن ابني كان عسيفًا [٧] على هذا فزنا بامرأته . فأخبروني أن على ابني الرجم . فافتديته منه بمائة شاة وبجارية لي [٨] . ثم إني سألت أهل العلم فأخبروني : أن على ابني جلد [٩] مائة وتغريب عام . وأن الرجم على امرأته . فقال ﷺ : « والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب اللّه . أما غنمك وجاريتك فرد إليك » . وجلد ابنه مائة وغربه عامًا . وأمر أنيسًا الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر فإن اعترفت رجمها. فاعترفت فرجمها [١٠] .

٢٨٣٠٦ - قلنا : هذا حكم على خبر عبادة . وقد بينا أن الآية تأخرت عنه .

٢٨٣٠٧ - فإن قيل : إنه ﷺ قال : « لأحكمن بكتاب الله » .

٢٨٣٠٨ - قلنا : المراد بكتاب اللّه حكمه . بدلالة أن [١١] التغريب ليس في كتاب اللّه . ولأن نفيه يحتمل أن يكون على وجه الحد . ويحتمل أن يكون على طريق التعزير. وهذا لا نمنع منه .

٢٨٣٠٩ - فإن قيل : ظاهر الخبر يقتضي أن التغريب متعلق بالزنى .

---

(١) ما بين المعكوفتين تصويب من فتح القدير (٥/٢٤١) ، وفي (ص)، (م) : [للتعزير] ؛ حيث لم يقل أحد بنسخ التعزير .

(٢) في (م) : [أنزلت] .

(٣) في (م) : [لأن نسخه] .

(٤) في (م) : [لنقلها] .

(٥) في (م) : [وهن فقهمها] .

(٦) في (م) فاقض .

(٧) العسيف : هو الأجير والعبد المستهان به . انظر : ترتيب القاموس المحيط مادة (عسف) .

(٨) ساقطة من (ص) واستدركت في الهامش ، ولكنها مطموسة بالهامش .

(٩) ساقطة من (م) ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(١٠) أخرجه البخاري في صحيحه (٦/٢٥٠٢) برقم ٦٤٤٠ ، ومسلم في صحيحه (٣/١٣٢٤ - ١٣٢٥) برقم (١٦٩٧ ، ١٦٩٨) .

(١١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

٢٨٣١٠ - قلنا : كذلك نقول إذا رأى الإمام ذلك تعلق بالزنا لا برأي الإمام .

٢٨٣١١ - قالوا : [أبو بكر] (١) جلد وغرب إلى فدك . وكذلك عمر (٢) . وروى أن عثمان جلد وغرب إلى مصر (٣) . وروي أن عليًا غرب من الكوفة إلى البصرة (٤) .

٢٨٣١٢ - قلنا : فعلوا ذلك على طريق التعزير . كما روي أنه ﷺ نفى هِيت (٥) المخنث (٦) ونفى عمر بن الخطاب نصر بن حجاج (٧) . لأن امرأة شببت (٨) بذكره (٩) لما رأى في ذلك من المصلحة وهي الفساد .

٢٨٣١٣ - يبين ذلك أن الحد لم (١٠) يتناول النفي مقصودها . والمقصود من النفي قدر المسافة . وذلك موكول إلى اجتهاد الإمام بعد الضرب في التأديب . على أن عمر بن الخطاب نفى في الخمر ربيعة بن أمية بن خلف (١١) إلى خيبر فلحق بهرقل . فلما بلغ ذلك عمر . قال : [لا أغرب] (١٢) بعدها أحدًا (١٣) . ولو كان التغريب حدًّا لم يجز تركه .

---

(١) في (م) : [لنا بالبكر] .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٨٢٦/٢) برقم ١٥٠٩ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٨٣/١٠) برقم ٨٨٤٧ .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٢٣/٨) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٣١٤/٧) برقم ١٣٣٢٣ .

(٥) هيت : اختلف في اسمه . فقال ابن جريج وابن عيينة : اسمه هيت . وقيل بفتح الهاء . وقيل هنب . وصوبه ابن درستويه ، وقال : ما سواه تصحيف . وقيل : اسمه ماتع . وهو مولى عبد اللّٰه بن أمية . انظر : عمدة القاري شرح صحيح البخاري (٣١٧/١٤) وأسد الغابة (٥/٥) .

(٦) المثبت من مصدر التخريج ، وفي جميع النسخ : [الحمية] . والحديث أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٧٢/٤) برقم ٤٠٦٩ ، ومسلم في صحيحه (١٧١٥/٤) برقم ٢١٨٠ .

(٧) هو : نصر بن علاط السلمي ثم البهزي . كان شاعرًا من أهل المدينة ، وكانت لأبيه صحبة نفاه عمر بن الخطاب إلى البصرة ؛ لأن امرأة من المدينة كانت مولعة به ؛ كما في الأثر الذي معنا وله قصة مع امرأة بالبصرة نفاه بسببها أيضًا أبو موسى الأشعري إلى فارس . وكذا الحال في فارس ، ولما قتل عمر بن الخطاب عاد إلى المدينة . انظر : الأعلام (٢٢/٨) ، وتاريخ دمشق (١٢٦/٢٦) .

(٨) شببت : قالت فيه الغزل . انظر : لسان العرب مادة (شبب) .

(٩) أخرجه ابن كثير في مسند الفاروق (٢/ ٥٠٨) .

(١٠) زيادة ليستقيم المعنى .

(١١) في (ص) ، (م) : [خالف] ، وما أثبتناه هو الصواب . انظر : التمهيد لابن عبد البر (٨٩/٩) . وهو ربيعة بن أمية بن خلف أخو صفوان بن أمية بن خلف ، أسلم يوم الفتح وكان قد شهد حجة الوداع ، وجاء عنه فيها حديث . نفاه عمر في الخمر ، فلحق بهرقل وتنصر ، ومات عنده . الإصابة (٥٢٠/٢ - ٥٢١) .

(١٢) في (م) : [لا أعرف] .

(١٣) أخرجه النسائي في سننه (٢٣١/٣) برقم ٥١٨٦ .

٢٨٣١٤ - وقوله : إن هذا رجوع عن التغريب في الشارب لا يصح بل هو عموم في جميع الناس . وروى أبو حنيفة بإسناده في الآثار عن علي ﷺ أنه قال : النفي من السنة . وروي أنه قال : كفى بالنفي فتنة [١] وهذا يدل على أنه لا يرى النفي فصار ذلك خلافًا [٢] بينهم .

٢٨٣١٥ - فإن قيل : الفتنة عبارة عن العذاب . قال الله تعالى : ﴿ ثُمَّ إِنَّ رَبَّكَ لِلَّذِينَ هَاجَرُواْ مِنۢ بَعۡدِ مَا فُتِنُواْ ﴾ [٣] وقال : ﴿ فَإِذَآ أُوذِيَ فِي ٱللَّهِ جَعَلَ فِتۡنَةَ ٱلنَّاسِ كَعَذَابِ ٱللَّهِ ﴾ [٤] .

٢٨٣١٦ - قلنا : الفتنة حقيقتها قول العرب [العَرَّةُ التي قد ألبستها كلها حجارة سود كأنها محرقة] [٥] وفتنت الذهب في النار وقال : ﴿ يَوۡمَ هُمۡ عَلَى ٱلنَّارِ يُفۡتَنُونَ ۝١٣ ذُوقُواْ فِتۡنَتَكُمۡ هَٰذَا ٱلَّذِي كُنتُم بِهِۦ تَسۡتَعۡجِلُونَ ﴾ [٦] قال أبو عبيدة : يحرقون [٧] . ومثله ﴿ فَتَنُواْ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ﴾ [٨] واستعيرت [٩] في العذاب وغيره . قال الله تعالى : ﴿ وَإِن كَادُواْ [١٠] لَيَفۡتِنُونَكَ عَنِ ٱلَّذِيٓ أَوۡحَيۡنَآ إِلَيۡكَ ﴾ [١١] لستر ربك . وإذا كان الاسم مشتركًا . لم يكن إثبات الإجماع على أن المراد لا يجوز أن يكون العذاب . إذ لو كان كذلك لم يحتج إلى بيانه وهو معلوم مشاهد . وإنما يميز ما لا تدل المشاهدة عليه . على أن أهل الكوفة رووا عن ابن مسعود الجلد والتغريب . وعن علي أنه قال : هو من الفتنة [١٢] . وعقلوا من ذلك الخلاف بينهما . وهذا لا يكون إلا المراد بالفتنة . لأنه لا يؤمن أن يخرجه هذا الفعل [١٣] من الدين . وهذا كقوله تعالى ﴿ بِأَييِّكُمُ ٱلۡمَفۡتُونُ ﴾ [١٤] . كما روي في وصية عمر الولاة فلا تجمروا الناس فتفتنوهم .

٢٨٣١٧ - أي : تطيلوا تركهم في الثغور فيؤدي ذلك إلى أشد الأمرين [١٥] بهم فيعصوه .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٣١٢/٧) برقم ١٣٣١٣ ، ١٣٣٣ .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .
(٣) سورة النحل : الآية ١١٠ .
(٤) سورة العنكبوت : الآية ١٠ .
(٥) في (ص) ، (م) : [حرة لسيد نهى السواد] ،وما أثبتناه هو الصواب .
(٦) سورة الذاريات : الآية ١٣ ، ١٤ .
(٧) انظر : معاني القرآن للفراء (٨٣/٣) .
(٨) سورة البروج : الآية ١٠ .
(٩) في (م) : [استعرب] .
(١٠) في (م) : (م) : [وإن كانوا] .
(١١) سورة الإسراء : الآية ٧٣ .
(١٢) أخرجه ابن عبد البر في الاستذكار (٥٦/٢٤) برقم ٣٥٣٤٥ .
(١٣) في (م) : [الفصل] .
(١٤) سورة القلم : الآية ٦ .
(١٥) في (ص) . (م) : [الأمران] وما أثبتناه هو الصواب .

٢٨٣١٨ - قالوا : عقوبة تعلق بالزنا فكانت [1] حدًّا كالجلد .

٢٨٣١٩ - قلنا : لا نسلم أن النفي يتعلق بالزنا . إنما ينفي إذا خيف من الفساد . ولهذا ينفي الشارب والسارق . والمعنى أن المقصود لا يقف على اجتهاد الإمام . ولما كان المقصود من النفي يقف على اجتهاد الإمام لم يكن حدًّا .

٢٨٣٢٠ - قالوا : عقوبة الزاني ورد بها الشرع فكانت حدًّا كالجلد والرجم .

٢٨٣٢١ - قلنا : تبطل برد شهادته والحكم بفسقه وسقوط ولايته .

٢٨٣٢٢ - وإن قالوا هنا [2] لا يختص بالزنا .

٢٨٣٢٣ - قلنا : كذلك النفي عندنا .

٢٨٣٢٤ - قالوا : عقوبة تقدرت على الزاني شرعًا كالجلد .

٢٨٣٢٥ - قلنا : لا نسلم ذلك لأن عندنا مدة النفي غير مقدرة بالشرع . وإنما هي موقوفة على رأي الإمام .

٢٨٣٢٦ - فإن احتجوا بالخبر فقد بينا [3] الكلام عليه .

٢٨٣٢٧ - قالوا : معصية توجب أمرين أعلى وأدنى . فوجب أن يكون مع أدناهما غيرهما كالقتل .

٢٨٣٢٨ - قلنا : يبطل بقطع الطريق ؛ فإن يوجب القتل وما دونه و [لا يضم] [4] إلى غيره . والقذف والشرب معصية . توجب أمرين : الحد الكامل في الحر ونصفه في العبد . وليس يجب في الأدنى غيره . ونعكس فنقول فلا يجب مع الأدنى النفي كالقتل .

* * *

---

(١) في (م) : [وكانت] .
(٢) ساقطة من (ص) .
(٣) في (م) : [ثبت] .
(٤) في (م) : [ما يضم] .

مسألة ١٤٠٨

[هل الإسلام شرط في الإحصان ؟]

٢٨٣٢٩ - قال أبو حنيفة ومحمد الإسلام شرط في الإحصان (١) . وقال أبو يوسف : ليس بشرط في إحصان الرجم (٢) وبه قال الشافعي (٣) .

٢٨٣٣٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ (٤) . وهذا يقتضي وجوب الجلد على كل زانٍ إلا ما خصه دليل ويدل عليه : ما روى الثوري عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال : من أشرك بالله فليس بمحصن (٥) . وروى مسندًا أن رسول اللّه ﷺ [قاله ، وقوله] (٦) لا يمنع باسناده . لأن الراوي إذا سمع حكمًا اعتقده فرواه تارة . وأفتى به أخرى .

٢٨٣٣١ - فإن قيل : المراد إحصان القذف . لأن عرض الكافر لا يجب بهتكه الحد . فيبين فضيلة الإسلام بالتشديد على القاذف . ولا يجوز أن يكون المراد بإحصان الرجم . لأن في ذلك تشديدًا على المحصن فلا يكون الإسلام سبب التشديد عليه .

٢٨٣٣٢ - قلنا : اللفظ عام فيهما . وقولهم إنه تشديد ليس بصحيح . لأن الإحصان إذا حصل بلغ الإنسان أكمل أحواله . وهذه فضيلة . فأخبر ﷺ أن الكافر لا يبلغها . ويدل عليه : ما روى أن كعب بن مالك تزوج يهودية ؛ فقال النبي ﷺ : « لا تقول له إذا زنيت لم ترجم » (٧) .

---

(١) انظر : إيثار الإنصاف ص ٢٠٣ ، والجامع الصغير ص ٢٧٩ ، ومجمع الأنهر (٩٧/١) ، وتبيين الحقائق (٤١٤/٥) . وهو مذهب المالكية . انظر : تبصرة الحكام (٢٥٥/٢) ، وشرح الزرقاني على مختصر خليل (٨٢/٨) .

(٢) انظر : البناية شرح الهداية (٣٧٧/٥) ، والبحر الرائق (١٩/٥) ، فتح القدير (٢٦٩/٥) .

(٣) انظر : التهذيب (٤٣٨/٦) ، والمهذب (٢٦٧/٢) ، وحاشية الجمل على شرح المنهج (١٣١/٥) وهو مذهب الحنابلة . انظر : التوضيح في الجمع بين المقنع والتوضيح (١٢٠٢/٣) ، المبدع في شرح المقنع (٦٣/٩) .

(٤) سورة النور : الآية ٢ .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢١٦/٨) .

(٦) ما بين المعكوفتين في جميع النسخ : [قومه] ، والزيادة لاستقامة النص .

(٧) هذه اللفظة لم أجدها في كتب الحديث ، إنما المذكور فيها : « لا تزوجها ، فإنها لا تحصنك » . انظر : مراسيل أبي داود ص ١٨١ برقم ٢٠٦ .

٢٨٣٣٣ - قلنا : لا يجوز أن يكون المراد به (١) العقد . لأن كعبًا كان عفيفًا قبل تزوجها وبعده ، وإنما المراد أنك لا تبلغ بتزويجها أكمل أحوال المسلمين . لأن المحصن كامل .

٢٨٣٣٤ - ولأنه إحصان شرعي فكان الإسلام شرطًا فيه كإحصان القذف .

٢٨٣٣٥ - ولأنه إحصان شرط في إقامة حد فكان من شرطه الإسلام كإحصان القذف .

٢٨٣٣٦ - ولأنه شرط في إحصان القذف محكوم به ، فكان شرطًا في إحصان الرجم كالحرية . ولا تلزم العفة : لأن الحاكم لا يحكم بها (٢) .

٢٨٣٣٧ - ولأنه معنى يمنع وجوب الحد على القاذف مع اشتباه حاله في الصدق والكذب فمنع من إحصان الرجم كالرق .

٢٨٣٣٨ - ولأن إحصان الرجم أكثر شرائط . وإحصان القذف دونه . فلما اعتبر في أضعف الإحصانين إذا تصور وجوده في الإحصان الأقوى واعتباره فيه أولى . ولا تلزم العفة لأنه لا يتصور وجودها في الزاني فلا يصح شرطها في رجمه .

٢٨٣٣٩ - [فإن قيل] : لا يتصور وجودها ولا يتصور اعتبار أحد الإحصانين بالآخر . لأن العفة شرط في القذف ثم لم تشترط في إحصان الرجم .

٢٨٣٤٠ - قلنا : الشيء إنما يكون شرطًا إذا تصور وجوده . والزاني لا يتصور فيه العفة . فكيف يقال : إنها شرط .

٢٨٣٤١ - والدليل على أنه لا يرجم الآية .

٢٨٣٤٢ - فإن قيل : المراد بها المسلمين . لأنه قال في آخرها ﴿ مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ ﴾ (٣) .

٢٨٣٤٣ - قلنا : نفى الرأفة مأمور به في الكافر الزاني الذمي كما أمر به في المسلم . فلا يقتضي ذلك التخصيص .

٢٨٣٤٤ - ولأنه لا يحد في شرب الخمر فلم يجب عليه بالزنا الرجم كالصبي والمجنون .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) في (م) : [به] .

(٣) سورة النور : الآية ٢ .

٢٨٣٤٥ – ولأنه نقص محكوم به يؤثر في الشهادة فمنع من وجوب الرجم كالرق .

٢٨٣٤٦ – ولا يلزم الفسق لأنه لا يحكم به . ولا الأنوثية لأنه نقص لا يمنع الشهادة ، وإنما يؤثر في نقصان رتبتها .

٢٨٣٤٧ – فإن قيل : العبد حده منتصف قد يستوي فيه الحر والعبد كالقطع في السرقة .

٢٨٣٤٨ – ولأن قاذفه لا يحد مع اشتباه حاله في الصدق والكذب فلم يجب رجمه كالعبد .

احتجوا : بحديث عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال : « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب الجلد والرجم » [١] .

٢٨٣٤٩ – قلنا : قد اتفقنا أن الجلد لا يكون مجتمعًا مع الرجم [في الثيب] ، وإنما المراد به الثيب بالثيب الرجم . ألا ولنا أن نتعلق بالجلد فصار الخبر مشترك الدليل .

٢٨٣٥٠ – ولأن الإحصان شرط بالاتفاق فصار كالمشروط في الثيب . ولا نحن لا نسلم إحصان الكافر فلم يصح الاستدلال بالظاهر .

٢٨٣٥١ – احتجوا : بما روي عن عمر أنه قال : « لولا أن يقال زاد ابن الخطاب في كتاب اللّٰه إذ كتب في حاشية المصحف : الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة [٢] ردًا لأمر اللّٰه .

٢٨٣٥٢ – قلنا : لا بخلاف الرجم لا يجب لكون الذي يعلم أن الرجم يتعلق بشرط لم يذكر وهو الإحصان .

٢٨٣٥٣ – وقد اختلفنا في شروطه . ولأن المراد بهذا المسلمين . لأن الكافر لا يقف النكال به على الزنى لأنه ينكل به بكفره [وإن لم يزن] . والمسلم يقف النكال به على وجود الزنا ولا يجوز قتله .

٢٨٣٥٤ – ولأنه روى عن عمر بن الخطاب وعلى أنهما قالا في اليهودي : إذا زنا فإنه يسلم إلى قومه ليقيموا عليه حد اللّٰه . فدل أن عمر إنما قال ما قاله في المسلم خاصة .

٢٨٣٥٥ – احتجوا : بما روى ابن عمر أن النبي ﷺ رجم اليهوديين [٣] .

---

(١) أخرجه مسلم في الحدود (١٦٩٠) ، والترمذي في الحدود (١٤٣٤) ، وأبو داود في الحدود (٤٤١٥) .
(٢) أخرجه الخطيب البغدادي في موضح أوهام الجمع والتفريق (٥٥١/١) .
(٣) أخرجه أبو داود في السنن (٤٤٤٦) ، وابن حجر في فتح الباري (١٩٩/٣) .

٢٨٣٥٦ - قلنا : رجمهما قبل كون الإحصان شرط بدلالة أنه ﷺ سئل عن إحصانهما وبدليل أنه روي عن ابن عمر أنه رجمهما أول ما دخل المدينة . ولأن ابن عمر قال : من أشرك بالله فليس بمحصن . فدل أنه عرف بغير هذا الحكم .

٢٨٣٥٧ - فإن قيل : روى أبو هريرة أنه ﷺ رجمهما وكانا قد أحصنا .

٢٨٣٥٨ - قلنا : الإحصان اسم . ولأن أبا هريرة تأخر إسلامه فلم يشهد القصة . فيجوز أن يكون لما سمع الرجم وعلم من شرطه في الإسلام الإحصان . أعتقد أنه ﷺ لم يرجمهما إلا وقد أحصنا .

٢٨٣٥٩ - وجواب آخر : أنه ﷺ رجمهما بحكم التوراة ولم يكن القرآن نزل بحد الزاني .

٢٨٣٦٠ - لأن سورة النساء مدنية . والرجم كان قبل دخوله ﷺ المدينة . وقد كان مأمورًا بالعمل بشريعة من تقدمه فرجع إلى ما في التوراة . ولهذا قال : « أنا أحق بإحياء سنة أماتوها » ثم نسخ هذا بما جاء في شريعته [من قوله] ﴿ فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِي ٱلۡبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ ﴾ (١) .

٢٨٣٦١ - ثم نسخ ذلك بحديث عبادة بن الصامت ، وشرط الإحصان في الرجم فروى ابن عمر القصة الأولى . وقال : « من أشرك بالله فليس بمحصن » . على ما استقر في الشريعة بعد الحكم الأول . يبين ذلك أن الأحكام لو كانت نزلت في شريعته لم يحتج إلى الرجوع إلى التوراة . لأن أحكام القرآن ناسخة لها فلا يجوز الرجوع إلى المنسوخ مع وجود الناسخ .

٢٨٣٦٢ - ولا يقال : أراد أن يبين كذبهم فيما ادعوه . لأنه لو كان كذلك لبينه أولاً قبل وجود الزنا من اليهودي .

٢٨٣٦٣ - احتجوا : بأن من أهل الجلد ما إذا كان بكرًا فوجب أن يكون من أهل الرجم إذا وطئ في نكاح صحيح كالمسلم .

٢٨٣٦٤ - قلنا : الجلد هو أدنى حد الزنا والرجم أعلاه ، فلم يستدل بثبوت أدنى الحدين على ثبوت أعلاهما .

٢٨٣٦٥ - فإن قيل : الجلد الكامل [على أنواع] فقد اعتبرنا الحد الأعلى بالحد الأدنى .

---

(١) سورة النساء : الآية ١٥ .

٢٨٣٦٦ – قلنا : كونه على الجلد لا يمنع أن يكون أدنى من الرجم فقد حصل الكمال من وجه والنقصان من وجه فاستدلوا بثبوته على ثبوت الكامل في جميع الوجوه .

٢٨٣٦٧ – والمعنى في المسلمين أنه ممن يحد قاذفه . فجاز أن يجب عليه بالزنا الرجم . والكافر لا يحد قاذفه مع اشتباه حاله في الكذب والصدق فلم يجب عليه الرجم .

٢٨٣٦٨ – قالوا : أحد الملتين فجاز أن يجب على أهلها الرجم كملة الإسلام .

٢٨٣٦٩ – قلنا : لا نمنع أن يختلف حكم الملتين في الحد . بدلالة أن المسلم يحد بشرب الخمر ولا يحد الكافر . ويحد عندهم المسلم إذا تزوج أمه فوطئها ولا يحد الكافر ولأن المسلم يجب عليه الرجم لبلوغه إلى حد الكمال ، والكافر لم يبلغ هذا الحال . فصار كالمسلم الذي لم يكمل حاله لوجود الرق أو لعقد النكاح .

٢٨٣٧٠ – قالوا : قتل بأمر سابق [فاستوى فيه الكافر والمسلم كالقصاص فاحترزوا بقولهم بأمر سابق] عن القتل بترك الصلاة .

٢٨٣٧١ – قلنا : يبطل بإظهار كلمة الكفر يقتل بها المسلم ولا يقتل بها الكافر ، وكذلك ذوات المحارم بالنكاح يقتل عندهم المسلم دون الكافر ولأن الرجم اعتبر فيه من الاحتياط ما لم يعتبر في القصاص .

٢٨٣٧٢ – بدلالة شهادة أربعة . والمعنى في القصاص أنه يجوز أن يجب على العبد فجاز أن يجب جنسه على الكافر . ولما لم يجب الرجم على العبد لم يثبت جنسه في حق الكافر .

٢٨٣٧٣ – قالوا : أحد موجبي الزنا فجاز أن يجب على الكافر كالجلد .

٢٨٣٧٤ – قلنا : الجلد لم يعتبر فيه الإحصان فجاز أن يجب على الكافر . والرجم وجب فيه الإحصان . فلذلك لم يجب على الكافر .

٢٨٣٧٥ – قالوا : حد فلا يختلف بالكفر والإسلام كسائر الحدود .

٢٨٣٧٦ – قلنا : يبطل بحد الشرب . ولأن سائر الحدود لم يعتبر فيها الإحصان . وهذا الحد اعتبر فيه الإحصان .

٢٨٣٧٧ – قالوا : في امرأة واحدة فكان من أهل الرجم كالمسلم .

٢٨٣٧٨ – ومنهم من قال : لأنه وراث حادث فكان من أهل الرجم كالمسلم . فيحترز بقولهم وارث عن العبد وبقولهم حادث عن البكر . والجواب عنه ما قدمناه .

مسألة ١٤٠٩

[حد المكلف إذا زنى مع غير مكلف]

٢٨٣٧٩ – قال أصحابنا : إذا مكنت العاقلة مجنونا أو صبيًّا فوطئها فلا حد عليها . وإن وطئ العاقل مجنونة أو مراهقة حُدَّ (١) .

٢٨٣٨٠ – وقال الشافعي : على العاقلة الحد (٢) .

٢٨٣٨١ – لنا (٣) : أنها مكنت من نفسها ممن (٤) لا إثم عليه في وطئه . فصار كما لو مكنت زوجها أو مولاها .

٢٨٣٨٢ – ولأنها لو (٥) وجدته في فراشها فمكنته وهي تظنه زوجها أو مولاها لم يجب عليها الحد . كذلك إذا علمت أنه أجنبى أصله إذا كان ولد مولاها ولأن (٦) فعل المجنون ليس بزنى . وهو المتبوع . وفعل المتبوع إذا لم يحكم له بزنى (٧) لم يجب الحد على التابع (٨) أصله الوطء بشبهة .

٢٨٣٨٣ – والدليل على أن فعل المجنون ليس بزنى : أنه لا يوصف بالتحريم عقلا ولا شرعًا . والزنا لا ينفرد عن المأثم (٩) . ولأن القاذف لا يحد . ولو كان فعله زنى لوجب

---

(١) قال زفر وأبو يوسف في رواية : أن الحد على العاقلة . انظر : كشف الحقائق (٨٣/١) ، وحاشية الطحاوي (٣٩٤/٢) ، والجوهرة النيرة (١٥٦/٢) .

(٢) انظر : الغرر البهية شرح البهجة الوردية (٨٣/٥) ، والتهذيب (٣٢٠/٧) ، والروضة (٩٤/١٠) . وفي مذهب المالكية والحنابلة تفصيل ؛ حيث ذهبا إلى أن الحد يجب على العاقلة إذا أمكنت مجنونًا من نفسها ، وكذلك إذا وطئ صبية يمكن وطء مثلها ، أما إذا كانت الصبية لا يمكن وطء مثلها فلا حد عليه في مقابل الأظهر عند المالكية . وهو المذهب عند الحنابلة ويحد إن كان لها خمس سنين في قول ابن القاسم وهو الأظهر . ومقابل المذهب عند الحنابلة أنه يحد . وقال القاضي : لا حد على من وطئ صغيرة لم تبلغ تسعًا . وأما إذا مكنت من نفسها صبيًّا فلا حد عليها عند المالكية وإن قوي على الجماع ، وهو اختيار القاضي من الحنابلة إذا لم يكن ابن عشر سنين . فإن كان ابن عشر حدت . والصحيح عندهم أنها تحد . انظر : تبصرة الحكام (٢٥٢/٢) ، والخرشي على مختصر خليل (٧٦/٨ – ٧٧) ، وشرح منح الجليل (٢٤٦/٩) ، والمبدع (٧٤/٩) ، والمغني (٥٤/٩) ، والإنصاف (١٨٨/١٠) .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) في جميع النسخ : [من] .

(٥) ساقط من (م) .

(٦) ي (م) : [ولا] .

(٧) في (م) : [بالزنى] .

(٨) في (م) : [البالغ] .

(٩) في (م) : [الموثم] .

على قاذفه الحد كالعاقل . ولأن الزنى اسم ذم والمجنون لا يذم .

٢٨٣٨٤ - ولا يلزم على العلة العاقل إذا زنى بالمجنونة . لأن فعله متبوع وفعلها تبع ، وخروج التبع أن يكون زنى لا يوجب خروج المتبوع من ذلك .

٢٨٣٨٥ - والدليل على أن فعلها تابع : أنها لا تنفرد بالفعل . وقد يجوز أن ينفرد عنها أن يطأها وهي نائمة . [ولا يمكنه] (١) الوطء إلا بوجود الانتشار منه ، ولأنه فاعل وهي مفعولة . وقد ينفرد الفاعل عن المفعول كما ينفرد إذا وقع الفعل في كمال . ولأنها مكنت من نفسها واطئا لا يجب عليه الحد . فلا يجب عليها الحد من نفسها (٢) كما لو مكنت زوجها أو أبا مولاها .

٢٨٣٨٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ ﴾ (٣) .

٢٨٣٨٧ - قلنا (٤) : لا نسلم أنها زانية لأنا قد دللنا على أنه ليس بزنى وإذا لم تكن المفعوله زانية كما أن فعل الفاعل إذا لم يكن جنونا لم يكن المفعول مضروبًا

٢٨٣٨٨ - قالوا : الدليل على أن فعله زنى أنه لا يثبت النسب منه .

٢٨٣٨٩ - قلنا : يجوز أن يكون فعله شبهة تمنع من كونه . ولا يثبت النسب بوطء الرجل جارية أخيه . إذا قال ظننت أنها حلال .

٢٨٣٩٠ - فإن قيل : لا تعلق لفعلها بفعله فيجوز أن تكون زانية دونه كما يجوز أن يكون زانيا بوطئها فلا تكون زانية .

٢٨٣٩١ - قلنا : هذا لا يصح لما بينا أنه فاعل وهي مفعولة . فإذا لم يوجد منه فعل الزنى كيف يوصف المفعول بذلك ؟

٢٨٣٩٢ - قالوا : قال اللّٰه تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي ﴾ (٥) فسماها فاعلة وبدأ بها ، والبداية تكون بالمقصود .

٢٨٣٩٣ - قلنا : المرأة سميت زانية لأن المفعول يسمى باسم الفاعل . قال اللّٰه تعالى ﴿ فِي عِيشَةٍ رَّاضِيَةٍ ﴾ (٦) يعني مرضية . ويقال هذا قولي مقذوف . هذا قول الفراء .

---

(١) في (م) : [ولا يمكنها] . (٢) بعده في (ص) : [واطئًا] .
(٣) سورة النور : الآية ٢ .
(٤) من أول قوله : [قلنا] إلى قوله : [من وطئها في صوم رمضان] ساقط من (م) .
(٥) سورة النور : الآية ٢ . (٦) سورة الحاقة : الآية ٢١ .

٢٨٣٩٤ - وإذا ثبت أنها مفعول [١] اتبع الاسم الفاعل .

٢٨٣٩٥ - قالوا : ما وجب عليها بتمكين الواطئ المكلف من وطئها بتمكن المجنون أصله إذا مكنت المجنون من وطئها في صوم رمضان .

٢٨٣٩٦ - قلنا : الشبهة في حق [واطئ في رمضان] [٢] لا تؤثر في سقوط الكفارة عنها [وهو شبهة في حقها] [٣] لأنه [٤] لو جامعها وهو يظن أن الفجر لم يطلع وهي تعلم بالطلوع [وجبت عليها الكفارة] [٥] دونه والشبهة في حق الواطئ تؤثر في سقوط الحد عنها وإن لم توجد الشبهة في حقها بدلالة [٦] : من زفت إليه غير امرأته وهو يعلم سقط الحد عليها . وكذلك إذا تزوجها نكاحًا فاسدًا أو وطئها وهو لا يعلم بالعقد .

٢٨٣٩٧ - قالوا : كل واطئين إذا كانا مكلفين وجب الحد كل واحد منهما . فإذا كان أحدهما مكلفًا وجب الحد على المكلف منهما أصله العاقل إذا زنى بالمجنونة .

٢٨٣٩٨ - قلنا : العاقل إذا زنى فعله متبوع فسقوط الحد عن التبع لا يمنع وجوبه عليه . وفي مسألتنا فعلهما تبع . فإذا لم يكن فعله زنى [لم يجز] [٧] أن يكون المفعول بها زانية على ما قدمنا .

٢٨٣٩٩ - قالوا : سقوط الحد عن أحد الواطئين لمعنى يخصه لا يوجب سقوطه عن الآخر قياسًا على المستأمن إذا زنى بالمسلمة .

٢٨٤٠٠ - قلنا : فعل المستأمن زنى . وهو يذم عليه مؤاخذ به وإنما تعذر استيفاء الحد لبقائه على حكم داره فلم يمنع ذلك وجوب الحد عليها كما لو غاب الزاني أو مات ولأن فعل الحربي زنى [٨] بدلالة أنه لو أسلم فقذفه به قاذف وجب عليه الحد . وفعل المجنون ليس بزنى . لأنه لو أفاق فقذفه بالوطء في حال جنونه لم يجب الحد .

٢٨٤٠١ - فإن قيل : كما تقولون في المكره إذا زنى بمطاوعة .

٢٨٤٠٢ - قلنا : قال محمد : لا أحفظ قول أبي حنيفة فيه . فيجوز أن يقال : لا حد عليها قبيل مسألتنا . ويجوز أن يقال عليها الحد . لأن فعله زنى مؤاخذ به ، فلهذا [٩] نقول لا يحل له الإقدام عليه مع الإكراه .

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢ ، ٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٤) في (م) : [فإنه] .

(٥) في (م) : [وجبت الكفارة عليها] .

(٦) مطموس في (م) .

(٧) في (م) : [لم يجب] .

(٨) ساقط من (م) .

(٩) في (ص) : [لا] .

٢٨٤٠٣ - قالوا : يجوز أن يسقط الحد عن أحدهما بالشبهة دون الآخر مثل أن يعتقد أنها زوجته وهي تعلم .

٢٨٤٠٤ - قلنا : هاهنا يجب الحد عليهما عندنا . وإنما يسقط الحد إذا زفت إليه غير امرأته وأخبره النساء أنها زوجته . وهذا يسقط الحد عنهما وإن كانت عالمة .

٢٨٤٠٥ - قالوا : فعلها يجوز أن ينفرد عن فعله بنوع الحد كذلك لوجوب الحد أصله انفراد فعله من فعلها . ومعناه : إذا كانت محصنة وكان بكرًا عليها الرجم دونه وكذلك العبد يزني بالحرة ينتصف حده ويكمل حدها .

٢٨٤٠٦ - قلنا : ليس إذا انفرد بنوع الحد جاز أن تنفرد بأصل الحد . ألا ترى أن المشتركين في السرقة إذا كان أحدهما مقطوع اليمنى قطعت يمين أحدهما ورجل الآخر . ثم لا ينفرد أحدهما بوجوب القطع عن الآخر . [لأن أحدهما لو كان شريكًا في المال سقط القطع عنهما وعندهم القاتلان ينفرد أحدهما عن الآخر] [1]. وصفة القصاص إذا قتل أحدهما بالسيف والآخر بالحجر . ولا يدل ذلك على الانفراد بالوجوب في المخطئ والعامد .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٤١٠

[عدد الإقرارات الكافية في وجوب الحد]

٢٨٤٠٧ - قال أصحابنا : لا يثبت الزنى بالإقرار حتى يقر أربع [١] مرات في أربعة مجالس من مجالس المقر [٢] .

٢٨٤٠٨ - وقال الشافعي : إذا أقر مرة واحدة وجب الحد [٣] .

٢٨٤٠٩ - لنا : ما روى ابن شهاب قال : حدثني أبو سلمة عن جابر بن عبد الله الأنصاري أن رجلًا من أسلم أتى رسول الله ﷺ وهو في المسجد فناداه فحدثه أنه زنى . فأعرض عنه فتنحى [إلى شقه] [٤] الذي أعرض قبله ، فأخبره أنه زنى ، وشهد على نفسه أربع مرات فدعاه رسول الله ﷺ فقال : « هل بك جنون » ، قال : لا . قال : « فهل أحصنت » ، قال : نعم . فأمر به أن يرجم بالحصى [٥] .

٢٨٤١٠ - وروى الزهري عن أبي سلمة وسعيد بن المسيب عن أبي هريرة [٦] . وروى عبد الله بن يزيد [٧] عن أبيه قصة ماعز وذكر أبو داود عن يزيد بن نعيم بن هزال [٨] . قال : كان ماعز يتيمًا في حجر أبي فأصاب جارية من الحي . فقال له أبي :

---

(١) في (م) : [رابع] .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين (٤/٩) ، والبناية في شرح الهداية (٣٥٣/٥) وشرح الكنز للعلامة منلا مسكين بهامش حاشية أبي السعود (٣٥٢/٢) ، ومجمع الأنهر (٥٩٤/١) . وهو مذهب الحنابلة . انظر : شرح الزركشي (٢٩٣/٦) ، الروض المربع بشرح زاد المستقنع ص ٤٤٦ .

(٣) انظر : الأم (١٦٩/٦) ، ومغني المحتاج (٤٥١/٥) ، والوسيط (٤٤٦/٦) . وهو مذهب المالكية وأهل الظاهر . انظر : المدونة الكبرى (٤٨٢/٤) ، والمنتقى (١٣٥/٧) ، والمحلى (٩٧/١٢) .

(٤) في (م) : [الشقة] .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٩٨/٦) برقم ٦٤٢٩ ، ومسلم في صحيحه (١٣١٨/٣) برقم ١٦٩١ .

(٦) أخرج قصة ماعز البخاري في صحيحه (٢٥٠٢/٦) برقم ٦٤٣٩ .

(٧) هو : عبد الله بن يزيد بن حصن بن الحارث الأنصاري ، يكنى أبا موسى . كان يسكن الكوفة ، واستعمله عبد الله بن الزبير عليها . كانت لأبيه صحبة . روى عن النبي ﷺ ، والبراء بن عازب . وزيد بن ثابت . مات في زمن ابن الزبير . انظر : أسد الغابة (٤١٦/٣) ، والإصابة (٢٦٧/٤) ، والاستيعاب (١٢٣/٣) .

(٨) في (ص) ، (م) : [هناد] . وما أثبتناه من سنن أبي داود (١٥٤/٤) . وهو : يزيد بن نعيم بن هزال الأسلمي الحجازي . روى عن سعيد بن المسيب ، وأبيه ، وجده . وروى عنه : زيد بن أسلم ، ويحيى بن =

ائت [(١)] النبي ﷺ ، فأخبره بما صنعت ، لعله يستغفر لك . فأتاه . فقال : يا رسول الله : إني زنيت فأقم علي حد الله . حتى قالها أربع مرات ، كل ذلك يعرض عنه رسول الله ، فقال رسول الله : شأنك [(٢)] فإنها أربع ، فبمن ؟ [(٣)] وفي السنن عبد الله بن بريدة [(٤)] عن أبيه قال : كنا أصحاب النبي [(٥)] ﷺ نتحدث أن الغامدية [وماعزًا لو لم يرجما] [(٦)] بعد اعترافهما لم يطلبها ، وإنما رجمها عند الرابعة [(٧)] . وروى ابن أبي أبزى [(٨)] عن [(٩)] أبي بكر قال : أتى النبي ﷺ ماعز - فأقر عنده ، ثم جاء فأقر فأعرض عنه ، ثم جاء فأقر فأعرض عنه . فقلت : إن أقررت الرابعة عندي رجمتك [(١٠)] . فأقر الرابعة . فسأل عنه أهله . فقالوا : [ما نعلم] [(١١)] إلا خيرًا فرجمه رسول الله [(١٢)] ووجه الدلالة : أنه ﷺ لم يتعرض له في أول مرة [حتى عند الرابعة ، ولو كان الحكم يتعلق بإقراره مرة لم يجز له تأخير النظر في أمره] [(١٣)] .

٢٨٤١١ - ولأنه قال : « شأنك فإنها أربع مرات » فدل على تعليق الحكم بالعدد .

٢٨٤١٢ - وقول أبي بكر الصديق لماعز : إنك إن أقررت الرابعة رجمتك . يدل

= سعيد ، وعكرمة ، وغيرهم . وروى له : مسلم ، وأبو داود ، والنسائي . انظر : تهذيب الكمال (٣٢/ ٢٥٧) والجرح والتعديل (٩/٢٩٢) ، وتاريخ الإسلام (٤/٥٠٥) .

(١) في (م) : [يتيم] .

(٢) في جميع النسخ : [ساري] . والصواب ما أثبتناه وهو الموافق لمصادر التخريج ولما سيأتي بعد قليل .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤/١٤٥) .

(٤) هو : عبد الله بن بريدة الأسلمي قاضي مرو . روى عن : أبيه ، وأبي موسى الأشعري ، وأبي هريرة ، والمغيرة بن شعبة . وروى عنه : مقاتل بن حيان ، وحسين بن واقد ، وحسين المعلم . مات سنة ١١٥ هـ . انظر : التاريخ الكبير (٥/٥١) ، والجرح والتعديل (٥/١٣) ، وشذرات الذهب (١/١٥١) .

(٥) في (م) : [رسول الله] .

(٦) في (م) : [وماعز لو ألم] .

(٧) أخرجه أبو داود في سننه (٤/١٤٩) برقم ٤٤٣٤ .

(٨) هو : عبد الرحمن بن أبي أبزى الخزاعي مولى نافع عبد الحارث الخزاعي ، سكن الكوفة ، وأدرك النبي ﷺ . استعمله علي رضي الله عنه على خراسان . روى عن : عمر ، وأبي بن كعب ، وعلي ، وروى عنه : ابن أبي ليلى ، والشعبي ، وأبو مالك الغفاري . انظر : الاستيعاب (٢/٨٢٢) ، والإصابة (٤/٢٨٢) ، وأسد الغابة (٣/٤٢٢) .

(٩) في (م) : [بن] .

(١٠) ساقطة من (ص) .

(١١) في (ص) ، (م) : [لا أحرى منه] ، ما أثبتناه من فتح القدير (٥/٢٢٠) .

(١٢) أخرجه أحمد في المسند (١/٨) برقم ٤١ .

(١٣) ساقطة من (م) .

على أن الشريعة تعلق الحكم بهذا العدد .

٢٨٤١٣ - فإن قيل : قد روى أبو هريرة أنه أقر الخامسة (١) .

٢٨٤١٤ - قلنا : يجوز أن يكون أقر (٢) مرتين في مجلس واحد فأعدها مرة واحدة ، بدلالة قوله ﷺ : « شأنك فإنها أربع » يعلق الحكم بهذا العدد دون غيره .

٢٨٤١٥ - قالوا : إنما رده [لأنه ظنه مجنون] (٣) ، ولهذا قال له : أبك (٤) خبل (٥) ، وسأل قومه .

٢٨٤١٦ - قلنا : لو كان كذلك (٦) لقال : الآن صح إقرارك ولم يعلق الحكم بالعدد ، ولأنه إذا شك في عقله ثم تبين أنه عاقل لعلق الحد بالإقرار الأول ، وكان أبو بكر لا يقول : إن أقررت الرابعة . لأنه لا يحتاج إلى تكرار الإقرار .

٢٨٤١٧ - فإن قيل : رده لجواز أن يرجع

٢٨٤١٨ - قلنا : إذا صح الإقرار لم يجز التوقيف على إقامة الحد انتظارًا للرجوع . لأنه ﷺ كان ما يتعين عنده الحكم في حد من حدود الله إلا أقامه .

٢٨٤١٩ - فإن قيل : إنما رده لأنه لم يكن أقر بصريح الزنى ، ولهذا لو قال لغيره زنيت ، عليه الحد .

٢٨٤٢٠ - قلنا (٧) : وقوله « لعلك لمست » (٨) يلقنه (٩) الرجوع .

٢٨٤٢١ - فإن قيل : هذا خبر واحد مخالف للأصول .

٢٨٤٢٢ - قلنا : هذا خبر من أخبار الاستفاضة . لأن الأمة (١٠) تلقته بالقبول وعملوا بموجبه ، فما يدل عليه أصل لنفسه كسائر الأصول المعلومة .

٢٨٤٢٣ - فإن قيل : الغامدية قالت للنبي ﷺ أتريد أن تردني [كما رددت

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٤٨/٤) برقم ٤٤٢٨ ، وابن حبان في صحيحه (٢٤٤/١٠ - ٢٤٥) برقم ٤٣٩٩ .

(٢) ساقط من (م) .

(٣) غير واضحة في (ص) .

(٤) ساقط من (م) .

(٥) في (م) : [حل] .

(٦) في (م) : [لذلك] .

(٧) غير واضحة في (ص) .

(٨) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٠٢/٦) برقم ٦٤٣٨ .

(٩) في (م) : [يلقهن] .

(١٠) في (م) : [الإقامة] .

ماعزًا][١] . [٢] فهذا يدل أن الترداد ليس بشرط [٣] .

٢٨٤٢٤ - قلنا : هذا يدل أن يردا هذا القول ولم يلتفت إلى قولها . ولأنه سبب يثبت به الحد . فوجب أن يتنوع نوعين بالشهادة .

٢٨٤٢٥ - بيان : أن الشهادة في الحدود تارة يشترط [٤] شاهدان . ولأن ما يثبت الحقوق يضعف في الزنى كالشهادة [ولأنه سبب يثبت به حد الزنى فوجب أن يقر فيه أربع مرات كالشهادة] [٥] ، ولأن الإقرار سبب ثابت [٦] في الحقوق فجاز أن يعتبر فيه أربع مرات كالشهادة .

٢٨٤٢٦ - فإن قيل : نقلب فنقول فلا يعتبر التكرار من واحد كالشهادة .

٢٨٤٢٧ - قلنا : ما شرط فيه العدد إذا تعذر تكراره من أشخاص يكون شخص [٧] واحد كاللعان [٨] والقسامة .

٢٨٤٢٨ - فإن قيل : اعتبار الإقرار .

٢٨٤٢٩ - قلنا : علينا أن نقضى أن يكون للعدد مدخل في الإقرار كما كان له في الشهادة . ولا يقتصر ثبوت العدد في الموضع الذي اعتبر في الشهادة . فإذا [٩] أثبتنا العدد في موضع واحد فقد [١٠] أعطينا العلة مقتضاها .

٢٨٤٣٠ - فإن قيل : كان يجب أن يصح التكرار في مجلس واحد كما صحت الشهادة في مجلس واحد .

٢٨٤٣١ - قلنا : عدد الشهود شرط ليتنابذ [١١] عليه الظن بقولهم . وهذا المعنى موجود في المجلس الواحد . [وتكرار الإقرار] [١٢] اعتبر للاحتياط في إقامة الحدود [١٣] . لجواز أن يرجع المقر بين الإقرارين فيسقط الحد . وهذا المعنى لا يوجد في مجلس واحد .

---

(١) في (م) : [كما رددت في ماعز] .
(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٢١/٣ - ١٣٢٢) برقم ١٦٩٥ .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) في (م) : [بشرط] .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٦) في (م) : [لأننا] .
(٧) ساقطة من (م) .
(٨) في (م) : [كالأئمان] .
(٩) في (م) : [فإن] .
(١٠) ساقطة من (ص) .
(١١) غير واضحة في (ص) .
(١٢) في (م) : [وذكر أن الإقرار] .
(١٣) في (م) : [الحد] .

لأن الإقرار إذا تكرر في مجلس واحد فكأنه [(١)] إقرار واحد بدلالة الإقرار بالدين .

٢٨٤٣٢ - فإن قيل : الشهود متهمون فاعتبر العدد لزوال التهمة والمقر غير متهم على نفسه فلم يعتبر العدد لأن هذا الفرق لا يمنع تساوى الشهادة [(٢)] ، والإقرار اعتبار الصريح فيه دون الكناية ولأنه لا يتهم على نفسه بل [(٣)] يلقنه القاضى الرجوع بذلك لا يتهم على نفسه ، ويعتبر تكرار الإقرار لجواز أن يذكر أمره فيرجع بين الإقرارين . ولأن الزوج إذا ادعى على امرأته الزنى نفت الدعوى عن نفسها بيمين متكررة على شخص واحد . فإثبات [هذه] [(٤)] الدعوى بإقرارها يتكرر بعدد الأيمان [(٥)] الواجبة عليها .

٢٨٤٣٣ - ألا ترى أن سائر الدعاوى لما انتفت بيمين المدعى عليه مرة واحدة ثبتت بإقرار مرة واحدة . [لا يلزم اليمن في القسامة لأنها دعوى على جماعة كل واحد منهم يلزمه يمين واحدة] [(٦)] في موضوع الدعوى ، وإنما يتكرر [(٧)] اليمين عن [(٨)] نقصان العدد ، فأما مع وجود عدد المستحلفين فلا يتكرر .

٢٨٤٣٤ - احتجوا : بما روي في قصة العسيف أن النبي ﷺ قال : « واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » .

٢٨٤٣٥ - والجواب : أنه ﷺ لا يَقُومُ بإسناد إقامة الحد إلا إلى من يعرف الأحكام . وقد استقر في الشريعة اعتبار العدد في الإقرار ، ولم يبين له تلقينها الرجوع ، وكذلك الحد عنها إذا رجعت بعد الإقرار .

٢٨٤٣٦ - احتجوا : بما روى عمران بن الحصين أن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ فقالت : إنها زنت وهي حبلى . فدعى وليها . فقال : « أحسن إليها . فإذا وضعت فجئني [(٩)] بها » . فلما وضعت جاءه بها . فأمر بها النبي ﷺ فسلبت ثيابها ، ثم أمر بها فرجمت [(١٠)] . فلم يذكر تكرار إقرارها .

٢٨٤٣٧ - وروى عبد الله بن بريدة عن أبيه أن امرأة من بني عامر أتت النبي ﷺ فقالت : إني فجرت وإني لحبلى . فقال لها : « ارجعي حتى تلدي » . فرجعت فلما

(١) في (م) : و[وكأنه] .
(٢) ساقط من (م) .
(٣) في (م) : [ثم] .
(٤) في (ص) ، (م) : [وهذا] .
(٥) في (م) : [الأثمان] .
(٦) ساقط من (م) .
(٧) في (م) : [يتكر] .
(٨) في (م) : [على] .
(٩) في (م) : [فجيء بها] .
(١٠) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٢٤/٣) برقم ١٦٩٦ .

ولدت أتته بالصبي .

٢٨٤٣٨ – فقالت : هذا قد ولدته . قال : « ارجعي حتى تفطميه » فجاءت به وقد فطمته وفي يده شيء يأكله . فأمر بالصبي فدفع إلى رجل من المسلمين ، وأمر بها فحفر لها ، وأمر بها فرجمت [١] .

٢٨٤٣٩ – قلنا : روى عبد الرحمن بن أبي بكرة أن أباه حدثه أن النبي ﷺ كان على بغلة فجاءت امرأة فقالت : إني زنيت فأقم علي حد اللّه . قال : « ارجعي واستبرئي استبراء الدم » فعاودته مراراً . فلما كان في الرابعة . قال : « اذهبي حتى تضعين » [٢] . وذكر القصة .

٢٨٤٤٠ – رواه أبو الحسن [٣] بإسناده [٤] . فهذا يدل على أنها أقرت أربع مرات ، ولم ينقل العدد . فإنما قصد بيان الرجم ولم يقصد بيان كيفية الإقرار .

٢٨٤٤١ – وقولها : تردد علي [كما رددت على ماعز] [٥] ليدل [٦] على اشتهار الأمر في ترداده ﷺ لماعز .

٢٨٤٤٢ – قالوا : حق يجب بالإقرار فلا يعتبر فيه التكرار كسائر الحقوق .

٢٨٤٤٣ – قلنا : سائر الحقوق لا يعتبر فيها شهادة أربعة فجاز أن يثبت بإقراره [٧] مرة ، ولما لم يثبت الزنى : إلا بشهادة أربعة لم يثبت بإقراره مرة واحدة .

٢٨٤٤٤ – قالوا : سبب يوجب الحد فجاز أن يثبت بإقراره [٨] مرة واحدة أصله حد الشرب والقذف .

٢٨٤٤٥ – [قلنا : حد القذف والشرب] [٩] لم يفارق في عدد الشهادة فكذلك في عدد الإقرار ، ولما فارق حد الزنى نوعه في عدد الشهود جاز أن يخرج بين نوعه في عدد الإقرار .

٢٨٤٤٦ – قالوا : ما سقط بارتكاب مرة ثبت بإقرار مرة كحد الشرب والسرقة .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٢٣/٣) برقم ١٦٩٥ .

(٢) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٢٨٧/٤) برقم ٧١٩٦ .

(٣) هو : الدارقطني .

(٤) سنن الدارقطني (١٢٧/٣) برقم ١٤٤ .

(٥) في (م) : [كما رددت ماعزًا] .

(٦) في (م) : [يدل] .

(٧) في (م) : [بإقرار] .

(٨) في (م) : [بإقرار] .

(٩) ساقط من (م) .

٢٨٤٤٧ - قلنا : سقوط الحد بالرجوع مرة لا يستدل به على ثبوته بإقراره مرة . لأن ما يسقط الحدود أقوى في الثبوت مما يثبتها ، ألا ترى أن الحد يسقط بالرجوع الذي ليس بصريح ولا يثبت إلا بصريح الإقرار . وقال النبي (١) في قصة ماعز لما قيل أنه هرب : « هلا أخليتم سبيله ؟ ! » (٢) فجعل مجرد الفعل رجوعًا ، وبالفعل لا يثبت الحد مع القدرة على القول باتفاق . ولأن الزوج لو رجع عن (٣) القذف مرة واحدة سقط اللعان ، ولا يثبت اللعان إلا بتكرار أربع مرات . ولو رجع الشهود لم يعتبر في رجوعهم لفظ الشهادة . ولا تثبت الشهادة إلا بلفظ مخصوص .

٢٨٤٤٨ - قالوا : لو (٤) أقر مرة واحدة لم تسمع الشهادة بالزنى ، ولو شهد عليه فأقر مرة سقطت الشهادة . وإنما سقط حكم البينة ببينة أقوى منها . فلولا أن الإقرار قد ثبت الزنى به لم يمنع صحة الشهادة ولم يبطلها بعد وجودها .

٢٨٤٤٩ - قلنا : الشهادة لا يثبت حكمها إلا مع الإمكان فإذا اعترف بالزنى لم تسمع الشهادة لعدة الشهود وإن كان هذا الإقرار يقف على التكرار واستظهاراً لإقامة الحد .

٢٨٤٥٠ - يبين ذلك : أنه لو أقر ثم جحد سقط حكم الإقرار ويخالف ذلك سائر الحقوق استظهاراً للحد كذلك لا يمنع أن يوجد الإقرار فتسقط الشهادة استظهاراً للحد [ولم يثبت به الحد حتى يتكرر استظهاراً للحد] (٥) .

٢٨٤٥١ - يبين ذلك : أن الشهادة يثبت بها إبطال جحود المشهود عليه . فإن كان مقرا لم يوجد معناها فبطلت .

٢٨٤٥٢ - قالوا : كل حكم يتعلق بالإقرار يعتبر (٦) فيه إقرار مرة واحدة أصله سقوط الحد عن القاذف . قلنا : ما يؤثر في إسقاط الحدود يخالف ما يوجبها ويثبت به على ما قدمناه .

٢٨٤٥٣ - ولأن سقوط الحد عن القاذف لا يختص بالزنى بدلالة أن المقذوف لو اعترف بوطء شبهة سقط الحد عن القاذف . ولم يجب الحد عن المقر .

* * *

(١) ساقط من (م) .
(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٤٥/٤) برقم ٤٤١٩ .
(٣) في (م) : [على] . (٤) من (ص) .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . (٦) في (م) : [يعتبره] .

مسألة ١٤١١

[بداية الشهود بالرجم]

٢٨٤٥٤ - قال أصحابنا : إذا ثبت الزنى بالشهادة فبداية الشهود بالرجم شرط ، فإن امتنعوا سقط الحد ، وإن ابتدأوا رجم الناس (١) .

٢٨٤٥٥ - وقال الشافعي : ليس ذلك بشرط (٢) .

٢٨٤٥٦ - لنا : ما روى المسعودي (٣) عن القاسم بن عبد الرحمن (٤) عن أبيه .

٢٨٤٥٧ - قال : رأيت عليا حين رجم شراحة الهمدانية . أتى بها وهي حبلى . فرفعها إلى المسجد فلما وضعت أخرجها فلفت في عباءة ثم حفر لها بئرًا . ثم قام علي (٥) وحمد اللّٰه . ثم قال : أيها الناس إنما الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية . فرجم السر أن يشهد عليه الشهود فيرجمون ثم يرجم [الإمام ثم] (٦) الناس . ورجم العلانية أن يشهد على المرأة ما في بطنها ، فيخرج الإمام فيبدأ بالرجم ثم يرجم الناس . [ألا وأني] (٧) راجم فلا ترجموا . فتقدم فرماها بحجر فما أخطأ أصل أذنها . وكان من أضرب الناس رمية . ثم خلى بينهم وبينها (٨) . وهذا بحضرة الصحابة [من غير

---

(١) انظر : حاشية أبي السعود (٣٥٣/٢) ، وتبيين الحقائق (١٦٨/٣) ، وحاشية ابن عابدين (٤/ ١١) .

(٢) انظر : البيان (٧٦/١٢) ، وفتح الوهاب بشرح منهاج الطلاب (٢١٤/٤) ، وأسنى المطالب (٤/ ١٣٣) ، وهو مذهب الحنابلة . انظر : المغني (٤٧/٩) ، وكشاف القناع (٨٤/٦) . وذهب المالكية إلى القول بعدم شرطية البدء ولا استحبابه . انظر : حاشية الرهوني (١١٩/٨) ، وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤/ ٣٢٠) .

(٣) هو : عبد الرحمن بن عتبة بن عبد اللّٰه بن مسعود المسعودي الهذلي من أهل الكوفة ، وأعلم أهل زمانه بحديث عبد اللّٰه بن مسعود . قال يحيى بن معين : ثقة يُكتب حديثه . سمع : القاسم بن عبد الرحمن ، وأبا إسحاق الشيباني ، وأبا عون الثقفي ، وغيرهم . وسمع منه : سفيان الثوري ، وابن عيينة ، وأبو داود الطيالسي ، وشعبة . مات ببغداد سنة ١٠٢ هـ . انظر : تاريخ بغداد (٢١٨/١٠) ، وشذرات الذهب (٢٤٨/١) ، وتاريخ الإسلام (٦١٨/٦) .

(٤) هو : القاسم بن عبد الرحمن بن عبد اللّٰه المسعودي ، ولي قضاء الكوفة . روى عن : جابر بن سمرة ، وعبد اللّٰه بن عمر ، وعن أبيه ، وعن جده مرسلًا . روى عنه : جابر الجعفي ، والمسعودي ، وأبو سلمة الجهني ، وأبو إسحاق الشيباني وروى له الجماعة عدا مسلم . مات سنة ١٢٦ هـ . انظر : تهذيب الكمال (٣٧٩،٢٣) ، والجرح والتعديل (١٢/٧) ، والكاشف (٣٣٧/٢) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٧) في (م) : [الارای] .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٢٠/٨) .

خلاف][1] . وهو مخالف للقياس فيحمل[2] على التوقف .

٢٨٤٥٨ – ولأن من أصلنا أن قول الصحابي إذا لم يعرف له مخالف يقدم على القياس .

٢٨٤٥٩ – فإن قيل : هذا يدل على جواز البداية .

٢٨٤٦٠ – قلنا : دل[3] على وجوبها . لأنه جواب شرط فيقتضي الوجوب .

٢٨٤٦١ – فإن قيل : روي أنه بدأ[4] بالشهود فقطع السارق .

٢٨٤٦٢ – قلنا : لم نستدل لمجرد[5] الفعل وإنما استدللنا بالشرط الذي ذكره وجوابه وإظهاره في خطبته ، ولأن الشهود خصوم فجاز أن يقف الاستيفاء[6] بعد ثبوت الحق على معنى من جهتهم كالأولياء في القصاص[7] .

٢٨٤٦٣ – ولأن الشهادة تقف على معنى من جهة الشهود ومعنى من جهة الحاكم ، ثم إذا ثبت الحق بالحكم جاز أن يقف على استيفاء الحاكم كذلك يجوز أن يقف على استيفاء الشهود بيان ذلك : أن الحق إذا ثبت وليس له مطالب فلا بد أن يستوفيه الإمام أو يأذن لمن يستوفيه ، ولأن الحد معنى يجب بحضور عدد فجاز أن يقف بعد وجوبه على فعل من جهة كل واحد منهم كالجمعة .

٢٨٤٦٤ – احتجوا : بما روي : أنه ﷺ أمر أنيسا[8] الأسلمي إن اعترفت المرأة أن يرجمها ولم يحضر النبي ﷺ[9] .

٢٨٤٦٥ – قلنا : استخلفه[10] على إقامة الحد فاعتبر حضوره دون حضور من فوض ذلك إليه .

٢٨٤٦٦ – قالوا : النبي ﷺ أمر برجم ماعز والغامدية والجهينية ولم يحضر رجم واحد منهم .

٢٨٤٦٧ – قلنا : بداية الإمام عندنا ليس بشرط ، وإنما يشترط ذلك في الشهود خاصة . لأن الإمام قد وجد منه فعل بعد ثبوت الحد وهو الأمر فلم يحتج إلى فعل آخر . على أنا لا

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٢) ساقطة من (م) .
(٣) في (م) : [كل] .
(٤) غير واضحة في (ص) .
(٥) في (م) : [كمجرد] .
(٦) في (م) : [على الاستيفاء] .
(٧) في (م) : [القضاء] .
(٨) في (ص) و (م) : [أنيس] .
(٩) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٤٦/٦) برقم ٦٢٥٨ .
(١٠) في (م) : [لا يستخلفه] .

نعلم غيبة النبي ﷺ عن رجم ماعز بل يجوز أن يكون ابتدأ وخلى [١] بينه وبين الناس وانصرف فلهذا قال : « هلا خليتم سبيله » .

٢٨٤٦٨ - قالوا : حد يجب استيفاؤه فلا تجب على الشهود والإمام البداية كحد الجلد والسرقة .

٢٨٤٦٩ - قلنا : قد اعتبر في الرجم من الاستظهار ما لم يعتبر في سائر الحدود . بدلالة توقفه [٢] على شهادة أربعة . كذلك يجوز أن يقف على مباشرة الشهود استظهارًا . ألا ترى أنهم [إذا كلفوا المباشرة] [٣] استعظموا القتل فتوقفوا ورجعوا .

٢٨٤٧٠ - ولا يقال : هذا يوجب تهمة الشهود [لأنه استظهار وإن لم يوجد] [٤] ولأنهم إذا رأوا [٥] القتل . وقفوا عن مباشرته وإن كانوا صادقين ، وهذا استظهار في الحد [٦] وليس فيه تهمة .

٢٨٤٧١ - ولأن سائر الحدود تقف على مستوفى مخصوص . لأن الإمام يتخير من يحسن أن يقيمها [٧] فكذلك [٨] هذا الحد يجوز أن يقف على مستوفى مخصوص ، وما ذاك إلا الشهود .

٢٨٤٧٢ - ولأن سائر الحدود لا يحسن كل واحد أن يقيمها ، لأن من لا يحسن الضرب يقتل بضربه ، والقطع لا يحسن إلا أفراد الناس ، والرجم بالحجارة يحسنه جميع الناس . فلو كلفنا الشهود مالا يحسنونه بطل الاستيفاء ، وإذا كلفناهم الرجم لم يبطل الاستيفاء .

٢٨٤٧٣ - قالوا : قتل مستحق كالقصاص .

٢٨٤٧٤ - قلنا : الشهود ليسوا بخصوم في القصاص ، وإنما الخصم هو الولي ، والاستيفاء بعد الثبوت يقف فعل على من جهة الشهود في مسألتنا هم الخصوم ، فيجب أن يقف الاستيفاء على معنى من جهتهم .

* * *

---

(١) في (م) : [ثم خلى] .

(٢) في (م) : [موقفه] .

(٣) في (م) : [إذا كانوا المباشرين] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٥) في (م) : [نهوا] .

(٦) في (م) : [الحد] .

(٧) في (م) : [يقيموا] .

(٨) ساقط من (ص) .

مسألة ١٤١٢

[الإقرار بالزنى بعد ثبوته بالشهادة]

٢٨٤٧٥ - [قال أصحابنا] (١) إذا شهد أربعة على رجل بالزنى فأقر مرة واحد سقط الحد عنه (٢) .

٢٨٤٧٦ - قال الشافعي : لا يسقط (٣) .

٢٨٤٧٧ - لنا : أن الشهادة لا يتعلق بها حكم في المقر ، وإنما تقبل مع الجحود . فإذا أقر سقط حكمها . بقي إقراره مرة واحدة . وقد دللنا على أن الحد لا يثبت إلا بإقرار أربع مرات . فإذا ثبت هذا الأصل سقط الحد .

٢٨٤٧٨ - احتجوا : بأن كل بينة لو قابلها التكذيب حكم بها . فإذا قابلها التصديق حكم بها كسائر البينات .

٢٨٤٧٩ - قلنا : لا نسلم أن البينة في سائر الحقوق إذا قابلها التصديق سقطت وقضي بالإقرار .

٢٨٤٨٠ - وفي مسألتنا تسقط (٤) ويبقى الإقرار مرة واحدة فلا يمكنه القضاء به .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، وأثبتناه تمشيًا مع أسلوب المصنف .
(٢) انظر : حاشية أبي السعود (٣٥٢/٢) ، والجوهرة النيرة (١٤٩/٢) ، ومجمع الأنهر (٥٩٥/١) .
(٣) انظر : نهاية المحتاج (٤٣١/٧) ، والحاوي (٤٦/١٧) وروضة الطالبين (٩٧/١٠) .
(٤) ساقطة من (ص) .

مسألة ١٤١٣

[إكراه الرجل على الزنا]

٢٨٤٨١ - قال أصحابنا : إذا أكره الرجل على الزنى وجب عليه الحد [١] .

٢٨٤٨٢ - وقال الشافعي : لا حد عليه [٢] .

٢٨٤٨٣ - لنا : أن الخوف ينافي الشهوة والانتشار ، فلما وجد منه دل على اختياره ، ومتى قارن فعل المكره ما يدل على الاختيار سقط حكم الإكراه . كمن أكره على البيع بألف فباع بألفين ، وكما لو قال بعد الفعل : كنت لهذا مختارًا .

٢٨٤٨٤ - فإن قيل : هذا يبطل إذا أكرهه السلطان

٢٨٤٨٥ - قلنا : من أصحابنا من قال : يجب الحد وإنما كان قول أبي حنيفة الأول لمن أكرهه غير [٣] السلطان ليس بإكراه ، ففرق في الحدود على هذا القول . فأما على القول [الثاني فإكراه السلطان] [٤] وغيره سواء ، والحد يجب في الحالتين [فعلى هذا يسقط السؤال] [٥] . ومن أصحابنا من قال : إن [٦] السلطان إذا أكرهه فقد قارن الفعل أيضاً ما ينافي الخوف إلا أن الإمام ... [٧] فلم يجب الحد لعدم الإمام ، ويصير كمن زنى في دار الحرب .

٢٨٤٨٦ - ولا يجوز لمخالفنا أن يقول : عندي أن وجوب الحد لا يقف على ثبوت يد

---

(١) انظر : الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير ص ٢٨١ ، والفتاوي الهندية (٢/١٥٠) ، والبحر الرائق (٥/٢٠٠) وذهب المالكية في الأظهر عندهم إلى أن المكره على الزنى يحد ويدفع الصداق للمكرهة ويرجع به على المكره . وهو المذهب المنصوص عليه عند الحنابلة وعليه جماهير أصحابهم . انظر : تبيين المسالك شرح تدريب السالك (٤/٤٩١) ، والإنصاف (١٠/١٨٢) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٤/١٤٥) ، والمهذب (٢/٢٨٤) ، والحاوي (١٧/٨٤) ، والروضة (١٠/١٥٩) . وهو المشهور عند المالكية واختاره اللخمي والمحققون كابن العربي وابن رشد . و محل الخلاف عند المالكية إذا أكره على الزنى وكانت طائعة ولا زوج لها ولا سيد ، وإلا حد اتفاقًا نظرًا لحق الزوج والسيد ، وإلى أنها مسكينة لا يجوز أن يقدم عليها ولو بسفك الدم . وهذا هو الرواية الثانية عند الحنابلة . انظر : حاشية الدسوقي (٤/٣١٨) ، وكشاف القناع (٤/١٥٨) .

(٣) في (م) : [لو أكرهه عن] .

(٤ ، ٥) ساقطة من (ص) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٧) توجد هنا كلمة غير واضحة في (ص) .

الإمام [لأنا نقول إن خلف] (١) الإمام يقيمون الحد لا لو صعب (٢) على أن الواطئ مختار للوطء ، وسوينا بين من أكرهه السلطان وغيره في هذا المعنى فسقط النقض . والكلام في سقوط الحد بشبهة الإمام لا تعلق له بهذه المسألة .

٢٨٤٨٧ – فإن قيل : إنما يخاف ما يوعد به إذا امتنع من الفعل .

٢٨٤٨٨ – قلنا : لما (٣) قدم عليه لم يخف لأنهم لا يوقعون به المكروه .

٢٨٤٨٩ – وقلنا : من يستحيل أن يكره على الزنى لا يؤمن أن بعده يرفع المكروه إذا زنى ثم يوقعه به ، والخوف لا يزول مع هذا التجويز .

٢٨٤٩٠ – احتجوا : بقوله ﷺ : « ادرؤوا الحدود بالشبهات » (٤) .

٢٨٤٩١ – قلنا : لا نسلم وجود الشبهة . لأن الظاهر من حال الواطئ أنه مختار للوطء على ما بيناه والمختار لا يؤثر فيه الإكراه .

٢٨٤٩٢ – قالوا : مكره على الوطء فوجب أن لا يجب الحد به أصله : إذا أكرهه السلطان .

٢٨٤٩٣ – قلنا : من أصحابنا من لا يسلم ذلك ويقول : إكراه السلطان وغيره سواء ، فلو سلمنا ذلك فالحد وجب عندنا إذا أكرهه السلطان وتعذر الاستيفاء لأنه لم يبق من يملك ذلك فصار كالزنى في دار الحرب أن الحد يجب ولا يستوفي عندنا .

٢٨٤٩٤ – قالوا : كل معنى إذا أكرهت المرأة عليه لم يجب الحد إذا أكره الرجل لم يجب كشراب الخمر .

٢٨٤٩٥ – قلنا : المرأة إذا أكرهت لا (٥) يقارن فعلها ما يدل على الاختيار . فوزانه (٦) من المرأة أن تكره تمكين زيد من نفسها فنعم عمرًا ، والمعنى في حد الشرب والسرقة أنه (٧) لا يقارن (٨) فعله ما يستدل به على القصد والاختيار . ولو قارنه ذلك وجب الحد كما في (٩) مسألتنا .

---

(١) في (م) : [أو تقول إن خلفا] . (٢) في (م) : [لا لو ضعت] .
(٣) في (م) : [ذلك] .
(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨٥٠/٢) برقم ٢٥٤٥ .
(٥) في (م) : [ما] . (٦) غير واضحة في (ص) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(٨) في (م) : [لا يقارن] . (٩) في (م) : [قبل] .

٢٨٤٩٦ - قالوا : فعل يستباح بالإكراه كالشرب والسرقة .

٢٨٤٩٧ - قلنا : هذا غير مسلم لأن الزنى لا يحل بالإكراه ، ولا يجوز للمكره الإقدام عليه ويحل له الإقدام على الشرب والسرقة فلم يصح الجمع بهذا الوصف .

٢٨٤٩٨ - قالوا : الشهوة والانتشار طبع من الآدمي فيجوز أن يوجد ذلك مع الكراهة ثم يكره على المخالطة .

٢٨٤٩٩ - قلنا : من طبع الآدمي إذا خاف زال انتشاره فلما لم يزل علمنا أنه غير خائف ، وقولهم أنه قد لا يزول الانتشار مع الخوف أمر نادر جرت العادة بخلافه .

* * *

مسألة ١٤١٤

[إذا وطئ من ظنها حلالًا فبانت أجنبية]

٢٨٥٠٠ - قال أصحابنا : إذا وجد الرجل امرأة نائمة في داره أو على فراشه ، وظنها زوجته أو جاريته فجامعها . ثم وجدها أجنبية ، وجب عليه الحد [1] .

٢٨٥٠١ - وقال الشافعي : لا حد عليه [2] .

٢٨٥٠٢ - لنا : أن دار الإنسان تنام فيها الزوجة وذات الرحم والأجنبية ، فظنه أنها زوجته ظن لا يستند إلى سبب صحيح . فصار كما لو شهد نائمة في دار غيره وعليها ثبات امرأته فوطئها . ولا يقدر على مشاهدتها أو سماع كلامها ليعلم حقيقة الأمر . ومن رجع إلى الظن وهو يقدر على المشاهدة والسماع لم يعتد بظنه . كمن اجتهد في القبلة وبحضرته [من يسأله] [3] عنها ، أو هو بقرب مسجد يمكنه أن ينظر إلى محرابه . ولأنه لو لم يظنها زوجته وجب بوطئها الحد . فإذا وطئها [لم يسقط بظنه الحد] [4] أصله إذا وجدها في غير داره .

٢٨٥٠٣ - احتجوا : بقوله ﷺ : « ادرؤوا الحدود بالشبهات » [5] .

٢٨٥٠٤ - قلنا : مجرد الاشتباه ليس بشبهة بدلالة من اشتبه عليه محرم [6] ، ومن ظن أن الخمر ليس بخمر فشربها قبل أن يسأل عنها أربابها [7] .

٢٨٥٠٥ - قالوا : وطء يتعلق به تحريم المصاهرة فوجب أن يتعلق به الحد أصله الوطء في المتعة ، والوطء بنكاح بغير شهود .

---

(١) انظر : حاشية أبي السعود (٣٦٠/٢) ، وشرح العيني على الكنز (٢٣١/١) ، ومجمع الأنهر (٥٩٤/١) وتبيين الحقائق (١٧٨/٣) ، وحاشية ابن عابدين (٢٥/٤) ، والبحر الرائق (١٥/٥) .

(٢) انظر : روضة الطالبين (٩٣/١٠) ، والمهذب (٢٦٨/٢) وتحفة المحتاج على شرح المنهاج (١٠٤/٩) . وهو مذهب المالكية . انظر : منح الجليل شرح مختصر خليل (٢٥١/٩) . ومذهب الحنابلة : أنه إذا كان ليلًا ؛ سقط الحد عنه وعليه الصداق ، ومن علم منهما ؛ فعليه الحد ، وإن حدت المرأة سقط صداقها . انظر : الكافي (٥٧٤/١) ، والمبدع (٧٠/٩) ، والمحرر (١٥٣/٢) .

(٣) في (م) : [من شهادة] .

(٤) في (م) : [لم يسقط الحد بظنه] .

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه (٨٤/٣) برقم ٨ .

(٦) في (م) : [تحريم] .

(٧) غير واضحة في (ص) .

٢٨٥٠٦ - قلنا : تحريم المصاهرة من أحكام الوطء الموجبة للتغليظ ، [والحد من أحكام [الزنى فله حكمه] [(١)] فوجود أحد الحكمين يجلب الآخر ولا ينفيه] [(٢)] ، والمعنى في الوطء بالعقود الفاسدة أنه وطء استند إلى سبب [لو كان صحيحًا أباح الوطء ، فإن كان فاسدًا أسقط . والوطء في مسألتنا لم يستند إلى سبب] [(٣)] ، فلم يسقط الحد مع التفريط في الاستعلام .

٢٨٥٠٧ - قالوا : وطئها وهو يعتقد أن وطئها حلال فلا يجب عليه الحد كمن زفت إليه غير امرأته .

٢٨٥٠٨ - قلنا : هناك لا يتمكن من معرفتها : إلا بالخبر ، وقد وجد الخبر أنها زوجته فلم يوجد من جهته تفريط . وفي مسألتنا عليه أن يتوصل إلى معرفتها بمشاهدتها أو سماع كلامها ، فصار كما لو زفت إليه امرأة ولم يخبره النساء أنها امرأته فوطئها وإذا هي أجنبية وجب عليه الحد .

٢٨٥٠٩ - قالوا : الواطئ بالنكاح الفاسد لا حد عليه وهو يعلم بالتحريم فلأن لا يجب في مسألتنا وهو يعتقد الإباحة أولى .

٢٨٥١٠ - قلنا : مجرد الظن من الإباحة والتحريم لا يوجب الحدود ولا يسقطها .

٢٨٥١١ - وإنما المعتبر الأسباب . ففي العقد الفاسد لا يجب الحد مع العلم بالتحريم لأن العقد شبهة حكمته .

٢٨٥١٢ - وفي مسألتنا يعتقد الإباحة ، ولأن هناك سبب للشبهة فلم يتعلق بمجرد الاعتقاد سقوط الحد .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) ما بين المكوفتين ساقط من (م) .

مسألة ١٤١٥

[وطء من لا يحل نكاحها بعقد]

٢٨٥١٣ – قال أبو حنيفة : إذا تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها فلا حد عليه [١] .

٢٨٥١٤ – وقال الشافعي : إذا تزوج ذات رحم محرم منه من نسب أو رضاع ، أو تزوج خامسة ، أو أخت امرأته ، أو معتدة ، أو ذات زوج ، أو امرأة طلقها ثلاثا ، أو بانت منه بلعان ، أو أم امرأته ، أو بنت امرأته وقد دخل بأمها ، أو امرأة أبيه [٢] أو حليلة ابنه . فإن كان لا يعلم بالتحريم فلا حد ، وإن كان عالمًا ؛ حد قالوا : ولو تزوج العبد بغير إذن مولاه ، أو الأمة بغير إذن مولاها ، ووقع الوطء مع العلم بالتحريم حدًّا . وإذا وطئ أمه [٣] أو أخته من النسب أو الرضاع مع العلم بالتحريم ففيه قولان . فإذا وطء عبده وجب عليه الحد قولًا واحدًا [٤] .

٢٨٥١٥ – والكلام في هذه المسألة يقع أولا : في أن هذا الوطء هل [٥] يسمى [٦] زنى أم لا ؟ والثاني : في نفس المسألة . والثالث : في أن [٧] مجرد العقد شبهة . والرابع: في وطء أمته إذا كانت ذات محرم منه .

٢٨٥١٦ – والدليل على أن هذا الوطء ليس بزنى أن العرب لما كانت المجوس يتزوجون بذات أرحامهم ، ولا يسمون أولادهم أولاد زنى ، ولا يجوز أن يكون امتنعوا من التسمية لاعتقاد المجوس الإباحة لأن العرب وضعت الأسماء وهم لا يعتقدون الإباحة والتحريم ولا يعرفون ذلك . ولأنهم يسمون الوطء [٨] الذي عرى عن عقد زنى ، فمن زعم أنهم يسمون الوطء [٩] المتصدر عن عقد الزنى احتاج إلى نقل عنهم . ولأن تزويج الأخوات [كان حلالًا في شريعة من قبلنا؟والزنى ما كان حلالًا قط] . ولأنا نقر الكفار على هذا الوطء . ولو كان زنى لم يجز إقرارهم عليه باللعان [١٠] . وإذا ثبت أنه ليس بزنى ، والله تعالى أوجب هذا الحد على الزاني [١١] فإيجابه [١٢] على غيره إلحاق

(١) انظر : المبسوط (٨٦/٩) ، ومجمع الأنهر (٥٦١/١) ، والعناية شرح الهداية (٢٦٠/٥) .
(٢ ، ٣) في (م) : [ابنه] .
(٤) انظر : الأم (٢٦/٥) .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) في (م) : [سماويا] .
(٧) ساقطة من (ص) .
(٨ ، ٩) في (م) : [الواطئ] .
(١٠) في (م) : [بالإيمان] .
(١١) في (م) : [بالزنى] .
(١٢) في (م) : [وإيجابية] .

نوع لم يرد فيه حد بما ورد فيه الحد وهذا لا يصح . ولأنه وطء ليس بزنى فلم يجب به الحد [كالوطء بشبهة .

٢٨٥١٧ - الكلام في نفس المسألة : أنه وطء لو وجد من الكافر لم نوجب الحد][1] فإذا وجد من المسلم لم نوجب الحد أصله إذا تزوجها شهرًا .

٢٨٥١٨ - ولأن الحد لو وجب بهذا الوطء[2] لاستوى فيه الكافر والمسلم كالزنى وعكسه المتعة .

٢٨٥١٩ - ولأن المعقود عليه يستباح بنوع هذا العقد . فإذا وجد العقد غير مبيح لم يجب الحد بالوطء كما لو كان الواطئ ذميًّا .

٢٨٥٢٠ - فإن قيل : الآدمي يعتقد الإباحة والمسلم يعتقد التحريم .

٢٨٥٢١ - قلنا : اعتقاد الإباحة لا يسقط الحد إلا إذا وجد سبب مؤثر بدلالة أن يعتقد إباحة الزنى من الكفار لا يسقط الحد عنه ومن يعتقد إباحة الخمر لا يسقط الحد عنه . وكذلك اعتقاد التحريم مع وجود سبب ثبوت في الحد لا يتعلق به الحد . بدلالة وطء الأب جارية ابنه « ووطء أحد الشريكين » ووطء المولى جاريته المجوسية أو الحائض أو ذات الزوج . ولأن المعتدة [تستباح بهذا العقد][3] بعد العدة . فإذا تزوجها في العدة فقد شرط من شرائط العقد . فصار كعقد الشهود . ولأنه وطء تقدمه إيجاب وقبول من الواطئ على بضع الموطوءة كسائر الأنكحة الفاسدة . ولأنه وطء عن عقد كمن تزوج امرأة قد زنى بأمها .

٢٨٥٢٢ - فإن قيل : المعنى في سائر الأنكحة الفاسدة أنها مختلف في جوازها ، فكان الاختلاف في وقوع الإباحة شبهة .

٢٨٥٢٣ - قلنا : إن أردتم الخلاف[4] المعتد به فلم يوجد[5] في المتعة . فإن خلاف ابن عباس سقط برجوعه ، وبإجماع التابعين بعده . وكذلك خلاف أبي ثور[6] في

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٢) في (م) : [الواطئ] .
(٣) في (م) : [يستباح بها العقد] .
(٤) في (م) : [الاختلاف] .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) مكانها بياض في (ص) ، (م) ، والمثبت من المحلى لابن حزم (١٩/٩) حيث قال : وممن أباح نكاح المجوسية أبو ثور . وهو : أبو ثور إبراهيم بن خالد المكي البغدادي . روى عن : سفيان بن عيينة ، والشافعي ، وغيرهما . وروى عنه : أبو داود ، وابن ماجه ، وغيرهما . قال النسائي : هو ثقة مأمون ، مات في صفر سنة ٢٤٠ هـ . انظر : تهذيب التهذيب (١٠٢/١) ، والتاريخ الصغير (٣٧٢/٢) ، تذكرة الحفاظ (٥١٢/٢ - ٥١٣) .

جواز نكاح [1] المجوسية لا يعتد به . وإن أردتم وجود الاختلاف وإن لم يعتد به انتقض بالمطلقة ثلاثًا . فإن الخلاف في ذلك سابق . قال الحسن : هي تطليقة واحدة . ومع ذلك قلتم يجب الحد على من طلقها إذا عقد عليها [2] . ولأن وجود الخلاف في الإباحة لا يكون شبهة في حق من[3] يعتقد التحريم . فلم يبق إلا مجرد العقد وهو في مسألتنا .

٢٨٥٢٤ - وقد قالوا : إن العبد إذا تزوج بغير إذن مولاه ، ووطئ وهو عالم بالتحريم وجب الحد [ولم نعتد] [4] بالخلاف في جواز نكاح العبد بغير إذن مولاه .

٢٨٥٢٥ - وأما الدليل على أن العقد في نفسه شبهة : - أن العقد [والملك كل واحد] [5] منهما سبب للإباحة [6] . فإذا كان الملك إذا وجد غير مبيح المشركة والمجوسية كان شبهة . كذلك [7] العقد إذا وجد غير مبيح . ولأن العقد أعم من الإباحة لأنه [يوجد في الإماء] [8] . والملك لا يوجد إلا في الإماء . وإذا كانت الإباحة [في العقد] [9] أعم فأولى أن يكون شبهة . ولأن العقد [10] أخص بالإباحة . لأنه لا يوجد إلا مبيح والملك يوجد غير مبيح . فإذا كان الملك شبهة فالعقد أولى .

٢٨٥٢٦ - فإن قيل : الملك يوجد في الموضع الذي لا يبيح والذي لا نسلم وجوده في موضع الخلاف .

٢٨٥٢٧ - قلنا : الملك الموجب للإباحة [لا يوجد] [11] في موضع الاستشهاد ، وإنما يوجد ملك غير مبيح كذلك في موضع الخلاف . لا يوجد عقد مبيح وإنما يوجد عقد غير مبيح . ألا ترى : أن العقد [12] هو الإيجاب والقبول فيما يجوز أن يملك بنوع ذلك العقد وهذا أمر موجود في نكاح المعتدة وذات الزوج وأخت امرأته . ولذا نقول : إن عقد البيع إذا وقع فاسدًا لا يبيح تناول العين [13] ثم يسقط القطع في سرقتها .

٢٨٥٢٨ - والدليل على أنه إذا ملك معتدة أو أخته [من الرضاع] [14] فوطئها لم

---

(١) ساقطة من (م) .
(٢ ، ٣) زيادة أثبتناها ليستقيم النص .
(٤) في (م) : [من بعده] .
(٥) في (م) : [والملك على كل واحد] .
(٦) في (م) : [الإباحة] .
(٧) في (م) : [لذلك] .
(٨) في (م) : [لا يوجد في الإماء] .
(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(١٠) في (م) : [العبد] .
(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(١٢) في (م) : [العبد] .
(١٣) في (م) : [الغير] .
(١٤) في (م) : [الرضاعة] .

يجب عليه الحد : لأنه وطء في ملك [لا يتعلق به حد] [(١)] كوطء الجارية المشتركة والمكاتبة والحائض . ولأن تحريم العدة عارض في الملك كتحريم المجوسية والحائض .

٢٨٥٢٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ [(٢)] . فسمي ذلك فاحشة ، وهذا اسم الزنى . بدلالة قوله تعالى : ﴿ وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾ [(٣)] .

٢٨٥٣٠ - قلنا : الفاحشة اسم لكل فعل منكر في الشرع . فإذا عنى [(٤)] بذلك عن الزنى .

٢٨٥٣١ - في موضع لم يوجد تخصيص الاسم به . لأن كل زنى فاحشة وليس كل فاحشة زنى . قال اللَّه تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ ﴾ [(٥)] .

٢٨٥٣٢ - ولأن حقيقة النكاح عند الشافعي قولنا حقيقة . ونفس العقد ليس بزنى ولا يجب به الحد . وعلى قولنا حقيقة الاسم الوطء [عندنا] [(٦)] كما وطئ امرأة ابنه بغير عقد [نوجب] [(٧)] عليه الحد .

٢٨٥٣٣ - قلنا : فظاهر [(٨)] الآية على تسليم قولهم : إن الفاحشة : اسم يختص بالزنى .

٢٨٥٣٤ - فإن قالوا : الآية عامة فيمن وطئ بعد عقد ، ومن وطئ من غير عقد .

٢٨٥٣٥ - قلنا : هذا يدل لقولهم أن النكاح في القرآن لم يعبر به إلا عن العقد وأنه هو الحقيقة .

٢٨٥٣٦ - احتجوا : بحديث البراء قال : لقيت خالي معه الراية . فقلت : أين تذهب ، فقال : أرسلني رسول اللَّه ﷺ إلى رجل تزوج امرأة أبيه [(٩)] من بعده . أن أضرب عنقه [(١٠)] .

٢٨٥٣٧ - قلنا : الراية لا تعقد لإقامة الحدود ، وإنما تعقد للجهاد . والحد في الزنى لا يكون ضرب الرقبة ، وإنما [يكون الحد] [(١١)] بضرب الرقبة في الردة . فهذا يدل

---

(١) في (م) : [يتعلق به حد] .
(٢) سورة النساء : الآية ٢٢ .
(٣) سورة النساء : الآية ١٥ .
(٤) في (م) : [عين] .
(٥) سورة الأنعام : الآية ١٥١ .
(٦) ما بين المعكوفتين في (م) : [وعندنا] .
(٧) في (م) : [فوجب] .
(٨) في (م) : [يظاهر] .
(٩) في (م) : [ابنه] .
(١٠) أخرجه النسائي في سننه (١٠٩/٦) برقم ٣٣٣١ .
(١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

[على أن الرجل] [١] عقد العقد مستحلا له فارتد [٢] بذلك . يبين هذا أنه لم يذكر في الخبر الدخول بها فعلم أن القتل تعلق بسبب لم يذكر .

٢٨٥٣٨ – زعم مخالفنا أنه الدخول .

٢٨٥٣٩ – وقلنا نحن : إنه الاستحلال .

٢٨٥٤٠ – قالوا : روى أبو جهم [٣] عن البراء . قال : ضلت إبل لي فخرجت في طلبها . فإذا بخيل قد أقبلت . فلما ولي أهل الماء الخيل انضموا إلي ، وجاءوا إلى خباء من تلك الأخبية فاستخرجوا رجلًا فضربوا عنقه . قالوا : هذا رجل عرس بامرأة أبيه [٤] فبعث إليه النبي ﷺ ، فقتله [٥] . قالوا : ففي هذا الخبر الدخول .

٢٨٥٤١ – قلنا : ليس ذكر التعريس دلالة على الدخول . لأنه قد يعرس بالمرأة ولا يدخل بها . وقد روى يزيد بن البراء [٦] عن أبيه . قال : لقي خاله ومعه راية . فقلت : إلى أين [٧] تذهب ، فقال : بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل نكح امرأة أبيه [٨] أن أقتله وآخذ ماله [٩] .

٢٨٥٤٢ – وروى معاوية بن قرة [١٠] عن أبيه أن النبي ﷺ بعث جده معاوية إلى رجل عرس بامرأة أبيه [١١] . أن يضرب عنقه ويخمس ماله [١٢] ، وهذا لا يكون إلا في المرتد فدل على أن القتل كان للاستحلال .

---

(١) في (م) : [أن للرجل] .　　(٢) ساقطة من (م) .
(٣) أبو جهم : سليمان بن الجهم مولى البراء بن عازب . روى عن : مولاه ، وأبي مسعود الأنصاري البدري ، ومطرف بن طريف . وروى له : أبو داود ، والنسائي ، وابن ماجه . انظر : التاريخ الكبير (٥/٤) ، والثقاب (٣١٠/٤) .　　(٤) في (م) : [ابنه] .
(٥) أخرجه البيهقي في السن الكبرى (٢٩٥/٤) برقم ٧٢٢٠ .
(٦) يزيد بن البراء بن عازب الأنصاري تابعي ثقة . كان أميرًا على عمان . يروي عن : أبيه . وروى عنه : عدي ابن ثابت ، وأبو جناب الكلبي ، وأبو عائذ . انظر : الثقات (٥٣٤/٥) وتهذيب التهذيب (٢٧٦/١١) .
(٧) في (ص) : [أن] .　　(٨) في (م) : [ابنه] .
(٩) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٠٧/٣) برقم ٥٤٨٩ .
(١٠) في (م) كره . وهو : معاوية بن قرة بن إياس المزني الفهري . من فقهاء التابعين . سمع : أباه ، وأنس ابن مالك ، وعبد الله بن مغفل . وروى عنه : شعبة والأعمش ، وسماك بن حرب ، وخالد الحذاء . مات سنة ١١٣ هـ . انظر : الجرح والتعديل (٣٧٨/٨) ومشاهير علماء الأمصار (٩٢/١) .
(١١) في (م) : [ابنه] .
(١٢) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨٦٩/٢) برقم ٢٦٠٨ .

٢٨٥٤٣ - قالوا : روى عبد الله بن عباس عن النبي ﷺ قال [١] « من وقع [٢] على ذات محرم فاقتلوه » [٣] .

٢٨٥٤٤ - قلنا : هذا الخبر لا يعرف ولا وجدناه في كتاب يوثق به [٤] . وإن [٥] ثبت [٦] كان [محمولًا على المستحل] [٧] لأنه ذكر الفعل ، ولم يذكر الإحصان أو نحمله على من وقع عليها من غير عقد .

٢٨٥٤٥ - قالوا : وطء محرم بدواعيه غير مختلف فيه لم يصادف شبهة الملك . فإذا كان الواطئ ممن يحد بالزنى فوطئ مع العلم بالتحريم كان عليه الحد . أصله إذا وطئ أجنبية بغير شبهة .

٢٨٥٤٦ - وقولهم « محرم بدواعيه » : احتراز عن وطء المظاهر والصائم . « غير مختلف فيه » : احتراز من العقود المختلف في جوازها . « لم تصادف شبهة الملك » [٨] احتراز من الجارية إذا كانت ذات محرم من مولاها على أحد القولين . « فإذا كان الواطئ ممن يحد بالزنى » : احتراز من الحربي . « مع العلم بالتحريم » : احتراز بمن وجد امرأة على فراشه ومن المجوسي .

٢٨٥٤٧ - قلنا : قولكم لم [٩] يصادف شبهة الملك ليس بصحيح . لأن شبهة الملك [وشبهة النكاح يستويان في إسقاط الحد . وقد وجدت شبهة النكاح في مسألتنا كما وجدت شبهة الملك] [١٠] في أخته من الرضاع . ويبطل بنكاح المتعة والمجوسية .

٢٨٥٤٨ - فإن قالوا : إنه مختلف فيه .

٢٨٥٤٩ - قلنا : إذا طلقها ثلاثا ثم تزوجها فوطئها وجب الحد . ويبطل بالمجوسي [١١] إذا تزوج أخته ثم وطئها لا يجب عليه الحد مع وجود أوصافهم .

٢٨٥٥٠ - وقولهم : إنه غير عالم بالتحريم : لا [١٢] يصح . لأن الحجة قامت على الكفار يرجون [١٣] على الإسلام واتباع شرائعه فجهلهم كجهل المسلم عموم الزنى .

---

(١) في (ص) : [قالوا] .
(٢) في (م) [رفع] .
(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١٢٦/٣) برقم ١٤٢ .
(٤) أخرجه الترمذي في سننه (٦٢/٤) برقم ١٤٦٢ .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) ساقطة من (ص) .
(٧) في (م) : [مجهولًا على المستحيل] .
(٨ ، ٩) ساقطة من (م) .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .
(١١) ساقطة من (ص) .
(١٢) في (ص) : [لأن] .
(١٣) غير واضحة في (ص) .

والمعنى في وطء الأجنبية أنه وطء عري [١] . عن عقد وملك وشبهة . وفي مسألتنا وطء تقدمه عقد لو كان صحيحًا أباحه ، فإذا كان فاسدًا كان شبهة كوطء المجوس .

٢٨٥٥١ - قالوا : عقد النكاح على من لا يستبيحه أحد [٢] فصار كما لو عقد على غلام .

٢٨٥٥٢ - قلنا : وطء الغلام لا يبيحه هذا العقد ولا نظيره فوجوده وعدمه سواء كعقد [٣] البيع على الحر .

٢٨٥٥٣ - وفي مسألتنا : المعقود عليه يستباح بالعقد الصحيح والفاسد . كما أن شراء المملوكة إذا كانت أجنبية أباح وطئها . فإذا كانت ممن لا يستباح بالشراء ؛ صار الملك شبهة .

٢٨٥٥٤ - قالوا : الشبهة ما كانت في الموطوءة كالمملوكة التي يملك بدل بضعها أو بضعه أو في الواطئ ؛ مثل أن يظنها حلالًا ، ومثل أن يجدها على فراشه أو في الفعل مثل أن يختلف الفقهاء في الإباحة . وفي مسألتنا لا يملك الموطوءة ، ولا له شبهة ملك وهو عالم بالتحريم والتحريم مجمع عليه [فلم توجد شبهة في الفاعل ولا في المفعول ولا في الفعل .

٢٨٥٥٥ - قلنا : إذا وطئ الحائض وهو عالم بالتحريم ، والتحريم مجمع عليه] [٤] ، وعقد [٥] النكاح لا يتناول هذا [العقد فلا تحل به] [٦] . ثم كان للعقد شبهة في سقوط الحد فيه كذلك في مسألتنا .

٢٨٥٥٦ - فإن قالوا : العقد على الحائض مبيح للوطء في الجملة

٢٨٥٥٧ - قلنا : ما لم يتناوله العقد بالإباحة فهو كالمستوفي بعقد في أنه شبهة . وقد قال الشافعي : إنه لو وجد أمه أو بنته نائمة في داره فظنها زوجته فوطئها فلا حد عليه ، والظن الذي لا يبيح أدون من العقد الذي [لا يبيح] [٧] . فإن فرقوا بينهما بالعلم والجهل بطل [٨] بوطء الجارية المشتركة ، ووطء الأب جارية الابن مع العلم بالتحريم .

* * *

(١) في (م) : [في عري] .
(٢) ساقط من (م) .
(٣) في (م) : [العقد] .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٥) في (م) : [وفي عقد] .
(٦) في (م) : [الوطء فلا تملك به] .
(٧) في (م) : [أبيح] .
(٨) في (م) : [بطا] .

مسألة ١٤١٦

[استئجار المرأة للزنى]

٢٨٥٥٨ - [قال أصحابنا] (١) إذا استأجر امرأة (٢) ليطأها أو ليزني بها فلا حد عليه (٣) .

٢٨٥٥٩ - وقال الشافعي : عليه الحد (٤) .

٢٨٥٦٠ - لنا : ما روي أن امرأة استسقت راعيا . فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ففعلت . فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب . فدرأ عنها (٥) الحد (٦) . و (٧) لأنه عقد على بضعها عقدًا مقتضاه التمليك . فصار شبهة في الحد كما لو تزوجها شهرًا . ولأنه عقد يقتضي تمليك ؛ منفعة البضع ملكاً مؤقتًا كالمتعة .

٢٨٥٦١ - فإن قيل : المعنى في هذه العقود أنها لم تعقد على الزنى .

٢٨٥٦٢ - قلنا : وكذلك الإجارة لا تعقد على الزنى . فذكر الزنى فيها لا يوجب أن يكون زنى . كما لو تزوج امرأة على أن يزني بها لم يجب عليه الحد . وإن شرط في العقد الزنى .

٢٨٥٦٣ - احتجوا : بأنه وطء مجمع على تحريمه لا يصادف ملكاً ولا شبهة ملك . والواطئ [عالم فيجب] (٨) عليه الحد فصار كالزنى .

٢٨٥٦٤ - قلنا : لا نسلم أنه مجمع على تحريمه . لأن من أصحابنا من قال : إن

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ . وما أثبتناه تمشيًا مع أسلوب المؤلف .

(٢) ساقط من (ص) .

(٣) انظر : رد المحتار على الدر المختار (٢٩/٤) ، والبحر الرائق (٢٠/٥) ، وفتاوى السعدي (٢/ ٦٣٢) والفتاوى الهندية (١٤٩/٢) ، ودرر الحكام (٦٥/٢) .

(٤) انظر : روضة الطالبين (٩٤/١٠) ، والمهذب (٢٦٨/٢) والتنبيه ص ٢٤٢ ، وأسنى المطالب (١٢٧/٤) . وهو مذهب المالكية والحنابلة والظاهرية . انظر : التاج والإكليل (٣٩٨/٨) ، وشرح مختصر خليل للخرشي (٧٦/٨) ، والمغني (٧٤/٩) ، وكشاف القناع (٩٨/٦) ، المحلى (١٩٦/١٢) .

(٥) في (ص) : [عنهما] .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٣٦/٨) برقم ١٦٨٢٧ ،

(٧) ساقطة من (م) . (٨) في (م) : [عالم ممن يجب] .

النكاح [منعقد بلفظ الإجارة فمن قال بهذا] (١) النكاح مباح إذا أطلقه في وقته فسد [بالتوقيت وقد تكلمنا على هذه العلة .

٢٨٥٦٥ - قالوا] (٢) : عقد الإجارة لا يبيح الوطء بحال [فلا يكون شبهة ، ولأن الإجارة الصحيحة] (٣) إذا وقعت على الحرمة لم تسقط الحد والفاسدة أولى .

٢٨٥٦٦ - قلنا : الإحلال لا يبيح الوطء فلا تكون شبهة . والإجارة (٤) الفاسدة انعقدت على البضع فهي كالمتعة .

٢٨٥٦٧ - وقولهم : إن الإجارة لا تبيح الوطء لا نسلمه . لأنه حكى عن أبي الحسن (٥) أنه قال : ينعقد النكاح بلفظ الإجارة .

٢٨٥٦٨ - قالوا : الزنى لا يكون إلا بعوض فلا يتعلق به حد (٦) أبدًا .

٢٨٥٦٩ - قلنا : الزنى يكون [بعوض] (٧) لكنه لا يذكر لفظ الإجارة في العادة . ولا يذكر الإيجاب والقبول في الوطء بعوض . فلا يؤدي ما يقوله إلى إسقاط حد الزنى .

* * *

(١ - ٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . (٤) في (م) : [فالإجارة] .

(٥) هو : أبو الحسن عبيد الله بن الحسين البغدادي الكرخي الفقيه ؛ شيخ الحنفية ، ولد سنة ٢٦٠ هـ . سمع : إسماعيل بن إسحاق ، والحضرمي . وحدث عنه : أبو حفص ، وأبو بكر الرازي ، والتنوخي . مات سنة ٣٤٠ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٢٦/١٥ - ٤٢٧) ، وتاريخ بغداد (٣٥٣/١٠) .

(٦) في (م) [حدًا] . (٧) في (م) : [العوض] .

مسألة ١٤١٧

[حكم اللواط]

٢٨٥٧٠ – قال أبو حنيفة : اللواط لا يجب فيه الحد [١] .

٢٨٥٧١ – وللشافعي فيه قولان : أحدهما : يقتل بكرًا كان أو ثيبا [٢] .

٢٨٥٧٢ – والقول الآخر : أنه كالزنى يجلد إن كان بكرًا ، ويرجم إن كان ثيبًا [٣] والكلام في هذه المسألة في فصول أولها : في تفسير المسألة . وثانيها : في [٤] أن هذا الوطء لا يسمى زنى . والثالث : في أن البكر لا يقتل .

٢٨٥٧٣ – فأما الدليل في تفسير المسألة : فقوله [٥] تعالى : ﴿ وَٱلَّذَانِ يَأْتِيَـٰنِهَا مِنكُمْ فَـَٔاذُوهُمَا ﴾ [٦] . فأوجب [٧] على الرجلين الفاعلين الفاحشة الأذى وهذا ينفي وجوب الحد .

٢٨٥٧٤ – فإن قيل : الآية منسوخة بحديث عبادة

٢٨٥٧٥ – قلنا : النسخ رواه الحسن عن حطان [٨] بن عبد الله الرقاشي [٩] عن عبادة ونسخ القرآن لا يثبت بخبر الواحد .

٢٨٥٧٦ – ولأن الله تعالى قال : ﴿ وَٱلَّتِي يَأْتِينَ ٱلْفَـٰحِشَةَ ﴾ [١٠] ثم قال ﴿ أَوْ

---

(١) انظر : المبسوط (٧٧/٩) ، ومجمع الأنهر (٥٩٥/١) ، وبدائع الصنائع (٢٩/٧) ، ومعين الحكام ص ٣٩٨ ، والبناية (٤٠٧/٥) . وهو مذهب الظاهرية . انظر : المحلى (٣٩١/١٢) .

(٢) انظر : المهذب (٢٦٨/٢) . وهو مذهب المالكية . أنظر : المنتقى (١٤٢/٧) ، وتبصرة الحكام (٢٥٤/٢) ، وحاشية العدوي (٣٢٦/٢) . وهي الرواية الثانية عند الحنابلة واختارها بعضهم . وصححها ابن رجب في الفروع (٧٠/٦ - ٧١) .

(٣) انظر : روضة الطالبين (٩٠/١٠ ، ٩١) ، والمحلى على المنهاج (١٨٠/٤) ، وحاشية الجمل (١٣٠/٥) .وحاشية البجيرمي على الخطيب (١٧٦/٤) ، والمهذب (٢٦٨/٢) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (م) : [وقوله] .

(٦) سورة النساء : الآية ١٦

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) في (ص) ، (م) : [نظار] . وما أثبتناه من صحيح مسلم (١٣١٦/٣) .

(٩) هو حطان بن عبد الله الرقاشي البصري . سمع : أبا موسى ، وعليًا ، وعبادة بن الصامت . وسمع منه : الحسن ابن أبي الحسن البصري ، ويونس بن جبير . انظر التاريخ الكبير (١١٨/٣) ، والجرح والتعديل (٣٠٣/٣) ، ورجال مسلم (١٨٠/١) .

(١٠) سورة النساء : الآية ١٥ .

يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴾ (١) ولم يذكر ذلك في قوله تعالى ﴿ وَٱلَّذَانِ يَأْتِيَـٰنِهَا مِنكُمْ ﴾ (٢) فلم ينصرف إليه قوله ﷺ : « خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا » . ويدل عليه قوله ﷺ : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان . وزنى بعد إحصان . وقتل نفس بغير نفس » (٣) . وهذا ينفي القتل بوجه رابع .

٢٨٥٧٧ – فإن قيل : هذا زنى .

٢٨٥٧٨ – قلنا : قد اختلف في كونه زنى . فلم يجز أن نوجب الحد بالشك . ولا يدخل في الظاهر بالتجويز لأنه وطء لا يستباح بعقد فلم يجب به حد كوطء الزوجة في الموضع المكروه (٤) .

٢٨٥٧٩ – فإن قيل : المعنى في الأصل أنه مختلف في إباحته . وهذا وطء متفق على تحريمه .

٢٨٥٨٠ – قلنا : الاختلاف في الإباحة لا يسقط الحد عندهم . بدلالة شرب النبيذ . وعلة الفرع تبطل بوطء الحائض والجارية المشتركة وجارية الابن . ولأنه وطء لا يؤدي إلى اختلاط النسب كما لو وطئ فيما دون الفرج .

٢٨٥٨١ – [فإن قيل : الوطء فيما دون الفرج] (٥) لا يتعلق به حد في الأجنبية ، وإن وجب الحد بوطئها في الفرج كذلك في مسألتنا لا يساغ الحد في الوطء فيما دون الفرج . لا يدل على سقوطه في السبيل .

٢٨٥٨٢ – قلنا : هذا هو الصحيح لعلتنا . لأن وطء الأجنبية في الفرج يؤدي إلى اختلاط النسب فجاز أن يجب به الحد . ووطئها فيما دون الفرج لا يؤدي إلى هذا فلم يتعلق به حد . ووطء الرجل في السبيل وفيما دونه لا يؤدي إلى اختلاط النسب فاستويا في سقوط الحد ولأنه وطء لا يتعلق به وجوب مال بحال كما لو وطء فيما دون الفرج . ولأن حد الزنا يختص بالوطء . والأحكام المختصة بالوطء لا تتعلق بهذا الوطء أصله الإحصان ، والإباحة للزوج الأول ، ولأن (٦) عقد النكاح لا يبيح هذا الوطء من الزوجة ، ومالا يملك بالنكاح فاستيفاؤه من الزوجة كاستيفائه من الأجنبية [بدلالة قطع

---

(١) سورة النساء : الآية ١٥ . (٢) سورة النساء : الآية ١٦ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤/١٧٠) برقم ٤٥٠٢ .

(٤) في (م) : [المذكور] . (٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) في (م) : [وأن] .

يدها فلما لم يجب الحد إذا استوى هذا [١] الوطء من الزوجة كذلك الأجنبية] [٢] .

٢٨٥٨٣ - فإن قيل : يبطل بوطء الحائض . فإن النكاح ما أباحه ، واستيفاؤه من الزوجة لا يوجب الحد .

٢٨٥٨٤ - قلنا : النكاح يملك به وطء الزوجة الحلال والحرام . إذا وطئها في حال الحيض حلت للزوج الأول واستقر المهر عند مخالفنا .

٢٨٥٨٥ - وأما الدليل على أنه لا يسمى زنى : فلأن أهل اللغة أفردوه باسم ، وسموا الوطء في الفرج زنى . والطريق في تمييز الأسماء هذا الطريق . فإنه يطول عليهم أن يقولوا : هذا لا يسمى كذا ولا كذا . فكل مفرد باسم لا يتناوله باسم غيره إلا أن يدل على ذلك دليل . لأنه [٣] وجد في زوجته لم يسم زنى مع تحريمه وقبحه . ولأنه لم يحلل بالنكاح . فلو سمي زنى في غير الزوجة [كان زنى فيها لوجود] [٤] التحريم وعدم الملك فيه .

٢٨٥٨٦ - فإن قيل : إن اللّه تعالى سماه فاحشة ، والفاحشة الزنى .

٢٨٥٨٧ - قلنا : الفاحشة اسم لكل كبيرة . فكل زنى فاحشة ، وليس كل فاحشة زنى . قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ ﴾ [٥] وقال : ﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّىَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ ﴾ [٦] .

٢٨٥٨٨ - وإذا ثبت أنه ليس بزنى ، والله تعالى أوجب الحد في الزنى فلم يجز أن يلحق به إيجاب ذلك الحد [في غير نوعه] [٧] ولأنه وطء ليس بزنى كالوطء فيما دون الفرج .

٢٨٥٨٩ - والدليل على أن البكر لا يقتل : أنه إذا وطئ في الفرج لم يجب عليه القتل . فإذا وطئ في السبيل الآخر لم يجب عليه القتل كالمكره . ولأن الزنى متفق على وجوب الحد فيه [وهذا مختلف في حكمه] [٨] فإذا لم يسووا الزنى البكر والثيب فهذا أولى .

٢٨٥٩٠ - ولأنه واطئ لم يتقدم وطؤه بنكاح فلا يجب عليه القتل كالزاني .

٢٨٥٩١ - فإن قيل : الوطء في الفرج يستباح بحال يخف حكمه ، وهذا لا يستباح بحال فيغلظ حكمه .

---

(١) في (ص) : [معه] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) في (م) : [أنه] .

(٤) في (م) : [كان أيضًا فيها كوجود] .

(٥) سورة الأنعام : الآية ١٥١ .

(٦) سورة الأعراف : الآية ٣٣ .

(٧ ، ٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

٢٨٥٩٢ - قلنا : وطء المرأة فيما دون الفرج محال ، ووطء الرجل فيما دون الفرج لا يستباح . وقد تساويا في وجوب التعزير فيهما . ووطء الأم لا يستباح بحال . وقد ساوى وطء الأجنبية في وجوب الحد فيهما على وجه واحد .

٢٨٥٩٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰتِى يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ ﴾ (١) يعني الزنى . ثم قال : ﴿ أَتَأْتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ ﴾ (٢) . فسمى هذا فاحشة فدخل في الآية . وقد قال ﷺ : « قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » .

٢٨٥٩٤ - قلنا : أما الآية فقد بينا أنها حجة لنا ، وأن نسخها بخبر الواحد لا يجوز ، وبينا أن الفاحشة اسم لكل كبيرة . فإذا سمى الله تعالى هذا [الفعل] (٣) فاحشة لم يجب أن يكون زنى .

٢٨٥٩٥ - قالوا : روى أبو موسى الأشعري أنه ﷺ قال : « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان » (٤) .

٢٨٥٩٦ - قلنا : هذا خبر لا يعرف ولا وجدناه في كتاب يرجع إلى مثله ، ولا عرف إسناده فنتكلم (٥) عليه

٢٨٥٩٧ - ولو ثبت لم يدل لأنه ﷺ لم (٦) يعلمنا الأسماء اللغوية وإنما يعلمنا الأسماء الشرعية والأحكام . ولم يقل أحد : إن هذا اسم منقول فلم يبق إلا أن يكون معناه فحكمهما حكم الزانيين . واحتمل وجوب الحد واحتمل في باب الإثم ، وليس أحد الأمرين أولى من الآخر ، ولا يجوز حمله عليهما لأن العموم يعتبر في الألفاظ دون المعاني . يبين ذلك أنهم رووا (٧) في هذا الخبر : « إذا أتت المرأة المرأة (٨) فهما زانيتان » (٩) وقد أجمعنا على أنه لم يرد بذلك أن حكمهما حكم الزانيين في باب الحد .

٢٨٥٩٨ - قالوا : فرج يجب بالإيلاج فيه الغسل من غير إنزال فصار كفرج المرأة .

٢٨٥٩٩ - قلنا : يجب الغسل للاحتياط (١٠) ، والحد يسقط بالاحتياط فلم يجز أن

---

(١) سورة النساء : الآية ١٥ .
(٢) سورة الأعراف : الآية ٨٠ .
(٣) في (ص) ، (م) : [القول] .
(٤) أخرجه البيهقي في سننه (٢٣٣/٨) برقم ١٦٨١٠ .
(٥) في (م) : [منكم] .
(٦) ساقطة من (ص) .
(٧) في (م) : [بروا] .
(٨) ساقطة من (ص) .
(٩) في (ص) ، (م) : [زانيان] . والمثبت من السنن الكبرى للبيهقي (٢٣٣/٨) .
(١٠) في (م) : [بالاحتياط] .

يستدل بوجوب الغسل على وجوب الحد . والمعنى في الفرج أن المال يجب بالوطء فيه . فإذا لم يجب جاز أن يجب الحد . وهذا السبيل لا يجب المال بالوطء فيه . فلم يجز إيجاب الحد .

٢٨٦٠٠ - فإن قيل : المال والحد عندكم يتنافيان ولا يجتمعان . فكيف نستدل بأحدهما على الآخر .

٢٨٦٠١ - قلنا : يتنافيان إلا أنهما يتعاقبان ويخلف أحدهما الآخر [ولا يجوز] [١] أن يثبت فيه أحدهما ، ولا يجوز أن يثبت للآخر .

٢٨٦٠٢ - احتجوا في وجوب القتل بكل حال : بما روى عبد اللّه بن عباس عن النبي ﷺ . أنه قال : « لعن اللّه من عمل عمل قوم لوط . فاقتلوا الفاعل والمفعول به » [٢] . قالوا : روى أبو هريرة أنه ﷺ قال : « ارجموا الأعلى والأسفل » [٣] .

٢٨٦٠٣ - قلنا : حديث ابن عباس هو المعروف في هذا الباب ، وهو خبر واحد مداره على [٤] عمرو [٥] عن عكرمة . وحديث أبي هريرة رواه عاصم [٦] عن عمرو عن سهيل بن أبي صالح [٧] . قال الطحاوي : وكل واحد منهما لا تقوم بروايته حجة عند أهل الحديث وهذا الحكم لا يثبت بخبر الواحد القوي فكيف بالضعيف ، فيمن ضعفه أن أصحاب النبي ﷺ لما تكلموا في هذا اختلفوا في عقوبته ، وقال كل واحد منهم غير

---

(١) في (م) : [قالا يجوز] .
(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٥٨/٤) برقم ٤٤٦٢ .
(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨٥٦/٢) برقم ٢٥٦٢ .
(٤) في (م) : [عن] .
(٥) عمرو بن أبي عمرو ، مولى المطلب بن عبد اللّه بن حنطب القرشي . روى عن : أنس ، وسمع منه الكثير ، وعكرمة . سئل أبو زرعة عنه فقال : ثقة . انظر : الحرج والتعديل (٢٥٢/٦) ، والثقات (١٨٥/٥) .
(٦) هو : عاصم بن عمر العمري . من أهل المدينة . روى عن : عبد اللّه بن دينار ، وزيد بن أسلم ، وسهيل ابن أبي صالح ، وروى عنه : أبو داود الطيالسي ، وعبد اللّه بن عمر أخوه ، وعبد اللّه بن نافع الصائغ . قال ابن حبان : منكر الحديث جدًا . يروي عن الثقات مالا يشبه حديث الأثبات ، لا يجوز الاحتجاج به إلا فيما وافق الثقات . انظر : الجرح والتعديل (٣٤٦/٦) ، والمجروحين (١٧٢/٢) .
(٧) هو : سهيل بن أبي صالح السمان مولى جويرية . من صغار التابعين . سمع : سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وعبد اللّه بن دينار . وروى عنه : مالك ، والثوري ، وشعبة . كان من كبار الحفاظ لكنه . مرض مرضًا غيَّر حفظه . انظر : التاريخ الكبير (١٠٤/٤) . والجرح والتعديل (٢٤٦/٤) ، وسير أعلام النبلاء (٤٥٨/٥ - ٤٦٢) .

ما قال الآخر ، وهي قصة مشهورة ، فلم يرو واحد منهم شيئاً في ذلك عن [١] النبي ﷺ ولو كان صحيحًا لروى عند الحاجة إليه . ولو ثبت لم يدل . لأن الذي يعمل عمل [٢] قوم لوط هو المستحل لهذا الفعل ، ومن فعل ذلك مستحلا ارتد ، ووجب قتله بالردة تارة رجما ، وتارة غير رجم . كما يجوز أن يمثل بالمرتد . وعلى هذا الخبر لا يعارض به قوله ﷺ : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث » لأنه خبر مشهور متفق على استعماله والرجوع إليه . وهذا الخبر يقتضي إثبات القتل بمعنى تابع لأن على هذه الطريقة لا يجعلونه زنى ، وإنما يوجبون فيه حد الزنى ، وكذا بين البكر والثيب . والخبر الظاهر المتفق عليه لا يجوز معارضته إلا بمثله .

٢٨٦٠٤ – قالوا : روي عن أبي بكر [٣] وعلي [٤] وابن عباس [٥] وابن الزبير . وخالد بن الوليد أن اللوطي يقتل . واختلفوا في كيفية القتل .قال علي : يحرق أو يرجم وقال ابن عباس : يرجم . وقال علي : يرمى من شاهق .

٢٨٦٠٥ – قلنا : هذا الاختلاف يدل على أنهم لم يعرفوا من النبي ﷺ شيئًا . على ما روي في خبر [٦] يحتمل أن يكون من فعل ذلك مستحلا فلهذا مثلوا به . والمثلة إنما [تكون في المرتدين] [٧] .

٢٨٦٠٦ – قالوا : هذا الفعل أغلظ من الزنى . لأنه لم يبح ذلك [فلذلك يغلظ] [٨] حكمه بقتل فاعله بكل حال .

٢٨٦٠٧ – قلنا : الزنى لم يبح بحال ، وإنما أبيح مثله إذا وقع في نكاح أو ملك يمين . فقد تساوى الزنا واللواط . ولأن هذا الفعل [لم يبح من الزوجة] [٩] بحال ، ولا يجب به الحد . ولأن وطء ذات المحارم لم يبح في الجملة . وهذا الوطء لا تدخله إباحة بحال .

---

(١) في (م) : [غير] .
(٢) ساقط من (ص) .
(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٣٢/٨) برقم (١٦٨٠٥) .
(٤) أخرجه البيهقي في (٢٣٢/٨) برقم ١٦٨٠٣ ، ١٦٨٠٣ ، ١٦٨٠٤ .
(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٢٣/٨ برقم ١٦٨٠٠ ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤٩٧/٥) برقم ٢٨٣٣٨ .
(٦) في (م) [غير] .
(٧) ما بين المعكوفتين في (م) : [يكون في المرتدين غيره] .
(٨) في (م) : [فكذلك تغلظ] .
(٩) في (م) : [من الزوجة لم يبح] .

٢٨٦٠٨ - قلنا : [العبرة هي] (١) الحظر في حق الفاعل أو الإباحة فأما في حق غيره فلا معنى (٢) لاعتباره .

* * *

(١) في (ص) ، (م) : [العبر هو] وما أثبتناه هو الصواب .

(٢) ساقط من (م) .

مسألة ١٤١٨

[إتيان البهائم]

٢٨٦٠٩ - قال أصحابنا : إذا وطء بهيمة عزر [ولم يحد] (١) .

٢٨٦١٠ - [وقال الشافعي] (٢) : في أحد قوليه : يحد وقال في القول الآخر : يقتل بكل حال (٣) . ومن أصحابه من قال : [فيها] (٤) قول ثالث . أنه يعذر ولا يحد (٥) .

٢٨٦١١ - لنا : أنه فعل لا يسمى زنا . فلا يجب به حد الزنى كالوطء فيما دون الفرج نقصد ما لا يقصد وطء البهائم . فلهذا لم يجب الحد بذلك فهذا أولى . ولأنه وطء لا يجب به مال بحال كالوطء فيما دون الفرج .

٢٨٦١٢ - احتجوا : بحديث ابن عباس أنه ﷺ قال : « ومن أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه » (٦) .

٢٨٦١٣ - قلنا : رواه عمرو بن أبي عمرو عن عكرمة ، وليس يثبت عند أصحاب الحديث . قال أبو داود : [رواه عاصم عن أبي رزين . عن ابن عباس قال : ليس على الذي يأتي البهيمة حد] (٧) . حديث عاصم يضعف عمرو بن أبي عمرو عن ابن عباس (٨) . لأن ابن عباس لا يجوز أن يسمع من النبي شيئًا فيخالفه . ويجوز أن يكون ﷺ قال ذلك في المستحل . وأجاب ابن عباس في غير المستحل .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . تبيين الحقائق (١٨١/٣) ، والعناية (٢٦٥/٥) ، والجوهرة النيرة (١٥٥/٢) . وهو مذهب المالكية والظاهرية . انظر : حاشية الدسوقي (٣١٦/٤) ، والقوانين الفقهية (٢٣٢/١) ، والمحلى (٣٩٨/١٢) . وهو أحد الروايتين عند الحنابلة وهي المذهب وعليها جماهير الأصحاب . وفي رواية : حكمه حكم اللائط سواء . انظر : الإنصاف (١٧٨/١٠) ، والفروع (٧٢/٦ - ٧٣) .

(٢) في (ص) : [وقال في الشافعي] .

(٣) انظر : المهذب (٢٦٩/٢) ، والحاوي (٦٣/١٧) .

(٤) في (م) : [فيهما] .

(٥) وهو الأظهر من هذه الأقوال . انظر : المحلي على المنهاج (١٨١/٤) ، وتحفة المحتاج (١٠٦/٦) . ونهاية المحتاج (٤٢٦/٧) ، وروضة الطالبين (٩٢/١٠) .

(٦) أخرجه أبو داود في سننه (١٥٩/٤) برقم ٤٤٦٤ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) وما أثبتناه من سنن أبي داود (١٥٩/٤) .

(٨) أخرجه أبو داود في سننه (١٥٩/٤) برقم ٤٤٦٥ .

٢٨٦١٤ - قالوا [١] : فرج حيوان جاز أن يجب [بالإيلاج فيه] [٢] الحد [٣] أصله : فرج المرأة .

٢٨٦١٥ - قلنا : المعنى فيه أنه يجوز أن يجب به المهر ، ويثبت به الإحصان ، وفي مسألتنا بخلافه .

* * *

(١) ساقط من (م) .
(٢) في (م) : [الإيلاج] .
(٣) ساقط من (م) .

مسألة ١٤١٩

[اختلاف مجالس الشهادة في الزنى]

٢٨٦١٦ - قال أصحابنا : إذا شهدوا بالزنى في مجالس مختلفة لم تقبل شهادتهم إلا أن يجتمعوا في مجلس واحد [١] .

٢٨٦١٧ - وقال الشافعي : تقبل شهادتهم [٢] .

٢٨٦١٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ [٣] . الآية . ومن قذف وجاء بأقل من أربعة فلم يأت بالشهداء فيجب عليه الحد بظاهر الآية .

٢٨٦١٩ - فإن قيل : الآية تقتضي أنه إذا جاء بأربعة متفرقين لم يحد .

٢٨٦٢٠ - قلنا : هذا دليل الخطاب ونحن [لا نقول بموجبه] [٤] فلا يلزمنا . ولأن الزنى اختص من بين نوعه بشهادة فوجب أن يكون اجتماع الشهود في مجلس واحد معتبرًا كالنكاح ولأن النكاح والسفاح كل واحد منهما متعلق بالبضع وباستيفاء منافعه [٥] وإذا [كان شرط] [٦] الشهادة في أحدهما الاجتماع كذلك الآخر ولأن ما اعتبر فيه عدد يزيد على ثلاثة في الشرع اعتبر اجتماعهم كالعدد في الجمعة . ولأن اجتماع الشهود في مجلس واحد لو لم يعتبر لم يشرط زيادة العدد كسائر المتفرق . ولأن ما اعتبر فيه اجتماع الأقوال ضربان : عقود وشهادة . فإذا اختلف في العقود الاجتماع والافتراق ؛ جاز أن يفترق في الآخر .

٢٨٦٢١ - احتجوا : [بأن كل] [٧] ثلاثة يجوز قبولها [إذا اجتمعت في مجلس واحد يجوز قبولها] [٨] إذا افترقت في مجالس كسائر الشهادات .

---

(١) انظر : رد المحتار على الدر المختار (٤/٨) ، ودرر الحكام (٢/٦٢) والفتاوى الهندية (٢/١٥٢) ، وبدائع الصنائع (٧/٤٨) . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : المنتقى (٧/١٤٤) ، وتبصرة الحكام (١/٣٢٠) ، وبلغة السالك (٤/٢٦٥) ، وكشاف القناع (٦/١٠٠) ، والفروع (٦/٧٨) .

(٢) انظر : الأم (٨/٣٦٨) ، والأحكام السلطانية ٢٨٠ ، وروضة الطالبين (١٠/٩٨) . وهو رواية عند الحنابلة . انظر : الإنصاف (١٠/١٩١) . (٣) سورة النور : الآية ٤ .

(٤) ما بين المعكوفتين في (م) : [لا نقول به] . (٥) في (ص) : [منفعة] .

(٦) ما بين المعكوفتين بياض في (ص) ، (م) . وما وضعناه ليستقيم المعنى ؛ حيث يشترط عندهم اتحاد مجلس الشهود في عقد النكاح . انظر : مجمع الأنهر (٣٢١) .

(٧) في (م) : [بكل] . (٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

٢٨٦٢٢ - قلنا : سائر الشهادات لا يلزم الشاهد حق بشهادته فاستوى في شهادته الاجتماع والافتراق . وفي مسألتنا يجب على الشاهد حكم الشهادة إذا نقص العدد ، فإذا لزمه ذلك الحكم خرج من أن يكون شاهدًا [١] فلم يعتد بشهادته مع الباقين . ولأن سائر الحقوق لم تختص بزيادة [٢] العدد فلم يتعين فيها الاجتماع .

٢٨٦٢٣ - قالوا : كل حق ثبت بشهادة الشهود إذا اجتمعوا في مجلس يثبت بشهادتهم وإن تفرقوا كالقصاص وسائر الحقوق .

٢٨٦٢٤ - قلنا : القصاص وسائر الحقوق لا تلزم الشهود بشهادتهم حق ، وفي مسألتنا بخلافه ، أو نقول إن الشهادة في سائر الحقوق لم تتأكد [٣] بالعدد فلم تتأكد بالاجتماع .

٢٨٦٢٥ - قالوا : تفرق الشهود آكد . لأنه لا يتلقن بعضهم من بعض ، ولهذا إذا اتهمهم الحاكم فرقهم [٤] . فإذا قبلت الشهادة مع الاجتماع فلأن تقبل حال الافتراق أولى .

٢٨٦٢٦ - قلنا : لو كان التفرق أولى لشرط في الشهادة . لأن الزنى يؤكد بما لا يؤكد به غيره من الحقوق احتياطا في ثبوته .

٢٨٦٢٧ - ولأنه يجوز أن يسمع الشهادة مع اجتماع الشهود في مجلس واحد ، [ولا يسمع كل واحد منهم قول الآخر فلا يتلقن .

٢٨٦٢٨ - ولأن اجتماع الشهود في مجلس واحد] [٥] أجود للشهود . لأنهم إذا تفرقوا جاز [أن يتأخر الباقون] [٦] عن الشهادة فيجب على الأولين الحد [٧] .

٢٨٦٢٩ - قالوا : عندكم أن الإقرار بالزنى يتعين فيه العدد ، وتقولون إنه [٨] يجب أن يكون في مجالس مختلفة ، ويعتبر في الشهادة العدد ، ويجب أن تكون الشهادة في مجلس واحد .

٢٨٦٣٠ - قلنا : لأن التكرار اعتبر في الإقرار لجواز أن يرجع وينكر فينصرف عن الإمام ، فاعتبر تفرق الإقرار .

---

(١) في (م) : [شاهدنا] .
(٢) في (م) : [زيادة] .
(٣) في (م) : [يتأكد] .
(٤) في (م) : [يفرقهم] .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٦) ما بين المعكوفتين في (م) : [أن يتأخروا الباقين] .
(٧) في (م) [حد] .
(٨) ساقطة من (م) .

٢٨٦٣١ - لأنه أقرب إلى المعنى المقصود ، فأما الشهادة فإذا انفرد الشاهد وجب عليه الحد ، فيعتبر اجتماع الشهود حتى لا يمتنع الباقون . فإذا انفرد الشاهد وجب عليه الحد .

٢٨٦٣٢ - قالوا : لو حضروا وقام إلى الحاكم واحد [بعد واحد] (١) قبلت (٢) شهادتهم وهذا تفريق .

٢٨٦٣٣ - قلنا : لو قاموا دفعة واحدة لم يفهم القاضى منهم فيبطل (٣) . المقصود بالشهادة فلذلك لا يعتد بذلك التفريق .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٢) في (م) : [قبل] .
(٣) في (م) : [فبطل] .

مسألة ١٤٢٠

[إذا شهد الشهود بحد متقادم]

٢٨٦٣٤ - قال أصحابنا : إذا شهد الشهود بالزنى أو بشرب الخمر أو بالسرقة بعد حين من غير عذر في التأخير لم تقبل شهادتهم [١] .

٢٨٦٣٥ - وقال الشافعي [رحمه الله] : تقبل [٢] .

٢٨٦٣٦ - لنا [٣] : ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : « أما شهود شهدوا [بحد ولم يشهدوا] [٤] عند حضرته فهم شهود ضغن لا تقبل شهادتهم » [٥] فإن كان هذا اشتهر فلم يخالفه غيره فهو إجماع . وإن لم يشتهر فهو قول صحابي لم يخالف غيره فهو أولى من القياس ، أو نقول : إنه قول يخالف القياس فيحمل على أنه قاله توقيفا .

٢٨٦٣٧ - فإن قيل : رواه الحسن عن عمر ولم يلقه .

٢٨٦٣٨ - قلنا : مراسيل الحسن أولى من مسانيد غيره . وعندنا المرسل [٦] والمتصل سواء .

٢٨٦٣٩ - فإن قيل [٧] : قوله « لا تقبل شهادتهم » زيادة من الحسن .

٢٨٦٤٠ - قلنا : زيادة الثقة كقوله .

٢٨٦٤١ - فإن قيل : الحكم بالضغن . وعندكم العداوة لا تمنع الشهادة .

٢٨٦٤٢ - قلنا : مخالفنا في العلة لا يمنع أن يوافق في الحكم . كما أن الأمة اتفقت على تحريم التفاضل في الأشياء [٨] الستة مع اختلافهم في علته . على أن قوله : « وإنما هم [٩] شهود ضغن » معناه : أن الضغن حملهم على الشهادة ، وعندنا أن العدد الذي

---

(١) انظر : الفتاوى الهندية (١٥٨/٢) ، وغمز عيون البصائر (٣٨٣/١) وتحفة الفقهاء (١٤١/٣) والجامع الصغير (١٧٧/١) ، وحاشية أبي السعود (٣٦٥/٢) ، وتبيين الحقائق (١٨٨/٣) .

(٢) انظر : الأحكام السلطانية ص ٢٨١ ، وأسنى المطالب (١٣٣/٤) ، وروضة الطالبين (٩٨/١٠) . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٨٦٣/٢) ، والمغني (٧٠/٩) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (م) : [الحد لم يشهد] .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٥٩/١٠) برقم ٢٠٣٨٤ .

(٦) في (م) : [المراسيل] .

(٧) ساقطة من (ص) .

(٨) في (م) : [الإسناده] .

(٩) في (ص) ، (م) : [هو] . والصواب ما أثبتناه هو المناسب للسياق .

يشهد بعداوته لا تقبل شهادته .

٢٨٦٤٣ - فإن قيل : معناه لم يشهدوا عند حضرته . أي لم يشهدوا سبب الحد ، وإنما شهدوا على شهادة غيرهم .

٢٨٦٤٤ - قلنا [١] : لا يكونون [٢] شهود ضغن فيبطل التعليل . ولأن الشاهد مخير بين الستر على المشهود عليه . وبين إقامة الشهادة . فإذا أمسك عن [الشهادة وهو] [٣] الخصم فالظاهر أنه اختار الستر الذي هو الأولى عنده . فإذا شهد فالظاهر أنه لم يترك الأولى إلا لأمر حمله على ذلك فاتهم في شهادته . وصار ذلك شبهة فيها [٤] ولا يلزم حد القذف لأن الشاهد ليس بخصم فيه [وإن لم] [٥] يشهد عند مطالبة المقذوف . فتأخيره لترك المطالبة . ولا يلزم إذا كان الشهود لا يصلون إلى الحاكم لبعدهم عنه أو لمرضه . لأنهم لم يختاروا الستر [٦] وإنما توقفوا حتى [قدروا على] [٧] أداء الشهادة .

٢٨٦٤٥ - [فإن قيل : يجوز أن يكونوا أخروا النظر في الحال . هل الأولى الستر أو الشهادة ،] [٨] وكانوا في مهلة النظر [٩] . فإن الشهادة أقطع لمادة الفساد أو يكونوا تشاغلوا بأمر من مصالحهم فلما فرغوا منه أقاموا الشهادة .

٢٨٦٤٦ - قلنا : ويحتمل ما قلنا أيضًا . والاحتمال شبهة . على أنا نرجع في الاحتمال إلى رأي الإمام ويعتبر [١٠] التأخير من غير عذر . ومدة الأمهال [١١] معلومة ولم يعتد بها . والشغل المانع إذا ظهر للإمام [١٢] لم تبطل [به الشهادة] [١٣] .

٢٨٦٤٧ - ولأن الشهود لما كانوا هم الخصوم [١٤] كانوا مخيرين في إقامة الشهادة أو الستر . فإن اختاروا إقامة الشهادة فقد طولبوا من جهة اللّٰه تعالى بأدائها . فإذا أخروا صاروا كما لو طالبهم المدعي بإقامة الشهادة من غير عذر قدح ذلك في شهادتهم [لأنها شهادة بالزنى] [١٥] تأخر أداؤها عن الوقت الذي يمكن [أداؤها فيه من غير عذر لم تقبل كشهود الزنى] [١٦] . ولأنهم لما أخروا الشهادة من غير عذر فالظاهر أنهم لم يختاروا

---

(١) ساقطة من (م) .
(٢) في (م) : [لا يكونون] .
(٣) في (م) : [الإقامة وهم] .
(٤) في (م) : [منها] .
(٥) في (م) : [واعلم] .
(٦ ، ٧) ساقطة من (م) .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .
(٩) في (م) : المنظر] .
(١٠) في (م) تغير .
(١١) ساقطة من (ص) ، (م) .
(١٢) في (م) : [الإمام] .
(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(١٤) في (م) : [الخصومة] .
(١٥ ، ١٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

تحمل الشهادة فكل تحمل لم يكن شهادة لا يتعلق بأدائه حكم ، أصله (١) إذا شهدوا من وراء حجاب . ولأن العبادات على ضربين : أقوال وأفعال . ثم كان في الأفعال ما يسقط بالتأخير (٢) كالجمعة والأضحية جاز أن يكون من الأقوال ما يسقط بالتأخير . ولأن ما يعتبر فيه الاشتراك في الأقوال ويؤثر في الشهادة وليس هناك موضع يؤثر التأخير في الشهادة إلا الحدود .

٢٨٦٤٨ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ لَوْلَا جَاءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ﴾ (٣) وبقوله ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ﴾ (٤) ولم يفصل بين التقديم والتأخير .

٢٨٦٤٩ - قلنا : لا دلالة في الآية . لأن عندنا من قذف بزنى متقادم فأقام البينة قبلت في إسقاط الحد عنه . ولا يحد المقذوف . وليس تمنع الآية أكثر من قبول الشهادة لإسقاط الحد عن القاذف .

٢٨٦٥٠ - فإن احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَالَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾ (٥) .

٢٨٦٥١ - قلنا : الفاء للتعقيب ، فاقتضت الآية إقامة الشهادة عقيب إتيان الفاحشة .

٢٨٦٥٢ - قالوا : كل شهادة قبلت مع تقارب الزمان . قبلت مع تباعد الزمان أصله الشهادة بالقصاص .

٢٨٦٥٣ - قلنا : الشهادة بالقصاص الخصم فيها المدعي فلا يجوز أن يشهد قبل دعواه فلا تلحقهم تهمة بالتأخير . والزنى هم الخصوم فيه ؛ لأنه لا يقف فإذا أخروا الإقامة من غير عذر كان شبهة . وصار وزان مسألتنا من القصاص أن يطالبهم الولي بإقامة الشهادة [فتأخروا عنها] (٦) من غير عذر فلا تقبل شهادتهم .

٢٨٦٥٤ - فإن قيل : علة الأصل تبطل بالشهادة بالسرقة ؛ لأن الاختيار يقدح فيها فإن كانت لا تقبل إلا بحضور المدعي للمال .

٢٨٦٥٥ - قلنا : شهود الزنى هم الخصوم ، [وفي القطع المسروق] (٧) منه خصم في المال . ولهذا يلزمهم أن يشهدوا عليه بالسرقة وإن لم يحضر المسروق منه . فتصير

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٢) في (م) : [التأخير] .
(٣) سورة النور : الآية ١٣ .
(٤) سورة النور : الآية ٤ .
(٥) سورة النساء : الآية ١٥ .
(٦) في (م) : [مؤخرا عنهما] .
(٧) في (م) : [في القطع والمسروق] .

مطالبته شرطا في قبول الشهادة .

٢٨٦٥٦ – قالوا : شهادة [١] يثبت [٢] بها الحد فلا يؤثر فيها التأخير كالإقرار .

٢٨٦٥٧ – قلنا : المقر على نفسه فيما يقر به ، فتأخيره للإقرار [لم يلحق منه في حق غيره] [٣] وأما الشهود فيلحقهم منه في حق غيرهم . فإذا أخروا ما لزمهم إظهاره مع الإمكان كان ذلك شبهة .

* * *

(١) ساقطة من (ص) ، (م) . (٢) في (م) : [ثبت] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) .

مسألة ١٤٢١

[الشهود في الزنى لا يتمون أربعة]

٢٨٦٥٨ - قال أصحابنا : إذا شهد بالزنى ثلاثة ولم يشهد رابع حدوا [١] . وهو أحد قولي الشافعي [٢] .

٢٨٦٥٩ - وقال في قول آخر : لا يجب عليهم الحد [٣] .

٢٨٦٦٠ - لنا : ما روي أن [أبا بكرة] [٤] . ونافعا و [٥] شبل [٦] بن معبد [٧] شهدوا على المغيرة بالزنى . وتوقف زياد عن الشهادة فجلد عمر الثلاثة بحضرة الصحابة من غير خلاف . وهي قصة اشتهرت . لأن المغيرة كان [أميرا بالبصرة] [٨] فمنع من الصلاة بها . وحمل إلى المدينة ، وهذا لا يخفى على أحد في العصر [٩] .

---

(١) انظر : معين الحكام ١١٦ ، وفتح القدير (٢١٧/٥) ، والفتاوى الهندية (١٥٢/٢) ، والاختيار (١٢٥/٤) .

(٢) انظر : الأم (٤٨/٦ - ٥٤) ، وحاشيتي قليوبي وعميرة (١٨٦/٤) ، ومغني المحتاج (٤٦٢/٥) ، ونهاية المحتاج (٤٣٧/٧) ، وتحفة المحتاج (١٢١/٩) ، وهو مذهب المالكية .

(٣) انظر : الحاوي (٧٢/١٧) . وهو مذهب الحنابلة . انظر الإنصاف (١٩١/١٠) ، وكشاف القناع (١٠١/٦) . وذهب الظاهرية إلى أنه لا حد على الشاهد بالزنى أصلًا . كان معه غيره أو لم يكن انظر : المحلى (٢١٠/١٢) .

(٤) في (ص) : [بكرة] . وفي (م) : [يكن] . وما أثبتناه من الرواية التي سبق تخريجها من صحيح البخاري (٩٣٦/٢) .

(٥) ذكر السرخسي والزيلعي : أنه نافع بن الأزرق . انظر : المبسوط (٣٧/٩) ، وتبيين الحقائق (١٩٣/٣) . وذكر ابن الهمام أنه نافع بن علقمة . انظر : فتح القدير (٢٨٩/٥) . وكنا قد وجدنا في كتب التراجم أنه نافع بن الحارث بن كندة الهمداني الكوفي أخو أبي بكرة . وهو أحد الشهود على المغيرة . انظر : لسان الميزان (١٤٥/٦) الإصابة (٤٠٥/٦) .

(٦) في (ص) ، (م) : [سهل] . وما أثبتناه من المبسوط (٣٧/٩) .

(٧) هو : شبل بن معبد بن عبيد بن الحارث البجلي . يقال : له صحبة . وهو الذي شهد على المغيرة في قصته المشهورة . من ساكني البصرة . ولا يحفظ له سماع عن النبي ﷺ . انظر : الإصابة (٣٧٨/٣) ، والطبقات لابن خياط ص ١١٨ .

(٨) في (م) : [أميرة البصرة] .

(٩) قال ابن الرفعة : قيل : إن المغيرة كان قد تزوج بتلك المرأة في السر ، وكان عمر لا يبيح نكاح السر ويوجب عليه الحد ، وكان يقول للمغيرة : هذه امرأتك ؟ فينكر . فظنه من شهد عليه زانيًا ؛ لأنهم يعرفون منه أنه ينكرها . وهذا أحسن طريق يحسن الظن بالصحابة ، وحينئذ لا يكون الشهود كذبوا ولا المغيرة زنى انظر طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي (٢٦٣/٣) .

٢٨٦٦١ - وذكر الطحاوي عن أبي الطفيل قال : أقبل رهط معهم امرأة حتى نزلوا فتفرقوا في حوائجهم وتخلف رجل مع المرأة [ثم رجعوا] (١) وهي بين رجليه .

٢٨٦٦٢ - فشهدوا عليه أنهم رأوه يهت (٢) فيها كما يهت المرود (٣) في المكحلة (٤) . وقال الآخر : أعمى سمعي وبصري لم أره يهت فيها . منحنية : يعني خصيتيه تضربان استها ، ورجليها مثل أذني الحمار ، وعلى مكة يومئذ نافع بن الحارث الخزاعى . فكتب إلى عمر . فكتب عمر أن يشهد الرابع بمثل (٥) ما شهد الثلاثة فشأنهما فاجلدوهما ، وإن كانا أحصنا فارجمهما ، وإن لم يشهد إلا بما كتبت به إلي فاجلد (٦) الثلاثة ، وخل سبيل الرجل والمرأة .

٢٨٦٦٣ - وروي أن ثلاثة شهدوا على رجل بالزنى ، ثم قال الرابع : رأيتهما في ثوب واحد . فإن كان هذا زنى فهو ذاك . فحد علي بن أبي طالب الثلاثة وعزر الرجل والمرأة (٧) .

٢٨٦٦٤ - وروى جعفر بن محمد (٨) عن أبيه عن علي بن أبي طالب أنه قال : « ما أحب أن أكون أول الأربعة » (٩) .

٢٨٦٦٥ - فإن قيل : أبو بكرة مخالف لأن الواحد إذا خالف الجماعة فلم يشرعوا له الخلاف سقط خلافه . وإقامتهم عليه الحد يمنع الاعتداد بخلافه . على أنه لا دليل في ترك التوبة على اعتقاده أنه لا حد عليه . وذلك لأنه إذا صار (١٠) صادقا في شهادته فليس بفاسق لا يلزمه الحد . وإن قصدنا نحن بحده و (١١) بقسمه . ولأن الشهادة دون

---

(١) في (م) : [عن أبي الطفيل قال : أقبل ثم رجعوا] .
(٢) هت الشيء يهته هتًّا : وطئه وطئًا شديدًا فكسره .
(٣) المرود : الميل الذي يُكتحل به . انظر : لسان العرب مادة (رود) .
(٤) المكحلة : الوعاء الذي يوضع فيه الكحل . انظر : لسان العرب مادة (كحل) .
(٥) في (م) : [مثل] . (٦) في (م) : [فاجلدوا] .
(٧) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٤٠١/٧) برقم ١٣٦٣٧ .
(٨) هو : أبو عبد الله جعفر بن محمد بن علي بن الحسين . ولد سنة ٨٠ . سمع : أباه ، والقاسم ، وعطاء . وروي عنه : الثوري ، وشعبة ، ومالك ، وأبو ضمرة . مات سنة ١٤٨ هـ . انظر : الكنى والأسماء (١/ ٤٨٠) والتاريخ الكبير (١٩٨/٢) ، والثقات (١٣١/٦) .
(٩) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٤٤/١٠) .
(١٠) في (م) كان . (١١) ساقطة من (م) .

العدد [١] بشرط مقصود فصار كما لو تركوا لفظ الشهادة .

٢٨٦٦٦ - ولأن عددهم نقص عن أربعة [٢] بدلالة أنه لا يستحق بقولهم حقًّا . فإذا وجب على المشهود له وهو القاذف الحد مع وجود شهادتهم كذلك [٣] يجب عليهم . ولأن حد القذف وضع صيانة للأعراض فلو كان الشهود إذا نقص عددهم لم يحدوا لكان كل من أراد القذف يأتي به بلفظ الشهادة عند الحاكم فيلحق بغيره وهذا لا يصح .

٢٨٦٦٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ﴾ [٤] . والثلاثة يتخلصون بشهادة رابع فلا يجب عليه الحد .

٢٨٦٦٨ - قلنا إذا نقص العدد وقد رموا المشهود عليه فظاهر الآية يقتضي أنهم لا يتخلصون إلا بشهادة رابعة . وكذلك نقول : إنهم يحدون إلا أن يشهد بالزنا أربعة غيرهم .

٢٨٦٦٩ - قالوا : العدد شرط في قبول هذه الشهادة والحكم بها ، فإذا نقص لم نوجب حد القذف أصله إذا كانوا فساقًا .

٢٨٦٧٠ - قلنا : الفساق لم ترد شهادتهم لمعنى مقطوع به ، وإنما هو مظنون .

٢٨٦٧١ - وفي مسألتنا ردت الشهادة لفقد شرط مقطوع به . غير ذلك [٥] أن شهادة الفساق يجوز أن يبطل بها [إحصان المشهود عليه] [٦] وإذا غلب في ظن القاضي عدالتهم . وشهادة الثلاثة لا يجوز أن تبطل شهادتهم الإحصان بوجه فلذلك وجب الحد عليهم .

٢٨٦٧٢ - قالوا : نقصان العدد معنى لا يمكن للشهود الاحتراز عنه [٧] فوجب أن لا يوجب الحد أصله إذا رجع أحدهم عن الشهادة بعد إقامة الحد .

٢٨٦٧٣ - قلنا : إذا شرط الحد بالشهادة فقد تمت . فلا يجوز أن يخرج من أن تكون شهادة بقول الراجع . وفي مسألتنا لم تتم الشهادة . فإذا وقف الحكم لمعنى مقطوع صارت قذفًا .

٢٨٦٧٤ - قالوا : شهادة بما يوجب الحد على المشهود عليه فلا يوجب الحد على الشاهد كما لو شهدوا بشرب الخمر .

---

(١) غير واضحة في (ص) .
(٢) في (م) : [أربعة له] .
(٣) في (م) : [لذلك] .
(٤) سورة النور : الآية ٤ .
(٥) ساقطة من (ص) .
(٦) في (م) : [إشهاد المحصون عليه] .
(٧) في (م) : [منه] .

٢٨٦٧٥ - قلنا : رمي الإنسان بالشرب لا يوجب الحد فإذا بطلت الشهادة [صارت في حكم القذف . فوجب التعذير .

٢٨٦٧٦ - وفي مسألتنا الرمي بالزنى يوجب الحد . فإذا بطلت] [١] بمعنى محكوم به صار الشاهد في حكم القاذف فيجب الحد عليه .

٢٨٦٧٧ - قالوا : الشهادة معنى مأذون فيه على وجه لا يجوز الحكم فيه فإذا [٢] غلب [على ظن] [٣] الشاهد أن الباقين يشهدون معه ، جاز أن يشهد . وإن غلب على [٤] ظنه أن بعضهم لا يشهد لم يحل له أن يشهد . فإذا شهد وقد غلب على ظنه أن الباقين يشهدون فتوقفوا [٥] وجب عليه الحد . وإن كان غير مستحق فيما بينه وبين اللّه تعالى العقوبة . كما أن من قتل غيره على وجه الدفع فقد فعل ما وجب عليه ، ومع ذلك يقتص منه إذا لم يثبت أن المقتول قصده ليقتله .

٢٨٦٧٨ - قالوا : نقصان عدد الشهود لا يوجب الحد على الشاهد أصله إذا شهد اثنان أنه زنى بها بالبصرة ، واثنان أنه زنى بالكوفة .

٢٨٦٧٩ - قلنا : هاهنا [٦] لم ينتقص عدد الشهود ، وإنما اختلفوا فصار الاختلاف شبهة [٧] في سقوط الحد عن المشهود عليه ، فلم يجب أن يوجب الحد على [الشهود .

٢٨٦٨٠ - ولأن شهادة] [٨] الأربعة يجوز أن يبطل بها الإحصان من وجوب الحد على القاذف .

٢٨٦٨١ - قالوا : هذا يؤدي إلى أن لا تقام شهادة في حد الزنى .

٢٨٦٨٢ - قلنا : اللّه تعالى علق الحد بمعنى يتعذر وجوده وهو اجتماع أربعة يرى كل واحد منهم الذكر في الفرج ، فدل على [٩] أن مراده أن [١٠] لا تقوم هذه الشهادة فلا [يمتنع أن يجب] [١١] الحد على الشهود [١٢] ليصير ذلك طريقًا إلى التوقف عن الشهادة ، وتنفي من الوصول [١٣] إليها .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٢) في (م) : [فإن] .
(٣) في (م) : [في ظنه] .
(٤) في (م) : [في] .
(٥) في (م) : [توقفوا] .
(٦) في (م) : [فهاهنا] .
(٧) ساقطة من (م) .
(٨) في (م) : [المشهود ولا شهادة] .
(٩ ، ١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(١١) في (م) : [أن يحد] .
(١٢) في (م) : [المشهود] .
(١٣) ساقطة من (ص) ، (م) .

مسألة ١٤٣٢

[رجوع أحد الشهود الزنى بعد تمام الشهادة]

٢٨٦٨٣ - قال أصحابنا : إذا شهد أربعة بالزنى ، وحكم الحاكم بشهادتهم ثم رجع قبل استيفاء الحد أو بعده حد الرابع [١] . وأما الثلاثة فإن كان الحد لم يستوف حدوا عند أبي حنيفة وأبي يوسف [٢] وإن كان استوفى لم يحدوا [٣] .

٢٨٦٨٤ - وقال الشافعي : لا حد على الثلاثة في الوجهين [٤] . وهل يحد الرابع ؟ فيه قولان [٥] . وأما الرابع فلا شبهة فيه . لأنه اعترف بالقذف والكذب فيما قذف . فوجب عليه الحد باعترافه . وأما الثلاثة : فقد دللنا على أنهم لو شهدوا ابتداء وجب عليهم [٦] الحد والرجوع عن الشهادة قبل استيفاء الحد كالرجوع قبل الحكم [٧] . ألا

---

(١) بالاتفاق إن كان الحد جلدًا ولا حد على الباقين . فإن كان الحد رجمًا حد الراجع . وقال زفر : لا يحد المبسوط (٤٩/٩) ، بدائع الصنائع (٢٩٠/٦) ، فتح القدير (٢٩٣/٥) .

(٢) يحدون عندهما للقذف استحسانًا . وعند محمد وزفر - رحمهما اللَّه - يحد الراجع وحده وهو القياس . وهو قول أبي يوسف الأول . المبسوط (٤٨/٩) الجوهرة النيرة (١٥٣/٢) وهو قول المالكية إن رجع أحدهم قبل إقامة الحد . شرح مختصر خليل للخرشي (٢٢٢/٧) ، المدونة (٥٠٧/٤) ، التاج والإكليل (٢٤٣/٨) . والأصح من الروايتين عند الحنابلة أو الأظهر كما عبر به المرداوي . والرواية الثانية عندهم بحد الثلاثة دون الراجع . المغني (٦٩/٩) ، والإنصاف (١٩٨ - ١٩٩) .

(٣) المبسوط (٤٨/٩) ، وهو المشهور من مذهب المالكية وفي المدونة أنه قول ابن القاسم . شرح مختصر خليل (٢٢٢/٧) ، المدونة (٥٠٧/٤) ، التاج والإكليل (٢٤٣/٨) . وهو عند الحنابلة مبني على القول بأن حد القذف يورث . المغني (٦٩/٩) ، الإنصاف (١٩٨/١٠ - ١٩٩) .

(٤) المنصوص عليه : أنه لا حد عليهم قولًا واحدًا . المهذب (٣٣٣/٢) .

(٥) روضة الطالبين (١٠٩/١٠) . لكن أغلب كتب المذهب ذكرت وجوب الحد على الراجع بعد تمام الشهادة دون غيره قولًا واحدًا . الأم (٣٦٩/٨) ، ومغني المحتاج (٤٦٤/٥) ، الغرر البهية (٢٧٤/٥) ، حواشي الشرواني (١٢١/٩) وهو المشهور من مذهب المالكية إن رجع بعد إقامة الحد . وذكر في المدونة أنه قول ابن القاسم شرح مختصر خليل للخرشي (٢٢٢/٧) ، المدونة (٥٠٧/٤) ، التاج والإكليل (٢٤٣/٨) . وهو عند الحنابلة مبني على القول بأن حد القذف يورث . ونقل أبو النصر عن أحمد : أنه لا يحد المغني (٦٩/٩) الإنصاف (١٩٨/١٠ - ١٩٩) .

(٦) في (م) : [عليه] .

(٧) بدائع الصنائع (٢٩٠/٦) فتح القدير (٢٩٥/٥) ، تبيين الحقائق (١٩٤/٣) وتحقيقه أن فيما يجب حقًا للَّه تعالى تمام القضاء بالاستيفاء . إذ الاستيفاء من تمام القضاء ، ولهذا كان إلى الإمام ، لأن القضاء إما أن يكون لإعلام من له الحق بحقه ؛ أو التمكين من الاستيفاء . وذلك لا يتصور في =

ترى أنه لا يستوفي فكأنه لم يشهد إلا ثلاثة فيحدون (١) .

٢٨٦٨٥ - احتجوا : بأن الشهادة قد تمت من جهة الشهود . فإذا رجع أحدهم اختص الحد به أصله بعد إقامة الحد (٢) .

٢٨٦٨٦ - قلنا : الرجوع بعد الاستيفاء غير مؤثر في الحكم بدلالة أن الحد وقع موقعه ، وقبل الاستيفاء الرجوع أثر في الشهادة والحكم . بدلالة أنه لا يجوز أن يستوفي بهذا الحد فكأن الحاكم لم يحكم .

* * *

= حقوق اللّه تعالى . فكان المعتبر في حق اللّه تعالى النيابة في الاستيفاء . ولا يتم ذلك بالقضاء بل بحقيقة الاستيفاء . فإذا رجع أحدهم قبل تمام القضاء بالاستيفاء ، كان بمنزلة رجوعه قبل القضاء . المبسوط (٤٩/٩) ووجه قول محمد وزفر في إيجاب الحد على الراجع فقط : - أن الشهادات تأكدت بالقضاء فلم يبق طريق إلى وقوعها قذفًا . فالرجوع بعد القضاء قبل الإمضاء إنما يؤثر . ففسخ القضاء في حقه كالرجوع بعد الاستيفاء. فتح القدير (٢٩٥/٥) .

(١) نوقش ذلك : بأن نقصان العدد في الابتداء يمكن التحرز عنه ، أما نقصانه في الانتهاء فلا يمكن التحرز عنه . الحاوي (٧٨/١٧) .

(٢) النكت لوحة (٢٧٤) ولأن من وجب الحد بشهادته لم يحد إذا أقام على شهادته ، كما لو مات بعضهم أو فسق قبل إقامة الحد . الحاوي (٧٧/١٧) . ناقش ابن قدامة هذا الدليل : بأن قولهم وجب الحد بشهادتهم . يبطل بما إذا رجعوا كلهم . وبالراجع وحده فإن الحد وجب ثم سقط . المغني (٦٩/٩) هذا وقد استدل الحنابلة للرواية الثانية - وهي إيجاب الحد على الثلاثة دون الراجع إذا كان الرجوع قبل إقامة الحد : بأنه إذا رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله ؛ فيسقط الحد عنه ؛ لأن في درء الحد عنه تمكين له من الرجوع الذي يحصل به مصلحة المشهود عليه ، وفي إيجاب الحد عليه زجرًا له من الرجوع فتفوت المصلحة . فناسب ذلك نفي الحد عنه . المغني (٦٩/٩) .

مسألة ١٤٢٣

[اختلاف شهود الزنى في المكان]

٢٨٦٨٧ – قال أبو حنيفة : إذا شهد أربعة على رجل بالزنى في بيت بعينه . فقال اثنان منهم : زنا بها في هذه الزاوية . وقال اثنان في هذه الزاوية الأخرى . قبلت الشهادة ووجب الحد .

٢٨٦٨٨ – وقال الشافعي : لم يجب الحد على المشهود عليه (١) .

٢٨٦٨٩ – والمسألة موضوعة على بيت صغير . على أن يبتدأ الفعل في أحد زواياه ، ويصير بالحركة إلى الأخرى من غير أن ينزع ، أو يكون الواطئ في وسطه تارة يميل بالحركة إلى هذه الزاوية وتارة إلى الأخرى (٢) . فعلى هذا لا يتبين اختلاف الشهود وهم أمناء . فمتى أمكن حمل قولهم على الصحة لم يحمل على إفساده . وإذا لم (٣) يتبين الاختلاف وجب الحكم بالشهادة (٤) .

٢٨٦٩٠ – فإن قيل : احتمل ما ذكرتم واحتمل غيره . وجب إسقاط الحد لأنه يسقط بالشبهة .

٢٨٦٩١ – قلنا : الاختلاف يصير شبهة إذا كان أحد الفعلين غير الآخر . فإذا لم يثبت ذلك لم يجز إسقاطه (٥) . والغالب الشهادة بتحرير لا ظاهر له .

٢٨٦٩٢ – [فإن قيل] (٦) : عندكم لا يثبت الحد بالقياس فكيف أثبتموه

---

(١) الحاوي (٨٢/١٧) ، مغني المحتاج (٤٥٤/٥) ، نهاية المحتاج (٤٣٢/٧) وهو مذهب المالكية . المنتقى (١٤٤/٧) وشرح مختصر خليل للخرشي (١٩٨/٧) . وذهب الظاهرية إلى القول بثبوت الزنا متى تمت الشهادة أربعة ، ولا عبرة باختلافهم في المكان أو الزمان أو المزني بها . ولم يفرقوا بين البيت الكبير أو الصغير . المحلى (٤٧/١٢) .

(٢) أو لأن الواقع في وسط البيت يحسبه من في المقدم في المقدم ، ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده . تبيين الحقائق (١٩٠/٣) فهو كما لو اختلفوا في ساعتين من يوم متقاربين بحيث يمكن أن يعتد الزنا إليهما . حاشية أبي السعود (٣٦٦/٢) .

(٣) زيادة أثبتناها ليستقيم المعنى .

(٤) ولأنهم أجمعوا على فعل واحد . واختلفوا فيما لم يكلفوا نقله . والتوفيق ممكن ؛ فوجب قبول شهادتهم كما لو اختلفوا في ثيابها حين زنا بها . المبسوط (٦١/٩ – ٦٢) . ولأن اختلافهم هنا صورة لا حقيقة ، أو حقيقة والفعل واحد . فتح القدير (٢٨٧/٥) .

(٥) في (م) : [إسقاط] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

بالاستحسان (١) .

٢٨٦٩٣ - قلنا : الحد عندنا ثابت بالقرآن . والاستحسان في قبول الشهادة (٢) ولأنهم اختلفوا في معنى لا تفتقر الشهادة إلى ذكره لا يتبين فيه أن أحد الفعلين غير الآخر . فصار كما لو قال اثنان : كان مفتوح العين . وقال الآخران (٣) كان مطبق العين . أو قال اثنان : كان على رأسه منديل . وقال الآخران : كان مكشوف الرأس (٤) ولأن كل طائفتين لو اتفقت على مكان واحد من بيت إذا ثبت إذا جاءها في زواياه . جاز أن يثبت بشهادتهم كالثمانية ولأن البينة معنى ثبت به الزنا . فإذا اختلف في زواياه ثبت . جاز أن يثبت بالإقرار . ولأنه اختلاف يجب (٥) معه الحد بالإقرار فوجب الحد معه بالشهادة أصله الاختلاف (٦) في عدد الإيلاج .

٢٨٦٩٤ - احتجوا : بأن كل فريق شهد بفعل غير الفعل الذي شهد به الآخر . فصار كما لو شهد اثنان أنه زنا بالليل [وشهد آخران أنه زنا بالنهار] (٧) .

٢٨٦٩٥ - قلنا : لا نسلم أن الشهادة وقعت بفعلين على ما بينا . فأما البينتان فإذا كانتا متقاربتين يجوز أن يقع ابتداء الفعل في إحداهما ويستديمه إلى الأخرى فهو مثل مسألتنا . وإن كان ما بينهما [مسافة فهو] (٨) كالبيت الكبير . وعلى هذا الليل والنهار . أن يبين أحد الفريقين آخر النهار والآخر أول الليل فهو كالبيت الواحد . وإن

---

(١) الاستحسان له معنيان : أحدهما : استعمال الاجتهاد وغلبة الرأي في إثبات المقادير الموكولة إلى تقديرنا . وثانيهما : هو ترك القياس إلى ما هو أولى منه . راجع الفصول في الأصول (٢٣٣/٤ - ٢٣٤) . وهو حجة عند الحنفية . كشف الأسرار (٢/٤ ، ٣) . وذهب الشافعي إلى أنه ليس بحجة وقال : من استحسن فقد شرع . المستصفى صـ١٧١ . ولكنه قال به في ثلاثة مواضع . قال بعض أصحابه في ست . أجاب عنها بعضهم : بأنه استحسن ذلك بدليل يدل عليه ؛ أي أنه حسن ؛ لأن كل ما ثبتت حجته كان حسنًا . وقيد الطبري محل الخلاف في الاستحسان المخالف للقياس فإن لم يكن فهو جائز . البحر المحيط (١٠٦/٨ - ١٠٩) .

(٢) أي لتصحيح الشهادة لا لإقامة الحد . المبسوط (٦٢/٩) . وذلك لأن أمرنا بالاحتيال لدرأ الحد . درر الحكام (٦٧/٢) .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) وكما اختلفوا في الطول والقصر ، أو السمن والهزال . أو في أنها بيضاء أو سمراء أو عليها ثوب أحمر أو أسود تقبل في كل ذلك . فتح القدير (٢٨٧/٥) .

(٥) في (م) : [ثبت] .

(٦) في (م) : [بالاختلاف] .

(٧) وقاسه الشيرازي على ما لو شهد بعضهم أنه زنا بالبيت ، وبعضهم خارجه .النكت ص ٢٧٤ .

(٨) في (م) : [مساعد فيهما] .

بين وقتا من الليل لا يمتد الفعل من النهار إليه [فهو في معنى] [١] البيت الكبير [لم تقبل] [٢] كما أنهما لو ذكرا [٣] زوايا البيت ولم يبينا أنه [صغير ولا كبير] [٤] .

٢٨٦٩٦ - فإن قيل : لو سلمنا أن الفعل في زاوية وآخره [٥] في الزاوية الأخرى لم تقبل الشهادة لأنهم شهدوا على فعلين مختلفين [٦] .

٢٨٦٩٧ - قلنا : المعتبر أن يقع نظر الأربعة على الواطئ في حالة واحدة . لأن هذا متعذر في العادة . لأن [٧] ذلك لو اعتبر لوجب [٨] أن يستفسر الشهود عنه . ولم يعتبر ذلك أحد وقد شهد [٩] عندهم بالزنا . فلم نسألهم عن ذلك . ولأن هذا كله فعل واحد . بدلالة إن الواطئ [لو كان] [١٠] بشبهة لم يجب إلا مهر واحد ، ولو كان فعلين وجب على واحد منهما مهر .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) .

(٢) في (ص) و (م) : [وأن أيهما لم تقبل] .

(٣) في (م) : [ذكروا] .

(٤) في (م) : [كبير ولا صغير] .

(٥) في (م) : [الأخرى] .

(٦) ساقطة من (ص) ، (م) وأثبتناها من الحاوي (٨٢/١٧) .

(٧) في (م) : [ولأن] .

(٨) في (م) : [فوجب] .

(٩) في (م) : [شهدوا] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

مسألة ١٤٢٤

[من أقر أنه زنى بامرأة معينة فكذبته أيسقط الحد عنه ؟]

٢٨٦٩٨ - قال أبو حنيفة : إذا أقر الرجل أنه زنى بامرأة بعينها فكذبته لم يحد [١] .

٢٨٦٩٩ - وقال الشافعي : يثبت عليه الحد [٢] .

٢٨٧٠٠ - لنا : أنه لا يخلو إما أن نجعله زانيًا بها أو بغيرها أو بامرأة مبهمة ، ولا يجوز أن نجعله زانيًا بها . لأنا صدقناها في نفي الزنى ، وجعلنا القول قولها . ولا يجوز أن نثبت زناه [٣] بغيرها ولا بامرأة غير معينة . لأنه [٤] لم يعترف بذلك . فلم يبق إلا أن يسقطه حكم اعترافه فلا يجب عليه حد الزنى . ولأنه إذا أقر بذلك فجحدت وجب عليه حد القذف لها . وحد القذف لا يجب إلا بعد الحكم بكذبه . وحد الزنى يجب عليه الحكم بصدقه في اعترافه . ولا يجوز أن يحكم بصدقه وكذبه . في حال واحدة . فتعذر إقامته ، ووجب الحكم بكذبه ، وإقامة حد القذف . ولأن الزنى محكوم به من وجه دون وجه . لأنا جعلنا القول قولها . والحكم بالزنى في بعض الوجوه شبهة في سقوط الحد ؛ ولأنها موطوءة في زعمه . لا يجب الحد على قاذفها . فلم يجب بذلك الوطء حد على الواطئ كمن وطئ أمته .

٢٨٧٠١ - احتجوا : بقوله ﷺ : « من أتى شيئًا من هذه القاذورات فليستتر بستر اللَّه عليه فإن أبرز لنا صفحته أقمنا عليه [٥] حد اللَّه تعالى » [٦] .

٢٨٧٠٢ - قلنا : ذكر حدًّا منكرًا ، وعندنا يقام على هذا المقر حد القذف إذا طالبت المرأة .

٢٨٧٠٣ - قالوا : أقر ماعز عند النبي ﷺ ولم يسأل المرأة ، ولو كانت إذا جحدت يسقط الحد عنه سألها .

٢٨٧٠٤ - قلنا : لأن الشبهة التي يجوز أن تطرأ لا يلزم الإمام انتظارها ، وإيقاف

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (١٨٥/٣) ، والفتاوى الهندية (١٥٨/٢ - ١٥٩) ، ورد المحتار (٢٩/٤) .
(٢) انظر : الأم (١٦٧/٦) ، والغرر البهية (٨٥/٥) ، وأسنى المطالب (١٣٢/٤) .
(٣) في (م) : [زيادة] . (٤ ، ٥) ساقطة من (م) .
(٦) أخرجه مالك في الموطأ (٨٢٥/٢) برقم ١٥٠٨ .

الحد . ألا ترى أن رجوع المقر يسقط الحد [ولا يجوز للقاضي أن يؤخر] (١) إقامة الحد انتظارًا للرجوع . ولأن (٢) ماعزًا أقر أنه زنى بأمة فلا يجب حد القذف عليه . وهذا لا يوجد في قصة ماعز .

٢٨٧٠٥ – قالوا : روى سهل بن سعد الساعدي أن رجلًا أقر عند النبي ﷺ أنه زنى بامرأة فبعث إليها فجحدت فحد الرجل (٣) .

٢٨٧٠٦ – قلنا : يحتمل أن يكون حده حد القذف .

٢٨٧٠٧ – قالوا : لم ينقل أنها طالبت بذلك .

٢٨٧٠٨ – [قلنا : يحتمل أن تكون] (٤) طالبت بذلك . ويجوز أن تكون أمة فيجب الحد عليه وإن جحدت على طريق الطحاوي .

٢٨٧٠٩ – قالوا : جحودها مانع من ثبوت الزنى في حقها فصار كسكوته .

٢٨٧١٠ – قلنا : إذا سكتت فلم تنف الفعل مع القدرة على نفيه فجاز أن يجب فيه الحد والجاحدة نافية للفعل (٥) فيستحيل أن يحكم بوجوده .

٢٨٧١١ – فإن قيل : إذا أقر أنه زنى بخرساء لا حد عليها ... (٦) ولا تقدر أن تعبر عن الجحود .

٢٨٧١٢ – قالوا : سقط الحد عنها لمعنى يخصها لا يوجب سقوطه عنه أصله إذا أكرهها .

٢٨٧١٣ – وإذا (٧) زنى المسلم بحربية قلنا : إذا (٨) أكرهها فلم ينف الفعل في حقها ، وإنما انتفى الحد وسقط عنها . ليس هو المسقط لحده (٩) عنها وإنما المسقط عدم الفعل منها وتصديقها على نفيه وأما المستأمنة فقد وجد الفعل منها ، وتعلق به الحد وتعذر (١٠) الاستيفاء . لأنها في دارنا على حكم دار الحرب .

---

(١) في (م) : [ولا يجوز أن يؤخره القاضي] .

(٢) في (م) : [ولا] .

(٣) أخرجه أبو داود ي سننه (١٥٩/٤) برقم ٤٤٦٦) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٥) في (م) : [الفعل] .

(٦) توجد هنا إحالة ولكنها غير مقروءة .

(٧) في (م) : [وإن] .

(٨) في (م) : [فإذا] .

(٩) في (م) : [فحده] .

(١٠) في (م) : [وبعد] .

مسألة ١٤٢٥

[فيمن يقيم الحد على المملوك]

٢٨٧١٤ – قال أصحابنا : لا يملك المولى [1] إقامة الحد [2] على مملوكه ، وإنما ذلك إلى الإمام أو إلى من نصبه الإمام [3] .

٢٨٧١٥ – وقال الشافعي : للمولى أن يقيم الحد على عبده وأمته إذا كان جلدًا [4] . واختلف أصحابه في القطع في السرقة والقصاص والقتل بالردة . فمنهم من قال : لا يملك . قالوا : والمذهب : أنه يملك . واختلفوا في المرأة فمنهم من قال : تملك إقامة الحد على مملوكها ومنهم من قال : لا تملك المرأة ذلك . ولكنه إلى زوجها . ومنهم من قال : إلى الإمام . واختلفوا في الولي الفاسق . فمنهم من قال : يملك إقامة الحد . ومنهم من قال : لا يملكه .

٢٨٧١٦ – وهل يملك سماع البينة في [5] الحد . ويبحث عن عدالة الشهود ، فيه وجهان .

٢٨٧١٧ – وهل يملك المكاتب إقامة الحد على مملوكه ؟ فيه وجهان .

٢٨٧١٨ – والدليل على ما قلنا : أن ما جاز للإمام : أن يستوفيه بولاية الإمامة . لا يملك غيره أن يستوفيه إلا بتولية ، أصله حد الأحرار . والخراج والجزية لأنها ولاية خاصة فلا يملك بها إقامته الحد كولاية الأب والوصي . ولأن من لا يملك إقامة الحد على الحر لا يملك إقامته على العبد كالصبي والمجنون ، أو نقول : من لا يملك إقامة الحد على عبد غيره لا يملك إقامته على عبد نفسه [6] أو من لا يملك إقامة الحد الكامل لا يملك إقامة الحد الناقص . [أو من لا يملك] [7] [إقامة الحد بالبينة لم يملك إقامته [8] على عبده [9] .

٢٨٧١٩ – [فإن قيل] [10] : المعنى في الصبي والمجنون أن لا يلي على العبد . فلا يقيم الحد عليه . والبالغ العاقل يلي على عبده ، وآكد من ولاية الإمام فلذلك [11] ملك أن يحده .

---

(١) في (م) : [الولي] .   (٢) في (م) : [الحدود] .

(٣) انظر : الاختيار (١٣٦/٤) ، وشرح الكنز منلا مسكين (٣٥٥/٢) ، والعناية على الهداية (٢٣٥/٥) ، والبناية في شرح الهداية (٣٧٤/٥) .   (٤) انظر : الأم (٣٦٨/٨) .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش وفي (م) : [غيره] .

(٧ ، ٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .   (٩) غير واضحة في (ص) .

(١٠) ما بين المعكوفتين زيادة اقتضاها السياق .   (١١) في (م) : [فكذلك] .

٢٨٧٢٠ - قلنا : الصبي وإن كان لا يملك الولاية والمولى أيضاً لا يملك ولاية عليه (١) والحدود أيضًا تستوفى بالولاية العامة دون الخاصة .

٢٨٧٢١ - ولأن الولي (٢) لا يملك الإقرار على عبده بالحد (٣) . وما لا يملك المولى الإقرار به عليه فحكمه فيه كحكمه بعد الحرية أصله الطلاق . [ولأن ما لا يملكه المولى الكافر من عبده ، لا يملكه المولى المسلم من عبده كالطلاق] (٤) وعكسه البيع والعتق .

٢٨٧٢٢ - فإن زعموا في الوصف .

٢٨٧٢٣ - قلنا : إقامة الحد عبادة فلا تصح مع الكفر كسائر العبادات . ولأن ما لا يملك تنفيذ الأحكام . لا يملك إقامة الحد كالكافر .

٢٨٧٢٤ - احتجوا : بما روي أن أمة لآل رسول الله ﷺ زنت . فقال النبي ﷺ لعلي : « انطلق فأقم عليها الحد » . قال : فانطلقت فإذا بها دم يسيل ينقطع . فأتيته . فقال : « يا على . أفرغت » ، فقلت : أتيتها ودمها يسيل فقال : « دعها حتى ينقطع دمها . ثم أقم عليها الحد وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » (٥) .

٢٨٧٢٥ - قلنا : هذه تولية من النبي ﷺ للمخاطب . ونحن لا نمنع أن يقيم المولى الحد بإذن السلطان . فمن زعم أن الأمر لجميع الناس مع احتماله له أن يكون خاصا لمخاطب بعينه احتاج إلى دليل .

٢٨٧٢٦ - احتجوا : بقوله ﷺ : « إذا زنت أمة أحدكم فليحدها . فإن زنت فليبعها ولو بضفير » .

٢٨٧٢٧ - قلنا : هذا أمر ظاهره (٦) يقتضي الوجوب . والمولى يجوز له إقامة الحد عليهم . ولا يجب عليه . والذي يجب عليه هو الإمام . فليس لهم صرف الوجوب عن [ظاهره] .

٢٨٧٢٨ - ألا ولنا تخصيص العموم . وحمله على الولاة . أو نحمله على دفع الأمة إلى من يقيم الحد عليها (٧) . وأضاف ذلك إلى المولى . كما يقال : بنى دارًا فلان ، والمعنى أمر ببنائها .

---

(١) في (م) : [علته] .
(٢) في (م) : [المولى] .
(٣) في (م) : [بلحد] .
(٤) ما بين المعكوفتين من (م) .
(٥) أخرجه الترمذي في سننه (٤/٤٧) برقم ١٤٤١ .
(٦) في (م) : [فظاهره] .
(٧) زيادة في (م) .

٢٨٧٢٩ – ومن أصحابنا : من حمل الخبر على الجلد الذي هو التعزير وذلك يجوز للمولى عندنا .

٢٨٧٣٠ – وقولهم : إن الجلد إذا ذكر مع الزنى المراد به الحد ليس بصحيح . لأن الحد اسم الضرب . وإذا ذكر في موضع والمراد به [1] الحد لم يمتنع أن يذكر في موضع آخر ويراد به غير الحد .

٢٨٧٣١ – فإن قيل : ذكر أبو داود : « فليحدها الحد » .

٢٨٧٣٢ – قلنا : لم يذكر أبو داود هذا .

٢٨٧٣٣ – قالوا : فذكر « فليحدها بكتاب الله » . وهذا أيضا يحدها بكتاب الله .

٢٨٧٣٤ – قلنا : كتاب الله عبارة عن حكمه . ومن حكمه تعزير الأمة إذا زنت . ولأن هذا خطاب من النبي ﷺ لجماعة ولاهم إقامة الحد على إمائهم فملكوا ذلك بتوليته . وزعم مخالفنا أنه بيان للحكم في حق جميع الناس . ولا يجوز إثبات ذلك بالاحتمال بل حمله على ما نقول أولى . لأنا نستعمل ظاهر الوجوب ولا نسقطه .

٢٨٧٣٥ – قالوا : روي أن رجلا سأل ابن مسعود فقال : أمتي زنت . فقال : اجلدها [2] .

٢٨٧٣٦ – وروى نافع أن غلامًا لابن عمر زنى بجارية له . فجلدهما ابن عمر [3] .

٢٨٧٣٧ – وروي أن عبد الله بن عمر قطع يد غلام له سرق [4] .

٢٨٧٣٨ – وروي أن فاطمة جلدت أمة لها زنت الحد [5] .

٢٨٧٣٩ – وروي أن [أبا برزة] [6] . جلد أمة له زنت [7] .

٢٨٧٤٠ – وروي أن عائشة قطعت يد جارية لها سرقت [8] .

---

(١) في (م) : [فيه] .
(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٤٣/٨) برقم (١٦٨٧٠) .
(٣) أخرجه عبد الرزاق بهذا السند في مصنفه (٢٣٩/١٠) برقم (١٨٩٧٩) .
(٤) أخرجه مالك في الموطأ (٨٣٣/٢) برقم ١٥٢٢ .
(٥) أخرجه الشافعي في مسنده كتاب الجنائز ص ٣٦٢ وابن أبي شيبة (٤٩١/٥) برقم ٢٨٢٧٨ .
(٦) في (ص) و (م) : [أبو هريرة] وما أثبتناه من الحاوي (٩١/١٧) .
(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٤٥/٨) برقم ١٦٨٨٨ .
(٨) أخرجه مالك في الموطأ (٨٣٢/٢) برقم ١٥٢١ .

٢٨٧٤١ - وروي أن حفصة قتلت [١] جارية لها سحرتها [٢] .

٢٨٧٤٢ - وعن يحيى بن سعيد الأنصاري [٣] قال : كانت الأنصار عند رأس الحول يخرجون من زنى من إمائهم [٤] فيجلدونهم في مجالسهم [٥] .

٢٨٧٤٣ - والجواب : أن هذه الأخبار لو كانت صحيحة ثابتة ذكرها أصحاب المسانيد [٦] ولم يذكرها أبو داود ولا من يجري مجراه . على أنها محمولة على الجلد على وجه التعزير والقطع . لأن منهم من كان يعتقد أن التعزير يبلغ به الحد .

٢٨٧٤٤ - ولأنا بينا أن قوله ﷺ : « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » وقوله « إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها » تولية منه ﷺ للمخاطبين . فيجوز أن يكون هؤلاء الجماعة ممن قصد بالخطاب فملك إقامة الحد بالتولية .

٢٨٧٤٥ - يبين ذلك ما روي عن الأعمش [٧] : إنه ذكر إمامة ابن مسعود بالشام . وانه أقام هناك حدًّا على رجل وجد منه ريح الخمر فقال العمش : كانوا أمراء حيث [٨] كانوا [٩] فإما أن يكون ذلك بتولية النبي ﷺ أو بأمر الأئمة لهم .

٢٨٧٤٦ - وقد روي عن ابن عمر انه قال : ارفعوا إلي الموالي . وذكر الحد .

٢٨٧٤٧ - وقد روى مسلم [١٠] ....

---

(١) في (م) : [قطعت] .

(٢) أخرجه بهذا اللفظ مالك في الموطأ (٨٧١/٢) برقم ١٥٦٢ .

(٣) يحيى بن سعيد بن قيس الأنصاري ، قاضي المدينة . كان جده بدريًّا . سمع من : أنس بن مالك ، وسعيد . بن المسيب ، والقاسم . وروى عنه : سفيان الثوري ، وشعبة ، ومالك بن أنس ، والليث بن سعد . قال ابن القطان : مات يحيى بن سعيد سنة ١٤٣ هـ . انظر : التاريخ الكبير (٢٧٥/٨) . والجرح والتعديل (١٤٨،١٤٧/٩) .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٤٨/٨) برقم ١٦٨٨٧ .

(٦) في (ص) : [سانيد] .

(٧) الأعمش : سليمان بن مهران أبو محمد . من صغار التابعين . ولد سنة ٦٠ هـ . رأى أنسًا وابن أبي أوفى وروى عنهما . وكان أعلم الناس بحديث ابن مسعود . روى عنه : أبو إسحاق الهمذاني ، والثوري . قال ابن القطان : مات سنة ١٤٨ هـ . انظر : التاريخ الكبير (٣٧/٤) ، والجرح والتعديل (١٦٤/٤) وميزان الاعتدال (٣١٥/٣) .

(٨) ساقطة من (م) . والحديث أخرجه البخاري في (١٩١٢/٤) برقم ٤٧١٥ .

(٩) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(١٠) ما بين المعكوفتين تصويب من مختصر اختلاف العلماء (٢٩٩/٣) . وفي (ص) ، (م) : [سلمة] .

ابن يسار [١] عن أبي عبد اللّٰه رجل من أصحاب رسول اللّٰه ﷺ كان ابن عمر أمرنا أن نأخذ عنه . قال : هو عالم فخذوا عنه . فسمعه يقول : « الزكاة والحدود والفيء والجمعة إلى السلطان » [٢] .

٢٨٧٤٨ – قال الطحاوي : أبو عبد اللّٰه هذا عسى أن يكون أخًا أبي بكرة واسمه نافع .

٢٨٧٤٩ – وقد روي عن الحسن [٣] إنه قال : « ضمن هؤلاء الصدقة والصلاة والحدود والحكم » [٤] .

٢٨٧٥٠ – وعن ابن [٥] محيريز . وقول أهل الشام : إنه عبد اللّٰه . ويقول أهل مكة : إنه عبد الرحمن ، والصحيح أنه عبد الرحمن . قال : « الحدود والفيء والجمعة والزكاة » [٦] . ولم ينقل خلاف من طريق قوي يخالف هذا . وإنما نقل الأنصار . ويحتمل أن يكونوا فعلوا ذلك بأمر الولاية

٢٨٧٥١ – قالوا : ملك تزويجها مع اختلاف الدينين فوجب أن يملك إقامة الحد عليهم كالإمام .

٢٨٧٥٢ – قلنا : الإمام لا يملك التزويج إلا في الصغار . ولا يجب على الصغار حد .

٢٨٧٥٣ – ولأن النكاح ولاية خاصة ، ولا يستدل بها على [الحد ألا ترى : أن الأب يلي على ولده ولاية خاصة ، ولا يستدل به على] [٧] إقامة الحد على ولده ، بحال .

٢٨٧٥٤ – ولأن الإمام لما ملك إقامة الحد عليه لم يملك غيره بغير تولية ، أو نقول : المعنى في الإمام أنه يملك استيفاء حقوق اللّٰه تعالى . فلم يملك غيره [٨] استيفاء الحدود .

٢٨٧٥٥ – قالوا : يملك الإقرار عليه كجناية الخطأ في رقبته فملك إقامة الحد عليه.

---

(١) مسلم بن يسار أبو عثمان ، رضيع عبد الملك بن مروان . سمع أبا هريرة . وروى عنه : أبو هانئ الخولاني ، وبكر بن مضر . انظر : التاريخ الكبير (٧/٢٧٥) ، والكنى والأسماء (١/٥٤٣) .

(٢) أخرجه ابن حجر من هذا الطريق في فتح الباري (كتاب الحدود – باب إذا زنت الأمة) . (١٢/١٦٣) .

(٣) في (ص) و (م) : [الحسين] ، وما أثبتناه من مختصر اختلاف العلماء (٣/٢٩٨) وأحكام القرآن للجصاص (٣/٤١٥) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢/٣٨٥) برقم ١٠١٩٩ .

(٥) في (ص) و (م) : [أبي] . وما أثبتناه من أحكام القرآن للجصاص حيث قال : عبد اللّٰه بن محيريز . (٣/٤١٥) .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٥٠٦) برقم ٢٨٤٣٩ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٨) زيادة يقتضيها السياق .

أصله الإمام في مماليكه .

٢٨٧٥٦ – قلنا : جناية الخطأ حق يلزمه المولى نفسه . لأن المستحق بها ماله . والحد عقوبة . وليس إذا ملك أن يقر في مال نفسه ملك استيفاء العقوبة .

٢٨٧٥٧ – ألا ترى : أنه لا يملك الإقرار عليه كجناية العمد لأنها [١] عقوبة . فكان اعتبار الحد بجناية العمد الذي لا يملكها أولى من اعتباره بجناية الخطأ . ولأن المولى لا يستوفي الحد عن عبد غيره ولا يملك أن يقر عليه بجناية . فعلم أن العلة في استيفاء الحد من عبد نفسه ليست [٢] هي جواز إقراره عليه ، وإنما العلة التي يملك بها إقامة الحد على عبد غيره هي ولاية الحكم .

٢٨٧٥٨ – قالوا : ولاية المولى [في عبده] [٣] أقوى من ولاية الإمام بدلالة أنه يملك بيعه وإجارته واستخدامه ولا يملك ذلك الإمام . فإذا جاز للإمام أن يقيم الحد عليه فالمولى أولى .

٢٨٧٥٩ – قلنا : المولى لا يملك هذا التصرف بالولاية . وأما إقامة الحد فإنها تملك بالولاية . وولاية الإمام أقوى .

٢٨٧٦٠ – الدليل عليه أنه لو قال : ثبت عندي أن هذا زان فاجلدوه وسع [٤] الناس أن يفعلوا ذلك به ، ولو قال المولى ذلك [٥] لم يسع [٦] [من يسمعه] [٧] أن يقيم الحد . ثم إن الإنسان يتصرف في نفسه بإجارتها وتزويجها ، ولا يملك ذلك منه . ثم يحده الإمام . ولا يملك هو أن يحد نفسه .

٢٨٧٦١ – ولأن الولاية في البيع والإجارة والاستخدام لما ملكها المولى من عبده لم يملكها غيره منه . فلو ملك منه إقامة الحد لم يملك الإمام . فلما ملك الإمام ذلك دل على أن المولى لا يملكه .

* * *

---

(١) في (ص) : [لأنهما] .

(٢) في (م) : [ليس] .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (م) : [ومنع] .

(٥) في (م) : [هذا] .

(٦) في (م) : [يسمعه] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

مسألة ١٤٢٦

[رجوع شهود الإحصان والزنى بعد الرجم]

٢٨٧٦٢ - قال أبو حنيفة : إذا شهد أربعة بالزنى واثنان بالإحصان فرجم المشهود[١] عليه[٢] ثم رجعوا جميعًا فالضمان على شهود الزنى[٣] .

٢٨٧٦٣ - وقال الشافعي : عليهم وعلى شهود الإحصان أسداسًا[٤] .

٢٨٧٦٤ - لنا : أن شهود الإحصان لم يشهدوا بما يوجب التلف . وإنما جعلوا شهادة شهود الزنى شهادة بعد أن لم تكن فلم يجز أن يلزمهم الضمان . كما لو شهدوا بشرائط الإحصان قبل الزنى ثم ثبت الزنى . وهذا الأصل لا شبهة فيه . لأن من شهد بالحرية لتزول يد المولى عن عبده وبالنكاح والدخول تستحق المرأة المهر فلم توجب شهادته[٥] تلفا . وإنما نوجب بمعنى حدث بعد شهادته فصار كمن شهد بعتق عبد فقطع قاطع يده فاقتص منه . ثم رجع عن الشهادة بالعتق لم يجب عليه ضمان . وكما لو شهد بملك العبد لرجل فأعتقه المشهود عليه ثم زنى فرجمه الإمام ، ورجع الشهود بالملك لم يضمنوا النفس وإن كانت شهادتهم تنافي الرجم .

٢٨٧٦٥ - احتج المخالف : بأن الرجم ثبت بشهادة الجميع . لأن شهود الزنى لو انفردوا لم يرجم ، وإذا تلفت النفس بمجموع شهادتهم وجب الضمان عليهم كبينة[٦] شهدوا بالزنى .

٢٨٧٦٦ - قلنا : تبطل الشهادة[٧] بملك العبد إذا أعتقه[٨] المشهود له ثم زنا فرجم أن التلف حصل بشهادة شهود الملك . وبشهادة [شهود][٩] الزنى . ولا ضمان على شهود الملك .

٢٨٧٦٧ - ولأن التلف وجب[١٠] بالزنى . والإحصان ليس بموجب وإنما هو

---

(١) في (م) : [الشهود] .
(٢) ساقطة من (م) .
(٣) بدائع الصنائع (٢٨٥/٦) ، والجوهرة النيرة (٢٤٠/٢) ، والبحر الرائق (٢٧/٥) .
(٤) انظر : مغني المحتاج (٣٩٧/٦) وأسنى المطالب (٣٨٥/٤) ، والحاوي (٨٠/١٧) .
(٥) في (م) : [بشهادته] .
(٦) غير واضحة في (ص) .
(٧) في (م) : [بالشهادة] .
(٨) في (م) : [اعتقد] .
(٩) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(١٠) في (م) : [أوجب] .

سبب (١) . والسبب الذي ليس بملجأ (٢) عند المباشر . تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب .

٢٨٧٦٨ - فإن قيل : قد قال أبو حنيفة : إذا رجع شهود الزنى . وشهود التزكية ضمنوا جميعًا . وشهود التزكية سبب .

٢٨٧٦٩ - قلنا : شهود التزكية جعلوا شهادة شهود الزنى شهادة . بدلالة أنها كانت موجودة ولا يتعلق بها حكم . حتى زكوهم . فصاروا في حكم المباشرين . وشهود الإحصان لم يجعلوا شهادة الشهود شهادة بدلالة ان شهادتهم كانت موجودة يتعلق بها الجلد وإنما شهدوا بحال الزاني لا يوجب عليه عقوبة . وإنما العقوبة بفعله إذا تقدمت [الصفة] (٣) . فلذلك قلنا : إنهم سبب .

* * *

(١) في (م) : [سلب] .

(٢) غير واضحة في (ص) .

(٣) في (م) : [الصدقة] .

مسألة ١٤٢٧

[كم يغرم الراجع من الشهود من الدية]

٢٨٧٧٠ – قال أبو حنيفة : إذا شهد ستة بالزنى . فرجع ثلاثة منهم ضمنوا [ربع][1] الدية [2] .

٢٨٧٧١ – وقال الشافعي : في البويطي : إذا قالوا : لم نعتمد القتل ضمنوا نصف الدية [3] .

٢٨٧٧٢ – لنا : أن المعتبر في الضمان عند رجوع الشهود الباقي على الشهادة دون الراجع بدلالة : أنه لو رجع اثنان لم يضمنا ؛ لأنه لو بقي على الزنى من يثبت بشهادته فلم يلزم الراجع الضمان ، وقد بقي من يثبت بشهادته ثلاثة أرباع الحق . والربع متلف بشهادة الراجعين فكان عليهم ضمانه . ولأن ما يثبت بشهادة الباقي على الشهادة لا يضمنه الراجع [4] . أصله ؛ إذا رجع اثنان لم يضمنوا مع اعترافهم بالإتلاف . لأن ما أتلفوه يثبت [بشهادة الباقين على الشهادة .

٢٨٧٧٣ – احتجوا : بأنهم لو رجعوا جميعًا كان الضمان عليهم] [5] أسداسًا . فإذا رجع بعضهم وضمن لزمه عند الانفراد ما كان يلزمه عند الاجتماع على الرجوع أصله إذا شهد أربعة فرجع أحدهم .

٢٨٧٧٤ – قلنا : إذا رجعوا كلهم فلم يبق على الحق شاهد تساووا [6] في الإتلاف والضمان . فأما الأربعة : إذا رجع أحدهم ضمن الربع . ليس لأنا اعتبرناه بحال الانفراد لكن لأنه يبقى على الحق من يثبت بشهادته ثلاثة أرباعه نضمن الراجع [7] ما بقي .

٢٨٧٧٥ – كذلك في مسألتنا قد بقي من يثبت بشهادته ثلاثة أرباعه فضمن الراجعون ما بقي .

* * *

---

(١) في (م) : [أربع] .

(٢) انظر : المبسوط (١٠٤/٩) ، وبدائع الصنائع (٢٨٩/٦) ، وتبيين الحقائق .

(٣) الحاوي (٨٠/١٧)

(٤) في (م) : [الرابع] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) في (م) : [فتساووا] .

(٧) في (م) : [الرابع] .

مسألة ١٤٢٨

[إذا زنى الرجل وله أولاد وأنكر الوطء]

٢٨٧٧٦ - مسألة : قال أصحابنا : إذا زنى الرجل وله زوجة لها منه أولاد وهو ينكر وطأها فهو محصن (١) .

٢٨٧٧٧ - وقال الشافعي : لا يحكم بالوطء إلا أن يعترف به أو يشهد به الشهود .

٢٨٧٧٨ - لنا : أن شهادة الولد على الوطء كشهادة شاهدين . فإذا ثبت الإحصان بالشهادة فالولد أولى . يبين ذلك أن أمر المسلمين محمول على الصحة . ولأن ولدها لا يكون إلا من صاحب الفراش . وهذا الظن كالظن الحاصل بالشهادة فأحدهما كالآخر . ولأنا حكمنا بالوطء حين حكمنا بثبوت (٢) النسب . فصار كما لو حكمنا بالوطء باعترافهما (٣) .

٢٨٧٧٩ - احتجوا : بأن النسب يثبت بإمكان الوطء . وإمكان الوطء لا يثبت به الإحصان . فأما إمكان الوطء (٤) يعتبر ليستدل به على وجود (٥) الوطء . فأما أن يثبت الإحصان (٦) فلا .

٢٨٧٨٠ - قالوا : عندكم لو تزوجها بحضرة الحاكم وطلقها بحضرته . ثم جاءت بولد يثبت نسبه وإن علمنا أنه لم يطأها .

٢٨٧٨١ - قلنا : لا نعرف هذه المسألة بعينها . ويجوز أن يقال : إن النسب إذا ثبت في الموضع الذي يعلم أنه لا وطء لم يثبت الإحصان . وإنما يثبت في الموضع الذي يمكن الوطء فيحمل الأمر على الصحيح ، وعلى أنه وطئها فولدت منه (٧) .

٢٨٧٨٢ - فإن قيل : هذا ظاهر . والظاهر لا يجب [الإحصان] (٨) به .

٢٨٧٨٣ - قلنا : نعم . أثبتنا الإحصان بالظاهر كما يثبت الإسلام بالدار والانتساب به إلى المسلمين وإن جاز أن يكون كافرًا في الباطن .

---

(١) انظر : مجمع الأنهر (٦٠١/١) ، والمبسوط (٤٣/٩) ، وبدائع الصنائع (٤٩/٧) ، وتبيين الحقائق (١٩٤/٣) .
(٢) في (م) : [ثبوت] .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) في (م) : [الواطئ] .
(٥) في (م) : [وجوب] .
(٦) في (م) : [الإمكان] .
(٧) ساقطة من (ص) .
(٨) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٤٢٩

[على من يجب أرش الضرب إذا ظهر أن الشهود عبيد]

٢٨٧٨٤ – قال أبو حنيفة : إذا حكم الحاكم بالجلد بشهادة شهود فجلد . ثم بان أن الشهود عبيد لم يضمن الإمام أرش الضرب (١) .

٢٨٧٨٥ – وقال الشافعي : يضمنه . وهل يكون في ماله أو في بيت المال على قولين (٢) .

٢٨٧٨٦ – لنا : أن أثر الضرب غير موجب لحكمه بدلالة أنه قد (٣) يجلد ويبقى للجلد (٤) أثر وقد لا يبقى . ولو كان ذلك من موجب (٥) الضرب لم ينقل عنه لعذر الجلدات وما لم يوجبه الحكم لا يجوز أن يعود ضمانه إليه .

٢٨٧٨٧ – وعلى هذا قال أبو حنيفة : إن الشهود لا يضمنون أثر الضرب إذا رجعوا . لأن الأثر غير موجب بالشهادة بدلالة ما قدمنا .

٢٨٧٨٨ – احتجوا : بأنها جناية صارت عن خطأ الإمام في الحكم فيتعلق بها [الضمان كما لو حكم برجمه فمات] (٦) .

٢٨٧٨٩ – قلنا : لأن التلف [موجب بالحكم] (٧) بدلالة أنه لا يبعد عنه وليس كذلك الأثر ؛ لأن الجلد يبعد عنه . فدل أنه ليس بواجب (٨) .

٢٨٧٩٠ – قالوا : كل جناية يضمن بها القتل يضمن بها الأثر كالمباشرة .

٢٨٧٩١ – قلنا : المباشر متلف فيضمن ما تولد من فعله والحاكم موجب بما لم يوجد بموجب حكمه لا يلزمه ضمانه .

٢٨٧٩٢ – قالوا : إن كان الإمام غير موجب بحكمه فيجب أن يضمنه الجلاد .

٢٨٧٩٣ – [قلنا : الجلاد] (٩) أُذن له في الضرب ولا يتميز له الضرب المؤثر من غيره فلم يضمن ما يستوفيه بنفسه .

---

(١) انظر : الفتاوى الهندية (١٥٤/٢) ، والمبسوط (٦٣/٩) ، وبدائع الصنائع (٤٧/٧) ، وتبيين الحقائق (١٩٢/٣) .

(٢) النكت لوحة ٢٧٥ .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (م) : [للضرب] .

(٥) في (م) : [يوجب] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن (ص) واستدركت في الهامش .

(٨) في (م) : [يوجب] .

(٩) ساقط من (م) .

مسألة ١٤٣٠

[اختلاف الشهود في البلدة التي زنى بها]

٢٨٧٩٤ – قال أصحابنا : إذا شهد اثنان أنه زنى بالبصرة وشهد اثنان أنه زنى بالكوفة فلا حد على الشهود [١] .

٢٨٧٩٥ – وقال الشافعي : في القول الذي يقول : إن عدد الشهود إذا نقص حدوا عليهم الحد [٢] .

٢٨٧٩٦ – لنا : أن الزنى حصل بشهادة أربع من أهل الشهادة فلا يجب عليهم حد القذف كما لو شهدوا بزنى في مكانين [٣] .

٢٨٧٩٧ – احتجوا : بأن كل واحد من الزنيتين [٤] لم يشهد به أربعة فصار كما لو شهد اثنان .

٢٨٧٩٨ – قلنا : إذا شهد اثنان فلم يكمل عدد الشهود فوجب عليهم الحد . وفي مسألتنا ثم العدد وهم من أهل الشهادة . وإنما سقط الحد عن المشهود عليه للشبهة [٥] فلا يجب الحد على الشهود .

٢٨٧٩٩ – قالوا : شهادة بالزنى لم يجب بها الحد على المشهود عليه . فوجب على الشهود كما لو شهد أربعة أحدهم عبد ، أو شهد ثلاثة وواحد على شهادة غيره .

٢٨٨٠٠ – قلنا : سقوط الحد عن المشهود وعليه لا يستدل به على وجوب الحد على غيره . لأن الشبهة قد تسقط الحد ولا توجبه . وأما إذا كان أحدهم عبدًا فلم يشهد بالزنى أربعة من أهل الشهادة . ومتى نقص العدد وجب الحد .

٢٨٨٠١ – وفي مسألتنا بخلافه . وأما إذا كان أحدهم يشهد على غيره . فلأن هذه الشهادة لا يثبت بها حد فسقطت وبقي شهادة ثلاثة فوجب الحد عليهم .

٢٨٨٠٢ – وفي مسألتنا شهد بالزنى أربعة يثبت بشهادتهم الزنى . وإنما سقط الحد باختلافهم فلذلك لم يجب الحد عليهم .

---

(١) انظر : فتح القدير (٢٨٦/٥) ، والمبسوط (٦١/٩) ، والعناية شرح الهداية (٢٨٥/٥) .
(٢) انظر : النكت لوحة ٢٧٤ .
(٣ ، ٤) ساقطة من (ص) ، (م) .
(٥) في (م) : [كالشبهة] .

مسألة ١٤٣١

سقوط الحدود بالتوبة

٢٨٨٠٣ - قال أصحابنا : الحدود لا تسقط بالتوبة إلا قتل المرتد وحده ، وحد قاطع الطريق إذا تاب قبل القدرة عليه (١) .

٢٨٨٠٤ - وقال الشافعي : يشبه أن يكون كل حق لله تعالى يسقط بالتوبة (٢) .

٢٨٨٠٥ - لنا : ما روي أنه ﷺ رجم ماعزًا ، وأخبر عن توبته . ورجم الغامدية وقال : « لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس (٣) لقبلت منه » (٤) . وهذا يدل أن التوبة لا تسقط الحد . ولأنه قتل يجب على المسلم فلا يسقط مع توبته (٥) الحد عليه والقدرة بالتوبة أصله القصاص .

٢٨٨٠٦ - ولا يلزم قتل المرتد . لأنه لا يجب على المسلم . ولأن الحدود وضعت للزجر فلو سقطت بالتوبة أظهرها كل من يجب عليه الحد يسقط عنه فيؤدي إلى أن لا يقام [حد] (٦) أبدًا .

٢٨٨٠٧ - ولا يلزم المرتد . لأنه مرتد بدين لشبهة تدخل عليه فالظاهر أنها زالت حتى أظهر التوبة . وأما الزاني فلا يزني بدين فيجوز أن يظهر التوبة ليسقط العقوبة .

٢٨٨٠٨ - ولا يلزم قاطع الطريق . لأن حده لا يسقط بالتوبة . وإنما سقط بها لعدم ثبوت اليد عليه . ولأن النبي ﷺ قال : « الحدود كفارات لأهلها » (٧) والكفارات لا تسقط بالتوبة كذلك الحد .

٢٨٨٠٩ - احتجوا : بأن التائب لا يستحق العقوبة . والحد يجب على وجه العقوبة .

---

(١) انظر : البحر الرائق (٥/٣) ، وفتح القدير (٥/٤٢٩) ، والجوهرة النيرة (٢/١٧٣ - ١٧٤) ، وبدائع الصنائع (٧/٩٧) .

(٢) انظر : المهذب (٢/٢٨٥) ، وروضة الطالبين (١٠/١٥٨) ، وفتح العزيز شرح الوجيز (١١/١٥٣) .

(٣) المكس في البيع : نقصان الثمن . وقد غلب استعماله فيما يأخذه أعوان السلطان ظلمًا عند البيع والشراء . المصباح المنير مادة (مكس) ص ٥٧٧ .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (٣/١٣٢٣) برقم (١٦٩٥) .

(٥) في (م) : [ثبوت] . (٦) في (م) : [حدًا] .

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه (٦/٩٠ - ٢٤) برقم ٦٤٠٢ .

٢٨٨١٠ - قلنا : يستوفي بعد التوبة على طريق المحبة . [وهذا غير] [1] أن يثبت مع التوبة كما يمرضه الله تعالى .

٢٨٨١١ - فإن قيل : قد سقط ما كان واجبًا وادعيتم وجوب غيره .

٢٨٨١٢ - قلنا : لم يسقط و [2] لكن تغيرت صفته فكان يستوفي [3] على وجه فصار يستوفي على غيره .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) في (م) : [مستوفي] .

مسألة ١٤٣٢

[إقرار الأخرس بالزنى]

٢٨٨١٣ – قال أصحابنا : إذا أقر الأخرس بالإشارة لم يجب عليه الحد [١] .

٢٨٨١٤ – وقال الشافعي : يحد [٢] .

٢٨٨١٥ – لنا : أن إشارة الأخرس قائمة مقام نطقه . والحد لا يثبت بما قام مقام الغير كالكنايات [٣] ، وشهادة النساء مع الرجال ، والشهادة على الشهادة . ولأن ما لا يجب به الحد في حق الناطق لا يثبت به [٤] في حق الأخرس شيء عن صريح اللسان [٥] والإشارة [٦] أكثر أحوالها أن تكشف عن وطء من غير عقد ولا شبهة . ولو صرح بهذا الصحيح لم يجب الحد [٧] عليه فالأخرس [٨] مثله .

٢٨٨١٦ – ولا يقال : إنه يكتب . لأن عندهم لا يقف وجوب الحد على [النطق بل عليه وعلى الكتابة] [٩] ولا يمكنه أن يقول : فعلت هذا ، وإنما يشير إلى ما كتب وفي الكتابة احتمال .

٢٨٨١٧ – فإن قيل : لو كان كذلك لم يقع طلاقه إلا بنية .

٢٨٨١٨ – قلنا : الطلاق يقع بغير الصريح مع عدم النية . إذا كان هناك دلالة حال . وإشارة الأخرس كالنطق المحتمل إذا قارنه دليل .

٢٨٨١٩ – احتجوا : بالظواهر التي تدل على وجوب الحدود .

٢٨٨٢٠ – قلنا : قد أريد بها إذا تعرف أسبابها من النية وهذا لا يوجد في الأخرس .

٢٨٨٢١ – قالوا : من وقع طلاقه وعتاقه صح إقراره بالزنى كالناطق .

٢٨٨٢٢ – قلنا : الطلاق والعتاق لا يقفان على الصريح بل يصح كل واحد منهما بالكتابة والإشارة كذلك .

---

(١) انظر : الفتاوى الهندية (١٤٩/٢) ، ومجمع الأنهر (٧٣٢/٢) .

(٢) انظر : أسنى المطالب (١٣١/٤) ، ومغني المحتاج (٤٥١/٥) ، والحاوي (٤٣/١٧) .

(٣) في (م) : [كالكتاب] .

(٤) ساقط من (ص) .

(٥) في (م) : [اللسان] .

(٦ ، ٧) ساقطة من (م) .

(٨) في (م) : [لاخرس] .

(٩) في (ص) و (م) : [الكافر ولا يكتبما] وما أثبتناه هو الصواب .

٢٨٨٢٣ - والإقرار بالحد بخلافه . ولا فرق عندنا بين الأخرس والناطق . لأن الناطق إذا أقر بلفظ يحتمل لم يجب الحد وإنما الحد إذا أقر بصريح لا احتمال فيه . وهذا لا يوجد في الأخرس .

٢٨٨٢٤ - قالوا : يصح إقراره بالقصاص فصح الحد كالناطق .

٢٨٨٢٥ - قلنا : ذكر محمد في الجامع الصغير : ويقتص من الأخرس ويقتص له إذا ثبت ذلك بالبينة وأما الإقرار فلا . ولو سلمنا ذلك على ظاهر الكتاب فالفرق بينهما أن الصحيح لو أقر بمعنى العمد وجب القصاص متى قال : قصد ضربه بالسيف والأخرس يأتي [1] معنى العمد . وأما الزنا فلو أقر الناطق بمعناه لم يحد . كذلك الأخرس إذا أشار بمعناه .

* * *

(١) غير واضحة في (ص) .

مسألة ١٤٣٣

[وجوب الحد على مسلم ثم ارتداده ثم توبته]

٢٨٨٢٦ - قال أصحابنا : إذا وجب الحد على مسلم فارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلمًا ؛ سقط الحد عنه .

٢٨٨٢٧ - وقال الشافعي : لا يسقط [(١)] .

٢٨٨٢٨ - لنا قال تعالى : ﴿ قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغۡفَرۡ لَهُم مَّا قَدۡ سَلَفَ ﴾ [(٢)] ، وقال ﷺ : « الإسلام يجب ما قبله » [(٣)] .ولأنها توبة من كفرٍ ، فجاز أن يسقط الحد كالكفر [(٤)] الأصلي .ولأنه حد وجب قبل الإسلام ، فجاز أن يسقط بالإسلام أصله : العقل بالردة ، ولا يلزم إذا أسلم في دار الإسلام ؛ لأنا عللنا الجواز .

٢٨٨٢٩ - ولا يقال : إن ذكر الجواب لا يصح في الأصل ؛ لأن القتل يسقط عن المرتد إذا أسلم بكل حال ؛ لأنه إذا ارتد عندنا لزندقة لم يسقط القتل بتوبته . ولأن الحربي إذا وجد منه سبب الحد ثم أسلم ، لم يحد ، فإذا لحق المرتد بدار الحرب صار من أهلها ، والطارئ على الحدود قبل استيفائها كالموجود ابتداء ؛ بدلالة : رجوع الشهود أو ردتهم ورجوع المقر عن إقراره .

٢٨٨٣٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً ﴾ [(٥)] .

٢٨٨٣١ - قلنا : الفاء للتعقيب ، فظاهر الآية يقتضي إقامة الحد عَقِيب القذف ، فأما بعد ذلك فلا تدل الآية عليه .

٢٨٨٣٢ - وقوله ﷺ : « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » [(٦)] يقتضي حال ثبوت اليد ، فإذا لحق العبد بدار الحرب ؛ زالت اليد عنه ، فسقط الأمر بعد عوده ، لم يبق حد واجب عندنا ، والأمر يقتضي إقامة الحدود الواجبة .

---

(١) انظر : الأم (١٧٦/٦) وعبارته : ولو كانت الجناية وهو مسلم ثم ارتد فإن كانت عمدًا فهي كجنايته وهو مرتد وإن كانت خطأ فهي على عاقلته لأن الجناية لزمتهم إذ جنى وهو مسلم .

(٢) سورة الأنفال : الآية ٣٨ .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) في (م) : [كالكافر] .

(٥) سورة النور : الآية ٤ .

(٦) أخرجه الترمذي في سننه (٤٧/٤) برقم (١٤٤١) ، وأحمد في مسنده (٩٥/١ ، ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٤٥) .

٢٨٨٣٣ - قالوا : حد وجب عليه ، فلا يسقط بلحاقه [(١)] ، أصله : المسلم إذا وجب عليه حد فدخل دار [(٢)] الحرب بأمان ثم عاد .

٢٨٨٣٤ - قلنا : باللحوق لا يسقط عندنا ، وإنما يسقط إذا صار من أهل الدار ، والمستأمن باقٍ على حكم دارنا ، فكأنه لم يلحق ؛ يبين ذلك : أنه لا يعتبر بالكون في الدار ، ألا ترى أن الحربي المستأمَن في دارنا على حكم الحرب في امتناع إقامة الحد عليه ؟ كذلك المستأمن منا في دارهم على حكم دارنا .

٢٨٨٣٥ - قالوا : ما طريقة وجوب الحد ولم يقدح في حال وجوبه ، لم يسقط مع إمكان استيفائه . أصله : إذا جن ثم أفاق ، وأصله : إذا زنى بعاقله ؛ لم يسقط الحد عنه .

٢٨٨٣٦ - قلنا : إذا جن من وجب عليه الحد ثم أفاق ؛ سقط الحد عندنا ، وتنتقض العلة بردة الشهود ، وبرجوع المقر ، وزوال إحصان المقذوف .

٢٨٨٣٧ - فإن قالوا : زوال العفة يؤثر في عفته حال القذف .

٢٨٨٣٨ - قلنا ليس إذا طرأ منه زوال العفة زالت عفته في الحال السابقة ، لكن طرأ معنىً لو كان موجودًا ابتداء منع ، فأما جنون الواطئ ؛ فإنه إذا وطئها وهو مجنون ، ففعله ليس بزنىً ، فخرج فعلها وهو تابع أن يكون زنىً . وفي مسألتنا طَرَآنُ [(٣)] الجنون لا يخرج فعله من أن يكون زنىً عند وقوعه فلذلك لم يؤثر في فعلها .

* * *

(١) في (م) : [لمخافة] .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) في (م) : [طرفان] .

مسألة ١٤٣٤

[التعريض بالقذف]

٢٨٨٣٩ - قال أصحابنا : إذا عرض بالقذف لم يجب عليه الحد [١] .

٢٨٨٤٠ - وقال الشافعي : إذا نوى [٢] بذلك القذف حد . وإن قال : لم أرد القذف استحلف . فإن نكل عن اليمين استحلف المقذوف ، وحد القاذف [٣] .

٢٨٨٤١ - لنا : أن السلف اختلفوا . فمنهم من حد بالتعريض ، ومنهم من لم يحد [٤] . ولم ينقل عن أحد منهم اعتبار النية فصار ذلك خلاف الأصل إجماعًا [٥] . ولأن الكناية [٦] قائمة مقام الصريح ، والحد لا يجوز إثبات بما قام مقام الغير كشهادة النساء .

٢٨٨٤٢ - ولأن تعلق الحد بالقذف والكناية [٧] تجري مجراه ، والحد إذا وجب بمعنى لم يجب بما يقوم مقامه كما لا يجب حد الزنا بالوطء فيما دون الفرج . وكما لا يجب حدا السرقة في الخلسة .

٢٨٨٤٣ - ولأن كل معنى لا يجب به الحد إذا انفرد [٨] لم يجب به الحد وإن انضمت إليه النية أصله القُبَل واللمس والقذف بالكفر . ولأن مسألة القاذف عما أراد بالكناية توصل إلى إيجاب الحد . وقد أمرنا بدرء الحدود دون التوصل إلى [إثباتها] [٩] . ولأنه حد فلا يجب بيمين المدعي كحد السرقة .

٢٨٨٤٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ﴾ [١٠] .

٢٨٨٤٥ - قلنا : المراد به الرمي بصريح الزنى . بدلالة قوله : ﴿ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾ [١١] شهادة الأربعة إنما تعتبر في الزنى . ونحن لا نسلم أن هذا رمي بالزنى ، ولا

(١) المبسوط (١٢٠/٩) ، وتبيين الحقائق (١٩٩/٣) وفتح القدير (٣١٧/٥) ، وبدائع الصنائع (٤٣/٧) .
(٢) في (م) : [نويت] .
(٣) انظر : الأم (٣٦٩/٨ ، ١٦٢/٧) ، لكنه قال في التعريض ما نصه : ولا حد في التعريض . انظر الأم (٣٦٩/٨) ، وهو المذكور في أغلب كتب الشافعية . انظر : حاشية الجمل (٤٣٥/٤) ، وتحفة المحتاج (٢٠٦/٨) ، وأسنى المطالب (٣٧٢/٣) ، وفتاوى الرملي (٣٤٧/٣) .
(٤) أخرج مالك في الموطأ (٨٢٩/٢) برقم ١٥١٥ .
(٥) في (م) : [إجماعه] .
(٦ ، ٧) في (م) : [الكتابة] .
(٨) ساقطة من (م) .
(٩) ما بين المعكوفتين من (م) .
(١٠ ، ١١) سورة النورة : الآية ٤ .

أجمعنا على أنه لم يرد عموم الرمي ، وإنما المراد مخصوص .

٢٨٨٤٦ - فقلنا : المراد والذين يرمون بصريح الزنى وقال مخالفنا : بالصريح وفي معناه . ومن أضمر شيئا واحدًا كان أولى .

٢٨٨٤٧ - قالوا : أراد القذف بلفظ يصلح له فصار كقوله : زنيت في الجبل .

٢٨٨٤٨ - قلنا : الإرادة لا معنى لها في إثبات الحدود . بدلالة صريح اللفظ إذا عري عن الإرادة . وأراد به غير القذف . و العرف (١) اصطلاح طارئ فهو أولى من الحقيقة . فإن لم يكن بد (٢) عرف فليس بقذف ، فأما الكناية فلا عرف ، ولو وجد فيها عرف صار كقوله : زنيت واستغنت عن النية .

٢٨٨٤٩ - قالوا : الكناية مع النية تجري مجرى الصريح فيما ليس من شرط الشهادة . أصله الطلاق والإقرار .

٢٨٨٥٠ - قلنا : يبطل بالتعريض بالخطبة في حال العدة . فإن اللّه تعالى حرم التصريح وأباح التعريض ولم يجر مع النية مجرى الصريح في باب التحريم .

٢٨٨٥١ - ولأن الكناية [مع النية] (٣) مسلم أنه تجري مجرى الصريح إلا أن الحدود لا تثبت بما قام مقام الغير . والطلاق (٤) والإقرار يجوز إثباتهما بما أقام مقام الغير .

٢٨٨٥٢ - قالوا : كل لفظ يحتمل أمرين ينصرف بالنية (٥) إلى أحدهما أصله إذا قال : يا يحيى خذ الكتاب بقوة . وهو يخاطب رجلًا بطلت صلاته .

٢٨٨٥٣ - قلنا : إذا احتمل اللفظ احتماله شبهة في منع الحد ، وانضمام النية إليه كانضمامها إلى الإقرار بالزنى باللفظ المحتمل وانضمام النية إلى شهادة الشهود بالزنى باللفظ المحتمل .

* * *

---

(١) في (م) : [الفرق] .
(٢) غير واضحة في (ص) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٤) في (م) : [الإطلاق] .
(٥) في (م) : [بالقصبة] .

مسألة ١٤٣٥

[حكم من مات بتعزير الإمام]

٢٨٨٥٤ – قال أصحابنا : إذا عزر الإمام رجلًا فمات من التعزير لم يجب عليه ضمان .

٢٨٨٥٥ – قال الشافعي : الضمان في ماله على أحد القولين . وفي القول الآخر في بيت المال (١) .

٢٨٨٥٦ – لنا : أنها عقوبة يستوفيها الإمام بالولاية على (٢) المسلمين فلا تكون مضمونة عليه كالحد (٣) . ولأنها يستوفيها مطالبة آدمي . فلا يضمن ما يتولد منها كحد القذف . [ولأنها عقوبة] (٤) يستوفيها لمصلحة المسلمين كالحد . لأنه يستوفيها لإزالة الفساد عن دار الإسلام كالحدود . ولأن الإمام لو لزمه ضمان بتصرفه لم يقبل قوله فيه كما يستوفيه لنفسه .

٢٨٨٥٧ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾ (٥) .

٢٨٨٥٨ – قلنا : الإمام ليس بقاتل وإنما هو آمر بالقتل فلا تتناوله الآية . وإن فرضوا الكلام في الإمام إذا فعل التعزير بنفسه .

٢٨٨٥٩ – قلنا : الآية تقتضي وجوب الدية على القاتل . والإمام لا ضمان عليه باتفاق . وإنما تجب عندهم على عاقلته أو في بيت المال .

٢٨٨٦٠ – قالوا : روي عنه ﷺ أنه قال : « ألا إن قتيل خطأ (٦) العمد قتيل السوط والعصا ، فيه مائة من الإبل » (٧) .

٢٨٨٦١ – قلنا : هذا يقتضي القتل الذي تغلظ فيه الدية . وهذا القتل لا تتغلظ فيه الدية باتفاق .

٢٨٨٦٢ – قالوا : روي عن علي [ﷺ] أنه قال : « ما من أحد أقمت عليه حدًا من

(١) انظر : مغني المحتاج (٥/٥٣٤) ، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج (٩/١٩٢) ، والأم (٦/٩٤) .
(٢) في (م) : [عن] .
(٣) في (ص) و (م) : [كالحر] .
(٤) في (م) : [ولا] .
(٥) سورة النساء : الآية ٩٢ .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٧) أخرجه النسائي في سننه (٨/٤٢) برقم ٤٧٩٩ .

حدود الله فأحببت أن أزيد إلا شارب الخمر . فإنه شيء فعلناه برأينا (١) . قالوا : ومعنى هذا أن يحد الشارب أربعين . فأراد أن يضموا إليها أربعين على وجه التعزير .

٢٨٨٦٣ - قلنا : اجتهادهم لم يكن في زيادة العدد ولكن في صفة الضرب لأنه ﷺ ضرب بالجريد والنعال (٢) . وهم نقلوا ذلك إلى السياط وليس في ذلك تعزير .

٢٨٨٦٤ - قالوا : روي أن عمر بن الخطاب بعث إلى امرأة بلغه عنها ريبة . فدعوها فأجهضت . فاستشار عثمان وعبد الرحمن فقالا : إنما أنت مؤدب (٣) . فقال علي : إن كانوا أخافوك فقد غشوك . فإن اجتهدوا فقد أخطأوا ، والذي عليك الغرة . فقال عمر : أقسمت عليك لتقسمها على قومك (٤) .

٢٨٨٦٥ - قلنا : إن صح هذا الخبر فالمسألة خلاف بينهم ، فلا يصح الاحتجاج بقول البعض .

٢٨٨٦٦ - قالوا : ضرب آدمي غير مقدر ، وضع لاستصلاح المضروب (٥) . فوجب أن يكون مضمونا [في حقه] (٦) . أصله : ضرب الرجل امرأته .

٢٨٨٦٧ - قلنا : لا نسلم أنه غير مقدر . لأن عندنا أقله (٧) ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون ، وما بين ذلك رأي الإمام . فأما ضرب الرجل امرأته فيستوفيه لمنفعة نفسه فكان مضمونا عليه .

٢٨٨٦٨ - وفي مسألتنا يستوفيه لمصلحة المسلمين كالحد . وأما ضرب الرجل لابنه فإنه يفعله لحق المسلمين ولمصلحة الولد . لأن صلاح الولد (٨) يعود نفعه إلى الأب ؛ لأن الزوج والأب ممن يجوز أن يلزمهما الضمان بتصرفهما (٩) . وليس كذلك الإمام ؛ لأن الضمان لو لزمه بتصرفه لم ينفذ قوله .

٢٨٨٦٩ - قالوا : ضرب لا يبلغ به أدنى الحدود فوجب أن يكون مضمونا في حق غيره . أصله ضربه لزوجته .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٥/٤) برقم ٤٤٨٦ .
(٢) ذكره الطحاوي في شرح معاني الآثار (كتاب الحدود - باب حد الخمر) (١٥٧/٣) .
(٣) في (م) : [مؤذن] .
(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢٣/٦) برقم ١١٤٥٣ .
(٥) في (م) : [الضروب] .
(٦) في (م) : [في غيره حقه] .
(٧) ساقطة من (م) .
(٨) في (م) : [الدين] .
(٩) في (م) : [بتعرفهما] .

۲۸۸۷۰ - قلنا : نقصانه عن الحدود ليس فعله لوجوب الضمان . بدلالة أن حد العبد أنقص من حد الحر . وقد تساويا في سقوط الضمان .

۲۸۸۷۱ - ولأن النوع الذي يستوفيه الإمام بالولاية إذا لم يضمن كثيره لم يضمن قليله كالأموال . [وما يضمن كثيره] (۱) لم يضمن قليله كما يستوفيه لنفسه .

۲۸۸۷۲ - قالوا : غير محدود . له مندوحة عنه كضرب امرأته .

۲۸۸۷۳ - قلنا : لا نسلم أنه يجوز تركه . لأن التعزير إن كان [لمطالبة] آدمي ثبت إن طالب ، وسقط إن ترك المطالبة كحد القذف . وإن كان للإمام المطالبة فلا يجوز تركه . وإنما يقيم الزجر والوعيد والتوبيخ مقامه في ذوى المروءات فيكون ذلك تعزيرًا لهم كما نقص منه إذا قتل من دمه للمسلمين . ويجوز أن يقيم مقام القصاص غيره . وهو الدية .

* * *

(۱) ما بين المعكوفتين مطموس في (ص) .

مَوْسُوْعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيْد

كتاب السرقة

مسألة [1] ١٤٣٦

[المقدار الذي يقطع فيه السارق]

٢٨٨٧٤ - قال أصحابنا : النصاب الذي يقطع بسرقته عشرة دراهم فصاعدًا ؛ وما سوى الورق يقوم [2] .

٢٨٨٧٥ - وقال الشافعي : النصاب ربع دينار ، وما سوى الذهب يقدر به [3] .

٢٨٨٧٦ - لنا : ما روى عامر بن سعد عن أبيه أن النبي ﷺ قال : « لا يقطع السارق إلا في ثمن المجن » [4] وروى هشام عن عروة عن عائشة أن السارق لم يقطع في عهد رسول الله ﷺ في أدنى من ثمن حجفة [5] . وروي عن [6] عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا قطع في ثمرٍ معلق ، ولا في حريسة [7] جبل [8] ، فإذا آواه المراح [9] أو الجرين [10] فالقطع فيما بلغ ثمن المجن » [11] . وروى عطاء عن أم

---

(١) السرقة لغة : سَرَقَ مالا يسرقه من باب ضرب . ويسمى المسروق سرقة تسمية بالمصدر . وسرق السمع مجاز ، واستراقه إذا سمعه مستخفيًا . وشرعًا : اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفها كما يلي : عرفها الحنفية : بأنها أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة جيدًا محرزًا بمكان أو حافظ . درر الحكام (٧٧/٢ - ٧٨) . وعرفها المالكية : بأنها أخذ مكلف حرًا لا يعقل لصغره . أو مالًا محترمًا نصابا أخرجه من حرزه بقصد واحد خفية لا شبهة له فيه . شرح مختصر خليل للخرشي (٩١/٨) . وعرفها الشافعية : بأنها أخذ المال خفية من حرز مثله . الغرر البهية (٨٩/٥) . وعرفها الحنابلة : بأنها أخذ مال محترم لغيره وإخراجه من حرز مثله عادة لا شبهة له فيه على وجه الاختفاء . انظر : كشاف القناع (١٢٩/٦) .

(٢) انظر : العناية شرح الهداية (٣٥٩/٥) ، مجمع الأنهر (٦١٤/١) ، واللباب في شرح الكتاب ص٢٦١ .

(٣) انظر : الأم (١٥٦/٦) ، والمهذب (٢٧٢/٢) ، وحاشيتي قليوبي وعميرة (١٨٦/٤ - ١٨٧) ، والبيان (٤٣٦/١٢) .

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨٦٢/٢) ، وأحمد في مسنده (١٦٩/١) برقم ١٤٥٥ .

(٥) الحجفة : الترس المصنوع من الجلد . انظر : لسان العرب مادة (حجف) . والحديث أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٩٢/٦) برقم ٦٤١٠ ، ومسلم في صحيحه (١٣١٣/٣) برقم ١٦٨٥ .

(٦) ساقطة من (ص) ، (م) .

(٧) في (ص) ، (م) : [حريبة] . وما أثبتناه هو الصواب .

(٨) حريسة الجبل : ما يحرس في الجبل . انظر : النهاية في غريب الحديث مادة (حرس) .

(٩) المراح : هو المكان الذي تأوي إليه الماشية ليلًا . سبل السلام (٤٣٨/٢) .

(١٠) الجرين : موضع تجفيف التمر . انظر : النهاية في غريب الحديث مادة (جرن) .

(١١) أخرجه أبو داود في سننه (١٣٧/٤) برقم ٣٤٩٠ ، ومالك في الموطأ (٨٣١/٢) برقم ١٥١٨ .

أيمن قالت : قال رسول الله ﷺ : « لا تقطع يد السارق إلا في جحفة » وقومت يومئذ على عهد رسول الله ﷺ دينارًا أو عشرة دراهم (١) .

٢٨٨٧٧ - فقد دلت هذه الأخبار على أن النصاب يتقدر بثمن المجن (٢) . فلا يخلو إما أن يكون المراد مجنًا معينًا أو غير معين ولا يجوز أن يكون المراد مجانًا مختلفة لأن في الخبر المجن وهذا يقتضي التعريف ، ولأنه أخرج الكلام مخرج التقدير وبيان النصاب فلا يجوز أن يقدر ذلك مختلف لا يتقدر فلم يبقى إلا أن يكون أراد مجنًا (٣) بعينه . اختلف السلف في قيمته فروى عطاء عن ابن عباس قال : كان قيمة المجن الذي قطع فيه (٤) رسول الله ﷺ عشرة دراهم (٥) . وروى عطاء عن الحسين عن أم أيمن عن النبي ﷺ الحديث الذي قدمناه ، وروى مجاهد عن أيمن عن النبي ﷺ ولم يذكر أم أيمن [عن النبي ﷺ] (٦) . وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مثل حديث ابن عامر (٧) . وروى نافع عن ابن عمر قال : قطع النبي ﷺ في مجن قيمته ثلاثة دراهم (٨) ، وعن عائشة ربع دينار (٩) ، وعن أنس : أن النبي ﷺ قطع في مجن قيل له : كم كان قيمته ، قال : خمسة دراهم (١٠) .

٢٨٨٧٨ - فلما اختلفوا في قيمته كان الرجوع إلى أكثر ما قيل أولى ؛ لأن المقومين لو اختلفوا في مستهلك فشهد اثنان أن قيمته عشرة واثنان أن قيمته أقل وجب الأخذ بالزيادة ؛ ولأنه لا يجوز إثبات القطع بالشك ، وقد تيقنا وجوبه عند أخذ العشرة ولم يتفق ذلك فيما دونها ؛ ولأن في خبرنا تقويمه على عهد رسول الله ﷺ وفي خبرهم قيمة مطلقة ، والقيمة تختلف باختلاف الأزمان وقد كان السلاح قليلًا بالمدينة ثم إنه اتسع لما فتحت البلاد فنقصت قيمته ، فيجوز أن يكون من قومه أقل من عشرة رجع إلى قيمته بعد النبي ﷺ ، والرجوع إلى من قومه في

---

(١) أخرجه النسائي في سننه (٨٣/٨) برقم ٤٩٤٨ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٦٣/٣) .
(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٦٣/٣) .
(٣) في (م) : [مجانًا] . (٤) ساقطة من (م) .
(٥) أخرجه أبو داود في سننه (١٣٦/٤) برقم ٤٣٨٧ ، والنسائي في سننه (٨٣/٨) برقم ٤٩٥١ .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . والحديث أخرجه النسائي في سننه الكبرى (٣٤٢/٤) برقم ٤٣٤٧ .
(٧) أخرجه الدارقطني في سننه (١٩٠/٣) برقم ٣٢٠ .
(٨) أخرجه البخاري في سننه (٢٤٩٣/٦) برقم ٦٤١١ . ومسلم في صحيحه (١٣١٣/٣) برقم ١٦٨٦ .
(٩) أخرجه مالك في الموطأ (٨٣٢/٢) برقم (١٥٢٠) ، والدارقطني في سننه (١٨٩/٣) برقم ٣١٥ .
(١٠) أخرجه الدارقطني في سننه (١٩٠/٣) برقم ٣١٩ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٦٠/٨) برقم ١٦٩٦٤ .

زمن النبي ﷺ [أولى حتى علق القطع به] [١] . وقد روى عمرو بن شعيب قال : دخلت على سعيد بن المسيب فقلت له : إن أصحاب عروة بن الزبير و [٢] محمد بن مسلم الزهري وابن يسار يقولون : إن المجن خمسة دراهم قال : أما هذا فقد مضت فيه السنة [من لدن رسول الله ﷺ] [٣] عشرة دراهم [٤] ويدل عليه ما روى زفر بن الهذيل [٥] عن الحجاج بن أرطأة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا قطع فيما دون عشرة دراهم » [٦] وطعنهم على [٧] الحجاج لا يلتفت إليه لأن من أصحابنا من رووا عنه ، والرواية عنه تعديل . وقولهم يحمل الخبر على عشرة تساوي [٨] ربع دينار . ليس [٩] بصحيح لأن هذا لم يكن على عهد رسول الله ﷺ ولأن المجن [١٠] يقتضي أن النصاب من الدراهم وأن المعتبر وزنها دون قيمتها .

٢٨٨٧٩ - ويدل عليه ما روى محمد بن الحسن وأبو مطيع [١١] عن أبي حنيفة عن [القاسم بن عبد الرحمن] [١٢] عن أبيه عن ابن مسعود قال : « لا قطع في أقل من عشرة دراهم » [١٣] ، والصحابي إذا قال ما لا يعلم [١٤] بالقياس حمل على التوقيف .

٢٨٨٨٠ - فإن قيل : قد روي عن عائشة وابن عمر أن اليد لا تقطع في أقل من ربع دينار ، وعن عمر أن السارق لا يقطع إلا في خمس [١٥] .

٢٨٨٨١ - قلنا : تحمل هذه الأخبار كلها على التوقيف فيكون إثبات القطع

---

(١) في (م) : [حتى علق القطع به أولى] .
(٢) ساقطة من (م) ، (ص) وما أثبتناه من مصنف ابن أبي شيبة (٤٧٦/٥) .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٧٦/٥) برقم ٢٨١١٣ .
(٥) في (م) ، (ص) : [هذيل] .
(٦) أخرجه الدارقطني في سننه (١٩٢/٣) برقم ٣٢٦ ، وأحمد في المسند (١٨٠/٢) برقم ٦٦٨٧ .
(٧) في (ب) : [إلى] .
(٨) في (ب) : [لا تساوي] .
(٩) في (ب) : [وليس] .
(١٠) في (ص) : [الحبة] .
(١١) أبو مطيع : الحكم بن عبد الله البلخي مولى قريش . روى عن : هشام بن حسان ، وابن جريج ، والثوري . وروي عنه : هشام بن عبد الله الرازي . وهو متروك الحديث . مات بخراسان . انظر : التاريخ الكبير (١٢١/٣) ، والطبقات الكبرى (٣٧٤/٧) .
(١٢) في (ص) ، (م) : [القاسم بن محمد] . وما أثبتناه من شرح معاني الآثار (١٦٧/٣) .
(١٣) أخرجه الترمذي في سننه (٥٠/٤) برقم ١٤٤٦ .
(١٤) في (م) : [يستدل] .
(١٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٧٥/٥) برقم ٢٨٠٩٩ ، وعبد الرزاق في مصنفه (٢٣٥/١٠) برقم ٨٩٦٢ .

في المتيقن أولى .

٢٨٨٨٢ - ولأنه قدر مختلف في وجوب القطع فيه [فلم يقطع فيه كما في دون ربع] [1] دينار و [2] [العشرة مختلف في وجوب] [3] [القطع فيما دونها] [4] .

٢٨٨٨٣ - [فإن قيل] [5] إبراهيم النخعي لا يرى القطع إلا في أربعين .

٢٨٨٨٤ - قلنا [6] : لا يصح لأنه لم يقل أحد بأكثر من عشرة وقول إبراهيم حكاه أصحابنا وهم أعلم به .

٢٨٨٨٥ - ولأن ما لا [7] يتقدر به المهر لا يتقدر به نصاب السرقة كما دون ربع دينار ولأنه مقدار يستقر [8] ضمانه باستهلاكه فلم يجب قطع بسرقته [9] كما دون ربع دينار ، لأنها استباحة يقف استيفاؤها على مال ، فلم تتقدر بربع دينار [10] كالنكاح . ولأنه مقدار لا يقطع فيه الردء ، فلم يقطع فيه المباشر كما دون ربع دينار . ولأنه عضو له أرش مقدر فلا يقطع فيما يتقوم بربع دينار أصله اليد الصحيحة باليد الشلاء . قالوا : الحدود عندكم لا تجب بالقياس .

٢٨٨٨٦ - قلنا : نحن عللنا لنفي القطع لا لإيجابه .

٢٨٨٨٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [11] وهذا يقتضي وجوب القطع على كل سارق إلا ما خصه دليل [12] .

٢٨٨٨٨ - قلنا : السارق اسم الفاعل ، وهو لا يتناول حقيقة إلا [بمن يتعين] [13] الفعل فظاهر الآية أنها نزلت فيمن سرق قبل نزولها ومن بعده لا يتناوله الظاهر وإنما يحمل على ذلك تركًا للظاهر بالإجماع فيجب أن لا يحمل إلا على من أجمعوا عليه .

٢٨٨٨٩ - قالوا : روت عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة أنها قالت : سمعت

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) زيادة أثبتناها يقتضيها السياق ليستقيم المعنى .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤ - ٦) زيادة أثبتناها يقتضيها السياق ليستقيم المعنى .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) في (م) : [يستقرض] .

(٩) في (م) : [بسرقة] .

(١٠) ساقطة من (م) .

(١١) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(١٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(١٣) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) .

النبي ﷺ يقول : « لا يقطع السارق إلا في ربع دينار فصاعدًا » [١] .

٢٨٨٩٠ - قلنا : هذا حديث اختلف أهل الحديث في رفعه إلى النبي ﷺ فرواه مرفوعًا : يونس عن الزهري عن عروة وعمرة [٢] عن عائشة [٣] واختلف عن يونس فروى [القاسم بن مبرور] [٤] عنه خلاف ذلك [٥] ، واختلف عن سفيان بن عيينة فمنهم من رواه مرفوعًا [٦] وروى يونس عن سفيان عن الزهري وذكر أنها قالت : كان النبي ﷺ يقطع في ربع دينار فصاعدًا [٧] . واختلف عن يحيى بن سعيد فروي عنه مرفوعًا [٨] ورواه [مالك عنه موقوفا عليها] [٩] واختلف [١٠] [عن معمر] [١١] [فروى عبد الرزاق عنه مرفوعًا] [١٢] ورواه [١٣] ابن المبارك عنه موقوفًا عليها من قولها [١٤] ورواه أيوب عن عبد الرحمن بن القاسم عن عمرة عن عائشة موقوفًا قال أيوب : وحدث يحيى ابن سعيد عن عمرة عن عائشة برفعه ، فقال له عبد الرحمن : إنها كانت لا ترفعه فترك رفعه يحيى [١٥] وهذا اضطراب شديد يمنع من قبول هذا الخبر وكيف نظن أن عندها

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٩٢/٦) برقم ٦٤٠٧ .
(٢) في (م) : [عمر] .
(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣١٢/٣) برقم ١٦٨٤ .
(٤) في (ص) ، (م) : [القاسم بن سرور] . وما أثبتناه من سنن النسائي الكبرى (٣٣٦/٤) . وهو : القاسم بن مبرور الأيلي . روى عن يونس بن يزيد الأيلي وهشام بن عروة . وروى عنه خالد بن نزار والمهرى . توفي بمكة سنة ثمان أو تسع و مائة . وصلى عليه الثوري . الجرح والتعديل (١٧/٩) برقم ١٤٩٣٩ ، تهذيب الكمال (٤٢٦/٢٣) برقم (٤٨١٨) .
(٥) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٣٣٦/٤) برقم (٧٤٠٢) .
(٦) أخرجه الطحاوي من طريق سفيان مرفوعًا . شرح معاني الآثار (١٦٣/٣) .
(٧) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (٢٠٩/١) برقم ٨٢٤ .
(٨) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٣٣٧/٤) برقم ٧٤٠ .
(٩) في هامش (ص) : [عليه] وساقط من (م) وما أثبتناه من موطأ مالك (٨٤٠/٢) . والحديث أخرجه مالك (٨٤٠/٢) برقم ١٥١٣ .
(١٠) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(١١) ساقطة من (ص) ، (م) وما أثبتناه من عمدة القاري (٢٥٩/١٩) .
(١٢) ساقطة من (م) ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش . والحديث أخرجه مسلم في صحيحه (١٣١٢/٣) برقم ١٦٨٤ .
(١٣) ساقطة من (ص) ، (م) : وما أثبتناه من فتح الباري (١٠١/١٢) .
(١٤) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٣٣٧/٤) برقم ٧٤٠٧ .
(١٥) ذكره ابن عبد البر في التمهيد (٢٤٣/١٩) .

هذا الخبر [١] ويحيى يرفعه [٢] إلى قيمة المجن ويظهر الاختلاف في تقويمه فلا يليق لهم أنه لا حاجة بهم إلى معرفة قيمته فعاد هذا الخبر إلى تقويمها المجن وتعلق القطع بمقدار قيمته عندها .

٢٨٨٩١ - قالوا : روت عمرة بنت عبد الرحمن أن سارقًا سرق أترجة على زمن عثمان وأمر بها فقومت ثلاثة دراهم فقطع يده [٣] ولم ينكر ذلك أحد .

٢٨٨٩٢ - قلنا : الخلاف في هذه المسألة مشهورة بينهم ، وظهور الخلاف يغني عن تحديد المخالفة عند كل حادثة فلا يصح الرجوع إلى قول أحدهم .

٢٨٨٩٣ - قالوا : مقدار يجب في زكاة الذهب بانفراده فجاز أن يقطع بسرقته أصله الدينار .

٢٨٨٩٤ - قلنا : هذا [٤] تعليل لتعلق القطع بنصف دينار فلم يدلونه على تصحيح مذهبهم وعلى إبطال مخالفهم ولا نقول بموجبه في نصف دينار إذا بلغت قيمته عشرة دراهم لم يجب به قطع فإن قاسوا على دينار قيمته عشرة دراهم .

٢٨٨٩٥ - قلنا : المعنى فيه : إنه مقدار متفق على وجوب القطع فيه وفي مسألتنا بخلافه .

٢٨٨٩٦ - قالوا : زكاة نصاب فجاز أن يقطع فيه كالشاة [٥] .

٢٨٨٩٧ - قلنا : الشاة [٦] لا يقطع فيها حتى تكمل قيمتها عشرة دراهم وكذلك نقول في نصف دينار ، فأما خمسة دراهم فلا يجوز أن تبلغ قيمتها عشرة دراهم فلم يجب فيها القطع .

* * *

---

(١) في (م) : [النص] . (٢) في (م) : [رفع] .
(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٨٣٢/٢) برقم ١٥١٩ ، والشافعي في مسنده (٣٣٤/١) .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥ ، ٦) في (ص) ، (م) : [الشهادة] وما أثبتناه من الحاوي (١٢٦/١٧) .

مسألة ١٤٣٧

[سرقة ما يسرع إليه الفساد]

٢٨٨٩٨ - قال أبو حنيفة ومحمد : لا يقطع في سرقة ما يسرع إليه الفساد كالبقول [والفاكهة التي لا تبقى] [١] والثمار الرطبة [٢] .

٢٨٨٩٩ - وقال أبو يوسف : يقطع في جميع ذلك [٣] . [وبه قال الشافعي [٤] . لنا : حديث] [٥] رافع بن خديج أنه ﷺ قال : « لا قطع في ثمر [٦] ولا كثر [٧] [٨] وهذا [٩] عام في جميع الثمار والكثر [١٠] الجُمَّار . وهو مما يسرع إليه الفساد .

٢٨٩٠٠ - فإن قيل : المراد به الثمرة المعلقة وقد كانت ثمار المدينة غير محرزة . والدليل عليه أنه قال : حتى [١١] يأويه الجرين [١٢] .

٢٨٩٠١ - قلنا : هذه العلة غير مذكورة في خبر رافع وإنما ذكرها عمر بن شعيب ونحن نتكلم عليها في الجواب عن حجتهم ولا يجوز أن يكون المراد الثمرة التي لا تحرز لأن جميع الأموال في ذلك كالثمرة فلا يكون [لتخصيص الثمر] [١٣] معنى .

٢٨٩٠٢ - وروى الحسن عن النبي ﷺ أنه قال : « لا أقطع [١٤] في طعام » [١٥]

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٢) انظر : أحكام القرآن للجصاص (٥٩٥/٢ - ٥٩٦) ، وحاشية أبي السعود (٣٩٥/٢) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٦٩/٧) ، والبناية (٥٤٤/٥) .

(٤) انظر : فتح العزيز شرح الوجيز (١٩٣/١١) ، والبيان للعمراني (٤٣٨/١٢) ، والأحكام السلطانية ص ٢٨٢ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) الثمر : هو الرطب في رأس النخلة . فإذا كبر فهو التمر . والكثر : الجمار ؛ وهو شيء أبيض يخرج من رأس النخلة . انظر : النهاية في غريب الحديث ، والمغرب مادة (ثمر) .

(٨) ساقطة من (ص) ، وفي (م) : [ولاله] . وما أثبتناه من شرح معاني الآثار (١٧٢/٣) .

(٩) ساقطة من (ص) .

(١٠) في (م) : [الكبر] .

(١١) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(١٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٣٧/٤) برقم ٤٣٩٠ ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥٢٠/٥) برقم ٢٨٥٨٤ .

(١٣) في (م) : [التخصيص المثمر] .

(١٤) في (م) [قطع] .

(١٥) أخرجه أبو داود في مراسيله (٢٠٥/١) برقم ٢٤٥ .

وهو عام في سائر الأطعمة إلا ما خصه دليل .

٢٨٩٠٣ - فإن قيل : إطلاق الطعام عندكم يتناول الحنطة .

٢٨٩٠٤ - قلنا : تخصيص الخبر بما يبطل عام فائدته [(١)] والواجب حمل كلام رسول الله ﷺ على ما يفيد . وقد روى الطحاوي هذا الخبر بإسناده عن الحسن .

٢٨٩٠٥ - قال : دخل رجل بيت رجل فوجد طعامًا فجلس فأكل منه فذهبوا به [(٢)] إلى النبي ﷺ فقال : « دعوا الناس فإني لا أقطع في طعام » [(٣)] .

٢٨٩٠٦ - ويدل عليه ما روي أن عائشة قالت : كان لا يقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه ، والبقول والمرق تافهة ولأن معنى [(٤)] الحرز فيه ناقص ؛ لأنه لا يبقى ونقصان معنى الحرز يمنع من وجوب القطع كالماء ولحوم السباع ولأنه نوع لا يقطع فيه الردء فلا يقطع فيه المباشر كالماء والسرجين [(٥)] . ولأنه إذا تملك في يد السارق استقر عليه ضمانه فلا يقطع فيه كالماء ، ولأن الأغراض تختلف في سرقة [أجناس الأموال] [(٦)] ومقاديرها ثم إن في المقادير ما لا يقطع فيه وجب أن يكون في أجناس أموال ما لا يقطع فيه .

٢٨٩٠٧ - فإن قالوا : [الموجب العلة] [(٧)] في الماء والطين .

٢٨٩٠٨ - قسنا عليها وإن نازعوا فيهما صحت العلة .

٢٨٩٠٩ - احتجوا : بما روي أن رجلًا من مزينة أتى رسول الله ﷺ فسألوه عن سرقة التمر المعلق ، فقال ﷺ : « ليس في شيء من التمر المعلق قطع إلا ما آواه الجرين فما أخذ من الجرين يبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لا [(٨)] يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال » [(٩)] .

٢٨٩١٠ - قلنا : أسقط عنه ﷺ في التمر المعلق لأن ذلك مما يسرع إليه الفساد فأوجب القطع فيها حمل على الجرين ؛ لأن الثمر تحمل إلى الجرين بعد جفافها ليستحكم

---

(١) غير واضحة في (ص) . (٢) ساقطة من (ص) .

(٣) انظر : نصب الراية (١٨٧/٤) .

(٤) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥) السرجين : الزبل والروث . انظر : المصباح المنير مادة (سرج) .

(٦) في (م) : [أموال الأجناس] . (٧) في (ص) موجب .

(٨) ساقطة من (م) .

(٩) أخرجه النسائي في سننه (٨٥/٨) برقم ٤٩٥٩ بتمامة ومعه أسئلة أخرى .

جفافها على الأرض ولا يجوز أن يكون التفريق بين الحالتين لأجل الجرين لأن الثمار المعلقة قد تكون في الدور وراء الحيطان فتكون محرزة ، [وقد يكون الجرين] (١) حرزا وقد لا يكون فعلم أنه فصل بين الأمرين لاستحكام الثمن في أحد الحالتين دون الأخرى ، وقد روي في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يأويه الجرين » .

٢٨٩١١ – والجواب عنه ما ذكرنا وهو ما لا يحمل إلى الجرين ، ولم يفصل بين المحرز منه وغير المحرز .

٢٨٩١٢ – فإن قيل : قوله لا قطع في ثمن حتى يأويه الجرين هذه الكناية تنصرف إلى الثمرة التي أسقط القطع فيها قبل حملها .

٢٨٩١٣ – قلنا : المراد بالخبر بلوغه إلى الحال التي تحمل إلى الجرين كما يقال : « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار » (٢) معناه حتى بلغت إلى حال الحيض ، وقال الله تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ (٣) والكناية راجعة إلى اليتامى وإن لم يكونوا يتامى حال وجوب التسليم . يبين هذا ما روي أن عبدًا أسود سرق ودية (٤) لرجل من الأنصار فأتي به مروان (٥) فأمر بقطعه فانطلق سيد العبد إلى رافع بن خديج فأخبره فقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا قطع في ثمر [ولا كثر] » فقال سيد العبد : انطلق معي إلى مروان فإنه يريد أن يقطع عبدي فانطلق معه رافع إلى (٦) مروان فروى له الخبر فأرسله مروان فباعه ونفاه من المدينة (٧) فقد فهم رافع سقوط القطع في الودي بحبسه لا للحرز إذا لم يجر للحرز في القصة ذكر .

٢٨٩١٤ – احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال : « لعن الله السارق يسرق البيضة

---

(١) في (م) : [وقد يكون في الجرين] .

(٢) أخرجه الترمذي في سننه (٢/٢١٥) برقم ٣٧٧ ، وابن حبان في صحيحه (٤/٦١٢) برقم ١٧١١ .

(٣) سورة النساء : الآية ٦ .

(٤) الودية : فسيل النخل وصغاره ، وتجمع على : ودى ووديا . انظر : لسان العرب مادة (ودي) .

(٥) هو : مروان بن الحكم بن أبي العاص الأموي القرشي . سمع : عثمان بن عفان ، وبسرة ، وعليا ﷺ . وروى عنه : عروة بن الزبير ، وسهل بن سعد ، وابنه عبد الملك . انظر : التاريخ الكبير (٧/٣٦٨) ، ولسان الميزان (٧/٣٨٢) .

(٦) في (م) : [بن] .

(٧) أخرجه مالك في الموطأ (٤/١٣٦) برقم ٤٣٨٨ .

فتقطع يده » [١] .

٢٨٩١٥ - قلنا : المراد بيضة السلاح بدليل أن بيض الطير لا تبلغ الواحدة منه نصابًا .

٢٨٩١٦ - قالوا : روي أن سارقًا سرق أترجة في زمن عثمان فأمر بها فقومت ثلاثة دراهم من صرف اثنا عشر درهما بدينار ، فقطع عثمان يده . قال مالك : هي الأترجة التي تؤكل [٢] .

٢٨٩١٧ - قلنا : روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : « لا قطع في ثمر » [٣] وأن الأترج يبقى مدة طويلة لا يفسد فيها فيجوز أن يقال فيه القطع .

٢٨٩١٨ - فإن قيل [٤] : فكذلك السفرجل والتفاح في بعض البلاد .

٢٨٩١٩ - قلنا : إنما سقط القطع في الفاكهة الرطبة التي تفسد فما لا يفسد إلا في مدة طويلة يجب فيه القطع .

٢٨٩٢٠ - قالوا : فالطعام يبقى بأصفهان مدة طويلة فيجب أن يتعلق به القطع هناك ولا يتعلق به في بلد آخر .

٢٨٩٢١ - قلنا : المعتبر ما يبقى في عامة البلاد ولا يعتبر المكان الشاذ النادر .

٢٨٩٢٢ - قالوا : نوع مال فيجب أن يتعلق القطع بسرقته أصله سائر الأموال .

٢٨٩٢٣ - قلنا : إذا كانت الأغراض تختلف في شركة أجناس الأموال كما تختلف في مقاديرها كان إيجاب القطع في كل جنس كدعوى إيجابه في كل قطع وهذا لا يصح ، ولأن القطع وضع لصيانة الأموال كما وضع حد القذف صيانة للأعراض ، ثم كان القطع يتعلق بمال دون مال ، والمعنى في الأموال المتفق على وجوب القطع بسرقتها أن معنى المال [كامل فيها] [٥] فلما كمل التمول فيها وجب القطع بأخذها ولما نقص معنى التمول بهذا المال لم يجب بأخذه قطع .

٢٨٩٢٤ - قالوا : ما قطع بسرقة يابسه قطع في سرقة رطبه كالنبات والقت [٦] .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٨٩/٦) برقم ٦٤٠١ ، ومسلم في صحيحه (١٣١٤/٣) برقم ١٦٨٧ .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٦٢/٨) .

(٣) في (ص) : [لحم] . والحديث أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٢٤٢/١٠) برقم ١٨٩٩٠ ، وأبن أبي شيبة في مصنفه (٥٢٠/٥) برقم ٢٨٥٨٦ ، ٢٨٥٩١ .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (م) : [فيها كامل] .

(٦) القت : علف الدواب الرطب . انظر : لسان العرب مادة (قتت) .

٢٨٩٢٥ - قلنا : إذا كان يقطع فيه إذا سرق من مكان دون مكان كذلك يجوز أن يقطع إذا سرق وهو على صفة دون صفة لأن القطع يسقط [١] في ما ليس بمحرز بتعريضه للهلاك [٢] فما كان معرضًا للهلاك فجنسه وصفته أولى أن لا يقطع فيه ، ولأن النبات والقت [٣] معنى التمول كامل في رطبها ويابسها فوجب القطع فيهما ، ومعنى التمول غير كامل في الفاكهة الرطبة فخالف حالها حال اليابس منهما .

٢٨٩٢٦ - قالوا : الرطب واليابس لا يفترقان وقد قلتم أن اللحم لا يقطع في رطبه ومقدوده .

٢٨٩٢٧ - قلنا : ذكر ابن رستم [٤] عن أبي يوسف أن أبا حنيفة قال : لا قطع في رطب الفاكهة ويابسها فأما اللحم فقد ذكر أبو الحسن أن السمك لا يقطع في رطبه ولا في المملوح منه وهذا صحيح ؛ لأنه يوجد مما جاء تافهًا فأما اللحم فعلى الرواية التي فرق بين رطب الفاكهة ويابسها فيجب أن يفرق بين اللحم الطري والمقدد .

٢٨٩٢٨ - قالوا : المعتبر بصفة المال حال أخذه دون ما يطرأ عليه ، ألا ترى أن الشاة المريضة [٥] يجب القطع بأخذها وإن كانت لا تبقى والنبات إذا وضعت تحت الأرض يجب بسرقتها القطع وإن كانت تفسد إذا بقيت تحت الأرض .

٢٨٩٢٩ - قلنا : إنما يعتبر كون الشيء لا يبقى بجنسه ومما هو عليه في أصله فأما إذا كان بمعنى حادث فذاك غير معتبر .

٢٨٩٣٠ - قالوا : السرقة ما قيمته نصابًا من حرز مثله من غير شبه فأشبه النبات .

٢٨٩٣١ - قلنا : لا نسلم نفي الشبهة ؛ لأن كونه مما لا يدخر ولا نصاب شبهة في سقوط القطع فيه ، والمعني في النبات أن معنى التمول فيها كامل ولما نقص معنى التمول في البقول منع [٦] ذلك من وجوب القطع فيها .

* * *

---

(١) في (م) : [سقط] . (٢) في (م) : [الهلاك] .

(٣) في (ص) : [القت] .

(٤) هو : إبراهيم بن رستم أبو بكر المروزي . سمع : مالكًا ، والثوري ، وشعبة . وتفقه على محمد بن الحسن . وروى عنه : أحمد بن حنبل ، وأبو خيثمة زهير بن حرب . وثقه يحيى بن معين . وقال ابن عدي : منكر الحديث . مات في جمادى الآخرة سنة ٢١١ هـ . انظر : طبقات الحنفية (١/٣٧ - ٣٨) ، ولسان الميزان (١/٥٦) .

(٥) في (م) : [العنيزة] ، وفي (ص) : [العنزة] وما أثبتناه من الحاوي (١٧/١٣١) .

(٦) في (م) : [مع] .

مسألة ١٤٣٨

[سرقة ما كان أصله مباحًا]

٢٨٩٣٢ - قال أصحابنا : ما يوجد مباحًا في دار الإسلام كالصيد والجَص [١] والنوْرَة [٢] والخشب لا قطع فيه [٣] .

٢٨٩٣٣ - وقال أبو يوسف : يقطع في جميع ذلك إلا في الماء والسرجين والتراب [٤] .

٢٨٩٣٤ - وقال الشافعي : مثل ذلك [٥] وزعم أصحابه أن في الماء والتراب وجهين [٦] .

٢٨٩٣٥ - لنا : حديث رافع بن خديج أنه ﷺ قال : « لا قطع في ثمر ولا كثر » وقيل الكثر : إنه الجمار [٧] . وقيل : صغار النخل . وقد فهم ابن خديج من ذلك الودي . إما لأن الخبر يتناوله أو قاسه عليه . والمعنى في الودي يوجد مباحًا تافهًا . ويدل ما روي أن النبي ﷺ قال : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار » [٨] . ثبوت

---

(١) الجص : بفتح الجيم وكسرها ما يبنى به ، انظر : مختار الصحاح (٤٤/١) مادة (جصص) .

(٢) النورة : الحجر الذي يحرق ويسوى منه الكلسي ، ويحلق به شعر العانة . انظر : لسان العرب (٢٤٤/٢) مادة (نور) .

(٣) انظر . الاختيار (١٦٨/٤) ، وتبيين الحقائق (٢١٤/٣) ، والعناية شرح الهداية (٣٦٤/٥) ، ومجمع الأنهر (٦١٦/١) ، والجوهرة النيرة (١٦٦/٢) وهو مذهب الحنابلة في سرقة الماء ؛ لأنه لا يتمول عادة . انظر : الكافي لابن قدامة (٧٨/٤) ، وشرح منتهى الإرادات (٣٦٨/٣) والإنصاف (٢٥٦/١٠) .

(٤) انظر : تبيين الحقائق (٢١٥/٣) ، والمبسوط (١٥٣/٩) ، وفتح القدير (٣٦٥/٥) .

(٥) انظر : فتح العزيز (١٩٣/١١) ، والبيان (٤٤٠/١٢) ومغني المحتاج (٤٧١/٤) . وهو مذهب المالكية حيث إن عندهم القطع في سرقة كل شيء حتى الماء إذا أحرز لوضوء أو شرب أو غيره إذا كانت قيمته ثلاثة دراهم . انظر : المنتقى (١٥٧/٧) ، ومنح الجليل (٣٠٠/٩) ، والمدونة الكبرى (٥٣٦/٤) . وهو الصحيح عند الحنابلة في سرقة الصيد والملح وهو المذهب في سرقة التراب . وذكر المرداوي في سرقة الماء والسرجين وجهين . انظر : الإنصاف (٢٥٦/١٠) .

(٦) أحدهما : يقطع في سرقته إذا بلغت قيمته نصابًا ، وهو الأصح . ثانيهما : لا قطع فيه ؛ لأن النفوس لا تتبع سرقته إلا في حالة الضرورة التي تخالف الاختيار . انظر : الحاوي (١٣٣/١٧ - ١٣٤) ، والمهذب (٢٨١/١٢) وروضة الطالبين (١٢١/١٠) .

(٧) في (م) : [الحمام] .

(٨) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨٢٦/٢) برقم ٢٤٧٢ .

الشركة شبهة في سقوط القطع . كمال بيت المال .

٢٨٩٣٦ – وروى عبد الله بن يسار قال : أتى عمر بن عبد العزيز برجل سرق دجاجة فأراد أن يقطعه . قال أبو سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان بن عفان : « لا قطع في طير » [١] .

٢٨٩٣٧ – وروى [عباد بن العوام] [٢] عن أبي خالد عن رجل أن عليًا قال : « لا يقطع في الطير » [٣] . قالت [٤] عائشة : « كان لا يقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه » والحطب والماء والحجارة تافهة [٥] ولا يقطع في شيء منها . ولأنه يوجد في دار الإسلام مباحًا غير مرغوب فيه فلا يجب فيه القطع كالماء والسرجين ولبن الآدمية ولا يلزم الذهب والفضة ؛ لأنها توجد مباحة إلا أنهما مرغوب فيهما ولا يلزم الساج [٦] . لأنه لا يوجد مباحًا في دار الإسلام ، وإنما يوجد في دار الحرب . وجميع الأموال هناك مباحة .

٢٨٩٣٨ – فإن نازعوا في الماء دللنا عليه بقوله ﷺ : « الناس شركاء في ثلاث » .

٢٨٩٣٩ – فإن قالوا : السرجين ليس بمال لم نسلم .

٢٨٩٤٠ – فإن نازعوا في لبن الآدمية قلنا : مانع مختلف في جواز بيعه كالنبيذ ولأن مخالفنا لا يخلو إما أن يسلم نوعا من التمولات لا يقطع فيه فنعكس عليه العلة [٧] التي ذكرنا أو لا يسلم ذلك فنقول : الأعراض تختلف باختلاف أجناس الأموال كما تختلف باختلاف مقاديرها .

٢٨٩٤١ – بدلالة أن من السراق من يختار سرقة الكثير دون القليل ، ومنهم من يختار سرقة نوع دون نوع ، ثم كان في المقادير مالا يقطع فيه [وما يقطع] [٨] لأن المباحات تملك في دار الإسلام بمجرد الأخذ . فإذا سرقها فقد وجد منه سبب الملك فصار شبهة في سقوط الحد وإن لم نوجب الملك . ألا ترى أن صورة النكاح [٩] الفاسد

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥٢٣/٥) برقم ٢٨٦٠٨ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٦٣/٨) برقم ١٦٩٨٢ .

(٢) في (ص) ، (م) : [عباد بن العواص] وما أثبتناه من مصنف ابن أبي شيبة (٥٢٣/٥) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥٢٣/٥) برقم ٢٨٦٠٩ .

(٤) في (م) : [روت] .

(٥) في (م) : [تافه] .

(٦) الساج : ضرب عظيم من الشجر أسود يجلب من الهند . يشبه الآبنوس . انظر : المصباح المنير مادة (سوج) .

(٧) في (م) : [المحلة] .

(٨) في (ص) : [وما لا يقطع] .

(٩) في (م) : [النكاح النكاح] .

صورة الجائز إلا أنه لا يملك به فيصير شبهة في سقوط الحد ، وكذلك [١] الشراء الفاسد في صورة الصحيح فيكون شبهة ، والمقذوف إذا كان وطئ بنكاح فاسد لم يحد قاذفه . لأن فعله يشبهه الزنى فصار كهو في سقوط الحد عن قاذفه .

٢٨٩٤٢ - فإن قيل : تبطل بالدراهم والدنانير . لأنها تملك في دار الإسلام بالأخذ من الكنوز . فإذا سرقها فقد وجد الأخذ الذي يملك به ولا يكون شبهة . قلنا : الكنوز إذا كانت من ضرب الإسلام فهي لقطة ، وأخذها لا يملك به وإن كانت من ضرب الكفار ملكت بالأخذ لأجل مالكها . والإباحة التي تعود إلى ملك المال يتعين حكمها بزول إلى ملك محظور . ألا ترى أن الوالد إذا سرق مال ولده فلا يقطع فيه لأجل المالك . وإذا انتقل المال إلى غيره وجب القطع .

٢٨٩٤٣ - فإن قيل : يبطل بالمعادن من الذهب والفضة تملك [٢] بالأخذ منها ثم لا تصير شبهة في السرقة .

٢٨٩٤٤ - قلنا : الذهب والفضة توجد من المعدن غير معمول فتهلك وسرقة مثله لا قطع فيها حتى تسبك وتخلص .

٢٨٩٤٥ - فإن قيل : تبطل بالساج .

٢٨٩٤٦ - قلنا : يملك [٣] بالأخذ من دار الحرب . وحكم دار الحرب لو اعتبر لسقط القطع في جميع الأموال لأنها تملك في دار الحرب . فإذا وقع الملك ثم صار شبهة في حق السارق . لأنه أخذ يماثل [٤] الأخذ الذي يملك به .

٢٨٩٤٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ [٥] وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [٦] وهذا عام .

٢٨٩٤٨ - قلنا : قد بينا أن حقيقة السرقة تقتضي من لابس الفعل . فاقتضت الآية وجوب القطع على من فعل ذلك قبل نزولها ، وإنما تحمل على من فعل [٧] ذلك بالإجماع .

٢٨٩٤٩ - قالوا : اعتبار ما أجمعوا على دخوله تحت الآية . قالوا : روى أبو هريرة أنه ﷺ قال : « لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده » .

---

(١) في (م) : [فكذلك] .
(٢) في (م) : [فملك] .
(٣) في (م) : [دال يملك] .
(٤) في (ص) : [ويماثل] .
(٥) ساقطة من (ص) .
(٦) سورة المائدة : الآية ٣٨ .
(٧) في (م) : [يعمل] .

٢٨٩٥٠ - قلنا : المراد بيضة الحديد وقد تقدم .

٢٨٩٥١ - قالوا بالحجاز : لا يبلغ ذلك وأكثر الأحوال أن يحتمل اللفظ الأمرين فلا يعمل (١) أحدهما إلا بدليل .

٢٨٩٥٢ - فإن قيل : كيف يجوز أن يذكر هذا مثلا ليبين أنه يخاطر بيده في الشيء اليسير ويريد بذلك بيضة السلاح ، وليست مما لا يستحق ولا مما لا يستقل .

٢٨٩٥٣ - قلنا : هي قليلة بالإضافة إلى اليد غير مستكثرة بذلك ، وإنما خصها من بين السلاح لأن قيمتها كانت قيمة النصاب (٢) كما خص المجن بذلك من بين سائر السلاح .

٢٨٩٥٤ - قالوا : نوع مال فوجب أن يكون في سرقته (٣) ما يجب به القطع كسائر الأموال .

٢٨٩٥٥ - قلنا : إذا كانت الأغراض تختلف في أجناس الأموال كما تختلف في المقادير فإيجاب (٤) القطع في جميع الأموال كإيجابه في سائر المقادير وهذا لا يصح والمعنى في سائر الأموال أنها لا تملك بالأخذ في سائر دار الإسلام . بمعنى يعود إليها . فلم تقارن سرقتها شبهة وما اختلف (٥) فيه يملك بالأخذ وفي دار الإسلام بمعنى يعود إلى جنسه . فأشبه أخذ السارق الأخذ الذي يملك به فصار ذلك شبهة في سقوط الحد فيه .

٢٨٩٥٦ - قالوا : كل حق تعلق بالمال الذي ليس له أصل في الإباحة تعلق فيما له أصل في الإباحة : أصله الضمان وصحة التصرف .

٢٨٩٥٧ - قلنا : يبطل بالتمليك فإن الأخذ يملك به المال الذي أصله الإباحة ولا يملك به ما سواه في دار الإسلام . لأن وجوب الضمان أوسع بدلالة تعلقه بالقليل والكثير والأخذ مع الشبهة والقطع لا يتعلق بجميع ذلك فلم نستدل بوجوب الضمان على وجوب القطع .

٢٨٩٥٨ - قالوا : المال وجب في سرقته (٦) القطع صيانة له . وهذا المال يحتاج إلى صيانة لغيره . فإذا وجب القطع في سائر الأموال وجب في هذا .

٢٨٩٥٩ - قلنا : المصاحف (٧) وما دون النصاب تحتاج (٨) إلى صيانة وإن لم يجب

---

(١) في (م) : [بحمل] .
(٢) في (م) : [البيضات] .
(٣) في (م) : [سرق] .
(٤) في (م) : [بإيجاب] .
(٥) في (م) : [اختلفا] .
(٦) في (م) : [سرقة] .
(٧) غير واضحة في (ص) .
(٨) ساقطة من (م) .

به قطع كذلك هذا .

٢٨٩٦٠ - قالوا : المعتبر بصفة المال في الحال دون ما قبلها . بدلالة أن من [(١)] أباح لغيره ملكه فأخذه فلا شيء عليه . ولو رجع عن الإباحة ثم سرق وجب عليه القطع . ولو اضطر إليه وأخذه لم يقطع . ولو زالت الضرورة فأخذه قطع .

٢٨٩٦١ - قلنا : هذه الإباحة لم تتعلق بالمال بصفة تعود إليه . وإنما تعلقت بحق المالك أو بصفة عليها الأخذ فإذا زالت تغير [(٢)] الحكم . وفي مسألتنا تعلقت بالمال بجنسه وبمعنى يعود إليه . فإذا زالت الإباحة والجنس موجود فالشبهة باقية فلذلك لم يجب القطع .

٢٨٩٦٢ - قالوا : سرق نصابا مقدارًا من حرز مثله من غير شبهة كالساج .

٢٨٩٦٣ - قلنا : لا نسلم أنه نصاب لأن ذلك عندنا عبارة عن القدر [(٣)] والصفة . ولا نسلم أنها [لا شبهة] [(٤)] . لأن كونه مما لا [(٥)] يملك بالأخذ في دار الإسلام شبهة فيها كان [قصور في] [(٦)] ذلك الأخذ . والمعنى في الساج أنه لا يوجد مباحًا في دار الإسلام فلذلك رجب الحد بسرقته وليس كذلك هذا ؛ لأن جنسه يوجد مباحًا غير مرغوب فيه فلم يجب به قطع .

٢٨٩٦٤ - قالوا : مال وجب القطع في معموله [(٧)] كالذهب والفضة [(٨)] .

٢٨٩٦٥ - قلنا : لا نسلم أن الذهب والفضة يجب في غير معموله [(٩)] القطع . لأنها تؤخذ من معادنها حجارة أو [(١٠)] تراب فلا يجب بسرقتها قطع حتى تسبك وتخلص ، ولأن الخشب إذا عمل [أبوابا وآنية] [(١١)] فقد غلبت الصنعة على جنسه وصار [(١٢)] في حكم جنس آخر فلا تعتبر الإباحة في أصله .

---

(١) في (م) : [ما] .
(٢) في (م) : [بغير] .
(٣) في (م) : [القطع] .
(٤) في (م) : [الشبهة] .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) في (م) : [قصوره] .
(٧) في (ص) ، (م) : [معلومة] . وما أثبتناه من الحاوي (١٣٣/١٧) .
(٨) فتح العزيز (١٩٣/١١) ، الحاوي (١٣٣/١٧) .
(٩) في (ص) ، (م) : [معلومة] . وما أثبتناه من الحاوي (١٣٣/١٧) .
(١٠) ساقطة من (م) .
(١١) في (م) : [آنية وأواني] .
(١٢) في (م) : [وصار] .

٢٨٩٦٦ - فإن قيل : هذا يبطل بالبواري [1] فإن القطع لا يجب فيها مع وجود الصنعة .

٢٨٩٦٧ - قلنا : إن الصنعة التي في القصب لا تغلب على جنسه فلم تغير حكمه كما كان عليه في الأصل . والصنعة في الخشب غالبة فتخرجه من حكم جنسه فيقطع فيه يبين ذلك أنه لا يوجد مباحًا على هذه الصفة فصار في حكم جنس آخر .

* * *

(١) البواري : الحصير المنسوج ، واحدته الباري والبارياء ، وهو فارسي معرب . انظر : لسان العرب مادة (بري) .

مسألة ١٤٣٩

[نقصان قيمة المسروق عن النصاب]

٢٨٩٦٨ - قال أصحابنا : إذا نقصت قيمة العين عن النصاب سقط القطع [١] .

٢٨٩٦٩ - وقال الشافعي : لا يسقط [٢] .

٢٨٩٧٠ - لنا : قوله ﷺ : « لا يقطع السارق إلا في ثمن المجن » . وهذا يمنع وجوب القطع إذا نقصت قيمته عنه . ولأنها صفة للعين المسروقة ، ولو كانت موجودة عند الأخذ لم يجب القطع بها . فإذا طرأت لم يجب القطع لأجلها . أصله : إذا شهد الشهود بملكها للسارق أو [٣] أقر بها المسروق منه [٤] للسارق . ولا يلزم إذا انهدم الحرز لأن ذلك ليس بصفة العين .

٢٨٩٧١ - ولا يلزم إذا شارك المسروق منه السارق بالدراهم المسروقة ، وخلط السارق بها مثلها وأذن كل واحد منهما للآخر [في التصرف] [٥] . لأن ذلك يسقط عندنا كما لو كان مشتركا في الابتداء .

٢٨٩٧٢ - فإن قيل : إذا أقر بها المسروق منه أو شهدت الشهود حكمنا أنه ملك السارق حال الأخذ ، وهذا المستحق ما حصل من نمائها فيما مضى . وذلك لأنا نجوز أن يكون المقر كاذبا ، ولا نعلم تقدم الملك . ولا يحكم للمقر له بالنماء الحاصل قبل الإقرار . ولأن في مسألتنا النقصان فالموجود في الابتداء . بدلالة سقوط الضمان فيه مع بقاء العين باتفاق . ولأنه حكم تعلق بأخذ مال فنقصان القيمة بعد الأخذ كالموجود في الابتداء أصله الضمان . ولأن ضمان المغصوب أقوى في الثبوت من القطع في المسروق .

---

(١) انظر : اللباب في شرح الكتاب صـ٢٦٤ - وتبيين الحقائق (٢٣٠/٣) . وفتح القدير (٤٠٧/٥) ، والبحر الرائق (٢٥٤/٥) والعناية شرح الهداية (٤٠٧/٥) . والبناية في شرح الهداية (٦٠٣/٥) ، مجمع الأنهر (٦٢٦/١) . والبحر الرائق (٧٠/٥) .

(٢) انظر . الأم (٣٧٠/٨) ، التنبيه صـ٢٤٥ ، وفتح العزيز شرح الوجيز (١٨٠/١١) ، والبيان (٤٥٩/١٢) . وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة . انظر : المدونة الكبرى (٥٣٩/٤) ، وحاشية الصاوي (٤٧٣/٤) . وكشاف القناع (١٣٢/٦) ، والمغني (١١٢/٩) .

(٣) في (م) : [و] .

(٤) في (م) : [فيه] .

(٥) في (م) : [للتصرف] .

لأن القطع يسقط بالشبهة والضمان لا يسقط بها ولأن القطع حق الله تعالى ، والضمان حق الآدمي [١] . وحقوق الآدميين أقوى في الثبوت . فإذا كان النقص الحادث كالموجود ابتداء في باب الضمان فلأن يكون كذلك في حكم القطع أولى . ولأنها إحدى حالتي وجوب القطع فوجب أن يعتبر فيها كمال القيمة أصله الابتداء . ولأنه نقص يعلم بالحرز والظن فجاز أن يمنع من وجوب القطع كالنقص في الابتداء . ولأنها حالة لو هلكت [٢] العين ضمنها فإذا نقصت قيمتها كالابتداء . ولأنها حالة لو أقر المسروق منه بالعين للسارق سقط القطع فنقصان القيمة يسقط أصله حال الابتداء ولأنه حكم يعتبر فيه النصاب فاعتبر كمال النصاب في طرفيه كالزكاة . ولأن القطع الثابت بالبينة يعتبر فيه صفة الشهود قبل الاستيفاء فسقط القطع كذلك تغير صفة العين يجوز أن يسقط القطع .

٢٨٩٧٣ - ولا يقال : إن الشهود إذا فسقوا أو ارتدوا قدح ذلك في عدالتهم عند الشهادة ، ولأن [٣] الفسق الطارئ لا يستند إلى حال سابقة ، وإنما تثبت أحكامه عند ظهوره . ولأن حد السرقة وضع لصيانة المال كما وضع حد القذف لصيانة الأعراض ، وكل واحد من الحدين لا يثبت إلا بخصم [٤] . ثم كان تغير صفات المقذوف قبل استيفاء الحد بأن يزني يمنع الاستيفاء كذلك تغير صفة العين المسروقة قبل الاستيفاء يجوز أن يؤثر في سقوط الحد .

٢٨٩٧٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [٥]

٢٨٩٧٥ - [قلنا : قد بيناه أن حقيقة الاسم] [٦] فيمن وجدت منه الملابسة ، وما سواه إنما يعمل عليه بالإجماع . [فمن دل الدليل بالإجماع] [٧] على تناول الآية له دخل فيها ، ومن لم يجمع على دخوله فيها لا يصح [الرجوع إليها في حكمه ، ولأن الآية تدل] [٨] على وجوب القطع ، وعندنا القطع وجب . والكلام هل يسقط بعد وجوبه أم لا ؟ .

٢٨٩٧٦ - فإن قالوا : إذا ثبت الوجوب لم يسقط إلا بدليل .

٢٨٩٧٧ - قلنا : هذا استصحاب العموم . وعندنا استصحاب الإجماع والعموم لا يصح .

---

(١) في (م) : [لآدمي] .
(٢) في (م) : [تملكت] .
(٣) في (م) : [لأن] .
(٤) في (م) : [لخصم] .
(٥) سورة المائدة : الآية ٣٨ .
(٦ - ٨) ما بين المعقوفتين ساقط من (ص) .

٢٨٩٧٨ – قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « القطع في ربع دينار فصاعدا » .

٢٨٩٧٩ – قلنا : هذا دليل عليكم . لأنه يقتضي أنه لا يقطع في أقل من ذلك . وعندكم يقطع فيه .

٢٨٩٨٠ – قالوا : نقصان حادث بعد وجوب القطع فوجب أن لا يسقط أصله نقصان الأجزاء .

٢٨٩٨١ – قلنا : هذا موضوع فاسد . لأنه يقتضي أن يكون المؤثر في الحدود [ما يقارن ابتداء وهو بها دون ما يطرأ عليها . وقد اتفقنا أن الطارئ على الحدود] [١] قبل الاستيفاء كالموجود في الابتداء . بدلالة : ردة الشهود وفسقهم وبطلان إحصان المقذوف . ونقول بموجب العلة . لأن النقصان عندنا لا يسقط القطع حتى يكون نقصا بصفة ، وهو أن يكون النقص مسندا إلى حال الأخذ [٢] وهذا المعنى لا يوجد في نقصان الأجزاء . لأنها لا تستند إلى حال الأخذ بدلالة : سقوط الضمان فيه . ولأن الأجزاء الفائتة مضمونة في ذمة السارق فيقوم ضمانها مقامها فكأنها لم تنقص . ونقصان القيمة غير مضمون فيصير ما فات به [٣] كأن لم يكن . يبين الفرق بينهما أن المبيع [٤] إذا أتلف في يد البائع انفسخ العقد وإن أتلفه [٥] متلف لم ينفسخ حتى قامت القيمة مقام المبيع [٦] فكأنه باق بحاله .

٢٨٩٨٢ – فإن قيل : [نحن لا نسلم] [٧] بأن نقصان القيمة غير مضمون . لأن العين إذا أتلفت ضمن السارق ثمنها فاستويا [٨] .

٢٨٩٨٣ – قلنا : كلامنا مع بقاء العين والنقص هناك غير مضمون باتفاق .

٢٨٩٨٤ – قالوا : المال [٩] يضمن لأن الواجب رد العين وقد ردها .

٢٨٩٨٥ – قلنا : نحن [١٠] استدللنا لسقوط الضمان فذكرتم علة ذلك وهذا يؤكد كلامنا .

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٢) ساقطة من (ص) .

(٣) ساقطة من (ص) .

(٤) في (م) : [الممتنع] .

(٥) في (م) : [أتلف] .

(٦) في (م) : [الممتنع] .

(٧) ما بين المكوفتين مطموس في (ص) .

(٨) في (ص) ، (م) : [أمر ما كانت] وما أثبتناه من الحاوي (١٦٨/١٧) .

(٩) في (م) : [إنما لا] .

(١٠) ساقط من (ص) .

٢٨٩٨٦ - قالوا : عندكم السارق لا ضمان عليه . فكيف يصح قولكم إن الأجزاء مضمونة في ذمة السارق .

٢٨٩٨٧ - قلنا : يجب عليه الضمان ويسقط عنه بالقطع .

٢٨٩٨٨ - قالوا : فإذا نقصت العين المسروقة ثم هلكت فقد ضمن السارق قيمتها يوم الأخذ ولا قطع عندكم .

٢٨٩٨٩ - قلنا : يسقط القطع بنقصان القيمة بعد الهلاك فلا يعود إلا بتجديد سرقة أخرى .

٢٨٩٩٠ - قالوا : إذا نقصت الأجزاء فقد ثبت ضمانها في الذمة . وهذا المعنى في الابتداء يمنع وجوب القطع . بدلالة من دخل الحرز فشق الثوب حتى نقصت قيمته (١) . عن النصاب ثم أخرجه .

٢٨٩٩١ - قلنا : هناك لا يفصل بين نصاب كامل وبين الحرز فلم يجب القطع . وإذا نقص بعد الإخراج فقد ثبت الأجزاء في الذمة بعد وجود الفصل بينها (٢) وبين الحرز . فلذلك اختلف الابتداء والبقاء .

٢٨٩٩٢ - قالوا : قدر النصاب إذا اختلف فيه حال الوجوب وحال الأخذ فالمعتبر بحال الأخذ أصله إذا أخذه وقيمته أقل من قدر النصاب ثم زادت قيمته .

٢٨٩٩٣ - قلنا : هناك الطارئ موجب وفي مسألتنا الطارئ مسقط (٣) ، وفرق الأصول بينهما (٤) . بدلالة أن الحرية إذا طرأت بعد الزنا لم يكمل الحد ، وتغير (٥) إحصان المقذوف يسقط الحد ، فعلم أن الطارئ إذا أسقط الحد اعتبر ، ولو أوجب الحد أو غلظه لم يعتبر .

٢٨٩٩٤ - قالوا : المعتبر في الحدود بحال الوجوب . بدلالة من زنى وهو بكر ثم أحصن ، أو أعتق وقد زنى وهو عبد . وبدلالة زيادة قيمة المسروق . ولو خرب الحرز أو

---

(١) ذكر الناسخ في (ص) و (م) بين قوله : (حتى نقصت قيمته) وبين قوله (عن النصاب) أدلة من السنة ومن غيرها متعلقة بالمسألة التالية -هبة المسروق منه العين للسارق- ولا تعلق لها بمسألة نقصان قيمة المسروق عن النصاب . ولذا فقد قمت بنقلها إلى المسألة التالية في موضعها وواقع النص شاهد لذلك . إذ وقع ذلك سهوًا من الناسخ أدركه وأشار إليه كما هو واضح في المسألة التالية .

(٢) في (م) : [بينهما] .

(٣) في (م) : [يسقط] .

(٤) في (م) : [بينها] .

(٥) في (م) : [ولغير] .

ملكه السارق لم يسقط الحد ، وكذلك إذا شارك في المال .

٢٨٩٩٥ - قلنا : قد بينا أن الطارئ إذا كان يوجب ما لم يكن واجبًا لا اعتبار به . لأن الشبهة مؤثرة في الحدود . فيصير الطارئ المسقط كالموجود ابتداء كسائر [الشبه] (١) . فأما في التأكيد فلا . وأما خراب الحرز فلا يمنع القطع (٢) ابتداء . بدلالة أن السارق ينقب (٣) البيت فيخرج الحرز أن يكون حرزا ويجب عليه بالأخذ القطع . ولو سرق سارق من الحرز الخرب وهناك حافظ وجب عليه القطع وأما ملكه للحرز فلا يمنع وجوب القطع . لأن المؤجر إذا سرق من الدار المستأجرة قطع مع ملكه للحرز وأما الشركة في المال المسروق فيقسط القطع (٤) . فإن ألزموا من سرق (٥) من حرة (٦) فتزوجها (٧) أو بأمة فاشتراها .

٢٨٩٩٦ - قلنا : يسقط الحد في إحدى الروايتين وعلى الرواية الأخرى : الحد لم يتعلق بالعين ، وإنما (٨) وجب باستيفاء المنفعة ، ولم يطرأ على المنفعة المستوفاة ملك . لأنها عدمت ، وإنما ملكت منفعة مستقبلة لم يتعلق التعليل لوجوب القطع ابتداء .

٢٨٩٩٧ - فعندنا وجب القطع وجوبا مراعى ثم سقط وإن كان التعليل للمنع من سقوطه انتقض بما لو أقر المسروق منه بالعين للسارق . والمعنى في الأصل أن العين بحالها لم يطرأ عليها ما يغير (٩) حالها وهي وجوب القطع وفي [مسألتنا طرأ على العين ما لو كان موجودا في الابتداء منع وجوب القطع] (١٠) فإذا طرأ منع استيفاء القطع فيها .

٢٨٩٩٨ - قلنا : لو هلك الشهود بعد أداء الشهادة (١١) لم يسقط الحد . ولو تغيرت صفتهم بالردة أو الرجوع إذ المعنى فيه (١٢) يسقط الحد .

* * *

---

(١) في (م) : [الشبهة] .
(٢) في (م) : [القاطع] .
(٣) في (م) : [يعقب] .
(٤) ما بين المعقوفتين ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش ولكنها مطموسة وأثبتناها ليستقيم السياق بها .
(٥) ساقطة من صلب (ص) . ومستدركة من الهامش .
(٦) في (ص) ، (م) : [بحرة] وما أثبتناه هو الصواب .
(٧) في (ص) : [فتزوجها] .
(٨) في (م) : [فإنما] .
(٩) في (م) : [يعتبر] .
(١٠) ساقطة من (ص) .
(١١) في (م) : [لشهادة] .
(١٢) ساقط من (م) .

مسألة ١٤٤٠

[هبة المسروق منه العين للسارق]

٢٨٩٩٩ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا وهب المسروق منه [١] العين للسارق سقط القطع [٢] .

٢٩٠٠٠ - وقال أبو يوسف : لا يسقط القطع [٣] . وبه قال الشافعي [٤] .

٢٩٠٠١ - لنا : أن الهبة مع القبض سبب للملك في العين المسروقة فوجب أن يسقط القطع أصله : إذا أقر بالعين أو قامت البينة أنها للسارق .

٢٩٠٠٢ - فإن قيل : هناك تبين أن القطع لم يجب .

٢٩٠٠٣ - قلنا : لم نسلم ذلك لجواز أن يكون المقر كذب في إقراره . ولأنه حد تعلق بهتك حرمة عين بصفة [فتغير] [٥] الصفة قبل استيفاء الحد يسقط أصله إذا زال إحصان المقذوف [٦] ولأن الأخذ يتعلق به حكمان : وجوب القطع والرد . ثم سقط أحد الحكمين بالهبة والقبض كذلك الآخر . ولأن السبب الذي وجبت العقوبة لأجله انتقل الملك فيه إلى من وجبت العقوبة عليه فصار كالقبض منه كما إذا ورث من وجب له القصاص .

٢٩٠٠٤ - وهذه المسألة مبنية على أن الطارئ على الحدود قبل الاستيفاء بمنزلة الموجود في الابتداء . بدلالة ردة [٧] الشهود وفسقهم .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) انظر : تبيين الحقائق (٢٢٩/٣) ، والجوهرة النيرة (١٧١/٢) .

(٣) انظر الاختيار (١٧٥/٤) ، والعناية شرح الهداية (٤٠٦/٥) ، وفتح القدير (٤٠٦/٥) ، والمبسوط (١٨٦/٩) .

(٤) انظر : الأم (١٦٠/٦) ، وحاشية الجمل (١٥٠/٥) ، والمهذب (٢٨٢/٢) . وفتح العزيز (١٨٠/١١) والبيان (٤٨١/١٢) ومغني المحتاج (٤٧٠/٥) . وذهب المالكية إلى أن القطع لا يسقط بعد وجوبه سواء وهبه إياه قبل الترافع أو بعده . المنتقى (١٦٤/٧) - وقيده بعضهم بما إذا وهبه له المسروق منه بعد أن بلغ الإمام وإلا فلا قطع . وهو مذهب الحنابلة إن كان التمليك بعد الترافع . المغني (١١٢/٩) والصحيح عندهم إن كان قبل الترافع . وجزم به جماعة . الإنصاف (٢٦٥/١٠) .

(٥) في (ص) و (م) : [فنعتبر] ، وما أثبتناه هو الصواب .

(٦) استدرك الناسخ بعد لفظة : [المقذوف] كلاما مطموسا بهامش (ص) وهو ساقط من (م) والمعنى تام بدونه .

(٧) ساقطة من (م) .

٢٩٠٠٥ - وقد ألزموا على هذا رد العين بعد القضاء بالقطع [أو أذن المالك في إمساكها .

٢٩٠٠٦ - قلنا : هذه المعاني إذا وجدت قبل القضاء منعت المطالبة ، وهي غير معتبرة بعد القضاء بالقطع] (١) فكذلك (٢) لم يمتنع القطع .

٢٩٠٠٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ (٣) .

٢٩٠٠٨ - قلنا : [قد بينا] (٤) أن حقيقة اسم السارق حال الملابسة وما بعدها يسمى من طريق الشرع على وجه الذم ولا نسلم أنه إذا وهب له المال يتناوله الاسم .

٢٩٠٠٩ - قالوا : روي أنه ﷺ قال : « لا يقطع السارق إلا في ربع دينار » .

٢٩٠١٠ - قلنا : هذا يقتضي وجوب القطع بالأخذ وقد اتفقنا على ذلك . والكلام هل يسقط القطع بعد وجوبه أو لم يسقط ، وليس في الخبر دلالة على ذلك .

٢٩٠١١ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني منها فقد وجب » (٥) .

٢٩٠١٢ - قلنا : الحد وجب ثم سقط بالتمليك ، وليس في الخبر ما يمنع السقوط .

٢٩٠١٣ - قالوا : روى مالك (٦) عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله أن صفوان ابن أمية قيل له : إن من لم يهاجر هلك . فقدم صفوان بن أمية المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه . فجاء سارق فأخذ رداءه . فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى النبي ﷺ فأمر به (٧) ﷺ أن تقطع يده . فقال صفوان : إني لم أرد هذا هو عليه صدقة . فقال ﷺ : « هلا » (٨) قبل أن تأتيني به ، ! » (٩) .

٢٩٠١٤ - الجواب : أن (١٠) حديث الموطأ مرسل . لأن صفوان بن عبد الله لم ، يسمع من صفوان بن أمية . وقد ذكر الطحاوي الحديث عن عطاء عن صفوان بن

---

(١) ساقطة من (م) .
(٢) في (م) : [كذلك] .
(٣) سورة المائدة : الآية ٣٨ .
(٤) في (م) : [وهنا] .
(٥) أخرجه أبو داود في سننه (١٤٤/٤) رقم ٤٣٧٦ ، والنسائي في سننه (٧٠/٨) برقم ٤٨٨٥ .
(٦) من أول قوله : [عن ابن شهاب] هو بداية ما ذكر في المسألة السابقة ، وقد قمنا بنقله إلى مسألة : [هبة المسروق منه العين للسارق] كما ذكرنا قبل .
(٧) ساقطة من (م) .
(٨) في (م) : [لا] .
(٩) أخرجه مالك في الموطأ (٨٣٤/٢) برقم ١٥٢٤ .
(١٠) في (م) : [لنا] .

أمية [١] وعمرو بن دينار أن صفوان بن أمية [٢] وذكر فيه أن النبي ﷺ أمر بقطعه . فقال : يا رسول الله لا تقطعه . فقال ﷺ : « فهلا قبل أن تأتيني به » .

٢٩٠١٥ - وذكر عن حميد ابن أخت صفوان ، وذكر القصة . وقال [٣] : أنا أبيعه وأنسئه منه . فقال : « هلا قبل أن تأتيني به » [٤] .

٢٩٠١٦ - وذكر عن يوسف بن ماهك [٥] « أن عبدا لبعض أهل المدينة سرق رداء صفوان فانطلق به صفوان إلى النبي ﷺ فأمر بقطعه . فقال : يا رسول الله تقطعه من أجل ثوبي خل عنه . قال : « أفلا قبل أن تأتيني به » [٦] . فأمر فقطع [٧] .

٢٩٠١٧ - ولم يذكر أنه ﷺ قطع ذلك السارق إلا في هذا الحديث . وفي حديث ابن عباس قال : أمر به رسول الله ﷺ فقطع . فقال صفوان : في هذا تقطع ، فقال : « هلا قبل أن يأتيني » [٨] .

٢٩٠١٨ - وإذا اختلفت ألفاظ وأصل الخبر واحد [٩] ، ومعانيها غير متفقة وجب التوقف حتى يعلم أصل الخبر . ولو ثبت أن أصل الخبر : هبة العين منه لم يدل . لأنه ليس فيه أنه أقبضه إياها ، ومجرد الهبة لا يسقط القطع حتى يقبل السارق ويقبض فيملك العين ويسقط القطع ملكه [١٠] إياها .

٢٩٠١٩ - فإن قيل : قوله : « هلا قبل أن تأتيني [١١] به » يدل على أنه وجد معنى لو [١٢] تقدم أسقط القطع . والهبة من غير قبض لو حصلت قبل الدفع لم يسقط .

---

(١) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (١٥٩/٣ - ١٦٠) .
(٢) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (١٦٠/٣ - ١٦١) .
(٣) ساقطة من (ص) .
(٤) أخرجه أبو داود في سننه (١٣٨/٤) برقم ٤٣٩٤ .
(٥) في (م) : [بأهل] . وهو : يوسف بن ماهك الفارسي المكي . روى عن أبنه وعائشة وأبي هريرة . وروى عنه أيوب وحميد . وهو ثقة توفي سنة ثلاث عشرة ومائة . انظر : الكاشف (٤٠٠/٢) ، والتعديل والجرح (١٢٣٨/٣) .
(٦) في (م) : [يأتيني] .
(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٨٣/٥) برقم ٢٨١٨٤ .
(٨) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٤٧/٨) برقم ٧٣٢٦ .
(٩) في (م) : [أحدهما] . (١٠) في (م) : [بملكه] .
(١١) في (م) : [يأتيني] .
(١٢) في (ص) و (ص) : [له] ، وما أثبتناه هو الصواب .

٢٩٠٢٠ – قلنا : ليس كذلك ؛ لأنه إذا وهب العين قبل المرافعة لم يملكها وسقط القطع لأنه ترك المطالبة وبعد المرافعة إذا وهب ولم يقبض فترك المطالبة لا يؤثر وإنما المؤثر الملك وذلك لم يوجد .

٢٩٠٢١ – فإن قيل : لو كان القبض يسقط القطع لأمره النبي ﷺ بذلك ليتوصل به إلى إسقاطه كما قال : « [أسرقت ؟ قل] (١) : لا » (٢) ولكان يبين له ما يسقط القطع بفعله .

٢٩٠٢٢ – قلنا : النبي ﷺ قبل ثبوت الحق يتوصل إلى إسقاطه بتلقين الرجوع . فأما بعد ثبوته فلا يلزمه ذلك . فلهذا لم يأمره بقبض الموهوب . يبين ذلك أنه قال لماعز : « لعلك لمست » ولم يقل له بعد تكامل الإقرار : إن رجعت عن إقرارك لم تحد .

٢٩٠٢٣ – فإن قيل : النبي [ﷺ] (٣) قال : « هلا قبل أن تأتيني (٤) به » ولم يقل : إنه لم يملك .

٢٩٠٢٤ – قلنا : الحكم معلل بعلتين إن وهب قبل المرافعة ولم يقبض لم يجب حد لعدوله عن المطالبة . ولو وهب من بعد وأقبض سقط القطع . وذكر إحدى علتي الحكم و (٥) سكت عن الأخرى .

٢٩٠٢٥ – قالوا : معنى حادث بعد وجوب القطع لا يؤثر في حال وجوبه فوجب أن لا يسقط مع بقاء محله قياسا على رد العين وتلفها وخراب الحرز وموت الشهود .

٢٩٠٢٦ – قلنا : يبطل بالقطع قصاصًا إذا عفي من له القصاص ، ويبطل بردة الشهود وفسقهم على ما قررناه في رد العين أنه لا يمنع وجوب القطع ابتداء فلا يمنع بعد الهبة بمنع ابتداء القطع فيجوز أن يؤثر في البقاء .

٢٩٠٢٧ – فإن قيل : الرد قبل الترافع يسقط القطع ولا يمنع ابتداء وجوبه .

٢٩٠٢٨ – قلنا : هناك الرد لا يسقط وإنما يسقط القطع بسقوط الخصومة . والمعنى في هلاك العين أنه يحقق ضمانها فلم يسقط الحكم المعلق بأخذها والرد يسقط الضمان

---

(١) في (م) : [أسرق . قيل] .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ١٣٤/٤ رقم (٤٣٨٠) ، وابن ماجة في سننه (٨٦٦/٢) رقم (٢٥٩٧) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (م) : [يأتيني] .

(٥) ساقطة من (م) .

المعلق بالأخذ فجاز أن يسقط القطع . وأما خراب الحرز فلا يمنع ابتداء القطع . وأما موت الشهود فلا يؤثر في عدالتهم فلم يتغير [(١)] الحق المعلق بشهادتهم . والهبة تسقط حكم الأخذ من وجوب الرد والضمان فيسقط الحكم المعلق به من القطع [(٢)] .

٢٩٠٢٩ - قالوا : معنى حادث في المسروق بعد ثبوت القطع فوجب أن لا يسقطه كما ذكرنا .

٢٩٠٣٠ - قلنا : يبطل إذا شهد الشهود بملك العين للسارق ، وإذا أقر بها له المسروق منه .

٢٩٠٣١ - قالوا : [معنى طرأ بعد ثبوت القطع في غير محله فلا يبطل بفسق الشهود .

٢٩٠٣٢ - فإن قالوا] [(٣)] تبين أن الحد لم يجب .

٢٩٠٣٣ - قلنا : غلط . لأن الفسق الطارئ لا يستصحب فيما مضى وإنما يستصحب في المستقبل .

٢٩٠٣٤ - قالوا : الهبة والبيع معنى يسقط المطالبة بالمسروق أو بوجوب البراءة منه فوجب أن لا يسقط القطع أصله رد العين بعد الحكم .

٢٩٠٣٥ - قلنا : يبطل إذا أقر له [(٤)] بالعين . فإن قالوا : هناك يتبين أن العين ليست مسروقة .

٢٩٠٣٦ - قلنا : يجوز أن يكون المقر كاذبا فلا نعلم أنه لم يسرق . ولأن الهبة [في العين] [(٥)] معنى تملك به العين فلا يقطع بملك نفسه كما لا يجب فيه القطع ابتداء . وأما الرد فيزيل اليد ويسقط المطالبة . ونفي اليد غير معتبرة في وجوب القطع بدلالة إذا هلكت العين . والمطالبة تعتبر عند الخصومة فسقوطها بعد المطالبة لا يؤثر .

---

(١) في (ص) و (م) : [نعتبر] وما أثبتناه هو الصواب .

(٢) في (م) : [القاطع] .

(٣) ما بين المكوفتين ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) إلى هنا ينتهي ما قمنا بنقله من مسألة (نقصان قيمة المسروق عن النصاب) إلى مسألة (هبة المسروق منه العين للسارق) . ويؤيد ذلك أن الناسخ رحمه الله ذكر في (ص) بعد قوله (إذا أقر له) كلمة - من تقدم تفيد ذلك . وفوق لفظة (مالك) وضع علامة تفيد ذلك .

(٥) في (م) : [والعين] .

٢٩٠٣٧ - قالوا : حد وجب بإيقاع فعل في العين . [فإذا ملكها] [١] لم يسقط الحد عنه أصله إذا زنى بامرأة ثم تزوجها أو بأمة ثم ملكها .

٢٩٠٣٨ - قلنا : يسقط الحد في إحدى الروايتين عندنا فالأصل غير مسلم ، ولو سلمنا فالحد وجب في استيفاء المنفعة لا في العين ، ولم يملك ملك المنفعة بل عدمت . وفي مسألتنا وجب الحد بأخذ العين . ولذلك [٢] حصل في العين فلم يجب عليه [٣] الحد في عين بقي على ملكه .

* * *

(١) في (م) : [باد مالها] .
(٢) في (م) : [كذلك] .
(٣) ساقط من (ص) .

مسألة ١٤٤١

[سرقة المصحف والكتب]

٢٩٠٣٩ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا سرق مصحفا لم يقطع وكذلك دفاتر العلم والأدب (١) .

٢٩٠٤٠ - وقال الشافعي : يجب فيها القطع (٢) .

٢٩٠٤١ - لنا : أن المقصود منه القرآن وجميع الناس يتساوون [في ذلك] (٣) فصار كمال بيت المال .

٢٩٠٤٢ - ولأنه مختلف في جواز بيعه . لأن ابن عمر وشريحًا قالا : لا يجوز بيع المصاحف (٤) . ومن منع بيعها أخرجها أن تكون مالًا .وما اختلف في كونه مالا [لم يجب] (٥) بسرقته القطع كخمر الذمي [ونبيذ المسلم] .

٢٩٠٤٣ - فإن قيل : بأواني العاج والجلود المدبوغة [يقطع قبل العمل فيه ، ويقطع فيه بعد عمله وإحداث صنعة فيه] .

٢٩٠٤٤ - قلنا : إذا قال في العاج المعمول إنه يقطع فيه . لأنه لم يعرف في العادة وما أذن في أخذه للقراءة فيه في العادة ، وما أذن في أخذه للعادة كالحرز المأذون في دخوله من جهة الآدمي بالعادة . فإذا كان السارق من الحمامات وخانات التجار المأذون في دخولها لا يقطع كذلك هاهنا .

٢٩٠٤٥ - ولأن المقصود من العين ليس بمال ، وللأخذ شبهة في أخذها .

٢٩٠٤٦ - لأنه يأخذها ليتلقن منها عند الحاجة فصار كالملاهي التي المقصود منها

---

(١) انظر : البحر الرائق (٥٨/٥) ، والمبسوط (١٥٣/٩) ، وتبيين الحقائق (٢١٧/٣) . وهو مذهب الحنابلة . انظر : شرح منتهى الإرادات (٣٦٨/٣) ، ومطالب أولي النهى (٢٣٠/٦) ، والمغني (٩٨/٩) والبحر الرائق (٥٩/٥) ، وبدائع الصنائع (٦٨/٧) .

(٢) انظر : الأم (٣٧٠/٨) ، والأحكام السلطانية ص ٢٨٢ ، حاشية البجيرمي على الخطيب (٢٠٢/٤) ، وأسنى المطالب (١٤٠/٤) وتحفة المحتاج (١٣٢/٩) . وهو مذهب المالكية والظاهرية . انظر : المدونة الكبرى (٥٣٦/٤) ، والمحلى (٣٢٥/١٢) .

(٣) في (م) : [فيه] .

(٤) انظر : البيهقي في السنن الكبرى (١٦/٦) برقم ١٠٨٥١ ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٨٧/٤) برقم ٢٠٢٠٩ ، ٢٠٢١٤ .

(٥) في (م) : [لا يجوز لم يجب] .

اللّهو وليس بمال . وللآخذ شبهة في أخذها ليكسرها ثم لم يجب بسرقة الملاهي القطع كذلك المصاحف .

٢٩٠٤٧ – فإن قيل : المصاحف مال في نفسها وجهة الانتفاع ليست بمال كما أن الثياب مال وجهة الانتفاع بها لبسها وليس بمال .

٢٩٠٤٨ – قلنا : هذا غلط . لأنا قلنا : إن المقصود من المصحف غير مقوم واللبس من الثياب معنى مقوم . والقراءة من المصحف غير مقوم .

٢٩٠٤٩ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [١] . وبقوله ﷺ : « القطع في ربع دينار » معناه ما قيمته [ربع دينار] .

٢٩٠٥٠ – قلنا : أما الآية فقد أريد بها سارق مال مقدر من غير شبهة ، وهنا ليس بمال عندنا .

٢٩٠٥١ – والشبهة ممكنة فيه . وأما الخبر فيقتضي وجوب المال ، وغيره لا يتناوله الظاهر .

٢٩٠٥٢ – قالوا : نوع مال فجاز القطع فيه كسائر الأموال .

٢٩٠٥٣ – قلنا : المقصود منه إذا لم يكن مالا لم يعتبر بالمال كسرقة الصبي الحر وعليه ثياب . والمعنى في سائر الأموال أنه لا شبهة للسارق في أخذها ، وله في أخذ المصحف شبهة فلا يتعلق بأخذه القطع كسائر الأموال التي في أخذها شبهة .

٢٩٠٥٤ – قالوا : إذا لم تكن مكتوبة وجب فيها القطع فالكتب [٢] زيادة فيها فأولى أن يجب فيها القطع كالثوب إذا قصر .

٢٩٠٥٥ – قلنا : يبطل بالقلادة إذا سرقها قطع . ولو كانت على كلب فسرقها لم يقطع ، والثياب إذا سرقها قطع . وإذا كانت على صبي فسرقه لم يقطع والإناء إذا سرقه قطع وإذا كان فيه خمر فسرقهما لم يقطع لذلك في مسألتنا الكاغد [٣] المقصود منه المال فيقطع . فإذا كتب صار المقصود غير المال فلم يجب فيه القطع .

٢٩٠٥٦ – قالوا : القطع صيانة [٤] للأموال وقطعًا لطمع السراق [٥] والمصاحف

---

(١) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٢) في (م) : [كالكتب] .

(٣) الكاغد : بفتح الغين وبالدال المهملة . وربما قيل بالذال المعجمة وهو معرب ؛ وهو الورق . المصباح المنير . مادة (كغد) .

(٤) في (م) : [جناية] .

(٥) في (م) : [السارق] .

تحتاج إلى صيانة .

٢٩٠٥٧ - قلنا : لم تجر العادة في المصاحف أن تمنع ممن يروم القراءة فيها والانتفاع بها فلم تفتقر إلى الزجر عن أخذها .

٢٩٠٥٨ - قالوا : لو سرق دفاتر الحساب قطع كذلك إذا سرق كتب الأدب قطع .

٢٩٠٥٩ - قلنا : دفاتر الحساب لا يقصد السارق ما فيها ، وإنما المقصود كاغدها وهو مال . وأما سائر الدفاتر فإن المقصود ما فيها دونها ، وليس ذلك بمال .

* * *

مسألة ١٤٤٢

[سرقة ستارة الكعبة]

٢٩٠٦٠ - قال أصحابنا : إذا سرقت ستارة الكعبة لم يقطع [١] .

٢٩٠٦١ - وقال الشافعي : يقطع [٢] .

٢٩٠٦٢ - لنا : أنه ليس لها مالك من الآدميين معين فلم يقطع فيها كمال بيت المال . ولأنها أذن نفعها [٣] في دخولها ، فالسارق لماله فيها لا يقطع كالحرز وإذا أذن في دخوله .

٢٩٠٦٣ - احتجوا : بما روي أن رجلا سرق قطيفة [٤] من منبر النبي ﷺ فقطعه عثمان [٥] .

٢٩٠٦٤ - قلنا : يجوز أن يكون مالكها عندها ، ولم تكن كسوة للمنبر . قال الشافعي : تعليق الستارة إحرازها ، ومن سرق نصابا من حرز مثله قطع .

٢٩٠٦٥ - قلنا : لا نسلم أنها تعلق لحفظها وإحرازها . ولو سلمنا فهي محرزة [ولكن لها مالك من الآدميين معين . ولو كانت مملوكة محرزة] [٦] فالحرز مأذون في دخوله من جهة مالكه ، والأخذ فيه شبهة على ما بينا .

* * *

(١) انظر : فتح القدير (٣٦٩/٥) ، ودرر الحكام (٨٠/٢) والبحر الرائق (٥٥/٥) . وهو مذهب المالكية . انظر : مواهب الجليل (٣١٢/٦) . وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة ، وهو ظاهر المذهب . انظر : الفروع (١٣٢/٦) ، والمغني (١٠١/٩) .

(٢) انظر : الأحكام السلطانية صـ٢٨٢ ، والتنبيه ص ٢٤٦ ، ونهاية المحتاج (٤٤٦/٧) ، وأسنى المطالب (١٤٠/٤) ، وشرح البهجة (٩٦/٥) ، وحاشيتي قليوبي وعميرة (١٩٠/٤) ، وحاشية البجيرمي على الخطيب (٢١٩/٤) ، روضة الطالبين (١١٨/١٠) . وهو مذهب المالكية في سرقة ستارتها الظاهرة . انظر : مواهب الجليل (٣١٢/٦) .

(٣) غير واضحة في (ص) .

(٤) في (ص) . (م) : [قطعة] وما أثبتناه من الحاوي (١٧٥/١٧) .

(٥) قال ابن حجر : لم أجده . انظر : تلخيص الحبير (٦٩/٤) برقم ١٧٨٤ .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

مسألة ١٤٤٣

[سرقة المؤجر من الدار التي أجرها]

٢٩٠٦٦ - قال أبو حنيفة : إذا سرق المؤجر من الدار المؤجرة قطع [١] .

٢٩٠٦٧ - وقالا : لا يقطع [٢] .

٢٩٠٦٨ - لنا : أن المستأجر أخص بالحرز [٣] من المؤجر . بدلالة أنه يمنعه [٤] من الدخول إليه [٥] فصار كالسارق من ملك غيره . ولأن ثبوت حق [٦] السارق في النفقة لا يمنع وجوب القطع كمن سرق مالا من مسجد وعنده [٧] حافظة . ولأن حق السارق في المسجد أقوى من حقه في الدار التي [٨] أجرها . لأن صاحب المال لا يملك أن يمنع السارق من دخول المسجد . والمستأجر يملك منع المؤجر من دخول داره . فإذا وجب القطع على السارق من المسجد فهذا أولى .

٢٩٠٦٩ - لهما : أن الحرز ملكه فلم يجب بالسرقة منه قطع كسرقته بالسرقة .

* * *

---

(١) انظر : الجوهرة النيرة (١٦٨/٢) ، ومجمع الأنهر (٦٢١/١) ، والمبسوط (١٨٠/٩) ، وبدائع الصنائع (٥٧/٧) . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : التاج المذهب لأحكام المذهب (٢٤٦/٤) ، وشرح منتهى الإرادات (٣٧٧/٣) ، ومطالب أولي النهى (٢٤٤/٦) . وهو مذهب الشافعية أيضًا . انظر : حاشية الجمل (١٤٧/٥) ، وحاشيتي قليوبي وعميرة (١٩٤/٤) . ومغني المحتاج (٤٧٢/٥) .

(٢) انظر : المبسوط (١٨٠/٩) ، وبدائع الصنائع (٥٧/٧) ، والجوهرة النيرة (١٦٨/٢) .

(٣) في (م) : [في الحرز] .

(٤) في (م) : [منعه] .

(٥ ، ٦) ساقطة من (م) .

(٧) في (م) : [عبده] .

(٨) في (م) : [الذي] .

مسألة ١٤٤٤

[هل على النباش قطع أم لا]

٢٩٠٧٠ - قال أبو حنيفة ومحمد : النباش [١] لا يقطع [٢] .

٢٩٠٧١ - وقال أبو يوسف : يقطع [٣] . وبه قال الشافعي [٤] .

٢٩٠٧٢ - والكلام في هذه المسألة يقع في مواضع : أحدها : أنه لا يسمى سارقا . والدليل عليه : أنهم خصوه باسم فقالوا : نباش . وطريق التفريق في الأسماء أن ينفرد كل فعل باسم . فدل [٥] ذلك أن كل واحد من الأمرين لا يسمى باسم الآخر إلا أن يدل دليل الاشتراك . ولأن أهل المدينة يسمونه مختفى ، ولا يسمون السارق بذلك ، ولأن السارق عندهم من أخذ الشيء مستخفيا . ولهذا يقولون سارق النظر . وهذا لا يكون إلا فيما أخذ وهو محفوظ وهذا لا يوجد في الكفن .

٢٩٠٧٣ - فإن قيل : روي عن عائشة أنها قالت : « كيف يقطع سارق أحيائنا ولا يقطع سارق موتانا » [٦] .

٢٩٠٧٤ - قلنا : هذا محمول على سارق مال الميت ، ولو ثبت أنها قالت [٧] ذلك في الكفن بيانا للاسم وإنما هو بيان للحكم . لأنهم لا يعلمون الأسماء . فكأنها قالت : حكمه حكم السارق .

---

(١) النباش لغة : يقال نبش الشيء ينبشه نبشا ؛ استخرجه بعد الدفن . ونبش الموتى استخراجهم . والنباش : الفاعل لذلك . لسان العرب مادة (نبش) (٣٥٠/٦) . واصطلاحا . هو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن . انظر فتح القدير (٣٧٤/٥) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٧٦/٧) ، والبحر الرائق (٦٠/٥) وغنية ذوي الأحكام (٨٠/٢) - وهو رواية عن الإمام أحمد . انظر : الإنصاف (٢٧٢/١٠) .

(٣) انظر : العناية (٣٧٤/٥) ، وتبيين الحقائق (٢١٧/٣) . والاختيار (١٧١/٤) .

(٤) انظر : الأم (١٦١/٦) ، والأحكام السلطانية صـ٢٨٣ . وتحفة المحتاج (١٤١/٩) . وفتح العزيز (٢٠٤/١١ - ٢٠٥) . وهو مذهب المالكية والحنابلة والظاهرية . انظر : الفواكه الدواني (٢١٥/٢) ، التاج والإكليل (٨/ ٤١٩) . والإنصاف (٢٧٢/١٠) . والمحلى (٣١٥/١٢) .

(٥) في (م) : [قال] .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥٢٣/٥) برقم ٢٩١٥ .

(٧) في (م) : [فدلت] .

٢٩٠٧٥ - فإن قيل : تسميته نباشا لا ينفي اسم السارق ، وإنما هذا نوع من السرقة تقولهم نقاب .

٢٩٠٧٦ - قلنا : الظاهر من إفراد الفعل باسم أنه لا يشارك غيره في اسمه . فإذا ثبت الاشتراك في موضع فهو خلاف الظاهر . وإذا ثبت أن اسم السارق لا يتناوله ، والحد [في السارق] (١) ورد في السارق فلا يجوز نقله إلى غيره بالقياس .

٢٩٠٧٧ - الفصل الثاني : أن الكفن ليس بمملوك لأنه لا يخلو إما أن يكون ملكا للميت أو للوارث . و (٢) لا يجوز أن يكون ملكا للميت . لأن الموت ينافي الإملاك ولأنه يمنع البقاء على الملك فأولى أن يمنع الابتداء . ولأنه ينفي ملك منفعة البضع ، وملكها أوسع من ملك المال . بدلالة أن العبد يملكها ولا يملك المال فكان نفي ملك المال أولى . ولا يجوز أن يكون ملكا للوارث . لأنه يستحق عليه فإذا نقده لم يكن على ملكه كالدين والوصية . ولأن الوارث عند مخالفنا لو نبش الكفن قطع . ويستحيل أن يقطع في ملكه . ولأن الموت ينافي الإملاك فلا يختص بعين دون عين (٣) .

٢٩٠٧٨ - فإن قيل : ملك (٤) الميت يزول عما لا حاجة به إليه ، وبه إلى الكفن حاجة فلا يزول ملكه عنه كتقدير (٥) فيه وما أوصى به للفقراء .

٢٩٠٧٩ - قلنا : لا يزول ملكه عن جميع ذلك بالموت ويقف على حق الغرماء والموصي لهم ، فإذا ردوا الوصية وأبرأوا من الدين زال الموقوف وحكمنا بانتقال الملك إلى الورثة في ذلك .

٢٩٠٨٠ - فإن قيل : هلا قلتم : إن ملك الكفن يقف على حكم ملك الميت .

٢٩٠٨١ - قلنا : إنما يقف على حكم ملكه تعلق حق الغير به تعلقا مراعى . فإذا نفد ما تعلق به [المراعي دون أن يسقط] (٦) الحق المتعلق به و (٧) ملكه الورثة . والكفن يتعلق به حق غير الميت حتى يقف ملكه فيه .

٢٩٠٨٢ - فإن قيل : لو أكل الميت سبع كان الوارث أحق بالكفن .

٢٩٠٨٣ - قلنا : لأنه مستحق عليهم بجهة بطلت تلك الجهة فعاد إلى ملكهم

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) ساقطة من (ص) .

(٣) ما بين المعكوفتين في (ب) عين كالشيء .

(٤) ما بين المعقوفتين في (ب) مال .

(٥) غير واضحة في (ص) .

(٦) في (م) : [المراعات وإن سقط] .

(٧) ساقطة من (ص) .

كما لو أوصى الميت بوصية فردها الموصى له فملكها الوارث لبطلان الجهة التي استحقت لها . ولذلك قال محمد : في المسجد إذا استغني عنه عاد إلى ملك بانيه [١] وكذلك إذا أبرأوا الغرماء من الدين [فملكها الوارث] [٢] ولا يملكون قبل البراءة ، ولو تبرع متبرع بتكفين الميت زال ملكه عن الكفن . فإن أكله سبع عاد الكفن [٣] إلى ملك المتبرع .

٢٩٠٨٤ – فإن قيل : الوارث خصم للنباش في رد الكفن فدل أنه ملكه .

٢٩٠٨٥ – قلنا : المودع خصم في رد الوديعة إلى يده ولا يملكها . ولأنه يخاصم لتبقية الفرية التي وجهها [٤] وإذا كان [٥] هذا قلنا : كل عين ليس لها مالك معين من الآدميين ولا هي موقوفة [على حكم ملك مالك] [٦] بعقد لم يقطع فيها كمال بيت المال . ولا يلزم مال المكاتب . لأنه موقوف على ملك بعقد .

٢٩٠٨٦ – فإن قيل : السارق من المودع يقطعه المودع وليس بمالك .

٢٩٠٨٧ – قلنا : العين ملك المودع ، والمودع قائم مقامه [٧] في المطالبة بها .

٢٩٠٨٨ – فإن قيل : المعنى في مال بيت المال أن للسارق فيه حقا فلا يقطع كما لا يقطع في سرقة مال مشترك . ولأن مال بيت المال وضع لصيانة المسلم عن الفقر كما أن مال الابن لصيانة أبيه عن الفقر . ثم لا يقطع الأب في سرقة مال الابن كذلك السارق من بيت المال .

٢٩٠٨٩ – قلنا : الحربي المستأمن إذا سرق مال بيت المال لم يقطع وليس بشريك فيه .

٢٩٠٩٠ – الفصل الثالث في المسألة : أن الكفن ليس بمحرز في القبر [٨] .

٢٩٠٩١ – الدليل على [٩] ذلك أنه إن سرق من القبر وليس فيه ميت لم يقطع ، وانضمام الميت إلى الكفن وهو لا يحس كضم حجر إليه . ولأنه لو سرق من القبر غير الكفن من الأموال لم يقطع ، ولو كان حرزا لنوع من المال كان حرزا لجميع المال

---

(١) وعند أبي حنيفة وأبي يوسف : يبقى مسجدًا ، ولا يرد إلى ملك بانيه . وهو المفتى به في المذهب . انظر : مجمع الأنهر (٤٧٨/١) .

(٢) في (م) : [فملكه الورثة] .

(٣) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) في (م) : [أوجها] .

(٥) ما بين المعقوفتين في (م) : [كانت] .

(٦) في (م) : [على ملك حكم مالك] .

(٧) في (م) : [مقام] .

(٨) في (م) : [القبل] .

(٩) مكررة في (ص) .

كالبيوت . ولأن البقعة تصير الحرز لمعنى هي [١] عليه كالبيوت أو للحافظ ، والقبر لم يوضع للحفظ ولا [٢] هناك حافظ فلم يكن حرزا للدواب دون الدنانير .

٢٩٠٩٢ – قلنا : ليس نقول ذلك . شريحة البقال حرز [٣] لجميع الأموال كما أن صحن الدار حرز للجوهر إذا بدر فيه وإن لم تجر العادة بحفظ الجوهر كذلك .

٢٩٠٩٣ – فإن قيل : من وضع النار في القبر بسبب التفريط فدل أنه حفظ .

٢٩٠٩٤ – قلنا : كلاهما يضيع إلا أن أحدهما فيه غرض صحيح . فلا يلزم عليه ، والآخر بلا غرض فيه فيلام عليه كما أن آكل الطعام لا لوم عليه ، وآكل الجوهر يلام على أكله ، فكلا الفعلين يضيع .

٢٩٠٩٥ – فإن قيل : قال اللّٰه تعالى ﴿ أَلَمْ نَجْعَلِ ٱلْأَرْضَ كِفَاتًا ۝٢٥ أَحْيَآءً وَأَمْوَٰتًا ﴾ فأخبر أن الأرض تحفظ الآدمي .

٢٩٠٩٦ – قلنا : ليس إذا كانت حرزا للآدمي لزم أن تكون حرزا للكفن . لأن عند مخالفنا قد يكون الموضع حرزا لشيء دون شيء ، ثم الكفن الضم . فأخبر اللّٰه تعالى أن الأرض تضم الميت حتى لا [٤] تبدده اختلاف الرياح وتأكله السباع والهوام وليس هذا من الحرز في شيء .

٢٩٠٩٧ – فإن قيل : لا معنى لاعتبار الحرز في القبر ، وعندكم أن القبر لو كان في دار لم يقطع أخذ [٥] الكفن منه ، وقد أخذه من حرز .

٢٩٠٩٨ – قلنا : إذا كان القبر في الصحراء لم يجب القطع لمعان . منها : عدم الحرز [٦] ، فإذا أخذ من قبر في دار لم يقطع . لأنه ليس بمملوك . ولأن الآخذ ليس بسارق ، ولا يمتنع أن يعلل الحكم بعلة تتعلق بجميعها تارة وبكل واحد منهما على الانفراد أخرى .

٢٩٠٩٩ – الفصل الرابع : في تفسير المسألة : والدليل عليه ما روي أنه ﷺ قال : « لا قطع على مختفي » [٧] والمختفي : النباش بلغة أهل المدينة .

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) في (م) : [لأن] .

(٣) في (ص) . (م) : [بجوز] وما أثبتناه من الجوهرة النيرة (١٦٨/٢) .

(٤) ساقطة من (م) . (٥) في (م) : [لأخذ] .

(٦) في (م) : [الإحراز] .

(٧) أخرجه مالك في الموطأ (٢٣٨/١) برقم ٥٦٢ .

٢٩١٠٠ - وروى الزهري أن نباشا أخذ في زمن مروان فاجتمع أصحاب رسول الله ﷺ وكانوا متوافقين أنه يضرب ولا يقطع ،[١] وعن زيد بن ثابت أنه لا يقطع .

٢٩١٠١ - وقولهم : إن ابن[٢] المنذر قال : لا يثبت ذلك ليس بصحيح . لأن الطحاوي روى بإسناد صحيح . فلو طعن ابن المنذر في الإسناد سمع طعنه . فأما إن نقول : لم يثبت فهذا نفي ، ولا يقبل في مقابلة الإثبات . ولأن كل[٣] موضع لو سرق منه الدراهم والدنانير لم يقطع لمعنى يعود إلى الحرز لم يقطع إذا سرق الثياب كالصحراء . ولأنه لو سرق ما زاد على الكفن من القبر لم يقطع . كذلك إذا أخذ الكفن لأن كل واحد منهما من تركة الميت . ولأن كل بقعة إذا أخذ منها المال لم يقطع فانضمام الميت إلى المال لا يوجب القطع كالحرز المأذون في دخوله . ولأن أخذ النباش يستقر به[٤] الضمان فلا يجب به القطع فأخذ الغاصب . ولأن أطراف الميت لا يجب بإتلافها ضمان فلا يجب بأخذ كسوته قطع كالحربي .

٢٩١٠٢ - قالوا : ينتقض بالمرتد .

٢٩١٠٣ - قلنا : لا يجب القطع في حاله . لأن من الفقهاء من قال : هو ينتقض بالزاني إذا حكم الحاكم برجمه .

٢٩١٠٤ - قلنا : أطرافه مضمونة . بدلالة أن من[٥] قطع يده ثم دخل شبهة ضمن .

٢٩١٠٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾[٦] .

٢٩١٠٦ - قالوا : والسارق اسم عام يجمع أنواعا كنقاب وطرار[٧] . ولهذا قالت عائشة : « كيف يقطع سارق أحيائنا ولا يقطع سارق موتانا » ؟ فسمت النباش سارقا .

٢٩١٠٧ - وقولهم : مقبول في اللغة .

٢٩١٠٨ - قلنا : قد بينا أن النباش خص باسم ، والظاهر أنه لا يشارك غيره ، وعلى

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٥٢٣) برقم ٢٨٦١٣ .

(٢) ساقطة من (م) . (٣) في (م) : [الكل] .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٦) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٧) الطرار : هو من يعتاد الطر ؛ وهو الشق والقطع . أي : يشق أو يقطع ثوبًا فيأخذ منه مالًا انظر : طلبة ص ٧٨ مادة (نبش) .

لغة أهل المدينة . يقال له : مختفى . فلم نسلم أنه يسمى سارقا على الإطلاق .

٢٩١٠٩ - وقول عائشة بيان للحكم [١] . لأن الصحابة لا يعلم بعضهم بعضا الأسماء [٢] اللغوية . فكأنها قالت حكمه حكم سارق الأحياء .

٢٩١١٠ - وقولهم : إن السارق من أخذ المال على وجه الاستخفاء [٣] ليس بصحيح . لأن الميت لا يستخفي منه .

٢٩١١١ - قالوا : روى البراء بن عازب عن النبي ﷺ أنه قال : « من غرق غرقنا ومن حرق حرقنا ومن نبش قطعناه » [٤] .

٢٩١١٢ - قلنا : هذا خبر لا أصل له . وما حكي عن موضع صحيح ولا سقيم . فإما نقلت هذه الألفاظ في خطبة زياد . ولأن النبش لا يتعلق به القطع باتفاق ، وأنه يتعلق عندهم بأخذ الكفن . فكيف علق [٥] عليه السلام القطع بما لا يتعلق به ؟

٢٩١١٣ - قالوا : قال اللّه تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ﴾ [٦] . الآية تقتضي أن قاطع الطريق [إذا أخذ] [٧] كفن ميت في تابوت في القافلة فلم يجب القطع .

٢٩١١٤ - قلنا : ليس عن أبي حنيفة في وجوب الحد على قاطع الطريق بأخذ الكفن رواية ؛ ولأن المراد بالآية إذا أخذوا مالا مملوكا باتفاق . وذلك [٨] لا يوجد في الكفن عندنا .

٢٩١١٥ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « القطع في ربع دينار » [٩] .

٢٩١١٦ - قلنا : المراد به القطع على السارق ، ونحن لا نسلم أن هذا سارق .

٢٩١١٧ - قالوا : روي أن ابن الزبير قطع نباشا بعرفات [١٠] . وهذا موضع يحضره الناس من كل فج ، ولم ينكر ذلك أحد وقالت عائشة : « سارق موتانا كسارق أحيائنا » .

---

(١) في (م) : [المحكم] .
(٢) في (م) : [لاسيما] .
(٣) في (م) : [الاستحقاق] .
(٤) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار . انظر : تلخيص الحبير (٦٥/٤) برقم ١٧٧٤ .
(٥) في (م) : [عكس] .
(٦) سورة المائدة : الآية ٣٣ .
(٧) مطموس في (ص) .
(٨) في (م) : [كذلك] .
(٩) سبق تخريجه .
(١٠) أخرجه البخاري في التاريخ الكبير (١٠٤/٤) .

قالوا : روي أن ابن مسعود أخذ نباشا . فكتب إلى عمر . فكتب عمر يقطع [١] .

٢٩١١٨ - قلنا : من الإجماع في زمن مروان . رواه الزهري وهو الثبت فيما يرويه عن السيرة بالمدينة .

٢٩١١٩ - وأما [٢] خبر ابن مسعود فلو كان صحيحا لنقله أهل الكوفة ، ولو ثبت بالإجماع في زمن مروان لسقط ما قبله من الخلاف .

٢٩١٢٠ - وما روي من فعل ابن الزبير يجوز أن يكون نباشا سرق فقطع بسرقته ، وعرف بفعل النبش ، وإن قطع بغيره .

٢٩١٢١ - كما روى ابن الزبير أن النبي ﷺ قطع المخزومية التي كانت تستعير الحلي وتحبسه [٣] .

٢٩١٢٢ - قالوا : من وجب القطع بسرقته سترته كالحي يجب القطع بسرقة سترته وإن لم يجب ستر عورته وهو الصبي والصغير . وتنتقض العلة بالحربي . فإن القطع لا يجب بسرقة سترته ، وإن وجب ستر عورته .

٢٩١٢٣ - والمعنى في الحي أن الضمان يستقل بإتلاف أطرافه فوجب القطع بسرقة أثوابه ، وإن كانت أطراف الميت لا تضمن بالإتلاف لم يقطع بسرقة سترته ، أو نقول سترة الحي لو سرق منها الدراهم لم يقطع . كذلك إذا سرقها لم يقطع .

٢٩١٢٤ - قالوا : حكم يتعلق بالسرقة فجاز أن يتعلق بالكفن أصله الضمان .

٢٩١٢٥ - قلنا : وجوب الضمان أوسع ووجوب القطع أضيق . ألا ترى أن السارق من بيت المال ومن الحرز المأذون في دخوله والمختلس يجب عليهم دون القطع ، ولأن الضمان في الكفن يجب بحق الوارث ، والقطع لا يجب لحقه . لأن عند مخالفنا لو نبش القبر قطع . ولأن الضمان يجب في أخذ مال [٤] بيت المال كذلك لا يجب في أخذ الكفن . [وكما لم يجب القطع في أخذ مال بيت المال . كذلك لا يجب في أخذ الكفن] [٥] .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٢١٥/١) برقم ١٨٨٨٩ .

(٢) في (م) : فأما] .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٦/٣) برقم ١٦٨٨ .

(٤) ساقطة من (م) . ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

٢٩١٢٦ – قالوا : سرق نصابا في حرز مثله من غير شبهة فوجب قطعه إذا كان من أهل القطع أصله [السارق من] (١) الحي .

٢٩١٢٧ – قلنا : لا نسلم أنه سرق . فإن قالوا : أخذ بطل بالمنتهب (٢) . فإن قالوا : آخذ على وجه الاستخفاء بطل بمن أخذ من حرز مأذون له في دخوله .

٢٩١٢٨ – فلا نسلم أنه أخذ من حرز مثله . لأن الكفن لا يوضع في القبر ليحرز ، وإنما يوضع (٣) للبذلة والفساد ولا يكون محرزًا .

٢٩١٢٩ – فإن قالوا : إنما يوضع للمنفعة وإن فسد بها كما يلبس الثوب الحي لينتفع به . وإن بلي بلبسه (٤) .

٢٩١٣٠ – قلنا : الميت يوضع للفساد والبلى فكذلك كفنه ، والحي محفوظ فكذلك ثيابه أيضا وإن كانت تبلى بالاستعمال .

٢٩١٣١ – والمعنى في غير (٥) الكفن أنه مأخوذ من مكان لو أخذت منه الدراهم لم يقطع كذلك إذا أخذ الثياب .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدركت في الهامش ولكنها مطموسة .

(٢) الانتهاب : هو الآخذ علانية قهرًا . ولا قطع عليه . انظر : الجوهرة النيرة (١٦٧/٢) .

(٣) في (م) : [موضع] . (٤) في (م) : [البسه] .

(٥) في (م) : [غيره] .

مسألة ١٤٤٥

[سرقة العين التي قطع فيها بعد ردها]

٢٩١٣٢ - قال أصحابنا : إذا سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها لم يقطع [١] .

٢٩١٣٣ - وقال الشافعي : تقطع رجله اليسرى [٢] .

٢٩١٣٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا ﴾[٣] ظاهره يقتضي أن القطع لا يتعلق بغير اليد إلا أن يقوم دليل .

٢٩١٣٥ - فإن قيل : إذا سرقه ثانيا وقد ذهبت رجله اليسرى بآفة قطعت يده اليسرى عندنا فنفرض الكلام في هذا .

٢٩١٣٦ - قلنا : القادح في دليل خصمه لا يفرض الكلام بما هو فاسد ؛ لأن المراد بقوله : ﴿ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا ﴾ : [٤] أيمانهما باتفاق ، وذلك في قراءة ابن مسعود [٥] . فكيف يحمل على اليد اليسرى .

٢٩١٣٧ - [ولأنه حد] [٦] وجب بهتك حرمة الغير التي اعتبرت في وجوبه . فإذا استوفي بهتكها مرة لم يستوف من الأولى بهتكها ثانية أصله القاذف إذا كرر القذف .

٢٩١٣٨ - ولا يلزم حد الزنى : لأنه لم يوضع لهتك حرمة المزني بها . بدلالة : أن الحد يجب عليها كما يجب عليه ، والزانية لا حرمة لها ، ولأن حد القذف وضع لصيانة الأعراض كذلك إذا تكرر الأخذ . ولأن حرمة الأعراض أغلظ من حرمة المال ؛ لأن حرمة المال بمالكه ، فإذا لم يتكرر الحد بهتك حرمة ، فحرمة المال أولى . ولأنه حد لا يستوفى إلا بالخصومة فتكرر الحد في غير واحدة مما لا يوجب على الواحد

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين (٤/٩٥ - ٩٦) ، ومجمع الأنهر (٦٤٩/١) ، والجوهرة النيرة (١٧١/٢) ، وبداية المبتدي ص ١١١ ، وحاشية أبي السعود (٣٩٩/٢) ، واللباب في شرح الكتاب ص ٢٦٤ .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٤٧١/٥) ، وحاشية البجيرمي على الخطيب (٢٠٨/٤) ، والأحكام السلطانية ص ٢٨٢ ، وروضة الطالبين (١٢١/١٠) . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : المدونة الكبرى (٥٢٩/٤) ، والذخيرة (١٩٧/١٢) ، وكشاف القناع (١٤٣/٦) ، والمغني (١٠٧/٩) .

(٣ ، ٤) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٥) حيث كان يقرأ : (والسارقون والسارقات فاقطعوا أيمانهما) . انظر : جامع البيان عن تأويل آي القرآن (٢٢٨/٦) .

(٦) في (م) : [ولا حد] .

غير حد واحد أصله القذف ولا يلزم حد الزنى : لأن استيفاءه [(١)] لا يقف على الخصومة .

٢٩١٣٩ - [ألا ترى] [(٢)] أن الشهود لو شهدوا عليه بالزنا حد [(٣)] ، ولو شهدوا أنه سرق أو أقر بالسرقة لم يقطع حتى [يحضر] المسروق منه فيطالب بالمال ؟

٢٩١٤٠ - فإن قيل : المقصود بحد [(٤)] القذف تحقيق الكذب على القاذف ، وقد حكمنا بكذبه فلم يجب بقذفه حد كما لو قال : أهل بغداد زنى [(٥)] لم يجب عليه حد .

٢٩١٤١ - قلنا : المقصود بالحد الزجر وتحقيق الكذب تابع ؛ بدلالة أن جماعة لو قذفوا رجلا بزنى واحد وحد [(٦)] أحدهم لم يسقط الحد عن الباقين وإن كان الكذب تحقق عليهم . ألا ترى : أن جماعة لو أخبروا بخبر واحد فحكمنا بكذب أحدهم كان ذلك [(٧)] حكما بكذب جماعتهم .

٢٩١٤٢ - فأما من قال : أهل بغداد زنى فلا يجب عليه الحد ؛ لأن المقذوف غير معين لما قالوه .

٢٩١٤٣ - فإن قيل : القاذف إذا تكرر منه القذف الذي حد فيه لم يجب عليه الحد ؛ لأنا قد حققنا كذبه فيه للحد . فلو قذفه بزنى آخر ؛ حد .

٢٩١٤٤ - قلنا : يكفي في التسليم تكرار القذف بزنى واحد ، فأما اعتبار تحقيق الكذب فقد تكلمنا عليه ، وهذا أيضا يبطل بالقاذف إذا أكذب نفسه وجب عليه الحد وإن حكم بكذبه باعترافه . ولأن العين معتبرة في وجوب القطع ، والفعل معتبر ، كان إيقاع فعل واحد في عينين لا يوجب أكثر من قطع واحد كذلك إيقاع فعلين [(٨)] في عين واحدة .

٢٩١٤٥ - فإن قيل : الحرز معين كالعين وإيقاع الفعل في حرزين يوجب قطعين .

٢٩١٤٦ - قلنا : الحرز شرط في وجوب القطع بالفعل وليس فعله . ولهذا لو سرق من حرزه الذي أجره قطع ، وبمثله لو سرق ماله من حرز غيره لم يقطع .

٢٩١٤٧ - فإن قيل : إنما وجب قطع واحد بإيقاع فعلين [(٩)] في عينين . لأنه لم

---

(١) في (م) : [استيفاؤه] .
(٢) في (م) : [إلى ترى] .
(٣) في (م) : [حدوا] .
(٤) في (م) : [بحذف] .
(٥) في (م) : [زيادة] .
(٦) في (م) : [وحدو] .
(٧) بعده في (ص) :] كذبًا [.
(٨) في (م : تعليق] .
(٩) في (م) : [فعل] .

يستوف [١] الحد بأحد الفعلين ، ولهذا لو تكرر الفعل لم يجب : إلا قطع واحد .

٢٩١٤٨ - فأما بعد استيفاء القطع إن سرق عينا أخرى قطع كذلك إذا سرق العين الأولى .

٢٩١٤٩ - قلنا : إذا سرق نصابين دفعة واحدة لم يجب إلا حد واحد . لأن الفعل واحد وإذا كرر السرقة وجب بكل فعل حد ، ثم تداخلت الحدود لاجتماعها ، فلا نسلم ما قالوه . ولأنه إيقاع فعل في عين يستحق به إتلاف طرف فكانت تلك العين في حق الفاعل لا يتعلق بها قبل ذلك الحكم أصله قطع الطرف .

٢٩١٥٠ - فإن قيل : اليد المقطوعة في حق القاطع وحق جميع الناس متلفة حتى لا يتعلق بها قصاص بوجه ، والعين في مسألتنا ليست متلفة . بدلالة وجوب القطع بسرقتها على غير السارق الأول لذلك يجب عليه .

٢٩١٥١ - قلنا : ليس إذا وجب القطع على غيره وجب عليه . لأن القطع يجب على الأجنبي بالسرقة ولا يجب على الأب والابن لاختلاف حكمها [٢] .

٢٩١٥٢ - كذلك العين في مسألتنا صارت في حكم المتلفة في حق من قطع فيها دون غيره ، وعلى هذا المقذوف [٣] في حكم من الإحصان في حق المحدود في قذفه وإحصانه بحاله في حق جميع الناس . ولأنها عين لو استهلكها استقر ضمانها فلم يجب القطع بأخذها كما دون النصاب . ولأنه أخذ يستقر به الضمان فلا يتعلق به القطع كالغصب . ولأن الأخذ يتعلق به قطع وضمان فلو غيب العين فضمنها ثم سرقها لم يقطع كذلك إذا قطع فيها ثم سرقها لم يقطع . ولأن من أصلنا أن الضمان لا يجتمع مع القطع . فلما قطع في العين فقد صارت في حقه كالمباح . بدلالة أنه يضمن باستهلاكها والمباح لا يجب بسرقته قطع . ولا يلزم : إذا كانت السرقة غزلا فنسجه ثم سرقه لأنه بالصنعة [٤] تغير . عن حاله الأولى . فصار بمنزلة الخشب لو سرقه لم يقطع فيه . كما لو اتخذ إناء فسرقه فقطع فيه .

٢٩١٥٣ - احتجوا : بالآية . وقد بينا أنها دلالة لنا ، ولا يمكنهم التعليق بها في السرقة الثانية . لأن الواجب عندهم قطع الرجل دون اليد . ولا يمكن فرض المسألة في السرقة الثالثة أو فيمن ذهب رجله بآفة ؛ لأن الآية تتضمن قطع اليد اليمنى .

---

(١) في (م) : [بستوفي] .

(٢) في (م) : [حكمها] .

(٣) في (م) : [المقذف] .

(٤) في (م) : [الصيغة] .

٢٩١٥٤ - ولأن الكلام في قطع اليد اليسرى مسألة مفردة نتكلم عليها [١] .

٢٩١٥٥ - قالوا : روى أبو هريرة أنه ﷺ قال : « إذا سرق السارق فاقطعوا يده ، فإن سرق فاقطعوا رجله ، ثم إن سرق فاقطعوا يده ، فإن سرق فاقطعوا رجله » [٢] . ولم يفصل .

٢٩١٥٦ - قلنا : هذا الخبر إنما هو حكاية فعل . فأما قول فلا يصح عن رسول الله ﷺ وسنبين ذلك فيما بعد .

٢٩١٥٧ - ولأن قوله « ثم إن سرق » [٣] يقتضي سرقة منكرة ، ولو كانت الأولى لعرفها . فلما ذكرها بلفظ التنكير دل على أنه أراد سرقة أخرى .

٢٩١٥٨ - قالوا : فعل يوجب الحد فتكرره في عين واحدة كتكرره في أعيان [أصله الزنى .

٢٩١٥٩ - قلنا : ليس] [٤] يمتنع أن يختلف تكرار سبب الحد في عين واحدة أو في أعيان [بدلالة حد القذف ، ولأن حد] [٥] الزنا وجب لاستيفاء منفعة لا العين [والمنفعة الثانية غير الأولى . فصار] [٦] تباين المنفعتين كتباين العينين . وفي مسألتنا وجب الحد لصيانة العين ، والعين واحدة فلم يتكرر الحد لأجلها ، يبين الفرق بينهما أن حد السرقة إذا سقط بشبهة ضمنت العين وحد الزنى إذا سقط لم تضمن المنفعة .

٢٩١٦٠ - قالوا : سرق نصابا من حرز مثله لا شبهة له فيه ، وهو من أهل القطع فوجب قطعه . أصله المرة الأولى .

٢٩١٦١ - قلنا : لا نسلم أن الفعل حصل من غير شبهة ؛ لأن العين في حقه صارت غير مقومة بالإتلاف ، وهذا شبهة .

٢٩١٦٢ - والمعنى في المرة الأولى لم يستوف لأجل العين أحد موجبي السرقة فمنع ذلك من وجوب القطع على المستوفى منه لأجلها . أصله إذا استوفى منه الضمان .

٢٩١٦٣ - قالوا : لو سرق غزلا فقطع فيه فنسج ثم سرق منه قطع وهذه مناقضة .

٢٩١٦٤ - قلنا : القطع عندنا سقط [٧] . لأن العين في حكم المباحة للسارق .

---

(١) وذلك في المسألة التالية .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١٨١/٣) برقم ٢٩٢ .

(٣) سبق تخريجه .

(٤ - ٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٧) في (م) : [يسقط] .

والأعيان المباحة إذا تغيرت بصفة [١] وجب فيها القطع عندنا كالخشب إذا نحته أواني . والمناقضة إنما تدفعها العلل على أصوله .

٢٩١٦٥ - قالوا : كل عين إذا [٢] سرقها غير سارقها وجب قطعه ، فكذا [٣] إذا أسرقها سارقها . أصله الغزل إذا قطع فيه ثم نسجه .

٢٩١٦٦ - قلنا : [وجوب الحد بالسرقة على واحد . لا يدل على وجوب الحد] [٤] على غيره . بدلالة الأب والأجنبي . ولأنا [٥] نعلم أن سارق الثوب هو سارق العين التي كان سرقها غزلا بل بالنسيج قد صارت في حكم عين أخرى .

٢٩١٦٧ - وقد تكلم مخالفونا على هذا فقالوا : لو سرق صوفًا فنسجه ثوبًا ثم عاد فسرقه قطع وإن كان اسم الصوف باقيا ، وإذا سرق جديًا فقطع فيه ثم صار تيسا لم يقطع فيه بسرقته [٦] وإن كان الاسم قد زال .

٢٩١٦٨ - وهذا غلط لأنا نعتبر زوال الاسم وعامة المنافع بصفة حادثة ، والاسم يزول في الصوف إذا نسج . لأنه يقال : ثوب صوف ، والجدي إذا صار تيسا . فقد زال الاسم . وأكثر المنافع باقية فلم يزل الاسم بصفة . والكلام في كيفية التعيين بشاغل يبقى بها وهذا عدول عن التسمية [٧] ، وقد قاسوا على العين إذا قطع فيها ثم سرقها من مالك آخر .

٢٩١٦٩ - وهذا موضع لا يسلمه أصحابنا بالعراق وأكثر أهل خراسان ومن أصحابنا الخراسانيين من سلمه وقال : إن حرمة العين بمالكها كاختلاف العينين .

* * *

---

(١) في (ص) : [صفة] .
(٢) في (م) : [لو] .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) .
(٥) في (م) : [وأنا لا] .
(٦) في (م) : [بسرقة] .
(٧) في (م) : [المسألة] .

مسألة ١٤٤٦

ما يقطع في السرقة الأولى

٢٩١٧٠ - قال أصحابنا : تقطع في السرقة الأولى اليد اليمنى وفي الثانية الرجل اليسرى ، ويعزر في الثالثة ويحبس ولا يقطع [١] .

٢٩١٧١ - وقال الشافعي : تقطع في الثالثة اليد اليسرى ، وفي الرابعة الرجل اليمنى وفي الخامسة يعزر ويحبس [٢] .

٢٩١٧٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [٣] . قال الفراء : كل شيء موحد من [٤] خلق الإنسان إذا ذكر مضافا إلى اثنين فصاعدا جمع . تقول : قد هشمت [٥] رؤوسهما ، وملأت بطونهما وظهورهما ضربا ومثله ﴿ إِن تَتُوبَآ إِلَى ٱللَّهِ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا ﴾ [٦] ، ومثله ما أنشده سيبويه

ومهمهين قذفين مرتين ظهراهما مثل ظهور الترسين [٧] .

٢٩١٧٣ - وليس للترس إلا ظهر واحد [٨] فثناه بلفظ الجمع . فلما كانت اليمنى واحدة من كل واحد ثناها بلفظ الجمع فدلت الآية على أن الواجب قطع يد واحدة من كل

(١) انظر حاشية أبي السعود (٤٠٤/٢) . واللباب في شرح الكتاب صـ٢٦٤ . والاختيار (٦٦/٣) ، والجوهرة النيرة (١٧٠/٢) . والفتاوى الهندية (١٨٢/٢) ، والمبسوط (١٦٦/٩) ، والبناية ٥٨٦/٥ . وهو المذهب عند الحنابلة - انظر الفروع (١٣٥/٦) ، والإنصاف (٢٨٥/١٠ - ٢٨٦) .

(٢) انظر الأم (١٦٢/٦) ، (٣٧١/٨) ، والإشراف على مذاهب أهل العلم (٣٠٥/٢ - ٣٠٦) ، والوجيز (١٧٨/٢) ، والتهذيب (٣٧٩/٧ - ٣٨٣) . وهو المشهور عن مالك وأصحابه إلا أبي مصعب فإنه قال : يقتل في الخامسة ، وهو رواية عن الإمام أحمد . انظر الكافي لابن عبد البر (٥٨١/١) . كفاية الطالب (٣٣٤/٢) - والمغني (١٠٩/٩) . وذهب الظاهرية إلى أن الرجل أو المرأة إذا سرق أحدهما مرة تقطع يده اليمنى وفي الثانية تقطع اليسرى . فإن سرق في الثالثة عزر ومنع الناس ضره حتى يصلح حاله . والمحلى (٣٥٤/١٢) . وهو قول عند المالكية ولكن في الثالثة تقطع رجله . الكافي لابن عبد البر (٥٨١/١) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٤) زيادة يقتضيها السياق .

(٥) في (ص) و (م) : [همست] . ما أثبتناه هو الصواب .

(٦) سورة التحريم : الآية ٤ .

(٧) البيت للشاعر خطام المُجاشعي . انظر : لسان العرب (١٦٠٩/٣) ، (٤١٦٧/٦) .

(٨) في (م) : [واحدة] .

السارق . وفي قراءة ابن مسعود ﴿ و (١) السارق والسارقة فاقطعوا أيمانهما ﴾ . وهذه القراءة بيان للمراد بالقراءة الأخرى . وهذا يسقط قولهم : إن الآية عامة في اليدين جميعًا .

٢٩١٧٤ - فإن قيل : ظاهر الآية يقتضي وجوب قطع اليد اليمنى . فإن كانت الأخرى شلاء أو مقطوعة .

٢٩١٧٥ - قلنا : كذلك يقتضي الظاهر لولا قيام الدليل . وترك الظاهر في مسألة أخرى لا يمنع التعلق به في مسألتنا . لأن الحدود لا يجوز إثباتها إلا بتوقف أو باتفاق ، و (٢) لم يوجد ذلك في اليد اليسرى فلم يجز إثباته .

٢٩١٧٦ - ولأن إتلاف منفعة الجنس لا يستحق بالسرقة . دليله السرقة الأولى .

٢٩١٧٧ - ولأن ما لا يجب قطعه في قاطع الطريق أول مرة لا يجب في السرقة . أصله الأنف والأذن . ولأن حد قاطع الطريق أغلظ . بدلالة : أنه يستحق به القتل والصلب . فإذا لم يقطع الأطراف الأربعة هناك ، فها هنا أولى ولأن السرقة إذا تكررت ضعفت لهذا أسقط القطع في الخامسة باتفاق فإذا لم يستحق إتلاف منفعة الجنس في الأولى والثانية .

٢٩١٧٨ - فإن قيل : إذا جاز أن تتلف [منفعة الجنس قصاصا تتلف] (٣) في السرقة .

٢٩١٧٩ - قلنا : القصاص مستحق به إتلاف ما سوى اليدين والرجلين من الأعضاء ، ولا يستحق ذلك بالسرقة . فدل على اختلافهما (٤) .

٢٩١٨٠ - ولأن ما يجب بإتلافه جميع قيمته (٥) لا يستحق في السرقة كالعينين .

٢٩١٨١ - ولا يلزم اليد والرجل ؛ لأن الواجب فيهما ثلاثة أرباع القيمة .

٢٩١٨٢ - ولأن الأخذ في السرقة الثالثة يستقر به الضمان على السارق فلا يجب به الحد كالدفعة الخامسة . ولأن كل أخذ لا يستحق به النفس لا يستحق بنوعه إتلاف منفعة الجنس كحد القذف .

٢٩١٨٣ - احتجوا : بما روى الشافعي قال : أخبرنا بعض أصحابنا عن [ابن أبي ذئب] (٦) عن

(١ - ٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (م) : [فيه] .

(٦) ما بين المعكوفتين في (ص) ، (م) : [أبي ذر] . والصواب ما أثبتناه . انظر : نصب الراية (٣٦٨/٣) تلخيص الحبير (٦٨/٤) . وهو : محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب . ولد سنة ٨٠ هـ . روى عن : خاله الحارث بن عبد الرحمن ، وعبد الله بن السائب ، وعكرمة . وروى عنه : الثوري ، ومعمر . مات سنة ١٥٨ هـ . انظر : الثقات (١٠٨/٥) ، وتهذيب التهذيب (٢٧١/٩ - ٢٧٣) .

الحارث بن عبد الرحمن [١] عن أبي هريرة أن النبي ﷺ: قال في السارق: « إن سرق فاقطعوا يده ، ثم إن سرق فاقطعوا رجله ، ثم إن سرق فاقطعوا يده ، ثم إن سرق فاقطعوا رجله » [٢] .

٢٩١٨٤ - الجواب : أن الطحاوي قال : هذا حديث لا أصل له ؛ لأن كل من لقيناه [٣] من حفاظ الحديث ينكرونه ، ويذكرون أنهم لم يجدوا له أصلا .

٢٩١٨٥ - وأصحاب الشافعي : لا يجوز لهم العمل به . لأنه مرسل على أصولهم . ونحن لا يلزمنا مع إنكار حفاظ الحديث له .

٢٩١٨٦ - وقولهم : إن الشافعي يحتج به وقد ثبت عنده عدالة رواته ، ويسقط طعنهم على المراسيل . أنه يجوز أن يكون عدل من لو سماه لم يعدلوه . على أن هذا لا يجوز أن يكون قاله قبل استقرار الحد ، وفي الحالة التي كان يجوز فيها قطع اليدين والرجلين في قاطع الطريق أول مرة كذلك قطع الأربعة الأعضاء في السرقة المكررة . وقد قطع [رسول الله] [٤] ﷺ : أيدي العُرَنيين وأرجلهم [٥] ثم استقرت الحدود فصار قاطع الطريق تقطع يده ورجله كذلك السارق إذا تكررت سرقته لم تقطع إلا يده ورجله .

٢٩١٨٧ - احتجوا : بحديث حماد بن أبي حميد [٦] عن محمد بن المنكدر عن جابر أن النبي ﷺ أتي بسارق وقد سرق فأمر أن تقطع يده ، ثم أتي به مرة أخرى وقد سرق فأمر أن تقطع رجله ، ثم أتي به مرة أخرى [وقد سرق] [٧] فأمر أن تقطع يده ، ثم أتي به مرة أخرى فأمر أن تقطع رجله [٨] .

---

(١) هو : الحارث بن عبد الرحمن القرشي العامري ، خال ابن أبي ذئب . روى عن : الزهري ، وأبي سلمة ، ومحمد بن جبير . وروى عنه : ابن أبي ذئب . مات سنة ١٢٩ هـ . انظر : الجرح والتعديل (٧٩/٣) ، وميزان الاعتدال (١٧٣/٢) .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١٨١/٣) برقم ٢٩٢ .

(٣) في (م) : [القناة] .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٩٥/٦) برقم ٦٤١٧ ، ومسلم في صحيحه (١٢٩٦/٣) برقم ١٦٧١ .

(٦) حماد بن أبي حميد الزرقي الأنصاري المدني . منكر الحديث . روى عن : محمد بن المنكدر . وإسماعيل ابن محمد ، وعمرو بن شعيب . وروى عنه : ابن أبي فديك ، والقعنبي . انظر :التاريخ الكبير (٢٨/٣) ، والجرح والتعديل (١٣٥/٣) والمجروحين (٢٥٣/١) .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٧٢/٨) برقم ١٧٠٣٧ .

٢٩١٨٨ - قلنا : هذا بعض الحديث وتمامه روى عبد الله بن صالح قال : حدثني أبو معشر [١] عن مصعب [٢] بن ثابت [٣] عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال [٤] : سرق رجل في زمان النبي [٥] ﷺ فجاءوا به . فقالوا : إن هذا سرق . فقال عليه [الصلاة و] [٦] السلام : « اقتلوه . فقالوا : إنما سرق يا رسول الله . قال : « اقطعوا يده » قال [٧] : ثم سرق مرة أخرى فجاؤا به ، فقالوا : يا رسول الله إن فلانا سرق . قال : « اقتلوه » قالوا : إنما سرق قال : « اقطعوا يده الأخرى » ثم سرق مرة أخرى . فقالوا : يا رسول الله إن فلانا سرق . قال : « اقتلوه » قالوا : إنما سرق . قال : « اقطعوا رجله » قال : ثم سرق مرة أخرى . فقالوا : إن فلانا سرق . قال : « ألم أقل لكم اقتلوه » . قال : فخرجنا إلى مربد النعم [٨] فحملنا عليه النعم فأشار بيده ورجله فنفرت الإبل عنه ، فتلقيناه بالحجارة حتى قتلناه [٩] . فهذا أصل الحديث ، وإنما اختصره راوي الحديث الأول . قال الطحاوي : وأبو معشر أجلى في قلوب الرواة من أمثال حماد بن أبي حميد . ومعلوم أنه ﷺ في الدفعة الأولى أمر بقتله : بمعنى أوجب القتل غير السرقة ، فلما خاف أن يظنوا أن السرقة توجب القتل أمر بقطعه . فإذا كانت النفس مستحقة في الدفعة الأولى ، وفي كل دفعة جاز أن تقطع أطرافه كلها ؛ لأن المرتد [لا] [١٠] يمثل به ، ثم قتله في الخامسة لا بالسرقة لكن بمعنى آخر ، كذلك قطع يده في الثالثة بذلك المعنى [١١] .

---

(١) نجيح بن عبد الرحمن السندي . أبو معشر المدني مولى بني هاشم . حدث عن محمد بن المنكدر وهشام ابن عروة ، وحدث عنه ابنه محمد والليث بن سعد وأبو نعيم . كان عالما بالمنازي . قال البخاري : منكر الحديث . مات ببغداد سنة سبعين ومائة . سير أعلام النبلاء (٤٣٥/٧ - ٤٤٠) برقم ١٦٥ ، وميزان الاعتدال (١٢/٧ - ١٧) برقم ٩٠٢٥ .

(٢) في (م) الصعب .

(٣) مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير بن العوام من أهل المدينة يروي عن نافع وعطاء وابن المنكدر ، ويروي عنه : ابنه عبد الله وزيد بن أسلم . مفكر الحديث ينفرد بالمناكير عن المشاهير . مات سنة سبع وخمسين ومائة . المجروحين (٢٨/٣ - ٢٩) . برقم ١٠٧٠ ، وتهذيب التهذيب (١٤٤/١٠) برقم ٣٠٤ .

(٤) ما بين المعكوفتين مكرر في (م) .

(٥) في (م) : [برسول الله] .

(٦ ، ٧) ساقط من (م) .

(٨) مربد النعم : موضع بالمدينة ؛ وهو موقف الإبل وموضع الثمر أيضًا . انظر : المصباح المنير مادة (ربد) .

(٩) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٧٢/٨) برقم ١٧٠٣٦ .

(١٠) ما بين المعكوفتين من (م) ساقط من (ص) .

(١١) وهو القتل على سبيل السياسة لا على سبيل الحد . ومما يؤيد ذلك أنه محمول على هذا المعنى عند الشافعي في الخامسة . انظر تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي (٢٢٥/٣) ، ومنحة الخالق (٦٧/٥) .

٢٩١٨٩ – احتجوا : بما روى خالد الحذاء [(١)] عن محمد بن حاطب [(٢)] أن أبا بكر قطع يدًا بعد يد ورجل [(٣)] .

٢٩١٩٠ – قلنا : ليس في واحد من الخبرين أن القطع وجب في السرقة فيجوز أن يكون قطعها قصاصا ، والذي روي أن أبا بكر أضاف أسود مقطوع اليد والرجل فسرق [حلى] [(٤)] أسماء فقطع يده ، فقد روي أنه أضاف أسود أقطع اليد اليمنى فسرق حليهم [(٥)] فقطع رجله [(٦)] . ولا يحمل على قضيتين . لأنه يبعد أن يكون ضيافة أبي بكر لأسودين [(٧)] كل واحد منهما [أقطع ، وكل واحد منهما] [(٨)] سرق حليا فقطعه فعلم أنها قصة واحدة متعارضة . على أن هذا لو ثبت معارض [(٩)] بما روى شعبة عن عمرو بن مرة [(١٠)] عن عبد الله بن سلمة [(١١)] أن عليا أتي بسارق فقطع [(١٢)] يده ، ثم أتي به فقطع رجله ، ثم أتي به فقال : إني لأستحي أن أدعه ليست له يد يأكل بها ، ولا

---

(١) خالد الحذاء بن مهران البصري أبو المنازل . روى عن : أبي قلابة ، وعطاء ، والحسن روى عنه : الثوري ، وشعبة ، وحماد . مات سنة ١٤٢ هـ . انظر : شذرات الذهب (٢١٠/١) ، والجرح والتعديل (٣٥٢/٣) ، وتهذيب التهذيب (١٠٤/٣) .

(٢) محمد بن حاطب بن الحارث القرشي الجمحي . ولد بأرض الحبشة . روى عن : أمه ، وعلي . وروى عنه : ابنه عثمان ، وسماك بن حرب . مات بمكة وقيل : بالكوفة ، سنة ٧٤ هـ . انظر : الكاشف (١٦٣/٢) ، والاستيعاب (١٣٦٨/٣) .

(٣) ما وجدته من طريق خالد الحذاء عن عكرمة عن ابن عباس أن عمر بن الخطاب قطع يدًا بعد يد ورجل . وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٧٤/٨) برقم ١٧٠٤٤ . أما الوارد عن أبي بكر فقد أخرجه مالك في الموطأ (٨٣٥/٢) برقم ١٥٢٦ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلًا من أهل اليمن أقطع اليد والرجل قدم على أبي بكر فشكى إليه أن عامل اليمن ظلمه . . إلخ .

(٤) ما بين المعكوفتين في (م) : [حكى] .

(٥) ما بين المعكوفتين في (م) : [حيلهم] .

(٦) أخرجه الدارقطني في سننه (١٨٤/٣) برقم ٣٠٣ .

(٧) في (م) : [لأسود] .

(٨) ساقطة من (م) .

(٩) في (م) : [معا] .

(١٠) عمرو بن مرة الجميلي المرادي الكوفي . روى عن : ابن أبي أوفى وسعيد بن المسيب ، وعبد الله بن سلمة ، وروى عنه : الأعمش : وشعبة . توفي سنة ١١٦ هـ . انظر : الجرح والتعديل (٢٥٧/٦) ، والتاريخ الكبير (٣٦٨/٦) ، وشذرات الذهب (١٥٢/١) .

(١١) عبد الله بن سلمة الهمداني الكوفي . روى عن : علي ، وسعيد بن أبي وقاص ، وابن مسعود . وروى عنه : عمرو بن مرة . قال البخاري : لا يتابع على حديثه . انظر : الجرح والتعديل (٧٣/٥) ، وميزان الاعتدال (١١٠/٤ ، ١١١) .

(١٢) في (م) : [قطع] .

يستنجي بها ، ولا رجل يمشي عليها ثم حبسه في السجن [١] . فصارت المسألة لو ثبت ما قالوا [٢] خلافا منهم .

٢٩١٩١ - قالوا : ما سقط القطع في السرقة بقطعه كان محلا للقطع كاليمين . بيان ذلك أن الحداد لو قطع اليد اليسرى سقط القطع بها .

٢٩١٩٢ - قلنا : ينعكس [٣] بالرأس فإن القطع يسقط بقطعه وليس بمحل للقطع .

٢٩١٩٣ - فإن قالوا : إنه لا يسقط قطعه ، وإنما يسقط بفوات النفس .

٢٩١٩٤ - قلنا : كذلك لا يسقط قطع السرقة بقطع اليسرى . لأن اليمنى إذا قطعت فاتت منفعة الجنس .

٢٩١٩٥ - فإن قيل : لو لم يقع اليسرى موقع المستحق ضمنه [٤] القاطع .

٢٩١٩٦ - قلنا : إنما لا يضمن . لأنه عوضه عن اليسرى اليمنى ، وهي من جنسها ومنفعتها زائدة عليها ، ولهذا لو قطع رجله ضمنها . لأنه لم يعوضه من جنس منفعتها والمعنى في اليمنى أنها تستحق في قاطع الطريق بأول مرة فجاز أن تستحق في السرقة ، ولما كانت اليد اليسرى والرجل اليمنى لا يستحق في المرة الأولى من قاطع الطريق لم تستحق في السرقة الأولى و [٥] إن تكررت .

٢٩١٩٧ - قالوا : يد تقطع [٦] قودًا فجاز أن تقطع في السرقة كاليمنى .

٢٩١٩٨ - قلنا : القود يتعلق بالأنف والأذنين والسن والعين وبتلف النفس ، وكل ذلك غير مستحق في السرقة . فدل على اختلاف موضع الأمرين .

٢٩١٩٩ - ولأن اليمنى عندنا تقطع إن لم يفت بها منفعة الجنس ، فإن فاتت بها لم تقطع كالأشل اليسرى والمقطوع الرجل اليمنى ، كذلك اليد اليسرى إذا فات بها منفعة الجنس لم تقطع .

٢٩٢٠٠ - قالوا : كل حكم ثبت لليد اليمنى ، ثبت لليد اليسرى والرجل اليسرى . أصله غسلهما في الطهارتين ودخولهما في وجوب القود وتقدير [٧] الدية .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٧٥/٨) برقم ١٧٠٤٦ .

(٢) في (م) : [قالوه] .

(٣) في (م) : [ينكسر] .

(٤) هكذا في (ص) ، (م) . ولعل الصواب : [ضمن] .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) في (م) : [القطع] .

(٧) في (م) : [تقرير] .

٢٩٢٠١ - قلنا : يبطل بتقديم اليمنى على اليسرى في الوضوء فإنه سنة ثبتت لليد اليمنى ، ولا يثبت لليد اليسرى ، وافتراش الرجل (١) اليسرى للتشهد حكم ثبت لها ولا يثبت لليمنى ، والمعنى في الأصل أنه لا يختص اليدين والرجلين فجاز أن يعمهما ، والقطع لا يتعدى اليدين والرجلين . فلم يعمهما كالمرة الأولى . فأما تقدير الدية بتساوي اليدين في تقدير الأرش لا يوجب تساويهما في تعلق القطع بهما .

٢٩٢٠٢ - قالوا : كل حد تكرر مرتين تكررا أربع مرات كسائر [الحدود] .

٢٩٢٠٣ - قلنا : كل [حد تكرر مرتين] (٢) فحكمه في الثالثة [كحكمه في الخامسة . أصله سائر الحدود] (٣) . ولأن هذه الحدود (٤) بنيت على التكرار بتكرر سببها ، وقطع السرقة يخالفها . بدلالة : أنه يسقط في الخامسة (٥) كذلك يجوز أن يسقط في الثالثة .

٢٩٢٠٤ - قالوا : طرف في أبعاضه مال أرش مقدر كاليمنى .

٢٩٢٠٥ - قلنا : يبطل بالرأس .

٢٩٢٠٦ - قالوا : عضو يتوصل به إلى أخذ السرقة .

٢٩٢٠٧ - قلنا : يبطل بساعد الأقطع ، والمعنى في اليمنى ما ذكرنا .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٢) في (م) : [الحدود عكسه] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش ولكنه مطموس .

(٤) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٥) في (م) : [الجانب] .

مسألة ١٤٤٧

[الضمان والقطع هل يجتمعان في سرقة واحدة]

٢٩٢٠٨ - قال أصحابنا : إذا هلكت العين المسروقة فضمن السارق لم يقطع ، وإن قطع قبل التضمين لم يضمن [١] .

٢٩٢٠٩ - وقال الشافعي : يجمع بين القطع والضمان [٢] .

٢٩٢١٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا ﴾ [٣] وقال في آية المحاربين : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا ﴾ [٤] الآية فجعل الحد في الآيتين الجزاء . فمن زعم أنه يجب القطع والغرم جعل الحد بعض الجزاء ، وهذا خلاف الظاهر . يبين ذلك أن الضمان حق الآدمي [٥] ، والحد حق اللّٰه تعالى . والآدمي أحوج إلى حقه . فلما [٦] وجب كان الاهتمام ببيانه أحق بالذكر .

٢٩٢١١ - ويدل عليه ما روى سعد [٧] بن إبراهيم [٨] عن أخيه المسور بن إبراهيم [٩]

---

(١) انظر : مجمع الأنهر (٦٢٧/١) ، والفتاوى الهندية (١٨٤/٢) . وفتح القدير (٤١٣/٥) . وبدائع الصنائع (٨٤/٧) ، والبناية (٦١٢/٥) . وتبيين الحقائق (٢٣١/٣) ، والمبسوط (١٥٨/٩) .

(٢) انظر : الأم (١٦٤/٦) ، (٣٧١/٨) ، الأحكام السلطانية صـ٨٣ ، شرح المحلى مع حاشية الشيخ قليوبي (١٩٩/٤) . وهو المذهب عند الحنابلة . والإنصاف (٢٨٩/١٠) . وكشاف القناع (١٤٩/٦) ، ومطالب أولي النهى (٢٥٠/٦) . وذهب المالكية إلى أن المتاع إن كان بعينه فلصاحبه أخذه ، وإن تلف وكان موسرا وجبت قيمته ، وإن كان معسرا لم يتبع بشيء . المنتقى (١٨٣/٧) ، أحكام القرآن لابن العربي (١١٣/٢) ، الفواكه الدواني (٢١٧/٢) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٣٣ .

(٥) في (م) : [آدمي] .

(٦) في (م) : [فلو] .

(٧) في (ص) ، (م) : [سعيد] ، والصواب ما أثبتناه .

(٨) هو : سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف الزهري . روى عن أبيه وأخيه المسور وغيرهما . وروى عنه ابنه إبراهيم ويحيى بن سعيد وابن عيينة وغيرهم . مات سنة سبع وعشرين ومائة . تهذيب التهذيب (٤٠٢/٣ - ٤٠٣) لسان الميزان (٢١/٣ - ٢٢) وسير أعلام النبلاء (٤١٨/٥ - ٤٢٠) .

(٩) هو : مسور بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف . أخو سعد . روى عن عبد الرحمن بن عوف مرسلا . الجرح والتعديل ٢٩٧/٨ ، ميزان الاعتدال (٤٢٩/٦) .

عن عبد الرحمن بن عوف قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يغرم صاحب السرقة إذا أقيم الحد » (١) .

٢٩٢١٢ - فإن قيل : هو مرسل لأن المسور بن إبراهيم لم يلق جده عبد الرحمن بن عوف (٢) .

٢٩٢١٣ - قلنا : لا يضرنا إرساله ، وإن (٣) كان من أصلنا قبول المراسيل . لاسيما إذا أرسلها مثل (٤) سيد (٥) بن إبراهيم ، وهو في الصحيحين وأبوه وابنه . وقيل لأحمد بن حنبل : لم يرو مالك عن سعد (٦) . فقال : سعد (٧) خير من مالك ، وقد روى مالك عن رجلين عنه (٨) .

٢٩٢١٤ - فإن قيل : معناه أنه لا يغرم أجرة قاطع يد .

٢٩٢١٥ - قلنا : بل ظاهره يقتضي (٩) نفي كل غرم . وعندكم يغرم أجرة القاطع إذا لم يكن في بيت المال شيء . فالخبر دلالة عليكم في الموضعين .

٢٩٢١٦ - فإن قيل : معناه لا يضاعف عليه الغرم ، كما روي في حريسة الجبل فيها غرامة مثلها وجلدات نكال (١٠) .

٢٩٢١٧ - قلنا : الظاهر يقتضي نفى كل غرم . على أن غرم المسلمين لم يثبت في الشرع إلا مع سقوط القطع ؛ لأنه ﷺ قال في حريسة الجبل : « غرامة مثلها وجلدات نكال . فإذا آواها المراح وبلغت ثمن المجن ففيها القطع » (١١) .

٢٩٢١٨ - ولأنه فعل [تعلق به معنى مسقط] (١٢) [معنى ثبت مع] (١٣) يتعلق به

---

(١) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٣٥٠/٤) برقم ٧٤٧٧ .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١٨٢/٣) برقم ٢٩٧ .

(٣) في (م) : [إذا] .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) في (ص) ، (م) : [سعيد] . والصواب ما أثبتناه .

(٦) في (ص) ، (م) : [سعيد] . والصواب ما أثبتناه . والقائل هنا هو علي بن المديني . وقد قال ذلك ؛ لأن سعدًا كان لا يحدث بالمدينة . فلم يكتب عنه مالك ولا أهل المدينة . انظر : تهذيب الكمال (٢٤٤/١٠) .

(٧) في (م) ، (م) : [سعيد] . والصواب ما أثبتناه .

(٨) انظر : البخاري في تاريخه الكبير (٥١/٤) .

(٩) ساقطة من (ص) .

(١٠ ، ١١) سبق تخريجه .

(١٢) توجد هنا في الإحالة التي على هامش (ص) كلمة مطموسة غير مقروءة .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

حد ومهر ، وقتل العمد لا يتعلق به قصاص ودية .

٢٩٢١٩ - فإن قيل : لا نسلم أنهما يتعلقان بفعل واحد . لأن الضمان يتعلق [1] بالأخذ ، والقطع يجب بالإخراج من الحرز .

٢٩٢٢٠ - قلنا : من نام في المسجد أو في الطريق فأخذ رجل ثوبه من تحت رأسه وجب عليه عندهم قطع وضمان ، وتعلقا بفعل واحد ، على أن القطع يجب بالأخذ إذا انضم إليه الإخراج من الحرز والضمان يجب بالأخذ فإن تم الفعل بالإخراج استقر الحد وسقط الضمان ، وإن لم يتم استقر الضمان وسقط القطع .

٢٩٢٢١ - فإن قيل : يبطل بمن [شرب خمر ذمي .

٢٩٢٢٢ - قلنا [2]] أكره امرأة على الزنى [فأفضاها .

٢٩٢٢٣ - قلنا] [3] : وجب الحد بالتقاء الختانين والضمان بتجاوز ذلك الموضع المعتاد وبالوطء .

٢٩٢٢٤ - قالوا : إذا زنى في الحج وجب الحد والكفارة .

٢٩٢٢٥ - قلنا : الكفارة تتعلق بهتك حرمة الإحرام ، ولهذا تجب الكفارة بوطء زوجته .

٢٩٢٢٦ - قالوا : إنما لا يجتمع الدية والقصاص ؛ لأنهما بدلان عن مبدل واحد .

٢٩٢٢٧ - قلنا : كما لا يجتمع بدلان عن مبدل واحد كذلك لا يتعلق بفعل واحد أمران يتنافيان . ولأن الضمان سبب مختلف في وقوع الملك فيه فلم يجتمع معه قطع كالقبضة في البيع الفاسد . ولأنه إيقاع فعل في عين يتعلق به إتلاف طرف فإذا استوفى به الطرف لم يجب المال كمن قطع يد غيره ولا يلزم من قطع يمين رجلين . لأن كل واحد من الفعلين تعلق به قطع طرف بكماله ولم يستوف ذلك ، وإنما استوفى بعض الطرف ، وهذه المسألة مبنية على أن الضمان يثبت [4] الملك في المضمون وأنه إذا ضمن ثبت له حكم الملك من حين يضمن ، ولهذا لو باع الغاصب ثم ضمن بعد بيعه [ولو] كان اكتسب استحق الكسب وحكم الملك ينافي القطع . وقد ثبت القطع بالإجماع فوجب إسقاط ما ينافيه .

٢٩٢٢٨ - ولا يلزم إذا غصب جارية فزنى بها ثم هلكت فضمن قيمتها . لأن الحد

---

(١) في (م) : [يجب] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٣) في (م) : [فصا] . (٤) في (م) : [سبب] .

يسقط ذكر أبو يوسف ذلك في الإملاء [1] .

٢٩٢٢٩ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [2] وقال : ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾ [3] .

٢٩٢٣٠ – قلنا : حقيقة اللفظ يقتضي الاعتداء على الأنفس دون المال . ولأن المثل عبارة عن الواجب بالفعل . بدلالة قوله تعالى : ﴿ مَن جَاءَ بِالْحَسَنَةِ [فَلَهُ] [4] عَشْرُ أَمْثَالِهَا وَمَن جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَىٰ إِلَّا مِثْلَهَا ﴾ [5] فجعل الثواب والعقاب مثلا للعمل . والمثل الواجب بالسرقة عندنا هو القطع . ورغم مخالفنا أن هاهنا مثلا آخر وهو الضمان . ولأنه لا يدل على إيجاب المثلين .

٢٩٢٣١ – قالوا : قال النبي ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى ترد » [6] .

٢٩٢٣٢ – قلنا : هذا لا يقال إلا مع بقاء العين ، وعندنا الرد واجب ، وإنما اختلف إذا سقط وجوب الرد ما الواجب ؟ والخبر لا يدل على ذلك .

٢٩٢٣٣ – قالوا : كل مال وجب القطع مع وجوب رده وجب القطع مع وجوب رده . أصله : إذا كان السارق باعه من رجل فإن السارق [7] يقطع ، ويلزمه رد الثمن وإن كان تالفا وجب رد بدله على المشتري .

٢٩٢٣٤ – قلنا : نقول بموجب هذه العلة ؛ لأن عندنا نقطع السارق مع وجوب رد البدل عليه ، وإنما يسقط البدل منه بالقطع . فأما حال الابتداء فالقطع والضمان لم يسقط . ولأن هذا التعليل لوجوب القطع وهو موضع اتفاق ، وإنما يجب أن يقع التعليل لبقاء الضمان بعد القطع . فأما وجوب رد الثمن وبدله فلا تعلق للقطع به ؛ لأن السارق يقطع أخذ الثمن أو لم يأخذ فلما لم يتعلق القطع بذلك لم يؤثر فيه اختلاف أحواله .

٢٩٢٣٥ – فأما الضمان الواجب على السارق المسروق منه فيتعلق بما تعلق به القطع [8] فجاز أن يختلف [حاله مع] [9] استيفائه .

---

(١) الإملاء : كتاب لأبي يوسف . رواه بشر بن القاضي ، ويحتوي على ستة وثلاثين كتابًا . انظر : الفهرست لابن النديم ص ٢٨٦ .

(٢) سورة البقرة : الآية ١٩٤ .

(٣) سورة الشورى : الآية ٤٠ .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) سورة الأنعام : الآية ١٦٠ .

(٦) أخرجه الدارمي في سننه (٣٤٢/٢) برقم ٢٥٩٦ .

(٧) في (ص) : [سراق] .

(٨) في (ص) : [القطع به] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .

٢٩٢٣٦ – قالوا : إذا وجب القطع مع وجوب رد العين المسروقة وجب أن [يجتمع مع] (١) بدلهما من المثل أو (٢) القيمة . لأن البدل قائم مقام العين فإذا اجتمع مع المبدل [وجب اجتماعه مع البدل .

٢٩٢٣٧ – قلنا : قد بينا أن القطع واجب مع رد العين ومع وجوب رد بدلهما ، ويسقط رد البدل باختيار المالك بالمطالبة بالقطع .

٢٩٢٣٨ – فإن عللوا بالوجوب رد البدل بعد القطع علة للسرقة يمتنع أن يجب رد العين القائمة ، ولا يجب رد بدلها] (٣) إذا أتلفت كما يجب على الوارث رد الودائع التي عند الميت ، ولا يجب رد بدلها إن تلفت وكذلك (٤) الثوب [إذا ألقته] (٥) الريح [في دار إنسان] (٦) والعبد إذا سرق من دار سيده وجب عليه رد العين القائمة فلا يجب رد بدلها إذا تلفت .

٢٩٢٣٩ – قالوا : القطع والقيمة حقان لمستحقين فجاز اجتماعهما في فعل واحد أصله إذا قتل صيدا مملوكا وجب الجزء والقيمة .

٢٩٢٤٠ – قلنا : إذا (٧) أردتم جواز اجتماع وجوبهما . قلنا : بموجبه . لأن (٨) السارق يجب عليه [قطع وضمان] (٩) كل واحد من الأمرين [مراعى فإذا استوفى] (١٠) القطع سقط [الضمان .

٢٩٢٤١ – فإن أرادوا أجزاء اجتماع الاستيفاء انتقض] (١١) بمن وجب عليه قطع (١٢) [بالسرقة والقصاص] (١٣) والقتل (١٤) بالقصاص والرجم أنها حقان

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .

(٢) في (م) : [و] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .

(٤) في (م) : [فكذلك] .

(٥ ، ٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .

(٧ ، ٨) ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .

(٩) في (م) : [القطع والضمان] .

(١٠ ، ١١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .

(١٢) في (م) : [القطع] .

(١٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .

(١٤) في (ص) : [قتل] .

مستحقان ، ولا يجوز اجتماعهما [١] في الاستيفاء [٢] والمعنى في الجزاء [٣] والقيمة في مال نفسه من وجوب الضمان المثبتة له حكم المالك لا تنفيه كما لا تنفيه نفس الملك . والقطع لا يجوز وجوبه في ملك نفسه ما لضمان ينافيه لأنه [٤] مختلف في إيجابه حكم الملك من حين أخذه [٥] .

٢٩٢٤٢ - قالوا : أتلف [٦] مال غيره متعديا من غير يدين [٧] ولا تأويل فلزمه ضمان [٨] كالغاصب .

٢٩٢٤٣ - قلنا : يبعد بالعبد [إذا أتلف مال مولاه . ولأنا نقول بموجبه لأن الإتلاف] [٩] تعلق به ضمان [١٠] عندنا وسقط الملك باختياره المطالبة بالحد كما سقط بعد وجوبه [١١] بالبراءة . و [المعنى في الغاصب أنه لم يلزمه] [١٢] عقوبة لا يجوز إيجابها في ماله . فكذلك جاز استيفاء الضمان ، ولما وجب على السارق عقوبة لا يجوز إيجابها في ملكه لم يجز استيفاء الضمان معها . لأنه اختلف في ثبوت حكم الملك به .

٢٩٢٤٤ - قالوا : سرقة يجب ردها عند بقائها فوجب الضمان عند فواتها أصله إذا سرق [ربع دينار] [١٣] وسرق ما يسرع إليه الفساد .

٢٩٢٤٥ - [قلنا : لا يخلو إما] [١٤] أن يقطع في [هذا أو لا] [١٥] يقطع [فإن رأى الإمام] [١٦] إيجاب القطع سقط الضمان [١٧] عندنا ، وإن رأى [١٨] إسقاط القطع وجب الضمان كما لو سرق عشرة درهم سقط القطع فيها بشبهة .

* * *

---

(١) في (ص) : [اجتماعها] .

(٢ ، ٣) ساقطة من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .

(٤) في (م) : [بأنه] .

(٥) في (م) : [الأخذ] .

(٦) في ٠ ص) : [تلف] .

(٧) غير في (ص) .

(٨) في (م) : [الطمان] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .

(١٠) في (م) : الضمان] .

(١١) في (م) : [وجوه] .

(١٢ - ١٦) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) واستدرك في الهامش وهو مطموس .

(١٧) ما في (ص) : [ضمان] .

(١٨) في (ص) : [ری] .

مسألة ١٤٤٨

[حكم السارق من ذي رحم]

٢٩٢٤٦ - قال أصحابنا : إذا سرق من ذي رحم محرم [(١)] لم يقطع [(٢)] .

٢٩٢٤٧ - وقال الشافعي : إن [(٣)] سرق [ممن لا دية] [(٤)] بينه وبينه قطع [(٥)] .

٢٩٢٤٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا۟ مِنۢ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَـٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَٰنِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَـٰمِكُمْ ﴾ [(٦)] . فأباح [(٧)] سبحانه الأكل من بيوت محارمه ، ولم يشرط الأذن . وهذا [يفيد إباحة] [(٨)] الدخول . وذلك يمنع وجوب القطع .

٢٩٢٤٩ - فإن قيل : أجمعنا أنه لا يجوز الأكل بغير إذن . والأذن شرط [(٩)] .

٢٩٢٥٠ - قلنا : لو شرط الإذن سقط التخصيص . لأن الإذن يبيح الأكل من

---

(١) كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة . وفتح القدير (٣٨٠/٥) .

(٢) انظر : معين الحكام صـ١٨٦ ، والجامع الصغير صـ٢٩٧ ، ودرر الحكام (٧٩/٢) . والفتاوى الهندية (١٨١/٢) ، وبداية المبتدي صـ١١١ . والبحر الرائق (٦٢/٥) . وحاشية ابن عابدين (٩٧/٤) . والجوهرة النيرة (١٦٧/٢)، ومجمع الأنهر (٦٢٠/١) . وهي رواية عن الإمام أحمد . الإنصاف (٢٨٠/١٠) .

(٣) في (م) : [إذا] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥) انظر : مغني المحتاج (٤٧١/٥) ، وأسنى المطالب (١٤٠/٤) ، وروضة الطالبين (١٢٠/١٠) ، وفتح العزيز (١٩١/١١) ، وشرح المحلي على المنهاج (١٨٩/٤) ، وتحفة المحتاج (١٣٠/٩) ، ونهاية المحتاج (٤٤٤/٧) ، وهو المذهب عند الحنابلة . انظر : الإنصاف (٢٨٠/١٠) . انظر : كشاف القناع (١٤١/٦) ، والمغني (١١٧/٩) . وذهب المالكية إلى عدم القطع بسرقة الأب أو الأم من ابنهما ، ويقطع الابن في السرقة من والديه ، وكذلك سائر المحارم . انظر : التاج المذهب (٢٥١/٤) ، وحاشية العدوي (٣٣٢/٢) ، والمدونة (٥٣٥/٤) . وقالت الظاهرية : القطع واجب على من سرق من ولده أو والده أو من محارمه . انظر : المحلي (٣٣٤/١٢) .

(٦) سورة النور : الآية ٦١ .

(٧ ، ٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٩) في (م) : [شروط] .

الأجنبي [وإنما المراد بالآية إباحة] [١] الأكل إذا كان ذلك غير ممانع للتبسيط فيكون الإذن بالعادة فسقط اعتبار الإذن بالنطق .

٢٩٢٥١ – فإن قيل : روي أنها نزلت على سبب وهو أن المسلم كان إذا خرج غازيا استخلف على بيته أقاربه [٢] وأذن لهم في الأكل . فلما أمروا بالمناصحة ونهوا عن الخيانة امتنعوا من الأكل مع الإذن فنزلت الآية في إباحة ذلك [٣] .

٢٩٢٥٢ – قلنا : وقد قيل : إن الآية [نزلت في الأكل] [٤] من هذه البيوت إذا لم يجد الإنسان في بيته طعاما .

٢٩٢٥٣ – قالوا : عهد ومن الناس من حمل هذه الآية على إباحة أكل طعام الأقارب من غير إذن .

٢٩٢٥٤ – وهذا الاختلاف شبهة في إسقاط القطع .

٢٩٢٥٥ – فإن قيل : ذكر في الآية ﴿ أَوْ صَدِيقِكُمْ ﴾ .

٢٩٢٥٦ – قلنا : هذا ظاهر يقتضي سقوط القطع عنه لولا قيام الدليل ، ولأنه إذا عزم على سرقة مال صديقه فليس بصديق عند الأخذ فيجب عليه القطع ؛ ولأنه [٥] ذو رحم محرم كالأب ولا تجوز مناكحته على التأبيد لأجل القرابة .

٢٩٢٥٧ – فإن قيل : هذا الوصف صح [٦] في سرقة الرجل من المرأة ، ولا يصح في سرقة رجل [٧] من رجل [٨] ولا امرأة [٩] من امرأة [١٠] .

٢٩٢٥٨ – قلنا : إذا ثبت هذا [١١] بطل قول مخالفنا . وليس يلزمنا أن ينصب علة تعم مواضع الخلاف على أن التعليل يقع لجهة القرابة التي هي الأخوة والعمومة وتلك الجهة تثبت تحريم المناكحة ممن تصح مناكحته .

٢٩٢٥٩ – فإن قيل : اعتبار تحريم المناكحة لا يصح ؛ لأن الرضاع يتعلق به تحريم

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) تفسير القرطبي ٣١٢/١٢ ، تفسير الطبري ١٦٩/١٨ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٦) في (م) : [يصح] .

(٧ ، ٨) في (م) : [الرجل] .

(٩ ، ١٠) في (م) : [المرأة] .

(١١) في (م) : [في هذا] .

المناكحة على التأبيد ولا يؤثر في القطع .

٢٩٢٦٠ – قلنا : لم نعلق الحكم بالتحريم . وإنما [(١)] علقنا [(٢)] بالقرابة الكاملة . وجعل تحريم المناكحة حقيقة [(٣)] كمال القرابة ، فمجرد التحريم إذن لم يؤثر في هذا الحكم فلم يلزمنا .

٢٩٢٦١ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [(٤)] . وبقوله ﷺ : « القطع في ربع دينار » [(٥)] .

٢٩٢٦٢ – قلنا : المراد به إذا سرق مالا من غير شبهة . ولا نسلم ارتفاع الشبهة في مال الأخ . ولأنه عموم مخصوص بما ذكرنا .

٢٩٢٦٣ – قالوا : قرابة لا يتعلق بها رد الشهادة فلا يتعلق بها سقوط القطع كابن العم .

٢٩٢٦٤ – قلنا : ابن العم عكس مسألتنا [(٦)] . لأنه قرابته لم تكمل . بدلالة أنها لا تحرم المناكحة . وقرابة الأخ كاملة على أن الأخ ألحق بابن العم في جواز الشهادة وجريان القصاص . ولحق [(٧)] بالولد في التحريم الدال على كمال القرابة . وفي حجب الأم كما يحجبها الولد وفي مشاركة الحد عندهم . وإذا كاد [(٨)] به أصلان [(٩)] كان ما يوجب سقوط الحد أولى مما يوجب ثبوته . وكان اعتبار ما يؤدي إلى صلة الرحم أولى مما يؤدي إلى قطعها .

٢٩٢٦٥ – وقولهم : إن النفقة لا تجب له مع اختلاف [(١٠)] الدين . ولا تدخل في الكتاب يدل على الشبه بابن العم .

٢٩٢٦٦ – وقد بينا شبهه بالوالدين من الوجه الذي بينا .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) في (م) : [علقناه] .

(٣) في (م) : [حتفه] .

(٤) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٥) سبق تخريجه .

(٦) في (م) : [علتنا] .

(٧) في (م) : [ألحق] .

(٨) في (م) : [تحاد] .

(٩) في (م) : [الأصلان] .

(١٠) في (م) : [إخلاف] .

مسألة ١٤٤٩

[سرقة أحد الزوجين من الآخر]

٢٩٢٦٧ – قال أصحابنا : إذا سرق أحد الزوجين من الآخر لم يقطع [١] . وهو قول الشافعي : في المزني [٢] .

٢٩٢٦٨ – وقال في اختلاف الأوزاعي : يقطع كل واحد منهما بسرقة الآخر [٣] .

٢٩٢٦٩ – وله قول ثالث : أن المرأة لا تقطع ويقطع الزوج [٤] .

٢٩٢٧٠ – لنا : ما روى مالك عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد أن عبد الله بن عمرو [٥] الحضرمي [٦] جاء بغلام له إلى عمر بن الخطاب . فقال له : اقطع يد هذا فإنه سرق . فقال عمر : ماذا سرق ، قال : سرق مرآة لامرأتي قيمتها ستون درهما . فقال عمر : أرسله فليس عليه قطع فخادمكم سرق متاعكم [٧] . وإذا أسقط القطع عن عبد الزوج في مال الزوجة فلأن يسقط عن الزوج أولى ولا يحمل هذا على أنه سرق من البيت المأذون في دخوله ؛ لأنه لم يستفصل ولأنه علل بأنه [٨] غلامهم . ولأنه بينهم سبب يوجب التوارث من غير حجب أو يوجب التوارث في جميع الأحوال كالوالد والولد .

٢٩٢٧١ – فإن قيل : الوصف غير مؤثر . لأن الحدود لد [٩] الولد يحجبون ولا يقطعون .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٢٠/٣) ، والهداية (٣٨٢/٥) ، والجوهرة النيرة (١٦٧/٢) . والمبسوط (١٩٠/٩) وبدائع الصنائع (٧٦/٧) . وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢٢١/٣) ، وفتح القدير (٣٨٣/٥) . وهو أحد الروايتين عند الحنابلة واختاره الأكثر . الفروع (١٣٣/٦) ، وكشاف القناع (١٤٢/٦) ، وشرح منتهى الإرادات (٣٧٦/٣) .

(٢) انظر : مختصر المزني ، الأم (٣٧١/٨) .

(٣) وهو اختيار المزني .انظر الأم (٣٧١/٨) ، والحاوي (٢٢٦/١٧) .

(٤) حكاه الحارث بن سريج النقال . الحاوي (٢٢٦/١٧) ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٦٥/٨) .

(٥) في (ص) و (م) [عمر] والصواب كما هو في موطأ مالك (٨٣٩/٢) .

(٦) هو : عبد الله بن عمرو الحضرمي . حليف بني أمية . ولد في حياة النبي ﷺ . روى عن عمر ، وروى عنه السائب بن يزيد . كان ثقة قليل الحديث . انظر : تهذيب التهذيب (٢٩٨/٥) ، الطبقات الكبرى (٦٤/٥) .

(٧) أخرجه مالك في الموطأ ٨٣٩/٢ رقم (١٥٢٩) والشافعي في مسنده صـ٢٢٥ .

(٨) في (م) : [أنه] .

(٩) هكذا في (ص) و (م) . ولعل صحة العبارة [لا تجرى بين الوالد و] .

٢٩٢٧٢ – قلنا : هذا يؤكد العلة ؛ لأنه إذا سقط القطع مع الحجب فمن (١) لا يحجب سببه أقوى فهو بإسقاط القطع أولى . ولأن كل واحد من الزوجين يبسط في مال الآخر في العادة فمنع ذلك القطع كالوالد والولد .

٢٩٢٧٣ – فإن قيل : قد يجوز كل واحد ماله عن الآخر .

٢٩٢٧٤ – قلنا : هذا لا يمنع التبسط . ولأنه من أصلنا أن شهادة أحدهما لا تقبل للآخر كالوالد والولد . ولأن [نفقتها] (٢) تلزمه ، ولم يقطع في ماله كالولد مع الوالد .

٢٩٢٧٥ – فإن قيل : الوالد إذا وطئ جارية الولد ولم يدع شبهة لم يحد و (٣) الزوج يحد .

٢٩٢٧٦ – قلنا : الابن إذا وطئ جارية أبيه ولم يدع شبهة حد ، وإن ساوى الأب في سقوط القطع .

٢٩٢٧٧ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ (٤) وبقوله ﷺ « لا قطع إلا في ربع دينار » .

٢٩٢٧٨ – قلنا : اتفقنا أن المراد به سرقة مال لا شبهة فيه ، ونحن لا نسلم ارتفاع الشبهة في مسألتنا .

٢٩٢٧٩ – قالوا : بينهما عقد على منفعة فأشبه عقد الإجارة .

٢٩٢٨٠ – قلنا : يبطل إذا سرق من البيت الذي هما فيه .

٢٩٢٨١ – فإن قالوا : العقد لم يمنع وإنما منع الإذن في دخول الحرز .

٢٩٢٨٢ – قلنا : فكذلك العقد عندنا لم يسقط القطع ، وإنما أسقط التبسط في المال . ولأن عقد النكاح لا يجوز اعتباره بالإجارة في إثبات الحدية . بدليل : أن الإجارة لا يثبت بها (٥) التوارث والنفقة وتحمل الفطرة (٦) عندهم فكذلك يجوز أن يثبت النكاح حرمة تسقط القطع فلا يثبت [ذلك في] (٧) الإجارة .

٢٩٢٨٣ – قالوا : يجرى بينهما القصاص [فإذا وجب القصاص وجب القطع .

---

(١) في (م) : [ومن] .
(٢) في (م) : [نفقتهما] .
(٣) ساقطة من (م) .
(٤) سورة المائدة : الآية ٣٨ .
(٥) في (م) : [منها] .
(٦) غير واضحة في (ص) .
(٧) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش وهي مطموسة .

٢٩٢٨٤ - قلنا : الابن يجب عليه القصاص] [1] بالجناية على أبيه ، ولا يقطع في ماله على أن حرمة النفس أقوى من حرمة المال . فيجوز أن يقتص منه بقتلها لقوة الحرمة وما [2] يقطع في مالها لأجل ضعف الحرمة .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) في (م) : [فلا] .

مسألة ١٤٥٠

[السرقة من المستأمن]

٢٩٢٨٥ - قال أصحابنا : إذا سرق سارق مال المستأمن لم يقطع .

٢٩٢٨٦ - وقال الشافعي : يقطع .

٢٩٢٨٧ - لنا أنه حربي فلا يقطع في أخذ ماله ، كما لو أخذه قبل الأمان . ولأنه على حكم دار الحرب ، ولهذا لا تؤخذ (١) الجزية منه ولا نمنعه من العود ، فصار بقاؤه على حكم الحرب شبهة في سقوط القطع ؛ ولأن معنى الإباحة حاصل في ماله ؛ بدليل محظور حظرًا مؤجلًا ، ولهذا يزول الحظر بمضي المدة من غير إحداث سبب فيه ، ومعنى الإباحة شبهة في سقوط القطع .

٢٩٢٨٨ - احتجوا : بالظواهر . وقد أجبنا عنها .

٢٩٢٨٩ - قالوا : من ضمن ماله جاز أن يقطع سارقه كالذمي . [قالوا : ولأن كل حكم تعلق بأخذ مال الذمي تعلق بأخذ مال المستأمن كالضمان] (٢) . ولأن المستأمن في عهده (٣) المؤقت كالذمي في عهده المؤبد فجريا مجرى واحدًا .

٢٩٢٩٠ - قلنا : اعتبار القطع في الضمان فاسد ؛ لأن الولد والضيف (٤) يجب عليهما الضمان ولا يجب عليهما القطع .

٢٩٢٩١ - واعتبار المستأمن بالذمي فاسد ؛ لأن معنى الإباحة لا يوجد في مال الذمي ؛ لأنه (٥) محظور يتناوله على التأبيد ، والمستأمن حظر ماله مؤقت وإباحته منتظرة مترقبة ، فأوجب ذلك شبهة فيه . ولأن الذمي من أهل دارنا ، ولهذا لا يمكن من العود إلى دار الحرب والمستأمن من أهل دار الحرب ؛ بدلالة أنه لا (٦) يمنع من العود إليها متى شاء إلا أن ماله حظر بالأمان ، فوجب ضمانه ؛ لأن الشبهة لا تؤثر في الضمان ، وسقط القطع والقصاص الذي يسقط بالشبهة .

---

(١) في (م) : [نأخذ] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) غير واضحة في (ص) ، وفي (م) : [والصف]، والمثبت من (ص) .

(٥) في (م) : [الذي لا] .

(٦) ساقطة من (م) .

مسألة ١٤٥١

سرقة المستأمن

٢٩٢٩٢ - قال أبو حنيفة ومحمد : لا يقطع المستأمن إذا سرق ، ولا يقام عليه حد إلا حد القذف (١) .

٢٩٢٩٣ - وقال أبو يوسف : تقام عليه الحدود إلا حد الشرب (٢) .

٢٩٢٩٤ - وروى المزني عن الشافعي : أنه لا يقطع (٣) .

٢٩٢٩٥ - وقال في سير الأوزاعي : يقطع (٤) .

٢٩٢٩٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَـٰمَ ٱللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ ﴾ (٥) وهذا يمنع إقامة الحد عليه (٦) . ولأنه حد خالص لله تعالى كحد الزنى . ولا يلزم حد القذف : لأن حق الآدمي في المطالبة به ثابت فلم يخلص لله تعالى . ولأنه على حكم دار الحرب . ولهذا يترك بغير جزية . ولو سرق في دار الحرب لم يقطع كذلك في دار الإسلام . ولا يلزم حد القذف ؛ لأنه ضمنه لنا بالأمان أنه لا يتعرض لأعراضنا فأقيم الحد عليه بالتزامه ، لأنه لا حد يجب بالقذف إلا الحد . وضمن لنا أنه (٧) لا يتعرض لأموالنا فيجب عليه ضمانها ولا يجب الحق الذي يخلص لله تعالى .

٢٩٢٩٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾ (٨) وهو عموم مخصوص بما ذكرنا .

٢٩٢٩٨ - قالوا : من لزمه حد القذف لزمه القطع في السرقة كالذمي .

---

(١) انظر : الفتاوى الهندية (١٤٩/٢) ، وتبيين الحقائق (١٨٢/٣) ، وحاشية ابن عابدين (٨٣/٤) . وهو قول أشهب من المالكية . ورواية عن الحنابلة . وتبصرة الحكام (٢٤٧/٢) . والمغني (١١١/٩) .

(٢) انظر : شرح السير الكبير (١٨٥٢/٥) . وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق (١٨٢/٣) .

(٣) انظر : الأم (١٦٠/٧ ، ٣٧٨) ، ومغني المحتاج (٤٩٠/٥) ، وأسنى المطالب (١٥٠/٤) .

(٤) انظر : الأم (٣٧٨/٧) ، والمهذب (٢٧٧/٢) - وهو قول ابن القاسم من المالكية . وجزم بالقطع أغلب كتب المذهب . انظر تبصرة الحكام (٢٤٧/٢) ، التاج والإكليل (٤٢٥/٨) ، وشرح مختصر خليل للخرشي (١٠٢/٨) . والمغني (١١١/٩) ، والإنصاف (٢٨١/١٠)

(٥) سورة التوبة : الآية ٦ .

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) في (ص) : [أنه] .

(٨) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

٢٩٢٩٩ – قلنا : حد القذف يجب على الابن بقذف أبيه ولا يجب القطع بسرقة ماله . فكذلك العبد مع مولاه والمعنى في الذمي : أنه يقام عليه حد الزنى وليس كذلك من مسألتنا ؛ لأنه [1] لما لم يقم عليه حد الزنى لم يقم عليه حد السرقة .

٢٩٣٠٠ – قالوا : حد يجب لصيانة حق المسلم كحد القذف .

٢٩٣٠١ – قلنا : حد القذف لا يخلص لله تعالى فيجب عليه كما تجب حقوق الآدميين . وحد السرقة يخلص لله تعالى كحد الزنى .

٢٩٣٠٢ – قالوا : من لزمه ضمان المال جاز أن يلزمه القطع في السرقة كالوصي .

٢٩٣٠٣ – قلنا : الضمان أوسع والقطع أضيق فلا يجعل أحد الأمرين علما على الآخر . والمعنى في الذمي أنه من أهل دارنا والحربي بخلافه .

* * *

(١) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

مسألة ١٤٥٢

[سرقة الإناء الذي بلغت قيمته نصابا]

٢٩٣٠٤ - قال أبو حنيفة ومحمد : إذا سرق إناءً فيه خمر أو طعام وقيمة الإناء نصاب لا يقطع [١] .

٢٩٣٠٥ - وقال أبو يوسف : يقطع [٢] . وبه قال الشافعي [٣] .

٢٩٣٠٦ - لنا : أن المقصود بالسرقة ما في الإناء . بدلالة [أنه لو] [٤] قصد الإناء أراق ما فيه وأخذه . والمقصود بالسرقة إذا لم يجب فيه قطع لم يجب فيما يتبعه كمن سرق صبيًّا حرًّا [٥] عليه حلي أو كلبا عليه قلادة . ولا يقال : كل واحد منهما مقصود . لأن الأواني وما فيها يراد لأجله . ولأنه إذا احتمل صار الاحتمال شبهة في القطع .

٢٩٣٠٧ - فإن قيل : حلي الصبي في يده فلم يحصل في يد السارق . بدليل أن اللقيط إذا كان عليه حلي كان له .

٢٩٣٠٨ - قلنا : اليد تثبت على الصبي وعلى ما عليه ، وإنما يحصل له حكم اليد إذا لم يكن ممن يغلب عليه ، فإذا غلب عليه ونقله وهو ممن لا يحفظ نفسه ولا الأموال . فقد غلب على ما في يده و [٦] يبين هذا أن قلادة الدابة يحكم بها لصاحب الدابة فإذا [٧] سرق الدابة بقلادتها وجب عليه القطع ؛ لأنه غلب عليها ، وإن كانت القلادة لو لم تغلب على الدابة محكوم بها لصاحب الدابة . لأنه أقرب الناس إليها . لا لأن لها يدًا فالصبي مثله .

---

(١) انظر : فتح القدير (٦٣٨/٥) ، ومجمع الأنهر (٦١٧/١) - والمبسوط (١٨٩/٩) . وتبيين الحقائق (٢١٦/٣) - وهو المذهب عند الحنابلة . والإنصاف (٢٦١/١٠) . مطالب أولي النهى (٢٣٠/٦) ، وكشاف القناع (١٣١/٦) .

(٢) انظر : الفتاوى الهندية (١٧٧/٢ - ١٧٨) ، والجوهرة النيرة (١٦٦/٢) .

(٣) انظر : الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٥٣٧/٢) . وتحفة المحتاج (١٢٨/٩) . والتهذيب (٣٩٩/٧) ، وشرح المحلي على المنهاج (١٨٨/٤) . والمهذب (٢٨٠/٢) ، ومغني المحتاج (٤٦٩/٥) هو مذهب المالكية وهو الوجه الثاني عند الحنابلة انظر : وحاشية العدوي (٣٣٣/٢) ، وحاشية الدسوقي (٣٣٦/٤) ، والمغني (١١٥/٩) .

(٤) في (م) : [لو أنه] .

(٥) ساقط من (ص) .

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) في (م) : [فإن] .

٢٩٣٠٩ - احتجوا : بأن سرقة الإناء لو انفردت وجب فيها القطع . فإذا انضم إليها التراب صار كسرقة إناءين .

٢٩٣١٠ - قلنا : يبطل بالقلب [١] وقلادته والصبي وحليه . والمعنى في الإناءين [٢] أن أحدهما ليس بتابع للآخر فاعتبر كل واحد على حياله . والإناء يتبع ما فيه فالظاهر أنه هو المقصود فلما لم يقطع فيه [لم يقطع] [٣] في تبعه .

٢٩٣١١ - قالوا : سقوط الحد في أحد المسروقين لا يوجب سقوطه في الآخر أصله إذا سرقهما متفرقين .

٢٩٣١٢ - قلنا : يبطل بالصبي والحلي وبالمال المشترك . ولأنا نقول بموجبه ؛ لأن المسقط عندنا للقطع أنه لا يجب في المقصود بالسرقة فلم يجب بالتبع ، والمنفردان [٤] لا يتبع أحدهما الآخر .

٢٩٣١٣ - قالوا : سرق نصابا مقدرا من حرز مثله لا شبهة فيه وهو من أهل القطع .

٢٩٣١٤ - قلنا : لا نسلم ذلك . لأن سقوط القطع في المتبوع شبهة في التابع .

* * *

---

(١) هكذا في (ص) و (م) ولعل الصواب [بالكلب] .

(٢) في (م) : [الإناء] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٤) في (ص) : [المنفرد] .

مسألة ١٤٥٣

[اختلاف الشهود في صفة المسروق]

٢٩٣١٥ - قال أبو حنيفة : إذا شهد شاهد أنه سرق بقرة سوداء ، وقال الآخر بيضاء قبلت الشهادة وقطع [١] .

٢٩٣١٦ - وقال أبو يوسف ومحمد : لا تقبل الشهادة [٢] [ولا يقطع] [٣] . وبه قال الشافعي [٤] .

٢٩٣١٧ - وروى أبو حفص : أنه إذا قال أحدهما : سرق ثوبا هرويا . وقال الآخر مرويا على الخلاف [٥] .

٢٩٣١٨ - لنا : أنهما اختلفا فيما لا تفتقر صحة الشهادة إلى ذكره ، ويمكن التوفيق بين الشهادتين فصار كما لو قال أحدهما : سرق وهو لابس . وقال الآخر : لم يكن قميص أو قال أحدهما : كان مفتوح العينين . وقال الآخر : غمض أحد [٦] عينيه .

٢٩٣١٩ - والدليل على أن الاختلاف فيما لا تفتقر الشهادة إلى ذكره أنهما لو قالا : سرق بقرة وسكتا عن لونها جاز ، وإنما قلنا : إنه يمكن التوفيق بين الشهادتين لأنه يجوز [٧] أن يكون أحد جانبي البقرة أسود والآخر أبيض فرأى كل واحد منهما جانبا أو [٨] كانت

---

(١) انظر : مجمع الأنهر (٢٠٧/٢) ، والبحر الرائق (١١٦/٧) ، وبداية المبتدي صـ١٥٦ ، والجامع الصغير صـ٣٩١ . وهو قول أبي الخطاب من الحنابلة والظاهرية . انظر : المغني (١١٨/٩) ، والمحلى (٣٣٢/١٢) .

(٢) انظر : حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢٣٣/٤) ، وفتح القدير (٤٤٥/٧) ، ودرر الحكام ٣٨٧/٢ .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) انظر : الأم (٥٥/٧) ، وأسنى المطالب (١٥٢/٤) ، وروضة الطالبين (١٤٦/١ - ١٤٧) . وهو مذهب المالكية . انظر : المدونة (٥٣٨/٤) ، والإتقان والأحكام في شرح الحكام (٢٦٧/٢) ، ومذهب الحنابلة بخلاف أبي الخطاب . وانظر : المغني (١١٨/٩) ، وكشاف القناع (١٤٤/٦) ، ومطالب أولي النهى (٢٤٥/٦- ٢٤٦) .

(٥) القائل أن اختلاف الشهود في الثوب هرويا أم مرويًا على الخلاف هو أبو سليمان . أما أبو حفص فقد ذكر أن الشهادة لا تقبل إجماعا . انظر : البحر الرائق (٥٧/٥) . ووجه الفرق لأبي حنيفة : أن الهروى والمروي جنسان مختلفان ، وبيان الجنس من صلب الشهادة فكان الاختلاف فيها مانعا من قبولها . انظر : المبسوط (١٦٣/٩) .

(٦) في (م) : [إحدى] .

(٧) في (م) : [لا يجوز] .

(٨) في (م) : [لو] .

بلقاء [١] فغلب كل واحد منهما [٢] أحد اللونين ونسبها إليه ، ولا يلزم إذا اختلفا في المكان . لأن صحة الشهادة تفتقر إلى [ذكر ذلك] [٣] ولو سكتا عن المكان سألهما القاضي عنه .

٢٩٣٢٠ - ولا يلزم إذا شهد اثنان أنه زنى بها مطاوعة ، واثنان أنها مكرهة أن الشهادة لا تقبل ، وقد اختلفا فيما لا تفتقر الشهادة إلى ذكره ، ويمكن التوفيق بين الشهادتين . [لأنه] [٤] يجوز أن يكون ابتدأ الفعل بإكراه ثم طاوعت ، وذلك لأن المانع من قبول الشهادة ليس هو الاختلاف ، إنما هو شهود الطوع قذفه . والقاذف خصم فلا تقبل شهادته . فأما الهروي والمروي فلأن الثوب ينسب إلى مرو لصنعته حتى لو نسج ببغداد سمي مرويًّا ، وقد ينسب إلى البلد فيجوز أن يكون أحد الشاهدين نسب الثوب إلى الصناعة والآخر إلى البقعة وإن كان ثوبا واحدا . ولا يلزم إذا شهد أحدهما أنه سرق ثورًا [٥] وقال الآخر بقرة . لأن علامة الذكر لا تشكل بعلامة الأنثى فلا يمكن الجمع بين الشهادتين . فإن قيل [٦] احتمل الخلاف ما ذكرتم واحتمل غيره صار شبهة في سقوط القطع [٧] .

٢٩٣٢١ - قلنا : الشهود أمناء فإذا أمكن حمل قولهم على الصحة كان أولى من حمله على الفساد ، وإذا صححنا الشهادة ثبت الحق تابعا لها .

٢٩٣٢٢ - احتجوا : بأن إحدى العينين غير الأخرى فصار كما لو شهد أحدهما بثور والآخر ببقرة . و [٨] لأن اختلاف الصفة يوجب اختلاف الموصوف كالجنس .

٢٩٣٢٣ - الجواب : ما بينا أن اختلاف اللون قد يكون مع اتفاق العين .

٢٩٣٢٤ - وقولهم : إن اختلاف الصفة يوجب اختلاف الموصوف .

٢٩٣٢٥ - وقد بينا [٩] أن الصفة تختلف والموصوف واحد .

* * *

(١) البلقاء : هي التي فيها سواد وبياض . طلبة الطلبة مادة (بلق) .
(٢) ساقط من (م) .
(٣) في (م) : [ذكره لك] .
(٤) في (م) : [لا] .
(٥) في (م) : [ثوبا] .
(٦) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٧) في (م) : [الغير] .
(٨) ساقطة من (ص) .
(٩) في (م) : [ثابت] .

مسألة ١٤٥٤

[سرقة الصليب والصنم والملاهي]

٢٩٣٢٦ - قال أصحابنا : إذا سرق صليبًا من ذهب أو صنمًا لم يقطع . وكذلك إذا سرق طبلًا أو بربطًا (١) .

٢٩٣٢٧ - وقال الشافعي : يقطع في الصليب والصنم (٢) .

٢٩٣٢٨ - ومن [أصحابنا] من قال في الملاهي : إذا كانت لو فصلت بلغت النصاب قطع فيها .

٢٩٣٢٩ - لنا : أن الأصنام يجب كسرها ، ومن الفقهاء من قال (٣) يجب أخذ الملاهي وكسرها فصار الأخذ مع الشبهة مسقطا للقطع كأخذ الخمر وسرقة الأشربة المختلف فيها (٤) . ولأن الصليب يعد للمعصية كالخمر . ولا يلزم أواني الذهب . [لأنها] (٥) تعد للتجمل والتمول . وذلك ليس بمعصية . ولأن المقصود من هذه الأعيان ليس بمال . لأن المقصود من الملاهي اللهو ، ومن الصليب عبادته ، والمقصود بالسرقة إذا لم يكن مالا لم يجب القطع كمن سرق صبيا حرًّا عليه حلي .

٢٩٣٣٠ - ولأن أخذهما فيه شبهة . لأنه قد يأخذها ليمنع من استعمالها على طريق الأمر بالمعروف . والأخذ إذا دخله شبهة لم يجب القطع كأخذ الغريم ، وأخذ الأب من

---

(١) البربط : من ملاهي العجم ولهذا قيل : إنه معرب . وتسميه العرب : المزهر والعود . انظر : المصباح المنير مادة (بربط) . وتحفة الفقهاء (١٥٤/٣) ، وبداية المبتدى صـ١١١ ، ودرر الحكام (٧٩/٢ - ٨٠) ، والجوهرة النيرة (١٦٦/٢) وحاشية ابن عابدين (٩٢/٤) ، وتبيين الحقائق (٢١٧/٣) ، والهداية (٣٦٩/٥) - وهو مذهب الحنابلة . انظر : مطالب أولي النهى (٢٣٠/٦) ، وشرح منتهى الإرادات (٣٦٩/٣) ، وكشاف القناع (١٣٠/٦ - ١٣١) .

(٢) انظر : حاشيتي قليوبي وعميرة (١٨٨/٤) ، ونهاية المحتاج (٤٤٢/٧) . والحاوي (٢٣٣/١٧) وهو المالكية . انظر : التاج المذهب (٢٤٣/٤) ، وحاشية الصاوي (٤٧٤/٤) ، وحاشية الدسوقي (٣٣٦/٤) .

(٣) في (م) : [يقول] .

(٤) منهم أبو يوسف ومحمد من الحنفية . انظر : بدائع الصنائع (١٢٩/٥) . وكذا الشافعية . حيث يحرم الانتفاع بها ولا حرمة في صنعتها . للحديث الذي رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ : « والذي نفسي بيده ليوشكن أن ينزل فيكم ابن مريم حكما مقسطا فيكسر الصليب ويقتل الخنزير ويضع الجزية ويفيض المال حتى لا يقبله أحد » أخرجه البخاري في صحيحه (٧٧٤/٢) رقم (٢١٠٩) انظر أسنى المطالب (٣٤٤/٢) .

(٥) في (م) : [ولأنها] .

مال الابن والأخذ من الغنيمة .

٢٩٣٣١ – احتجوا : بأنه سرق نصابا مقدرًا [١] من حرز مثله لا شبهة فيه وهو من أهل القطع .

٢٩٣٣٢ – قلنا : لا نسلم انتفاء الشبهة ؛ لأنه إذا كان يجوز أخذه للكسر والمنع من تعظيمه صار ذلك شبهة في الأخذ ، وقياسهم على سائر الأموال لا يصح . لأنه متى كان شبهة في أخذها سقط عنه القطع فلا فرق بين الأصل والفرع .

٢٩٣٣٣ – قالوا : ما وجب القطع فيه غير معمول وجب في معموله .

٢٩٣٣٤ – قلنا : إن قلتم وجب في معموله بكل حال لم نسلم ؛ لأن معمول الأجناس إذا وجدت الشبهة [فيه لم يجب القطع ....] [٢] . معموله أنه أعمل منه ما لا شبهة] [٣] في أخذه . فإذا اتخذ منه صليب أو شطرنج أو صنم فليس العمل هو المسقط للحد . وإنما أسقطته الشبهة وهي تسقط الحد في الدنانير المتخذة من الذهب .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) هنا يوجد طمس في هامش (ص) ، ولعلها [والذي يقطع في] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

مسألة ١٤٥٥

[إذا نقب الحرز فأدخل يده فأخذ مالا]

٢٩٣٣٥ - قال أبو حنيفة : إذا نقب البيت فأدخل يده فأخذ مالًا لم يجب عليه القطع [١] .

٢٩٣٣٦ - وقال الشافعي : يجب القطع [٢] .

٢٩٣٣٧ - لنا : أنه لم يهتك الحرز المقصود . لأن المقصود في البيوت دخولها ونقصان الهتك كنقصان القدر ؛ لأن كل واحد منهما شرط في القطع وإذا أثر [٣] أحدهما في سقوط القطع كذلك الآخر . ولا يلزم من سرق من الكم أو من صندوق الصيرفي ؛ لأن هتك هذا الحرز لا يمكن بدخوله . فالمقصود من هتكه إدخال اليد ، وقد وجد ذلك .

٢٩٣٣٨ - فإن قيل : إذا كان الهتك المقصود وجود الحرز ، وذلك لا يمكن في الكم فيجب أن يسقط القطع فيه ، وعلة المقصود لم توجد .

٢٩٣٣٩ - قلنا : الحكم يتعلق بوجود الهتك المقصود ، [وإدخال اليد في الدار دون المقصود ، وإدخال اليد في الكم هو المقصود] [٤] . لأنه [٥] غاية الهتك فيه فالمقصود أن الحكم فيهما بمعنى واحد وإن اختلف صورة الهتك . [ولأن الأخذ يستقر] [٦] به الضمان فلا يجب به القطع كأخذ المنتهب . ولأنه أخذ لا يقطع به الردء فلا يقطع به المباشر كأخذ السيف . ولأنه لم يدخل الحرز الذي يمكن دخوله فلم يجب عليه القطع أصله إذا نقب فناوله الحرز من المال .

---

(١) وقال به محمد . انظر الجوهرة النيرة (١٦٩/٢) . وهو ظاهر الرواية . فتح القدير (٣٩٠/٥) ، والمبسوط (١٤٧/٩) . وقال أبو يوسف في الإملاء : يقطع . انظر : مجمع الأنهر (٦٢٢/١) ، وفتح القدير (٣٩٠/٥) والجوهرة النيرة (١٦٩/٢) .

(٢) انظر : الأم (٣٧٠/٨) ، وأسنى المطالب (١٤٢/٤) ، ومغني المحتاج (٤٧٦/٥) ، والمهذب (٢٧٩/٢) . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : الكافي ص ٥٨٠ ، والمدونة الكبرى (٥٣٠/٤) . وشرح منتهى الإرادات (٣٧١/٣) ، ومطالب أولي النهى (٢٣٤/٦) .

(٣) ما بين المعقوفتين في (م) إبراء .

(٤) ساقط من (م) .

(٥) في (م) : [ولأنه] .

(٦) ما بين المعكوفتين في (م) : [ولأنه أخذ ليستقر] .

٢٩٣٤٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ (١) .

٢٩٣٤١ - قلنا : القطع لا يتعلق بمجرد الاسم باتفاق فيجب الرجوع إلى ما يدل عليه الدليل .

٢٩٣٤٢ - قالوا : روي أنه ﷺ قال : « فإذا آواه الجرين ففيه القطع » (٢) .

٢٩٣٤٣ - قلنا : عموم مخصوص بما ذكرنا .

٢٩٣٤٤ - قالوا : أخرج نصابا من الحرز فأشبه إذا دخل .

٢٩٣٤٥ - قلنا : إذا دخل فقد هتك الحرز بأخذ المال الهتك المقصود . وإذا أدخل يده فعلم بوجود ذلك ، والحدود إذا وجبت تعلقت بالمقصود من كل نوع ، وقد قال مخالفونا : إن شريحة الباقلي (٣) لا تكون حرزًا للجوهر . لأنه لا يحترز بها في العادة . فاعتبر المقصود من الإحراز . فما الذي ينكر أن يعتبر المقصود من الهتك .

٢٩٣٤٦ - فإن قيل : هتك الحرز قد حصل بالنقب .

٢٩٣٤٧ - قلنا : المعتبر أن يهتك الحرز بأخذ المال الهتك المقصود .

* * *

---

(١) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) في (ص) : [الباقلاي] ، وفي (م) : [الباقلاني] . ولعل الصواب ما أثبتناه أو : [الباقلاء] ، وكلاهما : نبات عشبي مثل الفول واللوبيا .

مسألة ١٤٥٦

[إذا كانوا جماعة فحمل المتاع بعضهم وأعان الآخر]

٢٩٣٤٨ - قال أصحابنا : إذا دخل جماعة الحرز وحمل المتاع بعضهم فعلى جماعتهم القطع [١] .

٢٩٣٤٩ - وقال الشافعي : يقطع المباشر الآخذ دون الباقين [٢] .

٢٩٣٥٠ - لنا : أنه حكم يتعلق بأخذ المال يحتاج فيه إلى المعاونة فجاز أن يشارك فيه المباشر من لم يباشر كالغنيمة ولا يلزم إذا وقف خارج الحرز . لأنا عللنا لجواز تعلق القطع لغير المباشر فلا يلزمنا أعيان المسائل . ولأن الواحد من السراق حامل لهم فصار كما لو حملوا المتاع على دابة أو استأجروا من يحمله .

٢٩٣٥١ - فإن قيل : فعل الدابة ينسب إليهم وفعل الحامل لنفسه .

٢٩٣٥٢ - قلنا : بل [٣] يقع لهم . لأنه معين لهم في الحمل ، وعمل المعين [٤] يقع لمن أعانه كعمل الأجير . ولأن الحدود تتعلق بالمقصود من كل نوع ، وليس المقصود في السرقة حمل [الأحمال] [٥] ، وإنما المقصود هتك الحرز ، والتمكن من أخذ المال ، ولهذا يحمل المال أصاغرهم .

٢٩٣٥٣ - ولا يلزم من نقب البيت الحرز ووقف عند البيت يحميهم [٦] لأن هذا لم يهتك الحرز .

٢٩٣٥٤ - فإن قيل : هتك الحرز يقع بنقبه .

---

(١) وذلك إذا أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم . انظر : تبيين الحقائق (٢١٤/٣) ، ودرر الحكام (٧٩/٢) ، والبحر الرائق (٥٤/٥) . ووجوب القطع على سبيل الاستحسان . وفي القياس : لا يقطع إلا المباشر . وهو قول زفر . بدائع الصنائع (٦٧/٧) ، وفتح القدير (٣٩٠/٥) ، والمبسوط (١٤٩/٩) . وهو مذهب هي الحنابلة . انظر : شرح منتهى الإرادات (٣٧٠/٣) ، ومطالب أولي النهى (٢٣٣/٦) .

(٢) انظر : الأم (١٦١/٦) ، وروضة الطالبين (١٣٤/١٠) . وذهب المالكية : إلى أنه لا يقطع أحدهم إذا كانت السرقة خفيفة يستطيع أحدهم حملها وحده ، ولم ينب كل واحد منهم نصابا . وإن كانوا لا يستطيعون إخراجها إلا جماعة أو منفردين ، وناب كل واحد منهم نصابا وجب القطع . لأنهم حينئذ كسارق واحد . انظر : منح الجليل شرح مختصر خليل (٣٠٣/٩) ، وحاشية الدسوقي (٣٣٥/٤) .

(٣) ساقطة من (ص) .

(٤) في (م) : [العين] .

(٥) في (م) : [الملك] .

(٦) في (م) : [بجميعهم] .

٢٩٣٥٥ - قلنا : بل بدخوله . بدلالة : أن باب الدار إذا كان مفتوحا فدخله السارق وجب عليه القطع بأخذ المال وإن كان لم يهتك ذلك بفتحه ونقبه . فعلم أن الدخول هو الهتك الذي يتعلق به الحكم .

٢٩٣٥٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [1] .

٢٩٣٥٧ - قالوا : والسارق من أخذ المال مستخفيا ، وهذا لم يأخذ شيئًا .

٢٩٣٥٨ - قلنا : هذا آخذ . لأن فعل الحامل يقع له ، وأكثر ما في الآية [2] أن تدل على وجوب القطع على الآخذ ، ولا تنفي القطع عن غيره .

٢٩٣٥٩ - قالوا : حد فيجب على المباشر دون المعاون كحد الزنى .

٢٩٣٦٠ - قلنا : المقصود من الزنى اللذة ، وذلك لا يوجد في المعاون ، والمقصود من السرقة حصول المال على وجه مخصوص ، وذلك موجود إذا حمل المال له غيره .

٢٩٣٦١ - قالوا : فعل يتعلق به قطع طرف ، فلا يقطع به غير المباشر كقطع اليد الذي يتعلق به القصاص .

٢٩٣٦٢ - قلنا : يبطل بالمكره على أصلهم ؛ ولأن العقوبة التي هي القصاص تتعلق بالمقصود ، والمباشر هو الفاعل لما يقصد بالخيانة والقهر والغلبة هو المقصود في مسألتنا . فإذا حصل أخذ المال له تعلق به القطع .

٢٩٣٦٣ - قالوا : لم يأخذ من الحرز شيئا فصار كما لو وقف خارج الحرز .

٢٩٣٦٤ - قلنا : الآخذ آخذ له ، وقد وجد فيه التمكين . والأخذ مضاف إذا حمل على الدابة .

* * *

---

(١) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٢) في (ص) : [لآية] .

مسألة ١٤٥٧

السرقة من غير الحرز ولا الحافظ

٢٩٣٦٥ - قال أصحابنا : إذا سرق [جلولا] (١) فيه متاع من غير حرز ولا حافظ عنده لم يقطع (٢) .

٢٩٣٦٦ - وغلط المخالفون علينا فقالوا عنا : إنه لا يقطع وإن كان عنده حافظ (٣) ، وليس كما ظنوا ، وإنما قلنا : إنه لا يقطع . لأنه أخذه من غير حرز وليس كذلك إذا [سقط] (٤) فأخذ منه المتاع ؛ لأنه حرز لما فيه فصار الأخذ من حرز فيقطع (٥) .

٢٩٣٦٧ - وقد قال أصحابنا : في هذه المسألة : إن سارق [العدل] (٦) آخذ للحرز فصار كمن أخذ باب الدار (٧) .

٢٩٣٦٨ - قالوا : لا نسلم ذلك ؛ لأن الباب محرز بنقبه في الحائط .

٢٩٣٦٩ - قلنا : [أصله] (٨) إذا نصب خيمة في الصحراء فسرقها لم يقطع ؛ لأنه حرز لما يكون فيها . فإذا سرقها لم يقطع كذلك في مسألتنا .

* * *

(١) هكذا في (ص) وفي (م) : [عدل] . ولعل صحة العبارة [جوالقا] وشهد لذلك أن الكلام في المسألة مبني عليها . والجوالق : هو الوعاء . انظر : مختار الصحاح مادة (جلق) .

(٢) انظر : مجمع الأنهر (٦٢٣/١) ، والبحر الرائق (٦٦/٥) . والجامع الصغير صـ٢٩٧ .

(٣) يقصد بالمخالفين هم الشافعية . والذي نقل مذهب الحنفية في هذه المسألة الماوردي حيث قال : (إن أخذ جميع الوعاء لم يقطع وإن أخذ مما في الوعاء قطع ، ولم يتعرض لذكر الحافظ عندها) . انظر : الحاوي (١٤٤/١٧) .

(٤) في (م) : [سقه] .

(٥) انظر : المبسوط (١٥٦/٩) ، وتبيين الحقائق (٢٢٤/٣) .

(٦) هكذا في (ص) و (م) ولعل صحة العبارة [الجوالق] .

(٧) انظر بدائع الصنائع (٧٤/٧) .

(٨) في (م) : [وصله] .

مسألة ١٤٥٨

[مناول السارق المتاع لمن هو خارج الحرز]

٢٩٣٧٠ – قال أصحابنا : إذا دخل السارق فأخذ المتاع وناوله للآخر من خارج الحرز لم يقطع [1] .

٢٩٣٧١ – وقال الشافعي : يقطع [2] .

٢٩٣٧٢ – لنا : أنه انفصل عن الحرز ؛ وليس له يد على المال مشاهد فصار كما لو استهلك المال في الحرز ثم خرج ولا يلزم إذا حمل المال أحد السراق ؛ لأن فعل أحدهم كفعلهم فكل واحد منهم له يد على المال عند انفصاله من الحرز ، شاهده كما لو حمله على الدابة .

٢٩٣٧٣ – فإن قيل : فيد الخارج السارق قد انفصل من الحرز [والمال] في حكم يده .

٢٩٣٧٤ – قلنا : إذا اجتمع السارقان [3] في الحرز فحمل أحدهما وخرج الآخر معه فيده ثابتة مشاهدة ، وإذا ناوله عنه فعند الانفصال له يد حكمية ، ولا يجب القطع كما لو أودع المال عند رجل في الحرز ثم خرج . ولأنه انفصل من الحرز والمتاع مفقود في الحرز فصار كما لو استهلكه في الحرز وخرج .

٢٩٣٧٥ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [4] .

٢٩٣٧٦ – قلنا : عموم الآية مخصوص بما ذكرنا .

٢٩٣٧٧ – قالوا : سرق نصابا مقدرا من حرز مثله .

٢٩٣٧٨ – قلنا : لا نسلم انتفاء [5] الشبهة . لأنه مشترك [6] في الأخذ الخارج ، ولا قطع عليه فيكون ذلك شبهة في حقه .

---

(١) هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد يقطع الداخل منهما ولا يقطع الخارج إذا لم يدخل يده إلى الحرز . لأن الداخل لما ناوله المال . فقد أقام يده مقام يده فكأنه خرج والمال في يده . انظر : بدائع الصنائع (٦٥/٧) ، والجوهرة النيرة (١٦٨/٢ – ١٦٩) . والمبسوط (١٤٧/٩) . فتح القدير (٣٨٨/٥) .

(٢) انظر : تحفة المحتاج (١٤٦/٩) ، وأسنى المطالب (١٤٧/٤) ، وحاشية الجمل (١٤٨/٥) . وهو مذهب المالكية والحنابلة . انظر : التاج والإكليل (٤٢١/٨) ، والمدونة (٥٣٢/٤) . شرح منتهى الإرادات (٣٧١/٣) ، وكشاف القناع (١٣٣/٦ – ١٣٤) . والفروع (١٢٨/٦) .

(٣) في (م) : [السارق] .

(٤) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٥) في (م) : [أسيا] .

(٦) في (م) : [شاركه] .

٢٩٣٧٩ – قالوا : قد قلتم : إنه لو رمى المتاع ثم خرج فأخذه قطع وإن كان انفصل من الحرز ولا يد له عليه . فأما إلقاء المال لا يزيل اليد . لأنه لم تحدث عليه يد أخرى . فهو في يد السارق .

٢٩٣٨٠ – قالوا : فهي يد حكمية .

٢٩٣٨١ – قلنا : بل في حكم المشاهدة ؛ لأن المسألة محمولة على أنه ألقاه بحيث يقرب منه ويكون حافظا له ، وهذا في حكم اليد المشاهدة .

* * *

مسألة ١٤٥٩

[سرقة القرون]

٢٩٣٨٢ - روى بشر بن الوليد [١] في نوادره [٢] عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال : لا قطع في القرون معمولة : وغير معمولة [٣] . وقال أبو يوسف : إذا كانت معمولة قطعت فيها .

٢٩٣٨٣ - وذكر المخالفون هذه المسألة . قالوا : القرون كالشعر والصوف وقالوا : إن كانت توجد مباحة وجب أن يقطع في معمولها كما يقطع في معمول الخشب [٤] .

٢٩٣٨٤ - وهذه المسألة اختلف قول أبي حنيفة وأبي يوسف لاختلاف السؤال . فأبو حنيفة أجاب في قرون الميتة فلا يجب القطع فيها ؛ لأنه اختلف في كونها مالا ، وفي جواز بيعها فمعمولها [٥] وغير معمولها سواء . فأما قرون المذكاة فيجب فيها القطع إذا عملت .

٢٩٣٨٥ - فإن قيل : فقد قال : أبو حنيفة أقطع في العاج إذا عمل ولا أقطع فيه قبل العمل .

٢٩٣٨٦ - قلنا : العاج الذي من الفيل يقطع في معموله وغير معموله . لأنه لا يوجد مباحًا ولم يعرف أبو حنيفة الخلاف فيه ، والذي يختلف بالعمل وغيره العاج [٦] المتخذ من عظام الجمال فلا يجب القطع [فيما لم] [٧] يعمل منه ؛ لأنه يوجد [٨] مباحا فإذا عمل صار كالخشب المعمول .

---

(١) هو : بشر بن الوليد بن خالد الكندي الحنفي . ولد سنة خمسين ومائة . سمع من مالك وحماد وأبي يوسف وبه تفقه . وروى عنه : موسى بن إسحاق الأنصاري . وولي القضاء بمعسكر المهدي . مات سنة ثمان وثلاثين ومائتين . انظر : الجرح والتعديل ٣٦٩/٢ ، وسير أعلام النبلاء (٦٧٣/١٠ - ٦٧٥) الثقات (١٤٣/٨) .

(٢) نوادر بشر بن الوليد : هي أحد النوادر الثمانية التي ألفت في مذهب الحنفية ، وهي مسائل مروية عن مذهب أبي حنيفة مما لم يذكر في كتب ظاهر الرواية . انظر : كشف الظنون(١٢٨٢/٢) .

(٣) لم نقف على هذه الرواية بعينها ، ولكننا وجدنا مذهب أبي حنيفة هكذا . والفتاوى الهندية (١٧٦/٢) .

(٤) مذهب الشافعية القطع بسرقة القرون إذا بلغت نصابا . وكانت محرزة . وحرز صوفها ولبنها وشعرها ووبرها هو حرز الدواب . انظر : روضة الطالبين (١٢١/١٠) وحاشيتي قليوبي وعميرة (١٩٤/٤) ، ومغني المحتاج (٤٧٨/٥) .

(٥) في (م) : [بمعمولها] .

(٦) في (م) : [والعاج] .

(٧) في (م) : [فيهما ما لم] .

(٨) في (م) لا يوجد .

مسألة ١٤٦٠

[السرقة من الحمام]

٢٩٣٨٧ - قال أصحابنا : السارق من الحمام في الوقت الذي يفتح لدخول الناس لا قطع عليه [١] .

٢٩٣٨٨ - وقال الشافعي : إذا كان فيه ثياب عندها حافظ قطع سارقها [٢] .

٢٩٣٨٩ - لنا : أن الحمام حرز مأذون في دخوله [من جهة آدمي] [٣] فملك الأذن فلا يجب على المأذون له القطع بالسرقة منه كالضيف .

٢٩٣٩٠ - ولا يلزم المسجد ؛ لأنه ليس محرز في نفسه ، ونحن قلنا : حرز مأذون في دخوله ، ولأن هناك الإذن من جهة اللّٰه تعالى ، ونحن قلنا : مأذون في دخوله من جهة الضيف .

٢٩٣٩١ - فإن قيل : الضيف إذا سرق من المكان المأذون له في دخوله لم يقطع ؛ لأن ما فيه غير محرز عنه ، فلو كان في الدار بيت مقفل ففتحه [٤] وأخذ منه قطع .

٢٩٣٩٢ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن البيت والدار حرز واحد . بدلالة أن السارق إذا أخذ من البيت وخرج إلى الدار لم يقطع حتى يخرج من الدار . وإذا كان الجميع حرز واحد فسقوط القطع في بعضه يسقط في نفسه .

٢٩٣٩٣ - ولأن الحمام حرز في نفسه . بدلالة : أنه بيت كالدور . وبدليل أنه لو سرق منه ليلا يقطع [٥] . وكذلك إذا سرق منه قبل عمارته والإذن في دخوله ، والحافظ

---

(١) انظر : تبيين الحقائق (٢٢٠/٣) ، والجوهرة النيرة (١٦٨/٢) ، والمبسوط (١٥٠/٩) . والعناية (٣٨٦/٥) . ومجمع الأنهر (٦٢١/١) . وفتح القدير (٣٨٥/٥) ، وحاشية ابن عابدين (٩٨/٤) . وغنية ذوي الحكام (٨١/٢) . وهي رواية عن الحنابلة . والإنصاف (٢٧٢/١٠) .

(٢) انظر : الأم (١٦٠/٦) ، وحاشية الشبراملس على نهاية المحتاج (٤٥٠/٧) ، وحاشية الجمل (١٤٥/٥) ، والمهذب (٢٧٩/٢) وحاشية البجيرمي على الخطيب (٢٠١/٤) . وهو مذهب المالكية والحنابلة والظاهرية . انظر : المدونة (٥٣٣/٤)، والمنتقى (١٦٣/٧ - ١٦٤) . والإنصاف (٢٧٢/١٠) ، ومطالب أولي النهى (٢٣٧/٦) . والمحلى (٣١٣/١٢) .

(٣) في (م) : [ولأنه هناك الأذن من جهة اللّٰه تعالى] .

(٤) في (م) بفتحه .

(٥) ساقط من (م) .

إنما يصير به ما ليس بحرز حرزًا . فأما الإحراز فوجود الحافظ فيها كعدمه ، ثم ثبت أن السارق لما ليس عنده حافظ يقطع . وليس كذلك المسجد ؛ لأنه ليس بحرز في نفسه فصار حرزا بحافظه .

٢٩٣٩٤ - احتجوا : بقصة صفوان ، وقد بينا الفرق بين المسجد والحمام .

* * *

مسألة ١٤٦١

[إذا سرق ولم يخرج من الحرز حتى أخذ]

٢٩٣٩٥ - قال أصحابنا : إذا دخل السارق النقب وسرق المتاع خارج الحرز ولم يخرج بنفسه حتى أخذ فلا قطع عليه (١) .

٢٩٣٩٦ - وقال الشافعي : يقطع (٢) .

٢٩٣٩٧ - لنا أنه أخذ قبل مفارقة الحرز ، فصار كما لو أخذ والمتاع معه ، ولأن من لا يجب عليه القطع إذا كان المتاع في يده ، لا يجب عليه إذا لم يكن في يده كالضيف ؛ ولأن انفصال السارق من الحرز مقصود في السرقة وإخراج المال ، فإذا اعتبر في وجوب القطع خروج المال ؛ كذلك خروج السارق .

٢٩٣٩٨ - احتجوا : بأن الحرز حرز للمال ، وقد أخرج المال ، فلا معتبر بالسارق .

٢٩٣٩٩ - قلنا : الحرز للمال مقصود وللسارق (٣) الانفصال مع المال ، فإذا لم ينفصل لم يكمل مقصود بالسرقة ، والحدود تجب بمقصود النوع .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط (١٤٧/٩) ، والفتاوى الهندية (١٨٠/٢) ، وفتح القدير (٣٨٧/٥) .

(٢) انظر : الحاوي (١٥٩/١٧) .

(٣) في (م) : [السارق] .

مسألة ١٤٦٢

مناولة السارق المال للغير

٢٩٤٠٠ - قال أصحابنا : إذا ناول السارق المال لغيره ثم خرج من الحرز ، فلا قطع عليه [١] .

٢٩٤٠١ - وقال الشافعي : يجب عليه القطع [٢] .

٢٩٤٠٢ - لنا : أنه انفصل من الحرز ولا يد له على المال ، فصار كمن أتلف المال في الحرز ؛ لأنه شارك في الفعل من لاقطع عليه ، وما سقط بالشبهة إذا شارك في شبهة من لا يجب عليه بنفس الفعل عن الشريك كالخاطئ والعامد ، ولأنه لو قدم المتاع من البيت إلى النقب فأخذه الآخر لم يقطع ؛ لأنه لا يد له عند الخروج عليه كذلك في مسألتنا .

٢٩٤٠٣ - احتجوا : بأنه سرق نصابًا مقدرًا من حرز مثله لا شبهة له فيه وهو من أهل القطع .

٢٩٤٠٤ - قلنا : لا نسلم عدم الشبهة ؛ لأن زوال يده عن المال عندنا و [٣] مفارقة الحرز شبهة .

* * *

(١) انظر : المبسوط (١٤٧/٩ - ١٤٨) ، وعبارته : فإن ناول صاحبًا له على الباب ، لم يقطع واحد منهما ؛ لأن الذي وقف خارج البيت لم يدخل الحرز والآخر لم يخرج المال .

(٢) انظر : نهاية المحتاج شرح المنهاج (٤٥٨/٤) ، وعبارته : (ولو) (تعاونا في النقب وانفرد أحدهما بالإخراج أو وضعه ناقب بقرب النقب فأخرجه آخر) ناقب أيضًا وقوله : أو وضعه) عطف على وانفرد ، فيفيد أن المخرج شريك في النقب (قطع المخرج) فيهما . والثاني يقطعان لا شتراكهما في النقب والإخراج ، كذا وجهه الرافعي .

(٣) ساقطة من (م) .

مسألة ١٤٦٣

[إقرار العبد بالسرقة]

٢٩٤٠٥ - قال أبو حنيفة : العبد المحجور عليه إذا أقر بسرقة مال في يده قطع ، ودفع المال إلى المسروق منه [1] . وهو [أحد قولي الشافعي] [2] .

٢٩٤٠٦ - وقال في القول الآخر : يقطع والمال للمولى [3] .

٢٩٤٠٧ - لنا : أن من قبل إقراره في القطع قبل في دفع المال كالحر ؛ لأن إقرار العبد بما يوجب الحد ينفذ وإن تلف به مال المولى ، بدلالة : تلف نفسه إذا أقر بالردة ، ولأنا لو حكمنا بالملك للمولى لم يجز أن يقطع فيه كما لو سرق مال المولى .

٢٩٤٠٨ - احتجوا : بأن ما في يد العبد كما في يد المولى ؛ لأن يده كيده ، ولو أقر بسرقة مال في يد المولى لم يلزمه تسليمه كذلك ما في يده .

٢٩٤٠٩ - قلنا : إذا لم ينفذ الإقرار فيما في [4] يد غير المقر لم يدل ذلك على أنه لا ينفذ فيما في يده ؛ يدلك عليه أنه لو أقر على عبد المولى بسرقة لم يقطع فيها ؛ فكذلك لم يجب تسليمها .

٢٩٤١٠ - قالوا : إذا أقر بسرقة ما دون العشرة لم يجب تسليمه ؛ لأن مال المولى كذلك العشرة .

٢٩٤١١ - قلنا : ما دون العشرة مختلف [5] في تعلق القطع به ، فلا يلزم تسليمه ، والعشرة متفق على وجوب القطع فيها فإذا قبل إقراره في القطع قبل في رد المال .

---

(١) انظر . البحر الرائق (٧١/٥) ، والعناية شرح الهداية (٤٠٩/٥) . ومجمع الأنهر (٦٢٧/١) ، وفتح القدير (٤١٠/٥) ، وغنية ذوي الأحكام (٨٣/٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . ومستدرك في الهامش .

(٣) واختلف أصحابه في محل القولين . فمنهم من قال : كلما إذا كان المال المسروق باقيا في يد العبد . فأما إذا كان تالفا . فلا يقبل إقراره قولا واحد في حق المولى . بل يتعلق بذمته إلى أن يعتق . ومنهم من قال : القولان إذا كان المسروق تالفًا . أحدهما : يقبل على المولى فتباع رقبته والثاني : لا يقبل فيتعلق بذمته إلى أن يعتق . فأما إذا كان المسروق باقيا في يده فلا يقبل على المولى قولا واحدًا . ومنهم من قال : القولان في الحالين سواء كان المسروق باقيًا أو تالفا . انظر : البيان (٤٨٩/١٢ - ٤٩٠) ، والمهذب (٣٤٤/٢) ، والحاوي ، ٢١٩/١٧ - ٢٢٠) .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) في (م) : [فخلف] .

مسألة ١٤٦٤

[السرقة من السارق]

٢٩٤١٢ - قال أصحابنا : إذا سرق السارق من السارق لم يقطع [١] .

٢٩٤١٣ - وقال أصحاب الشافعي فيه وجهان [٢] .

٢٩٤١٤ - لنا : أنه أخذ يستقر به الضمان فلا يقطع فيه كالأخذ لما دون النصاب ولأنه أخذ لا يقطع فيه الردء فلم يقطع المباشر كأخذ الغاصب والمنتهب ، ولأن يد السارق ليست يد ملك ولا أمانة ، ولا يثبت لصاحبها حكم الملك ، فخرجت من أقسام الأيدي . فصار الأخذ منها كالأخذ من الطرقات ، وأما السارق من الغاصب فيقطع [٣] .

٢٩٤١٥ - وقالوا في أحد الوجهين : لا يقطع .

٢٩٤١٦ - لنا : أنه سارق من يد صحيحة بدلالة أنها يد يتعلق بها الضمان فصار كما لو سرق المبيع من البائع [٤] .

٢٩٤١٧ - احتجوا : بأن من لا يقطع إذا سرق من السارق لا يقطع إذا سرق من الغاصب كالمالك

٢٩٤١٨ - [قلنا] يد السارق يختلف في تعلق الضمان بها ، وهي يد منعة فلذلك لم يجب القطع بالسرقة منها فيد [٥] الغاصب يد مجمع على تعلق الضمان بها .

٢٩٤١٩ - ولو كانت يدًا صحيحة فلذلك وجب قطع السارق منها .

---

(١) انظر : فتح القدير ، والبحر الرائق (٥/٦٩) . الفتاوى الهندية (٢/١٧٨) ، ومجمع الأنهر (١/٦٢٤) ، والدر المختار (٤/١٠٨ - ١٠٩) ، والجوهرة النيرة (٢/١٧٠) . والبحر الرائق (٥/٦٩) . والمبسوط (٩/١٤٥) . وهو مذهب الحنابلة . انظر : شرح منتهى الإرادات (٣/٣٦٨) ، ومطالب أولي النهى (٦/٢٢٩) .

(٢) أحدهما : أنه يقطع بعد قطع السارق الأول . ثانيهما : لا يقطع ؛ لأنه في غير حرز مستحق فصار كغير المحرز . وهو الأصح . انظر : الحاوي (١٧/١٨٢) . وشرح المحلي على المنهاج (٤/١٩٥) ، وتحفة المحتاج (٩/٤٣) ومغني المحتاج (٥/٤٨٤) . والبيان (١٢/٤٧٨) . وذهب المالكية إلى أنه يقطع السارق الثاني . والمدونة الكبرى (٤/٥٢٩) ، وحاشية الصاوي (٤/٤٦٩) .

(٣) انظر مجمع الأنهر (١/٦٢٤) ، والهداية (٢/١٢٧) . وقال زفر : لا تقطع . انظر : تبيين الحقائق (٣/٢٢٨) .

(٤) انظر المبسوط (٩/١٤٤) .

(٥) في (م) : [ويد] .

فهرس المجلد الحادي عشر

الموضوع الصفحة

كتاب الجنايات

كتاب الديات

كتاب قتال أهل البغي

كتاب الحدود

كتاب السرقة

* * *

موسوعة
القواعد الفقهية المقارنة
المسماة
التجريد

للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري
(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج
أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد
أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة جامعة الأزهر

المجلد الثاني عشر

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى

١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م، ٢٠٠٠م، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

القاهرة - جمهورية مصر العربية
الإدارة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)
بريديًا : ص.ب ١٦١ الغورية الرمز البريدي ١١٦٣٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب قطاع الطريق

مسألة [1] ١٤٦٥

إذا قتل قاطع الطريق وأخذ المال

٢٩٤٢٠ - قال أبو حنيفة : إذا أخذ قاطع الطريق المال وقتل فإن الإمام يقطع يده ثم يقتله ويصلبه [2] .

٢٩٤٢١ - وقال الشافعي : يقتله ويصلبه [ولا يقطع يده] [3] .

٢٩٤٢٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ﴾ [4] إلى قوله : ﴿ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم ﴾ . وأجمعنا : أن المراد من قوله : ﴿ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ ﴾ [5] إذا أخذوا [6] المال . فمن زعم أن القطع يسقط بضم القتل إليه

---

(١) قطاع الطريق : هم قوم يجتمعون لهم منعة بأنفسهم يحمي بعضهم بعضًا ويتناصرون على ما قصدوا إليه ويتعاضدون عليه . الاختيار (١٨٠/٤) . وقطع الطريق يسمى سرقة كبرى . فكونه سرقة لأن قاطع الطريق يأخذ المال سرًا ممن إليه حفظ الطريق وهو الإمام الأعظم . وكونه كبرى لأن ضرر قطع الطريق على أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق ، وضرر السرقة يخص الملاك ولذا كان حد قاطع الطريق أغلظ ، وإنما أخره عن السرقة الصغرى . لأنها أكثر وجودًا . العناية شرح الهداية (٤٢٢/٥) حاشية الشلبي (٢٣٥/٣) . والأصل فيه : قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِي ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ ...... ﴾ [سورة المائدة : الآية ٣٣] ، جمهور العلماء على أن هذه نزلت في المحاربين . بداية المجتهد (٣٤٠/٢) ، المغني (١٢٤/٩) . وقطع الطريق على أربعة أنواع :أولًا : أن يكون بأخذ المال فقط ، وجزاؤه أن تقطع يده ورجله من خلاف . ثانيًا : أن يكون بالقتل فقط ، وجزاؤه القتل .ثالثًا : أن يكون أخذ المال أو القتل ، وجزاؤه النفي ، وسيأتي معناه إن شاء الله تعالى . رابعًا : أن يكون بالقتل وأخذ المال ، وجزاؤه مذكور في المسألة التي نخن بصددها . بدائع الصنائع (٩٣/٧) .

(٢) انظر الجوهرة النيرة (١٧٢/٢) ، بدائع الصنائع (٩٣/٧) ، العناية شرح الهداية (٤٢٥/٥) ، فتح القدير (٤٢٥/٥) ، البحر الرائق (٧٣/٥) . مجمع الأنهر (٦٣٠/١) . العناية شرح الهداية (٤٢٥/٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .وانظر الأم (١٦٤/٦) شرح المحلى على المنهاج (٢٢٠١/٤) ، تحفة المحتاج (١٦١/٩) ، التنبيه ص٢٤٧ . البيان (٥٠٧/١٢) . فتح العزيز (٢٥٤/١١) . فتح العزيز (٢٥٤/١١) . ومذهب المالكية كالمذهب عند الشافعية في القطع والقتل إلا أن الصلب راجع إلى اختيار الإمام واجتهاده - مواهب الجليل (٣١٥/٦) ، المدونة الكبرى (٥٥٣/٤) . شرح منتهى الإرادات (٣٨١/٣-٣٨٢) ، مطالب أولي النهى (٢٥٢/٦) .

(٤ ، ٥) سورة المائدة : الآية ٣٣ . (٦) في (م) : [أخذ] .

فقد ترك الظاهر . ويدل عليه أنه ﷺ : « قطع العرنيين وسملهم [١] وألقاهم في الحرة [٢] حتى ماتوا » [٣] فجمع بين قطعهم وقتلهم . ولأن القطع والقتل حد واحد . بدلالة : أن مقصود قاطع الطريق بالقتل التمكن [٤] من أخذ المال ، والحد الواحد لا ينوب بعضه عن بعض كعدد الجلدات ، وكما لا يسقط قطع الرجل بقطع اليد . ولأن القطع أخص بهذه المعصية بدلالة : أن الجمع بين قاطع الطريق لا يجب في غيرها . وبدليل : أن التوبة قبل القدرة تسقط القطع ويبقى حق الأولياء في القتل ، وإذا كان أخص ثم كان القتل الذي لا يختص بقطع الطريق [لا يسقط بالإجماع] [٥] فالقطع المختص به أولى أن لا يسقط . ولأنه أخذ مالًا [مقدرًا على وجه] [٦] المغالبة [٧] لا شبهة له فيه وهو من أهل المحارب [٨] [فوجب قطعه] [٩] أو أصله إذا لم يقتل [١٠] .

٢٩٤٢٣ – احتجوا : بما روى عن ابن عباس قال : وادع النبي ﷺ أبا بردة الأسلمي فجاء أناس يريدون الإسلام فقطع عليهم أصحابه فنزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم أن من قتل وأخذ المال صلب ، ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ، ومن أخذ المال ولم يقتل وقطعت يده ورجله من خلاف . قالوا [١١] : وروى الشافعي عن ابن عباس في حدهم أن من أخذ المال وقتل صلب [١٢] . قال [١٣] وروى الحجاج بن أرطأة عن عطية العوفي عن ابن عباس أن من أخذ المال وقتل قطعت يده ورجله وصلب [١٤] . فقد تعارضت الرواية عن ابن عباس وبقي لنا ما فعله رسول الله ﷺ بالعرنيين .

٢٩٤٢٤ – قالوا : القطع حد على الانفراد يتغلظ في قاطع الطريق من وجه واحد كالقتل .

---

(١) سملهم : فقأ أعينهم بحديدة محماة أو غيرها . النهاية في غريب الحديث مادة « سمل » .

(٢) الحرة : هي أرض ذات حجارة سود وهي بالمدينة . فتح الباري (٢٤٥/١) .

(٣) سبق تخريجه.

(٤) في (م) : [التمكين] .

(٥ – ٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٨) في (م) : [المحارب] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(١٠) في (م) : [يفعل] .

(١١) في (م) : [قال] .

(١٢) أخرجه الشافعي مسنده ص٣٣٦ .

(١٣) هكذا في (ص) ، (م) ولعل الصواب [قلنا] لأن الكلام ذكره في معرض الرد على الشافعي لا في معرض الاستدلال لمذهبه .

(١٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٤٥/٦) رقم (٣٢٧٩١) .

٢٩٤٢٥ - قلنا : القتل حد منفرد في قاطع الطريق فجاز أن يغلظ بالجمع بينه وبين القتل [١] .

٢٩٤٢٦ - قالوا : وجب القتل فلا يجب معه القطع كالسارق إذا زنا كما لو لم يأخذ المال .

٢٩٤٢٧ - قلنا : السارق الزاني اجتمع فيه حدان متداخلان وفي مسألتنا قد بينا أنه حد واحد فلم يتداخل ، وأما إذا لم يأخذ المال فلم يوجد سبب القطع ، وفي مسألتنا [يوجد سببه .

٢٩٤٢٨ - قالوا : القطع يجتمع مع القتل] [٢] [في حد واحد] [٣] وجب لعلة لم يجز تركه ، وما جاز تركه لم يجز فعله .

٢٩٤٢٩ - قلنا : عندنا لا يخير فيه ، وإنما وجب الأمران ، وإن لم يوجد عله [٤] الترتيب فإذا ابتدأ بالقتل سقط القطع من طريق الحكم .

٢٩٤٣٠ - وقولهم : جاز فعل القطع لم يجز تركه .

٢٩٤٣١ - فنقول : لا يجوز [٥] تركه عندنا إلا أن يسقط حكمًا كما سقط في قطع السارق بموته .

* * *

(١) ساقطة من (م) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ولعل صحته ما أثبتناه .

ما بين المعكوفتين من هامش (ص) ، ساقط من (م) .

(٤) في (م) : [علمه] .

(٥) ساقطة من (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٤٦٦

كيفية الصلب ووقته ومقداره

٢٩٤٣٢ - ذكر إبراهيم بن الجراح [(١)] عن أبي يوسف في كتاب البرامكة أن قاطع الطريق يقتل على خشبة [(٢)] ، وذكر ابن شجاع [(٣)] في كتاب الحدود فقال : أخبرني الحسن بن [(٤)] زياد [(٥)] عن أبي حنيفة قال : يصلب ثم يطعن فخذه فيكون قتله كذلك [(٦)] . قال الطحاوي : سمعت ابن [(٧)] عمران [(٨)] يقول : سمعت الفضل بن غانم [(٩)] قاضي مصر يسئل محمد بن سماعة [(١٠)] ما الذي يحفظ عن أصحابنا في

(١) هو : إبراهيم بن الجراح بن صبيح المازني الكوفي . تفقه على أبي يوسف وكتب الأمالي عنه على بن الجعد ، وروى عنه أحمد بن عبد المؤمن . توفي بمصر سنة ٢١٧ هـ . طبقات الحنفية ص٣٦ ، الثقات (٦٩/٨) .

(٢) انظر : المبسوط (١٣٥/٩) ، تبيين الحقائق (٢٣٧/٣) . حاشية ابن عابدين (١١٥/٥) .

(٣) محمد بن شجاع البلخي فقيه أهل العراق . وتفقه على الحسن بن زياد وآخرين ، روى عنه يحيى بن أكثم . له كتاب تصحيح الآثار . طبقات الحنفية ص٦٠،٦١ ، سير أعلام النبلاء (٣٧٩/١٢) .

(٤) في (م) : [عن] .

(٥) الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي صاحب أبي حنيفة ولي القضاء بالكوفة ثم استعفى عنه ، وروى عنه ابن سماعة ومحمد بن شجاع . مات سنة أربع ومائتين . طبقات الحنفية (٦٥/٢ ، ٧٥) ، شذرات الذهب (١٢/١) .

(٦) قال الزيلعي : أنه يطعن بالرمح في ثديه الأيسر ويخضخض بطنه بالرمح إلى أن يموت . الجوهرة المنيرة (١٧٣/٢) ، تبيين الحقائق (٢٣٧/٣) ، عنية ذوي الأحكام (٨٥/٢) ، وفي بعض الكتب أنه يطعن تحت ثندؤته اليسرى . الاختيار (١٨١/٤) ، المبسوط (١٩٦/٩) . ويصلب في ظاهر الرواية حيًا . البحر الرائق (٧٤/٥) . بدائع الصنائع (٩٥/٧) ، وقال الطحاوي أبو عبيدة يقتل ثم يصلب . تبيين الحقائق (٢٣٧/٣) ، بدائع الصنائع (٩٥/٧) ، وهو قول المالكية حاشية الدسوقي (٣٤٩/٤) ، الذخيرة (١٢٦/١٢) ، الحنابلة في وجه الفروع (١٤١/٦)

(٧) في (م) : [ابن أبي] .

(٨) أحمد بن عمران الليموسكي الاستراباذي - يكنى أبا جعفر . من أصحاب الرأي . روى عن محمد ابن سعد العوفي والحسن بن سلام . طبقات الحنفية ص٨٥ ، ٨٦ رقم (١٥٧) ، تاريخ جرجان ص٥١٣ .

(٩) الفضل بن غانم البغدادي . روى عن أبي يوسف وسلمة بن بن الفضل ، روى عنه إبراهيم ابن عبد الله . ولي قضاء مصر ثم صرف عنه . مات ببغداد سنة ست وثلاثين ومائتين . وقيل سبع وثلاثين ومائتين . الجرح والتعديل (٦٦/٧) رقم (٣٧٤) تاريخ بغداد (٣٥٧/٢ - ٣٥٩) .

(١٠) محمد بن سماعة أبو عبد الله . تفقه على أبي يوسف ومحمد . روى عن الليث بن سعد . له مصنفات واختيارات في المذهب . مات سنة ثلاث وثلاثين ومائتين . شذرات الذهب (٧٨/١) ، سير أعلام النبلاء (٦٤٦/١٠،٦٤٧) .

المقدار الذي [١] يقومه المصلوب على الخشبة ، قال ابن سماعة : لا مقدار له في ذلك بعينه ولكن على ما يشتهر أمره عند الناس ويعلمونه ثم [ينزل] [٢] منها [٣] .

٢٩٤٣٣ - وذكر أصحاب الشافعي : أنه يقتل ويصلب بعد القتل ثم يحط [٤] .

٢٩٤٣٤ - لنا : ما روى أنه ﷺ قطع أيدي العرنيين وأرجلهم وألقاهم في الحرة حتى ماتوا عطشًا . وهذا في معنى الصلب . وقد فعل [٥] بهم في حال الحياة . ولأن الحدود عقوبة وبعد الموت لا يعاقب . ولأنه إذا قتل فقد عدمت حياته فصار كما لو مات حتف أنفه فلا يصلب . وهذا لا شبهة فيه . لأن الصلب يختص بقاطع الطريق فلا يستوفى بعد الموت كقطع اليد والرجل .

٢٩٤٣٥ - احتجوا : بقول ﷺ : « ابدءوا بما بدأ اللّٰه به » [٦] . قالوا : والقتل يبتدأ [٧] به في الآية .

٢٩٤٣٦ - قلنا : فظاهره [٨] التخيير ، ومتى خير بين شيئين لم يجب تقديم المبدأ به . لأن ذلك يسقط التخيير . ولأن تقدير الآية عندهم أن [يقتلوا إن قتلوا و] [٩] يصلبوا إن أخذوا المال وقتلوا فكل واحد من العلتين غير الآخر ، ويتعلق بسبب غير السبب الآخر .

٢٩٤٣٧ - قالوا : روى أن النبي ﷺ : « نهى عن المثلة » [١٠] . وهي تعذيب الحيوان .

---

(١) في (م) : [التي] .   (٢) في (م) : [يترك] .

(٣) والصحيح من المذهب أنه يترك على الخشب ثلاثة أيام . المبسوط (١٩٦/٩) . ولا يزاد عنها . لأنه بعدها يتأذى الناس برائحته . الجوهرة النيرة (١٧٣/٢) . وعن أبي يوسف أنه يترك على الخشبة حتى يتقطع ويسقط . لأنه أبلغ . الهداية (١٣٣/٢) ، غنية ذوي الأحكام (٨٥/٢) .

(٤) هذا ما نص عليه الشافعي في الأم (١٦٤/٦) . وهو الأظهر . روضة الطالبين (١٥٧/١) ، وفي قول يصلب حيًا قليلًا ثم ينزل فيقتل . لأن الصلب عقوبة فيفعل به حيًا . تحفة المحتاج (١٦١/٩) ، شرح المحلى على المنهاج (٢٠١/٤) ، فتح العزيز (٢٥٥/١١) ، وهو الراجح من مذهب الحنابلة . الفروع (١٤١/٦) شرح منتهى الإرادات (٣٨١/٣) ، كشاف القناع (١٥٠/٦) . واختلف المالكية في مقدار الصلب فقال ابن الماجشون : يبقى حتى تفنى الخشبة وتأكله الكلاب . وروى سحنون عن أبيه : إذا صلب وقتل نزل تلك الساعة ويدفع لوليه بدفنه ويصلى عليه . المنتقى (١٧٢/٧) ، تبصرة الحكام (٢٧١/٢) .

(٥) في (م) : [تعلق] .

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه (٨٨٦/٢ - ٨٨٨) .

(٧) في (م) : [مبدأة] .   (٨) في (م) : [فظاهر] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(١٠) أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٣٥/٤) برقم ٣٩٥٦ ، والدارمي في سننه (٤٧٨/١) برقم =

٢٩٤٣٨ - قلنا : قاطع الطريق مخصوص بذلك . بدلالة أن قطع الطرفين تعذيب ، والصلب مثله وذلك ثابت بإجماع .

٢٩٤٣٩ - قالوا : المقصود من الصلب الزجر . ومن يقتل لا يحتاج [إلى الزجر] (١) فلم إلا أن يكون الغرض زجر الغير . وذلك موجود بعد القتل .

٢٩٤٤٠ - قلنا : زجرًا لغير تابع . لأن فاعل المعصية هو المقصود ، وزجر غيره على وجه التبع ، والعقوبة لا تصح بعد الموت . ولأنه المقصود إن كان زجرًا فالزجر بصلبه حيًا أبلغ وأعظم .

* * *

= ١٦٥٦ ، وأبو داود في سننه (٥٣/٣) (١٣١/٤) برقم (٢٦٦٧ ، ٤٣٦٨) ، والنسائي في سننه (١٠١/٧) برقم ٤٠٤٧ ، وأحمد في مسنده (٢٤٦/٤ ، ٤٢٨ ، ٤٢٩ ، ٤٣٢ ، ٤٣٦ ، ٤٣٩ ، ٤٤٠ ، ٤٤٤ ، ١٢/٥ ، ٢٠) .

(١) في (م) : [أن ينزجر] .

مسألة ١٤٦٧

معنى النفي في قوله تعالى : ﴿ أَوْ يُنفَوْا مِنَ ٱلْأَرْضِ ﴾

٢٩٤٤١ - قال اللّه تعالى : ﴿ أَوْ يُنفَوْا مِنَ ٱلْأَرْضِ ﴾ (١) . قال أصحابنا : هذا فيمن خرج محاربًا فلم يقتل ولم يأخذ المال يعزره الإمام بالحبس والضرب (٢) .

٢٩٤٤٢ - وقال الشافعي : النفي طلب قاطع الطريق ليثبت عليه الحد فيقام عليه الحد أو الحبس إن كان لم يقتل ولم يأخذ مالًا . فكلما خرج إلى بلد طلب فيه (٣) . حتى يلحق بدار الحرب فإن أمكن أن يكتب ليرد من هناك فعل .

٢٩٤٤٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ أَوْ يُنفَوْا مِنَ ٱلْأَرْضِ ﴾ (٤) . فخير بين النفي وغيره . وقد ثبت أن كل عقوبة ذكرها في الآية مرتبة متعلقة بنوع من المعصية دون غيره فإذا حملنا النفي على من خرج ولم يقتل ولم يأخذ مالًا (٥) خصصنا النفي بنوع ، وإذا حملوه على الصلب رجح النفي على كل قاطع وهذا خلاف الظاهر . ولأنه تعالى أمر بالنفي فالظاهر أنه واجب عندهم إن ظفر به من غير طلب ولا نفي .

٢٩٤٤٤ - ولأنه نوع عقوبة في قاطع الطريق فاختصت بنوع من القتل دون غيره أصله قطع الطرفين . ولأن النفي الإبعاد والطلب لإقامة الحد ليس المقصود منه الإبعاد . وإنما يقصد به الأخذ والإعادة إلى الإمام وهذا صفة النفي . فإن قيل : الحبس ليس بنفي .

٢٩٤٤٥ - قلنا : غلط هو إبعاد المحبوس عن الأماكن التي يتمكن من القطع فيها . وقد حكى .

أمير المؤمنين فدتك نفسي علام تقتلني وحرقت ساقي .

---

(١) سورة المائدة : الآية ٣٣ .

(٢) الاختيار (١٨٠/٤) ، حاشية ابن عابدين (١١٤/٤) ، البحر الرائق (٧٣/٥) ، المبسوط (١٩٩/٩) .

(٣) الأم (١٥٧/٦) ، أحكام القرآن للشافعي (٣١٥/١) ، الأحكام السلطانية ص٧٩ . واختلف قول المالكية في معناه فقالوا : أن يطلبوا فيختفون . المنتقى (١٧٣/٧) . وروى مطرف أنه السجن وروى ابن القاسم : أنه ينفي من بلد إلى بلد أخرى أقله ما تقصر الصلاة فيه ويسجن إلى أن تظهر توبته . وروى ابن حبيب أن يضرب ويطال سجن . منح الجليل شرح مختصر خليل (٣٤١/٩) . وعند الحنابلة تشريده من الأمصار بحيث لا يترك يأوي إلى بلد . المغني (١٢٩/٩) ، شرح منتهى الإرادات (٣٨٣/٣) .

(٤) سورة المائدة : الآية ٣٣ .

(٥) في (م) : [المال] .

٢٩٤٤٦ - وقد قيل : إنه نفى من الأرض فقال علي بن الجهم [١] .

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها فلسنا من الأحياء فيها ولا الموتى

إذا جاءنا السجان يومًا لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا [٢]

٢٩٤٤٧ - وهذه المسألة لا خلاف فيها يعود إلى المعنى . لأنه إذا أخذ حبس [٣] بلا خلاف فإذا لم يوجد طلب لإقامة الحد ، وإنما الخلاف في معنى النفي المذكور في الآية وقد بينا أن الطلب ليؤخذ ليس بنفي .

٢٩٤٤٨ - احتجوا : بما روى عن ابن عباس أنه قال : نزلت هذه الآية في المحارب إذا عدا فقطع الطريق فقتل [٤] وأخذ المال صلب [٥] فإن أخذ المال ولم يقتل قطع من خلاف . فإن هرب فأعجزهم فذلك نفيه [٦] .

٢٩٤٤٩ - قلنا : روى عطية العوفي عن ابن عباس قال : « وإن لم يقتل ولم يأخذ مالًا نفي » [٧] فهذا يدل أن النفي مختص بنوع في جميع الأنواع .

٢٩٤٥٠ - وقول ابن عباس في الرواية الأخرى : « فإن هرب فأعجزهم فذلك نفيه » يعني في الذي لم يأخذ ولم يقتل إذا هرب ولم [٨] يقدروا عليه قام هربه مقام حبسه .

٢٩٤٥١ - يبين ذلك أن من خرج فأخاف ولم يزد على ذلك [وتاب وترك فعل الشر] [٩] [وإلا يكون] [١٠] [الضرب في الحبس فإذا حملنا النفي على ذلك] [١١] حملناه على ما شهد له الأصول . والطلب لا يشهد له أصل . وحمل الآية على شواهد الأصول أولى .

* * *

(١) علي بن الجهم بن بدر بن مسعود القرشي . أحد الشعراء المشهورين ، له ديوان فيه شعر حسن . توفي سنة أربع ومائتين . النهاية (٤/١١) ، تاريخ بغداد (٣٦٧/١١) .

(٢) البناية في شرح الهداية (٦٢٨/٥) ، المبسوط (١٣٥/٩) بدائع الصنائع (٩٥/٧) .

(٣) ساقط من (م) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ص) ، وأثبتناها من سنن الدارقطني (١٣٨/٣) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) ، وأثبتناها من مصنف عبد الرزاق (١٠٩/١٠) .

(٦) أخرجه الدارقطني ، كتاب الحدود والديات (١٣٨/٣) رقم (١٧٢) ، وعبد الرزاق في مصنفه (١٠٩/١٠) رقم (١٨٥٤٤) .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) في (م) : [فلم] .

(٩ - ١١) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٤٦٨

حكم الردء في قاطع الطريق

٢٩٤٥٢ - قال أصحابنا : يجب حد قاطع الطريق على الردء [١] والمباشرة [٢] .

٢٩٤٥٣ - وقال الشافعي : على المباشرة [٣] خاصة [٤] .

٢٩٤٥٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ﴾ [٥] فأوجب القتل والقطع بالمحاربة وهذا موجود في المعين .

٢٩٤٥٥ - فإن قيل : القتل مضمر بالإجماع .

٢٩٤٥٦ - قلنا : فعندنا لا يقتل المعين حتى يوجد القطع . فإذا أضمر ثم وجد القتل في المحدود كان [ذلك عادة] [٦] إضمار لا ينفق عليه . ولأن الحدود تتعلق بالمقصود من كل نوع . والمقصود في قطع الطريق ليس هو مباشرة أخذ المال . وإنما المقصود القهر والتمكن وهذا المعنى موجود في الردئه . لأنه حكم يتعلق بأخذ المال على طريق المبالغة فاستوى فيه المباشرة والردئة كالغنيمة .

٢٩٤٥٧ - فإن قيل : لما جاز أن يستحق الغنيمة بالمدد وأهل الخمس لأن [٧] العادة أن المسلمين العساكر يمدون [٨] العساكر ، فالمال مأخوذ بظهر المد فكذلك أهل الخمس المال مأخوذ بظهرهم . لأن الواجب على المسلمين أن يمدوهم [٩] ليخلصوهم من عدوهم ، ولم تجر العادة في قطاع الطريق أن يلحقهم مدد فلم يكن المأخوذ بظهر من لم

(١) الردء : المعين والناصر . انظر : لسان العرب مادة (ردء) .

(٢) في (م) : [والمباشرة] .

(٣) فتح القدير (٤٢٧/٥) ، الفتاوى الهندية (١٨٧/٢) ، حاشية ابن عابدين (١١٥/٤) ، مجمع الأنهر (٦٣٠/١) . وبه قال المالكية . المدونة الكبرى (٥٥٤/٤) ، المنتقى (١٧٣/٧) ، تبصرة الحكام (٢٧٢/٢) . وهو المذهب عند الحنابلة وعليه الأصحاب . الإنصاف (٢٩٥/١٠) . وجزم به بعضهم . كشاف القناع (١٥١/٦) .

(٤) في (م) [والمباشرة] .

(٥) الأم (١٦٤/٦) ، شرح البهجة (١٠٣/٥) ، حلية العلماء في مذاهب الفقهاء (٨٦/٨) ، التهذيب (٤٠١/٧) .

(٦) سورة المائدة : الآية ٣٣ .

(٧) في (م) : [بار] .

(٨) هكذا في (ص) ، (م) ولعله [قلنا] لأن الكلام بعده في معنى الجواب على الاعتراض .

(٩) في (م) [ممدون] .

يحضر فلذلك لم يجر الحكم عليهم .

٢٩٤٥٨ - فإن قيل : الظالمون يظلمون بظهر طوائفهم .

٢٩٤٥٩ - قلنا : الظلم [1] لا يقع غالبًا بالتجمع والقهر فلا تلزمنا علتنا .

٢٩٤٦٠ - احتجوا : بقوله ﷺ : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس » [2] .

٢٩٤٦١ - قلنا : روت عائشة -رضي الله عنها- : « إن رجلًا خرج محاربًا لله ورسوله فيقتل ويصلب » [3] . ولأنه لا يقتل [4] الردء بعد وجوب القتل وليس في الخبر قتل نفس في المباشرة [5] أو الردء [6] .

٢٩٤٦٢ - قالوا : حد يجب بارتكاب معصية فوجب أن لا يجب على المعين كحد الزنا والشراب .

٢٩٤٦٣ - قلنا : المقصود من أسباب هذه الحدود اللذة وذلك لا يحصل للمعين . والحدود تتعلق بالمقصود من كل نوع دون غيره ، والمقصود في قطع الطريق يوجد من المعين فلذلك جرى عليه .

٢٩٤٦٤ - قالوا : من لم يباشر القتل لا يجرى عليه في قطع الطريق كالمرأة .

٢٩٤٦٥ - قلنا : أحكام المحاربة تختلف فيها الرجال والنساء فلا تكون للمرأة فيها رتبة الرجل . بدليل الغنيمة ولأنها ليست من أهل القتال في الغالب فلا يوجد مقصود قطع الطريق .

٢٩٤٦٦ - قالوا : السبب والمباشرة إذا اجتمعا في الضمان من غير إلجاء [7] وتعلق الضمان بالمباشرة وجب أن يختص بها ، ولا يتعلق بالسبب . أصله : الممسك والقاتل وحافر البئر والدافع .

٢٩٤٦٧ - قلنا : يبطل بالمحرم إذا أمسك صيدًا فقتله محرم آخر في يده .

٢٩٤٦٨ - فإن قالوا : الممسك لم يجب عليه الضمان فإنه [8] بالمباشرة . بدليل أن

---

(١) في (م) : [يمدهم] .
(٢) في (م) : [الظالم] .
(٣) سبق تخريجه .
(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٤/١٣٦) برقم ٤٣٥٣ .
(٥) في (م) : [قتل] .
(٦) في (م) : [الردئه] .
(٧) في (م) : [الحاد] .
(٨) ساقطة من (م) .

الصيد لو تلف قبل القتل وجب عليه الضمان .

٢٩٤٦٩ - قلنا : بل وجب بالمباشرة بدليل أنه لو تلف لم يجب ضمان وليس إذا تعلق الضمان بسبب غير المباشرة دل على أن [١] المباشرة إذا وجدت لم يتعلق بها الضمان .

٢٩٤٧٠ - على أن قولهم : إن الضمان إذا تعلق بالمباشرة لم يتعلق بالسبب غلط . لأن الحد ليس بضمان فإذا أرادوا ما يجب للولي بالقتل . فكذلك يتعلق بالمباشرة . بدليل : أن الحد لو سقط بالتوبة وجب ضمان النفس على من باشر القتل دون من لم يباشره .

٢٩٤٧١ - وأصلهم : الممسك والقاتل والمعنى فيه أن القتل هناك . ومن عادة القتّال إذا قصدوا أن يتولاه الواحد بنفسه ، ولا يقتصر على الإمساك إلا من هو دونه .

٢٩٤٧٢ - وفي مسألتنا ليس القتل هو المقصود وإنما المقصود المال فلم تعتبر مباشرة القتل وإنما يعتبر التمكين من أخذ المال .

٢٩٤٧٣ - فأما حافر البئر فإن الضمان يجب عليه ؛ لأنه أجرى بتفريط مجرى الدافع حين عرض المار في الطريق للوقوع . فإذا وجد حقيقة الدفع خرج الحافر من أن يكون عايا [٢] فلم يجب عليه [٣] الضمان .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) هكذا في (ص) وفي (م) ولعل الصواب [عاديًا] .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٤٦٩

قطع الطريق في الأمصار

٢٩٤٧٤ - قال أبو حنيفة : قطاع الطريق في الأمصار لا يجب عليهم الحد [(١)] .

٢٩٤٧٥ - وقال الشافعي : يجب عليهم الحد [(٢)] .

٢٩٤٧٦ - وهذه المسألة أجاب أبو حنيفة على عادة شاهدها وهي أن أهل الكوفة كانوا [(٣)] قبائل يحملون السلاح ومجاهدون فلا يتمكن قاطع الطريق أن [(٤)] يقهر في المصر ؛ لأن الغوث يلحق من كل جهة . ومن أخذ المال مجاهرة وليس له حيز وغلبة لم يجر عليه حكم قاطع الطريق كالمنتهب .

٢٩٤٧٧ - فأما الآن فقد ترك الناس حمل السلاح وتقاعد بعضهم عن بعض وصاروا بحيث لا يلحق الغوث ، فقطاع الطريق إذا تحيزوا في المصر وغلبوا صاروا كمن فعل ذلك في غير المصر .

٢٩٤٧٨ - فإن احتجوا : بأنه لم يسلم أن من أخذ المال في موضع يلحقه الغوث لا يكون محاربًا ولا ساعيًا في الأرض بالفساد . قالوا : حد فيستوي فيه المصر وغيره كالزنا .

٢٩٤٧٩ - قلنا : [الحكم عندنا] [(٥)] لا يختلف بالمصر وغيره ، وإنما يختلف

---

(١) انظر : بدائع الصنائع (٩٢/٧) ، والمبسوط (٢٠١/٩) ، ومجمع الأنهر (٦٣١/١) ، وفتح القدير (٤٣١/٥) ، (٤٣٢) ، واللباب في شرح الكتاب ص (٢٦٥) ، والفتاوي الهندية (١٨٦/٢) .

(٢) انظر : الأم (١٦٤/٦) ، وشرح البهجة (١٠١/٥) ، وروضة الطالبين (١٥٥/١٠) . وذكر الماوردي أن القرى التي يقل جمعها فهي كالصحراء في ثبوت حكم الحرابة فيها ، وكذلك أطراف الأمصار الكبار التي لا يقاومون جميع أهلها . أما وسط المصر في المواضع التي يتكاثر فيها الناس ففي كونهم قطاع طريق وجهان أحدهما ؛ وهو قول أكثر الشافعية : أنهم محاربون ؛ لأنهم تغلبوا بالسلاح جهارًا ، وحد الحرابة ألا يقدر على دفعه المحارب وهو موجود . وثانيهما وهو اختيار أبي حامد الإسفراييني : أنهم ليسوا محاربين ؛ لوجود الغوث فيه غالبًا . انظر الحاوي (٢٤٦/١٧) ، حلية العلماء (٥٨/٨) ، (٨٦) وهو مذهب المالكية والحنابلة والظاهرية . انظر : المنتقى (١٦٩/٧) ، والمدونة الكبرى (٥٥٥/٤) ، والكافي لابن عبد البر ص (٥٨٤) ، والكافي لابن عبد البر ص (٥٨٤) ، والإنصاف (١٠/ ٢٩٢) ، وكشاف القناع (١٥٠/٦) ، والمحلي (٢٨٣/١٢) .

(٣) ساقط من (ص) .

(٤) في (م) : [أو] .

(٥) في (م) : [عندنا الحكم] .

بالتمكن من التحيز والغلبة . فإذا وقع في موضع يلحق الغوث في الغالب فلم يوجد المعنى الذي تعلق الحد به فوزانه الوطء فيما دون الفرج لما لم يوجد فيه المعنى الموجب للحد لم يوجبه .

* * *

مسألة ١٤٧٠

إذا قطعت المرأة الطريق

٢٩٤٨٠ – قال أصحابنا : إذا قطعت المرأة الطريق لم يجب عليها الحد [(١)] . وذكر الطحاوي في مختصره [(٢)] أن الحد في قطع الطريق يجري على النساء والرجال [(٣)] . وبه قال الشافعي [(٤)] .

٢٩٤٨١ – لنا : أن الأحكام المتعلقة بالمحاربة يختلف فيها الرجال والنساء .

٢٩٤٨٢ – الدليل عليه [(٥)] السهم في الغنيمة أو نقول : فحال النساء فيها أنقص من حال الرجال .

٢٩٤٨٣ – فإن قيل : الإسهام يختلف فيه الحر والعبد وإن كان العبد يجرى عليه حد قطاع الطريق .

٢٩٤٨٤ – قلنا : العبد من أهل القتال ، وإنما تنقص حاله ؛ لأنه لا يملك القتال إلا بإذن المولى . والمرأة ليست من أهل القتال في الغالب فنقص حكمها بمعنى يعود إليها لا إلى غيرها . فالآية محمولة على من وجد منه القهر والظفر [(٦)] غالبًا . وذلك متعذر في النساء .

٢٩٤٨٥ – قالوا : حد فاستوى فيه الرجل والمرأة .

٢٩٤٨٦ – قلنا : الأسباب التي تتعلق بها الحدود توجد في النساء غالبًا ، فلذلك ساوت الرجال ، وهذا السبب لا تساوي المرأة الرجل فيه ؛ لأنه لا يوجد منها في الغالب .

* * *

---

(١) انظر : الجوهرة النيرة (١٧٣/٢) ، والمبسوط (١٧٣/٩) ، وفتح القدير (٤٣٢/٥) .

(٢) هو مختصر في فروع الأحناف ، وممن شرحه : بهاء الدين السمرقندي ، والأقطع ، والسرخسي . انظر : كشف الظنون (١٦٢٧/٢) .

(٣) وهو ظاهر الرواية : انظر : حاشية الشلبي (٢٣٩/٣) ، وفتح القدير (٤٣٢/٥) ، ومجمع الأنهر (٦٣١/١) وبدائع الصنائع (٩١/٧) .

(٤) انظر : الوسيط (٤٩٢/٦) ، وحلية العلماء (٨٧/٨) ، والتهذيب (٤٠١/٧) ، وأسني المطالب (١٥٤/٤) وهو مذهب المالكية والحنابلة والظاهرية . انظر : المدونة الكبري (٥٥٥/٤) ، ومواهب الجليل (٣١٤/٦) ، كشاف القناع (١٥١/٦) ، (١٥٢) ، والمغني (١٣١/٩) ، والمحلى (٢٩٣/١٢) .

(٥) في (م) : [عليهم] .

(٦) في (م) : [الطهر] .

مسألة ١٤٧١

إذا جرح قاطع الطريق وقتل

٢٩٤٨٧ - قال أصحابنا : إذا قطع الطريق فقتل وجرح قتل وسقط القصاص (١) .

٢٩٤٨٨ - [...] (٢) والجراح لم يقتل (٣) . وهل ينحتم الجرح والقتل (٤) ، فيه قولان . نقل المزني : أنه لا ينحتم لكن إلى اختيار المجروح (٥) . ومن أصحابهم من قال : أنه ينحتم كالقتل (٦) .

٢٩٤٨٩ - [لنا : قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ﴾ إلى قوله : ﴿ أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ ﴾](٧) . وهو عام فيمن وجد منه العقل ، والقتل والجرح .

٢٩٤٩٠ - فإن قيل : تقدير الآية ﴿ أَن يُقَتَّلُوٓاْ ﴾ إن قتلوا .

٢٩٤٩١ - قلنا : فكذلك نقول لكنها عامة فيمن قتل وجرح ، ومن لم يجرح . ولأن حق الآدمي (٨) إذا اجتمع مع حق الله تعالى في قطاع الطريق غلبه حق الله تعالى (٩) أصله : القتل بالحد مقدم على القتل بالقصاص.

٢٩٤٩٢ - ولأنه لا يخلو أن نقول : إن الجرح يستوفي لحق الله تعالى (١٠) ولحق آدمي ، ولا يجوز لحق الله ؛ لأنه لم يذكر في الآية . ولا يجوز إيجابه لحق الآدمي ؛ لأن حق الله تعالى يقدم في قطع الطريق (١١) القصاص أصله : القصاص في النفس .

---

(١) انظر : المبسوط (١٩٦/٩) ، وبدائع الصنائع (٩٥/٧) ، وفتح القدير (٤٢٨/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين بياض في (ص) وساقط من (م) . ولعل صحته [وقال الشافعي : يقتل] . هكذا في (ص) ، (م) . ولعل صحته : [تسقط] . حيث قال : ولو كان القاتل قتل منهم رجلًا وجرح آخر ، أقص لصاحب الجرح منه ، ثم قتل . انظر : الأم (١٥٢/٦) .

(٣) هكذا في (ص) ، (م) ، ولعل صحته : [كالقتل] استنباطا من الكلام بعد ذلك .

(٤) انظر : تحفة المحتاج (١٦٢/٩) ، ونهاية المحتاج (٨/٨) ، والبيان (٥٠٦/١٢) ، (٥٠٧) .

(٥) انظر : مغنى المحتاج (٥٠٣/٥) ، والحاوي (٢٥١/١٧) ، والبيان (٥٠٧/١٢) ، وفتح العزيز (٢٦٤/١١) ، ونهاية المحتاج (٨/٨) ، وروضة الطالبين (١٦١/١٠) .

(٦) سورة المائدة : الآية ٣٣ . وما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٧) في (م) : [الآمي] .

(٨) ساقط من (م) .

(٩) ساقط من (م) .

(١٠) في (م) [آدمي] .

(١١) ساقط من (م) .

٢٩٤٩٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ ﴾ إلى قوله : ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ (١) .

٢٩٤٩٤ - قلنا : هذا يدل على الوجوب ، وعندنا القصاص واجب ، ويسقط باستيفاء الحد كما يسقط القصاص في النفس بالقتل على وجه الحد . حتى لا يجوز عفو الأولياء ولا يقف على مطالبتهم .

٢٩٤٩٥ - قالوا : كل عقوبة وجبت في غير حال المحاربة كالقتل .

٢٩٤٩٦ - قلنا : يبطل بالرجم والجلد في الحدود . ولأن عندنا قد وجبت هذه العقوبة وتقدم الحد عليها . فتصير تابعة له وأصلهم القطع .

٢٩٤٩٧ - وعندنا القتل الواجب في غير قاطع الطريق لا يجب فيه ، وإنما يجب فيه قبل أن (٢) يستوفيه الإمام على وجه الحد لا لحق آدمي .

٢٩٤٩٨ - قالوا : أحد نوعي القصاص ؛ فجاز أن يجب في حال المحاربة كالقتل .

٢٩٤٩٩ - قلنا : قد وجب القصاص عندنا ، وإنما تقدم الحد عليه ، ولهذا إذا سقط الحد استوفى الجرح . ونقلب فنقول : فيقدم حق اللّٰه تعالى عليه كالقتل .

٢٩٥٠٠ - فإن قيل : القتل قصاص لحق آدمي يتعلق حق اللّٰه به كما يتعلق بالعدة ، وإن كانت لحق آدمي . ولهذا إذا سقط الحد بالتوبة كان الخيار للولي بين القتل والعفو .

٢٩٥٠١ - قلنا : لو كان القتل على وجه القصاص وقف على مطالبة الولي ولم يستوفه الإمام مع كراهته كما لا يستوفي أحد الشريكين مع كراهة الآخر .

* * *

(١) سورة المائدة : الآية ٤٥ .

(٢) ساقط من (م) .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيدِ

كتاب الأشربة

مسألة [١] ١٤٧٣

ما هي الخمر

٢٩٥٠٢ – قال أبو حنيفة : الخمر عصير العنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد [٢] .

٢٩٥٠٣ – وقال الشافعي : كل شراب مسكر فهو حرام [٣] .

٢٩٥٠٤ – لنا : أن الأسماء طريق إثباتها النقل ، وقد وجدنا العرب قد سمت عصير العنب المشتد : خمرًا ، وسمت غير ذلك نبيذًا . [. . .] [٤] وتخصيص كل واحد من الشرابين باسم يدل على أن كل واحد منهما لا يسمى باسم الآخر ، لأن هذه الطريقة تقرب التفريق بين المسميات ، ولأن أهل اللغة السفراء بيننا وبين العرب قد بينوا ذلك في كتبهم ، وقالوا : إن ما اتخذ من غير العنب فليس بخمر . ذكر [٥] ذلك أبو حاتم في كتاب « الكَرْمَة » ويعقوب في « الألفاظ » وأبو عبيد وابن دريد [٦] في مسألة أفردها في أسماء الخمر وبينوا اختلاف أسماء الخمر ومعنى كل اسم منها ، ولو نقلنا كلامهم

---

(١) الأشربة جمع : شراب . والشراب : اسم لما يشرب من أي نوع كان ، ماء أو غيره ، وعلى أي حال كان . وكل شيء لا مضغ فيه فإنه يقال فيه : يشرب . وفي الأصطلاح : تطلق الأشربة على ما كان مسكرًا من الشراب ، سواء كان متخذًا من الثمار كالعنب والرطب والتين ، أو من الحبوب كالحنطة أو الشعير ، أو الحلويات كالعسل ، وسواء كان مطبوخا أو نيئًا ، وسواء كان معروفًا باسم قديم كالخمر ، أو مستحدث كالعرق والشمبانيا ، لحديث النبي ﷺ : « ليشربن أناس من أمتي الخمر ويسمونها بغير اسمها » . ويطلق مصطلح الأشربة المسكرة عند الفقهاء – على اختلاف مذاهبهم – على قسمين : الخمر ، والأشربة الأخرى . انظر : الموسوعة الفقهية (١٢/٥ ، ١٣) .

(٢) انظر : العناية شرح الهداية (٨٩/١٠) وعبارته : الأشربة المحرمة أربعة : الخمر وهي عصير العنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد ، والعصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ، ونقيع التمر وهو السَّكَر ، ونقيع الزبيب إذا اشتد وغلى .

(٣) انظر : مغني المحتاج (١٨٧/٤) وعبارة المنهاج : كل شراب أسكر كثيره ، فقليله حرم .

(٤) غير واضحة في جميع النسخ. (٥) ساقطة من (م) .

(٦) هو : أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد بن عتاهية الأزدي البصري العلامة شيخ الأدب صاحب التصانيف ، تنقل من فارس وجزائر البحر يطلب الآداب ولسان العرب ، ففاق أهل زمانه ثم سكن بغداد . حدث عن : أبي حاتم السجستاني ، وأبي الفضل الرياشي ، وابن أخي الأصمعي . وحدث عنه : أبو سعيد السيرافي ، وأبو بكر بن شاذان ، وأبو الفرج الأصفهاني ، وأبي عبيد المرزباني ، وطائفة . توفي سنة ٣٢١ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٤٦/١١ ، ٥٤٧) .

لطال . قال : أبو عبيد [١] في « غريب الحديث » : وقد جاء في الأشربة آثار كثيرة بأسماء مختلفة عن النبي ﷺ وأصحابه ، وكلٌّ له تفسير ، فأولها : الخمر وهو : ما غلى من عصير العنب [٢] . وهذا مبين في كتبهم مشهور عندهم فوجب الرجوع إلى قولهم والاقتصار بالاسم على ما حكوه دون غيره .

٢٩٥٠٥ - وروى أبو سعيد الخدري أن سكران حمل إلى النبي ﷺ فقال له : « أشربت الخمر ؟ » فقال : والله ما شربتها منذ حُرِّمت ، وإنما شربت الخليطين . قال : فحرم النبي ﷺ الخليطين [٣] يومئذ [٤] . ففي هذا نفي [٥] اسم الخمر عن الخليطين ، ولو كان ذلك خمرًا لم يقره رسول الله ﷺ ويُمَكِّنَه من نفي الاسم ، والتحريم مع الاسم ، وهو عليه الصلاة والسلام لا يُقِرُّ على إباحة محرم . وهذا خبر حسن الإسناد [رواه حماد بن سلمة عن أبي التياح عن أبي الوَدَّاك عن أبي سعيد [٦] . وهذا الإسناد] [٧] على شرط مسلم . وذكره أحمد بن حنبل في كتاب الأشربة .

ويدل عليه حديث ابن عباس : « حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها ، والسكر من كل شراب » [٨] . ففرق بين الشرابين في الاسم والحكم ، وهو رجل من أهل اللغة .

٢٩٥٠٦ - قال بعضهم : رواه عبد الله بن شداد [٩] ولم يلقه .

٢٩٥٠٧ - وهذا غلط قبيح ، لأن عبد الله بن شداد بن الهاد يروي عن عمر بن الخطاب سماعًا وهو مفتي الكوفة ، وزيد بن حمزة بن عبد المطلب ، لأن شداد بن الهاد

---

(١) في (م) : [عبيدة] .
(٢) انظر : غريب الحديث (٢/١٧٦) .
(٣) أخرجه الإمام أحمد حديث رقم (٤٨٢٣) .
(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/٤١٦) برقم ٨١٢٩ ، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/٣١٧) برقم ١٧٣٠١ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/١٥٦) .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) أخرجه أبو يعلى في مسنده (٢/٣١١) ، ٤٨٧ برقم ١٠٤١ ، ١٣٢٢ .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .
(٨) أخرجه النسائي في المجتبى (٨/٣٢١) برقم ٥٦٨٤ ، ٥٦٨٥ ، وفي السنن الكبرى (٣/٢٣٣ ، ٤/١٨٠) برقم ٥١٩٣ - ٥١٩٦ ، ٦٧٧٨ - ٦٧٨٠ .
(٩) هو : عبد الله بن شداد بن الهاد الليثي الفقيه أبو الوليد المدني ثم الكوفي ، حدث عن : أبيه ومعاذ بن جبل ، وعلي ، وابن مسعود ، وطلحة بن عبيد الله ، وعائشة ، وأم سلمة ، وجماعة . وحدث عنه : الحكم بن عتيبة ، ومنصور بن المعتمر ، وعبد الله بن شبرمة ، ومعاوية بن عمار الدهني ، وآخرون . عده خليفة من تابعي أهل الكوفة . توفي سنة ٨٢ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥/١٣ ، ١٤) .

خلف على امرأة [١] .

٢٩٥٠٨ – قالوا : روى عكرمة عن ابن عباس أنه قال : كان خمرنا يومئذ الفضيخ [٢] .

٢٩٥٠٩ – قلنا : معناه : ما كنا نخمره ؛ [لأنا نسميه : خمرًا . ويدل عليه حديث ابن عمر قال : حرمت الخمر وما بالمدينة [٣] منها شيء] [٤] . ومعلوم أن الأشربة المتخذة من الثمر كانت عامة مالهم وأشربتهم ؛ فدل أن الخمر ليست ما اتخذ من الثمر . ويدل عليه أن عمر بن الخطاب كتب إلى أبي [٥] عبيدة يأمره أن يأذن للجند [٦] في شرب الطِّلَى . وهو شراب شديد ، فلو كان كل شراب فيه شدة خمرًا ، لم يقره الصحابة على إباحته للخمر . واستشهد سيبويه بقول أبي الأسود :

دع الخمر يشربها الغواة فإنني رأيت أخاها مجزيًا [٧] بمكانها
فإن [٨] لا يَكُنْهَا أو تَكُنْهُ فإنه أخوها غذته أمه بِلِبَانِها [٩]

٢٩٥١٠ – فنفي اسم الخمر عن الطلى بصريح اللفظ ، وهو قوله [١٠] : فإن [١١] لا تكنها أو يكنه . وأسماء الحقائق لا تنتفي عن مسمياتها بمثوبة [١٢] بين قبول من قوله حجة .

٢٩٥١١ – وقولهم : إن الزجاج قال : إن أبا الأسود قيل له : إن هذه الأشربة مباحة . فقال ذلك ، ثم رَدَّهُ طبعه فقال : فإنه أخوها . غلط ؛ لأن أبا الأسود روى عن

---

(١) كذا في جميع الأصول ولعلها : [امرأته] . قال المزي : وكانت أمه – أي : أم عبد الله – تحت حمزة بن عبد المطلب ، فولدت له ابنته عُمارة ... ، وقتل عنها يوم أحد ، فتزوجها شداد بن الهاد ، فولدت له عبد الله . انظر : تهذيب الكمال (٨٢/١٥) .

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٣٥١/١١) برقم ١١٩٨٥ .

(٣) في (م) : [في المدينة] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش . والأثر أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢٠/٥) برقم ٥٢٥٧ .

(٥) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٦) في (م) : [للحد] .

(٧) في (م) : [معنى] ، وفي (ص) : [مغريا] .

(٨) في جميع النسخ : [ما] ، والمثبت من مصدر التخريج .

(٩) البيت لأبي الأسود الدؤلي . انظر : لسان العرب (٣٧١/١٣) .

(١٠) في (م) : [ما] .

(١١) في جميع النسخ : [ما] ، والمثبت من مصدر التخريج .

(١٢) غير واضحة في جميع النسخ .

علي وأبي بن كعب ومعاذ بن جبل وعمر بن الخطاب وزيد بن ثابت ، وناظر طلحة والزبير حين توجها إلى البصرة ، وكان قاضي علي بن أبي طالب على البصرة وابن عباس أميرها ، فلما صرف ابن عباس قلده البصرة ، وهو معدود في طبقة الصحابة . وعن أكابرهم أخذ ، ومولده قبل مولد علي بن أبي طالب ، وأسلم في حياة النبي ﷺ ، ونصبه عمر فعلم الناس العربية .

٢٩٥١٢ - فإن كانوا قالوا : إن هؤلاء مباحة . فقولهم حجة ، وإنما الزجاج تكلم فيما لا يحسنه ، فوقع بعيدًا من الصواب ، وظن أن أبا الأسود سمع الإباحة من فقهاء الكوفة ، ولم يعلم في أي طبقةِ الرجلَ .

٢٩٥١٣ - وقولهم : إن طبعه رجع ؛ لأنه سمي الطِّلَى أخًا للخمر . وليس ذلك برجوع ؛ لأن أخا الشيء غيره ، وإنما أراد أن كلاهما من الكَرْم . ومعنى الطلى معنى الخمر ، وليس بخمر بل هو أخوها .

٢٩٥١٤ - فإن قيل : فعَبِيد [1] بن الأبرص أقدم من أبي الأسود ، وقد قال :

وقالوا [2] هي الخمر تُكْنَى الطلى كما الذئب يكنى أبا جعدة [3]

٢٩٥١٥ - قلنا : قد ذكر أبو حاتم أن الطلاء ممدود هو : المطبوخ الذي أباحه عمر ، والطلى غير ممدود هو : خمر أسود يخص يعمل بالطائف . فعبيد إنما ذكر ذلك الذي تعرفه العرب . وقد فرقت الشعراء بين النبيذ والخمر ، فقال الأخفش :

وصهباء جرجانية لم يطف بها حنيف ولم ينفل [4] بها ساعة قدر [5]

فبين أن الخمر هي التي لم يقل بها القدور . وقال أبو زبيد [6] في الوليد بن عقبة حين عزله عثمان عن الكوفة بشهادة أهلها عليه بشرب الخمر :

قولهم شريك الحرام وقد كان شراب سوى الحرام حلال

---

(١) في (م) : [فعبيدة] .
(٢) زيادة من مصدر التخريج .
(٣) انظر : لسان العرب (١٢٣/٣) .
(٤) في (م) ، ومصدر التخريج : [ينفر] .
(٥) في جميع النسخ : [قدره] ، والمثبت من مصادر التخريج . وانظر : العين للخليل بن أحمد (٣٩٦/٤) ، ومعجم البلدان (١٢٠/٢) .
(٦) هو : عبثر بن القاسم الإمام الثقة أبو زبيد الزبيدي الكوفي ، روى عن : حصين بن عبد الرحمن ، ومغيرة ، والعلاء بن المسيب ، ومطرف بن طريف ، وأشعث بن سوار ، والأعمش . وروى عنه : خلف البزار ، وقتيبة ، وهناد ، وأحمد بن إبراهيم الموصلي ، وجمع . توفي سنة ١٧٨هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٩٩/٧) .

ويروى : وقد كان حلال سوى الحرام .

٢٩٥١٦ – قالوا : وهذا اعتذار .

٢٩٥١٧ – ولم يكن معتذرًا له إلا بما لا ينكره الناس .

وقال جبل بن معن :

وظللنا بنعمة وإمكانًا وشربنا الحلال من ملكه

ولما دخل على الوليد ليقتله قال : ما تنكرون مني . قالوا : ينكر منك شرب الخمر ونكاح أمهات أولاد [١] ابنك . فقال : قد جعل اللّٰه فيما أحل سعة عما تذكرون . فقال : ادعوا إليَّ سليمان والنبيذ وقته [٢] وكأسًا للأحسن بذلك ما يده إلا كراه . قال : قد جعل اللّٰه فيما أحل سعة عن الخمر . ثم ذكر النبيذ .

ولأن الأمة اتفقت على تكفير مستحل الخمر ، وأجمعوا على أن مستحل هذه الأشربة لا يكفر ، فدل على أن أحدهما غير الآخر ؛ لأنهم اتفقوا على تحريم الخمر ، واختلفوا في تحريم النبيذ . وموضع الإجماع غير موضع الخلاف .

ولأن الاختلاف لما صح في إباحة هذه الأشربة ، علمنا أنها ليست بخمر ، لأن أحدًا من الأمة لم يحل الخمر ، وهذا كما نقول : إنهم اختلفوا في تحريم المتعة ؛ فدل أنها ليست بزنًى ، إذ لم يبح أحد من الأمة الزنى ولا كان مباحًا في زمان ، وقد كانت المتعة أبيحت .

٢٩٥١٨ – وقد قيل : إنا وجدناهم يقولون : خل الخمر . لما اتُّخذ من العنب خاصة ، ولا يقولون لما اتخذ من التمر : خل . قالوا : والتمر والزبيب لا تصير خلاً حتى تشتد ، فلو كان المشتد من التمر خمرًا لسَمُّوا خله : خل الخمر .

٢٩٥١٩ – احتجوا : بحديث ابن عمر أنه ﷺ قال : « كل مسكر خمر » . قال يحيي بن معين : ثلاث لا يصح فيها حديث عن النبي ﷺ : كل مسكر خمر ، وأفطر الحاجم والمحجوم ، ومن مس ذكره فليتوضأ .

٢٩٥٢٠ – فإن قيل : هذا حديث رواه أحمد بن حنبل من طريق صحيح [٣] .

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) غير واضحة في (ص) ، وفي (م) : [وفيه] .

(٣) انظر : مسند أحمد (٩٢/٢ ، ٣١ ، ٩٨ ، ١٠٤) .

٢٩٥٢١ - قلنا : الرواية لا تدل [عليه] [١] والذي يحقق ما نقوله أن البخاري لم يخرج هذا الحديث في الصحيح .

٢٩٥٢٢ - ثم إن تكلم على معناه .

٢٩٥٢٣ - فنقول : إن النبي ﷺ لا يبين للعرب الأسماء اللغوية وعنهم أخذها وبلسانهم تكلم فيقول لهم الحكم ، ومن عادة العرب إذا شَبَّهَت وبالغت في التشبيه تُسْقِط حروف التشبيه ، وهذا أمر لا يجهله من له عادة بكلامهم ، قال الشاعر :

فلا تَحْسَبا هندًا تعدد وحدها سجية نفس كل غانية هنده

وقال الأضبط بن قريع [٢] في الجاهلية ، وكان قومه قد أساءوا مجاورته وآذوه ، فرحل عنهم إلى قوم آخرين ففعلوا مثل ذلك ، فرجع إلى قومه وقال :

كل الناس بنو سعد وبنو سعد قومه

وإنما أراد أنهم مثلهم . فمعنى الخبر : إن كل مسكر كالخمر في التحريم . والمسكر عندنا هو القدح الأخير على ما سنبينه . يبين ذلك : أن ابن عمر روى عن النبي ﷺ أنه شرب نبيذًا شديدًا .

٢٩٥٢٤ - قال مخالفنا : لا يمتنع أن يبين ﷺ الأسماء ، كما روي : أن أبا موسى سئل عن شراب يعمل من العسل فقال : ذلك البِتْع . وسأله عن نبيذ يعمل من الحنطة فقال : ذلك المِزْر [٣] .

٢٩٥٢٥ - قلنا : أبو موسى سأله وهو يعرف الاسم ، وإنما أراد الحكم ، فذكر النبي ﷺ ليس ليفهمه إياه ، لكن ليعلق عليه الحكم .

٢٩٥٢٦ - قالوا : لا يمتنع أن يبين الأسماء لمن نشأ فيهم لا يعرفه ، أو لمن خالطهم

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش ، لكنه مطموس ، وما أثبتناه باجتهاد منا .

(٢) هو : الأضبط بن قريع بن عوف بن كعب بن سعد بن زيد مناة بن تميم . كان قد أغار على أهل صنعاء ، فلما انتصف منهم وملكهم بنى بها أُطُمًا نسب إليه ، قال :

وشفيت نفسي من ذوي يمنٍ بالطعن في اللبات والضربِ
قتلتهم وأبحت بلدتهم وأقمت حولا كاملا أسبي

انظر : معجم البلدان (٢١٩/١) .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٧٩/٤) برقم ٤٠٨٧ .

من العجم .

٢٩٥٢٧ - قالوا : الناشئ لا تخفى عليه الأسماء ، ولم يكن في الصحابة من ليس من العرب .

٢٩٥٢٨ - قالوا : روى أبو هريرة أنه ﷺ قال : « الخمر من هاتين الشجرتين » (١) .

٢٩٥٢٩ - قلنا : إذا جمعا ونبذا فذلك خمر عندنا .

ولأنه لم يروَ أن كل ما اتخذ منهما خمر ، لأنه (٢) يتخذ منهما الدِّبْس (٣) والخل ، فعلم أن المراد بذلك بعض المتخذ منهما خمرًا ، وكذلك نقول : إذا خلط عصير العنب والتمر . على أن هذا الخبر لم يروه عن أبي هريرة غير أبي بكر الغنوي (٤) من أهل اليمامة .

وهو خبر إذا نقل على وجهه دليلنا (٥) ، فإنما نقل أصحاب الحديث بعضه ، وتمامه : قال أبو هريرة : قال رسول الله ﷺ : « الخمر من هاتين الشجرتين من العنب والنخلة » (٦) . وقال ﷺ : « لا تنبذوا التمر والزبيب جميعًا ، ولا البر والتمر جميعًا ، وانبذوا كل واحد منهما على حداها » (٧) . وقال أبو هريرة : إذا رابك من شرابك ريب فشن عليه الماء ، وأمط عنك حرامه واشرب حلاله . أفتراه ﷺ أباح إنباذ كل واحد منهما وهو خمر ؛ فدل الخبر (٨) أن ما اتخذ من التمر والزبيب ليس بخمر ، وإنما المعنى في أن ذلك مما يعتد به ما يقصد بالخمر .

٢٩٥٣٠ - قالوا : روى النعمان بن بشير ، أنه ﷺ قال : « إن من العنب خمرًا ، وإن

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٧٣/٣) برقم ١٩٨٥ .

(٢) في (م) : [لا] .

(٣) الدبس : عسل التمر . انظر : لسان العرب مادة (دبس) .

(٤) هو : محمد بن سوقة الإمام العابد الحجة أبو بكر الغنوي الكوفي ، حدث عن : أنس بن مالك ، وسعيد ابن جبير ، وإبراهيم النخعي ، وأبي صالح السمان ، ومنذر الثوري ، وجماعة . روى عنه : سفيان الثوري ، وأبي معاوية ، وعبد الرحمن بن محمد المحاربي ، وابن عيينة ، وعلي بن عاصم وآخرون . توفي سنة نيف وأربعين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٥٤/٦) .

(٥) كذا في جميع النسخ ، ولعلها : [دليل لنا] .

(٦) أخرجه مسلم كتاب الأشربة حديث رقم (٣٦٧١) ، والترمذي كتاب الأشربة حديث رقم (١٧٩٦) ، والنسائي في كتاب الأشربة حديث رقم (٥٤٧٨) .

(٧) أخرجه البخاري في كتاب الأشربة حديث رقم (٥١٧٣) ، ومسلم في كتاب الأشربة حديث رقم (٣٦٨١) .

(٨) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

من العسل خمرًا ، وإن من التمر خمرًا ، وإن من البُرِّ خمرًا ، وإن من الشعير خمرًا » [1] .

٢٩٥٣١ – قلنا : إذا ثبت أنه لا يبين الاسم ، فهذا بيان للحكم ، ومن كل واحد من هذه الأصناف الخمسة ما هو محرم كتحريم الخمر .

٢٩٥٣٢ – فإن قيل : إن قوله ﷺ : « إن من العنب خمرًا » . أريد به بيان الاسم وكذلك بقية الأصناف .

٢٩٥٣٣ – قلنا : هذا محال ؛ لأنا قد بينا أنه ﷺ لا يجوز أن يبين الاسم بقوله : « إن من العنب خمرًا » . يعني : إن منها ما لا يسمى خمرًا ، وحكمه حكم الخمر . وقد يتخذ من العنب شراب مسكر ليس بخمر وهو المطبوخ ، وما نبذ من الزبيب . يبين هذا : أن الله تعالى حرم الخمر بنص القرآن ، وهذه الأشربة عند مخالفنا كانت تسمى خمرًا ، فاستغنى ببيان القرآن عن ذكرها .

٢٩٥٣٤ – فإن قيل : إنما ذكرها ؛ لأنها تسمى بغير الخمر .

٢٩٥٣٥ – قلنا : فكذلك الخمر لها أسماء كثيرة ، ولم تفتقر في بيان تحريمها إلى غير القرآن .

٢٩٥٣٦ – قالوا : روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : نزل تحريم الخمر يوم نزل وهي من خمسة : العنب ، والتمر ، والعسل ، والحِنْطَة ، والشعير ، والخمر ما خامر العقل [2] .

٢٩٥٣٧ – قلنا : قد صح عن عمر أنه شرب النبيذ الشديد ، ولا يجوز أن يكون شرب الخمر ، فعلم أن قوله : وكانت بغير ما يخمر من الأشربة . يبين ذلك قوله : والخمر ما خامر العقل . وليس كل مُخَمَّر خمرًا ، لأن اللبن يُخَمَّر والعجين يُخَمَّر .

٢٩٥٣٨ – قالوا : روي أن أبا موسى خطب على منبر البصرة فقال [3] : ألا إن خمر المدينة البُسْر ، وخمر أهل اليمن البِتْع ، وخمر الحبشة السُّكُرْكَة [4] . وهو الذُّرة .

٢٩٥٣٩ – قلنا : هذا بيان لما يعتادون تخميره ، لا لما يعتادون تسميته ، ألا ترى أن أهل فارس والحبشة لا يساوون العرب في الاسم ؟! فعلم أنه بيان للفعل .

---

(١) أخرجه الترمذي في السنن كتاب الأشربة حديث رقم (١٧٩٥) ، وأبو داود في الأشربة حديث رقم (٣١٩١) ، وابن ماجه في الأشربة حديث رقم (٣٣٧٠) .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٨٨/٤) ، (٢١٢٠/٥ ، ٢١٢٢) برقم ٤٣٤٣ ، ٥٢٥٩ ، ٥٢٦٦ .

(٣) في (م) : [قال] .

(٤) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٢٥٢/١) .

٢٩٥٤٠ - قالوا : روي عن أنس بن مالك قال : كنت أسقي أبا عبيدة بن الجراح وأبي بن كعب وأبا طلحة وسهل بن بيضاء من هذا الفضيخ ، فأتاهم آتٍ فقال : إن الخمر قد حرمت . فقال أبو طلحة : قُمْ إلى هذه الجِرار فاكسرها . فقمتُ إلى مهراس لنا فكسرتها [١] .

٢٩٥٤١ - قلنا : لم يفهموا التحريم بالاسم لكن بالاستدلال . يبين ذلك : أنه كسروا الجرار وإن كان تحريم الخمر لا ينبئ عن ذلك ، كذلك تركوا الشرب استدلالًا وإن لم يدل اسم الخمر على ذلك .

٢٩٥٤٢ - ويجاب عن جملة هذه الأخبار ، فيقال : إذا كان الاسم تارة يطلق حقيقة وتارة مجازًا ، فالوجه الذي يفصل بين الاسمين أن ما لزم مسمياته فلم ينتفِ عنها فهو حقيقة ، وكل ما جاز انتفاؤه عن مسمياته بحال ؛ فهو مجاز . ألا ترى أن اللّه تعالى قال : ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ ﴾ [٢] . وكانت هذه الإرادة حقيقة ، لأنك لو قلت : إن اللّه تعالى ليس بمريد . كنتَ مبطلًا ، وقال تعالى : ﴿ جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ ﴾ [٣] . فلو قلت : إن الحائط ليس بمريد . لكنتَ صادقًا ، فلما قال تعالى : ﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ﴾ [٤] . وكانت الخمر عصير العنب إذا اشتدوا الميسر القداح لم يحرم بذلك الحلو ، وإن سمي خمرًا في قوله : ﴿ إِنِّىٓ أَرَىٰنِىٓ أَعْصِرُ خَمْرًا ﴾ [٥] ؛ لأن اسم الخمر يبقى على العصير ، فعلم أنه ليس بخمر على الحقيقة . كذلك ما ورد في الأخبار بتسميته خمرًا ، إنما هو استعارة شرعية ، فلا يُحْمَل اسم الحقيقة عليها ، لأن الأمر يجوز أن ينتفي عن جميعها .

٢٩٥٤٣ - قالوا : الخمر سميت خمرًا ، لمخامرتها العقل .

٢٩٥٤٤ - قلنا : أجمع أهل العربية أن الاشتقاق لا يطرد ، وأنهم سموا النجم نَجْمًا لظهوره ، ولا يسمون كل ظاهر نجمًا ، وقالوا للجنين جنينًا لاستتاره ولا يسمون كل مستتر جنينًا . وأهل الاشتقاق بينوا [٦] أنه لا يطرد وبينوا ذلكَ وقالوا : أنهم سموا [العَبُور عَيُّوقًا] [٧] ، لأنه عاق عن الثريا فمنع ضوءه وإن شاهد نجومها ، ولم يطرد هذا . وقالوا :

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٦٤٩/٦) برقم ٦٨٢٦ .

(٢) سورة النساء : الآية ٢٨ .

(٣) سورة الكهف : الآية ٧٧ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٩١ .

(٥) سورة يوسف : الآية ٣٦ .

(٦) في (م) : [يعنوا] .

(٧) في (م) : [العيون عيونًا] . وانظر : لسان العرب ، والقاموس المحيط مادة (عوق) .

الدَّبَران إن دبر الثريا ولم يقولوا لكل ما تبع غيره : دبران . وقالوا : الفِرْسِن من البعير كالحافر من الفرس ، وإنما قيل : فرسن من الفرس وهو الدق ، والنون زائدة . ولذلك قيل للأسد : فراس ولصيده فراسة ، وحافر الفرس يدق فلم يسموه : فرسنًا ، والحافر سماه : حافرًا لأنه يحفِر الأرض ، والفرس يحفر فلم يسموه حافرًا .

٢٩٥٤٥ - قالوا : بيان لمن شرب النبيذ مخمورًا [١] ، فلولا أنه خمر لم يسم بذلك .

٢٩٥٤٦ - قلنا : قد عرفنا عن العرب أنها سمت بذلك من أصابه الصداع عقيب الشراب ، ولا نعلم أنها استعملت ذلك فيمن شرب النبيذ ، وإنما هو اسم محدث تكلم به الناس تشبيهًا بذلك ، فلا يصح الاحتجاج به ، حيث لم نعلم أن العرب تكلمت به في النبيذ .

* * *

(١) في (م) : [مخمرًا] .

مسألة ١٤٧٣

علة تحريم الخمر

٢٩٥٤٧ - قال أصحابنا : تحريم الخمر غير معلل بعلة يقاس عليها ، وكذلك لحم الخنزير . ومن أصحابنا من قال : إن تحريمها يتعلق بوجود المعاني التي لأجلها سميت خمرًا ، كما حُرِّم الزنى لوجود المعنى الذي له سمي الوطء : زنًى ، ويجوز أن يكون التحريم يتعلق بنجاستها .

٢٩٥٤٨ - وقال الشافعي : تحريم الخمر معلل بوجود الشدة المطربة .

٢٩٥٤٩ - لنا : ما روي عن ابن عباس أنه قال : حرمت الخمر لعينها [١] قليلها وكثيرها ، والسكر من كل شراب . وكيفية التحريم إنما تعلم بالتوقيف ، فكأنه روى ذلك عن النبي ﷺ . فلو كان التحريم معللًا بعلة تتعدى لم يعلق التحريم بالعين ، لأن ذلك يمنع أن يتعلق بغير العين كتحريم الخنزير والميتة والأمهات [٢] .

ولأن الصحابة اختلفوا في تحريم الأشربة ، ولم ينقل عن واحد منهم ذكر علة ، ولو كان أصلًا معللًا لبينوا علته كما بينوا ذلك في سائر المسائل التي اختلفوا فيها .

٢٩٥٥٠ - فإن قيل : قد قال عمر : الخمر ما خامر العقل .

٢٩٥٥١ - قلنا : هذا يدل على أن ما حدث عنه السكر حرام ، وهذا متفق عليه . ولا يجوز أن يكون هذا بيانًا لتحريم الجنس ، لأنه قد ثبت شرب عمر خمر النبيذ الشديد ويستحل [٣] ذلك ؛ فعلم أنه بيان للخمر المؤثر في العقل .

٢٩٥٥٢ - ولأن عن مخالفنا أن الأشربة المطربة كلها خمر وقد حرمت بنص واحد ، فلا يجوز أن يكون بعضها في التحريم فرعًا لبقيتها ، كما أن الأشياء الأربعة في

---

(١) في (م) : [بعينها] .

(٢) لم نستطع العثور على أي نصوص فقهية عند الأحناف أو الشافعية تناولت موضوع هذه المسألة ، وذلك يضيف بُعْدًا جديدًا إلى أهمية كتاب « التجريد » في نقل آراء فقهية يصعب الآن - بل يستحيل - العثور عليها لفَقْد مظانها ، وذلك سواء بالنسبة للأحناف أو الشافعية . وإن كانت هذه المسألة في غاية الغرابة ولا يمكن حملها على ظاهرها حيث اتفق المسلمون على حرمة كل مسكر ولا يمكن الخروج عن ذلك الحكم المجمع عليه بأي حال بل إن مستحل المسكر كافر بالإجماع .

(٣) في (م) : [يستقل] .

الربا [١] حرمت بنص واحد لم يكن بعضها أصلًا وبعضها فرعًا ، لأن الشيء لا يجوز أن يحرم لعلة لا توجد فيه . ومعلوم أن الشدة والطرب لا توجد في الخمر اليسير ، وهو محرم كتحريم الكثير ، فلم يجز أن تكون الشدة هي العلة في التحريم ، إذ لا قائل يقول : إن قليل الخمر حرم بغير العلة التي حرم كثيرها ، ولهذا لم يحرم قليل السَّقَمُونيا [٢] ، لأن كثيره يقتل .

٢٩٥٥٣ - فإن قيل : وجود الشدة علة لتحريم الجنس .

٢٩٥٥٤ - قلنا : هذا الذي منعنا منه أن يحرم الكثير للشدة ثم يحرم القليل من غير الشدة .

٢٩٥٥٥ - فإن قيل : القليل يسكر النمل والعصافير إذا كانت العلة تنافيها من الشدة المؤدية إلى إيقاع العداوة والبغضاء ، فكيف يحرم القليل علينا لأنه يسكر العصافير وهل هذا إلا تلاعب بالعلل! على أنا لا نسلم أن العصفور والنمل يسكر . ولا يمتنع أن يكون الله تعالى خلقها على طبع لا يسكرها الشراب ، كما خلق حيوانًا يستحلي الحنظل ، والمخمور لا تؤثر فيه السموم .

٢٩٥٥٦ - ولأنه قد ثبت عندنا ما سنبينه من بعد أن النبي ﷺ أباح النبيذ في الأوعية التي تحدث الشدة ، ولا يجوز أن يتناول نسخ الإباحة إلا ما يتناوله الخطر وهو المشتد ، فلو كانت العلة في تحريم الخمر هذه ، ارتفع [٣] تحريم حكم هذه العلة بالإباحة ، وخرجت أن تكون علة التحريم في الخمر . وقد علمنا أن تحريم الخمر لم تتعين ، فعلمنا أن التحريم وقع دليل [نبه به] [٤] على أنه غير معلل .

٢٩٥٥٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ ﴾ [٥] .

٢٩٥٥٨ - قلنا : هذا لا يجوز أن يكون على وجه التعليل ، لأن كل شيء صَدَّ عن ذكر الله حرام بالعقل . وقد كانت الخمر حلالًا إلى أن نزل تحريمها ، فلو كان التحريم في القليل لهذه العلة لم تحل .

---

(١) في (م) : [الزنى] .

(٢) السقمونيا : نبات يستخرج منه دواء مسهل للبطن ومزيل لدوده .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) غير واضحة في جميع النسخ .

(٥) سورة المائدة : الآية ٩١ .

ولأن الشيطان يوقع العداوة والبغضاء في المعاملات أكثر مما يوقع في القِمَار ، وكان يجب أن يحرم علينا لهذه العلة .

ولأن العداوة والصد عن ذكر اللّٰه إنما يقع بالسكر ، وليس يمتنع أن يحرم كثير الخمر لهذه العلة ويتعدى إلى كثير النبيذ ، ويكون القليل محرمًا بغيرها ؛ لأنها توجد فيه .

٢٩٥٥٩ - قالوا : وجدنا العصير حلالًا ، فإذا حدثت الشدة حرم ، فإذا زالت وصارت خلاً حَلَّ ؛ فدل على أن الحكم يعلق بما وجد بوجود التحريم ، وارتفع بزواله .

٢٩٥٦٠ - قلنا : وجدنا الشدة إذا طرأت نجست ، وإذا تخللت زالت النجاسة ، فلما [1] وجب أن يتعلق التحريم بالشدة ولا يتعلق بالنجاسة .

ولأن كل واحد من هذين يَحْدُث الحكم بحدوثه ويرتفع بارتفاعه . ويجوز أن يقال : إن الشدة إذا حدثت ، وجد معنًى اقتضى تسميتها خمرًا ، فإذا تخلَّلت زال ذلك المعنى ، فلم يكن تعلقه [2] بالشدة أولى من تعلقه [3] بالمعنى المقتضى بالتسمية .

٢٩٥٦١ - فإن قيل : العلة المتعدية أولى .

٢٩٥٦٢ - قلنا : هذا ليس بصحيح على أصولكم ، وقد عللتم تحريم التفاضل في الأثمان [4] بكونها أثمانًا ، وعدلتم عن العلة المتعدية .

٢٩٥٦٣ - فأما على قولنا ، فلا تكون الشدة المطربة علة لتحريم القليل وهي غير موجودة فيه ، كما أن العلة في تحريم كثير السقمونيا لما كان الضرر وهو لا يوجد في القليل لم يحرم .

٢٩٥٦٤ - فإن قيل : شرب قليل السقمونيا لا يدعو إلى كثيره ، وشُرْب [5] قليل الخمر يدعو إلى كثيره .

٢٩٥٦٥ - قلنا : الطعام الذي يضر كثيره لا يحرم قليله ، وإن كان أكل القليل يدعو إلى الكثير ، وليس كل ما يدعو إلى التحريم محرم ، ألا ترى أن القبلة واللمس في الحائض يدعو إلى وطئها وليس بمحرم .

٢٩٥٦٦ - فإن قيل : وجدت الشدة في نقيع الزبيب والتمر والمنصف [6] من العصير

---

(١) في جميع النسخ : [فلم] .
(٢) في (م) : [تعليقه] .
(٣) في (م) : [تعليقه] .
(٤) في (م) : [الأيمان] .
(٥) في (م) : [ومن شرب] .
(٦) وهي التمرة التي نصفها رطب ونصفها بسرأي يابس راجع القاموس مادة (نصف) .

بحرمته ولا يسمى خمرًا ، فعلم أن الحكم يتبع الشدة ولا يتبع التسمية .

٢٩٥٦٧ - قلنا : إن علقنا الحكم بالنجاسة قابلت علتنا علتكم [1] وتعلق الحكم في النقيع بها ، وإن علقنا الحكم في الخمر بالمعنى المقتضي لتسميتها خمرًا ، قلنا : إن نقيع الزبيب والتمر لا يحرم لعلة الخمر ، وإنما حرم عندنا لدليل آخر . على أن مذاهب فقهاء الكوفة والبصرة أن نقيع التمر والزبيب حلال ، وهو أقوى عندي .

٢٩٥٦٨ - فإن قلنا : هذا سقط [2] الكلام وطريقة أخرى في أن تعليق الحكم بالاسم أقوى من تعليقه بالشدة ، وهي ما وجد في الحكم المعلل وهو التحريم تتعلق به الحدود ، وجدنا سائر الأفعال المحرمة الموجبة للحدود يتعلق الحكم فيها بالاسم دون المعنى .

٢٩٥٦٩ - ألا ترى أن القاذف بالزنى يحد ، ولو قذف بالكفر لم يحد ، والزاني يحد ، والواطئ وطئًا حرامًا لا يحد ، والسارق يحد لوجود الاسم . ويمكن أن يعلل الواطئ في الزنى بعلة تتعدى إلى ما ليس بزنًى ، وكذلك القذف والسرقة وأجمعنا على سقوط ذلك التعليل . فكذلك في مسألتنا تعليق الحكم بالاسم - وإن كان لا يتعدى - أولى من تعليله بالمعنى المتعدي . على أنا نقول لمخالفنا : إذا وجدت الشدة ، كفرنا مستحله ، وإذا زالت الشدة ، زال التكفير ، فلم يجب أن يقيس غير الخمر على الخمر في تكفير المستحل وإن استويا في الشدة ، كذلك لا نقيس في التحريم وإن تساويا في الشدة .

* * *

---

(١) في (م) : [عليكم] .

(٢) بعدها في (م) : [هذا] .

مسألة ١٤٧٤

مطبوخ نبيذ التمر والزبيب

٢٩٥٧٠ - قال أبو حنيفة : المطبوخ من نبيذ التمر والزبيب والمثلث من عصير العنب حلال وإن اشتد ما لم يسكر ، وكذلك نقيع الحنطة والشعير والذرة والأرز والعسل [١] .

٢٩٥٧١ - وقال الشافعي : ما أسكر كثيره فقليله حرام [٢] .

٢٩٥٧٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿وَإِنَّ لَكُمْ فِي ٱلْأَنْعَٰمِ لَعِبْرَةً﴾ [٣] إلى قوله : ﴿سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ [٤] . وقد اختلف في تأويل السكر ، فروي عن ابن عباس وابن عمر أنه : الخمر [٥] . وقال الشعبي : السكر ما شربتَ ، والرزق الحسن ما أكلتَ [٦] . وقال عمر: السكر نقيع التمر . وحقيقة الاسم أنه الشراب [الذي يسكر] [٧] ، لأن السكر مأخوذ من : سكرت الريح إذا سكنت . واختلافهم يدل على أن الاسم يتناول جميع ذلك ، وهذه الآية امتنان من الله تعالى علينا وهو لا يمتنُّ إلا بالمباح ، فكما أفادت الآية إباحة اللبن كذلك إباحة السكر .

٢٩٥٧٣ - فإن قيل : السكر : الطعم . هكذا قال الزجاج ، جعلت أعراض السكر سكرًا أي طعمًا .

٢٩٥٧٤ - قلنا : هذا مسلم ، لكنه مجاز ، وحقيقة الاسم ما يقع لشربه السكر ، وقد ذكر هذا أهل اللغة ابن دريد وغيره .

---

(١) انظر : المبسوط (٧١/٢٤) وعبارته : المطبوخ من نبيذ التمر شربه حلال ، والمسكر منه حرام ، وكذلك التمر والزبيب أو البسر والزبيب . وانظر أيضًا : البدائع (١١٦/٥) .

(٢) انظر : الأم (١٩٤/٦) وعبارته : سمعت الشافعي وهو يحتج في ذكر المسكر فقال كلامًا قد تقدم لا أحفظه فقال : أرأيت إن شرب عشرة ولم يسكر ، فإن قال : حلال . قيل : أفرأيت إن خرج فأصابته الريح فسكر ، فإن قال : حرام . قيل له : أفرأيت شيئًا قط شربه رجل وصار في جوفه حلالًا ، ثم صيرته الريح حراما، وقول الشافعي : إن ما أسكر كثيره فقليله حرام .

(٣) الآية ٦٦ من سورة النحل . (٤) الآية ٦٧ من سورة النحل .

(٥) انظر : تفسير الطبري (١٣٥/١٤ - ١٣٦) .

(٦) انظر : تفسير الطبري (١٣٧/١٤ ، ١٣٨) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

٢٩٥٧٥ - فإن قيل : هذه الآية نزلت بمكة والخمر [١] يومئذ حلال ، وتحريم الخمر نزل بالمدينة فنسخ الآية .

٢٩٥٧٦ - قلنا : الآية تتضمن إباحة كل شراب مسكر ثم حرمت الخمر ، فنُسِخ ذلك ، وبقي كل شراب ليس بخمر على ما كان عليه ، ويدل عليه ما روى عبد الملك ابن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال : كنا جلوسًا عنده ، فأوتي بقدح فقربه إلى فمه ثم رده . فقال له بعض جلسائه : أحرام هو يا رسول الله ، قال : « ردوه » . فردوه ، ثم دعا بماء فصبه عليه ، ثم شرب منه ، ثم قال : « انظروا هذه الأشربة إذا اغتلمت [٢] عليكم ، فاقطعوا شربها بالماء » [٣] .

٢٩٥٧٧ - قالوا : قال أحمد : عبد الملك بن نافع لا يعرف .

٢٩٥٧٨ - قلنا : عمه [القعقاع بن شَوْر الذهلي] [٤] من وجوه أصحاب علي ، فإن كان يعني به أنه غير معروف النسب ، فقد عرفناه ، وإن أراد أنه غير معروف العدالة ، فظاهر حال المسلم العدالة ، إلا أن يعلم منه ما يقتضي الجرح .

٢٩٥٧٩ - فإن قيل : كان حامضًا .

٢٩٥٨٠ - قلنا : إنما يقال أعلم في الشدة لا في الحموضة ، ومتى خض [٥] المشتد الحموضة الذي تبيحه عند مخالفنا صار خلًّا ولم يستطع أحد أن يشربه .

٢٩٥٨١ - فإن قيل : نبيذ السقاية كان [٦] نقيعًا ، وذلك محرم عندكم .

٢٩٥٨٢ - قلنا : الخبر يقتضي إباحة النقيع ، وذلك يدل على إباحة المطبوخ دل الدليل على تحريم أحدهما بقي الآخر . على أن الصحيح عندي أن نقيع الزبيب والتمر حلال عندي [٧] كنقيع العسل والحنطة ، وإنما اعتبر أبو حنيفة الطبخ احتياطًا لآثار كلها متأولة . ويدل عليه ما روى سفيان عن منصور عن خالد بن سعد [٨] عن ابن مسعود أن النبي ﷺ

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) في جميع النسخ : [أعلمت] .

(٣) أخرجه النسائي في المجتبى (٣٢٣/٨) برقم ٥٦٩٤ ، وفي الكبرى (٢٣٥/٣) برقم ٥٢٠٤ .

(٤) في جميع النسخ : [القصاع بن سور الهذلي] ، وفي بعض الكتب نسبه : [الشيباني] .

(٥) في (م) : [حمض] . (٦) في (م) : [كانت] .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) في جميع النسخ : [سعيد] ، وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه . وهو : خالد بن سعد الكوفي مولى أبي مسعود الأنصاري البدري . روى عن : حذيفة بن اليمان ، وعبد الله بن أبي عتيق ، ومولاه أبي مسعود =

عطش وهو يطوف بالبيت ، فاستسقى ، فأتي بنبيذ من السقاية ، فشمه فقَطَب وقال : « عليَّ بذنوب من زمزم » . فصب عليه وشرب [١] .

٢٩٥٨٣ - فإن قيل : تفرد بهذا الحديث يحيى بن يمان ولم يتابعه أحد من أصحاب الثوري [عليه ، لأن يحيى بن يمان من أصحاب الثوري] [٢] وهو آخر من بقي ممن شبه [٣] هديه هدي رسول الله ﷺ . ومتى رجعت إلى الأخبار وجدت أكثرها منفرد به الواحد . على أن ابن شجاع قال : حدثني القاسم - يعنى : العبقري - هذا الحديث بحضرة أبي أسامة وسمعت القاسم يذكر أبا أسامة هذا الحديث ، ثم لقيت يحيي بن آدم في مجلس أبي أسامة ، [...] [٤] فقال يحيي : حدثني يحيي بن اليمان عن سفيان وهو غريب . وهاهنا من يرويه عن سفيان . وهذا تصحيح للحديث لأن أبا أسامة لم ينكره . وروى يحيي بن آدم قال : حدثنا عبد الرحمن بن سليمان عن يزيد [٥] بن أبي زياد عن عكرمة عن ابن عباس قال : أتي النبي ﷺ السقاية ، فقال : « اسقوني من هذا » . فقال العباس : ألا نسقيك مما نصنع في البيوت ، قال : « لا ، ولكن اسقوني مما يشرب الناس [٦] » . فأتي بنبيذ في قدح فذاقه [٧] فقَطَب ، ثم قال : « هلموا ماءً » . فصب عليه مرتين أو ثلاثًا ، ثم قال : « إذا صنع لكم هكذا ، فاصنعوا به هكذا » [٨] . وذكر ابن قتيبة في كتابه في الأشربة عن زيد بن علي أنه شرب وأصحابه هذا شديدًا في وليمة ، فقيل له : يا بن بنت رسول الله ، حدثنا بحديث سمعته من أبيك عن رسول الله في النبيذ . قال : حدثني أبي عن جدي عن علي بن أبي طالب عن النبي ﷺ قال :

= الأنصاري ، وأبي هريرة ، وعائشة . روى عنه : إبراهيم بن بشير الأنصاري ، وإبراهيم بن يزيد النخعي ، وحبيب بن أبي ثابت ، وسليمان الأعمش ، وأبو حصين عثمان بن عاصم الأسدي ، ومجمع بن يحيى الأنصاري ، ومنصور بن المعتمر . قال يحيى بن معين : ثقة . وذكره ابن حبان في كتاب الثقات . انظر : تهذيب الكمال (٨/٧٩-٨١) .

(١) أخرجه النسائي في المجتبى (٨/٣٢٥) برقم ٥٧٠٣ ، وفي الكبرى (٣/٢٣٧) برقم ٥٢١٢ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) في (م) : [نسبه] .

(٤) ما بين المعكوفتين غير واضح في جميع النسخ مقداره كلمتان .

(٥) في (م) : [زيد] .

(٦) ساقطة من (م) . والحديث أخرجه البخاري في الحج كتاب الحج حديث رقم (١٤٩٩) ، ومسلم كتاب الحج حديث رقم (٢١٧٨) ، أحمد في المسند حديث رقم (١٧٤٤) .

(٧) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٧٨) برقم ٢٣٨٦٦ .

« تنزل أمتي على منازل بني إسرائيل حذو القُذَّة بالقُذَّة والنعل بالنعل [١] ، حتى لو أن رجالًا من بني إسرائيل نكحت نساءها في الأسواق كان في أمتي من يفعل ذلك ، ألا وإن اللَّه ابتلى بني إسرائيل بنهر طالوت أحل منه الغُرْفة وحرم منه الرِّيَّ ، ألا وإن اللَّه جعل فيكم النبيذ ، أحل منه الرِّيَّ ، وحرم منه السكر » [٢] .

٢٩٥٨٤ - قال ابن شجاع : حدثني أبو أسامة عن الجُرَيْرِي عن أبي العلاء - يعني : ابن الشِّخِّير - قال : انتهى قول [٣] رسول اللَّه في الأشربة إلى أن قال : « لا تشربوا ما يسفه أحلامكم ، ولا ما يذهب أموالكم » [٤] . وهذا يقتضي إباحة ما لا يسكر . [وأبو العلاء] [٥] من وجوه التابعين . وروى أبو صالح عن أبي هريرة قال : قال رسول اللَّه ﷺ : « إذا دخل أحدكم على أخيه المسلم فأطعمه طعامًا ، فليأكل من طعامه ولا يسأل عنه ، فإن سقاه شرابًا فليشرب ولا يسأل عنه [٦] ، فإن خشي فليكسره بشيء » [٧] .
ويدل على ذلك إباحة النبي ﷺ الانتباذ في الظروف بعد نهيه عنه ورخصته فيها كان حظر منها . وروي ذلك من طريق صحيحة لا يتدافعها أهل النقل ولا ينكرونها .
وأخرج مسلم حديث سفيان بن عيينة عن سليمان الأحول عن مجاهد عن أبي عياض [٨] عن عبد اللَّه بن عمرو بن العاص قال : لما نهى النبي ﷺ عن النبيذ في الأوعية قالوا [٩] : ليس كل الناس يجدها [١٠] . فأرخص لهم في الجر غير المزفت [١١] .
أخرجه البخاري عن علي بن المديني وأبي بكر بن أبي شيبة عن سفيان بن عيينة [١٢] .
وأخرج البخاري حديث سفيان الثوري عن منصور بن المعتمر عن سالم بن أبي الجعد عن جابر بن عبد اللَّه الأنصاري قال : نهى رسول اللَّه ﷺ عن الظروف . فشكت إليه

(١) في (م) ، (ص) : [العل بالعل] . (٢) في (م) : [نسبه] .
(٣) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٨١/٥) برقم ٢٣٨٩٦ .
(٥) في جميع النسخ : [والعلاء] .
(٦) أخرجه الإمام أحمد في المسند حديث رقم (٨٨١٨) .
(٧) أخرجه الحاكم في المستدرك (١٤٠/٤) برقم ٧١٦٠ .
(٨) في جميع النسخ : [عاصم] ، والمثبت من مصدر التخريج ، وهو الصواب .
(٩) في جميع النسخ : [قال] ، والمثبت من مصدر الخريج .
(١٠) في صحيح مسلم : [يجد] .
(١١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٥/٣) برقم ٢٠٠٠ .
(١٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢٤/٥) برقم ٥٢٧١ ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٨٦/٥) برقم ٢٣٩٤٤ .

الأنصار فقالت : [ليس لنا وعاء] [١] . فقال ﷺ : « فلا إِذْنْ » [٢] . وأخرج مسلم حديث وكيع بن الجراح [٣] عن مُعَرِّف بن واصل عن محارب بن دثار [٤] عن ابن [٥] بريدة عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ : « نهيتكم عن الأشربة إلا في ظروف الأدم ، فاشربوا في كل وعاء غير ألا تشربوا مسكرًا » [٦] . وذكر أحمد بن حنبل في كتاب الأشربة عن عبد الرحمن بن صحار [٧] عن أبيه قال : قلت : يا رسول الله إني رجل مسقام ، فأذن لي في جريدة أنتبذ فيها . فَأَذِن له فيها [٨] . وذكر أحمد حديث أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله ﷺ : « نهيتكم عن النبيذ فاشربوا ، ولا أحل مسكرًا » [٩] . وذكر حديث ابن مسعود عن النبي ﷺ : « نهيتكم عن هذه الظروف ، فانتبذوا فيها ، واجتنبوا كل مسكر » [١٠] . وذكر علي بن أبي طالب أن النبي ﷺ قال : « نهيتكم عن هذه الأوعية ، فاشربوا ، واجتنبوا ما يسكر » . ووجه الدليل من هذه الأخبار : أن النهي لا يجوز أن يتناول الأوعية لمعنًى فيها ، وإنما نهى عنها ، لأنها تحدث الشدة ، ثم أباح الانتباذ ، فدل أن النسخ يتناول إباحة المشتد ، لولا ذلك لم يكن في الأوعية نسخ . ولأنه يستحيل أن يقول الحكم في شرب ما لا إسكار فيه : « اجتنبوا

---

(١) في صحيح البخاري : [إنه لا بد لنا منها] .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢٣/٥) برقم ٥٢٧٠ .

(٣) هو : وكيع بن الجراح بن مليح بن عدي بن فرس بن جمجمة بن سفيان بن الحارث بن عمرو بن عبيد ابن رؤاس الإمام الحافظ محدث العراق أبو سفيان الرؤاسي الكوفي ، أحد الأعلام ولد سنة ١٢٩ هـ . سمع من : هشام بن عروة ، وسليمان الأعمش ، وإسماعيل بن أبي خالد ، وابن عون ، وان جريج ، وداود الأودي ، وغيرهم . حدث عنه : سفيان الثوري ، وعبد الله بن المبارك ، الفضل بن موسى السيناني ، وأمم سواهم . توفي سنة ١٩٧ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٨٧/٨) .

(٤) هو : محارب بن دثار بن كردوس بن قرواش السدوسي الكوفي الفقيه قاضي الكوفة وليها لخالد بن عبد الله القسري . حدث عن : ابن عمر ، وجابر بن عبد الله ، وعبد الله بن يزيد الخطمي ، وأخيه سليمان ، والأسود بن يزيد ، وجماعة . وحدث عنه : زبيد اليمامي ، ومسعر ، وشعبة ، والثوري ، وقيس بن الربيع ، وعدد كثير . كان ثقة وحجة . توفي سنة ١١٦ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٠/٦ ، ٥١) .

(٥) في جميع النسخ : [بن] ، والمثبت من مصدر التخريج ، وهو الصواب .

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٥/٣) برقم ٩٧٧ .

(٧) في جميع النسخ : [مختار] ، والمثبت من مصادر التخريج .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٨٥/٥) برقم ٢٣٩٣٣ ، وأحمد في مسنده (٤٨٣/٣) .

(٩) أخرجه أحمد في مسنده (٣٨/٣) .

(١٠) أخرجه أحمد في مسنده (٤٥٢/١) .

المسكر [١] » . [وإنما يصح هذا التنابذ ... [٢] ضياع منه القليل ... [٣]] [٤] . يبين ذلك حديث أبي سعيد : « نهيتكم عن النبيذ ، فاشربوا ، ولا أحل مسكرًا » . معلوم أن النهي كان عن النبيذ المسكر ، والإباحة تناولت ما يُسْكَر منه ، وأما ما لا يكون منه سكر بوجه ، فلا يجوز أن يتناوله الخبر للنسخ . ولا يقال فيه : وأنهاكم عما يسكر . على أنه قد روى سماك بن حرب عن القاسم بن عبد الرحمن [بن عبد الله بن مسعود عن أبيه] [٥] عن أبي بردة بن نيار الأنصاري قال : قال رسول الله ﷺ : «إني كنت نهيتكم عن الشرب في الأوعية ، فاشربوا ما بدا لكم ، ولا تسكروا » [٦] . وقد قيل : إن هذا اللفظ تفرد به أبو الأحوص سَلاَّم بن سُلَيْم [٧] الحنفي وهو ضعيف . وهذا غلط ، لأن معنى الحديث معنى بقية الأخبار ، وهو قوله : « ولا أحل مسكرًا » . وقوله : « وإياكم وكل مسكر » ؛ لأنه يستحيل أن يقول : اشربوا ما لا يقع فيه سكر بوجه ولا يسكر ، ولا تشربوا مسكرًا . وذكر ابن شجاع حديث أبي العالية وغيره عن عبد الله بن المغفل قال : شهدت رسول الله ﷺ حين نهى عن نبيذ الجر وحين أمر بشربه ، فقال : « اجتنبوا المسكر » [٨] . قال ابن شجاع : حدثنا عبد الصمد بن عبد الوارث قال : حدثنا ملازم بن عمرو عن سراج بن عقبة [٩] عن عمته خالدة أو خلدة بنت طلق عن أبيها قالت : كنا جلوسًا عند نبي الله ، فجاء صحار بن [١٠] عبد القيس فقال : يا رسول الله ، ما ترى في شراب نصنعه من ثمارنا [١١] ، فأعرض عنه ﷺ حين سأله ثلاث مرات ، ثم قام بنا النبي ﷺ فلما قضى الصلاة ، قال : « من السائل عن المسكر ، يا سائل ، لا تسكر ولا تَسْقِه أحدًا من المسلمين ، والذي نفسي بيده ما شربه رجل قط ابتغاء لذة السكر فيسقيه الله خمرًا يوم القيامة » [١٢] . ويدل عليه ما روي أن عمر بن

---

(١) في (م) : [المنكر] . (٢ ، ٣) يوجد هنا طمس .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٥) في جميع النسخ : [عن عكاشة بن مسعود] ، والمثبت من مصدر التخريج . وانظر : تهذيب الكمال (٧١/٣٣ ، ٧٢) .

(٦) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٨٨/٢) .

(٧) في جميع النسخ : [سليمان] ، وهو خطأ . وانظر : تهذيب الكمال (١٦/٣٣) .

(٨) أخرجه الروياني في مسنده (١٠٣/٢ ، ١٠٤) برقم ٩٠٩ .

(٩) في جميع النسخ : [عطية] ، والمثبت من مصادر التخريج .

(١٠) ساقطة من جميع النسخ .

(١١) في جميع النسخ : [دارنا] ، والمثبت من مصدر التخريج .

(١٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٨٨/٢) .

الخطاب قال لابن منطور : أهل من شراب ، فإن العسل لا تعميم [١] ، فقال : هاهنا شراب نصنعه من العنب نطبخه حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه . فقال : عليَّ به . فأخذه [٢] فأدخل يده فيه فإذا هو يتمطط [٣] ، وقال : ما أشبه بطلاء الإبل [هو رقة] [٤] الناس [٥] وروى الشعبي عن صابر بن حصين الأسدي قال : دخلت على عمار بن ياسر وهو أمير الكوفة ، فرمى إليَّ كتابًا فقال : هذا كتاب أمير المؤمنين . فقرأته ، فإذا فيه : أما بعد ، فإن عاطى [٦] كذا وكذا بالشام كره للمسلمين ملاحة [٧] الماء وغلى عليهم العسل ، فإن بعض أهل الأرض وصف لي شرابًا من العنب وهو العصير ، فيطبخ حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيذهب ، فنذهب [٨] أداه [٩] وعائلته [١٠] وصفا صفوه وطيبه ، فإذا أتاك كتابي هذا فأشر به وصفه لمن هلك من المسلمين . ثم قال عمار : انطلق بكتابي هذا . وكتب معي إلى صاحب البساتين ، فأتيته فإذا هو في ظل دَوْحة فقرأت عليه الكتاب . قال : هذا كله عندنا العصير والعنب [١١] والمثلث ، وشاريك مقدارًا ينفعك . فجاء بالعصير فصبه في القدر ، ثم أوقد عليه فجعلناه في الزقاق ، حتى أتينا به عمارًا ، فشرب منه وسقى من حوله . ومدار رزق الجند الطلى في زمن عمر وعثمان وعلي .

٢٩٥٨٥ – فإن زعم مخالفنا أنه حرام . خالف الإجماع الظاهر .

٢٩٥٨٦ – فإن قال : لا تسكر . كان مكابرًا ، لأن الطلى تسكر إسكارًا شديدًا ، وإنما تأخذ النار الأجزاء الرقيقة ، ويبقى جزء هو العصير . والذي يبين أنه يسكر : أن عبادة بن الصامت قال لعمر : أحللتها والله . فقال عمر : كلا والله ، اللهم لا أحل لهم شيئًا حرمت عليهم . ولو كان هذا لا يسكر ، لم يشكل على عبادة . وروى حصين عن الشعبي أن عمارًا لما شربه ، قال للقوم : هذا شراب لم نكن نشربه حتى أمرنا به أمير المؤمنين . ومعلوم أن عمارًا لا يمتنع من شرب الشراب الحلو الذي لا يسكر حتى يأمره عمر به .

٢٩٥٨٧ – فإن قيل : قد روي أن رجالًا من أهل الأرض قالوا لعمر : هل لك أن

---

(١) غير واضحة في جميع النسخ .

(٢) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) غير واضحة في جميع النسخ ، والمثبت من الموطأ .

(٤) ما بين المعكوفتين غير واضح في جميع النسخ .

(٥) انظر : موطأ مالك (٨٤٧/٢) برقم ١٥٤٥ .

(٦ ، ٧) غير واضحة في جميع النسخ .

(٨) في (م) : [فمذهب] .

(٩) غير واضحة في جميع النسخ .

(١٠) غير واضحة في جميع النسخ .

(١١) غير واضحة في جميع النسخ .

نجعل من هذا الشراب شيئا لا يسكر ، قال : نعم . فطبخوا له العصير [١] .

٢٩٥٨٨ – قلنا : هذا ظنٌّ ، وقول عمار أعدل من قول أهل الأرض والرجوع إليه أولى ، إذ المشاهدة تُسْقِط هذا التأويل . ويدل عليه ما روي في شرب الصحابة للنبيذ ، فروي عن عتبة بن فرقد قال : تقدمت عند عمر ، فأتي بنبيذ شديد فشرب ثم سقاني ، وقال : نأكل هذا اللحم الغليظ ونشرب عليه هذا النبيذ الشديد ، فيقطعه في بطوننا [٢] .

٢٩٥٨٩ – فإن قيل : قد روي عن عتبة بن فرقد قال : نبيذ قد كاد يصير خلاً . وهذا يدل على أنه حامض [٣] .

٢٩٥٩٠ – قلنا : قوله : نبيذ شديد . يقتضي أنه لا يسكر .

٢٩٥٩١ – وقوله : قد كاد يصير خلاً . أي : بلغ إلى غاية أحواله ، وقد قارب أنه يصير خلاً . وهذا عند مخالفنا لا يجوز شربه ، ألا ترى أن النبيذ تطرأ عليه الحموضة ، وكذلك على الخمر . ولا يحل الخمر بذلك حتى ينتهي كونه خلاً . وروى الأعمش عن إبراهيم عن [٤] همام قال : أتي عمر بنبيذ زبيب من نبيذ زبيب الطائف ، فلما ذاقه قَطَب ثم قال : إن لنبيذ الطائف عراما [٥] . ثم دعا بماء فصب عليه وشرب ، ثم قال : إذا اشتد عليكم ، فصبوا عليه الماء واشربوا [٦] . وقال عمرو بن ميمون : قال عمر : إنا نشرب من هذا الشراب الشديد لنقطع [٧] لحوم الإبل في بطوننا أن يؤذينا ، فمن رابه من شرابه شيء [٨] فليمزجه بالماء [٩] . وذكر إبراهيم الحربي في غريب الحديث عن أبي رافع قال : قال عمر بن الخطاب : إذا غلبكم النبيذ بالماء ، فسجوه [١٠] بالماء . وذُكِر عن مخارق عن طارق قال : وفدنا على عمر ، فسقاني قدحًا من نبيذ ، فقلت : ما أرى شرابك إلا قد أخذ برأسي . قال : نَمْ في الظل ، واعلم أنك إذا إن قلتَ جَهْرًا ،

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٨٤٧/٢) برقم ١٥٤٥ .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٠/٤) برقم ٧٧ .

(٣) في (م) : [خالص] . والأثر أخرجه ابن أبي شيبة (٧٩/٥) برقم ٢٣٨٧٦ .

(٤) في جميع النسخ : [بن] ، والمثبت من مصدر التخريج ، وهو الصواب .

(٥) في مصدر التخريج : [غرام] ، وفي فتح الباري : [حُرَام] .

(٦) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢١٨/٤) .

(٧) في (م) : [لقطع] .

(٨) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٩) أخرجه ابن أبي شيبة ٧٩/٥ برقم ٢٣٨٧٥ . (١٠) في (م) : [فسبحوه] .

أقمتُ [١] عليك الحد . وذكر ابن قتيبة في كتابه عن عطاء بن أبي رباح أن عمر وقف على السقاية ، فوضع يده على بطنه وقال : هل من شراب ، فإني أجد في بطني زعموا [٢] . فأتي بشربة من السقاية فشربها ، ثم قال : أخرى . فأتي بها [فلذ [٣] بها] [٤] ، ثم ناولته فشرب منها ، ثم دعا بسجل - وربما قال : بذنوب - فمسح الإناء بالماء حتى فاضت نواحيه ، ثم قال : عباد الله ، كل شراب استخرج ماؤه بمائه ، فهو حرام لا تشربوه ، وكل شراب استخرج ماؤه بغير مائه ، فهو حل فاشربوه . وعن عمرو ابن ميمون قال : شهدت عمر بن الخطاب حين طُعِن فحمل إلى منزله فأتاه الطبيب ، فقال : أي الشراب أحب إليك ، فقال : النبيذ . فدعا بنبيذ فشربه ، فخرج من إحدى طعناته . فقالوا : إنما هذا الصديد صديد الدم . فدعا بلبن ، فخرج منه ، فقال : أوصِ بما كنت موصيًا ، فوالله ما أراك تمشي حتى تلقى اللَّه [٥] .

٢٩٥٩٢ - فإن قيل : روى ابن شهاب عن السائب بن يزيد أنه أخبره أن عمر بن الخطاب خرج عليهم فقال : إني وجدت أنفاس عبيد اللَّه بن عمر وريح الشراب . فسأل عمر عنه ، فزعم أنه طِلَّى ، وإني سائل عنه ، فإن كان يسكر جلدته . قال : ثم شهدت عمر بعد ذلك يحد [٦] خالد بن عبد اللَّه في ريح الشراب الذي وُجِد منه .

٢٩٥٩٣ - قلنا : هذا يدل على أن الطلى يسكر ، وقول عمر معناه : إن كان القدر الذي شُرِب مقدار السكر ، جلدته . حتى تتفق الأخبار عنه ولا تختلف .

٢٩٥٩٤ - وقد قدمنا حديث ابن عباس : حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها ، والسكر من كل شراب . فأخبر أن المحرم ما سوى الخمر هو السكر ، وأنه مخالف لها في التحريم .

٢٩٥٩٥ - وفي كتاب أحمد بن [٧] همام بن منبه سأل فقال : يا أبا [٨] عبد الرحمن [٩] ، هذا الشراب ما تقول فيه ، قال [١٠] : كل مسكر حرام . قال : قلت :

---

(١) في (م) : [أقم] .
(٢) كذا في جميع النسخ .
(٣) في (م) : [فلذا] .
(٤) ساقطة من (ص) .
(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١١٣/٣ برقم ٥٠٣٩ ، وابن سعد في الطبقات الكبرى ٣٤٠/٣ .
(٦) في (م) : [يحده] .
(٧) كذا في جميع النسخ ، والذي في مصدر التخريج : [عن عقيل بن معقل عن همام بن منبه أخبره قال : سألت . . . إلخ] فالسائل هو همام ، فلعل في الكلمة تصحيف ولعل أصلها : [عن] .
(٨) ساقطة من جميع النسخ ، والمثبت من مصدر التخريج .
(٩) هو : عبد اللَّه بن عمر بن الخطاب .
(١٠) ساقطة من جميع النسخ ، والمثبت من مصدر التخريج .

فإن شربت من الخمر فلم أسكر ، قال : [أف أف ، وما] [١] بال الخمر وغضب ، وقال : أما الخمر فحرام لا سبيل إليه ، [وما] [٢] سواها من الأشربة فكل مسكر حرام [٣] . وهذا يدل على تفريقه بين الخمر وغيرها من الأشربة ، كما قال ابن عباس : إن المسكر ما وجد به السكر لا جنسه . وروى عمرو بن الفضل عن علي قال [٤] : إن القوم يجلسون على الشراب وهو لهم حلال ، فلا يزال حتى يحرم عليهم . وهذا يدل على إباحة شراب يُسْكِر بعضه . وروى مجالد عن الشعبي قال : رزق علي بن أبي طالب طلًى عازبًا [٥] ، فشرب منه رجل فسكر ، فجلده [٦] . وقال عبد الرحمن بن أبي ليلى : شربت عند علي نبيذًا فخرجت من عنده عند المغرب ، فأرسل معي قنبرًا مولاه يهديني إلى بيتنا . وقال الشعبي : شهد عندي عبد الرحمن بن أبي ليلى أنه شرب نبيذًا شديدًا في الجرار الخضر عند البدرية من أصحاب النبي ﷺ من الأنصار [٧] . وروى جويبر عن الضحاك قال : قال عبد اللَّه بن مسعود : قد شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم وشهدت تحليله فحفظت ونسيتم . فهذا يدل على إباحة نبيذ كان محرمًا وعلى أن الإباحة متأخرة . وعن أبي بكرة نحو ذلك . وقال الحسن بن عمر : شربنا عند أبي وائل نبيذًا شديدًا ، فقال أبو وائل : شربته عند عبد اللَّه بن مسعود وأبي مسعود الأنصاري في جرار خضر . وروى سعيد بن مسروق عن الشماس قال : قال عبد اللَّه : ما يزال [٨] القوم وإن شرابهم لحلال ، حتى يصير حرامًا [٩] . وهذا أمر مشهور أباحه فقهاء الكوفة ، وكان أمرًا ظاهرًا في أصحاب علي وعبد اللَّه . ويدل على ذلك من طريق النظر أن النبي ﷺ بين الأحكام بحسب الحاجة إليها ، ونُقِل ذلك أيضًا بحسب الحاجة ، وحاجة أهل المدينة إلى معرفة تحريم الأنبذة أشد من حاجتهم إلى معرفة تحريم الخمر ، لأن عامة شرابهم كان من النخل ، والخمر عندهم مسبية [١٠] من الشام لا يجدها عوامهم . وعند

---

(١) ما بين المعكوفتين في جميع النسخ : [إذا رددنا ما] ، والمثبت من مصدر التخريج .

(٢) ما بين المعكوفتين في مصدر التخريج : [وأما ما] .

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٢٢٢/٩) برقم ١٧٠٠٨ .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) في (م) : [غاناب] ، وغير واضحة في (ص) .

(٦) انظر : المحلى لابن حزم (٤٨٨/٧) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٨٤/٥) برقم ٢٣٩٢٧ .

(٨) في جميع النسخ : [يزل] ، والمثبت من مصدر التخريج .

(٩) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٨٠/٥) برقم ٢٣٨٨١ .

(١٠) غير واضحة في جميع النسخ .

مخالفنا أن من مراد اللَّه تعالى في تحريم الخمر والنبيذ سواء ، فكان يجب أن يكون البيان [١] فيهما على وجه ، أو يكون بيان تحريم النبيذ أظهر . فلما وجدنا تحريم الخمر معلومًا من طريق يقع العلم به ويقطع في الشريعة بمعرفته ويكفر جاحده ، ولم يوجد مثل ذلك في النبيذ ، علمنا أن مراد اللَّه تعالى في حكمها مختلف ، وهذا خلاف قولهم . ولأن الأشربة كلها كانت على الإباحة ، ثم حرمت الخمر بطريق معلوم ، وما سواها إنما يحرم بنقل . وقد اختُلف ما نقل في [٢] حظرها [٣] وإباحتها ، حتى قال إبراهيم الحربي : لم يصح في تحريم النبيذ ولا إباحته حديث . وإذا تعارض ذلك ، بقيت الإباحة على ما كانت .

٢٩٥٩٦ - فإن قيل : من أصلكم أن التعارض إذا حصل ، كان ما يوجب الحظر أولى .

٢٩٥٩٧ - قلنا : هذا نقوله إذا فُقِد التاريخ ، وفي مسألتنا الإباحة متأخرة ، فكانت أولى . ولأن اللَّه تعالى لم يحرم نوعًا من المحرمات إلا أباح ما يَسُدُّ مسده . ألا ترى أنه حرم لحم الخنزير وأباح أنواعًا من اللحم تغني عنه ، وحرم مناكحة ذوات المحارم وأباح الأجنبيات . ووجدنا أن الشراب المطرب مقصود [٤] ، فلما حرم منه أنواعًا ، فالظاهر أنه أباح أنواعًا . وعند مخالفنا أن اللَّه تعالى حرم جميع الأنواع ، وهذا خلاف الأصول ؛ لأنه ﷺ أقر على شرب هذه الأشربة ، وهذا معلوم من شريعته ، وما ثبت بدليل شرعي مقطوع به لا ينسخ كما لا يوجب العلم . ولأنه نوع متنازع متناول [٥] قبل الشرع ، فلا يحرم بالشرع جنسه كاللحمان [٦] . ولأنه شراب رَغَّب اللَّه فيه في الجنة ، فكان من نوعه ما هو مباح كاللبن والعسل .

٢٩٥٩٨ - احتجوا : بحديث عمر أنه ﷺ قال : « كل مسكر خمر ، وكل مسكر حرام » . وحديث ابن عباس عن النبي ﷺ : « كل مسكر حرام » . وكذلك رواه عبد اللَّه بن عمر . وروى أبو موسى الأشعري قال : سألت النبي ﷺ عن شراب من العسل ، فقال : « ذلك البتع » . قلت : وينبذون من الشعير ، قال : « ذلك المزر » . ثم قال : « أخبر قومك أن كل مسكر حرام » . وروت أم سلمة قالت : نهى النبي ﷺ عن

---

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) ساقطة من (ص) . (٣) في (م) : [حصر] .

(٤) بعدها في (م) كلمة غير واضحة .

(٥) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٦) كذا في جميع النسخ .

كل مسكر [١] . وروى الشافعي بإسناده عن عائشة أنه ﷺ سئل عن نبيذ التمر ، فقال : « كل شراب أسكر فهو حرام » [٢] . وذكر الحميدي في كتابه في الرد على أهل العراق عن مرثد بن عبد اللّه البوني عن دهم الحميري قال : أتيت النبي ﷺ فقلت : إنا في أرض باردة يعالج بها عملًا شديدًا [٣] ، وإنا نتخذ شرابًا من هذا القمح فنتقوَّى به على أعمالنا وعلى برد بلادنا . فقال : « هل مسكر ، » قلت : نعم . قال : فاجتنبوه . قال : قلت : الناس عندنا ذلته [٤] . فقال : « وإن لم يتركوه ، فاقتلوهم » . وذكر الحميدي حديث جابر بن عبد اللّه أن نفرًا من أهل اليمن قالوا : يا رسول الله ، إن أرضنا أرض باردة ، وإنا نعمل بأنفسنا ، وليس لنا من يمتهن [٥] دون أنفسنا ، ولنا شراب نشربه بأرضنا [٦] يقال له : المزر ، فإذا شربناه [فأعنا على] [٧] البرد . فقال لهم : « أمسكر هو ؟ » قالوا : نعم . فقال ﷺ : « كل مسكر حرام ، وإن اللّه تعالى عهد إليَّ أن كل من شراب مسكرًا أن يسقيه من الخبال » [٨] .

٢٩٥٩٩ - والجواب : أن هذه الأخبار آحاد وردت في تحريم ما علمنا إباحته بأخبار الاستفاضة والاتفاق ، ولا يجوز ترك ما ثبت [٩] بدليل مقطوع به بطريق مظنون . ولأن المسكر ما يَحدُث السكر منه كما أن المشبع ما يحدث منه الشِّبَع ، ولا يقال للقمة إنها مشبعة ، بمعنى أن جنسها مشبعة . كذلك البُسْر من الشراب لا يقال : إنه مسكر ، بمعنى أن جنسه يسكر . فدلت الأخبار على تحريم ما يَحدُث السكر منه ، وذلك عندنا حرام . والخلاف فيما لا يتولد منه سكر ، وقد دل على هذا ما روي عن ابن عباس أنه قال : إن شربتَ تسعة أقداح ولم يسكرك ، كان حلالًا ، فإن شربتَ العاشر فأسكرك ، كان العاشر حرامًا . وروى حماد عن إبراهيم عن علقمة قال : سألت ابن مسعود عن قوله ﷺ في السكر : « هي الشربة الأخيرة » [١٠] . وقال إبراهيم : قول الناس : كل

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٩٦/٨) برقم ١٧١٧٦ .

(٢) أخرجه الشافعي في الأم (١٤٤/٦).

(٣) في (م) : [سعدا] .

(٤) غير واضحة في (ص) .

(٥) في جميع النسخ : [بينهم] ، والمثبت من مصدر التخريج .

(٦) في (م) : [بأنفسنا] .

(٧) ما بين المعكوفتين في جميع النسخ : [فناعنا] .

(٨) أخرجه أبو عوانة في مسنده (١٠٢/٥) برقم ٧٩٥٣ .

(٩) في (م) : [نبينه] ، وغير واضحة في (ص) .

(١٠) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٩٨/٨) برقم ١٧١٨٨ ، والدارقطني في سننه (٢٥٠/٤ ، =

مسكر حرام ، إنما هو : كل مسكر حرام (١) . وقال إسماعيل بن عبد الملك : قلت لعطاء : إنا نعمل نبيذًا ، فيغدوا أحدنا للحاجة ، ويرجع فيتغدى فيشرب منه على غدائه القدح والقدحين ويشرب الكثير فيسكر ، فقال : الشربة التي تسكر هي الحرام ، قال ﷺ : « كل مسكر حرام » (٢) .

٢٩٦٠٠ - فإن قيل : إنما يحدث السكر من الشربة الأخيرة تتقدم ما قبلها ، فالجميع مسكر .

٢٩٦٠١ - قلنا : إذا شرب القليل فلم يحدث منه سكر ، وإن كان يحدث إذا انضم غيره إليه ، فلا يقال : إنه مسكر ، كما لا يقال لجراحة (٣) لم تقتل : إنها قاتلة ، وإن علمنا أنها تقتل بانضمام غيرها إليها . فأما إذا وصل الشراب [حتى يسكر] (٤) ، فمن أصحابنا من يقول : جميع (٥) ما شُرِب محرم ، لأن السكر حدث منه ، وإنما يباح بشرط أن يتناول ما لا يبلغ السكر . ومن أصحابنا من قال : إذا شرب هو ولا يقصد السكر ، ودام (٦) حتى سكر ، فالحرام الجزء الأخير . وإن كان السكر حصل بشربه وبتقدم الجزء الأول ، كما لو حَمَّل السفينة مقدار ما تحمله ، ثم جاء غيره فزاد على حملها فغرقت ، وجب الضمان على واضع الجزء الأخير ، وإن كان الغرق حصل بنقله ونقل ما تقدم عليه (٧) . فهذه طريقة في تأويل الخبر يشهد لها ما رويناه عن الصحابة .

٢٩٦٠٢ - **وجواب آخر** : وهو أن اللّٰه تعالى حرم الخمر بنص القرآن ، وحرم النبي ﷺ كل شراب شديد بنهيه عن الانتباذ في الظروف ، وجعل ذلك حسمًا لمادة تحريمها وقطعًا (٨) للعادة في شربها . ثم لما استقر التحريم ، أباح الانتباذ في الظروف . وروي ذلك من طرق صحيحة مشهورة ذكرها البخاري ومسلم وأحمد [في كتابه عن علي وابن مسعود وعن ابن زيد عن أبيه وعن جابر . وأخرجه البخاري عن جابر . وذكر

= ٢٥١) برقم ٢٣ ، ٢٤ .

(١) انظر : سنن الدارقطني (٢٥١/٤) برقم ٢٦ . وفيها : عن حماد عن إبراهيم أنه قال في هذا الحديث الذي جاء : « كل مسكر حرام » : هو القدح الذي يسكر منه .

(٢) انظر : تهذيب التهذيب لابن حجر (٢٧٦/١) .

(٣) في (م) : [للجراحة] .

(٤) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٥) ساقطة من (ص) .

(٦) في (م) : [ودوام] .

(٧) ساقطة من (ص) .

(٨) في (م) : [وقطعها] .

أحمد] (١) عن عبد الله بن عمر وعبد الله بن مغفل وأبي سعيد . وقد روى ذلك عن جماعة غيرهم أخرجهما أصحاب الحديث القائلون بالتحريم والغالون فيه [لو صرحها] (٢) .

٢٩٦٠٣ – ومعلوم أنه ﷺ لم يحرم ما لا شدة فيه قط ، ولا بد أن تتناول الإباحة ما يتناوله التحريم حتى يصح النسخ ، وهذا يفسد إباحة طارئة . ولهذا قال ابن مسعود : شهدنا تحريم النبيذ كما شهدتم ، وشهدنا تحليله ، فحفظنا ونسيتم . قال عبد الله بن المغفل : شهدت النبي ﷺ حين نهى عن نبيذ الجر ، وشهدته حين أمر بشربه ، وقال : « اجتنبوا السكر » (٣) . والأخبار التي (٤) احتج بها مخالفنا ولو سلمنا تناولها للجنس ، احتمل أن يكون زوالها قبل الإباحة ، فلا يصح التعلق (٥) بما لا ينقل تاريخ ولا سبيل إلى ذلك . وقد روى قيس بن طلق (٦) عن أبيه طلق بن علي قال : جلسنا عند نبي الله فجاءه وفد عبد القيس وقال : « ما لكم قد (٧) اصفرَّتْ ألوانكم وعظمت بطونكم ؟ » فقالوا : أتاك سيدنا فسألك عن شراب كان لنا موافقًا ، فنهيتَه عنه ، وكنا بأرض وَخِمة . قال : « فاشربوا ما طاب لكم » (٨) .

٢٩٦٠٤ – احتجوا : بطريقة أخرى قالوا : روى جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال : « ما أسكر كثيره فقليله حرام » (٩) . وروت عائشة عن النبي ﷺ : « ما أسكر الفرق ، فملء الكف منه حرام » (١٠) .

٢٩٦٠٥ – وهذه طريقة أخرى نتكلم عليها فنقول : أما حديث جابر ويرويه داود ابن (١١) بكر بن أبي الفرات عن محمد المنكدر عن جابر . وقال أصحاب الحديث : أصل ما رواه [أبو جعفر محمد بن عثمان بن أبي شيبة] (١٢) في كتابه في الأشربة

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٢) كذا في جميع النسخ ، ولعلها : [لوضوحها] .
(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٨٧/٤) .
(٤) في (م) : [الذي] .
(٥) في (م) : [التعليق] .
(٦) في (م) : [طي] .
(٧) ساقطة (ص) .
(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٨١/٥) برقم ٢٣٨٩٨ ، والطبراني في المعجم الكبير (٣٣٦/٨) برقم ٨٢٥٦ .
(٩) أخرجه الترمذي في سننه (٢٩٢/٤) برقم ١٨٦٥ ، وأبو داود في سننه (٣٢٧/٣) برقم ٣٦٨١ .
(١٠) أخرجه الترمذي في سننه (٢٩٣/٤) برقم ١٨٦٦ .
(١١) بعدها في جميع النسخ : [أبي] ، وهو خطأ . انظر : تهذيب الكمال (٣٧٦/٨) .
(١٢) ما بين المعكوفتين في (م) : [أبو جعفر بن عثمان بن محمد بن أبي شيبة] ، وهو خطأ . والمثبت هو : =

قال : حدثنا أحمد بن عيسى المصري قال : حدثنا [ابن وهب قال : حدثنا] (١) عبد الجبار بن عمر أن محمد بن المنكدر حدث عن جابر قال : قام فينا رسول الله ﷺ خطيبًا (٢) فقال : « كل مسكر حرام » .

٢٩٦٠٦ - فقال محمد بن عثمان بن أبي شيبة : وقال علي بن المديني قال : حدثنا عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن [عُمَارة بن غَزِيَّة] (٣) عن أبي (٤) الزبير عن جابر قال : قال النبي ﷺ : « كل مسكر حرام » .

٢٩٦٠٧ - وأما راوي خبرهم داود بن (٥) بكر بن أبي (٦) الفرات المدني (٧) مولى أشجع لم يخرج عنه مسلم ولا البخاري شيئًا ولا أخرج هذا الحديث أبو عبد الرحمن النسائي .

٢٩٦٠٨ - قال الطحاوي : داود بن بكر [هذا لا يعرف] (٨) .

٢٩٦٠٩ - فأما حديث عائشة فروى أبو عثمان (٩) عمرو بن سالم الأنصاري قال : سمعت القاسم بن محمد يحدث عن عائشة عن النبي ﷺ أنها سمعته يقول : « كل مسكر حرام ، وما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام » . وقال : « فالحُسْوَة (١٠) منه حرام » (١١) .

= محمد بن عثمان بن أبي شيبة أبو جعفر العبسي الكوفي الإمام الحافظ المسند . سمع من : أحمد بن يونس ، وعلي بن المديني ، وأبي كريب ، وخلقًا سواهم . وسمع منه : ابن صاعد ، وأبو القاسم الطبراني ، والإسماعيلي ، وخلق . جمع وصنف وله تاريخ كبير ، وكان من أوعية العلم . مات في جمادى الأولى سنة ٢٩٧ هـ ، وقد قارب التسعين . انظر : سير أعلام النبلاء (١١/١٢٠-١٢٢) . والثاني هو : عثمان بن محمد ابن القاضي أبي شيبة إبراهيم بن عثمان بن خُوَاسْتي مولاهم الكوفي ، وهو أخو أبي بكر . انظر : سير أعلام النبلاء (٩/٤١٦-٤١٨) .

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) ما بين المعكوفتين في جميع النسخ : [عمار بن عزيز] ، وهو خطأ . انظر : تهذيب الكمال (١٨/١٨٩) .

(٤) في جميع النسخ : [ابن] ، وهو خطأ . انظر : تهذيب الكمال (٢١/٢٦٠) .

(٥) بعدها في جميع النسخ : [أبي] ، وهو خطأ كما بينا .

(٦) ساقطة من جميع النسخ.

(٧) ساقطة من (ص) .

(٨) ما بين المعكوفتين في (م) : [لا يعرف هذا] .

(٩) في جميع النسخ : [عبد الرحمن] ، وهو خطأ ، ويدل عليه ما سيأتي . انظر : مصدر التخريج ، وتهذيب الكمال (٣٤/٦٩) .

(١٠) الحسوة : الجرعة من الشراب بقدر ما يحسى مرة واحدة . انظر : النهاية مادة (حسو) .

(١١) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/٢٥٥) برقم ٤٧ .

٢٩٦١٠ - فقال أصحاب الحديث : أصله ما روى مالك وسفيان بن عيينة عن الزهري عن أبي سلمة عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « كل شراب أسكر فهو حرام »[(١)] .

٢٩٦١١ - قال أبو عبد الرحمن النسائي : حدثنا أبو داود الحراني[(٢)] قال : حدثنا محمد بن سليمان قال : حدثنا عبد الله بن العلاء بن زَبْر[(٣)] عن القاسم بن محمد عن عائشة عن النبي ﷺ قال : « لا تنتبذوا في الدباء ولا[(٤)] المزفت ولا النقير ، وكل مسكر حرام »[(٥)] .

٢٩٦١٢ - فأما أبو[(٦)] عثمان الأنصاري راوي خبرهم فمتروك عند البخاري ومسلم وأبي عبد الرحمن النسائي . وقال أبو مخلد في كتابه أخبار يحيى بن معين : حدثنا جعفر بن أبي عثمان الطيالسي قال : سمعت يحيى بن معين يقول : سألني وكيع بن الجراح فقال : أبو عثمان هذا ما هو ، قلت : صاحب سنة . قال : ما أراه إلا صاحب بدعة . قال جعفر الطيالسي : يعني حديث أبي عثمان الذي يرويه عن عائشة .

٢٩٦١٣ - فإن قيل : روى محمد بن بكار عن محمد بن طلحة عن ليث بن أبي سليم عن مجاهد عن عائشة قالت : ما أسكر الفرق ، فالحُسْوة منه حرام .

٢٩٦١٤ - قال محمد بن بكار : وحدثني أبو معشر عن موسى بن عقبة عن سالم عن أبيه عن النبي ﷺ مثل ذلك .

٢٩٦١٥ - قلنا : أصل حديث ابن عمر ما رواه محمد بن عثمان عن أبيه عثمان بن محمد بن أبي شيبة قال : وثنا إسماعيل ابن علية[(٧)] عن ليث بن أبي سليم عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ : « كل مسكر حرام » . وليث بن أبي سليم مجمع على

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٨٤٥/٢) برقم ١٥٤٠ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢١٦/٤) من طريق سفيان بن عيينة .

(٢) في جميع النسخ : [السبحي] . انظر : تهذيب الكمال (٤٥٠/١١-٤٥٣) .

(٣) غير واضحة في جميع النسخ . انظر : تهذيب الكمال (٤٢٩/٢٣) .

(٤) ساقطة من جميع النسخ ، وأثبتناها من مصدري التخريج .

(٥) أخرجه النسائي في المجتبى (٢٩٧/٨) برقم ٥٥٩٠ ، وفي السنن الكبرى (٢١٣/٣) برقم ٥٠٩٩ .

(٦) ساقطة من (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٧) غير واضحة في جميع النسخ ، ولعلها [عياش] أو [عُليَّة] ، فكلا الراويين رويا عن ليث ، وكلاهما أيضًا روى عنهما عثمان ، في مصنف أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة أخي عثمان ما يلي : حدثنا إسماعيل ابن علية عن ليث عن نافع عن ابن عمر . فذكره . انظر : مصنف ابن أبي شيبة (٦٦/٥) برقم ٢٣٧٤٠ ، وتهذيب الكمال (٢٦/٣ ، ١٦٧) .

تصحيفه وترك الاحتجاج به ، وكذلك أبو معشر السندي [١] المدني . قال البخاري : عن [٢] محمد بن كعب ونافع منكر الحديث . وقال أبو قدامة السرخسي يقول : سمعت ابن مهدي يقول : أبو معشر يعرف وينكر . وقال يحيى بن معين : ما حدث به أبو معشر عن [محمد بن كعب] [٣] في التفسير فليس بشيء .

٢٩٦١٦ - فإن قيل : روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول اللَّه ﷺ : « قليل ما أسكر كثيره حرام » [٤] .

٢٩٦١٧ - قلنا : أصله ما روى محمد بن عثمان بن أبي شيبة قال : حدثنا علي بن المديني قال : حدثنا الضحاك بن مخلد [٥] عن عبد اللَّه بن عمر أن رسول اللَّه ﷺ نهى عن الخمر والميسر والكُوبة [٦] ، وقال : « كل مسكر حرام » [٧] .

٢٩٦١٨ - قال ابن أبي شيبة : وحدثنا عبد اللَّه بن عمر بن أبان عن عبد العزيز الدراوردي عن عبيد اللَّه بن عمر العمري عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . لم يخرج هذا الحديث أبو داود ولا روى البخاري ولا مسلم عن عمرو بن شعيب شيئًا [٨] البتة .

٢٩٦١٩ - فإن قيل : روى ضحاك أبو عثمان الحزامي عن بكير [٩] بن عبد اللَّه بن الأشج [١٠] عن عامر بن سعد [١١] بن أبي وقاص [عن أبيه] [١٢] عن النبي ﷺ : « أنهكم عن قليل ما أسكر كثيره » [١٣] .

---

(١) في جميع النسخ : [السيد] ، وهو خطأ . انظر : تهذيب الكمال (٣٠٧/٣٤) .

(٢) في جميع النسخ : [هو] ، وما أثبتناه من الكنى للبخاري (٩١/١) ، حيث جاء فيه : أبو معشر السندي عن محمد بن كعب ونافع منكر الحديث .

(٣) في جميع النسخ : [كعب بن محمد] ، وهو خطأ . انظر : تهذيب الكمال ٣٢٣/٢٩ .

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٥٤/٤) ، ٢٥٧ ، ٢٥٨ برقم ٤٣ ، ٦٠ ، ٦١ .

(٥) في جميع النسخ : [محمد] ، وهو خطأ . انظر : تهذيب الكمال (٢٨٢/١٣ ، ٦/٢١) .

(٦) الكوبة : النرد . انظر : النهاية مادة (كوب) .

(٧) انظر : سنن أبي داود (٣٢٨/٣) برقم ٣٦٨٥ .

(٨) ساقطة من (ص) .

(٩) في جميع النسخ : [طريق] ، والمثبت من مصادر التخريج .

(١٠) في (م) : [الأشج] .

(١١) في (م) : [سعيد] .

(١٢) زيادة من مصادر التخريج .

(١٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٩٦/٨) برقم ١٧١٦٦ ، والدارقطني في سننه (٢٥١/٤) برقم ٣٠ ، ٣١ ، والنسائي في المجتبى (٣٠١/٨) برقم ٥٦٠٨ ، ٥٦٠٩ ، وفي السنن الكبرى (٢١٦/٣) برقم ٥١١٨ ، ٥١١٩ .

٢٩٦٢٠ – قلنا : قال عبد الرحمن بن أبي [١] حاتم في كتابه : قال أبو زرعة الرازي : ليس الضحاك بن عثمان بالقوي . قال أبو حاتم محمد بن إدريس الحنظلي : [يكتب حديثه] [٢] ولا يحتج به . ولم يخرج البخاري عنه شيئًا ولا صح هذا من حديثه عند مسلم ولا أخرجه أبو داود .

٢٩٦٢١ – فهذا كلام أصحاب الحديث على أسانيد هذه الطريقة ، مع شدة تعصبهم [٣] لهذا الراوي واعترافهم فيه . فعلم أن هذه الألفاظ لم تثبت عن النبي ﷺ .

٢٩٦٢٢ – ولو ثبتت من طريق سالمة ، كان جوابنا عنها ما تقدم أنه يجوز أن يكون قالها ﷺ في حالة التحريم ثم تجددت الإباحة ، ولم يصح الاحتجاج بها إلا أن ينقل تاريخها ، ولا طريق إلى ذلك .

٢٩٦٢٣ – **وجواب آخر** : وهو أن قوله : « ما أسكر كثيره » . والحرام منه القليل وهو الجزء الذي يَحْدُث السكر منه دون غيره ، ولو أراد ما قالوا لقال : فهو حرام ، [وكل مسكر حرام] [٤] . دل على أن التحريم يختص القليل منه ، هذا قولنا .

٢٩٦٢٤ – قالوا [٥] : القدر الذي يُخْرِج الشارب من الوقار والحلم إلى السفه والخفة سكر ، وهو مباح عندكم .

٢٩٦٢٥ – قلنا : بل محظور ، إلا أن أبا حنيفة قال : لا حد فيه . وسقوط الحد يدل على الإباحة .

٢٩٦٢٦ – قالوا : ما حرم إذا كان نيئًا ، حرم إذا كان مطبوخًا ، كلحم الخنزير والميتة والدم .

٢٩٦٢٧ – قلنا : هذا قياس باطل بإجماع الصحابة ؛ لأن العصير إذا اشتد نيئًا حرم ، فإذا طُبخ حتى ذهب ثلثاه واشتد لم يحرم ، قضى بذلك عمر بن الخطاب وعلي وعمار وعامة الصحابة . وعلله عبادة بعلة مخالفنا فقال : ما أرى النار تحل شيئًا . فأنكر ذلك عمر إنكارًا ظاهرًا ، والتعليل المعترض على قول الصحابة لا يُلْتَفت إليه . ولأن الطبخ يقع فيما ذكره بعد تحريمه ، فوازنه من مسألتنا أن يشتد الشراب ثم يطبخ فلا يحل .

---

(١) زيادة من عندنا .
(٢) في جميع النسخ : [يكتبه بحديثه] .
(٣) في (م) : [بعضهم] .
(٤) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش ، ولكن يوجد طمس في بعض الكلمات .
(٥) زيادة يقتضيها السياق .

٢٩٦٢٨ - قالوا : قال المزني : إذا تساوت [١] الأشربة قبل حدوث الشدة في الإباحة وتساوت بعد زوال الشدة ولم تختلف أنواعها ، كذلك عند حدوث الشدة يجب أن تتساوى في التحريم ولا تختلف باختلاف أنواعها .

٢٩٦٢٩ - قلنا : السباع والإبل تساووا في الطهارة حال حياتها عند مخالفنا وفي تحريم تناول لحمها ، وتساووا بعد الموت في النجاسة والتحريم إذا ذكيت حلت الإبل وطهرت ونجست السباع عندهم ولم يحل لحمها ، لأن الشرع اقتضى هذا التفريق ، وحرم اللَّه تعالى [السا في الما] [٢] الأثمان وجوز [٣] القرض وصفته صفة الصرف وإنما يتغير الحكم باللفظ ، فلا يمتنع أن يختلف التحريم في هذه الأعيان بالاسم .

٢٩٦٣٠ - قال بعض من تكلم [٤] في هذه المسألة : روى أبو مالك الأشعري [٥] أنه سمع النبي ﷺ يقول : « ليشربن أناس من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها » [٦] . قال هذا المحتج : هؤلاء [٧] أصحاب أبي حنيفة ، شربوا الخمر وسموها بغير اسمها . وهذا كلام من ظن خصومه لا يرتضون بالشغب عوضًا عن الحجج ، ولا يسمعون إلى فضول الكلام ، ويجوز [العوام وليته كان] [٨] الأمر على ما ظنه في هذا ، فلم أمن أحداث الطائفة وبأسها . ومن إذا سلك المنهج أعجزه إدراكه ، وما هذا إقدام من يعلم أن القول في تحريم الحلال كالخطل في إباحة الحرام . ثم نقول له [٩] : أنت رميت أصحاب أبي حنيفة بهذا الكلام والسلف الصالح أردت أنهم لم يبتدعوا في هذا مذهبًا ولا خرجوا قولًا ، بل قالوا [بما قال به] [١٠] أصحاب النبي ﷺ ووجوه التابعين وزهادهم ، فظن هذا القائل لعمر وعلي وابن مسعود وعمار بن ياسر وعلقمة والأسود وإبراهيم ﷺ أنهم شربوا الخمر غلطًا في اسمها ، حتى إذا استدركه عليهم العلم بالعربية وحقيقة [الاسم والحكم] [١١] ، وأصاب وغلطوا ويحسن ظنًّا بنفسه وسيء الظن ساعة ، إن هذه جرأة

---

(١) في (م) : [ساوت] .
(٢) ما بين المعكوفتين غير واضح في جميع النسخ .
(٣) في (م) : [جواز] .
(٤) في : [يعلم] .
(٥) في جميع النسخ : [الأشجعي] ، والمثبت من مصادر التخريج .
(٦) أخرجه أبو داود في سننه (٣/٣٢٩) برقم ٣٦٨٨ ، وابن ماجه في سننه (٢/١٣٣٣) ، وأحمد في مسنده (٥/٣٤٢) .
(٧) في (م) : [هو] ، وفي (ص) : [هو أن] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٩) ساقطة من (م) .
(١٠) ما بين المعكوفتين في (م) : [إنما قالوا] .
(١١) ساقطة من (م) .

في الدين ، وسوء عادة في العدول عن الحجة إلى السب [1] . سمعت جدي يقول : سأل رجل إبراهيم الحربي في حلقته بجامع المنصور فقال : لنا إمام يشرب النبيذ ، فنصلي خلفه ، فقال له إبراهيم : أرأيت لو أدركت علقمة والأسود ، أكنت تصلي خلفهما ؟ قال : نعم . ولم يفهم السائل الجواب . فأعاد السؤال ، فقال إبراهيم : قد أجبتُك . وهذا كلام رجل يحالف أدبه العلم وقيد لسانه الدين بحرسه من الفجور وحماه من السوق . وهذه الحكاية لولا قبح مخرجها ، لم أتشاغل بذكرها والكلام عليها .

* * *

(١) في (م) : [السبب] .

مسألة ١٤٧٥

حد شارب الخمر

٢٩٦٣١ - قال أصحابنا : حد الشارب والسكران ثمانون [(١)] .

٢٩٦٣٢ - وقال الشافعي : حده أربعون ، فإن اقتصر الإمام عليها جاز ، وإن ضم إليها أربعين أخرى ، [جاز على طريق التعزير] [(٢)] .

٢٩٦٣٣ - لنا : ما روى الزهري أن حميد بن عبد الرحمن حدثه أن رجلًا من كلب [(٣)] يقال له : [ابن [(٤)] زمرة] [(٥)] حدثه أن أبا بكر كان يجلد في الشراب أربعين وكان عمر يجلد فيها أربعين . قال : بعثني [(٦)] خالد بن الوليد إلى عمر بن الخطاب ، فقدمت عليه ، فوجدت عنده عليًا وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف وهم متكئون في المسجد ، قلت : يا أمير المؤمنين ، إن خالدًا بعثني إليك . قال : فَفِيمَ ، قال : إن الناس قد تخافوا العقوبة ، وانهمكوا في الخمر ، فما ترى في ذلك ، قال عمر لمن حوله : ما ترون ؟ فقال علي : أرى يا أمير المؤمنين ثمانين جلدة . فقبل عمر ذلك . فكان خالد أول من جلد ثمانين ، ثم جلد عمر ناسًا بعده [(٧)] .

٢٩٦٣٤ - وروى قتادة عن أنس أنه ﷺ أتي برجل قد شرب الخمر ، فأمر به يضرب بجريدتين نحوًا من أربعين ، ثم صنع أبو بكر نحو ذلك . فلما كان عمر استشار الناس ، فقال عبد الرحمن بن عوف : يا أمير المؤمنين ، أخف الحدود ثمانون . فقال :

---

(١) انظر : المبسوط (٧٠/٢٤) وعبارته : إنما العمل به في زمن عمر ﷺ ، فإنه جعل حد الشرب ثمانين سوطا من هذا الحديث ، لأنه لما ضربه كل رجل منهم بنعليه كان الكل في معنى ثمانين جلدة ، والإجماع حجة موجبة للعلم ، فيجوز إثبات الحد به .

(٢) في (م) : [على طريق التعزير جاز] . انظر : الأم للشافعي (٣٧٢/٨) وعبارته : (قال الشافعي) رحمه الله : أخبرنا الثقة عن معمر عن الزهري عن عبد الرحمن بن أزهر قال : أتي النبي ﷺ بشارب فقال : « اضربوه » فضربوه بالأيدي والنعال وأطراف الثياب وحثوا عليه التراب ثم قال : « نكبوه » . فنكبوه ثم أرسله قال : فلما كان أبو بكر سأل من حضر ذلك الضرب فقومه أربعين فضرب أبو بكر في الخمر أربعين حياته ثم عمر ثم تتابع الناس في الخمر فاستشار فضرب ثمانين .

(٣) في (م) : [كليب] .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين في مصدر التخريج : [وبرة] .

(٦) في مصدر التخريج : [فبعثني] .

(٧) ساقطة من (م) .والأثر أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٥٣/٣) .

نعم [١] . فهذا إجماع منهم ، فلا تجوز مخالفته [٢] . ولم يخالف أحد من الفقهاء بعد ذلك إلا الشافعي .

٢٩٦٣٥ - فإن قيل : قد جلد أبو بكر أربعين ، وهذا إجماع متقدم .

٢٩٦٣٦ - قلنا : إنما جلد أبو بكر بجريدتين وبنعلين ، فلم يختلف العدد ، وإنما اختلف الصفة . على أن المروي عن أبي بكر الفعل ، وإنما يصير إجماعًا بانقراض العصر ، ولم ينقرض حتى أجمعوا من طريق القول على خلافه .

٢٩٦٣٧ - وروى أبو سعيد [٣] الخدري أن النبي ﷺ ضرب في الخمر بنعلين أربعين أربعين . فجعل عمر كل نعل سوطًا [٤] . وهذا يبين أن العدد لم يختلف ، وإنما اجتهدوا في تغيير الصفة .

٢٩٦٣٨ - ولأنه عدد جلد يقدر في حد العبد بنقصانه ، فلا يكون حدًّا في الحر بنفسه ، أصله الخمسون .

٢٩٦٣٩ - ولأن الأربعين جعلت حدًّا في العبد بنقصانه إذ الحر يساويه فيه . ولأن كل عدد جاز للإمام [٥] أن يستوفيه في الشارب دفعة واحدة ، فإنه على وجه الحد كالأربعين . ولأنه سبب واحد ، فلا يتعلق به حد وتعزير كالزنى . ولأن الزنى أغلظ من الشرب ، فلم يجز أن يضم إلى حده تعزير ، فالشراب أولى . فإن قيل : إن [٦] الحد يجب بالشرب ، والتعزير بالشرب [٧] أو بالهُجْر [٨] .

٢٩٦٤٠ - لم يصح ؛ لأن التعليل للشارب إذا لم يسكر ولم يهجر .

٢٩٦٤١ - فإن قيل : من أصلكم أن الحدود لا يجوز إثباتها بالقياس .

٢٩٦٤٢ - قلنا : هذا حد متفق على ثبوته ، وإنما اختلفنا في صفته ، وصفة الحد يجوز إثباتها عندنا بالقياس .

٢٩٦٤٣ - احتجوا : بما روى الشافعي عن الثقة [٩] عن معمر عن الزهري عن عبد

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٣٠/٣) برقم ١٧٠٦ .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) في (م) : [يوسف] .

(٤) أخرجه الترمذي في سننه ٤٧/٤ برقم ١٤٤٢ .

(٥) بعدها في (م) : [جاز] .

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) في (م) : [بالسكر] .

(٨) الهجر : القبيح من القول . انظر : لسان العرب مادة (هجر) .

(٩) في مصدر التخريج : [سفيان] .

الرحمن بن أزهر قال : أتي رسول اللّه ﷺ بشارب ، فقال : « اضربوه » . فضربوه بالأيدي والنعال وأطراف الثياب ، ثم قال : « بِكّتُوه » . فقالوا له : أما خشيت الله ، أما استحييت من رسول الله! ثم أرسله . فلما كان أبو بكر سأل من حضر ذلك الضرب ، فَقَوَّمه أربعين ، [فضرب في الخمر أربعين] (١) حياته ثم عمر ، حتى (٢) تتابع الناس في الخمر فاستشار [عمر عليًا] (٣) فضربه ثمانين (٤) .

٢٩٦٤٤ - قلنا : راوي هذا الخبر لم يضبط العدد الذي أمر عليه السلام به ، وراوي خبرنا ضبط العدد وأنه كان بنعلين أربعين أربعين أو بسوط له ثمرة . يبين ذلك : أنا أجمعنا أن ضربه على طريق الحد ، ولا يجوز أن يكل ﷺ الحدود إلى طريق الاجتهاد ، فلابد (٥) أن يكون ضَرَب عددًا مقدرًا ، فالرجوع إلى من علمه أولى ممن (٦) لم يعلمه .

٢٩٦٤٥ - فإن قيل : إذا (٧) كان ﷺ ضرب أربعين ، فالزيادة عليها بعد ذلك إثبات شرع وذلك لا يجوز ، والتعزير جائز لأنه موكول إلى الأئمة ، فعلم أن الزيادة [على أربعين] (٨) تعزير .

٢٩٦٤٦ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الحدود لا يضم إليها تعزير إلا أن يضم (٩) إلى سببها .

٢٩٦٤٧ - ولأن عمر لما استشار الصحابة قالوا له : حد القذف . فجعلوا حكم الجميع (١٠) واحدًا .

٢٩٦٤٨ - ولأنه أمر خالدًا أن يجلد ثمانين ولم يخيره في بعضها ، ولو كانت تعزيرًا لخيره فيه .

٢٩٦٤٩ - ولأن الدلالة دلت أن التعزير لا يُبْلَغ به أربعين .

٢٩٦٥٠ - فإن قيل : إنما لا يُبْلَغ بالتعزير أربعين في شيء واحد ، فأما في شيئين فيجوز أن يزاد على الأربعين ، وهاهنا التعزير [على زوال] (١١) العقل والهذيان .

٢٩٦٥١ - قلنا : لم يثبت ذلك عندكم في الشارب ، وإن لم يسكر ولم يَهْذِ .

---

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٢) زيادة من مصدر التخريج .
(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من مصدر التخريج .
(٤) أخرجه الشافعي في الأم (١٨٠/٦) .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) في (م) : [من الرجوع إلى من] .
(٧) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٩) في (م) : [ينضم] .
(١٠) في (م) : [الجمع] .
(١١) ما بين المعكوفتين في (م) : [لزوال] .

٢٩٦٥٢ - احتجوا : بما روي أن الوليد بن عقبة شهد عليه حمران وآخر عند عثمان أنه شرب الخمر ، فقال عثمان لعلي : أقم عليه الحد . فقال له الحسن : ول حارَّها من تولى قارَّها [١] . فقال علي لعبد اللَّه بن جعفر : أقم عليه الحد . فأخذ السوط بيده وجلده ، وعلي بعده [٢] ، فلما بلغ أربعين ، قال علي [٣] : حسبك ، جلد رسول اللَّه ﷺ أربعين ، وجلد أبو بكر أربعين ، وجلد عمر ثمانين ، وكلٌّ سنة ، وهذا أحب إليَّ [٤] .

٢٩٦٥٣ - قلنا : روى شريك عن أبي الحصين عن عمير بن سعيد عن علي قال : ما جلدت أحدًا حدًّا فمات فوجدت في نفسي منه شيئًا ، إلا الخمر فإن رسول اللَّه ﷺ لم يَسُنَّ شيئًا . وهذا يعارض ما روي عنه عليه السلام أنه جلد فيه أربعين [٥] .

٢٩٦٥٤ - ولأنه ﷺ جلد بنعلين أربعين أربعين [٦] ، كما روى أبو سعيد ، وجلد أبو بكر أربعين بسوط له ثمرة . ورأى عمر أنه فوق العدد ، ثم رأى بعد ذلك أن يجمع العدد ، فجلد ابنُ جعفر الوليدَ بسوط له شُعْبتان . وهكذا روى محمد بن علي عن أبيه علي بن الحسين .

٢٩٦٥٥ - فإن قيل : لو كان كذلك لم يختلف فعلهم ، ولم يقل ويحملها عمر .

٢٩٦٥٦ - قلنا : بل قد اختلفت الصفة ، لأن الضرب بنعلين وبسوط له شعبتان أخف ، فغلظ عمر الصفة بتفريق الضرب والعدد بحاله ، وهذا موضع للإمام أن يجتهد فيه ، فأما الزيادة في القدر فلا اجتهاد . فكيف كانوا يسوغونه لعمر ، !

٢٩٦٥٧ - قالوا : فعل يوجب الحد ، فوجب أن يختص بعدد لا يشاركه فيه غيره ، كالزنى والقذف .

٢٩٦٥٨ - قلنا : يبطل بزنى المحصن وبالسرقة .

٢٩٦٥٩ - فإن قيل : وجب أن يختص بحد لا يشاركه غيره فيه .

٢٩٦٦٠ - قلنا : الردة وقطع الطريق وزنى المحصن كل واحد منها سبب في الحد ، وموجب [٧] جميعها القتل ، فيشترك فيه وإن اختلفت صفته .

---

(١) أي : ول الجلد من يلزم الوليد أمره ويعنيه شأنه . انظر : النهاية مادة (حرر) .

(٢) في (م) : [بعد] .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٣١/٣) برقم ١٧٠٧ .

(٥) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٥٣/٣) .

(٦) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٧) في (م) : [ويوجب] .

٢٩٦٦١ - ولأن الحدود تختلف مقاديرها ، ثم ليس في شيء منها حد يستوي الحر والعبد في عدده . ومعلوم أن [١] حد العبد في القذف أربعون [٢] ، فلا يكون حدًّا في الأحرار .

* * *

(١) في (م) : [الأربعين] .

(٢) ساقطة من (م) .

مسألة ١٤٧٦

الاضطرار إلى شرب الخمر

٢٩٦٦٢ - [قال أصحابنا] (١) : يجوز للمضطر شرب الخمر (٢) .

٢٩٦٦٣ - وقال الشافعي : لا يجوز (٣) .

٢٩٦٦٤ - لنا (٤) : أن تحريم الخمر في القرآن كتحريم الميتة ولحم الخنزير ، ثم كانت الضرورة تبيح بعض ذلك [يبيح بعينه] (٥) .

٢٩٦٦٥ - ولأن الميتة محرمة مستقذرة ، والخمر محرم غير مستقذر ، فإذا جاز تناول الميتة عند الضرورة ، فالخمر أولى .

٢٩٦٦٦ - ولأن حرمة مال الغير آكد من حرمة الخمر (٦) ، بدليل أن من أُكْرِه على شرب الخمر أو أكل مال الغير ، جاز أن يشربها ولا يأكل مال الغير ، فالخمر أولى .

٢٩٦٦٧ - فإن قيل : الضرورة تزول بأكل الميتة ، ولا تزول بشرب الخمر ، لأن الشافعي قال : إنها تُزِيده عطشًا .

٢٩٦٦٨ - قلنا : نحن نتكلم في إباحتها للضرورة ، ولا يعين ذلك في العطشان ، بل فيمن غُصَّ بطعامه ولم يجد ماء يُزِيل غصته إلا الخمر .

٢٩٦٦٩ - ثم هذا الذي قاله فاسد ؛ لأن من الكفار من يقتصر على شرب الخمر ولا يشرب الماء بحال ، ولولا أنها تروي من العطش لم يمكن الاقتصار عليها .

٢٩٦٧٠ - ولأنها إذا كانت تزيل ضرورة العطش في الحال ، لم يعتبر جواز أن يعطش في الثاني .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، وأثبتناه تمشيًا مع أسلوب المصنف .

(٢) انظر : المبسوط ٢٨/٢٤ وعبارته : وإذا خاف المضطر الموت من العطش ، فلا بأس بأن يشرب من الخمر ما يرد عطشه عندنا .

(٣) انظر : المجموع ٥٨/٩ وعبارته : وإن اضطر إلى شرب الخمر وحدها ففيه ثلاثة أوجه . إلى أن قال : والثالث : أنه إن اضطر إلى شربها للعطش لم يجز ، لأنها تزيد في الإلهاب والعطش .

(٤) في (م) : [قلنا] .

(٥) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٦) في (م) : [الغير] .

٢٩٦٧١ - احتجوا : بقول تعالى : ﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ ﴾ (١) .

٢٩٦٧٢ - قلنا : العداوة إنما تقع بالسكر ، ونحن لا نبيح منها عند الضرورة إلا ما يُمْسِك الرمق دون غيره .

٢٩٦٧٣ - قالوا : روي أنه ﷺ قال : « الخمر داء وليس بدواء » (٢) .

٢٩٦٧٤ - قلنا : هذا يدل على أن التداوي بها لا يجوز ، لأن غيرها في التداوي يقوم مقامها وهي محرمة في واجب التحريم ، وكلامنا في الحال التي لا يوجد ما يقوم مقامها .

٢٩٦٧٥ - قالوا : قليلها يدعو إلى كثيرها ، والكثير محرم فكذلك ما يدعو إليه .

٢٩٦٧٦ - قلنا : إنما يدعو شرب القليل إلى الكثير إذا شربها طربًا ، فأما المضطر الذي يخاف الموت إذا أبحنا له ما يمسك رمقه لم يطرب حتى يدعوه ذلك إلى الكثير .

* * *

---

(١) سورة المائدة : ٩١ .

(٢) انظر : صحيح ابن حبان (٢٣١/٤) برقم ١٣٨٩ .

مسألة ١٤٧٧

حكم الختان [١]

٢٩٦٧٧ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : الختان [٢] سنة مؤكدة . وأصحابنا بخراسان يقولون : إنه [٣] واجب ، و [٤] ليس بفرض [٥] .

٢٩٦٧٨ - وقال الشافعي : فرض [٦] .

٢٩٦٧٩ - لنا : ما روى [٧] أبي المَلِيح عن أبيه عن شداد بن أوس أنه ﷺ قال : « الختان سنة في الرجال ، مكرمة في النساء » [٨] .

٢٩٦٨٠ - فإن قيل : السنة ما وضع ليقتدى به ، وهذا موجود في الواجب .

٢٩٦٨١ - قلنا : إطلاق السنة في الشرع [٩] يقتضي ما يُمدح الإنسان بفعله ولا يُذم بتركه ، ولهذا يقول الفقهاء : فَرْض اللَّه كذا وسُنَّته كذا .

٢٩٦٨٢ - فإن قيل : نحمله على ما قبل البلوغ .

٢٩٦٨٣ - قلنا : ذكر أنه سنة في الرجال ، ولا يقال : رجل لمن لم يبلغ .

٢٩٦٨٤ - ولأن هذا مما تَعُمُّ به البلوى به ، فكان يجب أن يبين ﷺ بيانًا عامًا

---

(١) وضع مسألة الختان في نهاية كتاب الأشربة غريب ، ولعل القدوري أخذ ذلك عن الإمام الماوردي الشافعي (٣٦٤-٤٥٠هـ) الذي كان معاصرًا للقدوري (ت٤٢٨) ، فقد ألحق الماوردي هذه المسألة بنهاية كتاب الأشربة أيضًا . انظر : الحاوي الكبير (١٧/٣٣٨-٣٤٤) . وقد فعل ذلك أيضًا البغوي في التهذيب (٧/٤٢٨) . ولعل تفسير ذلك أن الفقهاء يذكرون أولًا العقوبات المقدرة وهي الحدود ، ثم يتبعون ذلك بالعقوبات غير المقدرة وهي التعازير . ولما كان حد شارب الخمر عقوبة فيها حد وتعزير ، لذلك أُخِّر عن بقية الحدود ووضع قبل التعزير ، لأنه وسط بينهما ، ثم أتبع ذلك بالتعازير الخالصة ، ومنها الجناية في الختان .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) في (م) : [هو] .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) انظر : المبسوط (١٠/١٥٦) وعبارته : الختان سنة وهو من جملة الفطرة في حق الرجال لا يمكن تركه ، وهو مكرمة في حق النساء أيضًا .

(٦) انظر : المجموع (١/٣٤٩) وعبارته : الختان واجب على الرجال والنساء عندنا .

(٧) بعدها في جميع النسخ : [ابن] ، وهو خطأ . وانظر مصدر التخريج .

(٨) أخرجه الإمام أحمد في المسند حديث رقم (١٩٧٩٤) .

(٩) في (م) : [الشريعة] .

تشترك فيه الأمة ، وفي علمنا أنه ليس فيه نقل مستفيض دلالة على أنه ليس بواجب .

٢٩٦٨٥ - ولأنه لو كان واجبًا ، لم يجب [١] أن نتولاه من نفسه كالقطع في السرقة .

٢٩٦٨٦ - ولأنه وضع للتطهر حتى لا تجتمع بقايا البول تحت الغُلْفَة ، وما يحصل هناك أقل من قدر الدرهم ، وإزالة هذا المقدار من النجاسة قد بينا [٢] أنه مستحب وليس بواجب .

٢٩٦٨٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ أَنِ ٱتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَٰهِيمَ ﴾ [٣] . وهذا يدل على وجوب اتباع إبراهيم عليه السلام .

٢٩٦٨٨ - قلنا [٤] : وكذلك نقول ، وليس نعلم أن اللّٰه تعالى أمره أن يختتن بلفظ يقتضي الوجوب أو الاستحباب ، فاحتاجوا إلى نقل في ذلك .

٢٩٦٨٩ - قالوا : روي أنه ﷺ قال : « ألقِ عنك شعر الكفر ، واختتن » [٥] .

٢٩٦٩٠ - قلنا : هذا خبر واحد فيما تعم به البلوى ، فلا يثبت وجوبه بأخبار الآحاد .

٢٩٦٩١ - ولأنه محمول على الاستحباب ، بدلالة أن جمع بينه وبين إزالة الشعر ليس على طريق الوجوب .

٢٩٦٩٢ - قالوا : قطع جزء صحيح من البدن لا يعود بعد قطعه أو يختتن ويألم ، فكان واجبًا كقطع السرقة .

٢٩٦٩٣ - قلنا : القطع في السرقة دللنا أنه لما وجب لم يجز لمن وجب عليه أن يستوفيه من نفسه ، ولما جاز أن يختتن بنفسه ، صار الختان كقطع الطرف من ذاته .

٢٩٦٩٤ - قالوا : كشف العورة لا يجوز ، ولأن إدخال الألم على الإنسان محرم ، فلولا أن القطع واجب لم يجز أن يقطع ، لأن الواجب لا يُترك إلا بواجب .

٢٩٦٩٥ - قلنا : هذا باطل بالمراهق ؛ فإن ستر عورته واجب ولا يحل لغيره النظر إليها ، ثم جاز للختَّان أن يختنه ، وليس الختان واجبًا عليه . ويجوز لنا أن ندخل الألم بالختان وليس بواجب [عليه ، ويبطل] [٦] بكشف العورة للطبيب أن المعالجة ليست بواجبة وإن جاز كشف العورة لأجلها .

---

(١) ساقطة من (م) .
(٢) في (م) : [بقيا] .
(٣) سورة النحل : الآية ١٣٢ .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) أخرجه أبو داود في السنن كتاب الطهارة حديث رقم (٣٠٢) ، وأحمد في المسند حديث رقم (١٤٨٨٥) .
(٦) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مَوْسُوْعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيْد

كتاب صول الفحل

مسألة [(١)] ١٤٧٨

صول البهيمة أو المجنون على الآدمي

٢٩٦٩٦ – قال أصحابنا : إذا صالت البهيمة أو المجنون على آدمي فقتلها ، ضمن [قيمة البهيمة] [(٢)] ودية المجنون . وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف استقبح أن يضمنه [(٣)] .

٢٩٦٩٧ – وقال الشافعي : لا ضمان عليه [(٤)] .

٢٩٦٩٨ – لنا : أنه أتلف مال الغير من غير سبب من جهة من وقف الحظر عليه ، فلزمه ضمانه ، كما لو اضطر إلى أكله أو قتله قبل الصَّوْل مخافة [(٥)] قتال . ولا يلزم العبد ، لأن شطر دمه وقف عليه ، بدلالة أنه يحل بفعله إذا ارتد ولا يحل بفعل المولى . ولا يلزم الصيد إذا صال على المحْرِم ، لأنه ليس بمال آدميٍّ .

٢٩٦٩٩ – ولأن سبب الإباحة حد ، فمن وقف الحظر عليه هو اللَّه تعالى .

٢٩٧٠٠ – ولا يقال : إن الإباحة في مسألتنا قد وُجِدت من اللَّه تعالى ، لأن الحظر لم يثبت لحقه ، وإنما اختص لحق الآدمي . وإباحة اللَّه تعالى فيما يختص حظر بالآدمي لا يسقط الضمان ، كإذنه في مال غيره عند الضرورة إليه . ولا يلزم إذا اضطر المحْرِم إلى أكل لحم الصيد فقتله أنه يضمن ، وإن وُجِد سبب الإباحة كمن حظر لأجله ، لأن الإباحة للضرورة ، وهو غير مضطر إلى القتل ، وإنما اضطر إلى الأكل ، والضمان يتعلق بالقتل .

---

(١) صال الفحل يصول صولاً : وثب . قال أبو زيد : إذا وثب البعير على الإبل يقاتلها قلت : استأسد البعير وصال صولاً وصيالاً . والصولة : المرة ، والصيالة كذلك . وصال عليه : استطال . قال السرقسطي : ومن العرب من يقول : صَؤُل مثل قَرُب ، بالهمز للبعير ، وبغير همز للقرن على قرنه وهو صئول . والفحل : الذكر من الحيوان ، جمعه : فحول وفحولة وفحال . وفي ذكر النخل الذي يلقح حوامل النخل لغتان ، الأكثر : فُحَّال وزان تفاح والجمع فحاحيل ، والثانية : فحل مثل غيره ، وجمعه فحول أيضًا ، مثل فلس وفلوس . وجاء فحولة وفحالة بالكسر . انظر : المصباح المنير مادة (صول ، فحل) .

(٢) ما بين المعكوفتين في (م) : [قيمتها] .

(٣) انظر : الدر المختار مع رد المحتار (٥٤٧/٦) وعبارته : وإن شهر المجنون على غيره سلاحًا فقتله المشهور عليه عمدًا ، تجب الدية في ماله ، ومثله الصبي والدابة الصائلة . انظر : تبيين الحقائق مع الكنز (١١/٦) .

(٤) انظر : مختصر المزني مع الأم (٣٧٦/٨) وعبارته : إذا طلب الفحل رجلاً ولم يقدر على دفعه إلا بقتله فقتله ، لم يكن عليه غرم .

(٥) غير واضحة في (م) ، (ص) .

٢٩٧٠١ – ولأنه إتلاف مال يختص حظره بحق ملك آدمي من غير سبب من جهته ولا من جهة من قام مقامه ، فأشبه إذا أتلفه قبل الصَّوْل . ولا يلزم إذا أتلف دواب أهل البغي أو أتلف الباغي [دواب أهل (١) العدل] (٢) ، لأن التحيز سبب وُجِد من جهة المالك ، وهو يُسْقِط الضمان . ولا يلزم ، لأنا قلنا : من غير سبب من جهة المالك ولا ممن قام مقامه . وقد وجد من جهة العبد الصَّوْل ، وهو قائم مقام المولى فيما يسقط الضمان بالقتل .

٢٩٧٠٢ – فإن قيل : إذا لم يقتل والقتل غير مباح .

٢٩٧٠٣ – قلنا : الإباحة لا تؤثر في إسقاط الضمان ، بدلالة أن المضطر إلى الأكل أبيح له الإتلاف ويضمن ، وقاتل المهجوم (٣) بالسيف غير مأذون له في الفعل ولا ضمان عليه .

٢٩٧٠٤ – فإن قيل : الجامع لمعنًى في نفسه ، ولا يوجد من البهيمة فعل ، وفي مسألتنا أتلف لمعنًى في البهيمة .

٢٩٧٠٥ – قلنا : التلف [في مسألتنا] (٤) لمعنًى في القاتل ، بدلالة أن البهيمة لو صالت فلم يَخَفْ منها ، لم يَحِلَّ له قتلها ، ولم يسقط الضمان عنه .

٢٩٧٠٦ – ولأن قصد البهيمة لا يتعلق به شيء من الأحكام المقصودة ، بدلالة القصاص والمأثم (٥) والضمان ، فصار وجود القصد منها وعدمه سواء ، ولو قتلها بعد صولها ضمن كذلك بعدها .

٢٩٧٠٧ – ولا يقال : إن صولها أباح قتلها ، ولو لم (٦) تَصُلْ لم يُبَحْ [له إتلافه] (٧) ، لأن المعنى هو خوفه منها ، بدلالة أن [. . .] (٨) فخاف أن يسقط عليه ، أبيح له إتلافه وإن لم يوجد منه فعل لوجود الخوف في المتلف .

٢٩٧٠٨ – ولأنه أتلف مال غيره من غير أن توجد إباحة آدمي [ولا] (٩) ما هو في

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٢) ما بين المعكوفتين في (م) : [دابة العادل] .
(٣) غير واضحة في (م) ، (ص) .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٥) في (م) : [الموتم] .
(٦) ساقطة من (م) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .
(٨) توجد هنا حوالي ثلاث كلمات غير واضحة في (م) ، (ص) .
(٩) ما بين المعكوفتين في (م) : [ولأن] .

حكم الإباحة ، فأشبه ما [ذكرنا . ولا يلزم الصيد ، لأنه ليس بمال . ولا يلزم مال الباغي ، لأنه وُجِد] (١) منه ما أجرى مجرى الإباحة وهو التحيز . ولا ضمان مال الآدمي لا يسقط إلا سبب من وقف الحظر على حقه ، أصله قبل الصَّوْل . ولا يلزم العبد ، لأنه وجد سبب وقف حظر القتل عليه وهو العبد .

٢٩٧٠٩ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾ (٢) .

٢٩٧١٠ - قلنا : أراد به أحكام الآخرة ، بدلالة أول الآية وآخرها ، قال اللّٰه تعالى : ﴿ لَّيْسَ عَلَى ٱلضُّعَفَآءِ وَلَا عَلَى ٱلْمَرْضَىٰ [وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا۟ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ ﴾] (٣) . ثم قال : ﴿ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (٤) .

٢٩٧١١ - قالوا : روي أنه ﷺ قال : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » (٥) . قال : فظاهره أن مال القاتل لا يجب لصاحب الفحل .

٢٩٧١٢ - قلنا : الحق عندنا يثبت في الذمة ، وعين ماله لا يحل إلا بالتراضي أو القضاء ، فإن تراضيا فقد طابت نفسه ، وإن قضى القاضي حل بإجماع ، أصله بدفع مباح فصار كالعاقل إذا صال عليه فدفعه فقتله .

٢٩٧١٣ - قلنا : يبطل برجل رَكِب صيدًا وصال على مُحْرِم ، فقد قتله بدفع مباح ، ويجب عليه الضمان بدفع مباح .

٢٩٧١٤ - ولأن الإباحة لا تُسقط الضمان ، بدلالة المضطر إلى مال غيره ، والتمليكات بالعقود كلها أسباب مباحة ، والضمان متعلق بها ، فعُلِم أن العاقل إذا صال أسقط الضمان بالإباحة ، وإنما هو أن فعله أسقط حرمة دمه ، وأفعاله يتعلق بها حكم ، وأصله العاقل . والمعنى فيه أن أفعاله مؤثرة في سقوط تقويم (٦) دمه ، فإذا قصد فقد فعل فعلاً سقط التقويم فهو كردته . والبهيمة (٧) [لا يتعلق] (٨) بفعلها إسقاط قيمة نفسها ، فلذلك لم يسقط بصولها ضمانها .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .
(٢) سورة التوبة : ٩١ .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .
(٤) سورة التوبة : ٩١ .
(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/١٠٠) برقم ١١٣٢٥ .
(٦ ، ٧) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

٢٩٧١٥ - قالوا : حرمة الفحل بمالكه ، ولو صال مالكه سقطت قيمة دمه ، فإذا صالت بهيمته أولى .

٢٩٧١٦ - قلنا : لا فرق عندنا بين البهيمة ومالكها ، بدليل أن مالك البهيمة إذا كان صبيًا أو مجنونًا فصال وجب الضمان على قاتله ، وإن كان عاقلاً بالغًا سقط الضمان ، لأنه ممن تسقط قيمة نفسه بأفعاله ، والمملوك إذا كان بالغًا عاقلاً فهو مثل المالك ، والبهيمة لا قصد لها فهي كالمالك المجنون الذي لا قصد له .

٢٩٧١٧ - قالوا : حَلَّ قتلُه بسببٍ كان منه ، [فكان دمه] [1] هَدَرًا كالمرتد .

٢٩٧١٨ - قلنا : المعنى في المرتد أن قصوده تتعلق بها الأحكام ، فلهذا سقط قيمة دمه بفعله . والبهيمة لا تتعلق بقصدها الأحكام المقصودة ، فلم يَجُزْ أن يسقط تقويم دمها بفعلها .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٤٧٩

اطلاع الرجل على منزل الرجل من ثقب أو خلل

٢٩٧١٩ - [قال أصحابنا] [١] : إذا اطلع رجل إلى منزل رجل من ثقب أو خلل أو باب ، قال الطحاوي : ليس عن أصحابنا في هذا نص ، وقد ورد الخبر بإباحة فقء عينه ، ويجب أن يكون مذهبهم موافقًا للخبر . وقد كان أبو بكر الرازي يقول : الذي يقضيه مذهبهم أنه إذا تمكن من دفعه بما دون فقء عينه لم يَجُزْ له فقء عينه ، فإن لم يمكن دفعه إلا بذلك فله دفعه بما يندفع به من فقء عينه إذا كَثُر ذلك منه [٢] .

٢٩٧٢٠ - وقال أصحاب [٣] الشافعي : إذا اطلع في منزل رجل وهو مكشوف العورة أو عنده حرمة وليس المُطَّلِع من ذوى رحمها ، فرمى عينه بحصاة أو ببندقة أو طعن عينه بعود خفيف فأعماه ، كان هَدَرًا . وقالوا : إن سرى هذا الجرح إلى النفس ، لا ضمان فيه [٤] .

٢٩٧٢١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ ﴾ [٥] . ولم يفصل .

٢٩٧٢٢ - فإن قيل : الخبر أخص ، فيقضي على عموم الآية .

٢٩٧٢٣ - قلنا : الخبر محمول على من لا يندفع إلا بذلك ، ويدل عليه قوله ﷺ : « كتاب اللّه القصاص » [٦] . ولأن الاطلاع في وجه امرأته أبلغ من الاطلاع في بيته ، ولو فعل ذلك في الطريق لم يَجُزْ قلع عينه ، فإذا اطلع في منزله أولى . ولأن هذا الفعل إن كان على وجه الدفع ، فيجب أن يترتب بحسب

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، وما أثبتناه تمشيًا مع أسلوب المصنف .

(٢) انظر : تبيين الحقائق (١١١/٦) وعبارته : ومن نظر في بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه فطعنه صاحب الدار بخشبة أو رماه بحصاة فقلع عينه ، يضمنها عندنا .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) انظر : مغني المحتاج مع المنهاج (٥٣٣/٥) وعبارة المنهاج : ومن نظر إلى حرمة داره من كوة أو ثقب عمدًا فرماه بخفيف كحصاة فأعماه أو أصاب قُرْب عينه فجُرِح فمات ، فهدر ، بشرط عدم محرم وزوجة للناظر .

(٥) سورة المائدة : الآية ٤١ .

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه (٩٦١/٢) برقم ٢٥٥٦ .

الإمكان . وإن كان لإبطال آلة النظر ، فيجب أن يأتي على عينيه جميعًا (١) . فلما كان لو فقأ عينيه جميعًا ضمن إحداهما (٢) ، كذلك يضمن الأخرى . ولأنه لو قصد قتله ، كان له دفعه بأيسر ما يمكن بأن يندفع ، وإلا زاد عليه بالاطلاع دون قصد القتل ، فأولى أن يترتب الدفع ويدفع بالأدون ثم بما فوقه . ولأنه نظرٌ إلى ما لا يجوز له النظر ، فإذا ابتدأ ففقأ عينه ، ضمن ، كمن اطلع إلى دكان غيره ، واطلع على عورته وقد انفرد في غير منزله .

٢٩٧٢٤ - احتجوا : بما روى مالك عن أبي الزناد (٣) عن الأعرج عن أبي هريرة عن النبي ﷺ : « من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم وفقئوا عينه ، فلا دية ولا قصاص » (٤) .

٢٩٧٢٥ - قلنا : محمول على أنهم فعلوا ذلك دفعًا له ولم يندفع بغيره ، بدلالة الدفع عن القصد المستقر في الأصول فيمن قَصَد قَتْل غيره أو أَخْذ ماله .

٢٩٧٢٦ - قالوا : روي عن سهل بن سعد الساعدي أن رجلاً اطلع في حجرة من حُجَر النبي ﷺ وكان عنده مِدْرًى (٥) يحك به رأسه ، فقال : « لو أعلم أنك تنظر لقلعتُ عينك ، إنما جعل الاستئذان من أجل النظر » (٦) .

٢٩٧٢٧ - قلنا : يجوز أن يكون هذا من المنافقين والكفار ، لأن حرمة النبي ﷺ لا يهتكها مسلم . أو نقول : أخبر أنه يدفعه بذلك ، وعندنا إذا فعله على وجه الدفع وغلب على ظنه أنه لا يندفع بما دونه جاز .

٢٩٧٢٨ - ولأن خبر الواحد إذا ورد وهو محتمل أن يبنى على الأصول المستقرة ، وجب أن يلحق بها ويحمل عليها ولا يحمل على خلافها ، وقد استقر حكم الدفع عن النفس

---

(١) في (م) : [جمعًا] .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) هو : عبد الرحمن بن أبي الزناد عبد الله بن ذكوان المدني أبو محمد . من فقهاء المحدثين ، وتوفي سنة ١٧٤هـ ببغداد . له من الكتب : الفرائض ، ورأي الفقهاء السبعة من أهل المدينة وما اختلفوا فيه . انظر : معجم المؤلفين (٩٦/٢) ، ميزان الاعتدال (١١/٢) .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٣٠/٦) برقم ٦٥٠٦ والإمام أحمد في مسنده (٣٨٥/٢) .

(٥) المدرى : شيء يعمل من حديد أو خشب على شكل سن من أسنان المشط وأطول منه يسرح به الشعر المتلبد . انظر : النهاية في غريب الحديث والأثر مادة (دري) .

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٣٠/٦) برقم ٦٥٠٥ ومسلم في صحيحه (١٦٩٨/٣) برقم ٢١٥٦ .

والمال وهما أعظم من الاطلاع على المنزل ، فأولى أن تحمل هذه الأخبار على ذلك .

٢٩٧٢٩ – قالوا : إذا أدخل رِجْلاً في دار إنسان ، كان له دفعها ، وإن أبي عليه كذلك عينيه .

٢٩٧٣٠ – قلنا : لا فرق بينهما إذا أدخل رِجْله ، دفعها بالأيسر فإن اندفع به وإلا بما فوقه ، كذلك في البصر مثله .

* * *

مسألة ١٤٨٠

إفساد المواشي الزرع

٢٩٧٣١ - قال أصحابنا : إذا أفسدت المواشي زرعًا وليس معها قائد ولا سائق ، فلا ضمان على صاحبها [ليلاً ولا نهارًا (١) .

٢٩٧٣٢ - وقال الشافعي : ما أفسدت بالنهار فلا ضمان فيه] (٢) . وأما الليل (٣) إذا حَبَسها أو عَقَلها فانفلتت وأفسدت ، فلا ضمان عليه ، وإن أرسلها بالليل ولم يردها من مراعيها أو تركها في البَرِّيَّة غير معقلة فهو ضامن لما أفسدت من الزرع . ومنهم من قال : وما أفسدت من غير الزرع . وقالوا في السنانير والكلاب : إذا كان من عادتها الفساد ، ضمن صاحبها ما أفسدت ليلاً أو نهارًا . وقالوا في الكلب العقور : إذا خرج من الدار فعض إنسانًا ، فصاحبه ضامن ، فإن دخل داخل دار صاحبه بغير أمره فعقره ، فلا ضمان عليه ، وإن دخل بأمر صاحب الدار ، ففيه قولان بناء على من ناول غيره سُمًّا فأكله (٤) .

٢٩٧٣٣ - لنا : قوله ﷺ : « العجماء جُبار والقليب جبار والمعدن جُبار » (٥) . وهذا ينفي أن يتعلق بفعل البهيمة ضمان .

٢٩٧٣٤ - فإن قيل : روي أنه : « جرح العجماء جبار » (٦) . وإفساد (٧) الزرع ليس بجرح .

٢٩٧٣٥ - قلنا : قوله : « العجماء جُبار » . يقتضي سقوط الضمان [عن جميع أفعالها .

٢٩٧٣٦ - وقوله : « جرح العجماء جُبار » . يقتضي سقوط الضمان] (٨) عن جرحها ، والظاهر أن أصل الخبر العام والخاص من نقل الراوي . ولأنه لم يَقِرَّ بها من

---

(١) انظر : البدائع (١٦٩/٧) وعبارته : ومنها أن يكون المُتلفِ من أهل وجوب الضمان عليه ، حتى لو أتلف مالَ إنسانٍ بهيمةٌ لا ضمان على مالكها ، لأن فعل العجماء جُبَار .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) . (٣) في (م) : [الدليل] .

(٤) في (م) : [فشربه] . وانظر : الأم مع مختصر المزني (٦٧٩/٨) وعبارة المختصر : فيضمن أهل الماشية السائمة بالليل ما أصابت من زرع ، ولا يضمنونه بالنهار . وانظر أيضًا : مغني المحتاج (٥٤٧/٥-٥٤٨) .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٤٥/٢) برقم ١٤٢٨ والإمام أحمد في مسنده (٢٧٤/٢) برقم ٧٦٩٠ .

(٦) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٤٧٥/٢) برقم ١٠١٥٢ .

(٧) في (م) : [وأفسد] . (٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

موضع ، فلم يضمن جنايتها ، كما لو كان نهارًا . ولأنه لا يد له عليها ، فلم يضمن جنايتها كالنهار [١] . ولأن كل سبب لا يوجب الضمان بالنهار ، لا يوجبه بالليل، أصله جناية العبد وجناية الحربي على المسلم . وما يوجب الضمان يستوي فيه الليل والنهار ، كما لو قادها [٢] أو ساقها . ولأنه ليس بين الليل والنهار فرق ، إلا أن أرباب الزرع تركوا حفظه نهارًا، ومن فرط في حفظ ماله ، لم يسقط الضمان عن مُتْلَفِه ، كمن وضع ماله في الصحراء أو ألقاه في البحر . وإذا بطل أن يسقط الضمان بالتفريط[٣] ليستوي [٤] الليل والنهار . ولأنه مملوك لا يضمن ما أتلفه نهارًا ، فلم يضمن ما أتلفه [ليلاً كالعبد .

٢٩٧٣٧ - فإن قيل : العبد لا يضمن ما أتلفه ويده ثابتة عليه ، فلا يضمن ما أتلفه][٥] ولا يد له عليه . وفي البهيمة يضمن ما أتلفت إذا ساقها ، كذلك جاز أن يضمن ولم تثبت يده عليها .

٢٩٧٣٨ - قلنا : لو ثبتت يد المولى على العبد على الوجه الذي [٦] ثبت على البهيمة يضمن مثل أن يزول اختياره ويدفعه على غيره . ولو تُصُوِّر في البهيمة أن يكون لها اختيار كالعبد ، لم يضمن .

٢٩٧٣٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ ﴾ [٧] . قالوا وقد كان سليمان حَكَم أن تدفع البهائم إلى صاحب الزرع ينتفع بها حتى يُصْلِح زرعه [٨] .

٢٩٧٤٠ - قلنا : فهذا حكم غير ثابت في شريعتنا ، [ولا يجوز] [٩] أن تُجعل منفعة البهيمة في مقابلة الفساد ، فسقط الاستدلال بالقصة .

٢٩٧٤١ - ولأنه منسوخ بقوله ﷺ : « العجماء جُبَار » .

٢٩٧٤٢ - قالوا : روى الزهري عن حرام بن سعد عن البراء بن عازب أنه قال :

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢ ، ٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) كذا في (م) ، (ص) ، ولعل الصواب : [استوى] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٦) ساقطة من (ص) . (٧) سورة الأنبياء : ٧٨ .

(٨) أخرجه الحاكم في المستدرك (٦٤٣/٢) برقم ٤١٣٨ .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

كان للبراء ناقة ضارية ، فدخلت حائط قوم فأفسدت فيه ، فكُلِّم رسول الله ﷺ في ذلك ، فقضى أن حفظ الحائط على أهله بالنهار ، وأن حفظ الماشية على أهلها بالليل ، وأن على أهلها ما أصابت بالليل [(١)] .

٢٩٧٤٣ – الجواب : أن هذا يجوز أن يكون حَكَم به على شريعةِ مَنْ تقدم ، ثم نُسخ ذلك في شريعته بقوله : « العجماء جُبَار » .

٢٩٧٤٤ – ولأنه يتضمن أحكامًا تخالف الأصول ، منها : الفرق في الضمان بين الليل والنهار ، ومنها : أن تفريط المالك في ملكه بالنهار يُسقط ضمانه عن متلفه، ومنها : أن جناية المملوك تلزم ملكه [(٢)] . وخبر الواحد إذا تضمن ما يخالف الأصول ، لم يقبل .

٢٩٧٤٥ – ولأن قضاءه ﷺ على أرباب الحوائط [(٣)] بحفظها [(٤)] نهارًا وعلى أرباب المَواشي بحفظها [(٥)] ليلاً لا يدل [(٦)] على إيجاب الضمان ولا سقوطه ، لأن تارك حفظ ماله لا يوجب سقوط الضمان [(٧)] ، وترك حفظ الإنسان لدابته لا يوجب ضمان ما يفعله إذا لم تكن يده عليها .

٢٩٧٤٦ – وقوله : وأن على أهلها ما أصابت ليلاً . ليس هذه الزيادة في جميع الأخبار ، وقد ذكرها أبو داود [(٨)] ، فمخالفنا يقول : ما أصابت إذا كان بتفريط من مالكها . ونحن نقول : ما أصابت إذا ساقها .

٢٩٧٤٧ – فإن قيل : وأي فائدة لتخصيص الليل ؟

٢٩٧٤٨ – قلنا : لأن صاحبها إذا ساقها نهارًا وامتنع أرباب الزرع من دخوله ، والليل لا يحفظونه فيتمكن من إرسالها .

٢٩٧٤٩ – قالوا : لأنه مفرط في جناية بهيمة ، فوجب أن تكون بمنزلة جنايته في حكم الضمان ، أصله إذا كان معها .

٢٩٧٥٠ – قلنا : لا نسلم التفريط ، لأن العادة أن الغَنَم تترك ليلاً في الصحراء غير

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢٩٥/٤) . (٢) غير واضحة في (ص) .
(٣) في (م) : [الحائط] . (٤) في (م) : [فحفظها] .
(٥) في (م) : [فحفظها] . (٦) في (م) : [يجب] .
(٧) في (م) : [ضمانه] .
(٨) انظر سنن أبي داود (٢٩٨/٣) برقم ٣٥٦٩ ، ٣٥٧٠ .

مربوطة ولا يحوط عليها وكذلك الإبل في البَرِّيَّة . وأصلهم إذا كان هذا غير مسلم حتى يكون مقرنًا لها بالقَوْد أو السَّوْق ، وإذا كان كذلك فهو الجاني ، لأن البهيمة تسير باختياره وإرادته ، فيصير هو الجاني . ولهذا لو أرسل كلبًا على صيد أكل وصار جرحه كجرحه ولو كان الكلب معه فرسل فأخذ صيدًا لم يؤكل ولم يجعل فعله كفعله .

* * *

مسألة ١٤٨١

نفح الدابة برجلها أو بذنبها

٢٩٧٥١ - قال أصحابنا : إذا نفحت الدابة [١] برجلها أو بذَنَبِها [٢] ، لم يضمن ذلك راكبها ولا قائدها ، ويضمن سائقها [٣] .

٢٩٧٥٢ - وقال الشافعي : يضمن الراكب والقائد الجميع [٤] .

٢٩٧٥٣ - لنا : ما روى سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ أنه قال : « الرِّجْل جبار » [٥] . معناه : جناية الرِّجْل . وهو عامٌّ ، والجُبَار : الهَدَر . وروى هذا الخبر عباد [٦] ابن العوام عن سفيان بن حسين عن الزهري عن سعيد بن المسيب [٧] . ورواه محمد بن يزيد الواسطي عن سفيان بإسناده مثله [٨] . وأصل الخبر : « العجماء جبار ، والبئر جبار ، والرِّجْل جبار » [٩] . ورواه أحمد بن المقدام عن زياد [١٠] بن عبد اللَّه البَكَّائي [١١] عن الأعمش عن أبي قيس عن هُزَيْل بن شرحبيل عن أبي هريرة عن النبي ﷺ [١٢] .

٢٩٧٥٤ - قالوا : معناه : الدابة جبار . فكأنه قال : ذو الرِّجْل جبار ، كما قال : « لا سبق إلا في خفٍّ أو حافر » [١٣] . معناه : في ذي خف أو ذي حافر .

---

(١) نفحت الدابة : ضربت برجلها . انظر : لسان العرب مادة (نفح) .

(٢) في (م) : [بركبها] .

(٣) انظر : فتح القدير (٣٢٦/١٠-٣٢٧) وعبارته : الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا إذا صدمت ، ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذَنَبها . إلى أن قال : والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها ، والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها .

(٤) انظر : الأم (١٥٩/٧) وعبارته : يضمن قائد الدابة وسائقها وراكبها ما أصابت بيد أو فم أو رجل أو ذَنَب .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٦/٤) برقم ٤٥٩٢ عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة .

(٦) في جميع النسخ : [علاء] ، والمثبت هو الصواب من مصادر التخريج .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٤٣/٨) برقم ١٧٤٦٦ .

(٨) سنن أبو داود (١٩٦/٤) برقم ٤٥٩٢ .

(٩) أخرجه الدارقطني في سننه (١٥٤/٣) برقم ٢١٥ .

(١٠) في جميع النسخ : [زيد] ، والمثبت من مصادر التخريج .

(١١) في جميع النسخ : [النكال] ، والمثبت من مصادر التخريج .

(١٢) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٢٥/٧) .

(١٣) أخرجه ابن ماجه في سننه (٩٦٠/٢) برقم ٢٨٢٧

٢٩٧٥٥ - قلنا : هذا مجاز ، ومتى أمكن حمل اللفظ على الحقيقة فهو أولى .

٢٩٧٥٦ - ولأنه ذكر العجماء وأراد به جناية الدابة ، فلو حملنا قوله : « الرجل جبار » [١] . على الدابة أيضًا ، كان حملاً على التكرار ، ومتى عُلِّق بكل لفظ فائدة فهو أولى .

٢٩٧٥٧ - فإن قيل : نحمله على الدابة المنفلتة ، وفائدة تخصيص الرجل أن غالب جناية الدابة برجلها .

٢٩٧٥٨ - قلنا : غالب جناية المنفلتة يكون بصدمها ، لم يصح ما ذكروه من فائدة التخصيص .

٢٩٧٥٩ - ولأن جناية الرجل لا يمكن للقائد [٢] والراكب الاحتراز عنها ولا يمكن المار في الطريق الاحتراز فهو هدر ، أصله ما أثارت الدابة بسنابكها من التراب .

٢٩٧٦٠ - ولأن الراكب لا تفريط من جهته فيما أصابت برجلها ، فصار كإتلاف الدابة .

٢٩٧٦١ - احتجوا : بأنها جناية بهيمة يد صاحبها عليها ، فكانت جنايتها كجنايته ، أصله ما أصابت بيدها أو فمها . قالوا : ولأن كل جناية إذا كانت باليد والفم كانت مضمونة إذا كانت بالرجل ، فهي مضمونة كجناية العبد وعكسه المنفلتة .

٢٩٧٦٢ - قلنا : قد بينا الفرق بين الجنايتين ، وهو أن الراكب والقائد لا يقدر على الحفظ من نفحة الرجل ، لأنه لا يرى مَنْ وراءه ، فتبعد الدابة ويبعده عنها ، وما لا طريق إلى الاحتراز عنه هدر كجناية المعدن والبئر وكالمنفلتة .

٢٩٧٦٣ - وأما جناية اليد والفم فهو المشاهد من بين يديه فيقدر على إبعاد الدابة منه أو إبعاده عنها ، فإذا أهمل ذلك ، [صار مفرطًا فضمن ذلك . ولهذا ضَمَّنا السائق الجميع كما شاهد بين يديه فيقدر على] [٣] إبعاده أو [٤] إبعاد الدابة ، فإذا لم يفعله ضمن .

* * *

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) في (ص) : [القائد] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٤) في (م) : [و] .

مَوْسُوعَة
القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ
المُسَمَّاة
التَّجْرِيدُ

كتاب السير [1]

(١) السير : أمور الغزو ، كالمناسك أمور الحج . وهو جمع : سِيرة ، وهي الاسم من سار يسير سيرًا . والسيرة أيضًا : المسيرة . والسيرة : الطريقة . وسميت هذه الأمور بهذا الاسم ، لما أن معظم هذه الأمور هو السير إلى العدو . والسِّيَر : جمع سيرة ، وهي فِعْلَة بكسر الفاء من السَّيْر . وقد غلبت في لسان الفقهاء على : الطرائق المأمور بها في غزو الكفار ، وما يتعلق بها . كغلبة لفظ المناسك على أمور الحج . وقد سميت المغازي سِيَرًا ؛ لأن أول أمورها السير إلى العدو . والمراد بها : سير الإمام ومعاملاته مع الغزاة والأنصار ومنع العدو والكفار . انظر : طلبة الطلبة (ص ٧٩) ، الموسوعة الفقهية الكويتية (١٢٤/١٦) .

مسألة ١٤٨٢

دخول العدد الذي لا منعة له في دار الحرب

٢٩٧٦٤ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا دخل الواحد والاثنان والعدد الذي لا مَنَعَةَ لهم دار الحرب بغير إذن الإمام ، لم يُخَمَّس ما أخذوه . وإن دخلت جماعة لها مَنَعَةَ بغير إذنه أو بإذنه ، يُخَمَّس ما أخذوه . وأما إذا دخل العدد القليل بإذن الإمام ، فعلى رواية الأصل : يُخَمَّس ، وروى ابن شجاع [(١)] عنهم : أنه لا يُخَمَّس وهو الصحيح ، ولم يُحِدُّوا في الجماعة حَدًّا . وروي عن أبي يوسف أن أقل العدد المنيع تسعة فصاعدًا [(٢)] .

٢٩٧٦٥ - وقال الشافعي رحمه الله : ما أخذه الواحد يُخَمَّس ، وكذا ما أخذه اللص [(٣)] .

٢٩٧٦٦ - لنا : أن حقوق الله تعالى المقدرة المتعلقة بالمال لا يجوز إثباتها إلا بتوقيف أو اتفاق كالزكاة ، ولم يوجد ذلك فيما أخذه الواحد ، فلا يجوز إثباته .

٢٩٧٦٧ - ولأنه مال مأخوذ من كافر بغير مقاتلة ، فلا يخمس كالجزية . ولا يلزم إذا دخل الواحد بغير إذن الإمام ، لأنا لا نخمس ما أخذه .

٢٩٧٦٨ - ولأنه مباح مأخوذ بغير سبب مقابله ، فصار كالحطب والحجارة . ولا يقال : الحطب لواحد بالمقاتلة لم يخمس ، [لأنه يخمس عندنا] [(٤)] .

٢٩٧٦٩ - ولأن العدد اليسير لا يدخلون لإعزاز الدين ، وإنما يدخلون لاكتساب المال ، فصاروا كالتجار .

٢٩٧٧٠ - ولأنه مأخوذ من دار الحرب بغير ظهر المسلمين ، فلا يخمس كالحطب .

---

(١) هو : محمد بن شجاع الثلجي أبو عبد الله . فقيه أهل العراق في وقته ، والمقدم في الفقه والحديث وقراءة القرآن ، مع ورع وعبادة . تفقه بالحسن بن زياد وآخرين . ألف عدة كتب هي : المناسك ، وتصحيح الآثار ، والنوادر ، والمضاربة ، والرد على المُشَبِّهة . عُرِض عليه القضاء فرفضه . مات فجأة ساجدًا في صلاة العصر في سنة ٢٦٦ هـ . انظر : الجواهر المضية (٣/١٧٣ - ١٧٥) .

(٢) انظر : الهداية مع العناية (٥/٥١٠) وعبارته : وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مُغِيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئًا ، لم يخمس ؛ لأن الغنيمة هو المأخوذ قهرًا وغلبة لا اختلاسًا وسرقة ، والخمس وظيفتها . ولو دخل الواحد أو الاثنان بإذن الإمام ، ففيه روايتان ، والمشهور أنه يخمس .

(٣) انظر : الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٧٤ ، وعبارته : ويجري على ما غنمه الواحد والاثنان حكم الغنيمة في أخذ خمسه . وانظر أيضًا : الأم ٧/٣٧٤ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

ولا يلزم إذا دخلوا بإذن الإمام على رواية الأصل أن عليه نصرتهم ، فالمأخوذ بظهر المسلمين ، ولا يلزم الجماعة التي لها منعة ؛ لأن الإمام لا يجوز أن يقعد عنهم وإن دخلوا بغير أمره ، لما في ذلك من الوَهْن على الإسلام ، فما يأخذونه بظهر الجماعة .

٢٩٧٧١ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [١] .

٢٩٧٧٢ – قلنا : الغنيمة عند العرب : المال المأخوذ بالقهر والغلبة ، وما يأخذه اللص يسمى : سرقة ، وما يأخذه الواحد يسمى : خِلْسَة ولا يقال له : غنيمة .

٢٩٧٧٣ – فإن قيل : ما وُجِد من الجماعة إذا تناوله الاسم ، تناوله إذا وجد من الواحد .

٢٩٧٧٤ – قلنا : هذا إثباتُ اسمٍ بقياسٍ ، وهو باطل بالجمعة .

٢٩٧٧٥ – قالوا : كل طائفة لو دخلت دار الحرب بإذن الإمام ، خَمَّس ما أخذت ، فكذلك إذا دخلت بغير إذنه ، أصله الجماعة التي لها مَنَعَة .

٢٩٧٧٦ – قلنا : الوصف غير مسلم على الرواية الصحيحة ، فإن الواحد إذا دخل بإذن الإمام لا يخمس ما أخذ ، وعلى الرواية الأخرى إذا دخل بإذنه لزمه . وجماعة المسلمين نَصَرَتْهُ ، فصار ما يأخذه بظهرهم يُثبت حقهم فيه . وإذا دخله بغير أمره ، لم تلزم نصرته ؛ لأن مصاب الواحد لا يقدح في المسلمين .

٢٩٧٧٧ – قلنا : لم يأخذ بظهرهم ، فلم يثبت حقهم فيما أخذه . أما الجماعة الممتنعة فما يأخذونه بظهر جماعة المسلمين ، إذ لا يجوز لهم تركهم والقعود عنهم إن أصيبوا ، لما في مصابهم من الوَهْن على الإسلام ، فلذلك يخمس ما أخذوه .

٢٩٧٧٨ – قالوا : كل طائفة إذا كان [٢] لها منعة خمست غنيمتها ، فكذلك إذا لم يكن لها منعة ، أصله إذا كان بإذن الإمام .

٢٩٧٧٩ - قلنا : [قد بينا أن هذا الأصل غير مسلم وإن سلمنا على] [٣] الروايتين ، فقد تكلمنا عليه .

٢٩٧٨٠ – قالوا : كل غنيمة [اشترك فيها المباشر والردء ، شاركهم] [٤] فيها أهل الخمس ، أصله غنيمة الطائفة .

---

(١) سورة الأنفال : الآية ٤١ .
(٢) في (م) : [كانت] .
(٣) ما بين المعكوفتين مطموس في (ص) ، والمثبت من (م) .
(٤) ما بين المعكوفتين مطموس في (ص) ، والمثبت من (م) .

٢٩٧٨١ - قلنا : لا نسلم أن هذا غنيمة [وأن الردء مشارك ؛ لأن المال أُخِذ بظهره وتمكينه ، والمسلمون لم يأخذوا هذا المال بظهرهم ولا تمكينهم ، فلا يثبت حقهم فيه] [1] .

٢٩٧٨٢ - قالوا : كل مال يملكه المسلمون على المشركين بالقهر والغلبة ولم يختص به بعضهم ، خُمِّس كسائر الغنائم .

٢٩٧٨٣ - قلنا : باطل بالجزية إذا ظهرنا على بلد فوضعنا الجزية بغير رضاهم ، والمعنى في سائر الغنائم ما قدمنا .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين مطموس في (ص) ، والمثبت من (م) .

مسألة ١٤٨٣

إذا غلب المسلمون على بهائم أهل الحرب

٢٩٧٨٤ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا غلب المسلمون على بهائم أهل الحرب فأدركهم الكفار وخافوا أن يستنقذوها من أيديهم ، ذبحوها وحرقوها بعد الذبح (١) .

٢٩٧٨٥ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يحل ذبحها (٢) .

٢٩٧٨٦ - لنا : أنه مال لأهل الحرب يجوز أكله ، فجاز إتلافه .

٢٩٧٨٧ - ولأن الأكل منفعة يختص بها الآكل ، وهذه منفعة تَعُمُّ (٣) المسلمين (٤) ، فإذا جاز الذبح لأقل الفرضين ، فلأن يجوز لأعظمها أولى .

٢٩٧٨٨ - ولأن ما جاز إتلافه في حال القتال ، جاز إتلافه في غير حال القتال ، أصله [ما سوى الميدان . ولا يلزم الصيد ؛ لأنه يجوز قتله بعد الأسر .

٢٩٧٨٩ - ولأن ما يجوز في حال القتال ، جاز إتلافه في غير حال القتال ، أصله] (٥) المال . ولا يلزم النساء والصبيان ؛ لأنهم يقتلون بعد الأسر إذا كان الصبي أو المرأة مَلِكًا عليهم ، ويجوز في حال القتال إذا قاتلوا .

٢٩٧٩٠ - ولا يقال : في حال القتال يجوز : قتلهم بالعَقْر ، ولا يجوز في غير حال الحرب .

٢٩٧٩١ - لأن هذا كلام في كيفية القتل والتعامل للقتل ، ولا يمتنع أن تتساوى الحالتان في القتل وإن اختلفت كيفية القتل ، الدليل عليه أنا نحرقهم في حال القتال ونفرقهم ونخوفهم ، وبعد أخذهم لا يجوز القتل بالمُثْلَة .

٢٩٧٩٢ - فإن قيل : الأموال لها حرمة بمالكها وقد سقطت بكفره ، فجاز إتلافها ، والحيوان له حرمة بمالكه وباللّه تعالى ، ولهذا يحرم عليه ترك النفقة على بهائمه ، فإذا أسقطت حرمة المال بالكفر تثبت حرمة اللّه تعالى .

---

(١) انظر : الهداية مع العناية ٤٧٧/٥ وعبارته : وإذا أراد الإمام العود ومعه مواشٍ فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ، ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها .

(٢) انظر : الأم ٣٧٦/٧ ، ٣٧٧ وعبارته : وحرم أن تعذب التي لا تضر لغير منفعة الأكل . وانظر أيضًا : مغني المحتاج ٣٨/١ .

(٣) غير واضحة في (ص) .

(٤) في جميع النسخ : [المسلمون] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش ، وبه كلمات بها طمس .

٢٩٧٩٣ - قلنا : والمال له حرمة بغير مالكه ، بدلالة أنه ﷺ نهى عن إضاعة المال [١] ، فلو كانت حرمته بمالكه ، لم يحرم عليه إتلافه بغير عوض .

٢٩٧٩٤ - ولأن البهائم حرمتها لحق اللّه تعالى موجودة .

٢٩٧٩٥ - احتجوا : بما روي عن عبد اللّه بن عمر أنه ﷺ قال : « من قتل عُصْفُورًا فما فوقها ، سأله اللّه عن حقها » . قيل : يا رسول اللّه ، وما حقها ؟ قال : « أن يذبحها فيأكلها ، ولا يقطف [٢] رأسها فيرميها » [٣] .

٢٩٧٩٦ - قلنا : نهيٌ عن القتل والذبح لا يسمى قتلاً على الإطلاق ، وعندنا القتل منهي عنه .

٢٩٧٩٧ - ولأنه ذكر الأكل لينبه به على كل ذبح لغرض ، ولهذا لم يذكر إتلاف الحيوان حال المحاربة .

٢٩٧٩٨ - قالوا : روي أنه ﷺ نهى عن ذبح الحيوان إلا لمالكه لأكله [٤] .

٢٩٧٩٩ - قلنا : ذكر الأكل لِيُنَبِّهَ به على كل غرض صحيح ، وكيدُ الكفار وإلحاق الضرر بهم من أكبر الأغراض وأعظمها .

٢٩٨٠٠ - قالوا : روي أن أبا بكر الصديق قال ليزيد بن أبي سفيان لما بعثه إلى الشام : لا تعقرن شاة ولا بعيرًا إلا لمأكلة [٥] .

٢٩٨٠١ - قلنا : روي في هذا الخبر أنه نهي عن قطع الشجر ، وإن كان يقطع عند الحاجة باتفاق .

٢٩٨٠٢ - ولأنه إباحة للأكل ، فصار ذلك تنبيهًا على ما هو مثله في الفرض أو أكبر منه .

٢٩٨٠٣ - قالوا : ذو رُوح ، فلا يحل قتله لمغايظة الكفار قياسًا على صبيانهم ونسائهم .

٢٩٨٠٤ - قلنا : عندنا يذبح لمنفعة المسلمين ودفع الضرر عنهم ، فأما المغايظة فلا . والمعنى في النساء والصبيان ، أنه لا يستعان بهم في القتال غالبًا ، والدواب يستعان بها في القتال .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٨٤٨/٢ برقم ٢٢٧٧ ، ومسلم في صحيحه ١٣٤/٣ برقم ١٧١٥ .

(٢) غير واضحة في (ص) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧٣/٣ برقم ٤٥٣٤ .

(٤) أخرجه أبو داود في المراسيل ، كما في التلخيص الحبير ٥٥/٣ برقم ١٢٧٢ .

(٥) أخرجه مالك في الموطأ ٤٤٧/٢ برقم ٩٦٥ .

مسألة ١٤٨٤

قتل النساء والصبيان والشيوخ الذين لا يقاتلون

٢٩٨٠٥ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : لا يقتل النساء والصبيان والشيوخ الذين لا يقاتلون ولا رأي لهم في الحرب ولا العُمْيَان ولا الزَّمْنَى ولا أصحاب الصوامع الذين حَبَسُوا أنفسهم فيها لا يخالطون الناس . وهو أحد قولي الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ (١) .

٢٩٨٠٦ - وقال في قول آخر : يقتلون جميعًا إلا النساء والصبيان (٢) .

٢٩٨٠٧ - لنا : ما روي عن علي قال : كان نبي اللَّه إذا بعث جيشًا من المسلمين إلى المشركين قال : « انطلقوا باسم اللَّه وفي سبيل اللَّه وعلى ملة رسول اللَّه ، لا تقاتلون القوم حتى تحتجوا عليهم » . إلى أن قال : « ولا تقتلوا وليدًا طفلاً ولا امرأةً ولا شيخًا كبيرًا » (٣) .

٢٩٨٠٨ - وروى عكرمة عن ابن عباس قال : كان النبي ﷺ إذا بعث جيوشه قال : « اغْزُوا باسم اللَّه تقاتلون في سبيل اللَّه من كفر باللَّه ، لا تَغْدِرُوا ولا تُمَثِّلُوا ولا تقتلوا الوُلْدان ولا أصحاب الصوامع » (٤) .

٢٩٨٠٩ - وروي أنه قال حين رأى امرأة مقتولة : « ما كانت هذه لتقاتِل » . ونهي عن قتل النساء (٥) ، فجعل العلة في ذلك أنها لا تقاتل ، وهذا موجود في الشيخ الكبير .

٢٩٨١٠ - فإن قيل : هذا محمول على أنه ﷺ عَلِم أن المصلحة في ترك قتلهم .

٢٩٨١١ - قلنا : اللفظ عامٌّ .

(١) انظر : المبسوط ١٣٤/١٠ ، والبدائع ١٠٢/٧ ، وعبارته : أما حال القتال فلا يحل فيها قتل امرأة ولا صبي ولا شيخ فانٍ ولا مُقْعَد ولا يابس الشق ولا أعمى ولا مقطوع اليد والرجل من خلاف ولا مقطوع اليمنى ولا معتوه ولا راهب في صومعة ولا سائح في الجبال لا يخالطه الناس وقوم في دار أو كنيسة ترهبوا وطبق عليهم الباب . إلى أن قال : ولو قاتل واحد منهم ، قُتِل وكذا لو حرص على القتال أو دل على عورات المسلمين .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٣١/٦ وعبارته : ويحل قتل راهب وأجير ومحترف وشيخ ولو ضعيفًا وأعمى وزَمِن ومقطوع اليد والرجل وإن لم يحضروا الصف ولا قتال فيهم ولا رأي في الأظهر ، لعموم قوله تعالى : ﴿ فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ ﴾ (التوبة : ٥) ، ولأنهم أحرار مكلفون فجاز قتلهم كغيرهم . والثاني : المنع لأنهم لا يقاتِلون فأشبهوا النساء والصبيان .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩٠/٩ برقم ١٧٩٣٤ .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩٠/٩ برقم ١٧٩٣٣ .

(٥) أخرجه أحمد في مسنده ٤٨٨/٣ برقم ١٦٠٣٥ .

٢٩٨١٢ - ولأن هذا إنما يكون إذا عُرِف المأخذ ، فأما إذا لم يُعْرَف لم تتبين المصلحة فيه . ويدل عليه وصية أبي بكر ليزيد بن أبي سفيان وعمرو بن العاص وشرحبيل بن حسنة لما بعثهم إلى الشام قال فيها : لا تقتلوا الوُلْدان ولا الشيوخ ولا النساء ، وستجدون قومًا حَبَسوا أنفسهم في الصوامع فدعوهم وما حبسوا له أنفسهم [١] . وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف .

٢٩٨١٣ - ولأنه ممن لا يُستعان به في القتال غالبًا ، فلا يقتل بكفره الأصلي كالمرأة . ولا يلزم المريض والجريح ؛ لأنهما من أهل القتال ، لكن حصل هناك مانع فهو كالمقاتل إذا حُبِس أو قُيِّد .

٢٩٨١٤ - ولأن الأعمى لا يُنتفع به في الحرب ، والنساء ينتفع بهن في سَقْي الماء وصلاح الطعام ومداواة الجرحى ، فإذا لم تقتل النساء ، فالأعمى والزَّمِن أولى .

٢٩٨١٥ - ولأن أهل الحرب رجال ونساء ، فلما كان في أحد النوعين مَنْ لا يجوز قتله لكفره ، وجب أن يكون كذلك في النوع الآخر .

٢٩٨١٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ [٢] .

٢٩٨١٧ - قلنا : هذا يتناول من يُحتاج في قتله إلى الحِصْن وإعمال الحيلة ، وذلك لا يُحتاج إليه في العُميان والزَّمْنَى .

٢٩٨١٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ ﴾ [٣] .

٢٩٨١٩ - قلنا : المقاتلة تكون بين اثنين ، وهؤلاء لا يوجد منهم القتال ، فإن وُجِد جاز قتلهم .

٢٩٨٢٠ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « اقتلوا شيوخ المشركين ، واستبقوا شرخهم [٤] » [٥] .

٢٩٨٢١ - قلنا : هذا محمول على الشيوخ المقاتلين ، ليجمع بينه وبين خبرنا ، ولو تعارضا لكان المُثْبِت للحظر أولى .

٢٩٨٢٢ - قالوا : قَتَل المسلمون يوم حنين دُرَيْد بن الصِّمَّة وقد أتت عليه مائة

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨٥/٩ برقم ١٧٩٠٤ .

(٢) سورة التوبة : الآية ٥ .

(٣) سورة التوبة : الآية ٢٩ .

(٤) في (ص) : [شريخهم] .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه ٥٤/٣ برقم ٢٦٧٠ .

وخمسون سنة ، فلم ينكر النبي [1] ﷺ قتله [2] .

٢٩٨٢٣ – قلنا : لأنه كان يدبر الحرب فيُقتل ؛ لأنه أضرُّ علينا من المقاتل .

٢٩٨٢٤ – قالوا : حر مكلف حربي ، فجاز قتله في الأسر ، أصله الشاب .

٢٩٨٢٥ – قلنا : التكليف والحرية لا يبيح القتل ، بدلالة النساء . والمعنى [في الشاب أنه ممن يستعان به القتال ، والمرأة والأعمى والزَّمِن لا يَقْدِرون على القتال .

٢٩٨٢٦ – قالوا] [3] : كل من جاز قتله إذا كان له رأي ، جاز قتله وإن لم يكن له رأي كالشاب .

٢٩٨٢٧ – قلنا : من له رأي فهو من أهل القتال ، ومن لا رأي له ولا قُدْرة فليس هو من أهله .

٢٩٨٢٨ – ولا يقال : إن من كان من أهل العَمَى إذا تعلقت أحكامه ، كذلك من ليس من أهله . فأما الشاب إذا لم يكن له رأي فهو من أهل القتال بقوته ، فلا يفتقر في استحقاق القتل إلى أن يكون من أهله بمعنى آخر .

٢٩٨٢٩ - قالوا : كل كفر يُجِيز قتل الشاب ، يُجِيز قتل الشيخ الفاني ، أصله الردة .

٢٩٨٣٠ – قلنا : كفر الردة أغلظ من الكفر الأصلي ، بدلالة أن عند مخالفنا لا تُقتل المرأة بالكفر الأصلي وتقتل بالردة ، ويُقَرُّ الكافر الأصلي على كفره ولا يُقَرُّ المرتد ، فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر .

* * *

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩٢/٩ برقم ١٧٩٤٢ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٤٨٥

تترس الكفار بأطفال المسلمين

٢٩٨٣١ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا تترس الكفار بأطفال المسلمين وبأسراهم ، جاز رميهم . ويعتمد الرامي أنه يقصد المشرك ، فإن قتل مسلمًا ، فلا كفارة ولا دية [(١)] .

٢٩٨٣٢ - وقال الشافعي رحمه الله : إذا فعلوا ذلك ، لم يجز لنا أن نبتدئهم بالقتال والرمي ، فإن بدءونا جاز الرمي . ويقال للرامي : اجتهد في إصابة المشرك ، وتجنب المسلم . فإن أصاب مسلمًا فقتله [(٢)] ، فعليه الكفارة قولاً واحدًا . وهل تجب الدية ؟ اختلف قوله ، فقال في موضع : عليه الدية والكفارة . وقال في موضع : عليه الكفارة دون الدية . وقال ابن أبي هريرة : في وجوب الدية قولان . قال المزني : فيها قول واحد ، والموضع الذي قال عليه الدية إذا علم أنه مسلم فرماه ، والموضع الذي قال لا دية إذا لم يعلمه مسلمًا . وقال المروزي : أراد بوجوب الدية إذا قصد المسلم ، وإذا قصد المشرك فأصاب المسلم فلا دية عليه [(٣)] .

٢٩٨٣٣ - والكلام في هذه المسألة في مواضع :

٢٩٨٣٤ - أولها : جواز البداية بالرمي مع التترس بالمسلمين ، والدليل عليه أنه قتال واجب فلا يَمْنَع منه التترس بِمَنْ لا يجوز قتله ، كما لو تترسوا بصبيانهم .

٢٩٨٣٥ - ولأن الحصون التي يُعلم أن فيها أسرى يجوز أن يبتدئها بالرمي ويقصد الكفار ، ويجوز أن يحرقها بالنار وإن لم يأمن أن يصيب المسلمين ، كذلك إذا تترسوا

---

(١) انظر : البدائع ١٠٢/٧ وعبارته : إذا تترسوا بأطفال المسلمين ، فلا بأس بالرمي إليهم لضرورة إقامة الفرض ، لكنهم يقصدون الكفار دون الأطفال ، فإن رموهم فأصاب مسلمًا فلا دية ولا كفارة .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) انظر : مختصر المزني ٣٧٩/٨ - ٣٨٠ وعبارته : ولو تترسوا بمسلم ، رأيتُ أن يكف إلا أن يكونوا ملتحمين ، فيضرب المشرك ويتوقى المسلم جهده ، فإن أصاب في هذه الحالة مسلمًا ، قال في كتاب حكم أهل الكتاب : أعتق رقبة . وقال في موضع آخر من هذا الكتاب : إن كان علمه مسلمًا فالدية مع الرقبة . قال المزني رحمه الله : ليس هذا عندي بمختلف ولكنه يقول : إن كان قتله مع العلم بأنه مُحَرَّم الدم فالدية مع الرقبة ، فإذا ارتفع العلم فالرقبة دون الدية .

وهذا لا شبهة فيه ، لأنا لو لم نبتدئ رمي الحصون مع كون المسلم فيه ، لأدَّى ذلك إلى تعطيل مباراة الكفار وشن الغارة عليهم وطلب الغِرَّة منهم ؛ لأن حصونهم لا تخلو من مسلم ، وما أدَّى إلى هذا سقط بالإجماع .

٢٩٨٣٦ – وأما الدليل على سقوط الكفارة ، فلأن من جاز الرمي إليه مع العلم بحاله أو مع غلبة الظن بأنه يصيبه ، لم تجب بقتله كفارة ، أصله صبيانهم إذا تترسوا بهم .

٢٩٨٣٧ – ولأن كل قتل تجب فيه الكفارة ، يُمنع منه إذا تعين له ، فلو وجبت الكفارة في مسألتنا لمُنِع من الرمي إذا تعين ، فلما لم يُمنع منه بل أبيح تارة ووجب أخرى ، علمنا أن الكفارة لا تجب .

٢٩٨٣٨ – ولأن المسلم إذا أبيح رميه مع العلم بحاله ومع غلبة الظن بإصابته ، لم تجب بقتله دية ، كالمقتول بحق .

٢٩٨٣٩ – ولأن إيجاب الضمان بالقتل يؤدي إلى التوقف عن القتل كراهية وجوب الضمان ، وما أدَّى إلى ترك الضمان وجب إسقاطه .

٢٩٨٤٠ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ (١) .

٢٩٨٤١ – قلنا : هذا عطف على قوله : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ﴾ (٢) . وفي مسألتنا له أن يقتله ، فلم تتناوله الآية .

٢٩٨٤٢ – قالوا : محقون الدم بحرمة ، فوجب بقتله الكفارة ، أصله : إذا قتله ابتداءً . قالوا : ولا يلزم إذا رمى حصنًا فأصابه ؛ لأن فيه الكفارة .

٢٩٨٤٣ – قلنا : يبطل بصبيانهم .

٢٩٨٤٤ – قالوا : لم نمنع من قتلهم لحقهم ، بل لحق المسلمين ؛ لأنه مال لهم .

٢٩٨٤٥ – قلنا : فيجب أن نمنع من قتل الرجال لهذه العلة ؛ لأنه يجوز استرقاقهم فيصيرون مالاً ، وأن المعنى فيه إذا لم يكن في الحال لا يجوز رميه ، والمسلم الممنوع من قتله يجوز أن تتعلق بقتله كفارة . وفي مسألتنا أبيح رميه ، فصار كالمقتول بحق .

٢٩٨٤٦ – قالوا : محقون الدم بالإيمان والقاتل من أهل الضمان ، فوجب عليه بقتله كفارة كسائر المسلمين .

(١ ، ٢) سورة النساء : الآية ٩٢ .

٢٩٨٤٧ - قلنا : يبطل بالمرجوم ؛ لأنه محقون الدم بالإيمان ، ولهذا لا يجوز قتله بالسيف ، وأصلهم سائر المسلمين وجميعهم إذا أبيح رميهم سقط الضمان ، وإذا لم يُبِحِ الرمي وجب الضمان ، فلا فرق بينهما .

٢٩٨٤٨ - احتجوا : [في الدية] [١] بقوله تعالى : [﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾ [٢] .

٢٩٨٤٩ - قلنا : قال تعالى] [٣] : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ﴾ [٤] . وفي مسألتنا يجوز أن يقتله غير مخطئ .

٢٩٨٥٠ - قالوا : هو مأمور بقصد المشرك وتجنب المسلم ، فهو كمن رمى غَرَضًا فأصاب مسلمًا .

٢٩٨٥١ - قلنا : هناك لا يرمي الآدميَّ وإنما يرمي الغرض ، فإن غلب على ظنه أنه يصيب آدميًا لم يَحِلَّ له الرمي وكذلك إن شك . وفي مسألتنا يرمي المسلم إذا لم يكن هناك خَلَل يصل السهم منه إلى الكافر ، لكنه يرمي إن قصده هذا الكافر ، ويرمي في مسألتنا مع غلبة الظن بالإصابة ، فدل على أنه مفارق لحال الخطأ .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٢) سورة النساء : الآية ٩٢ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٤) سورة النساء : الآية ٩٢ .

مسألة ١٤٨٦

قتل المسلم بعد دخوله دار الحرب بأمان

٢٩٨٥٢ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فقتله رجل من الجيش وهو لا يعلم إسلامه ، فعليه الدية [١] .

٢٩٨٥٣ - وقال أصحاب الشافعي [رحمهم اللّٰه] : الذي تقتضيه طريقة المزني أن المعتبر علمه ، فإذا لم يَعْلَم بإسلامه ، فعليه الكفارة ولا دية [٢] .

٢٩٨٥٤ - لنا : أنه مسلم أحرز دمه بدخول دار الحرب بأمان ، فلا يسقط تَقَوُّم دمه إلا بسبب من جهته ، أصله إذا كان في دار الإسلام .

٢٩٨٥٥ - ولأنه ظن أنه كافر خطأً منه ، وخطأ القاتل لا يُسْقِط تقويم دم المقتول ، أصله إذا رمى صيدًا فأصاب آدميًا .

٢٩٨٥٦ - ولأنه خطأٌ لا يُسقط الكفارة ، فلم يُسقط الدية ، أصله [٣] إذا قتل مسلمًا فأصابه خطأً .

٢٩٨٥٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [٤] . قال ابن عباس : وإن كان في قوم عدو لكم [٥] .

٢٩٨٥٨ - قلنا : هذا [٦] يُعْطَف على قوله : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا ﴾ . فظاهره يقتضي من كان في العدو وجبت الكفارة دون الدية فعله خطأ على كل وجه وذلك لا

---

(١) انظر : الهداية مع العناية ٢٣٢/١٠ وعبارته : وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلمٌ مسلمًا ظنًّا أنه مشرك ، فلا قَوَد عليه وعليه الكفارة ؛ لأن هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه ، والخطأ بنوعيه لا يوجب القَوَد ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٢٢٨/٥ وعبارته : إذا قتل مسلمًا ظن كفره كأن رآه يعظم آلهتهم أو كان عليه زي الكفار بدار الحرب أو بصفة المحاربين بدارنا كما سيأتي ، لا قصاص عليه جزمًا للعذر الظاهر . إلى أن قال : وكذا لا دية في الأظهر ؛ لأنه أسقط حرمة نفسه بمقامه في دار الحرب التي هي دار الإباحة ، وسواء عُلِم في دارهم مسلمًا أم لا عين شخصًا أم لا . والثاني تجب الدية ؛ لأنها تثبت مع الشبهة ، أما الكفارة فتجب جزمًا لقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ ﴾ إلخ الآية .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٤) سورة النساء : الآية ٩٢ .

(٥) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٣٤٠/٢ .

(٦) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

يكون إلا على قولنا فيمن أسلم ولم يهاجر . وأما المستأمَن إذا قُتِل خطأ وهو يعلم إسلامه ، وجبت الدية بإجماع ، فعُلِم أن الظاهر لم تتناوله الآية [١] .

٢٩٨٥٩ - ولأنه قُتِل في دار الحرب بفعل مأمور به أو فعل ليس بتفريط من جهته ، فلا يجب بدل نفسه ، أصله إذا أسلم الحربي ولم يخرج إلينا .

٢٩٨٦٠ - قلنا : يبطل إذا رمى صيدًا في دار الحرب فأصاب من علمه مسلمًا ، فعل لا يثبت منه إلى التفريط .

٢٩٨٦١ - فإن قالوا : لو سدد في رميه لم يُصِبِ الآدمي .

٢٩٨٦٢ - قلنا : ولو تبين عن حال المقتول لعلم أنه مسلم .

٢٩٨٦٣ - وقولهم : بفعل مأمور به .

٢٩٨٦٤ - يبطل بمن كان مشركًا ، فأصاب من علمه مسلمًا . والمعنى فيمن أسلم ولم يهاجر : أن دمه كان على أصل الإباحة كما لم تحصل منه حيازة ، فلم يتقوم كالحشيش . وليس كذلك المستأمَن ؛ لأن قتله محظور في الأصل ، وإنما خطأ القاتل مسبب من جهة المقتول ، وهذا لا يمنع من تقويم الدم كقتل الخطأ .

٢٩٨٦٥ - قالوا : هو مأمور بقتل كل من في دار الحرب ورميه وضربه ، ويستحيل أن يؤمر بالضرب ويجب عليه الضمان .

٢٩٨٦٦ - قلنا : هو مأمور بقتلهم ، بشرط ألا يغلب على ظنه إسلامهم أو لا تكون عليهم سِمَةُ المسلمين ، والقتل من غير تمييز مع إمكان الرجوع إلى السمة تفريط .

٢٩٨٦٧ - ولأنه مأمور بالضرب وإن جاز أن تجب عليه الكفارة ، وكذلك لا يمتنع أن يكون مأمورًا وتجب عليه الدية .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٤٨٧

قتل الحربي إذا أسلم ولم يهاجر من دار الحرب

٢٩٨٦٨ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا أسلم الحربي ولم يهاجر من دار الحرب حتى قتله مسلم ، فلا قصاص عليه ولا دية ، وعليه الكفارة في الخطأ (١) .

٢٩٨٦٩ - وقال الشافعي رحمه الله : إن قتله عمدًا وجب القصاص ، وإن قتله خطأً وجبت الدية ، والكفارة واجبة في الوجهين (٢) .

٢٩٨٧٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ (٣) . لا يخلو إما أن يكون المراد : منهم بالانتساب إليهم ، أو يكون (٤) المراد : فيهم . ولا يجوز أن يكون أراد الانتساب ؛ لأن أصحاب النبي ﷺ كانوا منتسبين لأهل الحرب ، ولم يُفهم من هذه الآية سقوط البدل بقتلهم ، لم يبق إلا أن يكون المراد : فيهم ، وقد ذكر اللّه تعالى فيه الكفارة دون الدية .

٢٩٨٧١ - ولا يقال : إنه ترك ذكر الدية ، اكتفاءً بما تقدم .

٢٩٨٧٢ - لأنه لو كان كذلك ، لترك ذكر الكفارة واكتفى بما تقدم .

٢٩٨٧٣ - ولأنه ذكر بعده المرمي ، ولم تجب فيه الدية والكفارة ، ويدل على أن الاكتفاء لم يصح بما تقدم .

٢٩٨٧٤ - فإن قيل : فأنتم تضمرون فيه : إذا كان ابتداء إسلامه في دار الحرب ولم يهاجر ، ونحن نضمر : إذا لم يعلم إسلامه . ومن يقتصر على إضمار واحد ، فهو أولى عمن أضمر إضمارين .

٢٩٨٧٥ - قلنا : نحن لا نضمر أكثر من إضمار واحد وهو : المؤمن الذي لم يهاجر ، وهم يضمرون : المؤمن الذي لا يُعْلَم بإسلامه ، فتساوينا ، ويدل عليه قوله

---

(١) انظر : شرح السير الكبير للسرخسي ١٢٨/١ وعبارته : وإذا أسلم رجل من أهل الحرب فقتله رجل من المسلمين قبل أن يخرج إلى دار الإسلام خطأً ، فعليه الكفارة ولا دية عليه . وفي الإيلاء عن أبي حنيفة رحمه الله أنه : لا كفارة عليه أيضًا . وانظر أيضًا : البدائع ١٠٦/٧ .

(٢) انظر : الأم ٣٨/٦ وعبارته : وهكذا كل من قتله وهو يعلمه مسلمًا منهم أو أسيرًا فيهم أو مستأمَنًا عندهم لتجارة أو رسالة أو غير ذلك ، فعليه في العمد القَوَد ، وفي الخطأ الكفارة وعلى عاقلته الدية .

(٣) سورة النساء : الآية ٩٢ .

(٤) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا ﴾ (١) . وإسقاط الموالاة يقتضي منع تقويم الدم .

٢٩٨٧٦ – فإن قيل : معناه أنهم لا يتوارثون ؛ لأن في ابتداء الإسلام كان التوارث بالهجرة .

٢٩٨٧٧ – قلنا : المراد إسقاط التوارث وإسقاط تقويم الدم جميعًا ، ويدل عليه قوله ﷺ : « أنا بريء من كل مسلم أقام بين ظَهْرَانَي الشرك » (٢) . والبراءة المطلقة تمنع تقويم الدم .

٢٩٨٧٨ – فإن قيل : روي أنه ﷺ قال : « من استنجى بعظم أو رَوث فأنا منه بريء » (٣) . ولم يوجب ذلك .

٢٩٨٧٩ – استدلوا بقوله : « النفس » .

٢٩٨٨٠ – قلنا : الظاهر اقتضى ذلك ، لولا قيام الدليل عليه .

٢٩٨٨١ – ولأن كل مسلم إذا لم يُعْلَم بإسلامه لم يتقوم دمه ، فإذا عُلِم بإسلامه لم يتقوم دمه ، أصله الباغي إذا حاربنا .

٢٩٨٨٢ – ولأن دمه على أصل الإباحة ، والمباحات لا تتقوم قبل الحيازة ، أصله الحشيش والحطب .

٢٩٨٨٣ - احتجوا : بأنه إسلام صار به الدم محقونًا ، فوجب أن يصير به مضمونًا ، أصله المسلم في دار الإسلام .

٢٩٨٨٤ – قلنا : حظر القتل لا يدل على ضمان المقتول ، بدلالة نساء أهل الحرب وصبيانهم . والمعنى فيه : إذا كان في دار الإسلام أنه لو قتله وهو يجهل إسلامه ، تقوم دمه . وفي مسألتنا لو قتله وهو يجهل إسلامه ، لم يتقوم دمه ، كذلك إذا علم إسلامه .

٢٩٨٨٥ – قالوا : كل بقعة يزول ضمان النفس فيها بالردة ، يجب تقويمها بالإسلام فيها ، أصله دار الإسلام .

٢٩٨٨٦ – قلنا : دار الحرب دار إباحة الدماء ، والردة تبيح الدم ، فإذا حصلت في محل الإباحة فأولى أن تبيح . والإسلام يحظر القتل إذا حصل في محل الحظر وهو دار الإسلام أوجب تقويم الدماء ، فإذا حصل في دار الإباحة في غير محل التقويم ، فلم يؤثر كما يؤثر إذا جُهِلت حاله .

---

(١) سورة الأنفال : الآية ٧٢ .　　(٢) أخرجه أبو داود في سننه ٤٥/٣ برقم ٢٦٤٥ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩/١ برقم ٢٨ .

مسألة ١٤٨٨

قتل المسلم بعد أسره في دار الحرب

٢٩٨٨٧ - قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا أُسِر المسلم فقتله قاتل في دار الحرب ، فلا قصاص ولا دية عليه [(١)] .

٢٩٨٨٨ - وقال الشافعي رحمه الله : عليه في العمد القصاص ، وفي الخطأ الدية إذا عَلِم إسلامه [(٢)] .

٢٩٨٨٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ ﴾ [(٣)] . روي عن ابن عباس أنه قال : معناه : في قوم عدو لكم .

٢٩٨٩٠ - ولأنه لو قتله وهو يعلم [بإسلامه لم يتقوم دمه ، كذلك إذا علم بإسلامه ، أصله إذا قتله ليقتله فقتله [(٤)] دفعًا عن نفسه .

٢٩٨٩١ - ولأنه أسير في دار الحرب ، فلا يجب بقتله قصاص كالذمي ، أو فلا تجب] [(٥)] الدية بقتله ، أصله إذا كان من أهل الحرب .

٢٩٨٩٢ - ولأنا لو قتلناهم لم يضمن دماءهم ، كذلك إذا قتلنا الأسرى لا يتقوم في حقهم الأسرى فينا إذا قتلوهم .

٢٩٨٩٣ - ولا يقال : إن أسراهم فينا قتلهم مباح ، لأنا لا نسلم إباحة قتلهم قبل أن يتحيز الإمام ، بل ذلك محظور لجواز أن يرى الإمام استرقاقهم .

٢٩٨٩٤ - احتجوا : بأن دمه محظور ، فلا نزيل تقويم دمه كما لو أسره المسلمون .

٢٩٨٩٥ - قلنا : أَخْذ المسلمين ليس له تأثير في إسقاط ضمان الأموال ، فلم يكن لأسرهم تأثير في إزالة تقويم الدماء ، [وأحد أهل الحرب له تأثير في إسقاط ضمان

---

(١) انظر : فتح القدير ٢١/٦ وعبارته : وإن كانا - أي المسلمان - أسيرين ، فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجرًا أسيرًا ، فلا شيء على القاتل من أحكام الدنيا ، إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة .

(٢) انظر : الأم ٣٨/٦ وعبارته : وهكذا كل من قتله وهو يعلمه مسلمًا منهم أو أسيرًا منهم أو مستأمَنًا عندهم لتجارة أو رسالة أو غير ذلك ، فعليه في العمد القَوَد ، وفي الخطأ الكفارة وعلى عاقلته الدية .

(٣) سورة النساء : الآية ٩٢ .

(٤) كذا في (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين مطموس في (ص) .

الأموال ، فجاز أن يؤثر في ضمان دمه [(١)] (٢) .

٢٩٨٩٦ - فإن قيل : أحد البغاة له تأثير في إسقاط ضمان المال ، وليس له تأثير في إسقاط قيمة الدم .

٢٩٨٩٧ - قلنا : البغاة لا يسقط ضمان المال عنهم ؛ لأنه يلزمهم الضمان فيما بينهم وبين اللَّه تعالى ، وإنما لا تثبت المطالبة به .

٢٩٨٩٨ - قالوا : فهي لا تزيل حقن دمه ، فلا تزيل ضمانه ، أصله بالقدم (٣) .

٢٩٨٩٩ - قلنا : بقاء الحذر لا يدل على التقويم ، بدلالة صبيان أهل الحرب ونسائهم .

* * *

---

(١) غير واضحة في (ص) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٣) غير واضحة في (ص) ، (م) .

مسألة ١٤٨٩

إذا غلبنا على الدار إذا أسلم الحربي

٢٩٩٠٠ – قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا أسلم الحربي ثم غلبنا على الدار فما في يده من أمواله وودائعه عند مسلم وذمي فهي له ، وما ليس في يده أو كان وديعة عند حربي فهو فيء ، فأرضه وعقاره فيء وإن كان في يده ، وكذلك إذا دخل مسلم دار الحرب فاشترى أرضًا ثم غلبنا على الدار ، فهي فيء [1] .

٢٩٩٠١ – وقال الشافعي رحمه الله : جميع أمواله وأراضيه له ، ولا يثبت الفيء فيها [2] .

٢٩٩٠٢ – لنا : أن مال الحربي على أصل الإباحة ، والمباحات لا تملك إلا ملكًا صحيحًا ، ولا تزول معنى الإباحة منها إلا بالحيازة كالماء والحشيش ، وما ليس في يده لم يحرزه فبقي على أصل الإباحة . وما في يد الحربي من وديعة فلم تحرزه يد صحيحة ، فصار ما في يد الحربي كما هو في دار الحرب لا يد [3] عليه لأحد . وأما الأرض : فهي بقعة من دار الحرب كسائر بقاعها .

٢٩٩٠٣ – ولأنها إن كانت دار الحرب فهي فيء كسائرها ، وإن كانت دار الإسلام فحكم الدار لا يتبعض حتى يكون بعضها دار إسلام وبعضها دار حرب .

٢٩٩٠٤ – ولأن أحكام أهل [4] الحرب جارية لها كأرض الحربي .

٢٩٩٠٥ – ولأن كل أرض حربي فيها حكم أهل الحرب ، يثبت فيها الفيء كأرض الكافر .

٢٩٩٠٦ – فإن قيل : هذه الأرض لا تصير دار إسلام ، لكن يثبت لها حكم دار الإسلام بمالكها كما أن الحربي إذا دخل إلينا مستأمَنًا فاشترى دارًا ثم لحق بدار الحرب

---

(١) انظر : فتح القدير ٤٨٧/٥ وعبارته : أسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج إلينا حتى ظُهِر على الدار ، والحكم فيها ما ذكر أنه أحرز نفسه وولده الصغار وما كان في يده من المنقولات . وقال : دخل المسلم أو الذمي دار الحرب بأمان واشترى منهم أموالاً وأولادًا ثم ظهرنا على الدار ، فالكل له إلا الدُّور والأرضين فإنها فيء . وقال : أو وديعة أودعها في يد مسلم أو ذمي ؛ لأنه في يده صحيحة محترمة بنصيب وديعة ويده – أي يد المودع – كيده ، فإن ظهرنا على الدار فعَقَاره فيء .

(٢) انظر : تحفة المحتاج ٢٥١/٧ وعبارته : وإسلام كافر مكلف قبل ظَفَر به – أي : قبل وضع أيدينا عليه – يعصم دمه – أي نفسه – عن كل ما مَرَّ ، وماله جميعه بدران وبدراهم . وانظر أيضًا : الأم ٢٩٧/٤ .

(٣) في (م) : [يدل] . (٤) ساقطة من (م) .

فقُتِل ، صارت أرضه فيئًا ، ومعلوم أنها لم تَصِرْ دار حرب ، لكن تثبت فيها حكم دار الحرب بمالكها .

٢٩٩٠٧ – قلنا : الحربي إذا رجع إلى دار الحرب ، فأرضه على ملكه لم تنتقل عنه .

٢٩٩٠٨ – فإن قيل : إذا أُسِر صارت للمسلمين .

٢٩٩٠٩ – قلنا : لسنا نقول : إنه صار لها حكم دار الحرب ، لكنها مال في دار الإسلام لا نعرف له مالكًا فتكون للمسلمين على هذا الوجه ، ولهذا لا نوجب فيها الخمس .

٢٩٩١٠ – ولأنها بقعة من دار الحرب ، فلا تتميز عن بقية الدار في حكم الغنيمة ، كالأرض التي دخل صاحبها إلينا .

٢٩٩١١ – احتجوا : بقوله ﷺ : « فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم » (١) .

٢٩٩١٢ – قلنا : قال : « إلا بحقها » . وعندنا إذا لم تكن في يده ، فمن حقها أن تكون فيئًا وأن الأرض لا تتميز عن بقية الدار .

٢٩٩١٣ – قالوا : روي أنه ﷺ قال : « من أسلم على شيء ، فهو له » (٢) .

٢٩٩١٤ – قلنا : معناه : من أسلم على شيء في يده ، وهذا ليس في يده .

٢٩٩١٥ – فإن احتجوا به في العقار .

٢٩٩١٦ – قلنا : هذا مخصوص بما ذكرنا .

٢٩٩١٧ – قالوا : روي أنه ﷺ قال : « لا يَحِلُّ مالُ امرِئ مسلمٍ إلا بطيب نفس منه » (٣) .

٢٩٩١٨ – قلنا : لا نسلم أن ما ليس في يده من أمواله ، وكذلك لا نقول : إن الأراضي ملك له ، وإنما يثبت له حكم الملك . والخبر يقتضي ما كان ملكًا للمسلم .

٢٩٩١٩ – قالوا : روي أنه ﷺ حاصر بني قريظة ، فأسلم ابنا سَعْيَة ، فأحرز لهما إسلامُهما أموالَهما وأولادَهما الصغار (٤) .

٢٩٩٢٠ – قلنا : يجوز أن تكون الأموال في أيديهما ، ولا نعلم أنه كان لهما عقار .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ١/١٧ برقم ٢٥ ، ومسلم في صحيحه ١/٥٢ برقم ٢١ .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩/١١٣ برقم ١٨٠٣٨ .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده ٥/٧٣ برقم ٢٠٧١٤ .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩/١١٣ برقم ١٨٠٤٢ ، والشافعي في الأم ٤/٢٩٧ .

٢٩٩٢١ - ولأنه ﷺ يجوز أن يكون أعطاهما الأموال حَثًّا للناس [١] على الإسلام، فملكوها بتمليكه .

٢٩٩٢٢ - فإن قيل : في الخبر أن الإسلام أحرز لهما ذلك [٢] .

٢٩٩٢٣ - قلنا : إذا كان أعطاهما لأجل إسلامهما ، صح أن يقال : إن الإسلام أحرز ذلك .

٢٩٩٢٤ - قالوا : مال مسلم ، فوجب ألا يُغْنَم بالظهور على الدار ، أصله : ما في يده من المال المباح حصل فيه حيازة ، فبقي معنى الإباحة فيه .

٢٩٩٢٥ - فإن قيل : علة الأصل تنتقض بما في يده من العقار .

٢٩٩٢٦ - قلنا : لا نتصور الحيازة بالإسلام في شيء من دار الحرب ، فهي وإن كانت في يده غير محرزة [٣] حكمًا ، فبقي معنى الإباحة فيها .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) ساقطة من (ص) .

(٣) في (م) : [محوزة] .

مسألة ١٤٩٠

إسلام الحربي بعد دخول دارنا بأمان

٢٩٩٢٧ – قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا دخل الحربي دارنا بأمان فأسلم وله في دار الحرب أولاد ومال فَغَلَبْنَا على الدار ، فجميع ذلك فيء [١] .

٢٩٩٢٨ – وقال الشافعي رحمه الله : أمواله وأولاده الصغار ليس بفيء [٢] .

٢٩٩٢٩ – أما الأموال : فلأنه لم يحرزها بعد إسلامه ، فبقيت على أصل الإباحة كما قدمنا ، وأما أولاده : فلأن الدار اختلفت به وبهم فلم يتبعوه في دينه ، أصله الصغير إذا سُبِي وحده حُكِم له بالإسلام ولم يحكم له بدين أبيه الحربي ، كذلك في مسألتنا .

٢٩٩٣٠ – ولأن من انفرد في الدار عن أبويه ، يثبت له حكمها ، أصله السبي . وإذا ثبت أن الولد لم يَصِرْ مسلمًا بإسلام أبيه ، كان منه كأولاده الكبار .

٢٩٩٣١ – احتجوا : بأنه أسلم وله ولد يتبعه في الإسلام ، فحُكِم بإسلامه كما لو كانا في دار واحدة .

٢٩٩٣٢ – قلنا : إذا اتفقا في الدار فهو تابع له ، وإن اختلفا لم يتبعه ، بدلالة أن المسبى يحكم بإسلامه إذا انفرد ، ولو سُبِي مع أحد أبويه كان على دينه .

٢٩٩٣٣ – فإن قيل : هذا ليس اختلاف الدار ، لكن الغالب أنه لا يُعرف أبوه ، فيصير كاللقيط فيحكم بإسلامه تَبَعًا للسابي . ولهذا نقول : إنه يحكم بإسلامه في دار الحرب قبل أن يخرج إلى دار الإسلام .

٢٩٩٣٤ – قلنا : نعلم قطعًا أن له أبًا في دار الحرب يُحْكَم بإسلامه ونقطعه عن أبيه باتفاق ، وما ذاك إلا لما ذكرناه .

٢٩٩٣٥ – وقولهم : إنه يحكم بإسلامه تَبَعًا للسابي لا للدار .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٢٥٤/٣ وعبارته : دخل دارنا بأمان وأسلم ثم ظهرنا على الدار فجميع ماله وأولاده الصغار

(٢) انظر : الأم ٢٩٧/٤ ، وعبارته : وإذا دخل الحربي بلاد الإسلام بأمان وخلف في دار الحرب أموالاً وودائع في يد مسلم ويدي حربي ويدي وكيل له ثم أسلم ، فلا سبيل عليه ولا على ماله ولا على ولده الصغار مما كان له عقار أو غيره ، وهكذا لو أسلم في بلاد الحرب وخرج إلى دار الإسلام لا سبيل على مال مسلم .

٢٩٩٣٦ - فمتابعة [(١)] لا تضرنا ، لأنا قد بينا أن الصبي لا يتبع أباه مع اختلافهما في الدار ، ويتبعه إذا اتفقا ، ودللنا عليه طردًا وعكسًا بالمسبى وحده أنه لا يتبع أباه في الكفر، والمسبى مع أحد [(٢)] أبويه أنه على دينه .

٢٩٩٣٧ - فقولهم : إن هذا الحكم يثبت له وإن اختلفت الدار .

٢٩٩٣٨ - لا يقدح في كلامنا ولا يعترض على موضع التسليم .

* * *

(١) في (م) : [فمتابعته] .

(٢) ساقطة من (م) .

مسألة ١٤٩١

الظهور على حامل حربية زوجها مسلم

٢٩٩٣٩ – قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا أسلم الحربي ثم ظهرنا على المال وله امرأة حربية حامل ، فهي وولدها فيء . وكذلك إذا دخل مسلم دار الحرب فتزوج حربية فحَبِلَت ثم ظهرنا على الدار (١) .

٢٩٩٤٠ – وقال الشافعي رحمه الله : الحَمْل حر (٢) .

٢٩٩٤١ – لنا : أن الحمل في حكم الحربية كجزء من أجزائها ، فيثبت فيه (٣) حكم الرق كسائر أجزائها .

٢٩٩٤٢ – ولأن حكم الولد حكم الأم في الرق والحرية ، فإذا كانت الأم قِنًّا (٤) كذلك حملها .

٢٩٩٤٣ – ولأن الولد المتصل كجزء منها ، بدلالة أنه يتبعها في البيع والعتق والتدبير والكتابة ، فكذلك يتبعها في الاسترقاق .

٢٩٩٤٤ – فإن قيل : يجوز أن يوصَى به دون الأم وبالأم دونه ، ولو كان عضوًا لم يصح ذلك فيه . ولو أقر بحملها صح ، ولا يجوز الإقرار بالأعضاء . وينفرد الحمل عن الأم بالعتق إذا أعتقه ، والغُرّة موروثة عنه ، ولو كان كالعضو كانت الغُرّة للأم .

٢٩٩٤٥ – قلنا : لم نقل : إنه كالأعضاء ، وإنما قلنا : إنه كجزء منها . والوصية تجوز بجزء منها مشاع ، وكذلك الإقرار . وينفرد بالعتق كما يُعتق الجزء منها ، وأما الغرة[تضمن .

٢٩٩٤٦ – قلنا :] (٥) إن الولد في حكم الجزء منها في الرق والحرية ، فأما ما سوى ذلك من الأحكام ؛ فقد جعل في بعضها الولد كالجزء وفي بعضها كالمنفرد فتعارض

---

(١) انظر : العناية مع الهداية ٤٨٨/٥ وعبارته : وزوجته فيء ؛ لأنها كافرة لا تتبعه في الإسلام ؛ لأن المسلم يتزوج الكتابية وتبقى كتابية ولا تصير مسلمة تَبَعًا لزوجها إذ هو من باب الاعتقاد ، وكذا حملها فيء .

(٢) انظر : الأم ٣٨٩/٧ وعبارته : بل جميع ماله كله ، وكل مولود لم يبلغ متروك له ، وكل بالغ من ولده وزوجته يسبَى . وانظر أيضًا : مغني المحتاج ٤١/٦ .

(٣) في (م) : [به] . (٤) في (م) : [فيئًا] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

ذلك وبقي موضع الاستدلال بحاله ، على أن الغُرَّة إنما يقضَى بها بعد الانفصال ، وهو بعد الانفصال منفرد عنها [١] ، فلذلك وُرِّث ما في مقابلته .

٢٩٩٤٧ - ولأن العتق الطارئ على الأم سرى إلى الولد ، كذلك الرق الطارئ ؛ لأن كل واحد منهما يطرأ على الآخر .

٢٩٩٤٨ - ولأن ما يسري من الأم إلى الولد حال كفر الأب ، يسري في حال إسلامه ، أصله الحرية .

٢٩٩٤٩ - ولأن العتق الطارئ يجوز أن يثبت في بعض الشخص دون بعض ، والرق الطارئ لا يجوز أن يثبت في بعض الشخص [...] [٢] .

٢٩٩٥٠ - ولأن حرمة الولد تمنع من انتقال الملك في الأم ، أصله البيع ، فلما جاز ثبوت الاسترقاق وانتقال الملك فيها إلى الغانمين ، دل على أن الولد ليس [٣] بجزء . ولا يلزم إذا أعتق حَمْل الجارية ثم أوصى بها ، لأنا لا نعرف هذه المسألة ، ويجوز أن يقال : لا ينتقل الملك فيها مع اتصال الحمل بها .

٢٩٩٥١ - احتجوا : بأنه محكوم بحريته وإسلامه ، فلا يجوز استرقاقه كابنه .

٢٩٩٥٢ - قلنا : لا يمتنع ألا يجوز استرقاق المسلم ، ويسترق على وجه السراية ، كما أن ملك الغير لا ينفذ [٤] عتق مالكه فيه ، والمالك للجارية إذا كان حملها لغيره فأعتقها عتق الحمل ؛ لأنه تابع لها فيسري إليه ما تعلق بها .

* * *

---

(١) في (م) : [عن حكم الأم] .

(٢) توجد هنا إحالة على هامش (ص) ، لكنها مطموسة لا يمكن قراءتها .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) غير واضحة في (م) ، (ص) .

مسألة ١٤٩٢

وديعة الحربي في دار الإسلام بعد قتله أو أسره

٢٩٩٥٣ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : إذا دخل الحربي دار الإسلام بأمان فأودع وديعة ثم رجع إلى دار الحرب فغُلِب على الدار [فأُسر أو] [1] قتل ، فالوديعة فيء . وهو قول الشافعي رحمه الله في سير الواقدي [2] .

٢٩٩٥٤ - وقال في المكاتَب : يكون لورثته . وهو اختيار المزني . فأما إذا استُرق قالوا : يوقف المال على هذا القول ، فإن أعتق سُلِّم إليه ، وإن مات جُعِل في بيت المال [3] .

٢٩٩٥٥ - لنا : أن يد المودع يد لمودعه ، فكأن الملك كان في يده عند الغلبة فيكون فيئًا .

٢٩٩٥٦ - ولأن رقبة معتق فيه ، فوجب أن تغنم أمواله ، أصله ما في يده [4] وما في دار الحرب .

٢٩٩٥٧ - ولأن الحظر بالأمان يَثْبُت لحقه ، وحقوقه تسقط بأخذه وأسره ، فسقط الأمان ، فيصير كما لا أمان له .

٢٩٩٥٨ - احتجوا : بأنه مات عن مال له أمان ، فوجب أن ينتقل إلى ورثته ، كما لو مات في دار الإسلام أو في دار الحرب .

٢٩٩٥٩ - قلنا : موته من غير عمله ، لا يوجب بطلان حقوقه ، فبقي حقه في الأمان بحاله ، فلم يغنم المال ، وأسره أوجب بطلان حقوقه . ألا ترى أنه زال ملكه عن دمه ، فبطل الأمان كما بطلت حقوقه ، ووجب انتقال المال إلى المسلمين ، كالمال الذي لا أمان له .

---

(١) ما بين المعكوفتين في (م) : [فأسرق و] .

(٢) انظر : الهداية مع العناية ٢٥/٦ وعبارته : ولو أن حربيًا دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو دَيْنًا في ذمتهم ، فقد صار دمه مباحًا بالعَوْد ؛ لأنه أبطل أمانه ، وما في دار الإسلام من ماله على خطر فإن أسر أو ظهر على الدار ، فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئًا .

(٣) انظر : الأم ٢٩٧/٤ وعبارته : فدينه وودائعه وما كان له من مال مغنوم عنه . وانظر أيضًا : مختصر المزني ٤٣٩/٨ ، ٤٤٠ ، ومغني المحتاج ٤٣/٦ .

(٤) في (م) : [يديه] .

٢٩٩٦٠ – قالوا : رجوعه إلى دار الحرب أوجب بطلان أمانه ، فأباح دمه ولم ينفذ ذلك إلى ماله الذي له أمان ، كذلك إذا أسر .

٢٩٩٦١ – قلنا : رجوعه إلى دار الحرب لم يبطل حقوقه ، ألا ترى أن الفرقة لا تقع بينه وبين زوجته ، ولا يسترق ولا يملك بزوال ملكه عن بقية أمواله ؟ كذلك لا يبطل أمانه . وفي مسألتنا بخلافه .

* * *

مسألة ١٤٩٣

دين المسلم على الحربي إذا دخل بأمان

٢٩٩٦٢ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا دخل الحربي إلينا بأمان فأدان مسلمًا دينًا ثم سُبِي ، [سقط الدين] (١) .

٢٩٩٦٣ - وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه : يكون مغنومًا . وفي قول ثانٍ : لورثته (٢) .

٢٩٩٦٤ - لنا : أن المطالبة تَسْقُط من جهة المستحِق على التأبيد ، فصار كالبراءة .

٢٩٩٦٥ - ولأنه حق ، والحقوق لا تغنم (٣) كمنافع البُضْع .

٢٩٩٦٦ - ولأنهم إن قالوا : إنها تغنم .

٢٩٩٦٧ - لم يصح ؛ لأن الحقوق لا تغنم المنافع (٤) المنفردة .

٢٩٩٦٨ - وإن قالوا : إنها لورثته .

٢٩٩٦٩ - فالميراث لا يثبت مع حياة المورث وبقائه على دينه .

٢٩٩٧٠ - ولأنه مال في يد المسلمين أُسِر مالكه ، فلا ينتقل إلى ورثته ، كما هو في يده .

٢٩٩٧١ - احتجوا : بأنه مال له أمان ، فلا يبطل ببطلان الأمان في مالكه كما لو لحق بدار الحرب ولم يُغْلَب عليه .

٢٩٩٧٢ - قلنا : عندنا لم يبطل أمانه ببطلان أمان مالكه ، لكن بسقوط حقوقه بالاسترقاق ، فإنه ممن لا يصح أن يبتدئ الملك ، فلذلك لا تبقى أملاكه .

* * *

(١) في (م) : [فإن الدين يسقط] .

(٢) انظر نفس المصادر في المسألة السابقة .

(٣) في (م) : [تمنع] .

(٤) مثبتة من (م) ، وهي غير واضحة فيها وفي (ص) .

مسألة ١٤٩٤

تزوج المستأمنة بمسلم في دار الإسلام

٢٩٩٧٣ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا تزوجت المستأمَنة بمسلم [أو ذمي في دار الإسلام] (١) ، فقد صارت ذمية ، فإن طلقها ، لم تُترَك أن ترجع إلى دار الحرب (٢) .

٢٩٩٧٤ - وقال الشافعي رحمه الله : إن طلقها فلها الرجوع (٣) .

٢٩٩٧٥ - لنا : أنها التزمت المقام في دارنا إلى غير مدة ، فصارت كسائر أهل الذمة . ولا يلزم إذا أَجَّرت نفسها ؛ لأن الإجارة لا تصح إلا في مدة مقدرة . ولا يلزم إذا حُبِست في دَيْن ؛ لأنها لم تلتزم ذلك ، وإنما لزمها حكمًا . ولا يلزم المستأمَن إذا تزوج ذمية ؛ لأن الزوج لا يلزمه المقام في دار المرأة بل له أن يَنْقُلَها ، والمرأة يلزمها المقام في دار (٤) الزوج .

٢٩٩٧٦ - ولأن الذمة والاسترقاق كل واحد منهما سبب للتبقية ، فلما جاز أن يثبت أحدهما من غير رضًا كذلك الآخر .

٢٩٩٧٧ - احتجوا : بأنه عقد لا يصير به الرجل [ذميًا ، فلا يجوز أن تصير به المرأة ذمية ، أصله : عقد الإجارة .

٢٩٩٧٨ - قلنا : الفرق بين الرجل والمرأة] (٥) ما ذكرنا ، وأما الإجارة : فعندنا تصير بها ذمية إذا عقد بها أكثر من سنة فطالبها الإمام بالانصراف وفسخ الإجارة فلم تنصرف .

٢٩٩٧٩ - قالوا : ألزمها المقام في دار الإسلام لحق آدمي ، فإذا زال الحق كان لها

---

(١) في (م) : [في دار الإسلام أو بذمي] .

(٢) انظر : شرح السير الكبير للسرخسي ١٨٦٥/٥ وعبارته : فإذا تزوجت المستأمنة في دارنا مسلمًا أو ذميًا ، صارت ذمية لا تتمكن من الرجوع إلى دار الحرب .

(٣) انظر : الأم ٣٠٢/٤ وعبارته : وإن كانت المرأة مستأمنة فتزوجت في بلاد الإسلام ثم أرادت الرجوع إلى بلاد الحرب ، فذلك إلى زوجها إن شاء أن يدعها تركها وإن شاء إن يحبسها حبسناها له بسلطان الزوج على حبس امرأته لا بغير ذلك . ومتى طلقها أو مات عنها ، فلها أن ترجع .

(٤) في (م) : [منزل] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

الرجوع ، أصله : إذا أجرت نفسها أو لزمها [١] دَيْن فحُبِست .

٢٩٩٨٠ – قلنا : الإجارة إن عُقِدت على مدة قريبة ، فمثل تلك المدة لا تمنع المستأمن من المقام فيها ، وإن عُقِدت على مدة بعيدة ، فالإمام يُلْزِمُها الخروج وفسخ الإجارة ، فإن لم تخرج صارت ذمية . وأما الحبس بالدَّيْن ، فلا يلزم ذلك ، وإنما يلزمها[٢] فهو [٣] كما لو أُخِذت أسيرة .

* * *

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) في (م) : [لزمها] .

(٣) ساقطة من (م) .

مسألة ١٤٩٥

أمان العبد الذي لم يؤذن له في القتال

٢٩٩٨١ – قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : أمان العبد الذي لم يؤذن له في القتال باطل (١) .

٢٩٩٨٢ – وقال الشافعي رحمه الله : أمانه جائز (٢) .

٢٩٩٨٣ – لنا : قوله تعالى : ﴿ ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبۡدًا مَّمۡلُوكًا لَّا يَقۡدِرُ عَلَىٰ شَيۡءٍ ﴾ (٣) . فلا يخلو إما (٤) أن يكون المراد به القدرة التي هي القوة والجَلَد ، أو القدرة التي هي الملك والتصرف . ولا يجوز أن يكون الأول [مرادًا ؛ لأن العبد أشد قوةً وأعظم مِنَّةً من كثير من الأمراء ، فلم يبقَ إلا أن يكون المراد] (٥) به الوجه الثاني . وهذا ينفي جواز تصرفه إلا فيما دل عليه دليل .

٢٩٩٨٤ – وقوله : ﴿ عَبۡدًا مَّمۡلُوكًا ﴾ . نكرة موصوفة ، فتَعُمُّ جميع العبيد .

٢٩٩٨٥ – فإن قيل : هذا مَثَل ضربه اللّه تعالى لمن آتاه مالاً فلم ينفق منه وهو الكافر ، ولمن آتاه مالاً فأنفقه في سبيل اللّه تعالى وهو المؤمن .

٢٩٩٨٦ – قلنا : هذا التأويل قد روي عن قتادة (٦) . قال مجاهد : العبد المملوك الذي لا يقدر على شيء من الأمان ، ﴿ وَمَن رَّزَقۡنَٰهُ مِنَّا رِزۡقًا حَسَنًا ﴾ فهو مَثَل اللّه تعالى (٧) . وهذا أصح التأويلين ؛ لأنه مَثَل من كلامين : الأول منهما اللّه تعالى والأوثان ، كذلك الآخر . فالأول قوله تعالى : ﴿ وَيَعۡبُدُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ مَا لَا يَمۡلِكُ لَهُمۡ رِزۡقًا ﴾ (٨) .

---

(١) انظر : البدائع ١٠٧/٧ وعبارته : وهل يصح أمان العبد المحجور عن القتال ؟ اختُلف فيه ، قال أبو حنيفة عليه الرحمة وأبو يوسف رحمه الله : لا يصح . وقال محمد رحمه الله : يصح . وانظر أيضًا : المبسوط ٧١/١٠ .

(٢) انظر : الأم ٣٧١/٧ ، والأحكام السلطانية ص٦٥ وعبارته : وأما الأمان الخاص فيصح أن يبذله كل مسلم من رجل أو امرأة حر وعبد .

(٣) سورة النحل : الآية ٧٥ .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٦) انظر : تفسير الطبري ١٤٨/١٤ .

(٧) انظر : تفسير الطبري ١٤٩/١٤ ، ١٥٠ ، وأحكام القرآن للجصاص ٢٧٥/٣ .

(٨) سورة النحل : الآية ٧٣ .

والثاني : [﴿ وَضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا] [١] وَضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا رَّجُلَيْنِ أَحَدُهُمَآ أَبْكَمُ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَىْءٍ ﴾ [٢] . فلما ضرب اللّٰه الأوثان التي لا تقدر على نفع ولا ضُرٍّ مثل العبد المملوك ، عُلِم أنه أُريد به نفي قدرة العبد على التصرف وإلحاق النفع والضرر بالعبد كالأوثان . ويدل عليه أنه لا يملك له [٣] إسقاط الحق الثابت بالجناية عليه ، فلا يملك إسقاط حق المسلمين من الدم كالمجنون .

٢٩٩٨٧ - ولأنه عقد ، بدلالة افتقاره إلى الإيجاب والقبول ، [فلا يملكه العبد بنفسه كعقد البيع . ولا يلزم قبول الهبة ؛ لأنه لا يملك الهبة ، وإنما يملك قبولها ، والعقد هو الإيجاب والقبول] [٤] ، وهو لا يملك إيجاب الهبة .

٢٩٩٨٨ - ولأنه لا يملك العقود لما فيها من إسقاط حق مولاه وحق جماعة المسلمين ، فأولى ألا ينفذ .

٢٩٩٨٩ - ولا يقال : بأن الحر لا يملك العقود في حق [٥] غيره ، ويعقد الأمان فينفذ على المسلمين ، كذلك العبد لا يملك العقد في حق مولاه وينفذ أمانه عليه ، وذلك لأن الحر يعقد الأمان في حق نفسه ؛ لأنه يملك التصرف ، فإذا صح في حق نفسه وهو لا يتبعض ، ثبت في حق المسلمين كأحد الشركاء في دم العمد إذا عفاه [٦] .

٢٩٩٩٠ - ولأن العبد [٧] يعقد في حق غيره ، بدلالة أنه لا يسهم له مع كمال العناية في القتال ، فدل على أنه لا حق له . والعاقد في حق غيره من غير ولاية ولا إذن ، لا يثبت عقده [٨] . ولا يلزم المرأة ؛ لأن المانع من الإسهام لها أن العناء [٩] لا تقع بقتالها . ولا يلزم الأسير والمستأمَن ؛ لأنهما يعقدان [فيما لهما] [١٠] فيه نفع [١١] ، لكنهما متهمان . والعاقد في حق غيره لا ينفذ عقده مع التهمة كالولي .

٢٩٩٩١ - ولأنه ليس من أهل الولاية ، فلا يملك الأمان بنفسه ، أصله : الصبي . ولا يلزم المرأة ؛ لأنها تلي في نكاح نفسها وولدها .

---

(١) ساقطة من (م) .
(٢) سورة النحل : الآية ٧٦ .
(٣) ساقطة من (ص) .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش ، لكن بعضه مطموس .
(٥) ساقطة من (ص) .
(٦) في (ص) : [عفا] .
(٧) في (م) : [العمد] .
(٨) في (م) : [عقد] .
(٩) غير واضحة في (م) ، (ص) .
(١٠) في (م) : [في مالكهما] .
(١١) غير واضحة في (م) .

٢٩٩٩٢ - ولا يقال : الكافر من أهل الولاية ولا يصح أمانه ؛ لأن فقد الولاية إذا منع الأمان ، لم يقتضِ صحة الأمان بوجودها ؛ لأنه لا يمتنع أن تكون علة يعود [1] الأمان ذات شروط ، فتنتفي بانتفاء أحد شروطها ، ولا يجب أن يصح بوجود ذلك الشرط حتى تنضم إلى ذلك الشرط بقية شروط العلة .

٢٩٩٩٣ - ولأن الكافر من أهل الولاية إلا أنه متهم في حق المسلمين ، فهو كالأب الفاسق ، قد وُجِد فيه سبب الولاية ومنعت التهمة من تصرفه .

٢٩٩٩٤ - ولأنه عقد يسقط به حق القتل ، فلا يملك العبد بنفسه العفو عن القصاص .

٢٩٩٩٥ - ولأنه إسقاط حق الاسترقاق ، فلا يملكه العبد بنفسه كالعتق .

٢٩٩٩٦ - احتجوا : بما روي عن علي بن أبي طالب أنه [2] ﷺ قال : « المؤمنون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم ، وهم يد على من سواهم » [3] .

٢٩٩٩٧ - قالوا : والمراد : أدناهم عبيدهم ، هكذا فسره أبو عبيد [4] .

٢٩٩٩٨ - قلنا : العبيد لم يتناولهم الخبر ؛ لأنه قال : « تتكافأ دماؤهم » . ودم العبد [5] لا يكافئ دم الحر [6] عند مخالفنا ، وبدل دمه لا يكافئ دية الحر عندنا .

٢٩٩٩٩ - فإن قيل : دية [العبد لا تكافئ دية] [7] الحر ، وإن تناولها الخبر .

٣٠٠٠٠ - قلنا : إنما يتناولها الخبر ؛ لأن دمها في القصاص يكافئ دم المسلمين ، وبدل نفسها يكافئ بدل نفس النساء . فأما العبد فعندهم لا يكافئ دم الأحرار في القصاص ولا يكافئ بدل نفس العبيد لاختلاف قيمتهم . فعلى هذا يقتضي الخبر أدنى الأحرار من الموالي ومن قَلَّت عشيرته ، ويكون هذا [ردًّا على] [8] الجاهلية لأنهم كانوا لا يعتدون بإجارة مَنْ لا عشيرة له .

٣٠٠٠١ - وقول أبي عبيد حجة إذا نقل [9] اللغة ، فأما إذ تكلم في الأحكام فحاله كحال مخالفنا .

---

(١) غير واضحة في (م) ، (ص) ، والمثبت من (م) .

(٢) في (م) : [أن النبي] .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ٣/٨٠ برقم ٢٧٥١ . (٤) انظر : النهاية في غريب الحديث ١/٣١٣ .

(٥) في (م) : [العبيد] . (٦) في (م) : [الأحرار] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٨) غير واضحة في (م) ، (ص) . (٩) في (م) : [حكى] .

٣٠٠٠٣ - ويُحتمل أن يكون قولهم : « أدناهم » . يعني : أدناهم دارًا وموضعًا من أهل الحرب إذا عقد الأمان لزم مَنْ بَعُد عنهم أمانه ، يبين ذلك أنه قال في الخبر : « يرد عليهم أقصاهم » [١] . والمراد به : البعد في المكان . فقوله : « ويسعى بذمتهم أدناهم » . يقتضي : أقصاهم . ويبين ذلك أن حكمهم حكم واحد [٢] قَرُبوا أو بَعُدوا .

٣٠٠٠٤ - قالوا : روى طلحة بن عبيد اللّه أن النبي ﷺ قال : « يجير على المسلمين بعضهم » [٣] .

٣٠٠٠٥ - [قلنا : لا يدل على أن بعض المسلمين يجيره [٤]] [٥] .

٣٠٠٠٦ - ولأن الإجارة لا تقف على رضا جماعتهم أن كل بعض منهم تصح [إجارته ويدل الخبر عليه .

٣٠٠٠٧ - قالوا : روي] [٦] عن عمر بن الخطاب أنه قال : العبد المؤمن من المؤمنين، ذمته ذمتهم [٧] .

٣٠٠٠٨ - [قلنا : ذَكَر لامَ التعريف] [٨] ، وهذا إشارة إلى عبد بعينه ، فيحتمل أن يكون عبدًا [مقاتلاً .

٣٠٠٠٩ - قالوا : روي أن عبدًا رمى بسهم وكتب عليه أمانه ، فأجازه عمر .

٣٠٠١٠ - قلنا : هذا عبد مقاتل وأمانه مقاتل عندنا لازم .

٣٠٠١١ - وقالوا : مسلم مكلف] [٩] ، فوجب أن يملك عقد الأمان بنفسه ، أصله : الحر البالغ العاقل . ولا يلزم الأسير ؛ لأنه إن أَمَّنهم بغير إكراه جاز .

٣٠٠١٢ - قلنا : هذه الأوصاف لما لم تدل على أنه يملك البيع والنكاح والصلح والعفو عن الجناية ، كذلك لا تدل على أنه يملك الأمان الذي خَطْبه أعظم وضرره على الغير أكثر. والمعنى في الحر أنه يملك العفو مما ثبت له من الدم والمال ، فملك أن يُسْقِط حقه وحق المسلمين من القتل والغنيمة . ولما كان العبد لا يملك إسقاط ما ثبت من القصاص

---

(١) سبق تخريجه .
(٢) ساقطة من (م) .
(٣) أخرجه أحمد في مسنده ٢٥٠/٥ برقم ٢٢٢٠٩ ، ولم نجده من رواية طلحة .
(٤) غير واضحة في (م) .
(٥) ما بين المعكوفتين مطموس في (ص) .
(٦) ما بين المعكوفتين مطموس في (ص) .
(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٩٤/٨ برقم ١٦٥٩٣ .
(٨) ما بين المعكوفتين مطموس في (ص) .
(٩) ما بين المعكوفتين مطموس في (ص) .

بالجناية عليه والأرش ، كذلك لا يملك إسقاط حق المسلمين من [١] الدماء والفيء .

٣٠٠١٣ - وقالوا : معتقد للإيمان ، فوجب أن يملك عقد الأمان كالحر .

٣٠٠١٤ - قلنا : الإيمان بمجرده لا يدل على صحة العقد بدليل سائر العقود ، وينتقض هذا بالصبي إذا عَقِل الإسلام واعتقده . والمعنى في الحر : أنه لو ثبت له شركة في دم العمد ملك إسقاطه بالعفو ، كذلك يملك إسقاط القتل عن الحربي . ولما لم يملك العبد إسقاط القصاص المشترك ، كذلك لا يملك الأمان .

٣٠٠١٥ - قالوا : عقد يختص به المسلمون ، فوجب أن يستوي فيه العبيد والأحرار ، أصله عقد الحج والعمرة والصلاة والصوم .

٣٠٠١٦ - قلنا : يبطل بعقد الأمانة [٢] بأن الأمان إذا كان للكفار وقف على قبول ، فاستوى المسلم والكافر في انعقاده . ولا يقال : إن المسلم يختص به .

٣٠٠١٧ - فأما الحج والعمرة : فلا يستوي فيه الحر والعبد ؛ لأن الحر متى عقدها لزمت ، والعبد إذا عقدها بغير إذن المولى ، وقعت فإن شاء حلله وإن شاء مكنه من فعلها ، كذلك الأمان إذا عقد وقف فإن أمضاه نفذ وإن رده بطل . فأما الصوم : فلا عقد له ؛ لأن الصائم يدخل في الصوم حال نومه [وهو] [٣] لا يشعر به . فأما الصلاة فلا يطلق عليها العقد ، والمعنى فيها : أنها يستوي في عقدها البالغ وغير البالغ ، فلذلك استوى الحر والعبد ، والأمان بخلاف ذلك .

٣٠٠١٨ - قالوا : من صح أمانه إذا كان مأذونًا في القتال ، صح أمانه إذا لم يكن مأذونًا له في القتال ، أصله الأجير والمرأة إذا أَذِن لها زوجها في القتال ، وعكسه [٤] الصبي .

٣٠٠١٩ - قلنا : العبد محجور عليه في القتال ، فإذا أذن المولى زال الحَجْر فزال أمانه بالإسلام لا بالإذن . والمرأة والأجير كل واحد منهما ليس [٥] محجورًا عليه [٦] ، وإنما منعنا من القتال لأجل حق الآدميين الذين لزمهم ، فيجوز أمانهم بالإسلام أُذِن لهم أو لم يؤذن . وأما الصبي إذا أُذِن له في القتال : فمن أصحابنا من قال : في أمانه روايتان .

٣٠٠٢٠ - قالوا : العبد المأذون له في القتال يصح أمانه ، فلا يخلو إما أن يكون

---

(١) في (م) : [عن] .

(٢) غير واضحة في (ص) .

(٣) ما بين المعكوفتين في (ص) : [و] .

(٤) في (م) : [وعكسها] .

(٥) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٦) ساقط من (م) .

جواز أمانه لإذن مولاه في القتال ، [أو لأنه على صفة يصح أمانه قبل الإذن لا يجوز أن يكون لإذن مولاه] [١] لأن الإذن في القتال لا يكون إذنًا في عقد الأمان ؛ لأنه ترك القتال ومنع منه ، والإذن في الفعل لا يكون إذنًا في [تركه ، ألا ترى أن الإذن في البيع لا يكون إذنًا في الأمانة في نقض الدين لا يكون إذنًا] [٢] في البراءة ؟

٣٠٠٢١ - والجواب : أن العبد من أهل القتال بإسلامه ، والحَجْر مَنَعَه ، فإذا أَذِن المولى أسقط حقه بالإذن ، فجاز له الأمان لا بالإذن لكن بإسلامه ، يبين ذلك أن الكافر إذا أُذِن له في القتال لم يصح أمانه ؛ لأنه لا إسلام له .

٣٠٠٢٢ - ولو قلنا : إن الأمان مستفاد بالإذن ، لم يصح كلامهم ؛ لأن المأذون في القتال مأمور بالإقدام في مواطن الإقدام والإحجام إذا كان الصلاح فيه ، والأمان ضرب من الإحجام عن القتال [والمحاصرة] [٣] والانحياز . على أنه لا يمتنع أن يستفاد بالإذن في القتال الأمان ، وإن كان مخالفه كما أن المولى يأذن لعبده في التجارة ومقصوده من ذلك الاكتساب ، فيجوز إقرار العبد بالديون [٤] وفي إقراره إبطال اكتساب ونقض غرض المولى ، وللوكيل بالشراء أن يرد بالعيب ، والرد ضد التمليك المأذون فيه ، ويأذن له في النكاح فيملك الطلاق بملكه لاستباحة البُضْع ، كذلك يأذن له في القتال ، فيجوز أمانه بملكه للقتال وهو مسلم .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) ما بين المعكوفتين في (م) : [كالمحاصرة] .

(٤) في (م) : [بالذنوب] .

مسألة ١٤٩٦

قتل الكافر الذي لم تبلغه الدعوة

٣٠٠٢٢ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا قتل المسلمون كافرًا لم تبلغه الدعوة ، لم يضمن (١) .

٣٠٠٢٣ - وقال الشافعي رحمه الله في كتاب قتال المشركين : إن كان يهوديًّا أو نصرانيًّا ، وجب ثلث الدية ، وإن كان مجوسيًّا أو وثنيًّا ، وجب ثلثا عشر الدية وهو ثمانمائة . وقال المروزي : إن كان على دينٍ ، أصله : [حق مثل النصرانية التي نُسخت بالإسلام ولم يعلم بالإسلام ، فعليه دية مسلم ، وإن كان على دينٍ أصله] (٢) باطل مثل عبادة الأوثان ، فعليه دية كافر . قالوا : وهذا خلاف نص الشافعي (٣) .

٣٠٠٢٤ - فإن الخلاف لا يخلو أن يكون فيمن لم يؤمن بعيسى أو ممن آمن به ، فإذا كان الخلاف فيمن لم يؤمن بعيسى وهو كافر بنبي من الأنبياء ، فلا يتقوم دمه كالكافر بنبينا . ولأنه لو آمن بنبينا وكفر بعيسى ، لم يتقوم دمه ، فإذا كفر به ، وما آمن بنبينا أولى .

٣٠٠٢٥ - ولأنه كافر ليس له أمان كمن بلغته الدعوة .

٣٠٠٢٦ - فإن قيل : له عندنا أمان ؛ لأنه لا يجوز قتله .

٣٠٠٢٧ - قلنا : نريد ما يطلق عليه اسم الأمان وهو العقد .

٣٠٠٢٨ - فإن قيل : الحظر الثابت بالشرع آكد من الحظر الثابت بالعقد .

٣٠٠٢٩ - قلنا : الاحتراز إذا وقع بمطلق اللفظ ، لا يلزم عليه ما لا يطلق عليه الاسم ، وإن كان أولى بالحكم .

٣٠٠٣٠ - ولأنه ليس له أمان ولا إيمان ، كمن بلغته (٤) الدعوة .

---

(١) انظر : الهداية مع العناية ٤٤٧/٥ وعبارته : ولو قاتلهم قبل الدعوة ، أَثِم للنهي ، ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدِّين أو الإحراز بالدار .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) انظر : الأم ٢٥٤/٤ وعبارته : فإن قَتَل أحدٌ من المسلمين أحدًا من المشركين لم تبلغه الدعوة ، وداه إن كان نصرانيًّا أو يهوديًّا دية نصراني أو يهودي ، وإن كان وثنيًّا أو مجوسيًّا دية المجوسي . وانظر أيضًا : مغني المحتاج ٣٠٢/٥ .

(٤) في (م) : [بلغه] .

٣٠٠٣٢ - فإن قيل : المعنى فيه أن دمه ليس بمحظور ، ومن لم تبلغه الدعوة محظور الدم .

٣٠٠٣٣ - قلنا [١] : بطل ذلك بنساء أهل الحرب وصبيانهم .

٣٠٠٣٤ - ولأن كل من قتله بعد الدعوة لم يتقوم دمه ، كذلك قبلها ، كالمرتد وإن كان الخلاف في عابد الأوثان ، فقد وجب قتله بكفره بالله تعالى ، وإن لم يجب عليه الإيمان بالنبي ﷺ ، [والقتل بالكفر يكفي فيه نوع واحد من الكفر ، فأما المؤمن بعيسى إذا لم تبلغه دعوة النبي ﷺ] [٢] فهو على دين حق إلا أنه لم يجوز دمه بدار الإسلام ، فصار كمن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر ، وقد بينا هذه المسألة .

٣٠٠٣٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ [٣] .

٣٠٠٣٦ - قلنا : هذا يدل على حظر القتل وهذا مسلم ، والخلاف في تقويم الدم .

٣٠٠٣٧ - وقوله : ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا ﴾ [٤] .

٣٠٠٣٨ - المراد به القوم ، وذلك غير واجب بالإجماع .

٣٠٠٣٩ - وقوله ﷺ : « في النفس مائة من الإبل » [٥] .

٣٠٠٤٠ - عموم مخصوص بما ذكرنا .

٣٠٠٤١ - قالوا : ذكر بالغ محقون الدم كالذمي . واحترزوا [٦] بقولهم : « ذكر » . عن نساء أهل الحرب . وبـ : « بالغ » . عن صبيانهم .

٣٠٠٤٢ - قلنا : الذكورية والبلوغ تؤثر في سقوط التقويم على الجاني ، ألا ترى أن من بلغتهم الدعوة يقتل منهم الرجال ولا يقتل منهم النساء والصبيان ؟ فإذا كانت دماء النساء والصبيان محظورة بكل حال ثم لم يتقوم ، فدم الرجل أولى وهو محظور في حال دون حال ، وتبطل العلة بالمجنون الحربي . وأما الذمي فقد حظر دمه بالأمان ، فيتقوّم على قاتله ، والحربي لم يحصل له أمان ولا إيمان .

٣٠٠٤٣ - فإن قالوا : أمان شرعي يحظر قتله ، فهو آكد من العقد ؛ انتقض بالنساء

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) الآية ١٥ من سورة الإسراء . (٤) الآية ٣٣ من سورة الإسراء .

(٥) أخرجه مالك في الموطأ ٨٤٩/٢ برقم ١٥٤٧ .

(٦) في (م) : [واحترزوا] .

والصبيان .

٣٠٠٤٤ - وإن قالوا : لم يحظر قتلهم لأنفسهم ، لكن لأنهم من المسلمين ؛ كان هذا فرقًا بعد النقض .

٣٠٠٤٥ - فإن قيل : سقط تقويم دماء الصبيان تبعًا لآبائهم .

٣٠٠٤٦ - قلنا : سقوط ضمان النفس لا يتبع فيه الولد [١] الوالد ، بدلالة أولاد المرتدين .

٣٠٠٤٧ - قالوا : ذكر مكلف محقون الدم .

٣٠٠٤٨ - قلنا : التكليف عَلَم لإباحة الدم إذا صاحب الكفر ، فكيف على التقويم ؟.

٣٠٠٤٩ - قالوا : كافر أصلى محقون الدم لحرمته ، فوجب أن يكون لدمه قيمة ، أصله الذمي والمستأمن [٢] .

٣٠٠٥٠ - قلنا : لا نسلم أنه محقون الدم لحرمته ، وإنما منع من قتله لتجويز إسلامه عند الدعوة ، وإن سقط هذا الوصف انتقضت العلة بالصبيان والنساء .

٣٠٠٥١ - قالوا : كافر أصلي محقون الدم من أهل القتال .

٣٠٠٥٢ - قلنا : هذه أوصاف مؤثرة في إيجاب القتل ، فلا تُجْعَل عَلَمًا على تقويم الدم ، والمعنى في أهل الذمة ما ذكرنا .

٣٠٠٥٣ - قالوا : الإيمان بالنبي ﷺ لا يجب قبل الدعوة ، فإذا تركه لم يتوجه عليه فرض الإيمان به ، وهو تابع لمن وجه عليه فرضه ، فوجب أن يكون قتله مضمونًا ، أصله من أسلم ولم يَعْلَم بتحريم الخمر فلم يترك شربها .

٣٠٠٥٤ - قلنا : هذا الذي لم يسمع دعوة النبي ﷺ إن كان غير مؤمن بعيسى أو عابد وثن فهو كافر بنوع من الكفر ، فيجب سقوط تقويم دمه كذلك الكفر لا لترك الإيمان بالنبي ﷺ وإن كان على شريعة عيسى فسقوط قيمة [٣] دمه ليس للكفر ، لكن لأنه لم يحرز دمه بدار الإسلام ، كمن بلغته دعوة النبي ﷺ فأسلم ولم يهاجر على أصلنا . والمعنى فيمن لم يعلم بتحريم الخمر أنه لو علم بتحريمها فشربها ، لم يسقط تقويم دمه ، كذلك إذا شربها قبل العلم بتحريمها .

---

(١) بعدها في (ص) : [فيه] .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش . وكان الناسخ قد كتب مكانها : [والمسلم] ، وهو خطأ .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٤٩٧

الفرقة بين الزوجين إذا سبيا معا

٣٠٠٥٥ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا سُبِي الزوجان معًا ، لم تقع الفرقة بينهما (١) .

٣٠٠٥٦ - وقال الشافعي رحمه الله : تقع الفرقة . وإذا سُبِي المملوكان كان (٢) فيه وجهان ، أحدهما : لا تقع الفرقة . قالوا : والصحيح أن الفرقة تقع (٣) .

٣٠٠٥٧ - لنا : أن السبي معنًى يجوز أن يبتدئ عقد النكاح عَقِيبه ، فلا ينفي البقاء على النكاح ، أصله إذا بِيعا . ولا يلزم إذا سُبِي أحدهما ؛ لأن النكاح لا يصح عَقِيب سبي مع اختلاف الدار . ولا يلزم الخُلْع ؛ لأنه يجوز أن يبتدئ العقد عليه ، وينافي النكاح ؛ لأنه قد لا يجوز العقد عَقِيبه إذا نوى بالخُلْع الثلاث عندنا ، وإذا خالعها بعد أن طلقها تطليقتين .

٣٠٠٥٨ - ولأن الاسترقاق حق تعلق بالرقبة ، فوجب التصرف فيها (٤) .

٣٠٠٥٩ - ولأن الاسترقاق يزيل الملك على من لا يصح أن يملكه مع الرق كالأموال والولاية على الولد ، فأما ما يجوز أن يملك حال الرق بالاسترقاق لا يزيل ملكه عنه ، لجواز الإقرار بالحدود والقصاص .

٣٠٠٦٠ - ولأن مخالفنا إن قال : إن الفرقة لا تقع استرقاق العبدين (٥) .

٣٠٠٦١ - قلنا : إن سَبْي الزوجين معًا لا تقع به فرقة ، أصله سبي العبدين .

٣٠٠٦٢ - [ولأن كل حكم لا يتعلق بسبي العبدين] (٦) ، لا يتعلق بسبي الحرين ، أصله : جواز المثلة وعكسه التملك .

---

(١) انظر : الهداية مع فتح القدير ٤٢٤/٣ وعبارته : ولو سبي أحد الزوجين ، وقعت البينونة بينهما ، وإن سبيا معًا لم تقع .

(٢) ساقطة من (ص) .

(٣) انظر : الأم ١٦٣/٥ وعبارته : وقد أسر رجال من بني المصطلق وهوازن فما علمناه سأل عن ذات زوج ولا غيرها ، فاستدللنا على أن السباء قطع للعصمة . وانظر أيضًا : مغني المحتاج ٤٢/٦ وعبارة المنهاج فيه : وإذا سبي زوجان أو أحدهما ، انفسخ النكاح ، إن كانا حرين . قيل : أو رقيقين .

(٤) في (م) : [منها] ، وتوجد بعد ذلك إحالة على هامش (ص) ، لكنها غير مقروءة .

(٥) في (م) : [العينين] .

(٦) ساقطة من (م) .

٣٠٠٦٣ - وإن قالوا : إن الفرقة تقع .

٣٠٠٦٤ - بطل قولهم : إن علة الفرع حدوث الرق ؛ لأن السبي المملوكين لا يحدث الرقبة وقد أوقع الفرقة .

٣٠٠٦٥ - فإن قيل : الرق في ملك الحربي غير مستقر ؛ لأن العبد لو غلب على مولاه وحمله إلى دار الإسلام ، صار عبدًا له ، وإذا سبي استقر فيه الرق .

٣٠٠٦٦ - قلنا : فَعِلَّة الشافعي في الفرقة حدوث الرق لا استقراره .

٣٠٠٦٧ - ولأن رق عبد الحربي مستقر ، لكن أملاكه غير مستقرة ، فيجوز أن يزول ملكه عنها بالغلبة ، ألا ترى أن أمواله كلها الملكية فيها مستقرة ، وإن كان ملكه لها غير مستقرة ؟ فالملك معنًى غير المملوك .

٣٠٠٦٨ - فإن قيل : إذا طرأ السبي وهو سبب الاسترقاق على المملوك ، فقد طرأ استرقاقه وصار متعلقًا بالسبب الأول والثاني ، كمن زنى ثم زنى كل واحد من الوطأتين يوجب الحد كما لو تكرر المعجز ثبت النبوة بكل واحد من المعجزين .

٣٠٠٦٩ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الاسترقاق هو طرآن الرق على الحرية ، وهذا لا يوجد في سبي المملوك فسبب وجد غير مثبت للسبب .

٣٠٠٧٠ - ولا يقال : حدث الرق ، وأما [1] الزنى بعد الزنى فكل واحد [من الفعلين] [2] أوجب حدًّا كالآخر ، بدلالة أن الفعل الأول لو طرأت فيه شبهة حُدَّ باتفاق ، لكن الشريعة أسقطت أحد الحدين بعد وجوبه .

٣٠٠٧١ - فأما المعجز الثاني فحدوث العلم بالنبوة لا يتعلق به ، فمن عرف المعجز الأول كما أن الثاني في مسألتنا لم يحدث الرق ، فلا فرق بينهما .

٣٠٠٧٢ - ولأن المسلم إذا دخل دار الحرب فتزوج حربية ، ثم سُبِيَتْ وهو معها فخرجا جميعًا لا يجوز أن تقع الفرقة ؛ لأن استباحة ملك المسلم وهو في يده ، فلا يزول ملكه عنه بالغلبة كسائر أمواله .

٣٠٠٧٣ - فإن قال مخالفنا : إن الفرقة تقع .

٣٠٠٧٤ - بطل قوله بما ذكرنا .

---

(١) في (م) : [وإن] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

٣٠٠٧٥ - وإن قال : إنها لا تقع .

٣٠٠٧٦ - فقد حدث الرق فيهما غير موجب للفرقة .

٣٠٠٧٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ (١) . قالوا : والمراد بالمحصنات ذوات الأزواج ، فتقدير الآية : حرمت عليكم ذوات الأزواج إلا ما ملكتموهن بسبي ، فإنه مباح .

٣٠٠٧٨ - قلنا : المستثنى يجب أن يخالف المستثنى منه في وجه ، فأما في كل وجه فلا . إذا كان كذلك اقتضت الآية القطع بتحريم ذوات الأزواج ، وما سبي منهن لا يُقطع بتحريمهن بل يقف حكمهن على الدليل ، ولهذا لا تحل المسبية لذوي أرحامها ومن بينه وبينها رَضَاع .

٣٠٠٧٩ - [ولأن ذات] (٢) الزوج لا تحل بملك اليمين ، إلا إذا وقعت الفرقة بالسبي ، فكأنه قال : وذوات الأزواج إلا ما فارقن أزواجهن بالسبي . وقد اختلفنا في هذه : هل فارقت زوجها بالسبي أو لا ، فلم تدخل في الآية .

٣٠٠٨٠ - فإن قيل : قال اللّه تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ (٣) . فاقتضى ذلك إباحة من سوى المحرمات .

٣٠٠٨١ - قلنا : بل اقتضى إباحة من سوى المذكورات ، فكأنه تعالى قال : من (٤) قُطِع بتحريمه ومن لم يُقْطَع بتحريمه ولا إباحته وهن المسبيات . ثم ذكر من يقطع بإباحته وهن من وراء المذكورات من (٥) الفريقين المقطوع بتحريمهن ومن لا يقطع بتحريمه .

٣٠٠٨٢ - قالوا : روى أبو سعيد الخدري أن الآية نزلت في سبايا أوطاس لما أُخِذ النساء مع أزواجهن (٦) .

٣٠٠٨٣ - قلنا : النساء أخذن يوم أوطاس قبل الظَّفَر بالرجال ، ثم ظفر بالرجال بعد ذلك (٧) لأنهم انهزموا وتركوا الحريم ، فغُلِب عليه . ومتى أخذت النساء وحصلت في

---

(١) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٢) في (م) : [ولا ذوات] .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٤ .

(٤) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٥) في (م) : [بين] .

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه ١٠٧٩/٢ برقم ١٤٥٦ .

(٧) انظر : الطبقات الكبرى لابن سعد ١٥١/٢ .

عسكر المسلمين وذلك الموضع مغلوب عليه ، فقد صار دار إسلام ، وموضع الرجال دار الحرب ، فوقعت الفرقة باختلاف الدارين .

٣٠٠٨٤ - قالوا : شخص طرأ عليه رق ، فوجب أن ينفسخ نكاحه ، أصله : إذا سبي وحده .

٣٠٠٨٥ - قلنا : إذا سبي أحدهما انقطع التوارث بينه وبين الآخر مع الحرية واتفاق الدين وعدم القتل ، فدل ذلك على زوال النكاح ، وإذا سبيا جاز أن يتوارثا مع الحرية ، فلم ينقطع النكاح .

٣٠٠٨٦ - قالوا : الاسترقاق يزيل ملكه عن ماله بغير اختياره ، فوجب أن يزيل ملكه عن زوجته ، أصله : الموت .

٣٠٠٨٧ - قلنا : الموت يمنع ابتداء التمليك فجاز أن يمنع البقاء ، والسبي لا يمنع ابتداء تملك البُضْع عَقِيبه فلم يمنع البقاء .

٣٠٠٨٨ - قالوا : الاستباحة ملك للزوج ، فوجب أن يزول ملك المالك كالأموال .

٣٠٠٨٩ - قلنا : الرق ينافي ابتداء تملك ينافي البقاء ، ولا ينافي ابتداء التمليك بعده فلم ينفي المنفي .

٣٠٠٩٠ - قالوا : عقد يقصد به المنافع كالإجارة .

٣٠٠٩١ - قلنا : الإجارة يتعذر فيها التسليم بالسبي وتبطل الإجارة بذلك ، والنكاح لا يبطل بتعذر التسليم ، فلذلك لم ينفسخ بالاسترقاق .

* * *

مسألة ١٤٩٨

إذا دخل المسلمان دار الحرب فقتل أحدهما الآخر

٣٠٠٩٢ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : إذا دخل المسلمان دار الحرب فقتل أحدهما الآخر في غير عسكر الإمام ، فعليه الدية ولا قَوَد عليه ، وإن زنى لم يجب عليه الحد وإن خرج إلى دار الإسلام ، وكذلك إن سرق أحدهما من الآخر لم يقطع (١) .

٣٠٠٩٣ - وقال الشافعي رحمه الله : يجب الحد والقصاص (٢) .

٣٠٠٩٤ - لنا : أن الدار دار إباحة الدماء ، وسبب الإباحة متى قارن ما (٣) سقط بالشبهة أثَّر فيه ، كالوطء في الجارية المشتركة .

٣٠٠٩٥ - ولأنه مقتول في دار الحرب في غير عسكر الإمام ، فلم يجب بقتله القصاص ، كالذمي إذا قلته مسلم .

٣٠٠٩٦ - وأما الحد : فلأنه زنى في مكان لا يد للإمام فيه ، فأشبه الحربي أو زنى في دار الحرب .

٣٠٠٩٧ - فإن قيل : الحربي لا يحد وإن زنى في دار الإسلام .

٣٠٠٩٨ - قلنا : لأنه لا يد للإمام عليه حكمًا ، بدليل أنه أخذ الأمان ليترك في حقوق (٤) اللّٰه تعالى على حكم داره .

٣٠٠٩٩ - ولأن الإمام لا يمكنه إقامة الحد عليه عَقِيب هذا الوطء ، فإن علم به لم يملك إقامته في الثاني كالوطء بالشبهة .

٣٠١٠٠ - ولأنه زنى في دار الحرب في غير عسكر الإمام ، فلم يُقِم الإمام عليه الحد كالحربي إذا خرج إلينا .

---

(١) انظر البدائع ١٣٢/٧ وعبارته : المسلم إذا زنى في دار الحرب أو سرق أو شرب الخمر أو قذف مسلمًا لا يؤخذ بشيء من ذلك ، وكذلك إن قتل مسلمًا لا يؤخذ بالقصاص وإن كان عمدًا ، ويضمن الدية خطأً كان أو عمدًا .

(٢) انظر : الأم ٢٦٣/٤ وعبارته : وإذا كان المسلمون أسارى أو مستأمنين أو رسلاً في دار حرب فقتل بعضهم بعضًا أو زنوا بغير حربية فعليهم في هذا كله الحكم كما يكون عليهم ، ولو فعلوه في دار الإسلام ، وإنما يسقط عنهم لو زنى في أحدهم بجهة إذا ادعى الشبهة ولا تسقط دار الحرب عنهم فرضًا .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (م) : [حق] .

٣٠١٠١ – فأما الظواهر التي تدل على القصاص : فقد أريد بجميعها العمد إذا عَرِي من الشبهة ، ونحن لا نسلم ذلك فيما وقع في دار الحرب .

٣٠١٠٢ – وكذلك الظواهر الدالة على إيجاب الحدود .

٣٠١٠٣ - وقد أريد بها الأفعال [١] العرية عن الشبهة ، وعدم ثبوت يد الإمام شبهة عندنا .

٣٠١٠٤ – قالوا : دار يحرم فيها الزنى ، فوجب [فيها حد الزنى ، أصله : دار الإسلام ، ولأنها دار تجب فيها العبادات لأوقاتها ، فوجب] [٢] أن تجب فيها الحدود بوجود أسبابها . وكل دار وجبت فيها قِيَم المتلفات ، وجب فيها الحدود . وكل حق وجب في دار الإسلام ، وجب في دار الحرب كقِيَم المتلفات .

٣٠١٠٥ – قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن عندنا يجب في دار الحرب في عسكر الإمام . أو نقول : يجب الحد بالزنى ، وتعذر استيفاؤه لعدم ثبوت يد الإمام عند الفعل .

٣٠١٠٦ – ولأن قِيَم المتلفات والعبادات لا تؤثر الشبهة في إيجابها ، وعدم حرمان الأحكام في دار الحرب أكثر أحواله أن يكون شبهة ، والحدود تؤثر الشبهة في وجوبها ، فوجب أن يكون عدم جريان الأحكام شبهة فيها .

٣٠١٠٧ - قالوا : وجوب الحدود يتعلق بالأفعال ولا يتعلق بالإمام ، وإنما جعل استيفاؤها إلى الإمام والمستوفي لا يعتبر من على موضع الوجوب ، بدلالة حقوق الآدميين .

٣٠١٠٨ – قلنا : الحقوق متعلقة بالأفعال العارية عن الشبهة ، فوجود الفعل مع الشبهة لا يتعلق به وجوب ، فكان على [٣] مخالفنا أن يبين أن الأفعال العارية عن الشبهة وُجِدت .

٣٠١٠٩ – فأما قوله : إن عدم يد المستوفي لا يمنع الوجوب ؛ فغلط ؛ لأن الحدود لا يجوز أن يستوفيها غير الإمام ، وثبوتها عند الإمام فعلها لا يمكن ، فأثر ذلك فيها كما تؤثر سائر الشبه . فأما حقوق الآدميين فلا تؤثر الشبه فيها ، فعدم يد المستوفي لا تؤثر في ذلك .

* * *

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

مسألة ١٤٩٩

إذا غلب أهل الحرب على أموالنا

٣٠١١٠ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا غلب أهل الحرب على أموالنا التي يملكها بعضنا على بعض بالعقود ، فما يحرزوها بدارهم ملكوها [١] .

٣٠١١١ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يملكونها [٢] .

٣٠١١٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَـٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَـٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ ﴾ [٣] . فسماهم الفقراء ، وأخبر أنه كان لهم ديار وأموال ، فلولا أن ملكهم زال عنها لم يسموا فقراء .

٣٠١١٣ - فإن قيل : عندكم رِبَاع [٤] ملكه [لا يملك] [٥] .

٣٠١١٤ - قلنا : روى الحسن عن أبي حنيفة أنها تملك .

٣٠١١٥ - ولأن الأعنة تملك عندنا .

٣٠١١٦ - فإن قيل : أضاف ذلك إليهم .

٣٠١١٧ - قلنا : أضافه إليهم حال إخراجهم ، وعندنا أنهم لم يملكوها عند الإخراج .

٣٠١١٨ - قالوا : سماهم فقراء ، لأنهم لا يتوصلون إلى الانتفاع بها .

٣٠١١٩ - قلنا : لو كان كذلك لسماهم أبناء السبيل ، كما من هذه حاله في آية الصدقات وعطفه على الفقراء وحكم العطف غير حكم المعطوف عليه . وقال النبي ﷺ : « لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة » . وذكر فيها الغازي وابن السبيل [٦] ، فدل أنه سُمِّيَ غنيًّا .

---

(١) انظر المبسوط ٥٣/١٠ وعبارته : الكفار يملكون أموال المسلمين بالقهر إذا أحرزوه بدارهم عندنا .

(٢) انظر : الأم ٣٨١/٨ وعبارته : لا يملك المشركون ما أحرزوه على المسلمين بمال .

(٣) سورة الحشر : الآية ٨ .

(٤) الرباع : جمع رَبْع ، وهو المنزل ودار الإقامة . انظر : النهاية في غريب الحديث والأثر مادة (ربع) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدرك في الهامش .

(٦) أخرجه أبو داود في سننه ١١٩/٢ برقم ١٦٣٥ .

٣٠١٢١ – فإن قيل : هو فقير في عادة أهل اللغة ، لأنهم يقولون لمن وقع ماله في البحر : افتقر ، ولمن أخذ السلطان ماله : أفقره .

٣٠١٢٢ – قلنا : هذه العادة لا تعرفها العرب ، فلا يقابل بها الكتاب والسنة .

٣٠١٢٣ – قالوا : إنما سماهم فقراء ؛ لأنهم أعرضوا عن أموالهم .

٣٠١٢٤ – قلنا : قال الله تعالى : ﴿ ٱلَّذِينَ أُخۡرِجُواْ مِن دِيَٰرِهِمۡ وَأَمۡوَٰلِهِمۡ ﴾ (١) . فدل على أنهم لم يُعرضوا وإن أقهروا وغلبوا .

٣٠١٢٥ – فإن قيل : إن هذه الآية نزلت قبل إباحة القتال (٢) ، فكيف يملك بالقهر ؟.

٣٠١٢٦ – قلنا : هذا سؤال على القرآن ، والرجوع إلى ما دل عليه القرآن أولى ، على أن عندنا أنه ﷺ لما استقر في دار الهجرة ، تميزت الداران وانفردت كل واحدة من الدارين حكمًا ، ويدل عليه [ما روي] (٣) أن النبي ﷺ قيل له لما دخل مكة : هلا نزلت دارك ؟ فقال : « وهل ترك لنا عقيل من رَبْع ؟ » (٤) وقد كان باع دار النبي ﷺ ، فدل أنها تملك .

٣٠١٢٧ – فإن قيل : كان نقضها (٥) وخربها .

٣٠١٢٨ – قلنا : لو كان كذلك لم يُعْرَض عليه النزول فيها (٦) ، فدل أنها لم تخرب إذا كانت تصلح للنزول .

٣٠١٢٩ – فإن قيل : عندكم أنها لا تملك .

٣٠١٣٠ – قلنا : قد بينا أن الحسن روى عن أبي حنيفة أنها تملك .

٣٠١٣١ – وعلى الرواية الأخرى يجوز بيع الأبنية ، فلم يزل ﷺ فيبطله ملك غيره .

٣٠١٣٢ – فإن قيل : لم يكن ﷺ نزل ، وإنما كان ينزل في دار أبي طالب ، فلما مات أبو طالب ورثه عَقيل دون جعفر وعلي ؛ لأنهما كانا مسلمين فباعهما بالإرث .

٣٠١٣٣ – قلنا : لو كان باع ملك (٧) نفسه لم يُلَم على ذلك ، فظاهر قوله : « وهل

---

(١) سورة الحشر : الآية ٨ . (٢) في (م) : [القتل] .
(٣) ساقطة من (ص) .
(٤) متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه ١٥٦٠/٤ برقم ٤٠٣٢ ، ومسلم ٩٨٤/٢ برقم ١٣٥١ .
(٥) في (م) : [بعضها] . (٦) ساقطة من (م) .
(٧) في (م) : [مال] .

ترك لنا عقيل من رَبْع ؟ » ذم له .

٣٠١٣٤ - ولأنهم أضافوا الدار إلى النبي ﷺ ، وظاهر الإضافة الملك .

٣٠١٣٥ - قلنا : السكنى فلا تقتضي الإضافة عند مخالفنا ؛ لأنه قال : إذا حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارًا استأجرها ، لم يحنث . فأما على قولنا فلو كانت إضافة سكنى ؛ لم يجز أن يطلق مع زوال السكنى .

٣٠١٣٦ - فإن قيل : قد أضاف إضافة [1] الملك ، وإن كان قد زال الملك [2] .

٣٠١٣٧ - قلنا : لأن المضيف لم يعلم أن الكافر يملك بالغلب فأضاف على اعتقاده في بقاء الملك ، فبين له ﷺ خلاف ما اعتقده ، فأما إضافة السكنى مع زوال السكنى مشاهدة فلا تصح .

٣٠١٣٨ - ويدل عليه ما روي عنه ﷺ أنه قال : « من أسلم على مال فهو له » [3] . ظاهر يقتضي أنه إذا أسلم وفي يده ما غنمه من المسلمين يكون له ، وما روى أبو يوسف عن الحسن بن عُمَارة [4] عن عبد الملك بن ميسرة عن طاووس عن ابن عباس أن رجلًا وجد بعيرًا له [قال المسلمون] [5] أصابوه ، فقال ﷺ : « إن أصبته قبل أن يقسم فهو ذلك ، وإن أصبته بعدما قسم تأخذه بالقيمة » [6] . ففرَّق ﷺ بين الحالتين ، فلولا أنه يملك لكان له في الحالتين بغير شيء .

٣٠١٣٩ - قالوا : الحسن بن عُمَارة طعن عليه الحفاظ وقالوا : إنه قليل الضبط .

٣٠١٤٠ - قلنا : هذا حديث تابعه عليه مِسْعَر بن كِدَام ذكره صالح بن أحمد في الكتاب الذي سمعه هو وأبوه من علي بن المديني . قال علي بن المديني : سمعت يحيى ابن سعيد القطان يقول : حدثنا الحسن بن عُمَارة عن عبد الملك بن ميسرة عن طاووس

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) ساقطة من (ص) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١١٣/٩ برقم ١٨٠٣٨ .

(٤) هو : الحسن بن عمارة بن المُضَرِّب البجلي مولاهم ، أبو محمد الكوفي الفقيه ، كان على قضاء بغداد في خلافة أبي جعفر المنصور . روى عن : إبراهيم بن مهاجر ، وعبد الملك بن ميسرة ، والزهري ، وغيرهم . روى عنه : جرير بن عبد الحميد ، وسفيان بن عيينة ، ويونس بن بكير ، وغيرهم . توفي سنة ١٥٣ هـ . انظر : تهذيب الكمال ٢٦٥/٦ ، والتاريخ الكبير ٢٥٤٩/٢ .

(٥) كذا بالنسخ ، ولعل الصواب : [كان المشركون] .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١١١/٩ برقم ١٨٠٣١ .

عن ابن عباس ، عن النبي ﷺ . [وذكر الحديث (١) . قال علي : وسألته : مسعر بن كدام . فقال : هو من حديث عبد الملك] (٢) ولكني لا أحفظه (٣) . فهذا يحيى بن سعيد القطان وحاله في التيقظ والتحفظ معروفة ، أخذ هذا الحديث عن الحسن بن عُمَارة وصححه مسعر ورواه علي بن المديني وأحمد بن حنبل عن مسلم ، وحسبك بهذه الطبقة علمًا بالحديث .

٣٠١٤١ - فإن قيل : فلو كان أهل الحرب ملكوا ذلك لم [يستوفى] (٤) وجوده قبل القسمة وبعدها .

٣٠١٤٢ - قلنا : هذا اعتراض على النص ، والرجوع إلى النص أولى .

٣٠١٤٣ - على أن الفرق ظاهر ؛ لأن الغنيمة قبل القسمة على حكم ملك (٥) أهل الحرب ، وما ملك بغير عوض فما دام على حكم ملكه يثبت حق مالكه الأول فيه كالرجوع في الهبة ، فإذا قسمت الغنيمة فلم تبق للملك الحربي أثر وتجدد ملك مع رفع ذلك في سهمه فصار كالهبة إذا زال ملك الموهوب عنها سقط الرجوع ، فأثبت ﷺ الرجوع بعوض كما أثبت للشفيع .

٣٠١٤٤ - فإن قيل : إنه ﷺ أثبت لصاحبه بعد القسمة وكذلك نقول ؛ لأنه يستحق بعد القسمة فيرد على صاحبه ويدفع الإمام القيمة من بيت المال حتى لا يفسخ القسمة فيضر بالمسلمين ، فقد اتفقنا على أخذ المال بالقيمة إلا أنا اختلفنا (٦) في القيمة لم يلزم .

٣٠١٤٥ - قلنا : ظاهر قوله (٧) : « تأخذه بالقيمة » . يلزمه كما يقال : إن المبتاع يأخذ المبيع بالثمن . فيفهم منه من يلزمه ، ألا ترى أن المستحق يأخذ ما استحقه من يد المشتري من الغاصب ويرجع المشتري على الغاصب بالثمن ، ثم لا يصح أن يقال : أخذها المستحق بالثمن . ولو كان الأمر على ما قاله المخالف ، لاشتبه الأمر ، وكان ﷺ لا يؤخر البيان عن وقت الحاجة .

---

(١) انظر : الكامل في ضعفاء الرجال ٢٩١/٢ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدرك في الهامش .

(٣) المصدر السابق .

(٤) ما بين المعكوفتين في (م) : [يستوي] .

(٥) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدرك في الهامش .

(٦) في (م) : [نختلف] .

(٧) بعده في (م) : [يلزمه] .

٣٠١٤٦ - ولأنه ﷺ ... [١] أصحب القيمة ؛ فدل على أن حق الأخذ ثبت بها ولم يتقدم عليها كما تقول : أعطيتُ هذا أو ذاك . وعند مخالفنا حق الأخذ سابق لوجوب القيمة . على أنه قد روي في خبر آخر ما يؤيد الخبر الأول ويسقط هذا التأويل . روى سفيان الثوري عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفة : أن رجلًا أصاب له العدو بعيرًا فاشتراه منهم رجل ، فجاء به فعرفه صاحبه ، فخاصمه إلى النبي ﷺ فقال : « إن شئتَ أعطيته [٢] ثمنه الذي اشتراه به وهو لك ، وإلا فهو له » [٣] . وكذلك رواه حماد ابن زيد عن سماك بن حرب . فهذا يدل على تملكهم ، وإيجاب الثمن لا يمكن تأويله على وجوبه في بيت المال حتى لا تفسخ القسمة [٤] ، فصار إيجاب الثمن في هذا الخبر على المالك يدل على أن القيمة في الخبر الأول وجبت على المالك .

٣٠١٤٧ - ويدل عليه : إجماع السلف ، ذكر محمد في السير الكبير عن أبي بكر وعمر وأبي عبيدة وزيد بن ثابت وابن عمر أن أهل الحرب يملكون على المسلمين بالسبي إلا أنهم اختلفوا ، فقال أبو بكر الصديق : لا يعود حق المالك الأول أبدًا إلا بتمليك يرضي مَنْ ملك عليهم [٥] . وهو قول الحسن والزهري [٦] .

٣٠١٤٨ - وروى جابر عن حَيْوة عن قَبِيصة بن ذؤيب [٧] أن عمر بن الخطاب قال فيما أحرزه المشركون فأخذه المسلمون فعرفه صاحبه ، قال : إن أدرك قبل القسمة [٨] فهو له ، وإن جرت فيه السهام فلا شيء له [٩] . وعن أبي عبيدة مثله [١٠] . وذكر

---

(١) توجد هنا كلمة غير واضحة في (م) ، (ص) .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١١١/٩ برقم ١٨٠٣٣ .

(٤) غير واضحة في (ص) ، وفي (م) : [القيمة] .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١١١/٩ برقم ١٨٠٢٩ والآثار عن زيد وابن عمر وأبي عبيدة أخرجها البيهقي أيضًا في السنن الكبرى .

(٦) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ١٩٣/٥ برقم ٩٣٤٨ ، ٩٣٤٩ .

(٧) هو : قبيصة بن ذؤيب بن حَلْحَلة الخزاعي أبو سعيد ، ولد عام الفتح وسكن الشام . روى عن : بلال بن رباح ، وعمر بن الخطاب ، يقال مرسلًا ، وأبي هريرة ، وغيرهم . روى عنه : ابنه إسحاق بن قبيصة ، وسعيد ابن خالد بن عمرو ، والزهري ، وغيرهم . مات سنة ٨٩ هـ . انظر : تهذيب الكمال ٤٧٦/٢٣ - ٤٨١ ، وطبقات خليفة ص٣٠٩ .

(٨) في (م) : [أن تقسم] .

(٩) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ١٩٤/٥ برقم ٩٣٥٤ ، والبيهقي في السنن الكبرى ١١٢/٩ برقم ١٨٠٣٤ .

(١٠) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١١٢/٩ برقم ١٨٠٣٥ .

سليمان ابن يسار عن زيد بن ثابت مثله [١] .

٣٠١٤٨ - وروى حماد بن سلمة عن قتادة عن خلاس أن علي بن أبي طالب قال : ما أحرزه العدو فهو جائز [٢] . وعن شريح مثله [٣] . ولا يعرف لهم مخالف .

٣٠١٤٩ - ولأن كل طائفتين يملك أحدهما على الأخرى بالقهر والغلبة ، فإن الآخر يملك على صاحبه بذلك أيضًا ، أصله : الترك والروم وعكسه أهل البغي والعدل .

٣٠١٥٠ - فإن نازعوا في هذا الأصل ، دللنا عليه بما روي أن المغيرة بن شعبة خرج مع قوم من المشركين إلى النبي ﷺ ثم إنه استفزهم [٤] في بعض الطريق وقتلهم وأخذ مالهم ، فجاء به إلى النبي ﷺ فقال ﷺ : « أما إسلامك فمقبول ، وأما المال فمال غدر لا حق لك فيه » [٥] . ولم يأمره برده على ورثتهم ، فدل على أنه قد ملكه ملكًا محظورًا ، ويدل عليه قوله ﷺ : « من أسلم على مال فهو له » [٦] .

٣٠١٥١ - ولأنه حربي يملك ماله عليه بالغلبة في داره ، أصله : إذ غلب عليه المسلم [٧] . وإذا ثبت هذا الأصل صح القياس عليه .

٣٠١٥٢ - ولأن سبب الملك يعود إلى فعل آدمي ، فجاز أن يملك به على المسلم كالشراء . ولا يلزم الإرث ؛ لأنه يعود إلى فعل الله تعالى .

٣٠١٥٣ - ولأن هذا آكد من البيع ؛ لأنه يملك به الأجزاء ويملك به من غير تراضٍ ، فلما جاز أن يملك الكافر بالشراء فبالقهر أولى .

٣٠١٥٤ - ولأن وجوب الرد والضمان بالتلف ، وكل واحد منهما معنًى يتعلق بأخذ المال ، فإذا لم يجب الضمان بأخذ الحربي عند التلف كذلك الرد والضمان . ولا يلزم أخذ الدين ؛ لأنه ليس بمال . ولا يلزم الباغي ؛ لأنه لا يلزمه الضمان بالتلف ويلزمه رد العين ؛ لأن عندنا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى .

٣٠١٥٥ - ولأنه مال مأخوذ على طريق القهر والغلبة ، فجاز أن يتعلق به الملك ،

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١١٣/٩ برقم ١٨٠٣٧ .

(٢) أخرجه ابن حزم في المحلى ٣٥٤/٥ .

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ١٩٥/٥ برقم ٩٣٦٠ .

(٤) غير واضحة في جميع النسخ .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٩٧٤/٢ برقم ٢٥٨١ .

(٦) سبق تخريجه .

(٧) في (م) : [السلام] .

أصله ما أخذه المسلمون منهم . ولا يلزم ما أخذه البغاة .

٣٠١٥٧ - ولأن التعليل لأخذ مال المسلم في الجملة ، فلا يلزمنا أعيان المواضع .

٣٠١٥٨ - قالوا : المعنى فيما أخذه المسلمون بالغلبة أنه أُخِذ بقهرٍ مباحٍ ، وليس كذلك ما يأخذونه منا لأنه أخذ محظور .

٣٠١٥٩ - قلنا : السبب المحظور يجوز أن يساوي المباح في وقوع الملك ، بدليل البيع الفاسد على أصلنا ، وعلى الأصلين الأب إذا استولد جارية ابنه انتقلت الجارية إليه مع تعلق الحظر بالسبب ، وكذلك المسلم إذا دخل دار الحرب بأمان فأخذ مالهم .

٣٠١٦٠ - قالوا : لما جاز أن يملك المسلم بالغلبة أحرارهم وأمهات أولادهم ، فكذلك لا يملكون أموالنا .

٣٠١٦١ - قلنا : لا فرق بينهما ، لأنا نملك عليهم بالقهر كما نملك عليهم بالعقود ، وأحرارهم وأمهات أولادهم نملك عليهم بالعقود فكذلك بالغلبة . [ولما لم تملك أحرارنا وأمهات أولادنا علينا بالعقود فكذلك لا تملك بالغلبة] (١) .

٣٠١٦٢ - قالوا : المعنى في العقود أنه يجوز أن يملك بها بعضنا (٢) على بعض ، فجاز أن يملكوا بها علينا ، والغلبة لا يملك بها بعضنا (٣) على بعض كذلك لا يملكون علينا .

٣٠١٦٣ - قلنا : علة الأصل تبطل بالإرث ؛ لأن بعضنا يملك به على بعض ولا يملكون به علينا ، وعلة الفرع لا تصح ؛ لأن بعضنا لا يملك على بعض بالغلبة ، ثم يجوز أن يملك بعضهم على بعض بها ، كذلك يجوز أن يملك على بعضنا بالغلبة ويملكون علينا .

٣٠١٦٤ - قالوا : أهل الحرب لو أَبِق إليهم عبيدنا لا يملكوهم (٤) ، كذلك أموالنا ، ولما ملكنا عبيدهم إذا أَبِقوا إلينا جاز أن نملك أموالهم .

٣٠١٦٥ - قلنا : عندنا يملكونهم إذا أخذوهم من أيدينا ؛ لأن أيدينا يتعلق بها التمليك ، فأما عبيدهم إذا أبقوا إلينا زالت أيدي الموالي عنهم فأخذناهم من أيدي أنفسهم وعندهم نملك عليهم ما في أيديهم من المال بالعقود كذلك بالغلبة .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٢) في (م) : [بعضًا] .
(٣) في (م) : [بعضًا] .
(٤) كذا في جميع النسخ .

٣٠١٦٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَـٰرَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُمْ ﴾ (١) . فمَنَّ على المسلمين بذلك ، ولو كان الكفار يملكون مثلهم لبطل الامتنان .

٣٠١٦٧ - قلنا : هذا خطاب لأصحاب النبي ﷺ ، فموضع الامتنان أنه وجد تمكينهم من ديارهم وأموالهم ، ولا تمكن الكفار من أموالهم وديارهم ، وإن كان لو مكنهم لملكوها . ويجوز أن يقال : إنه مَنَّ علينا (٢) بذلك ؛ لأنه يحصل لنا من وجه مباح ولا يحصل لهم مثله من وجه مباح ، فهذا وجه الامتنان .

٣٠١٦٨ - احتجوا : بحديث عمران بن الحصين : سُبِيَتْ امرأة من الأنصار ، وكانت ناقة النبي ﷺ قد أصيبت مثلها ، فأفلتت ذات ليلة من الكفار ومن وِثَاقهم ، فجعلت كلما أتت بعيرًا فمسته رغا فتركته حتى أتت الناقة فمستها فلم ترغ ، فقعدت على عجزها ثم صاحت بها فانطلقت ، فطُلِبت من ليلتها ، فلم يُقْدَر عليها ، فجعلت لله عليها إن أجارها اللّٰه تعالى لتنحرنها ، فقالوا : واللّٰه ، لا تنحرها حتى يأذن رسول اللّٰه ﷺ . فأتوه فأخبروه ، فقال : « بئس ما جازَيْتِها ، لا وفاء لنذر في معصية ، ولا نذر فيما لا يملكه ابن آدم » . وأخذ ناقته (٣) .

٣٠١٦٩ - فقالوا : فلو كانوا ملكوها لملكتها الأنصارية عليهم وصح نذرها فيها ، فلما لم يصح ؛ عُلِم أنها لم تملكها .

٣٠١٧٠ - قلنا (٤) : إن عندنا يملكون بالغلبة والحيازة إلى دارهم ، وليس معنى أنهم بلغوا بالسرح إلى دارهم . وحكاية الفعل إذا احتملت سقطت ، والظاهر هذا ، لأنهم لو حصلوا في دارهم لتعذر على المرأة النجاة منهم .

٣٠١٧١ - قالوا : في الخبر : « فأحرزوها » .

٣٠١٧٢ - قلنا : إن ثبت هذا ، جاز أن يكون إلى عسكرهم وموضع نزولهم .

٣٠١٧٣ - قالوا : روي : أنهم كانوا يسرحونها في السرح .

٣٠١٧٤ - قلنا : هذا يكون في موضع النزول .

٣٠١٧٥ - قالوا : لو كان الحكم يختلف لسألها .

---

(١) سورة الأحزاب : الآية ٢٧ . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده ٤٣٣/٤ برقم ١٩٩٠٨ .

(٤) في (م) : [الجواب] .

٣٠١٧٦ - قلنا : إذا عرف حد دار الإسلام على الموضع الذي بلغوا تقدر المدة فلا يحتاج إلى المسألة ، ولو ثبت أنهم أحرزوها فإنما [1] بطل نذرها ؛ لأنها نذرت في دار الحرب ، وإنما ملكت لأنها تملك بالحيازة إلى دار الإسلام ، فنذرها في غير ملك ولا مضاف إلى ملك فلم يلزم الوفاء به .

٣٠١٧٧ - فإن قيل : لو كان كذلك ، لكانت قد ملكتها وكان [2] ﷺ لا يأخذها منها بغير قيمتها ، فلما روي أنه أخذها ولم يذكر دفع القيمة دل على أنها لم تملك .

٣٠١٧٨ - قلنا : لم ينقل في هذا الحديث أن النبي ﷺ أخذ ناقته إلا عبد الوهاب الثقفي [3] ، وليس عبد الوهاب كحماد بن زيد فتقبل زيادته عليه على طريق أصحاب الحديث ، لأنهم لا يقبلون زيادة من ليس بحافظ على حافظ ، وعبد الوهاب ليس بحافظ ، وحماد بن زيد في أعلى درجة الحفاظ .

٣٠١٧٩ - على أنه لو ثبت أخذ النبي ﷺ الناقة ، جاز أن يكون أعطاها قيمتها ، وليس في الخبر ما ينفي ذلك .

٣٠١٨٠ - قالوا : من لا يملك رقبة غيره بالقهر والغلبة ، لا يملك ماله بها كالمسلم مع المسلم .

٣٠١٨١ - قلنا : لا يجوز أن يقال : لما ملك بهذا السبب ما لا يملك بالعقود لم يملك به ما يملك بالعقود بدليل الميراث ، ورقابنا لا تملك بالعقود فلم تملك بالغلبة ، ورقابهم تملك بالعقود فملكت بالغلبة ؛ لأن أهل الحرب إذا باع بعضهم بعضًا وقد قهره صح بيعه ، فلذلك يملك بالغلبة والأصل غير مسلم ؛ لأن عندنا المسلمون يملك بعضهم على بعض بالغلبة ؛ لأن من أسلم في دار الحرب ثم غلبنا على الدار غنمنا أمواله التي ليست في يده وغنمنا عقاره وإن كان في يده . والمعنى في المسلمين أن أحدهما لما لم يملك على الآخر [4] بالقهر ، لم يملك الآخر عليه ، والمسلم الحربي لما ملك أحدهما على الآخر بالقهر جاز أن يملك الآخر به .

٣٠١٨٢ - قالوا : قهر محظور ، فوجب ألا يملك به قياسًا على غصب المسلم مال المسلم .

---

(١) في (م) : [فإنها] .
(٢) في (م) : [وقال] .
(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦٨/١٠ برقم ١٩٨٤٤ .
(٤) ساقطة من (م) .

٣٠١٨٣ - قلنا : يبطل بالمسلم إذا قاتلهم بأمان فأخذ أموالهم غصبًا ، وقد دل على هذا قصة المغيرة ، فمنازعتهم فيه رد للنص .

٣٠١٨٤ - ولأن الأسباب المحظورة يجوز أن يقع بها الملك كالمبتاع على سوم غيره والبيع عند أذان الجمعة ووطء الأب جارية الابن إذا أعتقت .

٣٠١٨٥ - فإن قيل : المحظور الوطء وذلك لا يملك به ، وإنما يملك بالعلوق وهو من فعل اللّه تعالى فلا يوصف بالحظر .

٣٠١٨٦ - قلنا : إنما يملك بالعلوق من وطئه ، فالوطء أحد السببين كالإيجاب ، وتم بالعلوق كما تم الإيجاب بالقبول ، والمعنى في المسلمين مما قدمنا .

٣٠١٨٧ - قالوا : مملوك مسلم ، فلا يملك عليه بالقهر والغلبة كأم الولد والمدبَّر والمكاتَب .

٣٠١٨٨ - قلنا : قولكم مملوك لمسلم لا تأثير له ؛ لأن عندكم أنهم [١] لا يملكون أموال أهل الذمة .

٣٠١٨٩ - ولأن هذه العلة [٢] نصبت لإبطال علتنا ، فالواجب أن تستوفي أوصافها ، وعندنا يملك بالقهر والغلبة ما يصح أن يملك بالعقود ؛ لأن الخلاف بيننا في هذا السبب هل يملك به أم لا ، وأم الولد لا تملك لمعنًى فيها لا للسبب ، فلا معنًى لذكرها كما لو اختلفا في عقد هل تملك به أم الولد ، لم يملك به غيرها . والمعنى في أم الولد والمكاتَب : أنهما لا يملكان بالعقود ولا يملكان بالقهر ، وسائر الأموال تملك بالعقود ، فجاز أن تملك بالقهر .

٣٠١٩٠ - قالوا : مال مسلم مأخوذ قهرًا ، فكان صاحبه أحق به ، أصله إذا وجده قبل القسمة .

٣٠١٩١ - قلنا : قبل [٣] القسمة المال على حكم مال أهل الحرب ، ولهذا يجوز للإمام أن ينفل ، فجاز للمسلم أن يأخذه كما لو وجده في أبنيتهم ، وبعد القسمة استقر حق المسلمين فيه ، ولهذا لا يجوز النفل ، فلم يجز أن يأخذه بغير عوض . أو نقول : قبل القسمة لما جاز للإمام أن يملك هذا المأخوذ بغير عوض [بأن ينفله ، جاز أن يرده بغير عوض] [٤] .

---

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش ، ولكنها غير واضحة .

(٢) في (م) : [بالغلبة] . (٣) ساقطة من (م) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدرك في الهامش .

٣٠١٩٢ - قالوا : كل مال لو وجده قبل القسمة ، أخذه بغير شيء إذا وجد بعدها أُخِذ بغير شيء كالعبد إذا أبق إليهم .

٣٠١٩٣ - قلنا : الآبق إذا فارق دار الإسلام زالت يد المولى عنه وثبتت يده على رقبته ، فإذا فارق من يدٍ يتعلق بها التمليك [لم يملكوه كما لو باع العبد رقبته بغير إذن مولاه هو مأخوذ من يد المولى وبه يتعلق بها ما حكم بالقهر] (١) .

٣٠١٩٤ - قالوا : هذا موجود في الدابة إذا نَدَّتْ .

٣٠١٩٥ - قلنا : لا يد لها على نفسها ، فحكم يد المالك باقية عليها حتى تتجدد يد أخرى .

٣٠١٩٦ - قالوا : ما خصه الإسلام عن التمليك (٢) لا يملك بالنهب ، [فإذا دخل دار الحرب فوجده في غير يده .

٣٠١٩٧ - ولأن عندنا لا يملك بالنهب] (٣) ، وإنما يملك بالغلبة والحيازة فيما يملك بالعقود ، فنقول بموجب ما ذكروه .

٣٠١٩٨ - ولأن الملك إذا كان يقع بالحيازة إلى الدار والمسلمان في دار واحدة والمعنى في المسلمين ما قدمنا .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدرك في الهامش .

(٢) في (م) : [النهب] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

مسألة ١٥٠٠

وطء أحد الغانمين جارية من الغنيمة

٣٠١٩٨ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا وطئ أحد الغانمين جارية من الغنيمة [قبل القسمة] [١] فحملت ، فعليه العُقْر [٢] يجعل في الغنيمة ، [ولا حد عليه ، ولا] [٣] يثبت النسب ، والولد رقيق [٤] .

٣٠١٩٩ - وقال الشافعي رحمه الله : الولد حر ويثبت النسب . [وهل تصير الجارية أم ولد ؟] [٥] فيه قولان ، أحدهما : لا تصير أم ولد . وقال المروزي : وهو الصحيح [٦] . [والثاني : أم ولد ، إذا ملكها في الثاني . قال الشافعي] [٧] : إذا أراد الإمام قسمة الغنيمة سلمت إلى الواطئ بغنيمتها ، فإن زادت على حقه والفضل ، وإن نقصت أُخذ الفضل] [٨] . قال المروزي : تسلم إليه على القولين . وقال غيره : إنما تُقَوَّم على القول الذي قال : إنها تصير أم ولد حتى لا يقر بها [وعتق الأحبال] [٩] .

٣٠٢٠٠ - وقد بنى أصحابنا هذه المسألة على أن الغنيمة لا تملك بالأخذ . وهذا الأصل مسلم ، إلا أنا ندل عليه فنقول : لو كان في الغنيمة ولد أحد الغانمين أو والده لم يعتق ، ولو ملك جزءًا منه عتق عليه .

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٢) العقر : صداق المرأة إذا أتيت بشبهة . انظر : المغرب مادة (عقر) .

(٣) ما بين المعكوفتين مطموس في (ص) .

(٤) انظر : البدائع ١٢٣/٧ وعبارته : وكذلك لو استولد جارية من المغنم وادعى الولد ، لا تصير أم ولد استحسانًا ، لما بينا أن إثبات النسب وأمومية الولد يقفان على ملك خاص وذلك بالقسمة أو حق خاص ولم يوجد ويلزمه العقر .

(٥) ما بين المعكوفتين مطموس في (ص) .

(٦) انظر : مختصر المزني ٣٨٢/٨ وعبارته : إن وقع على جارية من المغنم قبل القسمة فعليه مهر مثلها يؤديه في المغنم ، وإن حملت فهكذا وتقوم عليه إن كان بها حمل وكانت له أم ولد . وانظر أيضًا : الأحكام السلطانية ص٦٧ ، ونهاية المحتاج ٤٣٢/٨ ، وأسنى المطالب ٢٠٠/٤ .

(٧) ما بين المعكوفتين مطموس في (ص) .

(٨) ما بين المعكوفتين مطموس في (ص) .

(٩) ما بين المعكوفتين غير واضح في (م) ، (ص) .

٣٠٢٠٢ - ولأن شهادة الغانمين مقبولة في المغنم إذا نازع منازع في شيء منه ، ولو ملكوه لم تَجُزْ شهادة الإنسان فيما هو شريك فيه .

٣٠٢٠٣ - ولأن الإمام له أن يبيع المغانم ويقسم ثمنها ، ولو كانت ملكت لم يجز بيعها إلا بإذنهم .

٣٠٢٠٤ - وأما الدليل على أن النسب لا يثبت : فلأنها مملوكة لا يُعرف لها مالك معين ، فإذا وطأها مع العلم برقها لم يثبت نسب ولدها ، كالجارية الملتقطة وجارية بيت المال .

٣٠٢٠٥ - ولأنها حالة يجوز الانتفاع بالطعام من مال أهل الحرب ، فلا يثبت نسب ولدها من الواطئ كما قبل الأخذ .

٣٠٢٠٦ - ولأنه وطء في غير (١) ملك ، وإنما يثبت ثَمَّ حق التمليك فصار (٢) كالجارية المشروط فيها الخيار للبائع إذا وطئ الجارية بعد الإيجاب قبل القبول .

٣٠٢٠٧ - احتجوا : بأنه وطء سقط فيه الحد بشبهة الملك ، فوجب أن يثبت نسب الولد ، أصله : إذا وطئ الأبُ جاريةَ ابنِه وإذا وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة .

٣٠٢٠٨ - قلنا : لا نسلم أن الحد سقط بشبهة الملك ، وإنما سقط لأنه مختلف في ملكه ، فصار الاختلاف شبهة .

٣٠٢٠٩ - وأما وطء الأب : فلأن له شبهة ملك في الجارية ، فصار (٣) كالملك في إثبات النسب .

٣٠٢١٠ - وأما الجارية المشتركة : فلأن وطأه صادف ملكه ، وذلك حكمه (٤) لثبوت النسب ، وهو معنًى لا يتبعض .

٣٠٢١١ - وسقوط الحد لا يستدل به على نسب ، بدلالة الابن إذا وطئ جارية أبيه والعبد إذا وطئ جارية سيده .

* * *

(١) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٣) في (م) : [فصارت] .

(٤) في (م) : [علمه] .

مسألة ١٥٠١

فتح مكة

٣٠٢١١ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] وجميع أهل السير وفقهاء الأمة : فُتِحت مكة عَنْوة [١] .

٣٠٢١٢ - وقال الشافعي رحمه الله : فُتِحت صُلْحا [٢] .

٣٠٢١٣ - فخرج بذلك عن قول علماء الأمة أهل الحجاز والعراق والشام ونقلة السير [إذ لم يُرْوَ] [٣] قوله عن أحد منهم شاذًا ولا غير شاذ ، ولا تقدمه سلف بهذا القول مع خلافه للقرآن والسير المشهورة .

٣٠٢١٤ - والدليل على ما قلناه : قوله تعالى : ﴿ إِذَا جَآءَ نَصۡرُ ٱللَّهِ وَٱلۡفَتۡحُ ﴾ [٤] . فمَنَّ عليه بذلك وهو أقدر القادرين ، ولا يجوز أن يَمُنَّ عليه بالصلح ؛ لأن المَنَّ بالفتح [٥] على الآخر [٦] في النصرة وذلك هو القهر ، أما الصلح فيقع مشتركًا ، فليس بأن يقال : إنه فتح على المسلمين . بأولى من أن يقال : إنه فتح على أضدادهم .

٣٠٢١٥ - فإن قيل : هذه الآية نزلت آخر ما نزل من القرآن وقال : ﴿ فَسَبِّحۡ بِحَمۡدِ رَبِّكَ وَٱسۡتَغۡفِرۡهُۚ ﴾ [٧] . فدل ذلك على قرب أجله ، والنبي ﷺ إنما فتح هوازنَ آخر عمره ، فالآية في هوازن .

٣٠٢١٦ - قلنا : قال اللّه تعالى : ﴿ وَرَأَيۡتَ ٱلنَّاسَ يَدۡخُلُونَ فِي دِينِ ٱللَّهِ أَفۡوَاجٗا ﴾ [٨] . وهذا لم يوجد في فتح هوازن ، وإنما وجد في فتح مكة ؛ لأن قريش أسلمت ، فكانت القبيلة بعد القبيلة تُسْلِم ، على أن الفعل يغني عن الاستدلال .

٣٠٢١٧ - وروى سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : كان عمر بن الخطاب يأذن لأهل بدر ويأذن لي معهم ، فقال بعضهم : أتأذن لهذا الفتى ومن أبنائنا من هو مثله ؟! فقال : إنه ممن قد علمتم . فأذن لهم ذات يوم ، فأذن لي معهم ، فسألهم عن قوله

---

(١) انظر : المبسوط ٣٨/١٠ وعبارته : والثاني فتح مكة فإنها فتحت عَنْوةً وقَهْرًا عندنا .

(٢) انظر : أسنى المطالب ٢٠٢/٤ .

(٣) في (م) : [إذ يزر] .

(٤) سورة النصر : الآية ١ .

(٥) غير واضحة في (م) .

(٦) في (م) : [الأحق] .

(٧) سورة النصر : الآية ٣ .

(٨) سورة النصر : الآية ٣ .

تعالى : ﴿ إِذَا جَآءَ نَصۡرُ ٱللَّهِ وَٱلۡفَتۡحُ ﴾ [١] . ولا أراه سألهم إلا من أجلي ، فقال بعضهم : أمر اللّٰه نبيه إذا فتح اللّٰه عليه أن يستغفره وأن يتوب إليه . فسألني فقلت : ليس كذلك ، ولكن أخبره تعالى بحضور أجله ، فقال له : ﴿ إِذَا جَآءَ نَصۡرُ ٱللَّهِ وَٱلۡفَتۡحُ ﴾ فتح مكة . وذكر الحديث . فقال عمر : كيف تلومونني عليه بعد اليوم ؟! [٢] . وهذا اتفاق من عمر وابن عباس أن المراد بالآية فتح مكة . قال قتادة : لم يَعِشْ بعد ذلك إلا سنتين [٣] .

٣٠٢١٩ - وعن أبي السائب : ﴿ إِذَا جَآءَ نَصۡرُ ٱللَّهِ ﴾ على الأعداء من قريش وغيرهم ﴿ وَٱلۡفَتۡحُ ﴾ فتح مكة ﴿ وَرَأَيۡتَ ٱلنَّاسَ ﴾ يعني : الأحياء ﴿ يَدۡخُلُونَ فِي دِينِ ٱللَّهِ أَفۡوَاجٗا ﴾ يعني جماعات القبيلة بأسرها ، وقبل ذلك إنما كان يدخل [الرجل والرجلان والثلاثة ونحو ذلك ، فلم يعين الفتح كل معنًى على الشهود فيما سمي هو المعمول به] [٤] .

٣٠٢٢٠ - [وقيل : ذلك إنما كان يدخل] [٥] في موضع [٦] بغلبة أو صلح .

٣٠٢٢١ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن القادر على كل شيء لا يَمُنُّ على نبيه بالنصر الذي هو الصلح والمكافأة ، وإنما يَمُنُّ بأعلى [٧] الجهات ؛ لأنها لا تعجزه ولا تتعذر عليه .

٣٠٢٢٢ - ولأن الفتح في اللغة هو الحكم ، ومنه قوله تعالى : ﴿ إِن تَسۡتَفۡتِحُواْ فَقَدۡ جَآءَكُمُ ٱلۡفَتۡحُ ﴾ [٨] . نزلت هذه الآية في دعاء أبي جهل يومَ بدر حين قال : اللّٰهم أقطعنا للرحم ومن جاءنا بما لا نعرف [٩] . والعرب تقول : حكم عليه . بمعنى : هلك وغلب . فسقط هذا السؤال . ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَإِن نَّكَثُوٓاْ أَيۡمَٰنَهُم مِّنۢ بَعۡدِ عَهۡدِهِمۡ وَطَعَنُواْ فِي دِينِكُمۡ فَقَٰتِلُوٓاْ أَئِمَّةَ ٱلۡكُفۡرِ ﴾ [١٠] . فالمراد بهذا أهل مكة ، ونَكْث عهدَ النبيِّ ﷺ الذي عقده سهيلُ بن عمرو حين قاتلوا خزاعة مع بني بكر ، وأئمة الكفر : سادة قريش ، أبو سفيان ، وعكرمة ، وسهيل ، وأبو سفيان بن الحارث ،

---

(١) سورة النصر : الآية ١ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ١٩٠١/٤ برقم ٤٦٨٦ ، أحمد في مسنده ٣٧/١ .

(٣) يقصد النبي ﷺ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدرك في الهامش .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .　　(٦) في (م) : [الموضع] .

(٧) في (م) : [على] .　　(٨) سورة الأنفال : الآية ١٩ .

(٩) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣٥٥/٧ برقم ٣٦٦٧٤ .

(١٠) سورة التوبة : الآية ١٢ .

والحارث بن هشام . ثم قال : ﴿ أَلَا تُقَٰتِلُونَ قَوْمًا نَّكَثُوٓاْ أَيْمَٰنَهُمْ وَهَمُّواْ بِإِخْرَاجِ ٱلرَّسُولِ [وَهُم بَدَءُوكُمْ أَوَّلَ مَرَّةٍ ﴾ (١) . ونحن نعلم أن الذين هموا بإخراج الرسول] (٢) أهل مكة . ثم قال : ﴿ قَٰتِلُوهُمْ يُعَذِّبْهُمُ ٱللَّهُ بِأَيْدِيكُمْ وَيُخْزِهِمْ وَيَنصُرْكُمْ عَلَيْهِمْ وَيَشْفِ صُدُورَ قَوْمٍ مُّؤْمِنِينَ ﴾ (٣) . يعني خزاعة ، فقد أمره تعالى بقتالهم ، وأخبر أنه يعذبهم بأيديهم . قيل (٤) في التفسير : بالسيف ، ﴿ وَيُخْزِهِمْ ﴾ بالهزيمة . والظاهر أنه ﷺ امتثل أمر اللَّه ولم يترك القتال وهو يجد مقاتلًا . ويجوز أن يراد : تركوا القتال ؛ لأن المقاتلة تكون بين اثنين ، فإذا انهزموا لم يكن في أمانهم ترك أمر (٥) اللَّه تعالى ، والصلح قبل ذلك ترك أمر اللَّه تعالى ، وقد قال تعالى : ﴿ أَتَخْشَوْنَهُمْ فَٱللَّهُ أَحَقُّ أَن تَخْشَوْهُ ﴾ (٦) .

قيل : معناه : أتخشون قتالهم ، فاللَّه أحق أن تخشوه في مخالفة أمره . ويدل على ذلك من جهة السنة ما رواه أبو عبيد في كتاب الأموال قال : ثنا أبو النضر (٧) عن سليمان بن المغيرة قال : ثنا ثابت البُنَاني عن عبد اللَّه بن رباح عن أبي هريرة أنه قال : يا معشر الأنصار ، ألا أعلمكم بحديثٍ . وذكر فتح مكة ، ثم قال : أقبل ﷺ حين قدم مكة ، فبعث الزبير على إحدى الـمُجَنِّبَتَيْنِ ، وبعث (٨) خالد بن الوليد على المُجَنِّبَة الأخرى ، وبعث أبا عبيدة بن الجراح على الحُسَّر (٩) ، فأخذوا بطن الوادي ورسول اللَّه ﷺ في كتيبته ، فنظر فرآني فقال : « يا أبا هريرة » . قلت : لبيك يا رسول اللَّه . فقال : اهتف لي بالأنصار ، ولا [تأتني إلا بالأنصار] (١٠) . فهتفت بهم ، فجاءوا حتى أطافوا به ، وقد وَبَّشَتْ (١١) قريش أوباشها وأتباعها ، فلما أطافت الأنصار برسول اللَّه ﷺ فقال : « [أترون] (١٢) أوباش قريش وأتباعها ، « ثم قال بيديه إحداهما على الأخرى :

---

(١) سورة التوبة : الآية ١٣ .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٣) سورة التوبة : الآية ١٤ .
(٤) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) سورة التوبة : الآية ١٣ .
(٧) في (م) ، (ص) : [النصر] ، والمثبت من مصدر التخريج .
(٨) في (م) : [وبعد] .
(٩) في (م) : [الحبرة] . والحسر : جمع حاسر ، وهو الذي لا درع له . انظر : غريب الحديث لابن الجوزي مادة (حسر) .
(١٠) في مصدر التخريج : [يأتيني إلا أنصاري] .
(١١) وبشت أوباشها : جمعت له جموعًا من قبائل شتى . انظر : غريب الحديث لابن الجوزي ، والنهاية في غريب الحديث والأثر مادة (وبش) .
(١٢) في مصدر التخريج : [ألا ترون] .

« احصدوهم حصادًا (١) حتى تُوَافُوني على (٢) الصفا » . قال أبو هريرة : فانطلقنا (٣) ، فما شاء (٤) أحد منا أن يُقْتُل منهم من شاء (٥) إلا قَتَل (٦) . فجاء أبو سفيان بن حرب فقال : يا رسول اللَّه ، أبيحت - أو قال : أبيدت (٧) - خضراء قريش ، ولا (٨) قريشَ بعد اليوم . فقال ﷺ : « من أغلق بابه فهو آمن ، ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن » (٩) . فغَلَّق الناس أبوابهم (١٠) ؛ وهذا حديث متصل الإسناد يُبطل قول مخالفنا ؛ لأن أبا هريرة أخبر عن يوم دخول مكة ، ولو كان القوم قبلوا ما أعطى النبي ﷺ أبا سفيان بمَرِّ الظَّهْران ، لم يأمر (١١) النبي ﷺ بقتلهم ، ولا قال أبو سفيان : أبيدت خضراء قريش ، ولا احتاج إلى تجديد أمان بقوله : « من أغلق بابه فهو آمن » . وذكر أبو عبيدة أيضًا حديث أنس بإسناد متصل نحو هذا الخبر (١٢) .

٣٠٢٢٣ - وروي أيضا بإسناده إلى النبي ﷺ قال يوم فتح مكة : « ألا لا يُجْهَزَنَّ على جريح ، ولا يُتْبَعَنَّ مدبِرًا ، ولا يُقْتَلَنَّ أسير ، ومن غَلَّق (١٣) عليه بابه فهو آمن » (١٤) . وهذا يدل على أنه دخلها مقاتلًا غالبًا ، ولم يدخلها مصالحًا .

٣٠٢٢٤ - ويدل عليه ما روى محمد بن إسحاق قال : حدثني [ابن أبي هند] (١٥) عن أبي مرة مولى عَقِيل بن أبي طالب أن أم هانئ بنت أبي طالب قالت : لما نزل رسول اللَّه ﷺ بأعلى مكة [فَرَّ إليَّ رجلان] (١٦) من أحمائي من بني مخزوم ، وكانت

---

(١) في مصدر التخريج : [حصدًا] . (٢) غير موجودة في مصدر التخريج .
(٣) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .
(٤) في مصدر التخريج : [يشاء] . (٥) في مصدر التخريج : [يشاء] .
(٦) في مصدر التخريج : [قتله] . (٧) في مصدر التخريج : [أبيرت] .
(٨) في (م) : [لا] ، وفي مصدر التخريج : [فلا] .
(٩) بعده في مصدر التخريج : [فقال] .
(١٠) أخرجه أبو عبيد في الأموال ص١٤١ ، ١٤٢ برقم ١٥٧ .
(١١) في (م) : [يأمره] .
(١٢) أخرجه أبو عبيد في الأموال ص١٤٢ برقم ١٥٨ .
(١٣) في مصدر التخريج : [أغلق] .
(١٤) أخرجه أبو عبيد في الأموال ص١٤٢ برقم ١٥٩ .
(١٥) في جميع النسخ : [أبي هند] ، والمثبت من مصدر التخريج ، وهو الصواب . وهو : سعيد بن أبي هند .
(١٦) في جميع النسخ : [فرأى رجلا] ، وهو تحريف ، والمثبت من مصدر التخريج ، وهو الصواب .

عنده [1] هبيرة بن أبي وهب المخزومي فدخل عليَّ أخي علي بن أبي طالب وقال : لأقتلهما [2] . فأغلقتُ عليهما بابًا ، ثم جئت إلى النبي ﷺ بأعلى مكة ، فوجدته يغتسل في جَفْنة إن فيها أثر [3] العجين وفاطمة بنته تستره بثوب . فلما اغتسل أخذ ثوبه فتوشح به وصلى من الضحى ثمانِ [4] ركعات ، ثم انصرف إليَّ فقال : مرحبًا وأهلاً بأم هانئ ، ما جاء بكِ ، فأخبرته بخبر الرجلين وخبر علي فقال : « أَجَرْنَا من أَجَرْتِ ، وأَمَّنَّا من أَمَّنْتِ » [5] . ورواه ابن أبي ذئب [6] عن سعيد المقبري عن أبي مرة مولى عقيل عن أخته أم هانئ [7] . ومعلوم أنه لو كان أمان معقود كسائر أهل مكة ، لم تَخْفَ على علي وكان لا يُقْدِم على قتلهما ، ولكان النبي ﷺ ينكر عليه .

٣٠٢٢٥ - ولكانا لا يحتاجان [8] إلى جوار [9] أم هانئ حتى يقول [النبي ﷺ] [10] : « أجرنا من أجرت » . فلما قال ذلك ، علمنا أنه لولا الجوار [11] لكان لعلي قتلهما ، وهذا يسقط ما ادعاه مخالفنا من الصلح .

٣٠٢٢٦ - فإن قيل : يجوز أن يكون من بني بكر .

٣٠٢٢٧ - قلنا : في الخبر أنهما من بني مخزوم .

٣٠٢٢٨ - [فإن قيل : يجوز أن يكون قاتلاً .

٣٠٢٢٩ - قلنا : إذا سلموا أن قريشًا قاتلت ، بطل قبول دعوى الأمان] [12] .

٣٠٢٣٠ - فإن قيل : يجوز أن يكونا لم [13] يُلْقِيَا سلاحهما .

٣٠٢٣١ - قلنا : دخول البيت يكفي بانفراده ، ويدل عليه ما روي عن عائشة أنها

---

(١) في جميع النسخ : [عنده] ، وهو تصحيف ، والمثبت من مصدر التخريج ، وهو الصواب .
(٢) في مصدر التخريج : [لأقتلنهما] .
(٣) في مصدر التخريج : [لأثر] .
(٤) في مصدر الخريج : [ثماني] .
(٥) أخرجه ابن هشام في السيرة النبوية ٧٣/٥ .
(٦) في جميع النسخ : [ذؤيب] ، وهو تصحيف ، والمثبت من مصادر التخريج ، وهو الصواب .
(٧) أخرجه النسائي في السنن الكبرى ٢٠٩/٥ برقم ٨٦٨٤ ، وأحمد في مسنده ٣٤٣/٦ .
(٨) في (م) : [يحتاجا] ، وغير واضحة في (ص) .
(٩) في (م) : [جواز] .
(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(١١) في (م) : [الجواز] .
(١٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(١٣) ساقطة من (م) .

قالت : كل البلاد فُتِحت بالسيف إلا المدينة ؛ فإنها فتحت بلا إله إلا الله . وقد روي هذا الخبر عنه عليه السلام [١] .

٣٠٢٣٢ – ولأنه ﷺ دخل مكة على هيئة القتال وعَبَّأ الجيوش وفرَّقهم من طرق ، وكان في كتيبته فيها المهاجرون والأنصار وهم يتكفرون بالحديد ، وكان على رأس النبي ﷺ المِغْفر [٢] ، ولو كان دخلها صلحًا لم يحتج إلى ذلك .

٣٠٢٣٣ – فإن قيل : خاف العدو فدخل مستظهرًا ، كما أنه في عمرة القضاء اضطبع ورمَل [٣] ، وأمر بذلك إظهار للجَلَد حتى لا يطمعوا في المسلمين [٤] .

٣٠٢٣٤ – قلنا : في أخذ عُدَّة [٥] الحرب وهيئة الحرب إشعارًا لعدوه أنه نقض العهد ، ويجوز أن يستظهر بما لا يوهم ، كالرَّمَل الذي هو إظهار الجَلَد وليس فيه ما يوهم النقض . ويدل عليه ما روى الربيع بن أنس عن أبي العالية عن أبي بن كعب قال : لما كان يوم أحد ، قُتِل [من الأنصار أربع وستون ، أو ستة وستين] [٦] من المهاجرين ومَثَّلُوا بهم ، فقال ﷺ : « لئن كان لنا مثل هذا ، لنُرْبِيَنَّ عليهم » . فلما كان يوم فتح مكة ، دخل [٧] رسول الله ﷺ عَنْوة ، فقال رجل لا يُعْرَف : لا قريشَ بعد اليوم . فقال ﷺ : « الأبيض والأسود آمن ، إلا مِقْسَم بن صَبَابَة وابن خَطَل وقَيْنَتَيْ فلان » . فأنزل الله تعالى هذه الآية : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّـٰبِرِينَ ﴾ [٨] . فقال ﷺ : « نصبر ولا نعاقب » [٩] .

٣٠٢٣٥ – وروي في هذا الخبر بإسناد صحيح قال : لما كان يوم فتح مكة ، نادى رجل لا يعرف : لا قريش بعد هذا ، فقال ﷺ : « كُفُّوا عن آل الله » [١٠] . فقد قال :

---

(١) انظر : المجروحين ٢٨٩/٢ برقم ٩٨٩ . فعن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : « كل البلاد فتحت بالسيف والرمح ، وفتحت المدينة بالقرآن ، ومنها قبري ومَهَاجَرِي » .

(٢) انظر : شرح معاني الآثار ٣١٩/٣ – ٣٢٣ . (٣) في (م) : [ورمى] .

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه ١٢٠/٩ برقم ٣٨١٢ .

(٥) في (م) : [علة] .

(٦) كذا في جميع النسخ ، وفي مصادر التخريج : [من الأنصار أربعة وستون رجلًا ، ومن المهاجرين ستة] ، وهو الصواب .

(٧) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٨) سورة النحل : الآية ١٢٦ . (٩) أخرجه أحمد في مسنده ١٣٥/٥ .

(١٠) المصدر السابق .

إنهم دخلوها عَنْوة . ثم ذكر أمان النبي ﷺ بعد دخوله ، ولو كان الأمان متقدمًا لم يحتج إلى تكراره . ثم استثنى النفر المُسَمَّيْنَ (١) ، وما جرى بينه وبين أبي سفيان لم ينقل فيه استثناء ، ولو كان ذلك لا أمان ثَمَّ . وقيل : لم يكن ﷺ أن يستثني منه أحدًا (٢) فلما استثنى دل على أن الحكم تعلق بأمانه بعد الدخول .

٣٠٢٣٦ - قالوا : قوله : دخلها عَنْوة . يعني : صُلْحًا ، كما قال الشاعر :

فما أخذوها عَنْوة عن مودة [ولكن بحد المَشْرَفِيِّ استقالها] (٣)

٣٠٢٣٧ - قلنا : هذا غلط على اللغة ؛ لأنه يقال : عنا يعنو ، إذا ذَلَّ وخضع ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَعَنَتِ ٱلْوُجُوهُ لِلْحَيِّ ٱلْقَيُّومِ ﴾ (٤) . يعني : خضعت وذلت . وقال ﷺ : « اتقوا اللَّه في النساء ، فإنهن عوان » (٥) . يعني : أسرى . والعاني (٦) : الأسير في اللغة . والشعر ليس على ما قالوه ، وإنما هو :

فما تركوه عَنْوة عن ملالة ولكن بحد المرهفات إشعالها

٣٠٢٣٨ - ولو كان الشعر ما قالوه على أنه سمى الصلح : عَنْوة ، ولكنه قال : لم يأخذوها عن مودة تقدمت منهم ، ثم صارت عداوة ، ولكن العداوة لم تَزُلْ . ويحتمل أنهم لم يُظْهِروا المودة ، ثم أخذوها على وجه الخديعة والغدر ، وإنما أخذوها مجاهرين بالعداوة .

٣٠٢٣٩ - وذكر الطحاوي بإسناده عن ثابت البُنَاني عن عبد اللَّه بن رباح عن أبي هريرة أنه الطَّيْلا قال له : « يا أبا هريرة ، اهتف بالأنصار » . فنادى : يا معشر الأنصار ، أجيبوا رسول اللَّه . فجاءوا كأنما كانوا على مِيعاد ، ثم قال : اسلكوا هذا الطريق ، ولا تشرفن أحدًا إلا أَنَمْتُمُوه - أي : قتلتموه - وسار الطَّيْلا وفتح مكة عليهم ، وما قتل في ذلك اليوم إلا أربعة ، ثم دخل صناديد قريش من المشركين الكعبة وهم يظنون أن السيف لا يُرفع عنهم ، فأخذ بِعِضَادَتَيْ الباب وقال : « ما تقولون [أني صانع ؟] » (٧) قالوا : نقول : أخ وابن أخ حليم رحيم . فقال الطَّيْلا : [« أقول كما قال يوسف] (٨) : ﴿ لَا تَثْرِيبَ عَلَيْكُمُ ٱلْيَوْمَ يَغْفِرُ ٱللَّهُ لَكُمْ وَهُوَ أَرْحَمُ ٱلرَّٰحِمِينَ ﴾ » . قال : فخرجوا

---

(١) في (م) : [المسلمين] ، وهو خطأ . (٢) في جميع النسخ : [أحد] .

(٣) في (م) : [ولكن تحد الرقى اشتعالها] ، وفي (ص) : [ولكن تحد الشرفى اشتعالها] ، والمثبت من لسان العرب ٣١٤٤/٤ . والبيت لكثير عزة . (٤) الآية ١١١ من سورة طه .

(٥) أخرجه أحمد في مسنده ٧٢/٥ . (٦) في (م) : [والعواني] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، ويدل عليه ما سيأتي .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

كما خرجوا من القبور ، فدخلوا في الإسلام . وذكر الحديث [١] .

٣٠٢٤٠ – فقول النبي ﷺ حين دخلوا مكة : « لا تشرفن أحدًا إلا أنمتموه » . يدل على أنه دخل بغير أمان .

٣٠٢٤١ – وقوله : إن صناديد قريش دخلوا الكعبة وهم يظنون أن السيف لا يرفع عنهم . يدل على [٢] أنه لا أمان لهم .

٣٠٢٤٢ – وقوله ﷺ : « ماذا تقولون إني صانع » ، يدل أنه يخير ، ولو كان الأمان منعقدًا لقالوا له : وما تقدر أن تصنع ، وقد انعقد بيننا الأمان . فكيف ينعقد الأمان وهم يعتقدون أن السيف لا يُرفع عنهم ، مع علمهم أنه أوفى الخلق ذمة وأصدقهم عَقْدًا وأكرمهم عهدًا [٣] .

٣٠٢٤٣ – ويدل عليه حديث [٤] سعيد المقبُري قال : سمعت أبا شريح الخزاعي يقول لعمرو بن سعيد وهو على المنبر حين [٥] بعث معنا [٦] إلى مكة لقتال ابن الزبير : وما هذا ، سمعت النبي ﷺ يقول : « إن مكة حرام حَرَّمها اللّٰه ولم يحرمها الناس ، وإنما أُحِلَّ لي القتال فيها ساعة من النهار ، ولعله أن يكون بعدي رجال يستحلون بها القتال ، فمن فعل ذلك فقولوا : إن اللّٰه أحلها لرسوله ولم يحلها لك ، فليبلغ الشاهد الغائب » . ذكر هذا الخبر [٧] الطحاوي في مسألة فتح مكة [٨] . فقد أخبر ﷺ أنه قاتل بمكة ، وهذا ضد الصلح .

٣٠٢٤٤ – فإن قيل : إنما كان هذا مع بقائه .

٣٠٢٤٥ – قلنا : فأنتم تدعون الصلح والأمان بقوله ﷺ لأبي سفيان : « من أغلق بابه فهو آمن ، ومن ألقى سلاحه فهو آمن » . وهذا عامٌّ في بني بكر وغيرهم .

٣٠٢٤٦ – فإن قيل : قاتل من لم يُلْقِ سلاحه ولم يغلق بابه .

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣٢٥/٣ برقم ٥٠٤٤ .

(٢) ساقطة من (ص) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) بعدها في جميع النسخ : [أبي] ، وهو خطأ ، وانظر مصدر التخريج . هو : سعيد بن أبي سعيد المقبري أبو سعد المدني .

(٥) بعده في مصدر التخريج : [قطع] .

(٦) غير موجودة في مصدر التخريج .

(٧) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٨) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣٢٧/٣ برقم ٥٠٥٠ .

٣٠٢٤٧ - قلنا : بل قتلت بنو بكر قتلًا عامًّا ، ولم يعتبر صفاتهم ، وهذا أمر ذكره أهل السيرة ولم يختلفوا فيه ، ونقلوا شعر الشعراء ، فذكر الواقدي لبجير بن زهير بن أبي سلمى أخي كعب بن زهير في دخوله مكة ، قال الواقدي وهي بيت :

نَفَي أهل الحَبَلَّق (١) كلَّ فَجٍّ ... مُزَينة غُدْوَة وبني خُفافِ
صبحناهم بسبع من سُلَيم ... وألفٍ (٢) من بني عثمان وافِ
نطا أكتافهم ضربًا وطعنًا ... ورشقًا بالمريَّشة اللِّطافِ
ترى بين الصفوف لها حفيفًا ... كما انصاع الفُواق من الرصافِ
فرحنا والجياد (٣) تجول فيهم ... بأرماح مقومة الثِّقافِ
فأُبْنَا غانمين بما اشتهينا ... وآبو نادمين على الخلافِ
فأعطينا رسول اللَّه فينا ... مواثقنا على حسن التصافِ
أعطونا المعادة يوم قلنا ... فقالوا يأرزونا للمصافِ (٤)

٣٠٢٤٨ - وذكر ابن إسحاق أن حِماس بن قيس (٥) بن خالد أحد بني بكر كان يُعِدُّ سلاحًا قبل دخوله ﷺ ، فقالت له امرأته : لماذا تُعِدُّ ما أرى ؟ قال : لمحمد وأصحابه . قالت : واللَّه ما أرى أن يقوم لمحمد وأصحابه شيء . قال : فواللَّه إني لأرجو أن أُخْدِمك بعضهم . قال ابن إسحاق : فجمع صفوان بن أبي أمية وعكرمة بن أبي جهل وسهيل بن عمرو وناس بالخندمة ليقاتلوا ، فشهد حماس الخندمة معهم ، فلما لقيهم المسلمون من أصحاب خالد ناوشوهم شيئًا من قتال ، فقُتِل من المسلمين كُرْز (٦) ابن جابر وخُنيس بن خالد [وأصيب من جُهَيْنة سلمة بن الميلاء] (٧) ، وأصيب من

---

(١) في جميع النسخ : [الحقائق] ، والمثبت من سيرة ابن هشام .
(٢) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش ، لكنها مطموسة .
(٣) في جميع النسخ : [الحاد] ، والمثبت من سيرة ابن هشام .
(٤) انظر : سيرة ابن هشام ٥٢/٤ .
(٥) غير واضحة في كافة النسخ ، والمثبت من مصدر التخريج .
(٦) هو : كرز بن جابر بن حسيل بن مالك القرشي أسلم بعد الهجرة وحسن إسلامه وولاه رسول اللَّه ﷺ الجيش الذي بعثهم في أثر العرنيين الذين قتلوا راعيه وقتل كرز يوم الفتح وذلك سنة ثمان من الهجرة . انظر : أسد الغابة ٤٦٨/٤ .
(٧) في جميع النسخ : [وأصهب بن جهينة وسلمة بن الميلا] ، والمثبت من مصدر التخريج .

المشركين يومئذ اثنتا عشر أو ثلاثة عشر ، ثم انهزموا فدخل حماس منهزمًا حتى دخل بيته ، ثم قال لامرأته : أغلقي عليَّ بابي . قالت : فأين ما كنتَ تقول ، فقال :

إنك لو شهدت يوم الخندمهْ إذ فر صفوان وفر عكرمه
وأبو يزيد قائم كالقائمهْ [1] واستقبلتهم بالسيوف المسلمه
ضربًا فلا تسمع إلا غمغمه يقطعن كل ساعد وجمجمه
لهم نَهِيتٌ خلفنا ومهمهه لم تنطقي في اللوم أدنى كلمه [2]

٣٠٢٤٩ - فكيف يدعي الدخول مع الأمان والصلح وقبول [3] القوم الأمان ؟! وهؤلاء سادة القوم وقادتهم قد جمعوا الجمع وباشروا الحرب ، وأصيب المسلمون بأيديهم وأصابوا منهم .

٣٠٢٥٠ - ويدل على ذلك أن الصحابة سموا أهل مكة : الطلقاء ، وكانوا يسمون أولادهم : أولاد الطلقاء كما سماهم رسول اللّه ﷺ لا يختلف المسلمون في هذا النقل ، ولو كانوا عقدوا صلحًا ودخلوا عليهم طوعًا لم يسموا الطلقاء ، ومن أي شيء أطلقوا ولم يكن عليهم بأس ولا حرب ؟ .

٣٠٢٥١ - ولأن هذا الأمان الذي ادعاه مخالفنا لم يكن مؤقتًا بمدة ولم يبق إلا أن يكون مطلقًا . ولا يخلوا أن يكونوا أسلموا أو أُقِرُّوا على كفرهم بجزية أو بغير جزية ، ولو أسلموا لم يحتاجوا إلى أمان . ومعلوم من الحال أنهم أسلموا بعد ذلك .

٣٠٢٥٢ - ولا يجوز أن يكون أقرهم بالجزية ؛ لأن عبدة الأوثان من العرب لا تقبل منهم الجزية ، وإذا لم يَجُزْ ذلك ، فلأن لا يجوز إقرارهم بغير جزية أولى .

٣٠٢٥٣ - ولأنه لما دَخَل كَسَر الأصنام ، ولو كان أقرهم على كفرهم لم يتعرض لها ؛ لأن الإمام [4] يمنع الاعتراض في الأوثان .

٣٠٢٥٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَوْ قَٰتَلَكُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ لَوَلَّوُاْ ٱلْأَدْبَٰرَ ثُمَّ لَا يَجِدُونَ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا ﴾ [5] . قالوا : والمراد به أهل مكة ، فدل على أنهم لم يقاتلوا ، ولو قاتلوه لنُصِر عليهم .

---

(١) في مصدر التخريج : [كالمُوتمه] .
(٢) انظر : السيرة النبوية لابن هشام ٦٨/٥ .
(٣) في (م) : [وقول] .
(٤) في (م) : [الدما لم] .
(٥) سورة الفتح : الآية ٢٢ .

٣٠٢٥٥ – قلنا : قد اختلفوا أهل التفسير في هذا ، فمنهم من قال : المراد به أهل مكة ؛ لأنه مرتب على قوله : ﴿ هُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ وَصَدُّوكُمْ عَنِ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ﴾ (١) . وهذا قول قتادة . وقال ابن السائب : وهذا راجع إلى أسد وغطفان حلفاء أهل خيبر ؛ لأن قوله تعالى : ﴿ سَيَقُولُ لَكَ ٱلْمُخَلَّفُونَ مِنَ ٱلْأَعْرَابِ شَغَلَتْنَآ أَمْوَٰلُنَا وَأَهْلُونَا ﴾ (٢) . وإنما أراد به أعراب المدينة ، لأنهم تخلفوا عن النبي ﷺ في الحديبية ولم يكونوا قاتلوا مع أهل خيبر ، فرجع هذا الكلام إليهم ، فإن كان كذلك فلا حجة فيه .

٣٠٢٥٦ – وإن كان المراد أهل مكة فقد قاتلوه وولوا الأدبار وفارق قادتهم الأوطان وأسلموا الأهل والأموال ، ولم يجدوا من ينصرهم على رسول الله ﷺ حتى صفح عنهم ومَنَّ عليهم بعد القهر والذل ، فقد سقط الاحتجاج بالآية .

٣٠٢٥٧ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَزَالُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ تُصِيبُهُم بِمَا صَنَعُوا۟ قَارِعَةٌ أَوْ تَحُلُّ قَرِيبًا مِّن دَارِهِمْ حَتَّىٰ يَأْتِىَ وَعْدُ ٱللَّهِ ﴾ (٣) . قالوا : فأخبر الله تعالى أن القوارع تصيبهم بكفرهم ، حتى تحل قريبًا من دارهم فنزول القوارع وقد حل بمر الظهران فدل أن الصلح وقع وزالت القوارع .

٣٠٢٥٨ – والجواب : أن سعيد بن جبير وابن السائب وغيرهما قالوا في تأويلها (٤) : القارعة : السرية ، فقال الله تعالى : ﴿ تُصِيبُهُم بِمَا صَنَعُوا۟ قَارِعَةٌ ﴾ (٥) من السرايا ، ﴿ أَوْ تَحُلُّ ﴾ أنت يا محمد مع أصحابك ﴿ قَرِيبًا مِّن دَارِهِمْ حَتَّىٰ يَأْتِىَ وَعْدُ ٱللَّهِ ﴾ فتح مكة (٦) .

٣٠٢٥٩ – وما قالوه خطأ في العربية ؛ لأن ﴿ أَوْ ﴾ لو كانت غاية بمعنى « متى » لقال : أو تَحُلَّ بنصب تحل . فلما قال : أو تَحُلُّ عُلِم أنها للعطف ، فكأنه قال : تصيبهم قارعة بالسرايا أو يحلوا لك . فيكون الفتح . وقال معمر عن الحسن : أو تحل القارعة قريبًا من دارهم (٧) .

٣٠٢٦٠ – احتجوا : بما روى عبد الله بن العباس عن أبيه قال : لما نزل النبي ﷺ بمَرِّ الظهران قال العباس ﷺ : لئن دخل النبي ﷺ مكة عَنْوة قبل أن يأتوه فيستأمنوه ، إنه لهلاك قريش . فجلست على بغلة النبي ﷺ لعلي أجد ذا حاجة يأتي أهل مكة

(١) سورة الفتح : الآية ٢٥ .
(٢) سورة الفتح : الآية ١١ .
(٣) سورة الرعد : الآية ٣١ .
(٤) في (م) : [تأويلهما] .
(٥) سورة الرعد : الآية ٣١ .
(٦) انظر : تفسير الطبري ١٥٦/١٣ .
(٧) انظر : تفسير الطبري ١٥٧/١٣ .

فيخبرهم بمكان النبي ﷺ فيخرجون إليه فيستأمنوه [١] ، وإني لأسير سمعت كلام أبي سفيان وبديل [٢] بن ورقاء [٣] وحكيم بن حزام قد خرجوا يتجسسوا الخبر عن النبي ﷺ ، فقلت : يا أبا حنظلة . فعرف صوتي ، فقال : أبو الفضل ؟ قلت : نعم ، قال : فداك أبي وأمي ، قلت : هذا رسول اللَّه ﷺ قد جاء بما لا قِبَل لكم به عشرة آلاف من المسلمين ، قال : فما ترى ؟ قلت : تركب عَجُزَ هذه البغلة ، فأستأمن لك رسول اللَّه ﷺ ، فواللَّه لئن ظَفِر بك ليضربن عنقك ، وأردفته وخرجت به نحو النبي ﷺ ، فكلما مررنا بنار من نيران المسلمين فنظروا إلى البغلة فقالوا : عم رسول اللَّه على بغلة رسول اللَّه ﷺ . حتى مررنا بنار عمر بن الخطاب ، فقال : الحمد للَّه أمكن منك بغير عهد ولا عقد ، ثم اشتد نحو النبي ﷺ وركضت البغلة ، فسبق عمر كما تسبق الدابة البطيئة الرجل البطيء ، ودخل عمر على رسول اللَّه فقال : يا رسول اللَّه ، أبو سفيان عدو اللَّه قد أمكن اللَّه منه بغير عهد ولا عقد ، فدعني حتى أضرب عنقه ، فقلت : يا رسول اللَّه ، إني قد أَجَرْتُه ، فقال رسول اللَّه ﷺ : « اذهب به فقد أَمَّنَّاه حتى تغدو به » ، فرجعت به إلى منزلي ، فلما أصبح غدوتُ به إلى رسول اللَّه ﷺ إلى أن أسلم وعقد الأمان لأهل مكة على أن من ألقى سلاحه فهو آمن ، فقلت : إن أبا سفيان يحب الصِّيت ، فاجعل له شيئًا . قال : « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن تعلق بأستار الكعبة فهو آمن ، ومن أغلق بابه فهو آمن » . ثم أمر به النبي ﷺ فأجلسه بمضيق الوادي حتى يبصر جنود اللَّه ، [فرده العباس ، فقال : أغدرًا يا بني عبد مناف ؟ فقال العباس : لا ، ولكن يجلس في موضع كذا حتى يبصر جنود اللَّه] [٤] ، فلما مَرَّتِ القبائل وكتيبة المهاجرين والأنصار ، أمره أن يلحق بقومه [٥] ويحذرهم ، فخرج مسرعًا حتى أتى مكة ، فصرخ في المسجد : يا معشر قريش ، هذا محمد قد جاءكم فيما لا قِبَل لكم به . قالوا : فَمَهْ ، قال : « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن أغلق بابه فهو آمن ، ومن دخل الكعبة فهو آمن » . فتفرق الناس إلى دورهم وإلى المسجد [٦] .

---

(١) كذا في جميع النسخ. (٢) في (م) : [وبدليل] .

(٣) هو : بديل بن ورقاء بن عمرو بن ربيعة بن مازن الخزاعي ، وتوفي ابن ورقاء قبل النبي ﷺ وكان رسول اللَّه أمره أن يحبس النساء والأموال بالجعرانية معه حتى تهدم يعني التي غنمها من حنين . انظر : أسد الغابة ٢٠٣/١ ، ٢٠٤ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) . (٥) في (م) : [بقوله] .

(٦) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣١٩/٣ برقم ٥٠٤٠ ، والطبراني في المعجم الكبير ٩/٨ برقم ٧٢٦٤ .

٣٠٢٦١ - قالوا : هذا عقد النبي ﷺ الأمان ، وقبلوه فدخل مكة ودماؤهم وأموالهم محظورة ، ولهذا قال أبو سفيان : أغدْرا يا بني عبد مناف . فلولا أنهم صالحوا ، لم يكن رده غدرًا .

٣٠٢٦٢ - والجواب : أن أبا سفيان لم يكن رسولًا لأهل مكة حتى إذا عُقِد الصلح تَمَّ بعقده لهم ، وإنما خرج مجسسًا وهو لا يعلم أن النبي ﷺ قصدهم . يبين ذلك أن ابن إسحاق روى القصة عن الزهري قال : حدثني عبد اللّه بن عبيد اللّه عن ابن عباس قال : لما نزل رسول اللّه ﷺ بمَرِّ ظَهْرَان ، وعَمِيتِ [١] الأخبار على أهل مكة ، قال العباس : فجلست على بغلة رسول اللّه البيضاء فخرجت عليها ، حتى دخلت الأراك أقول : لعلي ألقى بعض الحطابة أو صاحب لبن أو ذا حاجة . قال : وإني لأسير عليها وألتمس ما خرجت له ، إذا سمعت كلام أبي سفيان [وبديل وهما يتراجعان ، وأبو سفيان] [٢] يقول : ما رأيت كالليلة نيرانًا قط ولا عسكرًا ، قال بديل : هذه واللّه ، هذه خزاعة حمشتها [٣] الحرب ، فقال أبو سفيان : خزاعة واللّه أذل من أن تكون هذه نيرانها [٤] .

٣٠٢٦٣ - فإذا لم يكن رسولهم ، لم ينعقد استئمانه [٥] ، وإنما يقف الأمان على إجازتهم ورضاهم .

٣٠٢٦٤ - وأيضًا فأبو سفيان لم يلتمس الأمان ، وإنما طلب له العباس الفخر ، فقال عليه السلام : « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن » ، فقال أبو سفيان : وما تغني داري .

٣٠٢٦٥ - وكيف يعقد عليه السلام صلحًا ، وقد كان أبو سفيان خرج إلى المدينة لما نقضت قريش لتجديد العهد ، فقال النبي ﷺ : « قد جاءكم أبو سفيان ، وسيرجع راضيًا بغير شيء » [٦] . ولم يعقد معه ، وإنما تفضل النبي ﷺ بالمَنِّ عليهم عند القدرة فلما دخل أبو سفيان مكة فأخبرهم نزول النبي ﷺ وما مَنَّ به عليهم عند القدرة .

٣٠٢٦٦ - قال الزهري في حديثه : فأتت إليه هند بنت عتبة فأخذت [٧] بشاربه [٨]

---

(١) في (م) : [وعمت] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) في (م) : [خمسها] .

(٤) المصدر السابق .

(٥) في (م) : [اسمايه لهم] .

(٦) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٣١٢ برقم ٥٠٣٥ .

(٧) ساقطة من (ص) .

(٨) في (م) ، (ص) : [بسارية] ، والمثبت من مصادر التخريج وهو الصواب .

وقالت : « اقتلوا الحميت الدسم » (١) . وإذا لم يُعْلَم قبولهم للأمان ، لم يمنع (٢) ذلك دخوله عَنْوة .

٣٠٢٦٧ – ولأنهم إذا ادعوا قبول جميع أهل مكة للأمان ، لم يصح ، لأنا قد روينا أن بعض أهلها قبلوا الأمان ، فدار الحرب إذا استأمن بعض أهلها أو أسلموا لم يمنع دخول المسلمين عَنْوة وقَهْرا ، وإنما يمنع من ذلك استئمان جميعهم ، وقد نقلنا خلاف ذلك . ولو لم ننقله لم يكن لمخالفنا حجة حتى ينقل قبول الجميع ، وهذا لا سبيل إليه ، فكيف يكونوا قبلوا الأمان وقد روينا أنهم التجئوا إلى الكعبة وهم يرون السيف لا يرفع عنهم ، وقد كان مشركي قريش – وهو منهم – يعلم أن النبي ﷺ أوفاهم بعهد وذمة ، فكيف (٣) يتم بينهم أمان ثم يتصورون أن يَغْدِر بهم فلا يُرفع السيف عنهم ؟! ومن أقدم على مخالفة هذه الأخبار بعد ظهورها ، كفى خَصْمه مؤنته .

٣٠٢٦٨ – احتجوا : بما روى أنس بن مالك وسعد بن أبي وقاص أن النبي ﷺ أَمَّن الناس [كلهم إلا ستة نفر فإنه أمر بقتلهم (٤) .

٣٠٢٦٩ – قلنا : قد روينا أن النبي ﷺ أَمَّن الناس] (٥) يوم الفتح إلا العدد الذي استثناه ، وهذا يدل أنهم لم يقبلوا الأمان الأول ، وأنه ﷺ دخل بغير أمان ، لولا ذلك لم يكن لتجديد أمان آخر معنًى .

٣٠٢٧٠ – ولأنه ﷺ عقد لأبي سفيان أمانًا مطلقًا ، ثم أَمَّن الناس بمكة واستثنى ، فدل على سقوط حكم ذلك الأمان ، وإلا لم يجز الاستثناء بعد الإطلاق .

٣٠٢٧١ – يبين هذا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال يوم الفتح : « كُفُّوا السلاح إلا خزاعة عن بني بكر » . ولا يصح أن يأمر بكف السلاح إلا وهو مبسوط ، فدل على أن دخولها وقع بغير أمان .

٣٠٢٧٢ – قالوا : يجوز أن يكون الاستثناء في أمان أبي سفيان . قالوا : لأن الأمان الأول مفسر وهو مطلق ، فيحمل المطلق على المفسر .

٣٠٢٧٣ – قلنا : لم ينقل أحد في قصة أبي سفيان استثناءً ، ولو كان لم يُتْرَك نقله ،

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/٣١٩ .

(٢) في (م) : [يعلم] . (٣) بعده في (م) : [يكونوا قبلوا] .

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/٦٢ برقم ٢٣٢٩ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

وكذلك أبو سفيان لما حكى لأهل مكة الأمان لم يذكر فيه استثناءَ أحدٍ ، فدل أن هذا أمان آخر غير الأول ، وذلك لا يجوز أن يكون إلا مع سقوط الأول .

٣٠٢٧٤ – قالوا : روي عن صفوان بن أمية أنه [١] عَهِد النبي ﷺ إلى أمراء الأجناد حين أمرهم أن يدخلوا مكة ألا يقاتلوا إلا من قاتلهم [٢] .

٣٠٢٧٥ – قلنا : قبل دخول النبي ﷺ كان الأمان الأول بحاله ، فأمرهم ألا يبتدئوا القتال . فلما اجتمعت الأوباش وقاتلوا وقتلوا من المسلمين ، بطل أمانهم ، فدخلت الأجناد بغير أمان . ثم استأنف عليه السلام المَنَّ عليهم بمكة كما ذكرنا [٣] .

٣٠٢٧٦ – قالوا : روي أنه ﷺ أعطى الراية سعد بن عبادة ، فأخذها وقال : اليوم يوم الملحمة ، اليوم تسبى الحرمة ، فقال عليه السلام : « اليوم يوم المرحمة ، اليوم تستر الحرمة » . فأمر علي بن أبي طالب فأخذ الراية [٤] .

٣٠٢٧٧ – قلنا : هذا كان قبل الدخول ، وقد بينا أنه قبل أن يدخله كان يجوز أن يقبلوا الأمان فلا يكون يوم [٥] الملحمة ، فأما حال الدخول فقد كان الأمان زال بقتالهم وقتلهم المسلمين ، يبين ذلك ما روى ثابت عن أنس بن مالك أنه عليه السلام لما دخل مكة مشى ابن رواحة بين يديه وهو يقول :

خلوا بني الكفار عن سبيلهِ اليوم نضربكم على تأويلهِ
ضربًا يزيل الهام عن مقيلهِ ويذهل الخليل عن خليلهِ

٣٠٢٧٨ – فقال عمر : يا ابن رواحة بين يدي رسول الله وفي حرم الله تعالى تقول الشعر ، ! فقال النبي ﷺ : « خَلِّ عنه يا عمر ، فوالذي نفسي بيده ، [لهو أسرع فيهم] [٦] من وقع النبل – أو قال : نضح [٧] النبل – » [٨] . وهذا يبين أن حال

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٢٠/٩ برقم ١٨٠٦٠ .
(٣) في (م) : [بينا] .
(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٢٠/٩ برقم ١٨٠٦٠ ، والطبراني في المعجم الكبير ٦/٨ برقم ٧٢٦٣ ، وابن هشام في السيرة النبوية ٦٥/٥ .
(٥) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(٦) ما بين المعكوفتين في (م) : [لمن أسرع فيهن] .
(٧) في (م) : [بفتح] .
(٨) أخرجه النسائي في سننه ٢١١/٥ برقم ٢٨٩٣ .

الدخول رد الأمان ، وبأن ذلك حال الدخول فدخلوها بغير أمان .

٣٠٢٧٩ - احتجوا : بما روي في شعر حسان قبل خروج رسول الله ﷺ من المدينة :

عدمنا خيلنا إن لم تروها تبين النَّقْعَ موعدها كداءُ
سار عنا الأعنة مسرجات يُلَطِّمُهُنَّ بالخُمُر النساءُ
فإن أعرضتم عنا اعتمرنا وكان الصلح وانكشف الغطاءُ

٣٠٢٨٠ - فلما رأى النبي ﷺ مسح النساء وجوه الخيل بخمرهن ، قال للعباس أو لأبي بكر : « لله در حسان حيث يقول » . قال العباس . قلت : إنه يريد . فأنشدته ، فقال : « كأنما ينطق عن روح القدس » [1] .

٣٠٢٨١ - قالوا [2] : وهذا يدل على أنه دخلها بغير قتال ؛ لأن استثناء النساء ومسحهن وجوه الخيل بخمرهن يدل على عدم القتال وعلى إظهار الفرح والسرور به وبدخوله إلى مكة .

٣٠٢٨٢ - وقوله : « كأنما ينطق عن روح القدس » . يدل على وقوع الصلح كما قال حسان بن ثابت .

٣٠٢٨٣ - والجواب : أن هذه الطريقة من الاستدلال تجمع بين إحالة الرواية وتصور الحال بضدها ، وذلك لأن الشعر موجود في كتاب ابن إسحاق [3] وفي ديوان حسان :

عدمنا خيلنا إن لم تروها تبين [4] النقع موعدها كداء
تظل جيادنا مضمرات [5] يلطمهن بالخمر النساء
فإما تعرضوا عنا اعتمرنا وكان الفتح وانكشف الغطاء
وإلا فاصبروا لجلاد يوم يُعِزُّ [6] اللّه فيه من يشاء
وجبريل رسول اللّه فينا وروح القدس ليس له كفاء

٣٠٢٨٤ - هذا هو الشعر ، فجعلوا بدل « الفتح » « الصلح » ، ليصير ما هو حجة عليهم حجة لهم . ولو كانت الرواية محفوظة كما قالوا ، لم يصح تعلقهم بها ؛ لأنه قال : وإلا فاصبروا لجلاد يوم .

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك ٧٦/٣ برقم ٤٤٤٢ .
(٢) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(٣) انظر : سيرة ابن هشام ٤٩/٤ .
(٤) في مصدر التخريج : [تثير] .
(٥) في مصدر التخريج : [متمطرات] .
(٦) في مصدر التخريج : [يعين] .

٣٠٢٨٥ - وقوله ﷺ : « كأنما ينطق [١] عن روح القدس » . يجوز أن يكون في قوله : وإلا فاصبروا لجلاد يوم . ويبين بطلان ما نقلوه أنه قال : وانكشف الغطاء . [وإذا كان الصلح لا ينكشف الغطاء] [٢] ، وإنما ينكشف بالفتح .

٣٠٢٨٦ - وأما قولهم في مسح النساء وجوه الخيل بخمرهن : يدل على مسرتهن بدخوله [ﷺ] [٣] . فكلام مَنْ لا يفقه ما أراده حسان ولا عِلْمَ له بأيام العرب ، وذلك أن النساء تضرب وجوه الخيل بالخمر [تعبيرًا للرجال وتحريضًا لهم على القتال يقول : لما عجزوا عن ضرب السيوف ، فلم يبقَ إلا الضرب بالخمر] [٤] ، فكيف يحمل هذا على المسرة وهو ضدها ، وكيف يستدل على السِّلْم به وهو دعاء إلى الحرب ،

٣٠٢٨٧ - قالوا : عشرة آلاف من الجيش لو دخلوها بقتال ، لوجب أن يكونوا أخذوا الأموال وسبوا النساء والصبيان ، ولكان قسم الدور والعقار والأموال بين الغانمين ، فلما لم ينقل أن أحدًا أخذ [٥] مالًا ولا ذرية ، دل [٦] على أنهم أخذوها صلحًا .

٣٠٢٨٨ - قلنا : إذا نقلنا القتال وقتل المسلمين وقتل المشركين ومباشرة سادتهم للحرب وهو منهم يقاتل النقل لعدم النقل وبالاستدلال والاستقرار هذا لا يقابل .

٣٠٢٨٩ - ثم قد روي أنه في حال دخوله قال القائل لا يعرف : لا قريش بعد اليوم . فقال ﷺ : « الأسود والأبيض آمن » [٧] . فالتشاغل بالقتال والتحفظ من العدو شَغَلَهم عن النهب والسلب ، ولم تنصرم هذه الحالة حتى أَمَّنهم النبي ﷺ ، فلم يبقَ للنهب وقت .

٣٠٢٩٠ - وقد روي أن أخت أبي بكر الصديق كانت تقود إبلها ، فسُلِبت [٨] . هذا يدل على أن القوم دخلوا حربًا . وجمله الأمر : أن الصلح عقد بالحديبية وهو دون مكة وأعمض فنقل نقلًا أُجْمِع عليه ولم يُختلف فيه ، فكيف يظن أن الصلح عقد [٩] بمكة كان كذلك ، ثم لم ينقل كنقل صلح الحديبية أو اشتهر ، وكيف يكون الصلح وأهل المغازي نقلوا مغازي النبي ﷺ وعددها وأصنافها ؟ .

٣٠٢٩١ - قال الواقدي : حدثني - وذكر نيفًا وعشرين رجلًا من أهل المدينة -

---

(١) في (م) : [فطل] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدرك في الهامش .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٥) ساقطة من (م) .
(٦) ساقطة من (م) .
(٧) أخرجه أحمد في مسنده ١٣٥/٥ .
(٨) انظر : مختصر سيرة ابن هشام ١٤٠/٢ .
(٩) ساقطة من (م) .

قال : فكلٌّ حدثني من هذا بطائفة وبعضهم من بعض ، وغيرهم قد حدثني أيضًا ، وكتبتُ [(١)] كل الذي حدثوني . ثم قال : كانت مغازي النبي ﷺ بنفسه سبعًا وعشرين غزوة ، وكان ما قاتل فيها تسعًا : بدر القتال [(٢)] ، وأحد ، والمُرَيْسِيع ، والخندق ، وقريظة ، [وخيبر ، والفتح ، وحُنين] [(٣)] ، والطائف [(٤)] . وإذا اقتصر مخالفنا في مقابلة هذا النقل على التجويز والتعجب لم ينتفع به .

٣٠٢٩٢ – فأما قسمة الأرَضين [(٥)] : فالإمام عندنا إذا فتح أرضًا جاز أن يُقِرَّ أهلها عليها ، ويَمُنَّ عليهم بأموالهم وذراريهم .

٣٠٢٩٣ – ولأنه عليه السلام لم يغنم أرضهم ؛ لأن أرض الحرم لا تملك كما لا يملك موضع الطواف و [(٦)] بين الصفا والمروة .

٣٠٢٩٤ – احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ قال : « اللَّهم إني أبرأ إليك مما فعله خالد » [(٧)] . وهذا إنكار لقتال خالد .

٣٠٢٩٥ – قلنا : هذا غلط عظيم [(٨)] ، لم يقل النبي ﷺ هذا لأجل قتال مكة ، وإنما بعث السرايا بعد الفتح فدعوا الناس إلى الإسلام ، ولم يأمرهم بالقتال ، وبعث خالد بن الوليد داعيًا ولم يبعثه مقاتلًا وأمره أن يسير بأسفل تِهَامَة [(٩)] ومعه سُلَيْم ومُدْلِج [(١٠)] وقبائل من غيرهم من عيونهم ، فلما نزلوا الغُمَيْصاء [(١١)] وهي ما [(١٢)] من [(١٣)] بني جَذِيمة [(١٤)] بن عامر بن عبد مناف ، فكانت جَذِيمة [(١٥)] قتلت عوف بن

---

(١) في (م) : [وكيف] . (٢) في (م) : [العار] .
(٣) ما بين المعكوفتين في (م) : [وحنين ، والفتح ، وخيبر] .
(٤) انظر : الطبقات الكبرى ٦/٢ . (٥) بعده في (م) : [والأموال] .
(٦) ساقطة من (م) .
(٧) أخرجه البخاري في صحيحه ١٥٧٧/٤ برقم ٤٠٨٤ .
(٨) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .
(٩) بعده في (م) : [داعيًا] .
(١٠) في جميع النسخ : [مذحج] ، والمثبت من مصادر التخريج .
(١١) في جميع النسخ : [العمصا] ، وما أثبتناه هو الصواب .
(١٢) كذا في جميع النسخ ، ولعلها : [ماء] .
(١٣) بعدها في (ص) توجد إحالة على الهامش بمقدار كلمتين ، لكن بها طمس .
(١٤) في جميع النسخ : [خزيمة] .
(١٥) في جميع النسخ : [خزيمة] ، والمثبت من مصدر التخريج .

عبد عوف أبا عبد الرحمن بن عوف والفاكه بن المغيرة عم خالد ، فلما رأوه أخذوا السلاح ، فقال خالد : ضعوا السلاح ، فإن الناس قد أسلموا . فلما وضعوا السلاح ، أمر بهم فَكُتِّفُوا وعرضهم على السيف ، فقتل من قتل منهم . فلما بلغ النبي ﷺ قال : « اللَّهم إني أبرأ إليك مما فعله خالد » . وبعث لعلي [١] بن أبي طالب وقال : اخرج إلى هؤلاء القوم ، وانظر في أمرهم ، وضَعْ أمر الجاهلية تحت قدميك » . فخرج علي ومعه مال فوَدَاهم [٢] .

* * *

---

(١) في (م) : [بعلي] .

(٢) أخرجه ابن هشام في السيرة النبوية ٩٦/٥ .

مسألة ١٥٠٢

خراج أرض الذمي إذا أسلم

٣٠٢٩٦ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا أسلم الذمي ، لم يسقط خراج أرضه ، وسقط خراج رقبته [١] .

٣٠٢٩٧ - وقال الشافعي رحمه الله : يسقطان جميعًا [٢] . وزعموا أن الخراج الموضوع على السواد المفتتح في زمن عمر بن الخطاب لا يسقط .

٣٠٢٩٨ - وإنما نخالف في بلد من بلاد الكفار وصالحهم الإمام على أن يُؤَمِّنهم ويُقِرَّهم على أملاكهم وتجري في بلدهم أحكام المسلمين ، ويؤخذ منهم من كل جَرِيب كذا قالوا ، فإن كان جملة ما على البلد إذا قسط [٣] على الرقاب أصاب كل رقبة دينارًا فصاعدًا ، جاز وكان ذلك جزية . فإذا أسلموا ، سقط ، وإن كان نصيب كل واحد أقل من دينار لم يجز .

٣٠٢٩٩ - وأصحابنا في هذه المسألة دلوا على أن خراج السواد لا يسقط وهذا موضع اتفاق . وقد دل عليه قوله ﷺ : « منعت العراق قفيزها ودرهمها » [٤] . فذم الناس في آخر الزمان يمنعوا الخراج . ولا يجوز أن يكون الذم للكفار ؛ لأن ذمهم بالكفر أولى ، فعلم أن الذم توجه إلى المسلمين ، فالخراج يجب على المسلمين .

٣٠٣٠٠ - وقد دلت الدلالة على أن السواد أُقِرَّتْ [٥] أرضه على أملاك أهله ، وأن الخراج الموضوع ليس بأجرة ولا ثمن ، فإذا لم يسقط بالإسلام فكذلك كل خراج وضع على الأرض .

٣٠٣٠١ - ولأنه إذا صالح أهل بلد من المشركين على أن يضع على رءوسهم حقًّا

---

(١) انظر : المبسوط ٨٤/١٠ وعبارته : وإذا أسلم الذي على أرضه كان عليه خراجها كما كان عندنا .

(٢) انظر : أسنى المطالب ٢١٩/٤ وعبارته : لو صالحناهم وأبقينا أرضهم على ملكهم وضربنا عليهم خراجًا يؤدونه كل سنة عن كل جريب كذا يفي ذلك الخراج بالجزية عن كل واحد منهم جاز فالمأخوذ جزية . وانظر: مغني المحتاج ٧٥/٦ ، ٧٦ ، والأحكام السلطانية ص٢١٨ - ٢٢٠ .

(٣) في (م) : [سقط] ، وفي (ص) تحتمل : [سقط] ، وتحتمل : [قسط] .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه ٢٢٢٠/٤ برقم ٢٨٩٦ .

(٥) في (م) : [أقرب] .

مقدرًا [وعلى أرضهم حقًّا مقدرًا] [١] ، فهذا حق لا يتعلق بالرقاب وإنما يتعلق بالأَرَضين ، فلا يسقط بعد وضعه وحصول منفعة الأرض كالعشر .

٣٠٣٠٢ - ولأن ما يجب على الرقبة ، لا يسقط بالإسلام كالديوان ، وأما الذي [٢] ذكروه من الصلح حق على الأَرَضين [٣] .

٣٠٣٠٣ - وقولهم : إن ذلك جزية .

٣٠٣٠٤ - فعندنا إنما وضعه الإمام على أرضهم ، فقسط على الأَرَضين والرقاب ، فحصة الرقاب جزية ، وحصة الأَرَضين الخراج . ولو قلنا : إن جميعه جزية ، أدى إلى أن تكون أرض منتفع بها في دار الإسلام لا حق عليها ، وهذا لا يجوز كأرض المسلم .

٣٠٣٠٥ - ولأن المسلم أخص بدار الإسلام من الكافر ، فإذا لم تسلم له منفعة الأرض [٤] إلا بحق تجب عليه ، فالكافر أولى .

٣٠٣٠٦ - ولأنهم أسقطوا الخراج بالإسلام ، لم يخلو أن يُوجِبوا العشر أو لم يوجبوا شيئًا ، ولا يجوز إسقاط الإيجاب ، كما لا يجوز ذلك في أرض المسلم الأصلي . ولا يجوز إيجاب العشر ؛ لأن الخراج أنفع للمسلمين ؛ لأنه يُصْرَف إلى مصالح جميعهم ، والعشر حق لمصالح فقرائهم خاصة ، ولا يجوز أن ينقل أنفع الحقين وأعمهما نفعًا إلى أدونهما .

٣٠٣٠٧ - احتجوا : بما روي أنه صلى الله عليه ﷺ قال : « لا ينبغي لمسلم أن يؤدي الخراج ، ولا لكافر أن يدخل المسجد الحرام » [٥] .

٣٠٣٠٨ - قلنا : المراد بهذا الجزية ؛ لأن الخراج المتعلق بالأرض [٦] لم يوضع في زمان النبي ﷺ .

٣٠٣٠٩ - قالوا : مال مأخوذ في مقابلة الحقن والإقرار على الكفر كجزية الرءوس .

٣٠٣١٠ - قلنا : لا نسلم أن تؤخذ في مقابلة الحقن ، فالموضوع على الأرضين لا تعلق له بذلك . والمعنى في الجزية أنها [٧] وضعت على الرقاب إذلالًا ، والمسلم لا يجوز أن يستذل ، والخراج يوضع على الأَرَضين ، وحقوق الملك ليس فيها إذلال ، فلم تسقط

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٢) في (م) : [الذين] .
(٣) في (م) : [الأرض] .
(٤) في (م) : [أرض] .
(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٣٩/٩ برقم ١١٦ .
(٦) في (م) : [بالأرضين] .
(٧) بعده في (م) : [لو] .

بالإسلام .

٣٠٣١١ - قالوا : حق يُبتدأ به الكافر كالجزية .

٣٠٣١٢ - قلنا : يبطل بحق الركاز .

٣٠٣١٣ - وإن قالوا : لا يُبتدأ به الكافر ؛ لم نسلمه ؛ لأن الخراج يجوز أن يوضع ابتداء على المسلم إذا أحيا أرضًا في حيز أرض الخراج بالأنهار التي حفرها أهل الحرب ثم غلبنا عليه ، والمعنى في الجزية ما ذكرنا .

* * *

مسألة ١٥٠٣

إحياء المسلم أرض الخراج

٣٠٣١٤ - قال أبو يوسف رحمه الله : إذا أحيا المسلم [١] أرضًا من حيز أرض الخراج ، وُضِع عليها الخراج .

٣٠٣١٥ - وقال محمد رحمه الله : إن كان أحياها بما هو مغنوم ، وضع الخراج على أرضه فهي أرض خراج [٢] .

٣٠٣١٦ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يجب على المسلم خراج [٣] .

٣٠٣١٧ - لنا : أن هذه الأنهار غُنِمت ووضع الخراج على أرضها ، فقد تعلق الخراج بها ، فإذا ساق المسلم ماءها إلى هذه الأرض ، التزم الحق المتعلق بمائها . والخراج يجوز أن يلزم المسلم بالتزامه كما لو تكفل بجزية ذمي أو بخراجه .

٣٠٣١٨ - ولأن الخراج أحد حقي الأرض ، فجاز أن يؤخذ من المسلم كالعشر .

٣٠٣١٩ - ولأنه حق يسقط بتعذر الانتفاع به كالعشر [٤] .

٣٠٣٢٠ - احتجوا : بقوله ﷺ : « ليس على المسلم خراج » [٥] . وقد بينا أن المراد به الجزية ؛ لأنها تسمى خراجًا .

٣٠٣٢١ - قالوا : حق يُبتدأ به الكافر كالجزية ؛ والجواب : ما بينا .

* * *

(١) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٢) انظر : البدائع ٥٩/٢ وعبارته : وأما ما أحياه المسلم من الأرض الميتة بإذن الإمام ، فقال أبو يوسف : إن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية ، وإن كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية . وقال محمد : إن أحياها بماء السماء أو بئرًا استنبطها أو بماء الأنهار العظام التي لا تملك مثل دجلة والفرات فهي أرض عشر ، وإن شق لها نهرًا من الأنهار الأعاجم مثل : نهر الملك ، ونهر يَزْدجِرْد فهي أرض خراج . وانظر : شرح السير الكبير ٣٣٨/٣ برقم ١٨٨٠ .

(٣) انظر : الأم ١٦/٤ وعبارته : وما كان من أرض العنوة مواتًا فهو لمن أحياه من المسلمين .

(٤) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٣٣/٤ برقم ٧٢٩٠ .

مسألة ١٥٠٤

انتفاع المسلمين بالطعام والعلف في دار الحرب

٣٠٣٢٢ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : يجوز للمسلمين في دار الحرب أن ينتفعوا بالطعام والعلف ويستصبحوا بالدهن ويصطلوا بالنار ويوقدوا الحطب للحاجة ، ويجوز أن يقاتلوا على دوابهم بسلاحهم عند الحاجة ، ولا يجوز من غير حاجة ، فإذا خرجوا إلى دار الإسلام ، رَدُّوا ما يَصِل من ذلك إلى المغنم إن كان لم يُقْسَم ، وإن قُسِم تصدق بالطعام ورَدَّ السلاح والدواب إلى بيت المال (١) .

٣٠٣٢٣ - وقال الشافعي رَحِمَهُ الله في أحد قوليه : يتملكون وينتفعون به . والقول الآخر مثل قولنا . ومن أصحابه من زعم أن القليل يُنْتَفَع به والكثير يُرَدُّ (٢) .

٣٠٣٢٤ - لنا : ما رواه محمد بن الحسن بإسناده عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه ﷺ قال في يوم خيبر : « ردوا الخيط والمخيط وكلفوا (٣) واعلفوا ، ولا تُخْرِجوا منه شيئًا » (٤) . والمراد بقوله : « ولا تخرجوا » . للانفراد بالانتفاع به ؛ لأنه يجوز إخراجه للمسلمين باتفاق .

٣٠٣٢٥ - وروى محمد بإسناده عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا : ينتفع بالطعام والعلف في دار الحرب ، فإن أخرج منه شيئًا تصدق به (٥) . وعن أبي الدرداء أنه قال فيما يُخْرِجُه : ينتفع به ولا يبيعه (٦) . فحصل من إجماعهم أنه لا يُتَمَلَّك .

٣٠٣٢٦ - ولأن ما جاز الانتفاع به في دار الحرب من أموالهم قبل القسمة ، رُدَّ للغنيمة (٧) بعد الخروج كالدواب والسلاح .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٢٥٢/٣ وعبارة الكنز : وينتفع فيها بعلف وطعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٤٥/٦ وعبارته : من رجع إلى الإسلام أو دار يسكنها أهل الذمة أو العهد وهي في قبضتنا كما قال الأوزاعي ومعه بقية مما تَبَسَّط به ، لزمه ردها إلى المغنم - أي الغنيمة - لزوال الحاجة . والثاني لا يلزمه ؛ لأن المأخوذ مباح .

(٣) في مصدر التخريج : [وكلوا] .

(٤) انظر : شرح السير الكبير ٣٣٨/٣ برقم ١٨٨٢ .

(٥) أخرجه محمد في السير الكبير ١٠١٨/٣ برقم ١٨٨١ .

(٦) انظر : شرح السير الكبير ٣٣٩/٣ برقم ١٨٨٤ .

(٧) في (م) : [القسمة] .

٣٠٣٢٧ - ولأن ما لا يجوز أن يُبتدأ أخذه من الغنيمة ، لا يجوز أن يبقى على أخذٍ [١] سابقٍ ، أصله الدواب .

٣٠٣٢٨ - ولأن الانتفاع بالطعام [٢] في دار الحرب ليس هو على وجه الملك ، وإنما هو على الإباحة ، بدليل ما روى محمد أن [٣] أمير الجيش كتب من الشام إلى عمر : إنا فتحنا أرضًا كثيرة الطعام ، فلم أتقدم بشيء حتى أسألك . فكتب إليه يأمرهم فليأكلوا وليشربوا وليعلفوا ، ولا يبيعوا منه شيئًا ، فإذا باعوا بذهب أو فضة ، وجب فيه حق اللَّه ورسوله وحق المسلمين [٤] .

٣٠٣٢٩ - وروى محمد عن فضالة بن عبد اللَّه أنه سئل عن الانتفاع بالطعام أو بالعلف في دار الحرب ، فقال : أن قومًا يريدون أن يُضِلُّوني ولن أفعل ذلك حتى ألقى محمدًا وأصحابه ، لا بأس أن يأكلوا ويعلفوا وينتفعوا ما لم يتزوَّدوا ، فإذا باعوا منه شيئًا ، وجب فيه سهم اللَّه تعالى [٥] . فإذا ثبت أنه ينتفع به من حق الغير على وجه الإباحة ، فلا يملك كما لو أباح رجل طعامه لغيره .

٣٠٣٣٠ - ولأنا أبحنا الانتفاع للحاجة ، ألا ترى أن أهل الحرب لا يَمُدُّونَهم بالـمِيرة ويَشُقُّ أن يتكلف حَمْلها من دار الإسلام ، وهذه الحاجة تزول بعد الخروج ، والإباحة إذا تعلقت بشرط زالت بزواله .

٣٠٣٣١ - احتجوا : بأن كل ما جاز الانتفاع به في دار الحرب ، جاز أن ينتفع به في دار الإسلام ، أصله ما اشتراه منهم .

٣٠٣٣٢ - قلنا : إذا اشتراه فقد ملكه فينتفع بملكه حيث شاء ، وهذا ليس بملك له ، وإنما ينتفع به على وجه الإباحة ، فلا يجوز له تملكه ولا الانتفاع به بعد زوال سبب الإباحة .

* * *

(١) ساقطة من (م) .

(٢) في (م) : [بالضمان] .

(٣) في (م) : [بن] .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٥٠٤/٦ برقم ٣٣٣٣٠ والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/٩ برقم ١٧٧٨١ .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٥٠٤/٦ برقم ٣٣٣٣٠ .

مسألة ١٥٠٥

استرقاق عبدة الأوثان

٣٠٣٣٣ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : لا يجوز استرقاق عبدة الأوثان من العرب [١] .

٣٠٣٣٤ - وقال الشافعي رحمه الله : يجوز [٢] .

٣٠٣٣٥ - لنا : ما روى محمد في السير الكبير بإسناده عن معاذ أن النبي ﷺ قال يوم خيبر : « لو كان يجري على أحد من العرب رِقٌّ ولاءٍ ، لكان اليوم ، لكنه الإسلام أو السيف » [٣] .

٣٠٣٣٦ - ولأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم ، فلا يسترق رجالهم كالمرتدين .

٣٠٣٣٧ - ولأنه سبب للإقرار على الكفر ، فلا يثبت في حق عبدة الأوثان من العرب كالجزية .

٣٠٣٣٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [٤] .

٣٠٣٣٩ - قلنا : الغنيمة إنما تثبت فيما يُتَمَلَّك ، فاحتاج مخالفنا أن يدل على أن العربي العابد للوثن يُتَمَلَّك حتى يدخل تحت الآية .

٣٠٣٤٠ - قالوا : يجوز استرقاق نسائهم وصبيانهم ، فجاز استرقاق رجالهم كأهل الكتاب .

٣٠٣٤١ - قلنا : المعنى في الأصل أنه لما جاز أخذ الجزية منهم ، جاز استرقاق رجالهم ، وهذا يخالفه .

٣٠٣٤٢ - قالوا : كافر أصلي ، فجاز استرقاقه كالكتابي .

٣٠٣٤٣ - قلنا : التساوي في الأمر الأصلي ، لا يوجب التساوي في أخذ الجزية ، كذلك لا يتساويان في الاسترقاق .

---

(١) انظر : المبسوط ١١٩/١٠ وعبارته : وأما الرجال منهم - أي من مشركي العرب - لا يسترقون عندنا .

(٢) انظر : الأم ٣٩٠/٧ وعبارته : ولكنه - أي العربي المشرك - سبى من ظفر به عنوة وغنمه من عربي وعجمي .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧٣/٩ برقم ١٧٨٤٧ .

(٤) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

مسألة ١٥٠٦

الاعتراف بالنسب بعد الإعتاق

٣٠٣٤٤ – قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] في المسبيين إذا أعتقوا فاعترفوا بالنسب من قبل ذلك ؛ يقبل كما (١) يقبل (٢) المسلم والذمي (٣) .

٣٠٣٤٥ – [وقال الشافعي رحمه الله : إذا جاءوا مسلمين ولا ولاء فيهم ؛ قبلت دعوتهم] (٤) ، وإن كانوا مسبيين ؛ أعتقوا وثبت عليهم الولاء ، لم يثبت إقرارهم حتى تقوم بينة (٥) .

٣٠٣٤٦ – لنا : أن النسب يثبت بالمناكحة وملك اليمين ، وأنكحتهم صحيحة ولهم أملاك ، فيقبل إقرارهم فيها كالمسلمين وأهل الذمة .

٣٠٣٤٧ – ولأن ثبوت الولاء لا ينافي ثبوت النسب ، فيقبل الاعتراف به ، كما يقبل إقرار المسلم بنسب وله نسب أبعد منه .

٣٠٣٤٨ – احتجوا : بأن الولاء ثابت ، فإذا أقر بالنسب ، أسقط حق المولى من الإرث ، وهذا لا يصح .

٣٠٣٤٩ – قلنا : يبطل بالمسلم إذا كان له أخ معروف ، فأقر بابن ، ثبت نسبه ، وإن سقط ميراث الأخ .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٢) ساقطة من (ص) .

(٣) انظر : المبسوط ١٢٠/١٧ وعبارته : إذا كان مع المسبي رجل فأعتق ثم ادعى أن الصبي ابنه يثبت نسبه منه ؛ لأنه يقر بالنسب على نفسه .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدرك في الهامش .

(٥) انظر : الأم مع مختصر المزني ٤٢٨/٨ وعبارة المزني : قال الشافعي : وإذا ادعى الأعاجم ولادة بالشرك فإن جاءونا مسلمين لا ولاء في واحد منهم بعتق ، قبلنا دعواهم كما قبلنا غيرهم من أهل الجاهلية . وإن كانوا مسبيين عليهم رق أو أعتقوا فثبت عليهم ولاء لم يقبل إلا ببينة على ولادة معروفة قبل السبي .

مسألة ١٥٠٧

قال الإمام : من أصاب شيئًا فهو له

٣٠٣٥٠ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : إذا قال الإمام : من أصاب شيئًا فهو له ، فمن [١] أخذ شيئًا ملكه [٢] . وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله .

٣٠٣٥١ - وقال في القول الآخر : لا يجوز [٣] .

٣٠٣٥٢ - لنا : أن النبي ﷺ قال يوم بدر : « من أخذ شيئًا فهو له » [٤] .

٣٠٣٥٣ - ولا يقال : إن الغنيمة كانت يومئذ للنبي ﷺ ، فله أن يُمَلِّكها مَنْ شاء ، لأنا لا نعرف استحقاق النبي ﷺ لجميع الغنيمة في حال من الأحوال ، ولو كان كما قالوا ، لم يصح أن يملك المجهول ويملك بشرط .

٣٠٣٥٤ - ولأن في [٥] هذا حثًّا على القتال ، فصار [٦] كشرط السلب .

٣٠٣٥٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ ﴾ [٧] ، وبقوله ﷺ : « الغنيمة لمن شهد الوقعة » [٨] .

٣٠٣٥٦ - قلنا : فيه إضمار : إلا أن ينفل الإمام ، بدلالة السَلَب [٩] .

٣٠٣٥٧ - قالوا : هذا يصير جُعْلًا على القتال ، وذلك لا يجوز .

٣٠٣٥٨ - قلنا [١٠] : يبطل بالسَلَب وسائر الأنفال .

---

(١) في (م) : [كمن] .

(٢) انظر : البدائع ١١٦/٧ وعبارته : والتنفيل وهو تخصيص بعض الغزاة بالزيادة نحو أن يقول الإمام : من أصاب شيئًا فله ربعه أو ثلثه أو قال : من أصاب شيئًا فهو له أو قال : من أخذ شيئًا أو قال : من قتل قتلًا فله سَلَبه أو قال لسرية : ما أصبتم فلكم ربعه أو ثلثه أو قال فهو لكم . وذلك جائز .

(٣) انظر : أسنى المطالب ٩٤/٣ وعبارته : إذا قال الأمير : من أخذ شيئًا فهو له ، لم يصح .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣١٥/٦ برقم ١٢٥٩٦ .

(٥) ساقطة من (م) .

(٦) في (م) : [فصارت] .

(٧) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥٠/٩ برقم ١٧٧٣٣ .

(٩) في (م) : [النسب] .

(١٠) بعده في (م) : [لا] .

مسألة ١٥٠٨

قتال أهل سوق العسكر وأسارى المسلمين

٣٠٣٥٩ – قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : أهل سوق العسكر وأسارى المسلمين إن قاتلوا مع المسلمين استحقوا السهم ، وإن لم يقاتلوا لم يستحقوا [١] .

٣٠٣٦٠ – وقال المروزي : إذا لم يقاتلوا لم يستحقوا قولًا واحدًا ، وإن قاتلوا على قولين . ومنهم من قال : إن قاتلوا استحقوا ، وإن لم يقاتلوا على قولين [٢] .

٣٠٣٦١ – لنا : أنهم لم يقاتلوا ولا دخلوا دار الحرب قصدًا للقتال ، فصاروا كأهل بقعة القتال .

٣٠٣٦٢ – ولأن الغنيمة تستحق : إما بالقتال أو الإعانة ، وهذا لم يوجد من أهل السوق .

٣٠٣٦٣ – احتجوا : بقوله ﷺ : « الغنيمة لمن شهد الوقعة » [٣] .

٣٠٣٦٤ – قلنا : المراد به : من شهدها للقتال ، بدلالة المجتازين وأهل الموضع .

٣٠٣٦٥ – قالوا : حضروا الوقعة ، فصاروا كالعسكر .

٣٠٣٦٦ – قلنا : أولئك من لم يقاتل منهم فقد أخذ المال بظهره ومعونته ، فاستحق السهم منه ، وهؤلاء لم يقاتلوا ولا أُخِذ المال بظهرهم .

* * *

(١) انظر : المبسوط ٤٦/١٠ وعبارته : وأهل سوق العسكر إن لم يقاتلوا ، فلا سهم لهم ولا يرضخ .

(٢) انظر : أسنى المطالب ٩٧/٣ وعبارته : تجار العسكر ونحوهم من خرج لمعاملة كالخياطية والبزازين والبقالين، شُهِم لهم إن قاتلوا .

(٣) سبق تخريجه .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الجزية

كتاب الجزية (١)

مسألة ١٥٠٩

الجزية من عبدة الأوثان من العجم

٣٠٣٦٧ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : عبدة الأوثان من العجم تقبل منهم الجزية ، ويسترق رجالهم (٢) .

---

(١) جزى الأمرَ يجزي جزاءً ، مثل : قضى يقضي قضاءً وزنًا ومعنًى .
وفي التنزيل : ﴿ يَوْمًا لَّا تَجْزِى نَفْسٌ عَن نَّفْسٍ شَيْـًٔا ﴾ . وفي الدعاء : جزاه اللَّه خيرًا . أي : قضاه له وأثابه عليه .
وقد يستعمل أجزأ - بالألف والهمز - بمعنى : جزى ، ونقلهما الأخفش بمعنًى واحد ، فقال : الثلاثي من غير همز لغة الحجاز ، والرباعي المهموز لغة تميم .
وجازيته بذنبه : عاقبته عليه . وجزيت الدين : قضيته ، ومنه قوله ﷺ لأبي بردة بن نيار لما أمره أن يضحي بجذعة من المعز : « تجزي عنك ولن تجزئَ عن أحد بعدك » .
والجزية : ما يؤخذ من أهل الذمة . والجمع : جِزًى ، مثل : سِدْرَة وسِدْر .
قال الجوهري : الجزية ما يؤخذ من أهل الذمة ، والجمع الجِزَى - بالكسر - ، مثل : لحية ولِحًى . وهي عبارة عن : المال الذي يعقد الذمة عليه للكتابي . وهي فِعْلَة من الجزاء ، كأنها جَزَت عن قتله .
وقال ابن منظور : الجزية أيضًا : خراج الأرض ، قال اللَّه تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ ﴾ .
وقال النووي : الجزية - بكسر الجيم - جمعها : جِزًى - بالكسر - أيضًا ، كقربة وقِرَب ونحوه ، وهي مشتقة من الجزاء ، كأنها جزاء إسكاننا إياه في دارنا ، وعصمتنا دمه وماله وعياله .
وقيل : هي مشتقة من جزى يجزي إذا قضى ، قال اللَّه تعالى : ﴿ وَٱتَّقُوا۟ يَوْمًا لَّا تَجْزِى نَفْسٌ عَن نَّفْسٍ شَيْـًٔا ﴾ . أي : لا تقضي .
وقال الخوارزمي : جزاء رءوس أهل الذمة جمع جزية ، وهو معرب : كزيت ، وهو الخراج بالفارسية .
وقد اختلفت وجهات نظر الفقهاء في تعريف الجزية اصطلاحًا تبعًا لاختلافهم في طبيعتها ، وفي حكم فرضها على المغلوبين الذين فتحت أرضهم عَنْوة :
فعرفها الحنفية والمالكية بأنها : اسم لما يؤخذ من أهل الذمة . فهو عام يشمل كل جزية سواء أكان موجبها القهر والغلبة وفتح الأرض عنوة ، أو عقد الذمة الذي ينشأ بالتراضي .
وعرفها الحصني من الشافعية بأنها : المال المأخوذ بالتراضي لإسكاننا إياهم في ديارنا ، أو لحقن دمائهم وذراريهم وأموالهم ، أو لكفنا عن قتالهم .
وعرفها الحنابلة بأنها : مال يؤخذ منهم على وجه الصَّغَار كل عام بدلًا عن قتلهم وإقامتهم بدارنا . انظر : المصباح المنير مادة (جزى) ، والموسوعة الفقهية الكويتية ١٥/١٥٠ .
(٢) انظر : المبسوط ١٠/١٠٢ وعبارته : فأما عبدة الأوثان من العجم فلا خلاف في جواز استرقاقهم ، وإنما الخلاف في =

٣٠٣٦٨ - وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ : لا [١] يسترقون ، ولا تقبل منهم الجزية [٢] .

٣٠٣٦٩ - لنا : ما روى علقمة بن مرثد [٣] : أن النبي ﷺ كان إذا بعث جيشًا أو سريةً أوصاهم في وصيته : « إذا نازلتم أهل حصن فادعوهم إلى شهادة أن لا إله إلا اللّه » . إلى قوله : « فإن أبوا ، فادعوا [٤] إلى أداء الجزية » [٥] . ولم يُفصِّل .

٣٠٣٧٠ - فإن قيل : النبي ﷺ لم يبعث جيشًا إلى العجم .

٣٠٣٧١ - قلنا : عموم اللفظ [٦] لا يُخَصُّ بالسبب .

٣٠٣٧٢ - ولأنه بعث إلى عمان [٧] وكان فيهم [٨] غير العرب كما يكون في البلاد .

٣٠٣٧٣ - فإن قيل : في الخبر إضمار باتفاق ، فأنتم تضمرون : إذا لم يكونوا من عبدة الأوثان من العرب . [ونحن نضمر : إذا كانوا من أهل الكتاب .

٣٠٣٧٤ - قلنا : لا إضمار في الخبر عندنا بل يجوز أن يكون أخذ الجزية كان في الكتابيين ثم نسخ ذلك في عبدة الأوثان] [٩] .

جواز أخذ الجزية منهم ، فعندنا يجوز ذلك .

(١) ساقطة من (م) .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٦٤/٦ وعبارته : وأما من ليس لهم كتاب ؛ كعبدة الأوثان والشمس والملائكة ومن في معناهم كمن يقول : إن الفلك حي ناطق ، وإن الكواكب لسبعة آلهة . فلا يُقَرُّون بالجزية سواء فيهم العربي والعجمي .

(٣) هو : علقمة بن مرثد الإمام الفقيه الحجة أبو الحارث الحضرمي الكوفي . حدث عن : أبي عبد الرحمن السلمي ، وطارق بن شهاب ، وعبد الرحمن بن أبي ليلى ، وغيرهم . وحدث عنه : غيلان بن جامح ، وأبو حنيفة ، والأوزاعي ، وغيرهم . قال الإمام أحمد : هو ثَبَت في الحديث . توفي سنة ١٢٠ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء ٤٢/٦ .

(٤) في (م) : [فادعوهم] .

(٥) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه ١٣٥٧/٣ برقم ١٧٣١ .

(٦) ساقطة من (م) .

(٧) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ٨/٢٠ برقم ١٢ ولفظه : وبعث عمرو بن العاص إلى جيفر وعباد ابني جلندا ملكي عمان .

(٨) في (م) : [فيها] .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

٣٠٣٧٥ - وزعم مخالفنا أن العجم كذلك ويحتاج إلى دليل .

٣٠٣٧٦ - وليس يمتنع أن يكون حكمهم مخففًا في الابتداء ثم غُلِّظ ، كما كان القتال غير مباح ثم فرض ، ويدل عليه ما روي أنه ﷺ كان إذا عرض نفسه على القبائل فقال لهم : « هل لكم في كلمة إن أجبتم إليها دانت العرب ، وأدت إليكم العجم الجزية » [١] وهذا عامٌّ في جميع العجم .

٣٠٣٧٧ - فإن قيل : المراد به : دانت لكم بعض العرب ، كذلك أدت إليكم بعض العجم [٢] الجزية .

٣٠٣٧٨ - قلنا : غلط ، بل المراد كل العرب .

٣٠٣٧٩ - ولأن كل من يقتل من العرب ويموت في دار الإسلام .

٣٠٣٨٠ - ولو سلمنا التخصيص في العرب ، لم يجب أن نخص العجم إلا بدليل .

٣٠٣٨١ - ولأن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هَجَر [٣] وهم [٤] عبدة النار ، وعابد النار كعابد الوثن فلا فرق بينهما .

٣٠٣٨٢ - ولأنه يجوز استرقاق رجالهم ، فجاز أخذ الجزية منهم كأهل الكتاب .

٣٠٣٨٣ - ولأن أهل الجزية والاسترقاق كل واحد منهما [٥] سبب الإقرار على الكفر ، فإذا ثبت أحدهما في عابد الوثن من العجم كذلك الآخر .

٣٠٣٨٤ - ولأنه نوع كفر لم يبالغ أهله في عداوة النبي ﷺ واضطروه إلى مفارقة وطنه وعَرَّضوه للغربة . ولا يلزم المرتد ؛ لأنه بالغ في العداوة حين صدق ثم كذب ورجع عن دينه . وإن شئت أن تحترز تقول : نوع كفر أصلي لم يبالغ أهله في العداوة للنبي ﷺ .

٣٠٣٨٥ - ولأن كل مشرك جاز أن يُقَرَّ على دينه بالرق ، جاز بالجزية ، كالكتابي وعكسه المرتد والعربي الوثني . ولا يلزم نساء العرب وصبيانهم ؛ لأنهم يقرون قبل الاسترقاق ، بدلالة أنه يجوز قتلهم . ولا يلزم النساء المرتدات ، لأنهن لا يقرون على كفرهن بالرق بل يسترقهن ويجبرهن على الإسلام ولا يجبر الكافر الأصلي على ذلك .

٣٠٣٨٦ - فإن قيل : أغلظ من الجزية ، فلا يقال : لما جاز إقرارهم على كفرهم

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٣٦٢/١ برقم ٣٤١٩ .

(٢) في (م) : [العرب] .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ١١٥١/٣ برقم ٢٩٨٧ .

(٤) في (م) : [ومنهم من] .

(٥) في (م) : [منهم] .

بأغلظ الأمرين ، جاز بأدناهم كما لا يقال : لما جاز إقرارهم بالمال المقدر جاز بما دونه ، ولما جاز قتل المرتد جاز أخذ الجزية منه .

٣٠٣٨٧ - قلنا : عند مخالفنا يجوز المَنُّ على الوثني ورده إلى دار الحرب فيعود حربيًّا لنا بغير شيء ، فإذا جعلناه ذمة فقد ثبتت يدنا عليه وصار مسلمًا لنا وأخذنا منه المال ، فقد جوز مخالفنا إقراره على الكفر بالأثقل والأخف فلم يصح ما قاله .

٣٠٣٨٨ - ولأنه تصالح أهل الحرب بغير شيء نأخذه ، وتصالحهم بمال نأخذه منهم فسقط القتل بالأثقل ، يبين ذلك أن المرتد لما لم يجز أن يقر أحد الجهتين كذلك الأخرى ، والكتابي لما جاز إقراره جاز بهما .

٣٠٣٨٩ - فإن قيل : الكتابي متمسك بالكتاب ، والوثني غير متمسك بكتاب .

٣٠٣٩٠ - قلنا : المجوسي كذلك ، وقد جاز إقراره بالجزية .

٣٠٣٩١ - ولأنهم تمسكوا بكتاب خالفوه وجحدوا ما فيه من الدلالة على النبي ﷺ من الأحكام فلم يثبت لهم به حرمة .

٣٠٣٩٢ - قالوا : أهل كتاب كان آباؤهم على الحق ، فثبتت لأولادهم حرمة ، وعبدة الأوثان بخلاف ذلك .

٣٠٣٩٣ - قلنا : لو كان هذا اعتبارًا صحيحًا ، كان المرتد أولى ؛ لأن حرمة الإسلام ثبتت لآبائه .

٣٠٣٩٤ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَخَلُّواْ سَبِيلَهُمۡۚ ﴾ (١) .

٣٠٣٩٥ - قلنا : هذا يتناول من لا يسقط عنه القتل إلا بعلة واحدة وهي الإسلام ، وفي مسألتنا سقط القتل بعلة أخرى وهي (٢) الاسترقاق ، فعلم أن ذلك غير مراد بالآية .

٣٠٣٩٦ - ولأنها تختص بالوثني العربي .

٣٠٣٩٧ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ ﴾ (٣) . قالوا : فخص أهل الكتاب ، ولا يجوز أن يكون التخصيص للتنبيه ؛ لأن حكم أهل الكتاب أخف من غيرهم ، فلا ينبه بالأخف على الأغلظ ، بقي أن يكون لأن من عداه بخلافه .

٣٠٣٩٨ - قلنا : تخصيص المذكور بحكم لا يدل على أن ما عداه بخلافه ، وقد

---

(١) سورة التوبة : الآية ٥ . (٢) في (م) : [هو] . (٣) سورة التوبة : الآية ٢٩ .

بينا ذلك فيما سلف ، ومثل هذا كثير في القرآن . ويجوز أن يكون التخصيص للتنبيه ليبين أن أهل الكتاب مع حرمة الكتاب وإيمانهم بالله إذا لم يجز إقرارهم وترك قتلهم إلا بأداء الجزية ، فعبدة الأوثان أولى ألا يقروا على كفرهم بغير شيء .

٣٠٣٩٩ - قالوا : قوله تعالى : ﴿ مِّنَ أَهۡلِ ٱلۡكِتَٰبِ ﴾ يقتضي التخصيص في اللغة والتبعيض .

٣٠٤٠٠ - قلنا : ﴿ مِّنَ ﴾ هاهنا للتمييز ، ولو كانت للتبعيض لاقتضت جواز أخذ الجزية من بعض الكتابيين وهذا لا يقوله أحد ، وفائدة التمييز : أن الكتابي يجوز أخذ الجزية منه بكل حال ، ومن سواه تؤخذ في حال دون حال .

٣٠٤٠١ - قالوا : روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن النبي ﷺ كتب إلى أهل اليمن أن تؤخذ الجزية من أهل الكتاب من كل محتلم دينارًا [١] .

٣٠٤٠٢ - قلنا : وروي : أنه ﷺ أمر معاذًا أن يأخذ من أهل الكتابين من كل حالم وحالمة دينارًا [٢] . وهذا يقتضي أهل الكتاب وغيرهم .

٣٠٤٠٣ - وتخصيص الكتاب في خبرهم يجوز أن يكون ؛ لأنه لم يكن باليمن إلا كتابي أو وثني عربي ، فخص بهذه العلة .

٣٠٤٠٤ - قالوا : روى عبد الرحمن بن عوف عن النبي ﷺ أنه قال في المجوس : « سُنُّوا بهم سنة أهل الكتاب » [٣] .

٣٠٤٠٥ - قلنا : هذا هو الدليل عليكم ، فإن المجوس لو كانوا أهل كتاب لم يقل : سنوا بهم سنتهم . وهذا يدل على أن الجزية [٤] لا تختص [٥] الكتابيين .

٣٠٤٠٦ - قالوا : روي أن عمر شك في المجوس فقال : ما أصنع بالطائفة التي ليست من أهل الكتاب ؟ حتى روى عبد الرحمن هذا الخبر .

٣٠٤٠٧ - قلنا : ذهب عمر بن الخطاب إلى ظاهر التخصيص ، ولم تقم عنده دلالة في غيره ، فلما روى عبد الرحمن الخبر علم أن الحكم غير مختص بالكتابيين ، وأنه يتعدى إلى غيرهم فرجع إلى ذلك .

٣٠٤٠٨ - قالوا : روي أن فروة بن نوفل الأشجعي قال : عَلامَ تؤخذ الجزية من

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٢٤٤/١١ برقم ٤٨٨٦ .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٣٣٠/١٠ برقم ١٩٢٦٨ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٨٩/٩ برقم ١٨٤٣٤ .

(٤) في (م) : [أهل الحرب] .

(٥) كذا في جميع النسخ .

المجوس وليسوا أهل الكتاب ، فقام إليه المِسْوَر وأخذ بلبته وقال : يا عدو اللّه ، تطعن على أبي بكر وعمر وعلي وقد أخذوا منهم الجزية ؟! وذهب به إلى القصر ، فخرج علي وجلس في ظل القصر فقال : أنا أعلم الناس بهم ، كان لهم علم [١] يعلمونه وكتاب يدرسونه ، وإن ملكهم سكر فواقع ابنته . فذكر الحديث . إلى أن قال : فأصبحوا وقد أُسْرِيَ بكتابهم ورُفِع من بين أظهرهم وذهب العلم الذي في صدورهم ، فهم أهل الكتاب ، وقد أخذ النبي ﷺ وأبو بكر منهم الجزية [٢] .

٣٠٤٠٩ - وهذا يدل على أنهم اعتقدوا أن الحق يختص بأهل الكتاب .

٣٠٤١٠ - قلنا : قد بينا أن قول النبي ﷺ : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » . يدل أنه لا كتاب لهم ، ويدل على أن الجزية لا تختص بأهل الكتاب ، فلا يصح الرجوع إلى قول فروة إذا كان قوله ﷺ بخلافه .

٣٠٤١١ - وما ذكروه يدل على أنه لا كتاب لهم ؛ لأنه إذا رفع نزع من صدورهم خرجوا من أن يكونوا أهل كتاب ، ولم يمنع ذلك أخذ الجزية منهم .

٣٠٤١٢ - قالوا : روي عن حذيفة أنه قال : لولا أني رأيت أصحابي أخذوا الجزية من المجوس ، ما أخذتها منهم . وتلا الآية [٣] . وامتنع عمر من أخذ الجزية حتى روى عبد الرحمن الخبر ، فدل على اختصاص الجزية بأهل الكتاب وأنهم أخذوها من المجوس احتياطًا .

٣٠٤١٣ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الآية دلت على أخذ الجزية من أهل الكتاب ، ولم يَنْفِ عنهم غيرهم ، فحكم غيرهم موقوف على الدليل ، فمن لم تقم عنده دلالة تَوَقَّف فيمن سوى أهل الكتاب ، وكما خفي على عمر : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » . ويخفى عليه قوله ﷺ : « ويؤدي إليكم العجم الجزية » [٤] . وأي دليل في هذه الأخبار على أن غير أهل الكتاب يجوز أن تقوم الدلالة على أخذ الجزية منهم ؟ .

٣٠٤١٤ - فأما قول مخالفنا : أنهم أخذوا الجزية من المجوس احتياطًا غلط ؛ لأن الاحتياط أن تقبل ممن بذلها .

٣٠٤١٥ - وعمر وضعها على أهل السواد [٥] مبتدئًا ولا احتياط في هذا ؛ لأنه

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٨٨/٩ برقم ١٨٤٣٠ .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه ١٥٥/٢ برقم ٥ . وقوله : « وتلا الآية » . يقصد قوله تعالى : ﴿ قَٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ ﴾ (التوبة/٢٩) .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة ٤٣٥/٦ برقم ٣٣٧١١ .

يجوز قتل أهل الكتاب إذا لم يبذلوا الجزية باتفاق ، فدل على أنهم أخذوا من المجوس ؛ لأن الحكم يختص بغير أهل الكتاب لا لما ذكروه .

٣٠٤١٦ – قالوا : وثنيون لا تؤخذ منهم الجزية كالعرب .

٣٠٤١٧ – قلنا : المعنى في العرب أنهم بالغوا في أذية النبي ﷺ وعرضوه لمفارقة وطنه ، فغُلِّظ أمرهم وهذا لا يوجد في العجم .

٣٠٤١٨ – فإن قيل : أذيته ﷺ كانت من أهل مكة خاصة ، فلم وجب أن يَعُم التغليظ جميع العرب . قالوا : وقد أذاه اليهود ، ولم يمنع ذلك قبول الجزية منهم .

٣٠٤١٩ – قلنا : أهل مكة ومن والاها من بني ثقيف وبني بكر وغيرهم اتفقوا في أذية النبي ﷺ وتكذيبه والقعود عن إجارته ، ولم يكن في العرب منكر لما أتوه ، فجرى حكم التغليظ على جماعتهم .

٣٠٤٢٠ – فأما اليهود فلم يعرضوا النبي ﷺ للغربة ولا قدروا على إخراجه من وطنه .

٣٠٤٢١ – وإن شئت قلت : إن العرب لهم حرمة لكون النبي ﷺ منهم ، فلم يقبل منهم الجزية ليقروا بها على التي بينه ، ولم تثبت هذه الحرمة للعجم فصاروا كأهل الكتاب ، ولهذه العلة لم تقبل الجزية من المرتدين ؛ لأن حرمة الإسلام ثبتت لهم .

٣٠٤٢٢ – قالوا : من لم تقبل منه الجزية إذا كان عربيًّا ، لم تقبل منه الجزية إذا كان أعجميًّا ، أصله : المرتد .

٣٠٤٢٣ – قلنا : المرتد لا يقر على كفره بالاسترقاق ، فكذلك الجزية .

٣٠٤٢٤ – قالوا : غير منتسب لكتاب ولا شبه كتاب ، فلم تقبل منه الجزية كالمرتد والوثني العربي .

٣٠٤٢٥ – قلنا : إيمانهم بكتاب قد جحدوا ما فيه وغيروه وبدلوه [1] لا يجوز أن يخفف حالهم كالمسلم إذا استحل الخمر والزنى فهو متمسك بكتاب ولا يقر على ذلك بالجزية ، وإن تمسك بالكتاب لما نبذ أحكامه ولم يؤدِ حقه ، والمعنى في المرتد والعربي ما قدمنا .

٣٠٤٢٦ – قالوا : الجزية عقوبة فيستوي فيها العرب والعجم كالقتل .

٣٠٤٢٧ – قلنا : القتل يستوي فيه الكتابي والوثني ، فكذلك استوى فيه العربي والعجمي ، والجزية فارق أهل الكتاب فيها غيرهم ، فجاز أن يفارق العربي العجمي .

---

(١) في (ص) : [نبذوه] .

مسألة ١٥١٠

مراتب الجزية

٣٠٤٢٨ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : الجزية على مراتب : توضع على الغني المكثر ثمانية وأربعين ، وعلى المتوسط أربعة وعشرون ، وعلى الفقير المعتمل اثنا عشر درهمًا (١) .

٣٠٤٢٩ - وقال الشافعي رحمه الله : مقدرة بدينار يستوي فيها الغني والفقير (٢) .

٣٠٤٣٠ - لنا : ما روى عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم ومحمد بن عبد الرحمن الثقفي : أن عمر بن الخطاب وَجَّه حذيفة بن اليمان وعثمان بن حَنِيف (٣) إلى السواد ، [فمسحا السواد] (٤) ، ووضعا عليهم الخراج ، وجعلا الناس ثلاث طبقات ، ووضعا عليهم الجزية : على الغني المكثر ثمانية وأربعين ، وعلى المتوسط أربعة وعشرين درهمًا ، وعلى الفقير المعتمل اثنا عشر ، ورجعا إلى عمر فأخبراه بذلك (٥) . وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير ، وعمل به عثمان وعلي بعد ذلك . وقد قال النبي ﷺ : « ويعقد عليهم أولهم » (٦) . وقال : « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء من بعدي » (٧) . وقال : « اقتدوا باللذَيْن من بعدي أبي بكر وعمر » (٨) .

---

(١) انظر : المبسوط ٧٩/١٠ وعبارته : المعتمل الذي يكتسب أكثر من حاجته ولا مال له يؤخذ منه كل سنة اثنا عشر درهمًا ، والمعتمل الذي له مال ولكنه لا يستغني بماله عن العمل يؤخذ منه أربعة وعشرون درهمًا في كل سنة ، والفائق في الغنى وهو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج إلى العمل يؤخذ منه ثمانية وأربعون درهمًا .

(٢) انظر : أسنى المطالب ٢١٧/٤ وعبارته : ويسن أن يفاوت بينهم ، فيعقد للغني بأربعة ، والمتوسط بدينارين ، والفقير بدينار ، فإن أبى عقدها إلا بدينار .

(٣) هو : عثمان بن حنيف بن واهب بن عوف الأنصاري الأوسي القبائي أبو عبد الله أخو سهل بن حنيف وهو من أهل الكوفة . روي له البخاري في التعاليق ، ومسلم ، والأربعة . توفي في خلافة معاوية . انظر : أسد الغابة ٣٧١/٣ ، وسير أعلام النبلاء ٣/٤ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٩٦/٩ برقم ١٨٤٦٥ .

(٦) أخرجه الإمام الشافعي في الأم ٣٦٨/٧ .

(٧) أخرجه الحاكم في المستدرك ١٧٤/١ برقم ٣٢٩ .

(٨) أخرجه الحاكم في المستدرك ٧٩/٣ برقم ٤٤٥١ .

٣٠٤٣١ – فإن قيل : هذا وضعه بالتراضي ، وعندنا يجوز ذلك .

٣٠٤٣٢ – قلنا : البلاد فتحت عنوة واليد ثبتت عليهم ، فإذا أقروا على دينهم لم يعتبر التراضي في جزيتهم ، ولو كان هذا بالتراضي مع كثرة العدد وتقارب أطراف البلاد لنقل ذلك .

٣٠٤٣٣ – ولأن عمر قال : أراهم يُطِيقون أكثر من ذلك . فزاد عليهم عمر عليهم درهمين وردها إلى الأول [١] . ولو كان الوضع بالتراضي لم يجز أن يزيد عليهم احتمال الزيادة .

٣٠٤٣٤ – فإن قيل : قد روي أنه شَرَط على أهل الشام مع الجزية ضيافة من مَرَّ بهم من المسلمين [٢] .

٣٠٤٣٥ – قلنا : هذا كما زاد على السواد درهمين ثم وضعها .

٣٠٤٣٦ – ولأنه حق يبتدأ به الكافر ، فوجب أن يختلف باختلاف الإمكان كالخراج .

٣٠٤٣٧ – ولأن الخراج على ضربين : خراج على الرءوس ، وخراج على الأرضين ، فإذا كان أحدهما يختلف بحسب الطاقة كذلك الآخر .

٣٠٤٣٨ – فإن قيل : الخراج عندنا وضعه عمر ثمنًا للأرض أو أجرة وذلك بحسب المصلحة ، وقد كان يجوز أن يستوي ويجوز أن يفاضل .

٣٠٤٣٩ – قلنا : لو كان ثمنًا وأجرة ، لم يختلف بما يزرع في الأرض .

٣٠٤٤٠ – ولأن هذه دعوى ، فلا نسلمها فلا يصلح الفصل بها .

٣٠٤٤١ – ولأنه اعتبر فيه الطاقة ، ولو كان ثمنًا لم يعتبر فيه ذلك .

٣٠٤٤٢ – ولأن الحقوق المأخوذة ضربان ، أحدهما : طهرة ، والآخر : جزية ، وإذا كانت الطهرة وهي الزكاة تختلف باختلاف اليَسَار ، كذلك الجزية مثله .

٣٠٤٤٣ – فإن قيل : الزكاة [٣] تختلف باختلاف أجناس المال كذلك تختلف بمقاديره ، والجزية لا تختلف باختلاف أجناس المال ، فلم تختلف باختلاف مقاديره .

٣٠٤٤٤ – قلنا : الزكاة تؤخذ من أجناس المال فاختلفت باختلاف الأجناس ، والجزية تؤخذ من جنس واحد فاختلفت باختلاف الإمكان [٤] ولم تختلف باختلاف الأجناس .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٩٦/٩ برقم ١٨٤٦٤ .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٣٣١/١٠ برقم ١٩٢٧٣ .

(٣) ساقطة من (م) . (٤) في (م) : [المكان] .

٣٠٤٤٥ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴾ [١] . فظاهره يقتضي سقوط القتل عنهم بأي شيء [٢] بذلوه .

٣٠٤٤٦ - قلنا : أجمعنا على أن المراد بذلك مقدارًا مقدرًا واختلفنا فيه ، فلم يصح الرجوع إلى الظاهر ، كما لا يصح الرجوع إلى قوله : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [٣] في المقدر ، إلا أنهم اتفقوا على أن المراد بالآية مقدار لا يدل ظاهرها عليه .

٣٠٤٤٧ - فإن قيل : الجزية فِعْلَة من قولهم : جزى يجزي ، إذا قضى دَيْنه . فأي قدر مضمون يجب أن يكون جائزًا إلا ما خصه الدليل .

٣٠٤٤٨ - قلنا : إذا كان كذلك فيجب أن يقضي ما عليه حتى يقال [٤] : جزي . واختلفنا في مقدار ما عليه ، فإذا أري بعضه فلا يقال : جزي كما لا يقال ذلك لمن قضى بعض دَيْنه .

٣٠٤٤٩ - ولأنه ذكر الجزية بالألف واللام ، وهذا يقتضي جزية مُعَرَّفة ، فلا يجوز حملها على كل مقدار .

٣٠٤٥٠ - احتجوا : بما روي عن معاذ أنه بعثه ﷺ إلى اليمن ، وأمره أن يأخذ من كل حالم دينارًا أو عِدْلَه من المعافر [٥] . قالوا : روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ كتب إلى اليمن بأن يؤخذ من أهل الكتاب من كل محتلم دينارًا [٦] . قالوا : وروي أنه ﷺ ضرب على نصارى أيلة ثلثمائة دينار [٧] وكانوا ثلاثمائة نفس .

٣٠٤٥١ - قلنا : يحتمل أن يكون هذا وُضِع صلحًا فتقدر بحسب التراضي ، يبين ذلك أنه روي في حديث معاذ أنه ﷺ قال له : « خُذْ من كل حالم وحالمة دينارًا » . والنساء لا يؤخذ منهن جزية إلا صلحًا .

٣٠٤٥٢ - وقولهم : إن الشافعي قال : حدثني جماعة بهذا الخبر ، وليس فيه حالمة [٨] .

٣٠٤٥٣ - لا يقدح في رواية من روى الزيادة ، ويُحتمل أن يكون النبي ﷺ عَلِم

---

(١) سورة التوبة : الآية ٢٩ .
(٢) في (ص) : [مقدار] .
(٣) سورة المائدة : الآية ٣٨ .
(٤) ساقطة من (م) .
(٥) أخرجه الحاكم في المستدرك ١/٥٥٥ برقم ١٤٤٩ .
(٦) سبق تخريجه .
(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩/١٩٥ برقم ١٨٤٥٨ .
(٨) انظر : السنن الكبرى للبيهقي ٩/١٩٤ برقم ١٨٤٥٢ .

نقصان طاقتهم فوضع عليهم دون المقادير وقد كانت الأموال على عهده [ﷺ] [١] بالحجاز واليمن قليلة فلما رأى عمر أهل العراق والشام يُطِيقون أكثر من ذلك وضع عليهم بحسب طاقتهم ، ولو كان الدينار سنة مقدرة يتساوى الناس فيه ، لم يجز أن يتجاوز به ، ولم يقره الصحابة على ذلك .

٣٠٤٥٤ – وقد روى أبو عبيدة عن سفيان بن عيينة عن ابن أبي نَجِيح قال : سألت مجاهدًا : لِمَ وضع عمر على أهل الشام الجزية أكثر مما وضع على أهل اليمن ، قال : لليَسَار [٢] .

٣٠٤٥٥ – قالوا : من جاز أن يقر على كفره بالجزية ، جاز أن يقر عليه بدينار ، أصله : الفقير .

٣٠٤٥٦ – قلنا : إن عللتم الجواز قلنا بموجبه في الصلح ، وإن عللتم للوجوب بطل بالصلح .

٣٠٤٥٧ – ولأن موضوع حقوق الأموال التي تجب لحق اللّٰه تعالى يجوز [٣] أن يستوي فيها الفقير والغني ، فهذا التعليل للتسوية بينهما مخالف للأصول ، وإنما لا نسلم أن الفقير يقر على كفره بدينار ، وإنما يقر باثني عشر درهمًا ، فالأصل غير مسلم .

٣٠٤٥٨ – قالوا : معنًى يحقن به الدم فوجب أن يستوي فيه الموسر والمعسر كالإسلام .

٣٠٤٥٩ – قلنا : الإسلام من حقوق الأبدان وذلك لا يختلف باليسار والإعسار ، والجزية من حقوق الأموال فيجوز أن تختلف لحق اللّٰه تعالى .

٣٠٤٦٠ – ولأن الإسلام يستوي فيه المرتد وغيره ، فجاز أن يختلف فيه الغني والفقير كالزكاة .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) أخرجه أبو بكر الجصاص في أحكام القرآن ١٤٦/٣ .

(٣) ساقطة من (م) .

مسألة ١٥١١

المجوس لا كتاب لهم

٣٠٤٦١ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : المجوس لا كتاب لهم (١) .

٣٠٤٦٢ - وقال الشافعي رحمه الله : لهم كتاب (٢) .

٣٠٤٦٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلۡكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيۡنِ مِن قَبۡلِنَا وَإِن كُنَّا عَن دِرَاسَتِهِمۡ لَغَٰفِلِينَ ﴾ (٣) . ولم يَرُدَّ سبحانه ذلك عليهم ، ولو كانوا كاذبين لرد كذبهم ؛ لأنه تعالى لا يحكي عنهم الكذب ويترك إنكاره .

٣٠٤٦٤ - فإن قيل : المراد بذلك الكتب الظاهرة دون غيرها ، وإلا فقد أنزل غير الكتابين ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ إِنَّ هَٰذَا لَفِي ٱلصُّحُفِ ٱلۡأُولَىٰ ۝١٨ صُحُفِ إِبۡرَٰهِيمَ وَمُوسَىٰ ﴾ (٤) . وقال : ﴿ وَإِنَّهُۥ لَفِي زُبُرِ ٱلۡأَوَّلِينَ ﴾ (٥) .

٣٠٤٦٥ - قلنا : غلط ؛ لأنا لا نعلم نزول كتاب إلا على طائفتين على بني إسرائيل وعلى النصارى ، وصحف إبراهيم وزبور داود كلها منزلة على من كان بدين موسى ، فهم طائفة والنصارى طائفة .

٣٠٤٦٦ - وقيل المراد به : إنما أنزل الكتاب على طائفتين من أهل الأديان الموجودة حينئذ (٦) ، وباقي الملل الموجودة لم ينزل عليهم كتاب ، ويدل عليه أن أبا بكر الصديق قال لبعض قريش : إن غلبت الروم فارس غلبناكم ؛ لأن الروم أهل كتاب ونحن أهل كتاب . فغلبت فارس الروم فاغتم أبو بكر ، فنزلت : ﴿ الٓمٓ ۝١ غُلِبَتِ ٱلرُّومُ ۝٢ فِيٓ أَدۡنَى ٱلۡأَرۡضِ وَهُم مِّنۢ بَعۡدِ غَلَبِهِمۡ سَيَغۡلِبُونَ ﴾ (٧) . وإذا كان للمجوس كتاب ، لم يكن لهذا الكلام معنًى .

٣٠٤٦٧ - وروي عن حذيفة بن اليمان وأبي موسى الأشعري أنهما قالا : لولا أن

---

(١) فتح القدير ٤٩/٦ وعبارته : وأما المجوس عبدة النار .
(٢) والأم ٢٥٥/٤ وعبارته : المجوس والصابئون والسامرة أهل كتاب .
(٣) الآية ١٥٦ من سورة الأنعام .
(٤) الآيتان ١٨ ، ١٩ من سورة الأعلى .
(٥) الآية ١٩٦ من سورة الشعراء .
(٦) ساقطة من (ص) .
(٧) أخرجه الحاكم في المستدرك ٤٤٥/٢ برقم ٣٥٤٠ .

أصحابنا أخذوا الجزية من المجوس ، ما أخذناهم منهم [١] . فدل أنهما اعتقدا أنه لا كتاب لهم .

٣٠٤٦٨ - وقال عمر : ما أصنع بالطائفة التي ليست من أهل الكتاب . فشهد عبد الرحمن بن عوف [٢] أن النبي ﷺ أعرف به من غيره .

٣٠٤٦٩ - ويدل عليه ما روي أنه ﷺ كتب إلى قيصر : « بسم الله الرحمن الرحيم يأهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم » [٣] . وكتب إلى كسرى : « تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم » [٤] . والفرق بينهما يدل على ما قلناه .

٣٠٤٧٠ - ولأنه لو كان لهم كتاب ، أحلت ذبائحهم وجاز مناكحتهم ، فلما لم يجز ذلك دل على أنه لا كتاب لهم .

٣٠٤٧١ - احتجوا : بما روي عن علي بن أبي طالب أنه قال : كان لهم كتاب يدرسونه وعلم يحفظونه ، فرفع الكتاب ونزع ما في الصدور [٥] .

٣٠٤٧٢ - قلنا [٦] : إن الطحاوي قال : إن هذا لا يصح عن علي ؛ لأنه خبر يدور على أبي سعيد بن المرزبان وليس ممن يحتج بحديثه . وقال أبو عبد الله : إنه نُقِل من وجه لا يثبت ، ولو ثبت احتمل أن يكون لهم كتاب فيه علم [لم ينزل] [٧] ، والكلام في كتاب منزل متفق على الإيمان به .

٣٠٤٧٣ - قالوا : تؤخذ منهم الجزية ، فكانوا أهل كتاب كاليهود والنصارى .

٣٠٤٧٤ - قلنا : الأقيسة الشرعية لا تدل على وجود الدوار [٨] ، والمعنى في اليهود والنصارى : أنه يجوز مناكحتهم وتؤكل ذبائحهم .

٣٠٤٧٥ - فإن قيل : من أصحابنا من قال : يجوز مناكحة المجوس .

٣٠٤٧٦ - قلنا : هذا قول يخالف السنة والإجماع ، فلا يعتد به .

٣٠٤٧٧ - فأما السنة : فما روي أنه ﷺ كتب إلى مجوس البحرين يدعوهم إلى

---

(١) الأثر عن حذيفة سبق تخريجه ، وقد رواه أبو موسى عن حذيفة .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ١٠٧٤/٣ برقم ٢٧٨٢ .

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ٣٩٣/١١ برقم ١٢١٠٣ وابن أبي شيبة في مصنفه ٣٤٧/٧ برقم ٣٦٦٢٧ .

(٥) سبق تخريجه .

(٦) في (م) : [والجواب] .

(٧) في (م) : [ليس بمنزل] .

(٨) غير في جميع النسخ .

الإسلام ، فمن أسلم منهم قبل منه ، [ومن أبى] [١] ضربت عليه الجزية ، ولا تؤكل لهم ذبيحة ولا تنكح لهم امرأة [٢] .

٣٠٤٧٨ - وأما الإجماع : فقال إبراهيم الحربي : بلغنا عن بضعة عشر نفسًا من أصحاب النبي ﷺ أن مناكحة المجوس للمسلمين لا يجوز ولا تحل . قال : وهذا إجماع المسلمين ، ولم نسمع أحدًا خالف فيه حتى جاء رجل من الكرخ فخالف فيه . يعني أبا ثور [٣] .

* * *

(١) بياض في (م) .

(٢) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد ١٢٢/٢ .

(٣) انظر : المغني لابن قدامة ٣١٤/٩ .

مسألة ١٥١٢

الجزية على الفقير

٣٠٤٧٩ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : لا جزية على الفقير الذي لا كسب له [١] . وبه قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في سير الواقدي .

٣٠٤٨٠ - وقال في كتاب الجزية : يجب عليهم الجزية . واختلف أصحابه في أسمائها ، فقال ابن سريج : يحتمل أن يقال له في آخر الحول : ينبغي أن تعطي أو ترجع حربًا إلى دار الحرب ، وسقط عنك ما مضى . والوجه الثاني يكون في ذمته إلى أن يجد ما يؤدي [٢] .

٣٠٤٨١ - لنا : أن عمر بعث حذيفة وعثمان بن حَنِيف فوضعا الجزية وجعلا الناس ثلاثة أصناف : الموسر والمتوسط والفقير المعتمل ، ولم يضعا على فقير غير معتمل شيئًا .

٣٠٤٨٢ - ولا يجوز أن يترك في دار الإسلام من هو من أهل دار [٣] الحرب من غير جزية ، فعلم أنها لا تجب على غيرهم .

٣٠٤٨٣ - ولأن عمر قال لهما : لعلهم لا يُطِيقون ذلك . فقال عثمان : إن لهم فضولًا من العيش وإنهم يُطِيقون [٤] أكثر من ذلك . فاستذلهم [٥] . فدل أن الطاقة معتبرة ، والفقير الذي لا صناعة له لا يُطِيق الجزية فلا توضع عليه .

٣٠٤٨٤ - فإن قيل : يحتمل أن يكونا لم يجدا فقيرًا معتمل .

٣٠٤٨٥ - قلنا : الاحتمال الثاني للعادة لا حكم له ونحن نعلم أن العراق لا يجوز أن يخلو من فقير لا كسب له والعادة طريق مقطوع به فلا يسقط بالتجويز .

٣٠٤٨٦ - ولأنه حق مالي يبتدأ به الكافر ، فوجب أن تعتبر فيه الطاقة كالخراج .

٣٠٤٨٧ - فإن قيل : الخراج أجرة ، فلا يجب على أرض لا نفع لها .

٣٠٤٨٨ - قلنا : هذا غير مسلم ، بل هو حق اللَّه تعالى كالجزية ، ولو كان أجرة لم

---

(١) انظر : الجوهرة النيرة ٢٧٥/٢ وعبارته : وأما الفقير الذي ليس بمعتمل فلا جزية عليه عندنا .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٦٦/٦ وعبارته : فإذا تمت سنة وهو معسر ففي ذمته حتى يوسر . وقال : وفي قول غير مشهور أنه لا جزية عليه . وانظر أيضًا : مختصر المزني ٣٨٥/٨ .

(٣) ساقطة من (م) .　　(٤) في (م) : [لا يطيقون] .　　(٥) سبق تخريجه .

يختلف قدره باختلاف ما يزرع في الأرض .

٣٠٤٨٩ - ولأنه عاجز عن الكسب ، فلا تجب عليه جزية كالمرأة .

٣٠٤٩٠ - ولأن النساء الغالب عليهن عدم الكسب وقد يقدرون على ذلك ، فإذا لم يجب عليهن جزية ، فالعاجز الذي لا قدرة له أولى .

٣٠٤٩١ - فإن قيل : الجزية لحقن الدم ، والمرأة محقونة الدم .

٣٠٤٩٢ - قلنا : الجزية لحقن الدم والمال ، والمرأة يحقن مالها بالذمة . ولا يلزم الرهبان وأصحاب الصوامع ؛ لأن الجزية لا تجب عليهم إلا أن يكون لهم بضائع وكسب يُوَلُّونَهم غيرهم باختيارهم .

٣٠٤٩٣ - ولأنه حق مال يراعى فيه الحول ، فجاز أن يمنع الفقير من وجوبه كالزكاة . أو نقول : إن الحقوق المأخوذة من المال لحق اللّٰه تعالى على ضربين : طهرة وجزية ، فلما لم تجب الطهرة على الفقير ، كذلك الجزية .

٣٠٤٩٤ - قالوا : نعكس فنقول : فاستوى فيه الفقير المعتمل وغيره كالزكاة .

٣٠٤٩٥ - قلنا : لا نحتاج إلى قولنا : يراعى فيه الحول .

٣٠٤٩٦ - ولأنكم تريدون بالاستواء في الأصل سقوط الحق في الفرع وجوبه ، وهما حكمان مختلفان .

٣٠٤٩٧ - فإن قيل : الزكاة تجب عندنا على الفقير .

٣٠٤٩٨ - قلنا : إذا لم يكن له شيء ، فلا زكاة عليه باتفاق .

٣٠٤٩٩ - قالوا : حكم الزكاة والجزية يختلف ، بدلالة أن الزكاة لا تجب على من له عقار ونبات غير التجارة وحمير وبغال ، وتجب الجزية عليه ، والفقير المعتمل لا زكاة عليه وعليه الجزية .

٣٠٥٠٠ - قلنا : الفقر يمنع وجوبها ، وزوال الفقر يوجب الجزية ، ولا يوجب الزكاة حتى يحصل الغني بصفة مخصوصة ، وهذا لا يمنع من تأثير الفقر فيها . فأما الفقير المعتمل فهو غني بكسبه ، فوجب عليه الجزية ، والزكاة لا تجب إلا على الغني بمال مخصوص .

٣٠٥٠١ - فإن قيل : الزكاة مواساة كتحمل العقل ، والجزية عوض عن حقن الدم والإقرار في الدار .

٣٠٥٠٢ - قلنا : صدقة الفطر مواساة ويجب على الفقير عندكم ، والخراج عندكم عوض عن الأرض أو عن منافعها ، ثم لا يجب على أرض لا مالك لها وعلى أرض السكنى ، كذلك لا يمتنع أن تكون الجزية عن القتل ، وتجب على القادر على أدائها . وعلى أن الجزية لا تجب على العبد ، وإن حصل له حقن الدم .

٣٠٥٠٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ ﴾ إلى قوله : ﴿ حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ ﴾ (١) . فلما كان قوله تعالى : ﴿ قَٰتِلُواْ ﴾ يعني : الغني والفقير ، كذلك : ﴿ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ ﴾ تعمُّهما .

٣٠٥٠٤ - قلنا : الإعطاء لا يكلفه إلا القادر عليه ، والفقير الذي لا كسب له لا يقدر عليه ، فلم تتناوله الآية .

٣٠٥٠٥ - فإن قيل : المراد بالآية الإعطاء ، بدليل أن القتل يسقط بالالتزام لا بالدفع .

٣٠٥٠٦ - قلنا : المتطرف الدفع والالتزام مراد فلا تسقط أحدهما ، وكأنه قال : حتى يلتزموا إعطاءكم ، ومن لا يقدر لا يعطي .

٣٠٥٠٧ - فإن قيل : يتوصل إلى الإعطاء كما يتوصل إلى أداء ديون الناس .

٣٠٥٠٨ - قلنا : ديون الآدميين لا يخاطب الفقير بالتوصل إلى أدائها بالصدقة وإن توصل إلى قوته منها ، فحق اللَّه تعالى أولى ألا يتوصل إليه بذلك .

٣٠٥٠٩ - قالوا : روي أنه ﷺ قال لمعاذ : « وخذ من كل حالم دينارًا » (٢) .

٣٠٥١٠ - قلنا : الأمر بالأخذ لا ينصرف إلى من لا يقدر على الدفع ، فاختص الخبر بالقادر على الأداء .

٣٠٥١١ - قالوا : كافر مكلف فلا تعقد له ذمة حولًا في دار الإسلام بغير جزية ، أصله الموسر .

٣٠٥١٢ - قلنا : يبطل بالعبد . فإن قيل : الإمام يعقد لصاحبه .

٣٠٥١٣ - قلنا : حقن الدم هو الفرض وهو يحصل له ، والمولى يتولى العقد كما يتولاه ، وحقانة الدم بأهلها .

٣٠٥١٤ - ولأن الجزية من حقوق الديوان التي يتعلق بها حق اللَّه تعالى .

٣٠٥١٥ - قالوا : إنها إذا وجبت على الموسر ، وجبت على المعسر .

---

(١) سورة التوبة : الآية ٢٩ .

(٢) سبق تخريجه .

٣٠٥١٦ - قلنا [١] : المعنى في الموسر أنه قادر على الأداء ، فجاز أن توضع عليه ، والفقير لا يقدر على الأداء من ماله ولا كسبه ، فلا توضع عليه كالعبد .

٣٠٥١٧ - قالوا : لو حصل في الأسير ، جاز قتله ، فلم يجز إقراره على كفره في دار الإسلام حولًا بغير جزية كالموسر .

٣٠٥١٨ - قالوا : لأن الجزية في مقابلة حقن الدم والإقرار في دار الإسلام ، وهذا المعنى موجود في الموسر والمعسر .

٣٠٥١٩ - قلنا : هذا يبطل بالعبد ؛ لأن القتل حق بدني يستوي فيه الفقير والغني .

٣٠٥٢٠ - قالوا : معنًى يسقط به القتل ، فاستوى فيه الغني والفقير كالإسلام .

٣٠٥٢١ - قلنا : الإسلام حق بدني [٢] ، والجزية حق مالي [٣] ، والغني والفقير يشتركان في حقوق الأبدان ، ويختلفان في حقوق الأموال كالزكاة .

٣٠٥٢٢ - والمعنى في الإسلام : أن القتل سقط به عن المرتدين وعبدة الأوثان من العرب ، فجاز أن يسقط به عن الفقير ، والجزية لا يسقط بها القتل عن المرتد والوثني العربي ، كذلك لا يقف سقوط القتل عن القادر عليها .

٣٠٥٢٣ - ولأن الإسلام على ما يؤثر في إسقاط القتل ، فكذلك عَمَّ الغني والفقير ، والجزية أدون منه ، فيجوز أن تخص الغني دون الفقير .

٣٠٥٢٤ - وقد قال الشافعي : أن يؤخذ الأدنى [بأنظار الفقراء] [٤] ولا يكلفه المشقة للناس حتى يؤديها ، وحقوق اللّٰه تعالى أوسع فأولى ألا يطالب بها . وقال ابن سريج : يحتمل أن يقال : إما أن تؤدى أو تُرَدَّ إلى دار الحرب كما يقال للمستأجر إذا عجز عن الأجرة : إما أن تؤدي ، وإما أن تفسخ الإجارة .

٣٠٥٢٥ - وهذا غلط ؛ لأن إقامته في دارنا بغير جزية أصلح للمسلمين من تكثير جموع [٥] المشركين وإعانتهم بقتاله .

٣٠٥٢٦ - قالوا : ويحتمل أن يُنْظِره بها إلى اليسار كما يُنْظِره بالديون .

٣٠٥٢٧ - وهذا غلط ؛ لأن حقوق اللّٰه تعالى المبتدأة لا تلزم الفقير وتؤخر المطالبة كصدقة الفطر .

---

(١) ساقطة من (م) . (٢) في (م) : [بدل] . (٣) في (م) : [بدل] .

(٤) في (م) : [لا يطالب الفقير بها] . (٥) في (م) : [جمع] .

مسألة ١٥١٣

وقت وجوب الجزية

٣٠٥٢٨ – قال أصحابنا [رحمهم الله] : الجزية تجب بأول الحول (١) .

٣٠٥٢٩ – وقال الشافعي رحمه الله : لا تجب حتى تمضي سنة (٢) .

٣٠٥٣٠ – لنا : قوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ (٣) . فأمرنا بإسقاط القتل عنهم بإعطاء الجزية ، فدل أنها تجب بإسقاط القتل .

٣٠٥٣١ – فإن قيل : المراد بالآية الالتزام للإعطاء ، بدليل أنه قال : ﴿ فَإِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ ﴾ (٤) .

٣٠٥٣٢ – قلنا : الظاهر أن القتل لا يسقط إلا بفعل الصلاة أو بأداء الجزية ، وقام الدليل في أحد الموضعين فهو لنا عن ظاهر بقي الآخر على ظاهره .

٣٠٥٣٣ – فإن قيل : قتل سقط بالتزام الإعطاء بالإجماع .

٣٠٥٣٤ – قلنا : هذا هو الدليل على أن الالتزام المطلق في العقود يقتضي الوجوب بالعقد .

٣٠٥٣٥ – ولأنه مال يجب بإسقاط القتل ، فكان وقت وجوبه حال سقوط القتل كالصلح من دم العمد .

٣٠٥٣٦ – ولأن كل ما وجب بالعقد ، فالتأجيل يدخله بتأخير المطالبة للإيجاب ، أصله سائر العقود .

٣٠٥٣٧ – ولأنه حق مالي يجب لأجل الرقبة ، فلا يعتبر في وجوبه مُضِي حول ، أصله : صدقة الفطر .

٣٠٥٣٨ – ولأن من ولد له أو ملك في آخر شهر رمضان ، وجبت فطرته باتفاق وإن لم يمضِ الحول .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٢٨٠/٣ وعبارة الكنز : والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول .

(٢) انظر : الأم ١٩١/٤ وعبارته : وإن فلسه لأهل دينه قبل أن يحول الحول عليه ، ضرب مع غرمائه بحصة جزيته لما مضى عليه من الحول . وانظر أيضًا : أسنى المطالب ٢١٧/٤ .

(٣) سورة التوبة : الآية ٢٩ .

(٤) سورة التوبة : الآية ٥ .

٣٠٥٣٩ - ولأنه سبب للإقرار على الكفر ، فلا يتأخر وجوبه بعد الإقرار كالاسترقاق .

٣٠٥٤٠ - احتجوا : بما روي أنه ﷺ كتب إلى أهل اليمن أن يؤخذ من كل حالم دينار في كل سنة [١] .

٣٠٥٤١ - قلنا : لو ثبت هذا دل على أنها لا تؤخذ في السنة أكثر من مرة ، ولم يدل على تقدمها في أول السنة وتأخرها .

٣٠٥٤٢ - قالوا : النبي ﷺ لم يأخذ ممن صالحه الجزية إلا بعد مضي سنة .

٣٠٥٤٣ - قلنا : هذا لا نعرفه ، ولو ثبت احتمل أن يكون شَرَط في العقد التأجيل ، وكلامنا في العقد المطلق .

٣٠٥٤٤ - قالوا : حق في مال تعلق وجوبه بالحول كالزكاة .

٣٠٥٤٥ - قلنا : لا نسلم أن وجوبه تعلق بالحول .

٣٠٥٤٦ - فإن عنوا : أنه لا يجب بالحول إلا دفعة ؛ انتقض بصدقة الفطر .

٣٠٥٤٧ - ولأن الزكاة طهرة فوجوبها على طريق [٢] التخفيف ، ولهذا اعتبرنا فيها النصاب ، والجزية عقوبة ، فلم يلزم تخفيفها كما تخفف الطهرة .

٣٠٥٤٨ - قالوا : الخراج على ضربين : خراج الرءوس وخراج الأرضين ، فإذا لم يجب خراج الأرضين بالوضع ، كذلك خراج الرءوس .

٣٠٥٤٩ - قلنا : خراج الأرض لا يقابله الانتفاع بها ، فما لم تسلم له منفعة لم يجب ، وخراج الرءوس في مقابلة إسقاط القتل ، فيجب عند سقوطه .

٣٠٥٥٠ - قالوا : حق يتكرر بكل حول ، فيجب بمضي الحول لا بدخوله كالزكاة والدية على العاقلة .

٣٠٥٥١ - قلنا : يبطل بصدقة الفطر .

٣٠٥٥٢ - ولأن الدية لا تجب على العاقلة على وجه المواساة ، فاعتبر فيها التخفيف ، وهذا الحق وجب على وجه العقوبة ، فجاز أن يجب فيه التغليظ .

* * *

(١) أخرجه الشافعي في الأم ١٩٠/٤ ولفظه : أن النبي ﷺ فرض على أهل الذمة من أهل اليمن دينارًا كل سنة .

(٢) في (م) : [طهر] .

مسألة ١٥١٤

تداخل الجزية إذا اجتمع حولان

٣٠٥٥٣ - قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا اجتمع حولان ، تداخلت الجزية واقتُصِر على جزية واحدة [١] .

٣٠٥٥٤ - وقال أبو يوسف ومحمد [رحمهما الله] : لا تتداخل [٢] . وبه قال الشافعي رحمه الله [٣] .

٣٠٥٥٥ - لنا : أنها عقوبة ، فإذا اجتمعت إتيانها [٤] من جنس واحد ، كان لاجتماعها تأثير في التداخل كالحربي ، والدليل على أنها عقوبة أنها وضعت للتبقية على الكفر ، ومن لا يستحق العقوبة لا يوضع عليه كالصبي والمجنون ويمنع الإسلام من وجوبها [٥] كالقتل ، ولا يبتدأ بها مسلم ، ولا توضع إلا على كافر ، وأنها عقوبة من جنس واحد استيفاؤها إلى الإمام ، فجاز أن تتداخل عند اجتماع أسبابها كالحدود .

٣٠٥٥٦ - واحتجوا : بقوله ﷺ : « الزعيم غارم » [٦] .

٣٠٥٥٧ - قلنا : الزعيم هو الكفيل ، فأما من التزم المال [٧] بعقد ، فلا يقال له : زعيم .

٣٠٥٥٨ - ولأن الغرم يلزمه عندنا ثم يسقط ، وليس في الوجوب ما يمنع ذلك .

٣٠٥٥٩ - قالوا روي أنه عليه السلام كتب إلى أهل اليمن أن يؤخذ من كل حالم دينار في كل سنة [٨] .

٣٠٥٦٠ - قلنا : هذا يقتضي أن الأخذ يتكرر بتكرر السبب [٩] ، وليس فيه أنها إذا لم تؤخذ هل تؤخذ مجتمعة أو لا تؤخذ .

---

(١) انظر : الهداية مع العناية ٥٦/٦ وعبارته : وإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت .

(٢) انظر : الجامع الصغير وعبارته : ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ . وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يؤخذ منه .

(٣) انظر : مغني المحتاج ٧١/٦ وعبارة المنهاج : ولو أسلم ذمي أو مات بعد سنين ، أخذنا جزيتهم من تركته مقدمة على الوصايا .

(٤) غير واضحة في (ص) .

(٥) في (م) : [إيجابها] .

(٦) أخرجه أحمد في مسنده ٢٦٧/٥ .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) سبق تخريجه .

(٩) في (م) : [السنين] .

٣٠٥٦١ - قالوا : أمان متكرر بتكرر الحول ، ومال يجب في كل حال ، فوجب ألا تتداخل كالزكاة والدية على العاقلة .

٣٠٥٦٢ - قلنا : الزكاة وضعت على وجه الطهرة فلم تتداخل ، والجزية وضعت عقوبة فجاز أن تتداخل . فأما الدية فلا يقال إنها تتكرر بتكرر الأحوال ، أو لأنها تجب في كل حول لأنها تختص بثلاث سنين ، ولأنهم يؤدون مواساة وليست بعقوبة ، والجزية عقوبة للبقاء على الكفر .

٣٠٥٦٣ - قالوا : الجزية عوض عن حقن الدم وإقرارهم في دارنا ، فالعوض الواجب بالعقد لا يتداخل كالثمن والأجرة .

٣٠٥٦٤ - قلنا : لو سلمنا أنها عوض ، لم يمنع ذلك أن يكون على وجه العقوبة ، والثمن والأجرة ليسا على العقوبة ، والتداخل يقع في العقوبات ولا يقع في الأعواض التي ليست عقوبة .

* * *

مسألة ١٥١٥

سقوط الجزية إذا أسلم الذمي

٣٠٥٦٥ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا أسلم الذمي ، سقط عنه ما وجب من الجزية (١) .

٣٠٥٦٦ - وقال الشافعي رحمه الله : يؤخذ منه الجزية الماضية (٢) .

٣٠٥٦٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ ﴾ (٣) . فأمر بأخذ الجزية على وجه الصَّغار ، والمسلم لا يجوز أن يُسْتَصْغَر ، ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓا۟ إِن يَنتَهُوا۟ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ ﴾ (٤) . وهذا يمنع مطالبتهم بأحكام الكفر .

٣٠٥٦٨ - ولا يقال : إن الغفران ينصرف إلى الذنوب ؛ لأن الغفران التغطية فيقتضي تغطية كلها ، ويدل عليه قوله ﷺ : « الإسلام يَجُبُّ ما قبله » (٥) . وقال ﷺ : « ليس على كل مسلم جزية » . وهذا ينفي الابتداء والانتهاء (٦) . ذكره أبو داود والطحاوي عن ابن عباس عن النبي ﷺ (٧) .

٣٠٥٦٩ - ولأنه مسلم فلا تستوفى منه جزية عن رقبته ، كما لو كان في الابتداء مسلمًا .

٣٠٥٧٠ - ولأنها عقوبة للبقاء على الكفر فتسقط بالإسلام كالقتل ، والدليل على أنها عقوبة : أنه لا يبتدأ بها إلا الكفار ، ولأن النبي ﷺ أمر بعرض الشهادتين عليهم فإن أبوا عرضت عليهم الجزية ، فدل على (٨) أنها تجب لترك الإسلام كالقتل ، ولأنها لا توضع إلا على من كان من أهل العقوبة . ولا يلزم الرق ؛ لأنه ليس بعقوبة ، بدليل أنه

---

(١) انظر : المبسوط ٨٢/١٠ وعبارته : ومن أسلم من أهل الذمة قبل استكمال السنة أو بعدها قبل أن يؤخذ منه خراج رأسه ، سقط عنه ذلك عندنا .

(٢) انظر : الأم ٣٠٥/٤ وعبارته : إذا أسلم الذمي قبل حلول وقت الجزية ، سقطت عنه وإن أسلم بعد حلولها فهي عليه .

(٣) سورة التوبة : الآية ٢٩ .

(٤) سورة الأنفال : الآية ٣٨ .

(٥) أخرجه أحمد في مسنده ١٩٨/٤ .

(٦) في (م) : [البقاء] .

(٧) أخرجه أبو داود في سننه ١٧١/٣ برقم ٣٠٥٤ .

(٨) ساقطة من (م) .

يبتدأ في الصغار ولا عقوبة عليهم .

٣٠٥٧١ - فإن قيل : إنما يسترقون تبعًا لآبائهم وإن لم يستحقوا العقوبة ، كما أن ترك الصلاة على سوى الكفار عقوبة وتتبعهم أولادهم فلا نصلي عليهم .

٣٠٥٧٢ - قلنا : ترك الصلاة ليس بعقوبة ؛ لأن الميت لا يعاقب ، ولأن الشهيد لا يصلى عليه عند مخالفنا فلم يكن ذلك عقوبة ، ولا يصلى على قتلى المسلمين إذا غلب عليهم قتلى الكفار وإن لم يستحقوا العقوبة .

٣٠٥٧٣ - ولأنه إسلام طارئ فلا يستوفي بعده جزية ، أصله : عابد الوثن من العرب .

٣٠٥٧٤ - احتجوا : بقوله ﷺ : « الزعيم [1] غارم » .

٣٠٥٧٥ - قلنا : الزعيم هو [2] الكفيل ، وهذا [ليس بكفيل بشيء] [3] .

٣٠٥٧٦ - ولا يقال : إن الزعيم الضمين ، وقد ضمن ؛ لأن من عقد عقدًا يلزمه عوض ؛ لا يقال : إنه زعيم به ؛ لأن وجوبه لا يقف على ضمانه وإن سلمنا أنه زعيم ، وإنما ضمن بشرط ليسقطه عن نفسه ، فلا يستحط [4] عليه ، فإذا سقط القتل عنه بإسلامه ، لم يلزمه الضمان لفوات شرطه .

٣٠٥٧٧ - قالوا : مال يجب على الكافر صح أداؤه في حال الكفر ، فوجب ألا يسقط ، أصله : حقوق الآدميين . وربما قالوا : دين ثابت في ذمته ، فلا يسقط بإسلامه . والعبارة الأولى احترزوا بها عن الزكاة إذا قالوا : إن الكافر مخاطب ؛ لأنه لا يطالب بها في حال الكفر ، والعبارة الثانية إذا قالوا : إن الكافر غير مخاطب .

٣٠٥٧٨ - والجواب : أنه يبطل بامرأة الكافر إذا أسلمت قبل الدخول ، سقط مهرها .

٣٠٥٧٩ - فإن قالوا : لا يسقط بالإسلام ، لكن بالفرقة الحاصلة بالإسلام .

٣٠٥٨٠ - قلنا : كذلك الجزية لا تسقط بالإسلام ، لكن بالإسلام يحقن دمه ، فسقط حقن الجزية . ونقول بموجب العلة لم سقط بإسلامه وإنما يسقط ؛ لأنه بدل عن القتل ، فإذا سقط القتل عنه لم يلزمه بدله . ونقول : إنه لا يستصغر والجزية فيها

---

(١) ساقطة من (م) .
(٢) ساقطة من (ص) .
(٣) في (م) : [لم يكفل شيء] .
(٤) غير واضحة في (ص) .

صَغَار وذلة . وكذلك نقول في الديون التي يتعذر أداؤها مع الإسلام : إنها تسقط ، كالذمي إذا استقرض خمرًا ثم أسلم في إحدى الروايتين . والمعنى في الديون : أن الإسلام لا ينفي ابتداء وجوبها ، فلا يُنفى استيفاؤها . ولما كانت الجزية دَيْنا لابتداء وجوبه على المسلم ، لم يجز أن تستوفى بعد إسلامه . أو نقول : الديون تستوفى بعد الإسلام على الوجه الذي وجبت عليه ، والجزية لا يمكن أن تستوفى على الوجه الذي وجبت حال كفره .

٣٠٥٨١ - [قالوا] (١) : لم تسقط بإسلامه كالخراج (٢) .

٣٠٥٨٢ - قلنا : إن قستم على خراج موضوع على الأرضين فلا استصغار فيه ؛ لأن حقوق الأموال لا صَغَار فيها ، ولهذا نقول : إن الخراج يبتدأ به المسلم ، وليس كذلك حقوق الزمان (٣) ، ولأن فيها صغارًا والمسلم لا يستصغر .

٣٠٥٨٣ - وإن قستم على أهل الحرب إذا صُولحوا على خراجٍ من أرضهم جزية عن رءوسهم ، فذلك الخراج سقط بالإسلام لأنه جزية .

٣٠٥٨٤ - قالوا : الجزية عوض عن حقن الدم والإقرار على الكفر في دار الإسلام ، ولهذا لا يجب على النساء والصبيان ؛ لأن دماءهم محقونة ، فالدليل على أنها عوض عن المساكنة ؛ أنه يجوز أن نهادنهم في دارهم أكثر من سنة بغير جزية ولا يجوز في دارنا .

٣٠٥٨٥ - قالوا : والعوض لا يسقط بالإسلام ، كالعوض في الصلح عن الدم والأجرة .

٣٠٥٨٦ - والجواب : أن الجزية ليست عوضًا عن إسقاط القتل ، بدليل أن المستأمن في دار الإسلام إذا أقام أكثر من حول ، وضعنا عليه الجزية وإن لم يجز قتله ، وإنما هي معاقبة ، فمتى سقط قتل الكافر وجبت الجزية عليه (٤) . وأما المساكنة : فلا تجب الجزية بها ، بدليل أن الذمي لو خرج تاجرًا إلى دار الحرب وأقام حولًا ، لم تسقط جزيته ، وإن كانت المساكنة لم توجد .

* * *

(١) زيادة يقتضيها السياق .
(٢) في (م) : [كالحرام] .
(٣) غير واضحة في (ص) .
(٤) ساقطة من (ص) .

مسألة ١٥١٦

سقوط الجزية بالموت

٣٠٥٨٧ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : الجزية تسقط بالموت [١] .

٣٠٥٨٨ - وقال الشافعي رحمه الله : تستوفى من التركة [٢] .

٣٠٥٨٩ - لنا : قوله تعالى : ﴿ قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ ﴾ إلى قوله : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ ﴾ [٣] . والميت لا يقاتل ، فلا تؤخذ منه الجزية . وقال : ﴿ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ ﴾ . والاستصغار لا يصح بالموت ، فتعذر الاستيفاء على الوجه المأمور به فسقط .

٣٠٥٩٠ - ولأنه حق يعتبر فيه الحول ، فسقط بالموت كالدية المأخوذة من العاقلة .

٣٠٥٩١ - ولأن الموت معنًى يسقط الدية عن العاقلة ، فتسقط الجزية ، أصله : الاستيفاء .

٣٠٥٩٢ - ولأن الموت يؤثر في التكليف ، فيمتنع استيفاء الجزية ، أصله : إذا مات أول الحول .

٣٠٥٩٣ - فإن قالوا : هناك لم تجب الجزية .

٣٠٥٩٤ - لم نسلم ؛ لأن وجوبها يتعلق بأوله .

٣٠٥٩٥ - ولأنها عقوبة على الكفر ، بدلالة أنها تعاقب القتل فصارت كالقتل .

٣٠٥٩٦ - ولا يقال : إن القتل حق بدن فسقط بالموت ، والجزية حق مال فلا تسقط ، ولأن الحج حق بدن فلا يسقط عند مخالفنا بالموت ، والقصاص حق بدن ولا يسقط عندهم بالموت بل ينتقل إلى التركة .

٣٠٥٩٧ - احتجوا : بأنه مال ثابت في الذمة ، فوجب ألا يسقط بالموت كسائر الديون .

٣٠٥٩٨ - قلنا : يبطل بمال الكتابة والدية على العاقلة .

---

(١) انظر : المبسوط ١٠/ ٨٢ وعبارته : لو مات بعد مضي السنة عندنا ، لا يستوفي الجزية من تركته .

(٢) انظر : الأحكام السلطانية ص١٨٦ وعبارته : ومن مات منهم فيها ، أخذ من تركته بقدر ما مضى منها .

(٣) سورة التوبة : الآية ٢٩ .

٣٠٥٩٩ - فإن قالوا : مال الكتابة ليس بثابت ؛ لأن المكاتب يعجز نفسه فيسقط .

٣٠٦٠٠ - قلنا : والجزية ليست ثابتة ؛ لأنه يسلم فتسقط عندنا .

٣٠٦٠١ - ولأنها لا تسقط عندنا بالموت ، وإنما تسقط لأنها لا يمكن استيفاؤها على الوجه الذي وجبت عليه ، ولهذا سقط عنه في حال الحياة بالإسلام لهذه العلة . والمعنى في الديون : أنها ديون صحيحة لم تجب على وجه الصغار والذلة ، ولما وجبت الجزية على وجه الصغار والذلة [1] ، سقطت بالموت .

٣٠٦٠٢ - قالوا : الجزية عوض عن حقن الدم وإقرارهم على كفرهم في دار الإسلام ، والعوض إذا ثبت لم يسقط بموت من ثبت عليه كالأجرة والثمن والمهر .

٣٠٦٠٣ - قلنا : قد تكلمنا على هذا الوصف وأبطلنا قولهم : إنها عوض عن حقن الدم . بدلالة أنها توضع على المستأمَن ودمه محقون ، وتؤخذ من الذمي إذا أقام سنة في دار الحرب . والمعتبر في الأجرة والثمن أنه يمكن استيفاؤها بعد الموت على الوجه الذي وجب ، وهذا لا يوجد في مسألتنا . أو نقول : إنما يصح إيجابها بعد الموت في مال الميت بأن يبتاع الوصي [2] عبدًا ليعتقه أو ليستأجر من يعمل في ملكه عملًا ، وليس كذلك الجزية ؛ لأنه لا يبتدأ إيجابها في مال الميت فلا يصح أن يبقى وجوبها بعد الموت .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) في (م) : [الوثني] .

مسألة ١٥١٧

الجزية على نساء بني تغلب

٣٠٦٠٤ – قال أصحابنا [رحمهم الله] : نساء بني تغلب يؤخذ منهن مثل ما يؤخذ من رجالهم .

٣٠٦٠٥ – وقال زفر : لا يؤخذ من النساء شيء (١) . وبه قال الشافعي رحمه الله (٢) .

٣٠٦٠٦ – لنا : ما روي أن عمر بن الخطاب صالحهم على أن يضاعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين (٣) . ومعلوم أن المسلم يؤخذ من ماله الزكاة وكذلك المسلمة ، فيجوز أن يضاعف على التغلبية .

٣٠٦٠٧ – ولأن هذه جزية وجبت بالصلح والتراضي ، فيجوز أن تؤخذ من المرأة ، بدليل ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن : « خذ من كل حالم وحالمة دينارًا » (٤) .

٣٠٦٠٨ – ولأن كل من تجب عليه الزكاة إذا كان مسلمًا ، تؤخذ منه ضعفها إذا كان تغلبيًا كالرجل ؛ لأن المكلف من أهل الحرب رجال ونساء ، فإذا جاز أن يجب الجزية على أحد الفريقين ، جاز أن تؤخذ من الفريق الآخر .

٣٠٦٠٩ – احتجوا : بأنها جزية ، فلا تجب على النساء كغير بني تغلب .

٣٠٦١٠ – قلنا : غير بني تغلب إما أن يضع الإمام جزية عليهم ابتداء ويضعها بالتراضي والصلح ، فإن وضعها ابتداء لم يضعها على النساء ، وإن وضعها بالتراضي والصلح فهي بحسب ما يقع التراضي عليه ، فإن تراضوا على أن يخص الرجال كانت كذلك وتراضوا على أن يكون على الرجال والنساء جاز مثل مسألتنا .

٣٠٦١١ – قالوا : المرأة محقونة الدم ، فلا تجري عليها الجزية المضاعفة كالصبي .

٣٠٦١٢ – قلنا : يبطل بالمستأمن إذا وضعت عليه الجزية لإقامته في دارنا أكثر من

---

(١) انظر المبسوط ١٨٠/٢ وعبارته : ويؤخذ من نسائهم مثل ما يؤخذ من رجالهم .

(٢) انظر : الأم ٣٠١/٤ وعبارته : ودل على أنه لا يؤخذ من النساء . وانظر أيضًا : الأحكام السلطانية ص١٨٥ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤١٦/٢ برقم ١٠٥٨١ .

(٤) سبق تخريجه .

سنة ، والمعنى في الصبي : أنه غير مكلف فلم يعاقب بالجزية ، والمرأة مكلفة فجاز أن تعاقب بالجزية كالرجل .

٣٠٦١٣ - قالوا : من لا يجري عليه أصل الجزية ، [لا تجب عليه] [١] الجزية المضاعفة كالصبي .

٣٠٦١٤ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن المرأة يجري عليها أصل الجزية بالصلح ، والمعنى في الصبي ما بينا .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

مسألة ١٥١٨

رد المرأة المسلمة بعد عهد الإمام إلى أهل الحرب

٣٠٦١٥ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا عاهد الإمام قومًا من أهل الحرب فخرجت امرأة منهم إلينا مسلمة ، لم يجز ردها إليهم ، ولا يجب رد مهرها على زوجها (١) .

٣٠٦١٦ - وقال الشافعي رحمه الله : الأشبه ألا ترد المهر . وفيها قول آخر : أنه يجب أن يرد المهر من خُمْس الخمس ، فإن خرجت أمة منهم مسلمة لم يردها . وقيل : يرد ثمنها أو قيمتها . فيه قولان (٢) .

٣٠٦١٧ - لنا : أن الزوج سُلِّم له البُضْع بالدخول ، فلا يستحق المهر ، أصله سائر الحقوق (٣) .

٣٠٦١٨ - ولأن المبدل سُلِّم له ، فلا يرد إليه كالبيع .

٣٠٦١٩ - ولأن خروجها إما أن تقع فيه الفرقة على ما نقول ، أو هو سبب فيها ، وإنما كان لم يجب به رد المهر بعد الدخول كالردة ، وإن كان الخلاف إذا شرط الإمام رد ذلك ، فإن كان شرطًا فاسدًا ، فلا يجب به رد شيء كسائر الشروط الفاسدة .

٣٠٦٢٠ - ولأنه لا يجب ردها ، فلا يجب رد مهرها ، كمن لا هدنة لهم .

٣٠٦٢١ - ولأن زوجها لو خرج مسلمًا ، لم يستحق مهرها ، كذلك إذا خرج [كافرًا .

٣٠٦٢٢ - قالوا] (٤) : إذا خرج بعد الإسلام ، فقد التزم الإسلام ، وليس كذلك إذا خرج كافرًا ؛ لأنه لم يلتزم الإسلام .

٣٠٦٢٣ - قلنا : إذا خرج كافرًا فطالب بها ثم أسلم ، وجب له المهر وإن كان قد التزم حكم الإسلام .

---

(١) انظر : شرح السير الكبير ١٧٨٧/٥ وعبارته : إن امرأة ذات زوج فأراد زوجها ردها ، لم يكن له ذلك .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٩٢/٦ وعبارة المنهاج : وإن شرط رد من جاء مسلمًا أو لم يذكر ردًّا فجاءت امرأة ، لم يجب دفع مهر إلى زوجها في الأظهر . وانظر أيضًا : الأم ٢٠٦/٤ ، ٢٠٧ .

(٣) في (ص) : [الفرق] .

(٤) ما بين المعكوفيتن ساقط من (م) .

٣٠٦٢٤ - فإن قيل : إذا انقضت عدتها أو ماتت فالحيلولة التي ثبتت بينه وبينها ليس هي الإسلام ، فلا يجب رد شيء قبل ذلك الحيلولة بالإسلام ؛ فوجب رد المهر .

٣٠٦٢٥ - قلنا : الحيلولة بالإسلام حيلولة بحق ، فهي كانقضاء العدة ، فلا فرق بينهما .

٣٠٦٢٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٖ﴾ إلى قوله : ﴿ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْۚ ﴾ (١) . والمراد بالنفقة : المهر باتفاق (٢) .

٣٠٦٢٧ - قلنا : الآية منسوخة ؛ لأن منع رد النساء لا يقف على محنتهن ، فإنما كان قبل نزول الآية ، فكان إذا جاءت امرأة منهن امتُحِنت : هل خرجت كراهة لزوجها أو لحديث أحدثته أو لحب الإسلام خاصة ، ولم يرو رد مهرها ، وهذا حكم قد سقط فلا يجوز ردها من غير امتحان ولا يجب رد شيء لأجل منعها . وقد دل على ذلك ما روى يزيد بن هارون (٣) عن محمد بن إسحاق أن ابن شهاب حدثه عن عروة ابن الزبير : أن اللّه تعالى أنزل بعض العهد في النساء يمنع أن يردون إلى المشركين ، وأنزل فيهن سورة الممتحنة ، وحكم عليهن في ذلك بالذي حكم . وكان النبي ﷺ يرد من جاء من رجال ، ويمسك (٤) من جاء من النساء إذا امتُحِنَّ . قال عروة بن الزبير : لأنه ﷺ صالح قريشًا يوم الحديبية على أن يرد عليهم من جاء بغير إذن وليه ، فلما هاجر النساء أبى اللّه أن يردون على (٥) المشركين ، إذا هن امتحن محنة الإسلام وأمر رد صَدُقَاتهم (٦) .

٣٠٦٢٨ - وكذلك روي عن جماعة من السلف إذا نسخت الآية (٧) بسورة براءة ونبذ العهد ، سقط التعلق بها لأن (٨) ذلك الشرط صح من النبي ﷺ يوجب الرد ،

---

(١) سورة الممتحنة : الآية ١٠ .
(٢) في (م) : [بالاتفاق] .
(٣) هو : يزيد بن هارون بن زاذي الإمام القدوة شيخ الإسلام أبو خالد السلمي مولاهم الواسطي الحافظ . كان مولده سنة ١١٨ هـ ، سمع من : عاصم الأحول ، وحميد الطويل ، وبهز بن حكيم ، وغيرهم . حدث عنه : بقية بن الوليد ، وعلي بن المديني ، ويعقوب الدورقي ، وغيرهم . توفي في خلافة المأمون وهو ابن تسع وثمانين سنة وأشهر سنة ٢٠٦ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء ٢٢٨/٨ ، وطبقات ابن سعد ٢٢٨/٧ .
(٤) في (م) : [ويحبس] .
(٥) في (م) : [إلى] .
(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٢٨/٩ برقم ١٨٦١٤ .
(٧) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٨) ساقطة من (م) .

فلما تعذر الفسخ وجب رد العوض ، وهاهنا لا يوجد ؛ لأن الشرط لا يصح .

٣٠٦٢٩ – فإن قيل : الحديبية كان على رد الرجال دون النساء .

٣٠٦٣٠ – قلنا : لأن أهل النقل اختلفوا أن الصلح وقع على رد من جاء مسلمًا ، وهذا عامٌّ .

٣٠٦٣١ – يبين ذلك : أن أم [١] كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط هاجرت ، فجاء أخواها يطالبان بها ، فقال ﷺ : « إن اللّٰه قد منع الصلح » [٢] .

٣٠٦٣٢ – فإن قيل : اللفظ عامٌّ ، فلا يختص بالسبب .

٣٠٦٣٣ – قلنا : بل هو مخصوص ؛ لأنه لا يقف منع الرد على المحنة إلا في أهل الصلح خاصة ، فأما غير الصلح فلا يرد النساء إليهم من غير محنة ، فلم يجز ادعاء الخصوص .

٣٠٦٣٤ – قالوا : للشافعي في صلح الحديبية ثلاثة أقوال : **أحدها** : أنه شَرَط رد النساء ، وذلك شرط صحيح ، ثم نسخ فوجب رد المهر ، وأما الآن فلا يصح الشرط فلا يجب المهر . **القول الثاني** : إن الشرط كان فاسدًا ، واللّٰه تعالى نبَّهَ [ﷺ] [٣] على الخطأ ، وأمر برد المهر لما صح الشرط . **والقول الثالث** : إن الصلح لم يقع على رد النساء، وإنما وقع على رد الرجال ، إلا أنه شرط أنه لا يتعرض لأنفسهم وأموالهم ، والبُضْع مال للزوج فوجب عوضه للصلح [٤] .

٣٠٦٣٥ – وهذا الذي قالوه خطأ ؛ لأن الأموال لا تصح في الإخبار عن الماضي . وهذا أمر كان ، فلا بد أن يكون وقع على وجه من الوجوه ، فالأقاويل لا وجه لها .

٣٠٦٣٦ – وأما قولهم : إن الشرط كان خطأ ؛ فالنبي ﷺ معصوم فيما بيَّنَه من أحكام الشريعة لا يجوز عليه الخطأ فيه .

٣٠٦٣٧ – وقولهم : إن الأمان تناول الأموال ، والبُضْع مال للزوج .

٣٠٦٣٨ – غلط ، لأنا لو أَمَّنا حربيًّا على نفسه وماله ، لم تدخل زوجته فيه ، فسقط هذا الكلام .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٢٩/٩ برقم ١٨٦١٦ .

(٣) في (م) : [النبي ﷺ] .

(٤) انظر : الأم ٢٠٤/٤ .

مسألة ١٥١٩

الأخذ من الحربي إذا دخل دارنا بأمان

٣٠٦٣٩ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا دخل الحربي دارنا بأمان ، أخذ الإمام من ماله مثل ما يأخذ أهلُ الحرب من تجَّارنا ، فإن لم يعلم ما يأخذونه ، أخذ منه العُشْر ، ويؤخذ من الذمي إذا مر بماله في كل حول نصف العشر (١) .

٣٠٦٤٠ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : إذا شَرَط عليه في الأمان أَخْذَ شيء من ماله ، أخذ منه ، وإن لم يشرط لم يؤخذ منه ، وأما الذمي فلا يؤخذ منه أكثر من الجزية ، إلا أن يريد دخول الحرم ، فلا يدخله إلا إذا أذن الإمام ، وإن شرط على المعاهَد أخذ شيء ، جاز كما يجوز إن شرط على الحربي (٢) .

٣٠٦٤١ - لنا : ما روي عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إلى عماله : خذوا من الحربي العشر ، ومن الذمي نصف العشر ، ومن المسلم ربع العشر . حدثني بذلك من سمعه من النبي ﷺ (٣) .

٣٠٦٤٢ - وروى عمر بن الخطاب أنه قال لعماله : إذا مر بكم الحربي فخذوا منه ما يأخذون من تُجَّارنا ، فإن لم تعلموا ما يأخذون ، فخذوا العشر ، ومن الذمي نصف العشر ، ومن المسلم ربع العشر (٤) . وهذا بمحضر الصحابة من غير خلاف .

٣٠٦٤٣ - فإن قيل : فيه إضمار : خذوا العشر وإن كانوا يأخذون مثله . وعندنا فيه إضمار : إن كنتم شرطتموه .

٣٠٦٤٤ - قلنا : ليس في الخبر عندنا إضمار ؛ لأنه أوجب العشر إذا لم يعلم ما

---

(١) انظر المبسوط ٢٠١/١٠ وعبارته : وإذا كان المرور به نصابًا كاملًا أُخِذ من المسلم ربع العشر ، ومن الذمي نصف العشر ، ومن الحربي مثل ما يأخذون من تجارنا عشرًا كان أو أقل أو أكثر .

(٢) انظر : مختصر المزني ٣٨٦/٨ وعبارته : فإن دخلوا بأمان وشرط عليهم أن يؤخذ منهم عشر أو أقل أو أكثر أخذ ، فإن لم يكن شرط عليهم لم يؤخذ منهم شيء ، وسواء كانوا يعشرون المسلمين إذا دخلوا بلادهم أو يخمسونهم أو لا يعرضون لهم . وإذا اتجروا في بلاد المسلمين إلى أفق من الآفاق لم يؤخذ منهم في السنة إلا مرة كالجزية .

(٣) أخرجه ابن حزم في المحلى ٢٣٦/٤ ، ٢٣٧ .

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٩٨/٦ برقم ١٠١٢١ .

يأخذون من غير شرط ، وأوجب في مال الذمي مطلقًا ، وعندكم يحتاج إلى شرطين : دخول الحرم ، والشرط . وهذا خلاف ظاهر الخبر .

٣٠٦٤٥ - وروي أن عمر بن الخطاب وَلَّى أنس بن مالك البصرة ، فولى أنسٌ ابنَ سيرين مولاه العشر فقال له : توليني المكس من عملك . فقال له أنس : هذا كتاب عمر ، فاعمل بما فيه . فكان فيه : خذوا من الحربي العشر ، ومن الذمي نصف العشر ، ومن المسلم ربع العشر [١] .

٣٠٦٤٦ - ولأنهم استفادوا حظر المال بدخولهم ، فوجب أن يلزمهم حق يؤخذ من مالهم كما لو عقدنا الذمة .

٣٠٦٤٧ - ولأن ما جاز أن يؤخذ من مال الكافر بالتراضي ، جاز أن يأخذ الإمام بغير شرط ، أصله : الجزية .

٣٠٦٤٨ - ولأنه استفاد وحظر دمه وماله ، فوجب أن يلزمه حق يأخذه الإمام كما لو شرط عليه .

٣٠٦٤٩ - احتجوا : بأنه قال : لم يشرط الإمام . فوجب أن يكون محظورًا بالأمان المطلق ، أصله : ما زاد على العشر .

٣٠٦٥٠ - قلنا : ما زاد على العشر ليس بمحظور إن كانوا يأخذون مثله من تجارنا .

٣٠٦٥١ - ولأن ما زاد على العشر لم يتقدر من حقوق المال المأخوذ من المسلمين ، فلم يقدر به ما يؤخذ من مال الكافر ، والعشر ونصف العشر يقدر به حق يؤخذ من مال المسلمين ، فجاز أن يتقدر به حق يؤخذ من مال الكفار .

٣٠٦٥٢ - قالوا : مال لم يشرط فيه عوض ، فصار كما لو عقد الهدنة لأهل الردة وأذن لرسولهم أن يدخل دارنا برسالة .

٣٠٦٥٣ - قلنا : إذا عقد الهدنة لأجل [٢] الردة ، لم تجب عليهم الجزية ، ألا ترى أنه لا يجوز ابتداؤهم بها فلم يلزمهم بغير شرط ، وقد تلزم الجزية بغير شرط وهو المستأمن إذا أقام في دارنا أكثر من سنة ، كذلك يجوز أن يختلف في باب الأمان لمن هو في دارنا أو من دخل دارنا ، وأما الرسول فيؤخذ مما معه العشر عندنا .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٩٥/٦ برقم ١٠١١٢ .

(٢) في (م) : [لأهل] .

٣٠٦٥٤ - قالوا : مال يؤخذ من الكفار ، فلا يعتبر فعلهم فيه ، أصله : الجزية .

٣٠٦٥٥ - قلنا : عندنا أنهم إذا أخذوا من تجارنا الجزية ، أخذنا منهم الجزية . وأما الجزية : فلو تغيرت في حق أهل الذمة ، لم يصح لأنهم من أهل دار الإسلام فلم يجر فيهم فعل أهل الحرب ، والحربي من أهل الأمان فيعتبر مثل هذا السبب في تجارنا .

٣٠٦٥٦ - قالوا : الاعتبار بفعل أهل الحرب بأنهم إن كانوا إذا عاهدوا نهبوا وقتلوا فلم يجز أن يفعل مثل ذلك وأخذ عشر مقدر يجوز أن يفعل بالشرط .

٣٠٦٥٧ - لأن لا نقتدي بهم في أفعالهم ، ولكن الغرض استمرار الأمان لتجارنا وتجارهم لتصل المنافع بيننا وبينهم إذا أخذنا منهم مثل ما يأخذون منا كان داعيًا إلى تبقية الأمان ، لأنهم لا يكررون [1] ذلك ، فتكثر بذلك منافع دار الإسلام .

* * *

---

(١) في (م) : [ينكرون] .

مسألة ١٥٢٠

عقد الذمة مع الكفار

٣٠٦٥٨ – قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا عقد الذمة مع الكفار ، لم ينتقض شيء مما يأتونه إلا أن يتحيزوا ويتهادنوا بدار الحرب متحيزين بها [١] .

٣٠٦٥٩ – وقال أصحاب الشافعي [رحمهم الله] : إذا امتنعوا من مال الجزية أو جريان أحكام المسلمين عليهم أو امتنع بعضهم وقاتلوا ، كان ذلك نقضًا لعهدهم وجهًا واحدًا . وسبعة أشياء فيها وجهان : الزنى بمسلمة ، وإصابتها بنكاح ، أو يفتن [٢] مسلمًا عن دينه ، أو يقطع على المسلمين الطريق ، أو يكون جاسوسًا لأهل الحرب ، أو يدل على عورات المسلمين ، أو يقتل مسلمًا . قالوا : فإن لم يكن شَرَط في عهدهم أنهم إذا خالفوا فيها يكون نقضا لعهدهم ، فإن شرط كان ذلك نقضا وعليه نص الشافعي . ومن أصحابه من قال : لا يكون ذلك نقضًا وإن شرط . وأما سب النبي ﷺ وسب القرآن ، فقال المروزي : يكون نقضًا للعهد قولًا واحدًا . وقال غيره : هو كالسبعة التي قدمناها . وأما إذا رفعوا أصواتهم بالتوراة والإنجيل وأظهروا ضرب الناقوس والخمور والخنازير وتطاول البنيان على بناء المسلمين وتركوا [٣] القمار والزنى ، فليس بنقض العهد وإن شرط في العهد أنهم ينقضون [٤] .

٣٠٦٦٠ – لنا : ما روى حماد [٥] بن سلمة عن عطاء بن السائب [عن أبيه] [٦]

---

(١) انظر : فتح القدير ٦٤/٦ وعبارته : ولا ينقض العهد إلا يلحق بدار الحرب أو يغلبوا على موضع فيحاربوننا لأنهم صاروا حربًا علينا .

(٢) في (م) : [يبرئ] .

(٣) غير واضحة في (ص) .

(٤) انظر : أسنى المطالب ٢٢٤/٤ وعبارته : فإن قاتلوا المسلمين بلا شبهة أو منعوا الجزية أو الانقياد للحكم بمعنى امتناعهم منه بالقوة والعدة لا بالهرب ، انتقض عهدهم . إلى أن قال : ولو نكح مسلمةً ووطئها أو زنى بها ، أو سب الله أو رسوله أو الإسلام أو القرآن جهرًا أو نحوها مما لا يتدينون به ، فإن شرط انتقاض العهد به انتقض ، وإلا فلا ينتقض لمخالفته الشرط في الأول دون الثاني . وهذا ما صححه المنهاج كأصله والشرح الصغير ونقله الزركشي وغيره عن نص الشافعي ، ووقع في أصل الروضة تصحيح أنه لا انتقاض بذلك مطلقًا .

(٥) في جميع النسخ : [جابر] ، والمثبت من مصادر التخريج ، هو الصواب .

(٦) زيادة من مصادر التخريج .

عن عبد اللَّه بن عمرو [١] أن قومًا من اليهود قالوا للنبي ﷺ : السام عليك . فقال ﷺ : « السام [٢] واللعنة عليكم » [٣] . ولم ينقض عهدهم بذلك .

٣٠٦٦١ – وروى قتادة عن أنس [٤] أن يهوديًا سَلَّم على رسول اللَّه ﷺ فقال : السام عليك . فقال ﷺ : « أتدرون ما قال ؟ » قالوا : نعم ، ورجع مثل ذلك . فقال ﷺ : « إذا سلم عليكم أحد من الكفار ، فقولوا : وعليكم » [٥] .

٣٠٦٦٢ – وروى الزهري قال : أخبرني عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت : دخل عدة [٦] من اليهود على النبي ﷺ فقال : السام عليك . ففهمتُها ، فقلت : عليكم السام واللعنة . فقال ﷺ : « مهلًا يا عائشة ، فإن اللَّه تعالى يحب الرفق في الأمر كله » . فقلت : يا رسول اللَّه ، ألم تسمع ؟ فقال ﷺ : « قد قلتُ : وعليكم » [٧] . وهذا سَبٌّ له ﷺ ، ولو كان من مسلم حَلَّ دمُه ، ولم يقتلهم النبي ﷺ [٨] .

٣٠٦٦٣ – وروى زيد بن أرقم قال : سَحر النبيَّ ﷺ رجلٌ من اليهود ، فاشتكى أيامًا ، فأتاه جبريل فقال : إن رجلًا من اليهود عقد لك عُقَدًا ، وجعلها في بئر كذا وكذا . فأرسل ﷺ فأخرجها من البئر ، فكأنما نشط من عقال ، فما رأى ذلك الرجلُ مما صنع في وجه النبي ﷺ شيئًا ولا خُبِّر به [٩] . وهذا قُصِد الإضرار به في جسده وهو أكثر من السب .

٣٠٦٦٤ – وروى شعبة عن هشام بن زيد عن أنس أن امرأة يهودية أتت النبي ﷺ بشاة مسمومة فأكل منها ، فجيء بها فقيل له : ألا تقتلها ؟ فقال : « لا » [١٠] .

٣٠٦٦٥ – فإن قيل : ذكر الواقدي أن النبي ﷺ قتل اليهودية [١١] .

---

(١) في جميع النسخ : [عمر] ، والمثبت من مصادر التخريج ، هو الصواب .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده ٢٢١/٢ ، والبيهقي في شعب الإيمان ٥١١/٦ برقم ٩١٠٠ .

(٤) في جميع النسخ : [البراء] ، والمثبت من مصادر التخريج ، هو الصواب .

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه ١٢١٩/٢ برقم ٣٦٩٧ ، وأحمد في مسنده ١١٥/٣ ، ٢٦٢ .

(٦) في (م) : [رجل] .

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٣٤٩/٥ برقم ٦٠٣٢ .

(٨) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٥٣٨/٦ برقم ٦٥٢٨ .

(٩) أخرجه النسائي في سننه ١١٢/٧ برقم ٤٠٨٠ .

(١٠) أخرجه البخاري في صحيحه ٩٢٣/٢ برقم ٢٤٧٤ ، ومسلم ١٧٢١/٤ برقم ٢١٩٠ .

(١١) أخرجه الحاكم في المستدرك ٢٤٣/٣ برقم ٤٩٦٧ .

٣٠٦٦٦ - قلنا : روينا أنه لم يقتلها ، وإن ثبت فيجوز أن يكون قَتَلها ؛ لأنه تكرر منها ذلك الفعل ، فقتلها للسعي في الأرض بالفساد .

٣٠٦٦٧ - فإن قيل : النبي ﷺ لم يقتلها لضعف الإسلام وأن يده تظل عليهم .

٣٠٦٦٨ - قلنا : إن عجز عن قتلها لم يعجز عن بيان وجوب ذلك ، فلما لم يبين ذلك [١] دل على أنه لا يجب ؛ لأن أهل الذمة يسبون اللَّه تعالى ويقولون له ولد ، والمجوس يقولون له ضِدٌّ وهو أمر بَيِّنٌ فلا ينقضون العهد بذلك ، فسب النبي ﷺ مثله .

٣٠٦٦٩ - ولأنه نوع كفر فلا ينقض بذلك العهد كسائر أنواعه ، لأنهم لو سبوا النبي ﷺ في كنائسهم وبِيَعهم لم ينقضوا به العهد وما لا ينتقض العهد في كنائسهم لا ينتقض به في غيرها كضرب الناقوس وإظهار الخنازير .

٣٠٦٧٠ - ولأن الجزية دَيْن عليهم ، والامتناع منها كالامتناع من سائر الديون يؤخذ بغير اختيارهم .

٣٠٦٧١ - ولأن امتناعهم من جريان أحكام الإسلام عليهم أمر حُظِر بالأمان ، فإذا فعلوا وهم في أيدينا لم ينتقض العهد كإظهار الخمر والخنزير .

٣٠٦٧٢ - ولأنه عقد قام بيننا وبينهم ، فلا يفسخ بقولهم كعقد البيع .

٣٠٦٧٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ ﴾ [٢] . قالوا : فأمر بترك قتلهم شرط إعطاء الجزية ، فإذا امتنعوا وجب القتال لعدم الشرط .

٣٠٦٧٤ - قلنا : القتال سقط بالتزام الإعطاء ، وقد التزموا فسقط قتالهم . وليس في الآية تكرار الإعطاء ، فلا يجوز قتالهم إذا امتنعوا بظاهر الآية .

٣٠٦٧٥ - قالوا : روي أن رجلًا قال لابن عمر : [إني سمعتُ] [٣] راهبًا سب النبي ﷺ . فقال عبد اللَّه بن عمر : لو كنت سمعته أنا لقتلته ، إنا لم نعطهم الأمان على ذلك [٤] . قالوا : ولا يعرف له مخالف .

٣٠٦٧٦ - قلنا : رواه حصين بن عبد الرحمن عن رجل عن ابن عمر وهم لا يقولون

---

(١) ساقطة من (م) . (٢) سورة التوبة : الآية ٢٩ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٤) أخرجه الجصاص في أحكام القرآن ١٢٨/٣ . وقال : روى أبو يوسف عن حصين بن عبد الرحمن عن رجل . وذكره ابن الهمام في فتح القدير ٦٣/٦ .

بالمراسيل [١] .

٣٠٦٧٧ - ولأن هذا القول لا يعلم انتشاره ، وتقليد الصحابي فيما روي عن النبي ﷺ خلافه لا يجوز .

٣٠٦٧٨ - قالوا : معنًى يُحقن دم الكافر ، فوجب أن ينتقض بسبهم النبي ﷺ ، أصله : الإسلام . ولأن الإيمان آكد في عقد الذمة ، فإذا انتقض بسبهم النبي ﷺ ، فالذمة أولى .

٣٠٦٧٩ - قلنا : المعنى في الإسلام أنه ينتقض باعتقاد الكفر ، فلا ينتقض بسب النبي ﷺ .

٣٠٦٨٠ - قالوا : عقد أمان ، فوجب أن ينتقض بالمخالفة فيما انعقد ، أصله : الهدنة .

٣٠٦٨١ - قلنا : الهدنة خالفوا وتحيزوا ، وأما إذا لم يتحيزوا وكانوا في أيدينا فإنا نلزمهم الجزية بغير اختيارهم .

٣٠٦٨٢ - قالوا : ما كان نقضًا للعهد إذا وجد من العدد الكثير ، كان نقضًا إذا وجد من العدد القليل ، أصله جناية أهل الهدنة [٢] .

٣٠٦٨٣ - قلنا : الحكم عندنا لا يختلف بالقلة والكثرة ؛ لأن جملة أهل الذمة لو امتنعوا ولم يتحيزوا لم يكن ذلك منهم نقضًا ، والواحد إذا تحيز وامتنع كان ذلك منه نقضًا . وكذلك أهل الهدنة إذا خالف الواحد منهم فلم يرضوا ما فعل ، فذلك ليس بنقض [٣] من جماعتهم .

٣٠٦٨٤ - قالوا : حقن الدم يتعلق ببذل الجزية وجريان أحكام المسلمين عليهم ، فما امتنعوا منه يجب أن يعود إلى الإباحة ، كما لو امتنع المسلم من الشهادتين .

٣٠٦٨٥ - قلنا : الإباحة [إنما كانت لأنهم حَرْبٌ لنا ، ولهذا تزول الإباحة] [٤] من غير جزية ، فالهدنة والامتناع لا يعود به حربًا ، فإذا تحيز عاد سبب الإباحة فعادت .

٣٠٦٨٦ - فأما المسلم إذا جحد الشهادتين : فلم تعد الإباحة الأولى ، وإنما تجددت إباحة أخرى ، بدلالة أن الإباحة الأولى ترتفع بالاسترقاق والجزية ، وهذه الإباحة لا ترفع إلا بالإسلام ، فعلم أن الإباحة الأولى لم تُعَدْ بجحود الشهادتين ، فلم نسلم الحكم في الأصل .

---

(١) في (م) : [بالمرسل] . (٢) في (م) : [الدية] . (٣) ساقطة من (م) .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) واستدرك في الهامش .

مسألة ١٥٢١

مهادنة أهل الحرب

٣٠٦٨٧ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : يجوز للإمام أن يهادن أهل الحرب بحسب المصلحة ، وإن زاد على عشر سنين (١) .

٣٠٦٨٨ - وقال الشافعي رحمه الله : يجوز لأربعة أشهر لغير حاجة ، وعشر سنين للحاجة . ولا يجوز أكثر من ذلك (٢) .

٣٠٦٨٩ - لنا : أن الإمام إنما يهادن لما رأى من المصلحة ، وقد يوجد ذلك فيما يزيد على عشر سنين .

٣٠٦٩٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ قَٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ ﴾ (٣) . فظاهر الآية يمنع المهادنة إلا أنه ﷺ صالح سهيل بن عمرو عشر سنين (٤) ، فخصصنا الآية به ، وما سواه على الظاهر .

٣٠٦٩١ - قلنا : إنما صالح ﷺ على هذه المدة ؛ لأنه رأى المصلحة في ذلك ، وهذا موجود فيما زاد إذا كانت المصلحة فيه ثابتة .

* * *

(١) انظر : الهداية مع العناية ٤٥٦/٥ ، ٤٥٧ وعبارته : وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقًا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين ، فلا بأس به . إلى أن قال : ولا يقتصر الحكم على المدة المروية ، لتعدي المعنى إلى ما زاد عليها .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٨٨/٦ ، ٨٩ وعبارة المنهاج : وإنما تعقد لمصلحة كضعفنا بقلة عدد وأهبة أو رجاء إسلامهم أو بدل جزية ، فإن لم يكن جازت أربعة أشهر لا سنة وكذا دونها في الأظهر ، ولضعف تجوز عشر سنين فقط ، ومتى زاد على الجائز فقولان : تفريق الصفقة ، وإطلاق العهد يفسده . وانظر أيضًا : الأم ٢٠١/٤ .

(٣) سورة التوبة : الآية ٢٩ .

(٤) أخرجه أحمد في مسنده ٣٢٣/٤ - ٣٢٥ .

مَوْسُوعَة

القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيدِ

كتاب الصيد والذبائح

كتاب الصيد (١) والذبائح (٢)

....

(١) الصيد : لغة مصدر صاد يصيد . ويطلق على المعنى المصدري ، أي : فعل الاصطياد ، كما يطلق على المصيد ، يقال : صيد الأمير ، وصيد كثير ، ويراد به : المصيد . كما يقال : هذا خلق اللّٰه ، أي : مخلوقه سبحانه وتعالى . والصيد هنا بمعنى المصيد ، يقول اللّٰه تعالى : ﴿ لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾ .

وفي الاصطلاح :

عرفه الكاساني الحنفي على الإطلاق الثاني - أي المصيد - بأنه : اسم لما يتوحَّش ويمتنع ، ولا يمكن أخذه إلا بحيلة ، إما لطيرانه أو لعَدْوِه .

وعرفه البهوتي الحنبلي بالإطلاقين - أي : المعنى المصدري والمصيد - فقال : الصيد بالمعنى المصدري : اقتناص حيوان متوحش طبعًا غير مملوك ولا مقدور عليه . أما بالمعنى الثاني - أي المصيد - فعرفه بقوله : الصيد حيوان مقتنص حلال متوحش طبعًا ، غير مملوك ولا مقدور عليه . فخرج الحرام كالذئب ، والإنسي كالإبل ولو توحشت .

وأركان الصيد ثلاثة : صائد ، ومصيد ، وآلة . ولكل ركن من هذه الأركان شروط بيانها فيما يلي :

أولًا : ما يشترط في الصائد :

يشترط في الصائد لصحة الصيد الشروط الآتية :

- الشرط الأول : أن يكون عاقلًا ، مميزًا . وهذا عند جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة وهو قول عند الشافعية . وذلك لأن الصبي غير العاقل ليس أهلًا للتذكية عندهم ، فلا يكون أهلًا للاصطياد .
- الشرط الثاني : أن يكون حلالًا ، فإن كان محرمًا بحج أو عمرة لم يؤكل ما صاده ، بل يكون ميتة .
- الشرط الثالث : أن يكون مسلمًا أو كتابيًا . وهذا عند الحنفية والشافعية والحنابلة . وقال المالكية : لا يحل ما صاده الكتابي ، وإن حَلَّ ما ذبحه .
- الشرط الرابع : يشترط في الصائد أن يسمي اللّٰه تعالى عند الإرسال أو الرمي . وذلك عند جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة .
- الشرط الخامس : ألا يُهِلَّ الصائد لغير اللّٰه تعالى . وهذا الشرط متفق عليه عند جميع المذاهب لقوله تعالى : ﴿ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ ﴾ .
- الشرط السادس : أن يرسل الآلة بحيث يُنْسَب إليه الصيد . وقالت المالكية : يكون إرسال الجارحة من يد الصائد أو يد غلامه .
- الشرط السابع : قصد ما يباح صيده بأن يقصد الصائد بإرساله صيد ما يباح صيده .
- الشرط الثامن : أن يكون الصائد بصيرًا . وهذا الشرط ذكره الشافعية ، حيث نصوا على أنه يحرم صيد الأعمى برمي سهم أو إرسال كلب وغيره من الجوارح في الأصح لعدم صحة قصده . انظر : المصباح المنير مادة (صيد) ، والموسوعة الفقهية الكويتية ١١٧/٢٨ : ١٢٠ .

(٢) الذبائح : جمع ذبيحة ، وهي : الحيوان المذبوح . مأخوذة من : الذبح - بفتح الذال - وهو مصدر ذبح =

....

= يذبح كمنع يمنع . ويطلق الذبح في اللغة على : الشَّقّ ، وهو المعنى الأصلي ، ثم استعمل في قطع الحُلْقُوم من باطنٍ عند النصيل .

وللذبح في الاصطلاح ثلاثة معان :

المعنى الأول : القطع في الحلق ، وهو ما بين اللبة واللحيين من العنق . واللبة – بفتح اللام – هي : الثُّغْرة بين الترقوتين أسفل العنق . واللحيان – مثنى اللحي بفتح اللام – وهما : العظمان اللذان يلتقيان في الذقن وتنبت عليهما الأسنان السفلى .

المعنى الثاني : القطع في الحلق أو اللبة . وهذا أعم من الأول لشموله القطع في اللبة ، والفقهاء يريدون هذا المعنى حينما يقولون : إن الحياة المستقرة هي ما فوق حركة المذبوح ، وهي الحركة الشديدة التي يتحركها الحيوان حينما يقارب الموت بعد القطع ، سواء أكان ذلك القطع في حلقه أم في لبته ، ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ ﴾ . فإنه يشمل ما قطع في حلقه وما قطع في لبته .

المعنى الثالث : ما يتوصل به إلى حل الحيوان ، سواء أكان قطعًا في الحلق أم في اللبة من حيوان مقدور عليه ، أم إزهاقًا لروح الحيوان غير المقدور عليه بإصابته في أي موضع كان من جسده بمحدد أو بجارحة معلمة . وهذا المعنى أعم من سابقيه ، وهو المراد في قول الفقهاء : لا تحل ذبيحة المشرك . فالمراد : كل ما أصابه المشرك في حلقه أو لبته إن كان مقدورًا عليه ، أو في أي موضع كان من جسده إن كان غير مقدور عليه . انظر : انظر : المصباح المنير مادة (ذبح) ، والموسوعة الفقهية الكويتية ١٧١/٢١ .

مسألة ١٥٢٢

أكل الكلب من الصيد

٣٠٦٩٢ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا أكل الكلب من الصيد ، لم يؤكل [١] .

٣٠٦٩٣ - وقال الشافعي رحمه الله في القديم : يؤكل [٢] .

٣٠٦٩٤ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ ﴾ [٣] . فشرط في الجارح التعليم ، وتعليم الكلب يكون بترك الأكل ، بدليل ما روي عن ابن عباس أنه قال : تعليم الكلب أن يترك الأكل ، وتعليم البازي أن يأتيك إذا دعوته [٤] . ثم قال : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ . ومتى أكل منه فلم يمسك علينا ، وإنما أمسك على نفسه .

٣٠٦٩٥ - فإن قيل : قد أمسك الباقي على صاحبه .

٣٠٦٩٦ - قلنا : إنما أمسكه ؛ لأنه استغنى عنه ؛ إذ الظاهر أنه استوفى حاجته .

٣٠٦٩٧ - فإن قيل : الآية تدل على إباحة ما أمسك ، وحظر غيره موقوف على الدليل .

٣٠٦٩٨ - قلنا : السؤال حصل عن الإباحة ، فالظاهر أن ما عدا المذكور غير مباح .

٣٠٦٩٩ - ولأن الحكم المعلق بشرط يدل على أن ما عداه بخلافه على قول كثير من أصحابنا ، ويدل عليه ما روى الشعبي عن عدي بن حاتم أن النبي ﷺ قال : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم اللّه تعالى ، فكُلْ ، فإن أكل فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه » [٥] .

٣٠٧٠٠ - فإن قيل : روي أنه قال : « فإني أخاف أن يكون أمسك على نفسه » [٦] .

٣٠٧٠١ - قلنا : قوله : « فلا تأكل » . يفيد التحريم ، وقوله : « إني أخاف » .

---

(١) انظر : المبسوط ٢٤٤/١١ وعبارته : وإذا أكل الكلب من الصيد ، فقد خرج عن حكم المعلم .

(٢) انظر : المجموع ١٢٠/٩ وعبارته : إذا ثبت كون الكلب أو غيره من جوارح السباع ثم أكل من صيد قبل قتله أو بعده في موضعه ، ففي حل ذلك الصيد قولان مشهوران ، أصحهما . عند الأصحاب : تحريمه ، والثاني : إباحته . وانظر فتح القدير ١١٩/١٠ وعبارة الهداية فيه : فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل .

(٣) الآية ٤ من سورة المائدة.

(٤) أخرجه الطبري ٩٣/٦ .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٧٦/١ برقم ١٧٣ ومسلم ١٥٢٩/٣ برقم ١٩٢٩ .

(٦) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط ٣١٥/٣ برقم ٣٢٦٧ .

يجوز أن يكون علة للتحريم ، ويجوز أن يكون علة للكراهة ، فلا يسقط الظاهر التحريم ، فلا يأكل بالشك [١] .

٣٠٧٠٢ - ولأن التجويز علة في تحريم الصيد ، بدلالة قوله ﷺ : « فإن وقع في ماء فلا تأكل ، فلعل الماء قتله » [٢] .

٣٠٧٠٣ - ولأن ترك الصيد معنًى شُرِط في إباحة الصيد الأول ، فكان صيدًا فيما بعده ، أصله الإرسال .

٣٠٧٠٤ - ولأنه صيد أكل منه الكلب قبل ثبوت يد صاحبه عليه ، فأشبه إذا ترسل بنفسه فوجده قد أكل من الصيد أو أصابه المرة السابقة إذا أكل من الصيد .

٣٠٧٠٥ - ولأنه يجوز أن يكون أكل لفقد التعليم ، ويجوز أن يكون أكل لشدة الجوع ، فاجتمع فيه وجه الحظر والإباحة ، فغُلِّب الحظر كما لو وقع في الماء .

٣٠٧٠٦ - ولأن التعليم في الكلب يكون بترك الأكل ، فإذا أكل دل على فقد التعليم ، وصيد غير المعلم لا يؤكل .

٣٠٧٠٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ ﴾ [٣] . ولم يُفصِّل .

٣٠٧٠٨ - قلنا : بشرط التعليم وهذا غير معلم ، وشَرَط الإمساك وهذا لم يمسك علينا .

٣٠٧٠٩ - احتجوا : بما روي في حديث أبي ثعلبة الخشني أن النبي ﷺ قال : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم اللّه ، فكُلْ » . فقال : وإن أكل منه ؟ قال : « نعم ، وإن أكل منه » [٤] .

٣٠٧١٠ - قلنا : هذا الحديث رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد اللّه بن عمر [٥] ، وقد روي الخبر عن أبي ثعلبة وأبي إدريس الخَوْلاني [٦] وأبي أسماء وغيرهم ، ولم يذكروا هذه اللفظة ، ولو ثبتت عارضها حديث عدي بن حاتم وهو حاضر ، والخبران إذا تعارضا فالمثبت للحظر أولى من المثبت للإباحة .

٣٠٧١١ - ولأن حديث عدي بن حاتم يوافق قوله : ﴿ فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ ﴾ .

---

(١) في (م) : [بالثابت] .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ١٥٣١/٣ برقم ١٩٢٩ .

(٣) سورة المائدة : الآية ٤ .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٣٧/٩ برقم ١٨٦٦٣ .

(٥) المصدر السابق .

(٦) المصدر السابق برقم ١٨٦٦٢ .

٣٠٧١٢ - ولأن أخبار عدي بن حاتم في الصيد أشهر ، فهو أولى .

٣٠٧١٣ - ولأن خبرنا معلل فهو أولى .

٣٠٧١٤ - ولأن خبرنا بأصل ؛ لأن الأصل الإباحة .

٣٠٧١٥ - فإن قيل : نجمع بين الخبرين ، نحمل خبركم على الأكل في المرة الأولى ، وخبرنا على الأكل في المرة الرابعة .

٣٠٧١٦ - قلنا : في خبرنا : « إذا أرسلت كلبك المعلم » . ولا يكون معلمًا إلا بعد الثالثة . ثم هذا استعمال يؤدي إلى حمل الخبرين جميعًا على الخصوص ، ونحن نحمل خبر عدي بن حاتم على عمومه وخبر أبي ثعلبة يحمل على الخصوص ، ونحمله على الأكل منه بعد ما ثبتت يد صاحبه ونحمله على الأكل من طن [١] أو على الكلب إذا أكل فأدركت ذكاته ، ومن حمل أحد الخبرين على عمومه وخص الآخر أولى ممن [٢] خصهما جميعًا .

٣٠٧١٧ - قالوا : روي عن ابن عمر وسلمان وأبي هريرة وسعيد بن المسيب أن صيد الكلب يؤكل وإن أَكَل منه [٣] .

٣٠٧١٨ - قلنا : روي عن علي بن أبي طالب وابن عباس وعدي بن حاتم وأبي هريرة وسعيد بن جبير وإبراهيم مثل قولنا [٤] .

٣٠٧١٩ - قالوا : عقر [٥] الكلب بمنزلة الذكاة ، ولو ذبحه آدمي وأكل منه لم يحرم ، كذلك عقر الكلب مثله .

٣٠٧٢٠ - قلنا : يبطل بالمرة الثالثة .

٣٠٧٢١ - فإن قالوا : الأكل لا يمنع ، وإنما يمنع فقد التعليم .

٣٠٧٢٢ - قلنا : كذلك نقول : إن الأكل ليس بمانع ، وإنما المانع فقد التعليم ، [ولهذا لو أكل بعد أخذ صاحبه لم يؤثر ، لما لم يدل على فقد التعليم] [٦] .

---

(١) مطموسة في (ص) ، وغير واضحة في (م) .

(٢) مطموسة في (ص) ، وفي (م) : [من] .

(٣) أخرجه البيهقي السنن الكبرى ٢٣٧/٩ بأرقام ١٨٦٥٨ - ١٨٦٦٠ ، وعبد الرزاق في مصنفه ٤٧٣/٤ بأرقام ٨٥١٦ - ٨٥١٨ ، وابن أبي شيبة في مصنفه ٢٣٤/٤ بأرقام ١٩٥٨٧ - ١٩٥٩١ .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٢٣٢/٤ بأرقام ١٩٥٦٧ - ١٩٥٨١ والمصدر السابق .

(٥) في (م) : [من] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ومن صلب (ص) ، واستدرك في الهامش .

٣٠٧٢٣ – ولأننا لا نسلم أن عقره ذكاته بشرائطه ، ومن شرطه عندنا ترك الأكل .

٣٠٧٢٤ – قالوا : جارحة أكل من الصيد كالبازي .

٣٠٧٢٥ – قلنا : الأكل عندنا لا يمنع ، وإنما يمنع فقد التعليم ، وأكل الكلب يدل على عدم التعليم ، وأكل البازي لا يدل على عدم التعليم ؛ لأن الكلب يُضْرَب حتى يُعَوَّد ترك الأكل ، والبازي لا يمكن ضربه وإنما يُعَوَّد العود إلى صاحبه والأكل من الصيد ، فأكله يدل على التعليم .

٣٠٧٢٦ – قالوا : لو أكل بعد [1] ما أخذه صاحبه لم يحرم كذلك حال الأخذ .

٣٠٧٢٧ – قلنا : يبطل بالمرة الثالثة .

٣٠٧٢٨ – ولأن أكله بعد أخذ صاحبه لا يدل على فقد التعليم ، وأكله قبل ذلك يدل عليه .

٣٠٧٢٩ – قالوا : تعليمه قد حصل بالعادة بترك الأكل ، فأكله يحتمل أن يكون لشدة الجوع ويحتمل لنسيان التعليم ، فلا يبطل ما علم من تعليمه بالاحتمال .

٣٠٧٣٠ – قلنا : الأكل يحتمل [أن يكون لشدة الجوع] [2] لعدم التعليم ويكون تركه للأكل فيما مضى للشبع [3] والاستغناء عنه ، ويحتمل ما ذكروه ، والحظر والإباحة إذا تعارضا فالحكم للحظر .

٣٠٧٣١ – ولأنه لو تعلم ، لم يتطرق عليه النسيان .

٣٠٧٣٢ – ولأن الصنائع ضرورية ، فلا ينساها من تعلمها وإن ضعف فيها .

* * *

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) ساقطة من (م) .

مسألة ١٥٢٣

أكل جوارح الطير من الصيد

٣٠٧٣٣ - قال أصحابنا [رحمهم اللَّه] : جوارح الطير إذا أكلت من الصيد ، أُكِل (١) .

٣٠٧٣٤ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في الجديد : لا يؤكل (٢) .

٣٠٧٣٥ - لنا : أنه حيوان طاهر السؤر ، أكله من صيده لا يحرمه كالآدمي ، [وإن أكله لا يحرم ما تقدم من صيوده ، فلا يحرم الصيد الذي أكل منه كالآدمي] (٣) ، وكما لو أكل بعد ثبوت يد صاحبه عليه .

٣٠٧٣٦ - ولأن البازي لا يمكن ضربه ليترك الأكل ، وإنما تعليمه عَوْده إلى صاحبه ، فالأكل لا يدل على فقد التعليم .

٣٠٧٣٧ - ولأنه يُعَوَّد الأكل من لحم الصيد ، ليألف العود ويصيد ، وما كان جهة التعليم لا يحرم به الأكل .

٣٠٧٣٨ - فإن قيل : لو كان كذلك ، لم يؤكل صيده إذا لم يأكل .

٣٠٧٣٩ - قلنا : ليس الأكل هو التعليم ، وإنما هو أحد طرقه .

٣٠٧٤٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ .

٣٠٧٤١ - [قلنا : هذا خاص] (٤) في الكلب ، بدلالة ما ذكرناه .

٣٠٧٤٢ - وكذلك الجواب عن خبر عدي بن حاتم .

٣٠٧٤٣ - قالوا : جارحة أكل من الصيد قبل ثبوت يد صاحبه عليه ، فكان كالكلب .

---

(١) انظر : فتح القدير ١١٩/١٠ وعبارة الهداية فيه : وإن أكل منه البازي ، أُكِل .

(٢) انظر : مغني المحتاج ١١٢/٦ وعبارته : ولو ظهر بما ذكر من الشروط كونه معلمًا ثم أكل مرة كما في المحرر من لحم صيد ، لم يحل ذلك الصيد في الأظهر لحديث الصحيحين ، ولأن عدم الأكل شرط في التعلم ابتداء فكذا دوامًا . والثاني يحل أكله لخبر أبي داود بإسناد حسن ، وإن أكل منه .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

٣٠٧٤٤ - قلنا : المعنى في الكلب أنه نجس السؤر ، فجاز أن يؤثر أكله في التحريم ، والبازي طاهر السؤر وأكله لا يؤثر كالآدمي ، فإن الكلب يمكن ضربه لترك الأكل والبازي لا يمكن ضربه ، فصار هذا موضع ضرورة فيه فلم تمنع الإباحة كالجرح[1] في غير الحلق واللبة .

* * *

(١) ساقطة من (م) .

مسألة ١٥٢٤

أكل الكلب من الصيد يحرم ما تقدم من صيوده

٣٠٧٤٥ – قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ : إذا أكل الكلب من صيده ، حرم ما تقدم من صيوده .

٣٠٧٤٦ – وقال أبو يوسف ومحمد [رحمهما اللّه] : يحرم ما أكل منه ، ولا يحرم ما تقدم [1] . وهو قول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ على القول الذي يقول : إن الكلب إذا أكل ، حرم ما أكل منه [2] .

٣٠٧٤٧ – فمن أصحابنا من حمل قول أبي حنيفة على الصيدين المتقاربين إذا أمسك أحدهما فأكل من الآخر ؛ لأن المدة القريبة لا ينسى فيه الصناعة ، فعلم أن إمساكه المتقدم لم يكن للتعليم ، فأما المدة البعيدة الذي يجوز النسيان في مثلها فلا تحرم ما تقدم .

٣٠٧٤٨ – وقال هذا القائل : وإنما خرج الأمر على العادة ؛ لأن لحم الصيد يدخر المدة القريبة ولا يدخر المدة البعيدة .

٣٠٧٤٩ – وهذا الذي قاله هذا القائل يتصور في الكلب القريب العهد بالتعليم [3] فأما ما بَعُد عهده فإن الأكل يدل على أنه لم يكن معلمًا أمس ، وكونه كذلك أمس يدل على أنه لم يكن معلمًا اليوم الذي قبله فلا يزال كذلك حتى يحرم جميع ما تقدمه .

٣٠٧٥٠ – وظاهر قول أبي حنيفة يدل على هذا ، وأن المدة القريبة والبعيدة سواء .

٣٠٧٥١ – والدليل على ذلك قوله ﷺ في حديث عدي بن حاتم : « فإن أكل منه فلا تأكل ، فإنما أمسك على نفسه » [4] . فجعل الأكل عَلَمًا على نفي التعليم ، وصيد ما ليس بمعلم لا يؤكل .

٣٠٧٥٢ – ولأن كل جارحة لا يؤكل صيد ما أكلت منه ، لا يؤكل ما تقدم من

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٥٢/٦ وعبارة الكنز : وأما الصيود التي أخذها من قبل ، فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لعدم المحلية ، وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بعدما ثبتت الحرمة فيه بالاتفاق ، وما هو محرز في البيت يحرم عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ ، وعندهما لا يحرم .

(٢) انظر : مغني المحتاج ١١١/٦ وعبارته : فلو تكرر الأكل منه ، حرم الآخر جزمًا ، وما أكل منه قبله في الأصح .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) سبق تخريجه .

صيودها ، أصله : غير المعلم وعكسه البازي .

٣٠٧٥٣ - ولأن أكله يدل على فقد التعليم ، والأصل فيه عدم التعليم ، وما بين الحالتين يحتمل ، فغَلَبت الحالتان المعروفتان الحالةَ المتوسطةَ المحجوزة . ولا يلزم المجوس إذا أسلم ثم ارتد ؛ لأن الأصل فيه فطرة الإسلام وليس فيه المجوسية ؛ لأن ما تقدم من الصيود اجتمع فيه الحظر والإباحة ، فالحظر يجوز أن يكون غير معلم كما هو عليه الآن ، ويحتمل أن يكون معلمًا وقد نسي فغلب الحظر على الإباحة ، كما لو اشترك في الإرسال مسلم ومجوسي .

٣٠٧٥٤ - ولأن تعليم الصيد من الصنائع الضرورية التي تجري مجرى الخياطة والبناء ، ومعلوم أن هذه الصنائع إذا تُعُلِّمَت لم يُتَصَوَّر فيها النسيان بطول العهد ، وإن جاز أن يضعف . وإنما يتصور النسيان في علوم الاستدلال والمحفوظات ، والتعليم . أصله : ترك الأكل ، فلما أكل لم يجز أن يكون نسي ، فلم يبق إلا أن يكون لم يتعلم في الأصل .

٣٠٧٥٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ [١] . وما تقدم قد أمسك على صاحبه .

٣٠٧٥٦ - قلنا : شرط الله إمساك المعلم بقوله : ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ ﴾ [٢] . ونحن لا نسلم أن هذا معلم على ما ذكرنا .

٣٠٧٥٧ - قالوا : روي أنه ﷺ قال لأبي ثعلبة الخشني : « إن كان لك كلاب مكلبة فكل مما أمسكن عليك » [٣] .

٣٠٧٥٨ - قالوا : وهو فيما تقدم ممسك .

٣٠٧٥٩ - قلنا : التعليم شرط باتفاق ، ولو وجد لم ينسه ، فعلم أنه ليس بمعلم .

٣٠٧٦٠ - ولأنا نتيقن بأكله في الثاني أنه لم يمسك عليه ، بقي الأول يجوز أن يكون إنما أمسك للاستغناء ونحو ذلك ، فلا يثبت الشرط الذي عُلِّقت الإباحة به .

٣٠٧٦١ - قالوا : روي في حديث أبي ثعلبة أنه ﷺ قال : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى [٤] ، فكل ما أمسك عليك » . فقال : وإن أكل منه ، قال :

(١ ، ٢) سورة المائدة : الآية ٤ .
(٣) أخرجه أبو داود في سننه ١١/٣ برقم ٢٨٥٧ .
(٤) ساقطة من (ص) .

« وإن أكل منه » [١] . وإذا دل الخبر على إباحة ما أكل منه ، فما لم يأكل منه أولى .

٣٠٧٦٢ – قلنا : ذكر الأكل بعد الإمساك ، ومتى أكل الكلب من الصيد بعد إمساكه على صاحبه لم يحرم ما أكل منه [ولا ما تقدمه ، ولا بد من حمل الكلام على هذا ، ولا يناقض الكلام وصار تقديره : كل منه] [٢] إذا أمسك وإن لم يمسك .

٣٠٧٦٣ – قالوا : كل ما حل [٣] من صيد البازي ، حل من صيد الكلب ، أصله : إذا لم يأكل منه .

٣٠٧٦٤ – قلنا : يجوز أن يقال : لما حل ما لم يأكل . ألا ترى أن صيده في الحال لو لم يأكل منه حل ، فلما أكل ، حرم باتفاقنا ، لم يجز اعتبار أحد الأمرين بالآخر ؟

٣٠٧٦٥ – ولأن البازي لا يمكن ضربه ليترك الأكل ، [فلم يجز ضربه على صيوده ، والكلب يمكن ضرب على الأكل ، فأكله مؤثر في صيوده .

٣٠٧٦٦ – قالوا : ترك أكل الكلب شرط في إباحة صيده ، كما أن إسلام الرجل شرط ، ثم لو ارتد المرسل لم يرتد ذلك] [٤] في صيوده المتقدمة كذلك إذا أكل الكلب .

٣٠٧٦٧ – وربما قالوا : عقر الكلب ذكاة كما أن ذبح الآدمي ذكاة ، ثم لا تؤثر الردة فيما تقدم من ذبح الآدمي ، كذلك ما تقدم من صيد الكلب .

٣٠٧٦٨ – قلنا : الردة تكون شبهة طارئة على المسلم وذلك لا يؤثر فيما تقدم ، من الاعتقاد فلم تستند الردة إلى حالة سابقة ، فلم يقدح فيما تقدم ، وأكل الكلب يدل على عدم التعليم وذلك لا يؤثر فيما تقدم ؛ لأنه لو كان معلمًا لم ينس التعليم . وإذا استند فقد التعليم إلى ما تقدم ، لم يحل أكل الصيود المتقدمة .

٣٠٧٦٩ – فإن قيل : إذا جاز أن يتعلم الآدمي القرآن والشعر ثم ينساهما ، جاز أن يتعلم الكلب ثم ينسى .

٣٠٧٧٠ – قلنا : الآدمي ينسى ما طريقه الاستدلال والحفظ ، ولا ينسى ما طريقه الضرورة كالخياطة والسباحة ، وتعلم الكلب من هذا قبيل . ثم [إن الآدمي] [٥] إذا

---

(١) الحديث السابق .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٣) في (م) : [حرم] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

حفظ وأقام بالدرس لم يجز أن ينسى ، كالكلب إذا أدام الصيد إلى أن أكل ، لا يجوز أن يكون نسي ، فلم يبق إلا أن يكون لم يتعلم .

٣٠٧٧١ – فإن قيل : الكلب إذا استرسل بالإغراء والزجر وإمساك الصيد لم يجز أن يكون هذا بالاتفاق بل بالتعليم ، كما أن الآدمي لا يقول الشعر بالاتفاق .

٣٠٧٧٢ – قلنا : التعليم جملة علوم تحصل للكلب ، ففيها الاسترسال عند الإغراء والحد عند الزجر ومنها الإمساك ، فليس يمتنع أن يكون تعلم بعض هذه العلوم ولم يتعلم الإمساك ، وإنما أمسك فيما تقدم للاستغناء ، فعاد إلى طبعه في الأكل [١] ، فدلنا ذلك على أنه لم يكمل تعليمه ، على أنه يجب أن يكتفى في إثبات الحكم بالتجويز ، وقد اكتفينا به وذلك لا يمكن دفعنا عنه .

* * *

---

(١) في (م) : [الكلب] .

مسألة ١٥٢٥

ترسل الكلب على الصيد بنفسه

٣٠٧٧٣ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا ترسل الكلب على الصيد بنفسه فزجره صاحبه فانزجر وأخذ الصيد ، حل أكله (٢) .

٣٠٧٧٤ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يحل أكله (٣) .

٣٠٧٧٥ - لنا قوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ (٤) . ولم يُفَصِّل بين تقدم الإرسال أو تأخره بعد الترسل ، فظاهره يقتضي إباحة الجميع .

٣٠٧٧٦ - ولأن هذا معنًى لا يمكن أن يُحفظ منه في صيد الكلب ؛ لأنه ثبت أن الصيد بالطبع ، وقد شاهده قبل مشاهدة صاحبه فيتحظر إليه سحبه صاحبه بالزجر والإغراء أو ما لم يمكن الاحتراز فيه في الصيد يسقط اعتباره ، أصله وقوع الحرج في محل الذكاة .

٣٠٧٧٧ - ولأن الزجر لو وجد ابتداءً أباح ، فإذا وجد بعد ترسل الكلب أباح ، أصله : إذا وقف بالزجر . والترسل إذا وقف فقد انقطع ترسله الأول وزال حكمه وصار ما يفعله بعد ذلك ابتداءً ترسل غير مبني على الفعل الأول ، وإذا لم يقف فهو ماضٍ على فعله ، وإنما يريده حركة ويقوى نشاطه .

٣٠٧٧٨ - قلنا : إذا انزجر فقوي طلبه فقد اجتمع فعل الكلب وفعل صاحبه ، وهذا سبب الإباحة كالإرسال المبتدأ ، [وكما لو وقف وترسل فالزاجر اجتمع في الترسل الثاني فعلمها ولم نمنع الإباحة] (٥) .

٣٠٧٧٩ - ولأن فعل الكلب لا يتعلق به حظر [ولا إباحة ؛ لأنه آلة ، والآلات لا توصف بذلك .

---

(٢) انظر : المبسوط ٥/ وعبارته : وفرق بين هذا وبين ما إذا اتبع الكلب الصيد بنفسه من غير أن يرسله أحد ثم زجره مسلم أنه إن انزجر بزجره فأخذ الصيد فقتله ، يؤكل ، وإن لم ينزجر ، لا يؤكل .

(٣) انظر : مختصر المزني ٨/ ٣٩٠ وعبارة المختصر : ولو خرج الكلب إلى الصيد من غير إرسال صاحبه فزجره فانزجر وأشلاه فاستشلى فأخذ وقتل ، أكل ، وإن لم يحدث غير الأمر الأول ، فلا يأكل .

(٤) سورة المائدة : الآية ٤ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

٣٠٧٨٠ – ولأن من تعلق بفعله حظر] [١] يتصور أن تقع بفعله الإباحة ، كالمجوسي إذا أسلم ، فلما لم تتعلق بالكلب إباحة بحال ، لم تحصل الإباحة بفعل الآدمي لا لوجود فعل الكلب ، فإذا زجره فانزجر [انضم إلى] [٢] فعله فعل الآدمي ، فيتعلق الحكم وسقط ما كان تقدم فيما لا يوصف بالحظر ولا بالإباحة .

٣٠٧٨١ – ولا يلزم إذا أرسل كلبه [٣] فشاركه كلب ترسل بنفسه أن الحظر يتعلق بفعل ذلك الكلب ؛ لأن الحظر هناك أن فعل الآدمي انضم إلى فعل الكلب فشاركه في الإباحة ما لا يوصف بالإباحة . ولا يلزم إذا أكل الكلب من الصيد ؛ لأن أكله يدل على فقد التعليم ، وما ليس بمعلم لا يقوم مقام فعل صاحبه .

٣٠٧٨٢ – فإن قيل : إذا قلتم إن فعل الكلب لا يوصف بالإباحة ، لم يبق إلا أن يوصف بالحظر .

٣٠٧٨٣ – قلنا : بل نقول : إنه لا يبيح ولا يحظر ، وإنما تتعلق الإباحة بفعل آدمي ، والحظر يفقد بفعله وفعل الكلب كالموت المبتدأ الذي لا يؤثر في حظر ولا إباحة ، وإنما المؤثر في الميتة فقد فعل الآدمي . يبين ذلك أن فعل الكلب موجود مع فعل الآدمي إذا أرسله ابتداء ، فلو تعلق بفعله حظر صار كإرسال مسلم ومجوسي ، يكشف ذلك أن السمك لما لم يفتقر إلى ذكاة حل بعقر الكلب ولا يحل بالموت .

٣٠٧٨٤ – ولأنه انزجر بزجره من غير تقدم فعل يتعلق به الحظر ، فصار كما لو ابتدأ الترسل بالزجر ، وكما لو ترسل على شاة فزجره [فاشتد وأخذ صيدًا ، وكما لو وقفه وترسل .

٣٠٧٨٥ – قال أصحابنا : ولأن الكلب إذا ترسل فزجره صاحبه فانزجر تعلق الحكم ، ولو ترسل على آدمي أو دابة أو صيد فتركه ولو لم يزجر فلم] [٤] يضمن .

٣٠٧٨٦ – قال مخالفنا : إذا كان الكلب مع صاحبه ويده ثابتة عليه فما أتلفه بغير زجره يضمنه صاحبه ، كما يضمن جناية الدابة إذا كانت معه ، فلم يتعلق الحكم بالتمرس والتحريض .

٣٠٧٨٧ – قلنا : إذا انفلت من غير زجر ، فقد زالت اليد عنه ، فكيف يضمن جنايته مع عدم ثبوت يده عليه ، ثم هذا خلاف النص ، وقوله ﷺ : « العجماء

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

جُبَار »[١] . والعجماء الدابة المنفلتة .

٣٠٧٨٨ – قالوا : وإن كان ذلك ليس في يده ففيه وجهان ، قال المروزي : يضمن ما أتلفه الكلب إذا أغراه . قالوا : فعلى هذا الوجه الفرق بينه وبين الصيد أن المغلب في الصيد الحظر متى اجتمع سبب الإباحة والحظر ، والمغلب في مال الآدمي جهة الضمان .

٣٠٧٨٩ – قلنا : المرسل المغلب من الحل إلى الحرم أو من الحرم إلى الحل فلم يتغلب جهة الضمان على غيره ، وإنما وجب الضمان بالفعل المحظور ، وهذا إرسال محظور كالإرسال في الحرم على صيد .

٣٠٧٩٠ – قالوا : والوجه الثاني أن من أغرى كلبًا على الآدمي فالضمان [٢] عليه ؛ لأن للكلب اختيارًا ويفارق هذا الاصطياد .

٣٠٧٩١ – ولأن الكلب بالتعليم صار فعله كفعل المكاتَب وهو لا يعلم إتلاف الآدمي ، فلم يقم فعله مقام فعله .

٣٠٧٩٢ – قلنا : يلزمكم إذا أغراه لصيد آدمي بعدما ترسل وجب ضمانه وسقط حكم ترسله بنفسه ، فعلم أنهم كيف جازوا عن هذا الكلام وخرجوا لوجوه فهو لازم لهم .

٣٠٧٩٣ – احتجوا : بأن ترسل الكلب يتعلق به الحظر ، وزجر الآدمي يتعلق به الإباحة ، وإذا اجتمع سبب التحريم والتحليل ، يغلب حكم التحريم ، كما لو أرسله مسلم ومجوسي .

٣٠٧٩٤ – قلنا : قد دللنا على أن فعل الكلب لا يوصف بالحظر ، وفعل المجوسي يوصف بالحظر ، فلم يصح الجمع بينهما .

٣٠٧٩٥ – قالوا : ترسل الكلب فعله ، فإذا زجره صاحبه فانزجر بناء على فعله الأول ، فصار كما لو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر .

٣٠٧٩٦ – قلنا : لا فرق بينهما في المعنى ؛ لأنه إذا انزجر بزجر المسلم ، فقد اشتركا في الاصطياد فكأنما أرسلاه معًا .

٣٠٧٩٧ – وفي مسألتنا إذا انزجر بزجره فقد اشتركا فكأنه أرسله ابتداءً فترسل .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٥٤٥/٢ برقم ١٤٢٨ .

(٢) في (م) : [فلا ضمان] .

مسألة ١٥٢٦

قتل الكلب صيدًا صدمًا

٣٠٧٩٨ – قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا قتل الكلب الصيد صدمًا أو خنقًا ولم يجرحه ، لم يؤكل [١] . وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله .

٣٠٧٩٩ – وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يؤكل ، وهو أحد قولي الشافعي [٢] .

٣٠٨٠٠ – لنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه سئل عن صيد المعراض فقال : « إن خزق [٣] فكُلْ ، وإن أصاب بعَرْضه فلا تأكل ، فإنما هو وقيذ [٤] » [٥] . فيدخل في عموم قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ ﴾ [٦] .

٣٠٨٠١ – فإن قيل : الموقوذة التي ضربت على رأسها حتى ماتت .

٣٠٨٠٢ – قلنا : بل التي وُقِذَت بالضرب ، أي موضع وقع الضرب فيها . على أن عند مخالفنا إذا وقذه الكلب بالضرب على رأسه حتى قتله ، أكل . وقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ ﴾ عام فيما خنقه الكلب وغيره . ولأنه آلة للاصطياد فاعتبر فيه الجرح كالسهم .

٣٠٨٠٣ – ولا يلزم الآلة التي يصطاد بها السمك ؛ لأن التعليل للآلة لا للصيد .

٣٠٨٠٤ – ولأنه حيوان له ذكاة ، فلا يحل من غير جرح كغير الصيد .

٣٠٨٠٥ – ولأن ما كان ذكاته العقر مع القدرة فهو ذكاة مع الامتناع ، كالبعير إذا نَدَّ .

٣٠٨٠٦ – ولأنها بهيمة خرجت رُوحها من غير عقر كالمقدور .

٣٠٨٠٧ – فإن قيل : المعنى في المقدور أنه اعتبر بحل العقر ، فاعتبر العقر ، ولما سقط في مسألتنا المحل سقط العقر .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٥٣/٦ وعبارته : فأما إذا قتله صدمًا أو جثمًا أو خنقًا حتى مات ؛ فإنه لا يؤكل منه .

(٢) انظر : المجموع ١١٧/٩ وعبارته : إذا لم يجرح الكلب الصيد بل قتله بثقله وصدمته ، فقولان مشهوران ، أصحهما عند الأصحاب : أنه يحل ، والثاني : لا يحل .

(٣) في (م) : [خنق] . والخزق : قال النخعي : إذا خزق المعراض فكل الخزق الإصابة والجرح من حد ضرب . والمعراض السهم الذي لا ريش عليه ، يمر معترضًا غالبا . انظر : طلبة الطلبة مادة (خزق) .

(٤) وقذه وقذًا – من باب وعد – : ضربه حتى استرخى وأشرف على الموت . فهو وقيذ وموقوذ . وشاة موقوذة : قُتلت بالخشب أو بغيره فماتت من غير ذكاة . ووقذه النعاس : أسقطه . انظر : طلبة الطلبة مادة (وقذ) .

(٥) أخرجه ابن عبد البر في الاستذكار ٢٦٨/٥ .

(٦) سورة المائدة : الآية ٣ .

٣٠٨٠٨ - قلنا : يبطل بالرمي فإن محل الرمي ، سقط فيه ولا يسقط اشتراط العقر .

٣٠٨٠٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَكُلُواْ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ (١) .

٣٠٨١٠ - قلنا : شَرَط التعليم ، وما لا يعاد (٢) الجرح فليس بمعلم .

٣٠٨١١ - قالوا : في حديث أبي ثعلبة : « إن كانت الكلاب معلمة (٣) ، فكُلْ مما أمسكن عليك » . وقال لعدي بن حاتم : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم اللَّه ، فكُلْ » .

٣٠٨١٢ - [قلنا : روي أنه قال] (٤) : « ما أنهر الدم ، فكُلْ » (٥) . فدل على أن الجرح معتبر ، وقال تعالى : ﴿ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ ﴾ . فدل على أنه إذا أمسك ووقذ وخنق لم يؤكل .

٣٠٨١٣ - قالوا : الكلب لا يمكن تعليمه كيفية القتل ، وما لا يمكن تعليمه للكلب سقط اعتباره ، كالجرح في محل الذكاة .

٣٠٨١٤ - قلنا : الكلب لا يحتاج إلى تعليم الجرح ؛ لأنه طبعه ، وترك الجرح نادر فيه وما كان في طبعه لا يقال : إن وجوده متعذر . فأما الجرح في محل الذكاة ، فليس بغالب في حاله وتعليمه يشق فقط اعتباره كما يسقط الجرح .

٣٠٨١٥ - قالوا : جارح قَتَل الصيد بفعله الواصل إليه ، فأشبه إذا عقره .

٣٠٨١٦ - قلنا : ليس إذا أبيح الأكل مع العقر ، أبيح مع فقده ، بدلالة السهم .

٣٠٨١٧ - فإن قيل : السهم يمكن الرامي أن يرمي بالمحدد ولا يرمي بالمثقل ، فإذا رمى بما لا حد له فقد فرط ، وإن رمى بالمحدد ولم يجرح فهو أضعف ، وأما الكلب فالجرح وصاحبه لا يقدر عليه منه ، فليس يشترط وجوده .

٣٠٨١٨ - قلنا : إذا رمى بالمعراض فأصاب بعرضه فذلك نادر ، والمعتاد أن يصيب بحده ، فإذا اتفق النادر الذي يكون أضعف الرمي لم يؤكل ، كذلك طبع الكلب للجرح فإذا اتفق ترك الجرح الذي يكون من فتور الكلب وضعف تكلبه لم يؤكل .

٣٠٨١٩ - وقولهم : إن صاحبه لا يقدر على فعله .

٣٠٨٢٠ - يبطل بشرط الإمساك ، فإن صاحبه لا يقدر على ذلك وهو شرط .

---

(١) سورة المائدة : الآية ٤ .
(٢) غير واضحة في (ص) .
(٣) في (م) : [مكلبة] .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٨٨١/٢ برقم ٢٣٥٦ .

مسألة ١٥٢٧

أكل الأقل من الصيد من ناحية العجز

٣٠٨٢١ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا أبان الأقل من الصيد من ناحية العجز فمات ، أكل الجملة ولم يؤكل الأقل البائن ، وإن كان الأقل من جهة [1] الرأس أكل الجميع [2] .

٣٠٨٢٢ - وقال الشافعي رحمه الله : أكل الجميع في الحالتين [3] .

٣٠٨٢٣ - لنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « ما أُبِين من الحي فهو ميت » [4] . ومعلوم الطرف مبين منها وهي حية ، فوجب أن يكون منعه بظاهر الخبر .

٣٠٨٢٤ - فإن قيل : إن هذا خرج على سبب وهو أنهم كانوا يقطعون الألية ويأكلونها ، ولا تبقى الغنم حية ، ولهذا روي : « ما أبين من حي فهو ميت » .

٣٠٨٢٥ - قلنا : المعتبر عندنا وعندهم بعموم اللفظ وإن خرج على سبب خاص ، فلأن العقر لا يكون ذكاة حال وقوعه حتى تخرج الرُّوح من غير أن يقدر على الذبح ، فالحالة التي يصير الجرح فيها ذكاة العضو بائن فلا يكون ذكاة الجملة ذكاة المنفصل منها . ولا يلزم إذا كان القطع من مقدمها ؛ لأن ذلك يقطع العروق وهو ذكاة عند وقوعه ، ولهذا يجب ذبح الصيد ، وإن ثبتت يده عليه فكان ذكاة الجملة .

٣٠٨٢٦ - ولأنه انفصل منها مع بقاء الحياة .

٣٠٨٢٧ - ولا يلزم إذا قطع المقدم ؛ لأن القطع إذا وقع في الصيد لم تبق حياة مستقرة .

٣٠٨٢٨ - فإن قيل : المعنى فيه إذا ذبحه أن الجرح الأول خرج من أن يكون ذكاة ، وصار الذبح هو الذكاة . وفي مسألتنا الجرح هو الذكاة ؛ لأن الجرح لم يكن ذكاة عند وقوعه ، بدلالة أنه يتصور بعده الذكاة وإنما يصير ذكاته عند خروج الرُّوح كما

---

(١) في (م) : [قبل] .

(٢) انظر : المبسوط ٢٥٥/١١ وعبارته : وإن قطع الثلث منه مما يلي العجز فأبانه ، فإنه يؤكل الثلثان اللذان مما يلي الرأس ولا يؤكل الثلث مما يلي العجز ، فإن قطع الثلث مما يلي الرأس فأبانه ، فإنه يؤكل كله .

(٣) انظر : مختصر المزني ٣٩٠/٨ وعبارته : وإذا ضرب الصيد فقطعة قطعتين ، أكل ، وإن كانت إحدى القطعتين أقل من الأخرى .

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك ١٣٧/٤ برقم ١٣٧ .

يجعل[١] الذبح بعد الجرح ذكاة والعضو في الحالتين بائن فلا يلحقه حكم الذكاة .

٣٠٨٢٩ – ولأنه لم يقطع أكثر الأوداج ، فلم يؤكل ما بقي منه ، أصله : إذا بقى يومًا .

٣٠٨٣٠ – احتجوا : بما روي أنه ﷺ قال لأبي ثعلبة : « ما ردت عليك قوسك ، فكُلْ »[٢] . وروي : « ما ردت عليك يدك ، فكُلْ »[٣] .

٣٠٨٣١ – قلنا : الرواية : « ما ردت عليك قوسك من الصيد » . والعضو الباقي ليس بصيد ، فلا يتناوله الخبر .

٣٠٨٣٢ – وقوله ﷺ : « ما أنهر الدم وأفرى الأوداج »[٤] . ولا يكون فري الأوداج إلا بقطع المقدم .

٣٠٨٣٣ – قالوا : ما كان ذكاة لبعض البدن ، كان ذكاة لجميعه ، أصله : إذا قطع الثلث المقدم .

٣٠٨٣٤ – قلنا : إذا قطع المقدم فكذلك الجرح ذكاة عند وجوده ، بدلالة أن الذبح لا يتصور بعده ، وكان ذكاة للجميع . والعقر في مسألتنا ليس بذكاة ، بدلالة أن ترتيب الذبح بعده وإنما يصير ذكاة عند خروج الروح قبل القدرة والنحر منفصل في تلك الحال ، وتبطل العلة بالدم وما لا يؤكل في الحيوان مثل العروق .

٣٠٨٣٥ – فإن قالوا : ما كان ذكاة لبعض الجملة ، كان ذكاة لبقيتها ، كالأتان الوحشية إذا حملت من الحمار الأهلي .

* * *

---

(١) في (م) : [يحصل] .

(٢) أخرجه الترمذي في سننه ٦٤/٤ برقم ١٤٦٤ ، وأبو داود في سننه ١١٠/٣ برقم ٢٨٥٦ ، وابن ماجه في سننه ١٠٧١/٢ برقم ٣٢١١ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٣٧/٩ برقم ١٨٦٦٢ .

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط ١٧٢/٧ .

مسائل الذبح

مسألة ١٥٢٨

ترك التسمية على الذبيحة

٣٠٨٣٦ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا تركت التسمية على الذبيحة أو على رمي الصيد وإرسال الكلب عمدًا ، لم يحل أكله (٥) .

٣٠٨٣٧ - وقال الشافعي رحمه الله : يحل أكله (٦) .

٣٠٨٣٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ ﴾ (٧) . وهذا نهي وظاهر النهي التحريم .

٣٠٨٣٩ - قالوا : الذكر ضد النسيان ، وذلك يكون بالقلب ، فكأنه شرط ذكر اسم الله تعالى بالقلب ، وهذا موجود في ذبح المسلم لا ينسى اسم الله تعالى .

٣٠٨٤٠ - قلنا : إطلاق الذكر ما كان بالنسيان ، قال الله تعالى : ﴿ اذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا ﴾ (٨) . وقال : ﴿ وَالذَّاكِرِينَ اللَّهَ كَثِيرًا وَالذَّاكِرَاتِ ﴾ (٩) .

٣٠٨٤١ - ولأن الذكر بالقلب له وجه آخر .

٣٠٨٤٢ - ولأنه قال : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ (١٠) . والذكر بالقلب لا يكون على الذبيحة ، وإنما الذكر عليها باللسان .

٣٠٨٤٣ - قالوا : المراد بالآية الميتة ، بدليل قوله تعالى : ﴿ وَإِنَّ الشَّيَاطِينَ لَيُوحُونَ إِلَىٰ أَوْلِيَائِهِمْ لِيُجَادِلُوكُمْ ﴾ (١١) ؛ وذلك لأن الكفار كانوا يأكلون ما قتلتموه ، ولا يأكلون ما قتل الله .

---

(١) زيادة من عندنا .

(٢) انظر : المبسوط ٢٣٦/١١ وعبارته : وإذا ترك التسمية عامدًا ، حرم به الصيد والمذبوح عندنا . وانظر أيضًا : بدائع الصنائع ٤٦/٥ ، ٤٧ .

(٣) انظر : المجموع ١١٦/٩ وعبارته : فإن ترك التسمية عمدًا أو سهوًا ، حل الصيد بلا خلاف عندنا . وانظر أيضًا : الأم ٢٥٨/٢ .

(٤) سورة الأنعام : الآية ١٢١ .

(٥) سورة الأحزاب : الآية ٤١ .

(٦) سورة الأحزاب : الآية ٣٥ .

(٧) سورة الأنعام : الآية ١٢١ .

(٨) سورة الأنعام : الآية ١٢١ .

٣٠٨٤٤ – قلنا : حمله على الميتة يسقط اعتبار التسمية ، وهي معتبرة بالاتفاق عندنا وجوبًا ، وعندكم سنة مؤكدة .

٣٠٨٤٥ – ولأن المجوسي لا تؤكل ذبيحته وإن سمى ، وليس يمنع أن يبين اللّه تعالى بمنطوق الآية تحريم ما تركت التسمية عليه يستفاد بمهرها [1] تحريم الميتة على أن المعتبر لعموم اللفظ وإن خرج على سبب خاص .

٣٠٨٤٦ – قالوا : قوله تعالى : ﴿ وَإِنَّهُۥ لَفِسۡقٌۗ ﴾ . يدل على أن المراد به الميتة . فأما ترك التسمية عليه فلا لفسق تتناوله لظاهر الآية يقتضي تحريم الآكل وبفسق الأكل قام الدليل على إسقاط أحدهما بقي الآخر .

٣٠٨٤٧ – ولأن عندنا من سمع هذه الآية ولم يقابلها دليل آخر يتناولها في التفسيق لم يتناولها في التحريم به فسق في الأكل ، والآية لا تفيد إلا الحكم المتعلق بها .

٣٠٨٤٨ – فإن قيل : فالآية إذا لم تتناولها في التفسيق ، لم تتناولها في التحريم .

٣٠٨٤٩ – قلنا : غلط ؛ لأنه يقتضي التحريم بكل حال ، والتفسيق في حق من لم يتناول ، فإذا أسقط التفسيق في حق المتناول بقي التحريم ؛ لأنه ليس كل التحريم يقتضي التطبيق . يبين ذلك : أن مخالفنا يحمل الآية على الميتة ، ومعلوم ألا يفسق كل متناول للميتة وإنما يفسق من يضطر عليها ، كذلك نحن نحملها على من بلغته ولم يتناولها بمعاوضة غيرها .

٣٠٨٥٠ – قالوا : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأۡكُلُواْ مِمَّا لَمۡ يُذۡكَرِ ٱسۡمُ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ ﴾ [2] . التحريم لأنه يفيد أن كل جزء منه حرام ، ولو قال : لا تأكلوا مما لم يذكر . ظن إن حملته دون أجزاءه ، ألا ترى أن من حلف لا يأكل هذا الطعام ولم يحنث بأكل بعضه ، ولو حلف لا يأكل منه حنث لا بأكل البعض ؟ على أن مخالفنا إذا قال : تحريم البعض لا لأجل نسي التسمية ، أبطل فائدة ذكر التسمية ، وهذا لا يصح .

٣٠٨٥١ – ويدل عليه حديث عدي بن حاتم أنه ﷺ قال له : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم اللّه تعالى ، فكل » . والمقصود من الخبر بيان ما يحل وما يحرم ، فدل على أن الإباحة موقوفة على هذا الشرط . وروي في بعض ألفاظ هذا الحديث : « وإلا فلا تأكل » . نهى عما سوى المذكور . ويدل عليه ما روي في حديث عدي بن

---

(١) كذا في (م) ، وغير واضحة في (ص) ، ولعلها : [بمفهومها] .

(٢) سورة الأنعام : الآية ١٢١ .

حاتم أن النبي ﷺ قال : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم اللّٰه ، فكل ، وإن شاركه كلب غيره ، فلا تأكل ، فإنك إنما سميت على كلبك » . فجعل العلة في تحريم الأكل عند المشاركة عدم التسمية على أحد الكلبين .

٣٠٨٥٢ - ويدل عليه ما روي أن رجلًا سأل النبي ﷺ فقال : إنا نذبح وننسى أن نذكر اسم اللّٰه تعالى ، فقال : « اسم اللّٰه على كل مسلم » [١] . فلولا أن السائل علم تحريم ما تركت التسمية عليه عامدًا ، لم يخص المسألة بالنسيان ، ولم ينكر النبي ﷺ ، ويقول : تركها عمدًا لا يؤثر ، وتركها بكل حال لا يؤثر .

٣٠٨٥٣ - ولأن التسمية لو لم تكن شرطًا ، لم تكن الذكاة شرطًا كالسمك .

٣٠٨٥٤ - ولأن الهدايا تجب تارة بالفعل وتارة بالقول ، فلما كان جنس أحدهما شرطًا في الذكاة كذلكم الآخر .

٣٠٨٥٥ - ولأن ذبح الهدايا قربة مقصودة في نفسها شُرِع فيها ذكر اسم اللّٰه تعالى وكان شرطًا كتكبيرة الصلاة .

٣٠٨٥٦ - ولأنه معنًى مقصود بنفسه شُرِع فيها ذكر اسم اللّٰه تعالى ، وكان واجبًا كالصلاة . ولا يلزم التيمم والأذان ، ولأن كل واحد منهما تبعًا لغيره .

٣٠٨٥٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ [٢] .

٣٠٨٥٨ - قالوا : الذكاة قطع العروق ولم يفصل الذكاة ليست القطع وإنما الذبح القطع ، فأما الذكاة فهو اسم للنظافة والطهارة . ونحن لا نسلم وجوب الذكاة فيما تركت التسمية عليه .

٣٠٨٥٩ - احتجوا : بحديث أبي ثعلبة أن النبي ﷺ قال : « إن كانت الكلاب مكلبة ، فكل مما أمسكن عليكم » .

٣٠٨٦٠ - قلنا : ذكر في حديث عدي بن حاتم : « إذا ذكرت اسم اللّٰه تعالى » . وهذا زائد فالمصير إليه أولى .

٣٠٨٦١ - قالوا : روى البراء بن عازب أن النبي ﷺ قال : « المسلم يذبح على اسم اللّٰه تعالى سَمَّى أو لم يُسَمِّ » .

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه ٢٩٥/٤ برقم ٩٤ ، والطبراني في المعجم الأوسط ٩٤/٥ برقم ٤٧٦٩ .
(٢) سورة المائدة : الآية ٣ .

٣٠٨٦٢ - قلنا : هذا خبر لا يعرف وطلبناه في المسانيد فلم نجده ولم يضعه الذي احتج به إلى مكانٍ فيعرف أو تكلم على إسناده إن كان له إسناد (١) .

٣٠٨٦٣ - قالوا : روى أبو هريرة أن رجلًا قال : يا رسول اللَّه ، أريتَ الرجل منا يذبح وينسى أن يسمي اللَّه تعالى عليه ، فقال : « اسم اللَّه على كل مسلم » ، وروي : « على فم كل مسلم » (٢) .

٣٠٨٦٤ - قلنا : هذا يدل على أن القول قد علم أن نسميه في الشرع شرطًا حتى سألوه عن حال الناس بها ولو لم يشرط لم يكن لتخصيص حال النسيان بالمسألة معنًى .

٣٠٨٦٥ - وقوله : « اسم اللَّه على كل مسلم » . يدل على اعتبار التسمية ، وجعلوا حال النسيان عذرًا ؛ لأن الناسي يعلم من حاله أنه يغفل التسمية لو ذكرها .

٣٠٨٦٦ - احتجوا : بحديث عائشة أنها قالت للنبي ﷺ : إنه يُهْدَى إلينا الطعام فلا نعلم إن ذُكِر اسم اللَّه عليه أم لا ، أفلا نأكله ؟ فقال ﷺ : « إذا ذكر اسم اللَّه عليه ، فكلوا » .

٣٠٨٦٧ - قلنا : لأنه حمل أمر المسلم على الصحة وأنه لا يترك التسمية .

٣٠٨٦٨ - على أن هذا الخبر هو الدليل عليهم ؛ لأن التسمية لو لم تكن مشروطة لم تكن المسألة عن حالها معنًى .

٣٠٨٦٩ - وقوله ﷺ : « أنهر الدم بما شئت ، فكُلْ » . قصد به بيان صفة الذبح ومحله والآلة وإخبارنا والآلة قصد بها بيان التسمية ، فيستعمل كل واحد منهما فيما قصد به .

٣٠٨٧٠ - قالوا : ما لا يشترط في الذكاة مع النسيان لم يشترط مع الذكر ، أصله الصلاة على النبي ﷺ وعكسه قطع الحلقوم وكون الذابح مسلمًا أو كتابيًا .

٣٠٨٧١ - قلنا : التسمية عندنا شرط في الجملة ، وإن عفي عنها في حال النسيان .

٣٠٨٧٢ - ولأن النسيان عذر ، وليس إذا سقط الشرط بالعذر سقط مع عدمه .

٣٠٨٧٣ - ولأن الصلاة على النبي ﷺ ذكر لم يشترط في ابتداء الصلاة ، فلم يشترط على الذبيحة . ولما كان ذكر اللَّه ذكرًا ، شُرِط في ابتداء الصلاة فلم يشترط ،

---

(١) قال الحافظ ابن حجر : لم أره من حديث البراء ، وزعم الغزالي في الإحياء أنه حديث صحيح . انظر : تلخيص الحبير ١٣٧/٤ .

(٢) سبق تخريجه .

جاز أن يشترط في ابتداء الذبيحة .

٣٠٨٧٤ - فإن جعلوا أصل هذه العلة استقبال القبلة .

٣٠٨٧٥ - قلنا : ذاك لم يشرع مخالفة للمشركين ، [ولما شرعت التسمية في ابتداء هذا الفعل مخالفة للمشركين] (١) كانت واجبة .

٣٠٨٧٦ - قلنا : ذكاة لم يعلم فيها غير التسمية ، فوجب أن تكون الذكاة صحيحة مبيحة قياسًا على الناسي .

٣٠٨٧٧ - قلنا : لا نسلم أنه لم يقدم فيها التسمية ، بل إذا ذكر التسمية وتركها فقد خالف موضوع الشرع ، والشبه بالمشركين والناسي لم يترك للتسمية مخالفة لوضع الشرع ، فلم يكن مشبهًا بالمشركين ؛ فلذلك حلت الذبيحة .

٣٠٨٧٨ - ولأن النسيان ذكر وقد سقط الفرائض في حال العذر على وجه الرخصة ، وإن لم تسقط عند عدمها .

٣٠٨٧٩ - قالوا : كل ذكر يسقط إذا ترك ناسيًا ، وجب إن سقط إذا ترك عامدًا قياسًا على الذكر بعد الإحرام والتسبيح في الركوع والسجود التشهد الأول .

٣٠٨٨٠ - قلنا : اعتبار العامد بالناسي لا يصح لما ذكرنا ، والمعنى فيما قاسوا عليه : أنه لم يوضع لمخالفة المشركين ، فلم يكن شرطًا . ولما وضعت التسمية في ابتداء فعل تقرر (٢) بجنسه لمخالفة المشاركين كان لها مدخل في الوجوب كتكبير الصلاة .

٣٠٨٨١ - قالوا : ذكر اسم اللّه تعالى مأمور به يستوي تركه عامدًا أو ناسيًا ، كالقراءة في الصلاة والتسبيحات في الركوع . وإنما يؤثر النسيان المنهي عنه كالأكل والصوم والجماع والنية في الصوم ، لما كانت مأمورًا بها تركها ناسيًا أو عامدًا .

٣٠٨٨٢ - قلنا : هذه المواضع كلها يختلف فيها الناسي والعامد ، فيسقط الفرض عن الناسي ، ويتوجه الخطاب على العامد إذا تجدد الذكر ما يجب عنده عبادة مبتدأة يجب بحسب قيام الدليل .

٣٠٨٨٣ - قالوا : ما لا يجب النطق في آخره ، لا يجب في أوله كالوضوء .

٣٠٨٨٤ - قلنا : الذبح فعل واحد فلا يتصور له أول وآخر يختص كل واحد منهما بذكر .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) غير واضحة في (م) .

٣٠٨٨٥ - ولأن الوضوء لم يكن الكفار يذكرونه آلهتهم في ابتدائه ، فالتسمية ليست مخالفة لهم فلم يكن شرطًا . وهذا الفعل اعتبار الكفار ذكرًا منهم عنده فيشرع ذكر اللّٰه تعالى مخالفة لهم فكان شرطًا .

٣٠٨٨٦ - قالوا : الوضوء ورد الخبر بالتسمية في ابتدائه كما ورد بالتسمية في ابتداء الذبيحة ، ثم كان أحدهما مستحبًّا كذلك الآخر .

٣٠٨٨٧ - قلنا : الظاهر اقتضى الوجوب فيهما . وليس يجوز أن يقال : ترك الظاهر بدليل على ظاهر آخر لمشاركته في حكمه كما لا يقاس عمومٌ لم يدخله التخصيص على عمومه خصه للحقه في التخصيص .

* * *

مسألة ١٥٢٩

جرح الكلب الصيد

٣٠٨٨٨ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا جرح الكلب الصيد فأدركه صاحبه حيًا فلم يتمكن من ذبحه لضيق الوقت أو لفقد الآلة حتى مات ، لم يؤكل . وكذلك لو وقع به السهم فأدركه [١] .

٣٠٨٨٩ - وقال الشافعي رحمه الله : يؤكل [٢] .

٣٠٨٩٠ - لنا : قوله ﷺ : « الذكاة في الحلق واللبة » [٣] . وهذا عامٌّ إلا فيما خصه دليل .

٣٠٨٩١ - ولأن يده ثبتت عليه مع استقرار الحياة ، فلم تحل إلا بالذبح ، كالشاة إذا اضطربت فلم يقدر على ذبحها .

٣٠٨٩٢ - ولأنه خرج بالجرح من حيز الامتناع ، فلا يحل إلا بالذبح ، كالشاة .

٣٠٨٩٣ - ولأنه يقدر على ذبحه إن وجد آلة ، فإذا لم يجد حتى مات ، لم يؤكل ، كالشاة .

٣٠٨٩٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ [٤] . قالوا : وفي حديث أبي ثعلبة أن النبي ﷺ قال له : « كل ما ردت عليك قوسك وكلبك ذكيًا وغير ذكيٍّ » [٥] .

٣٠٨٩٥ - قلنا : فيه إضمار باتفاق عندنا : إذا لم يثبت حيًا ، وعندكم : إذا لم يلحق ذكاته . وليس أحد الإضمارين أولى من الآخر .

٣٠٨٩٦ - قالوا : لم يدرك زمان ذكاته أو زمانًا يتسع لذكاته أو زمانًا يُمكّن فيه من

(١) انظر الهداية مع العناية ١٢٢/١٠ وعبارته : أما إذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح ، لم يؤكل في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحل .

(٢) انظر : مختصر المزني ٣٩٠/٨ وعبارته : فإن لم يمكنك أن تذبحه ومعك ما تذكيه به ولم تفرط حتى مات ، فكُلْ .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه ٢٨٣/٤ برقم ٤٥ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٤ .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه ١١٠/٣ برقم ٢٨٥٧ .

ذكاته ، فصار كما لو أدركه ميتًا لم يثبت للذكاة حكم ، بدلالة أن الآلة لو كانت حاضرة فلم يحل بغير الذكاة ففقدها ، لا يسقط حكم الذكاة ، كالشاة المضطربة إذا لم يكن عنده آلة يذبحها بها حتى ماتت .

٣٠٨٩٧ - قالوا : الأصل في الإباحة الذكاة ، وأقيم العقر مقام الذكاة في حال تعذر الذكاة ، والتعذر في الحالتين موجود وكان حكمها سواء . يبين ذلك : أن التيمم أقيم مقام الماء لتعذر الماء ، فلم يفرق بين عدم الماء وبين الماء الموجود الذي لا يمكن استعماله أو لا يصل إليه لفقد الآلة .

٣٠٨٩٨ - قلنا : لسنا نقول : إن العقر بدل عن الذبح ولا أقيم مقامه ، بل كل واحد منهما ذكاة لنوع ، فالذبح لما في يده ، والعقر لما لا يد له عليه . فلو زالت يده عن الحيوان لنفوره سقط اعتبار الذبح وكانت ذكاته العقر ، كذلك إذا ثبتت يده [1] على الحيوان سقط حكم العقر ووجب اعتبار الذبح .

٣٠٨٩٩ - فأما التيمم فهو بدل ، فيعتبر عدم التمكن من أصله .

٣٠٩٠٠ - وقولهم : إن في التيمم يستوي فقد الماء وفقد الآلة كذلك في الذكاة .

٣٠٩٠١ - لا يصح ؛ لأن المعتبر هاهنا ليس هو تعذر الذبح ، وإنما هو عدم ثبوت اليد ، بدلالة أن الشاة إذا اضطربت والآلة معه لم تحل بالعقر ، لثبوت يده عليها وإن تعذر ذبحها .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

مسألة ١٥٣٠

غيبة الصيد عن صاحبه بعد إصابته

٣٠٩٠٢ – قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا رمى صيدًا فتحامل والسهم به فغاب عن صاحبه فأدركه ميتًا وليس به أثر غير سهمه ، فإن كان في طلبه حتى أدركه ، أكله ، وإن كان قعد عن طلبه ، لم يؤكل . وكذلك الكلب إذا جرح الصيد فتوارى ثم أصابه ميتًا [1] .

٣٠٩٠٣ – وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في أحد قوليه : لا يحل أكله . والقول الآخر : يحل أكله [2] . ولم يعتبر في واحد من القولين الطلب أو القعود عنه .

٣٠٩٠٤ – والدليل على أنه يؤكل وإن غاب ما روي في حديث عدي بن حاتم أنه قال للنبي ﷺ : أرمي سهمي فأصيب ، فلا أقدر عليه إلا بعد يوم أو يومين ، فقال له [3] : « إن قدرت عليه وليس فيه أثر ولا خدش إلا رميتك ، فكل ، وإن وجدت فيه أثر غير رميتك فلا تأكله فإنك لا تدري أنت فعلته أم غيرك » [4] . وفي حديث أبي ثعلبة أنه قال للنبي ﷺ : « [يا رسول الله] [5] ، أفتني في قوسي . قال : « كل ما ردت عليك قوسك ذكيًا كان [6] أو غيره » . قال : وإن تغيب عني ، قال : « وإن تغيب عنك ما لم تعمل ، أو تجد فيه أثر غير سهمك » . ذكر الخبر الدارقطني [7] .

٣٠٩٠٥ – فإن قيل : لم يشرط في الخبرين الطلب .

٣٠٩٠٦ – قلنا : خرج الكلام على المعتاد أن الرامي لا يقعد عن الطلب .

٣٠٩٠٧ – ولأن الظاهر يقتضي الإباحة في الحالتين قامت الدلالة في أحدهما ، ويدل عليه ما روي أنه ﷺ مر بالروحاء ، فرأى حمار وحش عقيرًا ، فأراد أصحابه أن

---

(١) انظر : الهداية مع العناية ١٢٨/١٠ وعبارته : وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلب حتى أصابه ميتًا أُكِل ، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتًا لم يؤكل .

(٢) انظر : مغني المحتاج ١١٥/٦ وعبارة المنهاج فيه : وإن جرحه وغاب ثم وجده ميتًا ، حرم في الأظهر .

(٣) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) واستدركت في الهامش .

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه ٢٩٤/٤ برقم ٨٩ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) . (٦) ساقطة من (ص) .

(٧) أخرجه الدارقطني في سننه ٢٩٣/٤ برقم ٨٨ .

يأخذوه ، فقال ﷺ : « دعوه حتى يجيء صاحبه » . فجاء رجل من بَهْز ، فقال : هذه رميتي وهبتها لكم . فأمر ﷺ أبا بكر بقسمها بين الرفقة [(١)] . فدل ذلك على جواز أكل ما غاب من الصيد .

٣٠٩٠٨ – قالوا : فالنبي ﷺ لم يسأله عن طلبه .

٣٠٩٠٩ – قلنا : لأنه شاهده طالبًا له ومتبعًا لأثره ، فلم يسأل مع مشاهدة الحال .

٣٠٩١٠ – [فإن قيل] [(٢)] : يجوز أن يكون مات الصيد والبهزي شاهده ، ثم تغيب عنه لشغل ، وعلم النبي ﷺ ذلك .

٣٠٩١١ – قلنا : فهو ﷺ لم يعرف الرامي ، كيف يظن أنه عرف كيفية إصابته وقتله ؟.

٣٠٩١٢ – ولأن موت الصيد كالجرح ، والتغيب لا يمكن استدراكه في الصيد ؛ لأن الغالب أنه إذا جرح نَفَر وبَعُد . وما لا يمكن الاحتراز منه في الصيد ، سقط حكمه ، أصله : الجرح في محل الذبح .

٣٠٩١٣ – ولأنه لم يفرط في طلبه ، فصار كما لو مات وهو يشاهده .

٣٠٩١٤ – ولأن كل صيد يؤكل إذا لم يتواري عن الصائد ، يجوز أن يؤكل وإن توارى عنه ، أصله : الجراد .

٣٠٩١٥ – احتجوا : بحديث عائشة : أن رجلًا أتى النبي ﷺ بظبي قد أصابه بالأمس وهو ميت ، فقال : يا رسول اللّه ، عرفت فيه سهمي وقد رميته بالأمس ، قال : « لو علمت أن سهمك قتله ، لأكلته ، لا أدري هوامُّ الأرض كثيرة » [(٣)] .

٣٠٩١٦ – قلنا : لأن الظاهر أنه ترك الطلب .

٣٠٩١٧ – وقوله ﷺ : « لو أعلم أن سهمك قتله » . يعني : وجعه عند الإصابة ؛ لأنه إذا كان كذلك لم يبق بعد ذكاة منتظرة ، فلا يؤثر القعود عنه .

٣٠٩١٨ – وقوله : « هوام الأرض كثيرة » . يعني : إنك وإن وجدت سهمك فيه ، لم تعلم أن الجراحة وجت [(٤)] قتله عند الإصابة لجواز أن يكون مات من غيرها .

٣٠٩١٩ – قالوا : روي عن ابن عباس أن رجلًا سأله : إني أرمي فأصمي وأنمي ،

---

(١) أخرجه النسائي في سننه ١٨٣/٥ برقم ٢٨١٢ .
(٢) في : [قالوا] .
(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٤٦١/٤ برقم ٨٤٦١ .
(٤) كذا في جميع النسخ .

قال : كُلْ ما أصميت ، ودَعْ ما أنميت (١) .

٣٠٩٢٠ – قلنا : هذا قول صحابي ، فلا يكون حجة في مخالفة قول رسول الله ﷺ ، أو نحمله على ما غاب عنه وفرط في طلبه ، ويحمل خبر النبي ﷺ على ما غاب عنه ولم يفرط في الطلب ، فجمع بين الأخبار .

٣٠٩٢١ – قالوا : عقر لا يبيح الأكل [إذا لم يحفظ الطلب] (٢) ، وصار إذا لم يسم الله عليه .

٣٠٩٢٢ – قلنا : إذا فرط في الطلب فلم يفرط في الذكاة ؛ لأنه لا يقدر على أكثر من ذلك ، فسقط عنه ما لا يمكنه الاحتراز منه . وإذا قعد عن الطلب جاز أن يكون لو طلب لأدركه حيًا ، فسقط حكم الجرح ووجب الذبح ، وما لا يمكن الاحتراز عنه لا يسقط اعتباره كالجرح .

٣٠٩٢٣ – قالوا : العقر إنما يكون ذكاة إذا كان هو القاتل ، ومتى غاب عنه جاز أن يكون شاركه في الموت غيره ، أو يكون قد وقع من مكان ، فلم يجز استباحته مع الشك في السبب .

٣٠٩٢٤ – قلنا : الجراحة سبب الموت ، ولا يُعلم هناك سبب آخر ، فالظاهر أن الموت من الجراحة ، الدليل عليه أن الجارح على هذا الوجه يجب وهو يجب بالاحتمال ، فدل وجوب القصاص ، على أن هذا (٣) التجويز باطل .

٣٠٩٢٥ – ولأن التجويز يؤثر إذا ما أمكن الاحتراز من شبه (٤) ، فأما إذا لم يمكن سقط اعتباره ، بدلالة أن الصيد إذا وقع من الرمية على الأرض ، حل أكله مع تجويز أن يكون موته من وقوعه على الأرض ؛ لأن ذلك لا يمكن الاحتراز عنه (٥) . [ولو سقط على جبل ثم تردي إلى الأرض ، لم يؤكل ؛ لأن ذلك لا يمكن الاحتراز منه] (٦) . والتغيب لا يمكن الاحتراز منه فسقط حكمه .

٣٠٩٢٦ – وأما الدليل على أنه لا يؤكل إذا تغيب (٧) وفرط في طلبه بخلاف القول

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٤١/٩ برقم ١٨٦٨٠ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) غير واضحة في (ص) .

(٥) في (م) : [منه] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٧) ساقطة من (م) .

الآخر حديث ابن عباس : كل ما أصميت ودع ما أنميت [١] .

٣٠٩٢٧ - ولأن العقر ليس بذكاة عند وقوعه ، وإنما يصير ذكاة شرط ألا يترك ذكاته ، فإذا قعد عن طلبه جاز أن يكون لو طلبه أدركه حيًّا فلم يعلم [٢] أن العقر ذكاة فلم يحل أكله .

٣٠٩٢٨ - احتجوا : بالأخبار التي قدمناها .

٣٠٩٢٩ - قلنا : خرج الكلام على العادة والرامي لا يقعد عن طلب رميته .

٣٠٩٣٠ - قالوا : إذا لم يكن له أثر ، فالظاهر أنه مات من الجراحة .

٣٠٩٣١ - قلنا : نحن لا نمنع الأكل لهذا المعنى ، لكن التجويز أن يكون لو لم يقعد لأدركه حيًّا فلا نعلم أن العقر ذكاة له ، فلا يحل أكله .

* * *

(١) انظر الهامش السابق .

(٢) ساقطة من (م) .

مسألة ١٥٣١

الذبح بسن منزوع أو ظفر منزوع

٣٠٩٣٢ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا ذبح بسن منزوع أو ظُفُر منزوع أو عظم جاز أكله [١] .

٣٠٩٣٣ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : لا يجوز الذبح به ، ولا يحل أكل المذبوح [٢] .

٣٠٩٣٤ - لنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل » [٣] . وقوله : « أنهر الدم » . بما شيف [٤] ولا كل حكم تعلق بالذبح بالليطة والمروة تعلق بالذبح بالظفر ، أصله : القصاص .

٣٠٩٣٥ - فإن قيل : فاستوى فيه القائم والمنزوع .

٣٠٩٣٦ - قلنا : ينتقض بجواز حكم الحاكم ببيعه ، فإنه لو حكم ببيع ما ذكي بالمنزوع جاز ، ولو حكم ببيع ما ذكي [٥] بالقائم لم ينفذ حكمه .

٣٠٩٣٧ - ولأن كل جنس تقع به الذكاة في غير المقدر ، كذلك العظم إذا رمى به الصيد .

٣٠٩٣٨ - ولأنه آلة يمكن التصرف فيها حال الذبح ، فجاز الذبح بها كالحديد .

٣٠٩٣٩ - ولأن النهي عن الذبح بذلك ؛ لأنه يقع فيه تعذيب الحيوان ، فصار كالحجر المحدود .

٣٠٩٤٠ - ولأنها آلة يتعلق بها القصاص ، فجاز الذبح بجنسها كالحديد . ولا يلزم النار ؛ لأن الذكاة تقع بها عندنا .

٣٠٩٤١ - احتجوا : بحديث رافع بن خديج أنه قال : قلت : يا رسول الله ، إنا لاقون العدو غدًا ، وليس معنا مِدًى ، أفنذكي بالليطة ، فقال النَّبِيُّ ﷺ : « ما أنهر الدم

---

(١) انظر : البدائع ٤٣/٥ وعبارته : وكذلك إذا جرح بظفر منزوع أو سن منزوع ، جاز الذبح بهما ويكره .

(٢) انظر : المجموع ٩٣/٩ وعبارته : لا تحصل الذكاة بالظفر والسن ولا بسائر العظام . إلى أن قال : وأما الظفر والسن وسائر العظام فلا تحل بها الذكاة ولا الصيد بلا خلاف ، سواء أكان الظفر والسن من آدمي أو غيره ، وسواء المتصل والمنفصل .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) غير واضحة في جميع النسخ .

(٥) في (م) : [ذبح] .

وذكر اسم الله فكلوا ، إلا ما كان من سن أو ظفر فمِدَى الحبشة » [١] .

٣٠٩٤٢ – قلنا : المراد بذلك السن القائم ، بدليل أن إطلاق السن يتناول القائمة .

٣٠٩٤٣ – ولأنه قال ﷺ : « فإن السن عظم من الإنسان » [٢] . ولو لم يرد الاتصال ، لم يكن لتخصيصه بالأسنان معنًى والعظام سواء ، فعلم أنه خص الإنسان ؛ لأنهم كانوا يفعلون ذلك .

٣٠٩٤٤ – ولأنه روي : « إلا القرض بالسن » . ولا يكون القرض إلا بالقائمة . وقال : « فإن الظفر مدى الحبشة » . وهم كانوا يذبحون بالظفر القائمة إظهارًا للجلَد والقوة ، فلم يكونوا يذبحون بظفر منزوع . وعندنا أن القائمة لا تذكي ؛ لأنها تردد وتفسخ ولا تقطع .

٣٠٩٤٥ – قالوا : عظم ، فلا يكون آلة للذكاة كالمتصل .

٣٠٩٤٦ – قلنا : جنس الآلات كلها إذا لم يكن آلة لنوعها ، وإنما يؤثر فيها صفتها . كذلك العظم لا يمنع من الذكاة بجنسه ، ولكن بصفة من صفاته . والمعنى في المتصل : أنه لا يتأتى به القطع ؛ لأن التصرف لا يقع به كالتصرف في الآلة المنفصلة ، وإنما يعتمد به فيفسخ . وأما المنفصل : فيتصرف فيه كتصرفه في غيره من الآلات فصحت للذكاة به .

٣٠٩٤٧ – قالوا : ما كان آلة للذكاة استوي فيه حال الانفصال والاتصال كالحديد ، وما لم يكن له استوى الحالتان فيه كاليد والرجل .

٣٠٩٤٨ – قلنا : لا نسلم ، فإن الحديد إذا اتصل كاتصال الظفر لم تجز الذكاة به ؛ لأنه يتردد ويفسخ ، فاستوى فيهما حال الاتصال والانفصال ؛ لأنها ليست من آلات الذبح ولا يتأتى فيها القطع ، ولعظم كالمروة والليطة فيمتنع الذكاة به في حال ويجوز في حال .

٣٠٩٤٩ – قالوا : حال الاتصال لا يكن للقطع ، فإذا لم يجز فحال الانفصال أولى .

٣٠٩٥٠ – قلنا : هذا غلط ؛ لأن حال الاتصال لا يمكن أن يتصرف فيه كما يتصرف في السكين ، وإنما هو يقرض ويفسخ ، وحال الانفصال يتصرف في السن كما يتصرف في سائر الآلات المحددة .

٣٠٩٥١ – قالوا : ذبح ممنوع منه لحق الله تعالى كذبح المجوسي .

٣٠٩٥٢ – قلنا : لا نسلم ، بل نمنع منه لحق المذبوح كما منع الآلة الكاملة .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٨٨١/٢ برقم ٢٣٥٦ .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٤٧/٩ برقم ١٨٧١٤ .

مسألة ١٥٣٢

ما يحل من القطع للمذبوح

٣٠٩٥٣ - قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا قطع الأكثر من العروق الأربعة ، حل المذبوح . وكان أبو الحسن يقول : معناه : الأكثر من كل واحد منهما . وقال غيره من أصحابنا : إذا قطع ثلاثة من الأربعة ، جاز [١] .

٣٠٩٥٤ - وقال الشافعي رحمه الله : إذا قطع الحلقوم والمَرِّيء ، جاز . وقَطْع الوَدَجَيْنِ عنده من كمال الذبح ، وليس شرطًا [٢] .

٣٠٩٥٥ - لنا : قوله ﷺ : « ما أنهر الدم وفرى الأوداج فكل » [٣] . والوَدَجان مجرى الدم ، فإنهاره يكون بقطعهما . ثم ذكر الأوداج بلفظ الجمع ، وحقيقة الجمع ثلاثة ، فمن شرط قطع اثنين فهو تارك للظاهر .

٣٠٩٥٦ - ولأنه يجري لما به قوام الحياة ، فكان قطعه شرطًا كالحلقوم والمريء .

٣٠٩٥٧ - ولأنه اقتصر على قطع عرقين في المقدور عليه ، فصار كما لو قطع الوَدَجين .

٣٠٩٥٨ - ولأن المقصود بالذبح إنهار الدم النجس مع التوجيه ، وهذا لا يكون إلا بقطع الودج ؛ لأنه مجرى الدم ، فوجب أن يشترط ذلك . ولا يلزم إذا فُصدت ؛ لأن الدم لا ينهار ، وإنما ينفصل انفصالًا ضعيفًا ، فيتعذب الحيوان بطول المكث .

٣٠٩٥٩ - ولأن كل عرق كان قطعه من كمال الذكاة ، فقطعها شرط فيها ، أصله الحلقوم والمريء .

٣٠٩٦٠ - ولأن خروج الرُّوح متى سلم الودجان لا يتعجل ، فصار كما لو قطع الودجين خاصة .

٣٠٩٦١ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ [٤] .

---

(١) انظر : المبسوط ٣/١٢ وعبارته : تمام الذكاة بقطع الحلقوم والمريء والودجين ، فإن قطع الأكثر من ذلك فذلك كقطع الجميع في الحل لحصول المقصود في الأكثر من ذلك .

(٢) انظر : مختصر المزني ٣٩٢/٨ وعبارته : والذكاة في الحلق واللبة وهي ما لا حياة بعده إذا قطع ، وكمالها بأربعة : الحلقوم والمريء والودجين ، وأقل ما يجزئ من الذكاة أن يُبِين الحلقوم والمريء .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) سورة المائدة : الآية ٣ .

٣٠٩٦٢ – قلنا : الذكاة اسم شرعي ، ونحن لا نسلم وجوده في المقدور إلا بقطع العروق .

٣٠٩٦٣ – قالوا : روى رافع بن خديج أنه ﷺ قال : « ما أنهر الدم ، وذكر اسم اللّه عليه فكلوا » .

٣٠٩٦٤ – قلنا : إنهار الدم لا يكون بقطع مجرى الدم ، فأما إذا بقي الودجان فالدم يخرج خروجًا ضعيفًا فلا يسمى إنهارًا .

٣٠٩٦٥ – قالوا : قال النبي ﷺ : « الذكاة في الحلق واللبة » (١) .

٣٠٩٦٦ – قلنا : هذا بيان محل الذكاة ، وخلافنا في صفة الذكاة ، فلم يُذْكَر ذلك في الخبر .

٣٠٩٦٧ – قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « إذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته ، وليرح ذبيحته » (٢) . قالوا : فهذا يدل أن فتحتي خروج الروح وإراح البهيمة فهي ذكاة صحيحة . قال الشافعي : وهذا موجود في الحلق والمريء ؛ لأنهما مجرى الطعام والنَّفَس ، فإذا قُطِعا مات الحيوان من ساعته ، فأما الودجان فيسلان من الحيوان ويعيش بغير ذلك (٣) .

٣٠٩٦٨ – قلنا : إذا لم يقطع الودج ، فإن خروج الروح يبطئ ويتعذب الحيوان وإذا قطع كان أوصى (٤) .

٣٠٩٦٩ – وقول الشافعي : إن الودج يسل .

٣٠٩٧٠ – لا نعرفه ، ولو ثبت لم ينفع ؛ لأن الحلقوم يقطع ثم يعيش الحيوان ، وإن شرط قطعه في الذبح .

٣٠٩٧١ – قالوا : قطع موصى (٥) محل الذكاة ، فجاز أن يكون ذكاة صحيحة كقطع الأكثر .

٣٠٩٧٢ – قلنا : لا نسلم التوجيه .

٣٠٩٧٣ – ولأن الأكثر يقوم مقام الجميع في كثير من الأصول ، وأقل من الأكثر لا

---

(١) سبق تخريجه .
(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ١٥٤٨/٣ برقم ١٩٥٥ .
(٣) انظر مختصر المزني مع الأم ٣٩٢/٨ .
(٤) غير واضحة في (ص) .
(٥) غير واضحة في (ص) .

يقوم مقام الجميع .

٣٠٩٧٤ - ولأنه إذا قطع الأكثر فقد حصل العقر في العروق التي شرطت في كمال الذبح ، وإذا قطع الحلقوم والمريء فقد بقي مجرى الدم . والمقصود لا يستدرك بغيره ، فصار كما لو ترك المريء أو ترك الحلقوم .

٣٠٩٧٥ - قالوا : ما لا يتعين قطعه في ذكاة المقدور عليه ، لم يتعلق بقطعه إباحة ، أصله : الوريدان ، وهما وراء الودجين .

٣٠٩٧٦ - قلنا : لا نسلم هذا الوصف على طريقة أبي الحسن ؛ لأنه يقول : لا بد من قطع الأكثر من كل واحد من الأربعة ، فكلها متعين .

٣٠٩٧٧ - ولو قلنا : إنه لا يتعين ، لم يصح هذا الكلام ؛ لأن موضع القطع من الحلق غير متعين ، ثم هو شرط والآلة غير متعينة وهي شرط .

٣٠٩٧٨ - قالوا : كل ما يعيش الحيوان بعد فقده ، لم يكن شرطًا في ذكاته ، أصله : الوريدان .

٣٠٩٧٩ - قلنا : لا نسلم أن الحيوان يعيش مع فقد الأوداج ، وينتقض بالجلدة التي فوق العروق يعيش الحيوان مع فقدها ولا بد من قطعها .

* * *

مسألة ١٥٣٣

الجنين الميت في بطن الحيوان المذكى

٣٠٩٨٠ - قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا ذُكِّي الحيوان فوجد في بطنه جنين ميت ، لا يحل أكله .

٣٠٩٨١ - وقال أبو يوسف ومحمد [رحمهما الله] : يحل أكله [١] . وبه قال الشافعي رحمه الله [٢] .

٣٠٩٨٢ - لنا : قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ ﴾ [٣] . وهو اسم عامٌّ لما مات حتف أنف ولما حله الموت ، وهذا موجود في الجنين ، فوجب أن يحرم بالظاهر .

٣٠٩٨٣ - فإن قيل : لا نسلم أنه ميتة ، بل هو مذكًّى .

٣٠٩٨٤ - قلنا : عندكم أنه مذكي حكمًا ، والعرب لا تعرف الأحكام ولا تضع لها الأسماء .

٣٠٩٨٥ - فإن قيل : قال [٤] في آخر الآية : ﴿ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ . وهذا مذكى .

٣٠٩٨٦ - قلنا : لا نسلم ذلك ، فلا يخرج من علة [٥] التحريم إلا ما اتفقنا على دخوله في الاستثناء ، ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ ﴾ [٦] . والجنين منخنق ؛ لأن الظاهر أنه يموت باضطراب الأم ، ويدل عليه قوله ﷺ : « الذكاة في الحلق واللبة » [٧] . وظاهره يقتضي أن ما لم يوجد فيه هذه الصفة فليس بذكاة .

٣٠٩٨٧ - فإن قيل : قد حصل الذكاة في الحلق .

٣٠٩٨٨ - قلنا : المراد بالخبر ذكاة الحيوان في حلقه ، والجنين لا يقع في حلقه فعل ، ويدل عليه قوله ﷺ : « انهر الدم بما شئت » [٨] ، وقوله : « ما أنهر الدم ، وفرى

---

(١) انظر المبسوط ٦/١٢ وعبارته : ومن ذبح شاة أو غيرها فخرج من بطنها جنين ميت ، لم يؤكل الجنين . في قول أبي حنيفة وزفر . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله : يؤكل .

(٢) انظر : المجموع ١٧٤/٩ وعبارته : إذا ذبح المأكولة فوجد في جوفها جنينًا ميتًا فهو حلال بلا خلاف . وانظر أيضًا : الأم ٢٥٧/٢ .

(٣) سورة المائدة : الآية ٣ .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) في (م) : [جملة] .

(٦) سورة المائدة : الآية ٣ .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ٢٧٣/٤ برقم ٤٣٩٥ .

الأوداج فكل » [١] . وهذا يدل على أن إباحة الحيوان موقوفة على إنهار دمه .

٣٠٩٨٩ – ولأنه من جنس الحيوان المشروط فيه الذكاة ، فلا يحل بغير عقر ، أصله : غير الجنين .

٣٠٩٩٠ – ولأنه لا يخلو أن يكون في حكم الحيوان المقدور على ذكاته [فيشترط ذبحه] [٢] ، أو في حكم غير [٣] المقدور فيشترط عقره [٤] فلما لم يوجد فيه ذبح ولا عقر لم يحل .

٣٠٩٩١ – ولأنه حيوان لو تمكن من ذبحه لم يحل إلا بالذبح ، فإذا تعذر ذبحه لم يحل بعقر غيره ، كالشاتين إذا وقعتا في بئر إحداهما فوق الأخرى فعقر الأولى فماتت الثانية .

٣٠٩٩٢ – فإن قيل : الثانية لا تتبع الأولى في البيع فلم تتبعها في الذكاة ، والجنين يتبع أمه في البيع فيتبعها في الذكاة .

٣٠٩٩٣ – قلنا : الجنين إذا انفصل حيًا فهو الذي يتبعها [في البيع ، ولا يتبعها في الذكاة باتفاق . فأما إذا انفصل ميتًا فهو الذي يتبعها في الذكاة] [٥] عندهم ، وكذلك لا يتبعها في البيع عندنا .

٣٠٩٩٤ – ولأنه مات بألمها من الذبح ، فصار كما لو انفصل حيًا ومات ؛ فلذلك ينفرد عنها بالذكاة ، بدلالة أنه لو مات ثم ذكيت كان ميتة ، ولو خرج حيًا فلم يذبح كان ميتة ، ولو ماتت فانفصل حيًا فذبح كان مذكًى ، ولو نَدَّت جاز أكلها بالعقر ، فإذا انفصل منها حيًا كان ذكاته الذبح ، فإذا انفرد عنها في إيقاع الذكاة فلم تحل إلا بفعل موقع فيه كالحيوان .

٣٠٩٩٥ – ولأنه يحتمل أن يكون مات بذبحها ، ويحتمل أن يكون مات قبل ذبحها ، فاجتمع فيه الحظر والإباحة ، فكان الحكم للحظر دون الإباحة ، كما لو رمى صيدًا فوقع في الماء .

٣٠٩٩٦ – احتجوا : بقوله ﷺ : « ذكاة الجنين ذكاة أمه » [٦] . وظاهره يقتضي أن

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدرك في الهامش .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) في (م) : [غيره] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) أخرجه الحاكم في المستدرك ١٢٧/٤ برقم ٧١٠٨ .

ذكاة الأم تبيحه ، كما لو قال ذَكْوُهُ فري أوداجه .

٣٠٩٩٧ – قلنا [١] : إن الذكاة هي العقر إذا حصل بشرائطه ، وذلك لم يوجد فيه . وإنما زعم مخالفنا أن الشريعة جعلته مذكًى بأمه ، فانتقل عندهم فيه الاسم اللغوي إلى اسم شرعي .

٣٠٩٩٨ – قلنا : نحن نقول [٢] معناه : ذكاة الجنين مثل ذكاة أمه . وحذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه ، وكل واحد من التأويلين [٣] [محتمل و] [٤] عدول عن الظاهر . ومخالفنا يروم تخصيص قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ ﴾ [٥] . وتخصيص القرآن باللفظ المحتمل المتجاذب في التأويل لا يصح . على أننا نبعد [٦] في التأويل منهم ؛ لأن حذف المضاف كثير في كلامهم واتسع حتى قرب من الحقيقة وتكرر في القرآن ، قال اللّه تعالى : ﴿ فَشَٰرِبُونَ شُرْبَ ٱلْهِيمِ ﴾ [٧] . يعني : مثل شرب الهيم . وإلا فمعلوم أن شرب أهل الجحيم ليس كشرب الإبل العطاش . وقال تعالى : ﴿ وَٱشْتَعَلَ ٱلرَّأْسُ شَيْبًا ﴾ [٨] . يعني : شعر الرأس . وقال الشاعر :

أمِن أم أوفى دمنة لم تَكَلَّمِ [٩]

٣٠٩٩٩ – يريد : أمن دِمَن أم أوفي . ومن هذا قول : خَلَّدَ العربيُّ حاتم الطائي . وذكر سيبويه أنهم قالوا : عليه نوح نوح الحمام ، وله صوت صوت الحمام . وهذا مجاز ظاهر في استعمال العرب ، وبه جاء التنزيل . وإن عقر الأم ذكاة لجنينها لا تعرفه أهل اللغة .

٣١٠٠٠ – فإن ادعى مخالفنا نقل الاسم فيه من اللغة إلى الشرع .

٣١٠٠١ – كان عادلًا عن الظاهر إلى إضمار اللفظ لما ذكرنا من غير عدول يوجب الاحتمال ، لو تساويا فكيف وما ذكر مستعمل كثير فترجح على احتمالهم .

---

(١) في (م) : [الجواب] .
(٢) في (م) : [نسلم] .
(٣) في (م) : [الأمرين] .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .
(٥) الآية ٣ من سورة المائدة .
(٦) غير واضحة في جميع النسخ .
(٧) الآية ٥٥ من سورة الواقعة .
(٨) الآية ٤ من سورة مريم .
(٩) هذا صدر البيت لزهير بن أبي سلمى ، وعجزه :

بحَوْمانة الدَّرَّاج فالمتثلمِ

انظر : لسان العرب ١٠١٣/٢ .

٣١٠٠٢ - وقال مخالفنا : الذكاة عبارة عن حل الحيوان وطهارته وطيبته دون فري أوداجه ، وإنما فري الأوداج سبب الذكاة التي هي الحل والطيب ليس بالذكاة . ألا ترى أن جميع أجزاء الحيوان ذكي ، فلو كانت الذكاة السن كان الاسم في أجزاء الحيوان مجاز . ولهذا قال ﷺ : « دباغ الأديم ذكاته » [1] . يعني : حله وطهارته . فالاسم حقيقة لا مجاز ، فكيف نسلم بترك الظاهر ؟ .

٣١٠٠٣ - قلنا : الذكاة هي العقر الواقع بشرائطه والحل حكمها ، هذا هو الاسم اللغوي . وكذلك هو في عرف الشرع ، بدلالة أنهم لا يقولون له : هذا ما ذكي ، وهذا ثوب ذكي . بمعنى أنه طاهر .

٣١٠٠٤ - فإذا ادعى مخالفنا أن الشريعة نقلت الاسم وجعلته عبارة عن التطهير الحاصل بالعقر .

٣١٠٠٥ - احتاج إلى دليل النقل .

٣١٠٠٦ - وقوله : أن يقال كل جزء من الحيوان مذكى : فذكي .

٣١٠٠٧ - صحيح ؛ لأنه جزء من الجملة المذكاة ، وأهل اللغة جعلوا العقر في موضع الذبح ذكاة الجملة حقيقة ؛ لأن الحيوان كالجزء الواحد ، وألحقت الشريعة لشرائط هذا الاسم شرائط لا تعرفها أهل اللغة ، كما شرطت في البيع شرائط [2] لا تعرفها العرب ، ولا يوجب ذلك نقل اسمه .

٣١٠٠٨ - فإن قيل : قوله ﷺ : « ذكاة الجنين ذكاة أمه » [3] . يقتضي أن تكون ذكاته في حال استتاره ؛ لأن الجنين هو المستحق . وعندكم تكون ذكاته مثل ذكاة أمه إذا كانت متوحشة [تعقر في بطنها] [4] استوت ذكاته وذكاتها ، وإن كانت مستأنسة أفاد الخبر تحريم الجنين ، لعدم شرط الإباحة فيه وهو أن يوقع مثل ذكاة الأم . على أنه قد سُمِّي بعد انفصاله : جنينًا . قال حِمْل بن مالك : كنت بين جاريتين ، فضربت إحداهما الأخرى ، فألقت جنينًا ميتًا [5] .

٣١٠٠٩ - فإن قيل : هذا مجاز ، ومعناه كان : جنينًا .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢١/١ برقم ٧١ .

(٢) ساقطة من (م) . (٣) سبق تخريجه .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١١٤/٨ برقم ١٦١٨٧ .

٣١٠١٠ - قلنا : العرب لا تلتزم في الاشتقاق التحقيق ، ألا ترى أنهم قالوا : نجم . لظهوره فإذا أَفَل فهو نجم في الحقيقة ، كذلك الجنين .

٣١٠١١ - فإن قيل : لو كان المراد ما ذكرتم ، لم يكن لتخصيصه بأمه في التشبيه فائدة ، إذ حكم أمه وسائر الحيوان سواء .

٣١٠١٢ - قلنا : ولو شبهه بغير أمه لتوجه هذا السؤال ، ولم يكن يشبهه بجملة الحيوان لاختلاف ذكاته ، فخص التشبيه بالأم لاتفاق ذكاتهما في غالب الحال .

٣١٠١٣ - قالوا : روى أبو الوَدَّاك [١] عن أبي سعيد الخدري أنه قال : سألنا رسول اللّه ﷺ : إن أحدنا ينحر الناقة ويذبح البقرة والشاة ، فنجد في جوفها جنينًا ، أفنأكله أم نُلْقِيه ؟ فقال : « إن شئتم فكلوه ، فإن ذكاة الجنين ذكاة أمه » [٢] . ولم يسألوه عن إلقاء الحي ، فدل أن المراد به الجنين الميت .

٣١٠١٤ - قالوا : روى مجالد [٣] بن سعيد عن أبي الوَدَّاك عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ سئل عن الجنين يخرج ميتًا ، فقال : « إن شئتم كلوه » [٤] .

٣١٠١٥ - قلنا : بل يجوز أن يكون سألوه عن الحي الذي حياته غير مستقرة وهذا هو الغالب في الأجنة ، فظنوا أنه في حكم الميتة التي يجب إلقاؤها ، فبين ﷺ أنه - وإن كان كذلك - حَلَّ بالذكاة كما تَحِلُّ أمه بها .

٣١٠١٦ - وأما الخبر الثاني فقد رواه جماعة من الثقات عن مجالد [٥] بن سعيد ولم يذكروا فيه أنه خرج ميتًا . ورواه جماعة عن مجالد منهم : هشيم [٦] وأبو أسامة وعيسى بن يونس وغيرهم . وليس فيه هذه الزيادة ، وإنما فيه أنه سئل عن الجنين يكون في بطن الجزور أو البقرة أو الشاه قال : « فكلوه ، فإن ذكاته ذكاة أمه » [٧] . ولم تحفظ

---

(١) هو : جبر بن نَوْف الهَمْداني البِكالي أبو الوداك الكوفي . روى عن : شريح بن الحارث القاضي ، وأبي سعيد الخدري . وروى عنه : إسماعيل بن أبي خالد ، وعلى بن أبي طلحة ، وقيس بن وهب ، وغيرهم . روى له : مسلم ، وأبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه . انظر : تهذيب الكمال ٤٩٥/٤ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ١٠٣/٤ برقم ٢٨٢٧ .

(٣) في جميع النسخ : [يحيى] ، والمثبت من مصدر التخريج ، وهو الصواب .

(٤) أخرجه أحمد في مسنده ٣١/٣ .

(٥) في جميع النسخ : [يحيى] ، والمثبت من مصدر التخريج ، وهو الصواب .

(٦) في جميع النسخ : [هشام] ، والمثبت هو الصواب .

(٧) انظر : سنن الدارقطني ٢٧٢/٤ - ٢٧٤ بأرقام ٢٦ - ٣٠ .

هذه اللفظة . وهي قوله : « يخرج ميتا » (١) . إلا من رواية السامر (٢) وهو ضعيف . فلم يجز ترك ظاهر القولين بمثل هذه الرواية ، ولو ثبتت هذه اللفظة حملناها على ما قارب الموت ، كقوله تعالى : ﴿ إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُم مَّيِّتُونَ ﴾ (٣) .

٣١٠١٧ - قالوا : روي عن ابن عباس في قوله تعالى : ﴿ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ ﴾ (٤) : إنها الأجنة (٥) .

٣١٠١٨ - قلنا : روي أنها جميع الأنعام ، وكذلك روي عن الحسن (٦) . وهذا هو ظاهر العموم ، وتخصيصه بالأجنة يحتاج إلى دليل .

٣١٠١٩ - ولأنه قال : ﴿ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ (٧) . يعني : سيتلى عليكم . فلم يمكن اعتقاد العموم ، وإنما يفيد إباحة بعضها . وعندنا المذكى من الأجنة مباحة .

٣١٠٢٠ - قالوا : ما دخل في بيع البهيمة ، جاز أن يتذكى بذكاتها ، أصله : أعضاؤها .

٣١٠٢١ - قلنا : الوصف لا يصح في الأصل ؛ لأن الأعضاء هي الجملة المبيعة .

٣١٠٢٢ - وقوله : يدخل في بيعها .

٣١٠٢٣ - يقتضي أن يكون جملة أخرى يقع البيع على الجملة فيدخل فيه .

٣١٠٢٤ - ولأن الولد الداخل في البيع هو المنفصل حيًّا ، وذلك لا يذكى بذكاتها باتفاق .

٣١٠٢٥ - ولأن الولد دخل في البيع ؛ لأنه لو لم يدخل فيه ، بطل البيع باستثناء فيه . وتحريم أكل الولد لا يمنع تذكية الأم ؛ بدلالة الحامل كالمتولد مما لا يؤكل لحمه .

٣١٠٢٦ - ولأن المعنى في الأعضاء أنها لا تنفرد عن الأصل بالذكاة ، فجاز أن يلحقها ذكاتها ، والجنين يجوز أن ينفرد عنها بالذكاة ، فلم يتبعها في أحكامها (٨) .

٣١٠٢٧ - قالوا : ما عتق من الآدمية بإعتاقها ، جاز أن يتذكى من البهيمة بذكاتها ، أصله : أطرافها .

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه ٢٧٢/٤ برقم ٢٦ . (٢) غير واضحة في (ص) .
(٣) سورة الزمر : الآية ٣٠ . (٤) سورة المائدة : الآية ١ .
(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٣٦/٩ برقم ١٩٢٨٢ .
(٦) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد ٧٧/٢٣ . (٧) سورة المائدة : الآية ١ .
(٨) في (م) : [ذكاتها] .

٣١٠٢٨ - قلنا : أطرافها لا تعتق ، وإنما تعتق الجملة التي الأطراف فيها ، فإن صح أن يقال : إن الأطراف تعتق بعتقها ، جاز أن يقال : إنها تعتق الأطراف . فأما الولد : فيسري إليه عتقها . فيصح أن يقال : إن الولد لا يعتق بعتقها ، إلا أن ينفصل حيًّا ، وذلك لا يتذكى بذكاتها ، وإنما يتذكى ما مات بذكاتها عندهم ، وذلك لا يعتق بإعتاق الآدمية . والمعنى في الأطراف ما قدمنا .

٣١٠٢٩ - قالوا : مخلوق في الجوف من جنس ما يؤكل ، فجاز أن تسري إليه الذكاة ، أصله : الكبد والكرش .

٣١٠٣٠ - قلنا : الآلة لا تسري إلى ما في جوفها ، ولكنه يتذكى في نفسه بذبحها ، فأما أن تثبت ذكاتها ثم سرى إليه فلا .

٣١٠٣١ - ولأن الكبد لا ينفرد عنها في الإباحة ، فصار مذكًّى بذكاتها . ولما جاز أن ينفرد الجنين عنها بالحظر إذا كان ولدًا ، جاز أن يفارقها في ذكاته .

٣١٠٣٢ - قالوا : من جنس الحيوان المأكول ، خرجت رُوحه بعقر مباح كالأم .

٣١٠٣٣ - قلنا : لا نسلم أن روحه خرجت بعقر الأم ، لجواز أن يكون مات قبل ذلك ، وجواز أن يكون مات بعد موتها باضطرابها . والمعنى في الأم أن العقر حل فيها فجاز أن يُبِيحها ، والجنين من جنس الحيوان الذي شرطه فيه العقر ، فلم يحل من غير عقر .

٣١٠٣٤ - قالوا : الجنين في حكم الجزء منها ، بدلالة أنه يعتق بعتقها ويدخل في بيعها .

٣١٠٣٥ - قلنا : وهو في حكم الحيوان المنفرد ، بدلالة جواز انفراده عنها في الذكاة وفي الإباحة إذا كان متولدًا ، وينفرد عنها بالوصية ويورث عنه إرثه .

٣١٠٣٦ - وأما دخوله في البيع : فليس لأنه في حكم عضو ، لكن لأنه لو لم يدخله لفسد البيع باستثنائه .

٣١٠٣٧ - وأما عتقه بعتقها : فلأنه لو لم يعتق ينفصل مملوكًا من جزء ، والجزء لأهل المملوك .

* * *

مسألة ١٥٣٤

ذبائح النصارى العرب

٣١٠٣٨ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : ذبائح نصارى العرب حلال ممن [١] تنصر منهم قبل نزول القرآن وبعده [٢] .

٣١٠٣٩ - وقال الشافعي رحمه الله : ذبائح بني تغلب ونصارى العرب لا تؤكل [٣] .

٣١٠٤٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ ﴾ [٤] .

٣١٠٤١ - ولأنه مؤمن بكتاب من كتب الله تعالى مقر عليه ، فصار كنصارى العجم وكمن تنصر قبل نزول القرآن .

٣١٠٤٢ - ولأن كل دين وكل ذبائح يستوي عربهم وعجمهم ، أصله : دين الإسلام ، وعكسه المجوس وعبدة الأوثان .

٣١٠٤٣ - احتجوا : بما روي عن علي [٥] أنه قال : لا تأكلوا ذبائح بني تغلب [٦] .

٣١٠٤٤ - قلنا : ذكر الطحاوي بإسناده عن عطاء بن السائب عن عكرمة عن ابن عباس قال : كلوا من ذبائح بني تغلب ، وتزوجوا من نسائهم ، فإن الله تعالى قال : ﴿ وَمَن يَتَوَلَّهُم مِّنكُمْ فَإِنَّهُۥ مِنْهُمْ ﴾ [٧] . فلو لم يكونوا منهم إلا بالولاية كانوا منهم .

٣١٠٤٥ - ثم إن عليًا رضي الله عنه لم يفصل بين من تقدم تنصره على المسلمين ومن تأخر ؛ لأنه علل التحريم بأنهم لم يتمسكوا بدين النصارى ، ولم يعلله بكونه من العرب . وترك التمسك ببعض دينهم ، لا يمنع أن يكون منهم ، بدلالة ما روى عُبادة بن نُسَي عن [٨] غُضَيف [٩] بن الحارث : أن غلامًا لعمر بن الخطاب كتب إليه : إن ناسًا من السامرة

---

(١) في جميع النسخ (من) .

(٢) انظر : البدائع ٤٦/٥ وعبارته : وتؤكل ذبيحة أهل الكتاب . إلى أن قال : ويستوي فيه أهل الحرب منهم وغيرهم ، لعموم الآية الكريمة ، وكذا يستوي فيه نصارى بني تغلب وغيرهم ، لأنهم على دين النصارى .

(٣) انظر : الأم ٢٥٥/٢ وعبارته : لا تحل ذبائح نصارى العرب .

(٤) سورة المائدة : الآية ٥ .

(٥) في (م) : [عمر] .

(٦) أخرجه الشافعي في الأم ٢٥٥/٢ .

(٧) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ١٨٧/٧ برقم ١٢٧١٨ .

(٨) ساقطة من (ص) .

(٩) في (م) ، (ص) : [عصف] ، والمثبت من مصادر التخريج ، وهو الصواب .

يقرأون التوراة ويسبتون يوم السبت ولا يؤمنون بالبعث ، فما ترى فيهم يا أمير المؤمنين ، فكتب إليه عمر : هم طائفة من أهل الكتاب [١] .

٣١٠٤٦ - وقد ذكر مخالفونا أن شهر بن حوشب [٢] روى عن عبد اللّٰه بن عباس : أن النبي ﷺ نهى عن ذبح نصارى العرب .

٣١٠٤٧ - وهذا حديث لا يعرف ، ولم يذكره أصحاب الحديث في كتاب معروف فينظر فيه .

٣١٠٤٨ - وقد طعن مخالفونا على شهر بن حوشب في روايته : « الأذنان من الرأس » [٣] . ثم احتجوا به .

* * *

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٧٣/٧ برقم ١٣٧٦٧ .

(٢) هو : شهر بن حوشب أبو سعيد الأشعري الشامي مولى الصحابية أسماء بنت يزيد الأنصارية . كان من كبار علماء التابعين . حدث عن : مولاته أسماء ، وأبي هريرة ، وعائشة ، وغيرهم . وحدث عنه : قتادة ، ومعاوية بن قرة ، والحكم بن عيينة ، وغيرهم . قرأ القرآن على ابن عباس . يرسل عن بلال ، وأبي ذر . اختلف في تاريخ وفاته ، فقيل سنوات : ٩٨ ، ١٠٠ ، ١١١ ، ١١٢ هـ . وكان مولده في خلافة عثمان بن عفان . انظر : سير أعلام النبلاء ٣٢٣/٥ ، وميزان الاعتدال ٢٨٣/٢ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ٣٣/١ برقم ١٣٤ .

مَوْسُوعَة
القواعد الفقهية المقارنة
المُسَمَّاة
التجريد

كتاب الأضاحي [1]

(١) الأُضْحِيَّة : بتشديد الياء وبضم الهمزة أو كسرها ، وجمعها : الأضاحي - بتشديد الياء أيضًا - . ويقال لها : الضَحِيَّة بفتح الضاد وتشديد الياء ، وجمعها : الضحايا . ويقال لها أيضًا : الأضحاة بفتح الهمزة ، وجمعها : الأضحى ، وهو على التحقيق اسم جنس جمعي ، وبه سمي يوم الأضحى ، أي : اليوم الذي يضحي فيه الناس . وقد عرفها اللغويون بتعريفين :
أحدهما : الشاة التي تذبح ضحوة ، أي وقت ارتفاع النهار والوقت الذي يليه . وهذا المعنى نقله صاحب اللسان عن ابن الأعرابي .
وثانيهما : الشاة التي تذبح يوم الأضحى . وهذا المعنى ذكره صاحب اللسان أيضًا .
ما معناها في الشرع : فهي ما يذكى تقربًا إلى اللّه تعالى في أيام النحر بشرائط مخصوصة . فليس ، من الأضحية ما يذكى لغير التقرب إلى اللّه تعالى ، كالذبائح التي تذبح للبيع أو الأكل أو إكرام الضيف ، وليس منها ما يذكى في غير هذه الأيام ، ولو للتقرب إلى اللّه تعالى ، وكذلك ما يذكى بنية العقيقة عن المولود ، أو جزاء التمتع أو القران في النسك ، أو جزاء ترك واجب أو فعل محظور في النسك ، أو يذكى بنية الهدي .

مسألة ١٥٣٥

وجوب الضحية

٣١٠٤٩ - قال أبو حنيفة رحمه الله : الضحية واجبة على كل موسر [١] .

٣١٠٥٠ - وقال أبو يوسف ومحمد [رحمهما الله] : سنة مؤكدة . وبه قال الشافعي رحمه الله [٢] .

٣١٠٥١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾ [٣] . فأخبر أنه مأمور بالنسك . والنسك : الذبح ، بدليل قوله تعالى : ﴿ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ﴾ [٤] . وقال ﷺ : « من ذبح نسكه قبل الصلاة ، فَلْيُعِدْ » [٥] .

٣١٠٥٢ - وقولهم [٦] : إن النسك اسم للطاعات ، ومنه قيل للعابد : ناسك ؛ ليس بصحيح ؛ لأن الإطلاق يقتضي الذبح على ما ذكرنا . ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ ﴾ [٧] . وهذا أمر بنحر قُرِن بالصلاة ، وما ذاك إلا الأضحية . والذي روي علي بن أبي طالب - أنه وضع اليمين على الشمال [٨] - عدول عن ظاهر الآية ، فمن حملها على ظاهر أولى .

٣١٠٥٣ - فإن قيل : من عدل عن الظاهر ، لا يجوز أن يعدل إلا بتوقيف .

٣١٠٥٤ - قلنا : إن ثبت التوقيف ، ضم ذلك إلى ما دل عليه الظاهر ، وصار كل واحد منهما قد ثبت بالآية .

٣١٠٥٥ - فإن قيل : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « سألت جبريل فقلت : ما هذه

---

(١) انظر : الهداية مع العناية ٥٠٤/٩ - ٥٠٦ وعبارته : الأضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الأضحى عن نفسه وعن ولده الصغار . أما الوجوب : فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله . وعنه أنه سنة .

(٢) انظر : المهذب ٣٤٦/٨ وعبارته : الأضحية سنة .

(٣) سورة الأنعام : الآية ١٦٢ .

(٤) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٢١١٠/٥ برقم ٥٢٢٩ .

(٦) في (م) : [وقوله] .

(٧) سورة الكوثر : الآية ٢ .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٠/٢ برقم ٢١٦٧ .

النحيرة التي أمرني بها ربي ؟ قال : ما هي نحيرة ، إنما أمرك أن تضع يمينك على شمالك عند الصدر » [١] .

٣١٠٥٦ - قلنا : هذا خبر واحد غير مشهور ، ولا يجوز العدول عن ظاهر القرآن به .

٣١٠٥٧ - فإن قيل : عندنا نحر واجب ونسك واجب غير الأضحية ، فتحمل الآيتين عليه .

٣١٠٥٨ - قلنا : ليس في الشريعة ذبح يجب ابتداءً إلا الأضحية ، ولا نحر مقترن بالصلاة إلا هي .

٣١٠٥٩ - فإن قيل : النحر ليس بواجب باتفاق .

٣١٠٦٠ - قلنا : هو مخير بين النحر والذبح ، فإذا ذكر أحد الواجبين ، لم ينفِ ذلك الوجوب .

٣١٠٦١ - فإن قيل : الآيتان دلتا على وجوب ذلك على عهد رسول الله ﷺ ، والخلاف في وجوبها على غيره .

٣١٠٦٢ - قلنا : إذا ثبت وجوبها عليه ، فهو وغيره في الأحكام الشرعية سواء إلا ما خصه دليل ، يدل عليه ما روى [٢] مِخْنَف بن سُلَيم قال : بينما [٣] نحن وقوف [٤] مع النبي ﷺ بعرفة ، فقال : « يأيها الناس ، إن على أهل كل بيت كل عام أضحية وعَتِيرة » [٥] . و « على » من ألفاظ الوجوب .

٣١٠٦٣ - فإن قيل : قال ابن المنذر : لا يثبت خبر [٦] مخنف بن سليم عن النبي ﷺ ؛ لأن أبا رملة رواه عنه وهو مجهول ، ولا أعلم سماعه من [٧] مخنف .

٣١٠٦٤ - قلنا : هذا خبر رواه معاذ بن معاذ قال : ثنا أبو [٨] عون [قال : حدثنا

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك ٥٨٦/٢ برقم ٣٩٨١ .

(٢) بعدها في جميع النسخ : [أبو] ، وهو خطأ . (٣) زيادة من مصدر التخريج .

(٤) في جميع النسخ : [وقوفًا] ، وهو خطأ ، والمثبت من مصدر التخريج .

(٥) العتيرة : شاة كانوا يذبحونها في رجب لأصنامهم ، فنهى الشارع عنها بقوله : لا فرع ولا عتيرة . والجمع : عتائر ، مثل : كريمة وكرائم . انظر : المصباح المنير مادة (عتر) . والحديث أخرجه أحمد في مسنده ٧٦/٥ .

(٦) بعدها في جميع النسخ : [أبي] ، وهو خطأ .

(٧) بعدها في جميع النسخ : [أبي] ، وهو خطأ .

(٨) في مصدر التخريج : [ابن] ، وكلاهما صواب .

أبو رملة عن مخنف بن سليم . قال ابن معاذ : كان ابن عون] (١) يعتر ، أَبْصَرَتْه عيني في رجب . فقد صحح أبو عون الخبر حتى عمل به . وقد ذكر هذا الخبر أبو عبد الرحمن النسائي في سننه (٢) ، وشَرَط أن يورد الصحيح .

٣١٠٦٥ – قال الدارقطني : لو حلف رجل بالطلاق أن أبا عبد الرحمن لم يذكر في كتابه إلا الصحيح ، لقلت له : أمسك امرأتك . فإن كان ابن المنذر جهل أبا رملة ولم يعرف سماعه ، فقد عرفه غيره .

٣١٠٦٦ – فإن قيل : ظاهر الخبر متروك بالإجماع ؛ لأن من أوجب الأضحية أوجبها على كل إنسان في نفسه ولم يعلقها بأهل البيت .

٣١٠٦٧ – قلنا : إذا ثبت وجوبها [على أهل كل بيت ، ثبت وجوبها] (٣) على كل واحد منهم ؛ لأن أحدًا لم يفصل بينهما .

٣١٠٦٨ – ولأنه قدر تعلق بأهل البيت ، إذا كانت بدنة وكانوا سبعة فما دونها .

٣١٠٦٩ – فإن قيل : قرنها بالعتيرة ، وقد سقطت .

٣١٠٧٠ – قلنا : الظاهر دل على وجوبها ، فإذا سقط أحدهما بالإجماع ، بقيت الأخرى ، ويدل عليه ما روى أبو الأحوص عن منصور عن الشعبي عن البراء قال : خطبنا النبي ﷺ يوم النحر بعد الصلاة ثم قال : « من صلى صلاتنا ونسك منسكنا ، فقد أصاب النسك ، ومن نسك قبل الصلاة ، فتلك شاة لحم » . فقال أبو بردة : يا رسول الله ، والله لقد نسكت قبل أن أخرج إلى الصلاة ، وعرفت أن اليوم يوم أكل وشرب فتعجلت وأكلت (٤) وأطعمت أهلي وجيراني . فقال ﷺ : « تلك شاة لحم » . قال : فإن عندي عناق جذعة خير من شاتي لحم ، فهل تجزئ عني ؟ قال : « نعم ، ولن تجزئ عن أحد بعدك » (٥) .

٣١٠٧١ – وروى هذا الخبر داود بن أبي هند عن عامر عن البراء أن النبي ﷺ قال لأبي بردة : « أعد ذبحًا آخر » (٦) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٢) أخرجه النسائي في الصغرى ١٦٧/٧ برقم ٤٢٢٤ ، والكبرى ٧٨/٣ برقم ٤٥٥٠ .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .
(٤) ساقطة من (ص) .
(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٢٥/١ برقم ٩١٢ ، ومسلم ١٥٥٤/٣ برقم ١٩٦١ .
(٦) أخرجه النسائي في السنن الصغرى ٢٢٢/٧ برقم ٤٣٩٤ ، والسنن الكبرى ٦٠/٣ برقم ٤٤٨٦ .

٣١٠٧٢ – وروى الخبر أيوب عن محمد عن أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال يوم النحر : « من كان ذبح قبل الصلاة ، فليعدها [(١)] » . فقام رجل فقال : يا رسول اللَّه هذا يوم يُشْتَهَى فيه اللحم [(٢)] .

٣١٠٧٣ – فوجه الدليل من الخبر أنه عليه السلام قال قولًا عامًّا : « من كان ذبح قبل الصلاة فليعد » . وهذا أمر يفيد الوجوب . وقوله لأبي بردة : « أعد ذبحًا آخر » . والثالث قوله في العناق : « يجزئ عنك ، ولا يجزئ عن أحد بعدك » . والإجزاء إنما يكون في الواجب [(٣)] .

٣١٠٧٤ – فإن قيل : إن هذه قصة في عين يجوز أن يكون أوجب أبو بردة أضحية فقدمها .

٣١٠٧٥ – [قلنا : النبي ﷺ قال] [(٤)] قولًا عامًّا : « من كان ذبح قبل الصلاة فليعد » . ولم يسأل أبا بردة هل أوجب أو لم يوجب .

٣١٠٧٦ – وروى أبو عَوَانَة عن الأسود بن قيس عن جُنْدَب بن سفيان قال : ضحينا مع النبي ﷺ أضحًى ذات يوم ، فإذا الناس قد ذبحوا قبل الصلاة ، [فقال : « من ذبح قبل الصلاة] [(٥)] ، فليذبح مكانها أخرى » [(٦)] . وهذا أمر يفيد الوجوب .

٣١٠٧٧ – وروى الأسود بن قيس عن جندب بن سفيان قال : شهدت أضحى مع النبي ﷺ فصلى بالناس ، فلما قضى الصلاة رأى غنمًا قد ذبحت ، قال : « من ذبح قبل الصلاة [(٧)] ، فليذبح شاة مكانها ، ومن لم يذبح ، فليذبح على اسم اللَّه تعالى » [(٨)] .

٣١٠٧٨ – [وعن عبد اللَّه بن عياش عن] [(٩)] الأعرج عن أبي هريرة قال : قال رسول اللَّه ﷺ : « من وجد سَعَة فلم يُضَحِّ ، فلا يقربن مصلانا » [(١٠)] . والوعيد لا

---

(١) في (م) : [يعد] .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٢١١٠/٥ برقم ٥٢٢٩ ومسلم ١٥٥٤/٣ برقم ١٩٦٢ .

(٣) في (م) : [الوجوب] .

(٤) ما بين المعكوفتين في (م) : [فقال عليه السلام] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

(٦) أخرجه أبو عوانة في مسنده ٧١/٥ ، ٧٢ برقم ٧٨٢٩ : ٧٨٣٥ .

(٧) ساقطة من (م) .

(٨) أخرجه مسلم في صحيحه ١٥٥١/٣ برقم ١٩٦٠ .

(٩) ما بين المعكوفتين في جميع النسخ : [وفي مسند الحسن بن يعيش] ، والمثبت من مصادر التخريج .

(١٠) أخرجه الحاكم في المستدرك ٢٥٨/٤ برقم ٧٥٦٥ .

يستحق إلا بترك الواجب .

٣١٠٧٩ - [قالوا : ترك الواجب] [١] لا يؤمر معه بترك واجب آخر ، فكيف يقول : يترك الصلاة من ترك الأضحية ؟! وإنما معناه : من جحدها ، فلا يحضر لصلاة العيد ؛ لأن الأضحية وصلاة العيد سواء .

٣١٠٨٠ - قلنا : قوله : « فلا يقربن مصلانا » . ليس المراد منه ترك الصلاة ، لكن المراد به : فليبعد عنا ، فلا يختلط بجماعتنا ، لترك عصيانه في ترك الواجب .

٣١٠٨١ - فأما الذي قالوا فخطأ ؛ لأنه إذا جحد الأضحية وهو مأمور بالاعتراف [٢] بها وبالصلاة ، فلا يقول : فلا [٣] يقربن مصلانا . ويريد به ترك الصلاة .

٣١٠٨٢ - ولأنه عيد يؤثر فيه نحره ، فوجب حق يخرج منه المال كالفطر .

٣١٠٨٣ - ولأنه حق يلزم من المال يثبت ابتداؤه في العيد ، فكان واجبًا كصدقة الفطر .

٣١٠٨٤ - فإن قيل : إن الفطرة تجب ليلة الفطر عندنا .

٣١٠٨٥ - قلنا : ليلة الفطر مضافة إلى يومها ، فقد أمر بها في العيد .

٣١٠٨٦ - فإن قيل : باطل بيوم الجمعة .

٣١٠٨٧ - قلنا : إطلاق العيد يتناول الفطر والأضحى ، وعلى العلة الثانية لا يلزم ؛ لأنه لا يلزم بتقدم العلة حق مال إلا بتقدم الجمعة .

٣١٠٨٨ - فإن قيل : المعنى في الفطر أنها تفعل بعد فوات وقتها والأضحية بخلافه بطلت علة الأصل بسنن الصلوات وعلة الفرع بالجمعة .

٣١٠٨٩ - فإن قيل : المعنى في الفطرة أنه لا يجوز له أكل شيء منها . ولا ادخاره لنفسه والأضحية بخلافه .

٣١٠٩٠ - قلنا : الواجب في الفطر الصدقة فلم يجز أن يحبس لنفسه بعضها ، والواجب في الأضحية إراقة الدم ، وصدقة البعض مستحبة [٤] فإذا أكل منها لم يخل بالواجب .

٣١٠٩١ - ولأنها عبادة ورد بها الشرع متعلقة بجنس من الحيوان أو ليس بخصوص

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) في (م) : [بالاتفاق] .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) ساقطة من (م) .

كالزكاة .

٣١٠٩٢ - ولأنه إراقة الدم لا يجزئ فيه المعيب ، فكان له مدخل في الوجوب كدم المتعة والقران .

٣١٠٩٣ - فإن قيل : نقول بموجبه ؛ لأنه يجب على النبي ﷺ .

٣١٠٩٤ - قلنا : التعليل لثبوت أحكام حاصلة أو مستقبلة ، فأما أن يعلل بوجوب أحكام قد مضت فلا .

٣١٠٩٥ - ولأنها عبادة تفوت بفوات هذه الأيام كرمي الجمار . وهذا صحيح ؛ لأن تعلق الرمي بهذه الأيام واختصاصها بها كتعلق الأضحية . ولا يلزم تكبير التشريق ؛ لأنه يفوت عندنا بمضي يوم النحر لا بفوات الأيام .

٣١٠٩٦ - ولأنه ذبح يجب بالنذر ، فكان له أصل في الواجبات كالهدايا .

٣١٠٩٧ - ولأنها عبادة تضاف إليها وقتها ، فكانت واجبة كالجمعة .

٣١٠٩٨ - ولا يلزم تكبير التشريق ؛ لأن الأيام لا تضاف إلى التكبير ولا يفعل فيها عندنا ، وإنما تضاف إلى التشريق لحوم الأضاحي والهدي . ولا يلزم يوم النحر ؛ لأن النحر مباح وليس بعبادة .

٣١٠٩٩ - قالوا : يوم النحر مضاف إليها ، ويجوز عندكم في يومين بعدها ولا يضافان إليها .

٣١١٠٠ - قلنا : غلط ؛ لأنه يقال : أيام النحر فتضاف جميع الأيام إليها ، على أن يوم النحر وقت لها وقد أضيف إليها ، وقبل يوم النحر ويوم الأضحى . وهذا يقتضي سلامة الوصف ، فلو ثبت لهم أن ما بعده لا يضاف إليها ، لم تقدح في التعليل .

٣١١٠١ - فإن قيل : العبادة المضافة إلى وقتها منقسمة : واجبة كصوم رمضان ونفل كصوم عاشوراء ، كذلك العبادة المضافة إليها وقتها [1] يجب أن تنقسم إلى فرض ونفل .

٣١١٠٢ - قلنا : هذه دعوى لا دلالة عليها . ثم العبادة المؤقتة لا بد أن تضاف إلى وقت ، فلم يكن في إضافتها ما يدل على تأكيدها ، وإضافة الوقت إلى العبادة معنًى تنفرد العبادة المؤقتة . فإذا وجدت الصفة ، دلت على تأكيد حكم العبادة حتى خصص

---

(١) في (م) : [وفيها] .

الوقت بها وأضيف إليها .

٣١١٠٣ - فإن قيل : يوم الفطر أضيف إلى الفطر وذلك واقع بالشرع غير متعلق بفعلنا ، فيوصف بالوجوب ، كذلك إضافة النحر لا يدل على الوجوب .

٣١١٠٤ - قلنا : إضافة يوم الفطر إليه إضافة إلى عبادة واجبة تتعلق بفعلنا ؛ لأن صوم هذا اليوم يصح وهو منهي عنه ، والفطر واجب وهو عبادة .

٣١١٠٥ - احتجوا : بحديث أم سلمة أن النبي ﷺ قال : « من رأى منكم هلال ذي الحجة وأراد أن يضحي ، فلا يأخذن من شعره ولا من أظفاره حتى يضحي » [(١)] . ولو كانت الأضحية واجبة ، لم يعلقها بالإرادة .

٣١١٠٦ - قلنا : هذه الإرادة ليست إرادة التخيير ، بدليل أن الإنسان لا يخير بين أن يضحي فلا يأخذ من شعره أو لا يضحي على وجه سواء إما واجبة عندنا أو سنة عند من يخالفنا ، فعلم أنها الإرادة التي تخرج الإنسان من السهو إلى القصد ، كقوله : « من أراد الحج فليتعجل » ، « ومن أراد الصلاة فليتوضأ » ، « ومن أراد الجمعة فليغتسل » .

٣١١٠٧ - احتجوا : بما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « ثلاث كتبت عليَّ ولم تكتب عليكم : النحر ، والوتر ، وركعتا الفجر » [(٢)] . وروي : « هي عليَّ فرض ، ولكم تطوع » [(٣)] .

٣١١٠٨ - قلنا : اللفظ الأول رواه أبان بن أبي عياش ، وهو ساقط الحديث ، تكلم عليه سعيد ورماه بالكذب .

٣١١٠٩ - واللفظ الثاني ذكره الدارقطني عن أبي جَنَاب [(٤)] عن عكرمة عن ابن عباس . فظن مخالفنا أن هذا طريق ، فعدل عليه [(٥)] عن الطريق الفاسد .

٣١١١٠ - وغلط لأن أبان بن أبي عياش أصلح من أبي جناب يحيى بن أبي حية [(١)]

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه ١٠٢/٤ برقم ١٥٢٣ .

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ٣١٧/١ ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٥/٣ برقم ٤٥٧٣ .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه ٢١/٢ برقم ١ .

(٤) هو : يحيى بن أبي حية الكلبي الكوفي . روى عن : إسماعيل بن رجاء ، وشهر بن حوشب ، وطاوس ابن كيسان ، وغيرهم . وروى عنه : إسحاق بن يوسف ، ومحمد بن مسروق الكندي ، ويحيى بن عبد الملك ، وغيرهم . مات سنة ١٤٧ هـ . انظر : تهذيب الكمال ٢٨٤/٣ ، وطبقات ابن سعد ٣٦٠/٦ .

(٥) في (م) : [إليه] .

الكلبي ، طعن عليه يحيى بن سعيد وحمل عليه أحمد بن حنبل . وقيل : إنه كان يدلس عن الثقات ما يسمعه من الضعفاء (٢) . فكيف يجوز أن يترك حديث البراء - وهو من الصحاح - بمثل هذا الخبر .

٣١١١١ - ثم إن الحديث مختلف ، روى : « ثلاث كتبت علي ولم تكتب عليكم » . وهذا لا دليل فيه ؛ لأن الأضحية عندنا واجبة ليست مكتوبة ، إذ المكتوبة لا تثبت بدليل مظنون .

٣١١١٢ - وروي : « أمرت بالنحر وهو سنة لكم » (٣) . لا تنافي الوجوب ؛ لأن السنة ما يتبع ويستن به ، وذلك يكون في الواجب وغيره . وحديث أبي جناب رووه : « ثلاث عليَّ فرائض ولكم تطوع : النحر » (٤) . وهو في حقنا مستحب والذبح يجزئ ، فسقط الاحتجاج به مع وجوبها ، في سنده واضطراب متنه وقلة ضبطه .

٣١١١٣ - قالوا : روي أن أبا بكر وعمر كانا لا يضحيان ، [مخافة أن] (٥) يرى ذلك واجبًا (٦) .

٣١١١٤ - وعن أبي مسعود البدري : لقد هممت أن أدع الأضحى وأنا من أيسركم ، مخافة أن يحسب الناس أنه عليَّ حتم لازم (٧) .

٣١١١٥ - وكان سويد بن غَفَلَة يقول : ما أبالي لو ضحيت بديك (٨) .

٣١١١٦ - وعن ابن عباس أنه جلس مع أصحابه يوم الأضحى ، ووجه درهمين ، فاشترى بهما لحمًا ، وقال : هذه أضحية ابن عباس (٩) . ولا يعرف لهم مخالف .

٣١١١٧ - قلنا : أما حديث أبي بكر وعمر فيجوز أن يكونا تركا الأضحية ؛ لأنهما لم يجدا سَعَة . ألا ترى أنهما كانا يأخذان الرزق من بيت المال يومًا فيومًا فيومًا .

٣١١١٨ - وقول : « مخافة أن يعتقد الناس وجوبها » . ظنًّا منه ، وإلا كيف السنة

---

(١) في جميع النسخ : [دحية] ، والمثبت هو الصواب .

(٢) انظر : تهذيب التهذيب ١١/١٧٧ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٩/٧ برقم ١٣٠٥١ .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٦٥/٩ برقم ١٨٨١٣

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٦٥/٩ برقم ١٨٨١٧

(٨) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٣٨٥/٤ برقم ٨١٥٦ .

(٩) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٦٥/٩ برقم ١٨٨١٦ .

لهذه العلة .

٣١١١٩ - وأما ابن عباس فيجوز أن يكون ضحى وتصدق بجميع اللحم وابتاع لنفسه لحمًا ، وقال : هذه أضحية ابن عباس . أي : عوض نصيبه من الأضحية .

٣١١٢٠ - وأما خبر أبي مسعود فمعارض بما روي عن أبي هريرة ﷺ : « من لم يضح فلا يقربن مصلانا » .

٣١١٢١ - وروي عن علي وعائشة قالا : نسخت الأضحيةُ كلَّ ذبح كان قبلها [١] . ومعلوم أن الاستحباب في الذبح لم ينسخ ، فبقي أن يكون النسخ في الوجوب .

٣١١٢٢ - وأما حديث : « ما أبالي » . فليس فيه ما يدل على نفي الوجوب ، لكنه اعتقد أن الأضحية لا تختص بالنعم وأن الديك يجزئ .

٣١١٢٣ - قالوا : ذبح لا يجب على المسافر ، فلم يجب على المقيم كالعقيقة .

٣١١٢٤ - قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأن المسافر يلزمه أن يضحي عن أولاده المقيمين .

٣١١٢٥ - ولأن المقيم قد يلزمه فرض لا يلزم المسافر كالجمعة وتمام عدد الصلاة وإتمام الصوم في رمضان . والأضحية عبادة بدنية ؛ لأن الواجب فيها إراقة الدم ، فجاز أن يختص بها المقيم . والمعنى في العقيقة أنه ذبح يجوز تقديمه على يوم النحر ، فلم يجب بأصل الشرع .

٣١١٢٦ - والأضحية ذبح [لا يجوز] [٢] تقديمه على يوم النحر ، فكان واجبًا بأصل الشرع .

٣١١٢٧ - قالوا : الأضحية ليست بفرض ، فلم تكن واجبة كالعقيقة .

٣١١٢٨ - قلنا : الفرض عند مخالفنا واجب لا فرق بينهما ، فتقدير الكلام على أصلهم : أنها لم يكن فرضًا ، وعلى مذهبنا : الفرض ما ثبت بدليل مقطوع به ، والواجب ما ثبت بمظنون . فكأنهم قالوا : لم يثبت قطعًا لم يثبت ظنًّا . وهذا كلام فاسد .

٣١١٢٩ - والمعنى في العقيقة : أنه ذبح لم يجب على النبي ﷺ [بأصل الشرع ، والأضحية ذبح وجب على النبي ﷺ] [٣] ، فوجب علينا ، كدم المتعة والقران .

٣١١٣٠ - قالوا : حق مال لا يجب على المسافر ، فلا يجب على المقيم كالعقيقة .

---

(١) أخرجه الجصاص في أحكام القرآن ٣/٣٦٩ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

٣١١٣١ - قلنا : يبطل بكفارة الفطر في رمضان .

٣١١٣٢ - فإن قالوا : قد يجب على المسافر إذا دخل في الصوم ثم سافر .

٣١١٣٣ - قلنا : وكذلك الأضحية تجب على المسافر عن أولاده المقيمين .

٣١١٣٤ - ولأن الأضحية حق بدن عندنا ؛ لأن الواجب فيها إراقة الدم ، وتفريق اللحم ليس بواجب .

٣١١٣٥ - ولأن عبادات الأبدان التي يسقطها السفر إنما أسقطها للمشقة التي تلحق المسافر في فعلها ، وهذه المشقة موجودة في الأضحية ؛ لأنه يحتاج ابتياعها ويقيم بترقب وقتها حتى يذبحها ، فإذا تساويا في المشقة تساويا في السقوط .

٣١١٣٦ - قالوا : من لا تجب عليه الأضحية إذا كان مسافرًا ، لا تجب عليه إذا كان مقيمًا كالفقير .

٣١١٣٧ - قلنا : الوصف غير مسلم على ما قدمنا .

٣١١٣٨ - ولأن الفقير سقط عنه من الحقوق المخرجة من المال ما يجب على الغني ، فلم يعتبر أحدهما بالآخر .

٣١١٣٩ - قالوا : ذبح يؤكل منه كالعقيقة . وربما قالوا : لو وجبت الأضحية ، وجب تفريقها كالفطرة .

٣١١٤٠ - قلنا : العبادات مختلفة منها ما يقصد منه المال دون الإتلاف كالزكاة ، ومنها ما يقصد به الأمرين كالهدايا . والأضحية المقصود منها الإتلاف دون تفريق اللحم .

٣١١٤١ - وقياسهم على العقيقة والعتيرة لا يصح ؛ لأن الاعتبار في الأضحية بالهدايا لهذه الأيام أولى من اعتبار [ما لا] (١) يختص بها .

٣١١٤٢ - قالوا : ذبح لا يجب بعد فوات وقته كالعتيرة .

٣١١٤٣ - قلنا : سقوط العبادة بمضي وقتها لا يدل على أنها غير واجبة ، [بدلالة العقيقة] (٢) .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين في (م) : [بذبح] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٥٣٦

وقت ذبح الأضحية

٣١١٤٤ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : وقت ذبح الأضحية يوم النحر ويومان بعده [١] .

٣١١٤٥ - وقال الشافعي رحمه الله : ثلاثة أيام بعده [٢] .

٣١١٤٦ - لنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « أيام مِنًى ثلاثة » [٣] . فلا يخلو أن يكون المراد [٤] أيام الذبح أو الرمي ، فلما كان الرمي في أربعة أيام ، عُلِم أن المراد بالثلاثة أيام الذبح .

٣١١٤٧ - ويدل عليه ما روى الطحاوي بإسناده عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : النحر يومان [بعد يوم النحر] [٥] ، وأفضلها يوم النحر [٦] .

٣١١٤٨ - وذكر مالك عن نافع عن ابن عمر : ثلاثة [٧] . إلا أنه لم يقل : أفضلها يوم النحر .

٣١١٤٩ - وذكر عن قتادة عن أنس قال : الذبح بعد العيد [٨] يومان [٩] .

٣١١٥٠ - وذكر أبو الحسن بإسناده عن ذر بن حبيش وعباد بن عبد الله الأسدي عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول : أيام النحر ثلاثة ، أولهن أفضلهن . قال : وعن عمر مثله [١٠] . وتخصيص العبادات بوقت يعلم بالتوقيف ، فعلم أنهم أخذوه عن النبي ﷺ .

---

(١) انظر : المبسوط ١٠/١٢ وعبارته : ثم يختص جواز الأداء بأيام النحر ، وهى ثلاثة أيام عندنا .

(٢) انظر : المجموع ٣٦١/٨ وعبارته : أيام نحر الأضحية يوم النحر وأيام التشريق الثلاثة . وانظر أيضًا : الأم ٢٨٣/٢ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ١٩٦/٢ برقم ١٩٤٩ .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) قال أبو بكر الجصاص في أحكام القرآن ٣٤٧/٣ : وروى نحو قولنا عن علي وابن عباس وابن عمر وأنس ابن مالك وأبي هريرة وسعيد بن جبير وسعيد بن المسيب .

(٧) أخرجه مالك في موطئه ٤٨٧/٢ برقم ١٠٣٥ ولفظه : الأضحى يومان بعد يوم الأضحى .

(٨) في مصدر التخريج : [النحر] .

(٩) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٩٧/٩ برقم ١٩٠٣٧ .

(١٠) أخرجه ابن حزم في المحلى ٣٢٠/٥ .

٣١١٥١ – قالوا : ذكر ابن المنذر عن ابن أبي ليلى عن أبي المنهال عن ذر عن علي قال : الأيام المعلومات [١] يوم النحر وثلاثة أيام بعده ، اذبح في أيها شئت ، فأفضلها أولها [٢] .

٣١١٥٢ – قلنا : ابن أبي ليلى قد طعن مخالفونا عليه بسوء الحفظ .

٣١١٥٣ – ولأنا نحمل هذا الخبر على ذبح الهدي ، حتى يجمع بين الخبرين .

٣١١٥٤ – قالوا : ذكر النيسابوري في الزيادات عن عطاء عن ابن عباس أنه قال : الأضحى ثلاثة أيام بعد يوم النحر [٣] .

٣١١٥٥ – قلنا : هذا محمول على أيام الأضحى التي نهى عن صومها ، أو التي كان نهى عن ادخار لحم الأضحى بعدها ، حتى تؤدى إلى الجمع بين الأخبار والاعتقاد [٤] .

٣١١٥٦ – ولأنه يوم يجب فيه الرمي كما بعده .

٣١١٥٧ – ولأنه يوم يجوز النفر قبله ، فلم يكن وقتًا للأضحية كالخامس .

٣١١٥٨ – ولأنه يوم لا يجب فيه الأضحية من غير إيجاب ، فلم يختم به أيام النحر ، أصله : الخامس . ولا يلزم يوم النحر ؛ لأن الأضحية لا تجب فيه ، وإنما تستحب ؛ لأن الأيام لا يختم به .

٣١١٥٩ – ولأنه يوم لا يجب فيه المقام بمنًى كما بعده ، أو يكره تأخير طواف الزيارة إليه .

٣١١٦٠ – ولأنها مدة مقدرة لقربة متعلقة بالبدن ، فلا تتقدر بأربعة أيام كمدة المسح .

٣١١٦١ – احتجوا : بما روى جبير بن مُطْعِم عن النبي ﷺ أنه قال : « أيام التشريق كلها ذبح » [٥] .

٣١١٦٢ – قلنا : هذا حديث ابن جبير عن جبير بن مطعم . قال الأثرم في كتابه الذي أجازه بمن أبيح قال : سمعت أحمد بن حنبل يقول : إنه لم يسمع من جبير بن

---

(١) في (م) : [المعدودات] .

(٢) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد ١٩٧/٢٣ ولكن لفظه : الأيام المعدودات يوم النحر ويومان بعده .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٩٦/٩ برقم ١٩٠٢٩ .

(٤) غير واضحة في (ص) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٩٦/٩ برقم ١٩٠٢٤

مطعم . فطعن عليه في روايته [في هذا الحديث] [١] ، وقال : إن رواية ابن أبي جبير إنما هي : عن شهر بن حوشب : « ثم الأيام كلها منحر عندنا للهدي » . والخلاف في الأضحية .

٣١١٦٢ - قالوا : الهدي لا يختص بهذه الأيام .

٣١١٦٣ - قلنا : يستحب فيها دون غيرها .

٣١١٦٤ - قالوا : روي أنه نهى عن صيام يومين ، اليوم الذي تُفْطِرون فيه من صومكم ، واليوم الذي تأكلون فيه لحم نسككم [٢] . وهذه الأيام نهى فيها عن الصوم ، فيجب أن تكون أيام لحم النسك .

٣١١٦٥ - قلنا : جعل أكل لحم النسك علة لتحريم الصوم ، فلا يخرج منه أن تحريم الصوم علة لأكل النسك .

٣١١٦٦ - قالوا : روي أنه نهى عن صيام ستة أيام ، وقالوا : « إنها أيام أكل وشرب وبعال » [٣] . وروي : « ونحر » [٤]

٣١١٦٧ - قلنا : المعروف أنها أيام أكل وشرب ، [ولم يثبت ذكر] [٥] : « ونحر » . [فعندنا أن أيام النحر في [٦] لا يجوز .

٣١١٦٨ - ولأنه قال : « أيام أكل وشرب ونحر] » [٧] . في بعضها صح الوصف بالنحر في جميعها بالنحر في بعضها ، [وهذا هو المراد ، بدلالة أن يوم الخامس لا يجوز النحر فيه ، فعلم أن معناه : بعض] [٨] أيام نحر .

٣١١٦٩ - قالوا : يوم يشرع فيه الرمي أو وقت يصح فيه الرمي ، فوجب أن يكون وقتًا لذبح الأضحية ، أصله يوم النحر .

٣١١٧٠ - قلنا : وقت الذبح غير متعين بوقت الرمي ، بدليل أن الرمي يجوز عندهم ليلة النحر بعد نصف الليل ، ولا يجوز الذبح ، وعندنا يجوز الرمي بعد طلوع الفجر

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٢) أخرجه البخاري ٧٠٢/٢ برقم ١٨٨٩ ومسلم في صحيحه ٧٩٩/٢ برقم ١١٣٧

(٣) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ٢٣٢/١١ برقم ١١٥٨٧

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٩٦/٩ برقم ١٩٠٢٦ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٦) غير واضحة في (ص) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

والذبح بعد الصلاة .

٣١١٧١ - ولأن الرمي ضعيف في هذا اليوم حتى جاز تركه ، فلم يكن وقتًا للذبح .

٣١١٧٢ - قالوا : يومًا [١] من أيام منًى كسائر أيامها .

٣١١٧٣ - قلنا : قبله لا يجوز النفر ، ولما جاز النفر قبل هذا اليوم ، لم يكن وقتًا للذبح .

٣١١٧٤ - قالوا : يوم من أيام منًى مستدام فيه تحريم الصوم ، [مستدام فيه ذبح الأضاحي كبقية الأيام .

٣١١٧٥ - قلنا] [٢] : تحريم الصوم لا يدل على وقت الأضحية ، بدلالة يوم الفطر ، والمعنى في وقته [٣] الأيام ما بيناه .

* * *

(١) كذا في جميع النسخ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) كذا في جميع النسخ .

مسألة ١٥٣٧

موعد ذبح الأضحية

٣١١٧٦ – قال أصحابنا [رحمهم اللَّه] : أول وقت الأضحية طلوع الفجر من يوم النحر ، فإذا طلع الفجر اعتبر في جوازها تَقَدُّمُ شرط آخر وهو الصلاة في حق المخاطَبين بالصلاة في وقتها ، فإذا فات وقتها ، جازت الأضحية إلى بعد الزوال وإن لم يُصَلِّ الإمام . ومن كان في موضع لا يخاطَب أهله بصلاة العيد ، جاز أن يضحي عقيب الفجر ، وهم أهل السواد والبوادي [١] .

٣١١٧٧ – وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : لا وقت للذبح يوم الأضحى ، إلا في قدر صلاة النبي ﷺ وقدر خطبتين خفيفتين . واختلف أصحابه : فمنهم من اعتبر قدر صلاة النبي ﷺ وهو أن يذهب من الوقت مقدار صلاة ركعتين يقرأ في الأولى بقاف وفي الثانية باقتراب ، ومنهم من يقول : إذا طلعت الشمس فغرب [٢] دخل في الصلاة ومضى من الوقت ما يمكن أن يصلي فيه العيد ويخطب خطبتين خفيفتين [٣] .

٣١١٧٨ – لنا : حديث الشعبي عن البراء بن عازب قال : خرج إلينا النبي ﷺ يوم الأضحى إلى البقيع فبدأ فصلى ركعتين ثم أقبل إلينا بوجهه ، فقال : « إن أول منسكنا في يومنا هذا أن نبدأ بالصلاة ثم نذبح ، فمن فعل ذلك فقد وافق سنتنا ، ومن ذبح قبل ذلك فهو لحم عَجَّله لأهله ليس من النسك في شيء » . فقام خالي فقال : يا رسول اللَّه ، إني ذبحت وعندي جذعة خير من مسنة ، فقال : « اذبحها ولا يجزئ – أو : لا توفي – عن أحد بعدك » . فشرط ﷺ الصلاة قبل الذبح ، وأخبر أن من ذبح قبل الصلاة فهو لحم . وعند مخالفنا إذا ذبح قبل الصلاة وقد مضى وقت الصلاة ركعتين أجزأه ، وهو خلاف الخبر . وأَمَر الذي عَجِل أن يُعِيد ولم يسأله عن وقت فعله ، فدل أن التعيين بعد الصلاة لا وقتها .

---

(١) انظر : الهداية مع العناية ٥١٢/٩ وعبارته : ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر ، إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلي الإمام العيد ، فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر .

(٢) غير واضحة في (ص) .

(٣) انظر : مختصر المزني ٣٩٢/٨ وعبارته : ولا وقت للذبح يوم الأضحى إلا في قدر صلاة النبي ﷺ وذلك حين حلت الصلاة وقت خطبتين خفيفتين ، وإذا كان هذا القدر فقد حل الذبح لكل أحد حيث كان ، فأما صلاة من بعده فليس فيها وقت . وانظر أيضًا : المجموع ٣٥٨/٨ .

٣١١٧٩ - وروى ابن سيرين عن أنس : أنه ﷺ صلى [(١)] ثم خطب ، وأمر من كان ذبح قبل الصلاة أن يعيد ذبحًا .

٣١١٨٠ - وروى سفيان عن الأسود بن قيس أنه سمع جُنْدَبًا يقول : شهدت الأضحى مع النبي ﷺ ، فعلم أن أناسًا ذبحوا قبل الصلاة ، فقال : « من ذبح منكم قبل الصلاة فليعد ، ومن لا ، فليذبح على اسم الله تعالى » . ذكر هذه الأخبار الثلاثة الطحاوي بإسناده [(٢)] .

٣١١٨١ - فإن قيل : الصلاة حقيقتها أفعالها ، وقد يعبر بهما عن الوقت مجازًا ، قال ﷺ : « من أدرك ركعة من العصر » [(٣)] . يعنى : من وقت العصر .

٣١١٨٢ - قالوا : فنحن تركنا الحقيقة إلى المجاز وحملنا الأمر على وقت الصلاة ، وأنتم تركتم العموم وجوزتم لأهل السواد أن يذبحوا قبل الصلاة فتساوينا .

٣١١٨٣ - قلنا : قوله ﷺ : « أول منسكنا في يومنا هذا أن نبدأ بالصلاة » . لا يعبر به عن الوقت حقيقة ولا مجازًا فلم يصح تأويلهم . ولو صح ما قالوه كان اعتبار الحقيقة أولى من اعتبار العموم ؛ لأن أكثر عمومات القرآن مخصوصة ، وليس أكثر حقائقه متروكة ، فحفظ الحقيقة أولى من حفظ العموم .

٣١١٨٤ - ولأنه قربة فلا يجوز تقديمها على يوم النحر ، كما فعله رسول الله ﷺ بعد صلاته ، فلا يجوز فعلها مع بقاء الخطاب بالصلاة في وقتها قبل الصلاة ، أصله : الخطبة وقته احتراز عن أهل السواد ومما [(٤)] بعد الزوال إذا لم يصل الإمام وعن اليوم الثاني والثالث إذا لم يصل الإمام .

٣١١٨٥ - ولأنه ذبح مع بقاء الخطاب عليه بصلاة العيد في وقتها ، فوجب ألا يجوز ، أصله : إذا ذبح قبل مضي وقت يمكنه فيه الصلاة .

٣١١٨٦ - ولأنها قربة وقتها النبي ﷺ على صلاة العيد ، فوجب ألا يجوز مع بقاء الخطاب بها في وقتها ، أصله : الخطبة .

٣١١٨٧ - وأما [(٥)] أهل السواد فنقول : حق مال يضاف إلى العيد ، فجاز عقيب طلوع الفجر كالفطرة .

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي ١٧٢/٤ - ١٤٤ .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٢١١/١ برقم ٥٥٤ ، ومسلم ٤٢٤/١ برقم ٦٠٨ .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) في (م) : [وعما] .

٣١١٨٨ - ولأن العبادات على نوعين : بدنية ومالية ، فإذا جاز أن يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر وقت عبادة بدنية وهى الطواف وصلاة الفجر ، جاز أن يدخل وقت عبادة مالية .

٣١١٨٩ - ولأنها أحد العيدين ، فالحق المضاف إليه المخرج من المال يجوز عقيب طلوع الفجر كعيد الفطر .

٣١١٩٠ - احتجوا : بما روى أبو الزبير عن جابر أن النبي ﷺ قال : « اذبحوا (١) مسنة ، إلا أن يعسر عليكم فاذبحوا جذعة من الضأن » (٢) .

٣١١٩١ - قلنا : المقصود من هذا الخبر بيان سن الأضحية ، وفي خبرنا بيان وقتها . وقد أجمعنا على اختصاصها بوقت ، فلا يصح الاستدلال بخبرين في السن ، كما أنا إذا اختلفنا في مواقيت الصلاة ، لم يصح الاستدلال بقوله : ﴿ أَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ (٣) . وبقوله : « لا صلاة إلا بطهر » .

٣١١٩٢ - قالوا : كل وقت جاز لأهل السواد أن يذبحوا فيه ، جاز لأهل الأمصار أن يذبحوا فيه ، وكل وقت جاز للمسافر أن يضحي فيه ، جاز للمقيم أن يضحي فيه ، أصله : بعد الصلاة .

٣١١٩٣ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن وقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر ويعتبر في فعلها شرط وهو سقوط الخطاب بفعل الصلاة وقتها ، وأهل السواد والمسافرون سقط الخطاب بفعل الصلاة في وقتها كأهل المصر إذا صلوا . ولهذا نقول : إن الإمام لو ترك الصلاة حتى زالت الشمس ، جاز الذبح كما سقط الخطاب بفعل الصلاة في وقتها . والمعنى فيما بعد الصلاة أنه وقت كخطبة العيد وكان وقتًا للأضحية ، وقبل الصلاة ليس بوقتٍ في خطبة العيد في حق من يخاطب بها فلم يكن وقتًا للأضحية .

٣١١٩٤ - قالوا : اعتبار فعل الصلاة لم يجز الأضحية بعد الزوال إذا لم يصل الإمام .

٣١١٩٥ - قلنا : إنما جازت ؛ لأن الخطاب بفعلها في وقت .

٣١١٩٦ - قالوا : نفعله الثاني والثالث عندكم يقضي فيها صلاة العيد وتذبح الأضحية قبل الصلاة .

٣١١٩٧ - قلنا : لأن الخطاب بفعلها في وقتها سقط ، فلا يعتبر فعلها على وجه القضاء .

---

(١) في (م) : [لا تذبحوها] .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ١٥٥٣/٣ برقم ١٩٦٣ .

(٣) سورة الأنعام : الآية ٧٢ .

مسألة ١٥٣٨

مضي أيام الذبح

٣١١٩٨ - قال أصحابنا [رحمهم الله] [١] : إذا مضت أيام الذبح ، تصدق بالأضحية كما هي ولم يذبحها ، فإن ذبحها ، تصدق بلحمها وما نقصت بالذبح .

٣١١٩٩ - وقال الشافعي رحمه الله : يذبحها ويتصدق بلحمها كما يفعل في الأيام [٢] .

٣١٢٠٠ - لنا : ما روي عن جماعة من الصحابة أنهم قالوا : أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها [٣] . وهذا يفيد اختصاصها به دون غيرها .

٣١٢٠١ - وقولهم : إن هذا بيان لوقت الأداء ليس بصحيح ؛ لأن وقت الأداء إذا مضى ، لم نسلم لمخالفنا أنها تقتضي فكيف ثبت وقت القضاء ؟!

٣١٢٠٢ - ولأنها قربة تختص بهذه الأيام ، لا تتعلق بالسبب فلا تفعل بعد مضيها كتكبير التشريق .

٣١٢٠٣ - ولأنه نسك بأيام النحر ، فسقط بفواتها كالرمي . ولا يلزم الطواف ؛ لأنه لا يختص بها ، بدلالة أن يبدأ بها بعدها ، والأضحية لا يبتدئ بإيجابها بعدها .

٣١٢٠٤ - فإن قيل : رمي الجمار يسقط بمضي الأيام حتى تفعل ، والأضحية لا تسقط ؛ لأنه يجب التصدق بها بحكم الإيجاب الأول .

٣١٢٠٥ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن الذبح والرمي كل واحد منهما يسقط بفوات الوقت ويجب الدم بدلًا عن الرمي وتجب الصدقة عن الذبح بدلًا .

٣١٢٠٦ - ولأن من أصلنا أن العبادات المؤقتة يسقط فعلها بفوات وقتها ، ووجوب مثلها يكون بدلالة مبتدأة ولم تدل دلالة على الإيجاب مثل الذبح ، فسقط .

٣١٢٠٧ - احتجوا : بأن ما وجب في أداء العبادات ، وجب في قضائها كشرائط

---

(١) انظر : البدائع ٦٩/٥ وعبارته : فإن كان أوجب القيمة على نفسه بشاة بعينها فلم يضمها حتى مضت أيام النحر ، يتصدق بعينها حية .

(٢) انظر : مختصر المزني ٣٩٣/٨ وعبارته : ولو وجدها وقد مضت أيام النحر كلها ، صنع بها كما يصنع في النحر .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٩٠/٩ برقم ١٨٩٨٥ - ١٨٩٨٨ .

الصلاة والصوم والحج .

٣١٢٠٨ - قلنا : لا نسلم أنها تقضى ، وإنما يجب بفوات الوقت معنًى آخر ؛ لأن الواجب في الوقت كان إراقة الدم دون الصدقة ، وبعد الوقت الواجب الصدقة دون الذبح . وكيف نسلم أنه قضى ، والمعنى في الصلاة والصوم أنه يصح أن ينتقل بعد فوات وقتها بمثلها ، فجاز أن يجب قضاؤها ، !

٣١٢٠٩ - وفي مسألتنا لا يصح أن ينتقل بإيجاب أضحية بعد الوقت ، فلا يقضى الفائت .

٣١٢١٠ - قالوا : كل وقت وجب إخراج الأضحية إلى أهلها ، وجب ذبحها فيه كأيام النحر .

٣١٢١١ - قلنا : لا نسلم أن في أيامها يجب إخراجها ، وإنما يستحب ذلك في اللحم ، وبعد الأيام يجب إخراج العين .

٣١٢١٢ - ولأن أيام النحر أضيف إلى هذه العبادة ، وما بعدها لم يضف إليها كأيام الرمي والتشريق . والمعنى في أيام النحر : أنها أيام يجب فيها الرمي فيجوز الذبح ، وما بعدها بخلاف ذلك .

٣١٢١٣ - قالوا : أحد مقصودَيْ الأضحية ، فلا يسقط بفوات الوقت كتفريق اللحم .

٣١٢١٤ - قلنا : لا نسلم أن التفريق مقصود ، وإنما المقصود الذبح [حق بدن] (١) فيجوز أن يسقط بفوات وقته ، يبين ذلك : أنه يجوز أن يتطوع بعد الوقت بالصدقة باللحم ، ولا يبتدئ التطوع بإيجاب اللحم .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين غير واضح في جميع النسخ .

مسألة ١٥٣٩

شراء الشاة بغرض الأضحية

٣١٢١٥ - [قال أصحابنا رحمهم الله] (١) : إذا اشترى شاة ينوي أن تكون أضحية ، تعينت أضحية ، وإن كان ممن لا يجب عليه أضحية أو قد ضحى أو عين الواجب في شاة ثم ابتاع أخرى ، وجب عليه بالنية مع الشراء (٢) .

٣١٢١٦ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يجب إلا أن يوجهها بقوله (٣) .

٣١٢١٧ - لنا : قوله ﷺ : « إنما (٤) الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى » (٥) .

٣١٢١٨ - وأمر النبي ﷺ حكيم بن حزام أن يبتاع له أضحية (٦) . فلولا أنها تتعين بالشراء لم يكن ابتاع ما أمر به .

٣١٢١٩ - ولأن الهدي والأضاحي معنًى يستحق عليه عندنا بأصل الشرع وعندهم بالإيجاب ، فإذا ابتاع ثبت (٧) ما استحق عليه ، تعين ما ابتاعه من المستحق ، أصله : الوكيل إن ابتاع لموكله والموصي يعتق نسمة إذا باع الوصي نسمة ينويها عن الميت تعينت بالشراء .

٣١٢٢٠ - ولأنها قربة ثبت في نوع من الحيوان غير منحره ، فجاز أن يثبت بالنية مع الشراء ، أصله : إذا ابتاع عرضًا بنية التجارة .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ وأثبتناها تمشيًا مع أسلوب المصنف .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٧/٦ وعبارة الكنز فيه : وعلى هذا الأصل إذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ثم ظهر ، الأولى في أيام النحر على الموسر ذبح إحداهما ، وعلى المعسر ذبحهما .

(٣) مغني المحتاج ١٣١/٦ وعبارة المنهاج فيه : ومن نذر معينة فقال لله علي أن أضحي بهذه لزمه ذبحها في هذا الوقت .

(٤) ساقطة من جميع النسخ وأثبتناها من كتب الحديث .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٣/١ برقم ١ .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣٠٣/٧ برقم ٣٦٢٩٤ .

(٧) ساقطة من (ص) .

٣١٢٢١ - ولأن نية القربة إذا قارنت بسبب الملك ؛ جاز أن يتعلق بها حكم القربة ، أصله : إذا ابتاع بنية التجارة . ولا يلزم إذا اشترى رقبة ونوى أن يعتقها ؛ لأن النية يجوز أن يتعلق بها حكم القربة ، بدلالة من اشترى أباه ينوي به الكفارة عتق عنها . ولا يلزم إذا اشترى ثوبًا ينوي أن يكون صدقة ، لأنا لا نعرف الرواية فيه ، ويجوز أن يسوي بين ذلك وبين مسألتنا .

٣١٢٢٢ - ولا يلزم إذا ابتاع أرضًا ونوى أن يقفها ؛ لأنه لو صرح بإيجاب الوقف لم يلزم ، وإنما استحق له الوفاء ، كذلك إذا نوى مع الشراء يستحب له الوفاء .

٣١٢٢٣ - فإن قيل : وقوع الشراء للمملوك وكون المشترى للتجارة لا يقع بالترك بعد الشراء ، فيثبت بالنية مع الشراء ، وإيجاب الأضحية ثبت [(١)] بالترك بعد الشراء فلم تثبت بالنية .

٣١٢٢٤ - قلنا : الإيجاب بالقول والفعل لا يتنافيان ، بدلالة أن الحج يجب بالنذر والدخول ، فإذا لم يتنافيا لم يكن جواز الإيجاب بالقول مانعًا من الإيجاب بالفعل .

٣١٢٢٥ - احتجوا : بأنه عقد قربة يصح بالنطق ، فلا يصح بالشراء مع النية ، أصله : العتق والوقف بالصفة .

٣١٢٢٦ - قلنا : إذا اشترى المضارب أباه ينوي بالشراء لنفسه عتق ، وإن نوى للمضاربة لم يعتق ، فصحت القربة مع الشراء مع النية .

٣١٢٢٧ - فإن قالوا : لا يعتق بالشراء لكن بالملك .

٣١٢٢٨ - قلنا : كذلك في مسألتنا تتعين الأضحية بالملك ، وتؤثر فيها النية .

٣١٢٢٩ - ولأن القرب إذا لزمت تارة بالفعل وتارة بالقول ، لم تكن صحة هذه القربة [بالنطق دلالة على أنها لا تصح بالفعل ، فأما الوقف وإيجابه بالقول] [(٢)] كالنية إذا قارنت التملك ؛ لأنه يلزم في أحد من الأمرين ، وإنما يستحب الوفاء به في الموضعين . وأما العتق بالصفة فكما لا يثبت بالشراء مع النية ، فقد تثبت زكاة التجارة بالنية مع الشركة ، فلم يوجب اعتبار مسألة الخلاف بأحد الموضعين دون الآخر .

٣١٢٣٠ - قالوا : والأضحية إزالة ملك ، والشراء اختلاف ملك ، فلا يجوز أن

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

يجتمعا في لفظ واحد ، كما إذا اشترى عقارًا ونوى أن يكون وقفًا ، أو اشترى عبدًا ونوى أن يكون حرًّا ، أو تزوج امرأةً ونوى أن تكون مطلقةً .

٣١٢٣١ - قلنا : إيجاب الأضحية لا يزيل الملك عنها وسنبينه فيما بعد ، وإنما هو بصفة مملكه كما يتعلق بالعروض الزكاة [١] ، ولو سلمنا ذلك لكان الملك يحصل بالشراء ، والنية تعين الأضحية بعد حصول الملك ، فتعلقها بأمرين مختلفين كما أن الأب يملك بالشراء ويعتق بحصول الملك ، ولا يثبت بالشراء الملك وزوال الملك .

* * *

(١) ساقطة من (م) .

مسألة ١٥٤٠

ذبح أضحية الغير

٣١٢٣٢ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] [١] : إذا ذبح أضحية غيره بغير أمره ، أجزأت المالك عن الأضحية ، ولم [٢] يضمن الذابح .

٣١٢٣٣ - وقال الشافعي رحمه الله : تجزئ عن الأضحية ، ويضمن الذابح [٣] ما نقصت بالذبح يتصدق به المالك .

٣١٢٣٤ - لنا : أنه ذبح جاز عن الأضحية ، فلا يضمن به الذبح ، أصله : إذا ذبح بأمره .

٣١٢٣٥ - ولأن الغالب أن الإنسان لا يذبح أضحيته بنفسه ، وإنما يستنيب فيها غيره ويلتزم له أجرة ، وقد يتعين ذبح الأضحية شرعًا ، فصاحب الأضحية يرضى أن يُتَكَلَّف له هذا الفعل ويسقط العوض عنه ، فصار الذابح مأذونًا له في ذلك بالعرف . والإذن بالعرف كالإذن بالنطق ، بدلالة من ألقى في بابه النوى وقشور [٤] الرمان والزجاج المنكسر ، وجاز لمن التقطه أخذه ؛ لأن العادة أن ألقاه رضًا بأخذه .

٣١٢٣٦ - فإن قيل : عندكم يجوز أن يبدل الأضحية بغيرها ، فكيف يكون الذبح متعينًا ؟.

٣١٢٣٧ - قلنا : يكره الاستبدال فيها ، فقد تعينت من هذا الوجه .

٣١٢٣٨ - فإن قيل : يبطل بشاة القصاب ، والشاة التي ابتاعها الرجل لدعوة .

٣١٢٣٩ - قلنا : قد يؤخر القصاب الذبح ويؤخر صاحب الوليمة الذبح ، والأضحية متعينة بالذبح شرعًا لا يجوز تأخيره عن هذه الأيام .

٣١٢٤٠ - فإن قيل : شاة [٥] القصاب إذا أضجعها وأخذ السكين فجاء رجل

---

(١) انظر : فتح القدير ٥٢٠/٩ وعبارة الهداية فيه : من ذبح أضحية غيره بغير إذنه ، لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ، ولا يجزئه عن الأضحية في القياس وهو قول زفر . وفي الاستحسان : يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا .

(٢) ساقطة من (م) .

(٣) انظر : مغني المحتاج ١٣٨/٦ وعبارته : ولا تضحية - أي : لا تقع - عن الغير الحي بغير إذنه ؛ لأنها عبادة .

(٤) في (م) : [وقشر] .

(٥) ساقطة من (م) ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

فذبحها ، فقد حصل له غرضه من اللحم وأسقط عنه الأجرة .

٣١٢٤١ - قلنا : يجوز أن يقال في هذا الموضع : لاضمان عليه ، وإنما ذكر أصحابنا الشاة التي ابتاعها القصاب للحم .

٣١٢٤٢ - فإن قيل : يستحب للرجل أن يذبح أضحيته بيده ، ويستحب أن يشهد ذبحها ، فإذا ذبحها غيره فقد فَوَّت مقصوده .

٣١٢٤٣ - قلنا : إذا كان المضحي لا يحسن الذبح فذبح رجل بحضرته أضحيته بغير أمره ، ضمن عندكم ولم يُفَوِّت عليه أمرًا مقصودًا .

٣١٢٤٤ - ولأنها إراقة دم مستحقة لله تعالى لا تقف على الإمام ، فمن نواها لم يضمنها كقتل المرتد .

٣١٢٤٥ - فإن قيل : المرتد لو أتلف بعضه لم يضمن ، كذلك إذا أتلف جميعه ، وفي مسألتنا إذا أتلف بعض الأضحية لزمه ، كذلك إذا أتلف جميعها .

٣١٢٤٦ - قلنا : المرتد استحق إتلاف جملته وأبعاضه فأي ذلك فعل فهو المستحق ، والأضحية ذبحها مستحق فإتلاف بعضها ليس بمستحق ، وإذا فعل [المستحق لم يضمنه ، ولو فعل] [1] ما ليس بمستحق ضمن .

٣١٢٤٧ - احتجوا : بأن ما ضمن من غير الأضحية ، ضمن به ، أصله : الإتلاف .

٣١٢٤٨ - قلنا : الإتلاف تفويت لغرض المضحي منها ، بدلالة أنها لا تجزئ عن الأضحية فلذلك ضمن ، والذبح تحصيل لغرضه منها ، بدلالة سقوط الأضحية صار كالذبح بإذنه .

٣١٢٤٩ - قالوا : ذَبَح أضحية غيره بغير إذنه وهو من أهل الإذن ، والذابح من أهل الضمان ، يلزمه ما نقص من قيمتها ، أصله إذا ذبحها في اليوم الثالث .

٣١٢٥٠ - قلنا : المعنى فيه : أنه ذبحها في وقت مختلف في كونه وقتًا للذبح فلم يحصل له الغرض المطلق ، وفي مسألتنا ذبح في وقت متفق على أنه وقت لها ، فحصل له الغرض المطلق .

٣١٢٥١ - قالوا : من ضمن إتلاف الشيء ، ضمن نقصانه بالتعدي ، أصله : شاة القصاب .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

٣١٢٥٢ – قلنا : لا نسلم أنه تعدى بالذبح إذا قصد التخفيف أو غلظ مضها [١] الضحية منسية [٢] ، فأما شاة القصاب فقد تكلمنا عليها .

٣١٢٥٣ – قالوا : الذبح أحد مقصودَيْ الأضحية فإذا فعله بغير أمره ضمنه ، أصله : تفريق اللحم .

٣١٢٥٤ – قلنا : تفريق هو مخير فيه عندنا إن شاء فرق وإن شاء أكل ، فإذا فرق فله غرض في تخصيص قوم ومنع آخرين ، فلم يفعل ما يغير على المالك والذبح بخلافه .

* * *

(١) غير واضحة في جميع النسخ .

(٢) غير واضحة في جميع النسخ .

مسألة ١٥٤١

ما يفعل الإنسان إذا أراد الأضحية

٣١٢٥٥ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا دخل العشر وأراد الإنسان أن يضحي أو عين أضحيته ، لم يلزمه أن يجتنب حلق الشعر وقص الأظفار (١) .

٣١٢٥٦ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يأخذ شعرًا ولا يقص ظفرًا حتى يضحي (٢) .

٣١٢٥٧ - لنا : ما روى حماد بن زيد عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة قالت : كأني أنظر قلائد هدي النبي صلى الله عليه وسلم من الغنم ثم يقلدها ورسل بها ولا يمسك عن شيء (٣) .

٣١٢٥٨ - وروى الشعبي عن مسروق قال : قلت : لعائشة رضي الله عنها : إن رجالًا هاهنا يبعثون بالهدي إلى البيت ولا يزالون محرمين حتى يحل الناس . فسمعت تصفيق يدها من وراء حجاب ، فقالت : سبحان الله! لقد كنت أفتل قلائد هدى النبي صلى الله عليه وسلم ، فيبعث بها إلى الكعبة ، ويقيم فينا لا يترك شيئًا مما يصنع الحلال حتى يرجع الناس (٤) .

٣١٢٥٩ - رواه سفيان عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة قالت : كنت أفتل قلائد هدي النبي صلى الله عليه وسلم فيبعث بها ، ثم لا نتجنب شيئًا مما يتجنبه المحرم (٥) .

٣١٢٦٠ - ورواه الليث عن بن شهاب عن عروة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن عائشة قالت . ثم ذكر مثله (٦) .

٣١٢٦١ - ولأنه من محظورات الإحرام ، فلا يتجنبه المضحي كاللبس والطيب والجماع .

---

(١) انظر : غمر عيون البصائر ٨٦/٢ ، ورد المحتار ١٨٢/٢ .

(٢) المجموع ٣٦٣/٨ وعبارته : من أراد التضحية فدخل عليه عشر ذي الحجة ، كُرِه أن يقلم شيئًا من أظفاره ، وأن عليه شيئًا من شعر رأسه ووجهه أو بدنه حتى يضحي لحديث أم سلمة . هذا هو المذهب أنه مكروه كراهة تنزيه وفيه وجه أنه حرام .

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٦٥/٢ برقم ٣٨٧٥ .

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٦٥/٢ برقم ٣٨٧٢ .

(٥) أخرجه أحمد في مسنده ٧٨/٦ .

(٦) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٦٦/٢ برقم ٣٨٨١ .

٣١٢٦٢ - ولأن تحريم الجماع في الإحرام أغلظ من تحريم غيره ، فإذا كان تعيين الأضحية لا يمنع الوطء ، فأولى ألا يمنع الحلق .

٣١٢٦٣ - ولأن كل عبادة لا يمنعه التطيب واللبس ، [لا يلزمه أخذ الشعر] (١) ، أصله : الصيام وعكسه الإحرام .

٣١٢٦٤ - فإن قيل : لا يمنع أن يحضر المضحي بعض محظورات الإحرام دون بعض ، بدلالة أن التكبير في أيام التشريق مسنون لغير المحرم تبعًا للمحرمين وإن لم يثبت في حق غير المحرمين ، والتلبية والأضحية مشروعة في حق غير أهل منًى تبعًا لأهل مكة وإن لم شرع لهم رمي الجمار .

٣١٢٦٥ - قلنا : تكبير التشريق والأضحية لا يثبت في حق غير المحرمين متابعة للمحرمين بل التكبير سنة في حق المحرم وغيره ، [كما أن الصلاة واجبة في حق المحرم وغيره] (٢) . والأضاحي لا يتبع فيها غير أهل منًى بل يشترك فيها أهل منًى وغيرهم . فأما محظورات الإحرام : فإنما تثبت عندهم شبهًا بالمحرمين ، فوجب أن تستوي جميع المحظورات في التجنب أو في ترك التجنب .

٣١٢٦٦ - احتجوا : بما روى سعيد بن المسيب عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال : « إذا دخل العشر وأراد أحدكم أن يضحي ؛ فلا يمس من شعره ولا من بَشَرته شيئًا » (٣) . ورواه مالك عن عمرو بن مسلم (٤) عن سعيد بن المسيب عن أم سلمة .

٣١٢٦٧ - قلنا : هذا الخبر رواه شعبة عن مالك مسندًا وكل من رواه عن مالك عن شعبة ، وقفه على أم سلمة . وكذلك رواه عثمان بن عمر عن مالك وخالفا جميعًا شعبة فرسخ (٥) مالك الذي روى هذا عنه فقالا : عمر بن مسلم وقال شعبة : عمرو بن مسلم (٦) فإن كان الأمر كما قالا فعمر بن مسلم مجهول ، قال الغَلاَبي : ذكرت ليحيى بن معين حديث مالك هذا ، فقال : يقولون عمر أو عمرو بن مسلم بن عبد اللّه بن

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك ٢٤٥/٤ برقم ٧٥١٨ .

(٤) في جميع النسخ : [سلمة] ، وهو خطأ . (٥) غير واضحة في جميع النسخ .

(٦) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ٢٦٦/٢٣ برقم ٥٦٢ عن عبد اللّه بن يوسف عن مالك عن عمرو بن مسلم الجندعي .

أُكَيْمَة [١] ، وزعموا أنه كان خليفة محمد بن يوسف أخي الحجاج بن يوسف ، وليس هو عمرو بن مسلم الجنَدِي [٢] . وعمرو بن مسلم الجندي هذا روى عنه : معمر ، وابن جريج ، وسفيان بن عيينة . ولم يدخل مالك هذا الحديث في الموطأ ولا عمل به ؛ لأنه لم يرتضِ بهذا الشيخ .

٣١٢٦٨ - فأما طريق مالك : فقد رواه سفيان عن عبد الرحمن بن حميد عن سعيد ابن المسيب عن أم سلمة عن النبي ﷺ [٣] .

٣١٢٦٩ - ورواه أنس بن عياض عن عبد الرحمن بن حميد بن عبد الرحمن بن عوف قال : سمعت سعيد بن المسيب يقول : قالت أم سلمة زوج النبي ﷺ : إذا دخلت ليالي العشر [٤] . ولم تذكر فيه النبي ﷺ . وإذا اختلف في إسناده ، وخبر عائشة لم يختلف في إسناده . ثم روى هذا الحديث وترك ومداره على سعيد بن المسيب ولم يعمل به ، قال ابن وهب : أخبرني مالك قال : حدثني عمارة بن عبد [٥] الله عن سعيد بن المسيب أنه قال : لا بأس بالإطلاء بالنُّورة في عشر ذي الحجة [٦] .

٣١٢٧٠ - ولابد أن يكون ابن المسيب ترك العمل به إما لاتفاقه ، أو لأنه بلغه ما هو أولى منه . وروى الليث هذا الخبر ، وقال : والناس على خلافه . يذكر أن الناس تركوا العمل به ، وترك العمل بالخبر يقدح في حكمه وإن صح سنده .

* * *

---

(١) في جميع النسخ : [أكمة] . انظر : تهذيب الكمال ٢٢/٢٤٠ .

(٢) هو : عمرو بن مسلم الجندي اليماني روى عن : طاووس بن كيسان ، وعكرمة مولى ابن عباس ، روى عنه : أمية بن شبل ، وعمرو بن بشيط ، ومعمر بن راشد وغيرهم ، روى له : البخاري ، في كتاب أفعال العباد ، والباقون سوى ابن ماجه . انظر : تهذيب الكمال ٢٢/٢٤٥ .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١٥٦٥ برقم ١٩٧٧ .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩/٢٦٦ برقم ١٨٨٢٠ .

(٥) في جميع النسخ : [عبيد] ، والمثبت من مصادر التخريج .

(٦) انظر : الاستذكار ٤/٨٥ ، والتمهيد ١٧/٢٣٤ .

مسألة ١٥٤٢

إذا ولدت الأضحية

٣١٢٧١ - [قال أصحابنا رحمهم اللّٰه] (١) : إذا ولدت أضحية ، تصدق بولدها كما هو ، فإن ذبحه فنقص بالذبح ، لزمه أن يتصدق بمقدار النقصان ، ولا يجوز له الانتفاع بلبن الأضحية ، لكنه ينضح ضَرْعها بالماء البارد ليقطع اللبن ، فإن أضر بها تَرْكُ الحِلاب حَلَبها وتصدق به (٢) .

٣١٢٧٢ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : يذبح الولد كما يذبحها ، وينتفع من اللبن بما فضل عن ولدها ، فإن مات الولد شرب اللبن كله (٣) .

٣١٢٧٣ - أما الكلام في الولد : فهو مبني على أن السن معتبر في الضحايا والهدايا ، فما نقص سنه لا يكون أضحية كما لو عينه ابتداء .

٣١٢٧٤ - ولأن كل ما عينه ابتداء لم يجز عن الأضحية ، لم يجب ذبحه على وجه الأضحية ، كالصغير المتولد .

٣١٢٧٥ - وأما اللبن : فلأنه نما منها ، فلم يجز الانتفاع به قبل تعيين القربة بالذبح ، أصله صوفها .

٣١٢٧٦ - ولأنه ممنوع من الانتفاع بصوفها ، فمنع من الانتفاع بلبنها ، أصله جزاء الصيد ودم الجناية .

٣١٢٧٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لَكُمْ فِيهَا مَنَافِعُ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ ﴾ (٤) . قال عطاء : الأجل المسمى نحرها ، ومن المنافع شرب لبنها (٥) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٢) انظر : المبسوط ١٥/١٢ ، ١٦ وعبارته : إذا ولدت الأضحية قبل أن يذبحها ، ذبح ولدها معها ، فإن باعه تصدق بثمنها . وكذلك إن أمسك ولدها حتى مضت أيام النحر ، تصدق به . وقال أيضًا : ويكره له أن يحلب الأضحية إذا كان لها لبن فينتفع بلبنها ، ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد .

(٣) مختصر المزني ٣٩٣/٨ وعبارته : فإن ولدت الأضحية ذُبح معها ، ولا يشرب من لبنها إلا الفضل عن ولدها ، ولا ما ينهك لحمها ولو تصدق به كان أحب إلي .

(٤) سورة الحج : الآية ٣٣ .

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٣٥٨/٣ .

٣١٢٧٨ - قلنا : قال مجاهد : الأجل المسمى تقليدها [(١)] . فهذا يدل على ترك الانتفاع قبل التقليد ، والإيجاب يتعين بالتقليد . بين ذلك أنه قال : ﴿ ثُمَّ مَحِلُّهَآ ﴾ . فدل على أن عامة المنافع منهي عنها قبل بلوغها البيت .

٣١٢٧٩ - قالوا : روي عن علي بن أبي طالب أنه رأى رجلًا يسوق بدنة معها ولدها ، فقال : لا تشرب من لبنها إلا ما فضل عن ولدها ، فإذا كان يوم النحر فانحرها وولدها [(٢)] .

٣١٢٨٠ - قلنا : يجوز أن يكون له إلى ذلك حاجة كما روى جابر أن النبي ﷺ أمرني بركوب البدنة إلى أن أجد ظهرًا [(٣)] .

٣١٢٨١ - فأما قوله : انحرها وولدها : فيجوز أن يكون لأن النحر أنفع للفقراء من التصدق بها كما هي ، وكان الذبح لا ينقص من قيمتها .

٣١٢٨٢ - فإن قيل : هذا الحكم ثبت للولد على وجه السراية ، فيسرى إليه بما تعلق بالأم .

٣١٢٨٣ - قلنا : لا يثبت علي وجه السراية ؛ لأن الحق غير مستقر في الأم ، وما ليس بمستقر لا يسري لحق الجناية ، وإنما يجب أن يتصدق بولدها ؛ لأنه معلق بها كجلالها وخطامها .

* * *

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣٥٩/٣ برقم ١٤٩١٧ .

(٢) أخرجه ابن حزم في المحلى ٤٠/٦ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣٥٨/٣ برقم ١٤٩١٦ .

مسألة ١٥٤٣

اتخاذ جلد الأضحية

٣١٢٨٤ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : يجوز أن يتخذ جلد الأضحية آلة في البيت كالنطع والغربال والسفرة والسقاية ينتفع به من يعار ، ويجوز أن يبدل الجلد بذلك [١] .

٣١٢٨٥ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز بيع جلودها [٢] .

٣١٢٨٦ - أما الدلالة على جواز الانتفاع : فلأنه جزء من الأضحية فجاز الانتفاع به بعد تعيين القربة منها [٣] بالذبح .

٣١٢٨٧ - وإذا ثبت هذا قلنا : ما كان مخير بين الانتفاع به والصدقة ، جاز أن يعوض عنه كما ينتفع به كاللقطة .

٣١٢٨٨ - ولأنه إذا جاز أن يتخذ منه الآلة ، جاز أن يبدل بها ؛ لأنه أعجل للانتفاع وأقرب .

٣١٢٨٩ - احتجوا : بما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « من باع جلد الأضحية ، فلا أضحية له » [٤] .

٣١٢٩٠ - قلنا : هذا محمول على من باعها بثمن ليتمول به ، وعندنا لا يجوز البيع إلا بما يتعجل الانتفاع به فيما إذا تشاغل بدباغة وعلة تأخر الانتفاع به .

٣١٢٩١ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال لعلي : « اقسم جلودها وجلالها ، ولا تعطِ أجر الجزار منها » [٥] .

٣١٢٩٢ - قلنا : البدن كانت بمنًى ، والنبي ﷺ مسافر ، والمسافر لا يتمكن من

---

(١) انظر : المبسوط ١٥/١٢ وعبارته : قال : ولا بأس بأن يشتري بجلد الأضحية متاعًا للبيت ؛ لأنه لو دبغه وانتفع به في بيته ، جاز ، وكذلك إذا اشترى به ما ينتفع به في بيت ؛ لأن للبدل حكم المبدل وهذا استحسان . وقد ذكر في نوادر هشام : قال يشتري به الغربال والجراب وما أشبه ذلك .

(٢) المجموع ٣٩٩/٨ وعبارته : لا يجوز بيع جلد الأضحية ولا غيره من أجزائها ، لا بما ينتفع به في البيت ولا بغيره .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك ٤٢٢/٢ برقم ٣٤٦٨ .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٩٤/٩ برقم ١٩٠١٤ .

اتخاذ الآلة ولا من إعدادها .

٣١٢٩٣ - ولأنه ﷺ اختار منها الأفضل ، وعندنا الصدقة أفضل من الانتفاع .

٣١٢٩٤ - قالوا : جزء من أجزاء الأضحية ، فلا يجوز بيعه كاللحم .

٣١٢٩٥ - قلنا : لو باع اللحم بما ينتفع به في البيت ، جاز كما يجوز أن ينتفع باللحم ، ولكن الأفضل في اللحم الأكل ، والصدقة منفعة تتعجل ، وكذلك لم يذكروا البيع فيه .

* * *

مسألة ١٥٤٤

التضحية بالشاة المعيبة

٣١٢٩٦ – قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا ضحى بشاة أو بدنة قد ذهب من أذنها أو من ذنبها أقل من الثلث جاز ، وإن كان أكثر من الثلث لم يجز [١] .

٣١٢٩٧ – وقال الشافعي رحمه الله : إذا ذهب من أليتها اليسير لم يجز ، وإن ذهب ما على الأذن جاز ، وإن ذهب المأكول منها لم يجز [٢] .

٣١٢٩٨ – لنا : أن القطع اليسير لا يخلو منه الحيوان للعلامة ، فلم تمنع الأضحية كالنقص في أعلى الأذن .

٣١٢٩٩ – [ولأنه نقص يسير ، فصار كالعلامة في الأذن] [٣] .

٣١٣٠٠ – احتجوا : بأن الألية مقصودة فإذا ذهب بعضها ، لم يجز كما لو ذهب أكثر من الثلث .

٣١٣٠١ – قلنا : الكثير يخلو منه الحيوان غالبًا ، واليسير لا يخلو منه ، فجاز للضرورة ، وما لا ضرورة فيه لا يجوز فيه .

* * *

(١) انظر : المبسوط ١٦/١٢ ، ١٧ وعبارته : وإن كان المقطوع بعض ذلك ففي ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى : إن كان المقطوع أكثر من الثلث لا يجزئه ، وإن كان الثلث أو أقل يجزئه .

(٢) انظر : المجموع ٣٨١/٨ وعبارته : وأما مقطوعة الأذن : فمذهبنا أنها لا تجزئه ، سواء قطع الأذن كلها أو بعضها .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

مسألة ١٥٤٥

دخول النقص على الشاة بعد الاضطجاع

٣١٣٠٢ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا أضجع الشاة للذبح فدخله نقص ، لم يمنع الأضحية [١] .

٣١٣٠٣ - وقال أصحاب الشافعي [رحمهم الله] : يمنع [٢] .

٣١٣٠٤ - لنا : أنه عيب دخلها من معالجة الذبح ، فلم يمنع الجواز ، كما لو نفذت السكين فجزت ما لا يحتاج إلى قطعه من جلدها ، وكما لو بلغ بالسكين النخاع .

٣١٣٠٥ - ولأن ما يشق الاحتراز منه عند معالجة الذبح ، معفو عنه ، أصله : ما ذكرنا .

٣١٣٠٦ - احتجوا : بأنه نقص حدث فيها ، فصار كما لو نقصت قبل حال الذبح . ولأن النقص لو حصل بغير فعله أثر ، فإذا كان بفعله أولى .

٣١٣٠٧ - فأما إذا نقصت قبل حال الاضطجاع : فلا تعلق للنقص بمعالجتها فأثر فيها ، وهذا النقص حادث من معالجة الذبح كما لو نفذت السكين . فأما الوجه الثاني : فيبطل بتعدي السكين القدر الذي يحتاج إليه في الذبح .

* * *

(١) انظر : المبسوط ١٨/١٢ وعبارته : وإن أصابها شيء من هذه العيوب في اضطرابها حين أضجعها للذبح وذبحها على مكانها ، ففي القياس لا تجزئه ، وفي الاستحسان تجزئه .

(٢) انظر : مغني المحتاج ١٣٣/٦ وعبارته : وأما المعينة عما في الذمة لو حدث بها عيب ولو حالة الذبح ، بطل تعيينها وله التصرف فيها ، ويبقى عليه الأصل في ذمته .

مسألة ١٥٤٦

تلف الأضحية التي تعينت بعينها

٣١٣٠٨ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا وجب أضحية بعينها فأتلفها أو باعها ، فعليه مثلها يوم التلف (١) .

٣١٣٠٩ - وقال الشافعي رحمه الله : يلزمه الأكثر من قيمتها يوم الإتلاف ، أصله : الأجنبي [ومن قيمة مثلها يوم الذبح (٢) .

٣١٣١٠ - لنا : من لزمه ضمان الأضحية بالإتلاف ، لزمه قيمتها يوم الإتلاف] (٣) ؛ لأن الحق إذا تعلق بملك الإنسان يلزمه ضمان الإتلاف وكان في الضمان كالأجنبي ، أصله : الراهن إذا تلف الرهن والمولى إذا أتلف العبد المأذون .

٣١٣١١ - احتجوا : بأنه لزمه حق الله تعالى وحق المساكين ، فوجب اعتبار الأمرين ويدخل الأقل في الأكثر .

٣١٣١٢ - قلنا : حق الله تعالى هو الذبح ، [وقد تعذر ذلك فيها بتلفها ، فلم تعتبر قيمته فيما بعد الإتلاف .

٣١٣١٣ - ولأنه حق الله تعالى هو الذبح] (٤) ، وذلك معنًى لا يُتقَوَّم ، وإنما القيمة في المذبوح ، وقد وجبت قيمته ، وما يحدث من زيادة القيمة بعد الإتلاف لا يلزم المتلف كسائر المتلفات .

* * *

(١) انظر : المبسوط ١٤/١٢ وعبارته : وإذا اشترى أضحية ثم باعها فاشترى مثلها ، فلا بأس بذلك .

(٢) انظر : مغني المحتاج ١٣٣/٦ وعبارته : والأصح يلزمه الأكثر من قيمتها يوم الإتلاف ومن قيمته مثلها يوم النحر .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) . (٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

مسألة ١٥٤٧

زوال الملك عن الأضحية

٣١٣١٤ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا أوجب أضحية لم يزل ملكه عنها ، فإن باعها جاز ويكره .

٣١٣١٥ - وقال أبو يوسف : لا يجوز بيعها [١] . وهو قول الشافعي رحمه الله [٢] .

٣١٣١٦ - والكلام يقع في فصلين ، أحدهما : أن الملك لا يزول ، والثاني : في جواز البيع .

٣١٣١٧ - أما الدليل على جواز البيع : ما روي أن النبي ﷺ ساق البدن ثم أشرك عليها فيها [٣] ، والشركة تمليك ، فهي في حكم البيع .

٣١٣١٨ - ولا يقال : إنما أشركه في نحرها ؛ لأن إطلاق الاشتراك يقتضي الشركة في الملك .

٣١٣١٩ - فإن قيل : النبي ﷺ ساقها ولم يوجبها .

٣١٣٢٠ - قلنا : السوق عندنا إيجاب .

٣١٣٢١ - ولأنه إذا أوجبها مع السوق كان أفضل ، وهو لا يترك الأفضل مع القدرة .

٣١٣٢٢ - ولأنه ﷺ ساق الهدي في عام الحديبية [٤] ، ثم جعلها للإحصار ، ومعلوم أنه ساقه لغير ذلك ، فلما جاز أن يصرفه من قربة إلى قربة ، [جاز أن يصرفه إلى غير قربة] [٥] .

٣١٣٢٣ - ولأنه مال يجب صرفه إلى قربة ، فجاز بيعه ، كمن وجب الحج في ماله .

٣١٣٢٤ - ولأنه حق الله تعالى تعلق بعين المال ، فلا يمنع البيع ، كمن قال : لله تعالى عليَّ عتق هذا العبد .

---

(١) انظر : المبسوط ١٤/١٢ وعبارته : وبعد الإيجاب يجوز بيعها في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويكره ، وفي قول أبي يوسف رحمه الله : لا يجوز ، لتعلق حق الله تعالى بعينها .

(٢) انظر : مغني المحتاج ١٣٢/٦ وعبارته : وهي في يده أمانة لا يجوز بيعها .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ٨٨٢/٢ برقم ١٢١٣ . أمرنا رسول الله ﷺ أن نشترك في الإبل والبقر كل سبعة منا في بدنة .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٣٥/٥ برقم ٩٩٧٧ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

٣١٣٢٥ - وقد زعم مخالفنا : إن نذر عتق رقبة لم يزل ملكه عنه ، ولو أتلفه لم يجب عليه ضمانه . وقالوا : لو نذر الصدقة بدرهم فأتلفه ، لزمه ضمانه ، وفي الزكاة قولان ، أحدهما : يزول ملكه .

٣١٣٢٦ - احتجوا : بما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : أوجبت بدنة ، فقلت : يا رسول اللّٰه ، إنها تطلب هي ، فقال : « انحرها ولا تبعها ولا بمائة بعير » (١) .

٣١٣٢٧ - قلنا : ذكر البيع من غير أن يقيم غيرها مقامها ، وذلك لا يجوز عندنا .

٣١٣٢٨ - ولأن إمضاء القربة فيها أولى من بيعها ، فلذلك نهاه عن البيع .

٣١٣٢٩ - قالوا : روي عن علي بن أبي طالب أنه قال « من عين أضحيته ، فلا يستبدل بها » (٢) .

٣١٣٣٠ - قلنا : هذا محمول على الاستحباب ، بدلالة ما ذكرنا .

٣١٣٣١ - قالوا : [يقرب بما] (٣) لو أتلفه بعد التقرب ضمنه ، فيجب أن يزول ملكه عنه ، أو فوجب ألا يزول بيعه ، أصله : إذا اعتق عبدًا .

٣١٣٣٢ - قلنا : لا نسلم الوصف ؛ لأنه لو نحرها فقد أتلفها ولا يضمنها ، والمعنى في العتق : أنه تجب القربة ، في مسألتنا لم ينحرها فصار كما لو نذر العتق .

٣١٣٣٣ - قالوا : العقود على ضربين منها ما يزيل الملك بنفس العقد كالبيع والوقف ، ومنها ما لا يزيل الملك . فالعقد متى ينضم إليه معنى الوصية والهبة وعلامة ما يزيل الملك ما يضمنه عقيب العقد بالإتلاف ، وما لا يزيل الملك لا يضمنه بالإتلاف دل على زوال الملك .

٣١٣٣٤ - قلنا : هذا باطل بالرهن .

٣١٣٣٥ - [قالوا : الحقوق التي تسري إلى الولد تزيل الملك ، وما لا تسري إلى الولد لا تزيل الملك] (٤) .

٣١٣٣٦ - قلنا : لا نسلم أن هذا الحق يسري ، ولهذا لا يجب ذبح الولد ، وإنما يتصدق به لتعلقه بها كجلالها ، ثم لو سلمنا يبطل بالكتابة .

---

(١) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه ٢٩٢/٤ برقم ٢٩١١ .

(٢) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير ٢٦٧/٤ برقم ٢٤١١ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

مسألة ١٥٤٨

استحباب العقيقة

٣١٣٣٧ - قال أصحابنا [رحمهما اللّه] : العقيقة مستحبة ، وليست بسنة (١) .

٣١٣٣٨ - وقال الشافعي رحمه الله : هي سنة (٢) .

٣١٣٣٩ - لنا : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ سئل عن العقيقة ، فقال : « إن اللّه تعالى لا يحب العقوق » . وكأنه كره الاسم . ثم قال : « من ولد له مولود وأحب أن ينسك عنه ، فلينسك عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة » (٣) . وكراهية الاسم تمنع كونها سنة .

٣١٣٤٠ - ثم علقها بإرادته ، ولو كانت مسنونة لم تقف على إرادته بعد وجود سببها .

٣١٣٤١ - قالوا : روي أنه قال : « إذا دخل العشر (٤) وأراد أحدكم أن يضحي » (٥) .

٣١٣٤٢ - قلنا : الإرادة هنا القصد الذي يخرج بها الساهي ، وهاهنا علقة بالمحبة . ويدل عليه حديث أبي رافع أن فاطمة قالت لرسول اللّه ﷺ : أعتق عن ولدى الحسين ؟ قال : « لا ، ولكن تصدقي بوزن شعره فضة » (٦) . ولو كان ذبحًا مسنونًا لم تقم الصدقة مقامه .

٣١٣٤٣ - فإن قيل : إنما منعها ؛ لأنه أراد أن يَعُقَّ عنه ، بدلالة ما روى أنس : أن النبي ﷺ أعق عن الحسن والحسين كبشين (٧) . وروى ابن عباس : أنه ﷺ أعق عن

---

(١) انظر : البدائع ٧٠/٥ وعبارته : وذكر محمد رحمه الله في العقيقة فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل وهذا يشير إلى الإباحة فيمنع كونه سنة .

(٢) انظر : المجموع ٤٠٩/٨ وعبارته : العقيقة مستحبة وسنة متأكدة .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده ١٨٢/٢ .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) سبق تخريجه .

(٦) أخرجه أحمد في مسنده ٣٠٩/٦ .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٩٩/٩ برقم ١٩٠٥١ .

الحسن كبشًا [١] .

٣١٣٤٤ - قلنا : فعله لذلك لا يمنعها من فعل السنة ؛ لأنه ﷺ متبرع عنهما فلا تسقط السنة عنها .

٣١٣٤٥ - ولأنه من ذبائح الجاهلية ، فلا يكون سنة كالعتيرة . وقد روي أن الأضحية نَسَخت كل ذبح كان قبلها [٢] .

٣١٣٤٦ - ولأنه ذبح لا يتعلق بولادة وكذا الولد ، فلا يتعلق بولادة وكذا الولد كالبدنة .

٣١٣٤٧ - احتجوا : بحديث أم كرز أن النبي ﷺ قال : « عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة » [٣] .

٣١٣٤٨ - قلنا : هذا يدل على الاستحباب ولو كان سنة ، لم يترك عند وجود سببه ، فلما جوز لفاطمة تركه ، دل على أنه مستحب ليس بمسنون .

٣١٣٤٩ - قالوا : روي أنه قال : « كل مولود مرتهن بعقيقته » [٤] . قالوا : ومعناه : أن ينجو بها من الأمراض والآفات .

٣١٣٥٠ - قلنا : هذا يقتضي الوجوب ؛ لأن دفع الضرر واجب ، والوجوب متروك بالإجماع .

٣١٣٥١ - قالوا : روي عن أبي الزناد أنه قال : العقيقة [من أمر] [٥] المسلمين الذين كانوا يكرهون تركه [٦] .

٣١٣٥٢ - قلنا : هو مستحب عندنا ، فتركه مكروه لما فيه من مكارم الأخلاق ، فأما السنة فلا ؛ لأنه من أفعال الجاهلية ، ولهذا قال مخالفنا : لا يكسر عظمها إلا من ضرورة ، وتطبخ بالحلو لا بالحامض ، وليس هذا من أمر [٧] المسلمين وإنما هو من عادات

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٩٩/٩ برقم ١٩٠٥٠ .

(٢) أخرجه الجصاص في أحكام القرآن ٣٦٩/٣ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٠١/٩ برقم ١٩٠٦١ .

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ٢٧٤/٦ برقم ٦٢٠٣ .

(٥) ما بين المعكوفتين في جميع النسخ : [عن أبيه] ، والمثبت من مصدر التخريج .

(٦) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد ٣١٣/٤ .

(٧) ساقطة من صلب (ص) ومستدركة في الهامش .

الجاهلية .

٣١٣٥٣ - قالوا [١] : الوليمة سنة في النكاح ، بدلالة أنه ﷺ قال لعبد الرحمن : « أولم ولو بشاة » [٢] . فالنعمة في الولد أعظم .

٣١٣٥٤ - قلنا : ليس السنة في النكاح الذبح وإنما تستحب الوليمة ، كذلك يستحب هاهنا الذبح وإطعام الطعام ، والخلاف في السنة التي يمنع من تركها .

* * *

(١) ساقطة من (م) .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٧٢٢/٢ برقم ١٩٤٣ ، ومسلم ١٠٤٢/٢ برقم ١٤٢٧ .

مَوْسُوْعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَة

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الأطعمة

كتاب الأطعمة [1]

....

(١) الأطعمة : جمع طعام . وهو في اللغة : كل ما يؤكل مطلقًا ، وكذا كل ما يتخذ منه القوت من الحنطة والشعير والتمر . ويُطْلِقه أهل الحجاز والعراق الأقدمون على القمح خاصة . ويقال : طَعِم الشيءَ يَطْعَمُه – من باب فتح يفتح – طُعْمًا – بضم فسكون – إذا أكله أو ذاقه . وإذا استعمل هذا الفعل بمعنى الذواق جاز فيما يؤكل وفيما يشرب ، كما في قوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ مُبْتَلِيكُم بِنَهَرٍ فَمَن شَرِبَ مِنْهُ فَلَيْسَ مِنِّي ﴾ (البقرة/٢٤٩) . ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي الأول . ويذكرونه أيضًا في الربا يريدون به مطعوم الآدميين سواء كان للتغذي كالقمح والماء ، أم للتأدم كالزيت ، أم للتفكه كالتفاح ، أم للتداوي والإصلاح كالحبة السوداء والملح . وقد يطلق الفقهاء لفظ الأطعمة على : كل ما يؤكل وما يشرب ، سوى الماء والمسكرات . ومقصودهم : ما يمكن أكله أو شربه على سبيل التوسع ، ولو كان مما لا يستساغ ولا يتناول عادة ، كالمسك وقشر البيض . وإنما استثني الماء ؛ لأن له بابًا خاصًا باسمه ، واستثنيت المسكرات أيضًا ؛ لأنها يعبر اصطلاحًا عنها بلفظ الأشربة . ثم إن موضوع الأطعمة هو عنوان يدل به على ما يباح وما يكره وما يحرم منها . وأما آداب الأكل والشرب فإنها يترجم لها بكلمة : الأدب ، ويرجع إليها في مصطلح أكل ، وشرب . كما أن الولائم المشروعة يترجم لها بعناوين أخرى تخصها ، كالعقيقة والوكيرة .

وتنقسم الأطعمة إلى نوعين : حيوانية ، وغير حيوانية . ثم إن الحيوان ينقسم إلى قسمين رئيسين : مائي ، وبري . وفي كل من القسمين أنواع فيها ما يؤكل وفيها ما لا يؤكل . ويقسم المأكول من الحيوان عدة تقسيمات منها : مباح ، ومكروه . ومنها : ما تشترط الذكاة في حله ، وما لا تشترط .

والمقصود بالحيوان في هذا المقام أنواع الحيوان جميعًا مما يجوز للإنسان أكله شرعًا أو لا يجوز . ولا يراد به ما يشمل الإنسان نفسه بالنسبة للإنسان ، بل الكلام محصور فيما يحل للإنسان أو لا يحل ، باعتبار أن ما سوى الإنسان قد خلقه اللّٰه سبحانه لمنفعة الإنسان ومصلحته ، فمنه ما ينتفع به الإنسان بالأكل وغيره ، ومنه ما ينتفع به لغير الأكل من وجوه المنافع .

والحكم التكليفي ليس منصبًا على ذوات الأطعمة ، وإنما على أكلها أو استعمالها ، وليس هناك حكم جامع للأطعمة كلها ؛ لذلك سيذكر حكم كل نوع عند الكلام عليه .

ويتبين لمن تتبع كتب الفقه المختلفة في أبواب الأطعمة وغيرها أن الأصل في الأطعمة الحل ، ولا يصار إلى التحريم إلا لدليل خاص ، وأن لتحريم الأطعمة بوجه عام – ولو غير حيوانية – أسبابًا عامة كثيرة في الشريعة متصلة بقواعدها العامة ومقاصدها في إقامة الحياة الإنسانية على الطريق الأفضل . وكذلك يرى المتتبع أسبابًا لكراهة الأطعمة بوجه عام غير الأسباب المتعلقة بأنواع الحيوان . انظر : لسان العرب مادة وتاج العروس مادة (طعم) ، والمغني مع الشرح الكبير ١٩٤/١ ، ومنتهى الإرادات ٤٩٢/٢ ، والمهذب ٤٧٧/١ ، وحاشية الدسوقي ٧٧/٤ ، والاختيار ٤١/٣ ، والموسوعة الفقهية الكويتية ١٢٣/٥ – ١٢٧ .

مسألة ١٥٤٩

أكل السمك الطافي

٣١٣٥٥ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : يكره أكل السمك الطافي [(١)] .

٣١٣٥٦ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : لا يكره [(٢)] .

٣١٣٥٧ - لنا : ما روى أبو الزبير عن جابر قال النبي ﷺ : « ما ألقى البحر أو جزر عنه [(٣)] الماء فكلوه ، وما طفا فلا تأكلوه » [(٤)] .

٣١٣٥٨ - فإن قيل : هذا الخبر رواه الثوري وحماد بن سلمة عن أبي الزبير عن جابر قال : ما كان طافيًا فلا تأكلوه ، وما كان في حافته فكلوه ، وإذا كان جزرًا فكلوه » [(٥)] . فهذا موقوف من هذين الطرفين .

٣١٣٥٩ - قلنا : وأسنده إسماعيل بن أمية [(٦)] عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ [(٧)] . وهو حافظ زاد على حافظين ، وزيادته مقبولة ؛ لأنه لو انفرد بحديث قُبِل منه ، فإذا انفرد بزيادة قبلت منه .

٣١٣٦٠ - فإن قيل : المراد به ما تعين .

٣١٣٦١ - قلنا : لو كان كذلك لم يفرق بين الطافي وما جزر عنه .

٣١٣٦٢ - فإن قيل : شرط الطفو ليس بشرط عندكم .

---

(١) السمك الطافي : هو الذي يموت في الماء فيعلو ويظهر . انظر : المغرب مادة (طفو) .
وانظر : بدائع الصنائع ٣٦/٥ وعبارته : فجميع ما في البحر من الحيوان محرم الأكل إلا السمك خاصة إنه يحل أكله ، إلا ما طفا منه وهذا قول أصحابنا ﷺ .

(٢) انظر : المجموع ٣٧/٩ وعبارته : السمك الطافي حلال وهو الذي مات حتف أنفه . وانظر أيضًا : الأم ٢٥٢/٢ .

(٣) جَزَرَ الماء : انقطع المد ، ويقال : جزر الماء : إذا انفرج عن الأرض ، أي انكشف حين غار ونقص . انظر : المغرب مادة (جزر) .

(٤) أخرجه ابن حزم في المحلى ٦٣/٦ .

(٥) أخرجه ابن حزم في المحلى ٦٣/٦ ، والبيهقي السنن الكبرى ٢٥٥/٩ برقم ١٨٧٦٨ .

(٦) هو : إسماعيل بن أمية بن عمرو بن سعيد بن العاص بن أبي سعيد بن العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشي الأموي المكي . روى عنه : أبو إسحاق إبراهيم بن محمد الفزاري ، وبشر بن المفضل ، وأبو الأسود حميد بن الأسود ، وداود بن علبة ، وروح بن القاسم ، وسعيد بن مسلمة الأموي ، وآخرون . قال محمد بن سعد : كان ثقة كثير الحديث ، مات سنة ١٤٤ هـ وليس له عقب . انظر : تهذيب الكمال ٤٧/٣ - ٤٩ .

(٧) أخرجه الدارقطني ٣٥٨/٣ برقم ٣٨١٥ .

٣١٣٦٣ - قلنا : إنما ذكر الطفو ؛ لأن موته في الغالب لا يعلم إلا به .

٣١٣٦٤ - ولأنه حيوان له دم سائل ، فإذا مات حتف أنفه لم يوكل كالشاة والبقرة .

٣١٣٦٥ - فإن قيل : لا تأثير لذكر السائل ؛ لأن صغار السمك الذي لا دم له سائل لا يؤكل إذا مات حتف أنفه وكذلك الحشرات .

٣١٣٦٦ - قلنا : ما له دم سائل لا يحل إلا أن يكون موته بسبب ، وما لا دم له منه ما يحل بغير سبب وهو الجراد ، ومنه ما لا يحل ، فقد بان التأثير .

٣١٣٦٧ - فإن قيل : المعنى في الشاة والبقر أنه لو مات بسبب لم يؤكل ، كذلك إذا مات بغير سبب ، وفي مسألتنا بخلافه .

٣١٣٦٨ - قلنا : الصيد إذا مات بسبب العقر أكل ، ولو مات بغير عقر لم يؤكل،

٣١٣٦٩ - ولأنه حيوان يحل بالذكاة ، فجاز أن يكون ميتة ، أو فإذا مات حتف أنفه لم يؤكل ، أصله : الشاة .

٣١٣٧٠ - والدليل على الوصف أن السمكة إذا أخذت وهى تبقى حية زمانًا ، فذبحت حتى يعجل موتها حلت . ولا يلزم الجراد ؛ لأنه لا يتأتى فيه الذكاة .

٣١٣٧١ - ولأن اللّٰه تعالى خلق الحيوان في البر والبحر ، ثم كان في حيوان البر ما يحرم إذا مات حتف أنفه ، كذلك في حيوان البحر .

٣١٣٧٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَـٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ ﴾ (١) . قال عمر : صيده ما صدته ، وطعامه ما قذف (٢) . وقال ابن عمر : طعامه ما ألقى . قال ابن عباس : طعامه ميتته (٣) . وروي : مليحة (٤) .

٣١٣٧٣ - قلنا : قد اختلف السلف في تأويل هذه الآية ، فالذي رووه عن عمر وابنه لا حجة فيه ؛ لأن ما قذفه وألقاه فهو حلال ، فأما ابن عباس فروي عنه : طعامه مالحه ، وما قذف منه البحر .

٣١٣٧٤ - قال أبو السائب : بنو نذبح أهل أسياف البحر ؟ قالوا : يا رسول اللّٰه ، إنا نصطاد من صيد البحر وربما مد البحر حتى يعلو الماء على كل شيء ثم يرجع ويبقى

---

(١) سورة المائدة : الآية ٩٦ .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٥٥/٩ برقم ١٨٧٦٣ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٦٢٣/٤ .

(٤) أخرجه ابن العربي في أحكام القرآن ١٩٨/٢ وعبارته : مملوحة .

السمك بالأرض فنصيبه منا فحلال لنا أكله ، فأنزل الله تعالى الآية . وهذا يبين أن الآية نزلت فيما ألقاه البحر .

٣١٣٧٥ - احتجوا : بقوله ﷺ [في البحر] [١] : « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » [٢] .

٣١٣٧٦ - قلنا : هذا الخبر رواه سعيد بن سلمة [٣] عن المغيرة بن أبي بردة [عن أبي هريرة عن] [٤] النبي ﷺ [٥] .

٣١٣٧٧ - قال الطحاوي : سعيد بن سلمة مجهول لا يعرف بالعدل ، وقد خالفه فيه يحيى بن سعيد الأنصاري وهو أَجَلُّ منه فرواه عن المغيرة بن أبي بردة عن أبيه عن النبي ﷺ . وهذا منقطع . ثم ميتة البحر ما أضيف موته إليه ، وذلك [٦] لا يكون إلا إذ ألقاه أو مات من برده أو حره وذلك مباح عندنا .

٣١٣٧٨ - ولأن قوله : « الحل ميتته » . عامٌّ وما طفا فلا يؤكل أخص منه ، فيقضى به عليه ، كما أن قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ ﴾ . عام ، وقوله : « الحل ميتته » . خاص ، فقضوا به عليه .

٣١٣٧٩ - احتجوا : بقوله ﷺ : « أحلت لنا ميتتان ودمان » [٧] .

٣١٣٨٠ - قلنا : خبرنا أخص منه .

٣١٣٨١ - ولأن خبرنا يفيد الحظر ، فهو مقدم على ما يقتضي الإباحة .

٣١٣٨٢ - فإن قيل : خبرنا عام متفق على استعماله ، وخبركم خاص متفق في استعماله ، فالعموم المتفق أولى عندكم .

٣١٣٨٣ - قلنا : وخبرنا خاص متفق على استعماله أيضًا ؛ لأن المخالف يحمله على الطافي المتغير .

---

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (ص) .

(٢) أخرجه الشافعي في الأم ١٧/١ ، وابن أبي شيبة في مصنفه ١٥٩/١ .

(٣) هو : سعيد بن سلمة المخزومي من آل ابن الأزرق . روى عن : المغيرة بن أبي بردة ، وعن أبي هريرة . وروى عنه : صفوان بن سليم . وقال النسائي : ثقة . وذكره بن حبان في كتاب الثقات . انظر : تهذيب الكمال ٤٨٠/١٠ ، ٤٨١ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٥) أخرجه ابن الجارود في المنتقى ٢٣/١ برقم ٤٣ .

(٦) في (م) : [هذا] .

(٧) أخرجه أحمد في مسنده ٩٧/٢ برقم ٥٧٢٣ .

٣١٣٨٤ - ولأن خصوصه يعضده عموم متفق عليه ، وهو قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ ﴾ .

٣١٣٨٥ - قالوا : يحل بموته بغير فعل مخصوص أو فعل فاعل مخصوص ، فحل بموته حتف أنفه قياسًا على الجراد .

٣١٣٨٦ - قلنا : قولكم : بغير فعل مخصوص . لا نسلمه ؛ لأنه لا يحل عندنا بفعل مخصوص وهو [أحد إحداد] [1] أو اجتناب الماء عنه أو قذفه له .

٣١٣٨٧ - وقولهم : لا يعتبر فاعل مخصوص . فليس كذلك ؛ لأن اللَّه تعالى إذا أماته لم يحل ، وإن مات بفعل غيره أو بنقصان الماء عنه . ولأنه إذا وسع حكمه حتى لا يعتبر الفاعل المخصوص ، لم يعتبر الفاعل أصلًا ، كما أن المتوحش وسع في حكمه فلم يعتبر فيه فعل مخصوص ، ثم سقط اعتباره اعتبار الفعل أصلًا .

٣١٣٨٨ - والمعنى في الجراد : أنه نوع ليس له دم سائل ، فلم يعتبر في إباحته فعل[2] حادث . أو نقول : لا تتأتى الذكاة في نوعه ، فلم تقف إباحته على فعل حادث ، وفي مسألتنا بخلافه .

٣١٣٨٩ - قالوا : ما حل بغير ذبح مع القدرة عليه ، حل بموته حتف أنفه كالجراد .

٣١٣٩٠ - قلنا : السمك أخذ شبهًا من الجراد وأخذ شبهًا من حيوان البر ، شبهه بالجراد أنه ليس له دم سائل ، وشبهه بغيره أن له دمًا سائلًا ، فوجب أن يعطى حكمًا من كل واحد من الشبهين ولا يلحق بأحدهما . ومخالفنا جعله كالجراد من كل وجه ، وهذا لا يصح .

٣١٣٩١ - قالوا : ما حل أكله إذا مات في البر بكل حال ، حل أكله إذا مات في البحر كالجراد .

٣١٣٩٢ - قلنا : إذا مات في البر فقد مات بفعل حادث ، وأما إذا مات في الماء فقد مات حتف أنفه ، وموت الحيوان الذي تتأتى فيه الذكاة حتف أنفه سبب الحظر .

٣١٣٩٣ - فإن قيل : إذا مات في الماء ، فلا بد أن يموت بسبب إما من مرض أو غيره .

٣١٣٩٤ - قلنا : قوله بمرض هو الموت حتف أنفه ، [وإنما يعتبر سبب حادث يضاف الموت إليه فلا يكون حتف أنفه] [3] .

---

(١) ما بين المعكوفتين غير واضح في جميع النسخ . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقطة من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٥٥٠

ما يؤكل من حيوان الماء

٣١٣٩٥ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : لا يؤكل ما سوى السمك من حيوان الماء (١) .

٣١٣٩٦ - ونص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ على إباحة جميعه . وقال أصحابه : لا يؤكل الضِّفْدَع ؛ لأن الخبر ورد فيه (٢) .

٣١٣٩٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ ﴾ (٣) . فحرم الميتة وهو عام في كل ميتة ، وحرم الخنزير وهو عام في خنزير الماء وخنزير البر ؛ لأن الاسم يتناوله . ألا ترى أن العرب إذا سَمَّت حيوانًا باسم لم تخصه بما يوجد منه في موضع دون موضع ؟ ويدل عليه قوله ﷺ : « أحلت لنا ميتتان ودمان » (٤) . والمحصور بعدد يدل على أن ما عداه بخلافه على قول ابن شجاع .

٣١٣٩٨ - ولأن مخالفنا إن قال بإباحة جميع حيوان البحر .

٣١٣٩٩ - قلنا : الحيوان المتوحش في أصل خلقته بري وبحري ، فإذا كان في أحدهما محظور ومباح ، كذلك الآخر .

٣١٤٠٠ - ويدل على تحريم الضِّفْدَع ما روي أن النبي ﷺ سئل عن الضفدع يطرح في الدواء ، فقال : « خبيثة من الخبائث » (٥) . ولو كان حلالًا لم يمنع التداوي به .

٣١٤٠١ - ولا يقال : إنما منع منه ؛ لأنه سُمٌّ ؛ لأنه إذا كان سمًّا يحرم أكله ، ولأن السموم تطرح في الأدوية ، فلما نهى عن ذلك ، علم أنه نهى عنه لتحريمه .

---

(١) انظر : البدائع ٣٦/٥ وعبارته : أما الذي يعيش في البحر فجميع ما في البحر من الحيوان محرم الأكل إلا السمك خاصة ، ولا يحل أكل الضفدع ، وفيما سوى ذلك ثلاثة أقوال ، أحدها : يحل ، والثاني : ما أكل مثله في البر حل أكله وما لا يؤكل مثله في البر لم يحل أكله اعتبارًا بمثله ، والثالث : لا يحل غير السمك . والأول أصح .

(٢) انظر : مغني المحتاج ١٤٦/٦ ، والمجموع ٣٢/٩ ، ٣٣ ، والأم ٢٥٢/٢ وعبارته : وكل ما كان يعيش في الماء من حوت أو غيره فأخذه ذكاته لا ذكاة عليه .

(٣) الآية ١٤٥ من سورة الأنعام .

(٤) أخرجه أحمد في مسنده ٩٧/٢ برقم ٥٧٢٣ .

(٥) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار ٣٤/٢ .

٣١٤٠٢ - ولأنه ضفدع ، فلا يحل أكله كالبرى إذا ثبت تحريم الضفدع .

٣١٤٠٣ - قلنا : حيوان بحري اختلف في أكله كالضفدع .

٣١٤٠٤ - [ولأنه حيوان بري من غير جنس السمك] [١] ، فلا يؤكل ، [أصله : الضفدع] [٢] .

٣١٤٠٥ - فإن قيل : المعنى في الضفدع أنه نهى عن قتله .

٣١٤٠٦ - قلنا : النهي عن قتله لا يقتضي التحريم ، بدلالة الشاة والبعير ، والدليل على تحريم خنزير الماء وكلبه الآية التي قدمناها وقوله ﷺ : « إن اللّٰه حرم الكلب وحرم ثمنه ، وحرم الخنزير وحرم ثمنه » [٣] .

٣١٤٠٧ - ولأنه خنزير ، فلا يحل أكله كالبري .

٣١٤٠٨ - ولأنه سَبْع ذو أنياب كالبري .

٣١٤٠٩ - ولأنه يأكل الميتات كسائر السباع .

٣١٤١٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ ﴾ [٤] . قال ابن عباس : الصيد ما اصطدنا ، وطعامه ميتته [٥] . وقال عمر : « الصيد ما أصيد وطعامه ما رمى به » [٦] .

٣١٤١١ - والجواب : أن الصيد مصدر صاد ، وهو عبارة عن فعل الاصطياد وفعل الاصطياد مباح عندنا ، والخلاف في الأكل ، وقد يجوز اصطياد ما لا يؤكل لينتفع به في غير الأكل . وليس إذا صرف الصحابي اللفظ عن حقيقته إلى المجاز لزمنا ترك الحقيقة من غير دليل ، يبين ذلك أن اللّٰه تعالى فرق بين الصيد والطعام ، ولو كان كله مأكولًا كان جميعه طعامًا .

٣١٤١٢ - احتجوا : بقوله ﷺ في البحر : « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » .

٣١٤١٣ - قلنا : هذا عام مخصوص بما ذكرنا .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٧٨٠/٢ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٩٦ .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٦٢٣/٤ .

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٥٥/٩ برقم ١٨٧٦٣ .

٣١٤١٤ - قالوا : روي أن أصحاب النبي ﷺ وجدوا عنبرة على شاطئ البحر ، فأكلوا منها ، فسألوا النبي ﷺ قال : « هل بقي منها شيء ؟ » [١] .

٣١٤١٥ - قلنا : العنبرة : السمكة التي تبتلع العنبر ، وهي مباحة عندنا .

٣١٤١٦ - قالوا : روي عن أبي بكر ﷺ أنه قال : ما من دابة في البحر تموت إلا قد ذكاها الله لكم [٢] .

٣١٤١٧ - قلنا : التذكية تقتضي الطهارة ولا تقتضي إباحة الأكل عندنا ، وهذا الحيوان جميعه طاهر .

٣١٤١٨ - قالوا : حيوان لا يعيش إلا في الماء كالسمك ، وفيه احتراز من الضفادع لأنها قد تعيش في البر .

٣١٤١٩ - قلنا : الضفدع الذي يعيش في البر نوع غير النوع الذي يعيش في الماء ، وانتقض بالضفدع الذي لا يعيش إلا في الماء .

٣١٤٢٠ - ولأن هذا التعليل يقتضي إباحة جنس حيوان البحر ، والأجناس متنوعة في الإباحة ، بدلالة حيوان البحر .

٣١٤٢١ - ولأن المعنى في السمك أنه غير مستخبث ، فليس كذلك ما سواه ؛ لأنه مستخبث في العادة ، فلم يحل أكله .

* * *

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ١٥٨٥/٤ برقم ٤١٠٣ ، ومسلم ١٥٣٦/٣ برقم ١٩٣٥ .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه ٢٦٧/٤ .

مسألة ١٥٥١

أكل الضبع والثعالب

٣١٤٢٢ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : يكره أكل الضَّبُع والثعالب [١] .

٣١٤٢٣ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يكره [٢] .

٣١٤٢٤ - لنا : ما روي عن علي وابن عباس وخالد بن الوليد وأبي هريرة وأبي ثعلبة الخشني أن النبي ﷺ نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير [٣] . وفي حديث أبي هريرة أنه ﷺ قال : « كل ذي ناب من السباع حرام » [٤] .

٣١٤٢٥ - وروي أنه ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر والبغال وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير والمجثمة [٥] .

٣١٤٢٦ - فإن قيل : المراد به الناب القوى الذي يعدو به على الناس .

٣١٤٢٧ - قلنا : هذا التخصيص بغير دليل .

٣١٤٢٨ - ولان ذوات الناب يضعف ناب بعضها عن بعض . ألا ترى أن الكلب كالأسد والسنور الأهلي لا يؤكل مع ضعف نابها ؟ .

٣١٤٢٩ - ولأن الضباع فاسدة وتبادر وتفترس الغنم وإن ضعفت عن غيرها .

٣١٤٣٠ - ولأنه ذو ناب من السباع مطعمًا ؛ لأنها تنبش القبور وتأكل الموتى .

٣١٤٣١ - ولأنه ذو ناب متوحش كالذئب .

٣١٤٣٢ - فإن قيل : المعنى فيه أنه ذو ناب ضعيف .

٣١٤٣٣ - قلنا [٦] : يبطل بالهر .

---

(١) انظر : البدائع ٥/ ٤٠ وعبارته : فذو الناب من سباع الوحش مثل : الأسد والذئب والضبع والنمر والفهد والثعلب والسنور البري والسنجاب والفنك والسمور والدلق والدب والقرد والفيل ونحوها فلا خلاف في هذه الملة أنها محرمة .

(٢) انظر : الأم ٢٦٦/٢ وعبارته : وتؤكل الضبع والثعلب .

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٩١/٤ ، ومسلم في صحيحه ١٥٣٤/٣ برقم ١٩٣٤ .

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٨٣/١٢ برقم ٥٢٧٨ .

(٥) أخرجه ابن حزم في المحلى ٨٢/٦ ، وأبو داود في سننه ٣٥٢/٣ برقم ٣٧٩٠ .

(٦) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

٣١٤٣٤ - [فإن قيل : الضبع يخلط [1] مع الجيف غيرها .

٣١٤٣٥ - قلنا] [2] : يبطل بالخنزير .

٣١٤٣٦ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ ﴾ [3] .

٣١٤٣٧ - قلنا : قيل في التفسير : إن الجاهلية كانوا يحرمون أشياء ويبيحون أشياء ، فقال الله تعالى : ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا ﴾ مما تحرمون ﴿ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً ﴾ . الدليل على هذا التأويل : أنه رتبه على ما ذكر مما حرموه ، ثم قال : ﴿ أَمْ كُنتُمْ شُهَدَآءَ إِذْ وَصَّىٰكُمُ ٱللَّهُ بِهَٰذَاۚ فَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنِ ٱفْتَرَىٰ عَلَى ٱللَّهِ كَذِبًا لِّيُضِلَّ ٱلنَّاسَ ﴾ [4] . ويبين ذلك : أنا قد علمنا أن الله تعالى قد حرم ما لم يذكر .

٣١٤٣٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ ﴾ [5] . والضبع من الطيبات ، قال الشافعي : ما زال الناس يأكلون الضبع ويبيعونه عندنا بين الصفا والمروة [6] .

٣١٤٣٩ - قلنا : ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ ﴾ . قيل في التفسير : التحريم التي كانت محرمة على بنى إسرائيل ، أن يحرم عليهم الخبائث يعني الخنزير والميتة والدم . فإن ظن ظانٌّ أن الإباحة تتبع ما تستطيبه العرب محال ؛ لأنهم كانوا يستطيبون الخمر ولحم الخنزير ويأكلون ما دب على وجه الأرض إلا أم حبين [7] .

٣١٤٤٠ - احتجوا : بما روي عن عبد الرحمن بن أبي عمار أنه قال : سألت جابر ابن عبد الله عن الضبع أصيد هو ، قال : نعم . قلت : سمعتَه من رسول الله ﷺ ، قال : نعم [8] .

٣١٤٤١ - قلنا : هذا الخبر ذكره أبو داود ولم يذكر فيه الأكل ، وإنما ذكر وجوب

---

(١) غير واضحة في (ص) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) سورة الأنعام : الآية ١٤٥ .

(٤) سورة الأنعام : الآية ١٤٤ .

(٥) سورة الأعراف : الآية ١٥٧ .

(٦) انظر : الأم ٢٦٦/٢ وعبارته : وما يباع لحم الضباع إلا بين الصفا والمروة .

(٧) قال الزهري : أم حُبين من حشرات الأرض تشبه العنب . وجمعها : أم حبينات ، وأمات حبين ، لم ترد إلا مصغرة . انظر : المصباح المنير مادة (جبن) .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٨٣/٥ برقم ٩٦٥٣ ، وأحمد في مسنده ٣٢٢/٣ .

الجزاء [١] . ويحتمل أن يكون سماعه من النبي ﷺ أنه صيد .

٣١٤٤٢ - ولأنه خبر واحد وقد عارضه خبرنا وقد رواه جماعة وهو في [٢] الصحيح ، فهو أولى مما رواه الواحد .

٣١٤٤٣ - ولأن خبرنا يفيد الحظر ، فيقدم على ما يقتضي الإباحة .

٣١٤٤٤ - قالوا : ما وجب الجزاء بقتله من غير امتزاج واختلاط ، حل أكله قياسًا على الغزال . وربما قالوا : ما تمحصت ولادته من جنسه ، ووجب الجزاء بقتله حل أكله .

٣١٤٤٥ - قلنا : السبع إذا وجب الجزاء بقتله ولم يحل أكله ، دل [٣] على أن وجوب الجزاء لا يؤثر في الإباحة . ألا ترى أنه ضمان متلف ، وضمان المتلفات يستوي فيه المأكول وغير المأكول ، فلم يستدل بوجوب الضمان على الإباحة . والمعنى في الأصل أنها بهيمة متفق على طهارة سؤره ، والضبع مختلف في طهارة سؤره كالكلب .

٣١٤٤٦ - قالوا : يحل بيع مذبوحه ، فوجب أن يحل أكله .

٣١٤٤٧ - قلنا : في جوازه بيع لحم ما لا يؤكل روايتان ، ثم جواز البيع لا يستدل به على الإباحة ؛ لأن البيع لا يختص بالمأكولات ، بدلالة أنه لم يصح فيما لا يؤكل ، فكونه مبيعًا لا يدل على الإباحة .

٣١٤٤٨ - قالوا : يطهر بالذبح ، فحل أكل لحمه كالشاة .

٣١٤٤٩ - قلنا : الطهارة لا تدل على جواز الأكل ، وإنما تستدل إباحة الأكل على الطهارة ، فلم يصح هذا الاستدلال .

٣١٤٥٠ - ولأن عند مخالفنا أنه لا يطهر بالذبح ، وإنما كان طاهرًا قبل الذبح ، فبقي بالذبح على ما كان عليه ، فالوصف لا يصح على أصلهم .

* * *

(١) أخرجه أبو داود في سننه ٣/٣٥٥ برقم ٣٨٠١ .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٥٥٣

أكل الضب والقنفذ وابن عرس

٣١٤٥١ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : يكره أكل الضَّبِّ والقُنْفُذ وابن عِرْس [١] .

٣١٤٥٢ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : لا يكره [٢] .

٣١٤٥٣ - لنا : ما روي عن عبد الرحمن ابن حسنة [٣] أنه قال : نزلنا أرضًا كثيرة الضِّبَاب ، فأصابتنا مجاعة وطبخنا منها وإن القدر ليغلي بها ، إذ خرج النبي ﷺ فقال : « ما هذا ؟ » فقلنا : ضِباب أصبناها . فنهى عنها ، وقال : « إن أمة من بنى إسرائيل مسخت دوابًّا في الأرض ، وإني أخشى أن تكون هذه ، فأكفئوها » [٤] .

٣١٤٥٤ - وروي عن عبد الرحمن بن شبل أن النبي ﷺ نهى عن أكل الضب [٥] .

٣١٤٥٥ - وروي عن أيوب عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول اللّه ﷺ : « وددتُ أن عندي خبزة بيضاء من برة سمراء ملبقة [٦] بسمن ولبن » . فقام رجل [من القوم] [٧] فاتخذه وجاء به ، فقال : « في أي شيء كان هذا ؟ » قال : في عكة ضب . قال : « ارفعه » [٨] .

٣١٤٥٦ - وروى أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن عائشة أنه أهدي إليها ضب ، فدخل عليها النبي ﷺ فسألته عن أكله ، فنهاها عنه ، فجاء سائل فقامت لتناوله ، فقال

---

(١) انظر : البدائع ٣٧/٥ وعبارته : وكذلك ما ليس له دم سائل مثل الحية والوَزَغ وسام أبرص وجميع الحشرات وهوام الأرض من الفأر والقداد والقنافذ والضب واليربوع وابن عرس ونحوها ، ولا خلاف في حرمة هذه الأشياء .

(٢) انظر : المجموع ١٤/٩ وعبارته : فيحل الأرنب واليربوع والثعلب والقنفذ والضب والوبر وابن عرس . وانظر أيضًا : الأم ٢٧٥/٢ .

(٣) هو : عبد الرحمن ابن حسنة أخو شرحبيل ابن حسنة له صحبة . روى عن النبي ﷺ . وروى عنه : زيد ابن وهب الجهني . روى له : أبو داود والنسائي حديثًا واحدًا . انظر : تهذيب الكمال ٦٧/١٧ - ٦٨ .

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٩٨/٤ والبيهقي في السنن الكبرى ٣٢٥/٩ برقم ١٩٢٠٨ .

(٥) أخرجه ابن حزم في المحلى ١١٣/٦ - دار الفكر .

(٦) في جميع النسخ : [ملتفة] ، والمثبت من مصادر التخريج .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٨) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٠٠/٤ ، أبو داود في سننه ٣٥٩/٣ برقم ٣٨١٨ .

ﷺ لها [١] : « أتطعمينه ما لا تأكلين » [٢] .

٣١٤٥٧ - وروى حماد بن سلمة عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة أن النبي ﷺ أهدى له ضب فلم يأكله فقام عليهم سائل فأرادت عائشة أن تعطيه فقال لها النبي ﷺ : « أتعطينه ما لا تأكلين ؟ » [٣] .

٣١٤٥٨ - وفي حديث أبي حنيفة نهاها عنه وهو زائد فهو أولى ، وفي خبر حماد ابن سلمة أنه منعها أن تتصدق به ، ولو كان مباحًا لم يمنعها أن تتصدق به .

٣١٤٥٩ - وروى عيسى بن نُميلة [٤] عن أبيه [٥] قال : كنت عند ابن عمر فسئل عن أكل القنفذ ، فتلا : ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ ﴾ [٦] . فقال شيخ عنده : سمعت أبا هريرة يقول : ذكر عند النبي ﷺ ، فقال : « خبيثة من الخبائث » . فقال ابن عمر : إن كان رسول الله ﷺ قال هذا ، فهو كما قال . ذكره أبو داود [٧] .

٣١٤٦٠ - ولأنه من حشرات الأرض ، كالحية والفأرة .

٣١٤٦١ - ولأنه من أمة مسخت كالقردة .

٣١٤٦٢ - ولأن ابن عِرْس من سباع الهوام ، والسباع محرمة ، بدلالة سباع الوحش .

٣١٤٦٣ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ﴾ [٨] . والضب مما تستطيبه العرب ، قال أبو سعيد الخدري : الضب أحب إليَّ من الدجاجة السمينة [٩] .

٣١٤٦٤ - قلنا : الطيبات المراد بها الحلال ، لاستحالة أن تتعلق الإباحة بما يطيب لهم والمحرمات كلها طيبة لهم .

٣١٤٦٥ - ولأنه ﷺ سيد العرب وقال : « إني أجد نفسي تعافه » [١٠] . فكيف

---

(١) ساقطة من (م) . (٢) أخرجه الجصاص في أحكام القرآن ٣٠/٣ .

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٠٢/٤ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٣٢٥/٩ برقم ١٩٢١١ .

(٤) هو : عيسى بن نميلة الفزاري . روى عن : أبيه . روى عنه : عبد العزيز بن محمد الدراوردي . وذكره ابن حبان في كاب الثقات . انظر : تهذيب الكمال ٥٢/٢٣ ، ٥٣ .

(٥) هو : نميلة الفزاري والد عيسى الفزاري . انظر : تهذيب الكمال ٢٥/٣٠ .

(٦) سورة الأنعام : الآية ١٤٥ . (٧) أخرجه أبو داود في سننه ٣٥٤/٣ برقم ٣٧٩٩ .

(٨) سورة المائدة : الآية ٤ . (٩) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ١١٨/٥ .

(١٠) أخرجه البخاري في صحيحه ٢١٠٥/٥ برقم ٥٢١١ .

يدعى مخالفنا أنه استطابه كل العرب !.

٣١٤٦٦ - احتجوا : بحديث خالد بن الوليد أنه [١] دخل مع النبي ﷺ بيت ميمونة ، أخبروا رسول الله ﷺ بما يريد أن يأكل منه ، فقيل : هو ضب . فرفع يده . قال : فقلت : حرام هو ؟ قال : « لا ، ولكنه لم يكن بأرض قومي ، فأجدني أعافه » . قال خالد : فاجْتَرَرْتُه فأكلته ، ورسول الله ﷺ ينظر [٢] .

٣١٤٦٧ - قالوا : وعن ابن عباس قال : أهدت خالتي ميمونة إلى النبي ﷺ سمنًا وأَقِطًا [٣] وضبًّا ، فأكل رسول الله ﷺ من السمن والأَقِط ، وترك الضب تقذرًا وأُكِل على مائدته [٤] .

٣١٤٦٨ - قلنا : هذا الخبر يفيد الإباحة ، وخبرنا يفيد الحظر ، والحظر أولى .

٣١٤٦٩ - قالوا : يجوز بيع مذبوحه ، فحل أكله كالأرنب .

٣١٤٧٠ - وقد أجبنا عن هذين القياسين في المسألة الأولى .

٣١٤٧١ - قالوا : روي عن عمر أنه قال : لم ينهَ رسول الله ﷺ عن الضب ، ولم يأمر به ، ولو وجدناه لأكلناه [٥] .

٣١٤٧٢ - قلنا : إن كان الاستدلال بأنه ﷺ لم يحرمه ، فقد روينا أنه حرمه ، فيجوز أن عمر لم يبلغه ذلك . وإن كان الاستدلال بقول عمر ، فقد روي عن علي كراهته [٦] .

* * *

---

(١) ساقطة من (ص) .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٢١٠٥/٥ برقم ٥٢١٧ ، ومسلم ١٥٤٤/٣ برقم ١٩٤٦ .

(٣) الأقط : لبن يابس غير منزوع الزبد . انظر : تحرير التنبيه للنووي ص١٣٦ .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ٩١٠/٢ برقم ٢٤٣٦ ، ومسلم ١٥٤٤/٣ برقم ١٩٤٧ .

(٥) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه ٥٤٧/٥ .

(٦) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه ٥٤٨/٥ .

مسألة ١٥٥٣

أكل لحم الخيل

٣١٤٧٣ - قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ : يكره أكل لحم الخيل [١] .

٣١٤٧٤ - وقال أبو يوسف ومحمد [رحمهما اللّه] : لا يكره . وبه قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ [٢] .

٣١٤٧٥ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلْأَنْعَٰمَ خَلَقَهَاۗ لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ ﴾ إلى قوله : ﴿ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةًۚ ﴾ [٣] . فذكر منافع [٤] كل واحد من النوعين على طريق الامتنان ، ولو جاز أكل لحم الخيل لذكره ؛ لأن منفعة الأكل أعظم من منفعة الركوب .

٣١٤٧٦ - ولا يقال : إنه ذكر المقصود من كل نوع ، ولم يذكر جميع المنافع ، بدلالة أنه لم يذكر البيع ، ولم يذكر ركوب الأنعام .

٣١٤٧٧ - قلنا : الظاهر يقتضي [٥] أن البيع لا يجوز ، لولا دلالة الإجماع ، فأما ركوب الأنعام فقد ذكر : ﴿ وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ ﴾ .

٣١٤٧٨ - فإن قيل : إنه تعالى ذكر منافع الحيوان ، والأكل من منافع اللحم .

٣١٤٧٩ - قلنا : اللحم من منافع الحيوان ، ولهذا ذكره في منافع الأنعام .

٣١٤٨٠ - فإن قيل : إنما لم يذكر الأكل ؛ لأنه لم يعم جميعها ، وذكره في الأنعام لأنه يعمها .

٣١٤٨١ - قلنا : لو جاز أكل شيء منها ، لذكر الأكل .

٣١٤٨٢ - ولأنه لم يعمها كما ذكر الأنعام فقال : ﴿ وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ ﴾ . ومعلوم أن الغنم لا تحمل الأثقال .

---

(١) انظر : البدائع ٣٩/٥ وعبارته : وأما لحم الخيل فقد قال أبو حنيفة ﷺ : يكره . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه : لا يكره . وانظر أيضًا : المبسوط ٢٣٤/١١ .

(٢) انظر : المجموع ٦/٩ وعبارته : مذهبنا أنه حلال لا كراهة فيه .

(٣) سورة النحل : الآيات ٥ - ٨ .

(٤) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٥) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

٣١٤٨٣ – ويدل عليه ما روى صالح بن يحيى بن المقدام بن مَعْدِي كَرِب عن أبيه عن جده عن خالد بن الوليد : أن النبي ﷺ نهى عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير وعن كل ذي ناب من السباع [١] .

٣١٤٨٤ – فإن قيل : يجوز أن يكون نهى عن ذلك ؛ لأن الحاجة دعت إلى ركوبها ، كما روي أنه نهى عن ذبح ذوات الدَّرِّ وعن ذبح فتي الغنم [٢] .

٣١٤٨٥ – قلنا : ظاهر النهي يفيد التحريم ، فمتى عدل به عن الظاهر احتاج إلى دليل .

٣١٤٨٦ – قالوا : قال أبو داود : وهذا منسوخ ، قد أكل لحوم الخيل جماعة من الصحابة ، ابن الزبير وفضالة بن عبيد [٣] وأنس وأسماء .

٣١٤٨٧ – قلنا : النسخ لا يثبت بالاستدلال ، ولا يلتفت إلى قول أبي داود .

٣١٤٨٨ – ولأنه ذو حافر أهلي كالحمار .

٣١٤٨٩ – ولأن ولده لا يؤكل وهو البغل ، فلا يؤكل نفسه كالحمار .

٣١٤٩٠ – فإن قيل : اتفاق الخيل والبغال في الحافر لا يوجب اتفاقهما في الحظر ، ألا ترى أن الجمل والفيل قد اتفقا في الخف ، ولم يتفقا في الإباحة ولا في الحظر ؟ .

٣١٤٩١ – قلنا : الفيل وافق ذات الخف في الخف وفارقها في الناب ، وذو الناب منصوص على تحريمه ، فلم يصح القياس بالخف لإثبات إباحته ، مع نص التحريم على أن الفيل لا خف له . قال ابن دريد في الجمهرة : الجمل والنعامة ذوا خف ، وليس غيره من الحيوان ذو خف . والخيل ساوت الحمر والبغال في الحافر ولم تنفرد عنها بمعنًى يمنع القياس .

٣١٤٩٢ – ولأن الخيل يستحق بها شيء من الغنم ، فأثر ذلك في لحمها كالآدمى .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه ٧٤٤/٢ برقم ٢٢٠٦ .

(٣) هو : فضالة بن عبيد الله بن نافذ بن قيس بن صهيب بن أصرم بن جَحْجَبا القاضي الفقيه أبو محمد الأنصاري الأوسي ، صاحب رسول اللّه صلى لله عليه وسلم من أهل بيعة الرضوان . ولي الغزو لمعاوية ، ثم ولي له قضاء دمشق ، وكان ينوب عن معاوية في الإمرة إذا غاب . حدث عنه : حنش الصنعاني ، وعبد اللّه بن محيريز ، وعبد الرحمن بن جبير ، وعمرو بن مالك الجنبي ، وعبد العزيز بن أبي الصعبة ، والقاسم أبو عبد الرحمن ، وطائفة . وكان فضالة أصغر من شهد بيعة الرضوان . توفي سنة ٥٣ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء ٢٨٠/٤ – ٢٨٣ .

٣١٤٩٣ - احتجوا : بحديث جابر قال : أطعمنا النبي ﷺ لحم [١] الخيل ، ونهانا عن لحوم الحمر [٢] . وروي أنه قال : ذبحنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير ، ولم ينهنا عن الخيل [٣] .

٣١٤٩٤ - قلنا : خبر جابر قد اختلف لفظه ، وروي : أطعمنا [٤] . وروي : لم ينهنا [٥] . وروي : رخص لنا [٦] . وخبرنا لا تعارض فيه ، وخبر جابر يقتضي الإباحة . وليس يمنع أن يكون ﷺ حرم الحمر ، وأنه حرم الخيل بعدها ، أو يكون رخص فيها لأجل الضرورة ، ولم يرخص في الحمر ؛ لأن تحريم الخيل أخف .

٣١٤٩٥ - فإن قيل : يجوز أن يكون حرمها ، ثم أذن فيها ؛ لأن الإذن يقتضي تأخر الإباحة .

٣١٤٩٦ - قلنا : لم يقل أحد أن الخيل كانت محظورة ثم أبيحت .

٣١٤٩٧ - ولأن الإذن لا يقتضي تقديم حظر عليه ، وإنما يفيد الإباحة وهى الأصل ، والحظر طارئ فكان أولى .

٣١٤٩٨ - قالوا : روي عن ابن الزبير وأنس بن مالك وفضالة بن عبيد وسويد بن غَفَلة وأسماء بنت أبى بكر وعلقمة أنهم كانوا يأكلون لحوم الخيل [٧] . وكانت قريش لا تزال تأكل لحوم الخيل على عهد النبي ﷺ ، فهو إجماع .

٣١٤٩٩ - قلنا : قد روي حظر لحومها [٨] عن ابن عباس ، واحتج في ذلك بالآية ، فكيف تصح دعوى الإجماع ؟.

٣١٥٠٠ - قالوا : مذبوحه يحل بيعه أو مذبوحه طاهر ، أو لا ينجس بالذبح ، فصار

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٧٥/١٢ برقم ٥٢٦٨ .

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٧٧/١٢ برقم ٥٢٧٢ .

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٧٥/١٢ برقم ٥٢٦٨ .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه ٣٥١/٣ برقم ٣٧٨٩ .

(٦) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٧٦/١٢ برقم ٥٢٧٠ .

(٧) أخرجه أبو داود بلفظ : وهذا منسوخ ، قد أكل لحوم الخيل جماعة من أصحاب النبي ﷺ ، منهم : ابن الزبير ، وفضالة بن عبيد ، وأنس بن مالك ، وأسماء بنت أبي بكر ، وسويد بن غفلة ، وعلقمة . وكانت قريش في عهد النبي ﷺ تذبحها . انظر : سنن أبي داود ٣٥٢/٣ برقم ٣٧٩٠ .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ١٢٠/٥ برقم ٢٤٣١٨ .

كالنعم .

٣١٥٠١ - قلنا : البيع لا يدل على الإباحة كالسباع ، والطهارة لا تدل على الإباحة ، كالشاة المسمومة .

٣١٥٠٢ - وقولهم : لا ينجس بالذبح . يبطل على أصلهم بالكلب ؛ لأنه لا ينجس بالذبح ، وإنما تبقى نجاسته بحالها . والمعنى في النعم أنه حيوان لطلب النماء بدره ونسله ، والخيل يطلب النماء بنسلها دون درها . أو نقول : النعم ورد الشرع بالامتنان بركوبها وأكلها ، والخيل ورد الشرع بالامتنان بركوبها دون أكلها .

٣١٥٠٣ - قالوا : حيوان يسابق عليه كالبعير .

٣١٥٠٤ - قلنا : المسابقة جازت لتلقين عدة القتال ، وهذا المعنى يقتضي ترك الأكل ليتوفر على القتال ، والمعنى في البعير ما قدمنا .

* * *

مسألة ١٥٥٤

شبع المضطر من الميتة

٣١٥٠٥ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : لا يجوز للمضطر أن يشبع من الميتة ، وإنما يأكل منها مقدار ما يمسك رَمَقه . وهو أحد قول الشافعي رحمه الله [١] .

٣١٥٠٦ - قال وفي قول آخر : يأكل حتى يشبع [٢] .

٣١٥٠٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِ ﴾ [٣] . فحرم الميتة ، وأباحها وهو ما يدعو إليه الضرورة ، فما لا ضرورة إليه على أصل التحريم .

٣١٥٠٨ - فإن قيل : أنه يضطر إلى الشبع ؛ لأن الغالب أن هذا يكون في الأسفار ، فمتى لم يشبع لم يقدر على المشي فيتأخر عن رفقته .

٣١٥٠٩ - قلنا : إذا لم يخف التلف ، لم يجز أن يأكل وهذا خلاف قولهم ، وإذا خاف التلف من الوجه الذي ذكره ، جاز أن يأكل عندنا ما يزيل ذلك الخوف ، فسقط هذا الاعتراض .

٣١٥١٠ - قالوا : في الآية إضمار ، فعندكم : إلا قدر الذي اضطررتم إليه . وعندنا : إلا الذي اضطررتم إليه . والإضمار الواحد أولى من إضمارين .

٣١٥١١ - قلنا : نحن نتساوى في الإضمار ونقول : إلا الذي اضطررتم إليه . وما زاد على تمسك الرمق لا ضرورة إليه ، والذي قد يكون الجنس والقدر قد يدخل في الاستثناء إلا ما يستفاد دخوله .

٣١٥١٢ - ولأن الضرورة زالت بالجزء الأول ، فلو أكل بعده أكل للحاجة لا للضرورة ، والميتة لا تستباح بالحاجة كالابتداء [٤] . أو لأن الجزء الأول في حق المضطر كالطعام المباح ، ولو كان معه ذلك المقدار من لحم مذكّى فأكله ، لم يجز أن يتمم أكله

---

(١) انظر : البدائع ١٨٣/٣ ونصه : « وأما كيفية الاستباحة : فالمأذون فيه حفظ الرمق والتجاوز حرام لأن القصد حفظ النفس » .

(٢) انظر : المجموع ٤٥/٩ ونصه : « قال أصحابنا : يباح للمضطر أن يأكل من الميتة ما يسد الرمق بلا خلاف ، ولا يباح له الزيادة على الشبع بلا خلاف ، وفي حل الشبع قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما .

(٣) سورة الأنعام : الآية ١١٩ .

(٤) ساقطة من صلب (ص) واستدركت في الهامش .

من الميتة ، كذلك إذا أكل الجزء الأول منها .

٣١٥١٣ - ولأن كل حكم تعلق بمعنًى ، زال بزواله إلا أن يلحقه معنًى آخر يتعلق الحكم به ، وقد زالت الضرورة التي أبيح لأجلها ، فتزول الإباحة .

٣١٥١٤ - فإن قيل : لا يمتنع أن يختلف حكم الابتداء والبقاء ، كما أن القادر على نكاح الحرة لا يتزوج الأمة ، فإذا تزوجها وهو لا يجد الطَّوْل ثم وجد ، لم يؤثر ذلك في نكاحها .

٣١٥١٥ - قلنا : عندنا تتساوى الحالتان في مسألة الاستشهاد ، فيجوز أن يتزوج أمة مع وجود الطَّوْل وتبقى على نكاحها معه ، لكنا نسلم أن في الأصول ما يختلف فيه الابتداء والبقاء إذا كانت علة الابتداء غير موجودة في حال البقاء ، فأما إذا وجدت في الحالتين على وجه واحد مثل مسألتنا لم يختلفا .

٣١٥١٦ - ولأن هذا الكلام يصح فيما له ابتداء ومداومة ، وكل جزء من الأكل ابتداء أكل ؛ لأن الأكل ينقطع ثم يستأنف ما يتناوله ، فهو ابتداء . وأي فرق بين أن يأكل الجزء الأول من طعام مباح ، فكذلك هو في الآخر .

٣١٥١٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ (١) .

٣١٥١٨ - قلنا : عندكم تقدير الآية : فلا إثم عليه في الأكل . وعندنا : فلا إثم عليه فيما يدفع الضرورة . وما أضمرناه أولى ؛ لأن المضطر قد يضطر إلى أكلها وإلى الاستصباح بوَدَكها وإلى لبس جلدها ليدفع الحر والبرد ، وهذا حكم تبيحه الضرورة المذكورة ، فإضمارنا بدفعها أولى من إضمار الأكل الذي لم نجد له ذكرًا .

٣١٥١٩ - ولأنه قال : ﴿ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ ﴾ . أي : باغٍ في الأكل ، ولا متعدٍ فيه . ومن تجاوز قدر الضرورة ، فقد اعتدى عندنا (٢) .

٣١٥٢٠ - وزعم مخالفنا أن المراد : غير باغ على الإمام .

٣١٥٢١ - وإذا اختلفا في ذلك ، لم نسلم الإباحة إلا بعد ارتفاع البغي .

٣١٥٢٢ - فإن قيل : قد جعل اللّٰه تعالى البغي صفة الأكل عندما ابتدأ أكله ، فأنتم تجعلونه صفة في الحالة الثانية .

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٧٣ .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

٣١٥٢٣ - قلنا : بل نجعله صفة في الحالتين مبيحة الأكل غير قاصد الشبع ؛ لأن القصد إلى ذلك بغي وعدوان .

٣١٥٢٤ - قالوا : روى جابر بن سَمُرة أن رجلًا جاء النبي ﷺ ومعه أهله وولده ، فسأله عن ناقة له نفقت ، فقال النبي ﷺ : « هل عندك غنًى يغنيك ؟ » قال : لا . قال : « فكلوها » [١] . وهو عام في سد الرمق والشبع .

٣١٥٢٥ - قلنا : أباح بشرط ألا يجد ما يغنيه ، وقد استغنى بالجزء الأول ، فلا يحل له الباقي . يبين ذلك أن الإباحة في القرآن والأخبار مشروطة ، فلا يسقط شرطها بخبر واحد ، ولا بد من أن تحل الإباحة هاهنا على شرط لم ينقل .

٣١٥٢٦ - احتجوا : بحديث أبي واقد الليثي أن رجلًا قال : يا رسول اللّٰه ، إنا نكون بأرض فتصيبنا المخمصة ، فمتى تَحِلُّ لنا الميتة ؟ فقال : « ما لم تصطبحوا [٢] ولم تغتبقوا [٣] ولم تحتفئوا [٤] بها بقلًا ، فشأنكم بها » [٥] فأباح أكلها إذا لم يجدوا ما ذكر وهو على عمومه .

٣١٥٢٧ - قلنا : للمضطر أكلها إذا وجد البقل وهو أصل البُردي [٦] . كذلك يحظر إذا أكل منها ما يقوم مقامه ، ومن يستيسده [٧] ، وصار هذا تنبيهًا على أن الإباحة يشترط فيها الضرورة ، وذلك لا يوجد في الجزء الثاني من الميتة .

٣١٥٢٨ - قالوا : ما جاز أن يسد الرمق منه ، جاز الشبع منه ، أصله : الطعام الحلال ولبن الميتة .

٣١٥٢٩ - قلنا : نقول بموجب العلة إذا كان ما به من الضرورة لا يزول إلا بالشبع ، ويخالف الإكراه فإن المكره على أكل الميتة يجوز أن يشبع . والمعنى في المباح : أنه يجوز أن يبتدأ به من غير ضرورة فجاز البقاء ، والميتة لا يجوز أكلها من غير ضرورة لولدها

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ٣٥٨/٣ برقم ٣٨١٦ باب في المضر إلى الميتة .

(٢) تصطبحوا : تشربوا الصَّبُوح . والصبوح : كل ما أكل أو شرب غدوة . انظر : لسان العرب مادة (صبح) .

(٣) تغتبقوا : تشربوا العشي . انظر : لسان العرب مادة (غبق) .

(٤) تحتفئوا : من الحفاء ، وهو أصل البردي . أي : تقتلعوه بعينه فتأكلوه . انظر : المغرب مادة (خفي) .

(٥) أخرجه أحمد في مسنده ٢١٨/٥ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٣٥٦/٩ برقم ١٩٤٢٢ .

(٦) البُردي - بالضم - : جيد التمر يشبه البَرني . انظر : لسان العرب مادة (برد) .

(٧) غير واضحة في جميع النسخ .

وبيضها ولحمها ولا يجوز أكلها في حال حياتها من غير ضرورة ، فلم يجز الشبع منه بعد موتها .

٣١٥٣٠ - قالوا : طعام مباح من جهة الشرع ، فجاز أن يشبع منه كسائر الأطعمة .

٣١٥٣١ - قلنا : نقول بموجبه على ما قدمنا ، ولا نسلم أنه مباح على الإطلاق ، بل أبيح منه ما يمسك الرمق .

٣١٥٣٢ - قالوا : يجوز أن يشبع من لبنها كالمذكاة .

٣١٥٣٣ - فقد كلمنا على هذا الوصف والأصل .

* * *

مسألة ١٥٥٥

أكل الميتة أو مال الناس

٣١٥٣٤ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا اضطر إلى أكل ميتة أو إلى مال رجل من الناس لم يأذن له في أكل طعامه ، أكل الميتة ولم يتعرض لملك غيره [1] .

٣١٥٣٥ - وقال الشافعي رحمه الله : إذا لم يكن [2] لصاحبه ضرورة إليه ولا يحتاج في أخذه إلى مقاتلة ، فإنه يأكله ويضمنه ، ولا يأكل الميتة . ومنهم من قال بقولنا [3] .

٣١٥٣٦ - لنا : أن المنع من أكل الميتة لحق الله تعالى وقد أذن فيها بشرط الضرورة ، والمنع من مال الآدمي لحقه ولم يأذن ، ولا للآكل حق في ماله ، فصار إطعام الآدمي إذن له في أكله ، وطعام الآخر لم يأذن له .

٣١٥٣٧ - ولأن حق الله تعالى أوسع وحق الآدمي أضيق ؛ لأن الله تعالى غني عن حقوقه والآدمي فقير إليها ، ولهذا يقدم القصاص على الحدود ، وكان تناول ما حظر لحق الله تعالى [4] أولى من تناول ما حظر لحق الآدمي .

٣١٥٣٨ - ولأنه يضطر إلى ميتة وإلى ما يمنع منه إتلافه لحق الآدمي ، وصار كمن وجد الميتة وذبيحة المجوسي ، وكمن وجد الماء النجس وخمر الذمي .

٣١٥٣٩ - ولأن الضرورة تبيح كل واحد منهما ، وفي مال الآدمي إضرار به وكان تناول لا تدخل الضرورة على غيره أولى . ولا يلزم إذا وجد الميتة ومال ابنه ؛ لأن مال الابن لا تقف إباحته على الضرورة ، بل يجوز أخذه للحاجة .

٣١٥٤٠ - احتجوا : بأن ما لو كان لأخيه أو عمه ، منع من أكل الميتة ، فإذا كان لأجنبي وجب أن يمنع ، أصله : إذا كان صاحبه حاضرًا فبذله .

---

(١) انظر : الدر المختار مع رد المحتار ٥٦٤/٢ وعبارته : ويقدم الميتة على الصيد ، والصيد على مال الغير . وانظر أيضًا : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٩ .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) انظر : المجموع ٥٨/٩ وعبارته : إذا وجد ميتة وطعامًا لغائب ، فللشافعي قولان : أصحهما يأكل الميتة ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ؛ لأنه منصوص عليها وطعام غيره مجتهد فيه . والثاني : يأكل طعام غيره ، وبه قال مالك ؛ لأنه مجمع عليه مع طهارته . وانظر أيضًا : الأم ٣٩٥/٨ .

(٤) ساقطة من (م) .

٣١٥٤١ – قلنا : إذا بذله فقد وجد ما يجوز استباحته من غير ضرورة ، ويمكنه إزالة ضرورته من غير إدخال الضرر على مالكه ، فصار كما لو وجد طعامًا مباحًا وطعامًا للغير .

٣١٥٤٢ – قالوا : طعام طاهر صاحبه غير مضطر إليه ولا يحتاج في أكله إلى أن يعوز بنفسه ، فوجب أن يمنع من أكل الميتة ، أصله : إذا بذل له صاحبه بعوض مثله أو بغير عوض .

٣١٥٤٣ – قلنا : إذا بذله صاحبه فقد زالت الضرورة ، فلم يجز له أكل الميتة من غير وجود شرطها ، وإذا لم يبذل لم يمكنه إزالة الضرورة إلا بإدخال ضرر على آدمي ، فصار كما لو بذل له بأكثر من ثمن مثله جاز له أكل الميتة حتى لا تدخل الضرورة على نفسه ببذل الزيادة . فإذا كان يجوز له أن يأكل الميتة حتى لا يضر بنفسه في ماله ، فلأن يأكلها حتى لا يضر بغيره في المال الذي لا تبيحه الضرورة أولى .

٣١٥٤٤ – فإن قاسوا على مال الأخ والعم ، قلنا : بينهما رحم كامل ، فتناول ماله عند الضرورة أولى من أكل الميتة ، كمن وجد طعام ابنه أو أبيه ، والله أعلم بالصواب .

* * *

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب السبق والرمي

كتاب السبق والرمي (١)

....

(١) سَبَق يسبِق سبقًا من باب ضرب ، وقد يكون للسابق لاحق كالسابق من الخيل ، وقد لا يكون كمن أحرز قَصَبة السبق فإنه سابق إليها ومنفرد بها ، ولا يكون له لاحق . قال الأزهري : وتقول العرب للذي يسبق من الخيل : سابق وسبوق مثل رسول ، وإذا كان غيره يسبقه كثيرًا فهو مُسَبَّق مثقل اسم مفعول . والسَّبَق - بفتحتين - : الخطر ، وهو : ما يتراهن عليه المتسابقان . وسَبَّقته - بالتشديد - : أخذت منه السبق . وسبقته : أعطيته إيّاه . قال الأزهري : وهذا من الأضداد . وسابقه مسابقة وسباقًا ، وتسابقوا إلى كذا واستبقوا إليه . ورميت عن القوس رميًا ورميت عليها بمعنًى واحد . قالوا : ولا يقال : رميت بها ، إلا إذا ألقيتها من يدك . ومنهم من يجعله بمعنى : رميت عليها . ويجعل الباء موضع (عن) أو (على) . ورميت الرجل : إذا رميته بيدك . فإذا قلعته من موضعه قلعًا قلت : أرميته عن الفرس وغيره ، بالألف . وقال الفارابي أيضًا في باب الرباعي : طعنه فأرماه عن فرسه . أي : ألقاه . والمرة رَمْيَة ، والجمع : رَمَيَات ، مثل : سجدة وسجدات . ورميت الصيد رميًا ورماية ورماء . والرَّمِيَّة : ما يرمى من الحيوان ذكرًا كان أو أنثى ، والجمع : رَمِيَّات ورَمَايَا مثل : عطية وعطيات وعطايا . وأصلها فعيلة بمعنى مفعولة . ورميته بالقول : قذفته . وترامى القوم مراماة . والمسابقة جائزة بالسنة والإجماع . أما السنة ، فروى ابن عمر أن النبي (سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع ، وبين التي لم تضمر من ثنية الوداع إلى مسجد بني زُرَيق . متفق عليه . قال موسى بن عقبة : من الحفياء إلى ثنية الوداع ستة أميال أو سبعة أميال . وقال سفيان : من الثنية إلى مسجد بني زُرَيق ميل أو نحوه . وأجمع المسلمون على جواز المسابقة في الجملة .

والمسابقة على ضربين : مسابقة بغير عوض ، ومسابقة بعوض . فأما المسابقة بغير عوض ، فتجوز مطلقًا من غير تقييد بشيء معين ، كالمسابقة على الأقدام ، والسفن ، والطيور ، والبغال ، والحمير ، والفيلة ، والمزاريق ، وتجوز المصارعة ورفع الحجر ليعرف الأشد ، وغير هذا ؛ لأن النبي ﷺ كان في سفر مع عائشة فسابقته على رجلها ، فسبقته . قالت : فلما حملت اللحم سابقته فسبقني فقال : « هذه بتلك » . رواه أبو داود . وسابق سلمة بن الأكوع رجلًا من الأنصار بين يدي النبي ﷺ في يوم ذي قرد ، صارع النبي ﷺ ركانة فصرعه . رواه الترمذي . ومر بقوم يربعون حجرًا - يعني : يرفعونه - ليعرفوا الأشد منهم ، فلم ينكر عليهم . وسائر المسابقة يقاس على هذا .

وأما المسابقة بعوض . فلا تجوز إلا بين الخيل والإبل والرمي ، لما سنذكره إن شاء اللّه تعالى . واختصت هذه الثلاثة بتجويز العوض فيها ؛ لأنها من آلات الحرب المأمور بتعلمها وإحكامها والتفوق فيها ، وفي المسابقة بها مع العوض مبالغة في الاجتهاد في النهاية لها والإحكام لها ، وقد ورد الشرع بالأمر بها والترغيب في فعلها ، قال اللّه تعالى : ﴿ وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ ﴾ (الأنفال/٦٠) ، وقال النبي ﷺ : « ألا إن القوة الرمي ، ألا إن القوة الرمي » . انظر : المصباح المنير مادتي (سبق) (رمى) ، والمغني لابن قدامة ٣٦٨/٩ .

مسألة ١٥٥٦

المسابقة على الأقدام

٣١٥٤٥ – قال أصحابنا [رحمهم الله] : تجوز المسابقة على الأقدام بعوض وبغير عوض (١) .

٣١٥٤٦ – وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : لا تجوز بعوض . ومن أصحابه من قال : فيها وجه آخر وهو أنه يجوز (٢) .

٣١٥٤٧ – لنا : ما روي عن عائشة قالت : سابقني رسول الله ﷺ فسبقته ، ثم سابقني فسبقني ، وقال : « هذه بتلك » (٣) . وإذًا المسابقة بالأقدام ، جاز العوض عليها كالسبق بالخيل والإبل . ولا يلزم السبق بالسفن ؛ لأن قياس قولهم يقتضي جوازه . ولا يلزم السبق بالطيور ؛ لأنه لا يجوز بغير عوض ، ولأنه حيوان يسهم له من الغنيمة ، فجاز المسابقة به بعوض كالفرس .

٣١٥٤٨ – ولأن القتال تارة يقع فارسًا وتارة يقع راجلًا ، فإذا جازت المسابقة بعوض بالفرس كذلك بالرجل .

٣١٥٤٩ – ولأن المسابقة تجوز بالخيل والإبل لما فيها من المعونة على وجوب العدو والكر والفر ، وهذا موجود في المسابقة بالقدم لما فيها من طلب الرجل العدو والنجاة منه إذا طُلِب .

٣١٥٥٠ – احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا سبق إلا في خف ، أو في حافر ، أو نصل » (٤) . قالوا : هذا يقتضي أنه لا يجوز السبق بغير ذلك بعوض وغير عوض .

٣١٥٥١ – قلنا (٥) : قامت الدلالة على جوازه بغير عوض ، يقي الباقي على الظاهر ،

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٢٠٧/٦ وعبارته : وأما شرائط جوازه فأنواع منها أن يكون في الأنواع الأربعة الحافر والخف والنصل والقدم ، لا في غيرها .

(٢) انظر : مغني المحتاج ١٦٩/٦ وعبارته مانعًا : وكذا سائر أنواع اللعب كالمسابقة على الأقدام وبالسفن والزوارق ؛ لأن هذه الأمور لا تنفع في الحرب ، هذا إذا عقد عليها بعوض ، وإلا فمباح .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده ٣٩/٦ .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه ٢٩/٣ برقم ٢٥٧٤ ، والبيهقي في السنن الكبرى ١٦/١٠ .

(٥) ساقطة من (م) .

وإنما ذكر النبي ﷺ التي يحتاج إليها في وقت القتال العدو لنفسه بها على كل وجه يجرى مجراها ، ولم يتعرض لذكر العوض ، وإنما العوض فرع على الجواز ، فإذا ثبت مفهوم الكلام والإجماع جواز السبق علي الأقدام ، ثبت جواز العوض أيضًا ؛ لأنه مانع للجواز .

٣١٥٥٢ - قالوا : قد روي : « لا سَبَق إلا في خف أو حافر » . والسَّبَق : العوض المسابق عليه .

٣١٥٥٣ - قلنا : الرواية لا تضبط بتحريك السبق والمشهور تسكينها .

٣١٥٥٤ - ولأن النبي ﷺ تكلم بأحد الأمرين ، فلا يجوز ثباتهما .

٣١٥٥٥ - قالوا : شرط العوض ليس بلازم ، فوجب أن يكون فاسدًا كالسبق في السباحة والمقامرة .

٣١٥٥٦ - قلنا : السبق إذا لم يلزم العوض فسد العقد ، بدلالة المضاربة ، والذي قاسوا عليه أن كان يحتاج إليه في المجاهدة وأخذ العوض في السبق عليه جائز ، وإن كان لا يحتاج إليه فيما فهو لا ينتفع به في الجهاد فكذلك لم [يجز أحد] [1] العوض عنه .

٣١٥٥٧ - قالوا : نوع غرر ، فلا يجوز العوض إلا فيما ورد الشرع به .

٣١٥٥٨ - قلنا : هذا كلام من يخص العلة ، وعندكم لا يصح تخصيصها ، فأما على قولنا فالغرر سامح به [2] في العقود الجائزة كالمضاربة والشركة .

٣١٥٥٩ - قالوا : العَدْو لا يحتاج إلى [3] تعلم وهو في مقدور كل أحد صحت بنيته ، وكان بذل المال فيه من القِمَار كبذل المال على الصياح .

٣١٥٦٠ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن ركوب الخيل في كل طبع سليم الخلقة ، لكنهم يتفاضلون فيه ، فالمسابقة يرتاض فيها للتفاضل ، كذلك العَدْو يتفاضل فيه الناس ، ويتعلمون الصبر عليه والسرعة فيه حتى كل ما يتعلم الفروسية ، والمسابقة تحصل بهذا المعنى ، فأما الصياح فلا يحتاج إليه في الحرب بل يعد فضلًا ، فكذلك لم يجز بدل العوض .

* * *

(١) في (م) : [لم أخذ] . (٢) ساقطة من (م) .

(٣) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، واستدركت في الهامش .

مسألة ١٥٥٧

بدل العوض في الصراع

٣١٥٦١ - الذي يقتضيه مذهب أصحابنا [رحمهم الله] أن بدل العوض في الصراع جائز (١) .

٣١٥٦٢ - وقال أصحاب الشافعي [رحمهم الله] : المشهود من المذهب أنه لا يجوز ، وفيه وجه أخر أنه جائز (٢) .

٣١٥٦٣ - لنا : ما روي أنه ﷺ خرج إلى الأبطح ، فرأى [يزيد بن] (٣) ركانة (٤) يرعى أعنزًا ، فقال للنبي ﷺ : هل لك في أن تصارعني يا محمد ؟ فقال النبي ﷺ : « ما تسبق لي ؟ » فقال : شاة . فصارعه فصرعه . ثم قال : هل لك في العود ؟ فقال : «ما تسبق لي ؟ » ، قال : شاة . فصارعه فصرعه ، ثم قال : هل لك في العود ثالثة ؟ فقال : « ما تسبق لي ؟ » ، قال : شاة . فصارعه فصرعه ، فقال : اعرض عليَّ الإسلام ، فما وضع جنبي الأرض أحد قبلك (٥) . وهذا يدل على جواز المصارعة وأخذ العوض عنها .

٣١٥٦٤ - فإن قيل : علم النبي ﷺ أنه يُسْلِم .

٣١٥٦٥ - قلنا : علمه بأنه يسلم لا يُجَوِّز له شرط ما لا يجوز شرطه .

٣١٥٦٦ - قالوا : لما أسلم رد العوض عليه ، فدل أنه لا يستحق .

٣١٥٦٧ - قلنا : ليس إذا تبرع بالرد يدل على أن الأخذ لم يكن مستحقًا ، بل تبرع له برده بعد إسلامه .

٣١٥٦٨ - قالوا : ليس بآلة للحرب مع القدرة ، فصار كالمشابكة .

٣١٥٦٩ - قلنا : لا نسلم ذلك ؛ لأنه يحتاج إليه في قتال العدو ، ولأنه يحدث الشدة فيبادر الإنسان عدوه بنفسه ، فأما المشابكة فيجوز بدل العوض فيها .

---

(١) انظر : رد المحتار مع الدر المختار ٤٠٥/٦ وعبارته : والمصارعة ليست ببدعة إلا للتلهي فتكره .

(٢) انظر : نهاية المحتاج ١٦٧/٨ وعبارته : لا طير وصُراع - بكسر أوله وقد يضم - في الأصح ؛ لأنها ليست من آلات القتال .

(٣) ما بين المعكوفتين بياض في (ص) .

(٤) هو : يزيد بن ركانة بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف القرشي المطلبي . له صحبة ورواية . روى عنه : ابناه علي وعبد الرحمن . انظر : أسد الغابة ٤٨٧/٥ ، ٤٨٨ .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٨/١٠ برقم ١٩٥٤٦ .

مسألة ١٥٥٨

العقد في المسابقة

٣١٥٧٠ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : بدل العوض في المسابقة لا يلزم بالعقد ، وإنما يلزم بوجود السبق [١] . وهو أحد قول الشافعي رحمه الله .

٣١٥٧١ - وقال في القول الآخر : هو عقد لازم كعقد الإجارة [٢] .

٣١٥٧٢ - لنا : أنه عقد على ما لا يمكن فيه التسليم عقيب العقد ، فلا يتعلق به الاستحقاق كالمضاربة .

٣١٥٧٣ - ولا يلزم إذا استأجر جملًا إلى مكة لا يمكن تسليم ما يستوفي من المنفعة عقيب العقد .

٣١٥٧٤ - ولا يلزم السَّلَم ؛ لأنه يمكن تسليم المُسْلَم فيه عقيب العقد .

٣١٥٧٥ - ولأن المسابقة تعقد للحث على إظهار الجلد ، فصار كما لو قال الإمام : من قتل قتيلًا فله سَلَبه ، ومن غلب على شيء فله ربعه .

٣١٥٧٦ - ولأنه تمليك عين [لا يحصل له في مقابلتها منفعة تحصل له ولجماعة المسلمين] [٣] ، فلا يلزم بالعقد كالوصية والهبة .

٣١٥٧٧ - ولا يلزم إذا استأجره ليبني له مسجدًا ؛ لأن عمارة المسجد منفعة تحصل له ولجماعة المسلمين ؛ لأنه عقد لا يلزم تسليم العوض عقيب عقده محدد ، فلم يكن لازمًا كالجِعَالة .

٣١٥٧٨ - ولأنه عقد على مال وعمل في الجهتين ، فلم يكن لازمًا كالشركة .

٣١٥٧٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [٤] .

---

(١) انظر تبيين الحقائق ٦/٢٢٨ وعبارته : والمراد بالجواز المذكور في باب المسابقة الحل دون الاستحقاق ، حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضي ولا يقضي عليه به .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٦/١٦٩ وعبارته : والأظهر أن عقدهما - أي المسابقة والمناضلة - لازم ، أي لمن التزم العوض . أما من لم يلتزم شيئًا فجائز في حقه ، وقد يكون العقد لازمًا من جانب وجائزًا من جانب كالرهن والكتابة .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٤) سورة المائدة : الآية ١ .

٣١٥٨٠ – قلنا : المراد به : أوفوا بأحكام العقود . وحكم هذا العقد الوفاء به عند حصول العمل .

٣١٥٨١ – قالوا : عقدٌ مِن شَرْطه أن يكون العوض فيه معلومًا ، وما في مقابلته معلومًا ، فأشبه عقد الإجارة .

٣١٥٨٢ – قلنا : لا نسلم أن العمل فيه معلوم ؛ لأنه شرط السبق ، وقد يسبق بمكابدة الدابة أو [...] [1] بمسافة كبيرة . والمعنى في الإجارة أنه يمكن تسليم العين التي يستوفي منها المنفعة في الحال ، وفي مسألتنا بخلافه .

٣١٥٨٣ – قالوا : إذا لم يلزم العقد بطل المقصود به ومنع من الدخول فيه ؛ لأنه إذا أخبرت بالعلة وظهرت دلالة السبق ، رجع عنه وفسخ العقد ، فيبطل العمل ويسقط العوض . وليس كذلك المضاربة ؛ لأنه إذا فسخها بعد العمل ، مكنه من بيع ما اشترى ليحصل له الربح ، وفي الجعالة إذا عمل بعض العمل يقول للذي شرط : إن أردت فسخ العقد ، فعليك أجرة المثل لما عُمِل .

٣١٥٨٤ – قلنا : هذا غلط ؛ لأنهما إذا استبقا ولم يُظْهِر الواحد منهما أمارة السبق ، فأما على العقد : فاستحق العوض ، فإذا كانت الفائدة موجودة من موضع واحد اكتفي به .

* * *

(١) توجد هنا إحالة على الهامش ، لكنها مطموسة ، وساقطة من (م) .

مسألة ١٥٥٩

الشرط الفاسد في المسابقة

٣١٥٨٥ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا شرط في المسابقة شرطًا فاسدًا مثل أن يقول : إني أطعم العوض أصحابي . صح العقد وبطل الشرط (١) .

٣١٥٨٦ - وقال الشافعي رحمه الله : العقد فاسد (٢) .

٣١٥٨٧ - لنا : أنه عقد لا يتعلق به اللزوم فلم يفسده الشرط الفاسد كالهبة والرهن ، وقد دل على الرهن قوله ﷺ : « لا تُعَلِق الرهن ولا الهبة » (٣) .

٣١٥٨٨ - ولأن النبي ﷺ أجاز العُمْرى لأهلها وأبطل الشرط .

٣١٥٨٩ - ولأنه عقد لا تقف صحته على تسمية بدل ، فلم يفسده الشرط كالنكاح .

٣١٥٩٠ - احتجوا : بأنه تمليك شَرَط فيه ما يمنع كمال التصرف ، كما لو باع طعامًا وشرط أن أصحابه يأكلونه (٤) .

٣١٥٩١ - قلنا : هناك العقد لا يصح بغير بدل ، فإذا شرط في البدل شرطًا فاسدًا فسد العقد . وفي مسألتنا يصح العقد من غير ذكر البدل ، فإذا شرط في البدل شرطًا فاسدًا لم يبطل العقد كالنكاح .

* * *

(١) انظر : رد المحتار على الدر المختار ٢٥٨/٥ وعبارته : ولا بأس بالمسابقة في الرمي والفرس والإبل وحل الجعل ، وطاب : إن شرط المال في المسابقة من جانب واحد ، وحرم : لو شرط فيها من الجانبين ؛ لأنه يصير قمارًا .

(٢) انظر : شرح الزرقاني ١٥٢/٣ وعبارته : وشرط المسابقة علم الموقف والغاية وتساويهما فيهما ، وتعيين الفرسين ويتعينان ، وإمكان سبق كل واحد . فإن كان أحدهما ضعيفًا يقطع بتخلفه أو فارهًا يقطع بتقدمه لم يجز .

(٣) انظر : لسان الميزان لابن حجر ٣٠/١ .

(٤) ساقطة من (م) .

مَوْسُوعَة
القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَةِ
المُسَمَّاة
التَّجْرِيدُ

كتاب الأيمان (1)

(1) الأيمان : جمع يمين ، وهي تؤنث وتذكر . وتجمع أيضًا على : أَيْمُن .
ومن معاني اليمين لغة : القوة ، والقسم ، والبركة ، واليد اليمنى ، والجهة اليمنى . ويقابلها : اليسار ، بمعنى : اليد اليسرى ، والجهة اليسرى .
أما في الشرع : فقد عرفها صاحب غاية المنتهى من الحنابلة بأنها : توكيد حكم بذكر معظم على وجه مخصوص . ومقتضى هذا التعريف تخصيص اليمين بالقسم ، لكن يستفاد من كلام الحنابلة في مواضع كثيرة من كتبهم تسمية التعليقات الستة أيمانًا ، وهي تعليق : الكفر والطلاق والظهار والحرام والعتق والتزام القربة . وقرر ذلك ابن تيمية في مجموع الفتاوى . وحكمة تشريع اليمين أنه من أساليب التأكيد المتعارفة في جميع العصور ، إما لحمل المخاطب على الثقة بكلام الحالف ، وأنه لم يكذب فيه إن كان خبرًا ، ولا يُخْلِفه إن كان وعدًا أو وعيدًا أو نحوهما ، وإما لتقوية عزم الحالف نفسه على فعل شيء يخشى إحجام نفسه عنه ، أو ترك شيء يخشى إقدامها عليه ، وإما لتقوية الطلب من المخاطب أو غيره وحثه على فعل شيء أو منعه عنه . فالغاية العامة لليمين قصد توكيد الخبر ثبوتًا أو نفيًا . انظر : الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٤٥/٧ .

مسألة ١٥٦٠

كفارة اليمين الغموس

٣١٥٩٢ – قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : يمين الغموس يأثم بها ، ويلزمه الاستغفار والتوبة ، ولا كفارة عليه [١] .

٣١٥٩٣ – وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : يجب فيها الكفارة [٢] .

٣١٥٩٤ – لنا : ما روى ابن مسعود قال : قال رسول اللّه ﷺ : « من حلف على [٣] يمين يقتطع بها مالًا هو فيها فاجر ، لقي اللّه تعالى وهو عليه غضبان » [٤] . وقد دل تصديقه في كتاب اللّه تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا ﴾ [٥] . فذكر اللّه تعالى الوعيد في يمين الغموس دون الكفارة وكذلك النبي ﷺ ، فالظاهر أن ذلك جميع حكمها ، فلو وجبت الكفارة بينها .

٣١٥٩٥ – وروى جابر بن عبد اللّه أن النبي ﷺ قال : « من حلف على منبري هذا بيمين آثمة ، تبوأ مقعده من النار » [٦] .

٣١٥٩٦ – وروي أنه ﷺ لما لاعن بين المتلاعنين قال : « أحدكما كاذب ، فهل من تائب ؟ » [٧] فأمر بالتوبة ، ولم يأمر بالكفارة . والتوبة معلوم وجوبها بالعقل ، والكفارة إنما تعلم بالشرع ، فكان بيان الكفارة لو وجبت أولى .

٣١٥٩٧ – وروي عن ابن مسعود أنه قال : كنا نعد من الذي لا كفارة فيه اليمين الغموس [٨] . وهذا إخبار عنه وعن نظرائه وأصحابه .

---

(١) انظر : المبسوط ١٢٨/٨ وعبارته : والتي لا تُكفَّر اليمين الغموس . وانظر أيضًا : البدائع ١٦/٣ .

(٢) انظر : مغني المحتاج ١٨٩/٦ وعبارته : اليمين الغموس سميت بذلك ؛ لأنها تغمس صاحبها في الإثم أو في النار ، وهي من الكبائر ، وتتعلق بها الكفارة خلافًا للأئمة الثلاثة .

(٣) ساقطة من (م) .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ٨٨٩/٢ برقم ٢٣٨٠ ، ومسلم ١٢٢/١ برقم ١٣٨ .

(٥) الآية ٧٧ من سورة آل عمران .

(٦) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٢١٠/١٠ برقم ٤٣٦٨ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٣٩٨/٧ برقم ١٥٠٨٥٠ .

(٧) أخرجه البخاري ١٧٧٢/٤ برقم ٤٤٧٠ ، مسلم ١١٣٢/٢ برقم ١٤٩٣ .

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٨/١٠ برقم ١٩٦٦٨ .

٣١٥٩٨ - فإن قيل : ذكر الله تعالى المأثم في هذه الآية ولم يذكر الكفارة ، وبينها في الآية الأخرى .

٣١٥٩٩ - قلنا : ذكر الله تعالى الكفارة في يمين معقود ولم يذكر في غيرها فلم يكن في ذلك بيان لما لا يعلم أنه منعقد .

٣١٦٠٠ - فإن قيل : ذكر الله تعالى في يمين الغموس المؤاخذة مجملة فقال : ﴿ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ (١) . وبين ﷺ المؤاخذة بالكفارة .

٣١٦٠١ - قلنا : قد ذكر الله تعالى المؤاخذة مجملة وبينها في الآية الأخرى بقوله : ﴿ أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ ﴾ (٢) . وبينها ﷺ بقوله : « لقي الله وهو عليه غضبان » . ولو كانت المؤاخذة عبارة عما بينه وعن الكفارة ، لم يؤخر ذلك عن وقت الحاجة .

٣١٦٠٢ - وروي عن الأشعث بن قيس أنه قال : نزلت هذه الآية فيَّ وفي صاحب لي بيني وبينه [بئر في] (٣) أرض ، فقال : هي لي ، فأتينا النبي ﷺ فاختصمنا إليه ، وقال لي : « هل لك شهود ؟ » قلت : لا ، فقال لصاحبي : « احلف » ، فعند ذلك نزلت الآية (٤) . والبيان لا يتأخر عن وقت الحاجة .

٣١٦٠٣ - فإن قيل : بأنه بين حكم الآخرة .

٣١٦٠٤ - قلنا : الظاهر أن ما بينه جميع الحكم .

٣١٦٠٥ - ولأنه ﷺ بيَّن حكم الدنيا في اليمين الغموس ، فقال : « تدع الديار بلاقع » (٥) . ولم يذكر الكفارة .

٣١٦٠٦ - ولأنها يمين على أمر واقع ، فلا تتعلق بها الكفارة كاللغو .

٣١٦٠٧ - ولأنها يمين يقارنها الحِنْث ، فوجب لمن لا يتعلق بها الكفارة ، أصله : يمين اللغو . والدليل على مقارنة الحنث لها : أن ما به يحنث مقدم عليها ، كما أن ما به

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٥ .   (٢) سورة آل عمران : الآية ٧٧ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٤) انظر : صحيح البخاري ٨٣١/٢ برقم ٢٢٢٩ .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٥/١٠ برقم ١٩٦٥٥ .

وبَلاقِع : جمع بَلْقَع وبلقعة ؛ وهي : الأرض القفر التي لا شيء بها . ومعنى الحديث : أن الحالف بها يفتقر ويذهب ما في بيته من الرزق . انظر : النهاية في غريب الحديث والأثر مادة (بلقع) .

يكذب المخبر [يقدم الخبر] [١] . فإن كان الكذب يقارن خبر المخبر بالكذب ، كذلك لا يحنث يقارن الحلف .

٣١٦٠٨ - ولا يلزم إذا حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبًا ؛ لأن الحنث يتأخر هذا اليمين ، بدلالة أن الحنث لا يكون باليأس من الفعل حتى يمضي وقت الفعل . ولهذا لو حلف ليصعدن السماء اليوم ، لم يحنث حتى يمضى اليوم ، وإن كان اليأس موجودًا أول النهار ففي مسألة الإلزام اقتضت اليمين فعلًا يعقبها بشرط الحنث اليأس في ذلك الوقت ، ولم يوجد [منع يحنث به مع اليمين لكنه] [٢] يعقبها .

٣١٦٠٩ - فإن قيل : يمين اللغو غير مقصودة ، فلم تتعلق الكفارة بها ، والغموس مقصودة فيه فيتعلق بها الكفارة ، وحقوق اللّٰه تعالى يختلف فيها القصد وغير القصد ، وعدم القصد في يمين للغو ليس هذا هو المسقط للكفارة ، لكنه منع انعقاده ، ولم تجب الكفارة بقصد الانعقاد .

٣١٦١٠ - وهذا المعنى موجود في مسألتنا ؛ لأن اليمين لم ينعقد لمعنًى آخر ، وليس عدم الانعقاد مختصًّا بعدم القصد .

٣١٦١١ - ولأنها يمين لو وجدت مع النسيان ، لم يتعلق بها كفارة ، كذلك إذا وجدت مع القصد كاليمين مع الاستثناء .

٣١٦١٢ - ولأنها يمين لم يتأخر عنها الحنث ، فلا تجب بها كفارة كيمين الصبي والمجنون واليمين مع الاستثناء واللغو .

٣١٦١٣ - ولأن اليمين لا تتعلق الكفارة بها كاليمين على المستقبل .

٣١٦١٤ - ولأن الكفارة تجب بارتكاب ما حظر به اليمين أو بمخالفة ما أوجبه ، والإيجاب إنما يكون في المستقبل دون الماضي كأوامر اللّٰه تعالى ونواهيه . والدليل على أن هذا لا ينعقد أن العقد ما توهم فيه البقاء والانحلال ، وهذا لا يوجد في الغموس .

٣١٦١٥ - ولا يلزم إذا حلف ليصعدن السماء ؛ لأن البقاء متوهم ، بدلالة أنه لو قال : لأصعدن السماء اليوم . لم يحنث إلا بعد غروب الشمس . وإذا أَطْلَق فاليمين يبقى وقتًا واحدًا يعجز عن الفعل منه ثم ينحل .

٣١٦١٦ - ولأن ما يوجب انحلال العقد إذا قارنه ، منع انعقاده كالردة إذا قارنت

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

عقد النكاح والرضاع إذا قارنه ، والحدث إذا قارنه تحريمة الصلاة .

٣١٦١٧ – ولا يلزم إذا حلف ليصعدن السماء ؛ لأن الموجب بحل اليمين اليأس من الفعل في الزمان الذي اقتضت اليمين الفعل فيه ، وذلك لا يكون إلا في وقت مستقبل بعد اليمين .

٣١٦١٨ – ولا يلزم إذا اشترى ذا رحم محرم منه ؛ لأن المعنى الموجب لزوال الملك العتق ، وذلك لا يقارن الشراء ، وإنما تقارنه القرابة التي هي سبب الحرية .

٣١٦١٩ – ولأن العقد ما أوجب معنًى أو حرم معنًى ، وهذا اليمين لا يوجد فيها أحد المعنيين فلم ينعقد إذا ثبت هذا ، وكل يمين لم ينعقد لا تتعلق بها كفارة ، أصله يمين اللغو ؛ لأن اللَّه تعالى أوجب الكفارة في اليمين المنعقدة .

٣١٦٢٠ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَـٰنِكُمْ ﴾ (١) [إلى قوله] (٢) : ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّـٰرَةُ أَيْمَـٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾ (٣) . قالوا : كفارة اللغو المنعقدة وإن كانت هذه اليمين ليست بلغو كانت منعقدة ، ثم فرق بين اللغو وغيرها بالمؤاخذة ، وهذه اليمين مؤاخذ بها ، فيجب أن تدخل في خبر التكفير . ثم قال : فكفارته تعلق التكفير بعقد اليمين ، وذلك لا يكون إلا في الغموس . ثم قال : ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّـٰرَةُ أَيْمَـٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ۚ وَٱحْفَظُوٓا۟ أَيْمَـٰنَكُمْ ﴾ (٤) . فكل حالف يجب أن تكون ذلك كفارته إلا ما خصه دليل ، والحالف اسم لمن حلف على الماضي ، قال اللَّه تعالى : ﴿ يَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ مَا قَالُوا۟ وَلَقَدْ قَالُوا۟ كَلِمَةَ ٱلْكُفْرِ ﴾ (٥) . فسمى الغموس حالفًا .

٣١٦٢١ – الجواب : أن اللَّه تعالى نفى المؤاخذة عن يمين اللغو ، وأثبتها في اليمين المنعقدة ، وقد دللنا على أن هذه اليمين غير منعقدة ؛ لأنها (٦) لا توجب شيئًا ولا تثبت تحريمًا .

٣١٦٢٢ – فإن قيل : قرئت الآية بقراءتين بالتخفيف والتشديد ، فقوله : ﴿ عَقَّدتُّمُ ﴾ (٧) بالتشديد يفيد عقد القلب .

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٥ . (٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) سورة المائدة : الآية ٨٩ . (٤) سورة المائدة : الآية ٨٩ . (٥) سورة التوبة : الآية ٧٤ .

(٦) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٧) قرأ بالتشديد : ابن كثير ، ونافع ، وأبي عمرو ، وحفص عن عاصم . وقرأ بالتخفيف : حمزة ، والكسائي ، وأبو بكر عن عاصم . انظر : السبعة في القراءات لابن مجاهد ٢٤٧/١ .

٣١٦٢٣ - قلنا : قال الزجاج [١] وأبو علي [٢] : إن ﴿ عَقَّدتُّمُ ﴾ بالتشديد لا يجوز أن يفيد معنًى غير ما أفاد ﴿ عقَدتم ﴾ بالتخفيف ، وإنما يفيد التأكيد والتكرار ، كقولنا : قَتَل وقَتَّل ، وضَرَب وضَرَّب . فإذا كل واحد من القراءتين يفيد الانعقاد .

٣١٦٢٤ - قالوا : عقد اليمين هو القصد إليها بقلبه ، يدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ [٣] . وكسب القلب هو القصد به ، قال الشاعر :

خطرات الهوى تروح وتغدو ولقلب المحب حل وعقدُ [٤]

٣١٦٢٥ - قلنا : العقد هو الانعقاد لا القصد ، بدلالة عقد البيع والنكاح ، فأما قوله تعالى في سورة البقرة : ﴿ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ [٥] . فالمراد به مؤاخذة المأثم . وقوله في سورة المائدة : ﴿ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ ﴾ . المراد به المؤاخذة بإيجاب الكفارة دون المأثم ، بدلالة أن الكفارة تتعلق بالمؤثم فيه وبما يجب فيه الحنث إذا حلف لا يصلى ، أو ليقتلن فلانًا .

٣١٦٢٦ - فأما البيت الذي ذكره : فلا نعلم أنه مما يجوز الاحتجاج بقول قائله ، وهذا كلام لين من شعر المحدثين . على أن المراد به ليس القصد ، وإنما المراد ما يخامر القلب من الحب ثم يفارقه ، فسمى القلب بالحب عقد للقلب ، وجعل زوال ذلك كلمه والحب فالقلب بغير قصد ، فلا يثبت لمخالفنا ما قاله .

٣١٦٢٧ - فإن قيل : إن اللَّه تعالى قال : ﴿ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ ﴾ [٦] . وهذه يمين عقدها وإن لم تنعقد . وقد يقال : عقد فيما لم ينعقد ، كبيع الحر .

٣١٦٢٨ - قلنا : هذا ليس بصحيح ؛ لأن العقد الفعل ، والانعقاد المفعول ، فلا يقال : عقد .

٣١٦٢٩ - فأما قولهم : أنه قابل اللغو بالمنعقدة ، فإذا كانت هذه اليمين من غير

---

(١) هو : إبراهيم بن محمد بن السري الزجاج البغدادي الإمام نحوي زمانه أبو إسحاق ، مصنف كتاب معاني القرآن وله تآليف جمة . مات سنة ٣١١ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء ٣٥٤/١١ .

(٢) هو : الحسن بن أحمد بن عبد الغفار الفارسي الغنوي أبو علي الفارسي إمام النحو صاحب التصانيف . حدث بجزء من حديث إسحاق بن راهويه سمعه من علي بن الحسين بن معدان ، وتفرد به . وعنه : عبيد اللَّه الأزهري ، وأبو القاسم وأبو محمد الجوهري . قدم بغداد شابًا ، وتخرج بالزجاج ، وسكن طرابلس . مات ببغداد في ربيع الأول سنة ٣٧٧ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء ٤٣٨/١٢ ، والعبر ٤/٣ .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٥ .

(٤) انظر : طلبة الطلبة ص٦٨ .

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٢٥ .

(٦) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

اللغو كانت منعقدة .

٣١٦٣٠ - وليس بصحيح ؛ لأن هذا يكون إذا ثبت أنه لا قسم لليمين إلا قسمين ، فأما اليمين عندنا فثلاثة أقسام ، فلا يصح ما قالوه . كما إذا قلنا : هذا قتل ليس بخطأ . لم يجب أن يكون عمدًا ؛ لأن القتل : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ . فإذا انتفى عنه الخطأ لم يثبت العمد .

٣١٦٣١ - وأما قولهم : إنه فَرَّق بين اللغو وغيرها بالمؤاخذة .

٣١٦٣٢ - فقد بينا أن المؤاخذة المذكورة في المائدة هي المؤاخذة بإيجاب الكفارة لا بالمأثم .

٣١٦٣٣ - وأما قوله : إنه علق الكفارة بنفس اليمين .

٣١٦٣٤ - غلط ؛ لأن الحنث مراد بالإجماع ، عندنا : المراد الحنث المتأخر ، وعندهم المتقدم .

٣١٦٣٥ - وقوله : ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾ (١) . الحنث مضمر فيه عند مخالفنا ، فالمضمر : قد كنتم حنثتم ، وعندنا : إذا حلفتم خنثتم . وما قلناه أولى ؛ لأنه قال : ﴿ وَٱحْفَظُوٓاْ أَيْمَٰنَكُمْ ﴾ (٢) . واليمين التي يؤمر لزم بحفظها هي التي أمكن فيها البر والحنث ، فأما الغموس : فالحنث معها فلا يؤمر بحفظها .

٣١٦٣٦ - فإن قيل : قوله : ﴿ وَٱحْفَظُوٓاْ أَيْمَٰنَكُمْ ﴾ (٣) . معناه : لا تحلفوا . قال الشاعر :

قليل الألايا حافظ ليمينه ... فإن صدرت منه الألية بَرَّتِ (٤)

٣١٦٣٧ - قالوا : والمراد بقوله : حافظ ليمينه . أي : لا تحلفوا . وليس المراد به : لا يحنث . فإن هذا قد ذكره في المصراع الثاني .

٣١٦٣٨ - قلنا : حفظ الشيء حقيقته أن يوجد فيحفظ ، فأما ألا يوجد فيحفظ بمعنى أنه لا يفعل ، فليس بحقيقة ، يبين ذلك : أن الشاعر قال : قليل الألايا حافظ ليمينه . معناه : أنه يحلف قليلًا ، ويحفظ ما حلف عليه . والمصراع الثاني تأكيد لما في صدر البيت .

٣١٦٣٩ - قالوا : وجد الحلف بالله ، والمخالفة مع القصد والاختيار من الحالف ، فوجب أن تكون الكفارة واجبة ، أصله اليمين على المستقبل وإذا قال : لأقتلن فلانًا .

---

(١) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٢) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٣) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٤) انظر : لسان العرب مادة (ألو) .

وهو يعلم أنه ميت .

٣١٦٤٠ - قلنا : أما المخالفة فلا نسلمها ؛ لأنها تكون [1] إذا عقد على المستقبل ، فأما الماضي فهو مخبر بالكذب .

٣١٦٤١ - ولا يقال : حالف ذكر العتبي في باب ما يضعه الناس في غير موضعه : وينتقض بالمولى إذا آلى ، لا كفارة عليه عندهم مع وجود الأوصاف .

٣١٦٤٢ - وقولهم : وجد الحلف باللّٰه تعالى لا معنًى له ؛ لأن الكفارة لا تختص بذلك بدلالة من قال لامرأته : أنت حرام عليَّ . ومن قال : لله عليَّ نذر . والمعنى في اليمين على الاستقبال ، إذ الحنث لا يقارن في عقدها . وفي مسألتنا لما قارن عقدها لم تتعلق بها كفارة ، فإذا حلف ليقتلن فلانًا فاليمين يتعلق بها إيجاب معنًى ، فجاز أن يحل إلى الكفارة .

٣١٦٤٣ - قالوا : ما تعلق بالحنث بالمستقبل تعلق بالماضي ، أصله : وقوع الطلاق والعتاق .

٣١٦٤٤ - قلنا : إذا قال : إن كنت دخلت الدار فامرأتي طالق . هذا الإيقاع من غير شرط ، فوقع . وفي مسألتنا : لا يتعلق باليمين بالشرط ، فسقط وبقي ذكر اسم اللّٰه تعالى لا على وجه اليمين ، فلم لا يتعلق به كفارة ، ولهذا المعنى وقع اللغو في هذا اليمين ، ولم يقع في الطلاق والعتاق لغو عندنا .

٣١٦٤٥ - ولأن تعليق الطلاق بأمر ماضٍ ، لم يحنث . ولو وَكَّل وكيلًا بالطلاق ، تعلق الطلاق بأمر ماضٍ وقع الطلاق ، ولو كان يمينًا لم يقع .

٣١٦٤٦ - قالوا : يمين باللّٰه تعالى مترددة بين الصدق والكذب ، فيجب أن يكون الكذب ؛ لأن الكذب في الماضي ، وفي المستقبل خُلْف الوعد .

٣١٦٤٧ - وقولهم : فيجب أن يكون الكذب فيها حنثًا .

٣١٦٤٨ - ليس بصحيح ؛ لأن هذا تعليل لإثبات اسم ، وأهل اللغة قالوا : إن الماضي كذب لا يسمى حنثًا . فلا يصح القياس لإثبات لغة أنكروها ، والمعنى في المستقبل ما ذكرنا .

٣١٦٤٩ - قالوا : كل يمين لو صح البقاء عليها ، كانت يمينًا تتعلق بها الكفارة ، وإن لم يصح البقاء عليه كقوله : لأقتلن فلانًا .

---

(١) ساقطة من (م) .

٣١٦٥٠ - قلنا : لا نسلم أنه إذا قال : لأقتلن فلانًا . لا يصح البقاء عليها ؛ لأنه تبقى جزء واحد من الوقت ثم يحنث ، والمعنى في الأصل ما ذكرنا .

٣١٦٥١ - قال الشافعي : ليس في الغموس أكثر من المأثم ، وذلك لا ينفي الكفارة كالظهار [١] .

٣١٦٥٢ - قلنا : ليس المانع من الكفارة المأثم ، وإنما المانع عدم انعقاد اليمين .

٣١٦٥٣ - قالوا : اليمين يقع على الماضي والمستقبل ، فإذا كانت اليمين على المستقبل انقسمت إلى : ما تجب فيه الكفارة ، وما لا تجب كذلك الماضي

٣١٦٥٤ - قلنا : اليمين على المستقبل عندنا غير منقسم ، بل الكفارة تتعلق بجميعها ، كما أنها على الماضي لا تنقسم ، فلا يتعلق بجميعها الكفارة .

٣١٦٥٥ - قالوا : كل معنًى إذا طرأ على عقد صحيح وأوجب الكفارة إذا قارنه ، أوجب الكفارة كالوطء في الحج .

٣١٦٥٦ - قلنا : لا فرق بين أن يوجد الوطء في الإحرام الصحيح أو الفاسد في إيجابه الكفارة ، ويبطل بمن أحرم وعليه طيب لو طرأ الطيب على الإحرام أوجب الكفارة ، وإذا قارن لم يوجب . والجماع إذا طرأ على الصوم ، أوجب الكفارة ، وإن طلع الفجر وهو يجامع ونزع لم يوجب الكفارة . والمعنى في الإحرام : أن الكفارة تتعلق بهتك حرمته ، وهذا المعنى موجود في المقارن والطارئ ، [والكفارات في مسألتنا تتعلق بحل يمين منعقدة ، وهذا لا يوجد في الحنث بالمقارن] [٢] .

٣١٦٥٧ - قالوا : اليمين إذا طرأ عليها اليأس من فعل المحلوف حلها ، فإذا قارنها لم يحل [٣] انعقادها كذلك المحالف .

٣١٦٥٨ - قلنا : عندنا أن اليأس ما تناولته اليمين المقارن ؛ لأنها تقضي إيجاد الفعل بعد اليمين ، فما لم يوجد الوقت لا يتعلق باليأس حكم ، كما لو قال : إن لم أصعد السماء غدًا . لم يحنث حتى يمضي الغد ، وإن لم يقدم اليأس على مضيه . يبين ذلك : أن فوات وقت الوجوب ، يوجب فوات الحج ، فإذا أحرم قبل طلوع الفجر من الكوفة ، فاليأس من الإدراك يتحقق ولا يصير حانثًا حتى يطلع الفجر .

---

(١) انظر : الأم ٦٣/٧ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٥٦١

قول الحالف أحلف أو أشهد

٣١٦٥٩ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا قال الحالف : أقسم أو أحلف أو أشهد ، كان حالفًا (١) .

٣١٦٦٠ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : لا يكون حالفًا (٢) .

٣١٦٦١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ ۝١٧ وَلَا يَسْتَثْنُونَ ﴾ (٣) . ولم يقل : أقسموا باللّه . والاستثناء إنما يدخل في اليمين ، ﴿ وَقَاسَمَهُمَا إِنِّي لَكُمَا لَمِنَ النَّاصِحِينَ ﴾ (٤) . وقال تعالى : ﴿ إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ ﴾ . ثم قال : ﴿ اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً ﴾ (٥) .

٣١٦٦٢ - فإن قيل : إن اللّه تعالى أخبر أنهم أقسموا ولم يبين المقسم ، فيجوز أن يكون أقسموا باللّه ، وهذا كما نقول : شتمت فلانًا . فذلك على وجود الشتم ، ولا يدل على اللفظ الذي شتم فيه .

٣١٦٦٣ - قلنا : قوله تعالى : ﴿ إِذْ أَقْسَمُوا ﴾ حكاية ، فالظاهر أنهم قالوا : أقسمنا . وأنهم قالوا معنى ذلك غير الظاهر .

٣١٦٦٤ - قالوا : روي أن اللّه تعالى لما عاتب آدم على الأكل من الشجرة قال : ما علمت أن أحدًا يقسم بك كاذبًا ، فدل أن إبليس أقسم باللّه .

٣١٦٦٥ - قلنا : هو يقسم باللّه تعالى وإن حذف اسمه من الكلام ، فلا يكون فيما قالوه دلالة .

٣١٦٦٦ - ويدل عليه ما روى عبد الرحمن (٦) بن صفوان جاء أبي (٧) النبي ﷺ

---

(١) انظر : البدائع ٨/٣ وعبارته : قال : أقسم أو أحلف أو أشهد أو أعزم ، كان يمينًا في قول أصحابنا الثلاثة ، وعند زفر لا يكون يمينًا .

(٢) انظر : الأم ٦٥/٧ وعبارته : ونقول : إنه إن قال : أشهد ولم يقل باللّه ، أو : أقسم ولم يقل باللّه ، أو : أعزم ولم يقل باللّه ، أو قال : اللّه ، أنه إن لم يكن أراد به يمينًا في ذلك كله أنه لا حنث عليه ، وإن أراد يمينًا فمثل قوله : واللّه .

(٣) سورة القلم : الآية ١٧ . (٤) سورة الأعراف : الآية ٢١ . (٥) سورة المنافقون : الآية ٢ .

(٦) في جميع النسخ : [اللّه] ، والمثبت من مصادر التخريج .

(٧) في (م) : [إلى] .

ليبايعه على الهجرة ، فمد ﷺ يده فبايعه ، وقال : « أبررت عَمِّي ، ولا هجرة بعد الفتح »[١] .

٣١٦٦٧ – وقولهم : إن الراوي اختص اسم اللَّه غير الظاهر . وروي أن أبا بكر فسر رؤيا ، فقال له النبي ﷺ : « أصبت بعضًا ، وأخطأت بعضًا » . وقال أبو بكر : أقسمت عليك يا رسول اللَّه لتخبرني بالذي أخطأت . فقال ﷺ : « لا تقسم يا أبا بكر »[٢] . ولم يقل : أقسمتُ باللَّه .

٣١٦٦٨ – ولأن قوله : « أُقْسِم » حذف المفعول ، قال أبو علي : هذا جائز ، ويجوز القياس عليه ، وإنه كثير في القرآن ، قال تعالى : ﴿ رَبَّنَآ إِنِّيٓ أَسۡكَنتُ مِن ذُرِّيَّتِي ﴾[٣] . تقديره : ذرية من ذريتي . فإذا كان كذلك ، فذكر اسم اللَّه تعالى وحذفه سواء .

٣١٦٦٩ – ولأن القسم جملة تؤكد بها جملة ، والحلف بغير اللَّه تعالى لا يجوز ، فيجوز حمل أمر المسلم على الصحة ، وأنه أقسم بما أذن فيه ولم يقسم بما نُهِي عنه .

٣١٦٧٠ – ولأن القسم يذكر تعظيمًا للمقسم به ، وهذا التعظيم يجري مجرى العبادات ، فلا يستحقه إلا اللَّه تعالى ، فصار ذلك معلق بالحسن حذفه .

٣١٦٧١ – احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ﴾[٤] الآية . واللعان يمين ، فدل على أن اليمين يفتقر إلى ذكر اسم اللَّه تعالى .

٣١٦٧٢ – قلنا : اللعان شهادة مؤكدة باليمين ، واليمين موضوعها أن يقع باسم اللَّه تعالى ، وقد يحذف الاسم اختصارًا ؛ لأنه معلوم ، وأمر اللَّه تعالى بالأصل لا بالكلام وفيه احتمال ، فأمر اللَّه تعالى بذكر الاسم ليزول الاحتمال .

٣١٦٧٣ – فإن قيل : هذا الاحتمال في الحالف موجود .

٣١٦٧٤ – قلنا : إن أراد بقوله : أقسم بغير اللَّه ، لم يكن حالفًا .

٣١٦٧٥ – فإن قيل : فينبغي أن يكون الشاهد عند الحاكم حالفًا ؛ لأنه قال : أشهد ، ويجوز أن يكون المؤذِّن حالفًا ؛ لأنه قال : أشهد .

٣١٦٧٦ – قلنا : لا يمتنع أن تكون الشهادة مؤكدة بالقسم ، ويكون الخبر في الأذان مؤكدًا بالقسم .

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه ٦٨٣/١ برقم ٢١١٦ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٤٠/١٠ برقم ١٩٦٧٤ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٥٨٢/٦ برقم ٦٦٣٩ ، ومسلم ١٧٧٧/٤ برقم ٢٢٦٩ .

(٣) سورة إبراهيم : الآية ٣٧ .

(٤) سورة النور : الآية ٦ .

٣١٦٧٧ - قالوا : لفظ عري عن اسم اللّه تعالى ، فوجب ألا يكون يمينًا تتعلق بها الكفارة ، أصله : إذا قال : [أُولي أو لا أبالي] (١) لأفعلن كذا ، وقال لرجل حلف : يميني مثل يمينك ، أو : عقدتُ مثل ما عقدتَ .

٣١٦٧٨ - قلنا : لا نسلم أن اللفظ عري عن الاسم إذا كان محذوفًا وفي الكلام دلالة عليه ، ولو سلمنا أن اللفظ عري بمعنى أنه لم ينطق بالاسم لم يصح ؛ لأن ما دل عليه الكلام من الحذف فحكمه حكم المذكور ولا يختلفان في المعنى .

٣١٦٧٩ - فأما قوله : أولى . فهو يمين عندنا ، والعرب تذكر ذلك حلفًا ، قال الشاعر :

أُولي برب الراقصات إلى منى ومطارح الألوان حيث تنير (٢)

٣١٦٨٠ - فإذا حذفوا الصفة أو الاسم فهو كقولهم : اقسم . وأما إذا قال : يميني مثل يمينك ، أو عقدت ما عقدت ، أو يميني في يمينك . فليس بيمين ؛ لأنه لم يأت بشيء من الجملة .

٣١٦٨١ - وفي مسألة الخلاف جاء ببعض الجملة وحذف بعضها ، فالمذكور فيها يدل على المحذوف ، يبين ذلك : أنه إذا قال : اقسم باللّه . كان يمينًا ، فلو قال : أحلف على مثل يمينك . لم يكن حالفًا عندهم .

٣١٦٨٢ - قالوا : فإذا قال لا أفعل كذا . هلا جعلتموه حالفًا ؛ لأنه أتى بجواب القسم ، فدل على القسم .

٣١٦٨٣ - قلنا : لأن القسم جملة مؤكدة ، والمؤكدة قد تخلو من التأكيد ، فلم يكن في ذكر الجواب دلالة على القسم ، والجملة التي هي القسم لا تخلو من القسم ، ففي اللفظ دلالة عليه .

٣١٦٨٤ - فإن قيل : اللام في قوله : لأفعلن . لا تكون إلا جواب القسم (٣) .

٣١٦٨٥ - قلنا : و قد يكون جوابًا لغير (٤) القسم ، قال اللّه تعالى : ﴿ لَئِن لَّمْ يَنتَهِ لَنَسْفَعًا بِالنَّاصِيَةِ ﴾ (٥) .

---

(١) غير واضحة في جميع النسخ . (٢) غير واضحة في جميع النسخ .
(٣) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٤) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .
(٥) سورة العلق : الآية ١٥ .

مسألة ١٥٦٢

قوله وحق اللّه

٣١٦٨٦ - قال أبو يوسف رحمه الله : إذا قال : وحق اللّه فهو يمين . وقال محمد رحمه الله : فليس بيمين (١) .

٣١٦٨٧ - [وقال الشافعي رحمه الله : هو يمين ، نوى اليمين أو لم ينوِ ، وإن يرد اليمين فليس بيمين] (٢) .

٣١٦٨٨ - لنا : ما روى عبادة بن الصامت قال : قلت : يا رسول اللّه ، ما حق اللّه على عباده ؟ قال : « أن لا يشركوا به شيئًا ويعبدوه ، ويقيموا الصلاة ، ويؤتوا الزكاة » . فأخبر أن حق اللّه العبادات ، فصار كأنه حلف بالعبادات ، فلا يكون حالفًا .

٣١٦٨٩ - احتجوا : بأنها يمين معتادة بصفة مضافة إلى اللّه ، فوجب أن تكون يمينًا قياسًا على قوله : وعظمة اللّه .

٣١٦٩٠ - قلنا : قولكم : إنها يمين معتاد .

٣١٦٩١ - فلا نسلم ذلك في عادات السلف ، قال الطحاوي : [قال مالك] (٣) - في قوله : وحق اللّه - : هذه يمين النساء والضعفاء من الرجال .

٣١٦٩٢ - وقولهم : إنها بصفة مضافة إلى اللّه .

٣١٦٩٣ - فليس كل صفة أضيفت إليه تعالى تكون يمينًا ، إلا أن تكون من صفات ذاته ، وحقه إذا كان بفعل الإنسان ما حلف ، فليس هو من صفاته ذاته . ألا ترى أنه لا تصح الإشارة إلى غير اللّه تعالى فيقال : إنه من عظمته ؟ يصح أن نشير إلى العبادات فتقول : إنها من حقوق اللّه تعالى .

---

(١) انظر : المبسوط ١٣٤/٨ وعبارته : وإن قال وحق اللّه فهو يمين في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه تعالى وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ، وفي الرواية الأخرى : لا يكون يمينًا .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

انظر : الأم للشافعي ٣٩٨/٣ ، وعبارته : ولو قال : وحق اللّه أو وعظمته أو وجلال اللّه أو وقدرة اللّه فذلك كله يمين نوى بها يمينًا أو لا نية له وإن لم يرد يمينًا فليست بيمين .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

٣١٦٩٤ – قالوا : يمين بما يستحقه الله تعالى من صفات ذاته ، فهو أكد من اليمين بصفة واحدة .

٣١٦٩٥ – قلنا : لا نسلم هذا بل هو حلف بما يجب لله تعالى من الطاعات ، وقد التزموا الحلف بأمانة الله . وقد ذكر الطحاوي هذه المسألة وقال : ليس بيمين ؛ لأن الأمانة لا تكلف ، قال الله تعالى : ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ ﴾ (١) . فقوله : وأمانة الله وحق الله سواء عندنا .

٣١٦٩٦ – وقد ذكر ذلك الطحاوي بما روي بإسناده عن ابن (٢) بريدة عن أبيه أن النبي ﷺ قال : « من حلف بالأمانة فليس منا » (٣) .

٣١٦٩٧ – فإن قيل : إذا كان الحق من صفات الله تعالى ، فهلا جعلتموه كأنه قال : والله الحق ؟ .

٣١٦٩٨ – قلنا : الحق (٤) اسم من أسماء الله تعالى ، فلو أراد ذلك لقال : والحق ، فإذا قال : وحق الله ، فقد ذكر حقًّا مضافًا إلى الله ، فلا يكون حلفًا كما لو قال : ورحمة الله ، لم يكن حالفًا وإن كانت الرحمة من أسمائه تعالى .

* * *

(١) سورة الأحزاب : الآية ٧٢ .

(٢) في جميع النسخ : [أبي] ، والمثبت من مصادر التخريج .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ٢٢٣/٣ برقم ٣٢٥٣ ، وأحمد في مسنده ٣٥٢/٥ .

(٤) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٥٦٣

قوله وعلم اللّه

٣١٦٩٩ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا قال وعلم اللّه ، فليس بيمين استحسانًا [١] .

٣١٧٠٠ - وقال الشافعي رحمه الله : هو يمين [٢] .

٣١٧٠١ - لنا : أنهم في العبادة يذكرون العلم ويريدون المعلوم ، يقولون : اللّهم اغفر لنا علمك . أي : معلومك ، والحلف بمعلوم اللّه حلف بغيره .

٣١٧٠٢ - فإن قيل : قد يذكرون القدرة ويريدون المقدور ، فيقولون : لله تعالى في هذا قدرة ، ويقولون لما يستعظمونه : انظر إلى قدرة اللّه .

٣١٧٠٣ - قلنا : الأمر كما ذكرت إلا أن الموجود خرج بوجوده من أن يكون مقدورًا ، فلا يجوز أن يريده بالحلف ، وما لم يوجد فهو معدوم . وهم لا يحلفون بالمعدوم ، فعلمنا أنهم حلفوا بالصفة التي هي صفة الذات . وليس كذلك العلم ؛ لأنهم يحلفون بالمعلوم الموجود وجوده لا يخرجه من أن يكون معلومًا ، فحملت اليمين عليه ، فلم تنعقد إن حلف بأن العلم صفة من صفات ذاته كالقدرة .

٣١٧٠٤ - احتجوا : بالعلم الذي هو الصفة .

٣١٧٠٥ - كان حالفًا كالقدرة ، وإنما الخلاف إذا أرسل ، فليس هناك ما يدل على التخصيص بالصفة .

٣١٧٠٦ - فإن قيل : إذا كان القسم بغير اللّه تعالى لا يجوز ، وإلا حملتموه على ما يصح الحلف به .

٣١٧٠٧ - قلنا : لأنهم عرفوا في زمانهم عادة جارية في استعمال هذه في المعلوم خاصة ، فمنع العرب عندهم من حمل الكلام على ما يصح اليمين به .

* * *

(١) انظر : البدائع ٧/٣ وعبارته : وكذا : وعلم اللّه لا يكون يمينًا استحسانًا ، والقياس أن يكون يمينًا .
(٢) انظر : روض الطالب مع أسنى المطالب ٢٤٥/٤ وعبارته : وينعقد اليمين بقوله : وعلم اللّه .

مسألة ١٥٦٤

قوله لعمر اللّه

٣١٧٠٨ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا قال : لعَمْر اللّه ، كان يمينًا ، وإن نوى غير اليمين ، لم يكن يمينًا (١) .

٣١٧٠٩ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : إن نوى اليمين كان يمينًا . ومن أصحاب الشافعي من قال : ليس بيمين ، إلا أن ينوي به اليمين (٢) .

٣١٧١٠ - لنا : أنه من ألفاظ القسم ، قال اللّه تعالى : ﴿ لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِى سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ ﴾ (٣) .

٣١٧١١ - فإن قيل : إن اللّه تعالى يقسم بما ليس بمقسم به ، كقسمه بخلقه .

٣١٧١٢ - قلنا : نحن استدللنا بأن هذا اللفظ قسم ، ولم يعتبر المقسم لكل شيء أقسم اللّه به ، وإن لم يصح به فإنه بحرف قسم كقوله تعالى : ﴿ وَالضُّحَىٰ ۝ وَالَّيْلِ إِذَا سَجَىٰ ﴾ (٤) . هذا قسم بما لا نقسم به ، لكنه دل على أن الواو من ألفاظ القسم .

٣١٧١٣ - ولأن عادة العرب جرت بالقسم بهذه الألفاظ ، وهو كثير في أشعارهم ، قال الشاعر :

لعمرك ما تدري الطوارق بالحصى ... ولا زاجرات الطير ما اللّه صانع (٥)

٣١٧١٤ - وقال جرير :

لعمر الغواني ما جرى صبياتي ... بهن ولا يختبر حول القصائد

٣١٧١٥ - وقال آخر :

لعمرك ما يدرى الفتى كيف ينفي ... نوائب هذا الدهر أم كيف يحذر (٦)

---

(١) انظر : فتح القدير ٧٦/٥ وعبارته : وكذا قوله : لعمر اللّه وايم اللّه . يعني يكون حالفًا .

(٢) انظر : الأم ٦٦/٧ وعبارته : وإن قال : لعمر اللّه ، فإن أراد اليمين فهي يمين ، وإن لم يرد اليمين فليست بيمين ؛ لأنها تحتمل غير اليمين . وانظر أيضًا : نهاية المحتاج ١٧٩/٨ .

(٣) سورة الحجر : الآية ٧٢ .

(٤) سورة الضحى : الآية ١ .

(٥) البيت للبيد . انظر : لسان العرب .

(٦) صدر هذا البيت ورد في لسان العرب مادة وقي وقائله : أفيون التغلبي .

٣١٧١٦ - ولأن العَمْر هو البقاء ، وذلك من صفات ذاته تعالى ، فصار قولهم : وعمر اللَّه ، كقولهم : وبقاء اللَّه .

٣١٧١٧ - فأما قولهم : إذا لم يرد بذلك اليمين ، لم يكن يمينًا .

٣١٧١٨ - فليس بصحيح ؛ لأنه لا احتمال في اللفظ بغير اليمين ، والنية إنما تعمل في اللفظ المحتمل .

* * *

مسألة ١٥٦٥

قوله أقسم باللّه

٣١٧١٩ – قال أصحابنا رحمهم اللّه : إذا قال : اقسم باللّه ، فهو حالف [١] .

٣١٧٢٠ – وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : إن أراد : أني أقسم في المستقبل ، فليس بحالف ، وكذلك إن قال : أقسمت باللّه ، وقال : إني كنتُ أقسمتُ في الماضي ، صُدِّق [٢] .

٣١٧٢١ – وهذا التفصيل لم يذكره أصحابنا ، فيجوز أن يقال : إن الحلف في قوله : أقسم للحال والاستقبال ، وإن كانت في الحال أظهر ، فإذا قال : أردت الاستقبال . فقد نوى ما يحتمله كلامه ، والكفارة معنًى يلزمه فيما بينه وبين اللّه تعالى ، فيصدق في ذلك .

٣١٧٢٢ – وقد قال الشافعي : فيمن قال : أقسم لا الحال وقد أردت الاستقبال ، كان مُولِيًا ولم يصدق ؛ لأن الإيلاء يتعلق به حق الزوجة . وهذا يدل على أنه جعل ظاهر اللفظ للحال ، فصدقه فيما بينه وبين اللّه تعالى في ترك الظاهر ، ولم يصدقه في الإيلاء في حق الزوجة ، كقوله : أنت طالق . إذا قال : أردت طلاقًا من وِثَاق ، صُدِّق فيما بينه وبين اللّه تعالى ولم يصدَّق في القضاء .

* * *

---

(١) انظر : البدائع ٨/٣ وعبارته : ولو قال : أقسم باللّه ، أو : أحلف ، أو أشهد باللّه ، أو أعزم باللّه ، كان يمينًا عندنا .

(٢) انظر : الأم ٣٨٩/٨ وعبارته : وإن قال : أقسمت باللّه ، فإن كان يعني حلفًا قديمًا ، فليست بيمين حادثة ، وإن أراد بها يمينًا فهي يمين . وإن قال : أقسم باللّه ، فليس بيمين . فإن قال : أقسم باللّه ، فإن أراد بها يمينًا فهي يمين ، وإن أراد بها موعدًا فليست بيمين كقوله : سأحلف .

مسألة ١٥٦٦

الحلف بأن يكون يهوديًا أو نصرانيًا

٣١٧٢٣ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا قال : هو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو برء من الله إن فعل كذا [١] ، ثم حنث ، فعليه كفارة يمين [٢] .

٣١٧٢٤ - وقال الشافعي رحمه الله : لا تجب به الكفارة [٣] .

٣١٧٢٥ - لنا : ما روى ابن سيرين عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا تحلفوا بآبائكم ولا بأمهاتكم ولا بالأنداد ، ولا تحلفوا إلا بالله » [٤] . فقال ﷺ : « من حلف بملة غير ملة الإسلام ، فهو كما قال » [٥] . سماه حالفًا ، وقد قال الله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾ [٦] . فإذا ثبت الاسم ، فقد ثبت الخبر بالآية .

٣١٧٢٦ - قالوا : الخبر يقتضي أن يكون الحلف باللفظ الموضوع لليمين وهو قوله : واليهودية .

٣١٧٢٧ - قلنا : الخبر يقتضي هذا ويدل على أن الحالف بغير الله حالف .

٣١٧٢٨ - ولأن الحلف عبارة عن تأكيد جملة بجملة أخرى استعظامًا لها ، وذلك موجود فيمن قال : إن أفعل كذا فهو يهودي . ومن قال : واليهودي لا أفعل . فوجب حمل اللفظ على عمومه .

---

(١) المراد من كلام المصنف أن شخصًا قال : أنا يهودي أو أنا نصراني أو أنا بريء من الله إن فعلت كذا ... إلخ . ولكنه عدل عن استخدام الضمير « أنا » إلى « هو » استقباحًا . وهذا أسلوب استخدمه العرب في كلامهم عما يستعظم من الأمور ، كما جاء في السيرة عندما ذهب النبي ﷺ إلى الطائف ودعاهم إلى الإسلام ، فرد عليه أحد الكفار فقال : هو يمرط ثياب الكعبة إن كان الله أرسلك . قال ذلك وهو يقصد نفسه كأنه يقول : أنا أمرط .

(٢) انظر : البدائع ٩/٣ وعبارته : ولو قال : إن فعل كذا فهو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو بريء عن الإسلام أو كافر أو يعبد من دون الله أو يعبد الصليب أو نحو ذلك مما يكون اعتقاده كفرًا ، فهو يمين استحسانًا ، والقياس : أنه لا يكون يمينًا .

(٣) انظر : مغني المحتاج ١٨١/٦ وعبارته : ولو قال : إن فعلت كذا فأنا يهودي أو بريء من الإسلام ، فليس بيمين .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه ٢٢٢/٣ برقم ٣٢٤٨ ، والنسائي في سننه ٥/٧ برقم ٣٧٦٩ .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٥٩/١ برقم ١٢٩٧ ، وأبو داود في سننه ٢٢٤/٣ برقم ٣٢٥٧ .

(٦) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

٣١٧٢٩ - ويدل عليه ما روى الزهري عن خارجة بن زيد بن ثابت [١] عن أبيه أن رسول الله ﷺ سئل عن رجل قال : هو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو بَرِءَ من الإسلام في اليمين عليها فيحنث ، فقال : « عليه كفارة يمين » . [وكره إلا يهودي] [٢] [٣] .

٣١٧٣٠ - وعن ابن عباس : أنه سئل عمن حلف باليهودية والنصرانية فقال : هي يمين يكفرها [٤] .

٣١٧٣١ - ولأنه علق المنع بما لا يجوز استباحته عن التأبيد لحق الله تعالى خالصًا ، فصار كالحلف باسم الله .

٣١٧٣٢ - ولأن الكفر محرم لحق الله تعالى على التأبيد ، فوجب أن يكون على الحالف الكفارة كالمحالفة في اسم الله تعالى إذا حلف به . ولا يلزم الحالف بالنبي ﷺ ؛ لأن حرمته معتبرة لحق الله ولحقه ، فلا يخلص لله تعالى . [ولا يلزم الحالف بالقرآن والكعبة ؛ لأنه يدلل في نفسه وهو ممنوع من نقل في الله تعالى] [٥] لحق الله تعالى وله في نفسه .

٣١٧٣٣ - فإن قيل : إذا حلف بشرب الخمر والزنى .

٣١٧٣٤ - قلنا : شرب الخمر كان مباحًا ، وهو غير [٦] مباح [٧] إلا عند الضرورة ، فحرمته غير متأبدة . وأما الزنا فلا يقال : إنه محرم على التأبيد ؛ لأن الشرع كان يجوز أن يَرِد بإباحته .

٣١٧٣٥ - فإن قيل : فالكفر يجوز استباحته عند الضرورة .

٣١٧٣٦ - قلنا : إنما يباح عند الضرورة إظهار كلمة الكفر وهو يقصد غيره ، فأما الكفر : فلا يباح للضرورة ولا غيرها .

---

(١) هو : خارجة بن زيد بن ثابت الفقيه الإمام ابن الإمام وأحد الفقهاء السبعة الأعلام أبو يزيد الأنصاري المدني . حدث عن : أبيه ، وعمه يزيد ، أسامة بن زيد ، وغيرهم . روى عنه : ابنه سليمان ، وسالم أبو النضر ، ابن شهاب ، وآخرون . مات سنة ٩٩ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء ٣٦٨/٢ ، وطبقات ابن سعد ٢٢/٥ .

(٢) ما بين المعكوفتين غير واضح في (ص) ، والمثبت من (م) ، ولعلها : [ذكره الزهري] .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٠/١٠ برقم ١٩٦٢٣ .

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٤٨٠/٨ برقم ١٥٩٧٤ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش ، وهي غير واضحة .

(٦) زيادة من عندنا كي يستقيم السياق . (٧) في (م) : [متاع] .

٣١٧٣٧ - فإن قيل : اليهودية والنصرانية لم تحرم على التأبيد ، ولأنها شريعة موسى وعيسى عليهما السلام .

٣١٧٣٨ - قلنا : الخلاف لا يتعين في هذا ؛ لأنه لو قال : هو بريء من اللَّه تعالى ، أو عابد وثن . لم يكن حالفًا عندهم ، وإنه لم يجز استباحة هذا المعنى بحال . وأما اليهودية اليوم متضمنة لتكذيب النبي ﷺ والرد عليه ، ولهذا لم يبح في شريعة موسى .

٣١٧٣٩ - فإن قيل : هتك حرمة اسم اللَّه تعالى [مباح في الشريعة ... [1]] [2] لم يتكلف كلامه ؛ لأنه كفانا مؤنته بظهور غلطه . وإنما تجتمع حرمتان لله تعالى فترجح إحدى الحرمتين على الأخرى ، وأما أن يباح هتك الحرمة فلا .

٣١٧٤٠ - ولأن اليمين على ضربين : يمين هي قسم ، ويمين هي شرط وجزاء . فإذا كان في أحد النوعين ما ينعقد يمينًا من غير إيجاب فيه ، ويجب بمقتضاه الكفارة ، كذلك الآخر . ولا يمكن القول بموجبه في النذر المعلق بشرط ؛ لأن هناك أوجب على نفسه قُرْبَة ، ولا معنًى يؤثر في القربة فيختلف في كونه يمينًا ، فجاز أن يجب بمقتضاه كفارة يمين كقوله : أنتِ عليَّ حرام .

٣١٧٤١ - ولأنه إذا قال : إن فعلت كذا ، فأنا كافر . فهذه كناية عن يمين ؛ لأنه امتنع فيما حلف عليه وحرمه على نفسه كحرمة الكفر ؛ لأن كل ما يصير به كافرًا حرام ، فكأنه قال : هذا الشيء عليَّ حرام . وقد ثبت من أصولنا أن من حَرَّم حلالًا ثم إنه استباحه فعليه كفارة يمين ، فلا يعتبر في هذه الكناية يمين ؛ لأن العرف قد يجري بالحلف بها ، فصار جريان العرف كالنية .

٣١٧٤٢ - احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا تحلفوا بآبائكم ولا بأمهاتكم ولا بالأنداد ، ولا تحلفوا إلا باللَّه ، ولا تحلفوا بذلك إلا وأنتم صادقون » [3] . والصدق والكذب يكون في يمين الماضي ، وعندنا يمين الماضي ، لا ينعقد .

٣١٧٤٣ - احتجوا : بقوله ﷺ : « من حلف بملة غير ملة الإسلام ، فإن كان صادقًا ؛ فهو كما قال ، وإن كان كاذبًا ؛ لم يعد إليه سالمًا » [4] .

---

(١) يوجد هنا طمس في الهامش بمقدار اثنتي عشرة كلمة .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ٢٢٢/٣ برقم ٣٢٤٨ ، والنسائي في سننه ٥/٧ برقم ٣٧٦٩ .

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه ٦٧٩/١ برقم ٢١٠٠ .

٣١٧٤٤ - قلنا : هذا في يمين الماضي التي يدخلها الصدق والكذب ؛ لأنه لا يمتنع أن يبين بعض الأحكام ويمسك عن بعض ذلك [١] إذا لم يكن ذلك عند سؤال سائل .

٣١٧٤٥ - احتجوا : بقوله ﷺ : « من حلف بملة غير ملة الإسلام ، فكفارته أن يقول : لا إله إلا اللّه » [٢] .

٣١٧٤٦ - قلنا : سماه حالفًا ، وعندكم إذا حلف بغير اللّه فليس بحالف .

٣١٧٤٧ - ولأنه جعل كلمة الإخلاص كفارة [٣] ، وهذا إنما يكون فيمن كفر بالحلف وقال : واليهودية لا أفعل كذا . فيصير معظِّمًا لها بتكفير وكفارة هذا القول الإخلاص . فأما إذا قال : لئن فعلت كذا ، فأنا يهودي ؛ فإنه لا يُكَفَّر بالإخلاص باتفاق ، فلم يتناوله الخبر .

٣١٧٤٨ - قالوا : ليس بمحدث أو بمحلوف ، فصار كقوله : إن فعلت هذا ، فأنا زانٍ أو شاربُ خمرٍ أو فاسقٌ .

٣١٧٤٩ - قلنا : يبطل إذا قال : إن فعلت هذا ، فعليَّ نذر .

٣١٧٥٠ - ولأن المحدث والقديم يفترقان ، فإن كانت الكفارة تجب لحرمة المحلوف به . وفي مسألتنا تجب الكفارة ؛ لأنه حرم على نفسه حلالًا ، فصار كقوله لزوجته : أنتِ عليَّ حرام . أن الكفارة تجب باتفاق ، وتجب الكفارة عندنا في تحريم كل مباح .

٣١٧٥١ - ولأن اليمين بالقديم سبحانه إنما وجبت الكفارة فيها بالهتك المتأكد ، وهذا الهتك موجود في مسألتنا ، إذ تحريم كل واحد من الهتكين لحق اللّه تعالى خالصًا . والمعنى فيما قاسوا عليه لم يتأبد ؛ لأن الشرع كان يجوز أن يَرِد بإباحة بعضه ، والكفر متأكد الحرمة كتأكيد حرمة اسم اللّه تعالى . أو نقول : إن هذه المعاني المعصية فيها متعلقة بالفعل لا بالقول ، فلذلك لم يجز أن يكون بها حالفًا . وفي مسألتنا المعصية فيها تتعلق بالقول ، فجاز أن تجب الكفارة بالحلف بها .

٣١٧٥٢ - قالوا : يمين بغير اللّه كما ذكروا .

٣١٧٥٣ - قلنا : لا يمتنع أن تجب الكفارة بغير اللّه تعالى كالحرام والنذر .

٣١٧٥٤ - ولأن تحريم ما حلف به إذا كان مآله لحق اللّه تعالى خالصًا ، فكأنه

---

(١) ساقطة من (ص) .
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٤٥١/٦ .
(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

يحلف به تعالى .

٣١٧٥٥ - قالوا : فعل ما وصف نفسه علة لفعله كالمعصية ، فصار كقوله : هو زانٍ .

٣١٧٥٦ - قلنا : المعصية في الزنى لا تتعلق بالوصف دون الفعل ، فلم يكن فيه معنى اليمين ، [والمعصية في الكفر تتعلق بنفس القول ، فجاز أن تتعلق بالقول .

٣١٧٥٧ - قالوا : يمين بغير اسم اللّٰه وبغير صفة من صفاته .

٣١٧٥٨ - قلنا : عندكم لو قال : هو [1] بريء من اللّٰه . لم يكن حالفًا] [2] ، فلا تأثير لهذا الوصف .

٣١٧٥٩ - ولأن الكفارة في اليمين لا تجب لذكر الاسم ، ولهذا لم تجب قبل الحنث ، وإنما تجب لهتك حرمة الاسم بالحنث ، وهتك الحرمة موجود في مسألتنا على ما بينا .

* * *

(١) مطموسة في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٥٦٧

يمين الكافر

٣١٧٦٠ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : يمين الكافر لغو لا تنعقد بيمينه ، وإن حلف بها حالة الكفر أو بعد [1] إسلامه لم تجب عليه الكفارة [2] .

وقال الشافعي رحمه الله : تنعقد يمينه ، فإن حنث حال كفره كَفَّر بالعتق أو الكسوة أو الطعام دون الصوم ، وإن حنث بعد إسلامه كَفَّر بالصوم إن لم يقدر على غيره [3] .

٣١٧٦١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَقَٰتِلُوٓاْ أَئِمَّةَ ٱلۡكُفۡرِ إِنَّهُمۡ لَآ أَيۡمَٰنَ لَهُمۡ ﴾ [4] . وأيمان جمع : يمين ، وهذا ينفي انعقاد اليمين منهم .

٣١٧٦٢ - فإن قيل : معناه : إنهم لا يدينون بها ، كما يقال : فلان لا دين له ، بمعنى : لا يحافظ عليه . والدليل على ذلك أنه قال : ﴿ أَلَا تُقَٰتِلُونَ قَوۡمٗا نَّكَثُوٓاْ أَيۡمَٰنَهُمۡ ﴾ [5] .

٣١٧٦٣ - قلنا : ظاهر النفي يقتضي منع الانعقاد .

٣١٧٦٤ - وقوله : ﴿ وَإِن نَّكَثُوٓاْ أَيۡمَٰنَهُم ﴾ [6] . تعيير لهم بترك الوفاء بما قرروه وأكدوه بالحلف ، والأيمان قد يعير بالحلف وإن لم يلزمه به حكم شرعي .

ويدل عليه ما روى سماك بن حرب عن زيد بن حارثة أنه قال للنبي ﷺ : انطلق بنا إلى فلانة لنخطبها لك . فانطلق عليه السلام معه فخطبها ، فقالت : إني عاهدت زوجي إن مات قبلي ألا أتزوج أبدًا ، وعاهدني [إن مِتُّ قبله] [7] على مثل ذلك . فقال ﷺ : « إن كان في الجاهلية فأرفضيه عنك ، وإن كان في الإسلام فَفِي بعهدك » [8] . وتفريقه بين الأمرين يدل على أن يمين الكافر لا تنعقد .

---

(١) ساقطة من (م) .

(٢) انظر : البدائع ١٢/٣ وعبارته : ومنها أن يكون مسلمًا فلا يصح يمين الكافر .

(٣) انظر : نهاية المحتاج ١٧٥/٨ حيث جاء في متن المنهاج في سياق بيان شروط الحالف ما نصه : هو مكلف أو سكران مختار قاصد . فخرج صبي ومجنون ومكره وساهٍ .

(٤) سورة التوبة : الآية ١٢ . (٥) سورة التوبة : الآية ١٣ . (٦) سورة التوبة : الآية ١٢ .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص ،) ومستدرك في الهامش .

(٨) انظر : المعجم الكبير للطبراني ٢٩/٢ برقم ١١٨٦ ، وفيه : عن جابر عن أم خيثمة أن النبي ﷺ خطب امرأة البراء بن معرور ، فقالت : إني شرطت لزوجي ألا أتزوج بعده . فقال النبي ﷺ : « إن هذا لا يصلح » .

٣١٧٦٥ - ولأن الكافر لا تصح منه الواجبات الشرعية التي لا تقف صحتها على وقوعها قربة ، فلم تنعقد يمينه كالصبي والمجنون . ولا يلزم عليه الإيمان ؛ لأن وجوبه معلوم بالعقل لا بالشرع ، ولأنه لا يصح منه التكفير بالصوم ولا هو أهل ذلك لا لمعنًى في الوقت ، فوجب ألا تنعقد يمينه ، دليله : الصبي والمجنون . ولا يلزم الغني ؛ لأن التكفير بالصوم يصح منه في كفارة الأذى . ولا يلزم الحائض ؛ لأنها من أهل الصوم ، وإن لم يصح منها .

ولا يلزم إذا كان في رمضان أو في يوم الفطر أو الأضحى ؛ لأن هناك لا يصح منه التكفير بالصوم لأجل الوقت ولأن الصبي يصح منه التقرب بالنوافل ، وإن لم تصح منه الفرائض ، والكافر لا يصح منه النفل ولا الفرض ، وإذا لم ينعقد يمين الصبي ، فيمين الكافر أولى .

٣١٧٦٦ - فإن قيل : المعنى في الصبي عدم التكليف ، وهذا المعنى لا يوجد في الكافر .

٣١٧٦٧ - قلنا : عدم التكفير وعدم الإسلام قد أُجْرِيا مجرًى واحدًا (١) في المنع من فعل الواجبات الشرعية ، كذلك يتساويان في منع انعقاد اليمين .

ولأنه عقد يقف على اسم اللَّه تعالى أو ما هو في معناه ، فوجب ألا ينعقد من الكافر كالصلاة . ولا يلزم الإيلاء ؛ لأنها تنعقد عقد اليمين بالطلاق والعتاق وإيجاب الصفة والتأمل .

٣١٧٦٨ - على أن كفارة اليمين لا تصح منه ؛ لأن موضوعها للتغطية والتكفير ، وهذا المعنى لا يصح من الكافر . وقد ألزم مخالفونا الكافر إذا أتلف صيد الحرم ، وزعموا أنا نقول : يجب عليه الجزاء . وهذا غلط ، ولا جزاء على الكافر في إتلاف الصيد .

٣١٧٦٩ - قالوا : المعنى في الصلاة والصوم أنه لو تطوع في ذلك لم يصح ، والعتق والإطعام لو تطوع بهما صح .

٣١٧٧٠ - قلنا : لا ، لو تطوع بصدقة شاة أو خمس دراهم جاز ، ولا يدل ذلك على وجوب الزكاة عليه .

٣١٧٧١ - ولأن العتق أحد أنواع التكفير ، فلا يصح من الكافر كالصوم .

٣١٧٧٢ - فإن قيل : لا يمتنع أن يصح التكفير منه بالصوم ويصح بغيره ، بدليل أن الغني لا يصح منه التكفير بالصوم ولا يصح بغيره .

٣١٧٧٣ - قلنا : إن الغني يصح منه التكفير بالصوم إذا بَعُد عن ماله ، ويصح منه

---

(١) في جميع النسخ : [واحد] .

التفكير بالصوم في كفارة الأذى ، أما العبد : فلا يقدر على غير الصوم ؛ لأنه لا ملك له ، ولو تصور ملكه يصح منه فهو كالفقير . فإذا ثبت هذا قلنا : من لو حنث عقيب يمينه ، لم تلزمه كفارة ، فإذا حلف في حالة ثانية لم تلزمه كفارة كالصبي والمجنون . وإذا ثبت هذا قلنا : كل من حنث عقيب يمينه لم تلزمه كفارة إذا حنث باسم اللَّه تعالى أو بما في معناه لم ينعقد كيمين الصبي واليمين مع الاستثناء . ولا يلزم اليمين بالطلاق والعتاق ؛ لأن ذلك لا يختص باسم اللَّه تعالى ولا بما في معناه .

٣١٧٧٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾ [1] . وهو عامٌّ في الكافر والمسلم .

٣١٧٧٥ - قلنا : بل خاص في المسلمين ، بدلالة أنه رتبه على قوله : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ ﴾ . ثم قال : ﴿ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ ﴾ [2] . والكفارة هي التغطية ، وذلك لا يجتمع مع الكفر ، ثم نقله إلى الصيام عند عدم ما سواه . والكافر غير مخاطب بالصيام ، وإن وجد شرطه وهو عدم ما سواه .

٣١٧٧٦ - فإن قيل : فصح منه الصوم إذا قدم الإسلام ، كما يصح من الجنب الصلاة إذا اغتسل .

٣١٧٧٧ - قلنا : الآية يقتضي من يصح منه الصوم بشرط واحد وهو عدم ما سواه ، والكافر غير مخاطب بالصيام ، وإن وجد شرطه وهو عدم ما سواه ، فصح منه الصوم بشرط واحد وهو عدم ما سواه من أنواع الكفارات ، والكافر لا يصح منه الصوم بهذا الشرط .

٣١٧٧٨ - قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « من حلف على يمينٍ فرأى غيرها خيرًا منها ، فليأت الذي هو خير ، وليكفر عن يمينه » [3] .

٣١٧٧٩ - قلنا : قوله : « فليأت الذي هو خير خير [4] » . يخص المسلم لا الكافر ؛ لأنه لا يكون منه الخير .

٣١٧٨٠ - وقوله : « وليكفر » . يتناول من وجد في حقه التغطية والتكفير ، وذلك لا يكون في الكافر .

٣١٧٨١ - ولأن قوله : « وليكفر عن يمينه » . يتناول الكفارة المعروفة في الشريعة ، والكافر لا يخاطب بأنواع التكفير .

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢٥ .
(٢) سورة المائدة : الآية ٨٩ .
(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ١٢٧١/٣ برقم ١٦٥٠ .
(٤) زيادة يقتضيها السياق .

٣١٧٨٢ - قالوا : روي أن عمر بن الخطاب قال للنبي ﷺ : إني نذرت أن أعتكف يومًا في الجاهلية . قال ﷺ : « أوفِ بنذرك » (١) . قالوا : وما يمنع النذر لا يمنع اليمين ؟ .

٣١٧٨٣ - قلنا : قد أجمعنا أن نذر الكافر غير لازم ، وإن اختلف في يمينه ، فإما أن يكون نَذَر في الجاهلية بعد إسلامه ، أو يكون أمره بالوفاء على وجه الاستحباب .

٣١٧٨٤ - وقد عارض هذا ما روي أن قيس بن عاصم قال للنبي ﷺ : إني نذرت نذرًا في الجاهلية . فقال ﷺ الإسلام : « الإسلام يَجُبُّ ما قبله » (٢) . والنذر ضربان : نذر معين يلزم الوفاء به ، ونذر مطلق فتجب الكفارة فيه . ولم يستفصل ﷺ ، فظاهر الخبر يقتضي سقوطها ، وذلك دليل على مخالفنا .

٣١٧٨٥ - قالوا : من يستحلف في الدعاوى بالله ﷻ ، وجب أن تصح يمينه في غيرها ، أصله : المسلم .

٣١٧٨٦ - قلنا : اليمين في الحقوق تقع على الماضي ، وتلك يمين غير منعقدة ، والخلاف في انعقاد يمين الكافر ، فلم يجز أن يستدل على انعقادها باستحلافه يمينًا لا تنعقد . والمعنى في المسلم : أنه من أهل التكفير بالصوم ، فانعقدت يمينه ، والكافر لا يصح منه التكفير بالصوم ولا هو من أهله ، فلا تنعقد يمينه .

٣١٧٨٧ - قالوا : من صح يمينه بالطلاق والعتاق يقتضي إزالة ملكٍ ، والكافر والمسلم يتساويان في إزالة الملك ، فساواه في اليمين المفضية إلى ذلك .

٣١٧٨٨ - قلنا : اليمين بالله تعالى تفضي إلى وجوب عبادة ، والكافر لا يساوي المسلم في العبادات . والمعنى في المسألة : أنه يصح أن نوجب مثل مقتضى اليمين بالنذر فانعقدت يمينه المفضية إلى ذلك ، والكافر لا يصح منه إيجاب مثل مقتضى اليمين بالنذر ، فلم تنعقد يمينه .

٣١٧٨٩ - قالوا : وجود الحلف بالله تعالى ، والمخالفة مع القصد والاختيار من مكلف توجب الكفارة ، أصله المسلم .

[قلنا : اليمين (٣)] (٤) هو إلزام حرمة اسم الله تعالى ، والكافر ليس هو من أهل

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧٦/١٠ برقم ١٩٨٨٦ ، والترمذي في سننه ١١٢/٤ برقم ١٥٣٩ .
(٢) أخرجه أحمد في مسنده ١٩٨/٤ . (٣) غير واضحة في الهامش .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

إلزام حقوق اللَّه تعالى بدلالة العبادات ، والكفارة موضوعة في حق المسلم للتكفير والتغطية ، وهذا المعنى لا يوجد مع الكفر .

٣١٧٩٠ - ولأن الكفارة إذا كانت قربة تلزم الحالف بسبب فعله ، حلت محل نذره ، والكافر والمسلم يختلفان في النذر ، وكذلك في الكفارة .

٣١٧٩١ - قالوا : يصح إيلاؤه إذا حلف باللَّه ، فصحت يمينه كالمسلم ، يبين هذا أن إيلاءه بالطلاق والعتاق لما صح ، صحت نيته بهما في غير الإيلاء .

٣١٧٩٢ - ولأن المولي هو الذي لا يصل إلى الوطء إلا بمعنًى يلزمه ، فلو كان الكافر إذا وطئ لا يلزمه شيء لم يكن موليًا ، كمن قال : لا أقربكِ سنة إلا يومًا .

٣١٧٩٣ - قلنا : الإيلاء عقد لا يختص باسم اللَّه تعالى ، فتساويا فيه ، واليمين عقد يختص باسم اللَّه أو بما فيه معناه ، فاختلفا في انعقاده كالصلاة .

٣١٧٩٤ - ولأن الإيلاء يتعلق به حق الآدمي ، [والكافر فيما يعود إلى حقوق الآدميين] [1] كالمسلم ، واليمين يتعلق بها حق اللَّه تعالى خاصة ، والكافر مخالف في ذلك إذا لم تكن عقوبة كالصلاة والصوم .

فأما قولهم : إنه لو لم يلزمه بالوطء كفارة لم ينعقد الإيلاء ؛ فغلط ؛ لأن وجوب الكفارة على المسلم إذا وطئ في مدة الإيلاء مختلف فيه ، وإيلاؤه مجمع على صحته ، فلا تجوز الحكم بالمتفق عليه معللًا بعلة مختلف فيها .

٣١٧٩٥ - قالوا : لو لم ينعقد بيمينه ، لم يكن لاستحلافه في الحقوق معنًى .

٣١٧٩٦ - قلنا : اليمين التي يستحلف بها الحاكم غير منعقدة عندنا ؛ لأنها غموس . فكيف يستدل بثبوتها على الانعقاد ؟.

٣١٧٩٧ - ولأن الكافر يستعظم اليمين ، والغرض من اليمين أن تُستعظم .

٣١٧٩٨ - ولأنه لا يحلف كاذبًا ، فالغرض بها حاصل .

٣١٧٩٩ - ولأن الحاكم يضطر إليها في الدعاوى ؛ لأنه لا سبيل له إلى القطع في الخصومة ، إلا بها ولا ضرورة بنا إلى الانعقاد والتكفير .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٥٦٨

تقديم كفارة اليمين على الحنث

٣١٨٠٠ – قال أصحابنا [رحمهم الله] : لا يجوز تقديم كفارة اليمين على الحنث (١) .

٣١٨٠١ – وقال الشافعي رحمه الله : يجوز تقديم العتق والكسوة والإطعام ، ولا يجوز تقديم الصوم ، وإذا كانت اليمين على معصية ، ففي تقديم الكفارة وجهان (٢) .

٣١٨٠٢ – لنا : أن الكفارة موضوعها للعظمة ، ولا يوجد باليمين معنًى يحتاج إلى تغطية يختص باليمين ، فلم يكن التعجيل كفارة ، فلا تنوب عن الكفارة .

٣١٨٠٣ – فإن قيل : الكفارة تجب على الخاطئ ومن ندب إلى الحنث .

٣١٨٠٤ – قلنا : موضوع التكفير ما ذكرنا ، وإن جاز أن يتبع ذلك ما ليس في معناه .

٣١٨٠٥ – فإن قيل : كفارة الظهار تجب بعد الظهار بفعل يحدثه المظاهر وهو العود ، وإن كان الظهار سبب الكفارة .

٣١٨٠٦ – قلنا : الظهار عندنا علة الكفارة والعود شرطها ؛ لأن الكفارة تجب عند العود بالظهار سببًا فلا .

ولأنه ليس بسبب في بعض الأنواع وهو الصوم ، فلا يكون سببًا في بقية الأنواع كالبلوغ .

ولأن اليمين عقد يقف وجوب الكفارة بعده على فعل يحدثه العاقد ، فلا يكون العقد سببًا كعقد الإحرام .

٣١٨٠٧ – احتجوا : بحديث الحسن عن عبد الرحمن بن سَمُرة أن النبي ﷺ قال : « **يا عبد الرحمن بن سمرة ، إذا حلفتَ على يمين ، فرأيت غيرها خيرًا منها ، فأت الذي هو خير وكَفِّر عن يمينك** » (٣) . وروي أنه قال : « **يا عبد الرحمن بن سمرة** » . وذكر معناه ، إلا أنه قال : « **فكفر عن يمينك ، ثم ائت الذي هو خير** » (٤) . واللفظ الأول يدل

---

(١) انظر : فتح القدير ٨٤/٥ وعبارته : وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزئه .

(٢) انظر : الأم ٦٧/٧ وعبارته : فمن حلف على شيء فأراد أن يحنث ، فأحبُّ إليَّ لو لم يكفر حتى يحنث ، وإن كفر قبل الحنث بإطعامٍ ، رجوت أن يجزئ عنه ، وإن كفر بصوم قبل الحنث لم يجزئ عنه . وانظر أيضًا : روض الطالب مع أسنى المطالب ٢٤٦/٤ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ٢٢٩/٣ برقم ٣٢٧٧ .

(٤) أخرجه النسائي في سننه ١٠/٧ برقم ٣٧٨٣ .

على أنه مخير في تقديم أيهما شاء ؛ لأن « الواو » للجمع . واللفظ الثاني صريح في تقديم الكفارة ؛ لأن « ثم » للترتيب .

٣١٨٠٨ - قال أبو داود : في أحاديث أبي موسى الأشعري وعدي بن حاتم وأبي هريرة اللفظان جميعًا ، وأكثر ما قالوا : « **فليكفر عن يمينه ، وليأت الذي هو خير** » (١) . قال أبو داود : واختُلف على كل من رواه .

٣١٨٠٩ - الجواب : أن الرواي واحد ، وقد روي اللفظان ، وأصل الخبر أحدهما ، فوجب التوقف حتى يعلم أصل الخبر .

ولأنه قال : « **فليكفر** » . والكفارة هي التغطية ، ولم يوجد معنًى يصح أن يكون الكفارة تغطية له .

ولأن قوله : « فليكفر » . أمر ، فظاهر الأمر الوجوب ، والكفارات لا تجب إلا بعد الحنث ، فعلم أن الخبر : « **فليأت الذي هو خير ثم يكفر** » .

ولأن الكفارة اسم للأنواع الأربعة ، ولا يمكن حمل اللفظ على جميعها إلا أن يكون بعد الحنث ، فأما إذا كان قبله احتاج مخالفنا إلى تخصيص اللفظ .

ولأنه تارك للظاهر من ثلاثة أوجه :

أحدها : بسبب الكفارة ، وليس هناك ما يكفر .

والثاني : صرف الأمر عن الوجوب إلى الجواز .

والثالث : تخصيص التكفير ببعض الأنواع .

وإذا حملنا الخبر على تقديم الحنث استعملنا الظاهر الثلاث ، وحملنا قوله : « وليكفر عن يمينه ، وليأت الذي هو خير » . على التقديم والتأخير ؛ لأنه معلوم أن الكفارة لا تجب إلا بالحنث ، وهذا كقوله في المحرم : « **إذا لم يجد النعلين ، فليلبس الخفين ، وليقطعهما أسفل من الكعبين** » . والقطع مقدم في المعنى وإن أخره في اللفظ ؛ لأنه مفهوم .

فأما الذي روى : « **فليكفر عن يمينه ، ثم ليأت الذي هو خير** » . فقد روى : « **فليأت الذي هو خير ، ثم ليكفر عن يمينه** » (٢) . وهذا هو الأصل ؛ لأن « ثم » لوجوب

---

(١) انظر : سنن أبي داود ٢٢٨/٣ وعبارته : الأحاديث كلها عن النبي ﷺ : وليكفر عن يمينه إلا فيما لا يعبأ به قول أبي داود : واختلف على كل من رواه . انظر : سنن أبي داود ٢٢٨/٣ .

(٢) أخرجه الطيالسي في مسنده ١٩٢/١ برقم ١٣٥١ .

التراخي ، ولا نقول له : إن تأخير الحنث واجب .

ولأن « ثم » قد تكون بمعنى « الواو » ، وقال اللّه تعالى : ﴿ فَكُّ رَقَبَةٍ ﴾ (١) . ثم قال : ﴿ ثُمَّ كَانَ مِنَ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا ﴾ (٢) . والإيمان من حكمه أن يتقدم هذه الأفعال ، وقال : ﴿ ٱسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ ثُمَّ تُوبُوٓا إِلَيْهِ ﴾ (٣) . والاستغفار إنما يكون بعد التوبة .

٣١٨١٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ ﴾ (٤) . وقال : ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾ (٥) .

٣١٨١١ - قلنا : الآية فيها بيان الكفارة ، وليس فيها بيان الخلاف في الوقت ، وهذا كما لو قال : كفارة الآدمي كذا . لم يدل ذلك على وقف الوجوب ، ولا على المعنى الذي به وجب .

ولأن الكفارة تجب بالحلف باتفاقٍ ، بدلالة أن من حلف وبرَّ لم تلزمه الكفارة ، وإنما تجب إذا حنث ، فصار تقدير الآية : ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم وحنثتم . ولم يذكر الحنث ؛ لأنه معلوم أن الكفارة لا تجب إلا به ، وهذا كقوله تعالى : ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ (٦) . وتقديره : فأفطر فعدته . وسكت عن الفطر ؛ لأنه معلوم ، وكذلك قوله : ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ ﴾ (٧) . تقديره : فحلق ففدية . يبين ذلك : أن الكفارة تتناول الأنواع ، وأجمعوا أن الحنث مشروط في الصوم كذلك في بقية الأنواع .

٣١٨١٢ - قالوا : حق مال يجب بسببين يختصان به ، فجاز تقديمه على أحدهما ، أصله : الزكاة .

٣١٨١٣ - قلنا : لا نسلم أن الزكاة تجب بسببين يختصان بها ؛ لأن المال سبب وجوب الزكاة ونفقة ذوي الأرحام والحج ، وكذلك الحول سبب في استحقاق الجزية والدية على العاقلة . فإن أسقطوا ذكر الاختصاص ، فالزكاة تتعلق بأسباب منها البلوغ والعقل والإسلام وتمام الملك وعدم الدَّيْن .

٣١٨١٤ - فإن قالوا : الجزية لا تجب بالحول ، وإنما تجب بالمساكنة ، والدية تجب بالقتل ، والحول يطلب للحلول .

---

(١) سورة البلد : الآية ١٣ .
(٢) سورة البلد : الآية ١٧ .
(٣) سورة هود : الآية ٣ .
(٤) سورة المائدة : الآية ٨٩ .
(٥) سورة المائدة : الآية ٨٩ .
(٦) سورة البقرة : الآية ١٨٤ .
(٧) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

٣١٨١٥ – قلنا : وكذلك نقول : إن الزكاة تجب بوجود المال والحول لتكامل النماء، ثم الزكاة تجب بوجود المال ، وحلول الحول شرط ، فإذا وجد الحول وجبت الزكاة لأجل المال ، والمال موجود قبل الحول ، فجاز إخراج الزكاة . والكفارة تتعلق بالحنث ، واليمين شرط ، بدلالة أنها لا تجب قط باليمين ، وإن وجد الحنث وجبت ولا يمين ، فلم يجز أن تؤدى قبل الحنث . ولو سلمنا أن الحول والنصاب سببان ، فلا يجوز أن يجتمعا ، ولما لم يجتمع اليمين والحنث لم يكونا سببين .

٣١٨١٦ – قالوا : انعقدت يمينه بالله ، فجاز أن يكفر بالمال ، أصله : بعد الحنث .

٣١٨١٧ – قلنا : بعد الحنث وجدنا يفتقر إليه التكفير ، فجاز التكفير ، وقبله لم يوجد ما يحتاج إلى التكفير ، فلم يجز التفكير كما قبل اليمين . والمعنى فيما بعد الحنث ، أنها حالة التكفير بالصوم ، فلم تكن حالة للتكفير بالعتق .

٣١٨١٨ – قالوا : كفارة بالعتق ، فجاز تقديمها على حال وجوبها ككفارة القتل وكفارة الصيد .

٣١٨١٩ – قلنا : تخصيص العتق لا يتقدم على وجوبها . والمعنى في كفارة العين : أنها تتعلق بالجرح بشرط الموت ؛ لأن الجرح فعله والموت ليس من فعله ، فإذا وجد الجرح، وجد ما يتعلق الوجوب به .

٣١٨٢٠ – وفي مسألتنا الكفارة لا تجب باليمين ، بدلالة إذا بَرَّ فيها ، وإنما تجب بالحنث ، ولم يوجد .

٣١٨٢١ – قالوا : حالة تجوز فيها كفارة اليمين كما بعد الوجوب .

٣١٨٢٢ – قلنا : الحالة التي يجوز فيها كفارة القتل ، وهي الحالة التي وجدت علة الوجوب ، مثل تلك الحالة التي في اليمين لا توجد إلا بعد الحنث .

٣١٨٢٣ – قالوا : الدليل على اليمين سبب قوله ﷺ : « **من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها ، فليأت الذي هو خير ، وليكفر عن يمينه** » . فعلق الكفارة بهما على وجه واحد .

٣١٨٢٤ – قلنا : ليس إذا تعلق الوجوب بهما كانا سببين ، بل يجوز أن يكون أحدهما شرطًا ، وعندنا اليمين شرط في تعلق الإمارة بالحنث وليس بسبب .

٣١٨٢٥ – قالوا : الكفارة حكم يتعلق بالحنث ، فوجب أن يتعلق باليمين ، أصله : إذا قال : إذا دخلت الدار فامرأتي طالق . والدليل على أن اليمين سبب أن الشهود إذا رجعوا ، ضمن شهود اليمين دون شهود الشرط .

٣١٨٢٦ - قلنا : عندنا اليمين بالطلاق علة وَقْع الطلاق والدخول شرط بدلالة أن الطلاق يقع عند وجود الشرط باليمين ، فشهود اليمين حصل في شهادتهم إيجاب الإتلاف ، فلذلك ضمنوا .

٣١٨٢٧ - قالوا : أجمعوا على إضافة هذه الكفارة إلى اليمين ، فقالوا : كفارة اليمين . وهذه الإضافة متفق عليها لاختلاف بينهم فيها ، فدل هذا على أن اليمين سببها .

٣١٨٢٨ - قالوا : زكاة الفطر ، وزكاة المال ، وكفارة الظهار ، وكفارة القتل .

٣١٨٢٩ - قلنا : الإضافة لا تدل على أن المضاف إليه سبب ؛ لأنه يضاف إلى السبب ويضاف إلى الشرط ، وقد يضاف إلى صفة في الوقوع فيقال : طلاق السنة وطلاق البدعة ، وإن لم تكن السنة سببًا ولا شرطًا ، ويبطل ما لو قالوه كفارات الحج وكفارة الأداء يضاف الكفارة إلى الحج وإلى الأداء ، وليس ذلك بسبب .

٣١٨٣٠ - وقولهم : لم يُجْمَع على هذه التسمية ؛ لأن منهم من يقول : كفارة الأذى ، وقومًا يقولون : كفارة الحلق .

٣١٨٣١ - قلنا : هذا غلط ؛ لأنهم إذا أرادوا الإجمال قالوا : كفارة الأداء . فإذا فَصَّلوا قالوا : كفارة الحلق وكفارة اللبس .

ثم هذا غلط ؛ لأنهم جعلوا الإضافة دليلًا فلما ناقضناهم ، قالوا : لم نجمع على الإضافة ، فلو كانت الإضافة دليلًا لم نختلف بالإجماع والاختلاف ، ثم الكفارة بالصوم تضاف إلى اليمين كما يضاف التكفير بالعتق ، ولم تدل الإضافة على أن اليمين سبب في الصوم .

٣١٨٣٢ - فإن قالوا : قولهم : كفارة الأداء . فيه حذف وتقديره : فدية إزالة الأذى .

٣١٨٣٣ - قلنا : وكذلك نقول : في كفارة اليمين حذف وتقديره : كفارة الحنث في اليمين .

٣١٨٣٤ - قالوا : الإحرام طاعة وعبادة ، ولا يجوز أن تكون الطاعة سببًا لوجوب الكفارة ، وإنما هو سبب لتحريم الأفعال الموجبة للكفارة ، واليمين لا يحرم الحنث فكان سببًا .

٣١٨٣٥ - قلنا : الإحرام يمنع أسباب التكفير ، واليمين تعقد للوفاء والمنع من الحنث ، فكما لا يكون الإحرام سببًا كذلك اليمين .

مسألة ١٥٦٩

تفريق صوم كفارة اليمين

٣١٨٣٦ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : تفريق صوم كفارة اليمين لا يجوز ويجب أن يصوم متتابعًا [(١)] .

٣١٨٣٧ - وقال الشافعي رحمه الله : إن شاء تابع ، وإن شاء فرق [(٢)] .

٣١٨٣٨ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ ﴾ [(٣)] . وإطلاق الأمر يقتضي الفَوْر عندنا ، والفور تتابع .

٣١٨٣٩ - فإن قيل : صوم رمضان يجب على الفور وليس بمتتابع ؛ لأنه لو أفطر فيه لم يلزمه استئنافه .

٣١٨٤٠ - قلنا : التتابع إنما يجب في صوم لا يتعلق بزمان معين ، وصوم رمضان يقع في زمان معين ، فلذلك لم يجب التتابع فيه وإن كان على الفَوْر .

ولأنه روي في قراءة ابن مسعود وأبي بن كعب : (فصيام ثلاثة أيام متتابعات) . وهذه التلاوة منسوخة ، إلا أن نسخ التلاوة لا يوجب نسخ حكمها .

٣١٨٤١ - فإن قيل : هذا زيادة في القرآن بخبر الواحد .

٣١٨٤٢ - قلنا : قراءة ابن مسعود نقلت إلى زمن أبي حنيفة بطريق الاستفاضة ، وقد كان سعيد بن جبير يصلي في مسجد الكوفة فيقرأ ليلة بقراءة أبي وليلة بقراءة عبد الله . ومتى نقلت القراءة باستفاضة فنقل ما نسخ منها بنقلها ثم انقطع نقلها فانقطع نقل منسوخها ، وليس هذا كما روي في قراءة أبي : (فعدة من أيام أخر متتابعة) . وقوله : (فصيام ثلاثة أيام متتابعة في الحج) . لأن قراءة أبي لم تنقل نقل استفاضة ، فلم تجز الزيادة في القرآن بها .

ولأنه صوم هو بدل في كفارة ، فكان متتابعًا كصوم الظهار .

٣١٨٤٣ - فإن قيل : الصوم في كفارة اليمين أخف ؛ لأنه يتعلق بسبب محظور تارة

(١) انظر : المبسوط ١٤٥/٨ وعبارته : وإن لم يجد شيئًا من ذلك ، فعليه صيام ثلاثة أيام متتابعة عندنا .

(٢) انظر : مغني المحتاج ١٩٣/٦ وعبارته : ولا يجب تتابعها في الأظهر ، لإطلاق الآية ، والثاني يجب .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٩٦ .

ومباح أخرى ، فلهذا خَفَّ قدر الصوم ، وثبت التخيير فيما سواه .

٣١٨٤٤ - قلنا : كفارة الظهار تجب بالعود وهو مباح وإن ثبت فيها التتابع ، فأما خفة مقادير هذه الكفارة : فلا يمنع مساواتها كفارة الظهار في الصفة ، بدلالة العتق والإطعام .

٣١٨٤٥ - احتجوا بالآية - وهي دليلنا - قالوا : صوم بدل به القرآن مطلقًا كقضاء رمضان .

٣١٨٤٦ - قلنا : الوصف غير مسلم ، لأنا بينا نزول القرآن بالتتابع . والمعنى في القضاء : أنه لم يثبت بدلًا في كفارة ، فلم يجب فيه التتابع بأصل الشرع . وفي مسألتنا صوم هو بدل في كفارة ، فكان متتابعًا كصوم الظهار .

٣١٨٤٧ - قالوا : صوم مقدر بثلاثة أيام كصوم الحلق .

٣١٨٤٨ - قلنا : نقصان حلقه لا يدل على نقصان صفته ، بدلالة الإطعام في هذه الكفارة . والمعنى في صوم الحلق : أنه خُيِّر بينه وبين غيره ، فلم يجب فيه الترتيب بالشرع ، والصوم في مسألتنا بدل في كفارة .

٣١٨٤٩ - قالوا : صيام لم يعدل به إطعام كصوم الحلق .

٣١٨٥٠ - قلنا : لا نسلم ، بل أعدل به الإطعام في الموضعين ، وليس إذا اختلف عدد المساكين . والصوم فليس بعدل ؛ لأن العدالة بحسب ما يرد به الشرع .

٣١٨٥١ - قالوا : صوم يكون سببه محظورًا ومباحًا وما جاء كفدية الحلق .

٣١٨٥٢ - قلنا : فدية الحلق لا تكون سببًا محظورًا ؛ لأن من حلق لغير عذر لم يُجْزِه الصوم عندنا .

ولأن بينا أن سبب كفارة الظهار العود وقد يكون مباحًا .

٣١٨٥٣ - قالوا : صوم قصرت مدته ، فلم تكمل صفته كصوم الحلق .

٣١٨٥٤ - قلنا : نقصان مدته لا يوجب خفة صفته ، بدلالة أن الإطعام بعض قدره في هذه الكفارة ، ولم يدل على نقصان صفته ، وكذلك العتق في هذه الكفارة خف حكمه ، بدلالة التخير بينه وبين غيره ، ولم يوجب ذلك خفة صفته عندهم . وقد قال الشافعي : إن اللَّه تعالى قيد الرقبة في كفارة القتل بالأيمان ، وأطلقها في الظهار ، فحملت المطلق على المقيد ، كذلك قيد في كفارة الظهار والقتل بالتتابع وأطلقه في

كفارة اليمين ، فكان الواجب أن يحمل المطلق على المقيد .

٣١٨٥٥ - فإن قيل : إن العتق لشركة الأصل واحد ، والصوم قد ذكره الله تعالى مطلقًا في قضاء رمضان ، ونص على التفريق في صوم المتمتع ، فلم يكن حمله على صوم كفارة المتمتع [١] بالتتابع بأولى من حمله على غيره .

٣١٨٥٦ - قلنا : أما قضاء رمضان : فليس بكفارة أو صوم المتمتع وإنما هو صومان مطلقان ، فكان الواجب عليه أن يشترط فيهما التتابع اعتبارًا بالكفارة ، على أن صوم المتمتع ليس بكفارة أيضًا .

٣١٨٥٧ - وقولهم : إن قضاء رمضان كفارة ؛ لأن النبي ﷺ قال : « **من نام عن صلاة أو نسيها ، فليصلها إذا ذكرها ، فإن ذلك كفارتها** » .

٣١٨٥٨ - فالمعروف أن ذلك وقتها ، ولو ثبت أنه ﷺ سَمَّى قضاء الصلاة كفارة ، لم يجب أن يكون قضاء الصوم كفارة .

* * *

(١) غير واضحة في جميع النسخ .

مسألة ١٥٧٠

الذي يجزئ من الكسوة

٣١٨٥٩ - روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يجزئ في الكسوة القميص والقَبَاء والإزار والعمامة ما يجزئ في الصلاة . وعن أبي يوسف : أن العمامة والإزار لا تجزئ [١] .

٣١٨٦٠ - وقال الشافعي رحمه الله : يجزئ الإزار والسراويل والقلنسوة ، ولا يجزئ الخف والنعلان ، والخلاف يتعين في القلنسوة [٢] .

٣١٨٦١ - لنا : أن اسم الكسوة لا يتناول القلنسوة ؛ لأن أحدًا لا يقول للابسها : مُكْتَسٍ . ولا يمنع أن يقال : هو عريان . وما لا يتناوله الاسم ، لا يجزئ كالنعل .

ولأن ما يجزئ فيه الصلاة لا يجزى في الكسوة كالخف .

ولأنها كسوة واجبة ، فلا يجوز الاقتصار فيها على القلنسوة ، أصله : كسوة الزوجة .

ولأن المقصود بالكسوة ستر العورة كما أن المقصود بالطعام سد الجوعة ، فكما لا يجوز في الطعام ما لا يشبع ، لا يجوز في الكسوة ما لا يستر .

٣١٨٦٢ - احتجوا : بما زعموا أن عمران بن الحصين قال : تجزئ القلنسوة . وقال : أرأيت لو قدم وفد على أميرنا فأعطاهم قلنسوة ، أما كان يقال : قد كساهم [٣] .

٣١٨٦٣ - قلنا : هذا لا يعرف ، ولو ثبت لم يقبل قول الواحد إذا لم يفسر فيما يخالف ظاهر القرآن .

٣١٨٦٤ - وقد روي عن إبراهيم أنه قال في تفسير قوله تعالى : ﴿ أَوْ كِسْوَتُهُمْ ﴾ [٤] :

---

(١) انظر : البدائع ١٠٦/٥ وعبارته : وأما السراويل والعمامة : فقد اختلفت الروايات فيها ، روى الحسن عن زياد عن أبي حنيفة رحمهم الله أنه إذا أعطى مسكينًا قَبَاء أو كساء أو سراويل أو عمامة سابغة يجوز . وروي عن أبي يوسف أنه لا تجزئ السراويل والعمامة ، وهو رواية عن محمد في الإيلاء . وروى هشام رحمه الله عنه أن السراويل لا تجزئ .

(٢) انظر : الأم ٦٩/٧ - ٧٠ وعبارته : وأقل ما يكفي من الكسوة كل ما وقع عليه اسم كسوة من : عمامة أو سراويل أو إزار أو مقنعة وغير ذلك للرجل والمرأة ؛ لأن ذلك كله يقع عليه اسم كسوة .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥٦/١٠ برقم ١٩٧٦٩ .

(٤) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

ثوبًا ثوبًا . وتفسير القرآن يؤخذ من طريق التوقيف ، فكأنه رواه عن النبي ﷺ .

٣١٨٦٥ - قالوا : أعطى قلنسوة قيمتها قيمة الطعام جاز ، فكل كسوة تجوز إذا بلغت قيمة الطعام جاز وإن نقصت كالقميص .

٣١٨٦٦ - قلنا : لا نسلم أنها كسوة .

ولأنها تجزئ عندنا عن قيمة الطعام ، فلا يقال : إن القيمة الكاملة إذا جازت كذلك الناقصة ، فأما القميص : فيجزئ عن نفسه فلا يصير بقيمة الطعام ، وإنما جاز ؛ لأنه يستر العورة وتجوز الصلاة فيه .

* * *

مسألة ١٥٧١

كسوة خمسة مساكين وإطعامهم

٣١٨٦٧ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا كسا خمسة مساكين وأطعم خمسة ، جاز ، وقومت الكسوة طعامًا أو الطعام كسوةً [١] .

٣١٨٦٨ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ : لا يجوز حتى يكمل أحد الصفتين [٢] .

٣١٨٦٩ - لنا : أن ما قصد به سد الخَلَّة ، فالقيمة فيه تقوم مقام المنصوص عليه ، وقد دللنا على ذلك في الزكاة . فإذا ثبت في الزكاة ، ثبت في الكفارة ؛ لأن أحدًا لا يفصل بينهما ، وأن كل واحد منهما صدقة واجبة ، فعلى هذا لا فرق بين أن يطعم بدل الكسوة أو يكسو بدل الإطعام ، كما لا فرق بين إخراج الدراهم عن كل واحد منهما وبين إخراج قيمتهما .

ولا يلزم إذا أخرج صاعًا جيدًا عن صاعين وسطًا ؛ لأن الصاع الجيد إذا اختاره وهو مستحق عليه أن يعطي لكل مسكين غداءً وعشاءً ، فإذا أعطاه ربع صاع فلم يحصل المقصود .

فإن ألزم على هذا صدقة الفطر إذا أخرج نصف صاع تمر ونصف صاع شعير .

٣١٨٧٠ - قلنا : من أصحابنا من قال تجزئ إذا كانت قيمة أحدهما قيمة الآخر .

ولأنه إذا اختار الكسوة ، صارت فريضة فإذا أخرج عنها لم ينص عليه فيها بدلًا ، جاز كما لو أخرج الدراهم . ولا يلزم صدقة الفطر ؛ لأن المقصود بجميع أنواعها سد الخَلَّة ، فإذا اختار أحد أنواعها ثم أخرج الآخر عنه ، فقد أخرج منصوصًا عليه ، كما التزم إخراجه ، فيجزئ عن نفسه ولا يجزئ عن غيره .

٣١٨٧١ - احتجوا : بأن الله تعالى خَيَّر بين ثلاثة أنواع ، فلم يجز إثبات نوع رابع .

٣١٨٧٢ - قلنا : عندنا لا يجوز أكثر من ثلاثة ، إلا أنا نجوز قيمة كل مقوَّم منها ، فإذا كسا بعض المساكين وأطعم بعضهم ، جعلناه كاسيًا لجميعهم أو مطعمًا ، فيكون

---

(١) انظر : المبسوط ١٥٢/٨ وعبارته : ولو أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة مساكين ، جاز إن كان الطعام أرخص من الكسوة ، وإن كانت الكسوة أرخص من الطعام ، لم يجزئ ما لا يجزئ كل واحد منهما عن نفسه .

(٢) انظر : الأم ٦٩/٧ وعبارته : وليس له إذا كفر بإطعام أن يطعم أقل من عشرة ، وإن أطعم تسعة وكسا واحدًا كان عليه أن يطعم عاشرًا أو يكسو تسعة .

نوعًا واحدًا .

٣١٨٧٣ - قالوا : نوع من أنواع كفارة اليمين ، فلا يجوز تبعيضه كالعتق .

٣١٨٧٤ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأن الإطعام لا يتبعض عندنا ، وإنما يقام مقام بعضه بالقيمة ، وهذا لا يتصور في العتق ؛ لأنه غير متقوَّم فلم يجز إخراج غيره بقيمته .

٣١٨٧٥ - قال مخالفونا : هذا ينتقض بإخراج نصف صاع جيد من صاع وبإخراج الشعير في الفطرة عن التمر .

٣١٨٧٦ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن إذا منعنا إخراج القيمة عما لا يتقوم . لا يلزمنا أن يكون كل ما يتقوم يجوز عما لا يتقوم لأنه عكس كلامنا .

* * *

مسألة ١٥٧٢

حلف ألا يسكن الدار

٣١٨٧٧ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يسكن هذه الدار ، فانتقل بنفسه وترك فيها عياله ورَحْلَه ، حنث في يمينه [١] .

٣١٨٧٨ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ : إذا انتقل ونوى ألا يرجع إليها ، فقد بَرَّ في يمينه [٢] .

٣١٨٧٩ - لنا : أن السكنى تكون بنفسه وبما يسكن من آله في المكان غالبًا ؛ بدلالة أن الناس يسكنون المنازل ، فإذا حلف لا يسكن ، فإنما عقد يمينه على إزالة ما صار به ساكنًا ، فإذا أزال بعضه لم يَبَرَّ في يمينه ، كمن حلف على شيئين ففعل أحدهما .

ولأن الإنسان يحلف على ترك السكنى كراهة الدار ولجيرانها أو سلامتها ، وما كرهه الإنسان لنفسه من ذلك ، كرهه لأهله .

ولأنه لو خرج عقيب اليمين ولم ينوِ ترك العود ، حنث في يمينه ؛ لأنه لم يُزِلْ ما صار به ساكنًا . كذلك إذا نوى ألا يعود ، فلا يجوز أن يكون البِرُّ حصل بنيته ألا يعود ؛ لأنه حلف على ترك السكنى على التأبيد ، فإذا تركها في الحال فلم ينوِ الترك أبدًا فقد بَرَّ في هذه الحال ، والحنث من بعد يتعلق بفعل السكنى لا بالنية ، فاعتبار نيته في ترك العود لا معنًى له .

ولأنه يقال : فلان ساكن في هذه الدار . فإن كان في سوقة أو في ضياعة ، ولا يجوز أن تكون السكنى مضافة إليه ، فلم يبق إلا أن يكون ساكنًا لكون أهله ومتاعه فيها .

٣١٨٨٠ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ لَّيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَٰعٌ لَّكُمْ ﴾ [٣] .

٣١٨٨١ - قلنا : قيل في التفسير : فيها متعة لكم لاتقاء الحر والبرد وقضاء الحاجة .

---

(١) انظر : البدائع ٧٣/٣ وعبارته : إذا انتقل بنفسه ولم ينتقل بأهله ومتاعه ، قال أصحابنا : يحنث .

(٢) انظر : الأم ٤٠٢/٨ وعبارته : وإذا كان في دار فحلف ألا يسكنها ، أخذ في الخروج مكانه وإن تخلف ساعة يمكنه الخروج منها فلم يفعل ، حنث ، فيخرج ببدنه منحولًا ولا يصدره أن يتردد على حمل متاعه وإخراج أهله لأن ذلك ليس بسكنى . وانظر أيضًا : روض الطالب مع أسنى المطالب ٢٥٣/٤ .

(٣) سورة النور : الآية ٢٩ .

ولم يرد المتاع الذي هو الآلات ، ولو أراد المتاع الذي ظنوا ، فليس كل متاع يصير ساكنًا به حتى يكون مما يسكن بمثله فيسكن هو معه ولا تزول السكنى ببقائه ، فأما إذا حفظ متاعه في مكان لم يسكنه ، لم يصره به ساكنًا في ذلك المكان .

٣١٨٨٢ - قالوا : السكنى في الموضع هي المقام المستدام مما يُسكن به في العادة ، ولا يمكن المقام إلا به ، ولهذا يقال لمن أقام في المسجد ومعه ما يفرشه ويسند معه : ساكن المسجد ، ولو دخل للاعتكاف فأقام بنفسه لم يكن ساكنًا . فأما الفقير : فلا يسكن في موضع إلا بشيء يمنعه في العادة ، ومتى سكن الرجل في موضع وعياله في موضع آخر فليس بساكن بالعيال ، فأما إذا سكن بعياله ومتاعه فهو ساكن مجموع ذلك ، فزوال السكنى يكون بزوال الجميع .

٣١٨٨٣ - قالوا : لو حلف ليخرجن حتى دابته من الإصطبل ، فجولها وترك سرجها ورجلها ، بَرَّ في يمينه .

٣١٨٨٤ - قلنا : الدابة ليست بساكنة ، وإنما هي مسكنة ، فلا يعتبر بيعها ، ولهذا لو أخرجها بغير نية كان مُحَوِّلًا لها .

٣١٨٨٥ - قالوا : الهجرة كانت واجبة ، ومن هاجر إلى النبي ﷺ وترك أهله وماله ، كان مهاجرًا .

٣١٨٨٦ - قلنا : الهجرة الواجبة كانت للحاق النبي عليه السلام وتكثير جمعه والكون معه ، وهذا يوجد وإن لم ينتقل بأهله .

٣١٨٨٧ - قالوا : المقيم بمكة من أهل الآفاق يصير في حكم أهلها في التمتع والقِرَان ، وإن كان أهل بغيرها .

٣١٨٨٨ - قلنا : المكي إنما لا يصح له القران ؛ لأن ميقاته في الحج والعمرة مختلف ، وهذا موجود في الآفاق إذا أقام بمكة دون أهله ، وإنما لا يصح له التمتع ؛ لأنه لا يحتاج إلى ترك سفر العمرة ، والمكي يقدر أن يعتمر متى شاء ، وهذا موجود في المقيم بمكة من غير أهلها .

٣١٨٨٩ - قالوا : المسافر يترخص بسائر الرخص ، وإن كان أهله في المصر .

٣١٨٩٠ - قلنا : الرخصة تثبت بمشقة السفر ، وهو في حال سفره يعد من سكان مصر لبقاء أهله فيه ، كما يعد من سكانه إذا خرج إلى ضيعته .

مسألة ١٥٧٣

صعود السطح بعد الحلف ألا يدخل الدار

٣١٨٩١ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يدخل دار فلان ، فَصَعِد إلى سطحها أو وقف على حائطها ، حنث [١] .

٣١٨٩٢ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : لا يحنث . واختلف أصحابه ، فمنهم من قال : أراد به السطح إذا لم يكن محجرًا . ومنهم من قال : المحجر وغيره سواء [٢] .

٣١٨٩٣ - لنا : أن الدار ما أحاطت به الدائرة ، وهذا موجود في علو الدار وسطحها ، فيحنث في السطح كما يحنث في غرف الدار .

ولأن كل حكم تعلق بالبقعة فإنه يتعلق بهوائها ، بدليل هواء الحرام وسطح المسجد موضع الصلاة والاعتكاف .

ولأنه داخل في حدود الدار ، يحتاج في دخوله إلى إذن كسائر بيوتها .

ولأنه لو حلف لا يخرج من الدار فصعد سطحها ، لم يحنث ، ولم يكن داخلًا بالمصير إليه لم يكن خارجًا بالحصول فيه .

احتجوا : بأن ذمته بريئة ، وطريق وجوب الكفارة عليه الشرع ، فمن ادَّعى وجوبها عليه واشتغال ذمته بها ، لزمه إقامة الدليل .

قلنا : قد بينا الدليل وهو أن اليمين على دخول الدار ، تمنع ما يمنعه عدم الإذن ، فإذا كان السطح لا تجوز الصلاة بغير إذن ، كذلك يمتنع اليمين منه .

قالوا : وقف على حاجز بين خارج الدار وداخلها ، فوجب ألا يحنث في هذه اليمين، أصله إذا وقف على عتبة الباب .

٣١٨٩٤ - قلنا : الواقف على العتبة لا يفتقر إلى إذنٍ ، فلم يمنعه الحلف على ترك

---

(١) انظر : البدائع ٣٧/٣ وعبارته : ولو نزل على سطحها نزل ؛ لأن سطح الدار من الدار ؛ إذ الدار اسم لما أحاطت به الدائرة ، والدائرة أحاطت بالسطح ، وكذا لو أقام على حائط من حيطانها ؛ لأن الحائط مما تدور عليه الدائرة فكان كسطحها .

(٢) الأم ٤٠٣/٨ وعبارته : ولو حلف لا يدخلها فرقى فوقها ، فلم يدخلها وإنما دخوله أن يدخل بيتًا منها أو عرصتها . وانظر أيضًا : روض الطالب مع أسنى المطالب ٢٨/١٠ .

دخولها ، والحائط والسطح خلاف ذلك .

٣١٨٩٥ - قالوا : وقف في موضع لا يحيط به بناء الدار ، فوجب ألا يحنث ، كما لو وقف على رأس شجرة تعلو على السطح .

٣١٨٩٦ - قلنا : يبطل إذا انهدم فيها حائط فدخل منه إلى بيته ، ولا نسلم الشجرة إذا كانت في الدار ؛ لأن رأسها في هواء الدار وذلك منها .

٣١٨٩٧ - قالوا : لو حلف لا يدخل هذا البيت فدخل غرفة عليه ، لم يحنث في يمينه .

٣١٨٩٨ - قلنا : هذه دعوى بغير جمع .

ولأن البيت موضع المبيت ، وكل واحد من البيت وعلوه بيت ، ومن حلف على بيت لا يحنث بدخول بيت غيره ، والدار ما أحاطت به الدائرة ، وذلك يتناول العلو والسفل .

* * *

مسألة ١٥٧٤

هدم الدار التي حلف ألا يدخلها

٣١٨٩٩ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : إذا حلف لا يدخل هذه الدار فانهدم بناؤها فدخلها ، حنث (١) .

٣١٩٠٠ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : لا يحنث (٢) .

٣١٩٠١ - لنا : أن اليمين إذا انعقدت على غير مسمى باسم ، بقيت اليمين ببقاء الاسم ، بدلالة من حلف لا يدخل هذه الدار فانهدم بعض بنائها وتغيرت عمارتها ، وإذا حلف لا يأكل هذا الطعام ففسد وتغير ، ومن حلف لا يلبس هذا الرداء فاتَّزَر به . وإنما كان كذلك ؛ لأن المعقود عليه بحاله ، والعقد يبقى ما بقي المعقود عليه . والدليل على أن الدار تسمى دارًا بعد زوال البناء : أن الدار اسم لما أحاطت به الدائرة ، ألا ترى أن العرب تسمى الأرض دارًا عند نزولها وتسميها دارًا وإن قوضت البيوت منها ؟ ولهذا ذكر الشعراء الدار بعد الانتقال عنها ، قال لبيد :

عفَتِ الديار محلها فمَقامُها ... بمنًى تأبَّد غَوْلها فرجامها (٣)

وقال النابغة :

يا دار مية بالعلياء فالسند ... أقوت وطال عليها سالف الأمد (٤)

وإذا ثبت أن الاسم يتناول العرصة التي لا بناء فيها ، بقيت اليمين لبقية المعقود عليه .

٣١٩٠٢ - فإن قيل : هذا مجاز كما يقال لمكة : دار الندوة ، وكيف بنيت دكاكين ومعناه كانت دارًا .

٣١٩٠٣ - قلنا : الأصل في الاستعمال الحقيقة ، ومدعي المجاز يحتاج إلى دلالة .

---

(١) البدائع ٣٨/٣ وعبارته : ولو عين فقال : لا أدخل هذه الدار ، فذهب بناؤها بعد يمينه ثم دخلها ، يحنث في قولهم .

(٢) انظر : الأم ٧٨/٧ وعبارته : وإذا حلف الرجل لا يدخل هذه الدار ، فانهدمت حتى صارت طريقًا ثم دخلها ، لم يحنث ؛ لأنها ليست بدار .

(٣) قاله : لبيد بن ربيعة العامري . انظر : لسان العرب ٥٠٩/١١ ، ٢٢٨/١٢ ، ٤٩٨ ، ٢٩٤/١٥ .

(٤) قاله النابغة الذبياني . انظر : المغرب مادة (أبد) .

ولأن هذا استعمال قد كثر وظهر ، فلو ثبت أنه مجاز لصار في حكم الحقيقة ، وكثر هذا كما لو حلف لا يدخل دارًا فدخل دارًا مهدومة ؛ لأن اليمين المطلقة تحمل على العادة ، والدور المعتاد دخولها على المبنية .

٣١٩٠٤ - فإن ألزموا من حلف لا يكلم هذا الشاب ، فصار شيخًا .

٣١٩٠٥ - قلنا : لا يلزم أن اليمين ببقاء الاسم ولم يتعرض لها إذا زال الاسم ، وهاهنا بقيت اليمين عندنا مع زوال الاسم ، فلا يعترض على كلامنا .

٣١٩٠٦ - فإن قيل : لو حلف لا يدخل بهذا البيت ، فدخل بعد هدمه ، لم يحنث .

٣١٩٠٧ - قلنا : لأن العرب إذا قوضت بيوتها لم تسمها بيوتًا ، فدل على أن زوال البناء يزيل اسم البيت .

ولأنه عبارة عن موضع البيت ، وذلك لا يكون في نقض البناء .

٣١٩٠٨ - فإن نازعوا في ذلك ، وقالوا : البيت إذا خرب يسمى بيتًا ، واستشهدوا بقوله تعالى : ﴿ فَتِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةً ﴾ (١) .

لم تنفع هذه المنازعة ، لأنهم يثبتون خطأ مخالفتهم في مسألة البيت لا تقدح في هذه المسألة .

٣١٩٠٩ - احتجوا : بأن من لا يدخل في لفظ اليمين مع الإطلاق ، وجب أن يخرج منه مع التعين ، أصله إذا قال : والله لا آكل حنطةً . فأكل دقيقًا .

٣١٩١٠ - قلنا : إذا أطلق ، حملت اليمين على المعتاد المطلق ، فإذا عين حمل على ما يتناوله الاسم مطلقًا وغير مطلق . ألا ترى أنه قال : والله لا أقعد في سراج . لم يحنث إذا قعد في الشمس ، ولو قال : لا أقعد في هذا السراج ؛ يعنى الشمس ، حنث بالقعود فيها . فاختلف في يمينه الإطلاق والتعيين ؟ وكذلك إذا قال : لا أركب دابة . حُمِل على الخيل والبغال ، ولو أشار إلى دابة من طين أو خشب فقال : لا أركب هذه الدابة . حنث بركوبها ، ولو حلف لا يلبس قميصًا فاتزر بقميص ، لم يحنث ، ولو وقال : لا ألبس هذا القميص . فاتزر به ، حنث عندنا على أحد الوجهين عندهم . فبان بهذا الفرقُ بين الإطلاق والتعيين ، وعلى هذا لو قال : لا أدخل هذه الدار وهي خراب .

---

(١) سورة النمل : الآية ٥٢ .

فدخلها ، حنث في يمينه ، وإن لم يدخل في الإطلاق .

٣١٩١١ - وإن قالوا : على البيت إذا خرب ؛ فالفرق بينهما ما قدمنا أن البيت لا تسميه العرب بيتًا إذا تقوض ، وتسمى الدار دارًا بعد تقوض البيوت ونقلها .

٣١٩١٢ - قالوا : دخلها بعد زوال بنيانها ، فصار كما لو بُنِيَتْ حمامًا أو بستانًا .

٣١٩١٣ - قلنا : هاهنا زال الاسم ، فزالت اليمين ، وإذا انهدمت فالاسم لم يَزُلْ .

٣١٩١٤ - قالوا : لا فرق بينهما ؛ لأنه حدث للدار اسم آخر ، فإذا خربت حدث لها اسم آخر فقال : مَراح وخَرِبة .

٣١٩١٥ - قلنا : يقال : دار خراب ودار مراح . فهو كقولهم : دار بيضة أو محدودة . فلا يوجب ذلك زوال اسم الدار ، ولا يقال : دار هي بستان ، ولا دار هي حمام . فبان الفرق بينهما .

* * *

مسألة ١٥٧٥

دخول الدار التي حلف لا يدخلها بعد بيعها

٣١٩١٦ - قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ : إذا قال : لا أدخل دار فلان هذه ، فدخلها بعدما باعها ، لم يحنث (١) .

٣١٩١٧ - وقال محمد : يحنث . وبه قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ (٢) .

٣١٩١٨ - لنا : أن لإذنه تأثيرًا (٣) تعلقت اليمين ببقاء ذلك الإذن ، فإذا زال زالت اليمين . ولهذا قال أصحابنا : إنه لو قال : لأرفعن فلانًا إلى الوالي . فرفعه بعدما عُزِل ، لم يَبَرَّ ؛ لأن للولاية تأثيرًا (٤) في الوقوع به (٥) من الحبس أو الضرب ، فانعقدت اليمين على بقاء ذلك الأثر . ولا يلزم على هذا صديق فلان وزوجة فلان ؛ لأن الصديق لا تأثير لإذنه في كلام صديقه ولا يملك حظر كلامه ، وكذلك الزوجة لا يملك زوجها منع الناس من كلامها .

ولأن الإنسان يمنع من دخول مالكها ، فإذا عقد على عينها وأضافها إليه ، فكل واحد من الأمرين مقصود ، فإذا زالت ، بطلت (٦) اليمين . وليس هذا كالتصديق ؛ لأن الإنسان لا يمتنع من كلام غيره لأجل صديقه ، ولا يمتنع من كلام زوجته لإدخال الضرر على زوجها ؛ إذ الزوج يؤثر ترك كلامها ، فبقي أن تكون هي المقصودة دون الزوج .

٣١٩١٩ - فإن قيل : قد يمتنع من دخول الدار [سما ما] (٧) بها .

٣١٩٢٠ - قلنا : لو كان كذلك ، لاكتفى بدله عنها دون مالكها .

---

(١) انظر : المبسوط ١٦٦/٨ وعبارته : وإذا حلف لا يسكن دار فلان هذه ، فباعها فسكن الحالف ، ولم تكن له نية ، لم يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى . وقال محمد وزفر رحمهما الله تعالى : يحنث .

(٢) انظر : الأم ٧٧/٧ وعبارته : وإذا حلف لا يسكن دار فلان هذه بعينها ، وباعها فلان ، فإن كانت نيته على الدار ، حنث بأي وجه سكنها وإن ملكها هو ، وإن كانت نيته ما كانت لفلان ، لم يحنث إذا خرجت من ملكه ، وإن لم تكن له نية حنث إذا قال : دار فلان هذه .

(٣) في جميع النسخ : [تأثير] .

(٤) في جميع النسخ : [تأثير] .

(٥) في (م) : [إليه] .

(٦) في (م) : [بطل] .

(٧) ما بين المعكوفتين غير واضح في جميع النسخ .

ولأنه عين وأضاف إضافة ملك ، فانعقدت اليمين على الشرطين . فإذا عدم الملك ، صار كعدم التعيين ، أصله : إذا بُنيت حمامًا ، وكما لو عقد اليمين على دخول الدار راكبًا لم يحنث بأحدهما . ولا يلزم صديق فلان وزوجة فلان ؛ لأن الإضافة ليست إضافة ملك ، فلا يدخل على لفظ العلة ولا على معناها ؛ لأن الملك يعرف بمالكه وإن تعين ، ولا يعرف الإنسان بصديقه إذا تعين لا المرأة بزوجها ، فلم تكن الإضافة على طريق التعريف .

ولأن قوله : لا أدخل دار فلان هذه ، عقد على ملك تامٍّ مخصوص ، ولو عقد على كل دوره ، كان الملك شرطًا في بقاء يمينه ، كذلك إذا خص واحدة منهما .

الدليل عليه لو قال : لا أكلم عبدًا لفلان نزلنا . كان الملك شرطًا في الحنث كما لو عَمَّ فقال : لا أكلم عبدًا لفلان .

ولأنه جمع في يمينه بين التعيين وسبب التعريف ، فيتعلق اليمين بسبب التعريف كما لو قال : لا أدخل دار فلان هذه . فهدمت وبُنيت حمامًا . ولا يلزم صديق فلان هذا ؛ لأن الإضافة بالصداقة ليست من أسباب التعريف .

٣١٩٢١ - احتجوا : بأن التعيين والإضافة إذا اجتمعا ، تعلقت اليمين بالتعيين وسقطت الإضافة ، أصله : إذا قال : لا أكلم صديق فلان هذا ، وجار فلان هذا [١] ، وزوجة فلان هذه .

٣١٩٢٢ - قلنا : الصداقة والزوجة ليست سبب التعريف ، [لأن المرأة والصديق كانا معروفين قبل هذه العلقة ، وليس كذلك الملك ؛ لأن سبب التعريف] [٢] تعلقت اليمين به . يبين ذلك أنه قال : لا أكلم نساء فلان . وله أربعة نسوة لم يحنث حتى يكلم جماعتهن . ولو قال : لا أكلم أصدقاء فلان . وله عشرة أصدقاء ، لم يحنث بكلام ثلاثة منهم حتى يكلم الجماعة ، ولو قال : لا أدخل دُور فلان . حنث بدخول ثلاثة منها ، وانعقد اليمين على الإضافة . وفي : لا أكلم زوجة فلان . فكلمها بعدما طلقها ، لم يحنث ، فدل أن الزوجية سبب للتعريف .

٣١٩٢٣ - قلنا : قد ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير ، وقال : لا يحنث [٣] .

---

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) انظر : الجامع الصغير ص٢٠١ .

وذكر في الزيادات أنه يحنث . قال أصحابنا : وهو الصحيح على أصل أبي حنيفة .

وقد ألزم محمد إذا قال : لا أكلم صاحب هذا الطيلسان (١) . فكلمه بعدما باعه أنه يحنث .

والجواب عنه : أنه أضيف إلى الطيلسان ، ولا يضيف الطيلسان إليه والرجل لا يعرف بطيلسانه . وفي مسألتنا أضاف الملك إلى المالك ، والملك يعرف بإضافته إلى مالكه .

ولأنه لم يعين صاحب الطيلسان ، فلم يجتمع في يمينه التعيين والإضافة .

٣١٩٢٤ - قالوا : لو (٢) غلط في الإضافة فقال : لا أدخل دار زيد هذه . والدار لعمرو ، انعقدت يمينه وحنث بدخولها ، فإن كان عدم الإضافة لا يمنع انعقاد اليمين ، كذلك زوال الإضافة ، لا يبطل (٣) العقد .

٣١٩٢٥ - قلنا : إن كان الدار لزيد فحلف ، ثم بان أنها لعمرو لم تنعقد يمينه ، وإن كان يعلم أنها لعمرو ، فحلف وأضافها لزيد ، انعقدت يمينه وحنث بدخولها ؛ لأنه علم أن المقصود الدار دون مالكها .

٣١٩٢٦ - قالوا : لو جمع بين التعيين والصفة ، انعقدت اليمين على العين دون الصفة ، مثل قوله : لا أكلم هذا الشاب . إذا جمع بين التعيين والإضافة .

٣١٩٢٧ - قلنا : الإضافة التي يتعرف بها المضاف ، تجري مجرى التسمية ، ولا تجري مجرى الصفة ، بدلالة أنه يحسن أن يشاهد الدار فيقول : لمن هذه الدار ، كما يقول إذا رأى غلامًا : ابن من هذا ؟ ولا يحسن أن يرى شابًا فيقول : هذا شاب أو شيخ ، فعلم أن الاضافة مخالفة للصفة .

٣١٩٢٨ - فإن قيل : لو كان الحلف على ترك الدخول لأجل مالك الدار ، لم يخص دارًا واحدة بل يَعُمّ جميع دوره .

٣١٩٢٩ - قلنا : يجوز أن يكون لاحاه في هذه الدار ونازعه فيها ، فخصها باليمين ؛ لأن لملاحاته فيها فتناولها العقد خاصة .

---

(١) الطَّيْلَسَانُ : تعريب تلشان ، وجمعه طيالسة ، وهو : من لباس العجم مدور أسود . المغرب مادة (طلس) .

(٢) ساقطة من صلب (ص) ، مستدركة في الهامش .

(٣) في (م) : [يمنع] .

مسألة ١٥٧٦

دخول دارٍ إعارةً أو إجارةً كان حلف ألا يدخلها

٣١٩٣٠ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يدخل دار فلان ، فدخل دارًا سكنها بإجارة أو عارية ، حنث (١) .

٣١٩٣١ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يحنث . قالوا : ولو حلف لا يدخل مسكن فلان ، فدخل الدار يسكنها بأجرة ، حنث (٢) .

٣١٩٣٢ - لنا : أن الدار تضاف إلى ساكنها بالسكنى حقيقة كما تضاف بالملك ، قال اللَّه تعالى : ﴿ كَمَآ أَخْرَجَكَ رَبُّكَ مِنۢ بَيْتِكَ بِٱلْحَقِّ ﴾ (٣) . وإنما خرج من [بيته قال اللَّه] (٤) تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَدْخُلُوا۟ بُيُوتَ ٱلنَّبِىِّ ﴾ (٥) . وقال : ﴿ وَقَرْنَ فِى بُيُوتِكُنَّ ﴾ (٦) . فأضافها إلى النبي ﷺ وإلى زوجاته على وجه واحد ، وقال تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ ﴾ (٧) . وأراد بيوت الأزواج . وإذا كانت الأزواج فيها على وجه واحد ، حملت [اليمين على] (٨) الجميع .

ولأنه يحلف على دخول دار غيره لإدخال الفرط عليه والوضع منه ، وهذا موجود في الدار التي يملكها ويسكنها .

ولأن الساكن أخص بالدار في معنى الدخول من مالكها ؛ لأنه يملك الإذن في دخولها والمنع ، والمالك لا يملك ذلك ، فإذا حنث بدخول الدار المملوكة ، فالمسكونة أولى .

٣١٩٣٣ - احتجوا : بأنه دخل دارًا لا يملكها المضاف إليه الدار ، فوجب ألا يحنث ، أصله : إذا دخل دارًا لا يملكها ولكنه وُكِّل في إجارتها .

---

(١) انظر : المبسوط ١٦٩/٨ وعبارته : وإذا حلف لا يدخل بيتًا لفلان ، ولم يسمِّ بيتًا بعينه ، ولم يكن له فيه ، فدخل بيتًا هو فيه ساكن بأجر أو عارية ، فهو حانث عندنا .

(٢) انظر : الأم ٧٨/٧ وعبارته : وإذا حلف الرجل ألا يدخل بيت فلان وفلان في بيت بكراء لم يحنث ؛ لأنه ليس بيت فلان إلا أن يكون أراد مسكن فلان ، ولو حلف ألا يدخل مسكن فلان فدخل عليه سكنًا بكراء ، حنث إلا أن يكون نوى مسكنًا له يملكه .

(٣) الآية ٥ من سورة الأنفال .

(٤) ما بين المعكوفتين في جميع النسخ : [بيت اللَّه] .

(٥) سورة الأحزاب : الآية ٥٣ .

(٦) سورة الأحزاب : الآية ٣٣ .

(٧) سورة الطلاق : الآية ١ .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) .

٣١٩٣٤ – قلنا : الدار لا تضاف إلى الوكيل في العرف ، والساكن تضاف إليه في العرف ، وقد بينا ذلك .

٣١٩٣٥ – فإن قيل : الإضافة إلى الساكن مجاز ، بدلالة أنه يصح نفيها عنه فيقال : ليست لفلان ، لكنها لفلان .

٣١٩٣٦ – قلنا : إذا بدأ الاستعمال في الإضافة فهي حقيقة ، ومدعي المجاز يحتاج إلى دليل ، وأما النفي : فلأن الإضافة على وجهين ، فإذا نفوا فإنما يريدون أحد الإضافتين وهي إضافة الملك ، فلذلك صح أن يقال : ليست لفلان ، وإنما هي لفلان . يعنون السكن ، ويراد نفي إضافة السكنى . على أنا لو سلمنا أن الإضافة مجاز ، فهو مجاز متعارف ، فيحمل اليمين عليه ؛ لأن من حكمها أن تحمل على العرف .

٣١٩٣٧ – قالوا : لو قال : هذه الدار لفلان . حكم الحاكم له بالملك ، ولا يصدق المُقِرّ به أنه أراد السكنى .

٣١٩٣٨ – قلنا : الإضافة تقتضي التخصيص ، فأما أن يكون أراد الملك أو التصرف ، فإن كان التصرف فقد أقر له باليد فلا يُقبل قوله باستحقاق ما في يد المقر له ، وإن أراد إضافة الملك لم يقبل رجوعه .

٣١٩٣٩ – قالوا : لو كان مالكها هو المحلوف عليه حنث ، فإذا كان الساكن لم يحنث كما لو قال : ملك فلان .

٣١٩٤٠ – قلنا : يحنث بالإضافة إلى المالك ، وإذا أضافه إلى المالك والساكن على وجه واحد ، فيحنث فيهما جميعًا .

٣١٩٤١ – قالوا : إضافة ما يملك إلى من يملك يقتضي الملك ، أصله إذا قال : لا أركب دابة فلان .

٣١٩٤٢ – قلنا : الإضافة لا تقتضي أكثر من التخصيص ، وهذا موجود في الملك وغير الملك ، ولا نسلم في قوله : دابة فلان ؛ لأنه يحنث في الدابة التي استأجرها ، كما يحنث في التي يملكها .

٣١٩٤٣ – قالوا : اللفظ إذا تردد بين الحقيقة والمجاز ، حُمل على الحقيقة .

٣١٩٤٤ – قلنا : قد [بينا أن] [1] الإضافة إلى المالك وإلى الساكن على وجه

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

واحد ، ولو سلمنا أن إضافة السكنى مجاز ، فهو متعارف ، واليمين تحمل على المجاز المتعارف ، بدلالة من حلف لا يأكل من هذه النخلة أو الكَرْمة ، حمل على ثمرها ولا يحمل على خشبها . والحقيقة أن يأكل من عينها ، والمجاز أكل ما يتولد منها .

٣١٩٤٥ - قالوا : لو حلف لا يدخل دار فلان ، فباع فلان داره فدخلها ، لم يحنث . فإذا كان زوال الملك يبطل اليمين ، كان عدم الملك يمنع الانعقاد .

٣١٩٤٦ - قلنا : إذا باعها فقد زال الملك والسكنى ، فلم تبق إضافة ، ولو قدرنا أنه باعها وسكنها بإجارة فدخلها الحالف حنث ؛ لأن الإضافة باقية .

* * *

مسألة ١٥٧٧

الحلف ألا يدخل دار فلان وهو فيها

٣١٩٤٧ – قال أصحابنا رحمهم الله : إذا حلف لا يدخل دار فلان وهو فيها ، لا يحنث حتى يخرج منها ثم يدخل إليها ، وإن حلف لا يخرج منها وهو خارج ، لا يحنث حتى يدخل إليها ثم يخرج (١) .

٣١٩٤٨ – وقال الشافعي رحمه الله في الأم : يحنث . وقال في سنن حرملة : لا يحنث . ومن أصحابه من التزم من اليوم على قياس قوله إذا قال : لا أخرج . وهو خارج أنه يحنث بالبقاء على الخروج (٢) .

٣١٩٤٩ – لنا : أن الدخول هو الانفصال من خارج الدار إلى داخلها ، والخروج انفصال منها إلى خارجها ، والبقاء على كل واحد منهما لا يتناوله الاسم ، فلا يقع به الحنث .

ولأن الدخول لا يوصف بالامتداد في الوقت ، كما يوصف اللبس والركوب فيقول : ركبت يومًا ولبسته يومًا .

٣١٩٥٠ – فإن قيل : الصحيح بوصف اللبس والركوب فيقول : ركبت منذ يوم ، ودخلت منذ يوم . فإن قال : دخلت يومًا . جاز كقوله : ركبت يومًا .

٣١٩٥١ – قلنا : هذا غلط ؛ لأنه يقول : ركبت منذ يوم . إذا أراد تبين ابتداء ركوبه ركبت يومًا ، وإذا أراد أن يبين مدة الركوب قال : ركبت يومًا . ألا ترى أن قوله : ركبت منذ يوم ؛ لا يفيد استمرار الركوب ، فإذا قال : دخلت منذ يوم . فإنما يبين وقت الدخول ، ولا يفيد ذلك الاستمرار ، فإذا قال : دخلت يومًا . لم يكن لكلامه معنًى ، وليس إذا قالوا : يصح ذلك انتفعوا به حتى يثبت فيه الاستعمال ، ولا طريق إليه ؟ .

---

(١) انظر : البدائع ٣٧/٣ وعبارته : فإن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها فمكث بعد يمينه ، لا يحنث استحسانًا ، والقياس أن يحنث . وانظر : فتح القدير ١٠٤/٥ وعبارته : حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج .

(٢) انظر : الأم ٧٦/٧ وعبارته : وإذا حلف الرجل ألا يسكن الدار وهو فيها ساكن ، أخذ في الخروج مكانه ، فإن تخلف ساعة هو يمكنه الخروج منها ، حنث . وانظر : حاشيتي قليوبي وعميرة ٢٧٨/٤ ، ومغني المحتاج ١٩٦/٦ .

٣١٩٥٢ - احتجوا : بأن ابتداء الدخول والاستدامة سواء في التحريم والتحليل ؛ لأن كل موضع حرم بابتداء الدخول ، حرم استدامته ، فوجب أن يكونا سواء في الحنث ، كقوله : لا أركب ولا ألبس . قالوا : وليس كذلك إذا قال : لا أنكح . وهو ناكح لا يحرم النكاح ؛ لأنه يختلف فيه الابتداء والبقاء ؛ لأن المحرم ممنوع من ابتداء النكاح غير ممنوع من البقاء ، وكذلك إذا قال : لا أتوضأ . وهو متوضئ ، فبقي على الوضوء .

ولأن الابتداء والاستدامة مختلف ، ألا ترى أن الوضوء بالماء المغصوب يحرم ، فلا يحرم البقاء عليه ؟ وكذلك إذا قال : لا أتطيب في الإحرام ؛ لأن ابتداء الطيب في الإحرام خالفه البقاء ، بدلالة أن المحرم لا يمنع من البقاء على الطيب ويمنع من الابتداء .

الجواب : أن الدار إذا حرم دخولها ، لم يحرم البقاء لتحريم الدخول ، لكن الدليل اقتضى التحريم ، فاستوى بذلك الدليلِ الابتداءُ والبقاءُ ، وعلمنا أن التحريم تعلق بالدخول والكون بتحريم الدخول فلا .

ووزانه من مسألتنا : أن يقول الحالف : أردت بقولي : لا أدخل البقاء . فيحنث به ، ويحتمل كلامه على الكون . فأما الوضوء بالماء المغصوب : فلأن المنع من التصرف في ملك الغير ، وهذا لا يوجد في حال البقاء . ألا ترى أنه ممنوع من الوضوء بالماء النجس ومن البقاء على الوضوء ؛ لأن المنع لمماسته النجاسة وهذا موجود في حال البقاء ؟ فأما الطيب فمنع الشرع من ابتدائه ولم يمنع من البقاء على ما تقدم في الإحرام ، فاستوى الابتداء والبقاء فدل على أن التحريم يتبع ما يتناوله الاسم ، إلا أن يدل دلالة على أن البقاء كالابتداء ، فلا يكون التحريم لمجرد اللفظ ، لكن بالبدل آخر ، ففي اليمين مثله .

* * *

مسألة ١٥٧٨

ركوب الدابة بعد الحلف لا يركبها

٣١٩٥٣ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يركب دابة هذا العبد ، فركب دابة ابتاعها المأذون ، حنث (١) .

٣١٩٥٤ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يحنث . قالوا : ولو قال : لا أركب دابة المكاتَب ، فركبها ، ففيه وجهان (٢) .

٣١٩٥٥ - لنا : أن إضافة الدابة إلى الغير إضافة مستعملة ؛ لأنه يقال : هذه دابة الأمير ، وهذه دابة عبده . ويقال : ليس هذه من دواب الأمير ، وإنما هي من دواب عبيده . فإذا وجدت الإضافة ، حنث في يمينه ، يبين ذلك أنه لا يخلو إما أن يعتبر في هذه الإضافة المستعملة أو تعتبر الحقيقة ، ولا يجوز اعتبار الحقيقة ؛ لأن العبد لا يملك ، فلم يبقَ إلا اعتبار ما سوى الحقيقة . يبين ذلك : أنه إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة ، فأكل من ثمرها ، حنث ؛ لأن الحقيقة لا يمكن اعتبارها ؛ لأن الحنث لا يقصد بالأكل حتى يمتنع منه حملت اليمين على غير الحقيقة وهو المتولد فيها .

٣١٩٥٦ - فإن قيل : العبد ممن يجوز أن يملك ، والنخلة لا يمكن أكلها .

٣١٩٥٧ - قلنا : والنخلة يمكن أكل خشبها ، إلا أنه لا يقصد على أنه لو قال : لا أركب دابة عبدٍ . لم يحنث عندهم بركوب هذه الدابة ، وإن كان لا يجوز أن يملك مع بقاء العبودية .

٣١٩٥٨ - فإن قيل : قوله فيمن حلف : لا يبايع هذا المجنون . فباعه أنه يحنث ؛ لأن المجنون لا يبيع بيعًا صحيحًا .

٣١٩٥٩ - قلنا : كذلك نقول .

٣١٩٦٠ - احتجوا : بأنه ركب دابة لا يملكها المضاف إليه ، فصار كما لو ركب دابة ليسوسها العبد .

---

(١) انظر : المبسوط ١٤/٩ وعبارته : وإن حلف لا يركب دابة ، فركب دابة لعبده ولا دين عليه ، لم يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى إلا أن ينويها . وفي قول محمد : هو حانث .

(٢) الأم ٨٦/٧ وعبارته : وإن حلف أن لا يركب دابة العبد ، فركب دابة العبد ، لم يحنث ؛ لأنها ليست للعبد .

٣١٩٦١ - قلنا : لم يحلف على الملك ، وإنما حلف على الإضافة ، وقد بينا أن العبد لا يوجد منه الملك ، فعلم أنه أراد الإضافة ، وهي موجودة . فأما الدابة التي يسوسها العبد : لا تضاف إليه ولا يعرف استعمال هذه الإضافة ، وإنما زعموا أن الإضافة هنا مستعملة كما هي في مسألتنا حنث . وإنما قالوا : لا يحنث ؛ لأن الإضافة لا تكون مستعملة عندهم .

* * *

مسألة ١٥٧٩

ركوب دابة عبد بعد الحلف ألا يركب دابة سيده

٣١٩٦٢ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يركب دابة فلان ، فركب [دابة لعبده لم يحنث (١) .

٣١٩٦٣ - وقال الشافعي رحمه الله : يحنث (٢) .

٣١٩٦٤ - لنا : أن] (٣) دابة العبد تضاف إليه إضافة مطلقة ، وتضاف إلى مولاه إضافة مقيدة بالملك ، واليمين انعقدت على مطلق الإضافة .

٣١٩٦٥ - احتجوا : بأنه إذا قال : لا أدخل دار زيد ، فدخل دارًا برسم عبده يسكنها ، حنث في يمينه ، وكذلك الدابة . وهذا غلط ، والدار والدابة عندنا سواء إذا حلف لا يدخل دار زيد ، فدخل دار عبده لم يحنث .

٣١٩٦٦ - قالوا : ركب دابة يملكها المضاف إليه ؟ فوجب أن يحنث ، أصله : إذا ركب دابته التي ليست من كسب العبد .

٣١٩٦٧ - قلنا : هناك لا تضاف إلى غير المحلوف عليه إضافة مطلقة ، وفي مسألتنا بخلافه ، يبين ذلك : أن الدابة التي اكتسبها العبد انتقل الملك بها بقبوله ، وديونه تتعلق بها وتستوفى منها . ويزول تخصيصه هذا بسبب حادث ، وهو انتزاعها من يده إذا لم يكن عليه دَيْن ، فصارت كدابة المكان التي تنتقل إلى المولى بالعجز .

* * *

(١) انظر : الجوهرة النيرة ٢٠٤/٢ وعبارته : ومن حلف لا يركب دابة فلان ، فركب دابة عبده ، لم يحنث . المراد عبده المأذون سواء كان مديونًا أم لا وهو قولهما . وقال محمد : لأن الدابة ملك المولى وإن أضيفت إلى العبد ؛ لأن العبد وما في يده لمولاه .

(٢) انظر : الأم ٨٦/٧ وعبارته : وإذا حلف الرجل ألا يركب دابة فلان ، فركب دابة عبده ، حنث .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدرك في الهامش .

مسألة ١٥٨٠

الحلف ألا يأكل من الدقيق ولا من الحنطة

٣١٩٦٨ – قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يأكل من هذا الدقيق ولا من هذه الحنطة ، فاليمين على ما يتخذ منه ، فإن استفَّه [١] لم يحنث ، وإن نوى ألا يأكله كما هو ، لم يحنث إذا اتخذ خبزه وحنث إذا استفَّه [٢] .

٣١٩٦٩ – وقال الشافعي رحمه الله : إذا استفَّه حنث ، وإن أكل من خبزه لم يحنث [٣] .

٣١٩٧٠ – لنا : أن حقيقة الكلام اتخاذ الدقيق كما هو ، وذلك غير متعارف .

٣١٩٧١ – قالوا : وجب حمل اليمين على المجاز المتعارف دون الحقيقة التي لا تتعارف ، كمن قال : لا آكل من هذه النخلة . حملت اليمين على ما يتولد منها وهو مجاز ، ولم تحمل على الحقيقة التي هي أكل جنسها ، فأما إذا نوى أكل الدقيق : فقد نوى حقيقة كلامه ، فيحنث إذا قضمها [٤] ، ولا يحنث إذا أكل من خبزها ؛ لأن الحقيقة متعارفة . ألا ترى أن الحنطة تأكل مطبوخة ومقلوة ، وإذا تعورفت الحقيقة والمجاز ، حملت اليمين على الحقيقة دون المجاز ؛ لأن اللفظ عنده لا يحمل على الأمرين .

٣١٩٧٢ – فإن قيل : فالدقيق قد يحمص ثم يؤكل كما تطبخ الحنطة .

٣١٩٧٣ – قلنا : هذا غير متعارف ، فإن تعورفت فيما بعد ، صار كالحنطة ، إذ الحكم تابع عندهم للعرف فيتغير بتغيره .

٣١٩٧٤ – فإن قيل : أكل الحنطة غير مطبوخة ولا مقلوة لا يتعارف .

٣١٩٧٥ – قلنا : إذا كان يتعارف أكلها مقلوة وذلك حقيقة الحنطة ، سقط المجاز وحملت اليمين على الحقيقة كلها المتعارف منها وغير المتعارف ، وهذا كما لو قال : لا آكل من هذا اللحم . فأكله نيئًا ، حنث ؛ لأن أكل اللحم المستوي والضعيف معتاد وهو

---

(١) استفَّ السويق والدواء سَفَّه : تناوله يابسًا غير معجون . انظر : المعجم الوسيط مادة سفف .

(٢) انظر : الهداية مع العناية ١٢٧/٥ وعبارته : ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق ، فأكل من خبيزه ، حنث ؛ لأن عينه غير مأكول ، فانصرف إلى ما يتخذ منه ، ولو استفه كما هو لا يحنث .

(٣) انظر : الأم ٨٥/٧ وعبارته : وإن حلف لا يأكل هذا الدقيق ولا هذه الحنطة فأكله حنطةً أو دقيقًا ، حنث ، وإذا خبز الدقيق أو عصره فأكله أو طحن الحنطة أو خبزها أو قلاها فجعلها سويقًا ، لم يحنث .

(٤) غير واضحة في جميع النسخ .

حقيقة ، فحملت اليمين على معتاد الحقيقة ونادرها ، فأما الدقيق المقلو فلا يعرف عادة في أكله ، فبطلت الحقيقة ، ووجب حمل اليمين على المجاز .

٣١٩٧٦ - احتجوا : بأن أكل المحلوف على ترك أكله مع بقاء اسمه الذي على يمينه باختياره ذاكرًا ليمينه ، فوجب أن يحنث ، أصله : إذا حلف لا يأكل هذه الحنطة ، فأكلها على جهتها .

٣١٩٧٧ - قلنا : ينتقض بمن حلف لا يأكل من هذه النخلة أو الكرمة ، فأكل من جنسها ، والفرق بين الحنطة والدقيق ما ذكرنا .

* * *

مسألة ١٥٨١

أكل الكبد بعد أن حلف لا يأكل لحمه

٣١٩٧٨ – قال أصحابنا رحمهم الله : إذا حلف لا يأكل لحمًا ، فأكل كبدًا أو كَرِشًا ؛ حنث في يمينه [١] .

٣١٩٧٩ – وقال الشافعي رحمه الله : لا يحنث [٢] .

وهذه المسألة لا اختلاف فيها في الحقيقة ؛ لأنهم أصابوا على عادة عَرِفوها بالكوفة في زمانهم ، وقد كانوا يعدون ذلك لحمًا ويتخذون منه ما يتخذ من اللحم ويباع معه . فإن كانت هذه العادة باقية [في بلدٍ] [٣] ، فالحكم يتبعها ، فإذا تغيرت تغير الحكم ، والعادة بالعراق الآن تخالف تلك العادة ، فالواجب ألا يحنث .

* * *

(١) انظر : الجوهرة النيرة ٢٠٢/٢ وعبارته : وإن حلف لا يأكل لحمًا ، فأكل كبدًا أو كرشًا أو رأسًا أو الكلأ أو الرئة أو النشاشة أو الأمعاء أو الطحال ، حنث في هذا كله .

(٢) انظر : روض الطالب مع أسنى المطالب ٢٥٨/٤ وعبارته : ولا تدخل الأمعاء والكرش والكبد والرئة والطحال والمخ والقلب في اللحم .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

مسألة ١٥٨٢

تعريف الإدام

٣١٩٨٠ – قال أبو حنيفة وأبو يوسف [رحمهما اللَّه] : الإدام ما يصطبغ به ، مثل الخل والزيت والدهن ، وما لا يصطبغ به : كاللحم والجبن ، فليس بإدام [١] .

٣١٩٨١ – وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ : هما جميعًا أدم . وبه قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ [٢] .

٣١٩٨٢ – لنا : ما روي عن عائشة أنها قالت : دخل عليٌّ النبي ﷺ : والبُرْمة تفور بلحم وأدم من إدام البيت ، فقال ﷺ : « إن البُرْمة فيها لحم ؟ » قالوا : بلى يا رسول اللَّه ، ولكن لحم تصدق به على بَريرة ، وأنت لا تأكل الصدقة . فقال : « هو لها صدقة ، ولنا هدية » [٣] . فعطفت الأدم على اللحم ، والعطف غير المعطوف عليه ، ولم ينكر ﷺ ذلك .

٣١٩٨٣ – فإن قيل : صرحت بالأدم وأبهمت غيره ، كما تقول : عندي لومان [٤] وطبخ .

٣١٩٨٤ – قلنا : مخالفة العطف لما انعطف عليه ، أمر ظاهر في اللغة .

ولأن الأدم مأخوذ من الإنفاق والجمع ، فقال : أدم اللَّه بينهما . أي : جمع ووفق . حقيقة يقع بالاصطباغ ، فأما اللحم فليس بأن يقال جمع إلى الخبز بأولى من أن يكون الخبز جمع إليه .

ولأن ما ينفرد بالأكل غالبا ليس ، بأدم كالتمر والفاكهة .

٣١٩٨٥ – احتجوا : بما روي أن النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ قال : « سيد إدام الدنيا والآخرة

---

(١) انظر : البدائع ٥٨/٣ وعبارته : فالإدام كل ما يصطبغ به مع الخبز عادة كاللبن والزيت والمرق والخل والعسل ، ويجوز ذلك . وما لا يصطبع به فليس بإدام مثل اللحم والشوي والجبن والبيض . وهذا قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عند أبي يوسف . وقال محمد وهو أحد الراويتين عن أبي يوسف : إن كل ما يؤكل بالخبز ، فهو إدام مثل اللحم والشوي والبيض والجبن .

(٢) انظر : مغني المحتاج ١٥٦/٥ ، ١٥٧ وعبارته : ويجب للزوجة على زوجها الأدم وجنسه أدم غالب البلد كزيت وشيرج وسمن وجبن وتمر وخل .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٥٤٣/٢ برقم ١٤٢٢ ، ومسلم ٧٥٥/٢ برقم ١٠٧٥ .

(٤) غير واضحة في جميع النسخ .

اللحم »[1] .

٣١٩٨٦ - قلنا : كونه سيدها لا يدل أنه منها ؛ لأن ذلك يقال فيما كان من الجنس ويقال فيما كان[2] من غيره كما يقال للخليفة : سيد العرب والعجم .

٣١٩٨٧ - قالوا : الأدم ويسمى بذلك ؛ لأنه يُصلح الخبز ويطيبه ويحسنه على أكله ، وتقول العرب : أدام اللّٰه بينكما . أي : أصلح اللّٰه بينكما بالمحبة .

٣١٩٨٨ - قلنا : الذي يطيب الطعام هو ما يتبعه ، فأما المنفرد بالأكل ، فليس بأن يطيب الخبز بأولى من أن يطيبه الخبز .

* * *

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط ٢٧١/٧ برقم ٧٤٧٧ .

(٢) في جميع النسخ : [قال] .

مسألة ١٥٨٣

أكل الرطب بعد الحلف ألا يأكل الفاكهة

٣١٩٨٩ - قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا حلف لا يأكل فاكهة ، فأكل رطبًا أو عنبًا أو رمانًا ؛ لم يحنث [١] .

٣١٩٩٠ - وقال أبو يوسف ومحمد [رحمهما الله] : يحنث . وبه قال الشافعي رحمه الله [٢] .

٣١٩٩١ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَأَنۢبَتۡنَا فِيهَا حَبًّا ۝٢٧ وَعِنَبًا وَقَضۡبًا ۝٢٨ وَزَيۡتُونًا وَنَخۡلًا ۝٢٩ وَحَدَآئِقَ غُلۡبًا ۝٣٠ وَفَٰكِهَةً وَأَبًّا ﴾ [٣] . وقال في آية أخرى : ﴿ فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخۡلٌ وَرُمَّانٌ ﴾ [٤] . فعطف النخل والرمان على الفاكهة وعطف الفاكهة عليها ، والعطف غير المعطوف عليه .

ولأن الآية خرجت مخرج الامتنان ، والحكيم لا يكرر المِنَّة بشيء واحد ، فلو كان هذا في جملة الفاكهة ، لم يجز أن يَمُنَّ به جملة ثم يعيده تمامه .

٣١٩٩٢ - فإن قيل : إن الزجاج حكى عن يونس أن الرمان والنخل من أفضل الفاكهة ، وإنما أفردهما لفضلهما ، واستشهدوا بقوله تعالى ﴿ مَن كَانَ عَدُوًّا لِّلَّهِ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبۡرِيلَ وَمِيكَىٰلَ ﴾ [٥] . وقال تعالى : ﴿ وَإِذۡ أَخَذۡنَا مِنَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ مِيثَٰقَهُمۡ وَمِنكَ وَمِن نُّوحٖ ﴾ [٦] . وقال : ﴿ حَٰفِظُواْ عَلَى ٱلصَّلَوَٰتِ وَٱلصَّلَوٰةِ ٱلۡوُسۡطَىٰ ﴾ [٧] .

٣١٩٩٣ - قلنا : هذه المواضع عرفنا أنه أعاد بعض الجملة بدليل ، ولم يثبت مثل ذلك الدليل في مسألتنا ، فلم يجز العدول عن ظاهر مخالفة المعطوف لما عطف عليه ؛ لأن مثل ذلك الظاهر ترك في موضع بدليل .

ولأن المواضع التي ذكرها ، بدأ بالجملة بعد التفصيل ، ويدخل التفصيل فيها .

---

(١) انظر : العناية ١٢٩/٥ وعبارته : ومن حلف لا يأكل فاكهة ، فأكل عنبًا أو رمانًا أو رطبًا أو قثاءً أو خيارًا ، لم يحنث ، وإن أكل تفاحًا أو بطيخًا أو مشمشًا ، حنث ، وهذا عند أبي حنيفة . وقالا : يحنث في العنب والرطب والرمان أيضًا .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٢١٤/٦ وعبارته : ويدخل في فاكهة حلف لا يأكلها رطب وعنب ورمان وتفاح وسفرجل .. إلخ .

(٣) سورة عبس : الآيات ٢٧ - ٣١ .

(٤) سورة الرحمن : الآية ٦٨ .

(٥) سورة البقرة : الآية ٩٨ .

(٦) سورة الأحزاب : الآية ٧ .

(٧) سورة البقرة : الآية ٢٣٨ .

ولأن في هذه المواضع لم تذكر جملة على وجه الامتنان به بعينه فلا ، ويدل عليه : أن يابس الرمان والرطب ليس بفاكهة ، فرطبه لا يكون فاكهة كالحبوب والأرز ، ولا رطبه لو كان فاكهة كان يابسه فاكهة ، الدليل عليه الجوز واللوز .

ولأن ما نُصَّ عليه في الفطرة ، ليس بفاكهة كالحنطة والشعير .

ولأن الرطب قد يتنفل به وقد يقصد بأكله الشبع ، فلم يخلص فيه ، إذ قد يؤكل لغير التفكه .

ولأنه لو خلص فاكهة استوى رطبه ويابسه .

* * *

مسألة ١٥٨٤

حلف أن لا يشرب من دجلة

٣١٩٩٤ - قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ : إذا حلف لا يشرب من دجلة ، فاغترف منها بإناء ، لم يحنث حتى يكر منها (١) .

٣١٩٩٥ - وقال أبو يوسف ومحمد [رحمهما اللَّه] : إذا اغترف فشرب ، حنث . وبه قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ (٢) .

٣١٩٩٦ - لنا : إن دجلة مشروب منها شربًا معتادًا ، فإذا نُقِل ماؤها إلى إناء ، لم يحنث ، كما لو قال : لا أشرب من هذا الكوز . فنُقِل ماؤه إلى كوز آخر .

٣١٩٩٧ - فإن قيل : الكوز ليس بمشروب منه ، وإنما عقد يمينه على الشرب منه لا على الشرب به . وهذا مبني على أصله إذا كان لها حقيقة متعارفة ومجاز متعارف حملت على الحقيقة المتعارفة ولم يحمل على المجاز ؛ لأن لفظ الحقيقة لفظ مستعمل في موضعه ، والمجاز معدول به عن موضعه ، ويستحيل أن يكون اللفظ في حالة واحدة على الصفتين .

٣١٩٩٨ - احتجوا : بأن المشروب مقدر في هذا اللفظ ، فكأنه قال : واللَّه لا أشرب من ماء دجلة .

٣١٩٩٩ - قلنا : هذا لا يصح ؛ لأن الحالف إن أراد الحذف ، حملنا يمينه عليه ، والخلاف فيمن أطلق اللفظ ولا نية له ، فمتى أمكن استعمال حقيقة كلامه من غير حذف كان أولى .

٣٢٠٠٠ - فإن قيل : لا بد في الكلام من حذف على القولين ؛ لأن تقدير الكلام عندكم لا بد فيه من حذف المفعول ، فكأنه قال : لا أشرب من ماء دجلة .

٣٢٠٠١ - قلنا : إذا قدرنا حذف المفعول ، فالذي صرح به هو المعقود عليه ، ومتى

---

(١) انظر : البدائع ٦٧/٣ وعبارته : ولو حلف لا يشرب من دجلة أو من الفرات ، قال أبو حنيفة : لا يحنث في العنب والرطب والرمان أيضًا .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٢١٤/٦ وعبارته : إذا حلف لا يشرب من ماء الفرات ، يحنث سواء أخذ الماء بيده أم في إناء فشرب أو كرع .

قدرنا حذف المضاف ، صار المعقود عليه الماء دون ما صرح به هو المقصود دون المحذوف المقدر .

٣٢٠٠٢ - فإن قيل : إذا اعتبرتم الحقيقة ، لم يصح ؛ لأن دجلة قرار الماء وهو لا يكرع من القرار .

٣٢٠٠٣ - قلنا : دجلة هو مجرى الماء وهو شارب منه ، وإنما يحول بين فمه وبين مجرى الماء المشروب ، وذلك لا يعتبر ، كما لو قال : لا أشرب من هذه الأنهار . فكرع منها .

* * *

مسألة ١٥٨٥

التختم بالفضة بعد الحلف لا يلبس حليًا

٣٢٠٠٤ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يلبس حليًا ، فتختم بالفضة ، لم يحنث (١) .

٣٢٠٠٥ - وقال الشافعي رحمه الله : يحنث (٢) .

٣٢٠٠٦ - لنا : أن الحلي يحرم على الرجال ، وقد أبيح لهم التختم بالفضة ، فدل على أنه ليس بحلي كخاتم الحديد والنحاس . ولا يقال : إنه حلي ، إلا أنه مباح كالمنطقة ؛ لأن المنطقة عندنا ليست بحلي ؛ لأنها أبيحت للرجال ، ولأن بائعه لا يسمى بائع حلي ولا مشتريه ، فلم يكن حنثًا .

ولأنه لا يُلبس للتحلي ، وإنما يلبس للتختم به .

٣٢٠٠٧ - احتجوا : بأنه لو كان من الذهب ، كان حليًا ، فإذا كان من الفضة كالخلخال (٣) والدُّمْلُج (٤) .

٣٢٠٠٨ - قلنا : لما استوى الفضة والذهب في الخلخال في الحظر ، علمنا أنهما حلي ، ولما اختلفا في مسألتنا ، علمنا أن المباح ليس بحلي .

ولأن الخلخال لم يقصد به إلا التزين والتحلي ، والخاتم يقصد به غير ذلك .

* * *

(١) انظر : الهداية مع العناية ١٩٢/٥ وعبارته : ومن حلف لا يلبس حليًا ، فلبس خاتم فضة ، لم يحنث .

(٢) انظر : نهاية المحتاج ٢١٨/٨ وعبارته : ومن حلف لا يلبس حليًا ، حنث بخلخال وسوار ودُملُج وطوق وخاتم ذهب وفضة .

(٣) الخَلْخَال : حلية كالسوار تلبسها النساء في أرجلهن . والجمع : خلاخيل . انظر : المعجم الوسيط مادة (خلخل) .

(٤) الدُملُج : سوار يحيط بالعضد . والجمع : دمالج ودماليج . انظر : المعجم الوسيط مادة (دملج) .

مسألة ١٥٨٦

لبس اللؤلؤ بعد الحلف لا يلبس حليًّا

٣٢٠٠٩ - قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ : إذا حلف لا يلبس الحلي ، فلبس اللؤلؤ بانفراده ، لم يحنث ، وإن لبسه مع الذهب ، حنث (١) .

٣٢٠١٠ - وقال أبو يوسف ومحمد [رحمهما اللَّه] : يحنث في الوجهين . وبه قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ (٢) .

٣٢٠١١ - لنا : أن الاسم لا يتناوله في العرف بانفراده ، فصار كالياقوت والعقيق وأنواع الجواهر .

ولأن أبا حنيفة لم يشاهد في زمانه الناس يتحلون به منفردًا ، فأجاب على عادة شاهدها ، فإن كانت العادة تغيرت ، فالحكم يتبعها .

٣٢٠١٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِن ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا ﴾ (٣) . وتقديره : ويحلون لؤلؤًا . وقال تعالى : ﴿ وَتَسْتَخْرِجُوا۟ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ (٤) .

٣٢٠١٣ - قلنا : الأيمان لا تحمل على تسمية القرآن ، وإنما تحمل على التسمية في العرف ، بدلالة أن اللَّه تعالى سمى السمك في القرآن لحمًا ، واتفقنا على أن من حلف لا يأكل لحمًا فأكل السمك ، لم يحنث اعتبارًا بالاسم العرفي ، كذلك الحلي .

٣٢٠١٤ - قالوا : ما كان حليًّا مع الذهب ، كان حليًّا بانفراده كالفضة .

٣٢٠١٥ - قلنا : يبطل بالفيروز والعقيق والياقوت .

* * *

---

(١) انظر : فتح القدير ١٩٢/٥ وعبارته : ولو يسر عقد لؤلؤ غير مرصع ، لم يحنث عند أبي حنيفة .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٢١٦/٦ وعبارته : وإن حلف لا يلبس حليًّا ، فلبس خاتمًا أو مِخنقة لؤلؤ ... أو تحلى بالحلي المتخذ من الذهب والفضة والجواهر أو منطقة محلاة وسوارًا وخلخالًا ودملجًا سواء كان الحالف رجلًا أم امرأةً ، حنث .

(٣) سورة الحج : الآية ٢٣ .

(٤) سورة النحل : الآية ١٤ .

مسألة ١٥٨٧

شراء دهن البنفسج بعد الحلف لا يشتري البنفسج

٣٢٠١٦ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يبتاع البنفسج ، فابتاع الدهن ؛ حنث [١] .

٣٢٠١٧ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يحنث [٢] .

وهذا لا خلاف فيه في المعنى ؛ لأن أبا حنيفة أجاب على عادة شاهدها بالكوفة ، وكانوا إذا أطلقوا البنفسج أرادوا به الدهن دون الورد . ومن في معرفة أبي حنيفة بالعادات تجاهل [٣] ، وهذه عادة لا توجد في سائر البلاد ، فالحكم يتبع العادة في التسمية ، فيسقط الخلاف .

* * *

---

(١) انظر : المبسوط ٢٨/٩ وعبارته : وإذا حلف لا يبتاع البنفسج فابتاع الدهن حنث .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٢١٥/٦ وعبارته : ولو حلف على الورد والبنفسج ، لم يحنث بدهنهما .

(٣) غير واضحة في (ص) .

مسألة ١٥٨٨

ضرب الزوج زوجته بعد حلفه ألا يضربها

٣٢٠١٨ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يضرب امرأته ، فمد شعرها أو عضها وقرصها أو خنقها ، حنث (١) .

٣٢٠١٩ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يحنث (٢) .

٣٢٠٢٠ - لنا : أن الضرب إيقاع فعل في المضروب يصل به ألم إليه ، وهذا موجود في هذه الأنواع ، وإن انفرد كل واحد منها باسم وهو الحذف .

٣٢٠٢١ - احتجوا : بأنه لا يسمى ضربًا ، فلا يحنث ، كما لو شتمها .

٣٢٠٢٢ - قلنا : لا نسلم ؛ لأن هذا كله ضرب ، ولكن اختص بأسماء كالحذف والجرح .

* * *

(١) انظر : فتح القدير ١٩٧/٥ وعبارته : ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها ، حنث .

(٢) انظر : المنهاج وتحفة المحتاج ٥٥/١٠ وعبارته : وليس وضع سوط عليها وعض وقرص وخنق - بكسر النون - ونتف شعر ضربًا ؛ لأنه لا يسمي بذلك عرفًا .

مسألة ١٥٨٩

حلف ألا يستخدم فلانا

٣٢٠٢٣ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يستخدم فلانًا ، ولم يكن استخدمه قبل اليمين ، فخدمه بغير أمره ، لم يحنث . وإن كانت اليمين على خادم قد استخدمه قبل اليمين فلم يجدد أمره بشيء من الخدمة ونفي الخادم على خدمته له ، حنث [١] .

٣٢٠٢٤ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يحنث في الوجهين [٢] .

٣٢٠٢٥ - لنا : أن البقاء على الخدمة بأمر سابق استخدام في كل وقت مستقبل ، بدلالة أنه يقال : فلان يستخدم عبيده . وإن لم يجدد لهم الأمر في الحال ، وإذا كان البقاء على الاستخدام يتناوله الاسم ، حنث بالبقاء والابتداء ، كقوله : لا أركب [ولا البرا] [٣] .

٣٢٠٢٦ - احتجوا : بأن الاستخدام استدعاء الخدمة ، ولم يوجد ذلك بعد اليمين ، فلا يحنث .

٣٢٠٢٧ - قلنا : بقاؤه على الاستخدام السابق إذا لم يَنْهَهَ عن الخدمة استخدام ، كبقائه على اللبس .

* * *

---

(١) انظر : البدائع ٧٦/٣ وعبارته : فإذ حلف الرجل لا يستخدم خادمة له قد كانت تخدمه ولا نية له ، فجعلت الخادمة تخدمه من غير أن يأمرها ، حنث .

(٢) انظر : روض الطالب مع أسنى المطالب ٢٧٦/٤ وعبارته : أو حلف لا يستخدم زيدًا فخدمه بلا طلب ، لم يحنث وإن كان عبده .

(٣) ما بين المعكوفتين غير واضح في جميع النسخ .

مسألة ١٥٩٠

حلف ألا يأكل ما اشتراه فلان

٣٢٠٢٨ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يأكل ما اشتراه زيد ، فأكل مما اشتراه زيد وعمرو ؛ حنث في يمينه (١) .

٣٢٠٢٩ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يحنث (٢) .

٣٢٠٣٠ - لنا : أنه حلف على مأكول يضاف إلى شراء زيد ، ونصف الطعام اشتراه زيد وهو مأكول ، فصار كما لو اشترى كل واحد طعامًا فخلطاه ، فأكل منه . يبين ذلك أنهما لو تقاسما الطعام ، جاز لكل واحد منهما أن يبيع ما قسمه مرابحة ، فدل على أنه مشترك لنصفه ، وذلك النصف يسمى مأكولًا وطعامًا ، فحنث بتناوله .

٣٢٠٣١ - احتجوا : بأن كل جزء وقع منه الفعل يسمى شراء زيد ، فصار كما لو حلف لا يلبس ثوبًا اشتراه زيد ، فلبس ثوبا اشتراه زيد وعمرو .

٣٢٠٣٢ - قلنا : كل جزء يضاف إلى شراء الاثنين ، وذلك الجزء ينقسم بعضه شراء هذا وبعضه شراء هذا ، وذلك البعض مأكول ، فيحنث . فأما الثوب : فأبعاضه لا تسمى ثوبًا ، فلم يكن لابسًا لثوب يضاف إلى شراء المحلوف عليه . وفي مسألتنا هو آكل لطعام مأكول يضاف إلى شرائه .

* * *

(١) انظر : البدائع ٥٨/٣ وعبارته : ولو حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان ، فأكل من طعام اشتراه مع آخر ، حنث إلا أن يكون نوى شراءه وحده .

(٢) انظر : حاشيتي قليوبي وعميرة ٢٨٩/٤ وعبارته : أو لا يأكل طعامًا اشتراه زيد ، لم يحنث بما اشتراه مع غيره .

مسألة ١٥٩١

فعل المحلوف ناسيًا أو جاهلًا

٣٢٠٣٣ – قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : إذا فعل المحلوف ناسيًا أو جاهلًا أو مكرهًا ؛ حنث [١] .

٣٢٠٣٤ – وقال الشافعي رحمه الله : لا يحنث [٢] .

٣٢٠٣٥ – لنا : قوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾ [٣] . والمراد به : إذا حنثتم . والناسي حانث .

٣٢٠٣٦ – فإن نازعوا في ذلك .

٣٢٠٣٧ – فالمرجع فيه إلى اللغة ، وهذا حنث في اللغة ، [...] [٤] لوجود المخالفة في يمين منعقدة . يبين ذلك أن أهل اللغة إذا وضعوا اسمًا مشتقًّا من فعل ، لم يفصلوا فيه بين النسيان والعمد ، بدلالة اسم الضارب والقاتل . وقد أطلق السلف على هذا القول ، فروي مثل قولنا عن مجاهد وطاوس وسعيد بن جبير وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز والزهري وقتادة والحسن .

ولأنه ابتداء فعل المحلوف عليه بعد يمينه كالذاكر القاصد .

ولأنه أتى بالفعل المحلوف عليه ، بدلالة أن القصد لو انضم إليه ، حنث به ، فصار كما لو فعل ذاكرًا .

ولأنه يلزم إذا حلف لا يركب وهو راكب ؛ لأن الجزء الذي يلي الركوب ليس هو المحلوف عليه ، بدلالة أنه يبقى عليه قاصدًا وغير قاصد ، فلا يحنث .

ولأنه قادر على ترك هذا البعض ، فيحنث بفعله كالقاصد .

٣٢٠٣٨ – ولأنه سبب للكفارة لا تؤثر فيه الأعذار ، فاستوى فيه الناسي والعامد ، كقتل الصيد فيه . والدليل على الوصف من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها ، حنث وكَفَّر .

---

(١) انظر : فتح القدير ٦٦/٥ وعبارته : ومن فعل المحلوف عليه مكرهًا أو ناسيًا ، فهو سواء فتجب عليه الكفارة .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٢٢٣/٦ وعبارته : وكذا إن قال : لا افترقنا حتى استوفي منك لصدق الافتراق بذلك فإن فارقه ناسيًا أو مكرهًا ، لم يحنث .

(٣) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٤) توجد هنا إحالة على هامش (ص) ، لكنها مطموسة .

٣٢٠٣٩ - فإن قيل : المعنى في قتل الصيد أنه إتلاف ، فاستوى فيه الناسي والعامد ، وهذا سبب في التكفير ليس بإتلاف ، كالفطر في رمضان .

٣٢٠٤٠ - قلنا : الإتلاف يختلف فيه الخاطئ والعامد في الضمان ، بدلالة القصاص ، ويختلف عندنا في الكفارة ؛ لأن قتل العمد لا كفارة فيه ، فلم نسلم العلة في الأصل ، وعلة الفرع لا تصح ؛ لأنها تبطل بكفارة الظهار يستوي فيها النسيان والعمد . ولأن كفارة الصوم اختلف فيها الناسي والعامد ، لتأثير السنة فيها . ولأن الكفارة تتبع إفساد الصوم بصفة والناسي لا يفسد صومه .

ولأن اليمين عقد من العقود ، والحنث تصرف في المعقود عليه يبطل العقد ، فاستوى فيه الناسي والعامد ، كإتلاف البايع المبيع قبل القبض .

٣٢٠٤١ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ (١) .

٣٢٠٤٢ - قلنا : هذا يقتضي رفع المأثم ، ووجوب الكفارة لا يقف على المأثم .

٣٢٠٤٣ - قالوا : عندكم إذا لم يكفر ، أثم وحرج ، فقد أثبتم الجناح .

٣٢٠٤٤ - قلنا : ليس بالحنث ، لكن بترك التكفير بعد الحنث ، وهذا ليس يحتج في الخطأ ، وإنما هو أمر اعتمده وهو ترك التكفير .

٣٢٠٤٥ - قالوا : قال اللّٰه تعالى : ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾ (٢) .

٣٢٠٤٦ - قلنا : الناسي عندنا غير مؤاخذ بالخطأ ، ونفي المؤاخذه لا يقتضي سقوط الكفارة .

٣٢٠٤٧ - قالوا : روي عن النبي ﷺ أنه قال : « **رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه** » (٣) .

٣٢٠٤٨ - قلنا : الخطأ غير مرفوع باتفاق ، وكذلك فعل الناسي ، فيحتمل : رفع عن أمتي مأثم الخطأ . ويحتمل حكمه ، وليس أحدهما بأولى من الآخر . والظاهر رفع المأثم ؛ لأن أحكام الخطأ غير منتفية باتفاق .

٣٢٠٤٩ - قالوا : لا يمكن حفظ اليمين منه أو لا يمكن الاحتراز منه ، فوجب ألا

---

(١) سورة الأحزاب : الآية ٥ .
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٨٦ .
(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه ٦٥٩/١ برقم ٢٠٤٣ ، والحاكم في مستدركه ٢١٦/٢ برقم ٢٨٠١ .

يدخل في يمينه ، أصله : إذا حلف لا يركب وهو راكب فنزل ، أو لا يلبسه وهو لابس فخلع .

٣٢٠٥٠ - قلنا : ذاك الجزء من الركوب غير محلوف عليه ، بدلالة أنه لا يجوز أن يخلو من هذه اليمين منه ، فلم يتناوله العقد ، فلم يحنث . وليس كذلك ما لبسه ؛ لأنه يقدر على تركه ، فيتصور خلو اليمين منه ، فكان معقودًا عليه فيحنث . يبين ذلك أنه لا يقدر على ترك الركوب في الجزء ، ويقدر على ترك الفعل وإن كان ناسيًا ليمينه .

٣٢٠٥١ - قالوا : ما لا يدخل في التكليف ، لا يدخل في اليمين المطلقة . وإن شئت قلت : ما لا يدخل في الأمر والنهي ، لا يدخل في اليمين المطلقة ، أصله : إذا فعل المحلوف عليه في حال النوم والجنون .

٣٢٠٥٢ - قلنا : لا نسلم أن فعل الناسي لا يدخل في التكليف ولا يدخل في الأمر والنهي ، وإنما لا يأثم به ، فإما أن ترتفع أحكامه فلا .

ولأن أحكام الحنث تتعلق بعقد الإنسان على نفسه ، وأحكام الأمر والنهي والتكليف تتعلق بإيجاب اللّٰه تعالى ، ألا ترى أنه يوجب على نفسه ما مائة حجة والصدقة بجميع ماله ، وإن كان ذلك غير واجب بالشرع ؟ كذلك يجوز أن تنعقد يمينه على فعل حال النسيان ، وإن كان الأمر والنهي لا يتناول ذلك . فأما فعل النائم والمجنون : فلا يقع به الحنث .

٣٢٠٥٣ - فإن قيل : كيف انعقد يمينه على ما يفعله حال النوم والجنون ، وهو لا يقدر على التحفظ منهما ؟.

٣٢٠٥٤ - قلنا : لو لم يرد أن يتناوله العقد استثناه ، فلما أطلق اليمين دل على أنه عقد عليه .

* * *

مسألة ١٥٩٢

انعقاد يمين المكره

٣٢٠٥٥ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : يمين المكره منعقدة [١] .

٣٢٠٥٦ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللّٰهُ : لا تنعقد [٢] .

٣٢٠٥٧ - لنا : ما روي أن حذيفة بن اليمان وأباه خرجا إلى النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ ، ليلحقاه ببدر ليقاتلا معه ، فأخذهما المشركون ، فاستحلفاهما ، ألا يعينا النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ ، فلما جاءا ذكرا ذلك له ، فقال : « نَفِي [٣] بعهدهم ، ونستعين باللّٰه عليهم » [٤] .

٣٢٠٥٨ - فإن قيل : ليس في الخبر أنهم أكرهوهما .

٣٢٠٥٩ - قلنا : لا يجوز أن يكون المسلم يحلف طائعًا أن يقعد عن النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ . ولأن الحكم لو اختلف ، لسأل عَلَيْهِ السَّلَامُ عن كيفية الاستحلاف .

٣٢٠٦٠ - قالوا : يجوز أن يكون هذا قبل إسلامهما .

٣٢٠٦١ - قلنا : هذا كلام من لا علم له بالأخبار ؛ وذلك لأن اليمان أبا حذيفة من مضر من بني عبس أصاب دمًا في قومه ، فقدم المدينة وحالف بني عبد الأشهل ، وأسلم بالمدينة هو وابنه حذيفة ، وخرجا إلى مكة ، ثم هاجرا ، فهما معدودان في المهاجرين والأنصار ، فكيف يكونا لم يسلما زمن بدر ، وقد هاجرا قبل ذلك ؟! .

٣٢٠٦٢ - ويدل عليه ما روي أنه عَلَيْهِ السَّلَامُ قال : « **ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : الطلاق ، والنكاح ، واليمين** » [٥] . فإذا استوى الجد والهزل ، دل على أن القصد غير معين .

ولأنه مكلف ، فانعقدت يمينه كغير المكره .

ولأنه لو حلف على غير ما أكره عليه ، انعقدت يمينه ، وكل من تنعقد له يمين

---

(١) انظر : فتح القدير ٦٥/٥ وعبارته : والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء ، حتى تجب الكفارة .

(٢) انظر : الأم ٨٢/٧ وعبارته : أصل ما أذهب إليه أن يمين المكره غير ثابتة عليه ، لما احتججتُ به من الكتاب والسنة .

(٣) في جميع النسخ : [نف] .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٤٥/٩ برقم ١٨٢١٠ ، ومسلم في صحيحه ١٤١٤/٣ برقم ١٧٨٧ .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٤٠/٧ برقم ١٤٧٧٠ ، والدارقطني في سننه ٢٥٦/٣ برقم ٤٥ .

بصفة ، تنعقد له بكل صفة ، أصله غير المكره .

احتجوا : بقوله ﷺ : « **رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه** » (١) .

وقد أجبنا عنه .

٣٢٠٦٣ - قالوا : روى واثلة بن الأسقع عن النبي ﷺ أنه قال : « **ليس على مقهور يمين** » (٢) .

٣٢٠٦٤ - قلنا : ذكره الدارقطني وطعن عليه ، ولو ثبت معناه : ليس عليه الوفاء باليمين . ومتى لم يلزم الوفاء ، لم يدل على سقوط الكفارة كاليمين على المعصية .

٣٢٠٦٥ - قالوا : الإكراه يمنع صحة الكفر ، فوجب أن يمنع صحة اليمين ، أصله الصغر والجنون .

٣٢٠٦٦ - قلنا : الصغر والجنون ينفي التكليف فيمنع الانعقاد ، والإكراه لا يمنع التكليف فلا يمنع انعقاد اليمين .

٣٢٠٦٧ - قالوا : قول محمول عليه بغير حق ، فوجب ألا يصح ، أصله : الإقرار بالمال أو بالطلاق .

٣٢٠٦٨ - قلنا : الإقرار إخبار يحتمل الصدق والكذب ، فإذا قارنه الإكراه ، فالظاهر أنه كذب ، وليس كذلك اليمين ؛ لأنها إيقاع فما لا ينفي التكليف لا يمنع انعقادها .

* * *

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه ١٧١/٤ برقم ٣٥ .

مسألة ١٥٩٣

حلف ألا يكلم فلانًا حينًا

٣٢٠٦٩ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يكلم فلانًا حينًا ولا نية له ، فذلك على ستة أشهر (١) .

٣٢٠٧٠ - وقال الشافعي رحمه الله : إذا حلف على النفي فقال : لا أكلمه حينًا . فيمينه على ساعة واحدة ، وإن حلف على الإثبات فقال : والله لأقضين حقك إلى حين . فقضاه في آخر عمره ، بَرَّ في يمينه (٢) .

٣٢٠٧١ - لنا : أن الحين يعبر فيه عن الوقت اليسير ، قال الله تعالى : ﴿ فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ﴾ (٣) ، وقال : ﴿ هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ ﴾ (٤) . قيل : إن المراد به أربعون سنة (٥) . وقال ﴿ فَمَتَّعْنَٰهُمْ إِلَىٰ حِينٍ ﴾ (٦) . يريد : إلى ما قبل الممات . ويعبر به عن ستة أشهر ، قال الله تعالى : ﴿ تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ بِإِذْنِ رَبِّهَا ﴾ (٧) . قال ابن عباس : النخلة بين حدادها وطلعها ستة أشهر (٨) . وروي : سنة ما بين أن تطلع إلى أن تطلع . ولا يجوز أن يريد الحالف بيمينه الساعة ؛ لأن الممتنع من كلام غيره ساعة لا يحلف عليها ، ولا يجوز أن يكن المراد أربعون سنة ؛ لأنه لو أراد ذلك لقال : أبدًا . لأنه أكثر العمر ، فبقي أن يحمل على الوسط ، وهو ما روي عن ابن عباس وسعيد بن المسيب أنهما قالا : ستة أشهر . وذلك أولى ما روي أنه سنة ؛ لأنها ترى الطلع والثمرة وبينهما ستة أشهر ، ولا يعتبر الطلع خاصة ولا الثمر خاصة ؛ لأن ذلك بعض أكلها .

ولأن الحين يذكر على طريق البعد ، فنقول : ما فعلت كذا منذ حين . فلا يجوز أن

---

(١) انظر : العناية ١٥٥/٥ وعبارته : ومن حلف لا يكلم فلانًا حينًا وزمانًا أو الحين أو الزمان ، ولا نية على شيء من الوقت ، فهو على ستة أشهر .

(٢) انظر : تحفة المحتاج ١٤٠/٨ وعبارته : ولو قال : أنت طالق إلى حين أو زمان أو حِقْب - بسكون القاف - أو عصر أو بعد حين أو نحوه ، طلقت بمضي لحظة .

(٣) سورة الروم : الآية ١٧ .

(٤) سورة الإنسان : الآية ١ .

(٥) انظر : تفسير الطبري ٢٠٢/٢٩ .

(٦) سورة الصافات : الآية ١٤٨ .

(٧) سورة إبراهيم : الآية ٢٥ .

(٨) انظر : مصنف بن أبي شيبة ٤٩٩/٣ برقم ٥٨ ، وأحكام القرآن للجصاص ٢٦٩/٣ .

يحمل على الساعة الواحدة . ولأن ذلك غير مراد في العادة .

ولأن اليمين إذا اقتضت التوقيت لم يختلف ذلك بالنفي والإثبات كاليمين على مدة شهر أو سنة .

٣٢٠٧٢ – احتجوا : بأنه وقت لزمان مبهم يتناول القليل والكثير .

٣٢٠٧٣ – قلنا : إذا كان الاسم مشتركًا ، رُجِع فيه إلى نية الحالف ، فإن عُدِمت ، لم يجز حمله على القليل ؛ لأن الإطلاق لا يتناوله .

ولأنا دللنا على وجوب اعتبار أوسط المدد .

* * *

مسألة ١٥٩٤

حلف ألا يتكلم فقرأ القرآن

٣٢٠٧٤ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : إذا حلف لا يتكلم ، فقرأ القرآن في غير الصلاة ، حنث ، وإن قرأ في الصلاة ، لم يحنث استحسانًا (١) .

٣٢٠٧٥ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : لا يحنث إذا قرأ في الصلاة أو في غيرها . والتزم بعض أصحابه إذا كبر أو سبح أو تشهد خارج الصلاة ، فقال : لا يحنث (٢) .

٣٢٠٧٦ - لنا : أن الكلام حروف منظومة وأصوات متقطعة ، فيجب أن يحنث إذا أتى بذلك ، إلا أن يستثني من يمينه بلفظ أو عادة .

ولأن ما أنشأه في نفسه أو نطق به من كلام غيره ، سواء في الحنث ، أصله : إذا أنشد شعر غيره أو ابتدأ الشعر أو خطب خطبة ارتجلها أو حكى خطبة غيره . ولا يلزم إذا كان في الصلاة ؛ لأن التعليل للتسوية بين ما يبتدئه أو يحكيه ، وما كان يجوز في الصلاة يستوي فيه المبتدأ والحكاية فيما يفسد أو لا يفسد .

٣٢٠٧٧ - احتجوا : بأنه ما ليس بكلام في حال الصلاة ، وجب ألا يكون كلامًا له خارج الصلاة كالإجارة .

٣٢٠٧٨ - قلنا : القرآن كلام له في الصلاة إلا أن يستثني من يمينه بالعرف ، فهو كالخارج بالاستثناء .

٣٢٠٧٩ - قالوا : لو حلف لا يقرأ القرآن ، استوى في الحنث أن يقرأ في الصلاة أو غيرها .

٣٢٠٨٠ - قلنا : هاهنا صرح بذكر القراءة ، فلم يرجع إلى العرف في مخالفة الصريح ، وجاز أن يرجع إلى العرف في تخصيص العموم .

---

(١) انظر : الهداية مع العناية ١٤٧/٥ وعبارته : وإن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لا يحنث ، وإن قرأ في غير صلاته حنث .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٢١٨/٦ وعبارته : أو حلف لا يتكلم فسبح اللّٰه تعالى أو حمده أو هلله أو كبره وكذا لو دعا . قال القاضي أبو الطيب : بما لا يتعلق بخطاب الآدمي أو قرأ قراءنًا في الصلاة أو خارجها ولو كان عليه حدث أكبر فلا حنث .

٣٢٠٨١ – قالوا : روي أن النبي ﷺ قال لمعاوية بن الحكم : « **إن صلاتنا لا يصلح فيها شيء من كلام الناس** » [١] .

٣٢٠٨٢ – قلنا : معناه ما وضع في مخاطبة الناس ، ولو حلف لا يتكلم بكلام الناس ، لم يحنث بالقراءة ؛ لأنها كلام اللّٰه تعالى .

* * *

---

(١) أخرجه النسائي في سننه ١٤/٣ برقم ١٢١٨ .

مسألة ١٥٩٥

حلف أن يقضيه حقه أو دينه فأعطاه عوضه

٣٢٠٨٣ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : إذا حلف ليقضينَّه حقه أو دينه ، فأعطاه به عوضًا فرضي به ، بر في يمينه (١) .

٣٢٠٨٤ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : يحنث . وفي المزني : أن العوض إن كان قيمة دينه لم يحنث ، وإن كان أقل حنث (٢) .

٣٢٠٨٥ - لنا : أن الشراء يقع كمثل الدين في الذمة ، ثم يصير قصاصًا ، فماله من الدين فكأنه قضاه مثل حقه ، وهذا على أصلنا أن الدراهم لا تتعين بالعقود .

٣٢٠٨٦ - وقد حكى أصحاب الشافعي : أنه إذا باعه ثوبًا بثمن ممثل الدين ففيه قولان ، أحدهما : أن الثمن لا يصير قصاصًا حتى يتقاضى . فعلى هذا القول لا تأثير في يمينه ؛ لأن الدين سقط ؛ وهذا غلط ؛ لأن الدين سقط بقبض العوض الذي صار بقبضه مستوفيًا للدين ، فصار كما لو أعطاه الدين .

٣٢٠٨٧ - احتجوا : بأنه أعطاه عوضًا عن دينه ، فصار كما لو صالحه على ثوب .

٣٢٠٨٨ - قلنا : المصالح لا يقتضي الضمان عندنا ، فلم يصر مثل الدين مضمونًا عليه ، وإنما سقط الدين من غير ضمان ، فصار كالبراءة .

* * *

(١) انظر : البحر الرائق ٣٩٨/٤ وعبارته : لو حلف ليقضين دينه اليوم ، فباع متاعًا لصاحب الدين بالدين ، فقد قضاه دينه وبر .

(٢) انظر : مختصر المزني ٤٠٤/٨ وعبارته : لو أخذ بحقه عوضًا ، فإن كان قيمة حقه لم يحنث ، وإن كان أقل حنث ، إلا أن ينوي حتى لا يبقى عليك من حقي شيء ، فلا يحنث .

مسألة ١٥٩٦

حلف أن يقضي دينه غدًا فقضاه قبل غد

٣٢٠٨٩ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف ليقضينه دينه غدًا ، فقضاه قبل غد ، لم يحنث (١) .

٣٢٠٩٠ - وقال الشافعي رحمه الله : يحنث (٢) .

٣٢٠٩١ - لنا : أن شرط الحنث ترك قضاء دينه في غد ، فإذا قضاه اليوم ، فليس هناك دين متروك قضاؤه في غد ، فلم يحنث .

ولأن العادة أن المراد بهذا اليمين ألا يؤخر القضاء عن الغد ، وليس يقصد أن يمنع نفسه من تقديم القضاء ، فحملت اليمين على المعتاد .

٣٢٠٩٢ - قالوا : لم يقضه في الزمان المحلوف عليه ، فصار كما لو قضاه بعد الغد .

٣٢٠٩٣ - قلنا : هناك ترك قضاء الدين في الغد ، وهذا شرط الحنث ، وفي مسألتنا لم يترك قضاء الدين في الوقت ؛ لأنه لا دين هناك .

* * *

(١) انظر : رد المحتار مع الدر المختار ٨٤٠/٣ وعبارته : لو حلف ليقضين دينه غدًا ، فقضاه اليوم ، أو حلف ليقتلن فلانًا غدًا فمات اليوم ، أو حلف ليأكلن هذا الرغيف غدًا فأكل اليوم ، لم يحنث .

(٢) انظر : الأم ٨١/٧ وعبارته : وإذا قال لرجل : والله لأقضينك حقك غدًا ، فعجّل له حقه اليوم ، فإن لم تكن له نية ؛ حنث من قبل أن قضاء غد غير قضائه اليوم .

مسألة ١٥٩٧

له ديون فحلف أنه لا مال له

٣٢٠٩٤ – قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا كانت له ديون ، فحلف أنه لا مال له ، كان ذلك بارًّا [١] .

٣٢٠٩٥ – وقال الشافعي رحمه الله : يحنث في يمينه . فمن أصحابه من قال : الدين الحال والمؤجل سواء . ومنهم من قال : إن كان حالاً حنث ، وإن كان مؤجلًا لم يحنث [٢] .

٣٢٠٩٦ – لنا : أن الدين حق المطالبة ، وليس هناك عين توصف بأنه يملكها ، والحقوق ليست بمال كحق الشفعة وحق المضاربة وكمن أوصى بخدمه عبده أو بسكنى داره .

ولأنه لا يتعين به مال إلا بفعل حادث ، فصار كالمنافع .

ولأن ملكه يزول عنه بالبراءة ، ولو كان مالًا لا يسقط الحق عنه بالبراءة كالأعيان .

٣٢٠٩٧ – احتجوا بقوله عليه السلام : « **لا زكاة في مال ، حتى يحول عليه الحول** » [٣] . قالوا : والدين إذا حال عليه الحول ، وجبت فيه الزكاة .

٣٢٠٩٨ – قلنا : الخبر يقتضي أن المال تجب فيه الزكاة بالحول ، ولا يدل على أن الزكاة لا تجب في عين الملك .

٣٢٠٩٩ – قالوا : ما انعقد فيه حول الزكاة ، كان مالًا أو ما وجب فيه الزكاة كان مالًا .

٣٢١٠٠ – قلنا : وجوب الزكاة يتعلق بالدين ؛ لأنه لا يتعلق به مال وإن لم يكن مالًا في الحال ، والأيمان تتبع الأسماء ولا تتبع الأحكام ، والاسم يتناوله المال ، ولو تصدق على من عليه الدين بزكاة ما عليه ، لم يجزئه ، ولو كان مالًا أجزأ في الزكاة .

---

(١) انظر : المبسوط ١٣٧/٢٨ وعبارته : من حلف لا مال له ، وله ديون على الناس ، لم يحنث .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٢٢٠/٦ وعبارته : أو لا مال له حنث بكل نوع وإن قال : حتى ثوب بدنه ، ومدبر ومعلق تحققه بصفة ، وما وصى به ، ودين حال ، وكذا مؤجل في الأصح ، لا مكاتب في الأصح .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩٥/٤ برقم ٧٠٦٦ ، والدارقطني في سننه ٩٠/٢ برقم ١ .

٣٢١٠١ - قالوا : ولو قال : لفلان عليَّ مال . وفسره بالدين قبل .

٣٢١٠٢ - قلنا : لأنه أقر بحق في الذمة ، والأعيان لا تثبت في الذمم ، فعلمنا أنه أراد ما يثبت في الذمة .

٣٢١٠٣ - قالوا : هو مال بعد القبض ، فكان مالًا قبله كالوديعة .

٣٢١٠٤ - قلنا : ليس المقبوض هو الدين ، لكنه مأخوذ عنه ، فلا نسلم أن المال المقبوض هو الذي كان قبل القبض .

* * *

مسألة ١٥٩٨

قال لامرأته : إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق

٣٢١٠٥ – قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا قال لامرأته : إن خرجتِ إلا بإذني فأنت طالق ، وأذن لها فخرجت ، ثم خرجت بعد ذلك بغير إذنه ، حنث [١] .

٣٢١٠٦ – وقال الشافعي رحمه الله : لا يحنث [٢] .

٣٢١٠٧ – لنا : أنه عقد يمينه على كل خروج واستثنى خروجًا بصفة ، فكل خروج لم يدخل في الاستثناء فهو داخل في اليمين ، فيحنث به ، أصله : إذا قال : إن خرجتِ إلا ومعك سيف ، فأنت طالق . فخرجت بسيف ، ثم خرجت بغير سيف ، وقع الطلاق عليها . وهذا ليس كقوله : إن خرجتِ إلا أن آذن لكِ أو حتى آذن لك . لأن « حتى » غاية وتوقيف ، فإذا وجد زالت اليمين ، وصار التوقيت بـ « حتى » كالتوقيت بيوم فيما بعده لا يمين . كذلك بخلاف : إلا أن آذن لك ، فأذن لها مرة واحدة ؛ لأن الإذن إذا دخل على ما يتوقت كان للتوقيت ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ لَا يَزَالُ بُنْيَنُهُمُ ٱلَّذِى بَنَوْا رِيبَةً فِى قُلُوبِهِمْ إِلَّآ أَن تَقَطَّعَ قُلُوبُهُمْ ﴾ [٣] .

٣٢١٠٨ – احتجوا : بأن هذه اليمين جُمِعت منعًا من الخروج بغير إذن وإباحة للخروج بإذنه ، فإذا خرجت بالإذن وجب أن يكون برًّا يسقط به اليمين قياسًا عليه إذا قال : لها إن خرجتِ مرة واحدة إلا بإذني ، فأنتِ طالق . فأذن لها فخرجت ، بَرَّ في يمينه ، وسقطت اليمين .

٣٢١٠٩ – قلنا : هذه اليمين انعقدت على منع كل خروج ، ولم تنعقد ما انضم إليه الإذن ، لكن ذلك سببها ، فهو منها على الأصل ، فأما أن تكون اليمين تناوله فلا .

---

(١) انظر : البدائع : ٤٥/٣ وعبارته : ولو قال لها : أنت طالق إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني أو بأمري أو برضائي أو بعلمي ، أو قال : إن خرجت من هذه الدار بغير إذني ، فأذن لها مرة ، فخرجت ، ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه ، حنث .

(٢) انظر : الأم ٨٤/٧ وعبارته : إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن خرجت إلا بإذني أو إن خرجت إلى مكان أو إلى موضع إلا بإذني ، فلليمين على مرة . فإن أذن لها مرة ، فخرجت ، ثم عادت فخرجت ، لم يحنث ؛ لأنه قد بر مرة ، فلا يحنث بالثانية .

(٣) سورة التوبة : الآية ١١٠ .

ولهذا قال أصحابنا : إذا قال : إن كنتُ أملك الألف درهم ، فأنتِ طالق . وفي ملكه أقل من ألف ؛ لم يحنث ؛ لأن ما استثناه أخرجه من اليمين ولم يعقدها عليه ، فلم يعتبر وجوده .

فأما قوله : إنه يحنث بخروج واحد ، فيبر به ؛ فليس بصحيح ؛ لأن الحنث في مقابلة النهي ، والبر في مقابلة إمساك الأمر ، ومعلوم أن الأمر إذا تناول جملة أفعال لم يسقط عنه مقتضاه بفعل أحدهما ويستحق الذم في الأفعال المنهي ، فلا يكتفي فيه بفعل مرة ، بل لا بد من التكرار .

فأما استشهاده بمن قال : إن خرجت مرة واحدة إلا بإذني ؛ فهذه مسألتنا إن خرجت مرة بغير إذنه حنث ، وإن خرجت مرة واحدة بأمره ثم خرجت بغير أمره ، حنث . وأما قوله : إن خرجت أول خروجك إلا بإذني . فالعقد وقع على خروج واحد ، وما بعده لم يعقد عليه ، فلا يغير صفاته .

٣٢١١٠ - قالوا : كذلك مسألة الخلاف المعقود عليه خروج واحد ، بدلالة أنه إذا حنث لم يتكرر الحنث ، وإن كان المعقود عليه كل خروج لتكرر الحنث ، كما لو قال : كلما خرجتِ بغير إذني ، فأنت طالق .

٣٢١١١ - قلنا : هذا غلط ، ليس إذا لم يتكرر الحنث كان المعقود عليه مرة واحدة ؛ لأن الحنث يحل اليمين إذا لم يكن فيها ما يقتضي التكرار ، فيوجد الخروج الثاني ولا يمين ، والبر مرة واحدة لا يحل اليمين ، فلا يمنع الحنث بعده . فأما إذا قال : كلما خرجتِ . فهذا لفظ يقتضي جميع كل خروج ، وتكرار الحنث بتكراره ، فإذا حنث مرة لم ينحل اليمين ، فكذلك حنث بالمرة الثانية .

٣٢١١٢ - قالوا : الدليل على أن اليمين تناولت الخروج بغير إذنه منعًا وتناولت الخروج بإذنه إباحة قوله ﷺ : « **لا نكاح إلا بولي** »[1] . فإذا نكحت بغير ولي ، فقد فعلت ما نُهِيَتْ عنه ، فإذا نكحت بولي فقد فعلت ما أمرت به .

٣٢١١٣ - قلنا : هذا هو الدليل عليكم ؛ لأنها إذا نكحت بولي لم يسقط حكم الثاني ، بل إذا نكحت ثانيًا بغير ولي كانت منهية عنه مثل مسألتنا .

٣٢١١٤ - قالوا : كقوله : إن خرجتِ ليلًا بإذني . شرط يقتضي التكرار ، فإذا

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه ٤٠٧/٣ برقم ١١٠١ ، وأبو داود في سننه ٢٢٩/٢ برقم ٢٠٨٥ ، وابن ماجه في سننه ٦٠٥/١ برقم ١٨٨٠ ، ١٨٨١ .

خرجت مرة بإذنه ، بَرَّ في يمينه .

٣٢١١٥ – قلنا : وإن لم يقتضِ التكرار ، إلا أنها عقد على كل خروج ، فإذا أذن لها ، فقد فعلت ما لم يحلف عليه ، فلا يوصف ببر ولا حنث واليمين بحالها ، فمتى خرجت بغير أمره حنث ، ولا يتكرر الحنث بأن يكون الخروج بغير أمره ؛ لأن الشرط لا يقتضي التكرار . يبين ذلك أنه لو قال : إن خرجت اليوم إلا بإذني . فخرجت بغير إذنه حنث مرة ، [ولو خرجت مرة بإذنه لم يبر ، بدلالة أنها إن خرجت في نفس اليوم بغير إذنه حنث] (١) ، فالحنث يقع بخروج واحد ، والبر لا يقع به . فإذا أطلق اليمين ولم يؤقتها ، فجميع العمر فيها كالعمر في اليمين الموقتة .

٣٢١١٦ – قالوا : لا فرق بين قوله : إلا أن آذن . وبين قوله : إلا بإذني . بدلالة أنه لو قال لوكيله : لا تَبِعْ متاعي إلا بإذني ، أو أن آذن لك . فإن ذلك سواء .

٣٢١١٧ – قلنا : هذا غلط بيع مال الغير لا يملكه الإنسان إلا بإذنه ، فلا بد من الإذن . فإذا قال : إلا أن آذن . ليس لأن اللفظ لا يقتضي التوقيت ، ولكنما التوقيت إنما عاد إلى الأصل الذي هو المنع من بيع مال الغير بغير إذنه . وفي مسألتنا الخروج غير ممنوع منه على ما قبل الغاية كما بعدها لم يعقد عليه وفي رواية من الوكالة أن يقول : وكلت ببيع مالي . ثم يقول : لا تبع إلا أن آذن لك . فأذن له ، لم يحتج إلى تكرار الإذن ؛ لأن النهي مؤقت . ولو قال : لا تبع إلا بإذني . لم يكن بد من تكرار الإذن في كل بيع ، فلا فرق بينهما .

وهذه المسألة خالف الشافعي فيها مقتضى اللغة ، وهم يتحملون ما ينصرونها ، فلا يستقيم دفع الأمر الظاهر .

* * *

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٥٩٩

حلف ألا تخرج إلا بإذنه ثم أذن فخرجت دون أن تعلم بالإذن

٣٢١١٨ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا قال : إن خرجت إلا بإذني . فأذن لها ولم تعلم بالإذن فخرجت ؛ حنث (١) .

٣٢١١٩ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : لا يحنث (٢) .

٣٢١٢٠ - لنا : أن الإذن إباحة ، فلا يثبت في حقها بغير علم بإباحة صاحب الشريعة .

٣٢١٢١ - فإن قيل : إباحة صاحب الشريعة تثبت من غير علم ، بدلالة أنه إذا أباح ذبح حيوان فذبحه من لا يعلم بإباحته ، حل أكله . ولو أباح قتل المرتدُ فقتله قاتلٌ وهو لا يعلم لم يضمن .

٣٢١٢٢ - قلنا : غلط إذا قتل المرتد من لا يعلم بإباحته قتله أثم وفعل فعلًا محرمًا ، وكذلك إذا نهى عَلَيْهِ السَّلَامُ عن ذبح حيوان مخصوص ، فمن علم بالنهي ولم يعلم بالإباحة فذبحه ، فقد فعل فعلًا منهيًا عنه وأثم بالإقدام عليه . فلو كانت الإباحة ثابتة ، لم يأثم ، وإن قصد الحالف ألا يحرم مخالفة ومشاقة لنهيه . ومتى لم تعلم بإذنه ، فقد خرجت مخالفة ومشاقة ، فوجب أن يحنث .

ولأن الإذن مأخوذ من العلم ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَمَا هُم بِضَآرِّينَ بِهِۦ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ ٱللَّهِ ﴾ (٣) . أي : بعلمه . ومنه سمي الأذان ، لما فيه من الإعلام ، قال الشاعر :

آذنتنا ببينها أسماء ... رُب ثاو يُمل منه الثَّواء (٤)

أي : أعلمتنا . وقال اللَّه تعالى : ﴿ وَأَذِّن فِى ٱلنَّاسِ بِٱلْحَجِّ ﴾ (٥) . فإذا أذن ولم يعلمها ، لم يكن إذنًا . وقيل : إنه مأخوذ من وقوع الإذن .

٣٢١٢٣ - فإن قيل : إن الإذن ليس بإعلام ، وإنما الإعلام الإيذان ، يقال : آذنه يؤذنه إيذانًا ، إذا أعلمه . وأذن له يأذن إذنًا ، إذا أباح له . فالإباحة بمجرد الإذن .

---

(١) انظر : المبسوط ١٧٥/٨ وعبارته : وإن حلف ألا تخرج إلا بإذنه ، فأذن لها من حيث لا تسمع ، لم يكن إذنًا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللَّه تعالى . وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى : هو إذن .

(٢) انظر : الأم ٨٣/٧ وعبارته : ولو كانت المسألة بمالها ، فأذن لها ولم تعلم وأشهد على ذلك ، لم يحنث ؛ لأنه قد خرجت بإذنه وإن لم تعلم .

(٣) سورة البقرة : الآية ١٠٢ .

(٤) قاله : الحارث بن حِلِّزة . انظر : لسان العرب ٢٠٨/١٥ .

(٥) سورة الحج : الآية ٢٧ .

٣٢١٢٤ - قلنا : الإذن والإيذان وإن اختلف تصريفها ، فأصلهما العلم ، بدلالة قوله تعالى : ﴿ وَمَا هُم بِضَآرِّينَ بِهِۦ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ ٱللَّهِ ﴾ [1] . لا يجوز أن يكون المراد به : إلا بعلمه ؛ لأن اللّٰه تعالى ما أباح السحر ، فلم يبق إلا أن يكون من العلم .

ولأن قوله : إلا بإذني . حال ، فكأنه قال : إن خرجت إلا أن يصاحبك إذني . ومتى لم تعلم بإذنه ، فلم يصاحبها ، فلم يكن حالًا لها .

٣٢١٢٥ - احتجوا : بأنها خرجت بعد وجود الإذن من جهته ، فوجب ألا يحنث ، أصله : إذا علمت .

قلنا : لا نسلم أن قوله : أذن إلا بعد علمها به . ولأنها إذا علمت فلم تخرج مشاقة له ، وإذا لم تعلم فقد خرجت مخالفة ومشاقة له ، وذلك هو الخروج المحلوف عليه .

٣٢١٢٦ - قالوا : المرأة ممنوعة من الخروج بحق الزوج ، وإذنه في الخروج إسقاط لحقه ، وإسقاط الحق لا يفتقر إلى علم المسقط عنه ، أصله الإبراء من الدين .

٣٢١٢٧ - قلنا : إذا أبرأ غريمه من الدين ، فالبراءة لا تثبت في حق الغريم من كل وجه ، بدلالة أنه أثم بترك القضاء ، وإنما يسقط الدين ؛ لأنه حق المشتري ، وقد أسقطه . فأما اليمين : فيتعلق بها حق اللّٰه تعالى ، فلا تنحل إلا بعد حقيقة الإذن .

٣٢١٢٨ - فإن قيل : قد قلتم : إن من بعث غلامًا يستعير له دابة إلى القيروان ، فاستعارها الغلام إلى طريق آخر ، ولم يعلم المرسِل مخالفته ، فركبها السيد في الطريق الذي فيه صاحبها فعطبت ، لم يضمنها وإن لم يعلم الإذن .

٣٢١٢٩ - قلنا : قد قال أصحابنا : إن القياس أن يضمن ، وسقوط الضمان استحسان . على أن الإذن لم يثبت في حق السيد ، بدلالة أنه متعدٍ بركوبها ، وإنما لا تجب الضمانات استحسانًا .

ولأنه لو وجب لوجب لحق المالك وقد صحت الإباحة منه حتى أذن للرسول فسقط الضمان كذلك .

٣٢١٣٠ - فإن قيل : يسقط الضمان قبل وجوبه .

٣٢١٣١ - قلنا : قام الرسول مقام المرسِل ، فصح الإذن ، فلم يجب به ضمان ، وإن لم يثبت في حق السيد من كل وجه .

* * *

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٠٢ .

مسألة ١٦٠٠

حلف لا يهب فتصدق

٣٢١٣٢ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يهب ، فتصدق ، لم يحنث (١) .

٣٢١٣٣ - وقال الشافعي رحمه الله : يحنث (٢) .

٣٢١٣٤ - لنا : أنهما عقدان مختلفان بدلالة اختلاف اسمهما وأحكامهما ، ألا ترى أن الهبة مباحة للنبي عليه السلام ولبني هاشم ، والصدقة تحرم عليهم . ومقتضى الهبة صحة الرجوع ، ومقتضى الصدقة منع الرجوع ، فصار كالبيع والإجارة والمزارعة والمضاربة .

وقولهم : إن الهبة لا رجوع فيها إلا للوالدين ، والصدقة مثله ؛ لا يضرنا ؛ لأنا بينا اختلاف الحكمين من وجه متفق عليه ، وذكرنا الرجوع وهو اختلاف على أصلنا . ولا تلزم العُمْرَى ولا التحلي ؛ لأن أحكامهما لا تخالف الهبة .

٣٢١٣٥ - احتجوا : بأنه تبرع بتمليك عين في حال حياته ، فوجب أن يحنث في يمينه ، أصله : إذا أعمر أو نحله .

٣٢١٣٦ - قلنا : يبطل إذا أقرضه . والمعنى فيما ذكروه : أن أحكامه لا تخالف أحكام الهبة ، وقد بينا مخالفة حكم الصدقة للهبة . يبين ذلك : أن المضاربة في معنى الإجارة ، إلا أنهما لما اختلفا في ضمان البذل ووجوب شرط المدة لم يحنث بأحدهما إذا حلف على الآخر ، وكذلك المزارعة والمضاربة .

* * *

---

(١) انظر : فتح القدير ٢١/٩ وعبارته : إذا حلف لا يهب ، فوهب ولم يقبل ، يحنث في يمينه عندنا .

(٢) انظر : الأم ٨٦/٧ وعبارته : وإذا حلف الرجل لا يهب رجلًا هبة ، فتصدق عليه بصدقة فهي هبة ، وهو حانث .

مسألة ١٦٠١

حلف لا يتسرى فاشترى جارية ووطئها

٣٢١٣٧ - قال أبو حنيفة ومحمد [رحمهما اللَّه] : إذا حلف أن لا يتسرى ، فاشترى جارية وحَصَّنَها ووطئها ، حنث وإن لم يطلب الولد [١] .

٣٢١٣٨ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ : لا يحنث حتى يطأها في الفرج وينزل ، فمتى عزل لم يحنث [٢] .

٣٢١٣٩ - لنا : أن التسري قيل : إنه مأخوذ من السر وهو الوطء ، وقيل : من السرور وهو أن يجعلها من أسر جواريه . وأنى ذلك كان ، لم يعتبر فيه الوطء .

ولأن كل معنًى اعتبر فيه الوطء ، لم يعتبر طلب الولد كالحد والإحصان .

٣٢١٤٠ - فإن قيل : الحد والإحصان لا يعتبر فيهما السر والتحصين ، وإن كان ذلك معتبرًا في التسري .

٣٢١٤١ - قلنا : لا يمنع أن يعتبر في التسري ما لا يعتبر في الحد . وإنما قلنا : اشترط فيه الوطء ، فلا ينضم إليه طلب الولد ، والوطء معتبر في الموضعين ، فوجب أن يتساويا في اعتبار طلب الولد .

٣٢١٤٢ - احتجوا : بأن التسري والتسرية في عرف الناس وعادتهم هي المملوكة التي يسترها عن العيون ويطأها طالبًا لولدها .

٣٢١٤٣ - قلنا : هذه العادة لا نعرفها ، بل السراري المحصنات الموطوءات طلب أولادهن أو لم يطلب .

٣٢١٤٤ - قالوا : جارية لم يطلب ولدها ، كما لو وطئها فيما دون الفرج .

٣٢١٤٥ - قلنا : الأحكام التي يعتبر فيها الوطء ، يختلف حكم الوطء في الفرج من وطء جارية لم تحل له نفي ولدها ، فاعتبر التحصين حتى لا ينفي ولد أمته ، ولا يلتزم ما ليس منه وليس إذا اختلط الولد دل على أنه مقصود .

ولأنه يسترها ، ليحصنها من بين الجواري ، إذ التسري تخصيص لها بمعنًى من المعاني .

---

(١) انظر : فتح القدير ١٧١/٥ وعبارته : إذا حلف لا يشتري فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث . ذكره القدوري في التجريد عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللَّه .

(٢) انظر : فتاوى الرملي ٩٩/٤ وعبارته : سُئل عمن حلف لا يشتري فاشترى أمة وطئها ، هل يحصل بهذا الفعل التسري ويحنث أم لا ، فأجاب بأنه : لا يحصل التسري بما ذكر ، ولا يحنث به .

مسألة ١٦٠٢

حلف لا يدخل بيتًا من أهل الحضر

٣٢١٤٦ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : إذا حلف لا يدخل بيتًا وهو من أهل الحضر ، لم يحنث بدخول بيت من الشَّعَر ، وإن كان بدويًّا حنث (١) .

٣٢١٤٧ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ : يحنثان جميعًا (٢) .

٣٢١٤٨ - لنا : أن الأيمان محمولة على العرف ، وبيوت الحضر بالمدر ، وبيوت البادية بالشَّعر ، فوجب أن يحمل يمين كل واحد منهما على ما يعتاده . والأيمان يعتبر فيها عرف الحالف ، وعلى هذا قال أصحابنا : إذا حلف لا يتغذى ، فشرب لبنا ، فإن كان بدويًّا حنث ، وإن كان حضريًّا لم يحنث ؛ لأن اللبن غذاء أهل البادية ، وليس بغذاء الحاضر .

٣٢١٤٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَجَعَلَ لَكُم مِّن جُلُودِ ٱلْأَنْعَٰمِ بُيُوتًا ﴾ (٣) .

٣٢١٥٠ - قلنا : تسمية القرآن غير معتبرة في الأيمان ، بدلالة أن اللّٰه تعالى سمى بيت العنكبوت بيتًا ، ولو حلف لا يخرب بيتًا ، فخرب بيت العنكبوت لم يحنث . وقد سمى اللّٰه تعالى المساجد بيوتًا ، ومن حلف لا يدخل بيتًا فدخل مسجدًا ، لم يحنث .

٣٢١٥١ - قالوا : ما حنث به البدوي حنث به الحضري .

٣٢١٥٢ - قلنا : يبطل إذا قال : لا أتغذى ، فشرب اللبن أو أكل الأَقِط .

٣٢١٥٣ - فإن قيل : كل واحد منهما ثبت ، لكن الاختلاف في اعتباره ، فهو كمن قال : لا آكل خبزًا . فأكل الأرز .

٣٢١٥٤ - قلنا : عندنا إذا حلف لا يأكل خبزًا وهو في بلد خبزهم الحنطة ، لم يحنث بأكل خبز الأرز ، وإن كان في بلد خبزهم الأرز ، حنث بأكله ، والعادة معتبرة في ذلك عندنا .

---

(١) انظر : فتح القدير ١٠٢/٥ وعبارته : ولو حلف لا يدخل بيتًا ، فدخل بيت شعر أو فسطاطًا إن كان من أهل البادية ، حنث ، وإلا لا يحنث .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٢٠٣/٦ وعبارته : حلف لا يدخل أو لا يسكن بيتًا ولا نية له ، حنث بالدخول أو السكنى بكل بيت من طين أو حجر أو آجر أو خشب أو قصب محكم - كما قال الماوردي - أو خيمة ونحوها ، سواء أكان الحالف حضريًّا أم بدويًّا .

(٣) سورة النحل : الآية ٨٠ .

مسألة ١٦٠٣

تعليق النذر بشرط

٣٢١٥٥ – المشهور عن أصحابنا [رحمهم الله] : أنه من علق نذره بشرط فوجد ، لزمه كما يلزمه إذا أطلقه (١) .

٣٢١٥٦ – وقال الشافعي رحمه الله : إذا علق النذر بشرط على الامتناع ، فهو بالخيار إن شاء وفى بالنذر ، وإن شاء كفَّر كفارة يمين (٢) .

٣٢١٥٧ – لنا : قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (٣) ، وقال : ﴿ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾ (٤) ، وقال تعالى : ﴿ فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا فِي قُلُوبِهِمْ ﴾ (٥) بعد قوله : ﴿ وَمِنْهُم مَّنْ عَاهَدَ اللَّهَ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَلَمَّا آتَاهُم مِّن فَضْلِهِ بَخِلُوا بِهِ ﴾ (٦) . فذمهم على ترك الوفاء .

٣٢١٥٨ – قلنا : الاستدلال بقوله تعالى : ﴿ بِمَا أَخْلَفُوا اللَّهَ مَا وَعَدُوهُ ﴾ . وهذا عامٌّ في كل نذر عليه .

وما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « **من نذر نذرًا سماه فعليه الوفاء به ، ومن نذر نذرًا ولم يسمه ، فعليه كفارة يمين** » (٧) .

ولأن كل نذر لو أطلقه ، لزمه الوفاء به إذا علقه بشرط فوجد لزمه الوفاء به ، أصله إذا كان الاختلاف منفعة أو دفع مضرة .

ولأنه لم يسقط به موجب النذر فإنه هو الموجب به ، أصله النذر المطلق .

ولأن ما يصح تعليقه بالشروط ، فالشرط لا يعتبر موجبه ، وإنما يتأخر الوجوب إلى حين وجود الشرط ، أصله : ما علقه الله تعالى بشرط .

---

(١) انظر : الجوهرة النيرة ١٩٨/٢ وعبارته : وإن علق نذره بشرط فرجع الشرط ، فعليه الوفاء بنفس النذر . وروي عن أبي حنيفة أنه أجزاه عن ذلك ، وقال : إذا قال : إذا فعلت كذا فعليَّ حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملك أجزأه عن ذلك كفارة يمين ، هو قول محمد .

(٢) انظر : الأم ٢٧٩/٢ ، ٢٨١ وعبارته : ومن حلف ألا يكلم فلانًا أو لا يصل فلانًا ، فهذا الذي يقال له الحنث في اليمين خير لك من البر فكفِّر وأحنث .

(٣) سورة المائدة : الآية ١ .

(٤) سورة الصف : الآية ٢ .

(٥) سورة التوبة : الآية ٧٧ .

(٦) سورة التوبة : الآية ٧٦ .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٤٥/١٠ برقم ١٩٦٩٧ .

ولأنه علق بالشرط ما لو أرسله لزمه ، فإذا وجد الشرط لزمه ، أصله : الطلاق والعتاق .

ولأن ما عليه بالشرط لا على الامتناع ، لزمه عند وجود الشرط ، فإذا كان على وجه المنع ، لزمه عند وجود الشرط ، أصله : الطلاق والعتاق .

ولأن ما يصح تعليقه بالشرط يبقى تعلقه بالشرط لبقاء اليمين ، فإن زال التعلق ، لم يبق باليمين ، بدلالة من قال : إن قَرِبْتُكِ ، فعبدي حر . ثم باعه زالت اليمين ؛ لأنه لم يبق تعلق بالشرط . فلو كان ما علقها بالشرط في مسألتنا لم يلزم عند وجوده ، لم يبق اليمين . ولما اتفقا على بقائها ، دل على أن [1] التعليق موجب بالشرط .

ولأن ما يقوله مخالفنا يؤدي إلى التخيير بين القليل والكثير ، ولأنه يقول : إن كلمتك فعليَّ إطعام مائة مسكين . فإذا كلمه خَيَّرناه بين إطعام عشرة مساكين كفارة ، وبين إطعام مائة بموجب النذر . ولو قال : إن كلمتك فلله عليَّ عتق رقبة وإطعام عشرة مساكين وكسوتهم وصيام ثلاثة أيام . يقال له : إن شئت فافعل جميع ما أوجبت ، أو افعل نوعًا منه على وجه التكفير . وهذا محال .

٣٢١٥٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَكَفَّارَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ ﴾ إلى قوله : ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾ [2] . قالوا : وهذا حالف ؛ لأنه يقال : حلف بصدقة ماله .

٣٢١٦٠ - قلنا : إطلاق الحلف يتناول القسم ، فأما الشرط والجزاء فلا يعرفه أهل اللغة حلفًا ، وإنما سماه الفقهاء حلفًا . ولا تعلم هذه العادة حال نزول الآية ، فلم يجب حملها عليه . يبين ذلك : أن اللَّه تعالى ذكر الحلف الذي كفارته الأنواع المذكورة .

٣٢١٦١ - قالوا : قال النبي ﷺ : « **من حلف على يمين ، فرأى غيرها خيرًا منها ، فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه** » [3] .

٣٢١٦٢ - قلنا : إطلاق الحلف يتناول القسم ، بدلالة ما قدمنا .

٣٢١٦٣ - قالوا : روى عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال : « **كفارة النذر كفارة يمين** » [4] .

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٦٩/٣ برقم ٢٢١٨٣ ، البيهقي في السنن الكبرى ٤٥/١٠ برقم ١٩٦٩٧ .

٣٢١٦٤ – قلنا : المراد بذلك من قال : لله عليَّ نذر ، الدليل عليه ما روي عن عقبة مفسرًا ذكره الطحاوي عن خالد بن سعيد عن عقبة بن عامر قال : أشهد سمعت النبي عليه السلام يقول : « **من نذر نذرًا لم يسمه ، فعليه كفارة يمين** » (١) . ويبين صحة هذا : أن الكفارة إنما تجب في النذر المطلق ، فأما النذر المعلق بشرط فيستحق كفارة أحد أمرين ، فعلم أن المراد بالخبر ما ذكرنا .

٣٢١٦٥ – قالوا : روى إبراهيم بن أبي زياد في كتابه في التفسير عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال : « **من حلف بالمشي أو الهدي أو جعل ماله في سبيل الله أو في المساكين أو في رتاج الكعبة** (٢) ، **فكفارته كفارة يمين** » (٣) .

٣٢١٦٦ – قلنا : الأخبار المناكير لا تقبل إذا أضيفت إلى المشاهير ، فكيف إلى المجاهيل ؟! أين أهل الحديث ونقلة السير عن هذا الحديث ، لم ينقلوه حتى وقع إلى ابن أبي زياد ، وإنما هذا يروى عن عائشة ، فأما عن النبي ﷺ فلا أصل له .

٣٢١٦٧ – قالوا : روي أن رجلًا قال لعمر بن الخطاب : إني (٤) جعلت مالي في رتاج الكعبة إن كلمت أخي . فقال : إن الكعبة لغنية عن مالك ، كَفِّر عن يمينك ، وكلم أخاك (٥) .

وسئل ابن عباس عن امرأة أهدت ثوبها إن لبسته فقال : لتكفر عن يمينها ، ولتلبس ثوبها (٦) . وعن ابن عمر مثله (٧) .

٣٢١٦٨ – قلنا : ذكر الطحاوي عن ابن عمر أن بعض أهله أنه سأله أنه كسا امرأته فسخطتها فقالت : إن لبستُها فكل شيء لي في رتاج الكعبة . فقال ابن عمر : يجعل مالها في رتاج الكعبة . فقلت : إنما مالها في الإبل والغنم . فقال ابن عمر : لتبع الإبل والغنم ، ثم تجعله في رتاج الكعبة .

٣٢١٦٩ – وذكر عن مالك بن دينار قال : أتتني امرأة تستفتيني ، فقالت : إن

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٣١/٣ .
(٢) رتاج الكعبة : يعني باب الكعبة ومقام إبراهيم عليه السلام . انظر : المغرب ص١٨٤ .
(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦٥/١٠ برقم ١٩٨٢١ .
(٤) في جميع النسخ : [إن] .
(٥) أخرجه ابن حبان في صحيحه ١٩٧/١٠ برقم ٤٣٥٥ .
(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧٤/١٠ برقم ١٩٨٧٣ .
(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧٤/١٠ برقم ١٩٨٧٣ .

زوجها كساها كسوة ، فجعلتها هدية إلى البيت إن لبستها ، فما دريتُ ما أُفتيها به ، فانطلقتُ إلى أنس بن مالك وأرسلت رسولًا إلى الحسن ، فقال لي أنس : إن لبستها ، فلتهدها . ورجع رسولي من عند الحسن فقال : تكفر عن يمينها ، وتلبس كسوة زوجها . فقد اختلف الرواية عن ابن عمر ، وقال أنس بقولنا . وذكر الطحاوي عن عائشة وابن عباس في النذر المطلق كفارة يمين [1] . وهذا يدل على أن المطلق والمعلق سواء ، وهذا خلاف قولهم ، فحصل من قول أنس مثل قولنا واختلف عن ابن عمر .

وقالت عائشة في النذر المعلق : والمعلق بشرط كفارة يمين . فمن فرق بين مطلق النذر ومقيده مخالف لإجماعهم ؛ لأنه لم ينقل عن أحد منهم التخيير ، وإنما نقل عن بعضهم الكفارة وعن بعضهم الوفاء ، والقول بالتخيير خلاف إجماعهم .

٣٢١٧٠ - قالوا : ما وجبت فعله بالحنث ، برئ منه بكفارة يمين ، أصله : إذا قال : إن فعلت كذا فلله عليَّ نذر .

٣٢١٧١ - قلنا : لا نسلم أن وجود الشرط حنث على الإطلاق ، ولا نسلم أن الواجب في النذر متعلق بالحنث ، وإنما يجب بالنذر والحنث شرط . والمعنى فيمن أطلق النذر أنه لم يعين بإيجابه ما يخرج به من موجب الإيجاب ، فخرج بمقتضى الشرع ، أصله من قال : لله عليَّ صيام وصلاة . لما لم يعين نذر الواجب ، خرج منه بأقل ما يتقرب به في الشرع . وفي مسألتنا عين ما أوجبه بالنذر ، فلم يرجع إلى موجب الشرع ، لكنه رجع إلى ما أوجبه ، كمن قال : لله عليَّ صلاة أربع ركعات وصيام يومين ، ولهذا نقول في الحالف بالله : أنه يُكَفِّر ؛ لأنه لم يعين بيمينه ما يخرج به منها ، فخرج بما وقته الشرع بها .

٣٢١٧٢ - قالوا : هذا متردد بين النذر المخيَّر لله تعالى وبين اليمين بالله ، وقد أخذ شبهًا من كل واحد منهما ، فإنه شبه اليمين من حيث كان الواجب فيه بالحنث والمخالفة بين القول والفعل ، وشبه النذر لله تعالى من حيث التزم له قربة وطاعة بشرط كما يقول : إن شفى الله مريضي . وإذا تردد بين الأصلين وليس له أصل سواهما وأجمعوا على أنه لا يجب الجمع بين حكمها ، وجب التخيير بينهما فخيرناه .

٣٢١٧٣ - قلنا : لا نسلم أن له شبهًا باليمين ؛ لأن تعلقه بشرط كتعلق قوله : إن قدم فلان ، وإن مات عبدي . ولا فرق في الشروط بين أن يكون بفعل الله تعالى أو

---

(١) انظر : شرح معاني الآثار ١٣١/٣ .

بفعل الحالف أو بفعل غيرهما ، فإذا كان هذا النوع لا شبه بالأيمان كذلك في مسألتنا ، ولا يجوز أن يكون شبهه بالأيمان قصد الملاحة ؛ لأن هذا موجود فيمن قيل له : إنك بخيل . فقال : مالي صدقة . ولئن سلمنا أن يشبه الأصلين ، فله أصل ثالث وهو به أشبه وهو الطلاق والعتاق .

٣٢١٧٤ - فإن قالوا : هناك لا يلزم بوجود الشرط شيء .

٣٢١٧٥ - قلنا : إذا قال : إن كلمت فلانًا فامرأتي طالق ، وعبدي حر ؛ يمين ، والكفارة عندهم يتخلص بها من اليمين قبل الحنث ، فكان يجب أن تقدم الكفارة حتى لا يقع بالشرط شيء . وإذا قال : إن قدم فلان فأحد عبدي [(١)] حر . يلزمه فعل شيء بالحنث ، وهو بيان العتق . ثم لو سلمنا أنه يشبه الأصلين دون غيرهما ، فشبهه بالإيجاب أقوى ؛ لأنه صريح النذر ومعنى اليمين . ولأنه إيجاب قربة على نفسه ، ولأنه غير ما يخلص به ، واليمين لم يعين فيها ما يخلص به وإنما يرجع إلى ما يخلصه الشرع به ، فوجب إلحاقه بأقوى الشبهين . ولو سلمنا أنه أخذ الشبه منها ، ولم يترجح أحدهما على الآخر ، لم يصح التخيير ؛ لأنه الفرع المشبه لأصلين يلحق بكل واحد منهما من وجه ، ولا يقطع إلحاقه بالآخر كما نقول : إن الكتابة فيها معنى اليمين ومعنى المعاوضة . فاعتبر بالأمرين جميعًا ، والهبة على عوض أعطيناها قبل القبض حكم الهبات ، وبعده حكم البياعات ، ولم يقطع عقدها عن أحد العقدين . ومخالفنا إذا خيره وهو في كل حاله يختار أحد الأمرين ، يسقط اختياره الشبه الآخر من كل وجه .

* * *

---

(١) كذا في جميع النسخ .

مسألة ١٦٠٤

حلف على عدم الزواج والطلاق ثم يوكل

٣٢١٧٥ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : إذا حلف لا يتزوج ولا يطلق ، فوكل من يزوجه ومن طلق امرأته ، حنث (١) .

٣٢١٧٦ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يحنث (٢) .

٣٢١٧٧ - لنا : أن العقد يضاف إلى الموكِّل ، فيقال : تزوج فلان أو يقول الوكيل : زوجتُ موكِّلي . وإذا أضيف العقد إليه ، صار كأنه عقد بنفسه .

ولأن حلفه على ترك التزويج إنما هو على ترك التزام أحكامه ، وإذا زوجه وكيله فالأحكام متعلقة به دون الوكيل ، كما لو عقد بنفسه . ولا يلزم إذا حلف لا يبيع ، فوكل بالبيع ؛ لأن العقد يضاف إلى الوكيل فيقول : بعتُ .

ولأن الحقوق تتعلق بالحالف عندنا .

٣٢١٧٨ - احتجوا : بأنه حلف على ترك فعله ، فإذا أمر غيره به ، لم يحنث ، أصله : البيع والإجارة .

٣٢١٧٩ - قلنا : تلك العقود لا تضاف إلى الموكِّل ، وإنما يُضيفها الوكيل إلى نفسه بصفة ، وهذا العقد يضيفه إلى موكله ، فكأن الموكل عقده .

* * *

(١) انظر : فتح القدير ١٧٥/٥ وعبارته : ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو يعتق ، فوكل بذلك ، حنث ، يعني إذا فعله الوكيل .

(٢) انظر : الأم ٨٧/٧ وعبارته : وإذا حلف الرجل ألا يطلق امرأته ، فجعل أمرها بيدها فطلقت نفسها ، لم يحنث ، إلا أن يكون جعل إليها طلاقها ، وكذلك لو جعل إلى غيرها فطلقها .

مسألة ١٦٠٥

حلف لا يبع فباع بيعا فاسدا

٣٢١٨٠ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف لا يبيع ، فباع بيعًا فاسدًا ؛ حنث [١] .

٣٢١٨١ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يحنث [٢] .

٣٢١٨٢ - لنا : إن الاسم تناول الصحيح والفاسد ، وهذا إذا وكله بالبيع فباع فاسدًا لم يضمن ، فصار الفاسد كالصحيح . ولا يلزم النكاح ، لأنا عللنا البيع .

ولأن المقصود منه الاستباحة ، وهي لا تتعلق بفاسد .

ولأنه حلف على البيع ، فباع بيعًا ضُمَّ إليه شرط ، فيحنث كما لو باع بشرط العتق .

ولأنه بيع لو حكم الحاكم بوقوع الملك ، فنفذ ، فوجب أن يحنث به ، كبيع المدبر .

٣٢١٨٣ - احتجوا : بأنه حلف على عقد مطلق ، فوجب أن يحمل على الصحيح ، أصله : النكاح .

٣٢١٨٤ - قلنا : النكاح يقصد به الاستباحة ، وذلك لا يوجد في فاسد ، والبيع يقصد به الملك ، وذلك يجوز أن يتعلق بفاسده عندنا إذا قبض ، وعندهم إذا حكم الحاكم . وقد قال أصحابنا : إنه لو حلف على الماضي ، تناولت الفاسد ؛ لأن المقصود فيما مضى ليس هو الاستباحة ، وإنما يقصد الخبر ، والاسم يتناول الجميع .

* * *

(١) انظر : البدائع ٨٤/٣ وعبارته : ولو حلف لا يبيع ، فباع بيعًا فاسدًا وقبل المشتري وقبض ، يحنث .

(٢) انظر : أسنى المطالب ٢٦٢/٤ وعبارته : لو حلف لا يبيع ولا يشتري ولا يهب فعقد عقدًا فاسدًا لم يحنث . وانظر أيضًا : الأم ٤٠٥/٨ .

مسألة ١٦٠٦

حلف ألا يكلمه حقبًا

٣٢١٨٥ - قال أصحابنا [رحمهم اللَّه] : إذا حلف لا يكلمه حِقْبًا ، فالحقبة ثمانون سنة [١] .

٣٢١٨٦ - وقال الشافعي رحمه الله : ليس له مقدار [٢] .

٣٢١٨٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ لَّبِثِينَ فِيهَآ أَحْقَابًا ﴾ [٣] . فالجمع يكون فيما له واحد عرفًا لا يقدر ، فاسم الواحد على غير اسم الجمع فلا يكون بجمع معنًى .

وقد روي في التفسير أن الحقب : ثمانون سنة . روي عن على كرم اللَّه وجهه وابن عباس رضي الله عنهما [٤] .

٣٢١٨٨ - فإن قيل : روي عن عبد اللَّه بن عمر رضي الله عنهما أنه قال : أربعون سنة [٥] .

٣٢١٨٩ - قلنا : قد اتفقوا على التقدير . وهو خلاف قولكم . على أن أبا لُبابة روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « **الحقب ألف سنة** » [٦] . وهذا يترجح به الثمانون على الأربعين .

٣٢١٩٠ - فأما قولهم : إن الشافعي قال : نحن أهل اللغة ، ولا نعرف الحقب ثمانون سنة .

٣٢١٩١ - قلنا له : فعبد اللَّه بن عباس أهل اللغة ، وقد روينا عنه ما قدمنا .

٣٢١٩٢ - قالوا : الحقب عبارة عن زمان غير مقدر ، والتفسير يقتضي أن المذكور في الآية أريد به ما ذكروه .

٣٢١٩٣ - قلنا : الإخبار عن المدة لا يقع إلا بما هو معلوم ، ومن المدد المتقدر ، وهذا يقتضي أن الاسم أفاد ذلك .

---

(١) انظر : البدائع ٥٣/٣ وعبارته : ولو حلف لا يكلمه حقبًا ، فهو على ثمانين سنة ؛ لأنه اسم له .

(٢) انظر : الأم ٨٢/٧ وعبارته : وكذا كل كلمة منفردة ليس لها ظاهر يدل عليها ، وكذلك الأحقاب .

(٣) سورة النبأ : الآية ٢٣ .

(٤) أخرجه الحاكم في مستدركه ٥٥٦/٢ برقم ٣٨٩٠ .

(٥) انظر : تفسير ابن كثير ٤٦٤/٤ .

(٦) عن أبي أمامة قال : قال : رسول اللَّه ﷺ : « ﴿ لَّبِثِينَ فِيهَآ أَحْقَابًا ﴾ الحقب الواحد ثلاثون ألف سنة » . انظر : المعجم الكبير ٢٤٤/٨ برقم ٧٩٥٧ .

مسألة ١٦٠٧

حلف ألا يكلمه إلى قريب

٣٢١٩٤ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا حلف لا يكلمه إلى قريب ؛ فهو على ما دون الشهر [1] .

٣٢١٩٥ - وقال الشافعي رحمه الله : لا حد له .

٣٢١٩٦ - لنا : ما أن دون الشهر في حكم القريب ، والشهر وما فوقه في حكم البعيد ، ولهذا لم يجعل ما دون الشهر أصلًا في غالب الأحوال ، فوجب أن يحمل اليمين على ذلك .

ولأن القريب والبعيد متضادان ، وما يقوله مخالفنا يقتضي أن يتناول أحدهما ما يتناول الآخر .

٣٢١٩٧ - احتجوا : بأنه ما من زمان إلا وهو قريب بالإضافة إلى ما هو أبعد منه ، وبعيد بالإضافة إلى ما هو أقرب منه .

٣٢١٩٨ - قلنا : اللفظ يجب أن يحمل على ما يتناوله الاسم لإطلاق اللفظ لا بالإضافة إلى غيره .

* * *

(١) انظر : البدائع ٥٣/٣ وعبارته : ولو حلف لا يكلمه إلى قريب ولا نية له ، فهو على أقل من شهر .

مسألة ١٦٠٨

حلف ألا يصلي

٣٢١٩٩ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا حلف ألا يصلى ، فأحرم بالصلاة ، لا يحنث حتى يقيد الركعة بسجدة [1] .

وقال أصحاب الشافعي [رحمهم الله] : إذا أحرم بالصلاة ؛ حنث . وقال ابن سريج : إذا ركع [2] .

٣٢٢٠٠ - لنا : أن الصلاة اسم لجنس أفعال مختلفة ، فإذا فعل بعضها لم يحنث . وكمن حلف لا يصلي ولا يصوم ، ففعل أحدهما ، لم يحنث . وكمن حلف لا يجاهد ، فخرج ولم يلقَ العدو . وكمن حلف لا يذبح ، فقطع أحد العروق .

٣٢٢٠١ - فإن قيل : القعدة من جملة الأفعال ، ولم يأت بها .

٣٢٢٠٢ - قلنا : من أصحابنا من قال : لا يحنث حتى يرفع رأسه من السجود ، فإذا فعل ذلك فقد أتى بجنس القعدة . ومنهم من قال : يحنث بالسجود . نقول إذا لم يأت بجنس الأفعال المتفق عليها لم يحنث ، فالقعدة مختلف فيها .

٣٢٢٠٣ - احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال : « **صلي بي جبريل الظهر حين زالت الشمس ، وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثله** » [3] . قالوا : المراد بذلك ابتداءً ، فدل على أن المبتدئ بالصلاة يقال : إنه صلى .

٣٢٢٠٤ - قلنا : لا نسلم أن المراد به الابتداء ، بل المراد به جملة الصلاة ؛ لأن الظهر عبارة عن أربع ركعات ، ولهذا لو حلف لا يصلى الظهر لم يحنث حتى يفرغ منها .

٣٢٢٠٥ - قالوا : أجمعنا أنه يصلي إذا افتتح .

٣٢٢٠٦ - قلنا : هو مصلٍّ بمعنى أنه محرم بالصلاة أو مبتدئ بها ، كما أنه محرم

---

(١) انظر : المبسوط ٣٢/٩ وعبارته : ولو حلف لا يصلي ، فافتتح الصلاة ، لم يحنث حتى يصلي ركعة وسجدة استحسانًا .

(٢) انظر : نهاية المحتاج ٢١٩/٨ وعبارته : أو لا صليت فأحرم بفرض أو نفل ، حنث إلا صلاة الجنازة فلا حنث بها .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ١٠٧/١ برقم ٣٩٣ .

في الإحرام . وإذا دخل في الإحرام ولم يحج حتى يأتي بالأفعال .

٣٢٢٠٧ – قالوا : إذا حلف لا يصوم ، فدخل في الصوم ، حنث ، كذلك الصلاة .

٣٢٢٠٨ – قلنا : الصوم من جنس واحد ، فإذا دخل فيه ، فقد أتى بجنس الفعل المحلوف عليه ، وما بعده مداومة ، فصار الجزء الأول من الصوم كالركعة من الصلاة ، فإذا فعلها لم يعتبر الإتيان بما بعدها .

* * *

مسألة ١٦٠٩

يمين اللغو

٣٢٢٠٩ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : يمين اللغو هي اليمين على الماضي إذا ظن الحالف أن الأمر عليها أخبر عنه ، ثم بان له أن الأمر على خلاف ظنه (١) .

٣٢٢١٠ - وقال الشافعي رحمه الله : يمين اللغو ما لم يقصدها الحالف بفعله في الماضي والمستقبل (٢) .

٣٢٢١١ - لنا : ما روى إبراهيم الصائغ عن عطاء عن عائشة في يمين اللغو قالت : قال النبي عليه السلام : « **هو قول الرجل : لا والله ، وبلى والله** » (٣) . قال أبو داود : روى هذا الحديث داود بن أبي الفرات عن إبراهيم الصائغ موقوفًا عن عائشة . وكذلك رواه الزهري وعبد الملك بن أبي سليمان ومالك بن مِغْوَل عن عطاء عن عائشة موقوفًا (٤) . وليس يمتنع أن تكون سمعته من النبي عليه السلام ، فروته مرة وأفتت به مرة .

ومعلوم أن قوله : لا والله . إنما يكون جوابًا لسائل عن أمر ماضٍ قبل (٥) كان فنفاه الحالف أو أثبته ، ولا يكون ذلك في المستقبل غالبًا .

٣٢٢١٢ - وروى الكلبي عن أبي صالح في قوله تعالى : ﴿ لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾ (٦) . قال : هو أن يحلف الرجل على اليمين الكاذبة ، وهو يرى أنه صادق (٧) . والكذب إنما يكون في الخبر عن الماضي .

٣٢٢١٣ - وذكر أبو الحسن رحمه الله بإسناده عن مالك الغفاري قال : الأيمان ثلاثة :

---

(١) انظر : البدائع ٤/٣ وعبارته : وأما يمين اللغو : فقد اختلف في تفسيرها ، قال أصحابنا : هي اليمين الكاذبة خطأً أو غلطًا في الماضي أو في الحال ، وهي أن يخبر عن الماضي أو عن الحال على الظن أن المخبَر به كما أخبر وهو بخلافه في النفي أو في الإثبات .

(٢) انظر : الأم ٣٩٩/٧ وعبارته : واللغو في لسان العرب : الكلام غير المعقود عليه ، وجماع اللغو هو الخطأ واللغو .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ٢٢٣/٣ برقم ٣٢٥٤ .

(٤) انظر : سنن أبي داود ٢٢٣/٣ برقم ٣٢٥٤ .

(٥) غير واضحة في (ص) ، وفي (م) : [هل] .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٢٥ .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٤٩/١٠ برقم ١٩٧٢٣ .

يمين تكفر ، ويمين لا تكفر ، ويمين لا يؤاخذكم اللّٰه بها ، واليمين التي تكفر : الرجل يحلف على شيء تَرْكه خير من إمضائه ، واليمين التي لا تكفر : الرجل يحلف على شيء وهو يعلم أنه كاذب ، وأما اليمين التي لا يؤاخذكم اللّٰه بها : فالرجل يحلف وهو يرى أنه كذلك ، فهذا اللغو وهو لا يؤاخذ به [(١)] . وذكر عن زرارة بن أبي أوفى في يمين اللغو : الرجل يحلف على اليمين لا يرى إلا أنه كما حلف .

٣٢٢١٤ - وذكر الشعبي وأبو صالح وعكرمة وأبي قِلابة والزهري والحسن وإبراهيم والسدي وسعيد بن جبير مثل قولنا [(٢)] .

ولأن اليمين لا يلحقها الفسخ ، فيستوي القصد وعدمه في انعقادها كاليمين . وإذا أبطلها لم يبطل .

ولا يقال : إن الحنث يحلها .

لأن الحنث أحد موجبها ، فلا يكون فسخًا كوقوع الطلاق .

ولأنها أحد نوعي اليمين ، فيستوي فيه الجد والهزل ، كاليمين بالطلاق .

٣٢٢١٥ - احتجوا : بأن اللّٰه تعالى قال : ﴿ لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ [(٣)] . قالوا : فدل على أن اللغو ما يقصده بقلبه .

٣٢٢١٦ - قلنا : قابل اللغو باليمين المنعقد وبما كسب القلب ، فالمنعقد ما كان على المستقبل ، وما كسبه بقلبه هو الذي اعتمد الكذب فيه . وكذلك نقول : إن اللغو يقابلها الغموس والمنعقدة .

٣٢٢١٧ - احتجوا : بحديث عائشة : « إن اللغو قوله : لا واللّٰه ، وبلى واللّٰه ، يصل به كلامه ولا يعقد عليه قلبه » [(٤)] .

٣٢٢١٨ - قلنا : هذا يكون في الماضي ، يقال له : هل دخلت الدار ، فيقول : لا واللّٰه . وهو يجيب بـ « لا » ولا يقصد بقوله : واللّٰه . الحلف على النفي ، وإنما يتوهم المخاطب . وهذا لغو عندنا لا كفارة فيه ؛ لأنه أَمْرٌ بينه وبين اللّٰه تعالى .

٣٢٢١٩ - قالوا : اللغو ما جرى على لسان الإنسان ولم يقصده .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥٠/١٠ برقم ١٩٧٢٨ .

(٢) انظر : السنن الكبرى للبيهقي ٤٨/١٠ - ٥٠ ، ومصنف عبد الرزاق ٤٧٥/٨ برقم ١٥٩٥٦ .

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٢٥ ، سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٤٧٤/٨ برقم ١٥٩٥٢ .

٣٢٢٢٠ - وقلنا : لا نسلم ذلك ؛ لأن من جرى على لسانه الطلاق والعتاق وهو لا يقصد به ، وقع وإن لم يكن لغوًا ، وإنما اللغو مشترك يعبر به عن الكلام الفاحش ، قال اللَّه تعالى : ﴿ لَّا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا ﴾ (١) . ومثله : ﴿ لَّا تَسْمَعُ فِيهَا لَٰغِيَةً ﴾ (٢) . واللغو : الكفر ، قال اللَّه تعالى : ﴿ وَإِذَا سَمِعُوا۟ ٱللَّغْوَ أَعْرَضُوا۟ عَنْهُ ﴾ (٣) . واللغو : الباطل ، قال اللَّه تعالى : ﴿ وَإِذَا مَرُّوا۟ بِٱللَّغْوِ مَرُّوا۟ كِرَامًا ﴾ (٤) . أي : أكرموا أنفسهم عنه ، واللغو : الضجيج ، قال اللَّه تعالى : ﴿ لَا تَسْمَعُوا۟ لِهَٰذَا ٱلْقُرْءَانِ وَٱلْغَوْا۟ فِيهِ ﴾ (٥) . واللغو : ما لا فائدة فيه . والوجوه كلها غير مرادة ، فبقي أن يكون المراد : ما لا فائدة فيه ، وذلك على الماضي الذي لا يتضمن إيجابًا ولا تحريمًا . ولا يلزم يمين الغموس ؛ لأنها تتضمن المأثم والعذاب في الآخرة ، فلا تكون لغوًا .

٣٢٢٢١ - قالوا : يمين غير مقصود كالحلف على الماضي .

٣٢٢٢٢ - قلنا : ذلك لا يتضمن إيجابًا ولا تحريمًا ، وليس كذلك اليمين على المستقبل ؛ لأنه يتضمن الإيجاب ، فلم يكن لغوًا ، واللَّه أعلم .

* * *

---

(١) سورة مريم : الآية ٦٢ ، سورة الواقعة : الآية ٢٥ ، سورة النبأ : الآية ٣٥ .

(٢) سورة الغاشية : الآية ١١ .

(٣) سورة القصص : الآية ٥٥ .

(٤) سورة الفرقان : الآية ٧٢ .

(٥) سورة فصلت : الآية ٢٦ .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب النذور

مسألة ١٦١٠

نذر نحر ولده

٣٢٢٢٣ - قال أبو حنيفة ومحمد [رحمهما الله] : إذا نذر نحر ولده ، فعليه شاة (١) .

وقال أبو يوسف رحمه الله : لا يلزمه شيء . وبه قال الشافعي رحمه الله (٢) .

٣٢٢٢٤ - لنا : أن إبراهيم عليه السلام نذر نحر ولده ونسي (٣) ، فرأى في المنام أن يفي بالنذر ، ثم فداه الله تعالى بكبش ، وخرج بذلك من موجب النذر ، وقد قال تعالى : ﴿ ثُمَّ أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ أَنِ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَٰهِيمَ ﴾ (٤) . وقال : ﴿ أُولَٰٓئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهُدَىٰهُمُ اقْتَدِهْ ﴾ (٥) . وإن شئت قلت : إن إبراهيم عليه السلام أُري في المنام أن يذبح ابنه ، ومنام الأنبياء وحي ، وكذلك قال له ابنه : ﴿ افْعَلْ مَا تُؤْمَرُ ﴾ . فخرج من موجب الأمر بذبح شاة ، وما خرج به من موجب الأمر ، خرج به من موجب النذر ، ألا ترى إذا أُمر بالحج خرج به بحجة ، ولو نذر الحج يخرج منه بذلك . ويدل عليه ما روي أن ابن عباس قال : مائة من الإبل (٦) .

وقال مسروق : شاة . وتلا الآية ، فرجع ابن عباس إلى قول مسروق (٧) . وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال : يذبح مائة بدنة (٨) .

٣٢٢٢٥ - فإن قيل : في المسألة خلاف ؛ لأنه روي أن امرأة نذرت نحر ابنها ، فسألت ابن عمر فقال : لا أعلم في النذر إلا الوفاء . فقالت : فأذبح ولدي ، قال : قتل الولد حرام (٩) . فإن قالوا : روي أن مَرْوَان بلغه قول ابن عباس ومسروق ، فقال : أخطأ

---

(١) انظر : الجوهرة النيرة ١٩٧/٢ وعبارته : وإن نذر ذبح ولده ، لزمه شاة استحسانًا عندهما . وقال أبو يوسف : لا يلزمه شيء .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٢٥٦/٦ وعبارته : ولو قال : لله عليَّ ذبح ولدي ، فإن لم يجز فشاة مكانه ، ولم يصح نذره ؛ لأن ذلك ليس بقربة . وانظر أيضًا : الأم ٢٨٠/٢ .

(٣) غير واضحة في جميع النسخ . (٤) سورة النحل : الآية ١٢٣ .

(٥) سورة الأنعام : الآية ٩٠ .

(٦) أخرجه ابن حزم في المحلى ٢٦٤/٦ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٧٣/١٠ برقم ١٩٨٧١ .

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧٣/١٠ برقم ١٩٨٧١ .

(٨) أخرجه ابن حزم في المحلى ٢٦٣/٦ ، وابن أبي شيبة في مصنفه ١٠٥/٣ برقم ١٢٥١٧ .

(٩) أخرجه ابن حزم في المحلى ٢٦٥/٦ .

الفتيا ، قال النبي ﷺ : « **لا نذر في معصية** » (١) .

٣٢٢٢٦ - قلنا : قول مَرْوَان لا يعارض قول الصحابة ، ولا يعتد به عليهم .

٣٢٢٢٧ - فإن قيل : ليس معنا (٢) انتشر (٣) هذا القول .

٣٢٢٢٨ - قلنا : إذا سئل عنها ابن عباس ثم سئل مسروق ، ورجع ابن عباس إلى قول مسروق ، وعرض قول ابن عباس على قول ابن عمر ، وبلغ ذلك مروان ، فهذا انتشار . فأما ابن عمر فلم يبطل النذر ، لكنه وقف فيما يلزم به ، فأما الاختلاف في مقدار الواجب : فلا يضرنا ، لأنهم اتفقوا على وجوب شيء ، واختلفوا في قدره . وقول مخالفنا مخالف قول جميعهم ، وإنما رجحنا الشاة على النذر .

ولأن من أوجب الشاة ، أوجبها لقصة إبراهيم . ومن أوجب النذر ، اتبع قصة عبد المطلب لما نذر ذبح أحد أولاده ، وتعين ذلك في عبد اللَّه ، فأوقع القرعة عليه وعلى النذر ، فخرجت القرعة عليه ، حتى بلغ مائة بدنة ، فخرَّج القرعة عليها . والرجوع إلى سنة إبراهيم ﷺ أولى من الرجوع إلى سنة عبد المطلب .

٣٢٢٢٩ - ولأن من أوجب النذر ، فقد أوجب الشاة ؛ لأن الشاة التي تقوم مقامها جزء من النذر ، فكان إيجاب المتيقن أولى .

٣٢٢٣٠ - فأما الذي روي عن ابن عباس أنه أوجب في ذلك كفارة يمين (٤) ؛ فمحمول على أن من أراد النذر واليمين ، فتجب الكفارة بكونه موجب النذر عندنا .

وطريقة أخرى : وهي أن القياس يقتضي ألا يجب بهذا النذر شيء ، والصحابي إذا قال ما يخالف القياس ، حمل على التوقيف ، فكأنه رواه عن النبي ﷺ . فإن روي عن غيره ما يوافق القياس لم يعارض قوله ؛ لأنه يجوز أن يكون قاله قياسًا .

٣٢٢٣١ - ولأن ما يوجب الإنسان على نفسه تارة يكون طاعة ، وتارة يكون معصية ، فإذا انعقد به في أحد القسمين ولزم به معنًى ، جاز أن يكون في الآخر مثله .

٣٢٢٣٢ - ولأن الحيوان مباح الأكل ومحرم الأكل ، فإذا جاز أن يلزمه بنذر ذبح المباح معنًى ، جاز أن يلزم بنذر ذبح المحرم معنًى .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ٢٣٢/٣ برقم ٣٢٩٠ .

(٢) توجد بعد ذلك إحالة على هامش (ص) ، لكنه لم يوجد شيء .

(٣) في (م) : [أنيس] .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧٢/١٠ برقم ١٩٨٦٦ .

٣٢٢٣٣ - احتجوا بقوله ﷺ : « **لا نذر في معصية الله ، ولا فيما يملكه ابن آدم** » (١) .
قالوا : وروت عائشة أنه ﷺ قال : « **من نذر أن يعصي الله ، فلا يعصه** » (٢) .

٣٢٢٣٤ - قلنا : هذا النذر قد جعل في عرف الشرائع . وفي عادة الجاهلية عبارة عن إيجاب قربة وهي الفدية ، فكان ذلك هو الموجب به دون المنطوق به ، وذلك ليس بمعصية ، ولا ما يملك وهذا كالشيخ الهرم الذي يستضر بالصوم صومه معصية ، [ولو نذر ذلك ، انعقد نذره وخرج منه بالإطعام

٣٢٢٣٥ - قالوا : نذر لا يجوز الوفاء] (٣) به ، فوجب ألا ينعقد ، ولا يجب به ذبح شاة ، أصله : إذا نذر ذبح والده وقتل ولده .

٣٢٢٣٦ - قالوا : حرمة الوالد أعظم من حرمة الولد ، فإذا لم تجب الشاة بنذر ذبح الوالد ، فالولد أولى .

٣٢٢٣٧ - قلنا إذا كان موجب هذا النذر ذبح الشاة ، اعتبر الشاة وهو مما يجوز الوفاء به ، ولم يعتبر اللفظ ، ألا ترى أن الشيخ الهرم لا يجوز له الوفاء بالصوم ، ويجب بنذره موجبه من الإطعام ، وقد سقط منطوق النذر ، ويجب ما جعلت العادة النطق موجبًا له ، كمن قال : ثوبي في رتاج الكعبة . لزمه الصدقة به ؛ لأن اللفظ في العرف يعبر به عن ذلك . ولو قال : في رتاج المسجد لم يجب عليه شيء ، لما لم يتعارف الإيجاب بهذا اللفظ .

* * *

(١) أخرجه النسائي في سننه ١٩/٧ برقم ٣٨١٢ ، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠٩/٩ برقم ١٨٠٢٤ .
(٢) أخرجه أبو داود في سننه ٢٣٢/٣ برقم ٣٢٨٩ .
(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

مسألة ١٦١١

نذر أن ماله في المساكين

٣٢٢٣٨ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا قال : مالي في المساكين صدقة ؛ اختص نذره بالأجناس التي تجب فيها الزكاة (١) .

٣٢٢٣٩ - وقال زفر : يتصدق بجميع أمواله . وبه قال الشافعي رحمه الله (٢) .

٣٢٢٤٠ - لنا : أنه يختلف في وجوب الوفاء مطلق هذا النذر ؛ لأن عندنا يتصدق ببعض الأجناس ، وعند مالك بثلث المال . والنذر إذا اختلف في وجوب الوفاء بمطلق لفظه ، جاز أن يخرج منه بغير مقتضى اللفظ ، أصله إذا قال : لله عليَّ المشي إلى مكة .

ولأن الحقوق المتعلقة بالمال في حال الحياة على وجه القربة تختص بمال دون مال ، دليله الزكاة .

ولأن ما يوجبه الإنسان على نفسه ، يعتبر بما يوجبه اللّه تعالى عليه ؛ لأن أصل الإيجاب إيجاب اللّه تعالى ، وإنما يجب علينا بإيجابنا ما جعل لنا إيجابه ، ولهذا لا يصح إيجاب المباحات والمعاصي . فإذا كان اللّه تعالى أوجب حقًّا في الأموال بقوله : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً ﴾ (٣) . ثم اختص ذلك ببعض أجناس الأموال ، كذلك ما يوجبه الإنسان على نفسه في حال حياته يجب أن يختص بما اختصت به الزكاة .

٣٢٢٤١ - ولأن الصدقة بجميع المال منهي عنها ، بدلالة ما روي أن كعب بن مالك لما نزلت توبته ، قال : يا رسول اللّه ، إني أخلع من مالي صدقة إلى اللّه . فقال له رسول اللّه : « أمسك عليك بعض مالك ، فهو خير لك » (٤) .

---

(١) انظر : الهداية مع فتح القدير ٣٥٢/٧ وعبارته : ومن قال : مالي في المساكين صدقة . فهو على ما فيه الزكاة ، وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء . والقياس أن يلزمه التصدق بالكل ، وبه قال زفر رحمه الله .

(٢) انظر : المجموع ٤٤٨/٨ وعبارته : ولو قال ابتداء : مالي صدقة أو في سبيل اللّه . ففيه أوجه : أحدها - وهو الأصح عند الغزالي وبه قطع القاضي حسين - : أنه لغو ؛ لأنه لم يأت بصيغة الالتزام . والثاني : يلزمه التصدق به كما لو قال : عليَّ أن أتصدق بمالي . والثالث : يصير ماله بهذا اللفظ صدقة كما لو قال : جعلت هذه الشاة أضحية .

(٣) سورة التوبة : الآية ١٠٣ .

(٤) أخرجه ابن حزم في المحلى ١١٠/٦ ، وأخرجه البخاري في صحيحه ٥١٨/٢ برقم ١٣٥٩ .

٣٢٢٤٢ - والنذر إذا تضمن ما يُكره ، جاز أن يخرج منه بغير مقتضى اللفظ ، أصله : الشيخ الهرم إذا نذر صومًا ، وأصله من قال : لله عليَّ المشي إلى مكة .

٣٢٢٤٣ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَمِنْهُم مَّنْ عَـٰهَدَ ٱللَّهَ لَئِنْ ءَاتَىٰنَا مِن فَضْلِهِۦ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ ٱلصَّـٰلِحِينَ ﴾ [١] إلى قوله : ﴿ فَلَمَّآ ءَاتَىٰهُم مِّن فَضْلِهِۦ بَخِلُوا۟ بِهِۦ ﴾ [٢] .

٣٢٢٤٤ - قلنا : هذا في الصدقة المطلقة ، والوفاء باللفظ هناك واجب ، والخلاف في الصدقة المعلقة بالمال .

ولأنه تعالى ذمهم على الامتناع من الصدقة ، وعندنا يتصدق ولا يجوز له الامتناع من جميع مقتضى اللفظ .

٣٢٢٤٥ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا۟ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَـٰهَدتُّمْ ﴾ [٣] .

٣٢٢٤٦ - قلنا : قد وفى بالعهد ؛ لأن مقتضى هذا اللفظ الخصوص عندنا ، والوفاء به واجب .

فأما قوله تعالى : ﴿ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾ [٤] . فعندنا قوله قد اقتضى الخصوص ، وقد فعله .

وقوله : ﴿ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾ [٥] . معناه : أوفوا بأحكامها . وحكم هذا اللفظ عندنا الخصوص .

وقوله ﷺ : « **من نذر نذرًا يطيقه ، فليف به** » [٦] .

وقوله : « **من نذر نذرًا** » . سماه فعليه الوفاء به ، فعندنا أن التسمية لم تتناول إلا جنس مال الزكاة ؛ لأن الخلاف فيمن أطلق اللفظ بغير نية . وقوله وفاء بذلك .

٣٢٢٤٧ - قالوا : اسم المال يقع على كل متمول مما تجب فيه الزكاة وما لا تجب ، وإذا سمى الجميع مالًا وجب إخراجه بمقتضى النذر ، كالمال الذي تجب فيه الزكاة .

٣٢٢٤٨ - قلنا : وقوع الاسم على جميع الأموال مسلم ، فإن كان المتكلم أراد العموم ، لزم ما قالوا [لزمه ما قالوا عموم لفظ به] [٧] ، فلا معنى للرجوع إلى العموم .

---

(١) سورة التوبة : الآية ٧٥ .
(٢) سورة التوبة : الآية ٧٦ .
(٣) سورة النحل : الآية ٩١ .
(٤) سورة الصف : الآية ٢ .
(٥) سورة المائدة : الآية ١ .
(٦) أخرجه أبو داود ٢٤١/٣ برقم ٣٣٢٢ .
(٧) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

٣٢٢٤٩ – قالوا : جعل ماله صدقة على الإطلاق ، فصار كما لو أوصى بماله .

٣٢٢٥٠ – قلنا : نقلب فنقول : جعل ماله صدقة على الإطلاق ، فجاز أن يتخصص عموم إيجابه بالشرع ، أصله : إذا أوصى بجميع ماله .

٣٢٢٥١ – ولأن الوصايا تمليك بتعلق الموت ، فهو معتبر بالميراث ، وهذا تمليك على طريق القربة خصصه بالمال في حال حياته ، فهو معتبر بالزكاة .

٣٢٢٥٢ – قالوا : لو قال : لله عليَّ أن أتصدق بملكي . لم يتخصص إيجابه ، كذلك إذا قال : بما لي ؛ لأن ملكه وماله سواء .

٣٢٢٥٣ – قلنا : الملك والمال كل واحد منهما يوجد [...] (١) شرعي ، ولم يوجد ذلك التخصيص في المال فاختلفا .

٣٢٢٥٤ – قالوا : لو وجب اعتبار النذر بالزكاة ، لم يتعلق بجنس ما تجب فيه الزكاة ، بل كان تجب فيه الزكاة ، وكان يجب أن يختص بقدر الزكاة ، فيجب في مائتي درهمٍ خمسةُ دراهمَ وفي خمس من الإبل شاةٌ .

٣٢٢٥٥ – قلنا : الزكاة أمر اللّٰه تعالى بأخذ بعض المال ، فقال : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً ﴾ (٢) . فاختص الوجوب بالمال ، وهاهنا قال : أتصدق بالمال . فتخصيص جنس الموجب كما تخصص هناك جنس الموجب فيه .

٣٢٢٥٦ – قالوا : يلزمه أن يتصدق بماله ، وإن نقص عن نصاب الزكاة .

٣٢٢٥٧ – قلنا : قال أبو يوسف : قياس قول أبي حنيفة أن نذره يختص بمقدار النصاب ، ولم أسمع ذلك منه .

* * *

---

(١) توجد هنا إحالة على هامش (ص) بمقدر كلمة ، لكنها مطموسة .

(٢) سورة التوبة : الآية ١٠٣ .

مسألة ١٦١٢

نذر المشي إلى الكعبة

٣٢٢٥٨ - قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ : إذا قال : لله عليَّ المشي إلى الكعبة أو إلى بيت اللّه أو مكة ؛ لزمه الإحرام استحسانًا ، وإن قال : إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام أو الصفا والمروة . لم يلزمه شيء [1] .

وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : يلزمه الإحرام في جميع ذلك [2] .

٣٢٢٥٩ - لنا : أن لفظه لم يتناول [الإحرام ، ولا جرت العادة بإيجاب الإحرام به ، فصار كما لو قال : إلى دار أبي جهل وإلى عرفات . ولأن] [3] الشرع لم يرد بإيجاب الإحرام لهذا اللفظ ولا جرت عادة بإقامته مقام إيجاب الإحرام ، فصار كما ذكرنا . ولا يلزم بيت اللّه ؛ لأن الشرع ورد بإيجاب الإحرام بهذا اللفظ ، بدلالة ما روي أن أخت عقبة ابن عامر نذرت أن تمشي إلى بيت اللّه الحرام ، فأمرها النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ أن تُهِلَّ بحجة أو عمرة [4] . والكعبة بيت اللّه ومكة جرت العادة بذكر قصدها ، ويراد به الإحرام ، وهو أن المعتاد لا يوجد واحد منها في بقية الألفاظ .

٣٢٢٦٠ - وأما قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾ [5] . وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ : « **من نذر نذرًا سماه ، فعليه الوفاء به** » [6] . فلا دلالة فيه ؛ لأن الذي سماه المشي فالخلاف في وجوب ما لم يسمه ، وهو الإحرام ، واللفظ لا يعطي إيجاب ذلك .

٣٢٢٦١ - فإن قالوا : الظاهر يقتضي وجوب المشي ، والإحرام يوجبه بدليل ؛ لم يصح ؛ لأنا أجمعنا أن المشي لا يراد لنفسه ، وإنما يراد الإحرام ، فإيجابه بنفسه مجمع على خلافه .

---

(١) انظر : فتح القدير ١٧٣/٣ وعبارته : ولو قال : علي المشي إلى بيت اللّه . ولم يذكر حجة ولا عمرة فحنث ؛ فعليه أحد النسكين حجة أو عمرة استحسانًا . وفي القياس لا شيء عليه .

(٢) انظر : المجموع ٤٧٢/٨ وعبارته : ولو نذر المشي إلى المسجد الحرام ، لزمه ذلك ، كما لو قال : إلى بيت اللّه الحرام ، هذا مذهبنا . وانظر أيضًا : الأم ٧٤/٧ .

(٣) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه ٢٣٤/٣ برقم ٣٢٩٦ .

(٥) سورة المائدة : الآية ١ .

(٦) سبق تخريجه .

٣٢٢٦٢ - قالوا : نذر المشي إلى بقعة لا يتوصل إليها إلا بالإحرام ، فأشبه ما إذا قال : لله عليَّ المشي إلى بيت اللَّه .

٣٢٢٦٣ - قلنا : عندكم قد يتوصل إليها بغير إحرام إذا دخلها وهو لا يريد النسك على أظهر القولين ، وعلى قولنا من خرج يقصد البستان ثم دخل مكة ، دخلها بغير إحرام ، وكذلك أهل المواقيت ومن وراءها ، فالوصف غير مسلم . والمعنى في بيت اللَّه : أن الشرع ورد بإيجاب الإحرام بنذر المشي إليه ، وفي مسألتنا لم يرد الشرع بإيجاب الإحرام بنذر المشي إليه ، ولا جرت العادة باستعماله في إيجاب الإحرام ، فصار كالمشي إلى عرفات وإلى مدينة الرسول عليه السلام .

* * *

مسألة ١٦١٣

نذر الذهاب إلى مكة أو الخروج إليها

٣٢٢٦٤ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا قال : لله عليَّ الذهاب إلى مكة أوالخروج إلى مكة ، لم يلزمه إحرام (١) .

وقال الشافعي رحمه الله : يلزمه (٢) .

٣٢٢٦٥ - لنا : أن القياس يقتضي ألا يجب عليه بهذه الألفاظ شيء ؛ لأن المشي والخروج والذهاب ليس بقربة منفردة ، وإنما القربة هي الإحرام والصلاة بمكة ، ولم يذكر ذلك في إيجابه . وإنما تركنا القياس في المشي لحديث أخت عقبة بن عامر ، فما سوى ذلك على أصل القياس ؛ لأن إيجاب الذهاب لفظ لا يتضمن قربة زائدة على الإحرام ، بدلالة أنه إذا ترك المشي ، وجب عليه الهدي .

احتجوا : بأن المشي والذهاب يتضمن كل واحد منهما ما يتضمن الآخر .

والفرق بينهما ما قدمنا .

* * *

(١) المبسوط ١٣٩/٤ وعبارته : وفي ثلاث لا يلزمه شيء بالاتفاق : وهو إذا نذر الذهاب إلى مكة ، أو السفر إلى مكة ، أو الركوب .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٢٤٤/٦ وعبارته : إذا نذر المشي إلى بيت الله وقصد البيت الحرام وهذه الكعبة أو صرح بلفظ الإحرام في هذه المسألة والتي بعدها في الروضة أو لم ينذر المشي لبيت الله بل نذر إتيانه فقط ، فالمذهب وجوب إتيانه بحج أو عمرة .

مسألة ١٦١٤

نذر الصلاة في مكان فصلاها في غيره

٣٢٢٦٦ - قال أبو حنيفة ومحمد [رحمهما اللَّه] : إذا أوجب صلاة في مكان فصلاها في غيره ؛ أجزأه [١] .

٣٢٢٦٧ - وروى الحسن عن أبي يوسف أنه إن صلاها في أفضل منه ، مثل أن يوجب صلاة في مسجد النبي ﷺ فصلى في المسجد الحرام ؛ أجزأه ، وإن كان دونه لم يجزئ ، مثل أن يوجب في المسجد الحرام فيصلي في مسجد النبي ﷺ . وبه قال الشافعي رحمه الله .

٣٢٢٦٨ - وقال زفر : لا يجزئه في غير المكان الذي أوجب ، وإن كان أفضل مما نذر [٢] .

٣٢٢٦٩ - لنا : ما روى عطاء عن جابر أن رجلًا قال يوم فتح مكة : يا رسول اللَّه ، إني نذرت إن فتح اللَّه عليك مكة أن أصلي في بيت المقدس . فقال له : « صلِّ هاهنا » . فأعادها على النبي ﷺ مرتين أو ثلاثًا ، فقال ﷺ : « شأنك إذن » [٣] . فدل على أن الصلاة لا تختص بمكان ، وإن خصه .

٣٢٢٧٠ - فإن قيل : الصلاة في المسجد الحرام أفضل ، فلذلك أمره بها .

٣٢٢٧١ - قلنا : قوله : « صلِّ هاهنا » . إنما أراد به مكة ، ولم يخصه بالمسجد ، والصلاة بمكة ليست أفضل من الصلاة في بيت المقدس .

ولأن كل صلاة جاز أداؤها في المسجد ، جاز في غيره كالمكتوبة .

ولأن كل مكان يجوز أن تؤدي فيه المكتوبة ، يجوز أداء النذر فيه بكل حال ، أصله : المكان الذي عينه بنذره .

---

(١) المبسوط ١٣٣/٣ وعبارته : ولو قال : لله علي أن أصلي ركعتين بمكة . فصلاهما هنا ، أجزأه عندنا ، خلافًا لزفر . والأصل عنده أنه لا يخرج عن موجب نذره إلا بالأداء في المكان الذي عينه أو في مكان هو أعلى من المكان الذي عينه .

(٢) انظر : المجموع ٤٧١/٨ وعبارته : وإن عين مسجد المدينة أو الأقصى للصلاة ، وقلنا بالتعين ، فصلى في المسجد الحرام ، خرج من نذره .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ٢٣٦/٣ برقم ٣٣٠٥ ، وأحمد في مسنده ٣٦٣/٣ .

ولأنها عبادة بدنية ، فإن خصصها بمكان لم تتخصص به ، أصله : الصوم .

ولأن الصلاة لا بد لها من مكان وزمان ، ولو خصصها بزمان لم تتخصص به ، بدلالة أن من نذر أن يصلي في رمضان ففاته ، لم يلزمه الانتظار إلى قابل ، وجاز أن يصلي في شوال .

ولأن الإيجاب بالنذر يصح فيما له أصل في الشرع ، بدلالة أنه لو نذر المشي إلى السوق لم يلزمه ؛ لأنه لا أصل له في الوجوب بالشرع ، ولذا لا يصح أن توجبه عندنا عيادة المريض . ومعلوم أن الشرع لم يخصص الصلوات بأماكن ، فلا يجوز أن تخصص بإيجابه .

٣٢٢٧٢ - فإن قيل : العمرة تجب عندكم بالنذر وليس لها أصل .

٣٢٢٧٣ - قلنا : لها أصل عندنا وهي العمرة التي تجب على المحصر .

٣٢٢٧٤ - قالوا : فالاعتكاف ليس له أصل .

٣٢٢٧٥ - قلنا : المقصود بإيجابه الصوم ، واللُّبث مع الصوم أصل في الإيجاب .

٣٢٢٧٦ - قالوا : الجمعة عندكم تختص بالأمصار .

٣٢٢٧٧ - قلنا : ليس هاهنا تخصيص بالمكان لكن بصفة فيه ، بدلالة أن البَرِّيَّة لو صارت مصرًا ، جازت الجمعة فيها ، ولو خرب البلد ، لم تجز الجمعة فيه .

٣٢٢٧٨ - قالوا : الجمع بين صلاتي عرفة يختص بمكان .

٣٢٢٧٩ - قلنا : ليس كذلك ، بل يجوز للمحرم إذا كان له إمام ويصليها إذا اجتمع الشرطان حيث شاء .

٣٢٢٨٠ - قالوا : صلاة المغرب ليلة المزدلفة تختص بالمزدلفة عند أبي حنيفة ، حتى لو صلاها في الطريق لم يجز .

٣٢٢٨١ - قلنا : ليس كذلك ؛ لأن من يخاف طلوع الفجر فصلاها في الطريق أجزأه ، وإن صلاها قبل ذلك ولم يصر إلى المزدلفة حتى طلع الفجر أجزأه ، فإذن لا تختص بمكان .

٣٢٢٨٢ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ ﴾ [(١)] ، وقوله : ﴿ يُوفُونَ بِٱلنَّذْرِ ﴾ [(٢)] ، وقوله ﷺ : « من نذر نذرًا سماه ، فعليه الوفاء به » [(٣)] ، وقوله : « من

---

(١) سورة النحل : الآية ٩١ .
(٢) سورة الإنسان : الآية ٧ .
(٣) سبق تخريجه .

نذر أن يطيع [١] الله ، فليطعه » [٢] .

٣٢٢٨٣ - قلنا : العهد والطاعة تتناول الصلاة ، وقد فعلها ، والمكان لا يتناول الإيجاب كما لا يتناول الزمان .

٣٢٢٨٤ - احتجوا : بما روي أنه ﷺ قال : « **صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام ، وصلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة في مسجدي** » [٣] .

٣٢٢٨٥ - قالوا : ومن أوجب مائة ألف صلاة ، لم تسقط عنه بصلاة واحدة .

٣٢٢٨٦ - قلنا : المراد بهذا تفضيل الفرائض دون النوافل ، بدلالة ما روى زيد بن ثابت : أن النبي ﷺ احتجر حجرة في المسجد من حصير فصلى فيها ليالي حتى اجتمع إليه ناس ، ثم فقدوا صوته فظنوا أنه قد نام ، فجعل بعضهم يتنحنح ليخرج إليهم فقال : « **ما زال فيكم الذي ما رأيت من صنيعكم ، حتى خشيت أن يكتب عليكم قيام الليل ، ولو كتب عليكم ما قمتم به ، فصلوا أيها الناس في بيوتكم ، فإن أفضل صلاة المرء ما كان في بيته إلا المكتوبة** » [٤] . وإذا كان هذا التفضيل في المكتوبة خاصة ، لم يتناول النذر كما لا يتناول الفعل .

٣٢٢٨٧ - قالوا : ما رغب فيه وندب إلى فعله ، تعين بالنذر كالصلاة والصوم .

٣٢٢٨٨ - قلنا : يبطل بالحَطِيم وما بين الركن والمقام وما بين القبر والمنبر ، هذه المواضع يرغب في الصلاة فيها ولا تتعين بالنذر . والمعنى في الصلاة والصوم : أن لها أصلًا في الواجبات ، وليس كذلك الصلاة في مكان معين ؛ لأنه لا أصل لها في الواجبات ، فلم تجب بالنذر .

٣٢٢٨٩ - فإن قيل : إذا نذر ثماني ركعات بتسليمة ، فلا أصل له في الوجوب .

٣٢٢٩٠ - قلنا : لا يتعين عندنا . قال أبو يوسف : إن أداها بتسليمتين جاز .

٣٢٢٩١ - قالوا : فإذا نذر المرابطة .

٣٢٢٩٢ - قلنا : لا يجب إلا أن ينوي أن يقيم في الثغر لها ، بل إذا حضر القاتل أو

(١) في (ص) : [يطع] والصواب ما أثبتناه .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٤٦٣/٦ برقم ٦٣١٨ .

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه ٤٩٩/٤ برقم ١٦٢٠ ، والإمام أحمد في مسنده ٥/٤ .

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣٥٠/١ برقم ١٩٠٢ ، والطبراني في المعجم الكبير ١٤٤/٥ برقم ٤٨٩٦ .

يحرس من المسلمين .

٣٢٢٩٣ - قالوا : إذا نذر المشي إلى مكة ، وجب بالنذر ، وليس له أصل في الوجوب .

٣٢٢٩٤ - قلنا : المشي على من كان بمكة ليؤدي الحج وعلى من أدركه النفير ليقاتل العدو ، ولذلك يجوز أن يجب بالنذر في الحج .

ولأن الطواف والسعي بين الصفا والمروة مشي ، وله بذلك أصل في الوجوب .

* * *

مسألة ١٦١٥

نذر المشي إلى بيت اللّه

٣٢٢٩٥ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا قال : لله عليَّ المشي إلى بيت اللّه ؛ لزمه إحرام [١] .

وقال الشافعي رحمه الله : إن قال : لبيت اللّه الحرام . لزمه ، وكذلك إن قال : بيت اللّه . ونوى . وإن أطلق ، ففيه وجهان [٢] .

٣٢٢٩٦ - لنا : ما روي أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى بيت اللّه حافية حاسرة ، فأمرها النبي ﷺ أن تحرم [٣] . ولم يسأل عن نيتها .

ولأن بيت اللّه يفهم من إطلاقه الكعبة دون غيرها ، فوجب أن يحمل على الإطلاق .

٣٢٢٩٧ - احتجوا : بأن المساجد كلها بيوت اللّه تعالى ، فلا يتخصص بيت منها إلا بيته .

٣٢٢٩٨ - قلنا : كلها بيوت اللّه تعالى ، لكن الإطلاق يتناول ما ذكرناه دون غيره .

* * *

(١) المبسوط ١٣١/٤ وعبارته : وإذا حلف بالمشي إلى بيت اللّه تعالى ، فحنث ، فعليه حجة أو عمرة استحسانًا .

(٢) انظر : المجموع ٤٧٠/٨ ، ٤٧١ وعبارته : سبق أن المذهب في نذر المشي إلى بيت اللّه الحرام ، أنه يجب قصده بحج أو عمرة .

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٢٩/٣ برقم ٤٤٤١ ، والطبراني في المعجم الكبير ٣٢٤/١٧ برقم ٨٩٦ .

مسألة ١٦١٦

نذر المشي إلى مسجد النبي أو بيت المقدس

٣٢٢٩٩ – قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا نذر المشي إلى مسجد النبي عليه السلام أو إلى بيت المقدس ، لم ينعقد نذره (١) . وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله .

وقال في قول آخر : يجب عليه المشي إليه ، ويصلى فيه ركعتين (٢) .

٣٢٣٠٠ – لنا : أنه نذر المشي إلى مسجد ، فلا يلزمه بنذره صلاة ، أصله : إذا نذر المشي إلى المسجد الحرام .

ولأنها بقعة لا يجب قصدها بالشرع ، فلم يلزمه بإيجاب المشي إليها ، أصله : مسجد قُبَاءَ ، ومسجد الجامع .

٣٢٣٠١ – احتجوا : بأنه نذر المشي إلى مسجد ورد الشرع بشد الرحال إليه ، فوجب أن ينعقد نذره ، أصله : إذا نذر المشي إلى بيت الله الحرام .

٣٢٣٠٢ – قلنا : ولا يجب بنذر المشي إليه صلاة .

ولأن بيت الله الحرام يجب قصده بأصل الشرع ، وهذا بخلافه .

* * *

(١) انظر : المبسوط ١٣٣/٤ وعبارته : فإذا نذر المشي إلى بيت الله تعالى ونوى مسجد المدينة أو مسجد بيت المقدس أو مسجدًا آخر ، فلا شيء عليه .

(٢) انظر : المجموع ٤٦٨/٨ وعبارته : أما إذا نذر أن يأتي مسجد رسول الله ﷺ أو المسجد الأقصى ففي لزوم إتيانهن قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما . قال في البويطي : يلزم . وقال في الإملاء : لا يلزم ، ويلغو النذر . وهذا هو الأصح عند أصحابنا العراقيين وغيرهم .

مسألة ١٦١٧

نذر أن يصلي

٣٢٣٠٣ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا نذر أن يصلي ، لزمه ركعتان [١] .
وهو قول الشافعي رحمه الله . رواه المزني .

وقال الربيع عنه : يجزئه ركعة واحدة [٢] .

٣٢٣٠٤ - لنا : أن الركعة الوحدة لا تجزئ في الواجبات ، فلا يخرج من مطلق النذر به كالتسبيحة والسجدة .

ولأن من أصلنا أن الركعة الواحدة لا تكون صلاة شرعية ، فلا يحمل النذر عليها .

وهم بنوا على أصلهم أن الوتر يجوز بركعة واحدة والنفل بركعة واحدة ، فلذلك خرج من النذر بها .

* * *

(١) انظر : تبيين الحقائق ٢٠٢/١ وعبارته : فإن نذر أن يصلي مطلقًا غير مقيد بالزمان ، فيجب المنذور بصفة الكمال فلا يتأدى بصفة النقصان .

(٢) انظر : المجموع ٤٥٥/٨ وعبارته : فإن نذر صلاة مطلقة ، ففيها يلزمه قولان مشهوران : أصحهما ركعتان ، والثاني ركعة .

مسألة ١٦١٨

نذر هديا

٣٢٣٠٥ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا نذر هديًا ، اختص الحيوان ، وأدناه شاة [١] . وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله .

وقال في القول الآخر : يلزمه ما يقع عليه الاسم من تمرة أو بيضة [٢] .

٣٢٣٠٦ - لنا : ما [٣] روي أن النبي عليه السلام سئل عن الهدي فقال : « أدناه شاة » [٤] . ولأن القدر على ما استقر في الشرع وما أوجبه اللّه تعالى من الهدي فلا يجزئ فيه غير الحيوان ، كذلك هذا .

٣٢٣٠٧ - احتجوا : بقوله : ﴿ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ ﴾ [٥] .

٣٢٣٠٨ - قلنا : هذا يتناول الحيوان خاصة .

٣٢٣٠٩ - قالوا : روي أنه عليه السلام قال : « المبكر إلى الجمعة كالمهدي بدنة » . إلى أن قال : « كالمهدي بيضة » [٦] .

٣٢٣١٠ - قلنا : هذا يدل أنه هدي ، والكلام فيما يتناوله الإطلاق .

* * *

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٢/٢٢٥ وعبارته : فإن قال : لله علي هدي ، أو عليَّ هدي ؛ فله الخيار إن شاء ذبح شاة أونحر جزورًا ، وإن شاء ذبح بقرة ؛ لأن اسم الهدي يقع على كل واحد من الأشياء الثلاثة .

(٢) انظر : المجموع ٨/٤٥٥ وعبارته : وإن أطلق الهدي ، ففيه قولان ، قال في الإملاء والقديم : يهدي ما يشاء ؛ لأن اسم الهدي يقع عليه . وقال في الجديد : لا يجزئه إلا الجزعة من الضأن والثنية من المعز والإبل والبقر ؛ لأن الهدي المشروع في الشرع ما ذكرناه محمل مطلق النذر عليه .

(٣) زيادة من عندنا يقتضيها السياق .

(٤) انظر : نصب الراية ٣/٣٠٣ .

(٥) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/١٢٩ برقم ٤٤٤١ ، والطبراني في المعجم الكبير ١٧/٣٢٤ برقم ٨٩٦ .

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه ١/٣٠١ برقم ٨٤١ ، ومسلم ٢/٥٨٢ برقم ٨٥٠ .

مسألة ١٦١٩

نذرت صوم شهر بعينه فحاضت فيه

٣٢٣١١ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : إذا نذرت المرأة صوم شهر بعينه ، فحاضت فيه ، قضت [١] . وهو أحد قولي الشافعي رَحِمَهُ اللهُ . وقال في القول الآخر : لا تقضي [٢] .

٣٢٣١٢ - لنا : أن المنذور فرع على المفروض ، ومعلوم أن ما أوجبه اللّه تعالى من الصيام في زمان بعينه تقضي أيام الحيض فيه ، فكذلك النذر مثله .

ولأن هذه الأيام يصح فيها الصيام في الجملة ، فصارت كما قبلها .

٣٢٣١٣ - احتجوا : بأن أيام الحيض لا يصح صيامها ، كزمان الليل .

٣٢٣١٤ - قلنا : زمان الليل لا يحتمل الصوم ، فلا يتعلق بنذره حكم ، وهذه الأيام يصح صيامها في الجملة ، فتعلق النذر بها ، وحيضها كالفطر فيها .

* * *

(١) انظر : الدر المختار مع رد المحتار ٤٤/٢ وعبارته : ولو نذرت عبادة كصوم وصلاة في غد ، فحاضت فيه ، يلزمها قضاؤها .

(٢) انظر : المجموع ٤٧٩/٨ وعبارته : ولو نذرت صوم يوم بعينه ، فحاضت ، ففي وجوب القضاء قولان .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسَمَّاة

التجريد

كتاب أدب القاضي

مسألة ١٦٢٠

القاضي المقلد

٣٢٣١٥ - قال محمد رحمه الله في الأصل : ولا ينبغي أن يستعمل على القضاء إلا الموثوق به في عفافه وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه التي يؤخذ منها الكلام ، فإنه لا يستقيم أن يكون صاحب فقه ليس له علم بالسنة والأحاديث ، ولا صاحب حديث ليس له علم بالفقه ، وليس يستقيم واحد منها إلا بالفقه . وهذا نص منه على أن المقلد لا يجوز أن يُوَلّى القضاء (١) . وبذلك قال الشافعي رحمه الله (٢) .

ومن أصحابنا من قال : يجوز أن يكون المقلد قاضيًا يقضي بالتقليد .

٣٢٣١٦ - فإن دللنا على ذلك ، قلنا : المقصود من التصانيف تنفيذ الأحكام وإنصاف المظلوم ، وهذا المعنى يوجد في المقلد ، فيجوز توليته كما يجوز تولية المجتهد .

ولأن شهادته مقبولة على المسلمين ، فيجوز أن يكون قاضيًا كالمجتهد .

٣٢٣١٧ - فإن قيل : الشاهد معه آلة الشهادة التي يحتاج إليها في التحمل والأداء ، والقاضي يحتاج إلى آلة الحكم .

٣٢٣١٨ - قلنا : له الحكم على هذا القول بالتقليد للعلماء ، كما أنها أكثر فيما تؤدى به فروضه ، وكما أن الشاهد يحتاج في النية إلى العلم ليعلم ما يصح أن يؤديه وكيفية التحمل في الأداء ، ثم جاز للمجتهد أن يلزم غيره ما هو فرضه على وجه القضاء ، كذلك يجوز للمقلد .

٣٢٣١٩ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ﴾ (٣) .

٣٢٣٢٠ - قلنا : المقلد يتبع [ما له به علم فوجب] (٤) اتباعه ؛ لأن الله تعالى فرض

---

(١) انظر : المبسوط ١٠٩/١٦ ، ١١٠ وعبارته : ولا ينبغي أن يستعمل على القضاء إلا الموثوق به في عفافه وصلاحه وعقله وفهمه علمه بالسنة والآثار ووجود الفطنة التي يؤخذ منها الكلام ، فإنه لا يستقيم أن يكون صاحب رأي يُرَ له علم بالسنة . وانظر أيضًا : البدائع ٤/٧ .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٢٦٤/٦ وعبارته : وشرط القاضي : مسلم مكلف حر ذكر سميع بصير ناطق كافٍ مجتهد . وانظر أيضًا : الأم ٢١٦/٦ .

(٣) سورة الإسراء : الآية ٣٦ .

(٤) ما بين المعكوفتين في جميع النسخ : [ما له اتباعه علم] ، ولعل الصواب ما أثبتناه .

علينا التقليد ، وهذا كما يحكم بخبر الواحد وهو لا يعلم صحته ، لكنه يعمل به لدليل معلوم لزمه العمل به .

٣٢٣٢١ – قالوا : قال اللّه تعالى : ﴿ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ (١) .

٣٢٣٢٢ – قلنا : لا يستويان عندنا ؛ لأن الأولى أن يُقَلِّد المجتهد ، وإنما يُعدل إلى المقلد وليس بأولى إذا تعذر المجتهد .

٣٢٣٢٣ – قالوا : روى بريدة أن النبي ﷺ قال « **القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار ، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به ، ورجل عرف الحق فجار فيه فهو في النار ، ورجل يجهل فهو في النار** » (٢) .

٣٢٣٢٤ – قلنا : إذا قلد العلماء لم نقض بالجهل ، بدلالة أنه إذا عمل على هذا التقليد في حق نفسه ، لم يكن مؤديًا لفرضه بالجهل .

٣٢٣٢٥ – قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « **إذا اجتهد القاضي فأصاب فله أجران ، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر واحد** » (٣) . فدل على أنه لا طريق للقضاء إلا الاجتهاد .

٣٢٣٢٦ – قلنا : هذا يدل على أن المجتهد هذه صفته ، ومن ليس بمجتهد لم يتعرض له ، كما لم يتعرض للحاكم بالنص والإجماع .

٣٢٣٢٧ – قالوا : من لا يجوز أن يكون مفتيًا ، لا يجوز أن يكون قاضيًا كالفاسق .

٣٢٣٢٨ – قلنا : لا يجوز أن يقضي برأيه ولا يقضي به ، ويجوز أن يفتي بما سمعه من العلماء ، كمن لم يسمع منهم ، كذلك يجوز أن يقضي بما سمع ولا يجوز أن يقضي برأيه .

٣٢٣٢٩ – قالوا : جاهل بأحكام الشريعة ، فصار كمن حكم بغير مسألة . وقالوا : حكم من لم يكن معه آلة الاجتهاد ، حكم من جاهل بطرائق الأحكام .

٣٢٣٣٠ – قلنا : هو جاهل بدليل الحكم ، وليس بجاهل به لا يعلم أن حكمه فيما يخصه التقليد ، كذلك فيما يحكم به .

ولأنه من فروضه ، فأما فَقْد آلة الاجتهاد فيؤثر في المجتهد ، فأما المقلد فلا يضره عدم العلم بطريق الاجتهاد ، كما لا يضره ما يحتاج إليه في الأحكام المختصة .

---

(١) سورة الزمر : الآية ٩ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ٢٩٩/٣ برقم ٣٥٧٣ ، والحاكم في المستدرك ١٠١/٤ برقم ٧٠١٢ .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٦٧٦/٦ برقم ٦٩١٩ ، ومسلم ١٣٤٢/٣ برقم ١٧١٦ .

مسألة ١٦٢١

سؤال القاضي من هو أفقه منه

٣٢٣٣١ - ذكر محمد رحمه الله في الأصل في الحدود : وينبغي للقاضي إذا أشكل عليه الشيء أن يسأل عنه من هو أفقه منه ، ولا يسعه إلا ذلك . فإن أشار عليه ذلك الذي هو أفقه منه في نفسه بما هو خطأ عند القاضي قال : يقضي بما هو الصواب عنده ، إذا كان يبصر وجوه الكلام ، وإن ترك رأيه وعمل بقول ذلك الفقيه ، كان موسعًا ولم يذكر خلافًا [(١)] . قال أبو بكر الرازي : هذا قول أبي حنيفة .قال : وكان أبو الحسن الكرخي يحكي عن أبي يوسف ومحمد أن المجتهد لا يجوز أن يقلد . وبه قال الشافعي رحمه الله [(٢)] .

٣٢٣٣٢ - لنا : أن الاجتهاد ممن كثر علمه أقوى من اجتهاد من قل علمه ، ولهذا ينبغي للقاضي أن يقلد أعلم المجتهدين عنده ، فصار كاجتهادين تعارضا ومع أحدهما ترجيح .

والذي يجب أن يقال في هذه المسألة : أن القاضي إذا لم يظهر له اجتهاد في الحادثة ، رجع إلى قول غيره ؛ لأنه فيها كمن ليس من أهل الاجتهاد .

وعلى قولنا : هو قادر على التوصل إلى الحكم باجتهاده ، فلا يقلد . فأما إذا بان له وجه اجتهاد واعتقد أن ما قاله غيره خطأ ؛ لم يجب أن يعمل به ؛ لأنه متعبد باجتهاد نفسه . ومعنى قوله في الكتاب : وإن ترك رأيه وعمل بقول ذلك الفقيه ، كان موسعًا . معناه : أنه يجتهد ويرجع إلى قول غيره ، ولم يتشاغل بالاجتهاد .

٣٢٣٣٣ - وعلى هذا يجب أن تكون المسألة محمولة ، فأما أن يقول : إن الأمارة ظهرت ، فأداه اجتهاده إلى قول يعمل بخلافه فلا .

٣٢٣٣٤ - قالوا : وقد احتج أصحابنا في جواز التقليد بما روي عن عمر أنه قال لعثمان : إني رأيت في الحد رأيًا فاتبعوني . قال عثمان : إن نتبع رأيك فرأيك رشيد ،

---

(١) انظر : المبسوط ١٠٤/٩ وعبارته : وينبغي للقاضي إذا أشكل عليه شيء أن يسأل من هو أفقه منه ولا يسعه إلا ذلك لقول اللّه تعالى ﴿ فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ .

(٢) انظر : الأم ٢٢٠/٦ وعبارته : وغير جائز له أن يقلد أحدكم أهل دهره وإن كان أبين فصلا في العقل والعلم منه ولا يقضي أبدا إلا بما يعرف .

وإن نتبع رأى من قبلك فنعم ذو الرأي كان [١] . هذا اتفاق من عمر وعثمان على جواز تقليد أبي بكر ، وإن كان المقلد مجتهدًا .

وروي أن عبد الرحمن بن عوف قال لعثمان : أبايعك على كتاب اللّٰه وسنة رسوله وسنة الشيخين . فقال : « اللّٰهم نعم » . وهذا بحضرة الصحابة .

والذي روي عنه أنه عرض ذلك على علي ﷺ فقال : لا ، إلا على اجتهادي وطاقتي [٢] . ليس بخلاف ؛ لأنه اعتقد أن اجتهاده أوفر من اجتهادهما .

٣٢٣٣٥ - فإن قيل : المراد بهذه السيرة في المسلمين ومجاهدة العدو وسد الثغور .

٣٢٣٣٦ - قلنا : بل هو عامٌّ في كل سنة .

احتجوا : بما روي أن النبي ﷺ قال لمعاذ لما بعثه إلى اليمن : « **بمَ تقضي ؟** » . قال : بكتاب اللّٰه . قال : « **فإن لم يكن في كتاب اللّٰه ؟** » . قال : بسنة رسول اللّٰه . قال : « **فإن لم تجد في سنة رسول اللّٰه ؟** » . قال : أجتهد برأيي ، ولا آلو جهدًا . فقال : « **الحمد لله الذي وَفَّق رسولَ رسولِ اللّٰه لما يرضاه رسولُ اللّٰه** » [٣] .

٣٢٣٣٧ - قلنا : هذا الحديث مرسل لم يرو إلا عن رجال من أهل حمص ، وكيف يصح لهم الاحتجاج به ؟ .

ولأنه لم يكن باليمن من يجوز لمعاذ تقليده والرجوع إلى قوله ، فكذلك لم يذكر التقليد .

٣٢٣٣٨ - قالوا : قال النبي ﷺ : « **إذا اجتهد القاضي فأصاب فله أجران ، وإن أخطأ فله أجر واحد** » . ولو كان للحاكم طريق ثالث لذكره .

٣٢٣٣٩ - قلنا : ذكر الاجتهاد ولم يبين جمع طرق الحكم ، فتقليد العالم بذكره كما لم يذكر .

٣٢٣٤٠ - قالوا : قول يجوز له تركه باجتهاده ، فلا يجوز له ترك اجتهاد له ، أصله : قول من هو مثله أو دونه ، وعكسه قول النبي ﷺ .

٣٢٣٤١ - قلنا : من اجتهد فظهر له طريق الحكم ، لا يجوز له تركه بتقليد غيره . ولذا نقول في المجتهد إذا لم يكن ظهر له طريق الحكم وأعجلت الحاجة إلى إنفاذ الحكم

---

(١) أخرجه ابن حزم في المحلى ٣٠٨/٨ ، والحاكم في المستدرك ٣٧٧/٤ برقم ٧٩٨٣ .

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ٧٥/١ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ٣٠٣/٣ برقم ٣٥٩٢ ، والشافعي في الأم ٢١٧/٦ ، وابن أبي شيبة في مصنفه ٣٥٩/٥ .

عن مهلة الاجتهاد أن يقلد العالم ، ومن هذه حاله ، فليس له اجتهاد حتى يكون تركه بقول غيره .

٣٢٣٤٢ – فإن قال : إنه تارك لما يمكن منه من الاجتهاد بقول غيره .

٣٢٣٤٣ – قلنا : يجوز له أن يجتهد ، فيظهر له حكم ، ويجوز ألا يظهر ، فلا يتوقف على إمضاء الحكم في الحال .

٣٢٣٤٤ – قالوا : اجتهاد ممن يجوز عليه الخطأ فيه [١] ، فلا يجوز للعالم تقليده فيه ، أصله : إذا كان مثله أو دونه .

٣٢٣٤٥ – قلنا : جواز الخطأ على المجتهد لا يمنع العمل بقوله ، كما أن جواز خطئه لا يمنعه من العمل باجتهاده . فأما تقليد من هو دونه أو مثله ، فيجوز إذا لم يظهر له طريق الاجتهاد .

٣٢٣٤٦ – قالوا : اشتركا في آله الاجتهاد ، فلا يجوز لأحدهما تقليد الآخر ، أصله : الصلاة .

٣٢٣٤٧ – قلنا : لا فرق بينهما ، لأنا إذا كنا نقول : إن المجتهد مقلد إذا لم يظهر له اجتهاد ، فكذلك نقول في العالم بآلة الاجتهاد في القبلة إذا لم يظهر لأحدهما أمارة ، جاز أن يرجع إلى قول الآخر .

٣٢٣٤٨ – قالوا : متعبد بطلب الحكم من طريق الدليل والإمارة ، فلا يجوز تركه بالتقليد ، أصله : المفتي .

٣٢٣٤٩ – قلنا : حكم المفتي والقاضي سواء ، يجوز للمفتي إذا لم يظهر له وجه الاجتهاد أن يفتي بقول غيره ، كما يجوز أن يحكم بقول غيره .

* * *

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش ، وهي غير واضحة .

مسألة ١٦٢٢

حكم المرأة فيما تقبل شهادتها فيه

٣٢٣٥٠ – قال أصحابنا [رحمهم الله] : يجوز حكم المرأة فيما تقبل شهادتها فيه [١] .

وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ : لا يجوز حكمها [٢] .

٣٢٣٥١ – لنا : أن المقصود من الأحكام وضعها في مواضعها وإنصاف المظلوم والانتصاف من الظالم وفصل التنازع وحراسة الأموال التي للمولى عليهم ، وهذا المعنى يوجد من الرجل والمرأة . وليس كذلك الإمامة ؛ لأنها تفتقر إلى حماية البيضة والذب عن الحوزة وحضور الحرب ولقاء العدو . وهذا المعنى لا يكمل النساء له والرجال وهما يتساويان في ذلك .

ولأنها مسلمة تقبل شهادتها كالرجل . ولأن قولها مقبول في التزكية كالرجل .

ولأن الشهادة والقضاء كل واحد منهما يتم الحكم به ، فإذا كان للنساء مدخل في أحد الأمرين كذلك الآخر . ولا يلزم على شيء مما ذكرنا القضاء في الحدود والقصاص ؛ لأن التعليل بجواز القضاء في الجملة وتفصيل ما يجوز فيه لم يتعرض له .

ولأنها ولاية خاصة ، فجاز أن يتولاها النساء كالوصية . ولا تلزم الإمامة ؛ لأنها ولاية عامة .

٣٢٣٥٢ – احتجوا : بما روي عن النبي عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ أنه قال : « **ما أفلح قوم وَلِيَتْهُمْ امرأة** » [٣] ، وروي : « **ولوا أمرهم امرأة** » [٤] .

٣٢٣٥٣ – قلنا : هذا يقتضي ولاية الإجازة والإمامة ذكر الأمر المضاف إليهم العرف بهم وهذا يقتضي جميع الأمر .

ولأنه يقتضي المنع من ذلك ، وولاية المرأة مكروهة ، وولاية الرجل أولى منها .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣/٧ وعبارته : وأما الذكورة فليست شرط جواز التقليد في الجملة .

(٢) انظر : تحفة المحتاج ١٠٧/١٠ .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده ٥٠/٥ .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ١٦١٠/٤ برقم ٤١٦٣ .

٣٢٣٥٤ - قالوا : روى بريدة عن النبي ﷺ أنه قال : « **القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار ، رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ، ورجل عرف الحق فجار فيه فهو في النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار** » . وهذا يدل على أن جنس القضاة ثلاثة رجال .

٣٢٣٥٥ - قلنا : قد يذكر الرجال ويراد الجنس ، كما قال ﷺ : « **الناس غاديان : مشترٍ [١] نفسه فمعتقها ، وبائع نفسه فموبقها** » [٢] . والمراد به الرجل والمرأة .

٣٢٣٥٦ - قالوا : روي أنه ﷺ قال : « **إذا ناب في الصلاة شيء فالتسبيح للرجال ، والتصفيق للنساء** » [٣] . فمنعها من التسبيح حتى لا يفتتن الرجال بها ، فلأن تمنع من القضاء ومجاورة الخصوم والشهود أولى .

٣٢٣٥٧ - قلنا : الخبر دل على أن الأولى لها التصفيق ، وكذلك الأولى عندنا ألا تقضي فإن فعلت ، فحياؤها [٤] يمنعها وتصرفها الذي تكلم الرجال فيه .

٣٢٣٥٨ - قالوا : من لا يجوز أن يكون قاضيًا في الحدود ، لا يجوز أن يكون في غيرها ، أصله : الأعمى .

٣٢٣٥٩ - قلنا : لا نمنع أن لا يقبل قولها في الحدود ويقبل قولها في غيرها ، كما أن شهادتها لا تقبل في الحدود وتقبل في الأموال ، ولا يستدل بأحدهما على الآخر . فأما الأعمى فنقصه أثَّر في منع شهادته ، فأثر في قضائه . والمرأة نقصها لا يمنع شهادتها ، كذلك لا يمنع قضاءها .

٣٢٣٦٠ - فإن قيل : الأعمى تقبل شهادته فيما طريقه الخبر ، وفيمن ضبطه بأمر فشهد عليه وهو قابض عليه .

٣٢٣٦١ - قلنا : كونها أنثى لم يمنع الشهادة إذا قيل في الأموال الشهادة مقبولة فيه بكل حال وليس في الحقوق حق يقبل شهادة الأعمى فيه يطلبه . وإنما يقول مخالفنا : إن شهادته مقبولة في حالة مخصوصة ، والقضاء لا يتخصص بمثل تلك الحال .

٣٢٣٦٢ - فإن قيل : شهادة المرأة ليست كاملة ، أقيمت مقام نصف شاهد ، فلا يجوز أن تجعل حاكمة كاملة .

---

(١) في جميع النسخ : [مشتري] .

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ٣٢١/٣ .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده ٣٣٨/٥ .

(٤) غير واضحة في جميع النسخ .

٣٢٣٦٣ - قلنا : شهادتها عندنا كاملة فيما لا يطلع عليه الرجال ، وهى شهادة الرجال وما يطلع عليه الرجال اعتبر في شهادتها عدد زائد ، والعدد لا مدخل له في القضاء . ألا ترى أن الشهادات معتبر فيه العدد ، والقضاء في سائر الحقوق يجوز من واحد ؟ .

٣٢٣٦٤ - قالوا : الحدود تدخل في ولاية القضاء ، ومن لا يصلح لبعض ما يتضمنه الولاية ، لا يصلح لشيء منها .

٣٢٣٦٥ - قلنا : الولاية لا تجوز أن تقع خاصة ؛ لأن القاضي يجوز أن يولى النظر في شيء دون شيء ، فإذا استثنى الشرع بعض ما تقضي فيه ، جاز أيضًا كما لو استثنى نطقًا .

٣٢٣٦٦ - قالوا : لا تصلح للإمامة ، فلا تصلح للقضاء .

٣٢٣٦٧ - قلنا : الإمامة ولاية عامة والقضاء ولاية خاصة ، وقد يصلح للخاص ما لا يصلح للعام ، كما تصلح المرأة عندهم للوصية ولا تصلح للإمامة والقضاء .

ولأن الإمام يفتقر إلى القيام بأمور لا تكمل لها النساء ، وهى الحروب ولقاء العدو وتدبير البلاد ، والقضاء يفتقر إلى العدالة والعلم ، فهذا يوجد في النساء .

٣٢٣٦٨ - قالوا : قد كان في النساء من حضر الحروب وباشرها وحمل السلاح .

٣٢٣٦٩ - قلنا : لم يكن فيهن من جمع بين هذا وبين التدبير وسياسة البلاد والعلم بمصالح العامة .

٣٢٣٧٠ - قالوا : لا تصلح لإمامة الصلاة وهي أدون من القضاء ؛ لأن الفسق لا يؤثر فيها ، فلأن لا تصلح للقضاء أولى .

٣٢٣٧١ - قلنا : عندنا تصلح أن تكون إمامة للنساء ، وإنما لا تؤم الرجال عندنا ؛ لأن صلاتهم خلفها وإلى جنبها فاسدة .

* * *

مسألة ١٦٢٣

مجلس القاضي وجلوسه

٣٢٣٧٢ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : لا يكره أن يجعل القاضي مجلسه في المسجد ، وجلوسه في الجامع أولى (١) .

٣٢٣٧٣ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ : يكره أن يقصد ذلك ويتخذ مجلسًا ، فإن جلس للصلاة فجاءه خصوم نظر بينهم (٢) .

٣٢٣٧٤ - لنا : أن النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ كان يجلس في المسجد وينظر في أمور المسلمين ومصالحهم ، وكذلك الأئمة بعده ، قال الشعبي : رأيت عمر يقضي في المسجد (٣) . وقال الحسن : رأيت عثمان قد كوم كومة من الحصى في المسجد وجعل رداءً عليه ونام ، فجاء سقاء فوضع قِرْبَته وخاصم إليه رجلًا ، فنظر بينهما .

٣٢٣٧٥ - فإن قيل : يجوز أن يكونوا جلسوا لغير الحكم ، فاتفق حضور الخصمين .

٣٢٣٧٦ - قلنا : المنقول في عامة أحكامهم أنها كانت في المسجد ، والاتفاق إنما يكون في الأول .

٣٢٣٧٧ - فإن قيل : روي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى القاسم بن عبد الرحمن أنه لا يقضي في المسجد (٤) . قالوا : وخلافه معتد به على الصحابة .

٣٢٣٧٨ - قلنا : عمر من تابع التابعين ، فلا يعتد بقوله على الصحابة .

ولأنه روي : لا يقضي في المسجد ، فإنه يأتيك المشركون . ومن مذهبه أن دخول المشرك المسجد لا يجوز ، وعندنا لا يجلس في المسجد ليأتيه من لا يجوز له دخول المسجد .

ولأن القضاة من عصر النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ إلى وقتنا هذا يعتمدون الجلوس في المسجد ويتخذونها محلاً للأحكام ، ولا ينكر ذلك منكر .

---

(١) انظر : البدائع ١٤/٧ وعبارته : وهل يقضي القاضي في المسجد ، قال أصحابنا رحمهم الله : يقضي . وانظر أيضًا : المبسوط ٨٣/١٦ .

(٢) انظر : الأم ٢١٥/٦ وعبارته : وإذا كرهت له أن يقضي في المسجد ، فلأن يقيم الحدود في المسجد أو يعزر أكره . وانظر أيضًا : مغني المحتاج ٢٨٦/٦ .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٦٢١/٦ .

(٤) أخرجه بن أبي شيبة في مصنفه ٢١٥/٥ .

ولأنها عبادة طريقها الأقوال ، فلا يكره اعتماد فعلها في المسجد كالقراءة .

ولأن الجلوس في المسجد يصل معه جميع الناس إليه على وجه واحد ، ولا يصح فيه الحجاب ولا يقدم بعضهم على بعض ، فكان أولى .

ولأنه موضع لا يكره أن يعتمد الاستخلاف فيه ، فلا يكره أن يعتمد الحكم فيه كالمشارك .

٣٢٣٧٩ – [احتجوا : بما روى عبد اللّه بن بريدة عن أبيه عن النبي ﷺ أنه سمع رجلًا ينشد ضالة في المسجد فقال : « أيها الناشد ، غيرك الواجد » (١) . وروي أنه قال : « لا وجدتها ، إنما بني المساجد لذكر اللّه والصلاة » (٢) .

٣٢٣٨٠ – قلنا : إنشاد الضالة أمر مباح يمكن فعله خارج المسجد ، والقضاء عبادة] (٣) .

٣٢٣٨١ – قالوا : مجلس الحكم يحضره الخلق الكثير اللغط والفاسد والتجارح ، فيجنب المسجد ذلك .

٣٢٣٨٢ – قلنا : الفاسد الذي لا يحل يمنع منه القاضي ، وما ليس بمحصور لا بأس به .

٣٢٣٨٣ – قالوا : يحضره الجنب والحائض والمجنون .

٣٢٣٨٤ – قلنا : أمر المسلمين محمول على الصحة . ولأنهم لا يدخلون المسجد على هذه الحال .

٣٢٣٨٥ – قالوا : فتتعذر على الحائض المحاكمة .

٣٢٣٨٦ – قلنا : لا يتعذر ؛ لأن القاضي يؤخر حكمها إلى حين قيامه ، أو يفوض أمرها إلى غيره لينظر بينها وبين خصمها .

٣٢٣٨٧ – قالوا : يقضي بالحد ، ألا يجوز له أن يستوفيه في المسجد ، ولا ينبغي أن يؤخره عن حال وجوبه .

٣٢٣٨٨ – قلنا : ليس من شرط إقامة الحد مشاهدة الحاكم لاستيفائه ، وهو يحكم به ويأمر من يخرج من المسجد ليستوفيه ، أو يخرج المحدود من المسجد ويجلس القاضي في المسجد بحيث يشاهده كيف يُضْرَب .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ٣٩٧/١ .

(٢) أخرجه النسائي في السنن الكبرى ٥٢/٦ برقم ١٠٠٠٣ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

مسألة ١٦٢٤

بيع القاضي وشراه في مجلس الحكم

٣٢٣٨٩ - قال محمد رحمه الله في الأصل : لا يبيع القاضي ولا يشتري في مجلس الحكم ، ولا بأس بذلك في غير مجلس الحكم [١] .

٣٢٣٩٠ - وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يكره له أن يتولى ذلك بنفسه . وبه قال الشافعي رحمه الله [٢] .

٣٢٣٩١ - لنا : أن أبا بكر الصديق لما بويع خرج إلى السوق يبيع [٣] ، فعرضوا له الورق ؛ فدل على أن البيع لا يكره .

ولأن الأئمة والأمراء كانوا يبيعون ويبتاعون ، ولو تركوا البيع والشراء لنُقل نقلًا مستفيضًا .

ولا يقال لنقل [٤] ؛ لأن البيع والشراء عادة مألوفة ، فإذا مضوا عليها لم يستغرب فينقل ، وترك ذلك مستغرب ، فلو أطبقوا عليه لنقل .

وقد روي أن عليًا اشترى قميصًا بثلاثة دراهم ، وقال : الحمد اللّٰه الذي كساني من رياشه [٥] .

٣٢٣٩٢ - وروي أن عمارًا خرج من دار الإمارة ، فابتاع قَبَاء وحمله بنفسه ، وماكس بائعه ، فتجاذبا حبلًا ، حتى أخذ عمار نصفه وهو نصفه .

ولأنه عقد بعوض أبيح قبل القضاء ، فلا يكره بعده ، أصله : النكاح .

ولأنه عقد لا يكره أن يوكل به ، فلا يكره أن يعقده بنفسه ، كالنكاح .

ولأنه يجوز له أن يبيع لمن يلي عليه ، فجاز أن يبيع لنفسه كالوصي .

---

(١) انظر : المبسوط ٧٨/١٦ وعبارته : وينبغي له ألا يشتري شيئًا ولا يبيع ولا يبع في مجلس القضاء لنفسه . وقال : ولا بأس بأن يبيع ويشتري لنفسه في غير مجلس القضاء عندنا .

(٢) انظر : الأم ٢١٦/٦ وعبارته : وأكره للقاضي الشراء والبيع والنظر في النفقة على أهله وفي ضيعته .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) غير واضحة في جميع النسخ .

(٥) أخرجه أبو يعلى في مسنده ٢٧٤/١ برقم ٣٢٧ ، وأحمد في مسنده ١٥٧/١ .

٣٢٣٩٣ - احتجوا : بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « ما عَدَل والٍ اتَّجر في رعيته » [١] .

٣٢٣٩٤ - قلنا : هذا يدل على كراهة التجارة ، والكلام في البيع والشراء ، فأما التجارة : فمُشْغِلَة عن النظر في الأحكام ، فتضيع حقوق الناس .

٣٢٣٩٥ - قالوا : روي عن شريح أنه قال : شرط عليَّ عمر حين ولاني لا أبيع ولا أشتري ولا أرتشي ولا أقضي وأنا غضبان [٢] .

٣٢٣٩٦ - قلنا : خص شريحًا بذلك ؛ لأن أهل الكوفة كانوا يتجرمون على ولاتهم ، فأراد أن يقطع مادة تحومهم ، ولهذا لم ينقل أنه شرط هذا الشرط على جميع ولاته مع كثرة عددهم ، على أن عليًّا وعمارًا مخالفان .

٣٢٣٩٧ - قالوا : الاشتغال بالتجارة يقطعه عن الأحكام .

٣٢٣٩٨ - قلنا : إذا كان الإمام يوفيه رزقه ، فلا ينبغي له أن يتجر ؛ لأن زمانه مستحق للمسلمين ، فلا يصرفه إلى غير مصالحهم . وإذا لم يأخذ الرزق من بيت المال ، فلا بد له من التصرف ، ليقيم أوده ويستغني عن غيره .

٣٢٣٩٩ - قالوا : قال الشافعي : جرت العادة أنه يحابَى في البيع والشراء ، والمحاباة تجري مجرى الهدية ، ولا يجوز [٣] .

٣٢٤٠٠ - قلنا : يكره له أن يبيع ممن يحابيه ، فأما من يعلم أنه لا يحابيه فلا يكره .

* * *

---

(١) أخرجه الطبراني في مسند الشاميين ٢٧٢/٢ برقم ١٣٢٢ ، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثني ١٥٩/٥ برقم ٢٦٩٧ .

(٢) انظر : تلخيص الحبير ٣٥٨/٤ برقم ٢٦١٨ .

(٣) انظر : الأم ٢٢١/٦ وعبارته : ويجب للقاضي والوالي أن يولي الشراء له والبيع رجلًا مأمونًا غير مشهور بأنه يبيع ولا يشتري خوف المحاباة بالزيادة أو النقصان فيما اشترى له ، فإن هذا من مأكل كثير من الحكام .

مسألة ١٦٢٥

البحث عن عدالة الشهود

٣٢٤٠١ – قال أصحابنا [رحمهم اللَّه] : يجوز للقاضي أن يحكم بشهادة الشهود وإن لم يعرف عدالتهم ، ولا يلزمه البحث عن باطنهم إلا في الحدود والقصاص وأن يطعن المشهود عليه فيهم .

٣٢٤٠٢ – وقال أبو يوسف ومحمد [رحمهما اللَّه] : لا يحكم حتى يبحث عن عدالتهم في الباطن . وبه قال الشافعي رحمه الله . قال أصحاب الشافعي : هل يعتبر في الإخبار العدالة الباطنة ؟ فيه وجهان . قال : والمنصوص – وهو الصحيح في المذهب – أن النكاح ينعقد بشهادة من ظاهره العدالة . فيها وجه آخر : أنه لا ينعقد إلا بشهادة من يبحث عن عدالته في الباطن

والكلام في هذه المسألة من طريقين ، أحدهما : أن من أصحابنا من قال : لا خلاف فيها الآن ، وإنما أجاب أبو حنيفة على عصره ، وكانت العدالة ظاهرة على أهل زمانه ، وقد عَدَّلهم النبي عليه السلام بقوله [١] : « خير القرون قرني الذي بعثت فيهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يفشو الكذب فيشهد الرجل قبل أن يستشهد » [٢] . فأما بعده فلا يوجد فيهم هذا المعنى ، فلا بد من المسألة .

ومن أصحابنا من حمل المسألة على الخلاف ، وقال : هذا الحكم باقٍ . واحتج بما روي أن أعرابيًا شهد عند النبي عليه السلام برؤية الهلال فقال : « أتشهد أن لا إله إلا اللَّه وأني رسول اللَّه ؟ » قال : نعم . فقال عليه السلام : « اللَّه أكبر ، يكفي المسلمين أحدهم » [٣] . فاعتبر عدالة الإسلام .

٣٢٤٠٣ – فإن قيل : يجوز أن يكون سئل عن باطنه .

٣٢٤٠٤ – قلنا : حكم بشهادته في الحال ، وأمر الناس بالصيام قبل أن تمضي مهلة المسألة ، ويدل عليه قوله عليه السلام : « **المسلمون عدول بعضهم على بعض ، إلا محدود في فرية** » . وهذا يدل على أن عدالة الإسلام تكفي .

---

(١) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٩٣٨/٢ برقم ٢٥٠٨ ، ومسلم ١٩٦٢/٤ برقم ٢٥٣٣ .

(٣) انظر : مسند أحمد ٤٤/١ ، والسنن الكبرى للبيهقي ٢٤٨/٤ برقم ٧٩٨٢ . فقد روياه موقوفًا على عمر .

وكتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الكتاب المشهور في القضاء وقال فيه : « **المسلمون عدول بعضهم على بعض ؛ إلا مجلود في حد** » [(١)] . وهذه قصة مشهورة في الصحابة ؛ لأن المسألة عن الشهود أمر لم يكن في زمن السلف . قال ابن شُبْرُمة : أنا أول من سأل عن الشهود ، فلم يكن أحد يتحرى [(٢)] . ولو كان ذلك شرطًا لم يتركه من تقدمه .

ولأن الظاهر من أمر المسلمين الصحة ؛ ولأنهم لم يركبوا ما لا تسوغه الشريعة ، وقد ندبه إلى اعتقاد ذلك فيهم ، وجمل أمورهم عليه . ومن حصل له هذا الضرب من التعديل ، لم يعتبر معه تجويز ما يخالفه ، كمن عدل للحاكم في زمانه ، ثم شهد بعده .

ولأن الظاهر أن الإنسان يبلغ غير مرتكب الكبيرة مع بلوغه ، فيستفيد عدالة في تلك الحالة ، وجواز أن يحدث غير ذلك لا يعتبر ، كمن عدله الحاكم في زمان ، ثم يشهد بعده .

٣٢٤٠٥ - ولا يلزم إذا طعن ؛ لأن العدالة حاصلة ، وقد صار البحث حقًّا له بمطالبته . ولا تلزم الشهادة بالحدود والقصاص ؛ لأنا لا نكتفي فيها بالعدالة حتى توجد عدالة بصفة ، كما يعتبر شهود بصفة .

ولأنهما لو حضرا عقد النكاح انعقد بشهادتهما ، فلم يقف الحكم بشهادتهما على البحث عن عدالتهما كمن عدله القاضي مرة .

٣٢٤٠٦ - فإن نازعوا في الوصف ؛ فالدليل عليه إجماع الأمة على عقده من غير بحث عن حال من يحضره ولا مسألة عن باطن حاله [...] [(٣)] .

ولأن كل صفة لا تعتبر في الشاهد كالمسألة الثانية .

ولأن من جاز أن يقبل قوله إذا بحث عن باطنه ، جاز أن يقبل قوله من غير بحث كالمخبر . والدليل على أن هذا الأصلُ : أن الأمة أطبقت على قبول أخبار النبي ﷺ فيمن ظاهره الخير ، ولم يبحث أحد من الناس عن باطن الرواة ولا يسأل عنهم ، فمن

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه ٢٠٦/٤ برقم ١٥ .

(٢) أخرجه أبو بكر الجصاص في أحكام القرآن ٦٩٢/١ ، وعبارته : عن ابن شبرمة قال : أول من سأل في السر أنا ، كان الرجل يأتي القوم إذا قيل له : هات من يزكيك . فيقول : قومي يزكونني . فيستحي القوم فيزكونه ، فلما رأيت ذلك ، سألت في السر ، فإذا صحت شهادته قلت : هات من يزكيك في العلانية .

(٣) توجد هنا إحالة على هامش (ص) بمقدار كلمة ، لكنها مطموسة .

زعم أنه لا يقبل الأخبار إلا بمن بحث عن عدالته ، خالف الإجماع .

٣٢٤٠٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [(١)] . وقال : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ [(٢)] .

٣٢٤٠٨ - قلنا : ذوا العدل ممن جعلت له عدالة ، ومن كان مسلمًا ، فله عدالة الإسلام . وإنما تزول بمخالفة الدين ، وذلك لا يعلم ، فالعدالة باقية .

كذلك قوله : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ ﴾ [(٣)] . المسلم الذي لم تظهر منه حرمة مرضيٌّ ؛ لأن اللّه تعالى ذكر هذا في حال التحمل ، ولا خلاف أن عدالة الباطن لا تعتبر حال التحمل ، فعلم أن المراد بذلك عدالة الظاهر .

٣٢٤٠٩ - قالوا : روي أن رجلين شهدا عند عمر ، فقال لهما : أني لا أعرفكما ، ولا يضركما أني لا أعرفكما ، فأتياني بمن يعرفكما . فجاءا برجل ، فقال له : أتعرفهما ؟ فقال : نعم . فقال : أكنت معهما في السفر الذي تتبين به جواهر الناس ؟ فقال : لا ، فقال : كنت جارهما تعرف صباحهما ومساءهما ؟ فقال : لا ، فقال : أعاملتهما بالدنانير والدراهم التي بهما تقطع الأرحام ؟ قال : لا ، قال : ابن أخي ، إنك لا تعرفهما [(٤)] ، قالوا : وهذا يدل على أن البحث والسؤال واجب .

٣٢٤١٠ - قلنا : إنه حكاية حال ، يحتمل أن تكون الشهادة في الحدود وهو الظاهر ؛ لأنه طلب من الشهود التعديل ، ولو كان هناك خصم لالتمس منه التعديل . فلما التمس ذلك من الشاهد ، دل على أن الشهود هم المدعون ، وذلك لا يكون إلا في الحدود . على أن كتاب عمر إلى أبي موسى أظهر وأشهر ، فيجب أن يرجع إلى ظاهر ، ويحمل هذا على الحدود وذلك على بقية الحقوق .

٣٢٤١١ - قالوا : عدالة مشروطة في الحكم بالشهادة ، فإذا جهل الحاكم باطنها وجب السؤال عنها ، أصله : عدالة الشهود في الحدود .

٣٢٤١٢ - قلنا : جحود المشهود عليه بسبب الحد طعن على الشهود ، والطعن إذا حصل في غير الحدود وجبت المسألة ، وليس كذلك الشهود في سائر الحدود .

ولأنه ليس بطعن ، لجواز أن يصدق الشهود ، ويصدق الخصم بأن يكون الدين قد

---

(١) سورة الطلاق : الآية ٢ .
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .
(٣) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .
(٤) انظر : التلخيص الحبير ٣٦٥/٤ برقم ٢٦٢٩ وعزاه البيهقي .

قُضِي أو أبرأ ذمته والعقد قد فسخ .

ولأن الحدود قد اعتبر فيها من الاحتياط ما لم يعتبر في غيرها ، فيجوز أن تحصل عدالة الظاهر ويقف الحكم على معنًى أخر ، كما يحصل العدد الذي يقطع به في الحقوق ، فتعتبر زيادة عدد أو صفة ليحكم به في الحدود .

٣٢٤١٣ - قالوا : كل عدالة وجب السؤال عنها إذا طعن الخصم وجب ، وإن لم يطعن ، كالعدالة في الحدود .

٣٢٤١٤ - قلنا : إذا طعن الخصم ، صارت المسألة حقًّا له ، وإن لم يثبت قبل طعنه ، كما أن العيب إذا ثبت وجب الرد به ، فإذا ادعى البايع رضا المشتري ، وجب على الحاكم أن يسأله عن ذلك ، ولو لم يَدَّعِ ، لم يسأل .

٣٢٤١٥ - قالوا : يجب عليه أن يسأل عن إيمانه ، كذلك عن عدالته .

٣٢٤١٦ - قلنا : لا نسلم هذا ؛ لأن الظاهر أنه من أهل دار الإسلام ، وإذا لم تكن هناك أمارة الكفر لم يجب السؤال ، وكذلك الحرية لا تحتاج أن يسأل عنها . فإذا طعن الخصم بالكفر أو ادعى الرق ، وجب اعتبار ذلك كما يعتبر في العدالة .

* * *

مسألة ١٦٢٦

قبول الترجمة في الشهادة

٣٢٤١٧ - قال أبو حنيفة رحمه الله : يقبل تعديل الواحد وترجمته ، إذا لم يفهم القاضي لسان الشهود أو لسان الخصم [١] .

٣٢٤١٨ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يقبل في الترجمة والتعديل إلا قول اثنين . قالوا : ويعتبر في التعديل لفظ الشهادة ، ولا يقبل تعديل والد لولده . واختلفوا في رسل القاضي في المسألة عن الشهود ، فقال الإصطخري : يشهد الرسول ؛ لأن بما يصح عندهما من قول الجيران . وقال ابن شريح : يستدعي القاضي اثنين من الجيران يسمع قولهما [٢] .

٣٢٤١٩ - لنا : أن الترجمة والتعديل خبر وليس بشهادة ، بدلالة أن الترجمة تقبل في شهود الخصم ، والشهادة على النفي لا تصح ، وتصح الترجمة عن الشهود بغير تحميل . ولو كان قول المترجم شهادة ، احتاج إلى تحميل شهود الأصل .

ولأن قول المترجم يقبل في إقرار المقر ، ولو كان شهادة لم يقبل مع الاعتراف ؛ لأن الشهادة تسمع مع النفي .

ولأن قول المترجم يقبل أن المقر أقر بالزنى ويقام عليه الحد ، ولو كان شهادة لم يقبل إقراره .

ولأن القاضي استفاض عنده التعديل ؛ جاز له أن يعمل به ، ولو كان مما يثبت بالشهادة لم يجز أن يعمل عليه خبرًا .

ولأن الاستيفاض [٣] كالأموال والساعات ، وهذا لا شبهة فيه ، لأنا نقطع بعدالة السلف ، وطريق ذلك علمنا اياهم بالخبر . وإذا ثبت أن التعديل والجرح خبر ، لم يشرط

---

(١) انظر : الهداية مع فتح القدير ٣٨٢/٧ وعبارته : وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدًا جاز والاثنان أفضل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد رحمهم الله : لا يجوز إلا اثنان والمراد منه المزكي . وعلى هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي والمترجم عن الشاهد . وانظر أيضًا : المبسوط ٩/١٦ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج ٢٥٣/٨ ، ومغني المحتاج ٢٨٤/٦ ، والأم ٢٢١/٦ وعبارته : وإذا تحاكم إلى القاضي أعجمي لا يعرف لسانه لم يقبل الترجمة إلا بشاهدين عدلين يعرفان ذلك اللسان لا يشكان فيه .

(٣) غير واضحة في جميع النسخ .

فيه عدد كأخبار النبي ﷺ .

٣٢٤٢٠ - ولأن من جاز أن يقبل قوله في الخبر عن النبي ﷺ ، جاز أن تثبت التزكية والترجمة بقوله ، أصله : الإثبات .

ولأن التزكية معنًى يقف الحكم عليه ، فجاز أن يقبل قول الواحد فيه كالخبر عن رسول اللَّه . ولا تلزم الشهادة ؛ لأن شهادة الواحد تقبل عندنا في رؤية الهلال والولادة .

٣٢٤٢١ - احتجوا : بأنه يقبل ما غاب عن الحاكم إليه فيما يختص بالحكم بين المتخاصمين أو فيما يجب عليه سماعه من المتخاصمين ، فوجب أن يكون من شرطه العدد ، أصله : الشهادات .

٣٢٤٢٢ - قلنا : يبطل بالخبر عن النبي ﷺ في الحادثة المتنازع فيها .

٣٢٤٢٣ - فإن قيل : سماع الخبر لا يختص بالحكم ، بل يجب سماعه لمعرفة الشرع .

٣٢٤٢٤ - قلنا : وكذلك التزكية يسمعها القاضي للحكم وليصل خبر المزكي عن رسول اللَّه وليقلده القضاء وليئتمنه على الأموال . وأصلهم : الشهادة وهي غير مسلم ؛ لأن العدد قد يعتبر فيها عندنا وقد لا يعتبر .

ولأن الناس بالشهادة ، ولو استفاض لم يجز للقاضي العمل عليه حتى يشهد به ، فجاز أن يكون فيه ما شرطه العدد والتزكية إذا استفاضت جاز أن يعمل عليها ، فكذلك لم يكن من شرطها العدد .

٣٢٤٢٥ - قالوا : لو عدله اثنان وجرحه واحد ، كان التعديل أولى ، فلو كان الجرح من الواحد صحيحًا ، تقدم الجرح على التعديل ، كما لو جرحه اثنان وعدله اثنان .

٣٢٤٢٦ - قلنا : إنما قدمنا التعديل ؛ لأن قول الاثنين يقبل شهادةً وخبرًا ، وقول الواحد يقبل خبرًا لا شهادة ، فكان قول من يقبل قوله في الوجهين أولى . وإنما عدله اثنان وجرحه اثنان فكل واحد من القولين يقبل خبرًا وشهادةً فتساويا ، فقدم الجرح ؛ لأن الجارح عرف ما خفي على المعدل .

* * *

مسألة ١٦٢٧

تعديل المرأة والعبد والمقذوف

٣٢٤٢٧ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : تعديل النساء مقبول . وذكر الخصاف أنه يقبل تعديل العبد والمحدود في القذف (١) .

وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّٰهُ : لا يقبل قول النساء في تعديل (٢) .

وهذا مبني على أن التعديل خبر ، فيقبل فيه قول النساء كالخبر عن رسول اللّٰه ﷺ ؛ لأن قولهن يقبل في الشهادة مع الرجال ؛ فجاز أن يقبل في التعديل كالرجل .

ولأن ما لا تؤثر فيه الشبه ، يقبل فيه قول النساء كالأموال .

ولأن قولهن مقبول في الخبر عن رسول اللّٰه ﷺ ، فجاز أن يقبل قولهن في التعديل والجرح كالرجال .

٣٢٤٢٨ - احتجوا : بأن التعديل والجرح شهادة ، وشهادة النساء لا تقبل عندهم إلا فيما كان المقصود منه المال أو لا يطلع عليه الرجال .

٣٢٤٢٩ - قلنا : هذان أصلان قد دللنا على إبطالهما .

* * *

(١) انظر : البدائع ١٢/٧ وعبارته : وعلى هذا الخلاف حرية المعدِّل وبصره وسلامته عن حد القذف أنه يسر شرط عندهما فتصح تزكية الأعمى والعبد والمحدود في القذف . وعند محمد شرط . فلا تصح تزكيتهم . وقال أيضًا : وأما الذكورة : فليست بشرط لجواز التزكية ، فتجوز تزكية المرأة إذا كانت امرأة تخرج لحوائجها وتخالط الناس فتعرف أحوالهم .

(٢) انظر : الأم ٥٢/٧ وعبارته : تجوز الشهادة على الشهادة ولا يجوز أن يشهد على شهادة الرجل ولا المرأة حيث تجوز إلا رجلان ، ولا يجوز أن يشهد على واحد منهما نساء مع رجل وإن كان ذلك في مال . وانظر أيضًا : مغني المحتاج ٣٨٩/٦ .

مسألة ١٦٢٨

الاكتفاء بقوله : هو عدل

٣٢٤٣٠ - قال أصحابنا [رحمهم اللّه] : إذا قال المزكي : فلان عدل . اكتفى القاضي بذلك في التعديل ، وكذلك إذا قال : ما علمت إلا خيرًا [١] .

٣٢٤٣١ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يقبل في التعديل حتى يقول : عدل عليَّ ولي [٢] . وقال الإصطخري : هذا تأكيد ، ويكفي أن يقول : هو عدل . وقال المروزي : لا بد أن يقول : هو عدل لي وعلي .

لنا : ما روى وكيع عن مِسعَر عن حبيب بن أبي ثابت قال : سأل عمر رجلًا عن رجل ، فقال : لا أعلم إلا الخير . فقال : حسبك [٣] .

وروى الأوزاعي عن يحيى بن أبي كثير : قال ابن عمر : إذا أنعم أن يمدح الرجل قال : ما علمت إلا خيرًا .

ولأن قوله : هو عدل . يجمع سائر أسباب العدالة ، وقوله : عليَّ ولي : تفسير لما اشتملت عليه العدالة ، وذلك لا يجب بيانه ، وإذا قال : ما علمت إلا خيرًا . فقد نفى ما سوى الخير وأثبت الخير ، وهذا معنى التعديل .

٣٢٤٣٢ - احتجوا : بأن قوله : عدل . مجمل يحتاج إلى البيان .

٣٢٤٣٣ - قلنا : ليس كذلك ، بل هو مفسر ؛ لأن العدل من يجب قبول قوله ويسكن إلى أمانته ، فإن وجد التفسير بقوله : لي وعليَّ . وجب بسائر صفاته .

* * *

---

(١) انظر : العناية ٣٨١/٧ وعبارته : ثم قيل : لا بد أن يقول المعدل : هو عدل جائز الشهادة ؛ لأن العبد قد يعدل . وقيل : يكتفي بقوله : هو عدل ؛ لأن الحرية ثابتة بالدار وهذا أصح .

(٢) انظر : الأم ٢٢٢/٦ وعبارته : ولا يقبل التعديل إلا بأن يوقفه المعدل عليه فيقول : عدل علي ولي . وانظر أيضًا : مغني المحتاج ٣٠٦/٦ ، ٣٠٧ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٢٠٤/٥ .

مسألة ١٦٢٩

الجرح المبهم

٣٢٤٣٤ - قال أصحابنا [رحمهم اللّٰه] : يستحب للمزكي إذا أراد الجرح أن يقول : اللّٰه أعلم به . ولا يبين سبب الجرح ، فإن بين وقال : ليس بعدل ، أو هو فاسق . لم يقبل القاضي الشهادة . وقال الخصاف : إذا عدل الرجل عند القاضي لم يقبل جرحه مجملًا حتى يبين سبب الجرح [١] .

٣٢٤٣٥ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يقبل الجرح حتى يبين [٢] .

٣٢٤٣٦ - لنا : أن الواجب الستر على عورات المسلمين ، وإنما يحتاج المزكي إلى بدل التعديل حتى لا يقضي القاضي بقول من لا يجوز قبول قوله في شهادته ، فلا يجوز قبول قوله .

ولأنهم إذا قالوا : هو عدل جائز الشهادة لي وعلي . قبل القاضي ذلك ، وإن لم يفسر . والمعنى الذي تثبت به العدالة كذلك إذا قال : هو فاسق .

٣٢٤٣٧ - احتجوا : بأن الناس مختلفون في التفسيق ، فيجوز أن يكون فسقًا عند المزكي ، وليس بفسق عند القاضي .

٣٢٤٣٨ - قلنا : وكذلك يتباينون في التعديل ، فيكون الرجل عدلًا عند المزكي ، وليس عدلًا عند القاضي . ثم قال : هذا لا يصح ؛ لأن المعاني المختلف في تأثيرها في الشهادة معروفة ، والواجب حمل أمر المزكي على الصحة .

ولأنه لا يحمل القاضي ما يعلم أنه لو فسره لم يؤثر عنده ، كما يحمل أمره في التعديل على الصحة ، وأنه لا يحمل ما يجوز ألا يكون تعديلًا عنده .

* * *

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٢١٢/٤ وعبارته : ومن عرفه بالفسق ، سكت ، ولا يكتب احترازًا عن الهتك ، ويقول : اللّٰه أعلم . إلا إذا عدله غيره وخاف أن يحكم القاضي بشهادته ، فحينئذ يصرح به .

(٢) انظر : الأم ٢٢٢/٦ وعبارته : والجرح خفي فلا يقبل لخفائه ولما وصفت من الاختلاف إلا بتصريح الجارح .

مسألة ١٦٣٠

قضاء القاضي بما علمه قبل الولاية

٣٢٤٣٩ - قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ : ما علم القاضي قبل ولايته أو بعد ولايته في غير عمله ، لا يجوز أن يقضي به (١) .

٣٢٤٤٠ - وقال أبو يوسف ومحمد [رحمهما اللَّه] : يجوز أن يقضي به . وبه قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في أحد قوليه (٢) .

٣٢٤٤١ - لنا : أن تحمله شهادة ؛ لأنه لا يملك الحكم به عند سماعه ، فلا يجوز أن يحكم به كما لو كان حاكمًا فيمتنع الإقرار ثم عزله قبل الحكم .

ولأن الإقرار حكم لا يملك الحكم به عند سماعه ، فلا يملك الحكم به وإن ولي الحكم ، أصله : إذا (٣) سمع البينة .

٣٢٤٤٢ - فإن قيل : لا تكون بينة إلا بعد الدعوى ، ومن ليس بقاضٍ لا يسمع الدعوى .

٣٢٤٤٣ - قلنا : لو سمع الشهود يشهدون عند قاضٍ بعد الدعوى ، ثم ولي القضاء ، لم يجز الحكم بذلك السماع ، وإن كانت بينة صحيحة .

ولأن القول معنًى لو طرأ بعد الإقرار ، منع الحكم به فإذا [... (٤) السماع منع الحكم به] (٥) كالجنون والغفلة .

٣٢٤٤٤ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ﴾ (٦) .

---

(١) انظر : رد المحتار ٤٣٩/٥ وعبارته : فلو علم قبل القضاء في حقوق العباد ، ثم ولي ، فرفعت إليه تلك الحادثة أو علمها في حال قضائه في غير مصره ثم دخله فرفعت ، لا يقضي عنده . وقالا : يقضي . وكذا الخلاف لو علم بها وهو قاضٍ في مصره .

(٢) انظر : الأم ٢٣٤/٦ وعبارته : واختلف الناس في علم القاضي ، هل له أن يقضي به ، ولا يجوز فيه إلا واحد من قولين . وانظر أيضًا : مغني المحتاج ٢٩٧/٦ وعبارته : والأظهر أنه يقضي بعلمه ولو علمه قبل ولايته أو غير محل ولايته وسواء أكان في الواقعة بينة أم لا .

(٣) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٤) يوجد هنا طمس في هامش (ص) بمقدار كلمتين .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٦) سورة الإسراء : الآية ٣٦ .

٣٢٤٤٥ - قلنا : هذا نهي عن اتباع ما ليس يعلمه ، وأما اتباع ما يعلمه فهو دليل الخطاب . ولأن عندنا يتبع علمه فيشهد به ، وليس في الآية ما يدل على جهات الاتباع .

٣٢٤٤٦ - وقوله تعالى : ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ ﴾ [١] . يدل على القيام بالقسط ، وعندنا يقوم بأن يشهد به وهذا هو المراد . ولأنه قال : شهد اللّٰه .

٣٢٤٤٧ - قالوا : روي عن عبادة بن الصامت أنه قال : بايعنا النبي ﷺ بالسمع والطاعة في المنشط والمكره ، وألا ننازع الأمر أهله ، وأن نقول - أو نقوم - بالحق حيث كنا لا نخاف في اللّٰه لومة لائم [٢] .

٣٢٤٤٨ - قلنا : يجب عليه أن يقوم بالحق ، فيشهد به ، ويقول الحق فيخبر بما يعلم ، والكلام في إمضاء الحكم ، وليس يدل الخبر عليه .

٣٢٤٤٩ - قالوا : روى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال : « **لا يمنع أحدكم هيبة الناس أن يقول في حق إذا رآه أو سمعه** » [٣] .

٣٢٤٥٠ - قلنا : عندنا يقول الحق بشهادة ، ولا يتهيب الناس فقد قلنا : بظاهر الخبر .

٣٢٤٥١ - قالوا : روت أم سلمة عن النبي ﷺ أنه قال : « **إنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع** » [٤] .

٣٢٤٥٢ - قلنا : النبي كان يملك الحكم عند هذا القول . وقوله : « بما أسمع » . يقتضي ما يقبل من السماع .

٣٢٤٥٣ - قالوا : لأنه حاكم عالم يصدق المدعي فيما يدعيه ، فإذا سأله أن يحكم به ؛ جاز له الحكم ، أصله : إذا علم به في ولايته .

٣٢٤٥٤ - قلنا : يبطل بالحدود وبما علم من حقوق والده وولده .

٣٢٤٥٥ - قالوا : يحترز عن الحدود ، فيقول فيما لم يضر بستره .

٣٢٤٥٦ - قلنا : أمره بالستر لم يمنع الحكم بالشهادة ، كذلك لا يمنع بعلمه ؛

---

(١) سورة النساء : الآية ١٣٥ ، سورة المائدة : الآية ٨ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٦٣٣/٦ برقم ٦٧٧٤ .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده ٥/٣ .

(٤) أخرجه أحمد في مسنده ٣٠٧/٦ .

لأنهما سواء عندهم . والمعنى فيما علم حال القضاء ، أنه يملك الحكم به عقيب علمه . وفي مسألتنا لا يملك الحكم به عند العلم ولا حال القضاء يجوز أن يحكم بسماع البينة قبلها ، فيجوز أن يحكم بالإقرار ما قبل القضاء ، فلو سمع البينة لم يملك الحكم بها بعد الولاية كذلك الإقرار .

٣٢٤٥٧ - قالوا : لو سمع رجلًا يطلق امرأته ثلاثًا أو يعتق أمته ثم ولي القضاء ، وجحد الرجل ، هل تسلم إليه الزوجة والأمة حتى يطأهما وطأً حرامًا ؟.

٣٢٤٥٨ - قلنا : بل يحول بينه وبينها ، ولا يحكم بالطلاق ولا العتق .

٣٢٤٥٩ - قالوا : لو علم عدالة الرجل ، ثم ولي القضاء ، جاز أن يحكم بشهادته لما علمه منه قبل ولاية القضاء .

٣٢٤٦٠ - قلنا : ليس هذا حكم بالعدالة ؛ لأن القاضي لا يقضي بها ، وإنما يقضي بالشهادة إذا كان الشاهد بصفة مخصوصة ، فلا فرق بين حصول العلم بالصفة في تلك الحال أو قبلها ، كما أنه يحكم بما سمعه من أخبار النبي ﷺ ولو [١] سمعها حال الولاية أو قبلها ؛ لأن الخبر لا يحكم به وإنما يحكم بالدعوى إذا كانت على صفة وجعلت الصفة قبل الحكم .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش ، ولكنها مطموسة .

مسألة ١٦٣١

قضاء القاضي بما علمه قبل الولاية في الحدود

٣٢٤٦١ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : يجوز للقاضي أن يقضي بما علمه في حال القضاء إلا في الحدود (١) .

٣٢٤٦٢ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز . في أحد قوليه (٢) .

٣٢٤٦٣ - لنا : أنه لو لم يقبل قوله ، يجوز الاقتصار على قاضٍ واحد ؛ لأن ذلك يؤدي إلى تضييع الحقوق ، ألا ترى أن المتحاكمين يحضران وليس عنده شاهد ، فيقر أحدهما ثم يجحد الآخر ، فلا يقبل قوله ؛ لأنه أقر فلما اقتصر على قاضٍ واحد في سائر الأعصار دل على أن قوله مقبول .

ولأن قوله مقبول في مذهبه وفي عدالة الشاهد ، وصحة الحكم تقف على ذلك ، كذلك يقبل قوله في إقرار المقر ؛ لأن صحة الحكم تقف عليه .

٣٢٤٦٤ - احتجوا : بأنه قضى بعلمه ، فلا يجوز كالحدود .

٣٢٤٦٥ - قلنا : الحدود هو الطالب بها والمستوفي لها ، فلا يقبل قوله فيها كحقوق نفسه . وليس كذلك ما سواها ؛ لأن الاستيفاء لا يثبت له ؛ فجاز أن يرجع إلى قوله فيها كما يرجع إليه إذا أخبر بعدالة الشهود .

* * *

---

(١) انظر : غمز عيون البصائر ٣١٥/٢ ، ٣١٦ وعبارته : الإمام يقضي بعلمه في حد القذف والقصاص والتعزير ، كذا في السراجية . وفي التهذيب : يقضي القاضي بعلمه إلا في الحدود والقصاص .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٥٢١/٥ : والحد يدرأ بالشبهة ، ولا يستوفيه القاضي بعلمه على الصحيح بناءً على أنه لا يقضي بعلمه في حدود الله .

مسألة ١٦٣٢

قضاء القاضي بعلمه في الحدود

٣٢٤٦٦ – قال أصحابنا [رحمهم الله] : لا يقضي القاضي بعلمه في الحدود استحسانًا (١) .

٣٢٤٦٧ – وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في أحد قوليه : يجوز أن يقيمها بعلمه (٢) .

٣٢٤٦٨ – لنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً ﴾ (٣) . فدل على أن القاضي يقيم الحد على القاذف إذا عجز عن الشهادة ، وإن كان يعلم صدق القاذف . وقال ﷺ في قصة امرأة هلال بن أمية : « **إن جاءت به على صفة كذا ؛ فهو لشريك بن سحماء** » . فجاءت به على الصفة المكروهة ، فلم يقم الحد عليها (٤) . ولو جاز أن يقيم الحد بعلمه لأقامه ، ويدل عليه إجماع الصحابة .

وروي عن أبي بكر أنه قال : لو رأيتُ رجلًا أتى حدًّا من حدود اللَّه ، لم أقم عليه إلا أن يشهد عندي شهود (٥) .

وروي أن عمر شاور عبد الرحمن بن عوف فقال : أرأيت لو رأيت رجلًا يأتي حدًّا من حدود اللَّه تعالى أكنت تقيمه ؟ قال : لا ، حتى يكون معك غيرك . فقال : وأنا أرى مثل ذلك (٦) . وروي أن معاوية سأل ابن عباس ، فأجاب بمثل ذلك (٧) . ولا يعرف لهم مخالف .

ولأنه حق استيفاؤه إليه ، فلا يكون عليه فيه حجة ، أصله : حقوق نفسه .

ولأن المطالبة بها إليه ، فقوله فيها ليس بحجة كقول الوكيل .

---

(١) انظر : المبسوط ١٠٦/١٦ وعبارته : وإذا رأى القاضي وهو في مجلس القضاء أو غيره رجلًا يزني أو يسرق أو يشرب الخمر ، ثم رفع إليه ، فله أن يقيم عليه الحد في القياس . ثم قال : وفي الاستحسان : لا يقيم عليه الحد .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٥٢١/٥ وعبارته : والحد يدرأ بالشبهة ولا يستوفيه القاضي بعلمه على الصحيح ، بناءً على أنه لا يقضي بعلمه في حدود اللَّه .

(٣) سورة النور : الآية ٤ .

(٤) أخرجه البخاري صحيحه ١٧٧٢/٤ برقم ٤٤٧٠ ، ومسلم ١١٣٤/٢ برقم ١٤٩٦ .

(٥ – ٧) أخرجه ابن حزم في المحلى ٥٢٤/٨ .

٣٢٤٦٩ - احتجوا : بأن الشهادة تثبت الظن ، ويجوز أن يحكم بها ، فلأن يحكم بالعلم أولى .

٣٢٤٧٠ - قلنا : الظن في قوله مائة عبد أقوى من الظن في شهادة حرين ، ثم يجوز أن يحكم بقول الحرين ولا يقضي بقول العبيد مع قوة الظن .

٣٢٤٧١ - فإن قيل : إن كان لا يقتضي بعلمه ؛ لأن الاستيفاء إليه ، فيجب ألا يحكم فيها بالبينة كما لا يقضي في حقوق نفسه .

٣٢٤٧٢ - قلنا : حكمه بالشهادة والإقرار موضع تدعو الحاجة إليه ، إذ لو نقض بذلك لم يمكن ثبوتها أبدًا . وحكمه بعلمه فيها لا تدعو إليه ضرورة ، فأما حقوق نفسه : فلا حاجة تدعو إليها ، لأنا إذا لم نجوز حكمه فيها ، أمكن أن يحكم فيها الإمام أو يحكم قاضٍ غيره .

* * *

مسألة ١٦٣٣

حكم القاضي على غائب

٣٢٤٧٣ - قال أصحابنا [رحمهم الله] : لا يجوز للقاضي أن يقضي على غائب حتى يحضر ، أو يحضر من يقوم مقامه بأمره ، أو من يقوم مقامه حكمًا [١] .

٣٢٤٧٤ - وقال الشافعي رحمه الله : يجوز القضاء على الغائب عن المصر بالبينة ، وإذا كان فيه حاضرًا فيه وجهان [٢] .

٣٢٤٧٥ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ قال لعلي رضي الله عنه حين بعثه إلى اليمن : « **لا تقضِ لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر** » [٣] . وهذا نص في منع الحكم على الغائب ؛ لأنه لم يسمع قوله .

٣٢٤٧٦ - قالوا : روي أنه قال : « **إذا حضرك الخصمان وإذا جلس إليك الخصمان** » .

٣٢٤٧٧ - قلنا : لا يخلو إما أن يكونا خبرين أو خبر واحد ، فإن كانا خبران استعملناهما وقلنا : إذا حضرا ، لم يجز القضاء لأحدهما قبل سماع قول الآخر بأحد الخبرين ، وإذا غاب أحدهما لم يقضِ بالخبر العام الآخر . وإن كانا خبرًا واحدًا ، فالأشبه أن يكون أصله خبرنا ؛ لأنه عام ، والراوي يجوز أن يسمع العام فيروي الخاص ؛ لأنه بعض ما سمع ، ولا يجوز أن يسمع الخاص فيروى العام لأنه كذب .

ولأن الخبر الذي رووه دليل عليهم ؛ لأنه جعل العلة التي يجوز القضاء معها سماع قول الآخر ، وما بعده للغاية بخلاف ما قبلها ، فاقتضى الخبر أنهما إذا حضرا فسمع الدعوى وغاب المدعى عليه قبل سماع قوله أنه لا يجوز القضاء ، وهذا خلاف قولهم .

ولأن النبي ﷺ إذا منع أن يقضي للمدعي إذا حضر خصمه قبل سماع قوله مع مشاهدة المدعى عليه لدعوى خصمه وسماعه لحجته ويسأله عن الطعن فيها ، فلأن لا يحكم على الغائب مع أنه لم يعرف ما عنده من الطعن والاعتراض أولى .

---

(١) انظر : البدائع ٩/٧ وعبارته : وأما الذي يرجع إلى المقضي عليه فحضرته حتى لا يجوز القضاء على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٣٠٩/٦ وعبارته : وإنما يسمع الدعوى ويقضي بها على الغائب إن بين المدعي ما يدعي به وقدره ونوعه ووصفه ، وقال : إني طالب بحقي . وكان للمدعي بينة ولو شاهدًا ويمينًا .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده ١٤٩/١ ، والحاكم في المستدرك ١٠٥/٤ برقم ٧٠٢٥ .

٣٢٤٧٩ - قالوا : قوله : « إذا حضرك الخصمان ، فلا تقض لأحدهما » . دليله إذا غاب أحدهما قضى للآخر قبل سماع قول خصمه .

٣٢٤٨٠ - قلنا : ليس من أصلنا القول . ولأنا بينا أن ذكر حضور الخصمين تنبيه على حال غَيبة أحدهما من حيث الأولى .

٣٢٤٨١ - قالوا : قوله : « ولا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر » . يقتضي حضورهما ؛ لأنه سماهما خصمين ، وذلك لا يكون مع عدم المخاصمة .

٣٢٤٨٢ - قلنا : لم يرد ﷺ حقيقة المخاصمة ؛ لأنه سماه خصمًا قبل أن يستمع قول المدعى عليه ، ويجوز أن يقر فلا يكون خصمًا مع أنه أراد المجاز دون الحقيقة ، ويدل عليه قوله ﷺ « **البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه** » [١] . فأثبت البينة في جهة المدعي ، ولا يكون مدعيًا حتى يجحد خصمه ، ونحن لا نعلم أن الغائب ينكر ، فلا يكون الحاضر مدعيًا فلا تسمع بينته .

ولأن البينة معنًى يختص بالحاكم ، فغيبة الخصم تمنع الحكم بها ابتداء ، أصله : اليمين .

٣٢٤٨٣ - فإن قيل : اليمين حق المدعي ، لا تثبت إلا بمطالبته ، فلا يحكم بها [في غيبته ؛ لأنه مستحق ، لها كما أن البينة لما كانت حقًّا للمدعي لم تثبت مع غيبته] [٢] .

٣٢٤٨٤ - [قلنا : وقد تكون اليمين ... [٣] أقام البينة مع غيبة ... [٤] وهذه اليمين ... [٥]] [٦] .

ولأن اليمين قد تكون عندهم حقًّا للمدعي إذا نكل خصمه عن اليمين ، ثم لا نسمع هذه الحجة مع غيبة خصمه .

٣٢٤٨٥ - فإن قالوا : إنما تكون اليمين حجة ، إذا نكل المدعى عليه .

٣٢٤٨٦ - قلنا : وكذلك البينة إنما تكون حجة إذا كان هناك خصم جاحد ، فأما إذا كان مقرًّا : فليست بحجة ، ونحن نجوز أن يكون مقرًّا .

ولأن صحة الحكم تتعلق بمقضي عليه ، فإذا منعت غَيبة المقضي له الحكم ابتداءً ،

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه ٦٢٦/٣ برقم ١٣٤١ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٢٧٩/٨ برقم ١٧٠٦٥ .

(٢) ما بين المعكوفتين في (م) : [ابتداءً ، وهذه اليمين من حقوق المدعى عليه ، وقد استوفاها القاضي مع غيبته] .

(٣ - ٥) يوجد هنا طمس في هامش (ص) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

كذلك غيبة المقضي عليه يجب أن تمنع ابتداء الحكم .

ولأن تعلق البينة بالقضاء عليه آكد من تعلقها بالمدعي ؛ بدلالة أنه ليس في الأصول بينة إلا على مدعًى عليه ، وقد يكون بينات لا مدعي لها وهي البينات إذا قامت بالحدود ، فإذا أثرت عند المدعي في الحكم ابتداءً ، فلأن يؤثر غَيبة المدعى عليه أولى .

٣٢٤٨٧ - فإن قيل : صحة الحكم يعتبر فيه المدعي والمدعى عليه ، والعين المدعاة لا يجب إحضارها لسماع البينة عليها ، ثم غيبتها لا تمنع سماع البينة .

٣٢٤٨٨ - قلنا : إذا غابت العين المدعاة فإن البينة [تسمع عندنا على قيمتها وهي الدية .

٣٢٤٨٩ - فإن قيل : غيبة ... [1]] [2] البينة على كفيله ، وإذا حضر الشفيع فادعى على المشتري عنه أنه اشترى الدار من يد الغائب ، وأقام البينة ، قضى بالشفيع على الغائب ، وبمثله لا يحكم له مع غيبته .

٣٢٤٩٠ - قلنا : نحن قلنا : إن غَيبته تمنع الحكم عليها ، وهاهنا وقع الحكم على الكفيل والمشتري وتعدى ذلك إلى الغائب ، فلم يتوجه الحكم ابتداء عليه ، وبمثله نقول : إن غيبة المدعي تمنع الحكم له ابتداء ، ويجوز أن يتصل الحكم بحق غيره فيحكم له مع غيبته كالمشتري إذا ادعى أنه ابتاع هذا العبد من فلان الغائب وهو يملكه ، والمودع إذا أقام البينة أن هذه الدابة وديعة في يده لفلان الغائب حتى [3] يأذن له القاضي في الإنفاق عليها ويجعل النفقة دينًا على الغائب .

٣٢٤٩١ - فإن قيل : لو حضرا جميعًا لم يجز أن يقضي بالبينة إلا بعد طلب المدعي ، ويجوز أن يقضي بها مع كراهة المدعى عليه ، كذلك مع غيبته .

٣٢٤٩٢ - قلنا : لا يحكم بها وإن سأله المدعي إلا أن يكون خصمه جاحدًا عند السماع والحكم ، فإن أقر في إحدى الحالتين لم يتعلق بالبينة حكم ، فإذا كان غائبًا ، لم يعلم جحوده فلا يقضي بالبينة .

ولأنه حق ثبت بالبينة فلا يجوز القضاء به مع غيبية المدعى عليه وعنه من قام مقامه كالحدود .

---

(١) يوجد هنا طمس في هامش (ص) بمقدار كلمة .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) ساقطة من صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

ولأنه حق من حقوق الآدميين ، فلا يقضي به ابتداء مع غيبة المقضي عليه كالقصاص .

ولأن كل حالة لو كان عليها المدعي [... [١] الحكم إذا كان عليها] [٢] منعت الحكم عليه كالصغر والجنون .

ولأن البينة حجة لأحد الخصمين ، فلا يقضي بها القاضي مع غيبة الآخر كاليمين .

ولأن القضاء بالبينة قبل سؤال الخصم عند الدعوى لا يجوز ، أصله : إذا كان في المصر أو في مجلس القاضي .

٣٢٤٩٣ – قالوا : قال صاحب الإيضاح : إذا كان بحضرة القاضي وسمع البينة ولم يسمع الدعوى ؛ جاز في أحد الوجهين .

٣٢٤٩٤ – قلنا : هذا خلاف الإجماع ؛ لأن القضاة من لدن النبي ﷺ وإلى يومنا يُحْضِرون الخصوم . ولو ساغ الحكم بالبينة ، لم يكن للإحضار وإلحاق الضرر بالخصم في قطعه عن أشغاله معنًى .

ولأن البينة لا يثبت حكمها في حق المقر ، فإذا كان الخصم في مجلس القاضي ؛ جاز أن يكون مقرًّا فيقضي بأقوى السببين .

٣٢٤٩٥ – قلنا : قد يحضر من لا يجوز إقراره مثل الوصي .

ولأنه لو كان يحضره ، بجواز أن يقر له لم يحضره مرة بعد مرة .

٣٢٤٩٦ – فإن قيل : إنه يقضي بالبينة ، فإن كان الخصم جاحدًا بقذف [٣] ، وإن كان مقرًّا أكد الحكم بإقراره .

٣٢٤٩٧ – قلنا : سماع البينة في حق المقر لغو ؛ لأن الإقرار أقوى الحجتين ، فلا يثبت الأضعف معها ، فإذا كان كذلك حكم وهو يجهل السبب الذي تعلق الحكم به ، وهذا لا يجوز ، كأربعة يشهدون بدين ، وقال المزكون : اثنان منهم عدلان . لم يجز للقاضي الحكم ؛ لأنه يحكم مع جهالة السبب ، ألا ترى أنه لا يدري بشهادة أنهم يحكم كذلك في مسألتنا ؟

٣٢٤٩٨ – احتجوا : بقوله تعالى ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةٗ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ

---

(١) يوجد هنا طمس في هامش (ص) بمقدار كلمة .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٣) غير واضحة في جميع النسخ

ﭐلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ ﴾ [(١)] .

٣٢٤٩٩ - قلنا : لا نسلم أن القضاء بالبينة مع جواز إقرار الخصم قضاء بالحق ، ولا نسلم أنه قضى مع غيبته . ويجوز أن يطعن في الشهود أو يكون له مخلص من البينة ، فقضى عليه وفوت هذا عليه ، فقد قضى بحق .

٣٢٥٠٠ - فإن قيل : حجة لا تفوته إذا حضر .

٣٢٥٠١ - قلنا : القدح في الشهود لا يسمع عندنا بعد القضاء بشهادتهم ، إلا أن يقيم البينة أنهم عبيد أو كفار ، وما سوى ذلك لا يسمع الطعن بهم .

ولأنه يحكم عندهم ويدفع إلى المدعي ما يدعيه ، فيبعث ويحضر خصمه فيقيم حجة تبطل ما دلت عليه البينة ، ولا يقدر على الغائب ، فيذهب حقه .

٣٢٥٠٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ ﴾ [(٢)] .

٣٢٥٠٣ - قلنا : لا نسلم إذا قضى مع غيبته ، فقد قام بالقسط ؛ لأن القسط التسوية بين الخصمين ، وألا ينفذ لأحدهما حكم بالتحري ، وهذا غير موجود هاهنا على ما بينا .

٣٢٥٠٤ - احتجوا : بقوله ﷺ : « **لو أعطي الناس بدعواهم ، لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، لكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه** » [(٣)] . قالوا : « ولكن » لفظة موضوعة لإثبات ما بعدها والمخالفة بينه وبين ما قبلها ، فصار تقديره : ولكن البينة تعطاها الدعوى .

٣٢٥٠٥ - قلنا : المدعي من أنكر خصمه دعواه ، وهذا لا يوجد قبل مسألته ؛ لأن الخبر يقتضي الحالة التي لم يقم المدعي بينة ، كلفه المدعى عليه اليمين ، وذلك لا يكون إلا عند حضورهما .

٣٢٥٠٦ - قالوا : روي أن معاوية قال لأبي موسى : أنشدك الله أن رسول الله ﷺ كان إذا حضر الخصمان فاتفقا على موعد ، فوافى أحدهما ولم يوافِ الآخر ؛ أنه قضى لمن وافى منهما ؟ قال : نعم .

٣٢٥٠٧ - قلنا : لم يرد بذلك كل الحقوق ، وإنما أراد بعضها ، فيحتمل أن يكون

---

(١) سورة ص : الآية ٢٦ . (٢) سورة النساء : الآية ١٣٥ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٥٢/١٠ برقم ٢٠٩٩٠ .

حضرا فسمع البينة أو الإقرار . وإذا لم يحضر المدعى عليه ، قضى للمدعي عند أبي يوسف ولم يقض له عند محمد ؛ لأن الخبر يقتضي أن يقضي لكل واحد منهما إذا غاب صاحبه ، ونحن نعلم أن المدعي إذا غاب لم يجز أن يستحلف المدعى عليه ويقضي بتأخير الخصوم ، فلم يبق إلا أن يكون المراد : إذا حضر الخصمان المدعيان للشيء الواحد ، فاتفقا لموعد ، فحضر أحدهما قضى له ؛ لأنه يستحق الجميع ببينته . وإنما يسقط حقه لمزاحمة المدعى الآخر له ، فإذا لم يحضر قضى للحاضر منها بالجميع .

٣٢٥٠٨ - قالوا : روي أن هند امرأة أبي سفيان قال لها النبي ﷺ : « **خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف** » [١] .

٣٢٥٠٩ - قلنا : هذا كان فتيا ولم يكن قضاء ، بدلالة أنه لم يقدر النفقة ولا استحلفها أنها لم تستوف نفقتها ، وكان حاضرًا فلم يوقف الأمر على مسألته عن دعواها .

٣٢٥١٠ - قالوا : روي أن الأنصار ادعوا عند النبي ﷺ دم عبد الله بن سهل ، فقضى بالدية على اليهود مع غَيبتهم [٢] .

٣٢٥١١ - قلنا : لم يحضر عند النبي ﷺ بينة وإنما حضر الخصوم ، ووجود القتل بخيبر اشتهر ، فقضى بالشهر وكتب إليهم يخبرهم بالواجب في الشرع ، وهذا فتيا لاقضاء ، يبين ذلك : أنه وداه ، هو ولو كان ما كتب به قضاء لم يتحمل الدية [٣] .

٣٢٥١٢ - قالوا : روي أن عمر قال في قصة أُسَيْفِع : إنا بائعو ماله غدًا [٤] .

٣٢٥١٣ - قلنا : يجوز أن يكون ميتًا ، فقام الإمام مقامه في قضاء ديونه ، ويجوز أن تكون البينة بالديون سمعت أو علم أنه كان حيًا ووعد الغرماء لَيَأْمُرَه بالبيع .

٣٢٥١٤ - قالوا : سماع البينة في حال غيبة المدعى عليه جائز ، وكل حالة للخصم يجوز للحاكم فيها سماع البينة عليه ، يجوز القضاء فيها بالبينة عليه . أصله : إذا كان حاضرًا .

٣٢٥١٥ - قلنا : لا نسلم أن هذه بينة مسموعة عليه مع غيبته وغيبة من يقوم مقامه ،

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٧٦٩/٢ برقم ٥٠٤٩ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ١١٥٨/٣ برقم ٣٠٠٢ ، ومسلم ١٢٩١/٣ برقم ١٦٦٩ .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ١١٥٨/٣ برقم ٣٠٠٢ ، ومسلم ١٢٩١/٣ برقم ١٦٦٩ .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٤٩/٦ برقم ١١٠٤٦ .

وإنما يسمع القاضي هذه البينة إذا سئل بأن يكتب إلى قاضي البلد الذي فيها الخصم بعد سماعها لم يجز القضاء بها حتى تعاد في وجهه . ويبين ذلك أنه يكتب بشهادة من لا يعرف عدالته ليعدله المكتوب إليه ، ولو كان سمعها على وجه الإشهاد لاعتبر التعديل عنده . وإذا كان القاضي يسمعها متحملاً لها ليكتب بها ، صار فيها كشاهد الفرع الذي لا يحتاج في التحمل [حضور الخصم] [1] .

٣٢٥١٦ - فإن أسقطوا هذا الوصف . قالوا : سماع البينة جائز ، فجاز القضاء بها .

٣٢٥١٧ - انتقض بمن ادعيت عين في يده ، فأقام البينة أنها لفلان الغائب أودعه إياها ، هذه البينة تسمع ولا يقضي بها .

٣٢٥١٨ - فإن قيل : الدليل على أنها بينة مسموعة وليس تحمل ، أن شهود الفرع يعتبر فيهم العدد والحاكم واحد .

٣٢٥١٩ - قلنا : قول الحاكم يتعلق بالحكم لا يعتبر فيه [2] العدد ، أصله : إذا قال : أقر فلان عندي بكذا قبل قوله وحده ، والشهادة بالإقرار تفتقر إلى عدد .

٣٢٥٢٠ - قالوا : الحاكم يجب عليه أن يسمع ويكتب ، ولو كان يحمل شهادة كان فيه بالخيار كشهود الفرع .

٣٢٥٢١ - قلنا : إنما وجب على القاضي ؛ لأنه لا يمكن أن يكتب بذلك سواه ليتعين عليه ، وشهود الفرع لا يتعين عليهم ؛ لأنه يجوز أن يشهد غيرهم .

٣٢٥٢٢ - فإن قيل : شهود الفرع يتحملون من غير دعوى ، والقاضي لا يسمع هذه الشهادة إلا أن تتقدمها دعوى يدل على أنه ليس بتحمل .

٣٢٥٢٣ - قلنا : إنا نفتقر هذا السماع إلى تقدم الدعوى ليجب على القاضي المكاتبة ، ويصير ذلك حقًّا للمدعي يطالب به . ولو سمع من غير دعوى ، لكان مخيرًا إن شاء سمع وإن شاء لم يسمع كشهود الفرع .

ولأن هذا عندنا في معنى التحمل ، وليس بصريح تحمل ، فلا يلزمنا أن نسوي بينه وبين التحمل في سائر شرائطه .

٣٢٥٢٤ - فإن قيل : قولكم : إن القاضي لا يقضي بهذا السماع إذا حضر الخصم

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

(٢) ساقطة من (م) ، ومن صلب (ص) ، ومستدركة في الهامش .

حتى يعيد الشهود الشهادة خطأ ؛ لأن القاضي المكتوب إليه يقضي عند وصول الكتاب إليه بهذا السماع .

٣٢٥٢٥ – قلنا : هذا غلط ؛ لأن السماع الأول تحمل ، والقاضي يؤدي بكتابه الشهادة إلى القاضي الثاني ، فيقرأ الكتاب بمشهد من الخصم ، ويقضي القاضي بهذا السماع لا بالأول ، كما يقضي بشهادة شهود الفرع إذا سمعها . ولا يقضي بالتحمل الذي سبق تخريجه . تخريجه . تخريجه . من شهود الأصل رجع الكلام إلى العلة الأولى . والمعنى فيه : إذا كان الخصم حاضرًا أنه يتمكن من مقابلة البينة بما يقدح فيها ، فلم يكن في سماعها تفويت حقه . وهذا المعنى لا يوجد مع غيبته . أو نقول : المعنى فيه أن الغيبة لو حصلت في حق المقضي له ، منعت الحكم ، كذلك إذا حصلت في حق المقضي عليه ، والحضور لا يتبع الحكم للمقضي له كذلك المقضي عليه .

٣٢٥٢٦ – قالوا : ما تأخر عن سؤال المدعى عليه إذا كان حاضرًا يقدم عليه إذا كان غائبًا ، أصله : سماع البينة .

٣٢٥٢٧ – قلنا : يبطل بيمين المدعي ، فإنما يتأخر عن مسألة المدعى عليه إذا نكل عن اليمين ، ولا يتقدم على مسألته وإن كان غائبًا . والمعنى فيه سماع البينة أنه لا يفوت بالسماع حق الخصم ؛ لأن القاضي يكتب بالسماع ولا يقضي به المكتوب إلا بحضرته أو حضرة من قام مقامه ، فيقدح ويحتج .

٣٢٥٢٨ – وأما الحكم مع غيبة المدعى عليه ففيه تفويت حقه ؛ لأنه قضى عليه من غير أن يتمكن من القدح والدفع ، فيلزمه ما لو كان حاضرًا جاز ألا يلزمه ، فالوافد تعذر بغيبته جوازه ، فوجب أن يسقط اعتباره كما لو حضر فسكت ولم يُجِبْ عن الدعوى .

٣٢٥٢٩ – قلنا : هذا غير مسلم ؛ لأن ابن سماعة روى عن أصحابنا أنه يجلس حتى يقرأ وينكر . وذكر الخصاف : أن القاضي يسئل عن حاله ، فإذا قيل له : إنه سليم السمع واللسان . قال له : إن أجبت ، وإلا قضيت عليك بالنكول . فعلى هذا لا يتصور أن يسمع البينة . وقد ذكر في الجامع أن القاضي يسمِّع عليه البينة ، وذلك لأن الساكت في حكم المنكر ، ولهذا قالوا فيمن زعم أنه رسول صاحب الوديعة في قبضها ، فلم يصدقه المودع ولم يكذبه ، ودفع إليه ، ثم حضر صاحب الوديعة فجحد أنه أرسله : رجع المودع على الرسول كما يرجع إذا جحد وسلم إليه . والمعنى فيه : أنه لما سأله ، فقد تمكن من القدح ومن المعارضة ، فلما سكت دل على أنه لا حجة عنده . وإذا كان

غائبًا فيجوز أن تكون له حجة عنه لو حضر لذكرها .

٣٢٥٣٠ - قالوا : دعواه سريان [١] فإذا سئل الحاكم الحكم به وجب ، أصله : إذا كان حاضرًا ، وإذا ادعى أن فلانًا [٢] الغائب وكله باستيفاء دينه ، أو ادعى أن هذا الحاضر اشترى من فلان الغائب وأنه شفيع ، وكذلك إذا ادعى على ميت فأقام عليه البينة بحضور الوارث .

٣٢٥٣١ - قلنا : لا نعلم مدعيًا حتى نعلم جحود خصمه ، فإذا جوزنا أن يكون معترفًا ، فهذا ليس بمدعٍ ، وكذلك لا نسلم أن البينة برهان ، إلا أن يكون هناك خصم جاحد . وأصلهم : إذا كان حاضرًا وقد نكلها عليه ، فأما المسائل التي عددوها : فالبينة مسموعة على خصم حاضر ، ويتعدى الحكم إلى الغائب تبعًا ، فيصير الحاضر خصمًا عنه وقائمًا مقامه حكمًا لوكيله الذي يقوم مقامه أمرًا وتفويضًا . يبين ذلك : أن القضاء بالشفعة حق الشفيع وهو لازم للمشترى ، ولا يتوصل إلى إثباته عليه إلا بإثباته على البائع ، فصار الحاضر هو المقصود بالقصد ، والغائب تابع له في ذلك ، وكذلك بقية المسائل . يبين هذا : أنا نقضي بملك الغائب إذا اتصل بدعوى الحاضر ، وإن كان القضاء لا يجوز مع غيبة المقضي له .

٣٢٥٣٢ - ولأن أحد الخصمين في هذه المسائل اتصل بالحق الآخر فاقتضى أن يصح بصحته كالعبادات لم تتعلق صحة بعضها ببعض ، كما أن الحقين في مسألتنا إذا انفرد أحدهما عن الآخر لم يثبت أحدهما بثبوت الآخر .

٣٢٥٣٣ - قالوا : فمن لا يعتبر رضاه في الحكم عليه ، لا يعتبر حضوره ، أصله : المضمون عنه .

٣٢٥٣٤ - قلنا : الحضور يحتاج إليه ليأتي بحجة ويطعن في حجة خصمه ، والرضا لا معنًى له في ذلك ، فأما الكفيل فقام مقام المكفول عنه من طريق الحكم لما ذكرنا .

٣٢٥٣٥ - قالوا : تأخير الحكم بالبينة على الغائب ليس له معنًى ؛ لأن الحاكم إذا حكم عليه ثم قدم ، لم يخلُ أن يكون مقرًّا أو منكرًا ، فإن كان مقرًّا تأكد حكمه ، وإن كان منكرًا فحكم الجاحد أن تسمع عليه البينة ويقضي بها عليه .

٣٢٥٣٦ - قلنا : قد بينا أن في التأخير فائدة ؛ لأنه إذا حكم فات الطعن في العدالة ويوفيه المال ، ويغيب ويحضر الغائب وله حجة تبطل ما قامت به البينة عليه ، فلا

---

(١) غير واضحة في جميع النسخ . (٢) في جميع النسخ : [فلان] .

يتوصل إلى استرجاع ماله .

ولأنا بينا أن القضاء لا يقع بالبينة مع الإقرار ، فإذا جوزنا أن يكون مقرًا أو جاحدًا ، فالحكم بأحد الأمرين وهو سبب مجهول ، وذلك لا يجوز كما لا يجوز إذا شهد أربعة ، فزكى منهم شاهدان بغير أعيانهما ، لم يجز أن يحكم بهذه الشهادة بجهالة السبب المحكوم به .

٣٢٥٣٧ - قالوا : قال أبو حنيفة : يقضى على الغائب بنفقة زوجته .

٣٢٥٣٨ - قلنا : هذا كان قول أبي حنيفة ، فرجع عنه ، ذُكِر رجوعه في الأصل .

٣٢٥٣٩ - قالوا : إذا حضرت المرأة زوجة الغائب فأحضرت رجلًا في يده وديعة لزوجها ، فاعترف بالزوجية والوديعة قضى القاضي عليه بالنفقة ، وذلك قضاء على الغائب .

٣٢٥٤٠ - قلنا : هذا الرجل اعترف بوجوب حقها فيما في يده من المال وهو له في الظاهر ولم يحكم به للغائب بإقراره ، لجواز أن يكذبه فيه صار القضاء متوجهًا على الحاضر لازمًا للغائب حكمًا .

٣٢٥٤١ - فإن قيل : فلو حضر غريم الغائب ، لم يقضِ له على المودع بشيء .

٣٢٥٤٢ - قلنا : هذا لا يلزمنا ؛ لأن القضاء عندنا إن كان على الحاضر لم يلزم أن يقضي على الحاضر يعترف به . على أن الفرق بينهما واضح ؛ لأن الدين في ذمة القائم يحتاج أن يملكه له بما يقضي من الوديعة ، فلا يجوز التمليك مع غيبته ، وأما النفقة : فلم تثبت في الذمة ، وإنما يجعلها القاضي في المال ابتداءً ، فتصير كالاستحقاق . ولهذا لو طلبت نفقة ما مضى ، لم يقضِ لها ؛ لأنها صارت في الذمة فهي كالديون .

٣٢٥٤٣ - قالوا : لو حضر له رجل ، فأقر أنه باع العبد الذي في بيته من فلان الغائب ، وطلب الثمن باعه القاضي له وسلمه ثمنه ، وهذا قضاء على الغائب .

٣٢٥٤٤ - قلنا : هذا محمول على أن المشتري غاب ولا يعلم مكانه ، فيصير مفقودًا ، فيلي القاضي عليه في حفظ ماله ، وينصب له وكيلًا بقبض العبد ويأمره ببيعه ، ويسمع البينة على الوكيل ، فلا يكون القضاء على الغائب إلا وقد حضر من قام مقامه بتنصيب الحاكم كما ينصب للميت وصيًا ويسمع عليه البينة ، ويأمر بقضاء ديونه .

والله تعالى أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب ، وصلى الله على أشرف خلقه محمد وآله وصحبه وسلم .

فهرس المجلد الثاني عشر

الموضوع | الصفحة

كتاب قطاع الطريق

كتاب الأشربة

كتاب صول الفحل

كتاب السير

كتاب الجزية

كتاب الصيد والذبائح

مسائل الذبح

كتاب الأضاحي

كتاب الأطعمة

كتاب السبق والرمي

كتاب الأيمان

كتاب النذور

كتاب أدب القاضي

* * *

رقم الإيداع

2003/15009

الترقيم الدولي I.S.B.N

977 - 342 - 126 - 0

مركز الدراسات والبحوث الفقهية والاقتصادية

مركز الدراسات والبحوث الفقهية والاقتصادية مؤسسة فكرية إسلامية متخصصة أنشئت وسجلت في القاهرة بجمهورية مصر العربية لتعمل على :

- إبراز القواعد والمبادئ التي تضمنتها الشريعة الإسلامية وتيسيرها على الباحثين .
- إجراء الدراسات المقارنة بين أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية .
- صياغة العقود الشرعية صياغة جديدة يتوفر فيها البعد عن الربا والغرر الفاحش ، بحيث تكون العقود متفقة ومتوائمة مع حاجات العصر ومتطلبات وسرعة وضخامة تعاملاته ، والإسهام في تطوير بحوث الاستثمار المصرفي .
- الاهتمام بإحياء تحقيق الكتب التراثية الهامة ودراستها وإعداد الفهارس اللازمة لتيسيرها على الباحثين والإفادة منها .
- إعداد الأدوات والأعمال البحثية لتدعيم جهود علوم الشريعة الاقتصادية ، والقانون .

وإعداد الأدلة والكشافات والببلوجرافيات والفهارس والملخصات والتقارير وغيرها .

- توفير قاعدة بيانات حديثة ومتجددة في كافة المجالات التي تخدم أهداف الشريعة والاقتصاد والبنوك الإسلامية .

ويستعين المركز لتحقيق أهدافه بوسائل عديدة منها :

١ - عقد المؤتمرات والندوات العلمية والفكرية المتخصصة .

٢ - التعاون مع المراكز البحثية والفكرية المتخصصة في جميع أنحاء العالم .

٣ - دعم جهود العلماء والباحثين والعمل على نشر الإنتاج العلمي المميز .

والمركز يأمل بعون الله تعالى أن تكون له فروع في جميع الدول العربية والإسلامية والأجنبية ، ليمارس من خلالها أنشطته المختلفة ، كما يأمل أن يكون هناك أوجه تعاون مع المراكز البحثية المتخصصة في جميع دول العالم .

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

جمهورية مصر العربية - القاهرة

١٣ ش مرقص حنا من ش شاهين - العجوزة تليفاكس ٣٤٩٨٨٥٣

المعادي الجديدة فيلا ٨ ش ٢٨١ . ح

(من أجل تواصلٍ بنَّاء بين الناشر والقارئ)

عزيزي القارئ الكريم .. السلام عليكم ورحمة اللّه وبركاته ..

نشكر لك اقتناءك كتابنا : « موسوعة القواعد الفقهية المقارنة المسماه بالتجريد »

ورغبة منا في تواصلٍ بنَّاء بين الناشر والقارئ ، وباعتبار أن رأيك مهمٌّ بالنسبة لنا ، فيسعدنا أن ترسل إلينا دائمًا بملاحظاتك ؛ لكي ندفع بمسيرتنا سويًا إلى الأمام .

*** فهيَّا مارس دورك في توجيه دفة النشر باستيفائك للبيانات التالية :-**

الاسم كاملًا : .... **الوظيفة :** ....

المؤهل الدراسي : .... **السن :** .... الدولة : ....

المدينة : .... حي : .... شارع : .... ص.ب: ....

هاتف : [ ] / [ ] e-mail :

- من أين عرفت هذا الكتاب ؟

□ أثناء زيارة المكتبة □ ترشيح من صديق □ مقرر □ إعلان □ معرض

- من أين اشتريت الكتاب ؟

اسم المكتبة أو المعرض : .... المدينة .... العنوان ....

- ما رأيك في أسلوب الكتاب ؟

□ ممتاز □ جيد □ عادي (لطفًا وضح لِمَ) ....

- ما رأيك في إخراج الكتاب ؟

□ عادي □ جيد □ متميز (لطفًا وضح لِمَ) ....

- ما رأيك في سعر الكتاب ؟ □ رخيص □ معقول □ مرتفع

(لطفًا اذكر سعر الشراء) .... العملة ....

عزيزي انطلاقًا من أن ملاحظاتك واقتراحاتك سبيلنا للتطوير وباعتبارك من قرائنا فنحن نرحب بملاحظاتك النافعة ... فلا تتوانَ ودَوِّن ما يجول في خاطرك : -

....

....

....

....

دعوة : نحن نرحب بكل عمل جاد يخدم العربية وعلومها والتراث وما يتفرع منه ، والكتب المترجمة عن العربية للغات العالمية - الرئيسية منها خاصة - وكذلك كتب الأطفال .

عزيزي القارئ أعد إلينا هذا الحوار المكتوب على e-mail:info@dar-alsalam.com

أو ص.ب ١٦١ الغورية - القاهرة - جمهورية مصر العربية

لنراسلك ونزودك ببيان الجديد من إصداراتنا

(من أجل تواصل بنَّاء بين الناشر والقارئ)

(من أجل تواصل بناء بين الناشر والقارئ)

عزيزي القارئ الكريم :

نشكرك على اقتنائك كتابنا هذا ، الذي بذلنا فيه جهدًا نحسبه ممتازًا ، كي نخرجه على الصورة التي نرضاها لكتبنا ، فدائمًا نحاول جهدنا في إخراج كتبنا بنهج دقيق متقن ، وفي مراجعة الكتاب مراجعة دقيقة على ثلاث مراجعات قبل دفعه للطباعة ، ويشاء العلي القدير الكامل أن يثبت للإنسان عجزه وضعفه أمام قدرته مهما أوتي الإنسان من العلم والخبرة والدقة تصديقًا لقوله تعالى :

﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْۚ وَخُلِقَ ٱلْإِنسَٰنُ ضَعِيفًا ﴾ (النساء : ٢٨)

فأخي العزيز إن ظهر لك خطأ مطبعي أثناء قراءتك للكتاب فلا تتوان في أن تسجله في هذا النموذج وترسله لنا فنتداركه في الطبعات اللاحقة ، وبهذا تكون قد شاركت معنا بجهد مشكور يتضافر مع جهدنا جميعًا في سيرنا نحو الأفضل .

الخطأ	رقم الصفحة	السطر

شاكرين لكم حسن تعاونكم . . ،